立法形成權의 本質과 限界

李 潑 來

(建國大學校 法科大學 講師)

< 目 次 >

Ⅰ. 問題의 提起
Ⅱ. 立法形成權의 槪念과 本質
1. 立法形成權의 槪念
2. 立法形成權의 本質
Ⅲ. 立法形成權의 限界
1. 實體的 限界
2. 節次的 限界
Ⅳ. 立法形成權의 統制
Ⅴ. 結 論

Ⅰ. 問題의 提起

현행 헌법 제40조는 입법권을 국민대표기관인 국회에 부여하고 있다. 즉 입법권은 원칙적으로 국회가 행사하는 국회입법의 원칙을 명기하고 있다. 이러한 원칙하에서 국회는 헌법에 위배되지 않는 한 입법목적의 실현을 위하여 가장 합리적으로 입법의 내용을 결정할 수 있는 입법형성의 자유를 가지게 된다.

그런데 입법작용이 갖는 순기능에 부수하여 기본권실현을 저해하는 역기능을 초래할 수 있는 점 또한 간과할 수 없는 것이 사실이다. 그러한 역기능의 하나는 기본권제한의 법률유보에 의해 초래된다. 즉, 법률에 의한다면 무엇이든 제한할 수 있게 되면 법률이 정하는 바에 따른 기본권이 되어 버릴 위험이 도사리고 있는 것이다. 이렇게 입법권자가 기본권에 반하는 법률을 제정하여 국민의 기본권을 침해하는 경우에 입법권자에 대한 통제가 불가피해지게 된다.

입법권자가 법률을 규율하려고 함에 있어서 가장 합목적적이라고 느껴지는 입법의 방법을 선택할 수 있는 자유 내지 형성의 자유를 입법자가 갖는다는 점에 대해서는 논란이 없다.[1]

문제는 형성의 범위를 어느 정도로 볼 것인가에 달려 있다. 즉, 입법형성의 범위 내에서는 합헌이라 할 것이나 입법형성의 범위 밖에 있는 경우에는 위헌임을 면치 못한다.

법률의 위헌여부가 헌법재판소에 의하여 심사되는 규범통제제도를 규정하고 있는 나라에서는 어디든지 헌법재판소가 어떻게, 어느 정도까지 입법자를 통제할 수 있을 것인지의 문제가 발생하게 된다. 그렇기 때문에 규범통제를 제도화한 나라에서는 일찍부터 헌법재판소의 입법자에 대한 통제가 어떻게 기능에 부합하게 이루어질 수 있을 것인지에 관하여 여러 가지 대안들이 제시되어 왔다.

우리 헌법재판소도 입법형성의 자유를 논증이유로 제시하는 것은 입법형성의 자유가 위헌법률심사와 직접 관련되어 있다고 보아지나 입법형성의 자유를 인정해야 할 때는 신중을 기해야 하기 때문에 입법형성권의 본질과 그에 대한 한계 및 사법적 통제의 정도가 중요한 문제로 대두되고 있다.

Ⅱ. 立法形成權의 槪念과 本質

1. 立法形成權의 槪念

현행헌법 제40조에서 "입법권은 국회에 속한다"라고 하여, 입법권이 원칙적으로 국회의 권한임을 규정하고 있다. 이와 같은 국회의 입법작용은 국회에 의한 일반적이고 추상적인 성문법규범의 정립작용으로 파악된다. 국가의 모든 법규범은 비록 정도의 차이는 있지만 어떤 형식으로든 헌법을 구체화하는 것이 필수적이다. 입법권자의 임무는 헌법이라는 규범영역의 범위 안에서 그 헌법을 구체화해야 하는 것인데 입법권자는 헌법에 저촉되지 않는 한, 독자적인 의사에 의하여 이를 구체화할 수 있는 형성의 자유를 가진다. 권력분립의 원리에 의할 때 국회의 입법기능은 우선적 형성권을 갖게 되므로 입법에 있어서 형성의 자유가 보호받게 된다.

입법형성의 자유에 대하여 "입법권자가 어떤 사항을 법률로 규율하려고 할 때 여러 가지의 법적인 규율가능성 중에서 그에게 가장 합목적적이라고 느껴지는 입법의 방법을 선택할 수 있는 자유 내지는 재량의 여지"[2]라고 정의하는 것이나 "국회는 헌법에 위반되지 아니하

1) Konard Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., (Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995), S. 27, 128, 168, 170, 216f ; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie : Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1992, Frankfurt am Main, S. 79 ; Norbert Manterfeld, Die Grenzen der Verfassung, Berlin, 2000, S. 26 ; BVerfGE 1, 14 ; 4, 144(155) ; 10, 89(102) ; 17, 319(330).

2) 許營, 「韓國憲法論」(서울 : 博英社, 2000), 293면.

는 범위 안에서 입법형성의 자유(입법재량)를 가진다"[3] 또는 "입법권자가 입법에 관한 한 독립성이 인정되기 때문에 입법권자에게는 적어도 헌법의 수권에 근거한 전담영역의 테두리 안에서는 재량의 자유와 형성의 자유는 입법기관이 입법에 관하여 헌법에서 인정하고 있는 범위 내에서 입법자가 갖는 정책적 판단이나 의사결정에 있어서 우선적 형성의 자유가 인정된다는 것이다"[4]라고 개념을 규정짓는 것도 이러한 맥락에서 전개되는 것이다. 따라서 입법형성의 자유는 입법기관이 입법에 관하여 헌법에서 인정하고 있는 범위 내에서 입법자가 갖는 정책적 판단이나 의사결정에 있어서 우선적 형성의 자유를 의미[5]한다. 즉, 어떠한 내용을 입법할 것인가에 대한 자유와 법률을 제정·개정할 것인지의 여부와 법률을 언제 제정·개정할 것인가에 대한 판단의 자유도 포함될 수 있는 것이다.[6] 이와 같은 형성의 자유를 행사할 수 있는 권한을 입법형성권이라 한다.

이러한 입법형성과정에서 나타난 입법권자의 안목과 판단 그리고 그 소산인 법률은 헌법규범의 의미내용에 정면으로 분명하게 배치되지 않는 한, 일단 정당성의 추정을 받는다. 이와 같은 취지에서 독일연방헌법재판소는 판결이유에서 "이러한 (위헌)심사에 있어서, 명백하게 입법권자의 경험적 기초, 사려, 가치판단은 연방헌법재판소에 대하여 항상 중대한 의미를 지니는 것이다. 이러한 것들이 설득력을 잃게 되지 않는 한, 이들은 스스로 정당성의 추정을 주장할 수 있다"[7]라고 선언하기도 했다.

또한 입법형성권은 헌법의 범위안에 있어야 한다. 즉 권력분립의 원칙에 의하여 국회의 입법이 전반적으로 독립성·자주성의 보장을 받는 것은 아니고, 입법상의 형성의 자유 또는 재량의 권리가 보호를 받는다는 것이다.[8] 바꾸어 말하면 헌법재판소와 같은 위헌심판기관도 헌법규범의 기본적인 의미내용과 틀을 보전하기 위하여 입법자의 정책적 판단과 의사결정에 관한 위헌여부에 대해서는 최종적인 결정권을 갖지만, 입법권자가 재량판단에 입각하여 내린 우선적 형성권에 대해서는 그 당부를 판단할 수 없다.

다만 입법의 영역에 있어서 입법부에 위임된 헌법위임의 경우에만 재량이 인정된다. 그리고 헌법은 입법자에게 원칙적으로 형성의 자유를 부여하는데, 이러한 원칙적인 형성의 자유는 재량에 대한 헌법위임에 의해 비로소 구체화된다.[9] 따라서 입법자는 헌법의 구속에서 출

3) 權寧星, 「憲法學原論」(서울 : 法文社, 2000), 704면.

4) 金雲龍, "權力分立과 違憲審査權," 「成均館法學」 제7호(서울 : 성균관대학교법학연구소, 1996), 177면 이하 참조.

5) Ronald Dworkin, "The Model of Rules I," Taking Rights Seriously, Bd. 2. (Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1985), p. 15 이하 참조.

6) ob와 wann의 재량에 대해서 지적한 것으로서 H. Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV, 1963, S. 45 ; R. Schneider, Rechtsschutz gegen Verfassungswidriges Underlassen des Gesetzgeber, AöR, Bd. 89 (1964), S. 26 ; 長尾一紘, "立法府の不作爲に對する憲法訴願 - 西ドイツにおける理論と實踐," 「法學新報」 제79권 제1호(東京 : 中央大學法學會, 1972), 129면 이하(특히 (132면) 참조.

7) BVerfGE 7, 377(412).

8) 金雲龍(註 4), 180면.

9) Hennig Recknagel, Gesetzgeberisches Ermessen : Eine Untersuchung zur Stellung des Bundesgesetzgebers,

발하고, 입법형성의 자유는 헌법에서 특별한 수권을 부여하는 곳에서만 존재한다.[10] 그리고 입법자의 진정한 형성의 자유는 정의의 원칙이 아니라 합목적성의 문제가 논의되는 곳에서만 그 여지가 있을 수 있다. 그리고 입법자의 재량이 인정되는 범주 내에서는 입법자에게는 '수단의 선택에 있어서의 재량'이 부여된다.[11] 예를 들면 하나의 계획을 장기간에 걸쳐서 실현해야 하는 입법자에 대하여 중간목적을 확정해야 하고 또 최종적인 결과에 도달하는 순서를 고정시키는 수단을 선택하는 데에 있어서 광범위한 재량의 여지를 부여하는 것은 불가피하다.[12]

그런데 입법형성의 자유는 입법행위의 심사가능성의 문제와 형식적인 재량과의 관련 속에서 그 개념이 판례상 나타난다. 즉, 입법재량(권)[13]과 입법형성의 자유[14]의 개념(용어)이 판례상 혼용하여 사용되어지고 있다. 재량이란 법규범의 영역 내에서 인정되는 '선택의 자유'에 바탕을 둔 것이기 때문에 적어도 재량판단의 범위내에서 행하여지는 것인 한, 모든 결정은 일단 합법적인 구체화작용으로 인정된다는 점을 고려해 본다면 '재량'이든 아니면 '형성의 자유'이든 그 발상이나 법적 의미에 있어서는 차이가 없다고 본다.[15] 다만 입법자는 광범위한 재량영역을 가지고 있지만, 완전한 결정의 자유는 아니다. 자기 본래의 자유로운 재량은 의무에 따라야 하고,[16] 그 때에 국회의 재량 또는 정치적 재량이 문제가 된다.[17]

2. 立法形成權의 本質

'입법재량'의 용어가 헌법재판소의 판결문과 일부 문헌에서도 적지 않게 사용되고 있다. 그러나 그 의미가 분명하지는 않으므로 이를 올바로 파악하도록 하는 노력이 필요하다. 입법재량의 개념과 본질을 분명히 하기 위해서는 우선 재량이론을 살펴볼 필요가 있다. 재량이론에

Dissertation Köln 1975, S. 5ff.

10) Andreas Hamann, Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW, 1955 (5. Jg.) Heft 27, S. 970.

11) Andreas Hamann(Fn 10), S. 971.

12) Ernst-Wolfgang Böckenförde(Fn 1), S. 79 ; Norbert Manterfeld(Fn 1), S. 26 ; Erhard Denniger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, S. 771.

13) 대표적인 예를 들면, BVerfGE 1, 117(132) ; BVerfGE 14, 121(133) ; BVerfGE 33, 125(163) ; 헌법재판소 1996.12.16.선고, 96헌가21 결정, 「헌법재판소판례집」 제8권2집(1996), 715면 이하 ; 헌법재판소 1994.2.28.선고, 92헌가15내지17,20내지24 결정, 「헌법재판소판례집」 제6권1집(1994), 38면 이하 참조.

14) 대표적인 예를 들면, BVerfGE 3, 19 (25) ; 13, 230 (234) ; 26, 327 (383) ; 헌법재판소 1991.2.11.선고, 90헌가27 결정, 「헌법재판소판례집」 제3권(1991), 11면 이하 ; 헌법재판소 1996.10.4.선고, 94헌가5 결정, 「헌법재판소판례집」 제8권2집(1996), 228면 이하 ; 헌법재판소 1991.3.11.선고, 90헌마28 결정, 「헌법재판소판례집」 제3권(1991), 63면 이하 참조.

15) 金雲龍(註 4), 180면의 註 32 참조.

16) BVerfGE 2, 213(224) ; BVerfGE 18, 353(363) ; 헌법재판소 1996.10.31.선고, 94헌가7 결정, 「헌법재판소판례집」 제8권2집(1996), 408면 이하.

17) BVerfGE 6, 257(265) ; BVerfGE 12, 354(363) ; 헌법재판소 1996.8.29.선고, 96헌마99 결정, 「헌법재판소판례집」 제8권2집(1996), 199면 이하.

서 논의의 중심이 되는 것은 헌법상 실질적인 입법을 통해서 정해지는 재량의 개념, 입법재량의 인정여부 및 행정법의 재량개념이 입법재량의 개념에 이전된 영역인지 고유한 영역인지 하는 것이다. 여기에서는 입법재량의 논의가 활발하게 전개된 독일에서의 이론적 논의를 살펴보는 것이 이러한 작업에 도움이 된다.

통상 재량(Ermessen)이라 함은 행위와 결정의 여지 즉, 법적으로 가능한 다양한 형태에서 자기행위를 선택할 수 있는 자유라고 개념짓는다.[18] 예를 들면 A를 행할 것인가 B를 행할 것인가 또는 둘 다 행하지 않을 것인가와 같이 선택할 수 있는 자유를 말한다.

오늘날 국민주권원리에 의해 지배되는 입헌국가에서 재량의 문제는 당연히 국민주권하에서 국가권력행사에 있어서의 재량을 말하지만, 재량만 놓고 보면 주권의 소재와 기본권보장의 유무와는 관계가 없으므로 군주주권국가에도 존재할 수 있고, 실제적으로도 존재했었다. 재량의 용어를 위와 같이 정의한다면 재량은 헌법이라고 하는 일정한 틀을 가지고 있는 입헌군주국가에서도 나타나는데, 입헌군주국가에 있어서 국왕의 특별한 재량은 단지 통치권에 머물러 있었다. 통치권자는 재량영역을 통하여 먼저 '법적 자유'를 창조하고, 재량영역에 있어서 국회로부터 독립된 통치를 할 수 있다. 특히 법규명령에 있어서 통치권자가 국회의 자율권이 미치지 못하는 보다 많은 나머지 영역을 차지하는 동안에 입법자가 의도하지 않는 국왕의 특별법이 재량의 개념에 존속하고 있다. 이와 같은 권한영역은 군주의 통치권에 속하고, 재량 내지 법규명령으로 표현되었다. 이러한 군주주권하에서 군주가 입법자를 효과적으로 지배하고 군주의 통치권이 행사되는 곳에서는 입법재량이 상대적으로 축소되거나 침해되게 되었다. 따라서 여기에서는 입법재량이 단지 군주로부터의 자유로운 영역으로만 존재할 수 있었다.[19]

여기에서 입법재량을 행정재량과 같거나 유사한 성질의 것으로 보아 재량개념에 모두 통합시켜 이해하는 견해가 있다. Stern은 재량은 행정에 한정하지 않는다고 보았다. 그는 행위권한이나 판결권한의 법적 성격의 문제에 관심을 갖는다. 다른 기능을 보호하기 위한 협력으로 국가권력을 어느 정도 포기해야 한다고 보고 입법재량은 법에 의해 선언되어져야 한다고 강조하면서 법규범의 집행을 통해서 입법자의 활동여지에 있어서 원칙적이고 정치적인 형성의 자유가 강조되고 존속된다[20]고 보았다.[21] Isensee도 재량개념을 입법을 포함한 모든 국가

18) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 84.

19) Hennig Recknagel(Fn 9), S. 2 참조.

20) Klaus Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin 1964, S. 11 ; Hennig Recknagel(Fn 9), S. 4.

21) Klaus Stern은 "형성의 자유영역은 때로는 '재량의 자유'으로 바뀌 쓸 수 있지만, 재량의 개념은 법률적용기관에 유보되어야 할 것이다"(K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1. (München : C. H. Beck'she Verlagbuchhandlung, 1990), S. 1306)라고 설명하고 있으며, 입법재량이라는 용어에 문제가 있다고 해도 그것이 입법자의 형성의 자유를 의미한다면 적극적 의의를 가지게 된다. "연방헌법재판소가 선택한 '입법재량'과 그 일탈의 통제라는 공식에 대해서, ……기본법 제1조 제3항(법률 앞에서의 평등 : 차별대우금지)의 입법자에 대한 제한은 입법자가 기본권을 존중하고 있는 한, 입법자로부터 법률제정의 임무인 ob와 wie를 빼앗을 수 없다. 입법자에게는 형성의 자유영역이 남겨져야 한다"(a.a.O., S. 1266)고 K. Stern는 설명하고 있다.

권력이 다양하게 결정할 수 있는 영역으로 파악하고 있다.[22]

우선 재량개념은 본래의 재량영역보다 더 넓은 영역으로 확대되어 법원의 영역(법관의 재량)으로 이전되기도 하고,[23] 본래의 행정법상 개념인 재량은 새로운 영역에서(행정법상 영역으로부터 벗어나) 즉, 일반적인 평등원칙, 자의금지, 과잉금지, 적정성의 기본원칙, 비례원칙, 침해, 공익의 영역에서 새로운 내용을 얻는다.

실제 행정법은 '재량의 원산지'[24]로 확인되고 재량은 다른 개념들과 똑같이 헌법으로 변환되어 확대된다. 이전의 행정법적 구체화가 헌법의 구체화보다 어느 정도 먼저 시작되었고, 국민과 행정간의 주관적인 관계가 국민과 헌법간의 관계보다 더 일찍부터 존속했다. 그것은 헌법사적인 사건에 기인한다. 독일의 헌법이론과 국가이론은 1949년부터 독립적인 새로운 지위로서 헌법상 입법을 인정했다. 그리고 실질적 법치국가는 헌법에 있어서 행정법의 체계를 인용하는 것을 원칙적으로 가능하게 한다. 법의 지위 또는 헌법의 지위가 변하자마자 새로운 영역으로 기존의 개념이 체계적으로 인용·발전되었다. 예를 들면, 경찰법의 기본원칙인 비례성과 필요성의 개념이 일반적인 행정법의 기본원리로 확대·발전되는 것과 같다.

일반적으로 행정재량과 관련하여 입법재량을 거론함으로써 행정재량은 헌법에 있어서 국가의 활동을 위해 이전할 뿐만 아니라,[25] 입법행위의 전망을 밝게 하는데 봉사할 수 있게 된다. 이러한 인용이 실질적 법치국가원리에서도 구체화되어질 수 있다. 동시에 종래에 순수한 행정법의 개념은 그 영역으로부터 탈피하게 된다. 행정법영역에서 그 의미를 잃지 않으면서도, 행정법의 성질이 변하여 헌법의 개념으로 이전된다. 이전된 헌법상 개념은 행정법상 원래의 성질이 변화하여 사라지고, 헌법으로서 존속하게 된다.

이와는 달리 입법재량은 행정재량과 구별해야 된다는 견해이다. Ehmke는 재량은 행정의 특유한 개념이기 때문에 행정법에 한정되어야 하고, 헌법은 입법을 특별히 구속하기 때문에 입법재량은 행정재량과 다른 것이라고 한다. 행정법상 이념인 재량을 입법에서 파악하는 것은 입법과 행정의 기능이 서로 다르기 때문에 타당하지 않다[26]고 했다.

입법재량을 파악함에 있어서는 입법재량과 행정재량과의 관계를 분명히 하여야 할 필요가 있다. 왜냐하면 행정에 있어서의 재량은 그 범위와 한계가 법률에 근거하지만 입법에서의 재량은 헌법에서 위임된 권한에 따라 법률을 제정하기 때문에 헌법에 근거하고 있음을 알 수

22) Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsgerecht, Berlin 1968, S. 219, 258 ; Hennig Recknagel(Fn 9), S. 4에서 재인용.

23) Hennig Recknagel(Fn 9), S. 30.

24) Gebhard Ziller, Der Begriff "Verfassungsmäßige Ordnung" im Bonner Grundgesetz, Dissertation Tübingen 1960, S. 13.

25) Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältmäßigkeit und der Erforderlichkeit, (Köln/Berlin/München/Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 1961), S. 90.

26) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, 13. Aufl., Heidelberg, 1997. Rd. 183 ; Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt, 1994, S. 174 und 189 ; Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL, H. 20 (1963), S. 90.

있다.

일상적 경험으로 보건대, 어떤 영역에 있어서 용어의 사용에 따라 같은 용어에 다른 내용이 담길 수 있다. 그것은 또한 법률용어에 있어서도 종종 마찬가지의 현상이 발견된다. 그것들은 다른 법분야에서 이미 현존하는 용어를 종래에 잘 알려지지 않은 영역에 나타나 새로운 체계에 인용된다. 그런데 이런 용어가 移轉됨으로써 본래의 내용과 다른 성질이 나타날 수도 있다.[27] 이전된 용어가 서로 다른 분야에서 독립적으로 고유한 개념을 발전시키기 위해서는 같은 용어를 관행적으로 똑같이 사용하지 않는 것이 필요하다. 그 때문에 이전된 용어는 새로운 체계에서 새로운 용어로 자리잡게 된다.

따라서 재량의 개념이 원래 행정행위와 관련하여 전개되어 온 개념이고, 입법재량이라는 용어가 행정법학에서 말하는 행정재량의 개념을 입법에 대해서 응용한 것이라고 하더라도 입법재량과 행정재량과는 근본적으로 다르다. 즉, 행정법에 있어서는 법률에 의한 행정의 원리가 타당하고, 행정활동이 법률에 의해서 통제된다고 하는 기본전제가 있고, 그 예외로서 법률에 의해 부여된 행정의 자유는 판단여지로서 행정재량의 개념이 성립한다. 이와 달리 헌법의 경우에는 앞에서 서술한 바와 같이 오히려 입법자에게는 입법의 자유가 인정되고 있고, 행정의 경우와 같은 일반적인 법적 구속은 존재하지 않기 때문에 행정재량과 똑같은 의미에서 입법재량이 인정된다고 설명하는 것은 부적절하다고 생각되는 것이다.

Ⅲ. 立法形成權의 限界

헌법은 국가의 최고법규로서 국회에 대하여 입법권을 부여한 수권규범일 뿐 아니라 입법형성권에 한계를 설정한 권력제한규범이다. 이와 같이 헌법은 입법자가 입법을 형성할 때 그 목적이나 요건을 엄격하게 규정한 경우도 있고 어떤 경우에는 형성의 자유재량을 부여한 경우도 있다. 입법형성의 자유가 주어진 경우에도 헌법의 정신이나 헌법의 이념에 합치되어야 한다는 요청이 법률의 합헌성의 원칙이다. 따라서 헌법상의 기능질서에 따라 입법자는 정치적 결정을 통하여 공동체를 형성하는 입법자의 입법행위에 있어서 헌법의 구속을 받는다. 입법자는 헌법을 집행하는 것이 아니라 대의민주주의 및 권력분립의 원칙에 따른 광범위한 입법형성권을 근거로 입법을 통해서 헌법의 내용을 구체화하고 실현하는 것이다. 그러므로 입법자는 행위의 지침이자 한계규범으로서의 헌법에 기속된다.

헌법에 규율되지 않는 헌법의 공백은 입법자에게는 자유공간을 의미한다. 입법자가 규율할

27) Hennig Recknagel(Fn 9), S. 29.

려는 영역에 관하여 헌법이 아무런 행위지침이나 행위의 한계를 제시하지 않은 경우에는 입법자가 준수해야 할 헌법규범이 존재하지 않으므로 입법자는 헌법의 구속을 받지 않는다. 다만 개방적이고 추상적인 헌법이 입법을 통해서 구체화하고 실현하는 경우에는 입법자의 그 결정이 헌법규범과 합치하는가의 문제가 발생하게 된다.[28]

입법자의 정책형성이나 의사결정(특히 법률제정권)이 헌법의 명문규정에 위배될 수 없음은 물론 헌법의 기본원리나 기본질서에 위배되지 않아야 하는 등 실체적 한계와 헌법, 국회법, 국회규칙에서 규정한 절차와 방법에 위배되지 않아야 하는 절차적 한계로 구분하여 검토해 볼 수 있다.

1. 實體的 限界

(1) 憲法原理上의 限界

권력분립의 정신을 바탕으로 일반적이고 추상적인 법규범을 정립하는 국가작용인 입법작용에 대해서는 입법자에게 폭 넓은 입법형성권이 인정되어 스스로의 판단에 입각하여 법률을 형성하며, 일단 그 법률이 제정되면 이에 대하여 원칙적으로 합헌성의 추정을 받는다. 이와 같이 헌법재판소는 입법자가 형성한 법률에 대하여 그 의사를 존중하여 일단 합헌성의 추정을 강조하고 있다.[29] 그러나 입법자는 입법형성에 즈음하여 헌법의 명문규정에 위반될 수 없음은 물론 헌법의 기본원리나 기본질서에 위반되지 않아야 하는 등 일정한 한계가 설정되어 있다.[30] 그 이유는 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다.[31] 헌법은 국가의 최고법규로서 입법권을 부여한 수권규범일 뿐 아니라 입법권의 한계를 설정하는 제한규범이므로 법률의 합헌성의 원칙에 위반되거나 입법권의 한계를 벗어난 법률은 헌법위반으로 무효가 된다.[32] 따라서 입법의 원칙[33] 즉, 입법상의 자의를 배제하여 입법의 정당성을 확보하기 위한 지도원리

28) 韓秀雄, "憲法裁判의 限界 및 審査基準-헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로-," 「憲法論叢」 제8집(서울 : 헌법재판소, 1997), 198면.

29) 헌법재판소 1989.7.14.선고, 88헌가5·8, 89헌가44(병합) 결정, 「헌법재판소판례집」 제1권(1989), 69면 이하 ; 헌법재판소 1989.9.8.선고, 88헌가6 결정, 「헌법재판소판례집」 제1권(1989), 199면 이하 참조.

30) 裵俊相, "憲法裁判所와 立法權者," 「法學論叢」 제9집(서울 : 한양대학교법과대학, 1992. 10), 43면.

31) 헌법재판소 1989.7.21.선고, 89헌마38 결정, 「헌법재판소판례집」 제1권(1989), 131(145)면.

32) Christoph Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normkontrolle, (Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1977), S. 12f.

33) 입법의 원칙으로 법의 속성상 요청되는 입법의 원칙, 법의 목적이나 내용을 지도하는 입법의 원칙, 입법의 합헌성, 과학적 판단의 기초, 입법초안작성상의 원칙 등을 들고 있다. 崔大權, "立法의 原則," 「憲法學-法社會學的 接近」(서

에 위배되는 입법은 소위 입법형성의 자유를 이탈한 것이 될 것이다. 이러한 의미에서 입법형성의 한계는 입법원칙 및 입법형성의 본질의 이면이라 생각된다. 여기에서 국회의 입법작용을 중심으로 논의되는 헌법원리상 입법형성의 한계를 살펴보도록 한다.

국회의 입법작용, 특히 그 법률제정권은 헌법의 기본원리나 기본질서에 위배되어서는 안된다. 헌법은 국가의 최고규범으로서 국회에 대하여 입법권을 부여하는 수권규범일 뿐만 아니라 입법형성권에 한계를 설정한 제한이기 때문이다. 즉, 입법은 헌법이 추구하는 근본이념과 기본원리를 존중하고 헌법이 정해 준 내용과 범위를 지켜야 할 헌법원리상의 한계를 가진다고 한다.

따라서 입법형성권은 국민주권주의, 자유민주주의, 복지국가의 원리, 문화국가의 원리, 국제평화주의와 같은 우리 헌법상의 기본이념을 존중하여야 하며 민주적 기본질서와 사회경제적 시장질서, 국제적 평화질서를 수호하는 방향으로 행해져야 한다.

자유민주주의 국가에서 통치원리의 하나는 법치주의이다. 이것은 국가의 국민의 자유·권리를 제한하든가 국민에게 새로운 의무를 부과할 때에는 국회가 제정한 법률에 의하거나 그 근거가 있어야 하며 또 법률은 국민만이 아니고 국가권력의 담당자를 규율하는 원리를 가리킨다.

행정은 법률의 존재를 전제로 하여 그에 의거하여 행해져야 하고(법률에 의한 행정), 사법도 법률의 존재를 전제로 법률에 따라 행해져야 한다는 것이므로(법률에 의한 제한) 이처럼 법치주의를 법에 의한 통치를 의미한다고 할 때에 의회의 법률제정은 법치주의의 기본이 아닐 수 없다.

고전적 법치주의는 법률에 의한 지배만을 의미하였으나 현대국가의 기능은 질서유지라는 소극적 기능으로부터 복지증진이라는 적극적 기능을 담당하게 됨에 따라 헌법상 규정되어 있는 입법상 재량과 그 한계가 중요시된다.

특히 기본권은 원칙적으로 모든 국가권력을 직접 구속하는 효력을 가지고 있다는 점에는 이론이 없다. 기본권의 이중적 성격의 인정 여부는 별개로 하더라도 기본권은 개인의 자유를 보장하기 위한 방어권의 성격을 지니고 있다고 봄이 지배적인 견해이다. 또한 우리 헌법도 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 진다는 규정을 둠으로써 기본권의 국가권력기속성을 뒷받침 해주고 있다. 이와 같이 기본권은 원칙적으로 국가권력을 기속하므로, 입법작용 역시 국민의 기본권을 침해할 수 없다는 것은 당연한 논리이다.[34]

이러한 점에서 한 나라의 통치기구속에 속하는 입법권 또한 기본권에 기속된다는 것은 당연한 결론이다. 즉 한 나라의 입법작용은 기본권에 의해서 징표되는 통치질서의 가치지표를 실현시킴으로써 사회의 정치적인 통합을 이루는 방향으로, 즉 기본권적 가치의 실현에 초점이

을 : 博英社, 1989), 336~353면 ; 全元培, "立法의 原則과 限界," 「立法資料分析」 제8호(1991. 9), 184면 이하 참조.

34) 許營(註 2), 594면.

맞추어져야 한다.[35]

한편, 국회의 입법기능은 법질서를 형성하는 기능이기 때문에 모든 법질서형성기능이 존중하여야 하는 일정한 이론상의 한계를 지켜야 한다. '체계정당성의 원리'가 그것이며, 이는 법규범 상호간에는 규범의 구조와 내용에 있어서 서로 상치 내지 모순되어서는 아니된다.[36]

이와 같이 입법자는 국가기관으로서 그의 입법행위에 있어서 헌법의 구속을 받는다. 그래서 헌법에는 입법절차를 확정하고 합헌적인 법률에 대한 내용적인 기준을 제시한다. 헌법은 기본권, 헌법의 기본원리, 헌법위임 등과 같은 행위지침과 행위의 한계규범을 통하여 입법을 유도하고 입법의 방향과 한계를 제시한다.[37]

우리 헌법도 마찬가지로 입법행위의 헌법적 한계기준을 입법자가 입법행위를 통해서 실현·구체화하고 그 입법이 과연 헌법적 기준 즉, 합헌성의 원칙이나 입법작용의 한계를 벗어난 것이기 때문에 무효가 되는가는 법원의 위헌법률심사제청과 위헌심사형 헌법소원심판제청에 따라 헌법재판소가 하는 위헌법률심판에 의하여 결정함으로써 헌법을 실현하고 구체화한다.

(2) 憲法의 明文規定上 限界

1) 基本權 留保條項에 의한 限界

헌법은 국가의 근본규범과 근본작용에 관한 법으로서 국가의 입법·사법·행정전반에 걸쳐서 기본적인 사항을 규율하며 모든 법률의 근거와 기준이 된다. 헌법과 그 구체화의 개별법과의 관계는 전체법과 부분법, 기본법과 분과법, 상위법단계와 하위법단계의 관계에 있다. 따라서 법률은 헌법의 구체화 내지 집행을 의미하기 때문에 헌법의 개별적·구체적 명문규정을 위반해서는 안된다.

특히 우리 헌법에서 입법형성권의 한계를 명문으로 밝힌 경우에는 헌법의 명문규정에 위배되어서는 아니된다. 즉, 헌법 제13조 제2항은 "모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다"라고 하고, 헌법 제13조 제3항은 "모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다"고 규정하고 있으므로 소급입법에 의한 참정권의 제한이나 재산권을 박탈하는 것은 금지하고 있고[38] 연좌

35) K. Hesse(Fn 1), Rd. 348 ; 許營(註 2), 597면.

36) 許營(註 6), 861면 ; BVerfGE 81, 156(207) ; 헌법재판소 1992.4. 28.선고, 90헌바24 결정 ; 헌법재판소 1993.7.29.선고, 93헌마23 결정 ; 헌법재판소 1995.7.21.선고, 94헌마136 재판관 조승형의 별도의견 「헌법재판소판례집」 제7권2집(1995), 169(192)면 ; 헌법재판소 1996.4.25.선고, 94헌마129, 95헌마121(병합) 청구인의 주장, 「헌법재판소판례집」 제8권1집(1996), 449(453)면.

37) 韓秀雄(註 28), 197면.

38) 헌법재판소의 결정에 의하면, 소급입법은 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 진정소급입법과 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 부진정소

제를 규정하는 법률은 제정하지 못한다. 이 조항은 죄형법정주의 원칙(소급입법금지의 원칙)상 당연한 것이지만, 4·19와 5·16 당시 소급입법에 의한 재산권박탈의 전례(부정축재처리법)가 없지 않았기 때문에 특별히 규정한 것이다.

또한 헌법 제23조 제3항의 재산권의 손실보상기준이나 제28조의 형사보상청구권의 기준은 법률로써 정하되 정당한 보상의 지급을 그 내용으로 하여야 하는 입법형성권의 한계를 명문으로 규정하고 있다.

그리고 현행 헌법상 제23조 제3항의 공용필요, 제32조 제2항의 민주주의 원칙, 제37조 제2항의 국가안전보장, 질서유지, 또는 공공복리, 제119조 제2항의 적정한 소득의 배분, 경제력의 남용, 경제의 민주화 등은 헌법 자체가 입법에 있어서 입법권자의 재량을 인정한 조항이다. 그러나 그 재량은 헌법에 기속되는 기속재량을 의미하므로, 법률을 제정함에 있어서 그 재량권의 행사가 헌법상 일반원칙인 비례의 원칙, 공평(평등)의 원칙, 최소한 제한의 원칙 등에 위배될 경우에는 위헌법률이 됨을 면할 수 없다.

특히 기본권제한의 일반원칙으로써 헌법 제37조의 규정과 같이 법률로써 기본권을 제한하는 경우에 그 제한은 기본권제한에 관한 일반원칙에 따라야 하고, 과잉금지의 원칙 등을 존중하여야 하며 기본권의 본질적 내용까지 침해하는 것이어서는 아니된다.[39] 입법부라고 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며 특히 양심의 자유나 신앙의 자유, 학문의 자유, 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 할 수 없음은 물론이다.[40] 이외에 헌법은 권력분립의 구조, 정당제도와 국민주권원리의 구현을 위한 구체적인 규정을 두고 있으므로 이러한 명문규정을 침해하거나 부정하는 법률을 제정할 수 없으며 이러한 헌법조항이 개정되면 이에 위반되는 법률의 효력은 상실된다.

또한 법률이 그 내용으로 개별적·구체적 상황에 대응하는 개별적·구체적 처분을 규정할 수 있는가 하는 처분적 법률의 인정여부가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 권력분립의 원칙이나 평등의 원칙을 이유로 부정하는 견해도 있으나 오늘날 복지국가적 요청에서 나오는 부득이한 것으로 합리적인 이유가 있는 경우라면 평등의 원칙에 위배되는 것이 아니라고 한다.[41]

급입법으로 구분된다. 전자의 경우는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대하였던 신뢰보호와 법적 안정성을 위하여 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 보기 때문에 원칙적으로 위헌이 된다. 그러나 후자의 경우는 구법질서에 대하여 기대하였던 당사자의 신뢰보호보다도 입법권자의 입법형성권을 존중하여야 할 것이므로 특단의 사정이 없는 한 원칙적으로 허용된다고 본다(헌법재판소 1989.3.17.선고, 88헌마1 결정, 「헌법재판소판례집」 제1권 9(17)면 이하).

39) 權寧星(註 3), 703면 이하 ; 金哲洙, 「憲法學槪論」(서울 : 博英社, 2000), 816면 ; 安溶敎, 「韓國憲法」(서울 : 考試硏究社, 1992), 732면 ; 許營(註 2), 860면 참조. 판례로는 헌법재판소 1992.12.24 선고, 92헌가8 결정 ; 헌법재판소 1994.12.29 선고, 94헌마201 결정 ; 헌법재판소 1995.11.30 선고, 94헌가2 결정.

40) 헌법재판소 1989.12.22 선고, 88헌가13 결정, 「헌법재판소판례집」 제1권 357(373)면 이하.

41) 權寧星(註 3), 697~698면.

2) 基本權의 實體的 限界

우리 헌법에서 규정하고 있는 기본권의 내용은 모두 헌법에서 직접 권리를 부여하고 있는 것도 있지만 그렇지 않는 것도 있다. 그 중에 일정한 내용만 헌법이 직접 기본권으로 규정하고, 나머지의 내용은 입법형성의 자유에 맡겨지고 있다. 이는 사회적 기본권에 한정하는 것이 아니고 자유권적 기본권, 청구권적 기본권 등에서도 마찬가지이다. 우리 헌법재판소의 결정 중에는 특히 평등권과 관련하여 입법형성의 자유를 폭넓게 인정하고 있는 상황이다. 이에 헌법재판소가 기본권을 제한하는 입법에 대하여 권력분립의 원칙과 대의민주주의의 원리에 입각해 입법형성의 자유를 인정해야겠지만 각 기본권의 가치와 내용을 고려하여 그 범위와 한계를 명확히 하여야 헌법상 규정한 기본권을 보장할 수 있을 것이다.

입법권자가 헌법상 기본권을 구체화하기 위해 기본권을 형성·제한할 경우에 그 주체에 따라 형성범위와 한계가 달라지고, 기본권은 그 가치와 내용, 즉 성질이 다르기 때문에 입법형성의 자유는 기본권의 성질에 따라 기속의 정도가 다르다.[42]

2. 節次的 限界

(1) 憲法 및 國會法에 의한 限界

헌법상 입법형성의 자유가 주어져 있다고 하더라도 그것이 입법자에게 형성재량의 남용을 허용하는 것은 아니다. 그리고 국회의 입법절차 역시 절대 무제약적으로 국회가 행사하는 것이 아니고 법률의 헌법적합성의 원칙에 위배되지 아니해야 한다. 즉 국회가 의사에 관하여 규정하는 것은 자율이지만 한 번 정해진 의사에 관한 규칙은 국회 스스로가 국민에게 약속한 것이므로 규범적 효력을 지니고 있고, 국회는 자기구속의 결과 이를 지켜야 한다.

즉 헌법과 국회법은 국회라는 회의체가 법률안을 포함한 각종 의안을 민주적이고 효율적인 절차에 따라 심의하기 위하여 준수하여야 할 여러 원칙과 기준을 정해놓고 있다. 국회의 심의에 있어 지켜져야 하는 주요한 원칙으로는 다수결의 원칙, 일사부재의원칙, 정족수의 원칙, 회기계속의 원칙, 1일 1회의의 원칙, 회의공개의 원칙 등은 입법활동이 절차상 준수하여야 할 대원칙이면서 그 한계를 정한다.

또한 헌법과 국회법에서 규정하고 있는 국회의 의사 및 의안심의에 관한 각종 규정들은 법률안 심의시에 존중되어야 할 입법상의 한계로도 기능한다고 볼 수 있다. 예를 들어, 국회법 제59조에서 법률안이 위원회에 회부된 후 3일이 경과되지 아니한 때에는 이를 위원회에 상정할 수 없도록 한 것은 입법의 절차적 한계로서 졸속입법의 가능성을 방지하는 작용을

42) 자세히는 李發來, "國會立法形成權의 限界와 統制에 관한 硏究-憲法裁判所의 判例를 中心으로,"(박사학위청구논문, 건국대학교대학원법학과, 1999), 37~47면 참조.

하고, 제58조 제2항에서 법률안을 소위원회에 회부하고자 하는 경우 위원회의 심사절차중 대체토론이 끝난 후가 아니면 못하도록 한 것도 소위원회위원이 아닌 위원의 법률안에 대한 질의기회를 봉쇄하거나 소위원회 심사가 부실하게 되는 것을 예방하기 위한 절차상 한계의 기능을 한다.[43]

(2) 國會自律權에 관한 限界

국회에서 법률안을 심의하고 의결하는 절차는 헌법과 국회법, 국회규칙 등에 따른다. 그런데 법률안의 처리에 있어서 그 절차상의 하자가 문제되는 경우를 종종 볼 수 있다. 이에 구체적인 형태로는 ① 국회가 헌법·국회법·국회규칙에 독립하여 심의·의결하는 회의나 의결정족수에 관한 규정 또는 의사진행절차에 관한 규정에 위배하여 법안 등을 심의·의결한 경우 ② 국회의 회기연장의 의결이 적법하게 성립되었느냐의 여부 ③ 위법하게 연장된 회기에서 의결된 법률의 유효성 여부 ④ 투표의 계산과오 여부 ⑤ 명백한 헌법위반의 의사절차 등에 관한 문제이다.

이른바 변칙처리된 법률안의 위헌성에 관한 문제인 바, 국회 내 다수당이 소수당의 물리적인 반대를 회피하거나 제압하고 변칙적인 의사진행을 통하여 법률안을 의결하였을 경우 의사진행상의 위법성을 이유로 당해 의결행위의 무효화 나아가 당해 법률의 무효화를 주장할 수 있느냐 하는 문제이다.

아무튼 의사진행상의 하자가 있는 법률안에 대한 그 처리절차의 적법성 및 효력에 관하여 종전의 판례는 입법절차상의 문제는 국회의 자율권에 속하는 사항이므로 사법적 판단의 대상이 아닌 것으로 판시하였으나[44] 최근 국회의장이 국회법 제76조 제3항을 위반하여 야당 소속 의원들에게 본회의 개의일시를 통지하지 않음으로써 야당 소속 의원들은 본회의에 출석할 기회를 잃게 되었고, 그 결과 법률안의 심의·표결과정에도 참석하지 못하게 된 것은 국회의원이 헌법에 의하여 부여받은 권한인 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 결정하였다.[45]

주권자인 국민이 선거를 통해 국민대표기관인 국회를 설립한 것은 국회의 합리적 운용과 합리적 의결을 통하여 국민의 권리와 의무를 보장하는 입법을 하여 국민에게 봉사하게 하고자 한 것인데, 국회가 이러한 기능을 무시한 채 합리적 심의와 의결을 사전에 봉쇄 또는 보장하지 않고 법률을 통과시키기만 하면 합법적인 법률이 되고 국민을 구속한다는 것은 타당하다고 할 수 없다. 국민이 국회에 국민대표기능을 위임한 것은 헌법에 따른 적법한 절차와

43) 林鍾勳/朴秀哲/林松鶴/朴章皓/李信雨, 「立法過程論」(서울 : 博英社, 1998), 215면.

44) 대법원 1972.1.18 선고, 71도1845 판결, 「대법원판례집」 제20권1집(1972), 형사편 1면 이하.

45) 헌법재판소 1997.7.16 선고, 97헌라2 결정, 헌법재판소공보 제23호.

합리적 결정에 따른 국민대표기능의 행사를 위임한다는 것이고 이에 따른 국민의 수용을 의미하는 것이지 무제약적이고 초헌법적인 권한행사를 위임한 것은 아니고 비합리적인 의사진행과 결정에 따르겠다는 의사도 아닌 것이다.

이러한 의미에서 보면 국회의 자율권은 헌법과 법률에 저촉되지 아니한 범위 내에서 인정되어야 할 것이므로 법률안의 처리를 자의적으로 해도 무관하다는 의미는 아니라는 한계에 직면하게 된다.[46]

Ⅳ. 立法形成權의 統制

헌법을 해석하고 적용하는 권한은 국가기관 모두에게 부여된다. 입법기관도 입법기관 나름대로 스스로의 판단에 따라 헌법을 해석하고 합헌으로 인식되는 법률을 제정한다.

따라서 입법자는 헌법이 자신에게 부여한 한계 내에서 자유로이 결정하여야 한다. 이러한 입법자의 형성적 과제는 기본권보장과 마찬가지로 민주적 헌법의 창설적 요소에 속하는 것이고, 그 과제는 기본권의 해석과정에서 개별기본권에서 요청되는 것보다 폭넓게 제한되어서는 안된다.[47] 그리고 입법기관은 특단의 사정이 없는 한 입법정책이라는 표현을 사용하여[48] 광범위한 입법형성의 재량권을 가지며 그 행사에 있어 명백한 남용이나 자의적으로 인한 평등의 원칙에 대한 침해가 없는 한 입법형성권은 존중된다.[49] 또 입법부가 제정한 법률이 최고의 가치규범인 헌법의 이념과 정신에 반하고 입법권의 한계를 명백하게 자의적으로 이탈한 경우에는 헌법재판에 의하여 입법형성의 자유는 통제를 받게 된다.

입법형성의 자유에 대한 인정여부, 통제범위와 통제기준 및 통제강도는 헌법재판의 재량으로부터 나온다. 즉, 헌법재판소가 결함이 있는 법률의 위헌심사인 규범통제를 함에 있어서는 헌법상 결함있는 법률에 대하여 위헌결정, 헌법불합치 또는 한정적 위헌을 선언할 것인지 등에 대한 규범통제를 하는 방식은 헌법재판 당시에 있어서의 주어진 모든 헌법적 상황을 근거로 재판관이 종합적으로 재량하여 판단해야 한다.[50]

따라서 헌법재판을 주재하는 재판관이 헌법재판에 대한 개인적 성향에 따라 입법형성의 자유의 통제여부에 커다란 영향을 미치고 있다. 특히 헌법재판관들의 결정은 헌법이라는 상

---

46) 자세히는 李發來(註 42), 112면 이하 참조.

47) 裵俊相(註 30), 43면.

48) 헌법재판소 1995.4.20.선고, 91헌바11 결정, 「헌법재판소판례집」 제7권1집(1995), 478(487)면 ; 헌법재판소 1993.7.29.선고, 93헌마23 결정, 「헌법재판소판례집」 제5권2집(1993), 221(233)면 ; 헌법재판소 1994.7.29.선고, 92헌바49,52(병합) 결정, 「헌법재판소판례집」 제6권2집(1994), 64(96)면.

49) 헌법재판소 1989.3.17.선고, 88헌가1 결정, 「헌법재판소판례집」 제1권(1989), 9면 이하.

50) 헌법재판소 1992.3.13.선고, 92헌마37,39 결정(병합), 「헌법재판소판례집」 제4권(1992), 137(156)면.

징을 통하여 재판관 자신의 가치관이나 규범관을 공식적으로 선언하는 일종의 정책결정이라 보고 있기[51] 때문에 헌법재판관이 헌법재판소의 지위, 역할, 입법부와의 관계 등의 사법철학이 입법형성의 자유에 대한 통제에 영향을 미치고 있다.

이와 같은 입법형성의 자유에 대한 통제기준은 헌법이고, 입법형성의 자유는 물론이거니와 이를 판단하는 헌법재판소도 헌법에 기속된다. 문제는 어떤 경우에 엄격한 통제를 하고, 어떤 경우에 덜 엄격한 통제를 하느냐의 기준은 명확하게 해명되지 않고 있다. 독일 연방헌법재판소의 경우에는 개인이나 인적 집단의 불평등 취급이 문제된 경우는 과잉금지의 원칙을, 그 밖의 경우 즉 사항적 차별이 문제가 된 경우에는 자의금지의 기준을 하고 있으나 이것도 인적인 것과 사항적인 것의 구별이 명확하지 않다.[52] 따라서 어떤 경우에 입법형성의 자유가 인정되고 어떤 경우에는 제한되어 헌법재판소가 통제할 수 있는 것이 문제이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 유형화[53]라는 여과기를 사용하고 있으나 이는 고정화될 우려가 있어 바람직하지 않고 구체적 사례의 정황에 따라 영역별로 기능에 부합하게 체계화된 원칙과 지침을 개발하는 것이 중요하다.[54]

결국 헌법재판을 통하여 축적된 판례를 분석하고 그것을 토대로 입법자가 입법을 할 때에 경험적 사실의 규명에 따라서 그 구체적인 입법을 모색한다면 입법의 합리적인 판단이 가능하게 되며, 나아가 양질의 입법을 실현하기 위한 입법적 판단의 객관화, 합리화가 도모될 수 있을 것이다.[55] 그러한 의미에서 입법의 객관화와 과학화를 도모하기 위하여 입법형성권의 한계의 기준을 파악하는 것이 필요하다. 헌법재판소의 유일한 심사기준은 헌법규범이지 헌법재판소의 정치적 판단이 아니므로, 법률의 위헌성심사를 위한 헌법적 기준이 존재하는 한도 내에서 헌법재판소의 규범통제가 가능하다. 우리 헌법재판소에서 위헌법률심사시 입법형성권

---

51) 韓尙熙, "헌법재판소 재판관들의 결정성향분석," 「慶星法學」 제3호(부산 : 慶星大學校 法學硏究所, 1994년 11월), 41면 이하.

52) 方勝柱, "獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 强度," 「憲法論叢」 제7집(서울 : 헌법재판소, 1996), 327면.

53) 예를 들면 이중기준이론이나 이를 기초로 하여 또는 평등원칙의 합리성여부를 기초로 하여 입법형성의 자유에 대한 통제정도의 형태를 구분하는 유형화를 말한다. 주로 일본국에서 논의가 중점적으로 이루어지고 있다. 戶松秀典, 「立法裁量論」(東京 : 有斐閣, 1993), 면 참조.

54) 이와 관련하여 Konrad Hesse는 헌법규범의 규범밀도를 기초로 하여 다음 네 가지 경우로 나누고 있다. 첫째, 입법자를 구속하는 헌법규정이 존재하지 않는 경우에는 의심할 여지없이 입법자의 형성의 자유가 있다. 둘째, 헌법에서 입법자의 과제와 그 이행에 대하여 명시적으로 규정한 경우에 입법자의 형성의 자유는 존재하지 않는다. 셋째, 일반적·추상적으로 규정되어 상세히 구체화시킬 필요가 있는 헌법규범으로부터 입법자는 형성의 자유를 갖는다. 넷째, 형성의 자유는 헌법재판소의 통제의 결과로서 이해될 수 있다. 헌법재판소가 통제할 경우에 첫째의 경우에는 통제가 배제된다. 두 번째의 경우에는 헌법규정의 확정성이나 확정가능성에 따라서 엄격한 심사를 한다. 세 번째와 네 번째의 경우에는 헌법재판소의 통제의 범위와 강도의 제한의 문제가 제기되고 이 문제는 입법자의 형성의 자유에 대한 단순한 암시에 의해서 해결되지 않고 상세한 헌법적 근거제시를 필요로 한다. 즉 구체적 사례의 정황에 따라 영역별로 기능에 부합하게 위와 같은 단계화된 원칙과 지침을 개발하는 것이 중요하다(Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in : Herta Däubler-Gmelin(Hrsg.), FS für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 541ff : 方勝柱(註 52), 328~329에서 재인용).

55) 朴英道, 「立法審査의 體系와 方法論」(서울 : 한국법제연구원, 1996), 157면.

의 한계기준은 평등원칙, 과잉금지의 원칙, 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원칙 등을 제시하고 있다.[56]

V. 結 論

국회는 입법형성의 자유를 통하여 국민의 자유와 권리를 형성·제한하고 있고, 헌법재판소는 입법형성의 자유를 헌법재판의 논증이유로서 제시하고 있기 때문에 그 개념을 명확히 해야 할 필요가 있다.

먼저 입법형성의 자유는 입법기관이 입법에 관하여 헌법에서 인정하고 있는 범위 내에서 입법자가 갖는 정책적 판단이나 의사결정에 있어서 우선적 형성의 자유를 의미하기 때문에 그 기반은 입법권에 내재해 있고, 권력분립의 원칙과 대의민주주의 원리상 당연히 인정되는 것이다. 다만 그 인정범위를 어느 정도로 파악할 것이냐가 문제인데 이는 헌법재판소에서 헌법을 통제기준으로 하여 판단하고 있다. 그리고 입법형성의 자유는 소위 입법재량이라고도 불리어지는데 이는 행정재량으로부터 용어가 이전되어 온 것은 사실이나 행정재량과는 근본적으로 그 의미와 내용이 다른 고유한 영역에서의 재량이라 할 수 있다.

입법형성의 자유는 헌법의 범위내에 있어야 하기 때문에 헌법의 정신과 헌법의 이념에 합치해야 한다. 이에 합치되지 못했을 때 입법형성의 자유는 헌법적 한계가 있고 위헌의 통제를 받게 된다. 따라서 입법자가 행하는 형성의 자유는 문언적 의미에서뿐만 아니라 국가권력의 일부인 입법형성권의 행사는 궁극적으로 국민의 기본권보장의 실현에 봉사하여야 한다는 헌법원리상 당연한 것이고, 그 절차도 역시 헌법적 절차에 입각하여야 한다.

한나라의 통치기구속에 속하는 입법형성의 자유는 기본권에 기속된다. 즉 한 나라의 입법작용은 기본권에 의해서 징표되는 통치질서의 가치지표를 실현시킴으로써 사회의 정치적인 통합을 이루는 방향으로, 즉 기본권적 가치의 실현에 초점이 맞추어져야 한다. 이러한 통치권의 기본권기속성이라고 하는 근본이념에 의하여 기본권적 가치에 벗어나는 입법자의 형성의 자유는 그에 대한 통제가 불가피해진다.

이와 같은 입법형성의 자유에 대한 통제기준은 헌법이고, 입법형성의 자유는 물론이거니와 이를 판단하는 헌법재판소도 헌법에 기속된다. 문제는 어떤 경우에 엄격한 통제를 하고, 어떤 경우에 덜 엄격한 통제를 하는냐의 기준은 명확하게 해명되지 않고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 통제의 유형화라는 여과기를 사용하고 있으나 이는 고정화될 우려가 있어 바람직하지 않고 구체적 사례의 정황에 따라 영역별로 기능에 부합하게 체계화된 원칙과 지

56) 李殷來(註 42), 119면 이하 참조.

침을 개발하는 것이 중요하다.

《參考文獻》

[國內文獻]

權寧星,「憲法學原論」서울 : 法文社, 2000.

金雲龍, "權力分立과 違憲審査權,"「成均館法學」제7호, 서울 : 성균관대학교법학연구소, 1996.

金哲洙,「憲法學槪論」서울 : 博英社, 2000.

閔東基, "憲法裁判所의 違憲法律審査에 관한 고찰,"「立法調査月報」제210호, 1992. 6.

朴英道,「立法審査의 體系와 方法論」서울 : 한국법제연구원, 1996.

方勝柱, "獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 强度,"「憲法論叢」제7집, 서울 : 헌법재판소, 1996.

裵俊相, "憲法裁判所와 立法權者,"「法學論叢」제9집, 서울 : 한양대학교법과대학, 1992. 10.

安溶敎,「韓國憲法」서울 : 考試硏究社, 1992.

林種훈/朴秀哲/林松鶴/朴章皓/李信雨,「立法過程論」서울 : 博英社, 1998.

全元培, "立法의 原則과 限界,"「立法資料分析」제8호, 1991. 9.

崔大權, "立法의 原則,"「憲法學-法社會學的 接近」서울 : 博英社, 1989.

韓尙熙, "헌법재판소 재판관들의 결정성향분석,"「慶星法學」제3호, 부산 : 慶星大學校 法學硏究所, 1994. 11.

韓秀雄, "憲法裁判의 限界 및 審査基準—헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로—,"「憲法論叢」제8집, 서울 : 헌법재판소, 1997.

許營,「韓國憲法論」서울 : 博英社, 2000.

[外國文獻]

Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte-Staatsrecht Ⅱ, 13. Aufl., Heidelberg, 1997.

Denniger, Erhard : "Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt," JZ, 1966.

Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt, 1994.

Dworkin, Ronald : "The Model of Rules Ⅰ," Taking Rights Seriously, Bd. 2, Cambridge/Massachusetts : Harvard University Press, 1985.

Ehmke, Horst : "Prinzipien der Verfassungsinterpretation," VVDStRL, H. 20, 1963.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie : Studien zur

Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1992, Frankfurt am Main.

Forsthoff, Ernst : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.

Hamann, Andreas : "Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung," NJW, Heft 27, 1955.

Hesse, Konard : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995.

Hesse, Konrad : "Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers," in : Herta Däubler-Gmelin(Hrsg.), FS für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994.

Isensee, Josef : Subsidiaritätsprizip und Verfassungsgerecht, Berlin, 1968.

Kalkbrenner, H. : "Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers," DÖV, 1963.

Lerche, Peter : Übermaß und Verfassungsrecht zur Bindung des Gesetz- gebers an die Grundsätze der Verhältmäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln/Berlin/München/Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 1961.

Moench, Christoph : Verfassuugswidriges Gesetz und Normkontrolle, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1977.

Norbert Manterfeld, Die Grenzen der Verfassung, Berlin, 2000.

Recknagel, Hennig : "Gesetzgeberisches Ermessen : Eine Untersuchung zur Stellung des Bundesgesetzgebers," Dissertation, Köln, 1975.

Schneider, R. : "Rechtsschutz gegen Verfassungswidriges Underlassen des Gesetzgeber," AöR, Bd. 89, 1964.

Stern, Klaus : Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band Ⅲ/1. München : C. H. Beck'she Verlagbuchhandlung, 1990.

Stern, Klaus : Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin, 1964.

Ziller, Gebhard : "Der Begriff "Verfassuugsmäßige Ordnung" im Bonner Grundgesetz," Dissertation, Tübingen, 1960.

長尾一宏, "立法府の不作爲に對する憲法訴願—西獨ドイツにおける理論と實踐— ," 「法學新報」 제79권 제1호, 東京 : 中央大學法學會, 1972.

戶松秀典, 「立法裁量論」 東京 : 有斐閣, 1993.