

행정의 행위형식

행정입법

행정입법

행정입법은 행정기관이 일반적, 추상적 법규범을 정립하는 작용 또는 그에 의해 정립된 규범

법규명령 - 법규의 성질

행정규칙 - 법규의 성질 없음

행정입법의 필요성

- 행정기능의 확대, 행정현상의 복잡성, 다양성
- 전문적 기술적인 입법사항 증대
- 변화에 신속한 대응 (탄력성 있는 입법의 필요성)
- 분야별 특수한 사정 고려 가능

법규명령과 행정규칙의 구별

전통적 견해

법규명령

법률의 수권

대외적 법규성

행정규칙

없음

없음

새로운 견해

법규명령

법률의 수권

(대외적 법규성)

행정규칙

없음

예외적으로
있음

	위임 (수권)	법규성 (실질)	형식
법규명령	O	O	대통령령, 총리령, 부령
행정규칙	X	X	고시, 훈령, 예규, 원칙, 지침

**행정규칙 형식의 법류명령
(법률보충규칙)**

법규명령

- 전통적 견해: 법령의 근거 + 법규성
- 새로운 견해: 법령의 근거 + (법규성 없어도)
 - 대통령령
 - 대통령이 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 발하는 명령(위임명령, 집행명령)
 - “시행령”
 - 일반적으로 헌법 75조에 의한 대통령령

제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

- 총리령, 부령

- 국무총리 또는 행정 각부의 장관이 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 발하는 법규명령

- 제95조

- 부령은 “시행규칙” “시행세칙”

수권의 범위 및 근거에 의한 분류

- 비상명령 : 헌법적 효력을 갖는 명령 (유신헌법)
- 법률대위명령 : 법률적 효력을 갖는 명령
일반적으로 헌법적 근거 요함
76조
- 법률종속명령 : 법률보다 하위의 효력을 가짐
긴급명령을 제외한 대통령령, 총리령, 부령
내용에 따라,
 - 위임명령
 - 집행명령

제76조 ①대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

②대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

③대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

④제3항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다.

⑤대통령은 제3항과 제4항의 사유를 지체없이 공포하여야 한다.

위임명령과 집행명령의 비교

위임명령		집행명령
위임	법률의 구체적 위임을 요함	법률의 구체적 위임을 요하지 않음
헌법근거	75조 전단, 95조	75조 후단, 95조
목적	법률의 내용보충(보충명령)	법률의 집행(시행세칙)
규율범위	위임의 범위 내에서 새로이 국민의 권리, 의무에 관한 사항 규정 가능	새로이 국민의 권리, 의무에 관한 사항 규 정할 수 없음
공통점	법률에 종속하여 법규성을 가짐	

법규명령의 근거와 한계 - 위임명령

- 구체적으로 범위를 정하여 수권한 개별법률 또는 상위법령의 규정에 근거해야 함
- 판례: “행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요한다”
- 그러나 “법령의 위임관계는 반드시 하위법령의 개별조항에서 위임의 근거가 되는 상위법령의 해당조항을 구체적으로 명시하고 있어야만 하는 것은 아니다”

위임의 한계

일반적인 한계

1. 내용이 헌법에 적합할 것
2. 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 국한할 것
3. 헌법에서 법률로 정하도록 한 사항 및 본질적인 사항은 명령에 위임금지
4. 입법권의 위임이므로 수권법률은 규율대상과 목적의 범위, 수임기관을 명확히 특정할 것

위임의 한계

위임의 범위에 관한 한계

: 법규명령에 대한 위임을 정하는 수권규범의 제정시 준수해야 할 한계

: 수권상의 한계일탈은 수권규범의 위헌, 위법을 가져옴

1. 포괄적 위임의 금지
2. 국회전속적 입법사항의 위임금지(중요사항 위임금지)
3. 재위임
4. 처벌규정의 위임

포괄적 위임의 금지

위임명령은 법률에서 위임받은 사항에 관해서는
국민의 권리, 의무에 영향을 주기 때문에

- ① 위임은 개별적 구체적 수권이어야 함
- ② 일반적, 백지수권은 허용되지 않음

위임범위의 판단 - 사인의 권리, 이익에 미치는 영
향이 클 수록 위임한계가 엄격해야 함

구체적 판단기준 →

- 구체적 판단기준

1. 위임의 구체성, 명확성의 정도 (판례 1 & 2)

1. 국민에 대한 영향력이 큰 경우 구체성의 요구가 강화됨
2. 수익적 내용, 국민과 무관한 행정내부의 조직 등은 상대적으로 완화

2. 현실적으로 명확한 규율이 곤란한 경우에는 완화

3. 위임입법에 대한 절차적 규율이 있는 경우 완화

4. 수범자나 수범기관에 따라 명확성이 완화 (판례 4)

1. 민주적 정당성을 지닌 주민대표기관(지자체)
2. 해당 분야의 전문가인 경우

국회전속적 입법사항의 위임금지 (중요사항 위임금지)

- 국회의 전속적 권한으로 규정되어 있는 사항
 - 조세의 세목과 세율에 관한 사항
 - **제59조** 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.
 - 국적의 취득요건
 - **제2조 ①**대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.
 - 죄형법정주의
 - **제13조 ①**모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

- 그러나, 이러한 사항 모두를 반드시 법률로 정해야 한다는 의미는 아니고, 일정한 사항에 대해서는 구체적인 범위를 정하여 행정입법에 위임할 수 있음(통설 및 판례 136쪽)
- 조세법률주의, 그러나 조세문제의 복잡성, 전문성 때문에 상당부분 세법에서 위임하고 있음
- 다만, 본질적인 사항을 위임할 수 없다고 봐야 함

재위임

: 법령에 의해 위임받은 사항을 전면적으로 재위임하는 것은 수권법의 내용변경과 같으므로 허용X

: 위임받은 사항에 일반적 기준을 정한 후, 세부사항을 다시 하위명령에 위임하는 것은 가능

- 판례 137쪽

처벌규정의 위임

: 죄형법정주의, 그러나

- ① 근거된 법이 구성요건의 구체적인 기준 설정 후 그 범위 내에서 세부적인 사항을 정하거나,
 - ② 형벌의 종류와 상한을 정하고 구체적인 것을 명령으로 정하게 하는 것은 허용됨
- 판례 1 & 2 & 3

처벌규정위임의 한계

..처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(91헌가4).

집행명령의 근거와 한계

근거 - 명시적인 수권규정이 없어도 직권으로 가능

한계 - 법률 또는 상위법령을 집행하기 위하여 필요한 사항을 정하는 것, 집행을 위해 필요한 구체적인 절차, 형식 등을 규정할 수 있지만, 국민의 권리, 의무에 관한 새로운 사항은 규정하지 못함

법규명령의 적법요건

- 법정 절차에 따라 제정
 - 형식: 문서, 법조문의 형식으로
 - 공포: 관보게재, 공포일은 게재된 관보가 발행된 날(공포법 12조)
 - 시행기일 도래로 효력발생

행정기관의 사무관리에 관한
사항을 규정

- 고시형식의 법규명령: 사무관리규정이 정하는 바에 따름
행정규제기본법 제4조 (규제법정주의)

② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시등으로 정할 수 있다.

법규명령의 하자

법규명령이 적법요건(주체, 내용, 형식, 절차, 통지)을 갖추지 못한 경우 그 명령에 대한 효력은?

1. 행정행위의 하자준용설 - 중대명백한 경우 무효
2. 절대적 무효설(홍) - 하자가 있으면 무효
3. 상대적 무효설 - 법규명령의 무효는 당해 사건만
법규명령에 대한 사법적 통제는 재판의 전제가 된 경우만.
당해 사건에 대해서만 그 적용이 배제되고,
공식적인 폐지절차가 있기 전에는 여전히 유효
4. 유효설 - 법적 안정성의 견지에서 유효
법원에 의한 구체적 규범통제와 헌법소원에 의한 통제만 인정

일반, 추상적 규율의 성질을 갖는 법규명령의 하자

- 직접 그 하자를 다룰 수 있는 쟁송수단 없음
- 법규명령심사는 구체적 규범통제만 인정됨
- 당해 명령에 근거한 처분을 다투는 소송에서 선결 문제로만 다룰 수 있음
- 법원이 위법확인 한 경우 당해 사건에 대해서만 적용할 뿐 그 명령의 효력 자체를 상실하지 X
- 명령제정권자가 폐지할 때까지 유효
- 당해 사건 이외의 자는 구속력을 가짐
- (예외) 법규명령이 처분성 가진 경우 쟁송가능

법규명령의 소멸

폐지 - 효력을 장래에 대해 소멸시키는 행정권의 의사표지

실효 - 내용상 충돌되는 법령제정

법정부관의 성취(시행기간의 도래, 해제조건의 성취)
근거법령의 소멸

상위법령이 개정된 경우 종전 집행명령은?

상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하는 집행명령은 근거법이 폐지되면 실효, 개정의 경우 성질상 모순되지 않고, 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 여전히 효력을 유지함

법규명령의 통제

- 법원에 의한 통제
 - 구체적 규범통제 (간접적 통제)
 - 항고소송 (직접적 통제)
- 헌법재판소에 의한 통제
- 행정내부적 통제
- 국회에 의한 통제

구체적 규범통제

특정한 법규명령이 구체적인 사건에 대한 재판의 전제가 된 경우에만 그 사건의 재판을 위하여 그 법규명령을 심사

제107조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

- 주체 - 각급 법원, 최종적 심사권은 대법원
 - 대법원이 법규명령의 위헌 또는 위법 여부를 최종적으로 확정하기 위해서는 대법관전원의 2/3 이상의 합의제에서 심판해야 함
- 대상 - 명령, 규칙
 - 명령 : 법규명령(위임명령, 집행명령)
 - 규칙 :

“행정규칙” 아님!!!

- ❖ 중앙선관위규칙, 대법원규칙, 국회규칙, 조례와 규칙
- ❖ “행정규칙”은 법규성이 없으므로 제외
- ❖ 법규적 효력을 가지는 “행정규칙” 법률보충규칙(행정규칙형식의 법규명령)은 규범통제의 대상이 됨

- 구체적 규범통제의 효력

- 명령 또는 규칙이 재판에서 선결문제로 된 경우만
- 심사권도 개별적 사건에 있어서의 적용거부만
- 행정소송법에 따라 명령 또는 규칙이 헌법 또는 법률에 위반되는 것으로 확정된 경우 대법원은 지체없이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보하도록 하고 있음
- 위헌, 위법으로 선언되면 하자 있는 행위로 무효
- 선언되기 전에는 하자가 명백하지 않으므로 취소

항고소송

- 법규명령을 항고소송의 대상으로 하여 다
툴 수 있는가?
 - 부정 : 일반, 추상적인 법규범이므로 처분X
 - 긍정 : “구체적 사실에 관한 법집행”이다
- 처분적 법규명령
 - 법규명령이 직접 개인의 권리를 침해하는 경
우에는 구체적 처분의 성질을 가지므로 대상
인정.
 - 무효확인소송으로

헌법재판소에 의한 통제

- ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 **대법원**은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.
- 헌법재판소에 헌법소원 제기 가능한가?
 - **적극설** : 명령, 규칙이 기본권을 침해하는 경우 헌법소원이 인정되어야 한다
 - **소극설** : 헌법이 대법원에
- 행정입법에 대한 헌법소원의 인용결정이 된 경우 당 행정입법은 효력 상실
(헌재 인용결정은 모든 국가기관을 기속)

행정내부적 통제

- 절차적 통제 : 법규명령 정립절차 법정
 - 행정절차법상 입법예고제
 - 국무회의 심의
 - 법제처 심사
 - 관계기관과의 협의
- 감독권에 의한 통제 : 상급행정권의 지휘감독
 - 훈령
 - 국민권익위원회 권고
- 행정심판법에 의한 통제: 직접적 통제방식

국회에 의한 통제

- 국회에 의한 통제는 민주적 정당성 확보, 사전에 권리침해를 시정하는 실효성 보유
- 직접통제 : 동의권유보, 파기권유보
- 간접통제 : 국정감사권, 해임건의, 국무위원의 탄핵소추