

〈논문〉

입법과정과 입법의 민주적 정당성*

李 瑀 洪**

요 약

이 연구에서는 대의민주주의적 방식을 원칙으로 하는 입법과정을 직접민주주의적 요소가 특히 공개와 참여의 개념을 통해 수정하고 보완해 가는 추세를 보이는 현시점에서, 입법의 정당성은 근본적으로 그리고 궁극적으로 입법에 대한 공동체 구성원의 신뢰를 충족하는 것이어야 한다는 명제 위에서 한국의 입법과정과 입법현황을 분석하고, 나아가 입법의 정당성의 관점과 목표하에 입법에 대한 신뢰를 제고하기 위한 입법과정 관련 법제의 개선 방안을 논의한다. 이를 위하여 연구의 배경이자 맥락으로서 한국의 국회 및 입법 관련 각종 통계와 지표를 살펴본 후, 대의민주주의에서 국회 입법의 효력의 근거로서의 정당성과 한국 입법과정의 특징 및 입법과정을 입법의 정당성 및 그 효력의 면에서 논의한 헌법재판소의 판례를 분석하고, 입법의 정당성 관점에서 그리고 입법에 대한 신뢰 제고의 취지에서 한국 국회입법과정의 개선점을 모색한다. 근래 의원발의 법률안이 급증하고 국회의 정부제출 법률안에 대한 수정률이 증가하며 여야공동발의법률안의 수 및 통과율이 증가하고 입법 과정에서의 공청회 개최 건수도 크게 늘고 있는 등 민주화 과정을 통해 행정부에 대한 입법부의 위상과 권한 및 기능이 점차 정상화되어온 상황에서, 이제 대표로서의 입법부의 역할에 대해 엄정한 기준을 정립하여 적용하는 것이 필요하다는 인식을 공유하고, 이러한 점이 입법의 정당성을 제고하는 방향으로 제도화될 수 있어야 하겠다.

특히 고유의 역사적 상황을 통해 한국 입법과정이 갖고 있는 단원제 의회하의 강한 위원회중심주의적 특징은 대의민주주의하 입법의 정당성을 위한 숙의기능과 입법의 질을 저하시킬 우려가 있다. 의원입법의 발의 단계에서도 소수의 권익과 다원주의의 가치를 훼손하지 않으면서도 입법의 질을 확보할 수 있는 기준 내지 장치를 마련하고, 위원회중심주의적 국회 입법과정에서 상임위원회 소속 위원에 대해 이해관계의 충돌 등에 대해서는 강한 규제를 마련해 입법의 정당성을 확보해야 한다. 보다 넓은 맥락에서, 법률안 및 법률에 대한 평가시스템의 도입과 시행, 입법로비의 양성화를 통한 규제 원칙의 정립, 사문화된 법률의 정리, 위헌결정된 법률에 대한 국회의 대응에 대한 심층적 논의, 한시법 등 특별법의 지양 및 입법 기준의 정비 등이 입법의 정당성을 제고하여 국민의 입법에 대한 신뢰를 확보하기 위해 추구해야

* 이 논문은 2011년 8월 30일 서울대학교 법학연구소 주최 ‘법과 신뢰’ 학술대회에서의 발표문을 기초로 하였다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

할 과제이다. 궁극적으로 입법과정을 공개하고 투명성을 높임으로써 입법과정에 대한 감시와 통제를 가능하게 하며, 입법체제의 설정에서부터 심의과정에서의 논의에 이르기까지 가능한 한 저비용의 참여가 가능하게 하고, 속의를 통한 입법의 질을 제고하는 것이 입법에 대한 신뢰를 제고하는 길이다.

주제어: 입법과정, 법률의 민주적 정당성, 대의민주주의, 속의, 위원회중심주의

I. 서 론

1. 연구의 목적 및 대상

대한민국 헌법은 대한민국이 민주공화국이며 모든 권력은 주권자인 국민에게 있음을 규정하고 확인하면서, 정치과정의 원칙적 운용 원리로서 대표(representation)의 개념에 입각한 대의민주주의를 채택하고 있다.¹⁾ 이를 입법의 관점에서 볼 때 헌법, 국회법, 공직선거법 기타 관련 법령을 통해 대표로서의 입법자의 선출 및 이들의 권한과 책무, 그리고 대표에 의한 공동체 의사 결정으로서의 입법의 절차에 관해 여러 제도와 장치가 규정되어 있고, 이러한 제도는 기본적으로 다수결원리에 의해 작동한다. 한국의 입법은 이하에 제시된 각종 관련 통계와 지표를 통해 볼 수 있듯 1980년대 중반에 이르기까지 대거 행정부에 의해 주도되었으나, 정보와 의사의 소통에 관한 기술적 발달과 함께 정치과정이 민주화되면서 특히 행정부에

1) 대한민국 헌법 제1조, 제40조. 헌법재판소도 우리 헌법이 국민주권의 실현에 있어 대의제를 원칙으로 하고 있으며 대의제 민주주의가 헌법의 기본원리를 판시하여 왔다. 헌재 2003.11.27.선고, 2003헌마694·700(병합)·742(병합), 헌재공보 제87호, 80면 이하(85면) (“우리 헌법이 국민주권의 실현에 있어서 대의제를 원칙으로 삼고 예외적으로 단 두 가지의 경우에 한하여 그것도 국민발안을 배제하는 매우 제약적인 직접민주주의적 요소를 수용하고 있다는 점에 비추어 헌법 제72조는 예외조항에 해당되며, 이와 같은 원칙과 예외의 관계에서 볼 때, 예외에 속하는 규정은 확장적으로 해석하여서는 아니되고 축소적이고 엄격하게 해석되어야 하며, 또한 헌법규범 상호간의 긴장관계와 부조화현상을 가능한 한 최대한으로 완화시켜 헌법 전체로서의 조화가 이루어질 수 있도록 해석하여야 할 것이다.”); 헌재 1998.10.29.선고, 96헌마186, **헌법재판소판례집** 제10권2집, 600면 이하(606면) (“대의제 민주주의도 [우리] 헌법의 기본원리에 속한다.”); 헌재 1995.5.25.선고, 91헌마44, **헌법재판소판례집** 제7권1집, 687면 이하(708면) (“오늘날의 민주주의는 사실상 대의제의 형태를 떨 수밖에 없고, 선거는 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단인 것이다.”) 등 참조.

대한 입법부의 위상 및 입법기능이 정상화되어가고 있다.²⁾ 또한 근래의 세계화 현상 역시 입법과 관련된 정보 및 의사의 자유로운 소통과 정치과정의 민주화에 긍정적으로 작용한 면이 있다.

국회가 헌법이 부여하고 규정한 입법권에 따라 헌법과 국회법 등 관련 실정법상의 입법과정을 통해 입법한 법률이 갖는 효력의 근거는 무엇보다도 입법의 민주적 정당성에 있고, 이 때 입법의 민주적 정당성은 실체적 정당성과 절차적 정당성의 양면 모두에서의 민주적 정당성이다. 나아가 필요한 입법이 적시에 그리고 가능한 한 최소의 비용으로 이루어질 때 이러한 의미에서의 입법의 효율성도 입법에 대한 존중과 신뢰를 제고할 것이다. 또한 한국의 입법과 입법과정을 분석함에 있어 주목할 또 다른 점으로서 근래 정치과정 전반에 걸쳐 직접민주주의적 요소가 다양한 각도에서 다양한 비중으로 도입되고 있음을 볼 수 있다.³⁾ 이 점은 한국 뿐 아니라 세계의 많은 민주주의 국가에서의 추세이기도 하며, 대의민주주의와 직접민주주의의 제도적 특징과 장단점을 비교고찰해 가며 궁극적으로 입법의 민주성과 효율성을 제고할 수 있는 정치과정을 구체적 법제를 통해 어떻게 실현해 갈 것인지의 과제를 제시한다. 이러한 맥락에서 한국의 입법과정에는 어떤 형태와 차원에서이든 앞으로 발전적 변화가 예고되고 있으며,⁴⁾ 이에 입법의 정당성과 입법에 대한 신뢰의 제고를 궁극적 목적으로 하여 입법의 의의와 과정을 실체적·제도적 관점에서 체계적으로 연구하는 것이 요구된다고 하겠다.

이 연구에서는 대의민주주의적 방식을 원칙으로 하는 입법과정을 직접민주주의적 요소가 특히 공개와 참여의 개념을 통해 수정하고 보완해 가는 추세를 보이는

2) 이 점에 대해서는 아래 1-2. 한국의 국회 및 입법 관련 통계와 지표에 제시된 자료 참조.

3) 한국의 경우 이러한 예를 보면, ‘지방자치단체 주민의 조례 제정 및 개폐 청구권’이 1999년 8월 개정을 통해 도입되어 있으며(지방자치법(법률 제10219호, 2011.1.1.시행) 제15조), 역시 지방자치 단계에 1994년 3월 이후 ‘주민투표’ 제도가 도입되었고(지방자치법 제14조), ‘주민소환’ 제도가 2007년 5월 이후 도입·시행되고 있다(지방자치법 제20조 및 주민소환에 관한 법률(법률 제9974호, 2010.1.25.시행)). 또한 주민의 ‘감사청구’ 제도(지방자치법 제16조)와 ‘주민소송’ 제도(지방자치법 제17조)가 있다. 보다 넓은 맥락에서는 2007년 7월에 제정되어 2008년 1월부터 시행된 국민의 형사재판 참여에 관한 법률(법률 제10258호, 2010.4.15.시행)에 따른 ‘국민참여재판’ 제도의 도입도 공권력의 행사 과정에의 공동체 구성원의 참여를 통해 그 민주적 정당성을 제고하기 위한 취지의 제도로 이해할 수 있다.

4) 이러한 변화를 적시한 것으로 최송화, “21세기의 국회상을 그리며”, 입법에 관한 국회의 책임과 역할(국회법제실·한국행정법이론실무학회 공동 주최, 여의도국회 제30주년·국회 개원 제57주년 기념 공동학술대회 기조연설) (2005.6.2.) 등 참조.

현시점에서, 입법의 정당성은 근본적으로 그리고 궁극적으로 입법에 대한 공동체 구성원의 신뢰를 충족하는 것이어야 한다는 명제 위에서 한국의 입법과정과 입법 현황을 분석하고, 나아가 입법의 정당성의 관점과 목표하에 입법에 대한 신뢰를 제고하기 위한 입법과정 관련 법제의 개선 방안을 논의한다. 이를 위하여 연구의 배경이자 맥락으로서 한국의 국회 및 입법 관련 각종 통계와 지표를 살펴본 후, 대의민주주의에서 국회 입법의 효력의 근거로서의 정당성과 한국 입법과정의 특징 및 입법과정을 입법의 정당성 및 그 효력의 면에서 논의한 헌법재판소의 판례를 분석하고, 입법의 정당성 관점에서 그리고 입법에 대한 신뢰 제고의 취지에서 한국 국회입법과정의 개선점을 모색한다.

2. 한국의 국회 및 입법 관련 통계와 지표

한국의 국회는 단원제 의회로서 현행 헌법과 공직선거법 규정에 따라 임기 4년의 299명의 국회의원(지역구국회의원 245명과 비례대표국회의원 54명⁵⁾)으로 구성된다.⁶⁾ 제헌국회에서 정부조직법을 심의하여 법률 제1호로 제정한 이래, 대한민국 국회에는 2011년 11월 15일 현재 총 40,163개의 법률안이 접수되어(국가재건최고회의, 비상국무회의, 국가보위입법회의를 포함할 경우 총 42,226개) 이 중 16,225개의 법률안이 가결되었고(국가재건최고회의, 비상국무회의, 국가보위입법회의를 포함할 경우 총 18,345개),⁷⁾ 2011년 10월 31일 현재 총1,211개의 법률이 효력을 갖고

5) 지역구국회의원은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거로 선출되며(헌법 제41조 제1항), 1선거구1인제 방식(공직선거법 제21조 제2항) 그리고 상대다수대표의 방식에 따라 당해 국회의원지역구에서 유효투표의 다수를 얻은 자가 당선인이 된다(공직선거법 제188조 제1항). 비례대표국회의원은 각 정당이 순위를 정한 비례대표국회의원후보자명부를 첨부한 후보자등록신청서를 중앙선거관리위원회에 제출하여 후보자를 등록하고(공직선거법 제49조 제1항, 제2항), 선거권자는 정당별 비례대표국회의원후보자명부를 참조하여 자신이 지지하는 정당에 대하여 전국을 하나의 선거구로 하여(공직선거법 제20조 제1항) 투표한다(공직선거법 제146조 제2항). 중앙선거관리위원회는 정당투표에서 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표하였거나 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 확보한 각 정당에 대하여 당해 의석할당정당이 비례대표국회의원선거에서 얻은 득표비율에 따라 정당별 비례대표국회의원후보자명부에 기재된 순위에 따라서 비례대표국회의원의석을 배분한다(공직선거법 제189조 제1항-제4항).

6) 헌법 제41조 제2항, 공직선거법(법률 제10981호, 2011.7.28.시행) 제21조 제1항.

7) 이를 연도별 법률의 공포현황을 통해서 보면, 1948년 공포된 법률은 17개였으며, 1948년에서 1998년까지의 50년의 기간 동안 공포된 법률의 수는 5,626건이다. 2005년에 처음으로 공포 법률의 수가 500건을 넘었으며, 2005년부터 현재까지는 한 해 평균 공포 법률

시행되고 있다.⁸⁾ 법률안의 제출건수 및 가결률 등의 통계와 지표를 통해서도 알 수 있듯이 대략 1980년대 중반까지는 행정부가 대거 입법을 주도하였으며, 대체로 제13대 국회(1988-1992)를 전환점으로 하여 이후 현재의 제18대 국회(2008-2012)에 이르기까지 법률안의 발의 및 심의와 표결의 입법의 전(全)과정에서 국회의 입법 기능 특히 행정부에 대한 국회의 입법기능이 정상화되어 가는 모습을 보인다.⁹⁾

행정부가 입법을 대거 주도한 시기의 입법 통계와 지표를 보면, 비상국무회의(1972-1973)와 국가보위입법회의(1980-1981)의 시기를 차치하더라도, 제7대 국회(1967-1971)에서는 의원발의법률안 244개와 정부제출법률안 291개가 국회에 접수되어, 이 중 의원발의법률안은 123개(원안가결 81개, 수정가결 42개), 정부제출법률안은 234개(원안가결 56개, 수정가결 178개)가 각각 가결되었고, 제9대 국회(1973-1979)에서는 의원발의법률안 154개와 정부제출법률안 479개가 국회에 접수되어 이 중 의원발의법률안은 84개(원안가결 54개, 수정가결 30개), 정부제출법률안은 460개(원안가결 255개, 수정가결 205개)가 각각 가결되었으며, 제11대 국회(1981-1985)에서는 의원발의법률안 204개와 정부제출법률안 287개가 국회에 접수되어 이 중 의원발의법률안은 84개(원안가결 53개, 수정가결 31개), 정부제출법률안은 257개(원안가결 123개, 수정가결 134개)가 각각 가결되었다. 이에 비해, 제13대 국회(1988-1992)에서는 의원발의법률안 570개와 정부제출법률안 368개가 국회에 접수되어 이 중 의원발의법률안은 171개(원안가결 119개, 수정가결 52개), 정부제출법률안은 321개(원안가결 138개, 수정가결 183개)가 각각 가결되었고, 제16대 국회(2000-2004)에서는 의원발의법률안 1912개와 정부제출법률안 595개가 국회에 접수되어 이 중 의원발의법률안은 517개(원안가결 285개, 수정가결 232개), 정부제출법률안은 431개(원안가결 117개, 수정가결 314개)가 각각 가결되었다. 4년의 의회기가 만료된 마지막 국회인 제17대 국회(2004-2008)에서는 의원발의법률안 6387개와 정부제출법률안 1,102개가 국회에 접수되어 이 중 의원발의법률안 1,352개(원안가결 823개, 수정가결 529개)와 정부제출법률안 563개(원안가결 131개, 수정가결 432개)가

의 수가 약 515건이다. 법제처 법령통계 2011년 10월 31일 현재 자료(<http://www.moleg.go.kr>).

8) 2011년 10월 31일 현재 대통령령은 1,448개, 총리령은 48개, 부령은 1,114개이고, 국회 규칙 등 헌법상 독립기관이 제정한 규칙은 307개이다. 법제처 법령통계 2011년 10월 31일 현재 자료(<http://www.moleg.go.kr>).

9) 이하 이 소단원에서 사용한 법률안의 발의 및 제출과 가결율에 관한 입법 통계는 2011년 11월 15일 현재의 국회 의안정보시스템의 의안통계(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/statFinishBill.jsp>)에 따른 것이다.

각각 가결되었다. 아직 4년의 의회기가 만료되지 않은 현행 제18대 국회(2008-2012)의 2011년 11월 15일까지의 통계를 보면, 의원발의법률안 11,470개와 정부제출법률안 1,606개가 국회에 접수되어 이 중 의원발의법률안 1,342개(원안가결 1030개, 수정가결 312개)와 정부제출법률안 635개(원안가결 349개, 수정가결 286개)가 각각 가결되었다. 이와 같이 국회에서 입법된 법률 중에서 1988년 9월 1일부터 2011년 9월 30일까지 즉 헌법재판소의 설립 이후 현재까지 헌법재판소는 총 470건의 법률조문에 대해 위헌의 취지로 결정을 하였다. 이러한 법률조문 중 위헌 결정된 조문은 298개, 헌법불합치 결정이 된 조문은 104개, 한정위헌 결정된 조문은 39개, 한정합헌 결정된 조문은 29개이다.¹⁰⁾

이와 같은 한국 입법 현황의 대강을 분석하면,¹¹⁾ 우선 대략 1980년대 중반을 기점으로 하여 법률안의 발의 및 제출의 건수가 급증하는 추세에 있음을 볼 수 있다. 의원발의와 정부제출의 경우를 나누어서 보면, 1980년대 중반 무렵까지는 국회에 접수된 법률안의 수를 비교할 때 의원발의법률안의 수보다 정부제출법률안의 수가 많았는데, 이러한 추세는 1980년대 중반 이후 반전되어 의원발의법률안의 수가 정부제출법률안의 수보다 많아졌으며 그 수의 차이도 점점 커져서, 제17대 국회(2004-2008)에서는 의원발의법률안의 수가 정부제출법률안의 수의 약 6배가 되었다. 즉, 국회에 발의 또는 제출되는 법률안의 수가 전반적으로 증가 추세에 있으면서 특히 정부제출법률안에 비해 의원발의법률안의 수가 급증해 온 바, 그 원인으로서는 입법대상의 증가 및 다양화, 세분화, 전문화에 따라 입법수요가 증대되어 온 점, 법제의 측면에서도 입법의제 제안과 공론화의 경로가 다양해짐과 동시에 의원발의의 요건이 완화된 점 등이 있으며, 또한 근래 비정부시민단체 및 언론매체 등에서 국회의원의 의정활동에 대한 감시와 평가를 하는 과정에서 의원별 법률안 발의 실적 지표의 하나로 사용해 온 점 및 정부제출법률안에 대해서는 법률안의 성안 및 제출 과정에 관한 상세한 규정이 마련되어 적용되는 데 비해¹²⁾ 의원발의법률안

10) 헌법재판소 홈페이지(<http://www.ccourt.go.kr>)의 2011년 10월 31일 현재 통계.

11) 한국의 입법현황을 정부입법과 국회입법으로 구분하여 시대별 및 분야별로 심층적으로 분석한 연구로서, 박균성, “정부입법 60년의 평가와 과제”, **입법학연구** 제5집 (한국입법학회, 2009), 그리고 박관용, “국회입법 60년의 회고와 전망”, **입법학연구** 제5집 (한국입법학회, 2009) 참조. 한국의 근래의 입법동향을 분석한 연구로서, 박영도, “최근의 입법경향과 입법의 선진화를 위한 과제”, **동아법학** 제50호 (2011.2.) 참조.

12) 이하 III-1-(1) 한국의 국회 입법과정 개관에도 기술되어 있듯이, 정부제출법률안의 성안 및 국회 제출까지의 과정에는 행정절차법, 행정규제기본법, 법제업무운영규정 등에 많은 규정이 마련되어 적용되고 있다.

에 대해서는 법률안의 성안 및 제출 과정에 관한 규정이 없다시피 한 점 등을 지적할 수 있다. 또한 1994년 8월 국회사무처에 법제지원 전담부서인 법제예산실이 신설되었고 2000년 1월 법제실이 법제예산실에서 분리·확대되었으며 2007년 3월 국회입법조사처법에 의해 국회입법조사처가 신설되어¹³⁾ 의원입법에 대한 지원이 강화된 것도 의원입법이 크게 활발해진 요인이다.

국회에 발의 내지 제출된 법률안이 국회 입법과정을 통해 가결된 비율인 가결률의 면에서는 정부제출법률안의 가결률이 의원발의법률안의 가결률에 비해 상대적으로 높은 추세가 일관되게 지속되어 왔다. 행정부가 입법을 주도하였던 시기에는 정부제출법률안이 국회에 접수되는 법률안의 수와 가결율의 모든 면에서 월등히 높은 수치를 보였고,¹⁴⁾ 대략 제13대 국회(1988-1992) 이후에는 의원발의법률안의 수가 정부제출법률안의 수에 비해 상대적으로 훨씬 크게 증가함에 따라 이러한 원인도 더해져서 현재까지 가결율의 면에서는 정부제출법률안의 가결률이 의원발의법률안의 가결률보다 높다. 이에 대해서는 정부제출법률안이 법제처의 존재와 기능 및 법률안의 성안과 제출의 절차에 대한 상세한 규정에 의해 상대적으로 엄격한 기준 하에 준비되어 제출되기 때문이라는 분석도 가능하며, 국회의 입법기능 강화를 위해 실효성 있고 정교한 의원입법을 위한 성안 및 발의 단계에 적용되는 절차 및 규정의 정비와 의원입법에 대한 전문적 지원이 요구된다고 할 수도 있겠으나, 국정운영에 유의미한 권력분립의 실태, 국회의원의 입법활동 전반에 영향을 주는 위원회 배정과 표결 등에의 정당의 영향력, 국회 내의 여당과 야당 소속 의원의 비율 등 특정 시점에서의 정국현황이 포함된 여러 요소를 고려한 분석이 필요할 것이다. 일단 정부제출법률안의 가결률이 의원발의법률안의 가결률에 비해 높은 추세에서 원안가결률과 수정가결률을 나누어서 보면, 원안가결률은 의원발의법률안의 경우가 정부제출법률안의 경우보다 더 높음을 볼 수 있다. 이는 이후 본문에서 보다 상세하게 논의되는 바 한국 국회 입법과정의 핵심적 특징인 강한 위원회중심주의와도 관련된 현상으로서, 위원회가 발의하는 법률안 즉 위원회안은 한국 입법과정의 강한 위원회중심주의적 운영 하에 거의 모두 원안가결되며,¹⁵⁾ 정부제출법률

13) 법률 제8263호(2007.3.25.시행), 이후 법률 제9404호로 개정(2009.2.3.시행).

14) 행정부중심의 국정운영으로 행정부가 입법을 주도한 가장 대표적 시기인 국가재건최고회의(1961-1963)와 국가보위입법회의(1980-1981) 시기에는 정부제출 법률안의 가결률이 각각 87%(613건 제출, 508건 가결)와 100%(156건 제출, 156건 가결)였다.

15) 의원발의 법률안 가운데 위원회안(대안 포함)의 경우 국회접수 대비 가결률이 약 96%이다.

안의 경우 가결을 자체는 높더라도 위원회중심주의하 국회 입법과정에서 많은 경우 위원회 단계에서 수정되어 가결되는 데에 기인한다.

II. 입법과정과 입법의 민주적 정당성

1. 대의제 입법과정을 통해 입법된 법률의 효력 및 입법에 대한 신뢰의 근거로서의 민주적 정당성

한국 헌법이 채택한 대의민주정치 하에서 입법과정이 추구하는 이상은 국민 모두 또는 적어도 국민 대다수가 공감하거나 승복할 수 있는 내용의 법률들이 충분한 논의를 거쳐 적시에 가능한 한 낮은 비용으로 제정되어 실행되도록 입법과정이 제도화되고 운영되는 것이다. 보다 구체적으로, 입법 의제의 설정과 입법의 내용에 대한 의견 및 입장이 자유롭게 저비용으로 표출되고 교환되며 입법과정에 반영될 수 있어야 한다. 또한 국회 내의 입법과정에서도 대표로서의 국회의원의 숙의를 통해 합리적인 내용의 입법이 적시에 이루어질 수 있도록 국회의 조직과 입법과정이 마련되고 운영되어야 한다. 공동체 구성원의 의사가 입법자로서의 국회의원에게 자유로운 접촉과 의견교환을 통해 왜곡 없이 효과적으로 전달될 수 있어야 하고 입법과정이 공개되어 공정성을 담보하여야 한다. 이는 입법의 민주적 정당성의 기본 요소이다. 또한 공동체에 필요한 입법이 적시에 가능한 한 낮은 비용으로 마련되어야 한다. 이는 입법의 효율성의 기본 요소이다. 이러한 입법의 민주적 정당성과 효율성이 궁극적으로 입법에 대한 공동체 구성원의 신뢰의 기반이 되는 입법과정이 추구할 이념이며 가치로서의 정당성이다.¹⁶⁾ 이하에서는 한국의 대의민주주의에서 국회 입법의 효력 및 국회 입법에 대한 신뢰의 근거로서의 정당성 개념을 보다 구체적으로 분석한다.

(1) 대표의 역할과 대표에 의한 입법의 효력의 정당성 근거에 관한 이론
민주주의를 실현하는 방식으로서의 대표제에 관하여는 대표의 개념에서부터¹⁷⁾

16) 同旨, 임종훈·박수철 공저, **입법과정론** (제3판) (박영사, 2006), 특히 13면-26면.

17) 대표제와 대의민주주의의 이해를 위한 고전적 연구인 Hanna Fenichel Pitkin의 저서 *The Concept of Representation* (University of California Press, 1967)에서는 어원학에서 출발하여 대표의 개념과 역할 및 정치과정에서의 적용을 심층적으로 분석하였다.

공동체 의사결정에 있어서 정당한 대표의 역할 및 대표의 공동체 의사결정이 정당성을 갖기 위한 조건¹⁸⁾ 등 다양한 관점에서 많은 연구가 이루어져 왔다. 입법에 대한 신뢰의 전제조건으로서의 국회의 입법과정과 입법의 정당성을 분석하는 이 연구에서는 대의민주주의에서 법률의 제정을 통해 공동체 의사결정을 하는 대표의 역할에 초점을 맞추어 그러한 대표의 기능으로서의 입법이 법률로서의 효력을 가지게 되는 정당성 근거를 다양한 관점에서 살펴본다. 즉, 합의제 국민대표기관으로서의 국회를 구성하는 국회의원이 발의권(헌법 제52조, 국회법 제79조), 질문권(국회법 제122조), 질의권(국회법 제108조), 발언권(헌법 제40조, 제41조, 제45조 등), 토론권(국회법 제106조, 제108조), 표결권(헌법 제40조, 제41조, 제49조), 자율권(헌법 제47조, 국회법 제15조 등) 등의 권한을 행사하여 입법권을 행사함에 있어 대표의 역할 내지 입법의 효력의 정당성의 근거를 아래의 세 가지 관점에서 살펴본다.¹⁹⁾

첫째, 공동체 구성원 각자가 자신의 개인적 목표와 이상을 추구해 가는 자율적이고 자유로운 존재이며 이러한 공동체 구성원들은 합리적으로 행위하되 각자의 차이점을 조율하고 협동을 요하는 공동의 목표를 이루기 위해 정부를 필요로 한다고 보는 관점에서 공동체와 공동체 구성원간의 관계 및 공동체의 의사결정과정 등을 이해할 수 있다.²⁰⁾ 이러한 관점에서 보면 대표는 공동체 구성원들의 대리인으로서

18) 대표제와 공직선거제도 그리고 민주주의의 개념적·제도적 상관성을 분석한 연구로서 Nadia Urbinati의 저서 *Representative Democracy: Principles & Genealogy* (The University of Chicago Press, 2006) 참조.

19) 이 때의 기본 전제는 대의민주주의가 주기적 공직선거에 기초하고 있으며 국회의원 내지 지방의회 의원과 같은 대표의 대표로서의 역할 수행에 대한 신뢰 내지 책임성을 내포하는 평가가 원칙적으로 차기 공직선거를 통해 이루어진다는 것이다. 이러한 전제는 특정 목적을 위해 특정 시점에 대표의 역할을 수행하는 것을 목표로 한 대표의 행위라든지 여러 다른 이유에서 차기 공직선거에 임하여 재선을 희망하지 않는 현직 대표에 대해서는 적용되지 않아 설득력을 갖기 어려우나, 제도 전체로서의 일반적 논의로서 자유위임 하에서 대표의 공동체 구성원에 대한 책임의 의미에서 대표에 대한 평가는 차기 공직선거를 통해 이루어지게 되며, 국민소환 내지 주민소환 및 탄핵이 특정 정치체제에 제도로서 존재하는 경우 자유위임의 한계를 설정한다. 국가의사 결정의 방식과 정당화 근거의 맥락에서 이 점을 논의한 것으로, 정종섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011) 136면-145면 참조.

20) Thomas Hobbes, John Locke, Jeremy Bentham, John Stuart Mill 등의 사상에 기초한 자유주의(liberal theories)에서 본 대표의 역할과 대표의 입법의 정당성이 이러한 관점에서 출발한다. 대표의 역할과 입법의 정당성을 기본적으로 이와 같은 관점에서 분석한 연구로서 Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (The University of Chicago Press, 2006 (1956년 초판 발행)); John Rawls, *A Theory of Justice* (Belknap Press of Harvard University Press, 2005 (1971년 초판 발행)); Amy Gutmann, *Liberal Equality*

공동체 구성원들의 이익을 추구하며, 대표의 입법은 자신이 대표하는 구성원들의 이해관계를 가능한 한 왜곡 없이 비추어내어 그 다수결적 우선순위에 따라 대표 행위를 하는 대표들의 입장을 산술적으로 합산하여 다수결적으로 결정한 결과이다. 이러한 입법의 결과물인 법률은 공동체 구성원에 의해 선출된 대표에 의해 원칙적으로 다수결 원리에 의해 채택되므로, 공동체 구성원 각자가 동일한 선거권을 행사하고 입장과 제안을 추구할 이익집단을 조직할 수 있는 동일한 권리를 보유하고 있다면 법률의 정당성은 적어도 일부분 그 과정의 공정성과 정당성에 의해 담보된다. 다양한 이해관계와 입장을 대변하는 대리인인 대표들이 수많은 입법의제에 대해 서로의 우선순위에 따라 표결을 협상하고 전략적으로 결정하는 것이 제도적으로 가능하다면, 입법의 과정은 곧 대표들이 각각의 입법의제에 대해 협상을 통해 표결을 교환한 과정이 모인 결과이며, 과정이 자유롭고 공정한 이상 소수의 보호도 수많은 입법의제에 관한 입법과정 전체에 걸쳐 이루어진다고 본다.

둘째, 공동체 구성원들이 입법의제에 대해 선호의 우선순위를 가짐에 있어 자신들이 속한 공동체의 존재와 개념으로부터 상당한 영향을 받으며 이러한 의미에서 상대적으로 덜 자율적이라고 보는 관점에서 공동체와 공동체 구성원간의 관계와 공동체의 의사결정과정을 이해할 수 있다.²¹⁾ 공동체 구성원 개개인의 입법의제에 대한 선호의 우선순위가 입법과정에서의 숙의의 과정 등의 상호작용의 경험을 통해 변화 가능하다고 보고, 대표는 공동체 구성원의 이해관계를 개개인의 이해관계의 다수결적인 산술적 합산이라기보다 공동체 구성원 전체에게 가장 바람직한 바가 무엇인지를 찾아내어 이에 따라 결정하는 방식으로 대표하며, 이 점에서 대표는 대리인이라기보다 수탁자의 입장에서 공동체의 이익을 추구하는 역할을 수행한다고 이해한다. 이러한 관점에서 보면 대표의 입법의 정당성과 효력은 공동체 구성원들이 공동체로서의 이익을 향유한다는 점에서 설명될 수 있다. 대표가 공익을 위한 숙의의 과정을 통해 공동체 의사결정을 하기 때문에 그 결정으로서의 법률에 정당성에 기초한 효력이 부여된다고 본다면, 이러한 관점에서는 대표의 공동체의

(Cambridge University Press, 1980); Henry Hart, Jr., Albert Sacks 공저, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (William Eskridge, Jr., Philip Frickey 공편, 1994) (특히 1169면) 등이 있다.

21) 공화주의(republican theories) 입장에서 본 대표의 역할과 대표의 입법의 정당성이 이러한 관점에서 출발한다. 대표의 역할과 입법의 정당성을 기본적으로 이와 같은 관점에서 분석한 연구로서 Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press, 2000) 등이 있다. 비판적 관점을 보이는 연구로서는 Daniel Rodgers, "Republicanism: The Career of a Concept", 79 *J. Am. Hist.* 11 (1992) 참조.

사결정으로서의 법률이 정당성을 갖기 위해서는 법률의 성립과정의 공정성과 정당성 뿐 아니라 내용의 실체적 정당성도 요구된다.

셋째, 대표의 선출과 대표의 입법이 특정 시점에서의 특정 사회의 사회구조가 반영된 결과라는 관점에서 대표의 역할과 대표에 의한 입법의 효력의 정당성 근거를 분석할 수 있다.²²⁾ 이는 앞서 제시된 두 관점 모두에 대해 공히 비판적인 시각이다. 즉, 위의 두 관점에 이를 적용하면, 위의 각 관점에서 대표가 반영한다고 보는 이해관계와 대표가 추구한다고 보는 공익 역시 당해 공동체의 사회구조와 상호작용하는 정치과정의 산물이라는 것이다. 이러한 관점에서 보면 대표제도가 정당성을 갖기 위해서는 특정 공동체에 특정 시점에 존재하는 공동체의 구조적 구성이 대표체에 반영되어 있는 것이 핵심적으로 중요하다. 특히 다수결적 정치과정에서 이익의 표출과 실현이 구조적으로 제한된 구성원들의 이익을 대표하는 대표가 공동체의 의사를 결정하는 대표체 내에 존재해야 하며, 공동체 의사결정의 결과에 영향을 줄 수 있을 만큼 존재하고 있어야 한다. 이러한 관점에서는 이와 같은 대표체의 구성이 대표의 역할 및 대표에 의한 입법의 효력의 정당성의 전제가 된다.

(2) 입법과정과 입법의 정당성

대표의 역할의 정당성과 대표의 입법의 효력의 근거에 대한 이해를 바탕으로 하여 대의제 입법과정과 입법의 정당성을 개념적으로 연결하기 위해, 이제 입법과정에 관한 다양한 관점과 이론을 살펴본다. 우선, 입법과정을 설계함에 있어 필수적으로 거쳐야 할 여러 절차적 관문을 제도적으로 마련하면 이러한 절차적 관문이 곧 통제가능성으로 작용하여 불필요하거나 부적절한 입법이 입법과정을 거치면서 통제되고 지양되어 입법의 정당성을 담보한다고 볼 수 있다. 입법부가 양원으로 구성된 체제에서는 대표의 구성원리와 연계되어 이러한 절차주의적 관점이 더욱 설득력을 가진다. 물론 단원제 의회를 가진 한국에서도 헌법과 국회법을 포함한 다양한 법에 입법과정상의 여러 절차적 관문이 규정되어 있다. 법률안 제출 내지 발의를

22) 비판주의(critical theories) 입장에서 본 대표의 역할과 대표의 입법의 정당성이 이러한 관점에서 출발한다. 대표의 역할과 입법의 정당성을 기본적으로 이와 같은 관점에서 분석한 연구로서 Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton University Press, 2011 (1990년 초판 발행)); Melissa S. Williams, *Voice, Trust, and Memory: Marginalized Groups and the Failings of Liberal Representation* (Princeton University Press, 2000); Lani Guinier, *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness and Representative Democracy* (Free Press, 1995) 등이 있다.

위해 갖추어야 할 요건,²³⁾ 상임위원회에의 필수적 회부,²⁴⁾ 상임위원회 심의과정 중의 여러 필수적 절차,²⁵⁾ 본회의에서의 심의와 표결에 적용되는 절차,²⁶⁾ 대통령의 재의요구권에 관련된 절차²⁷⁾ 등을 대표적 예로 들 수 있다. 특히 앞서 본 대표의 역할과 대표의 입법의 효력에 관한 관점 중에서 자율과 사적 자치를 중시하고 정부 즉 공권력의 개입을 필요악으로 보아 경계하는 입장에서는, 절차적이고 과정적인 통제의 장치를 불필요하거나 부적절한 입법작용 즉 정당화되지 않은 공권력의 행사에 대한 안전장치로 본다.²⁸⁾ 이에 대해서는 불필요하거나 부적절한 입법을 방지

23) 예를 들면, 헌법 제52조에 의해 국회의원과 정부가 법률안을 제출할 수 있되, 국회법 제79조(의안의 발의 또는 제출)는 의원발의 법률안의 경우 의원 10인 이상의 찬성을 요하며(제1항), 발의하는 의원이 법률안을 갖추고 이유를 붙여 소정의 찬성자와 연서하여 이를 의장에게 제출하도록 하며(제2항), 발의의원과 찬성위원을 구별하되 발의의원이 2인 이상인 경우 대표발의의원 1인을 명시하도록 한다(제3항). 또한 국회법 제79조의 2는 의원 또는 위원회가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 제안하는 경우 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서를 의안과 함께 제출하도록 하며(제1항), 정부가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 제출하는 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서와 이에 상응하는 재원조달방안에 관한 자료를 의안에 첨부하도록 하고 있다(제2항).

24) 국회법 제36조(상임위원회의 직무) 및 제81조(상임위원회 회부).

25) 국회법 제58조(위원회의 심사)는 법률안에 대한 상임위원회 심의 과정에 대한 핵심적 조항으로서, 법률안에 대한 상임위원회 심사단계에서의 전문위원의 검토보고 및 대체 토론(제1항, 제8항), 상임위원회 내의 상설소위원회에의 회부 및 상설소위원회의 상임위원회에 대한 심사보고(제2항), 제정법률안 및 전부개정법률안에 대한 필수적 공청회 및 청문회(단, 위원회 의결로 생략 가능)(제6항) 등의 절차를 규정하고 있다. 법률안에 대한 상임위원회의 심의에 대해서는 이외에도 국회법 제63조(공청회), 제65조(청문회), 제66조(심사보고서의 제출), 제67조(위원장의 보고), 제70조(위원회의 문서관리와 발간), 제82조의2(입법예고), 제83조의2(예산 관련 법률안에 대한 예산결산특별위원회와의 협의), 제85조(심사기간) 등 다양한 국회법 조항이 적용된다.

26) 국회의 입법과정 중 본회의 절차에 적용되는 국회법 조항으로는 국회법 제72조(개의), 제73조(의사정족수), 제74조(산회), 제75조(회의의 공개), 제76조(의사일정의 작성), 제77조(의사일정의 변경), 제78조(의사일정의 미료안건), 제93조(안건심의), 제93조의2(법률안의 본회의 상정시기), 제96조(수정안의 표결순서), 제97조(의안의 정리), 제99조(발언의 허가), 제100조(발언의 계속), 제101조(보충보고), 제102조(의제외 발언의 금지), 제103조(발언회수의 제한), 제104조(발언원칙), 제105조(5분자유발언), 제106조(토론의 통지), 제107조(의장의 토론참가), 제108조(질의 또는 토론의 종결), 제109조(의결정족수), 제110조(표결의 선포), 제111조(표결의 참가와 의사변경의 금지), 제112조(표결방법), 제113조(표결결과선포), 제114조(기명·무기명투표절차), 제114조의2(자유투표), 제115조(회의록), 제118조(회의록의 배부·반포) 등 많은 조항이 있다.

27) 헌법 제53조 제2항, 제3항 및 제4항.

28) 이러한 예로 Alexander Hamilton이 *The Federalist Papers*에서 제시한 이해 내지 입장을 들 수 있다. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay 저, *The Federalist Papers*

한다는 일응의 정당한 목적을 위한 대책으로서는 과도하게 제한적이라는 비판이 있을 수 있으나, 정당성을 결여한 입법은 정당화되지 않은 공권력 행사이므로 이를 방지하기 위해서는 때로 정당한 입법이 과잉으로 제한되는 비용도 감수해야 한다는 반론이 가능하다. 한편, 공익을 추구하는 공동체 의사결정으로 대표의 기능을 정당화하며 대표의 공동체 의사결정 과정에서 숙의 과정을 중시하는 입장에서는, 입법의 과정에 통과 관문으로서의 절차를 두는 것이 입법과정에 공공의 숙의의 장(場)을 마련하여 바람직하다고 본다. 입법과정에 숙의를 위한 절차를 제도적으로 도입하는 것이 반드시 숙의를 실제 가능하게 하며 입법을 향상시킨다고는 할 수 없다. 그러나 공청회 및 청문회의 예에서와 같이²⁹⁾ 공론의 장을 입법과정에서의 필수적 관문으로 제도화하면, 표현의 자유·알 권리의 법제 등과 결합하여 정치과정에서의 정보와 의사의 소통, 참여, 감시와 통제를 최소한 보다 용이하게 하는 역할을 한다.

이러한 절차주의적 관점과는 조금 다른 관점에서 입법과정에서의 참여자에 초점을 맞추어 입법과정이 입법의 정당성을 담보하는 기제를 분석할 수도 있다. 즉, 다원주의에 바탕을 두고 입법과정에서 조직화된 이익집단의 역할을 강조하는 입장에서는, 입법과정이 공동체의 다양한 입장과 이해관계를 가능한 한 저비용으로 표출되고 논의되게 할 수 있도록 법제화되어 있다면 입법과정을 통해 입법의 정당성을 일응 담보할 수 있다고 하더라도 현실의 입법과정에서는 조직화된 이익집단의 역할이 대단히 큼을 강조한다. 이러한 관점에서는 입법과정에서의 참여의 진입장벽을 낮추고 입법과정 내 제반 절차의 투명성과 공정성을 담보하는 것이 무엇보다도 입법의 정당성을 확보하는 길이 된다. 이를 위해서는 결사의 자유를 핵심적으로 포함한 표현의 자유의 광범위한 보장이 전제되어야 한다. 나아가 입법과정에서 상호작용

(American Bar Association, 2011), No. 73.

29) 국회의 입법과정에서의 공청회와 청문회의 경우를 보면, 공청회와 청문회는 상임위원회 심의 단계 내의 절차들로서 그 주관하는 위원회의 회의로 하고, 각각 국회법 제64조와 제65조에 규정되어 있다. 공청회는 위원회 내지 소위원회에서 중요한 안건 또는 전문 지식을 요하는 안건을 심사하기 위해 이해관계자 또는 학식·경험이 있는 자 등의 진술인으로부터 의견을 듣는 절차이다(국회법 제64조 제1항). 청문회는 위원회 내지 소위원회에서 중요한 안건의 심사에 필요한 경우(그리고 국정감사 및 국정조사에 필요한 경우) 증인·감정인·참고인으로부터 증언·진술의 청취와 증거의 채택을 위해 개최하는 절차이다(국회법 제65조 제1항). 공청회와 청문회의 운영에 필요한 사항은 국회 규칙으로 정하며(국회법 제64조 제5항, 제65조 제8항), 청문회에서의 발언·감정 등에 대하여는 국회법에서 정한 것을 제외하고는 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률에 따른다(국회법 제65조 제6항).

하는 다양한 정치적 기관간의 관계 및 정부구조가 정책형성 및 입법에 미치는 영향력에 초점을 맞추어 입법과정과 입법의 정당성의 개념을 분석할 수도 있다. 즉, 특정 정치공동체의 정부구조와 제도화된 입법과정이 주어저 있을 때, 입법과정에 행위자로 참여하는 다양한 기관의 입법동기간의 제도 구조상의 균형점에서 입법이 이루어진다고 설명할 수 있다. 이러한 관점에서 보면, 의사결정에 참여하는 내지 의사결정에 반영되는 구성원의 표결 대상 내지 입법의제에 대한 선호의 체계가 동일한 상황에서도 표결의 순서 및 횟수가 어떻게 제도화되는지에 따라 표결의 결과 즉 의사결정의 결과가 달라질 수 있다는 점이 입법과정의 이해에 큰 의미를 가진다. 즉, 입법과정이 어떻게 제도적으로 설계되어 있고 작동하는지 그리고 그러한 입법과정 속의 행위자(특히 기관)가 각각 상대적으로 어떠한 범위의 개정을 요하는 입법을 추구하는지를 포함하여 입법과정에 반영되어 작용하는 입법 동기와 목적간의 균형이 입법의 결과물에 영향을 미치며, 주어진 제도 하에서 제도의 구조를 숙지하고 입법과정의 전(全)과정에서 전략적 표결을 하면 원하는 입법을 이루어낼 개연성이 높아진다는 것이다.

2. 한국의 대의민주주의에서 국회입법의 정당성 요소

입법과정의 정당성은 사법작용을 통한 법률의 해석 및 적용 일반에 있어서 그리고 위헌법률심판에 있어서 법률의 합헌성 추정을 뒷받침하여 법률의 해석·적용과 위헌법률심판의 기준을 좌우하는 핵심적 요소이다. 나아가 입법과정의 정당성은 대표가 구성한 회의체의 기능에 대한 공동체 구성원의 신뢰라는 의미에서 대의민주주의의 실현에 필수불가결한 요소이다. 오늘날의 한국에서와 같이 헌법이 채택한 권력분립 구도 하에 입법부의 권위와 기능이 정상화되어 가고 국가가 입법한 법률에 의해 공동체 생활의 공적 그리고 사적인 영역과 면모가 규정되는 사회에서 입법과정의 정당성은 더욱 큰 의미와 비중을 가진다. 다원주의와 소수자 보호를 중요한 요소로 하는 한국 헌법하의 민주주의에서 입법부의 입법기능은 모두 존중되어야 할 공동체 내의 이해관계와 입장 간에 어떻게 그리고 어떤 위치에 대표의 이름과 권한으로 조화와 균형을 찾을 것인가를 결정하는 것이다. 이 때 이러한 이해 조정 기능과 이를 뒷받침하는 제도의 공정성과 정당성에 대한 공동체 구성원들의 일반적 신뢰가 성공적인 대의민주주의 운용의 출발점이 된다. 이하에서는 한국의 대의민주주의에서의 입법과정을 정당화하는 핵심적 요소 내지 입법과정의 정당성의 핵심적 요소로서 대표성, 숙의를 통한 공동체 의사 결정, 그리고 내용과 과정

의 양면에서의 입법에의 접근성을 살펴본다.

(1) 대표성

한국 헌법하의 민주주의는 원칙적으로 대의민주주의이다. 대한민국 국회는 지역구에서 소선거구 다수대표제에 의해 선출된 254명의 지역구의원과 전국을 선거구로 하여 정당에 대한 투표를 통해 그 비율에 따라 정당의 명부에서 선출된 54명의 비례대표의원으로 구성된 299명의 국회의원이 회의체로서 입법권을 보유하고 행사한다.³⁰⁾ 한국 헌법하의 지방자치제도에 따른 지방의회도 광역과 기초 모두에서 지역구의원과 비례대표의원으로 구성된다. 즉, 국가와 지방자치단체의 각 단계에서 선출된 대표가 회의체로서 각각 법률과 조례에 대한 입법권을 행사한다. 이러한 대표제도는 다양한 입법의제에 대해 공동체 내의 다양한 관점과 입장이 대표를 통해 입법과정에 표출되고 논의되도록 하기 위함이다. 대의민주주의하의 입법이 이러한 기능에 비추어 정당화되려면 그 전제로서 선거권의 부여 범위 내지 투표권 행사 자격에 대한³¹⁾ 그리고 공동체 구성원과 대표간의 관계 설정이라는 점에서의 입법자의 입법권과 입법의무의 범위에 대한³²⁾ 공동체 내의 합의가 필요하다. 대의민주주의에서 공동체 구성원이 입법과 공공정책형성에 참여하고 영향을 미치는 가장 핵심적인 수단은 공직선거에서의 대표의 선출이기 때문이다.³³⁾

관련하여, 한국 헌법과 국회법의 자유위임 하에서 입법자의 입법의무의 범위와 내용, 그리고 정치자금과 대표의 입법의무간의 상관관계 등은 대의제 입법과정을 정당화하는 요소로서의 대표성 개념에서 비롯되는 중요한 논점들이다. 특히 선거 및 입법자와 관련된 정치자금의 규제와³⁴⁾ 입법부의 구성과 기능에 대한 정치자금

30) 헌법 제40조와 제41조, 그리고 공직선거법 제20조(선거구), 제21조(국회의 의원정수), 제47조(정당의 후보자 추천) 및 제48조(선거권자의 후보자 추천) 참조.

31) 공직선거법 제2장 (제15조-제19조)에서는 선거권 및 피선거권에 대한 연령, 국적, 전과 등에 의한 제한이 규정되어 있다. 보다 구체적으로, 공직선거법 제15조(선거권), 제16조(피선거권), 제17조(연령산정기준), 제18조(선거권이 없는 자), 제19조(피선거권이 없는 자) 참조.

32) 입법자의 입법의무와 법률개선의무에 대한 논의는 정종섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 2014면-1026면; 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구”, **공법연구** 31집 2호 (한국공법학회, 2002) 등 참조.

33) 이러한 관점에서 대표의 공동체 구성원에 대한 책임성을 논의한 것으로서, David R. Mayhew, “The Electoral Connection and the Congress”, *Reprinted in Congress: Structure and Policy* (Political Economy of institutions and Decisions) (Mathew D. McCubbins, Terry Sullivan 공편) (Cambridge University Press, 1987), 19면 참조.

의 영향관계는³⁵⁾ 대의제 입법과정을 통한 입법의 정당성에 대단히 큰 타격을 줄 잠재성을 항시 내포하고 있다. 특히 온라인 매체의 접근성과 파급력으로 인해 공직선거, 공론화 및 여론형성에 미치는 각종 매체의 영향력이 크게 증대하고³⁶⁾ 정당의 일관성 있는 정책 제시 및 이의 제도화가 정립되지 못한 한국의 정치상황에서 공직선거에서의 정치자금의 영향력은 클 수밖에 없다. 정치자금과 입법의 정당성 및 입법에 대한 신뢰의 문제는 향후 별도의 깊이 있는 연구를 요하겠으나, 이 연구의 목적하에서도 이러한 정치자금의 영향력은 후보자의 선정, 선거운동, 입법부 구성 후의 입법 및 일반적 의정 기능에까지 미침으로써 입법과정을 포함한 정치과정에 대한 공동체 구성원의 불신을 초래할 우려가 있다는 점에서 대의제 입법과정의 정당성 요소로서의 대표성의 개념에 있어 고려해야 할 바이다.

(2) 숙의를 통한 공동체 의사 결정

대의민주주의에서의 대표에 의한 입법과정이 민주적 정당성을 갖는 근거로서의 숙의를 통한 공동체 의사 결정은 특히 다원주의적 관점에서 소수의 존중과 참여를 핵심적 요소의 하나로 하는 오늘날의 민주주의에서 직접민주주의와 대의민주주의 각 제도 하에서의 입법의 효력 정당성을 비교하여 고찰하는 과정에서 부각된다. 대의민주주의에서의 대표에 의한 입법과 직접민주주의적 방식에 의한 입법을 비교할 때, 국민발안 내지 주민발안과 국민투표 내지 주민투표 등의 직접민주주의적 방식에 의한 입법은 공동체 구성원인 개개인이 자신의 선호체계를 공동체에 표출하는 가장 직접적인 방식이자 다수결상 민주적인 의사결정 방식이고, 나아가 공동체 구성원들에게 당해 시점의 공동체적 관심사를 인식하게 하고 공론화를 유도한다. 또한 현재에는 실시간적 다방향성의 저비용의 의사소통이 기술적으로 가능해져 있고 이러한 의사소통방식의 파급력도 대단히 커서, 직접민주주의적 입법의 실현을 위한 기술적 기반이 되고 있다.

그러나 입법의 대상이 되는 사안들에 대한 공론화 및 정보와 의사의 교환과 소

34) 핵심적인 관련 법률로서 정치자금법(법률 제10395호, 2010.7.23.시행), 그리고 공직선거법 제8장(선거비용, 제119조-제136조)이 있다. 정치과정 일반 특히 공직선거 맥락에서의 정치자금은 표현의 자유의 관점에서 매우 중요한 헌법적 논점이다.

35) 관련 주요 논점들과 연구에서의 접근방법을 체계적으로 볼 수 있는 연구로서 Herbert E. Alexander, *Financing Politics: Money, Elections and Political Reform* (제4판) (Congressional Quarterly Press, 1992) 참조.

36) 한국의 중앙선거관리위원회도 이러한 현실에서 SNS를 포함한 다양한 온라인 매체를 통한 공직선거에서의 선거운동 관련 해석과 규제의 지침을 마련하여 제시하고 있다.

통의 기술적 기반이 크게 발전해 있는 현실에서도 한국을 비롯한 많은 국가에서 대의민주주의를 기본으로 하여 정치과정을 운용하고 있다. 이는 직접민주주의적 입법과정이 갖는 몇 가지 제도적 특성으로 인한 민주적 정당성 면에서의 한계로써 설명된다. 즉, 직접민주주의적 입법과정에서는 찬반 내지 가부를 선택하는 이진법적 표결을 하게 되고, 표결결과는 의사결정에 참여하는 공동체 구성원의 평균적 정서를 산술적으로 반영하게 된다. 공동체 구성원의 다수결적인 평균적 정서가 표결에 반영되는 점은 특히 극소수자의 권익 보호의 관점에서는 대의제적 입법과정에 비해 민주적 정당성 면에서 취약한 점이다. 또한 일단 특정의 안이 표결을 위해 제시된 후에는 토의를 통한 내용의 수정이 기술적으로 대단히 어렵고, 가능하더라도 많은 비용이 요구된다. 특히 공동체 구성원 개개인의 이해관계의 산술적 합산과 별개의 개념으로서 공익의 개념을 인정 내지 도입하게 되면, 공익의 내용을 보다 잘 파악할 수 있고 법제화 할 수 있는 대표가 숙의의 과정을 통해 입법과정 속에서 법률의 내용을 공익에 가깝게 수정하고 보완할 수 있는 대의제적 입법과정의 민주적 정당성이 부각된다.

즉, 숙의를 통한 공익에의 도달 가능성 내지 숙의를 통해 공익에 가까이 갈 수 있게 하는 공동체의 의사결정이라는 점에서 대의제적 입법과정의 민주적 정당성의 근거를 찾을 수 있다. 이러한 특징은 한국의 입법과정을 볼 때 헌법과 국회법 등에 규정된 입법의 각 단계별 관문에 제도화되어 있다. 법률안 제출 내지 발의를 위한 각종 요건, 법률안의 상임위원회에의 필수적 회부, 상임위원회 내에서의 법률안에 대한 필수적 심의 과정 및 본회의에서의 심의 및 표결 절차, 그리고 대통령의 법률안 재의 요구 및 이에 의한 재의 과정 등은 대의제적 입법과정의 핵심적 특징인 숙의를 제도화한 예이다. 입법부가 양원으로 구성되어 있는 경우에는 입법과정에서의 숙의가 더욱 강하게 제도화되어 있다고 하겠다. 입법과정에서의 숙의는 앞서 논의된 대표성과 더불어 입법의 결과가 특정의 이해관계 내지 이익집단에 의해 지배되지 않도록 하는 기능을 한다. 이 연구에서는 대의제적 입법과정의 정당성 근거로서의 숙의를 통한 공동체 의사결정에 초점을 두어, 이러한 관점에서 한국의 입법과정과 입법의 정당성에 관한 판례를 분석하고 입법과정의 개선점을 논의한다.

(3) 입법(과정)에의 접근성

대표성 및 숙의를 통한 공동체 의사 결정과 더불어 대의제 입법과정의 정당성의

핵심적 요소로서 입법과정의 접근성 내지 접근가능성을 들 수 있다. 대의제 입법과정이 정당성을 확보하기 위해 입법과정의 접근성이 있어야 하는 이유는 공공의 입법과정의 접근가능성이 입법에 대한 공동체 구성원의 감시와 참여를 가능하게 함으로써 입법의 일관성 내지 체계적합성과 책임성을 담보하고 제고하며, 궁극적으로 입법에 대한 신뢰를 구축해 가기 때문이다. 오늘날 한국을 비롯한 많은 국가가 대의제를 정치과정의 근간으로 하면서도 직접민주주의적 요소를 다양한 단계와 비중으로 정치과정에 도입하고 있는 추세도 ‘과정의 공개를 통한 감시가능성’과 ‘의사결정 과정에의 참여를 통한 민주성의 제고’로써 설명할 수 있다. 이 때 입법과정의 접근성 내지 접근가능성이란 절차적인 면에서의 입법과정의 접근성과 입법의 내용에 영향을 미칠 수 있는 실체적 접근성을 공히 의미한다. 즉, 절차와 실체 양면 모두에서의 접근성이다. 이러한 접근성은 이용이 가능하도록 제도적으로 마련되어 있어야 하고, 이러한 제도는 가능한 한 저비용으로 이용 가능해야 한다. 한국의 입법과정에서 국회 입법과정의 접근성 확보를 위한 제도로서는 우선 국회 본회의의 방청,³⁷⁾ 입법청원,³⁸⁾ 공청회와 청문회³⁹⁾ 등의 제도가 있으며, 보다 간접적인

37) 국회의 본회의는 원칙적으로 공개한다(국회법 제75조(회의의 공개)). 다만, 의장의 제의 또는 의원 10인 이상의 연서에 의한 동의로 본회의의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다(국회법 제75조 제1항 단서). 국회의 회의장 안에는 의원·국무총리·국무위원 또는 정부위원 기타 의안심의에 필요한 자와 의장이 허가한 자 외에는 출입할 수 없다(국회법 제151조(회의장 출입의 제한)). 국회 본회의의 방청은 의장이 발령하는 방청권을 통해 방청을 허가받은 경우 할 수 있으며(국회법 제152조(방청의 허가)), 의장은 질서를 유지하기 위해 필요한 때에는 방청인수를 제한할 수 있다(국회법 제152조 제2항).

38) 입법청원은 청원권을 기본권으로서 규정한 헌법 제26조와 헌법 제26조의 규정에 의한 청원법(법률 제8171호, 2007.7.4.시행; 1961.8.7. 법률 제675호로 제정), 그리고 국회법 제9장(청원) 제123조-제126조에 따라 국회에 입법을 청원하는 것으로서, 국회에 청원을 할 때에는 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하고(국회법 제123조 제1항), 국회의장은 청원요지서를 인쇄 내지 전산망 입력의 방법으로 각 의원에게 배부하는 동시에 청원서를 소관상임위원회에 회부하여 심사하게 한다(국회법 제124조 제1항). 위원회에는 청원심사를 위해 청원심사소위원회를 둔다(국회법 제125조 제1항). 위원회에서 본회의에 부의하기로 결정한 청원은 의견서를 첨부하여 의장에게 보고하고(국회법 제125조 제5항), 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정한 청원은 그 처리결과를 의장에게 보고하고 의장은 청원인에게 통지한다(국회법 제125조 제6항). 현행 제18대 국회(2008-2012)에는 2011년 11월 15일 현재 258건의 청원이 접수되어 있고, 이 중 4건은 철회되고 3건은 채택되었으며, 50건에 대해서는 본회의의 불부의 결정되었고, 201건은 위원회 계류 중이다. 4년의 회기가 만료한 마지막 국회인 제17대 국회(2004-2008)에는 432건의 청원이 접수되어 이 중 10건은 철회되고 4건은 채택되었으

것으로서 입법예고제도, 소위원회와 위원회 및 본회의를 포함하여 입법과정에서 회의체의 법률안 심의에 대한 속기 방식의 회의록 작성 의무화,⁴⁰⁾ 국회법상 법적 근거를 가진 국회방송을 통한 국회 입법과정의 공개⁴¹⁾ 등이 있다. 또한 입법과정에서의 접근성은 국민의 알 권리의 맥락에서도 강화되어 왔으며, 공공기관의 정보공개에 관한 법률⁴²⁾에서도 이러한 권리가 더욱 강화되었다. 지방의회의 조례 제정에

며, 102건에 대해서는 본회의 불부의 결정되었다. 이외의 청원은 위원회 계류 중 회기 만료로 폐기되었다. 제16대 국회(2000-2004)에는 765건의 청원이 접수되었고, 제15대 국회(1996-2000)에는 595건, 제14대 국회(1992-1996)에는 534건, 제13대 국회(1988-1992)에는 503건이 접수되었다. 국회에 접수되어 처리된 청원에 대해서는 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/PetitionStat.jsp>) 통계 참조. 입법청원은 근래 특히 1980년대 후반 이후 비정부시민단체(NGO)가 활발한 입법운동을 전개하기 시작하면서 적극적으로 이용되고 있다. 시민단체를 통해 국회에 입법청원된 법률안은 형식적 의미에서 채택이 되는 경우는 극히 드물지만, 많은 경우 의원발의 법률안이나 위원회안에 중대한 영향을 주어 단일한 혹은 수 개의 의원발의 법률안 내지 위원회안의 일부가 되어 입법되는 경향을 보인다. 국회에의 입법청원의 현황 분석과 특히 시민단체의 입법청원을 통한 입법운동이 입법과정에서의 접근성과 한국의 대의제적 입법과정에 갖는 의미를 분석한 연구로서, Woo-young Rhee, "Partnership for Sustainability: NGO and Community Participation in Lawmaking in South Korea," *Journal of Korean Law* Vol. 11 (Law Research Institute of Seoul National University, 2011.8.); 박선웅, 시민사회단체(CSO)의 입법과정 참여에 관한 연구: 입법청원운동의 형성과 발전에 대한 담론 분석 (한국의정연구회, 2007); 이현우, "참여민주주의의 제도화의 이념과 방향", *의정연구* Vol.17 (한국의회발전연구회, 2004); 입법정책연구회, 입법과정에 있어서의 시민단체의 바람직한 참여 방안 (입법정책연구회, 2004); 한국의회발전연구회, 참여민주주의와 의회정치의 관계에 관한 연구 9(한국의회발전연구회, 2004) 등 참조.

39) 국회법 제58조(위원회의 심사)에서는 "위원회는 제정법률안 및 전부개정법률안에 대하여는 공청회 또는 청문회를 개최하여야 한다"고 규정하고 있으나(제6항 본문), "다만, 위원회의 의결로 이를 생략할 수 있다"는 단서를 두고 있다(제6항 단서). 위 각주 29 참조.

40) 국회법 제115조-제118조 참조. 국회 본회의의 의사는 속기방법으로 이를 기록하며(국회법 제115조 제2항), 속기방법에 의하여 작성한 회의록의 내용은 삭제할 수 없고 발언을 통해 자구정정 또는 취소의 발언을 한 경우에는 그 발언을 회의록에 기재한다(국회법 제117조 제3항). 위원회와 소위원회의 의사도 속기방법으로 이를 기록한다(국회법 제69조 제2항 및 제4항).

41) 국회방송(NATV: National Assembly Television)은 1988년 국회법에 국회의사중계 방송을 위한 근거가 마련되고 1991년 국회에서의 중계방송 등에 관한 규칙이 제정되어 1998년 10월 제19회 국회 예산결산특별위원회 대국민 생중계를 실시한 것을 시초로 하여 시작되었으며, 2003년에는 국회방송 전용채널이 확보되었고, 2004년 5월 국회방송이 개국되었다. 사실성의 원칙 하에 국회의 회의 중계는 무편집, 무해설로 방송하고 있다. 이외 국회법 제75조(회의의 공개), 제55조(위원회에서의 방청 등), 제57조(소위원회) 제5항도 참조.

42) 법률 제10012호, 2010.5.5.시행. 이 법률은 1996년 12월 31일 법률 제5242호로 제정되어

있어서는 1999년 이래 지방자치법 및 그 시행령에 지방자치단체 주민의 조례 제정 및 개폐 청구권이 보장되어 있어⁴³⁾ 입법과정의 접근성이 더 한층 제도적으로 보장되어 있다.

입법과정의 정당화 요소로서의 입법과정의 접근성은 일차적으로는 위와 같은 입법 단계별 투명성과 접근성 강화의 관점에서 분석될 수 있으나, 나아가 입법로비와 이에 대한 규제의 방식과 정도가 입법과정의 정당화 요소로서의 입법과정의 접근성에 대단히 중요한 영향을 미친다. 한국에서는 제16대 국회와 제17대 국회에서 입법로비를 포함한 로비를 양성화하고 등록과 활동공개 방식을 통해 규제하기 위한 입법이 시도되었으나,⁴⁴⁾ 입법화되지 않았다.⁴⁵⁾ 로비의 법제화를 통한

1998년 1월 1일부터 시행되었다.

- 43) 지방자치 단계에서 조례의 입법과정에 일정 수 이상 주민이 연서하고 주민청구조례안을 작성하여 조례의 제정 및 개폐를 청구하면 지방자치단체장이 그러한 주민청구조례안을 지방의회에 부의하고 이후의 조례제정과정에는 지방의회의 통상의 조례제정과정 이 적용되는 ‘지방자치단체 주민의 조례 제정 및 개폐 청구권’은 1999년 8월 개정을 통해 도입되어 있다(지방자치법(법률 제10219호, 2011.1.1.시행) 제15조).
- 44) 로비활동 및 그 규제의 양성화를 위한 일반법의 입법을 추구한 법률안으로서 로비활동 공개 및 로비스트 등록에 관한 법률안(이은영 의원 등 33인 발의) (법률안번호 175143번), 로비스트 등록 및 활동공개에 관한 법률안(이승희 의원 등 10인 외 2인 발의) (법률안번호 172231번), 외국대리인로비활동공개에관한법률안(정몽준 의원 등 29인 발의) (법률안번호 170328번), 외국대리인로비활동공개에관한법률안(정몽준 의원 등 48인 발의) (법률안번호 161057번)이 있었으나, 입법화되지 않았다(임기만료 폐기). 특별법 형태의 입법으로서 특정 사안 내지 맥락에서 문제가 된 로비의 규제와 관련된 법률안 내지 법률로서는 주식회사지앤지대표이사이용호의주가조작·횡령사건및이와관련된정·관계로비 의혹사건등의진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률(법률안번호 161182번, 이재외 의원 등 7인 외 261인 발의, 2001.11.26. 법률 제6520호로 입법되어 공포·시행됨), 나라종합금융주식회사퇴출관련김호준회장의정관계로비사건의진상규명을위한특별검사임명등에관한법률안(법률안번호 1620209번, 홍준표 의원 외 149인 발의, 임기만료 폐기), 삼성그룹의 비자금 의혹 사건과 비자금의 2002년 대선자금 및 최고권력층에 대한 로비 자금 제공 의혹 진상규명 등에 관한 법률안(법률안번호 177798번, 안상수 의원 외 128인 발의, 대안폐기, 법제사법위원회 대안(법률안번호 177943번)으로 발의되어 2007.12.10. 법률 제8668호로 삼성 비자금 의혹 관련 특별검사의 임명 등에 관한 법률로 입법되어 공포·시행됨) 등이 있다.
- 45) 입법을 통한 로비활동 양성화 및 로비활동 규제에 대한 국내 연구로서 이우영, “한국의 로비활동 법제화 노력에 대한 입법학적 관점에서의 분석: ‘로비스트 등록 및 활동 공개에 관한 법률안’을 중심으로”, **서울대학교 법학** 제46권 제3호 (2005); 임종훈, “로비법제화의 순기능”, ‘로비스트 등록 및 활동 공개에 관한 법률’ 제정을 위한 제1차 토론회 (2005.5.4., 국회의원회관) 토론자료; 양선모, “보좌진과 로비스트제도: 누구를 위한 제도인가”, **국회보** 2002년 2월호; 안보섭, “한국 로비 활동에 대한 탐색적 연구”, **홍보학 연구** 제4권제2호 (2000); 이정희, “한국공익단체의 이익표출구조와 로비활동”,

양성화와 규제는 입법 뿐 아니라 정치과정 전반에 있어 대단히 중요한 논제이며 별도의 심층적 연구를 요한다. 민주주의가 그 이상에 부합하게 구현되기 위해서는 무엇보다도 이를 실현하는 정치과정의 제도 및 운용상의 공정성에 기초한 공동체 구성원의 신뢰가 있어야 한다. 제도적인 차원을 보면, 다원주의에 기초하여 소수자를 포함한 인간의 존엄과 가치를 조화롭게 최대한 보장함을 지향하는 민주주의에서 대의제를 근간으로 하면서도 직접민주주의적 요소가 가미되고 있는 추세이다. 이 점에서 핵심적 요소 두 가지는 공개를 통한 감시와 참여 및 그 가능성이며, 한국의 국회 입법과정에서도 이러한 요소가 제도적으로 점차 강화되어 가고 있다.

III. 입법과정과 입법의 정당성 관점에서 분석한 한국의 국회 입법과정

1. 입법의 정당성 관점에서 본 한국 입법과정의 개관과 특징

(1) 한국의 국회 입법과정 개관

한국의 국회 입법과정은 헌법과 국회법 및 국회규칙, 이외 관련 법령에 규정되어 있다.⁴⁶⁾ 현행 헌법과 국회법 이하 법령에서는 법률의 제정과정을 입헌주의와 권력분립의 원리 하에 대표에 의한 대의제 입법과정으로서 아래와 같이 규정하고 있다. 국회가 법률을 제정하며(헌법 제40조), 형식적 의미의 법률은 국회만이 제정할 수 있다. 법률안은 정부 또는 국회의원 10인 이상이 각각 법률안을 준비하여 국회에 접수시킴으로써 제출 및 발의할 수 있다(헌법 제52조, 국회법 제79조).⁴⁷⁾

한국정치학회보 제24권 제1호 (1990) 등 참조.

46) 한국의 국회 입법과정에 대한 총론적 연구서로서 박수철, **입법총론** (한울아카데미, 2011) 그리고 임종훈·박수철 공저, **입법과정론**(제3판) (박영사, 2006) 참조.

47) 정부제출의 경우에는 해당 부처의 담당부서에서 법률안의 초안을 작성하고 관계부처 협의와 당정협의를 한 후 입법예고를 거쳐 정부 내 규제개혁위원회 심의를 거쳐 부처 원안을 작성한다. 이후 법제처 심사, 차관회의 및 국무회의(헌법 제89조 제3호)를 거쳐 대통령의 결재를 받아 법률안의 성안이 완료된다. 정부의 법률안 준비과정은 행정 절차법, 행정규제기본법, 법제업무운영규정 등에 근거한 필수적 절차이다. 정부는 부득이한 경우를 제외하고는 매년 1월 31일까지 당해 연도에 제출할 법률안에 관한 계획을 국회에 통지하여야 하고, 그 계획을 변경한 때에는 분기별로 주요사항을 국회에 통지해야 한다(국회법 제5조의3). 의원발의 법률안의 경우에는 국회의원이 입법정보를 수집하여 직접 초안을 작성하거나 국회사무처 법제실 내지 국회입법조사처 등에 초안

또한 국회의 위원회는 소관사항에 대해 법률안을 스스로 입안하여 법률안을 발의할 수 있다(국회법 제51조).⁴⁸⁾ 국회에 접수된 법률안은 본회의에 보고된 후 상임위원회에 회부되어 위원회심사의 단계를 거친다. 법정의 소관 사항에 따라 법률안을 심의하는 상임위원회는 상설기구이며, 국회운영위원회, 법제사법위원회를 포함하여 현재 16개가 있고(국회법 제37조 제1항),⁴⁹⁾ 각 위원회 내에는 법률심사를 위한 상설소위원회가 설치되어 있다.⁵⁰⁾ 어느 상임위원회에도 속하지 아니하는 사항에 관한 법률안은 국회의장이 국회운영위원회와 협의하여 소관 상임위원회를 정하여 이에 회부한다. 법률안이 위원회로 회부되면 해당 위원회는 일부개정 법률안은 15일, 제정 또는 전부개정 법률안은 20일이 경과된 후 의사일정으로 상정할 수 있다(국회법 제59조).

의 입안을 의뢰하기도 한다. 국회에의 발의 이전에 소속정당 내 정책부서와 사전협약이 이루어지기도 한다. 국회의원의 법률안 준비절차에 대해서는 법적 구속력이 있는 절차가 마련되어 있지 않다. 국회의원의 법률안 발의의 경우에는 의원 10인 이상의 찬성을 얻어야 한다(국회법 제79조 제1항). 법률안을 발의하는 국회의원은 그 안을 갖추고 이유를 붙여 찬성자와 연서하여 국회의장에게 제출해야 하되, 2000년 2월 개정 이후 발의의원과 찬성위원을 구분해서 표시하고 대표발의자 1인을 명시해야 한다(국회법 제79조 제3항). 국회의원 발의 법률안의 경우 법률안 제명의 부제(副題)로 발의의원의 성명을 기재한다(국회법 제79조 제4항). 정부제출 법률안과 의원발의 법률안 모두 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 법률안의 경우에는 그 법률안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계를 법률안과 함께 제출해야 한다(국회법 제79조의2 제1항).

48) 위원회에서 제안하는 법률안은 특정 상임위원회(또는 소위원회)에서 직접 기초하여 위원회 의결을 거쳐 발의할 수도 있고, 정부제출 법률안 내지 국회의원 10인 이상이 발의한 법률안을 상임위원회에서 심사한 후 그 법률안을 폐기하고 이를 대신하여 위원회에서 대안을 작성하여 위원회 의결을 거쳐 발의할 수도 있다. 후자의 경우가 일반적이다. 헌법재판소(헌법재판소법 제10조의2)와 중앙선거관리위원회(선거관리위원회법 제17조 제2항) 등의 헌법상의 독립기관이 소관 업무와 관련하여 법률의 제·개정이 필요하다고 인정하는 경우 국회에 서면으로 이러한 의견을 제출할 수 있는 바, 이와 같이 헌법상의 독립기관의 입법건의가 국회에 제출된 경우 소관 상임위원회에서 이러한 입법건의를 바탕으로 위원회안을 입안하여 발의하기도 한다.

49) 각 상임위원회 소속 위원의 수는 2011년 11월 현재 최소 12인(정보위원회)에서 최대 30인(국토해양위원회)이다. 각 상임위원회별로 2011년 11월 현재 소속 위원의 수를 보면 다음과 같다. 국회운영위원회(24인), 법제사법위원회(16인), 정부위원회(22인), 기획재정위원회(26인), 외교통상통일위원회(28인), 국방위원회(17인), 행정안전위원회(24인), 교육과학기술위원회(21인), 문화체육관광방송통신위원회(28인), 환경노동위원회(15인), 국토해양위원회(30인), 농림수산식품위원회(19인), 지식경제위원회(25인), 보건복지위원회(24인), 정보위원회(12인), 여성가족위원회(16인).

50) 법안심사소위원회는 일반적으로 5인 내지 7인의 위원으로 구성된다.

위원회심사 단계에서는 제출자 내지 발의자의 제안설명, 상임위원회 전문위원의 검토보고, 대체(大體)토론, 법률안심의소위원회의 심사,⁵¹⁾ 소위원회의 보고를 토대로 한 상임위원회의 축조심사,⁵²⁾ 찬반토론을 거쳐, 법률안에 대한 상임위원회의 표결이 이루어진다(국회법 제58조, 제59조, 제93조의2). 공청회(국회법 제64조)와 청문회(국회법 제65조)⁵³⁾ 및 관련위원회의 심사·의결·의견제시(국회법 제83조), 연석회의(국회법 제63조), 재정부담 수반 법률안에 대한 예산결산특별위원회와의 사전협의(국회법 제83조의2)도 상임위원회 심사 단계의 절차 내지 제도이다. 상임위원회에서의 심의 후 표결에서 가결하는 경우에는 법제사법위원회의 체계자구심사(국회법 제86조 제1항)를 거쳐 본회의에 심사보고서가 제출되고(국회법 제66조 제1항), 본회의 심의 단계에서 심사보고·제안설명과 질의·토론(생략 가능)을 거쳐 본회의에서의 표결이 이루어진다. 상임위원회에서의 심의 후 표결에서는 법률안을 본회의에 부의하지 않기로 즉 법률안을 폐기하기로 결정할 수 있다(국회법 제87조 제1항). 다만 이러한 상임위원회의 결정이 본회의에 보고된 날부터 폐회·휴회 중의 기간을 제외하고 7일 이내에 국회의원 30인이 요구하면 상임위원회에서 폐기 결정한 법률안을 본회의에 부의할 수 있다(국회법 제87조 제1항 단서).

본회의에서 가결된 법률안은 정부에 이송되며(국회법 제98조 제1항), 국회에서 의결된 법률안이 정부에 이송되어 오면 대통령은 15일 이내에 공포해야 한다. 대통령이 국회에서 이송된 법률안을 15일 이내에 공포나 재의의 요구를 하지 않으면 그 법률안은 법률로 확정된다(헌법 제53조 제5항). 법률에 특별한 규정이 없으면 공포일로부터 20일이 경과함으로써 공포된 법률은 효력을 가진다(헌법 제53조 제1항, 제7항). 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 15일 이내에 이의서를 붙여 법률안을

51) 법안심사소위원회는 법률안의 심의 후 원안대로의 의결을 제안하거나 수정안을 제안하거나 위원회안을 제안할 수 있다.

52) 상임위원회에서의 축조심사는 당해 상임위원회의 의결로 생략가능하나, 제정법률안과 전부개정법률안의 경우에는 축조심사를 생략할 수 없다(국회법 제58조 제5항).

53) 법률안 심사에서 전문지식 및 대외적 의견 수렴의 통로가 되는 공청회 제도는 제헌국회에서부터 도입되어 있었으나 활발히 활용된 것은 제11대 국회(1981-1985) 이후이고, 특히 제16대 국회(2000-2004)에서부터 매우 활발히 사용되고 있다. 청문회는 국정감사 및 조사를 포함하여 중요한 안건의 심사에 필요한 경우 증인·감정인·참고인으로부터 증언·진술을 청취하고 증거를 채택하기 위하여 개최되는 제도로서 제13대 국회(1988-1992)의 국회법 개정(1988.6.15.)을 통해 도입되었다. 2000년 2월 국회법 개정 이후 제정법률안과 전부개정법률안은 원칙적으로 공청회 또는 청문회 개최대상이 된다(국회법 제58조 제6항 본문). 다만 위원회의 의결로 이를 생략할 수 있다(국회법 제58조 제6항 단서).

국회에 환부하고 재의를 요구할 수 있다(헌법 제53조 제2항). 대통령이 재의를 요구한 경우 법률안은 소관 상임위원회에 회부되지 않고 곧장 본회의에 부의되어 무기명 투표로 표결이 이루어지며(국회법 제112조 제5항), 국회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 재의결되면 그 법률안은 법률로 확정된다(헌법 제53조 제4항). 이렇게 확정된 법률안이 정부에 이송되면 대통령은 5일 이내에 이를 공포해야 하며, 대통령이 공포하지 않는 경우 국회의장이 이를 공포한다(헌법 제53조 제6항).

(2) 입법의 정당성 관점에서 본 한국 입법과정의 특징

입법의 정당성 특히 입법의 절차적 정당성 관점에서 본 한국 입법과정의 특징은,⁵⁴⁾ 무엇보다도 단원제 의회이면서 비교법적으로 상당히 강한 위원회중심주의를 취하고 있다는 점이다. 입법의 정당성을 담보하기 위한 입법과정의 민주적 정당성을 확보하는 취지로 입법과정 각 단계의 절차가 설계되어 있으면서도, 입법의 효율성과 전문성을 목적으로 한 위원회에 입법과정 및 국회의 제반 의정활동에 있어 대단히 큰 권한과 기능을 부여하고 있다. 단원제 의회인 한국 국회가 강한 위원회중심주의 입법과정을 취하고 있는 것은 입법부의 행정부 위상과 기능이 정상화되기 이전에 정부가 입법을 주도하였던 점에서 근본적 원인을 찾을 수 있다. 위원회중심주의적 입법과정은 국회에 접수되는 법률안이 대단히 크게 증가하고 있는 현실에서 효율성 면에서 기여해 온 점이 있으나, 한국의 대의민주주의 하에서의 대의제 입법과정을 통한 입법의 효력의 정당성에 핵심적 근거이자 요소가 되는 숙의기능의 관점에서는 제도적 문제점을 갖고 있다. 특히 효율성과 전문성을 목표로 하는 위원회중심주의 하에서 위원회 소속 의원의 전문성 내지 경력이 당해 위원회가 입법과정에서 큰 영향력을 행사하는 입법의제에 직접적 이해관계를 가진 이익집단 등에 연계되어 있는 경우가 많고 입법로비에 관한 법제화가 되어 있지 않은 현실에서 로비의 대상이 명확한 가시성을 갖고 소수로 특정되어 있다는 점에서 불법적 로비에 대한 유인이 될 수 있다. 나아가 국회의원의 상임위원회 배정 및 입법활동을 포함한 제반 의정활동에 있어서의 정당의 영향력도 한국의 국회 입법과정의 제도적 문제점과 개선안의 연구에서 중요한 고려 요소이다. 이하에서는 한국

54) 한국의 입법과정을 체계적으로 분석하여 문제점과 개선방안을 제시한 연구로 홍완식, “현행 입법과정의 문제점과 개선방안”, **법제연구** 37호 (2010.8.); 유명훈·이상희, “우리나라의 입법과정에 관한 고찰”, **법제** 제528호 (법제처, 2001.12.) 참조.

국회의 위원회중심주의의 연혁을 본 후, 그 문제점을 제시한다.

한국의 국회 입법과정에서의 위원회중심주의의 연혁을 보면, 제헌국회 이후 제1공화국 때의 국회에서는 국회 내 법률의 제정과정상 상임위원회의 법률안 심사절차가 구체적으로 규정되어 있지 않았고, 관례적으로 법률안의 상임위원회 상정, 제안자의 취지설명, 전문위원의 검토보고, 질의·답변, 소위원회 심사, 축조심사, 찬반토론, 의결의 순서로 상임위원회 내의 절차가 진행되었다.⁵⁵⁾ 상임위원회가 이유 없이 법률안의 심사보고를 지연하면 본회의는 그 법률안을 해당 상임위원회로부터 반려 받아 다른 위원회에 회부할 수 있었다. 상임위원회에서의 법률안 심의과정은 제2공화국과 제3공화국에서도 대체로 위와 차이가 없었다. 체계·자구심사는 제헌국회에서는 본회의 3독회에서 자구 수정을 하였으나, 제2차 개정국회법(1951년 3월 15일 개정)에서 법제사법위원회의 체계·자구심사제도를 신설한 이래 현재까지 이 제도가 유지되고 있다. 제4공화국 때인 1973년 2월 7일의 국회법 개정을 통해 처음으로 상임위원회의 법률안 심사절차가 국회법에 명시적으로 규정되었다(제55조). 상임위원회에서의 법률안 심사는 제안자의 취지설명, 질의·토론, 축조심사, 표결의 과정을 거치도록 규정되었고, 다만 위원장의 결정에 따라 축조심사를 생략할 수 있었다.

이후 특히 제13대 국회에서 제17대 국회까지 수차례의 국회법 개정을 거쳐 상임위원회의 법률안 심사절차가 보다 구체적이고 정교하게 규정되었다. 우선, 대체(大體)토론 제도가 국회법 규정을 통해 도입되어, 상임위원회는 법률안을 심사함에 있어 제안설명과 전문위원 검토보고가 있는 후 제안자와의 질의·답변을 포함하여 안건 전체에 대한 문제점 등에 대한 일반적 토론을 하게끔 되었다(1994년 개정국회법 제58조 제1항). 특히 상임위원회가 법률안을 법안심사소위원회에 회부하고자 하는 때에는 대체토론이 끝난 후가 아니면 안 되도록 하였다(위 국회법 제58조 제2항). 이는 상임위원회 단계에서의 충분한 토론과 의견교환을 확보하여 위원회 차원의 법률안심사가 형식화되지 않도록 하기 위함이다. 이 외에도, 위원회에서의 법률안 상정시기를 국회에 접수된 법률안이 의원에게 배부된 후 3일을 경과하지 않으면 의사일정에 상정할 수 없도록 제한하고(1991년 개정국회법 제59조), 전문위원의 검토보고서를 특별한 사정이 없는 한 해당 법률안이 위원회에 상정되기 48시간 전까지 소속 위원들에게 배부되도록 하였으며(1994년 개정국회법 제58조 제4항), 각 상임위원회가 법률안심사에 필요한 경우 일정 수의 전문가를 심사보조자로 위촉할

55) 임종훈·박수철 공저, **입법과정론**(제3판) (박영사, 2006), 141면.

수 있도록 하였다(1991년 개정국회법 제43조하에서 2인 이내, 2000년 2월 개정국회법 제43조 제1항하에서 3인 이내로 확대). 또한 상임위원회는 심사대상인 법률안에 대해 입법취지와 주요 내용 등을 국회공보 등에 게재하여 입법예고할 수 있게 하였고(1994년 개정국회법 제82조의2), 상임위원회는 국회 본회의 폐회 중에도 정례적으로 개회하도록 의무화되었다(1991년 개정국회법 제53조하에서 최소한 월 1회 정례적 개회 의무화, 1994년 개정국회법 제53조 하에서 월 2회 정례적 개회 의무화, 1997년 개정국회법 제53조 하에서 월 2회의 정례회의 중 1회는 개회의 주와 요일을 지정하여 자동 개회하도록 함). 기획예산처소관 법률안과 상당한 규모의 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 법률에 대해서는 위원회심사단계에서 예산결산특별위원회와 협의하는 제도도 신설되었다(2005년 7월 개정국회법).

제헌국회를 비롯하여 제1공화국하의 국회에서는 법률안심의가 본회의중심주의로 운영되어, 법률안은 위원회의 심사보고가 있는 후 본회의에서의 3독회를 거치며 심의되었다. 이후 제3공화국 국가재건최고회의에서 의결된 제10차 국회법 개정에 의해 국회 본회의에서의 법률안심의절차였던 3독회제도가 폐지되고 국회의 입법과정이 본회의중심주의에서 위원회중심주의로 전환되어, 본회의에서는 법률안을 심사한 위원회의 위원장으로부터 심사보고를 듣고 이에 대한 의원의 질의가 끝나면 토론을 거쳐 표결을 하게 되었다(1963년 개정국회법 제85조, 제86조). 제4공화국에서는 위원회의 심사를 거친 법률안에 대해 본회의에서의 질의를 금지하였고, 본회의의 의결로 본회의에서의 토론을 생략할 수 있게 하였다(1973년 개정국회법 제86조). 즉, 제3공화국 시기에 채택된 위원회중심주의는 제4공화국을 거치며 더욱 강화되었고, 이에 일단 위원회에서 의결된 법률안은 본회의에서는 수정이 사실상 어렵게 되었다. 제5공화국 시기의 제11대 국회(1981-1985)에서는 의장이 중요하다고 인정하는 법률안에 대해서는 본회의에서의 질의가 허용되었고, 2000년 2월의 국회법 개정에서는 강한 위원회중심주의로 인한 본회의 심의의 형식화를 보완하기 위해 전원위원회(全院委員會)제도를 도입하였다(2000년 개정국회법 제63조의2).

이러한 일련의 과정을 통해 현행 한국의 국회는 단원제 의회이면서도 국회 내 법률의 제정과정에서 강한 위원회중심주의를 채택하고 있다. 상임위원회의 법률안심의 절차는 필수적 절차이며, 대체토론·축조심사·공청회 및 청문회 절차 등 핵심적인 법률안 심의 절차를 위원회에서 담당하여, 법률안의 내용에 대한 실질적 심사는 소관 상임위원회 및 상임위원회 소속의 법안심사소위원회에 의해 이루어지고, 본회의에서는 질의·토론이 생략 가능하며 실제 대부분 생략됨에 따라 상임위

원회의 의결한 바를 거의 그대로 통과시키고 있다. 또한 위에서 보았듯 상임위원회는 정부제출 법률안 또는 의원발의 법률안을 수정의결하거나 이에 대한 대안을 제안할 수도 있고 위원회안을 발의할 수도 있으며, 법률안 심사 후 법률안을 본회의에 부의하지 않기로 하는 폐기 결정을 할 수 있다(국회법 제87조). 정부제출 법률안과 의원발의 법률안 공히 위원회에서 법률안 수정 비율이 높으며, 위원회안의 가결율은 거의 100%에 가깝다. 위에서 보았듯 현재의 16개 상임위원회의 소속 위원 수는 12인-30인이며, 소위원회의 위원 수는 평균적으로 5인-7인이다. 한편 국회에 접수되는 심의 대상 법률안의 수는 근래 크게 증가해 왔다. 이러한 상황에서 소관 상임위원회 소속 위원이 아닌 국회의원으로서는 본회의 단계에서 법률안의 심의에 참여하면서 법률안의 구체적 내용과 관련 쟁점을 알기 어려운 것이 현실이다. 이에 법률안 심사에 있어 선거구민 내지 공동체 구성원 전체의 의사를 대변할 수 없으므로 숙의를 핵심으로 하는 대의민주주의 원리에 대한 중대한 위협이 된다는 우려도 있다.

보다 넓은 맥락에서, 특정 법률안에 대해 입법로비를 하는 이익집단의 입장에서는 한국과 같은 단원제 의회에서 위원회중심주의 하에서는 로비의 대상이 명확한 가시성을 갖고 소수로 특정되므로, 적은 거래비용으로써 로비의 목적 달성이 가능해질 수 있다. 관련하여, 전문성과 효율성 제고라는 위원회중심주의의 취지에 따라 위원회의 소관 업무에 관련성과 전문성을 가진 국회의원을 배정하게 되면, 위원회가 입법의 과정에서 의원들의 전문성과 관련 있는 이익집단들의 이익을 대변하게 되는 부작용이 초래될 우려가 있다. 즉, 공동체 구성원 전체의 이익과 특수 이익집단의 이익이 상충할 때 소수의 횡포가 구조적으로 조장될 위험성이 있다. 이 점은 한국 입법과정에서의 단일소관위원회원칙과 결부되어 더욱 부각된다. 나아가 국회의원 개개인의 상임위원회 배정 과정과 위원장의 선정 과정에 있어 정당의 영향력이 작용하는 현실에서는 더욱 큰 문제가 야기될 수 있다.

이에 특히 제13대 국회(1988-1992) 이후의 일련의 국회법 개정에서는 위원회중심주의 입법과정의 기본틀은 유지하면서도 입법과정의 민주적 정당성 제고를 위한 법적·제도적인 보완에 주안점을 두어 왔다.⁵⁶⁾ 예를 들어, 2005년 7월의 국회법 개정에서는 국회심의과정의 투명성 강화를 위해 상임위원회 위원의 영리행위금지 조항을 신설했으며(국회법 제40조의2), 이해관계 있는 위원으로 구성된 위원회에 안

56) 이 점에 대해서는 임종훈, “입법과정의 민주적 정당성 제고를 위한 모색 - 법률안의 위원회부제도를 중심으로”, **헌법학연구** 제11집 제4호 (2005.12.), 287면-321면 등 참조.

건 회부를 제한할 수 있는 근거를 두었다(국회법 제81조 제3항). 또한 본회의와 위원회 뿐 아니라 소위원회 회의록의 속기방식의 작성을 의무화하여 법률안 심의 및 의결 과정의 기록을 공개하여 감시가능성을 높였고(국회법 제69조 제4항), 국회심의 과정의 공개성 제고를 위해 국회방송에 대한 법적 근거를 강화하였다(국회법 제149조). 이외에도 법률안의 위원회 상정 이전의 최소계류기간을 확대하여 위원회의 법률안 심의의 내실을 기하였고(국회법 제59조), 기획예산처 소관 법률안 또는 재정부담 수반 법률안의 심사시 소관 상임위원회가 예산결산특별위원회와 협의하는 제도를 신설하였으며(국회법 제83조의2), 예산 및 기금 등의 조치가 수반되는 의안제출시에는 정부제출 법률안과 의원발의 법률안 모두 비용추계서를 의무적으로 제출하도록 하였다(국회법 제79조의2). 또한 전원위원회(全院委員會) 심사기간 및 발언시간 제한 규정을 폐지하였다(국회법 제63조의2 제5항 삭제). 특정 법률안이 여러 위원회의 소관사항과 관련이 있다고 인정하면 의장은 하나의 주된 소관위원회를 정하고 다른 위원회를 관련위원회로 지정하여 법률안을 회부할 수 있다(국회법 제81조 제1항). 또한 법률안이 다른 위원회의 소관 사항과 관련이 있는 때에는 법률안을 회부받은 소관 상임위원회는 다른 위원회와 연석회의를 열어 의견을 교환하고 법률안의 심사에 참고할 수 있다(국회법 제63조 제1항⁵⁷⁾).

근래 의원발의 법률안이 급증하고 국회의 정부제출 법률안에 대한 수정률이 증가하며 여야공동발의법률안의 수 및 통과율이 증가하고 입법 과정에서의 공청회 개최 건수도 크게 늘고 있다. 그러나 한국 입법과정이 갖는 단원제 의회하의 강한 위원회중심주의적 특징은 대의민주주의 하 입법의 정당성을 위한 속의기능과 입법의 질을 저하시킬 우려가 있다. 입법에 대한 신뢰의 관점에서 입법의 민주적 정당성을 확보하고 입법의 질을 제고하기 위한 법제적 노력이 필요하다. 궁극적으로 입법과정을 공개하고 투명성을 높임으로써 입법과정에 대한 감시와 통제를 가능하게 하며, 입법외제의 설정에서부터 심의과정에서의 논의에 이르기까지 가능한 한 저비용의 참여가 가능하게 하고, 속의를 통한 입법의 질을 제고하는 것이 입법에 대한 신뢰를 제고하는 길이다.

57) 그러나 연석회의에서는 법률안에 대해 표결을 할 수 없으므로, 현재로서는 의결권 없는 연석회의제도이다.

2. 입법과정과 입법의 효력에 대한 논점 및 헌법재판소 판례의 분석

(1) 입법과정과 입법의 효력에 관한 논점과 학설

입법과정에 대한 연구의 목적은 궁극적으로 입법과정의 제도적·실체적 개선을 통해 입법의 질(質)을 제고하는 것이다. 국회의 입법권의 행사도 실체적이고 절차적인 정당성을 가진 법률을 적시에 효율적으로 제정하는 최적의 입법을 지향하는 것이다. 이러한 국회의 입법권은 헌법에 의해 부여된 권능이며, 따라서 국회의 입법활동이 헌법에 위배되어서는 안 된다. 또한 국제질서존중원칙 하에서 국회의 입법활동이 국제질서나 국제평화에 반하는 방향이 되어서는 안 된다. 한편 이러한 관점에서 한국의 입법과정의 현 위치를 이해하는 데에 핵심적으로 중요한 논점 중 하나가 입법과정의 위반 내지 입법과정상의 흠결이 입법의 효력에 어떠한 영향을 미치는지의 문제이다. 즉, 국회의 입법과정에서 국회에서 법률안을 심의하고 의결하는 절차가 헌법과 국회법, 국회규칙 등을 따라 이루어짐에 있어, 입법과정에서의 법률안의 처리에서 절차상의 하자가 있는 경우, 이른바 변칙처리 등이 있는 경우, 이러한 입법의 위헌성의 문제이다. 이는 국회의 자율권 특히 입법활동 자율성의 범위와 한계 그리고 입법자의 입법사무의 내용과 범위에 관한 문제이기도 하다.⁵⁸⁾

보다 구체적인 제도를 통해서 보면, 이는 헌법재판에서 헌법재판소가 위헌법률심판에서 특정 법률 내지 법률조항이 위헌인지의 여부를 판단할 때 입법행위의 결과인 법률의 내용과 별도로 입법행위의 과정이 헌법에 위반되었는지 여부를 심사할 수 있는지 그리고 나아가 입법과정상의 절차 위반을 근거로 입법의 효력을 무효로 할 수 있는지의 문제이다.⁵⁹⁾ 이러한 문제는 (가) 국회가 심의하는 법률의 내용

⁵⁸⁾ 이 주제에 관해서는 근래 체계적이고 심층적인 연구가 활발하게 이루어지고 있다. 예를 들어 김재황·박군성·전학선·정하명·홍완식, 입법과정의 선진화와 효율성 제고에 관한 연구, 법제저 (2008.10.); 권형준, “입법제량론에 관한 연구”, **헌법학연구** 제12권 제3호 (한국헌법학회, 2006.9.); 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, **토지공법연구** 제29집 (한국토지공법학회, 2005.12.); 김광수, “의원입법의 영향과 책임성” (국회 법제실·한국행정법이론실무학회 공동주최 여의도 국회 제30주년·국회 개원 제57주년 기념 공동학술대회 “입법에 관한 국회의 책임과 역할” 발표문, 2005.6.2.); 김병기, “위헌결정법률의 효력과 그에 대한 국회의 대응” (국회 법제실·한국행정법이론실무학회 공동주최 여의도 국회 제30주년·국회 개원 제57주년 기념 공동학술대회 “입법에 관한 국회의 책임과 역할” 발표문, 2005.6.2.); 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구”, **공법연구** 31집 2호 (한국공법학회, 2002) 참조.

⁵⁹⁾ 이 주제에 관한 심층적 연구의 예로서 홍완식, “헌법재판소에 의한 입법절차 통제”, **공법학연구** 12권 2호 (한국비교공법학회, 2010); 임지봉, “헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정의 헌법적 문제점”, **법과 사회** (2010); 홍완식, “헌법재판소의

및 체계의 한계를 의미하는 실체적 내용의 한계와 (나) 입법과정상 국회가 준수해야 할 헌법 및 국회법 등 실체법 규정상의 원칙 특히 의회자율권에 관한 절차적 한계로 구분하여 볼 수 있다. 나아가 국회의 입법권은 현행 헌법 하에서 정부의 입법관여기능에 의해서도 제약을 받는다. 즉, 정부의 법률안 제출권, 대통령의 법률안 공포권 내지 법률안거부권 및 재의요구권, 대통령의 긴급명령권 및 긴급재정·경제명령권은 국회의 입법활동에 대한 예외 및 한계로 작용하는 측면이 있다.⁶⁰⁾

우선 입법의 실체적 내용의 한계를 보면, 법률은 헌법 제6조 제1항의 국제법질서 존중의 정신에 비추어 국제법상의 일반적 원칙이나 국제조약에 정면으로 배치되는 법률의 제정은 자제하여야 한다.⁶¹⁾ 또한 법률에는 법률의 헌법적합성에 의한 한계가 주어지는 바, 법률은 헌법의 명문규정에 위배되어서는 안 됨은 물론 헌법의 기본원리나 기본질서에 위배되어서도 안 된다는 한계가 있다. 헌법 제13조의 형사제재에 있어서의 소급입법 금지 등이 국회 입법의 한계에 대한 헌법상의 명문규정의 예이며, 또한 법률은 헌법의 하위규범으로서 국민주권원리 등 헌법의 기본원리나 자유민주적 기본질서 등 헌법의 기본질서 또는 복수정당제도 등 헌법의 기본제도에 위배되거나 이를 부정 내지 폐지하는 것이어서는 안 된다. 다음, 입법의 절차적 한계를 보면, 헌법과 국회법은 국회가 회의체로서 법률안을 포함한 각종 의안을 민주적이고 효율적인 절차에 따라 심의하기 위해 준수해야 할 원칙과 기준을 규정하고 있다. 회의공개 원칙, 일사부재의(一事不再議) 원칙, 정족수 원칙, 회기계속 원칙 등은 국회의 입법과정에서 절차상 준수해야 할 원칙이며 한계가 되며, 헌법과 국회법 등 실체법의 규정에서 정하고 있는 국회의 의사 및 의안심의 관련 각종 규정들은 법률안심의과정에서 준수되어야 할 절차적 한계이다. 국회법 제58조 제3항에서 법률안의 상임위원회 심사단계 중 위원회가 법률안을 법안심사소위원회에 회부

결정을 통해 본 입법의 원칙”, **헌법학연구** 제15권 제4호 (한국헌법학회, 2009); 김하열, “권한쟁의심판의 발전과 과제”, **헌법논총** 제19집 (2008); 방승주, “위헌입법의 현황과 대책”, **저스티스** 106호 (한국법학원, 2008.9.); 정중섭, 위 방승주 논문 “위헌입법의 현황과 대책”에 대한 토론문, **저스티스** 106호 (한국법학원, 2008.9.); 이명웅, “위헌입법의 위헌심사기준 및 위헌결정사례 분석”, **저스티스** 96호 (한국법학원, 2007.2.); 석인선·장영철·전학선, 국회의 입법형성권과 헌법재판소의 사법심사권의 관계, **한국공법학회** (2003); 임종훈, “헌법재판소와 입법부와의 관계”, **헌법재판의 회고와 전망** (1998).

60) 이러한 점은 특히 입법에 관여하는 기관 행위자들간의 ‘제도에 의해 유도된 균형’의 결과로 입법 결과물인 법률을 설명하는 입장에서 중시된다.

61) 국제연합헌장이나 국제인권규약을 헌법률적 효력을 가진 국제조약으로 이해하기도 한다. 이러한 예로서, 김철수, **헌법학개론** (박영사, 2003), 1059면.

하려면 위원회의 대체토론이 끝난 후여야 한다는 규정이나 국회법 제59조에서 법률안이 국회에 접수되어 본회의에 보고된 후 상임위원회에 회부된 때 회부 후 15일 또는 20일이 경과하지 아니한 때에는 상임위원회에 안건으로 상정하지 못하도록 한 규정 등이 그 예로서, 입법과정에서 법률안에 대한 심의가 부실하게 되지 않도록 하는 취지이며 국회 입법과정 중의 입법의 절차적 한계가 된다. 이 문제는 국회가 헌법상의 독립기관으로서 헌법상 부여된 자율권을 행사함에 있어, 다른 국가기관이 존중해야 하는 국회의 자율권의 행사가능범위와 절차적 민주성에 따른 국회 자율권의 한계 사이의 경계선이 어디에 설정되는지의 문제이기도 하다.

이러한 개념을 도입하여 헌법재판에 보다 가까이 결부시켜 입법과정과 입법의 효력 문제를 체계적으로 살펴보기 위해, 입법과정의 위반 내지 입법과정상의 하자 와 입법의 효력의 문제를 (가) 헌법과 법률에 명시적인 입법절차 규정이 있고 이러한 규정을 위반한 경우와 (나) 헌법과 법률에 명시적 입법절차 규정이 존재하지는 않으나 특정 법률의 입법절차가 헌법의 법치주의원리, 민주주의원리 내지 입법권의 보장과 입법의무 등에 위반되는 경우 즉 실질적 입법과정 위반의 경우로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 헌법과 법률에 명시적 입법절차 규정이 있고 이러한 규정이 위반된 경우를 보면, 헌법에서 입법절차 즉 법률의 제정 내지 개정시 지켜야 할 절차를 규정하고 있으면 국회는 반드시 이러한 규정을 준수해야 하며, 국회가 이러한 명시적 입법절차 규정을 위반하여 입법을 하면 위헌이 된다.⁶²⁾ 명시적 입법절차 규정의 위반의 경우 권한쟁의심판을 통해서도 입법의 효력을 다룰 수 있으며, 권한쟁의 심판에서는 헌법상 뿐 아니라 법률상의 입법절차 규정 위반도 다룰 수 있다(헌법재판소법 제61조 제2항).⁶³⁾

둘째, 헌법과 법률에 명시적 입법절차 규정이 존재하지는 않으나 법률의 입법절차가 실질적 입법과정에 위반된 경우를 보면, 이는 당해법률의 입법절차가 헌법의 법치주의원리나 민주주의원리, 입법권의 보장과 입법의무 등에 위반되는 이유로 입법을 위헌 무효로 결정할 수 있는가의 문제이다. 즉, 입법과정에 대한 위헌여부 심사에서, 입법에 있어 입법의제 및 관련 쟁점에 대해 충실한 검토와 토론이 이루어졌는지, 법률안에 대해 이해관계를 가진 사람들이 관련하여 입장과 의사를 표출할 수 있는 기회가 충분하고 적절하게 주어졌는지, 다수가 아닌 소수인 의원들을

62) 정중섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 제1030면.

63) 헌법재판소는 국회법에 규정된 입법절차 규정을 위반한 경우 권한쟁의심판에서 이를 심사할 수 있다고 보고, 적극적으로 청구인의 권한침해 여부에 대해 심사하고 있다.

포함하여 국회의원들에게 충분한 발언의 기회가 주어졌는지, 표결이 합리적인 조건하에 적절한 절차에 따라 이루어졌는지 등, 정당한 입법을 위해 실질적으로 요구되는 절차적 사항들이 지켜졌는지에 대해 헌법예의 합치여부를 심사하는 것이다. 실질적 입법과정의 위반을 헌법재판에서 심사할 수 있는지, 그리고 그 결과 입법을 위헌무효로 할 수 있는지에 대해서는 상이한 입장이 있을 수 있고 실제 학설에 따라 차이가 있다.

우선 긍정설의 입장에서는 입법자가 입법권을 행사함에 있어 모든 경우에 최상의 입법을 해야 할 의무는 부담하고 있지 않더라도 최적의 입법을 해야 할 헌법상의 의무를 지므로 입법과정에 대해서도 그 실질적 헌법위반여부가 재판작용을 통한 사법적 제재의 대상이 된다고 본다. 특히 오늘날의 대의제민주주의의 실제 운용에서 국회의 입법이 일반의사 내지 공익을 일응 추구하면서도 부분적인 특수이익을 추구하거나 소수의 횡포가 나타나는 경우가 있다는 점에서 이러한 경우 입법의 실패를 바로잡는 데에 사법적 심사가 효과적이라고 본다면, 법률의 입법과정에서 다양한 이해관계가 표출되고 이에 대한 합리적이고 충분한 숙의가 이루어졌는지에 대해 대의제원리와 국가의 공공성원리에 비추어 사법적 심사를 하고 심사결과에 따라 입법을 위헌으로서 무효로 선언할 수 있다고 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 다음, 부정설의 입장에서는 입법자의 입법 의무에 대해 헌법이 입법자에게 최적의 입법을 해야 할 의무를 부과하는 것은 아니라고 본다. 즉, 실질적으로 최적의 입법에 도움이 되더라도 헌법에 규정되어 있지 않은 입법절차 등이라면, 민주주의에 대한 자유주의적 이해와 권력분립의 원리에 비추어 헌법재판소의 헌법재판에서의 심사대상이 되지 않는다고 볼 수 있다. 이러한 입장에서는 규범통제에서 헌법재판소가 심사할 수 있는 것은 입법의 결과로서의 법률의 객관적 내용 및 그 효과이고, 입법과정에서의 입법행위와 입법자의 동기 등은 헌법재판의 한계를 벗어나 헌법재판의 심사 대상이 될 수 없다고 본다.

헌법이나 법률에 명시적으로 규정되어 있지 않은 입법과정에 대한 심사는 현행 헌법상의 대의제민주주의원리와 권력분립, 국회의 입법형성의 자유에 비추어 볼 때 설득력 있는 근거를 찾기 어렵다. 우선 입법자의 입법 의무의 범위와 내용, 한계의 문제가 있으며, 일응 심사대상으로 하더라도 예를 들어 충분하고 적절한 숙의의 경우라면 한국의 위원회중심주의 하에서 위원회 내지 소위원회가 기준이 되는지

64) 정중섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 1031면-1032면; 정만희, **헌법과 통치구조** (법문사, 2003), 252면.

본회의가 기준이 되는지 등의 보다 구체적 문제가 있다. 이 점은 나아가 헌법재판을 떠나 보다 일반적 맥락에서의 법률의 해석에 있어서도 입법(자의) 동기 등의 면에서 함의를 갖는다. 물론 입법과정이 최적의 입법을 위한 합리적이고 효율적인 절차가 되도록 노력하며 입법자는 입법과정을 통해 최적의 입법을 하도록 노력해야 하겠으나, 헌법이나 법률에 명시적으로 규정되어 있지는 않은 입법절차에 대해서는 당사자들에 의해 권한쟁의심판으로 청구되면 헌법재판소가 그 범위 내에서 판단하는 것으로 상당한 역할을 수행하며, 원칙적으로 입법과정상의 이유로 특정 법률 내지 법률조항에 대해 위헌이라는 결정을 할 수는 없다고 하겠다.⁶⁵⁾

(2) 입법과정과 입법의 효력에 관한 헌법재판소 판례의 입장

한국의 국회에서 법률안을 심의하고 의결하는 국회 입법과정은 헌법과 국회법, 국회규칙 등에 따른다. 국회의 입법과정에서 절차상의 하자가 문제된 경우는 이제까지 다수 있어 왔으며,⁶⁶⁾ 헌법재판제도의 성장 및 정립과 함께 근래 입법과정상의 절차적 하자와 입법의 효력에 관한 판례가 적립되어 가고 있다. 대략 1990년대 중반까지의 헌법재판소 판례는 국회의 입법과정에서의 절차적 하자의 문제를 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼으로서 권한쟁의심판의 대상이 아니라고 하는 입장이었으며,⁶⁷⁾ 일응 국회 입법과정을 거쳐 입법된 법률의 입법의 절차에 대해서는 국회의 자주성을 존중하는 의미에서 그 유·무효를 사법적으로 재판을 통해 판단할 성질의 것이 아니라고 하였다.⁶⁸⁾ 헌법재판소는 1990년대 중반 이후 한 권한쟁의심판에서 중전의 입장을 변경하여 입법절차상의 흠결의 문제도 사법적 판단의 대상이 될 수 있다고 판시하였다. 즉, 헌법재판소는 권한쟁의심판에서 국회의장이 본회의 개의일시를 일부 의원들에게만 통지하고 일부 의원들에게는 국회법에 규정된 대로 적법하게 통지하지 않아 통지받지 못한 의원들이 본회의에 출석하지 못하고 당해 본회의에서 심의·표결한 법률안의 심의·표결의 과정에 참여하지 못하게 된 상태에서 법률안을 가결·선포한 행위에 대해,⁶⁹⁾ 이러한 행위는 통지를 받지

65) 同旨 정중섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 1032면.

66) 한국의 국회 입법과정에 대한 한 연구 결과에 따르면 입법과정상의 하자와 입법의 효력에 대해 구체적으로 논의한 판례가 본격적으로 적립되기 시작되기 이전인 제14대 국회(1992-1996)까지 적어도 44회에 걸친 법률안의 ‘변칙처리’ 즉 입법절차상 하자 있는 입법이 있었다고 한다. 임종훈·박수철 공저, **입법과정론** (제3판) (박영사, 2006), 301면의 각주 150번.

67) 헌재 1995.2.23.선고, 90헌마125.

68) 대판1972.1.18.선고, 71도1845.

69) 제15대 국회(1996-2000)가 국가안전기획부법 개정안과 노동관계 4개 법률의 개정안을

못한 의원들의 헌법상의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 판시하였다.⁷⁰⁾ 그러나 현재까지도 헌법재판소는 국회의 입법과정에 관한 국회의 자율권의 내용과 범위에 있어 원칙적으로는 그 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 존중되어야 함을 확인하고 있다.⁷¹⁾ 한편 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부개정법률안의 입법과정에서 비롯된 권한쟁의심판에서 헌법재판소는 국회의장이 국회의원들에게 위 법률안에 대해 질의 및 토론을 신청할 기회를 사전에 부여하지 않은 상태에서 본회의 질의·토론절차를 생략한 채 의사를 진행하여 가결을 선포한 행위는 국회법 제93조 단서를⁷²⁾ 위반하여 국회의원들의 법률안에 대한 심의·표결권

처리하는 과정에서 당시 여당인 신한국당은 신한국당 소속 의원 155인에게만 본회의 개의 통보를 하고 야당 의원들에게는 본회의 개의 통보를 하지 않은 채 1996년 12월 26일 오전 6시경 본회의를 개의하고 위 법률안들을 통과시켰다. 노동관계법의 변칙처리와 관련한 헌법재판소의 결정의 타당성에 대한 분석으로는 임중훈, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 심판”, **법률신문** (1997.10.13.), 그리고 이석연, “국회의 입법과정에 대한 헌법적 통제의 당위성”, **법률신문** (1998.1.19., 1998.1.22.) 등 참조. 이러한 노동관계법들은 헌법재판소의 결정 이후 국회에서 여야합의로 폐지되거나 개정되었다.

- 70) 현재 1997.7.16. 선고, 96헌라2(“국회는 국민의 대표기관, 입법기관으로서 폭넓은 자율권을 갖고 있고, 그 자율권은 권력분립의 원칙이나 국회의 지위·기능 등에 비추어 존중되어야 하는 것이지만, 한편 법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권은 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고, 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고 할 수 없다.”). 국회의장이 국회법의 명시적 규정(제76조 제3항)을 위반하여 야당 소속 의원들에게는 본회의 개의 일시를 통지하지 않았으므로, 야당 소속 의원들은 본회의에 출석할 기회를 잃게 되었고, 그 결과 법률안의 심의·표결 과정에도 참석하지 못하게 된 것은, 국회의원이 헌법에 의해 부여받은 권한인 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 결정하였다.
- 71) 1998년 3월 2일 국무총리 임명 동의안의 처리에 관한 다툼에서 헌법재판소는 “본회의의 의사절차에 다툼이 있거나 정상적인 의사진행이 불가능한 경우, 의사진행과 의사결정에 대한 방법을 선택하는 문제는 국회법 제10조에 의거 원칙적으로 의사진행에 관한 전반적이고 포괄적인 권한과 책임이 있는 국회의장이 자율적으로 결정하여야 할 영역에 속하는 것이다. 따라서 국회의장의 재량영역에 속하는 의사진행권은 넓게 보아 자율권의 일종으로 그 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 존중되어야 하므로 헌법재판소도 이에 관여할 수 없는 것이 원칙이다”라고 판시하였다. 현재 1998.9.14. 선고, 98헌라3.
- 72) 국회법 제93조(안전심의)는 다음과 같이 규정하고 있다. “본회의는 안전을 심의함에 있어서 그 안전을 심사한 위원장의 심사보고를 듣고 질의·토론을 거쳐 표결한다. 다만, 위원회의 심사를 거치지 아니한 안전에 대하여는 제안자가 그 취지를 설명하여야 하고, 위원회의 심사를 거친 안전에 대하여는 의결로 질의와 토론 또는 그 중의 하나를 생략할 수 있다.”

을 침해하였다고 판시하였다.⁷³⁾ 입법과정상의 절차적 흠결과 입법의 효력에 관한 헌법재판소의 입장은, 국회의 자율권은 헌법과 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서 폭넓게 인정되어야 하지만 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반한 의사진행이나 결정에 대해서도 인정되는 것은 아니라는 것이다.⁷⁴⁾

헌법재판소는 입법과정에서 입법절차 규정을 위반한 위 사건들에서 국회의원의 법률안 심의·표결권이 침해되었다는 사실을 확인하고 선고하였으나, 이러한 침해행위가 위헌으로 입법의 결과물인 당해 법률이 무효라고 선고한 바는 없다. 즉, 헌법재판소는 이와 같은 권한쟁의심판에서 법률안의 심의·표결권이 침해되었다는 사실을 확인하는 데 그치고 나머지는 국회 자율권의 영역으로 보아 국회의 자율적 처리에 맡겨 왔다. 위의 사건들에서 헌법재판소는 국회의원의 법률안 심의·표결권이 헌법상의 명문의 규정에 의해 인정되는 권한은 아니지만 헌법의 해석상 도출되는 헌법상의 권한이라고 보았으나, 다른 한편으로 문제가 된 심의·표결의 절차는 헌법이 규정한 것이 아니라서, 법치주의에 근거한 헌법재판과 민주주의에 근거한 국회의 자율성·자율권의 경계 내지 균형을 이와 같이 찾은 것으로 보인다.⁷⁵⁾ 이 경우 민주주의보다 법치주의를 상대적으로 우위에 두어 국회의장의 법률안 가결·선포행위에 대해 무효를 선언하여 입법의 효력을 상실시키는 입장도 가능하다. 이러한 사안 중에서 헌법재판소는 입법이 무효라고 선언하지 않는 이유를 밝히지 않는 경우도 있고(96헌라2(1997)), 위법의 하자가 중대하지 않으므로 입법을 무효라고 선언하지 않는다고 이유를 밝히고 있는 경우도 있다(2009헌라8등(2009)).

헌법재판소가 법률의 입법과정이 헌법재판의 심사대상이 되고 심사의 결과에 따라 위헌무효를 선언할 수 있다고 하면서도⁷⁶⁾ 국회법상의 명시적인 입법절차 규정의

73) 현재 2009.10.29. 선고, 2009헌라8등.

74) 현재 2000.2.24. 선고, 97헌라1 사건에서는, 1999년 1월 6일 제199회 임시회 제6차 본회의와 1999년 1월 7일 임시회 제7차 본회의에서 야당 소속 의원들이 의사진행을 방해하는 가운데 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률안 등 65건의 법률안을 상정하여 각 안건에 대해 이의유무를 물어 각 안건을 가결·선포하였고 이에 국회법 규정을 위반하여 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해하였음을 이유로 야당 소속 의원들이 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구하였다. 헌법재판소는 “국회의장은 의사진행과의사결정에 관한 폭넓은 재량권이 있고 이것은 국회의 자율권의 영역에 속하므로 존중되어야 하나, 예외적으로 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반한 의사진행이나 결정으로 재량권의 한계를 현저히 벗어난 흠이 있는 경우에는 권한쟁의심판이라는 구제수단에 의하여 이를 시정할 수 있다”고 판시하였다.

75) 同旨 정중섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 1030면-1031면.

76) 위에서 본 바와 같이, 현재 1997.7.16. 선고, 96헌라2와 현재 2000.2.24. 선고, 97헌라1 등

위반에 대해 이러한 위반은 있었으나 위법의 정도가 중대하지 않아서 입법을 무효라고 할 수 없다고 판시한 것은 설득력이 약하다.⁷⁷⁾ 즉, 국회가 헌법상의 독립기관으로서 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고 헌법과 법률 및 의회규칙에 따라 의사와 내부사항을 독자적으로 결정할 수 있는 자율권을 부여받고 있으며 정치집단간 대립과 갈등을 겪으며 합의를 도출해 내는 정치의 장임을 감안할 때 입법정차의 적법성에 대한 판단은 원칙적으로 국회가 스스로 판단하고 해석하는 것이 타당할 것이나, 적어도 국회가 이에 대한 스스로의 판단을 유보하고 헌법재판소의 심판이 청구된 경우에는, 헌법이념적 차원에서 그리고 헌법재판의 기능 면에서 입법과정에서의 절차적 흠결의 헌법에의 저촉 여부를 헌법재판소가 심사하여야 한다.

이에 따르는 다음 단계의 문제는, 입법절차상의 흠 특히 소위 법률안의 변칙통과에 대한 헌법재판소의 사법적 판단이 변칙처리된 법률의 무효라는 결과를 필연적으로 도출하는지의 여부이다. 이 점에 대해서 헌법재판소는 관련 권한쟁의사건을 심판하면서 청구인인 의원들의 헌법에 의해 부여된 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 판시하면서도 당해 법률안이 재적의원 과반수의 출석으로 개의된 본회의에서 출석의원의 과반수의 찬성으로 의결되었고 일반국민의 방청 내지 언론의 취재를 금지하는 조치 등도 취해지지 않았음이 분명하므로 당해 법률안의 가결선포행위가 입법절차에 관한 헌법 규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 수 없어 무효가 아니라고 판시하여 왔다. 국가활동의 기본원리로 요구되는 헌법상의 적법절차 원리는 형사절차상의 영역에 한하지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력작용이 법률의 실체적 내용의 적법성 뿐 아니라 절차상의 적법성을 갖추어야 함을 의미한다.⁷⁸⁾ 헌법재판소가 헌법 제40조의 규정에 의한 입법권의 가장 핵심적 권한인 법률안의 심의·표결권을 구체화하는 법률 조항인 국회법 제5조(임시회), 제72조(개의), 제76조(의사일정의 작성) 등의 규정이 위배되었다고 판시한 경우에도 의결정족수 등 일응의 입법과정상의 절차가 준수되었다는 이유로 당해 법률의 효력에는 영향이 없다고 판시한 것에는 비판의 여지가 있다. 국회 입법과정에서 변칙

국회 입법과정에서의 절차적 흠결 내지 하자가 발단이 된 국회의장과 국회의원간의 권한쟁의심판 사건의 결정에서 헌법재판소는 국회 입법과정에 있어 국회의 자율권은 존중되어야 하나 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에는 국회가 자율권을 가진다고 볼 수 없으며 그러한 범위 내에서는 사법적 판단의 대상이 됨을 인정하고 있다.

77) 同旨 정중섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011), 1031면; 홍완식, “헌법재판소에 의한 입법절차 통제”, **공법학연구** 12권2호 (2010), 258면-259면.

78) 헌법재판소도 현재 1992.12.24.선고, 92헌가8에서 이와 같이 판시한 바 있다.

적으로 통과된 법률들은 제정 과정에서 적법절차가 결여됨으로써 내용에 관계없이 이미 헌법적 정당성과 신뢰를 상실했다고 할 여지가 있기 때문이다.

IV. 입법의 정당성과 국회 입법에 대한 신뢰의 관점에서 본 한국 입법과정의 개선점

국회는 입법을 통하여 국가정책의 기본 틀을 마련하고, 사회의 안정과 변화를 유도하고 촉진하며, 공동체 구성원의 법생활을 규율한다. 국회의 입법은 입법 당시 공동체 내에 공감대가 형성된 입법수요를 법률안으로 수용하여 미리 합의된 절차로서의 소정의 입법과정을 거쳐 법률화하는 것이다. 한국의 법치주의와 민주주의 하에서 대표의 입법의 효력은 입법의 정당성에 근거하며, 대의제적 입법과정으로서의 국회 입법과정은 특히 직접민주주의적 입법과정과의 비교고찰하에 입법의 민주적 정당성을 담보할 수 있도록 제도화되고 운용되어야 한다. 앞서 상세히 제시된 바와 같이 한국의 국회는 단원제 의회이면서도 국회 내 법률의 제정과정에서 비교법적으로 대단히 강한 위원회중심주의를 채택하고 있다.

단적으로 상임위원회는 정부제출 법률안 또는 의원발의 법률안을 수정의결하거나 이에 대한 대안을 제안할 수도 있고 위원회안을 발의할 수도 있으며 위원회안의 가결률은 100%에 가깝고, 상임위원회가 법률안 심사 후 법률안을 본회의에 부의하지 않기로 하는 폐기 결정을 할 수 있는 데 비해, 본회의에서의 질의와 토론은 이 중 하나 또는 양자 모두 생략 가능하고 실제 대부분 생략되어 상임위원회의 의결된 바가 거의 그대로 법률로 제정되고 있다. 위에서 보았듯 현재의 16개 상임위원회의 소속 위원 수는 12~30인이며, 소위원회의 위원 수는 평균적으로 5~7인이다. 한편 국회에 접수되는 심의 대상 법률안의 수는 근래 크게 증가해 왔다. 이러한 상황에서 소관 상임위원회 소속 위원이 아닌 국회의원으로서는 본회의 단계에서 법률안의 심의에 참여하면서 법률안의 구체적 내용과 관련 쟁점을 알기 어려운 것이 현실이다. 이에 법률안 심사에 있어 선거구민 내지 공동체 구성원 전체의 의사를 대변할 수 없으므로 숙의를 핵심으로 하는 대의민주주의 원리에 대한 중대한 위협이 된다. 나아가 근래 제도적 보완의 여지가 마련되었으나 단일소관위원회를 원칙으로 하고 있어 국회 내 입법과정에 핵심적 기능을 수행하는 상임위원회 및 그 소속 위원은 소수로 특정되고 입법로비를 규율하는 법제의 미비가 더해져 불법

로비의 유인이 생긴다.

이에 특히 제13대 국회(1988-1992) 이후의 일련의 국회법 개정을 통해서도 노력해 왔듯, 한국의 국회 입법과정의 정당성을 제고하여 궁극적으로 입법과정과 입법에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위해 가장 시급한 것은 국회 입법과정에서의 현행의 위원회중심주의의 장점은 유지하되 문제점을 보완하는 제도와 절차의 정비일 것이다. 이러한 과정에서 절차와 결과의 공개를 통한 감시가능성을 확보하고 또한 참여의 기회를 확대하고 그 비용을 낮추어 가는 노력이 더해져야 하겠다. 의원의 상임위원회 배정에 관한 원칙을 세우고, 근래의 국회법 개정을 통해 첫 단계의 노력이 이루어지고 있는 것처럼 상임위원회 위원의 영리행위를 금하고 이해관계 있는 위원으로 구성된 위원회에 안건 회부를 제한할 수 있는 근거를 보다 명확히 하고 강화해야 한다. 또한 법률안의 위원회 상정 이전 최소계류기간의 확대 내지 법률안의 전산망을 통한 배부의 경우 확인절차의 도입 등을 통해 법률안의 위원회에서 심사내실을 기하기 위한 제도를 도입 내지 강화해 가야 할 것이다. 나아가 관련위원회 내지 연석회의 등의 제도가 도입되어 있으나 의결권을 주고 있지 않은 현실에서, 단일소관위원회제도를 개선할 수 있는 보다 명확한 입법적 근거를 마련해야 한다. 이는 입법의제의 다양화와 전문화로 인해 단일소관위원회를 지정하기 어려운 법률안 내지 소위 ‘종합법안(omni-bus bill)’이 크게 증가하고 있는 현실에서 입법의 정당성 확보를 위해서도 필요한 과제이다.⁷⁹⁾ 또한 본회의와 위원회

79) 법률안이 국회 의안과에 접수되면 통상 1~2일 내로 소관상임위원회가 정해져 상정을 거쳐 법률안심사에 들어가게 되나, 특정 법률안이 어느 상임위원회 소관인지 명백하지 않을 때에는 국회운영위원회와 협의를 거쳐 법률안을 회부한다. 국회운영위원회를 거쳐서도 협의가 이루어지지 않으면 국회의장이 국회사무처에 의안소관조정위원회를 열어 조정 후 소관상임위원회를 결정한다. 이러한 협의 내지 조정에 회부된 법률안은 제16대 국회(2000-2004)에서는 4건이었으나, 제17대 국회(2004-2008)에서는 7건이었고, 현행 제18대 국회(2008-2012)에서는 현재 15건이다. 이 중 제16대 국회에서의 위 4개 법률안(전자정부의 구현 및 운영에 관한 법률안, 민족망사업지원법률안, 의문사진상규명에 관한 특별법 중 개정법률안, 일제강점하친일반민족행위진상규명에 관한 특별법률안)은 협의를 통해 모두 위원회 배정이 되었으나, 제17대 국회에서는 위 7개 법률안 중 5개(민간조사사업법률안, 사이버위키 예방 및 대응에 관한 법률안, 국제개발협력기본법률안, 대외원조기본법률안 등)는 소관위원회를 결정하지 못하고 17대 국회의 임기가 만료되어 폐지되었다. 현행 제18대 국회에서는 위 15개의 법률안이 대체로 상임위원회에 배정되었으나 상임위 배정에 각 3~10개월이 소요되었고, 이 중 상조업법률안에 대해서는 현재까지도 소관상임위원회가 결정되지 않았다. 법률신문 2011년 7월 28일 제3955호 1면-2면 참조. 국회 상임위원회의 소관은 정부조직법에 따른 행정부 각 부처의 소관업무에 연계되어 국회법상에 정의되어 있어(국회법 제37조 제1항) 이 자체에 대해서도 문제점이 지적되어 왔다. 향후 관련위원회제도, 연석회의제도의 강화

뿐만 아니라 소위원회 회의록의 속기방식의 작성을 의무화하고 국회방송을 통한 회의의 중계 등을 통해 노력이 이루어지고 있는 것처럼 기록의 공개를 통해 국회의 입법활동을 국민에게 알리고 국민에 의한 감시를 가능하게 하며, 입법청원, 공청회와 청문회 등의 제도를 내실화하고 이용가능성을 높여 참여의 기회를 넓히고 참여의 비용을 낮추어 가야 한다.

보다 근본적으로는, 민주화 과정을 통해 행정부에 대한 입법부의 위상과 권한 및 기능이 점차 정상화되어온 상황에서, 이제 대표로서의 입법부의 역할에 대해 엄정한 기준을 정립하여 적용하는 것이 필요하다는 인식을 공유하고, 이러한 점이 입법의 정당성을 제고하는 방향으로 제도화될 수 있어야 하겠다. 의원입법의 발의 단계에서도 소수의 권익과 다원주의의 가치를 훼손하지 않으면서도 입법의 질을 확보할 수 있는 기준 내지 장치를 마련하고, 위원회중심주의적 국회 입법과정에서 상임위원회 소속 위원에 대해 이해관계의 충돌 등에 대해서는 강한 규제를 마련해 입법의 정당성을 확보해야 한다. 보다 넓은 맥락에서, 법률안 및 법률에 대한 평가 시스템의 도입과 시행, 입법로비의 양성화를 통한 규제 원칙의 정립, 사문화된 법률의 정리, 위헌결정된 법률에 대한 국회의 대응에 대한 심층적 논의, 한시법 등 특별법의 지양 및 입법 기준의 정비 등이 입법의 정당성을 제고하여 국민의 입법에 대한 신뢰를 확보하기 위해 추구해야 할 과제이다.

근래 의원발의 법률안이 급증하고 국회의 정부제출 법률안에 대한 수정률이 증가하며 여야공동발의법률안의 수 및 통과율이 증가하고 입법 과정에서의 공청회 개최 건수도 크게 늘고 있는 등, 각종의 지표를 통해 국회의 입법기능이 정상화되었으며 대단히 활발함을 알 수 있다. 그러나 고유의 역사적 상황을 통해 한국 입법과정이 갖고 있는 단원제 의회하의 강한 위원회중심주의적 특징은 대의민주주의 하 입법의 정당성을 위한 숙의기능과 입법의 질을 저하시킬 우려가 있다. 입법에 대한 신뢰의 관점에서 입법의 민주적 정당성을 확보하고 입법의 질을 제고하기 위한 법제적 노력이 필요하다. 궁극적으로 입법과정을 공개하고 투명성을 높임으로써 입법과정에 대한 감시와 통제를 가능하게 하며, 입법의제의 설정에서부터 심의 과정에서의 논의에 이르기까지 가능한 한 저비용의 참여가 가능하게 하고, 숙의를 통한 입법의 질을 제고하는 것이 입법에 대한 신뢰를 제고하는 길이다.

투고일 2011. 11. 15	심사완료일 2011. 11. 30	게재확정일 2011. 12. 10
------------------	--------------------	--------------------

및 복수의 위원회에의 회부 제도 도입 등과 함께 상임위원회의 소관을 정의하는 방식도 개선되어야 하겠다.

참 고 문 헌

- 김재황·박균성·전학선·정하명·홍완식, **입법과정의 선진화와 효율성 제고에 관한 연구** (법제처, 2008.10.).
- 김철수, **헌법학개론** (박영사, 2003).
- 박수철, **입법총론** (한올아카데미, 2011).
- 석인선·장영철·전학선, **국회의 입법형성권과 헌법재판소의 사법심사권의 관계** (한국공법학회, 2003).
- 성낙인, **헌법학** (제11판) (법문사, 2011).
- 임중훈·박수철 공저, **입법과정론** (제3판) (박영사, 2006).
- 정만희, **헌법과 통치구조** (법문사, 2003).
- 정종섭, **헌법학원론** (제6판) (박영사, 2011)
- 권형준, “입법제량론에 관한 연구”, **헌법학연구** 제12권 제3호 (한국헌법학회, 2006.9.).
- 김광수, “의원입법의 영향과 책임성” (국회 법제실·한국행정법이론실무학회 공동주최 여의도 국회 제30주년·국회 개원 제57주년 기념 공동학술대회 “입법에 관한 국회의 책임과 역할” 발표문, 2005.6.2.).
- 김병기, “위헌결정법률의 효력과 그에 대한 국회의 대응” (국회 법제실·한국행정법이론실무학회 공동주최 여의도 국회 제30주년·국회 개원 제57주년 기념 공동학술대회 “입법에 관한 국회의 책임과 역할” 발표문, 2005.6.2.).
- 김하열, “권한쟁의심판의 발전과 과제”, **헌법논총** 제19집 (2008).
- 박관용, “국회입법 60년의 회고와 전망”, **입법학연구** 제5집 (한국입법학회, 2009).
- 박균성, “정부입법 60년의 평가와 과제”, **입법학연구** 제5집 (한국입법학회, 2009).
- 박영도, “최근의 입법경향과 입법의 선진화를 위한 과제”, **동아법학** 제50호 (2011.2.) 참조.
- 방승주, “위헌입법의 현황과 대책”, **저스티스** 106호 (한국법학원, 2008.9.).
- 안보섭, “한국 로비 활동에 대한 탐색적 연구”, **홍보학 연구** 제4권제2호 (2000).
- 유병훈·이상희, “우리나라의 입법과정에 관한 고찰”, **법제** 제528호 (법제처, 2001.12.).
- 이명웅, “위헌입법의 위헌심사기준 및 위헌결정사례 분석”, **저스티스** 96호 (한국법학원, 2007.2.).
- 이우영, “한국의 로비활동 법제화 노력에 대한 입법학적 관점에서의 분석: ‘로비스트 등록 및 활동 공개에 관한 법률안’을 중심으로”, **서울대학교 법학**

- 제46권 제3호 (2005).
- 이정희, “한국공익단체의 이익표출구조와 로비활동”, **한국정치학회보** 제24권 제1호 (1990).
- 이현우, “참여민주주의 제도화의 이념과 방향”, **의정연구** Vol.17 (한국의회발전연구회, 2004).
- 임종훈, “입법과정의 민주적 정당성 제고를 위한 모색 - 법률안의 위원회회부제도를 중심으로”, **헌법학연구** 제11집 제4호 (2005.12.).
- 임지봉, “헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정의 헌법적 문제점”, **법과 사회** (2010).
- 홍완식, “현행 입법과정의 문제점과 개선방안”, **법제연구** 37호 (2010.8.).
- 홍완식, “헌법재판소에 의한 입법절차 통제”, **공법학연구** 12권 2호 (한국비교공법학회, 2010).
- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, **헌법학연구** 제15권 제4호 (한국헌법학회, 2009).
- 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, **토지공법연구** 제29집 (한국토지공법학회, 2005.12.).
- 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구”, **공법연구** 31집 2호 (한국공법학회, 2002).
- Herbert E. Alexander, *Financing Politics: Money, Elections and Political Reform* (제4판) (Congressional Quarterly Press, 1992).
- Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (The University of Chicago Press, 2006).
- Lani Guinier, *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness and Representative Democracy* (Free Press, 1995).
- Amy Gutmann, *Liberal Equality* (Cambridge University Press, 1980).
- Henry Hart, Jr., Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (William Eskridge, Jr., Philip Frickey 공편, 1994).
- Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press, 2000).
- Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation* (University of California Press, 1967).

John Rawls, *A Theory of Justice* (Belknap Press of Harvard University Press, 2005).

Woo-young Rhee, "Partnership for Sustainability: NGO and Community Participation in Lawmaking in South Korea," *Journal of Korean Law* Vol. 11 (Law Research Institute of Seoul National University, 2011.8.).

Nadia Urbinati, *Representative Democracy: Principles & Genealogy* (The University of Chicago Press, 2006).

Melissa S. Williams, *Voice, Trust, and Memory: Marginalized Groups and the Failings of Liberal Representation* (Princeton University Press, 2000).

Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton University Press, 2011).

<Abstract>

Legislative Process and the Democratic Legitimacy of Law

Rhee, Woo-young*

Legislation in a representative democracy is the decisionmaking in form and substance of, by and for the constituents of the community and the community itself, through representation. As such, the legitimacy of legislation is derived from its democratic legitimacy and effectiveness, which serves as the ground for the law's enforcement in the community with general and mandatory applicability. Such legitimacy ultimately is the foundation for the trust of the constituents in law and its implementation. This paper first analyzes historical accounts for the legislation and the legislative process in the Republic of Korea to explain the nation's idiosyncratic legislative process, through statistics pertaining to National Assembly and its legislation. This paper then examines the elements of and the grounds for the legitimacy of legislation in a representative democracy in light of the theories of representation and of the legislative process, focusing on the concepts of representativeness, deliberation, and accessibility to the legislative process. Some of the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Korea on the legislative process and the effect of legislation and particularly on the relevance of a defect in legislative process to the effect of legislation are discussed. This paper then moves on to suggest changes in pertinent laws and their implementation that regulate legislative process in Korea.

The legislation in Korea in its form and substance was largely lead by the executive branch through its idiosyncratic mechanism of allowing the executive branch to submit legislative bills to National Assembly. Korea's National Assembly, however, has been in the process of normalizing its legislative function and authority, particularly since the 13th National Assembly that was constituted in 1988. Statistics as well as relevant laws and legislative practices unequivocally indicate that the legislative

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

process has been democratized and the quality of legislation has increased. Yet, as epitomized as much concentrated legislative authority vested in sixteen standing committees in National Assembly throughout legislative process while Korea has a unicameral legislature, Korea's legislative process indicates institutional barrier to deliberation as well as representativeness and accessibility, which are core elements of legitimacy of the legislation in a representative democracy as juxtaposed against direct democracy mechanism of legislation. Such institutional arrangements make the legislative process susceptible to unlawful legislative lobbying as well. Measures to activate substantial and substantive deliberation throughout legislative process in National Assembly that would not compromise expertise and efficacy of standing committee review are to be introduced, which will ultimately serve to hoist and substantiate trust of the public in legislative process and law in Korea.

Keywords: legislative process, democratic legitimacy of law, representative democracy, deliberation, standing committees in National Assembly