

## 조례에 대한 항고소송과 미국행정법상의 rule에 대한 집행전 사법심사

-서울고등법원 2006. 2. 15. 선고 2004누24150 조례무효확인판결을 중심으로

금 태 환\*

### 一. 서

조례는 지방자치단체의 의회가 정립하는 자치입법이며, 입법인 만큼 일반성, 추상성을 원칙적 개념징표로 하고 있다. 항고소송<sup>1)</sup>은 ‘처분’을 그 대상으로 하며 ‘처분’이라 함은 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력행사’(행정소송법 제2조 제1호)를 말한다. 조례가 일반성을 가지는 입법인데도 법원은 최근에 예외적으로 특수한 조례에 대하여 항고소송의 대상임을 인정하고 있다. 이는 법원이 종래의 태도를 버리고 몇몇의 행정입법에 대하여 그것이 ‘입법’인데도 불구하고 소송의 대상임을 인정하고 있는 것과 궤를 같이한다. 법원의 이러한 태도는 헌법재판소가 ‘공권력행사’가 기본권을 침해하는지 여부를 심사하는 헌법소원에서 ‘행정입법에 대하여’ 그 대상성을 인정하고 있는 데서 자극받은 것으로 보인다. 현재 행정소송법 개정론이 활발하게 전개되고 있고 그 쟁점 중의 하나는 ‘행정입법에 대한 항고소송의 대상이 되게 하느냐?’ 하는 것이다.

미국연방행정절차법(Federal Administrative Procedure Act : APA) 제551조(4)는 ‘rule’을 「행정청의 조직·절차관행을 규정하거나, 법이나 정책을 실행·해석·

\* 영남대학교 법과대학 교수

1) 여기서의 항고소송이란 취소소송, 무효확인소송, 부작위위법확인소송을 모두 포함한다. 부작위 위법확인소송의 요건인 ‘처분을 하지 아니한 것’의 처분이 위 다른 항고소송상의 처분과 성질을 달리 볼 필요는 없을 것이다.

규정하는, 장래의 효과를 가지는 행정청의 의사표명(statement)을 말하며, 요금 · 임금 · 회사나 재정구조 그 재조직 · 시설 · 설비 · 서비스 그 대가 · 평가 · 비용 · 회계 그에 관련한 관행에 대한 장래의 효과를 가지는 승인이나 규정을 포함한다」라고 규정하고 있다. 다시 말하여 미국행정법에서 rule은 한국행정법에서 말하는 행정입법이다. 미국에서도 1967년의 *Abbott Laboratories v. Gardner*<sup>2)</sup> 판결이 있기전까지는 rule 그 자체에 대한 사법심사가 불가능하였고 rule이 집행되고 난 뒤에 그 집행을 다투면서 집행과 함께 rule을 다퉴 수 밖에 없었다. 그러나 위 판결은 rule의 집행전에도 사법심사가 가능함을 선언하였고, 이로써 rule자체에 대한 사법심사는 획기적 전기를 이룩하게 되었다.

여기서는 대상판례를 중심으로 하여 추상성을 가지는 ‘입법’에 대하여 어떻게 항고소송이 가능함을 선언하였는지 살펴보고, 이어 헌법재판소가 어떠한 형태로 행정입법에 대한 헌법소원 심사를 하고 있는지, 또한 미국행정법에서 집행전사법심사가 어떻게 행해지고 있는지를 살펴본다. 이들의 논리가 서로 연관되거나 혹은 동일하다면 현재 진행되고 있는 행정입법에 대한 항고소송의 가능여부에 대한 해답도 수월하게 찾을 수 있을 것이다.

## 二. 법원의 행정입법<sup>3)</sup>심사

### I. 항고소송대상 인정 사례와 그 분석

#### 1. 대상판례(서울시 골프장 조례)<sup>4)</sup>

##### 가. 사실관계

서울시는 서울 올림픽기념국민체육진흥공단과 협약을 체결하여 난지도 매립지에 대중골프장과 골프연습장시설을 건설하기로 하고, 그 비용은 서울 올림픽기념국민

2) 387 U.S. 136(1967) 후에 상술한다.

3) 조례가 행정입법인가 여부에 대하여는 다툼이 있지만 여기서는 그 일반성만을 근거로 행정입법으로 보기로 한다.

4) 서울고등법원 2006. 2. 15. 선고 2004누24150 조례무효확인.

체육진흥공단이 부담하며, 건설이 끝나면 그 시설은 서울시에 기부채납되며, 서울시는 서울 올림픽기념국민체육진흥공단에 대하여 위 골프장시설을 20년간 무료로 사용수익할 수 있게 하였다. 서울시는 위 시설이 공유재산이며, 지방재정법상 지방자치단체가 주민의 복지를 증진하기 위하여 설치한 공공시설이고 이의 설치 및 관리에 관하여 조례로 정할 수 있다고 하면서, 2003. 12. 경부터 서울 특별시립 체육시설 설치 및 운영에 관한 조례의 개정을 추진하여 2004. 3. 10. 의회에서 의결하였고 2004. 3. 30. 개정조례를 공포하였다. 개정내용은 다음과 같다.

제16조 제2항에 제6호를 다음과 같이 신설한다.

#### 6. 난지환경대중골프장

제16조에 제6항을 다음과 같이 신설한다.

⑥제항 제6호의 난지환경대중골프장은 서울올림픽 기념체육진흥공단에 위탁 운영한다.

제23조 3항을 다음과 같이 신설한다.

③난지환경대중골프장에 관한 제1항 각호의 사무는 서울 특별시공원녹지관리소장에게 위임한다.

별표1의 구민체육센터란 다음에 난지환경대중골프장란을 다음과 같이 신설한다.

난지환경대중골프장	골프장	9홀36파골프장, 골프연습장	서울특별시 마포구 상암동 478-1일대
-----------	-----	-----------------	-----------------------

별표7의 골프장 등(1라운드 1BOX당)란 다음에 난지환경대중골프장란을 다음과 같이 신설한다

난지환경대중골프장	골프연습장	8000(시간당)	15,000(1라운드당)
-----------	-------	-----------	---------------

#### 나. 쟁점과 결정<sup>5)</sup>

‘이 사건 개정조례가 서울시민 전체를 대상으로 하고 있어 이 사건 협약에 따른 원고의 권리를 직접 침해하는 행정처분으로 볼 수 없다.’는 서울시의 항변에 대하여 법원은 “조례가 집행행위의 개입없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의

5) 여기서는 이 논문과 관련있는 쟁점만 다루기로 한다. 앞으로도 이와 같다.

무나 법적이익에 영향을 미치는 등의 법률적 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고 이 사건 골프장과 관련하여 이 사건 협약에서 규정된 원고의 권리를 직접 침해한다”고 하였다.

## 2. 두밀분교조례<sup>6)</sup>

조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적이익에 영향을 미치는 등의 법률적 효과를 발생하는 경우, 그 조례는 항소소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 바, 경기 가평군 가평읍 상색국민학교 두밀분교를 폐지하는 내용의 이 사건 조례는 위 두밀분교의 취학아동과의 관계에서 영조물인 특정의 국민학교를 구체적으로 이용할 이익을 직접적으로 상실하게 하는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.

## 3. 군 위치에 관한 대통령령<sup>7)</sup>

거제군의 위치를 정한 대통령령<sup>8)</sup>에 대하여, 법령의 효력을 가진 명령이라도, 그 효력이 다른 행정행위를 기다릴 것 없이 직접적으로 또 현실적으로 그 자체로서, 국민의 권리훼손 기타 이익침해의 효과를 발생케 되는 성질의 것이라면, 행정소송법상 처분으로 보아야 한다.

## 4. 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항(보건복지부 고시 제2002-57호)<sup>9)</sup>

### 가. 사실관계

6) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누 8003 판결(조례무효확인).

7) 대법원 1954. 8. 19. 선고 4286행상37 판결.

8) 구 통영군에서 관할하였던 거제도 일원을 분리하여 거제군을 설치함에 있어, 지방자치법 및 지방행정에 관한 임시조치법상 법률에서 군의 성립에 관한 요소전부를 정하여야 함에도 불구하고, 법률 제271호 ‘거제군 설치에 관한 법률’로서 군의 명칭 관할 구역만을 정하고 군의 위치를 대통령령 제737호로써 정한 것은 무효라는 이유로, 거제면이 원고가 되고 나라를 피고로 하여 위 대통령령의 취소를 구한 사건에서, 대법원은 원고가 위 대통령령에 의한 직접적인 이익침해를 이유로 동 명령의 취소를 구하지 아니하고, 오로지 동 명령의 입법사항을 침범한 월권 위법성만을 주장하여 명령의 취소를 구하였기 때문에, 행정소송의 목적이 될 수 없는 것을 목적으로 하여 제기한 불법한 것이라고 판시하였다.

9) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2003무23 결정.

신청인은 정신분열증 치료제인 자이프렉사정을 수입 판매하는 업자인데 위 약품은 1차약품(한편 대체가 가능한 다른 저렴한 약물을 먼저 투여한 후 효과가 없거나 부작용이 나타나는 때에 2차적으로 투여할 경우에만 보험급여로 인정하는 것을 2차약품이라고 한다)로 결정되어 공급되고 있었다. 보건복지부장관은 위 고시 중 ‘자이프렉사정에 대하여 소요비용이 저렴한 타 비정형적 약물투여로 효과가 없는 경우에 투여시 약물급여를 인정하며, 허가사항 범위이지만 동 인정기준 이외에 투여한 경우에는 약값의 100분의 100을 본인부담토록 한다’라는 부분으로, 위 약품을 2차약품으로 변경하였다.

#### 나. 쟁점과 결정

이 사건 고시를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 있는가에 대하여, 법원은 “어떠한 고시가 일반적·추상적 성격만을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 당해 고시에 담긴 내용에 따라 구체적인 규율의 성격을 가진다면 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 경우도 있을 것인 바, 이 사건 고시가 불특정의 향정신병 치료제 일반을 대상으로 한 것이 아니라 특정 제약회사의 특정 의약품을 규율대상으로 하는 점 및 의사에 대하여 특정 의약품을 처방함에 있어서 지켜야 할 기준을 제시하면서 만일 그와 같은 처방기준에 따르지 않는 경우에는 국민건강보험공단에 대하여 그 약제비용을 보험급여로 청구할 수 없고 환자 본인에 대하여만 청구할 수 있게 한 점 등에 비추어 볼 때, 위 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다고 할 것이므로, 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판단하였다.

### 5. 약제급여 비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 2002-46호)<sup>10)</sup>

#### 가. 사실관계

보건복지부 장관은 2002. 6. 29. 보건복지부고시 2002-46로써 ‘약제급여 비급여 목록 및 급여상한금액표’의 별표1 ‘일부본인부담금약제급여 목록 및 급여상한금액표’ 중 의약품의 제조 수입업체가 생산 공급하는 일부 약제들에 대한 상한가를 변

10) 대법원 2004. 5. 12. 선고 2003무41 결정.

경 인하하였다. 여기서의 ‘상한가’라고 하는 것은 보건복지부 장관이 요양급여비용을 산정하기 위한 기준으로 삼기 위하여 고시하는 금액을 의미하는데, 요양기관은 국민건강보험가입자에게 요양급여를 실시한 후 그 중 약제·치료재료의 지급부분에 관하여는 이 사건 고시에서 정한 상한가의 범위 내에서 약제·치료재료의 실제 구입에 든 비용을 국민건강보험공단으로부터 상환받게 된다.

#### 나. 쟁점과 결정

이 사건 고시가 항고소송의 대상이 되는지 여부에 관하여, 법원은 “이 사건 고시는 ① 보건복지부장관이 별도의 결정 절차 없이 행한 것으로서 특정 제약회사의 특정 약제에 대하여 가입자 또는 공단이 지불하거나 요양기관이 상환받을 수 있는 약제 비용의 구체적 한도액을 특정하여 설정하고, ② 위와 같은 약제의 지급과 비용의 청구행위가 있지만 하면, 달리 행정청의 특별한 집행행위의 개입 없이 이 사건 고시가 적용되며, ③ 특정 약제의 상환금액의 변동은 곧바로 가입자 또는 공단과 요양기관이 지불하거나 상환받을 수 있는 약제비용을 변동시킬 수 있다는 점에 비추어 보면, 이 사건 고시 중 상환금액부분은 그 자체로서 가입자 또는 공단과 요양기관에 대하여 지불하여야 하거나 상환받을 수 있는 약제비용의 증감이라는 법률상 이익에 직접적인 영향을 미치는 일반처분<sup>11)</sup>의 성질을 띠는 것이라 할 것이다.”하면서 그 대상성을 인정하였다.

#### 6. 분석

11) 일반처분이란 구체적 사실과 관련하여 일응 불특정 다수인을 대상으로 하여발하여지는 행정청의 단독적 권력적 규율행위를 말한다(김동희, 제6판 행정법 I, 232면). 독일행정절차법 제35조 후단은 “일반처분은 일반적 기준에 의하여 정하여지거나 정하여 질 수 있는 인적 범위에 미치거나, 또는 물건의 공법적 성질이나 공중의 이용에 관계되는 행정행위이다”라고 규정하고 있다. 물건의 공법적 성질에 관한 행위는 사람의 권리 의무가 아니라 물건의 법적 성질 또는 그 지위를 규율내용으로 한다(일정토지에 대한 도로목적의 공용지정처분).

김도창 교수는 일반처분을 집행행위의 범주에 속하기는 하지만, 일반추상성을 띄고 있는 점에서, 입법행위와의 중간영역이라고 볼 수 있다고 한다(김도창, 제3전정판, 일반행정법론(상), 271면). 그러나 일반처분이 처분이라는 점에서 ‘추상성’을 띄고 있는지는 의문이다.

이 판결에서 ‘상한가 변경고시’를 일반처분으로 보고 있으나, ‘처분의 성격을 띤 고시’라는 점에서 오히려 처분명령이라고 보는 것이 나을 것이다.

이상의 판례를 분석하여 보면, 법원은 행정입법이 ‘다른 집행행위의 매개없이 직접 국민의 권리 이익에 영향을 미치는 행위이라면’ 항고소송의 대상이 된다고 판단하고 있다. 여기서의 ‘다른 집행행위의 매개없이’라는 말과 ‘직접’이라는 말이 동일한 것을 표현한다고 볼 때 결국 법원은 행정입법이 직접적으로 국민의 권리 이익에 영향을 미치는 행위라고 판단되면 그 행정입법을 항고소송의 대상으로 하고 있는 것이다.

그런데 법원은 항고소송의 원고적격, 즉 ‘법률상 이익을 침해당한 자’를 인정함에 있어서도 직접성을 그 요소로 하고 있다. 법원은 “법률상 이익이라 함은 당해처분의 근거가 되는 법규에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 단지 간접적이거나 사실적, 경제적, 이해관계를 가지는 데 불과한 경우에는 여기에 포함되지 아니한다<sup>12)</sup>”고 한다. 법원은 소송대상에 있어서도 직접성을 요구하고 원고적격에 있어서도 직접성을 요구하고 있는 것이다. 법원은 원고에 대하여 직접 효력을 갖는 행정입법에 대하여, 그리고 법규가 직접 보호하고 있는 이익을 가진 사람에 대하여 항고소송을 인정하고 있는 것이다. 여기서 직접성을 매개로 하여 소송의 대상과 원고적격은 서로의 접점을 가지게 된다.<sup>13)</sup>

## II. 헌법 제107조 제2항에 의한 심사와 분석

1. 헌법 제107조 제2항은 ‘명령 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다’고 하여 소위 법원의 명령 규칙 심사권을 규정하고 있다. 여기서는 그 심사의 대상이 무엇인지, 심사의 요건인 재판의 전제가 무엇인지 살펴보기로 한다.

12) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누8139 판결(전임강사임용처분취소). 대학생들이 전공이 다른 교수를 임용함으로써 학습권이 침해당하였다는 이유를 들어 교수임용처분의 취소를 구할 이익이 없다고 한 사례.

13) 광의의 소의 이익에는 당해행정작용이 소의 대상으로 하기에 적합한 것인가의 문제(이른바 처분성의 문제)와 누가 행정처분으로 인해 발생한 분쟁을 해결해 주도록 법원에 제소할 원고로서의 적격을 가지는가의 문제(원고적격의 문제), 그리고 법원이 재판을 할 만한 가치가 있는 객관적 필요성 내지 실익이 있는지의 문제(협의의 소의 이익문제)로 나누어진다. 이들 3가지 문제는 이론적으로는 일응 구별이 가능하지만, 실제 판단에 있어서는 상호 밀접한 관련성을 가진다(같은 뜻, 함인선, 행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제, 공법연구, 제33집, 제5호, 2005. 6.).

## 2. 심사의 대상

가. 법원은 헌법 제107조 제2항에 따른 심사의 대상을 법규명령과 법규적 효력을 가지고 있는 행정규칙으로 보고 있다. 이들만이 법원을 구속하여 재판의 전제가 될 수 있다고 보기 때문이다. 대법원이 위헌, 위법임을 인정한 행정입법은 ① 개발이익환수에관한법률시행령(1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 개정되기 전의 것 제8조 제1항 제2호)<sup>14)</sup> ② 개발이익환수에관한법률시행령(1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 개정되기 전의 것)부칙 제2조 제2항<sup>15)</sup> ③ 농지법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15229호로 개정되기 전의 것) 제41조 【별표1】 제1호<sup>16)</sup> 등이다.

나. 법원이 “법규적 효력을 가진 행정입법”만을 심사대상으로 보고 있는 것은 법규의 의미중 “국가와 국민사이의 관계를 규율하는” 이라는 의미에 중점을 두고 있다고 볼 것이다.<sup>17)</sup> 법규적 효력을 가지지 않는 행정입법을 행정규칙으로 보았을 때 대 국민적 효력을 가지지 않는 행정규칙은 심사의 대상으로 할 필요가 없다고 보는 것이다.

## 3. 재판의 전제

가. 행정입법이 재판의 전제가 된 경우 심사대상이 된다는 것은 구체적 규범통제를 규정하고 있는 것은 분명하다. 그런데 헌법 제107조 제2항이 명령 규칙 뿐 아니라 처분까지도 재판의 전제가 된 경우를 예상하고 있고,<sup>18)</sup> 구체적 규범통제라고 하더라도 굳이 ‘재판의 계속’을 요건으로 할 필요가 있는냐는 의미에서 재판의 전제라는 의미에 관하여 학설의 대립이 있다.

나. 헌법학자의 통설에 따르면, 헌법 제107조 제1항(위헌법률심사)의 ‘재판의 전제가 된 때’라는 의미는 구체적 규범통제를 의미하며, i) 소송사건이 법원에 계속중이어야 하고, ii) 위헌여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 당해 소송사건의

14) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93누7495 판결(개발부담금부과처분취소).

15) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93누6324 판결(개발부담금부과처분취소).

16) 대법원 2000. 10. 19. 선고 98두6265 판결(농지전용불허처분취소).

17) 법규의 의미에 관하여 다양한 견해가 있을 수 있으나 여기서는 ‘국가와 국민사이의 관계를 규정하는 성문의 일반추상적 규범’으로 정의해놓기로 한다.(김도창, 전제서, 65면)

18) 헌법 제107조 제2항은 ‘명령 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때’라고 하고 있다.



재판에 적용되어야 하며, iii) 그 법률의 위헌 여부에 따라 당해사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.<sup>19)</sup>

다. 이에 대하여 재판의 전제라 함은, 소송법상 선결문제에서와 같이 엄격한 선결판계를 의미하는 것이 아니라, 위헌·위법의 심판이 구체적인 사건과 연관된 경우를 말하며, 이는 구체적 사건성을 요구하는 취지로 해석하는 유력한 견해가 있다.<sup>20)</sup> 이는 재판의 전제를 매우 확장시킨 해석으로, 동조항의 ‘처분’의 의미를 찾아내는 노력, 나아가서 명령·규칙까지 포함하여 볼 때의 재판의 전제를 새로운 각도에서 시도한 해석이다. 동조 제2항의 ‘처분’이 통설적 의미에서의 재판의 전제가 되는 경우란 상상하기 힘 드는 것은 사실이지만, 그렇다고 동조 제2항의 ‘처분’을 무시하고 이를 잘못된 입법으로 보는 해석은 입법연혁이나 체계로 보아 무리한 것으로 보인다. 동조의 처분심사는 제헌헌법에서부터 존속한 규정이고 처분심사권을 대법원에 부여하기 위한 규정이며, 이 규정은 행정소송에 대하여 대륙식 특별재판소를 취하지 않고 영미식 제도를 취한다는 것을 명시한 것이다.<sup>21)</sup> 또한 헌법 제107조는 일관된 체계하의 규정이며, 제3항은 ‘재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다’라고 규정하고 있고, 이는 제2항을 전제로 한다. 제1항과 제2항을 통설적 의미에서의 구체적 규범통제만으로 보는 경우, 제3항은 헌법 제107조 내에 ‘처분심사’를 규정하지 않은 채 갑자기 전심절차만을 규정하는 격이 되어 제2항과의 체계가 맞지 않는다. 즉 헌법 제107조 제2항은 처분심사를, 동조 제3항은 전심절차를 규정하고 있다고 보아야 체계에 맞는다. 전심절차라는 것은 처분심사를 전제하고 있기 때문이다.

라. 이 점에 관한 논의는 미국의 행정입법에 대한 심사까지 살펴보고 계속하기로 하고 여기서는 재판의 전제라는 의미가 구체적 사건성을 말한다는 논거도 충분히 일리 있는 것이라는 지적을 해두기로만 한다.

19) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2000, 1307면.

20) 홍준형, 행정구제법, 294면; 박정훈, 취소소송의 성질과 처분개념, 고시계, 2001. 9. 31면(홍준형교수는 헌법 제107조 제2항이 행정처분심사제에 있어 최종심사권을 대법원에 부여한 것으로 해석하고, 박정훈 교수는 처분뿐만 아니라 명령규칙에 대해서도 대법원에 최종심사권을 부여한 것으로 해석한다).

21) 국회도서관, 헌법 제정 회의록 헌정사자료 제1집, 1967, 108면.

### 三. 헌법재판소가 소원심판대상으로 인정한 행정입법사례와 그 분석

#### I. 헌법소원심판대상과 항고소송대상

헌법재판소법 제68조 제1항은 ““공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자’는 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 하여 소원심판대상을 공권력의 행사라고 하고 있다. 이에 비하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이란 “구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력행사”이다(행정소송법 제2조 제1호). 하나는 기본권을 침해하는 공권력행사이고, 또 하나는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력행사가 그 대상인데 그 관계가 과연 어떠한지 하는 것이 이를 둘러싸고 있는 문제해결의 관건이 되고 있다.

#### II. 헌법소원심판대상인 행정입법

헌법재판소는 행정입법이 공권력의 행사에 해당되며, 법원이 이들에 대하여 직접 심사를 하지 않고 있어 권리구제의 방법이 없기 때문에 보충성이 적용되지 아니한다고 하면서(보충성의 비적용), 헌법소원심판의 대상이 되는 행정입법에는 법규명령, 법규적 효력을 가지는 행정규칙도 포함된다고 한다. 헌법재판소가 심사대상으로 한 행정입법의 예는 다음과 같은 것들이 있다.

##### ① 제대군인지원에관한법률시행령 제9조

제대군인이 채용시험에 응시하는 경우의 시험만점에 대한 가산비율 : 이는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 제3항과 함께 위헌으로 확인된 예이다.

##### ② 재외동포의출입국과법적지위에관한법률 시행령

중국의 국적을 가지고 있는 재외동포들로서, 1948. 대한민국 정부수립 이전에 해외로 이주한 자 및 그 직계비속들이 재외동포의출입국과 법적지위에 관한법률 제2조 제2호가, 자신들을 위 법이 정하는 재외동포에서 제외함이 부당하다고 주장하였다. 이 사건도 법률과 함께 시행령의 위헌 확인을 구한 예이다.

##### ③ 엔지니어링기술진흥법시행규칙 제3조 제1항 제2호

청구인들은 기술사들로서, 1993. 5. 26. 전문 개정된 엔지니어링기술진흥법시행규칙(총리령 제420호) 제3조 제1항 제2호의 규정이, 기술사의 고유한 업무인 엔지니어링활동을 기술사가 아닌 기사1급 또는 학사학위소지자에게 허용함으로써, 최고의 국가기술자격등급인 기술사를 기사1급 등 일반기술자와 자의적으로 동등하게 취급하여, 청구인들의 평등권(헌법 제11조), 직업선택의 자유(헌법 제15조), 과학기술자의 권리(헌법 제22조 제2항)를 침해하고, 모법인 엔지니어링기술진흥법 및 기술사법의 취지에 반하여 위임입법권의 한계(헌법 제95조)를 일탈하였다는 이유로, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### ④ 체육시설의설치이용에관한법률시행규칙 제5조

청구인은 당구장을 경영하는 자로서, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙(1992. 2. 27. 문화체육부령 제20호) 제5조 소정의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 규정하고 있는 (별표 1) 2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)(2)개별기준 자 당구장업 (3) ‘출입문에 18세의 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다’는 규정이, 청구인의 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### III. 헌법소원심판의 신청인 적격

1. 대상적격과 신청인 적격은 직접성을 매개로 하여 접점을 가지게 되는데 헌법소원심판운영실제에 있어서는 더욱 그러한 것으로 보인다. 현재의 헌법소원심판의 운영은 이하에서 보는 것과 같이 대상적격과 신청인적격을 혼용하고 있다고 볼 수 있고 그러한 의미에서 여기서는 신청인 적격을 별도의 항목에서 나누어 살펴본다.

2. 헌법재판소는 『기본권침해』를 ‘자기의 기본권이 직접적으로 그리고 현재 침해받은 경우’를 말한다고 한다. 즉 기본권침해는 i)자기관련성 ii)직접성 iii)현재성을 필요로 한다. 헌법재판소는 공권력 행사 또는 불행사의 직접적 상대방만이, 자기관련성을 가진다고 보고 공권력의 작용에 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자인 경우에는 자기관련성을 인정하지 않는다. 제3자가 그 공권력의 작용으로 기본권을 직접적, 법적으로 침해당한 경우에는 예외적으로

자기관련성을 인정하고 있다. 기본권침해의 직접성 요건이란 헌법소원을 제기하게 한 기본권의 침해는, 그 침해를 야기한 공권력행사 그 자체로 인해 청구인에게 자유의 제한, 의무의 부과, 법적 지위의 박탈 등의 침해가 발생하여야 한다는 것이며, 문제의 공권력 작용에 다른 공권력 작용이 대개되어야만 기본권의 침해가 발생할 수 있는 경우, 그 공권력작용으로 인한 기본권침해의 직접성이 없다고 하는 것이다. 기본권침해의 직접성이 인정된 사례로는 공탁금의이자의관한규칙<sup>22)</sup> ② 1994. 생계보호기준<sup>23)</sup> ③ 종합생활기록부제도개선보완시행지침<sup>24)</sup> 등이 있다.

특히 종합생활기록부제도개선보완시행지침 사건에서 헌법재판소는 「법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도, “법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서, 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면, 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다”고 하면서, 교육법 제 111조의 2 및 교육시행령 제71조의 2에 의하여 대학이 학생선발권을 가지고 있으므로, 학생 선발에 있어서 학생부의 반영방법도 대학이 자율적으로 결정하는 것이나, 국·공립대학의 경우 교육법시행령 제71조의 3 제1항에 의하여 학생 선발에 있어서 학생부의 기록을 필수입학전형자료로 활용하여야 하고, 1999학년도 학생선발에 있어서는 이 사건 제도개선 시행지침에 의하여 학생부에 대하여 절대평가와 상대평가를 병행·활용하여야 하므로, 그 상대평가에 의하여 불이익을 입을 수 있는 청구인들이 국·공립대학에 진학할 경우, 이 사건 제도개선 시행지침에 의하여 바로 영향을 받을 수 있다. 따라서 이 사건 제도개선 시행지침은 기본권침해의 직접성이 인정된다」고 판시하였다.

기본권침해의 현재성이라는 것은 기본권침해가 현재 있어야 하며, 권리침해의 우려가 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과한 경우에는, 현재성을 구비하지 않은 것이며 장래에 발생이 확실한 경우에는 현재성이 있다고 본다.

#### IV. 분석

헌법소원심판의 대상적격과 신청인 적격을 종합하면, 행정입법이 법규적 효력을

22) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 90헌마214 결정.

23) 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정.

24) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 97헌마38 결정.

가지고, 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서, 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면, 심판요건은 충족하게 된다.

그러면 이러한 행정입법에 대한 헌법소원심판요건이, 항고소송의 행정입법에 대한 대상적격요건인 “다른 집행행위의 매개없이 직접 국민의 권리이익에 영향을 미치게 되는 경우”와 다른 것인가. 항고소송도 행정입법을 대상으로 한다면, 그것은 법규적 효력을 가지는 경우일 것이고, 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우할 수 없을 정도로 확정된 상태이거나 다른 집행행위의 매개없이 직접 국민의 권리이익에 영향을 미치게 되는 경우는 동일한 의미를 가지는 것이다.

그렇다면 항고소송의 대상이 되는 행정입법이거나 헌법소원심판의 대상이 되는 행정입법이거나 그 성질은 동일한 것이며, 다만 항고소송은 헌법소원심판이 요구하고 있는 ‘기본권침해’의 요건을 요구하고 있지 않은 차이가 있는 것이다.

#### 四. 미국 행정법상의 rule에 대한 집행전 사법심사

##### I. 의의

미국 행정법상의 rule에 대한 집행전 사법심사는 rule자체에 대한 사법심사를 말한다. 이러한 집행전 사법심사가 생기기 전에는 rule은 적용되고 난 뒤에 그에 따른 처분과 함께 다투어지고 있었다. 즉 다시 말하여 헌법학자의 통설로 이해되는 한국 헌법상의 구체적 규범통제가 이루어지고 있었다. 그런데 1967년의 *Abbott Laboratories v. Gardner*<sup>25)</sup> 판결은 rule은 적용되고 난 뒤에 다투어져야 한다는 원칙을 깨트리고 rule자체에 대한 심사를 인정하였다.

이하에서는 사법심사에 관한 헌법상 원칙인 구체적 사건성(Cases and Controversies)에 대해 살펴보고 집행전 사법심사가 이루어진 Abbott 판결의 내용과 그 논리를 살펴보기로 한다.

25) 387 U.S. 136(1967) 후에 상술한다.

## II. 구체적 사건성(Cases and Controversies)

1. 미국 연방헌법 제3조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다. Article III. section 2. 사법적 권한은 모든 사건과 분쟁<sup>26)</sup>에 미친다(The Judicial Power shall extend to all Cases and Controversies). 이 규정은 연방법원에 제기되는 소송이, 사법적 결정에 적합한 대립적 형태 및 맥락(in adversary form and context)이어야 한다는 것이고, 충고적 의견을 구하는 것이어서는 안 된다는 것을 의미한다. 그것은 진정으로 분쟁이 되어있는, “살과 뼈(flesh and blood)”만을 대상으로 해야 한다는 것이다. 연방대법원은 연방헌법 제3조의 ‘구체적 사건성’의 제한에 대하여 다음과 같이 판시 하였다.

『몇 년에 걸친 판례를 통하여 원고적격의 문제에 대한 헌법상의 제한은 최소한 다음과 같은 세 가지 기본적인 요소들을 가지고 있다는 것이 확립되었다. 첫째로, 원고는 반드시 ‘사실상의 침해’를 입어야만 한다. 사실상의 침해란 법적으로 보호되는 이익의 침해로, 이것은 (a) 구체적이고 특정적이며 (b) 추측이거나 또는 가정이 아니고 현실적이거나 임박하였다. 둘째로, 침해와 침해의 원인이 되는 행위 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 그 침해는 ‘피고의 문제가 되는 행위에 원인을 돌릴 수 있는 것이어야만 하며, 당해 사건에서 문제가 되지 않는 제3자의 독립적인 행위에 기인한 것이어서는 아니 된다.’ 셋째로, 침해가 ‘유리한 판결에 의하여, 이론적인 것(speculative)이 아니고 실제로, 구제될 가능성’이 존재하여야 한다.』<sup>27)</sup>

2. 구체적 사건성의 문제는 한국에서는 사법본질적 한계로 다루어지고 있다. 한국의 행정법학자들은 항고소송의 사법본질적 한계로서, 구체적 권리의무에 관한 쟁송으로서의 한계, 법률적용에 관한 쟁송으로서의 한계를 들고 있는데 이러한 한계의 내용을 추출하여 보면 처분의 구체성, 현실성(원고의 측면에서 보면 침해이익의 구체성, 현실성)이 될 것이다.

26) 이하에서는 사건성으로 통칭한다.

27) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555, 560 (1992).

### III. rule에 대한 집행전 사법심사가 이루어진 사례와 인정되지 않은 사례

#### 1. Abbott Laboratories v. Gardner 사건

##### ① 사건 개요

1962. 의회는 연방식품의약품법(식품법)을 개정하였는데, 처방약 제조업자로 하여금 법정성분명(established name)을 상표나 다른 인쇄물에 현저하게(prominently), 그리고 상표명(proprietary name, trade name)의 최소 절반크기로 표시하도록 하는 것이었다. 이러한 개정목적은 다른 상품명을 사용하고 있다하더라도 성분은 동일하다는 것을 보여주고, 성분은 동일한 데도 비싸고 잘 팔리는 약품의 가격을 인하시키려는 것이었다. 식품의약청장은 위 법을 시행하기 위하여, '상표명이 표시되는 모든 경우에 법정 성분명이 뒤따라야 한다'라는 규칙을 제정하였다. 원고들은 처방약 제조업자들로서 '위 규정이 상표명이 있는 모든 경우에 법정성분명을 표시하도록 한 것은 수권범위를 넘는 것'이라는 이유로 지방법원에 제소하였다. 지방법원은 위 법률의 범위가 그렇게 광범하지 않아 적용할 법이 있다는 이유로 선언적 판단(declaratory judgement)을 하고 금지영장(prohibitory injunction)을 인정하였다. 그러나 제3항소법원은 실체 판단에 이르지 않고, 규칙의 집행전사법심사가 인정되지 않고, 지방법원의 재판권을 초과하였으며, 구체적 사건성(actual case and controversy)이 없다는 이유로 지방법원 판결을 파기하였다.

##### ② 연방대법원의 판결요지

###### i) 심사대상

위 규칙에 대한 집행전사법심사를 위 연방식품 등 법률이 금지하는 것은 아니라 하였다. 법원은 반대의 입법의도에 대한 명확하고 확실한 증거(clear and convincing evidence)가 있는 경우에만 사법심사를 제한할 수 있고, 위 법 구조에 비추어 집행전사법심사를 배제된다고 볼 수 없다. 법 제701조(f)는 기술적인 사실에 관한 사항의 사법심사에 관한 것이고, 그 이외의 사항에 관한 사법심사를 배제하는 것이 아니며, 법 제701조(f)(6) 이 '이 절에 규정된 구제책이 다른 법에 규정된 구제방법으로 추가될 수도 없고 그 대체물이 될 수 없다'라고 한 것은 '사법심사를 배제하는 의미가 아니며, APA에 나타난 사법심사 권장정책과 조화되게 해석해야 한다'라고 하였다. 즉 Abbott 판결에서 법원은 집행전사법심사를 법률이 금지하

고 있지 않으며, 금지한다는 명확하고 확실한 증거가 없기 때문에 사법심사를 제한할 수 없다는 것이었다.

## ii) 성숙성

『이 사건에서의 문제는 두 가지 측면에서 파악되어야 하는바, 하나는 사법심사의 적합성이고, 다른 하나는 사법심사의 보류로 인한 당사자의 어려움(hardship)이다. 이 사건에서의 쟁점은, ‘상표명이 사용될 때 마다 법정명이 표기되도록 요구하는 것이 수권법해석에 맞는가’ 하는 순수한 법률문제이다. 지방법원에서는 이에 대해 약식판단(summary judgement)<sup>28)</sup>을 신청했을 정도이다. 따라서 사법심사에 적합하다. 또한 규칙이 APA 제704조가 정하는 최종적 행위(final agency action)이어서 사법심사에 적합하다. 정부 측에서는 이 규칙이 직접적으로 정책을 실행하는 것이 아니고, 법무장관(Attorney General)이 구성요건을 만들고 위반자를 벌하는 등 집행될 때에야 비로소 성숙성이 있다고 하나, 당장 현재에 있어 원고들은 그들의 약품표지나 광고 판매 자료를 바꾸어야 한다. 원고들이 정부의 조치가 있는 후에 방어적 방법으로 규칙을 다투게 하는 것은 그들에게 심각하고 불필요한 어려움을 준다. 또한 정부에서는 원고들이 처한 어려움이 단순한 재정지출이라고 하나, 만약 원고들이 규칙에 따르지 않을 경우 강력한 제재를 부과 받을 가능성이 있다. 정부에서는 이러한 형태의 소송을 인정하는 것이 효과적인 집행을 저해한다고 하나 오히려 이러한 소송이 있음으로 해서 이 규칙이 효과적으로 집행되고(소송의 결과에 따라 원고들이나 정부의 태도가 명확하여 질 것임), 다수의 소송이 제기되는 문제에 관해서는 병합이나 한 소송이 계류 중일 때 다른 소송의 중단 등 소송기술상의 문제로 처리할 수 있다. 따라서 이 사건의 경우에 성숙성의 문제는 해결되었다.』

즉, 연방대법원은 제약업자들이 rulemaking으로 인하여 즉각적이고 직접적인 영향을 받기 때문에, 그 rule의 위법심사를 바로 청구할 수 있다고 판시했다. 연방대법원은 이 사건에서의 쟁점이 ‘식품의약청이 이 rule을 발할 권한을 가지고 있느냐’ 하는 순수한 법적인 것이라고 보아, 사법심사를 하기 위해서는 산업계가 그 rule을

28) Rule of civil procedure 56가 정하고 있는 것으로서, ‘당사자가 증거가 요하는 중요한 사실을 포함하지 않는다고 하고, 법의문제로 처리하여 달라고 요구할 때 하는 재판’을 말한다.



위반하는 상태가 필요하지 않고, rule이 시행되기까지 기다릴 필요도 없다는 것이었다.

2. Abbott 판결과 같은 날 선고된 *Toilet Goods Association v. Gardner* 사건<sup>29)</sup>에서는 연방대법원은 식품의약청의 rule에 대한 집행전사법심사가 부적절하다고 판시하였다. 이 사건에서 연방대법원은, ‘제조업자들이 위생청 검사관의 접근을 방해할 때에는 첨가물증명서의 발급을 중지할 수 있다’고 규정하는 식품의약청 rule이, 이 상태에서는 사법심사를 위해 성숙한 것은 아니라고 판시하였다. 비록 그 rule이 최종적이고, 쟁점도 *Abbott Laboratories* 사건과 같이 행정청에게 rulemaking 권한이 있는가하는 법적인 것이라는 점에는 동의하지만, 그 rule은 명백히 즉각적이고 회복 불가능한 영향을 미치는 것은 아니며, 검사관의 접근이 거부되었을 때만 효력이 발생하는 것이고, 그 경우에도 어떤 행위가 강제되는 것은 아니라는 이유에서였다. Harlan 판사는, 이 사건이 *Abbott Laboratories v. Gardner* 사건과 다른 이유를 다음과 같이 판시하고 있다.

『이 사건에서의 쟁점과 *Abbott Laboratories* 사건의 쟁점이, 전체적으로 법규에 정해진 권한을 초과하였느냐 하는 법적인 것인 점에 차이가 없다. 그 점에서는 이 사건도 집행전사법심사가 가능하지만, 이 사건에서는 다른 더 중요한 요소가 있다. 이 사건에서의 rule은 단순히 FDA가 어떤 상황 하에서 시설 등 검사가 가능하고, 검사관의 접근이 방해될 때는 첨가물증명서의 발급을 금지할 수 있다는 것을 알려주는 것에 불과하다. 현재에 있어서는 언제 그러한 검사가 있을지, 나아가 그러한 조사자체가 있을지 여부, FDA가 검사 시에 어떠한 이유를 제시할지 알 수 없는 형편이다. 의회가 지금까지 제조업자의 보호를 위하여 이권 규칙과 같은 내용의 법률제정을 거부하여 온 것은 사실이지만, 이권 규칙의 유효성여부는 법규구조 전체에 비추어 보아야 한다. 법규의 목적·FDA가 당면한 집행상의 문제·법규의 목적을 달성하기 위한 감독의 필요성·정당한 거래 비밀을 보호하기 위한 안전장치 등이 종합적으로 고려되어야 한다. 이 규칙은 매일매일의 생활에 절박하게 영향을 주는 것이 아니고 주된 행동이 영향을 받는 것도 아니며, FDA가 검사할 권한을 밝혀주는 것일 뿐 원고들에게 어떠한 국가적 행위가 필요하게 만드는 것도 아니다. 제조업자들은 1938년 법제정 시부터 정당한 조사를 받아야 하였다. 더 나아가 규칙

29) 387 U. S. 158 (1967).

이 정한 형태의 검사를 방해하는 경우에, 그때에 이 규칙이 다투어 진다 할 지라도 원고에게 회복할 수 없는 손해가 발생하는 것도 아니다. 검사에 대한 사실상의 근거가 들어나고, 규칙의 법률상 및 실체상의 정당성에 대한 검토가 가능할 때 사법 심사하는 것이 정당하다」

즉 Abbott 사건에서는 rule을 즉각적으로 심사할 수 있고 그럴 필요가 있지만, 이 사건에서는 rule의 집행 후 rule을 심사하는 것이 더 현명하다는 것이다.

#### IV. 분석

미국 행정법에서 rule자체에 대한 직접심사 즉 집행전 사법심사는 심사대상의 면에서는 그다지 문제되지 않는다고 본다. rule자체가 사법심사의 대상이 되지 않는다는 명백한 규정이 없기 때문이다. 문제는 rule의 사법심사에의 적합성이다. rule을 심사할 가능성, 심사할 필요성이 있으면 rule은 그 자체가 심사대상이 된다. rule은 그 침해가 직접적이고 현실적이고 즉각적인 한, 또 그럴 필요가 있으면 바로 그 자체를 심사할 수 있는 것이고, 그렇지 않으면 rule은 적용되고 난 뒤에 처분과 함께 다투어져도 늦지 않다는 것이다.

이러한 구조는 한국 행정법상의 행정입법에 대한 사법심사의 구조와 전혀 다르지 않다. 한국행정법에서는 행정입법에 대하여 첫째 헌법 제107조 제2항에 따른 심사, 둘째 행정입법에 대한 항고소송, 셋째 행정입법에 대한 헌법소원심판 세가지의 형태로 심사가 이루어지고 있다. 이러한 세가지의 소송형태 모두 소송의 대상 측면이거나 원고적격의 측면에서 구체성, 직접성, 현재성을 요구하고 있다. 헌법 제107조 제2항에 따른 심사에는 재판의 전제라는 특수한 요건이 따르지만, ‘재판의 전제’는 소송의 계속을 의미할 뿐 아니라, 미국 법에서 말하는 사건성·성숙성을 가지는 경우로 해석될 수 있다.

‘재판의 전제’를 소송계속을 요하는 것으로만 해석하는 근거에는, 명령·규칙은 규범으로 일반성을 가지는 것이기 때문에 당연히 직접 소송대상이 되지 아니한다는 생각이 자리 잡고 있다. 그러나 미국의 rulemaking에 대한 사법심사에서 보는 것과 같이, 규범으로서의 rule도 특정한 시간, 경우에는 구체성을 가지게 되는 것이고 그 경우에는 사법심사에 적합하다. 미국법에서는 이 경우를 rule이 사법심사를 위해

성숙되었다고 한다. 재판의 전제를 소송계속의 의미로서만 해석하는 견해는, 행정입법의 일반적 규범성을 너무 강조하는 나머지, 그 행정입법이 특정한 경우에 가지는 “구체적 개별성”을 간과하고 있다. 또한 행정입법이 행정의 가장 중요한 행정수단이 되고 있고 그 위법의 통제가 절실히 요청되고 있는 이 때에, 막연히 행정입법의 규범으로서의 일반성만을 강조하여 행정입법이 시행되고 처분에 대한 소송의 계속만을 기다리게 한다는 것은 행정입법으로 인한 권리구제, 행정입법에 대한 위법통제를 포기하는 것과 마찬가지이다. 재판의 전제를 ‘소송의 계속으로 보는 경우’ 행정입법에 대한 집행전사법심사는 불가능하게 되고, 행정입법에 대한 사법심사는 Abbott판결이 있는 1967년 이전의 미국상황과 마찬가지로 행정입법에 근거한 처분이 있어야만 즉 처분에 대한 소송이 계류되어야만 행정입법에 대한 사법심사가 가능하게 된다. 행정입법은 각각의 성질에 따라 구체성의 정도에 있어 많은 차이를 가지며, 행정입법의 연속체(continuum)<sup>30)</sup>에서 한쪽 끝은 철저한 일반성을 가지겠지만 다른 한쪽 끝은 ‘처분이라고 할 정도의 구체성’을 가지는 것이고, 그 경우의 행정입법은 당연히 그리고 반드시 ‘처분에 다름없이’ 다루어 져야 한다. 미국 행정법은 이미 1967년에 Abbott판결로 ‘rule의 구체적 개별성’을 인정하였고, 우리나라에서도 이미 헌법재판소가 행정입법의 ‘직접성·현재성’이론으로 “일반규범인 행정입법의 구체적 개별성”을 인정하고 있다. 이와 같이 행정입법이 구체성을 가진다고 해석되는 경우, 그것은 ‘처분’과 비교하여 행정소송의 대상이 됨에 차이를 둘 필요는 없고 헌법도 굳이 그러한 경우에까지 소송의 계속을 요구한다고 볼 필요는 없을 것이다. 따라서 헌법 제 107조 제2항의 ‘재판의 전제’를, 모든 경우에 소송의 계속을 요구하는 조항으로 볼 필요는 없고, 미국법에서 말하는 구체적 사건성을 가지는 모든 경우를 포함하는 규정으로 해석해야 한다.

## 五. 결론

1. 행정입법에 대한 항고소송과 행정입법에 대한 헌법소원심판의 구조는 동일하다. 양자는 모두 직접적, 현재적, 구체적 효력을 가지는 행정입법에 대하여 제소할

30) 행정입법의 성질을 가지는 두루마리를 한쪽 끝에서 반대쪽 끝까지 펼쳐놓았을 때를 상정한 연속체이다.

수 있게 하고 있다. 현재 행정입법에 대하여 항고소송의 대상으로 하지는 행정소송법 개정논의가 있지만, 그것은 행정입법이 항고소송의 대상임을 확인하는 것에 불과하고, 행정소송법의 개정없이도 행정입법에 대하여 항고소송이 가능하다. 그러나 그것은 행정입법이 직접적, 현재적, 구체적 효력을 가지는 경우에 한한다. 즉 미국 행정법에서 말하는 구체적 사건성과 사건의 성숙성이 있어야 할 것이다. 행정입법에 대한 항고소송대상화는 확인적 의미만을 가질 것이다.

2. 행정입법에 대하여 항고소송이 일반적으로 인정된다고 하더라도 그것은 현재 헌법소원심판이 심판대상으로 하고 있는 범주를 벗어나지 못할 것이다. 즉 현재의 헌법소원심판이 그 대상으로 다루고 있는 것은 모두 항고소송의 대상이 될 수 있는 것이다. 현재는 행정입법에 대하여 법원이 직접심사를 하지 않기 때문에(소위 보충성의 비적용), 헌법재판소가 현재성, 직접성 있는 행정입법을 심사하고 있으나 그 심사는 모두 항고소송에서 할 수 있고, 그렇게 하여야 할 것이다.

3. 행정입법에 대한 별도의 규범통제절차는 불필요하다. 행정입법이 구체성, 현실성, 직접성을 갖는 것이라면 항고소송으로, 그렇지 않으면 행정입법이 적용되고 난 뒤에 처분과 함께 심사하면 족할 것이다.

4. 행정입법에 대한 직접사법심사가 이루어지는 경우 행정입법에 대하여 헌법소원심판이 해야 할 일은 없어지는가? 헌법소원심판심판의 보충성으로 인하여 현재 행해지고 있는 행정입법심사의 상당부분은 줄어든다. 그러나 행정소송과 헌법소원심판은 그 기준과 절차를 달리 하는 것이어서 행정입법에 대한 헌법소원심판이 소멸하지는 않을 것이다. 처분에 대한 헌법소원심판이 현재도 이루어지고 있는 점<sup>31)</sup>에 비추어 그것은 명확하다. 그러나 항고소송의 대상과 헌법소원의 대상이 일치한다고 보는 필자의 생각을 끝까지 관철한다면 양자의 관계는 택일적 관계가 될 것이다.

31) 교수 재임용 추천 거부(헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 91헌마190 결정); 공정거래위원회의 고발권 불행사(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 결정); 공영방송사의 대통령 선거방송토론위원회의 결정 및 공표행위(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 97헌마372 결정); 지적공부의 등록사항에 대한 정정신청을 반려한 행위(헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마315 결정); '행정자치부 공고'로 한 행정자치부장관의 공무원임용시험시행계획의 공고행위(헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159 결정).

5. 대상판례가 대상조례의 직접적 효력을 근거로 항고소송의 대상으로 한 것은 타당하다.

주제어 : 조례, 규칙, 직접성, 구체성, 구체적 사건성, 집행전 사법심사

[abstract]

## Judicial Review of Municipal Ordinance in the Korea & Pre-enforcement Review of the Rule in the United States

Kum, Tae-Huan\*

The Korean ordinary court reviews rules(including municipal ordinance) when the review is needed for the review of adjudication, except some cases. In those cases, court sees the rule effects to the people directly without adjudication which applies the rule. Such rule is called the dispositive-rule whose meaning is that the rule has a direct and concrete effect.

In addition to the ordinary court, the constitutional court of Korea reviews rules directly under some conditions. The ordinary authority of review of rules is in the ordinary court. But the constitutional court of Korea reviews rules under the condition that first, the rule has directive and actual-effectiveness to the people without order, second the rule has self-relativeness to the plaintiff.

In the United States, Until 1967. the rules could be reviewed after the rules had enforced through order or adjudication. But in 1967. the review of rule which had not applied was recognized, which was so called pre-enforcement review. In *Abbott Laboratories v. Gardner case*, the court declared the rule could be reviewed when it is Case and Controversy which

---

\* Professor, College of Law, Yeungnam University

is prescribed in Article III. sec 2. of the Constitution and it's effect is concrete and immediate.

The author thinks that the three types mentioned above have the same review structure. The Korean ordinary court's thought of the dispositive-rule, the constitutional court of Korea's directive and actual-effectiveness and self-relativeness and Case and Controversy in Article III. sec 2. of the Constitution of the United States are completely the same. They can be abbreviated in one word "Ripeness". The rule can be reviewed if it is ripe for the review.

At present time, the reviewability of rule is being discussed in Korea and there is a statute revision-movement to the reviewability from the non-reviewability of rule. The author thinks that to solve the reviewability of the rule, the important thing is not statute revision but interpretation of ripeness. In such a sense the Korean ordinary court should have the flexible thought of "ripeness". If so, the reviewability of the rule in the Korean ordinary court could be much more extended.

Keywords : Ordinance, Rule, Directness, Concreteness, Case and Controversy, Pre-enforcement Review