

발간 등록 번호

11-1170000-000732-10

법령 입안 심사 기준

2022



법제처

Ministry of Government
Legislation

일 러 두 기

1. 이 기준은 2017년에 법제처가 발간한 『법령 입안·심사 기준』을 바탕으로 추가가 필요한 사항과 그동안 변경된 사항을 반영하여 작성한 것입니다.
2. 이 기준은 법령의 입안과 심사에 적용되는 일반적인 기준을 종합하여 정리한 것으로, 국회, 헌법재판소, 대법원, 각 중앙행정기관 등의 의견수렴 과정을 거쳐 최종 확정되었습니다.
3. 정부에서 법령을 입안하거나 심사할 때에는 원칙적으로 이 기준에 따라야 하며, 특수한 사정으로 인해 이 기준을 그대로 적용할 수 없는 경우에는 신중한 검토를 거쳐 이 기준을 어느 정도 탄력적으로 적용할 수 있습니다.
4. 이 기준에 수록된 입법례는 2021. 12. 현재 시행되는 법령을 기준으로 했고, 기준에 맞는 입법례가 없는 경우에는 입법 모델을 제시했습니다.
5. 그 밖에 법령의 입법절차 및 법령안의 작성 방법은 법제처에서 발간한 『법제업무 편람』을 참고하시고, 법령의 용어·문장 등의 표현 부분은 법제처에서 발간한 『알기 쉬운 법령 정비기준』을 참고하시기 바랍니다.

제1편 법령 입안의 기본 원칙	1
제1장 법령 입안의 의의	3
1. 법령의 본질과 법령 입안	3
2. 법령 입안과 입법	4
3. 법체계와 법령 형식	5
4. 법령 입안·심사 기준	7
제2장 입법의 필요성 판단과 입법 형식의 선택	8
1. 입법의 필요성 판단	8
2. 입법 형식의 선택	9
3. 하위법령으로의 위임	17
4. 다른 법률로 정하도록 하는 방식	27
5. 집행명령	28
제3장 법령 입안과 관련한 헌법 원칙	29
1. 실체적 내용에 관한 헌법 원칙	29
2. 법령 형식에 관한 헌법 원칙	39

목 차

제2편 법령 입안·심사의 세부 기준 ————— 47

제1장 총칙 규정 49

1. 개관 49
2. 목적 규정 51
3. 기본이념에 관한 규정 55
4. 정의 규정 57
5. 해석 규정 66
6. 국가 등의 책무·책임 등에 관한 규정 69
7. 적용 범위에 관한 규정 72
8. 다른 법령과의 관계에 관한 규정 77

제2장 실체 규정 82

1. 기본계획 82
2. 인허가 제도 일반론 85
3. 허가 88
4. 특허 137
5. 인가 141
6. 등록 143
7. 신고 153
8. 지정 165
9. 인허가 등의 의제 172
10. 결격사유 182

11. 과징금	205
12. 부담금	218
13. 연체금과 가산금	228
14. 행정상 강제	235
15. 보조·출연·출자·융자	255
16. 국공유재산의 관리·처분	275
17. 조세법 규정	294
18. 재정·회계 제도	313
19. 기금	336
20. 자격 부여	351
21. 외국인의 지위	378
22. 검사	384
23. 위원회	396
24. 특수법인	425
25. 겸직과 영리업무의 금지	443
26. 행정지도	448
27. 공법상 계약	451
28. 지방자치제도	454
제3장 보칙 규정	462
1. 개관	462
2. 수수료	464
3. 출입검사와 질문	472

목 차

4. 보고의무	477
5. 청문	482
6. 권한의 위임·위탁	486
7. 직무대리(職務代理)	504
8. 행정업무의 대행(代行)	507
9. 개인정보의 처리	513
10. 공표	520
11. 행정쟁송	525
12. 손실보상(損失補償)	538
13. 손해배상(損害賠償)	544
14. 동일 또는 유사 명칭의 사용금지	553
15. 벌칙 적용 시의 공무원 의제	556
제4장 벌칙 규정	562
1. 개관	562
2. 벌칙의 규정 방식	563
3. 구성요건	569
4. 법정형	575
5. 과실범, 미수범, 공범, 형의 감면, 친고죄 등	583
6. 「형법」의 적용 제한 규정	591
7. 양벌 규정	592
8. 행정질서벌(과태료)	597

제5장 부칙 규정 608

- 1. 개관 608
- 2. 시행일에 관한 규정 612
- 3. 유효기간에 관한 규정 622
- 4. 다른 법령을 폐지하는 규정 630
- 5. 법령의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정 633
- 6. 적용례에 관한 규정 639
- 7. 특례에 관한 규정 650
- 8. 경과조치에 관한 규정 656
- 9. 다른 법령의 개정에 관한 규정 712
- 10. 다른 법령과의 관계 717

제3편 법령의 체제와 개정·폐지 방식 721

제1장 법령의 체제 723

- 1. 법령의 제명 723
- 2. 제명·본칙·부칙과 장·절의 구분 725
- 3. 법령 조항과 별표·서식 726

제2장 법령의 개정 방식과 폐지 방식 734

- 1. 개정 방식의 유형과 기준 734
- 2. 일부개정 방식 735
- 3. 전부개정 방식 766

목 차

4. 공포 후 시행 전 조문의 개정문 작성 방식	768
5. 관련성 있는 법령을 함께 개정하는 방식	776
6. 공동부령의 개정 방식	782
7. 폐지 방식	783
제3장 법령 용어와 표현	785
1. 법령 용어의 통일적 사용	785
2. 약칭 사용	790
3. 준용(準用)	794

Ministry of Government Legislation

세부목차

법령입안 · 심사기준

제1편 법령 입안의 기본 원칙 1

제1장 법령 입안의 의의 3

- 1. 법령의 본질과 법령 입안 3
- 2. 법령 입안과 입법 4
- 3. 법체계와 법령 형식 5
- 4. 법령 입안·심사 기준 7

제2장 입법의 필요성 판단과 입법 형식의 선택 8

- 1. 입법의 필요성 판단 8
- 2. 입법 형식의 선택 9
 - 가. 체계 정당성 원리와 입법의 형식 10
 - 1) 체계 정당성 원리의 의의 10
 - 2) 법령의 제정·개정의 선택과 특별법 문제 10
 - 3) 법령 통폐합과 분법(分法)의 문제 12
 - 가) 법령 통폐합의 필요성 12
 - 나) 법령 통폐합의 기준 12
 - (1) 유사한 분야나 유사한 내용을 여러 법령으로 나누어 규정한 경우 ... 12
 - (2) 내용상 연관성이 높고 통합 대상 법령의 조문 수가 적은 경우 13
 - (3) 같은 대상자에 대해 내용별로 따로 규정하고 있는 경우 13

(4) 같거나 유사한 분야임에도 세부 내용을 별도 법령으로 정한 경우 ...	13
(5) 하나의 법률에 다수의 하위법령을 둔 경우	13
다) 분법의 필요성과 기준	14
나. 법령 형식과 규정 내용	15
3. 하위법령으로의 위임	17
가. 개관	17
나. 위임 시 법령 형식별 소관 사항	18
다. 위임 대상 법령별 규정 방식	19
1) 일반적인 규정 방식	19
2) 대통령령이나 총리령·부령으로 정하도록 위임하는 방식	20
3) 고시 등 행정규칙에 위임하는 경우	22
4) 정관 등 조직의 자치 규정에 위임하는 경우	23
라. 위임을 받은 하위법령 규정 방식	24
1) 위임을 받은 하위법령의 입법 한계	24
2) 위임 범위 판단기준	25
3) 하위법령의 절차 및 방식	26
4) 하위법령 입법 부작위	26
5) 입안·심사 시 유의 사항	26
4. 다른 법률로 정하도록 하는 방식	27
5. 집행명령	28

제3장 법령 입안과 관련한 헌법 원칙	29
1. 실체적 내용에 관한 헌법 원칙	29
가. 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)	29
1) 의의와 내용	29
2) 법령 입안·심사 시 고려 사항	31
나. 평등의 원칙	31
1) 의의와 내용	31
2) 법령 입안·심사 시 고려 사항	32
3) 남녀 평등(성인지적 관점) 등 특별한 보호가 필요한 경우와 평등의 원칙 ·	33
다. 신뢰보호의 원칙(소급입법금지의 원칙)	35
1) 의의와 내용	35
2) 법령 입안·심사 시 고려 사항	36
라. 적법절차의 원칙	37
1) 의의와 내용	37
2) 법령 입안·심사 시 고려 사항	38
마. 과소보장 금지의 원칙	38
1) 의의	38
2) 법령 입안·심사 시 유의 사항	39
2. 법령 형식에 관한 헌법 원칙	39
가. 명확성의 원칙	39
1) 의의와 내용	39

- 2) 법령 입안·심사 시 고려 사항 40
 - 가) 명확성의 정도 40
 - 나) 불확정 개념의 사용 40
 - 다) 행정기관 재량권과의 관계 41
- 나. 포괄위임금지의 원칙 41
 - 1) 의의와 내용 41
 - 2) 구체성과 명확성 요구의 정도 42
 - 3) 법령 입안·심사 시 고려 사항 43
- 다. 의회유보의 원칙 44
- 라. 죄형법정주의 44
 - 1) 의의와 내용 44
 - 2) 법령 입안·심사 시 고려 사항 45
- 마. 조세법률주의 46

제2편 법령 입안·심사의 세부 기준 47

제1장 총칙 규정 49

- 1. 개관 49
 - 가. 의의 49
 - 나. 규정의 위치 50
 - 다. 규정의 내용과 순서 50

세부목차

2. 목적 규정	51
가. 의의	51
나. 규정의 위치	52
다. 규정의 제목	52
라. 규정의 표현 방식	52
1) 수단을 나열한 후 목적을 규정하는 방식	53
2) 목적을 명시한 후 수단을 규정하는 방식	53
3) 직접 목적만 규정하는 방식	54
마. 목적 규정에서의 약칭 사용	54
바. 하위법령의 목적 규정	54
3. 기본이념에 관한 규정	55
가. 의의	55
나. 규정의 위치와 제목	56
다. 규정의 표현 방식	56
4. 정의 규정	57
가. 의의	57
나. 규정의 위치	58
다. 규정의 제목	59
라. 규정의 표현 방식	59
1) 정의하는 용어가 하나인 경우의 표현 방식	59

2) 정의하는 용어가 둘 이상인 경우의 표현 방식	60
3) 정의 규정을 총칙 규정 부분 외에 둔 경우의 표현 방식	62
4) 특정 용어를 괄호를 사용하여 정의한 경우의 표현 방식	62
5) 총칙 규정이 아닌 별도의 장에 정의 규정을 둔 경우의 표현 방식	63
6) 용어 정의의 구체적 내용을 하위법령에 위임하는 방식	63
마. 정의 규정과 약칭	64
1) 정의 규정과 약칭의 구분	64
2) 정의된 용어의 약칭	64
바. 하위법령에서의 정의 규정	65
5. 해석 규정	66
가. 의의	66
나. 규정의 위치	67
다. 규정의 제목	68
라. 규정의 표현 방식	68
6. 국가 등의 책무·책임 등에 관한 규정	69
가. 의의	69
나. 규정의 위치	69
다. 규정의 제목	69
라. 규정의 표현 방식	70
7. 적용 범위에 관한 규정	72

세부목차

가. 의의	72
나. 규정의 위치	72
1) 총칙에 두는 경우	72
2) 특정한 조항의 적용 범위를 한정하는 경우	73
다. 규정의 제목	74
라. 규정의 표현 방식	74
1) 법령의 적용 대상을 적극적으로 규정하고 있는 방식	74
2) 법령의 적용 제외 대상을 규정하고 있는 방식	75
3) 법령의 적용 대상과 적용 제외 대상을 함께 규정하고 있는 방식	75
4) 적용 범위의 구체적 내용을 하위법령에 위임하는 방식	76
8. 다른 법령과의 관계에 관한 규정	77
가. 의의	77
나. 규정의 위치	77
다. 규정의 제목	77
라. 규정의 표현 방식	78
1) 다른 법령을 우선 적용하고, 다른 법령에 특별한 규정이 없는 경우에만 그 법령의 규정을 적용하도록 하는 방식	78
2) 그 법령을 다른 법령보다 우선 적용하도록 하는 방식	79
3) 일정 사항에 대해서는 그 법령을 우선 적용하고, 다른 사항에 대해서는 다른 법령을 우선 적용하도록 하는 방식	79

4) 다른 법령의 제정·개정 시 그 법령의 목적이나 이념에 맞도록 해야
 한다는 규정을 두는 방식 80

마. 적용 범위에 관한 규정과 다른 법령과의 관계에 관한 규정의 구분 80

제2장 실체 규정 82

1. 기본계획 82

 가. 기본계획의 의의 82

 나. 기본계획 입안 시 유의 사항 84

2. 인허가 제도 일반론 85

 가. 인허가 제도의 의의 85

 나. 규제 완화와 인허가의 관계 86

 다. 우선허용·사후규제 방식 86

 라. 자동적 처분 87

3. 허가 88

 가. 허가 제도의 개요 88

 1) 허가의 의의 88

 2) 영업허가와 특허의 차이점 90

 나. 허가의 규정 형식 90

 다. 조건부허가와 예비허가(내인가) 91

 라. 허가기준 94

 마. 허가신청의 절차 98

세부목차

바. 허가증의 발급	100
사. 허가의 유효기간	101
1) 허가의 유효기간을 두는 경우	101
2) 유효기간 만료의 사전 통지	103
3) 허가기준의 정기 신고	104
아. 부관(附款)	104
자. 허가 사항의 변경	106
차. 휴업·폐업 절차	109
카. 영업허가를 받은 자의 지위 승계	111
1) 영업자 지위 승계의 의의	111
2) 영업자 지위의 승계에 대한 인가 또는 신고	112
타. 허가 취소 또는 영업정지 등	117
1) 행정처분의 근거	117
2) 행정처분 규정 방식	117
3) 행정처분의 기준	118
가) 일반기준	118
나) 개별 분사무소별 영업정지에 관한 기준	120
다) 폐업 시 허가 취소에 관한 기준	120
4) 하위법령에서의 행정처분 기준	123
가) 일반기준	125

① 일반기준 1: 위반행위가 둘 이상인 경우의 처분기준	125
② 일반기준 2: 위반행위의 횟수에 따른 처분기준	125
③ 일반기준 3: 처분의 가중·감경에 관한 사항	128
나) 개별기준	131
5) 행정처분 절차	131
6) 제척기간	133
7) 행정처분 효과의 승계	134
파. 무허가 영업에 대한 벌칙	137
4. 특허	137
가. 특허의 의의	137
나. 개인의 자격에 대한 면허와의 구별	138
다. 특허 제도 입안 시 유의 사항	139
5. 인가	141
가. 인가의 의의	141
나. 인가 제도 입안 시 유의 사항	142
6. 등록	143
가. 등록의 의의	143
나. 등록의 규정 형식	144
다. 등록기준	145
라. 등록 조건	148

세부목차

마. 등록의 유효기간	148
바. 등록 사항의 변경	149
사. 등록증의 발급	150
아. 등록을 한 자의 지위 승계와 행정처분 효과의 승계	151
자. 등록취소(말소), 영업정지 등	151
7. 신고	153
가. 신고 제도의 의의	153
1) 자기완결적 신고와 수리가 필요한 신고	153
2) 「행정기본법」의 제정에 따른 현행 법률의 정비	155
3) 신고 제도 입안 시 유의 사항	156
나. 신고의 규정 형식	157
다. 신고 요건과 신고 조건	159
라. 신고증명서의 발급	159
마. 신고의 유효기간	160
바. 신고사항의 변경	161
사. 영업정지, 영업장 폐쇄와 신고효력 상실	161
아. 신고 위반에 대한 제재	164
8. 지정	165
가. 지정 제도의 의의	165
나. 기존 인허가나 특허로서의 지정	165

다. 행정업무의 부여를 위한 지정	167
라. 지원·육성 대상 기관으로 선정하는 지정	170
마. 규제 대상의 특정을 위한 지정	171
9. 인허가 등의 의제	172
가. 인허가 의제의 의의	172
나. 인허가 의제의 규정 방식	173
1) 인허가 의제의 조 제목	174
2) 법률에 인허가 의제 대상 명시	174
3) 의제되는 인허가 행정청과의 협의 규정	175
다. 그 밖의 인허가 의제 관련 규정	176
1) 주된 인허가 시 통보 의무	176
2) 의제되는 인허가의 절차에 관한 규정	177
3) 인허가 의제 후 사후 관리 규정	178
4) 실무협의회 구성, 협의 간주 등 도입	181
10. 결격사유	182
가. 결격사유의 의의	182
나. 결격사유와 기본권과의 관계	183
다. 결격사유의 일반적 규정 방식	183
1) 법률에서 규정할 것(「행정기본법」 제16조제1항)	183
2) 규정의 필요성이 분명할 것(「행정기본법」 제16조제2항제1호)	183

세부목차

3) 필요한 항목만 최소한으로 규정할 것(「행정기본법」 제16조제2항제2호) · 184	
4) 대상이 되는 자격, 신분, 영업 또는 사업 등과 실질적인 관련이 있을 것 (「행정기본법」 제16조제2항제3호) ······ 184	
5) 유사한 다른 제도와 균형을 이룰 것(「행정기본법」 제16조제2항제4호) · 184	
라. 결격사유의 표현 방식 ······ 185	
1) 자격이나 신분을 부여하는 경우의 결격사유 ······ 185	
2) 인허가 등의 요건으로서 결격사유를 규정하는 방식 ······ 185	
마. 결격사유의 유형과 그 규정 방식 ······ 187	
1) 결격사유의 유형 ······ 187	
2) 제한능력자 ······ 188	
① 미성년자 ······ 188	
② 피성년후견인· 피한정후견인 ······ 188	
③ 정신장애 관련 사유 등 ······ 190	
3) 파산선고를 받고 복권되지 않은 자 ······ 191	
4) 형사처벌을 받은 사실이 있는 자 ······ 193	
5) 자격이 상실되거나 정지된 자 ······ 198	
6) 인허가가 취소된 자(행정처분을 받은 사실이 있는 자) ······ 199	
7) 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 법인 ······ 201	
8) 그 밖의 결격사유 ······ 202	
바. 결격사유와 인허가 취소와의 관계 ······ 203	

11. 과징금	205
가. 과징금의 의의	205
나. 과징금의 유형	205
1) 경제적 이익 환수 과징금	205
2) 영업정지 대체 과징금	206
3) 순수한 금전적 제재로서의 과징금	206
다. 과징금 제도 도입 시 유의 사항	207
라. 영업정지 대체 과징금의 도입 기준	208
마. 영업정지 대체 과징금의 규정 방식	209
1) 과징금 부과처분의 근거	209
2) 과징금의 부과 기준	210
3) 영업정지기간과 매출금액 등을 반영한 과징금 부과기준 규정	212
4) 과징금의 부과	214
5) 납부기한의 연기와 과징금의 분할 납부	215
6) 과징금의 징수	215
7) 과징금 미납과 가산금	216
8) 과징금의 귀속과 강제징수	216
9) 과징금의 용도	217
12. 부담금	218
가. 의의	218

세부목차

나. 유사 금전납부의무와의 구분	218
1) 부담금과 조세(목적세)	218
2) 부담금과 사용료·수수료	219
3) 부담금과 사회보험료	219
4) 부담금과 과태료	219
5) 용어의 정비	219
다. 부담금의 유형	220
1) 인적 공용부담으로서의 부담금	220
가) 수익자부담금	220
나) 원인자부담금	221
2) 의무이행 확보수단으로서의 부담금(유도적 부담금)	221
라. 부담금 제도 도입의 원칙	222
마. 부담금의 규정 방식	223
1) 부과 요건의 법정화	223
2) 이중부과의 금지	224
3) 부담금 존속기한의 설정	224
4) 부과절차	225
5) 강제징수 절차와 가산금	225
6) 구제수단	226
7) 부담금의 귀속 및 용도	227

13. 연체금과 가산금	228
가. 의의	228
나. 연체금과 가산금의 구분	229
다. 연체금에 관한 일반 규정	230
1) 민사관계법상의 관련 규정	230
2) 재정 관련 법령상의 연체금 관련 규정	231
라. 연체금과 가산금의 규정 방식	231
1) 용어의 통일	231
2) 부과 근거의 법정화	231
3) 연체금과 가산금의 산정기준	233
4) 증가산금	234
14. 행정상 강제	235
가. 개관	235
나. 행정대집행	236
1) 의의	236
2) 행정대집행 근거에 관한 규정 방식	236
3) 행정대집행의 비용징수에 관한 규정 방식	237
4) 행정대집행 권한위탁에 관한 규정 방식	238
다. 이행강제금의 부과	239
1) 의의	239
2) 이행강제금의 도입 기준	240

세부목차

3) 이행강제금의 규정 방식	241
가) 이행강제금 부과 근거 법률의 규정사항	241
나) 부과금액의 산정기준	242
다) 이행강제금 부과 주기	244
라) 이행강제금 부과 절차	245
마) 불복절차	246
바) 강제징수 절차	246
라. 직접강제	247
1) 의의	247
2) 직접강제의 도입 기준	248
3) 규정 방식	248
가) 직접강제의 발동 요건	248
나) 직접강제의 절차	248
마. 강제징수	250
1) 의의	250
2) 행정상 강제징수의 규정 방식	250
바. 즉시강제	252
1) 의의	252
2) 즉시강제의 도입 기준	253
3) 규정 방식	253
가) 즉시강제의 발동 요건	253
나) 즉시강제의 절차	253

15. 보조·출연·출자·융자	255
가. 보조금	256
1) 의의	256
2) 보조금의 근거	257
3) 보조금의 규정 형식	258
4) 보조금의 지급 주체	259
5) 보조금의 상대방과 대상 사업	260
6) 「보조금 관리에 관한 법률」 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례 규정	261
가) 보조금의 지급 대상의 특례	262
나) 「보조금 관리에 관한 법률」의 적용 배제 특례	262
다) 보조금의 전용에 관한 특례	263
라) 그 밖의 특례 규정	263
나. 출연	265
1) 의의	265
2) 출연의 근거	265
3) 보조금과의 차이	266
4) 출연의 규정 형식	267
다. 출자	268
1) 의의	268
2) 출자의 근거	268

세부목차

3) 출자 이후의 관리	269
4) 출자의 규정 형식	270
5) 현물출자에 관한 문제	271
라. 용자	271
1) 의의	271
2) 용자의 근거	272
3) 용자의 규정 형식	273
16. 국공유재산의 관리·처분	275
가. 국공유재산 관리 법령 체계	275
나. 국공유재산 특례에 관한 제한	275
다. 국공유재산의 분류·관리 원칙	276
1) 국공유재산의 분류	276
2) 국공유재산의 관리기관	277
3) 국유재산종합계획 및 공유재산관리계획	278
라. 행정재산의 관리·처분	279
1) 행정재산의 취득	279
가) 법령에 따른 취득	279
나) 기부채납	280
2) 행정재산의 사용	280
가) 행정재산 사용허가의 포괄적인 예외	281

나) 사용허가의 구체적인 사항별 특례 인정	283
① 사용허가의 범위에 관한 특례	283
② 사용료 감면에 관한 특례	284
③ 사용허가의 기간에 관한 특례	285
3) 처분(소유권 이전) 제한	286
마. 일반재산의 관리·처분	287
1) 관리·처분 개요	287
2) 관리·처분 계약	287
3) 관리·처분의 유형	288
가) 일반재산의 대부	288
나) 일반재산의 매각	289
다) 일반재산의 교환·양여 및 개발	290
① 교환과 양여	290
② 개발	291
4) 현물출자	292
5) 처분 제한	293
17. 조세법 규정	294
가. 조세법의 기본원리	294
1) 조세의 의의 및 조세법령의 일반원칙	294
2) 조세법률주의 원칙	295
가) 과세요건 법정주의	295

세부목차

나) 과세요건 명확주의	296
다) 소급과세금지의 원칙	297
① 소급과세금지의 의의	297
② 진정·부진정 소급효	298
③ 절차적 규정에 대한 적용 여부	299
3) 조세평등주의 원칙	299
가) 조세평등주의와 응능과세(應能課稅)의 원칙	299
나) 조세우대 조치	300
다) 공제제도	301
4) 위임입법 관련 원칙	301
나. 조세법 체계	302
1) 국세의 체계	302
2) 지방세의 체계	304
다. 조세감면 규정	306
1) 조세감면의 의의	306
2) 조세감면의 법적 체계	308
가) 조세특례 제한	308
나) 조세감면과 조세법률주의	308
다) 세법에 따른 조세감면의 방법	309
라) 세법 외의 법률에 두는 조세감면 규정	311
라. 조례로 지방세를 규정하는 경우	312

18. 재정·회계 제도	313
가. 재정의 의의	313
나. 재정에 관한 법체계	314
다. 재정·회계 제도	315
1) 일반회계의 원칙	315
2) 특별회계 제도	315
3) 기금	316
4) 자금	316
라. 재정·회계의 처리기관	317
1) 「국가재정법」에 따른 중앙관서의 장과 「지방재정법」에 따른 지방자치 단체의 장	317
2) 「국가재정법」 제6조제1항에 따른 독립기관	318
마. 일반회계에 대한 특례 규정	318
1) 예산총계주의원칙과 그 예외	318
2) 예산안편성지침에 대한 특례	320
3) 세출예산의 전용과 이월	321
4) 예산의 목적 외 사용금지에 대한 특례	323
바. 특별회계법의 입법 형식과 내용	324
1) 총칙	325
가) 목적·설치 규정	325
나) 특별회계의 관리 주체	326
다) 계정의 구분	326

세부목차

2) 세입·세출 규정	327
가) 일반적인 사항	327
나) 일반회계 등 다른 회계로부터의 전입	327
다) 차입금	328
라) 준비금의 설치 및 예비비의 계상	329
① 준비금 또는 적립금	329
② 예비비	330
마) 예산 편성상의 특례	330
3) 결산 관련 규정	331
가) 예산의 이월 등	331
나) 잉여금	332
4) 사무위탁과 감독	333
5) 유효기간 등	334
사. 공공기관 등의 재정회계	334
1) 공공기관의 재정회계 원칙	334
2) 자본금	335
3) 손익금의 처리	335
19. 기금	336
가. 기금의 의의와 법적 근거	336
1) 기금의 의의	336
2) 기금 설치·운용의 근거법	337

나. 개별 기금 법제의 입법 형식과 내용	338
1) 기금법의 입법 형식	339
2) 기금 설치 규정	339
3) 기금의 재원과 용도	342
가) 기금의 재원 조성	342
나) 기금의 용도	343
① 기금 사용의 유형	343
② 예산의 이월과 예산목적 외 사용	343
다) 기금의 관리·운영	343
① 기금 관리·운영 업무	343
② 기금운용계획의 수립 등 절차 규정	345
③ 기금운용심의회 설치	345
④ 기금의 여유자금 운용 방법	346
라) 기금의 회계 및 결산	348
① 기금의 회계연도	348
② 회계방식	348
③ 기금의 회계기관	348
④ 기금의 계정 설정	349
⑤ 기금의 구분 경리	350
⑥ 이익과 결손의 처리	350

세부목차

20. 자격 부여	351
가. 개관	351
1) 자격 제도의 유형	351
2) 자격 제도의 도입 기준	352
3) 「자격기본법」 등과의 관계	352
4) 일반적인 규정 사항	353
나. 자격의 명칭	353
다. 자격자의 업무에 관한 규정	354
라. 무자격자의 자격업무 종사와 명칭 사용 제한	355
1) 무자격자의 자격업무 종사 제한	355
2) 자격 명칭 사용의 제한	356
마. 자격 부여 형식에 관한 규정	357
바. 자격자 결정 방법에 관한 규정	360
1) 일반적인 규정	360
2) 시험의 면제	364
3) 외국인의 응시 자격과 외국 자격의 인정	365
사. 결격사유	367
아. 자격업무 개시에 관한 규정	369
자. 자격자의 의무	371
차. 자격취소와 그 밖의 처분	372

1) 자격취소·업무정지 등	373
2) 자격자에 대한 징계	375
카. 자격자 단체에 관한 규정	376
21. 외국인의 지위	378
가. 개관	378
나. 외국인의 권리 등의 인정 방법과 범위에 따른 분류	379
1) 내국인과 동등한 지위 인정	379
2) 상호주의 규정	379
3) 외국인의 권리 등을 부인하는 규정	380
4) 외국인의 권리 등을 인정하되 일정한 제한을 두는 규정	382
다. 그 밖의 관련 사항	383
22. 검사	384
가. 개관	384
나. 검사의 주체	384
1) 행정기관이 직접 검사하거나 기관을 지정해서 검사하게 하는 경우	384
2) 자체적으로 검사하게 하는 경우	385
다. 검사의 종류 및 주기	386
라. 검사기관 지정·위탁 기준과 절차에 관한 규정	387
마. 검사기관 지정취소 등 행정제재 규정	388
바. 검사기관에 대한 감독 등에 관한 규정	389

세부목차

사. 검사와 유사한 제도(인증, 검정, 인정)	391
1) 인증(認證)	391
가) 개관	391
나) 인증의 유형 및 효과	391
다) 인증 관련 법령 규정	392
2) 검정(檢定)	394
3) 인정(認定)	395
23. 위원회	396
가. 위원회의 의의와 종류	396
나. 위원회의 성격에 따른 입법 방식	398
다. 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」과의 정합성	400
라. 위원회의 규정 방식	401
1) 위원회의 설치	402
가) 위원회의 설치 근거 규정	402
나) 위원회의 통합·운영에 관한 규정	405
2) 위원회의 구성	406
가) 위원회 구성의 기본 원칙	406
나) 위원회의 구성 규정	407
다) 위원의 임기와 신분 규정	410
라) 위원장	415
마) 위원회의 존속기한	416

3) 위원회의 운영	416
가) 출석 회의의 원칙	416
나) 회의의 소집권자에 관한 규정	417
다) 정족수에 관한 규정	418
라) 분과위원회 등에 관한 규정	418
마) 위원회의 간사 또는 사무기구	420
바) 위원의 수당 등에 관한 규정	421
사) 그 밖의 규정	421
4) 조정위원회의 조정의 효력에 관한 규정	423
24. 특수법인	425
가. 개관	425
나. 특수법인의 설립	428
1) 법인의 설립에 관한 규정	428
가) 법률로 직접 법인을 설립하는 방식	428
나) 법률에 설립 근거 규정만 두고 설립 자체는 자유의사에 맡기는 방식	428
2) 법인격의 부여	429
3) 등기사항 규정 방식	431
4) 법인의 정관 기재 사항	433
다. 특수법인의 사업	434
라. 특수법인의 이사회와 임직원에 관한 규정	436
1) 이사회에 관한 규정	437

세부목차

2) 대표자 등 임원 규정	438
3) 대표권 제한 규정	439
4) 대리인 규정	440
마. 재원 등 재정회계에 관한 사항	440
바. 특수법인에 대한 감독	441
25. 겸직과 영리업무의 금지	443
가. 개관	443
나. 겸직 금지와 영리업무 금지 규정	444
1) 공무원의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정	444
2) 공공단체 임직원의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정	445
3) 공적 조합·특수법인의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정	445
4) 특수업무를 수행하는 사기업의 임직원, 특정 자격자 등에 대한 겸직 금지와 영리업무 금지 규정	445
26. 행정지도	448
가. 개관	448
나. 행정지도의 규정 내용	449
27. 공법상 계약	451
가. 의의 및 종류	451
나. 법적 규율	452
다. 규정 시 유의 사항	453

28. 지방자치제도	454
가. 의의	454
나. 입안 시 유의사항	454
1) 자치입법권의 보장	454
가) 법령상 규율 완화 및 조례 위임 확대	454
나) 조례 위임 시 유의사항	456
다) 법령상 규제 기준의 완화 또는 강화	458
라) 하위법령에 의한 자치입법권 침해 금지	459
2) 사무수행의 독립성·자율성 실질적 보장	461
제3장 보칙 규정	462
1. 개관	462
가. 보칙 규정의 의의	462
나. 규정 시 유의 사항	462
2. 수수료	464
가. 의의	464
나. 부과·징수의 근거	464
1) 국가가 부과·징수하는 수수료 및 사용료	464
2) 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료 및 사용료	465
3) 수수료의 감면	465

세부목차

다. 수수료에 관한 규정 방식	466
1) 제목을 규정하는 경우	466
2) 수수료의 근거 규정에 관한 입법례	466
3) 업무를 대행하게 하거나 위탁한 경우의 입법례	467
4) 수수료의 금액	467
5) 수수료의 납부 방법	469
6) 수수료의 귀속	470
7) 수수료의 강제징수	470
8) 수수료 반환 규정	471
3. 출입검사와 질문	472
가. 출입검사·질문 규정의 의의	472
나. 「행정조사기본법」과의 관계	472
다. 출입검사·질문의 근거	472
라. 출입검사·질문의 범위	474
마. 출입검사·질문과 영장주의에 관한 문제	474
바. 검사를 위해 물품을 수거하는 경우의 보상 문제	475
사. 출입검사·질문 규정 위반에 대한 제재	475
4. 보고의무	477
가. 의의	477
나. 「행정조사기본법」과의 관계	477

다. 보고의무의 규정 방식	477
라. 보고의무 규정 위반에 대한 벌칙	481
5. 청문	482
가. 의의	482
나. 개별법상 청문 규정과 「행정절차법」상 청문과의 관계	482
다. 청문 규정을 두어야 하는 경우	483
라. 청문 규정의 위치	484
마. 행정처분의 위임 시 청문 권한의 위임	485
6. 권한의 위임·위탁	486
가. 의의	486
나. 위임·위탁의 근거	486
다. 권한 위임·위탁의 규정 방식	488
1) 권한위임 규정의 표현 방식	488
2) 민간위탁의 규정 방식	491
가) 민간위탁의 필요성과 한계	491
나) 민간위탁의 규정 방식	492
라. 하위법령에서 소관 기관을 표기하는 방식	496
마. 재위임·위탁의 규정 방식	497
바. 그 밖의 위임·위탁 규정 관련 유의 사항	499

세부목차

7. 직무대리(職務代理)	504
가. 의의	504
나. 유사 개념과의 구별	504
다. 대리의 규정	505
1) 직무대리 명칭 사용	505
2) 직무대리의 규정 방식	505
8. 행정업무의 대행(代行)	507
가. 의의	507
나. 유사 개념과의 구별	507
다. 대행의 기능	507
라. 대행 제도의 도입	508
마. 대행의 규정 방식	509
1) 대행자에 대한 지휘·감독	510
2) 대행비용의 징수 등	511
3) 벌칙 적용 시의 공무원 의제	512
9. 개인정보의 처리	513
가. 개인정보자기결정권	513
나. 개인정보의 수집·이용	514
다. 개인정보의 제공	515
라. 민감정보 및 고유식별정보의 처리	516

1) 민감정보 및 고유식별정보의 처리 제한	516
2) 민감정보 및 고유식별정보 처리 근거의 규정 방식	518
10. 공표	520
가. 의의 및 필요성	520
나. 성질	520
다. 규정 방식	523
11. 행정쟁송	525
가. 개관	525
나. 행정소송	525
1) 개별법상 「행정소송법」에 대한 특례 규정의 필요성	525
2) 「행정소송법」에 대한 특례의 규정 방식	526
가) 행정소송의 제기 대상	526
나) 행정소송의 제기기간 등	526
다) 행정소송의 피고 명시	528
라) 행정소송 심리절차의 특례 인정	528
마) 특수한 소송의 인정	529
3) 행정심판과의 관계 설정	530
다. 행정심판	531
1) 개별법상 「행정심판법」에 관한 특례 규정의 필요성	531
2) 「행정심판법」에 대한 특례의 규정 방식	532

세부목차

가) 「행정심판법」에 갈음하는 특별절차를 규정하는 방식	532
나) 「행정심판법」 상 일부 규정에 대한 특례를 규정하는 방식	534
① 행정청이 아닌 자의 처분에 대한 심판기관의 규정 방식	534
② 행정심판위원회에 관한 특례를 정하는 방식	535
③ 행정심판 청구기간과 청구이유에 관한 특례를 규정하는 방식	535
3) 이의신청 등 간이 행정쟁송절차	536
12. 손실보상(損失補償)	538
가. 손실보상의 의의	538
나. 손실보상의 원인이 되는 행위	538
다. 손실보상의 규정 방식	540
라. 손실보상의 기준	541
마. 손실보상의 절차	541
바. 당사자와의 협의	543
13. 손해배상(損害賠償)	544
가. 손해배상의 의의	544
나. 개별법상 손해배상 요건 규정 방식	544
1) 무과실책임	545
2) 귀책사유 증명책임의 전환	546
3) 과실의 추정	546
다. 손해배상 책임자	547

라. 손해배상책임에 대한 보장	548
마. 손해배상 관련 특칙	549
바. 징벌적 손해배상	550
14. 동일 또는 유사 명칭의 사용금지	553
가. 의의	553
나. 규정 방식	553
1) 명칭 사용 제한	553
2) 유사 명칭 사용의 제한	554
3) 명칭 사용에 대한 제재 규정	555
15. 벌칙 적용 시의 공무원 의제	556
가. 의의	556
나. 적용 대상자	557
다. 적용 대상 벌칙의 범위	558
라. 규정의 위치	560
제4장 벌칙 규정	562
1. 개관	562
가. 행정벌의 의의	562
나. 일반적 유의 사항	563
2. 벌칙의 규정 방식	563

세부목차

가. 조 제목과 규정 방식	563
나. 벌칙의 명령에의 위임	566
1) 일반적인 유의 사항	566
2) 위임 기준	567
가) 처벌법규의 위임 요건	567
나) 불명확한 개념을 토대로 한 위임 금지	567
3) 위임의 방식	568
3. 구성요건	569
가. 의의	569
나. 명확성의 원칙	569
1) 의무 규정의 명확성	569
2) 처벌 대상의 명확성	570
3) 처벌 대상 위반행위의 명확성	570
4) 범죄 성립 시기의 명확성	571
다. 구성요건의 규정 방식	571
1) 실제 규정에서 일정한 작위·부작위 의무를 과하는 뜻을 규정하고, 벌칙 규정에서 실제 규정 위반자에 대한 처벌을 규정하는 방식	571
2) 일정한 작위 또는 부작위 의무를 규정한 다른 실제 규정과 연결하지 않고 벌칙 규정 자체에서 구성요건을 규정하는 방식	573
3) 가중처벌 규정을 하나의 조문에 규정하는 경우	573
4) 법령 중 일부가 준용되는 자에 대한 벌칙 적용	574

4. 법정형	575
가. 개관	575
나. 유기징역과 유기금고의 규정 방식	575
다. 자격상실과 자격정지의 규정 방식	576
라. 벌금의 규정 방식	577
1) 일반적인 규정 방식	577
2) 최고액을 정하는 한편 범죄행위의 정도·태양에 따라 벌금액을 증감할 수 있도록 하는 방식	577
3) 위반행위의 대상이 되는 물건가격, 용역대금 또는 금전채무의 금액을 기준으로 정하는 방식	578
마. 징역과 벌금의 선택적 규정 방식	578
바. 징역과 벌금의 병과 방식	579
사. 구류·과료의 규정 방식	580
아. 몰수·추징의 규정 방식	580
5. 과실범, 미수범, 공범, 형의 감면, 친고죄 등	583
가. 과실범	583
나. 미수범	584
1) 의의	584
2) 규정 방식	584
다. 예비·음모	585
1) 의의	585

세부목차

2) 규정 방식	585
라. 교사·방조	586
1) 의의	586
2) 규정 방식	586
마. 형의 기중·감면	588
바. 친고죄와 반의사불벌죄	589
1) 의의	589
2) 규정 방식	589
6. 「형법」의 적용 제한 규정	591
7. 양벌 규정	592
가. 양벌 규정의 필요성과 적용 대상 형벌	592
나. 양벌 규정의 규정 방식	593
1) 일반적인 양벌 규정의 규정 방식	593
2) 양벌 규정의 적용 대상에 따른 규정 방식	594
가) 양벌 규정 적용 대상을 특수한 업무 주체로 하는 경우	594
나) 양벌 규정 적용 대상에 법인격 없는 단체를 포함하는 경우	594
3) 양벌 규정의 적용 형벌에 따른 규정 방식	595
가) 벌금형만 규정하는 경우	595
나) 벌금 또는 과료의 형을 규정하는 경우	595
다) 개별적으로 벌금형을 규정하는 경우	595
라) 법인에 대한 벌금형을 개인과 달리하는 경우	596

8. 행정질서벌(과태료)	597
가. 행정형벌과의 차이	597
나. 「질서위반행위규제법」의 제정·시행	597
다. 처분 대상 위반행위	598
1) 일반 유형	598
2) 과태료 처분 대상의 예외	600
라. 과태료 상한액	600
마. 과태료의 부과·징수 절차	601
1) 종전의 규정 방식	601
2) 「질서위반행위규제법」 시행 이후 규정 방식	601
바. 과태료에 책임주의 원칙 도입	603
사. 과태료 부과기준의 규정 방식	604
1) 일반기준	604
2) 과태료 부과금액	605
아. 위반 횟수별 과태료 가중처분 규정 방식	605
제5장 부칙 규정	608
1. 개관	608
가. 의의	608
나. 규정 사항과 규정 순서	609
1) 일반적인 규정 순서	609

세부목차

2) 적용례·특례·경과조치에 관한 부칙 규정의 규정 순서	609
3) 규정 방식	610
가) 일반적으로 부칙은 다음과 같은 방식으로 규정한다.	610
나) 개별법의 형식으로 부칙 사항을 규정하는 방식	610
다. 유의 사항	611
2. 시행일에 관한 규정	612
가. 법령의 시행	612
나. 시행일 규정의 규정 방식	612
1) 일반적인 규정 방식	612
가) 공포일부터 시행하도록 하는 방식	612
나) 공포일부터 일정 기간을 경과한 날부터 시행하게 하는 방식	613
다) 특정한 날부터 시행하게 하는 방식	614
라) 특정한 사실의 발생과 연계하여 시행하게 하는 방식	614
2) 그 밖의 규정 방식	614
가) 일부 조항의 시행일을 달리하는 규정 방식	615
나) 하위법령으로 시행일을 위임하는 방식	618
다. 시행일을 정할 때의 유의 사항	620
1) 시행유예기간의 적절한 설정	620
2) 관련 법령이 있는 경우 그에 따른 시행시점의 적절한 선택	620
3) 법령의 내용에 따라 논리적으로 시행 시점을 정해야 할 필요가 있는지 확인	621
4) 공포 후 시행 전 법령을 개정하는 경우 시행 혼란 방지	621

3. 유효기간에 관한 규정	622
가. 유효기간 규정의 필요성	622
나. 유효기간의 규정 방식	622
1) 법령 전체의 유효기간을 규정하는 방식	622
2) 특정 조항에 대한 유효기간을 규정하는 방식	623
3) 하위법령에 유효기간을 규정하는 문제	625
다. 유효기간을 연장하는 경우의 규정 방식	625
라. 유효기간 종료 후 남은 문제의 처리를 위한 경과규정	626
1) 한시법 시행 중에 행한 처분 또는 벌칙에 대한 경과규정	626
2) 한시법 실효 후 남은 업무를 처리하기 위한 경과규정	627
마. ‘규제의 존속기한’에 대한 문제	628
4. 다른 법령을 폐지하는 규정	630
가. 다른 법령을 폐지하는 규정의 필요성	630
나. 규정 방식	630
다. 법령의 폐지에 따른 사전 준비 및 경과규정	631
5. 법령의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정	633
가. 사전 준비행위 규정의 필요성	633
나. 사전 준비행위의 규정 방식	634
1) 법 시행을 위한 준비행위	634
2) 특수법인의 설립을 위한 준비행위	635

세부목차

가) 정관의 작성	636
나) 임원의 선임에 관한 문제	637
다) 설립비용의 처리 문제	638
다. 사전 준비행위를 규정할 때 유의 사항	638
6. 적용례에 관한 규정	639
가. 의의 및 필요성	639
나. 법령 적용의 시간적 범위에 관한 기준과 부칙 필요성	640
다. 적용례와 경과조치의 구별	641
라. 규정 순서	642
마. 규정 방식	644
1) 일반적인 규정 방식	644
2) 행정절차가 진행 중인 사항에 대해 규정하는 방식	645
가) 일반적인 경우	645
나) 여러 단계의 절차를 거치는 경우	645
3) 영업정지처분을 갈음하는 과징금 제도를 도입하는 경우의 규정 방식	647
4) 위반횟수별 가중처분 규정을 신설하는 경우 등의 규정 방식	648
바. 유의 사항	649
1) 소급적용의 문제	649
2) 적용시점(始點)을 일정 시점(時點)으로 정하는 문제	650
7. 특례에 관한 규정	650
가. 의의	650

나. 특례와 적용례·경과조치의 구별	650
다. 규정 방식	652
라. 유의 사항	654
1) 부칙의 특례와 본칙의 특례	654
2) 본칙에 대한 예외표시 등	655
8. 경과조치에 관한 규정	656
가. 의의 및 필요성	656
나. 규정 순서	657
다. 규정 방식	657
1) 법령이 개정된 경우 특정한 사람이나 사항(사물)에 대해 구법의 효력을 유지하기 위한 경과조치	657
2) 기득의 권리나 법적 지위를 존중·보호하기 위한 경과조치	659
가) 인허가 제도의 신설·변경·폐지	659
① 인허가 제도의 신설	659
② 인허가 제도의 내용 변경	662
③ 인허가 제도의 폐지	664
나) 자격요건의 변경	665
다) 결격사유의 신설·강화	667
3) 처분청 변경에 따른 경과조치	668
가) 권한이 이관되는 경우	668
나) 권한이 위임(위탁)되는 경우	670

세부목차

다) 권한이 이양되는 경우	670
4) 행정기관이 개편되는 경우 필요한 경과조치	672
가) 사무의 이관	672
나) 직원의 승계	674
다) 정무직에 관한 문제	675
라) 법규명령의 정리 문제	676
마) 사무조정에 따른 경과조치	677
바) 예산의 이체에 관한 문제	677
5) 회계법규의 개정으로 소관회계가 달라지는 경우의 경과조치	678
6) 위원회 명칭 변경 등에 따른 경과조치	679
가) 위원회의 명칭이 변경되는 경우	679
나) 위원회의 소관 사무 또는 기능이 변경되는 경우	679
다) 민간위원이나 여성위원의 비율 등 위원회의 구성이 변경되는 경우 ..	680
라) 위원, 임원의 임기가 신설·변경되거나 연임제한이 신설되는 경우 ..	681
7) 특수법인의 설립·폐지 등에 따른 경과조치	683
가) 기존법인을 특수법인으로 전환하는 조치	683
나) 특수법인 전환 시 필요한 경과조치	687
8) 제재처분으로서의 행정처분에 관한 경과조치	689
가) 제재처분 기준을 완화 또는 폐지하는 경우	690
나) 제재처분 기준의 강화 및 완화가 혼재된 경우	691
다) 제재처분 기준을 강화하는 경우	691
9) 서식·복제 등의 변경에 따른 경과조치	691

가) 서식의 경우	692
나) 복제의 경우	693
다) 안전표지나 신호등의 경우	694
10) 벌칙에 관한 경과조치	694
가) 개관	694
나) 벌칙을 신설하는 경우	696
다) 벌칙을 폐지하는 경우	696
라) 벌칙을 변경하는 경우(형벌의 종류를 변경하는 경우와 형량을 변경하는 경우를 모두 포함)	697
① 형벌의 종류가 중해지거나 형량이 높아지는 경우	697
② 형벌의 종류가 가벼워지거나 형량이 낮아지는 경우	697
마) 형벌을 과태료로 전환하는 경우	698
바) 형벌 규정과 과태료 규정을 모두 변경한 경우	699
사) 벌칙의 구성요건이 대통령령 등 하위법령에 위임된 경우	700
11) 과태료에 관한 경과조치	700
12) 법령의 유효기간 만료에 따른 경과조치	702
13) 폐지·제정 또는 전부개정 시의 경과조치	704
가) 일반적 경과조치	704
나) 전부개정 시 종전 부칙의 수용	704
14) 일괄개정 방식의 개정에 따른 경과조치	707
15) 입법 유형의 변경에 따른 경과조치	708

세부목차

가) 분법 또는 조문 이관 시의 경과조치	708
나) 조례 위임에 관한 경과조치	710
9. 다른 법령의 개정에 관한 규정	712
가. 의의	712
나. 규정 방식	712
1) 하나의 법령을 개정하는 방식	712
2) 두 개 이상의 법령을 개정하는 방식	712
3) 유의 사항	713
가) 부칙에서 개정하지 않고 개정을 위한 단일 법률을 만들 수도 있다. ·	713
나) 부칙에서 다른 법령을 개정할 수 있는 한계를 지켜야 한다.	714
다) 부령의 경우에는 그 발령권자와 소관 사항이 다르기 때문에 단순한 인용 조문 또는 자구 정리 등 경미한 사항이라도 부령의 부칙에서 다른 부처 소관의 부령을 개정하지 않도록 한다.	715
라) 다른 법령의 부칙을 개정하는 경우에는 그 법령의 공포번호를 명기하여 개정되는 부칙이 특정될 수 있도록 한다.	715
마) ‘다른 법령의 개정’에 따라 삭제되거나 개정된 조문을 인용하고 있는 다른 법령이 있는지(예: 법령 A의 ‘다른 법령의 개정’ 규정으로 법령 B 제○조가 삭제된 경우, ‘법령 B 제○조’를 인용하는 내용의 ‘법령 C 제△조’를 개정할 필요가 있음) 등 다른 법령의 개정으로 다시 다른 법령을 개정해야 할 사항이 있는지 살펴 이를 누락하지 않도록 한다.	715
바) 부칙에서 다른 법령을 개정함에 따라 불가피하게 그에 따른 별도의 경과 조치 등 부칙을 두는 경우도 있다.	716

10. 다른 법령과의 관계	717
가. 의의	717
나. 규정 방식	717
1) 인용되는 법령의 제명이 달라진 경우	717
2) 인용되는 법령의 제명에 변경이 없는 경우	718
3) 행정기관 등이 개편된 경우	718
4) 법인의 명칭 등이 변경된 경우	719
다. 유의 사항	720

제3편 법령의 체제와 개정·폐지 방식 721

제1장 법령의 체제 723

1. 법령의 제명	723
가. 법령 제명의 결정 원칙과 표현 방식	723
나. 법령 형식에 따른 제명 구분	724
다. 법령 내용에 따른 제명 구분	724
2. 제명·본칙·부칙과 장·절의 구분	725
가. 제명·본칙·부칙의 구분	725
나. 장·절의 구분	726
다. 총칙과 통칙의 구분	726

세부목차

3. 법령 조항과 별표·서식	726
가. 조·항·호·목	726
나. 법령 조문의 제목 표시	728
다. 법령 조문의 내용 표시	729
라. 법령 조항 인용의 표시	729
1) 해당 법령을 인용할 경우	729
2) 다른 법령을 인용할 경우	729
3) 해당 법령과 다른 법령을 동시에 인용할 경우	730
4) 부칙 규정에서의 조문 인용	730
5) 하위법령에서 상위법령을 인용할 경우	730
6) 조항에 나열된 각 호 중 일부를 인용하는 경우의 표현방식	731
가) 그 인용 대상 전부를 지칭하는 경우	731
나) 그 인용 대상의 하나를 지칭하는 경우	731
마. 별표나 별지 서식의 사용 방법	732
1) 별표나 별지 서식의 표기 방법	732
2) 별표상의 기호표시 방식	732
가) 규정 내용을 세로로 열거하는 경우	732
나) 규정 내용을 도표로써 가로로 열거하는 경우	733
제2장 법령의 개정 방식과 폐지 방식	734
1. 개정 방식의 유형과 기준	734

가. 개정 방식의 기본 원칙	734
나. 일부개정과 전부개정의 선택	734
다. 전부개정과 폐지·제정 방식의 선택	735
2. 일부개정 방식	735
가. 일반적인 유의 사항	735
나. 개정법령의 유형 표시와 제명	736
1) 유형 표시	736
2) 법령 제명	736
다. 개정지시문	737
라. 개정 부분의 인용	737
1) 개정 부분의 최소단위 지정	737
가) 최소단위 지정	737
나) 인용 시의 띄어쓰기	738
2) 개정될 자구 인용기준	738
3) 둘 이상의 항이 있는 조문에서 하나의 항만 남아 있는 경우의 인용 ...	739
마. 개정문의 작성기준	740
1) 작성 순서와 표현 방식	740
2) 개정문의 조 단위 작성 원칙	741
3) 개정문의 조 단위 작성 예외	741
4) 개정문의 연결	742

세부목차

바. 제명과 조·항·호의 개정 방식	743
1) 제명의 개정	743
2) 조·항·호 등의 일부개정 방식	743
가) 조문의 제목을 개정하는 방식	743
나) 기존의 조·항·호 중 일부 자구를 개정하는 방식	743
(1) 개정할 부분이 하나인 경우	743
(2) 개정할 부분이 둘 이상인 경우	744
(3) 항·호를 달리하여 개정할 부분이 있는 경우	744
(4) 하나의 조 안에서 같은 사항을 개정하는 경우	744
(5) 조(항)에 각 호가 있는 경우 각 호 외의 부분을 개정하는 경우	745
(6) 각 호 외의 부분이 본문·단서, 전단·후단 등으로 구성되어 있는 경우	745
3) 조·항·호 등의 신설 방식	745
가) 항이 없는 조에서 제2항 이하를 신설하는 방식	745
(1) 현행 조문을 개정하지 않고 항 등을 신설하는 경우	745
(2) 현행 조문의 일부분을 개정하면서 제2항을 신설하는 경우	745
나) 각 호가 없는 조·항에 각 호를 신설하는 방식	746
다) 조·항·호에 단서 또는 후단을 신설하는 방식	746
라) 기존의 조·항·호의 맨 끝부분에 조·항·호를 신설하는 방식 (5개의 조·항 또는 호가 있는 법령을 예로 함)	746
마) 기존의 조·항·호 사이에 조·항·호를 신설하는 방식	747
(1) 개정 방식	747
(2) 현행 조항의 이동 방식	747

(3) 가지번호 방식	748
(4) 추가되는 조가 장·절 등의 경계에 들어가는 경우의 개정 방식	749
4) 조·항·호 등의 전부개정 방식	750
5) 조·항·호 등의 삭제 방식	751
6) 조·항·호의 복합적 개정 방식	752
가) 어느 조를 세 개 조로 나누는 경우	752
나) 조문 내용을 일부 수정한 후 조문 순서를 변경하는 경우	752
다) 두 개 항으로 이루어진 조의 각 항에 자구를 수정할 부분이 있고, 제2항을 한 항 끌어내리고 그 자리에 제2항을 추가하는 경우	752
라) 세 개 이상의 항으로 된 조의 각 항에 자구를 수정할 부분이 있고 제1항과 제2항의 항 번호는 그대로 두되 제2항에 단서를 신설하고, 제3항을 한 항 끌어내리고 그 자리에 제3항을 추가하는 경우와 같이 개정문이 복잡할 때에는, 개정문을 적절히 끊는 방식을 사용한다.	753
마) 두 개 항으로 된 조에서 제2항을 전부개정하여 이를 제4항으로 하고 새로운 제2항과 제3항을 추가하는 경우	754
바) 두 개 항으로 된 조에서 하나의 항을 삭제해 하나의 항만 남게 되는 경우	754
사) 제○조가 다섯 개 호로 되어 있을 때 제3호를 전부개정하고 제4호와 제5호를 한 호씩 끌어내리고 제4호를 추가하는 경우의 개정 방식	755
아) 어느 조(항)의 각 호를 전부개정하면서 각 호의 수가 변경된 경우	755
자) 조(항)의 중간에 있는 어느 항(호)을 삭제하고, 다른 항(호)을 이동하는 방식은 사용하지 않음을 원칙으로 하되, 부득이한 경우에는 다음의 방식을 사용한다.	756

세부목차

7) 특수한 개정 방식	756
가) 조로 되어 있지 않은 법령에 조를 추가하는 개정 방식	756
나) 조·항·호의 순서를 맞바꾸어 개정하는 방식	756
사. 장·절 등이 관련되는 경우의 개정 방식	757
1) 장·절 등의 제목을 개정하는 방식	757
2) 장·절 등을 추가하는 방식	757
3) 장·절 등을 전부개정하는 방식	758
4) 장·절 등을 삭제하는 개정 방식	758
5) 기존의 조문에는 변동 없이 장·절의 제목만을 추가하거나 삭제하는 방식	758
가) 장·절의 제목을 추가하는 경우	758
나) 장·절의 제목을 삭제하는 경우	758
아. 부칙 개정 방식	759
1) 기존 법령의 부칙 개정	759
2) 개정 방식	759
3) 두 개 조로 된 부칙(또는 본칙) 중 제2조를 삭제하는 개정 방식	759
4) 부칙과 별표(또는 별지 서식)를 동시에 개정하는 방식	759
5) 기존 법령의 부칙을 재개정하는 방식	760
자. 표와 서식의 개정 방식	760
1) 일반적인 유의 사항	760
2) 별표의 일부개정 방식	761
3) 별표의 전부개정 방식	764

4) 별표를 별표 둘로 하는 개정 방식	764
5) 별표 둘을 별표 하나로 통합하는 개정 방식	765
6) 서식의 개정 방식	765
3. 전부개정 방식	766
가. 개정법령의 제명	766
나. 전부개정법령안의 형식	766
다. 제정법령안의 형식	767
4. 공포 후 시행 전 조문의 개정문 작성 방식	768
가. 공포 후 시행 전 조문 개정의 의의	768
나. 공포 후 시행 전 조문의 판단기준	768
다. 공포 후 시행 전 조문 개정 시 일반적인 작성 방법	769
1) 공포 후 시행 전 조문만 개정하는 경우	769
2) 현행 조문과 공포 후 시행 전 조문을 함께 개정하는 경우	769
라. 시행일에 따른 공포 후 시행 전 조문의 개정 방식	772
1) 개정 조문의 시행일이 공포 후 시행 전 조문의 시행일과 같은 경우	772
2) 개정 조문의 시행일을 공포 후 시행 전 조문의 시행일보다 빠르게 해야 하는 경우	773
3) 개정하고 있는 법률의 시행일이 ‘공포 후 시행 전 조문’ 의 시행일보다 더 늦게 오는 것이 분명한 경우	775
5. 관련성 있는 법령을 함께 개정하는 방식	776
가. 필요성	776

세부목차

나. 개정 방식	778
다. 법령 제명	779
라. 개정문 표현 방법	779
마. 개정 한계	781
1) 개정법령 간의 관련성	781
가) 부칙 개정 방식에 의하는 경우	781
나) 본칙 개정 방식에 의하는 경우	781
2) 개정법령 종류의 동질성	781
6. 공동부령의 개정 방식	782
가. 공동부령의 형식	782
나. 공동부령의 개정 방식	782
7. 폐지 방식	783
가. 폐지 방식의 유형	783
나. 폐지 방식의 유형에 따른 규정례	783
1) 부칙에서 폐지하는 방식	783
2) 폐지 법령의 형식	784
제3장 법령 용어와 표현	785
1. 법령 용어의 통일적 사용	785
가. 간주한다/본다/추정한다	785
나. 소멸시효/제척기간	786

다. 협의/합의/승인/동의	787
라. 기일/기한/기간	787
마. 즉시/지체 없이	788
바. 한다/하여야 한다	788
사. “제○조에 따른 ~”과 “제○조의 ~”	788
2. 약칭 사용	790
가. 약칭의 의의	790
나. 약칭의 위치	790
다. 하위법령의 약칭	791
라. 약칭 사용의 제한	791
마. 약칭 사용의 정도와 방법	792
바. 다수 용어 약칭과 일부 용어 설명	793
3. 준용(準用)	794
가. 준용의 의의	794
나. 준용문의 규정 방식	795
1) 기본 규정 방식	795
2) 준용 규정의 인용	796
3) 의무규정의 준용 시 과태료 등의 부과 권한 주체	797
4) 준용에 따른 벌칙·과태료 등의 규정	798
5) 법률 규정 간 준용에 따른 하위법령 규정 간의 준용	800

세부목차

다. 준용과 구별해야 할 표현	802
라. 준용 규정 시 유의 사항	802

법령 입안·심사 기준



제1편

법령 입안의 기본 원칙



제1장 법령 입안의 의의

제2장 입법의 필요성 판단과
입법 형식의 선택

제3장 법령 입안과 관련한
헌법 원칙

제 1 장 법령 입안의 의의

1. 법령의 본질과 법령 입안

법령이란 무엇인가를 한마디로 쉽게 정의하기는 어렵지만, 법령은 기본적으로 국가적·사회적 배경을 바탕으로 주권자 또는 법령을 제정할 권한이 있는 자가 그 국가 또는 사회와 그 구성원에 대해 해당 법령의 준수를 강제하고, 스스로도 그러한 규범을 지킬 것을 전제로 일정한 목적 하에 구성한 성문(成文)의 규범체계라고 정의할 수 있을 것이다.

법령 입안이란 특정 정책의 내용을 법령의 형식으로 구체화하는 작업을 의미한다. 법령 입안의 대상이 되는 법령은 일정한 의식적 활동의 소산이고, 마땅히 준수해야 한다는 당위의 성격을 갖는 규범체계라고 할 수 있으며, 동시에 준수하지 아니하는 경우에는 일정한 제재가 따르는 규범체계를 의미한다.

따라서 법령 입안의 대상이 되는 법령은 관습(법)이나 조리(「민법」 제1조 참조)와 같이 사회적으로 자연스럽게 형성된 규범질서나 상식적으로 구체적인 사항에 대해 사물의 본질을 탐구하는 과정에서 준수의무가 발생하는 형태의 규범이 아니라 일정한 목적(입법 목적)을 달성하기 위해서 의식적으로 구체화(성문화)된 규범체계이고, 동시에 규범 준수에 국가적 권력이 개입한다는 점에서 윤리, 종교 및 관습 등과 구분되는 규범체계이며, 규범이라는 점에서 행정행위 등 구체적인 공권력 작용과도 구분된다.

그리고 법령 입안은 이와 같은 성문의 법령을 구체화하는 작업이라는 점에서 법규범을 정립하는 작용인 “입법”의 한 과정이라 할 수 있고, 정립된 법령을 집행하는 작용인 행정이나 법령을 해석하는 작용인 사법(司法)과는 구분된다.

2. 법령 입안과 입법

입법은 법규범을 정립하는 활동으로서 하나의 단일한 과정이 아니라 일련의 과정으로 이루어진다. 일반적으로 입법의 필요성에 대한 판단과 입법을 통해 달성하려는 목적 및 입법을 통해 달성하려는 목표의 달성 수준에 대한 결정 과정이 선행되어야 하고, 이를 구체화하여 법규범으로서의 형식을 갖추는 과정, 그리고 정당한 권한을 갖는 입법자가 입법절차를 밟아 법규범을 완성하여 실효성 있는 법규범을 정립하는 과정으로 구분해 볼 수 있다.

예를 들어 어떤 사회문제에 대해 규제할 필요성이 인정된다면 그 규제의 필요성과 규제의 정도에 대한 정치적·사회적 합의가 이루어지고, 그 규제를 어떤 형식으로 어떤 법령으로 실행할 것인가에 대한 검토가 이루어진 후 입법자가 이를 구체적으로 법령의 형식으로 만들어서 국회의 심의·의결 및 공포나 국무회의의 의결 및 공포 등 입법절차를 거쳐서 해당 법규범이 실효성을 갖고 존재하게 하는 일련의 과정이 입법과정이라고 할 수 있다.

이와 같은 입법과정은 정치적이면서 헌법과 법령(「국회법」 등 입법에 관한 법령)이 정하는 절차에 따라 이루어지는 과정이다. 또 이러한 입법과정이 순차적으로 진행될 수도 있지만 사안에 따라서는 동시에 진행되는 경우도 있다.

여기서 법규범은 국민이 준수해야 하는 강제규범이고, 현대 민주주의 국가에서 행정과 사법(司法)이 법을 기초로 행해지므로 그 법규범을 누가 어떻게 정립하는가의 문제는 매우 중요하다.

헌법에서는 “입법권은 국회에 속한다.”(제40조)고 규정하여 입법권을 국회의 권한으로 선언하고 있다. 즉 주권자인 국민의 대의기관인 국회에 입법권을 부여함으로써 국회로 하여금 입법 의사를 실현하도록 하는 것을 원칙으로 선언하고 있다. 그런데 국회가 입법권을 가진다고 하여 입법에 관련된 모든 권한을 국회가 독점적으로 행사해야 한다는 의미는 아니다. 헌법에 따르면 국회의원 외에 정부도 법률안을 제출할 수 있고(제52조), 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에

관하여 대통령령을 발할 수 있으며(제75조), 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(제95조). 이와 같이 헌법은 국회의 입법권 외에 대통령, 국무총리 및 행정각부의 장이 헌법과 법률의 범위에서 일정한 규범을 정립할 수 있도록 규정하고 있고, 형식적 의미의 법률의 입법에 대해서도 정부의 법률안 제출권 등을 통해 관여의 여지를 두고 있다.

법령 입안은 이와 같은 입법의 과정에서 법령의 형식을 갖추어 일정한 정책적 목적을 법규의 형식으로 구체화하는 과정을 의미한다. 즉 법령 입안은 넓은 의미의 입법의 한 과정이며, 국회나 정부가 일정한 정책적 목적을 달성하기 위해 법규범의 정립을 추진하는 과정에서 정책 목적과 수단을 법규의 형식으로 구체화하는 과정이다.

3. 법체계와 법령 형식

성문법 체계를 채택한 국가의 법체계는 헌법을 정점으로 하여 법규의 종류별로 효력의 우열이 있는 법규범의 체계로 이루어진다. 즉, 상위의 효력이 있는 법규범은 하위의 법규범보다 우월한 효력을 가지며, 하위 법규범은 상위 법규범에 위반되어서는 안 된다는 원칙이 적용된다.

한편 성문법 체계에서는 법규범의 종류에 따라 그 입법 주체와 절차 등을 달리하는 것이 일반적이다. 헌법에서는 헌법을 정점으로 하여 법률, 대통령령(제75조), 총리령 및 부령(제95조)의 순서로 법체계를 구성하고 있고,¹⁾ 법률에 대한 입법권은 국회(제40조), 대통령령의 제정권은 대통령, 총리령 및 부령의 제정권은 각각 국무총리와 행정각부의 장에게 부여하고 있다.

먼저 법률은 헌법의 위임에 따라 국가의 기본적인 운영에 관한 사항과 국민의 권리·의무 등에 관한 사항을 규정하는 가장 중요한 법규범이다. 헌법은 국민의 요건(제2조제1항), 국민의 권리와 자유에 관한 사항(제12조, 제13조, 제23조, 제24조, 제27조, 제31조, 제32조, 제33조 및 제37조 등), 국회 등 국가기관의 구성과 운영(제41조제2항·제3항, 제49조, 제

1) 헌법에서는 법률과 동일한 효력을 가지는 법규로서 긴급명령 및 긴급재정·경제명령(제76조)을 규정하고 있고, 그 밖에 국회규칙(제64조), 대법원규칙(제108조), 헌법재판소규칙(제113조), 중앙선거관리위원회규칙(제114조) 등을 규정하고 있으나, 긴급명령 및 긴급재정·경제명령은 비상시를 상정한 일종의 변칙적인 법률 대위(代位) 명령이란 점에서, 나머지 국회규칙 등은 정부의 입법을 대상으로 하지 않는다는 점에서 여기에서는 그 언급을 생략하기로 한다.

61조제2항, 제67조제5항, 제96조, 제101조제3항, 제102조제2항 단서 및 제3항 등) 등에 관한 사항을 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이와 같은 법률에 관한 입법권은 국회에 전속되고(제40조), 법률은 헌법의 위임 사항 또는 헌법에 위반되지 않는 범위에서 필요한 사항을 규정해야 한다.

다음으로 대통령령과 총리령·부령은 각각 상위법령의 위임에 따른 사항이나 그 집행에 필요한 사항, 상위법령에 위반되지 않는 사항을 규정하는 법규범으로서 상위법령의 위임에 의해 제정되느냐에 따라 위임명령과 집행명령으로 구분된다. 여기서 상위법령의 위임에 따라 하위법령에서 일정한 사항을 규정할 경우 그 하위법령은 법률의 위임규정과 결합하여 법규적 효력을 갖는다.

한편 상위법령의 위임도 일정한 한계가 있음을 주의해야 한다. 예를 들어 헌법에서 법률로 정하도록 규정한 사항을 법률에서 아무런 제한 없이 대통령령으로 정하도록 위임한 경우, 해당 법률의 규정은 일정한 사항을 법률로 정하도록 한 헌법에 위반될 소지가 있다. 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임하는 경우에도 구체적으로 범위를 정하여 위임해야 한다(헌법 제75조 참조).

이와 같은 법체계와 법령 형식의 차이 등은 입법자 및 입법과정 참여자가 입법과정에서 항상 주의해야 할 사항이다. 입법자는 법령의 입법을 추진하면서 법체계에서 가장 적절한 법령 형식을 선택하고, 해당 법령 형식에 적합한 절차를 거쳐야 한다. 해당 법령의 내용뿐만 아니라 형식도 법체계에서 조화롭게 자리를 잡을 수 있도록 해야 하는 것이다.

한편, 법률이나 대통령령·총리령·부령 등 법령이 헌법이나 법률 또는 상위법령에 위반되면 이론상으로는 당연히 무효가 되어야 하나, 그러한 법령이라 하더라도 위헌 또는 상위법 위반이라는 유권적인 판정이 있을 때까지는 계속해서 집행되고 그에 따라 법률관계가 형성되기 때문에 그 법령의 시행 시점까지 거슬러 올라가 무효화 되면 법적 안정성을 크게 해칠 수 있다.²⁾ 따라서 법체계에 어긋나는 등 법령의 내용과 형식에 문제가 있더라도 그 효력에 대해서는 권위 있는 기관의 명확한 확인이 필요하다.

2) 「헌법재판소법」은 이러한 법적 안정성의 보호라는 관점에서 형벌에 관한 법률을 제외하고는 법률의 위헌결정은 그 결정이 있는 날부터 효력을 가지도록 하여[장래효(將來效), 제47조제2항] 소급효를 인정하지 않고 있다. 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다. ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

법률의 헌법 위반 여부에 대해서는 헌법재판소(헌법 제111조제1항제1호)가, 대통령령 등 하위법령의 상위법 위반 여부 등에 대해서는 대법원(헌법 제107조제2항)이 최종적으로 심사할 권한을 갖는다.

따라서 입법자는 헌법과 법률 등 여러 규범들 간의 관계를 고려하여 항상 가장 바람직한 형식의 법령으로 정책 목적을 달성할 수 있는 내용의 입법을 해야 하고, 법령의 체계나 내용이 상위법령 위반 등으로 위헌·위법 심사가 행해질 수 있다는 것을 늘 염두에 두고 입법을 해야 한다.

4. 법령 입안·심사 기준

입법 활동의 핵심은 넓게는 헌법이념을 실현하는 데에 있고, 좁게는 법령이 헌법을 최고 규범으로 하는 법질서에 위반되지 않도록 함으로써 전체 법령체계 간에 조화를 이루고 정부의 정책 의지가 정확하게 반영되어 차질 없이 시행되도록 하는 데에 있다. 이러한 점들이 반영되도록 법령안 입안에서부터 법령심사에 이르기까지 기준으로 삼을 수 있는 원칙과 입법 기술 등을 구체화한 것이 『법령 입안·심사 기준』이다.

제 2 장 입법의 필요성 판단과 입법 형식의 선택

1. 입법의 필요성 판단

정책결정자가 어떤 문제를 해결하기 위해서 정책을 결정하게 되면 그 정책의 시행을 위해 필요하고 구체적인 최적의 정책수단을 선택하게 되는데 그 정책수단의 하나가 입법이다.

국회나 정부 등 정책결정자는 정책의 시행을 위해 입법이 필요한지를 검토하게 된다.³⁾ 단순한 행정지도, 예산조치나 그 밖의 행정조치만으로도 해당 정책의 시행이 가능하다면 굳이 법령의 형식이 필요하지 않겠지만, 헌법이나 법률 등에서 반드시 법령의 형식으로 규율하도록 정한 정책이라면 관련 입법이 필요하고, 그 밖에 중요한 사항이나 법령의 형식으로 집행이 필요하다면 정책결정자는 법령의 형식으로 입법을 추진하게 된다.

한편, 입법이 필요 없는 사항에 대해서도 굳이 입법의 수단을 사용하여 일정한 정책을 집행하려고 한다면 과잉입법의 문제가 발생할 수 있다. 이 경우 오히려 과잉입법으로 인해 불필요한 추가적인 문제가 발생할 수도 있다는 점도 고려해야 한다.⁴⁾

입법이 필요한 사항을 어떤 기준으로 판단할 것인가는 주로 법치행정의 원칙 중 법률유보(法律留保)의 원칙과 관련하여 법률로 정할 사항이 무엇인지를 중심으로 논의되어 왔다.

3) 정책결정 자체는 법령안 입안·심사의 전(前) 단계에 속하는 문제이다.

4) 일단 법령으로 입법이 완료되면 그 법령이 적법한 절차를 거쳐 폐지 또는 개정되기 전까지 유효한 법령으로 존재한다. 이와 같은 법령의 경직성은 과잉규제 등 법령이 규제의 필요성을 넘는 규제의 원인이 되는 경우가 있으므로 입법자는 입법의 필요성을 면밀히 검토해야 한다.

이 중 유력한 견해인 중요사항유보설(본질성론, 의회유보설)에 따르면 행정의 중요한 사항(본질적인 사항)은 법률에 근거를 둘 필요가 있다.⁵⁾

여기서 전통적으로 행정의 중요한 사항이란 국민의 권리와 의무에 관한 사항 등이라고 보아왔으나, 급부행정과 같이 국민의 권리와 의무에 관한 사항에 속하지 않는 분야의 행정이라 하더라도 국가적·사회적으로 중요한 사항에 대해서도 입법이 필요하다.

국민의 참여와 협력을 확보하기 위해서 필요한 규정을 두거나, 국가정책의 선언이나 중소기업 육성과 같은 조성행정(助成行政)의 근거, 국가나 지방자치단체의 추상적인 의무를 법률에서 규정하는 사례도 흔히 보게 된다. 또 당사자 간에 합의가 없을 때 보충적으로 적용되는 민사관계에서 임의 규정과 유사한 훈시(訓示) 규정도 행정 관계 법령에서 흔히 볼 수 있는 조항이다.⁶⁾ 그 밖에 국민의 권리와 의무 등에 관한 사항인지와는 관계없이 헌법이나 다른 법률에서 법률로 정하도록 규정하고 있거나 이미 다른 법률에서 정하고 있는 사항에 대한 예외나 특칙을 정하려는 경우에도 역시 법률로 정해야 한다.

대통령령 등 하위법령의 경우에도 상위법령에서 위임한 사항이나 그 집행에 필요한 사항을 정하는 것이 원칙이지만, 상위법령의 위임 범위에서 필요한 사항인지, 집행을 위해 필요한 사항인지 등은 입법자(정부)의 판단에 따를 수밖에 없는데 이 경우 입법이 필요하다고 판단되는 중요한 사항에 대해서는 하위법령에서 관련 입법을 해야 할 것이다.⁷⁾

2. 입법 형식의 선택

입법자는 입법에 관한 권한을 갖는 주체로서 일단 입법의 필요성이 있다고 인정하는 경우에는 적절한 법령 형식을 선택하여 입법을 추진해야 한다. 법령은 그 종류에 따라 효력과 입법 절차에 차이가 있으므로 입법자는 입법하려는 내용과 법령체계, 각 법령의 종류별 성격 등을 고려하여 가장 적절한 법령 형식을 선택하여 입법해야 한다.

5) 법치주의의 한 구성 원리인 법률유보의 원칙에 관한 전통적 견해인 침해유보설에 따르면 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정작용(법규사항)에만 법률의 근거가 필요하다.

6) 한편, 이와 같은 임의 규정은 보충적으로 적용될 수 있고, 훈시 규정은 입법 목적을 선언하는 등 입법자의 의사를 추정할 수 있는 규정으로 법집행이나 법령해석의 준거가 될 수 있다는 점에서 중요하다.

7) 물론, 이와 같은 경우 앞서 설명한 바와 같이 헌법 등 상위법령 위반 여부에 대한 심사가능성이 있음을 항상 고려하여 할 것이다.

가. 체계 정당성 원리와 입법의 형식

1) 체계 정당성 원리의 의의

“체계 정당성의 원리”란 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 헌법적 원리를 말한다. 법령 상호 간에 체계 정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의(恣意)를 금지하여 규범의 명확성과 예측 가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위해 헌법이 일정한 법체계를 구성하도록 한 결과에 따른 것이다.

물론 이와 같은 체계 정당성 원리를 위반하여 입법이 이루어졌다고 하여 해당 법령이 위헌이나 위법한 법령이 되는 것은 아니다. 일반적으로 체계 정당성의 원리를 위반한 경우에도 결과적으로 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 위반되어야 비로소 위헌이나 위법의 문제가 발생하며, 또 체계 정당성의 원칙 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대해서는 입법자의 입법 재량이 인정된다고 한다.⁸⁾

따라서 입법자는 입법과정에서 법체계의 통일과 조화를 위해 체계 정당성의 원칙을 준수해야 하고, 특히 새로운 법령을 제정하거나 법령으로 새로운 제도를 창설할 때에는 당연히 기존 법령과의 조화를 늘 염두에 두어야 한다.⁹⁾

2) 법령의 제정·개정의 선택과 특별법 문제

새로운 사항을 법령으로 규율하려는 경우에 기존의 법령을 개정할 것인지 아니면 독자적으로 새로운 법령을 제정할 것인지를 결정해야 한다. 이에 대해서 명확한 기준이 정립되어 있는 것은 아니나, 기존의 법령에서 규정한 제도를 보완하거나 새로운 사항을 규율하더라도 유사한 분야를 규율하는 법령이 있어 그 법령을 개정함으로써 쉽게 반영할 수 있는 경우라면 기존 법령을 개정하는 것이 일반적이고, 전혀 새로운 분야를 규율하거나 기존의 여러 법령에서 규율하고 있는 사항을 아울러 체계적·종합적으로 규율할 필요성이 있다면 새로운 법령을 제정하는 것이 일반적이다. 요컨대 입법정책적으로 입법 목적을 실현하는 데 어느

8) 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정

9) 「행정기본법」 제38조제2항제2호에서도 “법령등의 내용과 규정은 다른 법령등과 조화를 이루어야 하고, 법령등 상호 간에 중복되거나 상충되지 아니하여야 한다.”고 규정하고 있다.

쪽이 유리한지, 어느 쪽이 입법 경제적인지, 어느 쪽이 법체계의 정합성 유지에 적합한지, 어느 쪽이 국민이 법을 이해하는 데 도움이 되는지 등을 고려해서 결정해야 한다.

한편, 최근 특정한 입법정책의 수행에 효과적으로 대응하고, 특정한 정책에 대한 국민의 관심을 불러일으켜 입법 목적을 원활하게 달성하기 위해 각종 특별법, 특례법, 특별조치법 등의 명칭으로 특별법이 많이 제정되고 있다.¹⁰⁾ 특별법은 새로운 분야의 입법 수요를 법령에 반영하기 위해 기존 법제도에 대한 예외적인 상황이나 내용을 규정해야 할 필요성이 있는 경우에 만들어지고 있으나, 특별법이 다수 양산되면 법체계가 혼란스러워져 법규범 상호간의 충돌과 모순으로 체계 정당성을 침해할 여지가 커진다. 또한, 국민여론과 정치적인 이유에 따라 급히 입법이 진행되는 경우에는 합리성이 결여되거나, 법령이 특정 문제나 특정 지역에만 특례를 인정하는 등 처분적 내용을 규정함으로써 형평상의 문제가 발생할 수도 있다. 또 특별법이 많아지면 법체계가 복잡해져 국민들이 법을 이해하기 어렵게 되고 법체계에 대한 신뢰성도 낮아질 수 있으므로 특별법 제정에는 신중해야 한다.

따라서 일반법의 법체계를 크게 훼손하는 것이 아니라면 일반법에 함께 규정하는 것이 바람직하다. 즉 입법자는 새로운 입법 수요를 위해 특별법이 반드시 필요한지를 엄격하게 검토해 보아야 하고, 특별법의 제정 필요성, 실효성과 적합성, 기존 법령과의 조화 등을 종합적으로 검토하는 것이 필요하다. 그리고 부득이 특별법을 제정하거나 특례를 규정해야 할 필요가 있다고 판단되는 경우에는 특별법이 평등의 원칙, 비례(과잉금지)의 원칙, 책임주의 원칙 등 헌법상의 여러 원칙을 위반하는 것이 아닌지, 기존의 일반법과의 관계에서 해석·적용 시에 모순되거나 충돌되는 부분이 없는지 등에 대한 체계적인 검토가 필요하다.

다음으로 해당 법률이 어떤 법률이나 내용에 관한 특례나 특별 규정인지를 목적 규정에서 명확히 드러나도록 명시하는 것이 필요하다. 이 경우 일반법을 적시하여 그에 대한 특례를 규정한다는 것을 명시할 수도 있지만 다수의 일반법에 대한 특례를 규정하는 경우에는 어느 하나의 일반법만을 적시하는 것이 곤란하므로 특례의 내용 등을 표시하는 경우도 있다.

한편, 설령 특별법이 제정되더라도 입법자는 그 규정 내용과 다른 법률과의 관계 등을 고려하여 특별법을 일반법이나 기본법으로 흡수하는 방식으로 개정하는 방안을 우선적으로 검토하여 법체계의 정비에 노력해야 할 것이다.

10) 제명에 “특별법”, “특례법”, “특별조치법” 또는 “특례에 관한 법률” 등을 사용하고 있는 법률은 2021년 6월 말 현재 모두 188건(특별법 127건, 특례법 36건, 특별조치법 21건, 특례에 관한 법률 4건)으로 법제처 국가법령정보센터에 등록된 전체 법률(1,534)의 12퍼센트를 약간 넘는다.

3) 법령 통폐합과 분법(分法)의 문제

가) 법령 통폐합의 필요성

행정환경의 변화와 정책수요에 대응하여 새로운 법제도 도입 등이 활발하게 이루어진 결과 우리나라의 법령은 그 수가 지속적으로 증가되어 왔다.¹¹⁾ 입법 당시에는 법령마다 나름대로 그 필요성이 있었지만 환경이 변화함에 따라 기존의 법령이 반드시 필요한 것인지에 대한 지속적인 사후 관리가 필요하다. 즉 불필요하거나 환경변화에 맞지 않는 법령에 대해서는 지속적인 정비가 필요하고, 이와 같은 정비가 제대로 이루어지지 않을 경우 법령은 국민과 기업을 옴아매는 불합리한 규제로 작용하는 경우도 많다. 또한, 법령의 수가 증가함에 따라 법체계가 복잡해지고 일관성이 없게 되면 입법의 체계 정당성에 맞지 않게 되고 국민이 법령을 쉽게 찾고 이해하는 데에도 어려움이 많아지게 된다.

따라서 법령의 수요자인 국민의 입장에서 법령을 통폐합하여 전체 법령의 수를 줄임으로써 복잡한 법체계를 간소화하고, 법령 간의 관계를 명확히 하여 법령의 체계적 정합성을 높이는 것이 필요하다.

나) 법령 통폐합의 기준

① 유사한 분야나 유사한 내용을 여러 법령으로 나누어 규정한 경우

유사한 분야에 관한 내용을 적용 대상 등에 따라 조금씩 달리 정하거나 여러 법령에 나누어 규정하고 있어, 해당 분야에 대한 법체계가 복잡하고 내용의 전반을 알기 어려워지는 경우가 있다. 이러한 입법에서는 지역별·분야별 이기주의를 유발하거나 법령 간에 내용상 차이가 생겨 형평성의 문제가 발생할 여지가 많다. 이러한 경우 유사한 분야에 관련된 내용을 일반 법에 통합하는 것이 필요하다.¹²⁾

11) 법제처 국가법령정보센터의 자료 등에 따르면 1980년 당시 법령 건수는 2,013건이었으나 2021년 6월말 현재 현행 법령은 5,070건으로 증가하였다.

12) 예를 들면, 종전에는 국제대회 등을 유치할 때마다 그 지원법(「제14회아시아경기대회 지원법」, 「2002년월드컵축구대회 지원법」, 「2013 평창 동계스페셜올림픽 세계대회 지원법」, 「2011대구세계육상선수권대회, 2014인천아시아경기대회, 2014인천장애인아시아경기대회 및 2015광주하계유니버시아드대회 지원법」 등)을 제정하여 입법 기간과 비용이 많이 소요되고, 중복·유사한 법률을 양산했으나, 2012년 5월에 「국제경기대회 지원법」을 제정하여 앞으로는 국제대회를 유치할 때마다 별도로 법률을 제정할 필요가 없도록 하였다.

② 내용상 연관성이 높고 통합 대상 법령의 조문 수가 적은 경우

각 법령 내용상 상호 연관성이 높은 경우나 유사한 사항에 대해 규율하고 있는 별도의 법령이 있는 경우로서 어느 한 법령의 조문 수가 적고 별도의 법령을 둘 필요성이 적은 경우에는 법령을 통폐합하는 것이 바람직하다.¹³⁾

③ 같은 대상자에 대해 내용별로 따로 규정하고 있는 경우

각 법령이 동일한 수범자에 관한 사항임에도 세부 내용에 따라 법령을 따로 정하고 있는 경우가 있다. 국민의 입장에서 보면 본인에 관련된 법령의 내용을 전반적으로 파악하고 이해하기 어렵게 되므로, 법령의 내용이 너무 복잡해지는 문제가 없다면 하나의 법령으로 통합하여 규정하는 것이 바람직하다.¹⁴⁾

④ 같거나 유사한 분야임에도 세부 내용을 별도 법령으로 정한 경우

같은 분야에 관한 사항을 규정하면서 특정한 세부 내용만을 떼어 내어 따로 규정하는 경우 국민의 입장에서는 같은 분야의 관련된 내용이 따로 규정된 사실을 몰라서 법 집행이나 이해에 혼란이 발생할 수 있다. 해당 사항을 하나의 법령에 규정하면 특정 분야에 관한 규정이 지나치게 많아 전체적인 법체계의 균형이 깨지는 경우가 아니라면 통합해서 규정하는 것이 바람직하다.¹⁵⁾

⑤ 하나의 법률에 다수의 하위법령을 둔 경우

하나의 법률에서 위임한 사항을 지나치게 많은 하위법령으로 나누어 규정하는 경우가 있으나, 이러한 경우 법률에서 위임한 사항을 어느 법령에서 정하고 있는지 알기 어려울 뿐만 아니라 법령 간의 관계가 복잡해져 법령을 전체적으로 파악하고 이해하기 어려워진다. 따라서 하나의 법률에서 위임한 사항은 가급적 하나의 하위법령으로 규정하는 것을 원칙으로 해야 한다.

13) 예를 들면, 종전 「국유재산의 현물출자에 관한 법률」의 경우 정부출연기관에 국유재산을 현물출자하는 것에 관한 사항을 규정하고 있었고 6개 조문에 불과했다. 이를 2009년에 국유재산에 관한 일반법인 「국유재산법」에 통합한 사례가 있다.

14) 종전에는 범죄피해자보호와 범죄피해자의 구조에 대해서 각각 「범죄피해자보호법」과 「범죄피해자구조법」에서 규정하던 것을 현행법에서는 통합하여 「범죄피해자 보호법」에서 규정하고 있다.

15) 예를 들면, 종전 군사법원의 재판권에 대해서는 「군사법원의 재판권에 관한 법률」에서 별도로 규정하던 것을 2009년 「군사법원법」으로 통합한 사례가 있다.

다만, 법률의 위임 사항이 일반적인 위임 사항과 행정 조직·기구의 구성에 관한 사항으로 구분되는 경우¹⁶⁾나 하나의 하위법령으로 통합하면 법령 체계나 내용이 너무 복잡해져 이해하기 어려운 경우¹⁷⁾ 등은 나누어서 별도의 하위법령을 규정하는 것이 가능할 것이다. 이 경우에도 되도록 적은 수의 하위법령으로 규정하는 것이 바람직하다.¹⁸⁾

다) 분법의 필요성과 기준

한편, 하나의 법령에 지나치게 방대한 규정을 두고 있으면 내용이 복잡하여 오히려 이해를 어렵게 할 수 있다. 하나의 분야라도 내용이나 성질이 다른데 하나의 법령으로 규정한다면 오히려 일관된 법체계를 유지하는 것이 어려울 수 있다. 이러한 사례는 종전에는 단일한 법령체계를 유지하여 왔으나 사회가 복잡화, 분업화 되면서 성격이 다른 여러 분야로 발전된 경우¹⁹⁾나 특정 산업을 집중 육성하기 위한 제도적 지원·육성 규정을 두는 경우,²⁰⁾ 특정 분야의 중요성을 강조하여 효율적으로 문제를 해결하기 위한 체계를 만드는 경우²¹⁾ 등에서 찾아볼 수 있다. 이와 같은 경우에는 기존의 법령을 분법하여 새로운 다수의 법령을 제정하는 것이 법령의 이해도를 높이고, 법 집행의 효율성을 높일 수 있는 방법이 된다.

법령을 분법하는 경우에는 분법이 필요한지를 먼저 검토한 후, 몇 개의 법령으로 분법할 것인지, 분법하는 경우 각 법령에 규정할 내용, 분법 상호 간의 연계 등에 관해서 종합적으로 검토하는 것이 필요하다. 이 경우 유사하거나 관련이 있는 내용, 분야, 기능 등을 기준으로 분법이 되도록 하고, 법령 간의 관계가 복잡해지지 않도록 법령 상호 간의 체계 정합성을 유지할 수 있도록 유의해야 한다. 또한 지나치게 세분하여 분법이 되지 않도록 하고, 일반

16) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 경우 같은 법 시행령과 「공정거래위원회와 그 소속기관 직제」로 하위법령이 구성되어 있다.

17) 「건축법」의 경우 구조기준, 시설기준, 피난·방화기준이 각각 전문적이고 내용도 복잡하고 방대하여 「건축물의 구조기준 등에 관한 규칙」, 「건축물의 설비기준 등에 관한 규칙」, 「건축물의 피난·방화구조 등의 기준에 관한 규칙」에서 각각 규정하고 있다.

18) 「출입국관리법」의 하위법령으로 종전에 「출입국관리법 시행규칙」, 「외국인 출국정지업무 처리규칙」, 「출국금지업무 처리규칙」으로 나누어 규정되어 있던 것을, 2012년 1월에 이를 통합해서 「출입국관리법 시행규칙」으로 규정하고 있다.

19) 소방과 관련해서는 종전에 「소방법」 하나로 규정하던 것을 「소방기본법」, 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설공사업법」, 「위험물안전관리법」 등으로 구분하여 규정하고 있다.

20) 축산업 중 말산업의 집중적인 육성을 위해 「말산업 육성법」을 제정하였다.

21) 의료분쟁이 증가함에 따라 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하기 위해 「의료법」과 별도로 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」을 제정하였다.

법이나 기본법을 제정하거나 개정할 때에 분법된 사항을 반영할 수 있는지 검토하는 것이 필요하다. 그리고 해당 일반법이나 기본법에 골격만 남게 되는 입법이 되지 않도록 실제적 규정을 담을 수 있도록 노력해야 할 것이다.

나. 법령 형식과 규정 내용

우리 법체계에서는 헌법을 정점으로 법령의 위계질서를 전제로 하고 있으므로 법률이나 대통령령, 총리령·부령 등 각 법령의 형식에 따라 어떠한 사항을 정할 것인지가 문제된다. 입법자는 헌법이 설정한 법체계에 적합하게 법령을 입법해야 하고, 이를 위반하는 경우에는 위헌 또는 위법의 문제를 일으킬 수 있으므로 각 법령의 형식에 적합한 내용을 규정해야 한다. 이 문제는 일반적으로 상위법령에서 명시적으로 하위법령에 정할 것을 위임하는 경우, 그 수권(授權)의 기준과 관련하여 문제되기도 한다.

먼저 헌법에서는 앞서 언급한 바와 같이 국민의 권리와 의무에 관한 사항, 정부의 조직에 관한 사항 등 중요한 사항을 법률로 정하도록 명시적으로 규정하고 있으므로, 해당 사항에 대해서는 법률로 정하는 것이 원칙이다. 그리고 법률에서 정해야 할 중요한 사항이라고 입법자가 판단하는 사항도 법률로 정할 수 있을 것이다(중요사항유보설). 물론 이렇게 법률로 규정해야 하는 사항에 대해서도 그 주요 내용을 법률에 규정한 다음 그 밖의 사항은 범위를 구체적으로 정하여 대통령령으로 위임하거나 바로 총리령·부령 또는 자치법규(조례, 규칙) 등으로 정하도록 위임할 수 있다.

다음으로 대통령령과 총리령·부령은 발령권자의 지위에 차이가 있고 법체계에서 차지하는 위계가 다르기는 하나,²²⁾ 명령이라는 점에서는 그 법적 성격을 같이 하기 때문에 양자의 규율 대상을 엄밀하게 구분하기는 어렵다. 그러나 대통령령은 제정권자가 대통령이고 국무회의의 의결을 필요로 한다는 점(헌법 제89조제3호 참조)에서 국무총리나 행정각부의 장이 발령하는 총리령·부령과는 격이 다르다고 할 수 있으며, 이 점에서 양자 규율 대상의 구분을 논할 실제적인 이유가 있다.

22) 총리령과 부령의 관계에 대해서는 그 효력이 동일하다는 주장(동위설)과 총리령이 우월하다는 주장(총리령 우위설)의 대립이 있으나, 총리령의 경우 총리가 행정 각부를 총괄하는 위치에서 발령하는 것이 아니라 실제로는 부령 발령권을 가지지 않는 국무총리 소속의 행정기관(법제처, 식품의약품안전처 등)이 발령하는 것이란 점을 고려할 때 양자는 같은 위상을 갖는다고 봐도 무방할 것이다. 다만, 양자는 통상적으로 규율 사항을 달리 할 것이므로 우열을 논할 실익은 없다.

우선 법률에서 명시적으로 대통령령 또는 총리령·부령으로 정하도록 하위법령의 종류를 정하여 위임한 사항은 당연히 대통령령 또는 총리령·부령으로 정해야 한다. 다음으로 행정각부에 공통되거나 여러 부처와 관련되는 사항은 대통령령으로 정하는 것이 원칙이나, 몇 개의 부처에만 관련되는 사항이라면 관련 부처가 공동으로 발령하는 이른바 공동부령의 형식으로 규정하는 방법도 있다. 일반적으로 법률로 정해야 할 사항 외에 하위법령으로 정하는 사항 중 상대적으로 보다 중요한 사항은 대통령령으로 정하고, 총리령·부령은 그 밖의 것을 정하도록 해야 한다. 좀 더 부연한다면 국민의 권리·의무와 관련된 실체적인 사항 중 위임 사항을 정할 때에는 가능하면 대통령령으로 정하고, 행정처분의 기준이나 서식과 같은 단순한 절차(집행명령)에 관한 사항은 총리령·부령으로 정하도록 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 실체적인 사항이라 하더라도 기술적이고 전문적인 사항이어서 국무회의에서 논의하는 것이 별다른 의미를 갖지 않는 사항은 총리령·부령으로 정하기도 한다.

끝으로 상위법령의 내용을 하위법령에 재기재하는 경우 재기재한 내용의 상위법령이 개폐되는 경우 하위법령 내용이 함께 정비되지 않은 경우에는 하위법령의 효력에 관한 다툼이 생길 수 있기 때문에 상위법령 내용을 하위법령에 재기재하지 않도록 한다.²³⁾

○ 법률의 소관 사항 예시

- 헌법에서 법률로 정하도록 한 사항
- 국민의 권리·의무에 관한 사항

○ 대통령령의 소관 사항 예시

- 법률에서 위임한 사항
- 법률을 집행하는 데에 필요한 사항
- 국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본 방침에 관한 사항
- 여러 부처에 공통되는 사항이거나 그 밖에 국무회의에서 논의를 거쳐 결정할 필요가 있다고 판단되는 사항
- 행정기관의 조직에 관한 사항
- 권한의 위임·위탁에 관한 사항

23) 법제처 2011. 3. 3. 11-0068 해석례

○ 총리령·부령의 소관 사항 예시

- 법률·대통령령에서 위임한 사항
- 법률·대통령령을 집행하는 데에 필요한 사항
- 각 부처가 단독으로 업무를 수행할 수 있는 사항
- 서식 등에 관한 사항²⁴⁾
- 절차적·기술적 사항

3. 하위법령으로의 위임

가. 개관

오늘날 전문적·기술적 사항의 증가, 경제·사회 상황의 변화에 따라 신속한 대처가 필요한 입법 분야가 증대되면서 법률이나 상위법령에서 하위법령으로 정하도록 위임해야 할 필요성이 그 어느 때보다 커지고 있다. 그러나 헌법은 국회에 입법권을 부여하고 있으므로(제40조), 법률을 제정·개정하는 국회의 입법권 전부 또는 일부를 형해화(形骸化) 시키는 수준의 포괄적인 위임은 국회가 입법부로서의 그 본질적 기능을 스스로 포기하는 것이 되므로 허용되지 않는다.

또한 이와 유사하게 법률이나 상위법령에서 하위법령으로 정하도록 위임한 사항을 해당 하위법령에서 다시 그 하위의 법령으로 정하도록 하는 경우에도 원래의 위임의 취지에 맞아야 하며 그 위임의 취지를 벗어나는 수준의 재위임은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 입법사항이나 위임된 사항을 하위법령에 위임하려면 구체적으로 범위를 정하여 포괄적·일반적 위임이 되지 않도록 해야 한다.²⁵⁾

24) 복제에 관한 사항은 「국가공무원 복무규정」 제8조의2에 따라 행정규칙으로 정함이 원칙이나, 개별 법령의 위임이 있는 경우, 총리령·부령 등 다른 입법 형식으로 규정한 입법례도 있다.

「국가공무원 복무규정」

제8조의2(복장 및 복제 등) ①·② 생략

③ 특수한 직무에 종사하는 공무원의 제복 착용에 필요한 사항은 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 중앙행정기관의 장이 정한다.

④ 생략

25) 포괄위임금지에 관한 자세한 내용은 제3장 2. 나. 포괄위임금지의 원칙에서 설명한다.

나. 위임 시 법령 형식별 소관 사항

이와 같은 위임 시에 각 법령 형식별 소관 사항에 관한 것도 원칙적으로 앞서 언급한 법령의 형식별 규정 내용에 부합해야 한다. 예를 들어 헌법에서 특히 법률로 규정하도록 명시한 사항과 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항은 법률에서 정해야 하는데, 법률에서 하위법령에 규정을 위임하는 경우에도 위임하려는 내용에 따라 어떤 법령의 형식에 위임하는 것이 적절한지에 대한 검토가 필요하다. 즉, 대통령령으로 규정하도록 위임할 사항인지, 총리령·부령으로 규정하도록 위임할 사항인지에 대해 법체계의 정합성이라는 관점에서 판단할 필요가 있다.

한편, 법령에서 행정규칙인 고시 등에 위임하는 경우가 있다. 법령의 직접적인 위임에 따라 수입 행정기관이 그 법령의 시행에 필요한 구체적인 사항을 고시·훈령·예규 등으로 정한 경우에 그 고시 등은 상위법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 범위에서 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서의 효력을 갖는다.²⁶⁾ 이와 같이 법령의 위임에 따라 정하는 고시 등은 법령보충적 행정규칙으로서 법규성이 인정되지만, 전문적·기술적 사항 등 그 업무의 성질상 고시 등에 위임이 불가피한 예외적인 경우에만 위임해야 한다.²⁷⁾

그 밖에 법령이나 행정규칙 외에도 자치법규는 법률, 대통령령이나 총리령·부령에서 위임한 사항, 각 지방자치단체 차원에서 법령을 집행하는 데에 필요한 사항 등을 정할 수 있다.

그리고 공공기관이나 특별히 법률에 따라 설립된 특수법인의 이사회 구성이나 임원 임면 등 해당 법인의 자치적 운영에 관한 사항은 법령이 아닌 해당 법인의 정관으로 정하도록 위임하는 경우도 있다.

26) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 91헌마25 결정, 대법원 1998. 6. 9. 선고 97누19915 판결

27) ‘고시’와 유사한 용어로서 ‘공고’하도록 규정하는 경우가 있으나, 법령보충적 행정규칙으로서 법규성을 인정받으려는 경우에는 ‘공고하여야 한다’는 표현 대신에 ‘고시하여야 한다’는 표현을 사용하도록 한다.

다. 위임 대상 법령별 규정 방식

1) 일반적인 규정 방식

법률이나 상위법령에서 하위법령으로 일정한 사항을 정하도록 위임할 때 대통령령 등 하위법령으로 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있게 하는 방법으로 하위법령에서 정할 수 있는 범위의 상한 또는 하한을 법률이나 상위법령에 규정하거나, 법률이나 상위법령에서 일정 부분을 규정하고 하위법령에서는 그 밖에 이에 준하는 세부 내용을 규정하도록 위임하는 방법을 생각할 수 있다.

가장 일반적인 위임의 규정 방식은 특정의 실제적 내용을 정하면서 해당 조항에서 바로 일부 사항에 대해 위임하는 방식, 예를 들어 “대통령령(○○부령)으로 정하는 △△에 대해서는 허가할 수 없다” 또는 “대통령령(○○부령)으로 정하는 바에 따라 신고하여야(허가를 받아야) 한다” 등으로 규정하는 방식이다. 그 밖에 별개의 조항으로 위임의 범위와 대상을 특정하면서 “...에 관하여는(...관하여 필요한 사항은) 대통령령(○○부령)으로 정한다”와 같이 규정하는 방식도 많이 사용된다.²⁸⁾ 그리고 이와 같은 위임의 경우 단순히 “대통령령(○○부령)으로 정하는 경우”로 규정하여 결과적으로 포괄위임이 되지 않도록 하는 것이 필요하다.²⁹⁾ 가급적 어떠한 내용을 하위법령으로 정할 것인지 법률이나 상위법령에서 예측할 수 있도록 “...한 경우로서 대통령령(○○부령)으로 정하는 경우” 또는 “...한 자와

28) 예를 들어 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임하는 규정 중에서 “~~ 등 대통령령으로 ~~”와 같은 형식으로 규정된 경우 “~~ 등”은 예시(예시하더라도 대통령령에 규정되지 않으면 적용 여부에 혼란이 있을 수 있으므로 대통령령에 규정될 가능성이 높은 것을 규정하는 것이 바람직하다)를 하고 있는 부분이므로 대통령령으로 규정해야만 의미가 있게 된다. 대통령령에서 그 예시된 사항을 규정하지 않을 수도 있으므로, 법률의 규정이 예시임을 명확하게 하기 위해 대통령령에서 규정할 때 “~~ 등 대통령령으로 ~~”와 같이 인용한다. 그런데 “대통령령으로 정하는 ~~”등의 사항과 같은 표현은 “~~”가 예시여서 대통령령에서 “~~” 중 일부를 규정하지 않을 수도 있는 것인지 “~~”는 필수적으로 정해야 하는 사항이고 그 밖의 사항도 대통령령으로 정할 수 있는 것인지가 명확하지 않으므로 입법취지를 명확히 반영할 수 있는 표현으로 대체할 필요가 있다. 법률에서 “그 밖에 대통령령으로 ~~”, “~~로서 대통령령으로”, “~~ 중 대통령령으로”와 같이 표현된 경우에는 하위법령에서 “대통령령으로 ~~” 부분만 인용한다. 법률에서 하위법령에 명시적으로 위임하지 않아 집행명령으로서 규정하는 경우이거나 “대통령령으로 정하는 바에 따라”처럼 포괄적으로 위임하는 경우에는 “법 제○조제○항에 따른 ~~사항은 ~~로 한다”와 같이 규정한다.

29) 시험면제 대상을 포괄적으로 위임한 사례
「공인중개사법」

제4조(자격시험) ① 공인중개사가 되려는 자는 시·도지사가 시행하는 공인중개사자격시험에 합격하여야 한다.

③ 공인중개사자격시험의 시험과목·시험방법 및 시험의 일부면제 그 밖에 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

그 밖에 대통령령으로 정하는 자” 등으로 규정하도록 한다.

다음으로 위임에 따라 하위법령을 규정할 때에는 상위법령의 근거를 명시해 주도록 한다. 위임명령이 아닌 집행명령의 경우에도 상위법령의 근거 규정이 명백한 경우라면 그 근거 규정을 명시해 주는 것이 바람직하다. 이 경우 “법 제○조에 따라 ~~~하는 경우에는”, “법 제○조에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 ~~~” 등과 같이 표현하게 된다.

“이 법률의 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”와 같이 일반적 위임 조항을 두는 경우가 있으나, 헌법 제75조에 따라 법률의 위임을 받으면 위임명령인 대통령령을, 법률의 위임이 없으면 집행명령인 대통령령을 발할 수 있으므로 이러한 규정을 두지 않도록 한다.³⁰⁾

2) 대통령령이나 총리령·부령으로 정하도록 위임하는 방식

법률이나 상위법령에서는 앞에서 언급한 법령별 소관 사항 예시를 고려하여 그 내용에 따라 위임의 대상을 특정하면서 대통령령 또는 총리령·부령에 위임한다. 특히, 금전납부 의무의 부과 등 국민에게 부담을 주는 내용에 관하여 위임하는 경우에는 상한을 정하여 위임하는 등 하위법령의 내용을 일정 범위에서 정하도록 제한할 필요가 있다.

한편, 하위법령으로 위임하는 경우에 특정 분야에 대해서는 별도의 하위법령을 제정하여 규정하는 경우가 있다. 그러나 하나의 법률에 다수의 하위법령을 두면 법률에서 위임한 사항을 어느 하위법령에서 정하고 있는지 알기 어렵고, 법령 간의 관계가 복잡해져 법령 내용을 전반적으로 파악하기 곤란한 문제점이 있다. 따라서 하나의 법률에서 위임한 사항은 가급적 하나의 하위법령(시행령 1건과 시행규칙 1건)으로 규정하는 것을 원칙으로 한다. 특히, 조문 수가 많지 않아 별도의 법령으로 규율할 필요가 적은 경우 하나의 하위법령에 통합하여 규정하도록 하는 것이 바람직하다. 다만, 위임한 사항을 일반적인 위임 사항과 특정 분야나 대상별로 구분하여 규정하는 것이 법령 내용의 효율적인 관리나 내용 파악에 유리한 경우, 하나의 하위법령으로 규정하게 되면 법령 체계나 내용이 너무 복잡해져 오히려 이해하기 어려운 경우에는 별도의 하위법령을 둘 수 있다.

이 경우에는 일반적인 규정을 두는 하위법령에서 연결 고리를 두어 해당 사항에 대해서는 별도의 하위법령으로 규정한다는 점을 분명히 하여 일반국민이 법체계를 쉽게 이해할 수 있도록 하는 것이 좋을 것이다.

30) 현행법에 남아 있는 이러한 일반적 시행령·시행규칙 위임 조항은 법령심사 과정에서 정비해야 할 것이다.

입법 모델

「○○○법 시행규칙」

제○조(~~~에 관한 규칙) 「○○○법」 제○조에 따른 -----등에 관한 사항은 별도의 ~~~~령으로 정한다.

* 하위법령이 이미 제정되어 있는 경우라면 “「~~~에 관한 규칙」에 따른다.”라고 규정할 수 있을 것이다.

다음으로 대통령령의 경우 대통령이 그 입법 주체이므로 특별히 문제가 없으나 행정각부의 경우 소관 사무에 관하여 부령을 발할 수 있으므로(헌법 제95조) 상위법령에서 부령으로 정하도록 위임하는 경우 그 위임 사무가 둘 이상 행정각부의 소관 사무와 직접적으로 관련되어 있는 경우에 부령의 형식이 문제된다. 이 경우 공동부령의 형식으로 정할 수 있는데, 상위법령에서 명시적으로 공동부령으로 정할 것을 규정하는 경우에 정할 수 있다. 즉 관련 행정각부가 반드시 공동으로 부령을 정할 필요가 있는 예외적인 경우에만 명시적으로 공동부령의 형식으로 필요한 사항을 정하도록 해야 한다. 공동부령으로 정하는 경우는 동일한 내용을 둘 이상 부령에 중복 규정하는 것을 방지하고 행정의 통일성을 기할 필요가 있는 경우, 동일한 대상에 대해 둘 이상의 행정각부가 관할권을 보유하여 불가피하게 관련 행정각부가 협력을 통해 함께 행정의 집행에 관여해야 하는 경우 등이 있다.

공동부령으로 정할 필요까지는 없으나 여러 행정각부가 관련된 사항이면 하나의 주무부처를 정하고 해당 부령을 정할 때에 관계 부처와의 협의를 거치도록 하는 방법도 고려할 수 있다. 공동부령으로 정할 불가피한 사유가 없는데도 공동부령으로 정하도록 하는 것은 책임 있는 행정 수행에 부정적 영향을 끼칠 수 있으므로 이러한 공동부령은 바람직하지 않다.

공동부령으로 정하도록 위임할 경우 “...에 관하여 필요한 사항은 ○○부와 △△부의 공동부령으로 정한다.”고 표현한다.

[입법례] 공동부령으로 위임한 사례

습지보전법

제6조(습지조사원) ① 환경부장관, 해양수산부장관 또는 시·도지사는 습지조사를 하기 위하여 필요한 경우에는 그 조사기간 중 습지조사원(이하 “조사원”이라 한다)을 위촉할 수 있다.
② 조사원의 자격 및 위촉 절차 등에 관하여 필요한 사항은 환경부와 해양수산부의 공동부령(이하 “공동부령”이라 한다)으로 정한다.

3) 고시 등 행정규칙에 위임하는 경우

법령의 시행에 필요한 구체적인 사항은 가급적 대통령령, 총리령·부령으로 정하도록 위임해야 할 것이고, 고시 등 행정규칙으로 정하도록 위임하는 것은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 수시로 개정할 필요가 있는 경우에 속하는 것이어서 총리령·부령으로 정하는 것조차 적절하지 않다고 인정되는 경우에만 허용되어야 할 것이다.

또한, 행정규칙 중 하급기관이나 하급자에게 지시할 목적으로 발령되는 것은 일반국민에게 알려야 할 필요는 없고 지시를 받는 하급기관에 전달되는 것이 중요하나, 법규 사항을 보충하기 위한 행정규칙은 법령처럼 반드시 일반국민에게 알려져야 한다는 점이 중요하다.

따라서 행정규칙의 형식과 관련하여 일반국민에게 알려야 할 내용을 담은 법규 사항을 보충하기 위한 행정규칙은 공고 또는 법규범을 보충하기 위한 것이라는 점을 분명히 드러내어 발령하는 고시 형식으로 발령해야 할 것이다.

국민의 권리·의무에 관한 사항 등을 고시로 위임하는 경우 위임 대상을 구체적으로 범위를 정하여 명시하면서 “...에 관한 사항은 ○○○장관이 정하여 고시한다”, “○○○장관이 정하여 고시하는 ...” 등으로 규정한다.

[입법례] 고시로 위임한 사례

가축전염병 예방법

제16조(가축 등의 출입 및 거래 기록의 작성·보존 등) ① 농림축산식품부장관은 가축전염병이 퍼지는 것을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 해당 가축 또는 가축의 알의 출입 또는 거래 기록을 작성·보존하게 할 수 있다.

1. 가축의 소유자등
 2. 식용란(「축산물 위생관리법」 제2조제6호에 따른 식용란을 말한다. 이하 같다)의 수집판매업자
 3. 부화장의 소유자 또는 운영자
 4. 가축거래상인(「축산법」 제2조제9호에 따른 가축거래상인을 말한다. 이하 “가축거래상인”이라 한다)
- ② 농림축산식품부장관은 제1항에 따라 출입 또는 거래 기록을 작성·보존하게 할 때에는 대상 지역, 대상 가축 또는 가축의 알의 종류, 기록의 서식 및 보존기간 등을 정하여 고시하여야 한다.
- ③ ~ ⑥ (생략)

건강검진기본법

제24조(국가건강검진의 비용) 국가건강검진의 진찰, 상담 및 검사에 사용되는 비용 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다. 다만, 「국민건강보험법」으로 정한 수가가 있는 경우에는 그에 따른다.

한편, 총리령·부령을 발령할 수 없는 대통령 소속인 중앙행정기관인 위원회³¹⁾의 경우 상위법령에서 행정규칙의 하나인 “위원회규칙” 형식으로 세부적인 사항을 규정하도록 위임하고, 위원회규칙에서 다시 고시, 훈령, 예규 형식의 행정규칙으로 재위임하는 경우가 있는데, 이보다는 국민의 권리·의무에 관련된 중요한 사항의 경우에는 되도록 대통령령으로 규정하도록 하면서, 전문적·기술적인 사항에 대해서는 고시로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

4) 정관 등 조직의 자치 규정에 위임하는 경우

31) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 방송통신위원회가 이에 해당된다.

법인의 설립과 운영에 관한 사항을 정한 법령에서 해당 법인에 대해 규제하는 내용을 정할 수 있는데, 해당 법령에서 정한 사항 외에는 법인의 조직과 활동을 정한 근본 규칙인 정관 등 자치 규정에서 자치적으로 정하여 운영할 수 있다. 따라서 법령에서 이러한 내용에 관하여 정관 등에 위임한다는 명문의 규정을 둘 필요가 없는 것이 원칙이다. 하지만 정관에서 정할 수 있는 내용이라도 일정한 제한을 가하는 내용과 함께 규정하거나 법령에 규정된 사항 외에 일정 사항을 정관에서 정하도록 의무화하기 위해 규정을 두어야 할 때가 있다.

[입법례]

상공회의소법

제21조(의원과 특별의원의 정원) ① 상공회의소 의원의 정원은 100인 이내의 범위에서 정관으로 정한다.
 ② 특별의원의 정원은 제1항에 따른 의원 정원의 5분의 1을 넘지 아니하는 범위에서 정관으로 정한다.

라. 위임을 받은 하위법령 규정 방식

헌법 제107조제2항에서는 명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 경우 대법원이 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있고, 헌법 제111조제1항제5호에서는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소가 관장한다고 규정하고 있으므로 대법원 및 헌법재판소의 입장과 법제처 해석례를 살펴볼 필요가 있다.

1) 위임을 받은 하위법령의 입법 한계

대법원은 시행령은 모법인 법률에 따라 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐 법률의 위임이 없으면 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 않은 새로운 내용을 규정할 수 없다고 한다.³²⁾

특히, 법률의 시행령에서 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임

32) 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342, 전원합의체 판결, 대법원 1995. 10. 13. 선고 95누8454 판결, 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결

범위를 벗어나 그 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것이므로, 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효라고 하고, 법률의 위임 없이 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의에 위반된다고 한다.³³⁾

2) 위임 범위 판단기준

대법원은 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위법령에 위임을 한 경우 그 하위법령 규정이 모법의 위임 범위를 확장하는 것은 아닌지, 하위법령의 위임 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때에는 다음과 같은 사항을 따져 보아야 한다고 판결하고 있다.³⁴⁾

- (1) 하위법령에서 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율해야 하는 본질적 사항³⁵⁾으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지
- (2) 해당 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려했는지
- (3) 위임 규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지
- (4) 하위법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지
- (5) 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지

33) 대법원 1998. 10. 15. 선고 98도1759 전원합의체 판결, 대법원 1999. 2. 11. 선고 98도2816 전원합의체 판결, 대법원 2017. 2. 16. 선고 2015도16014 전원합의체 판결

34) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009두17797 판결, 대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결, 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결, 대법원 2020. 2. 27. 선고 2017두37215 판결

35) 대법원은 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당하는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 할 것이지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다고 보아야 한다고 한다.

3) 하위법령의 절차 및 방식

대법원은 하위법령의 ‘내용’이 위임 범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한 행사의 ‘절차’나 ‘방식’에 위배되는 경우도 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지가 없다고 하면서, 상위법령에서 세부 사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임했음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정했다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력이 인정될 수 없다고 한다.³⁶⁾

4) 하위법령 입법 부작위

헌법재판소는 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법 하에서 행정권의 행정입법 등 법 집행의무는 헌법적 의무라고 보고 있다.³⁷⁾³⁸⁾

5) 입안·심사 시 유의 사항

상위법령에 위임 근거가 있는 경우 법령 해석상 예측 가능한 범위에서 하위법령에 규정해야 한다. 특히, 죄형법정주의, 조세법률주의 및 의회유보가 적용되는 영역³⁹⁾에서는 하위법령에서 규정할 수 있는 범위를 엄격하게 해석해야 한다.

입법과정에서 “~~ 등에 필요한 사항은 대통령령(총리령·부령)으로 정한다”에 근거하여 상위법령에 없거나 다른 내용을 규정하려는 경우가 있다. 그러나 “등”에는 열거된 예시사항과 규범적 가치가 동일하거나 그에 준하는 성질을 가지는 사항이 포함되는 것으로 해석함이 상당하므로⁴⁰⁾ 예시된 사항과 유사하지 않은 사항을 하위법령에 규정하면 안 된다.

또한, 상위법령에서 하위법령으로 위임하면서 절차나 형식을 특정한 경우에는 그에 따라야

36) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다72076 판결

37) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 결정, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결

38) 헌법재판소는 행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것이 곧 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말하는 것이므로, 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다고 할 것이라고 판시한 바 있다(헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌마66 결정).

39) 「행정기본법」 제8조는 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우는 법률에 근거해야 한다는 법치행정의 원칙을 명시하고 있다.

40) 법제처 2014. 10. 10. 14-0498 해석례

한다.⁴¹⁾ 특히, 「지방자치법」 제28조제2항에서는 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다고 규정하고 있으므로 조례로 정하도록 위임한 사항에 대해 하위법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정해서는 안 된다.

4. 다른 법률로 정하도록 하는 방식

하나의 법률은 그 법률이 규율하려는 대상에 관하여 포괄적으로 규정하는 것이 보통이다. 그러나 ① 해당 법률이 기본법의 성격을 갖는 법률이어서 각 분야별로 별도의 법률을 정할 필요가 있는 경우, ② 법률의 적용 대상 중에서 특별한 성격이 있는 대상에 관하여 별도의 법률을 정할 필요가 있는 경우, ③ 특정 분야에 대한 규정이 지나치게 많아서 그 분야에 관하여 별도의 법률을 정할 필요가 있는 경우 등 법률 전체의 구조상 해당 법률에서 규정할 사항을 다른 법률로 정하도록 할 필요가 있는 경우가 있다.

이와 같은 경우에는 기본이 되는 법률과 다른 법률을 서로 연결하는 규정을 두게 되는데, 보통 “~~은(~~에 관하여는) 따로 법률로 정한다.”와 같이 표현한다.⁴²⁾ 예를 들어 「환경정책기본법」 제41조제2항에서 전략환경영향평가, 환경영향평가 및 소규모 환경영향평가의 대상, 절차 및 방법 등에 관한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였고, 이에 따라 전략환경영향평가 등에 대해서는 「환경영향평가법」에서 필요한 사항을 정하고 있다.

41) 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위의 법규명령으로 다시 위임하는 경우는 허용된다(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정).

42) 특정한 사항을 별도로 다른 법률로 정한다는 명문의 규정을 두는 것은 다른 법률과의 관계를 설정하는 등 법체계를 안내하는 기능을 하게 된다. 별도로 정하는 법률을 위임입법이라고 보지는 않는다.

5. 집행명령

헌법 제75조에서 대통령은 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있고, 제95조에서 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다고 규정하여 상위법령의 위임 없이 집행명령을 발할 수 있도록 하고 있다.

집행명령은 상위법령이 규정한 범위에서 법률을 현실적으로 집행하는데 필요한 절차·형식 등 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.⁴³⁾

다만, 상위법령의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 상위법령의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 상위법령 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 상위법령의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 경우에는 상위법령에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수 없다.⁴⁴⁾

43) 대법원 1990. 9. 28. 선고 89누2493 판결, 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342 전원합의체 판결

44) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008두13637 판결, 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두8650 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2015두57277 판결

제 3 장 법령 입안과 관련한 헌법 원칙

1. 실체적 내용에 관한 헌법 원칙

가. 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)

1) 의의와 내용

헌법 제37조제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이는 국민의 기본권을 제한하는 입법은 반드시 법률의 형식으로 정해야 한다는 수권(授權) 규정이자 법률로 국민의 기본권을 제한하더라도 국가가 반드시 준수해야 할 한계를 선언한 것이다.⁴⁵⁾

헌법 제37조제2항에서 도출되는 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)에 따라 국민의 기본권을 제한하는 법률이 헌법적으로 정당화되려면 다음 네 가지 요건을 모두 갖추어야 한다.

45) 헌법 원리인 비례의 원칙이 모든 행정 영역에 적용된다는 것을 다음과 같이 「행정기본법」 제10조에서 명시하고 있다.

「행정기본법」

제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.

1. 행정목적 달성하는 데 유효하고 적절할 것
2. 행정목적 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것
3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것

(1) **입법 목적의 정당성**: 국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적은 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 한다는 원칙으로서, 입법으로 규율하려는 사항이 헌법 제37조제2항의 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 해당되는 사항이어야 한다는 것을 의미한다.

(2) **방법의 적정성(적절성)**: 입법 목적을 달성하기 위해 입법자가 선택한 수단(방법)은 효과적이고 적절해야 한다는 것을 의미한다.

(3) **피해의 최소화성**: 기본권 제한의 조치가 입법 목적 달성을 위해 적절하다고 하더라도 보다 완화된 다른 수단이나 방법(대안)은 없는지를 모색함으로써 그 제한이 필요 최소한의 것이 되도록 해야 한다는 것을 의미한다.⁴⁶⁾

(4) **법익의 균형성**: 입법을 통하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익(私益)을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 크거나 적어도 양자 간 균형이 유지되어야 한다는 것을 의미한다.

이와 같은 기준의 어느 하나에 어긋나는 입법은 위헌의 소지가 있다. 예컨대 헌법재판소는 경비업자에 대해 일률적으로 모든 겸업을 금지하는 규정은 과잉금지의 원칙에 위반한다고 결정(헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌마614 결정)한 바 있다.⁴⁷⁾ 따라서 비례의 원칙은

46) 수익적 행정(급부행정)의 영역에서는 '과잉금부 금지의 원칙(급부행정 자체를 제한하는 원칙은 아니며, 정책 수단의 선택 시 재정적 부담을 고려하라는 취지)'과 '과소보호 금지의 원칙(국가의 보호조치는 헌법이 요구하는 최저한의 보호수준을 하회하여서는 안 된다는 원칙)'으로 구체화되어 적용될 수 있을 것이다.

47) 헌법재판소는 이 결정에서 경비업을 경영하고 있는 자들이나 다른 업종을 경영하면서 새로 경비업에 진출하려는 자들로 하여금 경비업을 전문으로 하는 별개의 법인을 설립하지 않으면 경비업과 그 밖의 업종 간에 택일하도록 법으로 강제하고 있는 이 사건 법률 조항은 과잉금지 원칙을 준수하지 못하고 있다고 판단하면서 다음과 같은 기준을 제시하고 있다.

① 목적의 정당성: 비전문적인 영세경비업체의 난립을 막고 전문경비업체를 양성하며, 경비원의 자질을 높이고 무자격자를 차단하여 불법적인 노사분규 개입을 막고자 하는 입법 목적 자체는 정당하다고 보여 진다.

② 방법의 적절성: 먼저 '경비업체의 전문화'라는 관점에서 보면, 현대의 첨단기술을 바탕으로 한 소위 디지털 시대에 있어서 경비장비의 제조·설비·판매업이나 네트워크를 통한 정보산업, 시설물 유지관리, 나아가 경비원교육업 등을 포함하는 '토탈서비스(total service)'를 철저히 요구하고 있는 추세이므로, 좁은 의미의 경비업만을 영위하도록 해서는 오히려 영세한 경비업체의 난립을 방지하는 역효과를 가져올 수도 있다.

③ 피해의 최소화성: 입법 목적인 경비원의 자질향상과 같은 공익은 이 법의 다른 조항에 의하여도 충분히 달성할 수 있음에도 불구하고 노사분규 개입을 예방한다는 이유로 경비업자의 겸업을 일체 금지하는 접근은 기본권침해의 최소화 원칙에 어긋나는 과도하고 무리한 방법이다.

④ 법익의 균형성: 이 사건 법률조항으로 달성하려는 공익인 경비업체의 전문화, 경비원의 불법적인 노사분규 개입 방지 등은 그 실현 여부가 분명하지 않는데 반하여, 경비업자인 청구인들이나 새로 경비업에 진출하려는 자들이 깊어져야 할 직업의 자유에 대한 기본권침해의 강도는 지나치게 크다고 할 수 있어 법익의 균형성을 잃고 있다. 이 결정 이후 「경비업법」은 특수경비업자에 한정하여 경비업과 관련 없는 영업에 대한 겸업을 제한하는 내용으로 개정되었다.

「경비업법」

제7조(경비업자의 의무) ⑨ 특수경비업자는 이 법에 의한 경비업과 경비장비의 제조·설비·판매업, 네트워크를 활용한 정보산업, 시설물 유지관리업 및 경비원 교육업 등 대통령령이 정하는 경비관련업 외의 영업을 하여서는 아니 된다.

헌법이 정하는 기본권 제한의 대원칙으로서 기본권을 제한하는 법령을 입안할 때 가장 우선적으로 고려되어야 할 것이다.

2) 법령 입안·심사 시 고려 사항

헌법재판소의 위헌 결정례 중 비례의 원칙 위반을 논거로 한 경우가 많은데, 특히 주로 문제가 되는 부분은 “피해의 최소화”와 “법익의 균형성”이다. 국민의 권익이 침해되더라도 의도하는 입법 목적이 정당하면 이를 쉽게 수긍하는 경우가 적지 않은데, 입법 목적이 정당하더라도 기본권 침해가 최소화되는 다른 방안은 없는지 항상 고민하는 자세가 필요하다.

예컨대, 기본권의 행사 자체를 제한하는 규정이 있다면, 이보다 덜 제한적인 다른 대안을 검토해 보고, 그러한 대안에 의할 경우 입법 목적을 도저히 달성할 수 없을 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권 행사 자체에 대한 제한으로 나아가는 것이 바람직하다. 아울러, 기본권을 제한하더라도 같은 상황에 있는 다른 경우와 비교하여 그 제한이 다른 경우와 형평성을 잃지 않도록 유념해야 하며, 해당 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아닌지 세심한 주의를 기울여야 한다. 특히, 형벌이나 영업정지와 같은 행정제재 등을 규정할 때에 위헌행위의 경중 등에 비추어 지나치게 가혹하거나, 다른 법률과의 체계에서 현저하게 균형을 잃지 않도록 해야 한다. 또한 기본권의 본질적 내용은 개별 기본권마다 달라질 수 있는데, 기본권이 형해화(形骸化)될 정도의 제한은 아닌지 살펴보아야 한다.

나. 평등의 원칙

1) 의의와 내용

헌법 제11조제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라고 규정하여, 법 적용상의 평등을 보장하고 있다. 즉 모든 사람은 법에 의해 평등하게 의무를 지거나 권리를 가지며, 반대로 국가는 법을 특정 개인이나 집단에게 일방적으로 유리하게 또는 불리하게 적용하지 못하도록 하고 있다.

그런데 헌법상의 “평등”은 법을 적용할 때에만 문제되는 것이 아니다. 법의 내용 자체가 불평등하면 아무리 법을 평등하게 적용해도 평등이 실현될 수 없고, 이로써 오히려 불평등한

상황이 고착되거나 심화되므로, 평등이 실질적으로 실현되기 위해서는 법의 내용 자체가 평등하지 않으면 안 된다. 따라서 헌법 제11조는 “법 적용의 평등” 뿐만 아니라 “법(내용)의 평등”도 함께 보장하고 있다고 보아야 한다. 물론 실질적 의미에서의 평등은 모든 사람을 모든 면에서 항상 평등(절대적 평등)하게 취급해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 합리적인 근거나 정당한 이유에 따라 차별하는 것이 인정된다는 것을 뜻한다.⁴⁸⁾ 평등의 개념 자체가 이미 “다름”과 “차이”를 내포하고 있기 때문에 합리적인 이유에 따른 차별까지 부정하는 것은 아니다. 요컨대 헌법상 “평등의 원칙”이란 본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 그리고 합리적인 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하여야 할 것이다.⁴⁹⁾

2) 법령 입안·심사 시 고려 사항

평등의 원칙은 추상적이고 불명확한 개념이므로 확립된 기준을 마련하여 적용하기는 어려우나, 구체적인 규율 대상을 종합적으로 검토하여, 입법자는 법령의 규정을 구성하면서 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있지는 않은지와 본질적으로 다른 것을 같게 취급하고 있지는 않은지를 판단해야 한다. 이를 위해서는 해당 법령 조항의 의미와 목적을 고려하여 공통의 상위개념과 적절한 비교의 대상 및 기준을 고려하는 작업이 선행되어야 한다.

다음으로, 법령으로 일정한 차별적 취급을 규정하고 있는 경우 그러한 차별이 자의적인 것이 아닌지를 판단해야 한다. 즉 법령상의 차별적 취급이 합리적인 이유를 갖고, 일정한 객관적이고 타당한 기준에 따라 이루어지는지에 대해 판단해야 하는데, 여기서 자의성 여부는 사물의 본성으로부터 나오는 합리적 이유가 있는지 또는 입법 목적과의 합리적 관련성이 있는지를 고려해야 한다. 특히, 국민의 기본권에 대한 부당한 차별을 판단할 때에는 그 차별의 목적이 헌법에 합치되는 정당한 것인지, 차별의 기준이 목적의 실현과 실질적인 관계가 있는지, 차별의 정도는 적정한 것인지 등을 주의 깊게 살펴야 한다(헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정).

48) 헌법 원리인 평등의 원칙이 모든 행정 영역에 적용된다는 것을 다음과 같이 「행정기본법」 제9조에서 명시하고 있다.
「행정기본법」

제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별해서는 아니 된다.

49) 헌법재판소 1997. 8. 21. 94헌바2 결정, 헌법재판소 1994. 2. 24. 92헌바43 결정

헌법재판소 결정에 따르면, 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 이른바 엄격한 심사기준이 적용된다고 하여 평등의 원칙에 대한 심사기준을 보다 강화하고 있다. 이러한 경우에는 차별취급이 합리적인 이유를 가지고 있는 것만으로는 부족하고, 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립할 것까지 요구하고 있다.⁵⁰⁾

그리고 조세법의 경우에는 “평등의 원칙”의 조세법적 표현인 조세평등주의에 위배되지 않도록 유의해야 한다. 과세는 개인의 경제적 급부 능력을 고려한 것이어야 하고, 동일한 담세 능력자에게는 원칙적으로 평등한 과세가 이루어지도록 해야 한다.

3) 남녀 평등(성인지적 관점) 등 특별한 보호가 필요한 경우와 평등의 원칙

헌법은 제11조제1항, 제36조제1항 등과 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」⁵¹⁾, 「양성평등기본법」⁵²⁾ 등의 개별 법률을 통해 남녀의 평등권을 특별하게 보장하고 있기 때문에 성차별 관련 규정을 심사할 때에 원칙적으로 엄격한 심사기준인 비례의 원칙이 적용되어야 한다. 헌법재판소는 이런 기준에 따라 호주제의 평등권 위반 여부를 판단한 바 있다.⁵³⁾

한편, 헌법 자체에서 특별한 자에 대한 보호를 규정하고 있는 경우⁵⁴⁾도 있는데, 이는 헌법상 평등의 원칙 위반이 아니다. 다른 경우보다 특별한 보호 규정을 두는 것은 헌법제정권

50) 엄격한 심사기준을 적용하여 제대군인 가산점제도를 평등의 원칙에 위반된다고 판시한 사례로 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 결정 참조

51) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」의 평등이념에 따라 고용에서 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하고 모성 보호와 여성 고용을 촉진하여 남녀고용평등을 실현함과 아울러 근로자의 일과 가정의 양립을 지원함으로써 모든 국민의 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

52) 「양성평등기본법」

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」의 양성평등 이념을 실현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 양성평등을 실현하는 것을 목적으로 한다.

53) 「민법」 제781조제1항 본문 후단 부분에 대한 위헌 결정(헌법재판소 2005. 2. 3. 2001헌가9 결정) 참조

54) 헌법 제32조제4항은 여자의 근로는 특별한 보호를 받도록 규정함으로써 근로 영역에서의 여성에 대한 차별금지를 넘어서 경우에 따라서는 여성에게 유리한 차별을 허용하고 있고, 같은 조 제5항은 연소자(年少者)의 근로는 특별한 보호를 받도록 규정하여 연소자에게 유리한 차별을 허용하고 있으며, 같은 조 제6항은 근로의 기회에 있어서 국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대하여 차별(우대)하고 있다. 그리고 헌법 제34조에서는 복지국가를 실현하기 위한 하나의 요건으로서 사회적·경제적 약자인 여자, 노인, 청소년, 신체장애자, 생활능력이 없는 국민 등에 대하여 우대를 허용하고 있다.

자가 헌법상 평등의 원칙으로 추구하려는 목적을 일정한 분야에 특별히 인정한 것이기 때문이다. 이와 함께 과거의 차별에 대한 보상으로 차별대우를 받아 온 집단에 대해서 실질적인 평등을 실현하기 위해 우선적인 처우를 정의(正義)로 인정하는 의미에서 우선처우기준 내지 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)를 적용할 수 있는지에 대해서도 헌법상 평등의 원칙과 관련하여 논의된다. 이것은 과거의 차별을 보상하기 위한 고려와 미래에 대한 우선적 정책으로서 정당한 차별에 의한 역차별 처우를 인정하려는 것이다.⁵⁵⁾ 우선처우는 개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원이라는 것을 근거로 혜택을 준다는 점, 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다는 점, 항구적 정책이 아니라 구체 목적이 실현되면 종료되는 잠정적 조치라는 점에 특징이 있다. 그러나 우선처우의 실시로 인해 차별을 받게 되는 사람의 기본권이 중대하게 침해되는 경우에는 우선처우기준을 적용하는 데 한계가 있다.

현행법상 우선처우의 근거로는 「남녀고용평등 및 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제2조제1호다목과 같은 조 제3호를 들 수 있다. 이 규정에서는 현존하는 차별을 해소하기 위해 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 ‘성’을 우대하는 내용의 조치(적극적 고용개선조치)를 하는 경우에는 이를 차별로 보지 않는다고 규정하고 있다. 또한 「양성평등기본법」 제20조(적극적 조치)제1항에서도 “국가와 지방자치단체는 차별로 인하여 특정 성(性)의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위에서 해당 성별의 참여를 촉진하기 위해 관계 법령에서 정하는 바에 따라 적극적 조치를 취하도록 노력하여야 한다”고 규정하여 적극적 조치 시행의 법적 근거를 마련하고 있다. 이 규정에 따른 적극적 조치를 규정한 예로는 공무원 양성채용목표제(「공무원임용시험령」 제20조), 대학 교원 양성채용목표제(「교육공무원법」 제11조의5제2항) 등이 있다.

위에서 살펴본 것 외에도 양성평등과 관련하여 법령을 입안·심사할 때에는 다음과 같은 점에도 특히 유의할 필요가 있다.

첫째, 성별영향을 고려해야 한다. 어떤 정책이 위험에 이르지는 않더라도 성에 따라 어떤 정책효과가 발생할 것인지를 사전에 검토해야 한다. 예를 들면 법령에서 특정 사업자에 대해 어떤 시설의 설치를 의무화하는 규정을 두는 경우에 그 시설을 설치하는 것 자체는 위험이 아니더라도 그 시설이 주로 남성들만 이용하는 시설이라면 여성들이 많이 사용하는 시설도 함께 설치하도록 하는 방안을 검토해야 한다.

55) 특정 분야의 남성 또는 여성의 채용비율을 일정비율 이상으로 하도록 하는 경우가 여기에 해당한다.

둘째, 법령 내용에서 성차별적 규정이 존재할 수 있는 것은 입법자의 차별의도보다는 양성평등에 대한 인식 부족과 입법 당시의 사회적 의식에 의한 경우가 많다. 또한 제정된 법령과 사회의 변화 사이에 간극이 발생하여 제정 당시에는 성차별적으로 인식되지 않던 규정도 그 시행과 적용 과정에서 차별적 규정이 되기도 한다. 따라서 양성평등과 관련해서는 시대의 흐름을 고려한 미래지향적이고 보편적인 시각을 견지할 필요가 있다.

셋째, 양성평등의 실현은 여성을 위한 정책이 아니라 양성의 균형을 통한 인류보편의 가치를 구현한다는 점에 특히 그 의미가 있다. 따라서 법령을 입안·심사할 때에는 현대의 보편적 사회사상에 걸맞은 바람직한 가정과 사회, 그것을 가능케 하는 법과 제도를 정립한다는 자세를 늘 가져야 한다.

다. 신뢰보호의 원칙(소급입법금지의 원칙)

1) 의의와 내용

일반적으로 행정법에서 “신뢰보호의 원칙”이란 행정기관의 일정한 명시적·묵시적 언동(言動)의 정당성 또는 존속성에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰는 보호해 주어야 한다는 원칙을 말한다(「행정기본법」 제12조⁵⁶⁾). 그러나 위헌 심사기준으로서 “신뢰보호의 원칙”이란 법률 적용의 문제가 아니라, 법령의 제정·개정과 관련하여 구법(舊法) 상태의 존속을 신뢰한 국민에 대한 보호의 문제여서, 법률의 소급효(溯及效)와도 관련된다(「행정기본법」 제14조 제1항⁵⁷⁾). 이는 소급입법의 내용이 침해적인지 아니면 수익적(授益的)인지에 따라 그 내용이 다르다.

침해적인 성격의 소급입법은 법적 안정성과 예측 가능성을 이념으로 하는 법치국가의

56) 「행정기본법」

제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.

② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

57) 「행정기본법」

제14조(법 적용의 기준) ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.

원리에 위배되는 것이므로 원칙적으로 금지된다. 판례⁵⁸⁾는 법령의 개정에서 신뢰보호의 원칙이 적용되어야 하는 이유에 대해, 어떤 법령이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 신뢰를 바탕으로 국민이 그 법령에 상응하는 구체적 행위로 나아가 일정한 법적 지위나 생활관계를 형성하여 왔음에도 국가가 이를 전혀 보호하지 않는다면 법질서에 대한 국민의 신뢰는 무너지고 현재의 행위에 대한 장래의 법적 효과를 예견할 수 없게 되어 법적 안정성이 크게 저해되기 때문이라고 보았다. 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 행위로 소추되지 않고, 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 않으며, 참정권의 제한을 받지 않는다. 또한, 조세납부 의무가 성립한 소득·수익·재산 또는 거래에 대해 그 성립 이후의 새로운 세법(稅法)에 의해 소급하여 과세해서는 안 된다.

그러나 침해적이라는 이유로 소급입법이 무조건 금지된다면 사회 환경의 변화에 대응하기 위한 입법을 할 수 없으므로, 일정한 경우 이를 허용해야 하는 경우도 있는데, 그 허용 여부는 “진정 소급입법”과 “부진정 소급입법”으로 구분하여 살펴볼 수 있다.⁵⁹⁾ 진정 소급입법은 과거에 이미 완성된 법률관계나 사실관계에 대해 제정·개정된 법률을 소급하여 적용하는 입법을 의미하는데, 법치국가 원리에서 도출되는 신뢰보호 원칙과 법적 안정성을 위해 원칙적으로 인정될 수 없다. 반면에 부진정 소급입법은 과거에 시작되었으나 현재 종결되지 않고 진행 중인 법률관계나 사실관계에 적용하는 입법을 의미하는데, 이는 입법자의 입법형성권을 존중하여 원칙적으로 허용될 수 있다.

수익적인 성격의 소급입법에는 국민의 권리를 제한하는 침해적인 소급입법과는 달리, 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 여러 가지 사항을 고려하여 입법자의 입법형성권이 폭넓게 인정된다.

2) 법령 입안·심사 시 고려 사항

형벌이나 재산권 또는 참정권의 제한 등 침익적인 성격의 행정작용은 소급입법으로 해서는 안 된다. 소급입법 금지의 원칙은 법적 안정성과 예측 가능성의 요청에 의한 것이지만, 재산권 제한이나 조세납부와 관련하여 소급입법 자체가 절대적으로 금지되는 것은 아니라는 점을 유의해야 한다.

58) 대법원 2007. 10. 29. 선고 2005두4649 전원합의체 판결 등 참조

59) 헌법재판소 1995. 10. 6. 선고 94헌바12 결정 등 참조

진정 소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙인데, 특단의 사정이 있는 경우가 아니라면 이를 인정해서는 안 된다. 반면에 부진정 소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 간에 신중한 비교형량이 필요하다. 이 경우에도 적용 대상자의 법적 권리·지위를 존중하고 보호하기 위해 경과조치를 둘 필요는 없는지 잘 검토해 보아야 한다.⁶⁰⁾ 수익적인 성격의 소급입법은 원칙적으로 광범위한 입법 형성의 자유가 인정되나, 평등의 원칙과의 관계상 차별의 근거가 현저하게 합리성이 결여되어서는 안 된다는 점에 유의해야 한다.

라. 적법절차의 원칙

1) 의의와 내용

일반적으로 “적법절차”란 입법·사법·행정 등 모든 국가작용은 정당한 법률을 근거로 해야 하고 정당한 절차에 따라 발동되어야 한다는 헌법원칙을 말한다. 헌법 제12조제1항에서는 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 하고, 같은 조 제3항에서 “체포·구금·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 하여, 적법절차의 원칙을 규정하고 있다.

헌법재판소의 결정례에 따르면, 여기서의 처벌·보안처분 또는 강제노역과 영장은 적법절차의 원칙의 적용 대상을 한정적으로 열거한 것이 아니라 그 적용 대상을 예시한 것이다. 즉 적법절차의 원칙은 신체의 자유에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 신체적·정신적 그리고 재산상 불이익이 되는 모든 제재에 대해 적용되는 것이다. 또 적법절차의 원칙은 형식적인 절차뿐만 아니라 실제적인 법률의 내용이 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 실질적 의미(실질적 적법절차)까지를 포함하고 있는 것으로 보고 있다.⁶¹⁾

60) 판례는 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 변경하는 내용의 「변리사법 시행령」 개정 조항을 즉시 시행하도록 한 부칙 규정에 대해서 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당함에도 입법자가 법적 안정성과 당사자의 신뢰 보호를 위해 경과조치를 두는 등 적절한 조치를 취하지 않은 것은 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 보았다(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 판결).

61) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정

2) 법령 입안·심사 시 고려 사항

적법절차의 원칙은 신체의 자유에 대한 제한이나 형사절차에만 적용되는 것이 아니라 모든 국가작용에 전반적으로 적용되는 원칙이다. 따라서 국민의 기본권을 제한하는 등 국민에게 불이익이 되는 제재가 포함된 법률의 경우에는 그 절차뿐만 아니라 실제적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것인지를 검토해야 한다. 특히, 헌법재판소는 적법절차의 원칙에서도 출할 수 있는 절차적 요청 중에 중요한 것으로 당사자에게 적절한 고지(告知)를 할 것과 당사자에게 의견·자료 제출의 기회를 부여할 것을 들고 있으므로 이에 유의해야 한다. 아울러, 신속한 집행을 위해 절차를 간소화하는 경우가 있는데, 이러한 것이 적법절차의 원칙에 반하는 것은 아닌지 신중하게 접근해야 할 것이다.

이 원칙과 관련하여, 형사절차의 경우 국민에게 공격과 방어 기회, 그리고 처벌의 정도에 있어 일반 형사법 체계와 심하게 균형을 잃는 일이 없도록 해야 한다.

마. 과소보장 금지의 원칙

1) 의의

“자유권적 기본권”은 국민에 대한 국가의 개입과 간섭을 배제하는 것을 내용으로 하는 방어적인 성격을 가지므로 최대보장이 원칙이나, “사회적 기본권”은 국가로부터의 자유(보장)가 아니라 국가적 급부와 배려를 요구하는 것을 내용으로 하는 국가에 의한 보장을 의미하므로 과소보장 금지가 원칙이다. 즉, “사회적 기본권”은 헌법 규정만으로는 실현될 수 없고 법률과 그 위임에 따른 하위법령 등에 따라 그 내용이 구체적으로 형성되므로, 급부 요건, 수급권자의 범위, 급부 액수 등을 구체적으로 확정할 때 입법자에게 국민전체의 소득수준, 국가의 재정규모, 그 밖의 사회적·경제적 여건을 고려하여 합리적이라고 판단되는 정책을 시행할 광범위한 형성권이 부여되어 있다. 따라서 입법자는 합리적으로 급부의 대상과 수준, 방법 등을 고려하여 법령을 입법해야 한다.

2) 법령 입안·심사 시 유의 사항

사회적 기본권의 경우 위에서 본 바와 같이 법률에 의하여 비로소 그 내용이 구체적으로 형성되고, 위헌 여부에 대한 논란 자체가 크지는 않으나, 입법 내용이 현저히 불합리하거나 자의적인 것이 아닌지에 대해서는 검토해야 한다. 급부행정의 경우에도 합리적인 근거가 없는 차별은 역시 평등의 원칙에 반할 수 있다. 급부행정의 경우 그 재원 등은 일반 국민의 조세 등을 전제로 하므로 그 급부의 대상과 수준, 방법 등은 일반 국민이 수궁할 수 있는 것이어야 한다. 과도한 급부나 과소한 급부는 모두 국민의 일반적인 동의를 받지 못할 것이고, 국가나 지방자치단체 등 공공부분의 존립과 기능에 대한 정당성을 확보하기 위해서라도 적절한 급부가 이루어질 수 있도록 입법이 이루어져야 할 것이다.

2. 법령 형식에 관한 헌법 원칙

가. 명확성의 원칙

1) 의의와 내용

“명확성의 원칙”은 법령은 행정과 사법(司法)에 의한 법 적용의 기준이 되므로, 명확한 용어 등으로 분명하게 규정해야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 규율 내용의 성격이나 기본권 제한의 정도에 따라 다른 기준이 적용되는데, 특히 형사법, 조세법, 침익적(侵益的) 성격의 법령 및 표현의 자유를 제한하는 법령을 입안·심사할 때에는 보다 엄격한 기준이 적용된다.

물론 경우에 따라서는 법령에 불확정 개념을 사용할 수밖에 없는 경우도 있지만, 그러한 경우에도 자의적인 해석 소지는 없어야 한다. 따라서 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 입법은 “규율 대상자(수범자)”에게는 무엇이 금지되는 행위이고, 무엇이 허용되는 행위인지 미리 알 수 있도록 해야 하고, “법집행자”에게는 객관적 판단지침이 무엇인지를 알 수 있도록 함으로써 법적 안정성과 예측 가능성을 확보할 수 있도록 해야 한다.

입법 내용이 불명확하다면 무엇이 금지되거나 요구되는지 제대로 알 수 없게 되어 시민 생활을 향유할 수 없고, 법집행자의 자의적 취급을 초래하게 된다. 이는 권력분립과 민주주의,

그리고 법치주의를 근간으로 하는 헌법시스템을 오작동하게 하는 것이므로 입법을 할 때 명확성 원칙은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

2) 법령 입안·심사 시 고려 사항

가) 명확성의 정도

위헌 심사기준으로서의 명확성의 원칙은 “최소한 명확성”을 요구하는 것이나 법령을 입안하고 심사하는 기준의 관점에서는 가능하면 “최대한 명확성”을 지향해야 한다. 즉 법령은 일단 입법되면 그 자체로서 독자적인 지위를 갖고 실효적으로 집행되어 국민에게 다양한 영향을 미치게 되는데, 이러한 과정에서 법령의 의미에 대한 해석이 필연적으로 발생할 수밖에 없다. 따라서 입법자는 법령의 의미를 최대한 명확하게 규정하여 법령 규정의 의미에 대한 분쟁가능성을 최소화해야 한다.

한편, “명확성의 원칙”은 모든 법령에 동일한 정도로 요구되는 것은 아닌 점을 고려하여 ‘규율 내용의 성격’이나 ‘기본권 제한의 정도’ 등에 따라 적절하게 입안·심사의 강도를 판단해야 한다. 어떠한 규정이 침익적 성격을 가지는 경우, 특히 형사법이나 조세법에서는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다고 할 것이다.

나) 불확정 개념의 사용

입법기술상의 한계로 인하여 불확정 개념의 사용이 불가피한 경우가 적지 않으나, 가능하면 장차 법령을 적용할 국가기관이나 법령의 적용 대상이 되는 국민이 그 의미를 정확하게 이해할 수 있도록 법문장을 명료하고 평이하게 표현하도록 노력해야 한다.

불확정 개념의 사용이 불가피한 경우라도 “용어의 개념 정의”, “한정적인 수식어의 사용”, “적용 한계 조항의 설정” 등의 방법을 강구하여 법령이 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 없애도록 해야 한다. 또한, 명확성 여부를 판단할 때에는 해당 규정에서 사용된 개념만을 따로 떼어내서 볼 것이 아니라, 그 개념이 그동안 그 법령이나 다른 법령에서 사용되어 오는 과정에서 혼란의 소지가 없이 일관된 의미로 해석·적용되어 왔는지도 고려해야 할 것이다.

다) 행정기관 재량권과의 관계

법치주의를 엄격하게 관철하기 위해서는 행정재량의 소지가 있는 사항과 관련해서는 행정기관의 해석 여지가 없을 만큼 행정기관의 행위 요건과 그 효과를 일의적으로 정하는 것이 이상적이다. 그러나 원래 법령이 입법 후의 모든 경우를 예상하여 빠짐없이 규정을 두는 것은 입법기술상 매우 어렵고, 끊임없는 사회변천에 맞추어 대응해야 하는 행정의 사명(使命)에 비추어 보아도 맞지 않다. 따라서 입법자는 행정행위의 요건을 정할 때에 불확정 개념을 사용하거나 행위효과를 정할 때에 행위 여부를 선택하거나 여러 가지의 행위 중에서 선택할 수 있는 여지를 행정기관에 주는 경우가 적지 않다.

이처럼 행정기관의 재량권을 인정하는 취지는 행정의 대상이 되는 사실은 매우 다양하므로 구체적인 상황에 맞는 합목적적이고 구체적 타당성이 있는 행정권의 행사가 가능하도록 하기 위한 것이다. 일반적으로 행정기관의 재량과 관련하여 문제가 되는 것은 재량이 불충분한 경우가 아니고 재량권을 과도하게 행사하는 경우에 문제가 된다. 따라서 입법 단계에서부터 필요한 정도 이상으로 행정기관에 재량을 주지 않도록 하고, 재량을 주더라도 그 행사를 투명하게 하도록 해서 재량권이 일탈·남용될 소지를 원천적으로 줄여나가는 것이 중요하다.

예를 들어 ‘경제적 신용’, ‘대외적 신인도’, ‘충분한 인력과 시설·설비’, ‘재무 건전성’ 등 양적으로 계량화할 수 있는 불확정 개념은 ‘자본금’, ‘시설·설비의 종류·규격·면적’, ‘종사 인력의 자격·수’ 등으로 계량화하는 것이 바람직하다.

또한, 상위법령에서 불확정 개념을 최대한 구체적으로 규정하되, 상위법령에서 구체화하기 어려운 사항은 그 의미를 지나치게 제한하지 않는 범위에서 하위법령에서 구체화하는 방법도 있다.

나. 포괄위임금지의 원칙

1) 의의와 내용

“포괄위임금지의 원칙”은 법률이 위임하는 사항과 범위를 구체적으로 한정하지 않고, 특정 행정기관에 입법권을 일반적·포괄적으로 위임하는 것이 금지된다는 원칙을 말한다. 이는 법률에 하위법령(대통령령, 총리령·부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리

위원회규칙 등)으로 규정될 내용·범위의 기본적인 사항들을 기능하면 구체적이고 명확하게 규정하여, 누구라도 그 법률로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다.

입법권은 국회에 속하지만(헌법 제40조), 합의제 대의기관(代議機關)으로서 국회가 갖는 전문성의 취약점 등의 제약요인에 따라 그 입법 기능에는 일정한 한계가 있다. 따라서 오늘날에는 국회의 입법 기능을 보완하기 위해 행정입법이 양적·질적으로 증대되고 있는데, 이와 같은 행정입법을 어떻게 통제하느냐와 관련된 것이 포괄위임금지의 원칙이다.

2) 구체성과 명확성 요구의 정도

헌법재판소는 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성과 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정 법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율 대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화될 수 있다고 판시하고 있다.⁶²⁾

따라서 처벌 법규나 조세 법규의 경우에는 구체성과 명확성의 요구가 강화되어 위임의 근거 규정인 법률의 규정 그 자체에서 위임의 범위를 명확히 함과 동시에 구체적으로 위임된 사항의 처리 기준과 처리 지침을 제시하거나 적어도 그 처리에 대한 대강을 예측할 수 있을 정도로 정해야 한다.⁶³⁾

반면에, 급부행정과 관련한 법령의 경우에는 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여되는 정치적인 성격이 강한 영역이므로 이에 대한 결정은 1차적으로는 입법적인 정책판단에 유보될 수밖에 없고, 또 급부행정 분야는 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요성이 있으므로 미리 법률에 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다는 점에서 위임의 구체성·명확성이 완화되는 경우도 있다.⁶⁴⁾

62) 헌법재판소 1999. 1. 28. 선고 97헌가8 결정

63) 처벌법규의 구성요건이 되는 준수 의무 및 안전조치의무 등을 하위법령에 위임하는 경우에도 예시나 한정적 문구 등을 사용하여 그 대강을 법률에서 직접 규정한 후 세부 사항을 위임해야 한다.

64) 요양급여의 경우 요양급여 대상과 내용 등 기본적인 판단 근거와 기준을 법령에서 규정한 후 하위법령으로 위임하는 입법례가 많은 편이다.

3) 법령 입안·심사 시 고려 사항

헌법은 국회입법의 원칙을 규정하고 있으므로 입법권의 포괄위임은 허용되지 않고, 입법 사항을 하위법령에 위임할 경우에는 구체적으로 범위를 정하여 일반적·포괄적 위임이 되지 않도록 주의해야 한다. 즉, 법률에 미리 대통령령 등으로 규정될 내용과 범위의 기본적인 사항을 구체적이고 명확하게 규정함으로써, 해당 법률 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다. 입법취지나 하위법령의 입법방향을 짐작할 수 있도록 하는 표현을 덧붙여 주는 것도 좋을 것이다.

그런데 예측 가능성의 유무는 특정 조항만을 가지고 판단하는 것이 아니라, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토해야 한다. 위임을 할 때에 아무런 제한 없이 단순히 “대통령령으로 정하는 경우”라고만 규정하는 것은 결과적으로 포괄위임이 될 수 있고, 하위법령에서도 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으므로 주의해야 한다.⁶⁵⁾

하위법령으로 위임하는 규정을 두는 경우 흔히 법률을 입안할 때 권리의무에 관한 주요 사항들 중 쉽게 예상되는 것을 규정하고 그 밖의 사항을 하위법령에 위임을 하면서 “~~~에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령(또는 부령)으로 정한다”는 규정을 두는 경우가 있다.

그런데 “그 밖에 필요한 사항”이라는 표현이 그 범위가 매우 불확정적이라는 점 때문에 문제가 발생한다. 이 정도의 표현은 그 사안을 집행하는 데 필요한 사항을 의미할 뿐이라고 해석되는 경우가 많다. 이와 같은 일반적인 위임규정에 근거하여 하위법령에서 새로운 권리의무에 관한 사항을 규정하려는 경우 법률 위임의 근거가 불확실하여 문제가 될 수 있으므로 하위법령에서 권리·의무에 관한 사항을 정하려고 하는 경우에는 법률에서 그 점을 분명히 해야 한다. 또 이러한 문제점을 예방하기 위해서는 법률을 입안할 때에는 그에 따른 하위법령도 동시에 입안을 하는 것이 바람직하다.

65) 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 94헌마213 결정).

다. 의회유보의 원칙

“의회유보의 원칙”은 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 권리 및 의무와 관련된 영역에서 그 본질적 사항을 국민의 대표자인 입법자 스스로가 결정해야 한다는 원칙을 말한다.

행정작용이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며, 그 내용도 복잡·다양하게 전개 되는 것이 현대행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률상의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작용과 국민생활의 기본적으로 중요한 요소마저 행정에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것이므로, 이러한 결과는 국가의사의 근본적 결정권한이 국민의 대표 기관인 의회에 있다고 하는 의회민주주의의 원리에 배치되는 것이라 할 수 있다.

다만, 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율해야 하는 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련되는 이익이나 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율 해야 할 것이다.

헌법 제37조제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공 복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하고 있는데, 여기서 “법률로써”라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해해야 한다.⁶⁶⁾

라. 죄형법정주의

1) 의의와 내용

헌법은 형벌과 관련해서는 특별히 죄형법정주의(제12조제1항 및 제13조제1항·제2항)를 규정하고 있다. 죄형법정주의는 이미 제정된 정당한 법률에 범죄가 되는 행위와 그 행위에

66) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정

대한 형벌을 미리 규정해 두어야만 처벌을 할 수 있다는 원칙이다. 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측 가능한 형식으로 미리 규정하도록 함으로써 법적 안정성을 보장하는 한편, 국가 형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하려는 것이다. 이는 “법률 없으면 범죄 없다”, “사전에 제정된 법률에 의하지 않고는 처벌되지 않는다”, “죄 없으면 벌 없다”로 요약될 수 있다.

죄형법정주의에서 파생되는 원칙은 ① 형벌 법규 법률주의, ② 형벌 법규 불소급의 원칙, ③ 절대적 부정기형(不定期刑) 금지의 원칙, ④ 법규 내용 명확성의 원칙, ⑤ 유추해석 금지의 원칙 등이 있다.

형벌 법규 법률주의는 범죄와 형벌은 “법률”로 정해야 하므로 대통령령이나 부령 등 하위 법령에서는 이를 규정할 수 없고, 범죄구성요건을 대통령령이나 부령에 포괄위임하는 것도 금지된다는 원칙이다.

형벌 법규 불소급의 원칙은 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의해야 하고, 사후 입법에 의해 처벌해서는 안 된다는 원칙으로서 이는 국민의 법적 안정성을 도모하기 위한 것이다.

그리고 절대적 부정기형 금지의 원칙은 절대적 부정기형은 자유형에 대한 형의 기간을 재판에서 확정하지 않고 행형(行刑)의 경과에 따라 사후에 결정하게 하는 형벌 제도를 의미하는데, 이는 형벌권의 자의적인 행사를 예방하기 위해 금지된다.

법규 내용 명확성의 원칙은 어떤 행위가 금지되고 그 행위에 대해 어떤 형벌이 부과되는지 예측할 수 있도록 법률 규정을 명확하고 구체적으로 정해야 한다는 원칙이고, 유추해석 금지의 원칙은 법률에 규정이 없는 사항에 대해 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률을 적용하는 것은 허용되지 않는다는 원칙을 말한다.

2) 법령 입안·심사 시 고려 사항

죄형법정주의는 법치국가에서 기본적인 원칙이라고 할 수 있으므로, 벌칙 규정을 입안·심사할 때에는 죄형법정주의의 개별 원칙들을 특히 유의해야 한다. 법률상 의무가 규정되어 있다고 하더라도 그 위반에 대해 당연히 그리고 우선적으로 벌칙을 두어야 한다고 생각하지 말고, 법률상 의무의 내용을 검토하여 반드시 벌칙을 두어야 하는지를 신중히 고민함으로써 벌칙이 남용되지 않도록 할 필요가 있다. 범죄구성요건을 규정할 경우에는 누구를 벌할 것

인지와 어떠한 행위를 벌할 것인지, 어느 시점에 범죄가 성립하는지를 명확하게 규정해야 한다.

법정형(法定刑)의 형량(刑量)은 해당 행정법규 및 유사 행정법규와 「형법」상의 형량과 비교하여 균형이 이루어지도록 해야 하며, 법정형의 폭을 지나치게 넓게 하지 않도록 해야 한다.

마. 조세법률주의

조세법률주의는 법률에 근거가 없으면 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민도 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙이다(헌법 제59조 참조). 이는 과세 요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세 요건을 명확하게 규정함으로써 국민생활에서 법적 안정성과 예측 가능성을 보장하기 위한 것이다.⁶⁷⁾ 이 경우 과세의 구체적인 요건과 세율은 법률로 정하는 것이 원칙이나 현실적으로 모든 과세 요건과 세율을 법률로 정할 수는 없으므로 부득이 하위법령으로 이를 정하도록 위임하는 경우가 대부분인데, 이에 대해서는 앞서 언급한 포괄위임금지의 원칙이 엄격하게 적용된다.

67) 자세한 내용은 제2편 법령 입안·심사의 세부 기준 제2장 실체 규정 17. 조세법 규정에서 설명한다.

법령 입안·심사 기준



제2편

법령 입안 · 심사의 세부 기준



제1장 총칙 규정

제2장 실체 규정

제3장 보칙 규정

제4장 벌칙 규정

제5장 부칙 규정

제 1 장 총칙 규정

1. 개관

가. 의의

법령의 총칙 규정은 해당 법령 전반에 공통적으로 적용되는 사항을 규정한 것으로서 그 법령 전체의 원칙적·기본적·총괄적인 사항을 내용으로 한다.⁶⁸⁾

법령의 일반적 체계를 보면 대부분 처음에 그 법령 전반에 공통적으로 적용되는 총칙 규정을 두고, 그 다음에 실체 규정, 보칙 규정, 벌칙 규정을 두며, 마지막 부분에 부칙 규정을 둔다. 이와 같이 총칙 규정은 법령의 앞부분에 위치하여 그 법령에 공통적으로 적용되는 기본적이고 원칙적인 사항을 두는 것이 일반적이다.⁶⁹⁾

법령의 총칙 규정 부분에 반드시 어떠한 규정을 두어야 하는가에 대해 일정한 원칙이 확립

68) '기본법'이라는 명칭을 사용하는 법령의 경우 그 법령 자체가 다른 법령의 총칙 규정의 역할을 하기도 한다. 기본법에서는 제도의 기본이념, 국민의 기본적인 권리·의무, 제도의 운영을 위한 기본계획 및 국가 등의 책무 등 총괄적이고 포괄적인 사항 등을 정하고, 기본법에서 구현하려는 제도의 구체적이고 세부적인 사항 등에 대해서는 관련 개별 법령을 만들어 운영하도록 하고 있는 경우가 이에 해당한다. 예를 들면, 「교육기본법」과 「초·중등교육법」, 「고등교육법」의 관계를 보면 「교육기본법」이 교육 관련 법령의 해석과 집행에 기본적 사항을 정하고 있으므로 교육 관련 법령의 총칙 규정에 해당한다고 할 수 있고, 「행정기본법」은 행정 운영의 전반에 적용되는 일반 원칙과 개별 행정작용별로 적용되는 기준, 방법 등에 관한 기본적인 사항을 정하여 행정 관련 법령의 총칙 규정에 해당한다고 할 수 있다.

69) 총칙 규정이라도 법 전체에 공통적으로 적용되는 사항만 규정하지 않는 경우도 있다. 예를 들면, 「민법」의 제1편 총칙편의 규정은 친족편이나 상속편의 규정에는 그대로 적용되지 않는 경우가 많다.

되어 있는 것은 아니다. 어떤 내용을 총칙 규정에 둘 것인가는 특정한 법령을 제정하거나 개정할 때 그 법령 입법의 취지, 내용과 조문 수 등을 고려하여 개별적으로 판단하여 정한다.

법령을 장으로 구분하고 있지 않으면 어느 조항까지가 총칙에 해당하는지 명확하지 않다. 일반적으로 목적 규정, 정의 규정, 기본이념 등의 규정과 그 밖에 그 법령을 해석하고 적용할 때 공통적인 사항을 규정하는 조항을 총칙 규정으로 본다.

나. 규정의 위치

법령의 조문 수가 많은 경우 법령 내용의 성질에 따라 몇 개의 장(章)으로 나누어 구분하는 것이 보통이다. 이 경우 총칙 규정에 해당하는 부분은 제1장으로 하여 그 법령의 맨 앞에 둔다. 각 장마다 공통되는 사항을 묶어 규정할 필요가 있는 경우에는 각 장에 통칙을 두기도 한다.⁷⁰⁾

다. 규정의 내용과 순서

총칙 규정에 두는 내용은 개개의 법령에 따라 다양하지만, 보통 법령의 목적 또는 취지를 정한 목적 규정, 법령에서 사용되는 용어의 정의를 규정한 정의 규정, 법령해석의 지침을 규정한 해석 규정, 법령이 적용되는 대상이나 범위에 관한 적용 범위 규정, 그 법령과 다른 법령과의 관계에 관한 규정 등을 두고 있는 경우가 많다.

최근에는 이러한 규정들 외에 그 법령의 기본이념, 국가나 지방자치단체의 책무, 책임, 정책수립 의무 등에 관한 사항을 총칙 규정에 두는 경우도 많다.

각 규정을 어떤 순서로 규정할 것인가에 관하여 확립된 원칙이 있는 것은 아니므로 개별 법령에서 규정하려는 내용에 따라 적절한 순서를 정해 규정하면 될 것이다. 일반적으로 많이 사용되고 있는 순서는 다음과 같다.

제1조에는 목적 규정을 둔다. 목적 규정이 없는 법령도 드물게 있으나 대부분의 법령이 제1조에 목적 규정을 두고 있다.

제2조에는 기본이념 규정을 둔 경우도 있고, 정의 규정을 둔 입법례도 있다. 기본이념

70) 「지방세법」의 경우 제1장에 총칙을 두면서, 제2장 취득세, 제3장 등록면허세, 제7장 주민세, 제8장 지방소득세, 제9장 재산세, 제11장 지역자원시설세에 각각 통칙을 규정하고 있다.

규정과 정의 규정 중 어느 규정을 먼저 둘 것인가에 대해서는 입법례가 통일되어 있지 않다. 기본이념은 그 법령의 입법 목적을 좀 더 구체화하여 그 법령이 지향하는 방향을 제시한 것이므로 목적 규정과 밀접한 관계가 있다. 그러므로 기본이념 규정을 둔다면 순서상 제2조에 두는 것이 보다 논리적이다.

해석 규정은 정의 규정을 보충하는 기능을 하므로 정의 규정 바로 다음에 두는 것이 타당하다. 그리고 적용 범위 규정은 해당 법령의 적용 대상을 명확히 하는 규정이고, 다른 법령과의 관계 규정은 법령 간의 적용 관계를 명확히 하는 규정이므로 두 가지 규정을 모두 두는 경우에는 적용 범위 규정을 다른 법령과의 관계 규정 바로 앞에 두는 것이 좋을 것이다. 또한, 다른 법령과의 관계 규정은 보통 총칙 규정의 맨 마지막에 두는 것이 일반적 입법례이다.

이상의 설명을 고려하여 총칙 규정에서는 다음과 같은 순서로 규정하는 것을 원칙으로 한다.

- ① 목적 규정
- ② 기본이념 규정
- ③ 정의 규정
- ④ 해석 규정
- ⑤ 국가 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정
- ⑥ 적용 범위 규정
- ⑦ 다른 법령과의 관계에 관한 규정

2. 목적 규정

가. 의의

목적 규정은 그 법령의 입법 목적을 간결하고 명확하게 요약한 문장을 말한다. 목적 규정은 그 법령이 달성하려는 목적 등을 밝혀 일반국민이 입법 목적이나 입법취지를 쉽게 이해할 수 있도록 하기 위한 것이다.

목적 규정은 법령의 개별 조문에 대한 해석을 하는 경우 그 법령의 해석지침을 제시하는 역할을 한다. 즉, 목적 규정은 그 법령의 입법취지를 명확히 밝혀 그 법령의 각 조문을 해석하고 집행할 때 그 법령의 개별 조문의 구체적인 의미를 입법적으로 명확히 하는 입법적

해석의 기능을 하는 것이다.⁷¹⁾

나. 규정의 위치

목적 규정은 제1조에 둔다. 원칙적으로 법률이나 하위법령 등 모든 법령에는 목적 규정을 두고 있으나, 예외적으로 「민법」, 「상법」, 「형법」 등과 같이 목적 규정을 두지 않는 법령도 있다.

다. 규정의 제목

목적 규정의 제목은 간명하게 “(목적)”으로 표현한다. “(이 법률의 목적)” 또는 “(이 영의 목적)” 등으로 표현하지 않는다.

라. 규정의 표현 방식

목적 규정은 그 법령의 해석지침이 되므로 목적 규정을 입안할 때에는 입법취지와 입법 목적을 종합적으로 표현해야 한다. 목적 규정은 간결하고 명확하면서도 법령 입법의 목적과 취지를 포괄적으로 표현해야 한다. 목적 규정은 하나의 조문으로 규정하며, 둘 이상의 조문으로 나누어 표현하지 않는다. 또한 목적 규정은 항·호 또는 목으로 나누어 표현하지 않는다.

목적 규정의 표현 방식은 크게 다음 세 가지 방식으로 구분할 수 있다. 이 세 가지 표현 방식 외에도 목적 규정에서 그 법령의 목적·수단과 입법의 동기까지 규정한 입법례도 있는 등 다양한 표현 방법이 사용되고 있다. 목적 규정은 그 법령의 다른 조문을 해석할 때 지침이 된다는 점을 염두에 두고 표현해야 하며, 목적 규정에서는 최소한 그 법령의 목적·수단이 명확하게 나타나도록 하는 것이 바람직하다.

71) 구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2011. 3. 29. 법률 제10471호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국가유공자법’이라 한다)은 국가를 위하여 희생하거나 공헌한 국가유공자와 그 유족에게 합당한 예우를 다 하고자 함을 입법 목적으로 하고 있고(제1조), 국가유공자의 희생과 공헌의 정도에 상응하여 국가유공자와 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상을 하는 것을 예우의 기본이념으로 삼고 있음(제2조)에 비추어 보면, ‘교육훈련 또는 직무수행 중 사망’이라 함은 교육훈련 또는 직무수행과 사망 사이에 상당인과관계가 있는 경우를 말한다고 하겠고, 이는 군인의 사망이 자해행위인 자살로 인한 경우에도 마찬가지로 할 것이다(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27363 판결).

1) 수단을 나열한 후 목적을 규정하는 방식

이 방식은 “~~~규정함으로써(~규정하여 ~함으로써) ~~~함을 목적으로 한다”라고 하여 문장의 앞부분에서 목적 달성에 필요한 수단을 나열하고, 뒷부분에서 목적을 규정하는 방식이다. 대다수의 법령이 이 방식을 취하고 있다.⁷²⁾

[입법례]

행정기본법

제1조(목적) 이 법은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다.

건강검진기본법

제1조(목적) 이 법은 국가건강검진에 관한 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 국가건강검진의 계획과 시행에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 국민의 보건 및 복지의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

2) 목적을 명시한 후 수단을 규정하는 방식

이 방식은 “~~~하기 위하여 ~~~을 규정함을 목적으로 한다”로 표현하여 문장의 앞부분에서 그 법의 목적을 명시하고, 뒷부분에서 이를 위한 수단을 규정하는 방식이다.⁷³⁾

[입법례]

재난 및 안전관리 기본법

제1조(목적) 이 법은 각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가와 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구와 안전문화활동, 그 밖에 재난 및 안전관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

72) 목적 규정을 표현할 때 「...정함으로써...」라는 표현이 사용되고 있는 경우(「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」, 「건설산업기본법」 등)도 있으나, 표현의 통일을 기하기 위해 「...규정함으로써...」로 쓰기로 한다.

73) 목적 규정을 표현할 때 「...을 정함을 목적으로 한다」라는 표현이 사용되고 있는 경우(「가등기담보 등에 관한 법률」, 「공공기록물 관리에 관한 법률」 등)도 있으나, 표현의 통일을 기하기 위해 「...을 규정함을 목적으로 한다」로 쓰기로 한다.

3) 직접 목적만 규정하는 방식

이 방식은 “~~~을 규정함을 목적으로 한다”라고 하여 목적 규정에서 직접 목적만을 규정하는 방식이다.

[입법례]

검사징계법

제1조(목적) 이 법은 검사(檢事)에 대한 징계에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

마. 목적 규정에서의 약칭 사용

목적 규정은 그 법령의 입법 목적을 간결하고 명확하게 요약하여 일반국민이 입법의 목적이나 취지를 쉽게 이해할 수 있도록 하기 위한 것이므로 목적 규정에서는 약칭이나 약칭된 용어를 사용하지 않도록 한다.

약칭은 법령문의 표현을 간결하게 하기 위해 활용하는 입법기술로서 약칭을 할 필요가 있는 경우에는 목적 규정 다음에 맨 처음 그 용어가 나오는 곳에서 하도록 한다.

바. 하위법령의 목적 규정

법률에 목적 규정을 두는 것은 물론이고, 대통령령이나 총리령·부령 등 하위법령에서도 목적 규정을 두도록 한다.

법률에 두는 목적 규정은 그 법률이 달성하려는 입법 목적을 이해하기 쉽게 함과 동시에 그 법률의 다른 조문을 해석할 때 지침이 되도록 하려는 취지에서 두는 것이다.

하위법령에 두는 목적 규정은 상위법인 법률의 목적 규정과는 달리 그 하위법령이 상위법인 모법을 원활하게 시행하기 위해 필요한 사항을 규정하기 위한 것이라는 취지를 명확히 하기 위해 둔다. 이런 점에서 하위법령의 목적 규정은 상위법인 법률과 독립된 별도의 자체적인 목적을 정한 조항이라기보다는 법률을 원활하게 집행하는 데에 필요한 사항을 규정한 것이다. 상위법인 법률에서 정하고 있는 목적 규정이 하위법령인 대통령령이나 총리령·부령 등을 해석할 때에도 지침이 되는 것은 물론이다.

대통령령과 총리령·부령 등 하위법령에서 목적 규정을 두지 않는 경우도 있다. 그러나 모든 법령에는 그 제정 목적이 있는 것이므로 이를 명확하게 표현해야 할 필요성이 있다. 그러므로 하위법령에서도 상위법인 모법을 원활하게 시행하기 위해 필요한 사항을 규정하기 위한 것이라는 취지의 목적 규정을 두는 것이 타당하다.

대통령령과 총리령·부령의 목적 규정에서 상위법의 시행에 관한 사항을 정하는 표현을 할 때 ‘같은 법 시행에 필요한’, ‘시행에 필요한’, ‘그 시행에 필요한’ 등 여러 가지 표현 방법이 있으나, 표현을 통일하기 위해 ‘그 시행에 필요한’으로 하기로 한다.

[입법례]

국민연금법 시행령

제1조(목적) 이 영은 「국민연금법」에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

국민연금법 시행규칙

제1조(목적) 이 규칙은 「국민연금법」 및 같은 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

3. 기본이념에 관한 규정

가. 의의

법령의 기본이념 규정은 법령의 제정 이념이나 정신을 표현한 것으로 그 법령의 조문을 통해서 구현되어야 하는 이념에 관한 선언적 규정이다.

목적 규정에서 그 법령의 제정 목적을 규정하고 있으므로 대부분의 법령은 목적 규정과는 별도로 이념규정을 둘 필요가 없다. 그러나 제도의 이념이나 정책의 기본방향을 제시하기 위해 제정한 각종 기본법이나 기본법적 성격을 가진 법령에서 목적 규정과는 따로 기본이념 규정을 두고 있는 경우가 많다. 기본이념 규정은 법령 제정의 이념이나 방침을 특히 강조하려는 경우에 둔다.

나. 규정의 위치와 제목

기본이념 규정은 목적 규정을 좀 더 구체적으로 보충하여 설명하는 기능을 하는 것으로서 목적 규정과 밀접한 관계가 있는 규정이므로 목적 규정 바로 다음 조문에 두도록 한다.

기본이념 규정의 제목은 “(기본원칙)”, “(기본방향)”, “(교육이념)”, “(예우의 기본이념)”, “(지방분권의 기본이념)” 등 여러 가지로 표현하고 있으나, 그 표현을 통일하기 위해 원칙적으로 “(기본이념)”으로 쓰기로 한다.

다. 규정의 표현 방식

기본이념 규정의 표현은 될 수 있으면 주요 방향과 정책 내용 등을 구체적으로 알 수 있도록 해야 한다. 그래야만 목적 규정과는 별도로 기본이념 규정을 두는 의의가 있기 때문이다.

기본이념 규정의 표현 방식은 특별히 정형화된 것이 없다. 목적 규정 외에 따로 기본이념 규정을 두는 이유는 목적 규정에서 나타내지 못한 제도의 이념이나 기본방향을 좀 더 구체적으로 표현하여 특히 강조하려는 것이므로 기본이념 규정의 내용이 목적 규정과 내용이 중복되거나 비슷하지 않게 규정되도록 유의해야 한다.

[입법례]

사회보장기본법

제1조(목적) 이 법은 사회보장에 관한 국민의 권리와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 사회보장정책의 수립·추진과 관련 제도에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 국민의 복지 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

제2조(기본 이념) 사회보장은 모든 국민이 다양한 사회적 위협으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 자립을 지원하며, 사회참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현하는 것을 기본 이념으로 한다.

양성평등기본법

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」의 양성평등 이념을 실현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 양성평등을 실현하는 것을 목적으로 한다.

제2조(기본이념) 이 법은 개인의 존엄과 인권의 존중을 바탕으로 성차별적 의식과 관행을 해소하고, 여성과 남성이 동등한 참여와 대우를 받고 모든 영역에서 평등한 책임과 권리를 공유함으로써 실질적 양성평등 사회를 이루는 것을 기본이념으로 한다.

4. 정의 규정

가. 의의

정의 규정은 그 법령 중에 쓰이고 있는 용어의 뜻을 명확하게 정하는 규정을 말한다. 정의 규정은 그 법령에서 쓰고 있는 용어 중 개념상 중요한 용어이거나 일반적으로 쓰는 용어의 의미와 다른 의미로 사용되는 용어에 대해 법령 자체에서 그 의미를 명확하게 할 목적으로 두게 된다.

정의 규정을 통해 법령을 해석하고 적용할 때 나타나는 의문점을 없애고 법적 분쟁을 미리 예방함으로써 일관성 있게 법령을 집행하고 국민의 권익을 보호하려는 것이다.

용어의 의미는 일반적으로 사전(辭典)에 설명된 내용대로 사용되거나 사회통념에 따라 정해지는 것이지만 하나의 용어가 여러 뜻으로 쓰이는 경우가 많다. 이런 경우에 그 법령에서 어떤 의미로 그 용어를 사용하는가를 명확하게 해 줌으로써 법령의 해석과 적용상의 혼란을 막을 수 있다. 이와 같이 정의의 규정은 법령해석상의 논란을 예방하고, 법령의 집행과정에서 발생할 수 있는 분쟁을 방지할 뿐만 아니라, 여러 조문에서 자주 사용되는 용어를 미리 하나의 조문에서 설명해 줌으로써 법령문을 간결하게 표현할 수 있게 한다.

정의 규정에서는 헌법이나 「민법」, 「형법」, 「행정기본법」 등 기본법에서 사용하는 용어와 표현을 존중하여 같은 용어는 가능하면 뜻이 같도록 표현하는 것이 바람직하다. 법령 상호 간의 용어를 통일시킴으로써 법 규정의 내용에 대한 이해를 더 쉽게 할 수 있고 법령의

집행과정에서도 법 규정을 더 명확하게 해석할 수 있기 때문이다. 사회통념상 확립된 의미와는 동떨어진 용어 정의는 법령의 의미를 알기 어렵게 할 우려가 있으므로, 가능하면 일반적으로 사용되는 용어의 용법에 맞게 용어 정의를 해야 한다.

법령 가운데 어떤 용어를 정의할 필요가 있는가에 관해서는 그 용어가 지니는 의미의 다양성과 그 용어가 법령상 차지하는 비중과 법적 효력상의 중요성 등에 따라 판단해야 할 것이다. 그리고 용어 정의가 없는 경우에는 건전한 상식에 따라 판단해야 할 것이다.⁷⁴⁾

정의 규정은 총칙 규정의 일부로서 그 법령의 전체에 그 효력을 미친다. 법령의 특정한 조항에 대한 해석을 하는 경우에도 그 법령의 정의 규정은 해석지침으로서 중요한 역할을 한다. 이런 의미에서 정의 규정은 목적 규정과 함께 법령규정의 의미를 해당 법령 또는 다른 법령 중에서 입법적으로 명확히 하는 입법적 해석의 기능을 한다고 할 수 있다.

모든 법령에 정의 규정을 반드시 두어야 하는 것은 아니다. 사회통념상 일정한 의미가 있는 용어로서 정의 규정이 없이도 그 의미를 충분히 알 수 있는 용어인 경우 그 용어에 대해서는 따로 정의를 할 필요가 없다. 정의 규정을 두지 않은 경우 용어의 구체적 의미는 법원의 판례나 헌법재판소의 결정례 또는 소관 부처의 법령해석지침 등에 따르게 될 것이다.

한편, 용어를 그 법령의 한두 조문에서만 사용하는 데 그치는 경우에는 별도로 용어 정의 규정을 두지 않고 해당 조항에서 그 의미를 명확하게 규정하면 될 것이다.

나. 규정의 위치

정의 규정은 일반적으로 목적 규정 바로 다음에 둔다. 목적 규정은 제1조에 두고, 정의 규정은 제2조에 두는 것이 일반적이다. 그러나 기본이념 규정을 두는 경우에는 제1조인 목적 규정 다음인 제2조에 기본이념 규정을 먼저 두고, 정의 규정은 그 다음 제3조에 둔다.

74) 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특가법”이라 한다) 제4조제1항 소정의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는가에 관하여 특가법 자체에는 아무런 규정이 없고(중략) “정부관리기업체”라는 용어에 관한 아무런 정의규정이나 해설규정이 없으며 다른 법률에서도 그러한 규정을 찾아볼 수가 없다. 그렇다면 특가법 제4조제1항의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는 것인가는 우리의 건전한 상식에 따라 이를 판단할 수밖에 없다(헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 93헌바50 결정).

다. 규정의 제목

정의 규정의 제목은 “(정의)”라고 한다. “(용어의 정의)”라고 하고 있는 입법례⁷⁵⁾도 있으나 간명하게 “(정의)”라고 하기로 한다.

라. 규정의 표현 방식

정의 규정은 그 자체로서 정의하려는 용어의 의미가 최대한 명확하게 나타나도록 해야 한다. 용어 정의를 하면서 그 내용에서 “등”, “그 밖에”, “...와 같은” 등의 불확정적인 단어는 가능하면 사용하지 않도록 한다. 그리고 정의 규정에서 인허가 대상 적용 범위 등을 규정하는 경우도 있는데 이는 피하도록 한다.

인허가, 지정 등과 관련된 실체조항이 있음에도 인허가 대상 등 인허가 요건의 성격을 갖는 내용과 함께 실체조항의 조문을 결합하여 정의하는 방식(“A란 □로서 제○조에 따라 허가를 받은 △를 말한다”는 형식의 정의 규정⁷⁶⁾)은 엄밀한 의미에서 용어 정의라고 보기는 어렵고, 약칭 규정에 가까우므로 해당 실체조항에서 약칭을 하는 방법으로 간결하게 규정한다.⁷⁷⁾

정의 규정의 규정 방식은 그 법령에서 정의되는 용어의 수나 그 용어가 그 법령에서 모두 적용되는지 아니면 일정한 부분에서만 적용되는지 등에 따라 달라진다.

1) 정의하는 용어가 하나인 경우의 표현 방식

독립한 조(條)를 두어 법률에서는 ‘이 법에서 “○○”(이)란 ...을 말한다.’라고 표현하고, 대통령령에서는 ‘이 영에서 “○○”(이)란 ...을 말한다.’라고 표현한다.

75) 「군형법」 제2조, 「영업조합법」 제2조, 「택지개발촉진법」 제2조 등

76) 「집단에너지사업법」 제2조제3호

3. “사업자”란 제9조에 따라 사업의 허가를 받은 자를 말한다.

77) 다만, 해당 법령에서 중요하고 자주 사용되는 용어를 뒤에 규정된 실체 조항에서 약칭으로 표현하면 해당 조항에 가야만 용어의 의미를 알 수 있어 법령을 이해하는 데 곤란하거나, 정의된 용어가 제명으로 사용되고 있는 경우에는 이해의 편의를 위해 정의 규정을 별도로 두는 것도 가능하다.

[입법례]

기초연구진흥 및 기술개발지원에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 “기초연구”란 기초과학(자연현상에 대한 탐구 자체를 목적으로 하며, 공학·의학·농학 등의 밑바탕이 되는 기초 원리와 이론에 관한 학문을 말한다) 또는 기초 과학과 공학·의학·농학 등과의 융합을 통하여 새로운 이론과 지식 등을 창출하는 연구활동을 말한다.

2) 정의하는 용어가 둘 이상인 경우의 표현 방식

정의하려는 용어가 둘 이상인 경우에는 독립한 조를 두어 본문을 “이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다”라고 한다. 입법례에 따라서는 “이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다”라는 표현을 사용하는 경우도 있으나, 표현의 통일을 위해 “이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다”라는 표현을 쓰기로 한다.

용어 정의는 본문에 이어서 용어별로 호를 두어 각 용어에 대한 정의를 한다. 용어 정의는 항으로 구분하지 않고 바로 호로 구분하여 규정한다.⁷⁸⁾

[입법례]

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “정보”란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다.
2. “공개”란 공공기관이 이 법에 따라 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 제공하는 것 또는 「전자정부법」 제2조제10호에 따른 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다.
3. (생략)

78) 종전에는 호를 사용하지 않고 항을 나열하여 여러 개의 용어를 정의하거나 항이나 호로 구분하지 않고 하나의 본문으로 둘 이상의 용어 정의를 한 경우도 있었으나 이에 따르지 않도록 한다.

정의하려는 용어들이 체계상의 구분이 필요한 경우에는 호와 목 등을 결합하여 규정할 수 있다.

[입법례]

행정기본법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “법령등”이란 다음 각 목의 것을 말한다.
 - 가. 법령: 다음의 어느 하나에 해당하는 것
 - 1) 법률 및 대통령령·총리령·부령
 - 2) 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙
 - 3) 1) 또는 2)의 위임을 받아 중앙행정기관(「정부조직법」 및 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다. 이하 같다)의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙
 - 나. 자치법규: 지방자치단체의 조례 및 규칙
2. “행정청”이란 다음 각 목의 자를 말한다.
 - 가. 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관
 - 나. 그 밖에 법령등에 따라 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 권한을 가지고 있거나 그 권한을 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)
3. ~ 5. (생략)

법인세법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “내국법인”이란 본점, 주사무소 또는 사업의 실질적 관리장소가 국내에 있는 법인을 말한다.
2. “비영리내국법인”이란 내국법인 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다.
 - 가. 「민법」 제32조에 따라 설립된 법인
 - 나. 「사립학교법」이나 그 밖의 특별법에 따라 설립된 법인으로서 「민법」 제32조에 규정된 목적과 유사한 목적을 가진 법인(대통령령으로 정하는 조합법인 등이 아닌 법인으로서 그 주주(株主)·사원 또는 출자자(出資者)에게 이익을 배당할 수 있는 법인은 제외한다)
 - 다. 「국세기본법」 제13조제4항에 따른 법인으로 보는 단체(이하 “법인으로 보는 단체”라 한다)
3. ~ 10. (생략)

3) 정의 규정을 총칙 규정 부분 외에 둔 경우의 표현 방식

정의 규정은 총칙 규정에 두는 것이 일반적이다. 그러나 정의하려는 용어가 그 법령의 어느 일부에만 사용되는 경우에는 총칙 규정에 두지 않고 그 용어가 실제로 사용되는 곳에서 정의하기도 한다.

[입법례]

소득세법

제35조(접대비 필요경비 불산입) ① 이 조에서 “접대비”란 접대, 교제, 사례 또는 그 밖에 어떠한 명목이든 상관없이 이와 유사한 목적으로 지출한 비용으로서 사업자가 직접적 또는 간접적으로 업무와 관련이 있는 자와 업무를 원활하게 진행하기 위하여 지출한 금액(사업자가 종업원이 조직한 조합 또는 단체에 지출한 복지시설비 중 대통령령으로 정하는 것을 포함한다)을 말한다.

② ~ ⑤ (생략)

4) 특정 용어를 괄호를 사용하여 정의한 경우의 표현 방식

보통 정의 규정은 별개의 조문으로 하고 있으나, 비교적 간단한 용어는 해당 조문에서 괄호로 표시하여 용어를 정의할 수도 있다.

[입법례]

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행규칙

제6조(개발제한구역에 주택 또는 근린생활시설을 신축할 수 있는 토지의 입지기준) 영 별표 1 제5호다목다) 및 라목다)에 따라 개발제한구역에 주택 또는 근린생활시설(이하 이 조에서 “주택등”이라 한다)을 신축할 수 있는 토지의 입지기준은 다음 각 호와 같다.

1. (생략)
2. 우량농지(경지정리·수리시설 등 농업생산기반이 정비되어 있는 농지를 말한다)가 아닐 것
3. ~ 5. (생략)

5) 총칙 규정이 아닌 별도의 장에 정의 규정을 둔 경우의 표현 방식

법령의 내용이 각 장별로 구분되어 있어 각 장별로 필요한 곳에서 정의할 필요가 있는 경우에는 총칙의 장이 아닌 해당되는 장의 조항에서 용어의 정의 규정을 둘 수 있다.

[입법례]

경범죄 처벌법
제3장 경범죄 처벌의 특례
제6조(정의) ① 이 장에서 “범칙행위”란 제3조제1항 각 호 및 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.
② 이 장에서 “범칙자”란 범칙행위를 한 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 사람을 말한다.
1. 범칙행위를 상습적으로 하는 사람
2. 죄를 지은 동기나 수단 및 결과를 헤아려볼 때 구류처분을 하는 것이 적절하다고 인정되는 사람
3. 피해자가 있는 행위를 한 사람
4. 18세 미만인 사람
③ 이 장에서 “범칙금”이란 범칙자가 제7조에 따른 통고처분에 따라 국고 또는 제주특별자치도의 금고에 납부하여야 할 금전을 말한다.

6) 용어 정의의 구체적 내용을 하위법령에 위임하는 방식

용어 정의는 해당 정의 규정에서 최대한 명확하게 하는 것이 원칙이다. 그러나 그 내용이 많아 법률에서 일일이 용어 정의를 명확하게 하는 것이 입법기술적으로 곤란한 경우에는 법률에서는 대강의 용어 정의를 하고 좀 더 구체적인 내용은 대통령령이나 총리령·부령에 위임할 수 있다. 그러나 법률에서 용어 정의 내용을 포괄적으로 하위법령에 위임하는 것은 포괄위임금지의 원칙에 어긋날 수 있으므로, 법률로 정의하기가 사실상 불가능한 경우가 아니면 위임하지 않도록 한다.

[입법례]

공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “외국정부등”이란 외국정부 및 대통령령으로 정하는 국제경제협력기구를 말한다.
2. ~ 10. (생략)

마. 정의 규정과 약칭

1) 정의 규정과 약칭의 구분

정의 규정과 혼동하기 쉬운 것으로서 약칭(略稱)이 있다. 정의 규정은 그 법령에서 쓰고 있는 중요한 용어 등에 대해 법령 자체에서 그 의미를 명확하게 함으로써 법령의 해석과 적용상 의문점을 없애기 위해 두는 것이다. 반면 약칭은 그 법령에서 반복하여 사용되는 일정한 긴 표현을 간결하게 표현함으로써 법령 조문의 간소화라는 입법 경제적 목적을 위해 사용하는 입법기술적 표현 방법이다.

어떤 특정한 용어를 정의하여 사용할 것인지 약칭하여 사용할 것인지 명확하게 구분할 수 없는 경우가 있다. 일반적으로 법령 전반에 걸쳐 사용되는 기본적인 용어는 정의 조항에서 정의하는 것이 바람직하므로, 약칭하여 사용하지 않도록 한다.

약칭은 법령상 일정한 위치가 있는 것이 아니고 약칭을 해야 할 용어가 처음 나오는 부분에서 사용하므로 그 조문 이후 사용되는 약칭의 원래 용어가 무엇인지 찾으려면 처음 약칭이 사용된 조문을 찾아보아야 한다. 따라서 법령을 쉽게 이해할 수 없게 하는 원인이 될 수도 있으므로 약칭을 과도하게 사용하지 않도록 한다.

2) 정의된 용어의 약칭

정의 규정에서 정의된 용어에 대해서는 원칙적으로 다시 약칭하여 사용하지 않도록 한다. 왜냐하면 용어 정의를 하는 것은 그 용어를 그 법령에서 특정한 의미로 계속 사용하

겠다는 취지로 하는 것인데, 정의된 용어를 다시 약칭하여 사용하는 것은 용어 정의를 한 원래의 취지에 맞지 않기 때문이다. 또한 정의된 용어를 약칭하게 되면 그 정의된 용어는 정의 규정에서만 사용되고 그 이후 조문에서는 약칭이 계속 사용되기 때문에 용어 정의를 한 의미가 없어진다.

정의된 용어를 다시 약칭할 필요가 있을 때에는 용어 정의를 한 후 그 용어를 다시 약칭할 것이 아니라 처음부터 약칭하려는 용어 그 자체를 정의하여 사용하는 것이 타당하다.

현행 법령상 입법례를 보면 정의된 용어에 대해 입법기술상 부득이 다시 약칭해야 할 필요가 있는 경우에는 예외적으로 정의된 용어를 다시 약칭하는 경우도 있다.⁷⁹⁾ 부득이 정의된 용어를 다시 약칭하여 사용하는 경우에는 그 약칭은 용어를 정의한 후 최초로 그 용어가 나오는 조항에서 약칭하도록 한다.⁸⁰⁾

바. 하위법령에서의 정의 규정

법률에서 용어 정의가 되어 있는 경우에는 그 용어 정의가 대통령령과 총리령·부령에도 당연히 그대로 적용되므로 법률에서 용어 정의가 된 동일한 용어에 대해 하위법령에서는 다시 용어 정의를 하지 않도록 한다.⁸¹⁾ 법률에 나오는 용어 정의를 하위법령에서 다시 하는 경우에는 법률에 위임 없이 적용 범위를 정하는 취지가 될 수 있기 때문에 피하도록 한다. 하위법령에서 상위법령의 용어 정의를 그대로 사용한다는 규정을 둘 필요도 없다.

법률에서 사용되지 않은 용어를 하위법령에서 정의할 필요가 있는 경우가 있다. 이 때 하위법령에서 필요한 용어 정의를 한 후 보완적 규정으로 “그 밖에 이 영에서 사용하는 용어 정의에 관하여는 법률에서 사용된 용어 정의에 따른다.”라는 취지의 규정을 두는 입법례가

79) 「방위사업법」

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

7. “방위산업물자”라 함은 군수품 중 제34조의 규정에 의하여 지정된 물자를 말한다.

제9조(방위사업추진위원회)

② 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·조정한다.

12. 제34조 및 제35조의 규정에 의한 방위산업물자(이하 “방산물자”라 한다) 및 방산업체의 지정에 관한 사항

80) 예외적으로 용어를 정의하는 조항 안에서 다시 약칭하는 입법례가 있으나, 입법기술상 불가피한 경우가 아니면 이러한 방식은 피하도록 한다.

81) 약칭의 경우 하위법령에는 적용되지 않으므로, 약칭이 사용된 법령의 하위법령에서 필요하다면 다시 약칭해야 한다.

있다.⁸²⁾ 법률의 용어 정의가 하위법령에 당연히 적용되는 것이고, 그러한 규정을 두지 않은 다른 법령의 경우에는 법률의 정의 규정이 하위법령에는 적용되지 않는 것처럼 오해될 소지가 있으므로 그러한 규정은 두지 않도록 한다.

5. 해석 규정

가. 의의

해석 규정은 법령해석의 지침을 정한 규정이다. 목적 규정, 기본이념 규정이나 정의 규정도 법령 각 조문을 해석하고 운영할 때에 지침을 제시하는 역할을 한다. 그러나 해석 규정은 좀 더 직접적으로 그 법령의 해석에 대한 지침이나 태도를 규정함으로써 특정한 내용이나 사항에 대해 법령을 해석하고 적용할 때 일어날 수 있는 법적 논란을 입법적으로 해결할 필요가 있을 때 둔다. 해석 규정은 법률의 목적 규정, 기본이념 규정 및 정의 규정의 내용과 서로 모순되지 않아야 하며, 논리적인 일관성을 갖추어야 한다.

법령에 그 법령 개개 조문의 해석에 관한 방침을 명확히 제시하기 위해 해석 규정을 두는 것은 이른바 입법적 해석에 해당한다. 따라서 해석 규정은 그 법령에 대해 법원이 판결을 할 때에 사법적(司法的) 해석을 하거나 행정기관이 행정적 해석을 할 때 구속을 받는 데에 의의가 있다.

법령을 적용하거나 집행할 때 국민의 자유나 권리를 침해할 우려가 있어 그 한계를 법령에서 미리 명백히 하려는 경우에는 이에 대한 해석 규정을 두는 것이 바람직하다.⁸³⁾⁸⁴⁾

82) 「골재채취법 시행령」

제2조(정의) ① 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “하천골재”라 함은 「하천법」 제2조제2호에 따른 하천구역에서 채취하는 골재로서 수중골재와 하상골재를 말한다.

② 제1항 외에 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 「골재채취법」(이하 “법”이라 한다)이 정하는 바에 의한다.

83) 「국세기본법」 제18조제1항에서 “세법을 해석·적용할 때에는 과세의 형평(衡平)과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당하게 침해되지 아니하도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있는 것이 좋은 사례이다.

84) 「행정절차법」 제4조제2항에서는 “행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이는 해석 규정을 명확하게 두지 않았음에도 불구하고 행정청이 법령 등의 해석을 일관되게 해 온 경우에는 국민에게 불리하게 새로운 해석을 하지 못하게 하여 국민의 권익을 보호하기 위해 둔 규정이다.

나. 규정의 위치

해석 규정이 그 법령 전반에 걸쳐 해석지침으로 적용되는 경우에는 주로 총칙 규정에 둔다. 간혹 해석 규정을 보칙에 둔 입법례⁸⁵⁾도 있으나, 해석 규정이 그 법령 전반에 걸쳐 해석지침으로 적용되는 경우에는 원칙적으로 총칙 규정에 두도록 한다.

총칙 규정에 해석 규정을 두는 경우 보통 목적 규정, 기본이념 규정과 정의 규정 다음에 둔다. 그 외에 국가 등의 책임 등에 관한 규정과 적용 범위 규정 등을 두는 경우에는 이러한 규정과 해석 규정의 위치를 적절하게 배치하도록 하되, 정의 규정 바로 다음에 두는 것이 타당할 것이다.

[입법례] 총칙에 해석 규정을 둔 사례

아동·청소년의 성보호에 관한 법률

제3조(해석·적용상의 주의) 이 법을 해석·적용할 때에는 아동·청소년의 권익을 우선적으로 고려하여야 하며, 이해관계인과 그 가족의 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

관세법

제5조(법 해석의 기준과 소급과세의 금지) ① 이 법을 해석하고 적용할 때에는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권을 부당하게 침해하지 아니하도록 하여야 한다.

② 이 법의 해석이나 관세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석이나 관행에 따른 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석이나 관행에 따라 소급하여 과세되지 아니한다.

③·④ (생략)

해석 규정이 법령의 일부 조문이나 특정 조항에 대한 해석지침을 정하는 내용인 경우에는 해석 규정을 총칙 규정에 두지 않고 그 장·절이나 해당 조항에 둔다.

85) 「외국인투자 촉진법」 제30조제9항, 「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」 제20조 등

[입법례] 총칙이 아닌 관련 장에 해석 규정을 둔 사례

저작권법
제2장제4절제2관 저작재산권의 제한 제38조(저작인격권과의 관계) 이 관 각 조의 규정은 저작인격권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.
제3장 저작인접권 제65조(저작권과의 관계) 이 장 각 조의 규정은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

할부거래에 관한 법률
제2장 할부거래 제5조(계약체결 전의 정보제공) (생략) 제6조(할부계약의 서면주의) ① ~ ③ (생략) ④ 할부계약이 제1항 각 호의 요건을 갖추지 못하거나 그 내용이 불확실한 경우에는 소비자와 할부거래업자 간의 특약이 없으면 그 계약내용은 어떠한 경우에도 소비자에게 불리하게 해석되어서는 아니 된다.

다. 규정의 제목

해석 규정의 제목은 특별히 정형화된 것이 없다. 보통 “(법해석의 기준)”, “(해석·적용상의 주의)” 등으로 쓰는 경우가 많으나 해석 규정의 구체적인 내용에 따라 그 내용에 알맞은 제목을 붙이도록 한다.

라. 규정의 표현 방식

해석 규정의 표현 방식은 특별히 정형화된 것이 없다. 해석 규정을 두는 목적을 잘 나타낼 수 있도록 표현하면 된다. 해석 규정은 그 법령의 개별 조항을 해석·적용할 때에 보다 명확한 지침을 주기 위한 것이므로 해석 규정 그 자체가 또 다른 해석상의 논란을 일으키지 않도록 유의해야 한다.

6. 국가 등의 책무·책임 등에 관한 규정

가. 의의

국가나 지방자치단체 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정은 그 법령의 목적 달성을 위해 국가나 지방자치단체 등이 수행해야 할 책무 등을 정한 것이다. 이러한 규정은 국가나 지방자치단체 등이 담당해야 할 책무를 법령으로 명확히 정함으로써 법령의 입법 목적을 좀 더 효과적으로 달성하기 위해 두는 것이다. 국가나 지방자치단체 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정은 주로 각종 기본법에서 두어 그 법령이 달성하려는 정책의 수립과 집행 의무를 명시적으로 부여함으로써 그 법령의 목적을 달성하도록 강제하는 효과를 거두고, 아울러 국가발전과 국민복지 향상을 위해 정부의 적극적인 법령 집행을 유도하기 위해 두는 것이다.

나. 규정의 위치

국가나 지방자치단체 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정을 두는 경우에는 원칙적으로 그 법령의 총칙에 둔다. 총칙 중 어느 위치에 둘 것인가는 그 규정이 그 법령에서 차지하는 비중에 비추어 결정하되, 일반적으로 목적 규정, 기본이념 규정과 정의 규정 다음에 두며 다른 법령과의 관계에 관한 규정보다는 앞에 둔다.

다. 규정의 제목

국가나 지방자치단체 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정의 제목은 정형화된 것이 없고, 그 법령의 내용에 비추어 가장 적합한 표현을 사용하도록 한다.

실제 입법례에서는 “(국가의 책무)”, “(국가의 의무)”, “(국가 및 지방자치단체의 책임)”, “(정부의 책무)”, “(사회의 책임)” 등 다양한 표현을 사용하고 있고, 정책이나 시책에 관한 규정의 제목으로는 “(국가의 시책)”, “(시책의 수립·시행)”, “(기본시책의 수립)” 등의 표현을 사용하고 있다.

라. 규정의 표현 방식

국가나 지방자치단체 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정의 표현방식은 그 법령의 내용에 비추어 가장 적절한 표현을 사용하도록 한다. 다만, 다른 법령에 그 법령과 관련 있는 내용이 있는 경우에는 표현이나 내용이 서로 모순되지 않도록 해야 한다.

[입법례]

행정기본법

제3조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 적법절차에 따라 공정하고 합리적인 행정을 수행할 책무를 진다.
② 국가와 지방자치단체는 행정의 능률과 실효성을 높이기 위하여 지속적으로 법령등과 제도를 정비·개선할 책무를 진다.

국어기본법

제4조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 변화하는 언어 사용 환경에 능동적으로 대응하고, 국민의 국어능력 향상과 지역어 보전 등 국어의 발전과 보전을 위하여 노력하여야 한다.
② 국가와 지방자치단체는 정신상·신체상의 장애로 언어 사용에 어려움을 겪고 있는 국민이 불편 없이 국어를 사용할 수 있도록 필요한 정책을 수립하여 시행하여야 한다.

문화산업진흥 기본법

제3조(국가와 지방자치단체의 책임) ① 국가와 지방자치단체는 문화산업의 진흥을 위하여 필요한 정책을 수립·시행하여야 한다.
② 국가와 지방자치단체는 문화산업 진흥을 위하여 기술의 개발과 조사·연구사업의 지원, 외국 및 문화산업 관련 국제기구와의 협력체제 구축 등 필요한 노력을 하여야 한다.
③ 국가와 지방자치단체는 문화산업의 진흥을 위한 각종 시책을 수립·시행함에 있어서 장애인 관련 활동에 참여할 수 있도록 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제4조에 따른 정당한 편의 제공을 위하여 노력하여야 한다.

국가나 지방자치단체 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정을 두면서 사업자의 의무나 국민의 의무도 함께 규정함으로써 법령의 실효성을 확보하기도 한다.

[입법례]

환경정책기본법

제4조(국가 및 지방자치단체의 책무) ① 국가는 환경오염 및 환경훼손과 그 위해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보존하기 위하여 환경보전계획을 수립하여 시행할 책무를 진다.

② 지방자치단체는 관할 구역의 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경보전계획에 따라 그 지방자치단체의 계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 진다.

③ 국가 및 지방자치단체는 지속가능한 국토환경 유지를 위하여 제1항에 따른 환경보전계획과 제2항에 따른 지방자치단체의 계획을 수립할 때에는 「국토기본법」에 따른 국토계획과의 연계방안 등을 강구하여야 한다.

④ 환경부장관은 제3항에 따른 환경보전계획과 국토계획의 연계를 위하여 필요한 경우에는 적용범위, 연계방법 및 절차 등을 국토교통부장관과 공동으로 정할 수 있다.

제5조(사업자의 책무) 사업자는 그 사업활동으로부터 발생하는 환경오염 및 환경훼손을 스스로 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 하며, 국가 또는 지방자치단체의 환경보전시책에 참여하고 협력하여야 할 책무를 진다.

제6조(국민의 권리와 의무) ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다.

② 모든 국민은 국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하여야 한다.

③ 모든 국민은 일상생활에서 발생하는 환경오염과 환경훼손을 줄이고, 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다.

7. 적용 범위에 관한 규정

가. 의의

적용 범위에 관한 규정은 해당 법령이 적용되는 대상이나 사항을 명백하게 하기 위해 두는 규정을 말한다. 그 법령의 전부 또는 일부가 적용되거나, 적용되지 않는 대상 범위를 명시하거나, 법령 중 일부 조항을 어떤 범위에 한정하여 적용하는 것을 내용으로 한다.

적용 범위에 관한 규정을 둘 때에는 그 법령의 적용 대상으로 하려는 사항과 다른 법령에서 이미 적용 대상으로 하고 있는 사항이 서로 중복되거나 모순·충돌되지 않도록 각 법령의 적용 범위를 면밀히 비교·검토해야 한다.

나. 규정의 위치

적용 범위에 관한 규정은 그 법령의 전부나 여러 조항과 관련되는 경우에는 총칙 규정에 둔다. 그러나 특정한 조항이나 일부 조항만 관련되는 경우에는 그 조항 바로 다음에 둔다.

적용 범위에 관한 규정은 총칙 규정 중 목적 규정, 기본이념 규정, 정의 규정 등의 다음에 두되, 다른 법령과의 관계 규정보다는 앞에 두도록 한다. 보칙에 적용 범위에 관한 규정을 두거나 별도의 장을 만들어 규정을 두고 있는 입법례⁸⁶⁾도 있으나 원칙적으로 적용 범위에 관한 규정은 총칙 규정에서 규정하는 것이 법체계상 바람직하다.

1) 총칙에 두는 경우

적용 범위에 관한 규정이 해당 법령의 전부나 여러 조항과 관련되는 경우에는 적용 범위에 관한 규정을 그 법령의 총칙에 둔다.

86) 보칙 부분에 적용 범위에 관한 규정을 둔 입법례로는 「약관의 규제에 관한 법률」 제30조(적용범위)가 있고, 별도의 장에서 적용 범위 규정을 두고 있는 입법례로는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제12장 적용제외가 있다.

[입법례]

공공기록물 관리에 관한 법률
제1장 총칙
제2조(적용 범위) 이 법은 공공기관이 업무와 관련하여 생산·접수한 기록물과 개인 또는 단체가 생산·취득한 기록정보 자료(공공기관이 소유·관리하는 기록정보 자료를 포함한다) 중 국가적으로 보존할 가치가 있다고 인정되는 기록정보 자료 등 공공기록물에 대하여 적용한다.

2) 특정한 조항의 적용 범위를 한정하는 경우

특정한 조항이나 일부 조항의 적용 범위를 한정하는 경우에는 그 조항 바로 다음에 둔다.

[입법례]

행정기본법
제36조(처분에 대한 이의신청) ① ~ ⑥ (생략) ⑦ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다. 1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항 2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정 3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항 4. 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항 5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항 6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

광업법
제82조(적용 제외) 광업에 종사하는 자의 업무상의 부상·질병 및 사망에 관하여는 제75조부터 제81조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

다. 규정의 제목

적용 범위에 관한 규정의 제목은 “(적용 범위)”로 표현한다. 입법례를 보면 “(적용범위)”, “(적용배제)”, “(적용제외)”, “(적용의 배제)”, “(적용의 제외)”, “(적용의 특례)” 등 여러 가지 표현을 쓰고 있으나, 표현의 통일을 기하기 위해 “(적용 범위)”로 쓰기로 한다.

라. 규정의 표현 방식

적용 범위에 관한 규정의 표현 방식은 그 법령의 적용 대상을 적극적으로 규정하는 방식과 그 법령의 적용이 제외되는 대상을 규정하는 방식 등으로 나누어진다. 적용 대상과 적용 제외 대상을 함께 규정하고 있는 방식도 있다. 입법기술상 필요에 따라 어느 방식에 의하든 관계없으나 그 법령이 적용되는 범위를 명확히 규정하여 법령을 해석하고 집행할 때 혼동이 생기지 않도록 해야 한다.

1) 법령의 적용 대상을 적극적으로 규정하고 있는 방식

법령의 적용 대상을 적극적으로 규정하는 경우에 두는 방식으로서 적용 범위 규정을 둘 때 일반적으로 취하는 규정 방식이다.

[입법례]

공직선거법

제2조(적용범위) 이 법은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용한다.

하위법령에서도 필요한 경우에는 적용 범위에 관한 규정을 둘 수 있다. 다만, 상위법령의 적용 범위를 변경해서는 안 된다.

[입법례]

선박안전 조업규칙

제2조(적용 범위) 이 규칙은 총톤수 100톤 미만의 선박(이하 “선박”이라 한다)에 대해 적용한다. 다만, 「어선법」 제2조제1호에 따른 어선, 정부나 공공단체가 소유하는 선박, 여객선 및 국외에 취항하는 선박은 제외한다.

2) 법령의 적용 제외 대상을 규정하고 있는 방식

법령의 적용에서 제외되는 대상의 범위를 명백히 규정함으로써 법령 적용 여부에 관하여 의문의 여지를 없애기 위해 취하는 방식이다.

[입법례]

해양과학조사법

제3조(적용 범위) 이 법은 해양광물자원의 개발사업과 관련된 조사 또는 탐사 등에 대해서는 적용하지 아니한다.

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률

제4조(적용 범위) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 측량으로서 국토교통부장관이 고시하는 측량 및 「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 수로측량에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.

1. 국지적 측량(지적측량은 제외한다)
2. 고도의 정확도가 필요하지 아니한 측량
3. 순수 학술 연구나 군사 활동을 위한 측량

3) 법령의 적용 대상과 적용 제외 대상을 함께 규정하고 있는 방식

적용 대상을 먼저 정하되, 그 적용 대상 중에서 일부 제외되는 범위를 명확하게 하기 위해 적용 제외 대상도 함께 규정하는 방식이다.

[입법례]

최저임금법

제3조(적용 범위) ① 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업과 가사(家事) 사용인에게는 적용하지 아니한다.

② 이 법은 「선원법」의 적용을 받는 선원과 선원을 사용하는 선박의 소유자에게는 적용하지 아니한다.

4) 적용 범위의 구체적 내용을 하위법령에 위임하는 방식

적용 범위에 관한 사항은 법률에서 명확하게 규정하는 것이 원칙이지만 입법기술적 이유로 법률에서 구체적으로 규정하기 힘든 경우에 법률에서는 대강을 정하고 구체적인 범위는 대통령령 등 하위법령에 위임하는 방식이다.

[입법례]

산업발전법

제2조(적용 범위) 이 법은 다음 각 호의 업종 중 대통령령으로 정하는 업종(이하 “산업”이라 한다)에 대하여 적용한다. 다만, 「중견기업 성장촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법」 제2조 제1호에 따른 중견기업에 대한 지원의 경우에는 모든 업종에 대하여 적용한다.

1. 제조업
2. 제조업의 경쟁력 강화와 밀접하게 관련되는 서비스업

법률의 적용 범위에 관한 사항은 그 법률의 효력이 어떤 대상에게 어느 범위까지 미치는지를 규정하는 내용으로서 국민의 권리·의무와 밀접하게 연관이 있는 것이므로 불가피한 경우가 아니면 법률의 적용 범위를 하위법령에 위임하지 않도록 한다. 법률의 적용 범위에 관한 사항을 추상적으로 하위법령에 위임하면 포괄위임금지의 원칙에 어긋나게 될 우려가 있다.

8. 다른 법령과의 관계에 관한 규정

가. 의의

하나의 법령에서 규율하려는 대상이나 사항이 다른 법령에서 규율하고 있는 것과 중복되거나 상호 연관되어 있는 경우가 많이 있다. 이와 같이 법령의 규정은 고립하여 존재하는 것이 아니라 법령 상호 간에 유기적으로 결부되어 종합적인 법체계를 구성하고 있다. 그러므로 각 법령 상호 간 또는 각 법령의 개별 규정 간에 조화와 균형을 유지하려면 다른 법령과의 관계를 명확하게 규정하여 다른 법령과의 상충을 피하고 법령 상호 간의 조화를 도모해야 한다.

다른 법령과의 관계에 관한 규정은 총칙 규정과 부칙 규정에서 모두 사용되고 있는데 사용 목적과 내용이 서로 다르다. 총칙 규정에서는 그 법령과 다른 법령 간의 적용의 우선순위에 관한 사항을 정하기 위해 사용하고, 부칙 규정에서는 그 법령의 개정 등에 따라 다른 법령의 관련 조문을 정리하기 위해 사용한다.

총칙에서 규정하는 “다른 법률과의 관계” 또는 “다른 법령과의 관계”에 관한 규정은 다른 법령의 적용과 적용 제외에 관한 사항을 내용으로 하고 있다. 일반적으로 그 법령에 규정하지 않은 사항에 대해서는 다른 법령의 규정 사항에 따르도록 하는 경우, 그 법령에서 정하고 있는 사항에 관해서는 다른 법령보다 우선 적용하도록 하는 경우 등을 정하고 있다.

나. 규정의 위치

다른 법령과의 관계에 관한 규정은 일반적으로 그 법령의 총칙 규정에 두되, 총칙 규정의 마지막 부분에 둔다.

다. 규정의 제목

다른 법령과의 관계에 관한 규정의 제목은 원칙적으로 법률에서는 “(다른 법률과의 관계)”로 표현하고, 대통령령 등 하위법령에서는 “(다른 법령과의 관계)”로 표현한다. 입법례를 보면 “(다른 법률의 적용)”, “(다른 법률의 준용)”, “(다른 법률의 적용배제)”, “(적용제외)”,

“(○○법과의 관계)” 등의 제목을 다양하게 붙이고 있으나 표현의 통일을 위해 위 원칙에 따라 쓰기로 한다.

라. 규정의 표현 방식

다른 법령과의 관계를 규정하는 방식은 그 법령과 다른 법령과의 관계를 어떻게 설정하는가에 따라 여러 가지 방식이 있다. 그 법령과 다른 법령과의 관계를 어떤 방식으로 설정하는 것이 법령 간의 관계를 명확히 하여 법령을 해석하고 집행할 때 문제가 없을 것인지 관계 법령을 종합적으로 검토한 후 표현 방식을 정해야 한다.

1) 다른 법령을 우선 적용하고, 다른 법령에 특별한 규정이 없는 경우에만 그 법령의 규정을 적용하도록 하는 방식

그 법령에서 규율하려는 대상이나 사항에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 다른 법령을 우선 적용하고, 다른 법령에 특별한 규정이 없는 경우에만 그 법령을 적용한다는 취지의 규정을 두는 방식이다. 해당 법령이 기본법적 성격이나 일반법적 성격을 가지고 있어 특별법에서 규정하고 있는 사항을 우선 적용하고 특별법에서 정하고 있지 않는 사항에 대해 일반적으로 그 법령을 적용하려는 경우에 두는 방식이다.

[입법례]

국어기본법

제5조(다른 법률과의 관계) 국어의 사용과 보급 등에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

물품관리법

제4조(다른 법률과의 관계) 물품관리에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

2) 그 법령을 다른 법령보다 우선 적용하도록 하는 방식

그 법령을 다른 법령보다 우선 적용하는 것이 그 법령의 제정 목적상 필요하거나 정책 목적상 또는 법체계상 합리적인 경우에는 그 법령을 다른 법령보다 우선하여 적용하는 규정을 둔다.

[입법례]

기업 활력 제고를 위한 특별법

제5조(다른 법률과의 관계) 이 법은 기업의 사업재편에 관하여 규정하고 있는 다른 법률에 우선하여 적용한다.

질서위반행위규제법

제5조(다른 법률과의 관계) 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다.

3) 일정 사항에 대해서는 그 법령을 우선 적용하고, 다른 사항에 대해서는 다른 법령을 우선 적용하도록 하는 방식

일반법령과 특별법령의 관계는 서로 상대적이고, 사항에 따라 달리 적용할 필요가 있는 경우도 있으므로 위 두 가지 방식을 혼용하여 다른 법령과의 관계를 규정하기도 한다.

[입법례]

기업활동 규제완화에 관한 특별조치법

제3조(다른 법령과의 관계) 이 법은 행정규제를 정하고 있는 다른 법령(「행정규제기본법」은 제외한다)에 우선하여 적용한다. 다만, 다른 법령의 개정으로 이 법에 따라 완화된 행정규제 내용보다 그 규제 내용이 더 완화되는 경우에는 그 법령에서 정하는 바에 따른다.

4) 다른 법령의 제정·개정 시 그 법령의 목적이나 이념에 맞도록 해야 한다는 규정을 두는 방식

그 법령에서 규율하려는 대상이나 사항에 대해 다른 법령과의 적용상 선후관계를 구체적으로 명확하게 하지 않고 포괄적으로 그 법령의 제정 목적이나 이념에 맞도록 다른 법령을 제정·개정해야 한다는 내용으로 다른 법령과의 관계를 규정하는 방식⁸⁷⁾이다.

[입법례]

과학기술기본법

제3조(다른 법률과의 관계) 과학기술에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정할 때에는 이 법의 목적과 기본이념에 맞도록 하여야 한다.

행정기본법

제5조(다른 법률과의 관계) ① 행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 한다.

마. 적용 범위에 관한 규정과 다른 법령과의 관계에 관한 규정의 구분

적용 범위에 관한 규정은 그 법령에서 규율하려는 대상이나 사항에 대해 그 법령이 적용되는 범위를 명확하게 하려고 두는 것이다. 반면 다른 법령과의 관계에 관한 규정은 그 법령과 다른 법령 간의 관계에서 적용범위가 겹치는 경우 어느 법령이 먼저 적용되는지 등에 관하여 적용의 우선순위를 정하기 위해 두는 것⁸⁸⁾이다.

87) 이 경우 입법취지를 고려하여 법률에서 제시한 입법원칙을 존중할 필요가 있다. 만일 일반법의 목적과 원칙, 기준 및 취지와 다른 내용을 담고 있는 내용이 도입되는 경우에는 해당 근거가 명확하게 제시되어야 하며, 이러한 근거와 해당 규정이 담고 있는 내용 역시 정당해야 한다. 다만, 법률과 법률, 동위의 법령과 법령 간에는 규범적 효력 우위 관계가 없기 때문에 법률과 법률 간에는 일반법에 대한 특별법 우선의 원칙이나 구법에 대한 신법 우선의 원칙이 적용된다.

88) 양 규정을 모두 둔 경우 적용범위는 해당 법령의 적용 대상을 정하는 규정이고, 다른 법령과의 관계는 그 적용 대상 내에서 다른 법령과의 적용 관계를 명확히 하는 규정이다.

하나의 조문에서 “적용 범위”와 “다른 법령과의 관계”를 함께 규정하거나,⁸⁹⁾ 조문 제목은 “적용 범위”로 하면서 실제 내용은 “다른 법령과의 관계”에 관하여 규정하고 있는 입법례⁹⁰⁾도 있으나, 적용 범위에 관한 규정과 다른 법령과의 관계에 관한 규정은 그 규율하려는 내용이 서로 다른 것이므로 별도의 조문으로 구분해 규정하도록 한다.

89) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제3조는 제목은 “적용 범위”로 하고 있으면서 내용은 적용 범위와 다른 법률과의 관계를 하나의 조문에서 함께 규정하고 있다. 이런 경우에는 제3조제1항은 제3조(적용 범위)로, 제3조제2항은 제4조(다른 법률과의 관계)로 각각 조문을 달리하여 규정하는 것이 원칙이다.

90) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조, 「방송법」 제7조 등

제 2 장 실체 규정

1. 기본계획

가. 기본계획의 의의

기본계획은 근거 법령에 따른 입법목적을 달성하기 위해 행정기관이 정책을 종합·조정하여 수립하는 중장기적 계획이고, 시행계획은 기본계획을 구체화하기 위해 수립하는 단기적 계획이다. 기본계획 및 시행계획을 규정할 때에는 수립권자, 수립사항, 수립시기·주기, 수립절차 등을 규정해야 한다.

[입법례]

무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률

제7조(기본계획의 수립) ① 문화재청장은 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)와의 협의를 거쳐 무형문화재의 보전 및 진흥을 위하여 다음 각 호의 사항이 포함된 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 5년마다 수립하여야 한다.

1. ~ 6. (생략)

② 문화재청장은 기본계획을 수립하는 경우 미리 전승자, 관련 단체 및 전문가 등의 의견을 들어야 한다.

③ 문화재청장은 기본계획을 수립하면 이를 시·도지사에게 알리고, 관보(官報) 등에

고시하여야 한다.

④ 문화재청장은 기본계획을 수립하기 위하여 필요하면 시·도지사에게 관할구역의 무형문화재에 대한 자료를 제출하도록 요청할 수 있다.

제8조(시행계획의 수립·시행) ① 문화재청장 및 시·도지사는 기본계획에 관한 시행계획을 매년 수립·시행하여야 한다.

② 시·도지사는 제1항에 따라 시행계획을 수립하거나 시행을 완료하였을 때에는 그 결과를 문화재청장에게 제출하여야 한다.

③ 문화재청장 및 시·도지사는 시행계획을 수립하였을 때에는 이를 공표하여야 하고, 시행계획을 시행하는 데 필요한 재원을 우선적으로 확보하여야 한다.

④ 시행계획의 수립과 시행 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

기본계획이 여러 행정기관에 관련되는 경우 시행계획은 소관 행정기관별로 수립하는 경우가 많다. 이 경우 해당 시행계획이 기본계획과 연계될 수 있도록 기본계획 수립단계에서 관계 기관이 참여하는 위원회 심의를 거치게 하거나, 시행계획 수립단계에서 기본계획 수립권자와 협의를 하도록 하거나, 시행계획 수립 후 시행계획을 기본계획 수립권자에게 제출하도록 하기도 한다.

[입법례]

전기안전관리법

제5조(전기안전관리 기본계획 수립 등) ① 산업통상자원부장관은 전기재해 예방 등 체계적인 전기안전관리를 위하여 5년마다 전기안전관리에 관한 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다.

② 기본계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. ~ 6. (생략)

③ 산업통상자원부장관은 기본계획을 수립하거나 변경하려면 미리 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 「에너지법」 제9조에 따른 에너지위원회의 심의를 거쳐 이를 확정한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 산업통상자원부장관은 기본계획의 수립·시행을 위하여 필요한 경우 관계 중앙행정기관의 장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관의 장에게 관련 자료의 제출이나 협력을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 자는 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

⑤ 산업통상자원부장관은 기본계획을 수립 또는 변경한 경우에는 관계 중앙행정기관의 장,

시·도지사 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관(전기안전관리에 관한 업무를 수행하는 공공기관에 한정한다)의 장에게 통보하고, 공고(인터넷 게재를 포함한다)하여야 한다.

⑥ 제1항부터 제5항까지의 규정에 따른 기본계획의 수립·변경 및 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 기본계획 입안 시 유의 사항

기본계획은 많은 법률⁹¹⁾에 규정되어 있으며, 중장기적 계획으로서 수립 범위가 광범위하여 다른 법령에 따른 기본계획과 중복될 소지가 많다.

그런데, 기본계획 수립사항이 중복되면 기본계획 수립과정에서 위원회 심의나 협의 등 불필요한 절차를 반복하게 될 우려가 있고, 집행과정에서 혼란이 발생하거나 입법목적 달성이 어렵게 될 우려가 있다.

따라서 법령 개정으로 신설하려는 기본계획이 다른 법령에 따른 기본계획과 중복될 우려가 있으면 기존 기본계획과 통합하거나 기존 기본계획에 포함될 내용을 추가하는 등의 방법을 우선적으로 고려할 필요가 있다.

[입법례] 기본계획을 통합 수립하도록 규정한 사례

장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률

제5조(주거지원계획의 수립) ① 국토교통부장관은 주거약자에 대한 주거지원계획을 수립하여 「주거기본법」 제5조에 따라 수립하는 주거종합계획에 포함되도록 하여야 한다.

② 제1항의 주거약자에 대한 주거지원계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. ~ 4. (생략)

제6조(시·도 주거지원계획의 수립) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 제5조의 주거약자에 대한 주거지원계획에 따라 주거약자에 대한 시·도 주거지원계획을 수립하여 「주거기본법」 제6조에 따라 수립하는 시·도 주거종합계획에 포함되도록 하여야 한다.

② (생략)

91) 2021년 현재, 418개 법률, 455개 기본계획이 있다.

2. 인허가 제도 일반론

가. 인허가 제도의 의의

현행법에서 허가, 인가, 면허, 등록, 신고 등 여러 가지 인허가 제도가 활용되고 있다. 인허가 제도는 법률이 추구하는 정책을 실현하는 중요한 수단이 되는 것이어서 법령의 본칙 가운데에서도 중요한 위치를 차지하고 있다.

인허가에 대해 강학상으로 허가, 인가, 특허 등의 개념이 사용되고 있으나, 행정 현실상 제도의 명칭은 강학상의 개념과 일치되지 않는 경우가 많다. 또한, 현행법상 동일한 용어가 개별 법률마다 각각 다른 의미로 쓰이는 경우도 있고, 다른 용어가 같은 의미로 쓰이는 경우도 있어서 용어의 정의를 내리는 것조차 어려운 실정이다. 따라서 법률의 구체적 규정 내용을 살펴보아야 그것이 강학상 허가, 인가 또는 특허인지를 알 수 있는 경우가 많다.

법치행정의 원칙은 행정법의 모든 제도에 적용된다. 특히 행정작용에 관한 제도는 그 제도의 법적 성격이나 효과를 포함한 제도 자체의 모습이 제대로 법률에 규정되도록 해야 한다. 그러나 인허가 제도와 관련한 용어 사용의 혼란은 일반인은 물론 직접 법률을 집행하는 공무원도 그 규제의 내용을 쉽게 이해하지 못하게 하거나 잘못 이해하게 만드는 원인이 되고 있다. 따라서 법령을 입안할 때에는 인허가 제도의 특성에 맞는 용어를 선택하여 일관되게 사용하도록 해야 할 것이다.

[인허가의 강학상 개념과 현행법상 특징]

	강학상 개념	현행법상 특징
허가	일반적으로 금지되는 행위를 특정한 경우에 해제하는 것	금지-해제의 관계가 명백하게 규정되지 않은 경우가 많음.
특허	특정인에게 일정한 권리나 법률관계를 설정하는 것	특허라는 용어는 거의 사용하지 않고 면허란 용어를 주로 사용함.
인가	타인의 법률행위의 효력을 보충하여 법률상의 효력을 완성시키는 것	특허적 성격이 강한 사업에 대한 허가의 의미로 사용되기도 함.
등록	일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 갖추어둔 장부에 등재하고 그 존부(存否)를 공적으로 증명하는 것	허가와 신고의 중간에 속하는 인허가로 운영되는 사례가 많음.
신고	특정한 사실이나 법률관계의 존부를 행정청에 알리는 것	수리가 필요한 신고로 운영되는 사례가 많음.

나. 규제 완화와 인허가의 관계

그동안 규제를 완화하는 추세에 따라 종전에 면허제 또는 허가제가 등록제로, 허가제 또는 등록제가 신고제로 전환되고, 종전의 신고제의 일부는 자유업으로 바뀌는 경우가 많았다. 즉 신고제의 대부분은 약한 의미의 허가제로 사용되고 있으며, 행정기관에 필요한 관련 자료 또는 정보를 제공한다는 의미의 순수한 신고영업은 현행법상 그 예를 찾아보기 어렵게 되었다.

규제를 완화한다는 의미에서 면허제나 허가제를 등록제로, 허가제나 등록제를 신고제로, 신고제를 자유업으로 전환하게 된 가장 큰 이유는 국민의 기본권을 최대한 보장하는 데에 있었는데, 면허제·허가제·등록제·신고제를 국민의 기본권이 제한되는 폭이 적어지는 순서로 본 것이다. 이는 영업 활동에 관한 규제를 행정기관이 행사할 수 있는 재량의 정도에 따라 구분하는 것인데, 이러한 구분도 나름대로 유용한 방법이 될 수 있다.

다. 우선허용·사후규제 방식

신기술을 활용한 새로운 서비스 또는 제품(이하 신기술 서비스·제품)과 관련된 규제를 법령에 규정할 때에는 우선허용·사후규제 방식을 원칙적으로 고려해야 한다(「행정규제 기본법」 제5조의2⁹²⁾).

우선허용·사후규제 방식이란 신기술 서비스·제품의 신속한 시장 출시 등을 우선 허용하고, 필요 시 사후 규제하는 방식을 말한다. 우선허용·사후규제 방식은 크게 ‘입법방식 유연화’와 ‘규제 샌드박스(sandbox)’로 나뉘는데, ‘입법방식 유연화’는 신기술 서비스·

92) 제5조의2(우선허용·사후규제 원칙) ① 국가나 지방자치단체가 신기술을 활용한 새로운 서비스 또는 제품(이하 “신기술 서비스·제품”이라 한다)과 관련된 규제를 법령등이나 조례·규칙에 규정할 때에는 다음 각 호의 어느 하나의 규정 방식을 우선적으로 고려하여야 한다.

1. 규제로 인하여 제한되는 권리나 부과되는 의무는 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙적으로 허용하는 규정 방식
2. 서비스와 제품의 인정 요건·개념 등을 장래의 신기술 발전에 따른 새로운 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 하는 규정 방식
3. 서비스와 제품에 관한 분류기준을 장래의 신기술 발전에 따른 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 유연하게 정하는 규정 방식
4. 그 밖에 신기술 서비스·제품과 관련하여 출시 전에 권리를 제한하거나 의무를 부과하지 아니하고 필요에 따라 출시 후에 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정 방식

② 국가와 지방자치단체는 신기술 서비스·제품과 관련된 규제를 점검하여 해당 규제를 제1항에 따른 규정 방식으로 개선하는 방안을 강구하여야 한다.

제품이 포함된 규제를 법령에 규정하거나 법령을 정비할 때 입법 기술적으로 포괄성과 유연성을 갖도록 하는 방식으로, 네거티브 리스트⁹³⁾, 포괄적 개념 정의⁹⁴⁾, 유연한 분류체계⁹⁵⁾, 사후 평가·관리 방식⁹⁶⁾을 주요 내용으로 한다. ‘규제 샌드박스(sandbox)’는 기존 규제에도 불구하고 신기술 서비스·제품 시도가 가능하도록 일정 조건 하(시간·장소·규모)에서 규제를 면제·유예시켜 주는 제도로써, 규제 신속확인⁹⁷⁾, 임시허가⁹⁸⁾, 실증특례⁹⁹⁾ 등을 주요 내용으로 한다.¹⁰⁰⁾

우선허용·사후규제 방식으로 규정할 때에도 명확성의 원칙이나 포괄재위임 금지 원칙 등 헌법상 원칙에 위배되지 않도록 유의할 필요가 있다.

라. 자동적 처분

「행정기본법」 제20조¹⁰¹⁾에서 자동적 처분에 대한 근거를 규정하고 있다. 자동적 처분이란 행정청이 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)을 활용하여 하는 처분을 말한다. 자동적 처분은 법률에 근거해야 하고, 기속행위의 경우에만 도입할 수 있다.

93) 규제로 인하여 제한되는 권리나 부과되는 의무는 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙적으로 허용하는 규정 방식을 말한다(「곤충산업의 육성 및 지원에 관한 법률 시행령」(2018. 12. 18. 대통령령 제29380호로 개정된 것) 제6조제3항제2호).

94) 서비스와 제품의 인정 요건·개념 등을 장래의 신기술 발전에 따른 새로운 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 하는 규정 방식을 말한다(「만화진흥에 관한 법률」 제2조제7호).

95) 서비스와 제품에 관한 분류기준을 장래의 신기술 발전에 따른 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 유연하게 정하는 규정 방식을 말한다. 기존 분류체계 외에 기타 유형을 포괄하는 카테고리를 신설하는 방식인데, 이 경우 관련 협의체나 행정기관이 등이 인정하는 경우 허용하는 형태로 규정하기도 한다(「물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률 시행령」 제16조제2항제11호).

96) 신기술 서비스·제품과 관련하여 출시 전에 권리를 제한하거나 의무를 부과하지 아니하고 필요에 따라 출시 후에 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정 방식을 말한다.

97) 「산업융합 촉진법」(2018. 10. 16. 법률 제15828호로 일부개정된 것) 제10조의2

98) 「산업융합 촉진법」(2018. 10. 16. 법률 제15828호로 일부개정된 것) 제10조의5 및 제10조의6

99) 「산업융합 촉진법」(2018. 10. 16. 법률 제15828호로 일부개정된 것) 제10조의3 및 제10조의4

100) 그 밖의 입법례는 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」, 「금융혁신지원 특별법」, 「규제자유 특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법」, 「행정규제기본법」 등 참고

101) 「행정기본법」

제20조(자동적 처분) 행정청은 법률로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, 처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.

자동적 처분을 도입하는 경우 ① 청문·의견제출 등 당사자의 절차법적 권리를 보장하는 방안을 마련해야 하고, ② 자동적 처분 시 충족해야 할 처분 요건이 빠짐없이 반영될 수 있어야 하며, ③ 인공지능 알고리즘을 공정하고 투명하게 설계해야 하고, ④ 차별성·편향성 등이 없도록 해야 하며, ⑤ 그 밖에 일반적 법 원칙을 준수하도록 설계해야 한다.

3. 허가

가. 허가 제도의 개요

1) 허가의 의의

허가란 일정한 행위나 영업을 예외 없이 금지하고 일정한 경우에 행정청의 행위를 통해 이러한 금지를 해제하여 금지된 행위를 할 수 있게 허용하는 것을 말한다. 허가는 일정한 행위를 하기 위한 허가(행위허가)와 사업을 하기 위한 허가(영업허가)로 구분된다.

행위허가의 경우 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 할 수 있도록 하는 강화상 허가의 의미가 규정 자체에서 비교적 명확히 드러난다. 예를 들면, 「산림보호법」 제 34조제1항에서는 산림인접지역에서 “누구든지 불을 피우는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하여 예외 없이 금지하고 있다. 그리고 같은 조 제2항제1호에서는 시장, 군수 등의 ‘허가’를 받은 경우에는 산림인접지역에서 불을 피울 수 있다고 허용하고 있다.

[입법례] 행위허가 사례

산림보호법

제34조(산불 예방을 위한 행위 제한) ① 누구든지 산림 또는 농림축산식품부령으로 정하는 산림 인접지역에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 불을 피우거나 불을 가지고 들어가는 행위
2. ·3. (생략)

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 경우 또는 지역에서는 제1항제1호의 행위를 할 수 있다.

1. 산불확산을 방지하기 위하여 불이 탈 가능성이 있는 물질을 제거하는 등 대통령령으로 정하는 경우로서 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치

도지사·시장·군수·구청장 또는 지방산림청장의 허가를 받은 경우
 2. 야영이 허가된 야영장 등 대통령령으로 정하는 지역인 경우
 ③·④ (생 략)

한편 영업허가의 경우 일반적으로는 금지규정을 두지 않고 어떠한 영업을 하려면 관계 행정기관의 장의 허가를 받아야 한다고 규정함으로써 금지와 그 금지의 해제라는 허가의 기본구조가 명확히 드러나지 않는다. 그러나 해당 법률에서 허가를 받지 않고 영업을 하면 처벌을 받도록 규정함으로써 무허가 영업을 일반적으로 금지됨을 나타내고 있다.

예를 들면, 「식품위생법」 제37조와 제94조를 보면, 허가를 받지 않고 영업을 하게 되면 처벌을 받도록 규정하고 있으므로, 무허가 영업행위가 금지된다는 것을 알 수 있다.

[입법례] 영업허가 사례

식품위생법

제37조(영업허가 등) ① 제36조제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경할 때에도 또한 같다.
 ② ~ ⑨ (생 략)

제94조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.
 1. ~ 2의2. (생 략)
 3. 제37조제1항을 위반한 자
 ②·③ (생 략)

이와 같이 허가의 기본 구조는 금지 규정과 그 금지를 해제하는 규정으로 구성된다고 상정할 수 있는데, 이러한 구조를 가지고 있다면 그 용어를 무엇이라고 쓰든지 허가라고 보아야 한다. 따라서 행정행위의 성질에 따라 자연적 자유에 대한 금지를 특정한 경우에 해제하여 주는 것일 때에는 ‘허가’라는 용어를 사용하도록 한다.

2) 영업허가와 특허의 차이점

행위허가의 경우와 달리 영업허가는 대체로 영업을 일반적으로 금지하는 규정을 두지 않는 경우가 많다. 이런 경우에는 조문 구조상 특허와 혼동되기 쉽다. 행위허가는 금지된 행위가 허용된다는 성격이 부각되는 반면, 영업허가는 어떤 영업을 계속적으로 하면서 그에 따른 이익을 향유하는 모습을 가지기 때문에 마치 어떤 권리를 부여하는 것 같은 착각을 가져올 수 있어 특허로 보일 여지가 있다. 그러나 영업에 따른 이익을 얻거나 얻지 못하는 것은 영업을 하는 개인의 문제일 뿐 법적으로 이를 조력하거나 보호해야 할 성질의 것은 아니므로 권리가 되는 것은 아니다. 이런 의미에서 그 이익은 ‘반사적 이익’이라고 부르게 된다.

반면 특허는 권리를 부여하는 것이고 그 권리에 의하여 어떤 이익이 당연히 주어지는 것이어서 법적으로 그 이익은 보호되는 것이라는 점에서 차이가 있다. 특허의 경우에 특허를 받지 않고는 사업을 하지 못한다는 것은 그 사업이 일반적으로 금지되어 있기 때문이 아니고, 그 사업을 할 권리가 없기 때문이다.

나. 허가의 규정 형식

허가를 규정할 때에는 먼저 “...을 하려는 자는 ○○○의 허가를 받아야 한다”와 같이 허가를 받는 주체, 허가 대상 행위와 허가권자를 명시하는 근거 규정을 둔다. 그리고 허가 요건이나 허가 절차는 다른 조 또는 항에서 따로 규정하는 것이 일반적이다.

[입법례]

건축법

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

② ~ ⑪ (생략)

다. 조건부허가와 예비허가(내인가)

허가기준을 갖추는 데에 상당한 비용이 들고 기간이 걸리는 경우 허가를 신청했다가 막상 허가를 받지 못하는 경우에는 많은 손해를 입게 된다. 이를 막기 위해 조건부허가¹⁰²⁾를 하거나 본 허가를 신청하기 전에 예비허가를 하는 방식이 있다.

조건부허가제의 경우에는 일정한 기간 내에 허가기준을 갖추 것을 조건으로 하여 허가한 후, 이를 이행하지 아니하면 허가를 취소하도록 규정한다.

[입법례] 조건부허가를 규정한 사례

관광진흥법

제24조(조건부 영업허가) ① 문화체육관광부장관은 카지노업을 허가할 때 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간에 제23조제1항에 따른 시설 및 기구를 갖추 것을 조건으로 허가할 수 있다. 다만, 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유가 있다고 인정하는 경우에는 해당 사업자의 신청에 따라 한 차례에 한하여 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.
② 문화체육관광부장관은 제1항에 따른 허가를 받은 자가 정당한 사유 없이 제1항에 따른 기간에 허가 조건을 이행하지 아니하면 그 허가를 즉시 취소하여야 한다.
③·④ (생략)

예비허가의 경우에는 허가기준의 일부만 갖추고 나머지 허가기준에 대해서는 이행계획을 제시하여 예비허가를 받은 후 일정한 기간 내에 허가기준을 모두 갖추어 본 허가를 신청하도록 한다. 예비허가를 받은 자가 예비허가 내용대로 이행한 경우에는 본 허가를 해야 한다는 규정을 두게 된다.¹⁰³⁾

102) 「청소년활동 진흥법」에서는 수련시설을 허가할 때 허가 요건 중 경미한 사항을 충족하지 못한 경우 일정한 기간 동안 이를 보완할 것을 조건으로 허가할 수 있도록 규정하고 있다.

제12조(수련시설의 허가 요건) ① (생략)

② 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제11조제3항에 따라 수련시설을 허가할 때 그 시설이 제1항에 따른 허가 요건 중 여성가족부령으로 정하는 경미한 사항을 충족하지 못한 경우에는 일정한 기간을 정하여 이를 보완할 것을 조건으로 허가할 수 있다.

103) 본 허가 의무규정을 두지 않은 입법례가 다수이다.

[입법례] 예비허가를 규정한 사례

보험업법

- 제7조(예비허가) ① 제4조에 따른 허가(이하 이 조에서 “본허가”라 한다)를 신청하려는 자는 미리 금융위원회에 예비허가를 신청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 신청을 받은 금융위원회는 2개월 이내에 심사하여 예비허가 여부를 통지하여야 한다. 다만, 총리령으로 정하는 바에 따라 그 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 금융위원회는 제2항에 따른 예비허가에 조건을 붙일 수 있다.
- ④ 금융위원회는 예비허가를 받은 자가 제3항에 따른 예비허가의 조건을 이행한 후 본허가를 신청하면 허가하여야 한다.
- ⑤ 예비허가의 기준과 그 밖에 예비허가에 관하여 필요한 사항은 총리령으로 정한다.

예비허가와 유사한 제도로 사전결정과 사전검토가 있다.

「폐기물관리법」 제25조에서는 폐기물관리업을 하려는 자는 미리 사업계획서를 제출하여 적합 여부를 심사받아야 한다고 하면서 적합통보를 받은 경우에 한정하여 허가기준을 갖추어 허가를 신청하도록 하고 있고, 「건축법」 제10조에서는 건축허가를 신청하기 전에 허가권자에게 해당 대지에 건축하는 것이 「건축법」이나 관계 법령에서 허용되는지 등에 대한 사전결정을 신청할 수 있다. 이는 강화상의 사전결정에 해당된다.

[입법례] 사전결정에 관한 사례

폐기물관리법

- 제25조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반, 재활용 또는 처분을 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하려는 자(음식물류 폐기물을 제외한 생활폐기물을 재활용하려는 자와 폐기물 처리 신고자는 제외한다)는 환경부령으로 정하는 바에 따라 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 폐기물 처리 사업계획서를 환경부장관에게 제출하고, 그 밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 환경부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 때에도 또한 같다.
- ② 환경부장관이나 시·도지사는 제1항에 따라 제출된 폐기물 처리사업계획서를 다음 각 호의 사항에 관하여 검토한 후 그 적합 여부를 폐기물처리사업계획서를 제출한 자에게 통보하여야 한다.
1. 폐기물처리업 허가를 받으려는 자(법인의 경우에는 임원을 포함한다)가 제26조에 따른 결격사유에 해당하는지 여부

- 2. 폐기물처리시설의 입지 등이 다른 법률에 저촉되는지 여부
 - 3. 폐기물처리사업계획서상의 시설·장비와 기술능력이 제3항에 따른 허가기준에 맞는지 여부
 - 4. 폐기물처리시설의 설치·운영으로 「수도법」 제7조에 따른 상수원보호구역의 수질이 악화되거나 「환경정책기본법」 제12조에 따른 환경기준의 유지가 곤란하게 되는 등 사람의 건강이나 주변 환경에 영향을 미치는지 여부
- ③ 제2항에 따라 적합통보를 받은 자는 그 통보를 받은 날부터 2년(제5항제1호에 따른 폐기물수집·운반업의 경우에는 6개월, 폐기물처리업 중 소각시설과 매립시설의 설치가 필요한 경우에는 3년) 이내에 환경부령으로 정하는 기준에 따른 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종, 영업대상 폐기물 및 처리분야별로 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 환경부장관의, 그 밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 이 경우 환경부장관 또는 시·도지사는 제2항에 따라 적합통보를 받은 자가 그 적합통보를 받은 사업계획에 따라 시설·장비 및 기술인력 등의 요건을 갖추어 허가신청을 한 때에는 지체 없이 허가하여야 한다.
- ④ ~ ⑰ (생략)

건축법

제10조(건축 관련 입지와 규모의 사전결정) ① 제11조에 따른 건축허가 대상 건축물을 건축하려는 자는 건축허가를 신청하기 전에 허가권자에게 그 건축물의 건축에 관한 다음 각 호의 사항에 대한 사전결정을 신청할 수 있다.

- 1. 해당 대지에 건축하는 것이 이 법이나 관계 법령에서 허용되는지 여부
- 2. 이 법 또는 관계 법령에 따른 건축기준 및 건축제한, 그 완화에 관한 사항 등을 고려하여 해당 대지에 건축 가능한 건축물의 규모
- 3. 건축허가를 받기 위하여 신청자가 고려하여야 할 사항

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 사전결정신청자는 제4항에 따른 사전결정을 통지받은 날부터 2년 이내에 제11조에 따른 건축허가를 신청하여야 하며, 이 기간에 건축허가를 신청하지 아니하면 사전결정의 효력이 상실된다.

사전검토는 허가를 받으려는 자가 허가에 필요한 자료에 대해 미리 행정청에 검토를 요청하고, 행정청은 검토 요청을 받으면 이를 확인한 후 그 결과를 신청인에게 서면으로 알리도록 하며, 허가를 할 때에는 검토 결과를 고려하도록 하고 있다.¹⁰⁴⁾

104) 「민원 처리에 관한 법률」 제30조에서는 사전검토와 유사한 성격의 사전심사에 관한 일반 규정을 두고 있다.

[입법례] 사전검토에 관한 사례

의료기기법

제11조(제조 허가·신고 등의 사전 검토) ① 제6조제2항에 따라 제조허가 또는 제조인증을 받거나 제조신고를 하려는 자와 제10조에 따라 임상시험을 하려는 자는 허가·인증·신고·승인 등에 필요한 자료에 대하여 미리 식품의약품안전처장에게 검토를 요청할 수 있다.

② 식품의약품안전처장은 제1항에 따른 검토 요청을 받으면 이를 확인한 후 그 결과를 신청인에게 서면으로 알려야 한다.

③ 식품의약품안전처장은 제6조제2항 및 제10조에 따른 허가·인증·신고·승인 등을 할 때에 제2항에 따른 검토 결과를 고려하여야 한다.

④ (생략)

라. 허가기준

허가 여부를 결정할 때에 행정청의 자의적인 판단을 방지하고, 국민에게 예측 가능성을 부여하기 위해 허가기준을 가능하면 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 그러나 허가기준이 자본금, 시설기준, 기술인력 등과 같이 객관적인 요소로만 되어 있지 않고 허가관청의 주관적 판단이 필요한 사항을 포함하고 있는 경우에는 부득이 추상적으로 규정할 수밖에 없는 경우도 있다.¹⁰⁵⁾

제30조(사전심사의 청구 등) ① 민원인은 법정민원 중 신청에 경제적으로 많은 비용이 수반되는 민원 등 대통령령으로 정하는 민원에 대하여는 행정기관의 장에게 정식으로 민원을 신청하기 전에 미리 약식의 사전심사를 청구할 수 있다.

② 행정기관의 장은 제1항에 따라 사전심사가 청구된 법정민원이 다른 행정기관의 장과의 협의를 거쳐야 하는 사항인 경우에는 미리 그 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③ 행정기관의 장은 사전심사 결과를 민원인에게 문서로 통지하여야 하며, 가능한 것으로 통지한 민원의 내용에 대하여는 민원인이 나중에 정식으로 민원을 신청한 경우에도 동일하게 결정을 내릴 수 있도록 노력하여야 한다. 다만, 민원인의 귀책사유 또는 불가항력이나 그 밖의 정당한 사유로 이를 이행할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 행정기관의 장은 제1항에 따른 사전심사 제도를 효율적으로 운영하기 위하여 필요한 법적·제도적 장치를 마련하여 시행하여야 한다.

105) 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」 제19조제1항의 허가기준 중 제2호의 시설기준은 객관적이지만, 나머지 기준은 추상적으로 규정하고 있다.

제19조(허가기준 등) ① 도지사는 제17조제3항에 따른 허가신청의 내용이 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 이를 허가한다.

허가기준은 “일정한 기준에 해당하면 허가할 수 있다(하여야 한다)”와 같이 적극적 방식으로 정하기도 하고, 허가제의 취지가 부적격자를 배제하려는 것인 경우에는 “일정한 기준에 해당하면 허가하지 아니한다”와 같이 소극적 방식으로 정하기도 한다.

허가기준은 법률에서 직접 규정하는 것이 바람직하지만 그 내용이 복잡하면 하위법령에 위임하는 것도 가능하다. 허가기준을 하위법령에 위임하려는 경우에는 반드시 법률에 위임근거 규정을 두어야 한다. 이 경우 중요한 사항은 법률에서 직접 규정하고 그 밖에 구체적인 사항을 위임하는 방식을 택해야 하며, 허가기준 전체를 하위법령에 위임하는 방법은 피해야 한다.¹⁰⁶⁾

아울러 법률에서 허가 요건·기준의 위임 형식을 “대통령령(부령)으로 정하는 바”로 규정하는 경우, 그 위임 대상이 절차에 관한 내용인지 요건·기준에 관한 내용인지 불분명하여 하위법령을 제정할 때 자의적으로 입법할 소지가 있으므로, 위임하려는 대상 및 내용을 구체적으로 명시할 필요가 있다.

[입법례] 허가기준은 법률에서 정하고 세부 기준은 특정해 하위법령에 위임한 사례

낙시 관리 및 육성법

제11조(낙시터업의 허가기준) ① 시장·군수·구청장은 낙시터업 허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 적합한 경우에만 허가를 할 수 있다.

1. 낙시인의 안전과 편의 및 낙시터의 관리에 필요한 시설과 장비를 갖추는 것
 2. 제48조에 따른 보험이나 공제에 가입할 것
 3. 수생태계와 수산자원의 보호, 수산물의 안전성보장 및 건전한 낙시문화 조성에 지장을 줄 수 있는 시설이나 장비를 설치하지 아니할 것
 4. 「양식산업발전법」 제10조에 따라 면허를 받은 양식업 구역의 일정 부분을 이용하는 낙시터업인 경우에는 면허를 받은 양식 어종으로 한정할 것
- ② 제1항제1호에 따른 시설·장비의 기준과 같은 항 제3호에 따라 설치가 제한되는 시설·장비의 종류 등은 대통령령으로 정한다.

1. 도매시장을 개설하려는 장소가 농수산물 거래의 중심지로서 적절한 위치에 있을 것
 2. 제67조제2항에 따른 기준에 적합한 시설을 갖추고 있을 것
 3. 운영관리계획서의 내용이 충실하고 그 실현이 확실하다고 인정되는 것일 것

106) 「소금산업 진흥법」 제23조제5항에서는 소금제조업의 허가기준을 모두 대통령령에 포괄위임하고 있다. 또한, 「청소년활동 진흥법」 제12조제1항제4호에서는 아무런 기준도 제시하지 않은 채 “그 밖에 여성가족부령으로 정하는 기준에 적합할 것”과 같이 표현함으로써 하위법령에서 어떠한 기준을 정할 것인지를 전혀 예상할 수 없도록 규정하고 있다. 두 경우 모두 좋은 입법례가 아니므로 이러한 규정 방식은 피하도록 한다.

낙시 관리 및 육성법 시행령

- 제8조(낙시터업의 허가기준) ① 법 제11조제1항제1호에 따른 낙시인의 안전과 편의 및 낙시터의 관리에 필요한 시설과 장비의 기준은 별표 2와 같다.
- ② 법 제11조제1항제3호에 따른 수생태계와 수산자원의 보호, 수산물의 안전성보장 및 건전한 낙시문화 조성에 지장을 줄 수 있는 시설이나 장비의 종류는 별표 3과 같다.

한편 허가 대상이나 요건 등을 규정할 때 허가를 받아야 하는 대상이나 갖추어야 할 요건을 규정하는 방식(포지티브 규정 방식)과 허가가 제한되는 대상이나 금지되는 요건을 규정하는 방식(네거티브 규정 방식 또는 원칙허용 규정 방식)이 있다.

[입법례] 포지티브 규정 방식

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령¹⁰⁷⁾

[별표 7]

준주거지역안에서 건축할 수 있는 건축물(제71조제1항제6호 관련)

1. 건축할 수 있는 건축물
 - 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제1호의 단독주택
 - 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제2호의 공동주택
 - 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제3호의 제1종 근린생활시설
 - 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점 및 안마시술소를 제외한다)
 - 마. ~ 차. (생략)
2. 도시·군계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물
 - 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설 중 안마시술소
 - 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제5호의 문화 및 집회시설
 - 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제7호의 판매시설
 - 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제8호의 운수시설
 - 마. ~ 너. (생략)

107) 2014. 1. 14. 대통령령 제25090호로 개정되기 전의 것임.

[입법례] 네거티브 규정 방식

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령¹⁰⁸⁾

[별표 7]

준주거지역안에서 건축할 수 없는 건축물(제71조제1항제6호 관련)

1. 건축할 수 없는 건축물
 - 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설 중 단란주점
 - 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제9호의 의료시설 중 격리병원
 - 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제15호의 숙박시설(생활숙박시설로서 공원·녹지 또는 지형지물에 의하여 주택 밀집지역과 차단되거나 주택 밀집지역으로부터 도시·군계획조례로 정하는 거리 밖에 있는 대지에 건축하는 것은 제외한다)
 - 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제16호의 위락시설
 - 마. ~ 차. (생략)
2. 지역 여건 등을 고려하여 도시·군계획조례로 정하는 바에 따라 건축할 수 없는 건축물
 - 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설 중 안마시술소
 - 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제5호의 문화 및 집회시설(공연장 및 전시장은 제외한다)
 - 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제7호의 판매시설
 - 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제8호의 운수시설
 - 마. ~ 하. (생략)

원칙허용 규정 방식은 최소한의 금지사항만 명확하게 규제하여 국민의 기본권을 최대한 확대하려는 취지의 입법 방식이다.

행위허가의 경우에는 금지되는 행위만 법령에 열거하게 되면 그 외의 행위는 자유롭게 할 수 있어 국민의 기본권 제한이 최소화되므로 행위허가를 도입할 때에는 원칙허용 규정 방식을 우선적으로 고려하는 것이 바람직하다.

108) 종전 포지티브 방식으로 규정되어 있었던 것을 2014. 1. 14. 개정해 네거티브 방식으로 전환하였다.
 <개정 이유>
 ○ 준주거지역 등 주요 용도지역별 건축제한의 네거티브 방식 전환(제71조제1항, 별표 7부터 별표 11까지, 별표 14 및 별표 20)
 1) 현재는 용도지역별로 지정목적 및 특성 등을 고려하여 입지가 가능한 건축물을 법령에서 열거하는 방식으로 건축행위를 제한하고 있으나 산업의 변화 등에 신속하게 대응하는 데 한계가 있음.
 2) 다양한 용도의 건축물 등이 함께 입지하여 용·복합 효과가 크게 나타날 수 있는 준주거지역·상업지역·준공업지역과 비도시지역 중 중소기업의 입지수요가 높은 계획관리지역에 대해서는 건축이 금지되는 건축물이나 시설을 제한적으로 열거하는 원칙적 허용 및 예외적 금지의 방식으로 건축행위 제한 규정 방식을 전환함.

영업허가를 원칙허용 규정 방식으로 규정할 때에는 인허가의 목적 달성을 위해 요구되는 최소한의 내용만을 금지사항으로 규정하고, 금지사항을 규정할 때 부득이 불확정개념을 사용할 수밖에 없는 경우에는 하위법령에 그 개념을 최대한 구체화할 수 있도록 위임규정을 두어 재량을 최소화한다.

[입법례] 금지사항을 하위법령에 위임해 구체화한 사례

어선법

제8조(건조·개조의 허가 등) ① (생 략)

② 해양수산부장관이나 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 제1항에 따른 허가를 하여야 한다.

1. 신청인이 하려는 어업에 대하여 「수산업법」 또는 「양식산업발전법」에 따른 수산자원의 증식·보호 등을 위한 어업조정이 필요하다고 인정되는 경우
2. 신청인이 「수산업법」, 「양식산업발전법」, 「원양산업발전법」 및 「내수면어업법」에 따른 면허어업·허가어업 또는 신고어업을 할 수 없다고 인정되는 경우
3. 신청인이 이 법, 「수산업법」, 「양식산업발전법」, 「원양산업발전법」 및 「내수면어업법」을 위반하여 행정처분을 받고 그 효력이 종료되지 아니한 경우
4. 제1호부터 제3호까지의 경우 외에 어선의 효율적 관리를 저해하는 중대한 공익적 사유가 있는 경우로서 해양수산부령으로 정하는 경우

③·④ (생 략)

마. 허가신청의 절차

허가신청의 처리에 관해서는 「행정절차법」과 「민원 처리에 관한 법률」에 일반적인 규정이 있으므로, 개별 법률에서는 이들 법률에 규정된 사항 외에 해당 허가와 관련하여 따로 정할 필요가 있는 사항만 규정한다.

허가신청 절차를 규정할 때에 법률 또는 대통령령에서는 신청서와 그 첨부서류¹⁰⁹⁾를 제출해야 한다는 취지만 규정하고, 신청서의 양식과 첨부서류의 구체적인 내용은 총리령이나 부령으로 위임하는 것이 일반적이다.

109) 이 경우 첨부서류는 허가 요건을 충족하였는지를 확인하는 의미를 가진다.

[입법례]

건축법
<p>제11조(건축허가) ①·② (생략)</p> <p>③ 제1항에 따라 허가를 받으려는 자는 허가신청서에 국토교통부령으로 정하는 설계도서와 제5항 각 호에 따른 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 관계 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다. 다만, 국토교통부장관이 관계 행정기관의 장과 협의하여 국토교통부령으로 정하는 신청서 및 구비서류는 제21조에 따른 착공신고 전까지 제출할 수 있다.</p> <p>④ ~ ⑪ (생략)</p>

그러나 신청서의 내용과 그 첨부서류가 국민에게 부담을 주는 사항이 아니면 신청서와 그 첨부서류에 관한 근거 규정을 법률에 두지 않고 바로 총리령이나 부령에 규정하기도 한다.

[입법례] 부령에서 신청서와 첨부서류를 규정한 사례

집단에너지사업법 시행규칙
<p>제7조(사업의 허가신청등) ① 법 제9조제1항의 규정에 의하여 사업의 허가를 받고자 하는 자는 별지 제2호서식의 허가신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 산업통상자원부장관에게 제출하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 사업계획서 2. 신청인(법인인 경우에는 그 임원 또는 설립중인 법인인 경우에는 그 임원이 될 자)의 이력서. 다만, 신청인이 특별법에 의하여 설립된 법인(이하 “특수법인”이라 한다)인 경우를 제외한다. <p>② 제1항제1호의 사업계획서에는 별표 3에 규정한 기재사항 및 구비서류가 포함되어야 한다.</p> <p>③·④ (생략)</p>

어느 방식을 택하든 신청서의 주요 내용과 첨부서류의 내용은 법령의 본칙에 규정하도록 하고, 서식을 보고서야 비로소 신청서의 주요 내용과 첨부서류의 내용을 알게 되는 사례나 본칙에 규정하지 않은 첨부서류를 서식에 추가해 규정하는 사례가 없도록 한다.

「민원 처리에 관한 법률」 제10조제3항제3호에서 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 민원의 처리에 필요한 내용을 확인할 수 있는 경우에는 민원인에게 관련 증명서류 또는 구비서류의 제출을 요구할 수 없고, 그 민원을 처리하는 담당자가 직접 이를 확인·처리하도록 규정하고 있다. 「민원 처리에 관한 법률」 제10조제4항에서 행

정정보 공동이용으로 처리한 경우에는 관계 법령에 따라 처리한 것으로 의제하고 있으며, 「전자정부법」 제42조에서 개인정보가 포함된 행정정보를 공동이용할 때에는 원칙적으로 정보주체로부터 사전동의를 받도록 규정하고 있다.

개별 법령에서는 해당 허가절차에서 구비서류 확인절차를 명확히 하기 위해 행정정보 공동이용대상을 명시하고 신청인이 동의하지 않는 경우 구비서류를 제출하도록 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례]

금융회사의 지배구조에 관한 법률 시행령

제26조(대주주 변경승인 등) ① ~ ⑦ (생략)

⑧ 제6항에 따라 변경승인신청서를 제출받은 금융위원회는 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 다음 각 호의 행정정보를 확인하여야 한다. 다만, 제2호 서류의 경우에는 신청인이 확인에 동의하지 아니하면 주민등록표 등본 또는 사업자등록증 사본을 첨부하도록 하여야 한다.

1. 법인 등기사항증명서(신청인이 국내 법인인 경우만 해당한다)¹¹⁰⁾
2. 주민등록표 등본 또는 사업자등록증
3. 주식취득대상 금융회사의 법인 등기사항증명서

바. 허가증의 발급

허가를 할 때에는 「행정절차법」 제24조에 따른 처분문서와 별도로 허가증을 발급하거나 처분문서로서 허가증을 발급하는 경우가 있다. 허가증에 관한 사항은 국민의 권리·의무에 관한 것은 아니므로 반드시 법률에서 규정할 필요는 없다. 실제로도 허가증에 관한 규정을 법률에 규정하는 입법례보다 대통령령이나 총리령·부령에서 규정하는 입법례가 훨씬 더 많다.

그러나 법률에 허가증의 대여를 금지하는 규정을 두고 이를 위반하는 경우 처벌하는 등 허가증과 관련하여 의무를 부과하거나 제재 규정을 두는 경우에는 법률에 허가증의 발급에 관한 규정을 두도록 한다.

110) 등기사항증명서는 「전자정부법」 제42조제2항제4호에 따라 공시성 정보로서 사전 동의를 받지 않아도 된다.

[입법례] 법률에 허가증 발급, 대여 금지, 벌칙을 규정한 사례

마약류 관리에 관한 법률

제7조(허가증 등의 발급과 등재) ① 제6조제1항·제2항이나 제6조의2제1항에 따라 허가 또는 지정을 하는 식품의약품안전처장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장(이하 “허가관청”이라 한다)은 총리령으로 정하는 바에 따라 마약류취급자나 원료물질의 수출입업 또는 제조업 허가를 받은 자(이하 “원료물질수출입업자등”이라 한다)명부(名簿)에 그 내용을 기록하고 허가증 또는 지정서를 발급하여야 한다. 허가 또는 지정된 사항을 변경할 때에도 또한 같다.

② 제6조제1항·제2항이나 제6조의2제1항에 따라 허가 또는 지정받은 자가 그 허가증 또는 지정서를 잃어버렸거나 못쓰게 된 경우에는 총리령으로 정하는 바에 따라 재발급받아야 한다.

제8조(허가증 등의 양도 금지와 폐업 등의 신고 등) ① 마약류취급자는 그 허가증 또는 지정서를 타인에게 빌려주거나 양도(讓渡)하여서는 아니 된다.

② ~ ⑥ (생략)

제62조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제8조제1항을 위반하여 마약의 취급에 관한 허가증 또는 지정서를 타인에게 빌려주거나 양도한 자 또는 제9조제2항·제3항, 제18조제2항제2호, 제20조, 제22조제1항, 제26조제1항을 위반하여 마약을 취급한 자

2. ~ 4. (생략)

②·③ (생략)

사. 허가의 유효기간

1) 허가의 유효기간을 두는 경우

해당 허가의 성격상 허가가 영구화되는 것을 방지하기 위해 허가의 유효기간을 정하는 것이 필요한 경우가 있다. 이는 주로 일정 기간마다 허가기준이 유지되고 있는지를 확인하기 위한 것이다.

그런데 민원인의 입장에서는 유효기간을 갱신하기 위해 추가적 행정절차를 거치거나 비용을 부담해야 하는 경우가 있고, 유효기간이 종료되면 종전의 지위가 상실되므로 허가에 유효기간을 두는 것은 신중해야 한다.

허가의 유효기간을 법령에서 정하는 경우에는 허가의 갱신이나 유효기간의 연장에 관한 사항도 함께 규정하도록 한다.

허가의 유효기간을 법률에 직접 규정하지 않고, 대통령령으로 위임하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 행정 목적과 민원인의 편의를 고려하여 법률에서 상한이나 하한의 기준을 정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 허가의 갱신에 관한 규정을 둔 사례

경비업법

- 제6조(허가의 유효기간 등) ① 제4조제1항의 규정에 의한 경비업 허가의 유효기간은 허가받은 날부터 5년으로 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 유효기간이 만료된 후 계속하여 경비업을 하고자 하는 법인은 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 갱신허가를 받아야 한다.

[입법례] 허가의 연장에 관한 규정을 둔 사례

낙시 관리 및 육성법

- 제12조(허가의 유효기간) ① 제10조에 따른 낙시터업 허가의 유효기간은 10년으로 한다. 다만, 수생태계와 수산자원의 보호 또는 공익사업의 시행 등을 위하여 대통령령으로 정하는 경우에는 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다.
- ② 시장·군수·구청장은 제1항에 따라 허가한 낙시터업의 유효기간이 만료되는 경우에 낙시터업자가 유효기간의 연장을 신청하면 유효기간이 만료된 다음 날부터 매회 10년 이내에서 2회 까지 그 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 「수산업법」 또는 「양식산업발전법」에 따라 면허나 허가를 받은 구역의 일정 부분을 이용하는 낙시터업의 경우에는 그 낙시터업 허가의 유효기간은 해당 구역의 면허나 허가의 만료일 이내로 한다.
- ④ 제2항에 따른 유효기간 연장의 신청 절차나 그 밖에 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

[입법례] 법률에 유효기간 상한을 규정한 사례

인터넷 멀티미디어 방송사업법

- 제5조(허가의 유효기간) 제4조제1항에 따른 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업 허가의 유효기간은 7년의 범위에서 대통령령으로 정한다.

인터넷 멀티미디어 방송사업법 시행령

제3조(허가의 유효기간) 법 제5조에 따른 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업의 허가의 유효기간은 5년으로 한다.

2) 유효기간 만료의 사전 통지

국민이나 기업이 인식하지 못하고 있는 상태에서 허가의 유효기간이 지나 허가의 효력이 상실되고,¹¹¹⁾ 국민과 기업이 실제 피해를 입는 사례가 종종 발생하고 있다. 이러한 피해를 방지하기 위해 유효기간이 있는 허가의 경우에는 연장이나 갱신을 위한 신청기간 전이나, 유효기간 만료일 전에 연장이나 갱신에 관하여 미리 알려주거나 안내하는 규정을 두는 것이 좋을 것이다. 이러한 사전 통지나 안내 규정은 법률에 규정하기도 하나, 하위법령에 규정할 수도 있다.

[입법례]

지하수법 시행령

제12조의3(지하수개발·이용허가 유효기간의 연장) ① 법 제7조의3제3항에 따라 지하수개발·이용허가 유효기간의 연장허가를 받으려는 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 유효기간 만료일 30일 전까지 연장허가신청서에 최근 6개월 이내에 조사·작성된 지하수영향조사서를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다. 다만, 지열(地熱)을 냉난방에너지원으로 이용하기 위한 지열냉난방시설(이하 “지열냉난방시설”이라 한다)에서 지하수를 개발·이용하는 경우(지하수를 재주입하는 경우만 해당한다)에는 지하수영향조사서를 첨부하지 아니할 수 있다.

② 시장·군수·구청장은 지하수개발·이용허가 유효기간이 끝나는 날의 6개월 전까지 지하수개발·이용허가를 받은 자에게 연장절차와 해당 기간까지 연장신청을 하지 아니하면 연장을 받을 수 없다는 사실을 미리 알려야 한다.

③ 제2항에 따른 통지는 휴대폰을 이용한 문자전송, 전자메일, 팩스, 전화, 문서 등으로 할 수 있다.

111) 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되며, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건에 준속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수 있다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두7023 판결).

3) 허가기준의 정기 신고

허가기준을 계속해서 유지하고 있는지에 대한 확인을 위해 허가를 받은 영업자가 정기적으로 허가기준에 관한 사항을 신고하도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

화물자동차 운수사업법

제3조(화물자동차 운송사업의 허가 등) ① 화물자동차 운송사업을 경영하려는 자는 각 호의 구분에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아야 한다.

1. 2. (생략)

② ~ ⑧ (생략)

⑨ 운송사업자는 제1항에 따라 허가받은 날부터 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간마다 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 제5항에 따른 허가기준에 관한 사항을 국토교통부장관에게 신고하여야 한다.

⑩ ~ ⑮ (생략)

아. 부관(附款)

허가 등 행정처분에 부수하여 그 효과를 제한하거나 보충하는 것으로서 조건, 기한, 부담, 철회권의 유보, 법률효과의 일부배제 등을 행정처분의 ‘부관’이라 한다. 그러나 개별 법상으로는 ‘부관’이라는 용어 대신 ‘조건’이라는 용어를 일반적으로 사용하고 있다.

행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관을 붙일 수 있고, 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에만 부관을 붙일 수 있다.¹¹²⁾ 따라서 처분에 재량이 없는 경우에는

112) 「행정기본법」

제17조(부관) ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.

② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.

③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

1. 법률에 근거가 있는 경우

2. 당사자의 동의가 있는 경우

3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성

법률에서 “부관(조건)을 붙일 수 있다”는 근거를 명시해야 한다. 이 경우 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되지 않도록 해야 하며, 허가 등의 내용과 실질적 관련성이 없는 조건을 붙이게 되면 부당결부금지의 원칙¹¹³⁾에 위배되므로 유의해야 한다.

한편, 「행정기본법」 제17조제3항제1호에서는 법률에 근거가 있으면 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다고 규정하고 있으므로 처분 후 부관을 추가하거나 변경할 필요가 있으면 법률에 근거를 둘 필요가 있다.

조건에 관한 규정은 일반적으로 “제○항에 따른 허가에는 조건을 붙일 수 있다”는 식으로 표현한다. 경우에 따라서는 조건이 필요한 최소한도에 그쳐야 하며 부당한 의무를 부과하는 것이어서는 안 된다는 뜻을 명시하기도 한다.

[입법례] 허가에 조건을 붙일 수 있음을 규정한 사례

궤도운송법
<p>제4조(궤도사업의 허가) ① 궤도사업을 경영하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)의 허가를 받아야 한다. 다만, 궤도가 둘 이상의 특별자치시·특별자치도·시·군 또는 자치구(이하 “시·군·구”라 한다)의 행정구역에 걸쳐 있는 경우에는 주된 사무소의 소재지를 관할하는 시장·군수·구청장이 관계 시장·군수·구청장과 협의하여 허가한다.</p> <p>② ~ ④ (생략)</p> <p>⑤ 시장·군수·구청장 또는 특별시장·광역시장은 제1항·제2항 또는 제4항에 따라 허가 또는 변경허가를 할 때에는 이용자의 안전과 편의 증진, 재해 방지, 환경 보전 및 주변 교통에 미치는 영향 최소화 등을 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>⑥ (생략)</p>

할 수 없다고 인정되는 경우

- ④ 부관은 다음 각 호의 요건에 적합하여야 한다.
 1. 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것
 2. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것
 3. 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것

113) 「행정기본법」

제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.

[입법례] 조건의 한계를 규정한 사례

항공사업법

제26조(항공운송사업 면허 등의 조건) ① 제7조, 제10조, 제12조, 제14조, 제15조, 제21조 및 제24조에 따른 면허·등록·인가·허가에는 조건 또는 기한을 붙이거나 이미 붙인 조건 또는 기한을 변경할 수 있다.

② 제1항에 따른 조건 또는 기한은 공공의 이익 증진이나 면허·등록·인가 또는 허가의 시행에 필요한 최소한도의 것이어야 하며, 해당 항공운송사업자에게 부당한 의무를 부과하는 것이어서는 아니 된다.

자. 허가 사항의 변경

허가받은 사항의 변경을 허용하려는 경우에는 허가 사항의 변경에 관한 규정을 두도록 한다. 허가받은 사항을 변경하는 경우에도 허가관청의 허가(변경허가)를 받도록 규정하는 것이 원칙이다. 그러나 대부분의 법률에서는 모든 허가 사항을 변경허가의 대상으로 하지 않고 중요한 변경 사항만 허가를 받도록 하고 있다. 이 경우 ‘중요한 변경사항’은 대통령령 또는 총리령·부령으로 위임하는 것이 일반적인데, 통상적으로 허가의 기준을 위임하는 법령 형식에 맞춰 위임 형식이 결정된다. 다만, 허가의 기준은 실제적인 사항으로서 총리령·부령 보다는 대통령령에 위임하는 것이 적절하므로, 중요한 변경사항도 대통령령으로 위임하는 것이 바람직하다.

[입법례] 대통령령으로 정하는 중요 사항의 변경은 허가를 받도록 한 사례

제대혈 관리 및 연구에 관한 법률

제11조(제대혈은행의 허가 등) ① 제대혈은행을 개설하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 시설, 장비, 인력 및 품질관리체계 등을 갖추어 기증제대혈은행 또는 가족제대혈은행으로서 각각 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

② ~ ④ (생략)

[입법례] 부령으로 정하는 중요 사항의 변경은 허가를 받도록 한 사례

도시가스사업법

제3조(사업의 허가) ① 가스도매사업을 하려는 자는 산업통상자원부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 산업통상자원부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.
② ~ ⑫ (생략)

반면에, 경미한 사항에 대해서는 신고를 하게 하거나 아예 별도의 절차 없이 변경할 수 있도록 규정하기도 한다. 이 경우 임의로 변경할 수 있도록 한 사항이면 처음부터 허가 사항으로 하는 것이 타당한지 고려해 보아야 할 것이다.

[입법례] 경미한 사항의 변경은 신고하도록 한 사례

식품위생법

제37조(영업허가 등) ① 제36조제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경할 때에도 또한 같다.
② (생략)
③ 제1항에 따라 영업허가를 받은 자가 폐업하거나 허가받은 사항 중 같은 항 후단의 중요한 사항을 제외한 경미한 사항을 변경할 때에는 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.
④ ~ ⑬ (생략)

한편 경미한 사항의 범위를 대통령령으로 위임하고, 대통령령에서 이를 각 호로 규정하면서 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우”나 “다음 각 호에 해당하는 경우”로 표현하는 경우가 있다. 전자의 경우는 일반적으로 각 호 중 어느 하나에 해당하면 다른 요건에 저촉 되더라도 경미한 사항에 해당하는 것으로 보게 된다.¹¹⁴⁾

114) 도시 및 주거환경정비계획의 변경사항이 「도시 및 주거환경정비법 시행령」 제12조제8호에는 해당하나, 같은 조 제7호에 저촉될 경우, 「도시 및 주거환경정비법」 제4조제1항 단서 및 같은 법 시행령 제12조에 따른 정비계획의 경미한 사항을 변경하는 경우에 해당하여 주민에 대한 서면통보, 주민설명회, 주민공람 및 지방의회의 의견청취절차를 거치지 않아도 됩니다(법제처 2010. 10. 28. 10-0306 해석례).

그런데 실무상으로 이러한 유형의 규정에 대해 각 호의 어느 하나에 해당하더라도 다른 각 호에 해당되지 않는 경우에는 경미한 사항으로 볼 수 없다고 해석·집행하는 경우가 있다. 따라서 “다음 각 호의 어느 하나”로 표현하는 경우에는 각 호 간의 관계를 분석하여 필수 요건이나 배제 요건을 파악하고, 이를 명백히 규정하는 것이 필요하다. 특히, 개발계획 등의 경미한 사항 변경으로서 관련 절차나 승인의 예외를 인정하는 경우에는 각 호 간에 모순되지 않도록 규정하고, 각 호 간의 관계에 따라 각 호 중 필수 요건이 있는 경우 필수 요건을 단서에 규정하거나 해당 각 호의 본문이나 단서에서 기준을 개별적으로 규정하는 방식 등 적절한 표현 방법¹¹⁵⁾으로 구체적으로 규정하도록 한다.

[입법례] 각 호의 필수 요건을 단서에 규정한 사례

민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률 시행령

제10조(기본재산의 처분) 법 제14조제2항 단서¹¹⁶⁾에서 “대통령령으로 정하는 경미한 사항”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 다만, 법 제14조제2항 본문에 따른 허가를 받지 아니할 목적으로 기본재산을 분할하거나 법, 이 영 또는 관계 법령을 위반하는 경우는 제외한다.

1. 가액 5천만원 미만인 기본재산의 매도, 증여, 교환, 용도 변경 또는 담보의 제공
2. 가액 5천만원 미만의 의무의 부담 또는 권리의 포기

115) [입법모델]

제○조(경미한 사항의 변경) 법 제○조에서 “경미한 사항의 변경”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 변경을 말한다. 다만, 변경하려는 사항이 둘 이상의 호에 해당하는 경우에는 해당 호의 요건을 모두 갖추어야 한다.

1. △△: 10퍼센트 이하
2. □□: 20퍼센트 이하
3. ○○: 15퍼센트 이하

116) 「민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률」

제14조 (재산) ② 교정법인은 기본재산에 대하여 다음 각 호의 행위를 하려면 법무부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항은 법무부장관에게 신고하여야 한다.

1. ~ 4. (생략)

[입법례] 각 호에서 개별적으로 규정한 사례

건축법 시행령

제12조(허가·신고사항의 변경 등) ①·② (생략)

③ 법 제16조제2항에서 “대통령령으로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

1. 건축물의 동수나 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분의 바닥면적의 합계가 50 제곱미터 이하인 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

가. 변경되는 부분의 높이가 1미터 이하이거나 전체 높이의 10분의 1 이하일 것

나. 허가를 받거나 신고를 하고 건축 중인 부분의 위치 변경범위가 1미터 이내일 것
다. 법 제14조제1항에 따라 신고를 하면 법 제11조에 따른 건축허가를 받은 것으로 보는 규모에서 건축허가를 받아야 하는 규모로의 변경이 아닐 것

2. 건축물의 동수나 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분이 연면적 합계의 10분의 1 이하인 경우(연면적이 5천 제곱미터 이상인 건축물은 각 층의 바닥면적이 50제곱미터 이하의 범위에서 변경되는 경우만 해당한다). 다만, 제4호 본문 및 제5호 본문에 따른 범위의 변경인 경우만 해당한다.

3. 대수선에 해당하는 경우

4. 건축물의 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분의 높이가 1미터 이하이거나 전체 높이의 10분의 1 이하인 경우. 다만, 변경되는 부분이 제1호 본문, 제2호 본문 및 제5호 본문에 따른 범위의 변경인 경우만 해당한다.

5. 허가를 받거나 신고를 하고 건축 중인 부분의 위치가 1미터 이내에서 변경되는 경우. 다만, 변경되는 부분이 제1호 본문, 제2호 본문 및 제4호 본문에 따른 범위의 변경인 경우만 해당한다.

④ (생략)

차. 휴업·폐업 절차

휴업 또는 폐업에 관하여 신고를 받을 필요가 있는 경우에는 법률에 이에 관한 규정을 두도록 한다. 법률에 규정을 두지 않으면 휴업 또는 폐업 신고를 게을리 하는 경우 이를 강제할 방법이 없게 되기 때문이다.

휴업 또는 폐업 신고는 사전 신고로 하는 것이 일반적이다. 그러나 허가의 목적 달성에 지장이 없는 경우라면 사후에 신고하게 하는 방법도 가능하다.

[입법례] 휴업·폐업 시 사전에 신고하도록 한 사례

방송법
<p>제84조(폐업 및 휴업등의 신고) ① 방송사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 그 업무를 폐업하거나 휴업하고자 하는 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회에 신고하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 지상파방송사업자, 공동체라디오방송사업자 및 종합편성이나 보도에 관한 전문 편성을 행하는 방송채널사용사업자: 방송통신위원회 2. 제1호의 방송사업자를 제외한 방송사업자, 중계유선방송사업자, 음악유선방송사업자 및 전광판방송사업자: 과학기술정보통신부장관 <p>②·③ (생략)</p>

[입법례] 폐업 시 사후에 신고하도록 한 사례

문화재보호법
<p>제75조(매매 등 영업의 허가) ① 동산에 속하는 유형문화재나 유형의 민속문화재를 매매 또는 교환하는 것을 업으로 하려는 자(위탁을 받아 매매 또는 교환하는 것을 업으로 하는 자를 포함한다)는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장의 문화재매매업 허가를 받아야 한다.</p> <p>② ~ ④ (생략)</p> <p>제79조(폐업신고의 의무) 제75조제1항에 따라 허가를 받은 자는 문화재매매업을 폐업하면 3개월 이내에 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 폐업신고서를 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장에게 제출하여야 한다.</p>

휴업 또는 폐업 외에도 해당 영업의 효과적인 관리를 위해 재개업을 하는 경우에도 신고하도록 하는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 재개업 시에도 신고하도록 한 사례

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률

제33조(휴업, 폐업 등의 신고) ① 건설폐기물 처리업자가 휴업, 폐업 또는 재개업을 하려면 환경부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 시·도지사에게 신고하여야 한다.
 ② 건설폐기물 처리업자는 제1항에 따라 휴업 또는 폐업의 신고를 하려면 환경부령으로 정하는 바에 따라 방치폐기물의 적절한 처리 등 필요한 조치를 하여야 한다.

카. 영업허가를 받은 자의 지위 승계

1) 영업자 지위 승계의 의의

영업의 양도·양수는 본래 「상법」의 규율 대상인데, 행정법에서도 영업의 양도·양수에 관한 규정을 두는 경우가 있다. 이는 영업허가의 요건과 절차가 매우 복잡한 경우 새로운 영업자가 다시 영업허가를 받아야 하는 번잡함을 덜어 주기 위한 경우와 종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과가 새로운 영업자에게 승계되도록 하기 위한 경우가 있다.

영업의 양도·양수를 인정할 것인지는 영업허가의 성격이 무엇인지에 따라 결정된다. 일반적으로 대인적 허가의 경우 그 효과는 허가를 받은 자의 일신(一身)에 전속(專屬)하므로 다른 사람에게 이를 양도할 수 없고, 대물적 허가는 허가 신청인이 갖추고 있는 물적 설비, 지리적 여건 등 객관적 사정에 의하여 부여되므로 다른 사람에게 양도할 수 있다고 본다.¹¹⁷⁾ 또한, 혼합적 허가는 허가 신청인의 자격·기능 등의 인적 사항은 물론 물적 설비 등 객관적 사정을 함께 심사하여 부여되므로, 법률에 규정이 있는 경우만 다른 사람에게 양도할 수 있다고 한다.

그러나 실무상으로는 대인적 허가, 대물적 허가과 혼합적 허가를 구분하기 쉽지 않으므로, 법률에 영업의 양도·양수에 관한 규정을 두는 것이 입법론적인 해결방안이 될 것이다. 이와 같이 영업의 양도·양수에 관한 규정을 두는 경우에는 양수자가 종전의 영업자의 지위를 승계한다는 규정을 두게 된다. 영업자의 지위 승계는 영업의 양도·양수뿐만 아니라 상속 또는 법인의 합병으로 이루어지는 경우도 있으므로 이를 함께 규정한다. 또한, 경매나 공매에

117) 대인적 허가의 예로는 자동차운전면허, 의사면허 등이 있고, 대물적 허가는 예로는 식품판매업 허가, 폐기물처리업 허가 등이 있다.

의하여 영업 시설·설비의 전부를 인수한 자가 종전의 영업자의 지위를 승계하도록 규정하기도 한다.

2) 영업자 지위의 승계에 대한 인가 또는 신고

법령에서 영업자의 지위 승계를 인정하는 경우에는 영업의 양도·양수 시에 영업자 지위 승계에 관한 인가를 받거나 신고를 하는 규정을 두게 된다. 일반적으로 금융·철도 등 공익성이 강한 사업을 양도하는 경우 사전에 인가를 받도록 하고, 그 밖에 영업으로서 결격사유와 허가 기준과 관련해 행정청의 확인이 필요한 경우에는 신고로 규정하고 있다. 신고를 하도록 하는 경우에도 사전에 신고를 하도록 하는 경우와 사후에 신고를 하도록 하는 경우로 나뉜다.

[입법례] 인가를 규정한 사례¹¹⁸⁾

보험업법

제150조(영업양도·양수의 인가) 보험회사는 그 영업을 양도·양수하려면 금융위원회의 인가를 받아야 한다.

[입법례] 사전 신고를 규정한 사례

담배사업법

제11조의3(담배제조업의 양도·양수 등) ① 담배제조업허가를 받은 자(이하 “제조업자”라 한다)는 담배제조업을 양도하려고 하거나 다른 법인과 합병하려면 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다.

② 제1항에 따른 양도 신고를 하였을 때에는 담배제조업을 양수한 자는 담배제조업을 양도한 자의 제조업자로서의 지위를 승계하며, 법인 합병의 신고를 하였을 때에는 합병으로 설립되거나 합병 후 존속하는 법인은 합병으로 소멸되는 법인의 제조업자로서의 지위를 승계한다.

③ ~ ⑥ (생략)

118) 그 밖에 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제10조와 「철도사업법」 제14조 등도 영업자 지위 승계 시 인가를 받도록 하고 있다.

[입법례] 사후 신고를 규정한 사례

식품위생법
<p>제39조(영업 승계) ① 영업자가 영업을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인이 합병한 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 그 영업자의 지위를 승계한다.</p> <p>② (생략)</p> <p>③ 제1항 또는 제2항에 따라 그 영업자의 지위를 승계한 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 1개월 이내에 그 사실을 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.</p> <p>④ ~ ⑥ (생략)</p>

02
실
체
규
정

영업자 지위 승계 신고의 성격¹¹⁹⁾과 관련하여 사전 신고를 받도록 하는 경우에는 신고가 있는 때에 지위를 승계하도록 하고 있으므로 처분성이 인정된다. 그런데 사후 신고의 경우에는 이러한 영업자 지위 승계에 대한 신고의 성격을 수리를 필요한 신고로 보는 견해와 단순한 사실의 통지로 보는 견해가 있다. 판례는 영업자 지위 승계에 관한 사후 신고에 대해 신고가 수리된 때에 승계의 효력이 발생한다고 보아 수리행위의 처분성을 인정하고 있다.¹²⁰⁾ 이는 영업자 지위 승계의 시기를 분명히 하여 의무자를 명확히 하고, 결격사유 등을 확인할 필요성이 있기 때문인 것으로 보인다.

그러나 사후 신고의 경우 「식품위생법」과 같이 대부분의 법령에서는 양도하거나 사망한 경우 또는 합병한 경우에는 그 영업자의 지위를 승계한다고 규정하고 있어, 사후 신고의 수리 시 영업자의 지위 승계 효력이 발생한다는 판례 입장과는 다르게 해석될 여지가 있다. 따라서 사후 신고가 수리된 때에 지위 승계 효력이 발생하되, 양수일, 상속일, 합병일 등으로 지위 승계 효력을 소급하는 규정을 두어 영업자 지위 승계의 효력 발생 시기를 입법적으로 보다 명확히 하는 경우도 있다.

119) 2023. 3. 24. 시행되는 「행정기본법」 제34조에서는 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다고 규정하고 있으므로 영업자 지위 승계 신고에 수리가 필요하다면 법률에 명시해야 한다.

120) 구 식품위생법 제25조제1항, 제3항에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법하게 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도2050 판결).

[입법례] 지위 승계 시기를 명시적으로 규정한 사례

소방시설공사업법

제7조(소방시설업자의 지위승계) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 종전의 소방시설업자의 지위를 승계하려는 경우에는 그 상속인, 양수인 또는 합병일부터 30일 이내에 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 시·도지사에게 신고하여야 한다.

1. 소방시설업자가 사망한 경우 그 상속인
2. 소방시설업자가 그 영업을 양도한 경우 그 양수인
3. 법인인 소방시설업자가 다른 법인과 합병한 경우 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 소방시설업자의 소방시설의 전부를 인수한 자가 종전의 소방시설업자의 지위를 승계하려는 경우에는 그 인수일부터 30일 이내에 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 시·도지사에게 신고하여야 한다.

1. 「민사집행법」에 따른 경매
2. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가(換價)
3. 「국세징수법」, 「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류재산의 매각
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차

③·④ (생략)

⑤ 제1항 또는 제2항에 따른 신고가 수리된 경우에는 제1항 각 호에 해당하는 자 또는 소방시설업자의 소방시설의 전부를 인수한 자는 그 상속인, 양수인, 합병일 또는 인수일부터 종전의 소방시설업자의 지위를 승계한다.

영업자 지위 승계 시에 사전 신고를 하도록 하면서도 상속의 경우에는 사전 신고를 하는 것이 불가능하고 상속에 따른 신고 시까지 영업의 단절이 이루어진다는 점에서 사망의 경우에는 사후 신고를 하도록 하면서 사망한 날부터 신고일까지의 효력에 관한 특별한 규정을 두기도 한다.

[입법례] 상속에 관한 사후 신고 및 승계효력 규정을 둔 사례

담배사업법

제11조의3(담배제조업의 양도·양수 등) ①·② (생략)

③ 제조업자가 사망한 경우 상속인이 담배제조업을 계속하려면 피상속인이 사망한 날부터 30일 이내에 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다.

- ④ 상속인이 제3항에 따른 상속 신고를 하였을 때에는 피상속인이 사망한 날부터 신고일까지의 기간 동안은 피상속인에 대한 담배제조업허가를 상속인에 대한 담배제조업허가로 본다.
- ⑤ 제3항에 따라 상속 신고를 한 상속인은 피상속인의 제조업자로서의 지위를 승계한다.
- ⑥ (생 략)

또한, 상속은 상속인의 의사와 관계없이 이루어지므로, 비록 상속인에게 결격사유가 있다 하더라도 일단 영업자의 지위를 승계하게 한 후 일정 기간 동안 결격사유의 적용을 배제하거나 일정 기간 내에 의무적으로 해당 영업을 타인에게 양도하도록 규정하기도 한다.¹²¹⁾

[입법례] 상속인에게 결격사유가 있어 일정 기간 내에 양도의무를 규정한 사례

오존층 보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률

제6조(제조업자의 지위 승계) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제조업자의 지위를 승계한다. 다만, 제2호 또는 제3호에 해당하는 자가 제5조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제조업자가 사망한 경우 그 상속인
2. 제조업자가 사업을 양도한 경우 그 양수인
3. 법인인 제조업자가 합병한 경우 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인

② 제1항에 따라 제조업자의 지위를 승계한 상속인이 제5조제1호부터 제3호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 상속이 시작된 날부터 6개월 이내에 다른 사람에게 제조업자의 지위를 양도하여야 한다.

③·④ (생 략)

경매나 공매에 의하여 영업시설·설비의 전부를 인수한 자가 종전의 영업자의 지위를 승계하도록 하는 경우도 함께 규정하기도 한다.

121) 일정 기간 동안 결격사유의 적용을 배제한 사례도 있다.

「소방시설공사업법」

제7조(소방시설업자의 지위승계) ① ~ ③ (생 략)

④ 제1항이나 제2항에 따른 지위승계에 관하여는 제5조를 준용한다. 다만, 상속인이 제5조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 상속받은 날부터 3개월 동안은 그러하지 아니하다.

⑤ (생 략)

[입법례] 경매나 공매에 의한 지위 승계를 규정한 사례

식품위생법

제39조(영업 승계) ① (생 략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 영업 시설의 전부를 인수한 자는 그 영업자의 지위를 승계한다. 이 경우 종전의 영업자에 대한 영업 허가·등록 또는 그가 한 신고는 그 효력을 잃는다.

1. 「민사집행법」에 따른 경매
2. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가(換價)
3. 「국세징수법」, 「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류재산의 매각
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 절차에 준하는 절차

③ 제1항 또는 제2항에 따라 그 영업자의 지위를 승계한 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 1개월 이내에 그 사실을 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

④ ~ ⑥ (생 략)

한편 영업자의 지위를 승계하는 자의 경우에도 영업허가의 결격사유 규정의 규율을 받는 지에 대한 논란을 피하기 위해 이에 대한 명시적 규정을 두는 경우가 있다.

[입법례]

물류정책기본법

제45조(사업의 승계) ① 국제물류주선업자가 그 사업을 양도하거나 사망한 때 또는 법인이 합병한 때에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인은 국제물류주선업의 등록에 따른 권리·의무를 승계한다.

② 제1항에 따라 국제물류주선업의 등록에 따른 권리·의무를 승계한 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 신고하여야 한다.

③ 제1항에 따라 승계받은 자의 결격사유에 관하여는 제44조를 준용한다.

타. 허가 취소 또는 영업정지 등

1) 행정처분의 근거

허가제는 행정기관에서 개인의 영업 활동에 관하여 규제를 행사하는 제도로서 허가를 받은 영업 등과 관련하여 위법행위가 있거나 허가 처분 이후 그 처분을 그대로 존속시키는 것이 허가제 본연의 목적에 반하는 경우 벌칙 등의 제재를 가하는 외에 허가를 취소하거나 해당 영업의 정지를 명하는 등의 행정처분을 할 수 있도록 하여 위법하거나 목적에 반하는 영업 활동에 대한 규제의 실효성을 확보하는 것이 일반적이다.

허가를 받은 영업자의 위법행위를 이유로 행정처분을 명하는 것은 허가과 별개의 독립된 처분으로 국민의 기본권에 중대한 제한을 가져오는 행정작용이므로 허가과 별개로 법률에 명시적인 근거를 두어야 하는 것이 원칙이며,¹²²⁾ 행정처분의 주체·객체·종류·요건(사유) 및 상한 등 주요 내용은 법률에서 직접 규정하되, 행정처분의 기준이 합리적으로 규정되도록 유의해야 한다.

2) 행정처분 규정 방식

같은 법률에 여러 가지 종류의 영업을 함께 규정되어 있고, 그 영업을 각기 다른 성격을 가진 경우에는 행정처분에 관한 사항을 각 영업별로 다른 조문으로 규정한다. 한편 동일한 허가에 대해 위법행위를 이유로 허가 취소 또는 영업정지를 규정하는 경우에는 행정기관이 위반의 정도 및 위반 횟수 등 여러 가지 상황을 종합적으로 고려하여 행정처분할 수 있도록 허가 취소와 영업정지를 한 조문에 통합하여 규정한다.

행정처분의 사유는 허가기준의 경우와 같이 명확하고 구체적으로 정해야 한다. 허가 취소 또는 정지 사유를 규정할 때에는 근거 규정을 명시하도록 하며, 이 경우 단순히, “제○조의

122) 이와 관련하여 「행정기본법」 제19조에서는 적법한 처분의 철회에 대한 일반적 규정을 도입하였다. 행정청은 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우, 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우 또는 중대한 공익을 위하여 필요한 경우에 해당하면 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다고 규정하고 있으며(제19조제1항), 이 경우에도 행정청은 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량해야 한다고 규정하고 있다.(제19조제2항) 이를 고려하면 법률에 근거 없이 하위법령에서 취소, 철회의 근거 및 사유를 규정하는 방법은 바람직하지 않다.

규정을 위반한 때”라는 표현을 사용하지 말고, “제○조를 위반하여 …를 한 때” 또는 “제○에 따른 …을 위반한 때”와 같이 규정해야 한다.

[입법례]

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제18조(허가취소 등) ① 시장·군수·구청장은 배출시설설치·운영자 또는 배출시설설치자가 설치한 처리시설의 운영자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 배출시설의 설치허가 또는 변경허가를 취소하거나 배출시설의 폐쇄 또는 6개월 이내의 사용중지를 명할 수 있다. 다만, 제1호부터 제4호까지, 제12호 및 제13호에 해당하는 경우에는 배출시설의 설치허가 또는 변경허가를 취소하거나 그 폐쇄를 명하여야 한다.

1. 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받거나 신고 또는 변경신고를 한 경우
2. 정당한 사유 없이 3년 이상 가축사육을 하지 아니한 경우
3. ~ 13. (생략)

② 제1항에 따른 행정처분의 세부기준 등에 필요한 사항은 환경부령으로 정한다.

제32조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 가축분뇨관련영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 또는 제15호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 허가·변경허가를 받거나 변경신고를 한 경우
2. 허가를 받은 후 1년 이내에 영업을 시작하지 아니하거나 정당한 사유 없이 1년 이상 계속하여 휴업을 한 경우
3. 영업정지기간 중에 영업을 한 경우
4. 제12조의2제1항부터 제3항까지에 따른 처리시설의 설치기준 등을 위반한 경우
5. ~ 19. (생략)

② 제1항에 따른 행정처분의 세부기준, 그 밖에 필요한 사항은 환경부령으로 정한다.

3) 행정처분의 기준

가) 일반기준

행정처분의 사유를 정할 때에는 해당 법률에서 정하고 있는 의무를 위반한 경우를 원칙으로 하되, 일정한 기간 동안 실적이 없는 경우나 허가 조건에 위반한 경우 등 해당 법률에서

의무로 정하고 있지는 않으나 해당 영업을 규제하기 위해 필요한 사유가 없는지 확인하여 필요한 내용은 행정처분 사유로 명시해야 한다.

일반적으로 법률에서 규정하고 있는 허가 취소 또는 영업정지 사유는 다음과 같다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 경우
2. 허가를 받은 후 결격사유에 해당하는 경우. 다만, 법인의 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 경우 일정 기간 내에 그 임원을 바꾸어 임명한 경우는 제외한다.
3. 영업정지처분을 받은 후 그 영업정지기간에 영업을 한 경우
4. 허가를 받은 후 정당한 사유 없이 일정 기간 이상 영업을 하지 않은 경우
5. 허가기준에 미달하게 된 경우
6. 해당 법률에서 규정된 특정 조항을 위반하거나 그에 따른 명령을 위반한 경우
7. 해당 법률에 따른 신고를 하지 아니하거나, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 신고한 경우
8. 해당 법률에 따른 보고·자료제출을 거부하거나 거짓으로 한 경우
9. 해당 법률에 따른 출입·검사 등을 거부·방해 또는 기피하거나 질문에 응하지 아니하거나 거짓으로 진술을 한 경우

행정처분은 허가 취소와 영업정지로 구분하되, 허가 취소 사유를 정할 때에는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 경우, 결격사유가 발생한 경우, 영업정지기간 중에 영업을 한 경우 등 중대한 위반행위는 당연취소사유로 하고, 그 밖의 사유는 임의취소사유로 구분하여 정하도록 하며, 비교적 경미한 위반사항에 대해서는 영업정지처분을 할 수 있도록 한다.

영업정지처분의 경우에는 법률에서 영업정지 기준의 상한을 명시해야 하는데¹²³⁾, 이 경우 상한이 너무 장기인 경우에는 허가의 취소와 마찬가지로 결과가 초래될 수 있는 점을 고려하여 적정 기간을 상한으로 규정해야 한다.

123) 업무정지기간은 국민의 직업의 자유와 관련된 중요한 사항으로서 업무정지의 사유 못지않게 업무정지 처분의 핵심적·본질적 요소라 할 것이고, 비록 입법부가 복잡·다기한 행정영역에서 발생하는 상황의 변화에 따른 적절한 대처에 필요한 기술적·전문적 능력에 한계가 있어서 그 구체적 기준을 하위법령에 위임할 수밖에 없다 하더라도 최소한 그 상한만은 법률의 형식으로 이를 명확하게 규정하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 업무정지기간의 범위에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하고, 나아가 의료기법의 다른 규정이나 다른 관련 법률을 유기적·체계적으로 종합하여 보더라도 보건복지가족부령에 규정된 업무정지기간의 범위, 특히 상한이 어떠한지를 예측할 수 없으므로 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위배된다(헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌가93 결정).

행정처분을 규정할 때에는 같은 법령에 규정된 과태료, 형벌 등 다른 제제도 함께 고려하여 같은 위반행위에 대해 과도한 제재가 되지 않도록 한다.

나) 개별 분사무소별 영업정지에 관한 기준

영업자가 여러 개의 분사무소를 운영하고 있는 경우 분사무소에서 행해진 영업행위도 주된 사무소에서 행해진 행위와 마찬가지로 영업자의 행위이므로¹²⁴⁾ 특별한 규정이 없다면, 개별 분사무소의 위반행위에 대해 영업자의 영업 전부를 정지해야 한다.¹²⁵⁾ 정책적 필요에 따라 분사무소별로 영업정지를 할 수 있도록 하려는 경우에는 분사무소별로 영업정지를 할 수 있음을 명시적으로 규정해야 한다.

[입법례] 분사무소별로 업무정지를 할 수 있다고 규정한 사례

공인중개사법

제39조(업무의 정지) ① 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 이 경우 법인인 개업공인중개사에 대하여는 법인 또는 분사무소별로 업무의 정지를 명할 수 있다.

1. ~ 14. (생략)

②·③ (생략)

다) 폐업 시 허가 취소에 관한 기준

허가 업체 관리의 필요성을 이유로 많은 법률에서 폐업을 허가 취소사유로 규정하고 있는데, 폐업 시 허가 취소를 도입하기 위해서는 폐업을 하는 경우 반드시 허가를 취소할

124) 영업의 허가증 및 등록증은 개별 사무소별로 발급되지 않고, 법인인 영업자에게 발급되고, 일반적으로 분사무소를 개설하는 경우 주된 사무소의 소재지 시장 등에게 신고하고, 주된 사무소 소재지 시장 등이 분사무소 소재지 시장 등에게 신고사실을 통보하도록 규정하고 있다(「공인중개사법」 제13조, 「결혼중개업의 관리에 관한 법률 시행규칙」 제2조 등).

125) 결혼중개업법 제18조제1항에서는 “1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다”고만 규정하고 있을 뿐, 영업의 일부 정지 등에 대하여는 어떠한 내용도 규정하고 있지 않다. (중략) 그러므로, 위와 같은 규정 등을 종합하여 볼 때, 결혼중개업법은 법인이 둘 이상의 개별 중개사무소를 통하여 영업을 수행하던 중 하나의 중개사무소에서만 신상정보 서면제공 의무를 불이행하는 경우라도 당연히 해당 법인의 영업 전체에 대한 영업 정지를 예정하고 있는 것으로 보이고, 개별 중개사무소의 영업만을 대상으로 한 영업 정지는 예정하고 있지 아니한 것으로 보인다(법제처 2012. 10. 17. 12-0554 해석례).

필요가 있는지를 우선적으로 검토해야 한다.

일시적으로 폐업을 한 후 다시 해당 허가를 받아 영업을 하더라도 해당 허가제의 취지에 반하지 않는 경우라면 폐업을 허가의 취소사유에서 제외하는 방안을 검토할 필요가 있다. 일반적으로 변리사, 관세사, 공인노무사 등 자격 관련 등록의 경우 등록 업체에 대한 관리 필요성이 강하기 때문에 등록을 영업 개시 요건으로 하면서, 폐업을 필요적 취소사유로 규정하고 있고, 그 밖의 허가의 경우에는 임의적 취소사유로 규정하고 있다.

[입법례] 폐업을 필요적 취소사유로 규정한 사례

공인노무사법
제19조(등록의 취소 등) ① 공인노무사회는 개업노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 등록을 취소하여야 한다.
1. 제4조에 따른 결격사유에 해당하게 된 경우
2. 제9조에 따라 폐업신고를 한 경우
3. 4. (생략)
②·③ (생략)

[입법례] 폐업을 임의적 취소사유로 규정한 사례

낙시 관리 및 육성법
제14조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 제10조에 따라 허가를 받은 낙시터업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하면 그 허가를 취소하여야 한다.
1. ~ 5. (생략)
6. 낙시터업자가 「부가가치세법」 제8조제8항 및 제9항에 따라 관할 세무서장에게 폐업신고를 하거나 관할 세무서장이 사업자등록을 말소한 경우
② ~ ④ (생략)

폐업을 허가 취소사유로 하는 경우 어떠한 경우를 폐업으로 볼 것인가가 모호하므로 폐업 여부를 판단하는 기준을 분명하게 규정해 줄 필요가 있는데, 해당 법률에 폐업 신고

규정이 있다면, “제○조에 따른 폐업 신고를 한 경우”로 규정하고, 그러한 폐업 신고 규정이 없다면, “「부가가치세법」 제8조제8항 및 제9항에 따라 관할 세무서장에게 폐업 신고를 하거나 관할 세무서장이 사업자등록을 말소한 경우”로 규정한다.

한편 법령 위반 등을 이유로 허가가 취소되는 경우, 결격사유 등에 해당되어 일정한 제재를 받도록 되어 있는 경우,¹²⁶⁾ 영업자에게 허가 또는 영업정지 사유가 있어 그 절차가 진행 중인 경우에 이러한 행정처분에 따른 불이익을 회피하기 위해 폐업을 하는 사례가 있으므로 이를 제한하는 규정을 둬으로써 행정처분의 실효성을 확보할 필요가 있다.

이에 대해, 폐업 신고 자체를 제한하거나, 행정처분 절차 종료 시까지 폐업에 따른 허가 취소를 제한¹²⁷⁾하는 방안도 있으나, 폐업 신고 자체를 제한하는 것은 영업의 자유를 제한한다는 문제점이 있고, 허가는 영업자의 영업의사를 전제로 하는 것이므로, 영업자가 폐업을 하면 허가는 당연 실효되고, 폐업에 따른 허가 취소는 허가가 실효되었음을 확인하여 공적 장부를 정리하는 성격으로 볼 수 있음에도 폐업에 따른 허가 취소를 제한하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있을 수 있다.

따라서 영업자가 폐업 후 다시 허가를 받는 경우에 종전 사업자의 지위를 승계하도록 하고, 종전 위반행위에 대해 행정처분을 할 수 있도록 하는 방안이 행정처분을 회피하기 위한 폐업을 제한하는 입법 방식으로 가장 바람직할 것이다. 이 경우 폐업 이후 다시 허가를 받은 자에게 종전 위반행위에 대해 행정처분을 할 수 있는 기간과 행정처분을 받은 경우를 결격사유로 정하고 있다면 그 결격기간을 아래 입법례와 같이 일치시킬 필요가 있다.

126) 법령 위반 등을 이유로 허가가 취소되는 경우 결격사유 등에 해당되는 것으로 하여 일정한 제재를 받도록 되어 있는 경우가 아니라면, 폐업을 통해 행정처분을 회피할 가능성이 없으므로 별도로 허가 취소를 제한하는 규정을 둘 필요는 없다.

127) 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」

제25조(산림사업법인의 등록취소 등)

③ 시·도지사는 산림사업법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 등록을 취소하고 이를 고시하여야 한다. 다만, 제4호의 경우 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사유에 따른 처분절차가 진행 중인 산림사업법인이 그 처분절차가 끝나기 전에 폐업을 하였을 때에는 그 처분절차가 끝날 때까지 등록을 취소하지 아니한다.

4. 폐업한 경우

④ 제3항제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 사유로 등록이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 자는 제24조제1항에 따른 등록을 할 수 없다.

[입법례] 폐업 전 위반행위가 승계되도록 규정한 사례

직업안정법

제36조의2(사업자의 지위승계 등) ① 제35조에 따른 폐업신고(신고하지 아니하고 폐업한 경우를 포함한다. 이하 같다)를 한 자가 다시 제18조·제19조·제23조 또는 제33조에 따라 신고·등록을 하거나 허가를 받은 경우(이하 이 조에서 “재신고등”이라 한다) 재신고등을 한 사업자는 폐업신고 전의 사업자의 지위를 승계한다.

② 제1항의 경우 고용노동부장관 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장은 재신고등을 한 사업자에 대하여 폐업신고 전의 위반행위를 사유로 제36조제1항의 행정처분을 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 그러하지 아니하다.

1. 위반행위가 사업의 정지처분 기준에 해당하는 경우로서 폐업신고를 한 날부터 재신고등을 한 날까지의 기간이 1년을 초과한 경우
2. 위반행위가 등록·허가의 취소처분 기준에 해당하는 경우로서 폐업신고를 한 날부터 재신고등을 한 날까지의 기간이 5년을 초과한 경우

③ (생략)

제38조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 직업소개사업의 신고·등록을 하거나 근로자공급사업의 허가를 받을 수 없다.

1. ~ 5. (생략)
6. 제36조에 따라 해당 사업의 등록이나 허가가 취소된 후 5년이 지나지 아니한 자
7. (생략)

4) 하위법령에서의 행정처분 기준

행정처분의 세부 기준은 하위법령, 그 중에서도 대통령령보다 부령에 위임하고 있는 입법례가 더 많다.

그런데 이러한 행정처분의 세부 기준과 관련하여 대법원은 총리령이나 부령 형식으로 규정된 세부 기준은 그 법적 성질이 행정규칙에 해당하여 대외적으로 국민이나 법원을

구속하는 힘이 없다고 보고 있고,¹²⁸⁾ 대통령령 형식으로 규정된 세부 기준은 이를 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령으로 보면서도,¹²⁹⁾ 대통령령에 명시된 기간이나 금액을 최고한도로 보고 있다.¹³⁰⁾

대법원이 총리령이나 부령의 형식으로 규정된 세부 기준을 행정규칙으로 보거나, 대통령령 형식으로 규정된 세부 기준을 최고한도로 보는 것은 개별·구체적인 상황에서 행정처분의 구체적 타당성을 확보하기 위한 것으로 이해되므로 하위법령에서 처분의 세부 기준을 정할 때에는 처분의 구체적 타당성을 담보할 수 있도록 위반행위 정도에 비례하여 처분기준을 정하고, 가중·감경 기준도 규정하는 것이 바람직하다.

한편 영업정지 대체 과징금을 규정하고 있는 경우에는 과징금 부과사유와 영업정지처분 사유를 일치시켜야 한다.¹³¹⁾

행정처분의 세부 기준을 위반행위, 위반횟수 등에 따라 나누어 규정할 필요가 있을 때에는 이를 별표로 규정하되, 일반기준과 개별기준으로 나누어 규정한다. 일반기준은 허가 취소 또는 영업정지 사유별로 처분기준을 적용할 때 고려해야 할 공통적인 기준을 규정하고, 개별기준은 법률에 따른 처분사유를 규정하되, 유사 법령 및 같은 법령 내의 유사 위반행위에 따른 제재 정도와 균형이 유지되도록 규정한다.

128) 식품위생법시행규칙 제53조에서 별표 15로 같은 법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다 하더라도, 이는 형식은 부령으로 되어 있으나 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 같은 법 제58조제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다(대법원 1993. 6. 29. 선고 93누 5635 판결).

129) 당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 별표 1은 주택건설촉진법 제7조제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결).

130) 국민건강보험법 제85조제1항, 제2항에 따른 같은 법 시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17476호로 개정되기 전의 것) 제61조제1항 [별표5]의 업무정지처분 및 과징금 부과 기준은 법규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간, 사회적 비난 정도, 위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정, 행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 업무정지의 기간 및 과징금의 금액을 정하여야 할 것이므로 그 기간 내지 금액은 확정적인 것이 아니라 최고한도라고 할 것이다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두11982 판결).

131) 과징금의 부과기준은 대통령령에 규정된 경우가 많고, 영업정지 처분기준은 총리령·부령에 규정된 경우가 많아 두 기준 간에 불일치가 발생하는 경우가 있는데, 장기적으로는 동일한 하위법령에서 규정되도록 법률에서 위임 법령의 형식을 통일할 필요가 있다.

가) 일반기준

① 일반기준 1: 위반행위가 둘 이상인 경우의 처분기준

통상 위반행위가 둘 이상인 경우 각각의 위반행위에 대한 처분기준이 영업취소와 영업정지 등으로 다른 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 따르도록 한다. 그러나 각각의 위반행위에 대한 처분기준이 영업정지와 같은 성격을 지니는 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 일정 기간(무거운 처분기준의 2분의 1 또는 나머지 각각의 처분기준의 2분의 1 등)을 가중하도록 할 수 있는데, 이 경우 “가중할 수 있다”로 규정하면 가중 여부에 행정청의 재량이 개입될 수 있는 것으로 해석될 소지가 있으므로 “가중한다”로 규정한다.

입법 모델

가. 위반행위가 둘 이상이면¹³²⁾ 그 중 무거운 처분기준에 따른다. 다만, 둘 이상의 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 각 처분기준을 합산한 기간을 넘지 않는 범위에서 무거운 처분기준에 그 처분기준/각각 나머지 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중한다.

가. 위반행위가 둘 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 따르고, 둘 이상의 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 각 처분기준을 합산한 기간을 넘지 않는 범위에서 무거운 처분기준에 그 처분기준/각각 나머지 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중한다.

② 일반기준 2: 위반행위의 횟수에 따른 처분기준

위반행위의 횟수에 따른 가중처분은 종전 행정처분의 경고적 기능을 무시한 비난 가능성이나 사회적 책임에 따른 것이므로 같은 위반행위가 여러 번 있더라도 종전에 같은 위반행위에 대해 행정처분을 받은 바가 없다면 위반행위의 횟수에 따른 가중처분을 할 수 없다. 따라서 위반행위의 횟수에 따른 가중처분이 적용되기 위해서는 같은 위반행위로 행정처분을 받은 사실이 기준이 된다. 또한 행정처분 후에 행한 위반행위에 대해서만 가중처분의 대상이 되므로 A, B를 순차적으로 위반한 사항에 대해 B를 먼저 적발하여 행정처분한 후 비로소 A를 행정처분할 경우 A에 대해서는 가중처분을 할 수 없다는 것이 판례 및 해석¹³³⁾의 확립된 견해

132) 위반사항이 같은지 다른지 관계없이 위반행위가 둘 이상인 경우를 의미한다(법제처 2020. 11. 5. 20-0166 해석례).

이다. 그러므로 위반횟수를 산정하는 적용 기간은 위반횟수에 따른 행정처분 가중 제도의 취지를 살릴 수 있는 적정 기간(보통 1년에서 3년 사이)으로 규정하고 행정처분 후에 다시 행한 같은 위반행위에 대해서만 한다는 점을 명확하게 규정해야 한다.

한편 위반횟수 산정 적용 기간의 만료점이 명확하게 규정되지 아니하면 집행상 혼란 및 형평 문제가 발생할 수 있으므로 그 기준을 명시할 필요가 있다. 만료점으로 삼을 수 있는 기준일은 위반행위일, 적발일, 행정처분일을 생각할 수 있는데, 위반행위일의 경우 날짜가 특정되어 변경 가능성이 없으므로 객관적이라는 장점은 있으나, 위반행위에 대한 적발이 늦어 가중 처분할 수 있는 기간이 경과된 후에도 위반행위자의 불안정 상태가 지속될 수 있다는 문제가 있고, 행정처분일을 만료점으로 하는 경우 행정청의 재량에 따라 처분일을 달리 함으로써 가중처분 여부가 달라질 여지가 있어 객관적이지 못하다는 문제가 있다. 따라서 특별한 사정이 없다면 객관적이면서 해당 행정처분 시점과도 근접하고 있는 위반행위가 다시 적발된 날을 만료점의 기준으로 삼는 것이 가장 적절하다.

별도의 규정이 없다면 가중처분의 적용 차수를 계산할 때 가중처분 적용기간에 부과된 처분의 차수를 기준으로 해야 하므로 이를 명확히 하기 위해 ‘가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수의 다음 차수로 한다’라고 규정한다.¹³⁴⁾

입법 모델

- 나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분 기준은 최근 ○년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대한 행정처분일과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.
- 다. 나목에 따라 가중된 처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 처분차수(나목에 따른 기간 내에 처분이 둘 이상 있었던 경우에는 높은 차수를 말한다)의 다음 차수로 한다.

133) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두2157 판결, 법제처 2013. 11. 13. 13-0381 해석례

134) ‘최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 다시 개별기준 동일 호 또는 동일 목의 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우’라 함은 그 문언상 하나의 위반행위가 있어 행정처분을 받고 그로부터 1년 이내에 다시 그와 같은 위반행위를 하는 경우 앞의 행정처분보다 가중된 처분을 하여야 한다는 뜻으로 보아야 할 것이지, 최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 해당 차수의 가중처분을 함에 있어서 요구되는 위반행위가 모두 발생할 것을 요하는 것으로 볼 것은 아니다(법제처 2015. 10. 5. 05-0039 해석례).

등록요건 미달 등 위반 “상태”에 대한 가중처분을 규정하는 경우, 하나의 계속되는 위반 상태를 여러 번의 위반행위로 나누어 보고 2차, 3차 처분을 할 수 있는지 문제될 수 있다.¹³⁵⁾ 이와 같은 법적용상 혼란을 피하기 위해서는 법률에서 위반 상태에 시정을 명할 수 있도록 하고 시정명령 위반 횟수에 따른 가중처분을 규정하는 방법, 이행강제금을 규정하는 방법, 계속되는 위반 상태의 기간에 비례하여 과태료를 부과하도록 규정하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 또한, 사안의 성격을 고려하여 처분권자가 처분 시 일정기한 내 개선할 것을 알리고, 그 이후에도 위반상태가 개선되지 않으면 가중처분이 가능하다는 것을 처분기준에서 명시하는 방법도 있다.

[입법례]

체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙	
[별표 7]	<p style="text-align: center;"><u>행정처분기준(제27조제2항 관련)</u></p>
1. 일반기준	
가. (생략)	
나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용하며, 개별 기준에 따른 경고 또는 영업정지를 할 때에 처분권자가 일정기한 내에 개선을 요구하였으나 ¹³⁶⁾ 그 위반 상태가 개선되지 아니하였을 때에는 반복하여 위반한 것으로 본다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대하여 행정처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.	
다. ~ 마. (생략)	
2. (생략)	

개별기준에서는 최종 위반횟수가 3차 또는 4차로 규정되어 있고, 최종 위반횟수에 따른 처분이 영업정지인 경우, 최종 위반횟수를 초과한 위반행위에 대해 최종 위반횟수의 위반행위와 동일하게 취급하지 않고 최종 위반횟수에 따른 처분기준에 가중하여 처분하려는 경우에는 일반기준에 이를 명시해야 한다.

135) 법제처 2022. 9. 8. 22-0267 해석례 참조

136) 처분권자가 제재처분 시 법령 위반 상태에 대한 개선 의무가 있음을 알리는 것은 상대방에게 위반 상태를 개선할 일정한 시간을 부여하고, 재적발 시점에 따라 자의적인 가중처분을 하지 않도록 하는 취지가 있다. 이 경우 상대방에게 새로운 의무를 부과하는 것으로 오인될 수 있는 ‘개선을 요구하였으나’라는 표현 보다는 ‘개선할 것을 알렸으나’로 표현하도록 하고, ‘일정기한’을 ‘○개월’ 등으로 특정하는 것이 보다 바람직하다.

[입법례]

인체조직안전에 관한 규칙

[별표 5]

행정처분기준(제20조 관련)

1. 일반기준

가·나. (생략)

다. 같은 위반행위로 4차의 행정처분을 받은 후 다시 5차 이상 위반하였을 때에는 해당 위반행위에 대한 4차 위반 시의 처분기준이 업무정지인 경우에는 그 처분기준의 2분의 1까지 가중한다. 다만, 가중하는 경우에도 그 업무정지기간은 1년을 넘을 수 없다.

2. (생략)

③ 일반기준 3: 처분의 가중·감경에 관한 사항

행정처분의 개별·구체적 타당성을 확보하기 위해 행정처분의 가중이나 감경에 관한 사항을 규정하는데, 위반행위가 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우, 피해가 경미한 경우 등을 감경 사유로 규정하고, 고의나 중과실에 의한 위반인 경우, 위반의 내용이나 정도가 중대하여 일반 국민에게 미치는 피해가 큰 경우 등을 가중사유로 규정한다.

감경 또는 가중할 수 있는 범위에 대해서는 별도의 제한을 두지 않고 행정청에 포괄적인 재량권을 부여하는 경우도 있지만, 실제 집행과정에서 형평의 문제가 발생하지 않도록 감경 또는 가중할 수 있는 범위를 법령에서 직접 규정하는 것이 바람직하다.

감경의 대상은 영업정지로 한정하는 경우가 일반적이지만, 허가 취소의 경우도 감경 대상에 포함하는 경우도 있다. 허가 취소를 감경 사유로 하는 경우에는 어느 정도의 수준까지 감경할 수 있는지 명확하게 규정해 주어야 하는데, 행정처분으로 허가가 취소된 후 다시 허가를 취득하는 것이 제한되는 결격기간의 2분의 1 범위의 수준으로 감경할 수 있도록 규정하는 것이 영업정지의 일반적인 감경 수준인 처분기준의 2분의 1 범위에 비추어 합리적인 것으로 판단된다.

[입법례] 가중·감경에 관한 일반적 입법례

농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률 시행규칙

[별표 4]

위반행위별 처분기준(제56조 관련)

1. 일반기준

가. ~ 라. (생략)

마. 처분권자는 위반행위의 동기·내용·횟수 및 위반 정도 등 다음의 가중 사유 또는 감경 사유에 해당 하는 경우 그 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중하거나 감경할 수 있다.

1) 가중 사유

가) 위반행위가 고의나 중대한 과실에 의한 경우

나) 위반의 내용·정도가 중대하여 출하자, 소비자 등에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우

2) 감경 사유

가) 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우

나) 위반의 내용·정도가 경미하여 출하자, 소비자 등에게 미치는 피해가 적다고 인정되는 경우

다) 법 제77조에 따른 도매시장법인, 시장도매인의 중앙평가 결과 우수 이상, 중도매인 개설자 평가 결과 우수 이상인 경우(최근 5년간 2회 이상)

라) 위반 행위자가 처음 해당 위반행위를 한 경우로서 5년 이상 도매시장법인, 시장도매인, 중도매인 업무를 모범적으로 해 온 사실이 인정되는 경우

마) 위반행위자가 해당 위반행위로 인하여 검사로부터 기소유예 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예 판결을 받은 경우

2. (생략)

[입법례] 등록취소도 감경할 수 있다고 규정한 사례

동물보호법 시행규칙

[별표 11]

행정처분기준(제45조 관련)

1. 일반기준

가. ~ 라. (생략)

마. 처분권자는 위반행위의 동기·내용·횟수 및 위반 정도 등 다음에 해당하는 사유를 고려하여 그 처분을 가중하거나 감경할 수 있다. 이 경우 그 처분이 영업정지인 경우에는 그 처분기준의 2분의 1의 범위에서 가중하거나 감경할 수 있고, 등록취소인 경우에는 6개월 이상의 영업정지 처분으로 감경할(법 제38조제1항제1호에 해당하는 경우는 제외한다) 수 있다.

1) 가중사유

가) 위반행위가 사소한 부주의나 오류가 아닌 고의나 중대한 과실에 의한 것으로 인정되는 경우

나) 위반의 내용·정도가 중대하여 소비자에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우

2) 감경사유

가) 위반행위가 고의나 중대한 과실이 아닌 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우

나) 위반의 내용·정도가 경미하여 소비자에게 미치는 피해가 적다고 인정되는 경우

다) 위반 행위자가 처음 해당 위반행위를 한 경우로서 5년 이상 해당 영업을 모범적으로 해 온 사실이 인정되는 경우

라) 위반행위자가 해당 위반행위로 인하여 검사로부터 기소유예 처분을 받거나 법원으로 부터 선고유예의 판결을 받은 경우

마) 그 밖에 해당 영업에 대한 정부정책상 필요하다고 인정되는 경우

2. (생략)

나) 개별기준

처분의 개별기준은 위반행위란, 근거 법조문란, 행정처분기준란으로 구분하여 작성하되, 법률에 따른 처분사유가 ‘위반행위란’에 누락되지 않도록 유의하고, ‘근거 법조문란’에는 해당 처분의 근거가 되는 법조문을 명시한다.

세부 기준이 합리적인지 확인해야 하는데, 필수적 취소사유에 해당하는 위반행위와 임의적 취소사유라 하더라도 공익의 보호를 위해 엄격한 규제가 필요한 위반행위는 1차 위반 시 허가를 취소하도록 규정하고, 1차 위반 시 허가취소사유에 해당하지 않는 경우에는 위반 횟수에 따른 영업정지처분을 일관성 있게 가중되도록 유의하여 규정한다. 위반행위가 경미하거나 일정 기간 내에 개선·보완하면 행정 목적을 달성할 수 있는 경우에는 1차 위반 시 영업정지처분을 하지 않고 경고를 하도록 하는 입법례¹³⁷⁾도 있다.

위반행위	근거 법조문	행정처분기준		
		1차 위반	2차 위반	3차 이상 위반
가. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제00조에 따른 허가를 받은 경우	법 제00조 제1항제1호	허가 취소		
나. 법 제00조에 따른 준수사항을 지키지 않은 경우	법 제00조 제0항제0호	경고	영업정지 ○일	영업정지 ○○일
다. ~ 마. (생략)	(생략)	(생략)	(생략)	(생략)

5) 행정처분 절차

행정처분의 절차는 기본적으로 「행정절차법」에서 규정하고 있으므로 개별법에서는 「행정절차법」에서 규정하고 있지 않은 내용이나 특례 등을 따로 정할 필요가 있는 경우에만 규정하도록 한다. 다만, 「행정절차법」의 적용 여부가 불분명한 ‘새로운 유형의 행정처분’에 대해서는 「행정절차법」 규정과 다소 중복되더라도 상세한 규정을 두는 것이 바람직하다.

137) 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 7, 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 시행규칙」 별표 3, 「농약관리법 시행규칙」 별표 2 등. 다만 가중처분기준으로 1차 위반을 경고로 할 경우 영업자가 반복적으로 위반하여도 그 위반행위가 위반횟수 적용 기간(최근 ○년간)이 지난 다음이면 매번 경고밖에 할 수 없음을 고려해야 한다.

[입법례]

실내공기질 관리법 시행규칙

제14조(오염도검사 결과 등의 공개) ① 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제13조제7항에 따라 오염물질을 채취한 시설, 오염물질의 명칭, 오염도검사 결과를 공개하려는 경우 미리 다음 각 호의 사항을 해당 시설의 소유자등에게 알려야 한다. 다만, 긴급히 공개할 필요가 있거나 사전 통지가 현저히 곤란한 경우 등 상당한 이유가 있으면 그렇지 않다.

1. 오염도검사 결과
2. 오염도검사 결과 등의 공개 예정일 및 매체
3. 오염도검사 결과에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 그 기한
4. 그 밖에 필요한 사항

② 제1항에 따른 공개는 인터넷 홈페이지나 신문·방송 등 언론매체 등에 공개하는 방법으로 한다.

「행정절차법」이 개정('22. 7. 12. 시행)되어, 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소처분에 대해서는 당사자의 신청이 없어도 의무적으로 청문을 거치게 되었다.¹³⁸⁾ 따라서 위의 처분에 대해서는 「행정절차법」과 다르게 정할 사항이 없는 이상 개별 법령에 청문에 관한 규정을 두지 않아도 된다.

그 외의 처분의 경우, 청문 절차를 의무화하려면 같은 법 제22조제1항제1호에 따라 개별 법령에 근거가 있어야 한다. 최근에는 처분 상대방의 권익보호를 위해 영업정지의 경우에도 청문절차를 의무적으로 거치도록 하는 입법례가 늘고 있다.

138) 「행정절차법」

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분을 하는 경우
 - 가. 인허가 등의 취소
 - 나. 신분·자격의 박탈
 - 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

[입법례]

1인 창조기업 육성에 관한 법률

제20조(청문) 정부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 실시하여야 한다.

1. 제8조제4항에 따른 지원센터의 지정 취소 및 업무 정지
2. 제10조제4항에 따른 교육기관의 지정 취소 및 업무 정지
3. 제12조제2항에 따른 1인 창조기업의 아이디어 사업화 지원 대상 선정 취소

6) 제척기간

법위반 행위에 대해 행정청이 장기간 제재처분을 하지 않는 경우 당사자 입장에서는 법적 불안정성이 지속되게 된다. 또한 장기간 제재처분이 이루어지지 않아 제재처분이 없을 것으로 신뢰한 상태에서 제재처분이 부과되면 당사자의 신뢰가 침해된다. 법적 안정성 보장과 신속한 제재처분 집행 유도라는 관점에서 「행정기본법」 제23조¹³⁹⁾에서는 제재처분의 제척기간을 규정하고 있다. 제척기간은 위반행위 종료일부터 일정 기간이 지나면 영업정지 등의 제재처분을 할 수 없도록 하는 제도이다. 「행정기본법」에서는 이 법에 따른 제척기간의 적용을 받는 제재처분의 범위를 i) 인허가의 정지·취소·철회, ii) 등록 말소, iii) 영업소 폐쇄, iv) 정지를 갈음하는 과징금 부과로 규정하고 있다. 이에 해당하는 처분들의 경우 개별 법률에 특칙을 두지 않는 이상 「행정기본법」 제23조가 일반적으로 적용되므로, 특별한

139) 「행정기본법」(제23조는 2023. 3. 24. 시행)

제23조(제재처분의 제척기간) ① 행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반 행위에 대하여 제재처분(인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과를 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 할 수 없다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인허가를 받거나 신고를 한 경우
2. 당사자가 인허가나 신고의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우
3. 정당한 사유 없이 행정청의 조사·출입·검사를 기피·방해·거부하여 제척기간이 지난 경우
4. 제재처분을 하지 아니하면 국민의 안전·생명 또는 환경을 심각하게 해치거나 해칠 우려가 있는 경우

③ 행정청은 제1항에도 불구하고 행정심판의 재결이나 법원의 판결에 따라 제재처분이 취소·철회된 경우에는 재결이나 판결이 확정된 날부터 1년(합의제행정기관은 2년)이 지나기 전까지는 그 취지에 따른 새로운 제재처분을 할 수 있다.

④ 다른 법률에서 제1항 및 제3항의 기간보다 짧거나 긴 기간을 규정하고 있으면 그 법률에서 정하는 바에 따른다.

사정이 없으면 이와 동일한 내용을 개별 법률에서 반복하여 규정하지 않도록 한다. 「행정기본법」에 열거한 적용 대상 외의 제재처분에 제척기간을 규정하거나, 「행정기본법」 제23조의 적용 대상이더라도 제척기간 등을 달리 정할 필요가 있을 때에만 개별 법률에서 규정한다.¹⁴⁰⁾ 다만, 「행정기본법」 제5조제2항에서는 개별 법률의 내용이 이 법의 목적, 원칙, 기준, 취지에 부합되도록 노력하는 규정을 두고 있으므로 제척기간에 관한 개별 법률의 제정·개정 과정에서도 특별한 사정이 없으면 「행정기본법」상 제척기간(5년) 보다 장기로 제척기간을 정하지 않도록 할 필요가 있다.

7) 행정처분 효과의 승계

영업의 양도·양수가 인정되는 경우 양수인이 종전의 영업자의 지위를 승계한다는 의미가 양수인이 종전의 영업자가 저지른 위반행위에 대한 행정처분의 효과도 승계한다는 의미 인지에 관해서는 논란의 여지가 있다.¹⁴¹⁾ 이러한 문제는 위반행위에 대한 처분절차의 진행 중에 영업이 양도·양수된 경우 종전 영업자의 위반행위를 이유로 양수인에게 제재적 행정 처분을 할 수 있는가 하는 점과 위반행위의 횡수에 따라 행정처분이 가중되는 경우에 종전 영업자가 받은 행정처분을 어떻게 처리할 것인가 하는 점에서 논의의 실익이 있다. 이 문제를 입법으로 해결하기 위해 “종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과는 새로운 영업자에게 승계된다”는 규정을 두기도 한다.

그런데 타인의 위반행위에 대해 책임지도록 하는 것은 바람직하지 않다는 견해도 있어 종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과가 새로운 영업자에게 승계되도록 하면서 그 기간을

140) 위반행위별로 제척기간을 차등화하여 개별 법률에서 규정한 사례 「건설산업기본법」

제84조의2(제척기간) 국토교통부장관은 다음 각 호의 기간이 지난 경우에는 제82조, 제82조의2 또는 제83조에 따른 영업정지를 명하거나 과징금의 부과 또는 건설업 등록의 말소를 할 수 없다.

1. 제82조제1항제1호, 같은 조 제2항제5호 또는 제83조제10호 위반의 경우 해당 공사의 하자담보책임 기간 종료일부터 10년
2. 제82조(제1항제1호·제8호·제9호 및 제2항제5호는 제외한다), 제82조의2 또는 제83조(제10호는 제외한다) 위반의 경우 위반행위 종료일부터 5년
3. 제82조제1항제8호 또는 제9호 위반의 경우 위반행위 종료일부터 3년

141) 판례는 대물적 허가의 승계인 경우 제재처분의 승계가 포함된다는 것이 일관된 입장이다(대법원 1994. 10. 25. 선고 93누21231 판결, 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결, 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결 등).

일정 기간으로 한정하거나, 대상을 악의의 양수인으로 한정하는 입법례도 있는바, 「먹는물관리법」 제49조, 「식품위생법」 제78조, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제69조, 「게임산업진흥에 관한 법률」 제37조 등이 그러하다.¹⁴²⁾

[입법례]

먹는물관리법
제49조(행정처분 효과의 승계) 먹는물관련영업자가 그 영업을 양도하거나 법인을 합병할 경우에는 제48조제1항 각 호 및 제2항을 위반한 사유로 종전의 먹는물관련영업자에게 행한 행정처분의 효과는 그 처분 기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정처분의 절차가 진행 중일 때에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 그 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병할 때 그 처분이나 위반사실을 알지 못했음을 증명하면 그러하지 아니하다.

한편, 영업양도나 합병 등에 따라 영업자 지위와 영업자에 대한 행정제재처분 효과가 양수인 등에게 승계되는 경우, 양수인 등이 종전 영업자에게 행정제재처분이 부과된 사실을 모르고 그 지위를 승계하는 것을 방지하고자 양도인 등이 양수인 등에게 행정제재처분 사실(또는 진행 중인 사실)을 알리게 하는 규정을 두거나 양수인 등이 행정제재처분 사실(또는 진행 중인 사실)을 행정청으로부터 확인하게 하는 규정을 두기도 한다. 양도인 등에게 통지의무를 부과하는 경우 그 불이행 시 과태료 등을 두어 실효성을 확보할 수 있다. 또한 영업승계사실 신고 시 양도인 등과 양수인 등의 확인사항을 기재한 서류를 첨부하도록 하는 입법례¹⁴³⁾도 있다.

[입법례] 양도인 등에게 통지의무 부과 사례

의료급여법
제28조(의료급여기관의 업무정지 등) ① ~ ⑤ (생략) ⑥ 제1항에 따른 업무정지처분의 효과는 그 처분이 확정된 의료급여기관을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립된 법인에 승계되고, 업무정지처분의 절차가 진행

142) 승계 대상을 악의의 양수인으로 한정하는 경우 악의인지의 여부에 대한 증명책임이 누구에게 있는지 문제가 되는데, 대부분의 입법례에서는 새로운 양수자에게 자신이 선의임을 증명하도록 하고 있다.

143) 「먹는물관리법 시행규칙」 제15조

중인 때에는 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만, 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인이 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑦ 제1항에 따른 업무정지처분을 받았거나 업무정지처분 절차가 진행 중인 자는 행정처분을 받은 사실 또는 행정처분 절차가 진행 중인 사실을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립된 법인에 지체 없이 알려야 한다.

⑧ (생략)

[입법례] 양수인 등에게 확인의무 부과 사례

영유아보육법

제45조의3(행정제재처분효과의 승계) ①어린이집을 설치·운영하는 자가 그 어린이집을 양도하거나 사망한 때 또는 법인의 합병이 있는 때에는 종전의 어린이집을 설치·운영한 자에게 제45조제1항 각 호의 사유로 행한 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 그 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인에 승계되며, 행정제재처분의 절차가 진행 중인 경우에는 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인에 대하여 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다. 다만, 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 양수 또는 합병할 때 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 어린이집을 양수·상속 또는 합병할 때에는 종전의 어린이집을 설치·운영한 자가 제45조제1항 각 호의 사유로 행정처분의 절차가 진행 중인지 및 행정제재 처분을 받은 이력이 있는지 여부를 확인하여야 하며, 보건복지부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 그 확인을 요청하는 경우 이를 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 확인하는 서류를 발부할 수 있다.

파. 무허가 영업에 대한 벌칙

허가를 받아야 할 영업을 허가받지 않고 하거나 부정한 방법으로 허가를 받은 사람에 대해서는 벌칙을 규정하기도 한다. 이 경우 벌칙의 종류와 정도는 비슷한 위반행위의 입법례 등을 참고하여 적절한 수준이 되도록 한다.

[입법례]

게임산업진흥에 관한 법률
제45조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. ~ 1의3. (생략)
2. 제25조 또는 제26조제1항·제2항·제3항 본문의 규정을 위반하여 허가를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 영업을 한 자
3. ~ 10. (생략)

4. 특허

가. 특허의 의의

강화상 특허는 특정인에 대해 권리를 부여하거나 권리를 향유하면서 동시에 의무를 부담하게 되는 포괄적 법률관계를 설정하는 행정행위를 말한다. 특허라고 하면 발명특허¹⁴⁴⁾를 생각하는 경우가 많으므로, 현행법에서는 특허에 해당하는 경우 주로 면허라는 용어를 많이 쓰고 있다. 이와 같이 현행법상 특허라는 용어가 많이 사용되지 않는 이유는 특허라는 용어가 특정인에 대한 특허라는 인상을 주기 때문에 그 대신 사용하기에 무난한 ‘면허’나 ‘허가’라는 용어를 선택했기 때문인 것으로 보인다. 현행법에 여객자동차운송사업 면허, 어업 면허, 광업권 설정 등이 강화상 특허에 해당된다.

144) 발명특허의 법적 성격은 확인이다. 발명특허를 받으면 발명을 실시하는 권한 등 권리가 부여되기 때문에 특허적 요소가 있는 것처럼 보이지만 이러한 권리는 발명특허라는 행위로부터 유래하는 것이 아니고 「특허법」에 따라 발명특허에 부여된 법률효과일 뿐이다.

강학상 특허의 본질적인 요소는 권리를 부여하는 것이다. 「수산업법」에서는 어업면허를 받은 자는 어업권을 취득한다고 규정하면서 어업권이 물권(物權)임을 규정하고 있고, 「광업법」에서도 광업권은 물권으로 한다고 규정하고 있다. 수산생물을 포획하거나 광물을 채굴하는 것은 토지의 소유자가 그 토지를 경작하는 것과 같이 그 권리를 행사하는 방법에 해당한다.¹⁴⁵⁾

[입법례]

수산업법

제16조(어업권의 취득과 성질) ① 제8조에 따라 어업면허를 받은 자와 제19조에 따라 어업권을 이전받거나 분할 받은 자는 제17조의 어업권원부에 등록을 함으로써 어업권을 취득한다.
 ② 어업권은 물권(物權)으로 하며, 이 법에서 정한 것 외에는 「민법」 중 토지에 관한 규정을 준용한다.
 ③·④ (생략)

광업법

제10조(광업권의 성질) ① 광업권은 물권으로 하고, 이 법에서 따로 정한 경우 외에는 부동산에 관하여 「민법」과 그 밖의 법령에서 정하는 사항을 준용한다.
 ② (생략)
 제15조(광업권설정의 출원 등) ① 광업권의 설정을 받으려는 자는 광업권의 종류를 정하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 산업통상자원부장관에게 출원하고 그 허가를 받아야 한다.
 ② ~ ⑦ (생략)

나. 개인의 자격에 대한 면허와의 구별

현행법상 면허 제도 중에는 개인의 자격을 규정하고 있는 것도 적지 않다. 우선 「의료법」에 따른 의사면허, 「도로교통법」에 따른 운전면허 등과 같이 사회적 위험이 발생할 수 있는 경우에 허가처럼 법률로 일반적으로 금지한 다음 행정청이 개별적으로 허용하는 방식을 사용하고 있다. 이 때 그 허용의 기준은 전문적인 지식이나 기술을 가지고 있는가 하는 것이고,

145) 「주세법」상 주류제조 면허와 같이 국가가 전매제도로 운영하던 영업을 민간에 개방한 경우에 국가가 특정인에게 그 권리를 허용해 주는 것과 유사하게 보아 제도를 구성하여 연혁적 이유로 특허로 분류되는 경우도 있다.

이를 시험해서 합격한 경우에만 이러한 행위를 할 수 있도록 허용하는 것이다. 이 경우에도 ‘금지-해제’라는 관념을 내포하고 있다.

운전면허는 그 사람이 운전을 할 수 있는 기능이 그 평가 대상이 된다고 보면 된다. 이 경우에도 그 기능이 있다고 인정되면 법률에서 정한 고려 사항 외에는 다른 고려 사항 없이 면허를 주어야 한다는 점에서 기속행위라고 하겠다. 의사면허의 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다. 이런 의미에서 개인의 자격에 대한 면허 제도는 본질적으로 허가 제도에 속하는 것이라고 하겠다.

[입법례]

의료법
<p>제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>②·③ (생략)</p> <p>제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>② ~ ④ (생략)</p>

다. 특허 제도 입안 시 유의 사항

특허는 「수산업법」이나 「광업법」과 같이 법률에서 물권임을 명시적으로 규정하지 않더라도 권리의 창설이나 권리의 부여라는 점이 분명히 언급되는 것이 바람직하다. 여객자동차운송사업 면허와 같이 재량이 많은 경우에도 특허의 성격이 드러나도록 규정하는 것이 필요하다.

「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 공유수면 점용·사용 허가를 보면, 점용·사용 허가의 권리 관계가 명확히 드러나지 않고 있다. 그러나 공유수면은 국가 소유인 바다 및 바닷가나 하천, 호소(湖沼) 등을 말하고, 그 관리권이 관리청(국가의 행정청이거나 지방자치단체의 장)에게 있으므로 공유수면의 점용·사용 허가는 이러한 관리권에 기하여 주어지는

권리이지 자연적 자유의 회복은 아니라는 점을 알 수 있다.¹⁴⁶⁾

이처럼 권리 관계가 법령에 드러나지 않고 속으로 숨어 있어서 제도의 법적 성격을 해석에 의존하게 되는 방식은 피하는 것이 좋다.

특허는 특정인에게 특정한 권리를 설정한다는 점에서 국가의 경제정책과 관련된 공익적 요소가 강하고, 그 권리 부여 여부에 행정청의 재량이 많은 특징이 있다. 따라서, 일정한 요건을 갖춘 경우라도 공익적 이유로 거부할 수 있다는 점을 규정하는 경우도 있고, 공익상 필요 등을 이유로 조건, 기한 등 부관을 붙일 수 있다.

[입법례] 공익상 이유에 따른 불허가를 명시한 사례

광업법
<p>제24조(공익상 이유 등에 따른 불허가) ①산업통상자원부장관은 광업권설정의 출원구역에서 광물을 탐사하거나 채굴하는 것이 공익을 해친다고 인정하거나 산업통상자원부장관이 정하여 고시하는 광물의 종류별 광체(鑛體)의 규모 및 품위(品位) 등 기준에 미달하는 때에는 광업권의 설정을 허가하지 아니한다.</p> <p>②산업통상자원부장관은 제34조제7항에 따른 구역에서 광업을 할 경우 국가중요건설사업에</p>

146) 「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공유수면”이란 다음 각 목의 것을 말한다.

가. 바다: 「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제8조제1항제3호에 따른 해안선으로부터 「배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률」에 따른 배타적 경제수역 외측 한계까지의 사이

나. 바닷가: 「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제8조제1항제3호에 따른 해안선으로부터 지적공부(地籍公簿)에 등록된 지역까지의 사이

다. 하천·호소(湖沼)·구거(溝渠), 그 밖에 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류(水流)로서 국유인 것

제4조(공유수면의 관리) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공유수면은 해양수산부장관이 관리하고, 그 밖의 공유수면은 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장(구청장은 자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 관리한다.

1. 「배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률」 제2조에 따른 배타적 경제수역

2. 그 밖에 대통령령으로 정하는 공유수면

제8조(공유수면의 점용·사용허가) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공유수면관리청으로부터 공유수면의 점용 또는 사용(이하 “점용·사용”이라 한다)의 허가(이하 “점용·사용허가”라 한다)를 받아야 한다. 다만, 「수상에서의 수색·구조 등에 관한 법률」 제19조에 따른 조난된 선박등의 구난작업, 「재난 및 안전관리 기본법」 제37조에 따른 응급조치를 위하여 공유수면을 점용·사용하려는 경우 또는 제28조에 따라 매립면허를 받은 자가 매립면허를 받은 목적의 범위에서 해당 공유수면을 점용·사용하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. ~ 11. (생략)

지장이 있다고 인정하면 광업권설정의 출원구역을 줄여서 허가하거나 광업권설정을 허가하지 아니할 수 있다.

③제1항에 따른 출원구역에서 광물을 탐사하거나 채굴하는 것이 공익을 해친다고 인정되는 기준은 산업통상자원부령으로 정한다.

[입법례] 부관을 붙일 수 있음을 명시한 사례

공유수면 관리 및 매립에 관한 법률

제8조(공유수면의 점용·사용허가) ① ~ ⑥ (생략)

⑦ 공유수면관리청은 점용·사용허가를 하는 경우 해양환경·생태계·수산자원 및 자연경관의 보호, 그 밖에 어업피해의 예방 또는 공유수면의 관리·운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 점용·사용의 방법 및 관리 등에 관한 부관(附款)을 붙일 수 있다.

⑧·⑨ (생략)

5. 인가

가. 인가의 의의

강학상 인가는 특정 법률관계가 있는 당사자의 행위에 대해 그 행위에 대한 효력을 보충함으로써 법률상의 효력을 완성하게 하는 행정행위를 말한다. 법인설립의 허가, 사업의 양도·양수나 법인의 합병에 대한 인가 등이 이에 속한다.

현행법상 은행업 인가, 금융투자업 인가 등 금융업에 관한 법률에서 ‘인가’라는 용어를 사용하는 사례가 있으나, 이는 주로 특허적 성격이 강한 사업에 대한 허가의 의미로 사용된 예로서 강학상 인가와는다르다. 이처럼 허가를 인가로 표현하고 있는 입법례와 법인설립허가 등 인가를 허가로 표현하고 있는 경우(「민법」 제32조)가 적지 않고, 승인이라는 용어를 쓰고 있는 경우도 많아 규정에 따라 어디에 해당하는지를 판단해야 하는 문제가 있다.

따라서 인가의 성격을 가진 규정이라면 인가의 용어를 일관되게 사용하도록 한다.¹⁴⁷⁾

147) 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에 따른 토지거래허가제도는 그 본질이 인가인데 허가라는 용어를 사용하고 있다. 허가라는 용어를 쓰고 있고 허가받지 않고 토지거래 계약을 체결한 경우에는 처벌하고

[입법례]

신용협동조합법

제7조(설립) ① 조합을 설립하려면 조합의 공동유대에 소속된 30인 이상의 발기인이 정관을 작성하여 창립총회의 결의를 받아 대통령령으로 정하는 바에 따라 중앙회의 회장(이하 “중앙 회장”이라 한다)을 거쳐 금융위원회의 인가를 받아야 한다.

② 창립총회의 의사(議事)는 발기인 대표에게 조합 설립동의서를 회의 개최일 전날까지 제출한 자 과반수의 출석과 출석한 자 3분의 2 이상의 찬성으로 결의한다.

③ 제1항에 따른 인가를 받으려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 신청서를 금융위원회에 제출하여야 한다.

④ 금융위원회는 제1항에 따른 인가에 조건을 붙일 수 있다.

나. 인가 제도 입안 시 유의 사항

허가는 일반적으로 제한된 자유를 회복시켜주는 것이지만, 인가는 타인의 법률행위를 보충하여 그 효력을 완성시켜 주는 것이다. 따라서 허가는 사실행위도 그 대상으로 할 수 있지만, 인가는 법률행위만 대상이 된다.

인가 제도를 입안할 때에는 법률행위를 대상으로 하고, 그 효과는 법률행위의 완성으로 맞추어져야 한다. 인가를 받지 않은 행위는 법률행위가 완성되지 않으므로 효력이 부정된다는 것을 염두에 두어야 한다. 처벌은 본질적인 요소가 아니므로 두지 않도록 하되, 반드시 두어야 한다면 그 필요성을 구체적으로 판단해 보아야 한다.

인가는 법률행위의 완성을 목적으로 하는 것인데, 완성된 법률행위는 대개 공부 등재(登載) 등 공적으로 그 행위를 확인하거나 공시(公示)하는 절차를 거치는 경우가 많다.¹⁴⁸⁾ 따라서 특별한 경우를 제외하고는 법률 중에 인가를 받지 않은 행위는 효력이 없다는 명시적인 규정을 두는 경우는 별로 없으나, 토지거래허가처럼 대량으로 이루어지는 거래이고 당사자들이 법률 전문가라고 보기 어려운 상황이라면 효력을 명시적으로 규정할 필요도 있고 처벌 규정을 둘 필요도 있다.

있지만, 같은 법 제11조제6항에서 허가를 받지 않고 체결한 토지거래 계약은 효력이 발생하지 아니한다고 규정하여 그 허가의 효과가 자유의 회복이 아닌 법률행위의 완성으로 구성하고 있다. 강학상의 분류에 따르면 인가로 보아야 한다.

148) 「도시 및 주거환경정비법」 제78조, 「사립학교법」 제20조 등

[입법례] 효력 규정과 처벌 규정을 별도로 둔 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률

제11조(허가구역 내 토지거래에 대한 허가) ① 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 “토지거래계약”이라 한다)을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약은 그 효력이 발생하지 아니한다.

⑦ (생략)

제26조(벌칙) ① (생략)

② 제11조제1항에 따른 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결하거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 토지거래계약 허가를 받은 자는 2년 이하의 징역 또는 계약 체결 당시의 개별공시지가에 따른 해당 토지가격의 100분의 30에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

③ (생략)

6. 등록

가. 등록의 의의

강학상 등록은 일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 갖추어둔 장부에 등재하고 이에 따라 일정한 사실이나 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 것을 말한다. 본래의 의미에서의 등록은 사실이나 법률관계의 존부를 형식적으로 증명하는 것이므로 인허가 제도라고 볼 수는 없다.¹⁴⁹⁾ 그런데 현행법에서는 ‘등록’을 허가와 신고의 중간에 속하는 인허가 제도로 운영하고 있는 경우가 많다.

149) 「국제선박등록법」에 따른 국제선박의 등록, 「건설기계관리법」에 따른 건설기계의 등록 등이 이에 해당된다.

아래 입법례에서는 먹는해양심층수 제조업은 허가 대상으로 하면서 먹는해양심층수 수입업은 등록 대상으로 하고 있다. 성격상으로는 동일한 ‘금지-해제’의 구조를 갖지만, 단지 규제 정도를 완화하기 위해 수입업은 등록 대상으로 한 것이다.

[입법례]

해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률

제27조(허가 등) ① 먹는해양심층수의 제조업을 영위하고자 하는 자는 해양수산부령으로 정하는 기준에 적합한 시설을 갖추어 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 시설의 소재지 및 그 밖에 해양수산부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

② 먹는해양심층수의 수입업을 영위하고자 하는 자는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 등록하여야 한다. 등록된 사항 중 수입처 및 그 밖에 해양수산부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

③ ~ ⑦ (생략)

허가제로 운영하는 경우에 그 허가가 반드시 재량행위가 아닌 경우에도 실제 운영에서는 행정청이 재량적으로 운영하는 경우가 많다. 이러한 경우에 일정한 기준을 마련해 두고 그 기준에 맞으면 바로 장부에 등재하도록 하여 거의 자동적으로 영업이나 행위를 허용하기 위해 등록제가 도입되고 있는 것이다.

나. 등록의 규정 형식

영업에 관한 등록제를 규정할 때에는 먼저 “○○업을 하려는 자는 ○○○에 등록하여야 한다”와 같이 등록 의무자, 등록 대상 영업과 등록관청을 명시한 근거 규정을 둔다. 등록 요건이나 등록 절차는 다른 조 또는 항에서 따로 규정하는 것이 일반적이다. 영업에 관한 등록의 경우에는 영업허가와 유사한 규정을 두게 된다.

[입법례]

결혼중개업의 관리에 관한 법률

제4조(국제결혼중개업의 등록) ① 국제결혼중개업을 하고자 하는 자는 제24조에 따른 교육을 받고 제24조의3에 따른 자본금 요건 및 보증보험금, 중개사무소 등 대통령령으로 정하는 기준을 갖추어 중개사무소를 두고자 하는 지역을 관할하는 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다. 등록한 사항 중 여성가족부령으로 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항에 따른 국제결혼중개업을 등록한 자에 대하여 등록증을 내주어야 한다.

③ 제1항에 따른 등록사항·등록절차, 제2항에 따른 등록증의 교부 등 등록에 관하여 필요한 사항은 여성가족부령으로 정한다.

다. 등록기준

등록기준을 정하는 방식은 허가기준을 정하는 방식과 같다. 다만, 허가제의 경우 행정기관이 허가기준을 심사할 때 판단의 여지가 많은데 따른 폐단을 없애기 위해 허가제를 등록제로 전환하고 있는 점을 고려할 때 등록기준은 허가제의 허가기준보다 더 구체적이고 객관적으로 정해야 할 것이다.

[입법례]

결혼중개업의 관리에 관한 법률 시행령

제2조(국제결혼중개업 등록기준) 법 제4조제1항 전단에서 “보증보험금, 중개사무소 등 대통령령으로 정하는 기준”이란 다음 각 호와 같다.

1. 법 제24조에 따른 교육을 받을 것
- 1의2. 법 제24조의3에 따른 자본금 요건을 갖출 것
2. 법 제25조에 따라 보증보험에 가입할 것
3. 건축물대장에 「건축법 시행령」 별표 1 제3호에 따른 제1종 근린생활시설, 같은 표 제4호에 따른 제2종 근린생활시설, 같은 표 제7호에 따른 판매시설 내 근린생활시설 또는 같은 표 제14호나목에 따른 일반업무시설로 기재된 건물에 중개사무소를 확보할 것. 이 경우 소유·전세·임대차 또는 사용대차 등의 방법으로 사용권을 확보하여야 한다.

한편 여러 법령에 따른 사업을 함께 하는 경우 각 법령에서 규정하고 있는 등록기준이 일부 중복되는 경우에 사업별로 등록기준을 각각 갖추어야 하는지와 하나의 기관에 배치된 인력 간 겸직이 가능한지에 대해 논란이 있을 수 있으므로,¹⁵⁰⁾ 이에 대한 명시적 규정을 둘 필요가 있다.

개별 법령에서 사업에 필요한 등록기준을 규정하고 있는 경우 그 등록기준은 각각의 사업을 원활하게 수행하기 위해 최소한도로 요구되는 기준이다. 따라서 원칙적으로는 각각의 사업을 함께 하려는 경우 일부 등록기준이 중복된다 하더라도 사업별로 각각의 등록기준을 충족하도록 해야 한다. 또한, 하나의 기관에 배치되는 인력의 배치기준을 따로 규정하고 있는 경우에는 인력의 효율적인 운영을 위해 별도의 인원으로 각각 배치하도록 할 필요성이 있다.

다만, 사업 또는 업무의 성격 및 내용 등을 고려하여 사업 또는 업무의 성격이 유사하고, 개별 사업 또는 업무 수행에 지장을 줄 우려가 없다고 판단될 경우에는 중복되는 등록기준을 갖춘 것으로 볼 필요가 있거나 인력 간 겸직을 허용할 필요가 있다. 이 경우에는 해석상 논란을 피하기 위해 개별 법령에 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례] 동일한 등록기준을 별도로 갖출 필요가 없도록 한 사례

건설기계관리법 시행규칙

[별표 15]

건설기계정비업의 등록기준(제61조 관련)

표 (생략)

비고

1. 자동차종합정비업자가 건설기계정비업의 등록을 하는 경우에는 「자동차관리법」 제53조에 따른 자동차정비업등록기준과 건설기계정비업의 등록기준이 동일한 사항은 이를 별도로 갖추지 않을 수 있다. 이 경우 자동차종합정비업자의 소속 기술인력 중 자동차정비기술자격과 건설기계정비기술자격을 동시에 갖추고 있는 사람이 있는 경우에는 그에 해당하는 건설기계정비 기술인력을 갖춘 것으로 본다.

2. ~ 8. (생략)

150) 대법원 판례(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두4528 판결)는 등록기준과 관련하여 영업의 성격과 내용 등이 다른 경우 개별 법령에서 규정하고 있는 등록기준을 각각 갖추도록 하고 있으며, 법제처 해석례는 개별 법령의 입법 목적, 사업의 종류 및 내용 등이 다른 경우 사업별로 등록기준(자본금)에 대하여 각각 그 기준을 갖추도록 한 사례(법제처 2008. 4. 2. 07-0483 해석례)와 개별 법령의 입법 목적, 사업의 성격 및 내용 등이 유사한 경우 사업별로 등록기준(기술인력)을 별도로 갖추지 않아도 된다는 사례(법제처 2013. 4. 26. 13-0073 해석례)가 있다.

[입법례] 인력 간 겸직할 수 있도록 한 사례

영유아보육법 시행규칙
<p>[별표 2]</p> <p style="text-align: center;"><u>보육교직원의 배치기준(제10조 관련)</u></p> <p>1. 어린이집에 두어야 하는 보육교직원과 그 수</p> <p>가. 어린이집의 원장 1명. 다만, 영유아 20명 이하를 보육하는 어린이집은 어린이집의 원장이 보육교사를 겸임할 수 있다.</p> <p>나. ~ 바. (생략)</p> <p>사. 어린이집의 원장이 간호사 또는 영양사 자격이 있는 경우에는 간호사 또는 영양사를 겸직하게 할 수 있다.</p> <p>2. (생략)</p>

특정분야의 자격증을 가진 사람이 업무를 개시하기 위해서 등록을 하도록 한 경우에는 등록거부에 관한 규정을 명시적으로 두는 경우도 있다.

[입법례] 등록거부에 관한 규정을 둔 입법례

관세사법
<p>제7조의2(등록거부) ① 관세청장은 제7조제1항에 따라 등록을 신청한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 거부하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제5조 각 호의 결격사유 중 어느 하나에 해당하는 경우 2. 제7조제2항에 따른 실무수습을 마치지 아니한 경우 3. 제8조제1항제2호에 따라 등록이 취소된 날부터 2년(제13조의2를 위반하여 제8조제1항제2호에 따라 등록이 취소된 경우에는 취소된 날부터 5년)이 지나지 아니한 경우 4. 제15조를 위반하여 공무원을 겸하거나 영리업무에 종사하는 경우 5. 제27조제5항에 따라 관세사자격심의·징계위원회가 의결한 등록거부 기간이 지나지 아니한 경우

02
실
체
규
정

라. 등록 조건

등록제의 경우 신청인이 등록기준을 모두 갖추었으면 등록 신청을 받아 주어야 하므로 법률에 별도의 규정이 없으면 등록에는 조건을 붙일 수 없다. 따라서 조건을 붙여야 하는 영업이라면 처음부터 등록제로 할 것이 아니라 허가제로 해야 할 것이다. 등록제로 유지하면서 그 영업의 성격상 조건을 붙이는 것이 불가피한 경우에는 반드시 법률에 근거 규정을 두도록 한다.

[입법례] 등록에 조건을 붙일 수 있음을 규정한 사례

유통산업발전법

제8조(대규모점포등의 개설등록 및 변경등록) ① 대규모점포를 개설하거나 제13조의3에 따른 전통상업보존구역에 준대규모점포를 개설하려는 자는 영업을 시작하기 전에 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 상권영향평가서 및 지역협력계획서를 첨부하여 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다. 등록된 내용을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항에 따라 제출받은 상권영향평가서 및 지역협력계획서가 미진하다고 판단하는 경우에는 제출받은 날부터 대통령령으로 정하는 기간 내에 그 사유를 명시하여 보완을 요청할 수 있다.

③ 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항에 따라 개설등록 또는 변경등록[점포의 소재지를 변경하거나 매장면적이 개설등록(매장면적을 변경등록한 경우에는 변경등록) 당시의 매장면적보다 10분의 1이상 증가하는 경우로 한정한다]을 하려는 대규모점포등의 위치가 제13조의3에 따른 전통상업보존구역에 있을 때에는 등록을 제한하거나 조건을 붙일 수 있다.

④ ~ ⑦ (생략)

마. 등록의 유효기간

등록기준을 제대로 갖추고 있는지를 점검하거나 해당 사업의 현황을 파악하기 위해 법령에 등록의 유효기간을 규정하는 경우가 있다. 이 경우 등록 유효기간이 만료되기 전에 갱신 등록을 하도록 하는 등 연장에 관한 규정을 두도록 한다. 등록의 유효기간도 허가의 유효기간과 마찬가지로 유효기간 만료일 전에 갱신이나 연장에 관하여 미리 알려주거나 안내하는 규정을 두는 것이 좋다.

[입법례] 등록 유효기간 만료 전 갱신등록을 하도록 한 사례

관세사법

제7조(등록) ① 관세사 자격이 있는 사람이 통관업을 하고자 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 성명, 사무소명 및 해당 사무소 소재지, 「관세법」에 따른 세관공무원 직에 있다가 퇴직한 자(이하 “공직퇴임관세사” 라 한다)인지 여부, 자격증번호 등을 등록신청서에 기재하여 관세청장에게 등록하여야 한다.

② (생략)

③ 제1항에 따른 등록은 대통령령으로 정하는 바에 따라 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 적어도 3년 이상으로 한다.

관세사법 시행령

제16조(관세사의 등록과 갱신) ① (생략)

② 법 제7조제3항에 따른 갱신기간은 5년으로 하며, 등록을 갱신하려는 사람은 등록의 유효기간이 끝나는 날의 1개월 전까지 제1항 각 호의 사항 및 등록번호가 기재된 기획재정부령으로 정하는 등록갱신신청서를 관세청장에게 제출해야 한다.

③ 관세청장은 제1항에 따라 관세사의 등록을 한 자에게 등록을 갱신하려면 등록의 유효기간이 끝나는 날의 1개월 전까지 등록갱신을 신청하여야 한다는 사실과 갱신절차를 등록기간이 끝나는 날의 2개월 전까지 휴대폰에 의한 문자전송, 전자메일, 팩스, 전화, 문서 등으로 미리 알려야 한다.

④·⑤ (생략)

바. 등록 사항의 변경

등록한 사항의 변경을 허용하려는 경우에는 등록 사항의 변경에 관한 규정을 두도록 한다. 등록받은 사항을 변경하는 경우에도 변경등록을 받도록 하는 것이 원칙이다.

그러나 경우에 따라서는 모든 등록 사항을 변경등록의 대상으로 하지 않고 중요한 변경 사항만 등록하도록 하고 경미한 사항은 신고하게 하거나 아예 별도의 절차 없이 변경할 수 있도록 규정하기도 한다.¹⁵¹⁾

151) 「건설산업기본법」에 따른 건설업등록의 경우와 같이 등록사항의 변경에 관한 규정을 두는 대신 건설업 등록증 또는 건설업등록수첩의 기재사항을 변경하도록 하는 사례(「건설산업기본법」 제9조의2제2항)도 있다.

사. 등록증의 발급

등록을 한 경우 반드시 등록증을 발급한다는 규정을 둘 필요는 없으며, 등록증을 발급한다는 규정을 둘 경우에도 이를 법률에서 직접 규정할 필요는 없고 대통령령이나 총리령·부령에서 규정해도 무방하다.

그러나 법률에서 등록증의 대여를 금지하는 규정을 두는 경우에는 법률에 등록증의 발급에 관한 규정을 두도록 한다.

[입법례] 등록증 대여 금지를 규정한 사례

건설산업기본법

제9조의2(등록증의 발급 등) ① 국토교통부장관은 건설업 등록을 하면 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설업 등록증 및 건설업 등록수첩을 발급하여야 한다.

②·③ (생략)

제21조(건설업 등록증 등의 대여 및 알선 등 금지) ① 건설사업자는 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 하거나 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩을 빌려주어서는 아니 된다.

② 누구든지 건설사업자로부터 그 성명이나 상호를 빌려 건설공사를 수급 또는 시공하거나 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩을 빌려서는 아니 된다.

③·④ (생략)

제95조의2(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. (생략)

2. 제21조제1항 또는 제2항을 위반하여 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 한 건설사업자와 그 상대방, 건설업 등록증이나 건설업 등록수첩을 빌려준 건설사업자와 그 상대방

3. ~ 5. (생략)

아. 등록을 한 자의 지위 승계와 행정처분 효과의 승계

등록을 한 자의 지위 승계와 행정처분 효과의 승계에 관한 사항은 영업허가의 경우와 유사하다.

한편 사업자가 위반행위에 따른 행정제재를 회피하기 위해 행정제재가 있기 전에 폐업했다가 일정 기간이 지난 후 다시 등록하는 사례가 있다. 이러한 사례를 막기 위해 폐업신고한 사업자가 다시 등록을 할 때에는 종전의 사업자 지위를 승계하도록 하고, 종전의 위반행위에 따른 행정제재를 할 수 있도록 규정하는 경우도 있다.

[입법례]

건설산업기본법

제85조의2(건설업자의 지위 승계 등) ① 제20조의2에 따른 폐업신고로 건설업 등록이 말소된 자가 제9조에 따라 6개월 이내에 다시 건설사업자로 등록한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 건설사업자는 폐업신고 전의 건설사업자의 지위를 승계한다.

1. 말소 당시에 등록한 업종과 동일한 업종의 건설업을 다시 등록하는 경우
 2. 말소 당시의 업종과 업무내용이 전부 또는 일부 중복되는 다른 업종의 건설업을 등록하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
- ② 제1항에 따라 건설사업자의 지위를 승계한 자에 대하여는 폐업신고 전의 건설사업자에 대한 행정처분의 효과가 승계된다.
- ③ 국토교통부장관은 제1항에 따라 폐업신고 전의 건설사업자의 지위를 승계한 자에 대하여 폐업신고 전의 위반행위를 사유로 제81조, 제82조, 제82조의2 및 제83조에 따른 시정명령, 영업정지 또는 등록말소 등을 할 수 있다.

자. 등록취소(말소), 영업정지 등

등록의 취소, 영업정지 등에 관한 사항은 영업허가의 경우와 유사하다. ‘등록’을 “약한 의미의 허가”라는 뜻으로 사용하는 경우에는 허가의 경우와 마찬가지로 “등록취소”라는 용어를 사용한다. 등록의 취소는 상대방에게 불이익을 주는 것이므로, 청문 규정을 같이 두도록 한다.

한편, 강학상 ‘등록’으로서 “일정한 사항을 공부에 기재한다”는 뜻으로 사용하는 경우에는 “공부(公簿)에서 지운다”는 의미의 “등록말소”라는 용어를 사용한다.

[입법례] ‘등록취소’로 표현한 사례

건설기술 진흥법

제31조(건설엔지니어링사업자의 등록취소 등) ① 시·도지사는 건설엔지니어링사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하면 등록을 취소하여야 한다.

1. ~ 9. (생략)

② ~ ⑤ (생략)

제83조(청문) 국토교통부장관 또는 시·도지사는 이 법에 따른 지정 또는 등록을 취소하려면 청문을 하여야 한다.

[입법례] ‘등록말소’로 표현한 사례

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률

제82조(바다로 된 토지의 등록말소 신청) ① 지적소관청은 지적공부에 등록된 토지가 지형의 변화 등으로 바다로 된 경우로서 원상(原狀)으로 회복될 수 없거나 다른 지목의 토지로 될 가능성이 없는 경우에는 지적공부에 등록된 토지소유자에게 지적공부의 등록말소 신청을 하도록 통지하여야 한다.

② 지적소관청은 제1항에 따른 토지소유자가 통지를 받은 날부터 90일 이내에 등록말소 신청을 하지 아니하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 등록을 말소한다.

③ (생략)

7. 신고

가. 신고 제도의 의의

1) 자기완결적 신고와 수리가 필요한 신고

현행법상 1,300여개에 달하는 신고는, 자기완결적 신고[수리(受理)가 필요 없는 신고]와 수리가 필요한 신고로 이원화되어 운영되고 있다.¹⁵²⁾

자기완결적 신고¹⁵³⁾는 어떤 사실의 존재나 행위자의 의사(意思)를 알리는 경우나 어떤 법률 상태의 존재 여부를 알리는 데 사용된다. 자기완결적(自己完結的) 행위로서 적법한 요건을 갖추어 행정기관에 도달하면 그 효력이 발생하며, 신고와 별도로 행정청이 수리(受理)해야만 효력이 발생하는 것은 아니다.¹⁵⁴⁾

이 경우 신고를 받은 행정기관은 신고사항에 해당되는지와 구비서류 등이 갖추어져 있는지 등을 확인할 수 있으나 법령에 정하지 않은 사유를 심사하여 이를 이유로 접수를 거부할

152) 그 밖에 행정청에 일정한 사항을 통지해야 하는 의무가 있는 신고가 아닌 정보제공적 신고가 있는데, 정보제공적 신고로는 대표적으로 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」 제47조의3에 따른 위반행위의 신고나 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제49조에 따른 위반행위의 신고 등을 들 수 있다.

153) 「건축물관리법」 제34조에 따른 건축물 멸실신고 등을 그 예로 들 수 있다. 반면에, 대법원은 건축(건축) 신고불가취소 사건(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결)에서 건축신고를 자기완결적 성질의 신고로 보던 종전의 판례를 전원합의체 판결로 변경하여 인허가 의제의 효과를 수반하는 건축신고는 실체적 요건을 심사한 후 수리하여야 하는 ‘수리를 요하는 신고’라고 판시한 바 있다.

154) 「행정절차법」

제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것

③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.

④ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.

수 없다(「행정절차법」 제40조제2항 참조). 만약 행정기관이 적법한 요건을 갖춘 신고의 접수를 거부하더라도 신고로서의 효력이 발생한다. 반면에 수리가 필요한 신고는 행정청이 해당 신고를 형식적·실질적 요건을 모두 심사한 후 수리해야만 효력이 발생한다. 이처럼 양 제도의 법적 효력 발생방식과 시점에는 차이가 있다.

그럼에도, 개별 법률에서 규정하고 있는 신고가 자기완결적 신고인지 수리가 필요한 신고인지 불분명한 경우가 많다.¹⁵⁵⁾ 법제처는 이러한 문제점을 개선하기 위해서 2016년부터 신고제 합리화사업을 추진해 왔다.¹⁵⁶⁾ 법률에 규정된 신고제도 중 수리가 필요한 신고에는 신고의 수리에 관한 규정을 두어서 수리가 필요한 신고라는 점을 분명히 하도록 하고, 수리에 관한 규정이 없는 신고의 경우에는 해당 신고제를 자기완결적 신고로 보는 것으로 구분하였다. 따라서 신고제를 신설하는 경우에는 먼저 그 신고제의 성격을 명확히 확인하고 그 성격에 맞추어서 규정방식을 정해야 할 것이다.

[입법례] 자기완결적 신고의 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률

제3조(부동산 거래의 신고) ① 거래당사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약을 체결한 경우 그 실제 거래가격 등 대통령령으로 정하는 사항을 거래계약의 체결일부터 30일 이내에 그 권리의 대상인 부동산등(권리에 관한 계약의 경우에는 그 권리의 대상인 부동산을 말한다)의 소재지를 관할하는 시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장 및 특별자치시장과 특별자치도 행정시의 시장을 말한다)·군수 또는 구청장(이하 “신고관청”이라 한다)에게 공동으로 신고하여야 한다. 다만, 거래당사자 중 일방이 국가, 지방자치단체, 대통령령으로 정하는 자의 경우(이하 “국가등”이라 한다)에는 국가등이 신고를 하여야 한다.

1. 부동산의 매매계약

155) 대법원은 건축(신축)신고불가취소 사건(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결)에서 건축신고를 자기완결적 성질의 신고로 보던 종전의 판례를 전원합의체 판결로 변경하여 인허가 의제의 효과를 수반하는 건축신고는 실제적 요건을 심사한 후 수리하여야 하는 ‘수리를 요하는 신고’라고 판시하였다. 한편 대법원은 그 이전에 건축신고불허(또는 반려)처분취소 사건(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 판결)에서는 건축신고 반려행위의 처분성을 부인하던 종전 판례를 전원합의체 판결로 변경하여 항고소송의 대상인 처분으로 보았으나, 건축신고의 성질에 관하여는 판단하지 않았다.

156) 정부는 2016년부터 법률에 규정된 “자기완결적 신고”와 “수리가 필요한 신고”를 전수조사하고 이를 구분하여 수리가 필요한 신고 규정에는 신고 수리 관련 내용을 명시하도록 하는 ‘신고제 합리화 사업’을 추진하여 왔다. 총 218개 법률 개정안이 국회에 제출되어 2021년 1월 현재 174개의 법률이 국회를 통과하여 법률에 신고 수리에 관한 내용이 명시된 바 있다.

- 2. 「택지개발촉진법」, 「주택법」 등 대통령령으로 정하는 법률에 따른 부동산에 대한 공급계약
 - 3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 지위의 매매계약
 - 가. 제2호에 따른 계약을 통하여 부동산을 공급받는 자로 선정된 지위
 - 나. 「도시 및 주거환경정비법」 제74조에 따른 관리처분계획의 인가 및 「빈집 및 소규모 주택 정비에 관한 특례법」 제29조에 따른 사업시행계획인가로 취득한 입주자로 선정된 지위
- ② ~ ⑦ (생략)

[입법례] 수리가 필요한 신고 사례

건축물의 분양에 관한 법률

- 제5조(분양신고) ① 분양사업자는 건축물을 분양하려는 경우에는 「건축법」 제11조에 따른 허가권자(이하 “허가권자”라 한다)에게 신고하여야 한다.
- ② 분양사업자는 제1항에 따라 분양신고를 할 때에는 신탁계약서, 대리사무계약서, 대지의 등기사항증명서 등 대통령령으로 정하는 서류를 갖추어 허가권자에게 제출하여야 한다. 다만, 허가권자가 「전자정부법」 제36조제1항에 따라 행정정보의 공동이용을 통하여 확인한 서류의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 허가권자는 분양신고의 내용을 검토하여 이 법에 적합한 경우에는 분양신고를 수리(受理)하고 그 사실을 분양사업자에게 통보하여야 한다.

2) 「행정기본법」의 제정에 따른 현행 법률의 정비

종전에는 수리가 필요한 신고에 해당하는 경우, 그 규정에 신고 수리에 관한 내용을 추가하는 방식으로 각 법률을 개정하여 수리가 필요한 신고와 자기완결적 신고를 구별하도록 법률을 정비해 왔으나, 모든 신고 관련 법률 규정을 한꺼번에 개정하는 데 한계가 있어 여전히 해석상 혼란이 발생할 수밖에 없는 상황이었다.

2021년 3월 「행정기본법」이 제정되면서 제34조¹⁵⁷⁾에서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생하도록 규정하여 수리가 필요

157) 「행정기본법」

제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력) 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우는 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.

하다고 명시되지 않은 신고는 원칙적으로 자기완결적 신고로 보도록 하였다. 이 규정은 2023년 3월 23일부터 효력이 발생하게 되므로, 그때까지 수리가 필요한 신고 제도 중에서 수리에 관한 규정을 두지 않은 경우에는 해당 법률을 개정하는 것이 필요하게 되었다.

다만, 「행정기본법」 제34조에서도 법률에 신고 수리에 관한 규정이 있더라도 행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우에는 자기완결적 신고로 보도록 하고 있으므로, 행정기관 내부 업무처리 절차에 해당하는지에 대한 개별적인 판단은 필요할 것이다.¹⁵⁸⁾ 신고를 규정하면서 행정기관 내부 업무 처리 절차로서 수리를 같이 규정할 경우 해당 신고가 자기완결적 신고인지 수리가 필요한 신고인지가 명확하지 않으므로 행정기관 내부 업무 처리 절차라면 수리를 명시하지 않도록 한다.

3) 신고 제도 입안 시 유의 사항

수리가 필요한 신고 제도를 도입하는 경우에는 “○○○장관은 제○항에 따른 신고를 받은 경우 그 내용을 검토하여 이 법에 적합하면 신고를 수리하여야 한다.”와 같이 규정해 수리가 필요한 신고임을 명시하되, 허가 제도를 완화한 취지에 맞게 요건에 맞으면 자동적으로 수리될 정도로 일의적으로 명확하게 신고기준을 정해야 한다. 이 경우 신고기준은 등록보다도 완화된 것이므로 수리 여부가 거의 기계적으로 판단될 수 있도록 그 기준을 구성해야 한다.

수리가 필요한 신고에는 민원의 신속한 처리와 일선 행정기관의 적극행정을 유도하기 위해 수리 간주 규정을 두도록 한다. 다만, 국민의 생명이나 안전 등에 영향을 미칠 수 있는 사항이나 전문자격이 필요한 영업에 관한 사항의 경우에는 신고 수리 간주 규정을 두는 것에 신중할 필요가 있다.

[입법례] 수리 간주규정을 규정한 사례

내수면어업법

제11조(신고어업) ① 내수면에서 제6조 및 제9조에 따른 어업을 제외한 어업으로서 대통령령으로 정하는 어업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

158) 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제21조제2항에 따른 출생·사망의 등(洞) 경우 신고에 따른 수리를 예로 들 수 있다.

- ② 사유수면에서 제6조제1항 각 호, 제9조제1항 각 호 또는 제1항에 따른 어업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.
- ③ 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제1항 또는 제2항에 따른 신고를 받은 날부터 5일 이내에 신고수리 여부를 신고인에게 통지하여야 한다.
- ④ 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이 제3항에서 정한 기간 내에 신고수리 여부 또는 민원 처리 관련 법령에 따른 처리기간의 연장 여부를 신고인에게 통지하지 아니하면 그 기간이 끝난 날의 다음 날에 신고를 수리한 것으로 본다.
- ⑤ (생략)

수리의 요건을 전적으로 하위법령에 위임하는 경우도 있는데, 수리 여부가 국민에게 미치는 영향을 고려할 때 포괄위임금지의 원칙을 위반할 수 있으므로 이러한 입법은 피하도록 한다.¹⁵⁹⁾

수리가 필요한 신고 역시 그 본질은 허가이기 때문에 이 밖에 ‘금지-해제’의 구조가 유지되어야 한다는 것 등은 허가 제도에서의 입안·심사 요령과 같다.

나. 신고의 규정 형식

신고제를 규정할 때에는 먼저 “○○을 하려는 자는 ○○에게 신고하여야 한다”, “○○업을 하려는 자는 ○○에게 신고하여야 한다”와 같이 신고의무자, 신고 대상과 신고관청을 명시한 근거규정을 둔다. 신고 요건이나 신고 절차는 다른 조 또는 항에 따로 규정하는 것이 일반적이다. 영업신고의 경우에는 영업허가의 경우와 유사한 규정을 두게 된다.

159) 「국적법」

제13조(대한민국 국적의 선택 절차) ① 복수국적자로서 제12조제1항 본문에 규정된 기간 내에 대한민국 국적을 선택하려는 자는 외국 국적을 포기하거나 법무부장관이 정하는 바에 따라 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 서약하고 법무부장관에게 대한민국 국적을 선택한다는 뜻을 신고할 수 있다.

②·③ (생략)

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 신고의 수리(受理) 요건, 신고 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[입법례]

건강기능식품에 관한 법률

제6조(영업의 신고 등) ① 삭제

② 제4조제1항제3호에 따른 건강기능식품판매업을 하려는 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 영업소별로 제4조에 따른 시설을 갖추고 영업소의 소재지를 관할하는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 「약사법」 제20조에 따라 개설등록한 약국에서 건강기능식품을 판매하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ ~ ⑧ (생략)

원칙적으로 허가를 받도록 하면서 경미한 행위는 허가를 받는 대신 신고만 하면 되도록 하는 것과 같이 허가제에 부수되는 형태로 신고를 규정하는 경우도 있다.

[입법례]

산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률

제36조(입목벌채등의 허가 및 신고 등) ① 산림(제19조에 따른 채종림등과 「산림보호법」 제7조에 따른 산림보호구역은 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 안에서 입목의 벌채, 임산물(「산지관리법」 제2조제4호·제5호에 따른 석재 및 토사는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 굴취·채취(이하 “입목벌채등”이라 한다. 이하 같다)을 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이나 지방산림청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

②·③ (생략)

④ 병해충·산불 등 자연재해를 입은 입목(林木)의 제거 등 대통령령으로 정하는 사유로 입목벌채등을 하려는 자는 제1항 및 제2항 단서에도 불구하고 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이나 지방산림청장에게 신고하고 할 수 있다.

⑤ ~ ⑩ (생략)

다. 신고 요건과 신고 조건

신고의 경우에도 일정한 요건을 갖추어 신고하도록 하는 것이 일반적이다. 다만, 신고 영업의 성질상 신고 요건은 신청인에게 큰 부담을 주지 않는 것이 대부분이므로, 신고 요건을 대통령령으로 위임하는 경우보다는 총리령·부령에 위임하는 경우가 많다.

[입법례]

농약관리법

제3조의2(영업의 신고) ① 방제업 중 수출입식물에 관한 방제업(이하 “수출입식물방제업”이라 한다)을 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 대통령령으로 정하는 국립식물검역기관의 장(이하 “국립식물검역기관의 장”이라 한다)에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 농림축산식품부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

②·③ (생략)

④ 수출입식물방제업의 신고를 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 기준에 맞는 인력·시설·장비 등을 갖추어야 한다.

농약관리법 시행규칙

제6조의2(수출입식물방제업의 인력·시설·장비 등의 기준) 법 제3조의2제4항에 따른 수출입식물방제업의 인력·시설·장비 등의 기준은 별표 1의2와 같다.

신고영업의 경우에는 신고로써 절차가 완료되므로, 신고에 대해서는 조건을 붙일 수 없다. 조건을 붙여야 하는 영업이라면 처음부터 신고제로 할 것이 아니라 허가제로 해야 할 것이다.

라. 신고증명서의 발급

신고사실을 증명할 필요가 있는 경우에는 행정청이 신고를 받은 때에 신고인에게 신고증명서를 발급하도록 하는 규정을 둔다. 신고증명서 발급에 관한 규정은 총리령이나 부령에 규정하는 것이 일반적이거나 신고증명서 게시의무를 부과하려는 경우에는 법률에 규정하도록 한다.

[입법례]

학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률

제14조(교습소 설립·운영의 신고 등) ① 교습소를 설립·운영하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고자 및 교습자의 인적사항, 교습소의 명칭 및 위치, 교습과목, 교습비등을 교습소설립·운영신고서에 기재하여 교육감에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 교습자의 인적사항, 교습소의 명칭 및 위치, 교습과목, 교습비등, 그 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

②·③ (생략)

④ 교육감은 제1항에 따른 신고를 수리한 경우에는 교육부령으로 정하는 바에 따라 신고증명서를 발급하여야 한다.

⑤ 교습자는 제4항에 따라 발급받은 신고증명서를 교습소에 게시하여야 한다.

⑥ ~ ⑫ (생략)

마. 신고의 유효기간

신고 요건을 제대로 유지하고 있는지를 점검할 필요가 있는 경우에는 신고의 유효기간을 정할 수 있다. 신고의 유효기간을 법률에 직접 규정하지 않고 대통령령으로 위임하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 행정 목적과 민원인의 불편을 고려하여 법률에서 상한이나 하한의 기준을 정하는 것이 바람직하다. 신고의 유효기간을 법령에서 정하는 경우에는 유효기간의 갱신이나 연장에 관한 사항도 함께 규정하도록 한다.

[입법례] 갱신 신고를 규정한 사례

유선 및 도선 사업법

제5조(면허 또는 신고의 유효기간) ① 제3조에 따른 유선사업의 면허 또는 신고의 유효기간은 10년으로 하되, 연중 한시적으로 영업하는 경우에는 해당 연도로만 하며, 도선사업의 면허 또는 신고의 유효기간은 영구로 하되, 연중 한시적으로 영업하는 경우에는 5년으로 한다.

② 제1항에 따른 면허 또는 신고의 유효기간이 지난 후 계속하여 사업을 하려는 자는 행정안전부령 또는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 면허를 갱신받거나 신고를 갱신하여야 한다.

바. 신고사항의 변경

신고사항의 변경도 신고하도록 하는 것이 원칙이나, 경미한 사항은 아예 신고 없이 변경할 수 있도록 하는 경우도 있다.

[입법례] 신고사항을 변경하려면 모두 신고하도록 규정한 사례

유선 및 도선 사업법

제3조(사업의 면허 또는 신고) ① 유선사업 및 도선사업(이하 “유·도선사업”이라 한다)을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 유·도선의 규모 또는 영업구역에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 관할관청의 면허를 받거나 관할관청에 신고하여야 한다. 면허 또는 신고사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

1. ~ 4. (생략)

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 중요한 사항의 변경만 신고하도록 규정한 사례

식품위생법

제37조(영업허가 등) ① ~ ③ (생략)

④ 제36조제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하거나 폐업할 때에도 또한 같다.

⑤ ~ ⑬ (생략)

사. 영업정지, 영업장 폐쇄와 신고효력 상실

허가업이나 등록업의 경우 사업자의 위반행위에 대해 허가 또는 등록을 취소할 수 있지만, 취소 대상인 행정처분이 존재하지 않는 신고업의 경우에는 일종의 완화된 형태의 허가과 같은 성격을 지녔더라도 사업자의 위반 행위에 대해 영업 정지나 영업장 폐쇄와 같은 방법을

택하게 된다.¹⁶⁰⁾ 이 경우 영업장이 폐쇄된 후 다시 신고를 하고 그 자리에서 동일한 영업을 영위하는 것을 허용하면 영업장 폐쇄의 실효성이 없게 되므로, 영업장 폐쇄명령을 받은 후 일정 기간은 동일한 장소에서 그 영업과 같은 종류의 영업을 할 수 없도록 하는 규정을 둔다. 영업장 폐쇄를 할 때에는 원칙적으로 청문을 하도록 하는 규정을 두도록 한다.

[입법례] 영업정지나 영업장 폐쇄를 규정한 사례

양곡관리법
<p>제19조(양곡가공업의 신고) ① 대통령령으로 정하는 양곡가공업을 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 시설을 갖추어 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p> <p>② ~ ⑦ (생략)</p> <p>제21조(영업정지 등) ① 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장은 제19조 제1항에 따라 신고를 한 양곡가공업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6개월 이내의 범위에서 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 영업을 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다. 다만, 제3호 또는 제12호에 해당하면 영업소 폐쇄를 명하여야 한다.</p> <p>1.·2. (생략)</p> <p>3. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제19조제1항 전단에 따른 신고를 한 자</p> <p>4. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제19조제1항 후단에 따른 변경 신고를 한 자</p> <p>5. ~ 11. (생략)</p> <p>12. 영업을 정지명령을 위반하여 계속 영업을 하는 경우</p> <p>13. (생략)</p> <p>②·③ (생략)</p> <p>제28조(청문) 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장은 제21조에 따라 양곡가공업자에게 영업소의 폐쇄를 명하려면 청문을 하여야 한다.</p>

신고의 효력을 상실시키는 규정을 두는 경우도 있다. 신고의 효력 상실은 영업장 폐쇄와 동일한 효력을 가지므로 청문에 관한 규정을 두도록 한다.

160) 현행법에서도 온천발견신고(「온천법」 제21조), 공동주택의 입주자 등의 각종 공동주택 관련 행위 신고(「공동주택관리법」 제35조), 물품 수출신고(「관세법」 제251조), 의료기기 수입업자의 의료기기 수입 신고(「의료기기법」 제15조 및 제43조의2)와 같이 수리를 요하는 것으로 규정하면서 수리를 취소할 수 있다는 규정을 두기도 한다.

[입법례]

건축사법
<p>제28조(건축사사무소개설신고의 효력상실처분 등) ① 시·도지사는 건축사사무소개설자 또는 그 소속 건축사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 하거나 1년 이내의 기간을 정하여 그 업무정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호, 제2호, 제4호 및 제5호에 해당하는 경우에는 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 건축사사무소개설신고를 한 사실이 드러난 경우 2. 제18조의3에 따라 건축사사무소개설자의 자격등록이 취소된 경우 3. (생략) 4. 건축물의 구조상 안전에 관한 규정을 위반하여 설계 또는 공사감리를 함으로써 사람을 죽거나 다치게 한 경우 5. 연 2회 이상 업무정지명령을 받고 그 정지기간이 통틀어 1년을 초과하는 경우 6. ~ 8. (생략) <p>②·③ (생략)</p> <p>제28조의2(청문) 국토교통부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 2. (생략) 3. 제28조에 따른 건축사사무소개설신고의 효력상실처분

수리가 필요한 신고에 대하여 신고의 수리를 취소할 수 있다는 규정을 두기도 한다.

[입법례]

의료기기법
<p>제43조의2(인증·신고의 취소) ① 식품의약품안전처장은 제6조제2항 또는 제15조제2항에 따라 인증을 받거나 신고한 의료기기가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 인증 또는 신고 수리를 취소할 수 있다. (단서 생략)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ~ 3. (생략) 2. (생략)

아. 신고 위반에 대한 제재

신고의무를 위반한 경우에는 과태료를 부과하는 것이 일반적이지만 신고사항이 정책적으로 매우 중요한 경우에는 신고 위반에 대한 제재로서 형벌을 부과하기도 한다.

[입법례] 제재로서 과태료를 규정한 사례

광업법
<p>제104조(과태료) ① (생 략)</p> <p>② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>1. 제42조의2제3항(제61조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 채굴의 재개(再開) 신고를 하지 아니하거나 거짓된 신고를 한 자</p> <p>2. (생 략)</p> <p>③·④ (생 략)</p>

[입법례] 제재로서 형벌을 규정한 사례

축산물 위생관리법
<p>제22조(영업의 허가) ① ~ ④ (생 략)</p> <p>⑤ 제1항에 따라 허가를 받은 자가 그 영업을 휴업, 재개업 또는 폐업하거나 허가받은 사항 중 제2항 각 호에서 정하는 사항 외의 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 총리령으로 정하는 바에 따라 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.</p> <p>⑥·⑦ (생 략)</p> <p>제45조(벌칙) ① ~ ⑤ (생 략)</p> <p>⑥ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. ~ 7. (생 략)</p> <p>8. 제22조제5항을 위반하여 신고를 하지 아니한 자</p>

8. 지정

가. 지정 제도의 의의

지정은 현행법상 빈번하게 사용되는 용어 중 하나이나 다양한 성격과 형태로 사용되고 있어 일관된 원칙을 찾기 어렵다. 현행 지정 제도는 ① 기존 인허가나 특허로서의 지정, ② 행정업무의 부여를 위한 지정, ③ 지원·육성 대상의 선정을 위한 지정, ④ 규제 대상 선정을 위한 지정 등으로 다양하게 사용되고 있고, 여러 가지 성격이 혼합되어 규정되어 있는 경우도 있다.¹⁶¹⁾

지정 제도는 이론적으로 정립되어 있지 않을 뿐만 아니라 여러 가지 성격들이 지정이라는 같은 명칭으로 사용되고 있어 해석이나 운영상 논란이 될 수 있으므로 입법과정에서 지정 제도 도입을 확대하는 것은 문제가 있다.¹⁶²⁾

나. 기존 인허가나 특허로서의 지정

지정이 영업규제로서의 성격을 가지고 있어 특허·허가·인가 등의 법적 효과가 나타나는 경우가 있다. 연혁적으로 국가 독점사업이었던 것을 일반 영업자에게 할 수 있도록 하면서 일반 사업자를 지정하여 해당 영업을 할 수 있도록 하여 종래에 다른 인허가와 구분하려는 목적으로 지정이라는 용어를 사용한 것으로 이해된다.

[입법례]

담배사업법

제16조(소매인의 지정) ① 담배소매업(직접 소비자에게 판매하는 영업을 말한다)을 하려는 자는 사업장의 소재지를 관할하는 시장·군수·구청장으로부터 소매인의 지정을 받아야 한다.
②·③ (생략)

161) 그 밖에 문화재보호구역 지정이나 지하수보전구역 지정과 같이 공공적인 필요에 따라 재산권을 제한하기 위하여 특정 토지를 “지정”하는 경우도 있다.

162) 특히 지정 제도를 도입하려는 의도라기보다는 행정기관이 특정한 대상을 정한다는 의미에서 지정이라고 표현하는 경우가 있는데, 이런 경우라면 “○○○장관이 정하는 기관”과 같이 표현하여 다른 지정 제도와 구분하는 것이 바람직하다.

그리고 국가독점사업이었던 것은 아니지만 행정청의 관리 필요성이 크다고 판단되는 경우에도 인허가로서 지정 방식을 취하기도 한다.

[입법례]

공인중개사법

제24조(부동산거래정보망의 지정 및 이용) ① 국토교통부장관은 개업공인중개사 상호간에 부동산 매매 등에 관한 정보의 공개와 유통을 촉진하고 공정한 부동산거래질서를 확립하기 위하여 부동산거래정보망을 설치·운영할 자를 지정할 수 있다.

② ~ ⑧ (생략)

특정 사업활동에 대해 어떠한 인허가 방식을 취할 것인지는 입법정책에 관한 문제이긴 하나, 동일한 용어가 개별 법률마다 각각 다른 의미로 사용되는 것은 일반인은 물론 법을 집행하는 공무원에게도 혼란스러우므로 해당 영업이 특허적 성격을 가지고 있는 경우라면 특허나 특허의 의미를 가지는 ‘면허’로 규정하는 것이 타당하다.

특히 지정의 경우는 위에서 설명했듯이 행정업무의 부여나 지원 대상을 선정하기 위해 사용되는 등 다양하게 활용되고 있고, 지정이라는 형식의 규제의 정도와 인허가로서의 성격이 명확하지 않으므로 이를 도입하는 것은 제한할 필요가 있다. 따라서 특별한 사유가 없으면, 허가, 인가, 신고, 등록 등 일반적인 인허가로 규정하도록 한다.

지정 제도를 규정하더라도 인허가로서의 지정은 인허가와 유사한 성격을 가지고 있으므로 인허가에 대한 법령 입안·심사 기준에 따라 지정기준, 절차, 취소 기준과 제재 등은 법률에 근거를 두어야 한다. 지정기준 등이 복잡하여 하위법령에 위임하려는 경우에도 중요한 사항은 반드시 법률에서 직접 규정하고, 위임규정을 두도록 한다.

[입법례] 지정기준, 지정취소기준¹⁶³⁾ 등을 규정한 사례

공인중개사법

제24조(부동산거래정보망의 지정 및 이용) ① 국토교통부장관은 개업공인중개사 상호간에 부동산 매매 등에 관한 정보의 공개와 유통을 촉진하고 공정한 부동산거래질서를 확립하기 위하여

163) 지정취소 사유로 ‘스스로 지정취소를 위하여 요청하는 경우’를 별도로 규정하는 입법례가 있으나(「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」 제10조제3항제4호, 「개인정보 보호법 시행령」 제37조제5항제2호 등), 수익적 처분의 철회는 법적 근거 없이도 가능한 점, 기존 대다수의 입법례에서 이와 같은 규정을 두고 있지 않은 점에 비추어, 별도의 지정취소 사유로 두지 않는 것을 원칙으로 한다.

부동산거래정보망을 설치·운영할 자를 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 지정을 받을 수 있는 자는 「전기통신사업법」의 규정에 의한 부가통신사업자로서 국토교통부령이 정하는 요건을 갖춘 자로 한다.

③ 제1항에 따라 지정을 받은 자(이하 “거래정보사업자”라 한다)는 지정받은 날부터 3개월 이내에 부동산거래정보망의 이용 및 정보제공방법 등에 관한 운영규정(이하 “운영규정”이라 한다)을 정하여 국토교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

④ 거래정보사업자는 개업공인중개사로부터 공개를 의뢰받은 중개대상물의 정보에 한정하여 이를 부동산거래정보망에 공개하여야 하며, 의뢰받은 내용과 다르게 정보를 공개하거나 어떠한 방법으로도든지 개업공인중개사에 따라 정보가 차별적으로 공개되도록 하여서는 아니된다.

⑤ 국토교통부장관은 거래정보사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다.

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
2. 제3항의 규정을 위반하여 운영규정의 승인 또는 변경승인을 받지 아니하거나 운영규정을 위반하여 부동산거래정보망을 운영한 경우
3. 제4항의 규정을 위반하여 정보를 공개한 경우
4. 정당한 사유 없이 지정받은 날부터 1년 이내에 부동산거래정보망을 설치·운영하지 아니한 경우
5. 개인인 거래정보사업자의 사망 또는 법인인 거래정보사업자의 해산 그 밖의 사유로 부동산거래정보망의 지속적인 운영이 불가능한 경우
- ⑥ 국토교통부장관은 제5항제1호부터 제4호까지의 규정에 의하여 거래정보사업자 지정을 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.

⑦·⑧ (생략)

다. 행정업무의 부여를 위한 지정

지정 규정 중에는 행정청이 일정한 요건을 갖춘 자를 지정하여 일정한 행정업무를 수행하게 하는 경우가 있다. 대표적으로 각종 검사나 인증을 위해 전문적인 검사기관이나 인증기관을 지정하는 경우를 들 수 있다.

행정업무 부여를 위한 지정의 경우, 해당 기관을 ‘지정’하는 표현만을 두는 입법례도 있으나, 기관의 지정과 함께 해당 업무를 ‘대행’ 또는 ‘위탁’하는 표현까지 두는 입법례도 많다. 이 경우 ‘지정’은 행정업무를 수행할 수 있는 기관을 정하는 행위이며, 행정업무를 수행하는

권한은 대행 또는 위탁의 방식을 통해 부여받는다고 할 것이므로, 행정업무를 수행하는 기관의 지정과 함께, 대행 또는 위탁이라는 표현을 사용하여 지정기관이 행정업무를 수행하게 되는 근거 및 업무수행 방식을 분명히 해 줄 필요가 있다.

[입법례] 지정 표현만 사용한 사례

산업표준화법

제13조(인증기관의 지정) ① 산업통상자원부장관은 산업표준화를 효율적으로 추진하기 위하여 광공업품(가공기술을 포함한다. 이하 같다) 또는 서비스가 한국산업표준에 적합함을 인증하는 기관(이하 “인증기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 인증기관으로 지정받으려는 자는 인증업무 수행에 필요한 조직·사무소 및 제18조에 따른 인증심사원을 갖추어 산업통상자원부장관에게 그 지정을 신청하여야 한다.

③ 산업통상자원부장관은 제1항에 따라 인증기관을 지정하는 경우에는 당해 인증기관이 수행할 인증업무의 범위를 함께 지정하여야 한다.

④ 인증기관의 지정기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 산업통상자원부령으로 정한다.

[입법례] 지정과 대행을 함께 규정한 사례

농수산물 품질관리법

제89조(수산물검사기관의 지정 등) ① 해양수산부장관은 제88조에 따른 검사 업무나 제96조에 따른 재검사 업무를 수행할 수 있는 생산자단체 또는 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 식품위생 관련 기관을 수산물검사기관으로 지정하여 검사 또는 재검사 업무를 대행하게 할 수 있다.

② 제1항에 따른 수산물검사기관으로 지정받으려는 자는 검사에 필요한 시설과 인력을 갖추어 해양수산부장관에게 신청하여야 한다.

③ 제1항에 따른 수산물검사기관의 지정기준, 지정절차 및 검사 업무의 범위 등에 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

재해경감을 위한 기업의 자율활동 지원에 관한 법률

- 제8조의2(인증대행기관의 지정 등) ① 행정안전부장관은 제7조에 따른 우수기업 인증을 효율적으로 추진하기 위하여 인증을 대행하는 전문기관(이하 “인증대행기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.
- ② 행정안전부장관은 제1항에 따라 인증대행기관을 지정하는 경우에는 제9조에 따른 인증대행기관의 업무 중에서 해당 인증대행기관이 수행할 인증대행업무의 범위를 정하여 지정할 수 있다.
- ③ 인증대행기관의 지정 기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이러한 유형의 지정은 국민에 대한 행정업무 수행 주체 등에 관한 사항으로 지정과 관련된 중요한 사항(지정 기준, 취소 기준, 비용 부담, 감독 규정 등)에 대해서는 해당 법률에 근거를 두어야 한다. 지정 요건 등이 복잡하여 하위법령에 위임하려는 경우에도 중요한 사항은 법률에서 직접 규정하고, 위임규정을 두도록 한다.

[입법례] 지정 기준, 취소 기준 등을 규정한 사례

기상관측표준화법

- 제14조(검정대행기관의 지정 등) ① 기상청장은 제13조에 따른 검정업무를 전문적으로 수행하기 위하여 기상측기를 검정할 수 있는 기관을 지정하여 검정업무의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 지정을 받으려는 자는 대통령령으로 정하는 검정요원 및 검정설비를 갖추어 기상청장에게 신청하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 지정의 기준 및 방법에 관하여 필요한 사항은 환경부령으로 정한다.
- ④ 기상청장은 제1항에 따라 지정된 기관(이하 “검정대행기관”이라 한다)의 적절성 유지 여부를 확인하기 위하여 검정대행기관을 출입·조사할 수 있으며, 관련 자료의 제출을 요청할 수 있다.
- ⑤ 기상청장은 제4항에 따른 조사 결과, 검정대행기관의 검정업무 수행이 부적합하다고 인정되는 경우에는 그 결과를 통보하고 개선을 요청하여야 한다.
- ⑥ 기상청장은 검정대행기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 3개월 이내의 기간을 정하여 시정을 명하여야 한다.
1. 제13조에 따른 검정기준을 위반하여 검정업무를 대행한 경우
 2. 제3항에 따른 지정 기준에 미달한 경우
 3. 제5항에 따른 개선 요청에 따르지 아니한 경우
 4. 제22조의2에 따른 검정수수료 기준을 위반하여 제13조제1항 또는 제2항의 검정업무를

대행한 경우

제15조(검정대행기관의 지정 취소 등) 기상청장은 검정대행기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 검정업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 지정을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
2. 제14조제6항에 따른 시정명령을 이행하지 아니한 경우

지정기관이 행정업무를 행사하게 된다는 점에서 지정기관 임직원을 공무원으로 의제하는 규정을 두는 것도 검토할 필요가 있다.¹⁶⁴⁾

라. 지원·육성 대상 기관으로 선정하는 지정

공익을 위해 필요한 사업이나 자생적인 영업능력이 부족하지만 국가가 적극적으로 지원·육성하는 것이 필요한 사업의 경우에 특정한 기관을 지정하여 그 기관이 활동을 계속하면서 발전할 수 있도록 국가적 지원을 해 주는 경우가 있다.

이러한 지정의 경우 대부분 지정할 수 있는 근거만을 법률에 두고, 기준이나 절차는 하위 법령에 위임하게 된다. 이 경우 지정이라는 명칭을 도입하는 것은 다른 지정 제도와 혼동될 수 있으므로 “선정하여 지원할 수 있다” 등으로 표현하여 다른 지정 제도와 구분하는 것이 바람직하다.

[입법례] 선정하여 지원할 수 있도록 규정한 사례

1인 창조기업 육성에 관한 법률

제12조(아이디어의 사업화 지원) ① 정부는 사업 성공 가능성이 높은 아이디어를 가진 1인 창조기업을 선정하여 아이디어의 사업화를 위한 지원을 할 수 있다.

② 정부는 제1항에 따라 아이디어의 사업화 지원 대상으로 선정된 1인 창조기업이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 선정을 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 선정을 취소하여야 한다.

1. 선정된 1인 창조기업이 아이디어의 도용(盜用) 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 선정된 경우

164) 「공공폐자원관리시설의 설치·운영 및 주민지원 등에 관한 특별법」 제40조, 「물류정책기본법」 제70조 등

2. 선정된 1인 창조기업이 사업화를 포기한 경우
 3. 선정된 1인 창조기업의 책임 있는 사유로 사업화가 지연되어 처음에 기대하였던 성과를 거두기 곤란하거나 선정된 1인 창조기업이 사업화를 완수할 능력이 없다고 인정되는 경우
 4. 부도·폐업 등의 사유로 선정된 1인 창조기업이 사업화를 계속 수행하는 것이 불가능하거나 계속 수행할 필요가 없다고 인정되는 경우
- ③ 제1항에 따른 선정의 기준·절차 및 제2항에 따른 선정취소의 절차, 지원의 범위 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

마. 규제 대상의 특정을 위한 지정

공익을 위해 국가나 지방자치단체의 특별한 감독이 필요한 경우 해당 기관을 지정하고, 그 기관에 대해 국가가 특별한 규제를 하는 경우가 있다. 이러한 지정은 일종의 행정명령과 같은 법적 성격을 가지게 된다. 법 적용 대상자를 상황 변화에 따라 신속하게 정하기 위해 법 적용 대상자의 범위를 개별 처분의 형식으로 결정하여 당사자에게 통지하거나 고시하게 된다.

[입법례]

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제14조(상호출자제한기업집단등의 지정 등) ① 공정거래위원회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 산정한 자산총액이 5조원 이상인 기업집단을 대통령령으로 정하는 바에 따라 공시대상기업집단으로 지정하고, 지정된 공시대상기업집단 중 일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단을 대통령령으로 정하는 바에 따라 상호출자제한기업집단으로 지정한다. 이 경우 지정된 기업집단에 속하는 회사에 지정 사실을 대통령령으로 정하는 바에 따라 통지하여야 한다.

② 제9조, 제9조의2, 제10조의2, 제11조, 제11조의2부터 제11조의4까지, 제13조 및 제23조의 2는 제1항 후단에 따른 통지(제14조의2제3항에 따른 계열회사 편입 통지를 포함한다)를 받은 날부터 적용한다.

③ ~ ⑤ (생략)

공공기관의 운영에 관한 법률

제6조(공공기관 등의 지정 절차) ① 기획재정부장관은 매 회계연도 개시 후 1개월 이내에 공공기관을 새로 지정하거나, 지정을 해제하거나, 구분을 변경하여 지정한다. 다만, 회계연도 중

이라도 다음 각 호의 구분에 따라 공공기관을 새로 지정하거나, 지정을 해제하거나, 구분을 변경하여 지정할 수 있다.

1. 2. (생략)

②기획재정부장관은 제1항의 규정에 따라 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경지정하는 때에는 관계 법령에 따라 그 공기업·준정부기관과 기타공공기관의 업무를 관장하는 행정기관(이하 “주무기관”이라 한다)의 장과 협의한 후, 제8조의 규정에 따른 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

③기획재정부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경지정할 경우 이를 고시하여야 한다. 이 경우 필요하다고 인정하는 때에는 기존의 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 함께 고시할 수 있다.

④공기업·준정부기관과 기타공공기관의 지정(변경지정을 포함한다)·지정해제와 고시 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이러한 지정 규정에서 지정 요건이 추상적이어서 지정 여부가 불분명하게 되면 피지정 기관과 그 거래 상대방에게 예측하지 못한 피해를 발생시킬 수 있으므로, 법령만으로 당사자가 지정 여부를 예측할 수 있을 정도로 지정의 기준을 명확하게 규정하도록 한다.

9. 인허가 등의 의제

가. 인허가 의제의 의의

주된 인허가를 받으면 다른 법률에 따른 관련 인허가 등을 함께 받은 것으로 간주하는 것을 ‘인허가 의제’라 한다. 각종 개발사업을 시행하는 경우 농지전용허가, 산지전용허가, 도로점용허가 등 여러 법률에 규정된 인허가를 받아야 하는 번거로움이 있는데, 대규모사업의 경우에는 이러한 인허가를 받는 데에 소요되는 시간과 비용이 커서 사업의 신속한 시행에 부담이 되는 경우가 많다. 그래서 여러 법률에 규정된 인허가를 받는 데에 소요되는 시간과 비용을 줄이기 위해 인허가 의제 제도가 도입되었다.¹⁶⁵⁾

165) 인허가 의제 제도가 본격적으로 도입된 법률은 1973. 12. 24. 제정·공포된 「산업기지개발촉진법」이다. 이 법에서는 산업기지개발사업에 관한 실시계획승인을 받으면 도시계획사업시행자지정, 도시계획사업실시계획인가, 수도사업인가, 공공하수도사업허가, 공유수면점용허가, 하천공사시행허가 등 11개 법률에 따른 15개의 인허가를 받은 것으로 보도록 하였다.

현재는 개발사업에 관한 법률은 물론 개발사업과 별로 관련이 없는 법률에도 인허가 의제 제도가 많이 도입되어 있다.

나. 인허가 의제의 규정 방식

인허가 의제에 관하여는 「행정기본법」 제24조부터 제26조까지의 규정에서 일반적 기준, 절차, 효과 등을 정하고 있으므로,¹⁶⁶⁾ 개별법에서는 「행정기본법」과 중복되는 내용을 규정할 필요가 없다. 다만, 「행정기본법」에 없는 내용¹⁶⁷⁾을 정하거나 「행정기본법」의 내용과 달리 정할 필요가 있는 경우에는 개별법에 명시적으로 규정하여야 한다.¹⁶⁸⁾ 「행정기본법 시행령」과 달리 규정하려는 경우에는 개별법이나 개별법에서 위임을 받은 대통령령에 규정을 둘 수 있다.

166) 「행정기본법」

제24조(인허가의제의 기준) ① 이 절에서 “인허가의제”란 하나의 인허가(이하 “주된 인허가”라 한다)를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가(이하 “관련 인허가”라 한다)를 받은 것으로 보는 것을 말한다.

② 인허가의제를 받으려면 주된 인허가를 신청할 때 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출하여야 한다. 다만, 불가피한 사유로 함께 제출할 수 없는 경우에는 주된 인허가 행정청이 별도로 정하는 기한까지 제출할 수 있다.

③ 주된 인허가 행정청은 주된 인허가를 하기 전에 관련 인허가에 관하여 미리 관련 인허가 행정청과 협의하여야 한다.

④ 관련 인허가 행정청은 제3항에 따른 협의를 요청받으면 그 요청을 받은 날부터 20일 이내(제5항 단서에 따른 절차에 걸리는 기간은 제외한다)에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 전단에서 정한 기간(민원 처리 관련 법령에 따라 의견을 제출하여야 하는 기간을 연장한 경우에는 그 연장한 기간을 말한다) 내에 협의 여부에 관하여 의견을 제출하지 아니하면 협의가 된 것으로 본다.

⑤ 제3항에 따라 협의를 요청받은 관련 인허가 행정청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 아니 된다. 다만, 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에만 이를 거친다.

제25조(인허가의제의 효과) ① 제24조제3항·제4항에 따라 협의가 된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 본다.

② 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정된다.

제26조(인허가의제의 사후관리 등) ① 인허가의제의 경우 관련 인허가 행정청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 주된 인허가가 있을 후 이를 변경하는 경우에는 제24조·제25조 및 이 조 제1항을 준용한다.

③ 이 절에서 규정한 사항 외에 인허가의제의 방법, 그 밖에 필요한 세부 사항은 대통령령으로 정한다.

167) 예: 의제된 법률에 따라 부과되는 부담금 등이 의제된 인허가에 대해서도 적용되는지, 부분 인허가의제가 인정되는지, 주된 인허가가 취소되는 경우 관련 인허가도 같이 취소되는지 등

168) 「행정기본법」상 인허가 의제 관련 조문(제24조부터 제26조까지)의 시행일은 2023년 3월 24일이므로, 개별법의 인허가 의제 관련 조문 개정 시 시행일을 유의할 필요가 있다.

1) 인허가 의제의 조 제목

인허가 의제의 조 제목은 “다른 법률에 따른 인·허가 등의 의제” 또는 “인·허가 등의 의제”로 한다. 일부 법률¹⁶⁹⁾에서 인허가 의제 규정의 조 제목을 “다른 법률과의 관계”로 하는 경우가 있으나, “다른 법률과의 관계”는 다른 법령의 적용 및 적용 제외에 관한 사항을 설명하는 경우를 의미하므로, 이를 인허가 의제 규정의 조 제목으로 하는 것은 적절하지 않다.

2) 법률에 인허가 의제 대상 명시

인허가 의제는 개별 법률에 규정되어 있는 여러 인허가에 관한 특례를 규정하는 것이므로 반드시 법률에 근거를 두어야 한다(「행정기본법」 제24조제1항 및 제25조제1항). 의제 대상 인허가를 대통령령과 같은 하위법령으로 정하도록 하는 것도 피해야 한다.¹⁷⁰⁾

인허가 의제 제도를 도입하기 위하여 근거 규정을 개별 법률에 규정할 때에는 어떠한 경우에 어떠한 인허가가 의제되는지를 명백히 해야 하기 때문에 법률에 의제 대상 인허가를 관련 근거 조항과 함께 일일이 열거해야 한다. “○○○에 따른 허가, 인가, 승인 등”이라고 포괄적으로 규정하고 있는 사례가 있으나 이러한 규정 방식은 바람직하지 않다.

[입법례]

지역 개발 및 지원에 관한 법률

제24조(인가·허가 등의 의제) ① 제23조에 따라 지정권자가 실시계획에 대한 승인 또는 변경 승인을 하거나 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 실시계획을 작성할 때 해당 실시계획에 대하여 별표에 따른 허가·승인·심사·인가·신고·면허·등록·협의·지정·해제 또는 처분 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대해서는 해당 인·허가등을 받은 것으로 보며, 제23조제3항에 따라 실시계획을 고시하였을 때에는 관계 법률에 따른 인·허가등의 고시나 공고를 한 것으로 본다.

169) 「내수면어업법」, 「과학관의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」, 「농어촌정비법」, 「무역거래기반 조성에 관한 법률」, 「박물관 및 미술관 진흥법」, 「수도법」, 「수목원·정원의 조성 및 진흥에 관한 법률」, 「여객자동차 운수사업법」 등이 있다.

170) 「외국인투자 촉진법」을 제정할 때에 원안에는 의제 대상 인허가의 일부를 대통령령으로 정하도록 하는 위임규정이 있었으나, 법제처 심사과정에서 의제 대상 인허가는 모두 법률에 명시하도록 하고 위임규정을 삭제하였다.

② ~ ⑥ (생 략)

[별표]

실시계획 승인 관련 인·허가등의 의제(제24조제1항 관련)

1. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제11조에 따른 배출시설에 대한 설치허가 및 변경허가·신고
2. 「건축법」 제11조에 따른 건축허가, 같은 법 제14조에 따른 건축신고, 같은 법 제16조에 따른 허가·신고사항의 변경, 같은 법 제20조에 따른 가설건축물의 허가·신고, 같은 법 제29조에 따른 건축 협의
3. 「골재채취법」 제22조에 따른 골재채취의 허가
4. ~ 47. (생 략)
48. 「해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률」 제16조에 따른 실시계획의 인가, 같은 법 제27조에 따른 먹는해양심층수의 제조업 허가 또는 신고

3) 의제되는 인허가 행정청과의 협의 규정

주된 인허가를 통해 관련 인허가를 받은 것으로 의제된다고 하여 의제되는 인허가를 규율하고 있는 법령상의 요청이 무시되는 것은 아니다. 「행정기본법」 제24조 및 제25조에서는 인허가의제 시 의제되는 인허가 행정청과의 협의 절차, 기준 및 효력 등에 관한 공통적인 사항을 규정하고 있다.

신청인은 인허가의제를 받으려면 주된 인허가 행정청에 주된 인허가에 필요한 서류와 함께 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출해야 하고, 주된 인허가 행정청에 모든 서류를 제출할 수 없는 불가피한 경우에는 주된 인허가 행정청이 별도로 지정하는 기한까지 해당 서류를 제출할 수 있도록 규정하고 있다(제24조제2항). 그리고 인허가 의제는 관련 인허가를 면제하는 제도가 아니기 때문에 주된 인허가 행정청은 의제되는 인허가 행정청과 협의 후 주된 인허가를 해야 한다(제24조제3항). 또한 인허가 의제 제도의 취지는 행정절차로 인한 시간적 지체를 줄이고 행정 처리를 신속하게 진행하는 것을 목적으로 하므로, 협의 요청을 받은 기관의 의견제출 기간을 20일 이내(관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 걸리는 기간은 제외한다)로 규정하고, 만약 20일 이내에 의견을 제출하지 않은 경우 협의가 이루어진 것으로 간주된다(제24조제4항). 그리고 의제되는 인허가의 경우에도 해당 법령에 따른

실체적 요건은 충족해야 하므로,¹⁷¹⁾ 의제되는 인허가 행정청은 주된 인허가 행정청의 협의 요청 시 해당 법령을 위반해서 협의하지 못하도록 규정하고 있다(제24조제5항).

이와 같은 절차를 거쳐 주된 인허가 행정청과 의제되는 인허가 행정청 사이에 의제되는 인허가에 관하여 협의가 이루어졌거나 협의가 된 것으로 간주된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 의제되는 인허가를 받은 것으로 보고, 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정되도록 규정하고 있다(제25조).

따라서 앞으로는 이와 같은 내용과 다르게 정할 필요가 있는 경우가 아니라면 원칙적으로 개별 법률에 이를 다시 규정하지 않도록 한다.

다. 그 밖의 인허가 의제 관련 규정

1) 주된 인허가 시 통보 의무

주된 인허가가 있는 경우에 의제되는 인허가의 효력도 발생하므로, 의제되는 인허가 소관 행정기관에서는 이러한 사실을 확인하고 관리할 필요성이 있게 된다. 이를 위해 「행정기본법 시행령」에서는 주된 인허가 행정청이 주된 인허가를 하거나 주된 인허가가 있을 후 이를 변경하였을 때에는 지체 없이 관련 인허가 행정청에 그 사실을 통지하도록 규정하고 있다(제5조제2항). 또한, 관련 인허가 행정청은 해당 법률에서 정하는 바에 따라 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등의 절차를 거쳐야 하는 경우에는 그 절차의 내용 및 소요기간 등을 구체적으로 밝혀 지체 없이 주된 인허가 행정청에 통지하도록 규정하고 있으며(제5조제1항), 그 밖에 주된 인허가 또는 관련 인허가의 관리·감독에 영향을 미치는 중요 사항이 발생한 경우에도 상호 간에 그 사실을 통지하도록 규정하고 있다(제5조제3항). 따라서 인허가의 관리·감독에 영향을 미치는 중요 사항을 구체화하는 등 특별한 사정이 없으면 이에 관하여 개별 법령에 따로 규정을 두지 않도록 한다.

171) 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결).

2) 의제되는 인허가의 절차에 관한 규정

인허가 절차 중 이해관계인의 권익 보호 또는 전문가의 의견 청취 등을 위해 이해관계인 의견 청취나 위원회의 심의 등을 거치도록 한 경우가 있다. 이러한 절차는 해당 인허가의 객관성 확보를 위한 절차이므로 인허가가 의제되는 경우에도 거치도록 하는 것이 필요한 경우가 있다. 그러나 인허가 의제와 관련해서 주된 인허가를 할 때에 의제되는 인허가의 절차적 요건을 거쳐야 하는지에 대해서는 판례나 해석례가 일관되게 확립되어 있지 않아 논란이 되었으나¹⁷²⁾, 「행정기본법」 제24조제5항 단서에서 “관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에만 이를 거친다”라고 규정함으로써 입법적으로 이 문제를 해결하였다.

앞으로는 이처럼 인허가가 의제될 때에도 필수적으로 요구되는 절차는 별도의 명문 규정을 두어 반드시 거치도록 규정하여야 한다. 이 규정은 의제되는 인허가의 근거 법률에 규정할 수도 있고, 인허가 의제를 하는 법률에 규정할 수도 있다.

[입법례] 인허가 의제 규정에 반드시 거쳐야 할 절차를 명시한 사례

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법

제148조(인·허가 등의 의제) ① 개발사업을 시행하려는 자가 제147조에 따른 개발사업의 시행 승인을 받거나 의견을 들은 경우에는 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고 등(이하 “허가등”이라 한다)을 받은 것으로 보며, 제147조제13항에 따른 개발사업의 시행승인 고시가 있으면 관계 법률에 따른 허가등의 고시·공고 등이 있는 것으로 본다.

172) i) 거칠 필요가 없다는 판례: 건설부장관이 주택건설촉진법 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가, 인가, 결정, 승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없는 것이다(대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결).

ii) 거쳐야 한다는 해석례: 관계행정기관의 장이 「주택법」 제17조제1항제5호 및 제3항에 의하여 시·도지사로부터 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 의한 도시관리계획결정(동법 제49조제1호의 제1종지구단위계획)에 관해 협의를 요청받은 경우에 그 도시관리계획이 「환경정책기본법」 제25조·제25조의2 및 동법 시행령 별표 2 제1호가목(1)에 의한 사전환경성검토의 대상에 해당한다면 협의를 하기 전에 사전환경성검토를 거쳐야 한다(법제처 2007. 2. 16. 06-0390 해석례).

iii) 거칠 필요가 없다는 해석례: 「주택법」 제16조에 따라 주택건설사업계획을 승인함에 있어서 그 사업계획에 포함된 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제88조에 따른 도시계획시설사업 실시계획 인가에 관한 사항에 대하여 「주택법」 제17조제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의하는 경우, 협의를 요청 받은 관계 행정기관의 장은 협의에 응함에 있어서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제90조에 따른 서류의 열람 등의 절차를 거쳐야 하는 것은 아니다(법제처 2009. 6. 26. 09-0173 해석례).

1. ~ 36. (생략)

② 도지사가 제147조에 따라 개발사업의 시행승인을 하거나 의견을 제시하려는 경우 그 사업 계획에 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 포함되어 있으면 관계 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다.

③ (생략)

④ 관계 행정기관의 장은 제2항에 따른 협의내용에 각종 위원회의 심의를 필요로 하는 사항이 포함된 경우에는 해당 위원회의 심의를 거친 후 그 결과에 따라 협의를 하여야 한다.

⑤ (생략)

[입법례] 의제되는 인허가 근거 법률에서 반드시 거쳐야 하는 절차를 직접 규정한 사례¹⁷³⁾

국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제9조(다른 법률에 따른 도시·군관리계획의 변경 제한) 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장은 다른 법률에서 이 법에 따른 도시·군관리계획의 결정을 의제(擬制)하는 내용이 포함되어 있는 계획을 허가·인가·승인 또는 결정하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 중앙도시계획위원회 또는 제113조에 따른 지방도시계획위원회(이하 “지방도시계획위원회”라 한다)의 심의를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제8조제2항 또는 제3항에 따라 국토교통부장관과 협의하거나 국토교통부장관 또는 시·도지사의 승인을 받은 경우
2. 다른 법률에 따라 중앙도시계획위원회나 지방도시계획위원회의 심의를 받은 경우
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우

3) 인허가 의제 후 사후 관리 규정

주된 인허가에 따라 인허가가 의제되는 경우 의제된 인허가의 사후 관리를 어느 법에 따라 누가 해야 되는지가 문제된다. 같은 취지로 의제되는 인허가의 근거 법률에 규정된 이행보증금, 부담금, 조성비 등을 부담해야 하는지도 논란이 된다.¹⁷⁴⁾

173) 의제되는 인허가가 이해관계인에 중대한 영향을 미치고, 전문가 등의 객관적인 심의를 요구하는 경우로서 다른 법률에서 많이 의제되고 있는 경우로서, 「산지관리법」 제14조제4항 및 같은 법 시행령 제15조제2항·제16조제2항에서도 산지전용허가 의제를 위한 협의를 위해 전용 대상 산지에 대한 현지조사를 실시하도록 규정하고 있다.

174) 다른 법률에서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제88조의 도시계획시설사업 실시계획의 인가를 의제하는 경우에 같은 법 제89조에 따른 이행보증금을 예치하게 할 수 없다(법제처 2009. 11. 27. 09-0353 해석례).

현실적으로 주된 인허가의 소관 행정청은 의제되는 인허가에 관한 전문성이 없고, 근거 자료나 공부(公簿)도 가지고 있지 않으므로 관리가 어려운 문제점이 있다. 의제되는 인허가 담당 행정청에서도 인허가가 의제되는 경우는 관심을 가지지 않고 방치할 가능성이 있다. 따라서 인허가가 의제된 이후의 사후 관리에 있어서도 권한과 절차를 명백히 하여 행정상의 혼란을 방지하는 것이 필요하다.

「행정기본법」 제26조제1항에서는 의제된 인허가의 사후 관리를 어느 법에 따라 누가 해야 되는지에 대하여 주된 인허가의 소관 행정청이 아니라 의제되는 인허가 담당 행정청이 의제되는 인허가의 근거 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다고 명시적으로 규정하고 있다. 또한 「행정기본법」 제26조제2항에서는 주된 인허가가 변경되는 경우 변경되는 주된 인허가를 중심으로 다시 인허가의제 변경 절차가 진행되도록 규정하고 있다. 이에 따라 특별한 사정이 없으면 이에 관하여 개별 법률에 따로 규정을 두지 않도록 한다.

그러나 「행정기본법」 제26조제1항은 의제되는 인허가의 일반적인 사후관리·감독 등의 필요한 조치만을 대상으로 하고 있으며, 그 범위에는 의제되는 인허가의 근거 법률에 규정된 이행보증금, 부담금, 조성비 등의 부담의무까지는 포함하고 있지 않다. 만약 의제되는 인허가의 근거 법률에 따라 그 법률에 규정된 이행보증금, 부담금, 조성비 등을 의제되는 인허가를 받은 자에게 부과하려면 혼란을 방지하기 위하여 법률에 명시적인 근거 규정을 두는 것이 필요하다.¹⁷⁵⁾

[입법례] 개별 법률에서 비용 부담에 관한 내용을 규정한 사례

산지관리법
제19조(대체산림자원조성비) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 산지전용과 산지일시사용에 따른 대체산림자원 조성에 드는 비용을 미리 내야 한다.
1. 제14조에 따라 산지전용허가를 받으려는 자
2. 제15조의2제1항에 따라 산지일시사용허가를 받으려는 자(「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」에 따른 광해방지사업을 하려는 자는 제외한다)
3. 다른 법률에 따라 산지전용허가 또는 산지일시사용허가가 의제되거나 배제되는 행정처분을 받으려는 자
② ~ ⑫ (생략)

175) 대법원 2016. 12. 15. 2014두40531 판결, 대법원 2016. 11. 24. 2014두47696 판결, 법제처 2009. 11. 27. 09-0353 해석례

[입법례] 인허가 의제 규정에서 사후 관리에 관하여 규정한 사례

주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법

제29조(인·허가등의 의제) ① 제11조제1항 또는 제2항에 따른 사업의 시행승인 또는 변경승인이 있는 때에는 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고·해제·결정·동의 등(이하 "인·허가등"이라 한다) 중 제2항에 따라 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장과 미리 협의한 사항에 대하여는 그 인·허가등을 받은 것으로 본다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 따른 도시·군관리계획의 결정, 같은 법 제51조에 따른 지구단위계획구역의 결정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위허가, 같은 법 제86조에 따른 도시·군계획시설사업의 시행자 지정 및 같은 법 제88조에 따른 실시계획의 인가
2. 「도시개발법」 제3조의 규정에 의한 도시개발구역의 지정 및 국토교통부장관의 승인, 같은 법 제4조의 규정에 의한 도시개발사업계획의 수립, 같은 법 제11조의 규정에 의한 시행자 지정, 같은 법 제17조의 규정에 의한 실시계획의 인가
3. 「택지개발촉진법」 제3조의 규정에 의한 택지개발지구 지정, 같은 법 제8조의 규정에 의한 택지개발계획의 승인
4. ~ 29. (생략)
- ② ~ ④ (생략)
- ⑤ 제11조의 규정에 의한 사업은 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 제1항제2호 내지 제6호의 규정에 의한 각각의 법률이 정하는 절차에 따라 시행한다.

댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률

제9조(다른 법률에 따른 인·허가등의 의제) ① 환경부장관이나 시·도지사가 제7조제1항, 제2항 및 제5항에 따라 기본계획을 수립·변경하거나 승인한 때에는 같은 조 제1항제12호의 지역은 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」 제9조제1항에 따라 개발촉진지구로 지정된 것으로 보며, 제7조제4항에 따라 기본계획이 고시된 때에는 개발촉진지구 지정이 고시된 것으로 본다. 이 경우 개발촉진지구에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」에서 정하는 바에 따른다.

- ②·③ (생략)

또한, 의제되는 인허가가 주된 인허가보다 강한 법적 효과가 있는 경우¹⁷⁶⁾라면 이를 주된 인허가에 따라 의제되는 인허가에 포함시키는 것은 신중해야 할 것이다.

4) 실무협의회 구성, 협의 간주 등 도입

인허가 의제 제도를 도입하는 것은 신속한 인허가를 목표로 하는 것이나 의제되는 인허가에 관한 협의가 지연됨에 따라 주된 인허가도 지연되는 경우가 많았다. 이러한 협의 과정의 지연을 방지하기 위해 실무협의회 구성, 조건부 인허가 의제 등을 규정한 경우도 있다.¹⁷⁷⁾

[입법례] 실무협의회를 규정한 사례

도시개발법

제19조(관련 인·허가등의 의제) ① 제17조에 따라 실시계획을 작성하거나 인가할 때 지정권자가 해당 실시계획에 대한 다음 각 호의 허가·승인·심사·인가·신고·면허·등록·협의·지정·해제 또는 처분 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인·허가등을 받은 것으로 보며, 제18조제1항에 따라 실시계획을 고시한 경우에는 관계 법률에 따른 인·허가등의 고시나 공고를 한 것으로 본다.

1. ~ 31. (생략)

②·③ (생략)

④ 지정권자는 제3항에 따른 협의 과정에서 관계 행정기관 간에 이견이 있는 경우에 이를 조정하거나 협의를 신속하게 진행하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 행정기관과 협의회를 구성하여 운영할 수 있다. 이 경우 관계 행정기관의 장은 소속 공무원을 이 협의회에 참석하게 하여야 한다.

⑤ ~ ⑦ (생략)

176) 주된 인허가가 허가의 성격을 가짐에도 특허의 성격을 가진 인허가를 의제하는 경우나, 의제되는 인허가에 부담금 등을 부담하도록 되어 있는 경우 등을 들 수 있다.

177) 「행정기본법 시행령」 제4조에서는 주된 인허가 행정청이 법 제24조제3항에 따른 협의 과정에서 협의의 신속한 진행이나 이견 조정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관련 인허가 행정청과 협의·조정을 위한 회의를 개최할 수 있다고 규정하고 있다.

[입법례] 조건부 인허가 의제를 규정한 사례

고도 보존 및 육성에 관한 특별법

제12조(인·허가 등의 의제) ① 제15조에 따른 사업시행자가 시행계획의 승인을 받거나 제11조 제1항부터 제4항까지에 따른 허가를 받은 경우에는 다음 각 호의 허가·인가·승인·협의·신고·해제·동의·결정 등(이하 “허가등”이라 한다)에 관하여 제2항에 따라 문화재청장, 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 관계 행정기관의 장과 미리 협의한 사항에 대하여는 그 허가등을 받은 것으로 본다.

1. ~ 26. (생략)

②·③ (생략)

④ 제2항 및 제3항에 불구하고 공익상 긴급한 필요가 있고, 제1항 각 호의 사항 중 사업시행을 위한 중요한 사항에 대한 협의(사실상의 협의를 포함한다)가 있는 경우에는 필요한 모든 사항에 대한 협의를 끝나지 아니하더라도 그 필요한 협의가 완료될 것을 조건으로 제11조제1항부터 제4항까지에 따른 허가를 할 수 있다.

10. 결격사유

가. 결격사유의 의의

결격사유는 임용·고용·위임 관계 등의 법률관계에서 그 당사자가 될 수 없거나, 국가가 창설하여 운영하는 각종 자격 제도에서 그 자격을 취득할 수 없거나, 각종 인허가, 등록 등을 필요로 하는 영업 또는 사업을 할 수 없는 사유를 말한다.¹⁷⁸⁾

결격사유를 두는 이유는 국민의 건강·안전 또는 재산에 중대한 영향을 미치거나, 공무원과 같이 국민의 신뢰를 바탕으로 하는 직업, 고도의 전문성 또는 윤리성, 공정성이 요구되는 직종이나 사업영역에 종사하는 자의 자질을 일정 수준 이상으로 유지함으로써 공공의 위험과 손실, 불안정한 서비스로부터 국민을 보호하기 위한 것이다. 결격사유는 자질이 부족한 자가 이러한 직종이나 사업영역에 진입하는 것을 방지하는 기준으로 작용하는 한편

178) 예를 들면, 공무원, 공공기관의 임직원, 각종 정부위원회 위원 등으로 채용되거나 선임되지 못하는 사유, 변호사, 변호사, 세무사 등의 자격, 운전면허, 택시 운전 자격 등을 취득할 수 없는 사유 및 건설업·여객자동차운송사업 등 특정 영업을 할 수 없는 사유가 이에 해당한다.

이러한 직종이나 사업영역에 종사하고 있는 자 중에 자질이 부족한 자를 배제시키는 기준으로도 작용한다.

나. 결격사유와 기본권과의 관계

결격사유는 사회생활의 안전과 건전한 질서의 유지를 통해 궁극적으로 일반국민을 보호하기 위한 것이지만, 그에 해당하는 자를 특정 직종이나 사업영역에서 배제함으로써 헌법상 직업선택의 자유나 경제활동의 자유, 공무담임권 등의 기본권을 제한하는 결과를 가져오게 된다.

「행정기본법」 제16조제1항에서는 결격사유를 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이는 법률유보의 원칙에 부합하는 내용으로서 이를 명문화한 것이다. 따라서 결격사유를 법률이 아닌 하위법령이나 자치법규, 행정규칙에서 신설해서는 안 된다. 결격사유를 법률에 규정하더라도 입법 목적 달성에 반드시 필요한 사유로 한정하여 규정하되, 결격사유 도입의 필요성과 이에 따른 국민의 직업선택의 자유나 경제활동의 자유 등의 기본권을 형량하여 과잉금지원칙에 위반되지 않도록 해야 한다.

다. 결격사유의 일반적 규정 방식

1) 법률에서 규정할 것(「행정기본법」 제16조제1항)

결격사유는 직접 국민의 자유와 권리를 제한하는 것이므로 법률에 직접 규정해야 한다. 따라서 법률에서 “인허가기준은 대통령령(총리령·부령)으로 정한다”라고 규정하여 인허가 기준을 하위법령에 위임한 후에 그 하위법령에서 인허가기준의 하나로 결격사유를 규정하는 방식은 허용되지 않는다.

2) 규정의 필요성이 분명할 것(「행정기본법」 제16조제2항제1호)

해당 법령에 따른 자격 또는 인허가 제도나 인허가 대상 영업이나 사업의 성질에 비추어 결격사유를 둘 만한 합리적인 이유가 있어야 한다. 예를 들면, 일반적으로 신고 영업은 허가

및 등록 영업에 비하여 그 규제의 필요성과 강도가 상당히 완화되는 영업이므로 가급적 결격 사유를 두지 않도록 한다.

그리고 형벌이나 행정처분을 받은 전력이 있는 경우를 결격사유로 규정할 때에는 언제까지 결격사유에 해당하는지도 명확히 규정해야 한다.

3) 필요한 항목만 최소한으로 규정할 것(「행정기본법」 제16조제2항제2호)

결격사유는 도입하는 목적을 달성하는 데 반드시 필요한 항목만을 선택하여 규정한다. 예를 들면, 미성년자·피성년후견인·피한정후견인 등 행위능력 관련 결격사유, 금고 이상의 형을 선고받은 경우 또는 영업의 취소가 있었던 경우 등 벌칙이나 행정처분 관련 결격사유, 징계처분 관련 결격사유, 국적과 관련된 결격사유 등 여러 유형 중에서 결격사유의 도입 목적을 달성하는 데에 필요불가결한 항목만을 선택하여 규정하고, 불필요한 항목까지 일률적으로 규정하여 과도한 규제가 되지 않도록 한다.

4) 대상이 되는 자격, 신분, 영업 또는 사업 등과 실질적인 관련이 있을 것(「행정기본법」 제16조제2항제3호)

‘실질적 관련성’이란 예를 들어 전과에 대한 결격사유와 결격기간을 정할 때 그 자격, 신분이나 인허가와 관련된 법을 위반한 경우로 제한할 필요가 있는지 검토하라는 의미이다. 헌법재판소는 결격사유를 어떻게 정하는가 하는 문제는 대상자에게 필요하다고 판단되는 준법 의식 내지 윤리성의 정도에 따라 판단해야 하고, 대상 범죄를 모든 범죄가 아니라 사업 또는 관련 범죄로 한정하고 있다는 이유로 침해의 최소성의 원칙에 반하지 않는다고 판시한 바 있다.¹⁷⁹⁾

5) 유사한 다른 제도와 균형을 이룰 것(「행정기본법」 제16조제2항제4호)

결격사유의 도입 여부와 그 구체적인 내용은 특별한 사유가 없으면 결격사유를 도입하려는 자격, 영업 등과 유사한 성격을 가진 분야의 결격사유를 참고하여 유사 제도 간에 균형을 이루도록 해야 한다.

179) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2005헌마263 결정, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2012헌마1030 결정

라. 결격사유의 표현 방식

1) 자격이나 신분을 부여하는 경우의 결격사유

자격이나 신분을 부여하는 경우의 결격사유는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 ○○이(가) 될 수 없다”와 같이 규정한다.

[입법례]

감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제12조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 감정평가사가 될 수 없다.

1. 삭제
2. 파산선고를 받은 사람으로서 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 그 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간이 만료된 날부터 1년이 지나지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
6. 제13조에 따라 감정평가사 자격이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 사람
7. 제39조제1항제11호 및 제12호에 따라 자격이 취소된 후 5년이 지나지 아니한 사람

② 국토교통부장관은 감정평가사가 제1항제2호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하는지 여부를 확인하기 위하여 관계 기관에 자료를 요청할 수 있다. 이 경우 관계 기관은 특별한 사정이 없으면 그 자료를 제공하여야 한다.

2) 인허가 등의 요건으로서 결격사유를 규정하는 방식

인허가 등의 요건으로서 결격사유를 규정하는 방식에는 두 가지가 있다.

첫째는 인허가의 처분 요건으로 나타내는 방식이다. “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 ○○업의 허가를 받을 수 없다” 또는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해서는 ○○업의 허가를 하여서는 아니 된다”와 같이 규정하는데, 전자가 더 일반적이다.

“다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 ○○업의 허가를 받을 수 없다”는 규정은 인허가

처분 시의 판단기준에 관한 것이므로, 인허가 후에 결격사유가 발생하는 경우에 대해서는 적용되지 않는다. 그러므로 인허가 후에 결격사유에 해당하게 되는 경우에는 당사자를 해당 영업에서 배제하기 위해 인허가를 취소하거나 그 효력을 잃게 하는 규정을 두게 된다.

[입법례] 결격사유를 허가 취소 사유로 규정한 사례

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제31조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제28조에 따른 가축분뇨관련영업의 허가를 받을 수 없다.

1. 피성년후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. 이 법, 「물환경보전법」 또는 「폐기물관리법」을 위반하여 징역 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 날부터 2년이 지나지 아니한 자
4. 5. (생략)

제32조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 가축분뇨관련영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 또는 제5호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. ~ 14. (생략)
15. 제31조제1호부터 제3호까지 또는 제5호에 해당하는 경우. 다만, 임원 중에 제31조제1호부터 제4호까지에 해당하는 자가 있는 법인의 경우 6개월 이내에 해당 임원을 개임한 때에는 그러하지 아니하다.
16. ~ 19. (생략)
- ② (생략)

둘째는 인허가 등의 처분 요건임과 동시에 그 영업의 계속 요건으로 나타내는 방식인데, “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 ○○업을 할 수 없다”와 같이 규정하는 방식이다.¹⁸⁰⁾

문리적(文理的)으로 이 표현은 결격사유에 해당하는 자는 인허가를 받지 못할 뿐만 아니라 인허가를 받은 후 결격사유가 발생하면 당연히 그 영업을 계속할 수 없다는 취지로 해석할

180) 이 방식에 따른 입법례는 흔하지 않다. 예) 「방송법」 제13조

수는 있으나, 인허가 후에 결격사유가 발생한 경우에 그 인허가의 효력이 자동적으로 상실 되는 것인지, 아니면 인허가의 효력을 상실시키기 위해 별도의 취소처분을 해야 하는지에 대해서 분명하지 않은 문제점이 있다.

이런 점 때문에 이 방식의 경우에도 인허가 후에 결격사유가 발생하면 인허가를 취소하거나 그 효력을 잃게 하는 규정을 따로 두는 것이 일반적이다.

위의 두 가지 방식 중 어느 방식을 취하더라도 인허가 후에 결격사유가 발생하면 인허가를 취소하거나 그 효력을 잃게 하는 규정을 두어야 하므로 표현의 통일을 위해 특별한 사유가 없으면 인허가 후에 결격사유가 발생하면 인허가를 취소하도록 하는 첫 번째 방식으로 규정하기로 한다.

마. 결격사유의 유형과 그 규정 방식

1) 결격사유의 유형

대표적인 결격사유는 다음과 같다.

- 미성년자
- 피성년후견인, 피한정후견인
- 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
- 형사처벌을 받은 사실이 있는 자
- 자격 상실·정지자
- 인허가가 취소된 자
- 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 법인

그 밖에 개별 법률의 인허가나 자격 제도의 특성에 따라 정신질환자, 징계처분을 받은 사실이 있는 사람, 대한민국 국적을 가지지 아니한 사람 등을 결격사유에 포함할 경우도 있다.

결격사유를 규정하는 순서도 위의 순서를 따르는 것이 일반적이다.

2) 제한능력자

① 미성년자

미성년자를 결격사유로 하는 것은 본인의 보호라는 측면 외에 거래의 안전, 나아가 제3자를 보호하기 위한 것이다.

미성년자의 경우 법률행위를 할 때 원칙적으로 법정대리인의 동의를 받아야 하는 등 「민법」상 행위능력에 관한 제한이 있지만, 현실적으로 법정대리인의 동의 없이도 실제 경제활동을 할 수 있는 능력을 갖추고 있는 경우도 있고, 특정한 영업의 경우에는 법정대리인의 허락을 받으면 그에 관하여는 미성년자라도 성년자와 동일한 행위능력이 있으므로(「민법」 제8조제1항), 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용이 필요하거나 그 업무의 성격상 미성년자를 특히 보호할 필요성이 있는 등의 경우에만 결격사유에 포함시키도록 한다.

② 피성년후견인·피한정후견인

「민법」이 개정되어 종전의 금치산자 및 한정치산자 제도가 폐지되고, 성년후견·한정후견제도가 도입(2011. 3. 7. 공포, 2013. 7. 1. 시행)됨에 따라 개별 법률에 있는 결격사유 규정을 개정 「민법」의 취지¹⁸¹⁾에 따라 개정하는 것이 필요하다.

피후견인을 각종 영업 등의 결격사유로 규정하는 것은 피후견인 잔존 행위능력을 인정하는 성년후견 제도의 취지와 모순되며 현행 피후견인 결격조항은 정신적 제약의 정도나 행위능력 제한의 범위와 상관없이 피후견인 여부만을 기준으로 획일적으로 규율함에 따라 개별 법상 자격·영업 등의 수행능력이 인정되는 피후견인도 해당 직무에서 포괄적으로 배제되어 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배될 소지도 있다.

따라서 민법상 행위능력과 개별법상 직무수행능력을 구분하여 결격사유를 규정할 필요가 있다. 구체적으로는 개별법에 이미 규정되어 있는 자격시험, 인허가 요건, 그 밖의 검증수단을 통해 직무수행능력 판단이 충분히 가능한 경우에는 피후견인 결격사유를 두지 않는 것이 타당하다.

181) 「민법」(법률 제10429호, 2011. 3. 7.)의 개정이유에 따르면 획일적으로 행위능력을 제한하는 문제점을 내포하고 있는 기존 금치산·한정치산제도 대신 더욱 능동적이고 적극적인 사회복지시스템인 성년후견·한정후견·특정후견제도를 도입하였다.

[입법례] 피한정후견인을 결격사유에 두지 않은 사례

국가공무원법

제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

1. 피성년후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. ~ 8. (생략)

[입법례] 피후견인 결격사유를 모두 두지 않은 사례

연구개발특구의 육성에 관한 특별법

제53조(임원의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 진흥재단의 임원이 될 수 없다.

1. 미성년자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 사람
3. ~ 5. (생략)

다만, 개별법에서 검증수단이 규정되어 있지 않거나 부족한 경우에는 자격이나 업종의 특성 및 공익성의 요구 정도 등을 고려하여 피후견인 결격사유를 규정하지 않고 대체 결격사유로 ‘정신적 제약’ 등을 추가로 규정할 수도 있다. 이 경우 공익성이 중대한 경우라면 결격사유와 행정처분을 동시에 규정함으로써 사전·사후 규제가 되도록 하고,¹⁸²⁾ 공익

182) 대체 결격사유(사전확인) 및 행정처분(사후퇴출)을 모두 규정한 입법례

다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법

제16조(화재위험평가 대행자의 등록 등) ① (생략)
 ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 평가대행자로 등록할 수 없다.

1. 피성년후견인
2. 삭제
3. 심신상실자, 알코올 중독자 등 대통령령으로 정하는 정신적 제약이 있는 자
4. ~ 6. (생략)
- ③ ~ ⑤ (생략)

제17조(평가대행자의 등록취소 등) ① 소방청장은 평가대행자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1. 제16조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제16조제2항제6호에 해당하는 경우 6개월 이내에 그 임원을 바꾸어 임명한 경우는 제외한다.
2. ~ 10. (생략)
- ②·③ (생략)

관련성이 낮은 경우에는 행정처분만 규정하여 사후 규제 수단만 두는¹⁸³⁾ 방안이 바람직하다.

대체 결격사유를 신설하면서 ‘정신적 제약’의 범위를 하위법령에 위임한 경우에는 그 하위법령에서 가능하면 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 또한 대체 결격사유와 관련한 절차나 서류를 총리령·부령 등에 규정하면서 신청인이 해당 분야의 전문의 진단서를 제출하도록 하는 경우에는 오히려 신청인의 부담과 자료제출의무를 부과하게 되므로 자격, 인허가 등의 신청을 할 때 ① 원칙적으로 건강검진 등 신청인에게 부담이 적은 방법을 통해 행정청이 정신적 제약의 해당 여부를 확인¹⁸⁴⁾하도록 하고, ② 예외적으로 신청인에게 전문의 진단서 또는 소견서를 제출하도록 하여 신청인의 부담을 완화할 필요가 있다.

③ 정신장애 관련 사유 등

미성년자·피성년후견인 및 피한정후견인과 유사한 사유에 해당하는 것으로 “정신장애 관련 사유”와 “약물·질병·신체장애 관련 사유”를 결격사유로 규정하는 경우도 있다.¹⁸⁵⁾

정신장애 관련 사유로는 정신질환자, 뇌전증환자 등이 있고, 약물·질병·신체장애 관련 사유로는 마약·대마 또는 향정신성의약품 중독자 등이 있다.

183) 행정처분(사후퇴출)만 규정한 입법례

문화예술교육 지원법

제27조의2(문화예술교육사) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 문화예술교육사가 될 수 없다.

1. 미성년자
2. ~ 4. (생략)
- ③ ~ ⑤ (생략)

제27조의3(자격취소) ① 문화체육관광부장관은 제27조의2에 따른 문화예술교육사의 자격을 취득한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 자격을 취득한 경우
 2. 제27조의2제1항에 따라 발급받은 자격증을 다른 사람에게 대여한 경우
 3. 정신적 제약으로 문화예술교육사의 직무를 수행할 수 없다고 인정되는 경우
- ② (생략)

184) 정신적 제약의 원칙적 확인 방법 예시

가. 병력(病歷) 신고: 결격사유에 해당하는 정신적 질환의 치료 경험 신고

→ 행정청이 국민건강보험공단 등 관계기관에 치료경력 조회 요청

예: 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행규칙」 및 「경비업법 시행규칙」

나. 최근 〇년 이내에 발급된 건강검진 결과 통보서 또는 병역판정 신체검사 결과 통보서 등 확인

185) 피후견인을 결격사유에서 삭제하면서 대체 결격사유로 정신적 제약을 규정하는 경우에는 종전의 정신장애 관련 사유 등을 중복하여 규정하지 않도록 한다.

이런 유형의 결격사유는 주로 의료·위생 관련 법령에서 많이 사용된다. 정신장애 관련 사유 등을 결격사유로 규정할 때에는 그 사유를 구체적으로 특정하여 명확히 표현해야 한다.

[입법례]

국민영양관리법
제16조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 영양사의 면허를 받을 수 없다.
1. 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제3조제1호에 따른 정신질환자. 다만, 전문가가 영양사로서 적합하다고 인정하는 사람은 그러하지 아니하다.
2. 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제13호에 따른 감염병환자 중 보건복지부령으로 정하는 사람
3. 마약·대마 또는 향정신성의약품 중독자
4. 영양사 면허의 취소처분을 받고 그 취소된 날부터 1년이 지나지 아니한 사람

02
실
체
규
정

3) 파산선고를 받고 복권되지 않은 자

파산선고를 받고 복권되지 않은 자를 결격사유(당연퇴직사유 또는 등록말소사유 등)로 하는 것은 거래상의 신뢰나 재산상의 신용을 필요로 하는 업무에는 이들이 적합하지 않다고 보기 때문이나, 대다수의 법령에서는 일률적으로 파산자를 제한능력자에 준하여 규정하고 있다.¹⁸⁶⁾

그러나 파산이라는 경제현상은 다양한 원인에 의하여 발생할 수 있으므로 파산선고를 받은 경우에도 그 원인에 따라 당사자에 대한 신뢰에 미치는 영향은 큰 차이가 있다. 따라서 파산선고를 받았다는 이유만으로 일률적으로 결격사유로 삼는 것은 과잉규제의 우려가 있다.¹⁸⁷⁾

186) ‘파산자’에 관한 결격사유 규정은 파산자의 사회·경제활동을 제약함으로써 파산자가 파산상태를 벗어나는 경제적 갱생을 어렵게 하는 요인이 되기도 한다.

187) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2005헌가21 결정. <소수의견>: 「사립학교법」 제57조 복잡다기한 현대의 경제생활에서 파산이라는 경제현상은 다양한 원인에 기하여 발생할 수 있다. 여기에는 채무자의 무절제한 소비생활이나 모험적인 투자 등 파산자에게 비난가능성이 높은 경우가 다수 있을 것이나, 자연적 재해 또는 경제상황의 급격한 악화로 인한 고용불안, 정의(情誼)관계에 기한 불가피한 채무보증, 소비자금융의 급격한 발달에 따른 과잉여신, 정부의 부적절한 경제정책 등의 여파로 인하여 이른바 ‘성실하지만 불운한’ 채무자가 파산에 이르는 경우도 있을 수 있다. 따라서 모든 파산이 채무자의 부도덕 또는 불성실을 징표한다고 보기는 어렵고, 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우에도 그 원인 여하에 따라 국민의 교직에 대한 신뢰에 미치는 영향도 큰 차이가 있다고 보아야 한다. (중략) 그렇다면 입법자로서는 파산선고를 받은 모든 경우를 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 할 것이 아니라, 입법 목적을 달성하는 데 반드시 필요한 범위에서 파산의 원인별 유형을 한정하거나, 파산선고

그러므로 결격사유 중 ‘파산선고를 받고 복권되지 않은 자’에 관한 규정을 둘 때에는 이런 점을 고려하여 해당 임용, 자격 또는 인허가가 가지는 공공성, 신뢰성이 높거나 거래상의 신뢰나 재산상의 신용이 중요하게 요구되는 경우로 한정하는 것이 필요하다. 최근에는 파산자의 경우 결격사유에서 제외하거나 결격사유와 당연퇴직사유를 달리하여 규정하는 입법례가 등장하고 있다.

[입법례]

국가공무원법

제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

1. (생략)
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. ~ 8. (생략)

제69조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제33조제2호는 파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당하고, (이하 생략)
2. (생략)

「국가공무원법」에서는 파산자의 경우 당연퇴직사유를 결격사유와 다소 다르게 규정하고 있다. 즉 결격사유는 ‘파산선고를 받고 복권되지 아니한 자’로 규정하여 파산선고를 받기만 하면 복권되기 전까지는 공무원으로 임용될 수 없도록 하고 있으나, 당연퇴직사유는 ‘파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우’로 규정하여 파산선고를 받았더라도 일정한 요건을 충족해야 퇴직되도록 하여 파산선고를 받는 즉시 퇴직되는 것을 방지하고 있다.

후 일정한 기한 내에 면책결정을 받은 경우를 제외하는 등 적용범위를 제한하여 규정하거나, (중략) 별도의 제도로써도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직사유에서 제외시켜 규정하는 등의 방법을 선택할 수도 있다 할 것이다.

4) 형사처벌을 받은 사실이 있는 자

형사처벌을 받은 사실을 결격사유로 하는 것은 준법의식에 문제가 있는 사람을 배제해서 국민의 생명과 재산을 보호하려는 것이다. 그러나 형사처벌을 받은 사실만을 이유로 당사자를 사회·경제활동에서 배제하게 되면 이들로 하여금 갱생을 포기하고 다시 위법을 저지르게 하는 요인이 되므로, 그 자격이나 영업의 성질에 비추어 보아 과잉규제가 되지 않도록 특히 다음의 사항을 유의해야 한다.

① 먼저 범죄의 종류를 해당 자격이나 영업과 관련되는 범위로 한정해야 한다. 변호사, 공인회계사, 법무사, 변리사, 세무사 등과 같이 윤리성 또는 공정성의 확보가 긴요한 직업이나 자격의 경우에는 범죄의 종류와 관계없이 일정한 형벌 이상의 전과사실을 결격사유로 하는 데에 별 문제가 없으나, 그렇지 않은 경우에는 입법 목적 실현과의 관련성을 고려하여 해당 자격이나 영업과 밀접하게 관련되는 범죄로 한정하도록 한다.

[입법례] 범죄의 종류를 불문하고 결격사유로 규정한 사례

변호사법
제5조(변호사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.
1. 금고 이상의 형(刑)을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자
2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자
3. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
4. ~ 10. (생략)

[입법례] 해당 영업과 관련되는 범죄로 결격사유를 한정한 사례

소방시설공사업법
제5조(등록의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 소방시설업을 등록할 수 없다.
1. 2. (생략)
3. 이 법, 「소방기본법」, 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」 또는 「위험물안전관리법」에 따른 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 면제된 날부터 2년이 지나지 아니한 사람

4. 이 법, 「소방기본법」, 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」 또는 「위험물안전관리법」에 따른 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간 중에 있는 사람
5. ~ 7. (생략)

인허가 사업이나 자격 제도에서 결격사유를 두는 목적이 준법의식에 문제가 있는 사람을 배제함으로써 해당 사업 종사자나 자격자의 윤리성, 도덕성 자체를 고양하기 위한 것이라면 모르겠으나, 직무 관련 규정을 준수하게 함으로써 적정한 직무수행이나 자격 행사에 요구되는 자질과 능력을 일정 수준 이상 담보하려는 것이라면 영업이나 자격의 수행과 관련 있는 법령을 위반한 자만 배제하는 방식으로 입법 목적을 충분히 달성할 수 있기 때문이다.

만약 목적 달성에 필요한 범죄의 종류나 유형을 한정하지 않고 모든 범죄를 결격사유로 하면 특정 영업의 수행 또는 자격의 행사와 아무 관련 없는 범죄 예컨대 과실로 인한 교통사고, 단순 폭행 등으로 형사처벌을 받은 자까지 해당 사업이나 자격에서 배제되는 결과를 초래하게 된다. 그러나 직무와 아무 관련 없는 범죄까지 광범위하게 배제하는 방법이 직무 관련 규정을 준수하게 함으로써 해당 사업이나 자격을 적정하게 수행하게 한다는 입법 목적의 달성에 적합한 수단인지 의문이 있고, 목적 달성에 적합한 수단이라 하더라도 목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 규제로서 최소침해의 원칙에 반할 수 있다.¹⁸⁸⁾

해당 자격이나 영업과 관련이 없는 범죄를 불가피하게 결격사유로 하더라도 이를 해당 법률 위반 범죄보다 가볍게 취급하는 것도 한 방법이 될 수 있다.

[입법례] 해당 영업과 관련된 범죄에 대해 결격사유 기간을 더 길게 정한 사례

결혼중개업의 관리에 관한 법률

제6조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 결혼중개업을 운영하거나 그 업무에 종사할 수 없다.

188) 심판대상조항은 건설업을 영위하는 법인의 임원이 저지른 범죄의 종류가 건설업과 관련이 있는지 여부를 가리지 않고, 금고 이상의 형을 선고받은 경우 법인의 건설업 등록을 말소하도록 하고 있다. '건설업 등록 말소'라는 제재의 위하효과를 통하여 법인 및 그 임원으로 하여금 건설업에 관련된 규범을 준수하도록 하려면, 건설업에 관련된 죄로 형을 선고받은 경우에 건설업의 등록을 말소하는 것으로도 충분한데, 건설업과 관련 없는 죄로 형을 선고받은 자가 임원으로 있다는 이유로 법인이 건설업을 영위할 수 없도록 하는 것이 부실시공을 방지하고자 하는 심판대상조항의 입법 목적을 달성하기에 적합한 수단으로는 보이지 아니한다 (헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2013헌바25 결정).

1. (생략)
2. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자
3. (생략)
4. 제2호 및 제3호에도 불구하고 이 법, 「형법」 제228조 및 제287조부터 제294조까지의 규정, 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 또는 「출입국관리법」 제7조의2 및 제18조제4항을 위반하여 벌금 이상의 형의 선고(벌칙금 통고처분을 포함한다)를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자
5. ~ 7. (생략)

② 범죄의 경중과 그와 연관된 재범의 위험성을 개별적으로 고려하지 않고 결격사유의 대상이 되는 모든 범죄에 대해 획일적으로 하나의 결격기간을 설정하는 것은 피해야 한다. 일반적으로 법정형이 무거운 범죄를 저지른 경우 재범의 위험성도 더 크고 범죄의 습벽도 강한 것으로 추정하는 상식에 부합하지 아니할 뿐 아니라 죄질이 가볍고 재범의 위험성이 적은 사람에게 지나친 기본권 침해가 될 수 있기 때문이다.¹⁸⁹⁾ 따라서 해당 법률에서 결격사유의 대상으로 삼은 모든 범죄에 대해 획일적으로 하나의 결격기간을 설정하지 말고 범죄의 종류, 죄질, 형기(刑期)의 장단 및 재범의 가능성 등을 고려하여 결격사유의 기간에 차등을 두는 것이 필요하다.

③ 형벌은 벌금, 금고, 징역 등과 같이 그 종류가 다양하고 또 이들의 집행유예가 있으므로 가벼운 형벌을 받은 자가 더 무거운 형벌을 받은 자보다 결격사유 기간이 더 장기가 되지

189) 성범죄로 형을 선고받아 확정된 자에 대하여 재범의 위험성에 관계없이 일정 기간 의료기관을 운영하거나 이에 취업할 수 없도록 하는 결격 제도는 정당하다고 하더라도, 범죄행위의 유형이나 구체적 태양 등을 구체적으로 고려하지 않고 일군의 성범죄를 저지른 사람 전부에 대해서 동일한 취업제한 기간을 두는 것은 구체적 타당성에도 반한다. 성범죄를 저지른 자들이라 하더라도 개별 범죄의 경중에는 차이가 있고, 이는 재범의 위험성도 마찬가지로이다. 범죄의 경중과 그와 연관된 재범의 위험성을 가늠하지 않고 동일한 취업제한의 제재를 가하는 이 사건 법률조항은 각 행위의 죄질에 따른 상이한 제재의 필요성을 간과한 것이며, 특히 그 중에서도 범행의 정도가 가볍고 재범의 위험성이 상대적으로 크지 않은 자에게까지 10년 동안 일률적인 취업제한을 부과하는 것은 그 제한의 정도가 지나치다. 이는 일반적으로 법정형이 무거운 범죄를 저지른 경우 재범의 위험성도 더 크고 범죄의 습벽도 강한 것으로 추정하는 상식에 맞지 않을 뿐만 아니라, 성범죄자의 재범 위험성을 감안하여 법정형, 선고형 등에 따라 차등적인 처분을 부과하는 다른 형사정책들과의 균형에도 맞지 않는다(헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2014헌마709 결정).

않도록 유의해야 한다.

④ 벌금형은 그 범위가 넓은 뿐만 아니라 사회적 비난의 가능성이 비교적 낮은 범죄인 경우가 많으므로 벌금형을 결격사유로 할 때에는 신중해야 하며, 특히 다른 법령 위반으로 인한 벌금형은 특별한 사유가 없으면 결격사유로 하지 않도록 한다.¹⁹⁰⁾

그리고 특정 범죄를 범하여 일정한 형을 선고받은 경우를 결격사유의 하나로 규정하면서 해당 범죄로 다른 범죄의 경합범에 대한 형의 분리선고 규정을 두지 않은 경우가 대부분이다. 그러나 특정 범죄와 형의 종류 및 형량을 같이 결격사유로 규정하면서 형의 분리선고 규정이 없는 경우에는 법원의 판결문에 나타난 양형결과만으로는 해당 법률상의 결격사유에 해당 하는지 분명하게 알 수 없으므로 결격사유에 해당하는 범죄와 다른 범죄가 경합범으로 처벌될 경우 결격사유를 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하여 행정청의 결격사유 판단에 대한 객관적인 지침을 제공해줄 필요가 있다.¹⁹¹⁾ 따라서 결격사유에서 범죄의 범위와 형의 종류 및 형량을 규정하면서 분리 선고 규정을 두고 있지 않은 법률의 경우, 분리선고 규정을 마련해야 한다.

190) 사회통념상 벌금형을 선고받은 피고인에 대한 사회적 비난가능성이 그리 높다고 보기 어려운데도, 이 사건 등록실효조항은 법인의 임원이 학원법을 위반하여 벌금형을 선고받으면 일률적으로 법인의 등록을 실효 시키고 있고, 법인으로서의 대표자인 임원이건 그렇지 아니한 임원이건 모든 임원 개개인의 학원법위반범죄와 형사처벌 여부를 항시 감독하여야만 등록의 실효를 면할 수 있게 되므로 학원을 설립하고 운영하는 법인에게 지나치게 과중한 부담을 지우고 있다. 또한 이로 인하여 법인의 등록이 실효되면 해당 임원이 더 이상 임원직을 수행할 수 없게 될 뿐 아니라, 학원법인 소속 근로자는 모두 생계의 위협을 받을 수 있으며, 갑작스러운 수업의 중단으로 학습자 역시 불측의 피해를 입을 수밖에 없으므로 이 사건 등록실효 조항은 학원법인의 직업수행의 자유를 침해한다(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2012헌마653 결정).

191) 새마을금고법상 '선거범죄를 범하여' 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람에 대하여 임원의 자격을 제한하도록 규정하면서, 비선거범죄가 선거범죄의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위한 방안인 분리 선고 규정을 두지 아니하여 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범의 경우 변론을 분리하지 않고 하나의 형을 선고하고, 그 선고형 전부를 선거범죄에 대한 형으로 의제하여 임원 자격의 제한 여부를 확정할 수밖에 없게 함으로써, 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘어서는 과도한 제한을 하여 침해의 최소성원칙에 위반된다. 그리고 분리 선고 규정을 두지 않은 결과, 선거범죄가 경미하여 그것만으로 처벌되는 때에는 100만 원 미만의 벌금형을 선고받을 수 있음에도 불구하고 다른 범죄와 경합범으로 함께 처벌되면 100만 원 이상의 벌금형이나 징역형을 선고받을 수 있어 임원직을 상실할 수도 있게 되는데, 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 기소, 처벌되는 사람과 별도로 기소, 처벌되는 사람 사이에 합리적 이유 없이 차별대우를 하는 결과를 초래하므로 헌법상 평등원칙에도 위반된다(헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌바208 결정).

[입법례] 벌금형의 분리 선고를 규정한 사례

국가공무원법

제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

1. ~ 6. (생략)

6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자

6의3. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 3년이 지나지 아니한 사람

6의4. ~ 8. (생략)

제33조의2(벌금형의 분리 선고) 「형법」 제38조에도 불구하고 제33조제6호의2 또는 제6호의3에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범(競合犯)에 대하여 벌금형을 선고하는 경우에는 이를 분리 선고하여야 한다.

02
실
체
규
정

⑤ 집행유예를 결격사유로 할 때에는 유예기간이 만료되면 형 선고의 효력이 상실되는 「형법」의 취지를 존중하여 유예기간 중인 경우만 결격사유로 하고, 특별한 사유가 없으면 ‘유예기간 만료 후 일정 기간이 경과될 때까지’를 결격사유로 하지 않아야 한다. 집행유예 기간이 만료된 후 일정 기간이 경과될 때까지를 결격사유로 한다면 집행유예기간이 실형의 기간보다 길어지므로 집행유예를 받은 자가 실형을 받은 자보다 사회적 비난가능성이 낮음에도 불구하고 더 오랫동안 결격사유에 해당하게 되는 모순이 생긴다.

⑥ 형의 선고유예를 받은 자는 해당 직업이나 영업이 고도의 윤리성을 필요로 하는 등 특별한 경우가 아니면 결격사유에 포함하지 않도록 하고, 결격사유에 포함하더라도 집행유예와 마찬가지로 그 유예기간 중에 있는 경우만 결격사유로 하도록 한다.

⑦ 따라서 형사처벌을 받은 사실이 있는 자에 관한 결격사유는 다음과 같이 자유형과 벌금형으로 구분하고,¹⁹²⁾ 자유형의 실형과 집행유예 및 선고유예를 구분¹⁹³⁾하며, 위반

192) 자유형과 벌금형을 함께 규정하는 경우에는 “벌금형 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 ○년이 경과되지 아니한 자”로 표현하게 되는 데, 이 경우 벌금의 납부시기에 따라 결격기간을 산정해야 하는 문제가 생긴다. 따라서 벌금형을 결격사유로 하는 경우에도 이를 자유형과 구분해서 규정하도록 한다.

193) 결격사유로서 ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’를 규정한 경우 집행유예를 선고받은 경우도 포함된다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97누18042 판결, 헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2019헌바118 결정). 그런데 법률전문가가 아닌 일반 공무원과 국민의 예측 가능성 제고와 법치국가원리의 충실한 실현을 위하여 집행

법률은 원칙적으로 해당 법률로 한정하는 방식으로 규정한다.

입법 모델

1. 이 법을 위반하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행이 면제¹⁹⁴⁾된 날부터 ○년이 지나지 아니한 자
2. 이 법을 위반하여 금고 이상의 형의 집행유예 선고를 받고 그 유예기간 중에 있는 자¹⁹⁵⁾
3. 이 법을 위반하여 금고(자격정지) 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
4. 이 법을 위반하여 벌금형의 선고를 받고 ○년이 지나지 아니한 자

5) 자격이 상실되거나 정지된 자

자격상실과 자격정지에는 법원의 판결 즉, 자격상실 또는 자격정지의 형을 선고받은 경우와 법률에 의하여 자격이 상실되거나 정지된 경우가 있다.

해당 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지되는 경우는 결격사유나 인허가, 면허 등의 취소사유나 임원·위원 등의 자격상실에 관한 규정에 따라 규율된다.

다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 경우를 해당 법률상의 결격사유로 할 수 있느냐가 문제되는데, 개별 법률에서의 자격상실 규정은 그 법률상의 의무위반 등에 따른 의결이나 처분에 따라 자격을 박탈하거나 정지하는 것이어서 이를 다른 법률관계에 확대 적용하는 것은 지나친 규제에 해당하므로 이러한 경우는 제외하기로 한다.

유예가 선고된 경우 결격사유 해당 여부를 명확하게 규정할 필요가 있다. 따라서 결격사유를 규정할 때에는 “실형”을 선고받은 경우와 “집행유예”를 선고받은 경우로 구분하여 결격사유를 알기 쉽게 규정하도록 한다.

194) 집행면제의 예

- 재판확정 후 법률의 변경에 의해 그 행위가 범죄를 구성하지 않는 경우(「형법」 제1조제3항)
- 재판확정 후 시효가 완성된 경우(「형법」 제77조)
- 특별사면의 경우(「사면법」 제5조제1항제2호)

195) 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는, 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 ‘금고 이상의 형을 선고’한 경우에 해당한다고 보기 어려울 뿐 아니라, 집행의 가능성이 더 이상 존재하지 아니하여 집행종료나 집행면제의 개념도 상정하기 어려우므로 「형법」 제62조제1항 단서의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6195 판결).

* 「형법」

제62조(집행유예의 요건) ①3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

6) 인허가가 취소된 자(행정처분을 받은 사실이 있는 자)

해당 자격이나 인허가·등록이 취소되면 일정 기간 동안 다시 그 자격을 취득할 수 없게 하거나 인허가·등록을 받을 수 없게 하는 경우가 적지 않다. 해당 자격이나 인허가에 관한 사항을 제대로 준수하지 않은 데 대한 책임을 묻는 것이다.

입법 모델 해당 법령에 따른 처분을 결격사유로 규정하는 경우

【관련 규정이 하나인 경우】

이 법에 따라 허가(등록)가 취소(실효)된 후 ○년이 지나지 아니한 자

【관련 규정이 많은 경우】¹⁹⁶⁾

제○조에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

입법 모델 해당 법령 및 관련 법령에 의한 처분을 결격사유로 규정하는 경우

이 법 또는 「○○법」에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

이 법, 「○○법」 또는 「○○법」에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

입법 모델 다른 법령에 따른 처분을 결격사유로 규정하는 경우

「○○○법」 제○○조 제○항에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

인허가나 등록이 취소된 자에 대해 결격사유를 규정하는 경우로서 인허가나 등록의 대상이 되는 영업이 여러 종류로 구분되는 경우(예컨대, 「관광진흥법」상의 관광사업은 여행업·관광숙박업·관광객 이용시설업 등으로 구분됨)에는 어느 한 종류의 영업에 관한 인허가나 등록이 취소되면 다른 종류의 영업허가나 등록의 결격사유로 할 것인지를 분명히 해야 한다.

196) 해당 법률에 규정된 인허가 중 어느 하나라도 취소된 경우에 이를 모두 결격사유로 삼는다면 “이 법에 따라 인허가가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자”와 같이 규정할 수 있을 것이나, 이는 바람직하지 않다.

[입법례]

관광진흥법

제7조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 관광사업의 등록등을 받거나 신고를 할 수 없고, 제15조제1항 및 제2항에 따른 사업계획의 승인을 받을 수 없다. 법인의 경우 그 임원 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 있는 경우에도 또한 같다.

1. 2 (생략)

3. 이 법에 따라 등록등¹⁹⁷⁾ 또는 사업계획의 승인이 취소되거나 제36조제1항에 따라 영업소가 폐쇄된 후 2년이 지나지 아니한 자

4. (생략)

② (생략)

대부분의 법률에서 인허가나 등록의 취소처분을 받은 후 일정한 기간이 지나지 않으면 다시 그 인허가나 등록을 받을 수 없도록 하는 재인허가 또는 재등록 제한 기간을 결격사유의 하나로 규정하고 있다. 이는 해당 인허가나 등록에 관한 의무사항을 제대로 준수하지 않은 것에 대한 책임을 묻기 위한 제재적 성격의 규정으로서 인허가나 등록 취소처분에 책임이 있는 자에게 아무런 기간 제한 없이 곧바로 다시 인허가나 등록을 받을 수 있도록 하면 취소처분의 실효성을 떨어뜨리는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 취소처분의 실효성을 확보하기 위해서는 인허가나 등록 취소처분을 받은 후 일정 기간이 지나지 않은 자에 대해서 재인허가나 재등록을 제한하는 것이 필요하다.

다만, 행위능력(피성년후견인, 피한정후견인)이나 파산선고 관련 결격사유로 인허가나 등록이 취소된 경우는 다른 사유(해당 인허가 관련 의무규정의 위반, 범죄행위로 결격사유에 해당하는 경우 등)로 인허가 처분이 취소된 경우와 비교할 때, 취소처분을 받은 자에게 책임을 묻기 어려운 경우가 대부분이고, 그 책임의 정도나 비난가능성이 낮다. 따라서 행위능력 또는 파산선고를 이유로 인허가나 등록을 취소하고, 인허가 또는 등록 등의 취소를 이유로 다시 일정 기간 해당 인허가나 등록의 결격사유로 규정하는 것은 이중규제로서 과잉금지원칙에 위반될 소지가 있으므로 재인허가 제한 기간을 두지 않도록 한다.

197) '등록등'은 여행업, 관광숙박업, 관광객 이용시설업 등 관광사업의 등록·허가 또는 지정을 약칭하는 용어이므로(「관광진흥법」 제2조제2호 참고), 예컨대 여행업 등록이 취소된 자는 2년간 관광숙박업 등록도 할 수 없게 된다.

[입법례]

농약관리법
제4조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제3조제1항 전단 및 제2항 전단에 따른 등록을 할 수 없다.
1. 피성년후견인 또는 피한정후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 4. (생략)
5. 제7조에 따라 등록이 취소(제4조제1호 및 제2호에 해당하여 등록이 취소된 경우는 제외한다)된 날부터 2년이 지나지 아니한 자
6. (생략)

02
실
체
규
정

7) 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 법인

임원 중에(또는 대표자가) 제○호부터 제○호까지의 어느 하나에 해당하는 사람이 있는 법인

법인의 의사는 임원이 결정하므로 원칙적으로 결격사유가 있는 임원이 있는 법인은 결격사유가 있는 개인과 동일하게 취급해야 할 것이고, 결격사유에 해당하는 임원은 법인의 의사결정과정에서 배제해야 한다.

그러나 한 두 사람의 임원이 결격사유에 해당한다고 하여 그 법인을 인허가 대상에서 제외하는 것은 과도한 제재가 될 수 있다는 점을 고려하여 영업의 성질에 따라서는 대표자가 결격사유에 해당될 때만 결격사유로 하는 방식도 고려하도록 한다.

대부분의 법률에서는 결격사유를 해당 사업의 인허가나 등록의 취소사유로 준용하고 있으므로, 법인의 임원이 결격사유에 해당하게 되면, 해당 사업의 인허가 또는 등록도 취소 또는 말소된다. 이 경우 해당 사업을 하고 있는 법인에게는 너무 가혹할 수 있으므로 대부분의 법률에서 그 임원을 일정한 기간 안에 개임(改任)하게 하거나(「여객자동차 운수사업법」 제85조제1항제8호 단서 등) 해당 규정의 적용을 일정 기간 동안 유예(「유통산업발전법」 제11조제2항 등)하여 법인으로 하여금 스스로 결격사유에 해당하는 임원을 업무에서 배제시키고 해당 인허가를 유지시킬 수 있도록 하고 있다.

법인의 임원이 결격사유에 해당하게 되는 경우에 그 임원을 일정한 기간 안에 개임(改任)

하면 해당 법인에 대한 인허가를 취소하지 않도록 하는 규정을 두는 경우, ① 결격사유를 규정한 호의 단서에 규정하는 입법례, ② 별도의 항으로 규정하는 입법례,¹⁹⁸⁾ ③ 인허가 취소 근거 규정의 단서로 규정하는 입법례¹⁹⁹⁾가 있으나, 결격사유 규정과 그 결격사유에 따른 취소 제외 규정을 하나의 조문에서 규정하는 것이 나누어 규정하는 것보다 이해하기가 쉽다는 점 등을 고려하여 다음과 같이 결격사유를 규정한 호의 단서에 규정하도록 한다.

[입법례]

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제32조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 가축분뇨관련영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 또는 제15호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. ~ 14. (생략)

15. 제31조제1호부터 제3호까지 또는 제5호에 해당하는 경우. 다만, 임원 중에 제31조제1호부터 제4호까지에 해당하는 자가 있는 법인의 경우 6개월 이내에 해당 임원을 개임한 때에는 그러하지 아니하다.

16. ~ 19. (생략)

② (생략)

8) 그 밖의 결격사유

인허가나 자격 제도의 특성에 따라 외국인을 결격사유로 규정할 경우가 있다. 이 경우에는 “대한민국의 국민이 아닌 사람” 또는 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람”으로 표현한다.

징계처분을 받은 사실을 결격사유로 하는 경우에는 행정처분을 받은 사실을 결격사유로 하는 경우에 준하여 규정하면 된다.

198) 「골재채취법」 제19조제2항 참고

199) 「방송법」 제18조제1항 각 호 외의 부분 단서 참고

[입법례] 외국인을 결격사유로 규정한 사례

신문 등의 진흥에 관한 법률
제13조(결격사유 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 신문 및 인터넷신문의 발행인 또는 편집인이 되거나 인터넷뉴스서비스의 기사배열책임자가 될 수 없다. 1. 대한민국의 국민이 아닌 사람 2. ~ 8. (생략) ② ~ ④ (생략)

[입법례] 징계처분을 받은 사실을 결격사유로 규정한 사례

공인노무사법
제4조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공인노무사가 될 수 없다. 1. ~ 3. (생략) 4. 공무원으로서 징계처분에 따라 파면된 자로서 3년이 지나지 아니한 자 5. ~ 8. (생략)

바. 결격사유와 인허가 취소와의 관계

결격사유를 해당 사업이나 자격의 퇴출기준으로 삼는다는 것은 결격사유의 발생을 신분 또는 자격이나 인허가의 취소사유로 한다는 것인데, 이는 결격사유 제도 자체에서 유래하는 것이다.²⁰⁰⁾

그러나 신분 또는 자격을 취득하지 못하게 하거나 영업을 시작하지 못하게 하는 것과, 이미 취득한 신분 또는 자격을 박탈하거나 기존의 영업을 폐업하게 하는 것을 반드시 동일하게 취급할 것은 아니다. 후자의 경우 그 신분·자격 또는 영업을 기반으로 많은 법률관계가 형성되었을 것이므로 당사자가 받는 불이익이 훨씬 큰 경우가 많을 것이기 때문이다. 따라서 결격사유가 진입 장벽으로 작용할 때에는 과잉금지원칙에 반하지 아니하지만 기존 사업

200) 입법자가 일정한 자격제도를 마련하면서 그 자격제도를 둔 취지와 양립할 수 없는 결격사유를 규정하고 있는 이상, 일단 자격을 취득하여 그 자격제도에 포섭된 자일지라도 결격사유에 해당하게 됨으로써 당해 자격제도의 범주에서 벗어난 경우, 이 법률조항과 같이 필요적으로 그 자격을 취소, 박탈하는 것은 자격취득에 관한 요건으로 결격사유를 설정한 자격제도 자체에서 유래하는 본질적인 한계에 속하고, 단지 그 결과만을 두고 최소침해성의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다(헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌바94 결정).

에서의 퇴출사유로 작용할 때에는 과잉금지원칙에 반할 수 있다.²⁰¹⁾

이와 같은 점을 고려하여, 결격사유 규정 시에 결격사유 해당자를 모두 영업의 취소나 자격의 박탈 사유로 할 것인지, 아니면 경미한 결격사유에 대해서는 영업의 취소나 자격 박탈 사유에서 제외할 것인지를 검토할 필요가 있다.

현재 대부분의 법률에서는 결격사유를 필요적 취소사유로 규정하고 있으나, 공무원의 퇴직과 관련해서 결격사유 중 선고유예를 받은 경우에는 제한적으로만 당연퇴직 사유로 규정하고 있다.²⁰²⁾²⁰³⁾

[입법례]

국가공무원법

제69조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제33조제2호는 파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당하고, 제33조제5호는 「형법」 제129조부터 제132조까지, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호 및 직무와 관련하여 「형법」 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 해당한다.
2. (생략)

201) 어떠한 직업분야에 관한 자격제도를 만들면서 그 자격요건 내지 결격사유를 어떻게 설정할 것인가에 관하여 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정되기는 하나, 일단 자격요건을 구비하여 자격을 부여받았다면 사후적으로 결격사유가 발생했다고 해서 당연히 그 자격을 박탈할 수 있는 것은 아니다. 국가가 설정한 자격요건을 구비하지 못했다는 이유로 일정한 자격을 부여하지 않더라도 해당자가 잃는 이익이 크다고 볼 수 없는 반면 그러한 자격을 일단 취득하여 직업활동을 영위해 오고 있는 자의 자격을 상실시킬 경우 장기간 쌓아온 지위를 박탈하는 것으로서 그 불이익이 중대할 수 있기 때문이다(헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌바252 결정).

202) 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우를 결격사유로 규정하면서, 동시에 당연퇴직 사유로 규정하고 있던 종전 「국가공무원법」 제33조제5호 및 「지방공무원법」 제31조제5호의 선고유예 규정이 헌법재판소에서 위헌결정(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마684 결정, 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2001헌마788 결정)됨에 따라, 「국가공무원법」, 「지방공무원법」, 「경찰공무원법」 등의 당연퇴직규정에서 선고유예를 받은 경우를 모두 삭제하였다(「국가공무원법」 법률 제6788호 2002. 12. 18. 공포·시행). 한편 2010년에는 공무원의 신뢰성과 청렴성을 높이기 위해 「국가공무원법」 등을 개정하여 선고유예를 받은 경우라도 뇌물, 횡령 및 배임 등에 관한 범죄로 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우는 당연퇴직 사유로 추가하였다(「국가공무원법」 법률 제10148호, 2010. 3. 22. 공포·시행).

203) 「국가공무원법」 제33조를 인용하고 있는 「산업재해보상보험법」, 「공공기관의 운영에 관한 법률」, 「공무원연금법」 등은 금고 이상의 선고유예를 받은 경우를 결격사유와 당연퇴직 사유로 동일하게 규정하고 있는데, 헌법재판소의 결정 취지와 최근 「국가공무원법」의 개정 취지를 고려하여 정비될 필요가 있다.

11. 과징금

가. 과징금의 의의

「행정기본법」은 과징금과 관련하여, 법령등에 따른 의무를 위반한 자에 대하여 법률로 정하는 바에 따라 그 위반행위에 대한 제재로서 부과되는 것이라 규정하고 있다(「행정기본법」 제28조제1항). 현행법상 과징금은 크게 경제적 이익 환수 과징금, 영업정지 대체 과징금, 순수한 금전적 제재로서의 과징금으로 유형을 구분할 수 있다.

과징금은 금전적 제재수단이라는 점에서 벌금이나 과태료와 유사하다. 그러나 과징금은 행정기관이 부과한다는 점에서 사법기관(司法機關)이 결정하는 벌금과 구별되고, 과태료가 행정청에 대한 협조 의무 위반에 대해 부과하거나 경미한 형사사범에 대한 비범죄화 차원에서 부과되는 반면, 과징금은 일반적으로 법규 위반으로 얻어진 경제적 이익을 환수하거나 영업정지처분을 갈음하여 금전적 제재를 부과한다는 점에서 차이가 있다.

나. 과징금의 유형

1) 경제적 이익 환수 과징금

경제적 이익 환수 과징금은 불법행위로 얻어진 경제적 이익을 확실히 환수하기 위해 도입되었다.²⁰⁴⁾ 불법이익의 환수 수단으로 일반적으로 인정되던 「형법」상의 몰수·추징 제도 등이 엄격한 형사절차에 의하여 운영됨으로써 경제사범의 제재에 요구되는 융통성이 제약을 받는다는 점을 고려하여 고안된 제도이다.

경제적 이익 환수 과징금은 법률의 규정에 따라 환수 범위를 명확히 하고 이에 따른 행정 처분으로 과징금을 부과·징수하게 되는데 행정청이 운영하기 때문에 비교적 법령에서 부과금액 등이 명확하게 규정되어 있지만 집행과정에서는 행정청의 재량이 폭넓게 작용된다는 점이 특징이다.

204) 과징금이 처음 도입된 것은 1980. 12. 31. 제정된 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제6조에서, 시장 지배적 사업자가 경제기획원장관의 가격인하명령에 불응한 경우 가격인하 명령일부터 가격인하 시까지 시장 지배적 사업자가 명령위반으로 얻은 이익을 과징금으로 부과하도록 하는 것이었다.

2) 영업정지 대체 과징금

영업정지처분은 허가처분 등 수익적(授益的) 행정행위에 대한 사후 관리 수단으로서 영업자가 허가 등에 따른 행정상의 의무를 위반할 때 제재로서 가하는 강력한 수단이기도 하나, 이로 인하여 그 영업자가 수행하는 영업활동을 이용하는 일반국민에게 불편을 초래할 수 있다. 이러한 공익적 고려에 따라 행정처분을 대신하는 금전적 제재로서의 과징금이 등장하게 되었다.²⁰⁵⁾ 현행법상 이러한 유형의 과징금이 가장 많은 경우를 차지하고 있다.

다만, 사업 이용자의 편의를 고려할 필요가 있다고 하더라도 중대한 법령 위반에까지 금전적 제재로의 대체(代替)를 인정하는 것은 타당하지 않으므로 허가취소에 해당하는 위반에 대해서까지 영업정지 대체 과징금을 허용해서는 안 된다.

영업정지 대체 과징금의 경우에도 결과적으로 영업정지기간의 영업행위로 얻을 수 있는 이익의 전부 또는 일부가 환수되는 효과가 있지만, 이 경우의 영업이익 환수는 과징금 부과에 따른 부수적 효과이지 영업이익 환수 그 자체가 목적은 아니므로 영업정지 대체 과징금 부과 기준은 사업자가 영업정지기간에 실제 얻을 수 있는 영업이익과 반드시 연관될 필요는 없다.

3) 순수한 금전적 제재로서의 과징금

금전적 제재 과징금은 그 금액이 위반행위로 인해 얻게 된 이익과 직결되어 있지 않고 영업정지처분과 연계되어 있지도 않다는 점에서 앞서 설명한 두 유형과 다르다. 1995년 제정된 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에서 도입되었고, 소유권이전등기를 장기간 신청하지 않은 경우 등에 일정한 과징금을 부과하도록 하고 있다.

205) 1981. 12. 31. 개정된 구 「자동차운수사업법」 제31조의2에 따른 과징금이 시초이다. 이 법에서는 자동차운수사업자가 자동차운수사업법령을 위반하여 사업정지사유가 발생한 경우 사업정지처분을 대신하여 위반행위의 중별과 정도에 따라 500만원 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하였다. 자동차운수사업의 경우 행정청으로부터 독점적 사업권을 부여받아 운영하는 공익사업으로서 영업을 정지되는 경우 그 사업자가 자동차운수사업을 못하게 되어 받는 불이익보다는 교통이 마비되어 그 운수사업을 이용하는 시민이 겪게 되는 불편이 더 클 것이고, 경우에 따라서는 국민경제에 적지 않은 피해를 초래하게 되는 등 공익을 해칠 우려가 있어 이러한 제도를 도입하게 되었다. 사업정지처분을 하는 대신 벌금을 부과하는 방법도 생각할 수 있지만 벌금액이 소액이면 규제로서의 실효성이 별로 크지 않을 뿐만 아니라, 상대적으로 경미한 행정법규 위반으로 사업자가 전과자가 되는 부작용이 생기게 되기 때문이다.

다. 과징금 제도 도입 시 유의 사항

과징금의 부과는 그 자체가 국민에게 금전적 부담을 지우는 침익적 행정행위이므로 법률 유보의 원리상 반드시 법률에 그 근거를 두어야 한다.²⁰⁶⁾ 과징금의 근거가 되는 법률에는 부과·징수 주체, 부과 사유, 상한액, 가산금을 징수하려는 경우 그 사항, 과징금 또는 가산금 체납 시 강제징수를 하려는 경우 그 사항을 명확하게 규정하여야 한다(「행정기본법」 제28조 제2항). 특히 위임입법의 범위와 관련하여 위반행위별 과징금 금액을 하위법령에 위임하는 대신 법률에서 어느 정도의 구체적인 산정기준은 정하도록 하는 것이 바람직하다.

동일한 의무위반에 대해 과태료, 과징금, 벌금 등의 금전제재를 중복적으로 부과하는 입법²⁰⁷⁾은, 법률의 수범자인 국민의 입장에서는 사실상 이중처벌로 받아들여질 수 있으므로 바람직하지 않은 면이 있다.²⁰⁸⁾ 따라서 과징금 제도를 도입하는 경우에는 다른 유형의 금전제재와 중복되지 않는지를 검토해야 하고, 중복될 수 있는 경우라면 제재의 실효성 등의 측면에서 반드시 필요한 경우에만 한정하여 도입해야 할 것이다.

그리고 과징금 부과사유가 형벌의 구성요건이나 과태료 부과사유와 중복되어 이중처벌로 비취질 소지를 없애는 데 유의하되, 특히 “이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반 하였을 때”라는 표현을 사용하는 대신 위반행위의 유형을 일일이 적시하도록 한다.

과징금과 과태료 부과사유가 중복되는 경우에 과징금을 부과한 행위에 대해서는 과태료를 부과할 수 없도록 하여 중복 부과 문제를 해결하려고 한 입법례²⁰⁹⁾도 있으나, 과태료를 먼저 부과하는 경우에 과징금 부과 기능 여부가 불분명하고,²¹⁰⁾ 영업정지 대체 과징금을

206) 「행정기본법」 제8조

207) 동일한 위반행위에 대하여 과징금과 과태료를 각각 규정하고 있는 경우 과징금을 부과하더라도 과태료도 부과해야 한다(법제처 2017. 9. 22. 17-0442 해석례).

208) 동일한 위반행위에 과징금과 형벌을 병과하는 것이 이중처벌인지에 대해 헌법재판소는 이중 처벌이 아니라고 결정한 바 있으나(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정), 동일한 행위에 대해 벌금, 과징금을 부과하여 대상자가 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면 그러한 중복적인 제재가 과잉금지 원칙에 위배될 수 있는 가능성도 시사한 바 있다(헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18 결정). 벌금형과 관련해서 이중처벌이라는 비난소지를 원천제거하기 위해 과징금을 부과하는 행위에 대해서는 해당 행정기관의 장의 고발이 없으면 소추할 수 없다는 규정을 두기도 했으나(「해운법」 제60조제1항 등), 검찰권에 대한 과도한 제약이라는 지적이 있어 지금은 두지 않는다.

209) 「여객자동차 운수사업법」 제95조, 「건강기능식품에 관한 법률」 제48조 등

210) 동일한 위반행위를 과태료와 사업정지 처분을 갈음하는 과징금 부과처분의 사유로 각각 규정하면서 사업정지 처분을 갈음하는 과징금을 부과받은 자에게는 그 위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다고 규정한 경우, 해당 위반행위에 대하여 과태료를 먼저 부과한 뒤에 과징금을 부과할 수 없다(법제처 2010. 6. 4. 10-0142 해석례).

부과하지 않고 영업정지를 한 경우에는 과태료를 부과할 수 있는 모순이 발생한다. 따라서 과징금과 과태료가 처음부터 중복되지 않도록 주의하는 것이 필요하다.

현행법상 과징금은 다양한 유형으로 도입되고 있고, 그 도입 목적이나 규정 방식이 통일되어 있지 않으므로 여기에서는 과징금 중 가장 입법례가 많은 유형인 ‘영업정지 대체 과징금’을 중심으로 살펴보기로 한다.

라. 영업정지 대체 과징금의 도입 기준

영업정지처분을 대신하는 과징금 제도는 자동차운수사업, 도시가스사업, 해운업, 항공업, 항만운송사업, 석유사업, 도소매업, 유선방송업 등 영업정지처분을 할 경우 이용자인 국민이 심한 불편을 겪게 되어 오히려 공익을 해칠 우려가 있는 공익성이 강한 사업을 대상으로 하여 도입되었다.

그러나 차츰 자동차관리업, 건설업, 식품위생업 등 영업정지처분을 하더라도 국민에게 그다지 불편을 주지 않는 사업에까지 과징금 제도가 도입되어 왔는데, 이는 영업정지가 사업자에게 막대한 타격을 주어 행정청이 이를 엄격히 집행하는데 애로를 느끼는 점을 해결하고 행정청도 과징금 수입을 특정한 행정 목적에 사용할 수 있다는 점에 따른 것이다.

영업정지처분을 대신하는 과징금 제도의 취지는 그 사업을 이용하는 일반국민에게 불편을 끼치는 것을 막기 위한 것이고, 이를 공익성이 약한 사업 분야까지 확대하면 영업정지처분이 갖던 제재 효과를 충분히 달성하기 어려워지고 위법행위를 조장하는 측면도 있게 된다.

따라서 영업정지처분을 대신하는 과징금 제도는 이용자의 편의나 국민경제에 악영향을 초래하는 등 공익을 해칠 우려가 있는 경우에만 한정하여 도입하는 것을 원칙으로 한다.²¹¹⁾

211) 실제 법령심사 사례를 보면, 도선사업은 영업정지로 인한 이용자의 불편을 고려해야 하지만 같은 법에서 다루는 유선사업은 그러한 점이 없으므로 과징금 도입을 허용하지 않은 사례(「유선 및 도선 사업법」), 방사선 물질을 취급하는 사업자에게 영업정지를 갈음하여 과징금을 도입하는 것은 영업정지로 달성할 수 있는 위험으로부터의 국민생활 보호라는 효과를 과징금으로는 달성할 수 없으므로 허용하지 않은 사례(「생활주변방사선 안전관리법」) 등이 있다.

마. 영업정지 대체 과징금의 규정 방식

1) 과징금 부과처분의 근거

과징금 부과처분의 근거 규정은 법률에 두되, 취소·정지 규정은 하나의 조문(또는 항)에서 함께 규정하고, 과징금 부과처분은 영업정지처분을 대신하는 것이라는 점을 명확하게 하기 위해 취소·정지 규정과는 다른 조문(또는 항)에서 별도로 규정하도록 한다.²¹²⁾

과징금 부과 요건에 영업정지사유 외에 공익성에 관한 요건이 요구되므로 “대통령령으로 정하는 바에 따라”의 앞에 “영업정지가 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있는 경우에는”와 같은 공익성 요건 관련 표현을 두도록 한다.

과징금액의 상한을 정액으로 정하지 않고 위반행위와 관련이 있는 매출액·비용 등과 연계하려면 “○○원 이하”라는 표현 대신에 “…… 금액의 ○분의 ○에 상당하는 금액 이하”와 같은 표현을 사용하도록 한다.

입법 모델

제○조(영업허가취소 등) ① 허가권자는 영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나 ○개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제○호, 제○호 또는 제○호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. ~ 5. (생략)

② 제1항에 따른 행정처분의 세부적인 기준은 그 위반행위의 유형과 위반의 정도 등을 고려하여 ○○부령으로 정한다.

제○조(과징금처분) 허가권자는 제○조에 따라 영업정지를 명하여야 하는 경우로서 영업정지가 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업정지처분을 갈음하여 ○○원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

212) 위반행위를 한 사업자에 대해 “등록을 취소하거나 사업의 정지를 명하거나 과징금을 부과할 수 있다”와 같이 규정하여 하나의 조문(또는 항)에서 취소처분, 영업정지처분과 과징금 부과처분을 함께 규정하고 있는 입법례가 있다(「해운법」 제19조 등). 그러나 이렇게 규정하게 되면 마치 취소처분을 해야 할 경우에도 취소처분 대신에 과징금 부과처분을 할 수 있는 것처럼 오해될 수 있다.

2) 과징금의 부과 기준

과징금 부과처분이 영업정지처분을 대신하는 것이라는 취지를 살려 과징금부과사유를 영업정지사유와 연계한다.

영업정지기간은 위반 횟수에 따라 가중되는 데 반해, 과징금이 위반 횟수에 관계없이 일정한 금액인 경우에는 영업정지를 대체한다는 의미가 없어지고, 같은 행정법규 위반을 이유로 영업정지처분을 받은 자와 과징금 부과처분을 받은 자 사이에 형평성 문제가 발생할 수 있다. 영업정지 대체 과징금은 영업정지처분을 갈음하는 것이므로 영업정지처분이 위반 횟수에 따라 가중되면 과징금의 부과금액도 가중하여 균형을 이루는 것이 바람직하다.

영업정지를 과징금으로 전환할지는 공익성 침해 여부 등을 고려하여 인허가권자가 결정할 재량 사항이고, 영업정지 대신 과징금으로 갈음하려는 경우 허가권자가 적용할 과징금 금액의 부과기준은 위반행위의 종류 및 정도 등을 고려하여 대통령령에 정하도록 한 것으로 일부 위반행위에 대해서만 과징금 부과가 가능하도록 한정하는 것은 법률이 위임한 취지를 벗어나므로 위의 입법 모델에 따른 법률 규정에 근거하여 대통령령으로 과징금 부과사유를 정할 때에는 정지처분사유와 과징금 부과사유를 일치시키도록 한다.²¹³⁾

영업정지사유의 일부만을 과징금 부과사유로 하려면 법률 단계에서 과징금 부과 제외 사유를 확정할 수 있는 경우에는 그 사유를 명시하고, 과징금 부과 사유 또는 부과 제외사유를 법률에서 확정할 수 없고 하위법령에서 영업정지 사유가 구체적으로 정해진 후에야 확정할 수 있는 경우에는 단서를 두어 그 하위법령에서 정할 수 있도록 위임규정을 둔다.

[입법례] 법률에서 과징금 부과 제외사유를 규정한 사례

환경오염시설의 통합관리에 관한 법률

제23조(과징금) ① 환경부장관은 제14조제2항, 제20조제4항, 제21조제3항 후단 또는 제22조제1항 및 제2항에 따라 조업정지 또는 사용중지(제14조제2항에 따라 제2조제1호사목에 따른 잔류성 유기오염물질의 허가배출기준을 계속 초과하여 사용중지처분을 받은 경우에 한정한다)를 명하여야 하는 경우로서 조업정지 또는 사용중지가 주민의 생활, 대외적인 신용 및 고용·물가 등 국민경제, 그 밖에 공익에 현저한 지장을 줄 우려가 있는 경우에는 그 조업정지 또는 사용중지

213) 업무정지를 명할 수 있는 경우로서, 시행령에서 과징금 부과기준을 정하지 않은 경우에도 법률에 따라 업무정지를 갈음하여 과징금을 부과할 수 있다(법제처 2015. 3. 18. 15-0074 해석례).

처분을 갈음하여 3억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 없다.

1. 제14조제2항에 따라 조업정지를 받은 경우(제2조제1호가목에 따른 대기오염물질 또는 같은 호 마목에 따른 수질오염물질의 허가배출기준을 초과한 경우만 해당한다)
2. 제21조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 30일 이상의 조업정지처분 대상이 되는 경우

② ~ ④ (생략)

[입법례] 과징금 부과 제외사유를 하위법령에 위임한 사례

금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률

제14조(과징금) ① 환경부장관 또는 광역시장·특별자치시장·시장·군수는 제12조제8항에 따라 조업정지를 명하려는 경우로서 그 조업을 정지하면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 되는 경우에는 조업정지를 갈음하여 3억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 환경부령으로 정하는 경우에는 조업정지를 갈음하여 과징금을 부과할 수 없다.

1. 해당 지역주민의 생활에 지장을 가져올 우려가 크다고 환경부장관이 인정하는 경우
2. 고용·물가 등 국민경제에 미치는 영향이 매우 크다고 환경부장관이 인정하는 경우
3. 그 밖에 공익을 위하여 환경부장관이 필요하다고 인정하는 경우

② ~ ⑥ (생략)

현행 법령에서는 영업정지처분 부과기준을 주로 총리령이나 부령에서 정하고 있고, 과징금의 부과기준은 주로 대통령령에서 정하고 있다. 과징금처분이 영업정지처분을 대신하는 처분이라는 점을 고려하면 영업정지처분과 과징금 부과처분의 세부 기준은 동일한 법형식으로 규정하는 것이 바람직하다고 하겠으나, 과징금 부과처분은 금전적인 부담을 가하는 것으로서 유사한 위반행위에 대한 다른 과징금과 균형을 맞출 필요가 있다는 점에서 과징금의 부과기준은 소관 부처가 단독으로 정하는 부령으로 정하지 않고 국무회의를 거쳐 대통령령으로 정하도록 한 것으로 이해된다.²¹⁴⁾

214) 그러나 제재를 받는 사업자의 입장에서 볼 때 과징금보다 영업정지가 훨씬 강력한 제재효과를 나타낸다는 점, 과징금이 영업정지 처분보다 완화 또는 경감된 제재처분으로 인식되는 점과 영업정지처분 상호 간에도 균형을 유지하는 것이 필요하다는 점을 고려할 때 과징금과 영업정지의 처분기준을 같은 법령 형식으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

영업정지처분 부과기준은 총리령이나 부령에 규정되어 있고, 이를 대체하는 과징금 부과 기준은 대통령령에 규정되어 있는 경우에는 상호 간의 부과기준이 일치되지 않는 문제가 발생할 수 있으므로, 영업정지나 과징금의 부과기준을 개정하는 경우에는 이와 연관된 부과기준이 적절하게 연계되어 개정되는지를 확인해 보아야 한다.

한편 과징금의 가중·감경에 관한 규정을 두려는 경우에는 가중·감경을 함께 규정하며, 여러 건의 위반행위가 있어도 과징금액은 법률이 정한 금액을 초과할 수 없도록 규정한다.²¹⁵⁾

[입법례] 가중하는 경우 과징금 금액의 상한을 초과할 수 없다고 규정한 사례

신문 등의 진흥에 관한 법률 시행령

제21조(과징금 부과기준 등) ① 법 제27조에 따른 위반행위의 종류와 위반 정도에 따른 과징금의 금액은 별표 1과 같다.

② 시·도지사는 제1항에 따라 과징금을 부과하는 경우 위반행위의 정도, 위반횟수, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 제1항에 따른 과징금 금액의 2분의 1의 범위에서 줄이거나 늘릴 수 있다. 다만, 늘리는 경우에는 법 제27조제1항에 따른 과징금 금액의 상한을 초과할 수 없다.

③ ~ ⑥ (생략)

3) 영업정지기간과 매출금액 등을 반영한 과징금 부과기준 규정

현행법의 과징금 부과기준을 보면 영업정지기간과 과징금 금액 사이에 연관성이 없어 영업정지를 대체한다는 의미를 살리지 못하거나 사업규모나 업체별 매출금액의 차이를 고려하지 않거나 과징금 액수 자체가 너무 적은 금액이어서 과징금 부과 제재 효과가 없어지고 형평성에도 문제가 있는 경우가 종종 있다.

대통령령에서 과징금의 부과기준을 정할 때에는 영업정지기간, 매출금액, 제재의 실효성 등을 고려해야 한다.

215) 현행법상 가중·감경규정을 두면서 가중하는 경우의 과징금액의 상한에 관한 규정을 두지 않은 입법례(「해운법 시행령」 제24조제2항)도 있다.

입법 모델

【법률】

제○조(과징금처분) ① (생략)

② 제1항에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 위반 정도 등에 따른 과징금의 금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【대통령령】

제○조(과징금 부과기준) ① 법 제○조에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 위반 정도 등에 따른 과징금의 금액은 별표와 같다.

② 부과권자는 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 제1항에 따른 과징금 금액의 ○분의 1의 범위에서 그 금액을 늘리거나 줄일 수 있다. 이 경우 그 금액을 늘리는 경우에도 과징금의 총액은 법 제○조에 따른 금액을 초과할 수 없다.

[별표]

과징금의 부과기준(제○조 관련)

1. 일반기준

- 가. 영업정지 1개월은 30일을 기준으로 한다.
- 나. 위반행위의 유형에 따른 과징금의 금액은 영업정지(사용정지, 업무정지)기간에 다목에 의하여 산정한 1일당 과징금의 금액을 곱하여 얻은 금액으로 한다.
- 다. 나목의 영업정지(사용정지, 업무정지)기간은 법 제○조(또는 별표 ○)에 따라 산정된 기간(그 기간을 늘리거나 줄인 경우에는 그에 따라 늘어나거나 줄어든 기간을 말한다)을 말한다.
- 라. 1일당 과징금의 금액은 위반행위를 한 사업자의 연간 매출액을 기준으로 제2호의 표에 따라 산출한다.
- 마. 연간 매출액은 해당 업체에 대한 처분일이 속한 연도의 전연도의 1년간 총매출금액을 기준으로 한다. 다만, 휴업 등에 따라 1년간의 총매출금액을 산출할 수 없거나 1년간의 총매출금액을 기준으로 하는 것이 불합리하다고 인정되는 경우에는 분기별·월별 또는 일별 매출금액을 기준으로 산출 또는 조정한다.
- 바. 나목에도 불구하고 과징금 산정금액이 ○천만원을 초과하는 경우 ○천만원(법률상 상한금액)으로 한다.

2. 과징금의 산정방법

등 급	연간매출액(단위: 원)	1일 과징금 금액 (단위: 원)
1	○○ 이하	○○원
2	○○ 초과 ~ ○○ 이하	○○원
·	·	·
·	·	·
·	○○ 초과	○○원

4) 과징금의 부과

과징금 부과에 관한 구체적인 사항은 하위법령에 규정한다.²¹⁶⁾

과징금 부과처분은 영업정지처분을 대신하는 것이므로 영업정지처분에 관하여 청문규정이 없으면 과징금 부과처분에 관하여는 청문규정을 두지 않는다.

과징금 부과 횟수를 제한하는 규정은 두지 않는다. 영업정지 대체 과징금은 영업정지를 반복하는 것과 연계시켜 운영할 수밖에 없고 이행강제금 등과 비교하여 일반적 해석으로 해결할 수밖에 없기 때문이다.

입법 모델

【대통령령】

제○조(과징금의 부과 및 납부) ① 부과권자가 법 제○조에 따라 과징금을 부과하려는 때에는 그 위반행위의 종류와 해당 과징금의 금액을 명시하여 이를 납부할 것을 서면으로 통지하여야 한다.

② 제1항에 따라 통지를 받은 자는 통지를 받은 날부터 20일 이내에 과징금을 부과권자가 정하는 수납기관에 납부하여야 한다.

③ 제2항에 따라 과징금의 납부를 받은 수납기관은 그 납부자에게 영수증을 발급하여야 한다.

④ 과징금의 수납기관이 제2항에 따라 과징금을 수납한 때에는 지체 없이 그 사실을 부과권자에게 통보하여야 한다.

【부령】

제○조(과징금의 납부통지 등) 영 제○조제1항 및 제3항에 따른 과징금의 납부통지 및 영수증은 각각 별지 제○호서식 및 별지 제○호서식에 따른다.

216) 국가가 부과하는 과징금은 「국고금 관리법」, 같은 법 시행령 및 같은 법 시행규칙에서 부과와 납부에 관한 사항을 규정하고 있으므로 이에 대한 특례를 정하려 할 때에만 별도로 규정하도록 한다. 예컨대, 「국고금 관리법 시행령」 제13조제1항에서 납부기한을 15일로 규정하고 있으므로 일반적인 입법례에 따라 과징금의 납부기한을 20일로 하려는 경우에 개별 법령에 이에 관한 규정을 두어야 한다. 물론 개별 법령의 필요에 따라 납부기한을 15일, 30일, 60일 등으로도 정할 수 있을 것이나, 납부기한을 「국고금 관리법 시행령」에서 정한 15일보다 짧게 정하는 것은 바람직하지 않다.

5) 납부기한의 연기와 과징금의 분할 납부

종전에는 과징금 납부에 대해 연기나 분할 납부를 인정하려는 경우에는 법령에 명시하도록 하였으나 「행정기본법」 제정으로 과징금의 납부기한 연기 및 분할 납부 규정에 대한 일반 규정이 도입되었으므로 납부기한 연기나 분할 납부를 인정하지 않거나 인정하더라도 그 사유를 달리 정하려는 경우²¹⁷⁾를 제외하고는 원칙적으로 개별 법령에 근거 규정을 둘 필요는 없다.

「행정기본법」에 따르면 과징금은 한꺼번에 납부하는 것이 원칙이다(「행정기본법」 제29조 각 호 외의 부분 본문). 그러나 재해 등으로 재산에 현저한 손실을 입은 경우, 사업 여건의 악화로 사업이 중대한 위기에 처한 경우, 과징금을 한꺼번에 내면 자금 사정에 현저한 어려움이 예상되는 경우, 앞의 사항에 준하는 경우로서 과징금 납부기한의 연기나 과징금의 분할 납부가 필요하다고 행정청이 인정하는 사유가 있는 경우에는 그 납부기한을 연기하거나 분할 납부하게 할 수 있고, 이 경우 필요하다고 인정하면 담보를 제공하게 할 수 있다(「행정기본법」 제29조 각 호 외의 부분 단서).

따라서 개별 법령에 과징금 납부기한 연기와 분할 납부에 관하여 특별한 사정이 없으면 「행정기본법」과 중복되는 내용을 규정할 필요는 없다. 다만, 「행정기본법」에 따라 과징금의 납부기한을 연기하거나 분할 납부하는 경우에 개별 법령에 그 연기 기한이나 분할납부 기간의 간격, 분할납부할 수 있는 최대 횟수 등의 기준이 미비한 경우, 이에 대한 기준이 필요하다면 이를 규정할 필요가 있다.

6) 과징금의 징수

과징금의 징수에 관하여 「국고금 관리법」과 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따르는 것으로 충분하면 개별 법령에 별도의 규정을 두지 않고²¹⁸⁾, 독촉절차에 관한 규정도 「국고금 관리법 시행규칙」 제32조, 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」 제8조와 달리 정하려는 때에만 별도 규정을 두도록 한다.

217) 예: 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」 제43조제3항

218) 이 경우 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따르도록 하려면 개별 법령에 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다고 규정해야 한다(「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」 제3조).

또한, 징수절차에 관하여 「국고금 관리법 시행규칙」을 준용하는 규정과 납입고지서에 이의 제기 방법과 이의 제기 기간 등을 함께 기재하도록 하는 규정도 두지 않도록 한다. 과징금 징수 업무를 위탁하는 규정도 두지 않는 것을 원칙으로 한다.

7) 과징금 미납과 가산금

과징금 부과처분의 실효성과 납부기간 내에 납부한 사람과의 형평성 확보를 위해 과징금에 대해 가산금에 관한 규정을 둘 수 있다.²¹⁹⁾

과징금 미납 시에 과징금 부과처분을 취소하고 영업정지처분을 해야 한다는 규정은 두지 않도록 한다. 과징금을 부과하는 이유가 분명히 존재하기 때문에 영업정지 대체 과징금을 부과한 것이므로 과징금 징수에 어려움이 있다고 하여 다시 영업정지처분으로 되돌아간다는 것은 모순이기 때문이다. 과징금 미납에 대해서는 체납처분 등 일반적 강제징수에 의하도록 할 수밖에 없다.

8) 과징금의 귀속과 강제징수

과징금을 일반회계에 귀속시키지 않고 특별회계 또는 기금에 귀속시키는 경우 법률에 다음과 같은 규정을 두도록 한다.

입법 모델

③ 제○항에 따라 부과·징수한 과징금은 ○○특별회계(또는 ○○기금)에 귀속된다.

강제징수 규정은 법률에 두되, 징수 주체가 국가기관인 경우에는 “국세강제징수의 예에 따라 징수한다”로 하고, 지방자치단체의 장인 경우에는 원칙적으로 “「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다”로 하되, 같은 법에 따른 강력한 수단(과세자료의 이용, 대금지급정지, 관허사업제한, 명단공표 등)이 없어도 되는 경우에는 해당 규정의 적용을 배제하거나 “지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다”로 한다.

219) 종전의 법령 입안·심사 기준에서는 과징금 부과처분이 영업정지처분을 대신하는 것이라는 점을 고려하여 과징금에 대해 가산금 규정을 두지 않도록 하고 있었으나, 모든 금전채무에 대해서는 납부기한을 지키지 않으면 지연이자에 상당하는 연체금을 징수하는 것이 원칙이라는 점과 과징금을 체납하는 경우 영업을 계속하면서 체납에 대한 이익까지 얻는데 대한 적절한 통제 수단이 없다는 점을 고려한다면 원칙적으로 가산금에 관한 규정을 둘 수 있다고 판단된다.

[입법례]

도시가스사업법

제10조(과징금) ① 산업통상자원부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조에 따른 사업의 정지명령이나 제한명령을 갈음하여 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

1. 가스도매사업자, 일반도시가스사업자, 나프타부생가스·바이오가스제조사업자 또는 합성천연가스제조사업자가 제9조제1항제2호, 제3호, 제5호부터 제8호까지, 제8호의2, 제8호의3, 제9호, 제9호의2 또는 제10호부터 제16호까지의 어느 하나에 해당하는 경우
2. 도시가스충전사업자가 제9조제1항제2호·제3호·제8호의2·제8호의3·제9호·제9호의2 또는 제10호부터 제12호까지의 어느 하나에 해당하는 경우

② (생략)

③ 산업통상자원부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 과징금을 내야 할 자가 그 납부기한까지 과징금을 내지 아니하면 국제 체납처분의 예 또는 「지방행정체제·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

9) 과징금의 용도

과징금 부과처분에 따라 징수한 과징금의 용도를 제한하는 규정은 원칙적으로 두지 않도록 한다. 부득이 과징금의 용도를 제한하려는 경우에는 그 용도를 법률에 규정하고, 과징금의 무계획적인 사용을 막기 위한 방안으로 운용계획을 수립·시행하도록 하는 규정을 둘 것인 지도 검토하도록 한다.

[입법례] 과징금의 사용 용도를 제한하고 있는 사례

철도사업법

제17조(과징금처분) ① ~ ③ (생략)

④ 제1항에 따라 징수한 과징금은 다음 각 호 외의 용도로는 사용할 수 없다.

1. 철도사업 종사자의 양성·교육훈련이나 그 밖의 자질향상을 위한 시설 및 철도사업 종사자에 대한 지도업무의 수행을 위한 시설의 건설·운영
2. 철도사업의 경영개선이나 그 밖에 철도사업의 발전을 위하여 필요한 사업
3. 제1호 및 제2호의 목적을 위한 보조 또는 용자
- ⑤ 국토교통부장관은 과징금으로 징수한 금액의 운용계획을 수립하여 시행하여야 한다.
- ⑥ 제4항과 제5항에 따른 과징금 사용의 절차, 운용계획의 수립·시행에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다.

12. 부담금

가. 의의

종전에 부담금은 국가 또는 공공단체가 “특정한 공익사업”에 충당하기 위해 사업에 드는 경비의 전부 또는 일부를 그 공익사업과 특별한 관계에 있는 자에게 부담시키는 공법상의 금전납부의무로 이해되어 왔다. 그러나 최근에는 특정한 사업보다 더 넓은 의미의 공익사업을 위해 공용부담이 행해지고 그 부담이 특정한 개인이나 특정한 재산권에 한정된다고 보기 어려운 경우도 많아졌기 때문에 부담금의 개념도 확대되고 있다.

이러한 금전납부의무는 국민에게 준조세로 인식되어 행정편의적 징수금이라는 오해를 받았으며 실제 그 부과·징수의 법적 근거에 조세법률주의와 같은 엄격성이 요구되지 않고 그 용도도 특별회계나 기금에 편입되어 예산의 일반원칙이 지켜지지 못했다. 또한, 부과·징수상의 투명성과 공정성에서도 문제를 일으키는 경우가 많았다.

이에 따라, 부담금에 관한 기본법인 「부담금관리 기본법」을 제정(2001. 12. 31. 공포, 2002. 1. 1. 시행)하여 이 법에 부담금의 설치·관리 및 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 개별 법률에 근거하여 설치·운영되던 각종 부담금의 신설을 억제하고, 그 관리·운영의 공정성과 투명성을 높이도록 했다.²²⁰⁾

나. 유사 금전납부의무와의 구분

1) 부담금과 조세(목적세)

부담금은 특정한 공익사업에 드는 경비의 충당을 목적으로 한다. 반면에 조세는 국가 또는 지방자치단체의 일반재정수입을 목적으로 한다. 조세 중 목적세는 특정 사업의 경비에

220) 「부담금관리 기본법」 제2조에서는 부담금을 “중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률에서 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무(특정한 의무이행을 담보하기 위한 예치금 또는 보증금의 성격을 가진 것은 제외한다)”로 정의하고 있다.

충당하기 위한 것이라는 점에서 부담금과 그 성질이 유사하나, 일반개인의 담세능력을 표준으로 부과된다는 점에서 특정 사업과의 특별이해관계에 따라 부과되는 부담금과 구분된다.

2) 부담금과 사용료·수수료

사용료·수수료는 개개의 공물(公物)이나 인적 역무(役務)의 이용에 대한 반대급부로서 그 시설이나 역무의 이용자에 대해 부과되는 반면, 부담금은 사업 자체의 경영에 드는 경비의 부담이고, 그 사업에 특별이해관계가 있는 자에게 부과된다는 차이가 있다.

3) 부담금과 사회보험료

사회보험료는 피보험자의 사회적 사고에 따른 소득상실에 대해 보험원리에 따라 그 소득을 보장하기 위해 부과되는 금전납부의무이므로 특정의 공익사업과 특별한 관계가 있는 자에 대해 부과되는 부담금과는 원칙적으로 그 법적 성질을 달리한다.

4) 부담금과 과태료

과태료는 법령에 따라 부과된 의무를 위반한 자에게 부과되는 금전벌이므로 특정의 공익사업과 특별한 관계가 있는 자에게 부과되는 부담금과 구별된다.

5) 용어의 정비

현행법상 그 법적 성질이 부담금이 아닌데도 ‘부담금’이라는 용어를 사용한 예²²¹⁾가 있는가 하면, 법적 성격이 부담금인데도 ‘부담금’이란 용어를 사용하지 않은 예²²²⁾가 많아 혼란을 초래하고 있다. 부담금을 신설하거나 개정하는 경우에는 이런 점에 유의하여 그 성격에 따라 법령상 용어를 통일하여 사용하도록 한다.

221) 「지방재정법」 제21조에서는 지방자치단체나 그 기관이 법령에 따라 처리해야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 간에 이해관계가 있는 경우에는 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니 되는 경비를 ‘부담금’으로 표현하고 있다.

222) 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제18조 및 제37조에 따른 석유 및 석유대체연료의 수입·판매 부과금, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제25조의2에 따른 영화상영권 입장권 부과금 등

다. 부담금의 유형

1) 인적 공용부담으로서의 부담금

도로건설 등 특정한 공익사업을 위해 토지, 그 밖의 물건이나 노력이 필요한 경우에 매매 등의 사법(私法)상의 수단에 의하여 이를 충당하는 것이 원칙이지만 경우에 따라서 공익상의 필요에 의하여 본인의 의사(意思)와 관계없이 강제로 경제적인 부담을 주어야 하는 경우가 있다.²²³⁾ 이러한 공용부담 제도는 공익상 수요 충족의 관점과 공익과 사익의 조화를 통한 부담의 합리적 조정이라는 관점에서 인정된다. 인적 공용부담에는 수익자부담금, 원인자 부담금, 손괴자부담금²²⁴⁾ 등이 있다.

가) 수익자부담금

수익자부담금은 해당 공익사업으로부터 특별한 이익을 받는 자에 대해 그 수익(受益)의 한도에서 사업경비의 전부 또는 일부를 부담하게 하는 것을 말한다. 수익자부담금은 공익 사업의 실시에 따라 예외적·우발적 이익이 생기는 경우에 이와 같은 이익을 공공에 환원하는 기능을 하고 있다. 이 경우 부담금 납부의무자는 “이익을 받는 자”가 되고, 부담금은 “부담금 납부의무자가 받는 수익의 범위에서” 부과하도록 한다.

[입법례]

댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률

제23조(수익자부담금 등) ① 환경부장관은 제12조제1항에 따른 댐건설 완료의 고시 당시 해당 다목적댐이 건설될 하천의 유수(流水)를 이용하여 발전사업(「전기사업법」 제2조제3호에 따른 발전사업을 말한다)을 하려는 자에게 해당 다목적댐의 건설로 인하여 증가되는 각 발전사업자의 예상 수익(댐건설 완료 후 댐건설기간에 상응하는 기간 동안의 예상 증가수익을 말한다. 이하 이 조 및 제23조의2에서 같다)의 범위에서 납부기한을 정하여 해당 다목적댐의 건설에 필요한 비용의 일부를 수익자부담금으로 결정·부과할 수 있다.

223) 어떤 사무나 사업의 경우에 그 처리 결과 특징인이 이익을 얻거나 특징인이 야기한 문제를 해결하기 위한 경우라면 일반 국민에게 사용할 조세 등의 재원을 투입하는 것이 정의의 관념에 반할 수 있다.

224) 종전에는 「농어촌도로 정비법」, 「수도법」, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 등에 손괴자부담금 규정을 두고 있었으나, 부담금 부과실적이 없고, 원인자부담금과의 차이가 없다는 이유로 현재는 대부분 폐지되었다.

- ② 환경부장관은 제1항에 따라 수익자부담금을 납부하여야 하는 자가 납부기한을 지키지 아니하였을 때에는 그 납부기한이 지난 날부터 체납된 수익자부담금의 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다.
- ③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 수익자부담금 또는 가산금의 산출방법과 징수방법 등에 관하여는 대통령령으로 정한다.

나) 원인자부담금

원인자부담금은 특정한 공사의 시행이 필요하게 한 원인을 제공한 자에게 그 공사비용의 전부 또는 일부를 부담시키는 부담금을 말한다. 이 경우 부담금 납부의무자는 “그 공사의 원인을 제공한 자”가 되고, 부담금은 “원인자의 행위로 인하여 필요한 공사에 드는 비용의 범위에서” 부과하도록 한다.

[입법례]

수도법

- 제71조(원인자부담금) ① 수도사업자는 수도공사를 하는 데에 비용 발생의 원인을 제공한 자 (주택단지·산업시설 등 수도물을 많이 쓰는 시설을 설치하여 수도시설의 신설이나 증설 등의 원인을 제공한 자를 포함한다) 또는 수도시설을 손괴하는 사업이나 행위를 한 자에게 그 수도공사·수도시설의 유지나 손괴 예방을 위하여 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 부담금의 산정 기준과 징수방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
 - ③ 제1항에 따른 부담금은 수도의 신설, 증설, 이설, 개축 및 개수 등 공사에 드는 비용으로만 사용할 수 있다.

2) 의무이행 확보수단으로서의 부담금(유도적 부담금)

국가의 직접적인 통제나 금지와 같은 전통적인 행정강제 수단만으로는 의무이행을 강제하기 어려운 경우가 많아짐에 따라 새로운 의무이행 확보수단으로서 부담금 제도를 도입하는 경우가 늘어나고 있다. 부담금을 부과하여 간접적으로 국가목적을 유도하고 조정하려는 의무이행 확보수단으로서의 부담금을 유도적 부담금이라고도 한다.

「수도권정비계획법」에 따른 과밀부담금, 「장애인고용촉진 및 직업재활법」에 따른 장애인 고용부담금 등이 여기에 해당한다.

행정상 의무이행을 확보할 다양한 수단을 마련하는 것은 현대 행정의 과제이기는 하지만 유도적 부담금의 무분별한 도입은 자칫 행정편의로 흘러 국민의 재산권을 침해하고 권리 구제에 만전을 기하지 못하고 사실상 제재에 해당하는 것을 집행하면서 엄격한 절차적 통제를 받지 못하게 하는 문제가 발생할 수 있으므로 신중한 운영이 필요하다.

또한, 유도적 부담금을 확대함으로써 금전만 납부하면 행정상 의무가 면제된다는 의식을 조장할 우려도 있는데 이 점에서도 유도적 부담금의 도입에는 신중해야 한다.

라. 부담금 제도 도입의 원칙

부담금은 국민이 지니는 일반적인 재정책임인 납세의무 외에 특별히 공익사업과 관련이 있는 자에 대해 특별한 재정책임으로서의 공용부담을 주는 것이므로 이에 대해서는 그 도입이나 시행이 정당한 것인지를 엄격히 검토할 필요가 있다.

이 점과 관련하여 헌법재판소는 조세 외의 공과금인 부담금을 징수하려는 경우에는 엄격한 요건하에서만 허용된다고 보면서, 부담금이 정당화될 수 있는 요건을 다음과 같이 제시하고 있다.²²⁵⁾

- (집단의 동질성) 부담금 납부의무자들이 일반인과 구별되고 동질성을 지니는 특정 집단일 것
- (객관적 근접성) 부담금의 부과를 통해 수행하려는 특정한 경제적·사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있을 것
- (집단적 책임성) 그러한 과제의 수행에 관하여 조세 외적 부담을 질 만한 집단적인 책임성이 인정되는 집단에 대해서만 부과될 것
- (집단적 효용성) 부담금의 수입이 부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위해 사용될 것

또한, 부담금은 국민의 재산권을 제한하는 성격을 가지고 있으므로 부담금을 부과할 때에도 평등원칙이나 비례원칙과 같은 재산권 제한 입법의 한계를 반드시 준수해야 한다.

225) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 98헌가1 결정, 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바84 결정 등 참조. 「부담금관리 기본법」 제정 이후의 것으로서 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2007헌마860 결정 등 참조

마. 부담금의 규정 방식

1) 부과 요건의 법정화

부담금 부과 요건의 근거가 되는 개별 법률에는 부담금의 부과·징수 주체, 설치 목적, 부과 요건, 산정기준, 산정방법, 부과요율 등이 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. 다만, 이들 부과 요건의 세부적인 내용은 해당 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령, 총리령·부령이나 조례·규칙으로 정할 수 있다(「부담금관리 기본법」 제4조).

[입법례]

고압가스 안전관리법

제34조의2(안전관리부담금) ① 산업통상자원부장관은 가스의 안전관리와 유통구조의 개선을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로부터 안전관리부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 부과·징수할 수 있다.

1. 「석유 및 석유대체연료 사업법」에 따른 석유정제업자나 석유정제업자 외의 자로서 액화석유가스를 제조하여 판매(수출에 따른 판매는 제외한다)하는 자
2. 「석유 및 석유대체연료 사업법, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」에 따른 액화석유가스나 「석유 및 석유대체연료 사업법, 「도시가스사업법」에 따른 액화천연가스를 수입하는 자

② 제1항에 따른 부담금의 징수금액은 다음 각 호의 어느 하나의 금액의 범위에서 산업통상자원부장관이 기획재정부장관과 협의하여 고시하는 금액으로 한다.

1. 액화석유가스: 1킬로그램당 5원
2. 액화천연가스: 1세제곱미터당 4.4원

③ 제1항에 따른 부담금의 징수대상, 징수방법, 납부기한, 그 밖에 부담금의 부과·징수 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 산업통상자원부장관은 제1항에 따른 부담금의 징수대상자가 납부기한까지 부담금을 내지 아니하면 그 납부기한의 다음 날부터 납부일의 전날까지의 기간에 대하여 대통령령으로 정하는 가산금을 징수한다.

⑤·⑥ (생략)

「부담금관리 기본법」 제3조에서는 「부담금관리 기본법」 별표에 규정된 법률에 따르지 않고는 부담금을 설치할 수 없도록 하고 있으므로 부담금 규정을 신설하는 경우 개별 법률에

부담금 근거 규정을 두더라도 해당 규정 외에 별도로 「부담금관리 기본법」 별표에 부담금 설치 근거 법률을 명시하는 것이 필요하다.²²⁶⁾ 이 경우 「부담금관리 기본법」을 부칙으로 개정하는 방법도 가능하다.

부담금관리 기본법

[별표]

이 법에 따라 설치하는 부담금(제3조 관련)

1. · 2. (생략)
3. 「고압가스 안전관리법」 제34조의2에 따른 안전관리부담금
4. ~ 95. (생략)

2) 이중부과의 금지

「부담금관리 기본법」 제5조에서는 특별한 사유가 없으면 동일한 부과 대상에 대해 이중의 부담금이 부과되어서는 안 된다는 점을 명시하고 있으며, 같은 법 제6조제3항제4호에서도 부담금을 신설할 때에 그 심사기준으로서 기존의 부담금과 중복되지 않을 것을 규정하고 있다. 동일한 사유로 두 가지 이상의 부담금을 중복하여 부과하는 것은 동일한 과세기간에 동일한 과세 대상에 대해 반복하여 과세하는 것을 금지하는 이중과세 금지의 원칙과 같은 취지에서 허용되지 않으므로 부담금을 신설하는 경우 중복되는 부담금이 없는지를 반드시 확인해야 한다.

3) 부담금 존속기한의 설정

부담금을 신설하거나 부과 대상을 확대하는 경우 그 부담금의 존속기한을 법령에 명시해야 한다. 다만, 그 부담금을 계속 존속시켜야 할 명백한 사유가 있는 경우에는 예외가 인정된다. 부담금의 존속기한은 부담금의 목적을 달성하기 위해 필요한 최소한의 기간으로 설정해야 하며, 그 기간은 10년을 초과할 수 없다(「부담금관리 기본법」 제5조의2).

226) 「부담금관리 기본법」 별표에 근거 규정이 없더라도 개별법(「도시가스사업법」 제19조의2)에 근거가 있는 경우 해당 부담금의 부과가 무효가 아니라는 판결이 있기는 하나(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다25927 판결), 입법론상 이러한 입법방식은 바람직하지 않다.

4) 부과절차

부담금의 부과절차에 관해서 대부분의 경우 법률에서 구체적으로 명시하지 않고 이를 대통령령이나 부령으로 규정하거나 조례에 위임하고 있으며(「부담금관리 기본법」 제4조 단서), 부과절차에 관하여 명시적인 규정을 두지 않은 경우도 있다.

조세의 경우에는 조세법률주의에 의하여 과세 요건 외에도 조세의 부과·징수절차도 법률로 정하도록 하고 있다. 왜냐하면 조세의 부과와 징수에 행정관청의 자의성이 개입되면 납세의무자의 권리를 침해할 우려가 있기 때문이다.

부담금의 경우에도 부과절차는 행정청의 편의에 따라 절차를 정하는 것을 방지하고 부담금 납부의무자에게 어느 정도의 예측 가능성을 보장한다는 면에서 법률에서 가능하면 상세하게 규정하도록 한다.

일반적으로 부담금을 부과하는 통지는 서면으로 하고, 그 통지 사항으로 부담금의 종류, 금액, 납부 장소, 납부기한 등을 통지하도록 하고 있다. 부담금의 납기에 관해서도 대부분의 경우 “...납부기한을 명시하여 통지하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 납부기한도 가능하면 법률에 명시하도록 한다.

[입법례] 납부기한을 법률에 규정한 사례

수도권정비계획법

제15조(부담금의 부과·징수 및 납부 기한 등) ① 부담금은 부과 대상 건축물이 속한 지역을 관할하는 시·도지사가 부과·징수하되, 건축물의 건축 허가일, 건축 신고일 또는 용도변경 일을 기준으로 산정하여 부과한다.

② 부담금의 납부 기한은 건축물의 사용승인일(임시 사용승인을 받은 경우에는 임시 사용승인 일을 말한다)로 하되, 사용승인이 필요 없는 경우에는 부과일부터 6개월로 한다.

③ ~ ⑥ (생략)

5) 강제징수 절차와 가산금

부담금도 조세와 마찬가지로 공법상의 금전지급의무이므로 부담금 납부의무자가 스스로 그 의무를 이행하지 않으면 징수 주체가 국가기관인 경우에는 “국세강제징수의 예에 따라

징수한다”로 하고, 지방자치단체의 장인 경우에는 원칙적으로 “「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다”로 하되, 같은 법에 따른 강력한 수단(과세자료의 이용, 대금지급정지, 관허사업제한, 명단공표 등)이 없어도 되는 경우에는 해당 규정의 적용을 배제하거나 “지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다”로 한다.

「부담금관리 기본법」 제5조의3에서는 부담금 납부의무자가 납부기한을 지키지 않는 경우에는 해당 법령에서 정하는 바에 따라 가산금 등을 부과·징수할 수 있도록 하면서 가산금의 상한을 규정하고 있다. 따라서 가산금 등을 부과하는 경우에는 「부담금관리 기본법」에 따른 상한 범위에서 해당 부담금의 부과목적의 정책적 중요도와 납부의무 위반 사유 등을 종합적으로 고려하여 적절한 수준이 되도록 노력해야 한다.

[입법례]

대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법

제11조의4(부담금의 부과·징수 및 납부기한 등) ① ~ ④ (생략)

- ⑤ 시·도지사는 납부의무자가 부담금을 제2항에 따른 기한까지 내지 아니하면 부담금액의 100분의 3에 해당하는 가산금을 징수할 수 있다.
- ⑥ 시·도지사는 부담금을 부과·징수한 후 부담금이 과소 또는 과다 부과·징수된 사실을 발견한 경우에는 이를 조사하여 그 차액을 추징하거나 환급하여야 한다.
- ⑦ 시·도지사는 납부의무자가 독촉장을 받고 지정된 기한까지 부담금 또는 가산금을 내지 아니하면 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수할 수 있다.
- ⑧ (생략)

6) 구제수단

부담금 납부의무자가 위법하거나 부당한 부담금의 부과·징수로 인하여 권리 또는 이익을 침해받았을 경우에 이의신청을 할 수 있도록 하는 등 적절한 권리구제 절차를 해당 법령에서 명확하게 규정해야 한다(「부담금관리 기본법」 제5조의4).

[입법례]

대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법

제11조의5(이의신청) ① 제11조의4에 따라 부담금을 부과받은 자가 부과받은 사항에 대하여 이의가 있으면 부과받은 날부터 90일 이내에 시·도지사에게 그 사유를 소명할 수 있는 자료를 첨부하여 이의를 신청할 수 있다.

② 시·도지사는 제1항에 따른 이의신청을 받으면 신청을 받은 날부터 15일 이내에 심의하여 그 결과를 신청인에게 서면으로 통보하여야 한다.

7) 부담금의 귀속 및 용도

부담금은 특정한 사업에 드는 경비를 충당하기 위해 징수하는 것이므로 그 용도도 이에 국한되어야 한다. 현행법상 부담금을 규정하고 있는 대부분의 법률에서 부담금의 용도를 부담금 대상 사업의 경비충당에 국한하도록 규정하고 있다.

부담금의 귀속 및 용도에 관한 규정의 유형으로는 부담금을 기금에 의하여 관리하도록 규정한 입법례와 특별회계로 편성하여 관리하도록 규정한 입법례가 있다.

[입법례] 부담금을 기금에 납입해 관리하도록 규정한 사례

해양환경관리법

제19조(해양환경개선부담금) ① 해양수산부장관은 해양환경 및 해양생태계에 현저한 영향을 미치는 다음 각 호의 행위에 대하여 해양환경개선부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 부과·징수한다.

1. 「해양폐기물 및 해양오염퇴적물 관리법」 제19조제1항제1호에 따른 폐기물해양배출업을 하는 자가 폐기물을 해양에 배출하는 행위
2. 선박 또는 해양시설에서 대통령령이 정하는 규모 이상의 오염물질을 해양에 배출하는 행위
3. 4. (생략)
- ② ~ ④ (생략)
- ⑤ 해양수산부장관은 부담금 및 제20조제1항에 따른 가산금을 「수산업·어촌 발전 기본법」 제46조에 따른 수산발전기금(이하 “기금”이라 한다)으로 납입하여야 한다.
- ⑥ (생략)

[입법례] 부담금을 특별회계에 귀속해 관리하도록 규정한 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법

제26조(부담금의 귀속 및 용도) ① 징수된 부담금은 「국가균형발전 특별법」에 따른 국가균형발전 특별회계에 귀속된다.

② 부담금은 다음 각 호의 용도로 사용하여야 한다.

1. 제16조제1항에 따른 주민지원사업
2. 제17조와 제20조에 따른 토지등의 매수
3. 개발제한구역 내 훼손지 복구, 공원화 사업, 인공조림 조성, 여가체육공간조성 등
4. 개발제한구역의 지정 또는 해제에 관한 조사·연구
5. 개발제한구역 내 불법행위의 예방 및 단속
6. 개발제한구역의 실태조사

13. 연체금과 가산금

가. 의의

연체금과 가산금은 국가, 지방자치단체 또는 공공단체가 법령에 따라 확보한 금전채권(金錢債權)에 대해 채무자가 납입을 지연하는 경우에 부과·징수하는 금전을 말한다.

연체금과 가산금의 부과 주체는 국가, 지방자치단체 또는 공공단체라는 점에서 순수한 사인(私人) 상호 간의 금전거래에 따르는 지연이자와는 구별되며, 행정 목적의 달성과 관련된 금전상의 납부의무가 그 대상이 된다. 여기에서 ‘공공단체’란 각종 공사·공단 등을 말한다.²²⁷⁾

연체금과 가산금은 법령에 따라 확보된 금전채권에 대해 부과·징수하는 것이므로 계약에 따라 발생하는 사인 간의 금전채권의 경우와 구별하여 그 부과 요건이나 내용 등이 법령에 명시되거나 법령상에 근거가 있는 경우를 대상으로 한다.

227) 국민건강보험공단이 「국민건강보험법」 제80조에 따라 체납된 보험료 등에 대해 연체금을 징수하는 경우를 예로 들 수 있다.

공법관계에서 금전적 납부 의무의 대표적인 유형은 조세인데 그 납부(채무 이행)를 지체할 경우 국가 경영에 차질을 빚기 때문에 강력한 강제징수 방식을 채택하고 있다. 이 경우 체납처분으로 부르는 행정상 강제징수 방법과 함께 연체금이나 종전의 가산금 성격의 납부 지연 가산세²²⁸⁾를 고율(高率)로 부과하는데 이러한 연체금과 가산금은 이행 지체에 따른 경제적 가치의 보전이라는 의미와 함께 이행을 강제하기 위한 심리적 압박수단으로서의 의미를 갖는다.

강학상으로 연체금이나 가산금을 행정상 의무이행 확보 수단의 일종으로 분류하는 이유도 여기에 있다.

나. 연체금과 가산금의 구분

연체금과 가산금은 국가 등의 금전채권에 대해 채무자가 납입을 지연하는 경우에 부과·징수하는 금전이라는 점에서는 동일하다. 그런 이유로 현행법상 연체금, 가산금, 연체료 등의 용어가 명확히 구분되지 않고 사용되고 있다.

연체금은 채무 지연에 따른 손해배상의 성격의 것으로, 통상 지연일수와 비례한 금액을 부과하며, 그 금액도 시중 금리 등을 고려하여 적정한 수준에서 결정되는 것이 보통이다.

그러나 가산금은 채무 지연에 대한 지연이자의 성격보다 금전납부 의무의 이행을 촉구하는 의미에서 징벌적 요소가 가미되어 있는 것으로, 통상 지연일수와 관계없이 일정 비율의 금액을 부과하면서 그 금액도 채무 지연에 따른 손해배상액보다 다소 높게 정해지는 것이 보통이다.

228) 2018. 12. 31. 법률 제16098호로 「국세징수법」이 개정되면서 제21조(가산금)가 삭제되고, 「국세기본법」의 납부지연가산세 등으로 통합되었다. 한편, 종래 세법에서 가산금은 지연손해금 성질을 가지고 있는 것으로, 가산세는 의무위반에 대한 제재적 성격을 가지고 있는 것으로 보았다는 점에서, 세법과 다른 법 분야의 '가산금' 용례에 다소 차이가 있었다.

다. 연체금에 관한 일반 규정

1) 민사관계법상의 관련 규정

「민법」은 금전채권의 채무불이행으로 인한 손해배상액에 관하여 규정을 두고 있다. 금전채권은 이행지체만 있을 뿐 이행불능이 적용될 여지가 없기 때문에 결국 이 규정은 이행지체에 대한 손해배상액, 즉 연체금이나 지연이자에 관하여 규정한 것이다.²²⁹⁾

민법

제379조(법정이율) 이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 연 5분으로 한다.

제397조(금전채무불이행에 대한 특칙) ① 금전채무불이행의 손해배상액은 법정이율에 의한다. 그러나 법령의 제한에 위반하지 아니하는 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다.

② 전항의 손해배상액에 관하여는 채권자는 손해의 증명을 요하지 아니하고 채무자는 과실없음을 항변하지 못한다.

행정법관계에서 발생하는 금전납부 의무의 불이행을 「민법」상의 채무불이행과 마찬가지로 다루어 「민법」의 지연이자에 관한 규정을 적용할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있으므로 행정법관계를 정한 각 개별 법률에서 지연이자, 즉 연체금이나 가산금에 관하여 명확한 규정을 두어야 한다.

공법상 금전납부 의무의 이행을 지연하는 경우 그에 상응하는 불이익을 주는 것이 납부기한 내에 납부 의무를 이행하는 사람과 비교하여 형평의 원칙에 부합하고, 민사관계에서 금전채무의 이행을 지체하는 경우에는 당연히 지연이자가 발생한다는 점을 고려해 볼 때 입법론적으로 공법상 금전납부 의무를 규정하는 경우에는 연체금이나 가산금 규정을 두는 것이 타당할 것이다.²³⁰⁾

229) 「상법」에서는 ‘상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6분으로 한다’라고 하여 상사채무의 법정이율을 「민법」과 달리 규정하고 있다(「상법」 제54조).

230) 「질서위반행위규제법」 제24조에서는 과태료의 납부지연에 대하여 가산금(체납된 과태료의 100분의 3)과 증가산금(매 1개월이 경과할 때마다 체납된 과태료의 1천분의 12)을 부과하도록 규정하고 있다.

2) 재정 관련 법령상의 연체금 관련 규정

세입에 관한 기본법규인 국고금 관리법령에는 연체금에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있다. 다만, 「국가채권 관리법」 제27조제2항에서는 연체금의 정의를 ‘이행지체로 인한 손해 배상금과 그 밖에 이에 준하는 징수금’으로 규정하고 같은 항에서는 이행연기의 특약을 할 수 있는 경우를 규정하면서 이행연기의 특약을 하면 이미 발생한 연체금을 특약을 하기 전에 미리 징수하도록 하며, 같은 법 제32조에서는 이행기한 내에 변제되지 않은 채권의 금액이 1만원 미만일 때에는 다른 법령에서 연체금에 관하여 규정한 경우를 제외하고는 연체금을 붙이지 않을 수 있다고 하여 국가채권에 대해 연체금을 부과할 수 있음을 전제로 하고 있다.²³¹⁾

라. 연체금과 가산금의 규정 방식

1) 용어의 통일

현행법상으로는 가산금, 연체금, 연체료 등의 용어와 “더한 금액” 등의 표현이 혼용되고 있으나, 혼동의 여지가 있으므로 용어의 통일이 필요하다.

그 구체적 방법으로서 행정제재적 성격이 강한 경우에는 ‘가산금’이란 용어를 사용하고, 민사적 지연이자의 성격인 경우에는 ‘연체금’이란 용어로 통일하여 사용하도록 한다. ‘연체료’라는 용어는 요금의 성격을 나타내므로 사용하지 않도록 한다.

2) 부과 근거의 법정화

가산금이나 연체금은 「민법」상 지연이자에 대한 특례적 성격이 있기 때문에 법률에서 직접 규정하도록 한다.

연체요율 등 산정기준과 방식에 관한 사항도 법률에 규정하되, 구체적인 연체요율과 방식은 시중은행의 연체 이자율의 변동 등을 반영할 수 있도록 법률에서 상한을 제시하는 등 대강의 기준을 제시하여 하위법령으로 위임하여 정할 수 있도록 한다.

231) 「국가채권 관리법」에서는 채권이란 ‘금전의 지급을 목적으로 하는 국가의 권리’라고 포괄적으로 규정(제2조 제1호)함으로써 행정법관계에서 발생하는 금전 납부의무를 모두 포함하도록 하고 있고, 같은 법 제3조에서는 벌금, 과료, 형사추징금, 과태료 등 적용 제외 채권을 규정하고 있다.

[입법례] 연체요율을 대통령령에 위임한 사례

어선원 및 어선 재해보상보험법

제43조(연체금의 징수) 중앙회는 보험가입자가 납부기한까지 어선원보험료 등 이 장에 따른 징수금을 내지 아니하면 그 연체기간에 대하여 36개월을 넘지 아니하는 기간 이내에서 은행의 연체이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 연체금을 일단위로 징수한다. 다만, 연체금이 소액이거나 그 밖에 그 징수가 적절하지 아니하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

가산금이나 연체금의 부과 대상이 되는 기본채권의 범위는 벌금, 과료와 형사추징금을 제외한 모든 징수금으로 하고, 부과 주체도 국가나 지방자치단체 외에 공공이나 공익목적의 특수법인이 징수하는 징수금까지를 대상으로 하며, 특히 체납처분의 대상이 되는 징수금은 연체금의 부과 대상에 포함한다. 이 경우 연체금을 기한의 제한 없이 계속해서 부과하는 것은 납부의무자에게 지나치게 가혹할 수 있으므로 부과기간을 제한하는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 연체금의 부과기간에 제한을 둔 사례

장애인고용촉진 및 직업재활법

제35조(가산금과 연체금의 징수) ① 고용노동부장관은 제33조제6항 및 제7항제1호에 따라 부담금을 징수하는 때에는 사업주가 납부하여야 할 부담금의 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다.

② 고용노동부장관은 제1항에도 불구하고 제33조제8항의 수정신고에 따라 사업주가 추가로 납부할 부담금의 차액에 대해서는 제1항에 따른 가산금의 100분의 50을 감면할 수 있다.

③ 고용노동부장관은 부담금의 납부 의무자가 제33조제5항에 따른 납부 기한(같은 조 제8항에 따라 수정신고를 한 사업주의 경우는 2월 말일)까지 부담금을 납부하지 아니하였을 때에는 그 연체 기간에 대하여 36개월을 초과하지 아니하는 범위에서 「은행법」 제2조에 따른 은행의 연체이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 대로 월 단위로 연체금을 징수한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 가산금 또는 연체금은 그 금액이 소액이거나 징수가 적절하지 아니하다고 인정되는 등 대통령령으로 정하는 경우에는 징수하지 아니한다.

3) 연체금과 가산금의 산정기준

연체금은 「민법」상 지연이자 성격의 것으로서 손해배상액의 법정화라는 의미가 있다. 따라서 연체금의 연체요율의 경우에는 시중의 통상적인 금리가 그 기준이 될 수 있다. 이 경우 채무자의 채무이행을 유도하기 위해서는 연체요율을 시중금리보다는 높게 정하는 것이 보통이며, 연체금은 지연이자의 성격상 지연기간에 비례하여 부과하도록 규정한다.

한편 가산금은 채무지연에 대한 제재(징벌)적 성격이 강한 것으로서, 가산금의 가산요율은 연체금의 연체요율보다는 다소 높게 정해지는 것이 보통이며, 지연기간에 관계없이 채무 지연금액의 일정 비율을 부과하도록 규정한다.²³²⁾

[입법례]

국민건강보험법
<p>제78조의2(가산금) ① 사업장의 사용자가 대통령령으로 정하는 사유에 해당되어 직장가입자가 될 수 없는 자를 제8조제2항 또는 제9조제2항을 위반하여 거짓으로 보험자에게 직장가입자로 신고한 경우 공단은 제1호의 금액에서 제2호의 금액을 뺀 금액의 100분의 10에 상당하는 가산금을 그 사용자에게 부과하여 징수한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 사용자가 직장가입자로 신고한 사람이 직장가입자로 처리된 기간 동안 그 가입자가 제69조제5항에 따라 부담하여야 하는 보험료의 총액 2. 제1호의 기간 동안 공단이 해당 가입자에 대하여 제69조제4항에 따라 산정하여 부과한 보험료의 총액 <p>② (생략)</p> <p>제80조(연체금) ① 공단은 보험료등의 납부의무자가 납부기한까지 보험료등을 내지 아니하면 그 납부기한이 지난 날부터 매 1일이 경과할 때마다 다음 각 호에 해당하는 연체금을 징수한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 2. (생략) ②·③ (생략)

232) 가산금을 부과하는 방식에 따라 ① 일정금액을 부과하는 정액 방식(예: 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제11조의4제5항), ② 체납 기간에 따라 일 단위 또는 월 단위의 이자 형태로 부과하는 정률 방식(예: 「전기사업법」 제51조제3항 및 같은 법 시행령 제37조), ③ 정액과 정률 방식을 혼합하여 부과하는 방식(예: 「질서위반행위규제법」 제24조)으로 나누는 경우도 있다.

4) 증가산금

가산금의 납부고지를 받고도 금전채무를 이행하지 않는 자에 대해 그 이행을 강제하기 위해 필요한 경우에는 증가산금에 관한 규정을 두기도 한다. 증가산금은 당초의 가산금에 일정 비율에 의한 가산금을 더하는 방식으로 규정한다.

증가산금은 조기에 징수업무를 종결시킬 필요가 강한 경우에 단기간에 고액을 징수하는 것이므로 증가산금의 부과기간을 제한하거나 가산금의 합계액이 일정비율을 초과할 수 없도록 하는 규정을 둔다.

[입법례]

농지법

제38조(농지보전부담금) ① ~ ⑧ (생략)

⑨ 농림축산식품부장관은 농지보전부담금을 내야 하는 자가 납부기한까지 부담금을 내지 아니한 경우에는 납부기한이 지난 날부터 체납된 농지보전부담금의 100분의 3에 상당하는 금액을 가산금으로 부과한다.

⑩ 농림축산식품부장관은 농지보전부담금을 체납한 자가 체납된 농지보전부담금을 납부하지 아니한 때에는 납부기한이 지난 날부터 1개월이 지날 때마다 체납된 농지보전부담금의 1천분의 12에 상당하는 가산금(이하 “증가산금”이라 한다)을 제9항에 따른 가산금에 더하여 부과하되, 체납된 농지보전부담금의 금액이 100만원 미만인 경우는 증가산금을 부과하지 아니한다. 이 경우 증가산금을 가산하여 징수하는 기간은 60개월을 초과하지 못한다.

⑪ ~ ⑮ (생략)

14. 행정상 강제

가. 개관

‘행정상 강제’란 행정목적 달성을 위해 사인(私人)의 신체 또는 재산에 실력(實力)을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정권의 작용을 말한다.

「행정기본법」 제30조²³³⁾에서는 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 행정상 강제 조치를 할 수 있도록 규정하면서, 행정상 강제의 종류를 행정대집행, 이행강제금의 부과, 직접강제, 강제징수, 즉시강제로 예시하고 있다. 이는 강제력에 의해 국민의 기본권을 침해할 소지가 큰 행정상 강제의 도입에 신중해야 할 뿐 아니라, 개별법적 근거가 반드시 필요함을 명확히 한 것이다. 행정상 강제를 도입하는 경우에도 집행상 남용 소지를 없애기 위한 충분한 장치를 강구해야 한다.

「행정기본법」에 따른 행정상 강제는 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항이나 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 관하여는 적용되지 않는다(「행정기본법」 제30조제3항).

233) 「행정기본법」

제30조(행정상 강제) ① 행정청은 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.

1. 행정대집행: 의무자가 행정상 의무(법령등에서 직접 부과하거나 행정청이 법령등에 따라 부과한 의무를 말한다. 이하 이 절에서 같다)로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무를 이행하지 아니하는 경우 법률로 정하는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방지하면 공익을 크게 해칠 것으로 인정될 때에 행정청이 의무자가 하여야 할 행위를 스스로 하거나 제3자에게 하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것
 2. 이행강제금의 부과: 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 적절한 이행기간을 부여하고, 그 기간까지 행정상 의무를 이행하지 아니하면 금전급부무무를 부과하는 것
 3. 직접강제: 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 신체나 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 것
 4. 강제징수: 의무자가 행정상 의무 중 금전급부무무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것
 5. 즉시강제: 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적 달성을 하는 것
 - 가. 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우
 - 나. 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우
- ② 행정상 강제 조치에 관하여 이 법에서 정한 사항 외에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.
- ③ 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항이나 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 관하여는 이 절을 적용하지 아니한다.

나. 행정대집행

1) 의의

행정대집행은 의무자가 법령 등에서 직접 부과하거나 행정청이 법령 등에 따라 부과한 행정상 의무로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무를 이행하지 않는 경우 법률로 정하는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방치하면 공익을 크게 해칠 것으로 인정될 때에 행정청이 의무자가 하여야 할 행위를 스스로 하거나 제3자에게 하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다. 대표적인 예로는 「건축법」상 무허가 건축물의 철거를 들 수 있다.

2) 행정대집행 근거에 관한 규정 방식

「행정기본법」에서는 행정대집행과 관련하여 행정대집행의 의미 외에는 별다른 내용을 규정하고 있지 않으나 대집행에 관해서는 일반법인 「행정대집행법」이 있으므로 개별법에서는 대집행을 할 수 있다는 근거 규정 외에 별도의 규정을 둘 필요는 없다. 다만, 대집행의 요건과 절차 등에 관하여 「행정대집행법」에 대한 특례를 규정하려고 할 경우에는 개별법에 그에 관한 규정을 두도록 한다.

[입법례] 「행정대집행법」에 따른 대집행 근거 규정만 든 사례

골재채취법

제33조(원상복구 명령 등) ① 시장·군수 또는 구청장은 골재채취 허가를 받아야 할 자가 허가를 받지 아니하고 골재를 채취한 경우에는 골재채취구역의 원상복구 또는 시설의 철거 등을 명하거나 이에 필요한 조치를 할 수 있다.

② 시장·군수 또는 구청장은 제1항에 따른 명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니할 때에는 「행정대집행법」에 따라 대집행을 할 수 있다.

[입법례] 「행정대집행법」 상의 절차에 대한 특례를 규정한 사례

건축법
<p>제85조(「행정대집행법」 적용의 특례) ① 허가권자는 제11조, 제14조, 제41조와 제79조제1항에 따라 필요한 조치를 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 「행정대집행법」 제3조 제1항과 제2항에 따른 절차에 의하면 그 목적을 달성하기 곤란한 때에는 해당 절차를 거치지 아니하고 대집행할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 재해가 발생할 위험이 절박한 경우 2. 건축물의 구조 안전상 심각한 문제가 있어 붕괴 등 손괴의 위험이 예상되는 경우 3. 허가권자의 공사중지명령을 받고도 따르지 아니하고 공사를 강행하는 경우 4. 도로통행에 현저하게 지장을 주는 불법건축물인 경우 5. 그 밖에 공공의 안전 및 공익에 매우 저해되어 신속하게 실시할 필요가 있다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우 <p>② 제1항에 따른 대집행은 건축물의 관리를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.</p>

3) 행정대집행의 비용징수에 관한 규정 방식

「행정기본법」 제30조제1항제1호 및 「행정대집행법」 제2조에 따라 행정대집행에 필요한 비용은 해당 의무를 불이행한 자가 부담하는 것이 원칙이다. 따라서 의무 불이행자에게 행정대집행 비용을 부담시키는 경우에는 별도의 규정을 두지 않아도 된다.

위의 원칙과 달리 행정대집행 비용을 의무 불이행자가 아닌 자(사업시행자 등)에게 부담시키려는 경우나 행정대집행의무자가 분명하지 않은 경우에는 개별법에서 별도의 규정을 두도록 한다.

[입법례] 별도의 비용부담자를 규정한 사례

학교시설사업 촉진법
<p>제14조(분묘등의 정리) ① 감독청(국가나 지방자치단체가 사업시행자인 경우에는 해당 사업시행자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)은 학교시설사업을 시행하기 위하여 필요하다고 인정하면 학교시설사업 시행지 안의 분묘·비(碑) 및 이에 딸린 시설(이하 “분묘등”이라 한다)에 대하여 그 매장자·소유자 또는 관리인이나 그 연고자(이하 “연고자등”이라 한다)에게 이장</p>

(移葬)이나 이전을 명할 수 있다.

② 감독청은 제1항에 따른 분묘등의 연고자등이 이장 또는 이전 명령에 따르지 아니하면 「행정대집행법」으로 정하는 바에 따라 대집행(代執行)할 수 있다.

③·④ (생략)

⑤ 제2항에 따른 대집행 비용과 제3항에 따른 이장 또는 이전 비용 및 제4항에 따른 비용은 사업시행자가 부담한다.

⑥ (생략)

4) 행정대집행 권한위탁에 관한 규정 방식

행정대집행을 할 수 있는 권한이 있는 자는 행정대집행의 대상이 되는 의무를 명하는 처분을 한 행정청이다. 행정청은 스스로 대집행을 하는 것이 원칙이지만 필요한 경우에는 행정대집행에 관한 권한을 타인에게 위탁할 수도 있다.

행정대집행 권한을 타인에게 위탁할 필요가 있는 경우에는 반드시 법률에 그 근거를 두어야 할 것이고, 가장 강력한 행정권한 중 하나인 권한을 위탁하는 경우이므로 부득이한 경우로 한정한다.

[입법례]

한국도로공사법²³⁴⁾

제13조의2(대집행 권한 등의 위탁) 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장은 공사가 유료 도로의 건설·관리에 관한 사업을 할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 권한을 공사에 위탁할 수 있다.

1. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제89조에 따른 대집행(代執行)
2. 「국유재산법」 제74조에 따른 불법시설물의 철거

234) 「한국수자원공사법」 제24조, 「국가철도공단법」 제28조 등에서도 대집행 권한의 위탁에 관한 규정을 두고 있다.

다. 이행강제금의 부과

1) 의의

이행강제금은 의무자가 행정상 의무를 이행하지 않는 경우 행정청이 적절한 이행기간을 부여하고, 그 기한까지 행정상 의무를 이행하지 않으면 금전급부 의무를 부과하는 제도를 말한다.

이러한 이행강제금은 의무자 자신에 의하지 않으면 이행하기 어려운 의무를 금전적 제재를 통해 심리적으로 압박함으로써 자발적으로 이행하게 하기 위한 것이다.

이행강제금은 1991년 「건축법」 제83조에서 처음 도입했고, 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」 제10조의3, 「주차장법」 제32조 등에도 규정되어 있다.

[입법례]

옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률

제10조의3(이행강제금) ① 시장등(제3조의2에 따라 시·도지사에게 허가를 받거나 신고한 경우에는 시·도지사를 말한다. 이하 이 조에서 같다)은 제10조제1항에 따른 명령을 받은 후 그 조치 기간 내에 이행하지 아니한 관리자등(입간판·현수막·벽보·전단의 관리자등은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 500만원 이하의 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 「건축법」 제80조에 따른 이행강제금 부과로 그 이행을 강제할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 시장등은 제1항에 따른 이행강제금을 부과하기 전에 미리 상당한 기간을 정하여 이를 부과·징수한다는 뜻을 해당 관리자등에게 문서로써 계고(戒告)하여야 한다.

③ 시장등은 제1항에 따른 이행강제금을 부과하는 경우에는 이행강제금의 금액·부과사유·납부기한 및 수납기관, 이의제기 방법 및 기간 등을 자세히 밝힌 문서로써 하여야 한다.

④ 시장등은 제10조제1항에 따른 최초의 명령을 한 날을 기준으로 1년에 2회 이내의 범위에서 해당 명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다.

⑤ 시장등은 명령을 받은 자가 그 명령을 이행하는 경우에는 새로운 이행강제금 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.

⑥ 시장등은 제3항에 따라 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니하는 때에는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

2) 이행강제금의 도입 기준

종래에는 이행강제금을 비대체적 작위의무나 부작위의무에 대해서만 부과할 수 있는 것으로 보았으나, 현재는 대체적 작위의무의 경우에도 대집행이 곤란한 경우라면 이행강제금을 부과할 수 있다고 보는 것이 일반적이다.²³⁵⁾

대체적 작위의무에 대해서도 이행강제금을 부과할 수 있으므로, 이행강제금을 부과·징수한 후 다시 원상회복명령을 하고 다시 명령 불이행이 있으면 부득이 대집행을 할 필요가 있는 경우가 있으므로 이행강제금 규정을 두면서 대집행 규정을 같이 둘 수도 있다.

[입법례] 대집행과 이행강제금을 모두 규정한 사례

주차장법

제19조의4(부설주차장의 용도변경 금지 등) ①·② (생략)

③ 시장·군수 또는 구청장은 제1항 또는 제2항을 위반하여 부설주차장을 다른 용도로 사용하거나 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우에는 해당 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 지체 없이 원상회복을 명하여야 한다. 이 경우 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자가 그 명령에 따르지 아니할 때에는 「행정대집행법」에 따라 원상회복을 대집행(代執行)할 수 있다.

④ (생략)

제32조(이행강제금) ① 시장·군수 또는 구청장은 제19조의4제3항 전단에 따른 원상회복명령을 받은 후 그 시정기간 이내에 그 원상회복명령을 이행하지 아니한 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 다음 각 호의 한도에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

1. 제19조의4제1항을 위반하여 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용하는 경우: 제19조 제9항에 따라 산정된 위반 주차구획의 설치비용의 20퍼센트
2. 제19조의4제2항을 위반하여 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우: 제19조 제9항에 따라 산정된 위반 주차구획의 설치비용의 10퍼센트

② ~ ⑦ (생략)

235) 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행 수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행 수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금 제도의 본질에서 오는 제약이 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과할 수 있다(헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001헌바80 결정).

이행강제금은 의무를 이행할 때까지 반복적인 부과가 가능(「행정기본법」 제31조제5항)하므로 행정 목적을 달성하기 위해 강력한 효과를 발휘할 수 있지만, 부과 상대방인 국민에게는 가혹한 처분이 될 수 있으므로 도입에 신중할 필요가 있다.

따라서 이행강제금으로 달성하려는 행정 목적의 성격을 고려하고, 행정대집행, 과태료 부과, 관허사업의 제한 등 전통적인 강제수단에 의하여 행정 목적을 달성할 수 있는지를 검토하여 추가적인 수단이 필요할 때 이행강제금의 도입을 고려해야 한다.

또한, 이행강제금을 도입하는 경우 이미 도입되어 있는 다른 강제수단을 폐지할 필요가 없는지를 살펴보아야 한다. 특히 이행강제금과 과태료를 함께 부과하는 경우 제재의 상대방 입장에서는 금전적 제재를 중복적으로 부과하는 것으로 느껴질 수 있으므로 새로 이행강제금을 도입할 때에 이미 과태료 부과 규정이 있다면 과태료 부과 규정을 삭제하는 방안을 검토할 필요가 있다.²³⁶⁾

3) 이행강제금의 규정 방식

가) 이행강제금 부과 근거 법률의 규정사항

이행강제금은 행정상 의무불이행자에게 금전급부 의무를 부과하여 심리적 압박을 가함으로써 의무를 이행하게 하는 행정상 강제로 국민의 재산권에 직접적으로 영향을 미치게 되므로 재산권 제한과 관련한 헌법상 민주적 정당성과 법치주의적 요청에 부합하기 위해 이행강제금의 부과근거는 법률로 정해야 한다. 개별 법률에서 이행강제금을 규정할 경우에는 「행정기본법」 제31조제1항에 따라 ① 이행강제금의 부과주체와 징수주체, ② 이행강제금 부과하는 요건, ③ 이행강제금 부과 금액, ④ 이행강제금 부과 금액 산정기준, ⑤ 이행강제금 연간 부과 횟수나 횟수의 상한을 명확하게 규정해야 한다. 법률에서 이행강제금 부과 금액 산정기준 또는 이행강제금 연간 부과 횟수나 횟수의 상한도 정하는 것이 법적 명확성 확보라는 측면에서 타당하다. 그러나 이를 규정할 경우 입법목적이나 입법취지를 훼손할 우려가 크다고 인정되는 경우로서 이행강제금 부과금액이 합의제행정기관의 의결을 거쳐 결정

236) 대법원은 이행강제금을 과태료와 같은 행정벌이 아닌 간접강제의 일종으로 보고 있다.

“구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과하는 간접강제의 일종이다(대법원 2006. 12. 8. 선고 2006마470 판결).”

되거나 1일당 이행강제금 부과금액의 상한 등 이행강제금 연간 부과 횟수나 횡수의 상한에 준하는 부과 상한을 이행강제금 부과에 근거가 되는 법률에서 정하는 경우에는 법률에서 이를 명시하지 않을 수 있다(「행정기본법 시행령」 제8조제1항).

나) 부과금액의 산정기준

이행강제금의 부과금액은 위반행위의 시정에 적합한 심리적 강제효과를 거둘 수 있을 정도여야 하고, 이 경우 위반행위로 얻어지는 경제적 이익도 같이 고려하여 결정해야 한다.

「행정기본법」 제31조제1항제4호에서는 이행강제금 부과 금액 산정기준을 이행강제금 부과에 근거가 되는 법률에서 명확하게 규정하도록 하고 있으나 세부적인 자세한 내용까지 반드시 법률에서 규정하여야 한다는 의미로 보기는 곤란하므로 부과금액의 산정기준과 관련해서 기본적인 사항은 법률에 명시하고 그 세부적인 사항은 하위법령에 위임하도록 하여 하위법령에서 명확하게 규정하는 것도 가능하다. 이행강제금의 부과금액은 구체적인 액수로 정하는 경우와 의무이행과 관련된 목적물 가액의 일정 비율로 정하는 경우가 있다.

[입법례] 부과금액을 구체적인 액수로 정한 사례

장사 등에 관한 법률

제43조(이행강제금) ① 시장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 500만원의 이행 강제금을 부과한다.

1. 제17조 또는 제18조를 위반하여 묘지· 화장시설· 봉안시설· 자연장지를 설치· 조성한 자
2. 제20조제1항을 위반하여 설치기간이 끝난 분묘에 매장된 유골을 화장 또는 봉안하지 아니한 자
3. 제31조에 따른 묘지· 봉안시설· 자연장지의 이전 또는 개수명령을 받고 이행하지 아니한 해당 묘지· 봉안시설· 자연장지의 연고자

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 부과금액을 목적물 가액의 일정 비율로 정한 사례

농지법
<p>제63조(이행강제금) ① 시장(구를 두지 아니한 시의 시장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)·군수 또는 구청장은 제11조제1항(제12조제2항에 따른 경우를 포함한다)에 따라 처분명령을 받은 후 제11조제2항에 따라 매수를 청구하여 협의 중인 경우 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 지정기간까지 그 처분명령을 이행하지 아니한 자에게 해당 농지의 토지가액의 100분의 20에 해당하는 이행강제금을 부과한다.</p> <p>② ~ ⑧ (생략)</p>

한편 행정청이 행정상 의무를 부담하는 자에게 이행강제금을 부과할 때, 의무를 불이행하게 된 구체적 상황을 고려하여 법률에서 정하고 있는 기준에 비해 가액을 가중하거나 감경할 수 있는 재량 부여가 필요하다. 「행정기본법」 제31조제2항²³⁷⁾에서는 이행강제금의 부과 금액을 가중하거나 감경할 수 있는 사유를 규정하면서 이행강제금의 부과금액을 가중 또는 감경할 수 있는 재량권을 규율하고 있으므로 개별 법령에서는 이러한 가중·감경 사유를 고려하여 구체적 가중·감경 사유나 범위를 규정할 수 있다.

[입법례] 이행강제금의 가중·감경 범위를 정한 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령
<p>[별표 5]</p> <p style="text-align: center;"><u>이행강제금의 산정 기준</u>(제41조의2제1항 관련)</p> <p>1. 허가사항 위반 (표 생략)</p> <p>2. 신고사항 위반 (표 생략)</p>

237) 「행정기본법」

제31조(이행강제금의 부과) ① (생략)

② 행정청은 다음 각 호의 사항을 고려하여 이행강제금의 부과 금액을 가중하거나 감경할 수 있다.

1. 의무 불이행의 동기, 목적 및 결과
2. 의무 불이행의 정도 및 상습성
3. 그 밖에 행정목적 달성을 위해 필요하다고 인정되는 사유

3. 비고

제1호 및 제2호에 따라 산정한 이행강제금 금액은 다음 각 목의 구분에 따라 가중 또는 감경할 수 있다.

- 가. 영리목적이나 상습적으로 위반한 경우: 100분의 50 범위에서 가중
- 나. 영농행위 등 단순 생계형 위반행위의 경우: 100분의 50 범위에서 감경

다) 이행강제금 부과 주기

이행강제금 부과 대상자가 행정상 의무를 이행하지 않는 경우 행정청은 행정상 의무가 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과할 수 있으나 연간 부과 횟수나 횟수의 상한을 규정할 경우 입법 취지나 입법 목적을 훼손할 우려가 큰 경우로서 대통령령으로 정하는 경우²³⁸⁾가 아니라면 법률에서 명시적으로 규정하여야 한다(「행정기본법」 제31조제1항제5호).²³⁹⁾ 이행강제금의 부과 주기는 위법 상태를 시정할 수 있는 시간을 주는 것이 필요하므로 너무 짧게 잡지 않도록 한다. 대체로 부과 주기를 1년에 2회로 규정한 사례가 많다.

[입법례]

빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법

제65조(이행강제금) ① 시장·군수등은 제11조제1항에 따라 조치명령을 받은 후 그 정한 기간 내에 그 조치명령을 이행하지 아니한 소유자에 대하여 「지방세법」에 따라 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터의 시가표준액의 100분의 50에 해당하는 금액에 연면적을 곱한 금액 이하의 범위에서 조치명령의 내용에 따라 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 금액으로 이행강제금을 부과한다.

②·③ (생략)

④ 시장·군수등은 최초의 조치명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 그 조치명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다.

⑤·⑥ (생략)

238) 「행정기본법 시행령」 제8조제1항에서는 ① 이행강제금 부과 금액이 합의제행정기관의 의결을 거쳐 결정되는 경우와 ② 1일당 이행강제금 부과 금액의 상한 등 법 제31조제1항제5호에 준하는 이행강제금 부과 상한을 이행강제금 부과에 근거가 되는 법률에서 정하는 경우를 예외사유로 규정하고 있다.

239) 「행정기본법」 제31조는 2023년 3월 24일부터 시행하나 이행강제금의 특징은 반복적인 부과에 있으므로 「행정기본법」 제31조의 시행과 무관하게 부과 주기를 법률에서 정해야 한다.

이행강제금 부과 횟수의 상한(上限)을 규정하는 경우²⁴⁰⁾에는 부과 횟수의 상한까지 이행 강제금을 부과했는데도 위법상태가 시정되지 않을 수 있으므로 대집행 등 불법상태를 종료 할 수 있는 다른 수단이 있는지를 검토해 보아야 한다.

라) 이행강제금 부과 절차

「행정기본법」 제31조제3항 및 제4항에서는 이행강제금 부과와 관련된 기준과 절차에 대해 계고²⁴¹⁾, 이행강제금 부과 통지 절차를 통일적으로 규정하고 있고, 「행정절차법」 제21조제 1항²⁴²⁾에서 일반적인 의견제출 절차를 규정하고 있다. 따라서 특별한 사정이 없으면 개별 법령에서 별도로 이행강제금 부과 절차를 규정할 필요가 없으며²⁴³⁾, 이와 달리 규정할 특별한 이유가 있을 때에만 이행강제금 부과 절차와 관련된 내용을 규정하면 된다.

한편 「행정기본법」에서는 반복 부과외의 경우 이행강제금 부과에 필요한 절차를 생략할 수 있도록 명시적으로 규정하고 있지 않으므로 제2차 이행강제금 부과부터 위의 부과절차를 생략하려면 생략할 수 있는 근거를 개별 법률에 명시해야 한다.

240) 「주차장법」 제32조에서는 다른 용도로 사용하거나 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니한 경우 해당 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 명하는 원상회복명령을 이행하지 않는 경우 부과할 수 있는 이행강제금의 경우 5회를 초과할 수 없도록 규정하고 있다.

241) 「행정기본법 시행령」 제8조제2항에 따르면 계고에는 ① 의무자의 성명 및 주소, ② 이행하지 않은 행정상 의무의 내용과 법적 근거, ③ 행정상 의무의 이행 기한, ④ 행정상 의무를 이행하지 않을 경우 이행강제금을 부과한다는 뜻, ⑤ 그 밖에 이의제기 방법 등 계고의 상대방에게 알릴 필요가 있다고 인정되는 사항이 포함 되어야 하며, 같은 조 제3항에서는 행정상 의무의 이행 기한은 행정상 의무의 성질 및 내용 등을 고려하여 사회통념상 그 의무 이행에 필요한 기간이 충분히 확보될 수 있도록 정해야 한다고 규정하고 있다.

242) 「행정절차법」

제21조(처분의 사전통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 그 밖에 필요한 사항

243) 다만, 행정상 강제에 대해 규정하고 있는 「행정기본법」 제30조부터 제33조까지의 시행일이 2023년 3월 24일인 점을 고려하면 그 때까지 개별법에서 이행강제금의 계고 등의 절차(「행정절차법」 제21조제1항에서 규정하고 있는 의견제출 절차는 제외)에 관하여 규정할 필요가 있다.

2차 부과 시에 이행강제금의 부과절차를 생략하는 경우 이행강제금 납부 의무자는 계속된 부과에 대한 사전 경고 없이 이행강제금을 계속 부과받게 되므로, 2차 부과 시부터 이행강제금 부과 이전의 중복되는 절차를 생략하기 위해서는 처음 계고 시에 위반행위에 대한 시정이 없는 경우 일정한 기간을 기준으로 계속해서 이행강제금이 부과될 수 있다는 사실을 같이 알리도록 하는 규정을 둘 필요가 있다.

「행정기본법」 제31조제5항 단서에서는 의무자가 의무를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과한 이행강제금은 징수하도록 규정하고 있으므로 이행강제금 부과 후 위법상태가 해소된 경우에 관한 내용을 이행강제금 부과를 규정하는 개별 법령에서 별도로 규정할 필요는 없다²⁴⁴⁾.

마) 불복절차

이행강제금의 부과에 불복하는 경우의 이의제기 절차에 관해서 과태료에 관한 불복절차를 준용하는 경우도 있으나, 이행강제금은 행정질서벌로서의 과태료와 같다고 볼 수 없으므로 과태료 제도를 준용하여 「질서위반행위규제법」을 따르도록 한 것은 타당하지 않다.

이행강제금 부과도 일반적인 행정작용의 하나²⁴⁵⁾로 이행강제금의 부과에 대한 불복절차는 일반적인 행정쟁송 절차에 따르도록 하는 것이 타당하므로 과태료 부과절차를 준용하는 규정은 두지 않도록 한다.²⁴⁶⁾

바) 강제징수 절차

이행강제금의 부과는 부과대상자에게 금전채무를 발생시키므로 이행강제금을 부과받은 자는 지정된 기한 내에 이행강제금을 납부해야 하는 금전급부 의무를 부담하게 되고, 이를 납부기한 내에 납부하지 않은 경우 이는 별도의 행정상 의무 불이행이 된다.

244) 다만, 「행정기본법」 제31조가 시행(2023. 3. 24.)되기 전까지는 이미 부과된 이행강제금의 징수를 어떻게 할 것인지가 해석상 논란이 될 수 있으므로 이행강제금의 부과 근거를 두는 개별 법령에서 「행정기본법」 제31조제5항 단서와 같은 내용의 규정을 두는 것이 바람직하다.

245) 「행정기본법」 제3장(행정작용) 제5절(행정상 강제)에서 이행강제금의 부과에 대해 규정하고 있다.

246) 구 「건축법」에서는 이행강제금 부과에 대한 불복 시에 과태료 절차를 준용하도록 되어 있었으나, 2005. 11. 8. 해당 규정을 삭제했다. 따라서 「건축법」에 따른 이행강제금에 이의가 있을 경우에는 행정심판이나 행정소송을 거쳐야 한다.

그리고 이행강제금 납무의무를 이행하지 않은 경우 「행정기본법」 제31조제6항에 따라 행정청이 중앙행정기관 등 국가기관인 경우 「국세징수법」에 따른 국세강제징수의 예 또는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수하게 되므로 이행강제금의 강제 징수 절차에 대해 이행강제금 부과 근거 법률에서 개별적으로 규정할 필요는 없다.

라. 직접강제

1) 의의

직접강제는 의무자가 행정상 의무를 이행하지 않은 경우 행정청이 직접적으로 의무자의 신체나 재산 등에 실력을 행사하여 그 행정상 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다.

이와 같이 직접강제는 법령상 의무를 전제로 한다는 점에서 의무를 명함이 없이 즉시 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 즉시강제와는 개념상 차이가 있으나 그 성격이 유사하여 현행법의 특정 조항이 양자 중 어디에 해당하는지 분명하지 않은 경우가 있으며, 한 조문에 양 제도가 섞여 규정된 경우도 많다.

행정강제 수단으로 직접강제나 즉시강제와 같은 강력한 수단이 도입되는 데에는 공법상 의무 불이행에 대한 전통적 대처수단인 행정벌만으로는 공법상 의무이행에 한계가 있기 때문이다.²⁴⁷⁾

247) 예컨대, 무허가영업을 하지 않아야 할 부작위의무의 경우 종전의 대처 수단인 행정벌의 강화만으로는 공법상 의무이행 확보에 한계가 있는데, 그 이유는 ① 행정벌은 과거의 위반행위에 대한 제재가 제1차적인 목적이므로 의무이행 확보수단으로서는 심리적 압박을 통한 간접적 효과밖에 기대할 수 없다는 점, ② 이중처벌금지의 원칙이 적용되어 반복 부과가 허용되지 않으므로 무허가 영업 등을 계속하더라도 이를 금지할 방법이 없다는 점, ③ 벌금형은 위법행위에 의하여 얻는 경제적 이익이 막대한 경우 강제 효과가 적다는 점, ④ 무허가영업자 모두에 대하여 행정벌을 적용하는 것은 사실상 불가능하고 행정벌의 적용에 신중해야 하는 까닭에 의무불이행이 방지되는 경우가 많다는 점, ⑤ 행정벌의 과잉적용으로 전과자가 양산되는 부작용이 있다는 점 ⑥ 허가영업은 개선명령·영업정지·허가취소 등 다양한 행정제재수단을 동원한 후 이를 위반하면 행정벌을 적용하는 데에 비해, 무허가영업은 행정벌만 규정되어 있어 단속의 철저를 기할 수 없다는 점에 있다.

2) 직접강제의 도입 기준

행정상 의무이행 확보수단을 강화해야 할 현실적 필요성 때문에 다양한 행정강제수단이 도입되고 있는바, 직접강제는 매우 강력한 수단인 반면 국민의 기본권을 침해할 소지가 크다는 점에 유념하여 그 도입에 신중할 필요가 있으며, 행정대집행이나 이행강제금 부과 방법으로는 행정상 의무 이행을 확보할 수 없거나 그 실현이 불가능한 경우에만 도입해야 한다(「행정기본법」 제32조제1항).

3) 규정 방식

가) 직접강제의 발동 요건

개별법에서 직접강제를 도입하는 경우에는 법률에서 그 발동 요건을 가능하면 구체적이고 명확하게 규정하여 공무원의 직권남용과 기본권 침해 소지를 최소화해야 한다.²⁴⁸⁾

나) 직접강제의 절차

「행정기본법」 제32조제2항에서는 직접강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행 책임자는 그가 집행책임자임을 표시하는 증표를 보여 주어야 한다고 규정하고 있다. 또한 같은 조 제3항에서는 직접강제를 실시하는 경우 제고, 직접강제 통지 절차에 대해 이행강제금 부과 절차를 규정하고 있는 같은 법 제31조제3항 및 제4항을 준용하도록 하여 직접강제 절차에 대해 일반적으로 규정하고 있다. 따라서 이와 달리 규정할 특별한 이유가 있을 때에만 개별 법령에서 직접강제 부과 절차와 관련된 내용을 규정하면 된다.²⁴⁹⁾ 예외적 규정을 두려는 경우에는 직접강제의 기본권 침해 소지가 큰 점을 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다.

그리고 직접강제를 남용한 공무원에 대해서는 일정한 벌칙을 규정하는 것도 고려할 필요가 있다. 「형법」 제123조에서는 공무원의 직권남용에 관한 처벌 규정을 두고 있으나 법률의 근거에

248) 경찰행정상 즉시강제에 관한 일반법인 「경찰관 직무집행법」에서는 경찰행정상 즉시강제에 관하여 그 요건을 비교적 구체화하고 증표제시외에 조치를 취하는 목적과 이유를 밝히도록 하는 등 기본권 침해소지를 줄이기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있는데, 이러한 「경찰관 직무집행법」상의 통제장치들은 개별법상의 직접강제에도 참고가 될 것이다.

249) 다만 「행정기본법」 제32조의 시행(2023. 3. 24.) 전까지 직접강제를 도입하는 개별 법령에서 사전 통지 절차 및 증표 제시 의무 등을 규정할 필요가 있다.

의한 직접강제가 이 조에 해당하는지 불명확한 점이 있으므로, 필요한 경우에는 「경찰관 직무집행법」 제12조²⁵⁰⁾와 같은 별도의 처벌 규정을 두도록 한다.

한편 위법한 직접강제에 대해서는 「국가배상법」에 따른 배상책임으로 해결할 수밖에 없을 것이나 적법한 직접강제로 인하여 발생한 특별한 손해에 대해서는 국가의 손실보상책임을 규정하거나 제3자와의 관계에서 발생하는 보상책임을 구체적으로 규정할 필요가 있다.

[입법례]

재난 및 안전관리 기본법
제64조(손실보상) ① 국가나 지방자치단체는 제39조 및 제45조(제46조에 따라 시·도지사가 행하는 경우를 포함한다)에 따른 조치로 인하여 손실이 발생하면 보상하여야 한다.
② ~ ④ (생략)
* 제39조: 동원명령 등, 제45조: 응급부담, 제46조: 시·도지사가 실시하는 응급조치 등

02
실
체
규
정

또한, 직접강제에 대해 정당한 협조를 거부하거나 적극적으로 방해하는 행위에 대한 벌칙을 규정할 필요가 있는지도 검토해야 한다.

「형법」 제136조의 공무집행방해²⁵¹⁾ 또는 제140조의 공무상비밀표시무효²⁵²⁾로 처벌될 여지가 있으나, 「형법」 조문의 해석·집행에 비추어 이러한 조항만으로는 충분하지 못할 수 있기 때문에 직접강제처분을 방해하는 행위나, 관계 공무원이 부착한 봉인·게시문 등을 함부로 제거 또는 손상시킨 행위에 관한 별도의 제재 규정을 둘 것인지를 검토해야 할 것이다.

250) 「경찰관 직무집행법」

제12조(벌칙) 이 법에 규정된 경찰관의 의무를 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 사람은 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

251) 제136조(공무집행방해) ① 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공무원에 대하여 그 직무상의 행위를 강요 또는 조지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행 또는 협박한 자도 전항의 형과 같다.

252) 제140조(공무상비밀표시무효) ① 공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 또는 압류 기타 강제처분의 표시를 손상 또는 은닉하거나 기타 방법으로 그 효용을 해한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

[입법례] 봉인, 게시문 등에 대한 제거 등에 대한 처벌을 규정한 사례

식품위생법

제79조(폐쇄조치 등) ① 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제37조제1항, 제4항 또는 제5항을 위반하여 허가받지 아니하거나 신고 또는 등록하지 아니하고 영업을 하는 경우 또는 제75조제1항 또는 제2항에 따라 허가 또는 등록이 취소되거나 영업소 폐쇄명령을 받은 후에도 계속하여 영업을 하는 경우에는 해당 영업소를 폐쇄하기 위하여 관계 공무원에게 다음 각 호의 조치를 하게 할 수 있다.

1. 해당 영업소의 간판 등 영업 표시물의 제거나 삭제
 2. 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착
 3. 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인(封印)
- ② ~ ⑤ (생략)

제97조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 8. (생략)
9. 제79조제1항에 따라 관계공무원이 부착한 봉인 또는 게시문 등을 함부로 제거하거나 손상 시킨 자

마. 강제징수

1) 의의

행정상 강제징수는 의무자가 행정상 의무 중 금전급부의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 재산에 실력(實力)을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것을 말한다(「행정기본법」 제30조제1항제4호).

2) 행정상 강제징수의 규정 방식

행정상 강제징수에 관하여는 「행정기본법」 제30조, 「국세징수법」 제3장과 「지방세징수법」 제3장, 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 일반적 규정을 두고 있다. 원래 「국세징수법」과 「지방세징수법」상 강제징수에 관한 규정은 국세와 지방세를 납부하지 않은

경우에 적용되는 규정이나, 여러 법률에서 강제징수절차에 관하여 두 법을 준용하면서 두 법은 행정상 강제징수에 관하여 사실상 일반법적 지위에 놓이게 되었다. 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」은 과징금, 이행강제금, 부담금 등 조세 외의 주요 지방행정 제재·부과금의 징수효율성을 높이고 지방행정제재·부과금의 체납처분절차를 명확히 하기 위해 제정(2013. 8. 6. 공포, 2014. 8. 7. 시행)되었다.

개별 법률에서 행정상 강제징수에 관한 규정을 두려는 경우, 징수주체가 국가기관인 경우에는 “국세강제징수의 예에 따라 징수한다”로 하고, 지방자치단체의 장인 경우에는 원칙적으로 “「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다”로 하되, 같은 법에 따른 강력한 수단(과세자료의 이용, 대금지급정지, 관허사업제한, 명단공포 등)이 없어도 되는 경우에는 해당 규정의 적용을 배제하거나 “지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다”로 한다.²⁵³⁾

[입법례]

국민기초생활 보장법

- 제46조(비용의 징수) ① 수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 제20조에 따른 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위에서 징수할 수 있다.
- ② 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받거나 타인으로 하여금 급여를 받게 한 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 그 비용의 전부 또는 일부를 그 급여를 받은 사람 또는 급여를 받게 한 자(이하 “부정수급자”라 한다)로부터 징수할 수 있다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따라 징수할 금액은 각각 부양의무자 또는 부정수급자에게 통지하여 징수하고, 부양의무자 또는 부정수급자가 이에 응하지 아니하는 경우 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.

행정상 강제징수는 원래 조세의 징수를 위해 도입된 제도로서, 행정 목적의 달성을 위해 체납자의 권익을 제약하는 면이 있는 만큼 국가나 지방자치단체는 행정상 강제징수 제도의 도입에 신중해야 한다.

253) 「지방자치법」 제140조제2항에서 사용료·수수료 또는 부담금의 징수는 지방세 징수의 예에 따른다고 규정하고 있으므로 사용료·수수료 또는 부담금은 지방세 징수의 예에 따르는 방안을 우선적으로 고려하고, 그 밖에 제재적 부과금은 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」을 따르는 방안을 우선적으로 고려할 수 있다.

또한, 공단 등 특수법인이 징수하는 사회보험료 등에 대해서 그 성격상 불가피하게 강제 징수 규정을 두는 경우에는 체납처분 전에 미리 주무부장관의 승인을 받도록 하는 규정을 둔다.

[입법례] 체납처분 전에 미리 주무부장관의 승인을 받도록 한 사례

국민건강보험법

제81조(보험료등의 독촉 및 체납처분) ① 공단은 제57조, 제77조, 제77조의2, 제78조의2 및 제101조에 따라 보험료등을 내야 하는 자가 보험료등을 내지 아니하면 기한을 정하여 독촉할 수 있다. 이 경우 직장가입자의 사용자가 2명 이상인 경우 또는 지역가입자의 세대가 2명 이상으로 구성된 경우에는 그 중 1명에게 한 독촉은 해당 사업장의 다른 사용자 또는 세대 구성원인 다른 지역 가입자 모두에게 효력이 있는 것으로 본다.

② 제1항에 따라 독촉할 때에는 10일 이상 15일 이내의 납부기한을 정하여 독촉장을 발부하여야 한다.

③ 공단은 제1항에 따른 독촉을 받은 자가 그 납부기한까지 보험료등을 내지 아니하면 보건복지부장관의 승인을 받아 국세 체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다.

④ ~ ⑥ (생략)

바. 즉시강제

1) 의의

즉시강제는 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 ① 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우나 ② 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적을 달성하는 것을 말한다(「행정기본법」 제30조제1항제5호).

즉시강제는 급박한 행정상 장애를 제거하기 위해 행정상 의무부과 없이 즉각적으로 국민의 신체 또는 재산에 공권력을 행사하는 것으로 기본권 제약의 강도가 매우 크고, 의무 위반을 요건으로 하지 않는다는 점에서 공법상의 의무불이행을 전제로 하는 직접강제와 개념상 차이가 있다.

그러나 현행법의 특정 조항이 양자 중 어디에 해당하는지 분명하지 않은 경우가 있으며, 한 조문에 양 제도가 섞여 규정된 경우도 많다.

2) 즉시강제의 도입 기준

즉시강제는 매우 강력한 수단인 반면 국민의 기본권을 침해할 소지가 크다는 점에 유념하여 그 도입에는 신중해야 하는바, 즉시강제는 다른 행정상 의무 확보 수단 등으로 문제를 해결할 수 있는 경우에는 활용되면 안 되므로 다른 수단으로는 행정목적을 달성할 수 없는 경우에만 최후의 수단으로 허용되며, 이 경우에도 최소한으로만 실시해야 한다(「행정기본법」 제33조제1항).

3) 규정 방식

가) 즉시강제의 발동 요건

「행정기본법」 제30조 및 제33조에서는 즉시강제의 허용 기준과 절차에 관한 일반원칙을 정하고 있다. 다만 현행법상 즉시강제 발동을 위한 일반적 근거를 규율하고 있는 법률은 없으며, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 등 개별법의 필요에 따라 그 근거 및 요건과 절차를 규정하고 있다.

개별법에서 즉시강제를 도입하는 경우에는 법률에서 그 발동 요건을 가능하면 구체적이고 명확하게 규정하여 공무원의 직권남용과 기본권 침해 소지를 최소화해야 한다.²⁵⁴⁾

나) 즉시강제의 절차

즉시강제는 별도의 행정상 의무 부과 없이 즉각적으로 국민의 신체 및 재산에 공권력을 행사하는 것이므로 즉시강제에 대한 사전 절차가 진행될 수 없다. 따라서 즉시강제 집행 과정에서 상대방의 권익을 보호하는 제도가 필요한데, 「행정기본법」 제33조제2항에서는 즉시강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자임을 표시하는 증표를 보여 주도록 규정하고 있으며, 즉시강제의 이유와 내용을 고지하도록 규정하고 있다. 따라서 긴급하거나 사실상 고지하는 것이 불가능한 경우로서 이러한 절차에 예외를 들 필요가 있는 경우에는 즉시강제를 규정하는 법률에서 명시적으로 그 내용을 규정해야 한다.

254) 경찰행정상 즉시강제에 관한 일반법인 「경찰관 직무집행법」에서는 경찰행정상 즉시강제에 관하여 그 요건을 비교적 구체화하고 증표제시의무 외에 조치를 취하는 목적과 이유를 밝히도록 하는 등 기본권 침해소지를 줄이기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있는데, 이러한 「경찰관 직무집행법」상의 통제장치들은 개별법상의 즉시강제에도 참고가 될 것이다.

예외적 규정을 두려는 경우에는 즉시강제의 기본권 침해 소지가 큰 점을 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다.

[입법례]

소방기본법

제25조(강제처분 등) ① 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요할 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다.
 ② 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정할 때에는 제1항에 따른 소방대상물 또는 토지 외의 소방대상물과 토지에 대하여 제1항에 따른 처분을 할 수 있다.
 ③ 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동할 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거하거나 이동시킬 수 있다.
 ④·⑤ (생략)

또한 강제수용·격리 등 보호조치를 취하는 경우에는 본인 외에 가족·친지와 의 연락 기회를 주도록 한다.

[입법례]

검역법

제16조(검역감염병 환자등의 격리) ① 질병관리청장은 제15조제1항제1호에 따라 검역감염병 환자등을 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설에 격리한다. 다만, 사람 간 전파가능성이 낮은 경우 등 질병관리청장이 정하는 경우는 격리 대상에서 제외할 수 있다.
 1. ~ 5. (생략)
 ② ~ ⑤ (생략)
 ⑥ 검역소장은 검역감염병 환자등을 격리하였을 때에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 격리 사실을 격리 대상자 및 격리 대상자의 가족, 보호자 또는 격리 대상자가 지정한 사람에게 알려야 한다.

그리고 직접강제와 마찬가지로 즉시강제를 남용한 공무원에 대해서는 일정한 벌칙을 규정하는 것도 고려할 필요가 있고,²⁵⁵⁾ 적법한 즉시강제로 인하여 발생한 특별한 손해에 대해서는 국가의 손실보상책임을 규정하거나 제3자와의 관계에서 발생하는 보상책임을 구체적으로 규정할 필요가 있으며²⁵⁶⁾, 즉시강제에 대해 정당한 협조를 거부하거나 적극적으로 방해하는 행위에 대한 벌칙을 규정할 필요가 있는지도 검토해야 한다.

[입법례] 강제처분 등을 방해한 경우 처벌을 규정한 사례

소방기본법
제25조(강제처분 등) ① 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요할 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다. ② ~ ④ (생략)
제51조(벌칙) 제25조제1항에 따른 처분을 방해한 자 또는 정당한 사유 없이 그 처분에 따르지 아니한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

15. 보조 · 출연 · 출자 · 융자

행정 지원에는 재정상 지원과 행정상 지원 등이 있는데, 재정상 지원 방식에는 보조, 출연, 출자, 융자가 있다. 그 밖에 국가가 채무 인수²⁵⁷⁾나 보증²⁵⁸⁾을 해주거나 세금을 감면해주는 것도 일종의 재정상 지원에 포함시킬 수 있다.

‘보조’, ‘출연’은 직접적인 반대급부 없이 교부된다는 점에서 ‘증여’와 비슷하지만, 교부받은 재원을 목적 범위에서 사용해야 하고, 보조, 출연으로 생긴 재산 등의 행사에 일정한 제약(「보조금 관리에 관한 법률」 제22조, 제30조, 제35조 등)이 있다는 점에서 증여와 다르다.

255) 「경찰관 직무집행법」 제12조

256) 위법한 즉시강제에 대해서는 「국가배상법」에 따른 배상책임으로 해결해야 할 것이다.

257) 「인천국제공항공사법」

제13조(보조금 등) 정부는 예산의 범위에서 공사의 사업에 필요한 비용의 일부를 보조하거나 재정자금의 용자 또는 사채인수(社債引受)를 할 수 있다.

258) 「한국수자원공사법」

제13조(사채의 발행 등) ① (생략)

② 제1항에 따라 공사가 사채를 발행하는 경우 국가는 사채의 원리금 상환을 보증할 수 있다.

가. 보조금

1) 의의

보조금은 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 공익적 사업을 지원하기 위해 반대급부 없이 교부하는 금전 급부를 말한다. 보조금 지급방식에는 사업을 실제로 하는 자에게 직접 교부하는 직접교부방식과 중간 감독기관에 교부하도록 하는 간접교부방식이 있다.

보조금의 교부 주체에 따라 근거가 되는 일반법이 다르다. 국가가 주체인 경우에는 「보조금 관리에 관한 법률」이 일반법이 되고, 지방자치단체가 주체인 경우에는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」²⁵⁹⁾이 일반법이 된다.

「보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호에서는 보조금을 “국가 외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위해 교부하는 보조금(지방자치단체에 교부하는 것과 그 밖에 법인·단체 또는 개인의 시설자금이나 운영자금으로 교부하는 것만 해당한다), 부담금²⁶⁰⁾(국제조약에 따른 부담금은 제외한다), 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것²⁶¹⁾”으로 정의하고 있고, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호에서는 지방보조금을 “지방자치단체가 법령 또는 조례에 따라 다른 지방자치단체, 법인·단체 또는 개인 등이 수행하는 사무 또는 사업 등을 조성하거나 이를 지원하기 위하여 교부하는 보조금 등을 말하되, 출자금 및 출연금과 국고보조재원에 의한 것으로 지방자치단체가 교부하는 보조금은 제외한다”고 규정하고 있다.

259) 지방자치단체가 주는 보조금에 대해서는 법률 제12687호로 일부개정된 「지방재정법」(2014. 5. 28. 공포, 2015. 1. 1. 시행)에서 지방보조금의 관리에 대한 일반규정(제32조의2부터 제32조의11까지)을 두고 있다. 2021. 1. 12. 법률 제17892호로 지방보조금의 관리·운영방안 등에 관한 사항을 규정하는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 제정되어 2021. 7. 13.부터 시행되고 있다.

260) 여기에서 부담금은 준조세적 성격의 부담금이 아니라 「지방재정법」 제21조에 규정된 것과 같은 부담금을 의미한다.

「지방재정법」

제21조(부담금과 교부금) ① 지방자치단체나 그 기관이 법령에 따라 처리하여야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 간에 이해관계가 있는 경우에는 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니 되는 경비는 국가가 그 전부 또는 일부를 부담한다.

261) 「농산물의 생산자를 위한 직접지불제도 시행규정」 제3조에 따른 소득보조금을 말한다(「보조금 관리에 관한 법률 시행령」 제2조).

2) 보조금의 근거

국가가 주는 보조금에 대해서는 「보조금 관리에 관한 법률」이라는 일반법이 있고 지방자치단체가 주는 보조금에 대해서는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이라는 일반법이 있으므로 특별한 법적 근거를 필요로 하지 않으며 예산에 계상하여 집행하면 된다.²⁶²⁾ 각 법률에 근거 규정을 두지 않아도 예산이 있으면 집행이 가능함에도 실제 현행법에는 편의상 근거 규정을 별도로 법률에 두는 경우가 많이 있는데 이는 보조금 예산을 쉽게 인정 받으려는 목적이거나 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례를 규정하기 위한 경우일 때가 많다.

「보조금 관리에 관한 법률」에서는 보조금예산의 편성, 교부신청, 교부결정, 사용 등에 관한 기본적 사항을 규정하면서 보조금의 예산편성·집행 및 관리에 관해서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따르도록 하고 있고(제3조제1항), 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제3조제1항에서도 동일한 내용을 규정하고 있다. 따라서 개별 법률에서 국가나 지방자치단체가 지급하는 보조금에 관한 규정을 둘 때에는 보조금의 지급 근거만 규정하고, 그 밖에 보조금의 예산편성·집행 및 관리에 관한 사항은 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」과 달리 규정할 것이 아니라면 따로 규정하지 않아도 된다.

「보조금 관리에 관한 법률」에서는 국가가 출연금을 예산에 계상한 기관에 대해서는 원칙적으로 출연금 외에 별도의 보조금을 예산에 계상할 수 없도록 제한하고 있다.²⁶³⁾

한편 「지방자치법」 제137조제3항에서 국가행정기관, 공공기관운영법에 따른 공공기관, 국가 출자·출연 기관, 국가 시설·단지 지원 기관의 신설·확장·이전·운영과 관련된

262) 「보조금 관리에 관한 법률」

제9조(보조금의 대상 사업 및 기준보조율 등) ① 보조금이 지급되는 대상 사업, 경비의 종목, 국고 보조율 및 금액은 매년 예산으로 정한다. 다만, 지방자치단체에 대한 보조금의 경우 보조금이 지급되는 대상 사업의 범위, 기준보조율은 대통령령으로 정한다.

「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」

제4조(시·도비 기준보조율) ① 지방보조금이 지급되는 대상사업, 경비의 종목, 보조율 및 금액은 매년 예산으로 정하고, 다른 지방자치단체에 대한 지방보조금의 경우 예산 계상 신청 및 예산 편성 시 지방보조사업별로 적용하는 기준이 되는 보조율은 특별시·광역시·도·특별자치도의 조례로 정한다. 다만, 「지방재정법」 제22조에 따라 지방자치단체가 부담하는 경비는 제외한다.

263) 「보조금 관리에 관한 법률」

제14조(출연기관에 대한 별도의 보조금의 교부제한) 국가가 출연금을 예산에 계상한 기관에 대하여는 출연금 외에 별도의 보조금을 예산에 계상할 수 없다. 다만, 기획재정부장관이 사업수행상 특히 불가피하다고 인정할 때에는 그러하지 아니하다.

비용을 지방자치단체에 부담시켜서는 안 된다고 규정하고 있으므로 법률에 근거 없이 지방자치단체가 국가기관·공공기관 등에 운영비 등을 지급하도록 규정해서는 안 된다.

3) 보조금의 규정 형식

법률에 보조금의 지급 근거를 규정하는 경우 규정 형식에는 일반적으로 “○○○는 …에 대하여 …에 필요한 비용을 보조할 수 있다” 또는 “○○○는 …에 대하여 …에 보조금을 지급할 수 있다” 등이 있는데, 이 외에도 다양한 형식이 자유롭게 사용되고 있다. 다만, 보조금의 목적을 법률에서 정할 때에는 명확하게 규정해야 한다. 보조금을 목적 외의 다른 용도로 사용하는 경우 반환처분 등 불이익처분을 받게 되기 때문이다(「보조금 관리에 관한 법률」 제22조, 제30조, 제31조, 제31조의2, 제32조, 제33조, 제33조의2, 제33조의3, 제36조의2, 제41조, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제12조, 제13조, 제32조, 제34조, 제38조).

보조금의 지급 근거에 관한 규정은 “보조하여야 한다”²⁶⁴⁾나 “보조한다”²⁶⁵⁾와 같이 의무 부과 형식으로 하지 않고 “보조할 수 있다”와 같이 권한 부여 형식을 취하는 것이 일반적인데, 그 이유는 의무 부과 형식으로 하면 보조금 지급에 관한 재량의 여지가 없어서 재정의 탄력적 운영이 어려워지기 때문이다.

[입법례]

유선 및 도선 사업법

제36조(보조금의 지급 등) ① 지방자치단체는 도선의 안전운항과 주민의 교통편의를 위하여 필요한 경우 영세 도선사업자의 노후 선박의 교체, 안전시설의 설치 및 개선, 적자 노선에 대한 손실보전 등에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조금으로 지급할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체는 유선 또는 도선의 선령이 제4조의2제1항제1호에 따른 기준에 적합하지 아니한 선령에 가까워져서 유선 또는 도선을 새로 건조(建造)하려는 사업자에 대하여 재정적 지원이 필요하다고 인정되는 경우 유선 또는 도선의 건조에 드는 자금의 일부를 보조 또는 융자하거나 융자를 알선할 수 있다.

③ (생략)

264) 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제10조제1항, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제66조 등이 있다.

265) 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」 제29조제3항, 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」 제22조제1항, 「국립대학병원설치법」 제19조제2항 등이 있다.

먹는물관리법

제52조(국고보조) 환경부장관은 예산의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

1. 제7조제1항에 따른 먹는물 수질 감시원의 운영에 드는 경비
- 1의2. 제8조제1항에 따른 먹는물공동시설의 개선에 드는 경비
2. 제26조제4항에 따른 관계 검사기관 또는 제43조에 따라 지정된 검사기관에서의 검사 등에 드는 경비
3. 제42조제1항에 따른 수거에 드는 경비
4. 제47조에 따른 폐기에 드는 경비

4) 보조금의 지급 주체

보조금의 지급 주체는 “국가”, “지방자치단체”, “국가 또는 지방자치단체”가 되는 것이 일반적이지만, 경우에 따라서는 보조금의 지급 주체를 보다 구체적으로 표시하기 위해 “중앙행정기관의 장”, “○○○부장관” “지방자치단체의 장”, “시·도지사”, “시장·군수 또는 구청장”이라는 표현을 사용하기도 한다.²⁶⁶⁾

법률 단계에서는 지급 주체를 특정하지 않고 “국가”나 “정부”라는 표현을 많이 사용하는데, 지급 주체가 분명한 경우에는 보조금의 지급 주체를 “○○○부장관”으로 명시적으로 규정하기도 한다.

[입법례]

관광진흥법

제76조(재정지원) ① 문화체육관광부장관은 관광에 관한 사업을 하는 지방자치단체, 관광사업자 단체 또는 관광사업자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 보조금을 지급할 수 있다.

② 지방자치단체는 그 관할 구역 안에서 관광에 관한 사업을 하는 관광사업자 단체 또는 관광사업자에게 조례로 정하는 바에 따라 보조금을 지급할 수 있다.

③ (생략)

266) “정부 또는 지방자치단체”로 규정하고 있는 입법례도 있지만, 통상적으로 지방자치단체와 같이 열거되는 경우에는 “정부 또는 지방자치단체”로 표현하면 관념상으로 서로 대응이 되지 않으므로 “국가”를 사용하여 “국가 또는 지방자치단체”로 표현하고, 독자적으로 사용될 때에는 “정부”를 사용하는 경향이 있다.

5) 보조금의 상대방과 대상 사업

보조금의 지급근거를 규정할 때에는 그 상대방과 대상 사업(또는 행위)을 적시하는 것이 일반적이다. 경우에 따라서는 상대방만을 적시하거나 대상 사업(또는 행위)만을 적시하기도 하지만, 보조금을 지급할 때에는 원칙적으로 그 대상 사업을 적시해야 한다.

「보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호²⁶⁷⁾에서 보조금을 지방자치단체가 아닌 그 밖의 법인·단체 또는 개인에게 교부하는 경우에는 시설자금이나 운영자금에 대한 것으로 한정하고 경상경비는 보조하지 못하도록 하고 있는 취지에 비추어 보조금 제도는 어디까지나 보충적으로 운영되어야 하기 때문이다. 특히, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항에서는 지방자치단체가 주는 보조금의 경우 법령에 명시적 근거가 있는 경우 외에는 지방보조금을 인건비, 사무관리비, 임차료 등 운영비로 교부할 수 없도록 규정하고 있으므로 지방보조금으로 운영비를 교부할 수 있도록 하려면 그 근거를 법령에 명시해야 한다.

[입법례] 보조금의 상대방과 용도를 구체적으로 규정한 사례

자연환경보전법

제54조(국고보조 등) ① 국가는 예산의 범위 안에서 다음의 사업에 대하여 자연환경보전을 위한 사업을 집행하는 관계행정기관 및 지방자치단체 또는 자연보호 관련단체에 대하여 그 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

1. 제5조에 따른 자연보호운동 지원사업
2. 제20조 및 제42조에 따른 생태·경관보전지역, 인접지역 및 생태마을의 주민지원사업
3. 제38조에 따른 자연환경보전·이용시설의 설치사업
4. 제45조에 따른 의한 생태통로 설치사업
5. 제49조 각호의 사업

267) 「보조금 관리에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “보조금”이란 국가 외의 자가 수행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가(「국가재정법」 별표 2에 규정된 법률에 따라 설치된 기금을 관리·운용하는 자를 포함한다)가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치단체에 교부하는 것과 그 밖에 법인·단체 또는 개인의 시설자금이나 운영자금으로 교부하는 것만 해당한다), 부담금(국제조약에 따른 부담금은 제외한다), 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

- 6. 그 밖에 자연환경보전을 위한 사업으로서 대통령령이 정하는 사업
- ② 지방자치단체는 예산의 범위에서 자연보호운동을 실시하는 자연보호 관련단체에 대하여 그 활동 및 운영에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

[입법례] 보조금의 대상 사업을 포괄적으로 규정한 사례

한국광해광업공단법
제15조(보조금과 출연금) ① 정부는 공단의 사업에 대하여 예산의 범위에서 보조금을 지급할 수 있다. ② (생략)

[입법례] 지방자치단체에서 운영비를 보조할 수 있도록 명시적으로 규정한 사례

국민체육진흥법
제18조(지방자치단체와 학교 등에 대한 보조) ①·② (생략) ③ 지방자치단체는 대한체육회, 지방체육회, 대한장애인체육회 및 지방장애인체육회에 예산의 범위에서 운영비를 보조할 수 있다. 이 경우 지원에 필요한 사항은 조례로 정한다.

6) 「보조금 관리에 관한 법률」 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례 규정

국가 보조금에 관한 일반법으로 「보조금 관리에 관한 법률」이 마련되어 있고 지방자치단체 보조금에 관한 일반법으로 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 마련되어 있으며, 두 법에서 “(지방)보조금 예산의 편성·집행 등 그 관리에 관하여는 다른 법률에 규정이 있는 것을 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”라고 규정하고 있기 때문에 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」과 다른 내용으로 보조금을 관리·운영하려는 경우에는 개별 법률에서 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례 규정을 둘 수 있다.

가) 보조금의 지급 대상의 특례

「보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호에서는 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 개인에 대해서는 시설자금이나 운영자금만을 보조금 지급 대상으로 규정하고 있다. 따라서 보조금의 지급 대상을 이와 달리 하려면 법률에 특례를 두어야 한다.

[입법례] 사업 손실을 보조금 지급 대상으로 한 사례

한국교직원공제회법

제13조(보조금 지급) 교육부장관은 공제회를 보호·육성하기 위하여 회원의 부담금으로 하는 사업에서 생긴 결손을 보조한다.

나) 「보조금 관리에 관한 법률」의 적용 배제 특례

보조금은 반대급부 없이 지급하는 자금이므로 자칫하면 방만하게 운영되기 쉽다. 그래서 「보조금 관리에 관한 법률」에서는 여러 가지 엄격한 통제 제도를 마련하고 있다.²⁶⁸⁾ 이러한 규정은 보조금의 관리를 적정하게 하기 위한 것이지만 경우에 따라서는 보조금을 받는 자를 지나치게 속박하고 융통성을 잃어버릴 우려도 있으므로 이러한 통제를 일부 완화하기 위해서는 「보조금 관리에 관한 법률」 일부 규정의 적용을 배제하는 특례를 두기도 한다.

[입법례]

국가균형발전 특별법

제44조(보조금에 대한 다른 법률의 적용배제) ① 제34조제2항·제35조제2항 및 제35조의2제2항의 사업에 대한 보조금에 대하여는 「보조금 관리에 관한 법률」 제18조·제21조·제26조 및 제28조부터 제30조까지, 제31조, 제31조의2, 제32조, 제33조의3의 규정을 적용하지 아니한다. 다만, 보조사업자가 법령의 규정을 위반하여 보조금을 사용한 때, 허위의 신청이나 그 밖의 부정한

268) 「보조금 관리에 관한 법률」에서는 보조금에는 조건을 붙일 수 있게 하거나(제18조) 보조금 지급결정 후 사정이 변경되면 국가가 일방적으로 지급결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있게 하고 있을 뿐 아니라(제21조), 보조금을 지급한 중앙관서의 장이 보조금을 받은 자에게 보조사업에 관한 명령을 하거나 보조 사업을 정지하게 할 수도 있게 하고 있다(제26조 등). 그리고 보조금을 다른 용도로 사용하는 경우 등에는 보조금 교부 결정을 취소할 수 있게 하면서(제30조) 이미 지급한 보조금을 반환하도록 하고 반환하지 않는 경우에는 강제징수할 수 있는 규정(제33조의3) 등을 두고 있다[제5장(제30조부터 제33조의3까지)].

방법으로 보조금을 교부받은 때 또는 제43조에 따라 다음 연도로 이월한 세출예산을 다음 다음 회계연도까지 지출하지 아니한 때에는 「보조금 관리에 관한 법률」 제30조, 제31조, 제31조의2, 제32조, 제33조의3의 규정을 적용한다.

② ~ ④ (생략)

다) 보조금의 전용에 관한 특례

보조금의 전용에 관한 특례는 종전에는 개별 법률에서 특례 규정을 두어야 했으나, 현재는 「보조금 관리에 관한 법률」 제31조제4항²⁶⁹⁾에 지방자치단체의 장이 해당 보조사업의 당초 목적을 달성하고, 자체 노력에 의하여 예산을 절감한 경우에는 그 초과액을 반환하지 아니하고 해당 보조사업의 목적과 유사한 사업에 사용할 수 있도록 하는 내용이 규정되어, 개별 법률에서 특례를 두지 않아도 보조금 집행 잔액을 비슷한 다른 용도에 사용할 수 있게 되어 지방자치단체가 국가 지급 보조금을 전용하기 위한 규정을 개별 법률에서 따로 둘 필요가 없어졌다. 다만, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에서는 「보조금 관리에 관한 법률」 제31조제4항과 같은 보조금의 전용에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 지방자치단체가 주는 보조금을 전용할 수 있도록 하려면 개별 법률에서 특례 규정을 둘 필요가 있다.

라) 그 밖의 특례 규정

지방자치단체가 신청한 보조금 예산을 편성할 때에는 지방자치단체의 재정 사정을 고려하여 지방자치단체 간 보조율에 차등을 두는 것이 원칙이다(「보조금 관리에 관한 법률」 제10조). 그러나 비록 지방자치단체의 재정 형편이 좋다고 하더라도 보조사업의 규모나 성격에 비추어 더 많은 보조가 필요한 경우도 있으므로 이에 대한 특례를 두는 경우가 있다.

269) 제31조(보조금의 반환) ④ 제2항에도 불구하고 지방자치단체의 장은 해당 보조사업의 당초 목적을 달성하고, 자체 노력에 의하여 예산을 절감한 경우에는 그 초과액을 반환하지 아니하고 해당 보조사업의 목적과 유사한 사업(신규사업 등 대통령령으로 정하는 사업을 제외한다)에 사용할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 반환하지 아니한 초과액의 사용명세서(과목별로 금액 및 구체적 이유 등을 포함하여야 한다)를 초과액을 사용한 날부터 1개월 이내에 해당 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다.

⑥ 제4항에 따라 유사한 사업에 초과액을 사용하는 데 필요한 요건은 대통령령으로 정한다.

[입법례] 차등 보조에 대한 특례를 규정한 사례

지역 개발 및 지원에 관한 법률

제55조(기반시설 설치 및 보조금 등의 지원) ① 국가와 지방자치단체는 지역개발사업의 원활한 시행과 투자유치를 위하여 도로·철도 등 대통령령으로 정하는 시설을 직접 설치하거나 설치 비용을 지원할 수 있다.

② 제1항에 따른 국가의 지원 대상 및 범위 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 국가는 낙후지역의 지방자치단체가 시행하는 개발사업에 대하여 제1항에 따라 보조금을 지원하는 경우 「보조금 관리에 관한 법률」 제10조에 따른 차등보조율과 다른 법률에 따른 보조율에도 불구하고 개발사업을 시행하는 지방자치단체의 낙후도·재정부담능력 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 보조율에 따라 보조금을 인상하여 지원할 수 있다.

「보조금 관리에 관한 법률」 제16조 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제7조에 따르면 보조금이나 지방보조금을 교부받으려는 자는 보조사업의 목적과 내용, 소요경비 등을 기재하여 신청해야 하고, 공모(公募)절차를 통하여 보조금 교부신청서를 제출받아야 하며, 지방자치단체에 대한 보조금의 지급결정은 단위사업별·보조사업별로 결정된다(「보조금 관리에 관한 법률」 제19조). 이러한 예산편성과 신청절차 및 지급결정 원칙에 대한 예외를 인정하는 특례를 두는 경우도 있다.

[입법례] 사업별 보조금 지급결정에 대한 특례를 규정한 사례

국가균형발전 특별법

제40조(포괄보조금의 지원) ① 정부는 제34조제2항에 따른 지역자율계정의 세출예산을 편성할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 각 시·도 및 시·군·구별로 세출예산의 용도를 포괄적으로 정한 보조금(이하 “포괄보조금”이라 한다)으로 편성하여 지원한다.

② (생략)

나. 출연

1) 의의

출연은 일반적으로 자기의 의사에 따라 금전을 지급하는 등 자신은 재산상 손실을 입고 상대방은 재산을 증가시키는 일을 말하는데 일상생활에서는 ‘기부행위’라는 말을 더 많이 사용한다. 「민법」에서는 비영리재단법인의 설립과 관련하여 출연에 대한 규정을 두고 있다.

행정 법령에서는 행정 주체가 법령에 따라 설치된 연구기관, 기금, 공단 등 출연 대상 주체에 대하여 특정 목적을 위해 포괄적으로 지원하는 금전급부를 말한다.

출연금에 관한 규정을 둘 때에는 헌법상의 비례의 원칙과 평등의 원칙을 준수해야 한다. 즉 출연금 지급에 따른 효과성에 대한 판단과 함께 예상 낭비적 요소와 부당한 특혜 여부에 대한 검토가 필요하다. 또한 해당 기관에의 출연이 반드시 필요한 것인지 그리고 기존의 출연금 규모는 적정한 것인지에 대한 판단도 있어야 한다.

2) 출연의 근거

출연에 관한 일반적인 근거 규정은 국가의 경우는 「국가재정법」, 「공공기관 운영에 관한 법률」, 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」, 「과학기술분야 정부출연 연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 등을 들 수 있고, 지방자치단체의 경우는 「지방재정법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」²⁷⁰⁾과 「지방자치단체

270) 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」

제4조(지방자치단체의 출자·출연과 대상 사업 등) ① 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 자본금 또는 재산의 전액을 출자 또는 출연하거나 지방자치단체 외의 자(외국인 및 외국법인을 포함한다)와 공동으로 출자하거나 출연하여 「상법」에 따른 주식회사나 「민법」 또는 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 재단법인을 설립할 수 있다.

1. 문화, 예술, 장학(獎學), 체육, 의료 등의 분야에서 주민의 복리 증진에 이바지할 수 있는 사업
2. 지역주민의 소득을 증대시키고 지역경제를 발전시키며 지역개발을 활성화하고 촉진하는 데에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업

② 제1항에 따라 지방자치단체가 출자하거나 출연하는 비율을 산정할 때에 그 지방자치단체가 설립한 출자·출연 기관이 출자하거나 출연한 경우에는 그 지방자치단체가 출자하거나 출연한 것으로 본다.

③ 출자·출연 기관과 관련한 다음 각 호의 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

1. 설립 목적,
2. 주요 업무와 사업,
3. 출자 또는 출연의 근거와 방법
4. 그 밖에 기관의 운영 등에 관한 기본적인 사항

출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 등이 있다.

국가는 국가연구개발사업의 수행, 공공목적을 수행하는 기관의 운영 등 특정한 목적을 달성하기 위한 경우에는 해당 기관에 출연을 할 수 있는데, 반드시 법률에 근거가 있어야만 출연을 할 수 있다(「국가재정법」 제12조²⁷¹⁾). 보조금은 법률에 근거가 반드시 있어야 하는 것은 아니라는 점에서 출연과 차이가 있다.

지방자치단체는 「지방재정법」 제18조제2항에 따라 법령에 근거가 있는 경우와 공공기관(그 목적과 설립이 법령 또는 법령의 근거에 따라 조례에 정해진 기관이나 지방자치단체를 회원으로 하는 공익법인을 말한다)에 대하여 조례에 근거가 있는 경우에만 출연을 할 수 있다.

3) 보조금과의 차이

출연은 출연금의 사용 용도를 지정하지 않은 채 포괄적으로 지원되고, 집행 잔액에 대한 사후정산과 반환 절차가 없다는 점에서 보조금과 차이가 난다. 보조금은 시설자금이나 운영자금을 대상으로 할 수 있고 경상경비는 대상으로 할 수 없는 게 일반적이지만, 출연금에는 이와 같은 제한이 없기 때문에 법인·단체의 경상경비를 지원하는 경우에는 출연금을 활용하는 경우가 많다.

[입법례]

한국국제교류재단법

제15조(출연금) ① 정부는 재단의 설립·운영에 드는 경비와 기금에 충당하기 위하여 재단에 필요한 출연금을 예산의 범위에서 지급할 수 있다.

② 제1항에 따른 출연금의 지급 및 사용 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

보조금과 출연금은 유사한 목적으로 지급되는 것이기 때문에 보조금과 출연금 사이에는 이중적 지원이 문제가 될 수 있다. 「보조금 관리에 관한 법률」 제14조에서는 기획재정부 장관이 사업 수행상 특히 불가피하다고 인정할 때를 제외하고는 출연기관에 대하여 출연금

271) 「국가재정법」

제12조(출연금) 국가는 국가연구개발사업의 수행, 공공목적을 수행하는 기관의 운영 등 특정한 목적을 달성하기 위하여 법률에 근거가 있는 경우에는 해당 기관에 출연할 수 있다.

외에 별도의 보조금 교부를 제한하고 있다. 따라서 보조금도 지급하면서 출연도 하려면 법률에 그 내용을 명시적으로 규정해야 한다.

4) 출연의 규정 형식

출연의 근거를 규정하는 형식으로 “○○○은 …하기 위하여…에게 출연할 수 있다” 또는 “○○○은 …하기 위하여 …에게 출연금을 지급할 수 있다” 등이 있다.

출연금 규정은 “출연할 수 있다”라고 권한부여 방식을 취하는 것이 일반적이지만, “출연하여야 한다”라는 의무 부과 방식을 사용하는 경우도 많다. 이렇게 출연의무를 부과하는 것은 주로 정부의 일반회계 부분에서 각종 정부기금에 출연하는 경우와 기금에 대해 이해관계인의 출연을 강제하기 위한 특별한 목적을 가지는 경우에 주로 사용된다.²⁷²⁾

[입법례] ‘출연할 수 있다’고 규정한 사례

산업기술단지 지원에 관한 특례법

제17조(국가·지방자치단체의 출연 등) ① 국가나 지방자치단체는 산업기술단지의 조성·운영을 지원하기 위하여 사업시행자에게 출연(出捐)할 수 있다.

② 산업기술단지의 사업과 관련이 있는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관(이하 “공공기관”이라 한다), 정부출자기관 및 정부출연기관 등은 사업시행자에게 출연할 수 있다.

③ 산업기술단지의 조성·운영에 참여하는 「고등교육법」 제3조의 국립학교나 국립학교에 두는 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 제25조에 따른 산학협력단은 해당 국립학교의 기성회 회계(면학 분위기 조성과 교육여건 개선을 위하여 기성회의 회비와 수익사업의 수익금 등을 수입원으로 하여 스스로 세입·세출 예산을 편성·집행하는 국고회계 외의 회계를 말한다) 세출이나 해당 산학협력단의 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 제32조에 따른 지출의 일부를 산업기술단지의 조성·운영을 지원하기 위하여 사업시행자에게 출연할 수 있다.

④ (생략)

272) 「석면피해구제법」 제24조제3항, 「공적자금상환기금법」 제5조제2항, 「기술보증기금법」 제13조제3항, 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제32조제3항 등

[입법례] '출연하여야 한다'고 규정한 사례

국립대학법인 인천대학교 설립·운영에 관한 법률

제28조(국가 및 지방자치단체의 재정지원 등) ① (생략)

② 국가는 국립대학법인 인천대학교의 안정적인 재정운동을 위하여 매년 인건비, 정상적 경비, 시설확충비 및 교육·연구 발전을 위한 지원금을 출연하여야 한다.

③·④ (생략)

다. 출자

1) 의의

출자는 자본의 전부 또는 일부를 현금이나 현물의 형태로 제공하는 것을 말한다. 대상이 되는 사업은 주로 공공성이 높고 대규모 자금이 필요한 사업으로서, 출자 규정을 함으로써 해당되는 사업 또는 활동의 안정적인 운영과 능률적인 목표 달성을 도모하려는 것이다.

2) 출자의 근거

출자는 출자하는 주체가 출자에 따른 권리를 취득하는 행위이기 때문에 출연과는 달리 엄격한 통제를 요하지 않는다. 따라서 국가가 출자하는 경우에는 법률의 근거가 없어도 예산만 확보되면 출자할 수 있다. 「상법」상 주식회사에 대한 출자는 일반적으로 회사에 출자하는 방식을 따르면 된다. 특수법인에 대한 출자는 특수법인이 법률로 설립되기 때문에 보통 그 설립법에 출자의 근거가 규정된다.

지방자치단체가 하는 출자에 대해서는 「지방재정법」 제18조제1항에서 법령에 근거가 있는 경우에만 출자를 할 수 있도록 하고 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조제1항 및 제50조에서 행정재산을 출자할 수 없다거나 법률이나 조례에 따르지 않고서는 물품을 현물출자하는 것을 제한하고 있다. 그리고 지방자치단체가 지방공기업이나 그 밖의 출자기관을 설립하기 위해 하는 출자에 관하여는 「지방공기업법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 규정되어 있다.

3) 출자 이후의 관리

정부가 납입자본금의 50퍼센트 이상을 출자한 기업체나 30퍼센트 이상 출자하고 임원 임명권한 행사 등을 통해 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 등과 같은 공공기관²⁷³⁾에 대해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 그 운영에 관한 기본적인 사항과 자율경영 및 책임경영체제의 확립에 관한 사항을 규정하고 있다. 지방자치단체가 출자한 지방공기업이나 그 밖의 출자기관에 관하여는 「지방공기업법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 규정되어 있다.²⁷⁴⁾

출자에 따른 권리는 국가의 경우에는 국유재산이 되고, 지방자치단체의 경우에는 지방자치단체의 재산인 공유재산이 되므로, 공공기관, 지방공기업, 그 밖의 출자기관은 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 따라 관리하게 된다.

273) 「공공기관의 운영에 관한 법률」

제4조(공공기관) ① 기획재정부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관(이하 “기관”이라 한다)으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다.

1. 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관
2. 정부지원액이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관
3. 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
4. 정부와 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
5. 제1호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
6. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 정부 또는 설립 기관이 출연한 기관

274) 「지방공기업법」

제53조(출자) ① 공사의 자본금은 그 전액을 지방자치단체가 현금 또는 현물로 출자한다.

제75조(「상법」의 준용) 공사에 관하여는 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용한다. 다만, 「상법」 제292조는 준용하지 아니한다.

제76조(설립·운영) ① 지방자치단체는 제2조의 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우에는 지방공단(이하 “공단”이라 한다)을 설립할 수 있다.

- ② 공단의 설립·운영에 관하여는 제49조부터 제52조까지, 제53조제1항, 제56조제1항 및 제3항, 제57조, 제58조, 제58조의2, 제59조부터 제63조까지, 제63조의2부터 제63조의4까지, 제64조, 제64조의2, 제64조의4, 제64조의5, 제65조, 제65조의2, 제66조, 제66조의2, 제68조, 제69조, 제71조, 제71조의2부터 제71조의4까지, 제72조 및 제73조, 제75조의2부터 제75조의4까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “공사”는 “공단”으로, “사장”은 “이사장”으로, “사채”는 “공단채”로 본다.

※ 종전에 「지방공기업법」 제77조의3부터 제77조의7까지에서 규정하던 지방자치단체의 출연 기관에 관한 규정은 2014. 3. 24. 제정된 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에서 규정하고 있다.

4) 출자의 규정 형식

공기업 등에 대한 정부출자금은 보통 “자본금”, “자본금 및 출자”라는 제목의 형식으로 규정되며, 출자 주체와 출자액 등 관련 내용을 하나의 조문으로 규정하는 것이 일반적이다.

[입법례]

한국농어촌공사 및 농지관리기금법

- 제6조(자본금 및 출자) ① 공사의 자본금은 5조원으로 하고, 전액을 국가가 출자(出資)한다.
 ② 국가는 공사의 사업에 필요한 동산 또는 부동산을 공사에 현물로 출자할 수 있다.
 ③ 국가는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가가 조성한 토지 또는 농업기반시설 관리권을 공사에 출자할 수 있다.

공기업을 「상법」상의 주식회사 형태로 설립하려는 경우에는 주식에 관한 규정과 「상법」의 준용에 관한 규정을 함께 규정해야 한다.

[입법례] 주식회사 형태의 공기업 출자에 관한 사례

한국도로공사법

- 제4조(자본금) ① 공사의 자본금은 40조원으로 한다.
 ② 제1항에 따른 자본금은 국가, 지방자치단체 또는 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행이 출자하되, 필요한 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위에서 주주를 모집할 수 있다.
 ③ 공사의 자본은 주식으로 분할하여야 한다.
- 제5조(주식의 발행 등) 공사가 발행하는 주식의 종류, 1주(株)의 금액, 주식 발행의 시기, 발행 주식의 총수, 주금(株金)의 납입액, 납입 시기 및 방법은 대통령령으로 정한다. 다만, 정부가 자본금을 출자하는 경우 주금의 납입 시기 및 방법은 기획재정부장관이 정한다.
- 제19조(다른 법률과의 관계) 공사에 관하여 이 법과 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 규정된 것 외에는 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용한다. 다만, 「상법」 제292조는 준용하지 아니한다.²⁷⁵⁾

275) 「상법」 제292조는 주식회사의 정관은 공증인의 인증을 받음으로써 효력이 생기도록 한 규정인데, 개별 법률에서 정관은 주무부장관의 인가를 받도록 하고 있기 때문에 「상법」 제292조를 준용 대상에서 제외한 것이다.

5) 현물출자에 관한 문제

출자의 형태는 현금출자가 원칙이므로 현물출자를 허용하려면 이에 관한 규정을 두도록 한다. 국공유재산 중 행정재산은 출자가 금지되므로,²⁷⁶⁾ 행정재산을 현물출자하려는 경우에는 「한국농어촌공사 및 농지관리기금법」 제6조제2항 및 제3항이나 「한국철도공사법」 제4조제3항과 같이 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특례 규정을 두어야 한다.

[입법례]

한국철도공사법
제4조(자본금 및 출자) ①·② (생략)
③ 국가는 「국유재산법」에도 불구하고 「철도산업발전 기본법」 제22조제1항제1호에 따른 운영자산을 공사에 현물로 출자한다.
④ (생략)

일반재산을 현물출자하는 경우 그 절차 및 가액 산정 등은 「국유재산법」에 자세히 규정되어 있으므로 개별 법률에서는 이에 관한 규정을 따로 두지 않아도 된다.²⁷⁷⁾

그 밖의 경우에는 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」 등에 따르게 되는데, 필요한 경우에는 이들 법률에 대한 특례를 규정하도록 한다. 물론, 공기업이 「상법」상의 주식회사의 형태로 되어 있는 경우에는 「상법」의 규정에 따르게 된다.

라. 융자

1) 의의

자금의 ‘융자’란 민간이 행하는 사업 중 공익성이 크고 적극적으로 장려·진흥시켜야 할 필요가 있는 경우에 정부가 재정자금 등을 재원으로 하여 민간 금융회사보다 낮은 이자율로 융통함으로써 사업자의 자금 확보를 도와주는 제도를 말한다. 저리자금의 융자는 특혜의

276) 「국유재산법」 제27조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조

277) 「국유재산법」 제4장제7절, 공유재산의 경우 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제24조에서 현물출자 및 평가에 대한 내용을 규정하고 있다.

소지가 있으므로 사업의 공익성에 대한 검토가 필요하며, 시장경제질서를 해치지 않도록 해야 한다.

2) 융자의 근거

일반적으로 융자는 융자를 위한 자금을 예산으로 마련하고 그 자금을 중소기업중앙회 같은 공공단체나 은행 등 금융회사에 맡겨 일정한 기준에 맞는 경우에 융자해주도록 하는 방식을 취하고 있다. 따라서 예산만 확보되면 나머지는 일반 대부와 같은 방식으로 처리되므로, 반드시 법률에 근거를 두어야 하는 것은 아니다. 지방자치단체의 경우에도 마찬가지이다.

다만, 사법상의 행위로 융자를 하게 되면 나중에 원리금을 상환받지 못하는 경우에도 민사절차에 따라 처리해야 하고, 결손처분도 쉽지 않다. 이런 경우를 대비하기 위해 법률에서 원리금의 면제에 관한 규정을 두기도 한다.

[입법례] 원리금의 면제에 관한 규정을 든 사례

해외자원개발 사업법

제11조(융자) ① 정부는 해외자원개발사업의 원활한 추진을 위하여 해외자원개발사업자, 제13조에 따른 해외자원개발투자회사 및 해외자원개발투자전문회사 또는 제13조의8제1항에 따른 투자위험보증기관에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자금을 융자할 수 있다.

1. 해외자원개발사업을 수행하는 데에 필요한 조사 및 개발 권리를 취득하기 위하여 필요한 자금
2. 해외자원개발사업에 필요한 시설의 설치 및 운영 자금
3. 해외자원개발사업을 수행하는 데에 필요한 토지의 임차 또는 매입 자금
4. 제13조의8제1항에 따른 투자위험보증사업의 수행에 필요한 자금
5. 그 밖에 해외자원개발사업을 원활히 수행하는 데에 필요한 자금으로서 대통령령으로 정하는 자금

② 제1항에 따른 자금의 융자에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 정부는 제1항제1호에 따른 자금을 융자받은 해외자원개발사업자, 제13조에 따른 해외자원개발투자회사 및 해외자원개발투자전문회사 또는 제13조의8제1항에 따른 투자위험보증기관이 해당 사업의 실패로 인하여 융자금의 상환이 불가능할 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 원리금의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

④·⑤ (생략)

그리고 용자를 위해 기금을 설치하는 경우에는 「국가재정법」 제5조에 따라 법률이 필요하고 그 법률에 용자에 관한 내용을 포함하게 된다.

[입법례]

한국농어촌공사 및 농지관리기금법

제23조(농지매매사업자금의 용자 등) ① 농림축산식품부장관은 제18조·제19조·제22조·제24조의 2·제24조의3 및 제24조의5에 따른 농지매매사업, 농지의 장기임대차사업, 농지의 교환 또는 분리·합병사업, 농지의 매입사업, 경영회생 지원을 위한 농지매입사업, 농지를 담보로 한 농업인의 노후생활안정 지원사업에 드는 자금을 제31조에 따른 농지관리기금에서 용자할 수 있다.
② ~ ④ (생략)

02
실
체
규
정

3) 용자의 규정 형식

자금의 용자를 규정할 때에는 주로 “○○○은 ……하기 위하여 ……에게 자금을 용자할 수 있다”라고 표현하게 된다. 자금의 용자만 규정하는 경우는 드물고, “보조 또는 용자할 수 있다”와 같이 보조금의 지급과 병렬적으로 규정하는 경우가 많다.

[입법례]

양곡관리법

제22조(미곡유통업의 육성) ① (생략)
② 농림축산식품부장관은 농업협동조합이나 그 밖에 제1항에 따른 미곡의 유통기능을 능률적으로 수행할 수 있다고 인정되는 자에게 미곡종합처리장 등 미곡을 건조·보관·가공·유통·판매하는 시설의 설치 및 미곡의 매입에 필요한 자금의 일부를 예산의 범위에서 용자하거나 보조금을 지급할 수 있다.
③ (생략)

[보조, 출연, 출자, 융자의 비교]

구분	보조	출연	출자	융자
법적 근거	「보조금 관리에 관한 법률」, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」	「국가재정법」 제12조, 「공공기관 운영에 관한 법률」, 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 등에 관한 법률」, 「지방재정법」 제18조제2항 등	「공공기관 운영에 관한 법률」, 「지방재정법」 제18조제1항, 「지방공기업법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」	예산 편성, 기금은 「국가재정법」, 「지방자치법」, 「지방자치단체 기금관리기본법」
	개별 법률에 반드시 지원근거가 있어야 하는 것은 아님. • 국가(예산편성만으로도 보조금 교부가 가능함) • 지방자치단체(법령 또는 조례에 근거가 있어야 함)	• 국가(법률의 근거가 있어야 함) • 지방자치단체(법령의 근거나 공공기관에 대해 조례 근거가 있어야 함)	• 국가(법률의 근거 없이 예산 편성만으로 출자 가능) • 지방자치단체(법령의 근거 있어야 함)	개별 법률에 반드시 근거가 있어야 하는 것은 아님. 기금 설치 필요한 경우에는 법률(지방자치단체는 법률 또는 조례) 근거가 필요함.
법적 성격	증여와 비슷함. ²⁷⁸⁾	기부행위와 비슷함. (※ 엄격한 통제 필요)	국가 등이 출자에 따른 권리를 취득함.	정책금융
집행 잔액 처리 등	사후정산을 하여야 하며 집행잔액 및 이자수입은 국고에 반환하도록 하는 것이 원칙이나, 예외 규정도 있음.	포괄적으로 지원함. 일반적으로 사후정산을 하지 않으며 집행잔액 및 이자수입은 출연기관의 자체수입으로 사용 가능함.		

278) 대법원은 보조금 지급결정의 법적 성격에 대해 수익적 행정행위라고 판시한바 있다(대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다2951 판결).

16. 국공유재산의 관리·처분

가. 국공유재산 관리 법령 체계

국유재산의 관리와 관련된 법령은 꽤 많다. 넓게 보면 국유재산인 현금, 부동산, 물품 등을 규제하는 「국유재산법」을 비롯하여 「국가재정법」, 「국고금 관리법」, 「물품관리법」, 「국가채권 관리법」 등이 있고, 「문화재보호법」, 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」, 「산림보호법」, 「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」, 「하천법」 등 여러 법률에서 국유재산의 관리에 관한 특례 규정을 두고 있다.

그 중에서도 「국유재산법」은 국유재산의 관리·처분에 관한 일반법이다. 「국유재산법」 제4조에서는 “국유재산의 관리와 처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 규정하여 「국유재산법」이 일반법임을 명문으로 밝히고 있다.

다만, 「국유재산법」 제4조 단서에서는 다른 법률의 규정이 제2장(총괄청)에 저촉되는 경우에는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 하여 총괄청의 권한에 관한 부분에 관해서는 다른 법률보다 「국유재산법」이 우선 적용됨을 분명히 하고 있는바, 이는 국유재산의 관리·처분에 관한 총괄청의 권한에 관한 특례를 둘 수 없다는 의미로 이해된다.

한편 지방자치단체의 공유재산의 관리와 관련된 법령도 공유재산에 관한 일반법인 「공유재산 및 물품 관리법」을 비롯하여 「지방재정법」, 「지방회계법」 등이 있다.

나. 국공유재산 특례에 관한 제한

국유재산의 사용료 감면 등 국유재산 특례는 필요한 최소한으로 허용되어야 하는데도 개별법상 국유재산 특례 사항이 과다하게 규정되면서 방만하게 운용되어 왔고, 수익기관 간의 형평성에도 문제가 있는 경우가 많았다.

이에 따라 국유재산에 관한 특례의 신설을 제한하고 국유재산의 효율적인 활용을 도모하며 국가 재정의 건전한 운영에 이바지하기 위해 「국유재산특례제한법」(2011. 3. 30. 제정, 2011. 4. 1. 시행)을 제정하였다.

「국유재산특례제한법」 제4조에 따르면 국유재산 특례²⁷⁹⁾는 같은 법 별표에 규정된 법률에 따르지 않고는 정할 수 없고, 해당 별표는 「국유재산특례제한법」 외의 다른 법률로 개정할 수 없도록 하고 있으므로, 국유재산 특례를 규정하는 해당 법률에서 ‘다른 법률의 개정 방식’으로 「국유재산특례제한법」을 개정해서는 안 되며 개별 법률의 개정안과 함께 「국유재산특례제한법」 개정안도 국회에 함께 제출해야 한다.

공유재산에 대해서는 특례 제한에 관한 법률이 마련되어 있지 않으나, 각 개별법에 국유재산에 대한 특례 규정을 함께 두는 경우가 많다.

다. 국공유재산의 분류·관리 원칙

1) 국공유재산의 분류

국유재산은 크게 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다. 행정재산은 다시 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분된다. 그리고 일반재산²⁸⁰⁾은 행정재산 외의 모든 재산을 말한다(「국유재산법」 제6조). 공유재산의 분류도 국유재산과 유사하다(「공유재산 및 물품 관리법」 제5조).

국공유재산의 종류		정 의
행정재산	공용재산	국가나 지방자치단체가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 일정 기간까지 사용하기로 결정한 재산
	공공용재산	국가나 지방자치단체가 직접 공공용으로 사용하거나 일정 기간까지 사용하기로 결정한 재산
	기업용재산	국가 또는 지방자치단체가 직접 경영하는 기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 일정 기간까지 사용하기로 결정한 재산
	보존용재산	법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가나 지방자치단체가 보존하는 재산
일반재산		행정재산 외의 모든 국공유재산

279) 「국유재산특례제한법」에서 규율하려는 국유재산의 특례는 ① 국유재산의 사용료, 대부분로, 그 밖의 사용 또는 수익에 대한 대가의 감면 ② 「국유재산법」에서 정하는 기간(통상 5년)보다 장기의 국유재산 사용허가 또는 대부 ③ 국유재산의 양여를 말한다.

280) 과거에는 일반재산을 ‘잡종재산’이라고 칭하였으나 ‘잡종재산’이라는 용어는 쓸모없는 재산이라는 부정적 이미지가 있어 2009. 1. 30. 「국유재산법」을 전부개정하면서 일반재산이라는 용어로 변경하였다.

2) 국공유재산의 관리기관

국유재산의 총괄청은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고, 중앙관서의 장²⁸¹⁾의 관리·처분에 맡겨진 국유재산을 제외한 국유재산을 관리·처분하는 기관이고, 중앙관서의 장은 소관 특별회계와 기금에 속하는 국유재산과 용도폐지된 행정재산 중 총괄청이 그 중앙관서의 장에게 관리·처분하도록 한 국유재산 등을 관리·처분한다.²⁸²⁾ 총괄청은 기본적으로 기획재정부장관으로 되어 있으므로(「국유재산법」 제2조제10호), 국유재산의 성질에 따라 총괄청을 기획재정부장관 외의 기관으로 할 필요가 있는 경우에는 이를 해당 법률에서 명시할 필요가 있다.²⁸³⁾

[입법례] 기획재정부장관 외의 행정기관의 장을 총괄청으로 규정한 사례

문화재보호법

제62조(관리청과 총괄청) ① 국유에 속하는 문화재(이하 “국유문화재”라 한다)는 「국유재산법」 제8조와 「물품관리법」 제7조에도 불구하고 문화재청장이 관리·총괄한다. 다만, 국유문화재가 문화재청장 외의 중앙관서의 장(「국가재정법」에 따른 중앙행정기관의 장을 말한다. 이하 같다)이 관리하고 있는 행정재산(行政財産)인 경우 또는 문화재청장 외의 중앙관서의 장이 관리하여야 할 특별한 필요가 있는 것인 경우에는 문화재청장은 관계 기관의 장 및 기획재정부장관과 협의하여 그 관리청을 정한다.

②·③ (생략)

281) 「국가재정법」 제6조에 따른 중앙관서의 장을 나타내는 것으로서 독립된 예산을 가질 수 있는 기관과 일반 재산의 관리·처분에 관한 사무를 위임·위탁받은 자를 말한다. 종전 「국유재산법」에서는 국유재산을 관리하는 중앙관서의 장을 ‘관리청’으로 약칭하고 있었으나, 현행법에서는 ‘관리청’이라는 약칭을 사용하고 있지 않다.

282) 「국유재산법」

제8조(국유재산 사무의 총괄과 관리) ① 총괄청은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고 그 국유재산(제3항에 따라 중앙관서의 장이 관리·처분하는 국유재산은 제외한다)을 관리·처분한다.

② (생략)

③ 중앙관서의 장은 「국가재정법」 제4조에 따라 설치된 특별회계 및 같은 법 제5조에 따라 설치된 기금에 속하는 국유재산과 제40조제2항 각 호에 따른 재산을 관리·처분한다.

283) 「발명진흥법」 제10조제4항, 「식품신제품 보호법」 제28조제2항 등 일부 입법례에서는 행정업무의 주무관청이 해당 국유재산의 처분 및 관리 업무를 “관장한다”고 규정하여 총괄 및 관리 업무를 포괄하는 개념으로 사용하는 경우도 있다.

「공유재산 및 물품 관리법」 제14조제1항에서는 지방자치단체의 장이 관할 공유재산을 관리·처분하도록 하여 총괄청과 관리청을 구분하지 않고 있다. 지방자치단체의 장은 소속 공무원에게 위임하여 공유재산을 관리·처분하게 할 수 있고, 특별시장·광역시장 또는 도지사는 시장·군수 또는 구청장에게 위임하여 그 재산을 관리·처분하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

3) 국유재산종합계획 및 공유재산관리계획

국유재산종합계획 및 공유재산관리계획은 1회계연도에 적용되는 국유재산 및 공유재산의 관리·처분의 예정준칙이며, 국공유재산의 통일적이고 효율적인 관리처분을 위한 기본계획으로서 현금회계와 비교하면 예산과 같은 개념이다.

국유재산의 경우 총괄청의 계획 작성 지침이 통보되면 중앙관서의 장은 관리·처분에 관한 다음연도의 계획을 작성·제출하고 총괄청은 이를 종합·조정하여 국유재산종합계획을 마련한 후 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 받아 확정하고 국회에 제출해야 한다(「국유재산법」 제9조).

공유재산의 경우는 지방자치단체의 장이 매년 공유재산의 취득과 처분에 관한 계획을 작성하여 지방의회의 의결을 거쳐야 한다(「공유재산 및 물품 관리법」 제10조).

국유재산 및 공유재산의 관리와 처분은 이 계획에 따라서 집행되어야 하지만, 개별법에서는 이에 대한 예외를 인정함으로써 당초의 국유재산종합계획이나 공유재산관리계획과 관계없이 집행할 수 있도록 하는 경우도 있다. 다만, 예외를 광범위하게 인정하면 국공유재산관리에 지장을 줄 수 있다는 점에 주의해야 한다.

[입법례] 국유재산종합계획 및 공유재산관리계획에 따른 집행의 예외를 인정한 사례

기업활동 규제완화에 관한 특별조치법

제14조(국유재산 등의 처분에 관한 특례) 「국유재산법」 제2조제11호에 따른 국유재산의 중앙관서의 장 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제14조에 따른 공유재산의 관리청은 중소기업자가 폐도(廢道)나 그 밖에 이와 유사한 국유재산 또는 공유재산을 부득이하게 공장용지로 사용하려는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 「국유재산법」 제9조제3항에 따른 국유재산종합계획 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제10조제1항에 따른 공유재산의 관리계획에도 불구하고 이를 처분할 수 있다. 이 경우 국유재산의 중앙관서의 장 또는 공유재산의 관리청은 「국유

재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 해당 국유재산 또는 공유재산을 부득이하게 공장용지로 사용하려는 중소기업자에게 수의계약으로 이를 매각할 수 있다.

라. 행정재산의 관리·처분

1) 행정재산의 취득

가) 법령에 따른 취득

국가나 지방자치단체가 행정 목적 달성을 위해 재산이 필요한 경우에는 예산에 구입비를 계상하여 국가계약법령, 지방자치단체계약법령 및 「민법」에 따라 구입하면 될 것이므로 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 국공유재산의 취득에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다.²⁸⁴⁾

그러나 공공사업의 수행 등 정책적 필요에 따라 개별법에서 특정 재산에 대한 국가의 소유권 취득에 관하여 특별한 규정을 두는 경우가 있는데, 이러한 규정은 공공시설의 취득과 관련된 법률에서는 거의 예외 없이 볼 수 있다.

[입법례] 공공시설의 취득에 관해 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) ① 개발행위허가(다른 법률에 따라 개발행위허가가 의제되는 협의를 거친 인가·허가·승인 등을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 자가 행정청인 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에는 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 새로 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 종래의 공공시설은 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 귀속된다.

② ~ ⑨ (생략)

284) 「국유재산법」 제2조제1호에서는 “국유재산이란 국가의 부담, 기부채납이나 법령 또는 조약에 따라 국가 소유로 된 ... 재산”이라고 규정하여 「민법」에 따른 매입, 기부채납 그리고 법령이나 조약에 따른 국가 귀속이 국유재산의 취득 사유가 될 수 있음을 예정하고 있다. 다만, 「국유재산법」 제11조와 「공유재산 및 물품 관리법」 제8조에서는 법원의 판결에 따라 취득하는 경우를 제외하고는 사권(私權)이 설정된 재산의 취득을 금지하고 있다.

나) 기부채납

기부채납이란 국가나 지방자치단체 외의 자가 그에 속하는 재산을 국가나 지방자치단체에 이전할 것을 표시하고 국가나 지방자치단체가 이를 승낙하여 성립하는 것으로서 「민법」상의 증여에 해당하는 것이다.²⁸⁵⁾ 「국유재산법」 제13조제2항과 「공유재산 및 물품 관리법」 제7조 제2항에서는 기부 대상 재산에 대하여 국가나 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 않은 경우 또는 기부에 조건이 붙은 경우에는 기부를 받을 수 없도록 하고 있다.

이와 같이 기부는 기본적으로 기부하는 자의 의사에 달린 문제이지만, 개별법에서는 특정 재산에 대한 국가 관리의 필요성이 크거나 그 밖의 행정 목적 수행을 위해 기부를 의무화하고 있는 경우도 있다. 기부채납은 재산의 소유권을 국가에 무상으로 이전하는 것이므로, 기부채납을 하도록 의무 규정을 두는 경우에는 기부채납의 필요성, 기부채납이 상대방에게 부당한 부담이 되지 않는지²⁸⁶⁾ 등을 검토해야 한다.

[입법례] 기부채납을 규정한 사례

공항소음 방지 및 소음대책지역 지원에 관한 법률

제13조(토지매수의 절차 등) ① ~ ③ (생략)

④ 시설관리자 또는 사업시행자는 제23조제1항에 따라 조성한 자금 중 국고지원금, 소음부담금을 포함한 자금으로 매수한 토지는 「국유재산법」 제13조에 따라 기부채납하여야 한다.

⑤ (생략)

2) 행정재산의 사용

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 따르면 행정재산은 국가나 지방자치단체의 행정업무 수행에 필요한 재산이므로 처분²⁸⁷⁾하거나 다른 용도나 목적에 사용하는 것이

285) 기부채납은 기부자가 그의 소유재산을 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체는 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약이다(대법원 1996. 11. 8. 선고, 96다20581 판결).

286) 「행정기본법」 제13조(부당결부금지의 원칙)

287) 「국유재산법」 제27조제1항에서는 처분하지 못한다고 규정하고 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조 제1항은 대부·매각·교환·양여·신탁 또는 대물변제하거나 출자의 목적으로 하지 못한다고 규정하고 있는데, 「국유재산법」 제2조제4호에서 “처분”이란 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 국유재산의 소유권이 국가 외의 자에게 이전되는 것을 말한다고 정의하고 있으므로, 같은 의미로 보인다.

엄격히 제한된다. 다만, 그 용도 또는 목적 수행에 장애가 되지 않는 범위(행정재산 중 보존용 재산은 보존 목적의 수행에 필요한 범위)에서만 사용을 허가할 수 있게 하고 있다(「국유재산법」 제30조 및 「공유재산 및 물품관리법」 제20조).

행정재산의 사용허가는 행정처분이다.²⁸⁸⁾ 다만, 허가 대상자 선정의 공정성을 확보하기 위해 「국유재산법」 제31조제3항에서는 행정재산의 사용허가에 대해 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 규정을 준용하도록 하고 있고, 「공유재산 및 물품관리법」 제20조제2항에서는 원칙적으로 일반입찰로 하도록 규정하고 있다.

가) 행정재산 사용허가의 포괄적인 예외

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 행정재산에 대한 사용허가의 범위·방법, 사용료의 요율과 산출방법, 그 면제, 허가기간, 허가의 취소와 철회 등을 규정하여 사용에 대한 허가를 규제하고 있다. 따라서 이에 대한 특례를 인정하기 위해서는 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 별도로 규정할 필요가 있는데 특정 산업, 공익사업이나 취약 분야의 진흥·지원 등을 위해 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특례를 인정하여 사용허가의 범위·방법, 사용료, 허가기간 등을 달리 규정하고 있는 경우가 있다.

[입법례] 무상 사용허가 등 특례를 규정한 사례

국방과학연구소법

제21조(군수품·국유재산 및 공유재산의 사용허가 등에 관한 특례) ① 국가 또는 지방자치단체는 연구소의 설립과 운영을 위하여 필요한 경우 연구소에 대하여 「군수품관리법」, 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 군수품, 국유재산 또는 공유재산을 대통령령으로 정하는 바에 따라 무상으로 사용허가, 대부 또는 양여할 수 있다.

② 제1항에 따라 국유재산 또는 공유재산을 사용하게 하거나 대부하는 경우 그 기간은 「국유재산법」 제35조제1항 및 제46조제1항 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제21조제1항 및 제31조제1항에도 불구하고 20년 이내로 할 수 있다. 이 경우 그 기간은 갱신할 수 있다.

③ (생략)

288) 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제 주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다 31074 판결).

입법례에 따라서는 행정재산의 사용허가를 “수의계약의 방법으로 사용허가할 수 있다”고 표현한 사례²⁸⁹⁾가 있으나, 행정재산의 사용허가는 행정처분이므로 “수의계약의 방법으로”라는 표현 대신 “수의(隨意)의 방법으로”라는 표현을 쓰도록 한다.²⁹⁰⁾ 한편 법적 지위가 대등한 행정기관 간에는 사용허가 대신 쌍방 간 행정재산의 사용에 대해 협의하도록 하고 있는 입법례도 많다.

행정재산은 행정재산인 상태에서는 매각이 되지 않으므로 특정 목적 달성을 위해 이를 매각하려는 경우에는 먼저 용도폐지 절차를 밟아 일반재산으로 전환한 후 매각해야 하며, 특정한 개발사업 등을 위해 용도폐지 등을 하는 경우에는 관계 행정기관과 협의절차를 거치도록 하는 것이 보통이다.

[입법례] 국공유재산의 용도폐지 등에 대해 관계 행정기관과 협의하도록 한 사례

도시개발법
<p>제68조(국공유지의 처분 제한 등) ① 도시개발구역에 있는 국가나 지방자치단체 소유의 토지로서 도시개발사업에 필요한 토지는 해당 개발계획으로 정하여진 목적 외의 목적으로 처분할 수 없다.</p> <p>② 도시개발구역에 있는 국가나 지방자치단체 소유의 재산으로서 도시개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 그 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다)나 처분에 관하여는 지정권자가 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.</p> <p>③ 관계 행정기관의 장은 제2항 후단에 따른 협의요청을 받으면 그 요청을 받은 날부터 30일 이내에 협의에 필요한 조치를 하여야 한다.</p>

그러나 사용수익의 내용, 조건, 절차 등에 관하여 국공유재산의 사용허가에 특별한 규정을 두는 경우에도 행정재산의 사용허가를 규제하고 있는 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품

289) 「장애인복지법 시행령」

제27조(생업 지원) ① 국가와 지방자치단체, 그 밖의 공공단체가 법 제42조제1항에 따라 소관 공공시설에서 매점이나 자동판매기의 설치·운영을 장애인에게 허가하기 위하여 소관 행정재산의 사용·수익을 허가하려는 경우에는 「국유재산법 시행령」 제27조제3항 또는 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제13조제3항에 따라 수의계약의 방법으로 사용·수익자를 결정할 수 있다.

290) 「국유재산법」 제31조제1항 단서 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제2항 각 호 외의 부분 단서에서도 “수의(隨意)의 방법”이라고 규정하고 있다.

관리법」의 취지를 고려하여 가능하면 법률에서 사용허가의 목적, 적용 범위 등을 구체적으로 명확히 정해 주어야 한다.²⁹¹⁾

[입법례] 사용허가에 대한 예외를 인정한 경우

신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법

제26조(국유재산·공유재산의 임대 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 국유재산 또는 공유재산을 신·재생에너지 기술개발 및 이용·보급에 관한 사업을 하는 자에게 대부계약의 체결 또는 사용허가(이하 “임대”라 한다)를 하거나 처분할 수 있다. 이 경우 국가 또는 지방자치단체는 신·재생에너지 기술개발 및 이용·보급에 관한 사업을 위하여 필요하다고 인정하면 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 수의계약(隨意契約)으로 국유재산 또는 공유재산을 임대 또는 처분할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체가 제1항에 따라 국유재산 또는 공유재산을 임대하는 경우에는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 자진철거 및 철거비용의 공탁을 조건으로 영구시설물을 축조하게 할 수 있다. 다만, 공유재산에 영구시설물을 축조하려면 지방의회의 동의를 받아야 하며, 지방의회의 동의 절차에 관하여는 지방자치단체의 조례로 정할 수 있다.

③·④ (생략)

⑤ 국가 또는 지방자치단체가 제1항에 따라 국유재산 또는 공유재산을 임대하는 경우에는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품관리법」에도 불구하고 임대료를 100분의 50의 범위에서 경감할 수 있다.

⑥ 산업통상자원부장관은 제1항에 따라 임대 또는 처분할 수 있는 국유재산의 범위와 대상을 기획재정부장관과 협의하여 산업통상자원부령으로 정할 수 있다.

나) 사용허가의 구체적인 사항별 특례 인정

① 사용허가의 범위에 관한 특례

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」은 사용허가를 받은 자는 원칙적으로 해당 재산을 타인으로 하여금 사용·수익하게 할 수 없도록 하고,²⁹²⁾ 기부를 조건으로 축조하는

291) 「국유재산특례제한법」

제5조(국유재산특례의 요건) 국유재산특례의 근거가 되는 법률에는 국유재산특례의 목적과 적용대상 등이 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다.

경우 등 일정한 경우를 제외하고는 허가받은 재산상에 영구시설물을 축조하지 못하도록 하고 있다.²⁹³⁾ 이는 사용허가를 받은 자 외의 자에게 사용·수익하도록 하거나 영구시설물의 축조로 인하여 공공목적 수행에 장애가 되는 것을 방지하기 위한 것이다.

개별법에서는 사용허가의 목적과 동일한 용도로 사용하려는 경우에는 다른 자에게 사용·수익할 수 있게 하거나 영구시설물의 축조를 할 수 있게 하는 경우도 있다. 이 경우 허가기간이 종료된 후에는 해당 시설물을 기부하거나 원상회복 후 반환하도록 하는 규정을 두어야 한다.

[입법례]

무역거래기반 조성에 관한 법률

제12조(국·공유지의 임대 및 매각) ① (생략)

② 제1항에 따라 국유지나 공유지를 임대하는 경우에는 「국유재산법」 제18조와 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조에도 불구하고 그 토지 위에 건물이나 그 밖의 영구시설물을 축조(築造)하게 할 수 있다. 이 경우 해당 시설물의 종류 등을 고려하여 그 시설물의 준공일부터 10년이 지난 때에 그 시설물을 국가나 지방자치단체에 기부하거나 원상으로 회복하여 반환하는 조건으로 토지를 임대할 수 있다.

③·④ (생략)

② 사용료 감면에 관한 특례

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 사용허가에 대해 사용료를 받도록 하고, 기부채납된 재산의 기부자 등 일정 요건에 해당하는 경우에만 예외적으로 사용료를 감면할 수 있도록 규정하고 있다.²⁹⁴⁾

따라서 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정한 사유 외에도 사용료를 감면할 수 있도록 하려는 경우에는 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 그 내용을 명시하여 규정할 필요가 있는바, 개별법에서는 공공의 필요에 따라 특별히 사용료를 감면해 줄 사유가 있는 경우에 사용료의 감면을 규정하거나 사용료 산출방법을 다르게 정하고 있는 경우가 있다.

292) 「국유재산법」 제30조제2항, 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제3항

293) 「국유재산법」 제18조제1항, 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조

294) 「국유재산법」 제32조 및 제34조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조 및 제24조

[입법례] 사용료 감면에 관한 특례를 규정한 사례

폐광지역 개발 지원에 관한 특별법

제11조의2(국·공유재산의 대부 등에 대한 특례) ①·② (생략)

③ 제1항에 따라 국·공유재산을 대부하거나 사용·수익허가를 하는 경우에는 「국유재산법」 제32조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조 및 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제38조에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 사용료를 감면할 수 있다.

④ (생략)

③ 사용허가의 기간에 관한 특례

「국유재산법」 제35조제2항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제21조에서는 행정재산의 사용허가 기간은 5년 이내로 하되, 사용허가 기간이 끝난 재산에 대해서는 갱신 제한 사유가 없으면 5년을 초과하지 않는 범위에서 종전의 사용허가를 갱신할 수 있도록 하고 있다. 기부채납된 재산의 기부자에게는 사용료 총액이 기부채납된 재산의 가액에 달하는 기간 이내로 하도록 하고 있다.²⁹⁵⁾ 따라서 행정재산의 사용허가 기간에 대해 이와 달리 규정하려면 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 그 내용을 명시하여 규정할 필요가 있는 바, 각종 육성법이나 지원법 등에서 사용허가 기간에 대한 특례를 규정하고 있는 경우가 많다.

[입법례] 사용허가 기간에 대한 특례를 규정한 사례

전시산업발전법

제26조(국·공유재산의 임대 및 매각) ① 국가 또는 지방자치단체는 전시시설의 효율적인 조성·운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 제4조제1항제4호부터 제6호까지의 자와 제8호의 법인 또는 단체 중 대통령령으로 정하는 자에 대하여 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 수의계약에 의하여 국유재산 또는 공유재산을 사용·수익허가 또는 대부(이하 “임대”라 한다)하거나 매각할 수 있다.

② 제1항에 따라 국유 또는 공유의 토지나 건물을 임대하는 경우의 임대기간은 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 20년의 범위 이내로 할 수 있으며, 이를 연장할 수 있다.

③·④ (생략)

295) 「공유재산 및 물품관리법」 제21조제1항 단서에서는 기부채납을 받은 재산의 경우 20년을 넘을 수 없도록 하는 내용을 추가적으로 규정하고 있다.

3) 처분(소유권 이전) 제한

행정재산은 행정 목적 수행에 직접 제공되는 재산이므로 「국유재산법」 제27조에서는 행정 재산은 처분(매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 국유재산의 소유권이 국가 외의 자에게 이전되는 것을 말함²⁹⁶⁾)하지 못한다고 규정하고 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조에서는 행정재산에 대해서 매각, 교환, 양여, 신탁, 대물변제, 현물출자 등 소유권을 이전하는 행위를 하지 못한다고 규정하고 있다. 다만, 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 소유한 재산과 교환하여 그 교환받은 재산을 행정재산으로 관리하려는 경우와 직접 행정 목적으로 사용하는 데에 필요한 지방자치단체에 양여하는 경우 등에 한정하여 교환·양여가 허용되고 있다.

「국유재산법」 제11조 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조에서는 행정재산인 국공유 재산에는 사권(私權)을 설정하지 못한다고 규정하고 있다. 다만, 일반재산은 일정한 경우 예외적으로 사권을 설정할 수 있다.²⁹⁷⁾

따라서 예외적으로 행정재산의 처분을 인정하거나 사권(私權)의 설정을 인정할 필요가 있는 경우에는 그에 대한 내용을 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 명시해야 하는데, 이 경우 행정재산의 목적을 고려하여 처분이나 사권 설정이 가능한 범위를 제한적으로 규정해야 한다.

[입법례] 행정재산의 처분을 인정한 사례

기업도시개발 특별법

제27조(국유지·공유지의 처분 제한 등) ① (생략)

② 개발구역에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 재산으로서 개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다) 또는 처분에 관하여는 국토교통부장관이 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③·④ (생략)

국공유재산의 처분을 제한하고 있는 입법례 중에는 행정재산의 처분 제한 규정을 위반한 행위는 효력이 없다고 규정하고 있는 경우가 있다.²⁹⁸⁾ 이러한 규정은 거래의

296) 「국유재산법」 제2조제4호

297) 「국유재산법 시행령」 제6조 및 「공유재산 및 물품관리법 시행령」 제23조

298) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」

안전을 위태롭게 하고 이러한 사실을 몰랐던 선의(善意)의 일반국민에게 손해를 발생시킨다는 점에서 도입 시 신중할 필요가 있다.

마. 일반재산의 관리·처분

1) 관리·처분 개요

일반재산은 행정재산 외의 모든 국공유재산을 말한다.²⁹⁹⁾ 일반재산은 행정재산과 달라서 대부 외에도 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 처분할 수 있다.³⁰⁰⁾ 또한 제한된 범위에서 사권(私權)을 설정할 수 있다. 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 국공유재산에 대해 재산의 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁 및 사권설정에 관한 사항과 대부요율, 대부료의 산정방법, 대부료의 감면, 가격평가, 매각대금 납부방법, 대물변제의 범위 등에 관하여 유사한 내용으로 규정하고 있다.

행정재산의 경우에는 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 않는 범위에서 사용허가를 하도록 하고 있으나, 일반재산의 대부, 교환, 매각 등은 계약의 방법에 의하도록 하고 있다.³⁰¹⁾

2) 관리·처분 계약

일반재산의 처분은 계약에 의해야 하는데, 계약의 체결은 일반경쟁입찰에 붙이도록 하되, 대통령령으로 정하는 경우에는 지명경쟁이나 제한경쟁에 붙이거나 수의계약에 의할 수 있도록 하고 있다(「국유재산법」 제43조제1항).

그러나 개별법에서는 수의계약에 의한 매각, 양도, 양여, 대부 등 수의계약에 의하도록 한 특례를 두는 경우가 많다.

제97조(국공유지의 처분 제한) ① 제30조제6항에 따라 도시·군관리계획결정을 고시한 경우에는 국공유지로서 도시·군계획시설사업에 필요한 토지는 그 도시·군관리계획으로 정하여진 목적 외의 목적으로 매각하거나 양도할 수 없다.

② 제1항을 위반한 행위는 무효로 한다.

299) 「국유재산법」 제6조제3항, 「공유재산 및 물품 관리법」 제5조제3항

300) 공유재산은 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자 또는 대물변제를 할 수 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제28조제1항).

301) 「국유재산법」 제43조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제29조

[입법례] 일반재산 처분을 수의계약으로 할 수 있음을 규정한 사례

기업도시개발 특별법

제27조(국유지·공유지의 처분 제한 등) ① (생략)

② 개발구역에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 재산으로서 개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다) 또는 처분에 관하여는 국토교통부장관이 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③·④ (생략)

3) 관리·처분의 유형

가) 일반재산의 대부

일반재산의 대부는 국가나 지방자치단체가 일반재산을 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에 따라 사용·수익하게 하는 것을 말한다.³⁰²⁾

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」은 유상대부를 원칙으로 하고 있으나 무상으로 대부할 수 있게 하려면 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 대부에 대한 규제를 완화하거나 배제하는 특례를 두어야 한다.

[입법례]

과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률

제7조(국유·공유재산의 사용허가·대부 및 양여 등의 특례) ① 국가 또는 지방자치단체는 연구기관 및 연구회의 설립·운영을 위하여 필요한 경우 연구기관 및 연구회에 대하여 「국유재산법」 및 「물품관리법」에도 불구하고 국유재산 및 물품을 수의계약에 따라 무상으로 사용허가 또는

302) 국공유재산의 대부·매각 계약의 성격이 사법상의 계약인지, 공법상의 계약인지에 대해 논의가 있을 수 있으나, 대부나 매각 절차 등에 대한 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」이 규정이 사법상의 계약에 비하여 관리청(「국유재산법」 제36조를 준용하여 대부계약의 취소, 철회권의 부여하거나, 같은 법 제73조 제3항에 따라 국제 강제징수에 관한 규정을 준용하는 등)에 우월한 지위를 부여하고 있어 공법적 측면이 강하므로 단순한 사법상 계약으로 보기는 어렵다고 판단된다.

대부하거나 양여할 수 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 공유재산 및 물품을 수의계약에 따라 무상으로 사용허가 또는 대부하거나 매각할 수 있다.

② 제1항에 따라 국유·공유재산을 사용허가 또는 대부하는 경우에 그 기간은 「국유재산법」 제35조 및 제46조와 「공유재산 및 물품 관리법」 제21조 및 제31조에도 불구하고 20년 이내로 할 수 있다. 이 경우 그 기간은 갱신할 수 있으며, 갱신기간은 갱신할 때마다 20년을 초과할 수 없다.

③ 제1항에 따라 지방자치단체가 소유하는 토지를 사용허가 또는 대부하는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조에도 불구하고 사용허가 또는 대부 기간이 끝나는 때에 그 토지를 매입하는 조건으로 그 토지 위에 영구시설물을 축조하게 할 수 있다. 이 경우 사용허가 또는 대부 기간은 제2항 후단에도 불구하고 총 사용허가 또는 대부 기간이 50년에 이르는 때까지 갱신할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 연구기관 및 연구회가 제3항 전단에 따라 지방자치단체가 소유하는 토지를 매입하여야 하는 경우 「공유재산 및 물품 관리법」 제37조에도 불구하고 매입대금을 20년 이내의 기간에 걸쳐 분할납부하게 할 수 있다.

개별법에서 국공유 토지의 대부를 ‘임대’라고 표현한 경우가 있으나,³⁰³⁾ 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」과 다른 용어를 사용하면 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특례가 아니라 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」 자체의 적용이 배제된다는 오해를 낳을 수 있으므로, 이와 같이 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」과 다른 용어를 쓰는 것은 피해야 한다.³⁰⁴⁾

나) 일반재산의 매각

일반재산의 매각은 「민법」상의 매매로서 「민법」의 규정을 따르는 것이 원칙이지만, 국공유재산이라는 점에서 공법상의 제약도 받게 된다. 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 매각의 허용기준, 매각대금의 납부, 소유권의 이전, 매각계약의 해제 등에 관한 사항을 정하고 있다.

303) 「도시 및 주거환경정비법」(법률 제14567호, 2017. 2. 8. 전부개정, 2018. 2. 9. 시행되기 전의 것) 제67조 제1항 등

304) ‘대부’보다 ‘임대’가 일반 국민이 이해하기 쉽다는 점에서 ‘임대’라는 용어를 사용한 것으로 보이나, 「국유재산법」상 용어를 ‘임대’로 바꾸지 않는 이상 개별법에서 일반법의 용어를 변경해서 사용하는 것은 좋은 입안방식이 아니다.

따라서 이러한 기준의 적용을 배제하기 위해서는 개별법에서는 특례를 인정할 필요가 있는데, 현재 입법례에 따르면 특히 「국유재산법」에서 정한 경쟁입찰의 방법에 의하지 않고 수의계약에 의하도록 하는 사례가 많고, 매각가격 결정에 대한 특례를 규정하는 경우도 있다.

[입법례] 수의계약에 의할 수 있도록 특례를 규정한 사례

농어촌정비법

제112조(국공유지의 양여 등) ①·② (생략)

③ 농어촌정비사업 지역의 국유인 일반재산 및 공유인 일반재산은 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」 및 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」에도 불구하고 농어촌정비사업 시행자에게 수의계약으로 매각할 수 있다.

[입법례] 매각가격 결정에 대한 특례를 규정한 사례

도시 및 주거환경정비법

제98조(국유·공유재산의 처분 등) ① ~ ⑤ (생략)

⑥ 제4항에 따라 정비사업을 목적으로 우선하여 매각하는 국·공유지는 사업시행계획인가의 고시가 있는 날을 기준으로 평가하며, 주거환경개선사업의 경우 매각가격은 평가금액의 100분의 80으로 한다. 다만, 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 3년 이내에 매매계약을 체결하지 아니한 국·공유지는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정한다.

다) 일반재산의 교환·양여 및 개발

① 교환과 양여

교환은 국가나 지방자치단체의 행정 목적 수행에 필요한 재산을 확보하기 위해 국공유의 일반재산을 국가나 지방자치단체 외의 자의 재산과 교환하는 계약이다.

양여는 국가나 지방자치단체가 대가를 받지 않고 일반재산의 소유권을 국가나 지방자치단체 외의 자에게 이전하는 것으로서 「민법」상의 증여에 해당된다. 양여는 그 자체가 대가를 받지 않고 소유권을 이전하는 의미이므로 법령상 표현은 “양여할 수 있다”로 하면 되고, “무상으로 양여할 수 있다”로 표현할 필요는 없다.³⁰⁵⁾

305) 양여는 대가를 받지 않고 소유권을 이전하는 것을 의미하므로, 「특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한

「국유재산법」 제27조 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제17조에서는 행정재산의 교환 및 양여를 원칙적으로 제한하고 있고, 「국유재산법」 제54조 및 제55조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제39조 및 제40조에서 일반재산을 교환하거나 양여하기 위한 요건을 제한적으로 규정하고 있다.³⁰⁶⁾ 따라서 개별법에서 이와 달리 국유재산이나 공유재산에 대한 교환이나 양여의 특례를 정하려면 명시적 규정을 두어야 한다. 이 경우 「국유재산특례제한법」에 따라 양여의 목적, 적용 대상 등 국유재산특례의 요건을 법률에 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 양여받은 자가 양여받은 날부터 일정 기간 이내에는 해당 재산을 처분하지 못하도록 처분금지 규정을 두는 입법례도 상당히 많다.

[입법례]

폐광지역 개발 지원에 관한 특별법

제11조의3(공유재산의 양여에 대한 특례) ① 지방자치단체는 공유재산이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조 및 제40조에도 불구하고 해당 지방의회의 의결을 거쳐 국가에 양여(讓與)할 수 있다.

1. 해당 공유재산이 진흥지구에 위치할 것
2. 해당 공유재산이 「고등교육법」 제2조에 따른 학교의 시설·설비 등일 것
3. 제15조제3항에 따라 자금의 전부 또는 일부가 지원되어 매입, 신축, 재건축 또는 개축되었을 것

② 제1항에 따라 공유재산을 양여하는 경우 양여된 날부터 10년 이내에 폐교 등으로 인하여 그 공유재산을 양여의 목적에 따라 이용할 수 없게 된 경우에는 양여를 해제한다는 내용의 특약등기를 하여야 한다.

② 개발

「국유재산법」 제57조에서는 일반재산을 개발하여 대부하거나 분양할 수 있도록 하고 있고, 그 방법으로 직접 개발, 신탁 개발, 위탁 개발, 민간참여 개발을 규정하고 있다. 종전

법률」 제65조의2제2항에서는 “유상 또는 무상으로 대부하거나 양여할 수 있다”고 규정하고 있으나, 이를 “양여하거나 유상 또는 무상으로 대부할 수 있다”라고 명확하게 규정할 필요가 있다(법제처 2016. 5. 18. 16-0158 해석례).

306) 국유재산·공유재산의 양여란 대가를 받지 아니하고 일반재산의 소유권을 국가·지방자치단체 외의 자에게 이전하는 것을 의미하고, 「국유재산법」 제55조제1항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제40조제1항에서는 이러한 양여가 실질적으로 보조금의 교부와 같은 효과가 있고 행정관청이 그 재량을 행사함에 있어 국민에게 불공평한 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려하여 각 호에 명시된 경우에 한하여 일반재산을 양여할 수 있도록 제한적으로 규정하고 있는바, 각 호의 양여가 가능한 사유는 엄격하게 해석하여야 한다(법제처 2013. 1. 14. 12-0623 해석례).

에는 국유재산을 신탁의 방법으로 개발하도록 한정했으나, 현행법에서는 국유재산의 다양한 특성과 주변의 여건과 시장 상황을 반영할 수 있도록 국유재산의 개발에 관한 다양한 개발 방식을 도입하였다.

국유재산의 개발에 관한 규정은 국유재산을 통한 수익의 확대를 위한 기술적 사항을 규정한 것이므로, 개별법에서 이에 대한 특례를 규정한 경우는 거의 없다.

「공유재산 및 물품 관리법」 제43조의2에서는 지방자치단체의 장은 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 특별법에 따라 설립된 법인에게 위탁할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제43조의3에서는 수탁기관은 위탁받은 일반재산을 지방자치단체의 장의 승인을 받아 개발할 수 있다고 규정하여 위탁개발에 관한 내용만 규정하고 있었으나, 2021년 4월 20일 법률 제18080호로 일부개정된 「공유재산 및 물품관리법」 제42조(2022년 4월 21일 시행)에서는 일반재산인 토지와 그 정착물을 부동산신탁을 취급하는 신탁업자에게 신탁하여 개발할 수 있도록 하는 신탁개발에 관한 내용을 추가로 규정하였다.

4) 현물출자

「국유재산법」 제60조에서는 정부출자기업체³⁰⁷⁾를 설립하거나 자본의 확충이 필요하거나 운영체제와 경영구조 개편에 필요한 경우에만 일반재산을 현물출자할 수 있도록 하고 있다. 따라서 일반재산만이 현물출자의 대상이 되고, 정부출자기업체에 대한 것이 아니면 현물출자 대상에서 제외된다.

「국유재산법」상 현물출자에 대해 이런 제한이 있기 때문에 정부출자기업체가 아닌 대상에 대해 현물출자를 가능하게 하거나 일반재산이 아닌 것을 현물출자의 대상으로 하기 위해서는 개별 법률에서 현물출자에 대한 특례규정을 두어야 한다.

[입법례] 정부출자기업체가 아닌 자에 대한 현물출자를 규정한 사례

사회기반시설에 대한 민간투자법

제52조(공공부문의 출자) ① 공공부문이 제4조제4호에 따른 방식으로 추진되는 사회기반시설 사업을 시행하는 민관합동법인(설립예정인 민관합동법인을 포함한다. 이하 같다)에 출자할 경우 공공부문의 출출자 비율은 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 50퍼센트 미만으로 한다.

307) 정부가 출자했거나 출자할 기업체로서 「국유재산법 시행령」 별표 1에서 한국자산관리공사 등 29개의 기업체로 한정되어 있다.

- ② 공공부문은 제1항의 민관합동법인에 출자하는 경우 「상법」 제369조제1항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 의결권을 행사하지 못한다.
- ③ 국가 또는 지방자치단체는 민관합동법인에 출자할 때 현물출자가 필요하다고 인정하는 경우에는 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 다음 각 호의 재산을 현물로 출자할 수 있다.
1. 「국유재산법」 제6조제3항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제5조제3항에 따른 일반재산
 2. 제1호의 일반재산에 부속된 동산(動産)으로서 「물품관리법」 제2조제1항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제2조제2호에 규정된 것
 3. 관리운영권
 4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 재산
- ④ (생략)

현물출자는 대표적인 변태설립행위의 하나로 분류된다(「상법」 제290조). 현물로 출자하게 되면 그 가액을 어떻게 평가하느냐에 따라, 또 실제로 현물이 인도되었는지 등에 따라 자본금이 과다 계상되거나 과소 계상되어 법인(회사)의 재정적 기초를 부실하게 할 우려가 있기 때문이다. 그래서 「상법」에서는 현물출자에 대해 상세한 감독 규정을 두고 있다.³⁰⁸⁾ 「국유재산법」에서도 현물출자 절차(제61조), 출자가액 산정(제62조), 현물출자에 따른 지분증권의 취득가액(제64조) 등 자세한 규정을 두고 있고, 이에 따라 「상법」상의 일부 감독 규정의 적용을 배제하고 있다(제65조).

「공유재산 및 물품 관리법」 제28조제1항에서는 일반재산은 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자를 할 수 있다고 규정하고 있어, 국유재산과 같이 현물출자의 대상을 제한하고 있지는 않고, 같은 법 시행령 제24조에서 현물출자를 하는 경우 해당 출자재산에 대한 평가 방법과 현물출자 방법에 대해 규정하고 있다.

5) 처분 제한

「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 일반재산은 행정재산에 비하여 상당히 자유롭게 대부, 매각, 교환, 양여, 개발 또는 현물출자를 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 일반재산의 처분을 제한하기 위해서는 개별 법률에서 그 내용을 규정할 필요가 있고, 개별

308) 「상법」 제295조제2항, 제299조, 제299조의2, 제422조 등

법에서는 공공사업 등을 위해 특히 필요하면 해당 사업목적 외의 목적을 위해 매각이나 양도 등의 처분을 할 수 없도록 제한하는 경우도 있다.

[입법례]

도시공원 및 녹지 등에 관한 법률

제52조(국유·공유 재산의 처분 제한) 도시공원 및 녹지에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 토지와 그 토지에 정착된 물건은 도시·군관리계획으로 정한 목적 외의 용도로 매각하거나 양도할 수 없다.

17. 조세법 규정

가. 조세법의 기본원리

1) 조세의 의의 및 조세법령의 일반원칙

“조세(租稅)”란 “국가 또는 지방자치단체가 경비충당을 위한 재정수입확보를 목적으로 법률에 규정된 과세요건을 충족한 모든 자에게 개별적인 반대급부 없이 부과·징수하는 금전급부”를 말한다. 조세는 과세권의 주체에 따라 국세와 지방세로 구분되며, 우리의 세법 체계도 기본적으로 이에 따르고 있다. 조세는 직접적인 반대급부 없이 발생하는 비교환수익의 일종으로서 공법상 부담금으로 인식된다. 조세법률관계를 재정권력관계로 보든 공법상 채권채무관계로 보든 헌법 제38조에 따른 납세의무가 조세법 규정에 따라 구체화된다는 점에서는 동일하다.

조세법령을 관통하는 일반원칙으로 조세법률주의와 조세평등주의가 있다. 조세는 국민의 재산권을 반대급부 없이 강제로 이전한다는 성격을 갖고 있는바, 헌법에서는 국가권력에 내재된 과세권을 입법화하는 방식으로서 국민의 기본적 의무로서의 납세의무와 조세의 종목과 세율을 법률로 정하도록 규정하는 등 조세법률주의를 선언하고 있다. 조세법률주의는 과세의 요건과 내용을 창출하여 과세권의 실정법적 근거를 마련하는 기능을 하고 있다. 또한,

조세법령은 평등원칙을 조세 분야에 적용한 조세평등주의에 부합해야 하는바, 모든 납세자에게 공평하게 세 부담을 분담시키는 내용이어야 한다.

2) 조세법률주의 원칙

헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”고 규정하고, 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있다.

조세법률주의는 법률에 근거가 없으면 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민도 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙으로서, 조세행정³⁰⁹⁾에서의 법치주의를 말하는데, 오늘날의 법치주의는 실질적 법치주의를 의미하므로 조세법률주의도 궁극적으로는 실질적 조세법률주의를 의미한다.

조세법률주의는 보다 구체적으로는 ① 과세요건 법정주의, ② 과세요건 명확주의, ③ 소급 과세금지의 원칙으로 구성된다.

가) 과세요건 법정주의

과세요건 법정주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수 절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정해야 한다는 원칙을 말한다.³¹⁰⁾

다만, 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등을 반영해야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임하는 것이 필요한 경우도 있다.³¹¹⁾

어떠한 사안이 법률로 정해야 하는 본질적 사항에 해당하는지는 관련된 이익 또는 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 하지만, 규율 대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 증대된다.³¹²⁾

309) 조세감면의 경우에도 조세법률주의가 적용된다.

310) 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌바134 결정

311) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2006헌바18·54 결정, 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2009헌바92 결정 등

312) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 판결

나) 과세요건 명확주의

과세요건 명확주의는 법률 또는 위임명령에 과세요건, 부과·징수 절차 등에 관하여 규정할 경우에 그 규정 내용을 가능하면 일의적(一義的)이고 명확하게 규정함으로써 납세자로 하여금 과세요건과 그 효과를 정확하게 예측할 수 있고, 이에 따라 국민 경제생활의 법적 안정성과 예측 가능성이 보장받을 수 있게 해야 한다는 원칙을 말한다.³¹³⁾

그러나 조세는 경제현상과 밀접한 관련이 있으므로 명확성의 원칙을 너무 철저히 관철할 경우에는 공평과세라는 면과 조세회피 방지라는 면에서 조세행정에 문제가 생길 수 있다. 따라서 일반적·추상적인 개념이 세법에 들어오는 것을 완전하게 막는다는 것은 사실상 어렵다.³¹⁴⁾ 조세법의 규제 대상인 경제 상황은 복잡하고 유동적이므로 이와 같은 내용을 모두 구체적이고 일의적으로 망라하여 명확하게 규정하기 어려운 경우가 적지 않다.

세법에서 부득이 불확정개념을 사용해야 하는 경우라도 법의 취지나 목적, 그리고 전후 문맥의 내용 등 문리적·논리적 해석을 통해 그 의미와 내용을 구체화할 수 있도록 규정한다.³¹⁵⁾

[입법례] 세법에서 불확정개념을 사용한 사례

소득세법

제41조(부당행위계산) ① 납세지 관할 세무서장 또는 지방국세청장은 배당소득(제17조제1항 제8호에 따른 배당소득만 해당한다), 사업소득 또는 기타소득이 있는 거주자의 행위 또는 계산이 그 거주자와 특수관계인과의 거래로 인하여 그 소득에 대한 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 거주자의 행위 또는 계산과 관계없이 해당 과세기간의 소득금액을 계산할 수 있다.

② 제1항에 따른 특수관계인의 범위와 그 밖에 부당행위계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

313) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 90헌바21 결정

314) 헌법재판소는 과세요건 명확주의 위반 여부를 판단할 때 “납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있을 것인가, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는가, 입법 기술적으로 보다 확정적인 문구를 선택할 것을 기대할 수 있을 것인가 여부 등의 기준에 따른 종합적인 판단”을 거쳐야 하는 것으로 밝히고 있다(헌법재판소 2002. 5. 30. 선고 2000헌바81 결정).

315) 헌법재판소는 조세법에서 일반법원의 판례에 의하여 확립된 개념을 사용하는 경우에는 그 규정 내용이 추상적이거나 불명확하다고 할 수 없으며 과세요건 명확주의에 위반되지 않는 것으로 본다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 92헌바40 결정).

소득세법 시행령

제98조(부당행위계산의 부인) ① (생략)

② 법 제41조에서 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다. 다만, 제1호부터 제3호까지 및 제5호(제1호부터 제3호까지에 준하는 행위만 해당한다)는 시가와 거래가액의 차액이 3억원 이상이거나 시가의 100분의 5에 상당하는 금액 이상인 경우만 해당한다.

1. 특수관계인으로부터 시가보다 높은 가격으로 자산을 매입하거나 특수관계인에게 시가보다 낮은 가격으로 자산을 양도한 경우
2. 특수관계인에게 금전이나 그 밖의 자산 또는 용역을 무상 또는 낮은 이율 등으로 대부하거나 제공한 경우. 다만, 직계존비속에게 주택을 무상으로 사용하게 하고 직계존비속이 그 주택에 실제 거주하는 경우는 제외한다.

3. ~ 5. (생략)

③·④ (생략)

다) 소급과세금지의 원칙

① 소급과세금지의 의의

소급과세금지의 원칙은 조세납부 의무가 성립한 소득·수익·재산 또는 거래에 대해 그 성립 후의 새로운 세법을 적용하여 과세하면 안 된다³¹⁶⁾는 원칙을 말한다.³¹⁷⁾

소급과세금지의 원칙에 따라 과세요건사실이 발생할 당시에 시행된 법률에 따라 과세해야 하고 그 후에 시행된 법률에 따라 그 전에 발생한 과세요건사실에 대해 소급하여 과세할 수 없다. 이 원칙은 법적 안정성의 요구, 기득권의 존중과 신뢰이익 보호의 필요 등에 근거한다.³¹⁸⁾

316) 「국세기본법」 제18조제2항

317) 소급과세금지원칙은 헌법 제13조에서 규정한 소급입법에 의한 재산권 침해 금지에 근거하는 것으로 볼 수 있다.

318) 반면에, 조세의무를 감경하는 세법조항에 대하여는 조세공평의 원칙에 어긋나지 않는 한 소급효가 허용된다(대법원 1983. 4. 26. 선고 81누423 판결). 헌법재판소 또한 “신법이 피적용자에게 유리한 경우에는 이른바 시혜적인 소급입법이 가능하고, (중략) 그 결정이 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 헌법에 위반되지 않는 것으로 본다”고 밝히고 있다(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌마196 결정).

② 진정·부진정 소급효

조세 법령의 소급 적용은 납세의무가 성립된 후에 새로운 법령을 적용하는 진정소급과 새로운 법령이 시행되기 전부터 새로운 법령이 시행된 이후까지 계속되고 있는 사실이나 법률관계에 대해 새로운 법령을 적용하는 부진정소급이 있다.

판례는 진정소급과 부진정소급을 구분하여 부진정소급은 원칙적으로 허용되는 것으로 본다.³¹⁹⁾ 헌법재판소에서는 농어촌특별세법 부칙 제3조제3항은 과세기간 중에 시행된 법을 과세기간 개시일에 소급하여 적용토록 하는 부진정 소급입법에 해당할 뿐 새로운 입법으로 이미 종결된 과거에 소급하여 과세하는 진정소급이라 할 수 없어 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조제2항이나 소급과세금지원칙에 위반된다고 할 수 없다고 한다.³²⁰⁾

납세자는 거래 또는 행위 당시의 조세 법령을 준거로 하여 세금효과를 고려하면서 특정한 거래행위 등을 형성하기 때문에 부진정 소급효를 인정하는 경우에도 입법을 할 때에는 법적 안정과 신뢰보호의 관점에서 충분한 검토가 필요하다.³²¹⁾

[입법례] 진정소급입법에 해당하여 위헌 결정을 받은 사례³²²⁾

구 법인세법(법률 제9267호, 2008. 12. 26.)

제72조(결손금 소급공제에 의한 환급) ① ~ ④ (생략)

⑤ 납세지 관할세무서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 환급세액(제1호의 경우에는 감소된 결손금에 상당하는 환급세액)에 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한

319) 헌법재판소 1995. 10. 6. 선고 94헌바12 결정, 헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 97헌바76 결정

320) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바58 결정

321) 헌법재판소는 과세연도 도중에 세법이 납세자에게 불리하게 개정되고 그 과세기간의 개시시점부터 적용한 경우 이를 부진정 소급에 해당되는 것으로 보고, 이러한 부진정 소급입법의 경우에는 “일반적으로 과거에 시작된 구성요건사항에 대한 신뢰는 더 보호될 가치가 있는 것이므로, 신뢰보호의 원칙에 대한 심사는 장래 입법의 경우보다 일반적으로 더 강화되어야”하며, “신뢰보호의 원칙의 위배 여부는 한편으로는 침해 받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여 판단”하여야 한다는 점을 밝히고 있다(헌법재판소 1995. 10. 6. 선고 94헌바12 결정).

322) 심판대상조항은 개정 후 법인세법의 시행 이전에 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 법인세를 환급받은 경우에도 이 사건 개정조항을 적용할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이는 이미 종결한 과세요건사실에 소급하여 적용할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 청구인이 이 사건 개정조항이 시행되기 전 환급세액을 수령한 부분까지 사후적으로 소급하여 적용되는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 따라 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 진정소급입법에 해당한다(헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2012헌바105 결정).

이자상당액을 가산한 금액을 해당 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서 징수한다.

1. (생략)

2. 제25조제1항제1호의 중소기업에 해당하지 아니하는 법인이 법인세를 환급받은 경우

⑥ (생략)

부 칙

제9조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제72조제5항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용한다.³²³⁾

③ 절차적 규정에 대한 적용 여부

소급과세금지는 과세요건과 같은 실제적인 내용뿐만 아니라 신고기한과 같은 부과·징수 절차에 대해서도 적용되는 것으로 보아야 한다. 조세감면 신청기간이 종전보다 단축되거나 첨부서류를 추가하면서 시행유예기간을 충분히 두지 않은 경우에는 결국 납세자의 실제적 권리의 침해와 연결되게 된다. 「국세기본법」 제18조제5항에서도 세법 외의 법률 중 국세의 부과·징수·감면 또는 그 절차에 관하여 규정하고 있는 조항은 소급금지원칙이 적용되는 세법임을 명시적으로 규정하고 있다.

3) 조세평등주의 원칙

가) 조세평등주의와 응능과세(應能課稅)의 원칙

과세입법권을 제약하는 조세법률주의의 실질적 내용은 헌법상 추구해야 하는 인간의 존엄과 가치, 인간다운 생활을 할 권리, 평등의 보장 등을 포함하는 것으로 이해된다. 조세평등주의는 법 앞의 평등의 원칙을 조세의 부과와 징수 과정에서도 구현함으로써 조세정의를 실현하려는 원칙이다.

조세평등주의는 “정의의 이념에 따라 ‘평등한 것은 평등하게’, 그리고 ‘불평등한 것은 불평등하게’ 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있으므로, 이러한 조세평등주의의 원칙에 따라 과세는 개인의 경제적

323) 헌법재판소 위헌 결정에 따라 해당 규정은 현재 다음과 같이 규정되어 있다(2014. 12. 23. 개정).

제9조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제72조제5항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 환급하는 분부터 적용한다.

급부능력을 고려해야 하고, 동일한 담세능력자에 대해서는 원칙적으로 평등한 과세가 있어야 하며, 또 나아가 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하는 것이 금지될 뿐만 아니라 합리적 이유 없이 특별한 이익을 주는 것도 허용되지 않아야 한다”는 것을 의미한다.³²⁴⁾

조세평등의 원칙은 조세법률주의의 형식적 내용인 과세요건 법정주의와 명확주의에 의한 조세 법규의 결합을 보완하고 법의 실질적 내용을 보충하는 원리로서 작용하게 되며, 조세 부담이 담세력에 맞게 적절히 배분되어야 한다는 응능과세의 원칙에 따를 것을 요구한다.

예를 들어, 법인 등과 특수관계인의 거래가 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에 그 행위·계산을 부인하는 ‘부당행위계산의 부인’은 조세의 회피를 방지하여 조세평등의 원칙을 구현하는 대표적인 제도라고 할 수 있다.

[입법례]

법인세법

- 제52조(부당행위계산의 부인) ① 납세지 관할 세무서장 또는 관할지방국세청장은 내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 특수관계인과의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산(이하 “부당행위계산”이라 한다)과 관계없이 그 법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산한다.
- ② 제1항을 적용할 때에는 건전한 사회 통념 및 상거래 관행과 특수관계인이 아닌 자 간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(요율·이자율·임대료 및 교환비율과 그 밖에 이에 준하는 것을 포함하며, 이하 “시가”라 한다)을 기준으로 한다.
- ③ 내국법인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 각 사업연도에 특수관계인과 거래한 내용에 관한 명세서를 납세지 관할 세무서장에게 제출하여야 한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정을 적용할 때 부당행위계산의 유형 및 시가의 산정 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나) 조세우대 조치

비과세나 감면과 같은 조세우대조치는 동일한 경제적 이익에 대하여 부담을 다르게 만든다는 점에서 일단 형식적으로는 공평하지 않은 것이다. 예를 들어, 금융자산을 통한 경제적 이익이 발생한 경우 이를 배당소득으로 보아 과세하느냐 양도소득으로 보아 과세하느냐에

324) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2007헌바13 결정

따라 비과세·감면·공제의 적용 여부나 수준이 달라진다. 이러한 차이는 납세자의 담세력에 따라 차이가 발생하는 것이 아니라는 점에서 순수한 공평의 관점에서는 위헌적 요소가 있다. 그 위헌 여부의 판단은 결국 개별적 조세우대조치마다 그와 같은 조세우대조치를 설정한 구체적인 정책목적과의 개별적인 이익형량에 따라 판단할 수밖에 없다.

다) 공제제도

응능과세의 원칙은 최저생계의 보장을 위하여 도입된 각종 공제제도의 정당화 근거가 된다. 예를 들어, 「소득세법」에는 인적공제로서 기본공제 및 추가공제 등을 규정하여 최저한도의 소득에 대해서는 과세권 행사를 제한하고 있다. 또한, 연금보험료공제와 사회보험료에 대한 특별소득공제 등은 장래의 최저생활 보장을 위한 공제제도로 볼 수 있다. 이러한 수단은 「조세특례제한법」에서도 월세액에 대한 세액공제와 같이 경제상황에 따라 한시적으로 도입되기도 한다.

4) 위임입법 관련 원칙

헌법 제75조에서는 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 ...에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거와 동시에 그 한계를 제시하고 있다. ‘구체적 위임’이란 법률에 하위법령에 규정될 내용과 범위의 기본적인 사항이 가능하면 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구나라도 해당 법률 그 자체로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있음을 의미한다.

위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 조세 법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율 대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건을 완화하여 적용할 수 있다.³²⁵⁾³²⁶⁾

325) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2009헌바92 결정

326) 헌법재판소는 통상의 취득세율의 100분의 750으로 중과세하는 대상을 “대통령령으로 정하는 고급주택”이라고 규정한 「지방세법」의 규정에 대하여 고급주택이 무엇인지가 취득세 중과세요건의 핵심적 내용을 이루는 본질적이고도 중요한 사항인데도 고급주택의 기준과 범위를 예측해 내기 어렵다는 이유로 조세법률주의 및 포괄위임금지원칙을 위반하였다고 결정(헌법재판소 1999. 1. 28. 선고 98헌가17 결정)한 반면, 채무보증으로 인하여 발생한 구상채권에 대하여 같은 조 제2항을 적용하지 아니한다는 “제2항 부분”과

나. 조세법 체계

1) 국세의 체계

국세에 관한 법률은 크게 국세에 관한 일반적·공통적 사항을 정한 법률과 국세의 종목과 세율을 정하는 개별 세법으로 구분할 수 있다.

국세에 관한 일반적·공통적 사항을 정한 법률은 국세에 관한 기본적으로 공통적인 사항과 납세자의 권리·의무 및 권리구제에 관한 사항을 정하고 있는 「국세기본법」, 국세의 징수에 관한 사항을 정하고 있는 「국세징수법」, 조세의 감면 또는 중과(重課) 등 조세특례를 정하고 있는 「조세특례제한법」, 세법을 위반한 자에 대한 형벌 및 과태료 등에 관한 사항을 정하고 있는 「조세범 처벌법」, 조세범칙사건의 조사 및 그 처분에 관한 사항을 정하고 있는 「조세범 처벌절차법」 등이 있다.

개별 세법³²⁷⁾으로는 「소득세법」, 「법인세법」, 「상속세 및 증여세법」, 「종합부동산세법」, 「교육세법」, 「농어촌특별세법」, 「부가가치세법」, 「개별소비세법」, 「주세법」, 「교통·에너지·환경세법」, 「인지세법」, 「증권거래세법」과 관세에 관한 「관세법」, 「임시수입부기세법」 및 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법」이 있다.

조세법을 입안할 때에는 「국세기본법」과 다른 세법과의 관계에 주의할 필요가 있다. 「국세기본법」 제3조제1항에서는 국세에 관하여 세법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 하여 일반법임을 명시하고 있다.

그리고 「국세기본법」 제3조제2항에서는 「관세법」과 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법」에서 세관장이 부과·징수하는 국세에 관하여 「국세기본법」에 대한 특례 규정을 두고 있는 경우에는 「관세법」과 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법」에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다.

따라서 「국세기본법」 제3조에 규정된 사항을 제외하고는 개별 세법에서 「국세기본법」에 규정된 내용에 대해 특례를 정할 수 없다는 점을 유의해야 한다.

관련하여 “이 사건 법률조항의 입법 목적과 관련규정을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 이 사건 법률조항의 위입에 의하여 대통령령에서 규정될 채무보증은 채무보증에 의한 과도한 차입을 억제하려는 입법 목적에 위배되지 않는 채무보증이나 기업의 경쟁력 강화에 기여하는 채무보증, 법인 사업과 직접 관련이 있는 채무보증 등이 될 것임을 알 수 있어 위입범위의 대강을 충분히 예측할 수 있으므로 포괄위입금지원칙에 위배되지 않는다”고 하였다(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2007헌바15 결정).

327) 개별 세법은 상속세와 증여세를 함께 정하고 있는 「상속세 및 증여세법」을 제외하고는 세목별로 1세법을 두고 있다.

국세의 체계



02
실제 규정

2) 지방세의 체계

지방세에 관한 법률에는 지방세에 관한 기본적인 사항과 납세자의 권리·의무 및 권리구제에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세기본법」, 지방세 세목³²⁸⁾의 각 과세요건과 부과에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세법」, 지방세 징수에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세징수법」, 지방세 감면 및 특례에 관한 사항과 그 제한에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세특례제한법」이 있다.³²⁹⁾

「지방세기본법」 제3조에서는 지방세에 관하여 지방세관계법³³⁰⁾에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있어 「지방세기본법」이 「지방세징수법」, 「지방세법」과 「지방세특례제한법」 등에 우선하여 적용한다는 규정을 두고 있지는 않다.

다만, 「지방세기본법」은 지방세에 관한 기본적 사항을 규정하는 것을 목적으로 하고, 「지방세법」은 지방세 각 세목의 과세요건과 부과·징수에 관한 사항을, 「지방세특례제한법」은 지방세의 감면 및 특례에 관한 사항과 그 제한에 관한 사항을 규정하는 것을 목적으로 하고 있으므로 지방세에 관한 사항을 입법할 때에는 「지방세기본법」의 입법 목적에 부합하도록 그 내용을 정할 필요가 있다.

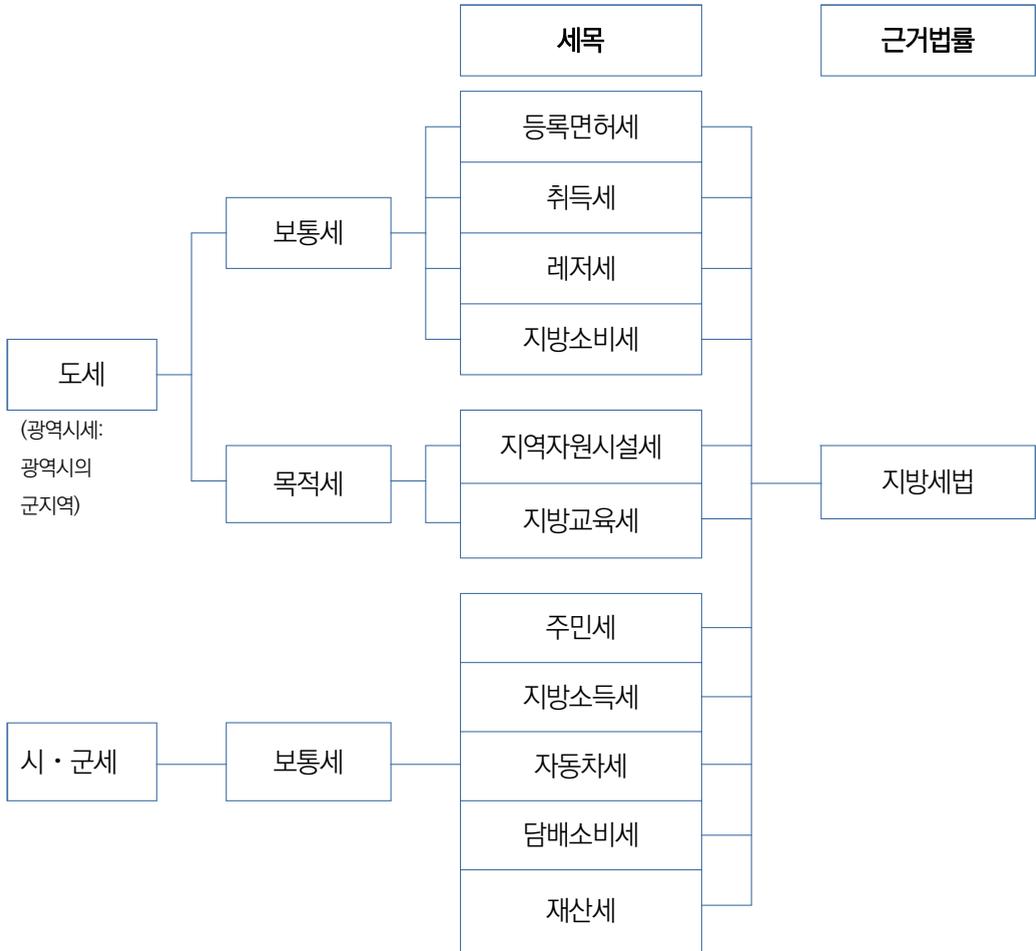
328) 세목별로 하나의 법률을 두고 있는 국세와는 달리 지방세의 경우에는 11개 세목을 모두 「지방세법」에서 정하고 있다.

329) 종전에 단일법 체계로 운영되어 오던 「지방세법」은 2011년 1월 1일부터 「지방세기본법」, 「지방세법」과 「지방세특례제한법」으로 분법되어 운영되어 오다가, 2017년 3월 28일부터 「지방세기본법」의 징수·채납과 관련된 조문이 분리되어 「지방세징수법」에 규정되었다.

330) 「지방세기본법」 제2조

4. “지방세관계법”이란 「지방세징수법」, 「지방세법」, 「지방세특례제한법」, 「조세특례제한법」 및 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」을 말한다.

지방세의 체계



- * 특별시세·광역시세(9): 취득세, 레저세, 지방소비세, 지역자원시설세, 지방교육세, 주민세, 지방소득세, 자동차세, 담배소비세
- * 구세(2): 등록면허세, 재산세
- * 특별자치시세·특별자치도세(11): 등록면허세, 취득세, 레저세, 지방소비세, 지역자원시설세, 지방교육세, 주민세, 지방소득세, 자동차세, 담배소비세, 재산세

02
실체 규정

다. 조세감면 규정

1) 조세감면의 의의

국가는 국가 유지의 재정적 기초를 마련하기 위해서 조세를 부과·징수하며 이를 통해 국민의 경제활동이나 재산권에 직접적 또는 간접적인 영향을 미친다. 또한 국가의 경제적·사회적 기능이 크고 광범위해진 현대국가에서는 조세가 단순히 국가의 자원 확보수단으로 서만 아니라 국가의 경제적·사회적인 정책 목표를 달성하기 위한 정책수단으로 이용되고 있다. 조세의 감면은 중요한 국가 정책수단의 하나가 되고 있다.

국가는 공공사업의 지원, 지역균형발전, 투자 장려, 외자유치, 미래산업·기술산업 등 특정 산업 분야의 육성·개발, 중소기업·농어민·장애자 등 취약계층의 보호, 고용 유지 등 특정 부문의 육성·개발·보호 및 지원을 위해 조세의 감면조치를 정책수단으로 사용한다. 여기서 조세감면은 일정한 요건에 해당하는 경우의 특례세율의 적용, 세액감면, 세액공제, 소득공제, 준비금의 손금산입 등의 조치를 의미한다.³³¹⁾

대표적인 조세특례의 유형

구분		내용 및 관련 조항
직접적 지원	비과세	과세대상이 되는 과세물건을 과세에서 제외시키는 조세특례(「조세특례제한법」 제16조의2)
	세액감면 또는 면제	세액을 우선 확정하고 그 확정된 세액의 일부 또는 전부에 대한 납부의무를 소멸시키는 조세특례(「조세특례제한법」 제6조)
	특례세율의 적용	통상 적용되는 세율이 아닌 별도의 세율을 적용하여 과세(「조세특례제한법」 제72조)
	세액공제	세액을 우선 확정하고 그 확정된 세액에서 일부를 공제하는 조세 특례(「조세특례제한법」 제7조의2)

331) 비과세는 과세 대상에서 제외하는 것이므로 조세감면과 개념은 다르나, 국가의 정책 목표를 위해 세금 부과를 하지 않는다는 점에서 조세감면과 공통점을 가지고 있으므로 조세감면에 포함해서 설명하도록 한다. 대부분의 입법례에서 비과세의 경우에는 “세금을 부과하지 아니 한다.”라고 규정하고 있고, 조세를 감면하는 경우에는 세액감면신청을 하도록 규정하고 있다.

구분		내용 및 관련 조항
	소득공제	세율이 반영되기 전 확정된 과세표준에서 일부를 공제하는 조세특례(「조세특례제한법」 제16조)
	분리과세	누진세율이 적용되는 종합소득에 포함시키지 않고 분리시켜 단일세율로 과세하는 조세특례(「조세특례제한법」 제29조)
간접적 지원	준비금 등의 손금산입	준비금은 특정 목적에 충당하기 위한 비용을 적립해 두는 금액을 말하고, 충당금은 장래 특정의 지출에 대한 준비금으로 그 부담이 해당 사업연도에 속하며 그 금액을 추산할 수 있는 것으로 일정 범위에서 이를 손금으로 인정하는 조세특례(「조세특례제한법」 제74조)
	가속상각	특정고정자산에 대한 감가상각을 통상의 감가상각보다 처음 연도에 크게 상각하는 등의 상각을 허용하는 조세특례(「조세특례제한법」 제28조의3)
	이월과세	개인이 해당 사업에 사용되는 사업용고정자산 등을 현물출자 등을 통하여 법인에 양도하는 경우 이를 양도하는 개인에 대해서 양도소득세를 과세하지 아니하고, 그 대신 이를 양수한 법인이 그 사업용고정자산 등을 양도하는 경우 개인이 종전 사업용 고정자산 등을 그 법인에 양도한 날이 속하는 과세기간에 다른 양도자산이 없다고 보아 계산한 양도소득 산출세액 상당액을 법인세로 납부하는 조세특례(「조세특례제한법」 제2조제6호, 제31조)
	과세이연	공장의 이전 등을 위하여 개인이 해당 사업에 사용되는 사업용고정자산 등을 양도하고 그 양도가액으로 다른 사업용고정자산 등을 대체 취득한 경우 종전 사업용 고정자산 등의 양도에 따른 양도차익 중 일정 금액에 대해서는 양도소득세를 과세하지 아니하고 실제로 양도할 때 새로운 사업용 고정자산 등의 취득가액에서 과세이연금액을 뺀 금액을 취득가액으로 보고 양도소득세를 과세하는 조세특례(「조세특례제한법」 제2조제7호, 제38조의2)

02
실
체
규
정

2) 조세감면의 법적 체계

가) 조세특례 제한

조세감면에 관하여 기본적인 사항을 정하고 있는 「조세특례제한법」 제3조제1항에서는 「조세특례제한법」과 「국세기본법」 및 「소득세법」·「법인세법」·「지방세특례제한법」·「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(제주특별자치도세에 관한 규정만 해당) 등 각종 세법과 조약에 따르지 아니하고는 조세특례를 정할 수 없다고 규정³³²⁾하고 있다.

그리고 「지방세특례제한법」 제3조제1항에서는 「지방세특례제한법」, 「지방세기본법」, 「지방세징수법」, 「지방세법」, 「조세특례제한법」 및 조약에 따르지 아니하고는 「지방세법」에서 정한 일반과세에 대한 지방세 특례를 정할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서, 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」에서 규정하고 있는 법률 외에 다른 개별 법률에서 조세의 특례를 규정할 수 없다.

나) 조세감면과 조세법률주의

조세감면의 경우에도 적극적으로 조세를 부과·징수하는 경우와 동일하게 조세법률주의의 과세요건 법정주의나 명확주의가 적용된다.³³³⁾

조세감면은 특정인에 대해서만 인정되고, 재정운영에 필요한 국가세수의 감소를 초래하는 문제가 있다. 헌법재판소는 “조세감면의 우대조치는 조세평등주의에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하고 그 범위를 확대하는 것은 결코 바람직하지 못하므로 특히 정책 목표 달성에 필요한 경우에 그 면제혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위에서 예외적으로 허용되어야 한다”(헌법재판소 1996. 6. 26.

332) 조세특례의 제한은 1965년 12월 20일, 「조세감면규제법」이 제정되면서 해당 법과 「소득세법」 등 열거된 18개의 법에 따라서만 할 수 있도록 하였으며, 이러한 방식이 현행 「조세특례제한법」까지 이어져오고 있다.

333) 헌법재판소는 “조세의 감면에 관한 규정은 조세의 부과·징수의 요건이나 절차와 직접 관련되는 것은 아니지만, 조세란 공공경비를 국민에게 강제적으로 배분하는 것으로서 납세의무자 상호 간에는 조세의 전가관계가 있으므로 특정인이나 특정계층에 대하여 정당한 이유 없이 조세감면의 우대조치를 하는 것은 특정한 납세자군이 조세의 부담을 다른 납세자군의 부담으로 떠맡기는 것과 같으므로 조세감면의 근거 역시 법률로 정해야만 하는 것이 국민주권주의나 법치주의의 원리에 부응하는 것이다”(헌법재판소 1996. 6. 26. 선고 93헌바2 결정)라고 하여 조세감면에도 조세법률주의가 적용됨을 밝히고 있다.

선고 93헌바2 결정)라고 하여 조세평등에 입각하여 제한적으로 허용하도록 기준을 제시하고 있다.

조세특례에 관한 사항을 정하고 있는 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」에서는 각종 세제 지원 사항에 대해 한시적으로 인정하고 있는 경우가 많다.

[입법례] 감면 규정을 한시적으로 인정한 사례

조세특례제한법
<p>제7조(중소기업에 대한 특별세액감면) ① 중소기업 중 다음 제1호의 감면 업종을 경영하는 기업에 대해서는 2022년 12월 31일 이전에 끝나는 과세연도까지 해당 사업장에서 발생한 소득에 대한 소득세 또는 법인세에 제2호의 감면 비율을 곱하여 계산한 세액상당액(제3호에 따라 계산한 금액을 한도로 한다)을 감면한다. 다만, 내국법인의 본점 또는 주사무소가 수도권에 있는 경우에는 모든 사업장이 수도권에 있는 것으로 보고 제2호에 따른 감면 비율을 적용한다.</p> <p>1. · 2. (생략)</p> <p>② ~ ④ (생략)</p>

지방세특례제한법
<p>제27조(근로복지공단 지원을 위한 감면) ① 「산업재해보상보험법」에 따른 근로복지공단(이하 이 조에서 “근로복지공단”이라 한다)이 같은 법 제11조제1항제1호부터 제5호까지, 제6호 및 제7호의 사업에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대해서는 취득세를, 과세기준일 현재 그 사업에 직접 사용하는 부동산에 대해서는 재산세를 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 각각 감면한다.</p> <p>1. 2020년 12월 31일까지는 취득세 및 재산세의 100분의 25를 각각 경감한다.</p> <p>2. 2021년 1월 1일부터 2022년 12월 31일까지는 취득세의 100분의 25를 경감한다.</p> <p>② (생략)</p>

다) 세법에 따른 조세감면의 방법

조세감면 조치를 하려고 할 때 「소득세법」, 「법인세법」 등 개별 세법에서 각각 소득세·법인세 감면 규정을 두거나, 취득세, 재산세, 담배소비세 등 지방세를 규정한 「지방세법」에서 지방세 감면 규정을 두어 직접 감면 조치를 시행할 수 있다. 그리고 이들 개별 세법에서 정하지 않은 조세특례를 한정적으로 인정하기 위해 「조세특례제한법」과 「지방세특례

제한법」을 두고 있다.

개별 세법이 해당 세법상의 부과 대상 조세를 감면하는 것과는 달리 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」에서는 다른 세법상의 조세를 감면하는 경우에 이용된다. 경기 변동이나 경제 상황을 고려하여 한시적으로 조세특례를 인정하려는 경우, 특정 사업이나 산업 부문에 대해 둘 이상의 조세를 감면하려는 경우 등 개별 세법에서 정하는 것이 적합하지 않은 경우에 규정한다.

[입법례] 여러 세목의 감면을 인정한 사례

조세특례제한법

제121조의2(외국인투자에 대한 법인세 등의 감면) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 하기 위한 외국인투자(「외국인투자촉진법」 제2조제1항제4호에 따른 외국인투자를 말한다. 이하 이 장에서 같다)로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 외국인투자에 대해서는 제2항, 제4항, 제5항 및 제12항에 따라 법인세, 소득세, 취득세 및 재산세(「지방세법」 제111조에 따라 부과된 세액을 말한다. 이하 같다)를 각각 감면한다.

1. ~ 3. (생략)

② ~ ⑱ (생략)

「지방세특례제한법」은 지방세 감면에 대한 사안별 일몰제를 도입하고 지방세 특례의 사전·사후 관리를 체계적으로 수행하기 위해 제정된 법률로서 농어업, 사회복지, 교육 및 과학 기술, 문화 및 관광, 수송 및 교통, 국토 및 지역개발, 공공행정 등에 대한 지방세 감면 및 특례에 관한 사항을 규정하고 있다. 일몰제 및 사전·사후 관리를 통해 그 효과를 검증할 필요가 있는 지방세 감면과 특례 규정은 「지방세법」보다 「지방세특례제한법」에 규정하는 것이 법체계상 바람직하다.

[입법례] 일몰제를 도입하여 지방세를 감면한 사례

지방세특례제한법

제80조(공장의 지방 이전에 따른 감면) ① 대도시에서 공장시설을 갖추고 사업을 직접 하는 자가 그 공장을 폐쇄하고 대도시 외의 지역으로서 공장 설치가 금지되거나 제한되지 아니한 지역으로 이전한 후 해당 사업을 계속하기 위하여 취득하는 부동산에 대해서는 취득세를

2021년 12월 31일까지 면제하고, 재산세의 경우 그 부동산에 대한 납세의무가 최초로 성립하는 날부터 5년간 면제하고 그 다음 3년간 재산세의 100분의 50을 경감한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 감면한 취득세 및 재산세를 추징한다.

1. 공장을 이전하여 지방세를 감면받고 있는 기간에 대도시에서 이전 전에 생산하던 제품을 생산하는 공장을 다시 설치한 경우
 2. 해당 사업에 직접 사용한 기간이 2년 미만인 상태에서 매각·증여하거나 다른 용도로 사용하는 경우
- ② 제1항에 따른 공장의 업종 및 그 규모, 감면 등의 적용기준은 행정안전부령으로 정한다.

라) 세법 외의 법률에 두는 조세감면 규정

「조세특례제한법」 제3조제1항 및 「지방세특례제한법」 제3조제1항에서는 해당 법률에서 열거한 법률 외의 법률로는 직접 조세감면 조치할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 각종 사업법, 지원법, 육성법 등에서는 특정 사업이나 산업 부문에 세제 지원을 하려는 경우 「조세특례제한법」, 「지방세특례제한법」, 개별 세법 등에서 정하는 바에 따라 조세 지원을 받을 수 있도록 하는 규정을 두는 경우가 있다.

[입법례]

건축서비스산업 진흥법

제32조(조세의 감면) 국토교통부장관 및 시·도지사는 이 법에 따른 건축서비스산업의 진흥에 관한 시책을 효율적으로 추진하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 건축서비스사업자에 대하여 「조세특례제한법」 및 「지방세특례제한법」에 따라 조세를 감면할 수 있다.

개성공업지구 지원에 관한 법률

제16조(조세 감면) 정부는 개성공업지구에 투자를 장려하기 위하여 개성공업지구에 투자한 남한 주민에게 필요한 경우에는 「조세특례제한법」으로 정하는 바에 따라 조세를 감면할 수 있다.

[입법례] 감면 대상 조세의 종목까지 규정한 사례

2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법

제61조(조세 및 부담금의 감면 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 특구개발사업의 원활한 시행을 위하여 필요한 경우에는 특구사업시행자 및 특구에 입주하는 국내의 입주기업(이하 “입주기업”이라 한다)에 대하여 「조세특례제한법」, 「관세법」 및 「지방세특례제한법」 등 관계 법률에서 정하는 바에 따라 법인세·소득세·관세·종합부동산세·부가가치세·취득세·등록면허세 및 재산세 등의 조세를 감면할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체는 공공기관이 소유하고 있는 특구의 회원제 골프장 등 중과세 물건에 대하여 「지방세특례제한법」 등 관계 법률에서 정하는 바에 따라 재산세를 경감할 수 있다.

③ 국가 또는 지방자치단체는 공공기관이 소유하고 있는 특구의 콘도미니엄이나 호텔, 빌라를 매입한 법인에 대하여는 매입비용에 대하여 「조세특례제한법」 등 관계 법률에서 정하는 바에 따라 법인세를 경감할 수 있다.

그러나 「조세특례제한법」, 「지방세특례제한법」 또는 개별 세법에서 조세감면 조치를 규정하지 않는 이상 개별법상의 감면 규정은 혼시적 규정에 불과한 것이고, 자칫 납세자가 해당 법률 규정에 따라 바로 조세감면 조치를 받을 수 있는 것처럼 오해할 수 있으므로 규정하지 않는 것이 바람직하다.

라. 조례로 지방세를 규정하는 경우

지방자치단체는 자치입법권을 가지고 있으나, 조례로 지방세에 관하여 정하는 것은 헌법 원칙인 조세법률주의의 한계 안에서 인정된다고 할 것이다.³³⁴⁾

「지방세기본법」 제5조에서는 지방자치단체는 지방세의 세목(稅目), 과세 대상, 과세표준, 세율, 그 밖에 지방세의 부과·징수에 필요한 사항을 정할 때에는 같은 법 또는 지방세 관계법에서 정하는 범위에서 조례로 정하도록 하고, 그 조례 시행에 따르는 절차와 그 밖에

334) 헌법재판소는 “조례권을 행사할 수 있는 한계로서 첫째, 법령의 범위 안에서 둘째, 지방자치단체의 사무에 관한 사항이어야 하는 것으로 제한하고 있다. 지방자치단체의 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 부여한 필연적인 결과로 지방자치단체에는 과세권이 있고, 이 과세권은 헌법이 보장하는 권리이므로 조세법률주의와 조세평등주의 원칙이 적용되는 것이다”라고 밝히고 있다(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌바62 결정).

조례 시행에 필요한 사항을 규칙으로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 「지방세법」 제11장(제141조 및 제148조까지)에서는 발전용수, 지하수, 지하자원, 컨테이너 등에 대하여 지역자원시설세를 과세할 수 있도록 과세요건을 규정하고, 지역자원시설세를 부과할 지역과 부과·징수에 필요한 사항은 지방자치단체가 조례로 정하도록 하고 있다.

「지방세법」 제112조제1항에서는 재산세 도시지역분도 부과 여부를 조례로 정하도록 하고 있다. 또한, 담배소비세, 지방소비세, 면허분 등록면허세, 레저세, 주행분 자동차세를 제외한 세목에 대해서는 조례로 탄력적으로 세율을 정할 수 있도록 하고 있다.

그리고 「지방세특례제한법」 제4조에서는 지방자치단체는 서민생활 지원, 농어촌 생활환경 개선, 대중교통 확충 지원 등 공익을 위하여 지방세의 감면이 필요하다고 인정될 때와 특정지역의 개발, 특정산업·특정시설의 지원을 위하여 지방세의 감면이 필요하다고 인정될 때에는 조례로 3년의 기간 이내에서 지방세의 세율경감, 세액감면과 세액공제를 할 수 있다고 규정함으로써 위임의 구체성을 완화된 형태로 조례에 의한 지방세 감면을 인정하고 있다.

다만, 지방소득세를 제외하고는 「지방세특례제한법」에서 정하고 있는 지방세 감면은 추가로 확대할 수 없도록 하고, 조례에 따라 감면된 지방세액이 지방세 감면규모를 초과한 경우 그 다음 연도의 지방세 감면은 대통령령으로 정하는 바에 따라 축소·조정된 지방세 감면규모 이내에서 조례로 정할 수 있도록 하고 있다.

18. 재정·회계 제도

가. 재정의 의의

일반적으로 ‘재정’이라고 하면, ‘국가나 지방자치단체가 그 존립에 필요한 재원을 획득하기 위해 일반 통치권을 토대로 국민에게 명령하고 강제하는 작용과 그 재산을 관리하고 회계를 정리하는 작용’을 말한다. 여기서 ‘국민에게 명령하고 강제하는 작용’은 ‘재정권력작용’이라 할 수 있고, ‘재산을 관리하고 회계를 정리하는 작용’을 ‘재정관리작용’이라고 부를 수 있다.

일반적으로 재정 법제라고 부르는 것은 주로 재정관리작용에 속하는 법제도를 말한다. 재정관리작용은 권력행사를 내용으로 하지 않으므로 본질적으로 사인(私人)의 회계관리 등

재산관리와 차이가 없다. 그렇지만 국가나 지방자치단체의 재정은 어떻게 관리되느냐에 따라 국가나 지방자치단체의 경제나 국민생활에 큰 영향을 미치게 되므로, 특히 공정하게 관리되어야 한다는 요청이 높다. 그래서 엄정관리주의와 건전재정주의 등을 이 분야의 지도원리로 하여 많은 법률이 만들어져 있다.

나. 재정에 관한 법체계

국가의 수입과 지출을 관리하는 기본 제도를 규정하고 있는 「국가재정법」이 가장 기본이 되는 법률이다. 「국가재정법」에서는 우선 국가의 회계를 일반회계와 특별회계로 구분하고, 세입·세출 외로 운영하는 기금을 인정하고 있다. 특별회계와 기금은 법률로 설치하도록 하고 있다. 특별회계와 기금은 그 설치·관리에 관한 법률이 따로 있지만, 「국가재정법」도 여전히 적용된다.

일반회계의 관리는 「국가재정법」에 따라 규율되고, 개별 법률에서 일반회계의 관리에 관하여 일부 특례를 규정한 경우도 있다.

그리고 국가회계기준 등 국가회계의 기본이 되는 사항에 대해 「국가회계법」이 마련되어 있는데, 같은 법 제10조에서는 일반회계, 특별회계, 기금의 회계 및 결산에 관하여는 같은 법을 우선하여 적용한다고 규정하고 있어 그 예외가 인정되지 않는다.

한편 지방자치단체의 재정과 회계에 관한 사항은 「지방자치법」에 기본적인 사항을 정하고 있고, 「지방재정법」과 「지방회계법」³³⁵⁾에서 보다 상세히 규율하고 있다. 예산, 회계에 관한 부분은 「국가재정법」, 「국가회계법」 및 「보조금 관리에 관한 법률」 등 국가재정 관련 법령 체계와 유사하다.

다만, 지방재정건전주의 원칙을 보다 확실히 담보하기 위해 「지방자치법」에서는 지방재정 자율성의 원칙과 건전재정주의 원칙을 명시하고 있고,³³⁶⁾ 「지방재정법」에서 지방자치단체 재정의 건전화를 보다 확실히 보장하기 위해 지방자치단체의 재정지출을 제한하거나 재정위기단체, 긴급재정관리단체의 지정 등 지방재정을 감시·감독·제한하는 여러 규정을 두고 있다.

335) 「지방회계법」은 2016. 5. 29. 법률 제14197호로 「지방재정법」에서 분법되었다.

336) 2014년 1월 21일 법률 제12280호로 「지방자치법」 제122조제3항이 신설되어, 국가는 국가행정기관 등의 신설·확장·이전·운영과 관련된 비용을 지방자치단체에 부담시킬 수 없도록 하고 있다.

다. 재정·회계 제도

1) 일반회계의 원칙

예산은 일정한 기간 보통 1년간의 국가나 지방자치단체 재정 활동인 수입과 지출을 체계적으로 총괄한 재정계획서이다. 이러한 수입과 지출은 재정 상태를 명확히 하기 위해 원칙적으로 총수입과 총지출이 계상되어야 할 뿐만 아니라 단일 예산으로 편성되어야 한다. 국가나 지방자치단체의 수입과 지출을 회계로 통일하여 경리하도록 하는 단일 예산의 원칙은 수입과 지출 간에 특별한 견련(牽聯)관계를 단절하고, 모든 수입을 일괄하여 여기에서 일체의 경비를 지출하는 일반회계를 원칙으로 하고 있다.

2) 특별회계 제도

단일 예산의 원칙은 재정의 통일을 기하고 의회의 재정감독권을 용이하게 할 수 있다는 장점이 있으나, 국가나 지방자치단체 사업의 다양성과 재정규모의 증가에 적절히 대처하기 어렵다는 단점이 있다. 이를 보완하기 위해 특별회계 제도를 인정하고 있다. 이는 단일 예산의 원칙에 대한 예외로서 국가나 지방자치단체의 특별한 필요에 의하여 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하게 하는 것으로서 일반회계의 세입·세출과 구분되는 회계이다.

특별회계는 국가나 지방자치단체에서 특정한 사업을 운영할 때, 특정한 자금을 보유하여 운영할 때, 그 밖의 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 회계처리 할 필요가 있을 때만 예외적으로 인정된다. 특히 국가의 특별회계는 「국가재정법」 별표 1에서 정하는 법률에 의해서만 그 설치가 허용되고, 지방자치단체의 특별회계는 법률이나 조례로 설치가 허용되나 조례로 설치할 때에는 5년의 범위에서 특별회계의 존속기한을 조례로 명시하도록 하고 있다.³³⁷⁾ 특별회계의 남설(濫設)은 예산을 복잡하게 하여 예산 규모나 예산 구조를 파악하는 데에 어려움이 있고, 예산을 특정 사업에만 쓸 수 있도록 하여 예산의 경직성을 초래하기 때문이다.

337) 「지방재정법」 제9조제3항은 지방자치단체가 특별회계를 설치하려면 법률에 따라 의무적으로 설치·운영하는 특별회계를 제외하고는 5년 이내의 범위에서 특별회계의 존속기한을 해당 조례에 명시하도록 하고 있다.

[입법례] 특별회계의 설치를 법률에 명시한 사례

국가균형발전 특별법

제30조(국가균형발전특별회계의 설치) 국가균형발전계획과 관련 사업을 효율적으로 추진하기 위하여 국가균형발전특별회계(이하 “회계”라 한다)를 설치한다.

3) 기금

국가 또는 지방자치단체는 특정한 자금을 운영할 필요가 있는 경우에 법률 또는 조례로서 세입·세출예산에 의하지 않고 기금을 운용할 수 있다.³³⁸⁾

4) 자금

「국가재정법」 제95조는 국가는 법률로 정하는 경우에만 특별한 자금을 보유할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이 자금의 관리 방식에 대해서는 아무런 규정이 없어 아직 제도화되었다고 보기는 어렵고, 국가(정부)가 자금을 조성하여 보유할 수 있도록 한 예는 찾아보기 힘들다.

[입법례] 정부가 자금을 설치할 수 있도록 한 사례³³⁹⁾

산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률

제58조(녹색자금) ① 산림청장은 산림환경을 보호하고 산림의 기능을 증진하며 해외산림자원을 조성하는 데에 드는 경비 및 사업비를 지원하기 위하여 산림환경기능증진자금(이하 “녹색자금”이라 한다)을 설치한다.

- ② 녹색자금은 산림청장이 운용·관리한다.
- ③ 녹색자금은 다음 각 호의 재원(財源)으로 조성한다.

338) 자세한 내용은 19. 기금에서 설명한다.

339) 녹색자금의 경우, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」에는 “자금”을 조성하는 것으로 기술되어 있으나, 자금의 재원과 용도가 명확히 기술되어 있고, 녹색자금의 운용계획을 수립하도록 하고 있으며, 녹색자금 결산서를 국회에 보고하도록 하고, 녹색자금운용심의회를 구성·운영하여 자금사용계획 등에 대해 심의하도록 하고 있는 점 등에 비추어 보면 기금과 거의 유사한 성격으로 보인다.

1. ~ 4. (생략)

④ 녹색자금은 산림의 환경기능증진 및 해외산림자원의 조성에 관한 다음 각 호의 사업에 사용할 수 있다.

1. ~ 9. (생략)

⑤ 대통령령으로 정하는 기관이나 단체가 제4항 각 호의 사업을 수행하는 경우에는 그에 필요한 경비를 녹색자금에서 우선하여 지원할 수 있다.

⑥ 녹색자금의 운용·관리에 필요한 그 밖의 사항은 대통령령으로 정한다.

라. 재정·회계의 처리기관

1) 「국가재정법」에 따른 중앙관서의 장과 「지방재정법」에 따른 지방자치단체의 장

「국가재정법」 제6조제2항 및 제3항에서는 재정 및 회계의 처리기관을 “중앙관서의 장”으로 규정하고 있다. 같은 법 제6조제2항에서 “중앙관서”란 헌법 또는 「정부조직법」, 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다³⁴⁰⁾고 규정하고 있다. 「정부조직법」 제2조제2항에서 중앙행정기관을 부·처·청과 방송통신위원회·공정거래위원회·국민권익위원회 등으로 하고 다른 법률로 중앙행정기관을 설치할 수 없도록 하고 있다.

중앙행정기관은 아니지만 재산관리나 회계처리를 위해 중앙행정기관의 지위를 인정할 필요가 있을 때에는 “예산관련 업무에 관하여(또는 「국가재정법」 및 「국가회계법」을 적용하는 경우) …의 장은 「국가재정법」 제6조제2항에 따른 중앙관서의 장으로 본다”라고 「국가재정법」을 인용하여 표현한다. 국가인권위원회³⁴⁰⁾ 등이 이에 해당한다.

「지방자치법」과 「지방재정법」은 지방자치단체의 장과 지방의회의 재정상의 권한과 책임을 구분하여 규정하고 있다. 다만, 「지방회계법」 제8조제1항에서 “지방자치단체의 장은 해당 지방자치단체의 회계에 관한 사무를 총괄·관리한다”고 규정하고 있어 “지방자치단체의 장”을 지방자치단체의 회계의 처리기관으로 볼 수 있다. 지방재정의 건전성 확보를 위해

340) 「국가인권위원회법」

제6조(위원장의 직무) ⑤ 위원장은 위원회의 예산 관련 업무를 수행할 때 「국가재정법」 제6조제3항에 따른 중앙관서의 장으로 본다.

행정안전부장관 또는 상급 지방자치단체의 장에게 상당한 재정 지출에 관한 통제·조정 권한을 부여하고 있다.³⁴¹⁾

2) 「국가재정법」 제6조제1항에 따른 독립기관

「국가재정법」 제6조제1항에 따른 독립기관이란 국회, 대법원, 헌법재판소와 중앙선거관리위원회를 말한다. 즉, 헌법기관을 말하는 것이다. 이와 같은 독립기관에는 「국가재정법」상 몇 가지 특례가 주어진다.³⁴²⁾

마. 일반회계에 대한 특례 규정

회계상 특별한 취급이 필요하면 특별회계나 기금을 설치하게 되므로, 일반회계를 운영하는 경우에 「국가재정법」이나 「지방재정법」에 대한 특례를 규정한 것은 많지 않다. 특별회계나 기금을 설치할 정도에 이르지 않는 부분적 사항에 대한 좁은 범위의 특례가 필요한 경우가 대부분이다.

1) 예산총계주의원칙과 그 예외

「국가재정법」 제17조 및 「지방재정법」 제34조에서는 예산총계주의를 규정하고 있다. 즉 한 회계연도의 모든 수입을 세입으로 계상해야 하고, 모든 지출을 세출로 정리해야 한다. 행정기관이 수납한 수입을 국고로 세입조치하지 않고 바로 지출해 버리면 국가나 지방자치단체의 예산의 전체 규모를 알 수 없게 되어 버리기 때문이다. 예산총계주의원칙은 국가 및 지방자치단체 재정의 모든 수입과 지출을 예산에 반영함으로써 그 전체를 분명하게

341) 「지방재정법」 제29조 및 제29조의2조에 따른 조정교부금, 같은 법 제33조에 따른 중기지방재정계획의 수립, 같은 법 제38조에 따른 재정지출 기준의 통보, 예산편성기준의 수립 등 국가 또는 상급 지방자치단체의 통제·조정권한을 인정하고 있다.

342) 예산편성 시 기관장의 의견을 최대한 존중하고, 예산을 조정할 때에는 미리 협의하고 감액하는 경우에는 국무회의에서 의견을 구하고, 감액의 규모 및 이유, 감액에 대한 독립기관의 장의 의견을 국회에 제출해야 한다(「국가재정법」 제40조). 이런 독립기관은 아니지만 독립기관과 거의 동일한 처우를 받는 것은 감사원이다(「국가재정법」 제41조). 그 밖에는 「국가정보원법」에서 국가정보원을 독립기관으로 하도록 한 것이 유일한 예외이다(「국가정보원법」 제16조제1항).

함과 동시에 국회(지방의회)와 국민(주민)에 의한 재정상의 감독을 용이하게 하자는 데 그 의의가 있다.³⁴³⁾³⁴⁴⁾

그러나 모든 국정(행정)운영을 사전에 모두 엄밀하게 예측할 수 없고 성격상 계속 반복되는 사업의 성격을 갖는 것도 많은데, 이를 모두 예산으로 처리할 수도 없는 것이기 때문에 「국가재정법」 제53조에서는 예산총계주의에 대한 일부 예외가 허용되고 있다. 수입대체 경비를 인정하거나, 현물출자, 외국차관을 도입하여 전대(轉貸)하는 경우 등에는 이를 세입·세출예산 외로 처리할 수 있도록 하고 있다. 「지방재정법」 제34조제3항에서도 지방자치단체가 현물로 출자하는 경우와 「지방자치단체 기금관리기본법」 제2조에 따른 기금을 운용하는 경우 등에는 세입·세출예산 외로 처리할 수 있다고 규정하고 있다.

「국가재정법」과 「지방회계법」에서는 예산총계주의를 벗어나 세입·세출예산 외로 처리할 수 있는 일반적인 제도인 수입대체경비 제도를 두고 있지만, 그 적용 범위가 제한적이거나 불분명하여 개별법에서 사정에 따라 예산총계주의에 대한 예외를 두는 경우가 있다. 이러한 경우라도 예산총계주의원칙의 본질적인 부분을 훼손하는 형태로 규정해서는 안 될 것이다.

[입법례] 수입에서 직접 사용을 허용한 사례(수입대체경비 범위의 확장)

공무원 인재개발법
제16조(교육훈련기관의 운영) ① 공무원교육훈련기관의 장은 해당 교육훈련기관을 효율적으로 운영하기 위하여 필요하면 교육훈련시설 및 교육훈련과정 등을 국가기관, 공공단체 또는 민간에 유상(有償)으로 제공할 수 있다.
② 제1항에 따른 수입금은 「국가재정법」 제53조 및 「국고금관리법」 제8조에 따라 수입 대체경비로 회계처리할 수 있다.

343) 헌법재판소는 예산총계주의원칙을 헌법 제54조제1항에서 “국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.”는 국회의 예산심의·확정권에서 파생된 원칙으로 보고 있다. 국회는 예산심의를 통하여 예산의 전체 규모가 적정한지, 예산이 효율적으로 운용되는지, 예산편성이 국민의 담세능력과 형평성에 부합하는지 등을 감시하여야 하므로 모든 국가재정은 누락 없이 국회의 심의를 받아야 한다는 의미이다(헌법재판소 2004. 7. 15. 선고 2002헌바42 결정).

344) 법제처 2007. 5. 18. 07-0121 해석례 등 참조

[입법례] 세입·세출예산 외로 처리할 수 있도록 한 사례

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

제8조(계약의 대행) ① 지방자치단체의 장은 그 관할 행정구역의 시설물 설치 및 유지·관리와 물품 구매 등을 위하여 그 지역 주민들의 대행 요구가 있는 등 특히 필요하다고 인정되면 그 지방자치단체 외의 자로부터 계약 대행을 요청받아 대행할 수 있다.

② 제1항에 따라 계약을 대행하는 지방자치단체의 장은 계약 이행에 드는 직접경비와 그 사무 관리에 필요한 경비를 계약 이행 전에 대행을 요청한 자에게 청구하고 이를 사후정산(事後精算)하여야 한다.

③ 제2항에 따라 지방자치단체의 장이 청구하여 지급받은 경비는 「지방재정법」에도 불구하고 세입·세출예산 외로 처리할 수 있다.

2) 예산안편성지침에 대한 특례

「국가재정법」 제29조제1항에서는 기획재정부장관은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 받은 다음 연도의 예산안편성지침을 매년 3월 31일까지 각 중앙관서의 장에게 통보하도록 규정하고 있다. 다음 연도의 예산 편성을 할 때에 이 예산안편성지침이 근거가 되기도 하고 예산의 한계가 되기도 한다. 이 예산안편성지침은 전 중앙관서에 공통적으로 적용되는 것이기 때문에 관서별로 보면 다소 융통성이 부족한 측면이 있고 예산편성에 어느 정도 경직성을 초래하기도 한다. 따라서 특정 관서에 적용되는 예산안편성지침을 따로 마련하면 그만큼 예산편성에 있어 현실성과 효율성을 확보할 수 있다.

[입법례] 예산안편성지침을 따로 정하도록 한 사례

책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률

제34조(예산안편성지침) 기획재정부장관은 「국가재정법」 제29조제1항에 따른 예산안편성지침을 작성할 때에는 소속책임운영기관의 특수성이 반영될 수 있도록 소속책임운영기관 및 관계 중앙행정기관의 장의 의견을 들어 지침을 따로 정할 수 있다.

「지방재정법」 제36조제1항에서도 지방자치단체는 법령 및 조례로 정하는 범위에서 합리적인 기준에 따라 그 경비를 산정하여 예산에 계상하도록 하고, 같은 법 제38조제2항에서

지방재정의 건전한 운용과 지방자치단체 간 재정운용의 균형을 확보하기 위하여 필요한 회계연도별 지방자치단체 예산편성기준은 행정안전부령으로 정하도록 하고 있다. 「지방교부세법 시행령」 제12조제1항제3호에서는 지방자치단체 예산편성기준을 위반하여 예산을 편성한 경비를 지출한 경우 이를 위법한 경비지출로 보아 교부세를 감액하거나 반환명령을 할 수 있도록 하고 있다.

3) 세출예산의 전용과 이월

「국가재정법」 제46조제1항에서는 각 중앙관서의 장은 예산의 목적 범위에서 재원을 효율적으로 활용하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관의 승인을 받아 각 세항 또는 목의 금액을 전용할 수 있도록 규정하고 있다.³⁴⁵⁾ 그러나 이 경우에도 사업 간의 유사성이 있는지, 재해대책 자원 등으로 사용할 시급한 필요가 있는지, 기관운동을 위한 필수적 경비의 충당을 위한 것인지 여부 등을 종합적으로 고려해야 한다. 예산과목 중 장, 관, 항에 속하는 것은 소위 입법과목이라고 하여 이를 변경하려면 국회의 의결을 거쳐야 한다. 그러나 세항과 그 하위의 항목은 행정과목이라고 하여 행정 내부의 일로 취급하고 있어 행정 내부의 의사결정에 따라 변동이 가능하지만 예산집행의 엄정성을 확보하기 위해 최대한 제한하고 있다. 그러나 이에 대해 예외를 인정해야 하는 경우가 없지 않다.

[입법례] 예산의 전용을 허용한 사례

군 책임운영기관의 지정·운영에 관한 법률³⁴⁶⁾

제29조(예산의 전용) ① 기관장은 「국가재정법」 제46조에도 불구하고 예산집행상 특히 필요한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 세출예산의 각각의 총액 범위에서 각 과목 상호 간에 전용할 수 있다.

② (생략)

345) 제46조제2항에서는 각 중앙관서의 장은 각 회계연도마다 기획재정부장관이 위임하는 범위 안에서 기획재정부장관의 승인 없이도 각 세항 또는 목의 금액을 자체적으로 전용할 수 있도록 규정하고 있다.

346) 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」 제36조제1항, 「우정사업운영에 관한 특별법」 제13조제1항, 「국가균형발전 특별법」 제42조제1항도 동일한 취지이다.

회계연도독립의 원칙에 따라 「국가재정법」 제48조제1항에서는 매 회계연도의 세출예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 없도록 규정하고 있다. 물론 같은 조 제2항에서는 이에 대한 다섯 가지 예외가 인정되고 있으며,³⁴⁷⁾ 제3항에서는 계속비의 연도별 연부액 중 해당 연도에 지출하지 못한 금액은 계속비사업의 완성연도까지 계속 사용할 수 있게 제한 없이 이월할 수 있도록 규정하고 있다. 「지방재정법」 제50조에서도 이와 유사하게 세출예산의 이월에 관한 규정을 두고 있다.³⁴⁸⁾

347) 「국가재정법」

제48조(세출예산의 이월) ① 매 회계연도의 세출예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 없다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 금액은 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다. 이 경우 이월액은 다른 용도로 사용할 수 없으며, 제2호에 해당하는 경비의 금액은 재이월할 수 없다.

1. 명시이월비
2. 연도 내에 지출원인행위를 하고 불가피한 사유로 인하여 연도 내에 지출하지 못한 경비와 지출원인행위를 하지 아니한 그 부대경비
3. 지출원인행위를 위하여 입찰공고를 한 경비 중 입찰공고 후 지출원인행위까지 장기간이 소요되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경비
4. 공익사업의 시행에 필요한 손실보상비로서 대통령령으로 정하는 경비
5. 경상적 성격의 경비로서 대통령령으로 정하는 경비

③ 제1항에도 불구하고 계속비의 연도별 연부액 중 해당 연도에 지출하지 못한 금액은 계속비사업의 완성연도까지 계속 이월하여 사용할 수 있다.

④ 각 중앙관서의 장은 제2항 및 제3항의 규정에 따라 예산을 이월하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이월명세서를 작성하여 다음 연도 1월 31일까지 기획재정부장관 및 감사원에 각각 송부하여야 한다.

⑤ 각 중앙관서의 장이 제2항 및 제3항의 규정에 따라 예산을 이월한 경우 이월하는 과목별 금액은 다음 연도의 이월예산으로 배정된 것으로 본다.

⑥ 매 회계연도 세입세출의 결산상 잉여금이 발생하는 경우에는 제2항 및 제3항의 규정에 따른 세출예산 이월액에 상당하는 금액을 다음 연도의 세입에 우선적으로 이입하여야 한다.

⑦ 기획재정부장관은 세입징수상황 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 미리 제2항 및 제3항의 규정에 따른 세출예산의 이월사용을 제한하기 위한 조치를 취할 수 있다.

348) 「지방재정법」

제50조(세출예산의 이월) ① 세출예산 중 경비의 성질상 그 회계연도에 그 지출을 마치지 못할 것으로 예상되어 명시이월비로서 세입·세출예산에 그 취지를 분명하게 밝혀 미리 지방의회의 의결을 얻은 금액은 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

② 세출예산 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 금액은 사고이월비(事故移越費)로서 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

1. 회계연도 내에 지출원인행위를 하고 불가피한 사유로 회계연도 내에 지출하지 못한 경비와 지출하지 아니한 그 부대 경비
2. 지출원인행위를 위하여 입찰공고를 한 경비 중 입찰공고 후 지출원인행위를 할 때까지 오랜 기간이 걸리는 경우로서 대통령령으로 정하는 경비
3. 공익·공공 사업의 시행에 필요한 손실보상비로서 대통령령으로 정하는 경비
4. 경상적 성격의 경비로서 대통령령으로 정하는 경비

③ 계속비의 회계연도별 필요경비 중 해당 회계연도에 지출하지 못한 금액은 그 계속비의 사업완성 연도

「국가재정법」 제48조제2항에서 이월을 허용하는 예외에 속하지 않는 경우에도 예외를 허용하는 특례를 둔 경우가 있다. 책임운영기관을 두는 경우 일반회계의 경우에도 예산의 이월을 허용하고 있고, 특별회계를 두는 경우 등에 세출예산의 이월을 허용하는 입법례가 많다.³⁴⁹⁾ 그 제도 자체의 성격에 비추어 어느 정도 이월제한에 대한 특례가 부득이한 측면이 있다.

[입법례] 예산의 이월을 허용한 사례

군 책임운영기관의 지정·운영에 관한 법률 ³⁵⁰⁾
제30조(예산의 이월) ① 매 회계연도의 세출예산 중 부득이한 사유로 해당 회계연도 내에 지출하지 못한 경상적 성격의 경비는 대통령령으로 정하는 범위에서 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.
② (생략)

02
실
체
규
정

4) 예산의 목적 외 사용금지에 대한 특례

「국가재정법」 제45조에서는 각 중앙관서의 장은 세출예산이 정한 목적 외에 경비를 사용할 수 없다고 규정하고 있고, 제47조제1항에서는 구체적으로 예산이 정한 각 기관 간 또는 각 장·관·항 간에 상호 이용할 수 없다고 구체화하고 있다. 이러한 제한은 법령상 지출 의무의 이행을 위한 경비 및 기관운영을 위한 필수적 경비의 부족액이 발생하는 경우 등 예산집행상 필요에 따라 미리 예산으로써 국회의 의결을 얻은 경우에 기획재정부장관의 승인을 받아 이용하거나 기획재정부장관이 위임하는 범위에서 자체적으로 이용할 수 있다. 또한, 정부조직 등에 관한 법령의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 중앙관서의 직무와 권한이 변동되면 기획재정부장관이 그 중앙관서의 장의 요구에 따라 그 예산을 상호 이용하거나 이체(移替)할 수 있도록 예외를 허용하고 있다(「국가재정법」 제47조제2항). 지방자치단체 예산에 대해 「지방재정법」 제47조의2³⁵¹⁾에서도 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

까지 차례로 이월하여 사용할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 예산을 이월할 때에는 그 이월하는 과목별 금액은 이월 예산으로 배정된 것으로 본다.

349) 「새만금사업 추진 및 지원에 관한 특별법」 제42조, 「교통시설특별회계법」 제11조의2, 「혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법」 제38조, 「국가균형발전 특별법」 제43조 등

350) 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」 제37조제1항도 동일한 취지이다.

장, 관, 항은 앞에서 언급한 바와 같이 입법과목이므로, 행정기관이 임의로 변경하여 지출할 수 없고, 부득이한 경우를 예상하여 「국가재정법」에서 일부 예외를 두고 있으므로, 그 이상의 예외를 인정하기는 어렵다. 다만, 일반회계로 지원되는 경우에도 재해복구라는 특별한 상황을 대비하기 위해 「자연재해대책법」에 유일한 특례가 규정되어 있다.

[입법례] 예산의 목적 외 사용을 허용한 사례

자연재해대책법

제52조(복구예산의 정산 등) ① 지방자치단체의 장은 재해복구사업별로 발생한 재해복구보조금의 집행 잔액을 「국가재정법」 제45조, 제47조제1항부터 제3항까지 및 「보조금 관리에 관한 법률」 제22조에도 불구하고 중앙대책본부장의 승인을 받아 사업비가 부족한 다른 재해복구사업에 충당할 수 있다.

② (생략)

바. 특별회계법의 입법 형식과 내용

「국가재정법」 제4조제1항에서는 국가의 회계는 일반회계와 특별회계로 구분한다고 규정하고 있다. 「지방재정법」 제9조제1항도 지방자치단체의 회계는 일반회계와 특별회계로 구분한다고 규정하고 있다.

국가의 경우 특별회계는 국가에서 특정한 사업을 운영하려는 때, 특정한 자금을 보유하여 운용하려는 때, 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때에 법률로써 설치하되, 「국가재정법」 별표 1에 규정된 법률에 따르지 않고는 이를 설치할 수 없도록 하고 있다. 반면 지방자치단체의 경우 특별회계를 법률이나 조례로 설치할 수 있도록 하되, 목적세에 따른 세입·세출은 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 반드시 특별회계를 설치·운영하도록 하고 있다.

351) 「지방재정법」

제47조의2(예산의 이용·이체) ① 지방자치단체의 장은 세출예산에서 정한 각 정책사업 간에 서로 이용할 수 없다. 다만, 예산 집행에 필요하여 미리 예산으로서 지방의회의 의결을 거쳤을 때에는 이용할 수 있다.

② 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 기구·직제 또는 정원에 관한 법령이나 조례의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 관계 기관 사이에 직무권한이나 그 밖의 사항이 변동되었을 때에는 그 예산을 상호 이체(移替)할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 분기별로 분기만료일이 속하는 달의 다음 달 말일까지 그 내역을 지방의회에 제출하여야 한다.

특별회계에 관한 사항을 정하는 개별 법률들은 그 특별회계의 지원을 받는 사업의 내용만을 뿐 그 입법 형식과 체계 및 입법 내용이 거의 유사하게 규정되고 있다.

특별회계를 설치하기 위한 법률은 특별회계만을 규정하는 법률을 만드는 경우와 행정작용을 규정하는 법률 가운데 그 행정작용을 뒷받침하는 특별회계를 설치하는 경우의 두 가지가 있다.

1) 총칙

가) 목적·설치 규정

특별회계에 관한 법률도 다른 법률과 마찬가지로 제1조에는 해당 법률의 입법 목적을 규정하는 목적 규정을 두는데 그 목적이 특별회계를 설치하는 데에 있으므로 통상적으로 목적 규정에서 특별회계를 설치하는 내용을 포함하여 규정한다.³⁵²⁾

[입법례]

에너지 및 자원사업 특별회계법

제1조(목적) 이 법은 에너지의 수급(需給) 및 가격 안정과 에너지 및 자원 관련 사업의 효과적인 추진을 위하여 에너지 및 자원사업 특별회계를 설치하고 그 운용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

소방재정지원 및 시·도 소방특별회계 설치법

제1조(목적) 이 법은 소방재정의 안정적 확보와 소방재정 운용의 독립성 강화를 위하여 지방자치단체에 소방재정 관련 특별회계를 설치하고, 그 운용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

352) 입법례에 따라서는 목적 규정에서 특별회계를 설치하고, 특정 세입으로 특정 세출에 충당하게 함을 목적으로 한다는 내용으로 표현하는 경우도 있는데, 이는 특별회계의 성질상 당연한 것이므로 이러한 규정은 둘 필요가 없다.

나) 특별회계의 관리 주체

특별회계의 관리 주체는 국가의 경우 세입 및 세출을 관리하는 특별회계의 성질로 보아 관계 중앙관서의 장이 되며, 지방자치단체의 경우 해당 특별회계가 설치되어 있는 지방자치단체의 장이 된다. 「국가재정법」에서 중앙관서의 조직별로 세입·세출예산을 구분하도록 함에 따라 일반회계 세입·세출예산의 관리 주체가 소관 중앙관서의 장이 되는 것과 마찬가지로, 「정부기업예산법」에서도 관계 중앙관서의 장이 기업특별회계를 관리하도록 규정하고 있다.

특별회계의 예산 및 결산이 둘 이상의 중앙관서의 소관에 속하는 사항을 포함하고 있는 경우에는 소관 중앙관서의 조직별로 구분할 수 있도록 하는 것이 회계의 명확화와 책임성 확보를 위해 필요하다.

[입법례] 예산 및 결산을 조직별로 구분한 사례

책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률

- 제28조(계정의 구분) ① 제27조제1항에 따른 책임운영기관특별회계(이하 “특별회계”라 한다)는 책임운영기관특별회계기관별로 계정(計定)을 구분한다.
- ② 제1항에 따른 계정의 명칭·내용과 그 밖의 계정 구분에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 특별회계의 예산 및 결산은 책임운영기관특별회계기관의 조직별로 구분할 수 있다.

다) 계정의 구분

「국가재정법」 제21조에서 세입·세출예산은 필요하면 계정으로 구분할 수 있도록 하고 있다. 자금의 용도에 따라 그 세입·세출을 구분하여 회계처리할 필요가 있는 경우 등에는 계정의 구분에 관한 규정을 둔다. 이 경우에는 당연히 세입·세출 항목도 계정별로 구분하여 규정함으로써 각 계정별로 세입·세출이 회계처리될 수 있도록 한다.

[입법례] 회계의 계정을 구분한 사례

국가균형발전 특별법

- 제32조(계정의 구분) 회계는 지역자율계정, 지역지원계정, 제주특별자치도계정 및 세종특별자치시계정으로 구분한다.

2) 세입·세출 규정

가) 일반적인 사항

세입의 재원은 조세수입, 정부출연금, 민간부담금 수입, 공채 등에 의한 차입금 수입, 국유재산 매각 수입, 정부기업의 수입, 수수료 수입 등 다양하다. 국고 내에서의 회계 간의 전입 또는 이입, 계정 간의 전입도 세입의 재원이다.

세출에 포함되는 항목으로는 재화와 용역의 구입, 이자 또는 보조금의 지급, 고정자산의 취득, 공채 상환을 위한 지출 등이 있다.

세입과 세출은 서로 연계되도록 규정해야 한다. 차입금을 세입 재원으로 규정하면서 차입금의 원리금의 상환을 세출 대상에서 제외할 수는 없다. 용자 사업을 실시할 때에는 용자를 세출 대상으로 하고, 용자로 인한 수입금을 세입 재원으로 규정하는 것과 같다.

나) 일반회계 등 다른 회계로부터의 전입

특별회계의 설치목적은 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하기 위해 일반회계와 구분하기 위한 것이다. 따라서 이러한 특별회계에서는 일반회계나 다른 특별회계로부터의 전입은 바람직한 것은 아니다. 그러나 국가에서 특별히 필요하여 수행하는 사업의 수행에 필요한 재원이 부족한 경우 등에는 불가피하게 일반회계 등 다른 회계로부터 전입 받아 사용할 수 있도록 하고 있다.

일반회계 등으로부터의 전입 규정을 둘 때에는 특별회계의 세입 재원을 열거한 각 호의 규정에서 “일반회계로부터의 전입”으로 규정하면 된다. 그 외에 타 회계로부터의 전입을 의무화하거나, 전입의 규모를 확실히 하려는 경우에는 별도의 조항으로 규정해야 한다.

[입법례] 일반회계로부터의 전입을 의무화한 사례

교통시설특별회계법

제8조(일반회계로부터의 전입) ① 정부는 회계연도마다 다음 각 호의 금액에 해당하는 세입 예산액을 일반회계로부터 이 회계에 전입하여야 한다.

1. 「교통·에너지·환경세법」에 따른 교통·에너지·환경세의 1천분의 730에 해당하는 금액 (이하 “교통·에너지·환경세전입액”이라 한다)

2. 「개별소비세법」에 따라 승용차에 부과하는 개별소비세액
 3. 「관세법」에 따라 철도 또는 궤도용 외의 차량 및 그 부분품과 부속품에 부과하는 관세액
- ② ~ ④ (생략)

다) 차입금

「국가재정법」 제18조에 따라 세출은 국채나 차입금 외의 세입을 그 재원으로 하도록 규정하면서 예외적으로 부득이한 경우에는 국회의 의결을 받은 금액의 범위에서 국채나 차입금으로 충당할 수 있도록 하고 있다. 특별회계에도 「국가재정법」이 적용되므로 차입금에 관한 규정을 굳이 둘 필요는 없으나, 실제 개별 특별회계법에서는 특별회계의 세입 부족을 메울 필요가 있으면 외부에서 자금을 일시적 또는 장기적으로 차입(외국정부, 국제협력기구와 외국법인으로부터 도입되는 차관 자금을 포함한다)할 수 있는 규정을 두고 있다.³⁵³⁾

[입법례] 차입금 규정을 둔 사례

우체국보험특별회계법

- 제9조(차입) ① 회계에 속하는 경비를 지급하기 위하여 필요하면 회계의 부담으로 장기차입 또는 일시차입을 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 일시차입금은 해당 회계연도의 세입으로 상환하여야 한다.

「국가재정법」에 따르면 장기차입이든 일시차입이든 국회의 의결을 받은 금액의 한도에서 차입하도록 하고 있는데, 장기차입의 경우에는 국회의 의결을 받은 금액의 범위에서 차입하도록 규정하면서도 일시차입의 경우에는 국회의 의결을 언급하지 않은 입법례가 많으므로 입법을 할 때에 주의해야 한다.

353) 일시차입은 세계상의 일시적인 자금의 부족분을 메우기 위해 자금을 용자받아 쓰고 해당 연도 내에 수입으로써 상환해야 하는 것을 말하고, 장기차입은 해당 연도 이후에 상환하는 차입이다.

라) 준비금의 설치 및 예비비의 계상

① 준비금 또는 적립금

특별회계의 결산상 잉여금을 전액 다음 회계연도의 세입에 옮겨 넣어 사용할 수 있도록 규정한다면 특별회계에서 필요한 특정 용도를 위한 자금의 확보에 어려움이 있을 수 있다. 따라서 개별 특별회계법에서는 앞에서 말한 기금이 아닌 준비금이나 적립금 규정을 둠으로써 특정 용도를 위한 자금을 안정적으로 확보하도록 할 수 있다.³⁵⁴⁾

입법례에 따라서는 위와 같이 해당 연도에 사용되지 않은 금액은 준비금으로 적립하도록 하는 경우 외에 잉여금 중 이월손실금을 보전하고 그 잔여금을 적립하도록 한 경우도 있다.

[입법례]

우체국보험특별회계법

제4조(우체국보험적립금의 조성 등) ① 보험금·환급금 등 보험급여를 지급하기 위한 책임준비금에 충당하기 위하여 세입·세출 외에 따로 우체국보험적립금(이하 “적립금”이라 한다)을 둔다.

② 적립금은 다음 각 호의 금액으로 조성한다.

1. 순보험료(보험료 중 부가보험료를 제외한 보험료를 말한다)
2. 적립금 운용수익금
3. 회계의 세입·세출 결산에 따른 잉여금

③ 보험금·환급금 등 보험급여는 적립금에서 지출한다.

제8조(결산서의 작성 및 잉여금의 처리) ① (생략)

② 회계연도마다 회계의 세입·세출 결산에 따른 잉여금이 있으면 이월손실금을 보전(補填)하고 남은 금액은 적립금으로 적립하여야 한다.

③ 과학기술정보통신부장관은 적립금 결산에 따른 잉여금의 일부로 보험계약자 및 소외계층을 위한 공익사업을 할 수 있다.

④ (생략)

354) 「정부기업예산법」 제13조에서 정부기업의 특별회계는 세입·세출 외에 사업의 운영상 필요한 자금을 보유할 수 있다고 규정하여 동 특별회계가 회전자금을 보유할 수 있도록 하고 있는 것도 동일한 취지이다.

② 예비비

예비비는 예산의 신축성을 유지하기 위한 장치로서 「국가재정법」 제22조에 따르면 예측할 수 없는 예산 외의 지출이나 예산초과지출에 충당하기 위하여 일반회계 예산총액의 100분의 1 이내의 금액을 예비비로 용도를 정하지 않고 미리 예산에 계상해 두는 지출항목을 말한다. 「국가재정법」의 규정은 특별회계에도 적용되므로 특별회계에 예비비에 관한 규정을 반드시 둘 필요는 없으나 주의적 규정으로 두는 경우도 있다.

[입법례]

교통시설특별회계법

제11조(예비비) 각 계정은 예측할 수 없는 예산 외의 지출과 예산초과지출에 충당하기 위하여 예비비로 적절하다고 인정되는 금액을 예산에 계상할 수 있다.

마) 예산 편성상의 특례

특별회계는 그 나름대로 특수성을 가지고 있기 때문에 특별회계로 설치된 것이다. 따라서 특별회계 예산을 편성하기 위한 지침을 일반회계와 동일하게 하는 경우에는 기대했던 효과에 미흡하게 되는 경우도 있을 수 있다. 이에 예산안편성지침을 작성할 때 특별회계 예산의 특수성이 반영될 수 있도록 관계 기관의 장의 의견을 듣게 하거나 아예 특수성을 반영하도록 하는 규정을 두기도 한다.³⁵⁵⁾

[입법례] 특수성을 반영하도록 의무화한 사례

우정사업 운영에 관한 특례법

제12조(예산안편성지침) 기획재정부장관은 「국가재정법」 제29조제1항에 따른 예산안편성지침을 작성할 때에는 과학기술정보통신부장관의 의견을 들어 우정사업의 기업적 특수성을 반영하여야 한다.

355) 「국가균형발전 특별법」 제38조제1항, 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」 제34조 등

3) 결산 관련 규정

가) 예산의 이월 등

회계연도독립의 원칙에 따라 「국가재정법」 제48조제1항에서는 매 회계연도의 세출예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 없도록 규정하고 있다. 물론 같은 조 제2항에서는 이에 대한 다섯 가지 예외가 인정되고 있으며, 제3항에서는 계속비의 연도별 연부액 중 해당 연도에 지출하지 못한 금액은 계속비사업의 완성연도까지 계속 이월하여 사용할 수 있도록 제한 없이 이월할 수 있도록 규정하고 있다.

그런데 특별회계는 일반회계와 달리 그 회계 안에서만 운용하는 것이므로, 특별회계의 성질에 비추어 지출을 좀 더 탄력적으로 운용할 필요가 있으면 「국가재정법」에 따른 이월 제한 규정에 상관없이 해당 연도에 지출하지 않은 것은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 있도록 하는 규정을 두는 경우가 많다.

그리고 특별회계의 경우에도 「국가재정법」 제47조제1항에 따라 예산을 이용하거나 제46조 제1항에 따라 전용할 수 있다. 그러나 이 한계를 벗어나 전용해야 할 경우에는 특례를 둔다. 특별회계의 경우에는 세출예산의 총액 범위에서 각 과목 간 이용과 전용을 허용하는 특례를 두기도 한다.

[입법례] 세출예산의 이월을 허용한 사례

에너지 및 자원사업 특별회계법³⁵⁶⁾

제9조(세출예산의 이월) 특별회계의 세출예산 중 해당 회계연도 내에 지출하지 아니한 금액은 「국가재정법」 제48조제1항에도 불구하고 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

356) 「농어촌구조개선 특별회계법」 제8조, 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」 제49조, 「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」 제46조 등에서도 유사한 규정을 두고 있다.

[입법례] 예산 이용 및 전용의 특례를 규정한 사례

우정사업 운영에 관한 특례법

제13조(예산의 이용 및 전용) ① 과학기술정보통신부장관은 「국가재정법」 제46조·제47조와 「정부기업예산법」 제20조에도 불구하고 예산집행상 특히 필요한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 우편사업특별회계, 우체국예금특별회계 또는 우체국보험특별회계의 세출예산 각각의 총액 범위에서 각 과목 상호간에 이용(移用)하거나 전용(轉用)할 수 있다.

②·③ (생략)

나) 잉여금

잉여금은 결산상의 잉여금을 말하며, 1회계연도에 수납된 세입액에서 지출된 세출액을 차감한 금액을 말한다. 다시 말하면 수입예산초과 수입액과 불용액을 합한 금액이다. 여기서 불용액은 세출예산을 잘못 예측·편성하여 집행하지 못한 경우와 세출예산에 반영했으나 사정의 변경으로 이를 일부만 집행한 경우에 발생한다.

「국가재정법」 제90조에 따르면 매 회계연도 세입·세출의 결산상 잉여금 중 다른 법률에 따른 것과 이월액을 공제한 금액(이하 “세계잉여금”이라 한다)은 「지방교부세법」 제5조 제3항에 따른 교부세의 정산과 「지방교육재정 교부금법」 제9조제3항에 따른 교부금의 정산에 사용할 수 있으며, 세계잉여금 중 국채 또는 차입금의 원리금 상환, 국가배상금, 공공자금관리기금의 용자계정의 차입금(예수금을 포함한다)의 원리금 등에 사용하거나 출연한 금액을 공제한 잔액은 다음 연도의 세입에 이입해야 한다. 이월액을 공제한 잔액은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 받아 세계잉여금이 생긴 다음 연도까지 세출예산에 구애됨이 없이 차입금의 원리금상환, 국가배상금의 용도 등에 사용할 수 있도록 하고 있다. 따라서 이와 달리 처리하려 한다면 특별회계법에 특례를 규정할 필요가 있다.

[입법례] 잉여금 처리의 특례를 규정한 사례

등기특별회계법

제5조(잉여금의 처리) 이 회계에 있어서 결산상 잉여금이 있을 때에는 이를 다음 연도의 세입에 이입한다. 다만, 필요하다고 인정할 때에는 잉여금 중 일부를 일반회계에 전입한다.

4) 사무위탁과 감독

특별회계의 관리와 운용의 주체는 중앙관서의 장으로 되어 있으나 관리와 운용을 일반 행정기관에서 하는 것보다는 전문기관이나 단체에 위탁하여 업무를 수행하도록 하는 것이 필요하다고 인정되면 관리와 운용 업무의 일부를 위탁하여 처리하도록 한다(예: 용자사업에서 금융회사에 위탁하여 처리하도록 하는 경우). 위탁하려는 경우에는 위탁 근거와 함께 수탁기관의 회계기관 임명 근거를 두어야 한다.

개별 특별회계법에서는 회계직원의 책임에 관해서는 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」을 준용한다는 규정을 두고 있으나 이는 불필요한 규정이다. 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」이 직접 적용되어 책임을 물을 수 있기 때문이다. 업무를 위탁하는 경우에는 감독 업무의 효율화를 위해 감독 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례] 사무위탁과 감독 규정을 둔 사례

농어촌구조개선 특별회계법
<p>제12조(용자사업 취급사무의 위탁) ① 농림축산식품부장관은 제4조·제4조의2 및 제5조에 따른 용자사무를 「은행법」에 따른 은행, 「산림조합법」에 따른 산림조합중앙회 및 「농업협동조합법」에 따른 농업협동조합중앙회에 위탁할 수 있다.</p> <p>② 농림축산식품부장관은 다음 각 호의 사무의 일부를 「농업·농촌 및 식품산업 기본법」 제63조의2제1항에 따라 설립된 농업정책보험금융원(이하 “농업정책보험금융원”이라 한다)에 위탁할 수 있다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>③ 농림축산식품부장관은 제1항과 제2항에 따라 용자금의 운용·관리에 관한 사무를 위탁한 경우에는 농림축산식품부장관이 정하는 바에 따라 취급수수료와 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다.</p> <p>④ 농림축산식품부장관은 제2항에 따라 용자금의 운용·관리에 관한 사무를 위탁한 경우에는 농업정책보험금융원의 임직원 중에서 그 사무를 수행할 회계관계직원을 임명할 수 있다.</p> <p>⑤ (생략)</p> <p>제14조(감독과 명령) 농림축산식품부장관은 제12조에 따라 용자금의 취급사무를 위탁받은 은행·산림조합중앙회·농업협동조합중앙회 또는 농업정책보험금융원에 대하여 위탁업무 감독에 필요한 범위에서 용자사무 또는 용자금의 운용·관리에 관한 보고 또는 관련 서류의 제출을 명하거나 소속 공무원으로 하여금 그 사무를 감독하게 할 수 있다.</p>

5) 유효기간 등

특별회계는 일반회계와 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때 특별히 설치하는 것이므로 영구적으로 운영하기보다는 일정 기간을 정하여 운영하는 경우가 많다. 따라서 특별회계를 한시적으로 운영하려는 경우에는 유효기간을 두어야 하고,³⁵⁷⁾ 유효기간을 두는 경우에는 유효기간 만료로 이 법이 실효되는 경우에 대비하여 해당 특별회계 소속 재산 및 채권·채무의 승계 등 그 처리에 관한 경과규정을 두는 것이 법률관계의 안정과 명확화를 위해 필요하다.

[입법례] 특별회계의 유효기간을 둔 사례

구 농어촌특별세관리특별회계법
부 칙
(법률 제4771호 1994. 8. 1.)
② (유효기간) 이 법은 2004년 12월 31일까지 효력을 가진다.
③ (채권채무의 승계에 관한 경과조치) 이 법의 효력이 종료되는 당시의 이 회계의 채권채무등 모든 권리 및 의무는 농어촌구조개선특별회계법에 의한 농어촌구조개선특별회계가 이를 승계한다.

사. 공공기관 등의 재정회계

1) 공공기관의 재정회계 원칙

「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공공기관이 따라야 할 재정 및 회계 관련 규정을 두고 있다. 회계연도는 정부회계연도에 따르도록 하고(제38조), 회계원칙(제39조)과 예산(제40조), 결산(제43조), 회계감사인에 관한 규정(제43조의3)을 두고 있다.

공공기관의 재정·회계에 관한 사항은 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 규정하고 있으므로 개별 법률에서 별도의 규정을 둘 필요는 없다.

357) 유효기간을 부칙에서 두는 것이 일반적이나 본칙에서 두는 경우도 있다.

2) 자본금

공사(公社)는 정부의 출자에 의하여 설립되므로, 공사의 경영합리화와 책임경영체제의 확립을 위해서는 자본금의 규모를 명시하는 것이 필요하다. 개별 공사법에서는 공사의 자본을 정부의 출자금 외에도 주식으로 분할하도록 하는 경우도 있다.

[입법례] 자본금의 규모를 명시한 사례

한국토지주택공사법

제4조(자본금) 공사의 자본금은 40조원으로 하고, 그 전액을 정부가 출자한다.

[입법례] 자본금의 주식분할을 규정한 사례

한국도로공사법

- 제4조(자본금) ① 공사의 자본금은 40조원으로 한다.
- ② 제1항에 따른 자본금은 국가, 지방자치단체 또는 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행이 출자하되, 필요한 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위에서 주주를 모집할 수 있다.
- ③ 공사의 자본은 주식으로 분할하여야 한다.

3) 손익금의 처리

개별 공사법에 따르면 공사의 재정건전화를 위해 일반적으로 손익금의 처리기준에 관한 규정을 둔다. 결산상의 잉여금이 생기면 이월손실금을 보전하고, 이익준비금 및 사업 확장 적립금으로 적립하도록 하며, 손실이 생기면 적립금으로 보전하도록 한다.

[입법례]

한국토지주택공사법

제11조(손익금의 처리) ① 공사는 매 사업연도의 결산결과 이익이 생긴 때에는 다음 각 호의 순으로 이를 처리한다.

1. 이월손실금의 보전
2. 자본금의 2분의 1에 달할 때까지 이익금의 10분의 2 이상을 이익준비금으로 적립
3. 자본금과 동일한 액에 달할 때까지 이익금의 10분의 2 이상을 사업확장적립금으로 적립
4. 자본금과 동일한 액에 달할 때까지 이익금의 10분의 4 이상을 토지은행적립금으로 적립
5. 국고에 납입

② 공사는 매 사업연도의 결산결과 손실이 생긴 때에는 제1항제3호에 따른 사업확장적립금으로 보전하고, 그 적립금으로도 부족할 때에는 같은 항 제2호에 따른 이익준비금으로 보전하되, 그 미달액은 정부가 보전한다. 다만, 손실보전은 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업단지개발사업 등 대통령령으로 정하는 공익사업에서 발생한 손실에 한정한다.

③ 제1항제2호부터 제4호까지에 따른 이익준비금, 사업확장적립금 및 토지은행적립금은 대통령령으로 정하는 바에 따라 자본금으로 전입할 수 있다.

19. 기금

가. 기금의 의의와 법적 근거

1) 기금의 의의

국가와 지방자치단체의 재정 활동은 주로 일반회계와 특별회계 등 세입·세출 예산에 의하여 운용된다. 그러나 통제 위주의 경직된 예산 제도만으로는 복잡다기한 행정수요에 능동적·탄력적·지속적으로 대응하기 어렵기 때문에 세입·세출예산 외로 운용되는 기금 제도를 두고 있다. 기금은 국가와 지방자치단체가 연구·개발 사업이나 그 밖의 특정 정책 사업 등 특정 부문의 육성과 개발을 촉진하기 위해 원활한 자금 지원을 하려고 하거나 국가와 지방자치단체가 직접 수행하는 사업에 수반되는 자금의 효율적인 운용과 관리를 위해 설치하고 있다.

재정 활동의 일부분으로서 기금은 각각의 설치 근거 법률에 입각한 특수한 기능을 수행하므로 그 기능을 일률적으로 설명할 수 없으나, 자원의 배분 기능, 소득의 분배 기능, 경제 안정과 성장, 금융 기능 등의 다양한 기능을 수행한다.

2) 기금 설치·운용의 근거법

특정한 정책 목적을 달성하고 특정 부문을 지원하기 위해 각종 기금이 적극적으로 활용되어 왔으나, 차츰 그 규모가 증대되어 국민경제에 미치는 영향이 점증하고 기금이 방만하게 운용되는 경향이 나타남에 따라 기금 운용과 재정 운용과의 연계성을 높이고 공공성과 효율성을 조화시킬 수 있도록 하기 위해 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서는 기금 제도 전반에 관한 기본 원칙과 기준을 제시하고 있다.

「국가재정법」 제5조제1항에서는 기금은 국가가 특정한 목적을 위해 특정한 자금을 신축적으로 운용할 필요가 있을 때에만 법률로써 설치하도록 제한하고 있으며, 정부의 출연금 또는 법률에 따른 민간부담금을 재원으로 하는 기금은 「국가재정법」 별표 2에 근거법을 열거하지 않고는 설치할 수 없도록 하고 있다. 즉, 기금을 설치하려면 우선 기금법안과 「국가재정법」 별표 2를 개정하는 ‘국가재정법 일부개정법률안’을 동시에 추진해야 한다.

기금을 설치하기 위해 법률은 기금만을 규정하는 법률을 만드는 경우와 행정작용을 규정하는 법률 가운데 그 행정작용을 뒷받침하는 기금을 설치하는 경우의 두 가지가 있다.

한편 국가의 예산에 의하지 아니하고 자금을 운용할 수 있도록 한 「국가재정법」에 따른 국가기금과는 달리 「지방자치법」 제159조에서는 지방자치단체는 행정 목적의 달성을 위한 경우나 공익상 필요한 경우에는 특정한 자금의 운용을 위한 기금을 설치할 수 있다고 규정하고 있고, 이 기금의 설치·운용에 관하여 필요한 사항은 조례로 정하도록 하고 있다. 그런데 「지방자치단체 기금관리기본법」 제3조제1항 및 제2항에서는 법률에 따라 지방자치단체에 재정적 부담이 되는 기금을 설치하려는 경우 소관 중앙행정기관의 장은 기금 신설의 타당성을 심사하기 위해 미리 행정안전부장관과 협의하도록 하고 있고, 행정안전부장관은 기금 설치에 관한 협의를 하는 경우에는 관련되는 지방자치단체의 의견을 들어야 하는 등 법률에 따른 기금 설치를 철차적으로 통제하도록 하고 있다. 「지방자치단체 기금관리기본법」 제3조제3항에서는 「지방자치법」 제159조에 따른 기금은 일반회계 또는 특별회계로 사업을 하는 것이 곤란한 경우에만 설치할 수 있도록 하고 조례로 기금을 설치하는 경우 5년의

범위에서 존속기간을 정하도록 하여³⁵⁸⁾ 지방자치단체 기금의 무분별한 설치를 억제하고 있다.

「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」은 기금의 전반에 관한 기본 원칙과 기준을 정하고 있어 기금에 관한 일반법의 지위를 가진다. 위 두 법은 기금에 관하여 기본 이념과 기금 운용의 전반에 걸치는 일반 관리 규정을 망라하고 있어 개별법에서는 기금의 설치 근거와 기금의 재원 또는 용도 외에는 규정할 사항이 많지 않다.

「국가재정법」 제65조(다른 법률과의 관계)에서는 기금운용계획안의 작성과 제출 등에 관해서는 다른 법률에 다른 규정이 있는 경우에도 제66조(기금운용계획안의 수립)부터 제68조(기금운용계획안의 국회제출 등)까지, 제68조의2(성인지 기금운용계획서의 작성), 제68조의3, 제69조(증액 동의)부터 제72조(지출사업의 이월)까지의 규정을 적용하도록 규정하여 일부 조항에 대해서는 특별법적 지위를 부여하고 있고 제102조에서는 별칙³⁵⁹⁾까지 두고 있다.

한편 「국가회계법」 제10조에서는 국가의 일반회계·특별회계 및 기금의 회계 및 결산에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다고 규정하고 있고, 「지방회계법」 제4조에서는 지방자치단체의 일반회계·특별회계, 기금의 회계 및 결산에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다.

나. 개별 기금 법제의 입법 형식과 내용

개별 기금법들도 기금의 지원을 받는 사업의 내용이 다를 뿐 그 입법 형식·체제와 입법 내용이 거의 유사하게 규정되어 있다.

「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 기금 제도의 운영 원칙, 편성, 관리·운영, 결산, 기금 운용의 심의·감독, 평가, 처벌 등에 관한 사항을 거의 망라해 두었으므로, 개별 기금법에서는 이에 대한 특례가 필요한 경우를 제외하고는 이에 관련된 규정을 들 필요는 없다. 특정 기금과 관련된 사항은 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에 국민연금기금, 지역상생발전기금 등 일부 기금을 제외하고는 아무런 규정이 없으므로, 개별 기금의 특색이 되는 내용은 개별 기금법에 규정하게 된다. 개별 기금법을 제정하는 기본적인 목적도 여기에 있다고 하겠다. 특히 기금은 특정한 자금을 운영하는 것에 특징이 있기 때문에

358) 「지방자치단체 기금관리기본법」 제4조제2항

359) 제102조(별칙) 공무원이 기금의 자산운용에 영향을 줄 목적으로 직권을 남용하여 기금관리주체 그 밖에 기금의 자산운용을 담당하는 자에게 부당한 영향력을 행사하는 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

재원 조성에 대해 구체적인 규정을 두는 경우가 많다.

개별 기금법은 통상적으로 총칙 규정(기금의 목적·정의와 기금 설치 규정), 기금의 재원과 용도(재원, 외부차입, 용도, 목적 외 사용금지), 기금의 관리와 운용(기금관리 주체, 운용 계획, 기금운용심의회, 자금운용, 기금사무의 위탁), 회계 및 결산(회계연도, 회계처리방식, 회계기관, 결산결과의 처리, 결산보고)의 체제와 순서로 규정하는 것이 일반적이다.

1) 기금법의 입법 형식

기금의 설치·관리와 운용에 관한 사항을 정하고 있는 개별 기금법 중에는 「남북협력 기금법」이나 「군인복지기금법」 등과 같이 특정한 기금의 설치·관리와 운용에 관한 사항만을 정한 기금법이 있다. 이와는 달리 고용보험이나 국민연금사업 등과 같은 특정한 국가사업의 수행에 필요한 사항을 규정하고 있는 법률의 일부 규정에서 해당 사업의 수행에 필요한 자금의 조성과 운용을 위해 기금의 설치를 규정한 경우가 있다.

국가가 수행하려는 특정 사업과 함께 재정적 뒷받침이 되는 자금의 운용에 관한 사항을 동일한 법률에서 규정하는 것이 해당 법률의 적정한 운영에 적합하다고 인정되면 후자의 입법 형식을 취할 것이나, 특정 기금의 재정적 뒷받침을 받고 있는 국가사업의 근거법이 다수이거나 그 밖의 사유로 기금에 관한 사항만을 정하는 기금법의 운용이 적합하다고 인정되면 전자의 방법을 택하게 된다.

2) 기금 설치 규정

「국가재정법」 제5조제1항에 따르면 국가는 특정한 자금을 운용할 필요가 있을 때에는 법률로써 기금을 설치할 수 있다고 규정하고 있으므로 국가가 기금을 설치하려면 법률 규정이 필요하다. 지방자치단체의 기금은 「지방자치법」 제159조에 따라 조례로 설치할 수도 있으나, 각 개별법에서 설치 근거를 두기도 한다. 지방자치단체에 기금을 두는 경우 설치 주체와 기금의 재원·용도를 법률에 규정하되, 기금의 관리·운용에 관한 세부사항은 대통령령이나 조례로 위임하기도 한다. 대통령령이나 조례로 관리·운용을 위임한 경우라도 대통령령이나 조례에서는 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 규정한 사항에 모순되거나 저촉되는 규정을 두어서는 안 될 것이다.

기금 설치 규정에서는 반드시 해당 기금을 설치하게 된 목적도 함께 규정한다. 설치 목적을 규정할 때에는 “...을 지원하기 위하여”, “...에 필요한 재원을 확보하기 위하여”, “...재원을 확보하고 ...에 충당하기 위하여” 등 다양한 표현을 적절히 사용할 수 있다.

그런데 국가 기금 설치의 주체를 표현할 때 “국가”, “정부”, “○○장관”으로 규정하는 입법례도 있고, 기금 설치 주체를 규정하지 않은 입법례도 있다. 「국가재정법」 제5조에서는 “기금은 국가가 특정한 목적을 위하여 특정한 자금을 신축적으로 운용할 필요가 있을 때에 한하여 법률로써 설치” 하도록 규정하고 있으므로 기금 설치의 주체를 국가로 하거나 소관 중앙행정기관의 장으로 할 수도 있을 것이나 기금의 설치에는 정관 작성이나 등기, 등록 등의 설립행위가 필요한 것이 아니고 기금법의 규정에 따라 바로 설치되는 것이므로 기금 설치 주체를 표시하지 않아도 무방하다.

[입법례] 기금 설치 주체를 명시한 사례

양성평등기본법
제42조(기금의 설치 등) ① 국가는 이 법의 목적을 실현하기 위한 사업 등을 지원하는 데 필요한 재원을 확보하기 위하여 양성평등기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다. ② ~ ⑤ (생략)

[입법례] 기금 설치 주체를 명시하지 않은 사례

국민체육진흥법
제19조(기금의 설치 등) ① 다음 각 호에 필요한 경비를 지원하기 위하여 국민체육진흥기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다. 1. ~ 9. (생략) ② 기금은 국민체육진흥계정 및 사행산업중독예방치유계정으로 구분한다. ③·④ (생략)

지방 기금 설치의 주체를 표현할 때 “지방자치단체의 장”으로 규정하나, 지방자치단체로 하여금 특정한 목적의 기금을 조성·운용하는 것을 권장·유도하기 위해 “지방자치단체는 ~ 위하여 기금을 설치할 수 있다”는 규정을 두는 경우도 있다.

[입법례] 지방자치단체의 기금 설치를 권장·유도하는 입법례

지역문화진흥법

제22조(지역문화진흥기금의 조성) ① 지방자치단체는 지역문화진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 지역문화진흥기금을 설치할 수 있다.

② 지역문화진흥기금은 지방자치단체의 장이 운용·관리한다.

③ 지방자치단체의 장은 지역문화진흥기금을 조성하기 위하여 개인이나 법인으로부터 기부금품을 받을 수 있다. 이 경우 기부하는 자는 특정 단체 또는 개인에 대한 지원 등 그 용도를 정하여 기부할 수 있다.

④·⑤ (생략)

한편 법률에서 직접 지방자치단체에 기금을 설치하는 경우도 있다. 법률에서 직접 지방자치단체에 기금을 설치한다고 규정하거나 지방자치단체에 설치를 강제하는 경우 해당 기금의 재원이 충분히 확보 가능한 것인지를 살펴야 한다. 이러한 경우 국고보조금 등 정부가 재원을 지원한다는 내용을 명시한 입법례도 있다.

[입법례] 법률로 지방자치단체의 기금을 설치한 사례

의료급여법

제25조(의료급여기금의 설치 및 조성) ① 이 법에 따른 급여비용의 재원에 충당하기 위하여 시·도에 의료급여기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 국고보조금
2. 지방자치단체의 출연금
3. 제21조에 따라 상환받은 대지급금
4. 제23조에 따라 징수한 부당이득금
5. 제29조에 따라 징수한 과징금
6. 기금의 결산상 잉여금 및 그 밖의 수입금

③ 국가와 지방자치단체는 기금운영에 필요한 충분한 예산을 확보하여야 한다.

④ (생략)

3) 기금의 재원과 용도

가) 기금의 재원 조성

기금은 개별 기금별로 그 목적 수행에 필요한 자금을 조달하기 위해 개별 기금법에 기금의 재원 조성 방법을 규정하고 있다. 통상적인 기금의 재원은 정부 또는 지방자치단체의 출연금·용자금, 개인·단체의 임의·강제 출연금, 부담금, 기금의 차입금, 채권 발행에 의한 자금, 각 회계로부터의 전입금·예탁금, 다른 기금에서 온 예수금·출연금·차입금, 기금운용수익금, 기금 관리 주체의 적립금·결산상 잉여금, 복권 발행으로 조성된 자금, 수입금 등이다.

기금의 재원 조성에 관한 규정의 입법 형식은 거의 정형화되어 있으나 각 입법례에 따라 재원 조성 방법의 내용은 각각 달리 규정되고 있다. 기금 재원 조성방법의 일부를 대통령령으로 위임하는 입법례도 많은데 기금의 조성 방법을 탄력적으로 정하려는 경우에 주로 사용된다.

[입법례]

국민체육진흥법

제20조(기금의 조성) ① 국민체육진흥계정은 다음 각 호의 재원으로 조성하며, 사행산업중독예방치유계정은 「사행산업통합감독위원회법」 제14조의4에서 정하는 바에 따른다.

1. 정부와 정부 외의 자의 출연금(出捐金)
 2. 문화체육관광부장관이 승인하는 광고 사업의 수입금
 3. 골프장(회원제로 운영하는 골프장을 말한다. 이하 같다) 시설의 입장료에 대한 부가금
 4. 국민체육진흥계정의 운용으로 생기는 수익금
 5. 「복권 및 복권기금법」 제23조제1항에 따라 배분된 복권수익금
 - 6.·7. (생략)
 8. 그 밖에 대통령령으로 정하는 수입금
- ② ~ ④ (생략)

나) 기금의 용도

① 기금 사용의 유형

기금은 국가나 지방자치단체가 특정 부문의 육성과 개발을 촉진하기 위해 원활한 자금 지원을 하거나 국가나 지방자치단체가 직접 수행하는 사업에 수반되는 자금의 효율적인 운용과 관리를 위해 설치된 것이다. 따라서 기금은 이러한 특정 부문 사업에 필요한 자금을 지출 또는 보조하거나, 해당 사업에 투자 또는 용자하거나, 그 기금의 관리·운용에 필요한 경비의 지출을 위해 사용하게 된다.

[입법례]

독립유공자예우에 관한 법률

제30조(기금의 용도) 기금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도에 사용한다.

1. 독립유공자와 그 유족 또는 가족의 예우 및 생활 안정을 위한 지원금의 지급
2. 독립운동 관련 기념사업, 독립운동가 및 독립운동 사료 발굴 사업
3. 민족정기 선양을 위한 교육·연구 및 이에 부수(附隨)된 사업
4. 기금 조성 경비 및 기금 운용상 필요한 부수 경비
5. 그 밖에 심의회에서 독립유공자의 공훈 선양 등을 위하여 필요하다고 인정하는 사업

② 예산의 이월과 예산목적 외 사용

기금 지출에 대해서도 이월이 제한되어 있고(「국가재정법」 제72조, 「지방자치단체 기금관리 기본법」 제12조), 예산목적 외 사용 금지 규정이 적용되고 있다(「국가재정법」 제85조 및 제45조). 기금의 경우 특별회계와는 달리 예산의 이월, 목적 외 사용에 관한 특례를 규정한 경우가 거의 없다.

다) 기금의 관리·운용

① 기금 관리·운용 업무

기금의 관리·운용 업무는 기금 관리 주체가 되는 중앙관서의 장, 지방자치단체의 장, 공사 또는 공단 등이 수행한다. 그러나 각 개별 기금별 실제 운용은 기금 관리 주체로 하여금 필요하면 그 사무의 일부를 타인에게 위탁하여 처리할 수 있도록 규정하여 기금 운용에 관한 전문기관이나 단체가 위탁받아 처리하게 하는 경우가 많다.

[입법례] 기금의 관리·운용을 위탁한 사례

국제질병퇴치기금법

- 제6조(기금의 운용·관리) ① 기금은 외교부장관이 운용·관리한다.
- ② 외교부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 기금의 운용·관리에 관한 업무를 「한국국제협력단법」에 따른 한국국제협력단(이하 “협력단”이라 한다)에 위탁할 수 있다.
- ③ 협력단은 제2항에 따라 기금의 운용·관리에 관한 업무를 위탁받은 경우에는 기금을 다른 운영재원과 구분하여 회계처리하여야 한다.

기금의 관리·운용에 관한 세부적인 사항은 법률에서 직접 정하지 않고 대통령령(지방자치단체에 설치하는 기금의 경우에는 대통령령 또는 조례)으로 정하도록 위임하는 경우가 많다. 일반적으로 기금의 관리·운용에 관하여 대통령령이나 조례에서 정하는 사항은 기금운용심의회 설치·운영, 기금운용계획의 수립, 여유자금의 운용 방법에 관한 사항 등이다.

[입법례] 기금의 관리·운용에 관한 사항의 위임 사례

범죄피해자보호기금법

- 제5조(기금의 관리·운용) ① 기금은 법무부장관이 관리·운용한다.
- ② 기금의 관리·운용에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

범죄피해자보호기금법 시행령

- 제3조(기금운용계획안의 수립) ① 법무부장관이 법 제5조 및 「국가재정법」 제66조에 따라 매년 작성하는 다음 연도의 기금운용계획안은 「범죄피해자 보호법」 제12조에 따른 범죄피해자 보호·지원에 관한 기본계획에 부합하여야 한다.
- ② 법 제7조에 따른 범죄피해자보호기금운용심의회(이하 “심의회”라 한다)는 제1항에 따른 다음 연도 기금운용계획안을 매년 5월 31일까지 심의하여야 한다.
- ③ 심의회가 제2항에 따라 기금운용계획안을 심의하는 경우 「범죄피해자 보호법」 제15조에 따른 범죄피해자보호위원회의 의견을 들을 수 있다.
- 제4조(여유자금의 운용) ① 법무부장관은 기금에 여유자금이 있을 때에는 다음 각 호의 방법으로 운용할 수 있다.
1. 국채·공채 및 「한국은행 통화안정증권법」에 따라 발행되는 통화안정증권의 매매

2. 「은행법」에 따른 은행 및 「우체국예금·보험에 관한 법률」에 따른 체신관서에 예치(預置) 또는 단기 대여
 3. 「공공자금관리기금법」에 따른 공공자금관리기금에의 예탁
- ② (생략)

② 기금운용계획의 수립 등 절차 규정

「국가재정법」 제66조제5항 및 「지방자치단체 기금관리기본법」 제8조제1항에서 기금운용계획의 수립이 의무화되어 있기 때문에 그 내용을 보다 구체화하기 위해 규정을 두어야 하는 경우에는 일종의 도입부로 두는 경우가 아니면 수립을 의무화하는 규정을 따로 둘 필요는 없다.³⁶⁰⁾

한편 「국가재정법」 제65조에서는 기금운용계획안의 작성 및 제출 등에 관하여는 다른 법률에 다른 규정이 있는 경우에도 제66조부터 제68조까지, 제68조의2, 제68조의3, 제69조부터 제72조까지의 규정을 적용하도록 규정하고 있어 이에 대한 특례를 개별법에 두어도 효력이 없으므로 규정하지 않도록 한다. 국가 기금의 회계 및 결산에 대해서는 「국가회계법」 제10조에 따라 「국가회계법」이 다른 법률에 우선하여 적용되므로 국가 기금의 회계 및 결산에 대해서는 「국가회계법」에 저촉되거나 모순되는 규정을 두지 않도록 한다.

③ 기금운용심의회 설치

「국가재정법」 제74조에서 기금관리주체는 기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하기 위하여 기금별로 기금운용심의회를 설치하도록 의무화하면서(제1항 본문) 두 가지 예외를 허용하고 있다. 하나는 기금운용심의회를 설치할 필요가 없다고 인정되는 기금의 경우에는 기획재정부장관과 협의하여 설치하지 않을 수 있게 한 것이고(제1항 단서), 다른 하나는 기금의 관리·운용에 관한 사항을 심의하기 위하여 다른 법률에 따라 설치된 위원회 등은 이를 심의회로 보도록 한 것이다(제5항).

한편 「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조에서는 기금별로 기금운용심의위원회를 설치·운영할 것을 의무화하되, 기금을 효율적으로 운용하기 위하여 필요한 경우에는 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있도록 하고 있다.

360) 이런 의미에서 「관광진흥개발기금법」 제7조, 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」 제60조, 「자유무역협정 체결에 따른 농어업인 등의 지원에 관한 특별법」 제14조 등은 무의미한 규정이다.

따라서 법률에 기금운용심의회나 기금운용심의위원회를 두도록 규정한 경우에도 이미 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 설치가 의무화된 것이기 때문에 그 구성이나 심의 사항을 구체적으로 규정하기 위해 일종의 도입부로 두는 경우가 아니면 설치 규정을 따로 둘 필요는 없다.³⁶¹⁾

「국가재정법」 제74조제5항에서 다른 법률에 따라 설치된 위원회 등은 이를 심의회로 보도록 하고 있지만, 구체적으로 이 규정의 적용을 받기 위해서는 그 법률에 규정을 두어야 한다.

[입법례] 다른 위원회 등을 기금운용심의회로 지정한 사례

문화예술진흥법
제30조(위원회의 직무) ① (생략) ② 위원회*가 제1항제5호에 따라 문화예술진흥기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하는 경우에는 위원회를 「국가재정법」 제74조제1항에 따른 기금운용심의회로 본다. * 한국문화예술위원회

한국국제교류재단법
제11조(이사회) ① 재단의 업무에 관한 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 재단에 이사회를 둔다. ② ~ ④ (생략) ⑤ 이사회가 제13조제1항에 따른 국제교류기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하는 경우에는 이사회를 「국가재정법」 제74조제1항에 따른 기금운용심의회로 본다.

④ 기금의 여유자금 운용 방법

「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서는 기금의 관리·운용에 관한 기본적인 사항과 기금자산의 운용 원칙을 정하고 있다. 따라서 각 개별 기금법에서는 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 규정한 원칙의 범위에서 운용 방법을 정해야 한다.

일반적으로 자금 운용의 대상이 되는 여유자금은 그 발생 유형에 따라 다음과 같은 두 가지 형태로 구분되고 있다.

361) 이런 의미에서 「공적자금상환기금법」 제10조(기금운용심의회)는 무의미한 규정이다. 이와는 달리 「문화재보호기금법」 제7조(문화재보호기금심의회) 및 「범죄피해자보호기금법」 제7조(범죄피해자보호기금운용심의회)는 심의회의 구성에 대한 세부적인 규정을 두고 있으므로, 이 규정을 위한 도입부로서 심의회를 둔다는 규정을 두고 있다고 하겠다.

첫째, 일상적·장기적으로 발생하는 여유자금이다. 이는 일정한 회계연도의 기금수입이 목적사업 수행 등 기금의 설치 목적 달성에 필요한 해당 연도의 지출소요를 초과함으로써 발생하는 경우이다. 국민연금기금이나 공무원연금기금 등 주로 장래의 지출에 대비하여 적립되는 연금기금 또는 보험기금에서 발생한다. 둘째, 일시적·단기적으로 발생하는 여유자금이다. 이는 기금의 현금 흐름상 수입 시기와 지출 시기에 차이가 발생함에 따라 일시적으로 생기는 경우로 소액인 경우가 많다.

개별 기금법에서 규정되고 있는 기금 운용 방법으로는 공공자금 관리기금에의 예탁, 재정용자 특별회계에의 예탁, 다른 기금에의 예탁, 은행 등 금융회사에의 장단기예탁, 공사채·주식 등 유가증권 취득, 부동산 매입 등이 있다.

[입법례]

복권 및 복권기금법

제28조(여유자금의 운용) 복권위원회는 복권기금에 여유자금이 있을 때에는 다음 각 호의 방법으로 운용할 수 있다.

1. 국채·공채의 매입
2. 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제38조에 따른 기관에의 예탁
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법

의료급여법

제26조(기금의 관리 및 운용) ①·② (생략)

③ 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 기금에 여유자금이 있을 때에는 다음 각 호의 방법으로 기금을 운용할 수 있다.

1. 금융기관 또는 채신관서에의 예치
 2. 국채·공채의 매입
- ④ (생략)

라) 기금의 회계 및 결산

① 기금의 회계연도

「국가재정법」 제2조 및 「지방재정법」 제6조는 국가와 지방자치단체의 회계연도는 각각 매년 1월 1일에 시작하여 12월 31일에 종료한다고 규정하고 있다.³⁶²⁾ 따라서 개별 기금법에서는 기금의 회계연도와 관련하여 별도의 규정을 둘 필요가 없다.

② 회계방식

「국가회계법」 제11조제1항의 위임에 따라 마련된 기획재정부령인 「국가회계기준에 관한 규칙」 제4조에서는 국가의 회계처리는 복식부기·발생주의 방식으로 한다고 규정하고 있다.³⁶³⁾ 기금도 「국가회계법」이 적용되므로 회계처리는 복식부기·발생주의 방식으로 해야 한다.

지방자치단체의 기금의 회계처리도 「지방회계법」 제12조제1항의 위임에 따라 마련된 행정안전부령인 「지방자치단체 회계기준에 관한 규칙」 제5조에 따라 발생주의·복식부기 방식으로 해야 한다.

③ 기금의 회계기관

기금의 회계에는 기금의 관리·운용에 따르는 계약 및 수입·지출의 원인이 되는 행위와 기금수입금의 징수·결정에 관한 업무를 담당하는 자와 기금의 관리·운용에 따른 출납 및 지출 사무를 담당하는 자가 필요하다.

기금의 지출원인행위 및 징수에 관한 사무를 담당하는 자를 ‘기금출납명령관’이라 하고, 기금의 출납 및 지출 사무를 담당하는 자를 ‘기금출납공무원(직원)’이라 한다. 개별 기금법에서는 기금 관리 주체로 하여금 기금의 회계기관으로서 이들 기금출납명령관과 기금출납공무원(직원)을 임명하도록 하고 이들의 회계책임에 관한 사항을 규정한다.

그리고 기금 관리 주체는 회계기관(기금출납명령관, 기금출납담당이사, 기금출납직원 등)을 임명하였을 때에는 감사원, 기획재정부장관, 그 밖의 관계 행정기관의 장과 한국은행

362) 「지방자치단체 기금관리기본법」 제7조제1항에서는 “기금의 회계연도는 매년 1월 1일에 시작하여 12월 31일에 종료한다”라고 기금의 회계에 대해 중복하여 규정하고 있다.

363) 「국가회계법」 제정(2007. 10. 17. 공포, 2009. 1. 1. 시행)으로 국가회계에 발생주의·복식부기 방식이 전면 도입되었다. 기존의 현금주의 회계에서는 현금의 수입·지출이 일어날 때를 거래로 인식하였으나 발생주의 회계에서는 경제적·재무적 자원의 변동이 발생하는 시점을 거래로 인식하고 회계처리를 한다. 또한 단식부기는 수입·지출의 결과만을 기록하는 반면 복식부기는 경제적 거래나 사건이 발생할 때 자산·부채, 수익·비용의 변동을 서로 연계시켜 동시에 기록·관리한다(기획재정부 시사경제용어 사전).

총재에게 통지하도록 규정한다.

[입법례]

장애인고용촉진 및 직업재활법

제73조(기금의 회계기관) ① 고용노동부장관은 기금의 수입과 지출에 관한 사무를 행하게 하기 위하여 소속 공무원 중에서 기금수입징수관, 기금재무관, 기금지출관 및 기금출납 공무원을 임명한다.
 ② 고용노동부장관은 제82조에 따라 공단에 업무를 위탁한 경우에는 기금의 출납 업무 수행을 위하여 공단의 상임이사 중에서 기금수입담당이사와 기금지출원인행위 담당이사를, 공단의 직원 중에서 기금지출원과 기금출납원을 각각 임명하여야 한다. 이 경우 기금수입담당이사는 기금수입징수관의 업무를, 기금지출원인행위 담당이사는 기금재무관의 업무를, 기금지출원은 기금지출관의 업무를, 기금출납원은 기금출납공무원의 업무를 각각 수행한다.

기금의 회계기관 임명에 관하여는 이를 법률에서 직접 규정하는 입법례와 대통령령에서 규정하는 입법례가 있는데, 회계기관의 책임소재와 관련되는 규정이므로 법률에서 규정하는 것이 바람직하다.³⁶⁴⁾

④ 기금의 계정 설정

국가의 경우 기금의 수입과 지출을 명확히 하기 위해 기금 관리 주체로 하여금 한국은행과 그 밖의 금융회사에 기금계정을 설치하게 할 필요가 있다. 이와 관련하여 「국고금 관리법 시행령」 제85조에서는 국가가 소유하는 현금은 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고는 한국은행에 예탁하도록 하고, 기금은 금융회사 등에 예치할 수 있도록 규정하고 있다.

그에 따라 개별 기금법에서는 법률 또는 대통령령에서 기금계정 설치에 관한 규정을 두고 있다.

[입법례]

고용보험법

제82조(기금계정의 설치) ① 고용노동부장관은 한국은행에 고용보험기금계정을 설치하여야 한다.
 ② 제1항의 고용보험기금계정은 고용안정·직업능력개발 사업 및 실업급여, 자영업자의 고용안정·직업능력개발 사업 및 자영업자의 실업급여로 구분하여 관리한다.

364) 회계 관계 직원의 책임에 대해서는 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」에서 규정하고 있다.

⑤ 기금의 구분 경리

기금 관리 주체가 기금사업 외에 다른 사업을 하고 있거나 1개의 기금에서 수개의 사업을 하고 있을 경우 또는 기금의 수입이나 지출에 귀속시킬 수 없는 자금의 수입이나 지출이 있는 경우에는 각 사업 간의 회계를 독립하여 처리하거나 그 구분을 명백히 해야 할 필요가 있다. 이러한 경우에 대비하여 기금의 구분 경리에 관한 규정을 둔다.

[입법례]

사회기반시설에 대한 민간투자법

제33조(기금의 회계 및 결산 등) ① (생략)

② 관리기관은 기금의 회계를 다른 회계와 구분하여 회계처리하여야 한다.

③ ~ ⑥ (생략)

⑥ 이익과 결손의 처리

기금은 기금재정의 건전한 운영을 위해 매년 기금의 결산 결과 이익이나 손실이 발생한 경우 그 처리 방법을 규정할 필요가 있다. 일반적으로 결산상 이익이 발생하면 이를 적립하도록 하고, 결산의 결과 손실이 발생하면 그 적립금에서 그 손실을 메우도록 한다. 그리고 적립금으로도 부족한 경우에만 정부예산으로 메울 수 있도록 하고 있다. 정부예산으로 메울 때에는 의무적으로 메우도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

공공자금관리기금법

제14조(관리기금의 이익 및 결손의 처리) ① 관리기금의 결산상 이익금이 생겼을 때에는 전액 적립하여야 한다.

② 관리기금의 결산상 손실금이 생겼을 때에는 제1항에 따른 적립금으로 보전(補填)하고, 그 적립금으로 보전하고도 부족할 때에는 정부가 일반회계에서 보전할 수 있다.

③ (생략)

20. 자격 부여

가. 개관

자격 제도는 특정 업무의 수행, 영업활동, 그 밖의 경제활동을 하는 데에 필요한 전문 지식이나 기술·기능의 보유 또는 일정한 경험이 있음을 공증하는 제도이다.³⁶⁵⁾ 자격 부여 법령은 자격을 부여하는 방법과 절차에 관하여 정하는 법령을 말한다.

과학기술이 발달하고 경제·사회활동이 복잡화·전문화되면서 특정 분야의 업무를 수행하기 위해서는 고도의 기술·기능이 필요하게 되었고, 대규모 시설물의 증가와 고속화된 교통의 발달 등으로 사회생활의 안전과 국민의 생명·재산의 보호에 대한 관심이 증대되고 있다. 이에 따라 일정한 지식, 기술, 기능, 경험이 있는 자만 특정 업무를 수행하게 할 필요성이 커졌다. 그 결과 경제활동에서 거래의 안전과 생명·신체의 안전을 보장하기 위해 자격 제도가 많이 활용되고 있다.

1) 자격 제도의 유형

자격 제도는 그 목적과 성격에 따라 다양한 형태로 나타난다.

자격 제도를 크게 분류하면, 우선 유자격자에게 업무 또는 영업상 독점적 지위를 부여하는 제도가 있다. 이는 국민의 생명·신체의 안전 및 재산의 보호를 위해 일정한 자격자에게만 특정 업무를 할 수 있도록 독점적 지위를 부여하여 그 업무 활동을 자격자의 관리·감독 하에 둬으로써 업무에 수반되는 위험이나 재산상의 손해발생을 예방하기 위한 자격 제도라고 할 수 있다(변호사, 의사 등).

다음으로 특정 업무의 수행 또는 영업활동을 자격자만이 하도록 제한하지는 않으나 자격자에게 특정 자격명칭을 부여하여 기술·기능 등을 국가가 공인함으로써 직업능력 향상을 기하고 국민의 경제활동을 뒷받침하기 위한 자격 제도가 있다(건설기계기술사 등). 이 경우에도 자격 제도의 공신력을 높이기 위해 유자격자에게만 그 자격명칭을 독점하도록 하고 있으며, 아울러 자격증의 대여를 금지하고 이에 위반한 경우 형사처벌하는 것이 일반적이다.³⁶⁶⁾

365) 「자격기본법」 제2조제1호에서는 자격이란 직무수행에 필요한 지식·기술·소양 등의 습득정도가 일정한 기준과 절차에 따라 평가 또는 인정된 것이라고 정의하고 있다.

366) 동일명칭의 사용금지(「자격기본법」 제14조, 「국가기술자격법」 제18조), 자격증 대여 금지(「자격기본법」

2) 자격 제도의 도입 기준

새로운 자격 제도를 도입할 때에 위와 같은 두 제도의 차이점을 고려하여 적절한 자격 제도를 정해야 한다. 업무독점적 자격을 도입하는 경우에는 그 특정 자격자 외의 업무수행 등을 금지함으로써 결국 직업선택의 자유를 제한하게 되는데, 취업자격을 제한할 정도로 공익적 필요성이 강한지에 대해 엄격한 심사가 필요하고 합리적 범위에서만 제한되도록 신중히 검토해야 한다.

자격 제도는 국민의 생명·신체의 안전 및 재산의 보호와 밀접한 관련이 있는 분야, 자격자가 행하는 업무나 역할이 중대하고 공공성이 강하여 공정한 수행과 신뢰의 확보가 필요한 분야의 법률에서 규정하고 있다. 업무독점적 자격 제도를 도입하는 법률의 필요성을 판단하는 기준은 만일 해당 업무 또는 영업활동에 누구나 종사할 수 있도록 허용한다면 사회생활에서 중대한 혼란 등이 발생할 것이 예상되어 불가피하게 직업선택의 자유까지 제한하면서 특정의 자격자에 한정하여 그 업무 등을 수행하게 할 필요가 있는가 하는 것이다.

헌법재판소는 자격 제도의 도입과 관련하여 “일반적으로 직업선택의 자유를 제한할 때에, 어떤 직업의 수행을 위한 전제요건으로서 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는, 이러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이, 누구에게나 제한없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한 목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다”라고 판시한 바 있다.³⁶⁷⁾

3) 「자격기본법」 등과의 관계

자격 제도를 규정할 때에 자격 부여에 관한 기본법인 「자격기본법」의 취지를 존중하여 이에 부합하게 규정하는 것은 물론, 개별적인 자격 부여 방법과 절차 등에 관하여 정하고 있는 「국가기술자격법」 및 「기술사법」과의 관계에 유의해야 한다.

제31조제2항, 「국가기술자격법」 제15조제2항), 동일명칭 사용금지 위반 및 자격증 대여에 대한 벌칙 (「자격기본법」 제40조, 「국가기술자격법」 제26조)

367) 헌법재판소 1995. 6. 29. 선고 90헌바43 결정

4) 일반적인 규정 사항

자격 제도를 정하는 법률의 대체적인 내용에는 자격자가 행하는 업무나 영업활동의 범위 규정, 자격의 명칭과 명칭의 사용제한에 관한 규정, 자격 부여의 방법에 관한 규정, 자격자의 결정기준에 관한 규정, 자격시험 절차에 관한 규정, 필요 시 자격자가 아니면 자격 업무의 수행을 금지하는 규정, 자격자의 준수 사항 등 의무에 관한 규정, 의무위반 시 자격취소 등 자격자에 대한 제재에 관한 규정, 자격자의 단체설립에 관한 규정 등이 있다.

나. 자격의 명칭

자격의 명칭을 정하는 법령상의 기준은 없다. 자격의 명칭은 주로 「○○사(士)」, 「○○사(師)」, 「○○기술사」, 「○○기사」, 「○○기능사」 등을 사용한다. 특정의 영업조직 등에서 특정 분야 업무를 전담시키기 위해 일정한 자격이 있는 자를 두게 할 필요가 있으면 「○○관리자」나 이와 유사한 명칭을 사용할 수도 있다. 실무상으로는 「○○사(士)」의 명칭을 가장 많이 사용한다. 의사, 한의사, 간호사, 조산사 등 보건·의료 계통의 자격 명칭에는 「○○사(師)」의 명칭을 주로 사용하고 있다. 이러한 자격의 명칭 중에 「○○기술사」, 「○○기사」, 「○○기능사」 등 「국가기술자격법」에 따른 국가기술자격에는 고유한 등급이 있고 그 자격 자체는 업무 또는 영업의 독점을 위해 부여되는 자격은 아니다. 다른 법령에 이런 자격의 명칭을 신설하는 것은 혼란을 초래하므로 피해야 한다.

일반적으로 법령에서 자격의 명칭이나 특정 자격자의 정의에 관한 규정을 두지 않는다. 특정 자격자가 될 수 있는 자를 정한 자격 규정 또는 자격 취득 규정에서 간접적으로 규정되기 때문이다. 다만, 「기술사법」 제2조에서는 기술사의 자격은 「국가기술자격법」에 따라 취득되는 것이기 때문에 기술사의 자격에 관한 정의를 두고 있으며, 자격 제도와 다른 입법 사항을 함께 규정하는 경우에 입법기술적 필요에 의하여 특정 자격의 정의를 두는 경우는 있다.³⁶⁸⁾

368) 「공인중개사법」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “공인중개사”라 함은 이 법에 의한 공인중개사자격을 취득한 자를 말한다.

다. 자격자의 업무에 관한 규정

자격 부여 법령에서는 우선 특정한 자격자의 업무 또는 영업활동 등의 범위를 정하는 것이 일반적이다. 이와 같이 규정된 특정 자격자의 업무 등의 범위는 그 자격자가 행할 수 있는 경제활동의 범위를 나타낸다. 한편 공익의 필요가 크면 자격자가 아닌 자는 해당 업무 등을 행할 수 없도록 금지하는 규정을 따로 두게 된다.

특정의 영업조직 등에서 특정 분야 업무를 전담시키기 위해 일정한 자격을 가진 자를 관리자 등으로 두게 할 필요가 있으면 영업자에게 관리자의 고용의무를 규정하면서 관리자 등이 수행해야 할 업무를 규정하기도 한다.

자격자의 업무 범위를 정할 때 다른 유사 자격자의 업무와 중복되는지를 검토하고, 필요하면 그 업무를 조정하거나 상호 간에 저촉되지 않도록 해야 한다. 특정 자격을 가지면 다른 자격도 갖는 것으로 인정하려는 경우에는 등록 등의 절차 규정을 두기도 한다.³⁶⁹⁾

또한, 특정 자격자의 업무 영역을 필요 이상으로 확대하면 비자격자의 직업선택의 자유를 부당하게 침해할 우려가 있으므로, 자격자의 업무 범위를 합리적인 범위로 한정해야 한다.

[입법례] 업무 범위를 정한 사례

변리사법

제2조(업무) 변리사는 특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정(鑑定)과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업(業)으로 한다.

[입법례] 다른 자격과의 업무 조정을 정한 사례

법무사법

제2조(업무) ① 법무사의 업무는 다른 사람이 위임한 다음 각 호의 사무로 한다.

1. 법원과 검찰청에 제출하는 서류의 작성
2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성

369) 「세무사법」

제20조의2(다른 법률에 따른 세무대리) ① 「공인회계사법」에 따라 등록된 공인회계사가 세무대리를 시작하려면 기획재정부에 비치하는 세무대리업무등록부에 등록하여야 한다.

3. 등기나 그 밖에 등록신청에 필요한 서류의 작성
 4. ~ 8. (생략)
- ② 법무사는 제1항제1호부터 제3호까지의 서류라고 하더라도 다른 법률에 따라 제한되어 있는 것은 작성할 수 없다.

라. 무자격자의 자격업무 종사와 명칭 사용 제한

1) 무자격자의 자격업무 종사 제한

특정 업무의 공공성이 강하거나 국민의 생명·신체·안전에 아주 중요하여 해당 자격자에게만 그 업무를 행하도록 제한할 필요가 큰 경우가 있다. 이때에는 그 자격자 외에는 해당 업무를 할 수 없게 하는 규정을 두는데 이에 관한 규정이 무자격자의 업무제한 또는 금지 규정이다.

「자격기본법」 제31조제2항에서 자격 대여를 금지하고, 제32조에서 자격을 대여하거나 대여 받은 자를 국가자격관련법령으로 정하는 바에 따라 자격 취소·정지, 응시제한 등의 조치를 할 수 있다고 규정하며, 제40조제5호에서 자격을 대여하거나 대여 받은 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로 처벌한다고 규정하면서 국가자격관련법령에 처벌규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다고 규정하고 있다. 따라서 개별 국가자격관련 법령에서 자격 대여를 금지하고 위반 시 자격 취소·정지 등을 할 수 있다고 규정할 필요가 있다. 또한 자격을 대여하거나 대여 받은 자를 「자격기본법」에 따른 벌칙과 다르게 처벌하려면 개별 국가자격관련법령에서 달리 규정하여야 한다.

이러한 규정의 제목을 “명의 대여 등의 금지” 또는 “자격증 대여 등의 금지”³⁷⁰⁾로 표현하고 있다. 자격은 일신전속적인 것이므로 무자격자가 자격증을 넘겨받거나 빌렸더라도 자격자가 되는 것은 아니다. 따라서 무자격자는 자격자의 명의를 사용하여 자격자의 업무를 하는 것이므로 “명의 대여 등의 금지”가 적절한 표현이다.

370) 「공인중개사법」 제7조

[입법례] 무자격자의 업무제한을 규정한 사례

공인회계사법

제50조(업무의 제한) 제7조 또는 제24조의 규정에 의하여 등록된 공인회계사 또는 회계법인이 아닌 자는 다른 법률에 규정하는 경우를 제외하고는 제2조의 직무를 행하여서는 아니 된다.

[입법례] 명의 대여의 금지를 규정한 사례

변리사법

제8조의3(명의대여 등의 금지) ① 변리사는 타인에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 변리사 업무를 수행하게 하여서는 아니 되며 자격증이나 등록증을 대여하여서는 아니 된다.

② ~ ④ (생략)

2) 자격 명칭 사용의 제한

무자격자가 해당 자격 업무에 종사하는 것을 금지하는 규정과 같은 차원에서 거래의 안전 등 공익의 보호를 위해 무자격자가 해당 자격자의 명칭을 사용하지 못하도록 규정할 필요가 있다.

「자격기본법」 제14조제2항에서 무자격자가 국가자격과 동일한 명칭을 사용하는 것을 금지하고, 제40조제1호에서 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하면서 국가자격관련법령에 처벌규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다고 규정하고 있다. 따라서 「자격기본법」에 따른 벌칙과 다르게 처벌하려면 개별 국가자격관련법령에서 달리 규정하여야 한다.

자격자가 업무를 하기 위해 사무소를 개설하려고 할 때에는 사무소 개설등록을 하도록 규정하는 경우도 있는데, 이때에는 자격자가 아니면 유사한 사무소 명칭을 사용하지 못하도록 규정한다.³⁷¹⁾

자격자의 명칭 사용을 금지하는 규정을 표현할 때, 그 자격 명칭과 동일한 명칭의 사용을 금지하는 경우와 동일한 명칭만이 아니라 유사한 명칭의 사용도 금지하는 경우가 있다. 가급적 전자의 규정 방식에 따르되, 유사한 자격 명칭의 사용도 금지할 공익상의 요청과 사회생활에서의 혼동 우려 등을 고려하여 필요하면 후자의 규정 방식에 따를 수 있다.

371) 「기술사법」 제6조, 제10조 및 제22조제1항제1호

[입법례] 자격 명칭 사용의 제한을 규정한 사례

변리사법
제22조(유사명칭 사용금지) ① 변리사가 아닌 자는 변리사 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다. ② 특허법인 또는 특허법인(유한)이 아닌 자는 특허법인 또는 특허법인(유한)이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 사무소 명칭 사용의 제한을 규정한 사례

법무사법
제15조(사무소의 명칭 등) ① (생략) ② 법무사가 아닌 자는 법무사사무소 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못하며, 법무사합동사무소나 그 분사무소가 아니면 법무사합동사무소나 그 분사무소 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.

마. 자격 부여 형식에 관한 규정

자격을 부여하는 형식에 관한 제도는 자격자가 행하는 업무 자체의 성격, 그 업무의 공공성, 사회에 미칠 위험성과 공익 보호의 필요성, 자격자 결정의 방법 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

자격 부여 법령에서는 특정의 자격자가 되기 위해 먼저 어떤 시험에 합격하거나 일정한 학력 또는 경력이 있을 것 등의 자격요건을 갖추 것을 요구한다. 이와 같은 자격요건을 갖춘 경우 바로 자격자가 되는 경우가 있지만,³⁷²⁾ 자격요건을 갖춘 자를 법적인 자격자로 인정하기 위해 행정청이 해당 자격이 있음을 확인하여 공증하거나 자격요건을 갖춘 자 중에서 자격자가 되는 자를 결정하여 처분하는 제도를 두는 것이 일반적이다.

자격자임을 공증하거나 자격을 부여하는 처분 제도로 대표적인 것이 자격등록과 자격면허다. 전자의 자격등록 제도는 행정기관에 비치하는 명부에 자격자를 등록하게 하는 것으로 자격등록의 법적 성격은 공증이라 할 수 있다. 후자의 자격면허 제도는 자격자가 되려면 행정청의 면허를 받도록 하는 것인데 자격면허의 법적 성격은 허가로 볼 수 있다.

372) 「행정사법」 제5조와 제10조에서는 행정사의 자격과 행정사업의 신고 규정만 두고 있다.

그러나 위와 같은 절차를 거쳐 자격자로 인정되었더라도 법률에 따라 일반적으로 금지되는 업무 등에 현실적으로 종사하기 위해 행정청에 대해 영업상의 신고·등록신청 등의 일정한 행위를 하게 하거나 행정청의 허가처분 등을 받도록 규정할 필요가 생긴다.³⁷³⁾ 이와 같이 자격 부여 제도 자체와 자격자의 업무개시 제도는 구분이 가능하다. 그런데 현행 법령상으로는 행정절차 간소화 차원에서 이를 구분하지 않고 자격자임을 공증하면서 업무개시의 법적 요건으로 자격등록을 규정하기도 한다.

[입법례] 시험합격자에게 바로 자격증을 발급하도록 한 사례

건축사법
<p>제7조(건축사 자격 등의 취득) ① 건축사가 되려는 사람은 제14조에 따른 건축사 자격시험에 합격하여야 한다.</p> <p>② 건축사보가 되려는 사람은 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관에게 신고하여야 한다.</p> <p>제8조(자격) ① 국토교통부장관은 제14조에 따른 건축사 자격시험에 합격한 사람에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 자격증을 발급하여야 한다.</p> <p>② ~ ④ 삭제</p>

[입법례] 시험 합격과 실무수습을 자격 부여 요건으로 규정한 사례

변리사법
<p>제3조(자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 대통령령으로 정하는 실무수습을 마친 사람은 변리사의 자격이 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 변리사시험에 합격한 사람 2. 「변호사법」에 따른 변호사 자격을 가진 사람

373) 「건축사법」 제23조에 따른 건축사사무소 개설신고, 「의료법」 제33조에 따른 의료기관 개설신고 및 허가 등

[입법례] 자격의 면허를 규정한 사례

의료법
<p>제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>②·③ (생략)</p> <p>제11조(면허 조건과 등록) ① (생략)</p> <p>② 보건복지부장관은 제5조부터 제7조까지의 규정에 따른 면허를 내줄 때에는 그 면허에 관한 사항을 등록대장에 등록하고 면허증을 내주어야 한다.</p> <p>③·④ (생략)</p>

자격자의 등록 또는 면허에 유효기간을 두고 기간이 경과하는 때에 갱신을 하도록 하는 제도는 공익적 필요가 매우 강하여 그 제도를 정하지 않으면 다른 방법으로 그 취지를 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 둔다.

원칙적으로 이러한 갱신 제도를 두지 않는 것이 바람직하고, 일정 기간마다 자격요건에 적합함을 확인해야 할 공익적 필요가 큰 경우 또는 공익적 요소를 고려하여 자격 유지 여부를 결정할 필요가 있는 특수한 경우에만 둔다(예: 「선박직원법」 제7조). 면허의 경우 우선 면허의 유효기간을 정하고 신청에 의하여 면허를 갱신하도록 규정할 수도 있다.

[입법례]

선박직원법
<p>제7조(면허의 유효기간 및 갱신 등) ① 면허의 유효기간은 5년으로 하고, 제2항에 따른 면허 갱신을 받지 아니하고 면허의 유효기간이 지나면 면허의 유효기간이 끝나는 날의 다음 날부터 면허의 효력이 정지된다.</p> <p>② 면허를 받은 사람으로서 그 면허의 효력을 계속 유지시키려는 사람 또는 면허의 유효기간이 지나서 면허의 효력이 정지된 경우 면허의 효력을 되살리려는 사람은 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 면허 갱신을 받아야 한다.</p> <p>③ 해양수산부장관은 제2항에 따라 면허 갱신을 신청한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 갱신하여야 한다.</p> <p>1. 면허 갱신 신청일 전부터 5년 이내에 선박직원으로 1년 이상 승무한 경력이 있거나 대통</p>

- 령령으로 정하는 바에 따라 이와 동등한 수준 이상의 능력이 있다고 인정되는 경우
 1의2. 면허의 유효기간이 지나지 아니하고 면허 갱신 신청일 직전 6개월 이내에 선박직원
 으로 3개월 이상 승무한 경력이 있는 경우. 다만, 「어선법」 제2조제1호에 따른 어선에
 승무한 경력은 제외한다.
2. 해양수산부령으로 정하는 교육을 받은 경우

바. 자격자 결정 방법에 관한 규정

1) 일반적인 규정

일반적으로 어떤 자격이 있음을 판단하는 기준은 전문지식의 정도 또는 학력, 기술·기능의 보유, 경력의 유무 등이 된다. 해당 자격 제도의 목적과 자격자가 행하는 업무 또는 행위 등을 고려하여 적합한 판단기준을 선택하고 그 기준에 적합한 자에게 자격을 부여하게 된다. 자격자를 결정하는 기준은 공정성이 확보되어야 한다.

특정 자격자의 판단기준을 정한 경우 그 기준에 적합한 자격자 결정 방법을 정한다. 자격자 결정 방법은 다양하여 시험합격자에게 자격을 부여하는 방법, 특정 학력자 또는 직무경력자에게 자격을 부여하는 방법, 이들 기준을 적절히 병용하여 그 요건을 모두 충족한 자에게 자격을 부여하는 방법 등이 있다. 그 중에서 시험을 실시하여 그 시험에 합격한 자에 대해 자격을 부여하는 방법이 가장 일반적으로 이용된다.

이러한 방법은 기술·기능의 보유 여부나 전문지식의 정도의 판단을 위해 공정한 방법이라는 견지에서 많이 활용된다. 한편 자격 제도의 도입 목적과 자격 업무의 공공성 등에 비추어 해당 자격 제도의 요구 수준을 객관적으로 충족하고 있다고 판단되는 경우에는 일정한 학력이나 경력을 갖춘 것만으로 자격을 부여하거나 시험의 일부를 면제하는 방법도 채택할 수 있다.

[입법례] 시험합격자만을 자격자로 정한 사례

공인중개사법

제4조(자격시험) ① 공인중개사가 되려는 자는 시·도지사가 시행하는 공인중개사자격시험에 합격하여야 한다.

②·③ (생략)

[입법례] 일정 학력을 갖추고 시험에 합격한 자를 자격자로 정한 사례

의료법

제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가 시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 「고등교육법」 제11조의2에 따른 인정기관(이하 “평가인증기구”라 한다)의 인증(이하 “평가인증기구의 인증”이라 한다)을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받은 자
2. 평가인증기구의 인증을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받은 자
3. 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교(보건복지부장관이 정하여 고시하는 인정기준에 해당하는 학교를 말한다)를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비시험에 합격한 자

②·③ (생략)

[입법례] 일정한 학력을 갖춘 경우 자격을 부여하는 사례

평생교육법

제24조(평생교육사) ① 교육부장관은 평생교육 전문인력을 양성하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 평생교육사의 자격을 부여하며, 자격을 부여받은 사람에게는 자격증을 발급하여야 한다.

1. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(이하 “대학”이라 한다) 또는 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 기관에서 교육부령으로 정하는 평생교육 관련 교과목을 일정 학점 이상 이수하고 학위를 취득한 자
2. 「학점인정 등에 관한 법률」 제3조제1항에 따라 평가인정을 받은 학습과정을 운영하는 교육훈련기관(이하 “학점은행기관”이라 한다)에서 교육부령으로 정하는 평생교육 관련 교과목을 일정 학점 이상 이수하고 학위를 취득한 자

3. 4. (생략)

② ~ ⑥ (생략)

자격의 세부 기준을 규정할 때에 “~~~자격증을 가진 사람으로서 ○○○사업(업무)에 △년 이상 종사한 경력이 있는 사람”이나 “~~~학과를 졸업한 사람으로서 ○○○분야에서 △년 이상 실무에 종사한 사람”과 같이 규정하게 되면, 자격을 갖추기 전 실무 경력이나 졸업 전 실무 경력도 인정되는지가 불명확하게 되는 문제가 있다.³⁷⁴⁾

따라서 자격을 갖추기 전 실무 경력이나 졸업 전 실무 경력도 인정하려는 취지라면 “~~~자격증을 가진 사람으로서 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력(자격증을 취득하기 전의 실무 경력을 포함한다)이 있는 사람”이나 “~~~학과를 졸업한 사람으로서 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력(졸업하기 전의 실무 경력을 포함한다)이 있는 사람”과 같이 규정하고,³⁷⁵⁾ 자격을 갖춘 후 실무 경력이나 졸업 후 실무 경력만 인정하려는 취지라면 “~~~자격증을 취득한 후 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력이 있는 사람”이나 “~~~학과를 졸업한 후 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력이 있는 사람”과 같이 명확히 규정하는 것이 바람직하다.

374) 「사회복지사업법 시행규칙」 별표 1 제2호나목 ‘사회복지사 1급 자격증을 소지한 자로서 3년 이상 또는 사회복지사 2급 자격증을 소지한 자로서 5년 이상 사회복지사업의 실무경험이 있는 자’에서 말하는 사회복지사업의 실무경험은 사회복지사 1급 자격증 또는 사회복지사 2급 자격증을 취득한 이후의 실무경험만을 의미한다(법제처 2014. 12. 22. 14-0783 해석례).

375) 괄호를 활용하는 방법 외에도, 별도 항을 신설하여 이전 경력이 포함됨을 명시하거나, 학력(또는 자격) 요건과 경력요건을 각 호로 나누어 병렬적으로 표현해 주는 방법 등 해당 법안의 구조와 길이를 고려하여 적절한 표현 방법을 활용할 수 있다.

[입법례] 교육과정 이수 전 경력도 인정한 사례

항공안전법 시행규칙	
[별표 4] 항공종사자·경량항공기조종사 자격증명 응시경력(제75조, 제91조제3항 및 제286조 관련)	
1. 항공종사자 가. 자격증명시험	
자격증명의 종류	비행경력 또는 그 밖의 경력
항공교통관제사	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 가) 국토교통부장관이 지정한 전문교육기관에서 항공교통관제에 필요한 교육과정을 이수한 사람(외국의 전문교육기관으로서 해당 외국정부가 인정한 전문교육기관에서 교육과정을 이수한 사람을 포함한다)으로서 관제실무감독관의 요건을 갖춘 사람의 지휘·감독 하에 3개월(이 경우 비행장은 90시간, 접근관제절차·접근관제감시·지역관제절차·지역관제감시는 180시간을 의미한다) 또는 90시간(비행장에 해당되며, 접근관제절차·접근관제감시·지역관제절차·지역관제감시의 경우에는 180시간) 이상의 관제실무를 수행한 경력(전문교육기관의 교육과정을 이수하기 전에 관제실무를 수행한 경력을 포함한다)이 있는 사람 나) ~ 라) (생략)

[입법례] 자격 취득 후 경력만 인정한 사례

장애인복지법 시행규칙	
[별표 5] 장애인복지시설의 종류별 사업 및 설치·운영기준(제41조 및 제42조 관련)	
5. 관리 및 운영의 자격 기준	
시설훈련교사	(1)·(2) (생략) (3) 장애인 직업재활시설 운영 직종과 관련된 자격증을 취득한 후 장애인 복지사업에 2년 이상 종사한 경력이 있는 사람

그리고 자격의 세부 기준에 학력요건을 규정하는 경우 “~~~학(분야) 학사학위를 취득한 사람”이나 “대학이나 「고등교육법」 제2조에 따른 학교를 졸업한 사람”과 같이 규정하는 경우가 있는데, 독학사 또는 학점인정 제도를 통해 학위를 취득한 사람을 배제하려는 취지가 아니라면 아래 입법례와 같이 규정하여 독학사 또는 학점인정 제도를 통해 학위를 취득한 사람도 취업 현장에서 대학을 졸업한 사람과 동등하게 대우받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다.³⁷⁶⁾

[입법례]

박물관 및 미술관 진흥법 시행령	
[별표 1]	
학예사 등급별 자격요건(제3조 관련)	
등급	자격요건
준학예사	1. 「고등교육법」에 따라 학사학위 이상을 취득(법령에 따라 이와 같은 수준 이상으로 인정되는 학력을 취득한 경우를 포함한다)하고 준학예사 시험에 합격한 사람으로서 경력인정대상기관에서의 실무경력이 1년 이상인 사람 2. ~ 4. (생략)

2) 시험의 면제

일정 분야의 경력소유자나 직무경험자에 대해 시험 등을 거치지 않고 자동적으로 자격을 부여하는 경우도 있다. 그 대표적인 예로 해당 분야의 공무원에 대해 일정 경력 이상의 요건을 충족한 경우에 자격을 부여했는데 형평성과 불합리성이 문제점으로 제기되어 현재는 폐지되는 추세에 있다(종전의 세무사, 변리사, 관세사 등). 그러나 특정의 경력자에 대해서는 시험의 일부 면제 또는 실무경력 면제 제도는 유지하고 있다.

일정 경력자에 대해 자격을 자동으로 부여하는 제도는 신중한 검토를 거쳐 도입되어야 한다. 해당 자격 제도의 목적과 업무의 공익성의 정도를 고려하여 해당 자격 업무와 직접적

376) 독학사 또는 학점인정 제도를 통해 학위를 취득한 사람을 정규 교육과정을 이수한 사람과 동등하게 대우할 것인지는 각 자격에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이지만, ① 학력요건이 국가시험 등의 응시요건인 경우, ② 학력요건 외에 다른 요건(경력요건, 추가교육, 자격증 보유 등)도 요구하고 있어 실제 업무 수행에 큰 지장이 없을 것으로 판단되는 경우, ③ 유사업무의 자격기준 중 독학사, 학점인정 제도를 통한 학위취득자를 포함하고 있는 경우 등에는 독학사 등도 정규 교육과정을 이수한 사람과 동등하게 취급할 수 있다.

으로 관련되는 직무 경력이고 충분한 전문성이 증명되는 경우 등 엄격한 요건이 충족된다면 시험을 거치지 않고도 특정 경력자에 대해 자격 업무를 수행하게 할 수 있다.

[입법례]

수상레저안전법
<p>제7조(면허시험의 면제) ① 해양경찰청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여 면허시험 과목의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 다만, 제6호에 해당하는 때에는 면허시험(제2급 조종면허와 요트조종면허에 한정한다) 과목의 전부를 면제한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 대통령령으로 정하는 체육 관련 단체에 동력수상레저기구의 선수로 등록된 사람 2. 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 사람 <ul style="list-style-type: none"> 가. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 대통령령으로 정하는 동력수상레저기구 관련 학과를 졸업하였을 것(법령에 따라 이와 같은 수준의 학력이 있다고 인정되는 경우를 포함한다) 나. 해당 면허와 관련된 동력수상레저기구에 관한 과목을 이수하였을 것 3. 「선박직원법」 제4조제2항 각 호에 따른 해기사면허 중 대통령령으로 정하는 면허를 가진 사람 4. 삭제 5. 「한국해양소년단연맹 육성에 관한 법률」에 따른 한국해양소년단연맹 또는 「국민체육진흥법」 제2조제11호에 따른 경기단체에서 동력수상레저기구의 이용 등에 관한 교육·훈련업무에 1년 이상 종사한 사람으로서 해당 단체의 장의 추천을 받은 사람 6. 해양경찰청장이 지정·고시하는 기관이나 단체(이하 “면허시험 면제교육기관”이라 한다)에서 실시하는 교육을 이수한 사람 7. 제1급 조종면허 필기시험에 합격한 후 제2급 조종면허 실기시험으로 변경하여 응시하려는 사람 <p>② ~ ⑥ (생략)</p>

02
실
체
규
정

3) 외국인의 응시 자격과 외국 자격의 인정

외국인에게도 자격을 부여할 것인가 또는 외국 자격을 국내 자격으로 인정할 것인가는 국제법과 조약의 제한하에서 입법정책적으로 정할 문제이다. 우리나라의 자격과 동등한 외국 자격을 취득한 경우에 국내에서 해당 자격의 업무를 행하려는 때에는 일정한 확인 절차를 거쳐 자격시험을 면제할 수도 있고, 일부 시험만을 면제할 수도 있다(예: 「건축사법」 제14조 제3항). 외국 자격을 취득한 자에게 자격시험에 응시할 자격만 부여하고 시험의 면제에 관하여 규정하지 않는 경우도 있다(예: 「응급의료에 관한 법률」 제36조 등). 외국 자격의 인정에 상호주의를 규정할 수도 있다.

「자격기본법」에서는 국가자격의 검정에서 개별 법령이 정하는 바에 따라 외국의 국가자격과 이와 동등한 효력이 있는 외국의 민간자격 취득자에 대하여 검정과목 등 검정의 전부나 일부를 면제할 수 있도록 하고 있다(제13조제3호). 「국가기술자격법」에서도 외국과의 협약에 따라 국가 간 상호 인정되는 관련 외국 자격을 취득한 사람에 대하여 일정한 요건을 충족한 경우에 검정 과목의 전부나 일부를 면제할 수 있도록 하고 있고, 국가 간 협약 등에 따라 외국자격이나 국제적으로 통용되는 자격을 국가자격으로 인정할 수 있도록 하고 있다(제12조제1항제2호 및 제21조).

[입법례] 외국 자격자에게 국내 자격시험의 응시자격을 부여한 사례

수의사법

제9조(응시자격) ① 수의사 국가시험에 응시할 수 있는 사람은 제5조 각 호의 어느 하나에 해당되지 아니하는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 수의학을 전공하는 대학(수의학과가 설치된 대학의 수의학과를 포함한다)을 졸업하고 수의학사 학위를 받은 사람. 이 경우 6개월 이내에 졸업하여 수의학사 학위를 받을 사람을 포함한다.
 2. 외국에서 제1호 전단에 해당하는 학교(농림축산식품부장관이 정하여 고시하는 인정기준에 해당하는 학교를 말한다)를 졸업하고 그 국가의 수의사 면허를 받은 사람
- ② 제1항제1호 후단에 해당하는 사람이 해당 기간에 수의학사 학위를 받지 못하면 처음부터 응시자격이 없는 것으로 본다.

[입법례] 외국 자격자에게 국내 자격 시험과목의 일부 면제를 규정한 사례

건축사법

제14조(건축사 자격시험) ① 건축사업무 수행에 필요한 지식과 기술을 검증하기 위하여 건축사 자격시험을 실시한다.

- ② 국토교통부장관은 건축사 자격시험을 매년 1회 이상 시행한다.
- ③ 제13조제1항 단서*에 해당하는 사람에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 건축사 자격시험과목의 일부를 면제할 수 있다.
- ④ 건축사 자격시험의 최종 합격 발표일을 기준으로 제9조의 결격사유에 해당하는 사람은 건축사 자격시험에 응시할 수 없다.

* 외국에서 건축사 면허를 받은 자는 실무수련을 받지 않고 건축사 자격시험에 응시할 수 있다는 규정

[입법례] 상호주의에 따라 자격을 인정한 사례

감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제20조(외국감정평가사) ① 외국의 감정평가사 자격을 가진 사람으로서 제12조에 따른 결격 사유에 해당하지 아니하는 사람은 그 본국에서 대한민국정부가 부여한 감정평가사 자격을 인정하는 경우에 한정하여 국토교통부장관의 인가를 받아 제10조 각 호의 업무를 수행할 수 있다.
 ② 국토교통부장관은 제1항에 따른 인가를 하는 경우 필요하다고 인정하는 때에는 그 업무의 일부를 제한할 수 있다.
 ③ (생략)

사. 결격사유

자격을 부여하는 경우의 결격사유는 일반적인 결격사유에 관한 내용³⁷⁷⁾이 동일하게 적용된다. 자격등록 등의 취소를 자격자의 결격사유로 규정하지 않고 등록거부 사유로 규정할 수도 있는데, 이 경우는 영업상의 의무위반이 자격 자체의 취소사유로 하기에 적합하지 않을 때에 둔다.

[입법례] 등록취소를 결격사유로는 규정하지 않고 등록거부 사유로 규정한 사례

감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제12조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 감정평가사가 될 수 없다.
 1. 삭제
 2. 파산선고를 받은 사람으로서 복권되지 아니한 사람
 3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다) 되거나 그 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
 4. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간이 만료된 날부터 1년이 지나지 아니한 사람
 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
 6. 제13조에 따라 감정평가사 자격이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 사람
 7. 제39조제1항제11호 및 제12호에 따라 자격이 취소된 후 5년이 지나지 아니한 사람
 ② (생략)

377) 제2장 실제 규정 10. 결격사유

제18조(등록 및 갱신등록의 거부) ① 국토교통부장관은 제17조에 따른 등록 또는 갱신등록을 신청한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 거부하여야 한다.

1. 제12조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우
 2. 제17조제1항에 따른 실무수습 또는 교육연수를 받지 아니한 경우
 3. 제39조에 따라 등록이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 경우
 4. 제39조에 따라 업무가 정지된 감정평가사로서 그 업무정지 기간이 지나지 아니한 경우
 5. 미성년자 또는 피성년후견인·피한정후견인
- ② ~ ④ (생략)

자격자에 대한 징계 제도를 두는 경우에는 무거운 징계처분을 받았을 때에도 결격사유로 규정하기도 한다.

[입법례] 징계처분을 결격사유로 규정한 사례

변리사법

제4조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 변리사가 되지 못한다.

1. ~ 4. (생략)
5. 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 탄핵 또는 징계처분에 따라 파면 또는 해임된 사람
 - 나. 강등 또는 정직처분을 받은 후 2년이 지나지 아니한 사람
 - 다. 이 법에 따른 징계처분으로 등록취소된 후 2년이 지나지 아니한 사람
 - 라. 「변호사법」에 따라 제명된 후 2년이 지나지 아니한 사람

한편 국가가 운영·관리하는 자격 중 시험합격자에게 자격을 부여하는 경우에 결격사유와 별도로 시험에 응시할 수 없는 ‘응시 결격사유’를 둘 수 있다. 일반적으로 시험을 통한 자격의 취득은 공고부터 최종 자격취득까지 일련의 절차를 거쳐 이루어지는데 응시 결격사유는 국민의 기본권을 제한하는 성격이 있으므로 원칙적으로 응시자에게 가장 유리하면서도 객관적인 기준이 될 수 있는 시점인 ‘최종 합격자 발표일’을 응시 결격사유의 기준일로 하는 것이 바람직하다.³⁷⁸⁾ 다만, 예외적으로 응시 결격사유 기준일을 최종 합격자 발표일

378) 응시원서 접수일 또는 시험일을 응시 결격사유의 기준일로 정하면 시험 자체에 제한을 받게 되고, 반대로 자격취득일을 기준으로 정하면 응시자의 입장에서 볼 때는 유리할 수 있으나, 자격취득 절차가 개별 법령에 따라 다르고, 자격에 따라 실무연수 등을 필요로 하는 경우 연수 등의 수료시점이 개인별로 달라질 수

전 또는 후로 정할 수 있다.³⁷⁹⁾ 응시 결격사유는 법률에서 규정하되, 응시 결격사유의 기준일은 법률에서 기준일을 위임하는 경우 하위법령에서 규정하는 것도 가능하다.

[입법례] 응시 결격사유 및 기준일을 법률에서 규정한 사례

세무사법
제5조(세무사 자격시험) ① (생략) ② 세무사 자격시험의 최종 합격 발표일을 기준으로 제4조제2호부터 제10호까지의 어느 하나에 해당하면 시험에 응시할 수 없다. ③ (생략)

02
실
체
규
정

아. 자격업무 개시에 관한 규정

자격자가 업무를 개시하려는 경우에 주무관청에 사무소 개설 신고 또는 업무개시 신고나 이에 관한 등록을 하도록 규정하는 것이 일반적이다.

[입법례] 자격자의 사무소 개설 신고를 규정한 사례

행정사법
제10조(행정사의 업무신고) ① 행정사 자격이 있는 사람이 행정사로서 업무를 하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 주된 사무소의 소재지를 관할하는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 “시장등”이라 한다)에게 대통령령으로 정하는 행정사 업무신고 기준을 갖추어 신고(이하 “행정사업무신고”라 한다)하여야 한다. 신고한 사항을 변경할 때도 또한 같다. ② 행정사업무신고의 기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

있으며, 자격 취득일이 객관적이지 못할 수 있다. 또한, 자격취득일(통상의 경우 자격증 교부일)을 기준으로 하는 경우 자격증 교부제도 자체가 없거나 있더라도 자격증 교부일이 합격자가 자격증을 실제 수령하는 날짜와 달라질 수 있는 등 자격취득일이 객관적인 기준일이 되지 못하는 경우가 많이 있다.

379) 시험의 개최 주기, 해당 시험 전에 수료하여야 할 교육·실습 등 사전 요건의 유무, 구체적인 시험 시행 방식에 따른 수험자 비용부담 및 위험성 등을 고려하여 특별한 사정이 있는 경우 응시 결격사유 기준일을 조정할 수 있다.

[입법례] 업무개시에 앞서 등록을 하도록 한 사례

공인회계사법

제7조(등록) ① 공인회계사의 자격이 있는 자가 제2조의 규정에 의한 직무를 행하고자 하는 경우(회계법인의 사원 또는 직원이 되고자 하는 경우를 포함한다)에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 1년 이상의 실무수습을 받은 후 금융위원회에 등록하여야 한다. 다만, 제6조제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 실무수습을 면제한다.

② ~ ④ (생략)

등록제의 경우 등록기관을 행정기관이 아닌 해당 자격자로 조직된 협회 등의 단체로 정하는 경우가 있다. 해당 자격자 단체가 행정기관에 의하여 엄격하게 감독되고 있으면 이와 같은 방법도 가능하다.

[입법례] 협회에 등록하도록 한 사례

변호사법

제7조(자격등록) ① 변호사로서 개업을 하려면 대한변호사협회에 등록을 하여야 한다.
② 제1항의 등록을 하려는 자는 가입하려는 지방변호사회를 거쳐 등록신청을 하여야 한다.
③ 지방변호사회는 제2항에 따른 등록신청을 받으면 해당 변호사의 자격 유무에 관한 의견서를 첨부할 수 있다.
④ 대한변호사협회는 제2항에 따른 등록신청을 받으면 지체 없이 변호사 명부에 등록하고 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다.

[입법례] 자격자의 사무소 개설 등록을 규정한 사례

약사법

제20조(약국의 개설등록) ① 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.
② 약국을 개설하려는 자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 개설등록을 하여야 한다. 등록된 사항을 변경할 때에도 또한 같다.
③ 제2항에 따른 등록을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 시설 기준에 따라 필요한 시설을 갖추어야 한다.

④ ~ ⑥ (생략)

자. 자격자의 의무

자격자가 수행하는 업무의 공공성과 상대방에게 신뢰를 주는 업무의 특성으로 인하여 자격자에게 특별히 요구되는 의무가 있다. 자격자의 의무의 내용은 해당 자격의 특성, 자격자의 업무 내용, 업무의 공공성 등에 따라 다양하게 나타난다.

이러한 의무로는 의뢰인과의 관계에서 공정성과 객관성 확보를 위해 관련 업무 수임 금지,³⁸⁰⁾ 업무상의 비밀 준수, 일정한 직위의 겸직 금지 준수 등의 의무가 있다. 그 밖에 해당 자격의 공공성이 매우 강한 경우 성실의무, 품위유지의무 등의 윤리적 의무를 규정하기도 한다.

영업자의 지위에서 일반적으로 준수해야 할 의무로는 장부 작성 의무 등이 있다(예: 「변호사법」 제28조, 「공인회계사법」 제18조).

[입법례] 성실의무·품위유지의무 등을 규정한 사례

변호사법

- 제24조(품위유지의무 등) ① 변호사는 그 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 된다.
② 변호사는 그 직무를 수행할 때에 진실을 은폐하거나 거짓 진술을 하여서는 아니 된다.

[입법례] 직무의 제한을 규정한 사례

공인회계사법

- 제21조(직무제한) ① 공인회계사는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대한 재무제표(「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제1조의2의 규정에 의한 연결재무제표를 포함한다. 이하 같다)를 감사하거나 증명하는 직무를 행할 수 없다.
1. 자기 또는 배우자가 임원이나 그에 준하는 직위(재무에 관한 사무의 책임있는 담당자를 포함한다)에 있거나, 과거 1년 이내에 그러한 직위에 있었던 자(회사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)

380) 「변호사법」

제31조(수임제한) ① 변호사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다. 다만, 제2호 사건의 경우 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건
2. 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건
3. 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건

2. 자기 또는 배우자가 그 직원이거나 과거 1년 이내에 직원이었던 사람(배우자의 경우 재무에 관한 사무를 수행하는 직원으로 한정한다)
3. 제1호 및 제2호외에 자기 또는 배우자와 뚜렷한 이해관계가 있어서 그 직무를 공정하게 행하는 데 지장이 있다고 인정되어 대통령령으로 정하는 자
 - ② 공인회계사는 특정 회사(해당 회사가 다른 회사와 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 지배·종속 관계에 있어 연결재무제표를 작성하는 경우 그 다른 회사를 포함한다)의 재무제표를 감사하거나 증명하는 업무를 수행하는 계약을 체결하고 있는 기간 중에는 해당 회사에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무를 할 수 없다.
 1. 회계기록과 재무제표의 작성
 2. 내부감사업무의 대행
 3. 재무정보체제의 구축 또는 운영
 4. ~ 10. (생략)
 - ③ (생략)

[입법례] 비밀준수 의무를 규정한 사례

관세사법

제14조(비밀준수 의무) 관세사나 그 직무보조자 또는 관세사나 그 직무보조자였던 사람은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

차. 자격취소와 그 밖의 처분

자격자는 법률에 따라 부여된 업무를 수행할 때 공익의 보호를 위해 해당 법률에 정해진 준수 사항 등의 의무를 지켜야 한다. 자격자가 이에 따르지 않으면 주무관청은 공익상 필요 때문에 제재처분을 한다. 제재하는 방법으로는 자격의 취소, 자격 또는 업무의 정지, 자격 등록·면허의 취소, 자격자에 대한 징계 등이 있다.

「자격기본법」은 국가자격 일반에 관하여 자격취소와 자격정지에 관한 원칙을 규정하고 있고(제32조), 「국가기술자격법」은 부정한 방법으로 국가기술자격을 취득한 경우 등에 대해 국가기술자격의 취소와 정지에 관하여 규정하고 있다(제16조).

1) 자격취소·업무정지 등

자격자가 결격사유에 해당되거나 자격자를 해당 자격업무에서 배제시켜야 할 정도로 중대한 의무를 위반한 경우에는 자격취소·면허취소나 자격정지를 하는 것이 원칙이다(예: 「국가기술자격법」 제16조의 국가기술자격 취소, 「의료법」 제65조의 의료면허 취소). 자격요건을 갖춘 자가 등록에 의하여 비로소 해당 자격업무를 수행할 수 있게 법령상 규정된 경우에는 등록취소에 따라 해당 자격업무를 못하게 할 수 있다(예: 「공인회계사법」 제9조의 등록취소).

이와 같이 자격 자체의 취소와 자격등록의 취소는 엄격하게는 구분할 수 있는데, 이 두 가지 제도를 병렬적으로 규정하기도 한다.³⁸¹⁾

자격자로서 해당 업무를 근원적으로 수행하지 못하게 제한해야 할 공익상 필요성이 크면 자격 자체를 취소하는 것이 타당하다. 다만, 이 경우에는 직업선택의 자유를 과도하게 침해하지 않도록 신중히 검토해야 한다.

자격취소의 사유는 그 자격 부여 법령에서 정한 자격자의 의무 규정 또는 준수사항 규정의 내용에 따라 다양하게 나타난다. 자격취소의 사유는 일반적으로 부정한 방법에 따른 자격 취득, 결격사유 해당, 해당 법령의 중요 규정을 위반한 경우, 해당 자격자에게 그 직무를 계속 맡겨서는 안 될 비행이 있거나 심신상의 장애가 있는 경우, 일정 기간 업무를 수행하지 않는 경우 등이 있다. 자격취소 제도의 실효성을 확보하기 위해 자격취소를 받은 자에 대해서는 일정 기간 자격 취득을 제한한다.

자격취소 사유와 같이 중대한 법령 위반은 아니나 일정한 자격상의 제재를 가할 필요가 있는 경우에는 일정 기간의 자격정지 또는 업무정지를 할 수 있도록 규정한다. 이 경우 정지기간은 자격취소로 인한 결격사유의 기간보다 짧게 정해야 한다. 자격자에 대한 징계 제도를 규정한 경우에 자격 또는 업무의 정지는 징계처분의 일종으로 정하는 경우도 있다.

자격등록이 사무소 개설을 하려는 자격자에게만 요구되고 그 사무소 소속 자격자에게는 요구되지 않는 경우에는 소속 자격자의 법령 위반 시 제재수단으로 자격 자체의 취소 제도나 자격자에 대한 징계 제도를 추가하여 규정할 필요가 있다.

381) 「변리사법」 제18조에서는 등록 취소된 변리사에 대하여 징계처분으로 자격정지처분을 할 수 있도록 규정하고 있다.

[입법례] 자격 자체를 취소한 사례

건축사법

제11조(자격의 취소 등) ① 국토교통부장관은 건축사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 자격을 취득한 사실이 드러난 경우
2. 제9조제1호부터 제3호까지의 결격사유 중 어느 하나에 해당하게 된 경우
3. 제10조제1항을 위반하여 다른 사람에게 자기의 성명을 사용하여 건축사업무를 수행하게 하거나 자격증을 빌려준 경우
4. 제28조에 따른 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 받고도 계속하여 건축사업을 한 경우
5. 해당 건축사에게 책임을 돌릴 수 있는 사유로 제28조에 따른 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 세 차례 받은 경우
6. 고의 또는 중대한 과실로 「건축법」 제23조 또는 제25조를 위반하여 설계 또는 공사감리를 함으로써 공사가 부실하게 되어 착공 후 「건설산업기본법」 제28조에 따른 하자담보 책임기간에 대통령령으로 정하는 구조상 주요 부분에 중대한 손괴〔(損潰): 무너져 내림〕를 일으켜 사람을 죽거나 다치게 한 경우

② 삭제

③ 제1항에 따라 자격이 취소된 사람은 취소된 날부터 15일 내에 자격증을 국토교통부장관에게 반납하여야 한다.

[입법례] 자격등록을 취소한 사례

변리사법

제5조의3(등록취소) 특허청장은 변리사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1. 제4조 각 호의 어느 하나에 해당할 때
2. 등록취소의 신청을 하였을 때
3. 제6조의2제2항에 따라 폐업신고를 하였을 때
4. 사망하였을 때

[입법례] 자격을 정지한 사례

의료기사 등에 관한 법률

제22조(자격의 정지) ① 보건복지부장관은 의료기사등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월 이내의 기간을 정하여 그 면허자격을 정지시킬 수 있다.

1. 품위를 현저히 손상시키는 행위를 한 경우
 2. 치과기공소 또는 안경업소의 개설자가 될 수 없는 사람에게 고용되어 치과기공사 또는 안경사의 업무를 한 경우
- 2의2. ~ 2의5. (생략)
3. 그 밖에 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우
- ② ~ ④ (생략)

2) 자격자에 대한 징계

자격자가 의무를 위반한 경우 징계 처분을 하는 경우가 있다. 자격자가 처리하는 업무가 고도의 윤리적 요소를 가지고 있어 상당한 정도의 품위 유지가 요구되거나 공적 업무를 처리하는 관계로 공직에 준하는 지위에 있는 것으로 판단되어 엄격한 통제가 필요하면 징계 제도를 둔다.

자격자에 대한 징계는 그 직무의 성질상 특별한 감독이 필요한 직무상 의무의 위반과 그 밖의 법령 위반에 대해 행하는 불이익한 행정처분이다. 징계의 종류에는 견책, 자격 또는 업무의 정지, 면허 또는 등록의 취소, 자격 취소 등이 있으며, 제명(除名)이나 과태료 부과도 있다.

징계 규정에서는 일반적으로 징계 사유와 징계 종류를 정한다. 징계 절차로 반드시 청문을 거치도록 하거나 위원회의 심사를 거치도록 절차를 엄격히 정할 필요가 있다.

[입법례]

공인노무사법

제20조(징계) ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공인노무사징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.

1. 제6조를 위반하여 2개 이상의 사무소를 설치·운영한 경우
2. 제7조의3제2항을 위반하여 노무법인의 사원이 된 경우
3. ~ 15. (생략)
- ② 삭제
- ③ 공인노무사에 대한 징계의 종류는 다음 각 호와 같다.
 1. 영구등록취소(제1항제13호 및 제14호의 경우에 한정한다)
 2. 등록취소
 3. 3년 이하의 직무정지
 4. 1천만원 이하의 과태료
 5. 견책(譴責)
- ④ 제24조에 따른 공인노무사회는 공인노무사에 대하여 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 징계사유가 있다고 인정하면 고용노동부장관에게 그 공인노무사의 징계의결을 요청하여야 한다.
- ⑤ 제1항에 따른 징계의결은 고용노동부장관의 요구에 따라 하며, 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 날부터 3년이 지나면 징계의결을 요구할 수 없다.
- ⑥ 고용노동부장관은 공인노무사가 제3항제4호에 따른 과태료를 납부기한까지 내지 아니하면 국세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다.
- ⑦ 징계의결의 통보, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

변호사법

- 제92조(변호사징계위원회의 설치) ① 변호사의 징계는 변호사징계위원회가 한다.
- ② 대한변호사협회와 법무부에 각각 변호사징계위원회를 둔다.

카. 자격자 단체에 관한 규정

자격자를 회원으로 자격자 단체가 설립되기도 하는데, 국가가 개별 법률에 따라 그 설립을 지원하기도 하고, 더 나아가 그 자격자 단체로 하여금 자격자 공동의 이익 추구 외에 징계 등 공적 업무를 수행하게 하거나 국가의 업무를 위탁받아 수행하게 하는 경우가 적지 않다.

일반적으로 자격자 단체는 자격자 간의 상호 친목 도모, 자격자의 품위 유지, 자격 관련

업무의 연구·발전 등의 업무를 수행한다. 행정기관은 이러한 자격자 단체를 활용하여 관련 행정정보를 수집하거나 행정지도를 할 수 있는 이점이 있다.

공공성이 강한 자격 제도에 자격자로 하여금 해당 자격자 단체에 가입을 강제하는 규정을 두는 경우가 있다.³⁸²⁾ 자격자 단체에 가입하도록 강제하는 것은 헌법상 결사의 자유를 침해할 소지가 있으므로, 자격자가 행하는 업무 등의 전문성·공익성이 강하여 가입 강제가 공익 목적을 달성하도록 하는 데에 불가피한 경우 등 예외적일 때에만 허용하도록 한다.

[입법례] 자격자 단체의 설립을 규정한 사례

공인회계사법

- 제41조(목적 및 설립) ① 공인회계사의 품위향상과 직무의 개선·발전을 도모하고, 회원의 지도 및 감독에 관한 사무를 행하기 위하여 한국공인회계사회(이하 “공인회계사회”라 한다)를 둔다.
- ② 공인회계사회는 법인으로 한다.
 - ③ 공인회계사회는 대통령이 정하는 바에 따라 회칙을 정하여 금융위원회의 인가를 받아 설립하여야 한다.
 - ④ 공인회계사회는 지회 또는 지부를 둘 수 있다.
 - ⑤ 공인회계사회의 회칙개정과 지회 또는 지부의 설치에 관하여는 금융위원회의 승인을 얻어야 한다.

[입법례] 자격자 단체의 가입강제를 규정한 사례

세무사법

- 제18조(설립과 감독) ① 세무사의 품위 향상과 직무의 개선·발전을 도모하고, 세무사에 대한 지도 및 감독에 관한 사무를 하도록 하기 위하여 한국세무사회를 둔다.
- ② 한국세무사회는 법인으로 하며, 세무사는 그 회원이 되어야 한다.
 - ③ 한국세무사회는 회칙을 정하여 기획재정부장관의 인가를 받아 설립하여야 한다.
 - ④ 한국세무사회의 회칙을 개정하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관의 승인을 받아야 한다.
 - ⑤ 한국세무사회의 설립 및 운영 등에 필요한 사항과 한국세무사회의 회칙에 포함할 사항은 대통령령으로 정한다.

382) 「변호사법」 제7조 및 제68조, 「세무사법」 제18조 등

21. 외국인의 지위

가. 개관

‘외국인’이란 대한민국의 국민이 아닌 자(「국적법」 제3조)로서, 외국 국적자와 무국적자를 말한다. 헌법은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있으며(제6조제2항) 이러한 헌법의 정신에 따라 여러 법령에서 외국인을 내국인과 동등하게 대우하고 있다. 그러나 우리 국민에게만 인정되는 참정권 분야나 국가 중요 정책상 필요한 특정 분야에서는 외국인을 우리 국민과 달리 대우하는 경우가 있다.

외국인의 권리를 인정하는 범위는 국가와 시대에 따라 다르나, 경제활동과 사회문화적 활동이 세계적 규모로 활발해짐에 따라 외국인에게 내국인과 동등한 권리를 인정하는 방향으로 변천해 왔다. 현대 문명국가는 내외국인 평등주의를 지향하지만 완전한 평등주의를 채택하고 있지는 않다. 평등주의를 원칙으로 하면서도 그 나라의 정치적·경제적 사정을 고려하여 외국인에 대해 일정한 제한을 두거나 상호주의를 채택하고 있다.³⁸³⁾

개별적인 분야에서 외국인의 권리 등을 인정하는 방법이나 정도에 관한 제도는 i) 내국인과 외국인을 평등하게 대우하는 방법, ii) 외국인의 권리 등을 인정하지 않는 방법, iii) 양자의 중간 형태인 상호주의를 택하는 방법 등이 있다. 선거권·공무담임권을 포함하는 참정권 등 우리나라 국민에게만 인정되는 기본권 분야에서는 명문의 규정이 없어도 외국인에게는 인정되지 않는 것으로 해석될 수 있다. 그 밖의 법률에서는 외국인에 대해 제한하는 명문의 규정을 두지 않은 경우에는 외국인에 대한 제한은 없는 것으로 해석함이 원칙이다.³⁸⁴⁾ 따라서 외국인에 대해 권리 등을 제한하려면 법률에서 이를 명확히 규정해야 한다.

역으로 외국인 투자를 촉진하기 위해 외국인투자 분야에서는 외국인에 대해서만 권리를 인정하거나 각종 특혜를 부여하는 경우도 있다.³⁸⁵⁾

383) 헌법에 따라 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가지므로 외국인의 권리에 일정한 제한을 둘 필요가 있는 경우라면 반드시 대한민국이 기존에 외국과 체결한 조약에 위배되지 않는지를 살펴보아야 한다.

384) 법제처 2018. 11. 16. 18-0493 해석례, 법제처 2015. 5. 12. 15-0195 해석례

385) 예: 「외국인투자 촉진법」, 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법」 등

나. 외국인의 권리 등의 인정 방법과 범위에 따른 분류

1) 내국인과 동등한 지위 인정

앞서 설명한 대로 법률에서 명문으로 외국인에 대한 제한을 두지 않은 경우에는 원칙적으로 우리나라 국민과 동등한 권리 등을 외국인에게 부여한 것으로 해석할 수 있다. 개별 법률에서 외국인에 대해 권리 등이 인정됨을 명확히 규정한 경우도 있다.

[입법례]

채무자 회생 및 파산에 관한 법률

제2조(외국인 및 외국법인의 지위) 외국인 또는 외국법인은 이 법의 적용에 있어서 대한민국 국민 또는 대한민국 법인과 동일한 지위를 가진다.

2) 상호주의 규정

‘상호주의’란 외국인의 권리를 그의 본국이 우리나라 국민에게 인정하는 것과 같은 정도로 인정하는 것을 말한다. 대한민국이 가입하거나 체결한 조약에 따라 외국인의 권리를 보호하는 규정도 상호주의 태도를 취한 것으로 분류할 수 있다.

원칙적으로 상호주의를 채택하면서도 허가·신고 등의 일정한 절차를 거치도록 규정하는 경우가 있다(예: 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제7조, 제8조 및 제9조). 외국에서 일정한 자격을 취득한 외국인에 대해 상호주의 원칙에 따라 국내에서 해당 자격업무를 수행할 수 있도록 허용하는 경우도 있다(예: 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」 제20조).

[입법례] 보증에 의한 상호주의를 규정한 사례

국제민사사법공조법

제4조(상호주의) 사법공조에 관한 조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 사법공조를 촉탁하는 외국법원이 속하는 국가가 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국 법원의 사법공조촉탁에 응한다는 보증을 한 경우에는 이 법을 적용한다.

[입법례] 조약에 따른 상호주의를 규정한 사례

저작권법

제3조(외국인의 저작물) ① 외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다.

② 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자 및 대한민국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다)의 저작물과 맨 처음 대한민국 내에서 공표된 외국인의 저작물(외국에서 공표된 날로부터 30일 이내에 대한민국 내에서 공표된 저작물을 포함한다)은 이 법에 따라 보호된다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 상시 거주하는 외국인 및 무국적자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 저작물이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.

④ (생략)

[입법례] 내국인에 대한 동등 처우를 조건으로 상호주의를 규정한 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률

제7조(상호주의) 국토교통부장관은 대한민국국민, 대한민국의 법령에 따라 설립된 법인 또는 단체나 대한민국정부에 대하여 자국(自國) 안의 토지의 취득 또는 양도를 금지하거나 제한하는 국가의 개인·법인·단체 또는 정부에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 대한민국 안의 토지의 취득 또는 양도를 금지하거나 제한할 수 있다. 다만, 헌법과 법률에 따라 체결된 조약의 이행에 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 외국인의 권리 등을 부인하는 규정

참정권은 국민에게 인정되는 기본권이다. 따라서 선거권 및 피선거권과 정당의 당원이 될 수 있는 자격 등은 외국인에게 인정되지 않는다(「공직선거법」 제15조 및 제16조, 「정당법」 제22조제2항). 다만, 영주권을 취득하고 일정한 요건을 갖춘 외국인에 대해서는 지방의회 의원과 지방자치단체장의 선거권을 인정하고 있고(「공직선거법」 제15조제2항제3호), 출입국관리 관계 법령의 규정에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례가 정하는 사람에 대해서는 주민투표권을 허용하고 있다.³⁸⁶⁾

386) 「주민투표법」

[입법례]

공직선거법

제15조(선거권) ① 18세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회 의원의 선거권은 18세 이상의 국민으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람

② 18세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 사람
3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

외국인은 국가 공권력의 행사나 정부 정책의 결정에 참여하는 공무원이 될 자격이 인정되지 않는 것이 원칙이나, 예외적으로 특정 분야에 한정하여 제한적으로 공무원이 될 수 있는 자격을 인정하고 있다(「국가공무원법」 제26조의3, 「교육공무원법」 제10조의2).

[입법례] 외국인에 대해 교원이 될 수 있는 자격을 인정한 사례

교육공무원법

제10조의2(외국인 교원) 대학은 교육이나 연구를 위하여 외국인을 교원으로 임용할 수 있다.

제5조(주민투표권) ① 18세 이상의 주민 중 제6조제1항에 따른 투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 주민투표권이 있다. 다만, 「공직선거법」 제18조에 따라 선거권이 없는 사람에게는 주민투표권이 없다.

1. 그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람

② 주민투표권자의 연령은 투표일 현재를 기준으로 산정한다.

* 「주민소환에 관한 법률」 제3조에서도 외국인에게 주민소환에 관한 투표권한을 인정하고 있다.

그 외에 항공기 등록 등 국가경제적으로 중요한 사항에 관하여 외국인에게 권리 자체를 인정하지 않기도 한다(「항공안전법」 제10조). 언론·방송 분야에서는 외국인 또는 외국 법인이 방송사업에 참여하거나 외국인이 방송법인의 대표자 또는 방송편성책임자가 되는 자격을 제한하고 있다(「방송법」 제13조, 제14조).

외국인 또는 외국법인에 대해 특정 사항을 금지하거나 제한할 경우의 규정 방법에는 특정의 권리를 부여받을 자를 “국민”으로 한정하여 규정하는 방법과 외국인 또는 외국법인을 특정 자격·영업의 결격사유로 규정하거나 허가·등록 등의 제한사유로 규정하는 방법이 있다.

[입법례] 외국인을 영업 등의 결격사유로 규정한 사례

방송법
제13조(결격사유) ① (생략) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 중계유선방송사업·음악유선방송사업을 할 수 없다. 1. 외국인 또는 외국의 정부나 단체 2. ~ 5. (생략) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제9조제1항·제2항·제3항·제5항·제6항·제8항·제10항 및 제11항에 따라 허가 또는 승인을 받거나 등록을 한 법인의 대표자 또는 방송편성책임자가 될 수 없다. 1. 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자 2. ~ 6. (생략) 7. 외국의 법인 또는 단체의 대표자(전송망사업의 경우는 제외한다)

4) 외국인의 권리 등을 인정하되 일정한 제한을 두는 규정

경제활동 분야에서는 기본적으로 외국인에게 내국인과 동등한 권리 등을 인정하면서 일정한 제한을 가하는 경우가 있다. 외국인에 대해 주식취득의 제한을 할 수 있도록 법률에서 허용한 경우가 그러한 예이다.

[입법례]

자본시장과 금융투자업에 관한 법률
제168조(외국인의 증권 또는 장내파생상품 거래의 제한) ① 외국인(국내에 6개월 이상 주소 또는 거소를 두지 아니한 개인을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 외국법인등에 의한 증권 또는 장내파생상품의 매매, 그 밖의 거래에 관하여는 대통령령으로 정하는 기준 및 방법에

따라 그 취득한도 등을 제한할 수 있다.
 ② 외국인 또는 외국법인등에 의한 공공적 법인의 주식 취득에 관하여는 제1항에 따른 제한에 추가하여 그 공공적 법인의 정관이 정하는 바에 따라 따로 이를 제한할 수 있다.
 ③·④ (생략)

외국인의 정보공개 청구권을 인정하는 것과 같이 법률에서 권리 등의 인정 여부에 관하여 대통령령에 위임하고 대통령령으로 정한 요건을 갖춘 외국인에 한정하여 권리 등을 인정하게 할 수도 있다.

[입법례]

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제5조(정보공개청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.
 ② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령

제3조(외국인의 정보공개청구) 법 제5조제2항에 따라 정보공개를 청구할 수 있는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 한다.
 1. 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람
 2. 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체

다. 그 밖의 관련 사항

입법정책적으로 외국인에게 적용하는 규정을 외국에 영주하고 있는 국민에게도 적용하는 규정을 두기도 한다.

[입법례]

외국인투자 촉진법

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 1. ~ 10. (생략)
 ② 이 법을 적용할 때 대한민국의 국적을 가지고 외국에 영주하고 있는 개인 중 대통령령으로 정하는 사람에 대하여는 이 법 중 외국인에 대한 규정을 함께 적용한다.

22. 검사

가. 개관

국민의 생명·신체의 보호, 시설물의 안전 확보를 위해 법률에서 최소한의 기준을 정하고 해당 시설물·기기 등이 그 기준에 적합한지를 검사하는 제도를 규정하는 경우가 있다.

검사의 주체와 관련하여 법령에서 정한 기준에 적합한지를 해당 시설물·기기 등의 소유자 또는 관리자가 직접 검사하도록 하는 경우도 있으나 행정기관이 행하도록 규정하는 것이 일반적이다. 행정기관이 검사하도록 규정하는 경우에도 공무원 인력 확보의 어려움이나 전문적 기술의 필요성 때문에 해당 법률에 따라 설립된 전문기관에 검사업무를 위탁하기도 하며, 해당 검사시설·전문인력을 확보한 기관을 지정하여 검사를 할 수 있게 하기도 한다.

나. 검사의 주체

1) 행정기관이 직접 검사하거나 기관을 지정해서 검사하게 하는 경우

국민의 생명·신체의 보호, 시설물의 안전 확보를 위해 행정기관이 직접 검사를 실시할 수 있다.

그러나 인력 확보의 어려움이나 전문적 기술의 필요성 때문에 행정기관이 직접 검사를 하지 않고 해당 법률에 따라 설립된 전문기관 등에 검사업무를 위탁하는 경우가 많다. 검사업무를 위탁하는 경우 수탁기관은 대체로 해당 법률에 따라 설립된 특수법인인 경우가 많고, 그 밖에 행정청의 감독 하에 있는 공사·공단 등인 경우도 있다.

[입법례] 검사업무를 공사 또는 공단에 위탁하게 한 사례

광산안전법

제9조(성능검사 등) 광업권자나 조광권자는 대통령령으로 정하는 광업시설의 설치공사 또는 변경공사가 완료된 때와 공사 완료 후 일정한 기간이 지날 때마다 산업통상자원부장관의 검사를 받아야 하고, 검사에 합격하지 아니하면 그 시설을 사용할 수 없다.

제22조의4(권한의 위임·위탁) ① (생략)

- ② 산업통상자원부장관은 제9조에 따른 광업시설의 성능검사 등의 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「한국광해광업공단법」에 따른 한국광해광업공단에 위탁할 수 있다.

검사업무를 위탁하지 않는 경우에는 대부분 해당 검사시설·전문인력을 확보한 전문기관을 지정하여 검사를 할 수 있게 하고 있다. 이 경우 검사기관이 받는 검사료가 소요경비에 충당하기 어려울 정도로 낮으면 국가 또는 지방자치단체가 보조할 수 있는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 검사기관의 지정과 지원을 규정한 사례

어린이놀이시설 안전관리법

제4조(안전검사기관의 지정 등) ① 행정안전부장관은 어린이놀이시설의 안전성을 확보하기 위하여 설치검사·정기시설검사 또는 안전진단을 행하는 기관(이하 “안전검사기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 안전검사기관으로 지정을 받고자 하는 법인 또는 단체(지방자치단체를 포함한다)는 검사장비 및 검사인력 등 대통령령이 정하는 지정요건을 갖추어 행정안전부장관에게 신청하여야 한다.

③ (생략)

- ④ 행정안전부장관은 제1항의 규정에 따라 지정을 받은 안전검사기관에 설치검사업무 등의 수행에 필요한 지원을 할 수 있다.

⑤ (생략)

2) 자체적으로 검사하게 하는 경우

국민의 생명, 신체의 안전 등과 직접적으로 관련되는 중요 검사는 행정청이 하도록 규정하나, 그 밖에 사업장의 기계·기구·설비 등에 대한 검사는 사업자가 자체적으로 실시하도록 하는 것이 일반적이다. 자체검사를 실시하게 하는 규정을 두는 경우 검사의 주체와 검사 시기를 정하고, 전문적인 검사인 경우 일정한 요건을 갖춘 직원이 검사하도록 한다. 사업자가 검사에 관한 전문지식·기술을 갖추지 못한 경우에는 다른 전문검사기관에 검사를 위탁할 수 있게 한다.

[입법례] 자체검사를 규정한 사례

전기용품 및 생활용품 안전관리법

제7조(정기검사와 자체검사 등) ① 안전인증기관은 제5조제1항에 따라 안전인증을 받은 안전인증대상제품이 계속하여 안전성을 유지하고 있는지를 확인하기 위하여 다음 각 호의 사항에 대하여 2년에 1회 대통령령으로 정하는 바에 따라 정기검사를 실시하여야 한다.

1. 안전인증대상제품
2. 제조설비
3. 검사설비
4. 기술능력

② 안전인증을 받은 안전인증대상제품의 제조업자는 안전인증을 받은 후 제조하는 안전인증대상제품에 대하여 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 자체검사를 실시하고, 그 기록을 작성·보관하여야 한다.

다. 검사의 종류 및 주기

검사의 종류로는 정기검사, 수시검사, 임시검사, 정밀검사 등 그 종류가 다양하다. 해당 제도에 적합한 검사의 종류를 정하도록 하며, 검사의 종류에 따른 검사 시기 또는 검사의 주기도 규정한다. 검사의 주기를 하위법령에서 규정하는 경우가 많으나, 이는 일반적으로 유효기간과 유사한 성격을 갖는다고 볼 수 있으므로 법률에서 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 여러 유형의 검사를 규정한 사례

자동차관리법

제43조(자동차검사) ① 자동차 소유자(제1호의 경우에는 신규등록 예정자를 말한다)는 해당 자동차에 대하여 다음 각 호의 구분에 따라 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 실시하는 검사를 받아야 한다.

1. 신규검사: 신규등록을 하려는 경우 실시하는 검사
2. 정기검사: 신규등록 후 일정 기간마다 정기적으로 실시하는 검사
3. 튜닝검사: 제34조에 따라 자동차를 튜닝한 경우에 실시하는 검사
4. 임시검사: 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 자동차 소유자의 신청을 받아 비정기적으로 실시하는 검사
5. 수리검사: 전손 처리 자동차를 수리한 후 운행하려는 경우에 실시하는 검사
- ② ~ ⑦ (생략)

[입법례] 검사 주기를 법률에 규정한 사례

계량에 관한 법률

제30조(정기검사) ① 형식승인을 받은 계량기 중 제24조제1항에 따른 재검정 대상 외에 대통령령으로 정하는 계량기를 사용하는 자는 시·도지사가 2년에 한 번씩 실시하는 정기검사를 받아야 한다.

② ~ ④ (생략)

라. 검사기관 지정·위탁 기준과 절차에 관한 규정

검사기관 지정 제도를 두는 경우에는 검사기관의 지정의 기준과 절차 등에 관한 사항을 규정해야 한다.

검사기관 지정기준은 대통령령 또는 부령에 위임할 수 있다. 지정기준을 위임하는 경우에는 “지정 요건에 관해서는 대통령령(○○부령)으로 정한다.”와 같은 포괄 위임 방식을 피하고 대통령령이나 부령에서 정하려는 기준의 대강을 법률에 명시함으로써 적어도 어떤 유형의 기준을 갖추어야 할지 예측할 수 있도록 위임해야 한다.

[입법례] 검사기관 지정기준을 대통령령으로 위임한 사례

고압가스 안전관리법

제35조(검사기관의 지정) ① 시·도지사는 이 법에 따른 검사의 일부와 안전관리업무를 전문적·효율적으로 수행하게 하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 검사기관을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 지정을 받은 검사기관은 지정받은 사항 중 검사범위의 변경 등 산업통상자원부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려면 변경지정을 받아야 한다.

③ 시·도지사는 제1항에 따라 검사기관을 지정하는 때에는 산업통상자원부령으로 정하는 유효기간을 정하여 지정하여야 하며, 검사기관이 그 유효기간의 만료 전에 재지정을 신청하는 경우에는 제4항에 따른 재지정 기준에 미달하지 아니하는 한 재지정을 하여야 한다.

④ 제1항 또는 제3항에 따른 검사기관의 지정 또는 재지정 기준·방법과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ 시·도지사는 검사기관이 제4항에 따른 기준에 따라 검사업무를 수행하는지를 확인하고 지도·감독할 수 있다.

한편 검사업무의 위탁에 관해서는 수탁기관의 선정기준을 법령에서 정하지 않는 경우가 많으나 국민의 안전과 관련된 검사 권한의 경우에는 그 수탁기관 선정기준을 법령에서 규정하는 것이 바람직하다.

마. 검사기관 지정취소 등 행정제재 규정

검사기관 지정 제도를 규정할 때 검사기관이 법령을 위반한 경우 등에는 지정을 취소할 필요가 있기 때문에 검사기관의 법령 위반 시에 하는 지정취소 등의 행정제재처분의 사유를 법률에 규정해야 한다.³⁸⁷⁾ 검사기관의 지정을 취소하는 경우에는 청문을 거치도록 한다.

[입법례]

소금산업 진흥법

제36조(품질검사기관의 지정취소 등) 해양수산부장관은 품질검사기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 품질검사 업무를 정지하도록 명할 수 있다. 다만, 제1호나 제2호에 해당하면 그 지정을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
2. 업무정지 기간 중에 품질검사 업무를 한 경우
3. 정당한 사유 없이 계속하여 6개월 이상 품질검사 업무를 하지 아니한 경우
4. 제35조제2항에 따른 요건에 적합하지 아니하게 된 경우
5. 제35조제3항 또는 제4항에 따른 품질검사 업무를 하지 아니한 경우
6. 정당한 사유 없이 품질검사를 거부하거나 지연한 경우

제57조(청문) 해양수산부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.

1. · 2. (생략)
3. 제36조에 따른 품질검사기관의 지정취소 또는 검사업무의 정지
4. ~ 6. (생략)

387) 「행정기본법」 제18조 또는 제19조에 해당하면 지정을 취소하거나 철회할 수도 있으나 예측하기 쉽도록 법률에 취소사유를 구체적으로 규정하는 방법이 바람직하다.

바. 검사기관에 대한 감독 등에 관한 규정

자체검사를 실시하도록 하는 규정을 두는 경우에는 자체검사의 기록 등을 일정 기간 보존하도록 하는 등 자체검사의 실효성을 확보할 수 있는 규정을 둔다.

[입법례]

석유 및 석유대체연료 사업법

제25조(품질검사) ① 석유정제업자·석유수출입업자 또는 제10조제1항 단서에 따라 등록된 석유 판매업자는 산업통상자원부령으로 정하는 석유제품을 판매하거나 인도하려는 경우에는 제25조의 2에 따라 설립된 한국석유관리원(이하 “한국석유관리원”이라 한다) 또는 산업통상자원부장관이 지정하는 기관(이하 “품질검사기관”이라 한다)의 검사를 받아야 한다. 다만, 검사시설과 검사 인력을 갖춘 석유정제업자 또는 석유수출입업자로서 산업통상자원부장관의 승인을 받은 자(이하 “자체검사자”라 한다)는 자체검사로 이를 대체할 수 있다.

② (생략)

③ 제1항 및 제2항에 따른 품질검사 및 자체검사의 방법·절차와 그 밖에 필요한 사항은 산업통상자원부령으로 정한다.

④ (생략)

⑤ 제1항 단서에 따라 자체검사자로 승인받으려는 자는 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 산업통상자원부장관에게 승인 신청을 하여야 한다.

1. 산업통상자원부령으로 정하는 검사인력과 검사시설을 확보할 것

2. 승인 신청일 전 2년 이내에 제28조제2항에 따라 자체검사자의 승인이 취소된 자가 아닐 것

⑥ 한국석유관리원, 품질검사기관 및 자체검사자는 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 검사기록을 작성·보관하여야 하며, 산업통상자원부장관에게 검사실적을 보고하여야 한다.

제28조(품질검사기관의 지정취소 등) ① (생략)

② 산업통상자원부장관은 자체검사자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 승인을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 자체검사업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 그 승인을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 자체검사의 승인을 받은 경우

2. 석유제품의 품질을 고의로 왜곡하여 판정한 경우

3. 제25조제3항에 따른 자체검사의 방법 및 절차를 위반한 경우

4. 제25조제5항 각 호에 따른 승인 요건에 맞지 아니하게 된 경우

5. 제25조제6항에 따른 검사기록을 작성·보관하지 아니하거나 거짓으로 작성·보관한 경우 또는 검사실적을 보고하지 아니하거나 거짓으로 보고한 경우

③ 제1항 및 제2항에 따른 지정 및 승인의 취소와 검사업무정지의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 산업통상자원부령으로 정한다.

검사업무를 수행하는 기관을 감독하는 데에 필요한 경우 검사기관에 대한 출입검사 또는 보고의 요구에 관한 규정을 둔다.

검사업무를 위탁받은 기관이나 지정검사기관의 검사업무는 공무원로서의 성질이 있으므로 적법하고 공정한 업무 수행이 요청되므로, 그 임직원이 업무의 수행과 관련하여 금품수수 등 부정한 행위를 할 경우에는 이들을 공무원으로 간주하여 형사처벌하는 규정을 둘 필요가 있다.³⁸⁸⁾

[입법례]

건설기계관리법

제14조(검사대행 등) ① 국토교통부장관은 필요하다고 인정하면 건설기계의 검사에 관한 시설 및 기술능력을 갖춘 자를 지정하여 제13조에 따른 검사의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 검사대행자와 그 검사업무를 직접 담당하는 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

⑦ ~ ⑫ (생략)

제35조(보고·검사 등) ① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 그 시설 또는 업무에 관한 보고를 하게 하거나, 소속 공무원으로 하여금 사업장·건설현장·사무소 또는 건설기계 등에 출입하여 장부, 서류, 건설기계, 그 밖의 물건을 검사하게 하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.

1. 건설기계의 소유자
2. 건설기계 등록번호표의 제작과 등록번호 새김을 하는 자
3. 검사대행자
4. 건설기계의 제작등을 한 자
5. 6. (생략)
- ② ~ ④ (생략)

388) 이에 관한 자세한 내용은 제3장 보칙 규정의 3. 출입검사와 질문, 15. 벌칙 적용 시의 공무원 의제에 관한 부분 참조

사. 검사와 유사한 제도(인증, 검정, 인정)

1) 인증(認證)

가) 개관

인증이란 공적 기관에서 특정 물품이나 서비스 또는 공정 등을 심사한 후 일정한 기준에 부합할 경우 이를 공식적으로 인정하여 증명하는 것을 의미한다. 검사가 기준에 맞는지를 검사하는 행위 자체에 중점을 둔다면, 인증은 기준에 맞는지를 심사하여 이를 공식적으로 증명하고 표시하는 제도까지를 주된 개념적 징표로 한다고 할 수 있다.

이러한 인증은 행위 자체를 금지하고 일정한 기준에 맞으면 허가하는 등의 전통적인 인허가 제도와 달리, 인증 및 인증의 표시를 통해 특정 기준에 부합한다는 정보를 국민에게 제공하고 국민의 선택권을 강화하는 새로운 행위 형식으로, 안전·품질·환경 등 다양한 분야의 법제도에서 계속적으로 그 비중이 증가하고 있다.

나) 인증의 유형 및 효과

인증의 유형은 다양하게 분류될 수 있으나, 법적 효과와 관련해서는 법에서 인증이 강제되고 있는 의무적 인증과 인증이 강제되지 않는 임의적 인증으로 분류할 수 있다. 의무적 인증이란 인증을 받지 않은 제품이나 서비스는 출시나 판매 등이 금지되는 것으로, 해당 인증기준을 충족하여 인증을 받지 않으면 판매 등이 금지되고 이를 위반하는 경우 행정제재나 형벌이 부과된다는 점에서 사실상 ‘허가’의 성격을 갖는다고 할 수 있다. 이러한 인증의 예로는 「전기용품 및 생활용품 안전관리법」 제5조에 따른 안전인증, 「산업안전보건법」 제84조제1항에 따른 안전인증 등이 있다.

임의적 인증은 법령상 강제되지 않는 인증으로, 「녹색건축물 조성 지원법」에 따른 녹색건축의 인증(제16조), 「친환경농어업 육성 및 유기식품 등의 관리·지원에 관한 법률」에 따른 유기식품등의 인증(제19조) 등이 이에 해당된다. 임의적 인증은 인증을 법적으로 강제하지는 않으나 일정한 기준에 부합함을 공식적으로 증명하는 인증의 본래적 효과가 있고, 인증을 받은 자에 대해 조세나 부담금·사용료 등을 감면하거나(「해운법」 제47조의7 및 같은 법 시행령 제23조의5 등) 공공기관 우선구매의 대상(「산업기술혁신 촉진법」

제17조 등)이 될 수 있도록 하는 등 다양한 행정적·재정적 혜택을 부여하는 경우가 있다.

의무적 인증과 임의적 인증은 공적 기관이 일정한 기준을 갖추었음을 공적으로 증명해주는 효과가 있다는 점에서 다르지 않다. 인증을 받은 자에게 인증의 표시를 할 수 있는 권리를 부여하며, 그 권리 보호 및 인증의 실효성 확보를 위해 대부분 인증을 받지 않은 자가 해당 인증의 표시 또는 유사 표시를 하는 경우 형벌의 대상이 되도록 하고 있다.

다) 인증 관련 법령 규정

인증제도와 관련하여 법령에 규정되는 사항은 주로 인증의 기준 및 심사에 관한 규정, 인증의 의무(의무적 인증의 경우), 그 밖의 인증 효과로서의 법적 의무의 면제, 부담금·사용료 등의 감면, 공공기관 우선구매 등 혜택에 관한 규정, 인증의 유효기간, 재인증, 정기조사, 인증의 취소 등 인증의 사후관리에 관한 규정, 인증의 표시에 관한 규정, 인증기관의 지정·지정취소 또는 인증업무 위탁에 관한 규정, 인증기관의 감독에 관한 규정 및 인증 관련 벌칙조항(인증 의무 위반, 유사표시 등) 등이 있다.

이러한 규정들은 대부분 인증의 법적 효과 또는 권리·의무에 관한 사항이므로 중요 사항은 법률에서 규정해야 하며, 구체적인 인증의 기준이나 절차 등 내용을 하위법령으로 위임할 때에도 위임 근거를 법률에 구체적으로 명시해야 할 것이다. 특히, 의무적 인증에는 허가에 준하여 임의적 인증보다 엄격한 기준을 적용해야 한다.

또한 인증은 일정 기준에 적합한지를 공적으로 심사한다는 점에서 검사와 그 성격이 같으므로 인증기관의 지정 또는 위탁이나, 지정의 취소, 인증기관 감독 등에 관해서는 앞에 기술한 검사 부분의 검사기관에 관한 기준을 적용할 수 있을 것이다.

일부 입법례에서는 법률에서 인증제도를 실시할 수 있다는 근거만 남기고 인증제도의 전반적인 사항을 포괄적으로 하위법령으로 위임하는 경우³⁸⁹⁾도 있으나, 인증제도의 법적 효과 및 실효성 확보 차원에서 바람직하다고 볼 수 없다.

389) 「자동차관리법」 제34조의2의 자동차 튜닝용 부품 인증제, 「환경친화적 선박의 개발 및 보급 촉진에 관한 법률」 제6조의 환경친화적 선박 및 기자재 인증제 등

[입법례]

동물보호법

제29조(동물복지축산농장의 인증) ① 농림축산식품부장관은 동물복지 증진에 이바지하기 위하여 「축산물위생관리법」 제2조 제1호에 따른 가축으로서 농림축산식품부령으로 정하는 동물이 본래의 습성 등을 유지하면서 정상적으로 살 수 있도록 관리하는 축산농장을 동물복지축산농장으로 인증할 수 있다.

② 제1항에 따라 인증을 받으려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관에게 신청하여야 한다.

③ 농림축산식품부장관은 동물복지축산농장으로 인증된 축산농장에 대하여 다음 각 호의 지원을 할 수 있다.

1. 동물의 보호 및 복지 증진을 위하여 축사시설 개선에 필요한 비용
2. 동물복지축산농장의 환경개선 및 경영에 관한 지도·상담 및 교육

④ 농림축산식품부장관은 동물복지축산농장으로 인증을 받은 자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인증을 받은 경우 그 인증을 취소하여야 하고, 제7항에 따른 인증기준에 맞지 아니하게 된 경우 그 인증을 취소할 수 있다.

⑤ 제4항에 따라 인증이 취소된 자(법인인 경우에는 그 대표자를 포함한다)는 그 인증이 취소된 날부터 1년 이내에는 제1항에 따른 동물복지축산농장 인증을 신청할 수 없다.

⑥ 농림축산식품부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장, 「축산자조금의 조성 및 운용에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 축산단체, 제4조 제4항에 따른 민간단체는 동물복지축산농장의 운영사례를 교육·홍보에 적극 활용하여야 한다.

⑦ 제1항부터 제6항까지에서 규정한 사항 외에 동물복지축산농장의 인증 기준·절차 및 인증농장의 표시 등에 관한 사항은 농림축산식품부령으로 정한다.

제30조(부정행위의 금지) 누구든지 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 동물복지축산농장 인증을 받은 행위
2. 제29조에 따른 인증을 받지 아니한 축산농장을 동물복지축산농장으로 표시하는 행위

제46조(벌칙) ① (생 략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 1의4. (생 략)
2. 제30조 제1호를 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 동물복지축산농장 인증을 받은 자
3. 제30조 제2호를 위반하여 인증을 받지 아니한 농장을 동물복지축산농장으로 표시한 자

소프트웨어 진흥법

제20조(소프트웨어 품질인증 등) ① 과학기술정보통신부장관은 소프트웨어의 품질 확보 및 유통 촉진을 위하여 소프트웨어 품질인증을 할 수 있다.

② 과학기술정보통신부장관은 소프트웨어 품질인증을 하기 위하여 대통령령으로 정하는 지정 요건을 충족하는 기관을 인증기관으로 지정하여 업무를 위탁할 수 있으며, 예산의 범위에서 그 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

③ ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 소프트웨어 품질인증의 절차 등 소프트웨어 품질인증에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2) 검정(檢定)

검사 제도와 유사한 것으로서 검정 제도가 있다. 현행법에서는 검사와 혼용되어 사용되고 있는 경우가 많으나, 국어능력의 검정(「국어기본법」 제23조), 한국사능력의 검정(「사료의 수집·편찬 및 한국사의 보급 등에 관한 법률」 제18조), 교과용도서 검정(「교과용도서에 관한 규정」 제6조), 국가기술자격 검정(「국가기술자격법」 제10조)처럼 시설물이나 기기의 성능이 아닌 인적인 능력이나 인문적인 사항을 확인하는 경우에는 검정이라고 표현하는 경우가 많다.³⁹⁰⁾ 그 규정 방식에서는 검사 제도와 별 차이가 없다.

[입법례] 검정을 검사의 의미로 규정한 사례

기상관측표준화법

제13조(기상측기의 검정 등) ① 기상측기의 제작·수입 또는 설치(이하 “제작등”이라 한다)를 업(業)으로 하는 자는 형식승인을 받은 기상측기(제12조의2제1항 단서에 따라 형식승인 대상에 해당하지 아니하거나 변경승인을 받은 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 관측기관의 관측 용도로 제공하려면 형식승인한 내용대로 구조·규격 및 성능 등이 유지되는지 여부에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 기상청장의 검정(檢定)을 받아야 한다. 다만, 「국가

390) 「농수산물 품질관리법」에서는 농수산물에 대한 검사 제도(제79조)와 농수산물의 거래 및 수출·수입을 원활하기 위한 검정 제도(제98조)를 모두 두고 있는 경우도 있다.

표준기본법」이나 그 밖에 다른 법령에 따른 검정·교정을 받은 기상측기 등 대통령령으로 정하는 기상측기에 대하여는 검정을 면제한다.

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 검정을 인적 능력의 확인의 의미로 규정한 사례

국가기술자격법

제10조(국가기술자격의 취득 등) ① 국가기술자격을 취득하려는 사람은 해당 국가기술자격에 관한 사항을 관장하는 중앙행정기관의 장(이하 “주무부장관”이라 한다)이 시행하는 국가기술자격 검정에 합격하거나 정책심의회의 심의를 거쳐 주무부장관이 다음 각 호의 기관 중에서 지정하는 교육·훈련과정을 이수하고 대통령령으로 정하는 합격기준을 충족하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따른 자격으로서 이 법에 따른 국가기술자격에 상당하다고 고용노동부령으로 정하는 자격을 취득한 사람은 이 법에 따른 국가기술자격을 취득한 사람으로 본다.

1. 「초·중등교육법」 제2조제3호에 따른 고등학교·고등기술학교 및 이에 준하는 각종학교
2. 「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교
3. 「근로자직업능력 개발법」 제2조제3호에 따른 직업능력개발훈련시설
4. 「근로자직업능력 개발법」 제24조제1항에 따라 고용노동부장관으로부터 인정을 받은 시설 또는 기관
5. 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조의2제1항제2호에 따른 평생직업교육 학원
6. 「평생교육법」 제2조제2호에 따른 평생교육기관

② ~ ⑥ (생략)

02
실
체
규
정

3) 인정(認定)

검사·인증 제도와 유사한 또 다른 제도로서 인정을 들 수 있다.

인정에 관한 입법례를 살펴보면, 성능인정, 공로의 인정, 실무경력의 인정 등 국가 등이 특정한 사실관계 등을 공적으로 확인하는 경우에 다양하게 활용되고 있으므로 검사·인증 등 그 실질적 성격에 맞게 해당 기준을 적용할 필요가 있다.

[입법례]

고용보험법

제43조(수급자격의 인정) ① 구직급여를 지급받으려는 사람은 직업안정기관의 장에게 제40조제1항 제1호부터 제3호까지·제5호 및 제6호에 따른 구직급여의 수급 요건을 갖추었다는 사실(이하 “수급자격”이라 한다)을 인정하여 줄 것을 신청하여야 한다.

② 직업안정기관의 장은 제1항에 따른 수급자격의 인정신청을 받으면 그 신청인에 대한 수급 자격의 인정 여부를 결정하고, 대통령령으로 정하는 바에 따라 신청인에게 그 결과를 알려야 한다.

③ ~ ⑤ (생략)

23. 위원회

가. 위원회의 의의와 종류

위원회는 의사결정 과정에 여러 사람이 참여하여 표결의 방법에 따라 하나의 의사를 결정하는 합의제 기관을 말한다. 위원회는 행정의 민주성·공정성의 확보, 전문지식의 도입, 이해의 조정이나 관계 행정기관 간의 의사의 종합·협의·조정 등을 위해 설치된다.

위원회의 명칭에는 위원회 외에 심의회, 심의위원회, 조정위원회, 협의회 등 다양한 표현이 사용되므로, 위원회의 성격과 기능은 그 명칭에 의해 파악할 것이 아니라 그 위원회가 하는 행정작용이나 소관 사무, 행정조직상의 지위 또는 관련되는 행정기관과의 관계 등을 고려하여 파악해야 한다.

「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제5조³⁹¹⁾에서는 위원회를 「정부조직법」

391) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」

제5조(위원회의 설치요건) ① 「정부조직법」 제5조에 따라 합의제행정기관(이하 “행정위원회”라 한다)을 설치할 경우에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 업무의 내용이 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것
2. 업무의 성질상 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것
3. 기존 행정기관의 업무와 중복되지 아니하고 독자성이 있을 것
4. 업무가 계속성·상시성이 있을 것

제5조에 따라 설치된 합의제행정기관인 위원회³⁹²⁾와 합의제행정기관이 아닌 위원회로 구분하고 있다.

[입법례] 합의제행정기관인 위원회

독점규제 및 공정거래에 관한 법률
제54조(공정거래위원회의 설치) ① 이 법에 따른 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속으로 공정거래위원회를 둔다. ② 공정거래위원회는 「정부조직법」 제2조제2항에 따른 중앙행정기관으로서 소관 사무를 수행한다.

또한, 합의제행정기관이 아닌 위원회는 「국가공무원법」에 따른 공무원징계위원회, 「광업법」에 따른 광업조정위원회와 같이 의결에 구속력이 인정되는 위원회와 행정기관의 의사결정에 도움을 주기 위해 심의, 자문, 조정 등의 기능을 수행할 뿐 의결에 구속력은 인정되지 않는 자문기관 성격의 위원회로 구분할 수 있다.

[입법례] 의결에 구속력이 인정되는 위원회

국가공무원법
제78조(징계 사유) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다. 1. ~ 3. (생략) ② ~ ④ (생략)
제81조(징계위원회의 설치) ① 공무원의 징계처분등을 의결하게 하기 위하여 대통령령등으로 정하는 기관에 징계위원회를 둔다. ② 징계위원회의 종류·구성·권한·심의절차 및 징계 대상자의 진술권에 필요한 사항은 대통령령등으로 정한다. ③ (생략)

② 행정위원회를 제외한 위원회(이하 “자문위원회등”이라 한다)는 제1항제1호 및 제2호의 요건을 갖추어야 한다.

392) 「정부조직법」

제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

[입법례] 의결에 구속력이 인정되지 않는 위원회(자문기관 성격의 위원회)

동물보호법

제5조(동물복지위원회) ① 농림축산식품부장관의 다음 각 호의 자문에 응하도록 하기 위하여 농림축산식품부에 동물복지위원회를 둔다.

1. 제4조에 따른 종합계획의 수립·시행에 관한 사항
2. 제28조에 따른 동물실험윤리위원회의 구성 등에 대한 지도·감독에 관한 사항
3. 제29조에 따른 동물복지축산농장의 인증과 동물복지축산정책에 관한 사항
4. 그 밖에 동물의 확대방지·구조 및 보호 등 동물복지에 관한 사항

② ~ ④ (생략)

의결에 구속력이 인정되는 위원회는 해당 행정기관의 의사를 결정할 수 있다는 점에서는 합의제행정기관인 위원회와 유사하나, 결정된 의사를 대외적으로 표시할 권한이 없는 점에서 합의제행정기관인 위원회와 구별된다. 또한, 의결에 구속력이 인정되는 위원회는 관계 행정청이 그 의결 내용에 구속된다는 점에서 자문기관의 성격을 갖는 위원회와 구별된다.

나. 위원회의 성격에 따른 입법 방식

위원회에 관한 입법을 하는 경우에는 먼저, 설치하려는 위원회가 합의제행정기관인 위원회인지 아닌지, 아니라면 의결에 구속력이 인정되는 위원회인지 자문기관 성격의 위원회인지 그 법적 성격을 분명히 하고, 법적 근거와 권한 및 책임의 한계를 명확히 해야 한다. 위원회의 성격과 기능이 정해지면 그 다음에 그 성격과 기능에 적합하게 위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 정한다.

합의제행정기관인 위원회는 국가의 의사를 결정하고 대외적으로 이를 표시하는 권한이 있는 관계로 법률에 그 설치 근거를 두어야 한다. 「정부조직법」 제5조에서도 합의제행정기관은 법률로 설치하도록 명시하고 있다. 행정 각 부의 설치·조직과 직무 범위를 법률로 정하는 것에 준하여 합의제행정기관인 위원회의 소관 사무, 위원회의 구성·운영에 관한 기본적인 사항도 법률로 정하도록 한다.

의결에 구속력이 인정되는 위원회의 경우 그 의결이 관계 행정기관을 구속한다는 특징이 있으므로 법률에 설치 근거를 두며, 위원회의 공정성과 중립성이 보장될 수 있도록 위원회의

기능과 구성·운영에 관한 기본적인 사항도 반드시 법률에 규정하도록 한다.

자문기관 성격의 위원회는 그 결정이 바로 국가의 의사로 되는 것이 아니고, 관계 행정 기관이 그 결정에 구속되지 않으므로 굳이 법률로 설치하지 않아도 된다. 자문기관 성격 위원회의 설치 근거를 대통령령, 총리령·부령 중 어느 법 형식에 의할 것인지는 그 위원회의 성격과 기능에 따라 판단할 사항으로, 위원회의 기능이 하나의 부처에 한정되어 소관 부처의 장의 고유한 권한에 관한 사항인 경우에는 총리령·부령으로 위원회를 설치할 수 있다.

[입법례] 부령으로 위원회를 설치한 사례

농림어업총조사 규칙

제16조(자문위원회) ① 다음 각 호의 사항에 관한 통계청장의 자문에 응하게 하기 위하여 통계청에 관계 전문가 등으로 구성된 자문위원회를 둘 수 있다.

1. 제4조에 따른 조사사항의 변경 등에 관한 사항
2. 제6조에 따른 조사단위 및 조사방법의 변경 등에 관한 사항
3. 제7조에 따른 조사표의 설계 및 작성에 관한 사항

② 제1항에 따른 자문위원회의 구성과 운영 등에 관한 사항은 통계청장이 정한다.

그러나 위원회에 전담인력이 배치되고 외부 공무원이 파견되는 등 공식적인 행정기관으로서의 성격을 갖거나³⁹³⁾ 위원회의 기능이 관계 부처와의 협의·조정 등 여러 부처와 관련되어 있고, 그 구성원도 여러 부처의 관계 공무원으로 구성되는 경우에는 법령별 소관 원칙에 따라 대통령령에 설치 근거를 두도록 한다.

[입법례] 대통령령으로 위원회를 설치한 사례

4차산업혁명위원회의 설치 및 운영에 관한 규정

제2조(설치 및 기능) ① 초연결·초지능 기반의 4차 산업혁명 도래에 따른 과학기술·인공지능 및 데이터 기술 등의 기반을 확보하고, 신산업·신서비스 육성 및 사회변화 대응에 필요한 주요 정책 등에 관한 사항을 효율적으로 심의·조정하기 위하여 대통령 소속으로 4차산업혁명 위원회를 둔다.

② 제1항에 따른 4차산업혁명위원회(이하 “위원회”라 한다)는 다음 각 호의 사항을 심의·조정한다.

393) 「정부조직법」 제4조에서는 행정기관이 그 소관사무의 범위에서 필요한 때에 자문기관 등 부속기관을 설치하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 두도록 규정하고 있다.

1. 4차 산업혁명에 대한 종합적인 국가전략 수립에 관한 사항

2. ~ 18. (생략)

제3조(위원회의 구성) ① 위원회는 위원장 2명을 포함하여 40명 이내의 위원으로 성별을 고려하여 구성한다.

② 위원장은 국무총리와 제3항제3호에 해당하는 사람 중 대통령이 위촉하는 사람이 된다.

③ 위원회의 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 기획재정부장관, 교육부장관, 과학기술정보통신부장관, 행정안전부장관, 산업통상자원부장관, 보건복지부장관, 고용노동부장관, 국토교통부장관, 중소벤처기업부장관, 국무조정실장, 금융위원회 위원장 및 개인정보보호위원회 위원장

2. 대통령비서실의 과학기술에 관한 업무를 담당하는 보좌관

3. 4차 산업혁명 관련 기술·경제·사회 등의 분야에 전문적 지식이나 경험이 풍부한 사람으로서 대통령이 위촉하는 사람

④ (생략)

자문기관 성격의 위원회라 하더라도 국민의 권리·의무와 관련되는 중요한 정책을 심의하는 등 해당 위원회의 중요성이 높은 경우에는 법률에 설치 근거를 두기도 한다. 이러한 경우에는 법률에는 그 설치 근거 및 기능, 구성·운영에 관한 원칙적 규정만을 두고 나머지는 하위법령에 위임하는 방식을 취한다.

다. 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」과의 정합성

「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」(이하 “행정기관위원회법”이라 한다)이 제정(법률 제9304호로 2008. 12. 31. 제정, 2009. 4. 1. 시행)됨에 따라 행정기관위원회법의 적용 대상³⁹⁴⁾이 되는 행정기관 소속 위원회의 설치·운영 등에 관한 법률을 제정·개정하는 경우에는 행정기관위원회법의 목적과 기본원칙에 맞도록 해야 하며,³⁹⁵⁾ 같은 법

394) 행정기관위원회법

제3조(적용범위) ① 이 법은 다음 각 호의 행정기관 소속 위원회에 대하여 적용한다.

1. 대통령과 그 소속 기관

2. 국무총리와 그 소속 기관

3. 「정부조직법」 제2조제2항에 따른 중앙행정기관과 그 소속 기관

② 제1항에도 불구하고 「헌법」에 따라 설치되는 위원회 및 「정부조직법」 제2조제2항에 따라 다른 법률에 의하여 중앙행정기관으로 설치되는 위원회에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 중앙행정기관으로 설치되는 위원회 내에 위원회를 설치·운영하는 경우에는 그러하지 아니하다.

395) 행정기관위원회법

제5조에 따른 설치요건에 맞는지 확인해야 한다. 행정기관위원회법을 적용받는 위원회의 경우에는 개별 근거 법령에서 행정기관위원회법에 규정된 사항과 중복되는 내용을 별도로 규정할 필요는 없다.

행정기관 소속 위원회를 설치할 때에는 i) 설치목적, 소속, 기능 및 성격, ii) 위원의 구성 및 임기, iii) 존속기한(존속기한이 있는 경우), iv) 위원의 결격사유, 제척·기피·회피(국민의 권리·의무와 관련되는 인허가, 분쟁 조정 등 특히 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 경우에만 규정), v) 회의의 소집 시기, 의사정족수 및 의결정족수, vi) 위원장의 권한 및 위원장이 위원회에 참석할 수 없는 경우의 업무 대행자, vii) 분과위원회를 둘 경우 그 구성 및 운영에 관한 사항, viii) 그 밖에 심의 또는 심의·의결 등의 기한, 이의신청 절차 등 공정하고 효율적인 위원회 운영을 위해 필요한 사항을 법령에 명시해야 한다.³⁹⁶⁾ 국민의 권리·의무와 관련되는 인·허가, 분쟁 조정 등 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 위원회를 설치하는 경우에는 공무원이 아닌 위원(분과위원회 등의 위원을 포함한다)에 대한 벌칙 적용에서 공무원 의제에 관한 사항을 법률에 명시하도록 한다.³⁹⁷⁾

또한, 위원회가 공정하고 객관적으로 운영될 수 있도록 하기 위해 업무 관련 비위(非違)가 있는 등 위원의 직을 유지하는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 위원에 대한 면직 또는 해촉 기준을 규정할 필요가 있다.³⁹⁸⁾

라. 위원회의 규정 방식

일반적으로 위원회에 관한 규정은 위원회의 설치·소속·기능을 먼저 규정하고 위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 순차적으로 규정한다. 위원회의 구성과 관련해서는 위원의 수·자격·선임방법, 위원의 임기, 위원의 신분보장·해촉, 위원의 제척·기피·회피, 결격사유, 위원장의 직무와 그 대행, 존속기한 등의 순으로 규정한다. 위원회의 운영과 관련한 사항은 회의의 소집, 의사정족수 및 의결정족수, 간사 또는 사무기구 등의 순서로 규정한다. 필요한 경우 분과위원회 또는 소위원회 규정, 실무위원회 규정, 전문위원 규정,

제4조(다른 법률과의 관계) 위원회의 설치·운영 등에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 기본원칙에 맞도록 하여야 한다.

396) 행정기관위원회법 제6조제2항 및 같은 법 시행령 제2조제2항

397) 행정기관위원회법 제6조제3항

398) 행정기관위원회법 제6조제4항

관계 기관 등에의 협조요청 규정, 이해관계인의 의견수렴을 위한 공청회 등의 개최 규정, 수당 규정, 운영세칙 규정 등을 둔다.

1) 위원회의 설치

가) 위원회의 설치 근거 규정

위원회의 설치 근거 규정은 일반적으로 “...을 하기 위하여 ○○ 소속으로 △△위원회를 둔다”와 같이 그 기능과 소속을 명시하는 표현을 사용한다. 행정기관위원회법 제6조제2항 및 같은 법 시행령 제2조제2항제1호에서는 위원회 소속을 법령에 명시하도록 규정하고 있다. 해당 규정은 행정기관의 부속기관인 각 위원회가 행정기관위원회법 제3조제1항 각 호의 행정기관 중 구체적으로 어떠한 행정기관 소속인지를 명확히 하여 위원회 운영을 투명하고 효율적으로 하려는 취지로서, 단순히 위원장이 누군지에 따라 위원회 소속을 정해야 하는 것은 아니며 위원회의 설치 목적과 기능·성격 등을 종합적으로 고려해 정해야 한다.

“○○ 소속으로”라는 표현 대신 “○○부에 △△위원회를 둔다”라고 표현하기도 하고, 「국가인권위원회법」과 같이 해당 위원회의 소속을 밝히지 않고 바로 “국가인권위원회를 둔다”라고 표현하는 경우도 있는데, 이는 위원회의 독립적인 기능을 강조하기 위한 것으로 예외적인 경우에 해당한다.

[입법례] 위원회 설치 근거 규정의 표현 방식

금융위원회의 설치 등에 관한 법률

제3조(금융위원회의 설치 및 지위) ① 금융정책, 외국환업무취급기관의 건전성 감독 및 금융감독에 관한 업무를 수행하게 하기 위하여 국무총리 소속으로 금융위원회를 둔다.
② 금융위원회는 「정부조직법」 제2조에 따라 설치된 중앙행정기관으로서 그 권한에 속하는 사무를 독립적으로 수행한다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률

제49조(설치) 토지등의 수용과 사용에 관한 재결을 하기 위하여 국토교통부에 중앙토지수용위원회를 두고, 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)에 지방토지수용위원회를 둔다.

국가인권위원회법

제3조(국가인권위원회의 설립과 독립성) ① 이 법에서 정하는 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하기 위하여 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.
② 위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

합의제행정기관인 위원회는 직접 정책을 결정·집행하는 점에 유의하여 그 기능을 단순히 “위원회의 기능”으로 규정할 것이 아니라, “위원회의 소관 사무” 또는 “업무”로 규정하도록 한다. 위원회의 업무 범위를 규정하는 경우에는 업무의 내용과 한계를 명확히 규정하여 다른 기관의 업무와 중복되지 않도록 한다.

[입법례] 합의제행정기관의 소관 사무를 규정한 사례

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제55조(공정거래위원회의 소관 사무) 공정거래위원회의 소관 사무는 다음 각 호와 같다.
1. 시장지배적지위의 남용행위 규제에 관한 사항
2. 기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제에 관한 사항
3. ~ 6. (생략)

의결에 구속력이 인정되는 위원회의 기능을 표현할 때에는 “...을 심의·의결하기 위하여 ○○ 소속으로(또는 ○○부에) △△위원회를 둔다”라는 표현을 사용하되, 그 의결이 관계 행정기관을 구속함을 명시하도록 한다.

[입법례] 위원회의 의결에 구속됨을 명시한 사례

공인노무사법

제20조(징계) ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공인노무사징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.
1. 제6조를 위반하여 2개 이상의 사무소를 설치·운영한 경우
2. ~ 15. (생략)
② ~ ⑦ (생략)

제20조의2(공인노무사징계위원회) ① 공인노무사에 대한 징계를 심의·의결하기 위하여 고용노동부에 공인노무사징계위원회를 둔다.

② (생략)

자문기관 성격의 위원회에는 순수한 자문기관 외에 심의기관, 협의기관, 조정기관 등 다양한 형태가 있으므로 그 기능을 명확히 나타내도록 한다. 순수한 자문기관의 경우에는 “...에 관한 ○○의 자문에 응하게 하기 위하여”라는 표현을, 심의기관·협의기관·조정기관 등의 경우에는 “...에 관한 사항을 심의하기 위하여”, “...에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여” 등의 표현을 사용한다.³⁹⁹⁾

[입법례]

산업융합 촉진법

제8조(산업융합 규제특례심의위원회) ① 제10조의3에 따른 실증을 위한 규제특례 및 제10조의6에 따른 임시허가에 관한 사항 등 산업융합 관련 정책을 심의·조정하기 위하여 산업통상자원부장관 소속으로 산업융합 규제특례심의위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 둔다.

② ~ ⑪ (생략)

위원회 설치를 주목적으로 법령을 제정하는 경우 위원회의 설치 목적에 관한 사항과 위원회의 소속에 관한 사항을 목적 규정으로 통합하여 규정한 입법례⁴⁰⁰⁾도 있고, 목적 규정과 설치 규정으로 각각 나누어 규정한 입법례도 있다. 본래 목적 규정은 그 법령이 달성하려는 입법의 목적과 취지를 밝히는 규정으로서 그 법령을 입법하려는 목적을 간결하고 명확하게 표현해야 하며, “~~을 목적으로 한다”라는 규정 방식을 고려할 때, 목적 규정과 설치 규정을 분리하여 목적 규정에서는 위원회의 설치·운영을 통해 달성하려는 입법 목적을 종합적으로 표현하는 내용을 규정하고, 설치 규정에서 “~~을 하기 위하여 ○○ 소속으로 △△위원회를 둔다”라고 규정하는 것이 바람직하다.

399) 자문위원회 중 특히 심의기관, 조정기관 등의 경우에는 위원회의 위상을 높이기 위해 위원회의 기능을 “...사항을 심의한다.”라고 하지 않고 “심의·의결한다”거나 “심사·의결한다”는 식으로 “의결”이라는 용어를 표현하려고 하는 경우가 적지 않으나, 어떤 종류의 위원회든지 의결행위는 필요하므로 이 경우의 “의결”은 모든 위원회의 속성일 뿐이다. 위원회의 법적 성격은 그 설치 법령 전체를 평가하여 결정되는 것이며, 설치 근거 규정에서 “의결”이라는 용어를 사용하고 있다고 하여 해당 위원회가 법적인 구속력이 있는 의결기관이라고 볼 수는 없다 (법제처 2011. 3. 24. 11-0070 해석례).

400) 「통상조약 국내대책위원회 규정」, 「중장기전략위원회 규정」 등

[입법례] 목적 규정과 설치 규정을 분리해 규정한 사례

4차산업혁명위원회의 설치 및 운영에 관한 규정

제1조(목적) 이 영은 4차 산업혁명의 총체적 변화 과정을 국가적인 방향전환의 계기로 삼아, 경제 성장과 사회문제해결을 함께 추구하는 포용적 성장으로 일자리를 창출하고 국가 경쟁력을 확보하며 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 4차산업혁명위원회를 설치하고, 그 구성 및 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(설치 및 기능) ① 초연결·초지능 기반의 4차 산업혁명 도래에 따른 과학기술·인공지능 및 데이터 기술 등의 기반을 확보하고, 신산업·신서비스 육성 및 사회변화 대응에 필요한 주요 정책 등에 관한 사항을 효율적으로 심의·조정하기 위하여 대통령 소속으로 4차산업혁명 위원회를 둔다.

② (생략)

02
실
체
규
정

나) 위원회의 통합·운영에 관한 규정

행정기관의 장은 그 기관 또는 관련 기관에 설치되어 있는 위원회와 성격과 기능이 중복 되는 위원회를 설치·운영해서는 안 된다(행정기관위원회법 제7조).

「지방자치법」에서도 자문기관은 조례로 정하는 바에 따라 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영할 수 있도록 규정하고 있다(「지방자치법」 제130조제4항). 이는 하나의 지방자치단체에 유사한 성격의 위원회가 난립하는 것을 막기 위한 것이다. 다만, 이 규정은 조례로 설치된 자문기관에 한정하여 적용될 뿐 법령에 의해 설치된 자문기관에도 적용되는 규정이 아니라는 점을 유의해야 한다.⁴⁰¹⁾ 지방자치단체의 경우 법령에 따라 설치 되는 위원회를 성격이 유사한 다른 위원회와 통합하여 운영할 수 있도록 하기 위해서는 해당 법령에 위원회의 통합·운영에 관한 명시적인 근거를 두어야 한다. 이 경우 다른 위원회 기능을 대신하는 위원회에 그 위원회 운영에 관한 규정이 적용되는지, 아니면 원래 기능을 가지는 위원회에 적용되는 규정이 적용되는지 의문이 있을 수 있으므로⁴⁰²⁾⁴⁰³⁾ 다른 위원회

401) 법령에서 자문기관의 명칭, 기능, 운영방법 등 세부적인 내용을 정하고 있는 지방자치단체의 자문기관 간에는 그 성격과 기능이 유사하다고 하여 지방자치단체의 조례로 각각의 기능을 포함하여 운영할 수 없다(법제처 2010. 2. 1. 09-0395 해석례).

402) 지방자치단체의 위원회가 다른 위원회의 기능을 대신 수행한다는 이유로 그 다른 위원회의 구성·운영 방법을 따라야 한다면, 이는 실질적으로는 해당 위원회를 그 기능을 대신 수행하는 다른 위원회로서 새로이 구성·운영하도록 강제하는 것이 되어, 지역여건에 맞게 신축적으로 자문기관을 운영하게 하려는 「지방자치법」 제116조의2제2항 및 「지방재정법」 제37조의2제1항 단서의 입법 취지에 반한다고 할 것이다. 지방재정투자심사위원회의 기능을 담당하기에 적합한 다른 위원회가 있고 그 위원회의 위원이 지방재정

기능을 대신하는 위원회에 적용되는 규정을 명시할 필요가 있다.

[입법례] 지방자치단체에 설치하는 위원회의 통합 운영 근거를 명시한 사례

국민기초생활 보장법

제20조(생활보장위원회) ① 이 법에 따른 생활보장사업의 기획·조사·실시 등에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 보건복지부와 시·도 및 시·군·구(자치구를 말한다. 이하 같다)에 각각 생활보장위원회를 둔다. 다만, 시·도 및 시·군·구에 두는 생활보장위원회는 그 기능을 담당하기에 적합한 다른 위원회가 있고 그 위원회의 위원이 제4항에 규정된 자격을 갖춘 경우에는 시·도 또는 시·군·구의 조례로 정하는 바에 따라 그 위원회가 생활보장위원회의 기능을 대신할 수 있다.

② ~ ⑥ (생략)

2) 위원회의 구성

가) 위원회 구성의 기본 원칙

위원회는 설치 목적을 효율적으로 달성하기 위해 필요한 적정 인원의 비상임위원으로 구성한다. 다만, 합의제행정기관인 위원회와 같이 계속적·상시적 업무에 대해 전문지식을 가진 위원이 독립적·안정적으로 심의 등을 해야 하는 위원회의 경우에는 목적 달성에 필요한 최소한의 상임위원을 둘 수 있다.⁴⁰⁴⁾ 상임위원을 두려면 설치 근거 법령에 근거를 명시해야 한다.

합의제행정기관인 위원회 또는 의결에 구속력이 있는 위원회는 법률에 위원장과 위원의 선임방법, 위원의 자격 등에 관하여 비교적 자세히 규정할 필요가 있으나, 자문기관 성격의 위원회는 이를 하위법령에 위임할 수 있다.

또는 투자심사에 관한 학식과 전문성을 갖춘 경우 그 위원회가 「지방재정법」 제37조의2제1항 단서에 따라 지방재정투자심사위원회의 기능을 대신할 때, 그 위원회의 구성·운영에 관하여 같은 조 제2항 전단에 따라 같은 법 제32조의3제2항부터 제5항까지의 규정을 준용해야 하는 것은 아니다(법제처 2018. 3. 14. 18-0037 해석례).

403) 「국민기초생활 보장법」 제20조제1항 단서에 따라 「사회보장급여의 이용·제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률」 제41조에 따른 지역사회보장협의체가 지방생활보장위원회의 기능을 대신하도록 조례로 정한 경우, 「국민기초생활 보장법」 제20조제6항 및 같은 법 시행령 제28조제4항에 따라 해당 지역사회보장협의체에 소위원회를 둘 수 있다(법제처 2021. 10. 18. 21-0535 해석례).

404) 행정기관위원회법 제8조제1항, 같은 법 시행령 제4조제1항

[입법례] 합의제행정기관의 구성에 대해 규정한 사례

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제57조(공정거래위원회의 구성 등) ① 공정거래위원회는 위원장 1명, 부위원장 1명을 포함하여 9명의 위원으로 구성하며, 그 중 4명은 비상임위원으로 한다.

② 공정거래위원회의 위원은 독점규제 및 공정거래 또는 소비자분야에 경험이나 전문지식이 있는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 밖의 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하거나 위촉한다. 이 경우 위원장은 국회의 인사청문을 거쳐야 한다.

1. 2급 이상 공무원(고위공무원단에 속하는 일반직공무원을 포함한다)의 직에 있었던 사람
2. 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있었던 사람
3. 법률·경제·경영 또는 소비자 관련 분야 학문을 전공하고 대학이나 공인된 연구기관에서 15년 이상 근무한 자로서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 있었던 사람
4. 기업경영 및 소비자보호활동에 15년 이상 종사한 경력이 있는 사람

③ 위원장과 부위원장은 정무직으로 하고, 그 밖의 상임위원은 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로서 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 보(補)한다.

④ 위원장·부위원장 및 제70조에 따른 사무처의 장은 「정부조직법」 제10조에도 불구하고 정부위원이 된다.

[입법례] 법률에 자문위원회의 설치 근거만 규정한 사례

건설기술 진흥법

제6조(기술자문위원회) ① 건설공사의 설계 및 시공 등의 적정성에 관한 발주청의 자문에 응하게 하기 위하여 발주청에 기술자문위원회를 둘 수 있다.

② 제1항에 따른 기술자문위원회의 구성·기능 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 기준에 따라 발주청이 정한다.

나) 위원회의 구성 규정

위원회의 구성에 관해서는 일반적으로 “○○○위원회는 위원장 1명(또는 위원장과 부위원장 각 ○명)을 포함하여 ○명 이내의 위원으로 구성한다.”라는 방식으로 규정하여 위원장(또는 위원장과 부위원장)도 위원에 포함되는 것을 명확히 한다.

위원 중 여성 또는 민간위원의 비율을 정할 필요가 있을 때에는 위의 위원정수 조항에 “이 경우 여성인 위원이 ○○퍼센트가 되도록 하여야 한다.” 또는 “이 경우 민간위원(또는 공무원이 아닌 위원)이 과반수가 되도록 하여야 한다.”와 같이 후단을 둔다.⁴⁰⁵⁾

[입법례] 민간위원의 비율을 규정한 사례

인성교육진흥법
<p>제9조(인성교육진흥위원회) ① 인성교육에 관한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 교육부장관 소속으로 인성교육진흥위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 인성교육정책의 목표와 추진방향에 관한 사항 2. 종합계획 수립에 관한 사항 3. 인성교육 추진실적 점검 및 평가에 관한 사항 4. 인성교육 지원의 협력 및 조정에 관한 사항 5. 그 밖에 인성교육 지원을 위하여 대통령령으로 정하는 사항 <p>② 위원회는 위원장을 포함한 20명 이내의 위원으로 구성한다.</p> <p>③ 위원회의 위원장은 위원 중에서 호선하되, 공무원이 아닌 사람으로 한다.</p> <p>④ 위원회의 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육부장관이 임명 또는 위촉한다. 이 경우 위원은 공무원이 아닌 사람이 과반수가 되도록 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 교육부장관, 문화체육관광부차관(문화체육관광부장관이 지명하는 차관), 보건복지부차관(보건복지부장관이 지명하는 차관) 및 여성가족부차관 2. 국회의장이 추천하는 사람 3명 3. 인성교육에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 대통령령으로 정하는 사람 <p>⑤·⑥ (생략)</p>

위원의 수는 위원회의 효율적인 활동을 고려해서 정하되, 표결 결과 가부동수(可否同數)가 되는 경우를 피하기 위해 가급적 홀수로 한다. 위원의 수를 나타내는 방법에는 “○명 이내의 위원”이나 “○명 이상 ○명 이내의 위원”과 같이 상한 또는 하한을 정하는 방법과 “○명의 위원”과 같이 위원의 수를 확정하는 방법이 있다. 합의제행정기관인 위원회의 경우에는 보통 후자의 방법을 택한다.

405) 이 경우 「양성평등기본법」 제21조제2항을 참고하여 특정한 성의 비율이 10분의 6을 넘지 않도록 유의한다.

위원의 자격과 선임방법은 일반적으로 다음과 같이 표현한다.

① 민간위원으로만 구성하는 경우: 위원회의 위원은 …에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 ○○가 위촉한다.

② 공무원으로만 구성하는 경우: 위원회의 위원장은 …가 되고, 부위원장은 …가 되며, 위원은 …가 된다.⁴⁰⁶⁾

③ 민간위원과 공무원으로 구성하는 경우: 위원회의 위원은 ○○직에 있는 사람과 …에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 ○○가 임명하거나 위촉한다.⁴⁰⁷⁾

위원 선정이 객관적이고 공정하게 이루어질 수 있도록 위원 자격은 가능하면 명확하게 규정하도록 한다. 차관을 위원으로 규정하는 경우 복수차관이 있는 기관은 제1차관과 제2차관 중 누가 위원인지 불분명하므로, “해당 기관의 장이 지명하는 차관”이 위원이 됨을 명시한다. 또한 위원의 자격을 “○○부의 △△분야의 부서장”이라고 규정하는 경우가 있으나, 구체적으로 누구인지 특정되지 않는 경우가 있을 수 있으므로, “○○부의 △△분야 소속 공무원 중 해당 기관의 장이 지명하는 사람”으로 구체화하도록 한다.

민간위원의 선임권자를 중앙행정기관의 장으로 할 것인지, 위원장으로 할 것인지와 관련하여, 위원장이 해당 위원회가 소속된 중앙행정기관의 장이 아닌 경우 위원장이 민간위원을 위촉하도록 규정한 입법례⁴⁰⁸⁾도 있으나, ① 위원회는 중앙행정기관의 장 소속으로 설치되므로 위원회의 구성에 관한 권한은 소속 중앙행정기관의 장이 갖는 점, ② 위원장은 위원회 구성 이후에 자격을 얻는 자임에도 위원회 구성 이전에 위원장에게 위원 구성을 위한 위원 위촉 권한을 부여하는 것은 타당하지 않을 수 있는 점, ③ 위원장도 위원 중 한 명에 해당하는데 같은 위원 중 한 명이 다른 위원을 위촉하게 하는 것은 적절하지 않을 수 있는 점 등을 고려할 때, 중앙행정기관의 장이 민간위원을 위촉하도록 규정하는 것이 바람직하다.

406) 소속 공무원이 아닌 경우에는 해당 소속 기관의 장이 지명하는 사람으로 하거나 위원회가 소속된 기관의 장이 위촉하는 방식을 취하여야 할 것이다. 다만, 장관 또는 차관 등을 당연직 위원으로 하는 경우에는 지명 또는 위촉할 필요 없이 법령에 위원으로 규정하는 것으로 충분하다.

407) 종전에는 위원이 공무원이면 모두 “임명”으로 규정하였으나, 앞으로는 위원이 공무원이라고 하더라도 소속 공무원의 경우에는 “임명”으로, 소속 공무원이 아닌 경우에는 “위촉”으로 규정한다.

408) 「이러닝(전자학습)산업 발전 및 이러닝 활용 촉진에 관한 법률」 제8조, 「국가연구개발사업 등의 성과평가 및 성과관리에 관한 법률 시행령」 제4조 등

[입법례] 위원회가 소속된 중앙행정기관의 장이 민간위원을 위촉하도록 규정한 사례

문화예술교육 지원법

제8조(문화예술교육지원위원회의 설치 등) ① 문화예술교육 지원에 관한 주요 정책과 사업을 조정하고 예산의 효율적인 운영 등에 관한 사항을 심의하기 위하여 문화체육관광부 소속으로 문화예술교육지원위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

②·③ (생략)

④ 위원장은 공무원이 아닌 위원 중에서 문화체육관광부장관이 위촉하고, 부위원장은 문화체육관광부와 교육부에서 문화예술교육업무를 담당하는 국장급 공무원으로서 문화체육관광부장관과 교육부장관이 각각 지명하는 사람이 된다.

⑤ 위원은 관계 공무원과 교원 및 관련 학계 전문가, 문화예술인, 교육시설 및 교육단체 종사자, 학부모 등 문화예술교육에 대한 전문지식 및 경험이 풍부한 자 중에서 문화체육관광부장관이 임명 또는 위촉한다.

⑥ (생략)

한편, 범정부적 차원의 통합 대응이 필요한 경우 등 예외적으로 위원장을 중앙행정기관의 장에서 국무총리로 변경할 수 있는 규정을 두는 경우가 있다. 이러한 경우 변경되는 위원장의 지위에 맞춰 위원의 구성이나 간사의 직급을 변경하는 규정도 같이 마련할 필요가 있다. 법률에서 위원 구성이나 간사에 관한 규정을 두고 있는 경우라면 위원 구성이나 간사의 변경에 관한 내용도 법률에서 같이 규정해야 하며, 법률에 규정된 내용을 하위법령에서 변경할 수 있도록 규정하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 달리 규정할 수 있다는 명시적인 위임 근거를 둘 필요가 있다.

다) 위원의 임기와 신분 규정

위원회의 전체적 구성에 관한 사항이 아닌 위원의 임기 등 위원 개개인에 관한 사항은 위원회의 구성에 관한 규정과 따로 규정하는 것이 좋다.

위원회의 운영이 타성에 빠지지 않도록 하기 위해 당연직인 위원이나 그 직위에 의하여 임명되는 공무원위원을 제외하고는 위원의 임기에 관한 규정을 두되, 위원회의 심의 또는 심의·의결 등의 사항이 고도의 전문적 지식이나 기술을 필요로 하는 분야로서 그 위원이 안정적이고 지속적으로 심의 또는 심의·의결 등을 할 필요가 있는 경우를 제외하고는 3년을 넘지 않도록 한다.⁴⁰⁹⁾

409) 행정기관위원회법 제8조제2항, 같은 법 시행령 제4조제2항(「지방자치법 시행령」 제79조제2항에도 유사한 내용을 규정하고 있다)

위원의 연임을 제한하려는 경우에는 “연임할 수 없다.”라고 하거나 “한 차례만 연임할 수 있다.”고 규정한다. 계속하여 연임할 수 있게 하려면 연임에 관한 규정을 두지 않는다.

[입법례]

경찰공무원 징계령

제6조의2(위원의 임기) 제6조제3항에 따라 위촉되는 민간위원의 임기는 2년으로 하며, 한 차례만 연임할 수 있다.

보궐위원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 정하는 입법례가 있으나,⁴¹⁰⁾ 모든 위원 of 임기를 통일해야 할 특별한 사유가 없으면 보궐위원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 한다는 규정은 두지 않는다.

한편, 위원 of 임기가 만료되었으나 후임자를 제때 위촉하지 못한 경우에는 위원회 운영에 공백이 발생할 수 있다. 이러한 경우 위원회 업무의 연속성을 확보하기 위해서 위원 of 임기가 만료된 경우에도 후임자가 위촉될 때까지는 계속 그 직무를 수행할 수 있다는 직무계속 규정을 두기도 한다.

[입법례]

농어업·농어촌특별위원회 설치 및 운영에 관한 법률

제4조(위원의 임기) ① (생략)
② 위촉위원은 제1항에 따른 임기가 만료된 경우에도 후임위원이 위촉될 때까지 그 직무를 수행할 수 있다.

합의제행정기관인 위원회나 의결에 구속력이 인정되는 위원회의 성격에 따라 위원 of 신분 보장, 위원 of 제척·기피·회피, 결격사유,⁴¹¹⁾ 벌칙 적용 시의 공무원 의제 등에 관한 규정을 둔다.⁴¹²⁾ 특히 준사법적 권한 등 강한 권한을 가지고 있어 중립성이 강하게 요구되는 위원회의 경우에는 위원 of 제척·기피·회피, 신분보장에 관한 조항 등을 규정하도록 한다.

410) 「발명진흥법」 제41조제5항, 「산업재해보상보험법 시행령」 제5조제2항 등

411) 「국가공무원법」 제33조에 따른 결격사유는 국가공무원의 자격에 관한 규정으로서 엄격하게 규정되어 있으므로, 이를 준용하여 위원 of 결격사유를 규정하는 것은 신중을 기할 필요가 있다.

412) 위원회 심의·의결의 객관성 확보와 책임성 강화를 위해 각종 위원회 규정에 제척·기피·회피 제도의 도입과 해촉 사유를 명시하는 입법례가 늘어나고 있다.

위원이 제척사유에 해당하는지 불분명하거나 다툼이 있는 경우 제척사유의 존부를 확정하기 위한 규정 방식과 관련한 현행 입법례에는 「민사소송법」 유형과 「형사소송법」 유형이 있다. 전자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 제척결정을 하도록 하고, 제척사유 외의 사유로 위원이 불공정한 심의·의결을 할 우려가 있는 경우에는 당사자가 기피신청을 하도록 하는 유형⁴¹³⁾이고, 후자는 제척사유의 존부에 관한 사항은 직권조사사항으로 하되, 당사자가 제척사유의 존부에 의문이 있는 경우에는 제척사유가 있다는 이유로 위원에 대해 기피신청을 할 수 있도록 하는 유형이다.

제척사유가 있는 위원은 제척사유의 존재 여부 또는 주장 여부를 불문하고 제척 결정의 유무에 관계없이 해당 안건에 관한 회의에서 당연히 배제되는 것이고, 제척 결정은 이를 확인하는 성질을 가지는 것에 불과한데, 만일 “제척 결정은 당사자의 신청 또는 직권으로 위원회가 결정한다.” 와 같이 별도의 제척 신청 또는 결정에 관한 규정을 둔다면 당사자의 제척 신청 또는 제척 여부에 관한 위원회의 결정이 있어야만 제척되는 것으로 오인될 소지가 있다. 따라서 당사자가 제척사유의 존부를 다투는 경우에는 제척신청이 아니라 제척사유를 원인으로 하여 기피신청을 할 수 있도록 한다.

기피신청에 대한 결정을 위원회가 할 것인지 위원장이 하도록 할 것인지와 관련하여, 위원회의 운영에 관하여는 원칙적으로 위원회가 권한을 가지므로 기피 여부를 위원회에서 결정하도록 하되, 특별한 사유가 있으면 위원장이 결정하도록 할 수 있다. 기피 여부를 결정하기 위한 회의에서 해당 위원은 당연히 제척되므로 의결에 참여하지 못한다는 확인적 규정을 둔다.

입법 모델 위원 제척·기피·회피와 해촉 사유에 관한 규정

제○조(위원의 제척·기피·회피) ① ○○위원회 위원(이하 “위원”이라 한다)이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 ○○위원회의 심의·의결에서 제척(除斥)된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자였던 사람이 해당 안건의 당사자가 되거나 그 안건의 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자인 경우
2. 위원이 해당 안건의 당사자와 친족이거나 친족이었던 경우
3. 위원이 해당 안건에 대하여 증언, 진술, 자문, 연구, 용역 또는 감정을 한 경우

413) 「행정심판법」 제10조, 「특허법」 제148조, 제149조 및 제150조, 「노동위원회법」 제21조, 「환경분쟁 조정법」 제12조 등

4. 위원이나 위원이 속한 법인이 해당 안건의 당사자의 대리인이거나 대리인이었던 경우
 ※ 개별 위원회의 특성에 따라 제척 사유 추가 가능
- ② 당사자는 제1항에 따른 제척사유가 있거나 위원에게 공정한 심의·의결을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원회에 기피 신청을 할 수 있고, 위원회는 의결로 기피 여부를 결정한다. 이 경우 기피 신청의 대상인 위원은 그 의결에 참여하지 못한다.
- ③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유에 해당하는 경우에는 스스로 해당 안건의 심의·의결에서 회피(回避)하여야 한다.

제○조(위원의 해촉) ○○부장관(또는 ○○청장)은 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 위원을 해촉(解屬)할 수 있다.

1. 심신장애로 직무를 수행할 수 없게 된 경우
2. 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
3. 직무태만, 품위손상이나 그 밖의 사유로 위원으로 적합하지 아니하다고 인정되는 경우
4. 제○조제1항 또는 제2항(앞의 제척 사유를 인용하는 조항임) 각 호의 어느 하나에 해당하는 데도 불구하고 회피하지 아니한 경우*

* 제척 사유가 있으면 위원 스스로 회피하여야 한다는 규정이 있는 경우에 둠

5. 위원 스스로 직무를 수행하기 어렵다는 의사를 밝히는 경우

※ 개별 위원회 특성에 따라 해촉 사유 추가 가능

위원회 규정을 살펴보면 민간위원에 대해서만 해촉 규정을 두고 공무원위원에 대한 해임 규정은 두지 않은 경우가 많다. 이는 공무원위원의 경우에는 당연직 위원인 경우가 많고, 공무원위원의 임명 또는 지명은 일반적으로 개인의 특성이나 전문성에 따른 것이라기보다는 그 위원의 소속 기관, 직위 등 업무에 기인한 것으로서, 해당 위원은 자신이 속한 행정기관의 입장을 대변하는 역할을 하게 되기 때문이다.

공무원위원에 대해 해임 근거를 둘 것인지는 법령상 공무원위원의 직위가 특정되는 정도 또는 해당 위원의 해임 시 자격에 맞는 다른 공무원위원으로의 대체 가능 여부 등을 종합적으로 검토하여 결정해야 한다. 공무원위원의 직위가 일정한 직위로 특정되어 있어 해임 시 새로운 위원의 임명 또는 지명이 불가능한 경우에는 해임 규정을 두지 않도록 한다.

해임 또는 해촉 규정을 둘 때, 공무원위원을 “임명”하도록 하고 있는 경우에는 “해임”으로 표현하고, 공무원위원을 “지명”하도록 하고 있는 경우에는 “지명 철회” 또는 “해임”으로 표현한다. 민간위원에 대해서는 “위촉”에 상응하여 “해촉”으로 표현하며, 위촉에 의하지 않고 “추천”만으로 위원이 되는 경우에는 “추천 철회”라는 표현을 사용한다.

[입법례] 추천 철회라는 표현을 사용한 사례

지방재정법

제27조의2(지방재정부담심의위원회) ① 다음 각 호의 지방재정 부담에 관한 사항 중 주요 안건을 심의하기 위하여 국무총리 소속으로 지방재정부담심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

1. ~ 5. (생략)

②·③ (생략)

④ 위원회의 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 기획재정부장관, 대통령령으로 정하는 관계 중앙관서의 장

2. 전국시도지사협의회·전국시장군수구청장협의회·전국시도의회의장협의회·전국시군구의회의장협의회에서 추천하는 각 1명. 이 경우 전국시도지사협의회 및 전국시장군수구청장협의회는 해당 협의회에 소속된 지방자치단체의 장 중에서 1명을 각각 추천하여야 한다.

3. 그 밖에 지방재정에 대한 학식과 전문지식이 있는 사람으로서 행정안전부장관의 제청으로 국무총리가 위촉하는 사람

⑤ ~ ⑧ (생략)

지방재정법 시행령

제35조(지방재정부담심의위원회의 구성) ① ~ ③ (생략)

④ 전국시도지사협의회·전국시장군수구청장협의회·전국시도의회의장협의회 또는 전국시군구의회의장협의회는 법 제27조의2제4항제2호의 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 추천을 철회할 수 있다.

1. 심신장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우

2. 위원의 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우

3. 직무 태만, 품위 손상, 그 밖의 사유로 인하여 위원의 직을 유지하는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우

4. 위원 스스로 직무를 수행하는 것이 곤란하다고 의사를 밝히는 경우

⑤ (생략)

임명권자 또는 위촉권자가 별도로 규정되어 있지 않고 관련 행정기관의 장의 지명 또는 공공단체의 추천을 받은 사람이 위원이 되도록 규정되어 있는 경우에는, 해당 지명권자 또는 추천권자를 위원직을 상실시킬 수 있는 권한이 있는 자로 규정한다.

라) 위원장

합의제 기관인 위원회를 대외적으로 대표하는 자가 위원장이다. 위원장의 직무를 규정할 때에는 일반적으로 “위원장은 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현한다.⁴¹⁴⁾

위원회에 두 명 이상의 공동위원장이 있는 경우에는 해당 위원회의 성격을 고려하여, 공동위원장이 위원회의 대표행위 등을 각자 해도 무방한 경우에는 “공동위원장은 각자 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현하고, 위원장의 대표행위 등을 공동으로 하도록 할 필요가 있는 경우에는 “공동위원장은 공동으로 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현한다.

[입법례] 공동위원장의 공동 대표를 규정한 사례

근로자직업능력 개발법 시행령

제20조의4(지역별 인적자원개발위원회의 구성 및 운영) ① 법 제22조의2제1항에 따른 지역별 인적자원개발위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)는 공동위원장을 포함하여 30명 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원회의 공동위원장은 제1호 및 제2호의 사람이 된다.

1. 해당 지방자치단체의 장 또는 부단체장 중 고용노동부장관이 위촉하는 1명

2. 제3항제2호부터 제5호까지의 규정에 따른 위원 중에서 호선(互選)된 사람 3명 이내

③ ~ ⑤ (생략)

⑥ 공동위원장은 공동으로 위원회를 대표하고 위원회의 업무를 총괄한다.

⑦ 위원회의 회의는 제2항제1호의 공동위원장이 소집하고, 공동위원장이 순차적으로 그 의장이 된다.

⑧·⑨ (생략)

위원장이 사고 등 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에 대비하여 부위원장이나 위원장이 미리 지명한 위원이 위원장의 직무를 대행하도록 하는 규정을 둔다.

414) 기존의 입법례에는 “... 위원회의 사무를 통할한다”(「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 시행령」 제3조제1항), “... 직무를 통할한다”(「사립학교법 시행령」 제15조의4제2항) 등 다양한 표현이 사용되었다.

위원장의 직무대행에 관한 사항은 일반적으로 “위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 (부위원장이 그 직무를 대행하며, 위원장과 부위원장이 모두 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없을 때에는) 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다”라고 규정한다.⁴¹⁵⁾

마) 위원회의 존속기한

행정기관의 장은 합의제행정기관이 아닌 위원회를 설치할 때에 계속하여 존치시켜야 할 명백한 사유가 없는 경우에는 존속기한을 정하여 법령에 명시해야 한다. 이 경우 존속기한은 위원회의 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 기한 내에서 설정해야 하며, 원칙적으로 5년을 초과할 수 없다.⁴¹⁶⁾ 합의제행정기관인 위원회를 한시적으로 설치할 경우에는 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 기한 내에서 존속기한을 정하여 법률에 명시해야 한다.⁴¹⁷⁾

3) 위원회의 운영

가) 출석 회의의 원칙

다양한 의견을 제시할 기회를 부여하고 토론을 통해 합의를 도출한다는 위원회 제도의 취지를 고려하여 위원회는 출석하여 회의(화상회의를 포함한다)하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 안건의 내용이 경미하거나 긴급한 사유로 위원이 출석하는 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 그 예외를 인정하여 서면결의 등의 방법이 가능하도록 하고 있다.

행정기관 소속 위원회에 관한 일반법인 행정기관위원회법에서는 서면결의가 인정되는 예외적인 경우를 규정하고 있으므로,⁴¹⁸⁾ 개별 위원회의 설치 근거 법령에 동일한 내용을 중복해서 규정할 필요는 없으나, 행정기관위원회법에 따른 서면결의 사유보다 확대하거나

415) 행정기관의 권한을 부득이한 사유로 행사할 수 없는 경우에 보조기관이나 다른 행정기관으로 하여금 권한을 가진 본래의 행정기관을 위한 권한 행사라는 사실을 표시하고 대리기관 명의로 권한을 행사하는 것은 ‘직무대리’에 해당하나, 다수의 입법례는 ‘대행’으로 표현하고 있다.

416) 행정기관위원회법 제11조제2항(「지방자치법 시행령」 제80조제2항에도 동일한 내용을 규정하고 있다.)

417) 행정기관위원회법 제11조제1항

418) 행정기관위원회법 시행령 제5조제2항

1. 안건의 내용이 경미한 경우
2. 긴급한 사유로 위원이 출석하는 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우
3. 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 위원의 출석에 의한 의사정족수를 채우기 어려운 경우

축소할 필요가 있는 경우에는 위원회 설치 근거가 되는 법령에 별도로 규정하도록 한다. 다만, 서면결의 사유를 지나치게 확대하게 되면 위원회의 운영이 형해화될 수 있으므로 신중해야 한다.

한편 헌법에 따라 설치되는 위원회 및 「정부조직법」 제2조제2항에 따라 다른 법률에 의하여 중앙행정기관으로 설치되는 위원회는 행정기관위원회법의 적용을 받지 않으므로, 필요시 개별 위원회의 설치 근거 법령에 별도의 서면결의 규정을 두도록 한다.

[입법례] 행정기관위원회법의 적용을 받지 않는 위원회에 대해 서면심리를 규정한 사례

독점규제 및 공정거래에 관한 법률
<p>제65조(심리·의결의 공개 및 합의의 비공개) ① 공정거래위원회의 심리(審理)와 의결은 공개한다. 다만, 사업자 또는 사업자단체의 사업상의 비밀을 보호할 필요가 있다고 인정할 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 공정거래위원회의 심리는 구술심리를 원칙으로 하되, 필요한 경우 서면심리로 할 수 있다.</p> <p>③ 공정거래위원회의 사건에 관한 의결의 합의는 공개하지 아니한다.</p>

02
실
체
규
정

나) 회의의 소집권자에 관한 규정

위원회의 회의에 관하여 중요한 규정은 회의의 소집권자 및 절차와 회의의 의사정족수 및 의결정족수에 관한 규정이다.

위원회의 회의는 위원장이 소집하는 것이 원칙이고, 행정기관의 장이나 일정한 수 이상의 위원이 소집을 요구한 경우에 위원장이 소집하도록 하는 경우도 있다. 일반적으로 “위원장은 위원회의 회의를 소집하며, 그 의장이 된다.” 또는 “위원회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정할 때(또는 위원 ○명 이상의 요구가 있을 때) 위원장이 소집한다.”고 규정한다.

위원장이 복수인 경우에는 공동위원장 중 누가 회의를 소집하고 그 의장이 되는지 불분명하므로, 해당 위원회의 성격을 고려하여 법령에 소집권자를 특정해 두거나 공동위원장이 협의하여 또는 공동으로 소집한다는 등의 소집방법에 관한 규정을 두고 소집된 회의에서 공동위원장 중 누가 의장이 되는지를 명확히 규정하도록 한다.⁴¹⁹⁾

419) 공동위원장 중 소집권자를 특정한 입법례: 「근로자직업능력 개발법 시행령」 제20조의4제7항
 공동위원장이 협의해 소집하도록 한 입법례: 「접경지역 지원 특별법 시행령」 제11조제2항
 공동위원장 공동으로 소집하도록 한 입법례: 「기업 활력 제고를 위한 특별법 시행령」 제6조제1항

다) 정족수에 관한 규정

위원회의 의결에 관한 규정에는 다수결의 원칙이 반영되어야 한다. 일반적으로 의사정족수와 의결정족수를 함께 규정하며, 의결정족수는 특별한 사유가 없으면 과반수로 정한다. 일반적으로 “위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정한다. 의결정족수만 규정하는 경우에는 “위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정한다.

[입법례] 정족수에 관한 일반적 규정 사례

산업융합 촉진법

제8조(산업융합 규제특례심의회위원회) ① ~ ⑦ (생략)

- ⑧ 위원장은 필요하다고 인정하는 경우에 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ⑨ 위원회의 회의는 위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ⑩·⑪ (생략)

위원회에서 가부동수인 경우의 의사결정 방법과 관련하여 종전에는 “과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정하면서 가부동수이면 가결된 것으로 하거나, 위원장에게 결정권을 행사하도록 한 입법례가 있었다. 그러나 가부동수이면 과반수의 찬성이 아니므로 부결된 것으로 보는 것이 당연하고, 또한 위원장에게 표결권 외에 다시 결정권을 주는 것은 의사결정의 민주적 방식에 부합되지 않으므로 특별한 사유가 없으면 이러한 규정은 두지 않도록 한다.

라) 분과위원회 등에 관한 규정

위원회의 효율적 운영을 위해 필요하면 위원회에 분과위원회나 소위원회 등을 둘 수 있다. 분과위원회나 소위원회의 위원은 본 위원회의 위원으로 구성된다.⁴²⁰⁾ 특히 분과위원회는 위원들을 전문 분야별로 나누어 구성하며, 해당 분야의 안건에 대해 사전에 검토하게 하고 의견조정을 한다.

일반적으로 “위원회는 위원회의 업무를 효율적으로 수행하는 데에 필요하면 위원회에

420) 본 위원회의 위원으로 구성하지 않는 경우에는 실무위원회나 전문위원회 같은 별도의 명칭을 붙여야 할 것이다.

분과위원회(또는 소위원회)를 둘 수 있다.”고 규정한다. 분과위원회 또는 소위원회에 관한 세부적 내용에 대해서는 “분과위원회(소위원회)의 설치·운영 등에 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.”고 규정하여 위원장에게 위임하는 것이 일반적이다. 다만, 분과위원회 또는 소위원회의 의결을 본 위원회의 의결로 간주하려면 본 위원회의 설치 근거가 되는 법령에 이를 규정해야 한다.

[입법례] 분과위원회의 심의를 본 위원회의 심의로 본다고 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률
제110조(분과위원회) ① 다음 각 호의 사항을 효율적으로 심의하기 위하여 중앙도시계획위원회에 분과위원회를 둘 수 있다. 1. ~ 4. (생략) ② 분과위원회의 심의는 중앙도시계획위원회의 심의로 본다. 다만, 제1항제4호의 경우에는 중앙도시계획위원회가 분과위원회의 심의를 중앙도시계획위원회의 심의로 보도록 하는 경우만 해당한다.

분과위원회나 소위원회와는 달리 실무위원회나 전문위원회 등은 본 위원회 위원이 아닌 사람으로 구성되고, 그 기능 및 역할도 본 위원회에서 심의되는 안건에 대한 사전 조사·연구·검토·조정 등으로 제한적인 경우가 대부분이다. 따라서 실무위원회나 전문위원회 등은 본 위원회의 의사를 대표할 수 있는 요건을 갖추었다고 볼 수 없으며, 본 위원회와 구성원이 다른 실무위원회나 전문위원회 등의 심의·의결을 본 위원회의 심의·의결로 간주하는 경우 본 위원회의 기능을 형해화시킬 우려가 있으므로, 실무위원회나 전문위원회 등의 심의·의결을 본 위원회의 심의·의결로 간주하는 규정은 두지 않는 것이 바람직하다.

근거 법령이 서로 다른 둘 이상의 위원회를 통합하기 위해 어느 한 위원회(A)를 다른 위원회(B)의 분과위원회·전문위원회 등으로 변경하는 경우, 통합 후 분과위원회 등으로 변경되는 위원회의 설치 근거 및 구성·운영에 관한 규정은 본 위원회(B)의 근거 법령에 두어 본 위원회와 분과위원회 등을 하나의 법령체계에서 통일적으로 두도록 한다.⁴²¹⁾

421) 구 「석면안전관리법 시행령」에 따른 석면안전관리위원회를 「환경보건법」 제9조에 따른 환경보건위원회의 전문위원회로 변경하는 경우, 전문위원회 설치 근거를 「석면안전관리법 시행령」에 두지 않고 「환경보건법 시행령」 제7조의2에 규정한 사례가 있다.

마) 위원회의 간사 또는 사무기구⁴²²⁾

합의제행정기관인 위원회에는 필요한 최소한도의 사무기구를 둘 수 있으며, 그 사무기구의 구성 및 정원에 관한 사항은 행정기관의 조직과 정원을 규정하는 대통령령으로 정한다.⁴²³⁾ 여기의 대통령령은 해당 행정기관의 “직제”를 말한다.

[입법례] 합의제행정기관인 위원회에 사무기구를 둔 사례

금융위원회의 설치 등에 관한 법률

제15조(사무처의 설치 등) ① 금융위원회의 사무를 처리하기 위하여 금융위원회에 사무처를 두며, 이 법에 규정된 것 외에 금융위원회의 조직 및 정원에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

②·③ (생략)

금융위원회와 그 소속기관 직제

제1조(목적) 이 영은 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제15조제1항에 따라 금융위원회와 그 소속기관의 조직과 정원에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

합의제행정기관이 아닌 위원회에는 사무기구를 설치하거나 상근인 전문위원 등의 직원을 둘 수 없다. 다만, 행정기관의 장이 직접 사무 지원을 하기 곤란한 위원회로서 그 주된 기능이 특정 행정기관에 속한다고 보기 어렵고 여러 행정기관의 소관 기능을 조정하거나 종합하는 위원회의 경우에는 사무기구를 설치하거나 직원을 둘 수 있으며, 위원회의 기능이 매우 전문적인 사항에 관한 것으로서 해당 분야 전문가 등의 충분한 사전 검토가 필요한 위원회의 경우에는 상근인 전문위원을 둘 수 있다.⁴²⁴⁾

422) 간사, 간사위원, 사무국, 사무처 등은 위원회의 서무 역할(위원회 회의에 상정될 안건 정리, 자료 준비, 위원회 일정 관리 등)을 수행하는 보조기관으로서 위원회의 규모가 작거나 지위가 낮은 경우에는 위원회가 소속된 기관의 공무원을 간사위원이나 간사로 규정하며, 사무국이나 사무처는 합의제행정기관인 위원회에 두는 것이 일반적이다.

423) 행정기관위원회법 제10조제1항

424) 행정기관위원회법 제10조제2항, 같은 법 시행령 제6조제1항 및 제2항

[입법례] 위원회에 상임 전문위원을 둔 한 사례

산업표준화법 시행령

제11조(상임위원과 상임전문위원) ① 기술심의회에는 상임위원 1명을 둘 수 있고, 전문위원회에는 상임전문위원 1명을 둘 수 있다.
 ② 상임위원은 기술심의회 회장의 추천을 받아, 상임전문위원은 대표전문위원의 추천을 받아 각각 산업통상자원부장관이 위촉한다.

위원회에는 위원회의 실무를 담당하는 간사를 둘 수 있다. 간사를 두는 경우 별도의 인력이나 재원을 필요로 하지 않으므로 간사를 두는 데에 대한 제한은 없다.

입법 모델 위원회에 간사를 두는 경우

제○조(간사) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1명을 둔다.
 ② 간사는 ○○부 소속 ○급 공무원 중에서 ○○장관이 지명한다. (간사는 ○○부 △△를 담당하는 과장이 된다.)

바) 위원의 수당 등에 관한 규정

행정기관의 장은 위원회에 출석한 위원에게 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다. 다만, 공무원인 위원이 그 소관 업무와 직접적으로 관련되는 위원회에 출석하는 경우에는 수당을 지급하지 않는다.⁴²⁵⁾⁴²⁶⁾ 현행 위원회 관련 규정에서는 대부분 수당 규정을 두고 있으나, 행정기관위원회법에 해당 규정을 두고 있으므로 행정기관 소속 위원회의 경우 수당에 관한 별도의 규정을 둘 필요는 없다.

사) 그 밖의 규정

위원회의 업무를 처리하는 데에 필요하면 위원회의 심의에 앞서 실무자 간의 협의·조정을 위한 실무위원회 규정, 전문적인 조사·연구를 위한 전문위원 규정, 회의록 작성·보존에

425) 행정기관위원회법 제12조

426) 지방자치단체 소속 위원회의 위원에 대한 수당 지급에 관하여 「지방자치단체 회계관리에 관한 훈령」 별표 5에서는 공무원인 경우 직접 자기가 담당하는 사무뿐만 아니라 자기가 소속된 지방자치단체에서 설치된 위원회에 당연직 위원으로 참여하는 경우에는 위원회 참석수당을 지급할 수 없도록 하고 있다.

관한 규정,⁴²⁷⁾ 자료의 수집을 위한 관계 기관에 대한 협조 요청 규정, 이해관계인의 의견 수렴을 위한 공청회·세미나의 개최에 관한 규정을 둘 수 있다.

그리고 위원회의 내부 운영에 관한 구체적인 사항은 하위법령이나 조례에 위임하는 것이 일반적이는데, 보다 세부적인 사항은 위원장이 위원회 의결을 거쳐 위원회 규칙(운영세칙)으로 정하도록 하기도 한다.

그러나 합의제 행정기관이나 의결에 구속력이 인정되는 위원회의 소관사무 또는 기능 중 국민의 권리·의무와 관련되는 사항은 하위법령이나 조례에 위임하는 것이 바람직하다. 다만 국회가 입법으로 행정기관에게 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 해당 행정기관이 법 정립의 권한을 갖게 되므로⁴²⁸⁾ 하위법령 등에 위임한 사항보다 세부적인 사항은 위원장이 위원회 의결을 거쳐 위원회 규칙(운영세칙)으로 정하도록 할 수도 있다. 이 경우에도 위원회 규칙으로 위임할 때에는 그 내용이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정해야 한다.⁴²⁹⁾ 또한, 위원회 규칙으로 정할 사항이 국민의 권리·의무와 관련 있는 내용이면 해당 규칙을 고시하도록 하는 규정을 함께 두어야 한다.

[입법례]

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률

제26조(차별적 처우등의 시정신청) ① 근로자는 사업주로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 차별적 처우 등(이하 “차별적 처우등”이라 한다)을 받은 경우 「노동위원회법」 제1조에 따른 노동위원회(이하 “노동위원회”라 한다)에 그 시정을 신청할 수 있다. 다만, 차별적 처우등을 받은 날(제1호 및 제3호에 따른 차별적 처우등이 계속되는 경우에는 그 종료일)부터 6개월이

427) 회의록 작성·보존과 관련하여 그 주체를 해당 위원회로 규정하거나 해당 위원회의 위원장 또는 간사로 규정한 입법례를 볼 수 있다. 회의록 작성·보존 의무는 간사, 위원장 등 개별 구성원의 의무가 아니라 위원회 자체의 의무로 볼 수 있고, 실질적으로 누가 회의록을 작성·보존할지에 관해서는 위원회 내부 규정 등을 통해 결정할 수 있으므로, 간사나 위원장이 아닌 위원회 자체를 회의록 작성·보존 권한의 주체로 명시하는 것이 바람직하다. 다만, 국가의 의사를 결정하고 이를 대외적으로 표시하는 권한이 있는 합의제 행정기관인 위원회와 달리 국가의 의사결정에 보조적인 역할을 수행하는 위원회의 경우에는 위원회를 법령상 회의록의 작성·보존 주체로 규정하는 것은 적절하지 않고, 해당 위원회가 소속된 행정기관의 장을 회의록의 작성·보존 주체로 규정하는 것이 바람직하다. 행정기관위원회법 제13조제3항에서도 위원회의 회의록은 행정기관의 장이 작성하도록 규정하고 있다.

428) 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바183 결정

429) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정

지난 때에는 그러하지 아니하다.

1. 제7조부터 제11조까지 중 어느 하나를 위반한 행위(이하 “차별적 처우”라 한다)
2. 제14조제4항 또는 제14조의2제1항에 따른 적절한 조치를 하지 아니한 행위
3. 제14조제6항을 위반한 불리한 처우 또는 제14조의2제2항을 위반한 해고나 그 밖의 불이익한 조치
 - ② 근로자가 제1항에 따른 시정신청을 하는 경우에는 차별적 처우등의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다.
 - ③ 제1항 및 제2항에 따른 시정신청의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 「노동위원회법」 제2조제1항에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)가 따로 정하여 고시한다.

4) 조정위원회의 조정의 효력에 관한 규정

조정위원회의 조정에 대해 재판상 화해의 효력을 부여할 것인지, 아니면 당사자 간 합의의 효력만을 부여할 것인지가 문제된다. 재판상 화해는 확정판결과 같은 효력이 있어 당사자 사이에 기판력이 생기므로 재심에 의하여 취소되거나 변경되지 않는 이상 그 효력을 다룰 수 없다.⁴³⁰⁾ 이에 반하여 당사자 간에 합의가 성립된 것으로 보는 경우에는 무효 또는 취소 사유가 있으면 무효 또는 취소에 관한 규정이 적용되어 소(訴)를 제기하여 권리를 구제받을 수 있다.⁴³¹⁾

각종 위원회의 중재·조정인 경우 중립성·독립성이나 심의절차의 공정성·신중성이 거의 사법절차에 준할 정도로 보장되어 있고, 그 성질이나 절차에 비추어 그것을 수락한 당사자의 의사에 ‘위원회의 중재·조정에 따라 분쟁을 최종적으로 해결하고 재판하지 않겠다’는 의사가 포함된 것으로 볼 수 있는 경우에만 재판상 화해의 효력을 부여할 수 있다.⁴³²⁾

이런 요건을 충족하지 못하는 위원회의 조정 등에 대해서는 재판상 화해의 효력을 인정하지 않는 것이 타당하며, 조정의 효력 규정을 둘 필요가 있으면 당사자 간 합의의 효력만 인정하는 것이 바람직하다. 이러한 규정은 법률에서 규정해야 할 것이다.

430) 「민사소송법」 제220조

431) 「민법」 제733조 단서

432) 사법절차에 준한다고 볼 수 있는 각종 중재·조정절차와는 달리 배상결정절차에 있어서는 심의회의 제3자성·독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점 및 불제소합의의 경우와는 달리 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수도 없는 점을 종합하여 볼 때, 이는 신청인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법 제37조제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한입법에 있어서의 과잉입법 금지의 원칙에 반한다(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 전원재판부 결정).

[입법례] 조정위원회의 조정 등에 대해 재판상 화해의 효력을 인정한 사례

저작권법

제117조(조정)의 성립) ① ~ ④ (생략)

⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다. 다만, 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항에 관한 것은 그러하지 아니하다.

1. 조정 결과 당사자 간에 합의가 성립한 경우
2. 직권조정결정에 대하여 이의 신청이 없는 경우

[입법례] 조정위원회의 조정 등에 대해 집행력 있는 집행권원과 같은 효력을 인정한 사례

전기통신사업법

제45조의7(분쟁조정)의 효력 등) ① ~ ④ (생략)

⑤ 제4항에 따라 당사자가 강제집행을 승낙하는 취지의 내용이 기재된 조정서에 서명 또는 기명·날인한 경우 조정서의 정본은 「민사집행법」 제56조에도 불구하고 집행력 있는 집행권원과 같은 효력을 가진다. 다만, 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 「민사집행법」 제44조제2항을 적용하지 아니한다.

[입법례] 조정위원회의 조정 등에 대해 당사자 간 합의의 효력만 인정한 사례

정보보호산업의 진흥에 관한 법률

제29조(조정)의 효력) ① 조정위원회는 제26조제2항에 따라 조정안을 작성하면 지체 없이 각 당사자에게 제시하여야 한다.

② 제1항에 따라 조정안을 제시받은 당사자는 그 제시를 받은 날부터 15일 이내에 그 수락여부를 조정위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 당사자가 15일 이내에 수락여부를 통보하지 아니하면 조정을 거부한 것으로 본다.

③ 당사자가 제2항에 따라 조정안을 수락하였을 때에는 조정위원회는 당사자 사이에 합의된 사항을 기재한 조정서를 작성하여야 한다.

④ 제3항에 따라 당사자가 조정안을 수락하고 조정위원회가 조정서를 작성하여 당사자에게 통보한 때에는 당사자 간에 조정안과 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다.

24. 특수법인

가. 개관

「민법」 제31조는 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다”고 규정하고 있는바, 「민법」 제32조, 제33조는 비영리법인의 설립에 대해서, 같은 법 제39조와 「상법」 제172조는 영리법인의 설립에 대해서 규정하고 있다.

위와 같이 「민법」, 「상법」에 따라 설립되는 법인을 보통 ‘일반법인’이라고 부르며, 이와 달리 국가정책상 필요나 공공의 이익을 달성하기 위해 「민법」 또는 「상법」 외의 특별법에 따라 설립되는 법인을 ‘특수법인’이라 부른다. 법률상 특수법인의 명칭은 ‘공사’, ‘공단’, ‘연구원’, ‘협회’, ‘공제회’ 등으로 다양하게 규정되고 있다.

개별 법령에서는 “「민법」과 「상법」 외의 법률에 따라 설립된 법인”, “특별법에 따라 설립된 특수법인”, “특별법에 따라 설립된 법인” 등으로 특수법인을 지칭하고 있으며,⁴³³⁾ 특수법인을 규정한 각 법령의 취지에 따라 특수법인의 구체적인 범위가 어디까지인지는 다양하게 해석되고 있다. 법령의 규정 목적을 고려하여 일부 특수법인을 “특별법에 따라 설립된 (특수)법인”에 해당한다고 보거나 해당하지 않는다고 보는 것인데,⁴³⁴⁾⁴³⁵⁾ 이 경우 법령 해석상 혼란이 야기될 우려가 있으므로 법령에서 특수법인을 규정할 때에는 해당되는 법인

433) 법령용어의 간결성과 통일성을 위해 앞으로는 “특별법에 따라 설립된 법인”으로 특수법인을 지칭하는 표현을 통일하도록 한다.

434) 정보공개법에 따라 정보를 공개할 의무가 있는 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당하는지 여부는 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하고자 하는 위 법의 입법 목적을 염두에 두고, 해당 법인에게 부여된 업무가 국가행정업무이거나, 이에 해당하지 않더라도 그 업무 수행으로써 추구하는 이익이 당해 법인 내부의 이익에 그치지 않고 공동체 전체의 이익에 해당하는 공익적 성격을 갖는지 여부를 중심으로 개별적으로 판단하되, 당해 법인의 설립근거가 되는 법률이 법인의 조직 구성과 활동에 대한 행정적 관리·감독 등에서 민법이나 상법 등에 의하여 설립된 일반 법인과 달리 규율한 취지, 국가나 지방자치단체의 당해 법인에 대한 재정적 지원·보조의 유무와 그 정도, 당해 법인의 공공적 업무와 관련하여 국가기관·지방자치단체 등 다른 공공기관에 대한 정보공개청구와는 별도로 당해 법인에 대하여 직접 정보공개청구를 구할 필요성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5643 판결).

435) 구체적으로는 학교안전공제회는 민원처리법의 ‘특별법에 따라 설립된 특수법인’에 해당한다고 본 사례(법제처 2018. 8. 7. 18-0292 해석례), 새마을금고연합회는 정보공개법의 ‘특별법에 따라 설립된 특수법인’에 해당한다고 본 사례(법제처 2009. 4. 2. 09-0046 해석례), 한국보건산업진흥원은 지방계약법의 ‘특별법에 의하여 설립된 법인’에 해당한다고 본 사례(법제처 2007. 6. 29. 07-0163 해석례), 대한법무사협회 및 지방법무사회는 정보공개법의 ‘특별법에 따라 설립된 특수법인’에 해당하지 않는다고 본 사례(법제처 2009. 7. 3. 09-0161 해석례)가 있다.

및 단체를 열거하거나, 지칭하려는 특수법인의 성격을 명시하는 등 특수법인의 범위를 더 구체적으로 규정할 필요는 없는지 한 번 더 검토하도록 한다.

[입법례] 특수법인의 성격을 구체화한 입법례

법인세법
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. (생략)
2. “비영리내국법인”이란 내국법인 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다.
가. (생략)
나. 「사립학교법」이나 그 밖의 특별법에 따라 설립된 법인으로서 「민법」 제32조에 규정된 목적과 유사한 목적을 가진 법인(대통령령으로 정하는 조합법인 등이 아닌 법인으로서 그 주주(株主)·사원 또는 출자자(出資者)에게 이익을 배당할 수 있는 법인은 제외한다)
3. ~ 16. (생략)

[입법례] 적용대상이 되는 법인 및 단체의 범위를 구체적으로 열거하도록 규정한 입법례

중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. (생략)
2. “공공기관”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기관 또는 법인을 말한다.
가. 국가기관
나. 지방자치단체
다. 특별법에 따라 설립된 법인 중 대통령령으로 정하는 자
라. ~ 바. (생략)
3. ~ 6. (생략)

중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률 시행령
제2조(정의) ① 「중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제2호다목에서 “대통령령으로 정하는 자”란 다음 각 호의 자를 말한다.
1. 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업중앙회(이하 “중소기업중앙회”라 한다)
2. 「농업협동조합법」에 따른 농업협동조합중앙회

3. 「수산업협동조합법」에 따른 수산업협동조합중앙회
 4. 「산림조합법」에 따른 산림조합중앙회
 5. 「한국은행법」에 따른 한국은행
 6. 삭제
 7. 「상공회의소법」에 따른 대한상공회의소
- ② (생략)

공사나 공단의 예를 통해 특수법인과 관련하여 법령에 규정할 사항을 살펴보면, 공사·공단의 설립을 규정한 목적 규정, 법인격, 사무소, 자본금(공사에 한함), 정관 및 설립등기, 유사명칭 사용금지, 이사회, 임원의 수, 임원의 임면과 결격사유, 사장 또는 이사장의 대표권 제한과 대리인 선임, 비밀누설 금지, 사업 또는 업무의 범위, 사업계획, 손익금의 처리, 사채 발행과 자금 차입, 보조금 등 국가의 재정 지원, 정부의 지도·감독에 관한 규정 등 해당 공사·공단의 업무 집행과 재정에 관한 규정이 주요 내용을 이루고 있다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공기업·준정부기관의 정관, 이사회와 임원 등에 관한 일반적 규정이 있으므로 앞에 열거된 사항 중 개별법에서 특별히 달리 규정할 내용이 아니면 개별법에서 별도의 규정을 둘 필요가 없다. 다만, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제2조제2항에서는 “공공기관에 대하여 다른 법률에 이 법과 다른 규정이 있을 경우 이 법에서 그 법률을 따르도록 한 때를 제외하고는 이 법을 우선하여 적용한다.”고 규정하고 있으므로, 「공공기관의 운영에 관한 법률」과 달리 정하려면 「공공기관의 운영에 관한 법률」이 개별법에서 달리 정할 수 있도록 허용하고 있는지 확인할 필요가 있다. 또한 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공기업이나 준정부기관 위주로 규율하고 있는 반면, 기타공공기관에 대해서는 지정에 관한 사항 외에는 별다른 규정이 없으므로, 개별법에 따른 공사·공단이 기타공공기관에 해당하는 경우에는 해당 법률에서 별도의 규정을 둘 필요가 있다.

공사와 공단의 차이점은 주로 법인격의 성격과 업무에서 나타난다. 공사는 통상 자본금이 있는 「상법」상의 주식회사 형태로 설립되며, 설립법에 특별한 규정이 없는 사항에 관해서는 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하는 규정을 두고, 공사의 업무는 상품 생산과 용역 제공 등의 기업활동이 중심을 이룬다. 이에 반하여, 공단에는 자본금이 없고 재단법인의 성격을 띠기 때문에 「민법」상 재단법인에 관한 규정을 준용하는 경우가 많으며, 공단은 법률에 따라 직접 부여된 정부업무를 수행하거나 법령에 따라 공적 업무를 위탁받아 수행한다.

나. 특수법인의 설립

1) 법인의 설립에 관한 규정

「민법」 제31조에서는 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다.”고 규정하고 있으므로, 법인을 성립시키기 위해서는 법률상 근거가 필요하다. 이 경우 i) 법률로 직접 법인을 설립하는 방식과 ii) 법률에 설립 근거 규정만 두고 설립 자체는 자유의사에 맡기는 방식의 두 가지 방식이 있다.⁴³⁶⁾

가) 법률로 직접 법인을 설립하는 방식

법률로 직접 법인을 설립하는 전형적인 예는 보통 특수법인이라고 부르는 각종 법인의 설립 법에서 찾아볼 수 있다. 이 경우에도 두 가지 다른 방식을 찾아 볼 수 있다. i) 법인 설립 자체를 위해 법률을 만드는 경우와 ii) 특정 정책 분야의 법률을 만들면서 그 가운데 관련된 법인을 설립하는 경우가 있는데 규정 방식은 조금 다르지만, 효과는 동일하다.

나) 법률에 설립 근거 규정만 두고 설립 자체는 자유의사에 맡기는 방식

이런 방식은 사회복지법인과 같이 특정 분야의 법인을 설립하거나 동업자 자조조직(自助組織)을 결성하는 경우에 주로 사용된다. 기본적으로 설립 근거는 법률에 규정하되, 실제 설립 자체는 자유로운 의사에 따라 법인별로 법률행위를 통해 설립하게 하는 것이다.⁴³⁷⁾

436) 다른 법령에서 법인의 인용근거 법률을 표현하는 방식으로 “...법에 따른 ○○법인” 또는 “...법에 따라 설립된 ○○법인”을 사용하고 있다. 법인 인용 시 인용근거 법률이 그 법인의 직접적 설립근거 법률이면 “...법에 따른 ○○법인” 또는 “...법에 따라 설립된 ○○법인”으로 표현하여도 무방하나(예: 「대한적십자사조직법」에 따른 대한적십자사 또는 「대한적십자사조직법」에 따라 설립된 대한적십자사), 인용근거 법률이 그 법인의 직접적 설립근거 법률이 아니면 “...법에 따른 ○○법인”으로 표현한다.

437) 입법례 중에는 동업자 자조조직의 설립이 자유의사에 맡겨져 있지 않고 직접 설립하는 방식을 취하는 것(예: 「식품위생법」 제64조에 따른 한국식품산업협회의 설립)도 있으나, 이런 방식이 적절한지는 깊이 검토할 필요가 있다. 그 밖에 법률에서 직접 설립하는 것도 아니면서 설립을 강제하고 있는 입법례(예: 「의료법」 제28조에 따른 의사회 등)도 있는데 이러한 방식은 불가피한 경우가 아니면 지양하도록 한다.

[입법례] 특정 분야의 비영리법인 설립을 법률로 규정한 사례⁴³⁸⁾

사회복지사업법
제16조(법인의 설립허가) ① 사회복지법인(이하 이 장에서 “법인”이라 한다)을 설립하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다. ② 제1항에 따라 허가를 받은 자는 법인의 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 하여야 한다.

[입법례] 동업자 자조조직의 설립근거를 법률에 규정한 사례⁴³⁹⁾

식품위생법
제59조(설립) ① 영업자는 영업의 발전과 국민보건 향상을 위하여 대통령령으로 정하는 영업 또는 식품의 종류별로 동업자조합(이하 “조합”이라 한다)을 설립할 수 있다. ② 조합은 법인으로 한다. ③ 조합을 설립하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 조합원 자격이 있는 자 10분의 1(20명을 초과하면 20명으로 한다) 이상의 발기인이 정관을 작성하여 식품의약품 안전처장의 설립인가를 받아야 한다. ④ ~ ⑦ (생략)

2) 법인격의 부여

공사·공단 또는 그 밖의 특수법인은 국가 또는 지방자치단체의 기관이 아닌 별도의 법인으로 설립된다. 「민법」 제31조에서 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다”고 규정하고 있으므로 공사·공단을 설립하는 법률에서 해당 공사·공단에 법인격을 부여한다는 규정을 두어야 한다.

438) 이 입법례는 해당 법률에서 사회복지법인에 대해 법인격을 부여하고 있지도 않고, 해당 법률 제2조제3호에서는 ‘사회복지법인’을 ‘사회복지사업을 할 목적으로 설립된 법인’으로 정의하고 있을 뿐, ‘이 법에 따라 설립된 법인’이라고 하지도 않아 마치 법인이 먼저 존재하고 거기에 사회복지의 성격이 덧입혀지는 것처럼 보여 전체적으로 보면 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」처럼 「민법」을 보완하는 것으로 보이는 혼란을 초래하고 있는데, 특정 분야의 법인을 설립하는 입법을 할 때에는 해당 법률과 「민법」과의 관계를 명확히 설정할 필요가 있다.

439) 동업자 자조조직인 법인에 대해서는 불과 몇 개의 조문만을 두고 있는 경우가 많고, 「민법」을 준용하는 규정을 따로 두지 않고 있는 경우도 있어, 그 법인이 개별 법률에 따라 설립되는 것인지, 「민법」에 따라 설립되는 것을 전제로 한 것인지 알기 어렵고 규정 내용이 불충분하여 실제 어떻게 운영될지 막연한 것도 있으므로, 차라리 “「민법」에 따라 사단법인(재단법인)으로 동업자조합을 설립할 수 있다”고 규정하여 법률관계를 분명히 하되, 필요한 경우 보조금 교부 등 지원조항과 감독 조항을 개별 법률에 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례]

한국도로공사법

제2조(법인격) 한국도로공사(이하 “공사”라 한다)는 법인으로 한다.

「민법」에서 비영리법인은 사단법인과 재단법인의 두 가지 종류가 있다. 사단법인은 그 실체가 법인격을 갖는 구성원들의 모임이고, 재단법인은 일정한 목적을 위해 모인 재산이 실체가 된다. 특히 사람과 일정한 목적을 위해 모인 재산이 합쳐서 특별한 실체가 되는 경우도 있는데,⁴⁴⁰⁾ 우리 법인 법제에서는 이를 특별히 구별하지 않고 사단 성격이나 재산 성격의 어느 하나로 분류한다. 이렇게 구분하는 기본적인 이유는 법인의 실체가 재산이나 아니면 자유로운 의사의 주체인 사람의 모임이나에 따라 의사결정의 방식이 다르기 때문이다. 즉, 사람의 모임인 경우에는 이들이 모여 의사를 결정할 수 있기 때문에 의사결정기관으로 사원총회와 같은 것을 두어야 하지만, 재산의 모임인 경우에는 의사결정을 재산이 출연된 목적에서 직접 유래하는 것으로 보아야 하기 때문이다.

입법례에서는 단지 법인으로 한다고만 규정한 다음 준용 법률을 규정하는 부분에서 이를 밝히고 있다. 그리고 이런 구분에 따라 명칭을 붙이는 데에 차이를 두고 있다. 재단 성격이면 ‘공단’으로 명명하고, 사단 성격이면 상황에 따라 ‘협회’, ‘법인’ 등 여러 가지 표현을 쓴다. ‘공사’는 영리적 요소가 가미된 것으로 기본적으로 회사의 성격을 가지는 것에 사용한다.

[입법례] 재단의 성격을 갖는 법인을 규정한 사례

국립공원공단법

제1조(목적) 이 법은 국립공원공단을 설립하여 국립공원 등의 자연생태계, 자연·문화경관 및 지형·지질자원을 체계적으로 보전·관리함으로써 국립공원 등의 지속가능한 이용을 도모하고 국민이 쾌적한 자연환경에서 건강하고 여유 있는 생활을 할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

제2조(법인격) 국립공원공단(이하 “공단”이라 한다)은 법인으로 한다.

제25조(민법의 준용) 공단에 관하여 이 법과 「자연공원법」 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 규정한 사항을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

440) 이런 법인은 ‘영조물법인’이라고 부를 수 있다. 과거 「한국공항공단법」에 따른 한국공항공단은 공항시설과 이를 관리·운영하는 사람의 복합체이므로, 영조물법인의 성격을 갖는다고 볼 수 있는 측면이 있었지만 「한국공항공단법」에서는 「민법」상 재단법인의 규정을 준용하도록 하여 재단법인의 성격을 가지는 것으로 하고 있었다. 그 후 공항 운영의 측면이 더 강조되어 공사로 바뀌었다.

[입법례] 사단의 성격을 갖는 법인을 규정한 사례

경비업법
제22조(경비협회) ① 경비업자는 경비업무의 건전한 발전과 경비원의 자질향상 및 교육훈련 등을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 경비협회를 설립할 수 있다. ② 경비협회는 법인으로 한다. ③ 경비협회의 업무는 다음과 같다. 1. ~ 5. (생략) ④ 경비협회에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용한다.

그 밖에 법률에서 규정하는 법인에 사단 성격의 법인도 있을 수 있고, 재단 성격의 법인도 있을 수 있는 경우에는 단순히 「민법」을 준용하도록 규정한다.

[입법례] 사단법인의 성격을 가지는 것도 있고, 재단법인의 성격을 가지는 것도 있는 경우

사회복지사업법
제16조(법인의 설립허가) ① 사회복지법인(이하 이 장에서 “법인”이라 한다)을 설립하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다. ② 제1항에 따라 허가를 받은 자는 법인의 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 하여야 한다. 제32조(다른 법률의 준용) 법인에 관하여 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 「민법」과 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」을 준용한다. ⁴⁴¹⁾

3) 등기사항 규정 방식

특수법인이 법률에 따라 직접 법인격을 부여받았다 하더라도 법인으로서 경제활동을 하려면 그 법인의 존재를 사회 구성원에게 공시하는 행위로서의 등기 절차를 거쳐야 한다. 특수법인은 설립등기를 한 날에 법인으로 성립되어 경제활동을 할 수 있게 된다.

특수법인이 경제 주체로서 활동하려면 설립등기 및 변경등기, 그 밖의 등기를 할 필요가 있는데, 이에 관하여 설립법에 어느 범위까지 이를 규정해야 하는지 문제가 된다.

441) 이 경우 다소 문언이 복잡해지더라도 “법인에 관하여 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 그 성격에 따라 「민법」과 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 중 사단법인 또는 재단법인에 관한 규정을 각각 준용한다.”라고 하는 것이 바람직할 것이다.

특수법인을 설립하는 현행 입법례 중에는 설립등기사항만을 직접 법률에서 정하고 그 밖의 등기에 관해서는 「민법」 또는 「상법」을 준용하도록 한 경우, 설립등기·이전등기·변경등기 및 그 밖의 등기에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 위임한 경우 등 다양한 입법 형식이 있다. 해당 법률에서 달리 정해야 할 특별한 필요가 없으면 법인의 설립등기에 관한 필요 최소한의 사항만을 정하고 그 밖의 등기에 관한 사항은 특수법인의 성격에 따라 「민법」 또는 「상법」에 따르도록 한다.

[입법례] 등기와 관련된 세부 사항을 대통령령에 위임한 사례

대한무역투자진흥공사법

- 제5조(등기) ① 공사는 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ② 제1항에 따른 공사의 설립등기와 지사 또는 사무소의 설치등기, 이전등기, 변경등기, 그 밖에 공사의 등기에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 공사는 등기가 필요한 사항에 관하여는 그 등기를 한 후가 아니면 제3자에게 대항하지 못한다.

공사의 경우에는 「민법」을 준용하는 것이 적절하지 않으므로 이전등기·변경등기, 그 밖의 등기에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 위임하거나 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 한다. 대통령령에 위임할 것인지 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 할 것인지는 그 공사의 등기에 「상법」에 대한 특례를 정할 필요성 유무에 따라 판단한다. 대부분의 공사 설립법에서는 등기에 관하여 대통령령에 위임하는 방식을 택하고 있다. 등기에 관하여 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 하는 규정을 따로 두는 경우 공사 설립법의 마지막 부분에 규정하는 “다른 법률과의 관계” 규정의 조문과 내용이 다소 중복되는 문제가 있기는 하나 명확히 한다는 의미가 있다.

그런데 공단 설립법에서는 대체로 변경등기 등을 대통령령에 위임하거나, 설립등기에 관한 사항만을 규정하고 변경등기 등은 다른 법률과의 관계 규정에서 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 그러나 이 경우에도 등기에 관한 사항은 일반적 규정과는 별도로 변경등기 등에 관하여 「민법」의 재단법인에 관한 규정을 준용한다는 규정은 등기에 관한 규정에서 명시하는 것이 바람직하다.

[입법례] 공단 등의 설립등기 외의 사항에 대해 「민법」을 준용한 사례

산업발전법
제32조(한국생산성본부) ①·② (생략)
③ 한국생산성본부는 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.
④ ~ ⑦ (생략)
⑧ 한국생산성본부에 관하여 이 법과 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 규정된 것을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

입법 모델

<p>【공사의 경우】</p> <p>제○○조(등기) ① 공사는 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.</p> <p>② 제1항에 따른 공사의 설립등기와 지사 또는 사무소의 설치등기, 이전등기, 변경등기, 그 밖의 공사의 등기에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>③ 공사는 등기를 필요로 하는 사항에 관하여는 그 등기 후가 아니면 제3자에 대항하지 못한다. (※ 공사의 경우 「상법」을 준용한다는 규정이 없는 때에 필요함)</p> <p>【공단의 경우】</p> <p>제○○조(등기) ① 공단은 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.</p> <p>② 공단의 등기에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.</p>
--

4) 법인의 정관 기재 사항

「민법」 제34조에서 “법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다.”고 규정하여 법인의 권리능력을 제한하고 있다. 이와 같이 법인에게는 정관의 내용은 법인의 권리능력의 범위를 확정하는 것이므로 매우 중요하다. 따라서 법인을 설립하거나 설립 근거가 되는 법률에서는 일반적으로 법인격을 규정한 부분 다음에 정관 기재 사항을 규정하고 있다.

다만, 공사나 공단 등 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 법인의 경우에는

「공공기관의 운영에 관한 법률」에 정관 기재 사항이 규정되어 있기 때문에 개별 법률에서는 이에 대한 규정을 두지 않는다.⁴⁴²⁾ 다만, 해당 법인이 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는지가 불분명한 경우라면 이러한 규정을 두는 것이 필요한 경우도 있다.

다. 특수법인의 사업

공사·공단은 국가나 지방자치단체의 정책 수행 또는 공익을 목적으로 설립되는 특수법인이므로 그 설립법에서 해당 공사 또는 공단이 수행하는 사업 또는 업무를 열거하고 있다. 공사·공단은 국가 또는 지방자치단체가 수행하는 것이 적합한 사업 또는 업무 중에서 그 수행상의 경제성 또는 효율성이나 전문성 확보를 위해 법인을 설립하여 특정 사업 또는 업무를 수행하게 하는 것이므로 어느 정도의 독점적 지위를 인정하는 경우가 많다.

[입법례]

한국농수산물유통공사법

제10조(사업) ① 공사는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 농산물·임산물·축산물 및 수산물(이하 “농수산물”이라 한다) 유통산업(농수산물의 저장·처리·가공·판매 및 유통개선에 관한 사업을 말한다. 이하 같다)에 관한 건설 및 운영
2. 농수산물 유통산업 및 식품산업(「농업·농촌 및 식품산업 기본법」 제3조제8호에 따른 식품산업 또는 「수산식품산업의 육성 및 지원에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 수산식품산업을 말한다. 이하 같다)에 대한 투자와 자금의 대여 및 알선

442) 「공공기관의 운영에 관한 법률」

제16조(정관의 기재사항) ① 공기업·준정부기관의 정관에는 다음 각 호에 관한 사항을 기재하여야 한다. 다만, 그 공기업·준정부기관의 형태와 특성 및 업무내용상 해당되지 아니하는 사항은 기재하지 아니할 수 있다.

1. 목적
2. 명칭
3. 주된 사무소가 있는 곳
4. ~ 12. (생략)
13. 정관의 변경
14. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

② 공기업·준정부기관은 제6조의 규정에 따라 공기업·준정부기관으로 지정된 후 3개월 이내에 제1항의 규정에 따른 정관에 대하여 주무기관의 장의 인가를 받아야 한다. 인가받은 정관의 기재사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

3. 농수산물 유통산업 및 식품산업에 관한 기술지도와 외국기술의 도입 및 알선
 4. 농수산물 유통산업 및 식품산업에 관한 경영지도
 5. ~ 11. (생략)
 12. 제1호부터 제11호까지의 사업에 딸린 사업
 13. 다른 법령에 따라 공사가 할 수 있는 사업
 14. 그 밖에 정부 또는 지방자치단체로부터 위탁 또는 대행받은 사업
- ② 제1항제1호부터 제4호까지 및 제7호에 따른 농수산물 유통산업의 종류·범위와 같은 항 제10호에 따른 사업의 종류·범위는 대통령령으로 정한다.

법인의 사업에 관한 규정은 일반적으로 정관 기재 사항 다음에 규정하는 경우가 많다. 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 법인이어서 정관 기재 사항에 대한 규정을 두지 않는 경우에는 등기에 관한 규정 다음에 두게 된다(예: 「항만공사법」 제8조).

그리고 조 제목으로 공사·공단의 “업무”라는 용어가 사용되고 있으나(예: 「한국도로공사법」 제12조, 「국민건강보험법」 제14조), “사업”이라는 용어가 더 적절하다.

입법 모델 공사·공단의 사업에 관한 규정 방식

제〇〇조(사업) 공사는(공단은) (제〇조의 목적을 달성하기 위하여) 다음 각 호의 사업을 한다.
(각 호 생략)

동업자의 자조조직으로 설립되는 법인의 경우에는 「민법」상 비영리법인처럼 목적 정도가 규정되고 그 사업에 대해서는 구체적인 규정이 없는 경우가 더 많은데, 사업에 관한 사항을 규정한 것도 있다. 이와 같은 자조조직의 경우에는 “사업”보다 “업무”라는 용어를 쓰는 것이 일반적이다.

[입법례] 동업자의 자조조직인 법인의 업무를 규정하는 사례

소방시설공사사업법

제30조의2(소방시설업자협회의 설립) ① 소방시설업자는 소방시설업자의 권익보호와 소방기술의 개발 등 소방시설업의 건전한 발전을 위하여 소방시설업자협회(이하 “협회”라 한다)를 설립할 수 있다.
② 협회는 법인으로 한다.

- ③ 협회는 소방청장의 인가를 받아 주된 사무소의 소재지에 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ④ 협회의 설립인가 절차, 정관의 기재사항 및 협회에 대한 감독에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제30조의3(협회의 업무) 협회의 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 소방시설업의 기술발전과 소방기술의 진흥을 위한 조사·연구·분석 및 평가
2. 소방산업의 발전 및 소방기술의 향상을 위한 지원
3. 소방시설업의 기술발전과 관련된 국제교류·활동 및 행사의 유치
4. 이 법에 따른 위탁 업무의 수행

개별법에 따라 설립되는 비영리법인인 특수법인이 사업수행에 지장이 없는 범위에서 수익사업을 하려고 할 때에는 종전에는 주무관청의 승인 등을 받도록 하였으나 최근에는 규제를 완화하기 위해 공사·공단 등이 자율적으로 수익사업을 할 수 있도록 하는 입법례가 늘어나고 있다.

그러나 이 경우에도 특수법인이 막연히 수익사업을 할 수 있도록 규정하는 것보다는 그 특수법인이 할 수 있는 수익사업의 종류·범위를 가능하면 모두 나열하여 특수법인의 기본적인 사업수행에 지장을 주지 않는 수익사업의 범위를 나타내도록 한다.

[입법례]

대한적십자사 조직법

제24조(수익사업) 적십자사는 다음 각 호의 수익사업을 할 수 있다.

1. 적십자병원의 운영사업
2. 적십자에 관한 교육·홍보 및 출판사업
3. 자산의 임대사업
4. 그 밖의 제7조에 따른 사업 수행에 지장이 없는 범위에서 정관으로 정하는 사업

라. 특수법인의 이사회와 임직원에 관한 규정

공사·공단이 경제 주체로 활동하려면 우선 법인으로서의 의사결정을 하는 기구와 실제 활동하는 임직원이라는 조직이 있어야 한다. 공사나 공단의 설립법에는 의사결정기구로서 이사회와 법인을 대표하는 사장 또는 이사장, 그 밖에 임원 및 직원에 관한 규정을 두고

있다. 이사회는 구성과 운영, 임직원의 임면, 사장 또는 이사장의 대표권 제한과 대리인 선임 규정, 비밀누설 금지 등에 관한 규정 등이 그 예이다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공공기관은 그 법률에 따라 이사, 이사회와 임원에 관한 규정을 두고 있으므로 「공공기관의 운영에 관한 법률」과 다른 내용을 규정할 필요가 있는 경우가 아니라면 별도의 규정을 두지 않아도 된다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 법인이라면 반드시 기관에 대한 규정을 두어야 한다. 협회 등 사단의 성격에 속하는 것에 대해서는 주로 「민법」 중 사단법인에 관한 규정을 준용하게 하고 따로 규정을 두지 않거나, 기관에 관한 사항을 정관 기재 사항으로 규정하게 하고⁴⁴³⁾ 법률에서 규정을 두는 경우는 많지 않다. 감사는 「민법」상 임의의 기관으로 되어 있으나 이를 두는 것이 일반적이다.

1) 이사회에 관한 규정

이사회는 법인에서 이사로 구성되는 해당 법인의 업무 집행에 관한 의사를 결정하는 기관이다. 공사·공단 등 특수법인에도 다른 법인과 같이 법인의 업무집행에 관한 의사를 결정하기 위한 기관으로 이사회를 둔다. 이사회는 주식회사의 필요적 상설 기관이나, 유한 회사의 이사는 이사회를 구성하지 않고 각자가 회사업무의 집행기관을 구성한다. 비영리 법인에는 이사회를 반드시 두도록 요구하지 않는다.

[입법례]

한국산업인력공단법
제12조(이사회) ① 공단에 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제17조제1항 각 호의 사항을 심의·의결하기 위하여 이사회를 둔다.
② 이사회는 이사장을 포함한 이사로 구성한다.
③ 이사장은 이사회 의장이 된다.
④ 이사회 회의는 이사회 의장이나 재적이사 3분의 1 이상의 요구로 소집하고, 재적이사 과반수의 찬성으로 의결한다.
⑤ 감사는 이사회에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

443) 「결핵예방법」 제21조 및 제22조, 같은 법 시행령 제7조제1항

2) 대표자 등 임원 규정

특수법인은 법인으로서 대외적으로 기관을 대표하는 대표기관을 정하고 있다. 대표기관은 그 특수법인의 유형에 따라 다양한데 사장, 이사장, 원장, 소장, 조합장, 회장, 총재 등으로 정한다. 그 밖의 임원으로는 대체로 이사와 감사를 둔다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관은 대표자로 기관장(사장 등)을 두고 있는데, 공기업의 기관장(사장)은 임원추천위원회가 복수로 추천하여 운영위원회의 심의·의결을 거친 사람 중에서 주무기관의 장의 제청으로 대통령이 임명하거나 주무기관의 장이 임명하고, 준정부기관의 장은 임원추천회의가 복수로 추천한 사람 중에서 주무기관의 장이 임명하거나 주무기관의 장의 제청으로 대통령이 임명한다(「공공기관의 운영에 관한 법률」 제24조, 제25조 및 제26조). 따라서 공공기관의 사장 등의 임명에 관하여 이 법과 달리 정할 특별한 이유가 있는 경우에만 해당 법률에서 정한다.

공기업이나 준정부기관이 아닌 공단의 경우 대체로 이사장이 대표기관이 되는데, 주무부장관이 바로 임명하거나(예: 「정부법무공단법」 제6조), 주무부장관의 제청으로 대통령이 임명하고 있다(예: 「한국산업안전보건공단법」 제7조).

연구기관의 원장은 소속 연구회 이사회의 의결을 거쳐 이사장이 임명하도록 하고 있고(「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제12조제1항), 연구회의 이사장은 연구회별로 대통령령으로 정하는 이사장 추천위원회가 추천하는 사람 중에서 감독관청의 장의 제청으로 대통령이 임명하도록 하고 있다(「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제23조제1항).

「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립되는 연구기관의 원장은 공개모집하거나 원장 추천위원회의 추천을 받아 연구회의 이사장이 임명한다(「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제12조).

조합의 회장·조합장 등의 대표자는 총회에서 직접 선출하도록 하고 있다.

공기업 및 준정부기관 임원의 임기에 관해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제28조(임기)에서 규정하고 있으므로 그 설립법에서는 임원의 임기에 관한 규정을 둘 필요가 없다. 공기업 외의 특수법인의 경우에는 통상 해당 설립법에 임기에 관한 규정을 두고 있으며, 법률에 직접 명시하지 않고 정관에 위임할 수도 있다.

한편 임원의 임기 조항에서 보궐임원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 정하는 입법례가 있으나 모든 임원의 임기를 통일해야 할 특별한 사유가 없으면 이러한 규정은 두지 않도록 한다.

입법 모델 공단 임원의 종류·임명과 임기에 관한 규정 방식

【임원의 종류·임명권자 및 임기를 함께 규정하는 경우】

제○조(임원) ① 공단에 이사장 1명을 포함한 ○명 이내의 이사와 감사 1명을 둔다. (공단에 이사장 1명, 상임이사 3명을 포함한 15명 이내의 이사와 감사 1명을 둔다.)

② 이사장 및 감사는 ○○장관이 임명한다. (이사장은 ○○장관의 제청에 의하여 대통령이 임명한다. ※ 이 경우 감사의 임명에 관하여는 다른 항에서 규정함)

③ 이사는 ○○장관의 승인을 받아 이사장이 임명한다.

④ 임원의 임기는 3년으로 한다. (다만, 공무원인 임원의 임기는 그 재임기간으로 한다.)

【임기에 관한 규정을 하나의 조로 규정하는 경우】

제○조(임원의 임기) 임원의 임기는 3년으로 한다.

02
실
체
규
정

3) 대표권 제한 규정

공사의 사장, 공단의 이사장 등 해당 특수법인의 대표기관에는 공사·공단의 대표권이 있으므로 그 법인을 대표하여 그 업무에 관한 재판상 행위와 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다. 다만, 사장 또는 이사장 등의 대표기관과 해당 특수법인의 이익이 상반되는 사항에 대해서는 대표권을 제한할 필요가 있다. 이에 관한 규정이 대표권 제한 규정으로 법률에 규정할 경우 다음과 같이 규정한다.

[입법례]

한국관광공사법

제9조(사장의 대표권 제한) 공사의 이익과 사장의 이익이 상반되는 사항에 대하여는 사장이 공사를 대표하지 못하며, 감사가 공사를 대표한다.

4) 대리인 규정

사장 또는 이사장 등에게 해당 특수법인의 대표권이 있기는 하지만, 대표기관이 현실적으로 그 기관의 모든 업무와 법률행위를 직접 할 수는 없으므로, 그 권한을 대리하여 행할 수 있는 제도가 필요하다. 특히 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 이에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으므로, 필요하다면 이 규정을 개별 법률에 두어야 한다. 종전에는 주로 “대통령령으로 정하는 바에 따라” 대리인을 선임할 수 있도록 했으나, 현재는 자율성을 존중하기 위해서 “정관으로 정하는 바에 따라” 대리인을 선임할 수 있도록 하는 경우가 많다.

[입법례]

새만금사업 추진 및 지원에 관한 특별법

제36조의8(대리인의 선임) 공사의 사장이 정관으로 정하는 바에 따라 선임하는 직원은 공사의 업무수행에 필요한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다.

마. 자원 등 재정회계에 관한 사항

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공공기관은 그 법률에 따라 예산회계 및 재정에 관한 사항이 다루어지기 때문에 개별 법률에서 따로 규정하지 않아도 된다. 다만, 운영 자금 등 자원의 조달방법에 대해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 아무런 규정이 없으므로, 개별 법률에서 규정을 해 주어야 한다.

특수법인은 자본을 주식으로 분할하도록 하여 주식회사의 형태를 취하기도 하고 한국은행, 금융감독원, 예금보험공사의 경우처럼 무자본특수법인의 형태를 취하기도 한다.

[입법례] 자본금 규정 사례

한국전력공사법

제4조(자본금) 공사의 자본금은 6조원으로 하되, 정부가 100분의 51 이상을 출자(出資)한다.

제5조(주식) ① 공사의 자본은 주식으로 분할한다.

② 제1항에 따른 주식은 기명식(記名式)으로 하고, 그 종류, 수 및 1주당 금액은 정관으로 정한다.

한국공항공사법

제4조(자본 및 출자) ① 공사의 자본은 주식으로 분할한다.

- ② 국가 또는 지방자치단체는 「국유재산법」 및 「지방재정법」에도 불구하고 공사의 사업에 필요한 동산(動産) 또는 부동산을 공사에 현물(現物)로 출자(出資)할 수 있다.
- ③ 국가 또는 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 「공항시설법」 제26조제1항에 따른 공항시설관리권을 공사에 출자할 수 있다.
- ④ 국가 또는 지방자치단체가 제2항 또는 제3항에 따라 공사에 출자를 할 때에는 「국유재산법」에 따른다.

한국은행법

제2조(법인격) 한국은행은 무자본 특수법인으로 한다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 법인의 경우에는 재정회계의 문제는 법률에서 규정해 줄 수도 있고, 정관에서 규정하도록 할 수도 있다. 법률에서 법인을 직접 설립하는 경우에는 그 공공성에 비추어 예산승인 등 재정회계에 관한 사항은 가급적 법률에서 규정하되, 단지 법률에 설립 근거만 두는 경우에는 특별한 사유가 없다면 정관에서 규정하는 것도 가능하다.

바. 특수법인에 대한 감독

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공공기관은 같은 법 제51조제1항에서 “기획재정부장관과 주무기관의 장은 공기업·준정부기관의 자율적 운영이 침해되지 아니하도록 이 법이나 다른 법령에서 그 내용과 범위를 구체적으로 명시한 경우에만 감독한다.”고 규정하여 개별 법률에서 감독의 범위를 정할 수 있는 여지를 남겨 두고 있다.

같은 조 제3항에서는 주무부장관의 감독 사항으로 “법령에 따라 주무기관의 장이 공기업·준정부기관에 위탁한 사업이나 소관 업무와 직접 관련되는 사업의 적정한 수행에 관한 사항과 그 밖에 관계 법령에서 정하는 사항”을 규정하고 있으므로, 필요하다면 개별 법률에서 감독에 관한 사항을 규정할 수 있다. 특히 공기업이나 준정부기관은 행정기관의 정책 사항을 일부 수행하는 경우가 많으므로 그 수행과 관련해서 적절한 감독 규정이 필요하다.

[입법례]

한국수자원공사법

제38조(감독) 환경부장관은 공사의 업무 중 다음 각 호의 사항에 대하여 감독한다.

1. 연도별 사업계획, 사업실적 및 결산에 관한 사항
2. 제9조에 따른 사업의 적절한 수행에 관한 사항
3. 이 법에 따라 환경부장관이 공사에 위탁한 사업에 관한 사항
4. 그 밖에 다른 법령에서 정하는 사항

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 법인은 감독에 관한 사항을 개별 법률에서 규정해야 하는데, 그 감독의 필요성은 비영리법인을 감독하는 수준보다 조금 높은 정도인 것이 보통이다.

감독의 수준은 해당 법인의 공공성, 해당 법인에 대한 정부 지원의 정도 등에 따라 달라진다. 공공성이 높고 지원의 정도가 많을수록 감독의 수준도 높아질 것이다. 또한, 법률에 따라 직접 설립되는 법인이 동업자 자조조직과 같은 일반 비영리법인보다 더 강한 감독을 받도록 해야 할 것이다.⁴⁴⁴⁾

444) 통상 비영리법인에 대한 감독수단으로는 「민법」에 따른 법인 사무의 검사·감독 및 설립허가 취소(「민법」 제37조 및 제38조)를 들 수 있다. 그러나 공익적 성격이 강한 특수법인의 경우에는 해당 법인의 임원의 임명과 해임 또는 임원의 취임 승인과 그 취소와 같이 임원의 선임 등에 정부가 개입할 수 있는 장치를 마련하여 임원의 일탈행위 및 해당 법인의 위법한 업무수행을 방지하거나 시정할 수 있도록 하고 있다(예: 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제25조, 제26조, 제35조에 따른 공공기관의 임원의 임명 및 해임, 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 제5조제2항 및 제14조제2항에 따른 임원 취임 승인과 그 취소, 「한국국제보건의료재단법」 제8조 및 제25조에 따른 임원의 임명 및 해임, 「사립학교법」 제20조제2항 및 제20조의2에 따른 임원 취임 승인과 그 취소). 한편 특수법인 운영의 자율성을 고려하여 임원 선임 및 해임 시에 정부가 직접적으로 개입할 수 있는 근거는 두지 않으면서도, 해당 법인의 공공성과 걱정한 운영이 담보될 수 있도록 시정명령 근거를 두고, 시정명령 불이행 시 또는 위법 사유 발생 시 임원에 대한 해임명령과 직무집행정지를 규정하며, 해임명령에 따라 해임된 날부터 일정 기간 동안 임원이 될 수 없도록 결격사유를 규정하는 경우도 있다(예: 「사회복지사업법」 제19조, 제22조 및 제22조의2).

25. 겸직과 영리업무의 금지

가. 개관

‘겸직 금지’란 법률에 따라 어떤 직위 또는 신분에 있는 사람은 다른 직위 또는 신분을 동시에 갖지 못하게 금지하는 것을 말한다. 대체로 공무원 또는 이에 준하는 신분에 있는 사람은 그 공정한 직무 수행에 지장을 줄 수 있는 다른 직위 또는 신분을 갖지 못하게 하거나, 해당 직무에 전념하도록 다른 직위나 신분을 갖지 못하게 하는 경우가 많다.

공무원과 공공단체의 임직원 등 공적 직무를 수행하는 사람은 그 신분과 관련되는 다른 직위를 겸하게 되면 본직의 업무상 독립성이나 공정성이 훼손되거나 사익을 추구할 소지가 있으므로 해당 신분에 관련되는 법률에서 겸직을 금지하는 규정을 둘 필요가 생긴다. 겸직 금지 규정은 주로 공무원 관련 법률, 공공기관의 인사에 관한 법률, 각종 공적 조합의 구성에 관련되는 법률에 두게 된다.

겸직을 금지하는 경우에도 완전히 금지하는 경우와 원칙적으로 겸직을 금지하되 감독자의 허가를 받아 예외적으로 허용하는 두 가지 유형이 있다.

‘영리업무 금지’란 어떤 직위 또는 신분에 있는 사람에 대해 영리를 목적으로 하는 업무나 사업에 종사하는 것을 금지하는 것을 말한다. 영리업무의 금지 규정도 공무원 또는 공공단체의 임직원 등이 본직의 업무에 충실하고 사익을 추구하지 못하도록 하기 위해 두는 규정이다. 금지 규정도 어느 경우에도 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하게 하는 규정과 예외적으로 감독자의 허가를 받아 영리업무에 종사하게 하는 규정이 있다. 대체로 겸직 금지의 규정과 같은 취지이고 그 규정 내용도 유사하다. 따라서 겸직 금지와 영리업무 금지를 같이 규정하는 경우가 일반적이나, 둘 중 하나만 규정하는 경우도 있다.

겸직 금지 규정과 영리업무 금지 규정은 개인의 헌법상 직업선택의 자유, 경제활동의 자유, 공무담임권 등 기본권을 제한하는 규정이므로 반드시 법률에 근거를 두어야 하며, 겸직의 제한에서 오는 개인의 불이익과 이로 인하여 얻게 되는 공익을 비교형량하여 해당 규정을 둘 것인지 결정해야 하고, 그 제한은 필요 최소한에 그쳐야 한다.⁴⁴⁵⁾

445) 예컨대, 공공기관 등의 ‘비상근직’의 경우 그 성질상 다른 직위에 종사하는 것이 예정되어 있으므로 해당 직위가 업무의 공정한 수행에 심각한 지장을 주지 않는 한 겸직 금지나 영리업무 금지 규정을 두는 것은 신중할 필요가 있다.

나. 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

1) 공무원의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

공무원의 겸직 금지와 영리업무 금지에 관해서는 공무원 인사에 관한 기본법인 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에서 규정하고 있다. 「국가공무원법」은 “공무원은 공무 외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 소속기관의 장의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없다.”고 규정하고 있다(「국가공무원법」 제64조). 다른 법률에 특별한 규정⁴⁴⁶⁾이 없으면 공무원은 영리업무와 겸직이 금지되며, 겸직의 경우에는 예외적으로 허가받아 다른 직무를 겸할 수 있다. 따라서 공무원의 경우 원칙적으로 개별 법률에서 겸직 금지나 영리업무 금지 규정을 둘 필요는 없으며, 「국가공무원법」 또는 「지방공무원법」의 규정과 다른 내용의 겸직 금지 또는 영리업무 금지 규정을 두려면 해당 법률에서 정하면 된다.

대통령의 경우 헌법 제83조에서 겸직 금지 규정을 두고 있으며, 국회의원의 경우 헌법 제43조 및 「국회법」 제29조·제29조의2에서, 지방의원의 경우 「지방자치법」 제35조에서, 헌법재판소 재판관의 경우 「헌법재판소법」 제14조에서, 감사원 감사위원의 경우 「감사원법」 제9조에서 각각 겸직 등 금지 규정을 두고 있다.

[입법례]

감사원법

제9조(겸직 등의 금지) 감사위원은 재직 중 다음 각 호의 어느 하나의 직을 겸하거나 영리를 목적으로 하는 사업을 할 수 없다.

1. 국회 또는 지방의회의 의원의 직
2. 행정부서의 공무원의 직
3. 이 법에 따라 감사의 대상이 되는 단체의 임직원의 직
4. 그 밖에 보수를 받는 직

446) 「산업기술단지 지원에 관한 특별법」

제21조(교육공무원 등의 휴직·겸직 허용) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 「교육공무원법」, 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에도 불구하고 사업시행자의 임직원으로 근무하기 위하여 휴직하거나 임직원으로 겸직할 수 있다.

1. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(같은 조 제7호에 따른 각종학교는 제외한다)의 교원
2. 국공립 연구기관의 연구원(「한국과학기술원법」 제15조, 「광주과학기술원법」 제14조, 「대구경북과학기술원법」 제12조의3 및 「울산과학기술원법」 제8조에 따른 교원 및 연구원을 포함한다)

2) 공공단체 임직원의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

공기업·준정부기관은 공익적 업무를 수행하고 공공성이 강한 기관이므로 그 임직원이 다른 영리행위를 하는 것을 금지하고, 공정한 업무수행에 영향을 끼치는 직을 겸하는 데에 일정한 제한을 가하고 있다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」 제37조에서는 공기업·준정부기관의 상임임원과 직원은 그 직무 외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하도록 하고 있고, 상임임원은 그 임명권자나 제청권자의 허가를 받은 경우, 직원은 기관장의 허가를 받은 경우에만 비영리 목적의 업무를 겸할 수 있도록 임직원의 겸직 제한 규정을 두고 있으므로 해당 공기업·준정부기관의 설립법에서는 별도의 규정을 두지 아니한다.

3) 공적 조합·특수법인의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

농업협동조합, 수산업협동조합 등의 조합과 개별 법률에 따라 설립된 특수법인은 공적 업무를 수행하는 관계로 소속 임직원에 대한 독립성의 보장이나 공정한 업무 수행을 위해 이에 해로운 영향을 미칠 수 있는 다른 공적 직위 등을 겸하지 못하도록 하는 경우가 있다.

[입법례]

전기공사공제조합법

제27조(임원의 겸직금지) 조합의 상근임원은 대통령령으로 정하는 같은 업종의 다른 직(職)을 겸하지 못한다. 다만, 이사회의 승인을 받은 때에는 겸직할 수 있다.

4) 특수업무를 수행하는 사기업의 임직원, 특정 자격자 등에 대한 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

특수한 업무를 수행하는 자에 대해 그가 비록 사기업에 종사하더라도 겸직을 엄격히 금지할 필요가 있는 경우가 있다. 해당 기업의 건전한 경영 확보를 위해 필요한 경우 또는 고객과의 이해가 상충되는 경우 금융거래의 안전 보호 등의 이유로 금융 관련 업무에 종사하는 임직원은 다른 법인 등의 임직원이 될 수 없도록 하고 있다. 또한, 변호사·세무사 등

업무 수행에 공공성이 요구되는 특정 자격자에 대해서도 이해상충 등의 이유로 해당 업무의 수행과 양립하기 어렵거나, 업무의 공정성을 해칠 우려가 있는 경우에 대해 겸직 또는 영리 업무를 금지하거나 제한하는 규정을 두고 있다.

[입법례]

금융회사의 지배구조에 관한 법률

제10조(겸직제한) ① 금융회사의 상근 임원은 다른 영리법인의 상시적인 업무에 종사할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 상시적인 업무에 종사할 수 있다.

1. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제74조에 따라 관리인으로 선임되는 경우
2. 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제10조제1항제4호에 따라 관리인으로 선임되는 경우
3. 금융회사 해산 등의 사유로 청산인으로 선임되는 경우

② 제1항 각 호 외의 부분 본문에도 불구하고 다음 각 호의 금융회사의 상근 임원은 다음 각 호의 구분에 따라 다른 회사의 상근 임직원을 겸직할 수 있다.

1. 해당 금융회사가 은행인 경우: 그 은행이 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 15를 초과하는 주식을 보유하고 있는 다른 회사의 상근 임직원을 겸직하는 경우
2. 해당 금융회사가 상호저축은행인 경우: 그 상호저축은행이 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 15를 초과하는 주식을 보유하고 있는 다른 상호저축은행의 상근 임직원을 겸직하는 경우
3. 해당 금융회사가 보험회사인 경우: 그 보험회사가 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 15를 초과하는 주식을 보유하고 있는 다른 회사의 상근 임직원을 겸직하는 경우(「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제2조제1호가목부터 아목까지 및 차목에 따른 금융기관의 상근 임직원을 겸직하는 경우는 제외한다)
4. 그 밖에 이해상충 또는 금융회사의 건전성 저해의 우려가 적은 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

③ 은행의 임직원은 한국은행, 다른 은행 또는 「금융지주회사법」 제2조제1항제5호에 따른 은행지주회사의 임직원을 겸직할 수 없다. 다만, 「은행법」 제37조제5항에 따른 자은행의 임직원이 되는 경우에는 겸직할 수 있다.

④ (생략)

사립학교법

제23조(임원의 겸직금지) ① 이사장은 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장을 겸할 수 없다.

② 이사는 감사 또는 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 교원 기타 직원을 겸할 수 없다. 다만, 학교의 장은 예외로 한다.

③ 감사는 이사장·이사 또는 학교법인의 직원(당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 교원 기타 직원을 포함한다)을 겸할 수 없다.

변호사법

제38조(겸직 제한) ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸할 수 없다. 다만, 국회의원이거나 지방의회 의원 또는 상시 근무가 필요 없는 공무원이 되거나 공공기관에서 위촉한 업무를 수행하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 다음 각 호의 행위를 할 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것
2. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것
- ③ 변호사가 휴업한 경우에는 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다.

26. 행정지도

가. 개관

‘행정지도’란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위해 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용을 말한다(「행정절차법」 제2조제3호). 행정지도는 그 지도의 목적·내용에 따라, 행정기관이 의도하는 바람직한 상태로 유도하기 위해 행하는 ‘구성적 행정지도’와 행정 목적의 달성에 지장을 주는 상태를 예방·억제·개선·조정하기 위해 행하는 ‘규제적 행정지도’로 분류할 수 있다. 행정지도는 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 비권력적 사실행위이므로 법률의 근거가 없어도 된다고 보는 것이 일반적이다. 행정지도는 현대행정의 영역이 확대되면서 그 필요성이 커지는 새로운 행위형식으로서, 급변하는 경제·사회적 상황과 과학기술의 발전에 유연하고도 신속하게 대응할 수 있고, 상대방의 동의나 협력을 전제로 하므로 상대방의 저항이 적다는 점에서 유용한 행정 수단이 되고 있다. 그러나 사실상 행정지도는 상대방이 거부하기 어려운 강제성을 띠는 경우가 많으므로, 이에 대한 절차적 통제가 없으면 행정지도의 남용과 그로 인한 법치주의의 공동화(空洞化) 현상이 발생할 수 있다.

이와 같은 이유로 행정절차에 관한 일반법인 「행정절차법」에서는 행정지도의 원칙, 행정지도의 방식, 행정지도 상대방에 대한 의견제출 기회 부여 등 행정지도에 관한 사항을 규정하고 있다.⁴⁴⁷⁾

447) 「행정절차법」

제48조(행정지도의 원칙) ① 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다.

② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

제51조(다수인을 대상으로 하는 행정지도) 행정기관이 같은 행정목적을 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.

「행정절차법」에 행정지도상 중요하고도 기본적인 사항이 이미 규정되어 있으므로 개별 법령에서 행정지도에 관하여 규정할 필요는 거의 없다. 다만, 「행정절차법」의 규정 내용과 달리 정해야 할 특성이 있는 지도업무 등 예외적인 경우에는 「행정절차법」의 특별 규정으로 행정지도에 관하여 규정할 수는 있다. 행정지도에 관하여 규정하는 경우에도 「행정절차법」상의 행정지도의 원칙과 방식을 고려하고 특별 규정을 둘 필요가 있는지 주의하여 검토해야 한다.

나. 행정지도의 규정 내용

행정지도에 관하여 개별 법률에서 규정할 때에는 해당 법률의 목적에 부합하게 하고 행정지도를 하는 주체, 행정지도의 상대방과 행정지도의 내용을 명확히 규정해야 한다. 그러나 상대방의 협력을 직·간접적으로 강요하거나 행정지도에 따르지 않으면 불리한 조치를 할 수 있도록 하는 내용을 규정해서는 안 된다.

새로 개발된 과학기술을 사용하도록 권장하는 등의 단순한 조성적 행정지도에 관하여 개별 법률에 규정할 수도 있다. 이 경우 행정지도의 실효성을 확보하기 위해 행정지도를 따른 자에 대한 적절한 범위의 기술적 지원 방안 등과 함께 규정하는 경우도 있다.

[입법례] 행정지도와 행정지도에 대한 지원 제도를 함께 규정한 사례

골재채취법

- 제9조(기술개발의 권고 등) ① 산업통상자원부장관은 골재채취업자에게 새로운 기술의 도입이나 연구·개발 등을 권고할 수 있으며 필요한 경우에는 기술정보를 제공하거나 기술지도를 할 수 있다.
- ② 산업통상자원부장관은 제1항에 따른 기술지도를 관계 전문기관으로 하여금 대행하게 할 수 있다.

행정 목적의 달성에 지장이 있는 행위, 공해 발생의 우려가 있는 시설 등의 개선 등에 대해 행정작용을 하기에 앞서 행하는 규제적 행정지도는 그 공익적 필요성이 큰 경우 규정할 수 있다.

[입법례] 시정권고를 수락한 경우 시정조치로 간주한 예

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

- 제51조(위반행위의 시정권고) ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 있는 경우에 당해 사업자 또는 사업자단체에 대하여 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 자는 시정권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 당해 권고를 수락하는지의 여부에 관하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의하여 시정권고를 받은 자가 당해 권고를 수락한 때에는 이 법의 규정에 의한 시정조치가 명하여진 것으로 본다.

또한 공익을 증진하는 데에 필요한 행정지도를 행정기관의 의무로 규정하여 그 행정지도 업무를 적극적으로 수행하게 하는 경우가 있다.

[입법례] 행정지도를 행정기관의 의무로 규정한 사례

국민건강증진법

- 제6조(건강생활의 지원등) ① 국가 및 지방자치단체는 건강친화 환경을 조성하고, 국민이 건강 생활을 실천할 수 있도록 지원하여야 한다.
- ② 국가는 혼인과 가정생활을 보호하기 위하여 혼인전에 혼인 당사자의 건강을 확인하도록 권장하여야 한다.
- ③ (생 략)

행정지도의 용어는 “지도”, “권고”, “조언”, “권장” 등 해당 지도업무의 성격에 적합하게 선택하도록 한다.

27. 공법상 계약

가. 의의 및 종류

공법상 계약은 일반적으로 “공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수당사자 사이의 서로 반대방향의 의사표시의 합치에 의하여 성립되는 공법행위”로 정의된다. 행정청과 사인(私人, 자연인과 법인을 말함) 간 행정작용은 대부분 행정청의 일방적 작용인 처분을 중심으로 이루어지고 있으나 행정청과 사인이 대등한 지위에서 의사 합치를 통해 이루어질 수도 있는데 그 전형적인 예가 공법상 계약⁴⁴⁸⁾이다.

입법례로는 ① 행정청 상호 간의 공법상 계약(「지방자치법」 제168조에 따른 사무위탁에 관한 규약, 「도로법」 제24조에 따른 도로 관리에 관한 협의 등), ② 행정청과 사인 간의 공법상 계약(「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제2조제7호에 따른 실시협약, 「폐기물관리법」 제16조에 따른 폐기물의 발생 억제 및 처리에 관한 협약, 「국가연구개발혁신법」 제11조⁴⁴⁹⁾에 따른 국가연구개발사업에 관한 협약, 「공무원임용령」 제22조의4에 따른 임기제공무원의 임용계약⁴⁵⁰⁾ 등)이 있다.

[입법례] 행정청 상호 간의 공법상 계약을 규정한 사례

도로법

제24조(도로 관리의 협의 및 재정) ① 제23조에도 불구하고 행정구역의 경계에 있는 도로는 관계 행정청이 협의하여 도로관리청과 관리방법을 따로 정할 수 있다.

448) 행정주체가 계약의 당사자가 되는 행정계약에는 공법상 계약과 사법상 계약이 있다. 공법상 계약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 하므로 공법상 계약에 관한 분쟁이 발생한 경우 「민사소송법」에 따른 민사소송이 아니라 「행정소송법」에 따른 당사자소송의 대상이 된다는 점에서 사법상 계약과 구별된다. 사법상 계약의 예로는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 「국유재산법」 등에 따른 공사도급계약, 물품매매계약, 국유·공유 일반재산의 매각·양여 등 계약, 공무원이 아닌 행정보조자의 채용계약 등이 있다.

449) 판례도 위 규정의 전신인 구 「국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정」(2020. 12. 29. 대통령령 제 31297호로 폐지되기 전의 것을 말함) 제9조에 따른 국가연구개발사업에 관한 협약의 성질을 공법상 계약으로 본 사례가 있다(대법원 2017. 11. 9. 2015다215526 판결).

450) 판례는 공무원과 유사한 지위를 가지는 서울특별시 시립무용단원의 위촉계약은 공법상 계약으로 보았으나 (대법원 1995. 12. 22. 95누4636 판결), 단순 행정보조자에 불과한 학교회계직원의 근로계약은 사법상 계약이라는 전제에서 판시한 사례가 있다(대법원 2018. 5. 11. 2015다237748 판결).

- ② 제1항에 따른 협의가 성립되지 아니하면 관계 행정청은 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 경계에 있는 도로에 관하여는 국토교통부장관에게 재정을 신청하고, 그 밖의 도로에 관하여는 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 각각 재정을 신청할 수 있다.
- ③ 제2항에 따른 재정이 있으면 제1항에 따른 협의가 있는 것으로 본다.
- ④ 관계 행정청은 제1항에 따른 협의나 제2항에 따른 재정이 있으면 그 내용을 고시하여야 한다.

[입법례] 행정청과 사인 간의 공법상 계약을 규정한 사례

사회기반시설에 대한 민간투자법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1. ~ 6. (생략)
- 7. “실시협약”이란 이 법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다.
- 8. ~ 17. (생략)

나. 법적 규율

그동안 공법상 계약에 관한 사항을 일반적으로 규율하는 법이 존재하지 않아 개별법 규정과 판례 등⁴⁵¹⁾에 따라 규율되고 있었다. 다만, 공법상 계약의 체결에 법적 근거가 필요한지에 대해서는 명문의 규정이 없더라도 법에 의해 금지되지 않는 한 공법상 계약을 체결할 수 있다는 것이 학계의 일반적인 입장⁴⁵²⁾이었다. 이를 반영하여 「행정기본법」에서는 공법상 계약의 체결을 원칙적으로 허용하고,⁴⁵³⁾ 공법상 계약을 체결할 때에는 계약의 목적 및

451) 국책사업인 ‘한국형 헬기 개발사업’에 개발주관사업자 중 하나로 참여하여 방위사업청과 개발협약을 체결한 주식회사가 협약을 이행하는 과정에서 발생한 초과비용에 대해 국가를 상대로 초과비용의 지급을 구하는 민사소송을 제기한 사안에서 대법원은 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가 산하 중앙행정기관의 장과 참여기업인 주식회사가 체결한 협약의 법률관계는 공법관계에 해당하므로 이에 관한 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 한다고 보았다(대법원 2017. 11. 9. 2015다215526 판결).

452) 반면에 행정주체의 우월적 지위에 의해 사실상 계약강제가 존재하는 경우, 제3자의 권리를 침해하는 계약인 경우, 공권력에 의해 일방적으로 규율될 필요가 있는 분야인 경우 등에는 법률의 근거가 필요하다는 견해도 있다.

내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하도록 하는 등 공법상 계약에 관한 통칙적 규정을 마련⁴⁵⁴⁾하였다.

다. 규정 시 유의 사항

「행정기본법」 제27조제1항에서는 “법령등⁴⁵⁵⁾을 위반하지 아니하는 범위”에서 공법상 계약을 체결할 수 있다고 규정하고 있으므로 그 법령등의 취지상 공법상 계약의 체결 허용 여부가 불분명한 경우에 이를 허용하기 위해서는 해당 법령등에 그 허용에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 이 경우 공법상 계약은 당사자 간 합의를 바탕으로 사인의 자발적 협조를 가능하게 하여 행정의 민주성과 효율성을 높일 수 있다는 장점이 있는 반면, 당사자의 교섭 능력에 따라 합의 내용이 달라져 행정의 일관성·형평성을 훼손할 수 있다는 부작용도 있으므로 해당 법령등의 입법 취지와 공법상 계약의 체결을 허용하려는 분야의 성격 등을 종합적으로 고려하여 그 허용 여부를 신중히 판단해야 할 것이다.

개별 법령에서 공법상 계약이 체결되는 분야의 특성 등을 고려하여 계약 당사자의 범위를 한정할 필요가 있거나 계약 내용에 반드시 포함시켜야 하는 사항을 법령에서 구체적으로 명시할 필요가 있는 등의 경우에는 그에 관한 규정을 둘 수 있다. 또한, 개별 법령에 공법상 계약에 관한 특별 규정을 둘 때에는 공법상 계약의 공익 관련성을 고려하여 「민법」의 규정이나 사법상 원칙과는 다른 내용을 규정할 필요가 생길 수 있다. 이와 같은 규정은 해당 공법상 계약의 공익 관련성 정도와 해당 규정으로 인해 계약 상대방이 입을 수 있는 불이익 정도 등을 비교형량하여 허용 여부를 결정해야 한다.

453) 「행정기본법」이 적용되는 공법상 계약에는 사인 상호 간의 공법상 계약이 제외된다.

454) 해당 규정은 「행정기본법」의 시행일(2021. 3. 23.) 이후에 체결하는 공법상 계약부터 적용된다(부칙 제4조).

455) “법령등”이란 법령(법률, 대통령령, 총리령, 부령, 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙, 감사원규칙과 그 법률 등의 위임을 받아 중앙행정기관의 장이 정한 훈령·예규·고시 등 행정규칙)과 자치법규(조례, 규칙)를 말한다(「행정기본법」 제2조제1호).

28. 지방자치제도

가. 의의

지방자치란 일정한 지역의 주민이 지역의 사무를 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통해 직접 처리함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도를 말한다. 헌법 제117조제1항⁴⁵⁶⁾에서는 지방자치단체가 자გი지역 내의 사무를 자기책임으로 처리할 수 있는 권한을 제도적으로 보장하고 있다. 또한 「지방자치분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」 제7조에서는 지방자치단체가 그 지역에 관한 정책을 자율적으로 결정하고 자기의 책임 하에 집행한다는 자치분권의 기본이념을 규정하면서, 같은 법 제8조에서는 지방자치와 관련된 법령을 입안하는 경우에는 이러한 이념에 적합해야 하고 관련 법령을 조속히 정비해야 한다고 규정하고 있다.

이러한 지방자치제도의 헌법적 보장과 자치분권의 기본이념에 비추어 지방자치단체는 그 소관 사무에 대해서는 자기 책임 하에 자율적으로 처리하는 것이 원칙이므로, 지방자치단체 소관으로 배분한 사무에 대해서는 법령 입안 시 지방의 자율성이 최대한 확보될 수 있도록 할 필요가 있다.

나. 입안 시 유의사항

1) 자치입법권의 보장

가) 법령상 규율 완화 및 조례 위임 확대

지방자치단체는 그 소관에 속하는 사무를 자기 책임 하에 자율적으로 처리하는 것이 원칙이므로, 법령에서 지방자치단체의 소관 사무에 대한 사항은 조례로 위임한다. 다만, 해당

456) 「대한민국헌법」

제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

사무에 대해 전국적·통일적 기준을 공통으로 적용할 필요가 있는지를 면밀히 검토하여 필요한 경우에만 예외적으로 그 사항을 법령에 규정한다. 전국적·통일적 기준을 정할 때에는 상·하한 범위, 기본원칙 또는 고려사항 등 필요 최소한의 부분으로서 그 대강만을 정하고, 사무의 처리방법·절차 등 세부사항은 지방자치단체가 정할 수 있도록 하여 지방자치단체가 지역 실정에 맞는 정책과제를 수립하거나 지역주민의 다양한 요구에 적극적으로 대응할 수 있도록 한다.

특히 법률에서 “대통령령으로 정하는 바에 따라”, “부령으로 정하는 기준에 따라” 또는 “대통령령으로 정하는 범위에서” 조례로 정하도록 위임하는 방식을 취하면서 그 하위법령에서 전국적·통일적 기준을 정하도록 하는 경우에는, 대통령령이나 부령에서 세부사항을 구체적으로 규정해 실질적으로 조례에서는 정할 사항이 없게 되는 사례가 발생하지 않도록 한다.

[입법례] 법령에서 사무처리 기준 등을 조례로 위임한 사례

건축서비스산업 진흥법
제20조(우수 건축물등의 지정 및 지원) ① 국토교통부장관, 시·도지사는 건축서비스산업 종사자의 자긍심을 높이고, 품격 높은 건축물을 통한 건축서비스산업의 경쟁력 강화를 위하여 우수 건축물등을 지정할 수 있다.
② (생략)
③ 시·도지사가 제1항에 따라 우수 건축물등을 지정하고자 하는 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 기준 및 절차에 따른다.
④ (생략)

[입법례] 법령에서 공통사항을 정하고 그 밖의 사항은 조례로 위임한 사례

재해구호법 시행령
제4조의4(시·도재난심리회복지원단의 구성 및 운영 등) ① 법 제8조의2제1항에 따른 시·도재난심리회복지원단(이하 “시·도심리지원단”이라 한다)은 다음 각 호의 업무를 수행한다.
1. ~ 6. (생략)
② 시·도심리지원단은 단장 1명을 포함하여 20명 이내의 단원으로 구성한다. 이 경우 공무원이 아닌 단원이 전체 단원의 과반수가 되도록 해야 한다.
③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 시·도심리지원단의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정한다.

[입법례] 법령에서 상한·하한 등을 정하거나 범위를 일부 제한하여 조례로 위임한 사례

관광진흥법 시행령

제64조의2(공유 재산의 임대료 감면) ① 법 제76조제3항에 따른 공유 재산의 임대료 감면율은 고용창출, 지역경제 활성화에 미치는 영향 등을 고려하여 공유 재산 임대료의 100분의 30의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.
② (생략)

[입법례] 법령에서 하위법령으로 정하는 범위에서 조례로 위임한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제37조(용도지구의 지정) ①·② (생략)
③ 시·도지사 또는 대도시 시장은 지역여건상 필요하면 대통령령으로 정하는 기준에 따라 그 시·도 또는 대도시의 조례로 용도지구의 명칭 및 지정목적, 건축이나 그 밖의 행위의 금지 및 제한에 관한 사항 등을 정하여 제1항 각 호의 용도지구 외의 용도지구의 지정 또는 변경을 도시·군관리계획으로 결정할 수 있다.
④·⑤ (생략)

나) 조례 위임 시 유의사항

자치입법권 보장을 위해 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하는 경우에는 다음의 몇 가지를 유의해야 한다.

먼저, 위임 범위가 명확하게 드러나도록 해야 한다. 법령 입안 시 적용되는 명확성의 원칙상 당연한 것이기도 하지만, 조례는 ‘법령의 범위에서’ 제정되고 만일 법령에 위반되는 경우에는 그 효력이 부인될 뿐만 아니라 위임 범위가 명확하지 않으면 지방자치단체에서 조례를 제정하거나 개정하는 데 커다란 어려움을 겪게 되는 현실적인 문제가 있다는 점을 특히 고려할 필요가 있다.

다만, 헌법재판소는 조례로 위임하는 경우에는 법령에 위임하는 경우보다 다소 포괄적으로 위임할 수도 있다고 판단한다. 그 이유로 지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다는 점과 조례는 선거를 통해 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 지역적인 민주적 정당성까지 갖고 있다는 점을 들고 있다.⁴⁵⁷⁾

둘째, 지방자치단체에 조례제정권한을 배분하는 경우에는 사무의 내용에 맞게 배분되도록 해야 한다. 가령, 지방자치단체의 사무로 규정하면서 그에 대한 조례제정권을 함께 부여할 경우에는 그 사무의 집행권한이 누구에게 있는지에 따라 조례제정권을 일치시켜 배분할 필요가 있다. 어떤 사무에 대한 집행권한은 기초자치단체의 장에게 부여되어 있음에도 그 사무와 관련된 조례제정권을 광역자치단체와 기초자치단체 모두에게 부여하게 되면 조례 내용이 서로 다르거나 모순·저촉되는 경우 혼란이 초래될 수 있기 때문이다.

셋째, 법령에 조례로 정하도록 위임하는 사항이 포함되어 있는 경우에는 부칙에 해당 법령 또는 해당 조항의 시행일을 정할 때 조례 제정 또는 개정에 필요한 최소한의 시간이 확보 되도록 시행일을 정해야 한다. 법률의 시행일을 정할 때 하위법령 마련에 필요한 시간을 고려하는 것과 마찬가지로 이유이기도 하거니와, 특히 조례의 경우에는 지방의회의 의결 과정을 거치게 된다는 사실을 고려해야 한다.

[입법례] 법률에서 조례로 정하도록 위임한 사례

공인중개사법

제32조(중개보수 등) ① 개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받는다. 다만, 개업공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인간의 거래행위가 무효·취소 또는 해제된 경우에는 그러하지 아니하다.

②·③ (생략)

④ 주택(부속토지를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 중개에 대한 보수와 제2항에 따른 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령이 정하는 범위 안에서 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정하고, 주택 외의 중개대상물의 중개에 대한 보수는 국토교통부령으로 정한다.

[입법례] 대통령령에서 조례로 정하도록 위임한 사례

소방기본법 시행령

제5조(불을 사용하는 설비의 관리기준 등) ① 법 제15조제1항의 규정에 의한 보일러, 난로, 건조설비, 가스·전기시설 그 밖에 화재발생의 우려가 있는 설비 또는 기구 등의 위치·구조 및 관리와 화재예방을 위하여 불의 사용에 있어서 지켜야 하는 사항은 별표 1과 같다.

② 제1항에 규정된 것 외에 불을 사용하는 설비의 세부관리기준은 시·도의 조례로 정한다.

457) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌바76 결정

다) 법령상 규제 기준의 완화 또는 강화

지방자치단체 소관 사무로서 법령에서 인·허가, 등록 또는 신고기준, 시설 설치기준, 자격기준, 제재처분 기준 등 규제 기준을 정한 경우에도, 변화하는 지방행정 수요에 대응하고 지역 특수성과 여건을 반영한 정책을 추진할 수 있도록 지방자치단체가 법령상 규제 기준보다 완화 또는 강화된 기준을 조례로 정할 수 있도록 한다.

법령상 규제 기준보다 완화 또는 강화된 조례를 정할 수 있게 하려는 경우에는 해당 법령에서 그 기준을 완화 또는 강화할 수 있다는 취지나 위임범위 등을 명시한 근거를 두어야 한다.⁴⁵⁸⁾

[입법례] 법령상 기준보다 강화된 기준을 정할 수 있도록 위임한 사례

수도법

제55조(소규모급수시설) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수(광역시의 군수는 제외한다)는 소규모급수시설에 대하여 환경부령으로 정하는 바에 따라 수질 검사를 하여야 한다.

② 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수(광역시의 군수는 제외한다)는 주민의 건강 보호나 소규모급수시설의 위생 관리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 또는 지역적 특성을 고려하여 수질을 유지할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 환경부령으로 정하는 수질기준 및 수질검사 주기보다 강화된 수질기준 및 수질검사 주기를 마련하여 적용할 수 있다.

[입법례] 법령상 기준보다 완화된 기준을 정할 수 있도록 위임한 사례

한부모가족지원법 시행규칙

제10조의2(한부모가족복지시설의 설치기준 등) ① 법 제20조제5항에 따른 한부모가족복지시설의 설치기준은 별표 2와 같다.

② 법 제20조제5항에 따라 한부모가족복지시설에 두어야 할 종사자의 직종과 수 및 자격기준은 각각 별표 3 및 별표 4와 같다. 다만, 지역 내에 별표 4에 따른 종사자의 자격기준을 충족하는 사람이 부족한 경우 등 부득이한 경우에는 특별자치시·특별자치도·시·군·구의 조례로 정하는 바에 따라 그 기준을 완화할 수 있다.

458) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결

[입법례] 법령상 기준보다 강화 또는 완화된 기준을 정할 수 있도록 위임한 사례

주차장법 시행령

제6조(부설주차장의 설치기준) ① 법 제19조제3항에 따라 부설주차장을 설치하여야 할 시설물의 종류와 부설주차장의 설치기준은 별표 1과 같다. (단서 생략)

② 특별시·광역시·특별자치도·시 또는 군은 주차수요의 특성 또는 증감에 효율적으로 대처하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 별표 1의 부설주차장 설치기준의 2분의 1의 범위에서 그 설치기준을 해당 지방자치단체의 조례로 강화하거나 완화할 수 있다. 이 경우 별표 1의 시설물의 종류·규모를 세분하여 각 시설물의 종류·규모별로 강화 또는 완화의 정도를 다르게 정할 수 있다.

라) 하위법령에 의한 자치입법권 침해 금지

상위법령에서 조례로 정하도록 위임한 경우 그 법령의 하위법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정하지 않도록 하고, 법령에서 하위법령으로 위임한 범위에서 조례로 정하도록 한 경우에는 하위법령에서 상위법령의 위임범위를 넘어 규정하지 않도록 한다.⁴⁵⁹⁾

[입법례]

장사 등에 관한 법률 시행령(대통령령 제32977호, 2022. 11. 1. 타법개정)

법률에서 공설장례식장 등의 운영을 지방자치단체의 장이 조례로 정하는 공공법인 등에 위탁할 수 있도록 규정하고 있는데도 대통령령에서 수탁자의 지정 기준을 정하고 있어, 지방자치단체가 법률에 따라 수탁자를 지역 실정에 맞게 정할 수 있도록 삭제

법률	종전 시행령	개정
제38조(권한의 위임 및 위탁) ①·② (생략) ③ 지방자치단체의 장은	제40조(수탁기관 지정의 기준 및 방법) <u>중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이</u>	제40조(수탁기관 지정의 기준 및 방법) <u>중앙행정기관의 장은 법 제38조제2항에 따라</u>

459) 「지방자치법」

제28조(조례) ② 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위 법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다.

<p>제13조제1항에 따른 공설 묘지·공설화장시설·공설 봉안시설·공설자연장지 및 제28조의2제1항에 따른 공설장례식장의 운영의 전부 또는 일부를 「지방자치법 제117조에 따라 해당 지방자치단체의 조례 또는 규칙으로 정하는 공공법인이나 그 밖의 비영리법인 등에 위탁할 수 있다.</p>	<p>법 제38조제2항 또는 제3항에 따라 해당 업무를 공공법인이나 그 밖의 비영리법인에게 위탁하려는 경우에는 공개 모집을 통하여 수탁자를 지정하되, 수탁자의 재정적 능력, 공신력, 사업수행능력 등을 종합적으로 고려하여 <u>지정하여야</u> 한다.</p>	<p>----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- 지정해야 --.</p>
--	---	---

[입법례]

건축법 시행규칙(국토교통부령 제1158호, 2022. 11. 2. 일부개정)

법률에서 건축허가 수수료를 시행규칙으로 정하는 범위에서 조례로 정하도록 규정하고 있는 데도 시행규칙에서 그 수수료의 범위 외에 납부방법과 반환에 관한 사항까지 정하고 있어, 지방자치단체가 자율적으로 정할 수 있도록 삭제

법률	종전 시행규칙	개정
<p>제17조(건축허가 등의 수수료) ① 제11조, 제14조, 제16조, 제19조, 제20조 및 제83조에 따라 허가를 신청하거나 신고를 하는 자는 허가권자나 신고수리자에게 수수료를 납부하여야 한다. ② 제1항에 따른 수수료는 국토교통부령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.</p>	<p>제10조(건축허가 등의 수수료) ①·② (생략) ③ <u>제1항의 규정에 의한 수수료는 당해 지방자치단체의 수입중지 또는 전자결제나 전자화폐로 납부하여야 하며, 납부한 수수료는 반환하지 아니한다.</u></p>	<p>제10조(건축허가 등의 수수료) ①·② (생략) <삭제></p>

2) 사무수행의 독립성·자율성 실질적 보장

국가와 지방자치단체의 관계를 실질적으로 지방분권의 관점에서 보다 대등하고 협력적인 방향으로 설정하여 개별법령에서 지방자치단체 소관 사무에 대해 국가가 부당하게 간섭하거나 지방자치단체의 사무수행의 독립성·자율성이 과도하게 침해되지 않도록 개별 법령에서 국가 관여를 최소화하도록 한다.

지방자치단체 소관 사무에 대해 중앙행정기관장의 사전 승인 또는 협의(동의)를 거치도록 한 규정은 원칙적으로 두지 않고, 필요시 사후 통보 또는 의견 제출 요청 등으로 규정한다. 또한 중앙행정기관장에 대한 보고 의무는 원칙적으로 규정하지 않고, 필요시 사무의 집행 결과만을 알리는 사후 통보 또는 자료 제출 등으로 규정한다.

[입법례]

지역보건법 시행령(대통령령 제32977호, 2022. 11. 1. 타법개정)		
지방자치단체가 보건소를 추가로 설치하는 경우 지방자치단체의 장이 행정안전부장관과의 승인 또는 협의 없이 보건복지부장관과 직접 협의하도록 하여 조직 운영의 자율성을 강화함		
법률	종전 시행령	개정
제10조(보건소의 설치) ① 지역주민의 건강을 증진하고 질병을 예방·관리하기 위하여 시·군·구에 대통령령으로 정하는 기준에 따라 해당 지방자치단체의 조례로 보건소(보건의료원을 포함한다. 이하 같다)를 설치한다. ② (생략)	제8조(보건소의 설치) ①(생략) ② 제1항 단서에 따라 보건소를 추가로 설치하려는 경우에는 「지방자치법 시행령」 제73조에 따른다. 이 경우 행정안전부장관은 보건복지부장관과 미리 협의하여야 한다.	제8조(보건소의 설치) ①(생략) ② ----- ----- ----- ----- -- 해당 지방자치단체의 장 ----- -----.

제 3 장 보칙 규정

1. 개관

가. 보칙 규정의 의의

법령의 총칙과 실체 규정에 규정하기에는 적합하지 않은 절차적·기술적·보충적인 사항에 대한 규정을 ‘보칙 규정’이라 한다.

일반적으로 보칙에서 정하는 내용으로는 수수료, 출입검사와 질문, 보고, 청문, 권한의 위임·위탁, 행정쟁송, 손실보상, 손해배상, 유사명칭의 사용금지, 벌칙 적용 시의 공무원 의제 등이 있다.

이러한 보칙 규정은 법령을 장으로 구분하여 규정하는 경우에는 실체 규정과 벌칙 규정 사이에 보칙이라는 제목으로 장을 만들어 규정하고, 장의 구분이 없는 비교적 간단한 법령에서는 실체 규정과 벌칙 규정과의 사이에 규정한다.

나. 규정 시 유의 사항

1) 어떤 사항이 보칙에 규정되려면 실체 규정에 대한 절차적 사항이나 보충적 사항의 성격을 띠고 있어야 한다. 그 자체가 정책의 핵심수단 가운데 하나가 되는 경우에는 보칙에 규정하는 것이 부적절하고 실체 규정에 두어야 한다.

2) 보칙의 내용을 어떤 순서로 규정해야 할 것인지에 관해서 일반적인 원칙이 있는 것은 아니지만, 보칙 내용의 중요도, 실제 규정의 조문 순서 등을 고려하여 순서를 정하도록 한다. 다만, 청문, 권한의 위임·위탁, 벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정은 보칙의 맨 끝에 위의 순서대로 두는 것이 일반적이다.

3) 여러 개의 장에 걸쳐서 공통적으로 규정되는 사항은 각각의 장에서 규정하는 것보다는 보칙 장(章)에 두는 것이 입법경제상 효과적이다.

[입법례] 여러 조문에 관련되는 내용을 보칙 장에 규정한 사례

먹는물관리법
제8장 보칙
제52조(국고보조) 환경부장관은 예산의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.
1. 제7조제1항에 따른 먹는물 수질 감시원의 운영에 드는 경비
1의2. 제8조제1항에 따른 먹는물공동시설의 개선에 드는 경비
2. 제26조제4항에 따른 관계 검사기관 또는 제43조에 따라 지정된 검사기관에서의 검사 등에 드는 경비
3. 제42조제1항에 따른 수거에 드는 경비
4. 제47조에 따른 폐기에 드는 경비

4) 보칙으로 규정할 사항이라도 하나의 장이나 절에만 관련되는 규정은 해당 장이나 절에서 규정한다. 또한 보칙에서 규정하는 것보다 해당되는 실제 조문에서 규정하는 것이 알기 쉬우면 그 실제 조문에서 규정할 수 있다.

[입법례] 자격 취소 규정에 청문을 규정한 사례

노인복지법
제39조의14(요양보호사 자격의 취소) ① 시·도지사는 요양보호사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 자격을 취소할 수 있다. 다만, 제1호부터 제3호까지의 경우 자격을 취소하여야 한다.
1. ~ 5. (생략)
② 시·도지사는 제1항에 따라 요양보호사의 자격을 취소하는 경우 청문을 실시하여야 한다.
③ (생략)

2. 수수료

가. 의의

‘수수료’란 행정기관의 서비스를 받거나 공공시설을 이용할 때에 부담하는 경비를 말한다. 이 가운데 행정의 서비스 제공에 대한 반대급부를 좁은 의미의 ‘수수료’라 하며, 시설의 이용에 대한 반대급부를 ‘사용료’라고 한다. 넓은 의미의 수수료 개념에는 사용료가 포함된다.

수수료는 이익을 얻는 특정인에 대하여 부과·징수한다는 점에서 개별적·구체적인 대가성(代價性)이 있다. 이런 점에서 수익자(受益者) 부담금과 유사한 반면, 조세(租稅)와는 구별된다. 또한, 수수료는 공익사업 자체에 수반하여 드는 경비의 분담으로서 그 사업에 특별한 이해관계가 있는 모든 자에게 부과되는 부담금과도 구별된다.

나. 부과·징수의 근거

「행정기본법」 제35조에서는 수수료 및 사용료에 대한 일반적인 규정을 두고 있다.

종전에는 사무의 성질에 따라 국민에 대하여 그 이용이 강제되거나 국가에서 그 서비스를 독점하는 경우에는 법률에 근거를 두도록 하였다. 그러나 수수료와 사용료는 행정서비스 또는 공공시설 이용에 대한 반대 급부적 성격이 있으므로 반드시 법률에 부과·징수의 근거를 두어야 하는 엄격한 법률유보의 영역으로 보기는 어렵다. 이러한 이유로 「행정기본법」에서는 수수료의 경우 법령⁴⁶⁰⁾에, 사용료의 경우 사전에 공개된 기준에 따라 수수료 또는 사용료를 받을 수 있도록 하였다.

1) 국가가 부과·징수하는 수수료 및 사용료

「행정기본법」 제35조제1항에서는 “행정청은 특정인을 위한 행정서비스를 제공받는 자에게 법령으로 정하는 바에 따라 수수료를 받을 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 국가가 제공

460) 여기서 법령에는 i) 법률 및 대통령령·총리령·부령, ii) 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회 규칙 및 감사원규칙, iii) i) 또는 ii)의 위임을 받아 중앙행정기관의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙이 포함된다(「행정기본법」 제2조제1호기목).

하는 행정서비스의 이용에 대하여 수수료를 징수하기 위해서는 법령에 수수료의 부과·징수에 관한 근거를 두어야 한다.

사용료의 경우에는 「행정기본법」 제35조제2항에서 “행정청은 공공시설 및 재산 등의 이용 또는 사용에 대하여 사전에 공개된 금액이나 기준에 따라 사용료를 받을 수 있다”고 규정하고 있으므로 공공시설 및 재산 등의 이용료 또는 사용료는 법령에 근거를 두지 않아도 된다.

2) 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료 및 사용료

「행정기본법」 제35조제3항에서는 “제1항 및 제2항에도 불구하고 지방자치단체의 경우에는 「지방자치법」에 따른다”고 규정하고 있고, 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료 및 사용료에 대해서는 「지방자치법」 제153조, 제154조, 제156조 및 제157조에서 정하고 있다.

「지방자치법」 제156조에 따르면 수수료 및 사용료의 징수에 관한 사항은 조례로 정하도록 하면서, 국가가 지방자치단체나 그 기관에 위임한 사무와 자치사무의 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료는 다른 법령의 규정에도 불구하고 대통령령⁴⁶¹⁾으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있도록 하고 있다.

3) 수수료의 감면

법률을 효율적으로 집행하거나 공익을 보호·육성하는 데에 필요하면 일정한 자에 대해 수수료를 감면하는 규정을 둘 수 있다. 수수료의 감액 또는 면제에 관한 규정을 두는 경우, 그것은 납부의 예외가 되므로 수수료 납부의 근거가 되는 법령에서 규정해야 한다.

[입법례]

배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률

제9조(수수료) ① 외국인은 제8조제1항에 따라 승인 신청을 할 때에는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 대한민국 정부에 수수료를 내야 한다.

461) 「지방자치법」 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」 제2조 및 별표에서 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료의 표준금액을 규정하고 있다.

- ② 제1항에 따른 수수료는 특별한 사유가 있으면 감액하거나 면제할 수 있다.
- ③ 제1항과 제2항에 따른 수수료의 금액, 감액·면제 기준에 관하여 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

다. 수수료에 관한 규정 방식

1) 제목을 규정하는 경우

수수료의 근거 규정을 두는 조문의 제목을 규정한 입법례를 살펴보면, ‘수수료’, ‘등록 수수료’(「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 제17조 등), ‘수수료의 징수’(「검역법」 제34조 등) 등으로 규정한 경우가 있으나, ‘수수료’로 통일하여 쓰기로 한다.

2) 수수료의 근거 규정에 관한 입법례

사무를 제공하는 행정기관 측에서 수수료를 징수할 수 있다고 규정한 사례도 있으나, 수수료 납부의무가 있음을 명확히 하기 위해 ‘사무를 제공받는 자’를 주체로 하여 행정기관 등에 수수료를 납부하여야 한다고 규정한다.

[입법례] 사무를 제공받는 자를 주체로 규정한 사례

건축사법

제17조(수수료) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관 또는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 수수료를 납부하여야 한다.

1. 제7조제2항에 따른 건축사보의 신고를 하는 사람
2. 제13조제3항에 따른 실무수련의 신고를 하는 사람
3. 제14조에 따른 건축사 자격시험에 응시하려는 사람
4. ~ 7. (생략)

3) 업무를 대행하게 하거나 위탁한 경우의 입법례

국가나 지방자치단체가 그 사무를 제3자에게 대행하게 하거나 위탁하는 경우, 수수료 납부에 대한 규정을 어떻게 규정할 것인지 문제가 될 수 있다. 이 경우 해당 업무를 대행하게 하거나 위탁하는 것으로 결정되어 있거나 예상되는 경우에는 수수료의 납부 근거가 되는 법령에 그 대행기관·수탁기관에 수수료를 납부해야 하는 규정을 두거나, 수수료 징수 업무를 대행 또는 위탁하는 업무로 명시한다.

[입법례] 수수료의 납부 근거가 되는 법령에 규정한 사례

화물자동차 운수사업법
제65조(수수료) ① 이 법에 따라 허가·인가 등을 신청하거나 신고하려는 자는 국토교통부령 및 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 수수료를 내야 한다. 다만, 제64조제1항에 따라 권한이 위탁된 경우에는 해당 수탁기관이 정하는 수수료를 그 수탁기관에 내야 한다.
② 제1항 단서에 따른 수수료는 위탁업무의 종류별로 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 수탁기관이 자율적으로 정한다.

[입법례] 대행 또는 위탁하는 업무로 명시한 사례

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 시행령
제29조(업무의 위탁) ① 환경부장관은 법 제58조제2항에 따라 다음 각 호의 업무를 「한국환경공단법」에 따른 한국환경공단에 위탁한다.
1. 법 제10조제2항에 따른 관련 정보의 제공 및 수수료 징수
2. (생략)
② ~ ④ (생략)

4) 수수료의 금액

수수료의 금액은 제공되는 서비스에 비추어 적정하게 결정되어야 한다. 어느 정도의 수수료가 합리적인지는 제공되는 서비스에 드는 비용, 경제적인 여건 등을 고려하여 정할 수밖에 없을 것이다. 그러나 수수료의 금액이 반드시 사무의 수행에 드는 경비의 전액(全額)

이어야 하는 것은 아니다.

법령에서 수수료를 규정하는 방법으로는 i) 확정 금액으로 규정하는 방법, ii) 최고 금액을 정하고 구체적인 금액은 하위법령에 위임하는 방법, iii) 최고 금액과 최저 금액을 정하고 구체적인 금액은 하위법령에 위임하는 방법, iv) 수수료의 징수에 관한 근거만을 두고 구체적인 금액은 하위법령에 위임하는 방법, v) 심사·검증과 같은 전문적인 용역의 제공 등의 경우 법령에서 수수료 산정기준을 정하는 방법 등이 있다.

전자민원으로 처리하는 것이 가능한 경우 방문민원과 구별하여 수수료를 면제하거나, 무인민원발급기를 이용하여 민원을 처리하는 것이 가능한 경우에는 수수료를 감면하는 경우가 있다.⁴⁶²⁾

[입법례]

주민등록법 시행규칙

제17조(수수료) ① 법 제29조제1항에 따른 수수료는 다음 각 호와 같다. 다만, 전자문서로 주민등록표를 열람하게 하거나 등·초본을 교부하는 경우에는 무료로 하고, 무인민원발급기를 이용하여 주민등록표 등·초본을 교부하는 경우에는 그 수수료의 2분의 1에 해당하는 금액으로 한다.

1. 주민등록표의 열람(전입세대 열람을 포함한다. 이하 같다)은 1건 1회에 300원
2. 주민등록표 등·초본의 교부는 1통에 400원(법 제29조제2항제2호 및 제6호에 따른 다른 사람의 주민등록표 등·초본교부는 500원)

②·③ (생략)

462) 「전자정부법」

제9조(방문에 의하지 아니하는 민원처리) ⑥ 행정기관의 장은 제2항 및 제3항에 따른 전자민원창구를 통하여 민원사항 등을 처리하는 경우에는 다른 법령에도 불구하고 수수료를 감면할 수 있다.

「민원 처리에 관한 법률」

제10조의2(민원인의 요구에 의한 본인정보 공동이용) ⑤ 행정기관의 장은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 컴퓨터 등 정보처리능력을 지닌 장치에 의하여 처리가 가능한 형태로 행정정보를 제공하는 경우에는 다른 법률에도 불구하고 수수료를 감면할 수 있다.

제28조(무인민원발급창구를 이용한 민원문서의 발급) ② 제1항에 따라 민원문서를 발급하는 경우에는 다른 법률에도 불구하고 수수료를 감면할 수 있다.

5) 수수료의 납부 방법

수수료의 납부는 수입인지나 수입증지로 납부하도록 규정하는 것이 대부분의 입법례이며, 국가에 납부할 수수료는 수입인지로, 지방자치단체에 납부할 수수료는 수입증지로 납부하도록 규정하고 있다.⁴⁶³⁾

최근에는 정보통신망을 이용하여 전자화폐나 전자결제 등의 방법이나 신용카드나 직불카드를 통해 납부하도록 하는 경우가 늘어나고 있다. 부득이한 경우를 제외하고는 국민의 편의제고를 위해 전자납부 등의 근거를 마련하는 것이 필요할 것이다.⁴⁶⁴⁾ 수수료의 납부 방법에 관하여는 대부분 대통령령이나 총리령·부령에서 정하고 있다.

[입법례] 전자납부를 규정한 사례

유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 시행령

제31조(수수료) ① 법 제35조제2항에 따른 수수료는 별표 3과 같다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 수수료를 면제할 수 있다.

1. 「고등교육법」에 따른 대학·산업대학·전문대학 및 기술대학
2. 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 정부출연 연구기관
3. ~ 6. (생략)

② 제1항에 따른 수수료는 수입인지 또는 정보통신망을 이용한 전자화폐·전자결제 등의 방법으로 납부할 수 있다.

463) 개별 법률에 규정이 없더라도 「수입인지에 관한 법률」 제5조제2항에 따라 국가에 납부할 수수료는 수입인지로 납부하게 할 수 있으며, 「지방회계법 시행령」 제24조제1항에 따라 세외수입으로서 법령이나 해당 지방자치단체의 조례 또는 규칙으로 정한 것에 대해서는 수입증지로 수입할 수 있다.

464) 「전자정부법」

제14조(세금 등의 전자적 납부) 행정기관등의 장은 다른 법령에서 세금, 수수료, 과태료, 과징금, 범칙금, 벌금, 과료 등을 현금, 수입인지, 수입증지, 그 밖의 형태로 납부하도록 규정하고 있는 경우에도 정보통신망을 이용하여 전자화폐, 전자결제 등의 방법으로 납부하게 할 수 있다.

「수입인지에 관한 법률」

제2조(수입인지의 발행 및 관리) ① 수입인지[정보통신망을 통하여 발행하는 수입인지(이하 “전자수입인지”라 한다)]를 포함한다. 이하 같다]는 기획재정부장관이 발행하고 관리한다.

6) 수수료의 귀속

국가사무에 대한 수수료의 수입은 국가에 귀속하고, 지방자치단체의 자치사무에 대한 수수료의 수입은 해당 지방자치단체에 귀속하므로, 업무를 대행하게 하거나 위탁한 단체에 수수료를 귀속시키기 위해서는 명문의 규정이 필요하다.

국가 또는 다른 지방자치단체의 위임사무에 대한 수수료는 다른 법령에 특별한 규정이 없으면 해당 지방자치단체의 수입으로 하도록 규정하고 있으므로(「지방자치법」 제154조제3항), 지방자치단체에 위임되는 단체위임사무나 기관위임사무에 대한 수수료를 국가 등 원(原) 권한자에게 귀속하게 하려면 명문의 규정을 두어야 한다.

7) 수수료의 강제징수

수수료의 징수에 관하여 강제징수 절차를 두려면 반드시 법률에 근거를 두어야 하며(「행정기본법」 제30조제1항), 대통령령이나 총리령·부령으로 둘 수는 없다. 강제징수 규정을 두지 않으면 수수료를 체납해도 강제징수의 방법을 쓸 수 없으며 통상적인 민사상의 절차에 따라야 할 것이다.⁴⁶⁵⁾ 다만, 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료의 경우에 지방자치단체의 장은 수수료를 내야 할 자가 납부기한까지 수수료를 내지 아니하면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다(「지방자치법」 제157조제7항).

다만, 수수료는 대부분 그 대상이 되는 사무가 행해지기 전에 납부하도록 하기 때문에 체납되는 상황은 거의 발생하지 않으므로, 강제징수에 관한 규정을 둘 실익이 크지 않다고 할 것이다.

[입법례] 강제징수 규정을 둔 사례

우편법

- 제24조(체납 요금등의 징수방법) ① 요금등의 체납 금액은 「국세징수법」에 따른 체납처분의 예에 따라 징수한다.
- ② 제1항의 경우 체납 요금등에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 연체료를 가산하여 징수한다.
- ③ 제1항과 제2항의 체납 요금등과 연체료는 조세를 제외한 다른 채권에 우선한다.

465) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두5688 판결

8) 수수료 반환 규정

수수료는 사전에 납부하지만 그 대상이 되는 서비스는 즉시 이루어지기 때문에 수수료를 납부한 후 서비스를 받지 못하는 경우는 거의 없으나, 시험응시 수수료 같은 경우는 수수료를 납부하고 나서 상당한 기간이 경과한 후에 시험을 보게 되기 때문에 그 동안 사정이 변경되어 시험을 보지 않게 되는 경우도 적지 않다.

이와 같이 수수료 납부와 그 목적이 된 서비스 시행 사이에 상당한 시간적 간격이 있는 경우에는 사전에 서비스를 포기하면 수수료를 전부 또는 일부 반환받을 수 있는 규정을 두도록 한다. 이러한 수수료 반환은 서비스를 포기하기 때문에 발생하는 것이므로 반드시 법률에 근거를 둘 필요는 없고, 하위법령에서 근거를 두어도 무방하다.

[입법례] 하위법령에 반환 규정을 둔 사례

공인중개사법 시행령

제8조(응시원서 등) ① (생략)

② 시험시행기관장은 응시수수료를 납부한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 응시수수료의 전부 또는 일부를 반환하여야 한다.

1. 수수료를 과오납(過誤納)한 경우
2. 시험시행기관의 귀책사유로 시험에 응하지 못한 경우
3. 시험시행일 10일 전까지 응시원서 접수를 취소하는 경우

공인중개사법 시행규칙

제2조(응시원서) ① (생략)

② 영 제8조제2항의 규정에 따른 응시수수료(이하 “수수료”라 한다)의 반환기준은 다음 각 호와 같다.

1. 수수료를 과오납한 경우에는 그 과오납한 금액의 전부
 2. 시험시행기관의 귀책사유로 시험에 응하지 못한 경우에는 납입한 수수료의 전부
 3. 응시원서 접수기간 내에 접수를 취소하는 경우에는 납입한 수수료의 전부
 4. 응시원서 접수마감일의 다음 날부터 7일 이내에 접수를 취소하는 경우에는 납입한 수수료의 100분의 60
 5. 제4호에서 정한 기간을 경과한 날부터 시험시행일 10일 전까지 접수를 취소하는 경우에는 납입한 수수료의 100분의 50
- ③ 수수료의 반환절차 및 반환방법 등은 영 제7조제3항의 규정에 따른 시험시행공고에서 정하는 바에 따른다.

3. 출입검사와 질문

가. 출입검사·질문 규정의 의의

행정기관의 직원이 행정 법규의 집행을 확보하기 위해, 행정기관의 감독을 받는 사업장, 영업장, 사업소, 공장, 창고 그리고 경우에 따라서는 주거의 장소에 출입하여 장부·서류 등을 검사하거나 사무 등에 관하여 질문을 할 수 있도록 규정을 두고 있는 경우가 적지 않는데 이를 통상 ‘출입검사·질문 규정’이라고 한다.

나. 「행정조사기본법」과의 관계

행정조사의 일반법이 되는 「행정조사기본법」 제2조제1호에서는 행정조사를 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”으로 정의하고 있다.

출입검사나 질문이 행정조사에 해당하는지는 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 현장 조사는 출입검사나 질문을 포괄하는 개념으로 볼 수 있으므로 개별법에 규정된 출입검사나 질문에 관한 사항도 행정조사의 일환으로 「행정조사기본법」이 적용된다고 할 것이다.

다. 출입검사·질문의 근거

공무원이 감독상 필요하여, 감독을 받는 사업장에 출입하여 검사하는 것은 행정기관의 권한이지만, 그 상대방은 이러한 권한 행사에 저항하지 아니하고 이를 받아들여야 하는 수인(受忍) 의무를 부담하게 되는 것이고 이에 따라 권리나 자유를 적지 않게 제한받거나 침해 받는 것이므로 그 근거 규정은 법률에 두어야 한다. 또한 출입검사를 거부할 경우, 이에 대해 제재하거나 강제수단을 동원해야 하는데 이를 위해서도 법률의 근거가 있어야 한다. 단순한 임의조사라도 임의조사가 아닌 경우와의 구분이 모호하므로, 법률에 요건·절차 등을 규정하는 것이 바람직하다.

출입검사와 관련하여 일반법으로 「행정조사기본법」이 있으나, 이는 성격상 행정활동을 통제하기 위한 통제규범에 속하는 것이지 행정조사의 수권(授權) 규범은 아니기 때문에 출입검사를 실시할 수 있게 하려면 법률에 근거를 두어야 한다. 「행정조사기본법」 제5조에서도 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사가 아니면 “법령등⁴⁶⁶에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다”고 규정하고 있으나 하위법령에 의한 행정조사 권한의 창설까지 위임한 취지로 이해할 것은 아니므로 출입검사·질문의 근거는 법률에 두어야 한다는 원칙에 대한 예외가 되는 것은 아니다.

[입법례]

해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률

제38조(출입·검사 및 수거 등) ① 해양수산부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호에 해당하는 사항을 확인하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 해양심층수관련업의 사업자 또는 관계인에 대하여 필요한 자료를 제출하게 하거나 관계 공무원으로 하여금 해양심층수관련업의 시설에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 해양심층수, 해양심층수 관련 제품, 용기, 포장 또는 제조·영업의 시설 등을 검사하게 하거나 검사에 필요한 최소량의 해양심층수, 해양심층수 관련 제품, 용기 또는 포장 등을 무상으로 수거하게 할 수 있으며, 영업과 관련된 장부나 서류를 열람하게 할 수 있다.

1. 제10조제2항에 따른 면허에 붙인 조건의 준수 여부
 2. 제15조에 따른 시설기준 및 제24조제1항에 따른 해양심층수의 수질기준의 준수 여부
 3. 제27조제1항에 따른 시설기준 및 제34조에 따른 먹는해양심층수의 품질관리의 준수 여부
 - 3의2. 제36조의2제1항에 따른 시설기준 및 제36조의3제1항에 따른 해양심층수처리수의 수질기준 및 유통기한 등에 관한 기준의 준수 여부
 4. 제37조제1항에 따른 해양환경보전의무의 준수 여부
- ② 해양수산부장관 또는 시·도지사는 제1항에 따라 출입·검사·수거 또는 열람을 하고자 하는 경우에는 사전에 관계 공무원의 성명, 일시·장소·목적 등을 서면으로 통지하여야 하고, 관계 공무원이 출입·검사·수거 또는 열람하는 때에는 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 출입·검사·수거 또는 열람의 세부기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

466) 법령 및 조례·규칙을 말한다(「행정조사기본법」 제2조제2호).

라. 출입검사·질문의 범위

출입검사·질문을 규정할 때에는 어느 범위에서 인정될 수 있으며, 이를 위해 어떠한 규정을 두어야 하는지가 문제된다. 「행정조사기본법」 제3장에서는 행정조사의 방법으로, 출석·진술 요구, 보고요구와 자료제출의 요구, 현장조사, 시료채취, 자료 등의 영치 등 다섯 가지를 규정하면서 각각 그 범위와 구체적인 시행절차, 제한사항 등을 비교적 구체적으로 열거하고 있다.

그러나 상대방에게 출입검사·질문의 범위를 예측 가능하게 하고, 출입검사·질문을 수행하는 행정기관 등에 그 한계를 제시하기 위해 개별 법률에서 그 범위를 구체적으로 열거해 주는 것이 바람직하다.

「행정조사기본법」에 규정되지 않은 방법을 허용하려면 개별 법률에서 구체적인 사항을 규정해야 한다.

마. 출입검사·질문과 영장주의에 관한 문제

주거에 대한 수색이나 압수에 대해 법관의 영장을 요구한 헌법 제16조는 형사절차에 적용되는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이므로, 행정 목적을 위한 출입검사·질문이나 수집은 영장을 필요로 하는 것으로 규정할 필요는 없다. 그러나 국민의 자유나 권리에 대한 침해로 수반한다는 점을 고려하여 출입검사나 질문을 하는 공무원은 그 권한을 명백하게 하기 위해 검사나 조사를 할 수 있는 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보이도록 할 필요는 있다.

「행정조사기본법」 제11조제3항에서 현장조사를 하는 조사원⁴⁶⁷⁾은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다고 규정하고 있으므로, 개별 법률에서 증표 제시에 관한 별도의 규정을 두지 않아도 된다.

467) 행정조사업무를 수행하는 행정기관의 공무원·직원 또는 개인을 말한다(「행정조사기본법」 제2조제3호).

바. 검사를 위해 물품을 수거하는 경우의 보상 문제

「행정조사기본법」 제12조제2항 및 같은 법 시행령 제7조에서는 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 그 손실을 보상하도록 규정하고 있으므로, 무상으로 수거할 특별한 이유가 있는 경우 외에는 무상 수거 규정은 두지 않도록 한다.

사. 출입검사·질문 규정 위반에 대한 제재

출입검사·질문 규정을 위반한 경우에 적용되는 벌칙에 대해서 「행정조사기본법」에는 별도 규정을 두고 있지 않으므로, 처벌을 하려면 개별 법률에 처벌 규정을 두어야 한다.

출입검사·질문 규정을 위반한 자에 대한 제재로는 벌금이나 과태료를 부과하는 규정을 두는 것이 보통이다. 특별한 경우가 아니면 과태료를 부과하는 것이 적절하다.

[입법례] 출입검사 거부에 대한 제재로 과태료를 규정한 사례

수산생물질병 관리법

제22조(수출입 수산생물의 검역) ① ~ ③ (생 략)

④ 수산생물검역관은 검역을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 제23조에 따른 지정검역물을 적재한 선박·항공기·자동차·열차·보세구역 및 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 소독 등 필요한 조치를 할 수 있다.

⑤ (생 략)

⑥ 수산생물검역관이 제5항에 따라 검사 또는 수거하는 때에는 누구든지 정당한 사유 없이 이를 거부 또는 방해하거나 회피하여서는 아니 된다.

제57조(과태료) ①·② (생 략)

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. (생 략)

2. 제22조제4항에 따른 수산동물검역관의 출입을 거부 또는 방해하거나 기피한 자

3. 제22조제6항을 위반하여 수산동물검역관의 검사 또는 수거를 거부 또는 방해하거나 기피한 자

④·⑤ (생 략)

헌법상 진술거부권은 형사절차뿐만 아니라 행정절차에서도 보장되며 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 자뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장된다.⁴⁶⁸⁾ 따라서 응답 내용에 따라 피의자나 피고인이 될 수도 있으므로 원칙적으로 허위 진술만 처벌하되, 불가피하게 응답 거부를 처벌할 필요가 있는 경우에는 과태료를 부과하도록 한다.

[입법례] 질문에 허위 진술한 경우 벌칙을 규정한 사례

새마을금고법

제85조(벌칙) ① (생략)

② 금고나 중앙회의 임직원 또는 청산인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 8. (생략)

9. 감독기관의 검사를 거부·방해 또는 기피하거나 해당 검사원의 질문에 거짓으로 진술(서면진술을 포함한다)하거나 자료를 제출한 경우

10. (생략)

③ ~ ⑥ (생략)

468) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바25 결정

4. 보고의무

가. 의의

‘보고의무’란 하급행정기관이 상급행정기관에 일정한 사항을 보고할 의무를 규정하는 것과 행정기관이 법령의 적용을 받는 개인, 법인 등이나 행정기관의 위임이나 위탁을 받은 단체 등에 일정한 사항을 보고하게 하거나 자료를 제출하게 하는 것을 말한다.

나. 「행정조사기본법」과의 관계

행정조사의 일반법이 되는 「행정조사기본법」 제2조제1호에서는 행정조사를 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”으로 정의하여 ‘보고요구’를 행정조사의 방법 중의 하나로 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제10조제1항에서 보고요구는 보고요구서로 하도록 규정하고 있다.

「행정조사기본법」에서는 보고요구 사항에 대해서는 특별한 제한을 두고 있지 않다. 그러나 제4조제1항에서 행정조사는 조사목적의 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 실시하도록 규정하고 있으므로, 보고의무를 부과하는 개별 법률에서는 보고 대상 사항을 한정하는 등 「행정조사기본법」의 취지에 맞게 규정해야 한다.

다. 보고의무의 규정 방식

국민에게 일정한 보고를 의무적으로 하게 하거나 자료제출을 하게 하는 것은 의무를 부과하는 것이므로 법률에 근거 규정을 두어야 한다.⁴⁶⁹⁾ 그리고 보고받는 주체, 보고의무자, 보고내용, 보고기한 등을 명확히 해야 한다. 법률에서 명확히 하기 어려우면 하위법령에

469) 「행정조사기본법」 제5조에서는 ‘행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 실시할 수 있다’고 규정하고 있으나, 이 조항을 법률이 아닌 하위법령 등으로도 보고의무를 부과할 수 있다고 위임한 것으로 보기는 어려우므로 보고의무는 법률에 근거를 두어야 한다는 원칙에는 변함이 없다.

위임하여 구체적으로 정하도록 한다. 보고받는 주체는 행정기관의 소속 공무원이 아닌 행정기관(행정기관의 장)으로 해야 한다.

행정기관이 소속 하급행정기관이나 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체의 장의 보고를 받는 것은 감독권의 작용으로서 원칙적으로 법령상의 근거가 필요하지 않으나 업무 관계를 명확하게 하기 위해 법령으로 규정할 수도 있다.

한편, 민간위탁에서 수탁자의 보고의무는 법률에 직접 규정하거나 상위법령상 민간위탁 규정에 근거하여 하위법령에 규정할 수 있다.⁴⁷⁰⁾⁴⁷¹⁾

[입법례] 민간위탁과 관련하여 보고의무를 하위법령에 규정한 사례

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 시행령

제104조(권한의 위탁 등) ① 법 제105조제2항에 따라 국토교통부장관은 다음 각 호의 권한을 한국국토정보공사, 공간정보산업협회 또는 「민법」 제32조에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아 설립된 비영리법인 중 별표 12의 인력과 장비를 갖춘 기관(이하 “측량성과 심사수탁 기관”이라 한다)을 지정하여 위탁한다.

1. 법 제15조제3항에 따른 지도등의 간행에 대한 심사

2. 법 제18조제3항에 따른 공공측량성과의 심사

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항에 따라 심사 권한을 위탁받은 측량성과 심사수탁기관의 장은 심사가 완료되면 그 결과를 국토교통부장관에게 보고하여야 한다.

⑦ ~ ⑪ (생략)

현행 입법례를 보면 보고의무를 규정하는 방식은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 일반적인 감독권의 일환으로 보고를 하게 하는 것이고, 다른 하나는 구체적인 업무를 수행하기 위한 방편의 하나로 보고를 요구하는 것이다. 일반적으로 보칙 규정의 내용으로 설명되는 것은 일반적인 감독권의 일환으로 보고를 받는 경우이다.

470) 민간위탁은 특별행정법 관계 중 공법상 특별감독관계로 보고, 특별행정법 관계에도 법률유보가 배제되지 않는다는 견해가 일반적이다.

471) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제14조제2항에 따라 하위법령에도 규정하지 아니하고 보고하게 할 수도 있다.

[입법례] 일반적 감독권의 일환으로 보고의무를 규정한 사례

가축전염병 예방법

제51조(보고) ① 농림축산식품부장관, 시·도지사 또는 특별자치시장은 가축 전염성 질병을 예방하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 하여금 필요한 사항에 관하여 보고를 하게 할 수 있다.

1. 동물의 소유자등
2. 가축 전염성 질병 병원체의 소유자등
3. 4. (생략)

② (생략)

[입법례] 구체적인 업무 수행과 관련하여 보고의무를 규정한 사례

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률

제8조(신고 및 보고 사항) ① 신용정보회사, 본인신용정보관리회사 및 채권추심회사가 제4조 제2항에 따라 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려면 미리 금융위원회에 신고하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려면 그 사유가 발생한 날 부터 7일 이내에 그 사실을 금융위원회에 보고하여야 한다.

② 금융위원회는 제1항 본문에 따른 신고를 받은 경우 그 내용을 검토하여 이 법에 적합하면 신고를 수리하여야 한다.

일반적인 감독권의 일환으로 보고의무를 규정하는 경우에도 보고 사항을 구체적으로 규정하는 경우가 있고, 필요한 때 필요한 보고를 요구할 수 있도록 하는 경우가 있다.

[입법례] 보고 사항을 구체적으로 규정한 사례

마약류 관리에 관한 법률

제11조(마약류 취급의 보고) ① 마약류취급자 또는 마약류취급승인자는 수출입·제조·판매·양수·양도·구입·사용·폐기·조제·투약하거나 투약하기 위하여 제공 또는 학술연구를 위하여 사용한 마약 또는 향정신성의약품의 품명·수량·취급연월일·구입처·재고량·일련번호와 상대방(마약 또는 향정신성의약품의 조제 또는 투약의 대상이 동물인 경우에는 그 소유자 또는 관리자를 말한다)의 성명 등에 관한 사항을 식품의약품안전처장에게 보고하여야 한다. 이 경우 마약류취급자 또는 마약류취급승인자가 마약류 취급의 상대방일 때에는 취급 범위, 허가·승인번호 및 허가·취급승인일을 함께 보고하여야 한다.

② ~ ⑥ (생략)

03
보칙 규정

[입법례] 필요한 때 필요한 보고를 하도록 추상적으로 규정한 사례

화장품법

제18조(보고와 검사 등) ① 식품의약품안전처장은 필요하다고 인정하면 영업자·판매자 또는 그 밖에 화장품을 업무상 취급하는 자에 대하여 필요한 보고를 명하거나, 관계 공무원으로 하여금 화장품 제조장소·영업소·창고·판매장소, 그 밖에 화장품을 취급하는 장소에 출입하여 그 시설 또는 관계 장부나 서류, 그 밖의 물건의 검사 또는 관계인에 대한 질문을 할 수 있다.
② ~ ⑤ (생략)

그 밖에 보고를 받는 감독청의 요구가 있을 때 보고를 하게 하는 것과 보고의무를 지는 기관이나 사람이 법정 보고요건에 해당하면 보고를 하도록 하는 것이 있다. 전자는 주로 일반적인 감독과 관련하여 보칙 규정에서 많이 보이고, 후자는 특정한 업무와 연계하여 규정되는 경우가 많다.

[입법례] 감독권자가 보고를 요구할 때 보고하도록 한 사례

건축법

제87조(보고와 검사 등) ① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장, 그 소속 공무원, 제27조에 따른 업무대행자 또는 제37조에 따른 건축지도원은 건축물의 건축주등, 공사감리자, 공사시공자 또는 관계전문기술자에게 필요한 자료의 제출이나 보고를 요구할 수 있으며, 건축물·대지 또는 건축공사장에 출입하여 그 건축물, 건축설비, 그 밖에 건축공사에 관련되는 물건을 검사하거나 필요한 시험을 할 수 있다.
②·③ (생략)

[입법례] 보고의무자가 보고를 하도록 한 사례

간척지의 농어업적 이용 및 관리에 관한 법률

제24조(임대차계약 등) ① 제22조에 따라 간척지활용사업으로 조성된 토지 또는 건축물을 임차하고자 하는 자는 사업시행자 또는 관리기관과 임대차에 관한 계약(이하 “임대차계약”이라 한다)을 체결하여야 한다.
②·③ (생략)
④ 사업시행자 또는 관리기관은 제1항 및 제3항에 따라 임대차계약 또는 변경계약을 체결하였을 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관에게 보고하여야 한다.

라. 보고의무 규정 위반에 대한 벌칙

보고의무를 위반한 자에 대해서는 형벌이나 과태료를 부과하도록 한다. 형벌과 과태료 중 어느 쪽을 택할 것인가에 대해서는 보고의무를 위반한 결과 행정에 미치는 영향을 고려하여 판단할 일이다. 대개 특정한 업무 집행과 직접 관련된 보고의무를 위반한 경우에는 형벌을 부과할 수 있다고 보고, 감독 차원에서 요구된 보고의무를 위반한 경우에는 과태료를 부과하는 것이 무난하다고 할 수 있다.

감독관청의 입장에서는 감독의 실효성을 높이기 위해 감독 차원의 보고의무 위반에도 형벌로 처벌하려는 경향이 있으나, 감독 차원의 보고의무는 보통 감독관청이 보고를 요구하는 형식으로 되어 있고, 이를 위반하는 경우에도 감독관청은 행정조사를 실시할 수 있기 때문에 감독 차원의 보고의무 위반이 행정활동을 위태롭게 할 우려는 크지 않다는 점에서 형벌로 처벌하는 것은 특별한 사유가 없으면 지나치다고 할 것이다.

[입법례] 보고의무 위반에 대해 형벌을 규정한 사례

국민건강보험법

제116조(벌칙) 제97조제2항을 위반하여 보고 또는 서류 제출을 하지 아니한 자, 거짓으로 보고하거나 거짓 서류를 제출한 자, 검사나 질문을 거부·방해 또는 기피한 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

[입법례] 보고의무 위반에 대해 과태료를 규정한 사례

여객자동차 운수사업법

제94조(과태료) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. ~ 11. (생략)

12. 제79조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자. 다만, 제85조제1항 제33호에 따라 처분을 받은 자에 대하여는 해당 위반행위에 대한 과태료를 부과하지 아니한다.

13. ~ 16. (생략)

③ ~ ⑤ (생략)

5. 청문

가. 의의

‘청문’이란 행정청이 어떠한 처분을 하기 전에 당사자 또는 이해관계인의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말한다(「행정절차법」 제2조제5호).

청문절차는 국민의 권익을 보장하기 위해 행정청이 처분하려고 할 때에 처분의 원인이 되는 사실 등을 당사자에게 사전에 통지하여 청문주재자의 주재하에 당사자의 구술에 의한 주장을 청취하고, 행정청과 당사자 간 또는 당사자 상호 간에 반증을 허용하며, 증거조사를 함으로써 사실 규명과 법령의 해석·적용을 명확히 하려는 절차를 말한다.

나. 개별법상 청문 규정과 「행정절차법」상 청문과의 관계

「행정절차법」은 행정절차에 관한 일반법으로서 다른 법률에 행정절차에 관하여 특별한 규정이 없으면 「행정절차법」에 따르도록 하고 있으며(「행정절차법」 제3조제1항), 청문해야 하는 경우를 ① 다른 법령등⁴⁷²⁾에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, ② 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, ③ 인허가 등의 취소에 관한 처분, 신분·자격의 박탈에 관한 처분, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소에 관한 처분을 할 때에 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우로 규정하고 있다(「행정절차법」 제22조제1항).

개별 법령에서 청문 규정을 두면 개별 법령이 우선 적용되므로 해당 개별 법령에 근거하여 청문하게 된다. 청문 실시의 방법과 절차 등에 관하여는 개별 법령에서 별도의 규정을 두지 않으면 당연히 「행정절차법」상의 청문 실시의 방법과 절차 등의 규정이 적용된다.⁴⁷³⁾

472) 법령 또는 자치법규를 말한다(「행정절차법」 제2조제1호나목).

473) 다른 법률에 청문의 행정절차에 관한 특례를 규정할 필요가 있는 경우에는 법률로 특례를 규정하는 것도 가능하나, 실제로는 「행정절차법」 및 그 하위법령에 청문절차의 시행에 필요한 내용을 모두 망라하고 있을 뿐 아니라 이러한 규정들이 거의 실무적인 성격을 갖는 것이어서 다른 특례를 규정해야 할 필요성은 거의 없다.

다. 청문 규정을 두어야 하는 경우

인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소처분 등의 처분에 대해서는 개정된 「행정절차법」 제22조제1항제3호('22. 7. 12. 시행)에 따라 의무적으로 청문을 실시하도록 규정하고 있으나, 그 외의 경우에 청문을 의무화하기 위해서는 개별 법령에 청문을 하도록 규정을 두어야 한다. 특히, 철거·폐쇄 명령, 제조·판매 금지 등 기본권 제한의 소지가 큰 처분에 대해서는 청문 규정을 두는 것을 원칙으로 한다.

최근에는 영업정지나 자격정지의 경우에도 그 기간이 장기간이어서 중대한 영업 제한이 되는 경우에는 처분상대방의 권익보호를 위해서 청문절차를 거치도록 하는 입법례가 늘어나고 있다. 청문 규정을 두지 않는 경우에는 「행정절차법」 제22조제3항에 따라 청문보다 그 절차가 간단한 '의견제출'의 기회를 주어야 한다.

[입법례] 지정, 인증 취소 시 청문 규정을 둔 사례

가족친화 사회환경의 조성 촉진에 관한 법률

제21조(청문) 여성가족부장관 또는 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.

1. 제16조제3항에 따른 인증기관의 지정취소
2. 제18조제1항에 따른 인증취소
3. 제19조제4항에 따른 가족친화지원센터의 지정취소

[입법례] 영업정지에 대해서도 청문 규정을 둔 사례

보험업법

제86조(등록의 취소 등) ① (생략)

② 금융위원회는 보험설계사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월 이내의 기간을 정하여 그 업무의 정지를 명하거나 그 등록을 취소할 수 있다.

1. ~ 7. (생략)

③ 금융위원회는 제1항 또는 제2항에 따라 등록을 취소하거나 업무의 정지를 명하려면 보험설계사에 대하여 청문을 하여야 한다.

④ (생략)

라. 청문 규정의 위치

어떤 법률에 여러 가지 인허가가 등장하는데 오직 특정 인허가의 취소에만 청문 규정을 두는 경우에는 인허가를 취소하는 규정을 두는 곳에서 한 항으로 청문을 규정하는 것이 이해의 편의를 위해 더 나을 수 있다. 이런 특별한 경우가 아니라면 청문 규정을 보칙 장에 규정하는 것이 통일성을 기하고 검색의 편의를 높이기 위해 바람직하다. 특히, 행정처분의 근거 규정이 둘 이상의 조문으로 되어 있으면 보칙의 장에서 일괄하여 청문 규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직할 것이다.

[입법례] 청문을 행정처분 근거 조항에서 규정한 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법

제30조(법령 등의 위반자에 대한 행정처분) ① 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 적발한 경우에는 그 허가를 취소할 수 있으며, 해당 행위자(위반행위에 이용된 건축물·공작물·토지의 소유자·관리자 또는 점유자를 포함한다. 이하 “위반행위자등”이라 한다)에 대하여 공사의 중지 또는 상당한 기간을 정하여 건축물·공작물 등의 철거·폐쇄·개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 조치를 명(이하 “시정명령”이라 한다)할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)

② ~ ⑥ (생략)

⑦ 제1항 및 제4항에 따라 허가를 취소하려면 청문을 하여야 한다.

[입법례] 청문을 보칙에서 규정한 사례

계량에 관한 법률

제66조(청문) ① 산업통상자원부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.

1. 제18조제1항에 따른 형식승인기관 지정의 취소 및 업무의 정지

2. 제19조제1항에 따른 형식승인의 취소

3. 제28조제1항에 따른 검정기관 또는 자체검정사업자 지정의 취소 및 업무의 정지

4. 제46조제1항에 따른 적합성확인기관 지정의 취소 및 업무의 정지

5. 제16조제2항, 제26조제2항·제3항 또는 제44조제2항에 따른 형식승인기관, 검정기관, 자체검정사업자 또는 적합성확인기관 지정신청의 거부

② 시·도지사는 제13조 및 제33조제1항에 따른 등록·지정을 취소하거나 영업소의 폐쇄를 명하려면 청문을 하여야 한다.

마. 행정처분의 위임 시 청문 권한의 위임

인허가 취소, 철거·폐쇄 명령 등 행정처분 권한을 하급행정기관이나 지방자치단체의 장 등에게 위임하는 경우 해당 행정처분을 하기에 앞서 하는 청문도 행정처분 권한을 위임받은 기관이 하는 것이 타당하므로 권한 위임 관련 조항에 청문에 관한 권한 위임도 명시적으로 규정해야 한다.

[입법례]

잔류성오염물질 관리법 시행령

제24조(권한의 위임) 환경부장관은 법 제31조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 유역환경청장 또는 지방환경청장(이하 “지방환경관서의 장”이라 한다)에게 위임한다.

1. (생 략)
2. 법 제16조 및 제30조에 따른 개선명령, 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
- 2의2. ~ 5. (생 략)
6. 법 제19조제4항 및 제30조에 따른 배출사업자에 대한 배출시설의 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
- 7.·8. (생 략)
- 8의2. 법 제23조제3항 및 제30조에 따른 잔류성오염물질함유폐기물을 재활용하려는 자에 대한 해당 시설의 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
- 9.·10. (생 략)

6. 권한의 위임·위탁

가. 의의

행정권한을 위임하거나 위탁한다는 것은 법령에 따라 권한을 부여받은 행정기관이 그 권한의 일부를 다른 행정기관, 지방자치단체, 민간 기관·단체 등에 맡기고, 이를 받은 수임자·수탁자가 그의 명의로 책임으로 그 권한을 행사하도록 하는 것을 말한다.

권한의 “위임”이란 원(原) 권한자인 행정기관의 권한의 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장 등 그의 지휘 계통에 속하는 하급기관에 맡기는 것을 말한다. 또한, 권한의 “위탁”이란 원 권한자로부터 독립되어 있는 다른 행정기관의 장에게 그 권한을 맡기는 것을 말하며,⁴⁷⁴⁾ 사무의 “민간위탁”이란 사무의 수탁자가 행정청이나 지방자치단체가 아닌 법인, 단체나 개인이 되는 경우, 즉, 행정기관이 아닌 민간이 되는 것을 말한다.

권한이 위임되거나 위탁되면 수임자·수탁자의 명의로 그 책임하에 처리되며, 그 처리의 법적 효과도 우선은 수임자·수탁자에게 귀속된다는 점에서 수임자·수탁자에게 권한이 이관된다는 특징이 있다. 이러한 점에서 권한의 위임·위탁은 권한을 이관하는 효과를 가져오지 않는 ‘대리·대행’이나 ‘내부위임’과 구분된다.

또한, 위임·위탁은 권한이 이관된다는 점에서는 권한의 이양과 유사하나, 위임·위탁된 경우 위임자·위탁자가 비용부담과 최종적인 책임을 지게 된다는 점에서 최종적인 책임을 이양받은 자가 모두 책임을 지게 되는 권한의 이양과 구분된다.

나. 위임·위탁의 근거

헌법 제96조에서는 “행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다.”고 규정하고 있으며, 이를 실현하기 위해 「정부조직법」 제2조제1항에서 “중앙행정기관의 설치와 직무

474) 용어 자체는 ‘위임’과 ‘위탁’으로 구분하여 사용하지만 그 실질에 있어서는 별다른 차이가 없다. 지휘 계통에 속하는 하급기관에 대해서는 상급기관이 일반적인 감독권을 행사할 수 있기 때문에 ‘위임’이 ‘위탁’보다 더 강력한 통제력이 있는 것처럼 보일 수 있지만, 이는 ‘위임’이나 ‘위탁’과는 관계없는 지휘 계통에 따른 효과일 뿐이다.

범위는 법률로 정한다.”고 규정하고 있다. 이를 ‘행정조직 법정주의(法定主義)’라고 한다.

중앙행정기관의 직무는 법률로 정해지는데, 행정권한을 위임하거나 위탁하는 것은 그 권한을 가진 자를 변경하는 효과를 가져오기 때문에 법률의 근거 없이 행정권한을 위임하거나 위탁하게 되면 헌법상 ‘행정조직 법정주의’를 위반하게 되는 것이고, 특정 중앙행정기관의 장이 특정 권한을 행사하도록 한 법률의 규정에도 어긋난다. 따라서 행정권한을 위임하거나 위탁하려면 반드시 법률에 위임·위탁의 근거를 두어야 한다. 모법에 권한의 위임·위탁에 관한 근거 조항이 있는 경우에는 시행령에서 모법에 따른 위임·위탁에 관한 규정을 두도록 하고 있다.

국가행정사무의 위임·위탁에 관한 기본적인 사항은 「정부조직법」 제6조⁴⁷⁵⁾와 이에 근거한 대통령령인 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서 규정하고 있고, 지방자치단체에서 행해지는 권한의 위임·위탁에 관한 사항은 「지방자치법」 제117조⁴⁷⁶⁾에서 규정하고 있다.

개별법에 위임·위탁의 규정을 두지 않은 경우에 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 따라 권한을 위임·위탁하는 경우가 있으나, 일반적인 위임·위탁의 법체계를 혼란시킬 수 있으므로 위임·위탁에 관한 사항은 원칙적으로 개별 법률 및 시행령에서 직접 규정하도록 한다.

475) 「정부조직법」

제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

476) 「지방자치법」

제117조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.

② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.

③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

다. 권한 위임·위탁의 규정 방식

1) 권한위임 규정의 표현 방식

법률에 권한위임의 근거 규정을 두는 경우에는 “이 법에 따른 ○○장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 △△에게 위임할 수 있다”와 같이 규정한다.

종전 입법례 중에는 “○○장관은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 △△에게 위임할 수 있다”와 같이 규정한 사례도 있으나, 권한의 위임은 법령의 규정에 따라 이루어지는 것으로 ○○장관이 권한위임의 주체가 아니라는 점에서 이러한 규정 방식은 사용하지 않도록 한다.

중앙행정기관의 장이 소속기관의 장에게 권한을 위임하는 경우에는 소속기관의 장의 명칭(예컨대, 국가기술표준원장)을 법률에서 특정하지 않도록 한다. 법률에서 일정 사무를 소속기관의 장을 특정하여 위임하는 경우 다른 소속기관의 장에게 위임할 필요가 생기면 법률을 개정해야 하는 문제점이 있으며, 또한 소속기관의 명칭은 대체로 대통령령인 직제에서 정하고 있어 직제 개정으로 명칭이 바뀌면 그에 따라 법률을 개정해야 하는 문제가 발생하기 때문이다.

위임과 위탁을 규정할 경우에는 권한의 위임·위탁과 업무의 위탁을 구분하기 위해 행정기관 상호 간에는 ‘권한의 일부’를 위임·위탁하는 형식으로, 민간위탁의 경우에는 ‘업무의 일부’를 위탁하는 방식으로 규정하고 있다. 하나의 조에 행정기관에 대한 위임·위탁과 민간위탁을 함께 규정하는 경우 조 제목을 ‘(권한 등의 위임 및 위탁)’, ‘(권한 또는 업무의 위임·위탁)’ 또는 ‘(권한의 위임 등)’으로 규정하며, 행정기관에 대한 위임·위탁과 민간위탁을 각각 별개의 항으로 나누어 규정한다. 하나의 조에 민간위탁만 규정하는 경우 조 제목을 ‘(업무의 위탁)’으로 규정한다.

[입법례] 행정기관에 대한 위임·위탁과 민간위탁을 함께 규정한 사례

유통산업발전법
<p>제46조(권한 또는 업무의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 산업통상자원부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 국가기술표준원장에게 위임할 수 있다.</p> <p>② 이 법에 따른 산업통상자원부장관 또는 중소벤처기업부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 시·도지사에게 위임할 수 있다.</p> <p>③ 이 법에 따른 산업통상자원부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 중소벤처기업부장관에게 위탁할 수 있다.</p> <p>④ 산업통상자원부장관은 제24조에 따른 유통관리사 자격시험의 실시에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 대한상공회의소에 위탁할 수 있다.</p> <p>⑤ 산업통상자원부장관은 제7조의4에 따른 유통산업의 실태조사에 관한 업무를 「통계법」 제15조에 따른 통계작성지정기관에 위탁할 수 있다.</p>

[입법례] 민간위탁만 규정한 사례

경제교육지원법
<p>제10조(업무의 위탁) 기획재정부장관은 경제교육 활성화를 위하여 필요한 경우 이 법에 따른 업무의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 법인 또는 단체에 위탁할 수 있다.</p>

법률에서는 권한을 특정하지 않고 위임·위탁의 추상적 근거만을 규정할 수도 있으나, 대통령령에서는 법률에서 위임된 사항을 누가(주체), 누구에게(대상), 무엇(내용)을 위임·위탁하는지 뿐만 아니라, 위임·위탁 여부도 확정적·구체적으로 규정하는 것이 원칙이다.

[입법례]

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률
<p>제58조(권한 또는 업무의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 환경부장관 또는 국토교통부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 위임할 수 있다.</p> <p>② 이 법에 따른 환경부장관 또는 국토교통부장관의 업무는 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 공공기관, 공제조합 또는 관련 협회에 위탁할 수 있다.</p>

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 시행령

제28조(권한의 위임) 환경부장관 또는 국토교통부장관은 법 제58조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 시·도지사에게 위임한다.

1. 법 제38조제4항에 따른 순환골재 및 순환골재 재활용제품의 사용계획서 접수 및 접수 내용 통보
 2. 법 제39조에 따른 순환골재 및 순환골재 재활용제품의 사용 권고 또는 시정조치명령
- 제29조(업무의 위탁) ① 환경부장관은 법 제58조제2항에 따라 다음 각 호의 업무를 「한국환경공단법」에 따른 한국환경공단에 위탁한다.
1. 법 제10조제2항에 따른 관련 정보의 제공 및 수수료 징수
 2. 법 제19조에 따른 건설폐기물 인계·인수 내용 등의 전산처리와 관련한 다음 각 목의 사항
 - 가. 법 제19조제2항에 따른 전산정보의 처리에 필요한 비용의 징수
 - 나. 법 제19조제3항에 따른 전산정보의 보존
 - 다. 법 제19조제4항에 따른 전산정보의 확인·출력 및 검색·확인 조치
 - 라. 법 제19조제5항에 따른 전산정보의 제공

② ~ ④ (생략)

법률에서 해당 법률에 따른 시·도지사의 권한 등을 시장·군수·구청장 또는 관련 법인에 각각 위임 또는 위탁할 수 있도록 규정하는 경우 지방자치제의 취지를 고려할 때 자치권한의 위임·위탁 여부는 해당 지방자치단체가 결정하여 「지방자치법」 제117조에 따라 조례·규칙에서 정함이 원칙이고, 개별법 규정에 자치권한의 위임·위탁 허용 여부 및 방법에 관하여 규정을 둘 필요는 없다고 할 것이다. 다만, 예외적으로 ① 광역자치단체의 자치사무 중 주민편의 또는 효율적 행정업무 수행 등을 이유로 전국적으로 통일하여 기초자치단체에 위임하여 수행하게 할 필요가 있는 경우, ② 자치사무의 수탁기관을 제한할 필요가 있는 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에만 대통령령에서 위임·위탁 여부 및 수입·수탁기관을 정할 수 있다고 할 것이다.

이러한 예외적 요건에 해당되는 경우로서 법률로 정한 경우에는 시·도지사의 권한을 침해한다고 볼 수는 없고, 위임·위탁 규정에서 행정권한의 주체를 명확히 할 필요가 있으므로 대통령령에서는 “위임(위탁)할 수 있다”고 규정하지 않고 “위임(위탁)한다”고 규정한다.

[입법례]

농촌융복합산업 육성 및 지원에 관한 법률

제35조(지구 육성센터의 지정·운영) ① 시·도지사는 지구 내 농촌융복합산업 사업자를 지원하기 위하여 필요한 인력 및 조직 등 대통령령으로 정하는 지정 요건을 충족하는 기관을 지구육성센터(이하 “육성센터”라 한다)로 지정·운영할 수 있다.

②·③ (생략)

④ 시·도지사는 제1항에 따른 지정 요건에 맞지 아니하게 되거나 제3항에 따른 평가 결과 육성센터가 지원업무를 수행할 능력이 없다고 인정되는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다. 그 밖에 지정 취소에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ (생략)

제40조(권한의 위임·위탁) ① 농림축산식품부장관은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 농촌진흥청장, 산림청장, 시·도지사 또는 시장·군수에게, 시·도지사는 시장·군수에게 위임할 수 있다.

② (생략)

농촌융복합산업 육성 및 지원에 관한 법률 시행령

제25조(권한의 위임 및 업무의 위탁) ①·② (생략)

③ 시·도지사는 법 제40조제1항에 따라 법 제35조제1항 및 제4항에 따른 육성센터의 지정 및 지정취소의 권한을 시장·군수에게 위임한다.

④ (생략)

2) 민간위탁의 규정 방식

가) 민간위탁의 필요성과 한계

행정권한은 기본적으로 국가의 통치권에서 유래되는 강력한 권력이므로, 행정업무가 집행되는 과정에서 국민의 권리와 이익이 침해되는 경우도 있고, 강제적으로 의무를 부과하는 일도 생기게 마련이다. 그렇기 때문에 행정업무는 공정하고 객관적이며 신중을 기하여 집행되어야 하며 남용되어서는 안 되는 것이므로, 이를 보장하기 위해 법적으로 여러 가지 엄격한 감독의 틀 속에서 활동하는 공무원이 수행하는 것이 원칙이다.⁴⁷⁷⁾ 이러한 의미에서

행정업무를 민간의 법인이나 개인에게 맡기는 것은 국민의 권익 보호와 행정의 공정성 확보에 문제가 될 수 있다.

이러한 점을 고려하여 「정부조직법」 제6조제3항과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제11조에서는 민간위탁을 허용하되, 민간위탁의 대상이 될 수 있는 업무는 국민의 권리·의무에 대하여 규제 효과를 가져오는 사무가 아닌 조사, 검사, 검정, 관리 업무 등 단순한 사실행위와 민간의 전문지식이나 기술을 활용할 필요가 있는 기술적 사무로 한정하고 있다.

그러나 사회가 발전하고 행정의 영역이 넓어짐에 따라 행정기관이 수행하기 보다는 민간에서 더 효율적으로 수행할 수 있는 일들이 많아지게 되었고 오늘날 민영교도소⁴⁷⁸⁾와 같이 국민의 권리·의무에 직접 관계되는 분야까지 민간위탁의 대상으로 하고 있는 경우도 있다. 그렇지만 비록 행정업무의 민간위탁을 완전히 제한하기 어렵다고 하더라도 행정업무를 민간에 위탁할 때에는 그것이 민간에 위탁할 수 있는 성질의 것인지 즉, 국민의 권리·의무와 관계있는지를 신중히 판단하여 국민의 권리·의무와 관계있는 업무는 가급적 민간에 위탁하지 않도록 해야 한다.

국가나 지방자치단체가 아닌 기관이 공적인 업무를 수행할 때에 민간위탁의 형태를 취하지 않고 법률에서 창설적으로 해당 기관에 행정업무를 부여하는 경우가 있다. 이는 해당 기관이 특수한 공적 업무를 행사하기 위해서 설립되었거나, 연혁적으로 행정기관에 해당하였던 기관이던 점에 기원한 예외적 입법⁴⁷⁹⁾ 이므로 법률에서 민간기관에 창설적으로 행정업무를 부여하는 방식의 입법은 피하도록 한다.

나) 민간위탁의 규정 방식

일반적으로 민간위탁의 근거 규정은 통일성을 기하고 검색의 편의를 높이기 위해 보칙 규정에 일괄하여 두며, 특히 민간위탁이 필요한 업무가 여러 조문에 걸쳐 다수인 경우에는 보칙 규정에서 일괄하여 규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직하다.

477) 공무원은 일반 국민과 달리 「형법」상 공무원의 직무에 관한 범죄 규정이 적용되고, 각종 징계책임, 변상 책임을 지는 등 공정성과 책임성을 확보하기 위한 많은 법적 장치가 마련되어 있다.

478) 「민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률」

제3조(교정업무의 민간 위탁) ① 법무부장관은 필요하다고 인정하면 이 법에서 정하는 바에 따라 교정업무를 공공단체 외의 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다. 다만, 교정업무를 포괄적으로 위탁하여 한 개 또는 여러 개의 교도소등을 설치·운영하도록 하는 경우에는 법인에만 위탁할 수 있다.

479) 「한국은행법」에 따른 한국은행이나 「금융위원회 설치 등에 관한 법률」에 따른 금융감독원 등

다만, 예외적으로 특정 업무 하나에 대해서만 민간위탁 근거 규정이 필요하고, 민간위탁 대상 업무에 관한 실체 규정에서 민간위탁 근거 규정을 함께 규정하는 것이 조문을 이해하기 쉬운 경우에는 실체 규정에서 민간위탁 근거 규정을 둘 수 있다.

[입법례] 실체 규정에서 민간위탁을 규정한 사례

산림보호법
<p>제35조(산불방지 교육) ①·② (생략)</p> <p>③ 지역산불관리기관의 장은 다음 각 호에 해당하는 사람에게 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 산불방지 교육을 하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제41조제1항제2호에 따른 산불전문예방진화대원 2. 그 밖에 산불방지 업무 수행을 위하여 지역산불관리기관에 고용된 사람으로서 농림축산식품부령으로 정하는 사람 <p>④ 지역산불관리기관의 장은 제39조제1항 각 호의 기관 또는 단체의 장이 해당 기관 또는 단체에 소속된 산불진화 인력에 대한 산불방지 교육을 요청하는 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 산불방지 교육을 할 수 있다.</p> <p>⑤ 지역산불관리기관의 장은 제3항 및 제4항에 따른 산불방지 교육 업무를 제35조의2에 따른 한국산불방지기술협회에 위탁할 수 있다.</p>

개별 법률에서 사무를 민간위탁할 수 있는 근거를 두고 있는 경우에는 업무소재를 명확히 하고, 국민편의를 위해 미리 수탁기관과 합의를 하여 각 개별 법률의 시행령에서는 “위탁한다”로 위탁 여부를 확정적으로 규정한다. 다만, 민간의 전문성을 활용하기 위해 다양한 기관·법인·단체 중에서 전문성을 평가하여 수탁기관을 정할 필요성이 있는 등의 경우에는 대통령령에서 위탁 여부를 확정적으로 규정하지 않고 “위탁할 수 있다”로 규정할 수 있다. 이 경우 수탁기관 및 위탁사무가 결정된 경우에는 국민이 수탁기관 및 위탁사무의 내용을 알 수 있도록 대통령령에서 수탁내용 등을 고시하도록 하는 규정을 반드시 두도록 한다.

[입법례] '위탁할 수 있다'로 규정하고 그 내용을 고시하도록 한 사례

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행령

제32조(권한의 위임 및 업무의 위탁) ① (생 략)

② 보건복지부장관은 법 제76조제1항에 따라 법 제70조에 따른 업무를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 위탁할 수 있다.

1. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교
2. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관
3. 「민법」 또는 다른 법률에 따라 설립된 비영리법인으로서 감염병의 예방 및 관리와 관련된 업무를 수행하는 법인
4. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 정부출연연구기관
5. 그 밖에 감염병의 예방 및 관리 업무에 전문성이 있다고 보건복지부장관이 인정하는 기관 또는 단체

③ (생 략)

④ 보건복지부장관 및 질병관리청장은 제2항 및 제3항에 따라 업무를 위탁하는 경우 위탁 받는 기관 및 위탁업무의 내용을 고시해야 한다.

수탁기관이 해당 업무를 수행할 수 있는 자격이 있는지를 법률의 입안 단계에서 미리 검토하여 수탁기관이 공단 등 공공기관의 성격을 갖는 경우에는 해당 기관을 법률에서 명시하도록 한다. 그러나 수탁기관을 굳이 제한할 필요가 없는 경우에는 민간위탁의 법적 근거를 명시하면서 수탁자가 갖추어야 할 인적·물적 기준을 하위법령으로 정하도록 한다.

[입법례] 수탁자가 갖추어야 할 기준을 대통령령에 위임한 사례

시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법

제60조(권한의 위임·위탁) ① (생 략)

② 이 법에 따른 국토교통부장관의 권한 중 다음 각 호의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토안전관리원 또는 대통령령으로 정하는 위탁업무를 수행하는 데에 필요한 인력과 장비를 갖춘 기관에 위탁할 수 있다.

1. ~ 6. (생 략)

③·④ (생 략)

행정업무를 민간에 위탁할 때에 법률에서 ‘대통령령으로 정하는 법인 또는 단체’라는 표현을 사용하였더라도, 위탁하는 주체와 위탁되는 업무를 명확히 알 수 있도록 대통령령에서는 “‘대통령령으로 정하는 법인 또는 단체’란 ...을 말한다”로 표현하기보다는 “○○○ 부장관은 법 제○조에 따라 다음 각 호의 업무를 △△△에 위탁한다”로 표현한다.

[입법례]

산업기술혁신 촉진법

제44조(권한의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 산업통상자원부장관 또는 교육부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 소속 기관의 장에게 위임하거나 중소기업부장관, 기술진흥원·평가관리원·세라믹기술원·한국공학한림원·시험원의 장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 법인 또는 단체에 위탁할 수 있다.
②·③ (생략)

산업기술혁신 촉진법 시행령

제57조(권한의 위임·위탁 등) ① (생략)
② 산업통상자원부장관은 법 제44조제1항에 따라 법 제8조에 따른 산업기술 환경예측의 실시에 관한 업무를 기술진흥원 또는 평가관리원에 위탁한다.
③ 산업통상자원부장관은 법 제44조제1항에 따라 법 제10조에 따른 산업기술혁신 통계의 작성에 관한 업무를 기술진흥원 또는 평가관리원에 위탁한다.
④ ~ ⑩ (생략)

이와 같이 행정업무를 민간에 위탁하는 경우에는 직무의 객관성·공정성을 담보하기 위해 그 업무를 수탁받아 수행하는 민간기관의 직원이나 개인에 대해 별칙을 적용할 때 공무원으로 의제하여 처벌하도록 하는 규정을 두거나 관리를 위한 자료제출 의무를 둘 필요가 있는지 검토해야 한다.

[입법례] 공무원 의제 규정을 둔 사례

광산안전법

제23조(별칙 적용 시의 공무원 의제) 산업통상자원부장관이 제22조의4제2항에 따라 위탁한 업무에 종사하는 법인의 임원 및 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 자료제출 의무를 규정한 사례

국가균형발전 특별법 시행령

제48조(회계사무의 위탁) ① (생략)

② 법 제47조제1항에 따라 중앙행정기관의 장으로부터 사무를 위탁받은 기관의 장은 용자사무를 주관하는 중앙행정기관의 장 및 기획재정부장관이 용자사무의 관리 및 집행과 관련한 자료의 제출을 요청하면 이에 따라야 한다.

라. 하위법령에서 소관 기관을 표기하는 방식

법률에 근거하여 대통령령(「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」을 포함한다)에서 권한 위임·위탁 사항을 정한 경우 대통령령 각 조항상의 소관 기관은 위임·위탁기관의 명칭으로 표기하고, 총리령·부령 각 조항상의 소관 기관은 수임·수탁기관의 명칭으로 표기한다. 이는 권한의 위임·위탁은 대통령령의 관련 규정에 따라 비로소 이루어진다는 점에서 실제 위임·위탁이 이루어지는 법령(법률과 대통령령)까지는 원래의 권한자로 표시하고, 그 하위법령(총리령·부령)부터는 위임·위탁받은 자를 권한자로 표시하기 위한 것이다.

예를 들면 법률상 ○○○장관의 권한이 대통령령에서 시·도지사에게 위임된 경우 법률과 대통령령에서는 원래의 권한자인 ○○○장관으로 표시하고, 총리령·부령에서는 시·도지사로 표시한다.

다만, 하위법령으로 시행규칙이 없이 시행령만 존재하여 해당 시행령에 서식이 있는 경우 서식은 실제 권한자에게 제출되어야 본래 민원의 목적을 달성하므로, 실제 권한자로 표시하는 것이 민원인의 혼란을 방지하고 시간을 절약할 수 있는바, 시행령에 서식이 있는 경우에는 대통령령 각 조항상의 소관 기관은 위임·위탁기관의 명칭으로 표기한다는 원칙의 예외를 인정하여 수임·수탁기관으로 권한자를 표시하도록 하며,⁴⁸⁰⁾ 각 중앙행정기관의 장이 원 권한자이면서 일부 중앙행정기관의 장의 권한만 위임하는 경우 서식에서 중앙행정기관의 장과 수임기관의 장의 명칭을 병기하여 표시하도록 한다.⁴⁸¹⁾

480) 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령」 별지 제1호서식 등

481) 「제품안전기본법 시행령」 별지 제1호서식 등

마. 재위임·위탁의 규정 방식

권한을 위임받은 기관이 위임받은 권한을 재위임할 수 있도록 하는 경우⁴⁸²⁾에는 위임기관의 승인을 받아 위임받은 사무의 일부를 보조기관이나 하급행정기관에 재위임할 수 있다는 규정을 두어 명백히 하는 것이 바람직하다.

재위임은 그 성격상 일률적으로 행해지는 위임이나 위탁은 아니므로 재위임을 규정하는 문언 자체가 법령에 의한 직접 위임·위탁과는 달리 위임·위탁을 받은 기관이 그 판단에 따라 개별적으로 위임·위탁을 하는 것으로 표현된다.⁴⁸³⁾

[입법례]

도로법

제110조(권한의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 국토교통부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제9조의2에 따른 대도시권광역교통위원장, 시·도지사 또는 국토교통부 소속기관의 장에게 위임할 수 있다.

② 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사 또는 국토교통부 소속기관의 장은 제1항에 따라 국토교통부장관으로부터 위임받은 권한의 일부를 시장·군수·구청장 또는 일반국도의 건설과 관리에 관한 업무를 수행하는 행정기관의 장에게 재위임할 수 있다. 이 경우 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사가 시장·군수·구청장에게 재위임하는 경우에는 국토교통부장관의 승인을 받아야 한다.

③·④ (생략)

개별적인 행정행위로 재위임·위탁되는 경우에, 이러한 재위임·위탁 사실을 일반국민이 알기 어렵다는 문제가 발생한다. 이를 대비하여 재위임·위탁한 경우에는 그 사실을 고시하는 규정을 두도록 하는 것이 바람직하다.

482) 「정부조직법」 제6조제1항 후단에서는 “위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에게 재위임할 수 있다.”고 규정하여 재위임의 근거를 두고 있다.

483) 「교육공무원임용령」 제3조의2와 같이 재위임에 관한 사항을 법령에서 구체적으로 정하는 경우도 있다.

[입법례]

자동차관리법 시행령

제18조(권한의 재위임) ① 시·도지사는 법 제77조제3항에 따라 국토교통부장관으로부터 위임 받은 권한의 일부를 시장·군수 또는 구청장에게 재위임하고자 하는 때에는 업무내용 및 수입 기관의 기구·인원·업무처리능력 등을 충분히 고려하여야 하며, 권한을 재위임한 때에는 이를 고시하여야 한다.

② (생략)

지방자치단체 장의 재위임·위탁에 대해서는 「지방자치법」 제117조제4항⁴⁸⁴⁾(기관위임 사무의 경우 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조⁴⁸⁵⁾에서도 일반적 근거를 두고 있음)에서 일반적인 근거 규정을 두고 있으므로⁴⁸⁶⁾ 지방자치제의 취지를 고려할 때 자치 사무나 기관위임사무의 재위임·위탁에 관한 규정을 개별 법령에 두는 것은 바람직하지 않다. 따라서 ① 전국적으로 재위임·위탁 여부를 통일할 필요가 있거나, ② 재위임·위탁 시의 고시의무를 규정하는 등 위의 규정들과 달리 정할 사항이 있을 때에만 개별 법령에서 지방자치단체 장의 재위임·위탁에 관한 규정을 두도록 한다.

484) 「지방자치법」

제117조(사무의 위임 등) ① ~ ③ (생략)

④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

485) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제4조(재위임) 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 같다)나 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 수입사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장(교육장을 포함한다) 또는 읍·면·동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.

486) 자치사무의 재위임·위탁에 관해서는 「지방자치법」 제117조제4항이, 기관위임사무의 재위임·위탁에 관해서는 「지방자치법」 제117조제4항 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조가 적용된다. 그러므로 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 기관위임사무를 조례에 근거하여 재위임·위탁하는 것은 위법하다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결, 대법원 1995. 8. 22. 선고 94누5694 판결).

[입법례]

경찰공무원법

제7조(임용권자) ③ 경찰청장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 경찰공무원의 임용에 관한 권한의 일부를 특별시장·광역시장·도지사·특별자치시장 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다), 국가수사본부장, 소속 기관의 장, 시·도경찰청장에게 위임할 수 있다. 이 경우 시·도지사는 위임받은 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제18조에 따른 시·도자치경찰위원회(이하 “시·도자치경찰위원회”라 한다), 시·도경찰청장에게 다시 위임할 수 있다.

경찰공무원 임용령

제4조(임용권의 위임 등) ① 경찰청장은 법 제7조제3항 전단에 따라 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 해당 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 자치경찰사무를 담당하는 경찰공무원[「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제18조제1항에 따른 시·도자치경찰위원회(이하 “시·도자치경찰위원회”라 한다), 시·도경찰청 및 경찰서(지구대 및 파출소는 제외한다)에서 근무하는 경찰공무원을 말한다] 중 경정의 전보·파견·휴직·직위해제 및 복직에 관한 권한과 경감 이하의 임용권(신규채용 및 면직에 관한 권한은 제외한다)을 위임한다.

②·③ (생략)

④ 제1항에 따라 임용권을 위임받은 시·도지사는 법 제7조제3항 후단에 따라 경감 또는 경위로의 승진임용에 관한 권한을 제외한 임용권을 시·도자치경찰위원회에 다시 위임한다.

⑤·⑪ (생략)

바. 그 밖의 위임·위탁 규정 관련 유의 사항

위에서 언급한 사항 외에도 행정권한의 위임·위탁에 관한 규정을 둘 때에는 다음과 같은 점에 유의하도록 한다.

① 권한의 위임·위탁에 따르는 행정기관 간 업무 분배가 명료하지 않는 것에서 오는 집행상의 어려움을 고려하여, 해당 사무가 자치사무의 성격이 강하면 위임·위탁의 방식에 의할 것이 아니라 해당 사무에 관한 권한을 처음부터 지방자치단체의 권한으로 규정하는

권한 이양의 방법을 검토한다.⁴⁸⁷⁾

② 지방자치단체로 권한이 이양된 사무임에도 불구하고 여전히 대통령령에서 위임·위탁 규정을 두는 것은 지방으로 권한을 이양하는 취지에 맞지 않으므로 이런 방식의 입법은 피한다.

③ 대통령령의 위탁 규정에서 정부의 업무를 특정 사단법인에 위탁하면 그와 유사한 단체가 설립될 가능성이 있음을 고려할 때 나머지 유사 법인들과 비교하여 사실상 특혜가 될 수 있고 법인 명칭이 변경되면 법령을 개정해야 하므로 대통령령으로 특정 사단법인을 명시하는 것은 가능한 한 피하도록 한다. 이런 경우에는 복수 단체에 위탁할 가능성을 열어 두기 위해 위탁 대상 법인의 설립 목적, 수행 업무, 자격요건 등을 한정하고, 이러한 요건에 해당되는 법인 중에서 장관이 지정·고시하도록 하는 방식 등을 검토한다.

[입법례]

정보통신산업 진흥법

제47조(권한의 위임·위탁) ① (생략)

② 이 법에 따른 과학기술정보통신부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 산업진흥원, 그 밖에 정보통신산업에 전문성이 있다고 인정되어 과학기술정보통신부장관이 고시하는 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다.

④ 권한을 위임·위탁하는 경우에는 관련된 권한을 함께 위임·위탁하는 것이 바람직하다. 인허가 권한, 인허가 취소권한, 조사 권한, 불이익 처분권한 등 연관되어 있는 권한 중 일부만을 위임하는 경우 관련 업무의 처리 권한자가 각각 달라 행정상 혼란이 발생할 수 있다. 아울러 위임·위탁되는 권한이 다른 규정에서 준용되고 있는 경우 준용하고 있는 규정도 함께 위임·위탁할 필요가 없는지 검토하여 필요한 경우 위임·위탁되는 규정에 준용하는 경우도 포함하여 규정한다.

487) 지방 이양 대상으로 선정할 때 소관 부처에서 모든 권한을 이양하기 부담스러운 경우 권한 중 일부에 대해서만 이양 대상으로 정하는 경우(예: 인허가 권한은 이양하지 않으면서 감독·취소에 관한 권한만을 이양하는 사례)가 있는바, 권한의 일부만을 이양하는 경우에는 법령 체계정당성에 맞지 않고 법령 상호 간의 모순이 발생할 수 있으며 해당 행정 업무의 성격에 대한 논란이 발생할 수 있으므로, 권한의 분배와 책임 관계를 분명히 하고 권한자의 업무 수행을 종합적·합리적으로 하기 위해 권한의 일부만을 이양하는 것은 제한할 필요가 있다.

[입법례]

항공보안법

제15조(승객 등의 검색 등) ① ~ ⑥ (생략)

⑦ 제3항에 따라 보안검색 업무를 위탁받으려는 업체는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 지정을 받아야 한다.

⑧ (생략)

제16조(승객이 아닌 사람 등에 대한 검색) ① 공항운영자는 제13조제1항에 따라 허가를 받아 보호구역으로 들어가는 사람 또는 물품에 대하여도 보안검색을 하여야 한다. 이 경우 보안검색의 방법·절차·면제 및 위탁 등에 관하여는 제15조제2항 단서, 같은 조 제3항 및 제6항부터 제8항까지의 규정을 준용한다.

② 제1항에도 불구하고 화물터미널 내에 지정된 보호구역으로 들어가는 사람 또는 물품에 대한 보안검색은 화물터미널운영자가 하여야 한다. 이 경우 보안검색의 방법·절차·면제 및 위탁 등에 관하여는 제15조제2항 단서, 같은 조 제3항 및 제6항부터 제8항까지의 규정을 준용한다.

제17조(통과 승객 또는 환승 승객에 대한 보안검색 등) ① ~ ④ (생략)

⑤ 제2항에 따른 보안검색의 방법·절차·면제 및 위탁 등에 관하여는 제15조제2항 단서, 같은 조 제3항 및 제6항부터 제8항까지의 규정을 준용한다.

항공보안법 시행령

제20조(권한의 위임) 국토교통부장관은 법 제38조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 지방항공청장에게 위임한다.

1. ~ 3의4. (생략)

4. 법 제15조제7항 및 제8항(법 제16조 및 제17조제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 보안검색 위탁업체의 지정 및 지정 취소

4의2. ~ 11. (생략)

⑤ 민간수탁기관이 위탁받은 업무를 처리하기 위해 자료제출 명령권 및 질문·검사권이 필요한 경우 원칙적으로 자료제출 명령은 국민에게 자료제출의무를 부과하는 것이고, 질문·검사 또한 국민으로 하여금 수인의무를 부과하는 것이므로 민간위탁 대상 업무로 하기에는 적절하지 않은 측면이 있으나, 행정능률 및 전문성 확보 등의 이유로 일정한 사무를 민간에 위탁하면서 위탁업무의 적정한 수행을 위해 관계자에 대한 자료제출 명령 및 질문·조사와 같은 확인적 절차가 반드시 수반되어야 한다면, 해당 사무와 그에 필요한 행정조사권을 함께 수탁기관에 위탁하는 것도 가능하다.

[입법례]

임금채권보장법 시행령

제24조(권한의 위임·위탁) ① (생략)

② 고용노동부장관은 법 제27조에 따라 다음 각 호의 권한을 「산업재해보상보험법」에 따른 근로복지공단(이하 “근로복지공단”이라 한다)에 위탁한다.

1. ~ 5. (생략)

6. 법 제22조에 따른 보고 또는 관계 서류의 제출 요구(위탁사무 처리에 필요한 경우만 해당한다)

7. 법 제23조에 따른 협조요청(위탁사무 처리에 필요한 경우만 해당한다)

8. 법 제24조에 따른 출입·검사·질문(위탁사무 처리에 필요한 경우만 해당한다)

8의2. ~ 11. (생략)

③ (생략)

⑥ 법령에서 협조 요청의 대상자 등으로서 ‘관계 행정기관’을 규정하면서 관계 행정기관의 범위를 하위법령으로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 그 범위를 구체적으로 정해야 하고, 이 경우 하위법령에서 관계 행정기관을 정하면서 원 권한자만 규정하게 되면 그 권한을 위임·위탁받은 기관이 관계 행정기관의 범위에 포함되는지는 해석상 논란이 있을 수 있으므로, 관계 행정기관의 범위에 수임기관 및 수탁기관이 포함된다는 점을 명시함으로써 기관 간 협조 과정에서 집행상 혼란을 방지할 필요가 있다.

[입법례]

식품안전기본법

제24조의2(통합식품안전정보망 구축·운영) ① 식품의약품안전처장은 관계행정기관에 분산된 식품안전정보를 연계·통합하여 함께 활용하고 이를 국민에게 개방하기 위한 통합식품안전정보망을 구축·운영하여야 한다.

② 식품의약품안전처장은 제1항에 따른 통합식품안전정보망의 운영을 위하여 관계행정기관의 장에게 기간을 정하여 식품안전에 관한 정보의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 관계 행정기관 및 식품안전에 관한 정보의 범위는 대통령령으로 정한다.

③ ~ ⑤ (생략)

식품안전기본법 시행령

제17조의3(관계행정기관의 범위 등) ① 법 제24조의2제2항 후단에 따른 관계행정기관(이하 이 조 및 제22조에서 “관계행정기관”이라 한다)의 범위는 다음 각 호와 같다. 이 경우 식품등의 안전 관리에 관한 권한이 위임·위탁된 경우에는 그 권한을 위임·위탁받은 기관을 포함한다.

1. 교육부·법무부·국방부·행정안전부·농림축산식품부·산업통상자원부·보건복지부·환경부·국토교통부·해양수산부·관세청·방위사업청·농촌진흥청·질병관리청·기상청·공정거래위원회·국민권익위원회
 2. 지방자치단체
- ②·③ (생략)

⑦ 법률에서 신고에 관한 사항을 규정하고 있고, 대통령령에서 신고에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임하려는 경우 신고는 사인의 공법행위로서 행정청의 권한은 아니므로 대통령령의 권한 위임규정에서 신고라는 표현만을 쓰는 것은 적절하지 않으므로 신고에 관한 권한이 무엇인지를 구체적으로 명시해 줄 필요성이 있는 바, 법률에 신고에 관한 사항을 규정하면서 “신고의 접수”나 “신고의 수리”라는 표현이 없더라도 신고와 관련된 권한에는 당연히 “신고의 접수”나 “신고의 수리” 권한이 포함되었다고 해석하는 것이 타당하고, 신고에 관한 권한은 “신고의 접수” 또는 “신고의 수리”로 대표될 수 있으므로 대통령령의 권한 위임 규정 시 “신고의 접수” 또는 “신고의 수리”로 권한을 특정하여 명시해 주는 것이 입법의 명확성 차원에서 바람직하다.

이 경우 신고의 성격에 따라 수리를 요하지 않는 신고의 경우에는 대통령령의 권한 위임 규정에서 신고의 접수 권한만을 명시하고, 수리를 요하는 신고의 경우에는 신고의 수리 권한만을 명시한다. 신고 내용의 확인, 신고에 대한 보완 요구, 신고 처리 결과의 통보 등 신고와 관련된 다른 세부처리 권한은 신고의 접수 권한이나 신고의 수리 권한과 연계되어 있는 권한들이므로 이를 별도로 명시해 줄 필요는 없다.

7. 직무대리(職務代理)

가. 의의

행정기관의 권한은 행정권한 법정주의에 따라 권한을 가진 행정기관이 자신의 명의(名義)와 책임으로 이를 행사해야 한다. 그러나 행정의 효율적 수행을 위해 필요한 경우나, 권한자가 부득이한 사유로 그 권한을 행사할 수 없게 되는 경우에는 그 보조기관이나 다른 행정기관으로 하여금 권한을 가진 본래의 행정기관을 위한 권한 행사라는 사실을 표시하고 자신의 명의로 해당 행정권한을 행사하게 할 수 있다.

이 경우 대리관청은 피대리관청을 위한 것임을 표시하고 자기의 이름으로 권한을 행사하지만, 그 행위의 효과는 직접 피대리관청에 귀속되게 된다.⁴⁸⁸⁾ 행정권한의 대리는 행정기관의 권한 자체를 다른 행정기관으로 이전하는 것이 아니므로 권한 소재의 변경은 수반하지 않는다.

중앙행정기관 또는 이에 준하는 기관(대통령 소속기관 및 국무총리 소속기관을 포함) 및 그 소속기관에서의 직무대리에 관하여는 다른 법령에서 따로 정하는 경우를 제외하고는 「직무대리규정」에 따른다(「직무대리규정」 제3조).

나. 유사 개념과의 구별

행정권한의 위임·위탁은 행정권한을 원 권한자를 대신하여 다른 자가 행한다는 점에서 대리와 공통점을 가지고 있으나, 위임·위탁은 권한의 일부만을 위임·위탁받을 수 있고, 수임인이나 수탁인의 명의와 책임으로 행위를 하게 된다는 점에서 차이가 있다.

행정권한의 위임전결 또는 내부위임은 행정관청의 보조기관이나 담당자 또는 하위행정기관에 외부에 표시함이 없이 내부적·사실적인 권한만을 이전하는 것에 그친다는 점에서 대리와의 차이가 있다.

488) 권한을 행사할 때에는 대리임을 표시해야 한다. 예) 환경부장관 직무대리 환경부차관 ○○○

다. 대리의 규정

1) 직무대리 명칭 사용

행정권한의 대리에 관해서 현행법에서는 권한의 대행,⁴⁸⁹⁾ 직무대행,⁴⁹⁰⁾ 직무대리⁴⁹¹⁾ 등으로 다양하게 표현되고 있다.

그러나 행정권한을 피대리기관을 위한 것임을 표시하고 대리기관의 이름으로 행하되 그 행위는 피대리기관의 행위로서 효과가 발생하는 취지의 의미라면 법령용어의 통일을 위해 “직무의 대리”로 통일하여 표현하도록 한다.

현행법상 직무를 대리하는 경우를 대행으로 표현한 경우⁴⁹²⁾가 많으나, 대행은 행정기관의 법령상의 권한을 그 명목으로 행사하되 권한의 행사에 따른 실무를 대행기관으로 하여금 하게 하는 경우에 사용되는 표현이므로 이를 명확하게 구분하여 명칭상의 혼란을 없애는 것이 필요하다. 다만, 헌법 등 상위법의 규정과 일치시킬 필요가 있는 경우에는 예외로 한다.

2) 직무대리의 규정 방식

권한의 대리 규정을 두는 경우에는 심신상실이나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우 등 직무대리의 사유를 명시해야 한다.

489) 「대한민국헌법」

제71조 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순서로 그 권한을 대행한다.

490) 「정부조직법」

제22조(국무총리의 직무대행) 국무총리가 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 기획재정부장관이 겸임하는 부총리, 교육부장관이 겸임하는 부총리의 순으로 직무를 대행하고, 국무총리와 부총리가 모두 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령의 지명이 있으면 그 지명을 받은 국무위원이, 지명이 없는 경우에는 제26조 제1항에 규정된 순서에 따른 국무위원이 그 직무를 대행한다.

491) 「직무대리규정」

제4조(기관장과 부기관장의 직무대리) ① 기관장에게 사고가 발생한 경우에는 부기관장이 기관장의 직무대리를 한다.

492) 「국회법」 제12조제2항·제13조, 「암관리법」 제33조제5항, 「문화재위원회 규정」 제3조제3항, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제19조제6항 등

만약 피대리관청의 업무 전부를 대리하는 것이 아니라 일부를 대리하는 경우라면 특정 업무를 명시하여 대리의 범위를 분명히 규정하는 것이 필요하다. 대리 제도를 규정하는 경우에는 행정권한의 대리가 본질적으로 허용되지 않거나 이를 금지하고 있는지에 대한 검토가 필요하다.

입법 모델 직무대리를 규정하는 방식

【일반적인 경우】

제○조(직무의 대리) ○○가 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 △△가 그 직무를 대리한다.

【위원회의 경우】

제○조(위원장의 직무) ① 위원장은 위원회를 대표하고 그 위원회의 업무를 총괄한다.
② 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 부위원장이 그 직무를 대리하며, 위원장과 부위원장 모두 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대리한다.

8. 행정업무의 대행(代行)

가. 의의

‘행정업무의 대행’이란 행정기관이 법령상의 업무를 대행기관으로 하여금 사실상 행하게 하되, 그 명의를 원(原) 권한자인 행정기관으로 하고 책임도 원 권한자인 행정기관에 귀속 되도록 하는 것을 말한다.

따라서 대행에 따른 법령상 권한의 이전은 발생하지 않고 대행기관이 원 권한자인 행정기관 명의로 업무를 수행함으로써 그 법률적 효과는 원 권한자인 행정기관이 직접 행사(行使)한 것과 같은 효력이 발생한다.

나. 유사 개념과의 구별

“위임”이나 “위탁”은 행정기관이 법령상 권한의 일부를 하급행정기관 등에 주어 수임자나 수탁자가 자기의 권한으로 행사하게 하는 것이나, “대행”은 대행자가 실질적으로 업무를 수행하더라도 그 법률적 효과는 원 권한자인 행정기관이 직접 행사한 것처럼 보게 된다는 점에서 차이가 있다.

“대리”는 원 행정기관을 위한 것임을 표시하고 대리자가 자신의 명의로 권한을 행사하나, “대행”은 원 행정기관의 명의로 권한을 행사하되, 사실상의 실무는 대행기관이 하게 하는 차이가 있다.

다. 대행의 기능

「정부조직법」 제6조제3항⁴⁹³⁾에서는 국민의 권리·의무와 관련되는 사무는 민간에 위탁할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 법령으로 그 소관 사무의 일부를 다른 기관 등에 대행

493) 「정부조직법」

제6조(권한의 위임 또는 위탁)

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

하게 하는 경우에는 권한이 이전되지 않으므로 공권력적 행위의 대행도 가능하게 되므로, 현행법상 민간위탁하기에 부적절한 성격의 행정행위를 민간기관이 행할 수 있도록 하려는 의도로 대행 제도를 활용하는 경우가 있다.⁴⁹⁴⁾ 이는 공권력적 행정행위라도 전문적인 민간기관이 수행하는 것이 전문성과 효율성 측면에서 필요한 경우도 있다는 점을 반영한 것이다. 그러나 국민의 권리·의무와 밀접한 관련성이 있는 업무를 대행의 방식으로 민간에게 수행하도록 하는 것은 권리 보호에 문제가 있을 수 있으므로 도입에는 신중해야 한다.

한편 국민의 권리·의무와 관련되지 않는 사무에 대해서도 책임성, 전문성 등을 고려하여 위탁이 아닌 대행을 하게 하는 경우도 있다.

라. 대행 제도의 도입

업무의 대행 제도는 이론적으로 정립되어 있지 않고, 여러 가지 제도들이 대행이라는 같은 명칭으로 사용되고 있어 운영상 혼란이 발생할 여지가 많다.⁴⁹⁵⁾

업무의 대행은 행정기관의 법령상의 업무를 대행기관이 실질적으로 행사하지만 법률적 효과는 원 권한자인 행정기관이 행한 것으로 보도록 의제하는 것이므로, 대행의 결과에 대해 행정기관이 직접 책임지겠다는 의미가 아니라면 대행이라는 표현을 사용하지 않는 것이 바람직하다.

따라서 행정권한을 다른 행정기관이나 민간에 이전하는 취지라면 위임·위탁을 통해 행정권한을 이전하는 것이 타당하다.

494) 「국세징수법」상 공매대행 도입 취지(국세채납재산 공매업무의 민간위탁 내지 민간대행 가부 검토, 법제처 70년사 p.249)

민간기관인 성업공사가 자신의 명의로 책임 아래 공권력을 행사하게 하는 것은 개정된 「정부조직법」 제6조 제3항에 위반되어 받아들일 수 없고, 대안으로 「민법」상 대리의 개념을 원용하여 성업공사가 공권력의 일부를 대행하되 그 권한 행사의 효과는 행정관청인 세무서장에게 돌아가도록 하는 민간대행 제도를 제시하였다. (중략) 이로써 민간위탁의 취지를 살리면서 행정관청이 최종적인 책임을 지도록 하는 민간대행 제도가 엄격한 기준 아래 도입되었으며, 이는 행정인력의 절감 내지 전문성의 활용이라는 정책의도와 공권력 작용에 대한 책임행정의 보장이라는 정책의도를 조화시킬 수 있는 대안으로 활용될 수 있는 길을 열었다.

495) 판례는 「국세징수법」상 공매대행을 대행자에게 권한이 이전되는 위임(위탁)으로 보고 있다.

성업공사에 의한 공매의 대행은 세무서장의 공매권한의 위임으로 보아야 하므로 성업공사가 공매를 한 경우에 그 공매처분에 대한 취소 등의 항고소송 피고는 성업공사가 된다(대법원 1996. 9. 6. 선고 95누12026판결). 한국자산관리공사는 세무서장으로부터 대행 의뢰를 받은 국세 압류재산의 공매에 관하여 세무서장의 지휘를 받지 아니하고 자기의 권한으로 공매를 할 수 있다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001두6746 판결).

대행에 적합한 업무와 위탁에 적합한 업무의 유형을 명확히 구분하기는 쉽지 않지만, 민간의 전문성을 활용할 필요가 있는 업무 중 국민의 안전과 관련된 업무(선박검사, 승강기 검사 등)는 행정기관의 책임성이 강하게 요구되므로 위탁보다는 대행 방식으로 업무를 수행하는 것을 고려할 수 있다.

[입법례] 안전 관련 검사업무를 대행하게 한 사례

승강기 안전관리법
제36조(설치검사와 안전검사의 대행) ① 행정안전부장관은 설치검사 또는 안전검사의 업무를 다음 각 호의 자로 하여금 대행하게 할 수 있다. 다만, 제2호에 따른 법인·단체 또는 기관에 대해서는 정기검사 업무의 일부를 대행하게 할 수 있다.
1. 제55조에 따른 한국승강기안전공단
2. 제37조제1항에 따라 정기검사 업무의 대행기관으로 지정받은 법인·단체 또는 기관
② (생략)

그리고 해당 업무가 행정기관이 직접 수행할 필요가 없거나 전문성이 필요한 검정·인증 등에 관한 것이어서 행정기관이 직접 수행할 수 없는 것이라면 행정 업무의 대행 제도를 도입하기보다는 검정·인증 등을 위한 일정한 자격을 가진 업체에 행정관청이 인허가를 하고 해당 인허가를 받은 업체의 검정·인증 등을 받도록 하는 방식의 제도를 검토해 보아야 한다.

마. 대행의 규정 방식

대행은 행정권한자와 그에 따른 책임에 관한 사항이고 위임이나 위탁과는 달리 일반규정이 없기 때문에 피대행관청의 권한 또는 업무를 규정한 법률에 규정해야 한다. 행정기관이 지정한 자에게 행정업무를 대행하게 하는 경우라면 지정기준, 지정취소, 지정절차 등에 관한 규정은 대행과 관련한 핵심적 사항이므로 법률에 근거를 두도록 한다.

법률에서 “○○업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 위탁하거나 대행하게 할 수 있다”고 규정하는 경우도 있으나, 위탁과 대행은 개념상 차이가 있고 법률에서 위탁 또는 대행할 수 있다고 규정해 놓으면 대통령령에서도 대행하게 해야 할 업무를 위탁할 수 있는 것으로 오해할 소지가 있으므로, 위탁으로 할지 대행으로 할지는 법률에서 명확히 규정하도록 한다.

[입법례] 위탁과 대행은 별도의 조문에 구분해 규정한 사례

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률

제56조(소독업무의 대행) 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 제47조제5호, 제48조제1항, 제49조제1항제8호·제9호·제13호, 제50조 및 제51조제1항·제3항에 따라 소독을 실시하여야 할 경우에는 그 소독업무를 소독업자가 대행하게 할 수 있다.

제76조(위임 및 위탁) ① 이 법에 따른 보건복지부장관의 권한 또는 업무는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 질병관리청장 또는 시·도지사에게 위임하거나 관련 기관 또는 관련 단체에 위탁할 수 있다.

② 이 법에 따른 질병관리청장의 권한 또는 업무는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 시·도지사에게 위임하거나 관련 기관 또는 관련 단체에 위탁할 수 있다.

1) 대행자에 대한 지휘·감독

행정업무를 대행시키는 경우에는 대행권자는 행정권한의 일부를 행사하게 되므로 이에 대한 감독이 필요하다. 현행법상 피대행자의 감독에 관한 확립된 원칙이 없으므로 명문의 규정으로 시정명령이나 보고 등의 규정을 두는 방안을 검토해야 한다.

[입법례]

건설기계관리법

제14조(검사대행 등) ① 국토교통부장관은 필요하다고 인정하면 건설기계의 검사에 관한 시설 및 기술능력을 갖춘 자를 지정하여 제13조에 따른 검사의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.

② (생략)

③ 국토교통부장관은 제1항에 따라 검사대행자로 지정받은 자(이하 “검사대행자”라 한다)가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하여야 한다.

1. ~ 5. (생략)

④ ~ ⑫ (생략)

2) 대행비용의 징수 등

업무의 대행의 경우에는 위임이나 위탁과 달리 업무의 수행에 드는 경비의 부담에 관한 일반적인 원칙이 없으므로 대행비용의 징수나 수수료 등에 관한 규정을 두도록 한다.

이 경우 행정기관이 업무의 대행에 관한 수수료 등 경비를 지급하도록 하는 규정을 두거나 대행기관이 업무와 관련된 비용을 직접 업무 상대방에게 징수할 수 있는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 수수료 지급 규정을 두는 경우

건축법

제27조(현장조사·검사 및 확인업무의 대행) ① 허가권자는 이 법에 따른 현장조사·검사 및 확인업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「건축사법」 제23조에 따라 건축사사무소개설신고를 한 자에게 대행하게 할 수 있다.

② (생략)

③ 허가권자는 제1항에 따른 자에게 업무를 대행하게 한 경우 국토교통부령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 수수료를 지급하여야 한다.

[입법례] 비용 징수 규정을 두는 경우

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제26조(가축분뇨의 수집·운반·처리 및 비용 부담 등) ① 공공처리시설설치자는 가축분뇨를 직접 수집·운반하거나 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 제28조제1항제1호의 가축분뇨수집·운반업의 허가를 받은 자(이하 “수집·운반업자”라 한다)로 하여금 그 수집·운반을 대행하게 하거나 축산업자로 하여금 스스로 운반하게 할 수 있다. 다만, 농협조합은 관할 시장·군수·구청장과 협의하여 농협조합의 정관으로 정하는 바에 따라 수집·운반을 대행하게 할 수 있다.

② ~ ④ (생략)

⑤ 공공처리시설설치자는 가축분뇨를 수집·운반 또는 처리할 때에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 공공처리시설에서 처리되는 가축분뇨를 배출하는 자로부터 해당 시설의 운영에 드는 비용을 징수할 수 있다. 이 경우 배출시설의 규모, 가축분뇨의 분리 저장 여부 등에 따라 그 비용을 차등하여 징수할 수 있다.

⑥·⑦ (생략)

3) 벌칙 적용 시의 공무원 의제

대행 업무를 수행하는 과정에서 대행기관은 실질적으로 행정권한을 행사하게 되므로, 공공성과 책임성이 강하게 요구된다. 따라서 공공성이 강한 인허가 처분과 직접적으로 관련되는 업무를 대행하는 경우에는 그 대행 업무의 과정에서 뇌물수수 등의 죄를 범하는 경우에 대비하여 벌칙을 적용할 때에 공무원으로 의제하는 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례]

건설기계관리법

제14조(검사대행 등) ① 국토교통부장관은 필요하다고 인정하면 건설기계의 검사에 관한 시설 및 기술능력을 갖춘 자를 지정하여 제13조에 따른 검사의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 검사대행자와 그 검사업무를 직접 담당하는 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

⑦ ~ ⑫ (생략)

9. 개인정보의 처리

가. 개인정보자기결정권

헌법재판소는 개인정보자기결정권에 대하여 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리 즉, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다고 정의하고 있다. 그리고 개인정보자기결정권의 이념적 기초에 대해서는 주로 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조에 따른 사생활의 비밀과 자유를 들고 있다.⁴⁹⁶⁾

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.⁴⁹⁷⁾

「개인정보 보호법」 제2조제1호에서는 개인정보를 ① 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보, ② 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보, ③ ①·②에 해당하는 정보를 가명처리함으로써 원래의 상태로 복원하기 위한 추가 정보의 사용·결합 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없는 정보⁴⁹⁸⁾로 규정하고 있다.

496) 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 결정).

497) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 결정, 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결

498) 가명정보에 대해서는 「개인정보 보호법」 제3장제3절에서 가명정보 처리에 관한 특례를 규정하고 있다.

나. 개인정보의 수집·이용

「개인정보 보호법」 제15조제1항에서는 개인정보를 수집·이용할 수 있는 경우를 ① 정보 주체의 동의를 받은 경우, ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, ③ 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 등으로 규정하고 있고, 같은 법 제16조제1항에서는 개인정보를 수집하는 경우 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하도록 규정하고 있다.

여기서 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’는 수집·이용하려는 개인정보 범위가 막연하게 규정된 경우가 아니라⁴⁹⁹⁾ 구체적으로 규정된 경우를 말하므로 개인정보 수집·이용을 규정하려는 경우에는 수집·이용 목적에 필요한 최소한의 범위에서 법률에 명확하게 규정해야 한다.

그리고 ‘법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우’는 「정부조직법」, 직제, 개별 법령 또는 조례 등에 따른 업무를 개인정보 수집 없이 수행할 수 없거나 수행하기가 현저히 곤란한 경우를 말한다.⁵⁰⁰⁾ 따라서 수집·이용하려는 개인정보가 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우에 해당하는 것이 명백하다면 개별 법률에 수집·이용 대상 개인정보로 규정하지 않을 수도 있다.

[입법례]

항공보안법

제14조의2(생체정보를 활용한 본인 일치 여부 확인) ① 공항운영자 및 항공운송사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적에 한정하여 관계 행정기관이 보유하고 있는 얼굴·지문·홍채 및 손바닥 정맥 등 개인을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관한 개인정보(이하 “생체정보”라 한다)를 이용할 수 있다.

1. 공항운영자: 보호구역으로 진입하는 사람에 대한 본인 일치 여부 확인
 2. 항공운송사업자: 탑승권을 발권, 수하물을 위탁하거나 항공기에 탑승하는 승객에 대한 본인 일치 여부 확인
- ② 제1항에 따라 생체정보를 이용하려는 경우 공항운영자 및 항공운송사업자는 관계

499) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 84면

500) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 86면

행정기관에 생체정보 제공을 요청할 수 있으며, 행정기관은 정당한 이유 없이 그 요청을 거부 하여서는 아니 된다.

③ 공항운영자 및 항공운송사업자는 제1항 및 제2항에 따른 생체정보를 「개인정보 보호법」에 따라 처리하여야 한다.

④ 제1항 및 제2항에 따른 생체정보를 활용한 본인 일치 여부 확인방법 및 생체정보의 보호 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ 공항운영자 및 항공운송사업자는 본인 일치 여부가 확인된 사람의 생체정보를 대통령령으로 정하는 바에 따라 파기하여야 한다.

다. 개인정보의 제공

「개인정보 보호법」 제17조제1항에서는 개인정보를 제3자⁵⁰¹⁾에게 제공할 수 있는 경우를 ① 정보주체의 동의를 받은 경우와 ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 등으로서 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우로 규정하고 있고, 같은 법 제18조제2항에서는 개인정보를 목적 외로 이용·제공할 수 있는 경우를 ① 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우, ② 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우, ③ 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 않으면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 개인정보 보호위원회의 심의·의결을 거친 경우 등으로 규정하고 있다.

여기서 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’는 개별 법률에서 개인정보의 종류 및 범위와 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있는 요건 등을 명시하여 구체적으로 허용하고 있는 경우를 의미한다.⁵⁰²⁾

따라서 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있도록 규정하는 경우에는 법률에 개인정보 제공 근거를 명확하게 규정해야 한다.

501) 대법원에 따르면 개인정보 처리를 위탁받은 자는 제3자에 포함되지 않는다고 한다(대법원 2017. 4. 17. 선고 2016도13263 판결).

502) 법제처 2020. 11. 5. 회신 20-0461 해석례, 법제처 2019. 9. 6. 회신 19-0018 해석례, 법제처 2014. 10. 14. 회신 14-0621 해석례, 법제처 2017. 12. 4. 회신 17-0506 해석례

[입법례]

암관리법

제9조의2(암데이터사업) ① 보건복지부장관은 공익적 목적으로 다음 각 호의 사업을 수행하기 위하여 필요한 데이터를 수집, 처리, 분석 및 제공하는 사업(이하 “암데이터사업”이라 한다)을 수행할 수 있다.

1. 암관리를 위한 정책 수립 및 평가

2. 암관리를 위한 연구·개발

② 보건복지부장관은 암데이터사업을 수행하기 위하여 중앙행정기관, 지방자치단체, 국립암센터, 「국민건강보험법」에 따른 국민건강보험공단 및 건강보험심사평가원과 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공기관(이하 “자료제공기관”이라 한다)에 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 자료제공기관은 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

③ 보건복지부장관은 제2항에 따라 필요한 자료를 요청할 경우 「개인정보 보호법」에 따른 개인정보가 포함된 자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 자료제공기관은 개인정보를 「개인정보 보호법」에 따라 가명처리한 후 제공하여야 한다.

④ 보건복지부장관은 제2항 및 제3항에 따라 제공받은 가명정보 중 두 개 이상의 정보를 결합하여 분석할 필요가 있는 경우 「개인정보 보호법」에 따라 가명정보를 결합하여 처리할 수 있다.

⑤ 보건복지부장관은 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 처리하는 가명정보를 암데이터사업의 목적을 위하여 「개인정보 보호법」에 따라 제3자에게 제공할 수 있다. 이 경우 특정 개인을 알아보기 위하여 사용될 수 있는 정보를 포함하여서는 아니 된다.

⑥ 제3항에 따른 가명처리의 방법·절차, 제4항에 따른 가명정보 결합의 방법·절차 및 제5항에 따른 자료 제공의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑦ 개인정보 보호에 관하여는 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 「개인정보 보호법」에 따른다.

라. 민감정보 및 고유식별정보의 처리

1) 민감정보 및 고유식별정보의 처리 제한

「개인정보 보호법」 제23조 및 같은 법 시행령 제18조에서는 민감정보를 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 유전자검사 등의 결과로 얻어진 유전정보, 「형의 실효 등에 관한 법률」 제2조제5호에 따른 범죄경력자료에 해당하는 정보, 개인의 신체적, 생리적, 행동적 특징에 관한 정보로서 특정 개인을 알아볼 목적으로 일정한 기술적 수단을 통해 생성한 정보, 인종이나 민족에 관한 정보라고 규정하고

있다. 이러한 민감정보는 정보주체의 동의를 받거나 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에 처리⁵⁰³⁾할 수 있다. 따라서 민감정보를 처리할 수 있도록 규정하려면 법령에 민감정보의 처리 근거를 명확하게 규정해야 한다.

「개인정보 보호법」 제24조에서는 고유식별정보를 처리할 수 있는 경우를 ① 정보주체에게 일정한 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우, ② 법령에서 구체적으로 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우로 규정하고 있다.

여기서 ‘고유식별정보’란 ① 주민등록번호, ② 여권번호, ③ 운전면허번호, ④ 외국인 등록번호를 말하며(「개인정보 보호법」 제24조제1항 및 같은 법 시행령 제19조), ‘법령에서 구체적으로 처리를 요구하거나 허용하는 경우’란 구체적으로 고유식별정보의 종류를 열거하고 그 처리를 요구하거나 허용하는 경우를 말한다.⁵⁰⁴⁾ 따라서 고유식별정보를 처리할 수 있도록 규정하는 경우에는 법령에 고유식별정보 처리 근거를 명확하게 규정해야 한다.

다만, 고유식별정보 중 주민등록번호의 처리에 대해서는 「개인정보 보호법」에서 더 강화된 요건을 정하고 있다. 같은 법 제24조의2제1항에서는 주민등록번호를 처리할 수 있는 경우를 ① 법률·대통령령·국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙에서 구체적으로 주민등록번호의 처리를 요구하거나 허용한 경우, ② 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 명백히 필요하다고 인정되는 경우, ③ ①·②에 준하여 주민등록번호 처리가 불가피한 경우로서 개인정보 보호위원회가 고시로 정하는 경우로 규정하고 있다. 해당 사유에 해당하지 않으면 주민등록번호를 처리할 수 없으며, 정보주체가 동의한 경우라도 주민등록번호를 처리할 수 없다.⁵⁰⁵⁾

따라서 법령에 주민등록번호 처리 근거를 규정하려면 반드시 대통령령 이상의 법령에 규정해야 한다.

[입법례]

다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령

제22조의2(민감정보 및 고유식별정보의 처리) ① 소방청장, 소방본부장 또는 소방서장은 다음 각 호의 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 건강에 관한 정보, 같은 법 시행령 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가

503) 「개인정보 보호법」 제2조제2호에서 ‘처리’를 개인정보의 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위로 규정하고 있다.

504) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 167면

505) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 171면

포함된 자료를 처리할 수 있다.

1. 법 제7조에 따른 관련 행정기관의 통보사항 처리에 관한 사무
2. 법 제8조에 따른 소방안전교육에 관한 사무
3. 법 제9조에 따른 다중이용업소의 안전관리기준 등에 관한 사무
4. ~ 12. (생략)

② 법 제7조제1항에 따른 허가관청은 같은 조에 따라 다중이용업주의 성명 및 주소 등을 소방본부장 또는 소방서장에게 통보하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법 시행령」 제19조 제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

③ 보험회사는 법 제13조의3제4항에 따라 화재배상책임보험 계약 체결 사항 등을 소방청장, 소방본부장 또는 소방서장에게 알리기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법 시행령」 제19조 제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

④ (생략)

2) 민감정보 및 고유식별정보 처리 근거의 규정 방식

법령에서 민감정보와 고유식별정보의 처리 근거를 정하는 경우 해당 규정의 위치는 보칙의 장·절, 또는 이에 상당하는 위치에 규정하되, 특별한 사정이 없으면 권한의 위임·위탁 규정 다음, 규제와 재검토 규정이 있는 경우에는 그 앞, 벌칙 규정 전에 규정한다. 다만, 현행 업무처리 관련 조문을 보완하는 것으로 근거를 마련할 수 있는 경우에는 해당 조문의 “항”으로 규정할 수도 있다. 개별 조문으로 근거를 규정할 경우 조 제목은 “민감정보(고유식별정보)의 처리” 또는 “민감정보 및 고유식별정보의 처리”로 한다.⁵⁰⁶⁾

민감정보 또는 고유식별정보의 처리 주체는 해당 정보를 처리해야 하는 개별 법령상의 사무 처리 주체로 규정하고, 주체마다 필요한 정보가 다른 경우 주체별로 처리할 수 있는 정보를 각각 규정한다. 또한, 사무의 처리 권한을 위임·위탁, 재위임·재위탁한다면 위임·위탁, 재위임·재위탁을 받은 자 또한 해당 사무를 수행하기 위해 민감정보 또는 고유식별정보를 처리할 필요가 있을 것이므로 사무 처리 권한을 위임·재위임, 위탁·재위탁받은 자도 처리 주체로 명시해야 한다. 구체적으로는 중앙행정기관의 장이 주체인 경우에는 “(제○○조에 따라) ○○○장관의 권한을 위임(·재위임) 또는 위탁(·재위탁)받은 자를 포함한다”로 표현하고, 지방자치단체의 장이 주체인 경우에는 「지방자치법」 제117조에

506) 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제1호의2(가목2)에 따른 개인식별번호를 인용하는 조항에 대해서는 “개인식별번호의 처리”로 조 제목을 일치시켜야 한다.

따라 해당 권한이 조례나 규칙으로 위임·재위임, 위탁·재위탁될 수 있으므로 “해당 권한을 위임(·재위임) 또는 위탁(·재위탁)받은 자를 포함한다”로 표현한다.⁵⁰⁷⁾

민감정보 또는 고유식별정보를 이용하여 처리할 사무는 해당 사무를 포괄적으로 규정하지 않고 필요한 사무에 한정하여 구체적으로 열거하여 규정하되, 둘 이상인 경우에는 각 호로 규정한다. 이 경우 과태료 부과·징수 사무는 「질서위반행위규제법 시행령」에서 고유식별정보의 처리 근거를 규정하고 있으므로 개별 법령에서는 그 처리 근거 규정을 두지 않도록 한다. 또한, 민감정보 또는 고유식별정보를 처리하는 사무의 목적을 보다 구체적으로 규정하여 개인정보 처리 범위 등을 명확하게 할 필요가 있다.

[입법례]

교육시설 등의 안전 및 유지관리 등에 관한 법률 시행령

제28조(고유식별정보의 처리) 교육부장관은 법 제33조제1항·제2항 및 영 제25조제2항제1호에 따른 전문기관의 지정 또는 지정취소를 위한 업무수행에 필요한 조직과 인력의 보유 상황을 확인하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법 시행령」 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

처리 대상인 정보의 종류는 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 민감정보 또는 같은 법 시행령 제19조에 따른 고유식별정보 중에서 필요한 정보에 한정하여 구체적으로 열거하여 규정해야 하며, 결격 여부 판단을 위한 범죄경력자료와 같이 일부 사무를 위해서만 필요한 정보가 있다면 해당 정보를 처리할 수 있는 사무를 한정하여 규정할 필요가 있다.

[입법례]

실험동물에 관한 법률 시행령

제11조의2(민감정보 및 고유식별정보의 처리) 식품의약품안전처장은 다음 각 호의 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 건강에 관한 정보(제1호 및 제2호의 사무로 한정한다), 같은 법 시행령 제18조제2호에 따른 범죄경력자료에 해당하는 정보(제1호 및 제2호의 사무로 한정한다) 또는 같은 영 제19조제1호에 따른 주민등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

- 1. ~ 5. (생략)

507) 이 경우 사무를 재위임이나 재위탁받은 주체까지 포함하여 규정할 지는 사무의 성격과 재위임·재위탁의 필요성 등을 고려하여 개별적으로 정하도록 한다.

10. 공표

가. 의의 및 필요성

‘행정상 공표’란 국민에게 일정한 사항을 알리는 것을 말한다. 공표 외에 공개 등의 용어를 사용하기도 한다. 공표는 정보를 제공하는 기능을 수행하는 공표(정보제공적 성격의 공표)와 행정의 실효성 확보를 위한 수단으로서의 공표(제재적 성격의 공표)로 크게 구분되는데, 최근에는 정보제공적 성격을 갖는 공표 중에서도 경고적 성격을 동시에 갖는 공표가 늘어나고 있다. 공표는 그 성질에 따라 법적 규율이 다르기 때문에 공표의 성질을 먼저 확인할 필요가 있다.

공표는 공권력 행사에 해당하지 않아 절차적 제약 없이 신속하게 발동할 수 있다는 점, 물리력을 행사하지 않고 행정 목적을 달성할 수 있다는 점에서 효용성을 갖는다고 할 것이나, 권리보호를 위한 사전 절차가 마련되어 있지 않아 공표가 남용될 경우 구제가 어렵고, 사생활의 비밀과 자유 보장과의 조화 등이 문제가 될 수 있으므로, 비례원칙, 부당결부 금지 원칙 등에 대한 신중한 검토를 통해 그 도입 여부가 결정되어야 할 것이다.

나. 성질

공표는 그 자체로서 어떤 법적 효과가 발생하지 않는 사실행위로서의 통지이고, 사실행위 중 비권력적 사실행위로 보는 것이 일반적인 견해이지만, 행정기관에 의해 일방적으로 행해지고 그로 인하여 국민의 명예, 신용 또는 사생활의 비밀과 자유가 훼손될 우려가 있으므로 권력적 사실행위로 볼 여지도 있다고 할 것이다.

정보제공적 성격의 공표는 행정기관 사무처리의 객관성과 공정성을 확보하기 위해 일반에게 공개하는 규정으로, 현행 법령상 「행정절차법」 제19조 및 제20조, 「행정규제기본법」 제3조제3항, 제6조제2항 및 제35조 등을 예로 들 수 있다.

[입법례] 정보제공적 성격의 공표 사례

행정절차법
제19조(처리기간의 설정·공표) ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다. ② ~ ⑤ (생략)
제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다. ②·③ (생략)

정보제공적 성격의 공표 중 경고적 성격의 공표는 국민의 생명·신체와 같은 중대한 법익을 보호하기 위해 긴급히 정보를 제공해야 할 필요가 있는 경우 이를 일반에게 공개하는 규정으로, 현행 법령상 「어린이제품 안전 특별법」 제8조(어린이제품 안전성조사 결과 위해 여부 의심되는 경우 그 사실의 공표), 「식품위생법」 제15조의2(식품의 위해 여부 의심되는 경우 등에 관한 공표) 등을 예로 들 수 있다.

[입법례] 경고적 성격의 공표 사례

어린이제품 안전 특별법
제8조(안전성조사 결과 등에 관한 공표) ① 산업통상자원부장관은 제6조에 따른 안전성조사 결과에 관한 사항을 공표할 수 있다. ② 중앙행정기관의 장, 시·도지사, 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다) 또는 대통령령으로 정하는 공공기관의 장은 어린이제품의 위해 여부 의심되는 경우로서 그 사실을 공표하려는 경우에는 산업통상자원부장관에게 그 사실을 미리 알려야 한다. ③ 제1항에 따른 공표방법 등 공표에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

식품위생법
제15조의2(위해평가 결과 등에 관한 공표) ① 식품의약품안전처장은 제15조에 따른 위해평가 결과에 관한 사항을 공표할 수 있다. ② 중앙행정기관의 장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다), 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다) 또는 대통령령으로 정하는 공공기관의 장은 식품의 위해 여부 의심되는 경우나 위해와 관련된 사실을 공표하려는 경우로서 제15조에 따른 위해평가가 필요한 경우에는 반드시 식품의약품안전처장에게 그 사실을 미리 알리고 협의하여야 한다. ③ 제1항에 따른 공표방법 등 공표에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제재적 성격의 공표는 의무위반이나 의무불이행의 내용을 일반에게 공개하는 규정으로, 「행정절차법」 제40조의3(‘22. 7. 12. 시행)⁵⁰⁸⁾에서 제재적 성격의 공표에 관한 공통 절차 등을 규정하고 있다. 개별 법령에서 제재적 성격의 공표를 규정한 예로는 「공직자윤리법」 제8조의2제1항제3호(공직자가 허위재산을 등록한 경우 일간신문 광고란을 통한 허위등록 사실 공표), 「국세기본법」 제85조의5(고액·상습채납자 명단 공개), 「식품위생법」 제84조(법 위반 영업자의 영업정보 공표) 등을 들 수 있다.

[입법례] 제재적 성격의 공표 사례

공직자윤리법

제8조의2(심사결과의 처리) ① 공직자윤리위원회는 제8조에 따른 등록사항의 심사(제9조의2에 따른 재심사를 포함한다) 결과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 제2항에 따른 필요한 조치를 하여야 한다.

1. ~ 4. (생략)
- ② 제1항의 필요한 조치는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치로 한다.
 - 1.·2. (생략)
 3. 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표
 4. (생략)
 - ③ ~ ⑥ (생략)

508) 「행정절차법」

제40조의3(위반사실 등의 공표) ① 행정청은 법령에 따른 의무를 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실, 의무 위반을 이유로 한 처분사실 등(이하 “위반사실등”이라 한다)을 법률로 정하는 바에 따라 일반에게 공표할 수 있다.

② 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 사실과 다른 공표로 인하여 당사자의 명예·신용 등이 훼손되지 아니하도록 객관적이고 타당한 증거와 근거가 있는지를 확인하여야 한다.

③ 행정청은 위반사실등의 공표를 할 때에는 미리 당사자에게 그 사실을 통지하고 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 공표를 할 필요가 있는 경우
2. 해당 공표의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 타당한 이유가 있는 경우

3. 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 밝힌 경우

④ 제3항에 따라 의견제출의 기회를 받은 당사자는 공표 전에 관할 행정청에 서면이나 말 또는 정보통신망을 이용하여 의견을 제출할 수 있다.

⑤ 제4항에 따른 의견제출의 방법과 제출 의견의 반영 등에 관하여는 제27조 및 제27조의2를 준용한다. 이 경우 “처분”은 “위반사실등의 공표”로 본다.

⑥ 위반사실등의 공표는 관보, 공보 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 한다.

⑦ 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 당사자가 공표와 관련된 의무의 이행, 원상회복, 손해배상 등의 조치를 마친 경우에는 위반사실등의 공표를 하지 아니할 수 있다.

⑧ 행정청은 공표된 내용이 사실과 다른 것으로 밝혀지거나 공표에 포함된 처분이 취소된 경우에는 그 내용을 정정하여, 정정한 내용을 지체 없이 해당 공표와 같은 방법으로 공표된 기간 이상 공표하여야 한다. 다만, 당사자가 원하지 아니하면 공표하지 아니할 수 있다.

국세기본법

제85조의5(불성실기부금수령단체 등의 명단 공개) ① 국세청장은 제81조의13과 「국제조세조정에 관한 법률」 제57조에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 인적사항 등을 공개할 수 있다. 다만, 체납된 국세가 이의신청·심사청구 등 불복청구 중에 있거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. (생략)
2. 대통령령으로 정하는 불성실기부금수령단체(이하 이 조에서 “불성실기부금수령단체”라 한다)의 인적사항, 국세추징명세 등
3. 「조세범 처벌법」 제3조제1항, 제4조 및 제5조에 따른 범죄로 유죄판결이 확정된 자로서 「조세범 처벌법」 제3조제1항에 따른 포탈세액 등이 연간 2억원 이상인 자(이하 “조세포탈범”이라 한다)의 인적사항, 포탈세액 등
4. 「국제조세조정에 관한 법률」 제53조제1항에 따른 계좌신고의무자로서 신고기한 내에 신고하지 아니한 금액이나 과소 신고한 금액이 50억원을 초과하는 자(이하 이 조에서 “해외금융계좌 신고의무 위반자”라 한다)의 인적사항, 신고의무 위반금액 등

② ~ ⑥ (생략)

다. 규정 방식

제재적 성격의 공표는 행정상 제재기능을 수행하고, 행정의 상대방의 기본권을 침해할 우려가 있다는 점에서 법률상 근거가 필요하다. 「행정절차법」 제40조의3제1항에서는 위반 사실 등 공표의 근거를 법률에 두도록 하고 있다.

또한, 제재적 성격의 공표를 법률에 규정할 때에는 개인의 인격권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 측면이 있으므로 공표를 통해 달성하려는 공익과 제한되는 사익을 비교衡量하여 과잉금지의 원칙이 준수될 수 있도록 해야 한다. 이를 고려하여 「행정절차법」에서는 공표 전 의견제출 절차(제2항부터 제5항), 공표방식(제6항), 의무위반이 해소되거나 공표 내용이 잘못된 경우의 처리(제7항, 제8항)를 규정하고 있다. 따라서 제재적 성격의 공표의 경우 개별 법령에서는 「행정절차법」에서 정한 내용과 중복되는 내용을 규정할 필요는 없다. 다만 「행정절차법」에서 공통으로 규정하는 절차 이외에도, 당사자의 권익 보호를 위해 사전 심의 절차를 규정하거나, 위반행위의 내용 및 정도, 위반 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 공표 시에 감안하도록 명문의 규정을 두는 방법도 고려해 볼 수 있다.

[입법례] 사전 심의 절차를 규정한 사례

하도급거래 공정화에 관한 법률

제25조의4(상습법위반사업자 명단공표) ① 공정거래위원회 위원장은 제27조제3항에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제119조에도 불구하고 직전연도부터 과거 3년간 이 법 위반을 이유로 공정거래위원회로부터 경고, 제25조제1항에 따른 시정조치 또는 제25조의5 제1항에 따른 시정권고를 3회 이상 받은 사업자 중 제26조제2항에 따른 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 사업자(이하 이 조에서 “상습법위반사업자”라 한다)의 명단을 공표하여야 한다. 다만, 이의신청 등 불복절차가 진행 중인 조치는 제외한다.

② 공정거래위원회 위원장은 제1항 단서의 불복절차가 종료된 경우, 다음 각 호에 모두 해당하는 자의 명단을 추가로 공개하여야 한다.

1. 경고 또는 시정조치가 취소되지 아니한 자

2. 경고 또는 시정조치에 불복하지 아니하였으면 상습법위반사업자에 해당하는 자

③ 제1항 및 제2항에 따른 상습법위반사업자 명단의 공표 여부를 심의하기 위하여 공정거래위원회에 공무원인 위원과 공무원이 아닌 위원으로 구성되는 상습법위반사업자명단공표심의위원회(이하 이 조에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.

④ 공정거래위원회는 심의위원회의 심의를 거친 공표대상 사업자에게 명단공표대상자임을 통지하여 소명기회를 부여하여야 하며, 통지일부터 1개월이 지난 후 심의위원회로 하여금 명단공표 여부를 재심의하게 하여 공표대상자를 선정한다.

⑤ 제1항 및 제2항에 따른 공표는 관보 또는 공정거래위원회 인터넷 홈페이지에 게시하는 방법에 의한다.

⑥ 심의위원회의 구성, 그 밖에 상습법위반사업자 명단공표와 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[입법례] 위반행위의 내용 등을 고려하도록 규정한 사례

먹는물관리법 시행령

제19조의2(위반사실 등의 공표) ① 환경부장관 또는 시·도지사는 법 제51조의2에 따라 처분과 관련된 정보를 공표하려는 경우 위반행위의 내용 및 정도, 위반 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 고려하여야 한다.

② ~ ④ (생략)

한편, 경고적 성격을 갖는 정보제공적 공표의 경우에도 제재적 성격의 공표와 마찬가지로 당사자에 대한 기본권 침해가능성이 큰 경우가 많으므로, 제재적 공표에 준하여 소명기회 부여, 공표 원인 해소 시 정정 공표 의무 부과 등에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

11. 행정쟁송

가. 개관

‘행정쟁송’은 행정법 관계에서 발생하는 법적 분쟁을 당사자의 청구에 의하여 심리·판정하는 절차를 말한다. 행정소송과 행정심판이 주된 것이지만 넓은 의미에서는 이의신청 등 간의한 쟁송절차를 포함한다. 그 중 행정소송은 정식쟁송절차이고 나머지는 약식쟁송절차이다.

행정소송은 법원이, 행정심판과 이의신청 등의 간의 쟁송절차는 행정청이 심리의 주체가 된다.

행정쟁송 규정은 보칙 장에 규정하는 것이 통일성을 확보하고 검색의 편의를 높이기 위해 바람직하다. 특히, 행정쟁송의 근거 규정이 둘 이상의 조문으로 되어 있으면 보칙의 장에서 일괄하여 규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직할 것이다. 다만, 오직 특정 사안에 대하여만 행정쟁송 규정을 두는 경우에는 해당 내용을 규정한 실체규정에서 하나의 조 또는 항으로 행정쟁송을 규정하여 이해의 편의를 도모할 수 있다.

나. 행정소송

1) 개별법상 「행정소송법」에 대한 특례 규정의 필요성

행정소송에 관해서는 일반법인 「행정소송법」이 있으므로 개별 법률에서 행정소송에 관하여 규정할 필요는 없다. 그러나 행정처분의 성격상 제소에 대해 의문이 있는 경우, 민중소송이나 기관소송 등 특수한 소송형태를 인정하는 경우, 관할 법원을 다르게 정할 필요가 있는 경우, 그 밖에 행정소송의 심리절차상 특례를 두어야 할 필요가 있는 경우 등에는 그에 관한 규정을 개별 법률에서 따로 규정해야 하며, 이런 규정은 일반법인 「행정소송법」에 대한 특례를 정하는 것이므로 법률에서 규정해야 한다.

2) 「행정소송법」에 대한 특례의 규정 방식

가) 행정소송의 제기 대상

「행정소송법」상 행정청에는 법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(「행정소송법」 제2조제2항). 따라서 법령에 따라 행정권한이 위임 또는 위탁되면 행정기관이 아닌 기관이나 개인을 상대로 행정소송을 제기할 수 있다. 그러나 일반 국민의 시각에서 보면, 법률에 따라 직접 공단 등에 업무가 부여된 경우와 같이 행정권한이 위탁되어 행정기관이 아닌 자가 처분을 하면 그것이 행정소송의 대상이 되는지가 불명확한 경우가 적지 않으므로, 이와 같은 경우에는 해당 행위에 대해 행정소송을 제기할 수 있는지를 명문으로 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례]

국민건강보험법

제90조(행정소송) 공단 또는 심사평가원의 처분에 이의가 있는 자와 제87조에 따른 이의신청 또는 제88조에 따른 심판청구에 대한 결정에 불복하는 자는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

나) 행정소송의 제기기간 등

행정소송의 제기기간을 규정하거나 관할 법원 등을 「행정소송법」과 달리 규정하려는 경우에도 법률에서 이를 명시해야 한다. 행정소송 전에 이의신청을 제기하는 경우의 행정소송 제기기간은 「행정기본법」에서 명시적으로 규정하고 있다.⁵⁰⁹⁾

509) 「행정기본법」

제36조(처분에 대한 이의신청) ④ 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

[입법례] 제소기간에 대한 특례를 규정한 사례⁵¹⁰⁾

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률

제16조(중재재정의 확정 등) ① 관계 당사자는 중앙노동위원회의 중재재정이 위법하거나 월권(越權)에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 중재재정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다.

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 관할 법원에 대한 특례를 규정한 사례⁵¹¹⁾

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제55조(불복의 소의 전속관할) 제54조에 따른 불복의 소는 서울고등법원을 전속관할로 한다.

특허법

제186조(심결등에 대한 소) ① 특허취소결정 또는 심결에 대한 소 및 특허취소신청서·심판청구서·재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.

② ~ ⑦ (생략)

⑧ 제1항에 따른 특허법원의 판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다.

03
보칙 규정

510) 「행정소송법」

제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

511) 「행정소송법」

제9조(재판관할) ① 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.

1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장

2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장

③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.

다) 행정소송의 피고 명시

행정소송의 피고적격은 「행정소송법」에서 처분 등을 행한 행정청으로 규정되어 있다. 따라서 행정소송의 피고를 이와 달리 정하려면 법률에 명문의 규정을 두어야 한다.

[입법례]

국가공무원법

제16조(행정소송과의 관계) ① (생략)

② 제1항에 따른 행정소송을 제기할 때에는 대통령의 처분 또는 부작위의 경우에는 소속 장관(대통령령으로 정하는 기관의 장을 포함한다. 이하 같다)을, 중앙선거관리위원회위원장의 처분 또는 부작위의 경우에는 중앙선거관리위원회사무총장을 각각 피고로 한다.

라) 행정소송 심리절차의 특례 인정

「행정소송법」에서 규정하는 소송의 심리절차와는 달리 규정할 필요가 있으면 그에 관한 사항은 법률로 규정하도록 한다.

[입법례]

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제20조(행정소송) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

② 재판장은 필요하다고 인정하면 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개청구정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.

③ 재판장은 행정소송의 대상이 제9조제1항제2호에 따른 정보 중 국가안전보장·국방 또는 외교관계에 관한 정보의 비공개 또는 부분 공개 결정처분인 경우에 공공기관이 그 정보에 대한 비밀 지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성질과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적인 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유 등을 입증하면 해당 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다.

마) 특수한 소송의 인정

민중소송·기관소송 등 특수한 형태의 소송은 ‘법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여’ 제기할 수 있다(「행정소송법」 제45조). 따라서 이와 같은 특수한 형태의 소송을 인정하려면 최소한 법률에서 해당 소송을 제기할 수 있는 경우와 원고적격을 명시해야 한다.

[입법례]

지방자치법

제22조(주민소송) ① 제21조제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항을 감사 청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사 청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.

- 1. ~ 4. (생략)
- ② ~ ⑱ (생략)

지방자치법

제192조(지방의회 의결의 재의와 제소) ① ~ ③ (생략)

- ④ 지방자치단체의 장은 제3항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- ⑤ 주무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면 시·도에 대해서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사(제2항에 따라 주무부장관이 직접 재의 요구 지시를 한 경우에는 주무부장관을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- ⑥ ~ ⑨ (생략)

3) 행정심판과의 관계 설정

1998년 3월 1일 「행정소송법」의 시행(법률 제4770호, 1994. 7. 27. 공포)으로 종전의 행정심판 필수전치주의가 폐지됨에 따라, 종전과 달리 행정심판을 거치지 않고 바로 법원에 행정소송을 제기할 수 있게 되었다(「행정소송법」 제18조제1항 본문). 그러나 개별 법률에서 행정심판의 재결을 거치지 않으면 행정소송을 제기할 수 없도록 규정한 경우에는 그에 따르도록 하고 있으므로(「행정소송법」 제18조제1항 단서), 행정소송 전에 반드시 행정심판을 거치도록 할 필요가 있으면 개별 법률에 그 근거를 두어야 한다.

어떤 경우에 행정심판 전치주의를 택할 것인가와 관련하여 일반적인 기준은 없으나, 현행 법상 ① 운전면허취소처분이나 조세부과처분과 같이 대량으로 하는 처분으로서 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 기할 필요가 있는 경우, ② 특허 등 전문기술적인 성격을 띠는 경우, ③ 행정심판의 재결을 제3자적 독립성이 확보된 합의제 의결기관이 하는 경우 등에 행정심판 전치주의가 채택되고 있다.

[입법례] 행정소송 전 행정심판 등을 거치도록 규정한 사례

도로교통법

제142조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

관세법

제120조(「행정소송법」 등과의 관계) ① (생략)

② 제119조에 따른 위법한 처분에 대한 행정소송은 「행정소송법」 제18조제1항 본문, 제2항 및 제3항에도 불구하고 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다. 다만, 심사청구 또는 심판청구에 대한 제128조제1항제3호 후단(제131조에서 「국세기본법」을 준용하는 경우를 포함한다)의 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송은 그러하지 아니하다.

③ 제2항 본문에 따른 행정소송은 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 심사청구나 심판청구에 따른 결정을 통지받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제128조제2항 본문 또는 제131조에 따른 결정기간 내에 결정을 통지받지 못한 경우에는 제2항에도 불구하고 결정을 통지받기 전이라도 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.

④ ~ ⑥ (생략)

국가공무원법

제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분
 이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면
 제기할 수 없다.

② (생략)

다. 행정심판

1) 개별법상 「행정심판법」에 관한 특례 규정의 필요성

행정청의 위법·부당한 처분에 대한 불복 절차에 관하여는 일반법인 「행정심판법」이 있으므로, 개별 법률에서 이에 관한 규정을 따로 규정할 필요는 없다.

그러나 행정심판의 일반법인 「행정심판법」의 적용 대상으로는 적정하지 않은 경우, 해당 처분의 전문성·특수성이 인정되는 경우, 행정법관계의 조속한 안정을 위해 불복기간 등의 단축이 필요한 경우 등에는 개별 법률에서 특례를 규정할 필요가 있으며, 그 밖에 행정청이 아닌 자의 처분에 대해 행정심판을 청구할 수 있는지 의문이 있는 경우 등에도 이를 명확하게 하기 위해 개별 법률에서 관련 규정을 둘 필요가 있을 수 있다. 이와 같이 「행정심판법」의 적용 대상에서 제외하거나 특례를 인정해야 하는 경우에는 법률에 근거를 두어야 한다.

개별 법률에서 행정심판 제도에 대한 특례를 규정하는 경우에 「행정심판법」에 대한 예외를 어느 정도까지 인정할 것인가 하는 문제는 입법정책에 속하는 사안이나, 이를 너무 확대하여 인정하면 행정심판 제도를 도입한 원래의 입법취지에 맞지 않는 결과를 초래할 수 있으므로 각 개별법을 제정·개정할 때 신중하게 검토할 필요가 있다.

사안의 전문성과 특수성 때문에 일반행정심판절차가 아닌 특별행정심판절차를 채택하려는 경우에도 마찬가지이다.

2) 「행정심판법」에 대한 특례의 규정 방식

행정심판에 대한 특례를 규정하는 방식에는 i) 「행정심판법」에 따른 일반행정심판절차 전반을 갈음하여 개별 법률에서 정하는 절차에 따르도록 하는 방식과 ii) 원칙적으로 「행정심판법」에 의한 절차에 따르도록 하면서 개별 법률의 특성상 심판기관, 심판청구기간 등 몇 가지 사항에 관하여만 특례를 규정하는 방식이 있다.

가) 「행정심판법」에 갈음하는 특별절차를 규정하는 방식

「행정심판법」 제3조제1항에서는 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 제기는 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 그 법률의 규정에 따르도록 규정하고 있다. 따라서 개별 법률에 행정심판절차에 관한 특례를 규정하였으면 그 절차에 따르게 되는데, 그 절차를 보통 ‘특별행정심판절차’라고 부른다.

특별행정심판절차에 대해서는 법령에서 주로 ‘심사청구’, ‘심판청구’, ‘재심사청구’ 등의 명칭을 사용하고 있으며, 특별심판기관을 설치하는 등 「행정심판법」에 따른 행정심판절차에 준하는 특별행정심판절차를 정한 경우에는 조세심판, 특허심판, 소청 제도와 토지수용에 대한 이의신청 제도 등이 있다.

특별행정심판절차도 행정심판절차이므로, 헌법이 요청하는 바에 따라 그 심판절차에 사법절차가 준용되도록 해야 한다. 따라서 법률에서 특별행정심판절차를 규정하려면 그 절차가 사법절차에 준하는 것으로 판단될 정도로 심판기관과 절차를 설계해야 한다. 법령상으로 어떤 것이 사법절차에 준하는 것인가에 대해서는 아무런 규정이나 기준이 없으나, 일반적으로 「행정심판법」에 규정된 정도의 내용을 갖추어야 한다. 그에 따라, 최소한 심판기관의 제3자성을 확보하고, 심리절차를 대심구조화(對審構造化)해야 하며, 심리절차의 객관성을 보장할 필요가 있다. 현재의 입법례를 보면 「행정심판법」이 규정하고 있는 정도의 준사법절차를 따로 규정하고 있거나(예: 「국세기본법」 제7장에 규정된 조세심판, 「특허법」 제7장에 규정된 특허심판 등), 그 심판절차에 「행정심판법」을 준용한다는 규정을 두는 방식을 취하고 있다.

[입법례]

국세기본법
<p>제55조(불복) ① 이 법 또는 세법에 따른 처분으로서 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자는 이 장의 규정에 따라 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하거나 필요한 처분을 청구할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 처분에 대해서는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「조세법 처벌절차법」에 따른 통고처분 2. 「감사원법」에 따라 심사청구를 한 처분이나 그 심사청구에 대한 처분 3. 이 법 및 세법에 따른 과태료 부과처분 <p>② ~ ⑨ (생략)</p> <p>제67조(조세심판원) ① 심판청구에 대한 결정을 하기 위하여 국무총리 소속으로 조세심판원을 둔다.</p> <p>② ~ ⑨ (생략)</p>

특허법
<p>제132조의16(특허심판원) ① 특허·실용신안에 관한 취소신청, 특허·실용신안·디자인·상표에 관한 심판과 재심 및 이에 관한 조사·연구 사무를 관장하게 하기 위하여 특허청장 소속으로 특허심판원을 둔다.</p> <p>②·③ (생략)</p>

「행정심판법」 제51조에서 재심판청구를 금지하므로, 특별행정심판절차를 거친 경우에는 행정심판을 다시 제기할 수 없고 바로 행정소송 등 소송을 제기해야 하는데, 실제로 어떤 법률에서 규정하고 있는 불복절차가 특별행정심판절차인지 아닌지를 판단하기 어려운 경우가 많다.

그러나 그 절차가 ‘특별행정심판절차’라고 선언하는 방법은 따로 없으므로, 그 절차를 거치면 다시 행정심판을 청구할 수 없다는 명문의 규정을 두는 방식을 취하거나 해당 절차의 결과를 행정심판의 재결로 보도록 하는 규정을 두는 방식을 취하는 것이 보통이다. 후자의 방식은 행정심판 전치주의가 적용되던 시기에 생긴 입법례로서 전치주의가 임의절차화된 현재에는 굳이 이 방식을 따라야 할 이유가 없으므로, 전자의 방식 즉 그 절차를 거치면 다시 행정심판을 청구할 수 없다는 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례] 특별행정심판을 거치면 행정심판을 청구할 수 없다고 규정한 사례

공무원연금법

제87조(심사의 청구) ① 급여에 관한 결정, 기여금의 징수, 그 밖에 이 법에 따른 급여에 관하여 이의가 있는 사람은 대통령령으로 정하는 바에 따라 「공무원 재해보상법」 제52조에 따른 공무원재해보상연금위원회에 심사를 청구할 수 있다.

② (생략)

③ 급여에 관한 결정, 기여금의 징수, 그 밖에 이 법에 따른 급여에 관하여는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 없다.

나) 「행정심판법」상 일부 규정에 대한 특례를 규정하는 방식

원칙적으로 「행정심판법」에 따르면서도 해당 처분의 특성으로 인해 청구기간이나 재결청 등 몇 가지 사항에 대해서만 「행정심판법」에 대한 특례를 정하는 경우도 있다.

해당 행정의 특수성을 고려하더라도 행정심판 청구기간을 「행정심판법」상의 청구기간보다 짧게 규정하는 것은 국민 입장에서 보면 심판청구기회를 제한하는 결과를 초래하므로 개별 법률에서 청구기간에 대한 특례를 규정할 필요성이 있는지에 대한 신중한 검토가 필요하다.

그리고 행정청이 아닌 자(예: 행정사무를 위탁받은 민간기관)의 처분에 대해 행정심판을 인정할 때에는 재결청을 어디로 할 것인가 하는 규정을 둘 필요가 있다. 주로 「행정심판법」의 규정상 재결청이 불명확하여 이를 개별법에서 명확히 할 필요가 있거나 행정의 효율성을 위해 「행정심판법」상의 재결청과는 다른 관청을 재결청으로 할 필요가 있는 경우에 고려되는 사항이다.

① 행정청이 아닌 자의 처분에 대한 심판기관의 규정 방식

행정청이 아닌 자가 처분을 하는 경우에는 우선 그 처분에 대해 행정심판을 할 수 있는지 의문이 생기고, 행정심판이 허용되는 경우 누구에게 청구해야 하는지 의문이 생긴다. 이와 같은 경우에는 법률에 명문의 규정을 두도록 한다.

[입법례]

도시개발법

제77조(행정심판) 이 법에 따라 시행자가 행한 처분에 불복하는 자는 「행정심판법」에 따라 행정심판을 제기할 수 있다. 다만, 행정청이 아닌 시행자가 한 처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 지정권자에게 행정심판을 제기하여야 한다.

② 행정심판위원회에 관한 특례를 정하는 방식

행정의 효율성을 위해 「행정심판법」상의 행정심판위원회와는 다른 관청을 행정심판위원회로 할 필요가 있으면 별도로 그에 관한 규정을 두어야 한다.

[입법례]

개발이익 환수에 관한 법률

제26조(행정심판의 특례) ① 개발부담금 등의 부과·징수에 이의가 있는 자는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 중앙토지수용위원회에 행정심판을 청구할 수 있다.

② (생략)

③ 행정심판 청구기간과 청구이유에 관한 특례를 규정하는 방식

사안의 전문성과 특수성을 살리기 위해 특히 필요한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 갈음하는 특별한 불복절차나 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 있다(「행정심판법」 제3조제1항).

다른 법률에서 특별행정심판이나 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 않은 사항에 관해서는 「행정심판법」이 적용된다.⁵¹²⁾

512) 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다(「행정심판법」 제4조 제3항).

[입법례] 행정심판 청구기간의 특례를 규정한 사례⁵¹³⁾

택지개발촉진법

제27조(행정심판) 이 법에 따라 시행자가 한 처분에 대하여 이의가 있을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날부터 1개월 이내, 처분이 있는 날부터 3개월 이내에 지정권자에게 행정심판을 제기할 수 있다.

[입법례] 행정심판 청구이유를 제한한 사례

식물신품종 보호법

제73조(재정에 대한 불복이유의 제한) 재정에 대하여 「행정심판법」 제3조제1항에 따라 행정심판을 청구하거나 「행정소송법」에 따라 취소소송을 제기하는 경우에는 그 재정으로 정한 대가를 불복이유로 할 수 없다.

3) 이의신청 등 간이 행정쟁송절차

처분에 대해 당사자의 이의가 있는 경우 해당 처분청에 이의를 신청하는 제도는 행정쟁송 제기 전에 간편하게 불복할 수 있는 기회를 제공하는 장점을 갖고 있다. 현행 개별법에는 이의신청, 불복, 재심 등 다양한 용어와 형태로 규정되어 있는데, ‘이의신청’이라는 명칭이 거의 대부분을 차지한다. 개별법상 특별히 「행정기본법」과 다른 명칭을 유지할 필요가 없다면 용어를 「행정기본법」과 동일하게 ‘이의신청’으로 통일하는 것이 바람직하다.

「행정기본법」이 제정됨에 따라 일반행정심판의 대상이 되는 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판법의 대상이 되는 처분을 말한다)에 대해서는 공통의 이의신청 방법 및 절차가 마련(2023. 3. 24. 시행)⁵¹⁴⁾ 되었으므로, 이러한 처분들에 대해서는

513) 「행정심판법」

제27조(심판청구의 기간) ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.
 ② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.
 ③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

특별한 사정이 없으면 개별법에서 이에 관한 규정을 따로 둘 필요가 없다. 그러나 「행정기본법」상 이의신청에 대한 특례를 둘 필요가 있는 경우, 개별 법률에서 특별행정심판이 적용되도록 규정하고 있거나 일반행정심판의 적용이 배제되는 처분에 대해 이의신청 절차를 두어야 할 경우에는 개별 법률에서 관련 규정을 따로 둘 필요가 있다. 이 경우 이의신청 기간은 특별한 사정이 없으면 「행정기본법」 제36조제1항에 따른 신청기간(처분을 받은 날부터 30일 이내)보다 짧게 정하지 않도록 한다.

514) 「행정기본법」

제36조(처분에 대한 이의신청) ① 행정청의 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다.

② 행정청은 제1항에 따른 이의신청을 받으면 그 신청을 받은 날부터 14일 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 14일 이내에 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며, 연장 사유를 신청인에게 통지하여야 한다.

③ 제1항에 따라 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.

④ 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

⑤ 다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다.

⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 이의신청의 방법 및 절차 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑦ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다.

1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정
3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
4. 형사, 행정 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

12. 손실보상(損失補償)

가. 손실보상의 의의

‘행정상 손실보상’이란 적법한 공권력 행사에 의한 재산상의 특별한 손해에 대해 사유재산권의 보장과 공평부담의 관점에서 행해지는 재산상 보상을 말한다. 헌법 제23조에 따른 재산권 보장규정⁵¹⁵⁾을 근거로 하고, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)이 손실보상에 관한 일반법적인 지위를 가지며, 다수의 개별 법률에서 손실보상에 관한 규정을 두고 있다.

나. 손실보상의 원인이 되는 행위

현행법상 손실보상의 원인이 되는 행위로는 공익을 목적으로 하는 토지 등의 수용·사용,⁵¹⁶⁾ 공익상 이유로 인한 광업권·어업권 등과 같은 인허가의 취소, 명령이나 처분,⁵¹⁷⁾ 토지 출입이나 일시 사용⁵¹⁸⁾ 등이 있다. 손실보상 규정을 두는 경우에는 손실보상의 대상이 되는 행위가 무엇인지와 손실보상의 주체가 누구인지를 법률에서 명확히 규정해야 한다.

515) 「대한민국헌법」

제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

516) 2015. 12. 29. 신설된 토지보상법 제4조의2에서는 같은 법 제4조 또는 별표에 규정된 법률에 따르지 않고는 토지 등의 수용·사용을 정할 수 없고, 해당 별표는 토지보상법 외의 법률로는 개정할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 개별법에서 토지 등의 수용·사용에 대해 규정하려면 토지보상법 개정안도 함께 입안을 추진해야 한다.

517) 「기업도시개발 특별법」 제9조제4항 등

518) 「주택법」 제25조제1항 등

[입법례] 토지 등의 수용·사용에 대해 손실보상을 규정한 사례

석면안전관리법

제36조(토지 등의 수용 또는 사용) ① 환경부장관, 관계 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제7조에 따른 실태조사, 제8조제2항에 따른 조사, 제13조에 따른 자연 발생석면영향조사, 제25조에 따른 슬레이트 시설물 등에 대한 석면조사를 위하여 필요한 경우에는 토지·건축물 또는 그 토지에 붙어 있는 물건을 수용하거나 사용할 수 있다.

② 제1항에 따른 수용 및 사용에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

[입법례] 인허가권 취소에 대해 손실보상을 규정한 사례

광업법

제34조(공익상 이유에 따른 취소처분 등) ① 산업통상자원부장관은 광업이 공익을 해친다고 인정할 때에는 광업권의 취소 또는 광구의 감소처분을 하여야 한다.

② 산업통상자원부장관은 국가중요건설사업지 또는 그 인접 지역의 광업권이나 광물의 채굴이 국가중요건설사업에 지장을 준다고 인정할 때에는 광업권의 취소 또는 그 지역에 있는 광구의 감소처분을 할 수 있다.

③ 국가는 제1항과 제2항에 따른 광업권의 취소처분 또는 광구의 감소처분으로 발생한 손실을 해당 광업권자(취소처분에 따른 광업권의 광구 부분 또는 감소처분에 따른 광구 부분에 조광권이 설정되어 있는 경우에는 그 조광권자를 포함한다)에게 보상하여야 한다.

④ ~ ⑦ (생략)

토지 등의 수용·사용의 경우에는 침해가 중대하므로 손실보상에 관한 규정을 대부분 두고 있으나, 공익상의 이유로 인허가를 취소하거나, 명령 또는 처분 등을 하는 경우에는 별도의 손실보상 규정을 두지 않은 경우가 있다.⁵¹⁹⁾

이처럼 공익상의 필요에 따라 재산적 가치가 있는 권리를 제한하는 경우에는 재산권 제한에 따른 손실보상 규정을 두어야 하는지에 대해 개별적으로 검토해야 한다. 영업

519) 손실보상 규정을 두고 있는 경우: 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제133조, 「자연재해대책법」 제69조, 「광업법」 제34조, 「어촌·어항법」 제51조 등
 손실보상 규정을 두지 않는 경우: 「농어촌정비법」 제116조, 「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」 제50조, 「접경지역 지원 특별법」 제13조, 「주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법」 제11조 등

인허가나 개발행위 허가와 같이 인허가에 따라 구체적인 이익이 발생하는 경우 그 이익이 재산권자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위를 넘어 침해(특별한 희생)되는 때에는 손실보상 규정을 두는 것이 타당하며,⁵²⁰⁾ 그 외에 추상적 이익이나 기대이익에 불과한 경우에는 손실보상 규정을 별도로 두지 않는 것도 가능하다.

다. 손실보상의 규정 방식

손실보상은 공공의 필요에 따라 타인의 재산권을 제한하는 경우 형평의 원칙에 입각해서 손실을 보상하도록 한 헌법상 원칙에 따른 것이다. 따라서 손실보상의 기준과 절차는 재산권 보장을 위한 핵심적인 사항이므로 법률에 규정하도록 한다.

법률에서는 손실보상의무만을 규정하고 보상 기준이나 절차에 관하여는 법률의 위임 없이 시행령에서 규정하는 방식의 입법은 피하도록 하고 대통령령으로 위임하는 경우에도 포괄 위임이 되지 않도록 시행령 내용을 예측할 수 있을 정도의 사항을 법률에 규정해야 한다.

[입법례]

6·25 전사자유해의 발굴 등에 관한 법률

제13조(손실보상) ① 국방부장관은 타인에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입힌 경우에는 보상을 하여야 한다.

1. 제9조의 조사·발굴에 따른 타인 토지등에의 출입·굴토(掘土) 등 일시 사용이나 농작물·과수 등의 피해에 따른 손실. 다만, 굴토한 후 원상복구하는 경우는 제외한다.
2. 그 밖에 이 법에 따른 전사자유해의 조사·발굴 및 안장 등의 업무에 따라 타인에게 발생한 손실
 - ② 제1항에 따른 손실보상의 기준에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.
 - ③ 제1항에 따른 손실보상의 절차 등은 대통령령으로 정한다.

520) 헌법재판소 결정례[헌법재판소 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합)]에서는 특별한 재산상의 희생에 해당하는 경우에 보상규정이 없다면 보상규정에 대한 입법의무가 발생하는 것으로 보고 있으므로, 특별한 희생에 해당하더라도 손실보상 규정이 없다면 관련 입법이 보완되기 전에는 현실적으로 손실보상을 받기는 어렵다.

라. 손실보상의 기준

손실보상의 기준에 대해서 많은 법률에서는 토지보상법의 기준을 준용하고 있으며, 그 밖에 “정당한 보상”, “상당한 보상”, “시가(時價) 보상”, “일반적으로 발생하는 손실 보상” 등의 추상적 표현으로 보상의 기준을 정한 경우도 있다.⁵²¹⁾

헌법 제23조제2항에서 손실보상은 정당한 보상⁵²²⁾을 하도록 규정하고 있는바, 손실에 대해서는 정당한 보상을 하는 것이 당연하므로 “정당한 보상”으로 규정하거나 단순히 “손실을 보상하여야 한다”고 표현하는 것이 좋다. 다만, 시가로 하는 등의 별도의 산정 기준을 규정할 필요가 있는 경우에만 이를 규정하도록 한다.

마. 손실보상의 절차

손실보상 대상과 손실보상액 등의 결정 절차는 크게 토지수용위원회의 재결 절차에 따르도록 하는 경우와 행정기관의 장이 결정하는 별도의 절차를 두는 경우로 구분된다.

손실보상은 토지보상법이 일반법적인 지위에 있으므로 토지보상법에 따라 보상범위를 정할 수 있는 경우에는 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 하여 토지보상법상의 절차를 따르도록 하고 있고, 주파수 회수, 주파수 재배치나 고압가스 폐기, 시설 봉인 등 토지보상법을 적용하기 어려운 손실보상의 경우에는 별도의 보상 절차를 두기도 한다.

521) 정당한 보상(「도시가스사업법」 제27조 등), 상당한 보상(「하수도법」 제29조 등), 시가 보상(「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령」 제12조 등), 일반적으로 생길 수 있는 손실 보상(「농어촌정비법」 제38조 등)

522) 헌법 제23조제3항에 따른 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻한다(헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌바31 결정).

[입법례] 토지수용위원회의 재결에 따르도록 한 사례

자연재해대책법

제68조(손실보상) ① 국가나 지방자치단체는 제11조제1항에 따른 조치로 인하여 손실이 발생하였을 때에는 보상하여야 한다.

② 제1항에 따른 손실보상에 관하여는 손실을 입은 자와 그 조치를 한 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 협의하여야 한다.

③ 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하였을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제51조에 따른 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

④ 제3항에 따른 재결에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조부터 제86조까지의 규정을 준용한다.

[입법례] 개별법에 별도 절차를 규정한 사례

전파법

제7조(주파수회수 또는 주파수재배치에 따른 손실보상 등) ① 과학기술정보통신부장관은 제6조의 2에 따라 주파수회수 또는 주파수재배치를 할 때에 해당 시설자와 제18조의2제3항에 따라 주파수의 사용승인을 받은 자(이하 “시설자등”이라 한다)에게 통상적으로 발생하는 손실을 보상하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 시설자등의 요청에 따른 경우
2. 국제전기통신연합이 모든 국가가 공통적으로 수용하여야 할 주파수 국제분배를 변경함에 따라 주파수분배를 변경한 경우
3. 주파수의 용도가 제2순위 업무(해당 주파수를 운용할 때에 제1순위 업무를 보호하여야 하고, 제1순위 업무로부터 보호받을 수 없는 업무를 말한다. 이하 같다)인 주파수를 사용하는 경우

② 과학기술정보통신부장관은 제1항 각 호 외의 부분 본문에 따라 손실을 보상한 경우 해당 주파수에 대하여 새로 주파수할당, 주파수지정, 주파수 사용승인을 받은 자(이하 “신규이용자”라 한다)에게 제1항에 따라 보상한 금액을 징수할 수 있다.

③ 과학기술정보통신부장관은 제1항에 따른 손실보상 금액을 결정할 때에는 미리 해당 시설자등의 의견을 들어야 한다.

④ ~ ⑦ (생략)

전파법 시행령

제8조(손실보상금의 산정기준 및 청구절차 등) ① 법 제7조제1항 각 호 외의 부분 본문 및 같은 조 제4항에 따른 손실보상금의 산정기준은 각각 별표 1과 같다.

② 법 제7조제1항 각 호 외의 부분 본문 및 같은 조 제4항에 따라 손실보상을 청구하려는 시설자등은 제5조제1항에 따른 공고일부터 120일 이내에 손실의 내용을 적은 손실보상청구서에 그 증명서류를 첨부하여 과학기술정보통신부장관에게 제출하여야 한다.

③ 과학기술정보통신부장관은 제2항에 따른 손실보상청구서를 받은 날부터 60일 이내에 시설자등과 법 제6조의2에 따라 새로 주파수할당·주파수지정 또는 주파수 사용승인을 받은 자(이하 “신규이용자”라 한다)에게 손실보상금액을 결정·통지하여야 한다. 다만, 그 기간에 손실보상금액을 결정·통지할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유를 통지하고 1회에 한하여 30일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.

④ (생략)

바. 당사자와의 협의

손실의 보상에 관하여 결정하기 전에 먼저 당사자와의 협의를 거치도록 한다. 손실보상은 당사자의 과실이 없는 특별한 희생에 대한 보상이므로 당사자의 의견을 존중하여 해결하는 노력이 선행될 필요가 있다.

[입법례]

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률

제102조(토지등의 출입 등에 따른 손실보상) ① 제101조제1항에 따른 행위로 손실을 받은 자가 있으면 그 행위를 한 자는 그 손실을 보상하여야 한다.

② 제1항에 따른 손실보상에 관하여는 손실을 보상할 자와 손실을 받은 자가 협의하여야 한다.

③ 손실을 보상할 자 또는 손실을 받은 자는 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 경우에는 관할 토지수용위원회에 재결(裁決)을 신청할 수 있다.

④ 관할 토지수용위원회의 재결에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제84조부터 제88조까지의 규정을 준용한다.

13. 손해배상(損害賠償)

가. 손해배상의 의의

손해배상은 사법상(私法上) 손해배상과 행정상 손해배상으로 나누어진다. 행정상 손해배상은 국가 등 행정 주체의 활동으로 발생한 손해에 대해 행정 주체가 그 손해를 전보(填補)하는 제도를 말한다.

사법상 손해배상에 대해서는 「민법」⁵²³⁾이, 행정상 손해배상에 대해서는 「국가배상법」이 일반법적인 지위를 가지므로, 개별법에 별도의 규정이 없다면 「민법」이나 「국가배상법」이 적용된다.

나. 개별법상 손해배상 요건 규정 방식

개별법에서 손해배상 규정을 두는 것은 「민법」이나 「국가배상법」에 대한 특칙을 정하는 것이므로 반드시 법률에 규정을 두어야 하고, 무과실책임을 인정하는 경우가 아니라면 고의·과실에 대한 규정을 명시해야 한다.

[입법례]

정보통신공사업법

제35조(공사업자의 손해배상책임) ① 공사업자는 고의 또는 과실로 인하여 공사의 시공관리를 부실하게 하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② (생략)

③ 수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 인하여 하도급받은 공사의 시공관리를 부실하게 하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

④ (생략)

523) 「민법」 제750조에 따르면 불법행위에 따른 손해배상책임 요건으로서 ① 가해자의 고의·과실, ② 가해자의 책임능력, ③ 가해행위의 위법성, ④ 가해행위에 의한 손해발생을 요건으로 하고 있다.

1) 무과실책임

손해배상책임이 발생하기 위해서는 손해배상책임자의 고의나 과실이 있을 것을 요구하는 것이 원칙이나, 개별법에서는 예외적으로 무과실책임을 인정하는 경우가 있다.⁵²⁴⁾ 무과실책임을 인정하는 이유는 개별 영업이나 사업의 특성상 위험성을 내포하고 있는 경우에 영업자의 귀책사유가 없다고 하더라도 영업에 따른 이익을 받고, 영업수행 과정의 관리책임을 가지고 있는 영업자가 해당 영업의 위험성에 따른 손해도 책임지도록 하기 위한 것이다.

무과실책임을 규정하기 위해서 손해배상 관련 규정에서 고의·과실을 명시하지 않는 입법례⁵²⁵⁾도 있으나, 그런 경우에도 고의·과실에 의한 손해배상이 민사상 대원칙인바, 무과실책임을 인정하는 것으로 해석되지 않을 여지가 있으므로 무과실책임을 명확히 인정하려면 고의·과실이 요구되지 않는다는 점을 분명히 규정할 필요가 있다.

[입법례] 무과실책임을 명시한 사례

표시·광고의 공정화에 관한 법률

제10조(손해배상책임) ① 사업자등은 제3조제1항을 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 그 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.
 ② 제1항에 따라 손해배상의 책임을 지는 사업자등은 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 피해자에 대한 책임을 면할 수 없다.

무과실책임을 인정하면서도 천재지변이나 전쟁 등과 같은 불가항력적인 사항이 발생한 경우에는 영업자가 면책(免責)될 수 있도록 하는 규정을 두기도 한다.

524) 「민법」 제758조제1항 단서와 「국가배상법」 제5조에서도 일정한 경우 무과실책임을 인정하는 경우가 있다. 「민법」

제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.

「국가배상법」

제5조(공공시설 등의 하자로 인한 책임) ① 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 제2조제1항 단서, 제3조 및 제3조의2를 준용한다.

525) 「환경정책기본법」

제44조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인이자 그 피해를 배상하여야 한다.

[입법례]

유류오염손해배상 보장법

제5조(유조선의 유류오염 손해배상책임) ① 유조선에 의한 유류오염손해가 발생하였을 때에는 사고 당시 그 유조선의 선박소유자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 그 유류오염손해가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 손해를 배상할 책임이 없다.

1. 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변 등 불가항력으로 발생한 경우
 2. 유조선의 선박소유자 및 그 사용인이 아닌 제3자의 고의만으로 발생한 경우
 3. 국가 및 공공단체의 항로표지 또는 항행보조시설 관리의 하자만으로 발생한 경우
- ② ~ ⑥ (생략)

2) 귀책사유 증명책임의 전환

손해배상책임의 발생요건을 완화하기 위해 무과실책임을 인정하는 경우도 있으나, 증명책임⁵²⁶⁾을 전환하는 규정을 두기도 한다. 해당 영업이 고도의 전문성을 가지고 있어 일반인이 사업자의 귀책사유를 증명하기 어려운 경우 업무전문성을 가지고 있는 사업자에게 증명책임을 전환시켜 사업자가 귀책사유가 없음을 증명하도록 하는 것이다.

[입법례]

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제56조(손해배상책임) ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② ~ ⑤ (생략)

3) 과실의 추정

피해자의 고의·과실에 대한 증명책임을 완화해 주기 위해서 과실을 추정하는 규정을 두기도 한다. 주로 관련 권리가 등기나 등록되어 있어 외부에서 알 수 있는 권리에 대한

526) 원칙적으로 불법행위의 성립요건에 대해서는 불법행위의 성립을 주장하는 피해자측에서 증명해야 한다.

침해에 대해서 이러한 규정을 두게 되는데, 과실이 추정되므로 책임이 없음을 주장하는 자가 과실 없음을 증명해야 한다.

[입법례]

저작권법
<p>제125조(손해배상의 청구) ① 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권 및 실연자의 인격권을 제외한다)를 가진 자(이하 “저작재산권자등”이라 한다)가 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.</p> <p>②·③ (생략)</p> <p>④ 등록되어 있는 저작권, 배타적발행권(제88조 및 제96조에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 출판권, 저작인접권 또는 데이터베이스제작자의 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다.</p>

다. 손해배상 책임자

손해배상의무를 부담하는 자는 손해를 입힌 가해자가 된다. 그리고 가해자와 함께 업무와 관련하여 가해자와 밀접한 관계가 있는 자인 감독의무자나 사용자에게도 손해배상책임을 부담시키는 경우가 있고, 법인의 대표기관이 불법행위를 한 경우에는 법인뿐만 아니라 법인 대표자 개인도 함께 손해배상책임을 부담하도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

변호사법
<p>제58조의11(수임사건과 관련된 손해배상책임) ① 담당변호사(담당변호사가 지정되지 아니한 경우에는 그 법무법인(유한)의 구성원 모두를 말한다)은 수임사건에 관하여 고의나 과실로 그 수임사건의 위임인에게 손해를 발생시킨 경우에는 법무법인(유한)과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>② 담당변호사가 제1항에 따른 손해배상책임을 지는 경우 그 담당변호사를 직접 지휘·감독한</p>

구성원도 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 지휘·감독을 할 때에 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 법무법인(유한)은 제1항과 제2항에 따른 손해배상책임에 관한 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 사건수임계약서와 광고물에 명시하여야 한다.

라. 손해배상책임에 대한 보장

손해배상책임에 따른 배상을 보장하기 위하여 보험 또는 공제에 가입하거나 준비금을 적립하도록 규정하기도 한다. 특히 변호사, 공인회계사, 공인중개사 등 전문자격증 분야와 건설업과 같이 포괄적인 업무상 주의의무가 필요한 분야에서 이러한 규정을 두어 손해배상 책임을 확보하도록 하고 있다.

보험 또는 공제에 가입 의무 규정을 두는 경우에는 해당 규정의 실효성을 확보하기 위한 수단도 같이 규정해야 할 것이다. 별도의 제재 규정이 없는 경우도 있으나, 이는 적절하지 않은 입법례이다.

현행법상 보험 또는 공제 가입의무를 위반하는 경우 등록을 취소하거나,⁵²⁷⁾ 징계를 명하거나,⁵²⁸⁾ 과태료를 부과할 수 있도록 하는 입법례⁵²⁹⁾ 등이 있다.

보험 또는 공제에 가입하거나 준비금을 적립하는 의무가 있는 경우 자격이나 영업 등록 시에 첨부서류로 보험가입증서 등을 명시하여 보험가입을 확인하는 절차를 두도록 한다.

527) 「공인중개사법」 제30조 및 제38조제2항제8호 등

528) 「세무사법」 제16조의2 및 제17조제11항제1호 등

529) 보험·공제 가입의무 위반에 대한 과태료 부과 입법례는 과태료 금액을 ① 정액으로 규정한 유형, ② 정액으로 하고 차수 가중을 둔 유형, ③ 위반기간에 비례하여 증액하는 유형 등이 있다. 그러나 ①, ② 유형의 경우 보험·공제 미가입 상태가 지속되는 경우에도 과태료 부과 대상이 되는 위반행위는 1개이므로 별개의 위반행위가 성립되지 않는 이상 1회의 과태료 부과만 가능하며, 과태료 부과 외에 별도의 제재 규정이 없다면 보험·공제 미가입으로 인한 과태료를 납부하면 더 이상의 제재 수단이 없어 위반자의 보험·공제 가입을 유인할 수단이 미비하다는 문제가 있다. 따라서 보험·공제 가입의무 위반행위에 대한 제재수단으로 과태료만 규정되어 있는 경우에는 위반기간에 비례하여 증액하는 방식(③유형)으로 규정하는 것이 바람직하다. 구체적으로는 i) 위반기간에 따라 구간을 나누어 일정금액을 규정한 입법례(「산업융합 촉진법 시행령」 별표 6), ii) 위반기간에 따라 정률로 증액하는 입법례(「자동차손해배상 보장법 시행령」 별표 5), iii) 위반기간에 따라 정률로 증액하면서 증액률을 조정하는 입법례(「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 별표 5)를 참고할 수 있다.

[입법례]

공인중개사법

제30조(손해배상책임의 보장) ① 개업공인중개사는 중개행위를 하는 경우 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② (생략)

③ 개업공인중개사는 업무를 개시하기 전에 제1항 및 제2항에 따른 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보증보험 또는 제42조에 따른 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다.

④·⑤ (생략)

제38조(등록의 취소) ① (생략)

② 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다.

1. ~ 7. (생략)

8. 제30조제3항에 따른 손해배상책임을 보장하기 위한 조치를 이행하지 아니하고 업무를 개시한 경우

9. ~ 11. (생략)

③·④ (생략)

마. 손해배상 관련 특칙

손해배상은 금전으로 하는 것이 원칙이다. 다만, 명예훼손이나 신용이 실추된 경우에 명예훼손이나 신용회복을 위해 필요한 조치를 명할 수 있도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

디자인보호법

제117조(디자인권자 등의 신용회복) 법원은 고의나 과실로 디자인권 또는 전용실시권을 침해함으로써 디자인권자 또는 전용실시권자의 업무상의 신용을 떨어뜨린 자에 대하여는 디자인권자 또는 전용실시권자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하여 또는 손해배상과 함께 디자인권자 또는 전용실시권자의 업무상 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.

그 밖에 손해배상 관련 규정에서는 해당 손해배상의 특성에 따라 별도의 시효를 두거나,⁵³⁰⁾ 중과실에 대한 특칙,⁵³¹⁾ 손해배상액의 추정,⁵³²⁾ 법정손해배상⁵³³⁾ 등에 관한 규정을 두는 경우가 있다.

[입법례] 법정손해배상을 규정한 사례

개인정보 보호법

제39조의2(법정손해배상의 청구) ① 제39조제1항에도 불구하고 정보주체는 개인정보처리자의 고의 또는 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우에는 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

② 법원은 제1항에 따른 청구가 있는 경우에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

③ 제39조에 따라 손해배상을 청구한 정보주체는 사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전까지 그 청구를 제1항에 따른 청구로 변경할 수 있다.

바. 징벌적 손해배상

피해자가 실제로 입은 손해만을 배상하는 전보적 손해배상 외에 악의적인(evil motive) 불법행위를 억지하기 위해 징벌적 목적으로 부과되는 징벌적 손해배상 제도가 도입되고 있다. 2011년 「하도급 거래 공정화에 관한 법률」에서 처음으로 도입된 징벌적 손해배상 제도는 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「개인정보 보호법」 등을 중심으로 입법화가 이루어지다가 가습기살균제 사건 등을 계기로 2017년에 「제조물 책임법」(법률 제14764호, 2017. 4. 18. 공포, 2018. 4. 19. 시행)에 입법화됨으로써 제조물 일반에 도입되었다. 2021년 6월 현재 공정거래분야,⁵³⁴⁾ 개인정보보호분야,⁵³⁵⁾ 노동

530) 「우주손해배상법」 제8조 등

531) 「실화책임에 관한 법률」 제3조제1항 등

532) 「반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률」 제36조제2항, 「저작권법」 제125조제1항 등

533) 법정손해배상 제도는 피해자가 실손해를 증명하기 곤란한 경우 법률에서 정한 액수로 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 제도로, 「개인정보 보호법」 제39조의2, 「상표법」 제111조, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제43조의2, 「저작권법」 제125조의2 등에 규정되어 있다.

534) 「하도급 거래 공정화에 관한 법률」 제35조, 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」 제34조, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제37조의2, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조, 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」 제14조의2, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」 제35조의2, 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 제40조의2, 「축산계열화사업에 관한 법률」 제34조의2

분야⁵³⁶⁾, 환경오염분야⁵³⁷⁾, 그 밖의 분야⁵³⁸⁾ 등에 징벌적 손해배상제도가 도입되어 있다.

[입법례]

제조물 책임법
<p>제3조(제조물 책임) ① 제조업자는 제조물의 결함으로 생명·신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.</p> <p>② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 고의성의 정도 2. 해당 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해의 정도 3. 해당 제조물의 공급으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익 4. 해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도 5. 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모 6. 제조업자의 재산상태 7. 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도 <p>③ (생략)</p>

03
보칙 규정

징벌적 손해배상 제도는 주로 영미법에서 적용·발전되어 온 제도로서, 민사절차와 형사절차를 구분하여 원칙적으로 피해자에 대한 진보는 민사절차를 통해, 가해자에 대한 제재는 형사절차를 통해 구제하거나 제재하는 우리나라 법체계와는 조화되기 어려운 점이 있고, 「민법」상 손해배상 제도나 「형법」상 형사처벌 제도와 중첩되어 헌법상 과잉금지 원칙에 위반될 소지가 있으므로 도입하는 경우 다음과 같은 사항에 유의해야 한다.

1) 징벌적 손해배상 제도 도입 분야로는 ① 불법행위의 결과로 인한 개별 사업자의 이익은 막대한 반면, 개별 피해자의 손해는 소액에 불과해 피해자가 재판절차로 구제받기 어려운

535) 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제43조, 「개인정보 보호법」 제39조

536) 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제13조

537) 「환경보전법」 제19조

538) 「공익신고자 보호법」 제29조의2, 「특허법」 제128조, 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제22조의2, 「자동차관리법」 제74조의2, 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」 제15조

분야(환경오염, 소비자 보호, 식품위생, 보건의료 등), ② 불법행위를 통해 획득한 가해자의 이익이 피해자가 입은 손해보다 크기 때문에 악의적인 불법행위가 재발하고 있음에도 현행 손해배상 제도나 과징금만으로는 부당이득을 환수하기 어려운 분야(공정거래, 금융거래 등), ③ 사회적 약자를 특별히 보호할 필요가 있는 분야로서 피해자와 가해자가 가지고 있는 정보 및 정보에 대한 접근성에 차이가 있어 피해를 증명하기 곤란한 분야(노동, 장애인 등) 등을 우선 검토한다.

2) 현행 일부 입법례⁵³⁹⁾에서 과실의 정도를 구분하지 않고 경과실의 경우에도 징벌적 손해배상을 인정하고 있으나, 경과실로 인한 불법행위에 대해서까지 징벌적 배상책임을 인정하는 것은 악의적 불법행위를 억지하려는 제도 도입의 취지에 맞지 않는 과도한 제재가 될 수 있으므로, 고의나 중대한 과실이 있는 경우에만 인정되는 것으로 규정하는 것이 바람직하다.

3) 징벌적 손해배상 한도액을 규정하지 않거나, 지나치게 높게 정하는 것은 소송 남발의 문제, 과잉금지 원칙 위반의 문제를 야기하므로, 현행 입법례를 고려하여 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 3배를 넘지 않도록 규정한다. 다만, 예외적으로 5배를 넘지 않도록 규정하는 경우에는 보호하려는 법익의 내용 및 성질, 제재 효과, 적용 분야 등을 고려하여 손해배상 한도액을 높일 특별한 사정이 있는지를 살펴보아야 한다.⁵⁴⁰⁾

4) 제조물 결함에 대한 징벌적 손해배상이 「제조물 책임법」에 도입(2017. 4.) 되었으므로, 제조물 결함으로 인한 징벌적 손해배상의 경우에는 손해배상액 가중 등 특별한 사정이 없으면 다른 법률에서는 도입하지 않는 것이 바람직하다.

5) 징벌적 손해배상 제도가 과잉금지 원칙에 위배되지 않도록 징벌적 손해배상액을 결정할 때에 고려해야 할 사항을 구체적으로 규정한다.

539) 「하도급 거래 공정화에 관한 법률」 제35조, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제37조의2

540) 2021년 6월 현재 징벌적 손해배상을 도입하고 있는 법률 중 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「자동차관리법」 및 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」은 징벌적 손해배상의 한도액을 5배로 규정하고 있으나, 나머지 법률은 모두 징벌적 손해배상의 한도액을 3배로 규정하고 있다.

「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」

제43조(손해배상의 책임) ② 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 고의 또는 중대한 과실로 이 법을 위반하여 개인신용정보가 누설되거나 분실·도난·누출·변조 또는 훼손되어 신용정보주체에게 피해를 입힌 경우에는 해당 신용정보주체에 대하여 그 손해의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임이 있다. 다만, 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

[징벌적 손해배상액 결정 시 고려사항]

- 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
- 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
- 위반행위로 인하여 가해자가 취득한 경제적 이익
- 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
- 위반행위 기간·횟수 등
- 가해자의 재산상태
- 가해자의 피해구제 노력의 정도

14. 동일 또는 유사 명칭의 사용금지

가. 의의

동일 또는 유사 명칭의 사용금지에 관한 규정은 법률에서 특정 자격을 부여하면서 해당 자격을 갖춘 자 외에는 이러한 자격명칭을 사용할 수 없도록 하는 경우와 법률에서 만들어진 특정 기관의 명칭을 그 기관 외의 자는 사용할 수 없도록 하는 경우에 두는 규정이다.

이러한 제도를 두는 것은 특정 자격자 또는 특정 기관에 독점적 명칭 사용권을 부여함으로써 특정 자격자나 기관의 권리를 보호하고 무자격자의 명칭 사칭이나 유사기관의 설립에서 오는 폐해를 방지하기 위해서이다.

나. 규정 방식

1) 명칭 사용 제한

동일 또는 유사 명칭의 사용을 특별히 제한할 필요가 있는 경우(예컨대, 신용질서의 유지 등 고도의 신뢰성이 요구되는 경우)에만 이에 관한 규정을 두되, 법률에서 직접 규정하도록 한다.

명칭 사용 금지의 유형으로는 i) 특정 자격자의 명칭 사용을 금지하는 경우, ii) 특정 자격자단체의 명칭 사용을 금지하는 경우, iii) 특수법인 등의 명칭 사용을 금지하는 경우가

있으며, 일반적인 규정 방식은 “이 법에 따른 ○○가 아닌 자(단체)는 ○○ 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다”와 같이 한다.

[입법례] 자격자가 아닌 자에 대해 자격자 명칭 사용을 금지한 사례

국가기술자격법

제18조(명칭의 사용금지) 누구든지 국가기술자격을 취득하지 아니하고는 국가기술자격의 등급 및 종목에 따르는 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 자격자단체가 아닌 단체에 대해 자격자단체 명칭 사용을 금지한 사례

공인회계사법

제31조(명칭) ① 회계법인은 그 명칭 중에 회계법인이라는 문자를 사용하여야 한다.
② 회계법인이 아닌 자는 회계법인 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 특수법인 등의 명칭 사용을 금지한 사례

한국도로공사법

제8조(유사명칭의 사용 금지) 이 법에 따른 공사가 아닌 자는 한국도로공사 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] ‘대학병원’ 명칭 사용을 금지한 사례

국립대학병원 설치법

제7조(유사명칭의 사용 금지) 이 법에 따른 대학병원이 아닌 자는 제6조에 따른 대학병원 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

2) 유사 명칭 사용의 제한

동일 명칭 외에 유사 명칭까지 사용을 금지할 필요가 있는지를 신중히 검토하여 불필요하게 규제를 확대하지 않도록 해야 한다.

[입법례] 동일 명칭의 사용만 금지한 사례

한국해양과학기술원법
제23조(동일명칭의 사용금지) 이 법에 따른 해양과학기술원이 아닌 자는 한국해양과학기술원이라는 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 동일 또는 유사 명칭의 사용을 금지한 사례

한국환경산업기술원법
제30조(동일 또는 유사명칭의 사용금지) 이 법에 따른 기술원이 아닌 자는 한국환경산업기술원 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

3) 명칭 사용에 대한 제재 규정

명칭의 사용을 금지하는 경우에는 그 실효성 확보를 위해 벌칙 규정을 두도록 한다. 이 경우 자격에 관한 법률의 위반에 대해서는 징역·벌금 등의 형사벌을 부과하고, 기관명칭 등에 관한 법률의 위반에 대해서는 형사벌로 다루어야 할 특별한 사유가 없으면 행정질서 벌인 과태료를 부과하도록 한다.

[입법례] 형사벌을 부과한 사례

인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률
제29조의2(동일명칭의 사용금지 등) ① 이 법에 따른 조직은행이 아닌 자는 그 상호 중에 조직은행이라는 명칭을 사용하여서는 아니 된다.
② (생 략)
제34조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. ~ 9. (생 략)
10. 제29조의2를 위반하여 상호 중에 조직은행이라는 명칭을 사용하거나 조직은행으로 허가 받은 것으로 오인할 수 있는 표시나 광고를 한 자

[입법례] 과태료를 부과한 사례

대한소방공제회법

제6조(동일 또는 유사명칭의 사용 금지) 공제회가 아닌 자는 대한소방공제회 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

제26조(과태료) ① 제6조를 위반하여 대한소방공제회 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

② (생략)

15. 벌칙 적용 시의 공무원 의제

가. 의의

공공기관 등의 임직원, 위탁·대행·지정을 통해 공공성이 높은 업무를 수행하는 법인이나 단체의 임직원과 개인 또는 위원회 위원 등이 업무와 관련하여 금품의 수수(授受) 등 불법 행위를 한 경우에 이들을 공무원⁵⁴¹⁾과 같이 다루어 처벌할 수 있도록 하는 것을 ‘벌칙 적용 시의 공무원 의제’라고 한다.

이렇게 공무원이 아닌 자를 공무원으로 의제하여 처벌할 수 있도록 하는 것은 다루는 업무의 공공성이 크기 때문에 그 업무수행을 할 때 공정성과 책임성을 확보하기 위해서이다.

벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정은 공무원이 아닌 사람을 공무원으로 보아 처벌을 강화하는 것이므로 반드시 법률에 규정해야 한다.

541) 공무원은 그 직분의 특수성에 따라 그 직무를 수행할 때 객관성과 공정성을 유지하는 것이 무엇보다도 중요하다. 그래서 「형법」 제2편제7장에 공무원의 직무에 관한 여러 가지 범죄들을 규정하고 있다. 반면에 제2편제8장에서는 공무원해에 관한 죄를 여덟 가지로 규정하고 있다. 이처럼 직무와 관련해서는 공무원 자신의 행동을 법적으로 엄격하게 규율하는 동시에 공무원에 대한 외부로부터의 관여에 대해서도 엄격히 보호하고 있다.

나. 적용 대상자

별칙 적용 시의 공무원 의제 규정의 적용 대상으로 규정되는 사람은 기본적으로 공공기관 등의 임직원, 행정기관으로부터 위탁받은 업무를 수행하거나 행정기관의 업무를 대행하거나 특정 업무를 수행하도록 지정받은 법인 또는 단체의 임직원과 개인, 각종 위원회의 위원 등이다.

법인 중 공공기관의 경우에는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제53조⁵⁴²⁾에서 그 임원과 직원 등에 대해 별칙 적용 시의 공무원 의제를 규정하고 있다. 지방공사와 지방공단 등의 경우에는 「지방공기업법」 제83조⁵⁴³⁾에서 임직원에 대해 같은 취지의 규정을 두고 있으므로, 규정할 필요는 없다.

그 밖의 법인·단체의 경우에는 법률에서 직접 위탁·대행·지정기관을 명시했는지 법률에 근거를 두고 구체적인 대상기관을 하위법령으로 위임하여 정했는지 간에 별칙 적용 시의 공무원 의제 규정을 두는 것이 바람직하다. 그러나 이러한 기관의 임직원 모두가 대상이 되는 것은 아니고, 업무의 공공성, 임직원의 업무의 관여 정도 등에 따라 임직원 모두를 적용 대상으로 할 것인지 임원이나 간부직원으로 한정할 것인지를 판단해야 한다.

이 밖에 각종 행정기관 소속 위원회의 위원 중 공무원이 아닌 사람에 대해서도 공무원 의제 규정을 둘 것인지를 검토해야 한다.⁵⁴⁴⁾⁵⁴⁵⁾ 행정심판위원회와 같이 위원회 의결에

542) 「공공기관의 운영에 관한 법률」

제53조(별칙 적용에서의 공무원 의제) 공공기관의 임직원, 운영위원회의 위원과 임원추천위원회의 위원으로서 공무원이 아닌 사람은 「형법」 제129조(수뢰, 사전수뢰)부터 제132조(알선수뢰)까지의 규정을 적용할 때에는 이를 공무원으로 본다.

543) 「지방공기업법」

제83조(별칙 적용 시의 공무원 의제) 공사와 공단의 임직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

544) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」

제6조(위원회의 설치절차 등) ③ 행정기관의 장은 국민의 권리·의무와 관련되는 인·허가, 분쟁 조정 등 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 위원회를 설치할 때에는 공무원이 아닌 위원(제8조제3항에 따른 분과위원회 등의 위원을 포함한다)에 대한 별칙 적용에서 공무원 의제에 관한 사항이 관련 법률에 명시되도록 필요한 조치를 하여야 한다.

545) 국가공무원법·지방공무원법에 의한 공무원이 아니라고 하더라도 국가나 지방자치단체의 사무에 관여하거나 공공성이 높은 직무를 담당하여 청렴성과 직무의 불가매수성이 요구되는 경우에, 개별 법률에 '공무원 의제' 조항을 두어 공무원과 마찬가지로 뇌물죄로 처벌하거나, 특별규정을 두어 처벌하고 있다. 그런데 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아닌에도 법령에 기하여 공무에 종사한다는 이유로 공무원 의제규정이 없는 사인(私人)을 이 사건 법률조항의 '공무원'에 포함된다고 해석하는 것은 처벌의 필요성만을 지나치게 강조하여 범죄와 형벌에 대한 규정이 없음에도 구성요건을 확대한 것으로서 죄형법정주의와 조화될 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 '공무원'에 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아니고 공무원으로 간주되는 사람도 아닌 제주시치도 위촉위원이 포함된다고 해석하는 것은 법률해석의 한계를 넘은 것으로서 죄형

기속력⁵⁴⁶⁾이 있는 의결위원회의 경우 행정의사 결정에 직접적인 영향을 미치기 때문에 공무원 의제 필요성이 가장 크다⁵⁴⁷⁾고 할 수 있다. 그리고 의결에 기속력이 인정되지 않는 위원회는 위원회 심의절차가 필수적인 경우가 심의절차가 임의적인 경우보다 공무원 의제 필요성이 크다고 볼 수 있다. 다만, 위원회 심의의 필수절차 여부만으로 판단할 사항은 아니며, 위원회 심의사항의 중요도 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있다.

다. 적용 대상 벌칙의 범위

벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정이 적용되는 벌칙을 「형법」상 공무원의 직무에 관한 죄인 뇌물죄(「형법」 제129조부터 제132조까지)에 한정할지, 직무유기죄(「형법」 제122조), 직권 남용죄(「형법」 제123조), 공무상 비밀누설죄(「형법」 제127조) 또는 뇌물공여죄(「형법」 제133조) 등도 포함할지, 「형법」상 모든 공무원 범죄를 대상으로 할지, 다른 법률에 따른 벌칙까지 확대 할지는 적용 대상자의 책임의 정도와 업무의 성격에 따라 판단한다. 다만, 「형법」 외의 다른 법률의 적용에까지 ‘공무원 의제’를 확대하는 것은 적용 범위가 너무 넓어진다는 점에서 신중 해야 하며, 다른 법률까지 확대하는 경우라도 ‘그 밖의 법률’로 규정하기 보다는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 등 의제되는 법률을 명시할 필요가 있다.

[입법례] 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정에 대해서만 의제한 사례

한국보훈복지의료공단법

제26조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 공단의 임직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

법정주의에 위배된다(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정).

546) 「행정심판법」

제49조(재결의 기속력 등) ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다.

547) 「행정심판법」

제11조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 위원 중 공무원이 아닌 위원은 「형법」과 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 「형법」상 뇌물죄 외에 다른 규정에 대해서도 의제한 사례

건축사법

제38조의12(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 다음 각 호에 해당하는 사람은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제38조의11제2항에 따라 위탁받은 업무에 종사하는 사람
2. 징계위원회의 위원

석유 및 석유대체연료 사업법

제50조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 제20조 및 제43조제2항·제3항에 따라 위탁한 업무에 종사하는 기관·단체 또는 법인의 임직원은 「형법」 제122조·제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

별정우체국법

제9조(직무상 책임) ① 직원은 「형법」 제122조, 제123조, 제127조 및 제129조부터 제135조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

- ② 직원은 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제2조부터 제4조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

계량에 관한 법률

제70조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 감시원 및 제69조에 따라 산업통상자원부장관 또는 시·도지사로부터 위탁받은 업무에 종사하는 법인 또는 단체의 임원 및 직원은 「형법」 제129조부터 제133조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 「형법」상 공무원 범죄 전반에 대해 의제한 사례

한국조폐공사법

제10조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 공사의 임원 및 대통령령으로 정하는 직원은 「형법」에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 「형법」상 뇌물죄와 특정 법률의 벌칙에 대해 의제한 사례

건축법

제105조(벌칙 적용 시 공무원 의제) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 공무원이 아니더라도 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정과 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조와 제3조에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제4조에 따른 건축위원회의 위원
- 1의2. 제13조의2제2항에 따라 안전영향평가를 하는 자
- 1의3. 제52조의3제4항에 따라 건축자재를 점검하는 자
2. 제27조에 따라 현장조사·검사 및 확인업무를 대행하는 사람
3. 제37조에 따른 건축지도원
4. 제82조제4항에 따른 기관 및 단체의 임직원
5. 제87조의2제2항에 따라 지역건축안전센터에 배치된 전문인력

[입법례] 「형법」 및 다른 법률의 벌칙에 대해 의제한 사례

건축물관리법

제49조(벌칙 적용에서 공무원 의제) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정과 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조 및 제3조에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제18조제1항에 따라 건축물관리점검을 실시하는 자
2. 제31조제1항에 따른 해체공사감리자
3. 제39조제1항 및 제40조제2항에 따른 건축물관리지원센터 및 지역건축관리지원센터의 임직원
4. 제46조제4항 또는 같은 조 제5항에 따른 중앙건축물사고조사위원회의 위원 또는 건축물사고조사위원회의 위원
5. 제50조제3항에 따른 건축물관리점검 평가위원회의 위원

라. 규정의 위치

벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정은 보칙에 두는 것이 원칙이나, 이해의 편의를 위해 해당 위탁·대행·지정 근거조항 또는 공사의 임직원이나 위원회 위원 등과 관련된 실제 규정

다음에 두기도 한다. 다만, 벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정이 필요한 규정이 둘 이상인 경우라면 입법경제상 보칙에서 일괄하여 두는 것이 좋을 것이다.

[입법례] 보칙에 규정한 사례

건축사법
제6장의3 보칙
제38조의12(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 다음 각 호에 해당하는 사람은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.
1. 제38조의11제2항에 따라 위탁받은 업무에 종사하는 사람
2. 징계위원회의 위원

[입법례] 실제 규정 다음에 규정한 사례

공무원연금법
제15조(직원의 임면) 공단의 직원은 정관에서 정하는 바에 따라 이사장이 임면한다.
제16조(벌칙 적용에서 공무원 의제) 공단의 임직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지를 적용할 때에는 공무원으로 본다.

제 4 장 벌칙 규정

1. 개관

가. 행정벌의 의의

벌칙은 법령의 실효성을 담보하기 위한 목적으로 보충적이며 최종적으로 사용되어야 할 수단으로서, 행정법에서는 ‘행정벌’(행정법상 의무위반행위에 대해 일반 통치권에 기하여 일반 사인에게 과하는 제재)이라고 불리며, 처벌 내용을 기준으로 행정형벌과 행정질서벌(과태료)로 크게 구별된다.

「형법」과 특별형법⁵⁴⁸⁾이 규정하는 형사범은 국가의 제정법을 기다릴 것도 없이 그 성질 자체로 보아 반윤리성·반사회성을 띠며 그것이 일반국민에게 의식된 행위로서 ‘자연범’이라고도 한다.

행정벌이 과해질 의무위반에 해당하는 행정범의 경우 그 행위의 성질 자체는 반윤리성·반사회성을 띠지 않는 경우가 대부분이며 특정한 행정 목적의 실현을 위한 국가의 제정법에 의한 명령·금지를 위반했기 때문에 비로소 반사회성·반윤리성을 띠게 되고 범죄로서 처벌되는 행위이며 흔히 ‘법정범’이라고도 한다.

548) 특별형법은 형사처벌을 그 법률 내용의 전부 또는 주된 내용으로 하되, 적용 대상·범위가 「형법」보다 구체적이거나 「형법」 범죄의 가중된 범죄유형에 대해 엄벌하거나 「형법」 조문 내용을 세분하여 처벌하는 것을 목적으로 하는 법을 말한다(「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 등).

나. 일반적 유의 사항

벌칙은 의무 내용에 따라 그 의무에 대한 벌칙을 둘 것인지를 신중히 검토해야 하며, 법률상 의무를 확인하고 정립했다는 이유만으로 그 의무위반에 대해 벌칙을 두는 것은 단속의 편의만을 위해 벌칙을 정했다는 비난을 면하기 힘들다.

법률상 의무를 본칙에 규정하면서 그 위반에 대한 벌칙 조항이 전혀 없는 경우도 있는데, 이를 ‘훈시적 규정’이라 한다. 훈시적 규정의 경우 벌칙 조항이 아닌 다른 제재수단을 마련하여 입법에 반영할 필요가 있을 수 있다.

벌칙에서 정하는 형벌 또는 과태료는 위반행위의 가벌성의 정도에 비추어 적절한 것이어야 한다. 또한 해당 법령이나 다른 법령에서 동일한 또는 유사한 의무위반행위에 대한 처벌이 어느 정도인가를 충분히 고려하여 균형을 맞추도록 해야 한다.

가벌성의 정도는 국민의 법 감정과 사회 여건의 변화 등에 따라 변할 수 있다. 가령 비형벌화(非刑罰化) 정책이 강조되는 경우 형벌 조항이 과태료로 전환되고 이행강제금과 같은 전혀 다른 성질의 제재로 바뀔 수도 있다.

벌칙을 정할 때에 「형법」의 규정을 기준으로 하고 이를 최대한 존중해야 하며, 특별한 사유(형벌의 가중·경감 등)가 없으면 「형법」의 규정과 중복되는 내용은 규정하지 않도록 한다.

벌칙 규정을 두려면 먼저 형벌의 보충성 또는 최후 수단성을 고려하여 형벌 외적인 수단으로 행정법규의 목적을 달성할 수 있는지를 검토해야 하고, 다음으로 해당 행정법규의 목적을 달성하는 데에 필요·최소한의 벌칙 내용인지를 확인하여 벌칙과 국민의 법 감정과의 일치 여부, 벌칙 적용으로 예상되는 국민 법 감정의 변화와 준법정신의 변화 여부, 형사정책상 예상되는 문제점, 수사 실무상의 애로와 문제점, 벌칙 부과로 야기될 수 있는 부작용 등을 검토해야 한다.

2. 벌칙의 규정 방식

가. 조 제목과 규정 방식

법령이 장·절로 구분되어 있으면 특별한 사유가 없으면 법령의 끝에 벌칙 장을 배치한다. 벌칙의 조문 수가 극히 적은 경우에는 보칙의 장·절에 포함하거나 실제 규정의 장·절에

포함할 수도 있으나 바람직한 규정 방식은 아니다.

일부 법률에서는 벌칙을 보칙과 합쳐 하나의 장으로 하고 있다.⁵⁴⁹⁾ 장의 숫자를 줄이기 위한 것으로 여겨지는데, 일반적인 규정 방식을 따르도록 한다.

[입법례]

환경영향평가법
제1장 총칙
제2장 전략환경영향평가
.....
제8장 보칙
제9장 벌칙
부 칙

법령이 장·절로 구분되어 있지 않으면 실제 규정과 보칙 규정을 전부 배열한 다음 맨 끝에 배치한다.

[입법례]

통신비밀보호법
제1조 ~ 제15조의2 (생략)
제16조(벌칙)
제17조(벌칙)
제18조(미수범)
부 칙

벌칙 규정 상호 간에는 법정형이 무거운 것부터 차례로 배열한다. 법정형의 경중은 「형법」 제41조 및 제50조⁵⁵⁰⁾에 따라 판단한다. 같은 벌칙 조항에서 둘 이상의 실제 규정을

549) 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제4장

550) 「형법」

제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역

인용하는 경우에는 조 번호가 빠른 것부터 배열한다.

[입법례]

농지법
제58조(벌칙) ① 농업진흥지역의 농지를 제34조제1항에 따른 농지전용허가를 받지 아니하고 전용하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지전용허가를 받은 자는 5년 이하의 징역 또는 해당 토지의 개별공시지가에 따른 토지가액에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.
② 농업진흥지역 밖의 농지를 제34조제1항에 따른 농지전용허가를 받지 아니하고 전용하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지전용허가를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 해당 토지가액의 100분의 50에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.
③ 제1항 및 제2항의 징역형과 벌금형은 병과(併科)할 수 있다.
제59조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 제32조제1항 또는 제2항을 위반한 자
2. 제36조제1항에 따른 농지의 타용도 일시사용허가를 받지 아니하고 농지를 다른 용도로 사용한 자
3. 제40조제1항을 위반하여 전용된 토지를 승인 없이 다른 목적으로 사용한 자

행정벌 간의 규정 순서는 형벌 규정, 양벌 규정, 과태료 규정의 순서로 배열한다. 과태료를 형벌과 함께 동일한 조에 규정하는 경우⁵⁵¹⁾가 있으나, 과태료와 형벌은 엄연히 구분되므로 벌칙 다음에 별개의 조로 규정하도록 한다.

- 3. 금고
- 4. 자격상실
- 5. 자격정지
- 6. 벌금
- 7. 구류
- 8. 과료
- 9. 몰수

제50조(형의 경중) ① 형의 경중은 제41조 각 호의 순서에 따른다. 다만, 무기금고와 유기징역은 무기금고를 무거운 것으로 하고 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 유기금고를 무거운 것으로 한다.

② 같은 종류의 형은 장기가 긴 것과 다액이 많은 것을 무거운 것으로 하고 장기 또는 다액이 같은 경우에는 단기가 긴 것과 소액이 많은 것을 무거운 것으로 한다.

③ 제1항 및 제2항을 제외하고는 죄질과 범정(犯情)을 고려하여 경중을 정한다.

551) 「정치자금법」 제49조

형사범(특별형법 위반 형사범 포함)의 경우 형사처벌이 법률의 전부 또는 주된 내용이므로 벌칙 규정을 둘 때 ‘벌칙’이라는 제목 하에 따로 규정하지 않으며, 범죄구성요건과 법정형을 동일한 조문에 규정한다.

이와 달리 행정법의 경우에는 먼저 의무 규정을 두고 그 규정에 상응하는 벌칙 규정을 별도로 규정하는 방식이 일반적이다. 다만, 입법례 중에는 형사범의 규정과 같이 ‘벌칙’이라는 제목 하에 범죄구성요건과 법정형을 동일한 조문에 규정하고 있는 경우도 있다.

[입법례] 의무 규정과 벌칙 규정을 별도로 규정한 사례

건강검진기본법

제23조(비밀누설의 금지) 이 법에 따른 국가건강검진 업무에 종사하는 자 또는 종사하였던 자는 그 업무상 알게 된 비밀을 정당한 이유 없이 누설하여서는 아니 된다.
제28조(벌칙) 제23조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

[입법례] 범죄구성요건과 법정형을 동일 조문에서 규정한 사례

변호사법

제111조(벌칙) ① 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속한 자 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다.
② (생략)

나. 벌칙의 명령에의 위임

1) 일반적인 유의 사항

벌칙 규정은 죄형법정주의 원칙상 가능하면 하위법령에 위임하지 않는다. 부득이하게 위임해야 할 경우에도 위임입법 원칙상 일반적·포괄적인 위임은 허용될 수 없다.

2) 위임 기준

가) 처벌법규의 위임 요건

법률에 의한 처벌법규의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규를 위임하는 경우에는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 한정되어야 하고, 둘째 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건을 처벌 대상 행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하며, 셋째 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하되 위임입법의 위와 같은 예측 가능성의 유무를 판단할 때에는 해당 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하면 된다.⁵⁵²⁾

법률에서 제조업자 및 수입자의 준수사항을 위반하면 처벌하도록 하면서 준수사항을 “부령(총리령)으로 정한다”고 한다면,⁵⁵³⁾ 구체적인 내용을 포괄적, 전면적으로 하위법령으로 위임하는 것이 되어 법률만으로는 그 내용을 예측할 수 없다. 이러한 내용이 형사처벌의 구성요건이 되는 경우라면 그 대강을 법률에 규정해야 하고 입법기술적 측면에서 준수사항을 일일이 법률에 규정할 수 없다면 그 핵심이 되는 사항을 법률에 규정하고 보다 구체적인 사항은 부령·총리령으로 정하도록 하는 것이 타당할 것이다.⁵⁵⁴⁾

나) 불명확한 개념을 토대로 한 위임 금지

범죄의 구성요건을 하위법령에 위임하려는 때에는 하위법령에서 정해질 구성요건의 대강을 예측할 수 있도록 위임 법률에 구체적이고 명확한 기준을 정해야 하며, ‘공공의 안녕질서’, ‘미풍양속’과 같은 추상적이거나 불명확한 개념을 사용해서는 안 된다(헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480).

552) 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 96헌가16 결정 및 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌바22 결정

553) 「화장품법」 제5조제1항·제2항 및 제38조제1호, 「축산법」 제39조 및 제54조제7호, 「제대혈 관리 및 연구에 관한 법률」 제15조 및 제40조제3항제3호 등에서 이러한 방식으로 규정하고 있다.

554) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌가5 결정

3) 위임의 방식

벌칙 규정을 하위법령에 위임할 때에 벌칙 자체를 위임하는 경우는 현재는 찾아보기 힘들며,⁵⁵⁵⁾ 벌칙의 구성 요건이 되는 실체적 의무 규정의 일부를 위임하는 경우가 있다.

[입법례] 실체적 의무 규정의 일부만을 위임한 사례

옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률

제4조(광고물등의 금지 또는 제한 등) ① 제3조제1항 각 호의 지역·장소 또는 물건 중 아름다운 경관과 미풍양속을 보존하고 공중에 대한 위해를 방지하며 건강하고 쾌적한 생활환경을 조성하기 위하여 대통령령으로 정하는 지역·장소 또는 물건에는 광고물등(대통령령으로 정하는 광고물등은 제외한다)을 표시하거나 설치하여서는 아니 된다.

② 시·도지사(특별자치시장 및 특별자치도지사를 포함한다)는 아름다운 경관과 미풍양속을 보존하고 공중에 대한 위해를 방지하며 건강하고 쾌적한 생활환경을 조성하기 위하여 특히 필요하다고 인정되면 제3조제1항 각 호의 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역을 특정구역으로 지정하여 제3조제3항에 따른 허가 또는 신고의 기준을 강화할 수 있다.

③ ~ ⑤ (생략)

제18조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 2. (생략)

3. 제4조제1항, 제5조제1항 또는 제2항제4호를 위반하여 광고물등을 표시하거나 설치한 자

4. (생략)

② (생략)

555) 종전에는 「수산업법」(법률 제9626호, 2009. 4. 22. 전부개정, 2010. 4. 23. 시행되기 전의 것) 등에서 벌칙을 하위법령으로 위임한 사례가 있었으나, 현재는 그러한 예를 찾아보기 힘들다.

3. 구성요건

가. 의의

‘구성요건’이란 형벌을 과하는 근거가 되는 행위 유형을 기술한 것으로서 처벌의 대상이 되는 행위의 내용을 규정한 법률요건을 말한다. 이러한 구성요건은 죄형법정주의 관점에서 국민이 예측할 수 있는 형식으로 명확하게 규정하여 국가 형벌권을 자의적으로 행사하지 못하게 하고 개인의 자유와 권리를 보호하는 기능을 하는데, 형사범보다 법정범인 행정범에게 더욱 중요한 의미가 있다.

나. 명확성의 원칙

‘명확성의 원칙’이란 구성요건과 관련한 죄형법정주의의 파생원칙으로서 법률에서 구성요건과 그 법적 결과를 가능하면 명확하게 규정하여 일반국민이 어떠한 행위가 법에서 금지되고 또한 그 행위에 대해 어떠한 형벌이 부과되는지를 예측할 수 있도록 해야 한다는 원칙을 말한다.

그러나 처벌법규의 구성요건이라 하더라도 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의해 규정하는 것은 어려우므로 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 그 적용 대상자가 누구이며, 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 명확성의 원칙에 반하는 것은 아니다.⁵⁵⁶⁾

1) 의무 규정의 명확성

이른바 형사범과 달리 법령상의 의무를 위반하여 제재를 과하는 행정범의 경우에는 행위자가 지켜야 할 의무를 구체적으로 정하고 또 그 의무위반에 대해서만 처벌된다는 점이 법률에 명확하게 나타나야 한다.

556) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바65 결정

2) 처벌 대상의 명확성

누구를 벌할 것인지 처벌할 대상을 명확히 한다. 벌칙 적용의 전제가 되는 실체 규정에서 둘 이상의 행위의무를 규정하고 그 행위자를 각각 달리 정하고 있는 경우에는 처벌할 대상이 되는 행위나 행위자를 특정해야 한다.

의무 규정의 내용이 특정인을 대상으로 하고 있는 경우 가급적 처벌 조항에서 “…한 자는 …(형)에 처한다”라고 표현함으로써 처벌 대상을 특정하도록 하거나, 하나의 조항에서 의무를 준수해야 하는 주체를 ‘갑, 을, 병’ 등으로 특정한 후 “(의무 준수의 주체가) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 …(형)에 처한다”라는 형식으로 표현하여 처벌 대상을 명확히 해야 한다.

[입법례]

공공기관의 운영에 관한 법률

제56조(벌칙) ① 「상법」 제635조제1항에 규정된 자나 그 밖에 공기업·준정부기관의 회계업무를 담당하는 자가 제39조제1항에 따른 회계처리의 원칙을 위반하여 거짓으로 재무제표를 작성·공시한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 「상법」 제635조제1항에 규정된 자나 그 밖에 공기업·준정부기관의 회계업무를 담당하는 자, 회계감사인 또는 그에 소속된 공인회계사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 정당한 사유 없이 회계감사인을 선임하지 아니한 경우
2. 감사의견서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재를 한 경우
3. 제43조의3제4항을 위반하여 비밀을 누설한 경우
4. 결산서를 작성하지 아니한 경우

③ (생략)

3) 처벌 대상 위반행위의 명확성

벌칙 적용의 대상이 되는 행위를 규정할 때에는 의무위반행위의 내용과 태양(態樣) 등을 구체적으로 명시해야 한다. 따라서 벌칙 적용의 전제가 되는 의무위반행위의 내용이 단순하여 법해석상의 의문이 없는 명백한 경우가 아니면 “제○조를 위반한 자는 … 처한다”와

같이 표현하는 것은 피하고, “제○조를 위반하여 △△한 자는 … 처한다”로 해야 한다.

또한, “이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 경우”와 같은 벌칙규정은 너무 포괄적이어서 구성요건으로 적합하지 않으므로 조문을 특정해 주어야 한다.⁵⁵⁷⁾

4) 범죄 성립 시기의 명확성

부작위범의 범죄 성립 시기를 확정하는 경우에 특히 문제가 되는데 범문상 “지체 없이 신고를 하지 아니한 자” 또는 “... 신고하지 아니한 자” 등으로 규정하는 경우에는 어느 때에 범죄가 성립되는지 분명하지 않다고 할 수 있다. 따라서 법률 자체에 신고기한이나 의무 이행 시점을 명시하여 범죄의 성립 시기를 명백히 해야 할 것이다.

[입법례]

부정수표 단속법

제7조(금융기관의 고발의무) ① 금융기관에 종사하는 사람이 직무상 제2조제1항(발행인이 법인이나 그 밖의 단체인 경우를 포함한다) 또는 제5조에 규정된 수표를 발견한 때에는 48시간 이내에 수사기관에 고발하여야 하며, 제2조제2항(발행인이 법인이나 그 밖의 단체인 경우를 포함한다)에 규정된 수표를 발견한 때에는 30일 이내에 수사기관에 고발하여야 한다.
② 제1항의 고발을 하지 아니하면 100만원 이하의 벌금에 처한다.

다. 구성요건의 규정 방식

1) 실제 규정에서 일정한 작위·부작위 의무를 과하는 뜻을 규정하고, 벌칙 규정에서는 실제 규정 위반자에 대한 처벌을 규정하는 방식

위의 규정 방식은 구성요건을 실제 규정과 벌칙 규정에 각각 나누어 규정하는 방식으로서 행정법규상 벌칙 규정에서 주로 쓰이는 방식이다. 행정법상의 범죄는 행위 그 자체는 반

557) 헌법재판소는 “이 법과 이 법에 따른 명령”이라고만 되어 있을 뿐 처벌규정에서 범죄구성요건에 해당하는 규정을 특정하지 아니하였을 뿐만 아니라 처벌규정 자체에서도 범죄구성요건을 정하고 있지 아니하여 금지하고자 하는 행위 유형의 실질을 파악할 수 없도록 하고 있으므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다고 판시한 바 있다(헌법재판소 2001. 1. 18. 선고 99헌바112 결정).

윤리성, 반사회성을 띠지 않으나 특정한 행정 목적의 실현을 위한 국가의 법률에 따른 명령이나 금지를 위반했기 때문에 비로소 반윤리성, 반사회성을 띠게 되는 것이므로 의무 규정을 명확하게 표현해야 한다.

규정하는 방법은 앞에서 본 바와 같이 장·절을 달리하거나 조문을 달리하는 경우가 대부분이지만 특정한 법률의 경우 한 개 조문에서 항을 달리하여 규정하는 방식도 있다.

[입법례] 실제 규정과 벌칙 규정에 각각 나누어 규정한 사례

건축법
제25조(건축물의 공사감리) ① ~ ⑤ (생략)
⑥ 공사감리자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 감리일지를 기록·유지하여야 하고, 공사의 공정(工程)이 대통령령으로 정하는 진도에 다다른 경우에는 감리중간보고서를, 공사를 완료한 경우에는 감리완료보고서를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 각각 작성하여 건축주에게 제출하여야 한다. 이 경우 건축주는 감리중간보고서는 제출받은 때, 감리완료보고서는 제22조에 따른 건축물의 사용승인을 신청할 때 허가권자에게 제출하여야 한다.
⑦ ~ ⑭ (생략)
제110조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
1. ~ 5. (생략)
6. 제25조제6항을 위반하여 정당한 사유 없이 감리중간보고서나 감리완료보고서를 제출하지 아니하거나 거짓으로 작성하여 제출한 자
6의2. ~ 12. (생략)

[입법례] 실제 규정과 벌칙 규정을 하나의 조문에서 항을 달리해 규정한 사례

소년법
제70조(조회 응답) ① 소년 보호사건과 관계있는 기관은 그 사건 내용에 관하여 재판, 수사 또는 군사상 필요한 경우 외의 어떠한 조회에도 응하여서는 아니 된다.
② 제1항을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2) 일정한 작위 또는 부작위 의무를 규정한 다른 실체 규정과 연결하지 않고 벌칙 규정 자체에서 구성요건을 규정하는 방식

구성요건의 전부를 벌칙 규정에 규정하는 방식으로서 형사범의 성격을 지닌 벌칙 규정에서 주로 쓰인다.

[입법례]

형법
제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. ② (생 략)

공직선거법
제234조(당선무효유도죄) 제263조(선거비용의 초과지출로 인한 당선무효) 또는 제265조(선거 사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효)에 해당되어 후보자의 당선을 무효로 되게 할 목적으로 제263조 또는 제265조에 규정된 자를 유도 또는 도발하여 그 자로 하여금 제230조(매수 및 이해유도죄)제1항 내지 제5항·제231조(재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄) 내지 제233조(당선인에 대한 매수 및 이해유도죄)·제257조(기부행위의 금지제한등 위반죄)제1항 또는 제258조(선거비용부정지출등 죄)제1항에 규정된 행위를 하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

3) 가중처벌 규정을 하나의 조문에 규정하는 경우

동일한 유형의 위반행위에 대한 법정형과 이에 대한 가중형이 있는 경우에 하나의 조문에 함께 규정하는 경우가 많다.⁵⁵⁸⁾ 이러한 규정 방식은 법정형 순서에 맞지 않을 수 있으나 국민이 쉽게 그 내용을 알 수 있다는 장점이 있으므로, 입법기술상의 합리성을 인정할 수 있다. 이 경우 법정형이 무거운 가중형은 나중에 정하는 것이 일반적이다.

558) 이러한 예로는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조, 「건축법」 제106조, 「전력기술 관리법」 제27조의2 및 제27조의3 등이 있다.

[입법례]

전기공사업법

제40조(벌칙) ① 공사업자 또는 제17조에 따라 시공관리책임자로 지정된 사람으로서 제18조 또는 제22조를 위반하여 전기공사를 시공함으로써 착공 후 하자담보책임기간에 대통령령으로 정하는 주요 전력시설물의 주요 부분에 중대한 파손을 일으키게 하여 사람들을 위협하게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해(傷害)에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 2억원 이하의 벌금에 처하며, 사망에 이르게 한 경우에는 3년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5억원 이하의 벌금에 처한다.

4) 법령 중 일부가 준용되는 자에 대한 벌칙 적용

법령 중 일부 규정이 다른 대상자에 대해서도 준용되는 경우, 원래의 규율 대상자 외에 준용 규정에 따라 준용되는 자에 대해 벌칙을 적용하려고 할 경우에는 원래의 규율 대상자를 벌하기 위해 구성요건으로서 벌칙 규정에서 열거되는 근거 조항 다음에 “(제○조에서 준용하는 경우를 포함한다)”라고 표기하여 법령 규정 중 일부 규정이 준용되는 자에 대한 벌칙 규정 적용 여부에 관한 해석상 의문이 없도록 한다.

[입법례]

가축전염병 예방법

제56조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제20조제1항(제28조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 명령을 위반한 자
2. 제32조제1항, 제33조제1항·제5항(제38조제4항에서 준용하는 경우를 포함한다), 제34조제1항 본문 또는 제37조 본문을 위반한 자
3. 4. (생략)

4. 법정형

가. 개관

‘법정형’이란 범죄구성요건에 상응하여 벌칙 규정에 정해진 형을 말하며, 해당 법률에서 형종(刑種)의 선택, 형량의 범위와 선택될 형종 간의 균형 등이 법정형을 규정하는 핵심 요령이다.⁵⁵⁹⁾

법정형의 형량은 국가안전보장·질서유지·공공복리의 유지·증진을 위한 필요성과의 균형, 해당 행정법규와 다른 행정법규의 행정벌칙의 형량 상호 간의 균형, 그리고 「형법」의 형량 간의 균형이 이루어지도록 해야 한다.

법정형에는 형의 양정(量定)을 할 수 있는 여지(예컨대 “○년 이상 ○년 이하”라는 법정형의 폭)를 두는 것이 보통이다. 그러나 그 폭을 극단적으로 넓게 인정하면 죄형법정주의에 어긋날 우려가 있으므로 유의해야 한다.

나. 유기징역과 유기금고의 규정 방식

유기징역 또는 유기금고는 1개월 이상 30년 이하로 하므로(「형법」 제42조), 형의 장기를 30년으로 또는 단기를 1개월로 하려고 할 때에는 그 장기 또는 단기는 표시하지 않는다.⁵⁶⁰⁾

징역에는 무기징역도 포함되는 것이므로 ○년 이상의 징역에 처하면서 유기징역으로 한정하는 경우에는 반드시 “○년 이상의 유기징역”으로 나타낸다. 다만, 「형법」 제250조 제1항의 살인죄에서 “사형, 무기, 5년 이상의 징역에 처한다”라고 규정하는 경우와 같이 「형법」, 특별형법 조항에서 무기징역이 법정형으로서 뚜렷이 표시되는 경우에는 별도로 유기징역이라는 표시를 하지 않는다.

559) 법정형이 처단의 범위로 구체화된 형을 처단형(법정형에 법률상 및 재판상 가중·감경한 형)이라고 한다(1년 이상의 유기징역형의 경우 「형법」 제38조 등에 따라 형의 장기를 2분의 1 가중하게 되면 그 처단형의 범위가 1년 이상 45년 이하의 유기징역으로 정해지게 된다). 한편 처단형의 범위에서 구체적으로 형을 양정하여 해당 피고인에게 선고하는 형을 선고형이라고 한다.

560) 금고형은 수형인의 명예 등을 고려하여 노역을 시키지 않는 구금형이지만 양형 시 징역형과 같게 취급한다.

법정형을 규정하는 방식에는 “○년 이상”과 같은 하한 제한형, “○년 이하”와 같은 상한 제한형, “○년 이상, ○년 이하”와 같은 상하한 제한형이 있는데, 하한 제한형은 유기징역형의 상한인 30년이 그 법정형의 상한이 되기 때문에 법정형의 폭이 극단적으로 넓게 될 우려가 있으므로 신중한 검토가 필요하다.

[입법례]

방사성폐기물 관리법

- 제39조(벌칙) ① 방사성폐기물 관리시설을 파괴하거나 부당하게 조작하여 사람의 생명 또는 신체를 해하거나 공공의 안전을 해치는 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
- ② 방사성폐기물 관리시설을 파괴하거나 부당하게 조작하여 사람을 사망하게 한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.
- ④ 제1항 및 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비·음모 또는 선동한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

다. 자격상실과 자격정지의 규정 방식

형벌의 종류로서 자격상실과 자격정지는 일정한 자격을 박탈하거나 정지하는 내용의 명예형(名譽刑)으로서, 자격상실은 사형·무기징역 또는 무기금고의 판결을 선고받으면 그 부수효과로서 공법상의 선거권 등의 자격을 박탈하고,⁵⁶¹⁾ 자격정지는 일정한 형벌의 부과에 의해 당연히 자격이 정지되는 경우⁵⁶²⁾와 다른 법정형과 선택적으로⁵⁶³⁾ 또는 병과하여 부과하도록 하는 경우가 있다. 판결로 선고하는 자격정지 기간은 1년 이상 15년 이하이다.⁵⁶⁴⁾ 개별법에서 자격정지를 병과하는 경우에는 임의적으로 병과하는 입법례와 필요적으로 병과하는 입법례⁵⁶⁵⁾가 있다.

561) 「형법」 제43조제1항

562) 「형법」 제43조제2항

563) 「형법」 제105조, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제64조제1항 등

564) 「형법」 제44조제1항

565) 「국가공무원법」 제84조제1항, 「지방공무원법」 제82조제1항 등

[입법례]

제대혈 관리 및 연구에 관한 법률

제41조(자격정지의 병과) 제40조에 따라 유기징역에 처하는 경우 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

라. 벌금의 규정 방식

1) 일반적인 규정 방식

벌금을 규정할 때에는 최고액을 정하는 방법이 일반적으로 사용되나 최저액(「형법」 제45조에 따르면 벌금은 5만원 이상으로 해야 한다)을 「형법」상 벌금의 최저액보다 높이 정해야 할 특별한 사유가 있으면 그 최저액을 정한다.

입법 모델

○원 이하의 벌금에 처한다.
○원 이상 ○원 이하의 벌금에 처한다.

2) 최고액을 정하는 한편 범죄행위의 정도·태양에 따라 벌금액을 증감할 수 있도록 하는 방식

[입법례]

조세범 처벌법

제6조(무면허 주류의 제조 및 판매) 「주류 면허 등에 관한 법률」에 따른 면허를 받지 아니하고 주류, 밀술·술덧을 제조(개인의 자가소비를 위한 제조는 제외한다)하거나 판매한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원(해당 주세 상당액의 3배의 금액이 3천만원을 초과할 때에는 그 주세 상당액의 3배의 금액) 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 밀술과 술덧은 탁주로 본다.

3) 위반행위의 대상이 되는 물건가격, 용역대금 또는 금전채무의 금액을 기준으로 정하는 방식

[입법례]

하도급거래 공정화에 관한 법률

제30조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조제1항부터 제4항 및 제9항, 제3조의4, 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3 및 제13조를 위반한 자
2. 제13조의2제1항부터 제3항까지의 규정을 위반하여 공사대금 지급을 보증하지 아니한 자
3. 제15조, 제16조제1항·제3항·제4항 및 제17조를 위반한 자
4. 제16조의2제7항을 위반하여 정당한 사유 없이 협의를 거부한 자

②·③ (생략)

마. 징역과 벌금의 선택적 규정 방식

징역과 벌금을 선택적으로 처벌할 수 있도록 하는 경우에는 징역과 벌금형 간의 균형을 유지해야 한다. 징역 1년을 벌금 1천만원 이하, 2년을 1천만원 이상 2천만원 이하, 3년을 2천만원 이상 3천만원 이하⁵⁶⁶⁾와 같이 자유형 기간에 상응하여 규정하는 방식도 있지만, 벌금형보다 구금형이 중하다고 보는 국민의 법 감정, 독일·스위스·오스트리아나 북유럽의 여러 나라 등에서 도입하여 시행하는 일수벌금제⁵⁶⁷⁾가 아직 도입되지 않은 점 등에 비추어 구금형과 벌금형을 선택형으로 규정하면서 구금기간에 상응하여 일률적으로 벌금형의 최고

566) 국회사무처의 「법률안의 표준화 기준」(2017. 6. 26. 국회사무처 지침 제313호) 제37조에서는 벌금형을 자유형과 선택형으로 규정하는 경우 다음 기준을 고려하여 벌금액을 자유형의 기간에 상응하도록 규정되기를 범죄의 종류 및 죄질에 따라 가감하도록 하고 있다.

징역	벌금	징역	벌금
1년 이하	1천만원 이하	3년 이하	2천만원 이상 3천만원 이하
2년 이하	1천만원 이상 2천만원 이하	5년 이하	3천만원 이상 5천만원 이하

567) 일수벌금제: 벌금형을 일수와 일수정액(日數定額)으로 분리하여 일수는 일반적인 양형규정에 따라 행위자의 불법과 책임을 표시하여 대체자유형의 문제를 자동적으로 해결하고 일수정액은 피고인의 경제적 사정을 고려하여 결정하는 제도로서 이러한 방식에 따르면 죄질 등 양형인자에 따라 우선 죄에 대한 구금일수를 정한 후 대상자의 소득 증가에 비례하여 가중되는 1일 벌금액(가령 소득의 0%~0% 범위)이 결정되어 벌금 부과 대상자마다 소득수준에 관계없이 구금과 비슷한 정도의 압박감을 느끼게 된다.

액을 규정하는 위 방식은 다소 논란의 소지가 있다.

징역형과 벌금형이 선택적으로 되어 있는 경우 징역형에 상당하는 벌금액이 법률에 따라 너무 차이가 나서는 안 될 것이다.

[입법례]

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률
제77조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. ~ 3. (생략)

바. 징역과 벌금의 병과 방식

징역과 벌금을 병과할 때에는 임의적 병과를 원칙으로 하고 필요적 병과 방식은 가능하면 피한다. 다만, 영리를 목적으로 하거나 영업에 관한 범죄에 대해서는 징역과 벌금을 필요적으로 병과할 수 있다. 이 경우에도 책임주의 원칙에 부합하도록 작량감경이나 선고유예 등을 활용하여 합리적인 양형이 가능한 한도 내에서 벌금 병과 여부와 그 액수를 정해야 한다.

[입법례] 선택형의 조항을 먼저 정하고 조항을 달리하여 병과 규정을 둔 사례

감사원법
제51조(벌칙) ① (생략) ② 제27조제4항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제2항의 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다.

[입법례] 선택형과 병과 규정을 하나의 조항에서 규정한 사례

반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률
제45조(침해죄 등) ① 배치설계권이나 전용이용권을 침해한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과(併科)할 수 있다. ② 제1항의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

사. 구류·과료의 규정 방식

‘구류’란 수형자를 교도소 내에 구치하는 것을 내용으로 하는 자유형의 일종으로 그 기간이 1일 이상 30일 미만이며, ‘과료’란 범죄인에게 일정한 금액의 지급을 강제로 부담하게 하는 재산형의 일종으로서 그 금액이 2천원 이상 5만원 미만으로 되어 있다. 구류와 과료는 「형의 실효 등에 관한 법률」상의 전과기록으로 등재되지 않으므로 위반자를 전과자로 관리할 필요가 적은 경미한 의무위반행위에 주로 사용된다.

구류형은 형사정책적 이유로 벌금형·과료형과 각각 병과될 수 있다.

[입법례]

도로교통법

제158조(형의 병과) 이 장의 죄를 범한 사람에 대하여는 정상(情狀)에 따라 벌금 또는 과료와 구류의 형을 병과(並科)할 수 있다.

아. 몰수·추징의 규정 방식

‘몰수’란 범죄 반복의 방지나 범죄에 의한 이득의 금지를 목적으로 범죄행위와 관련한 재산을 박탈하는 것을 내용으로 하는 재산형으로서 독립하여 과할 수는 없고 다른 형에 부가하여 과해지는 부가형으로서 「형법」 제48조에 따라 판사에게 몰수 재량권이 부여된 임의적 몰수가 원칙이다.

필요적 몰수이거나 몰수 대상·방법·절차 등 위 원칙에 대한 특칙을 규정할 필요가 있을 때에만 행정벌칙으로 규정하고 임의적 몰수의 경우에는 따로 규정하지 않도록 한다.

[입법례]

공무원범죄에 관한 몰수 특례법

제3조(불법재산의 몰수) ① 불법재산은 몰수한다.

② 제1항에 따라 몰수하여야 할 재산에 대하여 재산의 성질, 사용 상황, 그 재산에 관한 범인 외의 자의 권리 유무, 그 밖의 사정을 고려한 결과 그 재산을 몰수하는 것이 타당하지 아니하다고 인정될 경우에는 제1항에도 불구하고 몰수하지 아니할 수 있다.

③ (생략)

몰수의 대상이 「형법」 총칙에 의한 것과 다르면 이를 표시하되, 누구의 소유이든 불문하고 범인이 점유하고 있었다는 것만으로 몰수할 수 있게 하는 규정은 가능한 한 두지 않으며 부득이하게 두어야 할 경우에는 그 요건을 엄격히 한다.

[입법례]

관세법
제272조(몰수 전용 운반기구의 몰수) 제269조의 죄에 전용(專用)되는 선박·자동차나 그 밖의 운반기구는 그 소유자가 범죄에 사용된다는 정황을 알고 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 몰수한다.
1. 범죄물품을 적재하거나 적재하려고 한 경우
2. 검거를 기피하기 위하여 권한 있는 공무원의 정지명령을 받고도 정지하지 아니하거나 적재된 범죄물품을 해상에서 투기·파괴 또는 훼손한 경우
3. 범죄물품을 해상에서 인수 또는 취득하거나 인수 또는 취득하려고 한 경우
4. 범죄물품을 운반한 경우

‘추징’이란 몰수해야 할 물건의 전부나 일부를 몰수할 수 없는 경우 이를 대신하여 그 가액을 징수하는 처분으로서 부가형인 몰수의 규정 방식이 그대로 적용된다. 추징의 대상이 「형법」 총칙에 의한 것과 다르면 반드시 그 대상을 밝히고 추징임을 분명히 한다.

[입법례]

배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률
제21조(몰수 또는 추징) ① 제16조의2, 제17조, 제18조 또는 제19조의 죄를 범한 자가 소유하거나 소지하는 어획물 및 그 제품, 선박, 어구(漁具) 또는 그 밖의 어업활동등에 사용한 물건(이하 이 조에서 “어획물등”이라 한다)은 몰수할 수 있다. 다만, 제16조의2의 죄를 범한 자가 자국(自國)으로부터 어업활동에 관한 허가를 받지 아니한 경우에는 어획물등을 몰수한다.
② 제1항에 따라 어획물등의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액(價額)을 추징한다.

공직자의 이해충돌 방지법

제27조(벌칙) ① 제14조제1항을 위반하여 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 공직자(제16조에 따라 준용되는 공무원수행사인을 포함한다. 이하 이 조 및 제28조제2항제1호에서 같다)는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항 및 제2항제1호의 죄를 범한 자(제1항의 경우 그 정을 아는 제3자를 포함한다)가 제1항 및 제2항제1호의 죄로 인하여 취득한 재물 또는 재산상의 이익은 몰수한다. 다만, 이를 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다.

성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률

제25조(몰수 및 추징) 제18조부터 제20조까지에 규정된 죄를 범한 사람이 그 범죄로 인하여 얻은 금품이나 그 밖의 재산은 몰수하고, 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액(價額)을 추징한다.

5. 과실범, 미수범, 공범, 형의 감면, 친고죄 등

가. 과실범

‘과실’이란 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반하거나 게을리함으로써 구성요건적 결과 발생을 예견하지 못하거나 회피하지 못한 경우를 말한다. 과실범은 고의범과 달리 부주의에 의해 법을 위반한 것이므로 고의범보다 처벌이 가벼워야 하는 것이 원칙이며, 특별한 규정, 즉 과실범을 처벌한다는 규정이 없으면 처벌할 수 없다.

과실범의 처벌 규정에서는 과실을 ‘과실’, ‘중대한 과실(중과실)’, ‘업무상 과실’ 등으로 구분하여 표시한다.

업무상 과실은 주의의무는 동일하지만 더 높은 예견의무가 요구되므로 책임이 가중되며, 중과실은 현저히 주의의무를 게을리 한 경우로서 극히 작은 주의만 기울였다면 결과 발생을 방지할 수 있었던 경우의 과실을 말한다.

과실범의 법정형은 고의범에 비하여 가볍게 하는 것이 원칙이다.

[입법례]

문화재보호법

제95조(사적 등예의 일수죄) 물을 넘겨 문화재청장이 지정 또는 임시지정한 사적, 명승 또는 천연기념물이나 보호구역에 침해한 자는 2년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

제96조(그 밖의 일수죄) 물을 넘겨 제95조에 규정한 것 외의 지정문화재 또는 임시지정문화재나 그 보호구역에 침해한 자는 10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다.

제98조(과실범) ① 과실로 인하여 제95조 또는 제96조의 죄를 범한 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 업무상 과실이나 중대한 과실로 인하여 제95조 또는 제96조의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고나 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

나. 미수범

1) 의의

‘미수범’이란 범죄의 실행에 착수하여 행위를 마치지 못했거나 마쳤더라도 결과가 발생하지 않은 경우를 말하며, 실행에 착수했다는 점에서 예비·음모와 구별되고 결과가 발생하지 않았다는 점에서 기수와 구별된다.

2) 규정 방식

미수범은 원칙적으로 처벌되지 않으며 법률에 특별한 규정이 있어야만 예외적으로 처벌되는데(「형법」 제29조), 행위의 결과가 발생하지 않았으나 구성요건상 실행행위의 착수에 이른 것만으로도 가벌성이 충분히 인정되는 경우가 대표적이다.

미수범은 통상 “미수범은 처벌한다”라고 간단히 규정한다. 미수범은 「형법」 총칙상 임의적 감경 대상인 장애미수(「형법」 제25조), 필요적 감면 대상인 중지미수(「형법」 제26조), 임의적 감면 대상인 불능미수(「형법」 제27조)로 나누어지므로 위와 같이 간단히 규정함으로써 행정벌칙에 「형법」이 적용되어 기수범과 비교하여 감경·감면이 결정되는 것이다.

한편 위와 같은 「형법」에 따른 감경·감면을 배제하려고 할 경우에는 특별한 법정형을 두거나 “본죄에 준하여 처벌한다”라는 특별규정을 둘 수 있다.

[입법례]

남북교류협력에 관한 법률

제27조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조제1항 및 제6항 단서에 따른 승인을 받지 아니하고 북한을 방문한 자
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제9조제1항 및 제6항 단서에 따른 승인을 받은 자
3. 제13조제1항에 따른 승인을 받지 아니하고 물품등을 반출하거나 반입한 자

4. ~ 6. (생략)

② (생략)

③ 제1항 각 호의 미수범은 처벌한다.

출입국관리법

제99조(미수범 등) ① 제93조의2, 제93조의3제1호·제3호, 제94조제1호부터 제5호까지 또는 제18호 및 제95조제1호의 죄를 범할 목적으로 예비하거나 또는 음모한 사람과 미수범은 각각 해당하는 본죄에 준하여 처벌한다.

② 제1항에 따른 행위를 교사하거나 방조한 사람은 정범(正犯)에 준하여 처벌한다.

다. 예비·음모

1) 의의

‘예비’란 특정 범죄를 실현할 목적으로 행하여지는 준비행위로서 아직 실행에 착수하지 않은 일체의 행위를 말하고, ‘음모’는 예비에 선행하는 범죄 발전 단계에 해당하는 것을 말하는데, 우리나라 법제상 예비·음모를 구별하여 규정하기 보다는 병렬적으로 규정하고 있으므로 이를 구별할 실익은 크지 않다.

2) 규정 방식

예비·음모는 원칙적으로 처벌되지 않고 예외적으로 특별한 규정이 있으면 처벌된다. 미수와 달리 감경 규정이 없으므로 예비·음모를 벌하려면 처벌 규정과 형량을 따로 규정해야 한다. 예비·음모는 실행의 착수에 나아가지 않은 행위이므로 기수의 형보다 가볍게 정하는 것이 일반적이다. 그러나 미수범의 경우처럼 기수범과 동일한 형에 처한다는 방식의 특별 규정을 둘 수도 있다.⁵⁶⁸⁾

568) 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제477조제1항, 「출입국관리법」 제99조제1항

[입법례]

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률

제18조(벌칙) ① 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 3. (생략)

② 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.

③ ~ ⑤ (생략)

제18조의3(예비·음모) ① 제18조제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제18조제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

라. 교사·방조

1) 의의

‘교사범’이란 타인을 꾀어 범죄 실행의 결의를 생기게 하고 이러한 결의에 따라 범죄를 실행하게 하는 자를 말하고, ‘방조범’이란 타인의 범죄 실행을 용이하게 하는 자를 말한다.

2) 규정 방식

교사범의 처벌에 관해서는 「형법」 제31조⁵⁶⁹⁾가 적용되므로 특별히 개별법에서 따로 규정하지 않는다. 그러나 형량을 본범(本犯)과 다르게 정하는 등 「형법」 규정과 내용을 다르게

569) 「형법」

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.

③ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.

하려고 할 경우에는 이를 규정한다.

원래 교사행위는 죄를 저지를 의사가 없는 남에게 범죄 실행의 결의를 가지게 하는 행위를 말하므로, 본법의 범죄 실행행위와 교사범의 처벌에는 밀접한 관련이 있다. 그러나 교사행위 자체에 큰 반사회성이 인정되어 교사받은 자가 행한 행위와 관계없이 이를 별도의 처벌 대상으로 하는 것이 적당한 경우로서 본법의 법정형과 다르게 규정하려면 독립한 범죄유형으로 해당 조문에서 명시한다.

방조행위에 「형법」 제32조⁵⁷⁰⁾가 적용되므로 방조행위도 교사행위와 같이 형량을 특별히 규정할 필요가 있을 때에만 규정한다. 또한, 방조범의 형량은 「형법」상 정범의 형량보다 필요적으로 가볍게 하는 점에 비추어 특별히 따로 규정하는 경우라도 이 점을 충분히 고려해야 한다.

[입법례]

장기등 이식에 관한 법률

제45조(벌칙) ① 제7조제1항제1호 또는 제3호를 위반하여 장기등을 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하거나, 이를 교사·알선·방조하는 자 또는 같은 조 제3항을 위반하여 장기등을 적출하거나 이식한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제7조제1항제2호를 위반하여 장기등을 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하거나, 같은 조 제2항을 위반하여 같은 조 제1항제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다.

③·④ (생략)

관세법

제271조(미수범 등) ① 그 정황을 알면서 제269조 및 제270조에 따른 행위를 교사하거나 방조한 자는 정범(正犯)에 준하여 처벌한다.

②·③ (생략)

570) 「형법」

제32조(중범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다.

② 중범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

마. 형의 가중·감면

「형법」 총칙에서는 모든 범죄에 공통되는 일반적인 가중·감면 사유만을 규정하고 있으므로 특정한 범죄에만 적용되는 가중·감면 사유는 해당 법률에서 규정해야 한다.

개별법에서 「형법」상 임의적 형의 감경·면제 사유를 필요적 형의 감경·면제사유로 규정하거나, 역으로 「형법」상 필요적 감경·면제 사유를 임의적 감경·면제 사유로 규정하는 경우가 있다. 필요적 형의 감경·면제 사유를 규정하려는 경우에는 관련 법익에 대해 신중히 검토하여 필요한 경우에만 규정하도록 한다.

「형법」에서는 자백에 대해 일률적으로 형을 감경하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 행정법규의 목적 달성, 실체적 진실 발견, 공공복리 실현 등에 현저한 기여를 하는 자백의 경우에는 따로 자백에 대한 형의 감경 또는 면제 조항을 두되, 임의적 감면 형식으로 규정하도록 한다.

[입법례]

진실·화해를 위한 과거사정리 기본법

- 제46조(형의 감경 등) ① 이 법에 따라 선서한 증인 또는 감정인이 거짓의 증언 또는 감정을 하고 그 범죄가 발각되기 전에 자백한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
- ② 제1항의 자백은 위원회에서 진실규명사건에 대한 결정을 종료하기 전에 하여야 한다.

조세범이나 이에 준하는 재정범(관세사범 등)에서는 특히 벌금형에 관하여 「형법」 총칙에서 정하는 형사미성년자(「형법」 제9조)·심신장애인(「형법」 제10조)·농아자(「형법」 제11조) 등의 규정을 적용하지 않는다는 것을 규정한 것도 있다.

[입법례]

담배사업법

- 제31조(「형법」의 적용 제한) 이 법에서 정한 죄를 저지른 자에 대해서는 「형법」 제9조, 제10조 제2항, 제11조, 제16조, 제32조제2항, 제38조제1항제2호 중 벌금 경합에 관한 제한가중규정과 같은 법 제53조는 적용하지 아니한다. 다만, 징역형에 처할 경우 또는 징역형과 벌금형을 병과할 경우의 징역형에 대해서는 그러하지 아니하다.

바. 친고죄와 반의사불벌죄

1) 의의

‘고소’란 범죄의 피해자나 그와 일정한 관계가 있는 자가 수사기관에 대해 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말하며, ‘고발’이란 고소권자와 범인 외의 제3자가 수사기관에 범죄사실을 신고하여 형사처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 고소·고발은 일반적으로 수사의 단서가 되지만, 모욕죄나 관세법 위반죄 등에서는 고소·고발이 소송조건(공소제기요건, 1심 공소유지요건)이 된다.⁵⁷¹⁾

‘반의사불벌죄’란 피해자의 명시한 의사를 거스르며 수사를 개시하거나 공소를 제기할 수 없는 범죄를 말하며 피해자의 의사표시는 소극적인 소송조건이다.

2) 규정 방식

친고죄의 규정 방식은 “...의 죄는 고소(고발)가 있어야 공소를 제기할 수 있다”라는 형식⁵⁷²⁾을 취하여 고소(고발)를 공소제기의 필요조건으로 규정한다.

친고죄는 범죄인 처벌보다 피해자의 명예를 보호하는 것이 필요한 경우나 친족 사이의 범죄나 사소한 범죄처럼 국가의 개입을 자제할 필요가 있는 경우 등에 도입되어 있다.

고소(고발)의 취소에 관하여 형사법에 대한 특례를 규정하려면 그 뜻과 취소의 허용 시기를 정한다.

반의사불벌죄를 구성할 때에는 일반적으로 “...의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다”는 형식을 취한다. 반의사불벌죄 규정은 주로 개인적 법익에 대한 비교적 중하지 않은 범죄에 규정하며, 국가적·사회적 법익침해에 해당하는 행정범의 경우 피해자의 처벌의사를 소추요건으로 규정하여 공소권을 제한하는 것은 신중해야 한다.

571) 고발이 소송조건인 범죄로는 「조세범처벌법」 위반, 「관세법」 위반, 「출입국관리법」 위반, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 위반, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 위반, 「물가안정에 관한 법률」 위반, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 위반 등이 있다.

572) 종전 입법례 중에는 “...의 죄는 고소(고발)가 있어야 논한다”는 표현을 사용한 사례도 있으나, 고소나 고발이 없더라도 수사는 진행할 수 있고, 고소나 고발은 공소제기 전까지 있으면 되므로 이러한 표현은 정확한 표현이 아니다.

[입법례] 친고죄를 규정한 사례

발명진흥법

- 제58조(벌칙) ① 제19조를 위반하여 부정한 이익을 얻거나 사용자등에 손해를 가할 목적으로 직무발명의 내용을 공개한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 제1항의 죄는 사용자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

[입법례] 반의사불벌죄를 규정한 사례

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

- 제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

교통사고처리 특례법

- 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호(救護)하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기(遺棄)하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다)와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. ~ 12. (생략)

6. 「형법」의 적용 제한 규정

행정형벌을 모두 아우르는 통칙적인 규정은 아직 없다. 「형법」 총칙은 다른 법령에도 적용되지만 다른 법령에 특별한 규정이 있으면 적용되지 않는다(「형법」 제8조). 행정법의 다양성에 기인한 행정형벌의 성질과 위 「형법」 조항에 따라 「형법」의 적용을 제한하는 규정을 들 수 있으며, 해당 행정법의 목적의 범위에서 적용이 배제되는 「형법」 조항은 다양하다.

[입법례]

관세법

제278조(「형법」 적용의 일부 배제) 이 법에 따른 벌칙에 위반되는 행위를 한 자에게는 「형법」 제38조제1항제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정을 적용하지 아니한다.

선박법

제39조(「형법」 공범례의 적용 배제) 제32조 및 제33조에서 정한 죄에 대하여는 「형법」 제30조부터 제32조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

7. 양벌 규정

가. 양벌 규정의 필요성과 적용 대상 형벌

‘양벌 규정’은 어떤 범죄가 이루어진 경우에 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 행위자와 일정한 관계가 있는 타인(자연인 또는 법인)에 대해서도 형을 과하도록 정한 규정을 말한다. 양벌 규정은 벌칙규정에 행위자만을 처벌하는 것만으로는 형벌의 목적을 달성하기 어렵다는 전제에서 비롯한다.

어떤 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인·종업원이 위법행위를 한 경우 벌칙 규정을 적용받아 처벌되는 것은 실제 행위를 한 자이다. 이 경우 실제로 그 위반행위에 따라 이익 등을 얻고 있는 자는 그 법인 또는 사용주이므로 법인 또는 사용주가 이와 같은 위반행위를 방지하고 장래에 대한 예방 조치를 강구할 책임이 있다고 할 것이다. 이러한 이유에서 이러한 책임을 다하지 못한 법인 또는 사용주에 대해 형을 과하는 양벌 규정을 두게 된다.

양벌 규정에 따른 법인 또는 개인(사용주·고용주 등)에 대한 벌칙은 벌금형에만 한정되고, 징역이나 금고를 과하지는 않는다. 법인에는 징역형 등 자유형을 과하는 것이 불가능하고 자연인에게는 그것이 불가능한 것은 아니지만 법인과 의 형평성도 고려할 필요가 있기 때문이다.

한편 국가 또는 지방자치단체도 법인이라는 것은 하나 국가는 형벌권의 주체이지 객체는 될 수 없으므로 국가와 국가의 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체는 양벌 규정에 의한 처벌 대상이 아니라는 것이 판례의 입장이다.⁵⁷³⁾

573) 헌법 제117조, 「지방자치법」 제3조 제1항, 제9조, 제93조, 「도로법」 제54조, 제83조, 제86조의 각 규정을 종합하여 보면, 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결).

나. 양벌 규정의 규정 방식

1) 일반적인 양벌 규정의 규정 방식

종전에는 법인이나 사용인의 양벌 규정을 규정하면서 영업주에 대한 면책 가능성에 관한 규정을 두지 않는 경우가 많았다.

[종전 규정 방식]

제○조(양벌규정) ① 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관해 제○조부터 제○조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 법인에도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다.

② 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관해 제○조부터 제○조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.

그러나 종업원의 업무상 위반행위에 대해 개인인 영업주를 자유형과 벌금형에 처하는 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」상의 양벌 규정에 대해 헌법재판소에서 개인인 영업주에 대한 면책 가능성에 관한 규정을 두지 않은 양벌 규정은 책임주의 위반이라는 이유로 위헌 결정⁵⁷⁴⁾함에 따라, 양벌 규정 단서에서 면책 규정을 두는 것을 원칙적 규정 방식으로 하고 있다.

양벌 규정을 규정하면서 종전에는 법인에 대한 양벌 규정과 개인에 대한 규정을 항을 나누어 각각 규정했으나, 이 경우 각 항에 선입과 감독에 대한 주의의무를 다한 경우에 처벌되지 않는 면책 규정을 각각 두게 된다. 유사한 표현을 두 항으로 나누어 규정하는 것이 입법경제상 비효율적이므로 법인·개인을 묶어 양벌 규정 사항을 규정한다.

[입법례]

하천법

제97조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제93조부터 제96조까지의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

574) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정

2) 양벌 규정의 적용 대상에 따른 규정 방식

가) 양벌 규정 적용 대상을 특수한 업무 주체로 하는 경우

[입법례]

건축사법

제40조(양벌규정) 건축사사무소개설자의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 건축사사무소개설자의 업무에 관하여 제39조, 제39조의2 또는 제39조의3의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 건축사사무소개설자에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 건축사사무소개설자가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

나) 양벌 규정 적용 대상에 법인격 없는 단체를 포함하는 경우

양벌 규정의 적용 대상에 법인격 없는 단체를 포함하려는 경우에는 대법원 판례상 양벌 규정에 규정된 “법인”에 법인격 없는 사단이 포함되지 않으므로(대법원 1995. 7. 28. 94도 3325 판결) 행정 목적상 이를 처벌하기 위해서는 조문 본문에 별도로 법인격 없는 단체를 포함해 규정해야 한다.

[입법례]

자격기본법

제42조(양벌규정) 법인 또는 단체의 대표자나 법인·단체 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제39조, 제40조(제5호는 제외한다) 또는 제41조의 어느 하나의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인·단체 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 양벌 규정의 적용 형벌에 따른 규정 방식

가) 벌금형만 규정하는 경우

[입법례]

가축전염병 예방법

제59조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제56조부터 제58조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

나) 벌금 또는 과료의 형을 규정하는 경우

[입법례]

도로교통법

제159조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제148조, 제148조의2, 제149조부터 제157조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금 또는 과료의 형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

다) 개별적으로 벌금형을 규정하는 경우

양벌 규정에서 별도의 벌금형을 규정하는 경우는 범죄(위반)행위자에 대한 벌칙이 자유형만으로 규정되어 있어 이 규정을 법인에 적용하는 것은 곤란하므로 양벌 규정의 입법 목적에 맞게 개별적으로 벌금형을 규정하기 위함이다.

[입법례]

아동·청소년의 성보호에 관한 법률

제32조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제11조제3항·제5항, 제14조제3항, 제15조제2항·제3항 또는 제31조제3항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)하고, 제11조제1항·제2항·제4항·제6항, 제12조, 제14조제1항·제2항·제4항 또는 제15조제1항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

라) 법인에 대한 벌금형을 개인과 달리하는 경우

법인에 대해서는 개인에 대한 벌금형보다 더 가중하여 규정하는 경우도 있다.

[입법례]

디자인보호법

제220조(침해죄) ① 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

② (생략)

제222조(허위표시의 죄) 제215조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제223조(거짓행위의 죄) 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로서 디자인등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제227조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제220조제1항, 제222조 또는 제223조의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제220조제1항의 경우: 3억원 이하의 벌금
2. 제222조 또는 제223조의 경우: 6천만원 이하의 벌금

8. 행정질서벌(과태료)

가. 행정형벌과의 차이

행정질서벌인 과태료는 행정법규 위반의 정도가 비교적 경미하여 간접적으로 행정 목적 달성에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대해 과하는 일종의 금전벌이다.⁵⁷⁵⁾

행정형벌은 직접적으로 행정 목적이나 사회법익을 침해하는 경우에 과한다는 점에서 과태료와 차이가 있다. 과태료는 형벌이 아니므로 「형법」 총칙의 규정이 자동적으로 적용되지는 않는다. 또한 과태료를 부과 받더라도 전과로 되지 않으며 다른 형벌과 누범관계가 생기지 않는다.

나. 「질서위반행위규제법」의 제정·시행

「질서위반행위규제법」의 시행(법률 제8725호, 2007. 12. 21. 제정, 2008. 6. 22. 시행)⁵⁷⁶⁾ 전에는 과태료의 부과 징수에 관한 일반법이 없어 개별법에 별도의 규정을 두지

575) 대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400

576) 「질서위반행위규제법」의 주요 내용

1. 과태료에 관한 일반원칙, 부과, 불복, 집행 절차 등을 규정하는 일반법
 - 법률상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위(대통령령으로 정하는 사법상·소송상 의무 위반에 따른 과태료 및 대통령령으로 정하는 법률에 따른 징계에 대한 과태료는 제외)를 '질서위반 행위'로 정의(제2조)
 - 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 같은 법의 규정에 저촉되는 것은 같은 법으로 정하는 바에 따르도록 함(제5조).
2. 질서위반행위의 성립 요건
 - 고의·과실을 질서위반행위의 성립 요건으로 규정(제7조)
 - 위법성 착오에 정당한 이유가 있는 경우, 14세 미만자 또는 심신장애인의 질서위반행위는 면책 또는 감경(제8조부터 제10조까지)
 - 확정된 과태료의 소멸시효를 5년으로 규정(제15조)
3. 과태료 부과·징수 절차
 - 과태료 부과 시 사전 통지 및 10일 이상 의견 제출 기회 부여(제16조)
 - 과태료부과의 제척기간: 질서위반행위가 종료한 날부터 5년(제19조)
 - 당사자가 60일 이내에 이의를 제기하고 행정청이 이를 법원에 통보하면 과태료 재판이 진행되고, 그 재판절차에 관하여 상세히 규정되어 있으며, 「비송사건절차법」은 일부 규정(관할, 비용, 대리 등)만이 준용되고 있음(제4장)
 - 행정청은 법원의 요구가 있거나 법원의 허가를 받으면 재판에 참여 가능(제32조)

않는 경우에 형사미성년이나 심신상실 규정이 적용되는지, 시효로 소멸되는지, 가산금을 부과할 수 있는지 등이 불분명하여 해석상 논란이 되어 왔다.

「질서위반행위규제법」에서는 과태료의 부과·불복·집행 절차와 귀책사유, 소멸시효, 과태료의 실효성 제고 수단(가산금, 증가산금) 등을 규정하여 과태료의 부과와 징수 절차를 명확히 하고 있다.

다. 처분 대상 위반행위

1) 일반 유형

행정 목적 달성에 지장이 적은 경미한 의무위반행위에 대해서는 지나친 형사처벌을 억제하여 다수 국민이 전과자가 되는 것을 막고, 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 벌칙의 불균형을 해소하기 위해 행정 목적 달성에 지장이 적은 것으로 보이는 다음과 같은 유형의 의무위반에 대해서는 가능하면 과태료를 부과하도록 한다.

- ① (인허가 등) 특정 영업이나 행위에 필요한 행정청의 인허가, 승인, 지정, 등록 등에 관한 의무 위반행위
- ② (신고) 특정 영업이나 행위를 하기 위해 법령에 따라 행정청에 문서로 제출해야 하는 의무를 위반하는 행위(영업 개시신고, 변경신고, 승계신고, 휴·폐업신고, 행위신고)
- ③ (보고) 법령의 적용을 받는 개인, 법인이나 행정기관의 위임이나 위탁을 받은 단체 등이 특정한 사항의 보고의무나 자료제출 의무를 불이행하는 행위(특정 사실의 발생을 행정청에 통지, 통보, 신고할 의무 불이행, 법령에 따른 보고나 자료제출 의무 불이행허가증·요금표 등 표지물의 게시 위반 등)
- ④ (행정상 명령) 행정청이 특정인에게 부과하는 일정한 법률상의 작위, 부작위 또는 수인(受忍) 의무 등을 불이행하는 행위(이행명령, 개선명령, 시정명령, 조치명령, 보완명령)

- 과태료 재판은 검사의 명령으로 집행하되 그 집행을 행정청에 위탁할 수 있고, 지방자치단체의 장이 위탁받는 경우에는 집행한 과태료를 지방자치단체의 수입이 되도록 함(제42조, 제43조).

4. 과태료의 실효성 제고

- 당사자가 과태료를 자진 납부 시 감경(제18조)
- 행정청에 질서위반행위에 대한 조사권과 공공기관 등에 대한 자료제공요청권 부여(제22조, 제23조)
- 과태료 체납 시 불이익: 가산금 부과, 관허사업 제한, 고액·상습체납자의 경우 신용정보기관에 관련 정보 제공, 30일의 범위 내에서의 감치(제24조, 제52조부터 제54조까지)

- ⑤ (조사) 행정 목적을 달성하기 위해 행정기관의 직원이 그 감독을 받는 사업장, 공장, 창고 등에 출입하여 장부·서류를 조사하는 등을 기피하거나 방해하는 행위(조사의 방해·기피·회피, 자료제출·설명·보고 명령(요구) 불응, 출석이나 진술·답변 요구 불응)
- ⑥ (계획) 업무수행을 위해 자체적으로 계획, 대책, 규정, 기준 등을 수립·작성하고 이를 보고할 의무를 이행하지 않거나 수립한 계획 등을 이행하지 않는 행위
- ⑦ (유사명칭) 법률상 특정 자격을 갖춘 자가 아님에도 해당 자격명칭을 사용하거나 법률에 따라 설립 또는 구성된 특정 기관의 명칭을 그 기관 외의 자가 사용하는 행위
- ⑧ (교육) 법률상 일정한 교육을 이수할 의무가 있는 사람이 불이행하거나 관리자 등이 교육 대상자에 대해 교육을 시키지 않거나 교육 참가를 허용하지 않는 행위(보수교육, 연수교육, 안전교육, 위생교육)
- ⑨ (강제보험) 의무보험에 가입할 의무를 이행하지 않는 경우, 보험자가 보험계약의 체결을 거부하거나 보험사고 시 보험금 지급을 거절하는 행위
- ⑩ (게시) 법령에 따른 자격이 있음을 나타내는 증명서나 요금 등의 정보를 영업소, 사업장 등에 게시하지 않는 행위
- ⑪ (보존) 법령에 따라 기록·보존되어야 할 사항을 작성하지 않거나 보존하지 않는 행위와 장부를 비치하거나 열람에 제공하지 않는 행위
- ⑫ (통지) 특정 사실을 당사자 또는 이해관계인에게 통지, 통보, 설명할 의무를 위반하거나 일반인이 알 수 있도록 외부에 공지·공시할 의무를 위반하는 행위
- ⑬ (인력배치) 업무상 특정 인력을 배치하도록 규정하고 있음에도 해당 인력을 선임, 지정, 배치하지 않는 행위
- ⑭ (인증) 사용이나 판매를 위해 사전에 검정이나 인증을 받아야 할 의무를 이행하지 않는 행위로서 그 대상의 특성에 따라 형식승인, 검정, 형식검정, 형식등록 등 다양한 명칭으로 표현됨
- ⑮ (검사) 안전 등을 위해 정기적으로 또는 필요 시 받아야 하는 검사나 점검을 받지 않는 행위
- ⑯ (표시) 상품이나 서비스 제공 수단에 법령에서 정한 특정사항을 표시하지 않거나 표시 방법을 위반하는 행위
- ⑰ (토지출입) 행정청이나 사업시행자 등 권한 있는 자가 공사, 조사, 측량 등을 위하여 타인의 토지에 출입하는 것을 거부·방해·기피하는 행위나 공무원 등이 토지 출입 시에 지켜야 할 의무를 위반하는 행위
- ⑱ (기타) 준수사항 위반, 겸직금지 등

2) 과태료 처분 대상의 예외

위 유형에 속하더라도 다음 사항은 형사별로 처벌하도록 한다.

- ① 단순한 행정질서 위반이라도 이와 관련성이 깊은 범죄를 예방하는 데에 필요한 사항
- ② 행정질서 위반이 결과적으로 위생과 안전의 확보를 크게 저해하는 사항
- ③ 정부 역점 시책에 관련되는 사항
- ④ 제도의 목적 자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우 영업신고 등)
- ⑤ 그 밖에 제도의 목적 달성을 위해 반드시 형벌로 처벌해야 할 사항 등

라. 과태료 상한액

법률에서 과태료 상한액을 정할 때에는 동일 유형의 과태료 상한액 입법례, 위반행위의 내용(보호가치 등), 위반의 양태(부정한 방법 사용 여부 등), 해당 분야의 특성(영업의 종류 및 규모 등), 행위주체(대기업 등), 그 밖의 정책적 요소 등을 종합적으로 고려하여 적절한 상한액을 정하여야 한다.⁵⁷⁷⁾⁵⁷⁸⁾

과태료 상한액이 높고 과태료 대상 행위가 다양한 경우에는 단일한 과태료 상한액을 규정하는 것보다는 과태료 상한액을 세분화하는 방안을 고려할 필요가 있다.

더불어, 벌금을 과태료로 전환할 때에는 특별한 사정이 없으면 동일 금액으로 전환되도록 하여야 할 것이다.

577) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 과태료 상한은 원칙적으로 1천만원 이하에서 설정하되, 그보다 높게 설정할 필요가 있는 경우에도 가급적 3천만원 이하에서 설정하도록 한다.

578) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 행위유형별 최빈금액 및 중위금액

(단위 : 만원)

행위유형	인허가	신고	보고	명령	조사	계획	유사명칭	교육	강제보험
최빈값	5백	5백	5백	1천	5백	1천	5백	1백	3백
중앙값	5백	3백	5백	5백	5백	1천	3백	3백	5백
행위유형	게시	보존	통지	인력배치	인증	검사	표시	토지출입	전체
최빈값	3백	5백	5백	5백	5백	5백	5백	2백	5백
중앙값	3백	5백	5백	5백	5백	5백	5백	3백	5백

마. 과태료의 부과·징수 절차

1) 종전의 규정 방식

「질서위반행위규제법」이 시행되기 전에는 개별 법률에 과태료에 관한 규정에 i) 과태료의 부과근거, ii) 부과징수 절차의 위임, iii) 불복절차 및 iv) 강제징수 등 과태료의 부과·징수 절차를 두는 경우가 많았다.

2) 「질서위반행위규제법」 시행 이후 규정 방식

「질서위반행위규제법」 제5조에서는 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 같은 법의 규정에 저촉되는 것은 같은 법으로 정하는 바에 따르도록 하고 있으므로, 개별 법률에서 이러한 사항들을 두는 것은 불필요하게 되었고, 현행법에 규정되어 있는 이런 규정은 해석상 혼란을 줄 수 있으므로 삭제하도록 한다.

따라서 과태료 규정에서는 부과절차·징수에 관한 규정은 생략하고 부과요건과 부과권자 등에 관한 규정만 둔다. 이 경우 부과절차 등을 「질서위반행위규제법」에 따른다는 별도의 규정을 두지는 않는다. 법률의 과태료 규정이 이런 방식으로 정비되어 있지 않은 경우에도 시행령상의 종전 규정 방식은 먼저 정비하도록 한다.

입법 모델

【법률】

제○조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제○조를 위반하여 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자
2. 제○조를 위반하여 ○○○○사임을 표시하거나 유사한 용어를 사용한 자

② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 ○○○○장관이 부과·징수한다.

입법례 중 과태료의 부과기준을 규정할 만한 사항이 없는 경우에도 위 입법 모델 제2항과 같은 내용을 규정하여 하위법령 입안 시에 어려움을 겪는 경우가 종종 있다. 따라서 과태료의 부과기준 등 대통령령으로 정할 사항이 있는 경우에만 입법 모델 제2항과 같은 내용을 규정한다.

입법 모델 제2항과 같은 규정을 두지 않는 경우에는 제1항에서 과태료 부과권자를 명시해야 할 것이다.⁵⁷⁹⁾ 또한 대통령령으로 정할 사항이 과태료의 부과기준만인 경우라면 입법 모델 중 제2항을 “제1항에 따른 과태료의 부과기준에 대해서는 대통령령으로 정한다”라고 규정할 수도 있다. 이 경우에도 제1항에서 과태료 부과권자를 명시해야 한다.

한편 법률에서 동일한 과태료 금액에 대해 다수의 과태료 부과 대상자를 규정하면서, 그에 따른 과태료 부과권자가 각각 다른 행정기관인 경우에 대다수의 입법례는 과태료 부과권자를 병렬적으로 열거하고 있으나,⁵⁸⁰⁾⁵⁸¹⁾ 위반행위별 과태료 부과권자를 적시한 입법례도 일부 있다. 후자의 경우 법률에서 규정한 것⁵⁸²⁾과 대통령령에서 규정한 것⁵⁸³⁾이 있다.

과태료 부과 요건인 의무의 내용을 규정한 개별 실체 규정에서 해당 의무와 관련된 행정 업무를 수행할 수 있는 권한자를 확인하여 과태료 부과권자를 특정할 수 있다면 굳이 법률 또는 대통령령에서 위반행위별로 과태료 부과권자를 적시할 필요성은 적을 것이다.

반면에, 법률 문언 표현상 과태료 부과권자를 규정한 조문만으로는 각 위반행위별 과태료 부과권자가 누구인지를 명확히 파악하기가 어려운 경우에는 과태료 부과권자를 적시하도록 한다. 이 경우 대통령령에서 규정하는 것은 하위법령에서 행정권한 관계를 창설하여 규정하는 것으로 보일 수 있고, 자칫 법률상 입법취지와 다르게 하위법령에서 행정권한 관계를 특정하여 규정하는 결과를 초래할 수 있으므로 법률에서 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 법률에서 과태료 부과권자를 구분해 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제144조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제44조의3제2항에 따른 허가를 받지 아니하고 공동구를 점용하거나 사용한 자

579) ○○○장관은 ~~~한 자에게 000만원 이하의 과태료를 부과한다.

580) 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제22조, 「가축 및 축산물 이력관리에 관한 법률」 제34조 등

581) 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제111조제2항에서는 같은 조 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관, 해양수산부장관, 시·도지사 또는 지적소관청이 부과·징수한다고 규정하고 있을 뿐 각각의 위반행위별로 과태료 부과권자를 구분하여 명시하고 있지는 않으나, 이는 같은 조 제1항 각 호의 위반행위에 대한 과태료 부과·징수를 국토해양부장관, 해양수산부장관, 시·도지사 또는 지적소관청이 모두 할 수 있다는 것이 아니고, 이 중 행정권한이 있는 자가 해당 위반행위에 대해 과태료를 부과·징수할 수 있다고 보아야 한다(법제처 2020. 6. 3. 19-0666 해석례).

582) 「골재채취법」 제52조, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제144조 등

583) 「건축서비스산업 진흥법 시행령」 제26조, 「국민건강증진법 시행령」 제33조 등

- 2. 정당한 사유 없이 제130조제1항에 따른 행위를 방해하거나 거부한 자
- 3. 제130조제2항부터 제4항까지의 규정에 따른 허가 또는 동의를 받지 아니하고 같은 조 제1항에 따른 행위를 한 자
- 4. 제137조제1항에 따른 검사를 거부·방해하거나 기피한 자
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
 - 1. 제56조제4항 단서에 따른 신고를 하지 아니한 자
 - 2. 제137조제1항에 따른 보고 또는 자료 제출을 하지 아니하거나, 거짓된 보고 또는 자료 제출을 한 자
- ③ 제1항과 제2항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 자가 각각 부과·징수한다.
 - 1. 제1항제2호·제4호 및 제2항제2호의 경우: 국토교통부장관(제40조에 따른 수산자원보호 구역의 경우 해양수산부장관을 말한다), 시·도지사, 시장 또는 군수
 - 2. 제1항제1호·제3호 및 제2항제1호의 경우: 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수

바. 과태료에 책임주의 원칙 도입

종래 판례⁵⁸⁴⁾는 과태료는 행정질서별로 고의·과실을 요구하지 않았으나, 「질서위반행위규제법」의 시행에 따라 과태료 부과에도 고의·과실을 필요로 하는 책임주의 원칙이 적용된다.⁵⁸⁵⁾

개벌법에서 고의·과실이 없는 경우에도 과태료를 부과할 수 있는 예외 규정을 두는 경우를 상정해 볼 수 있으나, 책임주의를 도입한 「질서위반행위규제법」의 입법취지와 종전에도 의무 위반에 정당한 사유가 있는 경우 과태료 부과를 제한한 판례와의 저촉 가능성 등을 고려할 때 무과실 과태료 규정의 입법은 신중해야 한다.

584) 과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대해 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98두5972 판결).

585) 「질서위반행위규제법」 제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

사. 과태료 부과기준의 규정 방식

1) 일반기준

과태료의 구체적 부과기준은 시행령에 주로 규정한다. 이 경우 과태료 가중·감경과 관련된 내용을 별표 대신 본문에서 규정한 입법례⁵⁸⁶⁾도 있으나, 과태료 관련 가중·감경 기준이 복잡한 경우에는 과태료 가중·감경 사유의 일반기준과 개별기준을 별표에서 적고 「질서위반행위규제법 시행령」 제2조의2에 따른 감액사유는 개별 법령에서 중복하여 규정할 필요가 없다.

입법 모델

[별표 ○]

과태료의 부과기준(제○조제○항 관련)

1. 일반기준

가. 부과권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호의 개별기준에 따른 과태료의 2분의 1 범위에서 그 금액을 줄여 부과할 수 있다. 다만, 과태료를 체납하고 있는 위반행위자에 대해서는 그렇지 않다.

- 1) 위반행위가 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우
- 2) 위반행위자가 법 위반상태를 시정하거나 해소하기 위하여 노력한 사실이 인정되는 경우
- 3) 그 밖에 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 과태료 금액을 줄일 필요가 있다고 인정되는 경우

나. 부과권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호의 개별기준에 따른 과태료의 2분의 1 범위에서 늘려 그 금액을 부과할 수 있다. 다만, 늘려 부과하는 경우에도 법 제□□조제△△항에 따른 과태료의 상한을 넘을 수 없다.

- 1) 위반의 내용·정도가 중대하여 소비자 등에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우
- 2) 법 위반상태의 기간이 6개월 이상인 경우
- 3) 그 밖에 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 과태료 금액을 늘릴 필요가 있다고 인정되는 경우

586) 「문화재수리 등에 관한 법률 시행령」 제31조제2항, 「곤충산업의 육성 및 지원에 관한 법률 시행령」 제8조제2항 등

2. 개별기준

위반행위	근거 법조문	과태료
1. 법 제○조제●항을 위반하여 -----하는 경우	법 제□□조제△△항	3천만원
2. 사업자가 법 제○조제●항을 위반하여 -----하는 경우	법 제□□조제○○항	2천만원

2) 과태료 부과금액

대통령령에서 과태료 부과금액을 정할 때에는 법률에서 정한 과태료 상한액과 지나친 편차가 발생하지 않도록 하여야 한다.⁵⁸⁷⁾

또한, 법률에서 과태료 상한액을 복수로 구분 설정한 경우에는 법률적 판단을 존중하여 과태료 부과금액도 위반행위 간 순서를 유지할 필요가 있다.⁵⁸⁸⁾

아. 위반 횟수별 과태료 가중처분 규정 방식

위반 횟수별 과태료 가중처분 제도는 과태료를 받은 전력이 있음에도 불구하고 또다시 같은 위반행위를 한 자에 대해 그 위반 횟수에 따라 보다 무거운 제재를 가하려는 것으로, 종전 처분의 경고적 기능을 무시하고 같은 위반행위를 반복한 경우 보다 비난 가능성이 크다는 점을 근거로 한다.

다만, 「질서위반행위규제법」상 과태료는 1개의 의무위반행위에 1개의 과태료가 부과됨을 원칙으로 하므로, 위반 횟수별 과태료 가중처분을 규정하더라도 위반행위의 상태가 계속되는 경우에는 1회 위반에 따른 과태료 부과만 가능하다. 따라서 계속되는 위반행위에 대해서는 과태료 외에 다른 제재수단을 함께 두거나 위반 기간에 비례하여 과태료 금액 자체를 증액

587) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 부과금액(위반 횟수별 가중처분의 경우 1차 위반 기준)은 법률상 과태료 상한액의 50% 이상에서 설정하며, 특별한 사유가 있는 경우에도 가급적 30% 이상에서 설정하도록 한다.

588) 법률에서 과태료 상한액이 a행위에 대해 1천만원 이하, b행위에 대해 5백만원 이하로 설정되었으나, 대통령령에서 과태료 부과금액이 a행위에 대해 50만원, b행위에 대해 3백만원으로 규정된 경우는 위반행위 간 순서가 유지되지 않은 경우이다.

하는 방식으로 규정하여 제재의 실효성이 확보되도록 할 필요가 있다.⁵⁸⁹⁾

위반 횟수별 과태료 가중처분 제도를 규정할 때에는 위반 횟수, 가중처분의 기준이 되는 기간과 가중처분이 적용되는 기간의 계산에 대해 명확히 규정하여 집행상 혼란이 없도록 해야 한다.

먼저, 위반 횟수는 3회 이상으로 규정하는 입법례가 많다. 다만, 가중 필요성이 높으면 위반 횟수를 줄일 수 있다.

다음으로, 가중처분의 기준이 되는 기간은 1년 또는 2년인 경우가 일반적이지만 반복 가능성이 높고, 가중 필요성이 높으면 3년 이상⁵⁹⁰⁾으로 설정할 수도 있는데, 비례의 원칙 등을 고려하여 지나치게 장기가 되지 않도록 주의한다.

마지막으로, 가중처분의 적용 대상이 되는 위반행위는 과태료 부과처분 후에 행해진 위반행위만 해당한다는 것이 판례⁵⁹¹⁾ 및 해석례⁵⁹²⁾의 확립된 견해이므로 가중처분의 적용 대상과 관련해서는 ‘과태료 부과처분 후 다시 같은 위반행위를 한 것’에 한정함을 명확히 하도록 한다.

가중처분이 적용되는 기간 계산에서 만료점을 설정할 때에 ① 위반행위일로 하는 경우, ② 적발일로 하는 경우, ③ 행정처분일로 하는 경우를 상정할 수 있으나, 행정처분일은 행정청의 자의적인 집행에 따라 가중처분 여부가 결정되는 문제가 있고, 위반행위일은 객관적인 기준이 될 수 있지만 그 위반행위에 대한 적발이 장기간 경과하여 이루어진 경우에도 가중처분을 해야 하는 불합리한 점이 있으므로, 적발일로 하는 것이 적절하다.

별도의 규정이 없다면 가중처분의 적용 차수를 계산할 때 가중처분 적용 기간에 부과된 처분의 차수를 기준으로 해야 하므로 이를 명확히 하기 위해 ‘가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수의 다음 차수로 한다’라고 규정한다.⁵⁹³⁾

589) 「산업융합 촉진법 시행령」 별표 6, 「자동차손해배상 보장법 시행령」 별표 5, 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 별표 5 등

590) 「학교급식법 시행령」 별표 등

591) ‘처분기준의 적용은 (중략) 행정처분일과 처분 후 재적발일을 기준으로 한다’에서 ‘재적발일’은 종전의 같은 위반행위에 대한 행정처분 후에 영업자가 같은 위반행위를 한 경우로 새김이 타당하다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두2157 판결).

592) 가중된 행정처분을 부과하는 취지는 종전 행정처분의 경고적 기능을 무시하고 다시 위반한 행위를 하였다는 점에서 비난 가능성이 더 크기 때문이라고 할 것인바, (중략) 해당 위반행위는 그 처분일 이후에 발생한 것으로 한정함이 상당하다고 할 것이다(법제처 2013. 11. 13. 13-0381 해석례).

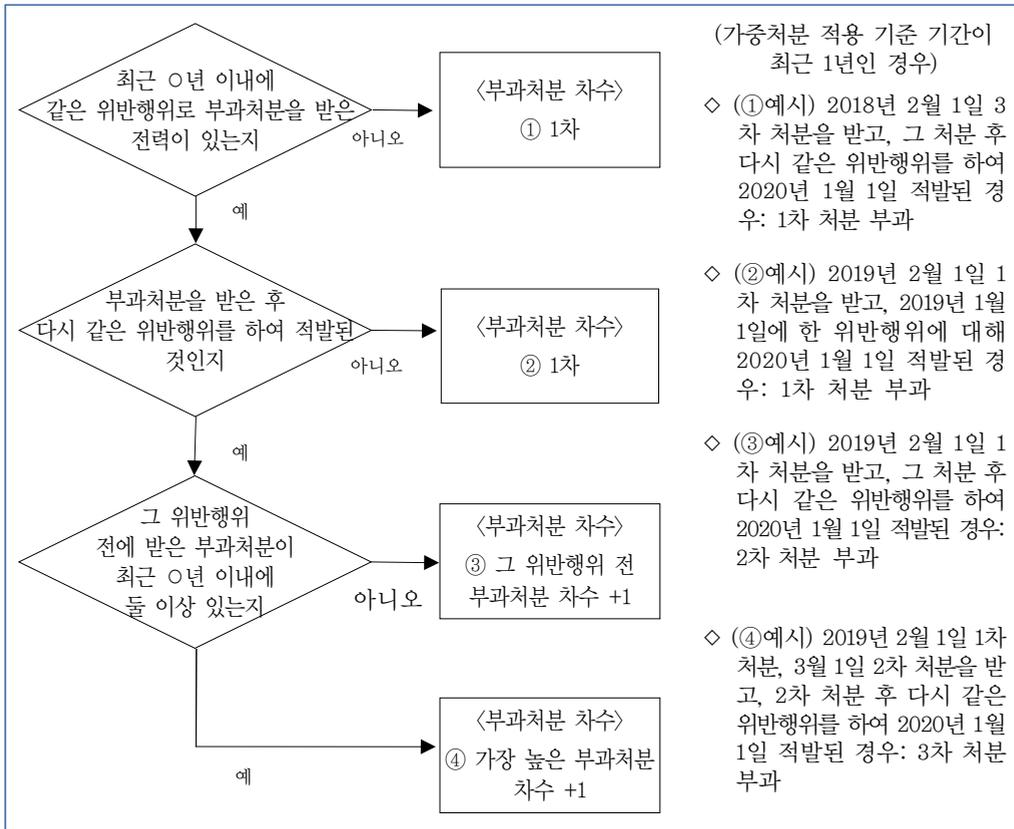
593) ‘최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 다시 개별기준 동일호 또는 동일목의 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우’라 함은 그 문언상 하나의 위반행위가 있어 행정처분을 받고 그로부터 1년 이내에 다시 그와 같은 위반행위를 하는 경우 앞의 행정처분보다 가중된 처분을 하여야 한다는 뜻으로 보아야

입법 모델

가. 위반행위의 횟수에 따른 과태료의 가중된 부과기준은 최근 ○년간 같은 위반행위로 과태료 부과처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대하여 과태료 부과처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.

나. 가목에 따라 가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수(가목에 따른 기간 내에 과태료 부과처분이 둘 이상 있었던 경우에는 높은 차수를 말한다)⁵⁹⁴의 다음 차수로 한다.

[가중처분 적용 순서도 및 예시]



할 것이지, 최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 해당 차수의 가중처분을 함에 있어서 요구되는 위반행위가 모두 발생할 것을 요하는 것으로 볼 것은 아니다(법제처 2005. 10. 5. 05-0039 해석례).

594) 괄호의 규정은 2차 처분 후 그 전의 위반행위가 적발되어 1차 처분을 한 경우와 같이 가중처분 적용기간에 처분이 둘 이상인 경우 1차 처분이 최근의 처분이더라도 가중처분 적용 기간 중의 처분 중 가장 높은 차수인 2차 처분의 다음 차수인 3차 처분을 해야 한다는 의미이다.

제 5 장 부칙 규정

1. 개관

가. 의의

‘부칙’이란 본칙에 부수하여 그 법령의 시행일과 그 법령의 시행에 따르는 과도적인 조치, 그리고 그 법령의 시행에 따라 필요한 다른 법령의 개정 사항 등을 규정한 부분을 말한다.

법령을 제정·개정하고 폐지하는 법제 활동을 통해 추구하려는 내용은 법령의 본칙에 규정되지만, 그 밖에도 법제도가 변동되는 시점을 분명히 하고 종전의 법률관계에서 새로운 법률관계로 전환하는 과정이 순조롭게 되도록 하는 잠정적인 조치나 경과적인 조치 같은 것을 규정할 필요가 있다. 이러한 조치들은 법령의 주요 내용이 되는 기본 제도와는 달리 일정한 기간에만 적용한다든지 특정된 몇몇 사람에게만 적용한다든지 또는 관련되는 법령을 개정해 주는 조치로 법령의 일관성을 유지한다든지 하는 목적이 있는 것으로 본칙과는 달리 잠정적 성격을 띠거나 일시적 조치의 성격을 띤다. 이와 같이 부칙은 일정한 사항에 대해 종전의 법령과 제정·개정 법령 중 어느 법령이 적용되는지를 정하고, 제정·개정 법령이 적용되는 시기·대상 등이나 본칙과 달리 적용되는 사항을 명확히 하는 역할을 한다. 부칙 규정들은 본칙에 부수하므로 본칙을 모두 규정한 다음에 ‘부칙’이라는 표제 아래 따로 모아 둔다.

나. 규정 사항과 규정 순서

1) 일반적인 규정 순서

부칙에 규정하는 사항과 그것들을 배열하는 순서는 다음과 같다.

- 가) 법령의 시행일에 관한 규정
- 나) 법령의 유효기간에 관한 규정
- 다) 기존 법령의 폐지에 관한 규정
- 라) 법령의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정
- 마) 법령의 시행에 따른 적용례에 관한 규정
- 바) 법령의 시행에 따른 특례에 관한 규정
- 사) 법령의 시행에 따른 경과조치에 관한 규정
- 아) 법령과 관련된 다른 법령의 개정에 관한 규정
- 자) 다른 법령과의 관계에 관한 규정

2) 적용례 · 특례 · 경과조치에 관한 부칙 규정의 규정 순서

적용례 · 특례 · 경과조치에 관한 규정이 각각 둘 이상인 경우에는 그 대상이 되는 본칙 규정의 순서에 따라 배열하고, 경과조치 등에 대한 벌칙 또는 과태료가 필요한 경우에는 그 경과조치 등을 규정하는 조에 규정을 두거나 해당 규정 바로 뒤에 둔다.

[입법례] 경과조치 위반에 대한 과태료를 경과조치를 규정한 조에 둔 사례

대 · 중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률

부 칙

(법률 제7864호, 2006. 3. 3.)

- 제9조(중소기업 고유업종의 사업에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전 법 제3조제1항의 규정에 의하여 지정된 중소기업 고유업종은 제29조제1항의 규정에 의하여 지정된 것으로 본다.
- ② 이 법 시행 당시 제29조의 규정에 의한 중소기업 고유업종의 사업을 영위하고 있는 대기업 등은 산업자원부령이 정하는 바에 따라 중소기업청장에게 신고하여야 한다. (단서 생략)
- ③ 제2항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자는 500만원 이하의 과태료에 처하며, 과태료 부과 · 징수의 절차 및 방법은 제43조제2항 내지 제5항의 규정을 준용한다.

다른 법령의 개정이나 폐지에 따라 해당 법령에서 도입하려는 제도에 관한 경과조치가 필요하면 그 개정 또는 폐지에 관한 규정 바로 뒤에 경과조치를 둔다.

[입법례] 다른 법률 개정 바로 다음에 관련 경과조치를 규정한 사례

법인세법
부 칙
(법률 제6558호, 2001. 12. 31.)
제24조(다른 법률의 개정) 개발이익환수에관한법률중 다음과 같이 개정한다.
제12조제1항중 “양도소득세 또는 특별부가세”를 “양도소득세”로 한다.
제25조(다른 법률의 개정에 따른 경과조치) 이 법 시행전에 토지 또는 사업의 양도등으로 인하여 발생한 소득에 대하여 특별부가세가 부과된 경우 당해 세액의 개발비용인정에 관하여는 부칙 제24조의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 의한다.

3) 규정 방식

가) 일반적으로 부칙은 다음과 같은 방식으로 규정한다.

- ① 부칙은 장(章)의 하나가 아니므로 장 번호를 붙이지 않고 “부칙”이란 표제 아래 모아서 규정한다.
- ② 부칙도 분칙과 마찬가지로 조로 구분하고 조에 제목을 붙이되, 조 번호는 제1조부터 새로 시작하도록 한다. 다만, 부칙에서 시행일만을 규정하는 경우에는 조와 조의 제목을 표시하지 않는다.⁵⁹⁵⁾

나) 개별법의 형식으로 부칙 사항을 규정하는 방식

- ① 부칙에 규정할 사항이 대단히 많고 복잡하면 부칙에 규정할 사항만을 분리해 「○○법 시행법」이라는 별개의 법률을 만들 수도 있다.⁵⁹⁶⁾ 이 경우에도 시행일에 관한 규정만은

595) 과거에는 부칙 조문이 2개 이상 5개 이하면 항으로 구분하도록 하였으나, 항을 내용별로 묶을 필요가 있는 경우가 있고, 항에 제목을 붙이는 것도 어색하므로 조문의 개수와 관계없이 부칙도 조로 구분하도록 한다.

596) 별도 시행법령은 그 사례가 거의 없는데, 1962. 1. 20. 법률 제1000호로 제정된 「상법」은 그 부칙 제11조에서 “본법시행에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.”고 규정하고 이에 따라 1962. 12. 12. 법률 제1213호로 61개 조의 「상법시행법」이 제정된 바 있다.

모법의 부칙에 두어야 한다.

② 어떤 법령을 제정하거나 개정하면서 다른 관계 법령의 개정이나 폐지가 필요하면 그 부분만을 분리해 「○○법 시행에 따른 ○○법 등 관계법률의 정리에 관한 법률」 등과 같이 별개의 법률을 만들 수도 있다.⁵⁹⁷⁾

다. 유의 사항

부칙에서 개정된 본칙의 조문을 인용하는 경우 해당 개정법령이 전부개정이든 일부개정 이든 “제○조⁵⁹⁸⁾의 개정규정”으로 표현한다. 특히 본칙에서 신설되거나 삭제된 규정을 인용하는 경우에도 “제○조의 신설 규정”이나 “제○조의 삭제 규정” 등의 표현은 하지 않도록 한다. 다만, 본칙에서 삭제된 조문을 부칙에서 “제○조의 개정규정”으로 인용할 경우 경과 조치 등을 이해하는 데에 어려움이 있을 수 있으므로, 내용을 풀어 쓸 수 있으면 “제○조의 개정규정”이라고 표현하지 않고 알기 쉽게 풀어 쓰도록 노력해야 한다.⁵⁹⁹⁾

[입법례] 삭제된 규정에 관한 경과조치를 알기 쉽게 풀어쓴 사례

고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률
부 칙 (법률 제7875호, 2006. 3. 3.)
제5조(소멸시효에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 이미 발생한 수당 등을 받을 권리로써 종전의 규정에 의하여 소멸시효가 완성되지 아니한 권리에 대한 소멸시효는 「예산회계법」 제96조의 규정에 의한다. ⁶⁰⁰⁾

597) 1996. 12. 31. 법률 제5241호로 제정된 「행정절차법」의 시행에 따른 타법 개정을 위해 1997. 12. 13. 법률 제5453호로 248개 조의 「행정절차법의시행에따른공인회계사법등의정비에관한법률」이 제정된 바 있다.

598) 법령을 개정하면서 조 이동이 있었던 경우라면 개정 후 조 번호를 말한다.

599) 부칙에서 해당 부칙의 다른 규정을 인용하는 경우에는 “부칙 제○조의 규정”으로 표현한다.

600) 본칙에서 3년의 소멸시효를 규정하고 있는 제11조를 삭제하여 구 「예산회계법」 제96조의 원칙으로 돌아가도록 개정한 사례이다.

2. 시행일에 관한 규정

가. 법령의 시행

법령의 ‘시행’이란 법령이 그 자체로서 효력을 가지고 존재하게 되는 상태에 이르는 것을 말한다. 법령을 적용할 사안이 발생하면 법령의 내용을 그 사안에 구체적으로 맞추어 법령이 규정한 법률효과를 발생하게 되는데, 그러려면 우선 법령이 효력을 발생하고 있어야 한다.

법령의 시행일을 따로 규정하지 않더라도 헌법과 「법령 등 공포에 관한 법률」의 일반 규정에 따라 그 법령이 효력을 발생하는 데에는 별다른 문제가 없다.⁶⁰¹⁾ 그러나 법령의 시행 시기를 법령에서 정해두면 나중에 그 법령이 언제 시행되었는지 쉽게 알 수 있다는 장점이 있다.

특히 행정의 범위가 넓어지고 복잡해짐에 따라 정책도 서로 연계성과 의존성이 높아져서 여러 법령이 동시에 시행되어야 하는 경우도 생기고, 다른 법령의 시행을 전제로 해서 법령이 만들어지는 경우도 적지 않게 발생하고 있다. 이런 법령을 체계적으로 시행하기 위해서는 시행일에 대한 규정을 두어 법령의 시행관계를 적절히 관리할 필요가 있다.

나. 시행일 규정의 규정 방식

1) 일반적인 규정 방식

시행일을 정하는 방식에는 기본적으로 다음과 같은 네 가지 유형이 있다.

가) 공포일부터 시행하도록 하는 방식

이 법(영, 규칙)은 공포한 날부터 시행한다.

601) 헌법 제53조제7항과 「법령 등 공포에 관한 법률」 제13조에서는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다고 규정하고 있다.

이 방식은 법령을 긴급히 시행할 필요가 있고 하위법령을 마련할 필요가 없는 경우 등 별도로 법령의 시행에 필요한 준비행위가 없는 경우에 사용된다.

다만, 하위법령 마련이 필요한 경우임에도 부득이하게 법령을 긴급히 시행할 필요가 있어 공포일부터 시행하도록 해야 하는 경우라면 미리 하위법령을 마련하여 상위법령과 동시에 공포하여 하위법령이 마련되지 않아 상위법령이 사실상 시행되지 못하는 경우가 없도록 해야 하며, 적절한 적용례나 경과조치를 두어 국민이 받게 되는 불이익을 최소화할 수 있도록 배려해야 한다.

이러한 방식은 국민이 법령의 시행에 필요한 준비행위를 할 수 있는 기회를 박탈⁶⁰²⁾한다는 점에서 국민의 기본권 제한과 직접적으로 관련되는 법령의 경우에는 사용하지 않도록 주의해야 한다.⁶⁰³⁾

나) 공포일부터 일정 기간을 경과한 날부터 시행하게 하는 방식⁶⁰⁴⁾

이 법(영, 규칙)은 공포 후 ○○일(○개월)이 경과한 날부터 시행한다.

602) 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 환원하는 내용의 변리사법 시행령 개정조항을 즉시 시행하도록 정한 부칙 부분이 수험생들의 신뢰이익을 침해하였다고 판단한 사례가 있다(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899).

603) 「법령 등 공포에 관한 법률」 제13조의2는 국민의 권리제한이나 의무부과와 직접 관련되는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행해야 할 특별한 이유가 있는 경우를 제외하고는 공포일부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 해야 한다고 규정하고 있다.

604) 법령등의 시행일의 기간 계산에 대하여 규정하고 있는 「행정기본법」 제7조제2호 및 제3호에 따르면 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우는 그 공포한 날을 첫날에 산입하지 아니하도록 하고(제2호), 그 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 때에는 그 말일로 기간이 만료하도록(제3호) 규정하고 있다.

[적용 예시]

「행정기본법」 부칙<법률 제17979호, 2021. 3. 23.>

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제22조, 제29조, 제38조부터 제40조까지는 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고, 제23조부터 제26조까지, 제30조부터 제34조까지, 제36조 및 제37조는 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행한다.

- ① 법 시행일 → 2021. 3. 23.(공포일과 동일)
- ② 제22조, 제29조, 제38조부터 제40조까지의 시행일 → 2021. 9. 24.(공포일은 첫날에 산입하지 않고, 3월 24일부터 기산하여 6개월의 기간 만료일은 9월 23일이 되며, 시행일은 그 다음날인 9월 24일이 된다)
- ③ 제23조부터 제26조까지, 제30조부터 제34조까지, 제36조 및 제37조의 시행일 → 2023. 3. 24.(공포일은 첫날에 산입하지 않고, 3월 24일부터 기산하여 2년의 기간 만료일은 2023년 3월 23일이 되며, 시행일은 그 다음날인 2023년 3월 24일이 된다)

이 방식은 정책을 집행하거나 시행할 때 국민이 준비를 할 수 있는 기간을 부여하기 위해 사용된다. 또한 법령을 시행하기 위해 하위법령을 마련해야 하는 경우에 그 작업에 필요한 시간을 확보할 필요가 있는 경우에도 사용된다.

다) 특정한 날부터 시행하게 하는 방식

이 법(영, 규칙)은 ○○○○년 ○월 ○일부터 시행한다.

이 방식은 법령의 시행일을 확정적으로 정할 필요가 있거나 위 나)의 방식의 필요성이 있는 경우에 시행일을 더 분명하게 표시해 주기 위해 사용한다. 예컨대, 대부분 세법을 1월 1일부터 시행하는 것처럼 사안의 성격상 법령의 시행일을 특정일로 하는 경우도 있고, 중요한 법령이 시행됨을 국민에게 사전에 분명히 알려야 할 필요가 있는 경우 등에도 이 방식을 사용한다.

요즘에는 행정의 영역이 광범위해지고 복잡해짐에 따라 서로 관련되는 법령의 시행 시기를 맞추기 위해서 사용되는 경우도 많다. 이러한 경우에도 법령을 시행하기 위해 하위법령을 마련해야 하는 경우에는 그 작업에 필요한 시간을 충분히 고려하여 시행일을 정해야 한다.

라) 특정한 사실의 발생과 연계하여 시행하게 하는 방식

이 법(영, 규칙)은 「대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 및 대한민국과 미합중국 간의 자유 무역협정에 관한 서한교환」이 발효되는 날부터 시행한다.

이 방식은 다)의 방식과 같은 성격을 가지지만, 법령이 특정한 날부터 시행되어야 하는 경우에 그 날짜가 언제인지 미리 알 수 없는 경우에 사용된다. 주로 제도적으로 연결되어 있는 법령이나 조약이 있는 경우처럼 관련 제도 간의 연계성을 분명히 하기 위해 사용하는 경우가 많다.

2) 그 밖의 규정 방식

일반적인 규정 방식 외에 일부 조항의 시행일을 달리하거나, 예외적으로 시행일을 하위 법령에 위임하는 방식으로 규정하기도 한다.

가) 일부 조항의 시행일을 달리하는 규정 방식

법령은 하나로 일체를 이루는 것이므로, 모든 조항을 같은 날에 시행하는 것이 일반적이다. 그러나 일부개정 법령의 경우⁶⁰⁵⁾에는 필요에 따라 각 부분이 달리 시행되어야 할 경우도 생긴다. 개정되는 각 조항이 추구하는 정책의 시행 시기가 다른 경우에 이런 형식을 사용한다.

이와 같이 일부 조항의 시행일을 다른 조항과 달리하는 경우에는 다음과 같이 단서를 두는 방식에 따른다. 이 경우 원칙적으로 시행되는 조항의 수가 많은 쪽을 본문에, 수가 적은 쪽을 단서에서 규정하도록 한다. 비록 단서에 규정되는 조항의 시행일이 본문의 시행일보다 앞선다고 하더라도 같은 방식에 따른다.⁶⁰⁶⁾

[입법례] 시행일을 조항별로 달리 규정하는 사례

산업재해보상보험법
부 칙
(법률 제9988호, 2010. 1. 27.)
제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제11조, 제16조제1항, 제32조, 제33조, 제34조, 제35조, 제43조, 제72조제1항제1호, 제75조 및 제96조제1항제3호의 개정규정 및 부칙 제5조·제6조는 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행하고, 제85조 및 제96조제1항제7호의 개정규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

조문별로 다른 시행일을 문장 하나로 표현하면 알아보기 어려운 경우에는 시행일을 각 호로 열거하는 방식도 사용할 수 있다.

605) 전부개정의 경우에는 종전 규정은 모두 폐지되는 것이 원칙이므로 시행일을 복수로 정하는 경우 적용이 유예되는 규정에 대해서는 적용 범위가 없는 문제가 발생할 수 있어 시행일을 복수로 규정하는 것은 잘 사용되지 않으나, 규정이 신설되는 경우라면 별도의 시행일을 두는 것이 가능하다.

606) 참고로 국회의 실무기준은 어느 하나의 방법을 원칙으로 하지 않고, ① 해당하는 조문이 많은 시행일을 본문에, 해당하는 조문이 적은 시행일은 단서에 두도록 규정하는 방식, ② 시행일이 빠른 순서대로 규정하는 방식, ③ 해당 법률의 핵심취지에 해당되는 내용을 본문에 두는 방식 등이 있음을 기술하고 있다(국회, 『법제이론과 실제』, 2019년, 708~709쪽).

[입법례] 시행일을 각 호로 열거하여 규정한 사례

정부조직법
부 칙
(법률 제7186호, 2004. 3. 11.)
제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 다음 각호의 사항은 각호의 구분에 의한 날부터 시행한다.
1. 제2조제7항, 제33조제1항(민방위·재난관리 제도에 관한 사항에 한한다)·제6항 및 제7항의 개정규정과 부칙 제2조제1항(민방위·재난관리 및 소방에 관한 사항에 한한다)·제2항, 부칙 제4조(제9항을 제외한다) 및 부칙 제5조제2항의 규정은 이 법 공포 후 3월 이내에 제33조제6항의 개정규정에 의한 소방방재청의 조직에 관한 대통령령이 시행되는 날
2. 제33제1항(복무 및 연금관리에 관한 사항에 한한다), 제39조제1항 및 제42조의 개정규정과 부칙 제2조제1항(영유아 보육, 공무원의 인사관리 및 후생복지에 관한 사항에 한한다)·제3항, 부칙 제4조제9항 및 부칙 제5조제1항의 규정은 이 법 공포 후 3월이 경과한 날

또한 어느 한 조항이 아니라 그 조항 중의 일부 내용에 대해서만 시행일을 달리 정해야 할 필요가 있는 경우도 있는데, 이런 경우에는 다음 입법례와 같이 “제○조제○항의 개정규정 중 ~ (관련) 부분은 ~ 부터 시행한다”는 방식으로 그 부분을 최대한 구체적으로 명시하도록 한다.

[입법례] 특정 조항 중 일부 내용의 시행일을 달리 규정하는 사례

출판문화산업 진흥법
부 칙
(법률 제11229호, 2012. 1. 26.)
제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제4조제4항 및 제28조 제3항의 개정규정 중 특별자치시장 관련 부분은 2012년 7월 1일부터 시행하고, 부칙 제2조는 공포한 날부터 시행한다.

적극행정 운영규정
부 칙
(대통령령 제31920호, 2021. 7. 27.)
이 영은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제1조의 개정규정 중 “및 「국가공무원법」 제50조의2”를 개정하는 부분 및 제11조의 개정규정은 2021년 12월 9일부터 시행한다.

원래 법령의 시행일은 법령이 시행되는 시점을 규정하는 것이다. 법령이 시행되면 모든 사안에 대해 적용되는 것이 원칙이지만 필요에 따라서는 같은 규정에 대해서도 대상별로 적용시기를 달리할 수도 있는데 시행일 규정으로 이러한 내용을 규정한 입법례⁶⁰⁷⁾도 있으나, 이런 경우에는 원칙적으로 적용례로 규정하도록 한다.

한편 전부개정 법령의 개정 내용 중 일부규정에 대해 법령 전체의 시행일보다 시행일을 유예하는 경우에는 유예 대상 규정에 상응하는 종전 규정이 삭제되어 있는 것으로 볼 여지가 크므로 유예된 시행일까지는 종전의 규정을 명시하여 해당 규정이 적용됨을 규정하거나, 적용될 규정의 내용을 직접 규정해 주는 것이 필요하다.

[입법례] 전부개정 법령의 유예된 시행일 전까지 적용될 종전의 규정을 명시하는 경과조치 사례

관광진흥법(전부개정, 법률 제8343호, 2007. 4. 11.)	
종 전	개 정
제55조(인·허가 등의 의제) --- 조성계획의 승인을 받으면 다음 각 호의 인·허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다. 3. 「하수도법」 제13조의 규정에 의한 공공하수도 공사시행 등의 허가	제58조(인·허가 등의 의제) --- 조성계획의 승인을 받으면 다음 각 호의 인·허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다. 3. 「하수도법」 제16조에 따른 공공하수도 공사시행 등의 허가
부 칙	
제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제58조제3호의 개정규정은 2007년 9월 28일부터 시행한다.	
제2조(시행일에 관한 경과조치) 부칙 제1조 단서에 따라 제58조제3호의 개정규정이 시행되기 전까지는 그에 해당하는 종전의 제55조제3호를 적용한다.	

607) 「근로기준법」 부칙(법률 제6974호, 2003. 9. 15.)

제1조(시행일) 이 법의 시행일은 다음 각 호와 같다.

1. 금융·보험업, 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관, 지방공기업법 제49조 및 동법 제76조의 규정에 의한 지방공사 및 지방공단, 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 자본금의 2분의 1 이상을 출자하거나 기본재산의 2분의 1 이상을 출연한 기관·단체와 그 기관·단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자하거나 기본재산의 2분의 1 이상을 출연한 기관·단체 및 상시 1,000인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2004년 7월 1일
2. 상시 300인 이상 1,000인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2005년 7월 1일
3. 상시 100인 이상 300인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2006년 7월 1일
4. 상시 50인 이상 100인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2007년 7월 1일
5. 상시 20인 이상 50인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2008년 7월 1일
6. 상시 20인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장, 국가 및 지방자치단체의 기관: 2011년을 초과하지 아니하는 기간 이내에 대통령령이 정하는 날

[입법례] 전부개정 법령의 유예된 시행일 전까지 적용될 내용을 명시하는 경과조치 사례

개발이의 환수에 관한 법률 시행령(전부개정, 대통령령 제20878호, 2008. 6. 25.)	
종 전	개 정
별표 1의2 7. 「군사시설보호법」, 「군용항공기지법」, 「해군기지법」, 「군용전기통신법」에 따른 구역	별표 2 7. 「군사기지 및 군사시설보호법」, 「군용전기통신법」에 따른 구역
부 칙	
제1조(시행일) 이 영은 2008년 6월 29일부터 시행한다. 다만, 별표 2 제7호의 개정규정은 2008년 9월 22일부터 시행한다.	
제2조(시행일에 관한 경과조치) 부칙 제1조 단서에 따라 별표 2 제7호의 개정규정이 시행되기 전까지는 같은 호는 다음과 같이 규정된 것으로 본다.	
7. 「군사시설보호법」, 「군용항공기지법」, 「해군기지법」, 「군용전기통신법」에 따른 구역	

일부개정의 경우에도 조문번호의 이동이 있는 개정규정의 시행 시기가 유예된 경우, 특히 해당 개정규정의 내용이 다른 법령과 관련된 것으로서 다른 법령의 개정에 따른 시행 시기에 맞추어 시행 시기가 유예된 경우에는 일반 국민들의 입장에서 종전 규정을 파악하기 어려운 면이 있으므로 위와 같은 조치가 필요한지를 검토할 필요가 있다.

나) 하위법령으로 시행일을 위임하는 방식

법령의 시행일은 그 법령에서 직접 규정하는 것이 일반적이지만, 법령의 시행에 준비가 필요하고 그 준비를 마치는 시점을 사전에 미리 파악하기 어려운 경우 등에는 하위법령에서 상위법령의 시행일을 정하도록 위임하는 경우도 있다.⁶⁰⁸⁾

이 법은 공포한 날부터 6개월이 넘지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 날부터 시행한다.
이 법은 2017년 6월 1일 이후 2년의 범위에서 대통령령으로 정하는 날부터 시행한다.

608) 법률 개정사항 중 일부에 대해서만 하위법령에 그 시행일을 위임하는 경우도 있다. 법률 제16294호 국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법을 부칙 단서에서는 “다만, 제3조제1항제3호 및 제5조제1항제1호의 개정규정 중 국립연천현충원에 관한 부분은 공포한 날부터 5년을 넘지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 날부터 시행한다.”고 규정한 바가 있다.

이와 같이 법령의 시행일이 하위법령에 위임된 경우에 하위법령에서 상위법령의 시행일을 규정하는 방식에는 상위법령의 시행일을 규정하기 위한 하위법령을 만드는 경우와 하위법령의 부칙에서 상위법령의 시행을 정하는 경우가 있다.

“이 법은 대통령령으로 정하는 날부터 시행한다.”와 같이 규정하는 경우도 있으나, ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 위임입법의 원칙이 시행일 위임 시에도 적용되므로 일정한 범위를 정하여 위임하는 것이 타당하다.

[입법례] 상위법령의 시행일을 규정하기 위한 하위법령을 만든 사례

상호저축은행법
부 칙 (법률 제6429호, 2001. 3. 28.)
제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 2년을 넘지 아니하는 범위내에서 대통령령이 정하는 날부터 시행한다. 다만, 제10조의2, 제24조의3, 제37조, 제39조제2항 및 동조제4항제6호의 개정규정은 공포한 날부터, 제10조의3 내지 제10조의5, 제18조제1호 및 제22조의3제2항 내지 제5항의 개정규정은 공포후 3월이 경과한 날부터 시행한다. 이 경우 상호저축은행은 상호신용금고로 본다.

상호신용금고법중개정법률의시행일등에관한규정
제1조(상호신용금고법중개정법률의 시행일) 법률 제6429호 상호신용금고법중개정법률 부칙 제1조 본문에서 “대통령령이 정하는 날”이라 함은 2002년 3월 1일을 말한다.
부 칙 (대통령령 제17519호, 2002. 2. 25.)
이 영은 2002년 3월 1일부터 시행한다.

[입법례] 하위법령의 부칙에서 상위법령의 시행일을 정한 사례

여성기업지원에 관한 법률
부 칙 (법률 제9684호, 2009. 5. 21.)
이 법은 공포한 날부터 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 날부터 시행한다.

여성기업지원에 관한 법률 시행령

부 칙

(대통령령 제21832호, 2009. 11. 19.)

제2조(여성기업지원에 관한 법률 시행에 관한 규정) 법률 제9684호 여성기업지원에 관한 법률 일부개정법률은 2009년 11월 21일부터 시행한다.

다. 시행일을 정할 때의 유의 사항

1) 시행유예기간의 적절한 설정

법령을 공포 즉시 시행하게 되면 국민이 법령의 내용을 숙지하고 필요한 준비를 할 시간적 여유를 가질 수 없기 때문에 혼란이 발생할 수 있다. 이런 문제를 피하기 위해서 법령을 긴급히 시행해야 할 특별한 사정이 있지 않으면 법령의 공포와 시행 사이에 어느 정도 시행 유예기간을 두어야 한다.

「법제업무 운영규정」 제22조제1항에서는 법률의 시행을 위해 하위법령의 제정·개정이 필요한 법률안을 입안할 때에는 특별한 사유가 없으면 그 법률이 공포된 후 6개월 이상이 지난 후 시행되도록 유예기간을 두도록 하고 있다.

지방자치가 강조됨에 따라 법령에서 자치법규로 구체적 사항을 정하도록 위임하는 입법이 늘어나고 있다. 이 경우에도 자치법규를 마련할 시간적 여유가 필요하므로 법령의 공포와 시행 사이에 어느 정도 시행유예기간을 두는 것이 필요하다. 특히 조례로 정하도록 위임하는 경우에는 조례 제정·개정을 위해 조례규칙심의위원회와 지방의회의 심의·의결 등을 거치는 등 상당한 기간이 소요되므로, 특별한 사유가 없으면 해당 법령이 공포된 후 6개월 이상이 지난 후에 조례가 시행되도록 충분한 유예기간을 두도록 한다.

2) 관련 법령이 있는 경우 그에 따른 시행시점의 적절한 선택

하나의 법령이 다른 법령의 시행을 전제로 하면 그 다른 법령의 시행일을 잘 파악하여 시행일을 일치시키거나 그보다 늦추어야 한다. 요즈음은 특히 법령 간에 연관성을 갖는

경우가 많아지는 경향이기 때문에 시행일을 규정할 때 관련 법령 간의 관계를 세심하게 살펴 보아야 한다.

3) 법령의 내용에 따라 논리적으로 시행 시점을 정해야 할 필요가 있는지 확인

개정규정이 적용되는 사안에 따라 적용되는 시점을 특정 시점으로 하지 않으면 집행에 혼란이 생기는 경우도 있을 수 있다. 예를 들어 주간 근로시간을 단축하거나 연장하면서 이를 주중에 시행하면 시행되는 주간의 근로시간이 얼마인지 혼란이 생길 우려가 있다. 이런 경우에는 “이 법은 공포 후 30일이 경과한 날 이후 첫 번째 일요일부터 시행한다.” 등과 같이 시행일을 조정해 주도록 한다. 시행일을 조정하기 곤란한 사유가 있는 경우에는 “이 법의 시행일이 속하는 주의 주간 근로시간에 대해서는 종전의 규정에 따른다.”는 경과 규정을 둘 수 있다.

4) 공포 후 시행 전 법령을 개정하는 경우 시행 혼란 방지

공포 후 시행 전 법령을 개정하는 경우에는 그 개정법령의 시행일을 공포 후 시행 전 법령의 시행일과 맞추어 규정하는 등 법령 시행에 혼란이 없도록 해야 한다.

3. 유효기간에 관한 규정

가. 유효기간 규정의 필요성

법령은 원칙적으로 계속 적용된다는 것을 전제로 만들어진다. 그리고 법령을 더 이상 적용할 필요가 없으면 법령의 폐지를 통해서 정리해 주는 것이 원칙이다.

그러나 경제 활성화 또는 경쟁력 강화를 위해 일정 기간 동안만 특별한 지원을 할 필요가 있는 경우, 불법건축물을 양성화하기 위해 일정 기간 동안 행정절차를 밟을 수 있게 할 필요가 있는 경우 등 법령을 일정한 기간만 시행하도록 미리 예정해서 한시법의 형태로 만드는 것이 필요한 경우도 있다.⁶⁰⁹⁾

한시법이나 한시규정을 둘 때에는 법령에 유효기간에 관한 규정을 두도록 한다. 법령 전체에 대해 유효기간을 규정하게 되는 경우도 있고 일부 조문에 대해서만 유효기간을 규정하게 되는 경우도 있다.

나. 유효기간의 규정 방식

1) 법령 전체의 유효기간을 규정하는 방식

유효기간은 일반적으로 부칙에서 규정한다. 법령 전체의 유효기간을 규정하는 경우에는 부칙에 “유효기간”⁶¹⁰⁾이라는 제목으로 규정을 둔다. 유효기간을 규정하는 조의 제목으로 “적용기간”과 “유효기간”이 혼용된 적이 있으나, “적용기간”이라고 하면 적용기간이 끝난 후 법령이 실효되는지 아니면 적용만 되지 않는 상태로 유지되는지 논란의 소지가 있으므로, 그 기간이 끝나면 실효된다는 것이 분명히 나타날 수 있도록 “유효기간”으로 통일하도록 한다.

609) 이런 경우에도 한시법을 만들지 않고 일정 기간이 지나면 법령을 폐지하는 방식으로 할 수도 있으나, 정책의 효과를 높인다는 측면에서 보면 정책이 한시적으로 시행된다는 것을 미리 밝히는 것이 더 낫기 때문에 한시법을 제정하게 된다.

610) 유효기간은 효력의 시기와 종기가 함께 규정되어야 하는데, 부칙에서의 유효기간은 보통 종기만을 규정하는 것이므로 “유효기한” 또는 “존속기한”으로 써야 정확한 것이 되고, 과거에 규제와 관련하여 “존속기한”이라고 사용한 경우도 있으나, “유효기간”의 용어가 종래 계속 사용되어 오고 있고 국민들의 이해에 간편한 점도 있으므로 “유효기간”으로 사용한다.

부칙이 시행일 규정과 유효기간 규정뿐이면 유효기간 규정을 위한 조항을 따로 두지 않고 시행일 규정에 붙여서 쓰거나 시행일 규정의 단서로 처리하는 경우가 있는데 유효기간의 존재를 분명하게 밝히기 위해 유효기간을 밝힌 규정을 반드시 따로 두도록 한다.

[입법례] 유효기간을 규정한 사례⁶¹¹⁾

동·서·남해안 및 내륙권 발전 특별법
부 칙 (법률 제8823호, 2007. 12. 27.)
제2조(유효기간) 이 법은 2030년 12월 31일까지 효력을 가진다.

기업구조조정 촉진법
부 칙 (법률 제15855호, 2018. 10. 16.)
제2조(유효기간) ① 이 법은 이 법 시행일부터 5년이 되는 날까지 효력을 가진다. ② 이 법의 유효기간에 주채권은행이 협의회 소집을 통보하는 경우에는 제5조제2항 각 호의 관리절차가 종료되거나 중단되기까지는 이 법의 적용을 받는다.

2) 특정 조항에 대한 유효기간을 규정하는 방식

법령 전체의 유효기간을 정하는 경우에는 일반적으로 제정 법령이나 전부개정 법령의 부칙에 규정되기 때문에 법령집을 찾아볼 때 본칙에 바로 이어지는 부칙에서 유효기간에 관한 규정을 찾아 볼 수 있으나, 특정 조항의 유효기간은 일부개정 법령에서 규정되는 경우가 일반적이고 법령집을 찾아볼 때 법령 뒤에 붙어있는 수많은 부칙 중 어느 한 구석에 기록되어 있기 때문에 찾기가 매우 어렵다. 따라서 한시규정을 둔 곳에서 유효기간을 함께 규정해 두는 것이 법령을 더 쉽게 이해할 수 있다고 생각되면 본칙에 유효기간 규정을 두기도 한다.⁶¹²⁾

611) 유효기간은 특정 날짜를 직접 명시하는 방법이 일반적이나, 두 번째 입법례처럼 시행일부터 ○년이 되는 날까지로 규정하는 방법도 있다.

612) 유효기간이 연장될 가능성이 높거나 계속 연장되는 경우라면 본칙에 규정하는 것이 바람직하다. 국가법령정보센터에서 부칙에 규정된 유효기간을 본칙의 해당 규정 아래에 표시해 주고 있어 유효기간의 존재를 쉽게 찾아볼 수는 있다.

[입법례] 특정 규정의 유효기간을 부칙에서 규정한 사례

2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법

부 칙

(법률 제11226호, 2012. 1. 26.)

제2조(유효기간) 제5조, 제6조, 제6조의2, 제7조부터 제39조까지, 제83조부터 제85조까지, 제88조, 제90조, 제92조는 2019년 3월 31일까지 효력을 가진다.

[입법례] 특정 규정의 유효기간을 본칙에서 규정한 사례

유통산업발전법(법률 제13510호, 2015. 11. 20.)

제48조의2(규제의 존속기한) 제2조제4호, 제8조제1항·제2항 중 준대규모점포와 관련된 부분, 제8조제3항·제4항 및 제13조의3은 2020년 11월 23일까지 그 효력을 가진다.

참고로 특정 규정의 유효기간을 규정하는 방식이 아니라, 본칙에서 특정 규정의 실제적 내용이 한시적으로 적용됨을 명시하는 방식을 취할 수 있다. 이러한 방식은 본칙에서 그 적용 대상이 한시적임을 표시할 뿐 아니라 적용례나 경과 조치 등에 해당하는 내용을 같이 규정할 수 있다는 점에서 이해의 편의를 높일 수 있다.

[입법례] 특정 규정의 실제적 내용이 한시적으로 적용됨을 본칙에서 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(대통령령 제27299호, 2016. 6. 30.)

제84조의2(생산녹지지역 등에서 기존 공장의 건폐율) ① 제84조제1항에도 불구하고 법 제77조 제4항제2호에 따라 생산녹지지역, 자연녹지지역 또는 생산관리지역에 있는 기존 공장(해당 용도지역으로 지정될 당시 이미 준공된 것으로서 준공 당시의 부지에서 증축하는 경우만 해당한다)의 건폐율은 40퍼센트의 범위에서 최초 건축허가 시 그 건축물에 허용된 비율을 초과해서는 아니 된다. 다만, 2018년 12월 31일까지 증축 허가를 신청한 경우로 한정한다.

② (생략)

「2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법」 제15조(기념우표 등의 발행) 조직위원회는 대회를 홍보하거나 기념하기 위하여 기념우표 또는 우편엽서의 발행을 과학기술정보통신부장관에게 요청할 수 있다.
[법률 제11226호(2012.1.26.) 부칙 제2조의 규정에 의하여 이 조는 2019년 3월 31일까지 유효함]

3) 하위법령에 유효기간을 규정하는 문제

법률의 유효기간이 경과하면 그 법률은 효력을 상실하기 때문에 비록 하위법령에 유효기간 규정을 두지 않더라도 하위법령도 자연히 실효되므로, 별도의 유효기간 규정을 두지 않도록 한다. 법률의 개별 규정에 유효기간을 두고 그에 따라 하위법령에 관련 규정을 두는 경우 해당 규정도 상위법에 따라 유효기간이 있는 규정이 되나, 하위법령만으로 이를 확인하기 어려운 문제점이 있다. 이 경우 법령의 효력에는 차이가 없더라도 확인적, 안내적 차원에서 유효기간을 명시해 줄 수도 있다.

[입법례] 확인적 차원에서 하위법령에 유효기간을 규정한 사례

2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법

부 칙

(법률 제11226호, 2012. 1. 26.)

제2조(유효기간) 제5조, 제6조, 제6조의2, 제7조부터 제39조까지, 제83조부터 제85조까지, 제88조, 제90조, 제92조는 2019년 3월 31일까지 효력을 가진다.

2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법 시행령

부 칙

(대통령령 제24054호, 2012. 8. 22.)

제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(유효기간) 제3조부터 제19조까지 및 제49조는 2019년 3월 31일까지 효력을 가진다.

다. 유효기간을 연장하는 경우의 규정 방식

유효기간이 만료하기 전에 유효기간을 연장하려면 유효기간을 규정한 조항을 개정하면 된다. 그러나 유효기간이 종료된 후에는 이미 해당 법령이 효력을 잃었으므로, 비록 규정의 형태는 남아 있다고 하더라도 사실상 존재하지 않으므로 유효기간을 규정한 조항을 개정하는 방식으로 유효기간을 연장할 수 없다. 따라서 법령 전체의 유효기간이 만료된 때에는 새로운 법령을 제정하여 제정법령의 부칙에 규정하려는 법률의 유효기간을 정한다.

반면에, 개별 조항의 유효기간이 만료된 때에는 유효기간이 만료된 조항을 다시 신설하는 방식을 취하게 되면 형태만 남아 있는 규정이 있어 이를 삭제하고 다시 신설해야 하는데, 해당 조항을 전부 개정하는 방식은 유효기간이 만료된 조문의 종전 부칙을 개정조문의 부칙으로 오해하여 혼란을 초래할 우려가 있으므로 기존 규정을 삭제하고 새로운 규정은 가지번호를 사용하여 다른 조문으로 신설하는 방식을 사용하도록 한다.

참고로 특정 규정의 실제적 내용이 한시적으로 적용됨을 본칙에서 규정하는 경우에는 해당 규정에서 정한 기간이 만료되었다 하더라도 일부개정 방식으로 기간을 연장할 수 있다.

라. 유효기간 종료 후 남은 문제의 처리를 위한 경과규정

1) 한시법 시행 중에 행한 처분 또는 벌칙에 대한 경과규정

유효기간이 경과하고 나면 실효된 상태가 되기 때문에 법령이나 특정 조문을 폐지하거나 삭제하는 경우와 같이 경과규정 등을 두어야 할 필요가 생긴다. 특히 유효기간이 지난 후에 벌칙을 어떻게 적용할지 빠트리지 말고 검토하고 그 결과에 따라 경과규정을 두도록 한다.⁶¹³⁾ 유효기간 규정을 두는 경우는 가벌성에 대한 법적 평가가 달라지는 경우라기보다는 정책적 필요에 따른 것이므로, 벌칙은 종전의 규정에 따르도록 하는 경과규정을 두는 것이 일반적이다.

[입법례] 유효기간 경과 후를 대비하여 경과조치를 규정한 사례

관광숙박시설 확충을 위한 특별법
부 칙
(법률 제11227호, 2012. 1. 26.)
제2조(유효기간) 이 법은 2015년 12월 31일까지 효력을 가진다.
제3조(사업계획승인 등의 효력에 관한 경과조치) 제4조부터 제8조까지의 규정에 따른 사업계획 승인 등은 이 법의 유효기간이 지난 후에도 「관광진흥법」 제4조제1항에 따른 등록 또는 변경 등록 시까지 그 효력을 가지며 그 효력을 가지는 동안에는 제10조부터 제15조까지를 적용한다.
제4조(유효기간 이후 사업계획 변경에 관한 경과조치) 제4조부터 제8조까지의 규정에 따라 사

613) 한시법의 추급효를 인정하는 입장에서는 불필요한 규정이 될 수 있으나, 견해 대립이 있으므로 명문화하여 의문의 여지를 없앤다.

업계획승인 등을 받은 자가 이 법의 유효기간이 지난 후에 그 사업계획을 변경하고자 할 경우에는 「관광진흥법」 제15조를 적용한다.

[입법례] 벌칙에 관한 경과조치를 규정한 사례

화물자동차 운수사업법	
부 칙	
(법률 제15602호, 2018. 4. 17.)	
제2조(유효기간)	제5조의2부터 제5조의4까지 및 제5조의8 중 화물자동차 안전운임에 관한 부분, 제5조의5부터 제5조의7까지, 제67조제1호의2 및 제70조제1항제1호는 2022년 12월 31일까지 효력을 가진다.
제3조·제4조 (생 략)	
제5조(벌칙 등에 관한 경과조치) 부칙 제2조에 따른 유효기간 만료 전의 행위에 대한 벌칙 및 과태료의 적용에 있어서는 행위 당시의 규정을 적용한다.	

2) 한시법 실효 후 남은 업무를 처리하기 위한 경과규정

법령의 유효기간이 끝나도 그 법령에 의하여 진행되던 사무는 계속 처리하게 할 필요가 있는 경우가 적지 않다. 이와 같은 경우 잔무 처리를 위해 제한적으로 구법이 계속 적용 되도록 하는 규정을 둔다. 이러한 잔무 처리를 위한 규정은 유효기간에 대한 예외라는 성격이 있으므로, 유효기간을 규정하는 조항에서 단서의 형식으로 규정할 수도 있고, 내용이 다소 길면 별도의 조항으로 할 수도 있다.

[입법례] 유효기간이 지난 후 한시법이 적용되도록 한 사례

부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법	
부 칙	
(법률 제7500호, 2005. 5. 26.)	
제2조(유효기간)	이 법은 2007년 12월 31일까지 효력을 가진다. 다만, 이 법 시행중에 제10조의 규정에 따른 확인서의 발급을 신청한 부동산 및 제11조의 규정에 따른 확인서 발급에 대한 이의신청이 제기된 부동산에 대하여는 유효기간 경과 후 6월까지는 이 법에 따른 등기를 신청할 수 있다.

마. ‘규제의 존속기한’에 대한 문제

입법례 중 사실상 특정 조문의 유효기간을 규정하면서 그 규정이 갖는 규제의 한시성을 강조하기 위해 ‘유효기간’이라는 제목 대신 ‘규제의 존속기한’이라는 제목을 사용하고 그 내용 중에 규제일몰제에 관한 규정을 둔 경우가 있다. 이는 「행정규제기본법」 제8조⁶¹⁴)에서 규제를 신설하거나 강화하는 경우 그 규제를 계속하여 존속시켜야 할 명백한 사유가 없으면 존속기한을 설정하도록 하고 있으므로, 이에 따라 규제 조항의 존속기한을 규정한 것이다.

그러나 이와 같은 규제 조항의 존속기한을 두는 취지가, 기한이 다다를 때까지 그 규제의 존속기한이 연장되지 않으면 그 규제가 효력을 잃도록 하는 것이라면 이는 특정 조문의 유효기간과 다를 바 없으므로, 그 제목을 ‘유효기간’으로 통일해야 한다. 만약 그렇지 않고 규제의 존속기한에 다다를 즈음에 그 규제의 계속 여부를 다시 검토해 보겠다는 취지라면 이는 유효기간과는 다른 것이므로, 이에 대해서는 ‘규제의 재검토’라는 제목 아래 규정을 두는 것이 가능하지만 유효기간처럼 “... 까지 효력을 가진다.”는 표현은 사용하지 말아야 한다.

규제의 유효기한을 규정하는 것도 본칙에서 규정한 사례와 부칙에서 규정한 사례가 있다.

[입법례] 본칙에 규제의 존속기한 등을 둔 사례

자원순환기본법

제33조(규제의 존속기한 및 재검토키한) ① 제21조에 따른 폐기물처분부담금은 2023년 1월 1일
까지 그 효력을 가진다.

614) 「행정규제기본법」

제8조(규제의 존속기한 및 재검토키한 명시) ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려는 경우에 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 규제는 존속기한 또는 재검토키한(일정 기간마다 그 규제의 시행 상황에 관한 점검결과에 따라 폐지 또는 완화 등의 조치를 할 필요성이 인정되는 규제에 한정하여 적용되는 기한을 말한다. 이하 같다)을 설정하여 그 법령등에 규정하여야 한다.

② 규제의 존속기한 또는 재검토키한은 규제의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 기간 내에서 설정되어야 하며, 그 기간은 원칙적으로 5년을 초과할 수 없다.

③ 중앙행정기관의 장은 규제의 존속기한 또는 재검토키한을 연장할 필요가 있을 때에는 그 규제의 존속기한 또는 재검토키한의 6개월 전까지 제10조에 따라 위원회에 심사를 요청하여야 한다.

④ 위원회는 제12조와 제13조에 따른 심사 시 필요하다고 인정하면 관계 중앙행정기관의 장에게 그 규제의 존속기한 또는 재검토키한을 설정할 것을 권고할 수 있다.

⑤ 중앙행정기관의 장은 법률에 규정된 규제의 존속기한 또는 재검토키한을 연장할 필요가 있을 때에는 그 규제의 존속기한 또는 재검토키한의 3개월 전까지 규제의 존속기한 또는 재검토키한 연장을 내용으로 하는 개정안을 국회에 제출하여야 한다.

② 환경부장관은 다음 각 호의 사항에 대하여 2021년 1월 1일을 기준으로 3년마다(매 3년이 되는 해의 기준일과 같은 날 전까지를 말한다) 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

1. 제9조 및 제10조에 따른 순환자원의 인정 및 인정 취소
2. 제16조에 따른 사업자의 자원순환 성과관리
3. 제17조에 따른 순환자원의 사용 촉진
4. ~ 7. (생략)

[입법례] 부칙에 유효기간으로 규정한 사례

대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률

부 칙

(법률 제12156호, 2014. 1. 1.)

제2조(유효기간 등) ① 제8조, 제11조제1항, 제15조제1항·제2항의 개정규정은 2015년 12월 31일까지 효력을 가진다.

② 제1항에 따른 유효기간 중 제8조, 제11조제1항, 제15조제1항·제2항의 개정규정을 위반하여 이자를 받은 자에 대하여는 제1항에 따른 유효기간이 만료한 후에도 제15조제4항 및 제19조제2항제3호·제10호를 적용한다.

4. 다른 법령을 폐지하는 규정

가. 다른 법령을 폐지하는 규정의 필요성

어느 법령을 폐지하는 방식에는 새로 제정하거나 개정하는 법령의 부칙에 폐지 규정을 두는 방식과 폐지를 위한 법령을 따로 제정하는 방식의 두 가지가 있다. 시행하고 있던 법령을 더 이상 시행할 필요가 없어서 폐지하는 경우에는 그 법령의 폐지를 위한 법령을 따로 제정하여 폐지하는 것이 원칙이다.

그러나 어떤 법률을 발전적으로 개정하게 되는 경우에 전부개정을 하지 않고 구법을 폐지하고 신법을 제정하는 형식을 취하거나 두 법률을 통합하는 경우와 같이 시행되고 있는 법령을 다른 법령으로 대체하는 경우에는 대체하는 법령의 부칙에서 기존의 법령을 폐지하는 규정을 두어 1건으로 만들어 입법을 추진해야 한다. 만약 기존 법령을 폐지하는 법령안과 기존 법령을 대체하는 법령안을 따로 만들어 입법을 추진하다가 기존 법령을 대체하는 법령만 입법되고 기존의 법령이 그대로 남게 되면 서로 상충하는 두 개의 법령이 존재하게 될 수 있기 때문이다.

또한 폐지되는 법령과 새로운 법령을 연결하는 경과조치 등을 규정할 때 관련되는 내용을 같은 부칙에서 규정할 수 있으므로, 부칙에서 다른 법령을 폐지하는 방식이 내용상으로도 이해하기 쉽고 입법경제상으로도 유리한 점이 있다.

그러나 부칙에서 규정할 수 있는 사항은 본칙의 개정 내용과 제도적으로 관련성을 가지는 내용에 제한되므로, 부칙에서 다른 법령을 폐지하는 방식은 법령을 제정·개정·폐지함에 따라 다른 법령을 폐지할 필요가 발생하는 경우에 인정될 수 있는 것이다. 법령의 제정·개정과는 관계없이 그 부칙에서 다른 법령을 폐지하게 되면 이는 부칙에서 규정할 수 있는 사항의 범위를 벗어나는 것이므로 허용되지 않는다. 이런 경우에는 폐지를 위한 법령을 따로 제정하는 방식을 취해야 한다.

나. 규정 방식

다른 법률(법령)을 폐지하는 조의 제목을 “폐지법률(법령)”로 한 예도 적지 않으나, “다른 법률(법령)의 폐지”로 통일하도록 한다.

폐지되는 법령의 공포번호를 인용하기도 하고 그러지 않기도 하나, 혼동의 우려가 없으면 공포번호를 인용하지 않는 것으로 한다. 혼동할 우려가 있어 공포번호를 인용하려면 폐지되는 법령의 제정 당시의 공포번호(법령이 전부개정된 적이 있으면 전부개정 법령의 공포번호)를 인용한다.

폐지하는 법령이 법률이면 법률의 부칙에서, 대통령령이면 대통령령의 부칙에서, 총리령이나 부령이면 각각 총리령이나 부령의 부칙에서 폐지하도록 한다. 부칙에서 부령을 폐지하는 경우에는 같은 장관이 제정한 부령만을 폐지할 수 있다. 헌법 제95조에 따라 행정각부장관은 소관 사무에 관해서만 부령을 발령할 수 있기 때문이다.

[입법례] 부칙에서 다른 법령을 폐지한 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률
부 칙
(법률 제13797호, 2016. 1. 19.)
제2조(다른 법률의 폐지) 다음 각 호의 법률은 각각 폐지한다.
1. 「부동산 거래신고에 관한 법률」
2. 「외국인토지법」

다. 법령의 폐지에 따른 사전 준비 및 경과규정

관련 사무가 끝나고 법령을 폐지하는 경우라면 폐지만으로 충분할 수 있으나, 폐지 전에 무엇인가 필요한 조치를 해야 할 필요가 있는 경우도 있다. 이런 경우에는 사전 준비행위를 규정해 둔다. 또 법령의 폐지에 따라 종전 법령과의 관계를 고려하여 일정한 사항에 관한 경과조치를 둘 필요가 있는 경우도 있다. 폐지 법률에 규정된 위반행위에 대한 형벌·과태료 및 제재처분 적용에 관하여 종전 규정을 적용할 필요가 있다면 경과조치를 두도록 한다.

[입법례] 법령을 폐지하기 전에 사전 준비행위를 규정한 사례

부산교통공단법폐지법률
부 칙 (법률 제7601호, 2005. 7. 13.)
제1조(시행일) 이 법은 2006년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 부칙 제2조의 규정은 공포한 날부터 시행한다.
제2조(법인의 설립) 부산광역시는 이 법에 의하여 폐지되는 부산교통공단의 업무를 계속 수행하기 위하여 「지방공기업법」에 의한 법인(이하 “법인”이라 한다)을 2006년 1월 1일까지 설립하여야 한다.

[입법례] 법률의 폐지에 따른 경과조치를 규정한 사례

국가공간정보에 관한 법률
부 칙 (법률 제9440호, 2009. 2. 6.)
제2조(다른 법률의 폐지) 국가지리정보체계의구축및활용등에관한법률은 이를 폐지한다.
제3조(다른 법률의 폐지에 따른 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 「국가지리정보 체계의 구축 및 활용 등에 관한 법률」(이하 “종전 법률”이라 한다)에 따라 수립된 기본계획과 시행계획은 이 법에 따라 수립된 기본계획(기관별 기본계획을 포함한다)과 시행계획(기관별 시행계획을 포함한다)으로 보며, 그 기본계획과 시행계획에 따라 시행되었거나 시행 중인 사업은 이 법에 따라 시행되었거나 시행 중인 사업으로 본다. 이 경우 종전 법률에 따라 수립된 기본계획과 시행계획은 이 법에 따른 기본계획과 시행계획이 최초로 수립되어 확정될 때까지 이 법에 따른 기본계획과 시행계획으로 본다.
② 이 법 시행 전에 종전 법률을 위반한 행위에 대하여는 종전 법률 규정을 적용하여 처벌한다.

5. 법령의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정

가. 사전 준비행위 규정의 필요성

법령을 시행하기 위해서는 준비행위가 필요하다. 가장 대표적인 것이 하위법령을 마련하는 것이다. 그래서 법령의 시행일을 정할 때에는 그 법령의 시행 준비를 하기 위해 필요한 기간을 예상하여 시행유예기간을 두는 것이 일반적이다. 그러나 법령에 따라서는 시행유예기간을 두는 것만으로는 준비행위를 제대로 할 수 없는 경우도 있다.

준비행위가 사실행위로 충분하다면 법령에 따로 준비행위를 할 수 있도록 하는 규정을 두지 않아도 준비행위를 하는 데 문제가 없다. 그러나 준비행위로 무엇인가 법적인 행위를 해야 한다면 그 행위를 유효하게 하기 위한 조치가 필요하다. 이와 같은 경우에는 준비행위 규정을 두지 않으면 법령의 시행일이 되어야 비로소 시행을 위한 준비행위를 할 수 있고(미리 준비행위를 하더라도 법적 효력은 그 때 가서야 생기게 된다), 사실상 법령의 시행이 늦추어지게 되는 문제가 발생하게 된다.⁶¹⁵⁾

이러한 상황은 특수법인을 설립하는 경우, 행정기관을 설립하는 경우 등에 많이 발생하게 된다. 특수법인을 설립하기 위해서는 먼저 설립위원회를 만들고 그 위원회에서 정관을 마련한 후 등기를 해야 한다. 법령이 시행되기 전에 유효한 정관의 의결이나 인가 등 법률 행위를 하려면 이들 행위를 유효하게 하는 법적 근거가 필요하게 되는데 근거 법령이 시행되기 전에 이러한 법적 근거를 마련하기 위해 준비행위에 대한 규정을 두게 된다.

615) 예컨대, 1987년 10월 29일 공포된 현행 헌법에서는 대통령직선제를 실시하도록 했는데 이 헌법은 1988년 2월 25일부터 시행하도록 하였다. 1988년 2월 25일에는 국민이 직접 선출한 대통령이 취임을 해야 하고 그러려면 그 전에 대통령선거를 하여야 하는데 그 대통령선거를 실시하는 시점에서 효력을 가지는 헌법은 1980년에 개정된 헌법으로 이 헌법에서는 대통령은 대통령선거인단이 선출하도록 하고 있다. 그렇다고 해서 1987년 개정 헌법을 공포 시점인 1987년 10월 29일부터 시행하게 되면 그 당시 재임 중인, 대통령 선거인단에서 선출된 대통령의 자격이 문제가 된다. 이런 경우에 개정 헌법을 바로 실시하면서 경과규정을 두어 문제를 해결할 수도 있고, 개정 헌법을 당시 재임 중인 대통령의 임기가 만료하고 난 후부터 시행하도록 하면서 후임 대통령의 선거 등을 사전에 할 수 있도록 준비행위에 관한 규정을 두어 해결하는 두 가지 방안이 있을 수 있다. 후자의 방식을 택하는 경우에는 당시 헌법의 규정과 신헌법의 준비행위 규정이 서로 저촉되게 되지만 신헌법의 준비행위 규정이 신법이므로, 우선하게 된다.

나. 사전 준비행위의 규정 방식

1) 법 시행을 위한 준비행위

법령이 시행되기 전이라도 필요한 준비를 할 수 있도록 근거 규정을 부칙에 둔다. 준비행위의 구체적 내용은 법령의 내용에 따라 다를 수 있으므로, 사안에 따라 적절한 준비행위를 할 수 있도록 규정하되, 막연히 “이 법의 시행을 위하여 필요한 준비행위를 할 수 있다”고 규정하지 말고 가능하면 구체적으로 규정하도록 한다.

[입법례] 사무를 하기 위한 준비행위를 규정한 사례

환경오염시설의 통합관리에 관한 법률
부 칙 (법률 제13603호, 2015. 12. 22.)
제2조(법 시행을 위한 준비행위) ① 환경부장관은 이 법 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 이 법 시행 전에 제24조제5항에 따른 기술작업반을 구성·운영할 수 있다.
② 환경부장관은 이 법 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 이 법 시행 전에 제25조에 따른 실태조사를 실시할 수 있다.
③ 환경부장관은 이 법 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 이 법 시행 전에 제29조에 따른 환경전문심사원을 지정할 수 있다.

[입법례] 손실보상을 위한 준비행위를 규정한 사례

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률
부 칙 (법률 제17920호, 2021. 3. 9.)
제3조(손실보상을 위한 준비행위) 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법에 따른 손실보상을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 이 법 시행 전에 다음 각 호의 행위를 할 수 있다.
1. 제70조의 개정규정에 따른 손실보상의 신청·결정 및 지급 등에 필요한 조치
2. 제70조의2의 개정규정에 따른 심의위원회의 구성·운영을 위한 준비행위 및 관계자에 대한 자료의 제출 요구

[입법례] 사업자 등록을 위한 준비행위를 규정한 사례

중자산업법 시행령
부 칙
(대통령령 제28154호, 2017. 6. 27.)
제2조(육묘업 등록을 위한 준비행위) ① 농림축산식품부장관은 이 영 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 육묘업을 하려는 자에 대하여 이 영 시행 전에 농촌진흥청, 국립종자원 또는 법 제6조제2항에 따른 전문인력 양성기관에서 제15조의4의 개정규정에 따른 교육을 미리 이수하게 할 수 있다.
② 육묘업의 등록을 하려는 자는 이 영 시행 전에 시장·군수·구청장에게 제15조의3제1항의 개정규정에 따른 등록신청을 미리 할 수 있다.

2) 특수법인의 설립을 위한 준비행위

행정 목적을 달성하기 위한 방법의 하나로 특수법인을 설립하는 경우가 있다. 지금까지 없던 특수법인을 설립하기도 하고, 「민법」에 따른 법인으로 있던 것을 특수법인으로 전환하기도 하며, 철도청과 같은 정부기업 형태의 행정기관을 특수법인으로 전환하기도 한다. 경우에 따라서는 특수법인의 명칭만을 변경하기도 하고, 기존의 특수법인을 폐지하면서 새로운 특수법인을 설립하기도 한다. 그리고 특수법인이 설립 목적을 달성하였거나 달성할 가능성이 사라졌을 때, 다른 행정 목적을 추구하기 위해 필요한 때에는 이를 폐지하기도 한다.

법인은 단순한 집단과는 달리 법적으로 인격이 있으며, 그 활동을 위해 기관(機關)을 두고 일정한 재산적 기초를 가지고 있기 때문에 법인을 둘러싼 법률관계는 상당히 복잡하다. 그래서 법인을 설립하고 폐지할 때 생각해야 할 사항이 적지 않다. 그중에서도 특수법인은 법률에 의하여 법인격을 부여받고 법률 폐지로 사멸하므로 언제나 입법 작업이 따른다. 이러한 입법 작업에는 여러 가지 준비행위가 필요하다.

지금까지 없던 특수법인을 신설하는 경우에는 기본적으로 다음 세 가지 문제를 고려해야 한다. 즉 i) 정관은 누가 작성해서 주무부장관의 인가를 받을 것인가, ii) 임원은 어떻게 선임할 것인가, iii) 설립비용은 어떻게 마련할 것인가 하는 것이다.

가) 정관의 작성

일반적으로 일정 수의 설립위원을 위촉해서 정관을 작성한 후 주무부장관의 인가를 받고 설립등기를 하게 한다. 입법례를 보면 주무부장관이 단지 일정 수의 설립위원을 위촉하는 것으로만 규정하기도 하고, 설립위원회라는 형식으로 규정하기도 한다. 설립위원만을 위촉하도록 하는 규정만 두면 설립위원들이 모여서 자율적으로 회의체를 구성하여 설립업무를 처리하게 된다.

설립위원의 기본적인 임무는 정관을 작성하여 주무부장관의 인가를 받는 것이다. 설립위원은 설립등기가 완료되고 업무 이관이 끝나면 해촉되는 것으로 한다.

[입법례] 설립위원만을 위촉한 사례

대구경북과학기술원법
부 칙 (법률 제6996호, 2003. 12. 11.)
제2조(설립준비) ① 과학기술부장관은 이 법 시행일부터 30일 이내에 5인 이내의 설립위원을 위촉하여 대경과기연의 설립에 관한 사무를 처리하게 하여야 한다.
② 설립위원은 대경과기연의 정관을 작성하여 과학기술부장관의 인가를 받아야 한다.
③ (생 략)
④ 설립위원은 제2항의 규정에 의한 인가를 받은 때에는 지체없이 연명으로 대경과기연의 설립등기를 한 후 원장에게 사무를 인계하여야 한다.
⑤ 설립위원은 제4항의 규정에 의한 사무인계가 끝난 때에는 해촉된 것으로 본다.

[입법례] 설립위원회를 구성한 사례

산림복지 진흥에 관한 법률
부 칙 (법률 제13255호, 2015. 3. 27.)
제2조(진흥원의 설립준비) ① 산림청장은 진흥원의 설립에 관한 사무를 처리하기 위하여 이 법 공포일부터 30일 이내에 7명 이내의 설립위원을 위촉하여 한국산림복지진흥원 설립위원회(이하 "설립위원회"라 한다)를 설치한다.

- ② 설립위원회는 진흥원의 정관을 작성하여 기명날인하거나 서명하여 산림청장의 인가를 받아야 한다.
- ③ 설립위원회는 제2항에 따른 인가를 받은 때에는 지체 없이 연명으로 진흥원의 설립등기를 하여야 한다.
- ④ 설립위원회는 진흥원의 이사장이 임명되면 지체 없이 그 사무를 이사장에게 인계하여야 한다.
- ⑤ 설립위원회 및 설립위원은 제4항에 따른 사무인계가 끝난 때에는 해산되거나 해촉된 것으로 본다.

나) 임원의 선임에 관한 문제

특수법인을 신설할 때 임원의 임명절차와 관련하여 규정을 두어야 할 경우가 있다. 예를 들어 특수법인의 사장을 이사회 의결을 거쳐 주무부 장관이 임명하고 이사는 사장이 임명하는 경우에는 우선 사장이 임명되어야 하는데 사장을 의결할 이사회가 없어 임명절차를 진행할 수 없게 된다. 이때 설립위원회의 의결을 거쳐 사장을 임명하도록 하는 등 적절한 규정을 두어야 한다. 임원의 임명절차를 구체적으로 검토해서 어떤 내용으로 할 것인가를 판단해야 하는데 주로 본칙에 있는 임명절차 규정에 대한 특례 형식(‘제○조에도 불구하고’라는 표현을 사용)으로 규정한다.

[입법례]

사회복지사 등의 처우 및 지위 향상을 위한 법률

부 칙
(법률 제10511호, 2011. 3. 30.)

제2조(공제회의 설립준비) ①·② (생략)

- ③ 이 법 시행 후 최초로 선임될 공제회의 임원은 제5조에도 불구하고 설립위원 중에서 보건복지부 장관이 임명한다.
- ④ 설립위원은 제3항에 따라 공제회의 이사장이 선출된 때에 지체 없이 이사장에게 사무를 인계하여야 한다.
- ⑤ 설립위원은 제4항에 따른 사무인계가 끝난 때에 해촉된 것으로 본다.

다) 설립비용의 처리 문제

설립비용은 신설되는 특수법인이 부담하도록 규정하는 것이 일반적이다. 특수법인을 주식회사로 설립하는 경우에는 「상법」 제290조제4호에 따라 특수법인이 부담할 설립비용은 정관에 기재하면 효력이 있으므로, 법률에서 규정하지 않아도 정관에 기재하여 정리할 수 있다.

[입법례] 신설되는 특수법인이 부담하게 한 사례

방송광고판매대행 등에 관한 법률
부 칙
(법률 제11373호, 2012. 2. 22.)
제3조(한국방송광고진흥공사 설립위원회의 설치) ① ~ ④ (생략)
⑤ 한국방송광고공사의 해산비용 및 공사의 설립비용은 공사가 부담한다.
⑥ (생략)

[입법례] 국가가 부담하도록 한 사례

한국보건복지인력개발원법
부 칙
(법률 제8205호, 2007. 1. 3.)
제3조(설립비용) 인력개발원의 설립에 소요되는 비용은 국가가 이를 부담한다.

다. 사전 준비행위를 규정할 때 유의 사항

준비행위를 하는 근거를 시행일 조항에 단서로 규정하는 사례가 있으나 별도의 조항으로 규정하는 것이 바람직하다. 준비행위는 법령의 시행일 전에 행하여지는 것이지만, 준비행위를 규정하는 조항에서 “시행 전에” 등으로 그 조항이 소급적용됨을 밝히게 되므로 준비행위 규정 자체의 시행일을 공포일 등으로 반드시 따로 정해야 하는 것은 아니다.

또한, “이 법이 공포된 날부터 준비행위를 할 수 있다”고 규정하는 사례도 있는데 이런 내용이 필요하다면 “이 법 시행 전에 준비행위를 할 수 있다”는 표현으로 통일하는 것이 바람직하다.

[입법례]

주거급여법
부 칙
(법률 제12333호, 2014. 1. 24.)
제1조(시행일) 이 법은 2014년 10월 1일부터 시행한다. 다만, 제8조는 2015년 1월 1일부터 시행하고, 제16조는 2014년 7월 1일부터 시행한다.
제2조(법 시행을 위한 준비행위) 국가 또는 지방자치단체는 이 법 시행 전에 신청조사, 확인조사, 정보시스템의 구축 및 그 밖에 주거급여의 실시에도 필요한 준비행위를 할 수 있다.

6. 적용례에 관한 규정

가. 의의 및 필요성

법령 자체가 효력을 발휘하는 것을 ‘시행’이라고 한다. 법령의 부칙에서 시행일을 정하는 것은 기본적으로 법령의 효력이 발생하는 시점(始點)을 정한다는 의미가 있다. 제정 또는 개정된 법령은 시행일부터 효력을 발휘하게 되는데, 시행일 이후에 최초로 발생하는 사실관계나 법률관계뿐만 아니라, 과거에 발생하여 제정 또는 개정된 법령의 시행 당시에도 여전히 진행 중인 사실관계나 법률관계에도 원칙적으로 그 효력이 미친다.⁶¹⁶⁾ 그러한 사실관계나 법률관계가 일련의 절차나 단계를 거쳐 진행되는 경우 단순히 시행일을 정하는 것만으로는 구체적으로 제정 또는 개정된 법령의 적용 대상과 시기가 명확하지 않은 경우가 있다. 이러한 경우에는 해당 법령의 부칙에서 새로 시행되는 규정의 구체적 적용관계를 명확히 하기 위해 시행일 규정 외에 필요한 규정을 두게 되는데, 이를 “적용례”라고 한다.

예를 들어, 수입 바나나에 관한 관세를 인상하여 1월 1일부터 시행하기로 한 경우 일견 시행상의 문제는 없는 것으로 여겨질 수 있다. 그런데 바나나의 수입은 ① 외국 바나나를 구매하는 계약을 체결하는 단계, ② 외국의 항구에서 바나나를 선적하는 단계, ③ 배로

616) 따라서 제재규정이 제정되거나 개정되기 전부터 위반행위가 계속되는 경우 제정되거나 개정된 제재규정이 적용된다.

바나나를 운송하는 단계, ④ 우리나라의 항구에 도착하여 세관에 바나나 선적사실(적하목록)을 보고하는 단계, ⑤ 바나나를 보세창고에 반입하는 단계, ⑥ 수입신고를 하는 단계, ⑦ 관세·부가세 등 세금을 부과·징수하는 단계, ⑧ 수입신고필증(면장)을 발급받는 단계, ⑨ 바나나를 보세창고에서 반출하는 단계 등 여러 단계를 거친다. 인상된 관세율을 어느 단계부터 적용할 것인지에 따라 바나나 수입업자가 인상된 관세를 부담해야 하는지가 정해지게 되는데, 시행일에 관한 규정만으로는 인상된 관세율을 어느 단계부터 적용해야 할 것인지가 명확하지 않다. 이러한 경우 어느 단계부터 인상된 관세율을 적용할 것인지에 관한 기준을 제시할 필요가 있는데, 이 기준이 적용례이다.

위의 경우 적용례가 없더라도 관세청에서는 관세를 부과·징수하기 위해 나름대로 적용례에 해당하는 기준을 정하게 되는데, 이는 법령이 아니므로 이 기준의 타당성에 관하여 논란이 벌어질 소지가 있으므로 이를 법령에서 명확히 해 주는 것이다.

나. 법령 적용의 시간적 범위에 관한 기준과 부칙 필요성

종전에는 법령이 개정되어 신법·구법 중 어떤 법이 적용되어야 하는지에 관하여 법령 자체에서 아무런 규정을 두지 않은 경우에 학설과 판례는 사안에 따라 다른 기준이 적용된다고 보았다. 일반적인 행정처분의 경우에는 처분시법주의에 따라 행정처분 당시의 법령을 기준으로 하나, 행정처분의 내용이 제재처분인 경우에는 행위시법주의에 따라 위반행위 당시의 법령을 적용해야 한다는 것이 판례의 입장이다.⁶¹⁷⁾ 그리고 권리의 발생 여부에 대해서는 권리가 발생한 시점 등 과거의 특정 시점에서 적용되던 법령에 의하여 판단하게 된다고 보았다.

이러한 신법과 구법의 적용 관계에 대해 「행정기본법」 제14조제1항에서는 진정소급 적용금지의 원칙을, 같은 조 제2항에서는 신청에 따른 처분 당시의 신법이 적용되는 처분시법주의를, 같은 조 제3항 본문에서는 위반행위 당시의 구법이 적용되는 행위시법주의를, 같은 조 제3항 단서에서는 행위시법주의의 예외를 각각 규정하였다.⁶¹⁸⁾ 이러한 「행정

617) 법령이 변경된 경우 명문의 다른 규정이나 특별한 사정이 없는 한 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신 법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되므로, 건설업자인 원고가 1973. 12. 31. 소외인에게 면허수첩을 대여한 것이 그 당시 시행된 건설업법 제38조제1항제8호 소정의 건설업면허 취소사유에 해당된다면 그 후 동법시행령 제3조제1항이 개정되어 건설업면허 취소사유에 해당하지 아니하게 되었다 하더라도 건설부장관은 동 면허수첩 대여행위 당시 시행된 건설업법 제38조제1항제8호를 적용하여 원고의 건설업면허를 취소하여야 할 것이다(대법원 1982. 12. 28. 선고 82누1 판결).

기본법」에 따른 법 적용기준은 개별 법령에 특별한 규정이 없는 경우에 적용되므로, 공익과 사익을 비교형량하여 「행정기본법」상의 적용기준과 달리 정할 필요가 있을 때에는 부칙에 적용례나 경과조치를 둘 필요가 있다.

다. 적용례와 경과조치의 구별

적용례는 “새로 제정되거나 개정된 법령”의 적용관계를 밝히기 위한 것이며, 경과조치는 새로 제정되거나 개정된 법령에 의한 기득권 침해 방지 등의 정책적 필요에 의하여 특정한 사안이나 사람에 대해 “구법령”을 적용하기 위한 것이라는 점에서 구분된다. 적용례를 두지 않은 경우 해당 행정청은 이를 갈음하는 합리적인 기준을 설정하여 업무를 수행할 수 있지만, 경과조치를 두지 않은 경우에는 해당 행정청은 이를 갈음하는 조치를 할 수 없다. 왜냐 하면, 개정 법령이 시행되는 순간 종전의 법령은 사라져 조치의 근거를 찾을 수 없기 때문이다. 그러므로 어떤 사람이나 사항에 대해 구법을 적용해야 한다면 반드시 그 사람이나 사항에 대해 종전의 규정을 적용하도록 하는 명문의 경과조치를 두어야 한다. 적용례를 두었다고 하여 적용례에 포섭되지 않는 사람이나 사물에 대해 구법이 적용되는 것은 아니기 때문이다.

법령이 개정된 경우에 기존 법질서를 유지하기 위해 “이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 ~~~ 한 것은 ○○의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다”라는 경과조치를 두는 대신 실무에서는 “~~~ 이후 ○○하는 경우부터 적용한다”는 적용례를 두는 경우가 있다. 이러한 현상이 나타나는 이유는 적용례에 해당하지 않으면 자동적으로 구법이 적용된다고 보기 때문인데, 사라진 구법령을 계속 적용하려면 명확한 근거가 필요할 뿐만 아니라, 신·구 법령 중 어느 법령이 적용되는지 명확하지 아니하여 상대방이 민원을 제기하는 등 분쟁이 발생할 소지도 있으므로, 구법령의 적용을 받던 경우를 신법령의 적용 대상에서 제외하고 구법령을 적용하려는 의도가 명백하다면 적용례 대신 경과조치를 두도록 한다.

618) 「행정기본법」

제14조(법 적용의 기준) ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.

② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다.

③ 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다. 다만, 법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용한다.

[입법례]

관세법
부 칙 (법률 제16838호, 2019. 12. 31.)
제9조(보세사의 자격 등에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 관세행정에 종사 중인 공무원에 대해서는 제165조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

경과조치를 두는 경우 “...한 경우에는 종전의 규정에 따른다.”라고 규정하는데, 구법을 “적용”하게 되어 의미상 “적용례”에 해당하지만 신법 기준으로는 경과된 사항에 대해 종전의 법을 적용하는 조치에 해당하므로, “적용례”라는 제목보다는 “경과조치”를 사용하는 것이 더 적절하다.

부칙의 배열 순서에서 적용례를 경과조치보다 앞에 두는 이유도 현재 시행되는 법령의 적용에 관련되는 사항이 더 본질적인 내용이라고 보아 먼저 규정하고 제도의 변경에 따른 과도적 조치는 부수적인 것으로 보아 나중에 규정하는 것으로 이해할 수 있다.

라. 규정 순서

적용례는 원칙적으로 다음과 같은 순서로 배열한다.

- 1) 일반적 적용례가 있으면 앞에 두고, 개별 조문에 대한 적용례는 그 다음에 둔다.
- 2) 개별 조문에 대한 적용례는 조문의 순서에 따라 배열한다.
- 3) 다른 법령의 개정에 따라 적용례가 필요하면 그 개정규정 바로 뒤에 그에 따른 적용례를 둔다.

[입법례] 일반적 적용례와 개별 조문에 대한 적용례의 규정 순서

법인세법
부 칙 (법률 제14386호, 2016. 12. 20.)

제1조(시행일) 이 법은 2017년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제76조제6항·제7항 및 제9항의 개정규정은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 이후 개시하는 사업연도분부터 적용한다.

제3조(합병 시 이월결손금 등 공제 제한에 관한 적용례) 제45조제3항의 개정규정은 이 법 시행 이후 과세표준을 신고하는 분부터 적용한다.

제4조(분할 시 이월결손금 등 공제 제한에 관한 적용례) 제46조의4제3항의 개정규정은 이 법 시행 이후 과세표준을 신고하는 분부터 적용한다.

[입법례] 다른 법령의 개정에 따른 적용례를 규정한 사례

소득세법
부 칙
(법률 제6051호, 1999. 12. 28.)
<p>제1조(시행일) 이 법은 2000년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제14조·제62조 및 제129조의 개정규정과 부칙 제6조제2항의 규정에 의한 법률 제5493호 금융실명거래 및비밀보장에관한법률 부칙 제12조의 개정규정은 2001년 1월 1일부터 시행하고, 제81조제1항 및 제87조제2항의 개정규정은 공포한 날부터 시행한다.</p> <p>제6조(다른 법률의 개정) ① 농어촌특별세법중 다음과 같이 개정한다.</p> <p>제5조제4항제1호를 다음과 같이 한다.</p> <p>1. 이자·배당소득에 다음 각목의 1의 율을 곱하여 계산한 금액</p> <p>가. 이자소득의 경우에는 100분의 20(2001년 1월 1일 이후부터는 100분의 15)</p> <p>나. 배당소득의 경우에는 100분의 20(2001년 1월 1일 이후부터는 100분의 15)</p> <p>② 금융실명거래 및비밀보장에관한법률중 다음과 같이 개정한다.</p> <p>제5조중 “100분의 22”를 “100분의 20(2001년 1월 1일이후부터는 100분의 15)”으로 한다.</p> <p>법률 제5493호 금융실명거래 및비밀보장에관한법률 부칙 제12조를 삭제한다.</p> <p>제7조(다른 법률의 개정에 따른 적용례) 부칙 제6조제1항의 규정에 의한 농어촌특별세법의 개정규정 및 부칙 제6조제2항에 의한 금융실명거래 및비밀보장에관한법률 제5조의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 발생하여 지급하는 소득분부터 적용한다. 이 경우 2001년 1월 1일 이후 적용되는 세율(각각 100분의 15)은 2001년 1월 1일이후 발생하여 지급하는 소득분부터 적용한다.</p>

마. 규정 방식

1) 일반적인 규정 방식

적용례를 규정하게 되는 조문의 적용 대상이 사람이나 법인이면 사람이나 법인을 기준으로, 사항(사물)이면 사항(사물)을 기준으로 적용례를 작성한다. 적용례를 규정하는 기본 형식은 “제○조제○항의 개정규정은 이 법 시행 이후 ~~하는 경우(하는 것, 하는 자)부터 적용한다.”로 표현한다.

[입법례] 사람(법인)을 기준으로 규정한 사례

식품위생법
부 칙
(법률 제14022호, 2016. 2. 3.)
제2조(영업자의 회수에 관한 적용례) 제45조의 개정규정은 이 법 시행 이후 ⁶¹⁹⁾ ⁶²⁰⁾ 식품등을 제조·가공·소분·수입 또는 판매를 한 영업자부터 적용한다.

[입법례] 사항(사물)을 기준으로 규정한 사례

공유수면 관리 및 매립에 관한 법률
부 칙
(법률 제14726호, 2017. 3. 21.)
제3조(점용료·사용료에 대한 가산금 징수에 관한 적용례) 제13조제7항의 개정규정은 이 법 시행 이후 납부를 고지하는 점용료·사용료부터 적용한다.

619) 시행일이 여러 개인 경우로서 시행일 단서에 해당하는 개정규정의 시행과 관련된 적용례를 규정하는 경우에는 “제○조의 개정규정은 부칙 제1조 단서에 따른 제○조의 개정규정 시행 이후”와 같은 방식으로 표현한다.

620) “이 법 시행 후”라고 표현한 경우도 있으나 시행일이 포함됨을 명확하게 하기 위해 “이 법 시행 이후”라고 표현한다.

2) 행정절차가 진행 중인 사항에 대해 규정하는 방식

가) 일반적인 경우

이미 행정절차가 진행 중인 사안에 대해서는 신법이 적용되는 것이 원칙이나, 적용관계를 명확하게 하기 위해 적용례를 규정하기도 한다.

[입법례]

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법
부 칙 (법률 제14086호, 2016. 3. 22.)
제2조(부담금의 납부에 관한 적용례) 제25조의 개정규정은 이 법 시행 당시 부담금을 부과받았으나 납부기한이 지나지 아니한 경우에도 적용한다.

나) 여러 단계의 절차를 거치는 경우

시험의 실시와 같이 공고부터 최종 발표까지 여러 단계를 거치는 경우에는 어느 단계부터 신법령을 적용할 것인지 분명히 해 주어야 할 필요가 있다.

예를 들면, 시험과목 변경 등 시험 응시 요건이 변경되는 경우 시험 시행 시점만을 기준으로 적용례를 둔 입법례가 있으나, 시행일 전에 과목변경 등 개정규정을 반영하여 공고할 수 있는지에 대한 해석 논란을 피하기 위해서는 공고 시점과 시행 시점을 연계하여 적용례를 둘 필요가 있다.

[입법례] 시험 시행 시점만을 기준으로 적용례를 둔 사례

가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령
부 칙 (대통령령 제20594호, 2008. 1. 31.)
제1조(시행일) 이 영은 2008년 2월 4일부터 시행한다. 다만, 제5조의6부터 제5조의8까지의 개정규정은 이 영 시행 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.
제7조(시험과목의 개정에 관한 적용례) 별표 3 중 시험과목에 관한 개정규정은 2009년 1월 1일 이후에 최초로 시행되는 시험부터 적용한다.

[입법례] 공고 시점과 시험 시행 시점을 연계하여 적용례를 둔 사례

경찰공무원 임용령

부 칙

(대통령령 제24275호, 2012. 12. 28.)

제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제43조의2, 별표 2 및 별표 6의 개정규정은 2014년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(시험과목 변경 등에 따른 적용례) ① 제43조의2, 별표 2 및 별표 6의 개정규정은 2013년 12월 31일 이전에 공고되어 2014년 1월 1일 이후에 실시되는 시험에 대해서도 적용한다.

② 시험실시권자는 제1항에 따른 시험에 대하여 제34조에 따른 공고를 하는 경우에는 제43조의2, 별표 2 및 별표 6의 개정규정을 반영하여 공고하여야 한다.

시험 공고와 시험 실시는 일련의 절차로서 시행일 이후 실시되는 시험부터 개정규정을 적용하도록 적용례를 규정하는 경우, 적용례 규정에서 공고에 관한 사항이 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문에 시험 시행 시점을 기준으로 하는 적용례만으로는 시행일 이후 실시되는 시험에 대해서 시행일 이전에 과목변경 등 개정규정을 반영하여 시험 공고를 할 수 있는지가 모호하다. 따라서 해석 논란을 피하고, 국민의 법 이해 편의를 위해 최대한 적용례를 구체적으로 명확히 규정할 필요성이 있으므로 시험 공고를 기준으로 다음과 같이 적용례를 두는 것이 바람직하다.

입법 모델

① 공고 시점과 시험 시행 시점을 연계하여 적용례를 두는 경우

제2조(국가시험 과목 변경에 관한 적용례) 제4조의 개정규정은 이 영 시행 이후 실시되는 시험에 대하여 이 영 시행 전에 국가시험 관리기관의 장이 제2조제2항에 따라 공고하는 경우에도 적용한다.

제2조(국가시험 과목 변경에 관한 적용례) 제4조의 개정규정은 2015년 1월 1일 전에 공고되어 2015년 1월 1일 이후에 실시되는 시험에 대해서도 적용한다.

② 시험 시행 시점을 기준으로 한 적용례 규정과 함께 시행일 전에 시행일 이후 실시되는 시험에 관한 공고를 할 수 있도록 하는 준비행위 규정을 두는 경우⁶²¹⁾

제2조(국가시험 과목 변경에 관한 적용례) 제4조의 개정규정은 이 영 시행 이후 실시되는 시험부터 적용한다.

제3조(국가시험 시행을 위한 준비행위) 국가시험 관리기관의 장은 이 영 시행 전에 이 영 시행 후 제4조의 개정규정에 따라 실시되는 시험에 대한 공고를 할 수 있다.

③ 시행일의 조정이 가능하다면 시행일 이후 실시되는 시험에 대한 시험 공고도 시행일 이후에 이루어질 수 있도록 시행일을 시험 공고일보다 이전으로 규정한 후 공고시점을 기준으로 적용례를 두는 경우

제2조(국가시험 과목 변경에 관한 적용례) 제4조의 개정규정은 이 영 시행 이후 공고하는 시험부터 적용한다.

3) 영업정지처분을 갈음하는 과징금 제도를 도입하는 경우의 규정 방식

영업정지처분을 갈음하는 과징금 제도를 새로 도입하는 경우에 개정규정의 적용 관계를 명확히 규정하지 않는 경우 종전의 위반행위에 대해 영업정지에 갈음한 과징금을 부과할 수 있는지에 대한 논란이 제기될 수 있다.⁶²²⁾ 영업정지처분을 갈음하는 과징금 제도를 도입하는 경우 다음과 같이 적용례를 두도록 한다.

입법 모델 개정규정 시행 이후 위반행위부터 적용하려는 경우

제○조(과징금에 관한 적용례) 제○○조의 개정규정은 이 법 시행 이후의 위반행위부터 적용한다.

621) 입법례, 「국의유학에 관한 규정」 부칙(대통령령 제12118호, 1987. 4. 1.)

② (국비유학생선발시험준비행위에 관한 경과조치) 제23조제2항 및 제4항의 개정규정*에 의한 국비유학생 선발시험의 공고 기타 시험의 준비는 동 개정규정의 시행전에 할 수 있다.

* 제23조제2항 및 제4항은 시험의 과목 및 실시에 관한 사항을 변경하는 내용으로 개정됨.

622) 과징금제도는 (중략) 업무정지처분과는 별개의 독립된 행정제재라고 할 것이다. 또한, 식품의약품검사법 시행규칙 부칙 제6조제1항에서는 이 규칙 시행 전의 위반행위에 대하여 “행정처분 기준”을 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다고 규정하여 행정처분의 기준을 적용하는 것에 대해 경과조치를 두고 있는데, 이는 위반행위가 있는 후 법령의 개정으로 제재의 정도가 강화되거나 완화되는 경우 위반행위 당시 시행되던 법령의 제재 기준을 따르도록 하려는 취지의 규정으로서, 새로 도입된 독립된 행정제재인 과징금 부과를 금지하려는 취지의 규정은 아니다(법제처 2015. 3. 3. 15-0079 해석례).

입법 모델 개정규정 시행 전 위반행위에도 적용하려는 경우

제○조(과징금에 관한 적용례) 제○○조의 개정규정은 이 법 시행 전의 위반행위에 대해 이 법 시행 이후 영업정지처분을 하는 경우에도 적용한다.

4) 위반횟수별 가중처분 규정을 신설하는 경우 등의 규정 방식

제재처분이나 과태료 부과와 세부기준을 정하면서 위반횟수별 가중처분 규정을 신설하는 경우에는 종전 위반횟수를 개정규정 이후 발생한 위반행위의 위반횟수 산정 시 포함할지에 대해 부칙에서 적용례를 둘 수 있다. 부칙에 적용례를 두어 개정규정에 따라 종전 위반행위를 위반횟수에 포함하여 가중처분을 하더라도 이는 종전의 위반행위에 대해 가중처분을 하는 것이 아니라 종전의 위반행위 전력을 개정규정 시행 이후 발생한 위반행위에 대한 가중처분의 구성요건으로 포함시키는 것이고, 개정규정 시행 이후에 추가로 이루어진 위반행위에 대하여 가중처분을 하는 것이 된다.⁶²³⁾

따라서 종전규정에 따른 위반횟수를 개정규정에 따른 위반횟수 산정에 포함시키더라도 이는 입법정책의 문제일 뿐, 소급입법금지 원칙이나 「질서위반행위규제법」 제3조제1항에 위반된다고 할 수 없을 것이다.

또한, 위반행위 횟수 산정기간이 변경(예: 과태료 부과처분을 한 날부터 1년 이내 다시 동일한 위반사항을 적발한 경우 → 과태료 부과처분을 한 날부터 3년 이내에 다시 동일한 위반사항을 적발한 경우)되거나 위반횟수별 과태료 금액만 상향(예: 1차 10만원, 2차 20만원, 3차 이상 50만원 → 1차 20만원, 2차 30만원, 3차 이상 50만원)하면서 종래의 위반횟수를 개정규정에 따른 위반횟수 산정에 포함시키려는 경우, 일반적으로는 별도의 적용례를 두지 않아도 문제가 없다. 다만, 과태료 금액 상향 폭이 일반적인 예측 수준을 훨씬 넘는 등의 경우에는 적용상 논란의 여지를 없애기 위해 필요하면 적용례를 두도록 한다.

623) ‘도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람’에 위와 같이 개정된 도로교통법이 시행된 2019. 6. 25. 이전에 구 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 위반한 전과가 포함된다고 보아야 한다. 이와 같이 해석하더라도 형벌불소급의 원칙이나 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다. 개정 도로교통법 부칙 제2조는 도로교통법 제82조 제2항과 제93조 제1항 제2호의 경우 위반행위의 횟수를 산정할 때에는 2001. 6. 30. 이후의 위반행위부터 산정하도록 한 반면, 제148조의2 제1항에 관한 위반행위의 횟수 산정에 대해서는 특별히 정하지 않고 있다. 이처럼 제148조의2 제1항에 관한 위반행위의 횟수를 산정하는 기산점을 두지 않았다고 하더라도 그 위반행위에 개정 도로교통법 시행 이후의 음주운전 또는 음주측정 불응 전과만이 포함되는 것이라고 해석할 수 없다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2020도7154 판결).

[입법례] 종전 위반행위를 횡수 산정 시 포함하도록 규정한 사례

항공안전법 시행령

부 칙

(대통령령 제32123호, 2021. 11. 16.)

제2조(과태료 부과 시 위반 횡수 산정에 관한 적용례) 이 영 시행 전의 위반행위로 받은 과태료 부과처분은 별표 5 제1호가목의 개정규정에도 불구하고 그 처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날이 1년 이내인 경우에만 위반행위의 횡수 산정에 포함한다.

* 위반행위 횡수 산정 기간(별표 5 제1호가목)이 1년에서 5년으로 늘어나고, 위반횡수별 과태료도 상향된 사례

[입법례] 종전 위반행위를 횡수 산정 시 포함하지 않도록 규정한 사례

어선법 시행령

부 칙

(대통령령 제28833호, 2018. 4. 24.)

제2조(과태료의 부과기준에 관한 적용례) 이 영 시행 전의 위반행위로 받은 과태료 부과처분은 별표 2 제2호 라목부터 사목까지 및 하목의 개정규정에 따른 위반행위의 차수 산정에 포함하지 아니한다.

* 위반행위 횡수별 과태료 규정을 신설한(별표 2 제2호 라목부터 사목까지 및 하목) 사례

바. 유의 사항

1) 소급적용의 문제

신법을 소급적용한다는 취지의 적용례를 두는 경우에는 소급입법의 문제를 미리 검토해야 한다. 헌법상 소급입법이 명시적으로 금지된, 참정권 제한과 재산권 박탈(헌법 제13조제2항), 형벌이나 조세 부과를 비롯하여 국민에 대해 불리한 진정소급입법은 원칙적으로 허용되지 않는다.⁶²⁴⁾ 부진정소급입법의 경우에도 신법령으로 인해 침해가 예상되는 신뢰이익의 보호

624) 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2012헌바105 결정

가치, 침해의 중한 정도, 신뢰의 손상 정도, 새로운 입법을 통하여 실현하려는 공익목적 등을 종합적으로 형량하여 판단하여야 할 것이다.

2) 적용시점(始點)을 일정 시점(時點)으로 정하는 문제

법령의 적용시점을 사람이나 사물을 기준으로 하지 않고 법령 시행 이후 일정한 시점(時點)으로 정하는 경우가 있는데, 이는 시행일을 늦추는 결과밖에 없는 것이고 적용시점(時點)에 가면 또 다시 어떤 사람이나 사물에 대해 적용해야 하는지의 문제가 발생하므로 아무런 의미가 없다. 따라서 적용시점을 규정하는 적용례는 사용하지 않도록 한다.

7. 특례에 관한 규정

가. 의의

법령을 제정하거나 개정할 때 정책적인 관점이나 특수한 상황을 전제로 하여 한정된 기간이나 한정된 대상 등에 대해 구법에 의하기도 곤란하고 바로 신법을 적용하기도 곤란하여 잠정적으로 본칙의 내용과 다른 제도를 도입하여 운용할 필요가 있을 때에는 특례 규정을 둔다.

나. 특례와 적용례·경과조치의 구별

특례는 구법에 의하는 것도 아니면서 신법에 대한 예외를 잠정적으로 인정하는 경우를 가리키며⁶²⁵⁾, 적용례는 제정 또는 개정된 법령의 적용 대상과 시기를 명확히 하는 경우에

625) 「공무원연금법 시행령」

부칙 〈대통령령 제29181호, 2018. 9. 18.〉

제7조(기본계획 또는 시행계획 등의 수립·시행에 관한 특례) ② 이 영 시행 이후 최초의 시행계획은 제85조제3항의 개정규정에도 불구하고 2019년 4월 30일까지 수립·시행하여야 한다.

사용되는 것이고⁶²⁶⁾, 경과조치는 종전의 규정을 신법 시행 이후에도 계속 적용시키는 것을 명확히 하는 경우에 사용되는 것이므로⁶²⁷⁾ 구법에 의하는 것도 아니면서 신법에 대해 내용상 예외를 인정하는 경우에는 특례로 규정해야 한다.

[특례·적용례·경과조치 비교]

구분	특례	적용례	경과조치
필요성	구법령과 신법령을 적용하기 어려운 경우	신법령을 적용하는 대상과 시기가 불명확한 경우	구법령을 적용하려는 경우
내용 및 효과	신법령에 대한 예외 인정	신법령의 적용 대상 및 시기 명시	구법령 적용
규정방식 예시	제○조의 개정규정에도 불구하고 ~하여야 한다 (할 수 있다).	제○조의 개정규정은 ~하는 경우부터 적용한다.	제○조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다(~로 본다).

다음의 예에서 보는 바와 같이 특수법인의 설립 시 부칙에 사업계획서 등의 제출에 관한 특별한 규정을 두는 취지는 특수법인이 본칙 규정에 따라 사업계획서 등을 제출할 수 없는 특수한 사정을 고려한 것이고, 특수법인이 설립된 다음 해부터는 새로 신설되는 본칙 규정에 따라 사업계획서를 제출하도록 하려는 것으로 볼 수 있다. 이 경우 사업계획서 등의 제출에 관한 부칙 규정은 특수법인이 설립되는 해에만 잠정적으로 규율을 함으로써 본칙 규정에 대한 예외를 인정하려는 것이므로 “특례”로 규정한다. 따라서 다음 ①의 입법례는 “특례”라는 제목을 붙이는 것이 좋을 것이고, ③의 입법례는 “경과조치” 대신 “특례”라는 제목으로 변경하는 것이 바람직하다.

626) 「무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률 시행령」
부칙 <대통령령 제27056호, 2016. 3. 25.>
제2조(시행계획의 수립에 관한 적용례) 제3조는 2017년도에 수립하는 시행계획부터 적용한다.

627) 「개인정보 보호법 시행령」
부칙 <대통령령 제27370호, 2016. 7. 22.>
제2조(기본계획 및 시행계획의 수립에 관한 경과조치) ② 종전의 제12조에 따라 수립된 2016년 및 2017년에 대한 시행계획은 각각 제12조의 개정규정에 따라 수립된 시행계획으로 본다.

[입법례] ① 조 제목에 “특례”라는 표현을 쓰지 않은 사례

거래말근사전남북공동편찬사업회법
부 칙 (법률 제8392호, 2007. 4. 27.)
제6조(사업계획서 등의 제출) 이 법 시행일이 속하는 회계연도의 사업계획서 및 예산서의 제출은 제17조에도 불구하고 이 법 시행일로부터 2개월 이내에 제출하여야 한다.

[입법례] ② 조 제목에 “특례”라는 표현을 쓴 사례

취업 후 학자금 상환 특별법 시행령
부 칙 (대통령령 제22005호, 2010. 2. 2.)
제2조(사업계획서 등의 제출에 관한 특례) 법 제6조에 따라 한국장학재단이 교육과학기술부장관에게 제출하여야 하는 2010년도 사업계획서 및 예산서는 제3조제1항에도 불구하고 2010년 2월 5일까지 제출한다.

[입법례] ③ 조 제목에 “경과조치”라는 표현을 쓴 사례

한국교육학술정보원법시행령
부 칙 (대통령령 제16272호, 1999. 4. 30.)
② (사업계획서 및 예산서의 제출에 관한 경과조치) 이 영 시행후 최초의 사업연도의 사업계획서 및 예산서는 제5조의 규정에 불구하고 교육정보원 원장이 이사회의 의결을 거쳐 이 영 시행일부터 30일 이내에 교육부장관에게 제출하여야 한다.

다. 규정 방식

특례는 잠정적 규율이 필요한 사항에 대해 모두 규정할 수 있으나, 특례조치가 끝나면 법률관계가 신법으로 규율된다는 점을 고려하여 특례의 정도를 적절히 해야 한다.

[입법례]

개발이익 환수에 관한 법률
부 칙
(법률 제12245호, 2014. 1. 14.)
제8조(개발부담금의 감면에 관한 특례) 제5조제1항제1호부터 제6호까지의 개정규정에 따른 개발부담금 부과 대상 사업으로서 이 법 시행일부터 1년까지의 기간 내에 인가등을 받은 개발 사업에 대해서는 제7조제2항 및 제3항(제2호는 제외한다)에도 불구하고 다음 각 호의 구분에 따라 개발부담금을 경감하거나 면제한다.
1. 수도권에서 시행하는 개발사업: 개발부담금의 100분의 50 경감
2. 수도권 외의 지역에서 시행하는 개발사업: 개발부담금 면제

[입법례]

공무원임용령
부 칙
(대통령령 제23014호, 2011. 7. 4.)
제3조(기능10급 폐지에 따른 기능직공무원 채용시험에 관한 특례) ① 기능10급 관련 개정규정 시행 당시 진행 중인 기능10급 공무원의 채용시험 합격자는 기능9급 공무원의 채용시험 합격자로 본다.
② 기능10급 관련 개정규정 시행 전에 기능10급 공무원의 채용시험에 합격하였으나 기능10급 관련 개정규정 시행 당시 아직 임용되지 않은 사람은 기능9급 공무원의 채용시험에 합격한 것으로 본다.

그리고 특례 자체의 적용 대상 등을 판단하기에 어려움이 예상되면 그 특례에 따른 적용례를 두도록 한다.

[입법례]

수질환경보전법 시행령

부 칙

(대통령령 제16945호, 2000. 8. 5.)

제3조(하수처리구역의 사업장에 대한 기본부과금의 감경에 관한 특례) ① 하수종말처리시설에 폐수를 유입하는 사업자에 대하여 기본부과금을 부과함에 있어서 별표 1의 규정에 의한 1종 및 2종사업장의 사업자에 대하여는 2000년에는 부과금액의 50퍼센트를, 2001년에는 부과금액의 30퍼센트를, 2002년에는 부과금액의 10퍼센트를 각각 감면하고, 3종 및 4종사업장의 사업자에 대하여는 2000년에는 부과금액의 70퍼센트를, 2001년에는 부과금액의 50퍼센트를, 2002년에는 부과금액의 30퍼센트를 각각 감경한다.

② 제1항의 규정은 이 영 시행 후 최초로 부과하는 기본부과금부터 적용한다.

라. 유의 사항

1) 부칙의 특례와 본칙의 특례

특례는 원칙적 규정에 대해 특수하고 예외적인 내용을 규정하는 것이므로 본칙과 부칙 어디에도 둘 수 있다. 부칙의 시행일 규정에 따라 시행일이 도래하면 개정된 규정이 적용되는 것이 원칙이나, 특정 사안에 대해 “잠정적·임시적”으로 다르게 적용하려면 부칙에 특례를 둔다. 반면에, 특정한 경우에 지속적으로 적용되는 특례라면 본칙에서 이를 규정하여 일반 규정과의 관계를 명확히 할 수 있다.

[입법례] 특례를 본칙에 규정한 사례

국민연금법

제116조(반환일시금의 소멸시효에 관한 특례) ① 제115조에도 불구하고 제77조제1항제3호, 종전의 제67조제1항제1호(법률 제3902호 국민복지연금법개정법률에 따라 개정되어 법률 제5623호 국민연금법중개정법률에 따라 폐지된 규정을 말한다) 및 종전의 제67조제1항제4호(법률 제6027호 국민연금법중개정법률에 따라 개정된 규정을 말한다)에 따라 반환일시금의 수급권이 발생한 자가 제77조제1항제1호 또는 제2호에 해당하게 된 때에는 반환일시금을 지급받을 수 있다.

② (생략)

건축법

제6조(기존의 건축물 등에 관한 특례) 허가권자는 법령의 제정·개정이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 대지나 건축물이 이 법에 맞지 아니하게 된 경우에는 대통령령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 건축을 허가할 수 있다.

2) 본칙에 대한 예외표시 등

특례는 본칙의 규정에 대해 예외가 되는 것이므로 “법 제○조제△항 본문에 따른 □□에도 불구하고”라는 표현 방식과 같이 구체적으로 특례의 대상이 규정된 조문(항, 호, 본문, 단서, 전단, 후단까지 특정)과 함께 특례의 대상이 되는 내용까지도 특정하여 명시하는 것이 입법 명확성을 위해 바람직하다.⁶²⁸⁾

[입법례]

실내공기질 관리법 시행령

부 칙

(대통령령 제22888호, 2011. 4. 6.)

제2조(학원 등의 적용대상 규모에 관한 특례) ① 제2조제2항제8호의 개정규정에도 불구하고 학원에 대해서는 2012년 12월 31일까지는 제2조제2항제8호의 개정규정 중 “연면적 1천제곱미터 이상”을 “연면적 2천제곱미터 이상”으로 한다.

② 제2조제2항제10호의 개정규정에도 불구하고 인터넷컴퓨터게임시설제공업 시설에 대해서는 2013년 12월 31일까지는 제2조제2항제10호의 개정규정 중 “연면적이 300제곱미터 이상”을 “연면적이 500제곱미터 이상”으로 한다.

628) 특례를 규정하려는 법령에서 특례의 대상이 되는 조문과 함께 그 내용까지 특정하여 명시할 경우 향후 특례의 대상이 규정된 법령 조문이 개정되어 해당 조문에 다른 내용이 추가되는 등 그 내용이 변경되더라도 특례의 범위를 당초 특례의 대상이 된 내용으로 한정하여 해석할 수 있는 근거가 될 수 있다.

8. 경과조치에 관한 규정

가. 의의 및 필요성

법령을 제정 또는 개정하여 법질서를 변경하는 경우 어떤 시점부터 새로운 법령을 무조건 적용해서 기존의 법률관계를 새로운 법률관계로 전환시키는 것은 여러 가지 문제를 야기한다. 물리적으로 그렇게 할 수 없는 경우도 있고, 상당한 혼란이 야기되는 경우도 있다. 특히 기득권을 침해함으로써 위헌 또는 위법의 문제를 발생시키는 경우도 있다.

그래서 새로운 법질서로 전환하는 과정이 부드럽고 순조롭게 진행될 수 있도록 과도적 조치를 강구할 필요가 생긴다. 이러한 과도적 조치를 법령에서는 ‘경과조치’라고 부르고, 경과조치를 담은 규정을 ‘경과규정’이라고 부른다. 부칙의 대부분은 이 경과조치가 차지하고 있다.

경과조치는 신규 양 법질서 사이에서 제도의 변화(발전)와 법적 안정성의 요구를 적절히 조화시키는 구실을 할 뿐만 아니라 신법·구법 사이의 적용관계를 명확히 하도록 하는 것이므로 부칙 중에서 가장 중요한 부분으로 다루어지는데, 입법기술상으로도 가장 어려운 부분의 하나이다. 실제 입법을 할 때에 새로운 제도를 도입하거나 기존 제도를 변경하는 경우 본칙 규정에 대해서는 다방면에 걸쳐 상세한 검토가 이루어지지만, 새로운 제도 도입 등으로 기득권이 침해되는지에 대한 검토는 불충분한 경우가 적지 않다. 이러한 경우에는 기득권자의 즉각적이고 강력한 반발에 직면하게 될 뿐만 아니라, 법령의 적용에 혼선이 야기되기도 한다. 행정쟁송이나 법령해석의 대상이 되는 사안에는 경과조치의 불비로 인한 것이 적지 않다.

법령을 제정하거나 개정하는 경우 각 조문별로 법적 안정성의 확보, 기득권의 보호 등을 위해 어떤 과도적 조치가 필요한지를 세심히 검토해야 한다. 굳이 경과조치를 두지 않아도 될 것으로 여겨지는 경우에도 법령 적용에 혼선이 야기될 우려가 조금이라도 예상된다면 확인적 차원에서라도 경과조치를 두도록 해야 한다.

나. 규정 순서

경과조치는 원칙적으로 다음과 같은 순서로 배열한다.

- 1) 일반적 경과조치는 맨 앞에 두고, 개별 조문에 대한 경과조치는 그 다음에 둔다.
- 2) 개별 조문에 대한 경과조치는 조문의 순서에 따라 배열한다.
- 3) 경과조치 위반에 대한 행정처분을 규정해야 하는 경우에는 그 경과조치의 실제 규정 뒤에 둔다.⁶²⁹⁾
- 4) 다른 법령의 개정에 따라 경과조치가 필요하면 그 개정규정 바로 뒤에 그에 따른 경과 조치를 둔다.⁶³⁰⁾

다. 규정 방식

1) 법령이 개정된 경우 특정한 사람이나 사항(사물)에 대해 구법의 효력을 유지하기 위한 경과조치

법령이 제정되거나 개정되는 경우 신법령과 구법령 중 어떤 것을 적용해야 하는지를 판단하는 것이 쉽지 않기 때문에 이에 관하여 아무런 규정을 두지 않으면 법 적용상 혼란이 생길 소지가 있다. 이런 경우에는 반드시 적용되는 법령을 명시하는 규정을 두도록 한다. 우선 신법령이 적용되는 경우를 분명히 해야 하는 경우에는 앞에서 설명한 바와 같이 적용례를 두도록 한다. 법령이 폐지되거나 개정되어 구법령이 효력을 상실해도 특정 사람이나 사물(사항)에 대해 구법령을 적용하려면 명시적으로 구법령의 효력을 인정하는 규정을

629) 「의료법」 부칙(법률 제13658호, 2015. 12. 29)

제4조(간호조무사 신고에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 간호조무사 자격인정을 받은 사람은 이 법 시행 후 1년 이내에 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 실태와 취업상황 등을 신고하여야 한다.

② 보건복지부장관은 간호조무사 자격인정을 받은 사람이 제1항에 따른 신고를 하지 아니한 경우 신고기간이 종료하는 시점부터 신고할 때까지 자격의 효력을 정지할 수 있다.

630) 「민간임대주택에 관한 특별법」 부칙(법률 제15356호, 2018. 1. 16.)

제13조(다른 법률의 개정에 따른 경과조치) 부칙 제12조제1항에 따라 개정되는 「도시 및 주거환경정비법」 및 이 법의 개정규정에도 불구하고 이 법 시행 당시 종전의 「도시 및 주거환경정비법」 제9조제1항제10호에 따른 기업형임대주택 또는 임대관리 위탁주택의 건설에 관한 사항이 정비계획에 포함되어 같은 법 제16조제2항에 따라 정비구역 변경지정에 관한 고시가 된 경우 종전의 규정에 따른다.

두어야 한다.⁶³¹⁾ 이와 같이 구법령의 효력을 여전히 인정하고 특정한 경우에 그 적용을 규정하는 것은 “경과조치”라는 제목 아래 규정하도록 한다. 특히, 경과조치를 규정할 경우에는 집행상 논란이 발생하지 않도록 어떤 사람이나 사항 등 적용 대상이 종전의 규정에 따르는지 구체적인 법 집행과정을 면밀히 검토하여 최대한 명확하고 구체적으로 적시해 줄 필요가 있다⁶³²⁾.

[입법례] 종전 규정의 적용대상에 절차가 진행 중인 경우를 포함시킨 사례

산지관리법 시행령
부 칙
(대통령령 제27235호, 2016. 6. 21.)
제2조(광물 채굴을 위한 산지일시사용기간 연장 절차에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 광물의 채굴을 위한 산지일시사용기간의 연장을 신청한 경우로서 이 영 시행 당시 종전의 제18조의4 제3항 각 호 외의 부분 본문에 따라 중앙산지관리위원회 또는 지방산지관리위원회의 심의가 진행 중인 경우에는 제18조의4제3항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

[입법례] 종전 규정의 적용대상에 변경허가를 포함시킨 사례

위험물안전관리법 시행령
부 칙
(대통령령 제30839호, 2020. 7. 14.)
제2조(제조소등의 설치허가 또는 변경허가 기준에 관한 경과조치) 부칙 제1조 단서에 따른 시행일 전에 제6조제1항에 따라 설치허가 또는 변경허가를 신청한 경우에는 같은 조 제2항제3호가목의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

631) 다만, 차별철폐 등 반성적 고려에 따라 법령을 개정하는 경우에는 종전 규정을 계속 적용하는 경과조치를 두어서는 안 된다(헌법재판소 2021. 9. 30. 선고 2019헌가3 결정).

632) 종전 기준에 따르면 경과조치에서 “건축허가 신청 등”으로만 표현하여 건축허가를 위한 일련의 행정절차 중 어디까지 경과조치의 적용대상이 되는지 문제된 사안에서 건축허가 전 건축위원회의 건축심의 신청이 있는 경우도 부칙의 적용대상으로 본 해석 사례가 있다(법제처 2018. 12. 7. 18-0533 해석례). 반면 “건축허가·건축신고 절차가 진행 중인 자”에 건축허가 전 경관위원회 심의를 거친 자는 해당하지 않는다는 해석 사례도 있다(법제처 2019. 8. 30. 19-0260 해석례).

[입법례] 종전 규정의 적용대상에 절차 진행 전의 과정을 포함시킨 사례

건축법
부 칙
(법률 제16380호, 2019. 4. 23.)
제4조(품질관리서에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 제11조에 따른 건축허가·대수선타허가를 신청(제4조의2제1항에 따른 건축위원회에 심의를 신청한 경우를 포함한다)하거나, 제14조에 따른 건축신고·대수선타신고, 제19조에 따른 용도변경 허가를 신청(같은 조에 따른 용도변경 신고 및 건축물대장 기재내용의 변경신청을 포함한다)한 경우에는 제52조의4제1항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

2) 기득의 권리나 법적 지위를 존중·보호하기 위한 경과조치

이미 어떤 권리나 법적 지위를 확보한 사람이나 사항(사물)에 대해 일단 그 권리나 지위를 인정하면서 새로운 법질서에 맞추어 나가도록 하기 위해서 두는 경과조치이다. 이와 같은 경과조치는 헌법상 법치국가의 원리와 「행정기본법」 제12조에 따른 신뢰보호의 원칙과 밀접한 관련을 가진다. 특히 규제·의무가 강화되거나 권리 또는 이익이 소멸되는 등의 내용으로 변경되는 법령의 개정이 있는 경우에는 구법에 대한 신뢰이익을 보호할 가치가 있으면 구법에 대한 개인의 신뢰이익을 적절히 보호할 수 있도록 경과조치를 규정해야 한다.⁶³³⁾

가) 인허가 제도의 신설·변경·폐지

① 인허가 제도의 신설

인허가 제도를 신설하는 경우에는 인허가 제도 도입 전의 기존 사업자에게 인허가 없이도 해당 영업을 영위할 수 있는 일정한 유예기간을 두는 경과조치를 둘 필요가 있다. 이 경우 신설되는 인허가의 내용·성격, 기존 사업자의 이익 등을 고려하여 규정하여야 한다.

633) 신뢰보호원칙은 헌법상 법치국가 원칙으로부터 도출되는데, 그 내용은 법률의 제정이나 개정 시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합법적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 허용될 수 없음을 의미한다(헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2013헌바248 결정).

인허가 제도의 신설 시 기존 사업자에 대해 경과조치를 규정하는 입법례를 살펴보면 인허가 간주규정을 두지 않는 경우와 인허가 간주규정을 두는 경우로 나눌 수 있다. 인허가 간주규정을 두지 않고⁶³⁴⁾ 유예기간만을 부여한 입법례의 경우 유예기간 동안에는 기존 사업자의 행위를 적법한 것으로 본다는 것이 명확하고, 유예기간 경과 후에는 자연스레 신법령이 적용되어 새로운 인허가를 받아야 하는 것으로 해석된다는 점에서 따로 기존 인허가 효력에 관해 규정할 필요가 없다.

[입법례] 인허가 간주규정을 두지 않고 유예기간만 부여한 사례

대기환경보전법
부 칙
(법률 제15096호, 2017. 11. 28.)
제3조(냉매회수업의 등록에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 냉매회수업을 하고 있는 자는 제76조의 11제1항의 개정규정에도 불구하고 이 법 시행일부터 6개월까지는 같은 개정규정에 따른 등록을 하지 아니하고 냉매회수업을 할 수 있다.

반면에 기존 사업자가 인허가 요건을 갖추지 않았더라도 인허가를 받은 것으로 간주하여 신법령에 따른 사업자의 권리 또는 의무를 적용할 정책적 필요가 있는 경우에는 경과조치로 인허가 간주규정을 두어야 한다. 인허가 간주규정을 두는 경우의 규정 방식은 인허가 간주

634) 인허가 간주규정을 두지 않으면서 유예기간 내에 인허가를 받도록 규정한 입법례가 있으나, 신법령에 따른 인허가를 받은 후에야 비로소 해당 행위를 할 수 있는 것으로 오해할 소지가 있으므로 바람직하지 않다. [참고] 인허가 간주규정을 두지 않고 유예기간 내에 인허가를 받도록 한 입법례

건설기계관리법 시행령
부 칙
(대통령령 제25524호, 2014. 7. 28.)
제2조(솔리드타이어 부착 전동식 지게차 및 3톤 미만 타워크레인의 등록에 관한 경과조치) 이 영 시행 당시 별표 1 제4호 및 제27호의 개정규정에 따라 건설기계로 분류되는 도로에서도 운행하는 솔리드타이어를 부착한 전동식 지게차(이하 “솔리드타이어 부착 전동식 지게차”라 한다) 또는 정격 하중 3톤 미만의 타워크레인(이하 “3톤 미만 타워크레인”이라 한다)을 소유한 자는 이 영 시행일부터 2년 이내에 법 제3조에 따라 건설기계의 등록을 하여야 한다.
제5조(건설기계대여업의 등록에 관한 경과조치) 이 영 시행 당시 솔리드타이어 부착 전동식 지게차 또는 3톤 미만 타워크레인을 소유한 자로서 이 영 시행 후 지게차 또는 타워크레인의 대여를 업으로 하려는 자는 이 영 시행일부터 2년 이내에 법 제21조 및 이 영 제13조에 따른 건설기계대여업의 등록을 하여야 한다.

규정을 두고 유예기간 내에 인허가를 받도록 한 경우와 인허가 간주규정을 두고 유예기간 내에 새로운 요건을 갖추도록 한 경우로 나눌 수 있다.

[입법례] 인허가 간주규정을 두고 유예기간 내에 인허가를 받도록 한 사례

사회서비스의 이용 및 이용권의 관리에 관한 법률
부 칙
(법률 제10998호, 2011. 8. 4.)
<p>제3조(보호실시기관에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 사회복지사업에 관한 법령에 따라 사회복지서비스이용권을 받고 보호를 실시하는 기관으로 선정·공고된 보호실시기관은 이 법에 따른 제공자로 본다. 다만, 제16조의 시행일부부터 3개월 이내에 제16조제2항에 따른 요건을 갖추어 제공자로 등록하여야 하되, 제17조 각 호에 해당하는 사유가 없어야 한다.</p> <p>② 제1항 단서에 따른 기간 이내에 제공자 등록을 하지 아니한 보호실시기관은 사회복지서비스 이용권(부칙 제2조에 따라 사회복지서비스이용권으로 보는 사회복지서비스이용권을 포함한다)을 제시받아 사회복지서비스를 제공할 수 없다.</p>

[입법례] 인허가 간주규정을 두고 유예기간 내에 새로운 요건을 갖추도록 한 사례

통일교육지원법
부 칙
(법률 제15433호, 2018. 3. 13.)
<p>제2조(통일관 지정에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 북한 및 통일에 관한 자료 전시나 체험 등을 수행하는 시설 중 통일교육원장의 지원을 받고 있는 시설은 제6조의4의 개정규정에 따라 지정받은 통일관으로 본다. 다만, 이 법 시행 후 6개월 이내에 제6조의4제2항의 개정규정에 따른 요건을 갖추어야 한다.</p>

그러나 인허가 간주 규정을 두는 경우에는 유예기간이 지난 후에도 신법에 따른 인허가를 받지 않거나 요건을 갖추지 않은 경우 간주된 인허가의 효력에 대해 논란이 있을 수 있으므로⁶³⁵⁾ 간주된 인허가의 효력에 대한 규정을 함께 두는 것이 필요하다.

635) 법률 제16556호로 제정된 「첨단재생의료 및 첨단바이오의약품 안전 및 지원에 관한 법률」 부칙 제2조 제2항에 대하여, 유예기간이 지나 허가를 받지 않은 경우 당연 실효되지는 않는다고 법령해석을 한 사례가 있다(법제처 2021. 5. 21. 21-0166 해석례).

유예기간 내에 새로운 인허가를 받도록 규정하는 경우에는 유예기간 내에 새로운 인허가를 받지 않으면 간주된 인허가를 취소하여야 한다거나 취소할 수 있다고 규정하는 방식보다는 법률 규정으로 바로 간주된 인허가의 효력을 실효시키는 방식이 신법에 따른 법질서를 조속히 정착시킨다는 점에서 바람직하다. 다만, 인허가 간주규정을 두고 유예기간 내에 새로운 요건을 갖추도록 규정하는 경우에는 요건을 갖추지 않으면 실효되는지 다툼이 있을 수 있고, 유예기간 내에 신법에 따른 요건을 갖추었는지 여부에 대해 행정청의 판단이 필요한 경우가 있을 수 있으므로 유예기간 내 요건을 갖추지 못하면 본칙의 규정에 따라 '간주된 인허가를 취소하여야 한다 또는 취소할 수 있다'로 규정할 필요가 있다. 이 경우 간주된 인허가의 취소 시 청문 등 절차적 규정의 적용 여부는 본칙의 규정에 따르게 된다.

입법 모델 인허가 간주규정을 두는 경과조치

㉠ 인허가 간주규정을 두고 유예기간 내에 다시 인허가를 받도록 하는 경우

제○조(△△△업의 허가/등록/인가에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 △△△업을 영위하는 자는 이 법에 따라 허가/등록/인가를 받은 것으로 본다. 다만, 이 법 시행일부터 ○개월(○년) 이내에 제○조의 개정규정에 따른 요건을 갖추어 다시(변경) 허가/등록/인가를 받아야 한다.

② 제1항 단서에 따른 기간 내에 다시(변경) 허가/등록/인가를 받지 않으면 그 기간이 경과한 날부터 해당 허가/등록/인가의 효력은 상실한다.

㉡ 인허가 간주규정을 두고 유예기간 내에 새로운 요건을 갖추도록 하는 경우

제○조(△△△업의 허가/등록/인가에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 △△△업을 영위하는 자는 이 법에 따라 허가/등록/인가를 받은 것으로 본다. 다만, 이 법 시행일부터 ○개월(○년) 이내에 제○조의 개정규정에 따른 요건을 갖추어야 한다.

② (법상 처분권자)는 제1항 단서에 규정된 기간 내에 제○조의 개정규정에 따른 요건을 갖추지 못한 자에 대해서는 제○조에 따라 허가/등록/인가를 취소하여야 한다(취소할 수 있다).

② 인허가 제도의 내용 변경

종래부터 있던 인허가 제도 등의 내용을 변경하는 경우에는 구법령에 의하여 인허가를 받은 자에 대해 신법령에서도 그 지위를 잠정적 또는 항구적으로 유효한 것으로 인정하거나 일정한 유예기간을 두어 새 법령에 따른 요건을 갖추도록 하는 규정을 둘 필요가 있다.

[입법례] 종전의 지위를 신법에서도 항구적으로 인정한 사례

원자력안전법
부 칙
(법률 제12666호, 2014. 5. 21.)
제5조(연구용원자로 등의 허가에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 연구용원자로 등의 허가를 받은 자는 제30조제1항 및 제30조의2제1항의 개정규정에 따른 연구용원자로 등의 건설허가 및 운영허가를 받은 것으로 본다.

건설기계관리법
부 칙
(법률 제14534호, 2017. 1. 17.)
제3조(건설기계폐기업의 등록에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 등록한 건설기계폐기업은 이 법에 따라 건설기계해체재활용업으로 등록한 것으로 본다.

우선 기존의 업무를 계속할 수 있도록 하면서 일정한 기간 내에 신법에 따른 시설 등의 요건을 갖추도록 하는 것도 기존의 사업자 등을 보호하면서도 새로운 제도로 이행해 나갈 수 있는 좋은 방법의 하나이다. 다만, 인허가를 받은 것으로 간주하고 유예기간 내에 신법에 따른 요건을 갖추도록 경과조치를 두는 경우에는 유예기간이 지난 후에도 신법에 따른 요건을 갖추지 않는 경우 본칙의 규정에 따라 간주된 인허가를 취소하거나 취소할 수 있도록 명시하는 것이 바람직하다.

[입법례] 일정한 유예기간을 두어 새로운 요건을 갖추도록 한 사례

하수도법 시행령
부 칙
(대통령령 제24242호, 2012. 12. 20.)
제2조(분뇨수집·운반업자의 허가기준 및 개인하수처리설관리업의 등록기준에 관한 경과조치) 이 영 시행 당시 종전의 규정에 따라 분뇨수집·운반업 허가를 받거나 개인하수처리시설관리업을 등록한 자는 이 영 시행 후 6개월 이내에 별표 2 및 별표 7의 개정규정에 따른 복합가스측정기를 갖추어야 한다.

[입법례] 새로운 요건을 갖추지 않고 일정한 유예기간이 지나면 인허가를 취소하도록 한 사례

대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률

부 칙

(법률 제13445호, 2015. 7. 24.)

제5조(등록요건 및 임원 등의 자격에 관한 경과조치) ① (생략)

② 제1항에도 불구하고 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 등록한 대부업자는 이 법 시행 후 6개월 이내에 제3조의5제1항제1호 또는 제2항제2호의 개정규정에 적합하게 하여야 한다.

③ 시·도지사등은 대부업자가 제2항의 의무를 이행하지 아니한 경우에는 해당 대부업자의 대부업 등록을 취소하여야 한다.

④ (생략)

③ 인허가 제도의 폐지

종래부터 있던 인허가 제도를 폐지하는 경우에는 대부분 인허가가 필요했던 사업을 자유롭게 할 수 있게 되어 별다른 경과조치가 없더라도 기존 사업자의 기득권이나 법적 지위를 유지시킬 필요가 없어 문제되지 않는다. 다만, 해당 인허가를 통해 부차적으로 사업자가 누릴 수 있는 권리나 법적 지위가 있는지 확인해야 하고, 그러한 권리나 법적 지위가 있는 경우에는 폐지된다고 하더라도 경과조치 규정 여부를 검토해야 한다. 또한 인허가는 아니더라도 종전의 인증이나 확인제도 등을 폐지하는 경우에도 경과조치를 규정할 필요가 있다면 경과조치를 두도록 한다. 즉 국가의 인증이나 확인에 따라 당사자가 누리던 공신력 등 유형·무형의 이익이 사라지는 것도 당사자에게는 불리하게 작용할 수 있으므로, 그 신뢰를 보호할 필요성을 검토해 적절한 경과조치를 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 승인제도 폐지 시 경과조치를 둔 사례

중소기업진흥에 관한 법률

부 칙

(법률 제13316호, 2015. 5. 18.)

제2조(협업사업계획의 승인 폐지에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 규정에 따라 중소기업청장으로부터 협업사업계획의 승인을 받은 경우로서 이 법 시행 당시 협업사업의 실시기간이 종료되지 아니한 경우에 대해서는 제37조, 제38조 및 제40조제1항의 개정규정에도 불구하고 그 협업사업의 실시기간이 종료될 때까지 종전의 규정에 따른다.

[입법례] 인증제도 폐지 시 경과조치를 둔 사례

소금산업 진흥법
부 칙
(법률 제15915호, 2018. 12. 11.)
제3조(인증 제도 폐지에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 제40조에 따른 천일염생산방식 인증 및 종전의 제41조에 따른 친환경천일염인증을 받은 천일염에 대해서는 종전의 품질인증 관련 규정(벌칙 및 과태료에 관한 규정을 포함한다)에 따른다.

나) 자격요건의 변경

각종 국가시험의 응시자격 등 법정자격요건을 변경하는 경우(특히 강화하는 경우)에는 종전의 규정을 신뢰한 자를 보호하기 위해 해당 규정의 시행유예기간을 두거나,⁶³⁶⁾ 일정 기간 응시자격의 특례를 인정하는 규정을 둘 필요가 있고 경우에 따라서는 종전의 자격을 계속 인정하는 규정을 둘 필요가 있다. 특히 새로운 요건을 갖출 수도 없고 특례를 인정하기도 어려우면 종전에 자격이 있던 사람은 계속 자격이 있는 것으로 보게 되는 것이 불가피하다.

[입법례] 과거의 자격요건을 항구적으로 인정한 사례

공중위생관리법
부 칙
(법률 제15873호, 2018. 12. 11.)
제2조(위생사 국가시험의 응시자격에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 제6조의2제1항 제1호 및 제3호에 따라 위생사 국가시험의 응시자격을 인정받은 사람은 이 법에 따른 응시 자격이 있는 것으로 본다.

636) 시행유예기간을 두는 경우에는 시행일규정에서 다루게 되고 경과조치 문제는 아니다. 대표적인 사례는 「사법시험법」(법률 제6436호, 2001. 3. 28. 공포)이다. 이 법에서는 대학에서 일정학점 이상의 법학 과목을 이수하는 사람에게만 응시자격을 인정하도록 하면서 그 시행일을 5년 후인 2006년 1월 1일로 하였다(부칙 제1조).

[입법례] 구법령의 자격을 신법령의 자격으로 인정한 사례

개인정보보호법
부 칙 (법률 제13423호, 2015. 7. 24.)
제4조(개인정보 인증 심사원 자격에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 개인정보 보호 인증 심사원의 자격을 취득한 자는 이 법에 따른 개인정보 보호 인증 심사원의 자격을 취득한 것으로 본다.

[입법례] 과거의 자격을 인정하되, 별도 요건과 유예기간을 정한 사례

산림보호법
부 칙 (법률 제14519호, 2016. 12. 27.)
제3조(수목보호기술자 등의 자격에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 「자격기본법」 제17조에 따른 수목보호기술자 또는 「국가기술자격법」에 따른 식물보호기사·산업기사 자격을 보유한 자로서 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제24조에 따라 수목피해의 진단·처방·치유를 업으로 하는 산림사업법인으로 등록한 법인에서 1년 이상 대표자 또는 근로자로 종사한 자는 이 법 시행일부터 5년이 되는 날까지 제21조의4제1항의 개정규정에 따른 나무의사 자격을 취득한 것으로 본다.

시험과목이 변경되는 경우에도 응시자격요건이 변경되는 경우와 유사한 문제가 생긴다.

[입법례] 일정 시기까지 종전의 시험과목으로 시험을 보도록 한 사례

약사법 시행령
부 칙 (대통령령 제24775호, 2013. 9. 26.)
제3조(약사국가시험 과목 변경에 관한 경과조치) 2009년 1월 1일 전에 약학을 전공하는 국내 대학에 입학한 사람에 대해서는 2016년 2월 29일까지 제4조제1항의 개정규정에도 불구하고 종전의 제4조제1항에 따라 약사국가시험을 실시할 수 있다.

다) 결격사유의 신설·강화

결격사유를 신설하거나 강화하는 경우에 발생한 사유를 기준으로 법 시행 전 발생한 사유에 대해서는 종전 규정에 따르도록 하는 경과조치를 두고, 법 시행 이후 발생한 사유에 대해서는 개정규정을 적용하도록 적용례를 두는 것이 일반적이다.

[입법례] 적용례를 둔 사례

국민체육진흥법
부 칙 (법률 제16931호, 2020. 2. 4.)
제3조(체육지도자의 결격사유에 관한 적용례) 제11조의5제4호 및 제5호의 개정규정은 이 법 시행 후 형 또는 치료감호가 확정된 사람부터 적용한다.

[입법례] 경과조치를 둔 사례

관세법
부 칙 (법률 제17649호, 2020. 12. 22.)
제14조(특허보세구역 운영인의 결격사유에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 발생한 사유로 인하여 제175조제6호나목 및 같은 조 제7호의 개정규정에 따른 결격사유에 해당하게 된 경우에는 같은 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

[입법례] 일정 기간만 종전의 규정에 따르도록 한 사례

지방공기업법
부 칙 (법률 제13568호, 2015. 12. 15.)
제5조(임원의 결격사유에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 공사·공단 임원에 대해서는 제60조 제1항의 개정규정(제76조제2항의 개정규정에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에도 불구하고 해당 임원의 임기가 만료될 때까지는 종전의 규정에 따른다.

결격사유를 강화하거나 신설하는 경우 경과조치나 적용례를 두지 않으면 현직자에게도 강화된 기준이 적용되는 것이 원칙이다.⁶³⁷⁾ 그러나 현직자에게 강화된 규정을 적용하는 것은 현직자의 종전 규정에 대한 신뢰와 직업의 자유를 침해할 소지가 있으므로 경과조치를 둘 것인지를 반드시 검토해야 한다.

3) 처분청 변경에 따른 경과조치

인허가 등의 처분청이 변경되면 종전의 처분청이 행한 처분이나 종전의 행정청에 대한 신청·신고 등의 효력을 명확하게 하는 규정을 둘 필요가 있다. 처분청을 변경하면서 적용례나 경과조치를 두지 않았다면, 법령 개정 전에 처분 관련 신청을 했더라도 새로 권한을 가지게 된 행정청에서 해당 처분을 하게 된다.

종전의 법령에 따라 이미 처분을 받은 경우라 하더라도 처분의 근거 법령이 없어지게 되어 처분의 효력에 관한 논란이 생길 수 있다. 또한, 종전의 법령에 따라 이미 해당 처분 등을 신청하면서 관련 서류를 제출했는데도 새로운 법령에 따른 처분청에서 행정처분을 받아야 한다면, 새로 처분청이 된 관청에서는 새로운 업무를 맡게 되는 것이므로 처음부터 다시 검토해야 하는 과정에서 시간이 걸리고, 이송에 따른 기간도 필요하게 될 것이다.

이런 점에서 이미 적법 요건에 따라 처분을 신청한 자의 불편을 고려하여 기존의 행정청이 그 권한을 행사하도록 함으로써, 불필요한 행정낭비를 없애고 신청자의 편의를 도모할 필요성이 인정된다면 경과조치를 두도록 한다. 다만, 처분 절차가 진행 중인 경우라 하더라도 새로운 처분청으로부터 처분을 받는 것이 적절하다고 판단되는 경우에는 별도의 경과조치를 둘 필요는 없을 것이다.

가) 권한이 이관되는 경우

아래의 입법례는 내수면어업 허가관청을 신청인의 주소지를 관할하는 시장 등으로부터 해당 수면을 관할하는 시장 등으로 변경하면서 종전의 허가관청으로부터 받은 허가에 대해

637) 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이므로 종전 법령에 따르면 당연퇴직 사유에 해당하지 않았으나 개정 법령 시행 후에 해당자가 된 사람에 대하여 종전 법령을 적용하려면 부칙에 이에 대한 명시적인 경과규정을 두었어야 할 것이고 이러한 경과규정이 없다면 개정 법령을 적용해야 한다(법제처 2018. 12. 14. 18-0495 해석례).

개정법령에 따른 허가관청이 한 처분으로 보도록 하는 경과조치를 둔 것이다. 종전의 법령에 따라 처분을 받은 후 법령이 변경된 경우에는 처분의 근거가 된 종전 법령이 없어지게 되므로 종전 처분의 효력에 관하여 논란이 생길 수 있다. 특히, 일회성의 행위허가보다 지속성을 가지는 영업허가의 경우 신법령 하에서 적법한 영업을 계속할 수 있는지에 대한 의문이 생길 수 있다.

따라서 종전 법령에 따른 처분의 효력을 인정하는 경과조치를 두면 새로운 처분청이 일일이 다시 처분을 하지 않아도 될 뿐만 아니라, 추후 변경처분 등도 새로운 처분청에서 처리한다는 점을 명확히 할 수 있다.

[입법례]

건설기계관리법	
부 칙	
(법률 제13784호, 2016. 1. 19.)	
제4조(처분청 변경에 관한 경과조치)	제35조의2의 개정규정 시행 전에 종전의 규정에 따라 시·도지사가 한 건설기계사업 등록의 취소처분 및 사업의 정지처분은 같은 개정규정에 따라 시장·군수 또는 구청장이 한 것으로 본다.

처분청·처분절차 등 개정된 부분이 다수인 경우에는 다음과 같이 한다.

[입법례]

환경영향평가법	
부 칙	
(법률 제9037호, 2008. 3. 28.)	
제14조(종전의 법률에 따른 고시·처분 및 계속 중인 행위에 관한 경과조치) ⁶³⁸⁾	이 법 시행 전에 종전의 「환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법」에 따라 행정기관이 행한 환경영향평가와 관련된 고시·행정처분 및 그 밖의 행위와 행정기관에 대하여 행한 신청·신고 및 그 밖의 행위는 그에 해당하는 이 법에 따라 행한 행정기관의 행위 또는 행정기관에 대한 행위로 본다.

한편 경과조치를 두면서 단순히 “○○○는 종전의 규정에 따른다”라는 표현을 두는 경우가 있는데, 이러한 표현은 종전의 규정의 범위를 특별히 제한하여 규정하고 있지 아니

638) 법령을 폐지·제정하는 대부분의 경우에는 이런 경과조치가 필요하다.

하므로 행위의 근거, 세부 기준과 함께 행정권한도 법령 개정 전의 처분청이 행사하는 것으로 해석된다.⁶³⁹⁾ 해석상 혼란이 없도록 경과조치를 규정할 때에는 개정된 사항을 모두 확인하여 적용될 종전 규정의 범위를 구체적으로 밝혀주어야 한다.

나) 권한이 위임(위탁)되는 경우

행정권한이 위임된 경우 법률상 권한자의 표기는 같으나, 위임에 따라 하위법령에서는 처분권자가 변경되어 표기된다(위탁의 경우에도 동일한 논리를 적용할 수 있음). 권한이 위임된 경우 종전 권한자에게 받은 처분에 대해 새로운 권한자가 한 행위로 본다는 경과 조치를 두는 입법례가 있으나,⁶⁴⁰⁾ 대부분 입법례에서는 위임에 따른 행위 간주 규정을 별도로 두고 있지 않고 있다.

권한 위임에 관한 대부분의 입법례가 행위 간주 규정을 두고 있지 않아 해석상 논란이 될 수 있고, 개정이 비교적 빈번한 위임규정에 대해 이러한 경과조치를 매년 규정하는 것이 입법경제상 비효율적이므로 행위 간주 규정을 두지 않도록 한다.

다) 권한이 이양되는 경우

먼저 권한이 위임된 사무를 이양하는 경우, 즉 법률상 권한을 위임한 후 그 위임한 권한을 이양(권한자 변경)하는 경우에는 실질적으로 처분권자의 변경이 없다. 따라서 절차가 진행 중인 사항이라고 하더라도 신청을 받은 행정청에서 절차를 계속 진행하면 되므로, 별도의 적용례나 경과조치가 필요하지 않다.

다음으로 위임되지 않은 사무를 이양하는 경우에는 처분청이 변경되는 것과 같은 효과가 발생하므로 전 권한자에 의한 처분과 새로운 권한자에 의한 처분 간의 관련성이 미약하므로, 종전 권한자에 의한 처분이 법 개정 이후 어떠한 효력을 가지는 지에 대해 명확히 해 주는

639) 「수입식품안전관리 특별법」 제15조제1항에서 수입식품등 수입·판매업 등을 하려는 자는 식품의약품안전처장에게 영업등록을 하여야 한다고 규정하고, 부칙 제7조에서 “과태료의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다”고 규정하면서 식품위생교육을 받지 아니한 식품등수입판매업자에 대한 과태료 근거를 두지 않은 경우 위 부칙 규정에서는 종전의 규정의 범위를 특별히 제한하여 규정하고 있지 않으므로, 과태료의 적용과 직접 관련이 있는 주요 사항인 과태료 부과 근거가 된 법 위반행위 및 과태료 부과 근거법령, 과태료 금액뿐만 아니라 과태료 부과권자 역시 종전의 규정인 구 식품위생법령에 따라 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이라고 결정하였다(법제처 2016. 12. 1. 16-0465 해석례).

640) 「항만운송사업법 시행령」 부칙(대통령령 제21878호, 2009. 12. 14.) 제2조제2항 등

것이 필요하다.⁶⁴¹⁾ 절차가 진행 중인 사항에 대해서는 별도의 경과조치를 두지 않더라도 새로운 권한자가 처리할 수 있으나, 종전 권한자가 절차 진행 중인 업무를 처리하도록 하는 것이 더 효율적이거나 신청인의 신뢰를 보호할 필요성이 있는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 별도의 경과조치를 두어 절차가 진행 중인 사항에 대해 종전의 권한자가 처리하도록 할 수도 있다.

[입법례] 권한이 위임되지 않은 사무를 이양한 경우의 경과조치

공동주택관리법
부 칙 (법률 제13474호, 2015. 8. 11.)
제23조(시·도지사의 대도시 시장으로의 권한 이양에 관한 경과조치) 법률 제11871호 주택법 일 부개정법률의 시행일인 2013년 6월 4일 당시 종전의 규정에 따라 시·도지사로부터 주택관리사보 자격시험의 합격증서 또는 주택관리사 자격증을 발급받거나 주택관리사등의 자격취소 또는 자격정지 처분을 받거나 주택관리에 관한 교육 등을 받은 경우에 그 지역이 대도시인 경우에는 같은 개정법률 제56조제1항의 개정규정(같은 조 제2항 각 호 외의 부분, 제57조제1항 각 호 외의 부분 본문 및 제58조에서 시·도지사를 인용하는 경우를 포함한다)에 따라 대도시의 시장 으로부터 주택관리사보 자격시험의 합격증서 또는 주택관리사 자격증을 발급받거나 주택관리사 등의 자격취소 또는 자격정지 처분을 받거나 주택관리에 관한 교육 등을 받은 것으로 본다.

[입법례] 종전의 권한자가 처리하게 할 경우의 경과조치

환경분야 시험·검사 등에 관한 법률
부 칙 (법률 제15200호, 2017. 12. 12.)
제4조(권한의 이양에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 해당 대도시를 관할하는 도지사가 진행 중인 측정대행업의 등록, 변경등록, 등록취소, 측정대행업자에 대한 자료제출 명령, 출입·검사 및 청문 등의 행위는 제16조, 제17조, 제28조, 제29조 및 제35조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다. ② 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 해당 대도시를 관할하는 도지사가 한 측정대행업의 등록, 변경등록 또는 등록취소, 측정대행업자에 대한 자료제출 명령, 출입·검사 및 청문 등의 행위와 제1항에 따라 해당 대도시를 관할하는 도지사가 한 행위는 제16조, 제17조, 제28조, 제29조 및 제35조의 개정규정에 따라 대도시 시장이 한 행위로 본다.

641) 이양받은 행정청이 업무 비용을 부담하며, 지방자치단체인 경우 관련 조례의 제정과 지방의회의 관여가 가능해지는 등 사무 자체의 성격이 바뀌게 된다.

4) 행정기관이 개편되는 경우 필요한 경과조치

행정기관이 개편되는 모습을 보면 없던 기관이 새로 설치되거나 기존의 행정기관의 일부 기능을 넘겨받아 설치되거나 두 행정기관이 통합되거나 하는 경우 등이 있다. 경우에 따라서는 기관의 명칭만이 바뀌기도 한다.

행정기관이 어떤 방식으로 바뀌든지 행정기관이 개편되는 경우에는 생각해야 할 몇 가지 경과조치가 있다. i) 사무의 이관, ii) 직원의 승계, iii) 정무직의 처리, iv) 법규명령의 정리, v) 사무조정 에 따른 경과조치, 그리고 vi) 예산의 이체 등이 그것이다.

가) 사무의 이관

가장 기본적인 표현 형식은 “○○○의 소관 사무는 ◇◇◇가 승계한다”는 표현이다.

소관 사무의 일부만 이관하거나 승계하는 경우에는 이관되는 사무를 구체적으로 적시하여 “○○○의 소관 사무 중 △△△사무는 ◇◇◇가 승계한다”는 형식을 사용한다.

[입법례]

정부조직법	
부 칙	
(법률 제14839호, 2017. 7. 26.)	
제2조(조직폐지 및 신설에 따른 소관사무 및 공무원등에 대한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 다음 표의 왼쪽 란에 기재된 행정기관의 장의 사무는 같은 표의 오른쪽 란에 기재된 행정기관의 장이 각각 승계한다.	
대통령경호실장의 소관사무	대통령경호처장
국민안전처장관의 소관사무 중 이 법 제34조제1항에 규정된 사무	행정안전부장관
.....
미래창조과학부장관의 소관사무	과학기술정보통신부장관
미래창조과학부장관의 소관사무 중 기술창업활성화 관련 창조경제 진흥에 관한 사무	중소벤처기업부부장관
.....
②·③ (생략)	

개인정보 보호법

부 칙

(법률 제16930호, 2020. 2. 4.)

제3조(기능조정에 따른 소관 사무 등에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제11조제1항의 방송통신위원회의 소관사무 중 개인정보 보호에 해당하는 사무는 보호위원회가 승계한다.

② 이 법 시행 당시 행정안전부장관의 소관 사무 중 제7조의8의 개정규정에 따른 사무는 보호위원회가 승계한다.

③ 이 법 시행 전에 행정안전부장관이 행한 고시·행정처분, 그 밖에 행정안전부장관의 행위와 행정안전부장관에 대한 신청·신고, 그 밖의 행위 중 그 소관이 행정안전부장관으로부터 보호위원회로 이관되는 사항에 관한 행위는 보호위원회의 행위 또는 보호위원회에 대한 행위로 본다.

④ 이 법 시행 전에 방송통신위원회가 행한 고시·행정처분, 그 밖의 행위와 신고 등 방송통신위원회에 대한 행위 중 그 소관이 방송통신위원회에서 보호위원회로 이관되는 사항에 관한 행위는 이 법에 따른 보호위원회의 행위 또는 보호위원회에 대한 행위로 본다.

⑤ 이 법 시행 당시 행정안전부·방송통신위원회 소속 공무원 중 대통령령으로 정하는 공무원은 이 법에 따른 보호위원회 소속 공무원으로 본다.

이 경우 「정부조직법」에는 각 부처의 소관 사무가 개괄적으로만 규정되어 있기 때문에 부칙에서 기존의 다른 법률을 개정하여 사무를 이관해야 하는 경우가 거의 대부분이다.

[입법례]

정부조직법

부 칙

(법률 제17472호, 2020. 8. 11.)

제2조(조직 신설에 따른 소관 사무 및 공무원에 대한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 보건복지부장관의 소관 사무 중 제38조제2항의 개정규정에 규정된 사무는 질병관리청장이 승계한다.

② (생략)

제4조(다른 법률의 개정) ① ~ ④ (생략)

⑤ 가축전염병 예방법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제11조제5항 중 “질병관리본부장”을 “질병관리청장”으로 한다.

제12조제2항 중 “대통령령으로 정하는 질병을 관리하는 보건복지부장관 소속 기관의 장”을 “질병관리청장”으로 한다.

⑥ ~ ⑩ (생략)

나) 직원의 승계

직원을 승계하는 경우 가장 기본적인 형태는 “○○○ 소속 공무원은 ◇◇◇ 소속 공무원으로 본다”이다.

[입법례]

정부조직법	
부 칙	
(법률 제17472호, 2017. 7. 26.)	
제2조(조직 폐지 및 신설에 따른 소관 사무 및 공무원 등에 대한 경과조치) ① (생략)	
② 이 법 시행 당시 다음 표의 왼쪽 란에 기재된 행정기관 소속 공무원은 같은 표의 오른쪽 란에 기재된 행정기관 소속 공무원으로 본다.	
대통령경호실	대통령령으로 정하는 바에 따라 대통령경호처
국민안전처	대통령령으로 정하는 바에 따라 행정안전부·소방청 또는 해양경찰청
.....

승계되는 공무원의 범위를 법률에서 명확하게 규정하기 어려우면 대통령령에 위임하는 방식을 취하는 것이 일반적이다.

[입법례] 승계되는 직원의 범위를 대통령령에 위임한 사례

정부조직법	
부 칙	
(법률 제15624호, 2018. 6. 8.)	
제2조(소관사무 및 공무원 등에 관한 경과조치) ① (생략)	
② 이 법 시행 당시 국토교통부 소속 공무원 중 대통령령으로 정하는 공무원은 환경부 소속 공무원으로 본다.	
③ (생략)	

이와 같이 승계되는 범위를 대통령령 등 하위법령에 위임한 경우에는 직제 개정령 부칙에서 다음과 같은 방식으로 규정한다.

[입법례]

국토교통부와 그 소속기관 직제
부 칙
(대통령령 제28947호, 2018. 6. 8.)
제2조(기능 이관에 따른 공무원의 이체) 수자원의 보전·이용 및 개발에 관한 사무의 이관에 따라 이 영 시행 당시 국토교통부 소속 공무원 188명(고위공무원단 2명, 3급 또는 4급 1명, 4급 6명, 4급 또는 5급 2명, 5급 25명, 6급 36명, 7급 37명, 8급 27명, 9급 25명, 연구사 27명)은 환경부 소속 공무원으로 보아 이를 환경부로 이체한다.

다) 정무직에 관한 문제

정무직은 일반적으로 「정부조직법」과 행정기관이 설치되는 개별 법률 등에 근거를 두고 있다. 정무직은 신분보장이 되지 않기 때문에 행정기관이 개편되어 공무원을 자동적으로 승계하는 경우에 정무직도 자동승계가 되는지, 자동승계에서 제외되는지를 명확히 해야 한다. 입법례를 보면 대규모 정부조직개편 등의 경우에는 자동으로 승계되는 공무원 중에서 정무직은 제외됨을 명시하고 있으며, 정무직의 경우에도 임기가 있거나 정무직을 교체하지 않고 소속만 달리하게 되는 경우 등에는 자동승계가 되도록 경과조치를 두고 있다.

[입법례] 정무직을 공무원 승계 대상에서 제외한 사례

정부조직법
부 칙
(법률 제11690호, 2013. 3. 23.)
제3조(조직폐지 및 신설에 따른 소관사무 및 공무원 등에 대한 경과조치) ① (생략)
② 이 법 시행 당시 다음 표의 왼쪽 란에 기재된 행정기관 소속 공무원(정무직은 제외한다)은 같은 표의 오른쪽 란에 기재된 행정기관 소속 공무원으로 보며, 이 법에 따라 폐지되는 행정기관 소속 공무원으로서 다음 표의 왼쪽 란에 기재되지 아니한 행정기관 소속 공무원(정무직은 제외한다)은 대통령령으로 정하는 행정기관 소속 공무원으로 본다.
(표 생략)
③ (생략)

[입법례] 정무직을 공무원 승계 대상에 포함한 사례

정부조직법
부 칙
(법률 제17472호, 2020. 8. 11.)
제2조(조직 신설에 따른 소관 사무 및 공무원 등에 관한 경과조치) ① (생략)
② 이 법 시행 당시 보건복지부 소속 공무원 중 제38조제2항의 개정규정에 규정된 사무를 담당하던 공무원 ⁶⁴² 은 대통령령으로 정하는 바에 따라 질병관리청 소속 공무원으로 본다.

라) 법규명령의 정리 문제

사무가 승계되는 경우 그 사무에 관하여 이미 총리령이나 부령이 제정·시행되고 있으면 이들 법규명령의 소관을 바꾸어 주어야 한다. 종전에는 기존의 총리령·부령이 자동적으로 승계되는 것으로 해석했으나 법적 근거는 모호하다. 따라서 법률에서 명시적으로 정리하는 것이 바람직하다.

[입법례]

정부조직법	
부 칙	
(법률 제10339호, 2018. 6. 8.)	
제2조(소관사무 및 공무원 등에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 다음 표의 왼쪽 란에 기재된 행정기관의 장의 사무는 같은 표의 오른쪽 란에 기재된 행정기관의 장이 승계한다.	
국토교통부장관의 소관사무 중 이 법 제39조제1항에 규정된 사무	환경부장관
② 이 법 시행 당시 국토교통부 소속 공무원 중 대통령령으로 정하는 공무원은 환경부 소속 공무원으로 본다.	
③ 이 법 시행 당시 제1항의 표의 왼쪽 란에 기재된 사무와 관련된 부령은 같은 표의 오른쪽 란에 기재된 기관의 소관 사무에 관한 부령으로 본다.	

642) 「질병관리청과 그 소속기관 직제」 부칙(대통령령 제31014호, 2020. 9. 11.)

제2조(기능 이관에 따른 공무원의 이체) 방역·검역 등 감염병에 관한 사무 및 각종 질병에 관한 조사·시험·연구에 관한 사무 이관 등에 따라 이 영 시행 당시 보건복지부 소속 공무원 1092명(정무직 1명, 고위공무원단 12명, 3급 또는 4급 이하 1,079명)은 질병관리청 소속 공무원으로 보아 이를 질병관리청으로 이체한다.

이와 같이 정리해도 신설되는 기관의 부령은 제1호부터 발령하게 된다. 그렇지만 그 내용은 종전의 부령을 개정하는 것일 수도 있다.

마) 사무조정에 따른 경과조치

「정부조직법」을 근거로 국민에 대해 행정작용이 행해지는 일은 거의 없다. 그래서 「정부조직법」을 개정하여 소관 사무를 변경하는 경우에도 사무조정에 따른 경과조치를 두는 일은 없다.

앞에서도 언급한 바와 같이 「정부조직법」상의 사무구분은 개략적인 것에 그치고 거의 모든 행정작용은 개별 법률에서 규정되어 있기 때문이다. 그래서 사무조정을 위해 「정부조직법」을 개정하는 경우에는 부칙에서 다른 법률을 개정해 주기 마련이다. 이와 같이 다른 법률을 개정할 경우에는 일반적으로 처분청이 변경됐을 때 두는 경과조치와 같은 유형의 경과조치를 두게 된다.

[입법례]

정부조직법
부 칙
(법률 제14839호, 2017. 7. 26.)
제3조(종전의 법률에 따른 고시·처분 및 계속 중인 행위에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 부칙 제5조*에서 개정되는 법률에 따라 행정기관이 행한 고시·행정처분, 그 밖의 행정기관의 행위와 행정기관에 대한 신청·신고, 그 밖의 행위는 각각 부칙 제5조에서 개정되는 법률에 따라 해당 사무를 승계하는 행정기관의 행위 또는 행정기관에 대한 행위로 본다.
* 다른 법률의 개정 규정

바) 예산의 이체에 관한 문제

행정기관이 개편되는 경우에는 공무원의 소속 변경 등 인사문제뿐만 아니라 예산을 이체해야 할 필요도 있다. 이때 예산 이체 문제에 관하여는 「국가재정법」에서 일반적인 규정을 두고 있으므로⁶⁴³⁾ 별도의 경과조치를 두지 않는 것이 보통이다.

643) 「국가재정법」

제47조(예산의 이용·이체)

② 기획재정부장관은 정부조직 등에 관한 법령의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 중앙관서의 직무와

5) 회계법규의 개정으로 소관회계가 달라지는 경우의 경과조치

특별회계법의 제정·개정·폐지 등으로 소관 회계가 변경될 때 종전의 규정에 따른 권리·의무나 자금의 승계 등에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

[입법례]

국가균형발전 특별법

부 칙

(법률 제12215호, 2014. 1. 7.)

제5조(재산 및 채권·채무의 승계에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 제33조에 따라 광역·지역발전특별회계의 광역발전계정에 속하는 재산 및 채권·채무는 제32조의 개정규정에 따른 지역발전특별회계의 경제발전계정이 이를 승계한다.

교도작업의 운영 및 특별회계에 관한 법률

부 칙

(법률 제9137호, 2008. 12. 11.)

제2조(다른 법률의 폐지) 교도작업관용법 및 교도작업특별회계법은 각각 폐지한다.

제4조(교도작업특별회계에 관한 경과조치) 부칙 제2조에 따라 폐지되는 교도작업특별회계는 이 법에 따른 교도작업특별회계로 본다.

산업기술혁신 촉진법

부 칙

(법률 제12858호, 2014. 12. 23.)

제3조(특정물질 사용합리화 기금의 폐지에 관한 경과조치) 종전의 「오존층 보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률」 제21조에 따른 특정물질 사용합리화 기금에 속하는 자산과 채권·채무 및 그 밖의 권리·의무는 기금의 특정물질사용합리화계정이 이를 포괄승계한다.

권한에 변동이 있는 때에는 그 중앙관서의 장의 요구에 따라 그 예산을 상호 이용하거나 이체(移替)할 수 있다.

6) 위원회 명칭 변경 등에 따른 경과조치

가) 위원회의 명칭이 변경되는 경우

합의제행정기관인 위원회의 조직개편에 따라 명칭이 변경되는 경우에는 행정기관이 개편되는 경우와 마찬가지로 소관 사무의 승계, 소속 공무원 등에 관한 경과조치, 다른 법률의 개정 및 다른 법령과의 관계에 관한 규정을 둔다.

합의제행정기관이 아닌 위원회의 명칭이 변경된 경우에는 명칭 및 위원에 관한 경과조치와 다른 법령의 개정에 관한 규정을 둔다.

[입법례]

적극행정 운영규정
부 칙 (대통령령 제30968호, 2020. 8. 25.)
제3조(적극행정 지원위원회의 명칭 변경에 관한 경과조치) ① 이 영 시행 당시 종전의 제11조에 따른 적극행정 지원위원회는 제11조의 개정규정에 따른 적극행정위원회로 본다. ② 이 영 시행 당시 종전의 제11조에 따른 적극행정 지원위원회의 위원으로 임명되거나 위촉된 사람은 제11조의 개정규정에 따른 적극행정위원회의 위원으로 임명되거나 위촉된 것으로 본다.

나) 위원회의 소관 사무 또는 기능이 변경되는 경우

소관 사무 또는 기능이 추가되는 경우에는 개정되는 법령 시행일부터 새로운 사무 또는 기능을 수행하면 되므로 별도의 부칙 규정은 필요 없다. 소관 사무 또는 기능을 삭제하거나 변경하는 경우에는 진행 중인 사무나 기능이 완료될 때까지 계속 수행하도록 할 필요가 있다면 그에 관한 경과조치를 두도록 한다.

[입법례]

산업입지 및 개발에 관한 법률 시행령
부 칙 (대통령령 제25091호, 2014. 1. 14.)
제2조(산업단지의 주요 유치 업종 변경에 관한 경과조치) 이 영 시행 당시 법 제6조제4항에 따라 심의회의 심의를 진행 중인 경우에는 제7조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

다) 민간위원이나 여성위원의 비율 등 위원회의 구성이 변경되는 경우

위원의 수를 늘리는 경우에는 개정법령 시행 이후 위원회 회의 개최 전까지 신규 위원을 위촉하여 위원회를 운영하면 되므로, 별도의 부칙 규정은 필요 없다.

위원의 수를 줄이거나 구성비율 등이 변경되는 경우에는 기존 위원 임기가 끝나지 않은 상태에서 위원 구성을 변경하는 것은 곤란하므로, 개정법령의 시행일 전까지 개정규정에 따른 위원정수 비율을 맞출 수 있도록 시행일을 충분히 유예하거나, 새로 임명하거나 위촉하는 위원부터 개정규정을 적용하도록 한다는 등의 부칙 규정을 두도록 한다. 다만, 새로 임명하거나 위촉하는 경우에도 일정 기간 개정규정에 따른 변경 사항을 충족하기 어려운 경우에는 그 기간 동안 종전의 규정에 따르도록 유예를 둔다.

[입법례]

국가인권위원회법

부 칙

(법률 제14028호, 2016. 2. 3.)

제4조(위원회의 위원 구성에 관한 경과조치 등) ① 이 법 시행 후 위원을 선출·지명하거나 임명할 당시 제5조제7항의 개정규정을 충족하지 못하는 경우(연임하는 경우는 제외한다)에는 해당 개정규정의 요건이 충족될 때까지는 특정 성(性)의 위원을 선출·지명하거나 임명하여야 한다. ② 위원회의 위원 구성에 관하여는 제1항에 따라 제5조제7항의 개정규정을 충족할 때까지는 종전의 제5조제5항에 따른다.

공무원 징계령

부 칙

(대통령령 제32164호, 2021. 11. 30.)

제2조(징계위원회의 구성에 관한 경과조치) 이 영 시행 당시 종전의 규정에 따라 구성된 징계위원회는 제4조제3항 후단 및 제5조제4항 각 호 외의 부분의 개정규정에 따른 기준에 적합하게 구성된 것으로 본다. 다만, 이 영 시행 후 위원을 위촉하는 경우(연임하는 경우는 제외한다)에는 해당 개정규정에 따른 기준을 충족할 때까지 특정 성의 위원을 위촉해야 한다.

라) 위원, 임원의 임기가 신설·변경되거나 연임제한이 신설되는 경우

위원의 임기가 없었다가 신설되거나 임기가 변경되는 경우에는 신설 또는 변경된 임기를 현재 위원에게도 적용할지를 결정해야 하며, 현재 위원에게도 적용하는 경우에는 그 임기의 기산일을 위촉된 날로 할지, 시행일로 할지를 정책적으로 판단하여 적용례를 둔다. 신설 또는 변경된 임기를 현재 위원에게는 적용되지 않도록 하는 경우에는 종전의 규정에 따르도록 하는 경과조치를 둔다.

또한 위원회의 위원에 대한 연임제한 규정을 신설하는 경우에도 현재 위원에 대해 연임제한 규정을 어떻게 적용할 것인지에 대해서 명확하게 규정을 둘 필요가 있다.

특히 연임제한에 관한 적용례를 “이 법(영) 시행 이후 최초로 선임되는 대표자부터 적용한다”와 같이 규정하는 경우에는 새롭게 선출되는 대표자부터 연임제한이 적용되는 것이어서 종전 대표자가 계속해서 연임하는 경우에는 연임제한 적용을 적용받지 않는다고 해석될 여지가 있다. 따라서 해당 법령 시행 당시의 임기를 기준으로 규정해 주거나 연임 여부가 포함되는지를 명확히 해주는 것이 필요하다. 이러한 임기와 연임제한에 필요한 경과조치는 공공기관 임원 등의 임기 및 연임제한에 대해서도 마찬가지로 적용할 수 있다.

[입법례] 임기 변경 시 종전 규정을 따르도록 한 사례

대학설립·운영 규정
부 칙
(대통령령 제27980호, 2017. 4. 11.)
제3조(위원의 임기에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 위촉된 위원의 임기는 제3조제3항의 개정 규정에도 불구하고 종전의 제3조제2항에 따른다.

과학관의 설립·운영 및 육성에 관한 법률 시행령
부 칙
(대통령령 제27669호, 2016. 12. 13.)
제2조(국립과학관법인 임원의 임기에 관한 경과조치) 이 영 시행 당시 국립과학관법인 임원의 임기에 대해서는 제7조의4제2항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

[입법례] 임기 신설 시 개정규정 시행 이후 연임되는 위원도 포함되도록 적용례를 둔 사례

관세법 시행령
부 칙 (대통령령 제27952호, 2017. 3. 27.)
제4조(관세체납정리위원회 위원의 임기에 관한 적용례) 제42조제4항 본문의 개정규정은 이 영 시행 이후 위원을 위촉(연임을 포함한다)하는 경우부터 적용한다.

[입법례] 연임제한 신설 시 개정규정 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 보도록 한 사례

노인장기요양보험법
부 칙 (법률 제15881호, 2018. 12. 11.)
제8조(등급판정위원회 위원의 임기에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 등급판정위원회의 위원에 대하여 제52조제5항 본문의 개정규정을 적용할 때에는 이 법 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 본다.

[입법례] 연임제한 신설 시 남은 임기 동안만 종전의 규정을 적용한 사례

전기사업법 시행령
부 칙 (법률 제27404호, 2016. 7. 28.)
제4조(위원의 연임에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 위촉된 전력정책심의회 위원에 대하여 제28조제3항의 개정규정을 적용하는 경우 이 영 시행 전에 최초로 위촉되어 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후 한 차례만 연임할 수 있고, 이 영 시행 전에 한 차례 이상 연임하여 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후에는 연임할 수 없다.

[입법례] 임기 및 연임제한 신설 시 위원 임기의 기산일을 따로 설정하고 그 임기부터 첫 번째 임기로 계산한 사례

국가배상법 시행령
부 칙
(대통령령 제27581호, 2016. 11. 15.)
제2조(중전 위촉위원의 임기 및 연임에 관한 경과조치) ① 이 영 시행 전에 중전의 제7조 및 제9조에 따라 위촉된 위원의 임기는 제7조제4항의 개정규정(제9조제4항의 개정규정에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 기간으로 하며, 임기의 기산일은 이 영 시행일을 기준으로 한다.
② 제7조제4항의 개정규정(제9조제4항의 개정규정에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 연임 제한은 제1항에 따른 위원에 대해서도 적용하되, 이 영 시행일에 시작하는 임기를 첫 번째 임기로 보아 연임 횟수를 계산한다.

7) 특수법인의 설립·폐지 등에 따른 경과조치

「민법」에 따라 설립된 법인을 특수법인으로 전환하거나 기존의 특수법인을 폐지하고 새로운 특수법인으로 대체하는 경우에는 중전 법인과 새로운 법인 사이의 관계를 경과조치로 규정할 필요가 있다.

가) 기존법인을 특수법인으로 전환하는 조치

이미 존재하고 있는 「민법」상의 법인 등을 특수법인으로 전환하는 경우에는 보통 세 가지 방식을 사용한다. 가장 간단한 한 방식은 “이 법 시행 당시 「민법」 제32조에 따라 설립된 사단(재단)법인 ○○○는 이 법에 따라 설립된 △△△로 본다”는 형식을 사용한다.

[입법례] 민사법인을 특수법인으로 전환한 사례(1)

문화기본법
부 칙
(법률 제14203호, 2016. 5. 29.)
제2조(한국문화관광연구원에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시 「민법」에 따라 설립된 재단법인 한국문화관광연구원은 제11조의2의 개정규정에 따라 설립된 연구원으로 본다.

이와 같은 방식에 속하는 것으로 기존 법인이 스스로 새로운 특수 법인을 만들도록 하는 방식도 사용되고 있다.

[입법례] 민사법인을 특수법인으로 전환한 사례(2)

항공안전기술원법

부 칙

(법률 제12654호, 2014. 5. 21.)

제2조(항공안전기술센터에 대한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 「민법」 제32조에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아 설립된 재단법인 항공안전기술센터는 이 법 시행 후 2개월 이내에 기술원의 정관을 작성하여 국토교통부장관의 인가를 받아야 한다.

② 재단법인 항공안전기술센터는 제1항에 따른 인가를 받으면 이 법에 따른 기술원의 설립등기를 하여야 한다.

③ 재단법인 항공안전기술센터는 제2항에 따른 설립등기를 마치면 「민법」 중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에도 불구하고 해산된 것으로 본다.

④ 기술원은 설립등기일에 재단법인 항공안전기술센터의 모든 권리와 의무 및 재산을 승계한다.

⑤ 이 법에 따른 기술원의 설립 당시 재단법인 항공안전기술센터의 센터장, 이사 및 감사는 각각 기술원의 원장, 이사 및 감사로 보며, 임원의 임기는 종전의 임명일부부터 기산한다.

⑥ 이 법에 따른 기술원의 설립 당시 재단법인 항공안전기술센터의 직원은 기술원의 직원으로 본다.

위 「문화기본법」 입법례는 기존 법인이 바로 특수법인이 되는 것이므로, 따로 기존법인을 정리해 주는 조치가 필요하지 않다. 그러나 그런 방식을 사용하는 경우에는 적어도 법률적으로는 독립된 의사능력을 가진 법인을 법률의 힘에 의해 다른 것으로 바꾸어 버리는 모양이 되기 때문에 의사자치의 원칙을 침해하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되기도 한다.

그래서 기존 법인이 자유의사에 의하여 특수법인으로 전환되는 모습을 갖추기 위해 민사법인이 스스로 의사결정과정을 통해 특수법인으로 전환하도록 하는 조치를 취하는 방식을 사용하기도 한다. 즉, 특수법인은 법률에 따라 직접 설립되는 것으로 보고(즉, 설립위원회 등 설립을 위한 구체적인 조치가 부칙에 규정되지 않음), 민사법인은 그의 모든 권리·의무를 해당 법인의 의사결정과정을 거쳐 특수법인에 이전(포괄승계)하는 것으로 한다.

[입법례] 민사법인을 특수법인으로 전환한 사례(3)

중견기업 성장촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법

부 칙

(법률 제12307호, 2014. 1. 21.)

제4조(한국중견기업연합회의 설립에 관한 경과조치) ① 「민법」 제32조에 따라 설립된 사단법인 한국중견기업연합회는 총회의 결의에 의하여 모든 권리와 의무를 이 법에 따른 한국중견기업연합회가 승계하도록 중소기업청장에게 신청할 수 있다.

② 「민법」 제32조에 따라 설립된 사단법인 한국중견기업연합회가 제1항의 신청에 따라 중소기업청장의 승인을 받은 때에는 이 법에 따른 한국중견기업연합회의 설립과 동시에 「민법」 중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에도 불구하고 해산된 것으로 보며, 「민법」 제32조에 따라 설립된 사단법인 한국중견기업연합회의 모든 권리·의무·직원 및 회원은 이 법에 따른 한국중견기업연합회가 승계한다.

③ 제2항에 따라 한국중견기업연합회에 승계될 재산의 가액은 설립등기일 전일의 장부가액으로 한다.

④ 이 법 시행 당시 등기부나 그 밖의 공부에 표시된 사단법인 한국중견기업연합회의 명의를 이 법에 따른 한국중견기업연합회의 명의로 본다.

⑤ 이 법 시행 전에 「민법」 제32조에 따라 설립된 사단법인 한국중견기업연합회가 행한 행위는 이 법에 따른 한국중견기업연합회가 행한 행위로 본다.

이 밖에 중간 형태로 된 것도 있다. 즉 특수법인을 실제로 설립하고 그 특수법인에 기존 법인이 권리·의무를 승계하고 기존법인은 해산된 것으로 간주하는 방식이다.

[입법례] 특수법인을 폐지·신설한 사례

울산과학기술원법

부 칙

(법률 제13230호, 2015. 3. 27.)

제2조(설립준비위원회) ① 미래창조과학부장관은 이 법 시행 전 「국립대학법인 울산과학기술대학교 설립·운영에 관한 법률」에 따른 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교의 해산과 울산과기원의 설립에 관한 사무를 처리하기 위하여 이 법 공포일부터 3개월 이내에 울산과기원 설립준비위원회(이하 “설립준비위원회”라 한다)를 설치하여야 한다.

- ② 설립준비위원회는 미래창조과학부장관이 위촉하는 10명 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 위원 중에서 미래창조과학부장관이 임명한다.
- ③ 설립준비위원회는 울산과기원의 정관을 작성하여 미래창조과학부장관의 인가를 받아 이 법 시행일까지 울산과기원의 설립등기를 완료한 후 울산과기원 총장에게 그 사무를 인계하여야 한다.
- ④ 설립준비위원회 및 설립위원은 제3항에 따른 사무 인계가 끝난 때에는 해산되거나 해촉된 것으로 본다.

제3조(해산 및 청산의 특례) 국립대학법인 울산과학기술대학교는 이 법에 따른 울산과기원의 설립과 동시에 「민법」 중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에도 불구하고 해산된 것으로 본다.

제4조(권리·의무의 승계 등에 관한 경과조치) ① 이 법에 따른 울산과기원은 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교의 권리·의무를 포괄적으로 승계한다.

- ② 제1항에 따라 울산과기원이 포괄 승계하는 권리·의무에 관한 등기부나 그 밖의 공부에 표시된 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교의 명의를 이 법에 따른 울산과기원의 명의로 본다.
- ③ 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교 총장이 학교 운영상 한 행위는 이 법에 의한 울산과기원 총장이 행한 행위로 본다.
- ④ 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교의 재적생(在籍生), 졸업생 및 제적(除籍)·제명(除名)된 사람은 이 법에 의한 울산과기원의 재적생, 졸업생 및 제적·제명된 사람으로 본다.

제5조(설립 당시의 예산에 관한 경과조치) ① 이 법에 따른 울산과기원은 설립 당시 울산과기원의 예산이 확정되기 전까지는 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교 소관 예산을 종전의 예에 따라 집행할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 집행되는 경비는 울산과기원의 예산이 성립되면 그 성립된 예산에 따라 집행된 것으로 본다.

제6조(임직원에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 국립대학법인 울산과학기술대학교의 총장과 이사 및 감사는 설립준비위원회가 따로 정하지 아니하는 경우 이 법에 따른 울산과기원에 임명된 것으로 본다. 다만, 그 임기는 종전의 규정에 따른 임기의 나머지 기간으로 한다.

- ② 울산과기원 설립 당시 종전의 국립대학법인 울산과학기술대학교에 재직 중인 직원은 이 법에 따라 울산과기원에 임용된 것으로 본다.

나) 특수법인 전환 시 필요한 경과조치

특수법인으로 전환한 후 모든 권리·의무가 승계되고 나면 민사법인은 이름만 남을 뿐 실체가 없게 되므로, 이를 정리해 줄 필요가 생기지만, 실제 정리할 것이 아무것도 없기 때문에 「민법」의 규정과 관계없이 해산된 것으로 간주하는 방식으로 정리해준다.

법인의 명칭이나 종류가 달라질 경우 별도의 경과조치가 없으면 법인 등기나 그 소유 재산 등기 등의 명의를 변경할 필요가 있으므로, 경과조치로 종전 등기부 명의를 동일성을 인정하는 경과조치를 두어 등기부의 효력이 유지되도록 할 필요가 없는지 검토해야 한다.

또한 종전 법인의 임직원을 새로운 법인의 임직원으로 인정하는 경과조치⁶⁴⁴⁾와 함께 임원의 임기에 관한 경과조치 규정을 둘 필요가 있는지도 검토하도록 한다.⁶⁴⁵⁾

그 외에도 ① 재산의 승계에서 그 재산의 가액을 결정하는 기준일이 필요한지, ② 민사법인을 특수법인으로 전환하면 임원의 임명절차 등이 달라지는 경우가 많고 주무부장관의 감독권도 강화되는 경향이 있고, 경우에 따라서는 정관기재사항을 달리하기도 하므로, 일정 기간 내에 정관을 다시 작성하여 주무관청에 인가를 받도록 하는 절차가 필요한지, ③ 종전 민사법인의 법률행위를 새로운 법인의 법률행위로 간주해 법률행위의 효력을 유지시킬 필요가 없는지 등 해당 특수법인의 상황을 고려해 반영할 사항이 있는지 검토하도록 한다.

한편 부동산등기명의, 법인등기부에 관한 일에 관하여는 두 가지 경우를 생각할 수 있다. 우선 민사법인을 특수법인으로 전환하면서 명칭을 변경하기도 하고 그대로 사용하기도 하지만 비록 동일한 명칭을 사용한다고 하더라도 민사법인의 경우 그 명칭은 “사단법인 ○○○”, “○○○사단법인”, “재단법인 ○○○” 또는 “○○○재단법인”으로 해야 하는 반면⁶⁴⁶⁾ 특수법인의 경우에는 그냥 “○○○”으로 명칭을 정하기 때문에 엄밀한 의미에서 명칭이 변경된다고 보아야 할 것이다. 그 뿐만 아니라 민사법인이 특수법인으로 전환되면 부동산 등기를

644) 법률의 제정, 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 종전 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리·의무를 승계하도록 하는 경우에, 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채 단순히 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리·의무는 새로이 설립되는 특수법인이 이를 승계한다는 경과규정만 두고 있다면 (중략) 해산되는 단체의 직원들의 근로관계를 당연히 새로이 설립되는 특수법인에 승계하도록 하기 위한 것이 아니라고 할 것이다(대법원 2018. 9. 28. 선고 2018다207588 판결).

645) 임원의 임기에 대한 별도의 경과조치가 없으면 임원의 임기가 특수법인의 설립일부터 다시 시작하는 것으로 해석될 수 있다.

646) 「민법법인 및 특수법인 등기규칙」(대법원규칙) 제4조에 따르면 법인의 명칭 중에 법인의 종류를 표시하는 문자가 포함된 경우를 제외하고는 민법 법인의 명칭을 등기할 때 사단법인 또는 재단법인임을 표시해야 한다.

위한 법인의 부동산등기용 등록번호도 변경되므로⁶⁴⁷⁾ 법률적으로는 아무런 변화가 없다고 보기 어렵다. 따라서 법상의 명칭 변경 여부를 불문하고 부동산등기부상의 명의를 정리해 주어야 한다. 법률에서 경과조치로 해결해 주지 않으면 추후 원인을 소명하여 정리할 수 있겠으나 번거롭고 등록면허세나 취득세를 부담해야 하는 문제 등 번거로운 문제가 생긴다.

[입법례] 재산 승계 시 재산 가액의 결정 기준일 및 임직원 승계 시 임기 기산일을 명시한 사례

중소기업창업 지원법
부 칙 (법률 제16399호, 2019. 4. 23.)
제2조(창업진흥원 설립에 관한 경과조치) ① (생략)
② 제1항에 따라 중소벤처기업부장관의 승인을 받은 구법인은 신법인의 설립과 동시에 「민법」 중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에도 불구하고 해산된 것으로 보며, 구법인에 속하였던 모든 소관업무, 권리·의무 및 재산은 신법인이 승계한다.
③ 제2항에 따라 신법인에 승계될 재산의 가액은 신법인 설립등기일 전일의 장부가액으로 한다.
④ 신법인 설립 당시 등기부나 그 밖의 공부(公簿)에 표시된 구법인의 명이는 신법인의 명의로 본다.
⑤ 신법인 설립 당시 구법인의 임직원은 신법인의 임직원으로 보며, 임직원의 임기는 종전의 임명일부터 기산한다.
⑥ 신법인의 설립 이전에 구법인이 행한 행위 또는 구법인에 대하여 행하여진 행위는 신법인이 행한 행위 또는 신법인에 대하여 행하여진 행위로 본다.
⑦ 신법인 설립 당시 구법인에 대하여 기획재정부장관이 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따라 공공기관으로 지정한 것은 신법인에 대하여 지정한 것으로 본다.
⑧ 신법인 설립 당시 다른 법령에서 창업진흥전담조직을 인용하고 있는 경우에는 그에 같음하여 신법인을 인용한 것으로 본다.

647) 법인의 등록번호에는 법인의 종류를 표시하는 부분(법인종류별 분류번호)이 있다. 「민법」상 사단법인은 21이고 재단법인은 22이다. 「법인 및 재외국민의 부동산등기용등록번호 부여에 관한 규칙」(대법원규칙) 참조

[입법례] 종전 민사법인을 전환하는 특수법인으로 간주한 후 정관을 변경하는 사례

교육시설 등의 안전 및 유지관리 등에 관한 법률

부 칙

(법률 제16678호, 2019. 12. 3.)

제5조(교육시설재난공제회에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 「민법」에 따라 설립된 사단법인 교육시설재난공제회(이하 “사단법인 교육시설재난공제회”라 한다)는 이 법에 따라 설립된 한국교육시설안전원으로 본다.

② 이 법 시행 당시 사단법인 교육시설재난공제회의 등기부는 이 법에 따라 설립된 한국교육시설안전원의 등기부로 본다.

③ 이 법 시행 당시 사단법인 교육시설재난공제회의 정관은 제38조에 따른 정관으로 본다. 다만, 사단법인 교육시설재난공제회 회장은 이 법 시행일부터 3개월 이내에 제38조에 따라 정관을 작성하여 이사회와 총회의 의결을 거쳐 교육부장관의 인가를 받아야 한다.

④ 이 법에 따라 설립된 한국교육시설안전원은 이 법 시행 당시 사단법인 교육시설재난공제회의 이사회와 총회의 의결을 거쳐 교육부장관의 허가를 받아 사단법인 교육시설재난공제회의 회원, 임직원, 자산 및 권리·의무를 포괄승계한다.

8) 제재처분으로서의 행정처분에 관한 경과조치

「행정기본법」 제14조제3항에서는 법령을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령을 위반한 행위 당시의 법령에 따르되, 법령을 위반한 행위가 있을 후 법령이 변경되어 그 행위가 법령을 위반한 행위에 해당하지 아니하게 되거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우에는 해당 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 변경된 법령을 적용하도록 규정하고 있다. 따라서 제재처분의 적용기준을 「행정기본법」과 같이 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 개별 법령에 별도의 경과조치나 적용례를 둘 필요가 없다. 제재처분의 적용기준을 「행정기본법」과 달리 하려는 경우에만 개별 법령에 그 내용에 따라 필요한 경과조치나 적용례를 두면 된다. 여기서 ‘법령등의 변경’은 해당 제재처분 기준의 변경만을 의미하는 것이 아니라 의무규정의 변경도 포함하므로, 제재처분 기준의 적용 원인이 되는 의무규정 변경 시에도 동일한 기준에 따라 “이 법 시행 전에 종전의 제○조제○항을 위반한 행위에 대해 제×조제×항에 따른 처분을 할 때에는 종전의 규정에 따른다”와 같은 경과조치를 규정할지를 검토해야 한다.

한편, 행위 당시는 위반행위 종료 시를 의미하므로 법령 개정 전에 종결되거나 완성되지 못하고 법령 개정 전후에 걸쳐 위반행위가 계속되는 경우에는 하나의 위반행위로서 제재처분의 경중과 관계없이 개정 법령이 적용된다(「행정기본법」 제14조제1항 및 제3항 본문). 따라서 일정기간 운영 실적이 없거나 보험가입 의무를 불이행한다는 이유 등으로 제재처분을 하는 경우와 같이 개정 전후에 걸쳐 계속되는 위반행위에 대해 개정 법령을 바로 적용하기 곤란한 경우에는 경과조치를 두는 방안을 검토할 필요가 있다.

[입법례]

양성평등기본법 시행령

부 칙

(대통령령 제31528호, 2021. 3. 9.)

제2조(여성인력개발센터에 대한 행정처분 기준에 관한 경과조치 등) ① 이 영 시행 당시 운영 실적이 계속하여 없는 기간이 6개월 이상인 여성인력개발센터에 대한 행정처분 기준은 제29조 제1항제1호 및 별표 2 제2호다목1)의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

② 이 영 시행 당시 운영 실적이 계속하여 없는 기간이 6개월 미만인 여성인력개발센터에 대한 행정처분 기준은 이 영 시행일부터 운영 실적이 없는 기간을 계산하여 제29조제1항제1호 및 별표 2 제2호다목1)의 개정규정을 적용한다.

가) 제재처분 기준을 완화 또는 폐지하는 경우

제재처분 기준을 완화하면서 제재처분과 관련하여 해당 법령에 아무런 경과조치를 두지 않은 경우에는 「행정기본법」 제14조제3항 단서가 적용된다. 즉, 위반행위 당시에 시행되는 법령이 아니라 제재처분 기준이 완화된 새로운 법령에 따라 제재해야 한다.

만약 개정규정 시행 전 위반행위에 대해 완화된 개정규정을 적용하지 않고 종전 기준에 따라 제재처분을 하려면 경과조치를 두어야 한다.

[입법례]

응급의료에 관한 법률

부 칙

(법률 제14329호, 2016. 12. 2.)

제4조(행정처분에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 위반행위에 대한 행정처분에 관하여는 종전의 규정에 따른다.

나) 제재처분 기준의 강화 및 완화가 혼재된 경우

제재처분 기준이 강화되기도 하고 완화되기도 한 경우에는 「행정기본법」 제14조제3항에 따라 완화된 것에는 신법을 적용하고, 강화된 것에는 구법을 적용한다. 특별한 사정이 없으면 이에 대하여 별도의 경과조치를 둘 필요는 없다. 다만, 이와 달리 적용하려는 경우에만 경과조치를 두도록 한다.

다) 제재처분 기준을 강화하는 경우

영업정지 기간을 늘리거나 임의적 취소사유를 필요적 취소사유로 변경하는 경우 또는 과징금의 최고금액을 2천만원에서 4천만원으로 상향조정하는 경우처럼 제재처분 기준을 강화하는 것은 국민에게 불리한 내용의 개정이다.

한편 「행정기본법」 제14조제3항 본문에서 법령을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령을 위반한 행위 당시의 법령에 따른다고 규정하고 있으므로, 개정 전 위반행위에 강화된 제재처분 기준은 적용되지 않는 것이 원칙이다.

따라서 개정 전 위반행위에 대해 강화된 기준을 적용할 특별한 사정⁶⁴⁸⁾이 없다면 강화된 제재처분 기준이 개정 이후 위반행위에만 적용되므로 경과조치를 규정할 필요가 없다.

9) 서식·복제 등의 변경에 따른 경과조치

서식, 복제 등에 관한 내용을 바꾸려면 현재 제작되어 있는 양식·제복·계급장 등을 어떻게 처리할 것인지를 검토해야 한다. 안전표지나 신호등에 관한 제식이 변경되는 경우에도 또한 같다.

648) 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이며, 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등을 들 수 있다(헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가 2, 1998. 9. 30. 97헌바38, 1999. 7. 22. 97헌바76, 2011. 3. 31. 2008헌바141, 2021. 1. 28. 2018헌바88 결정).

가) 서식의 경우

서식의 경우 i) 새로운 서식만 사용하게 하는 경우, ii) 종전 서식을 수정하여 사용하게 하는 경우, iii) 신규 서식을 병행 사용하게 하는 경우, iv) 일정 기간 종전 서식을 계속 사용하도록 하는 경우 등 네 가지가 있다. 서식의 재고량을 파악한 결과 무시할 정도에 불과하면 아무런 경과조치를 두지 않고 새로운 서식을 사용하도록 한다. 재고량이 많아 이를 소모하는 데에 어느 정도 시간이 걸릴 것으로 판단되는 경우에는 기존 재고가 소모될 수 있을 정도의 일정한 기간을 정하여 기존 서식을 계속하여 사용하도록 하는 경과조치를 강구해야 한다. 이때 새로운 서식에서 추가되거나 삭제된 부분을 어떻게 할 것인가를 아울러 생각해야 한다. 보통 종전의 서식을 새로운 서식과 병행하여 사용할 수 있도록 하면서 새로운 서식에서 추가된 부분은 추가하고 삭제된 부분은 삭제하여 사용할 수 있으면 그런 취지의 경과조치를 두는 것이 일반적이다.

[입법례] 일정 기간 종전 서식을 계속 사용하도록 한 사례

경찰공무원 승진임용 규정 시행규칙

부 칙

(행정자치부령 제42호, 2015. 10. 30.)

제2조(서식에 관한 경과조치) 2014년 11월 1일부터 2015년 10월 31일까지의 기간에 대한 경찰공무원의 근무성적 평정표는 별지 제2호서식의 개정규정에도 불구하고 종전의 서식에 따른다.

[입법례] 일정 기간 신규 서식을 함께 사용하게 한 사례

공문서에 대한 아포스티유 및 본부영사확인서 발급에 관한 규정 시행규칙

부 칙

(외교부령 제65호, 2021. 4. 27.)

제3조(서식에 관한 경과조치) 이 규칙 시행 당시 종전의 「외국공문서에 대한 인증의 요구를 폐지하는 협약의 이행을 위한 법무부장관 소관 업무에 관한 규칙」 및 「아포스티유 발급 및 본부영사확인 사무처리에 관한 규정」에 따라 사용 중인 아포스티유 및 본부영사확인서 서식은 2021년 7월 31일까지 이 규칙에 따른 별지 제2호서식 및 별지 제3호서식과 함께 사용할 수 있다.

[입법례] 신규 서식을 함께 사용하게 하면서 개정 내용에 따라 수정하도록 한 사례

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행규칙
부 칙 (법무부령 제978호, 2020. 8. 5.)
제2조(서식에 관한 경과조치) 이 규칙 시행 당시 종전의 규정에 따라 사용 중인 서식은 이 규칙에 따른 서식과 함께 계속하여 사용할 수 있다. 이 경우 이 규칙에 따라 개정된 부분은 수정하여 사용해야 한다.

이미 발행한 허가증, 면허증 등의 서식이 개정된 경우에는 개정된 부분이 수정된 것으로 보도록 간주할 수 있으면 그러한 간주 규정을 두되, 필요하면 구체적인 바뀌 읽기 규정을 두기도 한다.

[입법례] 서식의 내용에 대해 바뀌 읽기를 규정한 사례

소방시설 공사업법 시행규칙
부 칙 (행정안전부령 제102호, 2019. 2. 18.)
제3조(서식에 관한 경과조치) 이 규칙 시행 당시 종전의 별지 제4호서식에 따라 발급된 소방 시설업 등록수첩은 이 규칙에 따라 발급된 것으로 보며, 소방시설업 등록수첩 기재사항 중 “시공능력”은 “시공능력·방염처리능력”으로 본다.

나) 복제의 경우

복제의 경우에는 일반적으로 개정된 제복 등의 생산에 시간이 걸리므로, 그 준비를 할 수 있도록 일정 기간 종전의 제복 등을 계속 착용할 수 있도록 하는 경과조치를 두는 것이 일반적이다.

[입법례]

검역공무원 복제 규칙
부 칙 (보건복지부령 제786호, 2021. 3. 5.)
제2조(종전의 제복에 관한 경과조치) 이 규칙 시행 당시 종전의 규정에 따라 지급된 제복은 이 규칙에 따라 지급된 제복으로 보고, 새로운 제복이 지급될 때까지 계속 착용할 수 있다.

다) 안전표지나 신호등의 경우

그 밖에 안전표지나 신호등에 관한 제식이 변경되는 경우에도 복제가 변경된 경우와 거의 같은 경과조치를 둔다. 이들을 일시에 제작하여 설치하는 것이 어렵고 또 낭비적 요소도 있으므로 주로 교체될 때까지 종전의 것을 사용할 수 있게 하고 있다.

[입법례]

도로교통법 시행규칙

부 칙

(행정안전부령 제205호, 2020. 10. 7.)

제2조(노면표시의 색채에 관한 경과조치) 이 규칙 시행 당시 종전의 별표 6 I. 일반기준 제2호 나목에 따라 도로에 표시된 노면표시에 대해서는 별표 6 I. 일반기준 제2호나목의 개정규정에도 불구하고 해당 노면표시가 바꾸어 표시될 때까지는 종전의 규정에 따른다.

10) 벌칙에 관한 경과조치

가) 개관

법률에 규정된 벌칙을 폐지하거나 변경할 때 이러한 폐지·변경이 있기 전에 행해진 범죄를 벌칙이 폐지되거나 변경된 이후에 적발하여 처벌하는 경우의 적용관계를 해결할 경과조치가 필요하다. 구체적인 경우는 다음과 같다.

- i) 벌칙을 신설하는 경우
- ii) 벌칙을 폐지하는 경우
- iii) 벌칙을 변경하는 경우(형벌의 종류를 변경하는 경우와 형량을 변경하는 경우를 모두 포함)로서
 - 형벌의 종류가 중해지거나 형량이 높아지는 경우⁶⁴⁹⁾

649) 형의 경중 판단은 「형법」 제50조제1항 및 제2항에 따른다. 즉 형의 종류에 있어서는 중한 형부터 나열하면 사형-징역-금고-자격상실-자격정지-벌금-구류-과료의 순서가 된다. 징역과 금고의 경우에는 무기금고와 유기징역보다 중한 것으로 하고, 유기금고의 장기가 유기징역의 장기보다 길 때에는 금고를 중한 것으로 한다. 같은 종류의 형에서는 장기가 긴 것과 상한이 되는 벌금액·과료액이 많은 것을 중한 것으로 하고 장기와 상한 금액이 동일한 경우에는 단기가 긴 것과 하한이 되는 벌금액·과료액이 많은 것을 중한 것으로 한다.

- 형벌의 종류가 경해지거나 형량이 낮아지는 경우
- iv) 형벌을 과태료로 전환하는 경우
- v) 형벌규정과 과태료규정 모두를 변경하는 경우

형벌에 대한 경과조치를 구상할 때 염두에 두어야 할 것은 헌법과 「형법」 그리고 「형사소송법」에 관련 규정이 이미 마련되어 있다는 것이다. 우선 헌법 제13조제1항에서 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니한 행위로 소추되지 아니하며 …”라고 소급입법금지의 원칙을 천명하고 있다. 「형법」 제1조제1항에서는 이를 수용하여 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다”고 규정하여 행위시법주의를 원칙으로 선언하고 있다. 이들 규정 때문에 벌칙 규정을 신설하거나 벌칙이 중하게 변경되는 경우에 이를 소급 적용하면 헌법에 어긋나게 된다.

그리고 「형법」 제1조제2항 및 제3항에 따르면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 않거나 형이 구법보다 가벼운 때에는 신법에 의하도록 하고, 재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 않는 때에는 형의 집행을 면제하도록 규정하고 있으며, 「형사소송법」 제326조제4호에 따르면 범죄 행위 시와 재판 시 사이에 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때에는 면소(免訴)의 판결을 하게 되어 있다. 따라서 벌칙이 신설·폐지되거나 개정된 경우에 아무런 경과조치를 두지 않아도 해석상 문제가 발생하는 일은 없다고 할 수 있다.

그러나 「형법」에 규정된 자연범의 경우에 벌칙이 변경되는 것은 기본적으로 처벌 여부나 처벌의 수위에 대한 법적 평가가 변경되었기 때문에 그 평가를 법률에 반영하는 것이므로, 「형법」과 「형사소송법」에 규정된 바와 같이 처리하는 것이 합리적이라고 하겠지만, 행정법에 규정된 벌칙은 소위 ‘행정범’이라고 하여 법이론적 고려보다는 그 행정법령이 추구하는 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 성격이 강하기 때문에 그 벌칙의 변경도 실용적인 목적으로 행해지는 경우가 많다.

행정범의 경우에도 「형법」이나 「형사소송법」의 원칙에 따르게 되면 정책 변경으로 처벌 규정이 없어질 것으로 예견되면 국민들이 법령을 어기는 경향이 생겨나게 된다. 이런 경향이 발생하는 것을 방지하기 위해서 행정법령에서는 「형법」과 「형사소송법」에 대한 특례를 두는 문제를 검토하게 된다.

나) 벌칙을 신설하는 경우

벌칙을 신설하는 경우에는 헌법 제13조제1항의 소급입법금지의 원칙이 바로 적용되기 때문에 새로운 처벌 규정을 소급적용하는 부칙 규정을 두어서는 안 된다. 주의적으로 “제○조의 개정규정은 이 법 시행 이후 행해진 행위부터 적용한다”는 적용례를 두는 것도 생각할 수 있으나 헌법과 「형법」의 해석상 너무나 당연한 것이므로 이런 적용례는 두지 않는다.

다) 벌칙을 폐지하는 경우

벌칙이 폐지되는 경우 아무런 경과조치가 없으면 「형법」 제1조제2항·제3항과 「형사소송법」 제326조제4호에 따르게 된다.

따라서 벌칙을 폐지하는 경우에는 「형법」과 「형사소송법」에 따라 그 이전에 범한 범죄 행위에 대해 불문에 부칠 것인지 아니면 구법에 따라 처벌할 것인지를 판단해 보아야 한다. 불문에 부치는 것이 기본법인 「형법」의 취지에 합치되므로, 원칙적으로 행위시법(구법)에 따르도록 하는 경과조치를 두지 않는 것이 바람직하다.

그러나 현실적으로 벌칙이 폐지되는 경우에 그 법적 평가가 달라지는 경우보다는 전과자의 양산을 방지하기 위해 과태료로 전환한다든지 하는 정책적인 목적이 있는 경우가 많고 이미 구법에 의하여 기소된 사람들을 일일이 가려내는 것도 쉽지 않기 때문에 벌칙이 폐지 되어도 종전의 규정에 따라 처벌하도록 하는 규정을 두는 경우가 많다.⁶⁵⁰⁾ 대법원에서는 「형법」 제1조제2항은 형법벌령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 보고 처벌한 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용하여야 하고, 이와 같은 법률이념의 변경에 의한 것이 아닌 다른 사정의 변천에 따라 그때그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그 전에 성립한 위법행위를 현재에 관찰 하여도 행위 당시에는 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하더라도 그에 대한 형이 폐지된 것이라고는 할 수 없다는 입장을 보이고 있다.⁶⁵¹⁾ 이러한 점을 고려해 법적

650) 벌칙에 대한 경과조치의 문안을 보면, “이 법 시행 전의 행위에 대한”이라는 표현 대신 “이 법 시행 전에 행한 행위에 대한”이라는 표현도 보이는데 “이 법 시행 전의 행위에 대한”으로 통일하도록 한다.

651) 한국전기통신공사법폐지법률과 공기업의경영구조개선및민영화에관한법률이 시행되어 이제는 한국전기통신공사를 정부투자기관관리기본법 제18조가 정하는 ‘정부투자기관’으로 볼 수 없게 되었다 하더라도 그 이전에 범한 피고인들의 이 사건 뇌물수수 행위에 대한 가벌성이 없어지거나 줄어든 것은 아니므로,

분쟁이나 해석상 문제가 발생되지 않도록 신법 시행 전의 위반행위에 구법을 적용하는 경과조치를 두거나 신법 시행 전의 위반행위를 처벌하지 않는 적용례를 두도록 한다. 이는 형벌의 종류가 가벼워지거나 법정형이 낮아지는 경우에도 마찬가지이다.

벌칙 규정만을 폐지하는 것이 아니고 벌칙의 구성요건이 되는 의무규정이 완화되거나 법률 자체를 폐지하는 경우에도 똑같은 경과조치나 적용례를 둔다. 다만, 폐지 법률로 폐지하지 않고 다른 법률의 부칙에서 폐지하려면 “중전의 규정”이라는 표현 대신 “중전의 ○○○법의 규정”이라고 명시하도록 한다.

[입법례] 부칙에서 폐지한 법률의 벌칙에 대한 경과조치를 규정한 사례

항공사업법
부 칙
(법률 제14115호, 2016. 3. 29.)
제2조(다른 법률의 폐지) 항공운송사업 진흥법은 폐지한다.
제24조(벌칙 및 과태료에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 위반행위에 대하여 벌칙 및 과태료를 적용할 때에는 중전의 「항공법」 및 「항공운송사업 진흥법」에 따른다.

라) 벌칙을 변경하는 경우(형벌의 종류를 변경하는 경우와 형량을 변경하는 경우를 모두 포함)

① 형벌의 종류가 중해지거나 형량이 높아지는 경우

형벌이 중해지거나 형량이 높아지는 경우에는 소급입법금지의 원칙상 개정 전의 행위에 대해 개정 후의 벌칙을 적용할 수 없다. 따라서 경과조치를 두지 않는다. 이와 같이 경과조치를 두지 않으면 「형법」 제1조제1항의 행위시법주의가 적용되어 자연히 개정 전의 벌칙이 적용되게 된다.

② 형벌의 종류가 가벼워지거나 형량이 낮아지는 경우

「형법」 제1조제2항에 따르면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼운 때에는 신법에 의한다. 따라서 형벌이 가벼워지거나

피고인들의 행위에 대하여 형의 폐지나 변경이 있었던 것이라고 볼 수 없다(대법원 1997. 12. 9. 선고, 97도2682 판결).

형량이 낮아지는 경우에는 경과조치를 두지 않으면 「형법」 제1조제2항에 따라 위반자에게 유리한 신법이 적용된다.

그러나 실제 입법과정에서는 형벌을 가볍게 하거나 형량을 낮추는 경우라도 이는 위반 행위에 대한 법적 평가가 달라진 것이 아니라 정책적 고려에 따른 것이 대부분이므로 “이 법 시행 전의 행위에 대하여 벌칙을 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다”라는 경과 조치를 두는 경우가 많다.⁶⁵²⁾

마) 형벌을 과태료로 전환하는 경우

징역이나 벌금, 과료 등 형벌을 과태료로 전환하는 경우에는 형벌로 처벌하는 규정을 폐지하고 과태료를 과하는 규정을 신설하는 형식을 취하게 된다. 이러한 형식을 형벌 쪽에서 보면 형이 폐지되는 결과가 되어 아무런 경과조치를 두지 않으면 「형법」 제1조와 「형사소송법」 제326조제4호가 적용되어 불기소, 면소판결, 형의 집행정지를 하게 된다.

그리고 과태료의 경우도 행위시법주의가 적용되므로(「질서위반행위규제법」 제3조제1항)⁶⁵³⁾ 과태료규정 신설 전의 행위에 대해서는 과태료를 과하지 않는다.⁶⁵⁴⁾ 그래서 형벌을 과태료로 전환하는 개정을 하면서 아무런 경과조치를 두지 않으면 개정 전의 행위에 대해서는 형벌로도 처벌할 수 없고 과태료를 과할 수도 없게 되는 문제가 발생한다.

그러나 형벌을 과태료로 전환하는 것은 전과자를 줄이기 위한 정책적 고려에서 하는 경우가 대부분이고 그 위반행위에 대한 법적 평가와는 무관한 경우가 대부분이다. 따라서 형벌이 과태료로 전환되는 시점을 기준으로 그 전의 행위는 종전의 규정에 따라 형벌을

652) 형법 제1조제2항 및 제8조에 따르면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있으나 신법에 경과규정을 두어 이러한 신법의 적용을 배제하는 것도 허용되는 것으로서, 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정한다 하여 헌법상의 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도1303 판결).

653) 「질서위반행위규제법」

제3조(법 적용의 시간적 범위) ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다.

② 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다.

③ 행정청의 과태료 처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 변경된 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료의 징수 또는 집행을 면제한다.

654) 형벌을 과태료로 전환하는 것은 국민에게 유리한 시혜적 입법이므로 과태료를 소급적용할 수 있다는 입장이 있으나, 행위 당시 과태료 대상 위반행위를 한 사실이 없음에도 소급하여 과태료를 부과하는 것은 「질서위반행위규제법」 제3조제1항을 고려할 때 소급입법 금지 원칙에 반한다.

과하고, 그 이후의 행위는 신법에 따라 과태료를 부과하는 것으로 벌칙에 대한 경과조치를 두는 것이 일반적이다.

[입법례]

신용협동조합법
부 칙 (법률 제14824호, 2017. 4. 18.)
제3조(벌칙에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 위반행위에 대하여 벌칙을 적용할 때에는 제99조 제2항 및 제4항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.
* 법 제99조제2항제8호 및 같은 조 제4항(형벌규정)이 각각 삭제되고, 법 제101조제1항제3호의2 및 제7호(과태료규정)가 각각 신설된 사례

바) 형벌 규정과 과태료 규정을 모두 변경한 경우

대개 법률에는 형벌 규정과 과태료 규정이 모두 규정되어 있고 한 번의 개정에서 형벌 규정과 과태료 규정을 모두 개정하는 경우가 있다. 이때 형벌에 대해서도, 과태료에 대해서도 종전의 규정에 따르도록 하는 경과조치를 두는 경우에 두 개 항목으로 나누어 규정하지 않고 한꺼번에 규정하도록 한다.

[입법례]

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률
부 칙 (법률 제13216호, 2015. 3. 11.)
제14조(벌칙과 과태료에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 행위에 대하여 벌칙이나 과태료의 규정을 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다.

이 경우 제목을 “벌칙 등에 관한 경과조치”라고 한 사례도 보이고, “벌칙에 관한 경과조치”라고만 표시한 후 과태료에 관한 경과조치까지 모두 규정한 사례도 보인다. 이와 같은 혼란은 법령에서 벌칙조항의 제목은 “벌칙”으로 하고 과태료조항의 제목을 “과태료”라고 구분하여 사용하고 있는데 조문의 수가 많아 장(章)으로 구분하는 경우에는 장명을 “벌칙”

이라고 하기 때문에 그런 법령에서는 “벌칙에 관한 경과조치”라고 해도 벌칙 장(章) 아래에 규정된 과태료 역시 포함하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 장 구분이 있는 경우와 없는 경우의 표현방식이 다르면 다소 혼란이 예상되기 때문에 제목을 “벌칙과 과태료에 관한 경과조치”로 통일하도록 한다.

사) 벌칙의 구성요건이 대통령령 등 하위법령에 위임된 경우

벌칙의 구성요건이 대통령령 등 하위법령에 위임된 경우에도 이상에서 설명한 바와 동일하게 경과조치 문제를 생각하면 된다. 내용상으로 보면 국민의 권리·의무에 관한 사항이므로, 대통령령에서 규정하기에 적절하지 못한 것으로 보이지만, 벌칙의 구성요건을 위임하는 모법에서 그에 따른 경과조치까지 위임된 것으로 보는 것이 합리적이라고 할 것이므로 하위법령에서도 경과조치를 둘 수 있다.

[입법례] 대통령령에서 벌칙에 관한 경과조치를 규정한 사례

내수면어업법 시행령
부 칙 (대통령령 제25719호, 2014. 11. 11.)
제2조(포획·채취 금지 위반에 따른 벌칙에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 한 위반행위에 대하여 벌칙을 적용할 때에는 별표 1 제1호가목·라목 및 제2호바목의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

11) 과태료에 관한 경과조치

과태료에 관한 일반법인 「질서위반행위규제법」 제3조에서 「형법」 제1조와 같은 취지의 내용을 두고 있으므로, 과태료 규정이 신설되거나 과태료 금액이 높아진 경우에는 행위시법 주의에 따라 당연히 행위 시의 규정이 적용되고, 과태료 규정이 삭제되거나 과태료 금액이 낮아진 경우에는 형벌과 같이 새로운 규정이 적용되게 된다. 따라서 과태료 금액이 삭제되거나 낮아진 경우에 종전의 규정에 따라 처벌할 필요가 있는 경우라면 경과조치를 두어야 한다.

[입법례] 행위당시의 과태료처분 기준에 따르도록 한 사례

비료관리법
부 칙
(법률 제16980호, 2020. 2. 11.)
제6조(과태료에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 위반행위에 대하여 과태료를 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다.

또한, 과태료에 관한 세부 기준을 정하고 있는 대통령령에서 그 세부 기준을 완화하도록 개정된 경우 개정규정 시행 전 위반행위자에 대해서 완화된 개정규정을 적용하지 않고, 종전의 규정을 적용하도록 경과조치를 두는 것은 가능하다.⁶⁵⁵⁾

[입법례] 대통령령에서 세부 기준을 변경하면서 경과조치를 둔 사례

방송법 시행령
부 칙
(대통령령 제31658호, 2021. 4. 30.)
제2조(과태료에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 제59조의2제5항에 따른 세부기준을 위반하여 가상광고를 한 행위에 대하여 과태료를 부과할 때에는 별표 4 제2호거목4)의 개정규정에도 불구하고 별표 4 제2호거목2)에 따른다.

과태료를 형벌로 전환하는 경우 경과조치를 두지 않으면 형벌을 과태료로 전환하는 경우와 마찬가지로, 개정 전의 행위에 대해서는 과태료를 부과할 수 없고 형벌로도 처벌할 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있으므로, 과태료가 형벌로 전환되는 시점을 기준으로 그 전의 행위는 종전의 규정에 따라 과태료를 부과하고, 그 이후의 행위는 신법에 따라 형벌로 처벌하는 것으로 벌칙에 대한 경과조치를 둘 필요가 있다.

655) 법령에 규정된 “법률”의 의미는 해당 법령의 목적 및 취지 등에 따라 엄격하게 형식적 의미의 순수한 법률만 의미하는 경우도 있고, 형식적 의미의 순수한 법률뿐 아니라 해당 법률로부터 위임받은 하위법령을 포함하는 경우도 있다. 「질서위반행위규제법」 제3조제2항에 있어서의 “법률”의 의미를 살펴보면, 해당 법률의 소관 부처인 법무부에서 해당 “법률”을 “법령”의 의미로 해석하여 집행하고 있고, 유사한 조문 체계를 가지고 있는 「형법」 제1조제2항의 “법률” 의미에 관한 학계의 입장 및 죄형법정주의에 관한 판례(대법원 2009 1. 30. 선고 2008도8607 판결) 등에서도 “법률”에는 법률뿐만 아니라 법률로부터 위임받은 명령까지 일정한 한계 내에서는 포함하는 개념으로 판단하고 있음을 고려할 때 「질서위반행위규제법」 제3조제2항에 있어서의 “법률”은 순수한 “법률”을 의미한다고 보기 보다는 “법률과 그 법률의 위임에 따른 대통령령”을 포함하는 개념으로 이해하는 것이 타당하다.

[입법례] 과태료의 형벌 전환에 따라 경과조치를 둔 사례

실내공기질 관리법

부 칙

(법률 제14486호, 2016. 12. 27.)

제2조(과태료의 벌칙 전환에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 위반행위에 대해서는 제14조제1항제2호 및 제16조제1항제1호의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

12) 법령의 유효기간 만료에 따른 경과조치

한시법의 경우 유효기간이 만료되어 그 법률이 실효되는 경우 유효기간 동안에 행해진 인허가 등의 처분이나 위법행위를 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 발생한다.

유효기간 동안 행해진 인허가 등의 처분의 경우 아무런 경과조치 없이 한시법이 실효 되면 그 처분은 당연히 효력을 상실하게 된다. 만일 유효기간 만료 후에도 그 처분의 효력을 유지시킬 필요가 있는 경우에는 반드시 이에 관한 경과조치를 두어야 한다.

한시법이 실효된 경우 유효기간 중에 발생한 위법행위를 형사처벌하기 위해서는 별도의 경과조치가 있어야 하는지에 대해서 해석상 논란이 되고 있다. 법률 이념의 변경 여부에 따라 한시법을 적용하는 판례의 입장⁶⁵⁶⁾이 있다 하더라도 입법론적으로는 법 적용관계를 명확히 하고, 해석상 논란을 없애기 위해 이에 관한 경과조치를 두도록 한다.

656) 대법원 판례에 따르면 「형법」 제1조(범죄의 성립과 처벌)제2항의 해석과 관련하여 법령 조문 폐지의 동기가 법률 이념의 변경(반성적 고려)에서 기인한 경우에는 행위의 가벌성이 소멸되었으므로 추급효를 인정하여 실효된 규정을 적용하여 처벌할 수 없으나, 법령 조문 폐지의 동기가 단순한 사실관계의 변화에 기인한 경우에는 가벌성이 없어지지 아니하므로 한시법의 추급효를 인정하여 실효된 규정을 적용하여 처벌할 수 있을 것이다(대법원 1988. 3. 22. 선고 87도2678 판결).

[입법례] 처분 등의 효력 유지 규정을 둔 사례

기업 활력 제고를 위한 특별법

부 칙

(법률 제14030호, 2016. 2. 12.)

제2조(유효기간) 이 법은 2024년 8월 12일까지 효력을 가진다.

제3조(이 법의 유효기간 만료에 따른 일반적 경과조치) 이 법의 유효기간 만료 전에 승인기업에 지원하기로 결정된 사항은 이 법에 따른 지원의 효력이 종료될 때까지 이 법을 적용한다.

제4조(사업재편계획 승인의 사후 취소 및 벌칙에 관한 경과조치) ① 제13조에 따른 사업재편 계획 승인 취소에 관한 규정은 이 법의 유효기간이 만료된 후에도 그 효력을 가지며, 그 효력을 가지는 동안에는 제13조와 제14조 및 제39조를 적용한다.

② 이 법의 유효기간 만료 전의 행위에 대한 과태료를 적용할 때에는 행위 당시의 규정을 따른다.

[입법례] 절차 진행 중인 사항에 대해 경과조치를 둔 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법

부 칙

(법률 제13670호, 2015. 12. 29.)

제2조(유효기간) ① 제4조의2, 제11조제1항제5호의2 및 제12조제1항제1호의2의 개정규정은 2020년 12월 31일까지 효력을 가진다.

② 제1항에 따른 유효기간 중 제4조의2의 개정규정에 따라 개발제한구역관리계획의 수립·변경을 요청한 경우에 대해서는 해당 유효기간이 경과한 후에도 같은 조, 제11조제1항제5호의2 및 제12조제1항제1호의2의 개정규정을 적용한다.

[입법례] 벌칙적용에 관한 경과조치를 둔 사례

군 사망사고 진상규명에 관한 특별법

부 칙

(법률 제15435호, 2018. 3. 13.)

제2조(유효기간) 이 법은 시행 후 3년간 효력을 가진다.

제5조(벌칙에 관한 경과조치) 이 법의 유효기간 만료 전의 행위에 대한 벌칙을 적용할 때에는 행위 당시의 규정을 적용한다.

13) 폐지·제정 또는 전부개정 시의 경과조치

가) 일반적 경과조치

법령을 폐지·제정하거나 전부개정하는 경우에는 변경된 내용에 대해 개별적인 경과조치를 둘 뿐만 아니라 종전 법령의 집행 전반과 관련되는 일반적인 경과조치를 두는 것이 필요할 경우가 있다.

[입법례]

대기관리권역의 대기환경개선에 관한 특별법

부 칙

(법률 제16305호, 2019. 4. 2.)

제2조(다른 법률의 폐지) 「수도권 대기환경개선에 관한 특별법」은 폐지한다.

제5조(일반적 경과조치) 이 법 시행 당시 종전 「수도권 대기환경개선에 관한 특별법」의 규정에 따라 행한 처분·절차 및 그 밖의 행위는 그에 해당하는 이 법의 규정에 따라 행한 것으로 본다.

나) 전부개정 시 종전 부칙의 수용

법령의 개정 방식으로는 일부개정과 전부개정이 있다. 일부개정의 경우에는 기존의 부칙에 잇달아 새로운 부칙이 추가되는데, 이 경우 기존의 부칙이 그 효력을 유지한다는 데 대해서는 아무런 논란이 없다. 반면에, 전부개정의 경우에는 종전의 법령이 새로운 법령으로 대체되는데, 이 경우 종전 부칙이 계속 효력을 유지하는지에 대해서는 논란이 있다.

대법원 판례는 전부개정은 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하므로 “특별한 사정”이 없으면, 종전의 부칙도 모두 실효된다고 보고 있다.⁶⁵⁷⁾ 또한, 여기에서 말하는 ‘특별한 사정’은 전부 개정된 법률에서 종전 법률 부칙의 경과규정에 관하여 계속 적용한다는 별도의 규정을 둔 경우뿐만

657) 법률의 개정 시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두27919 판결).

아니라, 그러한 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 예외적인 사정이 있는 경우도 포함하며, 이 경우 예외적인 ‘특별한 사정’이 있는지는 종전 경과규정의 입법 경위·취지, 전부 개정된 법령의 입법 취지 및 전반적 체계, 종전 경과규정이 실효된다고 볼 경우 법률상 공백상태가 발생하는지 여부, 기타 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다고 설명하고 있다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두74320 판결).⁶⁵⁸⁾

이에 대해 헌법재판소는 “입법자의 실수 기타의 이유로 이 사건 부칙 조항이 이 사건 전문개정법에 반영되지 못한 이상, 위 전문개정법 시행 이후에는 전문개정법률의 일반적 효력에 의하여 더 이상 유효하지 않게 된 것으로 보아야 한다고 보고, (중략) 당사자가 공평에 반하는 이익을 얻을 가능성이 있다 하여 이미 실효된 법률조항은 유효한 것으로 해석하여 과세의 근거로 삼는 것은 과세근거의 창설을 국회가 제정하는 법률에 맡기고 있는 헌법상 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 반한다.”(헌법재판소 2012. 5. 31. 2009헌바123 결정)고 판단하고 있다.

대법원 판례의 “특별한 사정”은 어디까지나 예외적인 사항을 말하는 것이고, 헌법재판소는 이러한 “특별한 사정”에 따른 해석도 인정하고 있지 않으므로 법령을 전부개정할 때에는 반드시 종전 부칙을 상세히 검토하여 현재까지 유효한 부칙을 모두 개정법령에 규정해야 한다.

전부개정법령에서 수용하는 종전 부칙의 표현방식에 관해서는 종전 부칙은 전부개정에 따라 필요한 부칙이 아니라 종전 부칙을 전부개정된 법령에 다시 규정하는 것이고, 종전 부칙의 내용은 종전 부칙 당시의 규정을 기준으로 판단해야 하므로 종전 부칙의 공포번호, 시행일과 당시의 규정을 그대로 써 주어야 한다. 특히, 종전 부칙과 전부개정된 규정을 연계하여 부칙을 둘 경우 종전 부칙의 내용에 전부개정된 규정이 혼재함으로써 해석상 혼란을 가져올 우려가 있다. 이 경우 종전 부칙의 경과조치는 필요시 전부개정법령 부칙에서 경과조치로 수용하면 무방하나, 종전 부칙의 적용례나 특례는 전부개정법령의 입장에서

658) 법제처 법령해석에서 “특별한 사정”이 있다고 보아 종전 부칙의 효력을 인정한 사례가 있다. 종전에는 공유수면매립면허를 받은 자는 매립지 전부를 취득하였으나, 1986년 공유수면매립법이 개정되면서 그 범위가 사업비에 상당하는 매립지로 제한되었다. 이 때 이미 매립면허를 받은 자는 종전의 규정에 의한다는 경과규정을 두었다. 1999년 공유수면매립법을 전부 개정하였는데, 이 법에서는 종전에 매립면허를 받은 자의 취득할 수 있는 매립지의 범위에 관해 아무런 경과규정을 두지 않았다. 이 사례에서 법제처는 매립지의 취득 범위와 관련해서 정책적인 판단에 변화가 있었던 것으로 보이지 아니하고, 한글화를 주된 목적으로 했었고 종전의 경과규정은 개정대상에 포함되지 않았다는 이유로 종전 부칙의 효력을 인정했다(법제처 2010. 7. 26. 10-0208 해석례).

보면 구법령의 시행에 관한 규정이므로 “경과조치”로 전환시켜 규정해야 한다.

한편 법령이 전부개정되기 전에 오랫동안 많은 개정이 이루어진 경우 실무상으로 종전 부칙 중 어떤 부칙이 아직까지 유효하여 다시 규정할 필요가 있는지 결정하는 것은 상당히 어려운 문제다. 이 경우 최대한 종전 부칙을 모두 검토하여 현재까지 유효한 부칙에 대해 개별적인 경과조치 규정을 두되, 누락될 수 있는 종전 부칙의 효력을 인정하기 위해 보충적으로 “종전 부칙의 적용범위에 관한 경과조치”를 두는 방식도 고려할 수 있다.

[입법례] 전부개정하면서 종전의 부칙에 대한 규정을 둔 사례

도시 및 주거환경정비법
부 칙
(법률 제14567호, 2017. 2. 8.)
제28조(공공시설 등의 설치·제공을 대체하는 현금납부에 관한 경과조치) 법률 제13912호 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률의 시행일인 2016년 7월 28일 전에 관리처분계획인가(변경인가를 포함한다)를 받았거나 신청한 정비사업의 경우에는 같은 개정법률 제4조제10항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

[입법례] 전부개정하면서 종전 부칙의 특례를 경과조치로 전환한 사례

군인연금법
부 칙
(법률 제16760호, 2019. 12. 10.)
제9조(평균기준소득월액 적용 특례에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전의 평균기준소득월액 적용 특례에 관하여는 제3조제1항제2호의 개정규정에도 불구하고 종전의 제3조제1항제2호에 따른다.
② 제1항에도 불구하고 법률 제6327호 군인연금법중개정법률 제3조제1항제2호의 개정규정에 따른 평균보수월액은 같은 법 시행일인 2001년 1월 1일 이후의 복무기간 및 같은 법 시행일인 2001년 1월 1일 이후에 같은 법 제16조제6항에 따라 통산된 복무기간 또는 재직기간을 기초로 산정한다.
③ 제1항에도 불구하고 법률 제11632호 군인연금법 일부개정법률 시행일인 2013년 7월 1일 이후의 복무기간에 대한 같은 법 제3조제1항제2호의 개정규정에 따른 급여액 산정을 위한 평균기준소득월액은 같은 법 제3조제1항제2호의 개정규정에도 불구하고 복무기간별로 급여액의 과도한 차이를 조정하기 위하여 같은 법 부칙 제6조제3항에 따라 산정한 평균기준소득월액에 복무기간별로 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 금액으로 한다.

[입법례] 전부개정하면서 부칙에 보충적인 경과조치를 둔 사례

국제조세조정에 관한 법률 시행령

부 칙

(대통령령 제31448호, 2021. 2. 17.)

제34조(중전 부칙의 적용범위에 관한 경과조치) 이 영 시행 전의 「국제조세조정에 관한 법률 시행령」의 개정에 따른 부칙의 규정은 기간의 경과 등으로 이미 그 효력이 상실된 규정을 제외하고는 이 영 시행 이후에도 계속하여 효력을 가진다.

14) 일괄개정 방식의 개정에 따른 경과조치

복수의 법령을 하나의 개정법령의 본칙에 포함하여 함께 개정하는 경우로서 일괄개정 방식을 취하는 경우 개정법령에 따라 경과조치 등이 필요한 경우가 있다. 이렇게 일괄개정하는 경우에는 대개 동일한 정책목표를 달성하기 위하여 관련되는 개별 법령들을 모아 비슷한 내용으로 개정하기 때문에 개정되는 법령마다 같은 내용의 경과조치 등이 규정되어야 하는 경우가 많다. 이런 경우에는 개정되는 법령에 대해 일일이 경과조치 등의 규정을 두는 대신 일괄개정법령 자체의 경과조치 등으로 규정해주면 된다. 만약 개정되는 특정 개별 법령에만 적용되는 경과조치 등이 있다면 그 법령을 대상으로 개별적으로 부칙에 경과조치 등을 두도록 한다.

[입법례] 일괄개정법령 전체에 적용되는 경과조치 등을 둔 사례

중앙행정권한 및 사무 등의 지방 일괄 이양을 위한 물가안정에 관한 법률 등 46개 법률 일부개정을 위한 법률

부 칙

(법률 제17007호, 2020. 2. 18.)

제1조(시행일) 이 법은 2021년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제19조 중 「상공회의소법」 제5조제1항, 제27조제2항, 제32조의2제1항 및 제55조의 개정규정은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(사무이양을 위한 사전조치) ① 관계 중앙행정기관의 장은 이 법에 따른 중앙행정권한 및 사무의 지방 일괄 이양에 필요한 인력 및 재정 소요 사항을 지원하기 위하여 필요한 조치를 마련하여 이 법에 따른 시행일 3개월 전까지 국회 소관 상임위원회에 보고하여야 한다.

② 「지방자치분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」 제44조에 따른 자치분권위원회는 제1항에 따른 인력 및 재정 소요 사항을 사전에 전문적으로 조사·평가할 수 있다. 제3조(행정처분 등에 관한 일반적 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 행정기관이 행한 처분 또는 그 밖의 행위는 이 법의 규정에 따라 행정기관이 행한 처분 또는 그 밖의 행위로 보고, 종전의 규정에 따라 행정기관에 대하여 행한 신청·신고, 그 밖의 행위는 이 법의 규정에 따라 행정기관에 대하여 행한 신청·신고, 그 밖의 행위로 본다.

[입법례] 일괄개정법령 중 개별 법령에만 적용되는 경과조치 등을 든 사례

과태료 금액 정비를 위한 41개 법령의 일부개정에 관한 대통령령

부 칙

(대통령령 제30106호, 2019. 10. 8.)

제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(「국제항해선박 등에 대한 해적행위 피해예방에 관한 법률 시행령」의 개정에 관한 경과조치) 이 영 시행 전의 위반행위에 대하여 과태료 부과기준을 적용할 때에는 「국제항해선박 등에 대한 해적행위 피해예방에 관한 법률 시행령」 별표 2의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

15) 입법 유형의 변경에 따른 경과조치

가) 분법 또는 조문 이관 시의 경과조치

특정 법령의 조문을 이관하여 다른 법령에 규정하는 경우 이관되는 조문과 관련된 경과조치는 종전 법령이 아니라 해당 조문이 새로 규정되는 법령의 부칙에 두는 것을 원칙으로 한다. 어떤 법률에 규정된 내용을 분리하여 별도의 법률로 제정하는 분법의 경우 종전 법률의 개정을 필히 수반하게 되는데, 이 경우에도 조문 이관에 따른 경과조치를 새로운 법률 부칙에 규정할 필요가 있다.

조문 이관(분법에 따른 이관 포함) 시 경과조치는 신규법령 중 어디에 규정하든 그 효력에는 차이가 없다.⁶⁵⁹⁾ 하지만, 대부분의 입법례는 신법령에서 경과조치를 두고 있는 입법관행을

659) 이와 관련하여 종전 규정의 효력이 상실해도 특정 사람이나 사물에 종전 규정을 계속해서 적용하기 위해 종전 규정의 효력을 인정해주는 경과조치의 기능을 고려하는 입장에서는 당초 구법령에 경과조치를 두는 것이 타당하다고 본다. 반면, 이관에 따른 경과조치는 같은 법령에서 특정 규정의 내용이 변경됨에 따라 두는 일반적 경과조치와는 달리 신규법령의 연결을 위해 두는 것이고 신법령 시행 이후에는 하나의 법령

고려하고, 이관되는 조문과 관련하여 향후 계속 유효하게 적용될 법률은 구법이 아니라 종전 규정을 새로 규정하려는 법률이므로 국민의 법 이해 및 조문 검색의 편의를 위해 이관되는 내용과 관련된 경과조치는 신법령에 규정하는 것이 더 합리적이고 바람직한 것으로 보인다.⁶⁶⁰⁾

[입법례] 다른 법령으로의 내용 이관 시 경과조치

재난 및 안전관리 기본법 ⁶⁶¹⁾	
부 칙	
(법률 제14553호, 2017. 1. 17.)	
제4조(지원 금품의 양도 등의 금지에 관한 적용례 등) ① 제66조제7항의 개정규정은 이 법 시행 전에 발생한 사회재난에 대하여 이 법 시행 후 그 구호 및 복구를 위한 지원을 하는 경우에 대해서도 적용한다.	② 이 법 시행 전에 자연재난의 구호 및 복구를 위하여 지급된 복구비용·구호금품 및 이를 지급받을 권리에 대해서는 제66조제7항의 개정규정에도 불구하고 종전의 「자연재해대책법」 제71조에 따른다.
제5조(복구비등의 선지급에 관한 적용례 등) ① 제66조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 발생한 사회재난의 경우부터 적용한다.	② 이 법 시행 전에 종전의 「자연재해대책법」 제51조제2항에 따라 자연재해로 인한 복구비의 선지급을 위하여 한 피해 물량 등의 신고는 제66조의2제2항의 개정규정에 따른 피해 물량 등의 신고로 본다.
제6조(복구비등의 반환에 관한 적용례 등) ① 제66조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 지급된 사회재난으로 인한 피해의 복구비등에 대해서도 적용한다.	② 이 법 시행 전에 자연재해로 인한 복구비, 구호비 또는 위로금 등을 받은 경우의 반환명령 및 반환 절차 등에 관하여는 제66조의3의 개정규정에도 불구하고 종전의 「자연재해대책법」 제54조에 따른다.
제8조(다른 법률의 개정) 자연재해대책법 일부를 다음과 같이 개정한다. 제51조, 제54조 및 제71조를 각각 삭제한다.	

으로부터 동일적 규율을 받을 필요가 있다는 입장에서는 신법령에 종전 규정의 내용이 그대로 이관되어 신설됨에 따라 필요한 경과조치라는 점을 부각시키기 위해서는 신법령에 종전 규정과 관련된 경과조치를 두는 것이 더 적절하다고 본다. 또한, 개정되는 신규법령 모두에 경과조치를 두어야 한다는 견해도 있다.

660) 특히, 폐지·제정의 경우에는 종전 법령이 없어지기 때문에 종전 법령에 벌칙에 관한 경과조치를 둘 경우 국민 입장에서는 관련 경과조치를 확인하기가 곤란할 수 있다.

661) 「자연재해대책법」에서 규정하여 오던 복구비 등의 선지급 및 반환에 관한 사항 등을 「재난 및 안전관리 기본법」에 이관하여 규정한 사례이다.

[입법례] 제정되는 신법령으로의 내용 이관 시 경과조치

경영지도사 및 기술지도사에 관한 법률⁶⁶²⁾

부 칙

(법률 제17242호, 2020. 4. 7.)

제3조(일반적 경과조치) 이 법에 규정된 사항으로서 이 법 시행 전에 종전의 「중소기업진흥에 관한 법률」의 규정에 따라 행하여진 처분, 절차 및 그 밖의 행위는 그에 해당하는 이 법의 규정에 따라 행하여진 것으로 본다.

제6조(지도사 자격 및 등록에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 「중소기업진흥에 관한 법률」에 따라 경영지도사 또는 기술지도사의 자격을 취득하거나 등록한 사람은 이 법에 따라 경영지도사 또는 기술지도사의 자격을 취득하거나 등록한 것으로 본다. 다만, 기술지도사의 경우에는 기존 취득 지도분야에 따라 기계, 금속, 전기전자, 섬유, 화공, 생산관리, 환경, 생명공학분야는 기술혁신관리 전문분야의 기술지도사 자격을, 정보처리분야는 정보기술관리 전문분야의 기술지도사 자격을 취득하거나 등록한 것으로 본다.

제9조(벌칙 및 과태료에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 행위에 대하여 벌칙 및 과태료를 적용할 때에는 종전의 「중소기업진흥에 관한 법률」의 규정에 따른다.

제10조(등록취소와 업무정지에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 행위에 대하여 등록취소와 업무정지를 적용할 때에는 종전의 「중소기업진흥에 관한 법률」의 규정에 따른다.

제11조(다른 법률의 개정) 중소기업진흥에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다.

제46조, 제46조의2, 제47조부터 제53조까지, 제53조의2 및 제54조를 각각 삭제한다.

제55조제1항 중 “제50조제1항”을 “「경영지도사 및 기술지도사에 관한 법률」 제8조제1항”으로 한다.

제84조제1항제2호 및 같은 조 제3항, 제86조제2항제1호 및 제2호를 각각 삭제한다.

나) 조례 위임에 관한 경과조치

법령에서 조례에 일정 사항을 위임하거나 기존의 조례에 위임한 사항을 변경하는 내용으로 법령이 개정되는 경우 법령 시행일에 맞추어 조례가 제정 또는 개정되지 않아 법적 공백이 발생할 우려가 높거나 조례가 개정되지 못했을 경우 기존 조례가 개정 법령의 범위를 벗어나 위법하게 되는 상황이 발생할 수 있는 경우에는 조례의 제정 또는 개정 시점을 고려하여 경과조치를 두는 것을 고려해야 한다.

662) 「중소기업진흥에 관한 법률」의 경영·기술 지도사 제도와 관련한 부분을 분리하여 「경영지도사 및 기술지도사에 관한 법률」을 제정한 사례이다.

이 경우 법령 시행일과 조례의 제정 또는 개정 시점 사이에 종전의 규정을 적용하게 하려면 조례의 제정 또는 개정 시점 이후에 개정 내용을 적용한다는 적용례만으로는 부족하고, 조례의 제정 또는 개정 시점 이전 사항에 대해 종전의 규정을 적용한다는 명문의 경과조치를 두는 것이 바람직하다.

[입법례]

수상레저안전법
부 칙
(법률 제16567호, 2019. 8. 27.)
제4조(수상레저활동안전협의회 구성·운영에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 구성·운영되는 수상레저활동안전협의회의 구성·운영에 관하여는 제29조제2항의 개정규정에 따라 해당 지방자치단체의 조례가 제정되기 전까지는 종전의 규정에 따른다.

옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률 시행령
부 칙
(대통령령 제30324호, 2020. 1. 7.)
제2조(옥외광고물의 표시 등에 관한 경과조치) 가로등 현수기의 규격 및 표시방법에 관하여는 제29조제5항의 개정규정에 따라 시·도 조례가 제정 또는 개정되기 전까지는 종전의 규정에 따른다.

9. 다른 법령의 개정에 관한 규정

가. 의의

제정·개정되거나 폐지되는 법령의 부칙에서 그 법령과 관련성이 있는 다른 법령을 개정할 수 있다. 부칙으로 다른 법령의 일부를 개정하는 것은 관련 법령을 동시에 정비함으로써 법체계의 통일을 기할 수 있고, 관련 법령을 별도로 입법·심의하는 번잡과 비능률을 피할 수 있으며, 법령개정의 시차(時差)에 따른 법 집행상의 혼란을 방지할 수 있으므로 통상적으로 많이 사용하고 있다.

나. 규정 방식

1) 하나의 법령을 개정하는 방식

[입법례]

공익법무관에 관한 법률
부 칙 (법률 제14102호, 2016. 3. 29.)
제3조(다른 법률의 개정) 법률구조법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제6조 중 “법인에서”를 “법인 또는 기관에서”로 한다.
제7조제1항 본문 중 “법인 및 그 법인”을 “법인 또는 기관 및 그 법인 또는 기관”으로 한다.
제33조의2제1항 중 “「공익법무관에 관한 법률」로 정하는 법인”을 “「공익법무관에 관한 법률」에서 정하는 법인이나 기관”으로 한다.

2) 두 개 이상의 법령을 개정하는 방식

둘 이상의 법령을 개정하는 경우에는 개정하려는 법령별로 각 항을 구분하여 각 항마다 개정문을 둔다.

법령의 배열순서는 “가, 나, 다” 순으로 하는 것을 원칙으로 하되, 관련 사항을 일괄적으로 개정하거나 개정 내용이 소관 기관별로 분류된 경우 등 필요한 경우에는 입법 효율성 등을 위해 「정부조직법」상 부처 순서로 규정하는 등 탄력적으로 규정할 수 있다.

[입법례] 「정부조직법」상 부처 순서대로 규정한 사례

정부조직법
부 칙 (법률 제14839호, 2017. 7. 26.)
제5조(다른 법률의 개정) ① 공공자금관리기금법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제10조제3항제2호 및 제3호를 각각 다음과 같이 한다.
2. 과학기술정보통신부장관
3. 행정안전부장관
② 관세법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제92조제4호 중 “미래창조과학부장관”을 “과학기술정보통신부장관”으로 한다.
제267조의2제1항제3호를 다음과 같이 한다.
3. 해양경찰관서의 장
③ ~ ⑪ (생략)
⑫ 교육관련기관의 정보공개에 관한 특례법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제12조제2호 중 “행정자치부장관”을 “행정안전부장관”으로 한다.
⑬ 국립대학법인 인천대학교 설립·운영에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다.
제21조제1항 후단 중 “행정자치부장관”을 “행정안전부장관”으로 한다.
(이하 생략)

3) 유의 사항

가) 부칙에서 개정하지 않고 개정을 위한 단일 법률을 만들 수도 있다.

다른 법령의 개정 내용이 많아 부칙에서 이를 모두 규정하기에 부적절하다고 판단되면 부칙에서 개정하지 말고 따로 모아 하나의 법률로 개정·폐지 조치를 취하는 것이 바람직하다. 이런 경우 법률의 제명은 대략 「○○○법 시행에 따른 관계 법률의 정비에 관한 법률」 등으로 붙일 수 있다.

[입법례]

금융감독기구의 설치 등에 관한 법률 제정 등에 따른 공인회계사법 등의 정비에 관한 법률(법률 제5505호, 1998. 1. 13.)

제1조(공인회계사법의 개정) 공인회계사법중 다음과 같이 개정한다.

제6조제1항제3호중 “은행법 제3조”를 “은행법 제2조”로 한다.

(이하 생략)

제2조(공사채등록법의 개정) 공사채등록법중 다음과 같이 개정한다.

제2조제4호중 “재무부장관”을 “금융감독위원회”로 한다.

(이하 생략)

나) 부칙에서 다른 법령을 개정할 수 있는 한계를 지켜야 한다.

부칙으로 다른 법령을 개정하는 입법 형식은 어느 법령의 제정·개정·폐지에 따라 부수적으로 다른 법령을 개정할 필요가 발생한 경우에 예외적으로 인정되는 것이므로, 다음과 같은 자구 수정 또는 경미한 사항의 개정 등 정리 차원의 개정만 한정된다고 할 것이고, 특히 법률에서 다른 법률로 개정하는 것을 금지하고 있는 경우에는 이러한 기준을 더욱 엄격히 적용하는 것이 바람직하다.⁶⁶³⁾

- (1) 법령의 개정으로 단순히 조항의 번호가 바뀐 경우 바뀐 사항을 인용하고 있는 다른 법령의 해당 인용조문의 정리를 위한 개정과 정리 차원의 경미한 사항의 추가
- (2) 법령의 제명이나 용어가 바뀐 경우 그를 인용하고 있는 다른 법령의 해당 부분의 정리를 위한 개정
- (3) 다른 법령에서 규율하고 있던 사항 중 일부 사항을 해당 법령에서 규율하도록 하기 위해 해당 사항을 추가하는 개정을 하는 경우에 그 다른 법령의 정리를 위한 개정
- (4) 기구 신설을 위해 법령을 개정하는 경우 신설된 기구의 소관업무와 관련하여 다른 법령 중 관련 기관의 업무 변경을 위한 개정

663) 「국유재산특례제한법」

제4조(국유재산특례의 제한) ① 국유재산특례는 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 정할 수 없다.

② 이 법 별표는 이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다.

- (5) 하나의 법령에 통합 규정되어야 할 사항이 여러 법률에 분산 규정되어 있는 경우 관련 법률의 체계화를 위해 기본이 되는 법령에 통합 규정하면서 관련 법령의 해당 사항을 정리하기 위한 개정
- (6) 제도의 신설을 위한 법률의 제정·개정에 따라 이와 관련된 사항을 정리하기 위한 기존 법률의 개정
- (7) 기본이 되는 법률에서 제도가 신설·변경되는 경우 관련 법률을 기본이 되는 법률에 맞도록 하기 위한 개정

다) 부령의 경우에는 그 발령권자와 소관 사항이 다르기 때문에 단순한 인용 조문 또는 자구 정리 등 경미한 사항이라도 부령의 부칙에서 다른 부처 소관의 부령을 개정하지 않도록 한다.

라) 다른 법령의 부칙을 개정하는 경우에는 그 법령의 공포번호를 명기하여 개정되는 부칙이 특정될 수 있도록 한다.

마) ‘다른 법령의 개정’에 따라 삭제되거나 개정된 조문을 인용하고 있는 다른 법령이 있는지(예: 법령 A의 ‘다른 법령의 개정’ 규정으로 법령 B 제○조가 삭제된 경우, ‘법령 B 제○조’를 인용하는 내용의 ‘법령 C 제△조’를 개정할 필요가 있음) 등 다른 법령의 개정으로 다시 다른 법령을 개정해야 할 사항이 있는지 살펴 이를 누락하지 않도록 한다.

[입법례] 다른 법령의 부칙을 개정하는 사례

번호사법
부 칙
(법률 제7894호, 2006. 3. 24.)
② (다른 법률의 개정) 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다.
부칙 제5조제45항을 다음과 같이 한다.
⑤ 변호사법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제5조제6호중 “파산자”를 “파산선고를 받은 자”로 한다.

바) 부칙에서 다른 법령을 개정함에 따라 불가피하게 그에 따른 별도의 경과 조치 등 부칙을 두는 경우도 있다.

[입법례] 다른 법령의 개정에 따라 별도의 경과조치를 둔 사례

국립대학치과병원 설치법 시행령
부 칙 (법률 제20768호, 2008. 4. 16.)
제2조(다른 법률의 개정) ① 국립대학병원설치법시행령 일부를 다음과 같이 개정한다. 제4조제1항제1호 중 “의과대학 또는 치과대학”을 “의과대학”으로 하고, 같은 조 제3항 후단을 삭제한다. 제5항제1항 중 “진료처·치과진료처(치과대학이 설치되어 있는 경우에 한한다)”를 “진료처”로 하고, 같은 조 제2항 본문 중 “진료처 및 치과진료처에 처장 각 1인”을 “진료처에 처장 1인”으로 한다. ② (생 략)
제3조(다른 법령의 개정에 따른 경과조치) 이 영 시행 당시 종전의 「국립대학병원 설치법 시행령」 제5조제1항 및 제2항에 따른 치과진료처 및 치과진료처장은 부칙 제2조제1항에 따라 개정되는 「국립대학병원 설치법 시행령」의 개정규정에도 불구하고 이 영에 따른 해당 대학치과병원 설립 시까지는 국립대학병원의 치과진료처 및 치과진료처장으로 본다.

10. 다른 법령과의 관계

가. 의의

법령을 전부개정하거나 법령을 폐지·제정하는 경우에는 변경된 내용에 대해 경과조치를 둘 뿐만 아니라 전부개정되는 법령이나 그 조항을 인용하는 법령이 있으면 부칙에서 그 법령을 개정해 주는데, 보통 국가법령정보센터를 이용하여 관련 법령의 조항을 찾아내어 개정하게 되지만, 국가법령정보센터를 이용한 검색 작업이 완벽하다고 보기 어렵다. 따라서 부칙에서 다른 법령을 개정해 주더라도 그에 덧붙여 구법령을 인용하는 법령은 신법령의 제명이나 해당 조항을 인용하는 것으로 보도록 하는 규정을 두어 해석상의 혼란을 방지 하도록 한다. 이 경우 그 규정의 제목은 “다른 법령과의 관계”라고 붙인다. 이러한 경우에 속하는 것으로 i) 인용되는 법령의 제명이 달라진 경우(법령의 제명을 개정하는 경우도 있고 법령을 폐지하고 대체 법령을 제정하여 인용된 제명이 달라지는 경우도 있다)와 ii) 인용되는 법령의 제명에 변경이 없는 경우 등 두 가지 유형을 생각할 수 있다.

그 밖에 특수법인의 명칭을 변경하는 경우나 지방자치단체의 폐지나 관할구역 변경 등의 경우에도 같은 취지로 “다른 법령과의 관계” 규정을 두도록 한다.

나. 규정 방식

1) 인용되는 법령의 제명이 달라진 경우

[입법례] 법령 제명이 변경된 사례

옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률
부 칙
(법률 제13726호, 2016. 1. 6.)
제7조(다른 법령과의 관계) 이 법 시행 당시 다른 법령에서 종전의 「옥외광고물 등 관리법」 또는 그 규정을 인용한 경우 이 법 중 그에 해당하는 규정이 있는 때에는 종전의 「옥외광고물 등 관리법」 또는 그 규정을 갈음하여 이 법 또는 이 법의 해당 조항을 인용한 것으로 본다.

종전에는 조의 제목을 “다른 법률과의 관계”로 하고 본문 가운데서도 “다른 법률에서”라고 표현하는 경우가 많았으나 법률의 제명을 대통령령이나 총리령·부령에서 인용하고 있는 경우도 있으므로, 전체를 포괄할 수 있도록 위의 입법례와 같이 “다른 법령과의 관계”, “다른 법령에서”라는 표현을 사용하도록 한다.

다만, 제명이 변경되기는 하였으나 내용 변경 없이 알기 쉬운 법령 만들기 차원에서 띄어 쓰기만 개정된 경우에는 해당 법령의 제명에 실질적인 변경이 있는 것이 아니어서 다른 법령에서 해당 법령의 제명에 대해 띄어쓰기를 다르게 인용하고 있다 하더라도 동일한 법령을 인용하는 것으로 인정된다 할 것이고, 집행상 혼란이 발생할 여지도 없으므로 부칙에 다른 법령과의 관계 규정을 둘 필요는 없을 것이다.

2) 인용되는 법령의 제명에 변경이 없는 경우

제명의 변경이 없으면 인용된 법률 규정에 대해서만 정해도 충분하다.

[입법례] 인용된 법률 규정이 변경된 사례

계량에 관한 법률
부 칙 (법률 제12694호, 2014. 5. 28.)
제18조(다른 법령과의 관계) 이 법 시행 당시 다른 법령에서 종전의 「계량에 관한 법률」의 규정을 인용하고 있는 경우에는 이 법 중 그에 해당하는 규정이 있을 때에는 종전의 규정을 갈음하여 이 법의 해당 규정을 인용한 것으로 본다.

3) 행정기관 등이 개편된 경우

행정기관을 개편한 경우에는 부칙에서 다른 법률을 일일이 개정해 주지만 일부 누락이 있을 수 있고 대통령령이나 부령에서 정리해야 할 것도 있기 때문에 이들이 입법적으로 제대로 정리되기 전에 법해석이나 집행에 혼란이 생기는 것을 방지하기 위해 다른 법령에서 기존의 행정청의 명칭을 새로운 명칭으로 바꿔 읽도록 하는 규정을 둔다. 또 지방자치단체의 폐지나 통합 또는 관할구역의 변경 등이 있는 경우에도 변경 전 지방자치단체나 관할구역과 관련된 법령 적용 관계에 대한 규정을 두도록 한다.

[입법례] 행정기관 개편에 따라 다른 법령과의 관계를 규정한 사례

정부조직법
부 칙
(법률 제10339호, 2010 .6. 4.)
제5조(다른 법령과의 관계) 이 법 시행 당시 다른 법령(이 법 시행 전에 공포되었으나 시행일이 도래하지 아니한 법령을 포함한다)에서 “노동부”를 인용한 경우에는 “고용노동부”를, “노동부장관”을 인용한 경우에는 “고용노동부장관”을, “노동부차관”을 인용한 경우에는 “고용노동부차관”을, “노동부령”을 인용한 경우에는 “고용노동부령”을, “지방노동청”을 인용한 경우에는 “지방고용노동청”을, “지방노동관서”를 인용한 경우에는 “지방고용노동관서”를, “지방노동행정기관”을 인용한 경우에는 “지방고용노동행정기관”을 각각 인용한 것으로 본다.

[입법례] 관할구역 변경에 따라 다른 법령과의 관계를 규정한 사례

경기도 수원시와 화성시의 관할구역 변경에 관한 규정
부 칙
(대통령령 제30794호, 2020. 6. 23.)
제3조(다른 법령과의 관계) 이 영 시행 당시의 개별 법령 중 이 영에 따라 변경되는 시(市) 지역의 일부 또는 전부를 구역 또는 관할구역으로 정하고 있는 법령의 경우에 이 영 시행 이후 그 법령이 개정될 때까지는 이 영에 따라 변경되는 시 지역은 변경되기 전 시 지역의 구역 또는 관할구역에 속하는 것으로 보아 해당 법령을 적용한다.

4) 법인의 명칭 등이 변경된 경우

법인의 명칭 등이 변경된 경우에도 다른 법령을 부칙에서 개정해 주면서 다음과 같은 “다른 법령과의 관계” 규정을 덧붙여 해석상의 혼란을 방지하도록 한다.

[입법례]

중소기업협동조합법
부 칙
(법률 제7944호, 2006. 4. 28.)
제8조(다른 법령과의 관계) 이 법 시행 당시 다른 법령에서 중소기업협동조합중앙회를 인용하고 있는 경우에는 그에 갈음하여 이 법에 의한 중소기업중앙회를 인용한 것으로 본다.

다. 유의 사항

다른 법령과의 관계를 규정하는 것은 실제 그 법령이 개정되는 것은 아니고 그 법령의 내용을 지시된 대로 바꾸어 적용하는 것이다. 이는 어디까지나 판단의 여지가 없이 자동적으로 이루어지도록 해야 한다.

만약 다른 법령과의 관계에서 지시된 대로 해야 할지 아닌지를 판단해야 한다면, 일의적으로 집행되어야 할 법령이 집행하는 사람마다 서로 다르게 집행하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 즉, 다른 법령과의 관계에서 “~~ 관계 법령에서 ○○를 인용한 경우에는 △△를 인용한 것으로 본다”라고 규정하는 경우에는 “~~ 관계 법령”이 무엇인지가 사람에 따라 다른 판단을 할 여지가 있고 이렇게 되면 법률이 일의적으로 집행되기 어려워진다.⁶⁶⁴⁾

따라서 이러한 혼란을 피할 수 있도록 다른 법령과의 관계를 규정하면서 불확정적인 제한을 두지 않도록 해야 한다.

664) 법률 제10522호 농업협동조합법 일부개정법률 부칙 제28조에서 다음과 같이 규정한 사례가 있다. 이 경우 어떤 법령이 “금융 관계 법령”인지가 분명하지 않다.

제28조(다른 법령과의 관계) 이 법 시행 당시 금융 관계 법령에서 「농업협동조합법」에 따른 농업협동조합 중앙회 또는 「은행법」 제5조에 따른 농업협동조합중앙회의 신용사업 부문을 인용한 경우에는 이 법에 따라 설립된 농협은행을 인용한 것으로 본다.

법령 입안·심사 기준



제3편

법령의 체제와 개정·폐지 방식



제1장 법령의 체제

제2장 법령의 개정 방식과 폐지 방식

제3장 법령 용어와 표현

제 1 장 법령의 체제

1. 법령의 제명

가. 법령 제명의 결정 원칙과 표현 방식

1) 법령의 제명은 그 법령의 고유한 이름이므로 그 법령의 규율 내용을 가장 잘 나타내는 함축적인 내용으로 간결하게 표현해야 하며, 법령의 성격이나 특성을 잘 나타내도록 알기 쉽게 이름을 지어야 한다.

2) 법령의 제명은 규율 내용 전체에 대한 대표성이 있어야 하며, 그 법령의 내용이 무엇에 관한 것인가를 바로 파악할 수 있도록 정하는 것이 바람직하다. 법령 제명의 간결성과 내용의 대표성 문제는 종종 모순되는 경우가 있다. 특히 임시적·특례적 사항을 정하는 법령은 그 내용을 나타내기 위해 간결한 명칭을 붙이는 것이 어려운 경우가 많다. 그래서 제명이 길어지는 경우에는 흔히 ‘등’자를 제목의 주된 내용의 표시 다음에 붙이는 경우가 많으나 주된 내용이 두개 정도일 때에는 주된 내용을 모두 열거하는 방법을 택하는 것이 좋다.

3) 법령의 제명은 법령마다 고유한 것이므로 다른 법령의 제명과 같을 수 없으며, 다른 법령과 혼동을 초래하지 않도록 해야 한다.

4) 법령의 내용과 형식에 따라 제명을 구별하여 표현해야 한다.

나. 법령 형식에 따른 제명 구분

1) 법률의 제명은 일반적으로 「○○법」 또는 「○○에 관한 법률」로 정한다. 법령의 제명은 어떤 경우에 「○○법」으로 하고, 어떤 경우에 「○○에 관한 법률」로 하는지에 대한 일반적 기준이 있는 것은 아니다. 통상 법령이 규율하려는 내용이 비교적 간단하여 간결하게 표현해도 그 내용을 쉽게 이해할 수 있는 경우에는 보통 「○○법」으로, 법령의 내용이 복잡하여 제명을 이해하기 쉽게 풀어서 표현할 때에는 「○○에 관한 법률」로 쓴다.

2) 대통령령의 제명은 일반적으로 「○○법(법률) 시행령」, 「○○규정」,⁶⁶⁵⁾ 「○○령」,⁶⁶⁶⁾ 「○○직제」 등으로 한다. 모법의 시행에 관한 전반적인 사항을 정하는 것이면 「○○법(법률) 시행령」으로 하고, 모법 일부 규정의 시행에 필요한 개별적인 사항을 정하거나 대통령 권한 범위의 사항을 정하는 것이면 「○○규정」, 「○○령」으로 하되, 조직 법규에 속하는 것이면 「○○규정」으로, 작용법규에 속하는 경우에는 「○○령」으로 한다. 다만, 조직 법규에 속하지만 행정기관의 조직과 직무범위 등에 관한 사항을 정하는 직제이면 통상 「○○직제」로 한다.

3) 총리령·부령의 제명은 일반적으로 「○○법(법률) 시행규칙」 또는 「○○규칙」을 붙인다. 모법의 시행에 관한 전반적인 사항을 정하는 것이면 「○○법(법률) 시행규칙」으로, 상위 법령의 일부 규정의 시행에 필요한 개별적인 사항을 정하거나 발령권자 권한 범위의 사항을 정하는 경우에는 「○○규칙」으로 한다.

다. 법령 내용에 따른 제명 구분

어떤 사항을 규율하는 법률이 둘 이상 있는 경우 그 법률 사이의 관계에 따라 법률의 제명을 「○○기본법」, 「○○특별법」,⁶⁶⁷⁾ 「○○특례법」 등으로 정해 그 법률의 내용이나 성격을 쉽게 파악할 수 있도록 하는 경우가 있다.

665) 「공무원보수규정」, 「교원소청에 관한 규정」, 「한강수계관리위원회규정」, 「근로감독관규정」 등

666) 「공항시설관리권등록령」, 「택사용권등록령」, 「자동차등록령」 등

667) 원래 ‘특별법’이라는 용어는 동일한 사항을 규율하는 둘 이상의 법률 사이의 관계를 지칭하는 말로서, 1961년에 「특수범죄처벌에 관한 특별법」에서 제명에 특별법이라는 표현을 처음 사용했으며, 1991년 「교원지위향상에 관한 특별법」, 「제주도개발특별법」 등에서 특별법이라는 명칭을 사용하면서 최근 그 사용례가 늘어나고 있다.

일반적으로, 어떤 법률이 정하고 있는 사항에 대해 예외적(특별한) 사항을 규정하려는 경우에는 「○○특별법」 또는 「○○특례법」으로, 여러 법령에서 규정하고 있는 사항에 대한 기본 원칙이나 정책 방향 등을 규정하는 경우에는 「○○기본법」이라는 표현을 사용한다.⁶⁶⁸⁾

이와 같이 특별법과 특례법은 일반법에 대한 예외적(특별한) 사항을 규정하는 경우에 사용하는 것으로 그에 상응하는 일반법이 없는 경우에는 제명에 특별법이라는 표현을 사용해서는 안 된다. 또한 특별법이 많아지면 전체 법체계를 이해하기 어렵게 되고 법 적용상 혼란이 발생할 수 있다는 점에 유념하여 특별법을 제정할 때에는 그 필요성에 대한 신중한 검토가 필요하다.

2. 제명·본칙·부칙과 장·절의 구분

가. 제명·본칙·부칙의 구분

1) 법령은 기본적으로 제명, 본칙, 부칙으로 구성된다. 제명은 법령의 고유한 이름이고, 본칙은 법령이 본래 규율하려는 주된 내용을 정하는 부분으로서 법령의 본체에 해당되며, 부칙은 본칙에 따르는 시행일, 적용례, 경과조치 등을 정하는 부분이다. 일반적으로 적용되어야 할 규율 내용은 당연히 본칙에 두어야 한다. 법령의 시행일, 적용관계, 기존의 법률관계와 새로운 법률관계 간의 연결이나 조정 관계, 새로운 법률과 모순되거나 저촉되는 기존 법령의 개정이나 폐지 등을 정하는 부대적(附帶的)인 사항은 부칙에서 정한다. 부칙과 구별되어야 할 것으로 보칙이 있다. 보칙은 본칙 중에서 보충적 규정을 정하는 부분으로서 대개 그 내용을 정하는 장이나 절의 표제로도 사용된다.

2) 본칙에는 ‘본칙’이라는 표시를 하지 않는다. 그러나 부칙에는 부칙의 맨 앞에 반드시 ‘부칙’이라고 표시한다.

668) 그 밖에 특별법에 속하는 사안 중 가중처벌 등 특별한 조치를 수반하는 입법의 경우에는 「○○특별조치법」, 특정한 사항이나 경우에 있어 잠정적 조치가 필요한 사안에 관하여 규정하는 경우에는 「○○임시조치법」으로 명명하기도 한다.

나. 장·절의 구분

- 1) 법령 본칙의 조문 수가 많으면(통상 조문 수가 30개 이상이 되는 경우) 법령을 쉽게 이해할 수 있도록 그 규정 내용의 성질에 따라 몇 개의 ‘장(章)’으로 나누어 규정할 수 있다.⁶⁶⁹⁾ 총칙·보칙·벌칙은 대개 그 용어를 그대로 장의 명칭으로 사용한다.
- 2) 장의 조문 수가 많으면 장의 조문들을 다시 절·관의 순서로 그 정도에 따라 좀 더 세분할 수 있다. 특히 조문 수가 많으면 ‘장’의 상위 단위 구분으로서 ‘편(編)’을 둘 수 있다.
- 3) 장·절 등의 구분은 본칙 규정에만 하고, 부칙에서는 하지 않는다.
- 4) 규정 내용의 성질을 구분할 필요가 있으면 비록 조문 수가 적더라도 독립된 편·장·절·관을 두어 법령 전체의 체계를 쉽게 파악할 수 있도록 한다.
- 5) 상위법령에서 장·절을 구분하고 있으면 하위법령의 장·절 구분도 원칙적으로 이에 따른다. 조 숫자가 많지 않은 경우에도 통합해서 장·절을 규정할 수도 있다.

다. 총칙과 통칙의 구분

어떤 법령 전반에 걸쳐 공통적으로 적용되는 규정을 모은 부분의 표제는 ‘총칙’으로 하고, 법령이 장·절 등으로 구분되어 있는 경우 해당 장·절에만 공통적으로 적용되는 규정을 모은 것의 표제는 ‘통칙’으로 한다.

3. 법령 조항과 별표·서식

가. 조·항·호·목

- 1) 법령의 본칙은 조(條)로 구분한다. 예외적으로 폐지 법령의 경우와 같이 법령의 내용이 매우 간단하여 ‘조’로 구분할 필요가 없으면 ‘조’로 구분하지 않고 내용만 표시한다. ‘조’는 제1조, 제2조, 제3조 등과 같이 표시한다.

669) 장은 총칙, 실제 규정, 보칙, 벌칙으로 구분할 수도 있으나, 대개 장의 제목으로 ‘실체 규정’이란 용어는 쓰지 않고, 그 규정 내용을 대표할 수 있는 적절한 명칭을 사용한다. 편, 장, 절, 관을 두는 경우에는 그 규정 내용을 대표할 수 있는 제목을 붙여야 한다.

2) 하나의 조문에 여러 가지 내용을 규정할 필요가 있거나 세분하여 규정할 필요가 있으면 조문을 ‘항’이나 ‘호’로 구분한다. ‘항’은 반드시 완성된 형식의 문장⁶⁷⁰⁾으로 하고, ‘호’는 단어나 어절의 형식으로 하거나 “...할 것” 등과 같은 표현 방식을 사용하며, “...한다”와 같은 표현 방식은 원칙적으로 사용하지 않는다.⁶⁷¹⁾ 다만, 호에 단서나 후단을 규정하는 경우에는 “...한다”와 같은 표현 방식을 사용하기도 한다. ‘항’은 ①·② 등과 같이 동그라미 안에 아라비아 숫자를 넣어 표시한다.

3) ‘호’는 어떤 ‘조’나 ‘항’ 중에서 규율하려는 내용을 열거하여 규정할 필요가 있을 때 사용되되, ‘호’로 열거하는 것보다 ‘조’나 ‘항’의 본문 또는 단서(전단 또는 후단) 부분에서 직접 열거하는 것이 더 합리적이라고 인정되면 ‘호’를 두지 않을 수 있다. ‘호’는 1., 2., 3. 등으로 표시한다.

4) ‘호’를 다시 세분하거나 내용을 열거할 필요가 있으면 ‘목’으로 나누어 규정한다. ‘목’은 단어나 어절의 형식으로 하거나 “...할 것” 등과 같은 표현 방식을 사용하고, “...한다”와 같은 표현 방식은 원칙적으로 사용하지 않는다. ‘목’은 가., 나., 다. 등으로 표시한다.

5) ‘목’을 세분하여 정하거나 열거할 필요가 있으면 1), 2), 3).....를 사용하고, 1), 2), 3).....를 다시 세분할 필요가 있는 경우에는 가), 나), 다).....를 사용한다. 목 단위 이하 부분의 명칭은 정해져 있지 않으므로 개정문을 작성할 때에 목 이하의 부분을 명시할 필요가 있는 경우에는 다음과 같이 구체적으로 표시하여 개정문을 작성한다.

제○조제○항제○호○목1)부터 3)까지 외의 부분 중 “□□”을/를 “△△”로 한다.
 제○조제○항제○호○목에 1)부터 3)까지를 각각 다음과 같이 신설한다.

1) -----
 2) -----
 3) -----

670) 3개 이상의 문장으로 구성된 경우 전단, 후단, 단서 등 각 문장간의 관계를 명확히 구분하여 특정하기 어려울 수 있으므로 원칙적으로 두 문장 이하로 작성할 필요가 있다.

671) 정의 규정에서는 ‘호’로 구분되어 있지만, “~~~란 ~~~을 말한다.”와 같은 방식으로 규정한다.

다. 법령 조문의 내용 표시

법령 내용은 원칙적으로 서술적인 문장으로 표시한다. 다만, 법령 내용을 서술적인 문장으로 표시하기가 곤란하거나 문장으로 표시하더라도 분량이 너무 많거나 내용이 복잡하여 이해하기 어려우면 그 규정 내용을 간명하고 알기 쉽게 규정하기 위해 계산식, 표 또는 그림으로 표시할 수 있다.

규정할 사항의 종류·성질·분량 등을 고려하여 해당 조항에서 바로 규정하기가 곤란한 경우나 규정 내용이 기술적·전문적이거나 길고 복잡한 경우에는 부칙 다음에 별표나 별지 서식 등을 만들어 규정한다.

라. 법령 조항 인용의 표시

1) 해당 법령을 인용할 경우

동일한 법령 중에서 그 법령 안의 다른 조항을 인용할 경우에는 “이 법”, “이 영”, “이 규칙” 등의 표시를 생략하고 곧바로 “제○조제○항”, “제○조제○호”, “제○조제○항부터 제○항까지” 등과 같이 인용되는 조항만을 표시한다.

2) 다른 법령을 인용할 경우

어떤 법령 중에서 다른 법령의 조항을 인용할 경우에는 다른 법령의 제명과 해당 조항을 함께 표기하되, 둘 이상의 조항을 연이어 인용할 때에는 “「○○법」 제○조·제○조 및 제○조”와 같이 다른 법령의 제명은 처음 나올 때에만 표기한다. 다른 법령의 제명과 조항이 같은 문장에서 다시 나오는 경우 법률은 “같은 법 제○조”, 대통령령은 “같은 영 제○조”, 총리령·부령은 “같은 규칙 제○조”라고 표현한다.

[입법례]

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법

제56조(성과상여금에 관한 특례) ① 도지사 또는 도교육감은 「지방공무원법」 제76조제2항 및 제78조제2항에 따른 성과상여금을 같은 법 제45조제2항 및 제78조제3항에도 불구하고 도 조례로 정하는 적용대상공무원 중 근무성적·업무실적 등이 우수한 사람 또는 행정발전에 현저한 실적이 있는 사람에게 성과급심사위원회의 심사를 마친 후 예산의 범위에서 도조례로 정하는 성과상여금 지급기준액표에 따라 지급한다.

②·③ (생략)

3) 해당 법령과 다른 법령을 동시에 인용할 경우

같은 조항에서 해당 법령과 다른 법령의 조항을 동시에 인용할 경우에는 혼동을 일으키지 않도록 “「○○법」 제○조·제○조 및 제○조와 이 법 제○조”라고 구분하여 표기한다.

4) 부칙 규정에서의 조문 인용

부칙 규정에서 그 법령의 본칙 규정을 인용할 경우에는 “본칙 제○조”라고 표기하지 않고 본칙의 조문만을 표시하고, 그 법령 부칙 안의 다른 조항을 인용할 때에는 “부칙 제○조” 등과 같이 부칙임을 표시하여 본칙 규정을 인용할 때와 구별한다.

5) 하위법령에서 상위법령을 인용할 경우

상위법령에서 하위법령에 규율 내용을 위임한 경우 그 하위법령에서 상위법령의 근거 조항을 인용할 때에는 가능하면 구체적으로 조·항·호를 명시한다. 상위법령의 근거 조문에서 위임할 근거가 되는 내용을 실제적인 근거 조항과 위임 근거 조항으로 분리하여 규정한 경우에는 하위법령에서 실제 근거 조항을 인용하는 것을 원칙으로 하되, 실제 근거 조항과 위임 근거 조항이 서로 다른 조에 규정되어 있는 등 실제 근거 조항만 인용하는 것이 불명확하면 실제 근거 조항과 위임 근거 조항을 함께 인용한다.

상위법령의 여러 조문을 연이어 인용하는 경우에는 “법(영)” 표시는 문장의 맨 처음에만 표기한다. 이 경우 상위법령과 해당 법령의 조항을 동시에 인용할 때에는 혼동을 일으키지 않도록 “법 제○조·제○조 및 제○조와 이 영 제○조”와 같이 구분하여 표현한다.

6) 조항에 나열된 각 호 중 일부를 인용하는 경우의 표현방식

법령 조항에 각 호가 열거되어 있고 각 호 외의 부분에서 내용상 각 호의 일부(예컨대, 제○호부터 제○호까지)를 모두 지칭하거나 그 중 어느 하나의 호만을 지칭하려면 다음과 같은 표현 방식에 따른다. 다른 조항에서 인용하는 경우에도 같다.

가) 그 인용 대상 전부를 지칭하는 경우

“다음 각 호의 요건에 모두 해당하는 경우”

나) 그 인용 대상의 하나를 지칭하는 경우

“제○호, 제○호 및 제○호의 어느 하나에 해당하는 경우”
 “제○호부터 제○호까지의 어느 하나에 해당하는 경우”

“어느 하나에 해당하는 경우”라고 표현하는 경우에는 각 호 사이의 관계를 명확히 파악해야 한다. 다른 호의 내용이 해당 호의 필수 요건이나 배제 요건에 해당하는 경우라면 어느 하나에 해당하는 경우라고 표현해서는 안 된다. 이러한 경우에는 각 호 사이의 관계를 분명히 해 주는 것이 필요하다.

그러나 직무규정 등 “모두” 또는 “어느 하나”를 사용하지 않아도 의미가 명백한 경우에는 “모두” 또는 “어느 하나”를 생략하고, “다음 각 호의 ○○” 또는 “다음과 같다”로 간결하게 표현한다.⁶⁷²⁾

672) 「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률」

제17조의2(지원협의체의 구성기준 및 기능 등) ② 지원협의체의 기능은 다음과 같다.

「항만법」

제50조(항만배후단지개발사업의 시행자) ① 해양수산부장관은 다음 각 호의 자 중에서 항만배후단지개발사업의 시행자(이하 “사업시행자”라 한다)를 지정할 수 있다.

한편, 각 호 사이의 관계를 분명히 해 주기 위해서는 “○○○(필수적인 부분)에 해당하는 경우로서 다음 각 호에 해당하는 경우”⁶⁷³⁾로 표현하거나 필수 요건을 각 호 외의 부분 단서나 각 호의 본문·단서에서 명확히 규정하는 방법⁶⁷⁴⁾ 등을 사용할 수 있다.⁶⁷⁵⁾

마. 별표나 별지 서식의 사용 방법

1) 별표나 별지 서식의 표기 방법

별표 또는 별지 서식의 제목에서는 “[별표]”, “[별지 서식]”과 같이 “[]”를 붙여 표시하고, 법령문에서 이를 인용할 때에는 “[]”를 쓰지 않고 “별표”, “별지 서식”과 같이 인용한다.

2) 별표상의 기호표시 방식

가) 규정 내용을 세로로 열거하는 경우

1. -----
가. -----
1) -----
가) -----
(1) -----
(가) -----

673) 「전과법」 제58조의2제7항 등

674) 「사립학교법 시행령」 제11조제5항 각 호 외의 부분 단서와 같은 항 제3호 등

675) 나열되는 요건들 중 어느 하나도 일정한 기준을 넘어서는 안 되는 경우라면 다음과 같이 표현할 수도 있다.
「건축법 시행령」

제5조(중앙건축위원회의 설치 등)

② 제1항에 따라 심의등을 받은 건축물이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 건축물의 건축등에 관한 중앙건축위원회의 심의등을 생략할 수 있다.

1. 건축물의 규모를 변경하는 것으로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

가. 건축위원회의 심의등의 결과에 위반되지 아니할 것

나. 심의등을 받은 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이 중 어느 하나도 10분의 1을 넘지 아니하는 범위에서 변경할 것

2. 중앙건축위원회의 심의등의 결과를 반영하기 위하여 건축물의 건축등에 관한 사항을 변경하는 경우

나) 규정 내용을 도표로써 가로로 열거하는 경우

별표를 신설하거나 전부개정하는 경우에는 향후 일부개정 시 해당 부분이 특정될 수 있도록 가급적 호, 목 등을 붙인다.

업종	전문인력
가. -----	1) ----- 2) -----
나. -----	1) ----- 2) -----
다. -----	1) ----- 2) -----

구 분	시설명	시설기준	고용인원
1. -----	1. -----	1. -----	1. -----
가. -----	가. -----	가. -----	가. -----
1) -----	1) -----	1) -----	1) -----
가) -----	가) -----	가) -----	가) -----
(1) -----	(1) -----	(1) -----	(1) -----
(가) ---	(가) ---	(가) ---	(가) ---
2. -----			

3) 별표의 제목에는 밑줄을 긋고, 연이어 괄호 안에 본칙의 관련 조항을 써준다.

[별표 1]
○○○ 시험과목(제○조 관련)

4) 법령의 시행에 필요한 서식은 총리령이나 부령에서 정하는 것을 원칙으로 한다. 서식의 구비서류란에는 본칙의 해당 조항에서 구비서류로 규정된 것만 명시하고, 서식에서 새로운 구비서류를 추가하여 정하지 않는다.

5) 별표 또는 별지 서식의 비고란, 구비서류란의 번호표시는 1., 2., 3., 4. 등으로 한다.

6) 별표 비고란에서 표 내용을 인용하는 경우에는 “위 표 제○호”로 표현하여 표의 내용을 인용하는 것을 명확히 한다.

제 2 장 법령의 개정 방식과 폐지 방식

1. 개정 방식의 유형과 기준

가. 개정 방식의 기본 원칙

법령을 개정하는 방식에는 그 개정 대상의 범위에 따라 법령의 일부분만을 개정하는 일부 개정 방식과 법령의 전체를 개정하는 전부개정 방식이 있다. 일부개정 방식에는 개정 대상이 되는 기존 법령과 새로운 개정 법령의 관계에서 개정 내용이 기존 법령의 내용에 흡수되는 흡수개정 방식(기존 법령의 일부를 추가·수정·삭제하는 개정 법령이 성립·시행되자마자 그 개정 내용이 기존 법령의 내용에 흡수되는 방식), 개정 법령이 독립적으로 존재하는 증보 방식(기존 법령의 일부를 추가·수정·삭제하는 개정 법령이 성립·시행된 후에도 기존 법령 중에 흡수되지 않고 형식상 독립적으로 존재하며 기존 법령을 내용적으로 수정하는 방식)으로 구분되는데 우리나라는 흡수개정 방식을 취하고 있다.

나. 일부개정과 전부개정의 선택

어느 법령을 개정할 때 일부개정 방식을 취할 것인가 아니면 전부개정 방식을 취할 것인가 하는 문제는 주로 개정하는 부분의 분량, 중요도, 정비의 필요성 등에 따라 결정되는 것이 보통이며 다음과 같은 경우에는 특별한 사정이 없으면 전부개정 방식을 취한다.

1) 기존 조문의 3분의 2 이상을 개정하는 경우. 다만, 용어나 표현을 바꾸기 위해 정리 차원에서 개정해야 할 사항이 많아진 경우에는 일부개정 방식으로 할 수 있다.

2) 법령의 핵심적 부분을 근본적으로 개정함과 아울러 상당한 부분에 걸쳐 이와 관련된 사항을 정비할 필요가 있는 경우

3) 제정된 후 장기간이 지나 법문에 나타난 용어와 규제의 태도가 전체적으로 보아 현실과 맞지 않고, 여러 차례 개정을 거듭한 결과 삭제된 조항과 가지번호가 붙은 장·절·조·호가 많아 새로운 체제로 정비할 필요가 있는 경우

전부개정하는 경우에는 폐지·제정 방식과 마찬가지로 특별한 규정이 없으면 원칙적으로 종전의 부칙 규정은 모두 실효되는 것으로 본다.⁶⁷⁶⁾

다. 전부개정과 폐지·제정 방식의 선택

법령을 전면적으로 개편하는 방법으로는 전부개정 방식과 폐지·제정 방식이 있다. 전부개정 방식은 해당 법령의 전부를 개정하는 방식이고, 폐지·제정 방식은 기존 법령을 대체하는 새로운 법령을 제정하면서 해당 법령의 부칙에서 기존 법령을 폐지하는 방식이다. 대체로 기존 법령과 신 법령 간의 제도상 동질성을 강조할 필요가 있을 때에는 전부개정 방식을 취하고(예: 「건설업법」을 전부개정하면서 「건설산업기본법」으로 한 것), 제도 그 자체가 신규 양 법령 간에 전면적으로나 본질적으로 변경될 때에는 폐지·제정 방식을 취한다(예: 「신용조사업법」을 폐지하면서 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」을 제정한 것).

2. 일부개정 방식

가. 일반적인 유의 사항

일부개정 법령의 내용은 그 자체가 독립적으로 존재하는 것이 아니라 기존 법령의 내용에 흡수되어 효력을 발생하므로 일부개정 법령을 입안할 때에는 다음 사항에 유의해야 한다.

676) 자세한 내용은 제2편 법령 입안·심사의 세부 기준 제5장 부칙 규정 8. 경과조치에 관한 규정 다. 규정 방식 13) 폐지·제정 또는 전부개정 시의 경과조치를 참고한다.

- 1) 법령의 일관성 유지를 위해 가능하다면 개정되는 기존 법령의 용어와 체제를 따라야 한다.
- 2) 일부개정의 경우에는 법령의 제명을 바꾸지 않는 것이 원칙이다. 다만, 법령의 적용 범위가 변경되는 등 부득이한 사유가 있으면 일부개정을 하는 경우에도 법령의 제명을 바꿀 수 있다.⁶⁷⁷⁾
- 3) 법령 개정을 시작하기 전에 정비 대상 법령과 같은 법령이 최근 국회를 통과했거나 공포된 적은 없는지, 정비 대상 조문 중에서 공포는 됐지만 아직 시행은 되지 않은 ‘공포 후 시행 전 조문’은 없는지를 항상 먼저 확인해야 한다.

나. 개정법령의 유형 표시와 제명

1) 유형 표시

법령의 일부분을 개정하는 일부개정법령안은 먼저 개정되는 법령의 유형 및 호수 표시(법률·대통령령·총리령 또는 ○○부령의 법령 유형을 적고 해당 법령의 개정절차가 끝나고 공포할 경우에 공포번호를 적을 수 있는 표시)를 한 후 그 다음 줄에 개정법령의 제명을 적는다. 법령명을 법령의 본칙에서 인용하는 경우, 문장의 다른 부분과 구분하기 위해 법령명 앞뒤에 낫표(「 」)를 사용한다.⁶⁷⁸⁾ 이는 법령명의 띄어쓰기로 인하여 하나의 고유한 법령명이 아닌 어떤 사항에 관한 일반적인 법률로 오해하게 될 소지를 방지하기 위한 것이다.

2) 법령 제명

개정되는 법령의 제명을 쓰고 그 제명에 이어서 “일부개정법률안” 또는 “일부개정령안”이라고 쓴다.

677) 예: 「옥외광고물 등 관리법」을 일부개정(법률 제13726호, 2016. 1. 6. 공포, 2016. 7. 7. 시행)하면서 제명을 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」로 변경한 것

678) 법제처 알기 쉬운 법령 만들기 사업의 일환으로 2005년 1월 1일 이후 제정·개정되는 법령부터 띄어쓰기를 시작하면서 제명에 낫표(「 」)를 사용하였다.

【법률】	소득세법 일부개정법률안
【대통령령/총리령/부령】	소득세법 시행령 일부개정령안 소득세법 시행규칙 일부개정령안

다. 개정지시문

법령을 개정하는 개정법령안은 해당 법령의 전부 또는 일부를 개정한다는 개정지시문을 붙여야 한다.⁶⁷⁹⁾

일부개정법령안의 개정지시문은 제명 다음에 줄을 바꾸어 “○○법(영) 일부를 다음과 같이 개정한다.”라고 표현하며, 개정지시문을 적은 후 줄을 바꾸어 조문별로 개정할 사항을 쓴다.⁶⁸⁰⁾

○○법 일부개정법률안
○○법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제○조제○항 중 “---”을 “---”로 한다.

라. 개정 부분의 인용

1) 개정 부분의 최소단위 지정

가) 최소단위 지정

개정되는 자구, 삭제되는 자구 또는 추가되는 자구가 들어갈 위치가 법령 중 어느 부분인지

679) ‘○○법 일부를 다음과 같이 개정한다’를 ‘개정지시문’이라 하고, ‘제○조제○항 중 “△△”을 “▲▲”로 한다’를 ‘개정문’이라 한다.

680) 종전에는 일부개정의 경우 “○법 중 다음과 같이 개정한다”로, 전부개정의 경우 “○○법을 다음과 같이 개정한다”로 표현했으나 구분하기 어렵다는 지적이 있어 2005. 1. 1.부터 일부개정은 “○○법(영) 일부를 다음과 같이 개정한다”로, 전부개정은 “○○법(영) 전부를 다음과 같이 개정한다”로 표현하기로 했다.

명확히 지정해야 한다. 즉, 조가 여러 개의 항·호 또는 목으로 되어 있거나 이것이 다시 전단·후단, 본문·단서 등으로 세분되어 있을 때에는 가능하면 최소단위까지 인용한다. 또한 조문이 본문과 호로 구성되어 있는 경우 개정하려는 부분이 각 호가 아닌 본문에 있는 규정이면 “각 호 외의 부분”으로, 각 호 외의 부분이 본문과 단서 또는 전단과 후단으로 되어 있는 경우에는 해당 부분까지 인용해야 한다.

제3조제2항제1호 단서 중 “---”을 “---”로 한다.

제3조제2항 각 호 외의 부분 중 “---”을 “---”로 한다.

제3조제2항 각 호 외의 부분 본문 중 “---”을 “---”로 한다.

나) 인용 시의 띄어쓰기

개정 부분을 인용할 때에는 조·항·호·목을 붙여 쓰고, 본문·단서, 전단·후단은 띄어 쓰며, “중”은 맞춤법에 맞게 띄어 쓴다.

제5조제1항 본문 중 “---”을 “---”로 한다.

제6조제1항 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 조 제3항 중 “---”을 “---”로 한다.

2) 개정될 자구 인용기준

개정될 자구를 인용부호(“ ”)로 인용할 때에는 다음의 기준에 따른다.

가) 인용 대상 자구는 개정 내용과 관련 있는 최소한의 명사(복합명사 포함) 단위로 한정한다.⁶⁸¹⁾ 이 경우 법령의 조항(“제○조제○항”)은 하나의 명사로 보며, 그 조항이 상위법령을 인용하는 것이어서 그 앞에 “법”이나 “영”의 표시가 있는 경우에는 “법”이나 “영”도 함께 인용한다.

681) 같은 항이나 같은 호에 개정 내용과 같은 부분이 또 있는 경우라면 예외적으로 구분이 가능한 부분까지를 포함하여 인용한다.

- “국토해양부장관”을 “국토교통부장관”으로 한다.(○)
- “국토해양장관은”을 “국토교통부장관은”으로 한다.(×)
- “300만원”을 “1천만원”으로 한다.(○)
- “300만원 이하의”를 “1천만원 이하의”로 한다.(×)
- “재생”을 “재활용”으로 한다.(○)
- “재생하는”을 “재활용하는”으로 한다.(×)
- “제1항”을 “제2항”으로 한다.(○)
- “제1항의”를 “제2항의”로 한다.(×)
- “법(영) 제5조제1항”을 “법(영) 제5조제2항”으로 한다.(○)
- “제5조제1항”을 “제5조제2항”으로 한다.(×)
- “제1항”을 “제2항”으로 한다.(×)

나) 구와 절을 인용하는 경우에는 가능하면 친절히 앞뒤 구와 절 전체(십표를 포함한다)를 인용하여 그 내용을 잘 알 수 있도록 한다. 다만, 구와 절 중 명사구만 개정하는 경우에는 해당 명사구만 인용하고 조사는 조사 자체를 개정할 필요가 있거나 개정 대상이 아닌 동일 명사구가 있는 등 특별한 경우가 아니면 인용하지 않는다.

- “영업자는 총리령으로 정하는 바에 의하여”를 “영업자 등은 환경부령으로 정하는 바에 따라”로 한다.(○)
- “영업자는 총리령”을 “영업자 등은 환경부령”으로 한다.(×)
- “대통령령으로 정하는 업종”을 “총리령으로 정하는 영업”으로 한다.(○)
- “대통령령으로 정하는 업종을”을 “환경부령으로 정하는 영업을”로 한다.(×)

다) 원칙적으로 수정할 필요가 있는 부분만을 인용하여 개정하되, 하나의 조·항·호 중 여러 곳을 개정·추가 또는 삭제하여 개정문이 매우 복잡하게 될 때에는 그 조·항·호의 전부를 개정한다.

3) 둘 이상의 항이 있는 조문에서 하나의 항만 남아 있는 경우의 인용

제2항이 삭제되고 제1항만 남아 있는 조문의 개정 부분을 인용하는 경우 “제○조”로 인용하지 않고 “제○조제1항”으로 인용한다.⁶⁸²⁾

682) 2개 이상의 항으로 구성되어 있다가 다른 항을 모두 삭제하고 제1항만 남게 되는 조문의 경우, 남아 있는

마. 개정문의 작성기준

1) 작성 순서와 표현 방식

가) 개정문은 조문 순서에 따라 작성한다. 하나의 용어나 표현이 어느 법령 중에 자주 나오는 경우에도 조문 순서에 따라 일일이 개정해야 한다.⁶⁸³⁾

나) 개정문은 다음과 같이 표현한다.

- (1) 기존 조항의 내용을 변경하는 경우에는 “제○조 중 “A”를(을) “B”로(으로) 한다”라고 표현한다.
- (2) 조·항·호 등을 신설하는 경우에는 “제○조(항, 호)를 신설한다”라고 표현하고, “제○조를 삽입한다” 또는 “제○조를 추가한다”는 표현은 쓰지 않는다.
- (3) 조·항·호 등을 삭제하는 경우에는 “제○조(항, 호)를 삭제한다”라고 표현한다.

다) 기존의 조·항·호의 문구 중 약간의 자구를 추가·삽입하거나 삭제하는 경우에 종전에는 ‘제○조(제○항제○호) 중 “~~~” 다음에 “~~~”을 추가(삽입)한다.’ 또는 ‘제○조(제○항제○호) 중 “~~~”을 삭제한다.’고 하는 방식을 취하기도 했으나, 개정 내용의 정확성을 높이기 위해 이러한 방식을 사용하지 않고 ‘제○조(제○항제○호) 중 “~~~”를 “~~~”로 한다.’는 방식으로 표현한다.

예: (“서울특별시·광주광역시”를 “서울특별시·부산광역시·광주광역시”로 하는 경우)
 “서울특별시” 다음에 “·부산광역시”를 삽입한다. (×)
 “서울특별시”를 “서울특별시·부산광역시”로 한다. (○)

제1항이 자동적으로 해당 조의 본문이 된다는 견해에 따르면 해당 조항을 인용할 경우 제○조제1항으로 인용하지 않고 제○조로 인용해야 한다는 주장이 있었으나, 현행 법령집에 제2항이 삭제된 경우에도 형식상 제1항이 그대로 남아 있고 그에 따라 많은 국민이 그 조문을 인식할 때 현행 법령집을 바탕으로 제○조제1항이라고 읽고 인용하므로 국민의 편의를 위해 위와 같이 인용하기로 한다.

683) 종전에는 예외적으로 다른 법령이 개정됨에 따라 변경된 내용을 정리하는 정도에서 개정하는 경우에는 본칙의 끝 부분에서 일괄 개정한 사례가 있다. 다만, 이 경우에도 개정 부분을 인용할 때에는 일일이 각각의 조·항·호, 단서·전단·후단 등을 명시해야 한다.

제○조제3항, 제○조제3항 단서 및 제○조제2호 중 “보건복지가족부장관”을 각각 “보건복지부장관”으로 한다.

예: (“서울특별시·부산광역시”를 “서울특별시”로 하는 경우)
 “서울특별시” 다음의 “·부산광역시”를 삭제한다. (×)
 “서울특별시·부산광역시”를 “서울특별시”로 한다. (○)

라) 장·절로 구분된 법령에서 조를 신설하거나 기존의 조·항에 단서·후단을 추가하는 경우에는 “~~에 ~~를 신설한다.”고 하여 신설하는 조·항·호 위치를 정확히 지정해야 한다.

2) 개정문의 조 단위 작성 원칙

가) 개정문은 어느 부분이 어떻게 개정되는지 쉽게 이해할 수 있도록 작성해야 한다. 여러 개의 개정 사항을 하나의 문장으로 너무 길게 작성하면 개정 내용을 이해하기 어렵게 되고, 거꾸로 간단한 개정 사항을 너무 세분하여 여러 개의 개정문으로 작성하면 번거롭게 된다. 따라서 개정문은 이해하기 쉽게 적절히 끊어서 작성할 필요가 있다.

나) 위와 같은 이유로 개정문은 특별한 사정이 없으면 조 단위로 작성하는 것을 원칙으로 한다.

[예시]⁶⁸⁴⁾

제3조 중 “-----”을 “-----”로 한다.
 제4조를 다음과 같이 한다.
 제4조() -----
 제5조제1항 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 조 제2항 중 “---”을 “---”로 하며, 같은 조 제3항 중 “---”을 “---”로 한다.

3) 개정문의 조 단위 작성 예외

가) 연속되는 다수 조문이나 인접한 여러 조문을 전부 개정하는 경우에는 각 조문마다 개정문을 둘 필요 없이 하나의 개정문으로 한다.

684) 예시의 경우 “제3조 중 “---”을 “---”로 하고, 제4조를 다음과 같이 하며, 제5조제1항 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 조 제2항 중 “---”을 “---”로 하며, 같은 조 제3항 중 “---”을 “---”로 한다.”와 같이 하나의 문장으로 이어 작성하게 되면 문장이 지나치게 길어 개정 내용을 확인하기 어렵게 된다.

[예시] 연속되는 여러 조문의 경우(예: 제3조, 제4조, 제5조)

제3조부터 제5조까지를 각각 다음과 같이 한다.
제3조() -----.
제4조() -----.
제5조() -----.

[예시] 연속되지 않은 여러 조문의 경우(예: 제3조, 제5조, 제7조)

제3조, 제5조 및 제7조를 각각 다음과 같이 한다.
제3조() -----.
제5조() -----.
제7조() -----.

나) 한 조문에 여러 개의 항·호가 있고 이들의 개정 사항이 많거나 항·호의 부분개정과 전부개정이 동시에 필요한 것과 같이 개정문이 복잡해 이해하기 어려울 경우에는 같은 조라도 적절히 나누어 여러 개의 개정문으로 한다. 별표의 개정문도 마찬가지이다.

제3조의 제목 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 조 제1항 중 “---”을 “---”로 하며, 같은 조 제2항을 다음과 같이 한다.
② -----.
제3조제3항 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 조 제4항 중 “---”을 “---”로 한다.

4) 개정문의 연결

하나의 개정문에 여러 개의 개정 사항이 있는 경우 각 개정 사항마다 “~~하고, ~~하며, ~~하고, ~~하며”로 연결하고, 맨 끝은 “~~로 한다.”로 하여 문장을 마친다. 다만, 하나의 법령 문장에 개정 사항이 둘 이상 있으면 그 개정 부분은 “~~로, ~~로”와 같이 연결한다.

제3조제1항 본문 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 항 단서 중 “---”을 “---”로 하며, 같은 조 제2항 본문 중 “A”를 “B”로, “C”를 “D”로, “E”를 “F”로 하고, 같은 조 제3항 중 “---”을 “---”로 한다.

바. 제명과 조·항·호의 개정 방식

1) 제명의 개정

법령의 제명을 개정할 때에는 제명 전체를 개정한다. 제명의 개정 부분은 개정법령안의 개정지시문 바로 다음, 즉, 개정 부분의 맨 처음에 두어야 한다.

제명 “-----”을 “-----”로 한다.

2) 조·항·호 등의 일부개정 방식

가) 조문의 제목을 개정하는 방식

조문의 제목을 개정할 때에는 괄호를 포함해 제목 전체를 개정하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 제목이 긴 경우로서 부득이한 경우에는 그 일부를 개정할 수도 있다.

제○조의 제목 “(-----)”을 “(-----)”로 한다.
제○조의 제목 중 “---”을 “---”로 한다.

나) 기존의 조·항·호 중 일부 자구를 개정하는 방식

(1) 개정할 부분이 하나인 경우

제○조(제○항제○호) 중 “-----”을 “-----”로 한다.⁶⁸⁵⁾

685) 제○조에 항이 없는 경우 ‘제○조 중 “~~~”을 “~~~”로 한다.’와 같이 개정문을 작성하게 되는데, 만약 개정되는 내용과 같은 내용이 조 제목에 있는 경우라면 조 제목의 내용과 구분하기 위해 ‘제○조

(2) 개정할 부분이 둘 이상인 경우

같은 조, 항이나 호에 개정할 부분이 둘 이상 있는 경우에 “~~~”을 “~~~”로, “~~~”을 “~~~”로와 같이 연결하여 개정한다. 같은 조·항 또는 호의 경우에도 개정 부분이 본문과 단서 또는 전단과 후단으로 구분할 수 있는 경우에는 이를 분명히 적시하여 개정한다.

제○조(제○항제○호) 중 “----”을 “----”로, “----”을 “----”로 한다.
제○조 본문 중 “---”을 “---”로 하고, 같은 조 단서 중 “---”을 “---”로 한다.

(3) 항·호를 달리하여 개정할 부분이 있는 경우

같은 조에서 항 또는 호가 다른 둘 이상을 개정하는 경우에 제○조제○항 중 “~~~”을 “~~~”로 하고, 같은 조 제○항 중 “~~~”을 “~~~”로와 같이 연결하여 개정한다.

제○조제○항 중 “----”을 “----”로 하고, 같은 조 제○항 중 “----”을 “----”로 한다.

(4) 하나의 조 안에서 같은 사항을 개정하는 경우

하나의 조 안에서 같은 사항을 개정하는 경우에는 “~~~”을 각각 “~~~”로 한다 방식으로 하며, 이때 반드시 “각각”을 표시해야 한다.⁶⁸⁶⁾

제○조제○항 및 제○항 중 “-----”을 각각 “-----”로 한다.

제목 외의 부분 중 “~~~”을 “~~~”로 한다.’라고 해야 한다.

686) 여러 조문을 계속해서 열거할 때, 같은 수준의 조·항·호의 경우에는 “같은 조(항·호)”를 쓰지 않고 바로 연결하고, 다른 수준의 조·항·호는 위 수준의 “같은 조(항·호)”를 쓴 후 연결한다. 다만, 본문, 단서, 각 호 외의 부분 등이 있는 경우에는 같은 수준일지라도 혼동을 피하기 위해 “같은 조(항·호)”를 쓴다.

예) 제2조제1항, 제2항 및 제3항 중 “~~~”를 각각 “~~~”로 한다.(같은 수준)

제2조제1항, 같은 조 제2항제1호·제2호, 같은 조 제3항, 같은 조 제4항 각 호 외의 부분 및 같은 항 제1호 중 “~~~”를 각각 “~~~”로 한다.(다른 수준)

제10조제1항제1호 및 같은 조 제2항제2호 중 “~~~”를 각각 “~~~”로 같다.(다른 수준)

이 때 ‘같은 수준’의 기준은 단순히 ‘항’과 ‘항’, ‘호’와 ‘호’ 또는 ‘목’과 ‘목’을 의미하는 것이 아니라, 같은 조 아래에서 ‘항’과 ‘항’, 같은 항 아래에서 ‘호’와 ‘호’, 같은 호 아래에서 ‘목’과 ‘목’을 말한다.

(5) 조(항)에 각 호가 있는 경우 각 호 외의 부분을 개정하는 경우

각 호 외의 부분을 개정하는 경우 다음과 같이 개정 부분이 각 호 외의 부분이라는 것을 분명히 표시하여 개정한다.

제○조(항) 각 호 외의 부분 중 “----”을 “----”로 한다.

(6) 각 호 외의 부분이 본문·단서, 전단·후단 등으로 구성되어 있는 경우

각 호 외의 부분이 본문·단서, 전단·후단 등으로 구성되어 있는 경우에도 다음과 같이 개정 부분을 분명히 표시해야 한다.

제○조(항) 각 호 외의 부분 본문 중 “----”을 “----”로 한다.

3) 조·항·호 등의 신설 방식

가) 항이 없는 조에서 제2항 이하를 신설하는 방식

(1) 현행 조문을 개정하지 않고 항 등을 신설하는 경우⁶⁸⁷⁾

제○조 제목 외의 부분을 제1항으로 하고, 같은 조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.
② -----.

(2) 현행 조문의 일부분을 개정하면서 제2항을 신설하는 경우

제○조 제목 외의 부분을 제1항으로 하고, 제1항(중전의 제목 외의 부분) 중 “----”을 “----”로 하며, 같은 조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.
② -----.

687) 본문만 있는 조에 항을 신설하는 경우 중전에는 ‘제○조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.’로 하여 같은 조의 본문이 제1항이 됨을 명시하지 않더라도 자동적으로 제1항이 되는 것으로 했으나 국민의 이해와 편의성을 높이기 위해 현재와 같이 본문이 제1항이 됨을 명시하도록 개선했다.

나) 각 호가 없는 조·항에 각 호를 신설하는 방식⁶⁸⁸⁾

제○조(항)에 각 호를 다음과 같이 신설한다.

1. -----
2. -----
3. -----

다) 조·항·호에 단서 또는 후단을 신설하는 방식

제○조(제○항제○호)에 단서를 다음과 같이 신설한다.

다만, -----

제○조(제○항제○호)에 후단을 다음과 같이 신설한다.

이 경우 -----

(단서나 후단을 신설하려는 조 또는 항이 각 호로 구성되어 있는 경우)

제○조 각 호 외의 부분에 단서(또는 후단)를 다음과 같이 신설한다.

다만,(이 경우) -----

라) 기존의 조·항·호의 맨 끝부분에 조·항·호를 신설하는 방식 (5개의 조·항 또는 호가 있는 법령을 예로 함)

[예시] 조를 추가하는 경우

제6조를 다음과 같이 신설한다.

제6조(○○) -----.

688) 이 경우 전부개정하는 방식도 가능하다.

[예시] 항을 추가하는 경우

제○조에 제6항을 다음과 같이 신설한다.
 ⑥ -----.

[예시] 호를 추가하는 경우

제○조제○항에 제6호를 다음과 같이 신설한다.
 6. -----

02
법령의 개정 방식과
폐지 방식

마) 기존의 조·항·호 사이에 조·항·호를 신설하는 방식

(1) 개정 방식

기존의 조·항 또는 호 사이에 새로운 조·항 또는 호를 신설하는 방식에는 기존 조·항·호를 이동시키고 새로운 조·항·호를 신설하는 방식(현행 조항의 이동 방식)과 가지번호를 사용하여 기존 조 또는 호를 이동시키지 않고 새로운 조 또는 호를 신설하는 방식(가지번호 방식)이 있다.

(2) 현행 조항의 이동 방식

추가될 위치 다음에 있는 조·항·호들을 차례로 뒤로 끌어내려 자리를 비워 놓고 그 빈자리에 조·항·호를 삽입하여 추가한다. 다만, 추가될 위치 앞의 조·항·호가 비어 있는 경우에는 역으로 조·항·호를 끌어올려 빈자리를 만들 수 있다.

법령의 조·항·호는 해당 법령은 물론 다른 법령에서 자주 인용되므로 이를 이동할 때에 신중해야 하며 인용하는 관계 법령의 정비도 해 주어야 한다.

끌어내리거나 올릴 조문의 수가 너무 많거나, 끌어내리거나 올릴 조문을 그 법령 중의 다른 조문이나 다른 법령 중에서 많이 인용하고 있는 경우에는 다음에 서술하는 ‘가지번호 방식’을 고려해 볼 필요가 있다.

[예시] 기존의 항(호)을 끌어내리고 항(호)을 추가하는 경우[세 개 항 또는 세 개 호로 된 조에 두 개 항(호)을 추가하는 경우의 예]

제○조제3항(호)을 제5항(호)으로 하고, 같은 조(항)에 제3항(호) 및 제4항(호)을 각각 다음과 같이 신설한다.

③ -----(호의 경우: 3. -----)

④ -----(호의 경우: 4. -----)

[예시] 여섯 개 항으로 된 법령에 두 개 항을 추가하는 경우(제2항 다음에 하나의 항을, 제5항 다음에 하나의 항을 추가하는 경우의 예)

제○조제6항을 제8항으로 하고, 제3항부터 제5항까지를 각각 제4항부터 제6항까지로 하며, 같은 조에 제3항 및 제7항을 각각 다음과 같이 신설한다.

③ -----.

⑦ -----.

(3) 가지번호 방식

가지번호 방식은 기존의 조나 호 사이에 새로 조나 호를 신설하는 경우에 새로운 조나 호가 신설되어 그 뒤의 조나 호가 하나씩 순서가 밀리면서 이를 모두 개정해야 할 경우, 신설하는 조나 호에 가지번호를 붙여 신설되는 조나 호의 다음에 있는 조나 호의 번호를 바꾸지 않아도 되는 개정 방식이다.

기존의 조문을 이동하는 방식에 따를 경우 다른 조문이나 다른 법령에서 그 조문을 인용하고 있으면 이를 일일이 찾아 바뀌는 조문으로 개정해야 하므로 개정 부분이 많아지고 복잡하게 된다. 이 과정에서 간혹 이를 빠뜨릴 우려가 있으므로 이와 같은 경우에는 가지번호 방식에 따라 조 또는 호를 신설하는 방식을 사용하게 된다.⁶⁸⁹⁾

689) 10개의 조로 된 법령에 제3조를 신설하는 경우 제3조를 신설하여 기존의 제3조부터 제10조까지를 제4조부터 제11조로 개정해야 하고 만약 조문의 내용에 제3조나 그 후의 조를 인용하는 경우에 이를 개정된 조번호로 일일이 개정해야 한다. 그러나 가지번호 방식을 사용하여 조를 신설하면 기존의 조문은 그 번호가 변경되지 않아 이러한 번거로움을 피할 수 있다.

[예시] 기존의 제○조 다음에 두 개 조를 추가하는 경우

제○조의2 및 제○조의3을 각각 다음과 같이 신설한다.
제○조의2(○○) -----.
제○조의3(○○) -----.

[예시] 기존의 제○호 다음에 두 개 호를 추가하는 경우

제○조(제○항)에 제○호의2 및 제○호의3을 각각 다음과 같이 신설한다.
○의2, -----
○의3, -----

[예시] 제3조(호) 앞에 조(호)를 추가하는 경우

제3조(호)를 제3조(호)의2로 하고, 제3조(호)를 다음과 같이 신설한다.
제3조(○○) -----.

가지번호는 조와 호에 사용할 수 있으나 항과 목의 경우에는 가지번호를 사용하지 않는다. 이 경우 새로운 항이나 목을 신설하려면 현행 조항의 이동 방식을 취해야 한다.

(4) 추가되는 조가 장·절 등의 경계에 들어가는 경우의 개정 방식

혼동을 피하기 위해 반드시 들어갈 장·절을 표시한다.

[예시]

제○장(절)에 제10조의2를 다음과 같이 신설한다.⁶⁹⁰⁾
제10조의2(○○) -----.

690) 장이나 절의 경계에 신설할 때에 “제○장(절)”임을 표시하지 않으면, 앞 장(절)의 마지막에 신설되는 것으로 오해될 수 있다.

4) 조·항·호 등의 전부개정 방식

[예시] 조를 전부개정하는 경우

제○조를 다음과 같이 한다.

제○조(○○) -----.

[예시] 항을 전부개정하는 경우

제○조제2항을 다음과 같이 한다.

② -----.

[예시] 호를 전부개정하는 경우

제○조제2호를 다음과 같이 한다.

2. -----

[예시] 전부개정되는 항·호의 수가 많을 경우

제○조제2항(제2호)부터 제5항(제5호)까지를 각각 다음과 같이 한다.

② ----- (호의 경우: 2. -----)

③ ----- (호의 경우: 3. -----)

④ ----- (호의 경우: 4. -----)

⑤ ----- (호의 경우: 5. -----)

[예시] 조·항 중의 본문, 단서, 전단, 후단, 각 호, 각 호 외의 부분을 전부개정하는 경우⁶⁹¹⁾

제○조제○항 본문(단서·전단·후단·각 호 외의 부분)을 다음과 같이 한다.

-----.

691) 단서를 후단으로 개정하거나 후단을 단서로 개정하는 경우에는 개정문을 다음과 같이 한다.
단서를(후단을) 후단으로(단서로) 하여 다음과 같이 한다.

이 경우(다만) -----.

5) 조·항·호 등의 삭제 방식

[예시] 조(항·호) 전부를 삭제하는 경우

제○조(제○항, 제○호)를 삭제한다.(○)
제○조(제○항, 제○호)를 폐지한다.(×)

[예시] 조(항·호)의 단서·후단을 삭제하는 경우

제○조(항·호) 단서(후단)를 삭제한다.

[예시] 삭제하는 조·항·호의 수가 많을 경우

제○조부터 제○조까지를 각각 삭제한다.
제○조제2항(호)부터 제5항(호)까지를 각각 삭제한다.

[예시] 삭제된 조가 있는 경우(제5조가 삭제되어 있는 경우)

제2조부터 제4조까지 및 제6조를 각각 삭제한다.(○)
제2조부터 제6조까지를 각각 삭제한다.(×)

[예시] 가지번호가 있는 경우⁶⁹²⁾

제2조부터 제5조까지, 제5조의2 및 제6조를 각각 삭제한다.(○)
제2조부터 제6조까지를 각각 삭제한다.(×)

692) 가지번호가 있으면 가지번호를 반드시 명시해야 한다. 예를 들어 제2조와 제6조 사이에 제5조의2가 있으면 가지번호인 제5조의2를 명시해야 한다. 가지조문을 인용하거나 준용하는 경우에도 마찬가지다.

6) 조·항·호의 복합적 개정 방식

가) 어느 조를 세 개 조로 나누는 경우

어느 조를 세 개 조로 나누는 경우라 하더라도 나눈다는 표현을 하지 않고, 해당 조를 전부개정하고 두 개의 조를 신설하는 형식으로 한다.

[예시] 제2조를 세 개 조로 나누는 경우

제2조를 다음과 같이 한다.

제2조(○○) -----.

제2조의2 및 제2조의3을 각각 다음과 같이 신설한다.

제2조의2(○○) -----.

제2조의3(○○) -----.

나) 조문 내용을 일부 수정한 후 조문 순서를 변경하는 경우

[예시]

제5조 중 “---”을 “---”로 하여 같은 조를 제6조로 하고, 제4조를 제5조로 한다.

위의 방법이 적합하지 않을 때에는 조문 순서를 변경한 후 변경 전의 조문 내용을 수정하는 방식을 채택하여 다음과 같이 한다.

제4조부터 제6조까지를 각각 제5조부터 제7조까지로 하고, 제6조(중전의 제5조) 중 “---”을 “---”로 한다.

다) 두 개 항으로 이루어진 조의 각 항에 자구를 수정할 부분이 있고, 제2항을 한 항 끌어내리고 그 자리에 제2항을 추가하는 경우

[예시]

제○조제1항 중 “-----”을 “----”로 하고, 같은 조 제2항을 제3항으로 하며, 같은 조에 제2항을 다음과 같이 신설하고, 같은 조 제3항(중전의 제2항) 중 “----”을 “-----”로 한다.

② -----.

라) 세 개 이상의 항으로 된 조의 각 항에 자구를 수정할 부분이 있고 제1항과 제2항의 항 번호는 그대로 두되 제2항에 단서를 신설하고, 제3항을 한 항 끌어내리고 그 자리에 제3항을 추가하는 경우와 같이 개정문이 복잡할 때에는, 개정문을 적절히 끊는 방식을 사용한다.

[예시]

제○조제1항 중 “-----”을 “----”로 하고, 같은 조 제2항 중 “-----”을 “----”로 하며, 같은 조 제2항에 단서를 다음과 같이 신설한다.

 다만, -----

제○조제3항을 제4항으로 하고, 같은 조에 제3항을 다음과 같이 신설하며, 같은 조 제4항(중전의 제3항) 중 “-----”을 “----”로 한다.

③ -----.

위 개정문의 제3항 이하의 개정 부분을 다음과 같이 할 수도 있다.

[예시]

제○조제3항 중 “----”을 “----”로 하여 같은 항을 제4항으로 하고, 같은 조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.

③ -----.

마) 두 개 항으로 된 조에서 제2항을 전부개정하여 이를 제4항으로 하고 새로운 제2항과 제3항을 추가하는 경우

[예시]

제○조제2항을 제4항으로 하고, 같은 조에 제2항 및 제3항을 각각 다음과 같이 신설하며, 같은 조 제4항(중전의 제2항)을 다음과 같이 한다.

- ② -----.
- ③ -----.
- ④ -----.

바) 두 개 항으로 된 조에서 하나의 항을 삭제해 하나의 항만 남게 되는 경우

[예시]

(제○조가 제1항과 제2항으로 구성되어 있는데 제2항을 삭제하는 경우)
제○조제2항을 삭제한다.

두 개 이상의 항으로 된 조문에서 하나의 항만을 남기고 다른 항은 모두 삭제하는 경우 남는 항을 특별히 항이 없는 조로 정리하지 않는다. 예를 들어 위의 경우 ‘제○조제2항을 삭제하고 같은 조 제1항을 같은 조 제목 외의 부분으로 한다.’라고 하지 않는다.

다만, 여러 항이 있다가 하나의 항만이 남게 되어 항번호를 붙이는 것이 부자연스럽고 다른 법령에서 인용되는 경우가 거의 없어 정리해 줄 필요가 있다고 판단되면 조 전체를 전부개정하여 항 표시 없는 본문으로 바꾸되, 해당 조문을 다른 법령에서 인용하는지를 반드시 확인하여 다른 법령을 개정하는 조치를 해야 한다.

사) 제○조가 다섯 개 호로 되어 있을 때 제3호를 전부개정하고 제4호와 제5호를 한 호씩 끌어내리고 제4호를 추가하는 경우의 개정 방식

[예시]

제○조제3호를 다음과 같이 하고, 같은 조 제4호 및 제5호를 각각 제5호 및 제6호로 하며, 같은 조에 제4호를 다음과 같이 신설한다.

3. -----
4. -----

위의 경우에 제3호의 개정 내용과 나머지 부분의 개정 내용을 나누어 두 개의 개정문으로 하여 다음과 같이 할 수 있다.

제○조제3호를 다음과 같이 한다.

3. -----

제○조제4호 및 제5호를 각각 제5호 및 제6호로 하고, 같은 조에 제4호를 다음과 같이 신설한다.

4. -----

아) 어느 조(항)의 각 호를 전부개정하면서 각 호의 수가 변경된 경우

[예시] 각 호의 수를 줄이는 경우(다섯 개 호를 세 개 호로 하는 경우)

제○조(제○항) 각 호를 다음과 같이 한다.

1. -----
2. -----
3. -----

[예시] 각 호의 수를 추가하는 경우(세 개 호를 네 개 호로 하는 경우)

제○조(제○항) 각 호를 다음과 같이 한다.

1. -----
2. -----
3. -----
4. -----

다만, 이 경우에 ‘제○조제○호부터 제○호까지를 각각 다음과 같이 하고, 같은 조에 제○호 및 제○호를 각각 신설(삭제)한다.’와 같은 방식으로 개정문을 만들 수도 있다.

자) 조(항)의 중간에 있는 어느 항(호)을 삭제하고, 다른 항(호)을 이동하는 방식은 사용하지 않음을 원칙으로 하되, 부득이한 경우에는 다음의 방식을 사용한다.

[예시] 하나의 항(호)을 이동하는 경우

제○조제3항(호)을 삭제하고, 같은 조 제4항(호)을 제3항(호)으로 한다.

[예시] 둘 이상의 항(호)을 이동하는 경우

제○조제2항을 삭제하고, 같은 조 제3항부터 제5항까지를 각각 제2항부터 제4항까지로 한다.

7) 특수한 개정 방식

가) 조로 되어 있지 않은 법령에 조를 추가하는 개정 방식⁶⁹³⁾

본칙을 본칙 제1조로 하고, 같은 조의 제목으로 “(○○)”을 삽입하며, 제2조를 다음과 같이 신설한다.

제2조(○○) -----.

나) 조·항·호의 순서를 맞바꾸어 개정하는 방식

[예시] 조의 순서를 맞바꾸어 개정하는 방식

제7조 및 제10조를 각각 제10조 및 제7조로 한다.

693) 조로 되어 있지 않은 법령을 개정하는 경우에는 ‘본칙 중 “~~~”를 “~~~”로 한다.’와 같이 개정문을 만든다.

[예시] 같은 조 안에서 항의 순서를 맞바꾸어 개정하는 방식

제7조제3항 및 제6항을 각각 같은 조 제6항 및 제3항으로 한다.

[예시] 같은 항 안에서 호의 순서를 맞바꾸어 개정하는 방식

제7조제3항제1호 및 제5호를 각각 같은 항 제5호 및 제1호로 한다.

[예시] 별지나 서식을 맞바꾸어 개정하는 방식

별표 1 및 별표 4를 각각 별표 4 및 별표 1로 한다.

사. 장·절 등이 관련되는 경우의 개정 방식

1) 장·절 등의 제목을 개정하는 방식

장이나 절의 제목을 개정할 때에는 조문의 제목을 개정할 때와 마찬가지로 제목 전체를 개정하되, 제목이 긴 경우 자구 일부만을 개정할 필요가 있을 때에는 그 일부를 개정한다.

제○장(절)의 제목 “-----”을 “-----”로 한다.
제○장(절)의 제목 중 “-----”을 “-----”로 한다.

2) 장·절 등을 추가하는 방식

장이나 절 등을 추가할 때에는 해당 장이나 절에 신설되는 조항을 알 수 있도록 장 또는 절 다음에 “(제○조부터 제○조까지)”를 포함하여 개정문을 작성한다.

제○장(제○조부터 제○조까지)을 다음과 같이 신설한다.
제○장 ○ ○ ○
제○조 -----.
제○조 -----.
제○조 -----.

3) 장·절 등을 전부개정하는 방식

제6장(제50조부터 제58조까지)을 다음과 같이 한다.

제6장 ○○○

제50조 -----.

⋮

제58조 -----.

4) 장·절 등을 삭제하는 개정 방식

장 또는 절 등을 삭제하는 경우 괄호 안에 해당 장이 몇 조부터 몇 조까지인지를 병기해야 한다.

제○장(제○조부터 제○조까지)을 삭제한다.

5) 기존의 조문에는 변동 없이 장·절의 제목만을 추가하거나 삭제하는 방식

가) 장·절의 제목을 추가하는 경우⁶⁹⁴⁾

제○조 다음에(앞에) 장 번호 및 제목을 다음과 같이 신설한다.

제○장 ○○○

나) 장·절의 제목을 삭제하는 경우

제○조 다음의(앞의) “제○장 ○○○”을 삭제한다.

694) 이런 경우 종전에는 ‘제○조 다음에(앞에) “제○장 ○○○”을 삽입한다.’라고 표현하였으나, 일반적인 개정문의 표현방법과 달라 장 번호 및 제목을 신설하는 방식으로 변경하였다.

아. 부칙 개정 방식

1) 기존 법령의 부칙 개정

법령이 제정 또는 전부개정되거나 그 이후에 일부개정된 법령의 부칙 중 현재 효력이 있는 규정을 개정해야 할 필요(예컨대, 법령의 유효기간이나 경과조치 등의 적용시한을 연장해야 할 필요)가 있을 때 개정하는 방식을 말한다.

2) 개정 방식

가) 부칙이 아닌 본칙에서 개정문을 붙여 개정한다.

나) 개정문에서는 개정 대상이 되는 조항 앞에 “부칙”이라는 자구를 붙이고, 일부개정 법령의 부칙에는 법령공포번호와 해당 개정 법령의 제명을 병기한다.

다) 법령의 부칙을 개정하는 경우에는 다음과 같이 표현한다.⁶⁹⁵⁾

‘법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 부칙 제○조제○항을 다음과 같이 한다.’
또는 ‘법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 부칙 제○조제○항 중 “---”을 “---”로 한다.’

3) 두 개 조로 된 부칙(또는 본칙) 중 제2조를 삭제하는 개정 방식⁶⁹⁶⁾

부칙 제2조를 삭제한다.

4) 부칙과 별표(또는 별지 서식)를 동시에 개정하는 방식

이 경우에는 별표(또는 별지 서식), 부칙의 순서로 개정문을 쓴다.

695) 종전 부칙을 개정하는 경우에는 신구조문대비표를 작성한다.

696) 종전에는 “부칙 제1조의 조명 및 제목과 제2조를 각각 삭제한다”고 하여 조문의 조명(“제1조”를 말함)과 제목을 삭제하여 정비하는 방식을 채택했으나, 번잡해지고 기존 조문은 연혁을 나타내는 의미도 있으므로 이와 같은 방식으로 개정하지 않는다.

별표(또는 별지 서식) 중 “---”을 “---”로 한다.

법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 부칙 제○조제○항 중 “---”을 “---”로 한다.

별표(또는 별지 서식)를 전부개정하는 경우에는 개정문은 위와 같이 하되, 개정 내용은 별표의 개정문, 부칙 개정문, 별표의 개정 내용의 순으로 한다.

별표를 별지와 같이 한다.

법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 부칙 제○조제○항 중 “---”을 “---”로 한다.

(별지에 별표의 개정 내용 수록)

5) 기존 법령의 부칙을 재개정하는 방식

개정된 기존 법령의 부칙을 다시 개정하려는 경우(같은 부칙을 두 번 개정하는 경우)에는 특별한 사유가 없으면 개정 대상 부칙조문을 좀 더 정확히 특정하는 다음의 형식에 따른다.

대통령령 제15604호 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 시행령 부칙(대통령령 제15744호 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 시행령 일부개정령에 의하여 개정된 내용을 포함한다) 제6조제3항 중 “1998년 6월 30일”을 “1998년 12월 31일”로 한다.

자. 표와 서식의 개정 방식

1) 일반적인 유의 사항

가) 별표를 개정하는 개정문은 “별표 2를 별지와 같이 한다”와 같은 방식으로 하며, [별표]와 같이 괄호를 사용하거나 별표의 제목을 붙이지 않도록 한다.

나) 별표를 전부개정하는 경우 “별지와 같이 한다”⁶⁹⁷⁾로, 별표를 일부개정하는 경우 “다음과 같이 한다”로 한다. “다음과 같이 한다”고 할 때에는 개정문의 본칙 부분에

697) 법령을 일괄개정법령안(복수의 법령을 하나의 개정법령안의 본칙에 포함하여 함께 개정하는 방식)의 형태로 한꺼번에 개정하는 경우에는 「별지와 같이 한다」라고 하지 않고 별지에 번호를 붙여 「별지 0과 같이 한다」라고 표현한다.

개정 부분을 적고, “별지와 같이 한다”고 할 때에는 개정문의 부칙 부분 다음의 별장에 개정 부분을 적는다.

- 다) 별표를 신설하거나 전부개정하는 경우에는 향후 일부개정 시 해당 부분이 특정될 수 있도록 가급적 호, 목 등을 붙인다.
- 라) 별표의 제목 중 일부를 개정할 때에는 다음과 같이 작성한다.
별표의 제목 중 “~~~”를 “~~~”로 한다.
- 마) 별표에 있는 호를 개정할 때에는 “별표 제○호를 다음과 같이 한다”와 같은 방식으로 하며, 별표의 난 중에 있는 호를 개정하는 경우에는 “별표의 ○○란의 제○호를 다음과 같이 한다”로 한다.
- 바) 별지나 서식에 대한 개정문을 작성할 때에는 별지나 서식 하나를 기준으로 구분하여 작성한다.

별지 1 중 “~~~”를 “~~~”로, “~~~”를 “~~~”로 한다.

별지 2 중 “~~~”를 “~~~”로, “~~~”를 “~~~”로 한다.

사) 부칙 규정 사항의 별표 규정

부칙 규정 사항(특히 특례 규정) 중 그 내용을 표 형식으로 나타내는 것이 이해에 편리한 경우에는 해당 부칙에서 표 형식으로 규정하고, 별표 형식으로는 규정하지 않는 것이 보통이다. 다만, 그 내용이 지나치게 복잡하고 본칙 관련 별표에 대한 한시적인 특례 성격을 띠면 예외적으로 별표 형식으로도 규정할 수 있다. 이 경우 부칙 관련 별표의 번호를 부여할 때에는 본칙 관련 별표 다음에 가지번호 형식으로 번호를 부여한다. 제정 또는 전부개정의 경우에도 마찬가지이다.

2) 별표의 일부개정 방식

(설명의 편의를 위해 다음과 같은 별표 1 및 별표 2를 예로 함)

[별표 1]

○○○○(제○조 관련)

명 칭	위 치	관 할 구 역
서울청	서울특별시	서울특별시, 경기도, 강원도
대구청	대구광역시	부산광역시, 대구광역시, 경상북도, 경상남도
광주청	광주광역시	광주광역시, 전라남도, 전라북도, 충청북도, 충청남도, 제주도

가) 대구청란을 전부개정하는 방식

별표 1 중 대구청란을 다음과 같이 한다.

대구청	-----	-----
-----	-------	-------

나) 대구청란의 일부란을 전부개정하는 방식

별표 1 중 대구청의 관할구역란을 다음과 같이 한다.

다) 대구청란의 일부를 개정하는 방식

별표 1의 대구청의 위치(또는 관할구역)란 중 “~~~”을 “~~~”로 한다.

라) 대구청란 다음에 부산청란을 추가하는 개정 방식

별표 1의 대구청란 다음에 부산청란을 다음과 같이 신설한다.

부산청	-----	-----
-----	-------	-------

마) 대구청란을 삭제하는 개정 방식

별표 1 중 대구청란을 삭제한다.

[별표 2]

○○○○(제○조 관련)

- 1. 일반기준
 - 가.
 - 나.
 - 다.
- 2. 개별기준

위반행위	근거 법조문	과태료 금액(단위: 만원)		
		1차 위반	2차 위반	3차 이상 위반
가.	법 제○조제○항	50	100	150
나.	법 제△조제△항	100	150	200
다.	법 제□조제□항	150	200	250

02
법령의 개정 방식과
폐지 방식

가) 나목란을 전부개정하는 방식

별표 2 제2호나목을 다음과 같이 한다.

나.	법 제△조제△항	110	160	210
----	----------	-----	-----	-----

나) 나목란의 일부란을 전부개정하는 방식

별표 2 제2호나목의 근거 법조문란을 다음과 같이 한다.

법 제▽조제▽항

다) 나목란의 일부를 개정하는 방식

별표 2 제2호나목의 위반행위란 중 “~~~”을 “~~~”로 한다.

라) 제2호에 목을 신설하는 방식

별표 2 제2호나목 및 다목을 각각 다목 및 라목으로 하고, 같은 호에 나목을 다음과 같이 신설한다.

나.	법 제△조제△항	110	160	210
----	----------	-----	-----	-----

마) 제2호나목을 삭제하는 개정 방식

별표 2 제2호나목을 삭제한다.

3) 별표의 전부개정 방식

별표 1을 별지와(다음과) 같이 한다.

[별표 1] ○○○(제○조 관련)

명 칭	위 치	관 할 구 역
○ ○ 청	-----	-----
○ ○ 청	-----	-----

4) 별표를 별표 둘로 하는 개정 방식

별표를 별표 1로 하고, 같은 표를 별지와 같이 한다.

[별표 1] ○○○(제○조 관련)

명 칭	위 치	관 할 구 역
○ ○ 청	-----	-----
○ ○ 청	-----	-----

별표 2를 별지와 같이 신설한다.

[별표 2] ○○○(제○조 관련)

명 칭	위 치	관 할 구 역
○ ○ 청	-----	-----
○ ○ 청	-----	-----

5) 별표 둘을 별표 하나로 통합하는 개정 방식

별표 2를 삭제하고, 별표 1을 별표로 하여 이를 별지와(다음과) 같이 한다.

[별표] ○○○(제○조 관련)

명 칭	위 치	관 할 구 역
○ ○ 청	-----	-----
○ ○ 청	-----	-----

6) 서식의 개정 방식

가) 서식을 개정할 때에는 “[별지 제2호서식]을 별지와 같이 한다”와 같이 괄호[]를 사용하지 않고, “별지 제2호서식을 별지와 같이 한다”로 한다. 서식을 일부개정하는 경우에는 별표와 같은 방식으로 하되, 앞쪽 또는 뒤쪽임을 특정해야 한다.

예) 별지 제1호서식 앞쪽 처리기간란 중 “5일”을 “즉시”로 하고, 같은 쪽 “주민등록 번호란”을 “생년월일란”으로 한다.

나) 서식의 추가에 따라 가지번호를 부여할 경우에는 기존의 서식과 추가되는 서식의 내용이 다른 경우와 같은 경우로 구분하여 표현한다.

(1) 내용이 다른 사항에 대한 서식을 추가할 경우

별지 제3호의2서식을 별지와 같이 신설한다.

(2) 내용이 같은 사항에 대한 서식을 추가할 경우

별지 제3호서식(2)을 별지와 같이 신설한다.

3. 전부개정 방식

가. 개정법령의 제명

개정되는 기존 법령의 제명을 쓰고 그 제명에 이어서 “전부개정법률안” 또는 “전부개정령안”이라고 쓴다.⁶⁹⁸⁾

【법률】

소득세법 전부개정법률안

【대통령령/총리령/부령】

소득세법 시행령 전부개정령안
소득세법 시행규칙 전부개정령안

나. 전부개정법령안의 형식

제명 다음에 줄을 바꾸어 “○○법(영) 전부를 다음과 같이 개정한다.”라는 개정지시문을 붙이고, 다시 줄을 바꾸어 개정된 후의 제명을 쓰며, 그 이하는 제정의 경우와 같이 본칙과 부칙의 조문을 차례로 쓴다.

698) 종전에는 “소득세법개정법률안”으로 썼으나 일부개정과 전부개정을 구분하기 어려운 점 등을 고려해 2005년 1월 1일부터 위와 같이 변경했다.

법률 제○○호

○○○법 전부개정법률안

○○○법 전부를 다음과 같이 개정한다.

○○○법

제1조(○○) -----.

제2조(○○) -----.

부 칙

-----.

다. 제정법령안의 형식

법률 제○○호

○○○법안

제1조(○○) -----.

제2조(○○) -----.

부 칙

-----.

제정법령안은 전부개정법률안의 “○○○법 전부개정법률안”과 같은 개정법령의 제명을 붙이지 않고, “○○○법 전부를 다음과 같이 개정한다”는 개정지시문에 대체되는 “○○○법을 다음과 같이 제정한다”는 표현도 하지 않으며, 바로 제정되는 법령의 제명을 쓴 다음 본칙과 부칙의 조문을 차례로 쓴다.

02
법령의 개정 방식과
폐지 방식

4. 공포 후 시행 전 조문의 개정문 작성 방식

가. 공포 후 시행 전 조문 개정의 의의

법령의 개정은 현재 시행 중인 ‘현행 법령’의 조문을 대상으로 하는 것이 원칙이나 정책이 중간에 변경되거나 관계 법령이나 조문의 개정에 따른 부수적 개정이 필요한 경우 등의 사유로 ‘공포 후 시행 전 조문’(법령이 공포되어 개정이 확정되었으나 아직 시행일이 도래하지 않은 법령의 개정조문을 말한다)을 개정해야 하는 경우가 발생할 수 있다. 우리나라는 개정 법령의 내용이 기존 법령의 내용에 흡수되는 흡수개정 방식을 취하고 있고, 개정 법령이 기존 법령에 흡수되는 시점을 ‘시행일’로 보고 있으므로 공포 후 시행 전 조문은 기존 법령에 흡수되지 않고 “일부개정법령” 형식으로 독립하여 존재하게 된다. 따라서 현재 시행 중인 규정에 대한 개정문과는 달리 ‘공포 후 시행 전 조문’에 대한 개정문을 별도로 만들어야 한다.

나. 공포 후 시행 전 조문의 판단기준

법령을 개정하는 경우 공포 후 시행 전 조문이 있는지는 ‘개정하려는 조문’의 ‘시행일’을 기준으로 판단하게 된다. 대통령령이나 부령의 경우 개정 과정에서 시행일을 예측할 수 있으므로 ‘시행일’을 기준으로 판단하는 것이 가능하지만 법률의 경우에는 국회의 입법 과정이 남아있기 때문에 개정 과정에서 시행일을 예측하기 어려우므로 ‘국회 제출일’을 기준으로 공포 후 시행 전인지를 판단할 수밖에 없다. 법령안의 주된 시행일을 정하고 일부 조·항의 시행일을 달리 정한 경우에 주된 시행일은 도래하였으나 시행일이 도래하지 않는 일부 조·항을 개정해야 하는 경우⁶⁹⁹⁾에도 공포 후 시행 전 법령 개정 방식을 따르도록 한다.

또한, 개정하려는 법령 ‘조문’의 부분과 같은 부분에 대해 공포 후 시행 전 조문의 개정 규정이 있는지를 확인하여야 한다. 개정하려는 조문과 공포 후 시행 전 조문이 같은 부분이

699) 종전에는 법령안의 주된 시행일은 도래하였으나 일부 조·항의 시행일이 도래하지 않은 경우에는 그 법령 전체를 현행으로 개정하도록 했으나 해당 조·항의 경우 시행일이 도래하기 전에는 현행 규정으로 볼 수 없으므로 공포 후 시행 전 조문임을 특정하는 개정방식을 따르도록 변경하였다. 다만, 제정법령의 경우 제정법령 외의 종전 규정이 존재하지 않으므로 법령 호수를 특정하지 않아도 된다.

아니거나 공포 후 시행 전 조문의 체계에 영향을 주지 않는 등 모순이 발생하지 않는 경우라면 공포 후 시행 전 조문을 개정할 필요가 없다. 예를 들어 제2조제1항 본문 중 일부를 개정하려는 경우 제2조제1항 단서를 개정하는 공포 후 시행 전 조문이 있다면 제2조제1항 본문의 개정은 공포 후 시행 전 조문의 개정이 아니라 현행 조문을 기준으로 개정하면 된다.

다. 공포 후 시행 전 조문 개정 시 일반적인 작성 방법

1) 공포 후 시행 전 조문만 개정하는 경우

법령안 첫머리에 쓰는 개정지시문에 일부개정법률의 공포번호를 적고, 조문의 개정문은 일반적인 일부개정 형식으로 표현한다.

법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 일부를 다음과 같이 개정한다.
제○○조 중 “○○○”을 “▲▲▲”로 한다.

전부개정법률을 공포 후 시행 전에 다시 개정하려는 경우에도 시행 전 법률을 개정한다는 취지가 명확히 드러날 수 있도록 전부개정법률의 공포번호를 적는다.

법률 제○호 ○○○법 전부개정법률 일부를 다음과 같이 개정한다.
제○○조를 다음과 같이 한다.
제○○조(---) -----.

2) 현행 조문과 공포 후 시행 전 조문을 함께 개정하는 경우

개정 법령에서 현행 조문과 공포 후 시행 전 조문을 함께 개정하는 경우에는 개정지시문은 일반적인 형식으로 작성하고, 공포 후 시행 전 조문을 개정하는 개정문에 그 조문마다 공포 후 시행 전 법령의 공포번호와 제명을 적는다. 개정문 작성 순서는 현행 조문과 공포 후 시행 전 조문을 따로 구분하지 않고 조문 순서대로 개정문을 작성하며, 공포 후 시행 전 조문이 연이어 있는 경우에는 공포 후 시행 전 법령의 공포번호를 일괄하여 붙일 수 있다.

그리고, 공포 후 시행 전 법령(아직 흡수되지 않은 일부개정법령 형식)의 내용을 다시 개정한다는 점이 드러나도록 “~의 개정규정”이라는 표현을 사용한다. 공포 후 시행 전 조문은 법령이 공포되었더라도 시행일 전에는 흡수되지 않고 ‘일부개정법령’의 형식으로 존재하고 있기 때문에 일부개정법령의 개정문 자체를 다시 개정하는 것이 논리적일 수 있다. 그러나, 일부개정법령의 시행일 전에도 국가법령정보센터 등을 통해 시행 예정 법령(일부개정법령의 개정문이 반영된 조문 형태)을 쉽게 확인할 수 있고, 현행 법령의 조문을 개정하는 통상적인 개정문 방식이 더 작성·이해하기 용이하다는 점을 고려하여 ‘개정규정’은 ‘개정된 규정’을 의미하는 것으로 보고 개정문이 반영된 조문을 전제로 하여 개정문을 작성한다.

○○○법(률) 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2조 중 “○○”을 “▲▲”으로 한다.

법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 제3조의 개정규정 중 “◇◇”을 “■■”으로 한다.

제10조 중 “◎◎”을 “●●”으로 한다.

법률 제○호 ○○○법 일부개정법률 제12조의 개정규정을 다음과 같이 한다.

[입법례]

대통령령 제29682호

잔류성유기오염물질 관리법 시행령 일부개정령

잔류성유기오염물질 관리법 시행령 일부를 다음과 같이 개정한다.

(중 략)

별표 1 제12호 중 "푸란"을 "퓨란"으로 하고, 같은 표 제13호 중 "클로르데칸"을 "클로르데콘"으로 하며, 같은 표 제14호 중 "린단"을 "린텐"으로 하고, 같은 표 제26호를 다음과 같이 한다.

26. 폴리클로리네이트드나프탈렌(Polychlorinated naphthalenes, PCNs)

대통령령 제27965호 잔류성유기오염물질 관리법 시행령 일부개정령 별표 1 제28호의 개정규정을 제30호로 하고, 같은 표의 개정규정에 제28호 및 제29호를 각각 다음과 같이 신설한다.

28. 데카브로모디페닐에테르(Decabromodiphenyl ether, BDE-209)

29. 단쇄염화파라핀(Short-chain chlorinated paraffins, SCCPs)

다만, 예외적으로 “~의 개정규정” 표현 대신에 “~의 개정부분”이라는 표현을 사용해야 하는 경우가 있다. ‘개정부분’은 “a”를 “b”로 한다라는 개정문 전체를 의미하며, 개정문 자체를 개정해야만 하는 경우에만 사용한다.

[입법례]

대통령령 제28224호 의료기기법 시행령 일부개정령 (2017. 8. 1. 공포)	대통령령 제29786호 의료기기법 시행령 일부개정령 (2019. 5. 21. 공포)
별표 2 제2호라목을 사목으로 하고, 같은 호 라목부터 바목까지를 각각 다음과 같이 신설한다. (표 생략) ※ 의료기기 등급별 2019. 7. 1. ~ 2023. 7. 1. 시행	별표 2 제2호라목을 마목으로 하고, 같은 호에 라목을 다음과 같이 신설하며, 같은 호 마목(중전의 라목)의 근거 법조문란 중 “법 제56조제1항제3호”를 “법 제56조제1항제4호”로 한다. ※ 2019. 6. 12. 시행 (표 생략) 대통령령 제28224호 의료기기법 시행령 일부개정령 별표 2의 개정부분 중 “제2호라목을 사목으로 하고, 같은 호”를 “제2호라목 및 마목을 각각 사목 및 아목으로 하고, 같은 호에”로 한다. ※ 2019. 6. 12. 시행

개정하려는 조에 현재 시행 중인 내용과 시행예정인 내용이 함께 있는 경우에는 개정 대상(항·목)별로 각각 개정문을 작성하는 것이 원칙이다. 다만, 분리하여 개정문 작성이 어려운 경우에는 ‘조’나 ‘항’ 전체를 공포 후 시행 전 조문의 개정 방식으로 전부개정할 수 있다.⁷⁰⁰⁾

700) 국회도 개정되는 항·호·목 중 공포 후 시행 전 항·호·목의 시행일보다 먼저 시행되는 조문이 없고, 개정되는 조문에 복수의 현행 항·호·목과 공포 후 시행 전 항·호·목이 포함되어 있어 개정문을 분리하여 작성하기 어려운 경우에는 공포번호와 제명을 기입하여 예외적으로 조 단위로 작성할 수 있다고 하고 있다(국회, 『법제이론과 실제』, 2019년, 181쪽).

라. 시행일에 따른 공포 후 시행 전 조문의 개정 방식

1) 개정 조문의 시행일이 공포 후 시행 전 조문의 시행일과 같은 경우

일반적으로 개정 내용을 공포 후 시행 전 조문보다 먼저 시행해야 하는 정책적 이유가 없는 경우라면 공포 후 시행 전 조문을 개정하는 조문의 시행일은 공포 후 시행 전 조문의 시행일과 일치시키도록 한다. 이는 공포 후 시행 전 법령 개정규정의 시행일을 당초 공포 후 시행 전 조문의 시행일에 맞춰 규정하지 않는다면 공포 후 시행 전 법령을 개정하는 내용이 공포 후 시행 전 법령보다 먼저 시행하게 되는 논리 모순적 결과가 발생하고, 공포 순서와 시행 순서가 뒤바뀌는 등 흡수되는 과정에서도 혼란이 발생할 수 있기 때문이다.

[입법례] 공포 후 시행 전 조문에 호를 신설한 사례

대통령령 제27549호 고용보험법 시행령 일부개정령 (2016. 10. 18. 공포, 2017. 1. 1. 시행)	대통령령 제27738호 고용보험법 시행령 일부개정령 (2016. 12. 30. 공포, 2017. 1. 1. 시행)
제145조제2항제4호·제5호·제5호의2 및 제6호를 각각 제9호부터 제12호까지로 하고, 같은 항 제1호부터 제3호까지를 각각 제3호부터 제5호까지로 하며, 같은 항에 제1호·제2호 및 제6호부터 제8호까지를 각각 다음과 같이 신설한다. 1. 법 제15조에 따른 피보험자격에 관한 신고의 수리 등 2. 법 제16조제1항에 따른 이직확인서의 수리 6.·7. (생략) 8. 제4조에 따른 대리인 선임·해임의 신고 수리(대리인이 법 제15조 및 제16조에 관한 사항을 대리하는 경우에 한정한다)	대통령령 제27549호 고용보험법 시행령 일부개정령 제145조제2항의 개정규정에 제8호의2를 다음과 같이 신설한다. 8의2. 제35조제7호에 따른 일·가정 양립 지원사업을 위한 대부금의 관리·운영에 관한 사항

이 경우 공포 후 시행 전 조문의 개정에 따라 부칙을 둘 필요가 있을 수 있는데, 부칙은 흡수개정방식이 아닌 증보개정방식을 따르므로 종전 규정이 어떤 법령을 의미하는지 특정될 수 있도록 명확히 규정할 필요가 있다.

[입법례] 시행 예정인 전부개정령의 일부 조문을 개정하면서 부칙을 둔 사례

대통령령 제30800호 해양경찰청 소속 경찰공무원 임용에 관한 규정 전부개정령(2020. 6. 23. 공포)	대통령령 제31419호 해양경찰청 소속 경찰공무원 임용에 관한 규정 일부개정령(2021. 1. 26. 공포)
<p>해양경찰청 소속 경찰공무원 임용에 관한 규정 전부를 다음과 같이 개정한다.</p> <p>제31조(시험과목)경찰공무원 공개경쟁채용시험의 필기시험 과목은 별표 4와 같고, 경찰간부후보생 공개경쟁선발시험의 필기시험 과목은 별표 5와 같으며, 경찰공무원 경력경쟁채용시험등의 필기시험 과목은 별표 6과 같다. 다만, 별표 4 및 별표 5의 시험과목 중 다음 각 호의 시험과목은 해당 호에서 정하는 시험으로 대체할 수 있다.</p> <p>1. 영어 과목: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시험</p> <p>가. 해양경찰청장이 지정하는 국내외 외국어 시험전문기관에서 실시하는 영어시험</p> <p>나. 별표 7에 따른 영어능력 검정시험(경사 이하 채용시험은 제외한다)</p> <p>2. 한국사 과목: 해양경찰청장이 지정하는 한국사시험</p> <p>※ 2022. 1. 1. 시행: 제31조, 제34조, 별표 4~8</p>	<p>대통령령 제30800호 해양경찰청 소속 경찰공무원 임용에 관한 규정 전부개정령 제31조 각 호 외의 부분 단서의 개정규정 중 “대체할 수 있다”를 “대체한다”로 하고, 같은 조 각 호의 개정규정을 다음과 같이 한다.</p> <p>1. 영어 과목: 별표 7에 따른 영어능력검정시험</p> <p>2. 한국사 과목: 별표 7의2에 따른 한국사능력검정시험</p> <p>※ 2022. 1. 1. 시행</p> <p style="text-align: center;">부 칙</p> <p>제3조(진행 중인 시험에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 공고된 시험에 대해서는 대통령령 제30800호 해양경찰청 소속 경찰공무원 임용에 관한 규정 전부개정령 제31조, 별표 4부터 별표 7까지의 개정규정 및 별표 7의2의 개정규정에도 불구하고 그에 해당하는 종전의 「해양경찰청 소속 경찰공무원 임용에 관한 규정」(대통령령 제30800호로 전부개정되기 전의 것을 말한다) 제5조 및 별표 3부터 별표 6까지의 규정에 따른다.</p>

02
법령의 개정 방식과
폐지 방식

2) 개정 조문의 시행일을 공포 후 시행 전 조문의 시행일보다 빠르게 해야 하는 경우

개정하려는 조문에 대한 공포 후 시행 전 조문이 있는 경우로서 개정 조문의 시행일을 공포 후 시행 전 조문의 시행일보다 빠르게 시행해야 하는 경우가 있다. 예를 들어, 2022. 10. 1. 시행 예정인 “a(현행 규정)”를 “b”로 개정하는 공포 후 시행 전 조문이 있는데, “a”를

“c”로 개정하여 2022. 5. 1. 시행하도록 하려는 경우이다. 이러한 경우 개정 내용에 모순이 발생하지 않고 순차적으로 개정 내용이 반영되도록 현행 규정과 공포 후 시행 전 조문을 동시에 개정해야 한다.

[입법례] 제18조의2와 제18조의3을 신설하는 공포 후 시행 전 조문이 있는데, 해당 조문의 시행 전에 제18조의2를 다시 신설하는 개정이 필요한 경우

목재의 지속가능한 이용에 관한 법률 시행령(현행)	대통령령 제28691호 목재의 지속가능한 이용에 관한 법률 시행령 일부개정령 (2018. 3. 6. 공포)	대통령령 제28919호 신산업 등의 규제혁신을 위한 도로교통법 시행령 등 8개 대통령령 일부개정령 (2018. 5. 28. 공포)
제18조(목재제품 신기술의 지정) (생략)	제18조의2 및 제18조의3을 각각 다음과 같이 신설한다. 제18조의2(수입신고) (생략) 제18조의3(수입검사 등) (생략) ※ 2018. 10. 1. 시행	제18조의2를 다음과 같이 신설한다. 제18조의2(우선구매) ① 법 제19조제2항에서 “대통령령으로 정하는 금액”이란 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제4조제1항 각 호 외의 부분 본문에 따라 기획재정부장관이 정하여 고시하는 국제입찰에 따른 정부조달계약의 금액 중 최저금액을 말한다. ② 법 제19조제2항에서 “대통령령으로 정하는 일정 비율”이란 별표 1의2에 따른 비율을 말한다. ※ 2018. 5. 29. 시행 대통령령 제28691호 목재의 지속가능한 이용에 관한 법률 시행령 일부개정령 제18조의2 및 제18조의3의 개정규정을 각각 제18조의3 및 제18조의4로 한다. ※ 2018. 10. 1. 시행

[입법례] 별표 4를 전부개정하는 시행 전 조문의 시행일 전에 별표 4의 일부 내용을 변경하려는 경우

공무원임용시험령(현행)	대통령령 제29374호 공무원임용시험령 일부개정령 (2018. 12. 18. 공포)	대통령령 제31046호 공무원임용시험령 일부개정령 (2020. 9. 22. 공포)
<p>[별표 4] (비고 중 전단) 위 표에서 정한 시험은 해당 5급 공무원 공개경쟁채용 시험 및 외교관후보자 선발 시험의 최종시험 시행예정일부터 역산(逆算)하여 4년이 되는 해의 1월 1일 이후에 실시된 시험으로서 제1차시험 시행예정일 전날 까지 점수(등급)가 발표된 시험으로 한정하며, 기준 점수가 확인된 시험만 인정한다.</p>	<p>별표 4를 별지와 같이 한다. (별지 중 비고 전단) 위 표에서 정한 시험은 5급 공무원의 공개경쟁채용시험, 7급 공무원(7급에 상당하는 외무영사직렬, 외교정보기술직렬 외무공무원을 포함한다)의 공개경쟁채용시험 및 외교관후보자 선발시험의 최종시험 시행예정일부터 역산하여 4년이 되는 해의 1월 1일 이후에 실시된 시험으로서 제1차시험 시행예정일 전날까지 등급이 발표된 시험으로 한정하며, 기준점수가 확인된 시험만 인정한다. ※ 2021. 1. 1. 시행</p>	<p>별표 4 비고 전단 중 “최종시험 시행예정일”을 “제1차시험 시행예정일”로, “4년이 되는 해”를 “4년 이상이 되는 해로서 인사혁신처장이 정하여 고시하는 해”로 한다. ※ 2020. 9. 22. 시행 대통령령 제29374호 공무원임용시험령 일부개정령 별표 4 비고 전단의 개정규정 중 “최종시험 시행예정일”을 “제1차시험 시행예정일”로, “4년이 되는 해”를 “4년 이상이 되는 해로서 인사혁신처장이 정하여 고시하는 해”로 한다. ※ 2021. 1. 1. 시행</p>

02
법령의 개정 방식과
폐지 방식

3) 개정하고 있는 법률의 시행일이 ‘공포 후 시행 전 조문’의 시행일보다 더 늦게 오는 것이 분명한 경우

개정 조문의 시행일이 공포 후 시행 전 조문의 시행일보다 늦게 오는 것이 분명한 경우라고 하더라도 공포번호를 특정하여 공포 후 시행 전 조문의 개정임을 명확히 할 필요가 있다. 법률의 경우에는 개정 조문의 시행일이 언제가 될지는 최종적으로 국회에서 결정되므로 정부 입법과정 중에는 공포 후 시행 전 조문의 시행일보다 늦게 오는 것이 분명하다고 확정할 수 없기 때문에 ‘국회 제출일’을 기준으로 공포 후 시행 전 조문이라면 공포 후 시행 전 조문 개정방식에 따라 작성하여야 한다.

대통령·부령의 경우에도 개정 조문의 시행일이 공포 후 시행 전 조문의 시행일보다 늦게

오는 것이 분명하더라도 공포 후 시행 전 조문의 개정방식을 따를 필요가 있는 경우가 있다. 공포 후 시행 전 조문의 시행일 이전에 공포 후 시행 전 조문을 개정하는 개정령이 공포되는 경우라면 공포 시, 공포 당시의 현행 규정을 개정하는 것인지, 시행하는 시점의 현행 규정(공포 후 시행 전 조문이 반영된 현행 규정)을 개정하는 것인지 혼란이 발생할 수 있기 때문에 공포 후 시행 전 조문을 개정하는 것임을 알 수 있도록 공포 후 시행 전 조문의 개정방식을 따른다.

5. 관련성 있는 법령을 함께 개정하는 방식

가. 필요성

법령을 개정할 때에는 하나의 법령을 대상으로 개정하는 것이 원칙이고, 둘 이상의 법령을 개정할 때에는 개정법령안을 따로 입안하여 개정하는 것이 원칙이다.

그러나 어떤 법령을 개정할 때 해당 개정 사항과 관련되는 다른 법령의 규정을 동시에 개정해야 할 경우가 있다. 예를 들어 「정부조직법」을 개정하여 중앙행정기관으로 여성가족부를 신설하고 여성가족부장관에게 보건복지가족부장관이 하던 업무의 일부를 분장하게 하는 경우 각 개별 법률에 따른 보건복지가족부장관의 소관 사항 중 여성정책과 관련된 권한을 여성가족부장관의 소관 사항으로 개정해야 할 필요가 있으며 이는 동시에 개정해야 한다.

이 경우 각각 별도의 개정법률안으로 개정하면 법령 개정의 시차가 발생할 소지가 있고 이로 인한 시행상의 혼란이 초래될 뿐만 아니라 별도의 입법절차로 인한 비경제성·비능률성을 초래한다. 이와 같은 점을 방지하기 위해 필요하면 둘 이상의 법령의 개정안을 하나의 개정법령안에 포함하여 개정한다.

또한, 국가 재정에 부담이 되는 특례 규정 등을 개별 법률에서 남설하는 것을 방지하기 위해 “이 법에 따르지 않고는 ~~~을 할 수 없다”라는 규정을 두어 해당 법률 외의 다른 법률의 개정만으로 특례가 신설되지 않도록 제한하는 경우가 있다. 예를 들어, 「토지이용규제기본법」 제5조는 같은 법 별표에 규정된 지역·지구 등, 다른 법률의 위임에 따라 대통령령에 규정된 지역·지구등으로서 이 법의 대통령령에 규정된 지역·지구 등 외에는 지역·지구 등의 신설을 제한하는 규정을 두고 있으므로, 다른 법률에서 지역·지구를 신설하려면 「토지

이용규제 기본법」 별표를 동시에 개정해야 한다. 특히, 「국유재산특례제한법」 및 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」은 위와 같은 규정을 두면서 “이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다”는 규정을 추가로 두고 있다. 이 경우에는 개별 법률에서 ‘다른 법률의 개정방식’을 통해 개정할 수 없고, 개별 법률의 개정안과 함께 해당 법률의 개정안을 국회에 함께 제출해야 한다.

개별 법률에 의한 특례 등의 신설을 제한하는 법률

근거 법률	제한 내용	관련 조항
국가재정법	특별회계 설치	제4조(회계구분) ③특별회계는 국가에서 특정한 사업을 운영하고자 할 때, 특정한 자금을 보유하여 운영하고자 할 때, 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때에 법률로써 설치하되, 별표 1에 규정된 법률에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.
	기금 설치	제5조(기금의 설치) ①기금은 국가가 특정한 목적을 위하여 특정한 자금을 신축적으로 운용할 필요가 있을 때에 한정하여 법률로써 설치하되, 정부의 출연금 또는 법률에 따른 민간부담금을 재원으로 하는 기금은 별표 2에 규정된 법률에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.
국유재산특례제한법	국유재산특례 신설	제4조(국유재산특례의 제한) ① 국유재산특례는 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 정할 수 없다. ② 이 법 별표는 이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다.
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률	토지의 수용·사용 신설	제4조의2(토지등의 수용·사용에 관한 특례의 제한) ① 이 법에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업은 제4조 또는 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 정할 수 없다. ② 별표는 이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다.
농지법	농지 소유 특례 신설	제6조(농지 소유 제한) ④이 법에서 허용된 경우 외에는 농지 소유에 관한 특례를 정할 수 없다.

02
법령의 개정 방식과
폐지 방식

근거 법률	제한 내용	관련 조항
부담금관리 기본법	부담금 신설	제3조(부담금 설치의 제한) 부담금은 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 설치할 수 없다.
조세특례제한법	조세특례 신설	제3조(조세특례의 제한) ①이 법, 「국세기본법」 및 조약과 다음 각 호의 법률에 따르지 아니하고는 조세특례를 정할 수 없다. 1. ~ 25. (생략)
지방세특례제한법	지방세특례 신설	제3조(지방세특례의 제한) ① 이 법, 「지방세기본법」, 「지방세징수법」, 「지방세법」, 「조세특례제한법」 및 조약에 따르지 아니하고는 「지방세법」에서 정한 일반과세에 대한 지방세 특례를 정할 수 없다.
지방재정법	지방채 발행 신설	제11조의2(지방채 발행의 제한) 지방채는 이 법과 다음 각 호의 법률에 의하지 아니하고는 발행할 수 없다. 1. ~ 21. (생략)
토지이용규제 기본법	지역·지구 등 신설	제5조(지역·지구등의 신설 제한 등) 지역·지구등은 다음 각 호에 규정된 것 외에는 신설(지역·지구등을 세분하거나 변경하는 것을 포함한다. 이하 같다)할 수 없다. 1. 별표에 규정된 지역·지구등 2. 다른 법률의 위임에 따라 대통령령에 규정된 지역·지구등으로서 이 법의 대통령령에 규정된 지역·지구등 3. 다른 법령의 위임에 따라 총리령, 부령 및 자치법규에 규정된 지역·지구등으로서 국토교통부장관이 관보에 고시하는 지역·지구등

나. 개정 방식

둘 이상의 법령을 하나의 개정법령안에 포함하여 개정하는 방법으로는 i) 부칙으로 개정하는 방식: A법을 개정하면서 A법 일부개정법률안의 부칙에 B법의 관련 조항을 개정하는 방식과 ii) 본칙으로 개정하는 방식: A법과 B법을 같이 본칙에서 개정하는 방식이 있다 (일괄개정법령안을 만드는 방식).

다. 법령 제명

가) A라는 법령을 제정하거나 개정하면서 부칙에서 B라는 법령을 개정하는 경우에는 법령 제명에 B법령의 개정을 표시할 필요는 없다. 요컨대, 부칙에서 다른 법령을 개정하는 경우에도 법령의 제명은 부칙에서 다른 법령을 개정하지 않는 법령과 같다.

나) A라는 법령을 제정하거나 폐할 즈음에 B, C라는 여러 관계 법령 규정을 동시에 개정할 필요가 있으나 이들의 원인을 일으킨 법령의 부칙에서 개정하기에는 개정 내용이 중요하여 부적당할 때나 여러 법령이 하나의 공통된 동기에 근거하여 개정되지만 양자의 개정 필요성 면에서 인과 관계가 없고 병렬적일 때에는 따로 법령의 제정 형식을 취하여 그 본칙에서 개정하도록 한다. 이 경우 제명은 다음 예시를 참고하여 적절히 붙이도록 한다.

[예시]

“~을 위한 ○○개 법률(법령)의 일부개정에 관한 법률안(대통령령안, 00부령안)”

라. 개정문 표현 방법

가) 부칙에서 다른 법령을 개정하는 경우에는 “(다른 법령의 개정)”과 같은 조 제목을 붙이고, 개정되는 법령이 다수인 경우에는 법령별로 각각 항을 나누어 개정문을 작성한다.

[입법례] 부칙에서 하나의 법령을 개정한 사례

개별소비세법
부 칙
(법률 제12157호, 2014. 1. 1.)
제6조(다른 법률의 개정) 교육세법 중 일부를 다음과 같이 개정한다.
제3조제2호 중 “가목·나목·마목 및 사목의 물품”을 “가목·나목·마목·사목 및 자목의 물품”으로 한다.

[입법례] 부칙에서 둘 이상의 법령을 개정한 사례

국립대학치과병원 설치법

부 칙
(법률 제8637호, 2007. 10. 17.)

제14조(다른 법률의 개정) ① 국립대학병원 설치법 일부를 다음과 같이 개정한다.
 제1조 중 “의학 및 치의학”을 “의학”으로 한다.
 제4조제1항제5호 중 “의학, 치의학 및 약학”을 “의학 및 약학”으로 한다.
 제5조제1항 중 “치의학과, 약학과 또는 제약학과”를 “약학과 또는 제약학과”로 한다.
 제6조 중 “병원” 또는 “치과병원”을 “병원”으로 한다.
 제9조제2항 중 “의과대학장 및 치과대학장(치과대학이 설치되어 있는 경우에 한한다)”을 “의과대학장 및 관련대학의 치과병원장(해당 학교에 치과병원이 설립되어 있는 경우에 한한다)”으로 한다.
 ② 한국교직원공제회법 일부를 다음과 같이 개정한다.
 제7조의2제2항제4호 중 “국립대학병원설치법”을 “「국립대학병원 설치법」·「국립대학치과병원 설치법」”으로 한다.

나) 본칙으로 복수의 법령을 개정하는 경우에는 각 개정 대상 법령별로 조를 두고 개정지시문을 붙인다. 각 조마다 “(○○법의 개정)”과 같이 조 제목을 붙이고 개정문을 작성한다.

[입법례] 본칙으로 다른 법령을 개정한 사례

**중앙행정권한 및 사무 등의 지방 일괄 이양을 위한 물가안정에 관한 법률 등
46개 법률 일부개정을 위한 법률
(법률 제17007호, 2020. 2. 18.)**

제1장 기획재정부 소관

제1조(「물가안정에 관한 법률」의 개정) 물가안정에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다. 제3조 중 “주무부장관은”을 “주무부장관 또는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)”으로 하고, 같은 조에 단서를 다음과 같이 신설한다.
(이하 생략)

제2장 교육부 소관

제2조(「경제자유구역 및 제주국제자유도시의 외국교육기관 설립·운영에 관한 특별법」의 개정) 경제자유구역 및 제주국제자유도시의 외국교육기관 설립·운영에 관한 특별법 일부를 다음과 같이 개정한다.
 제5조제1항을 다음과 같이 한다.
(이하 생략)
 제3조 이하 생략

마. 개정 한계

1) 개정법령 간의 관련성

둘 이상의 법령의 개정을 하나의 일부개정법령안에 포함하여 개정하는 것은 개정하려는 둘 이상의 법령 간에 다음과 같은 관련성이 있어야 한다.

가) 부칙 개정 방식에 의하는 경우

부칙으로 다른 법령을 개정하는 입법 형식은 어느 법령의 제정·개정 또는 폐지에 따라 부수적으로 다른 법령을 개정할 필요가 발생한 경우에 인정되므로, 자구 수정이나 경미한 사항의 개정 등 정리하는 정도의 개정에만 한정된다(제2편 제5장 9. 다른 법령의 개정에 관한 규정 참조).

나) 본칙 개정 방식에 의하는 경우

복수의 법령을 하나의 개정법령안의 본칙에 포함하여 함께 개정하는 것은 예외에 속하는 일로서 개정되는 각 법령의 시행일이 같거나 서로 가까워야 하는 것 외에 다음의 어느 하나에 해당해야 한다.

- i) 개정되는 각 법령이 규정하고 있는 대상이 같거나 동질적이고, 개정되는 각 법령의 개정 취지가 같을 것
- ii) 예산이나 행정 제도의 개편에 따라 같거나 관련성이 깊은 정책을 일괄적으로 수행하는 데에 필요한 경우로서 관계 법령을 개정할 필요가 있을 것

2) 개정법령 종류의 동질성

둘 이상의 법령을 하나의 개정법령안에 포함하여 개정하는 경우 같은 종류의 법령끼리만 개정할 수 있고 다른 종류의 법령을 개정할 수 없다(예컨대 법률을 개정하면서 대통령령이나 부령을 묶어서 개정할 수 없다). 부령이면 공포권자가 같은 부령끼리만 개정할 수 있고 공포권자가 다른 부령은 함께 개정할 수 없다. 예컨대 보건복지부령을 개정하면서 국토교통부령을 개정할 수 없다.

6. 공동부령의 개정 방식

가. 공동부령의 형식

법률 등에서 어떠한 사항을 부령으로 정하도록 위임하는 경우 보통은 어느 하나의 ‘부(部)’의 부령으로 정하도록 위임한다(예: 응급환자의 이송절차 등에 관해 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다). 그러나 위임하는 사항이 둘 이상의 부의 소관 사항 등인 경우에는 둘 이상의 부의 공동부령으로 정하도록 위임하는 경우가 있다(예: 구급자동차의 형태·표시 등에 관한 기준은 보건복지부와 국토교통부의 공동부령으로 정한다). 공동부령은 관련되는 해당 부가 함께 공포하고 공동으로 관리한다. 다만, 부령의 공포번호는 부별로 따로 부여한다.

행정안전부령 제68호

교육부령 제97호

보건복지부령 제400호

국토교통부령 제305호

어린이·노인 및 장애인 보호구역의 지정 및 관리에 관한 규칙

제1조(목적) -----.

제2조 (이하 생략)

나. 공동부령의 개정 방식

공동부령은 관련되는 해당 부가 공동으로 관리하므로 이를 개정할 때에는 반드시 해당 부가 공동으로 개정해야 하며 어느 하나의 부만이 단독으로 개정해서는 안 된다.

농림축산식품부령 제148호

해양수산부령 제145호

농어촌정비법 시행규칙 일부개정령

농어촌정비법 시행규칙 일부를 다음과 같이 개정한다. (이하 생략)

공동부령의 공포번호는 부별로 고유의 번호를 부여한다고 해서 부별로 별도의 부령이 있는 것은 아니고 공동으로 관리하는 하나의 부령으로 존재한다. 따라서 공동부령의 소관 부가 추가되는 경우에도 추가되는 부의 공동부령에 대한 제정형식의 입법이 필요 없다. 다만, 그 이후의 개정 시 추가되는 부의 공포번호만 부여하면 되며, 공동부령의 소관 부 간의 업무 조정으로 공동부령의 소관 부 중 어느 부가 없어질 경우에도 해당 부의 공동부령 폐지는 필요 없고 그 이후부터의 해당 공동부령 개정 시 해당 부의 공포번호를 삭제하면 된다.

7. 폐지 방식

가. 폐지 방식의 유형

어느 법령을 폐지하는 방식에는 새로 제정하거나 개정하는 법령의 부칙에 폐지 규정을 두는 방식과 폐지를 위한 법령을 따로 제정하는 방식의 두 가지가 있다.

전자의 방식은 어느 법령이 제정되거나 개정되는 결과로서 기존의 법령을 폐지할 필요가 있을 때에 취하고, 후자의 방식은 다른 법령의 제정·개정과는 관계없이 어느 법령을 폐지할 필요가 있을 때에 취한다.

나. 폐지 방식의 유형에 따른 규정례

1) 부칙에서 폐지하는 방식

부칙 중 시행일에 관한 조 다음에 조를 두어 폐지한다.

부 칙	
제1조(시행일)	-----.
제2조(다른 법률의 폐지)	○○○법을 폐지한다.

폐지 법령의 호수를 표시할 필요가 있는 경우 인용되는 법령의 호수는 폐지되는 법령의 제정 호수(해당 법령이 전부개정된 적이 있으면 그 전부개정된 호수)를 표시한다.

부 칙

제1조(시행일) -----.

제2조(다른 법률의 폐지) 법률 제○○○호 ○○법을 폐지한다.

2) 폐지 법령의 형식

“○○법(영) 폐지법률안(폐지령안)”이란 명칭을 붙이고 본칙으로 해당 법령을 폐지한다는 폐지문을 쓰고 부칙에 관한 사항을 쓴다.

법률 제○○호

○○법 폐지법률안

○○법을 폐지한다.

부 칙

-----.

폐지 법령의 호수를 표시할 필요가 있는 경우 인용되는 법령의 호수는 폐지되는 법령의 제정 호수(해당 법령이 전부개정된 적이 있으면 그 전부개정된 호수)를 표시한다.

법률 제○○호

○○법 폐지법률안

법률 제○호 ○○법을 폐지한다.

부 칙

-----.

제 3 장 법령 용어와 표현

1. 법령 용어의 통일적 사용

법령에 사용하는 용어는 하나의 법령 또는 서로 밀접한 관련이 있는 법령 간에 통일성을 유지해야 한다. 하위법령에서는 상위법령에서 사용하는 용어를 특별한 사정이 없으면 다른 용어로 바꾸어 사용하면 안 된다.

또한 둘 이상의 용어가 같은 뜻으로 사용되고 있으면 용어 사용에 혼란이 없도록 가장 적절하고 순화된 용어로 통일하여 쓴다.

가. 간주한다/본다/추정한다

일본식 한자어 ‘간주한다’는 ‘본다’로 순화해서 쓴다. ‘본다’는 일정한 사실이 그렇지 않은 경우라도 입법의 필요에 의하여 그렇다고 여기는 것을 말한다. 법령에서 ‘본다’라고 규정하면 입법적으로 확정된 것이므로 사실이 그렇지 않다는 반대증거가 제시되더라도 법령의 규정 내용이 바뀌지 않는다.

반면에 ‘추정한다’는 어느 쪽인지 증거가 분명하지 않을 때 일단 그러리라고 입법적 판단을 하는 것을 말한다. 그러므로 당사자가 반대증거를 제시하면 추정의 효력은 그 증거에 의하여 더는 유지되지 못한다.

나. 소멸시효/제척기간

소멸시효는 권리자가 일정 기간 권리를 행사하지 않는 상태가 계속되면 그 권리를 소멸하게 하는 제도이고, 제척기간은 법률관계를 조속히 확정하기 위해 일정한 권리가 존속하는 기간을 정하는 제도이다. 제척기간에는 소멸시효와 달리 소급효·중단·정지·포기와 같은 제도가 없다.

소멸시효 및 제척기간이 만료되면 권리가 소멸되므로 반드시 법률에 근거가 있어야 하고⁷⁰¹⁾, 소멸시효는 “시효의 완성으로 소멸한다” 등으로 규정하고, 제척기간은 권리 존속기간을 규정한다. 제척기간을 정하는 경우 기간만 규정하면 제척기간인지, 훈시규정인지 명확하지 않으므로⁷⁰²⁾ 기간이 지나면 신청 등 행위를 할 수 없음을 명시하는 방법이 바람직하다.

[입법례] 소멸시효를 규정한 사례

아동수당법

제20조(시효) 아동수당 수급권자의 권리와 제16조에 따른 환수금을 환수할 권리는 5년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.

국세기본법

제27조(국세징수권의 소멸시효) ① 국세의 징수를 목적으로 하는 국가의 권리(이하 이 조에서 “국세징수권”이라 한다)는 이를 행사할 수 있는 때부터 다음 각 호의 구분에 따른 기간 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다. 이 경우 다음 각 호의 국세의 금액은 가산세를 제외한 금액으로 한다.

1. 5억원 이상의 국세: 10년
 2. 제1호 외의 국세: 5년
- ② ~ ④ (생략)

701) 일정한 권리에 관하여 법률이 규정한 존속기간을 뜻하는 제척기간은 권리관계를 조속히 확정시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이므로, 모법인 법률에 의한 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수는 없다(대법원 1990. 9. 28. 선고 89누2493 판결).

702) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018도47264 판결

[입법례] 제척기간을 규정한 사례

의사상자 등 예우 및 지원에 관한 법률

제18조(신청기간의 제한) 제8조부터 제14조까지의 규정에 따른 보상금지급·의료급여·교육 보호·취업보호 및 장애보호는 의사상자 인정결정을 통보받은 날(교육보호의 경우 그 통보를 받은 날 당시에 교육보호사유가 없는 경우에는 이후에 교육보호사유가 발생한 날을 말한다) 부터 3년이 지나면 신청할 수 없다.

행정기본법

제23조(제재처분의 제척기간) ① 행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 제재처분(인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과를 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 할 수 없다.
② ~ ④ (생략)

다. 협의/합의/승인/동의

‘협의’는 주로 상대방의 의견을 구할 때에 쓰고, ‘합의’는 상대방과 의사를 합치해야 할 때에 쓴다. ‘승인’은 주로 감독자나 상급자에게 감독을 받는 자나 하급자가 인정의 의사를 구할 때에 쓰고, ‘동의’는 상대방에게 찬반의 의견을 구할 때에 쓴다.

대체로 대등한 행정기관 간에 ‘협의’를 한다고 할 때 상호 간에 의사를 완전히 합치해야 한다는 의미인지 아니면 양쪽이 의견을 교환하는 정도로 충분한 것인지에 의문이 있으므로 입안 시에 구체적으로 규정해야 한다.

라. 기일/기한/기간

‘기일’은 어떤 행위가 행해지거나 어떤 사실이 생기게 될 일정한 시점이나 시기(변론기일·공판기일 등)를 말하고, ‘기한’은 어떤 법률의 효력이 언제부터 발생한다든지 언제까지 효력을 가진다든지 하는 것과 같이 법률효과가 발생하는 시기나 소멸하는 시기가 정해져

있는 것을 말한다. 그리고 ‘기간’은 어느 일정한 시기부터 다른 일정한 시기까지의 사이를 뜻하는 말로 시간적인 간격을 표시하는 말이다.

따라서 ‘허가기간’, ‘면허기간’ 같이 어떠한 행위가 행해지거나 사실이 발생하는 시점과 종점이 정해져 있는 경우에는 ‘기간’으로 쓰고, ‘납부기한’, ‘제출기한’과 같이 종점만이 정해져 있는 경우에는 ‘기한’으로 쓴다. 또한 그 기간을 늘리거나 기한을 늦추는 경우에도 이를 구별하여 ‘기간’에는 ‘연장’으로, ‘기한’에는 ‘연기’로 쓴다.

마. 즉시/지체 없이

‘즉시’는 ‘어떤 일이 행하여지는 바로 그때’라는 뜻으로 시간적 즉시성이 좀 더 강한 것이다. 이에 비하여 ‘지체 없이’는 시간적 즉시성이 강하게 요구되지만 정당하거나 합리적인 이유에 따른 지체는 허용되는 것으로 해석되며, 사정이 허락하는 범위에서 가장 신속하게 해야 한다는 뜻으로 사용한다.

바. 한다/하여야 한다

의무를 나타내는 서술어로 ‘한다’와 ‘하여야 한다’를 사용하고 있으나, 의무임을 명확하게 나타내려면 원칙적으로 ‘하여야 한다’를 사용할 필요가 있다.

‘한다’는 “법인으로 한다”, “임기는 3년으로 한다”, “시효의 완성으로 소멸한다”와 같이 권리·의무가 직접 발생, 변경 또는 소멸하는 경우에만 사용하는 것이 바람직하다. 부득이 ‘한다’를 의무를 부과하는 의미로 사용하는 경우에도 해석상 혼란이 없도록 서로 관련되는 법령 문장에서는 ‘한다’와 ‘하여야 한다’를 통일적으로 사용해야 한다.

사. “제○조에 따른 ~”과 “제○조의 ~”

다른 규정을 인용하는 경우 어떤 사항이 확정적으로 규정된 사항을 인용하는 경우 “제○조의 ~”를, 확정적으로 규정되어 있지 않아 조문 전체를 보고 인용되는 내용을 파악해야 할 경우에는 “제○조에 따른 ~”을 사용하도록 한다. 예컨대, 법 제○조에서 허가 취소와 관련된

전반적인 내용을 담고 있을 때에는 “제○조에 따른 허가의 취소를 하려는 경우” 등으로 인용하고, 법 제○조에 명시된 특정명사(“참고인”)는 “제○조의 참고인”으로 인용한다.

[입법례] “제○조에 따른 ~” 을 사용한 입법례

대안교육기관에 관한 법률
제20조(시정명령) 교육감은 대안교육기관이 시설·설비 및 그 밖의 사항에 관하여 관계 법령 또는 해당 대안교육기관의 학칙을 위반한 경우에는 대안교육기관의 장에게 기간을 정하여 그 <u>시정을 명할 수 있다</u> .
제24조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.
1. 제5조제4항에 따른 변경등록을 하지 아니하고 대안교육기관을 운영한 자
2. 제8조에 따른 폐쇄신고를 하지 아니하고 대안교육기관을 폐쇄한 자
3. <u>제20조에 따른 시정명령을 이행하지 아니한 자</u>
② (생략)

[입법례] “제○조의 ~” 를 사용한 입법례

지하수법 시행령
제7조(지하수관리기본계획) ① ~ ⑤ (생략)
⑥ 법 제6조제1항제6호에서 “그 밖에 지하수의 관리에 관한 사항”은 다음 각 호의 사항으로 한다.
1. ~ 2. (생략)
3. 지하수의 관리에 관한 <u>투자계획</u>
4. (생략)
⑦ 삭제
⑧ 법 제6조제5항 단서에서 “대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 경우”란 다음 각 호의 경우를 말한다.
1. (생략)
2. <u>제6항제3호의 투자계획을 변경하는 경우</u>

2. 약칭 사용

가. 약칭의 의의

‘약칭’이란 법령에서 반복하여 사용되는 문구나 단어군을 맨 처음 나오는 조항에서 그 문구나 단어군을 대표할 수 있는 문구나 단어로 줄여 간단하게 표시하는 방법을 말한다. 이는 법령 조항의 복잡한 내용을 간결하게 표현한다는 점에서 의미가 있다.

약칭을 사용하면 입법을 할 때에 다소 편의를 도모할 수 있으나 일반국민에게는 법령의 내용을 제대로 이해하기 어렵게 하는 문제점도 있다. 익숙하지 않은 약칭은 그 약칭한 조항을 찾아가서 정식 용어를 확인해야 비로소 의미를 파악할 수 있기 때문이다.

또한 약칭은 정의 규정과 같은 기능으로 사용되는 경우도 있다. 정의 규정은 법령에서 사용되는 용어의 정확한 의미를 밝히기 위해 두는 것으로서 법령의 목적 조문 다음에 별도의 조문으로 두는 것이 일반적이지만, 예외적으로 해당 용어가 나오는 조문에서 괄호 안에 그 의미를 밝히는 방식을 사용하거나 반대로 조문에서 의미를 자세히 밝혀주고 이를 한 단어로 약칭하는 방식도 사용된다. 예컨대, “출자총액(취득하거나 소유하려는 다른 국내주식의 취득가액의 합계액을 말한다. 이하 같다)”이라고 규정할 수도 있고, “취득하거나 소유하려는 다른 국내주식의 취득가액의 합계액(이하 “출자총액”이라 한다)”이라는 방법으로 약칭을 사용할 수도 있다. 이는 정의 조항에서 “이 법에서 “출자총액”이란 취득 또는 소유하려는 다른 국내 주식의 취득가액의 합계액을 말한다”라고 규정하는 것과 같은 기능이 있다. 다만, 용어의 정의 규정은 통상적으로 총칙 규정에 위치하므로 찾기 쉬운 반면 약칭은 어디에서 약칭을 했는지 찾기 어려우므로 원칙적으로 정의 규정으로 두되, 중요하지 않거나 인접한 조문 간에만 사용되는 용어는 약칭으로 둘 수도 있다.

나. 약칭의 위치

법령에서 약칭을 사용하려면 최초로 나오는 용어에서 약칭을 사용하되, 목적조항에서는 약칭을 사용하지 않기로 한다. 다만, 최초로 나오는 용어가 그 용어가 빈번히 사용되는 부분과 떨어져 있으면 자주 사용되는 부분의 첫 번째 용어에서 약칭할 수 있다.

[입법례]

해양수산과학기술 육성법
제5조(해양수산과학기술 육성 기본계획의 수립 등) ① 해양수산부장관은 해양수산과학기술 육성을 위하여 5년마다 해양수산과학기술 육성 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 수립하여 시행하여야 한다. ② ~ ④ (생략)

약칭하는 용어가 어떤 행정기관, 법인 또는 사물의 고유한 명칭일 경우 근거조문이나 근거가 되는 장·절이 따로 있으면 그 장·절의 제목에서는 그 행정기관, 법인 또는 사물의 고유한 정식 명칭을 사용하도록 하고, 해당 근거 조문이나 장·절에 앞서서 그 용어가 자주 사용될 때에는 최초로 나오는 조문에서 그 용어의 약칭을 사용하되, 해당 설립 근거 조문이나 장·절의 제목에서는 정식 명칭을 사용한다.

약칭하려는 문구가 유사한 내용으로 여러 곳에 나오면 약칭과 정확히 부합되는 곳에 약칭을 두도록 한다. 예컨대, “○○○으로 지정받으려는 자”와 “○○○으로 지정받은 자”라는 문구를 “(이하 “지정자”라 한다)”라고 약칭할 경우 후자의 부분에서 약칭한다.

다. 하위법령의 약칭

약칭은 약칭이 사용된 해당 법령에서 사용하기 위한 것이므로, 약칭이 사용된 법령의 하위법령에서 필요하다면 다시 약칭해야 한다.

라. 약칭 사용의 제한

약칭은 일반 국민이 법령의 내용을 쉽게 이해할 수 없도록 하는 요인이 되므로 지나친 약칭 사용을 피하고, 필요할 때에만 적절하게 사용하되, 법령 전반에 걸쳐 사용되는 기본적인 용어는 용어 정의 조항에서 용어를 정의하는 방법을 취한다.

특히 명사로만 연결된 용어를 단순히 글자 수를 조금 줄이기 위한 목적으로 약칭하는 것은 되도록 지양하고, 자주 반복되지 않는 약칭은 각 조문 단위로 약칭하도록 한다(예: 이 조, 제○조 및 제○조에서 같다와 같은 형식).

정의한 용어를 다시 약칭하는 것은 바람직하지 아니하나 부득이하면 용어를 정의한 후 최초로 나오는 조항에서 약칭하되, 예외적으로 용어를 정의하는 조항 안에서 다시 약칭하는 경우⁷⁰³⁾도 있으나 이러한 방식은 피하도록 한다.

마. 약칭 사용의 정도와 방법

- 1) 약칭은 글자 수를 줄이기 위한 것이므로 약칭으로 이해가 어려워지지 않는 범위에서 최대한 약칭하도록 한다.
- 2) “A, B, C ~~”를 약칭할 때에는 “A”로 약칭하는 것을 피하고 “A, B, C ~~” 등의 공통요소를 모아 새로운 용어로 약칭할 수 있도록 하되, 부득이하면 “A등”으로 약칭하고 이 경우 “등”은 붙여 쓰도록 한다.
- 3) 법령 제명의 경우 약칭을 하지 않는 것이 바람직하나, 최근 법령명이 길어지는 추세에 비추어 부득이한 경우 법령 제명도 약칭할 수 있다.⁷⁰⁴⁾
- 4) 약칭은 그 자체만을 보고도 생략된 어절이나 단어군의 의미가 쉽게 파악될 수 있는 방향으로 하고, 생략된 어절이나 단어군의 의미와 달리 오인될 수 있는 약칭은 피한다.
- 5) 두 단어 이상으로 약칭할 경우에는 될 수 있으면 수식어 사용을 피하고 명사구로 해서 붙여 쓰되, 부득이 수식어를 사용하는 경우에는 띄어 쓰도록 한다. 법률이나 하위법령의 제명을 약칭하는 경우에는 붙여 쓰도록 한다.

703) 「문화산업진흥 기본법」 제2조제10호

10. “문화산업전문투자조합”(이하 “투자조합”이라 한다)이란 「벤처투자 촉진에 관한 법률」 제2조제11호에 따른 벤처투자조합 및 「여성전문금융업법」에 따른 신기술사업투자조합으로서 그 자산 중 대통령령으로 정하는 비율 이상을 창업자 또는 제작자에게 투자하는 조합을 말한다.

704) 서로 다른 법령 제명 약칭을 사용하게 되면 혼란을 줄 수 있으므로, 법제처 국가법령정보센터에 제공되고 있는 법령 제명 약칭을 사용하도록 한다.

[입법례]

자유무역협정의 이행을 위한 관세법의 특례에 관한 법률

제22조(긴급관세조치) ① 기획재정부장관은 협정에서 정하는 범위에서 체약상대국을 원산지로서 하는 특정 물품의 수입증가로 인하여 같은 종류의 물품 또는 직접적인 경쟁관계에 있는 물품을 생산하는 국내 산업의 심각한 피해 또는 국내 시장의 교란이 발생하거나 발생할 우려(이하 “심각한 피해등”이라 한다)가 있다고 대통령령으로 정하는 조사를 통하여 확인한 경우에는 그 심각한 피해등을 구제하기 위하여 필요한 범위에서 해당 물품에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 협정관세의 연차적인 인하 적용을 중지하거나 세율을 인상하는 등의 조치(이하 “긴급관세조치”라 한다)를 할 수 있다.

② ~ ⑤ (생략)

6) “특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사” 등의 경우에는 통상 “(이하 “시·도지사”라 한다)” 등으로 약칭한다.

바. 다수 용어 약칭과 일부 용어 설명

여러 개의 용어를 하나로 묶어 약칭을 하면서, 그 약칭의 괄호 안에 여러 개의 용어 중 일부 용어에 한정되는 설명을 넣은 경우에 일부 용어에 한정되는 설명임을 밝히지 않고 괄호 안에 설명한 후 약칭하는 입법례가 있으나, 일부 용어에 한정되는 설명임을 명확히 하기 위해 괄호 안에 그 용어만 별도로 한 번 더 명시하여 설명한 후 약칭하도록 한다.

[예시] 설명과 함께 약칭하는 경우

특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장(구청장은 자치구의 구청장을 말하며, 이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)

[예시] 설명 없이 약칭만 하는 경우

특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)

3. 준용(準用)

가. 준용의 의의

준용이란 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율 대상에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하도록 하는 것을 말한다. 준용 방식은 동일한 규정의 반복을 회피한다는 점에서 입법 경제를 촉진할 수 있는 장점이 있어 규율 대상이 유사하고 입법의 간결성을 기하려는 경우에 주로 활용한다.

그러나 준용 규정의 속성상 준용하는 규정만으로는 무엇이 법령의 내용인지를 명확히 알 수 없는 경우가 있고, 다른 법령 규정을 함께 보아야 법령의 내용을 알 수 있다는 점에서 규정의 내용을 이해하기 어렵게 만들기도 한다. 또한 규정 내용의 불명확성으로 인하여 준용 대상 규정의 범위 및 그 구체적인 내용에 관하여 해석상 논란을 가져오거나 법령 적용상의 어려움을 초래하는 단점이 있다. 우리 대법원 또한 ‘어느 법령에서 특정 사항에 관하여 다른 법령을 포괄적·일반적으로 준용하는 규정을 두고 있더라도 준용 규정을 둔 법령이 규율하고자 하는 사항의 성질에 반하지 않는 한도 내에서만 그 법령의 규정이 준용된다’(대법원 2015. 8. 27. 2015두41371)고 보고 있다. 따라서 준용 방식을 사용할 때에는 입법경제의 실익과 수범자의 법규 이해의 난점을 비교 형량하여 준용할지를 신중히 결정해야 한다.

이와 함께, 준용은 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율 내용에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하는 방식이므로, 준용 방식의 사용 여부를 결정할 때에는 준용 대상 조문의 내용과 준용조문의 내용이 서로 유사한지를 면밀히 검토해야 한다. 검토 결과 상당히 유사한 규율 내용인 경우에만 준용 방식을 사용하도록 한다.⁷⁰⁵⁾

705) 일반적으로 준용이란 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율 대상에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하는 것을 의미하는 것인바, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 시행규칙」 제45조제2항에서 같은 법 시행규칙 제44조제2항의 입목의 벌채허가의 타당성 검토기준을 임산물굴취등의 타당성 검토에 준용하도록 한 것은 성질이 유사한 부분에 대해 필요한 수정을 하여 적용하도록 한 것이지, 그 성질이 다른 부분까지도 적용하도록 하는 취지라고 볼 수는 없다(법제처 2014. 7. 7. 14-0296 해석례).

나. 준용문의 규정 방식

1) 기본 규정 방식

“○○에 관하여는 (~~에 관한) 제○조를 준용한다.”로 표현한다. 후단에서 다른 규정을 준용하는 경우에는 “이 경우 제○조를 준용한다.”로 표현한다.

[입법례] 후단에서 준용한 사례

간선급행버스체계의 건설 및 운영에 관한 특별법

제8조(토지에의 출입 등) 사업시행자는 실시계획을 작성하거나 체계건설사업을 시행하기 위하여 필요하면 다음 각 호의 행위를 할 수 있다. 이 경우 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제130조 제2항부터 제9항까지 및 제131조를 준용한다.

1. ~ 3. (생략)

준용되는 조항의 내용이 간단명료하게 이해될 수 없으면 다른 규정의 준용으로 인한 법 해석상의 오해가 없도록 준용되는 조항의 각 부분의 용어를 다른 용어로 바꾸어 명백하게 표현하도록 한다.

[입법례] 바꿔 읽기를 하여 준용한 사례

자연재해대책법

제56조(토지 등의 수용) 재해복구사업의 시행에 필요한 토지 등의 수용 및 사용에 관하여는 제14조의3을 준용한다. 이 경우 “시장·군수·구청장”은 “재해복구사업의 시행청”으로, “자연재해위험개선지구 정비사업”은 “재해복구사업”으로, “제14조의2제1항에 따라 자연재해위험개선지구 정비사업 실시계획을 공고한 경우”는 “제49조에 따라 재해복구사업 실시계획을 공고한 경우”로 본다.

입법례에 따라서는 준용의 범위를 정하면서 ‘성질에 반하지 아니하는 범위에서’(「민사조정법」 제39조), ‘그 성질에 반하지 아니한 것은’(「즉결심판에 관한 절차법」 제19조)이라는 전제를 붙이기도 한다. 그러나 이러한 규정 방식은 준용 범위가 너무 넓어지는 결과를 가져오게 할 뿐 아니라, 수범자로 하여금 해당 조문의 취지를 직접적으로 이해하기 어렵게 하므로, 단서나 후단 등을 통해 제외되거나 포함되는 범위를 특정하는 방식으로 준용하도록 한다.

[입법례] 단서에서 제외되는 준용 조문의 범위를 특정한 사례

농어업재해보험법

제10조(보험모집) ① (생략)

② 제1항에 따라 재해보험의 모집 업무에 종사하는 자가 사용하는 재해보험 안내자료 및 금지행위에 관하여는 「보험업법」 제95조·제97조 및 제98조 및 「금융소비자 보호에 관한 법률」 제21조를 준용한다. 다만, 재해보험사업자가 수협중앙회, 산림조합중앙회인 경우에는 「보험업법」 제95조제1항제5호를 준용하지 아니하며, 「농업협동조합법」, 「수산업협동조합법」, 「산림조합법」에 따른 조합이 그 조합원에게 이 법에 따른 보험상품의 보험료 일부를 지원하는 경우에는 「보험업법」 제98조에도 불구하고 해당 보험계약의 체결 또는 모집과 관련한 특별이익의 제공으로 보지 아니한다.

2) 준용 규정의 인용

어떤 조문에서 다른 조문을 인용할 때에 그 다른 조문이 준용하는 또 다른 조문까지 포함시켜야 할 경우가 있다. 이러한 경우에는 조문의 성질에 따라 “제○조(제○조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)”, “제○조에 따라 준용되는 제○조에 따른”, “제○조에서 준용되는 제○조에 따라”, “제○조에 따라 준용되는 제○조에도 불구하고/제○조를 위반하여”로 표현한다.

[입법례] 포함하는 준용 조문을 괄호로 규정한 사례

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률

제15조의3(확정된 시정명령의 효력 확대) ① 고용노동부장관은 제14조(제15조의2제4항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 확정된 시정명령을 이행할 의무가 있는 사용자의 사업 또는 사업장에서 해당 시정명령의 효력이 미치는 근로자 이외의 기간제근로자 또는 단시간 근로자에 대하여 차별적 처우가 있는지를 조사하여 차별적 처우가 있는 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.

② (생략)

[입법례] “제○조에 따라 준용되는 제○조에 따라”로 규정한 사례

군사법원법

제193조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료 등) ① 군사법원은 소환장을 송달받은 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니하면 결정으로 그 불출석으로 인한 소송비용을 증인이 부담하도록 명령하고, 500만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 제192조제2항에 따라 준용되는 제108조제2항·제6항에 따라 소환장의 송달과 같은 효력이 있는 경우에도 또한 같다.

② ~ ⑧ (생략)

[입법례] “제○조에 따라 준용되는 제○조를 위반하여”로 규정한 사례

양식산업발전법

제51조(허가의 취소) 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 허가를 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 허가를 취소하여야 한다.

1. 2. (생략)

3. 허가양식업자가 제52조에 따라 준용되는 제23조를 위반하여 다른 사람에게 양식업의 경영을 사실상 지배하게 한 경우

4. (생략)

3) 의무규정의 준용 시 과태료 등의 부과 권한 주체

다른 법령의 특정 조문을 준용할 경우 준용내용과 관련된 법률관계는 원칙적으로 준용 규정을 둔 법령의 규율체계에 편입되므로, 과태료 등의 부과 권한의 주체도 준용 규정을 둔 법령의 취지나 목적, 규율 대상의 성격 등에 맞게 수정하여 규정하도록 한다.

[입법례]

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법

제480조(과태료) ① ~ ③ (생략)

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 「형사소송법」 제211조에 규정된 현행범인 또는 준현행범인으로서 제35조에 따라 적용되는 「주민소환에 관한 법률」에서 준용하는 「공직선거법」 제272조의2제4항에 따른 동행요구에 응하지 아니한 자

2. 3. (생략)

⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 이 법 또는 이 법에 따라 「주민소환에 관한 법률」에서 준용하는 「공직선거법」에 따른 신고·제출의 의무를 게을리한 자

2. ~ 4. (생략)

⑥ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 2. (생략)

3. 이 법 또는 이 법에 따라 「주민소환에 관한 법률」에서 준용하는 「공직선거법」 제79조 제6항을 위반하여 표지를 부착하지 아니하고 연설·대담을 한 자

4. ~ 7. (생략)

⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정에 따른 과태료는 도조례로 정하는 바에 따라 도지사(제3항제2호의 경우에는 도교육감을 말한다)가 부과·징수한다.

⑧ 제7항에도 불구하고 제1항제1호에 따른 과태료의 부과·징수는 과학기술정보통신부장관이 하고, 제4항부터 제6항까지(주민소환에 관한 사항으로 한정한다)의 규정에 따른 과태료의 부과·징수는 「공직선거법」 제261조제10항·제11항을 준용하며, 제5항제4호에 따른 과태료의 부과·징수는 「출입국관리법」 제100조제4항에 따른다.

4) 준용에 따른 벌칙·과태료 등의 규정

특정 조항의 의무규정을 준용하고 있다고 하더라도 의무에 따른 처벌 규정까지 준용되는지에 대해서는 죄형법정주의와 관련하여 해석상 논란⁷⁰⁶⁾이 되므로 벌칙 규정에서 별도로 준용에 관하여 명시해 주어야 한다.

706) 지방세법상의 범칙행위 처벌과 관련하여 도축세 특별징수의무자를 원천징수의무자로 간주하는 등의 별도의 규정이 없는 이상, 지방세법 제84조 제1항의 일괄적 준용 규정만으로 원천징수의무자에 대한 처벌규정인 조세범처벌법 제11조를 지방세법상 도축세 특별징수의무자에 대하여 그대로 적용하는 것은 수범자인 일반인의 입장에서 이를 쉽게 예견하기 어려운 점에 비추어 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이거나 형벌법규를 지나치게 확장·유추해석하는 것으로서 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다(대법원 2006. 10. 19. 선고 2004도7773 판결).

[입법례] 벌칙 규정에서 준용 조문을 포함하여 규정한 사례

하도급거래 공정화에 관한 법률

제30조(벌칙) ①·② (생략)

③ 제27조제2항에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제81조제1항제2호에 따른 감정을 거짓으로 한 자는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

또한, 의무규정을 준용할 때에 해당 의무의 위반에 따른 과태료, 과징금 및 행정처분 등을 함께 행할 것인지도 검토하여 필요한 경우 이를 명시해야 한다.

[입법례] 과태료 규정에서 준용 조문을 포함하여 규정한 사례

물류정책기본법

제73조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제7조제2항, 제11조제3항(제13조제2항에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제15조제1항(제16조제2항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 거짓의 자료를 제출한 자(제7조제2항제3호, 제11조제3항제3호 및 제15조제1항제3호에 해당하는 자에 한정한다)

1의2. ~ 8. (생략)

② (생략)

[입법례] 판매중지명령 등의 규정에서 준용 조문을 포함하여 규정한 사례

전기용품 및 생활용품 안전관리법

제40조(안전관리대상제품의 개선·파기·수거 또는 판매중지 명령 등) ① 시·도지사는 안전인증대상제품이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 안전인증대상제품의 제조업자·수입업자·판매업자·대여업자·영업자(제9조제3항제6호, 제18조제3항제6호 또는 제25조제3항제6호 중 어느 하나에 해당하는 자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)·판매중개업자·구매대행업자 및 수입대행업자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 일정한 기간을 정하여 그 안전인증대상제품의 개선·파기·수거 또는 판매중지(이하 “판매중지등”이라 한다)를 명할 수 있다.

1. 2. (생략)

3. 제5조제3항에 따른 안전기준(같은 항 단서에 따라 안전인증을 받은 경우에는 그 기준을 말하며, 제8조제2항에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 공장심사 기준에 적합하지 아니한 경우

4. ~ 10. (생략)

② ~ ⑧ (생략)

03
법령 용어와 표현

5) 법률 규정 간 준용에 따른 하위법령 규정 간의 준용

다수의 입법례는 상위법령에 따라 준용되는 하위법령 조항을 준용하는 규정을 명시하지 않고 있다. 준용 규정을 둔 법령이 규율하고자 하는 본질에 반하지 않는 범위에서 관련 규정이 준용된다고 보는 판례⁷⁰⁷⁾나 법령해석례⁷⁰⁸⁾에 비추어, 상위법령에 따라 준용되는 하위법령 조항을 준용한다는 명시적인 규정을 두지 않아도 해당 하위법령 조항이 준용된다고 해석되므로, 특별한 사정이 없는 한 상위법령에 따라 준용되는 하위법령 조항을 준용하기 위한 규정을 둘 필요는 없다. 상위법령 간 준용하는 경우에도 마찬가지이다.

다만, 준용대상 조문이 많거나 복잡하여 국민과 법집행자가 준용대상을 명확히 알 수 없는 경우, 혼란을 방지하기 위해 하위법령에서도 법률에 따라 준용되는 하위법령 규정을 명시할 수도 있다. 이 경우 해석상 혼란을 방지하기 위해 준용되는 하위법령 규정을 빠짐없이 규정해야 한다.

[입법례] 하위법령 간 준용규정을 명시한 사례

고용보험법
제17조(피보험자격의 확인) ① 피보험자 또는 피보험자였던 사람은 언제든지 고용노동부장관에게 피보험자격의 취득 또는 상실에 관한 확인을 청구할 수 있다. ②·③ (생략)
제77조의5(준용) ① 예술인의 피보험자격에 관하여는 제13조제1항, 제14조제1항, 제15조, 제17조를 준용한다. 이 경우 “근로자”는 “예술인”으로, “고용된 날”은 “문화예술용역 관련 계약 개시일”로, “고용된 근로자”는 “문화예술용역 관련 계약이 개시된 예술인”으로 본다. ②·③ (생략)

707) 포괄적·일반적으로 준용하는 형식을 취하고 있다고 하더라도, 준용규정을 둔 법령이 규율하고자 하는 사항의 성질에 반하지 않는 한도 내에서만 다른 법령의 특정 사항에 관한 규정이 준용된다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015두41371 판결).

708) 「산림법 제14조제2항」에는 … 「동조제1항」의 규정을 준용하여 시업을 대행하게 하거나 직접 시업을 할 수 있도록 되어 있는데, 여기서 「동조제1항」의 규정을 준용하도록 한 것은 … 그 본질에 반하지 아니하는 한 … 「동조제1항」의 규정을 총체적으로 적용하도록 한 것으로서 「동조제1항」의 문언뿐만 아니라 「동조제1항」에서 위임한 사항 및 동 규정의 시행에 관하여 필요한 사항을 정한 「동법시행령」의 관련 규정 또한 준용되어야 할 것이다(법제처 2006. 4. 17. 06-0059 해석례).

고용보험법 시행령

제11조(확인의 청구와 통지) ① 피보험자 또는 피보험자였던 사람은 법 제17조제1항에 따라 피보험자격의 취득 또는 상실에 관하여 확인하려면 고용노동부장관에게 이를 청구해야 한다.

② (생략)

제104조의7(예술인인 피보험자 관련 변경 신고 및 확인의 청구 등) 예술인인 피보험자의 이름과 주민등록번호의 변경·정정 신고, 피보험자격의 취득·상실에 관한 확인의 청구·통지 등에 관하여는 제10조제1항 및 제11조를 준용한다. (후단 생략)

또한, 법률에서는 제도의 전반적인 사항을 준용하고 있으나, 준용되는 법률의 하위법령에서 정하고 있는 집행의 세부절차, 제출 서류, 서식 등 일부 사항은 다르게 정할 필요가 있는 경우에는 준용하는 하위법령에서 그 성격에 맞게 바꾸어 규정할 수 있다.

[입법례] 준용되는 하위법령과 다른 내용으로 규정한 사례

철도안전법

제9조의2(과징금) ① 국토교통부장관은 제9조제1항에 따라 철도운영자등에 대하여 업무의 제한이나 정지를 명하여야 하는 경우로서 그 업무의 제한이나 정지가 철도 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우에는 업무의 제한이나 정지를 갈음하여 30억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

② 제1항에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류, 과징금의 부과기준 및 징수방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ (생략)

제26조의8(준용규정) 철도차량 제작자승인의 변경, 철도차량 품질관리체계의 유지·검사 및 시정조치, 과징금의 부과·징수 등에 관하여는 제7조제3항, 제8조, 제9조 및 제9조의2를 준용한다. 이 경우 “안전관리체계”는 “철도차량 품질관리체계”로 본다.

철도안전법 시행령

제6조(안전관리체계 관련 과징금의 부과기준) 법 제9조의2제2항에 따른 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 과징금의 금액은 별표 1과 같다.

제7조(과징금의 부과 및 납부) ① 국토교통부장관은 법 제9조의2제1항에 따라 과징금을 부과할 때에는 그 위반행위의 종류와 해당 과징금의 금액을 명시하여 이를 납부할 것을 서면으로 통지하여야 한다.

② ~ ④ (생략)

제25조(철도차량 제작자승인 관련 과징금의 부과기준) ① 법 제26조의8에서 준용하는 법 제9조의2 제2항에 따른 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 과징금의 금액은 별표 2와 같다.

② 제1항에 따른 과징금의 부과에 관하여는 제6조제2항 및 제7조를 준용한다.

다. 준용과 구별해야 할 표현

‘준용한다’와 유사하긴 하나 구별해야 할 표현으로 ‘적용한다’와 ‘예에 따른다’라는 표현이 있다.

1) 어떤 사항을 규율하기 위해 만들어진 조문을 조금도 수정하지 않고 그와 성질이 같은 다른 규율 대상에 사용할 때에는 ‘적용한다’로 표현한다. ‘적용’은 이미 규정되어 있는 조문을 수정하지 않고 그대로 따르도록 한다는 점에서 기존 조문의 규율 범위를 확장하는 의미가 있다.

2) ‘준용한다’는 법령에 명시된 규정에 한정하여 준용할 경우에 사용하나, ‘예에 따른다’는 어떠한 법률의 제도나 법령 규정을 포괄적으로 다른 규율 대상에 준용하려고 할 경우에 사용한다.

[입법례]

국세기본법

제87조(금품 수수 및 공여에 대한 징계 등) ① 세무공무원이 그 직무와 관련하여 금품을 수수(收受)하였을 때에는 「국가공무원법」 제82조에 따른 징계절차에서 그 금품 수수액의 5배 이내의 징계부가금 부과 의결을 징계위원회에 요구하여야 한다.

②·③ (생략)

④ 제1항에 따라 징계부가금 부과처분을 받은 세무공무원이 납부기간 내에 그 부가금을 납부하지 아니한 때에는 징계권자는 국세강제징수의 예에 따라 징수할 수 있다.

라. 준용 규정 시 유의 사항

위에서 언급한 사항 외에도 준용 규정을 둘 때에는 다음과 같은 점에 유의하도록 한다.

1) 일반적으로 하위법령에서 상위법령을 준용할 수는 없다. 다만, 상위법령에서 위임을

받아 정하는 위임입법의 경우 그 위임의 범위와 한계 안에서 위임(재위임인 경우에는 그 본래의 위임)한 상위법령과 동위(同位)의 관련 법령을 준용하는 규정을 두는 경우는 있다. 상위법령에서는 하위법령을 준용하지 않는다.

2) 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 입법이나 실제적인 요건·기준, 권한 등에 관한 입법을 하는 경우에는 입법의 명확성 차원에서 준용 방식을 사용하기보다는 직접 관련 내용을 규정하도록 한다. 침익적·실체적 성격을 갖는 입법의 경우 준용 방식으로 규정하게 될 경우 무엇이 금지되거나 요구되는지를 제대로 알 수 없게 되어 법 집행자의 자의적 집행을 초래할 수 있기 때문이다. 특히, 형사법, 조세법 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성 및 명확성의 요구가 더욱 강화되므로 준용 방식을 더욱 제한적으로 사용해야 한다.

3) 준용 방식을 취하는 경우 준용 대상은 개정이 빈번한 규정보다는 개정이 잘 이루어지지 않는 규정을 대상으로 하거나 준용 대상이 되는 내용이 변경되더라도 그 변경내용을 그대로 따르도록 할 필요가 있는 규정을 대상으로 하는 것이 적절하다. 원칙적으로 준용 대상 규정과 준용 규정은 연동되어 있으므로, 준용 대상 규정이 개정되면 준용 규정에서도 개정된 준용 대상 규정의 내용을 계속 준용하게 된다. 이 경우 개정된 준용 대상 규정의 내용을 준용 규정에서 계속 준용하면 준용 규정의 성질에 맞지 않게 되거나 당초 준용의 취지에 반하는 결과를 초래하여 개정된 준용 대상 규정을 계속해서 준용하기 어려운 경우가 생길 수 있기 때문이다.

4) 어떤 규정을 준용할 것인지에 대해 조문을 구체적으로 특정하지 않고 법령 전체를 준용 대상으로 하는 포괄적인 준용 방식은 준용 범위에 관하여 해석상 논란이 발생할 수 있으므로, 포괄적 준용 규정을 두기보다는 대상 조문을 특정하여 준용하도록 한다.

5) 준용이 가지는 성격상 준용된 규정을 다시 준용하게 되는 경우 법문의 이해를 더욱 어렵게 할 뿐 아니라, 준용되는 조문의 범위 등에 대해 해석상 논란을 일으킬 수 있으므로, 준용된 규정을 다시 준용하지 않도록 한다.

그 밖에 법령 용어와 표현, 법령 문장 작성과 관련된 자세한 사항은 별도로 발간하는 『알기 쉬운 법령 정비기준』을 따른다.

법령 입안·심사 기준

인쇄: 2022년 12월

발행: 2022년 12월

발행처: 법제처 법제지원총괄과

TEL. (044)200-6831

FAX. (044)200-6977

세종특별자치시 도움5로 20

정부세종청사 7-1동 704호

인쇄: 에코디자인

TEL. (044)868-0054

<비매품>