발 간 등 록 번 호
11-1170000-000357-01

입법학에 관한 선진 외국의 연구결과 분석과 정책적 활용방안

2010. 8.

사단법인 한 국 입 법 학 회

법제처
Ministry of Legislation

제 출 문

법제처장 귀하

본 보고서를 『입법학에 관한 선진 외국의 연구결과 분석과 정책적 활용방안』의 최종보고서로 제출합니다.

2010년 8월

연구수행기관 : 사단법인 한 국 입 법 학 회
책임연구원 : 배 병 호 교수 (성균관대학교)
공동연구원 : 변 무 웅 교수 (대진대학교)
공동연구원 : 정 철 교수 (국민대학교)

<차 례>

제1장 서 론 ····· 1
제1절 글머리에 ····· 1
제2절 연구의 목적과 필요성 ····· 4
제3절 연구의 범위와 내용 ····· 6
Ⅰ. 대륙법계 국가인 스위스, 독일, 오스트리아 ····· 6
Ⅱ. 영미법계인 미국의 입법학 연구 현황과 교육 동향 ····· 6
Ⅲ. 일본의 입법학 연구현황과 교육동향 ····· 7
Ⅳ. 우리나라의 입법학 연구 현황과 교육동향 ····· 7
제4절 연구방법 ····· 7

제2장 독일의 입법학 연구 ····· 8
제1절 연구방향 ····· 8
Ⅰ. 입법학 개관 ····· 8
Ⅱ. 입법학의 주요대상 ····· 9
1. 법규범과 법현실 ····· 9
2. 입법학 논의 대상의 범위 ····· 9
3. 입법학의 기타 체계적 접근방식의 점검 ····· 9
제2절 입법학 발전의 추세 (학문과 정책 사이의 입법이론) ····· 11
I. 문제제기 ····· 11
II. 개념적 요소(Begriffliches) ····· 11
III. 법과대학 개설과목으로서 입법이론
(Gesetzgebungslehre im juristischen Studium) ····· 13
IV. 학문으로서 입법이론(Gesetzgebungslehre in der Wissenschaft) ····· 14
1. 현황 ····· 14
2. 발전 ····· 15
3. 특수한 종류의 입법으로서 법전편찬
(Kodifikation als Gesetzgebung besonderer Art) ····· 20
4. 법률언어(Gesetzessprache) ····· 22
V. 일반인과 실무담당자가 본 입법이론 ····· 23
VI. 입법이론의 역사적 여건과 그 기능 ····· 24
1. 계몽철학으로서 입법이론 ····· 24
2. 입법이론 없는 입법 (Gesetzgebung ohne Gesetzgebungslehre) ····· 25
3. 입법이론의 새로운 발견(Neuentdeckung der Gesetzgebungslehre) ····· 26
4. 소결 ····· 29
5. 입법이론의 이중적 지위(Doppelstatus der Gesetzgebungslehre) ····· 29
VII. 권한이론으로서 입법이론 ····· 32

VIII. 입법이론의 다양성과 통일성 ····· 34
IX. 기타 주요문제의 예시적 평가로서 입법절차의 연구 ····· 35
제3절 입법이론 ····· 37
I. 입법이론의 계기와 쟁점 ····· 37
II. 입법이론에 관련된 개념의 사전 정리 ····· 39
III. 좋은 법률과 좋은 입법 등에 관한 질적 판단의 기준과 척도 ····· 40
1. 우량법률 내지 좋은 법률 Das gute Gesetz ····· 40
2. 좋은 입법(Gute Gesetzgebung) ····· 43
IV. 법률과 입법을 질적으로 향상시키기 위한 단서 ····· 44
1. 사태에 정통한 자문(Sachverstaendige Beratung) ····· 45
2. 근거확보 내지 이유 밝히기 (Begruendung) ····· 48
3. 법률효과평가 내지 입법평가 (Gesetzesfolgenabschaetzung - GFA) ····· 50
4. 효과 내지 영향력 통제(Wirkungskontrolle) ····· 54
V. 우량입법에 대한 요청의 법제화 내지 사법심사 가능성 ····· 55
제4절 입법기술 (Gesetzestechnik) ····· 56
I. 입법기술과 관련제도(Institutionalisierung) ····· 56
1. 연방법무부의 법심사(Rechtspruefung) 강화 ····· 57
2. 의회의 “입법담당부서”(Parlamentarisches “Amt fuer Gesetzgebung”) ····· 58
3. 입법학 부문의 전문지식(Gesetzgebungswissenschaftlicher ····· 59
II. 입법기술의 구체적 내용 ····· 59
1. 법형식성 실무안내서(Handbuch der Rechtsfoermlichkeit) ····· 59
2. 입법기술적 기준(legistische Standards) 구현의 강화방식 ····· 61
III. 법형식성 실무안내서 예시 ····· 62
IV. 소결 ····· 72
제5절 독일의 입법평가 사례 ····· 73
I. 서 론 ····· 73
1. 입법평가의 점검 ····· 73
2. 논의사례 ····· 74
II. 과제, 조사대상, 방법론 ····· 74
1. 과제 ····· 74
2. 양과 질 - 더 좋은 법정립(Rechtsetzung) ····· 76
3. “관료주의적 폐해의 감소와 더 나은 법정립” ····· 76
4. 이 연구에 대하여 ····· 77
5. 규율대상 - 수량적 관점 ····· 78
6. 규율영역 ····· 78
7. 규범의 질적 측면 - 평가와 판단의 기준 ····· 79
8. 연구방법 ····· 80
Ⅲ. 연방의회 전반 회기 중 규범제작에 대한 총체적 평가 ····· 80
1. 전문분과별 입법활동 ····· 80
2. 유럽법의 영향 ····· 82
3. 입법절차의 흠결 ····· 82

4. 불필요한 입법 ····· 83
5. 다수의 개정법률 그리고 한시법률 ····· 83
6. 법정비(Rechtsbereinigung) ····· 84
7. 이해할 수 없는 법률 ····· 84
8. 존속력(Bestandkraft) ····· 85
9. 관료주의적 비용(Buerokratiekosten) ····· 85
10. 전자정부(E-Government) ····· 86
11. 규제와 탈규제(Regelung und Entregelung) ····· 86
Ⅳ. 요약과 권고 ····· 87
제6절 독일 입법학 교과서의 현황 ····· 89
Ⅰ. 1982년 공간된 힐의 『입법학』 ····· 89
Ⅱ. 2002년 제3판 공간된 한스 슈나이더 『교과서 내지 실무안내서 입법학』 ····· 92
Ⅲ. 카르펜 (편), - 새로 평가한 - 입법이론, 제2판, 노모스, 2008 (제1판 2006). ····· 94
Ⅳ. 이스마이르 (편집), 『서부유럽의 입법』, 비스바덴 2008. ····· 95
1. 독일 부분 ····· 96
2. 오스트리아 부분 ····· 97
3. 평가 ····· 98
제7절 소결 ····· 98
1. 개별적으로 구현된 전형적 입법학관련 제도 ····· 99
2. 입법학 분야의 일반적 기준 ····· 100
3. 입법분야 개별영역의 획정 기준 ····· 100

제3장 스위스·오스트리아 등의 입법학 현황 ····· 102
제1절 스위스 ····· 102
I. 개관 ····· 102
II. 스위스의 입법학 개관 ····· 102
1. 직업교육 및 계속교육 분야의 입법학 ····· 103
2. 대학교육의 일부로서 입법학 ····· 103
3. 연구대상의 하나로서 입법학 ····· 104
4. 입법학 보조자료의 현황 ····· 104
III. 교과서 목차 분석 ····· 104
1. 놀, 페터, 『입법학』, 로볼트 문고출판사: 함부르크의 라인벡, 1973. ····· 104
2. 뮬러, 게오르그, 『법정립이론의 기본요소』, 제2판, 슐테스 출판사, 2006. ····· 107
IV. 입법학 강의의 예시적 분석 ····· 110
1. 2003/04 겨울학기 베른대학 비스 교수의 입법학 강의 ····· 110
2. 2009년 츄리히 대학 펠릭스 울만 교수의 입법학 강의 ····· 110
3. 평가 ····· 111
제2절 오스트리아 ····· 112
I. 개관 ····· 112
II. 오스트리아 입법학 개관 ····· 112
1. 오스트리아 입법학회의 활동 ····· 113

2. 오스트리아 입법상황 ····· 113
3. 교육대상으로서 입법학의 제도적 상황 ····· 113
4. 입법학 관련 보조자료 ····· 114
III. 교과서 목차 분석 ····· 114
IV. 입법학 논의의 예시적 분석 ····· 116
제3절 소결 ····· 117

제4장 미국의 입법학 연구 ····· 119
제1절 머리말 ····· 119
Ⅰ. 미국 입법학 개요 ····· 119
Ⅱ. 입법학 교재 소개 ····· 120
1. 먼저 Jack Davies의 Legislative Law and Process(Thomson West, 3rd ed, 2007) ····· 120
2. William D. Popkin의 Materials On Legislation(Foundation Press, 5th ed, 2009) ····· 121
3. Abner J. Mikva 와 Eric lane의 Legislative Process(Wolters Kluwer, 3rd ed,2009) ····· 121
4. William N. Eskridge, Jr. & Philp P. Fricket & Elizabeth Garrett의 Legislation(West Group, 3rd ed, 2001) ····· 122
제2절 입법학 교재 분석 ····· 124
Ⅰ. 입법 소개 ····· 124
1. 의의 ····· 124
2. 1964년 민권법의 배경과 법률창조과정 ····· 125
3. 민권법의 7편과 Griggs 사건 ····· 141
4. 입법행위의 기술론과 규범론 ····· 146
5. 민권법 타이틀Ⅶ: 해석상의 쟁점과 정치이론 ····· 158
Ⅱ. 대표 이론과 대표의 구조 ····· 159
1. 대표이론(Theories of Representation) ····· 159
2. 선거구조와 평등가치 ····· 161
3. 의원의 자격요건 ····· 169
4. 투표접근 조항들(Ballot Access Provisions) ····· 171
5. 선거운동 비용의 구조 ····· 172
Ⅲ. 입법심의의 구조 ····· 173
1. 의의 ····· 173
2. 부패심의 규제(Regulating "Corrupt" Deliberation) ····· 174
3. 로비 ····· 176
4. 입법심의를 간편하게 하는 규칙들 ····· 177
Ⅳ. 입법의 적법절차(Due Process of Lawmaking) ····· 178
1. 구조적 적법절차(Structural Due Process) ····· 180
2. 입법초안 작업과 입법의 적법절차 ····· 184
Ⅴ. 공화정치의 대안으로서 직접민주주의 ····· 188

1. 직접민주주의 개관 ····· 188
2. 시민 입법(Popular Lawmaking)과 헌법 ····· 191
Ⅵ. 공공정책의 소스로서 법령의 출현과 입법과정의 이론 ····· 199
1. 미국에서 공공정책의 소스로서 법령의 등장 ····· 199
2. 입법과정(Legislative Process)의 이론들 ····· 204
Ⅶ. 법령해석의 이론과 교리 ····· 210
1. 법령해석의 이론들(Theories of Statutory Interpretation) ····· 210
2. 법령해석의 교리들(doctrines) ····· 215
3. 해석을 위한 행정부의 지침들 ····· 227
Ⅷ 법령의 집행 ····· 227
1. 행정국가에서 법집행 ····· 227
2. 법령집행에 대한 의회의 통제 ····· 228
3. 법령집행에서 연방대법원과 대통령 ····· 229

제5장 일본의 입법학 연구 ····· 235
제1절 머리말 ····· 235
Ⅰ. 일본 입법학 개요 ····· 235
Ⅱ. 입법학 교재소개 ····· 236
제2절 일본의 입법학 ····· 245
Ⅰ. 개요 ····· 245
Ⅱ. 일본에서의 입법학 총론 논의 ····· 246
1. 입법학의 의의와 내용 ····· 246
2. 법해석학과 입법학의 관계 ····· 252
3. 「입법학」과 「정책법무」, 「법정책학」 ····· 258
Ⅲ. 입법의 기획입안, 법률안의 제출부터 성립까지, 입법과정의 사례, 입법기술 등 ····· 262
제3절 맺는말 ····· 263

제6장 연구결과 분석과 정책적 활용방안 ····· 264
제1절 연구결과의 요약 ····· 264
제2절 연구결과의 정책적 활용방안 ····· 271
Ⅰ. 입법학의 필요성 ····· 271
Ⅱ. 입법의 적법절차의 강조 ····· 271
Ⅲ. 입법학 교재 개발의 필요성 ····· 272
Ⅳ. 입법학의 법제업무 활용의 활성화 ····· 272
Ⅴ. 입법학의 비교법적 연구 ····· 272
Ⅵ. 입법학에의 지원 ····· 273
제3절 바람직한 입법학 교재의 방향 및 내용 ····· 273

[참 고 문 헌] ····· 276

연구용역 요약문

선진외국(독일, 스위스, 오스트리아, 미국, 일본)의 입법학은 각국의 특유한 상황에서 독특한 입법학의 체계를 수립하였고 입법학에 관한 다양한 접근방법과 인식은 우리 입법학의 정립에 여러 시사점을 주고 있다. 개략적으로 살펴보면 아래와 같다.

제2장 독일의 입법학에서 입법학은 “법을 세우는 것”에 대한 학문으로서 대단위성과 종합성의 의미의 차원을 지닐 수밖에 없다는 전제 아래 논의를 전개하였다. 입법학은 사실과 규범이라는 두 개 영역의 순환적 관계 즉 피드백 관계를 의미하며 그에 걸맞게 순환적 관계의 결절점마다 일정한 조직과 주체를 설정해야 한다. 뿐만 아니라 사실과 규범의 해당영역이 확립한 체계를 상호조정해야 한다는 다원적 및 체계적 검토의 필요성이 제기된다. 그리고 이 사실과 규범의 체계적 위치는 단위국가와 사회의 내부적 관계는 물론 다수 국가와 사회가 관여하는 국제관계에도 연계될 수밖에 없다(제1절).

일단 입법학 자체가 겪었던 독일을 포함한 독일어권 내부에서 상호협력적 역사적 변천과 대응을 개괄적으로 살펴보고 동시에 주변 학문영역과 관계를 규명하며 입법학 자체의 정체성을 살펴본다(제2절). 이어서 입법이론적 시각에서 독일의 입법학 전반을 개관한 (제3절) 이후에, 사실상 입법학 분야 중 법해석학에 매우 가까우면서 실무현장에서 가장 기본적이며 긴급한 요소의 집적체인 입법기술 분야를 (제4절) 점검하였고, 이어 최근 독일에서 입법학을 전면적으로 동원하여 수행한 입법평가의 사례를 통하여 입법학의 이론 및 실무 측면의 일반적 성과를 검토하고(제5절), 나아가 교과서의 목차 및 대학 및 실무현장의 개설강의 주요사항을 점검하여 입법학이 교육 영역에서 어떻게 구현될 수 있는지 추정한 (제6절) 다음에 결론적으로 우리 현실에서 평가해서 활용할 수 있는 몇 개 정책적 지적사항을 확인하였다(제7절).

제3장 스위스와 오스트리아의 입법학에서는 독일어권의 입법학으로서 스위스에서 (제1절) 연원하여 오스트리아와 (제2절) 함께 독일에서 성취한 입법학의 성과를 다루었다. 하지만 정치체제의 운영상황이 오스트리아의 연방 치중경향과 스위스 칸톤 치중경향은 대척적이다. 여하튼 입법학의 전반적 발전은 스위스가 정치적 관철의 수준까지 이르렀고 오스트리아는 상대적으로 그보다 낮은 수준이었으나 실무영역의 입법기술 중심적 접근 그보다 훨씬 강한 세력을 이루고 있었다.

제4장 미국의 입법학에서는 미국의 사례 중심으로 이론을 교육하는 것을 배울 수 있었다. 특히 당연하다고 생각하는 것이 미국에서 얼마나 어렵게 투쟁하고 노력하여 만들어 졌는지를 상세히 설명하고 있다. 그 중에서도 대의제 민주주의의 장점에 대한 논의와 그 장점을 지키려고 노력하는 국민들의 인내심을 느낄 수 있다.

제1절에서는 1964년 민권법이란 제정법의 제정필요성과 그 당시 미국인들의 차별에 대한 인식의 차이에 따른 대응 방법의 차이를 의회의 입법과정에서 지루하지만 합리적으로 해결하는 과정을 설명하고 있다. 그렇게 많은 토론을 거쳐 만든 민권법을 실제로 적용하려 하자 발생하는 문제를 법원에서 해석으로 해결할 수밖에 없게 되자 평등원칙이 다시 등장하고 그 상황을 가장 합리적으로 해결하는 방법을 제시하고, 또한 민주주의 이론을 연구하는 방법을 제시하면서 교재의 처음과 끝을 관통하는 문제의식을 심어주고 있다.

미국의 입법학에 관한 논의를 대표이론(theories of representation)으로부터 시작한다. 이런 대표의 이론에 관한 이론적 해명은 이후 입법과정(legislative process)과 법령해석(statutory interpretation)의 문제에 관한 이론적 프레임의 형성을 가능하게 한다. 먼저, 자유주의 이론(liberal theories), 공화주의 이론(Republic theories), 비판이론(critical theories)을 살펴보는데 대표와 선거민, 선거에 대해 다른 관점과 차별적인 시사점을 제공한다. 이와 같은 대표에 대한 차별적 이해는 구체적으로 대표의 구성에 대한 일정한 함의를 내포한다. 여기서, Hanna Pitkin의 대표이론(The Concept of Representation, 1967)은 구체적으로 기술적 또는 재현적 이론(Descriptive theory), 대리인 이론(Agency theory), 신탁 이론(trusteeship theory)으로 나누어 선거의 의미, 대표의 역할, 비례대표에 대한 관점을 전개한다. 이와 같은 대표에 대한 다른 이해는 대표구조(representational structure)에 있어 인식의 차이를 보여준다(제2절). 다음으로 입법심의 구조를 논하고 있다. 우선 입법과정에서 상대적으로 직선적인 개념인 부패와 관련되는 쟁점들을 검토한다(제3절). 한편, 오레곤 대법원 Hans Linde 판사는 입법과정의 적법절차 이론을 주장하면서 헌법의 적법절차조항은 나중에 사법부에 의한 2차적 검토의 대상이 되는 입법부만이 아니라 정부 스스로도 법의 적법한 절차에 의해 행위 하도록 가르친다고 주장하였다. 입법과정(legislative process)은 합리적인 입법(rational lawmaking)을 하기 위해 고안되어야 한다고 보았다. 구체적으로 입법절차의 적법절차를 위해 헌법적 차원의 요구는 구조적 적법절차를 구성하고, 다음으로 입법초안 작업과 관련된 입법의 적법절차가 문제되는데 여기서는 법령초안 작업에 대한 일반적인 접근, 법안의 구조, 입법언어의 병 등의 문제가 주요한 문제영역들이다(입법기술적 요소들, 제4절). 다시금, 논의의 출발점인 대표제 즉 대표제 민주주의에 대한 비판적 성찰로서 직접민주주의에 대해 재론의 필요성이 나타나게 되었다. 주민발안과 주민투표 그리고 소환제도가 왜 등장하였는지, 직접 민주주의 제도의 장점이 무엇인지 그리고 단점을 어떻게 해결할 것인지를 논하고 있다(제5절). 다음으로 미국법의 법원으로서 제정법을 살피고 있다. 미국법에 절대적인 영향을 준 블랙스턴은 사법결정(judicial decision)을 합리적인, 정돈된, 객관적인, 영원한, 그리고 원리화된 것으로 반면 입법(legisprudence)을 자의적이고, 무질서인, 주관적인, 불확실한, 변화하는 그리고 정치적인 것으로 대비하였다. 이런 보통법 형식주의자

(common law formalists)는 입법의 해석을 좁히자는 주장으로 귀결된다. 이런 형식주의의 시대인 19세기로부터 20세기는 법령이 정책(policy), 법(law), 그리고 원칙(principle)의 소스들로 보통법(common law)을 대체하면서 전면에 등장하는 법령의 시대로 전환하게 되었다. 법령의 시대가 전개되자 법령 제정절차에 대한 다양한 분석의 틀이 연구되었고 이는 입법학의 한 부분으로 수용되었다. 먼저 절차주의자 이론(proceduralist theories)은 법안이 제정되는 많은 절차들을 기능적 관점에서 재구성하고자 한다. 다음으로 이익단체 이론(interest group theories)은 다원주의 이론(pluralist theories)을 출발점으로 하여 입법절차에서 조직화된 조직의 역할을 강조한다. 이 입장은 이익단체 자유주의(interest gorup liberalism)와 공공선택(public choice)이론으로 전개된다. 끝으로 제도 이론(institutional theories)은 여러 정치 제도들과 광범위한 정부조직의 정책에 대한 영향과의 관계에 집중한다. 이는 사회 선택 이론가들(social choice theorists)과 실증적 정치이론(positive political theory; PPT)으로 구체적으로 전개된다(제6절). 논의의 귀결로서, 입법학의 실제적인 기능이 발휘되는 부분은 법령해석의 영역이라고 할 수 있다. 법령해석편에 관한 이론적 입장은 크게 세 가지의 입장으로 구분할 수 있다. 먼저 의도주의 이론(Intentionalist Theories)인데 법령해석의 앵들로 아메리칸 이론의 전통을 이어 받아 입법의도(legislative intent)를 법령해석의 목적으로 강조하는 입장이다. 무엇이 입법의도로 보아야 하는가와 관련하여 귀일하지 못하고 있는 한계를 지닌다. 다음으로, 텍스트주의 이론(Textualist Theories)은 해석자가 그 관점을 낮추고 법령텍스트의 통상적 의미(plain meaning)를 입법의도의 가장 훌륭한 증거로서 또는 해석을 위한 유일한 권위적 기초로서 적용해야 한다는 것을 제안하는데 최근에는 이런 취지에 더 확고한 신 텍스트주의(The New Textualism)가 나타났고 이에 대한 비판이 활발하다. 끝으로, 동태적 이론(Dynamic Theories)은 어려운 해석사건들에서 형식적(formal)이거나 역사적인(historical) 주장들보다는 차라리 규범적(normative)인 주장들이 논란은 있지만 결정적이었다고 보면서 해석자의 인식을 지배하는 규범적 측면을 상상적으로 재구성하고자 하는데 학계에서 보다 더 많은 지지를 받고 있다(7,8,9절).

제5장 일본의 입법학은 다양한 논문이나 교재를 통하여 볼 때 목표를 향하여 출발할 준비가 된 상태로 보였다. 진정한 의회제민주주의를 주장하고 국민참여형이 아니라 국민주도형 정치를 원하는 상황에서 입법학의 필요성이 더욱 강조될 것이다. 일본의 학계에서는 일본의 권력구조나 현실적인 의회구조에 따른 비교법적인 연구를 꾸준히 하여 새로운 변화에 중심을 유지하며 적응할 것으로 보인다. 일본의 사회구조를 획기적으로 바꾸지 못한 상태에서의 한계가 있을 것이나 20여년 전부터 그러한 주장이 나왔으므로 충분한 대응이 가능할 것으로 보인다. 도처에 보이는 동남아국가에 대한 입법적 지원이라는 용어가 보이는바, 유럽연합과 같은 한중일연합이나 동남아연합을 구상하는 것과 무관하지는 않다고 할 것이다.

결론적으로 연구결과의 정책적 활용방안(제6장)을 요약하면 다음과 같다. 헌법이 요구하는 민주주의와 법치주의를 유지하기 위해서는 전 국민이 입법학에 대한 소양을 쌓아야 할 필요가 있다. 이런 관점에서 볼 때 입법학의 수요자는 국회의원이나 지방의회의원 그리고 법제업무담당자에 그쳐서는 안 될 것이다. 이제는 입법과정 전반을 입법학의 방법론으로 기술하는 입법학이라는 독립된 학문영역이 필요한 이유가 여기에 있다. 또한 여기에 선진외국과 같이 입법의 적법절차에 대한 인식의 제고를 위해 헌법재판소의 결정에 대한 적극적인 연구와 주석으로 입법에서의 적법절차를 강조해야 할 필요가 있다. 지금까지의 입법학의 이론적 성과와 법제처를 중심으로 축적되어 온 입법기술을 바탕으로 이제는 입법관련자들이 참고할 수 있는 교재의 개발이 필요하다. 그리하여 이런 입법학이 법제업무에 다시 활용될 수 있도록 할 필요가 있다. 이런 관점에서 이번 연구용역의 비교법적인 연구는 선진외국의 연구와 토론 그리고 시행착오를 거울삼아 그 장점과 단점을 분석하여 우리에게 도움이 되도록 하는 것인바, 그 결과 독일이나 미국 그리고 일본에서의 입법학이 그 정체성을 가지고 발전하고 있음을 확인할 수 있었다는 점에서 이제 싹을 피우고 있는 우리의 입법학도 적극적으로 실무와 학계의 지원이 더욱 필요하다는 사실을 확인할 수 있다. 이제 우리는 법학전문대학원에서도 입법전문가를 양산하여 양질의 입법을 제 때 만들 수 있는 입법 선진국가로 도약해야 할 단계에 있다. 이를 위해 정부입법의 조정자인 법제처와 의원입법의 보좌기관인 국회 법제실이나 국회입법조사처가 보다 활성화되어야 할 것이다.

제1장 서 론

제1절 글머리에

역사적으로 볼 때 국가가 안정기에 들어서면 그 때까지 진행되어 온 개혁과 혁신 작업이 마무리되어 제도가 정비된다. 일반적으로 법과 경제 등 제도는 주변 여건에 따라 지정학적, 지경학적 영향을 받아 동시대의 공통적인 특성이 갖추어진다. 이렇게 나름대로 완비된 법제도가 변하지 않고 존중되기를 바라는 제정자의 희망에도 불구하고 세월의 변화에 따라 바뀐 현실에 맞는 개정작업이 조심스럽게 진행되었다. 朝鮮의 제도정비과정을 보면 중심국가 내지 영향력 있는 국가인 明의 제도를 많이 원용하여 형편에 맞는 법률제도를 만들었다. 그러나 祖宗成憲을 존중하고 유지하여야 한다는 유교적인 관념으로 새로운 제정보다는 변화된 상황에 맞는 보충이 주류였다. 개혁적인 주장이 많이 제안되었으나 왕조국가의 한계로 시대변화에 적극적인 대응을 못하였다[1]. 율곡 이이는 퇴계 이황에게 보낸 편지에서 시대상황을 분석하여 민력이 고갈되고 국고가 궁핍하여 更張이 없으면 장차 국가가 될 수 없을 정도임을 "밤중에 생각하면 불안해서 자다가도 벌떡 일어나 앉게 된다"고 안타까움을 토로하였다.[2] 임진왜란과 병자호란을 겪고도 군사제도에 대한 신분차별이 폐지되지 않았고, 조세제도의 문란에도 제때 대처하지 못하였다. 왕조체제의 골격을 이루는 신분제도의 개혁은 외부의 충격으로 인한 甲午更張을 통하여 사민평등이 선언될 정도로 어렵다는 것이 역사의 교훈이다.

오늘날 대부분의 국가는 민주주의를 표방하고 주권자인 국민의 적극적인 의사를 국정에 반영하고 있다. 국민의 적극적인 의사를 국가정책에 반영하는 것이 입법이다. 즉 사회변화에 따른 법 변화의 사회적 수요를 주권자인 국민이 합리적으로 판단할 수 있는 것을 전제로 한다[3]. 나라마다 같지 않으나 입법은 삼권분립에 따라 의회에서 주로 담당하고 있다. 그러나 국가와 지방자치단체의 기능이 확대되고 복잡하게 되면서 행정활동도 갈수록 전문화되고 다양화되면서 입법부와 행정부 그리고 사법부의 역할과 기능도 변하고 있다. 입법이 국가나 국민에게 미치는 영향이 막대함에도 불구하고 국회에서의 입법과정을 보면 반드시 국민의 기대에 부응하는 것은 아니다. 그렇다고 정치의 장인 국회에서 일어나는 입법과정의 특성을 무시하고 국민의 대표자인 의원들이나 그들로 이루어지는 국회를 무작정 매도하는 것은 곤란하다. 해방 이후 제헌국회가 구성된 후 현재까지 민의의 전당인 국회에서 많은 일이 이루어져왔고 그 결과물인 입법에 대한 분석이나 연구도 계속적으로 하여 왔다[4]. 입법은 일반

---

1)배병호, "한국의 유가법사상과 조리의 연혁에 관한 소고", 성균관법학 제22권 제1호, 2010, 239~240면.

2)유승국, "율곡 철학의 근본정신",예문동양사상연구원・황의동 편저, 율곡 이이, 예문서원, 2002. 100~101면. 율곡전서, 권9, 「上退溪先生書」,"國家之沈於痼疾 二十餘年矣 上因下循 一毫不改 目今民力已竭 國儲已罄若不更張 國將不國 立朝之士 何異幕燕 中夜思之 不覺起坐",

3)최대권, "사회변화와 입법", 사회변화와 입법, 도서출판 오름, 2008. 20~21면.

4)근래에 의원의 입법생산성은 의원의 개인배경보다 의회 내의 정치적 역학관계와 의회변수들과 관련이 있다는

적으로 제출된 법안에 대한 국회의 심의·의결과 대통령의 공포로 이루어진다. 입법의 기안을 누가, 어떤 이유로 작성하는지, 국회에서 어떤 원칙으로 입법심의를 하는지, 입법과정에서 어떻게 변하는지, 더 나아가 제정된 법률에 대한 평가가 개정 법률에 어떻게 반영되는지 그리고 헌법재판소가 위헌결정이나 헌법불합치 결정 등을 하였을 때 국회는 어떻게 해야 하는지 등 여러 가지가 현실문제로 된다. 민주주의와 법치주의를 천명하고 있는 헌법의 원리가 입법에 어떻게 반영되는지도 연구 대상이 된다.

대한민국이 해방 이후 6.25를 거치면서 경제의 압축성장[5]을 이루는 과정에서 정책이 입법에 반영되었고 그 과정에서 국회가 통법부로 전락되었다고 비판받기도 하였다. 통법부란 비판은 그 만큼 국가 정책이 입법에 반영되어야 하고 국회가 민주적 정당성을 지니고 있다는 것을 반증하는 것이기도 하다. 민주화 이 후에는 국회가 높아진 국민의 눈높이에 제대로 부응하지 못한다는 평가를 받고 있다. 그 과정에서 의회정치의 비효율성이 부각되고 국민의 정치적 무관심을 자아내는 상황도 많았다. 그러나 우리의 법제가 경제성장과정에서 비약적인 발전을 거두었고 최근에 와서 후발 개도국의 선진국으로서 모방 내지 계수의 대상이 되기에 이른 것은 부인할 수 없다[6]. 문제는 후발주자로 선진국의 경험과 경륜을 배우면서 나아갈 때와 달리 우리가 선두에 서서 우리의 길을 개척해야만 경우가 많다는 것이다. 당연히 기존의 방식을 점검할 필요가 있다고 할 것이다. 새로운 분야의 정책에 대한 법제 수요가 늘어나고, 참조할 일본법도 없을 경우 어떻게 헤쳐 나갈 것인지, 우리의 해결 능력이 배양되어 있는지 진지하게 검토해야 할 것이다.

우리나라의 경우 헌법재판소가 국회의 입법에 대한 평가를 하여 위헌결정을 하고, 경우에 따라서는 헌법불합치결정을 하면서 입법개선을 요구하기도 한다. 헌법재판소가 2009.9.24. 집회 및 시위에 관한 법률에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 [‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.]라고 선고하였다.[7] 그러나 2010.6.30.까지 국회에서 법 개정이 무산됨에 따라 대검찰청 공안부는 위 조항 위반혐의로 기소된 1,157명에 대해 공소를 취소하였다. 국회에 개정안이 올라가 있고, 사회 각계각층에서도 개정을 원하였으나 국회는 입법의무를 행하지 않았던 것이다. 우리나라 국회의 의회주의의 실패가 정치의 사법화 증대 현상의 한 요인이라는 시각에서 위 헌법재판소 결정이 국회의 개정입법 작용에 의해 법과정을 완결하도록 한 것은 입법학적 문제가 있다는 비판도 있다[8].

그리고 국제통화기금관리체제(IMF)라는 위기 상황에서 국회의원의 당리당략과 사리사욕으로 직무를 태만히 하거나 지위를 남용하여 수 개월간 국회를 공전하여 절실히 요구되는 국민연금법 중 개정법률안, 고용보험법 중 개정법률안, 추가경정예산안, 조세감면규제법 중

연구가 있다. 문우진,“국회의원 개인배경과 입법:입법 메커니즘과 16대와 17대 국회의 입법생산성”,의정연구 29호 ,2010, 35~678면.

5) 오원철, 박정희는 어떻게 경제강국 만들었나, 동서문화사, 2006, 343~370면.

6) 조정찬, “실용적 관점에서의 입법학의 발전방안”. 법제 2009.12. 법제처, 71면.

7) 헌법재판소 2009.9.24.선고 2008헌가25결정.

8) 최대권, “헌법불합치결정유형에 관한 몇 가지 생각-집시법 헌법불합치결정을 중심으로-” 서울대학교 법학 제50권 제4호, 2009.12. 159~160면.

개정법률안, 금융산업구조개선법안, 예금자보호법안, 외국환거래법안, 외국인 투자촉진법안 등이 심의 조차 되지 못하자 1,123명의 국민이 원고가 되어 제15대 국회의원 전원을 상대로 법원에 손해배상을 청구[9]하였다. 모든 국민이 당연히 국회에서 처리할 것이라고 믿었음에도 불구하고 국회의원들이 수개월 간 국회를 공전시키자, 일부 국민들이 국회의원들을 상대로 법원에 손해배상소송까지 제기한 것을 입법학에서 어떻게 설명해야 하는가?

그 동안 우리나라의 법학 교육은 실정법 해석에 치중하였고 사법시험 준비용으로 많이 활용되다 보니 입법학에 대한 교육은 거의 이루어지지 않았다. 어려운 여건 하에서 일부 대학교에서 입법학이 연구되고 강의하였으나 아직까지도 그 실적은 미미하다. 좋은 법을 만들기 위한 입법학의 중요성을 인식하고 많은 입법전문가를 양성해야 하나 우리나라의 경우 상대적으로 입법학의 연구가 소홀하여 아직까지 입법학이 체계적으로 정립되어 있지 못하고 있는 실정이다[10]. 정부입법을 주도하면서 법제업무에 종사해온 법제처에서는 "법령입안심사기준"을 마련하여 사실상 입법학의 실무교과서로 사용하고 있다.[11] 제대로 된 입법학의 정립과 발전을 기원하며 국회의원은 물론 법제인, 주무부처의 정책입안자, 법령에 의하여 영향을 받는 이익집단은 물론 일반국민까지 입법에 관여하는 상황에서 입법학과 다른 학문과의 관계, 대상, 방법론을 검토하면서 누구라도 공감할 수 있는 "설득의 논리"를 기다리는 입장도 입법학의 현실을 진단하고 있다.[12]

법제처가 행정부의 독립적인 자체 입법통제기관으로, 국회 사무처(법제실)가 국회 입법보조기관으로 실무가를 교육시켜 왔다. 근래에는 국회사무처와 국회입법조사처가 중심이 되어 입법에 관한 실무교육을 실시하고 있다[13] 국회에서는 국회의원 및 국회 소속 직원에 대한 교육 훈련과 연수 이외에도 지방의회와 교사, 기타 국민에 대해서도 연수를 하고 있다. 종래에는 법제처는 일반 행정요원으로 선발된 사람들을 실무교육시스템이 제대로 갖추어지지 않은 상태에서 도제식으로 교육하여 왔다. 국회 법제실도 유사한 상황이다. 국내 로펌과 개인 변호사들이 지금까지 주로 수익이 보장된 송무 업무에 종사하였고, 입법업무와 관련된 경우는 부차적인 것이었으므로 입법학 분야의 기반이 취약하였다. 장래에도 입법 분야에서의 활동이 수익을 보장한다고 할 수 없으므로 주된 업무로 하기에는 부적당하다.

그러나 입법의 중요성은 갈수록 부각될 것이다. 왜냐하면 좋은 법의 제정이 법적 분쟁의 발생을 미연에 방지하고 그렇지 않을 경우 발생할 수 있는 사회적 비용을 예방할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 입법과정에서부터 다수 국민들 상호간의 이해를 조정하고 법령에 대한 신뢰를 고양하여 결국 법적 안정성과 이를 기초로 한 사회 발전에 이바지 할 것이다.[14] 또한 올바르고 좋은 법의 제정은 國格에 대한 자부심 고양은 물론 국민으로서 인간으로서의 존엄과 가치에 터 잡은 행복을 가져다 줄 것이다. 국회가 권위를 회복하면서 국회운영과 입법환경[15]이 변함에 따라 이를 제대로 받아들여 태평성대를 이룰 수 있도록 입법학이 본격

9) 서울지방법원 남부지원 1999. 2.25. 선고 98가합1594판결, 배 병호, "국회의 입법의무". 입법학연구, 제5집, 217~221면.
10) 이상영, "한국입법연구의 동향과 전망", 『입법학연구』 제3집, 2006, 7면에서는 학문적 기반과 실제로의 도입을 겨냥한 하나의 학문 체계로서 정착되었다고 평가하고 있다.
11) 윤길준, "입법학의 정립을 위하여-입법학의 대상과 방법을 중심으로-", 법제 통권제606호, 법제처, 2008.6. 130면,
12) 윤길준, 전게논문, 139면.
13) 법제처, 입법학의 실태분석 및 발전을 위한 제도적 지원 방안 마련, 2009.12. 88면.
14) 조정찬, "실용적 관점에서의 입법학의 발전방안". 법제 2009.12. 75.

적으로 연구되어야 할 것이다.

제2절 연구의 목적과 필요성

법제처는 1985년부터 중앙부처와 지방자치단체 그리고 공공기관의 공무원 등을 대상으로 매년 법제교육을 직접 주관하거나 강사 지원 등의 방식으로 법제전문성 향상을 지원해 왔다. 2009년에는 법제처 내부 직원을 대상으로 하는 제1회 법제전문교육 과정을 개설하여 왔고, 그 성과를 바탕으로 2010년에도 '법제실무 전문교육'이란 책자를 발간하였다. 그 내용은 제1부 법령체계와 입법절차 편에 Ⅰ. 머리말, Ⅱ. 법령과 그 체계, Ⅲ. 법령의 입법절차, 제2부 정책의 법제화 편에 Ⅰ. 정책의 법제화 개요, Ⅱ. 법령입안의 기본원칙, Ⅲ. 법의 일반원칙, Ⅳ. 법령 입안 단계에서의 점검사항, 제3부 헌법과 자치입법- 헌법의 주요 원칙을 중심으로- 편에 Ⅰ. 헌법의 중요성과 개요, Ⅱ. 헌법의 기본원리, Ⅲ. 헌법의 주요 원칙 아래 1."실체적 내용"에 관한 원칙. 2. "형식"에 관한 원칙, 3. 자치입법실무 전문가 특강, 제4부 입법학의 발전, 제5부 법령 입안 · 심사 기준에 대한 심화 학습 편에 1. '총칙규정'에 대한 심화학습, 2. '조직법제'에 대한 심화학습, 3. '재정분야 법제'에 대한 심화학습, 4. '행정의 실효성확보수단(금전적 제재 등)'에 대한 심화학습, 5. '벌칙규정(죄형법정주의)'에 대한 심화학습, 제6부 인·허가 법제 편에 1. 머리말, 2. 인·허가 법제의 개요, 3. 인·허가 제도의 도입과 설정 기준, 4. 인·허가 법제의 주요 규정 내용, 5. 인·허가 법제의 개선 문제, 6. 표준모델에 따라 점검해 보는 인·허가 법제실무 등으로 이루어져 있다. 위 책은 법제 현장의 전문성이 반영되어 있을 뿐 아니라 양도 풍부하다.

법제처가 발간한 2010년 '시·도 법제업무담당자 법제교육'도 자치입법실무, 행정절차법 해설, 자치법규 입안 · 심사 사례, 지방자치법 해설, 법령해석실무 등으로 400페이지 이상으로 되어 있다. 그 중에서 자치입법실무는 1. 자치입법개요, 2. 자치법규의 규율 범위, 3. 자치법규의 입안 형식, 4. 자치법규의 입법 절차, 5. 자치법규에 대한 재의 요구와 대법원 제소 등으로 이루어져 있다. 위 책자들은 법제 실무를 익히면서 얻은 지식과 경험을 바탕으로 수년 동안의 교육을 통하여 계속 보완되고 있다.

국회에서는 지방의회의원들을 상대로 일반과정에서 조례안 입안 및 심사, 예산안·결산 심사, 행정사무 감·조사 등을, 전문과정에서 사회복지 분야, 결산심사/예산안 심사 분야 등을 교육 하고, 광역 및 기초의회 전문위원 및 직원을 상대로 위 의원들에 대한 일반과정 외에 추가로 지방자치법해설, 회의 운영론, 의안실무 등을 교육하고 있다[16].

입법학에 관한 교재로 입법과정론[17]과 입법학 입문[18] 그리고 사회변화와 입법[19] 등을 들 수 있다. '입법과정론'은 공저자들이 모두 입법고시출신으로 국회 상임위원회 수석전문위

15) 입법환경 변화에 따른 법제처의 대응에 대한 논의로 조정찬, "입법환경의 변화와 입법절차상의 개선방안", 법제, 법제처, 2010.2. 43~63면.
16) 법제처, 입법학의 실태분석 및 발전을 위한 제도적 지원 방안 마련, 2009.12. 89~91면.
17) 1998년 출간된 임종훈· 박수철의 공저로 2006.3. 3판(박영사) 참조.
18) 박영도, 입법학 입문, 법제연구원, 2008.
19) 최대권외 14인 공저(2008.12.30. 도서출판 오름에서 발행)로 각 분야별 사회변화와 입법을 다루고 있다.

원출신이거나 국회사무처 재직 중으로 국회의 입법과정을 보조한 전문가이므로 입법과정에 중점을 두고 있다. 목차는 제1편 서론으로 제1장 입법과정의 의의, 제2장 입법과정 분석의 틀, 제2편 외국의 입법과정에 제1장 미국의 입법과정, 제2장 영국의 입법과정, 제3장 일본의 입법과정, 제4장 독일의 입법과정, 제5장 프랑스의 입법과정, 제3편 한국의 입법과정에 제1장 한국의 입법현황, 제2장 법률의 제정과정, 제3장 법률 외 법규범의 제정과정으로 구성되어 있다.

'입법학 입문'은 법제연구원 선임연구위원으로 있는 저자가 오랜 기간 연구한 것을 정리한 것으로 입문서답게 포괄적인 내용을 담고 있다. 제1장 입법학 서론에 제1절 학문으로서의 입법학의 성립가능성, 제2절 주요국가의 입법학 연구 현황, 제2장 입법분석론에 제1절 입법의 의의와 기능, 제2절 새로운 입법유형의 등장, 제3절 입법의 지도원리, 제3장 입법방법론에 제1절 입법방법론의 의의, 제2절 입법방법론의 구체적 전개, 제4장 입법과정론에 제1절 입법과정의 의의와 기능, 제2절 입법의 준비과정, 제3절 정부입법계획의 수립과정, 제4절 법률안의 입안과 심사과정, 제5절 법률안의 발안과정, 제6절 법률안의 심의과정, 제7절 법률안의 의결 및 공포과정, 제5장 입법기술론에 제1절 기술로서의 입법, 제2절 입법기술의 적용원리, 제3절 입법기술의 적용지침, 제6장 입법평가론에 제1절 입법평가제도의 의의 및 기능, 제2절 입법평가의 수단과 평가방법, 제3절 입법평가의 유형과 방법론, 제4절 입법평가제도의 도입을 위한 제도적 방안 등으로 구성되어 있다.

'사회변화와 입법'은 입법학 각론에 해당하는 부분으로 사회변화에 따른 입법의 변화를 부문별로 검토하고 있다. 생명공학기술의 발전과 입법정책, 정보통신기술의 발전과 입법정책, 정당정치의 변화와 입법정책, 글로벌 지식정보사회와 국회의 발전방향, 언론환경의 변화와 입법, 조세정책의 변화와 입법, 노동환경의 변화와 입법정책, 형사정책의 변화와 입법, 가족제도의 변화와 입법, 사회변화와 사회정책입법의 과제, 교육자치와 입법정책, 환경정책의 변화와 입법, 기후변화와 입법, 사회변화와 입법자의 과제 등을 담고 있다.

입법학 입문이나 입법과정론에 언급이 되지 않은 中國에서도 입법학 연구가 활발하다. 그 중 북경대학 입법학 연구중심의 주임교수로 있는 周 旺生이 2004년 출간한 立法學(북경, 법률출판사)의 내용을 목차를 중심으로 살펴보면 다음과 같다. 제1장 서론에 제1절 입법학의 가치와 지위, 제2절 입법학의 탄생과 발전, 제3절 입법학의 대상과 체계, 제4절 입법학의 연구방법, 제2장 입법의 개념에 제1절 입법개념개론, 제2절 입법의 외연, 내함 및 정의, 제3절 입법의 기본개념, 제4절 입법과 법의 創制, 制定, 制訂과 擬訂, 제3장 입법원리, 제도와 기술에 제1절 입법원리, 제2절 입법제도, 제3절 입법기술, 제4장 입법지도사상과 기본원칙에 제1절 입법지도사상과 기본원칙개설, 제2절 중국입법의 지도사상, 제3절 중국입법의 기본원칙, 제5장 입법주체에 제1절 입법주체개설, 제2절 입법기관, 제3절 국가원수・행정기관과 사법기관, 제4절 立法者와 立法工作人員, 제6장 입법권한에 제1절 입법권개설, 제2절 입법권체계와 국가권력체계, 제3절 입법권의 귀속과 범위, 제4절 명시입법권과 묵시입법권, 제5절 국가입법권・지방입법권과 정부입법권, 제6절 입법권 사이의 관계, 제7절 중국현행입법권한획정체제, 제7장 立法程序에 제1절 입법정서개론, 제2절 입법활동과정, 제3절 제출법안, 제4절 심의법안, 제5절 표결과 통과법안, 제6절 공포법, 제8장 중앙입법에 제1절 중앙입법개론, 제2절 전국인민대표대회입법, 제3절 전국인민대표대회상무위원회입법, 제4절 국

무원입법, 제5절 국무원부문입법, 제9장 지방입법에 제1절 지방입법개론, 제2절 일반지방입법, 제3절 민족자치지방입법, 제4절 경제특구와 특별행정구입법, 제10장 수권입법에 제1절 수권입법이란 무엇인가, 제2절 수권입법제도, 제3절 중국수권입법, 제11장 입법방법・책략과 요구에 제1절 입법의 일반방법, 제2절 입법의 기본책략, 제3절 입법기술의 기타요구, 제12장 立法豫測・規劃과 規劃에 제1절 立法豫測, 제2절 立法規劃, 제3절 立法規劃, 제13장 법안기초에 제1절 법안과 법안기초개론, 제2절 法案起草人, 제3절 법안기초의 과정과 절차, 제4절 委託起草와 合作起草, 제14장 법의 구조에 제1절 법의 구조적 요건과 유형, 제2절 법의 명칭, 제3절 법의 내용, 제4절 목록, 표제, 서언, 괄호와 부록, 제5절 卷, 編, 章, 節, 條, 款, 項, 目, 제6절 법의 언어문자, 제15장 법의 총칙・분칙과 부칙에 제1절 법의 총칙, 제2절 법의 분칙, 제3절 법의 부칙, 제16장 입법의 完善에 제1절 법의 修改와 보충, 제2절 법의 폐지, 제3절 법의 淸理, 제4절 법의 匯編, 제5절 법의 編纂으로 방대한 양을 개괄적으로 소개하고 있다. 방대한 영토와 많은 인구를 가진 중국의 입법학 연구도 비교법적 연구의 가치가 있다.

최근 법학전문대학원이 개원하여 수준 높은 법률문화 창달을 위한 기초작업을 하고 있으므로 차제에 그동안 소홀히 취급받아 왔던 입법학에 대한 관심을 높이고 입법학의 실용성을 강조하고 있다. 기존의 실무 교재와 최근의 교재를 바탕으로 우리의 입법학 교육에 적합한 교재의 개발이 필요하다고 할 것이다. 입법학이 실용적인 학문으로 발전하고 더욱 활성화되기 위해서는 정치학 , 경제학, 행정학 등과의 구별과 함께 학제간의 도움도 소화할 수 있는 독자적인 입법이론과 입법방법론 등이 정립되어야 한다. 이를 위하여 정부는 지속적으로 관심을 가지고 지원해야 할 것이다.[20] 또한 입법학에 대한 연구가 체계적으로 진행되어 있는 주요국가의 입법연구 현황과 내용, 교육사례를 비교분석하여 우리나라 입법학의 발전을 위한 자료를 마련하는 것이 필요하다고 할 것이다.

제3절 연구의 범위와 내용

Ⅰ. 대륙법계 국가인 스위스, 독일, 오스트리아

이들 나라의 입법학 체계화 과정과 연구현황을 분석하고, 최신 입법학 관련 주요 저서나 논문을 통한 입법학 내용 분석을 살펴보고 입법학 교육사례 분석을 주 내용으로 한다. 유럽통합을 통한 입법학의 발전 방향도 살펴 볼 것이다.

Ⅱ. 영미법계인 미국의 입법학 연구 현황과 교육 동향

미국의 입법학 체계화 과정과 연구현황을 분석하고, 최신 입법학 관련 주요 저서와 논문

20) 법제처는 2009년 한국입법학회에 “입법학의 실태분석 및 발전을 위한 제도적 지원 방안 마련”을 연구하게 하여 우리의 위치를 점검하였다.

을 통한 입법학 내용 분석을 살펴보되 가장 일반적인 입법학 교재의 번역을 중심으로 소개를 할 것이다.

Ⅲ. 일본의 입법학 연구현황과 교육동향

일본의 입법학 체계화 과정과 연구현황을 분석하고, 최신 입법학 관련 주요 저서와 논문을 통한 입법학 내용 분석을 살펴보되 가장 보편적인 교재를 중심으로 전체적인 흐름을 살펴보고자 한다. 그리고 입법학 교육사례 분석도 할 것이다.

Ⅳ. 우리나라의 입법학 연구 현황과 교육동향

우리나라의 입법학 연구 성과와 경향을 분석하고 장래의 입법학 수요에 대한 입법학 내용과 교육방법에 관한 연구를 분석하고 발전 방향 등을 모색한다. 중국도 입법학에 관한 많은 연구가 있어 왔고, 법의 역사와 우리나라에 미친 영향이 적지 않으므로 입법학 교재의 간단한 소개도 곁들인다.

제4절 연구방법

연구방법은 문헌조사와 교육사례분석 및 주요 자료 번역이다. 즉 입법학에 관한 이론연구가 체계적으로 되어 있는 대륙법계 국가와 영미법계 국가인 미국 그리고 우리나라의 입법에 많은 영향을 준 일본의 주요 저서나 논문조사를 통하여 문헌 연구를 하고, 각 국의 교육사례를 구체적으로 분석할 것이다. 특히 실습 위주의 입법학 강의가 보편화되어 있는 미국의 입법교육사례를 분석하여 입법학 이론과 실무 사례를 접목한 강의교재와 사례 교육의 강의 모델을 개발하고자 한다. 위 작업을 위하여 관련 저서와 논문을 선정하여 주요한 내용을 번역하고 분석할 것이다.

제2장 독일의 입법학 연구

제1절 연구방향

Ⅰ. 입법학 개관

입법학 분야에서 기존의 연구로 얻어내고 쌓은 업적은 상당히 두텁게 깔려있다. 그런데도 실무나 이론 영역에서 입법학에 관하여 논의할 때 무엇인가 흡족하지 못하다고 시달리는 느낌이 심각한 듯하다.

우선 그 원인의 하나가 개별사례와 일반이론의 피드백적 보완관계가 아직 충분히 성숙하지 못한 것이 아닐까 추측해 본다. 언제나 사태의 추상화를 바탕으로 성립하는 일반적 이론과 개별사안을 다루는 실무는 상호 보완하면서 나선형을 그리며 융합하며 새로운 차원을 획득하기 마련이다. 피드백적 보완관계가 이루어지면 부족하든 넘치든 자체의 과정에서 수정하고 보충하는 기초적 기제에 대한 신뢰가 쌓이며 어떤 문제가 생기든 문제 자체를 해결하기 위해 노력을 기울이게 마련이다. 기존의 연구에서 이와 같은 구체적 사례와 일반적 이론의 연계적 논의가 보이지 않는다는 점이 오히려 기존의 성과를 무엇인가 부족하다는 판정을 벗어날 수 없게 만드는 올무가 아닌가 싶다.

입법학은 명칭 자체에서 드러나듯이 “법을 세우는 것”에 대한 학문이므로 대단위성과 종합성의 의미를 지닐 수밖에 없다. 법률을 제정하고 개정하자면, 무엇인가 규율해야 할 필요에 직면한 사실적 상황이 일어나 이를 파악하고 점검하며, 그에 대한 다수의 정책적 선택지 가운데 하나를 원칙적 정책 방향으로 선정하고, 그에 따라 사실과 대책을 포괄하는 규범으로 제정 내지 개정하여 이를 기존의 법체계 중 하나로 편입시킨다는 과정을 거쳐야 한다. 이 법률을 시행한 결과 사실관계의 변화가 일어나고 다시 문제로 파악되면 위와 같은 과정을 다시 밟아나가게 된다. 입법학은 그리하여 사실과 규범이라는 두 개의 영역에 걸친 작업으로서 순환적 관계 즉 피드백 관계를 지닌 것이어서 그에 걸맞게 순환적 관계의 결절점마다 일정한 조직과 주체를 설정해야 한다. 뿐만 아니라 사실과 규범의 해당영역이 확립한 체계를 상호조정해야 한다는 다원적 및 체계적 검토의 필요성이 제기된다. 그리고 이 사실과 규범의 체계적 위치는 단위 국가와 사회의 내부적 관계는 물론 다수 국가와 사회가 관여하는 국제관계에도 연계될 수밖에 없다. 뿐만 아니라 기타 사실관계 즉 자연과학적 발전의 수준 등과 같은 배경에 비추어서도 또는 그를 기반으로 해서만 규범을 검토할 수 있고 또한 검토해야 한다. 규범관계의 측면에서도 이에 부응하여 체계적 위치를 파악하기 위해서는 헌법 및 공법과 사법 체계 전반은 물론 국제법적 측면도 포함하여 검토해야 한다.

Ⅱ. 입법학의 주요대상

1. 법규범과 법현실

입법학은 법규범의 측면에서 법정책과 법현실을 정면으로 평가하고자 시도한다.

법규범 측에서는 규범 전체에 비추어 개별 법규범이 지닌 체계적 위치를 확인하고 점검함으로써 사안의 내용 자체가 중복되지 아니하면서 사안이 차지하는 적절한 위치를 찾아 그에 걸맞는 효과를 부여하고자 노력을 기울인다.

법정책과 법현실의 측에서는 규범의 현실적 전제조건이거나 규범의 실행에 따른 현실적 상황의 변화 등을 규명한다.

2. 입법학 논의 대상의 범위

입법학은 그에 따라 다루어야 할 사항의 범위가 넓다.

법규범의 수평적 측면에서는 각종 관련규범이 실체법 및 소송법 그리고 법률용어, 법체계 등의 문제를 해결하여야 한다.

법규범의 수직적 측면에서는 국내법상 헌법, 법률, 명령, 자치법규 등의 상호조화 및 효율화가 필요하며 국제법상 조약 및 기타 규율사항에 관한 사안을 점검해야 한다. 특히 이 측면에서 법률의 위헌성, 위임입법의 한계, 자치입법의 한계 등의 문제가 법해석학적 차원과 범위에서 제기될 것이다.

법현실의 수평적 측면에서는 관련사안에 중복적으로 적용한다든지 전제적 영향 내지 후속적 영향 등의 측면에서 연속적으로 서열이 규정되어 있다든지 관련부서가 상호 교환적으로 조율한다든지 등의 방식으로 사안을 정리하는 실무적 성과를 계속해서 반영해야 한다. 특히 이 측면에서 관련영역의 특수성에 따라 관련 자연과학 내지 사회과학의 인식과 방법론에서 제기하는 문제를 점검하게 될 것이다.

법규범이나 법현실이나 모두 관련되어 있는 개별영역의 개별주체가 복합적으로 관여해야 비로소 전체적으로 문제를 해결할 수 있다는 필수적 요건이 공통적으로 나타난다.

3. 입법학의 기타 체계적 접근방식의 점검

- 입법과정: 관련사실의 확인 및 수집 단계, 관련 전문가의 정책적 판단, 법률초안 작성의 규범단계, 이익단체 등 관련당사자의 참여, 행정·입법·사법 등에 걸친 관련주체의 지원 등의 과정을 밟으면서 수행해야 할 주체의 조직적 권한에 관한 현행법 내지 절차법을 확인하는 데 상대적으로 더 큰 비중을 둔다.

- 입법이론: 규범 자체의 체계적 구조 다시 말해서 수직적 상하관계 및 수평적 분할관계 등에 관한 일반론적 접근이 요구될 것이다.

수직적 상하관계란 헌법을 정점으로 하는 규범체계의 구현으로서 위헌성 내지 위법성 그

리고 위임명령에 대한 통제 등의 문제가 제시될 것이다.

수평적 분할관계는 관할권한을 지닌 부서 사이에 중복적 또는 전제적 내지 사후적 또는 상호교환적 권한을 구현하기 위한 협력관계 또는 상위부서의 조정관계 또는 하위부서에 대한 일방적 내지 전속적 지시로 나타날 것이다. 결국 적절한 배분 내지 중복 관계를 추구하면서 평등성 내지 비례성 원리로 구현될 수 있을 것이다.

하지만 이론적 측면에서 일반적으로 사안에 접근하는 한 일반성으로 말미암아 대개 형식적 평가를 관철하는 수준에서 그칠 가능성이 높다.

- 개별적 사례분석: 결국 규범의 규율대상인 실질적 사항의 내용까지 규율해야 한다면 개별영역 내지 개별사례로 접근하지 않을 수 없다. 영역별 내지 유형별 구분방식에 따라 사안을 평가하면서 비로소 개별영역의 실질적 활동주체가 현장의 평가를 제시할 수 있다. 다시 말해서 법학이 다루는 사안이 속한 영역에 대하여 가령 환경에 관한 자연과학적 평가 및 시장경제적 효과 등을 관철할 수 있을 것이다.

- 교육과목으로서 입법학:

개별 실무영역의 지식을 획득하는 학부의 개별학과를 마친 뒤에야 비로소 법과대학원에서 법학을 이수하는 미국식 로스쿨 체제에서나, 법과대학에서 기본적 법학 지식을 이수한 뒤에 개별 실무영역의 지식에 법적으로 접근하는 유럽식 법과대학 체제에서나, 결과적으로 돌이켜 보면 법학의 일반적 지식 자체와 대상 실무영역의 지식을 접합시켜야 한다는 명제는 모두 인정하는 것이다.

입법학은 전형적으로 규범과 현실 즉 법학과 개별영역의 지식이라는 두 개 영역을 결합하고 평가하고 개선하는 과정, 절차, 주체 등은 물론 그에 관한 일반적 목표 및 구현수단을 다루는 학문이다. 로스쿨 체제와 법과대학 체제의 대비상황에서 드러나듯이 입법학도 그대로 현장에서 실무적 소양을 갖춘 공무원이 그에 연계하여 입법에 관여하는 경우와 로스쿨이나 법과대학 등의 학생이 법적 지식을 일단 갖춘 뒤에 현장의 상황을 규범화하는 데 관여하는 경우는 교육의 양상이나 비중이 달라질 수밖에 없다.

이하에서는

- 일단 입법학 자체의 역사적 변천과 대응을 개괄적으로 살펴보고 그와 동시에 주변 학문영역과 관계를 규명하며 입법학 자체의 정체성을 살펴본다(제2절).
- 이어서 입법이론적 시각에서 독일의 입법학 전반을 개관한 (제3절) 이후에,
- 사실상 입법학 분야 중 법해석학에 매우 가까우면서 실무현장에서 가장 기본적이며 긴급한 요소의 집적체인 입법기술 분야를 (제4절) 점검하고,
- 이어 최근 독일에서 입법학을 전면적으로 동원하여 수행한 입법평가의 사례를 (제4절) 통하여 입법학의 이론 및 실무 측면의 일반적 성과를 검토하고,
- 나아가 교과서의 목차 및 대학 및 실무현장의 개설강의 주요사항을 점검하여 입법학이 교육 영역에서 어떻게 구현될 수 있는지 추정한 (제5절) 다음에
- 결론적으로 우리 현실에서 평가해서 활용할 수 있는 몇 가지 정책적 지적사항을 확인한다(제6절).

제2절 입법학 발전의 추세 (학문과 정책 사이의 입법이론)

I. 문제제기

오늘날 일상적인 생활은 물론 현대 사회 자체가 모두 광범위하게 법률에 의하여 규정된다.[21] 국가는 특히 법치국가는 법률국가이며 그에 따라 결국 입법국가이다.[22] 그렇지만 학문과 이론으로서 입법학 내지 입법이론(die Gesetzgebungslehre in Wissenschaft und Lehre)은 예나 지금이나 그림자 신세에 지나지 않는 유예 기간을 벗어나지 못하고 있는 실정이다.[23] 그래서 한 마디로 말해 문제는 여전히 제기되어 있는 상태이다. 예컨대 "핀란드에는 법률이 너무 많은데 그래도 여전히 부족하다."[24] 뿐만 아니라 불공정거래금지법(UGB) 또는 유한회사 개혁입법(GmbH-Reform) 등과 같은 대규모 입법계획은 단순하게 입법 문제에 그치지 않고 실체적인 측면의 접근과 근거확보 작업을 병행한다는 점을 특히 유의해야 한다. 이에 대해서는 규율해야 할 대상인 실체영역(Sachbereich)에 관하여 충분히 파악한 상태라고 할지라도 그것만으로 충분하지 않다는 점을 지적해야 하지만 이는 이미 주지의 사실에 속하게 된 지 오래되었다. 다시 말하자면 입법의 전제여건, 기여가능성, 현실적 한계 등에 관하여 총체적으로 이해하는 것이 필요하다. 그렇다면 입법학 내지 입법이론이 지닐 수밖에 없는 다양한 면모에 대하여 그때마다 제기될 주요한 의문에 관하여 어떻게 해결의 기본적 방향을 제시해야 하는지, 도대체 구체적으로 입법학 내지 입법이론이 어떤 해결방안을 제공할 수 있는지, 그렇게 해서 어떤 목적을 또는 누구에게 유리하게 해결방안을 구현하고자 추구하는지, 그래도 해결하지 못한 채 남게 될 문제가 무엇인지, 과연 누가 또는 어떤 조직단위가 입법학에 기여할 수 있는지, 궁극적으로 입법학에 관해 법학 특히 헌법이 어떤 태도를 취할 수 있는지 등에 관하여 깊이 살펴보지 않을 수 없다.[25]

II. 개념적 요소(Begriffliches)

입법이론은 무엇인가. 일반적으로 이해하는 개념에 따르면 입법이론에는 법률의 성립, 작

---

21) Schuppert, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1998, S. 105 ff. 참조.

22) Messerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 70 ff.

23) 겨우 몇 개 학부에서만 입법학을 개설과목으로 인정하였다. 이 경우 강의과목으로 개설했다 할지라도, 그러니까 선택과목(Wahlfach) 중 하나로서, 필수과목은 아닌 것이다. 하지만 새로 도입하게 될 중점과목의 목록(Schwerpunktstudienangebote)에 한 자리를 획득하지 않을까 기대하는 중이다. 법률가 양성교육 중 입법학의 지위에 관해서는 최근의 것은 아니지만 Merten, in: Schreckenberger, Waldemar (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Grundlagen - Zugaenge - Anwendung, Stuttgart 1986, S. 178 f. 참조.

24) 핀란드 입법학자의 지적을 Karpen, AoeR 124 (1999), 400 (419)에서 재인용.

25) Messerschmidt, Klaus, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz, ZJS (Zeitschrift fuer das Juristische Studium - www.zjs-online.com) 2/2008, S. 111 ff. (Teil 1); 3/2008, S. 224 ff. (Teil 2) 논문에 주로 의거하여 이하 논의를 전개한다.

성 내지 구성, 효과 등을 포괄하여 그에 관한 모든 이론이 포함된다.[26] 법률의 작성(die Abfassung von Gesetzen)은 법률기술 내지 입법기술(Gesetzestechnik bzw. Gesetzgebungstechnik) 또는 특히 오스트리아에서 부르는 용어로는 입법기예(Legistik) 등의 대상이다.[27] 법률의 효과 내지 영향력(Wirkung von Gesetzen)은, 한 걸음 더 다가서면 입법계획의 단계에서 수행하는 사전적 예측이므로, 결국 법률의 후속적 효과의 평가(Gesetzesfolgenabshaetzung)이다. 이는 일정한 의도에 따라 정립하여 현재 효력을 미치는 법조항의 관련사항을 조사하고 그리고 이를 대안을 포함해서 관련분과 상호연관적으로 연구비교하여 평가하는 것을 의미한다. 뿐만 아니라 이로써 입법절차를 합리화할 수 있다고 한다.[28] 반면에 입법이론(Gesetzgebungslehre)은 상위개념(Oberbegriff)을 제공한다. 이는 (입법이론이 국가관련법의 부분영역으로서 관련되는 한) 법률 정립의 헌법적 근거와 한계와 같은 전통적-법학적 요소는 물론이고, 법학 이외의 관련 이론 등도 포함하는 그와 같은 상위개념을 말한다. 법정립이론(Rechtsetzungstheorie)이라는 개념을 사용함으로써, 법률정립 이외에 다른 종류의 법정립 특히 명령정립(Verordnungsgebung)과[29] 자치법규정립(Satzungsgebung) 등에도 또한 주의를 기울여야 한다. 이 점에 유의하면 입법학 내지 입법이론의 대상과 범위가 단순하게 '제1권력(Erste Gewalt) 즉 입법부의 기능에 관한 이론'의[30] 수준을 넘어간다는 의미가 드러난다. 이보다 더 넓게 접근하는 것이 규율이론(Regulierungstheorie)의 개념이다. 이는 사회과학 분야에 속하는 것으로 그 분야의 특정한 이론적 단서를 대변한다. 그 밖에도 입법이론, 입법론, 입법학(Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungstheorie und Gesetzgebungswissenschaft(en)) 등은 물론 - 독일에서는 드문 사례에 속하지만 - 법률과학(Legisprudenz)[31]까지 동의어로 사용하고 있다. 하지만 이는 각 개념에 대한 사전적 이해의 내용이나 중심적 의미 등이 얼마나 다른지 보여주는 것이라는 점에 오히려 유의해야 한다. 입법이론 즉 법률정립 이론(Gesetzgebungslehre)은 개별단어에 치중하면 차라리 우량법률정립 작업을 위한 기예이론(Kunstlehre)이거나 역사적 내지 실무적 체험의 전수라는 의미를 지닌다는 데 가깝다. 반면에 -론 내지 -학(-theorie bzw. -wissenschaft)을 포함하는 단어는 과학의 한 분과로서 즉 전형적으로 법학(Rechtswissenschaft)을 초월하여 무엇인가 연구한다는 모종의 별도의 지향성을 지닌다는 의미의 단서를 보여준다. 법률정립학 즉 입법학(Gesetzgebungswissenschaften)은 그 범위를 넘어가서 한 개(eine)의 법률정립 이론이

---

26) 이에 관한 안내서 역할을 맡을 만한 문헌으로는 Karpen (Hrsg.), Zum gegenwaertigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, 1998 그리고 Karpen, Ulrich (hrsg.), Gesetzgebungslehre - neu evaluiert (Legistics - freshly evaluated), (1. Aufl. 2006 ***) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008 참조.

27) OEhlinger, Theo (Gesamtredaktion), Methodik der Gesetzgebung - Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, Forschungne aus Staat und Recht 57, Springer Verlag: Wien/New York, 1982와 Schlaepfer, in: Roedig, Juergen (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 192 ff.을 참조.

28) Ennuschcat, DVBl. 2004, 986 (992) 참조.

29) Messerschmidt, Rechtsverordnungen, in: Ergaenzbares Lexikon des Rechts, LdR 122 (Dez. 2004) 참조.

30) Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 5.

31) Mader, LeGes 2006, 143 (145); Wintgens (Hrsg.), The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence, 2005; ders., Ratio Juris 19 (2006), 1 und ders., (Hrsg.), Legislation in Context. Essays in Legisprudence, 2007. 국제적 차원에서는 법률과학(Legisprudence)의 개념이 관철될 가능성도 있다. 규범학(Normlogie)라는 개념은 오히려 희소한 사례에 속한다.

아니라 다수의 다양한(eine Vielzahl) 단서가 포함되어 있다는 점을 강조하여 표현하는 것이다. 물론 그렇게 다양한 다수의 이론적 단서는 무엇보다도 개별단서가 소속되어 있던 원천분과의 접근방식에서 도출되고 유래하는 것이다. 법률정립이론 즉 입법이론(Gesetzgebungslehre)은 그러므로 이념적 견지에서는 다양한 법률정립 이론 즉 입법이론의 합명제(Synthese)에 해당된다. 구체적 법률에 대한 비판은 입법이론에 속하지 아니한다. 다만 그 비판이 개별 법률의 차원을 넘어가는 입법이론의 적용으로서 구현된 것인 경우에만 예외적으로 입법론에 속한다고 인정해야 할 것이다.

III. 법과대학 개설과목으로서 입법이론(Gesetzgebungslehre im juristischen Studium)

법과대학의 개설과목(Jurastudium)으로서 입법이론이 결코 편안하게 한 자리를 차지했다고 볼 것은 아니다.[32] 유행의 흐름을 타는 중인 분과 또는 화사한 과목 등과 경쟁하지 않을 수 없다. 그렇지 않아도 과도하게 넘치는 교과과정(Studienplaene)에 한 자리 차지하려 기울이는 경쟁적 노력을 감안하면 입법이론이 '장벽 위에 핀 한 떨기 작은 꽃의 신세'를[33] 면치 못하고 있다. 부수과목(Nebenfaechern)을 개방한다고 해서 입법학에 더 크게 배려할 것이라는 바람이 충족될 것이라는 연계성은 거의 없다. 오히려 입법이론은 - 법학방법론(die juristische Methodenlehre)과 마찬가지로 - 기초법학 분야(ein Grundlagenfach)에 속한다. 이와 같은 분야에 소속되었다고 해서 법학 교과과정의 선별에 관한 특정한 지위를 획득하는 것은 물론 아니다. 다른 기초법학 분야의 과목 예컨대 법이론, 법철학 등과 마찬가지로 입법이론은 한편으로 기초적 성격을 지녔다고 하지만 다른 한편으로는 초보자가 접근하기에 매우 어려워서 차라리 상급과정의 학생에게 제공하는 과목이라고 해야 할 것이다. 교과과정 소속과목으로서는 어차피 부차적 지위밖에 얻을 수 없으므로 입법이론은 그 밖의 이른바 유보 내지 예방 법학(Kautelarjurisprudenz) 특히 계약의 형성(Vertragsgestaltung) 과목과 마찬가지로 결국 학부의 법학 교과과정으로는 예나 지금이나 수강지원자 수가 적게 마련이다.[34]

입법이론을 방치한다고 해서 이를 결함이라고 비난하기만 한다면 결코 공정한 처사는 아

32) 법률가 양성교육의 하나로서 입법학의 지위에 관해서는 비록 최신의 것은 아니지만 Merten (1986), S. 178 ff. 참조. 독일에서 입법학 과목을 개설한 대학으로는 함부르크, 베를린, 슈파이어 등을 들 수 있다. 그밖에도 Karpen, LeGes 2006, 125 (125 f.) 참조. 그보다 절대적으로 규모가 크다고 할 수는 없지만 그래도 스위스와 같은 작은 나라로서는 상대적으로 규모가 크다고 할 수 있는 개설과목으로서 입법학에 관해서는 Mader, LeGes 2006, 143 참조. 그밖에도 고무적인 사례로서 "훔볼트 토론회: 법(Humboldt Forum Recht)"에서 "법의 제조(Fabrikation von Recht)"에 관한 경쟁논문 모집에 베를린 대학생의 응모가 상당한 열기를 띠었다는 것을 들 수 있다. 이는 2006년도 연방법무부의 후원으로 시행된 것이었다. 연방법무부 장관이 수상식에 참여하여 그밖에도 학계에서는 예나 지금이나 위계서열적 사고방식이 지배적이라는 관점에서 볼 때 결코 자연스럽고 당연한 일은 아니었다고 할 것이다. www.humboldt-forum-recht.de 참조.

33) Mader, LeGes 2006, 143 (144).

34) 이른바 유보 내지 예방 법학 분야에 대해 종전보다 더 강력하게 배려해야 한다는 요구에 관해서는 이미 Rehbinder, Vertragsgestaltung, 1982에서 제시한 바를 참조.

닐 것이다. 법학 교과과정에서 서열이 낮다는 사실에 대한 논거가 오히려 타당하다는 점도 인정하지 않을 수 없기 때문이다. 법률가라고 하면 무엇보다도 법률을 해석하고 적용하는 것이지 법률을 작성하는 것은 아니다. 법학을 공부한 이 중에서 매우 적은 숫자의 사람만 나중에 행정각부의 관료 중 하나로 또는 각종 협회의 일원으로 직접 또는 간접적으로 입법에 관한 참고인사 역할을 맡아 법률의 문언을 작성하는 데 관련을 맺는다. 법학을 공부하면 대부분 법률가로서 법률을 적용하면서 해석하는 직무를 수행한다. 행정분야 법률가이든, 판사든, 변호사든 마찬가지이다. 다만 직무상 규정된 형식문건과 기존문언 등에 의존해서 법학적 능력을 관료주의적 일상사로 대체하여 수행하는 이들은 여기서 제외될 것이다. 물론 입법이론 더 분명히 표현하자면 입법기술(즉 법률기예 Gesetzestechnik)에 오직 적용역할만 맡은 이도 관심을 기울여야 할 것이다. 왜냐하면 법률의 문언, 계기, 구조 등에 대한 감수성을 더 높일 수 있기 때문이다. 어차피 법학적 해석기예 내지 방법론과 입법기술은 밀접한 관계를 이룰 수밖에 없는 것과 마찬가지로, 입법 내지 법률을 정립할 때 언어 내지 문언은 거꾸로 구성요건에 포섭시킬 경우 언어 내지 문언과 연계되어 작동할 것이다.[35]

IV. 학문으로서 입법이론(Gesetzgebungslehre in der Wissenschaft)

1. 현황

입법이론은 - 법학에 연계시켜 평가하는 경우가 많다는 사실을 그대로 수용하지만 - 여하튼 단순하게 한 개 분야라고 단정할 수는 없고 오히려 여러 분야를 넘나드는 경계영역에 속한다고 할 수 있다.[36] 법학 내부에서도 입법이론은 법학을 "판례학문(Rechtsprechungswissenschaft)"으로 축소하는 경향의 방향타에 교정용 쐐기를 박는 역할을 수행했다.[37] 지금까지 입법문제에 관하여 법학적 기본구조에 따른 문헌이 상당히 많이 출현했다는 사실만 보아도 최소한 그 수준에서는 이와 같은 교정용 쐐기가 상당한 성과를 거두었다고 할 수 있다.[38] 그러나 정치학과 경제학 등의 방법론에 의거하여 체계적 일관성을 갖춰 입법을 분석한 성과라면 독일에서도 여전히 보완해야 할 형편이다. 뿐만 아니라 각개 영역의 상호비교적 분석 내지 각개 국가의 상호비교적 분석 역시 꽤나 부족한 것이 현실이다.[39]

거칠게 나누면 입법이론(Gesetzgebungslehre)은 두 가지 차원으로 구별할 수 있다. "한

35) Maihofer, in: Winkler, Guenther/Bernd Schilcher (Gesamtredaktion), Gesetzgebung - Kritische UEberlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik (Forschungen aus Staat und Recht 50), Springer Verlag: Wien/New York 1981, S. 3 ff., 25.

36) Smeddinck, Integrierte Gesetzesproduktion. Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinaerer Perspektive, 2006, S. 35 ff. m.w.N. 참조.

37) Schilcher, in: Winkler/Schilcher (1981), S. 35 ff. m.w.N.

38) 이에 대한 증거로는 홍수같이 밀려오는 입법학 관련문헌을 들 수 있다. Schreckenberger (1986), S. 187 ff.에 나타난 바덴의 입법학에 관한 선별문헌 목록 (20쪽에 이른다) 이래로 수백 개의 논문이 추가되었다. 최근 나라별로 분류한 문헌목록으로는 Karpen (2006), S. 169 ff. 참조. 카르펜에서는 다른 유럽국가의 입법과학 및 입법기술 문헌이 포함되어 있어 그만큼 참고할 가치가 크다.

39) 하지만 최근의 성과 중 하나로는 Ismayr (Hrsg.), Gesetzgebung in Westeuropa, Wiesbaden 2008.

편으로는 법정립에 관하여 연계상황, 조건, 원인, 효과 등을 인과적-기술적 측면에서 파악(eine kausal-deskriptive Erfassung)하고자 노력을 기울인다는 것이요, 다른 한편으로는 그와 동시에 기술 이전의 내용(praeskriptive Aussage) 즉 사전에 설정된 목표, 가치, 과제 등을 관찰하면서 법정립을 합리적으로 그리고 가능한 한 효율적으로 형성할 가능성과 당위성을 어떻게든 획득하자는 것이었다."[40] 입법학(Gesetzgebungswissenschaft)의 특징을 "법사실의 연구를 기반으로 일관성 있게 구성한 입법이론"이라든지 "입법에 관한 준비 및 수행을 개선하기 위한 입법 실무에 관한 학문적 이론"[41] 등으로 파악하면, 이는 입법이론의 하부사례 중 하나를 지칭하는 데 그치게 된다. 즉 이는 그보다 더 포괄적인 규율이론(Regelungstheorie) 중 일부를 다룬 것이다.[42] 결국 입법이론을 이렇게 포괄적으로 파악하면 법률하위 조항에 대하여 넓게 유추해서 효력을 미친다는 데 대해 더 이상 달리 논증할 필요도 없게 된다. 그렇다고 해서 명령정립 또는 행정규칙의 정립 등에 관한 특별한 요소까지 배제한다는 뜻은 아니다.

2. 발전

입법이론의 발전양상은 - 학계에서 통상적인 것과 비교하면 그보다 훨씬 강력하지만 - 여하튼 순환하는 것과 같았다. 1970년대 입법이론의 르네상스가 도래했으니 이로써 비로소 - 거의 모든 과장을 거두어내고 표현한다고 해도 - 입법이론이 부재하던 일세기를 마감했던 것이다. 이와 같은 부활의 찬송자들을 살펴보면 마이호퍼(Maihofer), 뢰디히(Roedig), 입법이론에 관한 교과서를 공간한 놀(Noll),[43] 특히 그에 이어 작은 교과서를 출간한 힐(Hill)[44] 등을 들 수 있다. 출간된 책은 특히 단행본은 독일의 경우 처음에는 오히려 희소할 정도였다.[45] 스위스 법률가 협회(1974)와[46] 오스트리아 법률가 대회(1979)[47] 등의 행사 이후에 독일 법률가 대회가 1980년 처음으로 개괄적으로 입법문제를 다루었다. 그렇지만 적극적 생산적 방식을 채택하지는 않고 법률의 홍수(Gesetzesflut)와 법률의 완벽주의(Gesetzesperfektionismus) 등과 같이 비판적 관점을 고수하였다.[48] 독일입법학회가 설립되고 (1987) 여기에서 독일 입법학회보가 정기적으로 공간되는 것도 바로 이 시기였다.[49]

---

40) Schaeffer (1988), S. 11 ff., 13.
41) Maihofer (1981), S. 24.
42) Roedig, in: ders. (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 5 ff., 8.
43) Noll, Peter, Gesetzgebung (rororo studium Nr. 37), Hamburg 1973.
44) Hill, Hermann, Einfuehrung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982.
45) 대체로 Krems, Burkhardt, Grundfragen der Gesetzgebungslehre - eroertert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1979 정도를 들 수 있을 정도이었다.
46) Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Hundert Jahre Bundesverfassung 1874-1974. Probleme der Rechtssetzung. Referate zum Schweizerischen Juritstentag 1974 - Centenaire de la Constituion fédérale 1974-1974. L'Art de Légiférer. Receuil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974, 1974.
47) Vorstand des OEsterreichischen Juritsentages (Hrsg.), Verhandlungen des Siebenten OEsterreichischen Juristentages Salzburg 1979, Bd. I, 1. Teil B: Die Gesetzesflut, Gutachten erstattet von Dr. Wolfgang Schmitz, 1979, S. 5 ff.
48) Verhandlungen des 53. DJT Berlin 1980, Bd. II (Sitzungsberichte) Teil Q, 1980, mit Kurzreferaten im Rahmen der Schlussveranstaltung.

게다가 국법학자대회에서 입법이론은 주제로 채택하였다.[50] 이와 같이 공적으로 법학적 "기사서임식"이 완료되었지만 그 후에 입법주제는 다시 무대에서 사라졌다.[51] 그렇지만 입법과학에 관한 토론과 연구가 끊겨버렸다는 인상을 남길 정도는 아니었다. 이에 대한 연속성을 보여준 것이 특히 법률효과의 평가 내지 사후적 입법평가의 작업이었다.[52]

현대의 법학적 입법이론을 계속 유지하며 발전시킨 대표주자로는 카르펜과[53] 클뢰퍼를[54] 들 수 있다. 반면에 한스 슈나이더는 특히 입법학 교과서를 공간하여 남다른 지위를 획득하였다.[55] 슈나이더 교과서는 법학적 전통에 의거한 입법이론서이어서 - 오늘날 달리 회피할 길이 없는 명령으로 수행할 수밖에 없을 - 다수분과와의 교합적 입법이론에 연계될 능력은 결여되어 있었다고 평가할 수 있다. 한스 슈나이더와 달리 슈레켄베르거가 편집자로서 발간한 논총은 그보다 무엇인가 더 보여준다는 점에서 의미가 있었다.[56] 본래 입법학이 지니고 있던 독자적 전통의 기본방향을 구현한 것으로는 주로 입법실무자가 다소간 공무수행적 차원에서 법률기술에 관하여 기술한 문건이었으며, 최근에 출간된 것이 바로 연방법무부의 법

---

49) Deutsche Gesellschaft fuer Gesetzgebung - DGG: 현재 의장은 카르펜(Karpen)이 맡고 있다. 홈페이지는 dggev@web.de이다. 독일입법학회(DGG)의 성립과 발전에 관해서는 Karpen, in: Letzgus (hrsg.), Fuer Recht und Staat: Festschrift fuer Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, 1994, S. 525 ff. (527 ff) 참조. 그와 함께 10주년 기념잡지로 Karpen, Ulrich (Hrsg.), Zum gegenwaertigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland - Zehn Jahre "Deutsche Gesellschaft fuer Gesetzgebung", zehn Jahre "Zeitschrift fuer Gesetzgebung", 1998. 오스트리아와 스위스에서는 오스트리아 입법이론 학회(Der OEsterreichischen Gesellschaft fuer Gesetzgebungslehre - OEGGL; 그리고 오스트리아 입법이론 학회의 인터넷 홈페이지는 http://www.sbg.ac.at/oeggl/이며 다른 나라와 유럽의 입법학회에 링크가 개설되어 있다)와 스위스 입법학회(Schweizerische Gesellschaft fuer Gesetzgebung - SGG) 등의 활발하게 활동하고 있다. 1991년에 유럽입법학회(European Association of Legislation - EAL)도 설립되었다. - Karpen, LeGes 2006, 125 참조 - 유럽입법학회에서는 독자적으로 그리고 (대부분) 영어로 노모스출판사에서 총서를 발간하였다. 지금까지 15권이 나왔다. 2010년 8월 현재 가장 최신호인 제15권은 Mader, Luzius/Heinz Schaeffer, Text and Context - The Development of Legal Techniques and Legal Culture in the New Context of Europe. Proceedings of the 8th Congress of the European Association of Legislation (EAL), 18th/19th September 2008, Vienna, Austria, 2010, 173 S. 그밖에도 Karpen (Hrsg.), Legislation in European countries, 1995; Karpen/Delnoy (Hrsg.), Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law, 1996; EAL (Hrsg.), National Legislation in the European Framework, 1998; Mader/Karpen (Hrsg.), The Participation of Civil Society in the Legislative Process, 2006; Karpen, Ulrich (hrsg.), Gesetzgebungslehre - neu evaluiert (Legistics - freshly evaluated), (1. Aufl. 2006 ***) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008 등을 참조. 그밖에도 정리되어 있는 참고문헌으로는 Karpen, LeGes 2006, 125 (131) 참조.

50) 1981년도 국법학자대회(Staatsrechtslehrertagen)의 성과에 관해서는 VVDStRL 40 (1981), 1982 참조. 논의주제는 법치국가의 입법(Gesetzgebung im Rechtsstaat)이었다. Kloepfer, Eichenberger, Novak 등이 발제논문을 작성하였다.

51) 놀(Noll)의 입법이론(Gesetzgebungslehre) 강의도 비극적 운명을 맞이하였다. 놀의 후임교수인 뮬러 교수가 지적한 바를 직접 살펴본다: "본인은 이교과서의 기반이었던 법정립이론(Rechgssetzungslehre) 강의 또한 페터 놀 교수로부터 인수하였다. 놀 교수는 이 영역의 선두주자이었으나 애석하게도 너무 일찍 사거하기도 했지만 강의에 대한 즐거움도 - 특히 학생들의 관심이 워낙 적어서 - 상실하고 말았던 것이다." (Mueller, Georg, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 1. Aufl. 1999, S. V; 개정판이 나왔다: 2. Aufl., Schulthess, Zuerich 2006)

52) 아래 IX. 2. 참조.

53) 특히 Karpen, Ulrich (Hrsg.), Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre - Beitraege zur Entwicklung einer Regelungstheorie, Baden-Baden 1989 참조.

54) 특히 Kloepfer, Michael, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 63 ff. 참조.

55) Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2002.

56) Schreckenberg (1986).

형식성 실무안내서이다.[57] 독일에서 연방법무부가 법심사조직(Rechtspruefungsinstanz)으로서 중심적 지위를 차지한다는 점을 근거로 이와 같은 명칭을 붙인 것이다.[58] 그와 함께 오스트리아와 스위스의 입법이론 발전상황에도 유의해야 한다. 오스트리아의 입법기술학(Legistik)과 스위스의 법정립이론(Rechtsetzungslehre)이[59] 높은 수준의 성과를 거두었다고 평가하는 견해는 타당하다.[60] 오스트리아와 스위스에서 이들 이론은 독일과 비교할 때 훨씬 더 오래 전부터 상대적으로 더 강력하게 제도화 단계를 밟아 그 영향력도 더 컸다. 문헌검색에서 반드시 참고해야 할 수준에서 욀링어,[61] 쉴혀,[62] 발터,[63] 빙클러[64] (이상 오스트리아) 등과 플라이너-게르스터,[65] 마더,[66] 뮐러[67] (이상 스위스) 등의 인명을 제시할 수 있다. 이들은 모두 독일어 사용권역에 속하므로 상호 학문적 비교작업이 용이하고 또한 성과의 교환도 활발할 수 있었다. 뿐만 아니라 유럽의 법융합이라는 차원과 맥락에서도 외국 특히 유럽의 입법과학이 독일의 입법이론에 대해 가진 의미는 점차 커지고 있다.[68]

2000년대에 들어서서 입법이론에 대한 관심은 다시 뚜렷한 강세를 보이기 시작했다. 이와 같은 전개양상의 잠정적 사태로 독일의 2004년 제65차 독일법률가대회(65. DJT 주제: 우량입법으로 나가는 길)와[69] 유럽차원의 우량법정립 기획(das Programm der "besseren

---

57) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Handbuch der Rechtsförmlichkeit. Empfehlungne des Bundesministeriums der Justiz fuer die rechtsfoermliche Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 42 Absatz 4 und § 62 Absatz 2 der Gemeinsamen Geschaeftsordnung der Bundesministerien, 3. Aufl. 2008. 그 이전의 것으로는 특히 Mueller, Hanswerner, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. unveraend. Aufl., Köln 1968와 Bundesakademie fuer oeffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung - Eine Lehr- und Lernhilfe, - bekannter wohl unter dem Namen des damaligen Praesidenten Mattern - 1984 그리고 Bundesministerium der Innern (BMI), Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1992 등을 참조.

58) § 38 Abs. 3 GGO II i.d.F. v. 25. 3. 1996 (GMBl. 1996, 449); 이후 이는 연방행정각부 공동 운영규칙은 다음의 것으로 대체되었다. GGO v. 9. 8. 2000 (GMBl. 2000, 526) 참조.

59) 스위스에서는 법정립이론을 Rechtssetzungslehre라고 쓰고 독일에서는 Rechtsetzungslehre라고 쓴다. 스위스에서는 제쭝 즉 정립을 명사로 보고 독일에서는 동명사로 보는 듯한 인상을 받는다. 특히 문건을 검색할 때 이 차이를 의식해야 다른 불편을 제거할 수 있다.

60) Bundesamt fuer Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden - Leitfaden fuer die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes 3. nachgefuehrte Aufl., Bern 2007; Eichenberger, Kurt (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978; Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung - eine Aufgabe der Verwaltung, Zuerich 1983; Rhinow, Réne A., Rechtssetzung und Methodik, Habil., Basel/Stuttgart 1979; Morand, Charles-Albert (Hrsg.). Légistique formelle et matérielle. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix Marseille, 1999; 개괄적 소개로는 Mader, Luzius, Stand und Perspektiven der Rechtsetzungslehre aus schweizerischer Sicht, LeGes 2006, S. 143 ff. 참조

61) OEhlinger (1982).

62) Winkler/Schilcher (1981).

63) Walter, in: Kindermann, Harald (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1982, S. 144 ff.

64) Winkler/Schilcher (1981).

65) Fleiner-Gerster, Thomas, Wie soll man Gesetze schreiben? : Leitfaden fuer die Redaktion normativer Texte, Bern : Haupt, 1985.

66) Mader, Luzius, L'évaluation législative, Payot Lausanne, 1985.

67) Mueller, Georg, Elemente einer Rechtsetzungslehre, (1. Aufl. 1999) 2. Aufl., Schulthess: Zuerich 2006.

68) 이에 관한 개관과 문헌에 대해서는 Karpen, Ulrich, Gesetzesfolgenabschaetzung in der Europaeischen Union - Erweiterung und Vertiefung der Europaeischen Union als Herausforderung, AoeR 124 (1999), S. 400 ff. 참조.

Rechtsetzung")[70] 등에서 확인할 수 있었다.

그와 동시에 최근 몇 년 사이에 광의의 입법이론에 관한 단행본이 출간되었다. 그밖에도 정기간행물 및 논총 등에 상대적으로 작지만 중요성은 그보다 적지 않은 많은 논문이 공표되었다는 것은 두말할 나위도 없다. 이른바 회색문헌(sog. graue Literatur)도 평균적 수준을 넘는 역할을 수행하는데 그 주체인 정치영역의 재단 즉 프리드리히-에버트 재단(Friedrich-Ebert-Stiftung)[71] 등이 입법의 주제를 수용하였던 것이다. 문헌을 살펴보면 비법률가의 입법과학 분야의 성과와 법학적 입법연구 등이 저마다 주된 흐름을 이루다가 가끔 소용돌이 치며 이리 만나고 저리 만나는 양상을 보인다. 그러나 법학 측에서 다른 흐름을 수용할 태세가 다른 흐름보다 결정적으로 더 강하다. 하지만 법률가가 작성한 문헌은 대개 순수하게 입법이론적 성과에 해당되지 않고 대부분 입법이론과 전통적인 법학분야 예컨대 헌법과 법역사 등의 경계영역에 자리잡고 있다. 그에 해당되는 사례로서는 우선 헌법적 연구인

---

69) 블룸의 발제논문 Blum, Peter, Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabschaetzung und Wirkungskontrolle: Gutachten I zum 65. Deutschen Juristentag (DJT), Muenchen 2004 (= Verhandlungen des Fuenfundsechzigsten Deutschen Jursitentages, Bonn 2004, Bd. I, S. 1 bis I 159) 그리고 그와 동시에 발표된 슐쩨-필리쯔 논문과 Schulze-Fielitz, Helmuth, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung - durch sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabschaetzung und Wirkungskontrolle, JZ 2004, 862 ff. 에누샤트의 논문을 Ennuschat, Joerg, Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabaschaetzung und Wirkungskontrolle, DVBl. 2004, 986 ff. 참조.

70) 가장 중요한 문건으로 통용되는 das Weissbuch "Europaeisches Regiern" KOM (2001), 428 endg. v. 25.7. 2001; sog. Mandelkern-Bericht "Auf dem Weg zu besseren Gesetzen" (Abschlussbericht vom 13.11.2001, 독일어 번역판 BMI, in der Reihe "Moderner Staat - Moderne Verwaltung"으로 공간; 인터넷에서는 www.staat-modern.de에서 찾아볼 수 있다; 얼마간 찬사를 보내는 평가로는 Smeddinck, Ulrich, Optimale Gesetzgebung im Zeitalter des Mandelkern-Berichts, DVBl. 2003, 641 ff. 참조); 4개 통지 Mitteilungen der Kommission "Europaeisches Regieren: Bessere Rechtsetzung" KOM (2002), 275 endg. v. 6.6. 2002, "Vereinfachung und Verbesserung des rechtlichen Umfelds" KOM (2002), 278 endg. v. 5.6. 2002, "Folgenabschaetung (Impact Assessment)" KOM (2002), 276 endg. v. 5.6. 2002, "Eine Kultur des Dialogs und der Mitwirkung foerdern" KOM (2002), 277 endg. v. 5.6. 2002 등 참조; 그 이후로 특히 유럽연합의 각 기관 상호간 합의가 나타났다. die Interinstutionelle Vereinbarung ueber "Bessere Rechtsetzung" zwischen dem EP, dem Rat und der Kommission (ABl. C 321 v. 31.12. 2003); die Mitteilung KOM (2003), 71 "Vereinfachung"의 개념정의 조항과 방법론; 제1차 시행보고서 erster Durchfuehrungsbericht KOM (2003), 592와 집행위원회 부서의 첨부 실무보고서 Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen SEK (2003), 1085; die Mitteilung KOM (2005), 97 endg. v. 16.3. 2005 ueber "Bessere Rechtsetzung fuer Wachstum und Arbeitsplaetze in der Europaeischen Union"; die Mitteilung KOM (2005), 462 endg. v. 27.9. 2005 "Ergebnis der UEberpruefung von Vorschlaegen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden" 그리고 die Mitteilung KOM (2006), 689 endg. v. 14.11. 2006 ueber "Strategische UEberlegungen zur Verbesserung der Rechtsetzung in der Europaeischen Union"; 그밖에도 연차보고서 die Jahresbericht ueber "Bessere Rechtsetzung" gem. Art. 9 des Protokolls ueber die Anwendung der Grundsaetze der Subsidiaritaet und der Verhaeltnismaessigkeit, 예컨대 Bericht KOM (2005), 98 (ABl. C 146 v. 16.6. 2005). 또한 Renda, Andrea, Impact Assessment in the EU. The State of the Art and the Art of the State, Centre for European Policy Studies 2006 그리고 Herten-Koch, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa - Vorschlage fuer eine Verbesserung der Vorbereitung von Rechtsnormen der Europaischen Kommission, Peter Lang Pub Inc, 2003 참조. 최신 정보는 아래의 유럽연합 집행위원회 인터넷 홈페이지 참조:
http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index.en.htm
http://ec.europa.eu/governance/impact/index.en.htm

71) 특히 Fliedner, Ortlieb, Gute Gesetzgebung. Welche Moeglichkeiten gibt es, bessere Gesetze zu machen?, Dez. 2001; Fliedner, Moderner Staat - moderne Gesetzgebung (FES Analyse 2004)와 Fliedner, Qualitaetskriterien fuer die Bundesgesetzgebung und fuer Bundesgesetze, 2006 참조.

법률의 사전적 효과,[72] 법률개정,[73] 입법재량,[74] 행정부의 규범정립,[75] 협치적 법정립,[76] 연방의회 회기단위의 의회입법 평가[77] 등과 다음 법역사적 연구인 독일입법의 시대별 입법기예,[78] 산업혁명기의 법과 법제화[79] 등을 들 수 있다. 그밖에도 특수한 문제 예컨대 실험적 입법,[80] 상징적 입법,[81] 법률의 시한설정,[82] 불가침조항부 신법의 편입,[83] 준용,[84] 법적 의제,[85] 법률수범자,[86] 법률의 사전적 요구 (전문),[87] 법률내적 정의[88] 등은 대개 박사학위 논문이었다. 유감스럽지만 이들 중에는 '우량법률에 관한 의무'에 대해 '우량도서에 관한 의무'로 부응하지 못한 것이 많았다는 사실이 드러났다.[89]

입법과학적 인식의 진정한 원천이라면 뢰디히와 그의 제자들이 편집자로 공간한 입법이론에 관한 준비작업 및 작업과[90] 뢰디히 기념논문집이라고[91] 할 것이다. 여기에서 입법과학의 논의에 속한 많은 주제 예컨대 실험적 입법, 상징적 입법, 한시법률 등을 독일어 권역에서는 처음으로 세세히 가다듬고 다루었다. 입법이론과 법정책은 또한 (이제 정간되어 버린) 법사회학과 법이론 제13차 연차보고서에서도 중심적 주제로 다루었다.[92] 마지막으로 유의해야 할 것은 스위스 법률가 대회에서 입법이론과 입법기예에 헌정한 기념논문집이다.[93] 입

72) Kloepfer, Michael, Vorwirkung von Gesetzen, Habiltationsschrift, Muenchen 1974.
73) Brandner, Thilo, Gesetzesaenderung, Berliner Juristische Universitaetsschriften, OEffentliches Recht, Band 24, Berlin 2004.
74) Messerschmidt, Klaus, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000.
75) Axer, Peter, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tuebingen 2000.
76) Bogdandy, Armin von, Gubernative Rechtsetzung, Tuebingen 2000.
77) Schulze-Fielitz, Helmuth, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, Berlin 1988.
78) Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen: Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Tuebingen 2004; Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst - Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 - Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tuebingen 2006 등 참조.
79) Vec, Miloš, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution, Frankfurt a.M. 2006.
80) Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989.
81) Voss, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalitaet von Strafgesetzgebungsakten, 1989.
82) Chanos, Moeglichkeit und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung, 1999.
83) Boeckel, Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung - unter besonderer Beruecksichtigung der Unberuehrtheitsklauseln, 1993.
84) Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970.
85) Jachmann, Die Fiktion im oeffentlichen Recht, 1998.
86) Krueger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969.
87) Hill/Fliedner, Gesetzesvorspruch. Verbesserter Zugang des Buergers zum Recht, 1988.
88) Ebel, UEber Legaldefinitionen, 1974; Weber-Lejeune, Legaldefinitionen unter besonderer Beruecksichtigung des Umweltrechts, 1997.
89) Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996.
90) Roedig/Baden/Kindermann (Hrsg.), Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1975; Roedig, Juergen (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976; Kindermann, Harald (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1982.
91) Schaeffer, Heinz/Otto Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung - Juergen Roedig Gedaechtnissymposion am 28.-30. Oktober 1982 Salzburg - Residenz, Baden-Baden/Wien 1984.
92) Grimm, Dieter/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtspolitik, Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band XIII, Westdeutscher Verlag, 1988.
93) Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Hundert Jahre Bundesverfassung 1874-1974. Probleme der Rechtssetzung. Referate zum Schweizerischen Juritstentag 1974 - Centenaire de la Constituion fédérale 1874-1974. L'Art de Légiférer. Receuil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses

법이론에 관한 총서(Schriftenreihe)는 독일어권역에 존재하지 않는다. 하지만 '의회법 기여논서(Beitraege zum Parlamentsrecht)'에서 입법과학적 관심을 공유한 논저를 언제든지 찾을 수 있다. 유럽입법학회(European Association of Legislation - EAL)과 독일입법학회가 공동으로 영어판 총서를 공간하는데 여기에는 대개 유럽입법학회 연차대회의 기록이 실려있다. "법에 관한 영향력 연구(Wirkungsforschung zum Recht)"라는 제목으로 부정기적으로 노모스 출판사에서 법률효과의 평가 즉 사후적 입법평가에 관한 논총이 공간되고 있다. 정기간행물로서는 입법논총(Zeitschrift fuer Gesetzgebung - ZG)가 거의 독점적 지위를 누리고 있다. 장점이라면 적어도 논문 분야의 문헌이 그렇지 않은 경우보다 분산되는 정도가 낮다는 것을 들 수 있다. "계간 입법과 법학에 관한 비판(Kritische Vierteljahresschrift fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)"은 제목은 좋지만 경쟁상대가 되지 않을 정도이다. 왜냐하면 법정책논총(Zeitschrift fuer Rechtspolitik)과 마찬가지로 법정책적 실체의 주제를 상대적으로 더 중시하기 때문이다. 하지만 외국의 정기간행물 가령 스위스의 "LeGes",[94] 국제저널 "Legisprudence",[95] 하바드입법저널(Harvard Journal of Legislation - JOL) 등에도 유의해야 한다. 가끔 중요한 논문이 의회문제잡지(Zeitschrift fuer Parlamentsfragen - ZParl)과 다른 정치학 정기간행물에 실리기도 한다. 현대의 다분과초월적 입법학 논의를 결산하여 총평한 것으로는 슈퍼트의 "우량입법"에 관한 개괄적 평론을 들 수 있다.[96] 슈퍼트는 입법과학 발전의 최전선을 소개하므로, 비록 - 영미의 독자를 대하는 듯 풍부하게 원문 발췌문을 소개하는 - 입문서이기는 하지만, 그 수준에 멈추지 않는다고 인정해야 할 것이다. 이 문건에서 더욱 분명히 드러났지만 어떤 입법학의 논의도 미국의 문헌을 지나칠 수는 없다는 점을 새삼 지적해 둔다.

3. 특수한 종류의 입법으로서 법전편찬(Kodifikation als Gesetzgebung besonderer Art)

일차적으로 법학적인 것이면서 대개 19세기 전반기까지 거슬러 올라가지만 오늘날까지 언제나 다루어야 했던 주제가 바로 법전편찬 문제이다.[97] 그렇지만 법전작업의 개념은 - 최소한 독일에서는 - 의미의 변천을 겪었다. 원래 법전편찬(Kodifikation)이라는 단어는 법률제정 즉 입법(Gesetzgebung)을 가리킬 목적으로 사용되었다. 그러나 늦어도 19세기말부터 20세기초까지 대규모 법전편찬 작업을 (민법전, 상법전, 형법전 BGB, HGB, StGB) 수행

1974, 1974.

94) LeGes (Gesetzgebung & Evaluation), Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft fuer Gesetzgebung (SGG) und Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL).

95) 2007년 창간되었다. 발행인은 Center for Legislation, Regulation and Legisprudence in Bruessel (http://www.cwrl.be/eng/legisprud_journal.htm). 그밖에도 외국의 정기간행물에 대해서는 Karpen, LeGes 2006, 125 (126) 참조.

96) Schuppert, Gute Gesetzgebung - Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Sonderheft zu ZG 18, 2003.

97) 특히 Merten/Schreckenberger (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995; Kindermann, UEberlegungen zu einem zeitgemaessen Vestaendnis der Kodifikation, Rechtstheorie 10 (1979), 357; Csaba, Codification as a Socio-historical Phenomenon, 1991; Kuebler, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645; Esser, in: Vogel/Esser (Hrsg.), 100 J. oberste deutsche Justizbehoerde, 1977, S. 13 ff.

한 이래로 다수의 규율사항을 하나의 복합적 법률(zu einem komplexen Gestz) 즉 이른바 법전(einem sog. Gesetzbuch)으로 정리한다는 의미를 지니게 되었다. 역사적 법전논쟁과는[98] 성격이 전혀 다르지만 어떤 법영역의 법전화적 성숙성(Kodifikationsreife)에 관한 논쟁은, 그 영역에 관하여 새로운 법제화가 기획을 피할 수 없으리라는 양상이 나타날 때마다, - 잘못된 - 역사주의적 법전논쟁을 연상하게 한다. “법전화에 관한 우리 시대의 소명이 결여되어 있다(vom "fehlenden Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung")”는 사비니의 말은 어떤 한계도 없이 인용할 수 있다. 그렇다고 해서 이는 학파간의 분쟁이 계속된다는 추정까지 인정해야 한다는 뜻은 아니다.

사실상 그때마다 논쟁의 초점은, 그 영역에 특수한 문제제기와 새로 유럽법 측면에서 유럽연합 지침이 사전에 넓게 기획하여 결정한 이후에 개별국가가 이를 법률로써 법전화할 능력이나 가능성에 관한 문제점 등에 맞추어져 왔다. 법전편찬의 기회 내지 가능성 자체에 관해서도, “실체가 충분히 확립되면” 비로소 규율을 가한다(Regelung von "hinlaenglich abgeschlossenen Materien") 사상이 여전히 법전화에 관하여 지배적인 인상을 준다는 데 비추어 보되,[99] 뿐만 아니라 그와 반대로 역동적으로 변천하며 개방적인 사회를 배경으로, 게다가 국제적으로 연계된 경제적 상황까지 포함하여, 판단해야 한다. 그렇다고 할지라도 법전화 이념의 미래까지[100] 이와 같은 변천으로 말미암아 의문해야 한다는 뜻은 결코 아니다. 환경법전(UGB)에 관한 제2차 시도가 성공적으로 마무리되기를 기원하는데 여기에서 여전히 법전화의 중요성이 강조되는 것이다.[101] 환경법전은 환경법 영역의 많은 연방법률을 통합하는 데 그 목적이 있다.

그에 반하여 건축법전(BauGB)의 목적은 연방건축법(BBauG)과 도시건설지원법률(Stadetebaufoerderungsgesetz)을 융합하는 데 한정되어 있었다. 사회법전-묶음(SGB-Serie)을 살펴보면 워낙 사태가 복합적이어서 여러 단계를 거칠 수밖에 없었던 법전편찬의 작업이 나타난다.[102] 제1부(I)부터 제12부(XII)까지 연속번호를 붙인 사회법전은, 하나의 통일된 유일한 사회법전이 아니라 다수의 법률로 구성된 사회법전으로 존재하며, 이들을 묶는 구실은 공동제목으로서 단순히 추가하는 방식을 채택하였다는 것이 맡는다. 결코 성립한 적이 없으며 장래에도 결코 세상의 빛을 볼 수 없는 법전으로 가장 유명한 것이 바로 “노동

98) ‘Charakter des historischen Kodifikationsstreites’ 뒤에 상술.

99) Esser (1977), S. 30 f.; K. Schmidt, De Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 41 참조.

100) “Die Zukunft der Kodifikationsidee”는 카르스텐 슈미트(Karsten Schmidt)가 1985년에 쓴 에세이의 제목이기도 하다. 특히 그의 훌륭한 문장과 문체는 본받을 만하다.

101) 연방환경부 소속 환경법전 기획집단이 작성한 참고본초안을 찾아볼 곳은 인터넷상 다음 주소이다: http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application.pdf/ugb3 이에 관한 사전준비 작업으로는 Kloepfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978; Kloepfer/Messerschmidt, Inner Harmonisierung des Umweltrechts, 1986; Kloepfer et al., Umweltgesetzbuch AT/BT (ProfE), 2 Bde., 1990/1994; BMU (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE). Entwurf der Unabhaengigen Sachverstaendigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium fuer Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998; 사전에 진행된 토론의 상황에 대해서는 Bohne (Hrsg.), Das Umweltgesetzbuch als Motor oder Bremse der Innovationsfaehigkeit in Wirtschaft und Verwaltung, 1999; Breuer, Gutachten B zum 59. Deutschen Juritstentag 1992 in Hannover, 1992; 환경법전 편찬에 관한 전체적 개관으로는 Riedel, Das Vorhaben der kodifikatorischen Vereinheitlichung des Umweltrechts, 1995 참조.

102) 이에 관해서는 Merten, Vierteljahresschrift fuer Sozialrecht 1974, 324 ff. 참조.

법전(Arbeitsgesetzbuch)"이다.[103] 그렇다고 할지라도 이는 법전편찬에 특유한 문제와는 전혀 관련이 없는 문제이며, 오히려 그만큼 더, 지금까지 입법자가 노동법 영역에서 해결하지 않은 채 남겨두었던 문제에 관하여 정치적 합의로 접근할 수 없다는 문제와 연계되는 것이다. 법전편찬으로 조세법을 간소화할 수 있는 날이란 그 자체로 존재할 수 없다.[104]

민법전·상법전·사회법전 등의 법전(Gesetzbuch)과 혼동하지 말아야 할 개념이 소법전·대법전 등의 법전(Gesetzessammlung)이다. 물론 단어 자체의 본래 의미가 서로 같기는 하다. 그리고 독일에서 독일어의 하나로 이미 받아들인 법전편찬 개념(Kodifikationsbegriff)과 유럽연합에서 우량입법 기획(Programm "Bessere Rechtsetzung")의 맥락에서 사용하는 법제화 개념(Begriff der Kodifikation)과 혼동해서는 안 된다.[105] 유럽연합-집행위원회(EU-Kommission)에서는 법제화(Kodifizierung)이라는 용어를 "내용의 변경을 도모하는 것은 아니지만, 다수의 법적 행위(Rechtsakt)를 일관된 새로운 법적 행위로 연계시킨다"는 의미로 파악한다. 반면에 내용의 변경을 가하는 법제화는 신규작성(Neufassung)이라는 용어로 표현한다. 유럽의 법정립기관으로서는 '내용의 변경을 배제한다'는 것을 그렇게 심각하게 평가하지 않기 때문에, 그만큼 이 두 개의 의미내용은 서로 접근하는 셈이다. 유럽의 용어로서 "신규작성"은 독일의 개념을 넘어선다. 독일의 신규작성은 지금까지 분리해서 규율하던 규율을 연계시킨다는 내용을 전혀 인수하지 않고, 그저 법률의 개정(Gesetzesnovelle)이라면 다소 포괄적으로 파악하여 이를 나타내는 표현으로 사용한다.[106]

4. 법률언어(Gesetzessprache)

상당한 숫자에 이르기는 하지만 비교적 오래되고 일반적으로 규모가 작은 '법률언어에 관한 문건'에 관한 논의를 마무리 단계에서는 반드시 다루어야 한다는 납득할 만한 지적도 있다.[107] 종래 입법기술적 권고(Legistische Empfehlungen)에서는[108] 대부분 엄격하고 우원하며 장식성이 강한 관공소용 독일어(Kanzlei-Deutsch)의 전통을 따르고 있었다. 그에 따라 최근 특히 유럽법의 고무를 받아 오히려 불리하게 변천하는 법률언어의 현황에 관하여 새롭게 논의를 전개한 이 분야의 문건은 거의 없다고 해야 할 형편이다.[109] 스땅달(Stendhal)은 매일 아침 프랑스 민법전(Code Civil)의 몇 개 조문을 읽었다고 한다. '기본적 어조를 잊지 않기 위해서(pour prendre le ton)'. 짐작컨대 당시 법률언어가 번역의 문제와

---

103) 이에 관해서는 Ramm, in: Merten/Schreckenberger (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 167 ff.; 그밖에도 참고문헌에 관해서는 Messerschmidt (2000), S. 143 Anm. 556 참조.
104) P. Kirchhof, Das Gesetz der Hydra, erw. Taschenbuchausg. 2008 참조..
105) Messerschmidt (2008), S. 111 (117).
106) Messerschmidt (2008), S. 111 (117).
107) 이에 관해서는 대개 Forsthoff, Recht und Sprache 1940, S. 41; Hass-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht, 2002; P. Kirchhof, Die Betimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987; Mueller/Burr (Hrsg.), Rechtssprache Europas, 2004; Schoenherr, in: OEhlinger (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, 1982, S. 211 ff. 참조. 언어학적 측면에서 접근한 것으로는 Heller (Hrsg.), Studien zur Rechtskommunikation, 2007; Lundmark (Hrsg.), Law and Language - Recht und Sprache 2004; Wagner/Cacciaguidi-Fahi (Hrsg.), Legal Language and the Search of Clarity, 2006 참조.
108) 후에 상술.
109) Messerschmidt (2008), S. 111 (117).

형식적 협상 등으로 언어로서는 파괴되는 일이 오히려 흔했고 기술적이며 관료주의적 세밀성으로 과부하에 걸려 있었던 측면에서 살펴보면, 스땅달의 작태는 결코 권고할 만한 것이 아니었다. 게다가 당시 입법용 문체(Gesetzgebungsstil)에 대한 비판적 논의는 대부분 단순한 언어 내지 문체 문제의 범위나 수준을 넘어가는 것이 오히려 통상적이었다는 점에 유의해야 한다.[110]

V. 일반인과 실무담당자가 본 입법이론 (Gesetzgebungslehre in der OEffentlichkeit und in der Praxis)

입법이라고 해서 언제나 동일한 정도로 관심을 끄는 것은 아니다. 몇 개 법률에 대한 관심은 컸지만 몇 개는 적었다. 많은 법률의 경우 오직 전문가만 그 존재를 알고 있을 뿐이었지만, 어떤 법률은 일반인의 찬반을 동원하기도 했다.[111] 그런데 입법 자체가 아니라 입법이론에 대한 관심이라면 입법보다 더 적을 것은 분명한 사실이다. 2004년 제65차 독일법률가대회에서 "입법"을 다룬 분과의 참여자는, 모두 7개의 주로 실무에 연계된 분과 중 어떤 분과보다 많았다. 하지만 이는 일종의 최대 변곡점 현상에 지나지 않았다. 게다가 입법 분과의 토론은 다른 어떤 분과보다 짧았다. 이렇게 관심의 범위와 강도가 들쭉날쭉한 현상이야말로 "입법이론의 모순"을 극명하게 반영한 것이다. 한 마디로 말해서 많은 사람이 관심을 가지고는 있지만 정작 어떻게 해야 할까 아는 사람은 드물다. 이에 대한 해명을 두 가지로 시도한다. 1. 규범의 상대방 즉 수범자와 법률가와 이해관계 대변자 여하튼 이들 실무담당자는 특정한 법률에 대하여 (내용은 물론 성립 여부까지) 관심을 기울인다. 그러나 입법 그 자체에 관해서 관심을 기울이는 일은 드물다. 2. 우량입법과 우량법률에 관한 담론 자체가 구속성을 지니지 않았다는 비구속적 성격이야말로, '법률의 홍수'니 '조문의 정글'이니[112] 비난과 호소는 끊임없지만 그래도 예나 지금이나 모종의 성과를 거두라는 압력은 별로 없었다는 사실을 명징하게 표현한다. 입법의 위기와[113] 입법절차의 붕괴 등의 상처는 어디서나 계속 터져나오는데 어딘가 한 군데 상처가 가라앉거나 낫는다는 기색은 찾아볼 수

110) Honsell, Vom heutigen Stil der Gesetzgebung, 1979 참조.

111) 이에 해당되는 극단적 사례가 1970년대 형법전 제218조(임신중절 Schwangerschaftsabbruch)의 개혁 문제라고 할 수 있다.

112) 법률의 홍수(Gesetzesflut)에 관한 문헌도 홍수처럼 밀려왔지만 그 중 몇 개만 들자면 Verhandlungen des 53. DJT Berlin 1980, Bd. II (Sitzungsbericht) Teil Q, 1980; Heldrich, in: Bernstein (Hrsg.), Festschrift fuer Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 811 ff.; Vorstand des OEsterreichischen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Siebenten OEsterreichischen Juristentages Salzburg 1979, Bd. I, 1. Teil B: Die Gesetzesflut. Gutachten erstattet von Dr. Wolfgang Schmitz, 1979, S. 5 ff.; 참고문헌은 Messerschmidt (2000), S. 142 f. Anm. 555 참조; Kurzka, Im Paragraphenrausch: UEberregulierung in Deutshcland - Fakten, Ursachen, Auswege, 2005. 법률의 홍수라는 지적은 입법 자체보다 결코 늦게 나타난 현상이 아니다. 이에 관해서는 수많은 논거가 존재한다. 예컨대 15세기 플로렌스 즉 피렌체의 법률가 알베르티(Alberti)가 논술한 바를 살펴본다: "로마인은 오직 극단적으로 짧은 12개 판석(12 aeusserst kurze Tafeln)만으로 충분했다. 우리 성문법전(Statuten)은 60개 장롱에 가득 차 있는데 그것으로도 부족해서 매일 새로 명령(Verordnungen) 만들고 또 만든다." 오늘날 독일의 연방법만 해도 법률과 명령이 5000개를 상회하며 조문단위로 세면 거의 10만개 조항에 이른다. 유럽연합의 공동체법 전체의 수량이 무려 10만 쪽을 넘게 되었다.

113) 수많은 문헌 대신에 하나만 들자면 Schreckenberger (1986), S. 21 ff.

없었다. 게다가 차라리 종래의 수준으로 축소하라는 요구(Rueckbau-Forderung)는, 아무리 대중의 인기에 영합한 것은 아니라고 하지만, 그래도 지나치게 이상에만 치우친 주장이다. 왜냐하면 복합적이며 복잡한 입법은 국가 소속 입법자가 과도하게 요구한 결과이었을 뿐만 아니라, 법치국가, 사회국가, 기술적 발전양상 등으로 인하여 "규범이 없어 굶주리기(Normenhunger)"를 해결하기 위한 현상이었으며,[114] 그와 동시에 사회적 통합에 힘쓰지 않고 방기한 결과이었기도 하기 때문이다. 입법과학의 경우 관련문헌은 차고 넘치는데 입법실무에 미치는 영향력은 오히려 매우 약하다는 이 모순과 간극은 바로 입법이론의 영광과 굴욕을 대변한다. 그렇지만 2004년 독일 법률가대회의 발제평가보고서(Gutachten)을 1980년 법률가대회의 간이보고(Kurzreferaten)와 비교하면 불과 사반세기 동안 이론 및 실무 측면에서 입법이론이 일구어낸 성과가 얼마나 큰 것인지 분명하게 드러난다.[115]

VI. 입법이론의 역사적 여건과 그 기능 (Ausgangslagen und Funktionen der Gesetzgebungslehre)

입법이론에 관한 학문적 관심은 물론 정치적 관심이 늘어나거나 줄거나 그 배경에 도사리고 있는 원인은 결국, 입법이 그 사회에서 맡아야 할 구실에 대한 평가를 의미하는 것이다.

1. 계몽철학으로서 입법이론 (Gesetzgebungslehre als Aufklaerungsphilosophie)

매우 거칠게 평가하자면 고전적 입법이론은 계몽(Aufklaerung)의 자식이었으며 그래서 포괄적으로 사회적 개혁과 합리화 의지를 표현한 것이기도 했다.[116] 법률은 더 이상 신이 원하는 질서에 관한 정역학적 명제인 것이 아니고, 의식적으로 그리고 목적추구 방식으로 즉 역동적으로 설정한 결과이었으며, 이상적 차원에서 정립규범은 입법과학의 유도를 받아야 하는 것이었다. 그와 같이 실무에 합류하면서 입법을 이해하는 태도에 대척적 지위를 차지한 다른 하나의 패러다임 즉 다른 유형의 입법이라고 하면, 그것은 - 보통법 전통에서 유래하는 - 벤덤의 "입법이론"이었다.[117] 사비니와 티보가 1810년대에 수행했던 법전편찬 논쟁(Kodifiaktionsstreit)에서[118] 진보적인 입법낙관주의와 보수적인 입법비관주의가 역사적 쟁투의 두 당사자로 등장하였다.

114) Kloepfer (1981), 70 ff. 참조.
115) Messerschmidt (2008), S. 117.
116) 수많은 문헌 대신에 Gose/Krause (Hrsg.), Aufklaerung und Gesetzgebung, 1988; 그보다 더 일반적인 것으로는 Gagnér, Studien zur Ideengeschichte des Gesetzgebung, 1960 참조.
117) Bentham, Theory of Legislation, 1864.
118) 이를 정리한 문건으로는 Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, 1973 참조.

2. 입법이론 없는 입법 (Gesetzgebung ohne Gesetzgebungslehre)

독특하게도 독일의 대규모 법전편찬 시대에는 특별히 중요한 입법이론은커녕 아예 존재조차 없었다. 길안내서 역할을 맡았던 - 오늘날 마찬가지로 현대성 때문에 읽어볼 가치가 충분히 있는 - 몰의 단행본논문 "법적 법률의 작성(Abfassung der Rechtsgesetz)" (1862)은[119] 이 시점에 출간된 지, 수십 년은 아니지만, 그래도 벌써 몇 년이 지난 상태였다. 그렇지만 무엇보다도 법구조적-체계적 성과가 필요한 '민법 영역의 법전편찬 작업'에서도 몰이 기여한 것은 별로 없었다. 19세기 후반기에 지배적 지위를 차지하게 된 법률실증주의(Gesetzespositivismus)와 특히 국가법의 실증주의 등은 - 거칠게 단순화하여 말하자면 - 법률에 논의의 초점을 맞추었고, 그에 따라 입법 자체는 물론 형식적 입법절차와 법률적 명령의 원천적 작자에 관한 문제 등에 관한 논의는 넓게 배제해 버렸다. 이른바 게르버-라반트 학파에 속하는 저자는, 그에 부응하여 입법이론에 대해서 중요성 있다고 할 정도로 기여한 적이 없었을 뿐만 아니라, 오히려 그로부터 어떤 방식으로든 근거 자체를 빼앗아 버렸다.[120] 켈젠의 순수법학 이론(Die Reine Rechtstheorie)은 이 점을 그대로 고수하였다. 그렇다고 바이마르 국가법이론 영역에서 방법론 논쟁에 관여했던 다른 학자도 입법이론을 더 발전시키는 데 실질적으로 기여한 바라곤 거의 없었다.[121] 입법문제에 대한 논저는 1870년부터 1950년까지 칠팔십 년 동안 산발적으로 그것도 민법 또는 법철학 영역의 연구작업의 부산물로 나타났다. 이 시대에 출간된 상대적으로 중요한 공간물에 속하는 스위스 법률가 발터 부르크하르트의 '법률가의 과업과 사회의 법률'의 출간년도는 1937년이었다.[122] 이 책이 공간되었을 때, 바로 그 이웃나라인 독일에서는 법률과 입법이 국가폭력주의(Staatsterrorismus)에게 밀려날 때이었지만, 국가폭력주의도 입법기술(Gesetzestechnik)만은 버리기를 원하지 않았다.[123] 그밖에도 몇 개의 작은 - 작다고 해도 중요성은 뒤지지 않는 - 문건이 출간되었는데 일반조항(Generalklauseln) 등과 같은 법률과 입법 분야의 특수한 문제를 다룬 것이었다. 다만 입법주제를 다루는 강연(Vortraege)이 끊임없이 존재했다는 사실은 주목하지 않을 수 없는데, 이는 장기적 관점에서 입법이론에 대한 평가가 대단한 수준이라는 점을 늘 확인하면서 부흥시키는 역할을 맡은 셈이었다. 이는 마치 교회의 설교에서 일요일마다 다루는 전형적인 주제인 것 같았다. 독일연방공화국이 출범한 직후부터 20여 년 동안 입법의 과제와 기술에 관하여 당시 유수한 학자의 반열에 든 국가법학자가 표현한 개별적 내용도 크게 다를 바 없었다.[124]

---

119) 다시 찍어 실린 Robert von Mohl, Staatsrecht, Voelkerrecht und Politik, Bd. 2, 1962, S. 375 ff. 참조.
120) Messerschmidt (2000), S. 661 ff. m.w.N.; Messerschmidt (2008), S. 111 (118) 참조.
121) Messerschmidt (2000), S. 686 ff. m.w.N.; Messerschmidt (2008), S. 111 (118) 참조.
122) Bruckhardt, Walter, Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze de Gesellschaft, 1937.
123) Schmidt-Rimpler, in: Freisler et al. (Hrsg.), Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag am 24. April 1938, 1938, s. 75 ff.; C. Schmitt, DJZ 1935, Sp. 919 ff.; 최근 연구상황과 연구필요성에 관해서는 포르스터(Forster)가 인터넷 포럼(forum historiae iuris)에 발표한 것이 있다. http://www.forhistiur.de/zitat/0504forster.htm 참조.
124) Scheuner, DOEV 1960, 601; H. Schneider, NJW 1962, 1273; 이미 퀴블러의 Kuebler, JZ 1969, 645 논문에 이르면 전후독일의 입법이론 제2기로 들어가는 문턱을 넘어섰다고 할 수 있다. Messerschmidt (2008), 111 (118) Fn. 96 참조.

3. 입법이론의 새로운 발견(Neuentdeckung der Gesetzgebungslehre)

이와 같이 엄격히 말하자면 신문이나 잡지의 문화면에나 실릴 정도의 입법이론이라는 인식을 마감하게 된 것은. 1970년대 이래로 순수한 입법이론에 대한 매우 절박한 요구 때문이었다. 오늘날 이와 유사한 상황을 직접 체험하고 있는 셈인데, 이는 독일은 물론 그리고 다른 무엇보다도 유럽 차원의 입법에 관련하여 제기된 요구, 즉 비록 최적의 것은 아니더라도 어쨌거나 무엇인가 개선해야 할 법정립(nach besserer Rechtsetzung) 때문이다. 독일과 유럽의 입법과학과 입법기술 측면이 워낙 분열 내지 붕괴 상황에 빠져 있으므로, 그렇다면 입법과학과 입법기술 측면에서 지향목표・이해관계・기본이론 등의 원인과 조건 등에 관하여 기본적으로 몇 개 주제를 새삼 점검해야 한다는 요구가 제기되었다고 본다.[125]

(1) 계기(Motive)

입법이론에 대한 관심의 기저에는 매우 일반적으로 입법에 대하여 좀 더 잘 이해해야 한다는 욕구는 물론 입법 자체를 좀 더 잘 운영하고 형성해야 한다는 욕구도 깔려있다. 입법이론은 대개 개혁적 의도와 연계되어 있다. 하지만 이때 개혁의 범위와 방향은 다양하고 복잡할 수 있다는 점에는 유의해야 한다. 좋은 법률 내지 우량법률이라거나 좋은 입법 내지 우량입법을 요구한다고 하면, 첫인상으로는 유치한 것 같지만, 다른 한편 입법의 현재 상황에 대해 불만족스럽다는 의미를 시사하는 듯하다. 이를 개선해야 한다는 소망은 제품(즉 법률 Gesetz)은 물론 제작(즉 입법 Gesetzgebung)에도 관련될 수 있지만, 일반적으로 양방향으로 그것도 동시에 연계될 수 있다. 이는 입법(Gesetzgebung) 개념의 이중적 의미가 그에 대한 증거인 것과 마찬가지이다: 입법은 입법활동의 경과과정 자체는 물론 그 산물 특히 다수의 법률 내지 다수의 총합적 법률을 가리키는 것이기 때문이다.

개혁추구적 활동의 폭은, 단순하게 법률의 용어를 개선하는 것부터 - 물론 이와 같은 경우 개정할 만한 계기가 형성되는 예는 거의 없지만 - 시작해서, 내용 측면에서 아예 새로운 방향을 지향하는 데까지 매우 넓다. 뿐만 아니라 입법절차 자체가 개혁적 요구대상에 속하는 사례도 되풀이 그리고 흔하게 볼 수 있다. 이와 같은 기본적 경향성 등이 바로 개별적 입법이론에도 반영되기 마련이다.

(2) 사회개혁으로서 입법개혁 ?(Gesetzgebungsreform als Gesellschaftsreform ?)

1970년부터 1980년까지 10여 년 동안 빈번하게 제시되었던 입법이론의 주류적 경향은, 많든 적든 포괄적으로 사회개혁의 목표를 설정한 것이었다.[126] 정치적-문화적 전환의 해였던 1968년과 시간적으로 맞물리면서 그에 따르는 개혁과제를 다루어야 했다는 것은 결코 우연이 아니다. 뿐만 아니라 놀(Noll)과 같은 형법교수가 입법이론의 새로운 기반을 마련하

125) Messerschmidt (2008), S. 111 (118).
126) Messerschmidt (2008), 111 (119).

는 데 탁월한 업적을 달성했다는 것도 또한 우연이 아니다. 입법이론에서 설정한 목표라고 해도 구체적인 입법기획과 손에 손을 맞잡고 추구하는 예를 흔하게 볼 수 있다. 형법전에 대한 대체초안의 경우도 마찬가지였다. 당시 형법을 형법개혁자는, 이미 폐기처분했어야 할 법의 개념적 구현과 같다고 보았고, 그에 따라 합리적 입법의 추세에 의거해서 도움을 얻어야 한다고 평가했던 것이다. 이로부터 결정된 입법이론의 기본적 구조는 그에 부응하여, 법의 현대화와 합리화는 물론, 법적으로 조직화하여 입법으로 운영하는 사회 등의 징표를 갖추었다. 이와 같이 잠재적으로 근저에 깔려있던 정치적 기본논조를 정화하자, 합리화 계기는 - 흔히 수학적이라고 표현하는 - 뢰디히(Roedig)의 입법이론으로 등장했다. 1970년 중반에 법학적 방법론을 현대 논리학에 동시대의 병행적 두 현상으로 연계하면서 일종의 유행이 되기까지 했다. 하지만 뢰디히 교수가 뜻밖에 일찍 사거하자 그의 제자교수가 남아있기는 했지만 - 뿐만 아니라 이들의 은둔자적 성격도 함께 작용해서 - 학문적으로 확립하는 수준까지 발전시킬 수는 없었다.[127] 그 대신에 사회과학적 영향력 이론(Wirkungslehre)이 특히 뵈레트(Boehret)가 개발한 법률효과 평가 즉 사후적 입법평가(Gesetzesfolgenabschaetzung)의 형상으로 입법이론에 대해서는 지속적으로 그리고 입법실무에도 또한 그보다 상대적으로 적은 규모이지만 한 자리를 틀고 앉게 되었다.[128] 이데올로기적 전제로부터 넓게 독립성을 획득해서 비로소 평가연구 분야도, 부분적으로는 정치적으로 충전될 수밖에 없고 부분적으로는 안개 두터운 활동주의적-사회개혁주의적이라고 할 입법이론이라는 평판을 극복할 수 있었다. 이와 같이 거칠게 소개해서는 결코 독일어권 1970년과 1990년 사이의 입법이론을 대변하는 모든 저자와 모든 특성적 측면을 드러낼 수 없다는 것은 자명하다. 특히 1980년대에 이르러 점차 핵심영역에 다가서는 논의의 경우 여러 유보를 붙여 그저 기본적 특성이나 지적할 수밖에 없다.

(3) 효율성 관리로서 입법이론(Gesetzgebungslehre als Effizienzmanagement)

거의 20여 년 후에 그러니까 이천 년대로 바뀌는 그 시기에 입법이론은 '부활'하는데 종전과는 전혀 다른 면모를 보인다. 멀지는 않지만 과거에 정치적으로 좌파자유주의(linksliberal)와 사회국가적 개혁목표를 설정했던 입법이론이, 이제 주로 경제자유주의(wirt-

---

127) Roedig/Baden/Kindermann (Hrsg.), Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1975; Roedig, Juergen (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976; Kindermann, Harald (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1982; Schaeffer, Heinz/Otto Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung - Juergen Roedig Gedaechtnissymposion am 28.-30. Oktober 1982 Salzburg - Residenz, Baden-Baden/Wien 1984 참조.

128) Boehret, Folgen, 1990; ders., Gudidelines on Regulatory Impact Assesment (RIA), 2004; ders./Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschaetzung, 2001; dies., Moderner Staat - Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschaetzung, 2000; Karpen/Hof (Hrsg.), Moeglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen (Wirkungsforschung zum Recht IV), 2004; Koeck, VerwArch. 93 (2002), 1; BDI (Hrsg.), Folgenabschaetzung im Vergleich, 2005; Blum (2004), I 51 ff.; Brocker, in: Hof/Luebbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1998, S. 35 ff.; Bussmann, ZG 13 (1998), 127; Bussmann/Kloeti/Knoepfel (Hrsg.), Einfuehrung in die Politikevaluation, 1997; Deckert, ZG 10 (1995), 240; Grimm/Brocker, ZG 14 (1999), 58; Hadamek, ZG 16 (2001), 382; Neuser, NdsVBl. 1998, 249; Rdeker, NJW 2002, 2756; Schmidt-Eichstaedt, DVBl. 1998, 322; Wagner, ZRP 1999, 480 참조. 유럽 차원의 사후적 입법평가에 대해서는 Karpen, AoeR 124 (1999), 4000; Renda, Impact Assessment in the EU, 2006. 그밖에도 Zeh, Wille und Wirkung der Gesetze, 1984.

schaftsliberal)적 기반 위에 탈규제의 성향 즉 국가의 법정립을 대체할 방안의 가능성을[129] 추구하려는 것이었다. '날렵한 국가'라는[130] 지도형상은 또한 입법 영역까지 확대되었는데, 그 이유는 이른바 '법률의 홍수'라든지 '과도한 규율'이라든지 하는 비판에서 찾았다.[131] 그에 이어 법률 규모의 성장에 쐐기를 박아야 하며 수많은 법률을 대체할 것 없이 그대로 삭제해야 그나마 성장의 흐름을 축소 방향으로 꺾을 수 있다고 주장하였다. 극단적인 사례를 하나 들자면, 입법의 규모를 특정한 비율만큼 일정하게 축소한다는 방식으로 목표를 설정한다는 것이다. 뿐만 아니라 비상시에는 그와 함께 '잔디깍기 기계' 방식으로 쓴다고 한다. 그렇지만 이로써 탈규제로 인하여 부분적으로 법치국가 측면의 비용을 (특히 법적 안정성의 훼손을) 치르게 될 것이라는 사실을 간과하였다는 비판에 직면한다.[132] 게다가 날렵한 국가로 가는 모든 방법이 필연적으로 탈규제로 가는 것은 아니다. 예컨대 공적 과업과 시설 등을 사영화하면 국가의 보장 책임으로 인하여 오히려 사영화 후속효과에 관한 입법이라는 결과가 등장하여,[133] 그 결과 입법의 삭감이라기보다 오히려 입법의 변천에 승복해야 할 것이라고 한다. 탈규제의 문제와 그에 따라 발생할 국가업무 비판의 문제가 비교적 최근 입법이론의 주요한 성과이기도 하다.

입법에 대하여 효율성 기준의 통제를 가하라는 제2의 현실적 요구에 관해서는 광범위하게 합의가 이루어져 있다. 이미 필요적 전제요건으로 인정된 효율성 지향 원칙의 표현이 바로 국가규범통제평의회(Nationaler Normenkontrollrat)의 개설이었다. 평의회에게 할당한 특별한 업무는, 법률로 인하여 발생하게 된 관료주의비용 즉 행정비용을 연방정부는 감축하기를 원하는데, 이를 도와주는 것이다. 이때 표준비용-모델을 기반으로 표준화된 관료주의비용 내지 행정비용을 개발하고 관찰하며 적용한다는 수단을 동원한다.[134]

오늘날 입법이론의 세 번째 원천은 법정립의 개선이라는 유럽정책적 기획이다. 여기에는 먼저 유럽공동체-법정립에 관한 것은 물론, 그와 동시에 유럽연합 지침을 국내법 전환의 범위를 넘어가는 회원국가의 입법 자체에 관한 것도 포함되어 있다. 마지막으로 입법에 대한 관심이 점차 새롭게 일어나고 있다는 점을 국제적 조직이 집중적으로 지적하는 경우에도 입법이론 영역을 키우는 자양분이 된다. 가령 세계은행에서 "우량협치(Good Governance)"에[135] 기울이는 관심이 결국 정치학계의 협치연구에 추진력이 되었던 사례와 유사하다.[136]

---

129) 이에 관해서는 새로운 협치(Governance-Instrument)의 맥락에서 다룬 Schuppert (2003), S. 86 f.; 이전에는 F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, 1987 참조.

130) 전문가평의회 보고서(Sachverstaendigenrat "Schlanker Staat" Abschlussbericht, Bd. 1, 2. unveraend. Aufl. 1998 참조.

131) Isensee, ZRP 1985, 139; Strempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze? Beitraege eines Forums des Bundesministers der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, 1987 참조.

132) 탈규제로 인한 그 밖의 불리한 후속효과에 대해서는 Erbguth (Hrsg.), Zur Vereinbarkeit der juengeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht - am Beispiel des Planfeststellungsrechts, 1999 참조.

133) Koenig/Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997; Fliedner, Weniger Gesetze durch Privatisierung oeffentlicher Aufgaben? (FES), 2006 등 참조.

134) § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates vom 14.8. 2006 (BGBl. I, S. 1866. 이와 같은 합의에 이르게 된 '연립정권을 구성하기 위한 정당간 연립정부계약'에 관해서는 Roettgen, ZRP 2006, 47 참조.

135) Theobald, Zur OEkonomik des Staates. Good Governance und die Perzeption der Weltbak, 2000; 더

4. 소결

입법이론의 발생과 발전의 요건 중에서 일반적으로 보아 내부지향적 요소와 외부지향적 요소를 구별해야 한다. 입법이론의 최근 발전단계에서는 가장 전면에 부상된 요소는 학문내재적 경향이 아니라 외부의 계기적 요소이었다. 정치적 주제에 관한 입법개혁을 수행하는데 결정적으로 중요한 것은 그에 부응하는 유럽공동체의 결정이었다.[137] 무엇보다도 유럽의 법정립에 관하여 질적 수준을 유지하라는 요구를 바탕으로, 그리고 다음에는 질서정책적 측면의 통상적 작업을 간소화하여 유럽경제의 경쟁능력을 제고할 수 있다는 확신을 기반으로 비로소 유럽공동체의 결정은 나올 수 있었다.[138] 뿐만 아니라 이는 또한 유럽연합 기관 즉 집행위원회의 기관 자체의 이해관계로부터 유래한 것이다. 그 의도를 살펴보면 유럽의 법정립 범위가 늘어나면서 그와 연계된 권한도 확장된 결과 잔뜩 부풀어 오른 풍선과 같이 법정립권한도 긴장상태가 발생했는데, 이를 터뜨리지 않은 채 오히려 새로운 법정립 과제에 대해 활용한다는 것이었다. 이때 새로운 과제는 - 실체 측면에서도 어떻게 하든 실현하지 않으면 안 될 - 공동체법의 개정인데, 그 의미는 차라리 개별적이라고 보아야 할 법적 행위(Rechtsakte)를 법전으로 병합하고 요약하며 단순화한다는 것이었다. 공동체기관이 "법정립 즉 입법을 개선한다"고 명백하게 고백하지 않았더라면, 이로써 곧바로 입법이론 측의 동일한 문제의 제기에 직면했을 것이며, 또한 "우량법률"이라는 요청이야말로 포퓰리즘 또는 학문적 몽상 등의 결정판이라는 의심의 구렁텅이에 빠져버리고 말았을 것이다. 그래서 입법이론은 이와 같은 정치적 기획을 계기로 중요성을 확인받을 수 있었다. 뿐만 아니라 그 정치적 기획 덕분에 입법이론은 바로 이와 같은 방식으로, 총체적인 비판에 면역력을 갖춘 연구분과로서, 작업영역과 재원확보의 원천 등을 확장해 나갈 수 있었다.[139]

5. 입법이론의 이중적 지위(Doppelstatus der Gesetzgebungslehre)

입법이론은 그에 따르면 분석적 과제는 물론 경험적 과제 등을 수행해야 할 뿐만 아니라, 원하든 아니 원하든 여하튼 규정하는 기능에(in eine praeskriptive Funktion) 빠져들게 된다. 그 범위에 관한 한 이를 "규범적 입법이론(eine normative Gesetzgebungslehre)"이라고 부를 수 있을 것이다. 그 경우 이 범주는, '더 좋은 입법에 관한 규칙'의 근거확보와 도출가능의 원천 등을 법 또는 헌법에서(durch Recht oder aus Verfassungsrecht) 찾을 수 있는지 여부에 관한 토론에 문제없이 그대로 연계시킬 수는 없을 것이다.

(1) 행위의 상황판단으로서 입법기술과 입법이론 (Gesetzestechnik und Gesetzgebungslehre als Handlungsorientierung)

포괄적인 것으로는 Curtin/Wessels (Hrsg.), Good Governance and the European Union, 2005 참조.

136) 특히 Benz (Hrsg.), Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen, 2004 m.w.N. 참조.

137) 이 점을 이미 지적한 Schaeffer (Hrsg.), Europaeische Integration und Gesetzgebung, 1992 참조.

138) 유럽의 법정립개혁 기획의 직접적 배경은 이른바 리사본-전략(Lissabon-Prozess)이었는데, 이는 워낙 유토피아적이어서 결코 "기간에 맞추어" 현실화할 수 없는 공약으로, 유럽연합을 "세계에서 최고의 경쟁력과 역동력을 갖춘 경제권역으로 발전시킨다"는 것이었다.

139) Messerschmidt (2008), S. 111 (120).

입법기술의 경우 행위를 유도하는 기능이 뚜렷하게 나타난다. 풍부하게 축적된 입법기술적 체험의 보고에서 장래의 입법에 관하여 필요한 보조요소를 개발하는 것이 바로 입법기술에서 다루는 문제이다. 그에 관한 공간물은 마치 "요리책"과 같은 성격을 지녔다. 사례가 많을수록 그만큼 더 유용하다. 이때 긍정적 사례는 물론 부정적 사례 역시 도움을 준다. 왜냐하면 부정적 사례야말로 법률편집에서 오류를 회피하는 데 유리하기 때문이다. 이와 같은 문헌에 오랜 기간 동안 보존하고 전래해온 요리와 지침이 있는데도 무엇인가 부족하다면, 이는 혁신적 방안이다. 상상력이 넘쳐 정보 및 통신 사회에서 짐작컨대 가능하며 적절한 새로운 형태의 입법형성으로 성숙시킬 수 있는 방안이 부족하다. 물론 입법이론에 대한 실무적 관심은 사전에 설정된 목표를 입법기술을 동원하여 구현한다는 것에 그치지 않는다. 오히려 점차적으로 입법이론은 목표를 발견하고 수단선택의 복잡한 문제를 해결하는 데 기여해야 한다는 요구를 충족시켜야 했다.

(2) 입법이론의 정치화(Politisierung der Gesetzgebungslehre)

입법이론이 그와 같이 까다로운 기대를 충족시켜야 한다고 인정하면 그만큼 입법이론은 "정치적 사안(Politikfalle)"에 말려들어가게 된다. 우리 시대의 체험에 따르면 입법이론은 사회모형과 국가과업이론 등의 일부로 편입되어 있다. 사회모형과 국가과업이론 등은 시간과 공간에 따라 달라질 뿐만 아니라 서로 경쟁하는 정치의 선두주자의 상호 길항하는 정치적 기획의 대상이기도 하다. 그러므로 입법이론은 우선 관련분과의 지향점에 따라 그리고 동시에 정치적 및 국가철학적 기반에 따라 여러 학파로 분지를 이루게 된다. 거칠게 나누어 보자면 사회국가적 입법이론, 경제자유적(최소국가적 성향) 입법이론, 보수적(질서국가적 성향) 입법이론 등이다. 이때 사회국가적 입법이론 내부에서도 또한 전통적 사회국가적 이론과 "활동성이 강한 국가(aktivierender Staat)"의 모형은 구별해야 한다. 그렇지만 현재까지 입법이론을 둘러싼 대규모 학파간 분쟁은 일어나지 않았다.

(3) 입법이론의 헌법편입(Konstitutionalisierung der Gesetzgebungslehre)

입법이론 영역에서 학파간 논쟁이 있었다고 한다면, 다른 어떤 주제만큼이나 중요한 입법절차(Gesetzgebungsprozess)의 헌법편입 문제이다. 좁은 의미로 "규범적 입법이론"의 지지자는 우량 또는 최적 입법에 대한 헌법적 의무를 전제로 인정하거나,[140] 적어도 입법자를 구속하는 입법질서를 창설하기를 원한다.[141] 반면에 "정치적 입법이론" 지지자가 고수하는

---

140) Schwerdfeger, in: Stoedter u.a. (Hrsg.), Festschrift fuer Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 173 ff.; 이에 비판적인 Merten, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgesetzgebung, 1989, S. 81 ff.; Gusy, ZRP1985, 291; Schlaich, VVDStRL 39 (1989), 89 (109): "입법자는 법률 이외의 어떤 것에도 책임질 바 없다(Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz.)."; Messerschmidt (2000), S. 841 ff. m.w.N.: 합리적 입법절차는 부차적 의무(Obliegenheit)에 해당될 뿐 헌법적 의무(Verfassungspflicht)는 아니다. - 부차적 의무 내지 간접의무의 사례로는, 초상화를 화가에게 그려달라고 계약을 체결한 경우, 채권자인 의뢰자가 발생하는 화가에게 모델로 서야 할 의무를 들 수 있다. 이를 협력의무라고도 부른다. (Creifeld)

141) 이를 지지하는 견해는 Luecke, ZG 16 (2001), 1; 기본적으로 이와 유사한 견해로는 Karpen (1989), S.

견해에 따르면, 민주적으로 정당성을 확보한 입법기관의 결정절차는 헌법적으로 지금까지 수행했던 바와 같이 유지할 수 없다고 한다. 다시 말해서 일차적으로 권한법과 실체법 등에 따라 그리고 오로지 외관을 중시하는 단순한 절차조항에 따라 결정해야 한다는 것이다. 절충적 견해의 해결방안에서는 합리적인 입법절차를, 헌법적 의무에 속한 것으로 보지는 않지만, 입법자의 간접적 내지 부차적 의무로는 인정한다. 결과에 관한 이 견해의 의미에 따르면 충분한 합리성을 갖출 정도로 협의를 거치지 못한 법률은 개별적인 경우에 위헌에 해당될 수 있으나, 법학적으로 태생상 하자가 없으면 즉 그에 따라 또한 내용과 상관없는 것은 아닌 상태로, 연방헌법재판소의 배척 여부에 맡기게 된다.[142] 연방헌법재판소는 입법자의 절차적 의무를 엄격하게 규율하는 데 반대한다고 최근에 상대적으로 분명하게 태도를 밝힌 바 있다.[143]

(4) 입법이론의 탈정치화(Entpolitisierung der Gesetzgebungslehre)

입법이론 영역에서 정치적 학파 사이에 공개적으로 투쟁한다는 일은, 최소한도의 공통적 대표주자로서 지배적인 입법이론이 무엇인지 잠정적으로 합의함으로써, 기본적으로 회피하여 왔다. 합의점을 발견하기 위한 노력은, 특정한 쟁점을 밝히는 명칭은 포기한다는 것으로 이미 분명하게 드러나 있다. 입법개혁에 더 이상 "날렵한 국가(schlanker Staat)"라는 명칭을 쓰지 않고 그 대신에 다의적 지도개념인 "현대적 국가(moderner Staat)"을 채택하였다. 그렇지 않아도 '날렵한 법률'이라는 요청에 위배한 외도도 비록 일종의 확인의 유형이지만 허용해왔다. 즉 "과거의 수량적 관점은 법률과 명령의 숫자를 줄이자는 의도"이었는데 "입법과 법질서를 본질적으로 개선했다는 성과"를 하나도 거두지 못했다고 할 것이다.[144] 이와 같이 분쟁이나 갈등을 회피하는 전략으로서는 어떤 행위를 권하든 상대적으로 낮은 중요성과 그만큼 낮은 관철력의 대가를 치르지 않을 수 없었다. 이는 이른바 합의를 지향하는 이론이면 어떤 것이든 피할 수 없는 결과이었다. 우량입법 또는 공정한 법정립("gute Gesetzgebung" oder "faire Rechtsetzung") 등의 방향으로 진정한 전환이라는 성과는[145] 이렇게 해서 거둘 수 없다. 왜냐하면 한편으로 도대체 그 내용이 무엇인지 아무도 알 수 없기 때문이며, 다른 한편으로는 어떤 것이든 그 내용이라고 파악할 수 있기 때문이다. 하지만 그렇게 조심스럽게 사회정책과 국가정책에 대해 중립적 성격의 권고를 유지한다는 것은, 그대로 입법 영역에서도 '특별한 쟁점만 하나 내지 점진적으로 개선하는 방식'을 채택하여 불필요한 오류를 회피하면서 법률효과 평가 즉 사후적 입법평가를 개선해야 한다는 의미를 지닌다.

우량입법에 관한 기준을 찾으려는 이와 같이 실용적 노력의 성과를 살펴보면, - 그 사이에 연방행정각부 공동운영규칙(GGO) 제42조부터 제44조 사이의 규정에 따라[146] 폐기된 -

---

36; 계획권과 행정권을 기준으로 의회를 구속하는 규범제정권의 기획에 관해서는 Kloepfer, ZG 3 (1988), 289와 Kloepfer, DVBl. 1995, 441 참조.

142) 이에 관해서는 Messerschmidt (2000), S. 875 ff.

143) BVerfG, Geschl. v. 15.1.2008 - 2 BvR 12/01; 이에 관해서는 SZ Nr. 57 v. 7.3.2008, S. 8 참조.

144) Fliedner, Moderner Staat - moderne Gesetzgebung (FES-Analyse 2004), S. 1.

145) Richli, Interdisziplinaere Daumenregeln fuer eine faire Rechtsetzung. Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und oekologisch orientierten Rechtsstaat, 2000 참조.

저 유명한 전설 같은 "청색 점검목록(Blauen Prueffragen)"은 물론 그밖에도 입법기술과 입법학에서 제시하는 권고의 다양한 측면이 나타나는 것은 물론, 무엇인가 이상하게도 초시간적인(zeitlos) 요소로 나타난다. 이와 같은 인상은, 독일에서 오늘날 전국적으로 법률에 대하여 요구하는 질적 수준을 - 거의 150년 전에 모올(von Mohl)이 작성했던 - "법적 법률의 작성(Abfassung der Rechtsgesetze)"에 관한 지시사항과 비교할 때, 도저히 달리 해석할 수가 없다. 한편으로 이는 모올의 작업이 지닌 현대성을 지적하는 것이요, 다른 한편으로 이는 오늘날 당대의 수많은 입법이론이 요구하는 현대성 기준에 대해서 검은 그림자를 드리우는 것이기도 하다. 기업과 행정의 관리의 질적 수준에 관한 기본원리인 ISO 9000-Serie에[147] 의거한다는 의미가, 아무리 이와 같은 유추가 정당하다고 할지라도, 진정한 혁신이라고 할 수는 없다. 뿐만 아니라 추정컨대 그렇게 하자고 주장하는 이도 없다. 입법 자체의 영역에서 "점진적 사회공학(piecemeal social engineering)"이 구현된다고 한다면, 이것이야말로 개별쟁점별로 그리고 점진적으로 그리고 점차 증가시키는 식으로 법률의 질을 개선하는 것이 법률개혁의 과제에 가장 적절할 것이다. 물론 그와 같은 입법이론은 입법분석에 대한 학문적 기대를 충족시키지 못할 것이지만, 이는 위의 문제와 다른 차원과 범위의 문제이다. 그렇다면 사실상 이 입법이론은, 상대적으로 매우 곤란한 실무에 대하여 상대적으로나마 단순화한 이론이라고 해야 할 것이다.[148]

VII. 권한이론으로서 입법이론 (Gesetzgebungslehre als Kompenzlehre)

입법이론을 다루면서 아무리 정치적 중립성을 지키려고 노력해도, 입법문제가 어차피 기본적으로 권력문제라는 점에는 어떤 변화도 없다. 이에 대한 증거가 필요하면 신설한 전국규범통제평의회(Nationaler Normenkontrollrat)를 보면 된다. 이는 수상청에 관한 구체화법률(Einsetzungsgesetz) 제1조 제1항에 따라 개설되었고 이로써 수상은 입법에 대하여 더 강력한 영향력을 미칠 수 있게 되었다. 그러나 이는 동일한 이유로 또한 수상이 권력의 균형을 맞추어 나가야 할 자신의 심사수임 권한에 (제1조 제2항 참조) 한계를 설정했다는 중요한 의미를 지니기도 한다. 뿐만 아니라 유럽 차원의 입법개혁과 권력에 대한 관심이 매우

146) Gemeinsame Geschaeftsordnung fuer die Bundesministerien (GGO) v. 9.8.2000 (GMBl. 2000, 526)과 이에 대한 Zypries/Peters, ZG 15 (2000), 316.

147) Fliedner (2004), S. 1 (These 3).

148) 그렇기 때문에 다음 사항을 권고하는 바이다: 해당 판단기준 목록과 점검 목록 등의 작품을 수동적으로 인수하지 말고, 이들 목록을 실무에 전환·적용할 때 생기는 어려움에 대한 느낌을, 자신의 고유한 - 아무리 놀이와 같은 성격을 지녔을지라도 - 입법작업을 통해서 개발해야 한다. 이와 같은 작업을 세미나에서 모범초안을 작성하면서 (이에 관해서는 Messerschmidt, Jura 1985, 218 m.w.N.; 베를린 대학의 브란트너-Brandner-가 2007/2008 겨울학기에 중점사항-과목의 하나로 위와 같은 관점에서 장난감 안전성에 관한 법률초안을 작성하라고 시킨 바 있다) 또는 상급심 모의재판(증거조사 절차를 포함한 '하급심 모의재판 mock trial'과 달리 증거조사 절차를 포함하지 않는 '상급심 모의재판 Moot-Court'을 말한다)의 모형에 따라 통상적인 입법계획을 무대에 올린 놀이로 변환시키면서 상당히 재현할 수 있다. 이와 같은 접근방식의 경우 특히 입법기술인 경우 또한 교육적으로 단순하게 이론적으로 접근하는 것보다 그 장점이 더 크다. 왜냐하면 다음과 같은 발언 즉 입법이 또한 "거꾸로 선 구성요건 포섭행위(ein Akt "umgekehrter Subsumtion")이기도 하다는 점이 정당하다는 것을 체험으로 알 수 있기 때문이다.

밀접하게 연계되어 있다는 것은 더 분명하다.

유럽연합 집행위원회은 “유럽 다스리기(Europaeisches Regieren)” 백서에서,[149] 효율과 참여를 지향하는 정치개혁 기획을 (유럽) 기관에게 새로운 지향점을 설정하라고 권고에 연계시켰는데, 이는 각 기관의 고유한 이해관계에 그대로 부응하는 것이며 나아가 기관 사이는[150] 물론 유럽연합과 회원국가 사이의 세력균형에 변동을 가하게 되었다. 집행위원회가 바라던 바는 “다시 자신의 핵심적 과업에 집중”한다는[151] 것이었는데, 이 바람에는 “정책의 현실적 시행에 대한 책임을 다시 집행위원회가 장악해야 한다는 목표를 세워야 한다”는 제안이 추가되었다가 결국 하나로 합류하였다.[152] 이로써 집행위원회는 특히 더 많은 시행권한을 요구하였는데 그 권한에는 또한 그리고 바로 하위의 법정립(즉 지침과 명령에 대한 시행규칙 조항) 관련 권한도 포함되어 있다고 보았다.[153] 집행위원회는 자신이 책임져야 할 시행규칙 조항에 대한 평가수준을 높이고 범위를 확장하면, 이로써 유럽연합 입법의 규율이 지나치게 밀도가 높다는데 그 밀도를 낮출 수 있을 것이라고 주장하였다.[154] 이렇게 해서 집행위원회 소속 개별위원회 전체(Komitologie)의 “살아남을 권리”가, 이를 수단으로 회원국가는 규율 자체에 협력하면서, 부분적으로 의문스럽다는 평가를 받게 되었다.[155] 이에 대한 압박수단으로 집행위원회는 발안권(발안독점)과 특히 제안을 철회할 권한을 활용해야 한다고 말한다.[156]

비판적 입법이론(eine kritsiche Gesetzgebungslehre) 측에서는 그에 따라 반드시 그리고 언제나 개혁요구의 정치적 의미를 조사한다. 정치적 의미야말로 법률의 질적 수준과 입법절차의 합리성에 직접적 연관성을 지니기 때문이다. 결과적으로는 - 여러 측면에서 줄기차게 의도했던 것이지만 - 권력주체 사이의 권력비중에 변동이 생기게 될 것이다. 이보다 더 중요성 비중이 큰 사례로는 독일에서 벌어진 ‘입법자의 절차적 및 실체적 합리성 확보의무’(최적의 입법, 우량입법 등)에 관한 토론을 들 수 있다. 이 의무를 확립하면 연방헌법재판소가, 본래 정치적 책임은 의회 입법자가 지는데도, 이를 더 넓은 영역에서 무력화하는 결과에 이를 것이다.[157]

이에 관련된 맥락에서 질문이 제기될 수 있다. 과연 입법이론 자체가 일종의 권력을 지닌 게 아닐까? 일단 신뢰성 있게 측정할 수 없다는 단점을 지닌 지적 설득력(intellektuelle UEberzeugungskraft)을 배제해 두고 논의하자면, 결국 무엇보다도 제도화(Institutionalisierung)가 그 질문에 대하여 판단 기준으로 등장할 것이다. 입법과학의 연구와 논의가 법적으로 그리고 사실적으로 입법하는 기관에 가까우면 가까울수록, 그만큼 더 원칙적으로 영

149) KOM (2001), 428 endg.
150) 인정한 것으로 KOM (2001), 428 endg., S. 40.
151) KOM (2001), 428 endg., S. 10.
152) KOM (2001), 428 endg., S. 7.
153) KOM (2001), 428 endg., S. 24.
154) KOM (2001), 428 endg., S. 24, 44.
155) KOM (2001), 428 endg., S. 40.
156) KOM (2001), 428 endg., S. 29, 43.
157) Messerschmidt (2008), S. 224 (224).

향력도 커질 것이다. 이런 측면에서 보면 독일의 입법이론은 - 오스트리아와 스위스의 입법이론과는 달리 - 그렇게 진전시키지 못했다. 연방의회의 학문적 지원부서(die Wissenschaftliche Dienste des Bundestages)는 입법지원 부서(Gesetzgebungshilfsdienste)의 질적 수준에 미치지 못한다.[158] 하지만 행정각부의 입법에 관한 관료주의적 부서는 그 자체로 중요하기는 하지만, 일상적 사무를 처리하는 데 오히려 더 바쁘기 마련이라는 단점을 지녔다. 법률의 결과 평가 즉 사후적 입법평가의 제도화는[159] 아직 성과를 거두지 못했다.[160] 일단 시작된 제도적 사례로는 국가규범통제평의회를 들 수 있는데 이전에도 이와 유사한 기관을 몇 주에서 둔 사례를 찾아볼 수 있다.[161] 유럽 차원에서 입법이론은 몇 개 위원회의 작업에 영향을 미친 바가 있기는 하지만 확실하게 근거를 확보했다고는 볼 수 없다.[162] 그러므로 입법이론이 입법에 대하여 실무 차원에서 영향력을 미쳤는지 여부에 관한 문제는 사안마다 하나씩 평가해야 하지만, 여하튼 전체적으로는 일단 긍정적이라고 본다.[163]

부정적 측면에서 크게 눈길을 끄는 사안은 사상 최대의 입법과제를 수행하면서 입법이론을 무시한 것이다. 독일연방공화국의 역사상 통일을 추구하면서 일어났던 일이다. 외부에서 본 바가 틀리지 않았다면, 이 거대한 작업을 입법이론에 관한 집중적인 협의 없이 행정각부의 관료주의 측에서 거의 독주하면서 (때로는 협회가 참여하고 학계 전문가가 참여했지만) 완료했다. 독일의 입법이론은 이로써 상상이 미치는 한 최대의 존재증명의 기회를 거부당한 것이다. 동시에 구동독 지역에서 혁신적 입법이론이 성립될 가능성도, 구서독의 모범사례를 복사하는 데 그치면서 좌절되었다. 그 원인은 너무나 자명하다. 통일절차의 속도 때문에 입법도 "조율 준수(im Akkord)"하는 수준에 멈출 수밖에 없었다. 입법과학 측에서 체계적으로 참여하였더라면, 오히려 지연요소라고 낙인찍혔을 것이다. 동시에 기본법의 국가 즉 구서독 측에서는, 구동독이 붕괴하였기 때문에, 개혁의 희망을 실현할 여지가 거의 없다고 평가하였다. 구동독 지역의 신주에 대한 특별규율 사항은, 특히 신속입법 등은, 오래 가다듬어 왔던 계획 즉, 거대한 규모의 사회간접자본 내지 기간구조를 개선할 필요와 투자지원을 실현시켜야 한다는 내용에 거의 일치하는 것이었다. 그러나 결코 입법과학의 유도에 따른 혁신은 아니었다.

VIII. 입법이론의 다양성과 통일성 (Diversitaet und Einheit der Gesetzgebungslehre)

158) Blum (2004), S. 131 ff. m.w.N.; Schick, Rupert/ Gerhard Hahn, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 5. Aufl., Hildburghausen, 2000 참조.
159) Boehret, in: Grupp u.a. (Hrsg.), Planung - Recht - Rechtsschutz, festschrift fuer Willi Bluemel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, 1999, s. 51 ff.; Karpen (Hrsg.), Moeglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, 2004; Schuppert (2003), S. 26 ff.; Ennuschat, DVBl. 2004, 986 (993) 등 참조.
160) Messerschmidt (2008), 224 (224).
161) Blum (2004), S. 139 ff.; Riebel, ZRP 2002, 61 참조.
162) 구체적으로 사례를 지적하자면 Mandelkern-Gruppe을 들 수 있다.
163) Messerschmidt (2008), 224 (224).

입법이론의 핵심을 강타하는 질문은 - 도대체 왜 그리고 언제 법률이 반드시 필요하다고 할 수 있나 그리고 어떻게 법률은 성립하는가, 무엇으로 인하여 법률은 사실상 효력을 미치는가, 어느 범위까지 입법자에게 허용되는가, 어떻게 법률을 작성해야 하는가 등은 - 그 성격이 너무 복합적이어서 연구자 한 사람으로서 대답할 수 없을 것이며 한 걸음 더 나아가 학문의 한 개 분야에서도 대답할 수 없을 것이기도 하다. 바로 이 점이 - 물론 분과 상호간의 교환과 상호 계수에 대한 개방적 태도를 유지해야겠지만 - 이 문제를 특화해야 할 필요의 근거이다. 입법절차를 분석할 때 그리고 또한 평가를 연구할 때 역시 정치학(Politik-wissenschaft)이 주관영역이었다. 그에 반하여 입법의 규범적 측면과 입법기술적 측면은 법률가의 활동영역이었다. 입법이론 자체가 어쩔 수 없이 분과간 교합영역에 속하는데, 이 점은 기회 요소와 함께 위험 요소를 동시에 포함한다. 하지만 정치학자는 방법론적 장비, 입법의 정치적 절차 또는 협치로서 입법 등에 관하여 분석할 능력을 갖추고 있다. 그렇지만 통상적인 경우 정치학은 법률을 그 자체로 이해하는 데 제한을 받을 수밖에 없는 상태이다. 그와 반대로 법률가는 인접과학의 인식을 단순하게 무시하거나, 기껏해야 변호하는 방식으로 또는 이념화하는 방식으로 자신의 논증의 일부로 말하자면 연극무대의 소품처럼 사용하는 경향성을 지녔다. 입법이론을 주도해야 할 역할을 장기적으로 법률가가 맡을 수 있을 것인지 여부에 대해서는 의심스럽다는 쪽이다. 입법이론의 다양한 분파에 조화와 협력을 이루기 위해서 일단 법률가가 이를 맡았다는 인상을 지울 수 없다.

IX. 기타 주요문제의 예시적 평가로서 입법절차의 연구 (Gesetzgebungsverfahrensforschung)

독일의 기본법은 물론 입법기관의 운영규칙법(Geschaeftsordnungsrecht)에서도[164] 법률의 성립과정에 대해서 절차조항을 통해 세세하게 규율하고 있지는 않다. 절차조항의 내용은 오히려 몇 개의 핵심적 단계와 기본적 흐름에 관해서만 규율한 것에 불과하다. 기본법 제70조 이하 조항과 함께 운영규칙법도 해당조항에 포함된다. 하지만 운영규칙은 어차피 무엇보다도 사실상 처리과정에 대한 관심에, 특히 공식적 입법절차와 연계하여 그리고 병행하여 밟게 되는 비공식적 입법절차에 대한 관심에 비중을 두어 작성된 것이다.[165] 힐(Hill)은 그와 같이 설정된 범위 내에서 - 법학적으로 획정된 - 외부적 입법절차와 - 경험적으로 그리고 일반인에게 거의 폐색되어 있는 - 내부적 입법절차로 구별하여 나누었다.[166] 입법절차

164) 이에 관해서 세세한 내용은 Smeddinck (2006), S. 157 ff. 참조.

165) 정치적 결정의 비공식화 및 탈의회화 등에 관해서는 또한 Herdegen, VVDStRL 62 (2002), 7; P. Kirchhof, NJW 2001, 1332 등 참조. 특히 입법에서 동의하기로 합의하기(Konsensvereinbarung)의 구실과 기능에 관해서 Huber, ZG 17 (2002), 245 참조; 최고위급 정치 차원의 사전결정으로 연방의회의 탈권력 현상에 관해서는 Oberreuther, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 121 ff. "비공식적-협력적" 입법, 특히 법률준비 단계의 확약 등의 긍정적인 의미에 관한 논의의 시도로는 Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005; Reicherzer, Authentische Gesetzgebung, 2006; Schuppert (2003), S. 75 ff. m.w.N. 참조.

166) Hill (1982), S. 62 ff. 이와 같은 구조에 관해서는 또한 Messerschmidt (2000), S. 828 ff. 참조.

에 관하여 흔히 인용되는 비스마르크(Bismarck)의 발언은 (소세지와 법률을 어떻게 만드는지, 그에 관해서 아는 사람이 적을수록 밤잠 이루지 못하는 나날도 적어진다)[167] 늘 학문적 호기심을 일깨운다. 공식화한 법률안 제출권한에 앞선 단계를 차지한 입법의 계기는[168] 행정각부의 관료주의적 활동과[169] 이른바 이익단체들의 로비활동[170] 등과 함께 고맙기도 한 연구대상이었다. 심지어 최근에는 법률준비 작업의 외주(Outsourcing der Gesetzesvorbereitung)라는 현상까지 볼 수 있었다.[171] 부분적으로는 일거에 휩쓸어간다고, 부분적으로 너무 빨리 지나간다고, 흔히 도무지 알 수 없다고 일반인이 불편하게 바라보면서 이를 바탕으로 입법절차에 대하여 입법절차법(Gesetzgebungsverfahrensordnung)을 요구해야 한다는 주장이 나타났다.[172] 처음 들으면 분명히 그래야 할 것 같다. 그러나 의회의 정치적 책임에 대해 의문시하는 경향이 깔려 있다는 사실이 점차 드러난다. 그래서 입법기관 사이의 합의라는 대안이 그보다 우위에 선다.[173]

법정립절차의 개방을 시도한 사례로는 유럽연합(EU)에서 새로 인터넷의 지원을 활용하여 협의절차를 공개한 것을 들 수 있다. 최초의 거대한 검증실험으로 리치-명령(REACH-Verordnung)을 집행하여 유럽의 화학제품법(europaeisches Chemikalienrecht)이 상당히 깊고 넓게 개정되었고 큰 관심을 끌어모았다.

이해관계 있는 집단, 특히 장래 법률의 수범자 등의 견해에 대하여 균형잡힌 청문권을 부여한다는 것은 입법의 합리화에 대한 포괄적 요구 중 일부에 지나지 않는다.[174] 이 맥락에서

---

167) 최근에 인용한 문헌으로는 Palmer, in: Verhandlungen des 54. DJT, Bd. 2/1, 2004, S. 59 ff.

168) Hill (1982), S. 53 ff; Zeh, in: Schreckenberger/Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre (2000), S. 33 ff.

169) 이에 관해서는 특히 Brandt/Smeddinck/Tils (Hrsg.), Gesetzesprodukton im adminstrativen Binnenbereich, 2001; Koenig, in: Bluemel u.a. (Hrsg.), Verwaltungs im Rechtsstaat, Festschrift fuer Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag am 26. Febrauar 1987, 1987, S. 121 ff.; Smeddinck/Tils, Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialverwaltung. Die Entstehung des Bundes-Bodenschutzgesetzes: eine politik- und rechtswissenschaftliche Analyse, 2002.

170) Damaschke, Der Einfluss der Vebaende auf die Gesetzgebung am Beispiel des Gesetzes zum Schutz vor gefaehrlichen Stoffen (Chemikaliengesetz), 1986; Daumann, Interessenverbaende im politischen Prozess. Eine Analyse auf der Gurnundlage der neuen Politischen LEkonomie, 1999; Rottmann, in: Ruethers u.a. (Hrsg.), Festgabe zum 10-jaehrigen Jubilaeum der Gesellschaft fuer Rechtspolitik, 1984, S. 329 ff.; Stammer u.a., Verbaende und Gesetzgebung, 1965; Versteyl, Der Einfluss der Verbaende auf die Gesetzgebung, 1972; 유럽 차원의 논의 대해서는 Hey, ZUR Sonderheft 203, 145.

171) Kettiger, ZG 17 (2002), 269; 예컨대 변호사의 법률사무실이나 컨설팅회사 등에게 위탁을 준다는 형태로 나타난다. 좀 다른 견해로는 Blum (2004), S. 100.

172) 오직 Luecke, ZG 16 (2001), 1; Mengel, in: Hill (Hrsg.), Parlamentarische Steuerungsordnung, 2001, S. 115 ff.; Smeddinck (2006), S. 305 ff. (규제의 규제 Regulierung der Regulierung) 참조.

173) Fliedner (2004), S. 13 (These 5); 구체적으로 제안내용을 설명한 것으로는 Fliedner, Qualitaetkriterien fuer die Bundesgesetzgebung und fuer Bundesgesetze (Gutachten i.A. der Friedrich-Ebert-Stiftung), 2006, S. 51 ff. 참조.

174) 기획 수준의 제목을 가진 것으로 Schaeffer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Juergen Roedig Gedaechtnissymposion, 1984; Schaeffer (1988), S. 199 ff.; Boukema, Good Law. Towards a Rational Lawmaking Process, 1982; Fuehr, Rationale Gesetzgebung - SOFIA-Diskussionsbeitraege zur Institutionenanalyse Nr. 98-2; Koeck, VerwArch. 93 (2002), 1; Schlegelberger, Zur Rationalisierung der Gesetzgebung, 3. Aufl. 1959; 이에 관하여 포괄적으로 그리고 비판적으로 논의한 것으로는 Messerschmidt (2000), S. 777 ff. 참조.

두 개 질문이 제기된다. 하나는 합리화의 가능성과 방법론적 여건 및 제도적 여건 등에 관한 것이요, 다른 하나는 정치적으로 논해야 할 문제로서 '기술관료주의 지향의 합리화'와 최종적으로는 민주주의 원리에 귀결될 '법률이 지닌 합의적 성격'을 어떻게 일치시키느냐 하는 것이다.[175] 법률가 역시 입법절차의 쇠멸(Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens)과[176] 특히 사실상 "탈의회화(Entparlamentarisierung)"[177] 등으로 비판을 가한다. 하지만 이는 시각을 바꾸면 우리가 아직도 입법과 의회주의 황금시대를 변용하는 식으로 살 수밖에 없다는 의미이기도 하다. 결국 이 비판은 편견 없는 학문적 평가라기보다 오히려 정치적 불만족의 표현인 셈이다.[178]

헌법적 관점에서 볼 때 결정적으로 중요한 것은 기본법 제42조 제1항에 명문으로 규정한 의회의 공개 원칙(Parlamentsoeffentlichkeit)이다.[179] 연방헌법재판소는 그에 대하여 - 의회위원회의 비공개성에 관하여 논의가 벌어졌을 때 그에 대하여 직접 자신의 견해를 밝히지 않은 채 - 다음과 같이 판시하였다: "논거와 반대논거에 관한 공적 제시, 공적 논쟁, 공적 토론 등은 민주적 의회주의의 본질적 요소이다. 바로 의회의 절차에서 보장된 논박과 결정의 추구노력을 공개하는 정도야말로 서로 다투는 이해관계의 조정 가능성을 열어나간다. 이 가능성은 과정에 대한 투명성이 낮아지면 확보될 수 없는 것이기도 하다."[180]

제3절 입법이론

- 입법 개선의 방도 -

- 사태를 파악할 수 있는 수준과 범위의 자문, 이유제시, 결과평가, 효과통제 -

I. 입법이론의 계기와 쟁점

독일에서 대개 입법자라고 하면 - 유럽연합으로부터 시작해서 지방자치단체에 이르기까지 - 다양한 차원의 주체로 나타나지만, 이들이 제정 및 개정한 법률이나 규범의 질이 오늘날 점차 악화했다고 비판받는 점만은 하나같이 동일하다. 이와 같은 입법을 개선하는 방도

175) Schulze-Fielitz, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, 1988, S. 290 ff. 참조.
176) H. Schneider, in: Ritterspach u.a. (Hrsg.), Festschrift fuer Gebhard Mueller zum 70. Geburtstag des Praesidenten des Bundesvefassungsgerichts, 1970, S. 421 ff.
177) Herdegen, VVDStRL 62 (2002), 7; P. Kirchhof, NJW 2001, 1332; E. Klein, Gesetzgebung ohne Parlament?, 2004; Papier, FAZ v. 31.1.2003, S. 8 참조.
178) 시대는 다르지만 유사한 평가로는 Carl Schmitt, die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 6. Aufl. 1985 (unveraend. Nachdruck 2. Aufl. von 1926).
179) 다른 것보다 우선 Kissler, in: H.-P. Scheider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 993 ff. 참조.
180) BVerfGE 70, 324 (355) - 이 결정에서 원용하는 결정은 BVerfGE 40, 249.

를 강구하자는 것이 입법이론이다. 일반적으로 인정된 바에 따르면 법률 내지 규범의 품질을 향상하는 방도로는, 규율대상에 관련된 사태 자체를 파악할 수 있는 범위와 수준의 자문, 법률이나 규범에 대한 이유제시, 법률시행 결과에 대한 평가, 법률의 영향력 내지 효과의 통제 등을 들 수 있다.[181]

"쏘세지와 법률이 어떻게 만들어지는지 알게 되면 어떤 누구도 편안한 잠을 이룰 수 없을 것이다." 이로써 일찍이 오토 폰 비스마르크(Otto v. Bismarck)는 우스꽝스럽게 그러나 날카롭게 입법의 현황을 표현하였다. 법률과 입법의 품질에 대하여 결함이 있다는 비판은 그 자체로 오랜 전통을 지니고 있다.[182] 오늘날 역시 비판은 그보다 적지 않다.[183] 그래도 법률은, 일반인에 의한 확인가능성으로 인하여, 정치 영역에서는 여전히 가장 주요한 추진수단이라는 점에는 변함이 없다. 그래서 다시 어떻게 입법을 개선할 방도는 없는가 하는 질문이 제기된다. 그에 대한 답변이 입법이론(Gesetzgebungslehre)이다.[184]

---

181) 이 글에서 독일의 입법이론에 관한 논의는 기본적으로 다음 문헌에 의거하여 소개하고 기타 문헌은 보완적 수준에서만 동원할 것이다. Ennuschat, Joerg, Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabaschaetzung und Wirkungskontrolle, DVBl. 2004, 986 ff.

182) 바이마르 공화국 시대의 입법에 대한 비판에 관해서는 Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Mueller Verlag, 2002, S. V에서는 1926년에 트리펠(H. Triepel)이 지적한 내용을 원용하였다. "작업을 진행하다 보면 온갖 잡동사니와 확실치 않은 흔들림이 손에 잡힐 듯이 뚜렷하게 나타난다. 이들이야말로 오늘날 연방입법이 치르는 질병의 원인인데, 우리로서는 이들이 고질적인 게 아니라 그저 지나가는 잠정성의 것이리라 하는 갸날픈 희망에 의식적으로 기대는 형편이다. 최근 몇 년의 법령공보를 훑어보기만 해도, 드물게 몇 개 유의해야 할 성과를 제외하면, 잡다하고 미세한 짜깁기 작업에 불과한 것을 알 수 있다. 끊임없이 무엇인가 집어넣었다가 조금 고쳤다가 없앴던 것을 다시 살려내는 방식으로 끊임없이 정성을 기울인다. 하지만 이는 마치 페넬로페가 낮에 애써 한 뜨개질을 밤에는 한숨에 풀어내듯이 법률의 재료를 다루는 것이기도 하다."

183) 예컨대 가이거(H. Geiger)는 DAR 2002, 335에서 입법이 사태를 규율하기에 불충분하다고 비판을 가했다. 뿐만 아니라 가이거는 NJW 2002, 1248에서 입법기예(Gesetzgebungskunst)를 이제 모두 무시해 버렸다고 지적했다. 키르히호프(P. Kirchhof)는 notar 2002. 67 ff.에서 형식과 문체가 붕괴하는 위협에 직면하고 있는 형편이라고 공격했다. 슈나이더(E. Schneider)는 AnwBl. 2003, 317에서 아무 대책도 없이 그저 잘되기만 바라는 입법이라는 비평을 가했다. 바이크(G. Weick)는 JZ 2002, 442 (445)에서는 채권법 개혁의 과정에서 심지어 입법기술의 기본적 원칙까지 존중하지 않았다고 평가했다. 뿐만 아니라 규범의 홍수사태에 대한 비판도 있다. 예컨대 U. Karpen, ZRP 2002, 443 (444).

184) Fliedner, Ortlieb, Gute Gesetzgebung. welche Moeglichkeiten gibt es, bessere Gesetze zu machen?, Dez. 2001 (www.fes.de에 공개되어 다운로드할 수 있다.); Grimm, Dieter/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtspolitik, Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band XIII, Westdeutscher Verlag, 1988; Hill, Hermann, Einfuehrung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982; Luecke, Die Allgemeine Gesetzgebungsordnung, ZG 16 (2001), 1 ff.; Karpen, Ulrich (hrsg.), Gesetzgebungslehre - neu evaluiert Legistics - freshly evaluated, (1. Aufl. 2006) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008; Messerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000; Mueller, Georg, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Schulthess, Zuerich 2006; Noll, Peter, Gesetzgebung (rororo studium Nr. 37), Hamburg 1973; Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Mueller Verlag, 2002; Schulze-Fielitz, Helmuth, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988; Schulze-Fielitz, Helmuth, Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, ZG 15 (2000), 295 ff.; Schulze-Fielitz, Helmuth, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung - durch sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabschaetzung und Wirkungskontrolle, JZ 2004, 862 ff.; Schuppert, Gute Gesetzgebung - Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Sonderheft zu ZG 18 (2003);

II. 입법이론에 관련된 개념의 사전 정리

법률과 입법(Gesetz und Gesetzgebung) 개념의 내용은 다층적이다. "법률(Gesetz)"라는 용어에는 의회법률, 법규명령, 자치법규 등이 (Parlamentsgesetze, Rechtsverordnung und Satzungen) 포함된다. 법률개선 방도에 관한 논의라면 더 넓게 법조항(Vorschriften)을 논의대상으로 파악할 수도 있다. 따라서 여기에 독일 헌법인 기본법은 물론이요 주헌법 그리고 유럽연합의 각종 입법행위도 포함시킬 수 있다.[185] 또한 국제법상 조약도 국내의 승인을 얻어 그 내용이 시민에게 어떤 의미를 가진다면 논의에 편입시켜야 할 것이다. 그밖에도 수많은 법률하위 규율(untergesetzliche Regelungen)도, 비록 통설에 따르면 법규범적 성질(Rechtsnormsqualitaet)이 부정되지만, 그래도 (최소한 간접적으로는) 시민에 대한 효력을 지닌 경우를 의식하지 않을 수 없다.[186] 마지막으로 사인의 법제정 현상도 일부지만 논의에 편입시켜야 한다. 왜냐하면 이들이 시민에 대해 미치는 사실상 효력이 공법에 속하는 법조항에 유사한다고 볼 수 있기 때문이다.

종래 전통적인 견해에 따르면 기본법상 즉 헌법상 입법의 개념에는 오직 의회의 입법만을 상정하고 있었다.[187] 하지만 - 적어도 부분적으로는 - 실질적 법률의 제정도 입법에 포함시키려는 견해를 소수나마 발견할 수 있다.[188] 적지 않은 학설이 행정규칙의 제정 역시 행정입법이라고 부른다.[189] 물론 가장 크게 비중을 둔 대상이 의회법률이라는 점에야 변함이 없겠지만 입법을 협의와 광의로 나누어 구별할 수는 있다. 좁은 의미로 입법이라고 하면 입법절차를 말하고 그에 관한 주요한 내용은 기본법 제76조부터 제79조에서 규정하였다. 그보다 전단계 역시 입법절차의 하나로 귀속시키지만 실제로는 법률안에 이르기까지 사전에 준비하는 단계의 작업일 뿐이다. 넓은 의미로 입법은 입법의 상황을 전체적으로 파악하려는 것이다.[190]

입법학의 논의대상이 주로 연방과 주의 의회법률과 의회의 입법 (das Parlamentsgesetz und die parlamentarische Gesetzgebung) 등이다. 그렇다고 해서 국제관계, 유럽차원, 행정부, 사인 등 영역에서 얻은 법제정의 인식과 경험이 연방과 주 의회의 입법에 도움을 줄 수 없다는 의미는 아니거니와 그 반대의 논리도 마찬가지이다.

---

185) 유럽 차원의 입법과 입법이론에 대해서는 Karpen, Ulrich, Gesetzesfolgenabschaetzung in der Europaeischen Union - Erweiterung und Vertiefung der Europaeischen Union als Herausforderung, AoeR 124 (1999), S. 400 ff. 참조.

186) 예컨대 의사 및 보험금고 연방위원회 지침(die Richtlinien des Budnesausschusses fuer AErtzte und Krankenkanssen - § 92 SGB V). 이들을 또한 "작은 입법자(kleiner Gesetzgeber)"라고 부른다. 이에 관해서는 M. Kaltenborn, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (479 f.).

187) 예컨대 Th. Maunz, in: Maunz/Duerig, GG, Stand: Aug. 2002, Art. 70 Rdn. 2, 4.

188) 예컨대 M. Sachs, in: ders., GG, 3.Aufl. 2003, Art. 20 Rdn. 100 - zu Art. 20 Abs. 3 GG; M. Bothe, in: AK-GG, Stand: Aug. 2002, vor Art. 70 Rdn. 2 f. - zu Art. 70 GG.

189) A. Leisner, JZ 2002, 219 ff. 이와 다른 견해로는 예컨대 H. Schneider (2002), Rdn. 30.

190) Ennuschat (2004),

III. 좋은 법률과 좋은 입법 등에 관한 질적 판단의 기준과 척도

입법개선의 방도를 강구하고자 하면 그에 앞서 우량법률과 우량입법이 무엇인지 그에 관한 질적 판단의 기준과 척도가 무엇인지 밝혀야 한다.

1. 우량법률 내지 좋은 법률 Das gute Gesetz

우량법률에 관한 척도를 개발하기 위해서는 상대적으로 더 정책적인 차원과 상대적으로 더 법률기술적 차원의 두 개를 구별해야 마땅하다고 한다.[191]

(1) 정책 내지 정치적 차원: 공공복리 표준의 최적화
Politische Dimension: Optimierung des Gemienwohlstandards

정책 내지 정치라는 측면에서 보는 한, 권력을 획득할 수 있게 지원하는 법률, 다시 말해서 권력을 상실하지 않도록 저지하는 법률이라야 좋은 법률이라고 인정할 것이다.[192] 그렇다고 해도 민주주의 국가에서 즉 모든 국가권력이 공공복리를 증진할 의무를 부담하는 국가에서 권력은, 결코 권력 자체가 목적일 수는 없고, 오직 공공복리를 구체화하기 위하여 어떤 관념을 관철하는 수단에 불과한 것이다. 이에 관해서는 (예컨대 정의, 실효성, 필요성, 경제성 등과 같은) 일반적 기준에 의거하여 판단할 수 있기는 하지만,[193] 그렇다고 일반적으로 유효한 그리고 객관화할 수 있는 척도라고 제시할 수 있는 것은 없다. 이는 오히려 핵심은 정치적인 성격의 평가라고 인정하지 않을 수 없다. 따라서 이는 정치적 시각에 따라 그때마다 다양하게 나타나지만 최종적으로는 유권자한테 맡겨져 있다.[194]

그렇지만 법적 평가척도는 또한 존재한다. 정의(Gerechtigkeit)라는 근본적인 요구사항에 명백하게 모순을 일으키는 법률이라면 법으로서 유효성(타당성 내지 효력 Gueltigkeit als Recht)이 있을 수 없다.[195] 실무에서 상대적으로 더 큰 비중의 중요성을 지닌 것이라면, 특히 법률이 기본권에 대한 제한과 결합되어 있는 경우, 비례원칙을 들 수 있다. 하지만 입법자에게는, 비례원칙에 부합되는지 판단해야 한다는 문제에 관한 한, 평가특권(eine Einschaetzungspraerogative)이 부여되어 있다. 이 특권의 범위에 한계에 닿았다고 인정하려면, 어떤 법률이 좋은지 여부에 대하여 원천적으로는 정치적 평가로 시작되지만, 어떤 단계에 이르러 이것이 법적 평가로 전환되어야 한다. 비례원칙에 위배되고 그로 인하여 헌법에 위배된 법률은 결코 좋은 법률일 수는 없다.

---

191) Fliedner (2001), S. 7.
192) D. Grimm, Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), Die OEffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der OEffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas, Frankfurt 2001, S. 489 (493).
193) 예컨대 W. Bussmann, ZG 13 (1998), 127 (130 ff.); Fliedner (2001), S. 11 f.; U. Smeddinck, DVBl. 2003, 641; G. F. Schuppert (2003), S. 8.
194) Fliedner (2001), S. 7; 또한 Bussmann (1998), S. 139 참조.
195) BVerfGE 54, 53 (67 f.); Schneider (2002), Rdn. 56.

(2) 법률기술적 차원: 규범화 기술과 방식
Gesetztechnische Dimension: Art und Weise der Normierung

어떤 법률이 "수공업적 관점에서 보아 깨끗한 솜씨로 마무리"되었는지 여부에 관한 문제의 경우 비교적 '정치적으로 형성될 가능성'이 적은 것으로 보인다. 하지만 법률적 기술의 단서를 동원하여 비판하는 것이라고 할지라도 동시에 정치적 의도로 - 다시 말해서 본래 법률의 내용을 계기로 삼아 - 비판하는 것이라는 현상 역시 흔히 볼 수 있다.[196] 비록 두 개의 평가차원이 이렇게 밀접하게 연계되어 있기는 하지만, 법률기술적 관점에서 좋은 법률이라고 할 경우, 다시 말해서 과연 규범화 방식에 대하여 어떤 요건을 충족시켜야 한다고 요구하는지, 그에 대해서는 학계에서 널리 합의가 이루어져 있다. 대개 다음과 같은 요구사항을 열거한다. 즉 내구성, 명확성, 특정성, 일관성 등이 그것이다.

1) 내구성 내지 지속성 (Bestaendigkeit)

전통적으로 좋은 법규범이라고 하자면 내구성 내지 지속성을 갖추어야 한다고 보았다.[197] 법치국가 원리의 형식으로 이와 같은 요청은 신뢰 보호원칙과 소급효 금지원칙 등의 구현으로 헌법적 수준의 중요성을 획득하기도 했다.[198] 그렇지만 규범 내구성 내지 존속성에 대한 요구는 여러 측면에서 상대화하지 않을 수 없었다.

가. 입법자한테는 오늘날 탄력성 내지 유연성을 확보하라는 강력한 요구가 제기되고 있다. "… 오늘날 사회의 경제적 기반이 변화하는 속도는 점점 더 빨라지고 있다. 그렇기 때문에 영원성을 지향하던 프로이센의 일반국가법과 같은 법률은 이제 더 이상 존재할 여지조차 없다. 이 시대의 요구 자체가 신속한 대처라고 한다면, 법률도 이와 같은 시간의 흐름을 타면서 심사하고 조정해야 비로소, 예외가 아니라, '원칙'을 설정하는 지위를 누리며 지킬 수 있을 것이다."[199] 그렇지만 거꾸로 바로 그 경제영역에서 자신의 투자에 가해지는 '규제적 성격의 법률적 및 정치적 기본조건' 등이 상당한 수준의 지속성을 갖춰야 할 필요성을 강조하고 있다고 본다.[200]

나. 입법자로서는 경과적 해결조치의 요구를 수용해야 할 사례나 영역이 그 자체로 많이 존재한다. (예컨대 기본법 제143b조 제2항 제1문 참조)

다. 입법자가 새로운 문제에 대하여 새로운 해결방안을 시도하고 찾아내야 할 사례영역이 점차 늘어나고 있다. 그와 같은 실험법률(Erprobungsgesetzgebung)은 법률 하나를 전면적

196) Fliedner (2001), S. 20.
197) BVerfGE 101, 158 (217); P. Noll, S. 161; Luecke, S. 4; Schneider, Rdn. 428, 433; Ennuschat, 986 (988).
198) A. Leisner-Egensperger, ThuerVBl. 2004, 25 (31); Luecke, S. 4.
199) 연방수상 슈뢰더, U. Smmedinck, DOEV 2004, 103 (109)에서 재인용.
200) 독점규제집행위원회 Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, 14 Hauptgutachten 2000/2001 (Kurzfassung), Juli 2002, Rdn. 2; G. Mueller, FS Maurer, 2001, 227.

으로[201] 또는 법률은 지속적으로 유지하면서 단지 그 중 하나 내지 몇 개의 개별 조항에 한정하는 식으로[202] 제정할 수 있다.

라. 경과규정과 실험규정이라고 해도 일단 규범을 정립하면 그 자체로 상당한 추동력을 지녀 일정하게 고착화하는 경향을 지니기 마련이다. 이를 저지하기 위하여 입법자는 점차로 그와 같은 조항에 기간(이른바 일몰조항 sog. sunset-Klauseln)을 설정하는 추세이며, 경우에 따라 그때 가서 상황에 따라 연장할 것인지 결정할 수 있다는 연장유보를 붙이기도 한다.[203]

2) 명확성 (Klarheit)

독일연방헌법재판소에서는 얼마 전에 계기가 마련되어 다음과 같은 사항을 적시하기에 이른다. 즉 "법치국가 원리에 따라 입법자가 준수해야 할 명령사항이 있다. 입법자가 선택한 형성으로서 어떤 규율영역에 대하여 규범을 창설하는 경우에도 마찬가지로 입법자가 관여하면서 규범의 명확성 원칙을 충족시켜야한다는 명령이 바로 그것이다. 그러므로 법률로써 규율하는 경우에도 반드시 다음과 같이 규범을 작성해야 한다. 즉 당사자 그 자신이 해당 규범의 수범자에 해당될 가능성과 법적 상황 등에 대하여 구체적으로 인식할 수 있고, 그 결과 당사자가 자신의 행위를 그에 따라 조정할 수 있어야 한다."[204] 이와 같은 명령사항을 구체화하기 위하여 법조문의 작성 측면에서 갖추어야 할 요구사항은 (예컨대 법률의 체계적 분류에 따른 위치가 명확해야 하며, 법조문 자체가 간략해야 하며, 그 문장의 길이도 짧아야 하며, 원용이나 준용 규정의 의미를 충분히 밝혀야 하는 등) 상당한 수에 이른다.[205] 규범의 명확성에 관하여 바람직한 수준을 획득하고 그에 관하여 실효성 있는 헌법재판소의 심사를 추가적으로 붙일 가능성에도 물론 한계가 없을 수는 없다.[206]

3) 특정성 (Bestimmtheit)

입법자는 무엇인가 규율할 경우 반드시 다음과 같은 방식으로 특정해야 한다는 요구를 충족시켜야 한다. 즉 규율대상의 특정에 관해서, 규율해야 할 생활사태의 종류와 규범의 목적

201) 예컨대 관료주의에 따른 비능률성을 개혁적으로 제거할 목적으로 오스트베스트팔렌-립페라는 실험모형 지역에 적용할 법률(Gesetz zum Buerokratieabbau in der Modellregion Ostwetfalen-Lippe vom 16. 3. 2004 - GVBl. NRW S. 134). 이 법률의 개별조항이 규율하는 내용은 다른 법률의 개별조항을 (실험적 수준에서) 개정하거나 아예 실효시켜 버린다.

202) 예컨대 노르트라인-베스트팔렌 주 지방자치법 제126조의 실험조항(Experimentierklausel des § 126 GO NRW zur Erprobung neuer Steuerungsmodelle und zur Weiterentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung)이다.

203) 위에서 인용한 관료주의의 비능률성을 저지하기 위한 법률에는 예컨대 3년의 기간이 설정되어 있다. 이와 같은 기간설정에 관해서는 Schuppert, S. 65 ff. 참조.

204) BVerfGE 108, 52, (75); Luecke, S. 7 f.

205) 이와 같은 요구사항은 이미 별표 6.3(Anlage 6.3 zu § 42 Abs. 2 GGO)에서 나타나 있다.

206) 이 점을 분명하게 밝힌 것으로는 M. Sachs, ZG 18 (2003), 393 (395). 그는 위에서 원용한 BVerfGE 108, 52 ff. 결정에 관하여, 이 결정으로 오히려 무력하다는 느낌을 불러 일으켰지만, 이 점을 결정으로 다시 한 번 분명하게 확인했다고 보았다.

등에 따라 어떻게 대상특정의 가능성을 확보할 것인지, 분명하게 제시해야 한다.[207] 규범의 특정성 요구는 헌법적 수준의 중요성을 지녀 법치국가 원리의 하부원칙으로서 특정성 명령으로 나타난다. 하지만 이때 헌법재판소의 통제는 소극적이어서 대개 행정청의 자의를 저지한다는 수준에 목표를 한정하고 있다.[208]

4) 일관성 (Kohaerenz)

규범의 다양성을 인정한다고 하더라도 각 규범을 '합리적으로 상호 모순되지 않는 전체적 규율 체계'의 어딘가에 반드시 편입시킬 수 있어야 한다.[209] 하지만 현실적으로는 나중에 법률을 개정하면서 전체적 일관성을 상실하게 되는 사태가 흔하게 발생한다. 그로 말미암아 개정법률이 현재 규율상황에 미치는 효력을 인정할 수 없게 된다. 규범갈등(Normfriktionen)은 특히 '상대적으로 규모가 큰 개혁-법률 계획'을 단계적으로 도입하면서 전형적으로 나타나는 현상이기도 하다.[210] 위와 같은 일관성 요청에 위배되면 해당규범은 곧바로 헌법을 위배하기에 이르게 된다.[211] 반면에 법치국가 원리로부터 그와 다른 결론이 도출될 가능성이 남아 있기도 하다. 즉 두 개 규범이 한 개 사태에 대하여 서로 모순되는 법적 효과를 확정적으로 규정하였는데, 이와 같은 (이른바 진정 sog. echte) 규범의 모순을 해석 또는 충돌규칙의 적용 등의 수단으로 제거할 수 없는 경우라야, 법치국가 원리에 위배된 것이다.[212] 일관성 측면에서 모종의 결함이 발생하면 동시에 규범의 명확성 원칙에 위배될 가능성도 상존한다.[213] 뿐만 아니라 평등원리에 위배되는 것은 물론 자의금지 원칙에도 (기본법 제3조 제1항, 제20조 제3항) 위배될 가능성도 있다.[214]

2. 좋은 입법(Gute Gesetzgebung)

좋은 법률을 제·개정하는 행위 즉 좋은 입법 내지 우량입법이 갖추어야 할 요건은, 특정한 법률의 제정하는 데 반드시 일정한 절차가 필요하다는 사실을 감안한다면, 그 범위 내에서의 좋은 입법은 그 자체로 목적인 것이 아니므로, 좋은 법률이라는 목표에 연계시켜 밝혀야 할 것이다. 이 때 두 가지 관점을 구별해야 한다.

---

207) BVerfGE 93, 213 (238).

208) BVerfGE 83, 137 (161): 행동의 자유에 제한을 가하는 법조항이 워낙 불특정하여 어떤 활동의 금지가 실질적으로 행정에게 심사할 수 없을 정도로 재량을 부여하게 된 경우라면 이와 같은 불특정성은 금지한다. 이와 유사한 결정으로는 BVerwGE 105, 144 (147).

209) 이와 같은 일관성 문제에 관해서는 Schneider, Rdn. 57 ff; Bussmann, S. 130 ff. 유럽연합 차원에서는 Kommission, Wiessbuch ≫Europaeische Regieren≪ vom 25. 7. 2001, KOM (2001) 428 endg., S. 13. 참조.

210) A. Leisner-Egensperger, S. 32; Schneider, Rdn. 59.

211) W. Ruefner, BK-GG, Dez. 2003, Art. 3 Abs. 1 Rdn. 42; P. Kirchhof, HdbStR V, 1992, § 124 Rdn. 231 f. 체계기준 정의(Systemgerechtigkeit)에 관해서는 A. Leisner-Egensperger, S. 28: 체계합치성 요청에 위배되었다고 해도, 이는 평등원칙 위배와 위헌성 등에 관한 지표 중 하나요 근거 중 하나일 뿐이지, 그것 자체로 그대로 인정해야 하는 것은 아니다.

212) H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 20 Rdn. 63.

213) BVerfGE 108, 52 (75).

214) BVerfGE 86, 148 (252); P. Kirchhof, HdbStR V, 1992, § 124 Rdn. 232; Luecke, S. 20 ff.

(1) 어떤 법률이 내용상(seinem Inhalt nach) 좋은지 여부의 문제에 대해서는, 거의 객관화할 수 없는 경우가 수없이 많아서, 결국 민주주의적 경쟁에 맡길 수밖에 없다. 그렇기 때문에 규범정립 절차를 수단으로 반드시 규범정립 주체에 대해서 그때마다 민주적 정당화를 확보해야 한다.[215]

(2) 그 밖의 절차적 사전조치를 취함으로써 어떤 법률에든, 공공복리 표준을 최적화할 개연성을 더욱 높일 수 있는 방향으로 작성할 수 있게, 기여할 수 있다. 다만 이에 관해서는 다음 법률과 입법의 질적 향상을 위한 단서 항목에서 상술할 것이다.

독일에서 입법을 전체적으로 개관하면서 과연 좋은 품질이라고 확증할 수 있는지 여부에 관한 질문에 대하여 답변해야 할 경우, 한편으로는 다음과 같이 엄연히 존재하는 사실을 참고삼아 지적할 수 있다. 최근 수십 년간 입법은 독일 역사상 유례없이 그리고 세계적 비교척도에 비추어 보아도 상당한 격차를 인정할 수 있을 정도로 우월한 수준에서 자유, 안전, 복지 등의 표준에 관한 기초를 확립했다. 다른 한편으로 입법의 부분영역에 초점을 맞추어 살펴보면, 가령 학교교육 분야 입법(관련주제어: 피사 - PISA - 성적), 가족분야 입법(독일은 세계적으로 가장 낮은 출산율로 시달리는 나라 중의 하나다.), 경제분야 입법(독일은 헤리티지재단의 경제적 자유 부문의 지표에서 - 2004년에 - 다시 최고수준을 획득하지 못하게 되었다.) 등에서 최적화해야 할 필요성이 제기된 바 있다.

이와 같은 현상을 인정하면 법률과 입법의 질적 향상을 위해서 어떤 단서를 활용할 수 있는지 하는 문제를 정면에서 의식하지 않을 수 없게 된다.

IV. 법률과 입법을 질적으로 향상시키기 위한 단서 Ansaetze zur Steigerung der Qualitaet von Gesetz und Gesetzgebung

그와 같은 단서는 매우 다양하다. 우선 입법의 전체적 상황을 대상으로 하면 탈규제, 입법의 포기 등의 요구가 전면에 제기된다(관련주제어: 누구나 느낌으로 인식하지 않는가 - 규범의 홍수 Normenflut). 그 대신에 사회적 자기규율 방식의 잠재력을 가동시켜야 한다. 그 다음으로는 과연 독일 국내는 물론 유럽을 포함하는 다차원적 체계(Mehrebenensystem) 내에서 규범정립 권한이 합리적으로 배분되었는지 또는 지나치게 하부로 또는 상부로 이전되어 있는 것은 아닌지 하는 문제를 다루지 않을 수 없다. 규범의 실효성을 더욱 강화한다는 문제를 중심으로 살펴보면 대개 권리보호 체계(Rechtsschutzsystem)를 집중적 대상으로 검토할 수 있다. 연방의 입법에 특히 관심을 두어 살펴본다면 입법책임(Gesetzgebungsverantwortung)이 연방의회에 더욱 강력하게 집중하여 부과되는 현상에 관

215) D. Grimm, S. 489 ff.

하여 논의해야 한다. 이하에서는 입법절차를 개선한다는 목적에 비추어 어떤 단서를 활용할 수 있는지 그것만 소개하는 데 그칠 것이다.

1. 사태에 정통한 자문(Sachverstaendige Beratung)

현대적 입법자는 추가적으로 사태에 정통한 자문에 의존하고 있다.

(1) 개념(Begriff)

사태에 정통한 자문이라고 하지만 이를 연방의회 운영규칙 GeschO BT 제78조에서 법률에 대한 자문(Beratung eines Gesetzes)이라고 규정한 것과는 구별해야 한다. 사태에 정통한 자문은 해당 행정각부나 의회 등의 외부에서 사태파악의 요구를 충족시키려는 것이기 때문이다. 이로써 한편으로는 - 개별적인 법률의 의도에서 벗어나 - 입법절차 곧 법률 제·개정 절차 그 자체에 관련하여 개관할 수 있다. 이는 입법이론의 성과를 입법자가 일반적으로 활용할 수 있다는 의미이기도 하다. 예컨대 조정수단을 선택할 때 그리고 법률의 성과를 평가할 때 사용해야 할 점검목록을 작성한다는 것이다.[216] 다른 한편으로는 사태에 정통한 자문은 또한 개별적 법률의 의도에 마찬가지로 영향을 미칠 수 있다.

(2) 출현형식(Erscheinungsform)

사태에 정통한 자문의 출현형식은 다양한 관점에서 분류할 수 있다.

1) 외부에서 수행한 사태파악의 원천 (Herkunft des externen Sachverstaendigen)

가. 당사자 참여(Betroffenenbeteiligung)는 입법절차에 사태파악을 편입시키는 데 전통적으로 채택한 수단이었다. 그렇지만 이로써 획득할 수 있는 사태인식은 언제나 상대적으로 제한되어 있다. 당사자는 우선적으로 파편화한 자신의 이익을 구현한다는 목적 아래에서 비로소 사태파악을 수행하며, 그렇다고 당사자에게 공공복리의 요구에 기여해야 할 의무가 전면적으로 부과된 것도 아니기 때문이다. 그러나 당사자 참여에 기대할 수 있는 사항은, 입법자가 당사자를 오로지 선택적으로 동원해서 사태인식에 활용할 수 있다는 것이다.[217] 하지만 다원적으로 그리고 때에 따라서는 상호 대립하는 당사자를 사태파악에 동원한다면 입법자가 결정하는 데 필요한 사태파악에 전면적 고려라는 목표에 기여하게 될 것이다. 유럽차원에서도 집행위원회는, 가능한 한 많은 수의 활동주체가 가담할 수 있게 하는 조치의 일환으로, 협의절차에 누구든지 자신의 주장을 제시할 수 있게 개방하였다. 그 전제조건으로 충족시켜야 할 사항이 있으니, 우선 법률의 제정의도가 상당히 이른 시기에 일반인에게 (온

216) 이에 관한 사례로는 최근에 연방법무부가 의뢰하여 작성한 슈페르트의 감정평가서(das fuer das Bundesministerium der Justiz erstellte Gutachten von G. F. Schuppert).
217) P. Hartmann, ZG 18 (2003), 74 (77 f.).

라인으로) 공개되어야 하며, 모든 사회집단이 이에 대하여 자신의 견해를 밝힐 수 있도록 고무해야 한다는 등이다.[218] 이와 같은 담론의 과정(dieser diskursive Prozess)이 동시에 법률의 정당화를 더욱 강화한다.[219]

나. 법정협회(Kammern)에서 사태파악을 수행할 수 있다. 법정협회는 개별적 이익이 아니라 해당 직업의 신분집단 전체의 이익에 기여할 의무를 부담한다(상공회의소법 IHK-G 제1조 제1항 참조).

다. 독립적인 전문가의 지식(das Wissen unabhaengiger Experten)을 입법준비 작업에 편입시키고자 입법자로서는 수없이 많은 노력을 기울였는데 그 형식은 청문(Anhoerung)이었다.[220] 전문가 보고를 활용함으로써 관련전문가의 사태인식 수준은 더 높아지고, 그 결과 입법절차에 사태를 파악한 활동주체들이 그 절차에서 나오리라 기대할 수 있는 전문적 견해의 범위와 규모 등을 사전에 그려볼 수 있다. 이와 같은 기대를 충족시킬 수 있는지 여부가 전문가를 선택하는 기준으로도 작용할 것이다.

2) 입법절차에 대한 시간관련 편입 (Zeitliche Einbindung in das Gesetzgebungsverfahren)

전문가의 자문은 법률안을 제출하기 이전의 단계에서 (사전예측적 자문 prospektive Beratung) 받을 수 있다. 의회에서는 법률안에 대해 더 넓게 자문을 구하기 위하여 추가적으로 (병행 내지 동반적 자문 begleitende Beratung) 사태에 관한 정보를 획득하고자 - 대개 위원회를 거쳐 - 전문가를 초빙하기도 한다. 법률이 효력을 발생한 후에도 (회고적 자문 retrospektive Beratung) 또한 법률의 사실상 효력을 평가하기 위하여 전문가를 동원하기도 한다.

3) 입법절차에 대한 기관관련 편입 (Institutionelle Einbindung in das Gesetzgebungsverfahren)

가. 전문가(Sachverstaendige)가 개인으로서(als Einzelperson) 즉각적 필요에 따라 그때마다 입법절차에 동원될 수 있다.

나. 장기에 걸쳐 동원 내지 관여할 가능성은, 지방자치단체법의 규율사항으로 전문적 지

---

218) 이에 대해서는 Kommission, Wiessbuch, S. 5, 15, 20 f.; dies, Mitteilung ≫Kosultationsdokument: Hin zu einer verstaerkten Kultur der Kosultation und des Dialogs≪ vom 5. 6. 2002, KOM(2002) 277 endg. 참조. - 연방 차원에서는 ≫전자민주주의(e-demokratie)≪ 계획을 사례로 들 수 있는데, 인터넷을 통해서 일정하게 선별한 입법절차에 일반인이 직접 참여할 수 있는 실험을 수행하는 것이다. 이에 관해서는 § 48 Abs. 3 GGO; E. Goell, ZParl. 2004, 68 (79); Th. Hadamek, ZG 16 (2001), 382 (386); B. Zypries/G. Peters, ZG 15 (2000), 316 (327). - 주 차원에서는 예컨대 J. Dieckmann, NWVBl. 2002, 329 (334 f.) 참조.

219) Kommission, Wiessbuch, S. 15; Grimm, S. 491.

220) E. Goell, ZParl. 2004, 68 (79).

식을 갖춘 시민과 주민을 평의회 소속 위원회에 자문역 구성원으로 인정함으로써, 확보된다. (예컨대 § 58 Abs. 3 und 4 GO NRW)[221]

다. 최근에 집행위원회(Kommission)의 구성이 (예컨대 하르츠-집행위원회나 뤼룹-집행위원회 등과 같이) 점점 늘어나는데, 여기에 일부는 이익대표이고 일부는 종속되지 아니한 인물과 전문가 등이 위원으로 참여해서 특정한 법률의 제정계획에 개혁적 추진력을 담당한다. 그 결과 위원회의 창궐현상이 발생할 수 있다. 오늘날 유럽연합 집행위원회는 예컨대 약 700개에 달하는 위원회로부터 자문역 지원을 받고 있다.[222]

라. 뿐만 아니라 장기적으로 아예 심의위원회(Gremien)를 제도화할 가능성도 남아있다. 위원회를 형식적으로 규범정립절차 중 하나로 편입하는 것이다. 이와 같은 위원회는 일반적으로 독립성을 갖추고 일부는 다원적으로 위원을 구성하는데, 결과적으로는 이로써 전문적 지식을 수집한다는 목적의 구현을 상당한 수준에서 보장할 것을 명령하는 것이다. 반면에 이와 같은 위원회는, 일반적 성격을 지닌 데 그쳐, 구체적인 법률의 제・개정 계획으로부터 벗어나는 사례가 오히려 흔하다. 그에 관한 사례로는 - 유럽연합 차원에서 - 경제사회 위원회(der Wirtschafts- und Sozialausschuss - Art. 257 ff. EG)와 지역 위원회(der Ausschuss der Regionen - Art. 263 ff. EG) 등을 들 수 있다. 바이에른 주헌법에서도 오랫동안 심의기능의 헌법기관으로서 원로원(Senat)을 규정하고 있었다. 구 바이에른 주헌법(bay. LV a.F.) 제34조에 따른 주 사회・경제・문화・지방자치단체 사단의 대표회의가 바로 그것이다. 이와 같은 심의위원회는 구 바이에른 주헌법 제36조 제3항에 따라 "적법성(Rechtlichkeit), 전문성(Sachkenntnis), 경험성(Erfahrung)" 등의 특징을 갖추어야 한다. 원로원의 임무는 정부의 신청에 따라 정부의 법률안에 대하여 "감정평가적 견해"를 밝히는 것이다(구 바이에른 주헌법 제40조 제1문). 반면에 기본법에서는 단지 제122조 제2항의 경과규정에서 "입법에 자문방식으로 협력하는 사단으로, 관할권한이 (제122조) 제1항에 따라 종료하는 경우, … 해체한다"고 명시하였다. 그리스 헌법 제75조의 규정을 살펴보면 법률안은, 사전에 회계원에서 예산상 결과를 조사한 경우에, 비로소 의회의 심의가 허용된다고 명시하였다.

4) 입법의 결과에 대한 영향력(Einfluss auf das Gesetzgebungsergebnis)

일단 민주주의 원리만 다시 생각해도 입법사단 즉 의회가 어떤 법률에 대해서든 최종적 책임을 맡게 된다. 따라서 전문가의 자문은 기본법 제20조 제2항에 의하면 법적으로 기속적 효력을 지닐 수 없다. 유럽연합의 공동체 영역에서도 지역위원회와 경제・사회위원회 등에게 오로지 청문권을 부여할 뿐이다. 그러나 이들과 구별해야 할 것이 바로 사실상 기속적 효력(faktische Bindugngswirkung)이다. 정치적 토론의 장에서 가끔 표현되는 바에 따르면, "모-집행위원회의 제안을 그대로 받아들였다."고 한다. 스위스에서도 특정한 법률의 초안을 행정의 소관각부가 아니라 전문가위원회에서 심의하여 작성했다는 보고사례를 찾아볼 수 있

221) 자세한 내용은 P. J. Tettigner, BesVerwR/1, 7. Aufl. 2004, Rdn. 54; Th. Mann, NWVBl. 1990, 222 f.
222) Kommission, Weissbuch ≫Europaeisches Regieren≪, S. 22.

었다.[223] 유럽 차원에서도 집행위원회가 이의를 제기한 바 있다. 워낙 전문가위원회의 체계가 투명하게 확립되지 않아서 도대체 누가 결정하는 것인지 - 전문가인지 아니면 정치인인지 - 분명하지 않다고 한다.[224] 이와 같은 경우 실질적으로는 법률에 대한 준비작업 자체를 아웃소싱 즉 외주를 준 것이다.[225]

(3) 법적 규율과 헌법적 중요성(Rechtliche Regelungen und Verfassungsrelevanz)

연방법률의 성립에 관한 규율사항을 살펴보면 전문가의 심의에 대해서는 오직 단편적으로 규정되어 있다는 것을 알 수 있다(§ 70 Abs. 1 GeschO BT, §§ 41, 46, 48 GGO). 그에 관한 한 기본법에서는 침묵하고 있다. 그렇지만 전문가의 심의는 대상 법률의 위헌성에 관하여 판단할 때 중요한 요소로 인정되고 있다. 마찬가지로 연방헌법재판소와 주헌법재판소도 어떤 규율사항의 위헌성 여부를 판단할 경우, 그 규율사항의 입법절차의 범위 안에서 청문 대상이었던 개별적인 전문가의 견해를 일차적 기준으로 참고하는 것이다.[226]

(4) 법률의 질 향상에 기여 (Beitrag zur Steigerung der Gesetzesqualitaet)

전문가의 자문이 지닌 한계의 뿌리는 입법 자체가 지닌 정치적 성격이다. 정치적으로 논쟁의 대상으로 떠오른 법률제정 의도에 대하여 전문가는 저마다 경험한 바에 따라 다양한 견해를 드러내는데, 이 견해를 주요증언으로 동원하면서 정치인 진영에서는 정치적 논쟁의 장에서 자신의 주장을 전개할 수 있다. 그렇지만 외부의 감정전문가를 동원하는 것이 입법의 주체로서는 자신의 정치적 결정에 대한 지식 측면의 근거를 완벽하게 갖추는 데 도움이 된다.

2. 근거확보 내지 이유 밝히기 (Begruendung)

국가의 활동에는 공공복리 근거를 기반으로 정당화할 필요가 상존하며 그래서 언제나 정당화의 압박을 받고 있다. 마찬가지로 입법자도 반드시 자신의 활동에 대하여 근거를 제시할 수 있어야 한다.

(1) 개념 (Begriff)

어떤 법률의 근거확보 내지 이유 밝히기라는 개념은 좁은 의미와 넓은 의미의 개념으로 나눈다. 넓은 의미로는 입법자가 내용 측면에서 올바르게 입법작업을 수행하기 위하여 전체 과정에 관련하여 이행하여야 할 모든 의무를 포함하고 그에 따라 법률의 후속결과에 대한

223) D. Kettiger, ZG 2002, 269.
224) Kommission, Weissbuch ≫Europaeisches Regieren≪, S. 23.
225) D. Kettiger, ZG 2002, 269.
226) BVerfGE 96, 288 (304 f.); VerfG S-A, LKV 2003, 131 (133, 136).

평가 및 영향력 통제 등의 문제영역도 여기에 속한다.[227] 좁은 의미로는 형식 측면에서 기준을 동원하여 법률초안에 부가해야 한다든지 규범문언에 통합적으로 제시해야 한다든지 하는 요구를 말한다.

(2) 출현형식 (Erscheinungsform)

근거확보 내지 이유 밝히기에 관한 좁은 의미의 개념을 기반으로 논의한다고 해도 몇 개의 출현형식을 구별할 수 있다.

1) 오늘날 독일의 입법실무에서 법률에 대한 고유한 근거확보나 이유 밝히기 등은 법률 자체의 내부에 포함시키지 않고 입법자료(Gesetzgebungsmaterialien)로서 제시한다(법률 외부의 근거확보 형식으로, Art. 42 Abs. 2 GGO).

2) 독일법에서는 그래도 여전히 법률내부의 근거확보로서 두 가지 단서를 찾아볼 수 있다. 즉 법률의 전문 부분과 목적 조항이 그것이다.[228]

3) 입법의 세부사항을 파고드는 법률 내부의 근거확보에 대한 사례로는 유럽연합의 법 즉 공동체법을 들 수 있다. 유럽공동체법 제253조에 따르면 명령, 지침, 결정 등에는 반드시 이유를 부기해야 한다. 이와 같은 고려사항의 열거는 규범문언(Normtext)의 일부이지만, 이는 본래 근거제시에 해당하는 규율사항(den eigentlichen Begruendungen)보다 앞선 단계에 속한 것이기도 하다. 여기에 추가적으로 외부의 근거확보 내지 이유제시가 존재한다. 왜냐하면 입법행위에 대한 제안사항에 대해서는 집행위원회가 이유를 제시하기 때문이다.

(3) 법적 규율사항과 헌법적 중요성
(Rechtliche Regelungen und Verfassungsrelevanz)

이유를 제시해야 할 의무에 관하여 규정한 것은 오직 행정각부 공동운영 규칙 제42조 제1항(Art. 42 Abs. 1 GGO) 그것 하나뿐이다. 이유제시의 내용에는 동 규칙 제43조 제1항(Art. 43 Abs. 1 GGO)에 따르면 수많은 논점을 포함시켜야 한다. 이 논점은 동시에 법률 제·개정 계획의 필요성과 유익성 등에 관한 까다로운 심사프로그램의 구성요소이기도 하다. 기본법은 반면에 기본법 제76조 제1항에 따라 법률안 발의권한을 가진 자에게 연방의회와 연방참사원에 대하여 이유를 제시해야 한다는 의무를 부과하지 않았다. 입법자는 규범의 상대방 즉 수범자에 대해서도 마찬가지로 이유제시에 관한 의무를 지지 않는다. 그렇지만 몇 개 다른 국가에서는 법률초안의 제출권한을 부여받은 자에게 (외부적) 법률에 관한 이유제시 의무를 헌법 차원의 것으로 격상시키고 있다.[229]

---

227) W. Koeck, VerwArch. 93 (2002), 1 (14).
228) Luecke, S. 34; 이와 다른 견해로는 Fliedner, S. 34.
229) 가령 그리이스 헌법 제74조, 스페인 헌법 제88조: J. Luecke, Begruendungszwang und Verfassung, 1987, S. 225에서는 기본법으로부터, 법률에 대하여 단순한 법 즉 법률 차원에서 이유제시 의무를 확정적으

법률에 대한 이유제시의 경우 헌법상 중요성이 독일에서도 부정되는 것은 아니다. 특히 기본권 제한의 비례원칙 준수 여부에 대하여 판단해야 할 경우에 이 점을 강조하지 않을 수 없다. 그렇지만 연방헌법재판소는 이와 같은 경우 우선 기본권적 자유의 영역에 입법자가 제한을 가하는 것의 정당성, 적합성, 필요성, 적정성 등과 같은 이유를 확보할 가능성(Begruendbarkeit von Legitimitaet, Geeignetheit, Erforderlichkeit, und Angemessenheit)에 대하여 심사한다. 그러나 이유확보 가능성을 조사할 때 다른 무엇보다도 먼저 입법자료에 포함되어 있는 이유 부분을 찾아가게 된다. 법률에 대하여 확신 없이 이유를 제시한다면, 그 결과는 비례원칙에 위배하여 위헌의 판단을 받는 것이다.[230] 반면에 성공이라기에는 약간 부족한 법률문안이라고 해도 규범의 내용을 조사하기 위하여 법률의 이유 부분을 동원하여 근거를 제시할 수 있고 결과적으로 이로써 헌법에 합치된다는 결론을 도출할 수 있다.[231]

(4) 법률의 질 향성에 기여(Beitrag zur Steigerung des Gesetzesqualitaet)

일부 학자는 유럽공동체법 제253조의 모범에 따른 이유제시 의무가 특히 법률의 질을 향상시키는 데 적합하다고 주장한다.[232] 그렇지만 유럽공동체법 제253조의 의미로 제시하는 모든 이유확보가 설득력까지 모두 갖추었다고 할 수는 없다.[233] 여하튼 이유를 얼마나 세세하게 제시해야 하는지 그 수준에 대하여 사실적 근거를 바탕으로 한계가 설정되었다. 이때 유의해야 할 사항이 있다. 즉 법률 내부의 이유제시는 입법자의 권위를 강화할 수 있다. 왜냐하면 이 경우 법률의 기속력이 최소한 악화된 형태라고 해도 제시된 이유에 연계될 것이기 때문이다. 이로써 행정청과 법원 등이 입법자의 객관적 의사라고 제시하면서 입법자의 사실상 의사를 무시하는 사태를 상대적으로 쉽게 저지할 수 있다.[234]

3. 법률효과평가 내지 입법평가 (Gesetzesfolgenabschaetzung - GFA)

오늘날 법률효과평가에 대한 희망과 기대가 자못 크다. 독일과 유럽에서는 입법효과평가가 입법론의 핵심개념으로 인정되었을 정도로 관심을 끌고 있다.[235]

로 부과하라는 헌법상 입법위임(Gesetzgebungsauftrag)을 도출한다.

230) BVerfGE 102, 197 (221).

231) BVerfG, EuGRZ 2002, 289 (291): "그러나 이들 조항이 불분명한 문언으로 작성되었다고 해도, …, 입법자료(특히 주의회유인물 LT-Druck. … 참조)와 함께 살펴보면 다음 사실을 충분히 인식할 수 있어, …."

232) K. Redeker, NJW 2002, 2756 (2759).

233) 예컨대 논의의 대상으로 떠오른 담배제품을 위한 광고 및 스폰서에 관한 법조항 및 행정규칙 등의 일치화를 위한 유럽 의회 및 평의회 지침 유럽공동체 2003/23(Richtlinie 2003/33/EG des europaeischen Parlaments und des Rates vom 26. 5. 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschirften der Mitgliedstaaten ueber Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabkaerzeugnissen - ABl. EG L 152/16 vom 20. 6. 2003)의 경우를 살펴본다. 고려사유 제17호 이하에서는 오직 형식적으로 확인하는 데 그친다. 즉 이 지침이 비례원칙과 기본권에 위배되지 않고 합치한다는 것이다. - 유럽연합 집행위원회(Kommission)도 입법안에 대한 이유제시를 더욱 강화해야 한다는 목표를 세운 바 있다. 집행위원회의 작업계획 ≫규율여건의 단순화 및 개선≪ (Aktionsplan ≫Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds ≪ vom 5. 6. 2002, KOM (2002) 278 endg., S. 8) 참조.

234) K. Redeker, NJW 2002, 2756 (2759).

235) W. Koeck, VerwArch. 93 (2002), 1 (2). - 법률효과 평가 내지 입법평가에 대한 안내서 성격의 문헌으

(1) 개념

법률효과평가는 법조항의 취지와 효력 등에 대하여, 입법절차에서 합리성을 확보한다는 목적을 구현할 분과교차적 연구단서를 동원해서, 조사하고 이를 비교하는 방식으로 평가하는 데 기여한다.[236] 그 내용을 살펴보면 규율사항에 대한 대안을 고찰하며 다차원적으로 파악하고 특정한 기준을 동원하여 비교방식으로 효과에 대하여 판단한다는 등이다.[237] 지금까지 가장 전면에 떠오른 분야는 비용 조사로서, 공적 주체에게 부여된 것이 그 대상이다.[238] 하지만 법률효과평가 내지 입법평가가 설득력을 갖추려면, 중요한 효과는 모두 논의의 대상으로 편입해야 한다. 즉 규범의 상대방 내지 수범자 특히 경제영역의 수범자에게 미치는 효과 역시 논의대상에 포함시켜야 한다.[239]

(2) 출현형식 (Erscheinungsform)

법률효과 평가의 시점을 기준으로 다음과 같이 3개로 구별할 수 있다.[240]

1) 사전예측적 법률효과 평가(die prostpektive GFA)는 법률안의 계획단계에서 개시된다. 이는 장차 규율할 사항에 관하여 사실적 근거를 확보하는 데 기여한다. 이로써 규율에 대한 다른 대안이 있는지 인지하고 조사하고 적합한지 심사할 수 있다. 그 수준 중 하나가 바로 가상모형적 실시평가(die Simulation = Planspiel)이다. 실무에서 인지한 문제를 의도하고 있는 규율방식과 대안으로 상정된 규율방식 등으로 해결해 본다. 우선 하나는 규율사항이 실무상 적합한지 여부를 판단하자는 것이요 다른 하나는 그와 동시에 규범당사자의 회피전략을 미리 예측하기 위한 것이다.[241] 그밖에도 법에 관한 경제적 분석방식[242] 그리고

로는 예컨대 C. Boehret,FS Bluemel, 1999, 51 ff.; U. Karpen, AoeR 124 (1999), 400 ff.; Schuppert, S. 25 ff.; A. Witthohn, NdsVBl. 2004, 36 ff. - 유럽연합 차원의 문헌으로는 Kommission, Weissbuch, S. 26; dies, Mitteilung ueber Folgenabschaetzung, KOM (2002) 276 endg.; U. Karpen, AoeR 124 (1999), 400 (418 ff.); Chr. Lange, ZG 16 (2001), 268 ff. - (유럽연합 내부와 외부에 속한) 다른 나라와 독일의 각 주의 법률효과 평가 내지 입법평가에 대해서는 Kanrpen, S. 410 ff.; Lange, S. 277 f.; P. Hartmann, ZG 2003, 74 (79) 참조. - 주의회가 본 입법평가에 간해서는 Chr. Grimm, ZRP 2000, 87 ff.; dens./L. Brocker, ZG 14 (1999), 58 ff.

236) 분과교차적 평가에 관해서는 최근의 것으로 U. Smeddinck, S. 106 f.; U. Karpen, ZRP 2002, 443 (445).

237) W. Koeck, S. 2; A. Witthohn, S. 38. - 입법평가 내지 법률효과평가는 효력 내지 영향력 분석을 전제로 세워두고 있고, 이로써 입법 사회학(Soziologie der Gesetzgebung)으로 건너가는 다리를 하나 놓은 것이라고 볼 수 있다. 이에 관해서는 H. Schulze-Fielitz, ZG 15 (2000), 295 (309).

238) W. Koeck, S. 12; A. Witthohn, S. 39. - 이와 연계하여 계산 내지 산정의 어려움에 대해서는 W. G. Leisner, DVBl. 2001, 1799 ff. 참조.

239) 같은 취지로 § 44 Abs. 4 GGO.

240) 세세한 사항은 C. Boehret, FS Bluemel, 1999, S. 51 (54 f.); U. Karpen, ZRP 2002, 443 (445); W. Koeck, S. 9; Chr. Lange, ZG 16 (2001), 268 (270 f., 275 f.); K. Neuser, NdsVBl. 1998, 249 (250); A. Witthohn, S. 38.

241) 세세한 사항은 J. Dieckmann, JZ 2000, 760 ff.; ders., NWVBl. 2002, 329 (333); U. Karpen, ZRP 2002, 443 (445). - 실무적 시험은 또한 동반적 입법평가와 회고적 입법평가 등의 범위에도 도입할 수 있다. 이에 관해서는 Bundesministerium des Innern, Moderner Staat - Moderne Verwaltung. Praxistest zur Gesetzesfolgenabschaetzung (Abschlussbericht), Juli 2002 (www.staat-modern.de) 참조.

242) 입법평가의 범위 내에서 수행한 법의 경제적 분석에 관해서는 J. Dieckmann, NWVBl. 2002, 329 (333); H.-P. Schwintowski, JZ 1998, 581 (587). 또한 BVerfGE 106, 275 (303); W. Bussmann, ZG 13 (1998),

우량실무 사례를 찾아내기 위한 비교법학[243] 등에서도 또한 도움을 얻을 수 있을 것이다.

2) 입법절차 동반적 입법평가(die begleitende GFA)는 형식적 입법절차의 기간 동안에 수행한다. 법률초안을 기본적 대상으로 이를 개선하는 것이 목적이다.[244]

3) 회고적 관점의 입법평가(die retrospektive GFA)는 효과 내지 영향력의 통제가 그 목적이다. 아래에서 상술한다.

제도적 측면에서 입법평가는 우선적으로 관할 행정각부에서 수행한다.[245] 그 밖의 입법평가를 제도화하면서 연계시킬 수 있는 곳을 든다면 의회이다.[246] 법률효과 평가의 수행은 그 밖에도 통상 외부의 감정전문가에 연계되어 있고 그로 인하여 비로소 감정전문가적 자문을 동원할 수 있다. 경제에 미치는 법률효과의 평가에 관한 한, 각종 법정협회는 감정전문가로서 법률효과 평가에 참여하는 주체로서 등장한다.[247] 특별히 귀중한 경험을 축적한 주체로서 사법부와 변호사(Justiz und Anwaltschaft) 등을 들 수 있는데, 이들의 대표가 가끔 비판하는 식으로 지적한 바에 따르면, 사법부와 변호사 등의 실무경험이 새로운 입법계획에 미치는 영향이 지나치게 적다고 한다.[248] 뿐만 아니라 회계원(Rechnunghof)의 모범적 사례에 비추어 입법평가를 수행할 독립적 부서를 개설할 것이 요구된다. 몇 개 주에서는 벌써 입법평가를 기관을 이미 창설한 바 있다(규범심사위원회 내지 부서 Normpruefungsausschuesse oder -stellen).[249]

(3) 법적 규율과 헌법적 중요성(Rechtliche Regelungen und Verfassungsrelevanz)

기본법 즉 헌법에 법률효과 평가에 관한 명문의 조항은 하나도 없지만, 그에 준하는 의미를 보이는 조항은 다양하게 찾아볼 수 있다(기본법 제20a조, 제109조 제2항 등). 입법평가에 대한 특별한 근거는 2000년 9월 이래로 연방행정각부의 공동운영규칙(die Gemeinsame Geschaeftsordnung der Bundesministerien §§ 43 Nr. 5 i.V. mit 44 GGO)을 든다. 그에 따르면 법률에 대한 이유제시 부분에서는 반드시 법률효과에 관하여 기술해야 한다. 연방행정각부 공동 운영규칙에 대하여 보충적으로 연방내무부에서는, 바덴-뷔르템베르크 주 내

---

127 (137).

243) E. Goell, ZParl. 2004, 68 (79). 남아프리카에서 입증된 해결방식을 나미비아에 인수하여 적용하려는 실무에 관하여 J. Woite, ZRP 2000, 260.

244) 한국에서 법제처의 법령심사는 이와 같은 입법평가와 다르다. 시간적 관점에서 보았을 때 입법이 구현되었을 까지 병행적으로 수행하는 법률효과 평가가 입법절차 동반적 입법평가를 말한다. 논리적으로 일단 입법이 구현되어 법률이 성립하면 입법의 문제가 아니라 해석의 문제로 변경되는 것이다.

245) 제도화 가능성의 다양한 형태에 관해서는 Schuppert, S. 26 ff. Boehret/Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschaetzung, 2001, S. 322 ff. 그밖에도 또한 Boehret, FS Bleumel, 1999, S. 51 (57 ff.); Chr. Grimm/L. Brocker, ZG 14 (1999), 58 (64 f.); U. Karpen, ZRP 2002, 443 (445 f.).

246) § 56 a GeschO BT (Buero fuer Technikfolgenabschaetzung; 이에 관해서는 Th. Hadamek, ZG 16 〔2001〕, 382 〔385〕); Art. 170 der Schweizerischen Bundesverfassung.

247) A. Witthohn, S. 39.

248) M. Schmid, ZRP 2001, 184.

249) A. Witthohn, S. 39.

무부와 공동으로, 입법평가에 관한 실무안내서와 요약안내서를 작성한 바 있는데, 이는 단지 권고적 성격을 지닌 것일 뿐이다(§§ 44 Abs. 1 Satz 4 GGO).[250]

아무리 입법평가가 형식을 갖추고 제도화하여 새로운 외형을 보인다고 해도, 효과평가는 언제나 입법자의 사무에 속하며, 특히 입법자의 조치가 기본권적 지위를 훼손하는 경우에 해당되는 한, 입법평가도 기본적으로 비례원칙을 거쳐 헌법적 의무라고 체계적 위치를 설정해야 한다. 그 결과 "반드시 입법자는 위와 같이 헌법상 명령으로 나온 바와 같이, 보호효과에 대한 신뢰할 수 있는 예측에 사용할 수 있고 획득할 수 있는 본질적 실체관련 개념을 동원해야 하며, 헌법상 명령에 따른 주의의무를 준수하면서, 과연 그 개념이 입법자를 평가하기에 충분한 근거를 확보해 줄 수 있는지 여부라는 관점에서, 이 개념을 평가해야 한다."[251]

(4) 법률의 질 향상에 기여(Beitrag zur Steigerung des Gesetzesqualitaet)

입법평가에서 정치학자, 사회학자, 경제학자 등이 수행해야 할 활동방식 또는 작업처리계획 등을 찾아볼 수 없다고 단정하기를 원한다고 할지라도,[252] 이는 오히려 사태의 주요문제에 집중하면서 나타나는 소극적 태도의 결과일 뿐이다. 이때 주요문제는 형식화와 제도화를 거친 입법평가가 법률의 질을 향상시키는 데 어떤 가능성을 가지고 있는가 하는 것이다. 무엇보다도 먼저 입법평가에 대한 희망이 단지 거품일 수 있다는 점을 지적해야 한다. 입법평가를 객관적으로 우량법률의 내용을 확실하게 획득할 수 있는 수단이라고 본다면 이는 헛된 희망에 해당될 것이다. 그렇지만 입법평가는 법률의 질을 정치적으로 평가하는 데 기본적 척도의 역할을 담당한다는 데에는 변함이 없다. 뿐만 아니라 경제적·사회적 효력의 상호연계가 복잡화할수록, 또한 그에 따라 본래 예상하지 않았던 부작용적 효과를 입법자가 의식해야 할 필요가 클수록, 입법평가는 그만큼 절실하게 요구되는 것이다. 반면에 실체가 복잡할수록 - 입법평가에서 숫자, 도표, 그림 등을 바탕으로 외관상 매우 적확하게 보여도 - 입법평가의 사전예측 관련 확실성은 저하된다.[253] 입법평가로 인하여 발생하는 관료주의적 비용이 커질수록, 입법평가 자체에 대한 비용-편익-분석의 결과도 점점 더 불리하게 나타날 것이다.

그러나 무엇보다도 먼저 유의해야 할 사항이 있다. 입법평가에 소요되는 시간이다. 반면에 입법절차에서 결정적으로 중요한 부분에 관해서 극단적으로 시간에 쫓기는 사례는 오히려 흔히 볼 수 있다.[254] 진정 엄격하고 철저한 입법평가라면 가장 이른 시점에 즉 형식적인

---

250) Boehret/Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschaetzung, 2001; dies., Bundesministerium des Innern, Moderner Staat - Moderne Verwaltung. Praxistest zur Gesetzesfolgenabschaetzung (Abschlussbericht), Juli 2002 (www.staat-modern.de).

251) Luecke, S. 26. 뤼케는 그 범위를 넘어 입법평가를 수행해야 할 의무를 기본법 제76조 제3항 제6문의 "자문해야(beraten)" 한다는 요소로부터 도출한다.

252) 이와 같은 방향의 논의로는 K. Messerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 837.

253) Koeck, S. 10.

254) 세세한 사항은 H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 397 ff.; J. Dieckmann, NWVBl. 2002, 329 ff.; G. F. Schuppert, S. 15.

입법절차를 개시하기 이전에 수행할 수 있어야 할 것이다.[255] 의회의 절차에서는 다음과 같은 모순이 나타날 수밖에 없다.[256] 우선 하나는 입법평가가 입법기관에 대하여 사실상 기속적 효과를 미쳐서, 의회의 헌법적 지위와 충돌하는 사태가 발생한다는 것이다.[257] 한 마디로 말해서 입법평가는 제4의 권력이 아니다. 다른 하나는 의회에서 사후에 법률을 개정할 경우, 입법평가의 구조 안에서 획득한 인식 내지 성과가 상대화 내지 심지어 형해화할 가능성이 남아있다는 것이다. 어떤 경우에든 입법평가는 입법절차에 어느 정도 합리성을 부여하는 데 기여할 것이다. 물론 이는, 그때마다 실체적 사무를 배경으로, 입법자의 결정이 지닌 정치적 내용을 존중하면서, 그래도 관철할 수 있는 수준의 합리성을 말한다.[258]

4. 효과 내지 영향력 통제(Wirkungskontrolle)

효과 내지 영향력 통제는 한편으로는 법률의 집행으로 수행한다. 행정과 사법 영역의 경험은 물론이고 당사자에 해당될 이익단체와 일반인 등에 의한 법률의 효과 평가 등은 입법자에게 다시 영향력을 돌려준다. 이와 같은 형식의 통제는 차라리 비공식적이며 자발적인 성격을 지녔지만, 반면에 비교적 최근의 새로운 시도는 효과 내지 영향력 통제를 법률 자체 내에 통합하려는 목표를 설정하고 있다.[259] 유럽연합의 집행위원회도 그 범위에 관한 한 평가와 순환의 문화(Evaluierungs- und Feedback-Kultur)라고 부르면서 이를 발전시켜야 한다고 지적했다.[260]

법률의 영향력 통제는 그에 따르면 회고적 입법평가의 일부이다(법률통제 Gesetzes-kontrolling).[261] 이로써 먼저 평가해야 할 법률이 효력을 발생한 이후의 특정한 시각을 기준으로 현재상황(Ist-Zustand)을 확정하고, 그 다음에 이를, 효력발생 당시의 현재상황과 당시 그를 바탕으로 추구했던 당위상황(Soll-Zustand) 등과 비교한다.[262] 영향력 내지 효력 통제의 난관은 (변경된 또는) 전혀 변경되지 아니한 상황의 원인이 법률이라고 상정하는 데 있다.[263] 영향력 내지 효력 통제가 개정의 필요성과 유사한 경우라면, 입법자는 법률개정을 고려할 것이다. 영향력 통제를 회고적 입법평가로 본다고 해도 법률개정의 관점에서 보면 이는 동시에 사전예측적 입법평가이기도 하다.[264]

---

255) 그렇지만 입법평가는 본래 의회의 입법절차에 편입시켜야 한다고 주장하고 있다. 그렇다면 사전적 조치가 물론 필요하게 된다. 사전조치가 있어야 비로소 입법평가는 - 이로써 연계적으로 발생하게 되는 시간의 소요 때문에 - (예컨대 입법평가 수행의 신청에 필요한 최소한도 수준 등과 같이) 법률계획을 지지부진 끌어갈 목적으로 남용될 수도 있다. 이에 관해서는 Th. Hadamek, ZG 16 (2001), 382 (383 f.).

256) J. Dieckmann, NWVBl. 2002, 329 (332).

257) Chr. Grimm, ZRP 2000, 87 (89). 그림은 그에 따라 - 의회의 관점에서 - 정치의 우위를 강조한다. 그와 같은 견해로는 J. Dieckmann, NWVBl. 2002, 329 (332).

258) Koeck, S. 3.

259) 수많은 사례를 찾을 수 있는 것으로는 Erster Gesetz zur Befristung des Landesrechts NRW vom 18. 5. 2004 (GVBl. S. 248); 그 밖의 사례로는 Schuppert, S. 68.

260) Kommission, Weissbuch, S. 29.

261) Chr. Grimm, ZRP 2000, 87 (89). - 회고적 입법평가의 사례로는 UVP-Gesetz에 관한 것으로 Smeddinck, S. 103 ff.

262) 또한 Smeddinck, S. 104 참조.

263) Koeck, S. 10; Smeddinck, S. 105.

264) Ennuschat, S. 994.

스위스에서는 영향력 내지 효력 통제를 명문으로 헌법상 위임사항이라고 형성하여 규정하였다(Art. 170 BV).[265] 독일의 기본법에는 이와 같이 명시적 조항이 없다. 그렇지만 구체적으로는 기본권 조항으로부터 입법자의 감시 및 개선 의무를 도출할 수 있다.[266]

V. 우량입법에 대한 요청의 법제화 내지 사법심사 가능성 (Verrechtlichung und Justitiabilisierung der Postulate fuer gute Gesetzgebung)

오래 전부터 과연 우량입법에 대한 요청이, 단순하게 입법자의 지혜를 구하는 계명인지, 아니면 헌법상 의무인지 다투어왔다. 주의의무를 위배하여 다시 말해서 예컨대 이유제시가 불충분하거나 법률효과를 피상적으로 평가하였을 경우에 그 자체를 - 다시 말해서 법률의 내용 즉 입법절차를 거친 결과가 실질적으로 헌법에 위배하는지 여부와 별개로 - 법률의 형식적 위헌이라고 판단할 수 있는지 묻는 것이다. 학계에서 몇몇 견해는 이를 긍정하는데,[267] 이들은 이와 같은 요청을 기본법 제19조 제4항과 제20조 제3항 등을 배경으로 삼아 헌법내재적 기본적 의무라고 인정한다. 반면에 다수설은[268] 절차의 하자로 인하여 위헌에 이르게 되는 경우를 제한적으로 파악하는 태도를 고수한다. 즉 이를, 절차가 기본법 제76조 이하의 절차설정 취지를 위배한 경우거나, 절차의 하자이면서 동시에 내용의 하자가 침전되어 절차의 하자로 나타난 - 예컨대 결과평가에 하자가 기본권 제한의 비례원칙 위배의 결과를 초래하는 - 경우 등에 제한하여 인정한다.[269]

입법절차에 대하여 헌법을 개정함으로써 또는 그에 부응할 만한 원칙법률을 제정함으로써

---

265) P. Mastronardi, in: B. Ehrenzeller u.a., Die schweizeritsche Bundesverfassung, 2002, Art. 170 Rdn. 11. - Art. 170 BV를 읽어본다: "연방회의에서는 연방의 조치를 그 효력의 측면에서 심사할 수 있게 대처해야 한다.(Die Bundesversammlung sorgt dafuer, dass die Massnahmen des Bundes auch auf ihre Wirksamkeit ueberprueft werden.)"

266) BVerfGE 88, 203 (269).

267) 기본적 문헌으로는 G. Schwerdtfeger, FS H.-P. Ipsen, 1977, S. 173 (178); 최근의 것으로는 J. Luecke, S. 30 ff., 43 ff. 뤼케는 처벌조항이 붙은 법률제정법 총칙(Allgemeinen Gesetzgebungsordnung)의 개요를 전개하였는데, 일부는 직접 헌법적 내용을 반영한 것이며, 일부는 개별영역의 원칙법률 내지 기본법이라는 방식으로 헌법적 요청을 구체화한 것이다. 이에 동의하는 견해로는 U. Smeddinck, DVBl. 2003, 641 (643); 이론적 단서가 유사하지만 그보다 소극적인 견해로는 Koeck, S. 19 f. 쾩에 따르면 형량의 과정에 하자가 있으면 실질적 위헌과 별개로 헌법위반을 초래한다. 그가 적시한 요건을 살펴보면, 첫째 그 하자가 명백해야 하며(따라서 헌법재판소의 심사가능성은 제한적으로 인정될 뿐이다), 둘째 그 하자가 없었더라마 입법자가 다른 결과를 구현하였을 구체적 가능성이 존재했다는 점을 확인할 수 있어야 한다.

268) 특히 함축적인 내용으로는 W. Geiger, in: Th. Berberich / W. Holl / K.-J. Maass, Neue Entwicklung im oeffentlichen Rechts, 1979, S. 131 (141). 가이거가 주장한 바를 살펴본다. "입법자는 헌법기관과 국가의 기관, 그리고 또한 헌법재판소 등에 대하여 오직 법률에 관해서만 책임질 뿐이다. 입법자는 이들에게, 이유제시는 물론, 자신의 동기, 고려사항, 형량사항 등 어떤 것이든 제시할 책임은 지지 않는다." 동일한 견해로는 K. Schlaich, VVDStRL 39 (1981), 99 (109 f.); K. Messerschmidt, S. 874 f.; P. Badura, ZG 2 (1987), 300 (310); Chr. Gusy, ZRP 1985, 291 (298).

269) Ennuschat, S. 994.

추가적으로 절차요건을 부과하고, 이를 준수하지 아니할 경우의 효과로서 법률의 무효를 발생하게 하려는 시도에 대해서는,[270] 상당한 주의를 기울여 살펴보아야 한다. 이 시도에 반대하는 견해의 근거는 다양하다. 우선 입법절차의 법제화는 그 자체로 정치적 성격을 지녀 독자적 법칙성을 거의 발견할 수 없다는 것이 그 하나다.[271] 뿐만 아니라 반대하는 측에게 어떤 사안이든 정치적 반대견해 측이 유보하는 사항인데도 이를 마치 헌법적 우려가 있는 것처럼 포장할 우려의 가능성을 부여함으로써, 추가적으로 봉쇄작전과 지연작전 등을 구사할 무기를 하나 더 부여하는 위험에 빠지게 된다.[272] 결국 그 주장에 따르면 정치적으로 근본적 수준의 중요성을 지닌 사항에 대하여 법률이라는 형식으로 결정해야 한다는 것인데, 이로써 지금보다 더 심각하게 결정권한이 베를린의 정치현장에서 칼스루에의 헌법재판소로 이전되는 양상을 나타낼 우려가 있다. 규범통제는 규범을 통제하는 수준에 그쳐야지 최적의 규범수립절차를 통제하는 데까지 미쳐서는 안 된다.[273]

결론적으로 요약하면 다음과 같다. 현대 입법이론이 입법자에게 그 자신의 활동을 질적으로 향상시키는 데 도움을 줄 수 있는 보조수단이라는 점은 분명하다. 반면에 입법자가 헌법상 의무의 이행에 기울여야 할 주의의무는, 헌법재판소의 통제를 받게 되므로, 아무리 더 나은 입법을 위한 활동의 방도를 찾는다는 이름을 내세우더라도, "더 이상 도울 수 없는 그 무엇"에[274] 해당 하게 된다.

제4절 입법기술 (Gesetzestechnik)

I. 입법기술과 관련제도(Institutionalisierung)

법률의 문언을 작성하는 데 규율목표의 (최적 수준으로) 구현에 관하여 - 가능한 한 세세하게 - 지시하고 권고하는 것이 법률기술 내지 법률기예의 대상인데, 이는 "'그 내용에 전혀 상관없는' 법률의 특성"과 (mit der "Beschaffenheit der Gesetze 'ganz abgesehen von ihrem Inhalt'") 관련된 것이다.[275] 입법기술 구성부분 중 일부는 헌법적 수준의 요건(예컨대 특정성 내지 명확성 명령 Bestimmtheitsgebot)에 관한 논의이고 다른 일부는 실무적 차원은 처리규칙(Klugheitsregeln) 즉 입법자와 문언작성보조자 등에 대한 개별행동 권고사항의 개발에 관한 논의이다. "기술(Technik)"이라는 용어 때문에, 입법기술의 경우 본질적으로 법률언어에 관한 문제이며 그밖에도 법률의 구조, 그리고 한정된 숫자의 "기술이

270) 대개 그와 같은 견해로는 Luecke, S. 41, 48; Smeddinck, DVBl. 2003, 641 (645); 이에 반대하는 견해로는 Chr. Grimm / L. Brocker, ZG 14 (1999), 58 (66). - 노르트라인-베스트팔렌 주의 기민당 - 원내 교섭단체가 주의회에서 입법평가 수행의무를 헌법의 한 조항으로 명문화하자고 주헌법 개정안을 제출했으나 실패했다. (LT-Druck. 12/2667 vom 9. 12. 1997)
271) H. Schulze-Fielitz, DOEV 1988, 758 (767 f.); Messerschmidt, S. 837 f., 874 f.; Schuppert, S. 12 f.
272) Ennuschat, S. 994.
273) Ch. Gusy, S. 298.
274) Schuppert, S. 8 ff.
275) Walter, in: Kindermann (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1982, S. 144 ff., 144.

면서 기예에 해당될 수법(technische Kunstgriffe)" 등에 관한 문제이기도 하다는 점을 무시해서는 안 된다.[276)]

1. 연방법무부의 법심사(Rechtspruefung) 강화

독일에서 입법자가 자기반성 절차를 제도화 목적으로 개혁한 결과 남은 역사적 궤적으로는, 우선 법심사에 관한 연방법무부의 법형식성 심사(Rechtsfoermlichkeitspruefung im BMJ)를 계속적으로 발전시킨 것, 그 다음으로는 2000년도 GGO-개혁(GGO-Reform)을 통해서 대안 심사요구 수준(Anforderungen an die Pruefung von Alternativen)을 더욱 엄격하게 상향 조정한 것 등을 들 수 있다.

법형식성 심사를 수행하여 거둔 실무경험은 1949년 이래로 축적되어 왔는데, 그 성과는 독일 연방법무부 소속 22개 심의부(Referate)가 모두 또는 일부 관여하여 거둔 것이었다. 이를 토대로 연방법무부가 작업하여 공간한 법형식성 심사 실무안내서(Handbuch zur Rechtsfoermlichkeitspruefung)는 오늘날 더 좋은 입법 즉 우량입법을 위한 제도로 확립된 보장(institutionalisierte Garantie)이라는 의미까지 획득하게 되었다. 만약 법률초안을 무엇인가 "사후에라도 개선(nachgebessert)"해야 하는데 정작 의회에 와서야 비로소 그 절차를 개시할 수 있다면, 오늘날 '최적화한 해결방식'으로서는 차선책에 지나지 않을 것이라고 평가하게 되었다. 뿐만 아니라 정부안을 의회에서 다룰 수 있다고 해도 심의 과정에서, 어차피 수많은 요소와 측면에서 정치적 형성에 관련된 결정을 내려야 하므로, 위와 같이 실질적으로 매우 실효성 있는 법형식성 심사가 가능하다고 해도 그 수준에서 벗어날 수밖에 없다는 점도 감수해야 한다. 왜냐하면 의회의 절차 자체가 워낙 시간에 쫓긴다든지 (위원회의 심의과정에서 행정각부가 "법문작성 보조적 업무"를 다양하게 수행한다는 점을 일단 고려하지 않는다고 해도) 입법절차에서 일정한 형식적 단계를 지났다든지 하는 등의 이유로 그와 같은 심사 자체를 허용하지 않을 것이기 때문이다.

위와 같은 사실을 감안하여 입법을 개선하기 위해서는 그 밖의 형식적 요소를 강화해야 한다는 측면에서 대처방안이 제기될 수 있다. 즉 (연방법무부를 통한) 법형식성 심사의 권한과 절차법적 편입 가능성과 강도 등의 측면에서 (그리고 그에 부응하는 주정부의 규범심

---

276) Boehet/Hugger, Test und Pruefung von Gesetzentwuerfen. Anleitung zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, 1980; Bundesakademie fuer oeffentliche Verwaltung/Mattern, Praxis der Gesetzgebung - eine Lehr- und Lernhilfe, 1984; Bundesamt fuer Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden - Leitfaden fuer die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 2. Aufl. 2002; Fleiner, Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden fuer die Redaktion normativer Texte, 1985; Hill (1982), S. 96 ff.; Kindermann, Ministerielle Richtlinien der Gessetzestechnik. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in OEsterreich und der Schweiz, 1979; Kindermann (1982), S. 258 ff.; Maihofer (1981), S. 3 ff., S. 26 f.: Mueller, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. unveraend. Aufl. 1968; Schneider (2002), S. 205 ff. 법률문언 작성 자체를 목표로 잡은 이와 같은 문헌과 다른 것으로는 Hugger, Gesetze - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Pruefung, 1983; 절차 내지 방법론을 지향목표로 삼으며 마지막 부분에서 법률의 문언작성에 관한 종래의 보조수단을 제공하는 식의 문헌으로는 Karpen/Moelle (Hrsg.), Legislative Drafting, 2005. 비교기준으로서 흥미있는 결과를 줄 문헌으로는 Kerimow, Fragen der Gesetzgebungstechnik, 1958.

사 부서-Normpruefungsstellen in den landesregierungen-의 그것을 함께) 보완하자는 것이다.[277] 이에 대하여 반대하는 측의 견해를 살펴보면 만약 그렇게 할 경우, 한편으로는 연방법무부가 이로써 지나치게 큰 권력을 행사하게 되어 관할 행정각부의 정치적 형성 청구권에 마찰을 일으킬 우려까지 발생한다는 비판으로 인하여 다른 행정각부에 대한 유보조치가 필요하다는 것이요, 다른 한편으로는 일반적으로 의회의 의원이 정치적으로 지향하는 내용에 대하여 이로써 정부 공무원이 부적절할 정도로 크게 제한을 가한다는 비판으로 의회 구성원인 의원에 대한 유보조치가 필요하다는 것이다.[278]

2. 의회의 "입법담당부서"(Parlamentarisches "Amt fuer Gesetzgebung")

그와 같은 이해관계의 대립을 극복하는 제왕의 방도로서 거의 이론의 여지 없이 제시되는 것이 의회의 법률통제 방안이다. 제65차 독일법률가 대회의 발제 평가보고서에서 니더작센주에서 오랜 세월에 걸쳐 축적한 구체적 실무경험을 바탕으로[279] 그리고 외국의 모범사례를 동원하여[280] 제시한 것도 바로 의회의 법률통제 방안이었다. 그에 따르면 독일 연방의회의 분과별 학문적 지원부서(der Wissenschaftliche Fachdienst des deutschen Bundestags)도 "법률초안 지원업무"를 의미하는 입법심의 업무부서 중 하나로 설립된 것이다.[281] 그 구성원은 정치적으로 중립적이면서 높은 자질을 갖추고 있으며 그만큼 높은 보수를 받는다. 그렇다고 해서 이들이 어떤 의원에게나 어떤 위원회에서나 그리고 정치적 심의의 어떤 과정이든 가리지 않고 전문지식을 자문방식으로 제공하는 것은 아니다. 이들은 자신의 직무에 따라, 행정각부의 법형식성 심사를 다시 한 번 재확인하는 것이고, 또한 주의회에 제출된 법률은 어떤 것이나, 과연 의도했던 규율사항이 추구하는 성과를 거두는 데 기여하는지 여부라는 관점에서 심사하는 것이다.[282]

이때 실무경험상 그 결과가 긍정적이라든지 그 기반을 이루는 논거라든지 등은 모두 자명하다.[283] 하지만 그와 같은 지원업무를 연방입법의 범위에 걸맞는 규모로 새로 조직한다면, 이는 그 자체로 새로운 종류의 관료주의적 폐해를 초래할 것은 불 보듯 뻔할 뿐만 아니라, 이 폐해를 짧은 기간에 극복할 방안도 도무지 찾을 수 없을 것이다. 첫걸음부터 올바른 방향으로 내딛어야 한다는 현실적 요구에 따르면 이와 같은 이유로 연방의회의 분과별 학문적 지원부서에 새로운 하위부서를 설치하는 방안이 적절하다고 본다. 하부부서가 맡아야 할 사무 중 하나는, 적어도 초안의 어떤 변경사항이든, 연방의회의 위원회 심의과정에서 의결을

277) 이에 관해 세세한 사항은 Blum, Gutachten, S. I 88 ff.; H. Schulze-Fielitz, JZ 2004, 862 (870).
278) 이에 관해서는 Blum, Gutachten, S. I 138 f. 참조; Schulze-Fielitz (2004), 870.
279) 세세한 사항은 Blum, Gutachten, S. I 139 ff. 참조.
280) 영국의 입법에 관한 최고담당 부서의 역할에 관해서는 Blum, Gutachten, S. I 91 ff.
281) 이에 대한 찬성과 반대 견해의 세세한 내용에 관해서는 Blum, Gutachten, S. I 150 ff. "법정립에 대한 코치(Rechtssetzungscoaching)"이라는 일반적 관념의 특수한 출현형태를 주제로 잡은 논의이다. 다시 말하자면 이는 입법계획을 세운 경우 주관부서의 담당자가 법정립절차에 많은 경험을 축적한 사람의 자문을 일정 기간 동안 받는 것이다. 이에 관해 세세한 내용은 D. Kettiger LeGes 2003/1, 73 (80 ff., 88) 참조; Schulze-Fielitz (2004), 870.
282) Blum, Gutachten, S. I 144 ff.
283) Blum, Gutachten, S. I 144 ff.

거쳐 결정된 것에 해당될 경우, 최종적 의결을 수행하는 회의로 이행하기 이전에 의무적으로 입법기술적 통제(einer obligatorichen legistischen Kontrolle)를 가하는 것이다. 그 사무 중 다른 하나는, 오직 연기적 효과를 지닌 것으로서, 그 근거는 위원회가 스스로 자신에게 부과하는 의무에서 확보하면서, 그 내용은 의회의 지원적 사무주체의 이의가 있을 경우 그에 대해서는 위원회의 새로운 의결을 요구할 수 있는 권리를 인정한다는 것이다. 그와 같은 하위부서는, 매번 권한행사에 성과를 거둘 때마다, 물론 성과의 여부는 엄격한 정치적 중립성의 유지 여부에 종속될 수밖에 없지만, 그 평가에 따라 사후적으로 확대하거나 조정할 수 있을 것이다.

3. 입법학 부문의 전문지식(Gesetzgebungswissenschaftlicher Sachverstand)

입법학의 전문지식을 통합적으로 운영해야 한다는 방안을 제시하는 견해도 있다. 그에 따르면 (스위스의 사례에 따라) 대학에 법정립이론의 중심부서를 설립하거나 독립성을 갖추고 정부와 의회의 실무를 지원하는 입법관련 독립기관을 설립해야[284] 한다는 것이다. 이와 같은 방안을 살펴보면 독일의 대학에서 다루는 입법이론과 입법실무 관련 이론 등에서 무엇이 결여되어 있는지 그리고 무엇을 어떻게 보완해야 할 것인지 등의 의문에 대한 대답이 자연스레 드러난다. 그러나 독일에서 현실적으로 전개되는 양상을 보면 방향 자체가 역전되어 있다.[285] 우선 지적해야 할 사항은, 그와 같은 종류의 그 자체로 의미를 지닌 새로운 기관이, 연구를 지원한다는 수준을 넘어, 동시에 실무 영역에서 상당히 중요한 지위를 획득해야 한다면, 그 기관은 - 보조적 사무라는 활동수단을 동원하거나 한 걸음 더 나아가 아예 연계역할 주체 자체를 새로 제도화하여 운용하여 - 여하튼 입법작업의 실무적 과정에 연계시켜야 한다는 것이다. 뿐만 아니라 사실상 먼저 정부 또는 의회의 법률심사 관련제도가 굳건하게 확립된 이후라야, 새 기관도 비로소 이와 같은 연계를 통해, 학문적 통제 및 심화 기능을 수행하는 데 상당한 성과를 거둘 수 있을 것이다.[286]

II. 입법기술의 구체적 내용

1. 법형식성 실무안내서(Handbuch der Rechtsfoermlichkeit)

제16대 독일 연방의회의 임기 중 전반기에 국정을 담당했던 대연립 정권의 입법 상황을 그 대상을 법률과 법규명령에 한정하여 전면적으로 검토한 연구가 수행된 바 있다.[287] 그 대상은 총 698개 복합규범(Normkomplexe)으로서 그 중 198개는 형식적 의미의 법률이었

284) 이와 같은 의미로는 Schuppert, S. 100 f.; Blum, Gutachten, S. I 149 f. 참조.
285) Schulze-Fielitz, 870.
286) Schulze-Fielitz, 870.
287) Karpen / Breutz / Nuenke, Die Gesetzgebung der Grossen Koalition in der ersten Haelfte der Legislautrperiode des 16. Deutschen bundestages (2005-2007), Bielefeld, 2008.

고 500개는 법규명령이었으며 이를 연방법률공보에서 찾아보면 무려 6250쪽에 해당되었다. 수적 측면에서 보아도 일반인이나 법률가가 개관하는 것도 불가능한 규모의 양에 해당되는 법률자료이었고, 질적 측면에서 보아도 대개 50% 정도에 하자가 있어 통상 이해가 불가능하며 관료주의적이며 무엇인가 흠결 있는 절차를 거쳐 이루어진 것이었다.

법형식성 측면에서 법률과 법규명령을 작성할 때 연방행정각부의 공동 운영규칙(GGO)에서 설정한 척도로서 연방법무부의 권고에 따라 준수해야 할 사항을 수집한 것이 법형식성 실무안내서이었다.[288] 이 실무안내서는 연방법무부(BMJ) 소속 법심사 기본문제 담당 심의부(Referat fuer Grundsatzfragen der Rechtspruefung)에서 공동으로 작업한 결과이다. 편집책임자는 심의부 부장(Referatsleiterin) 엘케 샤데이다. 이 실무안내서는 공무원이거나 기타 법률초안 작성담당자 즉 법제실무 담당자이면 누구나 알 만한 책인데 이번에 3판을 공간하게 되었다. 실무안내서로서 내용을 보면, - 가장 많은 부분에 해당될 터이긴 하지만 - 좁은 의미의 법률적 기술(Gesetzestechnik i.e.S.)은 물론, 좋은 법률용어의 권고사례 등 그리고 규범의 공포 내지 공고 등의 문제도 다룬다.

독일어협회(Gesellschaft fuer Deutsche Sprache) 회원도 이 과정에 관여한다. 연방행정각부 공동 운영규칙에 따라 모든 법률초안을 일단 이 협회에 제출해야 한다. 그밖에도 또한 2007년 이래로 독립적 지위를 갖춘 국가규범통제심의회(Nationaler Normenkonrollrat)를 연방수상청 직속기관으로 설립하여 법률의 후속결과 특히 비용문제를 심사한다.[289] 국가규범통제심의회의 억제효과는 - 용어심사 부문과는 달리 - 지금까지 진정 효율적이라는 평가를 받은 바 있다.

실무안내서는 내용으로 보나 사용한 용어로 보나 개괄적 평가 내지 섬세한 설명 등의 측면에서 보나 최고수준에 속한다. 상당히 긴 세월에 걸쳐 들인 노력의 결과이다. 편집책임자인 엘케 샤데는 국내의 관련영역에서는 물론 외국의회에 대한 법적 자문의 영역에서도 입법의 형식적 측면에 관한 이론의 여지없는 전문가로 인정받고 있다. 이 실무안내서에 제시한 추천사항이 - 위에서 지적한 연구의 결과에서 드러났다시피 - 실무에서는 극단적으로 불충분하다는 수준으로 구현되고 있다. 그 원인을 살펴보면, 워낙 정치적으로 격심한 (시간적) 압력을 받는 조건 아래에서 법심사를 수행해야 하며, 법 자체가 (대개 달리 피할 도리가 없이) 타협 내지 협상의 작품일 수밖에 없으며, 입법의 절차 등도 원래 매우 복잡하다는 등이다. 독일의 법률은 질적으로 불충분하며 너무 미세한 사항까지 규정하며 부분적으로는 불필요한 군더더기라고 할 수 있으며, 몇 개 영역에서는 - 대개 세법분야를 드는데 - 급기야 재난적 상황이라고 부를 수밖에 없을 지경이다.

---

288) Karpen, U., Buchbesprechungen: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsfoermlichkeit. Empfehlungen zur Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen, 3. neu bearbeitete Aufl., 2008, 296 S. Kt. Euro 34,80. Bundesanzeigerverlag, Koeln. ISBN 978-3-89817-697-2, DVBl.

289) Nationaler Normenkontrollrat, “Zwischenbilanz: Gut gestartet - Erwartungen erfuellen !” - Jahresbericht 2009 des Nationalen Normenkontrollrates, Juli 2009. 참조: 홈페이지에서 다운로드 가능함.

실무안내서에서는 법심사 절차에 관하여 개괄적으로 설명하고 (A) 이어 법조항을 작성에 관한 일반적 권고사항을 제시하며 (B) 특히 기간법률 (C), 개정법률 (D), 법규명령 등에 관한 사항 그리고 법률초안의 개정에 관한 조문작성의 지원 (F), 규범복합체의[290] 새로 구성한 내용의 공표 (G) 등에 관하여 규명하였다.

특히 실무안내서 (B)에서는 준용규정의 기술적 사항(Verweisungstechnik) - 그와 동시에 유럽연합법에 관한 사항도 포함해서 - 등을 중심으로 구성되어 있다. 이와 같이 높은 비중을 부여한 것은 타당한 태도이다. 기왕에 조사대상이었던 698개의 법률과 법규명령 중 무려 350개의 규범복합체에 그 중 일부는 매우 큰 규모로 준용조항이 포함되어 있었다. 그와 같은 조항의 올바른 이해가 그 자체로 매우 어렵다는 것은 이미 자명한 사실이다. 뿐만 아니라 698개 법률과 명령 중에서 467개가 개정 법률과 명령(AEnderungsgesetze und -verordnungen)이었다. 개정법률을 다루는 장이 (D) 기간법률(Stammgesetze)을 다루는 장만큼 (C) 규모가 큰 것도 이해할 만하다.

실무안내서는 우리 입법에 관하여 구조, 목차, 용어 등을 근본적으로 살펴보려고 작정한 사람이 매우 용이하게 읽을 수 있고 제공하는 정보도 포괄적이다. 실무안내서는 이와 같은 의미에서 의심할 것 없이 한껏 신뢰할 수 있어 반드시 갖추어야 할 교재라고 할 수 있다.

2. 입법기술적 기준(legistische Standards) 구현의 강화방식

(1) 질적 통제의 내부적 단계

고도로 전문화한 행정각부의 관련부서의 전문적 심의부서 담당자라고 해도 입법관련 분과의 학문적 지식 특히 입법기술적 지식에 한계가 있다는 점을 감안해야 한다.[291] 오직 정부 내부에서 질적 측면에서 관련 조치를 공격적으로 취하는 태도야말로 긴급하고 유효하다. 심의회의 구성원인 공무원이 사전에 연방행정연구대학의 입법교육 과정(Gesetzgebungslehrgaenge des Bundesakademie fuer oeffentliche Verwaltung)을 이수하지 아니한 경우, 그와 같은 심의회에게는 법률초안을 아예 작성할 자격 자체를 부여하지 말아야 할 것이다. 그러나 실무의 현실에서는 이와 같은 요건을 갖추지 못한 사례의 수가 상당한 규모에 달한다. 분과심의회도 능력의 격차가 상당히 큰데다가, 다루어야 할 입법 계획대상의 다양성의 대역이 또한 상당히 넓어서, 입법기술학(Legistik)은 그만큼 더 강력하게 체계화하여 철저히 교육시켜야 한다는 요구에 직면하게 된다. 그러나 지금까지 개별공무원이 (차라리 우연히) 개인적 차원과 범위에서 필요하다고 느껴 취득한 계속적 교육이 맡겨왔던 것이 현재 실무의 수준이다.[292]

(2) 법률초안 작성의 외부위임

290) 규범복합체라는 용어는 대개 법률과 법규명령 등을 모두 포함하여 부를 때 사용한다.
291) Blum, Gutachten, S. I 77 ff., 89; H. Schulze-Fielitz, JZ 2004, 862 (868).
292) H. Schulze-Fielitz, JZ 2004, 862 (868).

법률초안의 작성을 아예 행정각부의 관료주의적 구조를 벗어난 외부에 위임하는 방안으로 합리성 제고의 지속적 효과를 확보할 수도 있다. 예컨대 부정경쟁방지법(UGB) 또는 VVG 초안의 경우 수년에 걸쳐 외부전문가위원회에서 작성하였다. 채권법개혁 역시 수년에 걸쳐 축적해온 보고서를 기반으로 해서 비로소 용이하게 수행할 수 있었다. 대개 교수가 대표적 구성원인 위원회에서 작성한 초안이 (VVG-위원회는 이와 다르다) 가장 이상적이라는 인상을 준다.

그러나 한 번 더 살펴보면 몇 개로 분류해야 할 필요를 인식할 수 있다.

① 순수한 교수-초안은 대개 실패한다. 처음부터 반대진영의 이해관계를 적절하게 고려해야 이와 같은 실패를 피할 수 있다.

② 채권법 개혁과 같이 비정치적 영역에서는 정치-사회적 이해관계가 현실적으로 얽혀있는 정치적 영역보다 순수하게 전문적인 자문위원이 성공할 확율이 더 높다.

③ 비용-편익 분석 측면에서 보면 교수-위원회가 내부 전문가 위원회보다 훨씬 부담이 크다.

④ 교수-위원회 초안이 기본개념적 차원에서 개정해야 할 요구에 직면하는 사례가 내부 전문가 위원회 초안보다 낮다. 물론 현실적으로는 개정법률 차원에서 많은 세부적 단계를 거쳐 수정하는 것이 오늘날 대세이기는 하다.

⑤ 외부위임으로 법률초안을 작성하는 것은 입법절차 자체가 정치적-민주적 과정이라는 원칙에 비추어 예외적 사태일 수밖에 없다.

III. 법형식성 실무안내서 예시

법형식성 실무안내서 2008년간 제3판에는 A부터 G까지 7개 편으로 나눈 본문과 4개 문건으로 구성된 부록을 실었다.

[제A편 법심사]

1. 서론
2. 관할권한
3. 법심사의 내용
4. 법심사의 시행
5. 실무안내서 사용시 유의사항
5.1 실무안내서의 구조
5.2. 개념에 관한 설명
6. 초안을 준비할 때 그리고 법을 심사할 때 유의사항
6.1 공포기관

6.2 전자자료 활용방식
6.3 기타 활용대상
7. 합헌성 심사

[제B편 법조항 작성에 관한 일반적 권고사항]

1. 법률과 법규명령의 용어의 구성과 선정
1.1 법학적 전문용어
1.2 이해할 수 있는 용어
1.3 법정립기술적 수단과 이해가능성
1.4 단어선정에 관한 일반적 지침
1.5 단어선정에 관한 특수한 지침
1.6 문장의 길이와 구조에 관한 지침

(95) 짧은 문장이 긴 문장보다 이해하기 쉽다. 평균적으로 단기기억은 목적어 7개 또는 단어 22개를 넘어서면 그 문장을 제대로 파악할 수 없다. 그보다 긴 문장으로 구성하지 않을 수 없는 경우라면 매우 분명한 구조를 마련해야 한다. 아래에서 그와 같은 문장구조에 관하여 의거해야 할 지침을 제시한다.

(96) 중요한 제시사항은 문장 중 문법적으로 결정적인 자리에 (예컨대 주어 또는 목적어 부분에) 밀어 넣어야 한다. 이 목적을 달성하기 위해 흔히 동원하는 수법은, 주어와 술어 사이의 거리를 가능한 한 줄이는 것이다. 부문장은 가능한 한 주문장의 술어 뒤로 밀어내야 한다.

1.7 문언구조에 관한 지침

(105) 논리가 분명한 구조와 확연한 순서나 목차를 지닌 문언이라야 더 쉽게 이해할 수 있다.

(106) 불필요한 것은 제거해야 한다.

(107) 열거사항 예컨대 권리와 의무, 요건과 효과, 해당 인사와 사안 등은 법률문언에서 회피할 수 없다. 이때 열거순서를 정해서 목록방식으로 정리하고 숫자를 먹이면, 파악하는 데 더 쉽게 만들 수 있다.

1.8 여성과 남성의 언어상 대등한 처리
1.9 기술방식(Schreibweisen)

(124) 모든 법조항이 하나의 통일된 형상을 대외적으로 갖추어야 한다(das einheitliche Erscheinungsbild)는 이익을 구현하기 위하여 이하의 권고사항을 세심하게 준수해야 한다. 오직 개별법률 또는 개별조항에서 통일된 형상을 표현하기 위한 목적을 구현하는 경우에만, 이 요구에서 벗어나는 것을 정당하게 허용할 수 있다. 예컨대 개정사항을 작성하면서 “구” 조항의 문언에 삽입하는 형식을 취할 경우에는 필요적으로 이 요구에서 벗어나

게 될 것이다.
(125) 아라비아 숫자로 쓰나 로마 숫자로 쓰나
(129) 분수 표시방식
1.10 약어 사용방식
1.11 기준일과 기간 설정방식

2. 명칭
2.1 법조항에서 독일연방공화국, 주, 다른 국가 등의 명칭과 해당 국가영역에 관한 명칭
(152) 독일연방공화국
(153) 16개 주
(154) 구동독
(155) 독일연방공화국의 영토에 관한 명칭
(156) 이 법률의 적용영역
(157) 독일연방공화국 이외의 지역에 관한 명칭, 특히 다른 나라의 명칭에 관해서는 공식목록을 사용

2.2 국제기관과 국제법상 조약의 명칭

3. 법조항의 인용방식
3.1 법조항 전부의 인용방식
3.1.1 인용명칭
3.1.2 작성 연월일 또는 전문의 최종공포 연월일
3.1.3 공포문건의 표시
3.1.4 개정사항의 표시 - (최종) 개정의 표시
3.2 법조항의 일부 인용방식
3.3 사회법전의 개별 부의 인용방식
3.4 통일조약의 규율사항에 관한 특수한 인용방식

4. 다른 문언(Texte)에 대한 연계방식(Bezugnahme)
4.1 준용기술(Verweisungstechnik)에 관한 일반적 사항
(218) 법률과 명령에서 반드시 요건과 효과를 항상 전면적으로 기술해야 하는 것은 아니다. 법률정립자와 명령정립자에게는 기존의 문언을 동원하며 준용하는 것이 허용된다. 준용(Verweisung)할 경우 다른 조항 또는 다른 조항의 일부에 연계시킬 수 있다.
준용으로써 연계되는 문언(Texte: **연계규범**-Bezugsnorm-과 다른 연계문언-Bezugstexte) 준용하는 규율(verweisende Regelung: **원천규범**-Ausgangsnorm)의 일부를 이루게 된다.

(219) 다음 사항을 구별해야 한다.
- 선언적 준용(deklaratorische Verweisungen): 그 밖의 문언에 유의하라는 점을 단순하게

지시하는 데 그친다. (Rn. 230)
- 구성적 준용(konstitutive Verweisungen): 이로써 연계문언이 원천규범의 일부를 이루게 되는 경우를 말한다. (Rn. 231)
- 유추적 준용(Analogieverweisungen): 연계문언을 말 그대로(woertlich) 인수하는 것이 아니라 의미의 맥락을 찾아 그에 맞게(sinngemaess) 인수해야 하는 경우를 말한다. (Rn. 232)
- 내부준용(Binnenverweisungen): 한 개 법률이나 명령 내부의 어떤 조항을 준용하는 경우를 말한다. (Rn. 233 f.)
- 외부준용(Aussenverweisungen): 다른 문언을 - 대부분 다른 법조항을 - 동원하는 경우를 말한다. (Rn. 235 ff.)
- 규범확정준용(normgenaue Verweisungen): 특정한 규범에 연계시키는 경우를 말한다. (Rn. 237)
- 내용관련준용(inhaltbezogene Verweisungen): 개념 측면에서 내용을 기술하면서 그에 맞는 규범에 연계시키는 경우를 말한다. (Rn. 238)
- 경직적 준용(starre Verweisungen): 확정적으로 특정된 방식의 연계문언에 연계하는 경우를 말한다. (Rn. 239 ff.)
- 활주적 준용(gleitende Verweisungen): 이후에 어떤 변경이 생길지라도 그를 포함하는 문언에 연계시키는 경우를 말한다. (Rn. 243 ff.)

(220) 준용의 특성을 확실하게 파악할 가능성을 확보하기 위하여 법률 또는 법규명령 내부에 동일한 종류의 준용에 대해서는 이와 같은 표준화 구문(Standardformulierungen)을 사용해야 할 것이다.

(221) 준용의 경우, 연계문언이 원천규범의 규율내용을 보완하는 데 적합한(geeignet) 것인지, 즉 연계문언이 **준용할 만한 유용성**을 지녔는지(verweisungstauglich) 여부에 따라 달라진다. 누군가 어떤 조항을 작성하면서 그때 준용으로써 다른 문언을 인수했다면, 그는 이로써 창설된 연계와 이로써 발생하게 될 규율내용에 대하여 책임져야 한다.

(222) 준용은 반드시 분명해야 한다 - 어떤 조항에 얼마나 큰 규모로 준용해야 하는지 의심할 여지가 없어야 한다. (명확성 내지 특정성 원칙 Bestimmtheitsgebot) 그러므로 원천규범에서 연계는 한편으로는 가능한 한 구체적으로 구성해야 한다.

사례:
어떤 법률의 제5조 제2항의 제1문에 행정절차에 관한 규율사항이 그리고 제2문에 관할사항이 포함되어 있는데, 원천규범에서 관할사항을 준용한다고 규정해야 할 경우라면, 제5조 제2항을 준용한다는 것으로 충분하지 않고, 반드시 제5조 제2항 제2문이라고 제시해야 한다.

명확성 내지 특정성 원칙에서 다른 한편으로 그와 동시에 요구하는 바에 따르면, 연계문언

자체를 특정할 수 있는 수준을 지켜야 한다. 즉 연계문언이 원천규범에 일부로 편입시키기에 적합해야 한다. 이에 대한 사례를 들자면, 만약 상당히 높은 정도로 파악할 수 없게 몇 개 조항을 전체적으로 준용하는 경우, 이는 허용될 수 없다고 할 것이다.

(223) 준용가능성에 대한 기본적 요건으로는 그밖에도 연계문언을 공표해서 지속적으로 그리고 일반적으로 접근할 수 있어야 한다는 것을 들 수 있다. 연계문언은 원천규범의 구성부분을 이루며 법조항은 오직 독일어로 제정될 수 있기 때문에, 문언에 대한 연계 역시 독일어로 작성되는 것만 허용한다. 외국어 문언은 반드시 독일어로 번역해서 공표하여 지속적으로 그리고 일반적으로 접근할 수 있어야 하며, 그래서야 비로소 준용할 수 있다.

(224) 새로운 규범을 창설할 경우와 현존하는 법규범을 개정할 경우 등에 본질적인 작업단계라고 할 것이 바로 다른 법조항에 대한 연계에 관하여 명확하게 규정하는 것이다. 그러므로 어떤 법조항을 개정할 경우에는 언제나 일정한 통제사항을 함께 규정할 수밖에 없다. 그 조항의 개정이, 바로 그 조항을 준용하던 다른 조항에 영향을 미치는지 여부와 범위 등에 대한 통제가 그것이다. (준용통제 Verweisungskontrolle) 어떤 법조항이 활주적 준용을 (gleitende Verweisungen - Rn. 243 ff.) 포함하고 있는 경우, 원천규범이 법의 변천을 겪을 것인지 여부가 연계규범에 따라 종속적으로 결정된다. 그러므로 원천규범에 대하여 책임지는 주체가, 한편으로는 전면적으로 연계규범에 대하여 책임지는 주체에게 의존해서는 안 될 것이며, 그와 동시에 다른 한편으로는 스스로 또한 연계규범의 변천에 유의하되, 그로 인해서 원천규범의 개정이 요구되는지 여부까지 고찰의 범위에 포함시켜야 한다.

4.2 준용기술의 장점과 단점
(228) 준용의 장점과 단점을 언제나 세심하게 형량해야 한다.

4.3 준용의 종류와 인용방식
4.4 효력이 없거나 무효인 규범을 준용할 때 유의사항
4.5 기술적 규칙 관련사항
4.5.1 일반조항
4.5.2 일반조항의 준수에 관한 추정규칙
4.5.3기술적 규칙 관련사항의 한계

5. 유럽연합법에 관한 특별한 지침
5.1 유럽연합, 유럽공동체, 설립조약, 구성원, 기관, 법조항 그리고 유럽경제공간 등에 관한 명칭
5.2 유럽연합법의 인용방식
5.3 유럽연합법에 대한 독일연방공화국법의 적응
5.3.1 유럽공동체의 명령에 관한 시행규칙의 유럽법 합치성
5.3.2 유럽공동체의 지침과 유럽연합의 기본적 결정사항에 관한 지침의 전환의 유럽법 합

치성
5.3.3 유럽연합의 결정사항(유럽연합 조약의 제34조 제2항 제c자)의 전환의 유럽법 합치성
5.4 유럽법의 인용명령
5.4.1 유럽공동체 지침의 전환시 인용명령
5.4.2 유럽연합의 기본적 의결사항과 개별적 의결사항의 전환에 관한 적시
5.4.3 전자식 표기 내지 저장 사항의 경우 표시-지침에 따라 절차의 준수에 관한 적시

[제C편 기간법률]

기간법률은 개정법률에 대칭되는 개념이다.
법률의 각 부분에 관한 명칭: 제목, 개시문구, 개별조항, 조의 번호와 명칭, 효력발생, 종결문구, 작성기일, 서명권자의 서명.

1. 기간법률의 제목
1.1 제목의 의미와 구성부분
1.2 명칭
1.3 약칭

(338) “Ordnung”이라는 단어는 새로운 법률의 경우 서열표시로서 더 이상 사용하지 않는다. 왜냐하면 이로써 법률을 말하는지 명령을 말하는지 분명하게 인식할 수 없기 때문이다.

(339) “연방법률(Bundesgesetz)”이라는 표시는 주법률과 구별하기 위해 필요한 경우에만 허용한다. 다시 말하자면 적어도 어떤 주 하나에서 연방법률이라고 명시하지 아니할 경우 인용시 동일한 명칭을 사용할 수밖에 없는 법률이 존재한다는 요건을 충족시켜야 한다. 하지만 주의 경우 이미 주의 법률을 주법률(Landesgesetze)이라는 표시를 넓게 사용해왔다.

1.4 약어

2. 작성기일

3. 기간법률의 개시문구 공식
3.1 개시문구 공식의 의미와 지위
3.2 각종 법률의 개시문구 공식
3.3 연방참의원의 승인이라는 특수한 문제

4. 내용개관

5. 법률의 구조

(361) 기본공식

- 적용 내지 유효 영역 (필수적인 개념규정 포함)
- 주요부분
- 절차와 관할
- 형벌조항, 벌금조항
- 경과규정
- 효력발생

5.2 개별조항과 그 명칭

(368) 어떤 기간법률이든 모두 개별조항으로 (파라그라프 또는 아티클 - 조 또는 대조) 구성한다.

5.3 개별조항 상위의 분류단위와 명칭

6. 법규명령 제정에 관한 권한부여

6.1 행정부의 권한부여

6.2 권한부여 규범의 형성에 관한 요구사항

6.3 법규명령 제정에 관한 의무 또는 재량

6.4 재위임

6.5 명령제정시 참여권

6.6 연방의회의 참여

6.7 연방참의원의 승인

7. 경과규정

8. 연계개정 (Folgeaenderungen)

(424) 새로 기간법률을 제정할 경우 반드시 그 법률 내부에 일관성을 확보해야 하는 것은 물론 그 법률을 그 밖의 법질서에 연계시켜 편입할 때에도 일관성이 유지되어야 한다. 그러므로 새로운 기간법률 내부의 개별조항을 서로 조율하는 것만으로는 충분하지 않다. 한 걸음 더 나아가 반드시 새로운 조항이 **현행법에 대한 연계성**(die Bezuege zum bestehnden Recht) 측면에서도 조율되었다는 점을 규명해야 한다. 종전의 규율사항이 새로운 기간법률과 모순을 일으키거나 정당성을 상실하거나 보완이 필요하게 되었을 경우, 불일치를 제거하는 조치를 취해야 한다. 이를 연계개정이라고 부른다.

(425) 연계개정이 필요한 경우, 그 초안은 **망또법률 내지 보자기법률** (Mantelgesetz - Rn. 717 ff.) 형식으로 작성해야 한다. 제1대조(Artikel)에는 새로운 기간법률을 넣는다. 연계개정의 경우 찾아보기 목록 A의 차례번호 순서에 따라 한 개 또는 다수의 대조로 규정할 수 있다. 기간법률과는 달리 연계개정을 포함하는 대조에서는 개정용어를 사용한다. 그러므로 이 경우 개정법률에 관한 권고사항을 또한 존중해야 한다.

9. 기본권 제한시 기본법 제19조에 따른 인용명령

10. 연방법의 규율에 따라 이와 다른 주법의 배제

11. 유효기간 규율
 11.1 효력발생 규율
 11.2 효력발생 기일의 세밀한 확정
 11.3 조건부 효력발생
 11.4 다수분화부 효력발생
 11.5 다수연계적 효력발생
 11.6 소급적 효력발생
 11.7 기간설정, 효력소멸

12. 종결공식
 12.1 종결공식의 의미
 12.2 개별적 종결공식

[제D편 개정법률]

기간법률을 개정하는 법률을 개정법률이라고 부른다.
개정법률의 구성부분을 살펴보면 다음과 같다:
제목 내지 명칭, 법률제정 기일, 개시문구, 아티클 제목, 개시문구, 규율대상 부분의 개정사항, 효력발생 시기, 종결문구, 법률제정 기일, 서명 등

1. 개정입법에 관한 일반적 유의사항

2. 기간법률 대체형 법률

3. 개별조항 개정
 3.1 개별조항 개정의 명칭
 3.2 개별조항 개정의 제목
 3.3 개정기일
 3.4 개별조항 개정의 개시문구 공식
 3.5 개별조항 개정의 구조
 3.6 개시문장 - 개정해야 할 법률의 적시

 3.7 개정명령

3.7.1 개정명령의 구조
3.7.2 개정명령 “폐기한다”와 “삭제한다” aufheben und streichen
3.7.3 개정명령 “삽입한다” einfuegen
3.7.4 개정명령 “그 전단계에 설정한다” voranstellen
3.7.5 개정명령 “부가한다” anfuegen
3.7.6 개정명령 “작성한다” fassen
3.7.7 개정명령 “대체한다” ersetzen
3.7.8 결합형 개정명령
3.8 한 개 조항만 개정하는 경우
3.9 한 개의 법제정행위로써 개별 조항을 다수 개정하는 경우
3.10 후속연계 개정의 목차

3.11 개정의 기타 경우
3.11.1 제목의 변경
3.11.2 내용개관의 변경
3.11.3 개정계획을 계기로 용어 순화
3.11.4 베를린-조항의 변경
3.11.5 사회법적에 관련된 변경
3.11.6 통일조약의 규율사항에 관련된 변경
3.11.7 기본권을 제한하는 조항의 변경
3.11.8 부록 내지 별표의 변경 AEnderung von Anlagen
3.11.9 유동형 개정사항의 변경 AEnderung bei schwebenden AEnderungen
3.11.10 병행적 변경 Parallele AEnderungen
3.11.11 유효기간 규율의 변경
3.11.12 변경에 대한 기간설정

3.12 경과규정
3.13 법률제정자에 의한 법규명령의 개정
3.14 공포의 허가 Bekanntmachungserlaubnis
3.15 개별조항 개정의 효력발생
3.16 종결문구

[제E편 법규명령]

기간명령의 구성부분을 살펴본다:
제정기일(Ausfertigungsdatum), 명칭과 약칭, 작성기일, 개시문구와 수권사항, 조항제목, 개별조항, 효력발생 시기, 종결문구, 제정기일, 서명자와 서명

1. 법형식적 측면에 관한 일반적 유의사항

2. 기간명령 Stammverordnungen
   2.1 제목
   2.2 개시문구 공식
   2.2.1 명령권자의 명시
   2.2.2 법적 근거의 명시
   2.2.3 특별한 형성의 요구사항
   2.3 재위임명령
   2.4 유효기간에 관한 규율사항
   2.5 종결문구 공식

3. 개정명령 AEnderungsverordnungen
   3.1 제목
   3.2 개시문구 공식
   3.3 개정명령의 구조
   3.4 종결문구 공식

[제F편 법률제정절차에서 법률초안의 개정에 작성상 유의사항]

1. 일반적 사항
2. 개정신청 사항 또는 척도의결 사항 등에 관한 작성상 유의사항
3. 개정법률의 초안의 개정할 때 특별히 유의해야 할 사항
4. 상호조견표의 형식에 관한 작성상 유의사항

[제G편 법률과 법규명령의 신판 공포]
Bekanntmachung der Neufassung von Gesetzen und Rechtsverordnungen

부록 Anhang

부록 1 (단락번호 42 관련): 조약법률과 조약에 관련된 명령 등의 작성지침 (행정각부 공동 운영규칙 제73조 제3항 제1문에 따른 지침 - RiVeVo) 2007년 신판
Anhang 1 (zu Rn. 42)
Richtlinien fuer die Fassung von Vertragsgesetzen und vertragsbezogenen Verordnungen (Richtlinien nach § 73 Absatz 3 Satz 1 GGO - RiVeVo)
Neufassung 2007

부록 2 (단락번호 43 관련): 1983년 3월 2일자 특히 행정강제 조치에 관련하여 벌금형법적 제재의 필요성에 관한 지도문건

Anhang 2 (zu Rn. 43)

Leitsaetze zur Erforderlichkeit bussgeldrechtlichen Sanktionen, insbesondere im Verhaeltniss zu Massnahmen des Verwaltungszwangs vom 2. Maerz 1983

부록 3 (단락번호 44 관련): 법제정 개선의 심사목록

Anhang 3 (zu Rn. 44): Pruefliste fuer bessere Rechtsetzung

부록 4 (단락번호 273 관련): 유럽법상 유의사항 특히 법률문헌의 목차 명칭

http://www.eur-lex.europa.eu/de/techleg/index.htm

IV. 소결

입법기술의 기본적 성격은 규범의 문제를 다루어온 이래로 항상 문제삼아 왔던 것으로서 언제나 강력했던 법질서의 통일성과 지속성과 명확성 등의 요청으로 드러난다. 물론 법해석학적 논의가 기본적으로 입법기술 논의의 체계와 문제해결의 기반에 깔려있다. 그러나 입법학의 첫 단계 내지 최종 단계에서 기본적 요구사항인 입법기술적 측면을 어떻게 구현할 것인가 하는 요구가 시각을 바꾸면 확연하게 드러난다. 즉 입법기술의 측면에서는 가능한 한 독자적으로 그리고 기술적으로 입법과정의 한 단계를 분리해서 처리할 수 있도록 입법기술의 독자성을 확립하려는 노력을 기울여왔다는 것이다.

이는 특히 미국의 입법학 교재의 서술방향과 비교하면 분명하게 드러난다. 미국입법학 교재에서는 실체법적 사항을 다루는 가운데 입법학적 요구가 드러나게 설명하고 접근한다. 반면에 독일을 비롯한 스위스, 오스트리아 등의 입법학에서는 입법 전반 중 입법기술 측면에서 접근할 수 있는 문제를 원천적으로 독립해서 다루는 방향을 취한다. 예컨대 지방자치단체의 조례 등 위임입법의 문제만 보더라도 법해석학적 접근에 따른 실질적 심사 단계는 일단 미루어 놓는다. 독일의 법형식성 실무 안내서에서도 이에 관해서는 간단하게 처리되어 있다. 어떤 자치법규에 명칭 자체를 제대로 붙였는지 그리고 상위법령이 명시적으로 표시되어 있는지 등의 관점만 점검하고 평가하면 비록 한정된 수준이기는 하지만 형식적으로는 위임입법에 관한 심사를 완료할 수 있기 때문이다.

입법기술 부문의 내용은 독일, 스위스, 오스트리아 등 3개 국가에서 모두 실무안내서 수준에서 확립되어 있다. 법안작성 담당공무원 등을 위한 주기적 보완교육의 주요한 내용도 기본적으로 입법기술 부문의 것이다. 교육적 측면에서 보면 입법기술의 전형적 모범사례도

중요하지만 반면에 어떤 잘못이 실무상 자주 발견되는지 등에 관한 전형적 오류사례의 수집과 이해와 분류 등도 그만큼 중요하다. 실무교육이 나름대로 역동성을 지닌 이유는 바로 그와 같은 오류 측면을 현장에서 지적하고 보완 할 수 있다는 데 있다.

제5절 독일의 입법평가 사례

I. 서 론

1. 입법평가의 점검

(1) 독일에서 개별적으로 구현된 전형적 입법학관련 제도

독일에서 입법학의 영역에 속하는 '입법관련 분야에 대한 평가'는 전반적으로 논의 중이라고 할 수 있다. 그 중에서 실무상 확정적으로 제도화하여 현실적으로 적용하는 것은 몇 개 들 수 있다. 그러나 이들은 하나같이 모두 소극적 방식으로 획정되어 입법학 성과의 전면적 적용이라고 볼 수 없다는 성격을 드러내고 있는데, 반면에 그만큼 확실한 인식이 가능하게 설정된 척도에 따라 소정의 평가목적을 달성한다는 실무적 성과가 오히려 뚜렷하다. 이하에서 개괄적으로 살펴본다.

- 법형식성 심사로서 연방내무부 일반원칙 담당심의부가 3판으로 출간한 기준안내서 (입법기술 측면에서 소극적으로 접근하는 전통적·수공업적 성과의 집적)
- 연방수상청 산하의 전국규범통제평의회 활동 (법령의 경제적 효과 중 행정비용이라는 확정된 관점에서 수행하는 심사)
- 개별법령에서 사후적 효과에 대한 평가를 의회에 정시에 보고할 의무의 부과 (그 법령을 적용하여 특정한 관점에서 평가할 것을 개별적으로 명령하면서 보고할 시기까지 지정하는 심사)
- 소관 행정각부에서 일상적 업무로서 수행하는 법령의 정비작업 (현행법이라는 테두리 안에서 자체적으로 모순을 일으키거나 중복되는 사항을 계속적으로 점검하는 업무)

(2) 독일에서 입법학 성과를 총체적으로 구현한 입법평가의 사례

반면에 입법학의 발전적 상황을 전반적으로 의식하면서 총체적으로 문제를 제기하면서 논의 대상인 법령을 포괄적으로 파악하고 평가하려는 노력을 기울여온 측면도 상존한다. 이와 같은 사례를 살펴봄으로써 독일에서 실무와 이론으로 성장하고 발전한 입법학의 성과가 구체적으로 그리고 전면적으로 현행법령의 평가에 동원될 때 어떤 양식으로 구현될 수 있는지 간접적으로나마 파악할 수 있다. 특히 종래 입법기술을 중심으로 축적되어온 입법학의 성과

와 최근 입법평가를 중심으로 주변 사회과학적 관여를 통해 성장한 입법학의 성과가 총체적으로 그리고 상호 어떤 비중으로 나타나는지 관심을 기울일 필요가 있다고 본다.

2. 논의사례

(1) 심사대상: 독일연방공화국의 16대 연방의회 회기 중 전반기에 대연립정권의 입법성과의 분석 (2005-2007)

(2) 심사의뢰 주체: 신 사회적 시장경제 주도본부(Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft)에서 주관하여 의뢰하고 그 성과물을 자체의 인터넷 공간 등에 연구실적(INSM-Studien)으로 공간한 것이다.

(3) 심사의 실질적 주체: 카르펜 교수, 브로이츠 변호사, 뉭케 변호사 3인이 신 사회적 시장경제 본부의 연구를 수행하였다. 이와 같이 대규모로 총체적으로 독일 연방의회의 일정기간 성과물인 법률을 연구한 성과라는 점에서 유의할 만하다.[293] 다시 말하자면 독일 입법학계의 주도적 학자를 중심으로 구성된 연구진이 신 사회적 시장경제 주도본부의 의뢰를 받아 대연립정권이 연방의회 회기의 전반기 동안 제·개정 즉 발급한 689개에 이르는 모든 법률을 질적 관점에서 심사하였다.

(4) 심사성과의 개괄적 평가: 울리히 카르펜 함부르크 대학교수는 물론 뉭케 변호사이자 박사나 브로이츠 박사가 공동으로 수행한 연구의 결과에 따르면 새로 제·개정된 법률의 4분의3 이상이 종전의 행정사무 비용을 더 증가시킨다고 한다. 모든 법률의 절반 이상이 얼마 안 있어 벌써 다시 개정된다고 한다.

II. 과제, 조사대상, 방법론

1. 과제

293) Karpen, Ulrich, Gesetzgebungslehre - neu evaluiert : Legistics - freshly evaluated, (1. Aufl. 2006 ***) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008, SS. 49-60 “Eine Leislaturperiode des Deutschen Bundestages wird besichtigt (2002-2005)”에서 이와 같은 총체적 평가를 시도한 바 있다. 동일한 방향의 작업이지만 그보다 섬세한 것이 이하에서 살펴보려는 2005-2007 시기의 입법평가 사례이다. 카르펜 교수가 이전에 수행했던 연구를 다시 동일한 구조적 체제를 유지하면서 그 다음 시기에 시도한 것이라고 볼 수 있다. (1) 이 성과가 바로 같은 책에 요약되어 실려 있다. Karpen, “Gesetzescheck - Die Gesetzgebung der Grossen Koalition in der Ersten Haelfte der Legislaturperiode des 16. Deutschen Bundestages, 2005-2007” in: ders. (2006), SS. 95-103 참조. (2) 동일한 논의를 그보다 조금 상세하게 기술한 내용이 신 사회주의적 시장경제 주도본부(INSM = Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft)의 홈페이지에도 실려있다. 여기에서는 이 홈페이지의 내용에 의존한다. 뿐만 아니라 인터넷 홈페이지에는 ‘개별법률에 대한 항목별 평가도’도 떠 있으니 참고할 만하다. (3) 그밖에도 독일입법학회의 홈페이지에도 이 성과가 실려있다. 이는 심사척도에 대한 설명이 그보다 더 세세하다. (4) 이 내용을 전체적으로 정리한 단행본은 출간되어 있지 않은 것으로 보인다.

법률이 너무 많은데다 그 중에는 질적으로도 너무 나쁜 것도 있다. 이 사실에 관한 한 아무도 다투지 않는다. 독일만 그렇다는 것이 아니다. 크고 넓게 봐서 이른바 고도로 발전한 의회주의 국가라면 모두 그렇다. 그렇지만 독일의 법질서 중에서 몇 개 조항과 규율영역은 그 규모로 보나 복잡성으로 보나 법문의 난해성으로 보나 세계적으로 유일한 사례에 속한다는 것 또한 타당한 지적이다. 그에 속하는 사례는 벌써 세법만 보아도 그리고 최근의 것으로는 사회법과 건강·의료 관계법을 보아도 쉽게 찾을 수 있다.

얼마나 많은 규범이 - 즉 법률과 법규명령이 - 특정한 기간 동안 제정 및 개정되는지, 그리고 언어적 표현, 목차 설정, 규범적 투명성 등이 흠이 있고 급히 개선해야 할 만하다고 평가한 이유가 무엇인가 등에 관하여 한 번은 세세하게 조사해서 해명해야 한다는 요구는 그래서 납득할 만하다. 함부르크 연구집단에게 부여한 과제는, 현재 제16대 연방의회 회기의 지난 전반기의 모든 제작품 즉 2005년 가을부터 2007년 여름까지 제·개정한 조항을 대상으로 수량이나 품질 시각에서 조사업무를 수행해야 한다는 것이었다.

수량은 쉽게 특정할 수 있다. 698개의 규범복합체 즉 198개의 형식적 법률과 500개 법규명령이 그 대상이다. 연구집단은 연방법률공보 제1편(Bundesgesetzblatt Teil I)에 공간되어 있는 모든 형식적 법률과 법규명령(Gesetze und Rechtsverordnungen)을 대상으로 파악하는 방식을 채택하였다. 명령(Verordnungen)은 (예컨대 동물전염병법률 Tierseuchengesetz 제86조에 따라) 연방전자공보(im elektronischen Bundesanzeiger)에 공간하는데 이는 조사대상에서 제외하였다.

뿐만 아니라 국제조약을(voelkerrechtliche Vertraege) 의회가 전환하는 데 기여하거나 명령으로 효력을 발생하게 하는 법률과 명령(Gesetze und Verordnungen)도 조사대상에서 제외하였다. 규범의 질을 분석하고 평가한다는 것은 물론 어떤 법률 하나를 전체적으로 평가한다는 것은 매우 어려운 일이다. 그렇지만 입법이론(Gesetzgebungslehre)에서는 최근 40년에 걸쳐 좋은 입법 즉 우량입법에 관한 몇 개 판단기준을 개발하였는데, - 시간이나 실질 등의 측면에서 적응과정을 거쳐 - 그렇게 대규모로 법조항의 현재 상태에 대하여 적용한 사례를 이전에는 찾아볼 수 없었다. 그와 같은 작업을 수행하려는 시도를 바로 이 연구집단이 감행한 것이다.

과제의 수행에 도움이 된 사실로는 우선 독일 법률의 현황에 대하여 규범이 홍수처럼 제·개정되면서 그로 말미암아 질적 수준이 저하되었다는 비판이 최근 특별한 주목을 끌고 있다는 점을 들 수 있다. 오늘날 급부제공과 재분배 등의 기능을 수행하는 사회국가에 관하여 분기점에 도달한 것과 같은 분위기가 무르익고 있다. 국가는 현재까지 이행했던 막대한 부담을 - 재정적으로나 행정적으로나 - 더 이상 지탱할 수 없는 상태이다. 한 마디로 말해서 국가의 금고가 텅 비었다.

한편으로는 기술이 발전하면서 그리고 다른 한편으로는 독일의 법질서가 유럽이나 기타

국제적 관계에 기속되면서 법조항을 더 세세하게 그리고 더 정교하게 다듬게 되었다. 보통 시민은 말할 것도 없지만 각 분야의 전문가 또한 - 이들이 최종적으로는 수범자에 해당되는데도 - 더 이상 좇아가기 힘든 경우가 드물지 않았다. 기본적으로 자유주의적 심성을 지닌 측에서는 탈-규제와 탈-관료주의 등의 요구를 제기하였다. 뿐만 아니라 수많은 규범이 실효성이 전혀 없는데다, 효율적으로 현실에 구현하지 못하며, 경제 부문이나 시민의 부담에 관하여 비용절약, 비례성, 효율성 등의 각도에서 고려한 바 없다는 등의 사실이 그 주장을 추가적으로 지원하게 되었다.

2. 양과 질 - 더 좋은 법정립(Rechtsetzung)

규범의 수량에 관한 것이라면 이는 다른 무엇보다도 국가의 과제, 국가사무, 국가기능 등에 대한 비판의 문제이다. 도대체 산업사회의 현대 국가에게 어떤 과제, 사무, 기능 등을 처리하라고 맡겨야 할 것인지, 그러면서 국가의 능력을 벗어나지 않게, 그리고 과도하게 조세를 부과하지 않게, 과제・사무・기능에 대한 비용을 부담할 수 있는 수준에서, 도대체 국가가 어떤 성과를 거둘 수 있는지 등의 문제이다.

이 문제를 해명하기 위하여 전문가위원회의 기초적 연구의 성과이었던 "날렵한 국가(Schlanker Staat 1997)"로부터 시작해서 수많은 노력을 퍼부었다. 국가가 얼마나 그리고 어떤 사무를 인수해야 하며 국가를 어떻게 수행해야 하는지 등은 물론 정치적 문제이므로 그에 대한 해답을 찾는다는 것 자체가 되풀이하여 시도해야 할 사항이며 의회에서 정당간 경쟁 즉 일정한 기간마다 실시하는 선거로 특정되는 것이다. 이 연구보고서에서 그와 같은 정치적 문제를 다루거나 해답을 제공할 의도도 없고 가능성도 없다. 반면에 적어도 (좋은 정책 즉) 정치적 결정으로부터 도출되는 문제 즉 부분적으로는 현대적 입법과 규율의 수공업적 차원의 문제에 한정하는 한, 그에 관한 중립적인 판단이 가능하다.

이는 규율의 질(Regulierungsqualitaet - better regulation), 집행의 질(Vollzugsqualitaet - good administration) 등의 문제이면서 또한 납득할 수 있는 규범의 효율적 구현 즉 좋은 지배적 권력의 절차와 구조(guten Regierens - good governance) 등의 문제이기도 하다. 그러므로 규범의 평가라는 것은 발안 단계, 입법부 단계, 행정부 단계 등은 물론 규범의 재정비, 개정, 개선 등의 단계 등을 관찰한다는 의미이다. 독일의 현행 법률의 양과 질에 관하여 이와 같이 상당히 넓게 설정된 공적 논의의 가장 중요한 목표 중의 하나로 탈-규제와 탈-관료주의(Ent-Regelung und Ent-buerokratisierung)가 전면에 등장한다.

3. "관료주의적 폐해의 감소와 더 나은 법정립"

독일연방공화국 제16대 연방의회에서는 법질서를 개선하기 위하여 상당히 넓게 설정된 계획을 지니고 있다. 2006년 4월 25일자 내각의 의결로 연방정부는 연립정권 수립의 합의사항을 현실적으로 실현하여 연방수상청(Bundeskanzleramt) 산하에 "관료주의 감축 부서

(Geschaeftsstelle Buerokratieabbau)"를 개설하였다. 이 부서와 협력하여 업무를 수행하는 부서는 "관료주의 즉 행정관여 감축 행정각부차관 위원회(Staatssekretaerausschuss Buerokratieabbau)"이다. 연방통계청(Stastisches Bundesamt)에게도 업무를 할당하였다. 정보 및 신고 의무(Informations- und Meldepflichten)로써 경제 부문에 1949년 이래의 모든 입법으로 부과한 관료주의적 부담을 조사하라는 것이었다.

2007년 10월 연방수상청 산하 '관료주의 즉 행정관여 감축 부서'에서는 최초로 보고서를 제출하였다. 그 제목은 "관료주의 비용 즉 행정비용: 조사 - 측정 - 감축(Buerokratie-kosten: Erkennen - Messen - Abbauen)"이었다. 이 보고서에서는, 경제부문에서 법률에 따라 정보를 제공해야 할 의무를 이행하면서 얼마나 관료주의적 비용을 지출했는지 측정한 결과를 제시하고, 이 비용을 감축하기 위하여 종래 시행했던 대책과 함께 앞으로 채택해야 할 대처방안 등을 예시하였다.

2006년 8월 14일자 연방법률(연방법률공보 제1부 BGBl I, 1866면 이하)에 의하여 "전국규범통제평의회(Nationaler Normenkontrollrat)"를 개설되었다. 조직체계상 연방수상청에 속한다. 평의회 위원에게는 인적으로 그리고 물적으로 독립성을 보장하였다. 담당업무는 새로운 연방정부의 법률 및 명령 초안에 관하여 관료주의적 요소로 인한 비용 절감 가능성의 시각에서 일차적으로 심사하는 것이다. 전국규범통제평의회에서도 제1차년도 보고서를 제출한 바 있다.

4. 이 연구에 대하여

이 연구로써 위와 같이 상당한 깊이를 지닌 대규모 조사와 경쟁할 능력도 없거니와 의도도 없다. 이 연구대상의 규범의 양이 워낙 크고 시간 자체도 매우 한정되어 있다는 점을 감안할 때 경쟁 자체가 불가능하다. 또한 현 시점의 상황을 조사한다는 이 연구의 의도와도 일치하지 않는다. 하지만 이 연구의 관점은, 전국규범통제평의회의 연례보고서는 물론 '관료주의 내지 행정관여 감축 부서'의 조사보고서 등이 관료주의적 비용 내지 행정비용을 절감한다는 것으로 목표를 한정하고 있기 때문에, 그보다 넓다고 할 수 있다.

관료주의적 비용은 법을 정립해서 발생하는 중요한 결과 중 하나이다. 그러나 그밖에도 법률은 경제, 시민, 행정 등에 대하여 다른 결과도 유발한다. 여하튼 관료주의적 비용을 평가하는 작업은 두말할 나위도 없이 행정의 탈관료주의에 필요하다. 그렇지만 지금까지 연방정부, 전국규범통제평의회, 심지어 연방통계청 등도 이와 같은 비용의 평가에 성공했다는 소식은 없었다.

위에서 열거한 각 기관의 작업방안에는 장차 이와 같은 관료주의적 비용도 포함시킬 예정이다. 그러나 경제, 시민, 행정 등에 관한 관료주의적 비용이 종전에는 그 자체로 특정한 결정에 규제를 가하여 자유롭게 결정할 수 있었던 영역을 협소하게 축소하는 결과를 낳았고,

그 부문의 비용절감이 다른 부문의 비용을 오히려 증가시키는 전이효과를 유발하였으며, 이와 같은 과정에서 오히려 법적 분쟁과 재판절차 등을 더 증가하게 하는 효과도 초래할 것이다.

5. 규율대상 - 수량적 관점

조사의 대상은 2005년 가을부터 2007년 연방의회의 여름휴회 시점까지 총 698개 법률과 법규명령이다. 연방법률공보로 치면 6250쪽에 해당된다.

6. 규율영역

법조항 제작의 중점사항을 추출하기 위하여 그리고 독자로 개괄적으로 파악할 수 있게 다시 말해서 입법작업 자체의 기본적 내용을 적출하기 위해서 여러 개의 정치영역(클러스터 관련영역)으로 묶어 나누었다. 당연하게 연방정부의 행정각부 분류방식(Ressortgliederung der Bundesregierung)이 중요한 관점을 제시하는 역할을 맡았다. 하지만 이 연구에서 채택한 분류가 가끔 행정각부의 할당영역 경계를 넘나든다. 여기에서 채택한 분류방식은 경제전반의 변천에 관한 평가보고 담당 전문가평의회가(Sachverstaendigenrat fuer die Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung) 작성한 모범적 기능을 수행하는 분류방식을 기준으로 삼았다. 그에 따라 이하에서는 다음과 같은 정치영역을 조사대상으로 분류하였다.

- 건강부문, 특히 법정보험과 약품 부문
- 노동부문과 사회부문, 연금 포함, 사회법적 제2부(구직자)부터 제12부(조기 사회부조)까지
- 경제와 조세
- 농업, 축산업
- 식품, 포도주, 화장품
- 환경보호 부문
- 운송 부문, 도로교통, 철도교통, 항공교통, 수상교통 등 부문
- 사법 부문과 내무 부문, 언론매체, 파산, 형법, 정보보호 포함
- 기타 부문 즉 외국인법, 법수정(Rechtsbereinigung), 연방개혁

이와 같은 분류방식은 정부와 의회의 사무 분류방식을 기본적으로 추종했다는 점은 워낙 당연하지만, 그렇다고 해서 연방정부의 행정각부 사무 분류방식을 엄격하게 준수한 것은 아니라는 점을 특히 강조해 두는 바이다. 많은 법률과 법규명령이 법률의 제·개정의 주무부 이외에도 다른 여러 행정각부가 함께 책임을 부담한다. 여하튼 어떤 개별사항이 문제가 되면 주무부가 아니라 위의 분류에 따라 다룬다.

7. 규범의 질적 측면 - 평가와 판단의 기준

좋은 법률, 나쁜 법률, 중립적인 법률 등으로 분류하는 기준이 매우 많은 것은 너무나 당연하다. 이 연구의 담당자는 - 전면적 주장이 아니라는 단서 아래 - 다음과 같은 범주를 채택하였다. 규율주체, 권한등급, 규범화 절차, 형식적 질과 실질적 내지 내용적 질, 규범이 초래하는 비용 등.

첫 번째 범주로서 이와 같은 규범의 평가 내지 판단 기준 문제를 다루기 전에 어떤 등급에서 연방이 규율해야 할 계기가 나타나는지 또는 효력을 전개하는지 - 유럽연합 차원이든지 주 또는 연방의 차원이든지 - 그리고 과연 법적 규율이 필요한 것인지 여부에 관해서도 고려하는 것이 필요하며 의미도 있다. 기본권과 법치국가의 기반을 이루는 자유주의 사상에 따르면 다음과 같은 생활영역은 고권적 침해로부터 벗어나게 해야 한다. 어떤 생활영역에서는 문제가 생기면, 법률의 사전규제적 의도에 상관없이, 다시 말해서 사회적으로(gesellschaftlich) 즉 개인이나 개인의 결사체를 통해서 오히려 법률만큼 잘 또는 법률보다 더 잘 처리할 수 있다.

몇 개의 규율은 이와 같은 관점에서 보면 원천적으로 불필요한 것이다. 뿐만 아니라 이는 독일법이나 유럽법에서 이미 헌법적 서열을 획득한 바로 그 보충성 원리(Subsidiaritaets-prinzip)를 적용해야 한다. 보충성 원리에 따르면 유럽 지침 또는 명령으로 어떤 사안을 규율해야 한다는 당위성이나 법적 허용성은, 오직 유럽연합 회원국가인 독일 연방법 또는 주법으로 충분하지 않을 경우에만, 인정되는 것이다. 한 마디로 말해서 법적 규율 자체가 "지나치게 높은" 수준을 요구하는 경우가 많다.

두 번째 질적 범주는 입법절차에 있다. 입법절차는 헌법적으로 세세한 사항까지 이미 규율되어 있다. 그러나 이와 같은 구조 아래에서도 절차는 매우 다양한 형식을 지니고 있다. 새로 기간법률(Stammgesetz)을[294] 제정하려면 의회는 조심스럽게 자문과 심의를 거쳐서 분류나 형식(in guter Gliederung und Form)을 잘 갖추어 구성해야 한다. 대규모 다발규범(Normenpakete)로 나타난 정책은 - 예컨대 쉴리 1, 2 Schily I, II 또는 하르츠 1부터 4까지 Hartz I bis IV - 정치적 변천 상황의 압박 아래 매우 신속하게 위원회와 의회를 뛰듯이 거쳐가야 했다. 그래서 빈 데가 많고 질적으로 낮게 법문언이 작성되었거나 하자가 발견되는 지경에 빠졌다.

개정법률, 교정법률, 수선법률 등을 처리하는 안건이 일정계획표에서 빠진 적이 없다. 입법자가 입법작업을 서두를수록 그만큼 더 법은 납득할 수 없는 지경에 빠지고 그 결과 주기적으로 또는 항상 법수정 작업을 회피할 수 없다. 어떤 법률이든 이해가능성과 투명성 측면에서 훼손이 있다는 사실은 흔히 발견된다고 해도 될 정도이다.

---

294) 기간법률(Stammgesetz)의 대개념은 개정법률(AEnderungsgesetz)이다. 독일의 법제업무상 법률이든 법규명령이든 기간규범과 개정규범으로 나눈다. 기간법률은 규범제정의 대상이다. 개정법률은 기왕에 존재하는 기간법률을 개정하는 것이므로 규범개정의 대상이다.

그 다음 단계에서 내용 측면의 질이 문제를 다룬다. 내용에 관한 본질적 기준이라고 볼 수 있는 것은 존속력(Bestandkraft)이다. 어떤 법률이든 반감기가 적어야 비로소 누구에겐가 유리한 효과를 제공할 수 있다. 끊임없이 개정하는 법률로써 그 가치가 반씩이나 소멸한다면 그 법률을 기반으로 세운 계획의 안정성과 법적 신뢰성은 그만큼 심각하게 훼손될 것이다. 그에 관한 전형적으로 나쁜 사례가 바로 조세법률이다. 그밖에도 연방헌법재판소의 심사를 관철시킬 수 없으리라 예상되는 법률도 또한 이 영역에 속할 것이다.

8. 연구방법

이 연구의 작업을 진행하면서 가능한 한 최대한 충실한 자료(belastbare Daten)를 조사하여 활용하였다. 하지만 평가 측면에서 언제나 그렇게 충실한 자료만 동원할 수는 없었다. 그렇지만 어떤 법률의 편익, 필요성, 규율요소의 판단 등을 언제나 세세하게 수량적으로 증명해야만 하는 것은 아니다. 왜냐하면 이들 요소는 질적 측면에서 제시할 수 있다는 것이 자명하거나 확연하기 때문이다. 수량적 판단과 주관초월적이자 질적 판단의 두 개 판단에 대해서는 다른 정보나 견해 등도 원용하였다. 현장을 찾아가 인터뷰하거나 전화, 서면, 구두 등의 수단으로 전문가에게 - 일부는 설문지를 작성해서 - 문의하여 관련사항을 조사하였다. 이와 같은 정보원은 - 가능한 한 넓게 - 인용하였다. 자료는 물론 가치판단 등에 관한 한 연구담당자의 것은 최소한으로 한정하였다고 말할 수 있다. 전면적으로 제시할 의도 자체도 없었거니와 여하튼 다음과 같은 기관만 열거하면서 이들의 협력과 지원이 없었더라면 이 연구 자체를 수행할 수 없었으리라는 점을 지적해둔다.

- BDI, DIHK, Berlin
- 함부르크 경제문헌 수집서고, 함부르크
- 교수 안드레아스 호프얀 박사, 도르트문트 대학
- 납세자연합, 베를린
- 경제전체 변천 평가 전문가 평의회
- 독일노동조합, 베를린
- 기술자-법정의료보험, 함부르크
- 식품법과 식품통제 연합, 본

Ⅲ. 연방의회 전반 회기 중 규범제작에 대한 총체적 평가

1. 전문분과별 입법활동

경제, 조세, 재정 등과 함께 농업과 식품 등의 정치영역에서 입법활동이 특히 왕성했다는 사실이 연구결과 도출되었다. 운송과 교통의 영역 역시 점차 규범의 홍수 수준이 심각하게

높아지는 추세를 보여준다. 사회법 영역은 끊이지 않는 계속적 개혁의 결과로 건축공사 현장과 같은 인상을 준다.

사법과 내무 정치영역에서는 입법부 활동이 안전법과 사법개혁 두 부문에서 중점적으로 일어나고 있다.

부정적이라고 지적해야 할 것은 조세법 영역에서 끊임없는 개정작업이 진행되고 있다는 사실이다. "세법의 과열활동"은 여전히 지속되고 있다. 유럽연합에서 개별국가의 입법에 미치는 영향력이 점점 커지면서 특히 농업과 식품 영역에서 규범제작이 그만큼 수량적으로 규모가 커졌다. 반면에 긍정적이라고 지적해야 할 것은 연방행정각부 중 하나인 연방 식량, 농업, 소비자보호 부에서 또한 탈관료주의적 노력을 기울이고 있다는 사실이다.

뿐만 아니라 여러 행정각부의 법정비법률(die Rechtbereinigunsgesetze verschiedener Ministerien)은 법률현황의 정비하기 위한 긍정적 조치로 인정해야 한다. 그와 같이 계속 노력을 기울여야 한다.[295]

직업형상(Berufsbilder)의 영역에서 대규모로 부담을 제거할 수 있을 것이다. 80개 규범이 조사대상 기간 동안 직업형상에 관하여 세밀함은 물론 등급・체계화 등의 수법으로 규율하는데 그 내용은 자외선보호 장인(Sonnenschutzmeister)로 시작해서 자기수공법(Keramikhandwerk)를 거쳐 시장조사 전문인(Fachmann/Fachfrau fuer Marktforschung)에 이르기까지 다양하다. 이와 같이 규율하게 된 것은 한편으로는 노동시장이 점점 더 탄력적으로 그리고 더 역동적으로 변모하는 현황을 반영해야 하기 때문이다. 그와 동시에 규율내용 자체가 지나치게 파편화하는 경향을 드러내 그와 같은 변천을 오히려 왜곡시키기도 한다. 직업형상에 대해서는 입법자가 일정하게 거리를 두고 그와 같이 세세하게 규율해서는 안 될 것이다.

수로법(aserstrassengesetz)과 항공법(Luftverkehrsgesetz) 분야는 우수하다고 평가할 만하다. 입법기술의 측면에서 특히 (해양 오염에 대한 보호와 공해상 안전 등에 관한) 해수면 교통에 대한 국제적 그리고 초국제적 조항의 고전적 표현방식은 특별히 강조해 둘 만하다. 뿐만 아니라 전자정부를 계속해서 건설해나가는 입법자의 노력 또한 긍정적으로 평가해야 할 것이다.

---

295) 법률이나 법조항이 현행법령으로서 존재하기는 하지만 실제로 적용한 바 없는 것이거나 오래 전에 제・개정하여 현실적으로 적용하기에 애매모호한 것 등을 선별하여 폐기해야 한다. 그래야 현행법률을 해석해서 적용하는 데 불필요한 충돌이나 회피 등의 사태를 극복할 수있기 때문이다. 이와 같은 성과를 규범화하여 실현한 결과가 법정비법률(Rechtsbereinigungsgesetz)이다. **연방법무부의 법령정비법률에 관한 법률초안**이 제9차 법정비법률에 해당된다고 적시하였다. 기타 행정각부에서 기왕에 8차에 걸쳐 법정비법률을 제정한 바 있다는 사실을 이로써 인식할 수 있다. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf: Gesetz ueber die weitere Bereinigung von Bundesrecht, Stand: 13. Mai 2009 참조.

2. 유럽법의 영향

일반적인 추정적 평가에 따르면 대개 연방차원에서 새로 법률과 명령을 제·개정할 경우 유럽연합-법이 계기가 된 사례는 70%에 육박한다. 이 조사대상의 기간 동안 698개 법령 전체에 대해서는 이 추정은 적중하지 못했다. 유럽연합-입법의 영향력을 미친 것은 대개 26%에 그쳤다. 그렇지만 약품법과 수의법(Arzneimittel- und Veterinaerrecht) 등의 영역은 대개 50%, 그리고 환경과 위험물운송 부문은 70% 정도로 유럽법의 영향력이 미쳤다. 식품표시, 식품첨가물에 관한 조항, 잔존물질 최대허용치, 식품위생, 농업 면적기준 직접지원 등의 개별사항 영역에서는 유럽법의 영향력은 90%를 넘어선다. 이와 같은 개별국가의 입법자에게는 거의 결정할 가능한 영역이 영이라고 할 정도이다.

3. 입법절차의 흠결

입법절차의 흠결로 말미암아 법률의 질에 훼손이 생기는 것은 흔한 일이다. 첫 번째 원인을 살펴보면, 상당히 큰 숫자의 법률과 명령이 의회에서 "거쳐 나가야" 하기 때문에 생기는 결과다. 약 2년이라는 이 조사의 기간 동안 (2005년 10월말에서 2007년 8월말까지) 698개 법률과 명령이 의회를 지나갔다.

법률의 초안은 개정을 구현하려는 정당한 계기를 추진력으로 삼아 그리고 정치적으로 시간에 쫓겨 매우 급하게 총회와 위원회를 뛰며 달리며 지나간다. 그 결과 상당한 수의 법률이 그 자체로 벌써 하자가 있어 개정 내지 보완이 필요한 상태에서 의회를 떠나며 때로는 어떤 내용 내지 형식의 하자는 다시 한 번 입법절차를 밟으면서도 척출하지 못하기도 한다. 위에서 설명했던 유럽연합 법을 "마지막 시한에 쫓겨" 국내규범으로 전환하면서도 다시 과도한 속도로 제정된 법률이 발생하는데 이 경우 특히 내용이나 편집 측면의 하자가 발생할 우려가 크다.

이 연구에서는 입법절차의 관점에서 34개 중요한 법률계획안을 특별히 심사하였다. 그 중 18개의 경우 입법절차에 하자가 발생했다. 여기에서는 특히 법정보험 경쟁력강화 법률(GKV-WSG - Gesetzliche Krankenversicherungs-Wettbewerbsstaerkungsgesetz)을 전형적인 사례로 지적한다. 이 법률은 96쪽인데 46개 법률과 명령을 개정한다는 내용이었다.

연방의회 건강부문 위원회는 2007년 1월 30일 밤에야 비로소 개정신청안으로 형성된 법률초안 수정본을 넘겨 받았다. 위원회는 이 개정신청안을 그 다음 날인 2007년 1월 31일에 최종적으로 건강부문 개혁에 관하여 심의하였다. 이 법률은 전자방식의 사전편집에 따르면 266쪽이며 80개 넘는 개정법률안이 그 내용이었다. 과연 위원회 소속의원이 그 짧은 시간에 그렇게 복잡한 사안을 일괄적으로 파악하기나 했는지, 물론 사안 자체가 요구하는 만큼 철저하게 파악했는지 여부는 말할 것도 없이, 진정 의심스럽다. 도대체 얼마나 많은 의원이 시간의 경과에 비추어 보았을 때 사안을 즉 자신이 표결에 참여하는 사태를 실제로 파악했

는지 그리고 그렇게 파악하는 데 필요한 세세한 사실에 관한 지식을 갖추고 있었는지 질문을 제기해야 할 것이다. 2007년 2월 2일 이미 독일 연방의회의 총회에서 최종적인 제3독회를 종료했다. 제2차 사법현대화 법률(2. Justizmodernisierungsgesetz)의 경우에도 이와 크게 다를 바 없었다.

이 법률의 내용은 27개 법률 즉 극단적으로 서로 다른 법영역을 개정한다는 것이었다. 주무부서인 연방법무부 장관이 제출한 초안심의안의 발상과 법률의 효력 발생 사이에 불과 반년 정도의 시간밖에 없었다. 관련부서의 의견제출 시한은, 연방법무부가 2006년 5월에야 초안을 독일 판사협회, 연방변호사 법정협회와 다른 단체 및 관련당사자에게 송부했기 때문에, 매우 급박했다. 그래서 관련당사자가 합리적인 수준에서 참여하기는 거의 불가능했다.

4. 불필요한 입법

어떤 규범이 필요한가 아니면 불필요한가 하는 질문에 대한 대답은 대부분 정치적 결정사항에 속한다는 것이다. 이 연구에서 정치적 결정 자체는 다루지 않기로 전제가 설정되어 있다. 그렇지만 너무나 뚜렷한 인상을 지울 수 없다. 즉 직업형상에 관하여 규율한 것은 총 80개 규범인데 탈규제 조치만 취했어도 숫자 자체를 상당한 수준에서 축소시킬 가능성이 분명하게 존재했다고 본다는 것이다. 19개 조항은 오로지 하자있는 법률을 교정하고 수선한 것이었다. 따라서 이들 법률에는 불필요한 것이었다고 판정할 수 있다. 하지만 19개 조항이라는 이 숫자를 빌미로 삼아, 다른 법정립 계획 즉 제·개정 작업의 범주에 속한다고 해도 그 내부에서 수선 내지 보수 작업이 동시에 함께 수행된다는 사실을 무시해서는 안 된다. (이른바 업어가기 법률 'Huckepackgesetz')

필요성 문제는 "어린이 안전 장치를 갖춘 라이터의 유통에 관한 명령(Verordnung ueber das Inverkehrbringen kindergesicherter Feuerzeuge)"에서도 제기된다. 이 경우 유럽 집행위원회의 결정을 국내법으로 전환한 것이므로 국내 입법자로서는 조치를 취하지 않을 수 없었다. 그렇다고 해서 이 명령이 불필요한 초과규율에 해당된다는 평가를 면할 수는 없다.

5. 다수의 개정법률 그리고 한시법률 (Viele AEnderungsgesetz, Zeitgesetz)

698개 조사대상 규범 중에서 467개가 (그 중 일부는 사소한) 개정법률이었고, 19개는 보고법률(Berichtigungsgesetz)이었고, 164개는 기간법률(Stammgesetz)이었다. 일부에 지나지 않지만 개별규범이라고 해도 기간적 성격의 규율사항은 물론 개정사항에 해당되는 경우도 있었다. 한시법률/평가의무 - 35개 법률은 이른바 한시법률로써 일정한 시점에 이르면 효력이 소멸하는데 다만 의회가 명시적으로 시점을 연장한 경우는 예외이다. 11개 규범은 이른바 보고 또는 평가 의무(sog. Berichts- oder Evaluierungspflichten)를 규정하였다.

이와 같은 숫자의 대비를 살펴보면 한시법률과 보고/평가 의무 등은 유용한 수단인데도 여전히 너무 적게 사용한다고 비판할 수 있다. 본래 입법자는, 일정한 시간이 지났다는 사실 또는 법률의 효율성 또는 개정 내지 적응의 필요성 등에 관한 연방정부의 정기적인 보고서 등으로 교시를 받지 못하면, 자신의 법률을 다시 살펴볼 기회 자체를 상실하는 경향을 지녔기 때문이다.

6. 법정비(Rechtsbereinigung)

법정비/신규작성/신규공포(Rechtsbereinigung/Neufassung/Neubekanntmachung)에 해당되는 규정은 84개이다. 법률과 명령이 상당한 규모에 달한다는 점과 개정법률의 빈도가 높다는 점 등을 감안하면 법정비, 신규작성, 신규공포 등이 입법자에게는 없어서는 안 될 도구라는 점을 이해할 수 있다.

정부는 모든 영역에서 결정적으로 중요한 준비작업을 수행할 수 있다. 법질서를 상시적으로 현대화한다는 것의 의미를 중요하다고 높이 평가한다지만, 그에 관련된 법률과 명령의 숫자가 84개에 불과하다는 점은 무엇인가 어긋나 있다는 인상을 준다. 다행히도 오늘날 상황이 많이 개선되었다. 특히 전자정부(E-Government)라는 수단을 활용함으로써 전체 법질서를 개관할 수 있고 공통적 요소를 요약할 수 있으며 모순적 요소를 제거할 수 있고 전혀 효력을 미칠 가능성이 없는 조항을 삭제할 수 있다. 전자정부와 같은 환경에 비추어 보면 법정비가 미진하다는 인상은 그만큼 더 심각해진다.

7. 이해할 수 없는 법률

698개 규범 중 565개는 특히 사용언어와 이해가능성 등의 각도에서 유의대상에 올라왔다. 565개 중 277개는 부정적 평가군에 속했다. 부정적이라고 하면 이 법률 중 해당 조항이 적용자가 이해할 수 없다거나 지나치게 기술적이었다는 의미이다. 전체적으로 오직 6개 규범만 사용언어 측면에서 성공했다고 인정할 수 있었다. 이 중 하나가 바로 새로 공시한 연방수로법(die Neufassung des Bundesstrassengesetz)이다.

그러나 사용언어 측면에서 적절하지 못하다는 평가를 받은 법률이라고 해도 목차(Gliederung) 측면에서는 그보다 높은 평가를 부여할 수 있었다. 290개 규정의 목차가 쉽게 알 수 있게 명료해서 법률의 이해가능성을 높이는 데 기여했다. 100개 넘는 법률과 명령이 내용상 세세한 데까지 규정했는데 이 경우 입법자는 상당한 규모의 별표(Anlage)를 지원수단으로 동원하였다. 여기에는 특히 수학공식, 화학공식, 표, 그래프 등과 같이 대부분 해당분야의 전문가만 이해할 수 있는 것이 포함되어 있었다.

준용(Verweisung)은 입법자에게 대상의 규모를 줄이기 위한 가장 중요한 보조수단 중 하나이다. 물론 그만큼 규범의 이해성 측면에서 대가를 치러야 하는 경우를 흔히 볼 수 있다.

준용은 698개 조사대상 법률과 명령 중 350개에 이른다. 규범에 포함된 준용기술 중 대개 25% 정도는 부정적이라고 평가하지 않을 수 없다.

8. 존속력(Bestandkraft)

698개 규범에 달하므로 존속력을 평가할 수 있다. 위에서 지적했다시피 개정법률의 숫자가 상당히 커서 계속해서 개정작업이 진행되리라는 사실을 인식할 수 있다. 생활관계 자체가 변동하고 정치도 역동적으로 개혁을 추구한다는 등의 상황으로 인하여 법률은 대부분 실질적 지속성을 갖춘 존속력을 유지할 수 없다.

698개 규범 중 401개가 어차피 개정될 것이었다. 상당한 규모의 부분에 관해서는 증명도 끝났으니 연방의회의 회기 중 이미 개정되었기 때문이다. 상당한 규모의 부분에 관해서는 평가 내지 추정할 수 있는데, 이는 규율대상인 실질적 상황 자체가 유동적이기 때문이다. 그에 해당하는 사례로서는 건강부문 개혁, "지속적 건설현장"인 사회법 영역, 세법 분야 등을 들 수 있으며, 교통과 통신 부문도 입법활동의 빈도가 점점 높아지고 있다.

헌법적으로 우려되는 규범의 숫자는 11개로 적게 나타났다. 그렇지만 "헌법적으로 우려된다"는 판결은 특히 유의해서 다루어야 한다. 입법자에 대해서는, 전문가의 감정평가서를 통한 철저한 심사를 거치지 않은 경우라면, 헌법을 경솔하게 무시했다고 상정할 수는 없다. 그렇지만 11개라는 숫자는 우려해야 할 만한 수준이다. 이들 규범이 결코 중요하지 않은 사항을 다루는 데 불과한 것이 아니라, 오히려 상당히 중요한 사항을 그것도 시민의 기본권을 침해하는 내용을 다루는 것이기 때문이다.

이와 같은 지적은 기본권에 중요한 안전법률(Sicherheitsgesetz) 즉 "관세추적업무 법률과 기타 법률 등의 개정에 관한 법률(Gesetz zur AEnderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze)", "테러저지 법률(Terrorismusbekaempfungsgesetzes)", "연방과 주 소속 경찰행정청과 정보부서의 공동정보자료 개설에 관한 법률 - 공동정보법률(Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehoerden und nachrichtendiensten des Bundes und der Laender - Gemeinsame-Dateien-Gesetz)" 등에도 해당된다.

9. 관료주의적 비용(Buerokratiekosten)

경제 영역에 부과하는 관료주의적 비용 내지 행정관리 비용은 - 이미 잘 알려져 있다시피 - 연방수상청 산하 관료주의 감축부서와 국가 규범통제 위원회 등이 연방통계청이 수집한 자료를 기반으로 계속 심사하고 있다. 이 업무에 관해서 이 맥락에서 다시 되풀이 논의할 수도 할 필요도 없다. 동 부서와 위원회의 연례보고서에 지적된 사항과 평가를 그대로 인수하는 것이다. 하지만 시민과 행정 영역에 대한 관료주의적 비용 즉 행정비용 자체의 문

제는 지금까지 제기된 바 없다.

연방의회 회기의 전반기에 다룬 법률자료를 점검하면 관료주의적 비용 즉 행정관리 비용이 - 경제, 시민, 행정 등 - 세 개 영역에서 모두 발생된다고 분명하게 예측할 수 있다. 이 평가보고서에서는 위와 같은 행정관리 비용을 총체적으로 점검하였다. 그렇지만 행정관리 비용이 발생할 것이라는 점을 밝히는 데 그쳤다. 개별적으로 어떤 규모의 비용이 발생하는지 등의 문제는 평가기간도 짧고 기본자료도 부족했던 관계로 조사하지 못했다.

규범통제위원회가 거의 일 년 동안 작업을 수행하여 경제 영역에 부과하는 행정관리 비용을 산정하였는데 겨우 190개 법률만 심사했다. 이 평가보고서가 698개 규범에 관하여 동일한 수준에서 평가할 수 없다는 사정은 이것으로 분명하게 드러났다. 그렇지만 행정관리 비용이 상당히 크다는 사실만은 확인할 수 있었다. 525개 평가대상인 규범 중 400개의 경우 - 일부는 상당히 큰 - 행정관리 비용을 경제, 시민, 행정 등의 분야에 부과하였다는 사실을 확인하였다.

10. 전자정부(E-Government)

35개 조항복합체에서는 전자정부를 **통치와 행정**(Regierung und Verwaltung)의 부담을 줄이는 도구로 활용한다고 명시적으로 지적했다. 이는 입법자가 난관을 벗어날 길을 제대로 찾아가고 있다는 증거이기도 하다. 여하튼 전자정부는 합리화에 기여할 중요한 재원이라고 할 수 있다. 조직 관련조치는 23개 사안에서 긍정적인 평가를 받았다.

행정에 대한 시민의 접근을 용이하게 만드는 조직적 수단으로서 중요한 것이라면 원 스톱 서비스 부서(one-stop-shop)이다. 하지만 그 근거를 찾으면서, 시민이 주와 지방자치단체 차원에서 행정 영역과 접촉할 수밖에 없다는 그 사실 하나만을 제시해서는 안 된다.

11. 규제와 탈규제(Regelung und Entregelung)

탈규제에 관한 최종적 근거를 알게 되면 놀라지 않을 수 없다. 탈규제와 탈관료주의화 등은 2005년 연립정부 체결조약과 2006년 4월 25일자와 2007년 2월 28일자 연방정부 내각의 의결사항이었다. 그렇지만 이에 관한 입법적 접근 수준은 한 치도 더 높이 발전시키지 못한 상태이다.

조사대상인 조항 중 336개가 탈규제 영역에서 부정적으로 평가받거나 최소한 긍정적으로는 기여한 바 없다고 평가받았다고 확인한 바 있다. 반면에 89개 조항이 탈규제 측면에서 긍정적인 평가를 받았다. 긍정적 사례에 속하는 것으로는 특히 규범의 내용이 새로 규율한 것이거나 새로 작성한 것이거나 새로 공표한 것 등을 들 수 있다. 뿐만 아니라 특히 법정비에 해당되는 사례가 긍정적 평가의 규모를 키웠다.

Ⅳ. 요약과 권고

1. 연구한 결과 규범통제위원회의 권한을 단계적으로 확대할 것을 권고한다. 먼저 연방의회의 초안을 심사하는 데까지 확대하고 그 다음 단계에는 - 시민과 행정 영역에서 발생할 - 관료주의적 비용 즉 행정관리 비용을 측정하는 데까지 확대한다.

2. 연구한 결과 사전적 평가 제도(eine vorherige Evaluation - ex-ante)를 확연하게 차이가 날 정도로 더욱 강화하여, 관료주의적 비용을 측정하는 것은 물론 그밖에도 넓게 계획으로 설정된 규율의 목표실현 비율, 실효성, 효율성 등을 측정할 것을 권고한다.

3. 연구한 결과에 따르면 과도한 규율의 원인 중 상당한 부분이 유럽공동체법에서 연원한다. 그에 따라 유럽 소속 기관의 관료주의적 비용 절감작업을 더욱 진전시키고 심화시키고 유럽공동체법 초안의 작업과정에 회원국가의 영향력을 더욱 강화할 것을 권고한다.

4. 개정, 보고, 개선 조항 등의 수가 상당한 규모라고 평가할 수 있다. 그렇기 때문에 투명화 수준을 제고하기 위한 대처 방식으로써 규율실체에 대한 법제의 안정화, 새로 작성하기, 새로 공포하기 등의 수단을 동원해야 할 당위성이 제기된다.

5. 일반적으로 연구결과에서 확인된 바에 따르면, - 예컨대 법무부 또는 보건부 등과 같이 - 몇 개 부문에서 개혁활동이 항상화하고, 그 결과 새로운 규율의 영향력 등을 아예 확인할 수 없는 형편에 빠져있다. 새로운 규율의 역동성이 영향력 평가의 수준을 넘어서는 현상이라고 할 수 있다.

6. 전체적으로 실패한 입법과 목차 등이 확연하게 좋은 법률 등에 해당되는 사례가 존재한다. 전자에 속하는 사례로는 법정의료보험 경쟁강화 법률(GKV-WSG - GKV-Wettbewerbsstaerkungsgesetz - Gesetz zur Staerkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung)을 들 수 있고 그밖에도 기업조세 개혁(Unternehmessteuerreform), 권한 남용적 조세형성을 저지하기 위한 법률(Gesetz zur Eindaemmung missbraeulicher Steuergestaltung) 등을 추가할 수 있다. 후자에 속하는 사례로는 개혁한 보험계약법률(Versicherungsvertragesgesetz), 재무행정법률(finanzverwaltungsgesetz), 인적 신분에 관한 법의 개혁법률(Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts), 연방수로법률(Bundeswasserstrassengesetz) 등을 들 수 있다.

7. 만약 입법자가 자신의 작품을 더 잘 통제할 수 있다면 개정법률의 속도를 상당히 축소할 수 있을 것이다. 한시법률과 연방정부에게 부과하는 정기적인 보고의무 등의 수단을 사용하면 족하다. 물론 이 두 개 수단을 활용하자면 그 전제로서 의회와 정부의 사후적 통제제도(eine nachtraegliche Evaluation - ex-post)를 개설할 필요가 있다.

8. 전체적으로 입법자에 대하여 과도하게 규율을 가해서는 안 된다. 도대체 무엇이 “본질적으로 중요한지” 다시 말해서 의회 스스로 규율하지 않으면 안 될 사항이 무엇인지, 그리고 세부규율 사항으로서 무엇을 명령 또는 위임적 규율정립 즉 위임명령에 맡겨야 할 것인지 등에 관하여 - 흔히 사람들이 말하다시피 - 눈높이를 맞추어야 한다.

9. 행정각부와 의회가 평가, 비용, 관료주의적 부담 등에 퍼붓는 노력이 실효성을 획득하려면, 그에 관하여 강력한 정치적 의지를 일으키고 더욱 날카롭게 벼려야 한다.

10. 가부장적 국가의 관념은 점차로 자유주의적 사상에 굽혀들기 마련이다. 국가가 어떤 차원이든 반드시 규율해야 할 사항은, 사회가 자체적으로 규율할 수 없는 영역에 한정해야 한다. - 가령 직업교육 규율, 보조금 규율, 농산물시장, 일반평등처우법(AGG) 등과 같은 - 몇 개 법영역에서는 보충성 원칙에 충분하게 유의해야 한다.

11. 보충성은 올바른 차원에서 규율해야 한다는 의미이다. 유럽연합, 연방, 주, 지방자치단체 등의 권한영역은 서로 분명하게 경계선을 갖추어야 한다. 매체법 영역과 같이 이중적 관할권한은 무조건 반드시 회피해야 한다.

12. 입법은 시간이 많이 걸리는 경우가 오히려 흔하다. 연방의회와 연방참의원에서 표결에 참여하는 이는 반드시 무엇에 관하여 표결하는지 알아야 한다. 쉴리의 안전법 패키지, 법정의료보험 경쟁강화 법률, 외국관련 법률 패키지 등과 같이 다수의 법률 패키지는, 결국 절차를 통해 과속으로 밀려나오는데, 결코 일관성, 이해가능성, 무하자성 등을 갖출 수 없다.

13. 이해가능성과 투명성에 장애를 일으키게 법률을 승인이 필요한 부분과 승인이 필요하지 않은 부분으로 분리하는 것은 이른바 업고가기 법률과 마찬가지로 피해야 한다.

14. 일반적으로 이해할 수 있는 언어와 전문적 언어의 경계선에 유의하지 아니한 규범이 매우 많다. 전문가 수범자를 대상으로 한 규범은 특수한 언어를 사용할 수 있으며 사용해야만 한다. 그렇다고 해서 비전문가로서는 전혀 접근할 가능성이 없는 문장으로 구성해서는 안 된다.

15. 준용기술의 모순은 널리 알려져 있다. 규범을 간명하게 또는 이해할 수 있게 두 가지 중 하나를 선택할 수밖에 없다. 연구한 결과에 따르면 이해가능성 문제는 유럽법을 준용한다는 사례가 쌓이면서 더 심각한 상황에 몰려든다.

16. 법률 자체의 정의조항(Legaldefinitionen)은 합리적으로 활용해야 한다. 운송관련 조항의 의미에서 “위험물질(Gefahrgut)”은 도움이 된다. 그렇지만 라이터(Feuerzeug)나 자전거(Fahrrad) 등에 관한 조항은 없어도 되는 것이다.

17. 법적 안정성과 법적 신뢰는, 만약 어떤 조항에 존속력이 결여되어 있을 경우, 상당한 훼손을 당한다. 개정법률의 빈도가 높다든지 연방헌법재판소의 심사를 통과하지 못하는 규범이라든지 등의 경우가 이에 해당된다.

18. 비용추정은 규범의 효과심사의 첫걸음이다. 비용을 측정하지 않는다면, 우선 법률의 효과에 관하여 어떤 예측도 수행할 수 없고, 그에 따라 그보다 비용에 대비하여 유리한 - 효율성이 높은 - 대안을 채택할 가능성조차 없다.

19. 법률이 질적으로 우량하다고 인정하려면 입법자가 설정한 목표를 그 법률로써 달성할 수 있어야 한다. 목표는 법률이유서에서 제정 당시 이전보다 더 세세하게 명시해야 하며, 이로써 규범 자체의 수준이나 성과를 목표 기준에 비추어 측정할 수 있도록 작성해야 한다. 그러므로 입법자가 입법이유서에서 무엇인가 은폐하면서 불분명하게 그리고 유사한 정당성만을 제시하는 식으로 목표를 설정하는 행태는 지양해야 한다.

20. 규범을 더 많이 제정할수록, 더 자주 개정할수록, 내용이 복잡할수록, 주기적으로 그리고 지속적으로 법을 정비할 필요는 더욱 커진다. 법정비는 탈규제로 나가는 길이며, 특히 유럽연합-법과 관련된 영역부터 시작해야 한다.

21. 좀 더 우량한 입법이라는 목표를 달성하기 위하여 어떤 노력을 기울이는 경우라도 언제나 유럽 차원의 각 단계 주무부서와 협력은 연방이든, 주든, 지방자치단체이든 필수적 요소이다.

22. 전자정부와 조직적 집중작업(예컨대 원스톱서비스) 등의 네트워크상 도구를 활용한다고 해도 아직까지는 탈관료주의화 가능성을 모두 실현할 수는 없는 형편이다.

제6절 독일 입법학 교과서의 현황

이하에서는 독일의 입법학 성과가 대학교육과 실무현장에서 법률가 및 법안담당 공무원 등의 양성교육 과정의 기본적 교재인 교과서류에 어떻게 반영되고 구현되어 있는지 살펴보고 간단하게 평가를 붙여본다.

Ⅰ. 1982년 공간된 힐의 『입법학』

저자 힐은 킬 대학과 휴가특설 평생교육 대학 (an der Christian-Albrechts-Universitaet zu Kiel sowie einer Ferienakademie der Studienstiftung des Deutschen Volks)

등에서 얻은 강의경험과 라인란트-팔쯔 주의 주의회 학자자문지원단(beim Wissenschaftlichen Dienst des landtages Rheinland-Pfalz sowie als Referent fuer Rechtspolitik einer politischen Partei in Bonn)과 본에서 정당의 법정책에 관한 자문담당 등에 참여하여 얻은 실무경험 등을 밑천으로 이 책을 저술하였다고 한다.[296] 내용을 그 **목차**에 의거하여 살펴보면 다음과 같다.

[I] 연구주제에 대한 안내

1. 학계에서 입법
2. 실무에서 입법
3. 직업교육과 계속교육으로서 입법
4. 조사의 중요성, 대상, 과정

[II] 일반적 규범이론의 대강

1. 법규범과 기타 규범
2. 법규범의 본질
3. 법규범의 지향목표
4. 법규범의 분류
5. 고전적 법규범의 특성
6. 법규범의 구조
7. 법규범의 기능
8. 법규범의 서열질서와 효력범위

[III] 법률과 입법

1. 법률과 법
2. 법전화의 이념과 기능
3. 독일에서 입법의 비교적 최근의 역사
4. 법률의 개념
5. 법률 유형과 기능
6. 국가기능의 체계상 입법
7. 입법의 결정권한자
8. 독일연방공화국 입법의 현황
   a) 법률의 수량
   b) 법률의 품질
   c) 입법절차의 흠결

[IV] 법률의 생성

1. 입법활동 개시의 계기

296) Hill, Hermann, Einfuehrung in die Gesetzgebungslehre, C.F. Mueller Juristischer Verlag: Heidelberg, 1982, S. V.

2. 입법권한의 배분
a) 원칙
b) 연방의 명시적 입법권한
c) 연방의 묵시적 입법권한
3. 내부적 입법절차
a) 문제의 인식과 정의
b) 현재 상황의 분석
c) 원인분석
d) 목표의 정의와 평가
e) 목표달성의 가능성 분석
f) 목표체계에 의거한 평가
g) 결정과 결정에 대한 이유제시
h) 성과통제
4. 외부적 입법절차
a) 연방행정부의 법률초안에 관한 행정각부의 준비
b) 법률안 제출 내지 발안 절차
c) 본안처리 내지 의결 절차
d) 종료절차
법률의 성립에 관한 도표

[V] 입법기술의 기본문제
1. 주요목표: 기능정당성(Funktionsgerechtigkeit)
2. 체계적합성(Systematik)에 관한 요구사항
3. 규율(Regelung)에 관한 요구사항
a) 규율에 관한 헌법적 요구사항
b) 규율구조에 관한 요구사항
c) 규율밀도에 관한 요구사항
d) 규율내용에 관한 요구사항
4. 법문작성(Darstellung)에 관한 요구사항
a) 범위나 규모(Umfang)에 관한 요구사항
b) 영향력(Aussagekraft)에 관한 요구사항
c) 정확성(Praezision)에 관한 요구사항
d) 이해가능성(Verstaendlichkeit)에 관한 요구사항
e) 적정성(Adaequanz)에 관한 요구사항
5. 공포(Verkuendigung)에 관한 요구사항

부록:
1. 국가책임법을 사례로 살펴본 법률의 성립에 관한 자료
2. 연방 행정각부의 공동 운영규칙(GGO II)의 발췌

평가:

오늘날 입법학을 입법기술, 입법과정, 입법절차, 입법평가 등으로 나누어 살펴보는 분류방식과 1982년 당시의 분류방식은 일부분 다르기는 하지만 일반적으로 다루어야 할 입법학의 대상은 모두 파악하고 있다. 이하에서는 대표적인 차이만 살펴본다.

- 법률이 무엇인가, 법률을 어떻게 정립하는가, 사후에 어떻게 평가하는가 등과 같이 - 이는 다시 대상설정, 실질적 및 형식적 정립절차의 분석, 그리고 평가 등으로 분석할 수 있다 - 목표, 정립, 평가 등으로 구분한 논의방식이다.
- 법률을 제·개정 즉 정립해야 하는데 과연 법률은 무엇인가 분석한다.

- 입법절차를 내부적 절차와 외부적 절차로 나누어서 분석한다. 내부적 절차에 실질적 내용을 주로 다루고 외부적 절차에서는 의회를 중심으로 절차적 관점에 집중한다.
- 입법평가는 입법절차 중 내부적 절차에 편입되어 있다. (입법평가 자체가 지닌 방법론적 차이에 관하여 내부절차에서 다루게 함으로써 충돌 내지 회피 등의 강도를 완화했다는 점에 유의해야 한다.)

- 입법기술이라는 항목 아래 법체계성, 법률문언 작성, 공포 등 절차를 분석한다.

- 사례로서는 당시 논란이 격심했던 국가책임법을 제시하였다. 이로써 저자의 관심이 법사실 내지 법정책에 관련된 관심이 드러나 있다고 할 수 있다.

Ⅱ. 2002년 제3판 공간된 한스 슈나이더 『교과서 내지 실무안내서 입법학』

슈나이더의 입법학은 1982년에 초판이 나왔다가 1991년에 재판으로 개정되고 2002년에 제3판이 공간되었다.[297] 슈나이더는 초판의 체계를 그대로 유지했다고 제2판과 제3판의 서문에서 확인하고 있다. 2002년 제3판이라고는 하나 전통적 기술방식이 그대로 유지되어 있다는 점을 간파할 수 있다.

내용의 목차를 번역하면 다음과 같다.

제1장 법학의 대상으로서 입법
제2장 법률과 입법(Gesetz und Gesetzgebung)의 개념
제3장 법률의 일반성과 개별사안법률(das Einzellfallgesetz)
제4장 규범형성(Normgestaltung)에 관한 최소한도 요건

297) Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., C. F. Mueller Verlag: Heidelberg, 2002.

제5장 연방법률에 대한 계기와 준비(Anstoss und Vorbereitung)
제6장 연방의회와 연방참의원의 입법작업(Gesetzgebungsarbeit)
제7장 각 주의 입법

제8장 법률의 특수한 유형
제9장 법규명령(Rechtsverordnungen))
제10장 공법적 자치법규(OEffentlich-rechtliche Satzungen)와[298] 유사자치법규

제11장 법률의 외부적 부분 형성
제12장 기술적 처리(Technische Kunstgriffe)
제13장 법률의 언어와 문체

제14장 법률의 비준과 공포(Ausfertigung und Verkuendigung von Rechts-vorschriften)
제15장 시간적 유효성에 관한 규율
제16장 공간적 유효성에 관한 규율
제17장 법적 유효성의 강도(die rechtliche Geltungskraft)
제18장 법규범의 위계적 질서(Rangstufen der Rechtsnormen)
제19장 법조항의 신규공고, 정비, 문서정리(Neufassung, Bereinigung, Dokumen-tation von Rechtsvorschriften)

부록:
1. 2000년 연방행정각부의 공동 운영규칙(GGO) 발췌
2. 독일 연방의회 운영규칙 발췌
3. 연방의회와 연방참사원 합동중개위원회 운영규칙
4. 1997년 바덴-뷔르템베르크 주정부의 법조항 제정에 관한 지침
5. 1998년 유럽공동체 법조항의 편집측면의 질적 수준 확보를 위한 지침

평가:

오늘날 입법학을 입법기술, 입법과정, 입법절차, 입법평가 등으로 나누어 살펴보는 분류방식에 비추어 보면 상당히 소략한 느낌을 준다. 1982년에 초판이 나온 이래로 기본적 체제를 바꾸지 않았다는 저자의 지적을 감안한다고 하더라도 목차 자체에서 다른 사회과학의 성과를 반영하는 법정책적 관점 내지 입법평가적 관점 등을 찾아볼 수 없을 정도이다. 한 마

298) 공법상 사단, 권리능력 있는 영조물, 공법상 재단 등이 자치권력의 주체로서 정관 내지 자치법규를 제정하는 것을 말한다. 거의 예외없이 법률적 근거가 필요하다. 대표적 사례로는 일정한 지역의 주민이 소속구성원이 되는 공법상 지역사단이 지방자치단체이다. 그밖에도 전문직 단체인 변호사협회, 의사협회, 건축가협회 등도 관련법률에 따라 일정한 범위 내에서 자치권력을 보유한다. Scheider (2002), Rdn. 279 ff. = S. 191 ff. 참조.

디로 전통적인 입법학의 모습을 한 눈에 알 수 있는 듯한 느낌을 준다.

- 법률과 규범의 형성이라는 측면에서 법률을 일단 파악한다. (제1장부터 제4장까지)
- 법률정립권한을 보유한 연방의회와 연방정부 및 주의회 등에 따라 사태를 파악한다. (제5장부터 제7장까지)
- 법률을 포함하는 법규 영역까지 시민의 시각에서 살펴본다. (제8장부터 제10장까지)
- 개별법률의 형식성 측면에서 법률을 평가한다. (제11장부터 제13장까지)
- 일반적으로 법률의 성립 이후 효력, 공포, 개정 및 공시 등에 관한 절차적 관점에서 법률을 평가한다. (제14장부터 제19장까지)
- 부록에서는 입법권한을 가진 주체의 일반적 절차에 관한 운영규칙을 발췌하여 소개하였다.

- 입법정책이나 입법평가 등에 관한 실질적 접근을 유보한 채 입법기술, 입법과정, 입법절차 등에 초점을 맞추어 법률과 법규명령 등에 관하여 일반적으로 살펴보았다고 평가할 수 있다.

Ⅲ. 카르펜 (편), - 새로 평가한 - 입법이론, 제2판, 노모스, 2008 (제1판 2006).

울리히 카르펜은 독일에서 입법학 분야를 이끌어가는 일군의 학자 중에서도 선두주자에 속한다. 카르펜이 편집자로서 입법이론에 관한 주요논문을 모아 공간한 것이 이 책이다.[299] 목차를 살펴보면 다음과 같다.

(이하 독일어)
1. 유럽의 입법학이 현재 처한 상황에 관하여 (12개 명제) - 독일어판
2. 숫자는 더 적고 질은 더 좋은 법률 - 탈관료주의화의 전제조건
3. 독일 연방의회의 입법회기를 되새겨 살펴보다 (2002-2005)
4. “수출품목” 중 하나인 기본법 - 왜 다른 나라에서 독일 헌법에 관심을 기울일까
5. 유럽연합의 법률에 대한 사후적 평가
6. 독일의 입법학이 현재 처한 상황에 관하여 - 독일입법협회(DGG) 20주년 기념
7. 법률점검 - 독일 16대 연방의회의 전반 회기 대연립정권의 입법상황 (2005-2007)

(이하 영어)
8. 유럽의 입법학이 현재 처한 상황에 관하여 (12개 명제) - 영어판

299) Karpen, Ulrich (hrsg.), Gesetzgebungslehre - neu evaluiert (Legistics - freshly evaluated), (1. Aufl. 2006 ***) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.

9. 법률초안 작성과 입법절차 - 법률초안 작성자의 교육과정 개관 (Law Drafting and Legislative Process - Outline of a Training Course for Law Drafters)
10. 법률의 효과를 기본적 권리와 자유의 행사에 비추어 평가해야 할 의무
11. 규제적 영향력 평가의 효율성을 높이기 위한 제도적 기본구조의 확보
12. 유럽 영역과 차원에 입법평가의 이식 - 최근의 모형과 추세
13. 입법, 발전, 민주주의
14. 법률초안 작성을 위한 지침 (Manual for Law Drafting)

- 관련문헌 소개
- 참고문헌
- 인명목록
- 사항목록

평가

- 입법이론, 입법기술, 입법과정, 입법절차, 입법평가 등의 분야 중에서 사후적 입법평가에 관한 논의가 매우 주목받는다는 사실이 논문의 선정에서 그대로 반영되어 있다.
- 거꾸로 미래지향적인 법정책적 측면의 논의는 비중이 줄어들었다는 인상을 준다.
- 그렇지만 변함없이 입법기술에 관한 논의는 상당한 비중을 유지하는 저력을 보이고 있다.
- 사후적 입법평가나 입법기술 등에 관한 구체적 실무지침과 이를 수행할 조직 및 절차 측면의 제도가 상당히 확립되어 있다는 인상을 준다.
- 이와 같은 논의가 독일에서 그치지 않고 유럽 차원으로 확대되면서 이 책의 절반 정도를 영어로 구성하고 있다는 점도 눈길을 끈다.
- 제1판의 내용에 6.과 7. 두 개 논문을 보태서 제2판이 공간되었다.

Ⅳ. 이스마이르 (편집), 『서부유럽의 입법』, 비스바덴 2008.

독일 입법학 부문의 최근 연구성과로서 이스마이르가 편집한 『서부유럽의 입법』에서는[300] 입법개념에 기초하여 법적 측면의 입법권한 문제부터 개별법률의 입법평가까지 다루며, 유럽연합 소속회원국을 하나씩 개별적으로 조사하여 비교적 시각에서 평가하였다. 평가항목은 어느 나라나 공통적이기는 하지만 평가내용은 나라의 특성에 따라 달라질 수밖에 없다. 여기에서는 독일과 오스트리아 부분에 해당되는 내용의 평가항목 즉 목차만을 살펴 광의의 입법학 개념이 어디까지 미치는지 확인하는 데 그친다.

300) Ismayr, Wolfgang (Hrsg.), Gesetzgebung in Westeuropa - Eu-Staaten und Europaeische Union, VS (Verlag fuer Sozialwissenschaften) | GWV Fachverlage GmbH : Wiesbaden 2008.

1. 독일 부분

독일 부분은 편집자 자신이 기술하였다.[301]

목차

1. 서론: 입법에 관한 헌법적 및 정치적 기본여건
2. 입법기능과 국가활동
2.1 연방국가 내부의 권한배분
2.2 법치국가성과 법률기능의 변천

3. 입법절차

3.1 법률발안권
3.1.1 정부와 연립여당 원내정파의 법률발안권
3.1.2 입법에 관한 비공식적 계기
3.1.3 야당의 법률발안권
3.1.4 연방참의원의 법률발안권

3.2 연방제출안의 작성과 의결
3.2.1 참고 초안(Referatsentwurf)의 개발
3.2.2 참고 초안부터 내각제출 초안(Kabinettsentwurf)까지: 상호 협력과 조율 절차
3.2.3 내각의 심의와 정부 초안(Regierungsentwurf)

3.3 연방참의원의 "제1독회"("Erster Durchgang" im Bundesrat

3.4 제출된 법률초안에 관한 의회의 심의와 의결
3.4.1 제출, 제1독회, 이관(Einbringung, erste Beratung und UEberweisung)
3.4.2 위원회와 원내 정당별 대표단체의 역할
3.4.3 총회: 제2독회와 제3독회와 최종적 의결
3.4.4 입법과 공개성

3.5 연방참의원의 "제2독회"와 중재절차(Vermittlungsverfahren)
3.6 법률의 비준(Ausfertigung)과 연방대통령의 역할
3.7 연방헌법재판소의 역할
3.8 헌법개정 법률과 공권력의 이전(UEbertragung von Hoheitsrechten)

301) 볼프강 이스마이르, 독일의 정치체계 안에서 입법(Wolfgang Ismayr, Gesetzgebung im politischen System Deutschlands, in: ders. [Hrsg.] [2008], S. 383 ff.).

3.9 조약법률
3.10 예산법률과 예산통제
3.11 법규명령의 절차

3.12 법률효과 평가와 학문적 정치자문
3.12.1 행정각부의 사후적 입법평가
3.12.2 전문가위원회 역할의 변천?
3.12.3 연방의회의 사후적 입법평가

3.13 이익단체의 입법에 대한 영향력 행사

4. 유럽연합 지침의 전환과 유럽연합의 제청에 따른 심의(Umsetzung von EU-Richtlinien und Beratung von Vorlagen der Europaeischen Union)

5. 전망(Ausblick)

2. 오스트리아 부분

오스트리아 부분은 안톤 펠링카가 작성하였다.[302] 이하에서 그 목차를 살펴본다.

목차

1. 서론: 입법에 관한 헌법적 및 정치적 기본여건
2. 입법기능과 국가활동

3. 입법절차
3.1 법률발안권
3.2 정부제출안(Regierungsvorlagen) (의회 이전의 영역)
3.3 연방하원(Nationalrat)의 심의와 의결
3.4 연방상원(Bundesrat)의 역할과 법률의 비준
3.5 특수한 형태의 입법과 기타 의회기능
3.5.1 헌법개정 법률
3.5.2 국가조약의 승인
3.5.3 예산법률과 의회의 통제기능

4. 유럽연합-제청안의 심의

302) 안톤 펠링카, 오스트리아의 정치체계 안에서 입법(Pelinka, Anton, Gesetzgebung im politischen System OEsterreichs, in: Ismayr [Hrsg.] [2008], S. 431 ff.)

5. 전망: 입법의 발전방향과 의회주의

3. 평가

- 이스마이어의 유럽연합 회원국의 입법에서는 (따라서 스위스는 유럽연합의 회원국이 아니므로 스위스의 입법에 관한 사항은 빠져 있고) 각국의 입법에 관한 사항에 관하여 나라마다 필자는 다르지만 내용은 동일하게 할당된 항목에 따라 정리하도록 일관되게 하나의 체계적 구조를 유지하였다. 즉 내용의 측면에서 입법권한이 연방이나 주, 행정기관과 입법기관, 정당의 현황에 따른 협상의 여지, 그리고 사후적 입법평가와 이익단체 및 유럽연합 등에 대한 관계까지 다루어 전면적으로 입법문제를 다루었다는 강한 인상을 남긴다. 위에서 살펴본 독일과 오스트리아 해당목차를 살펴보면 몇 개 사항이 눈길을 끈다.

- 입법기술에 해당되는 부분에 관한 논의가 해당 목차 자체가 없을 정도로 비중이 낮다. 일견 추정컨대 원인이 입법기술 그 자체로 비중이 매우 낮다는 데 있다고 볼 수도 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 최근 2005년부터 2007년까지 입법현황을 전면적으로 점검한 카르펜의 작업에서도 입법기술 문제는 언제나 확인하고 보강해야 하면 조직법과 절차법 측면에서 입법기술의 체험에 기반을 둔 실무적 역량을 어떻게 하든 반영해야 한다고 지적한 바 있다. 그렇다면 이는 일반적으로 독자적 문제영역으로 다룰 만큼 중요성 및 독자적 성과 축적에 성공했다고 보는 것이 타당할 것이다.

- 사후적 입법평가의 비중이 상대적으로 매우 낮다. 입법평가의 수단 자체가 사회과학의 제 분과에서 이룩한 성과에 의존하는데 그 자체로 복잡하고 논란이 심해서 일반적 신뢰을 인정할 여지의 문제가 늘 제기되는 형편이다. 이와 같은 사정에 따르면 결국 입법평가는 (예컨대 국가규범통제평의회의 행정비용과 같이) 그만큼 평가수단을 제한하든지 아니면 평가 자체를 개방적으로 활용하여 종전과 같이 개정작업의 시기나 단계까지 미루게 될 것이다.

- 입법의 실체적 측면을 살펴볼 때 입법에 관한 실체적 권한의 배분 또는 관련당사자가 참여할 수 있는 절차의 확립 등을 동원한다는 측면이 매우 뚜렷하게 드러난다.

- 결국 이 책의 기본적 논지는 입법학의 중심적 부위로서 입법 자체의 실체적 측면을 중요시해야 한다는 지적에서 크게 벗어나지 않았다고 할 것이다.

- 다만 2008년에 이루어진 작업으로서 이와 같이 고전적 태도를 취하는 것은 어떤 의미를 지녔을까 되새겨 볼 필요가 있다. 그 동안 입법학의 강조부분이 법정책학적 접근이라든지 입법기술이라든지 입법평가라든지 그때마다 입법학의 유행은 계속 변하지만 본래 입법학의 원칙적 중요성은 여전히 그리고 언제나 입법 실체의 조직과 절차에 의한 통제에 있다는 점이 확연하다고 지적한 것이라고 일단 인정할 수 있다.

제7절 소결

독일의 입법학 관련사항을 전반적으로 점검한 결과 다음과 같이 몇 개의 특징을 파악할 수 있었다. 이와 같은 특징을 파악함으로써 크게는 입법학 전개의 일반적 지향성을 그리고

작게는 입법학 입문교재 작성의 기본적 지침을 확보할 수 있으리라 기대한다. 이들 몇 개의 특징을 개관하자면 다음과 같다. 무엇보다도 우선 입법학의 학문적 성과가 구체적 제도로 확립된 현황을 파악해야 한다. 입법학이 현실적으로 미친 영향력이 확고한 제도적 존재로 등장한 상황과 현실이야말로 입법학 자체의 존재감은 물론 실효성 측면에서 인정할 수 있는 근거이기 때문이다. 둘째 입법학이 현재 개별제도로서 미치는 영향력에 대하여 일반적 근거를 제공해야 한다면 그것이야말로 일반적 입법학의 첫째 임무라고 할 것이다. 일반적 입법학을 확립하려면 입법학 전체를 관통하는 이론적 개념 내지 도구를 확인하고 발전시켜야 한다. 셋째 입법학에 관한 일반적 접근의 측면의 반대편에서는 현실적 개별법의 영역에서 입법학의 성과를 세세하게 전개하는 노력을 기울이고 있다. 이 점을 구체적으로 추적하면 일반론의 개별적 성과까지 확인하고 그 과정에서 개별영역은 물론 일반론적 영역의 발전까지 도모할 수 있을 것이다. 넷째 입법학의 일반적 측면 및 개별적 측면 등의 연구성과를 통할하여 일정한 단위로 주제를 분할하여 설정한 다음에 그와 같은 개별주제 관점에서 입법학의 전영역의 이론적 성과가 정합성을 확보할 수 있는지 점검한다. 더불어 각 주제에서 입법학의 다른 측면의 영향력을 평가해야 하기도 한다.

1. 개별적으로 구현된 전형적 입법학관련 제도

독일에서 입법학의 영역에 속하는 입법관련 분야에 대한 평가는 전반적으로 논의 중이라고 할 수 있다. 그 중에서 실무상 확정적으로 제도화하여 현실적으로 적용하는 것은 소극적 방식으로 획정된 몇 가지 영역에 한정되어 있다.

- 연방수상청 산하의 전국규범통제평의회(Nationaler Normenkontrollrat)가 수행하는 법령의 경제적 효과 심사 (행정비용이라는 표준화된 비용모델을 중립적으로 적용하여 정기적으로 심사결과를 보고하는 방식이다. 입법평가의 방대하고 복잡다기한 내용을 소규모로 특화해서 제도화한 결과라고 할 수 있다.)
- 개별법령에서 적용의 사후적 효과에 대한 평가를 의회에 정시에 보고할 의무(Berichterstattungspflicht)의 부과 (의회 자체가 일정한 관점에서 법령을 점검하여 일정한 기간 안에 다시 보고해 달라는 요망을 법령 자체에 명시하는 방식이다. 법령을 단위로 입법평가를 현재 행정부의 담당부서에게 명령하는 방식이라고 할 수 있다.)
- 법형식성(Rechtsfoermlichkeit) 심사로서 연방내무부 일반원칙 담당심의부가 3판으로 출간한 기준안내서 (전통적 입법기술에 관하여 실무적 전문가의 공동작업으로 거둔 성과라고 할 수 있다.)
- 소관 행정각부에서 일상적 업무로서 수행하는 법령의 정비(Rechtsbereinigung)작업 (행정부 조직상 주무부서에서 법령을 적용하면서 종래 관련법령을 검토하여 상호모순 및 오류 등을 정리하는 작업이다. 즉 행정주무 부서에서 부문별로 입법기술을 총합적으로 적용해서 정리하는 것이라고 할 수 있다.)

전반적으로 평가하자면 입법평가의 활발한 논의에 비추어 입법평가 영역의 제도화는 매우

한정적으로 그리고 구체적으로 현실적 제도로 실현되고 있다고 할 것이다. 반면에 전통적 입법기술의 측면은 이론적으로 복잡한 논의가 개별단위의 쟁점별로 확립되어 일반적으로 넓게 제도화하였으며 특히 법정비작업과 병행하여 구현되어 있다고 할 것이다.

2. 입법학 분야의 일반적 기준

입법분야 전체를 관통하여 입법학 자체의 체계적 구조를 확립할 수 있는 기준은 (적극적 분류방식) 다음과 같다.

- 절차 내지 형식
  (예컨대 절차에 관해서는 정부, 의회, 자치단체 등을 법령안 제출권한자로 구별하여 처음에 입안 단계에서 심의 단계를 거쳐 마지막 법령의 성립 단계에 이르기까지 단계별로 추적하는 방식; 형식에 관해서는 기간법률, 개정법률, 법규명령, 자치법규 등과 같은 법률의 형식적 차이를 기준으로 법해석학상 기본적 내지 체계적 용어 등 이른바 법형식성을 갖추었는지 검토하는 방식; 시간기준으로서 한시법률과 평가보고 의무 설정 및 개정법령시 기존법령 적용기간의 장단 등)
- 관할권한의 주체
  (행정각부 중 관할권한을 보유한 부에서 평가주체와 평가기준을 얻는 방식)
- 실질 내지 기초영역
  (예컨대 실질적으로 개별영역마다 실질적 기준은 다를 수밖에 없지만 개별영역의 최소한 기준을 확정적으로 설정하여 이를 적용하여 그 영역에 속하는 법령을 일반적으로 일단 심사하는 방식, 예컨대 조세법 영역과 사회보장법 영역의 구별하여 개별영역의 판단지침을 확립하는 방식)
- 실질적 평가의 방법론
  (개별영역을 지배하는 기본원리를 기준으로 평가하는 방식, 예컨대 헌법적 원리의 구현 또는 전면적으로 행정비용 등과 같이 경제적 측면의 접근)

이렇게 분류하기는 하지만 형식과 절차 측면에서 접근하는 방식과 실질과 내용 측면에서 접근하는 방식을 병행할 수밖에 없을 것이다. 상호관련성과 우위인정 여부 등에 관한 문제는 역사적 내지 사회적 현황을 파악하여 현재 입법상황에 의거하여 결정할 수 있을 뿐이다. 이 과정에서 상호 침투하며 상호 영향력을 미치는 현상을 회피할 수 없다고 할 것이다.

3. 입법분야 개별영역의 획정 기준

입법평가의 전체영역에서 특정영역으로 획정할 수 있는 기준 즉 대상과 처리방식과 권한기관 등의 기준으로 분리하여 평가할 수 있는 개별영역의 (소극적 분류방식) 사례는 다음과 같다.

(1) 일반적 내지 형식적 기준

- 법령 용어 및 법해석학상 체계 등의 일반적 기준에 의한 평가
- 법령의 개정 직전 적용기간의 장단에 따른 지속성 점검방식 - 법정비
- 경제적 효과 중 행정비용

(2) 분야별 대표주제 점검

- 입법학 내지 입법실무의 역사적 현재 상황 (일반이론, 각국의 역사적 변천상황)
- 입법기술 (입법기술 심사권한, 법체계 및 법령용어, 법률, 법규명령, 조례 등 자치법규, 원용 내지 준용 방식)
- 입법과정 (입법부, 행정부, 지방자치단체, 사법부 내지 헌법재판소, 법정전문가단체와 관련 공익단체 및 이익단체, 관련당사자, 관련제3자, 시민단체)
- 입법평가 (평가주체로서 행정부, 입법부, 사법부; 시간적 측면에서 사전적 평가, 동반적 평가, 사후적 평가; 평가방법론 측면에서 법해석학적 평가방법론, 법사회학적 평가방법론, 법경제학적 평가방법론, 법정책적 평가방법론)

(3) 특정한 개별영역의 법률에 대한 분석사례의 평가

개별영역의 법률이나 법규명령을 지정하고 그에 대한 전반적 평가를 수행하는 방식을 점검할 수 있다. 결국 일반론적 접근과 개별영역의 법령평가적 접근이 교차되어야 비로소 실효성있는 입법학적 성과를 거둘 수 있을 것이다. 이때 간이심사 기준표 (확정, 적용, 사후수정・보완) 등을 활용할 수 있다. 그에 관한 사례로서는

- 입법기술 영역에서 법률용어 정비사업 대상 및 국민불평 법령 개폐사례 등을 점검하고 활용한다든지
- 입법평가 영역에서 조세법률 특히 부동산관계세제, 사회보장입법 특히 연금과 의료보험 제도를 추적하고 평가하는 방식을 제시할 수 있다.

제3장 스위스·오스트리아 등의 입법학 현황

서 론

오스트리아는 독일과 함께 유럽연합의 회원국이다. 하지만 스위스는 유럽연합의 회원국이 아니다. 그렇지만 입법학 분야에서 3개 국가는 상호 밀접한 관계를 유지하고 있다. 특히 공통언어로서 독일어가 크게 기여하는 요소 중의 하나이다. 페터 놀의 경우 독일의 마인쯔 대학에 재직하다고 스위스의 츄리히 대학으로 떠난 사례에서 보듯이 인적 교류의 범위와 심도가 결코 적지 않다. 독일의 인구가 8000만이 넘는데 스위스나 오스트리아의 인구는 10분의 1 정도인 800만 전후에 지나지 않는다. 작은 인구의 국가라는 점에서 스위스와 오스트리아는 공통이다. 하지만 스위스가 연방국가이기는 하나 직접 민주주의적 성향이 매우 강하면서 26개 칸톤에서 입법작업을 수행하는데, 그에 반하여 오스트리아는 연방국가라도 오히려 중앙집권적 성격이 매우 강하다는 등의 대비점에는 별도로 유의해야 한다.

제1절 스위스

I. 개관

스위스는 작은 나라이면서도[303] 연방국가이다.[304] 연방은 회의제정부로서 연방평의회(Bundesrat) 소속 위원 7명이 1년씩 돌아가면서 의장직을 수행한다.

II. 스위스의 입법학 개관

스위스 입법학회 의장(Der Praesident der Schweizerischen Gesellschaft fuer Gesetzgebung - SGG) 마더의 스위스 입법학 현황보고서가 2006년 학회정기간행물에 게재된 바 있다.[305] 스위스 입법학의 성과는 전체적으로 보아 만족할 만한 수준이라고 한다.

---

303) 나라의 전체 면적은 4만1천 킬로제곱미터이다. 인구가 2009년 12월 기준 778만 명이라고 한다. 남한의 면적 약 10만 킬로제곱미터이며 인구는 5000만 명 정도이니 이와 비교해 보면 대강 크기에 관한 느낌을 얻을 수 있다. GDP는 일인당 4만3천 달러 정도이다.

304) 스위스는 (종래 23개 칸톤이었는데 1999년 연방헌법의 전면개정 이후) 26개 칸톤으로 나누어진다. 쮸리히 133만 명, 베른 96만 명 바트 68만 명, 아아르가오 59만, 갈렌 47만 명, 겐프 즉 제네바 44만 명, 루쩨른 36만 명, 테씬 33만 명, 발리스 30만 명, 투르가오 24만 명, 쭉 11만 명 등이다. 작은 칸톤인 샤프하오젠은 7만 5천 명 글라루스는 3만8천 명 수준의 인구가 산다.

305) Mader, Luzius, Stand und Perspektiven der Rechtsetzungslehre aus schweizerischer Sicht, LeGes 2006, S. 143 ff.

1. 직업교육 및 계속교육 분야의 입법학

직업교육 및 계속교육 분야에서 입법학은 규모도 크고 접근각도도 다양하며 그때마다 필요에 따라 적절히 변형시켜 운영하고 있는데 활발한 수준이라고 한다. 특히 주목할 만 것으로는 스위스 입법학회(SGG)의 이름으로 무르텐(Murten 독일어로)과 몽트뢰(Montreux 프랑스어로) 등에서 개최하는 입법세미나(Gesetzgebungsseminare)를 들 수 있다. 무르텐 세미나는 프라이부르크 대학(연방주의 연구소 Institut fuer Foederalismus)에서 주관하며 몽트뢰 세미나는 겐프 즉 제네바 대학(입법 연구·기술·평가 중심 Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives, CETEL)에서 주관한다. 이 두 개 세미나에는 연방행정부에서 (즉 연방사법부와 연방수상청의 독일어담당관 등이) 기본적으로 참여한다. - 그밖에도 베른 대학의 공공행정고위연구소와 공공관리 권한중심(am Institut de hautes études en administration publique - IDHEAP und am Kompetenzzentrum fuer Public Management der Universitaet Bern) 등에서 과정을 개설하였다. 이들은 공공행정의 관리부서의 장들을 위한 교육계획의 일환으로 구성한 것이다. - 그밖에도 정규 교육과정으로서 츄리히 대학의 입법학 이론중심에서 주관하는 것을 들 수 있다. 이 과정의 일부는 특별히 입법교육 영역의 교육담당자를 대상으로 상정하여 구성되어 있다. - 특히 제네바 대학의 세텔(CETEL)에서는 입법학 계속교육 이수증(Certificat de formation continue en légistique)을 발급하는 교육과정을 개설하였다. 18개월 교육과정이며 오직 인터넷을 통해서만 교육한다. 입법학분야의 유일한 온라인교육과정으로 알고 있다. - 마지막으로 연방사법부에서 연방행정부 소속 입법담당자를 위해 구성한 몇 일짜리 교육과정이 있다. 뿐만 아니라 다수의 칸톤행정부가 - 일부는 정기적으로 일부는 부정기적으로 - 입법작업을 위한 교육과정을 개설하고 있다.

스위스입법학회의 이름으로 시행하는 세미나에 관하여 상당한 변화를 도모하고 있다. 2005년 학회에서 의결한 바에 따르면 교육평의회(Ausbildungsrat)를 개설한다. 교육의 기본관념을 확립하고 조직과 주제 등의 측면에서 적절하게 조정을 가한다는 것이 평의회의 업무이다. 이로써 교육의 내용을 더 확실하게 규명하며 관련되는 교육지원부서와 무엇을 교육할 것인지 그 내용에 관하여 합의할 수 있다고 한다.

2. 대학교육의 일부로서 입법학

대학 교육의 일부로서 - 일차적으로 법학전공생에게 - 요구하는 입법학은 오늘날 여전히 담장 위에 핀 한 떨기 꽃 신세이다. 기본교육 과정(Grundausbildung)으로 제네바 대학에서는 이미 30년 넘게 선택과목(Wahlfach)의 하나로 입법학이 개설되어 있다. 루쩨른 대학에서도 또한 입법이론을 2005년 이래로 학문계(Masterstufe) 법학 교과과정의 주요한 요소로서 인정하였고, 얼마 전부터 마찬가지로 베른 대학에서도 학문계 법학 교과과정의 선택과목으로서 입법학 과목을 개설하였다. 쭈리히 대학에서도 공법영역의 한 과목으로 확립되었다. 그렇지만 법학 기초과정은 예나 지금이나 주로 법해석과 법적용을 지향하고 있다는 점은 분

명하다.

3. 연구대상의 하나로서 입법학

지금까지 입법학의 활동 내지 연구성과를 살펴보면 - 법률평가 부문은 그렇지 않으리라 제외할 수 있겠지만 - 매우 낮다고 할 수 있다. 이는 - 납득할 수 있는 일이기는 하지만 여하튼 - 입법학 분과가 실무지향적 성격이 매우 강하다는 점과 연계되어 있다. 그래도 학문적 작업은 끊임없이 지속되어 학회의 성과가 논총의 형태로 발간되었다. 그밖에도 입법학 이론의 학문적 논의 성과를 담은 것으로 게오르그 뮬러(2006)와 파울 리힐리(2000) 등의 저서를 들 수 있다.

4. 입법학 보조자료의 현황

학문적 목적의 구현이 아니라 실무차원의 보조자료를 확보한다는 의도로 작성된 것으로는 연방법무부가 발간한 입법실무 안내서와[306] 연방수상청이 편집하여 발간한 법률기술 지침[307] 등을 들 수 있다. 여러 칸톤에서도 이와 유사한 문건이 발간되었다.[308] 이들 자료는 학문적 저작 자체는 아니지만 적어도 현재 입법실무와 입법학의 진전된 상황을 어느 정도까지 반영하는 것임에는 틀림이 없다. 게다가 일상업무로서 입법작업의 내용을 결정하는 기준이기도 하며 실무분야의 직업교육과 계속교육의 기초이기도 하다.

III. 교과서 목차 분석

이하에서는 대표적 교과서인 뮬러(2006)와 전통적으로 영향력을 행사해온 놀(1973)의 목차를 살펴보면서 입법학의 범주와 논리를 확인한다.

1. 놀, 페터, 『입법학』, 로볼트 문고출판사: 함부르크의 라인벡, 1973.

Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, rororo - Rowohlt Tachenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1973.

놀의 입법학은 1970년대 입법학의 단초를 열었다는 평가까지 받은 교과서이다.[309]

---

306) Bundesamt fuer Justiz, Leitfaden fuer die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes - Gesetzgebungsleitfaden, 2. Aufl. 2002; 개정판은 Bundesamt fuer Justiz, Gesetzgebungsleitfaden - Modul Gesetz, Bern 2008 (www.gl.admin.ch/de/gesetz/).

307) Schweiszerische Bundeskanzlei (Hrsg.), Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), Bern 2003 (www.bk.admin.ch/ch/d/gg/gt/index.html).

308) 예컨대 쭈리히 칸톤을 살펴보면 Regierungsrat des Kantons Zuereich, Richtlinien der Rechtsetzung vom 21. Dezember 2005.

309) 형법학자이었던 놀 교수(1926-1982)는 방광암으로 사거하였다. 저서로는 “Der kleine Machiavelli. Handbuch der Macht fuer den alltaeglichen Gebrauch,” “Diktate ueber Sterben und Tod” 등이 있다.

목차

[I] 법학의 한 분과로서 입법학(Gesetzgebungslehre)
1. 입법과학(Gesetzgebungswissenschaft)이 존재하지 않았던 이유
a) 법학분야의 직업
b) 판례과학과 법실증주의(Rechtspositivismus)
c) 규범적 이상주의(Der normative Idealismus)
2. 입법에 관한 새로운 관심
3. 현대 사회과학의 기여

[II] 국가의 추진기능(Staatliche Steuerungsfunktionen) 체계 중 하나로서 입법
1. 입법과 재판(Gesetzgebung und Rechtsprechung)
a) 결정 담당심급 기관(Die Entscheidungsinstanz)
b) 결정의 내용(Der Entscheidungsinhalt)
c) 입법의 실체관련성 고도화(Versachlichung der Gesetzgebung)
2. 입법과 정치(Gesetzgebung und Politik)

[III] 입법의 방법론(Methode)
1. 문제제기:
2. 다수분과를 포괄하는 분과로서 입법
3. 문제계기, 문제파악, 규범적 평가를 위한 객관적 거리, 입법계획
4. 문제정의
5. 개괄적 목표의 초안
6. 사실분석
7. 입법의 사실적 및 규범적 구속
a) 사실의 구속력
b) 실체논리적 구조
c) 규범적 구속력
aa) 헌법의 규범
bb) 현행 법질서
cc) 사회적 규범
8. 다수 대체방안의 초안
a) 수단과 목적의 관계
b) 기존의 활용가능한 다수의 방법(Methoden der Invention)
c) 사법상 제도와 공법상 제도(Rechtsinstitute und Rechtsinstitutionen)
9. 초안에 대한 비판
a) 예측 (유사상황의 설정과 계획의 예상적 실현 Simulation und Planspiel)
b) 가치문제(Wertfrage)
aa) 구체화 작업으로서 비교(Konkretisierende Komparation)

bb) 쟁점 자체의 관점에서 본 문제(Topik)
cc) 가치문제의 제외(Ausklammerung der Wertfrage)
dd) 이해관계의 분석과 이념의 비판(Interessenanalyse und Ideologiekritik)
10. 사후적 통제(Nachkontrolle)
a) 효율성 통제(Kontrolle der Effektivitaet)
b) 부작용과 후속효과(Nebenfolgen und Spaetfolgen)
11. 교정 및 수정 작업(Die Korrektur)

[IV] 입법의 기술(Technik der Gesetzgebung)
1. 문제개관
2. 입법기술의 질적 판단기준(Qualitaetskriterien der Gesetzgebungstechnik)
3. 수범자, 당사자, 법판단관료(Normadressat, Betroffene, Rechtsstab)
a) 규율대상인 실체, 수범자집단의 사회적 기능, 규범습득의무
b) 규범의 핵심영역과 한계사례
c) 법률가의 법률(Juristengesetze)
d) 법의 인식, 사전이해, 법의 중개자와 법의 집행자
4. 입법기술의 기본원리(Prinzipien)
5. 법률의 공포(Die Verkuendigung der Gesetze)
6. 법률의 체계적 구조학(Die Gesetzesystematik)
a) 입법 영역에서 체계적 구조학의 기능
b) 외부적 체계와 내부적 체계
c) 입법기술적 체계 관점
d) 형성적 입법, 합리화 법전편찬, 법질서의 정비
7. 입법체계학을 위한 실무상 요청사항
a) 개별적 법전편찬 사이의 체계학
b) 개별적 법전편찬 내부의 체계학
c) 원용 및 준용(Verweisungen)
8. 개방적 체계에서 법질서의 영원한 '일반적 정비(Generalbereinigung)'
9. 법률조문의 내용(법률언어) Der Inhalt der Rechtssaetze (Gesetzessprache)
a) 질적 판단기준
b) 구성요건 기술에 관한 일반적 기초사항
c) 단어선택, 개념구성, 법적 정의
d) 일반적 규율과 사안단위 규율, 예시적 방법
e) 전면적 (공백제거식) 규율과 비전면적 (공백부여식) 규율,
시행가능성, 완벽주의, 재판위임

[V] 연습용 과제(Uebungsaufgaben)
1. "내부적 출판의 자유"에 대한 규율
2. 형법상 구성요건 기술에 관한 연습사례

a) 사건개요로부터 구성요건을 구성하는 연습의 사례
b) 기존의 규범에 대한 비판으로부터 구성요건의 작성

평가:

- 놀의 논의구조는 논리적이며 체계적이다. 누구든지 법학을 공부한 이로서 입법학이라는 용어를 들었을 때 제기할 만한 질문의 항목을 체계적으로 정리했다고 할 수 있을 정도이다. 예컨대 법사실과 법규범, 법정책과 법규범, 사회과학의 방법론과 입법학 등의 원천적 문제가 바로 그것이다.
- 반면에 방법론이라는 용어에 해당되는 내용에 특히 유의해야 한다. 오늘날 입법학에서 방법론이라는 용어가 등장하면 대개 법학 이외의 사회과학의 한 분야에서 개발한 방법론으로 법률을 분석한다는 의미로 사용한다. 그런데 놀의 경우 다른 사회과학 분야의 방법론이라는 측면을 별로 강조하지 않는 듯이 목차를 구성한다는 점이 초기 입법학의 모습을 드러낸다.
- 사후적 입법평가 문제도 개괄적으로 다루고 있다는 인상이 매우 강하다.

2. 뮬러, 게오르그, 『법정립이론의 기본요소』, 제2판, 슐테스 출판사, 2006.

Mueller, Georg, Elemente einer Rechtssetzungslehre, (1. Aufl. 1999) 2., vollstaendig ueberarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess: Zuerich/Basel/Genf 2006.

게오르크 뮬러가 재직했던 곳은 취리히 대학이다.[310] 2006년 정년퇴직하였다. 페터 놀 이후에 처음으로 입법학 분야의 교과서를 썼다. 놀 교수는 입법학을 1973년 저술하였지만 1982년에 사거하여 개정판 등이 나올 수 없었던 듯하다. 놀의 입법학은 21세기의 전형적인 '사례연습 교육유형'에 맞지 않았고, 내용도 상당히 시의성을 상실한데다가, 책 자체도 절판된 상태였다. 뮬러가 이 책을 쓰면서 스위스에서는 사실상 입법학 분야의 현존 유일한 교과서의 지위를 차지하게 된 셈이다.[311] 2판에서는 국제적 차원의 입법에 관한 제4장을 보완했다고 한다.

서론

제1장 현대국가에서 법정립 즉 입법의 지위와 과제
(1. Teil Aufgaben und Stellung der Rechtssetzung im modernen Staat)

제1절 국가와 입법에 대한 기대

310) Universitaet Zuerich > Rechtswissenschaftliches Institut > Lehre und Forschung > Lehrstuehel nach Alphabet > Lehrstuhl Mueller 인터넷에서 참조.
311) Aebi-Mueller, Regina, Rechtswisssenschaftliche Fakultaet der Universitaet Luzern - Ehrendoktorat an Prof. Dr. Georg Mueller - Laudatio (인터넷 구글에 주요단어로 검색) 참조.

(§ 1 Erwartungen an den Staat und an die Rechtssetzung)

제2절 법정립 즉 입법의 개념에 관하여

제3절 법정립 즉 입법의 기능

I. 행위의 안정화와 질서

II. 사회적 발전의 추진력

III. 정당화와 융합작용

IV. 정치적 투쟁과 합의의 발견

제4절 법정립과 법적용의 관계에 관하여

제5절 다른 국가기능과 협력적 작용으로서 입법의 역할

제6절 사인에 의한 법정립 - 수동적으로 가동된 자기규율 -

I. 개념에 관하여

II. 허용성

III. 소극적으로 가동된 자기규율의 형태

IV. 소극적으로 가동된 자기규율의 가능성과 위험성

제2장 법정립의 방법론, 사전절차, 기술
(Methode, Verfahren und Technik der Rechtssetzung)

제7절 개념과 상호관련성

I. 법정립의 방법

II. 법정립의 절차

III. 법정립의 기술

제8절 법정립 내지 입법 절차의 단계(Phasen des Rechtssetzungsprozess)

I. 계기 확보(Impulsgebung)

II. 현재상황의 파악

III. 목표를 정교하게 설정

IV. 목표 구현의 기본관념의 초안

V. 기본관념에 관한 결정

VI. 초안의 편집

VII. 초안의 점검 및 심사

VIII. 의결

IX. 공표

X. 효력발생

XI. 효과의 통제와 하자의 교정

제9절 제정초안의 형성에 관한 규칙(법정립기술)

I. 제정의 형식, 서열, 단계

II. 규범화의 특정성 내지 명확성의 형식
III. 비례성 - 필요성
IV. 실현가능성
V. 규범적 내용
VI. 체계학
VII. 규범의 상대방 즉 수범자 설정의 정당성
VIII. 법률언어
IX. 현행 법질서에 새로운 규율사항을 편입하기 위한 수단
X. 특수한 규율기술

제3장 법정립의 조직적 측면의 문제
(3. Teil Organisatorische Probleme der Rechtssetzung)

제10절 위임, 주관, 책임 등의 배분
(Erteilung des Auftrags, Federfuehrung und Verantwortung)
제11절 정보의 수집과 처리(Informationsbeschaffung und -verarbeitung)
제12절 편집기관(Das Redaktionsorgan)
제13절 의회・정부・행정 등의 협력
제14절 인민권리(Volksrechte)**의 의미**

제4장 국제적 법정립(Internationale Rechtssetzung)

제15절 국제적 법정립의 개념과 종류
I. 국가조약(Staatsvertraege)
II. 국제적 조직의 법정립

제16절 규율사항의 형성에 대한 계약당사자 합의의 의미
I. 합의 찾는 방법
II. 계기의 확보
III. 현재상황의 파악과 목표의 세세한 설정
IV. 목표실현을 위한 기본관념의 설계초안
V. 규율대상의 범위와 한계 설정
VI. 규율의 명확성과 밀도
VII. 규율의 형식과 절차
VIII. 편집
IX. 효과통제와 하자보정

전망: 현대 보장국가에서 법정립 내지 입법

평가:

- 뮬러의 교과서 역시 전반적으로 입법관련 사항을 확대하여 파악했다는 인상을 준다.
- 제4장의 국제적 입법 문제는 그동안 역사적 변천상황을 반영한 것이다.
- 놀의 교과서와 비교하면 사인의 자기규율과 국제적 관계의 법정립 문제와 같이 입법의 상황을, 단일한 상하관계가 아니라, 대등한 연관관계의 하나로 파악하는 측면을 추가한 부분이 눈길을 끈다.
- 최근 입법평가 부문의 상당한 성과는 직접 반영되어 있지 않다고 할 것이다.

IV. 입법학 강의의 예시적 분석

1. 2003/04 겨울학기 베른대학 비스 교수의 입법학 강의

베른 대학이 학문계 졸업체계(Bachelor-/Materstutidum-Struktur)로 전환하면서 법과대학의 심화단계 중 중점선택 분야를 설정하였다. 5개 중점선택 분야 중에서 공공행정법(Recht der oeffentlichen Verwaltung) 분야 중 하나로 2003/04 겨울학기부터 입법학(Rechtsetzungslehre) 과목이 개설되었다.[312)]

- 규범정립의 개념을 광의로 파악해서 교과과정의 내용을 설정하였다.
- 기본적으로 입법작업 현장의 성격을 관철시킨다.
- 주 4시간 유럽평점전환체계(ECTS = European Credit Transfer System)에 따라 12평점을 부여하였다.[313)]
- 교재는 하나에만 의존하지 않았다. 뮬러 (2006), 연방법무부 입법실무 안내서와 연방의 입법기술 지침 등을 기본적으로 활용하였다. 개별적 논점에 관해서는 슈나이더 (2002)를 참고하였다. 인터넷 자료를 수업의 중심교재로 활용하였다.
- 수업은 강의, 토론, 보고서발표 등으로 구성하였다. 2회에 걸쳐 외부기관을 방문하고 상당한 숫자의 객원강사를 초빙하였다.

2. 2009년 츄리히 대학 펠릭스 울만 교수의 입법학 강의

스위스에서 입법학이론 과목에서 사용하는 교과서 및 참고자료를 여기에서는 **펠릭스 울만**

312) 세세한 사항은 Wyss, Martin Philipp, Rechtsetzungslehre - ein neues Unterrichtsangebot an der Univesitaet Bern, LeGes 2004/2, S. 151 ff. 참조.

313) 대체로 1 Leistungspunkt = 30 Arbeitsstunden (1학점 = 30학습시간), 1 Semester = 30 Leistungspunkte(1학기 = 30학점), 1 Bachelor-Studium = 180-240 Leistungspunkte (1개 학사 자격 = 180 내지 240 학점), 180 LP = 4600 Arbeitsstunden (180학점 = 4600 학습시간); 평점은 상대평가 방식으로 일단 불합격자를 제외한다. 불합격자는 두 부류로 나눈다. 조금만 보완하면 합격할 수 있는 집단과 상당히 많이 보완해야 합격할 수 있는 집단. 그리고 합격자 집단 중에서 10%가 A, 25%가 B, 30%가 C, 25%가 D, 10%가 E의 평가를 받는다. 단점은 평가단위를 넘어서는 평가단위 사이의 평가가 왜곡될 우려가 있다는 것이다.

교수의 2009년 입법학 강의를 예시적으로 선별하여 살펴본다.[314]

강의에서 기본적으로 활용하는 문헌으로는

- 게오르그 뮬러 (2006)를 교과서로 삼으면
- 연방의 입법안내서 최신판과 (3판 2007; 4판 2008)
- 기타 참고자료를 사용한다.

강의진행상 동원하는 참고문헌으로는 리힐리 (2000), 놀 (1973), 힐 (1982), 후거 (1983),[315] 카르펜 (2006), 슈나이더 (2002) 등을 들고 있다.

그밖에도 연습용으로 사례를 2개 정도 제공한다.

인터넷상 자료를 활용하면서 추천하는 양상을 살펴본다:

- 스위스 연방법무부 입법실무 안내서 (법률편)
- 스위스 입법학회(SGG) 및 스위스 평가학회(Schweizerische Evaluationsgesellschaft) 등의 학회지 특히 LeGes (입법 및 평가 학회지)
- 츄리히 칸톤의 입법실무 담당자를 위한 입법실무 지침
- 츄리히 법과대학의 입법이론중심(ZfR)

강의내용의 구성을 살펴보면 다음과 같다:

1. 입법학 서론: 과제와 지위
2. 개념, 입법기술 I (단계구분 및 명확성 원리)
3. 입법기술 II (체계적 접근과 수범자 범위)
4. 입법기술 III (법률언어와 조정)

실무사례 1:

5. 입법기술 IV (특수 규율기술)
6. 자기규율(Selbstregulierung)
7. 입법절차 I (계기와 기본관념 도출)
8. 입법절차 II (편집과 심사)
9. 입법절차 III (공표와 통제)
10. 조직적 측면의 문제

실무사례 2:

11. 의회와 인민권리(Volksrechte)
    국제적 입법(Internationale Gesetzgebung)
12. 예비용 유보

3. 평가

- 입법학 자체가 복합적 성격의 부문이라는 점을 기본적 전제로 인정하였다.

---

314) Uhlmann, Felix, Rechtsetzungslehre, Lehrstuhl fuer Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universitaet Zuerich: HS 2009에서 소개하는 교과서를 제시하였다. 이하의 내용은 인터넷에서 검색할 수 있다.

315) Hugger, Werner, Gesetze - ihre Vorbereitung, Abfassung und Pruefung, Baden-Baden 1983.

- 입법절차를 포함하여 국가조직 등의 문제를 다른 기본과목에서 상당히 습득했다고 본다.
- 정책관련자 내지 이익단체, 입법실무 담당자, 입법 등의 관련 집단이 참여한다.
- 그에 따라 입법학 지식의 전달방식도 강의, 실무참관, 개별법률의 정책·이해관계 등의 파악, 입법기술 적용, 실무적 경험 등 여러 가지로 구별할 수 있다. 이 경우 학습자가 (실무담당자가 아니라) 학생이라는 전제에 유의해야 한다.

제2절 오스트리아

I. 개관

오스트리아는 우리나라에 비하여 국토 면적은 작지 않으나[316] 상대적으로 인구는 840만으로 매우 적다는 인상을 받는다.[317] 오스트리아는 1920년 이래로 연방국가 체제를 유지하고 연방소속 주는 9개에 이르지만 각 주보다는 연방에게 더 커다란 비중의 역량을 부여하여 왔다.[318] 연방대통령은 국민이 직선으로 선출한다. 정부수반 즉 연방수상은 연방대통령이 임명한다. 헌법관행에 따르면 제1 다수당의 당수가 주도하여 정부를 구성하되 국민의회(Nationalrat)와 연방의회(Bundesrat)의 신임을 얻어야 한다. 의회체제는 국민의회와 연방의회의 이원제로 운영하는데, 그 중 연방의회는 각 주의 의회가 주민수에 따라 대표를 임명하여 구성한다.

II. 오스트리아 입법학 개관

2006년 당시 오스트리아 입법학회 회장(Der Vorsitzende der OEsterreichen Gesellschaft fuer Gesetzgebungslehre - OEGGL)이던 쉐퍼 교수는 오스트리아의 입법학 현황보고서가 2006년 스위스 입법학회 정기간행물에 게재한 바 있다.[319] 그는 이에 관하여 **전반적으로 부족하지 않다고 말할 수 없다**고 평가하였다.[320]

---

316) 외스터라이히 또는 오스트리아는 알프스공화국(Alpenrepublik)이라는 별명이 있을 정도로 산악국가이다. 국토면적은 83,871 킬로제곱미터로서 남한의 10만 킬로제곱미터에 비교하면 그렇게 작지 않다고 할 수 있다. 이지만 인구는 840만 정도이다.

317) 오스트리아는 포어알베르크 37만 (브레겐츠), 티롤 71만, 잘츠부르크 43만, 오버오스트리아 141만 (린츠), 슈타이어마르크 120만 (그라츠), 캐른텐 56만 (클라겐푸르트 암 뵈르테르제), 부르겐란트 28만 (아이젠슈타트), 비인 170만, 니더오스트리아 160만 (상 폴텐) 등의 9개 주로 구성된 연방국가이다.

318) 연방은 권한설정 권한(Kompetenz-Kompetenz)을 보유하여 주의 자치권한을 무엇으로 어디까지 허용할 것인지 결정할 수 있다. Pelinka, Anton, Gesetzgebung im politischen System OEsterreichs, in: Ismeyr, Wolfgang (Hrsg.), Gesetzgebung in Westeuropa: EU-Staaten und Europaeische Union, Wiesbaden 2008, SS. 431-461 (특히 431) 참조.

319) Schaeffer, Heinz, Stand und Perspektiven der Rechtsetzungslehre aus oesterreicher Sicht, LeGes 2006, S. 132 (132).

320) 잘츠부르크 대학 쉐퍼 교수는 사거하였다(1941.4.25.-2008.12.1.). Univesity Salzburg 법과대학 헌법·행

1. 오스트리아 입법학회의 활동

1981년 오스트리아 입법학회를 설립하였다. 쉐퍼 교수와 욀링어 교수가[321] 주도했다. 실무영역 특히 정치가의 입법학에 대한 관심은 매우 적었다. 학회에서는 그래도 정기적으로 학술대회를 열고 성과를 모아 거의 대부분 공간하였다.[322] 국제적으로도 유럽학회(EAL)의 협력하면서 유럽 차원의 기능과 역할을 오스트리아 학회가 분담하고 있다.

오스트리아 입법학회에서는 전통적인 법정립기술 분야 즉 협의의 입법학(traditionelle Rechtssetzungstechnik - Legistik)에 속하는 주제를 여전히 다루면서 그와 함께 특히 헌법적 관점에서 법의 영향력(Wirkungsforschung im Recht) 연구 분야 즉 법률효과 평가 내지 입법평가 등에 관하여 계속 논의하고 있다. 스위스는 실무영역에서 훨씬 발전적 성과를 거두었지만 오스트리아는 그렇지 못하다. 하지만 계속 노력을 기울이고 있다.

2. 오스트리아 입법상황

입법과정의 기술적 발전을 위한 성과는 상당하다고 할 수 있다. 연방 법정보체계(Rechtsinformationssystem - RIS)에 의한 공포(Kundmachung)에 관한 법률을 시행하여 2004년 1월 1일부터 효력이 발생되었다. 그와 함께 전자-입법(E-Legislation)으로 입법과정의 각 단계를 모두 인터넷에서 확인할 수 있게 되었다.[323]

오스트리아에서는 연방헌법(Bundes-Verfassungsgesetz)가 겨우 반년만에 6회나 개정되고 도로교통법도 3회가 개정되는 같은 법률이 너무 자주 바뀌고 있다. 뿐만 아니라 외국인 관련법 일괄개정 2005(Fremdenrechtspaket 2005)처럼 일괄입법(Sammelgesetze)이 늘어나는데, 한 걸음 더 나아가 예산동반법률(Budgetbegleitsgesetze)이라는 형식으로 의미연관도 없는 법률을 일괄입법의 대상에 포함시키고 있다. 관련전문가와 해당 위원회에서 실체에 접근하는 식으로 심의할 수 있게 원천적으로 국회운영규칙(Geschaeftsordnung) 등을 개정해야 할 것이다.

3. 교육대상으로서 입법학의 제도적 상황

정법 담당 참조; 쉐퍼 교수는 오스트리아 입법학의 중추적 인물이었다. Schaeffer, Heinz (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung - Juergen Roedig Gedaechtnissymposion am 28.-30. Oktober 1982 Salzburg - Residenz, NOMOS/Manz, Baden-Baden/Wien 1984; Schaeffer, Heinz/Otto Triffterer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, Manz, Wien 1986; Schaeffer, Heinz (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, 1988; 쉐퍼 교수가 회장직을 맡고 있었던 오스트리아 입법학회의 홈페이지도 (2010. 8. 27. 현재) 다른 홈페이지로 가는 링크 항목은 살아있어 시의성을 유지하고 있으나 기타 학회 자체에 관련사항에 대해서는 2008년 시점에서 '전반적으로 준비 중'이라는 상태로 제시되어 있다.

321) Theo OEhlinger (1939-) 빈 대학 교수. 정년퇴직.

322) 오스트리아 입법학회 홈페이지 참조.

323) Bachmann, Susanne, Elektronische Gesetzgebung in OEsterreich? Zeitschrift fuer Gesetzgebung (ZG) 2006/1, 61 ff.

(1) 법과대학

유감스럽게도 오스트리아에서는 법률가 양성과정 즉 법과대학 교과과정에 입법학은 포함되어 있지 않다. 유럽전역 대학의 상호 구조조정을 목표로 설정한 볼로냐 기획(Bologna-Prozess)에 따라 (실무계가 아닌) 학문계 법과대학의 교과과정 즉 매스터 과정을 개설할 것인지 여부에 관하여 논의 중이어서 입법학이 교과과정의 하나로 개설될 가능성은 남아있다. 현재 오스트리아 대학조직법에서 대학은 독자적으로 교과과정을 작성할 수 있지만 오스트리아 전역의 대학의 교과과정을 통일적으로 조정할 부서는 존재하지 않는다.[324]

(2) 실무계의 행정아카데미

연방의 몇 개 행정각부가 입법담당 분과(legistische Abteilung)를 상호 개방하고 공동으로 연방의 행정아카데미(Verwaltungsakademie des Bundes)에 가입해서 입법관련 실무에 관한 논의를 심화하고 교육하고 있다. 2004년 이래로 클라겐푸르트(Klagenfurt)에서 이른바 캐른트너 입법학 회의(Kaerntner Legistikgespraeche)를 개최하고 있다. 주관자는 캐른트너 행정아카데미(Kaerntne Verwaltungsakademie)이다.

2001년 탈규제법률의 시행 및 유럽연합법의 국내전환 등의 과정을 거쳐 실무계의 입법학 요구는 점증하고 있다.

연방 수상청(Bundeskanzleramt)에서는 입법학(Legistik)이라는 항목 아래 전통적인 입법기술 관련 문건으로부터 개별평가 즉 행정비용 표준화 성과에 관한 기본적 문건까지 수집하여 인터넷에서 제공하고 있다.

4. 입법학 관련 보조자료

위에서 본 바와 같이 캐른트너 행정아카데미에서 교육용 교재(Bildungsprotokolle)로 제공하는 캐른트너 회의 즉 실무담당자의 발표와 논의의 성과물이[325] 특히 전통적 입법기술 내지 법정비 및 법제정 사전준비 과정의 공시 등과 같은 분야에서 중요한 자료로 인정되고 있다. 연방수상청에서 제공하는 공식기준에 관한 각종 문건 등도 당연히 축적된 과거체험의 성과로서 기본적 지침의 역할을 맡고 있음은 주지의 사실이다.

III. 교과서 목차 분석

1981년 빙클러와 안토니올리 2인의 공동편집판 『입법 - 입법이론과 입법기술에 대한

324) Schaeffer (2006), S. 132 (139).
325) 인터넷에서 다운로드 받을 수 있다. 예컨대

비판적 평가』, 국가와 법 연구 총서 제50권, 슈프링어 출판사, 오스트리아 빈/미국 뉴욕, 1981.

이 단행본은 빙클러 교수와[326] 안토니올리 교수가[327] 공동편집자로서 오스트리아 소재 출판사에서 공간한 것이다.[328] 필자도 주제도 모두 오스트리아 중심이라고 볼 수 있다. 분야별로 나눈 주제를 각 필자에게 할당하는 일종의 논총 형식이지만 체계적으로 주제를 배분하여 교과서 체제를 유지하였다고 할 수 있다. 이하에서 목차를 살펴본다.

A. 입법이론(Gesetzgebungslehre)

I. 베르너 마이호퍼: 입법학(Gesetzgebungswissenschaft)

II. 베른트 쉴혀: 입법이론과 사법(Gesetzgebungstheorie und Privatrecht)

III. 페터 쉭: 범죄구성요건의 기원에 관한 비판적 평가

IV. 귄터 빙클러: 입법(Gesetzgebung)과 행정법

B. 입법기술(Gesetzgebungstechnik)

I. 토마스 플라이너: 법률규범(Gesetzesnormen)의 초안과 형성

II. 게르하르트 빌링어: 법조항(Rechtsvorschriften)의 내용으로서 그리고 존재의 기초로서 시간 문제

III. 에르하르트 목: 지속적인 법정비(Rechtsbereinigung)에 대한 변론

IV. 프레드 브란데: 법정비(Rechtsbereinigung) - 헌법내재적 명령

V. 루트비히 아다모비히: 현대 법률기술의 문제

C. 입법기술에 관한 지침(Richtlinien zur Gesetzgebungstechnik)

I. 프리드리히 라흐마이어: 법의 메타규범으로서 입법기술학적 지침

II. 1979년 입법기술 지침 (오스트리아)

III. 1976년 입법기술 지침 (스위스)

IV. 1976/1980년 연방행정각부 공동 운영규칙 (독일연방공화국)

위의 목차를 훑어보면 역시 80년대 초반에 입법학의 범주가 상당히 경직되어 있고 제한되어 있다는 사실을 감지할 수 있다.

- 즉 법정책적 측면 내지 입법평가 측면의 접근이 눈길을 끌 만큼 구체화되어 있지 않다.

---

326) Guenther Winkler (1929.1.15.-) 빈 대학에 재직하던 빙클러 교수는 1997년 정년퇴직하였다.

327) Walter Antoniolli (1907.12.30.-2006.5.23.) 1947년 인스부룩 대학 교수 취임, 1956년 루드비히 아다모비치 교수 후임으로 빈 대학 교수 취임, 1951년부터 오스트리아 헌법재판소 판사, 1958년 2월 소장 취임; Guenther Winkler, Der Rechtslehrer Walter Antoniolli. Ein gegenwartsbezogener Rueckblick aus Anlass seines 90. Geburtstages, in: Juristische Blaetter 1997, 754 ff. 참조.

328) Winkler, Guenther/Walter Antoniolli (Gesamtredaktion), Gesetzgebung - Kritische UEberlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik (Forschungen aus Staat und Recht 50), Springer Verlag: Wien/New York 1981.

- 입법이론과 같은 일반론에서도 사법, 형법, 행정법 등의 기본적인 법영역을 기준으로 나누어 다루고 있다는 점도 유의해야 한다.
- 입법절차 즉 각 영역의 이해관계가 의회를 중심으로 사전 및 사후 단계에서 충돌하고 협상하는 구체적 조직과 절차에 관한 논의가 거의 배제되어 있다는 인상을 준다.
- 그리고 법정비를 비롯하여 입법기술이 논의의 전체에서 차지하는 비중이 상대적으로 높다는 사실에도 유의해야 할 것이다.

IV. 입법학 논의의 예시적 분석

입법학 분야의 일반적 추세를 살펴보면, 이론적 부분은 입법학회가 중심이 되어 입법평가 쪽으로, 실무적 부분은 행정아카데미가 중심이 되어 입법기술에 관하여 개별문제 및 일괄입법과 전자방식 등의 확인과 지원을 확대하는 쪽으로 편향되는 인상을 준다. 오스트리아의 경우 대학의 입법학에 비해서 실무쪽의 성과가 상대적으로 더 눈길을 끄는 듯하다.

아래에서는 캐른트너 행정아카데미에서 주관한 클라겐푸르트 입법학 회의의 성과를 수집하여 편집하고 발간한 내용을[329] 목차를 해석하여 파악한다:

목차

서문

프리드리히 라흐마이어/ 하랄드 호프만, 입법학과 법정보학의 융합
칼 이레스베르거, 연방법의 확립(Konsolidierung): 법적 시각에서
마인라트 한트슈탕어, 법개념의 확립 - 입법학과 판례상 법학 용어
에리히 슈바익호퍼/ 안톤 가이스트, 국제적 비교 영역의 확립유형
크리스토프 클라이서, 확립. 토론참여분
에드문트 프리모쉬, 관리용어(Kanzleigebrauch)의 확립 - 용어색인
볼프강 칼리히, 2011년판 오스트리아 민법전(AGBG) - 연방법무부 담당작업단에서 200년 된 일반민법전의 전면개정 작업을 수행하다
브리키테 빈디쉬, 법률효과 평가 즉 입법평가: 기후협약 부응심사의 도입
파울 지베르거, 유럽 업무지침에 의거한 각 주의 규범-스크리닝
페터 부스예거, 오스트리아 말로 "변화"의 의미: 2008년 11월의 오스트리아 사회민주노동당(SPOE)과 기독교주의-보수주의 경향의 오스트리아 인민당(OEVP) 양대 정당의 연립정부가 연방주의에 대한 의사표명

329) Bildungsprotokolle herausgegeben von der Kaerntner Verwaltungsakademie, Bd. 17, 6. Klagenfurter Legistik-Gespraeche 2008, Klagenfurt 2009.

부록
필자색인
회의참여자 색인
회의 프로그램

평가:

- 대체로 입법기술적 관점이 강하다는 인상을 받는다.
- 입법평가 문제는 비중은 작지만 쟁점이 뚜렷하다. 위에서 보다시피 기후협약에 부응하는지 여부라는 한정된 관점에서 입법평가 문제를 다룬다.
- 컴퓨터 도입으로 인한 전과정의 공개적 효과가 관심을 끌고 있다. 이로써 입법기술적 평가의 전면적 관여가 가능할 수 있기는 하다. 그러나 입법기술이라고 해도 실체관련적 측면의 관여를 모두 배제할 수는 없기 때문에 그만큼 입법기술이 본래 담당해야 할 수준을 유지하지 못할 우려가 있다.
- 제한된 범위이지만 실무영역에서 일어나는 오류를 일괄하여 정리해서 상호간 정보교류를 수행하는 것은 언제나 바람직한 것이다. 그때마다 입법의 추세가 달라지듯 입법기술상 오류도 일정하게 유형을 가질 가능성이 크기 때문이다.

제3절 소결

입법학 자체에 실리는 정치세력의 견제는 어떤 성격의 것일까. 단순하게 입법기술적 측면만 보면 법의 통일성과 법의 이해가능성 그리고 법의 효율성 등의 척도에 비추어 평가하고 개선한다는 작업은 어느 정치세력이든 모두 요구하는 것일 수 있다. 그러나 실체에 관련되어 정책적 구현의 성격을 입법기술이라고 해서 전혀 배제할 수 없다는 시각에서 보면 입법학 논의 자체가 정치세력의 갈등현장이라고 할 수도 있을 것이다. 입법기술의 적정한 관여가 규범의 정립시점에 차이를 가져올 수 있다는 점만 고려해도 이와 같은 갈등 내지 영향력을 전면적으로 부정하기는 어려울 듯하다.

이와 같은 관점에서 볼 때 오스트리아와 스위스가 입법학 발전의 양상이 달라지는 것을 일정하게 해명할 수 있지 않을까 하는 추측이 생긴다. 연방주의 아래에서 직접민주주의 등 캔톤의 영향력이 큰 스위스와 거의 양대정당의 연립정권으로 정치세력을 장악하고 상대적으로 더 큰 비중의 권력을 행사하여 연방의 더 큰 오스트리아를 대비시켜 볼 수 있다.

- 입법기술의 기초성, 다양성, 시의성 등의 관점에서 볼 때 여전히 중요하다.
- 입법평가는 예컨대 행정비용 또는 환경비용 등과 같이 특수한 쟁점별로 발전하는 듯한 인상을 준다.
- 입법과정은 컴퓨터와 관련하여 특히 공포절차까지 감안하여 투명해진다.

- 이해관계의 실체적 해결 등의 관점에 관해서는 상당히 방기되어 있는 듯하다. 입법학이 부문별로 실체적 문제해결의 기본과정이나 기본주체 설정 및 규범정립 절차 등의 문제에 표준적 해결방식을 제시해야 하는 문제에 관한 해명이 부족한 듯하다. 짐작컨대 이는 민주주의 성립 및 활성화 등에 관련하여 훨씬 일반적으로 접근해야 할 문제이기 때문인 듯하다. 그렇다고 이 문제가 그대로 방기될 뿐인 것은 아니다. 즉 총괄입법 등과 같은 특정한 분야에서 예컨대 연금개혁, 외국인문제, 통일문제, 경제정책의 방향선회 영역 등과 같이 이 문제가 입법학적 관점에서 점검할 필요가 있다는 주장이 제기될 가능성은 여전히 남아있다.

제4장 미국의 입법학 연구

제1절 머리말

Ⅰ. 미국 입법학 개요

미국의 헌법 제도가 우리나라 헌법에 많은 영향을 주었다[330]. 미국은 식민지의회를 거쳐 독립운동을 한 후 현재 세계 최강국의 위치에 있는바, 그 발전의 원동력은 대표제를 통한 입법제도라고 할 수 있다. 왜냐하면 미국인들이 건국(헌법)의 아버지들의 고심을 존중하여 국가의 정체성을 확립하고 법치주의와 민주주의에 바탕을 둔 3권분립과 준법정신의 확립을 통하여 사회변화에 따른 적응을 잘 하였기 때문이다.

새로이 성립된 미국헌법은 전문과 7개조로 구성된 정부구조에 관한 성문헌법이다. 즉 제1조 입법부, 제2조 행정부, 제3조 사법부, 제4조 주간 및 주와 연방과의 관계, 제5조 헌법개정, 제6조 경과규정 및 합중국헌법·법률·조약의 최고성의 선언, 제7조 효력발생요건 등으로 구성되었으나 기본적 인권에 관한 권리장전이 없었다. 이에 대해 해밀턴(Hamilton)은 영국과 달리 군주가 없는 미국은 권리 제한의 대상이 없는 민주국가이므로 권리장전이 필요없다고 주장하였다. 그러나 각 주의 공통적인 다수의견이 권리장전의 필요성을 강조하여 헌법 제5조에 따라 1789년 9월 미국의회를 통과하고 1791년10월 4분의 3 주의 비준을 얻어 1791년 12월 15일 공포되었다. 미국인들은 10개조로 된 기본권 조항 보충의 수정헌법 이래 필요에 따라 여러 차례 수정헌법을 만들어 헌법을 생활규범으로 사용하고 있다. 그리고 연방대법원 판례에도 불구하고 판결의 내용이 국민 생활에 미치는 한계로 입법을 시도하였다. 그 중에서도 헌법과 판례의 취지에 맞는 입법을 하기 위해 수차례 노력하고, 의회에서의 시도가 실패로 돌아가도 국민의 대표들로 구성된 의회를 존중하여 실망하지 않고 결국 오랜 시간 어려운 과정을 겪은 후인 1964년 민권법을 만들어 가는 과정을 보면 미국의 힘의 원천이 바로 이것이라는 생각을 하지 않을 수 없다. 의회제도의 특징적인 미덕 중 한 가지가 타협과 합의를 만들어 낸다는 것이다[331]. 타협은 의회입법과정을 산만하게 만들고 지겨울 정도로 느리게 진행되나 다양한 이익과 이념이 산재해 있는 민주주의 사회를 하나로 유지하게 하는 접착제 기능을 한다. 신속한 결정을 좋아하는 우리의 입법과정에서 나타난 국회의사당 내의 전기톱사건과 의장석 점거 등과 관련된 폭력은 이제 지양되어야 할 것이다.

---

330) 우리 헌법 전문 말미의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것”이라는 문구도 미국헌법 전문의 “우리들과 우리들의 자손에게 자유의 축복을 확보하기”에서 기원한다고 할 것이다.

331) Bruno Kaufmann & Rolf Buchi & Nadjs Braun, 이정옥 편역, Initiative & Referendum Institute 직접민주주의로의 초대, 리북, 2008, 51면.

Ⅱ. 입법학 교재 소개

미국의 로스쿨에서 입법학이 강의되고 있고, 다양한 교재가 개발되어 있다. 다양한 교재 중 4권의 목차를 소개하고 그 중에서 입법과정의 분석과 판례에 대한 분석 및 주해 등이 가장 충실한 William N. Eskridge, Jr. & Philp P. Fricket & Elizabeth Garrett의 Legislation(2001)을 중심으로 미국의 입법학 교육을 살펴보고자 한다.

1. 먼저 Jack Davies[332]의 Legislative Law and Process(Thomson West, 3rd ed, 2007)의 목차를 살펴보면 다음과 같다.

1편 입법 과정
1장 5가지 근본 생각
A. 입법은 중요하다.
B. 청원자들을 위한 필요.
C. 묵종(Acquiescence)과 타성(Inertia)이 묘사하는 입법의 실체
D. 입법은 단어들이다.
E. 교육의 기능
2장. 입법 제도
3장. 법안 절차
4장. 입법적 옹호
A. 입법부의 동의(교육과 로비, 사회적 압력 및 구성원에 의한 설득)
B. 스폰서의 선택
C. 여론 만들기
D. 이슈 완화 전술
E. 책략
2편. 법안 만들기
5장. 입법에 대한 생각
6장 법안의 초고와 작성
3편. 의회의 힘
7장. 입법정책만들기
8장. 의회의 힘의 한계
9장. 의회의 힘과 영향을 향한 투쟁
4편. 헌법의 영향
10장. 헌법의 자기보호(사법심사/ 의원의 헌법지지 의무/ 헌법적 도전을 위한 중요 기초)
11장. 입법부를 향한 헌법적 규칙(이중 주제, 제목, 특별 입법/ 비소급성/ 불법 위임)
5편 제정법 해석

332) Jack Davies는 1959년-1982년까지 Minnesota주 상원의원, 1965년부터 1990년까지 William Mitchell College of Law의 교수, 1990년부터 2000년까지 Minnesota 항소법원 판사 등을 역임한 사람이다.

12장. 제정법 해석의 근본(입법의도/ 법안 통과 과정에 대한 눈의 해석/ 제정법의 독자와 그들의 태도/ 제정법 구성의 원리/ 입법 역사/ 법원과 입법부/ 법원과 입법부의 협력)

2. William D. Popkin의 Materials On Legislation(Foundation Press, 5th ed, 2009)의 목차를 정리하면 다음과 같다.

1장. 서론
1편. 제정법 해석의 역사와 이론
2장. 입법의 증가와 보통법 법원의 반응
3장. 1900년부터 1960년 대 - 목적적인 해석
4장. 현재의 역사- 기본주의의 쇠퇴
2편 제정법의 해석의 기술과 이론
2편의 A. 저자, 원문, 독자
5장. 원문
6장. 외부 문맥- 목적
7장. 외부 문맥- 배경 고려
8장. 변화
2편의 B. 입법 역사
9장. 동시대의 입법역사
10장. 행정부의 해석
11장. 입법적 행위와 입법 후의 휴지
2편의 C. 법원으로서의 제정법
12장. 제정법의 확장
13장. 제정법으로부터 행위의 사적 원인 추론하기
14장 제정법의 형태
15장. Bush v. Gore
3편 법과 정치적 절차
16장. 선거절차
17장. 입법부(의회)
18장. 집행부와 입법부의 관계

3. Abner J. Mikva 와 Eric lane의 Legislative Process(Wolters Kluwer, 3rd ed,2009)의 목차를 정리하면 다음과 같다.

1편. 서론: 입법과 제정법
1장. 제정법의 나이
2장. 제정법 해부와 출판
3장. 미국의회의 구조와 과정

2편. 입법권의 행사
4장. 입법 위원회의 기능과 절차
5장. 입법의 제정
3편. 미국 의회의 합법적인 특징들
6장. 대표성- 유권자
7장. 대표성- 선거, 자격, 대표자의 의무
8장. 접근성
9장. 숙고성
4편. 제정법의 의미 확립
10장. 제정법의 해석
11장. 평이한 의미의 적용가능성
12장. 모호성 풀기

4. William N. Eskridge, Jr. & Philp P. Fricket & Elizabeth Garrett의 Legislation(West Group, 3rd ed, 2001)의 목차는 다음과 같다.

1장. 입법 소개
1절. 1964년 민권법의 배경과 법률제정과정
2절. 입법행위의 기술론과 규범론
3절. 타이틀Ⅶ: 해석상의 쟁점과 정치이론

2장 대표구조
1절. 선거구조와 평등가치
2절. 입법부에서 근무(봉사)하기 위한 자격
3절. 선거자금구조

3장 입법심의의 구조
1절. 부패심의 규제(Regulating "Corrupt" Deliberation)
2절 로비
3절 입법심의를 간편하게 하는 규칙들

4장 입법의 적법절차
1절. 구조적 적법절차
2절. 연방의회의 예산과정
3절. 다른 의회의 구조들

제5장 공화정치의 대안으로서 직접민주주의
1절 직접민주주의 개관
2절 대중적 입법(Popular Lawmaking)과 헌법

3절 소환(Recall)

제6장 미국의 공공정책의 원천으로서의 법률(입법학이론:Theory of Lgisprudence)
1절 원칙에 의거한 법으로서 제정법(블래스톤으로부터 법절차까지의 입법학)
2절. 입법학과 성문법원리: 성문법에서의 수직적, 수평적 일관성
3절. 성문법의 소급성

7장 제정법해석이론
1절 절충주의에서 체계이론, 1892-1938
2절 해석의 법절차이론들
3절 제정법 해석에 대한 최근의 논의들

8장 제정법 해석 원리들
1절. 제정법 해석의 규칙, 전제 및 기준(canon)
2절. 제정법 해석의 외적 원천
3절. 해석을 위한 행정적 참조

9장 제정법 시행
1절. 행정국가에서의 법 집행
2절. 제정법 집행에 대한 의회의 통제
3절. 제정법 집행에서의 대법원과 대통령

William N. Eskridge, Jr. & Philp P. Fricket & Elizabeth Garrett은 2006년 Legislation and Statutory Interpretation(2판)을 출간하였는바, 그 목적은 입법과정과 제정법 해석에 관한 포괄적인 개관을 제공하기 위한 것이고, 위 저자들의 전게서와 다른 케이스북들을 모두 참조하였다. 그 목차는 다음과 같다.
1장 입법소개,
2장 대표이론,
3장 입법과정 이론,
4장 선거구조,
5장 입법 구조들,
6장 제정법해석이론,
7장, 제정법 해석에서 원문과 선례의 기능,
8장 제정법 해석을 위한 외부적 법원,
9장 제정법 해석의 실질적인 기본원리(캐논)

미국에서 입법학 연구를 위한 교재로 가장 널리 읽혀지고 있는 William N. Eskridge, Jr. & Philp P. Fricket & Elizabeth Garrett의 Legislation과 Legislation and Statutory Interpretation을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

제2절 입법학 교재 분석

Ⅰ. 입법 소개

1. 의의

저자들은 Legislation의 제1장에서 무려 120페이지에 걸쳐 '입법 소개'를 하고 있는데 1,200페이지가 넘는 전체 내용을 담고 있다. 연방대법원 판결 선고에도 불구하고 실정법인 민권법이 만들어지는 과정을 상세히 소개하면서 제정법을 만들어야 하는 이유를 밝히고 있다. 그리고 그 법을 적용한 사례 연구와 그 해석을 둘러싼 논쟁을 자세히 소개하고 다시 입법으로 해결되는 과정을 보여 주고 있다. 법안의 하원과 상원 통과와 서명 그리고 국민이 지켜보는 자리에서 대통령이 서명할 때까지의 무수한 과정과 절차를 충분히 소개하여 의회주의를 택한 이유를 설명하고 있다. 그리고 독자들이 책의 흐름에 따라 함께 생각하게 하는 방법을 사용하였다.

그 요지는 다음과 같다. 입법의 이해를 위해 몇 개의 이론적 틀의 서술에 따른 실정법의 사례(케이스)공부를 소개한다. 이장의 1절은 민권법(Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat.241; codified as amended in scattered of 42 U.S.C.) 의 연혁을 설명하고 있다. 이 법을 택한 이유는 부분적으로 제정법이 어떻게 우리 사회와 우리 삶에 중요한 차이를 가져올 수 있고 그리고 만드는지를 보여주는 극적인 예가 되기 때문이다. 원칙(원리:Principles)들은 연방대법원의 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954) 판결[333]에서 제시되었으나 그것이 구체적인 사건의 판례로서 실정법으로 제정되지 않는다면 상당부분 충족되지 않는다. 법률은 대법원이 할 수도 없고 혹은 원할 수도 없던 방법으로 원칙들을 확대하고 실행할 수 있다. 또한 법의 제정 내력은 그 자체로 입법과정과 제정법의 사적 집행 뿐 아니라 공무원에 의한 예측할 수 없는 경로 등에 관한 케이스 스터디이다. 공평하게 말하면 1964년 민권법의 경로는, 비록 제1장과 제4장의 연방예산과정에서 논하는 바와 같이 현대 주요입법이 점차 의회 입법과정에 관한 교재와 다른 경로를 통하여 이루어지지만, 연방입법과정의 비전형이었고 아직도 비전형으로 남아 있다.

또한 민권법은 미국의 입법과정의 이론적 논의를 위한 유용한 출발점이다. 2절에서 3가지 유형의 이론을 제공한다: 다원주의이론은 정책결정에서 이익집단의 기능에 초점을 맞춘다; 절차주의이론은 법안이 법이 되기 전에 통과해야 할 많은 장애를 강조한다; 제도이론은 제정법의 제정, 이행 그리고 감독을 맡은 다양한 기관들의 관점으로부터 법령을 접근한다. 각 이론은 기술적인 형태(입법과정이 어떻게 작동하는가)와 규범적인 차원(입법과정이 어떻게 작동해야 하는가)을 가지고 있다.

---

333) 1896년 Plessy v. Ferguson, 164 U.S.537 사건에서 분리하되 평등한(seperate but equal)원칙이 확립된 이래 교사 · 교과과정· 교원봉급 기타 유형적인 것은 모두 평등하고 다만 교육의 장소만을 분리하는 것의 위헌여부에 대하여 공립학교에서 헌법이 보장하는 평등보호는 '진정한 또는 실질적인 평등'(real or substantial equal)을 의미한다는 혁명적인 판결이다. 문홍주, 기본적 인권연구, 해암사,1991,94~95면.

3절에서는, 민권법 제7장(고용차별조항)에 대한 고도의 동태적인 해석을 추적한다. 또한 우리 세대에 가장 중요한 현대 제정법 케이스인 United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979)사건- 법원이 법률을 자발적인 차별철폐조치들을 허용하는 것으로 해석함-에 대한 상세한 검토를 통하여 제정법해석이론을 소개한다. 3절은 Weber 사건의 내력과 이어진 운명을 소개하고, 또한 2절에서 소개된 이론들의 관점에서 판사들에 의해 사용된 다른 해석방법들을 검토한다.

2. 1964년 민권법의 배경과 법률창조과정

Brown v. Board of Education 사건은 차별금지와 인종평등의 위대한 원칙을 선언하였으나 1950년대 대부분의 아프리칸미국인의 일상생활에 변화에 영향이 없었다. Brown사건은 공공기관에만 적용되고, 개인 호텔, 레스토랑, 수영장은 아니므로 고용주들은 인종적인 차별관행에서 자유로웠다. 공공기관(주로 학교)만 “느긋한 속도로”인종차별폐지가 진행되었다. 관공서의 인종차별폐지 속도는 지지부진하였다. 브라운 사건 후 7년인 1961년 미시시피대학교의 최초의 아프리칸미국인 학생 James Meredith를 호위하기 위하여 연방보안관을 요구하기에 이르렀다.

1960년 2월 2일 노스캐롤리나 A. & T. 대학에서 온 4명의 흑인학생이 노스캐롤리나 그린보로에 있는 울워스 가게의 “백인 전용”점심카운터에서 주문을 하기 위하여 앉아 있었다. 가게주인은 그들을 거절하였다. 그들은 앉아 조용히 평등한 대우를 요구하였다. 수 백 명의 유사한 “자리를 잡은 인종철폐항의데모 ”가 남쪽 지역에서 발생했다.

1963년 봄에 킹목사(the Reverend Dr. Martin Luther King)가 알라바마주 버밍햄의 인종차별적인 가게, 교회 그리고 레스토랑에 항의하고 불매하는 비폭력적인 사회운동을 시작했다. 킹이 금지를 거부하고 항의시위를 이끌었을 때 버밍햄 경찰위원회 위원 불 코너는 킹과 그 일행 54명을 체포하여 유치장에 넣었다. 1963년 5월에 코너와 그의 동료들은 수백명의 흑인 학생들이 행진하면서 “우리는 극복하리라”라는 성가를 부르는 것을 사정없이 공격하였다. 코너가 젊은 아프리간미국인들을 사냥하는 사진, 소방호스로 흑인의 등에 물을 뿌리는 사진, 억센 경찰들이 기진맥진한 여인 위에 앉아 있는 사진들이 국가적 양심을 자극하였다.

아프리간미국인 지도자들은 이것을 그들의 역사적 기회로 보았다. 그들은 더 이상 변화를 기다릴 수 없었다. 킹목사는 그의 버밍햄 유치장에서 글을 썼다.

지금 수년간 나는 “기다려”라는 단어를 들어왔다. 그것은 모든 흑인들의 귀에 친밀감을 꿰뚫는 소리였다. 이 “기다려”는 대부분 항상 “안돼(Never)"를 의미한다***. 우리는 우리의 헌법적 그리고 자연권을 위하여 340년 이상 기다렸다.*** 당신이 장거리 횡단 운전을 하여 모텔에서 받아주지 않아 당신의 차의 구석에서 여러 밤을 자야 할 때; 당신이 백과 흑의 표시들에 들볶여 하루 종일 굴욕감을 느낄 때; 당신의 이름이 깜둥이로 시작하고, 중간 이름이 보이(아무리 나이가 많아도)가 되고 마지막 이름이 존이 되며 너의 처나 어머니들에게 존경의 표시인 “Mrs"를 붙이지 않을 때; 당신이 흑인이라는 사실 때문에 항상 조심스러운

상태로 살고, 다음에 무슨 일이 발생할지 전혀 모르고, 내적으로 공포에 외적으로 적개감에 시달리며 밤낮으로 괴롭힘을 당할 때; 당신이 “육체없음(no-bodiness)"이란 퇴보감과 항상 싸울 때- 그때 당신은 우리가 기다리기 어렵다는 것을 이해할 것이다.

국가미디어의 관심과 격노는 킹목사의 성공을 확신하게 하였다. 1963년 5월 10일 시의 상공인들은, 아프리칸미국인 단체가 그들의 불매운동을 중지하고 백인상인들이 흑인을 서기와 영업사원으로 채용하고 이전에 아프리칸미국인에게 금지되었던 직장에서의 교육과정을 설치하기로 합의하였다.

케네디행정부는 지켜보며 듣고 있었다. 케네디법무부장관은 버밍햄의 화해를 찬양했다. 케네디대통령은 국영티브이에서 국정연설을 하면서 의회 통과를 위한 포괄적인 민권법안을 제안할 것을 고지하였다.:

우리는 우선 도덕적인 문제에 직면하여 있다. 그것은 성서만큼 오래되었고, 미국헌법만큼 명백하다. 질문의 핵심은 모든 미국인은 평등한 권리와 평등한 기회를 부여받았는가, 우리가 대접받기를 원하는 바와 같이 우리가 다른 미국인을 대접할 것인가이다. ***

링컨대통령이 노예를 해방한 이래 100년이 지연되어, 그들의 상속인, 그들의 손자들은 아직 완전히 자유롭지 않다. 그들은 아직 부정의의 속박에서 자유롭지 못하다. 그들은 사회적,경제적 압박에서 아직 자유롭지 못하다. 그리고 이 국가는 그들의 모든 희망과 자랑에도 불구하고 모든 국민들이 자유로울 때까지 완전하게 자유로운 것은 아니다.

이제 이 나라가 그 약속을 완수할 때가 왔다.

(1) 민권법 입법의 장애들

대통령의 입법제안은 4가지 관심, 즉 공공시설에서의 차별, 공립학교에서의 인종차별금지, 공정한 고용, 연방자금수령의 차별에 집중되었다. 법안 2장인 공공시설규정은 모든 호텔, 레스토랑, 위락시설 그리고 소매점포에서의 평등한 접근을 보장한다. 3장은 학교에서의 차별금지를 포함한다. 그것은 연방정부 특히 국무부장관에게 Brown사건 판결문을 이행하기 위한 커다란 권한을 주었다. 고용차별은, 비록 얼마간 마음에 내켜하지 않더라도, 대통령안의 제5장에서 처리되었다. 그것은 민권위원회의 권한을 확대하였고, 제7장에서 고용평등위원회에게 연방 계약자들의 행위를 감시할 수 있게 하였다. 사적인 차별을 연설하지 않은 반면에 대통령은 사적 분야에서의 고용차별을 처리하는 입법의 지지를 재확인하였다. 결론적으로 제6장에서 대통령은 연방보조금의 수령인이 인종에 기초하여 차별되는 것을 금지하였다.

1963년의 사건들은 이러한 입법의 필요를 제안하였다. 그러나 대통령의 법안이 법이 되기 위해서는 의문이 많았다. 두 정당의 주저, 대통령과 부통령의 불확실한 위임, 입법과정에서의 중요한 피할 수 없는 장애들이 법안에 대한 악재로 작용했다.

1) 양 정당의 주저(모순) 민권법문제에 있어서 민주당은 두 당으로 표시된다. 국가 전체를 통털어 남부 민주당은 보통 상원의 반이나 그 이상의 정당표를 통제하였고, 1930년 이후 그들은 체계적으로 의회 책략을 통하여 민권법안을 소멸시켰다.(Martin 157) 1948년 민

주당은, 민권법 채택이 인종차별주의자들에 의해 항의퇴장을 초래한 국제회의에 제출되었을 때, 공개적으로 분열되었다. 그러한 상처를 치유하기 위한 노력으로 민주당은 1952년과 1956년의 정강에서 민권들을 경시하였다. 반면에 공화당은- 링컨당_ 민권들에 대한 새로운 관심을 보였다. 1957년에 아이젠아워 대통령은 민권법을 제출하였다. 하원의 공화당은 제정가능성을 높이기 위해 법안을 약화시키는 것에 동의했다. 그러나 상원의 민주당원에 의한 필리버스터는 법안이 본질적으로 이빨 빠진 법으로 만들 제안에 지지하였다. 1960년의 유사한 대통령의 제안은, 상원의 민주당원이 학교차별금지, 고용 그리고 거주 차별조항을 무력화하여, 미약한 투표권법이 되었다.

1960년 선거가 다가오자, 흑인지도자들은 어느 유력한 정당이 민권법을 통과시킬 수 있는지 의문을 가졌다. 공화당은 1950년대에 적절한 민권법들을 추진하였으나, 그 법안을 통과시키지 못하였다. 민주당은 민권법 발의를 지지하기도 하고 무력화시키기도 하였다. 양당의 정강은 민권법 입법과 공적 차별의 기소를 요청하였으나 그 지지는 선거운동이 경과할수록 미사여구로 되었다. 민주당 케네디가 민권법 문제에 있어서는 공화당 닉슨보다 우세하였고 그것 때문에 흑인표에 우세하였다. 실제로 아프리칸 미국인과 노동자들 사이에 그의 형세는 루스벨트대통령 이후 가장 우월하였고 바로 앞의 선거에서는 명백히 결정적이었다.

2) 대통령과 부통령의 불확실한 위임 새롭게 당선된 케네디대통령이 추상적으로 차별에 반대할지라도 그는 그 문제에 대한 깊이 있는 감정적인 관심을 가지고 있지 않았다. 케네디는 그의 아일랜드계 이민 경험을 편견을 특별한 지원 없이 극복될 수 있는 증거로 보았다. 일부는 케네디는 처음에 외교문제와 경제적 문제에 관심을 가졌고 아프리칸미국인 생각은 단지 투표기간 뿐이었다고 암시하고 있다. 1957년 상원의원으로서 케네디는 공화당의 민권법안을 약화시키기 위하여 민주당 다수와 함께 투표했다.

따라서 1960년 선거 이후 케네디대통령이 그의 선거 공약을 무시하고 입법화하지 않는 것이 놀라운 것이 아니다. 그의 논리는 그러한 노력은 실패할 뿐 아니라 중요한 경제적 입법제정을 지연시킨다는 것이다. 케네디는 그의 권력을 대통령으로서 아프리칸미국인을 중요한 자리에 임명하고 연방고용에서 평등한 기회 제공을 확립하는 것에 사용하였다. 그러나 그는 절박감을 드러내지 않았다. 예를 들면 1962년 11월이 될 때까지 그는 연방 재정관련 기관에서 인종차별을 금하는 명령을 발하지 않았다. 그 명령은 그가 1960년 후보로서 "부러진 펜"으로 발하지 아니한다는 이유로 아이젠아워를 비난하던 것이다. 그리고 Ross Barnett 주지사(D-Miss.)와 George Wallace 주지사(D-Ala.)에 의한 노골적인 무시에 직면하여 비로소 케네디는 총사령관으로서 사법적 차별금지명령을 집행하기위하여 연방군을 사용하였다.

또한 대통령의 1960년 런닝메이트는 국가적 의제의 표시항목으로 민권에 대해 많은 열정을 표시하지 않았다. 존슨은 1948년 상원선거운동에서 트루먼대통령의 민권프로그램(인두세폐지, 반 私刑법, 고용의 비차별)을 "자유를 가장하여 경찰국가를 확립하기 위해 노력하는 익살광대극"이라고 불렀다. 영향력 있는 상원의원 Richard Russell(D-Ga.)과의 친교를 통하여 존슨은 1953년 민주당 상원의원의 리더가 되었다. 명백히 이념적이라기보다 야심적이고 기회주의적인 존슨은 시대의 정치적 필요에 의한 그의 의제를 채택했다. 1963년에 존슨

을 인종주의자로 보는 사람도 거의 없었지만, 그는 민권행동가로 평가되지 않았다.

3) 의회의 장애 의회에 제출된 모든 법안의 90% 이상이 입법의 미궁(로) 속에서 사망한다. 케네디대통령이 이전에 8년간 상의의원, 6년간 하원의원이었지만 그는 숙달된 입법 전략가는 아니었다. 1963년 6월에 그가 의회를 통하여 민권법을 인도할 수 있을지 의문스러웠다.

실제로 의회에 제출된 모든 법안은 처음에 숙고를 위한 위원회에 배당되고 그 위원회가 그것들을 리포트(보고서)할 때까지 투표에 부쳐질 수 없다[334]. 왜냐하면 위원회의 위원장이 위원회의 구성과 의제를 조절하여, 위원회가 법안을 숙고하는 것을 방해하여 법안을 효과적으로 죽일 수 있는 권력이 있기 때문이다. 위원회 의장직은 일반적으로 선임순위 기준에 의해 부여되고 민권법 심의 기간 당시에 영향력 많은 의장들은 남부와 남서부 주의 “일 당”출신의 선임의원이 되었다.

상원에서, 민권법입법은 법사위원회 관할에 속했다. 의장인 상원의원 James Eastland(D-Miss)는 민권법 죽이기로 악명 높았다. 하원에서도 상황은 마찬가지였다. 하원은 규칙위원회에서 거의 모든 법안의 본회의 이송여부를 결정하는데, 그 위원회를 이끄는 Howard W. "Judge" Smith(D-Va) 또한 민권법의 적이었다. 1957년 스미스의원은 단순히 워싱턴으로 떠나면서 민권법안 심사를 정지시켰다; 그는 근래 불타버린 버지니아에 있는 그의 헛간에 가볼 필요가 있었던 것이다. 하원의장 Sam Rayburn(D-Tex)은 스미스가 민권법에 반대하는 것으로 알고 있고 의장이 방화죄에 호소할 것을 결코 기대하지 않는다고 대답했다.

비록 민권법안이 위원회과정에서 살아남는다고 하더라도 그것은 상원에서 어떤 필리버스터를 맞이하게 된다. 상원규칙은 표결하기 전에 무한정한 토론을 허용하고 민권법 반대론자들은 1957년과 1960년 민권법 심의를 방해하기 위하여 그들이 법안지지자들로부터 엄청난 양보를 추출한 이 후에만 투표를 허용하는 책략을 성공적으로 사용했다. 필리버스터를 없애는 유일한 방법은 필리버스터가 육체적으로 기력이 소진될 때까지 허용하거나 토론종결권을 발동하는 것뿐이다[335]. 전자가 1957년 시도되었으나 실패했다. 반면에 후자는 상원의 역사에서 5번 성공적으로 종결되었지만 민권법안의 토론을 종결시키지 못하였다.

(2) 하원의 통과

대통령의 민권법안은 1963.6.19. 의회의 양원에 제출되었다. 그러나 그의 지지자들은 하원에서의 심사에 박차를 가하였다. 그들은 하원에서 장애가 덜 할 것으로 믿었다. 법안을

334) 제111대 의회(2009~2011) 하원 위원회는 20개의 상임위원회와 2개의 특별위원회 그리고 4개의 양원합동위원회가 있다. 상임위원회 명칭이 바뀌기도 하나, 농업, 세출, 군사, 예산, 교육노동, 에너지통상, 재정, 외무, 국토안보, 하원운영, 법사, 천연자원, 감독 및 정부개혁, 긃ㄱ, 과학기술, 중소기업, 공직규범, 운송 및 기반시설, 재향군인, 세입의 각 위원회가 있다. 김현우, 미국연방의회론, 한국학술정보(주),2009, 230면. 제109대 의회(2006~2007) 하원의사규칙의 원문과 번역은 국회사무처 의사국, 미국의회 의사규칙, 2007. 참조.

335) 현행 상원규칙 22조 2항에 의하면 토론종결은 상원의원 100명중 60명의 찬성으로 발동될 수 있다. 그러나 1963-64년 규칙에는 규칙이 상원의원 3분의 2이상에 의하여 토론종결이 되었다. 3분의 2 찬성은 토론종결을 통제하는 규칙을 포함하여 상원규칙을 수정하는 경우에 요구된다.

지지하는 강력한 기록이 하원에서 법안에 대한 다수의 찬성과 함께 발전된다면 상원에서 법안을 성사시킬 정치적인 동기가 발전될 것을 기대하였다.

1) 험난한 법안 작성(Writing a Bill the Hard Way)- 법사위원회(the Judiciary Committee). 하원의장 존 맥코맥(D-Mass.)은 H.R. 1750을 민권법안에 대해 관할권을 가지고 있는 하원법사위원회에 회부하였다. 위원장 Emanuel Celler(D-N.Y.)는 법안을 제5소위원회에 회부하였다. 위원장은 보통 반트러스트 사안을 다루는 이 소위원회에 회부하였는데, 그 이유는 민권옹호자들에 의해 조종되기 때문이다. 위원장은 셀러 자신이고 상위의 공화당원은 William McCulloh(R-Ohio)이고 더 이상 선임 남부의원은 없었다.

1949-53년과 1955년 이후 법사위위원장으로 오랜 기간 브루클린을 지역구로 둔 셀러는 의회의 민권 옹호자들의 지도자가 되었다. 1960년 선거 즉후 케네디의 공약에 바탕을 둔 민권법안을 제출했다.(법안은 대통령으로부터 지지를 받지 못하였을 때 소멸한다) 그는 케네디 대통령의 1963년 법안의 보증인으로 그것이 법이 되는 것을 보기 위하여 선발된 하원의원이었다. McCulloh의 오하이오주의 시골에 있는 지역구는 부르클린으로부터 떨어진 세계다. 그곳은 와스프(WASP[336])로서 보수적이며 아프리칸미국인의 인구비중은 2.7%이었다. 지역구에서 민권법제정에 관심이 없다고 하더라도 맥컬로의 대단한 인기는 그로 하여금 개인적인 입법의제를 추구할 자유를 허용하였다. 맥컬로는 확고한 원리주의자이고 그에게 소중한 원칙은 반차별주의이다. 맥컬로는 1957년과 1960년 아이젠아워의 민권법을 통과시키기 위해 열심히 노력했다. 1963년 1월 그는 그 자신의 민권법안을 제출했다. 맥컬로의 지지와 그가 가지고 올 공화당의 표들은 민주당의 분열 때문에 하원에서 성공하기 위하여 필수적이었고, 공화당원들은 힘의 균형을 유지했다.

셀러는 소위원회청문회를 독립기념일 휴회 전에 열려고 계획했다. 법안이 소위원회를 통과할 것으로 기대되는 무임승차는 첫 번째 증인 케네디법무부장관과 함께 장애에 부딪쳤다. 장관은 McCulloh의 초기 법안뿐만 아니라 John Lindsay(R-N.Y.)에 의해 제출된 법안을 알지 못하였고, 공화당의 민권법 노력이 민주당의 시도로서 민권법 쟁점에 당파적 이용으로 해석되었다는 것을 인정하는 것에 실패하였다. 소위원회의 공화당원들은 하원 의안 7152호가 당파적 기준이 된다면 법안을 폐기할 것을 위협하였다. 초기의 초당파적인 협조를 복구하기 위하여 행정부는 법무부차관보 Burke Marshall을 휴회기간동안 McCulloh와 협상하도록 파견했다.

Marshall은 오하이오 의원들이 대통령에 동의하나 McCulloh는 민주당이 민권법 쟁점을 독식하는 것을 허용하려 하지 않는다는 것을 알았다.(특히 행정부를 향하고 있는 민주당이 1957년과 1960년의 그의 노력을 침식하였으므로) 타협은 McCulloh가 두 가지 약속과 교환하여 그의 지지를 맹세하는 것에 도달했다. 첫째 행정부는 상원이 1957년 부통령 존슨이 다수당 리더였을 때 한 것과 같이 법안을 물먹이는 것을 허용하지 아니한다는 것에 동의한다. 이것은 McCulloh가 법안이 하원을 통과한 후 행정부가 받아들이기 원하는 의안 7152호에 대한 모든 변화를 상의한다는 것이다. 두 번째는 법안이 통과되었을 때 케네디대통령이 공화당에게 동일한 신뢰를 주어 이슈를 초당적인 노력으로 처리하는 것을 동의한다는 것

336) White Anglo - Saxon Protestant; 앵글로색슨계 백인 신교도로 미국 사회의 주류를 이루는 지배계급으로 여겨짐.

이다.

의회의 청문회가 진행되자 행정부는 6월과 7월에 1,600명이상의 이익집단의 회원을 만나 의안 7152호를 위한 공개적인 지지를 구축하는 운동에 관여하였다. 특별한 주의를 받는 곳은 노동계, 성직자 그리고 민권단체의 대표들이었다, 대통령은 특별히 열정적인 성직자의 로비에 흥미를 느꼈다. 왜냐하면 흑인과 노동자의 영향력이 작은 주들의 의원들에게 영향을 주기 때문이다. 반면에 행정부는 지나치게 열정적인 로비활동에 대해 경고를 하였다. 민권법 제정을 로비하는 74 개 기구들의 연합체인 민권지도자협회 위원들과의 미팅에서 대통령은 지나치게 야심찬 요구들에 대해 논쟁했다. 그러나 민권지도자들은 가능한 한 가장 강력한 법안을 원하였고 그러한 지지행렬은 제5소위원회 앞에 나타났다.

8월 2일까지 소위원회는 위 7152호에 대한 청문회를 22일간 가졌고 법안의 절충이 준비되었다. 법안의 최종적 심의는 위원회의 기안심사 회기이다. 여기서 수정안이 검토되고 법안들이 재작성된다. 케네디대통령은 Celler에게 그의 세금개혁안이 1월부터 질질 끌고 있는 하원의 세입위원회(Ways and Means Committee)에서 표결될 때까지 최종적인 법안 심사를 정지해달라고 요청하였다. 고도로 다툼이 있는 세금 감면은 대통령의 경제계획의 초석이었고, 법안이 제5소위원회에서 처음으로 명백해지면 케네디는 세입위원회의 남부위원들이 법안을 보복에 대한 목표로 사용할 것을 우려했다. 그래서 Celler는 1752호 법안의 실질적인 절충을 9월까지 연기하였다. 그동안에 입법에 대한 공적 압력은 증가되었다[337].

9월10일 세입위원회가 세금안을 통과시켰고, Celler는 7152호 법안의 절충을 준비하였다. 법무부차관 Nicholas Katzenbach는 Celler에게 McCulloh와의 합의에 따라 행정부가 따를 것으로 기대하는 전략을 준비하는 내용의 편지를 보냈다. 그러나 Celler는 보다 공격적인 접근방법을 추구했다. 그는 상원에서 1957년과 1960년 하원을 통과한 합리적인 법안에 물타기하는 것을 생각했다. 왜 이 시기에 훨씬 강력한 법안으로 시작하지 않는 가라며 타협이 아직까지 받아들여질 것인가? 게다가 공개적으로 강력한 법안 추진으로 Celler는 민권법단체들에게 영웅이 되고 법안이 필연적으로 약해질 때 그의 유권자들에게 점수를 따도록 하여 줌으로써 보수주의자들과의 친교를 아직 유지할 수 있을 것이다.

Bill McCulloh는 Manny Celler와 소위원회의 자유로운 민주당의원들이 대통령과 공화당 지도부와의 합의를 배반하며 행정부안의 거의 모든 타이틀을 강화시키려는 것을 불신하며 쳐다보았다. 변화들의 다수는 절차이다. Byron Rogers(D-Colo.)는 법무부장관에게 주나 지방공무원에 의한 차별을 다루는 민사소송에서 발안하거나 소송에 참가할 수 있는 권한을 주는 내용의 새로운 타이틀Ⅲ을 제안하였다. 다른 변화는 실질적이고 포괄적인 것이었다. Bob Kastenmeier(D-Wis.)는 타이틀Ⅱ를 확대하는 수정안을 제안하였는데, 그 내용은 공공숙박시설규정에 모든 사적인 업무- 로펌, 의료시설, 사립학교-를 포함하고, 방 5개 이하의 하숙집은 제외한다. 마지막으로 9.25. 소위원회는 의안 7152호의 약한 평등고용조항을 새로운 타이틀에 30페이지 수정안이 Peter Rodino(D-N.J.)에 의해 제안되었다. 새로운 장은 인종, 종교, 혹은 원국적을 이유로 한 고용차별을 조사하고 정지명령을 발할 수 있는 권한을 가진 평등 고용 기회위원회(EEOC)를 창설하였다.

---

337) 행정부가 민권법안을 보류하는 동안 민권단체들은 보다 강력한 법안을 위한 로비를 계속했다. 1963.8.28. 의회가 노동절 휴식을 위해 연기하자, 25만 명의 국민들이 워싱턴으로 행진을 하였다. 킹목사는 자신의 아이들이 피부색이 아니라 인격의 내용으로 평가받는 사회에서 살기 원하는 꿈을 이야기하는 연설을 하였다.

10월 2일 제5소위원회는 새로운 의안 7152호를 전체법사위원회에 보고하였다. 위 안에 대한 반응은 확연히 혼잡이었다. 열심히 로비하였던 민권법지도자들은 법안을 승리로 불렀다. McCulloh는 법안을 하원본회의에서 통과가능성이 없는 "쓰레기 들통"이라고 명명했다. 법안이 좌절되기를 바라는 법사위 남부출신의원들은 외관상으로 찬성하였다; 그들은 자유주의자들을 결합하여 소위원회에서 수정된 7152호 의안을 가결하였다.

하원소수당원내총무 Charles Halleck(R-Ind.)는 Katzenbach와 하원의장 MaCormack를 10월 8일. 만나 공화당은 강화된 법안이 하원본회의에 가는 것을 허용한다고 말했다. 그것은 자유 민주당의원이 법안을 약화시키는데 협조하지 않는다면 본회의에 가서 부결될 것이라는 것이다. 행정부는 즉시 공화당의 제안에 동의하였고 Celler에게 같이 가자고 설득했다. 10월 15일 법무부장관은 위원회 앞에서 약화된 변화를 추천하기 위해 증언했다. 10월 22일 첫 번째로 Roland Libonati(D-Ill.)에 의해 수정안이 제안되었다. 마지막에는 공화당이 다시 배신감을 느끼도록 Libonati는 취소하였다. 공화당의원들은 소위원회법안을 본회의에 회부하였다. Celler가 위원회를 하루 동안 연기하지 않았다면 동의는 쉽게 통과되었을 것이다. 상황은 혼란이었다.

행정부관리들은 Halleck과 McCulloh를 만나 공화당을 만족시키는 타협법안을 창출하기로 하였다. 대통령은 법안이 개정되어야 한다는 공화당의 요구에 동의했다. 새로운 법안은 공화당의 재수정과 행정부 법안을 조정하였다. 대통령과 공화당지도자는 타협된 법안이 소위원회 법안을 대체하기로 합의하였다. 남아 있는 모든 것은 받아들일 수 없는 소위원회의 7152호 의안을 보고하는 동의를 물리치는 것이었다. Halleck과 McCulloh는 민주당이 10표를 제공하면 공화당이 7표를 제공하기로 합의하였다. 대통령이 팔을 비틀고 Celler는 그들의 할당량을 채우기 위하여 당과 의장에 대한 충성을 호소하였다.

의장 Celler의 법사위원회 운영에 대한 능력이 쉽지 않아, 행정부는 그가 10월 29일 따라야 할 "6가지 처방"을 상세히 준비했다. 일단 일이 계획대로 진행되면. (1) 호명투표가 소위원회 법안을 보고하기 위한 미결동의에 채택되었다. 민주당의원들은 첫 번째로 전통에 따라 Halleck과 McCulloh이 그들이 스스로 하기 전에 민주당이 동의를 기각하기 위한 그들의 몫을 전달하는지를 보는 것을 허용하기 위해 소환되었다. Celler는 10개의 민주당 표를 모았고, Halleck은 동의를 기각시키기 위한 (그가 약속한 것보다 많은) 9개의 공화당 표를 제공했다. (2) Celler는 소위원회 법안의 첫 번째 문장 외 모든 것을 삭제하고 수정안으로 합의된 법안을 삽입하는 것을 동의하였다. (3) Celler와 McCulloh는 즉시 대체를 설명하고 Celler는 명령 이의의 점을 무시했다. (4) 전 과정에서 타협이 읽혀지자 하원의원 Rodino는 제안된 수정안에 대한 토의를 생략하는 선결발의를 동의하였다. 위원회는 20-12로 선결문제를 찬성했다. (5) 법사위원회는 타협대체안을 20-14로 통과시켰다. (6) 위원회는 7152 의안을 하원에 보고했다.

민권지도자들이 소위원회안을 잘라낸 행정부를 비판하였으나 위원회안이 행정부의 원안보다 확실하게 훨씬 강하였다. 예를 들면 타이틀Ⅱ(공공시설)은 광범위하게 숙소, 운동장과 경기장, 극장, 레스토랑, 카페테리아, 점심식당 그리고 주유소 등에서의 차별을 금지하였다. 타이틀Ⅳ(고용평등)은 EEOC의 재정(裁定)적인 권한이 제한되었지만 행정부의 약한 감시규정을 대체한 Rodino의 주요 내용이 남아 있었다. 대통령은 "광범위하고 공정한" 법안을 칭찬하였고, 행정부는 공공연하게 그 공을 민주당과 공화당에 돌렸다.

2) 규칙위원회에서 살아남기 11월21일 7152호 법안과 법사위보고서는 하원사무총장에게 전달되고 이어 규칙위원회로 전달되었다. 위원회로부터 보고된 각 법안은 의장토론을 지배하는 결의안(Resolution)이 준비되는 규칙위원회를 지난다. 매우 우월한 법안은 신속한 심사를 받는 조항에 더하여 위원회는 토론에 대한 총체적인 시간, 토론시간의 배분방법, 수정허용범위를 결정한다.

규칙위원회장은 종종 법안에 대한 실질적인 심사를 하고, 하원에서 심의하기 전에 탈락시키기도 한다. 불행하게도 규칙위원회 의장인 80살의 Judge Howard Smith는 33년간 하원에서 노동, 공공주택, 교육, 의료 물론 민권분야에서 진보적인 법안을 죽이거나 골자를 빼버렸다. 그의 영향력은 하원에서 가장 영향력 있는 의원으로서 명성을 가져왔다.

11월 22일의 케네디대통령 암살로 7152법안의 규칙위원회 상정문제는 존슨에게 떨어졌다. 국가의 도덕적 리더십의 장악을 위한 노력으로 존슨대통령은 케네디의 사망 후 즉시 의회 합동회의를 연설하였다:

케네디대통령이 오래 동안 싸워 온 민권법안의 조속한 통과보다 존경하는 케네디대통령을 더 기념하거나 찬양할 수 없다. 우리는 이 나라에서 평등권에 관하여 충분히 오래 토론하였다. 우리는 100년 이상 토론하였다. 지금은 새로운 장을 써서 법전에 표기해야 할 시점이다.

순교자인 대통령에 대한 사후 찬사로서 미국국민들은 점차 민권법안을 수와 열정으로 지지하게 되었다. 그러나 이러한 감정은 7152호의 운명을 쥐고 있는 Smith에게 전혀 감동을 주지 않았다. 남부의원들의 연기 작전에 따라 그는 법안에 대한 청문회를 거절했다.

스미스의 7152호에 대한 세 가지 절차적 선택이 가능하였고 각 방법은 법안 지지자들에 의해 시도되었다. 첫째로 하원규칙15조 하에서 하원 의원들(218)의 다수가 서명한 청원은, 법안이 위원회 제출 된지 30일만 지나면, 법안으로부터 규칙위원회를 포함한 위원회를 제거할 수 있다. 12월 9일 Celler는 그러한 해제청원을 가동하였으나, McCulloh과 Halleck이 그러한 과정이 위원회 절차에 반한다는 이유로 필요한 공화당 서명을 받는 것을 거절했다. (1931년과 1988년 사이에 해제청원이 540회 시도되었으나 46회만 성공하였다. 하원을 통과한 것은 19건이고 2건만 법이 되었다.)[338]

12월 11일 공화당은 두 번째 방안인 수요일정을 7152호를 상정하기 위하여 사용할 의사가 있음을 고지하였다. 하원 규칙 25조는 의장이 매 수요일 알파벳순으로 상임위원회를 소집하여 위원장이 하원에서 심사하기를 원하는 법안(이전에 위원회로부터 보고된)이 있는지 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 알파벳 순서상 법사위원회 이전의 11개의 위원회에는 남부위원에 의해 제출 된 6개가 있으므로 법안의 반대자들은 다른 법안을 상정하여 가능한 시간을 소진시키는 책략에 의해 쉽게 기각시킬 수 있다. 정당내의 분열 양상을 방지하기 위해 민주당 지도부는 수요일정 책략이 시도되기 전에 하원을 단순히 연기하였다.

세 번째 방법이 돌파구가 되었다. 하원규칙 11조는 위원회의 어느 3명의 의원이 위원장에게 법안 심사를 위한 미팅 소집을 요구할 수 있다. 미팅이 3일 이내에 예정되지 않으면 위원회의 다수가 하나를 예정할 수 있다. 규칙위원회 소속의 5명의 자유주의적 민주당원과

338) William Keefe & Morris Ogul, The American Legislative Process: Congress and the States 234(9th ed. 1997)

3명의 공화당원이 필요했다. 중추적인 투표권자는 규칙위원회 의원 중 소수자 멤버의 선임인 70세의 Clarence Brown(R-Ohio.)에 의해 조정되었다. 보수적인 Brown은 그의 친구이고 이웃인 의원 McCulloh과 민권법을 공유했다. Brown은 그의 친구 Smith에게 폭동을 유도하는 계획을 알렸고 그러한 대립을 피하기 위하여 청문회가 1964년 1월 9일 시작된다고 고시하였다.

1월 9일과 1월 30일 사이 하원규칙위원회는 의회의 40명의 다른 의원들로부터 증언을 들었다. 아무도 청문회에서 결과에 대한 어떤 영향이 나올 것을 기대하지 않았다. 그러나 그들은 남부민주당원들에게 법안에 대한 그들의 반대를 공표하는 장을 제공하였다. 1964년 1월 30일 규칙위원회는 7152호에 대한 토론을 감독하는 하원결의안 616을 11-4의 투표로 동의했다. 법안은 규칙위원회에서 하나의 수정도 없이 살아남았다.

3) 초당적인 하원승리 하원은 본회의에 상정된 법안 심사에 보다 형식적인 6단계과정을 따른다. 첫째, 하원이 법안의 규칙에 관해 논의하고 투표한다. 규칙이 받아들여지면 실체는 전원위원회에서 해결된다. 다음에 규칙에 따라 의원들이 수정안을 제안하고, 그것은 토론되어 기록에 실리지 않는 투표로 받아들여지거나 기각된다. 의원들은 다시 제자리에 착석하고, 만약에 5분의 1의 요청이 있으면, 채택된 수정안에 대해 기명투표를 할 수 있다. 소수당의원들은 법안을 위원회로 재위탁하는 동의를 할 수 있다. 마지막으로 하원은 전원위원회에서 수정된 법안에 대해 투표할 것이다.

1964년 1월 3일 하원의장 존 맥코맥은 신속한 심사를 위한 하원 616결의안 상정을 규칙위원회에 인식시켰다. 하원규칙 하에서 결의안에 대한 토론은 1시간 이내로 제한되고 각 당에 평등하게 분배되었다. Clarence Brown은 규칙을 지지하는 연설을 하였고, 규칙위원회 의원 William Colmer(D-Miss.)은 그것에 반대하였다. 구두투표과정에서 하원은 민권운동가들 공갈에 굴복당하지 않기 위해 Colmer의 항변을 무시하였고. 규칙을 승인하였다. 그때 하원은 전원위원회에 회부하였고 하원의장 존 맥코맥은 내려와 의사봉을 전원위원회 위원장으로 상정된 Eugene Keogh(D-N.Y.)에게 넘겼다.

규칙은 1752법안의 일반토론을 수정안이 5분 규칙에 따라 각 장마다 제안된 이후 10시간 이내로 제한하고 각 당에서 평등하게 나누도록 특정하였다. 이 규칙에 따라 모든 의원들은 수정안에 찬성하든, 찬동하든, 반대하든 5분 이내 의견으로 제한되었다. 나아가 법안지지자의 맹세를 교환하여 수정안에 대한 논의를 제한하지 않고, 법안 반대자들도 말 많은 정족수 요구와 관련된 절차를 정지시키지 않는 것을 동의하였다.

Celler와 McCulloh는 개회사를 했다. Celler는 극적인 표현으로 법안을 묘사하였다:

당신 앞에 있는 입법은 모두를 위하여 법 앞의 평등에 대한 헌법적 보장을 줄 뿐이다. 그것은 어떤 집단에게 차별을 주는 것이 아니다. 해야 할 것은 우리 헌법의 살아 있는 힘이 우연히 백인으로 태어난 사람들뿐만 아니라 모든 국민들에게 적용되도록 정의의 저울을 균형을 맞추는 것이다.

McCulloh는 7152법안을 연방입법과 헌법 하에서의 유효성의 필요를 설명하면서 간단히 논의하였다. 그는 "이 법안은 종합적이고 응용에 있어서 합리적"이라고 주장했다.

놀랍지도 않게 남부의원들은 매우 다른 시각에서 비난하였다. Edwin Willis(d-La.)는 예를 들면 법안을 “우리 공화국 역사에서 의회 위원회로부터 보고된 것 중 가장 철저하고 목적과 멀고 권력을 약탈하는 것”이라고 파악했다. Thomas Abernethy(D-Miss.)는 아래와 같이 더 나아갔다:

이 법이 제정된다면 공공장소에 자리를 잡고 하는 인종차별철폐 항의 데모, 무릎 꿇고 하는 데모, 드러눕기 데모, 서서하는 데모, 대량의 피켓 들기, 구호외치기, 워싱턴으로의 행진 그리고 소위 흑인혁명의 모든 다른 요소 등의 대변동을 촉진시킬 것과 이러한 모든 것은 발생되어 점차 커질 반대 혁명과 비교해볼 때 유치원의 운동회처럼 보일 것이다.

일반토론 10시간 후에 7152호는 하원에서의 마지막 시험 - 본회의 수정절차가 남았다.

McCulloh와 Celler는 이 마지막 과정을 조심스럽게 준비했다. 각자 회의장의 각 당의 사이드에 20푸트 길이의 테이블을 배치했고 그 위에 감동적인 다수의 자료를 모아두었다. 거기에는 각 장마다 법안의 방어가 들어있고, 법사위 보고서에 나타난 남부출신의 민주당소수파에 의해 표시된 견해를 반박하는 것과 기대된 수정안에 대응하는 내용을 담고 있는 법무부 준비의 긴 매뉴얼이 있었다. 본회의 리더들은 또한 법사위의원들을 각 타이틀의 특수분야의 전문가로서 책임을 부과하였다. 마지막으로 8명의 법무부 검사가 법안의 각 타이틀 중 하나를 의미하며 부차적인 지원을 위해 대기 중이었다.

Celler와 McCulloh에 의해 분배된 주요한 관심은 오랜 토론동안 본회의에서 수정안을 약하게 하는 것을 물리칠만한 충분한 의원을 확보하는 그들의 능력이었다. 전원위원회에서 있은 투표는 비기록이었으므로 투표자들이 어떤 내용의 투표인지 찾기 어렵고, 관심이 없는 의원들은 종종 투표를 건너뛰었다. 그래서 결정된 소수자들이 법안에 대한 실질적인 수정을 통과시키는 것을 충분한 법안 지지자들이 본회의에 남을 때까지 단순히 기다리는 방법으로 아는 것은 별난 것이 아니다. 그러한 상황이 발생하면 Celler와 McCulloh는 그들이 그들의 힘을 함께 모으려고 시도하는 동안 10분간 마지막 투표를 꼼짝 못하게 할 계획을 세웠다. 구두투표를 위한 의장의 소환에 반대하여 그들은 기립투표를 행사했다. 그래서 기립투표를 반대하는 20명과 함께 그들은 가운데 통로를 걸어 내려가면서 찬성과 반대로서 머리를 세는 투표를 행사했다. 이러한 지연전술과정 동안에 지지자들을 모을 수 있었다.

수정과정은 2월 3일 월요일 정오부터 시작되어 2월 10일 저녁 7시까지 장마다, 절마다 검토가 계속되었다. 그 주의 과정을 통하여 124개의 수정이 제안되고 논의되었으나 34개만이 전원위원회에서 인정되었다. 대부분은 Celler에 의해 제안된 12개를 포함하여 기술적인 교정이었다.

가장 중요한 수정은 7장의 범위를 확대하는 것이었고 그것은 다름 아닌 바로 Smith에 의해 지지되었다. 그는 고용결정을 위해 타이틀7장의 허용할 수 없는 리스트에 “성”이라는 단어를 부가할 것을 제안하였다. Smith는 민권법안을 남성과 동등한 여성 고용을 보증하는 법으로 바꾸기를 원하였다. 그래서 국가내의 모든 고용인, 노조, 정부기관 등에게 실질적으로 극적 영향력을 주어 법안이 지나치게 논쟁적이 되어 하원이 아니라면 분명히 상원에서 실패할 것이었다.

충격을 받아 당황한 Celler는 즉시 수정에 반대의견을 개진하였다. 반면에 McCulloh는

방관하였고 많은 민주당 자유주의자들은 수정에 반대하는 연설을 하여 Celler와 결합하였다. 그런데, 5명의 여성의원- Frances Bolton(R-Ohio.), Martha Griffiths(D-Mich.), Katherine St. George(R-N.Y.), Catherine May(R-Wash.), Edna Kelly(D-N.Y.)-들은 "이 미약한 평등 조각"을 지지하였다. 미약하나 겁나게 하는 "성"의 부가는 결코 이 입법을 해치지 않을 것이라고 St. George는 주장하였다. 남부의원들의 단결과 여성의원들의 지지 그리고 나머지 하원의원들이 흑인들의 평등권과 여성들의 평등권사이의 명백한 선택에 대해 희망없이 분열되어, Smith의 수정안은 168-133으로 통과되었다.

2월 10일 수정이 끝나자, 전원위원회가 해산되어 존 맥코맥은 의장석을 다시 찾고 의원들은 하원에서 다시 착석하였다. 위원장 Keogh는 수정된 7152호를 보고하고 다시 자리에 돌아갔고 의장은 과정의 마지막 3단계를 완수하기 위해 준비하였다. 그때가 저녁 7시였고 더 이상 그 사건을 연장하기를 원하는 사람은 거의 없었다. 어떤 실질적인 수정안에 대한 기록투표를 하기위한 시도는 충분한 지지를 받는데 실패하였다. 그리고 법안을 법사위원회에 재위탁하는 동의도 구두투표로 실패하였다. 결국 7152호의 통과여부를 가리기 위해 표결할 시간이었다. 호명이 끝났을 때 152명의 민주당원과 138명의 공화당원이 찬성투표를, 96명의 민주당원과 34명의 공화당원이 반대하였다. 민권법안은 놀랍게도 290-130으로 통과되었다. 이제 상원이다.

(3) 상원의 통과

하원을 통과하였다는 행복감은 잠깐이었다. 7152법안은 다음에 상원에 가야하고 상원은 1957년과 1960년에 민권법안을 희석시켰다. 법사위 상원의원 Eastland의 법사위는 본질적으로 (1963년 1월에 제출된) 행정부안의 상원 법안을 마지못한 청문회와 케네디법무부장관의 소환만으로 무시하였다.

그 때 상원에서의 전형적인 심사는 8단계 과정에 따랐다. 첫째, 법안은 처음으로 읽혀진다. 반대가 없으면 법안은 즉시 2독회를 한다. 2독회 후 법안은 다수가 직접 상원 의안목록으로 표결하지 않는 한 일반적으로 위원회에 보내진다. 4번째 단계는 위원회 심사인데, 하원과 마찬가지로 법안은 수정되거나 사장될 수 있다. 법안이 위원회 행동에서 살아남으면 상원 의안목록이 된다. 6번째 단계는 심리를 위한 법안 상정이고, 7번째는 상원의 무한토론 규칙에 의한 법안 심사이며, 마지막 단계는 3독회를 거쳐 위원회와 본회의 토론과정에 수정된 법안을 표결하는 것이다.

다수당 원내총무 Mike Mansfield(D-Mont.)는 단순한 전략을 가졌다. 첫째로 Mansfield의 법사위 위임을 피하고, 둘째로 불가피한 남부의원의 필리버스터에 대한 토론종결을 촉구하기 위한 67표를 확보하는 것이었다.

1) 가장 긴 토론의 개시. 1964년 2월 17일 월요일 하원법안 7152호가 상원에 도착했다. Mike Mansfield의 동의에 따라 일독회를 했다. 그러나 Mansfield는 상원에서 세법을 완결할 때까지 필리버스터를 연기하기 위하여 2독회에 반대했다. 세법안이 2월 26일 완결되자, Mansfield는 2독회를 위하여 법안을 상정했다. 그때 그는 법안을 상원의안목록에 놓기를 동의하여 법사위를 피하려 하였다. 상원의원 Richard Russell(D-Ga.)은 상원의 남부

진영 대표로서 즉각 반대하였고 소수당원내총무 Everett Dirksen(R-Ill.)과 다른 자들과 연결되었다. Dirksen은 민권법안의 Eastland의 법사위 위임에 관하여 Mansfield와 관심을 함께 하나, 그는 이와 같이 중요한 법안이 위원회 심사만이 제공할 수 있는 충분한 입법적인 역사의 가치가 있다고 느꼈다. Mansfield는 20명의 공화당의원에게 협조를 설득하여 Dirksen을 54-37로 깨고 7152호 법안을 상원의 미결 의안목록에 넣었다.

Mansfield는 7152호를 토론에 상정하는 그의 다음 동의를 상원이 농장법안에 표결한 이후까지 연기하였다. 이 2주간의 중단은 상원지도부가 다가올 전쟁을 위해 조직할 기회를 제공하였다. 법안에 대해 관할권을 가지는 위원회 위원장이 보통 논쟁 동안 기본적인 원내총무로서 선택된다고 할지라도 Mansfield는 Mansfield를 선출할 계획이 아니었다. 대신 그는 Hubert Horatio Humphrey(D-Miss.)를 민주당 상원원내총무로 선출하였다. 누구도 민권법 입법에 Humphrey보다 위임받지 않았다. 1948년에 민주당 정강에 강력한 민권법 강령항목을 위한 투쟁을 이끈 자가 바로 그다. 말 많은 Humphrey는 67개의 토론종결투표를 조직하는데 필요한 에너지와 소통기술을 가지고 있었다.

공화당 상원 원내총무는 Thomas Kuchel(R-Ca.)이다. Kuchel은 평판이 좋은 선택이었다. 왜냐하면 그는 보수적인 캠프에서 아직 인정되는 진보적인 공화당원이었다. Dirksen은 Kuchel을 지지하기 위한 다른 공화당원 7명을 지명하였다. 각 지역으로부터 당의 모든 분야 속의 움직임으로부터 정보에 근거하여 확신하는 대표를 선택된 자들이다. 상원의원 조셉 클락(D-Pa.)과 클리포드 케이스(R-N.J.)들은 제7장 고용평등을 포함한 논점들을 처리할 수 있는 상원의원들이었다.

Mansfield와 존슨의 주요한 관심사 중의 하나는 상원을 통하여 7152호를 통과시키기 위한 시련을 일관하여 그들의 원칙을 유지하기 위한 법안의 자유적 지지자의 능력이었다. 자유주의자의 비조직화는 지난 두 개의 민권법 필리버스터의 성공에 공헌하였다. 존슨은 Humphrey에게 장차 조직을 단결시킬 것을 촉구했다. “Hubert 자네는 지금 대단한 기회를 가지고 있다. 그러나 너희들 자유주의자들은 결코 구해내지 못할 것이다. 자네는 상원의 규칙을 모르고 자네의 자유주의자 친구들은 그들이 제안해야만 할 때 연설을 하지 않을 것이다. 자네는 지금 위대한 기회를 가지고 있다. 하지만 나는 그것이 회의들 사이에 빠지는 것을 두려워한다.” Humphrey는 도전을 받아들였다. 그는 매일 초당적인 회보를 계획하였다. 그 회보는 토론을 할 의원들에게 법안의 반대자들에 의해 원내에 제공된 논증을 반박하고 단결된 최전선을 유지하기 위하여 계획된 것이다. 민주당의 원내대표는 또한 남부의원들로부터 상원의 휴회를 막기 위하여 원내에 항상 충분한 상원의원이 있어야 한다는 것을 확신하기 위한 “정족수 의무” 체제를 발족하였다. 마지막으로 Humphrey는 법안의 지지자들과 함께 정규적인 전술적 회기를 계획하였다.

3월 9일 상원이 농장법안 심사를 끝내자 Mansfield는 7152호를 상원의 현안으로 만들기 위해 움직였고, 그가 알고 있는 동의는 남부 보수주의자들의 필리버스터를 초래할 것이다. 14일간 상원은 이 쟁점- 7152호를 통과 여부가 아니라 도대체 법안으로 심리할 것인가 여부-을 논하였다. 법안에 대한 즉각적인 심사를 위한 동의 이전에 Mansfield는 남부의원들을 만났고 이 사전 쟁점에 대한 필리버스터가 4일이나 5일을 끌지 않을 것으로 확신하였다. 그러나 논의가 질질 끌자 남부의원들은 단지 Mansfield가 심야회의를 소집하지 않을 것을 확신하기 위한 책략을 쓴 것이 명백해졌다. 3월 23일 Humphrey는 상원이 밤 10:15까지

회의를 하게 하였고 밤샘은 아니지만 오래지 않아 필리버스터들에게 무엇이 오고 있다는 느낌을 주었다. 그 다음날 지지자들은 상원이 민권법안을 처리하기 전에 어떠한 위원회 청문회 개최도 반대하였다. 남부의원들은 마지막으로 Mansfield의 동의를 처리하기로 결정하였다. 1964년 3월 26일 7152호를 의안으로 삼는 동의는 남부 민주당의원들의 반대에도 67-17로 통과되었다.

1964년 3월 30일 상원은 7152호의 장점에 관해 토론을 시작하였다. Humphrey가 인사말을 했다. 다른 필리버스터가 주변에 있어 서두를 필요가 없다는 것을 아는 Humphrey는 6명의 상원의원이 55페이지에 걸쳐 표현한 것을 3시간 반 동안 연설했다. Tom Kuchel이 이어 1시간 45분 동안 연설했다. 남부주의자들이 토론을 독점하게 하는 것보다 Humphrey는 처음부터 공격적으로 하기로 결정했다. 그의 팀은 12일 이상 본회의장을 지키고 상세한 법안의 각 장마다의 방어를 하였다. 상원의원들은 TV와 라디오 토크쇼에 출연하였고 대체로 언론과 공공에서의 법안의 지지를 유지하기 위하여 그들의 유권자들에게 정기적인 뉴스레터를 보냈다. 민권법안의 지지자들은 정치보다 상위에 있는 논점을 격상하고 정의의 넓은 개념을 나타내면서 법안의 도덕적 중요성을 강조하였다.

2) 오즈마법사의 구애(Wooing the Wizard of Ooze) 남부의 필리버스터는 4월 초 이후 토론을 지배하면서 1년 이상 끌 것처럼 보였다. Humphrey와 Kuchel이 토론종결을 위하여 67표를 집합시킬 수 있는가? 약 20명의 남부민주당원은 토론종결에 반대할 것이고, 대부분의 북동부와 중서부출신의 약 30명의 민주당원들과 12명의 자유주의적 공화당원들은 아마 토론종결을 찬성하였다. 토론종결을 위한 67표에 도달하기 위해 Humphrey와 Kuchel은 두 개의 그룹으로부터 25명의 찬성을 필요로 하고 21명의 보수주의적 공화당원과 17명의 서부와 변두리 주 출신의 공화당원.

토론종결 염원은 힘들었다. 결정적인 갈림표는 서부와 중서부의 인구가 희박한 주로부터 기대되었고, 보다 많은 인구를 가진 주들로부터 그들을 보호하기 위하여 전통적으로 필리버스터에 의존하는 주들로부터 나올 것으로 기대되었다. 이러한 상원의원들은 그들의 이익을 보호하기 위하여 필리버스터를 할 그들의 능력을 약하게 할 수 있는 투표를 주저하였다. 다른 상원의원들은 필리버스터가 상원입법활동의 본질적인 것으로 생각하고 원칙문제로서 토론종결에 반대하였다. 또한 토론종결을 반대하는 전통의 힘이 있었다. 1917년 이래 상원의 변함없는 규칙 속에서 형식적으로 절차가 변경되었을 때 토론종결은 단지 1번 성공적으로 종결되었다. 마지막으로 약간의 보수적인 공화당원들이 토론종결을 원한다고 하더라도 법안은 그들이 사실상 블록으로 투표할 필요가 있다. 소수당 원내총무 스스로가 법안의 정열적인 지지자가 아닌 한 가능성이 없어 보였다.

Dirksen이 100명의 상원의원 중 33명을 가진 소수당을 이끌고 있을지라도, 그는 상원의 다수당 원내총무 Mansfield와 의논하여 왔다. 29년의 경력을 가진 Dirksen은 미사여구와 묵직하고 감미로운 목소리로 결합된 용기있는 연설의 힘과 대부분 어려운 정치적 상황을 개인적 승리로 변화시키는 초인적인 능력에 근거하여 권력을 키워왔다. 전자로부터 그는 “오즈의 마법사”라는 별명을, 후자로부터는 “Old Doctor Snake Oil"라는 별명을 얻게 되었다.

공공연하게 Dirksen은 민권법안에 대한 그의 태도에서 모호한 자세(a Delphic pose)를 취했다. 1963년 케네디대통령의 법안이 제출되었을 때 Dirksen은 공공시설규정이나 혹은

공정한 고용 실무 규정에 의문을 표시했고, 8월의 마지막 무렵에 NAACP(전미유색인지위향상협회)의 대표에게 공공시설에 관한 장을 받아들일 수 없다고 말했다. 하원통과로 인한 계기와 법안에 대한 공공의 지지가 증가하자 그는 그의 태도를 부드럽게 했다. 11월 초기에 그는 Katzenbach에게 민권법안이 상원에서 투표에 회부될 것을 확신시켰다. 하원에서의 McCulloh과 Halleck의 법안에 대한 강력한 지지는 Dirksen의 지도자 역할에 강한 압박을 주었다. - Humphrey가 그를 압박한 기능. 공화당(GOP; grand old party-1880년 이후 공화당의 이명) 보수주의자의 지지를 모으는 Humphrey의 핵심 전략 중 하나는 이 전투의 스타역할을 Dirksen에게 주는 것이었다.

그 무렵 필리버스터가 진지하게 시작되자, Dirksen은 어떤 종류의 강력한 민권법안을 지지할 모든 가능성을 열고 있었다. 그러나 그의 지지는 최종적인 상품에 대한 Dirksen 고유의 보수성 각인이라는 정가표를 따르게 하였다. 상원이 법안 심사를 채택한 다음날 Dirksen은 상원의 공화당정책위원회와 그가 제안하고자 하는 수정안을 의논하였고, 그 다음날 공화당 간부회의에 참석했다. 1주일 후 그는 타이틀7을 약화하는 종합계획40을 발표했다. 수정안은 보수적인 공화당원을 기쁘게 하였으나 그의 당에 있는 영향력 있는 자유주의적 의원들을 격분시켰다. 자유주의자들의 반대로 Dirksen은 종합계획을 10으로 감축하였다. 4월 16일 Dirksen은 그의 10개의 수정안을 공개적으로 제출하였으나 패키지로 투표할 것을 추구하지 않았다.

4월이 늘어지자 Dirksen은 그의 수정안에 대해 충분한 초당적인 지지를 모을 수 없음을 알고 타협을 얻기 위해 대통령에 접근했다. 그는 4월 29일 대통령 존슨을 만나 행정부가 법안 약화에 협조하면 토론종결을 위한 투표에 22명 내지 25명의 공화당표를 제공하겠다고 제의했다. 이 접근은 험프리에 의해 예상한 것이고 좌우간 Dirksen의 지지의 불가피성으로 존슨은 유혹을 받아들이는 것을 거절했다. 아무런 타협도 없었다. 5월 4일 Dirksen은 Mansfield, Humphrey, 그리고 케네디법무부장관을 만나 7152호 법안에 대한 수용할 수 있는 적은 수정안을 짜냈다.

Dirksen은 공화당간부회의에 그의 협상을 설명하는데 그 다음 주를 사용했다. 그는 그의 안-민주당과 어울려 갈 수 있는 최선의 것-을 공화당상원의원에게 제시했다. 그의 수정안이 공화당자유주의자들로부터 너무 멀리 갔다고 공격당한 것과 같이 그의 최근의 수정안은 보수주의자들로부터 충분히 가지 않았다고 공격받았다. 소수당원내총무의 응답은 이미 공화당원들에게 그들의 소수당 원내총무를 따를 것을 촉구하는 것이 기정사실로 공개되었다. 간부회의에 따라 Dirksen은 입법의 시간이 왔고, 민권법의 통과가 도덕적인 명령이고 그것을 우연히 알게 되었다는 매력적인 보고서를 고지하였다. 빅톨 위고를 인용하여 Dirksen은 “어떤 군대도 그의 때가 왔다는 생각보다 강하지 않다”고 선언했다.

5월 26일 Dirksen은 하원법안 7152호의 자연스러운 수정안으로 “Mansfield-Dirksen 수정안”으로 알려진 656번 수정안을 상원에 제출했다. 민주당이 Dirksen에게 법문의 변화를 허용하여 그가 중요하게 법안을 재작성하였을지라도, 실제로 모든 변화가 표면적이고 지방과 주의 민권법 집행에 보다 큰 상징적인 인식을 시키고 본질적인 보호는 약화되지 않았다. Dirksen은 그의 법안을 ” 하원에서 우리에게 왔던 것보다 훨씬 좋은“ 것이라고 특징지웠다. 그러나 Humphrey는 약화된 법안을 지지하지 않겠다고 McCulloh에게 한 그의 약속을 지켰다고 결론을 내리는데 전혀 갈등이 없었다.

토론종결과 관련하여 지금 확실한 가능성을 가지고 법안의 지지자들- 대통령, 상원의 민주당지도자들, 상원의 공화당 지도자들 -은 다음 2주를 투표를 위한 지지 호소로 보냈다. 존슨대통령은 상원 민주당 의원들에게 로비하기 위하여 윽박지르고 유인하는 방법을 사용하였다. 그는 다수당 총무 존슨이 상원 위원회들에 비판적이라고 지명한 Howard Cannon(D-Nev.)및 민주당 주 예비선거 기간 동안 존슨이 지지했던 J. Howard Edmondson(D-Okla.)과 상의했다. 존슨은 법안의 원칙들을 단지 강조하였지만 그의 개인적인 관련은 그가 채점자로 불린다는 것을 나타내었다. 양 상원의원들은 토론종결에 찬성이었다. 3월 27일 알라스카에 강력한 지진이 발생하였고, 존슨은 즉시 대응하여 에어포스 투를 민주당 알라스카 상원의원인 Bartlett와 Gruening에게 제공하고, 주의 구호를 위해 7,750만 달러를 제공했다. 양 의원들이 토론종결에 대해 의심스럽게 판단되었으나 대통령의 신속한 정치적인 호의로 찬성 쪽으로 서게 만들었다.

Mansfield와 Humphrey는 중요한 서부의 민주당상의의원에 남부와 서부의원들 사이의 전통적인 이해- 민권법 반대와 교환하여 서부의 수(水) 계획에 대한 남부의 지지-를 혼란시키면서 집중하였다. 반면에 Dirksen은 토론종결을 위해 11명 또는 그 이상의 보수적인 공화당의원들에 집중하였다. 7152법안의 초점이 기본적인 것이 아닌 2차적인 연방간섭으로 이동하자 Dirksen은 보수적인 연합과 주의 반차별입법- 연방입법이 그들의 주에 조그만 영향을 미치는-에 관해 논쟁하였다. 그는 "링컨의 정당"으로서 공화당의 유산을 지적하여 그 임무를 수행하였다. 보수주의자들은 법안을 지지하는 종교지도자들의 도덕적인 열정에 영향을 받았다. 마지막으로 필리버스터 그 자체의 영향이 토론종결을 위한 압박이 되었다. 상원은 민권법안의 흠을 찾기 위해 12주를 사용하였고, 많은 상원의원들은 그 사실에 대한 공공의 관심이 가져오는 놀람을 느끼기 시작했다.

3) 의사방해 토론종결과 상원에서의 승리 하나씩 필요한 위임이 들어왔다. 6월 8일 Mansfield와 Dirksen은 토론종결을 발의했다: "우리들 서명한 의원들은(민주당27, 공화당11) 규칙 22조에 따라 법안에 대한 토론을 종결하는 것을 동의한다. ***" 2일 후 표결일이 왔다. Mansfield는 토론종결동의의 중요성을 설명하였고, 지치게 하는 Russell의 헌법의 정신과 명문에 반하는 법안에 대한 비난을 들었다. Humphrey에 의한 개략적인 설명 후에 Dirksen은 마지막 연설을 하기 위해 일어났다. 그는 그의 초기의 대리수정안을 대체하기 위해 전체법안을 위한 2번째 수정안인 상원수정안 1052호를 소개하였다. Dirksen은 "정부와 교육 그리고 고용을 분배함에 있어서 기회 균등의 시간이 왔다. 그것은 지체되지도 부인되지도 않을 것이다"고 강조하였다.

1964년 6월 10일 의사정족수는 형식을 갖추었다. 주지적인 뇌 마비로 말도 할 수 없는 Clair Engle(D-Cal.)을 포함하여 100명 모두 출석하였다. 점호는 각 의원의 마지막 이름을 알파벳순으로 하였다. Engle의원은 그의 표를 그의 휠체어에 앉아 그의 왼손을 그의 눈 쪽으로 가늘게 들어 올림으로써 행사하였다. John William(r-Del.)이 67번째 찬성표를 던졌다. Humphrey는 환희의 만세를 불렀다. 마지막 결과는 71-29로 요구표보다 4표가 더 나왔다.

534시간 이상의 계속된 토론, 58일간의 대치이후 상원 역사상 가장 오래된 필리버스터가

중단되었다. 토론종결이 민권법안에 대해 처음으로 성취되었다. 마지막 붕괴는 민주당44명과 공화당 27명이 찬성과 민주당 23명과 공화당 6명이 반대였다. 존슨과 Humphrey는 서부의 민주당원 21명 중 19명의 표를 취득하였고, Dirksen은 17명의 의원 중 16명을 확인했다.

의사진행방해토론종결이 의원들에게 법안과 제안된 수정안에 대해 60분의 비평으로 제한한다고 할지라도 하원7152호 법안에 대한 남부반대자들은 법의 진도를 늦추려고 할 것이다. 그들은 채택될 가능성이 없음을 알면서도 수많은 수정안을 상정하여 절차를 꼼짝 못하게 시도하였다. 그들은 모든 질문을 하고 긴 점호식 투표를 주장하여 업무를 다운시켰다. 그러나 그들은 8일만 지연시키는데 성공했다. 모두 115개의 수정안은 기각되고 106번의 점호투표를 통하여 2개의 수정안이 채택되었다.

1964년 6월 19일 케네디대통령이 의회에 민권법안을 보낸 지 1년 만에 상원은 7152호를 표결했다. 그 법안을 3번 읽고 사무총장이 점호를 하였다. 저녁 7:40 방청석의 환호에 맞추어 73-27로 Mansfield-Dirksen수정안인 7152호를 가결하였다. 법안은 민주당원 46명과 공화당원 27의 지지를 받았고, 거기에는 토론종결에 반대했던 4명의 상원의원이 포함되었다. 21명의 민주당원과 6명의 공화당원이 반대했다.

가장 중요한 것은 상원에서 가결된 법안이 2월에 하원에서 올라 온 것과 실제로 동일성이 있다는 것이다. 예를 들면 7장의 24개의 수정안 중 5개만 수용되었다. Dirksen의 변화를 감안하더라도 2월에 하원에서 온 법안보다 뚜렷하게 약화되지 않았다[339].

(4) 법안이 법이 되다

법안은 의회의 양원이 동일한 입법언어로 동의하지 않는 한 법이 될 수 없다. 상원이 하원의 1752호에서 많은 변화를 주었다면, 법안을 상원의 변화를 동의하는지 여부의 메시지와 함께 1964년 6월 27일에 하원으로 보내졌을 것이다. 언론의 합동발표에서 Celler와 McCulloh는 " 어떤 수정안은 법안의 목적에 진지한 침해가 되지 않는다. 우리는 양원 협의회가 치명적으로 이 법의 제정을 지연할 수 있다는 것에 한마음이다 "고 말했다. Celler와 McCulloh는 하원이 상원의 변화를 수용하기 거부하고 양원 협의회가 소집된다면 법사위원장 Estland에 의해 더 지연을 보장하는 상원의 협의회 참석자들이 선출될 것을 알았다. 협의회가 법안을 상정하더라도 남부주의자들은 상원에서 또 다른 필리버스터 기회를 가지게 될 것이다. 결국 가장 최선의 방법은 상원의 변화를 단순하게 받아들이는 것이었다.

개정된 하원 7152호는 Smith의 규칙위원회에 반환되었다. 이때 양 당의 국가적 협의가 다가오자 지지자들은 의장에 의한 시간끌기를 참을 수 없었다. 청문회 하루 만에 규칙위원회는 하원법안 7152호에 대한 상원의 수정안에 대하여 하원이 동의하였다는 표현과 함께 하원 결의안 789의 보고를 표결하였다. 규칙위원회도 또한 마지막 표결 이전에 1시간으로 토론을 제한하는 결정을 하였다.

---

339) 새로운 조항은 노동력에서 인종적인 불균형을 시정하기 위한 차별 고용 실무(차별금지조치)가 요구되지 않는다고 명기했다. 법원에서 소송하는 EEOC의 권위는 소멸되고, 조정노력이 실패할 때 가능한 민사소송을 위하여 법무부장관에게 사건을 이양하거나 사적소송에 위임할 수 있도록 위원회에 위임하는 규정으로 대체되었다.

7월 2일 하원은 하원결의안 789에 대한 심사를 시작하였다. Smith는 규칙위원회의 “천박하고 야비한 권력”을 단 1시간의 토론으로 제한하는 것을 비난하면서 15분간 연설하였다. 그러나 그는 “종은 울렸다. 수 분 내에 당신들은 모든 미국인들에게 압제를 가하는 기괴한 제도에 투표할 것이다”는 것을 용인했다. 그가 본 회의에서 양보하자 그의 남부 동료들은 갈채를 보냈고 Celler도 악수를 청했다. McCulloh는 자제된 태도로 종합적이고 공정하며 적절한 제정법으로서 1752법안의 승인을 추천하였다. 그가 자리에 앉자 하원은 기립박수를 보냈다. 마지막으로 Celler가 본회의에서 배당된 남아있는 6분의 사용을 요청하였다. 그가 마쳤을 때 하원은 또 다시 기립박수를 보냈고 그 시간은 무서운 Smith에 의해 이끌어졌다.

하원결의안 789에 대한 하원의 표결은 289-126이었다. 하원이 상원의 법안을 수용한 이후 McCormack의장은 7152법안의 공문서에 사인을 하였고 하원의 사무총장을 통하여 상원에 보냈다. 법안이 상원에 도착하였을 때 용무가 있어 상원임시의장인 Carl Hayden이 수정된 7152 법안에 그의 사인을 McCormack과 나란히 하였다. 이제 대통령의 사인에 의해 법이 될 준비가 된 것이다. 1964년 7월 2일 저녁 6시에 의회의원들과 시민단체 대표들이 백악관에 도착하여, 존슨 대통령의 간결한 평가 후에, 하원법안 7152호에 대한 대통형의 사인으로 법이 되는 것을 목격하였다. 하원법안 7152호가 마침내 “1964년 민권법”이 된 것이다.

수 일 후 존슨은 새로운 법무부장관 Nicholas Katzenbach를 만나 다음 민권법안을 위한 대통령의 계획을 의논하였다: “나는 당신이 고안할 수 있는 가장 거친 투표권법을 만들기 원한다.” 그가 1964년 법을 위한 전투 중에 Hubert Humphrey에게 “그래, 그래, Hubert, 나는 버스, 레스토랑, 다른 모든 것을 원한다. 그러나 더 이상의 핑계가 없는 투표권, 그것이 핵심이다. 흑인들이 그것을 얻었을 때, 그들은 동서남북 어디에서도 그들의 지지를 구걸하며 그들에게 굽실거릴 모든 정치인을 가지게 될 것이다” 말하였다.[340] 존슨은 몹시 낙관적이었고 (전형적으로 천연그대로이지만), 1964년 민권법이 단지 진실한 평등을 향한 시작이고 차별의 끝이라는 것을 인식할 만큼 기민하였다.

3. 민권법의 7편과 Griggs 사건[341]

(1) 사안 소개

인종, 성, 지역, 혹은 원국적에 기초한 직장 차별을 금지하는 내용의 민권법 7편은 42 U.S.C. 2000조로 편집되었다.

Griggs 사건은 민권법 제정 이후 전력회사에서 고용에서의 평등문제를 지적한 것이다. 제4 순회재판소에서 판결을 둘러싼 많은 논란이 있고, 나중에 대법원에서 다시 거론되는 판결이다. 쟁점은 회사 내부 승진 규정이 흑인들에게 불리한 것이 아닌가이다. 배심원의 다수는 회사가 학력이나 자격요건을 기준으로 직원 승진을 위하여 오래 전부터 실시해 오던 것은

340) 존슨은 성공했다. 1965년 의회는 강력한 투표권법을 채택했다. 그 법은 1970, 1975 그리고 1982에 개정되었고 연방민권법의 주요한 요소로 남아있다.

341) **Griggs v. Duke Power Company** United states Court of Appeals for the Fourth Circuit,1970 420 F.2d 1225

평등문제와는 무관하다는 것이다. 그러나 현실에 비추어 편법이 될 수 있는 것은 허용될 수 없다는 것이 반대의견의 요지이다.

(2) Boreman, 순회판사의 판결 요지

[배심원의 다수를 위하여 Boreman판사는 원고 세 명의 청구는 그들이 피상소인이기 때문에 비현실적이라고 선고했다. 나아가 Duke가 1955년 이전의 6명의 근로자에게 학위와 자격심사를 적용한 것은 7편을 위반하였고 그 이유는 이들 근로자들은 같은 기간의 백인 근로자들과 달리 취급되었기 때문이다. 1955년 이전에 백인들은 때때로 고등학교 졸업장 없이 다른 부서에 채용되어 승진되었다. 그러나 Boreman판사는 1955년 이후에 채용된 4명의 근로자의 청구를 기각하였고, Duke사의 학위와 자격심사가 7편의 의미범위 내에서 차별이 아니라고 하였다.]

외부에서 감독자를 채용하는 것보다 회사 내에서 감독자의 지위를 위해 그들 자신의 근로자들을 훈련시키는 회사내부승진체계를 사용하는 것을 지적하면서, Duke사는 그것은 고등학교교육을 제안하고 적어도 부분적으로 그의 근로자가 감독자 지위에 진입할 수 있다는 것을 합리적인 보증을 할 것을 제안하였다. 나아가 교육적이고 시험 요건은 적법한 영업목적에도 부합하고 또 그 심사가 미국법전 제42권의 제2000e-2(h)에 수록되어 있는 법 703조(h)에 의해 허가된 전문적으로 발전된 능력시험이므로 유효하다는 것을 주장하였다.

*** 이 요건은 순수한 영업목적을 가지고 있고 회사는 교육요건의 채택 이후에 채용된 흑인 근로자들을 차별할 의도가 없이 정책을 제안한 것은 합리적인 것이 명백하다. 이러한 결론은 단순히 지지되는 것이 아니고 실제로 다음과 같은 사실에 의해 강요된 것으로 보인다:

(1) Duke사는 오래 전부터 외부로부터 감독자를 채용하지 않고 내부 근로자를 승진시키기 위한 훈련실무를 확립하였다.

(2) Duke사는 1964년 민권법 통과보다 9년 전이고, 민권운동이 그러한 법 통과의 불가피성을 지시하는 동기를 모으기 훨씬 이전인 1955년에 교육조건을 확립하였다.

(3) Duke사는 원고들 자체의 허가에 의해 고용과 승진 그리고 이전에서 차별적인 술책을 계속 사용하지 않았다.

(4) 회사의 전문가 증인 Dr. Moffie는 그가 Dan강 공사를 감독했고*** 그는 고교교육이 고난도 기술로 분류되는 업무 완수를 위한 훈련, 능력 그리고 판단을 제공한다고 증언하였다.

(5) 교육조건이 채택되었을 때 그것은 역으로 경비원이거나 노동부에서 흑인과 같이 석탄 관리부에 있는 백인근로자의 승진이나 이전에 영향을 미쳤다.

(6) Duke사는 고등교육이나 그와 대등한 근로자들에 의해 초래된 비용의 상당부분을 부담하는 정책을 가졌다. 실제로 원고들 중 1인은 최근에 비용의 75%를 회사가 지불하는 그러한 동등한 것을 얻었다.

[법원은 학위요건이 7편 하에서 수용가능하다는 것을 판정하고 Boreman판사가 “전문

적으로 개발되었고” 703조(h)에서 수용 가능한 것으로 추정된다고 판정한 시험요건을 검토하였다.]

원고들은 시험은 703조(h)하에서 유효하기 위해서는 직업관련성이 있어야 한다고 주장했다. 평등고용기회위원회(EEOC)는 원고들의 관점을 수용했다. EEOC는 “*** 시험이 직업과 적절히 관련된다는 것과 적절히 확인된 증거가 없다는 이유로***” 시험이 위법하다고 평결했다. 1966.12.2. EEOC의 결정은 CCH고용실무지침 17,304.53으로 재인쇄되었다. ***

[Boreman판사는 법원은 Udal v. Tallman, 380 U.S.1,15(1965)를 인용하면서 법률을 집행하는 행정청의 해석에 “상당한 무게”를 주어야 한다는 것을 승인했다. 그러나 그러한 해석은 법원을 구속하지 않는다.] 우리는 EEOC에 의한 그러한 해석이 입법취지에 반하는 것이 명백한 경우에 유지되어야 한다는 원고들의 주장에 동의할 수 없다***.

703조(h)의 규정을 시험하는 것을 구체화하는 수정안은 상원의원Tower에 의해 변형된 모습으로 제안되었다. 그는 Motorola사가 관련된 사건에서 일리노이주 공정고용실무위원회를 위하여 청문심사관에 의해 행해진 근래 최근 판정에 관하여 관심을 가졌다. 심사관은 Motorola사가 직업 신청하는 흑인에게 적용한 고용 이전의 일반적인 지능테스트가 동일고용기회 신청을 부인하였다는 것을 발견하였다. 왜냐하면 흑인들은 문화적으로 박탈되거나 불리한 집단이었기 때문이다. 본질적으로 나중에 상원에 의해 만장일치로 받아들여진 버전과 같은 그의 원래 수정안 제안에서 상원의원 Tower는 다음가 같이 말했다:

“ 703조(h)의 능력시험규정이 되어버린 수정안은 고용자가 근로자의 입장에서 훈련가능성을 결정하기 위한 일반 능력과 지능시험을 주는 체제를 막기 위한 노력이다. 수정안은 Motorola FEPC사건에서 발생한 것에 대한 나의 관심으로부터 생겼다.***”

“우리가 이와 같은 언어의 채택에 실패한다면, 직업을 가지려는 사람의 전문적 잠재력이나 능력 혹은 훈련가능성이나 적응가능성을 결정하기 위하여 사기업과 정부에 의해 실시되는 다양한 종류의 근로자시험을 무효로 하는 영향을 가진 EEOC판정이 있을 것이다.” 1964.6.11. 110회 의사록 13492.

상원의원들 사이에서 토론 결과 나타난 것은 법안의 찬성자와 반대자들이 일반지능검사는 공정하게 관리되고 행해진다면 1964년 민권법에 의해 무효로 되지 않는다는 것이었다. 1964.6.11. 110회 의사록 13503-13505 참조.

7편에 속하는 “Clark-Case"해석 메모는 의회는 고용자의 선의의 일반지능과 능력검사를 무효로 할 의사가 없다는 결론을 강화시켰다. 메모에는 다음과 같이 기록되어 있다:

“ 7편에는 배경과 교육을 원인으로 어떤 집단의 구성원이 이 시험에서 다른 집단 구성원보다 더 나은 업무수행을 할 수 있다면 고용자가 선의의 자질 검사를 포기한다는 아무런 조건이 없다. 고용자는 그가 좋아하는 만큼 높은 수준의 기준을 설정할 수 있고, 그는 어느 지원자가 이 기준을 통과할 수 있는지 결정하기 위해 시험을 볼 수 있고 그리고 시험결과에 기초하여 고용하고 업무 배정하고 승진시킬 수 있다. 1964.4.8. 110회 의사록 7213.

[Tower 수정안이 표결에 붙여지자 Humphrey의원은 그의 채택을 강요하여 토론없이 통과되었다]

다. SOBELOFF, 순회판사의 반대의견[6명의 1955년 이전 근로자에 대한 유지명령에 의한 구제발부에는 의견이 일치하나 1955년 이후의 4명의 근로자에 대한 구제의 거부에는 견해를 달리함]

고용에서 인종차별의 형태는 우리가 다른 영역에서 목격한 것과 유사하다. 금지되었을 때 외적으로 나타난 것은 종종 보다 교활하게 포장된 중립성을 띤 제도에 의해 대체된다. 그러나 예전과 마찬가지로 같은 불공평한 효과를 작동시킨다. 예시된 것은 50년 이전에 대법원에서 이견 없이 폐기된 제도인 유권자등록에서 조부조항(Grsndfather Clause)의 사용이다[342]. 다른 예시는 그러지 않았다면 인종차별학교지역으로 재구분된 것을 무효로 하기 위해 학생전학 계획에 호소하는 것이다. 다시 실체가 없는 공평정대는 공격으로부터 기교를 보호하지 않는다. 연방대법원은 그 계획을 만장일치하여 거절했다.[343] 그것은 오래전부터 헌법의 원리로 인정된다. "차별의 단순한 형태 뿐 아니라 기교적인" 것도 금지된다.[344] 우리는 민권법의 집행을 같은 정신으로 접근해야 한다.***

제정법은 모호하다. 고용과 승진에 있어 공공연한 인종적인 차별은 [703조(a)(1)]에 의해 금지된다. 따라서 [아마 제703조(a)(2)]규정은 형식상 공정하나 실질적으로 차별적인 것을 금지한다. 또 백인에게 우호적이나 영업상 필요를 서비스하지 않는 "객관적" 혹은 "중립적" 기준들은 의심할 여지없이 불법적인 고용실무라는 것이 잘 정착되기 시작했다.*** 예를 들면 고용신청자가 특정 형태의 학교 다닌 것을 요구하는 것은 인종적으로는 중립적으로 보인다. 그러나 특정학교가 백인에게만 개방된 것이라면 게다가 고용자의 필요에 특징적인 중요성이 전혀 배우지 않았다면 어쩔 것인가? 그 조건이 무효라는 것을 아무도 의심하지 않을 것이다. 직업의 자격에 관련없고 흑인들을 불리한 입장에 두는 교육적 혹은 시험적 자격요건은 금지된다는 것이 EEOC의 경향이다.***

1645년 이래 노동부로부터 상대적으로 적은 승진율로 입증된 바와 같이 백인이 [승진을 위하여 Duke사가 부여한] 모든 기준들에 있어서 흑인들보다 월등하게 유리하다. 따라서 기준들이 직업상 성과와 중요한 관련이 없다면 이전을 위한 조건으로 사용되는 것은 부적절하다고 EEOC는 주장했다. 공격을 견딜만한 조건은 그 직업 혹은 근로자가 수행할 것으로 기대되는 직업을 위하여 필요한 특징을 평가하는 것을 보여주어야만 한다. 다른 말로 하면, 기준들은 "직업 관련적"이어야 한다.

[Sobeloff판사는 다른 법원에서 한 것과 같이 703조(h)에 관한 EEOC의 해석에 따라야 한다고 역설했다. 나아가 그는 특히 제정법적인 면제 하에서 보호를 확신하기 위하여 "전문적으로 개발된" 시험을 요구할 뿐인 Duke사의 관대한 접근과 비교하면 EEOC의 해석은 "비합리적이지 않고 탁월한 일반 상식"이라고 하였다.] 그러나 하나의 목적을 위하여 전문적으로 개발된 것은 다른 것을 위하여 그리 필요하지 않다.*** 대학입학시험과 같이 학문

342) Guinn v. U.S, 238 U.s. 347(1915)
343) Goss v. Bd. of Education, 373 U.S. 683(1963)
344) Lane v. Wilson, 307 U.S. 268, 275(1938)

적인 능력을 평가하기 위해 적절히 설계된 시험은 기계기술자 고용에 사용되었을 때 성적의 폭은 크다. *** 그 논점에 대한 나의 동료의 결정은 제정법의 명령을 침해하기 위한 내장된 초대를 포함한다. 고용자는 그의 차별적인 실무를 계속하기 위하여 백인에게 유리하고 실제적인 직업 자격과 관련 없는 어떤 시험을 선택하면 된다.***

[Sobeloff판사는 그래서 Motorola사의 입법적 대응을 심사하였다.] 그 사건은 백인들이 흑인보다 더 수행할 수 있는 정형화된 시험을 결코 사용하지 않는 것을 극단적으로 제안하였다. 그 결정은 영업상 필요가 그들을 요구할지라도 그러한 시험은 결코 정당화될 수 없다는 것을 의미하는 것으로 받아들여졌다.

이해할 수 있는 것처럼 7편은 Motorola 결정을 이끌어낼 수 있다는 의회의 항의가 있었다. [Sobeloff판사는 Boreman판사에 의해 앞서 언급된 Clark-Case 메모로부터 같은 언어를 인용하였다.] Motorola 논쟁의 문맥에 대해 읽어보면 Clark-Case 기술의 취지가 쉽게 나타난다. 고용자들은 자격을 결정하기 위한 시험의 사용을 금지할 수 없었다. "자격"은 어떤 것에 대한 자격을 의미한다. 상원의원들이 의미한 것을 합리적으로 해석하는 것은, 사건에 비추어 보면, 고용자가 신청자 그 직업에 적합하다는 것을 요구할 수 없도록 법에서 방해하는 것은 아니다.***

[Sobeloff판사는 상원의원 Tower의 수정안을 "어떤 개인이 관련된 특정한 사업이나 기업에서의 그의 고용과 관련하여 적당한가 혹은 훈련가능한가를 결정하거나 예측하기 위하여 고안된" 시험들을 단지 보호하는 것으로 기획된 것으로 인용하였다. 110 의회 의사록 13492(1964)(Tower수정안의 원전) Humphrey의원과 Case의원은 수정안이 예측가능하다고 반대했고, Case의원은 그것이 지나치게 넓다는 것을 걱정했다. "이 수정안이 입법된다면, 그것은 *** 고용자에게 그는 그것이 전문적으로 구성되어 있는 한 적절하든 아니든 간에 모든 신청자를 시험할 수 있다는 사실로서 표현된 절대적인 권리가 주어진 것이다." Id. 13504면 참조. 그래서 원래의 Tower의 수정안은 기각되었다. 13724면 참조. 상원의원 Tower는 그의 수정안을 Humphrey의원과 Case의원이 수용할 수 있도록 개정하였고, 개정된 수정안으로 통과되었다.]

[Sobeloff판사는 고용시험은 직업 관련적이어야 한다는 EEOC의 해석이 입법의 역사와 부합한다고 결론을 내렸다. 지방법원은 시험들이 직업 관련적이지 않다고 인정하였고, Duke사는 고교교육이 석탄취급과 같은 직업에 필요하다는 것을 입증하지 못했다. 그는 시험이 즉각의 승진보다 미래의 전망을 구분하기 위한 것이라는 Duke사의 주장을 기각했다. Sobeloff판사는 개별적이고 넓은 관점에서 불일치(반대)를 결정했다.

*** 회사의 기준은 외부인이 내부 부문에 진입하는 경우에 불공정하게 적용된다. 이 정책은 1955년 이전에 백인들을 위하여 사용된 느슨한 기준으로 덕을 보지 못한 사람들에게는 불리하였다. ***Dan River 공장의 역사와 병렬될 때 이것은 그 자체로 7편의 침해를 구성하기에 충분하다.***

[반면에 Duke의] 실무는 직접적으로 인종차별을 구성하지 않지만, 외부 근로자에게 불리한 정책은 기본적으로 흑인에게 충격을 준다. 이 효과는 공공연한 기준의 역사가 부서로 하여금 처음에 대단히 불균형적으로 만들게 한 이유로 가능하다. 그 결과는 1969년 7편 통과 후 4년 만에 Dan River는 실질적으로 1965년 이전에 한 것처럼 보인 것이다.

과거에 차별적으로 세워진 인종 유형으로 구축된 중립적인 상층구조가 7편 금지 내에 들

어왔다.***

이러한 잘못에 대한 구제는 전례가 없는 것이 아니다. 선거 소송에서 제5순회법원에 의해 발전된 "냉동"원리는 (보다 적절하게 말하면 반 냉동원리) 유사하다. 그 사건들에서 차별의 유형이나 실무는 투표명부에서 읽을 수 있는 모든 흑인을 배제하고 광대한 백인만 등록했다. 사법적 공격에 직면하자 당국은 그들이 더 이상 공공연하게 채용할 수 없다는 것을 알게 되었다. 그들은 대신 새로운 의심할 바 없이 공정하나 성가신 조건을 개발하였다. 그러나 기대된 바와 같이 주로 미등록 된 흑인을 배제시켰다.[이러한 이유로 5순회법원은 새로운 규칙을 타파하였고 대법원[345]도 동의하였다.

7편은 순수한 차별뿐만 아니라 "냉대 등으로 몰아내는 것"도 금지한다. 냉대는 자의적이고 실질적인 영업정당성도 없는 조건을 통하여 만들어진다. 백인들을 위한 1955년 이전의 규칙으로부터 이익을 받지 못한 자들에 대한 Duke사의 차별은 불법적인 내부로부터 흑인을 "냉대하여 쫓아내기"를 자행하였다.

(4) Griggs 사건에 관한 질문

NAACP 법적 방어 교육재단은 1955년 이 후 원고들을 위한 구제 거절을 대법원에 상고하였다. 피고들이 1955년 이전의 원고들에 대한 구제인정을 이유로 반대상고 할 수 있나? 당신은 EEOC가 원고들의 상고에 참가할 것이라고 생각하나? 대법원은 이 쟁점에 관해 어떻게 판단할 것인가?

당신이 마지막 질문을 깊이 생각한다면, Boreman판사와 Sobeloff판사로 나뉘는 쟁점을 고려하라. 일부는 제703조(a), (h)를 어떻게 읽느냐는 것과 Tower의 수정안(703(h))의 입법적 역사가 무엇을 만드는가와 같은 기술적인 쟁점이다. 그러나 인종적 정의의 다른 시각. EEOC에 대한 존경의 정도의 차이 그리고 7편을 집행하는 법원 기능에 대한 다른 시각 등 다른 두 의견에서 분리된 보다 큰 쟁점이 있지 않는가? 이러한 모든 차이는 제정법 과정에 대한 정치이론- 이제 우리가 들어갈 이론들- 과 관련이 있다.

4. 입법행위의 기술론과 규범론

Griggs사건은 7편의 진보에 관한 매력있는 이야기를 위한 출발점이다. 의회는 1964년 법을 제정되었다; 그 이후 10년 동안 법은 입법자들이 거의 상상하기 어려운 방법으로 발전했다. 제정법의 진보를 이해하기 위하여 입법과정이 어떠한지(서술이론)와 입법과정이 어떻게 작동되어야 하는지(규범이론)를 고려하는 것이 유용하다. Griggs사건에 있어서 2가지 의견을 다시 검토하라. 예를 들면 다른 판사가 Clark-Case 메모에, Tower의 수정안 원안에 대한 상원의 거절과 그것의 개정안 채택에, Tower의 수정안 원안에 대한 Case상원의원의 반대 그리고 EEOC의 지위에 귀착시키는 중요성을 유념하라. 이 사건의 해석은 해석자의

345) Louisiana v. U.S., 380 U.S. 145(1965)

1964년의 의회과정에 대한 서술적 그리고 규범적 전제에 의존하여 변화한다.

이 절에서는 우리는 3가지 이론적 접근방법에 의해 제공되는 통찰을 탐구한다: 이익집단 이론, 정치과정에서 조직된 집단의 영향력과 행동에 초점을 둠(Part A); 절차주의 이론, 법안이 법이 되는 과정에 초점을 둠(Part B); 제도이론, 광의의 정부구조에 초점을 둠(Part C). 각 이론은 의회 과정을 묘사하고, 각자는 또한 그 과정이 어떻게 기능하는지에 관하여 명시적 혹은 암묵적인 가정을 포함한다. 어떤 이론도 입법부, 입법자, 이익집단, 그리고 유권자의 복잡한 세계를 충분히 묘사할 수 없다. 학자들은 종종 다양한 관점으로부터 통찰력을 이끌어 낸다; 각자는 학생, 법관, 입법자 그리고 법률가들이 의회와 주의회에 영향을 주거나 혹은 입법 결과를 이해하는 것을 찾기 위하여 입법과정의 중요한 관점을 조명한다.

(1) 입법에 대한 다원론과 이익집단론(다원주의입법론과 이익집단론)

1) 다원론: 입법에 있어서 집단의 중요성.

입법과정에 관한 현대의 많은 이론은 연방주의자 논문에서 그 근원을 두고 있다. 보다 특정한다면 James Madison의 정치사상이다. 우리가 논할 이론적 접근의 3가지 모두 매디슨 원리와 관련되어 있다. 그가 정부의 제도 구축에 노력한 것과 같이 매디슨은 인간사회의 성향에서 출발했다. 그 성향은 어떤 공통의 충동이나 열정, 혹은 다른 시민의 권리나 영속하고 총체적인 사회의 이익에 반하는 이익에 의해 묵어지고 행동되는 시민들의 분파성을 포함하고 있다. Federalist #10. 반 연방주의자와 마찬가지로 매디슨은 분파는 반드시 통제되어야 한다는 것에 동의하였다. 그러나 매디슨은 정부는 분파와 사소한 사욕을 피하기 위한 교육을 시킬 수 있다는 반 연방주의자들의 관점은 거절했다. “ 분파(faction)의 잠재적인 이유들은 인간의 본성에서 시작된다” 그러므로 자유에 관한 받아들일 수 없는 한계로는 제거되기에 부족하다. 매디슨은 정부제도를 분파의 영향과 그들을 사회적으로 생산적인 방법으로 돌리는 방법들로 보았다. 우리들은 매디슨사상의 절차주의적이고 제도적인 관점에 관해 토론할 것이지만 잠시 분파의 개념을 살펴보자,

분파 혹은 이익집단에 대한 매디슨의 개념은 중립적이지 않다; 그는 분파를 공익에 “반하는” 공공의 이익에 의해 도출했다. 조직화된 이익의 기능을 강조하는 민주적 제도에 관한 현대 미국 이론가집단은 분파들에 보다 적극적인 관점을 가지고 있다. 이러한 사상가들은 다원주의적 전통에서 쓰고 있다. 예를 들자면 Robert Dahl의 민주주의 이론의 서론(A Preface to Democratic Theory)(1956)이다. 그들에게는 이익집단은 “하나 혹은 복수로 나누어진 태도에 기초하여 그들의 태도에 포함된 행동방식의 확립, 유지 혹은 고양을 위하여 사회의 다른 집단에 요구할 수 있는 어떤 집단”이다[346]. Peter Schuck은 보다 넓은 정의를 명료화했다: “특별한 이익들***은 경쟁적인 정치적 혹은 정책 목표를 추구하고 다른 것 들 중에서 하나의 주장적인 이익집단으로 널리 인정된 어떤 집단을 포함한다.”[347] 어떤 정의

346) David Truman, The Governmental Process 33(1951)

347) Peter Schuck, Against(and For)Madison: An Essay in Praise of Factions, 15 Yale Law&Pol'y Rev.553,558(1997).

하에 정당들은 이익집단들이다; 다른 이론가들은 주요한 정당과 다른 조직화된 단체를 구분한다.

다원주의는 상호 관련된 명제와 정의를 수반한다. ① 시민들은 정치행위를 위한 집단을 조직한다. 시민들은 "이익집단"의 형성을 위한 다른 의견과 다른 경제적 이익을 가진다. ② 이익집단정치학은 정치적 영향력을 수많은 정치적 요소로 퍼지게 하는 "다원주의"로 귀착한다. " 실제 권위는 분산되어 정부공무원 뿐 아니라 사회 내에 있는 사적 개인이나 집단에 의해 작동되는 경향이 있다. 게다가 권력구조는 분할되는 경향이 있다; 하나의 문제에 대한 권위는 여기에 있고 다른 것에 대한 권위는 거기에 있다. 이 모든 것은 명백하고 엄격한 계급적인 권력형태와 대비된다".[348] 대다수가 사적 혹은 자발적인 조직인 강력한 이익집단은 압제적이고 전제적인 정부에 대항하여 개인을 보호한다. 이러한 방법으로 분산된 다원주의 체제가 이기적인 분파들에 관한 매디슨의 견제사항 중 하나로 확대한다. 즉 한 집단의 야심이 다른 집단이나 정부 활동자의 야심을 견제하는 것과 같다.Federalist #10를 보라. ③ 정치는 투쟁하는 이익집단의 열망들이 해결되는 과정으로 개념화될 수 있다. 왜냐하면 한 이익집단의 대상은 종종 다른 집단의 비용에 의해 얻어질 수 있으므로, 집단들은 투쟁할 것이다. 국가는 그 투쟁을 규제하고, 실제로 정치체제는 이익집단이 지칠대로 싸우는 경기장 이다.

세 번째 전제는 특별한 주의를 요한다. 다원주의의 가장 융통성이 없는 모델인 정부관료들은 이익집단이 결국 무엇을 원하든 간에 단순히 법을 제정한다. 정책입안자들은 이익집단이 사적 협상에서 체결한 거래를 비준하는 고무도장이나 게임규칙을 집행하나 그 게임의 결과에는 관여하지 못하는 심판원에 다름 아니다. 낙관적 다원주의자들은 결론적인 정책이 공익을 잘못 인식하거나 반대일 것이라는 것에 관심이 없다; 대신 많은 그룹이 적극적으로 경쟁하는 정치적 환경은 합리적이고 잘 고려된 정책을 산출하는데 도움이 될 것이다. 부분적으로 합리성은 이익집단간의 관계 때문으로 귀착한다. 우리들 모두는 많은 이익집단에 속한다. 우리의 중복되는 회원제는 어떤 한 그룹의 극단주의에 효과적인 제한을 제공할 것이다. 부가해서 "다른 권력의 중심사이에서 일정한 협상은 결정을 위해 필요하므로 시민과 지도자들은 그들의 갈등을 단순히 하나의 도당의 이익이아니라 투쟁 중인 모든 당들의 상호이익을 위해서 평화적으로 다루는 귀중한 예술을 완성할 것이다[349].

우리의 다원주의체제는 모든 시각이 힘있게 그리고 설득력있게 강조되는 사상의 시장이다. 최상의 의견은 승리하고 최악의 것은 버려진다. 다원주의자들은 그룹은 그들의 구성원들에게 비례적인 권력의 정도가 있다고 주장한다.- 보다 크고 보다 일반적인 이익은 작고 특별한 이익을 능가할 것이다. 부가적으로 그들은 그들의 관점을 보유하기 위한 강도에 비례하는 권력의 정도와 보다 작은 그룹에 대한 영향력을 증가시키는 한 요소를 가지고 있다. Nathaniel Persily는 다원주의적 관점을 다음과 같이 설명하고 있다. '이익들'은 모두 평등하지 않다: 일부는 강력하게 느껴질 것이고 다른 것은 그만큼 약하게 느껴질 것이다. '민주주의'는 수학문제 이상이다. 특정의 후보나 지위를 좋아하는 사람들의 수는 정치시스템이 세기 위하여 필요로 하는 하나의 요소일 뿐이다. 성향의 강도도 또한 균형 속에서 재어야만 한다.[350]" 간단히 말해 이익집단간의 협상은 체제로 하여금 장기적인 균형에 도달하게 한

348) V.O. Key, Politics, Parties, and Pressure Group 9(1958)
349) Robert Dahl, Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent 24 (1967)

다. 그 균형은 많은 이익집단들에게 그들이 덜 신경쓰는 정책을 포기함으로써 신중하게 돌보고자 하는 하나 혹은 소수의 객관적인 정책을 제공한다.

다원주의 낙관론이 전제하고 있는 결정적인 전제는 모든 관점과 이익은 표현된다는 것이다. 혹자는 그러나 어떤 이익이 체계적으로 표현되지 않거나 혹은 어떤 그룹이 정책입안자와 그들이 지지하는 특정 관점과의 강도에 대하여 정확하게 소통할 수 없다면, 이익집단의 갈등과 관심에 대한 상호작용으로부터 나오는 정책을 검토할 수 있다. 이익집단 자유주의에 대한 초기의 비판에서 퍼지는 정치과정의 초과불일치를 언급했다. 저명한 회의론자 Elmer Schattschneider는 The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America(1960)에서 이익집단은 넓은 기초를 두거나 모든 사회적 이익을 표현하지 않는다고 주장하였다. " 다원주의자 하늘의 약점은 하늘의 합창은 강한 최상위의 강세로 노래한다는 것이다. 아마도 90%의 국민은 압력체제에 들어갈 수 없다는 것이다.*** 압력정치는 이익을 흐트러지게 하기 위해 나쁘게 고안된 선택된 과정이다." 소비자와 다른 보통 국민들의 이익과 같이. Id. at 34-35.

Schattschneider는 부분적으로 Smoot Hawley Tariff에 대한 그의 연구에 기초하였다. 후자는 공익에 대한 어떤 심사숙고보다 부유한 특별 이익집단에 의해 이루어진 거래결과로서 입법된 것을 발견하였다[351]. Kay Lehman Scholzman과 John Tierney는 이 관찰에 보다 강한 실증적인 기초-적어도 정치에 대한 어떤 관찰자에게 직관적으로 그럴듯한-를 제공했다. 그들은 "워싱턴에 있는 압력단체는 사업조직들에 따라 무겁게 평가된다.: 모든 조직의 70%는 워싱턴 현장에 있고, 그들의 52%는 그들의 고유 사무실에서 사업을 표현한다. 사업이익의 초과표현은 두 개의 다른 조직의 비용에서 발생한다.: 넓은 공익을 표현하는 그룹과 덜 유리함을 표현하는 그룹."[352] 이러한 숫자들은 얼마간 사업단체의 영향력을 시민단체에 비해 상대적으로 과대묘사할 수 있다.; 비록 시민단체가 Scholzman과 Tierney에 의한 워싱턴 대표부의 7%보다 적게 구성되어있지만, 그들은 모든 의회 증언의 거의 32%를 표현한다.[353]

The Logic of Collective Action(1965)에서 Mancur Olson은 Schattschneider의 논문에 정성을 들여 왜 어떤 그룹은 형성되어 정책에 영향을 행사하고, 왜 어떤 집단은 하지 않는가를 설명하는 이론을 제공했다. 입법은 공공재(public good)이다; 국가가 맑은 수로 혹은 안전한 고속도로를 제공하기로 결정한다면 사회의 모든 사람이 혜택을 볼 것이다. 그러나 어떤 개인이 그러한 법의 통과를 위한 어떤 개인의 노력은 그의 입법 가능성에 대해 극미한 효과를 가질 뿐이다. 그래서 합리적인 사람은 대신 다른 사람의 노력에 무임승차할 것을 선호하면서 정치과정에 전혀 참여하지 않을 것이다. 무임승차자가 입법과 새로운 법을 찬성하는 그룹의 로비에 의해 제공되는 공공재의 사용에서 배제되지 않는 한 그들은 집단에 참여하거나 시간과 자원을 사용할 동기가 없다. 모든 시민이 이 합리적 과정을 따른다면 아무도 대체로 공공에 이익을 분산시키는 입법 통과하도록 그들의 대표에 영향력을 행사하지 않을

350) Nathaniel Persily, Toward a Functional Defense of Political Party Autonomy, 76 N.Y.U. L.Rev. (2001)

351) Elmer Schattschneider, Politics, Pressures and the Tariff: A Study of Free Private Enterprise in Pressure Politics, as Shown in the 1929-1930 Revision of the Tariff(1935).

352) Kay Lehman Scholzman& John Tierney , Organized Interests and American Democracy 68 (1986).

353) Jeffrey Berry, The New Liberalism : The Rising Power of Citizen Groups 21-22(1999)

것이다.

Olson의 이론은 집단은 소수의 이익구성원이 있을 때 종종 형성된다고 예측한다. 그 경우에 각 구성원은 수요가 있는 법에서 그들의 참여를 정당화할만한 충분한 지분을 가지고 있다. 나아가 조그만 집단에서는 구성원들이 다른 사람의 행동을 감시할 수 있고, 게으름을 발견하고 징계하며 집단행동을 독려한다. 다른 케이스에서는 집단은 한 구성원이 정치행동의 모든 비용을 내부화해야만 할지라도 입법을 얻기 위해 활동하는 정부적인 이익의 큰 부분을 받기 때문에 형성될 것이다. 실제로 이익 정당이 그들의 정치전략의 하나로 이익집단을 형성하는데 중요한 자원을 소비할 수 있다. 홍보 정책이 보다 넓은 지지를 도출해낸다면 그것은 정치과정에서 보다 공정한 것이다. 예를 들면 엄청난 현대의 풀뿌리 활동은 지원을 받고, 어떤 범위 내에서는 잘 조성된 상대적으로 작은 집단-그들의 정책제안에 대중적인 신임장을 주기를 원하는 -에 의해 만들어진다. 이러한 집단형성 시나리오아래 소집단들은 대집단에 비해 유리함을 가지고 그들은 흩어지고 조직되지 않은 대중의 비용으로 목적이 된 이익을 얻기 위해 일할 것이다. Olson은 "소집단에 의한 위대한 '개척'의 놀라운 경향이 있다."고 결론지었다[354]. 다른 그룹은 그들이 성공적으로 구성원들의 참여를 강제하기 때문에 형성된다. 예를 들면 노동조합의 입법적이고 선거적인 영향력이 부분적으로 본질적으로 노동자들을 속하게 하고 그들의 활동에 참가하게 하는 그들의 능력에 기인한다.

Olson과 Schattschneider의 연구는 정치에서의 이익집단의 활동과 공공재에 나타난 소수자 이익의 위험을 이해하는데 필요하다. 그들의 저작은 분파의 위협에 관한 매디슨의 예측의 흠을 지적하고 있다. 민주주의에서 매디슨은 소수자를 억압하는 정치를 택할 수 있는 다수자 분파의 전제를 보다 두려워했다. 그는 경솔하게 그리고 부정확하게 Federalist #10에서 소수 분파에 대한 관심을 잊어버렸다.:" 만약에 분파가 다수보다 적은 수로 이루어진다면, 구조는 공화주의원리- 다수로 하여금 정규적인 투표에 의해 불길한 관점을 기각시킬 수 있는 -에 의해 해결될 것이다."우리가 입법과정에 관한 절차주의이론과 제도주의적 이론의 연구에서 논할 것처럼, 소수 분파도 다수 분파에 비해 조직적 유리함을 가지고 있을 뿐 아니라 그들은 정책대안의 논쟁, 행위의 특정과정의 선택 그리고 정책의 집행에서 우세하기 위한 정치과정의 관점을 사용함에 있어 정통하다.

Olson이 어떻게든지 해서 매디슨의 분파에 관한 관점을 완성하고 발전시키려하였지만, 그 스스로 완벽하게 만족할 만한 이론을 제안하지 못하였다. 대집단은 정치적 결과를 형성하고 영향을 준다. 집단행동의 논리 하에서는 그런 그룹은 소집단이 입법하려고 하는 이기적인 입법에 대하여 계산을 치르려고 조용히 잠복하여 있다. Olson은 대집단을 두 가지로 설명하였다. 첫째로 어떤 것은 비정치적인 이유로 형성되었으나 부산물로서 정치적인 활동으로 변한다. 이런 집단에서는 조직의 초기비용은 종종 정부정책에 영향력을 추구하는 사람들이 직면하는 최대한의 장애물로 이미 계산이 된다. 특히 이러한 현존 집단은 보다 특권층-카르텔, 노동조합, 농협, 독점회사, 과점회사-을 포함하여 편안하게 Schattschneider의 엘리트 합창단으로 만든다. 그러나 민권법 이야기에서 보는바와 같이 종교집단이 그들의 다른 활동의 부부산물로서 정치활동에 참가한다. 그들의 참가는 그런 그룹이 부유하거나 이익을 받은 계급들만이 아니라는 것을 시위한다.

---

354) Olson, The Logic of Collective Action,(1965) 35.

대집단은 또한 그들이 구성원들에게만 바람직한 선택된 이익을 제공한다면 형성될 수 있다. 예를 들면 집단은 생명보험, 여행의 할인, 저녁식사와 행사, 다른 좋은 상품을 그들의 구성원에게만 제공할 것이다. AARP(미국 은퇴자 연합)는 구성원들에게 약의 할인을 제공한다; NRA는 구성원들에게 탄환의 할인을 제공한다. 정치적 대집단을 이러한 종류의 선택적 이익에 기초하여 설명하는 것은 오히려 비설득적인 것으로 보인다. 자연 달력을 보다 싸게 구입할 수 있을 때 Sierra Club의 정치활동에 자금을 지원하여 달력을 얻는 행위를 왜 하는가?

사람들을 대집단에 참가하도록 자극하는 선택적 이익의 종류는 반드시 정치행위 그 자체와 관련된다. 따라서 어떤 공공선택이론가들은 집단행동의 참가는 구성원들에게 그들이 지는 비용을 정당화하는 의도적이거나 공공의 이익을 제공한다고 주장한다. 의도적 이익은 이념적이거나 쟁점지향적인 목표를 추구하는 구성원에 발생하고 조직된 집단의 부분으로서 보다 의미있는 객관적인 것을 추구한다. 공공이익은 구성원들에게 정치적으로 동기화된 희망의 만족을 포함하는 사회적 급부를 제공한다.

이러한 종류의 이익은 사회에서 가난하고 힘없는 자들을 대표하는 집단의 존재를 설명할 수 있다. 투표를 하지 않거나 정책입안가에 영향을 줄 수 있는 경제적 자원이 없는 자들은 권력을 빼앗긴 집단을 위한 정치적 활동으로부터 의도적인 이익이나 공공이익을 받는 자들에 의존한다. 부가적으로 그러한 집단은 아마 공공성을 통하거나 강렬한 이념적 성향에 의한 만족에 의한 비금전적인 개인적 이익을 얻어 조직비용이나 로비비용을 감수하려는 활동가에 의해 리드당한다. 그러나 이러한 이타적인 집단의 존재에도 불구하고 우리들은 그들의 이익 주장에 타인에 의존해야만 하는 개인들은 정치체제에서 대단히 불리한 입장에 처하고 이상적인 세계에서 얻을 수 있는 것보다 적은 이익을 취한다.

Olson의 비전은 불완전하다. 왜냐하면 입법자들은 때때로 조직화된 집단이 정치의제에 관심을 두지 않더라도 확산된 공적 관심에 주의를 할 것이다. 예를 들면 의회는 일반 대중(general public)에 이익을 주는 조항을 둔 환경입법을 제정한다. 그리고 Sierra Club같은 집단이 잠재되어 있을지라도 아마도 그렇게 할 것이다. 우리 모두는 입법자들이. 납세자들이 대부분 비조직화된 국민들이고 의회가 그 돈을 목소리 크고 조직화된 소수 분파에 목표로 된 이익으로 제공하는데 사용할지라도, 일반세율인상의 통과를 회피한다는 것을 안다. Olson의 독창적인 저작을 확대하기 위해 구성된 The Logic of Congressional Action(1990)에서 R. Douglas Arnold는 왜 입법자들이 일반 대중- 그는 부주의한 대중(inattentive public)이라 함-에 대응하는지 그리고 주의적인 대중이 구성하는 조직된 집단을 위한 입법에 모든 시간을 소비하지 않는지 설명하고 있다. 단순한 설명이유는 입법자와 대중사이의 선거관계이다. 의회의원들은 재선되기를 원하고 그들은 다음 선거에 투표할 많은 유권자, 부주의한 대중도 어떤 조건하에서 특정 쟁점에 분발될 수 있다는 것을 안다. 선거 때 보복을 피하기 위해 의원들은 무관심한 대중의 잠재적인 편향과 선거 때 유권자들이 그 편향에 초점을 맞출 가능성을 고려해야 한다. 그들의 제한된 주의가 주어진다면 무관심한 대중(nonattentive public)은 대단히 상징적이고 정치에 있어 실제 변화를 주지 않는 입법에 만족할 것이다.

다시 Arnold가 묘사한 구조는 의원들이 시민들이 가지고 있는 모든 공공의 성향이나 친밀성을 고려할 것이라고 확신을 주지 않는다. 대신 의원들은 다음 선거에서 쟁점이 투표에

영향을 줄 것이라고 믿을 때 대중에 영향을 주는 쟁점에 관심을 기울인다. Arnold는 시민이 투표장에 들어갔을 때 주어진 쟁점에 관심을 가질 가능성에 영향을 줄 여러 요소를 확인하였다. 비용이나 이익의 양이 시민들이 그것을 인식할 가능성에 영향을 준다; 그리고 비용이나 이익의 시점이 매우 중요하다. 왜냐하면 시민들은 더 나아가 인과관계에 영향을 주기보다 원래의 입법행위에 대한 정책의 직접적인 영향을 쉽게 추적할 수 있기 때문이다. 게다가 유권자의 다른 사람에 유사하게 영향을 받는다는 근접성은 유권자들이 쟁점에 주의를 기울일 것이라는 가능성에 영향을 줄 것이다. 아마도 가장 중요한 것은 비조직화된 대중은 선동가나 정책 기업이 선거일에 가까운 때 그들의 주의를 강제적으로 쟁점에 돌리게 할 때, 쟁점을 알아차릴 것이다. 정책기업가는 특정 쟁점을 정책 의제의 전면에 가져오려고 일하며, 행동을 위해 대중을 동원하는 개인이고 때때로 그러나 반드시 정부공무원이지 않다. 부주의한 대중의 양식에 쟁점을 상승시키는 정책기업의 예는 미디어나 정적이다.

2) 공공선택이론: 입법과정에 대한 화해(교류; transactional)적 시각

Schattschneider같은 경험적 저작의 학자와 고전 시장경제학이론에 부분적으로 바탕을 둔 공공선택이론가로 불리는 다원주의자 집단은 의원들이 선출되고, 활동하고 지위를 가지고 집합적인 결정을 하는 등 과정들의 작동을 설명하는 풍부한 학자군을 발전시켰다. 공공선택학자들은 경제적 모델을 정치적 현상과 의사결정에 적용한다. 정치인과 유권자들은 경쟁적인 선거시장에서 합리적인 효용극대화 과정을 한다고 고려된다. 공공선택이론의 저명한 관점 하나는 입법과정을 “실제적인 정치적 선택은 개인과 집단의 그들 고유의 이익을 조성기 위한 노력에 의해 결정된다”는 미시경제체제로 취급하는 모델들의 개발이다[355]. "기본적인 전제는 세금, 보조금, 규제 그리고 기타 정치적 도구들은 보다 영향력 있는 압력단체의 복지를 증진하곤 하였다.“ 373-374 참조. 종종 공공연히 규범적인 입장에 있는 낙관주의적 다원주의자와 비교하면 공공선택학자들은 그들의 방법론과 대상에서 보다 덜 규범주의적이고 보다 서술적이라고 주장될 수 있다. 그들은 그러나 전반적으로 서술적이 아니다. 예를 들면 그들은 종종 현존하는 제도적 정비를 비판하고 개인과 단체행동에 대한 그들의 가정에 기초한 변화를 제안한다.

경제학자들로서 그들의 전망에 따라 공공선택학자들은 정치적 시장으로 입법환경의 모형을 만든다. 이익집단은, 그리고 공공성에서는 보다 적은 영역에서, 입법의 수요자이다. 그들은 그들에게 정부의 부조를 제공할 수 있는 의원들에게 이익을 보낸다. 의원들은 법안의 통과를 거절하거나 집행부의 행정기관에게 광의의 의사결정권한을 위임할 수 있도록 하여 명백한 선택을 피하거나 혹은 명쾌하게 유형의 이익을 배분하여 수용에 대응한다. Olson의 Logic of Collective Action과 James wilson의 Political Organizations(1973)에 기초하여 Michael Hayes는 Lobbyists and Legislators: A theory of Political Market(1981)에서 입법의 거래이론을 단정하였다. 정치시장이 경제시장과 유사하다는 생각에 고무되어 Hayes는 여러 개의 다른 정치 쟁점을 위한 수요공급의 형태를 개설하였다. Donald Wittman, The Myth of Democratic Failure: Why Political Institutions are

355) Gray Becker, A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence,98 Q.J. Econ. 371,371(1983).

Efficient(1995)를 보라 (시장 유사를 사용하고 현행 제도가 곡공재를 극대화한다고 결론내림)

a. 정치시장에서 수요패턴 수요측면에서는 의원은 종종 어떤 주어진 쟁점에 대해 무수한 이익집단에 직면한다. 이런 그룹은 상호간에 동의하거나 부동의할 것이다. 합의상 수요형태는 비제로섬상황과 유사하고 투쟁적인 수요형태는 기본적으로 제로섬이다. 쟁점이 합의되면 쟁점을 걱정하거나 적극적으로 이익을 가지고 있는 자는 승자가 될 것이고, 반면에 투쟁적이라면 갈등의 해결은 물론 즉각적으로 승자와 패자로 구분될 것이다. 이러한 양분법은 비현실적이다. 제한된 자원의 세계에서 모든 정책은 제로섬이다. 왜냐하면 현재든 나중이든 어떤 사람이 그들에 대해 지불해야 한다. 결국 정부결정은 만약 정책입안자가 부주의한 집단이나 다음 선거에서 찍지 않을 집단에 비용을 전가할 수 있다면 자원의 제한에 의해 상대적으로 비제한적이다. 예를 들면 적자재정을 통한 정부이익은 아직 태어나지 않은 미래 세대의 납세자에게 비용을 부과하는 것이다. Danniel Shaviro, Do Deficits Matter?(1997)을 보라. 살아있는 유권자는 정부가 신용을 경쟁하므로 혹은 정부가 보다 많은 돈을 발행한다면 인플레이션에 의해 보다 높은 이자율로 침해를 받을 것이다. 그러나 이러한 비용은 시민들이 특정한 입법결정으로 추적하기 어렵다. 이러한 본질적으로 합의한 상황에서는 이익집단은 협조하고 그들 스스로 일반대중의 희생으로 이드을 취할 협상을 할 것이다. 이러한 이익집단의 행태는 소수이익이 다수 의원의 조직화된 유권자에 재화를 제공하는 법안의 제정에 협조하는 바와 같이 종종 결탁(logrolling)이라고 불린다. 이러한 종류의 법안의 예는 수백개의 이익집단을 위한 조세이익을 제정하는 조세법안들, 수백 개의 의회 지역구에 있는 프로젝트에 돈을 보내는 군사시설 법안 혹은 Schattschneider가 연구한 Smoot Hawley Act와 같은 관세법안 등을 포함한다.

이익집단이 형식적으로 조직된 범위가 입법수요에서의 효과에 대한 열쇠이다. 조직된 집단은 정치행위자에게 유용한 정보를 제공하고 의원들을 위해 보다 명백하고 간결하게 쟁점을 구축하는 경향이 있다. 우리가 배운 바와 같이 어떤 종류의 집단은 입법을 위한 시장을 잠재적으로 왜곡한 다른 집단보다 효과적인 조직의 장애를 뛰어 넘는 것에 성공하기 쉽다.

점점 더 시장의 수요측면은 제한된 시간에서 전형적으로 이익을 분배한 여러 집단이 함께 작업한 결합 속에서 활동하는 이익집단에 의해 특징 지워진다.[356] 그러나 어떤 결합은 상대적으로 영구적이다. 예를 들면 미국상공회의소(American Chamber of Commerce)나 제조업자협회는 실제로 작은 그룹의 결합체이다. 집단간의 조정은 의원들에게 정책의 옹호자들이 수많은 의회의 지역구로 뻗어져 있다는 것을 나타내고, 결합은 종종 그들에게 이대정당 제휴의 지지의 이점을 주는 초당파적이다. 물론 결합은 정복될 수 없는 것이 아니다. 결합이 보다 더 크고 광범위할수록, 결합은 구성원을 나누고 그 힘을 분산하는 책략을 할 소지가 많다. 이러한 형성적인 결합은 어려운 긴장에 직면한다. 한편 보다 큰 결합은 더 많은 영향력을 가진다. 왜냐하면 그들은 많은 자원을 부리고 보다 많은 의원과 관계를 유지하기 때문이다. 반면에 보다 큰 결합은 종종 이익들이 제휴되었으나 동질적이지 않은 집단으로 구성된다. 따라서 보다 큰 결합은 집단적인 행동문제에 직면하거나 혹은 타협이 입법과정을

356) Kevim Hula, Lobbying Together: Interest Group Coalitions in Legislative Politics(2000)

통하여 발전할 때 분열한다.

James Wilson은 이익집단 조직의 정도와 성질은 특정 정책으로부터의 비용과 편익 부담의 인식에 의해 결정된다. 유사하게 Theodore Lowi는 입법결과물수요자들 사이의 정치적 관계는“ 관련된 정책의 유형에 의해 결정된다. 각 정치적 유형에는 정치적 관계의 차별화된 유형과 유사하다”고 주장한다.[357] 정책의 비용은 모든 소비자에 의한 판매세와 같이 널리 분배되고 혹은 면허세와 같이 소집단에게 집중될 수 있다. 마찬가지로 이익은 국가안보와 같이 모든 사람에게 분배되거나 분할될 수 있고, 담배농부에 대한 주의 보조금과 같이 소수에게 집중될 수 있다. Wilson의 유형론이 Olson의 통찰력과 결합한다면 교류이론가들은 집중된 비용이나 편익을 제공하는 법안이 보다 적은 소집단에 영향을 줄 것이기 때문에 그들은 평균적으로 비용과 편익분배 측정치보다 더 많은 조직적인 활동을 자극할 것이다. 표 1-1은 이 모델을 적용한 것이다.

이러한 사분원은 정치적 기상도의 특성을 나타낸다. 4분원Ⅰ은 다수 정치학을 묘사한다. 어느 일방에 집단활동이 거의 없을지라도 어떤 시민의 대집단은 분배된 이익을 지지하고(예를 들면 환경집단은 청정공기입법을 지지함) 분배된 비용을 반대(건전한 경제를 지지하는 시민들은 증세를 반대하고 혹은 화합 결합(Concord Coalition)은 적자지출을 반대함)할 것이다. 4분원Ⅱ는 기업 정치학 모델이다. 조직된 이익은 입법탈선을 형성할 것이다.; 정책기업이 제안을 지지한다면 지지하고 무관심한 대중을 일깨우고 참가자에게 의도적이거나 공동적 이익을 제공하는 시민단체를 형성하는데 주도권을 가질 것이다. 의뢰인 정치는 이익집단이 활동하는 논제로섬게임을 결탁으로 제압하는 사분원Ⅲ에서의 합의이익집단활동을 묘사한다. 마지막으로 4분원Ⅳ는 과정이 구분될 수 있고 단기간의 승자와 패자 그리고 양자들잉 조직되고 활동적인 투쟁적인 이익집단정치학의 영역이다.

b. 입법시장에서의 공급측면. 공공선택이론은 “공익을 위하여” 투표한다는 입법가의 문구를 평가절하하는 경향이 있다. Morris Fiorina, Congress: Keystone of the Washington Establishment (2d ed.1989) 그리고 David Mayhew, Congress: The Electoral connection(1974)는 입법행태는 의원들의 기본적인 목표가 재선되는 것이라는 전제에 의해 최고로 잘 설명될 수 있다고 단정한다. 물론 입법행위의 극단적인 동기를 불문하고 재선욕구는 연구의 좋은 관점이다. 의원들이 임기의 한계에 직면하지 않는 한 재선은 다른 목표를 이루기 위한 필수조건이다. 달리 말하면 의원들은 정책이 국가이익이 된다고 믿거나 이익집단으로부터 이익을 받기 위하여 혹은 그들의 위치로 인한 공공성을 얻기 위하여 입법하기를 원한다고 할 수 있다. 그러나 이러한 목표를 달성하기 위하여 그들은 사무실에 남아있어야만 한다; 그래서 선거 연관이 최고의 관심사이다.

의원의 대다수는 이 선거연관에 효과적으로 반응하고 몇 번이고 당선된다. 현직의 이점이 조금 쇠퇴하더라도 아직 선거 성공의 강력한 예언자 중 하나이다.[358] 정치인이 그의 선택된 위치가 논쟁중인 쟁점에서 공공의 편에 서야하는 것을 요구한다면 그가 패배하지 않는다는

357) James Wilson, American Business, Public Policy, Case Studies, and Political Theory, 16 world Pol.677,688(1964).

358) Bruce Cain, the American Electoral System, in Developments in American Politics 37, 43-46(Gillian Peele, Christopher Bailey & Bruce Cain eds,1992)

것을 어떻게 확신할 수 있겠는가? Fiorina는 자제(편을 들지 않음)나 케이스워크는 갈등 중인 유권자에게 해로운 영향을 재선할 수 있다고 제안한다. 다른 교류이론가들은 대부분의 효과적인 반응은 의원들이 각 갈등하는 집단들이 이겼다는 부분을 믿도록 입법한다는 것이다. 그래서 갈등적인 수요패턴을 처리하는 의원들의 최고 전략은 갈등중인 집단들이 화합하도록 설득하는 것이다. 즉 의원들은 정책의 책임을 이익집단의 조종에 친한 행정기관에 위임하는 모호한 법안을 지지하거나 통과시킬 것이다. 포획이론은 행정법에 널리 횡행하고 있다: 행정청은 산업규제나 지배받을 이익의 도구가 되는 쟁점들에 관하여 정치적인 가치 선택을 하게 된다.

또한 Wilson의 유형론은 유용할 수 있다. 정책이 농축된 비용을 부과한다면 의원들은 가능한 한 아마 식약청이나 환경보호처와 같은 규제행정청에 비용부과를 위임하면서 책임을 회피하려 할 것이다. 규제된 이익은 그의 상급조직이 규제하는 기관을 포획하고 그 정책을 전복시키는 것을 허용할 것을 바라면서 그 결과를 수용할 것이다.[359] 비록 비용이 분배된다고 할지라도 다수결정치학과 같이 의원들은 직접적이고 결정적으로 행동하는 것을 조심한다. 예를 들면 청정공기법의 케이스는 일반적인 세율인상을 통해 자금이 마련된다. 무관심한 대중은 즉각적이고 세금에서 얼마간 비용적인 증가는 의원들에게 돌아가고 유권자들은 공기의 질에서 어느 정도 증가된 것을 인식하고 정화된 공기와 특정 입법사이의 관계를 만드는 경향보다 그들에 반대하여 투표한다. 이익의 집중과 비용의 분산의 경우에는 의원들은 주의깊고 조직화된 대중 특히 그들이 비용부담자들이 비용을 인식하지 못하거나 제정법의 목적에 관한 공공지향적인 반 진실에 속을 수 있다고 그들이 믿는다면 유권자의 격노를 감수한다. 이와 같이 의뢰정치영역에서는 의원은 종종 친숙한 이익집단에게 자기 규제 혹은 분배적 이익으로 보상했다.

표1-2는 교류적인 공급모델을 나타낸다. 당신이 다양한 4분원에서 이익집단의 동태를 공부한 바와 같이 1964년 민권법이 어디에 해당하는지 자문해보라. 그들의 고용과 승진실무를 변화하기 위하여 요구되는 기업들은 그들이 집중된 비용에 종속한다는 것을 믿는다. 반면에 그들의 고객 관점에서 팽창하거나 혹은 그들의 가난한 잠재적인 근로자를 확장하기를 원하는 남부의 기업들은 그들이 그러한 지역의 뿌리깊은 인종주의 규범의 침해 없이 통합되는 것을 허용하는 입법을 선호한다. 이익집단에 관한 다른 면은 무엇인가? 우리가 알다시피 법안을 찬성하는 종교적인 조직은 이미 조직화되었고; 그들의 정치적인 활동은 상대적으로 싼 부산물이다. 왜냐하면 조직의 초기비용은 지출되었고 지지자금을 모으는 것과 인적자원을 동력화하는 구조는 잘 확립되었기 때문이다. 정부의 내외부에 있는 정책기업은 많다. 반면에 차별당하는 흑인과 다른 집단들은 상대적으로 사회에서 힘이 없지만, 그들은 특히 존슨대통령이 후속적으로 강한 투표권법의 제정에 성공한 이후 조직과 선거결과에 영향을 줄 잠재력을 가지게 되었다.

c. 입법의 교류 모델의 의미: 매디슨의 악몽. 표 1-1과 1-2에서 개발된 교류모델은 불완전한 정치시장의 결과에 대한 상당한 비관주의를 제시한다. 일면에서는 공공요소는 특별한

359) Peter Aranson, Ernest Gelhorn, & Glen Robinson, A Theory of Legislative Delegation, 69 Cornell L. Rev.1(1982)

이익에 편익을 집중하는 법령에 너무 많은 돈을 쓰는 경향이 있다. 반면에 그들의 비용은 일반에 분배하고 종종 대중이 기대하지 않는다. 거기에는 특정 이익과 일반 세금구조 속에 결탁하려는 명백한 경향이 있다. 왜냐하면 의원들은 중요한 집단에 보조금으로 즐겁게 하고 그 결과로 낭비하는 것에 대한 비난을 피하려 한다.

반면에 공공요소는 공공지향적인 즉 편익을 널리 분배하는 법령(하부구조프로그램, 상법전, 효과적인 형법전)을 너무 적게 공급한다. 의원들은 종종 그러한 법에 적은 관심이 있다. 왜냐하면 그것들은 다음 선거 때 표를 믿을 수 있게 생산하지 못하기 때문이다. 대중들이 이 법령들을 인정한다고 하더라도 많은 경우 의회가 수요를 모른다는 것이 가능하다. 왜냐하면 무임승차자문제가 효과적인 조직을 배제하기 때문이다. 이 문제는 4분원Ⅱ에서 심각하다. 왜냐하면 집중된 비용의 제정을 통하여 편익을 분산하는 규정은 강하고 조직된 반대에 직면할 것이다. 그 반대는 정책기업이 창조할 수 있는 얕은 지지보다 우월하다. 이러한 법의 어떤 것, 중요한 연방형법전은 폭력과 범죄가 유권자들에게 현저할 때, 의원들을 격려하여 이러한 제안에 시간을 소비하고 종종 기본적인 상징인 입법을 통과시킬 만큼 매력적인 정치적 청산을 산출한다.

이 분류는 입법과정을 개선할 것 같은 개혁을 제안한다. 왜냐하면 그것은 시장의 실패와 동등한 것을 증명하는데 도와주기 때문이다. 예를 들면 다수결주의와 기업영역 내의 입법이 공공재와 더 일관성이 있으나 이익집단의 활력 때문에 불충분하게 생산되는 경향이라면, 개혁은 이익이 조직된 집단에 의해 잘 표현되지 않은 권한 있는 국민을 강조할 것이다. 대안적으로 우리는 무조직자들의 옹호자로 봉사할 수 있는 대리집단과 관련이익을 확인할 것을 제안한다. Julie Roin은 주와 지방정부의 연방자금에 의해 비행지불이 되지 않는 연방의 명령에 대한 반대가 확산된 납세자 집단의 이익을 보호한다. 납세자는 그러한 명령을 보다 높은 주와 지방의 세금이나 감소된 서비스를 통하여 지불하고자 한다.[360] 혹은 우리가 불충분하고 사지향적인 입법이 이익집단행위가 투쟁적이고 비협조적일 때 그런 상황이 조금만 나아질 것이 보이면, 우리는 입법과정이 이익집단이 제한된 자원 내에서 경쟁할 것을 요구하는 구조를 추구할 것이다. 패배자가 보다 명쾌하게 확인할 수 있도록 이법과정을 구성하는 것은 이러한 입법이 통과하는 데 보다 어렵게 할 것이다.[361]

3) 다원주의자나 공공선택론에 대한 비판

공공선택이론에 의해 제안된 교류이론이 우리 정치행태의 전망을 괴롭히는 것을 고려할 수 있다. 사실 공공선택이론의 서술적인 전망과 다원주의의 규범적인 전망은 논의의 여지가 있다.

입법과정의 공공선택이론은 지난 십년동안 정치과정의 지나친 간소화와 제도적 풍요의 재건 실패를 이유로 계속된 공격을 받고 있는 중이다. Fred McChesney는 입법의 경제적 이론과 경제규제에 비중을 두는 자들이 정치가들이 이익집단에 입법적 선을 보내는 것 외에

360) Julie Roin, Reconceptualizing Unfunded Mandates and Other Regulations, 93 Nw. U.L.Rev.351.375-80(1999)

361) Elizabeth Garrett, Rethinking the Structures of Decisionmaking in the Federal Budget Process, 35 Harv. J. Legis.387(1998)

그들의 사무실로부터 이익을 얻는다는 것을 간과한다고 언급하고 있다.[362]

경험적인 연구는 자금과 조직이 항상 영향으로 변화되지 않는다면서 공공선택 비판의 기초로 제공하기도 한다.[363] 대신 이익집단의 영향력은 상황에 의존한다. 첫째로 이익집단은 새로운 정책의 시행보다 입법의 저지에 성공적이다. 둘째 이익집단은 보다 대중적으로 두드러지지 않고, 좁고 기술적이고 비당파적인 쟁점으로 잘 인식되는 쟁점들에서 종종 성공한다. 셋째 집단은 그들의 지위에 동정적인 기관들의 의사결정을 정하기 위해 일하거나 그들이 그들의 이익에 사용할 수 있는 절차를 가진다.[364]

공공선택은 통계적인 전망에서 비판을 받는다. 대부분의 학자들은 선택이 정치적 활동에 독립적이고 그 이전이라고 전제한다. 경제적인 용어, 다원주의, 특히 공공선택을 사용하는 것은 선택이 내생적이라는 것보다 외생적이라고 보는 경향이 있다. 이러한 가정은 비현실적이다, 우리는 정치적인 영역이나 다른 경우에 구체적인 이슈에 대해 우리가 생각하고 느끼는 것에 영향을 많이 받는다. 1964년 민권법 제정과정에서도 마찬가지다.

(2) 입법에 대한 절차주의 이론(절차적 입법이론)

절차주의자들도 제임스 매디슨을 그들의 창립자로 본다. 대개 분파 문제의 해답은 정부 설계에 있기 때문이다. 매디슨은 대표의 부패 가능성을 인정하고 충분히 많은 대표들과 광범위한 유권자들이 피선된 대표들의 부패를 최소화한다고 주장했다.

연방주의자 #51에서 매디슨은 다른 보호 전략으로 정부 기관들의 견제와 균형이론을 설명하였다. 양원제의 설치와 선출시기 등을 충분히 고려하였다.

1) 거부관문: 법안이 반드시 통과해야 할 절차적 관문

서술적으로 거부권의 존재는 소수자들이 입법을 방해하거나 아니면 대안으로 못 쓰게 만든다. 민권법의 제정과정에서 남부주의자들의 방해를 피하기 위해 엄청난 노력을 하는 데, 그 과정에서 이익집단이나 국민들에 호소하게 된다.

규범적으로 거부관문의 존재는 Griggs 사건에서와 같이 제정법 해석자들에게 입법의 역사에 관심을 가지게 한다. 위 사건에서 모든 판사들이 그들의 해석이 필리버스터로부터 도피하여 법안을 만들게 한 보증과 일치하기를 원하였다.

2) 자유이론: 법률은 제정되기 어려워야 한다.

헌법의 아버지들이 헌법에서 양원의 동의와 대통령에 대한 제시 등을 요구하게 한 것은 부적절한 입법을 방지하기 위한 것이다. 소수의 좋은 법을 놓치는 것에 의해 발생하는 손해는 소수의 나쁜 법을 방지함으로써 발생하는 이익에 의해 충분히 보상된다는 것이다.

---

362) Fred McChesney, In Money for Nothing:Politicians, Rent Extraction, and Political Extortion ,2~3(1997)

363) Jeffrey Berry, The Interest Group Society, 226~33(3d ed.1997)

364) Neil Komesar, Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy(1994)

3) 공화주의 이론: 절차의 심의가치

대부분의 입법을 방해하는 것보다 절차를 통하여 공공재를 만든 것이다. 이 절차주의적 관점은 공화주의이론과 일치한다. 이러한 이론들은 연방주의자 논문들에서 영감을 얻는다.

(3) 제도적 입법이론

1) 제도적 관점의 소개

신제도주의 혹은 적극적인 정치이론이라 불리는 정치이론의 본체는 공공선택이론의 전통에서 자라고 경제학자에 의해 개발된 게임이론의 영향을 받는다. 제도주의 이론가들은 고유의 것으로 매디슨의 전통을 주장한다. 매디슨과 같이 그들도 행위의 제한과 형성을 할 제도적 구조의 중요성을 강조하고, "균형"과 "평형"에 의해 결과를 평가한다. 정치적 결과가 다양한 의사결정자에 의존한다는 것이 가장 중요하다. 대표제도도 재선거 때와 직접 민주주의 구조를 통하여 유권자들의 반응을 고려하게 해야만 한다. 제도주의의 예기된 반응이란 것이 열쇠다.

2) 헌법 제1조 7항의 게임

헌법 제1조 제7항(양원제와 제시)에 의한 절차적인 요건은 순차적인 게임으로 특징지워질 수 있다. 모든 선수들이 그들의 고유의 선택을 반영하기 원하지만 그들의 선택이 헌법구조에 의해 요구되는 바와 같이 다른 선수들과의 협동을 보증하기 위해 조정되어야만 하는 것도 알고 있다.

3) 법률의 이행 게임

제도적 게임이론의 진전된 결과는 제정법 제정에서 반드시 제정법의 집행을 고려해야 한다는 것이다. Griggs사건에서 선수들이 대단히 불완전한 정보를 가지는 경우임에도 불구하고 제4순회법원의 사정도 기대된 반응 게임으로 분석될 수 있다.

5. 민권법 타이틀Ⅶ: 해석상의 쟁점과 정치이론

여기서는 제정법 해석의 중요한 주제를 소개하고 법리적이고 정치이론적인 쟁점들이 풀 수 없을 정도로 엉켜있다는 것을 보여줄 것이다. Griggs사건에 대한 1970년대 초 문제의 해결을 위한 상세한 정치적인 이유를 제공한 대법원판결과 소수자 피고용자가 제대로 대표되지 않은 것을 시정하기 위하여 고용자가 차별철폐조치에 가입하는 것을 민권법 제7편이 허용하는가 그리고 Rehnquist 법원이 Griggs사건을 재방문하여 격렬한 회오리 바람을 일으켜 신속히 의회의 입법으로 취소하는 결정을 소개하고 있다.

Ⅱ. 대표 이론과 대표의 구조

1. 대표이론(Theories of Representation)

(1) 의의

대표에 관한 이론적 해명을 우선 할 필요가 있는데 이런 대표의 이론을 가지고 입법과정과 법령해석의 문제에 이런 이론적 프레임을 관련시킬 수 있게 된다. 누가 입법부에서 봉사하기에 적합하고 어떻게 대표는 선택되어야 하는가? 그리고 입법부에서 대표의 적합한 역할은 무엇인가? 이런 모든 질문들에 대한 분석은 대표이론(Theory of Representation)이다. 그런 이론은 기술적인 설명 이상이어야 한다. 왜냐하면 법의 정당성은 부분적으로 국민의 신탁의 정도에 의존하거나 반대로 시민과 그들의 대표 사이의 관계에 의해 야기되는 선거민의 소외의 정도에 의지한다. 대표이론의 세 가지를 살펴본다.

자유주의 이론(liberal theories)은[365] 시민을 협력적 목표를 도달하고 그들 사이의 차이를 해소하기 위해 정부를 필요로 하는 합리적인 존재로 본다. 모든 시민은 자신의 목표를 추구하는 고도의 자유를 가지고 법에 의해 설정된 한계에만 복종하는 자율적인 인간이다. 법의 정당성은 적어도 부분적으로는 그것의 절차적 계통에 의지한다. 그것은 시민에 의해 선출된 대표에 의해 채택되고, 시민들의 각자는 동일한 선거권을 가지고 입법부에서 자신들의 입장과 제안들을 강하게 요구하면서 이익단체(interest groups)를 조직할 권리를 가지고 있다. 상호적으로 시민들은 법을 준수하고 적법하게 수립된 절차를 통해 법에 있어 어떤 변화를 모색할 수 있는 의무를 가지고 있다. 가장 단순한 자유주의 이론 아래, 대표는 집단적 대리인(collective agent)으로서 그 선거민들의 이익을 추구한다. 입법은 대부분의 관련 이익들이 충족될 때까지 다른 이해관계들을 반영하는 대표제 대리인(representative-agents)이 교섭하고 상호 협상하는(logroll)[366] 하나의 절차이다. 일련의 거래와 협상을 통해 충분한 협력이 결집된다면, 입법은 채택될 것이다. 그 때 입법은 단지 다수의 대표들의 선호를 결집시킨 결과이고 그 대표는 단지 그들의 유권자의 다수의 선호를 그대로 반영한다.

공화주의 이론(Rupublic theories)은[367] 시민을 덜 자율적이고 더욱 그들을 둘러싼 공동

---

365) 자유주의이론(Liberal theories)은 Hobbes, Locke, Bentham, Madison, 그리고 Mill로부터 형성된 사고로부터 연원한다. Arthur Bentley, *The Process of Government*(1908); Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*(1956); David Truman, *The Governmental Process*(1953)와 같은 미국 저자들의 고전적 설명들이 여기에 해당한다. 또한 Henry Hart, Jr. & Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*(1959)을 보라. 공공선택이론은 자유주의의 환원 형식이다. James Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*(1962); Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*(1957). 자유주의의 보다 더 최근의 설명들은 뉴앙스와 유연성에 대한 잠재력을 보여준다. 예를 들면, Robert Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy*(1982); Amy Gutman, *Liberal Equality*(1980); John Rawls, *Political Liberalism*(1996); John Rawls, *A Theory of Justice*(1971).

366) 예를 들면 B가 원하는 댐건설에 대해 A가 지지하는 대신 B는 A가 바라는 담배보조금을 기꺼이 지지하는 방식이다. 투표거래는 A나 B 누구도 어떤 프로젝트가 가치 있지 않다고 생각하더라도 발생할 수 있다.

367) Arthur Maass, *Congress and the Common Good*(1980); Philip Pettit, *Rupublicanism: A Theory of Freedom and Government*(1997); Gordon Wood, *The Creation of the American Republic*, 1776-1787(1969); *Symposium on Republicanism*, 97 Yale L.J. 1493(1988). 회의적인 설명을 위해서는 Daniel Rodgers, *Republicanism: The Career of a Concept* , 79 J. Am. Hist. 11(1992).

체에 의해 영향을 더 심하게 받는다고 보는 경향이 있다. 자유주의의 단순한 버전과 대조적으로, 공화주의(republicanism)는 국민이 정부와 법에 의해 구성된다고 주장한다. 개인의 선호는 고정되어 있지 않고, 다른 상호작용과 경험에 의해서 뿐만 아니라 입법과정의 숙고과정에 의해 형성되는 내재적인(endogenous) 것이다. 기껏해야 법은 다른 사람들로부터의 폭력으로부터 시민을 보호하는 것만이 아니라, 또한 적극적인 인간 번영의 기회를 만들어낸다. 그런 번영은 다시 시민들을 입법형성 과정에 활발하게 참여하도록 고무한다. 시민들은 그들이 공동체의 혜택을 누릴 수 있었기 때문에 법을 준수할 의무를 부담한다. 정당한 지시는 공익을 고려하는 숙고과정 후에 대표에 의해 채택되지만, 법의 정당성은 절차적 정의뿐만 아니라 실체적 보장에 의존한다. 입법자의 선거민은 바로 공공의 선이고 그의 역할은 국민을 위한 수탁자(trustee)로서 숙고하는 것이다.

이렇게 자유주의와 공화주의를 이분법으로 과도하게 설명하지만, 자유주의는 발전하는 선호(evolving preferences)를 허용하고 이기적 해결로부터 공익을 고려하는 해결을 구분하는 숙고에 의지하는 대표이론을 정립할 수 있고 정립하고 있다. 공화주의자들도 시민자치를 인정하고 안정시키고 단기적으로 일정한 선호를 외생적인(exogenous) 것으로 취급하는 대표이론을 정립할 수 있고 정립하고 있다. 대표이론의 가장 탁월한 이론가인 Hanna Pitkin은 자유주의와 공화주의를 종합하는 기초를 제공하였다. 그녀는 "대표하는 것이란 대표되는 자들에게 반응하는 방식으로 그들의 이익 안에 행위하는 것을 의미한다."고 주장하였다.[368]

이런 두 개의 철학적 전통의 다른 종합을 상상할 수 있고 제3의 이론그룹에 의해 영향을 받은 것이 그것이다. 비판이론(critical theories)은[369] "대표"라는 말이 사회적 구조물(social construct) 이상의 무엇에 이른다는 것에 대해 회의적이다. 자유주의에 의해 강조된 이해관계는 정치과정의 산물이고 이는 공화주의자들에 의해 강조된 공공의 이익과 숙고이다. 자유주의의 입장과 달리 시민들은 비자율적(non-autonomous)일뿐만 아니라, 그들의 정치적 참여와 숙고는 공화주의 구상을 침식하면서 복종의 구조와 담론에 의해 영향을 받는다. 대표의 사회적 구조물은 불확실하고 역사적으로 설정되었다. 비판이론가들은 개인의 대표(자유주의) 또는 공공의 번영(공화주의)보다는 집단의 대표에 더 초점을 맞춘다. 그들의 입장에서, 대표제의 훌륭한 시스템은 현재의 정치를 포함해야 한다: 역사적으로 복종을 받았던 그룹들의 구성원들(전통적으로, 흑인들 그리고 여성들, 아마도 게이와 빈곤층)은 일정한 결과에 영향을 줄 수 있도록 충분한 수의 대표가 입법부에 있어야 한다. 비판이론에 따르면, 적어도 인종과 성에 따른 입법가들의 이질성은 정당한 대표를 위해 필요하다. 소수의 관점을 이해하는데 무능력한 백인만의 입법부는 소수자 선거민의 이익을 대표하는(자유주의) 입법자의 능력 또는 숙고의 과정에서 그들을 고려하는 입법자의 능력을 약화시킨다.

(2) Hanna Pitkin의 대표이론(The Concept of Representation, 1967)

368) Hanna Pitkin, *The Concept of Representation* 209(1967).

369) 이런 입장의 학자들을 보면 다음과 같다: Lani Guinier, *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness and Representative Democracy*(1994); Melissa Williams, *Voice, Trust, and Memory: Marginalized Groups and the Failings of Liberal Representation*(1998); Iris Young, *Justice and the Politics of Difference*(1990).

Pitkin의 대표이론은 위에서 살펴본 대표이론과 관련을 갖지만 반드시 어느 하나에 정확히 매칭 되지는 않으므로 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

1) 기술적 이론(Descriptive theory): 대표는 큰 집단의 축소판으로 여기는 입장이다. John Adams에 이하면, 대표제 입법부는 다수 인민의 정확한 재현(exact portrait)이어야 한다고 주장하였다. 재현적 대표개념은 강력한 선거구(constituency)를 요청한다. 또한 기술적 이론은 비례대표제(proportionate representation)를 선호한다.

2) 대리인 이론(Agency theory): 대표는 그를 선택한 사람의 대리인(agent)으로 여겨질 수 있다. 완화된 형태에서는 선거민이 대표의 지위에 있었다면 선거민이 행동하리라고 생각하는 대로 대표가 행동할 것을 요구한다. 다원주의자(pluralist) 민주주의이론은 대리인이론과 같은 완화된 버전에 의존한다. 대리인이론은 빈번한 선거를 선호하는데 대표자는 그의 선거민에 의해 주기적으로 심사될 수 있게 된다.

3) 신탁 이론(trusteeship theory): Madison과 같이 공익의 수탁자(trustee)로서 대표의 역할은 일시적이거나 당리적인 고려보다는 나라의 진정한 이익을 구별할 수 있는 그들의 지혜를 통해 여론을 정화시키고 확대한다. 일반적으로 정부에 대한 공화주의이론(Republican theories)은 입법자를 공익을 숙고하는 수탁자들로 여긴다. 신탁이론은 똑똑한 사람을 고르고 그들을 오랫동안 공직에 있도록 하는 시스템을 선호하여 빈번한 선거와 엄격한 비례성(proportionality)을 회피하고자 한다.

2. 선거구조와 평등가치

미국의 의회는 상원(Senate)과 하원(House of Representatives)으로 구성되는데 미국 헌법 제1조 제1항(U.S. Const. art. Ⅰ, §1)에 따라 하원은 2년 임기로 선출되고 주들(states) 사이에 그 인구에 따라 분배된다. 1911년에 의회는 하원의원 수를 435명으로 고정시켰다. 헌법은 원래 주는 6년 임기로 주입법(state legislature)에 의해 선출되는 2명의 상원의원에 의해 대표된다고 선언하고 있다. 미국 헌법 제1조 제3항 제1목(U.S. Const. art. Ⅰ §3, cl. 1.) 수정 제17조는 1913년에 상원은 직접 선출된다고 규정한다.

헌법은 또한 의회선거의 구조를 구체화한다. 상원의원과 하원의원을 위한 선거의 시기, 장소, 그리고 방법은 각 주에서 입법에 의해 기술될 것이지만, 의회는 언제든 법(Law)에 의해 그런 규율을 만들거나 변경할 수 있다(헌법 제1조 제4항 제1목). 의회(Congress)는 이 권한을 행사하였는데(2 U.S.C. §§ 1-9[1994]), 이 법은 정기 선거의 날짜, 대표의 수, 분배, 그리고 재분배, 그리고 보궐선거에 관해 규정한다.

(1) 1인 1표(One Person One Vote): 대표에서 형식적 평등

대표(representation)에서 수적인 평등(1인 1표)은 현재 우리 정치에 근본적인 것으로 여겨진다. 이 나라의 역사의 오랜 동안, 이것은 단지 염원하는 목표였지만, 이 이슈는 사법적 쟁송의 대상이 아닌 본질적으로 정치문제(political question)로 여겨져 법원에 제소되지 않았다. 제2차 세계대전 이후 인구이동은 지역, 주, 그리고 연방선거구에서 인구불균형(population disparities)을 심화시켰다. 인구가 몰리는 도시와 도시교외 지역은 과소대표(under-represented)되고 시골지역은 과대대표(over-represented)되었다. 이런 현상에 대해 연방대법원은 Baker v. Carr, 369 U.S. 186(1962)사건에서 이런 오랜 동안의 사법회피(judicial avoidance)를 뒤집고 입법부의 분배[370](선거구의 획정)에 대한 평등보호 요구가 사법적 판단이 될 수 있다고 보았다. Baker는 이제 정치문제원칙(political question doctrine)을 다루는 선도적인 판례(leading case)이다. Baker 이후 법원은 미국 하원, 주 입법, 지방정부에 대한 평등대표원칙(equal representation rules)을 발전시켰다.

1) 하원(The House of Representatives)

헌법 제1조 제2항은 하원의 구성원은 여러 주들의 국민에 의해 매 2년 주기로 선출되도록 요구한다. 그리고 그 인구수에 따라 여러 주들 사이에 분배된다. 의회의 선거구 획정임무는 주 입법(state legislatures)에 남겨져 있다. Wesberry. v. Sanders, 376 U.S. 1(1964)에서 법원은 조지아 의회의 선거구안을 폐기하였는데 그 선거구안에 어떤 선거구는 다른 선거구 인구의 2배 이상을 가지고 있었다. Wesberrry 이후 법원은 일련의 사건들을 맞이했는데 여기서 법원은 1인 1표 원칙(one person, one vote)을 규정하고 이를 적용하였다. 이런 사건들에서 법원은 가장 큰 선거구와 가장 작은 선거구 사이에 통계적인 불균형이 있는지 여부를 검토하였다. 그리고 불균형이 같은 인구의 선거구를 획정하려는 선의의 노력(a good faith effort)에 의해 감소되거나 제거될 수 있었을 것이라는 점을 원고로 하여금 입증하도록 요구하였다. 원고가 설득의 부담(burden of persuasion)을 수행하면, 그 때 주(state)는 정당한 주의 목적에 대한 언급을 통해 교정 가능한 불균형을 정당화할 부담을 지게 된다. 이런 접근방법에 따라 법원은 자신이 조사한 거의 모든 불균형에 대해 파기하였다.

Karcher v.Daggett, 462 U.S. 725(1983)에서 법원은 뉴저지 입법부의 주의회 선거구의 재할당을 1980년의 인구조사에 비추어 폐기하였다. 여기서 최대선거구와 최소선거구의 차이는 0.6984%에 불과하였다. 5:4의 비율로 법원은 헌법 제1조 제2항의 근소한 예외를 거부하였고 가장 중요한 목적으로서 '절대적인 인구평등'에 충실했다. 법원은 단지 한 선거구로부터 다른 선거구로 약간의 주민을 옮김으로써 중요한 인구평등을 달성할 수 있었을 것이기 때문에 뉴저지의 계획(선거구획정)은 실패하였다고 결론지었다. 또한 주는 인구편차가 정당한 주의 목적을 달성하기 위해 필요하였다는 점을 밝히는 입증을 하지 않았다. 여기서 정당한 주의 목적이란 선거구를 밀집되게(compact) 형성하는 것, 행정적인 경계선을 준수하는 것, 전 선거구의 중심을 유지하는 것, 또는 현 대표들의 경합을 회피하는 것 등을 들 수 있다. 주에 의해 제시된 인종적 소수집단의 투표력(voting strength)을 유지하는 것이라

370) 원문상 legislative apportionment로 입법적 분배로 직역되나 의미상 선거구 획정으로 이해된다.

는 유일한 정당화 논리는 사실에 기초한 논증이 없었다.

네 명의 반대의견을 지지한 White법관은 그 법원의 선례들이 미미한(minuscule) 이탈이라는 엄격한 심사를 요구하지 않았고 좋은 정책은 그런 수학적인 정확성을 요구하지 않았다고 주장하였다. 그 사건에서 비판적인 다섯 번째 입장은 Stevens법관의 의견이었다. 그는 Brennan법관의 다수의견의 형식적인 접근(formalist approach)을 거부하고 White 법관에 의해 제시된 것과 같은 보다 기능적인 접근(functional approach)을 받아들였다. "선거구획정에 대한 비판을 평가할 때, 나는 그 계획이 존재하는 정치적 집단에 중대한 불리한 반향을 가지느냐, 그런 계획(선거구획정계획)이 불규칙성의 객관적인 표지를 가지고 있는 여부, 또는 주가 그런 계획이 그럼에도 불구하고 전체로서 중립적이고 정당한 공동체의 이익을 보호할 수 있다는 점을 확신할만한 증거를 제시할 수 있느냐 여부를 고려할 것이다."

White 법관과 Stevens 법관에 대하여 Brennan 법관이 속하는 법원의 의견은 재획정에서 정확성은 컴퓨터의 도움으로 가능하다는 점을 지적하였다.

그러나, 다른 이슈들은 인구조사에 의해 제기되었다. 첫째로 분명하지만 어려운 문제 즉 다른 인구를 가진 50개의 주들에 435석을 분배하는 것은 헌법이 각 주가 적어도 하나의 의석을 가져야 한다고 보증하기 때문에 특별히 어려워진다. 인구조사 후에 의회선거구의 평균적인 크기는 572,466명이었다. 인구조사는 Montana가 803,655명의 인구를 가진 것으로 밝혀졌다. 그리고 그곳의 인구는 평균 선거구의 150%에 미달하였기 때문에, 관련 법률(2 U.S.C. §2a(a))에 따라 Montana에게는 단지 한 명의 대표가 주어졌다(1990년 인구조사 전에는 2명이었다). Montana는 이런 방식의 할당은 헌법 제1조 제2항(Article Ⅰ, § 2)을 위반한 것이라고 정식 항의하였다. Montana가 2개의 선거구를 가졌을 경우, 그 각각은 평균 의회선거구로부터 170,638명이 부족하게 될 것이었다. 그리고 단지 1개의 선거구를 가지게 되면 Montana는 평균선거구로부터 234,189명이 초과하게 된다. 지방법원은 Wesberry에서 주내의(intrastate) 선거구에 적용된 같은 수의 같은 대표원칙은 또한 주간(intrastate)의 선거구획정에서도 적용되어야 한다고 보았다. Baker v. Carr사건을 상기하면서 연방대법원은 이것은 사법적 판단의 대상이 되지 않는 정치문제라는 정부의 주장을 받아들이지 않았다. 그 법원은 일치하여 그런 의원수의 할당을 지지하면서 의회가 전문가의 도움과 함께 하원의원배정을 위해 다양한 수학적 방법을 고려했다고 결론지었다. 그 각각의 방법은 동등대표(equal representation)의 규칙을 타당하게도 채택한 것으로 말할 수 있고 동등대표원칙은 어떤 것보다도 우월하다고 할 수 있다. 그리하여 주간(intrastate) 의회선거구에 대해 Wesberry에 의해 요구된 수학적인 정확성은 주간(interstate) 비교를 하는 데에는 요구될 수 없다고 보았다.

두 번째로, 사람들을 직접 조사하여 숫자를 세는 인구조사방법은 전체 인구의 숫자보다 과소하게 된다는 점이다. 인종적 소수는 아마 통상적인 방법에 의할 경우 제일 과소집계(undercount) 될 것이다.[371] 통계적인 샘플링을 사용하여 통계학자들은 과소집계의 추계를 할 수 있다. 상무장관(the Secretary of Commerce)는 그런 통계적인 샘플링에 기초한 인구조사를 평등원칙에 의해 재검토할 것이 요구되는가? Wisconsin v. City of New York, 517 U.S. 1 (1996)에서 법원은 전원일치로 아니라고 하였다. 헌법에 따르면 의회는 실제

371) Samuel Issacharoff & Allan Lichtman, *The Census Undercount and Minority Representation: The Constitutional Obligation of the States to Guarantee Equal Representation,* 13 Rev.Litig.1(1993).

조사방식을 채택하도록 요구되는데 의회는 그렇게 할 권한을 상무장관에게 위임하였다. 그 장관의 재량행사는 Wesberry나 차별에 대한 인종적 소수를 보호하는 법원의 평등보호 사건들에서 사법적 심사(judicial scrutiny)의 대상이 되지 않았다. 합리성 기준을 적용하면서 법원은 장관(상무장관)이 전통적인 인구조사방식을 사용하는 것을 허용하였다.

세 번째로, 상무장관이 최종적인 인구조사 결과를 수정하기 위해 통계적인 샘플링을 사용하도록 요구되지 않는다 하더라도, 그 장관은 자신이 원한다면 그렇게 할 수 있는 것인가? 클린턴행정부는 이 문제에 관한 정책을 바꾸고 2000년 인구조사를 위한 통계적 샘플링에서 인자(因子, factor)를 변경하려고 시도하였다. 여기서 법원의 인구조사 논쟁에 있어 만장일치는 무너졌다. Department of Commerce v. U.S. House of Representatives, 525 U.S. 316(1999)에서 법원은 5:4로 인구조사법은 장관이 전통적인 조사수단을 통해 획득된 숫자(count)를 수정하기 위해 통계적인 샘플링을 사용할 권한을 부여하지 않는다고 보았다. 그 결정은 의회가 아마도 통계적인 샘플링을 요구하거나 할 수 있도록 연방법령들을 수정할 수 있다는 것과 같은 연방법령의 해석에 의지한 것임에도 불구하고, Scalia 법관은 별개의견을 내면서, 통계적으로 고정된(rooted) 재검토는 헌법의 문헌과[372] 일치하지 않는 위헌일 수 있다고 주장하였다.

2) 주 입법들(State Legislatures)

Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533(1964)에서 연방대법원은 주입법에 의한 의원수 할당이 1인 1표 원칙을 준수해야 한다고 보았다. 거기서 법원은 Wesberry v. Sanders에서 고려되지 않은 이슈를 다루면서 수정 제14조의 평등보호 규정(Equal Protection Clause)은 또한 평등대표(equality of representation)를 보장한다고 보았다. 이 판결에서 법원의 의견을 표시한 Warren 법원장은 다음과 같이 논증하였다:

의원(legislators)은 나무(trees)나 땅(acres)을 대표하지 않고 사람(people)을 대표한다. 우리가 대표제 정부를 유지하는 한, 국회의원을 자유롭고 공정한 방식으로 선출하는 것은 우리 정치시스템의 근간을 이룬다. 특정한 선거인들이 주입법부의 구성원을 선출하는 것으로부터 전적으로 금지 당한다는 주장은 헌법적인 주장이라는 점에 대해서는 의심의 여지가 없다. 그리고 주가 주의 한 지역의 시민들의 표가 다른 지역의 시민들의 표보다 2배 또는 5배, 또는 10배 가치를 가진다면, 차등을 받은 지역에 사는 사람들의 투표권이 심각하게 희석되지(diluted) 않았다고는 도저히 볼 수 없을 것이다. *** 물론 같지 않은 수의 선거구에 같은 수의 대표를 나누어 주는 주 입법부의 선거구 획정의 효과 역시 동일하다(identical). *** 주 입법은 역사적으로 이 나라의 대표제 정부의 근간(fountainhead)이었다. *** 모든 시민의 주 정부에 대한 완전하고 효과적인 참여는 각자의 시민이 주 입법부의 구성원의 선거에서 동등하게 효과적인(equally effective) 목소리를 가질 것을 요구한다. 논리적으로 대표 정부에 기초한 사회에서 어느 한 주의 주민의 다수가 그 주 의원들의 다수를 선출하는 것이 합리적으로 보인다.***

이런 논증은 Wesberry를 위해 더 낳은 설명을 제공하는가?(Wesberry에서 Clark 법관의

372) 헌법규정은 “actual Enumeration(실제적인 카운팅)”을 요구하고 있다.

찬성의견은 사실상 평등보호조항에 의존하였다. 이는 Karcher에서 찬성의견을 보인 Steven 법관도 마찬가지다. 이런 관점은 어떤 대표이론에 의해 영향을 받은 것으로 볼 수 있는가?

주 입법에서 보장된 평등대표는 연방입법에서 보장된 것보다 더 광범위하고(broader) 더 좁다(narrower). 그 개념은 하원만이 아니라 주 양원 입법부에 적용되기 때문에 더 광범위하다.[373] Warren 대법원장은 Reynolds 법원이 미국 상원(Senate)에 대한 유추(analogy)가 주 레벨에서 설득력을 주지 못한 것을 발견했다고 설명했다:

연방 의회의 두 원에서 대표시스템은 우리 헌법에 근간을 두는 것이다. 그것은 연방공화국의 수립에 있어 긴요하였던 타협(compromise)과 양보(concession)로부터 형성된 것이다. 단일한 역사적인 환경에서 형성되면서 그것은 형식적으로 독립적인 여러 주들이 스스로를 하나의 단일한 국민정부 아래 묶이게 되었다는 고려에 기초하고 있다. *** 평등대표에 대한 시민의 권리 그리고 시민의 투표권이 양원의 주 입법부에서 하나의 원의 구성원선거에서 모든 다른 시민들의 표와 같이 평등하게 평가되는 권리는 주들이 다른 원의 의석의 배분에서 평등인구원칙을 효과적으로 좌절시키게(submerge) 된다면 거의 의미를 잃게 될 것이다. *** 두 원 사이의 실패(deadlock)는 일정한 이슈들에 대한 타협과 양보에 이르게 할 수 있다. 그러나 모든 또한 많은 사건들에서 더 가능한 결과는 인구기초에 의해 배분되지 않은 그 원의 소수의 비토(veto)에 의해 다수의 실패로 이어진다는 사실이다. ***

당신은 이런 논증에 동의하는가? 그 대법원장에 의해 제시된 일종의 "실패(deadlock)"는 입법부의 다른 차단장치들(blocking devices)에 훨씬 더 고유하지 않은가? 예를 들면 위원회 시스템, 확대(expanded) 또는 제한되지 않은(unlimited) 논쟁, 수정절차(the amendment process) 등등?

주 입법부에 대한 평등대표의 보장은 또한 연방 입법부(national legislature)의 그것보다 더 좁다(narrower). 헌법 제1조 제2항 아래 의회 선거구의 의원배분과 달리 선거구들 사이의 논리적으로 증명될 수 있는 인구편차는 주 입법부의 수준에서 지지되어 왔다. 예를 들면, 10% 이하의 편차는 일반적으로 허용되어 왔다.[374] 더 높은 편차를 보인 의원정수 배분조차도 그것이 정당한 주의 이익을 달성하는데 필요한 것으로 여겨진다면 지지될 수 있다.[375]

3) 지방정부(Local Government)

Avery v. Midland County, 390 U.S. 474(1968)에서 법원은 1인 1표 원칙을 지방정부에 적용하는 것을 지지하였다. 또한 Hadley v. Junior College District, 397 U.S. 50(1970)에서 마찬가지였다. 이것은 Reynolds에서 제기된 평등보호조항이 조의 기관들이나 하부조직을 통한 행위를 포함하여 주의 모든 행위에 적용할 수 있었기 때문에 일종의 논리적인 확장이었다. "지방 정부의 행위들은 주의 행위이다"라고 법원은 보았다. "주가 그의

373) 연방의 경우 인구에 비례하여 선출하는 연방하원에만 적용되므로 그 적용범위가 주 입법부보다는 더 좁다는 의미에서 주 입법부의 경우에는 더 광범위(broader)하다는 표현을 사용하고 있는 것이다.

374) *Connor v. Finch*, 431 U.S. 407(1977); *White v. Regester*, 412 U.S. 755(1973).

375) 예를 들면 Brown v. Thomson, 462 U.S. 835(1983). 여기서 5:4로 Wyomin의 하원 의원의 재획정안(reapportionment)을 지지하였는데 그것은 주의 64석 중 1석을 주의 가장 인구가 희소한 카운티에 분배하는 안이었다. 그 안은 인구 평등에서 볼 때 16%에서 최대 89%의 평균편차를 보였었다.

입법부에 의원을 배분할 때, 주가 평등보호조항에 대한 적절한 고려를 해야만 한다면, 마찬가지로 주가 지방정부에 입법권을 위임하고 지방공무원의 선출을 허용한다면, 주는 투표할 권한이 있는 자들이 그 선거과정에서 평등하게 효과적인 목소리를 가질 수 있는 권리를 보장해야 한다."

(2) 인종적인 투표 희석(racial vote dilution)에 대한 보호

1인 1표의 형식적인 평등과 함께 별도로 다루어질 수 있는 문제가 소수자들의 투표가치(voting strength)의 영향력을 박탈하는 다수결주의적인 선거경향이다. 그리하여 아프리카 출신의 미국인들은 의회에서 과소 대표되는(under-represented) 경향을 지녀왔다. 상원의 승자독식 방식과 큰 주들에서 아프리카 출신의 미국인 투표권자들의 집중현상은 결과적으로 20세기에 단지 2명의 상원의원의 선출뿐이었다. 더욱이 1인 1표 원칙은 게리맨더링을 더욱 쉽게 조장하고 대선거구(multi-member districts)와 全州에서 선출하는 투표(at-large elections)를 유도함으로써 소수자 대표를 방해하였다.

이런 염려로 인해 소수자의 의회대표성을 증대시키려는 법적 움직임이 활발해지게 되었다.[376] 관련되는 헌법조항은 수정 제14조의 평등보호조항과 수정 제15조 제1항의 인종, 피부색, 또는 전의 노예신분을 이유로 투표권을 부인당하거나 제한받지 않는다는 조항이다. 이런 사건들에서 투표희석에 대한 보호가 1965년 투표권법 특히 1982년에 수정된 투표권법에 채용되었다.

다른 이슈는 헌법이 인종적 소수보다는 정치적 소수의 투표희석에 대한 일정한 보호를 요구하는지의 문제였다. 이 권리는 인종적 소수자의 투표희석보다는 역사적 기초가 더 약했다. 그럼에도 이런 공정한 대표의 요구가 있어야 하는가? 그렇다면 어떤 대표이론아래서 그러한가? 아래에서 설명하듯이, 연방 대법원은 두 종류의 투표희석을 다루어왔다. 인종적인 소수의 투표를 희석하기 위해 의도적으로 고안된 게리맨더링은 위헌이라는 점은 분명하다. 그러나 실제로 의도적인 차별을 입증하기는 어렵다. Shaw v. Reno가 대표적인 사건인데 투표권법에 대한 헌법적인 도전에 출발점이 되었다. 그 투표법은 인종적 소수집단들을 선출하여 의회로 보내도록 선거구를 획정하는 법이었다.

1) 全州 투표방식(at-large Electoral Schemes)의 합헌성

19세기 말과 20세기 초의 진보적인 또는 좋은 정부(Good Government) 운동은 그 당시 보편적이던 시장-지방의회(mayor-counci) 형태의 시정부에 고질적인 부패와 비효율성을 제거하고자 하였다. 진보주의자들은 구조적인 개혁가들이었다: 그들은 시정부의 다른 포맷이 다른 공직자의 출현보다 적합한 해결책이라고 믿었다. 그 운동은 Galveston-Des Moines Plan으로 그 정점에 다다랐다. 이 계획은 기초 선거구에서 선출되는 지방의회 구성원들과 시 행정권을 가지는 시장으로 구성되는 시장-지방의회 구조를 폐기하고 그 대신 입법기능과 행정기능이 결합된 시위원회(city commission)를 선호하였다. 그 일반적인 특징으

376) 이에 관해서는 *Quiet Revolution in the South*(1994)(Chandler Davidson & Bernard Grofman eds. 1994); Richard Pildes, *The Politics of Race*, 108 Harv.L.Rev. 1359(1995).

로: (1) 권한의 집중과 책임; (2) 적은 수의 위원들(commissioners); (3) 선거구가 아닌 시 전체로(at-large)부터의 위원의 선출; (4) 하나의 집행과 행정 부서의 수장으로 기능하는 각 위원들. 1917년까지 인구 5,000을 넘는 도시들의 163(4%)개를 포함하는, 단지 215개 시가 그런 방식을 유지하였다. 5백만 이상의 사람들이 그런 방식을 유지한 도시에 거주한다. 그리고 그것의 역사적인 유산인 지방의회-관리인제도(the council-manager system)가 인구 100,000만 이상을 가지고 있는 70개 시를 포함하여 2,400개 시에서 발견되었다.

그런 진보운동으로부터 귀결된 개혁이 효과적이었다는 전통적인 견해는 일련의 학자들에 의해 의심의 대상이 되었다. 그들은 "시정부 개혁운동은 상위계층, 전문가 그룹과 많은 사업가 그룹들에 의한 시도였는데 그 결과는 종전에 지배적이었던 하층과 중산층 요소들로부터 정치력을 이전시켜 온 것이었다. 그 결과 그들은 그들 자신의 바람직한 공공정책의 개념을 향상시켰다."[377] 더욱이 그 개혁들의 일부는 더 큰 역사적 과정의 일부였는데, 그것은 주나 지방정부가 아프리카 출신의 미국인이 입법부에서 잘 대표되지 않는다는 사실을 확실하게 하였다는 점이다. 사실 인종적인 소수를 약화시키기 위해 주와 지방정부는 문자해독시험과 다른 배제적인 제한요건들을 부과하고 그런 조치들을 차별적인 방식으로 추진하였고 백인만의 대표를 확고히 하기 위해 선거구를 게리맨더링하였다. 게리맨더링하는 한 방법은 모든 대표들을 전체적으로(at large) 선출하는 것이었다. 백인들이 투표의 다수를 형성하고 블록으로서 투표한다면, 유색인은 입법부에서 어떤 대표도 낼 수 없을 것이다. 대표에 관한 여러 이론(재현적 대표이론, 대리인 대표이론, 신탁대표이론) 아래 그런 관행들의 정당성을 생각해 보라. 그리고 그런 관행들의 헌법적인 정당성을 생각해 보라.

2) 투표권법(The Voting Rights Act)과 인종적 투표희석

수정 제15조는 1870년에 채택되었고 그것은 의회에게 적당한 입법을 통해 이 조항을 실현할 권한을 부여했음에도 불구하고, 의회가 투표에서 인종적 차별이 존재한다는 사실을 발견한 것은 1965년이었다. 의회는 사건별로 이루어지는 소송은 그 수정헌법조항을 실현하는데 실패한다는 것을 발견하였다. 왜냐하면 그것(소송사건)은 너무 느리고, 너무 비싸고, 그리고 너무 부담스럽다는 것이 증명되었기 때문이고 또한 차별적 조치를 불법화하는 어떤 조치는 다른 방식의 차별적 방식에 의해 손쉽게 무력화될 수 있었다. 예를 들면 United States v. Mississippi, 380 U.S. 128(1965)에서 언급된 일련의 사건들을 상기해 보라.

1890년에 미시시피에서 투표권을 가진 다수는 아프리카 출신 미국인이었다. 그 해에 채택된 새 주헌법은 투표권을 가지기 위해서는 미시시피헌법전의 한 섹션을 읽을 수 있거나 그들에게 읽어주었을 때 그것을 이해할 수 있거나 그것에 대해 합리적인 해석을 할 수 있을 것을 요구하였다. 이런 요구는 투표자로 등록된 아프리카 출신 미국인의 비율을 1899년에 9%, 1954년에는 5%로 축소하였다.

---

377) Samuel Hays, *The Politics of Reform in Municipal Government in the Preogressive Era*, 55 Pac. Nw. Q. 157, 162(1964).

1960년대에 주헌법은 선량한 도덕적 성격(good moral character)을 새로운 투표권의 자격에 포함시키는 것으로 수정되었다. 더욱이 1962년에 그 주는 신청서 양식이 어떤 도움없이 적당하고도 신속하게 채워지는 것을 요구하는 법을 채택하였다. 이런 두 가지의 장치들은 분명히 차별적 적용에 속하는 것이었다.

이런 종류의 투표차별에 대한 의회(Congress)의 반응은 1965년의 투표법권(the Voting Rights Act of 1965, 42U.S.C. § 1971)을 채택하는 것이었다. 그 법은 투표하기 위한 등록의 전제요건(prerequisite)으로서 테스트와 장치들을 예를 들면 문자해독 테스트 등을 불법화하였다. 다른 종류의 차별적 방법을 채택함에 의해 법의 영향을 우회하는 것(circumvention)을 방지하기 위해, 그 법의 제5조는 투표요건이나 절차에서 어떤 변화도 사전에 검찰총장(the Attorney General)이나 콜롬비아지역의 미국 지방법원의 사전 결정 없이는 채용될 수 없고 그 변화는 그런 목적을 가질 수 없고 인종이나 색깔을 이유로 투표권을 부정하거나 제한을 가하는 효과를 가질 수 없음을 요구하였다. 1965년 법은 전국적으로 적용되지는 않았다. 그것은 단지 1964년에 (1) 어떤 테스트나 장치를 유지하였던 (2) 등록된 투표연령 인구가 50%보다 적었거나 1964년의 대통령선거에서 투표했던 그런 사람이 50%보다 적었던 곳에만 적용되는 관할의 한계를 보였다. 적용방식이 이런 중립적인 용어로 기술되었음에도 불구하고 그 법은 깊은 남부(deep south)[378]를 그 적용범위에 가져오게 하도록 하였고 그리고 그렇게 되었다.

1965년법은 사전 제거(pre-clearance) 요청이 5년 이내에 만료되는 것으로 하였다. 1970년에 그 법은 다시 5년 동안 갱신되었다. 그리고 1975년에 그 법은 다른 7년 동안 갱신되었다. 최종적으로 1982년에 그 법은 다시 갱신되었지만, 이번에는 그것은 25년 동안 그 법을 적용하도록 광범위하게 수정되었고 또한 적용되는 관할을 확대할 수 있도록 허용되었다. 투표권법은 그 적용되는 관할에서 소수자의 등록, 투표, 그리고 공무담임을 높이는데 성공적이었다. 그렇지만 투표법은 그 적용범위가 일반적이지 않았고 지방이나 주정부가 선거절차에서 단순한 변화를 시도하려고 하기 전에 연방의 허가(federal approval)를 얻어야 할 것을 요구함으로써 논쟁을 야기하였다.

3) 정치적인 게리맨더링(Political Gerrymandering)

Karcher v. Daggett, 462 U.S. 725(1983)에서 뉴저지의 의회 선거구획정은 위헌적이라고 주장하면서 원고는 뉴저지출신의 모든 공화당 하원의원을 포함시켰다. 그들(원고들)은 뉴저지의 괴상한 선거구획정 모양은 그 계획(선거구획정)이 선의에서 이루어지지 않은 것을 보여주기에 충분하다고 주장하였다. 이 주장은 그 선거구획정이 정치적인 게리맨더링의 결과였기 때문에 위헌적인 것이라는 주장이다. 평등보호조항을 거론하면서, Stevens 법관은 그의 찬성의견에서 단지 당파적 이익을 취하기 위한 목적의 선거구재획정을 폐기하고자 하

378) 미국 남부 중에서 분화된 아래쪽을 가리킨다. 주로 남북전쟁 전 플랜테이션(plantation)이 활발하였고 흑인 노예가 많았던 지역으로 아프리카 출신 미국인에 대한 투표권에 대한 제한이 심하였던 지역이다. 면화주(cotton states)라고도 불린다.

였는데 불법적인 정치적 게리맨더링의 증거로서 선거구 형태의 복잡한 모양과 성립된 정치적 경계로부터의 광범위한 이탈을 고려하였다.

다. 역인종적 투표희석(Reverse Racial Vote Dilution)

Bolden과 수정 제15조 사건들은 인종에 기초해서 투표를 희석시키는 것인 그 의도인 게리맨더링은 위헌적이라는 사실을 보여주었다. Bandemer아 평등보호조항 사건들은 정치적 그룹의 투표를 희석시키고 괴상한 선거구획정을 보이는 게리맨더링은 위헌이라는 점을 보여주었다. Gingles와 투표권법은 각 주들에게 다수와 소수(majority-minority) 선거구를 만들기 위해 인종에 기초하여 재획정하도록 압력을 가하였다. 1990년 인구조사 후에도 선거구 재획정은 여전히 이상한 모양을 가졌다. 이런 상호관련되고 복잡하고 혼란스러운 전개과정은 일련의 소송을 야기하였다.

Shaw v. Reno 509 U.S. 630(1993)에서 O'Connor 법관은 새로운 訴因(cause of action)을 제시하였다. 즉 그것은 어느 한 그룹의 투표의 희석이나 투표권의 배제가 없더라도 선거구 라인들이 인종에 대해 너무 많은 고려를 했거나 전통적인 선거구획정 관습을 충분히 고려하지 않았다면 평등조항에 위반될 수 있다는 점이다. 이런 관점은 선거구획정에서 일종의 Goldilocks 접근법을 채택한 것으로 너무 뜨겁지 않고 또한 너무 차갑지 않아야 올바르다는 것인데 이런 접근법은 논평가들과 이를 실제 사건에 적용하기 위해 고심하는 하급심 법원을 혼란스럽게 하였다.[379]

3. 의원의 자격요건

이제 당신의 관심을 의원선거절차에서 입법기관에서 봉직하는 절차로 옮겨보자. 이론적으로 대부분의 사람들은 입법부에서 일할 수 있는 자격을 가지고 있다. 왜냐하면 주나 연방법은 공무담임에 어떤 실체적인 제한(substantive restrictions)을 거의 두고 있지 않기 때문이다. 헌법 제1조 제2항은 단지 미국 하원의 구성원은 최소 25세 이상이 되고 7년 이상 미국시민이어야 하고, 그들이 선출되는 그 주의 주민이어야 한다고 규정할 뿐이다. 헌법 제1조 제3항은 미국 상원의 구성원은 최소한 30세 이상이어야 하고 9년 이상 미국시민이어야 하고 그들이 선출되는 그 주의 주민이어야 한다고 규정한다. 대표의 어떤 이론과 개념이 이런 특별한 제한을 부가하는가? 주 헌법은 종종 주 의원에 대한 더 자세한 자격요건을 가지고 있다. 선호된 대표이론에 기초하여 무슨 요건이 부가되어야 하는가?

미 의회에서 봉직하기 위한 자격에 대한 헌법 외의 제한은 흥미 있는 헌법소송을 야기하였다. 우리는 먼저 Adam Clayton Powell의 사건을 여기서 살펴볼 것이다. 그 사건에서 의회는 헌법적인 자격요건을 부가하여 그의 의원직위로의 선출에도 불구하고 Powell을 연방입법부로부터 배제하고자 하였다. 우리는 연방의원에 대한 임기제한을 부가하려는 최근의

379) Melisa Lamb Saunders, *Reconsidering Shaw: The Miranda of Race-Conscious Districting*, 109 Yale L.J. 1603(2000); Daniel Lowenstein, *You Don't Have To Be a Liberal To Hate the Racial Gerrymandering Cases,* 50 Stan. L.Rev. 779(1998).

움직임을 살펴보고자 한다. 연방대법원은 자격요건에 대한 제한을 위헌적이라고 판시하였다. 입후보를 제한하는 주 입법들은 일상적으로 법원에 의해 지지되었는데 이런 것들은 선거에 가장 큰 장애물을 놓는 것이다. 결국 우리는 모두 의회에서 봉사하기 위한 자격을 가지고 있을 수 있는데 우리의 이름이 입후보 명단에 올리지 않으면 그런 선출의 기회는 존재하지 않을 것이다.

(1) 의회에 의해 부가된 자격요건들

Powell사건[380]의 주된 관심사는 선거과정에서의 기본적인 통합성이다. 오늘날 우리는 1인 1표의 헌법상의 원칙을 주장한다. 그 원칙이 준수되고 유권자들이 의회에서의 활동에 적합하지 않은 사람을 선출한다면 어떤 대표이론에 의해 일련의 유권자 집단을 정치적으로 무력화시킬 수 있는가? Douglas 판사는 그 의회가 Powell을 축출(expulsion)할 수도 있었을 것인데 실제로 그를 배제(exclusion)했음을 인정했다. 축출과 배제 사이에 구별을 정당화하는 기준이 있는가?

(2) 연방의원에 대한 임기제한(term limitation)

1994년 말에 22개 주들은 그들의 헌법을 개정하여 미국상원과 하원의 임기를 제한하는(term limitation)[381] 입법을 통과하였다. 아칸사스(Arkansas)를 포함하여 이런 조항들은 다선의 의원들을 단지 후보용지에 없는 기명투표 후보(write-in candidates)[382]로만 허용하는 방식으로 입후보명단에 대한 접근을 제한하였다. 임기제한에 대한 옹호자들은 전문 정치인들을 의회에서 축출하고자 했는데 그것은 그런 의원들이 거의 일반 공공의 이익에 반대되는 방향으로 행위를 한다고 믿었기 때문이다. 그들은 그런 전문인들(다선의원들)을 신인들로

---

380) 미국 의회의 제89대 의원이었던 Powell이 교육·노동위원회의 위원장이었는데 의회행정위원회의 조사결과 Powell이 여행경비에 대한 일부횡령이 발견되었다. 그런데 Powell이 제90대 의원선거에 다시 재선되자 의회는 특별위원회를 구성하여 Powell의 행위에 대한 조사와 조치를 심의하였다. 그 결과 특별위원회는 제90대 의원으로 인정할 수는 있지만, 의회징계에 따라 벌금과 위원회 先任의 지위를 박탈할 것을 제안하였다. 의회는 그 결의를 투표에 부치자는 제안을 222대 202로 거부하였다. 그 때 그 결의에 대한 수정안이 제출되었는데 의장은 의회의 다수결로 수정된 결의를 통과시킬 수 있다고 결정했다. 토론 후에 그 수정결의는 248대 176의 찬성으로 채택되었고 그 때 의회는 307대 116의 찬성으로 수정된 형태의 의회결의를 채택하였다. 그런데 여기서 Powell은 의원자격에서 배제(exclusion)되고 궐원이 발생하였다고 통지되었다. 피고는 의회는 그 구성원을 재적의원 2/3이상의 의결이 있으면 어떤 이유를 들어서라도 축출(expulsion)할 수 있다고 주장하였다. 그리고 Powell이 제90대 의원으로 그 지위가 부정된 것은 배제가 아니라 축출(expulsion)로 간주되어야 한다고 주장하였다. 또한 이는 정치적 문제(political question)이므로 법원의 사법적 심판의 대상이 될 수 없다고 주장하였다(본안전 항변). 이에 대해 원고측은 원고가 제90대 의원으로서 의원직을 수행하기 전에는 어떤 처벌이나 축출(expulsion)이 가능하지 않다고 보았다.

381) 임기를 제한하는 방법은 특정 공직에의 총 임기를 몇 년을 기준으로 넘지 못하게 하는 방식(limiting the terms of office)과 임기의 횟수를 제한하는(limiting the number of terms) 방식이 있을 수 있다. 여기서는 전자를 가리키는 것으로 이해된다.

382) 투표용지에 입후보 명단이 없지만 투표권자가 이름을 직접 기명하여 선출하는 선거방식으로 이 방식을 통해 선출되는 경우는 매우 드물다. 1913년 수정 제17조의 통과 이래 1,300차례의 선거에서 단지 1명만이 이런 방식(write-in)에 의해 선출되었고 20,000차례의 하원의원 선거에서도 단지 5명이 이 방식에 의해 선출되었다. 미국의 일부 주들과 사법부 선거에서 사용되는데 법률상으로 입후보가 제한되는 경우에 이 방식을 사용할 수 있게 된다.

대체해야 하고자 한다. 그런 신인들은 정치에 전혀 경험이 없지만 일반 시민으로서는 풍부한 경험을 가지고 있어 오히려 정치발전에 도움이 될 수 있다는 취지이다. 그리고 이런 개혁은 부분이익(special interest)[383]의 권력을 약화시키고 바람직하지 않은 선출된 공직자와 로비스트의 밀접한 관계를 제거할 수 있다고 믿는다.

많은 정치학자들을 포함하여 다른 이들은 이런 임기제한에 대해 회의적이다. 그들은 임기제한이 시민입법가들(citizen-legislator)의 시대로 이어질 것이라는 것을 반박한다. 다선의 경험 많은 정치인들은 주기적으로 새로운 공직이나 정치관련 직업으로 옮김으로써 진취적인 정치적 계획을 채택하도록 강요될 것임에도 불구하고 임기제한 하에서도 생존할 것이라고 지적한다.[384] 많은 이들은 임기제한을 반대하는데 왜냐하면 그것은 입법부로부터 경험 많은 인원들을 놓치게 만들어 그로 인해 논란이 많거나 어려운 문제들을 다루어 입법을 하는 의회의 능력을 약화시키기 때문이다. 이렇게 약화된 의원 역량은 또한 정부 사이의 힘의 균형을 이동시킬 수 있을 것이다.

4. 투표접근 조항들(Ballot Access Provisions)

미국헌법 제4조 제1항의 조항은 의회가 주 선거규정을 만들거나 변경할 수 있는 입법을 통과할 수 있음에도 불구하고, 주들이 상원과 하원선거를 치르는 시기, 장소 및 방식을 규정하는 것을 허용한다. 투표접근은 정치시스템에서 많은 플레이어들의 이해관계를 보여준다. 즉 입후보의 장에 나타난 후보자만을 선출할 수 있는 유권자, 후보자들, 그리고 정당들, 누가 입후보용지에 오를지를 결정하는 그룹들이 여기에 속한다.

미국의 주들은 선거를 규율할 헌법적 권한을 가지고 있음에도 불구하고, 그들의 권한은 제한된다. 투표접근법은 분명히 투표권(right to vote)에 영향을 준다. 게다가 투표에서 후보 자리를 얻으려는 소수당 또는 무소속 후보자의 권리를 약화시키는 법은 정치참여권을 약화시킨다. 투표접근법을 판단하기 위한 법원의 유연한 기준에 대한 헌법적인 관심이 유권자 혼돈, 무질서, 기망을 줄이기 위해 선거를 규율하는데 대한 주의 정당한 이익과 형량 된다. 법원은 슬라이드 접근법(sliding scale approach)을 적용하여 왔는데 여기서 심사의 수준을 투표접근조항에 의해 부과된 부담에 따라 재조정하였다. Williams v. Rhodes, 393 U.S. 23(1968)에서 법원은 신생정당에게 최후 선거의 총유권자(ballot cast)의 15%에 이르는 서명을 받도록 하거나 선거 오래 전에 형식에 따른 신청을 하도록 요구하는 법을 폐기하였다. 그것은(법원) 신생정당의 투표접근을 불가능하게 하는 이 사건에서 권리들(정치적 참여권 등)에 심각한 부담을 부과하는 규정들이 주의 압도적인 이익(compelling interest)을 성취하기 위해 좁게 만들어질 것을 요구하였다. 그렇지만 접근에 금지로서 작용하지 않는 법들에 대해서는 덜 엄격한 심사가 이루어진다. 즉 주의 정당한 규제적인 이익들이 합리적이고 비차별적인 부담을 지게 하는 것을 허용한다.

---

383) 일반적인 이익(general interest)에 대비되는 부분이익 내지 특수이익을 내세우는 측면을 지칭하는 것을 이해된다(역자 주).

384) Elizabeth Garrett, *Term Limitations and the Myth of the Citizens-Legislator*, 81 Cornell L. Rev. 623(1996).

5. 선거운동 비용의 구조

선거에 승리하기 위해서는 다양한 비용이 소요된다. 예컨대, 캠페인 근로자의 임금, 정치 컨설턴트, 전문 선거통계, 정치 광고 등이 그렇다. 2000년 대선에서 Bush는 1억 8천만 달러를 사용하였고 Al Core는 1억 2천만 달러를 썼다. 2000년 의회선거에서도 양당은 8억 5천 8백만 달러 이상을 소비하였다. 이런 수치는 개별적인 지출을 포함하지 않은 것이다. 처음에 선거비용에 대해서는 규제적이지 않았다. 1907년의 Tillman 법은 모든 회사와 국립은행이 연방선거에 기부하는 것을 금지하였다. 그리고 1947년의 Taft-Hartley 법에 의해 연방선거와 관련하여 노동조합의 기부가 금지되었다. 1971년 연방선거운동법(The Federal Election Campaign Act)은 이를 좀 더 완화였다. 그러나 1972년의 Nixon의 선거자금 문제로 1974년 연방선거운동법의 수정이 이루어져 대통령선거과 의회선거 캠페인에서 선거기부금과 지출에 있어 제한이 설정되고 연방선거위원회(the Federal Election Commission: FEC)가 수립되어 선거업무를 집행하게 되었다.

다원론자(pluralist thinkers)는 선거비용을 규제하는 것을 반대할 것이다. 첫째로, 그들은 그런 규제가 비효율적이라고 주장할 것이다. 왜냐하면 금전은 대표에 의해 전달되기를 요구하는 정치적 견해를 표현하는데 사용될 수 있기 때문이다. 정말로 기부(contribution)의 양은 그런 정치적 견해의 강도를 반영할 수 있다. 두 번째로, 그들은 정치에서 돈에 대한 대부분의 규제는 헌법과 상응할 수 없다고 주장할 것이다. 수정1조의 자유언론규정의 범위의 외부적 한계가 무엇이 되든지 간에 그 핵심에서 그것(수정1조)은 정치적 발언(political speech)을 보호한다. 연방대법원은 New York Times Co. v. Sullivan 사건에서 공공의 이슈에 대한 토론은 금지되지 않고, 강력하고 광범위하게 열려 있어야 한다는 원칙에 대한 심오한 약속을 인정하였다. 누군가가 후보자에게 돈을 기부할 때 정치적 발언이 포함되어 있는가? 기부는 후보자가 그녀의(her)[385] 메시지를 퍼뜨리는 것을 돕고 그리하여 아마도 간접적인 발언 또는 대리인에 의한 발언에 이르게 된다. 이것은 누군가가 자신의 돈을 그 후보자와 무관하게 직접적인 정치적 발언을 하기 위해 사용하는 상황 예컨대 그 후보자를 지지하거나 그녀의(기부자의) 반대자를 공격하기 위해 광고를 직접 구매하는 상황과 구별되지 않는가? 어떤 종류의 지출이 대표제의 과정을 타락시키는 큰 위험을 만드는가? 이 질문에 대한 답은 '타락'이 어떻게 규정되느냐에 달려 있는가?

그러나, 공화주의자(Republican)와 그 비판적 이론가들은 규제되지 않은 정치시스템에서 재산이라는 정치적 이득은 뇌물만큼 타락시키는 것으로 여긴다. 미국정치 시스템은 정치적 평등이라는 가정에 기초하고 있다. 1인 1표. 그러나 후보자가 표를 거두기 위해 필요로 하는 돈은 평등하게 분배되어 있지 않다. 선거비용의 실질적인 불평등은 정치적 평등의 추구를 방해하고 20세기 초이래 미국인들을 고민하게 만들었다.[386] 선거정치학의 더 회의적인 관찰자들은 실용적인 주장과 함께 광범위한 규제를 옹호하는 자들에 관심을 보인다. 그들은 1974년 이래의 발전을 지적하는데 그것은 규제와 제한이 돈을 규제받지 않는 채널로 전환하고 선거비용법을 거의 쓸모없게 만들어 버리면서 단지 지출의 형식을 변경할 것을 제안한다.[387]

---

385) 문맥상 그녀는 기부자를 의미하는 것으로 여겨진다(역자 주).
386) Herbert Alexander, *Financing Politics: Money, Elections, and Political Reforms* 3 (4th ed. 1992).
387) See, e.g., Samuel Issacharoff & Pamela Karlan, *The Hydraulics of Campaign Finance Reform*, 77

Ⅲ. 입법심의의 구조

1. 의의

2장에서는 대표에 관한 다양한 이론을 논하였다. Hanna Pitkin은 1967년의 The Concept of Representation란 저서에서 대표를 세 가지 방법으로 분석될 수 있다고 하였다. 즉 대규모 선거인단의 소우주, 선출해 준 투표권자들의 대리인, 공익을 위한 수탁자이다. 각 이론은 선거와 의원의 책임에 대하여 생각하게 한다. 이 장에서는 의원이 당선된 후 해야만 하는 것에 대하여 각 이론의 함의를 연구한다. 또한 1장 2절의 소재, 특히 의원을 다수 대중 또는 이익집단 연합의 대리인으로 보는 다원주의 통치 이론과 의원을 공익을 위한 심의 수탁자로 보는 공화주의 이론을 대비하는 것을 살펴볼 것이다.

대표에 의한 입법심의와 관련하여 대리(기관)이론은 선거인의 의사를 반사해야 한다는 것이고, 신탁이론은 대표자가 공익 증진을 위하여 그의 판단을 사용한다는 것이다. Pitkin은 위 두 이론 사이의 긴장이 대부분 잘못된 것임을 논하고 있다. 첫째, 대표자는 필연적으로 대부분의 시간을 이중의 용도로 사용한다.: 그는 유권자들을 위해 활동하고 있으나 그들은 그 대상에 대한 정보에 근거한 사고를 거의 주지 못하고 있다. 둘째, 오류의 이분법이다. 왜냐하면 대표자가 생각하는 것은 옳고 국민이 "통상적으로*** 원하는 것은 동시에 일어나고, ***그들이 일치하지 않을 때는 이유가 있기" 때문이다. 국민들의 "객관적인 이익"에 봉사하는 것이 의무이므로 의원이 유권자의 외견상 욕구에 반하여 행동할 때, 사회의 장기적인 이익에 입각한 행동이라고 합리화할 수 있어야만 한다. 결국 Pitkin은 대표정치는 시간의 경과에 따라 공익을 증진시키고 국민의 욕구에 따를 때 대부분 합법적이라는 것을 논하고 있다.

Pitkin의 일반적 견해, 즉 대표정치는 사적인 편향에 넓은 의미로 반응하되 구체적으로 지시받는 것은 아니라는 것은 널리 인정된다. 대표정치는 때때로 더 나아가 "공익"을 추구해야 하고 사적인 편향을 변형해야 한다는 의원의 보다 명확한 입장은 공화주의 시각(전망)에 부합된다. 그것은 연방주의자 # 10에서의 메디슨의 논쟁과 일치하고 순수하게 영감을 주고 있다. 즉 "국민의 대표에 의해 표명되는 공중의 목소리는 목적을 위해 소집된 국민 자신에 의해 표명되는 것보다 공익에 보다 일치할 것이다." 그럼에도 불구하고 메디슨- 핏킨의 입장은 다원주의자의 비판에 직면한다. 많은 다원주의 정치이론은 "공익(사익의 집산으로부터 독립된 것)"이라는 것의 존재여부에 대해 의문을 표시한다. 가사 공익이라는 것이 있다 하더라도 어떻게 믿을 수 있게 결정될 수 있는가? 하원의원 Howard Smith(D-Va.)가 1963-1964년에 민권법 제정에 반대하였을 때 대부분의 그의 유권자들은 아마도 그를 찬성하였다. 그의 투표는 버지니아의 공익에 부합하는가? 되돌아보니 우리는 아니라고 생각한다. 왜냐하면 시간이 흐를수록 그 법률의 원리가 버지니아를 보다 "좋은" 장소로 만들기 때문이다. (우리의 가치판단이 객관적으로 지지될만한가?) 따라서 우리는 스미스가 불쌍하고 단견의 대표라고 믿는다. 그는 그 법안에 대한 찬성투표로 재선 기회를 상실하여, 그가 다른 정책을 위해 일하는 기회를 거부당하고, 버지니언들로부터 선임의 강력한 대표를 빼앗을 것이라는 것에 대응하였을 것이다[388].

Tex. L. Rev. 1705(1999).

대표에 관한 다원주의 (기관)이론과 공화주의(피신탁자)이론은, 비록 절차를 다르게 보더라도, 입법심의의 중요성을 강조하고 있다. 다원주의는 의원들에게 다양한 이익의 선택을 집산할 것을 요구하고, 가능한 한 많은 이익을 만족할 만한 타협을 창출할 것을 요구하고, 또한 아마도 각 관련 그룹의 가장 강렬한 선택을 만족시킬 것을 요구한다. 이를 위해 의원들은 그들의 유권자들과 지지그룹 및 입법부에서의 동료들과 심의해야 한다. 1장에서 논한 바와 같이 심의는 다수결의 병리학을 해결하고 입법부가 합리적이고 상대적으로 안정된 결과를 허용할 것이다. 공화주의 이론과 일치하여 심의는 유용한 정보와 공동 목표에 대한 집단적인 이해를 높이는 관점을 추구하고, 아마도 정치적 시민의 편향을 개조할 것이다.

다원주의와 공화주의 이론은 모두 의원들이 부패하다면 입법심의가 부적법하다고 간주한다. 그러나 이론가들은 우리가 앞 장에서 부패와 선거비용개혁 논의에서 보았던 것처럼 무엇이 심의과정을 용인할 수 없도록 왜곡하는가라는 관점에서 다르다. 실제로 사람들은 금전적 뇌물, 물질적인 강압이나 협박 또는 입법부 밖에서의 힘에 의한 다른 기망 등에 오염된다면 심의과정이 부패되었다는 것에 동의한다. 이 장의 1절은 입법과정에서 상대적으로 직선적인 개념인 부패와 관련되는 쟁점들을 검토한다. 특히 법안관련 뇌물, 공갈 그리고 이익갈등에 관련된다. 우리가 보다시피 뇌물이나 공갈의 명백한 사례에서 벗어나면 분쟁이 없는 부패에 대한 개념조차 불분명하다.

2절에서는 로비를 다룬다. 로비는 1차 헌법개정에 의해 명백하게 보호된 자유이익이나 동시에 적어도 공화주의 이론에 의하면 입법과정에서 부패의 가능한 원천이기도 하다. 우리는 현행 로비접촉을 규제하는 법제도를 제공한다. 그것은 의회가 로비활동공개법[389]을 채택하였을 때 1995년 실제로 변경되었다. 분석적인 쟁점은 이 법률이 1차 개정 하에서 합헌적인지 여부와 어느 대표이론에서 정당화되는지 여부 등이다. 우리는 또한 1차 개정 헌법상 권리들에 더 많은 부담을 주고 나아가 보다 헌법적으로 문제 있는 규제들에 대한 다른 접근들을 언급할 것이다.

마지막으로 3절은 주정부와 연방정부에서 오랜 기간에 걸쳐 입법심의를 형성한 약간의 헌법 규정들을 검토할 것이다. 우리는 의원들에 대한 이익집단의 압력을 감소시키고, 종종 개별적으로는 소수의 지지를 얻는 규정들의 집합인 일괄법안의 협상을 방해하기 위해 고안된 실질적인 규정들에 초점을 맞출 것이다. 우리는 대부분의 주에서 주지사에게 부여한 부분거부권(item veto)에 관하여 충분히 논의할 것이다. 그리고 대통령에게 같은 종류의 권한을 주는 취지의 연방법을 평가할 것이다. 이 절은 의원 의 독립을 보장하기 위한 의회면책들과 뇌물, 공갈 그리고 명백하고 불건전한 부패로부터 자유로운 입법과정을 지키려는 1절에서 설명한 노력들 사이의 긴장을 제기할 것이다.

2. 부패심의 규제(Regulating "Corrupt" Deliberation)

영미의 전통은 법을 통한 부패입법규제의 역사를 가지고 있다. 그것은 뇌물, 공갈, 이익갈등의 범주로 나눌 수 있다. 위 범주에서 무엇이 적절하게 금지되는가?

---

388) Smith는 민권법에 대한 반대에도 불구하고 1966년 민주당 전당대회에서 패배하였다.
389) The Lobbying Disclosure Act, Pub. L. 104-65,109 Stat,691(codified at 2 U.S.C. §§1601-1607)

* 도리스 소우퍼 상원의원은 자신의 재선을 지지해주는 노조에 대한 답례로 노조지도자와 합의하여 노동조합에 세금을 면제하는 법안에 동의하기로 하였다.
* 도리스 소우퍼 상원의원과 그 남편은 포토맥강의 호화로운 크루즈에 참여했고, 그것은 미국노동총연맹산업별 회의(AFL-CIO)에 의해 초대된 것이다. 계류된 노동법안이 술과 롭스터 저녁식사와 함께 논의되었다. 다음날 도리스상원의원은 어떤 세금부과로부터 노조를 면제하는 법안에 찬성하였다.
* 소우퍼상원의 로펌은 전국노동관계위원회와 관련된 사건에서 노조를 대리하고 그러한 활동으로부터 실질적인 수익을 얻다. 소우퍼상원의원은 노조에 어떤 세금부과를 면제하는 법안을 소개하고 지지하였다.
* 소우퍼상원의원은 노총의제와 관련된 그녀의 입법적인 활동의 탐구에서 그녀를 대표하는 법률가들에게 지급하는 돈을 올리는 법률방어펀드를 설립하였다. 그 노조의 모든 고위직 인사들은 그녀의 펀드에 5만달러를 기부했고 그 펀드는 그녀의 지지자 그룹에 의해 운영된다.

이러한 행동은 규제되어야 하나? 금지되어야 하나?

이 절은 3개 부분으로 계속할 것이다. 첫째는 뇌물을 금지하고 기부를 허용하는 법률을 검토하고, 둘째는 공권의 색깔아래 재산권을 취득하는 것을 포함하는 공갈을 금지하는 연방법을, 셋째는 미국의 의회를 포함하여 약간의 입법부에 의해 채택된 윤리규정- 선출된 의원들에 의해 편향된 심의를 최소화 하는 -을 분석할 것이다. 정치행위를 광범위하게 규제하는 것이 정치문제인지 헌법문제인지 고려하라. 또한 이루어진 것이 현존하는 규제들을 의미있게 하는지 고려하라.

(1) 뇌물(Bribery)

반뇌물법률[390]은 다음과 같은 3가지 다른 목적이 있다. (1) 공무원의 의사결정과정의 존엄성을 보호하여 의사결정자의 사적 의제가 아닌 공익을 증진시키는 것, (2) 직무의 불공정이나 남용의 출현을 회피하는 것, (3)공무원의 서비스에 시민의 평등한 접근을 확신하는 것.

공무원(public official)은 §201(a)(1)에서 "의회의원, 준주출신의 연방하원의원(Delegate) 또는 푸에르토리코 상주대표, 전직 공무원 또는 내정된 자, 미국을 위한 또는 위하여 활동하는 공무원 혹은 피고용자 혹은 사람, 콜롬비아특별구를 포함한 정부의 각 부나 국 또는 지부, 위 정부 각 기관의 위임을 받은 공적 기능, 배심원"이라고 정의된다. 201조(a)(3)은 "공적 행위"를 "계류 중이거나 법에 의한 관계 공무원의 관장사항인 질문, 사실관계, 원인, 소송, 절차 혹은 논쟁 에 대한 결정 혹은 행위,"를 정의하고 있다.

(2) 공갈(Extortion)

공적인 범죄인 공갈은 컴먼 로에서 공무원이 공적인 지위를 이용하여 사인으로부터 돈이

390) 연방뇌물규정,18 U.S.C. §201(b)-(c)(1998년 개정)

나 다른 이익을 강요하는 것을 말한다. 연방 홉즈 법은 공갈죄를 다음과 같이 규정하고 있다[391]. 공갈은 실질적이거나 위협적인 힘, 폭력, 혹은 공포의 위법한 사용 혹은 공적인 권리의 색깔아래 유도된 동의로 다른 사람으로부터 재산을 얻는 것을 의미한다.

(3) 이익 갈등

뇌물, 불법적인 사례, 공갈을 금하는 법에서 발견되는 형사제재는 워터게이트, 이란 콘트라, 클린튼 행정부를 따라다니는 윤리적 추문, 깅리치하원의장의 윤리적 곤경 그리고 다른 수치스러운 에피소드의 결과로서 생기는 정치인과 행정부의 완전한 신뢰보다는 덜 고무적이다. 적어도 권위의 외관을 높이기 위한 관심의 결과로서 주와 연방의회는 우리가 이익갈등이라고 일괄하는, 즉 의원들이 가질 수 있는 재정적 유인이 그의 심의에 영향을 준다는 문제를 파악하기 위하여 법을 제정하거나 새로운 절차적 규칙을 채택하였다. 다양한 처방이나 금지를 살펴본바와 다음을 물어보라: 규칙이 의원들의 판단이나 공공에 관한 심의를 해치는 중요한 갈등을 탄원할 수 있는가? 규칙이 필요이상으로 나아갈 수 있는가? 어떤 규칙이 가장 유용하게 제거될 수 있는가?

이익갈등의 모든 문제에 대한 대답은 두 가지다: 재정적인 이익의 완벽한 공개라는 살균제와 공공심의를 왜곡하는 재정적인 유인의 행태에 대한 잠재성을 막는 예방적인 규칙. 국가적인 차원에서 정부 윤리법상의 포괄적인 연방공무원의 재정공개요건이다. 의원들에 대한 것으로 선물의 엄격한 제한, 외부 수입의 제한, 퇴직 후 로비활동의 제한, 정부에 영향을 주는 재료에 대한 배상의 금지, 사례금 금지 등이다. 연방대법원은 낮은 등급의 피고용인들에게 적용된 1989년의 윤리 개혁법은 위헌이라고 하였다.[392]

3. 로비

1791년 12월 15일 공포된 수정헌법 제1조는 “의회는 종교를 수립하거나 종교의 자유로운 행사를 금지하거나 언론 또는 출판의 자유를 제한하거나 또는 평온하게 집회하고 고통의 구제를 위하여 정부에 청원하는 국민의 권리를 침범하는 법률을 제정할 수 없다”고 규정하고 있다. 여기서 말하는 청원은 민주주의에서 입법부 의원은 그의 유권자 견해에 개방되어야 하고 유권자들은 그의 제안이나 생각을 의원에게 표시하는 것이 격려되어야 한다는 것이다. 그러나 국민들이 의원들을 설득하는 수단에서 자유롭지 못하므로 로비활동이 허용된다는 것이다. 로비에 대한 반발에서 지나치게 규제하여서는 안된다는 논리의 강세로 로비를 헌법적 근거아래 허용하였다. 로비를 3부와 4부인 언론 다음의 5부라고 부를 정도로 워싱턴 디.시에서 큰 역할을 하고 있다[393].

의회가 로비규제를 위하여 1876년 처음으로 의회에서 활동하는 로비스트들에게 등록을 명하였으나 이 조치는 당 의회 회기 중에만 유효하였다. 이어 1938년에 외국정부나 외국기업의 대리인 역할을 할 때에는 법무부에 반드시 등록하도록 한 외국대리인등록법(The

391) The Federal Hobbes Act, 18 U.S.C. § 1951.
392) United States v. National Treasury Employees Union, 513 U.S. 454(1995)
393) 송의달, 세계를 움직이는 미국의회, 한울아카데미,2000. 220면.

Foreign Agents Registration Act of 1938)을 제정하였다. 1946년의 연방로비규제법은 약칭, 정의, 헌금에 관한 상세한 보고, 헌금의 수령액, 하원 사무총장 앞으로의 보고서 제출, 보고서의 2년간 보존, 적용대상자, 상원 및 하원 사무총장에의 등록, 보고 및 신고시의 선서조항, 벌칙 등으로 이루어져 있으나 모호한 조항과 도피구멍으로 이루어져 실효성이 없었다. 거기에다가 1954년 Harriss 판례[394]에서 로비활동의 범위를 매우 협소하게 해석하는 결정을 한 후 사실상 유명무실해졌다. 즉 Harriss 라는 로비회사와 연방정부 간의 소송에서 로비스트 등록과 보고서 제출 의무 조항은 외부로부터 로비자금을 지원받아 의원들을 직접 접촉하여 입법과정에 영향력을 행사하려는 목적이 명백한 경우에만 적용되며 이 요건에 해당하지 않는 의회상대 청원(로비)활동까지 제한할 수 없다고 판시하였다. 이 후 1983년에도 연방로비규제법의 전면적인 재검토를 하였으나 실패하였고, 1992년 대통령선거에 출마한 로스페로후보가 로비스트들의 해악을 공공연하게 제기하고 이어 주요 TV방송국에서 의원들과 로비스트간의 밀착사실이 폭로되자 1995년 대통령 클린턴과 공화당이 로비제도 개혁을 합의하였다.

하원은 대기업위주의 교묘한 로비정치와 극성스러운 해외로비의 폐단을 바로 잡기 위한 강력한 규제를 입법하려 하였으나, 상원은 지나친 규제로 시민적 권리가 압도당하거나 훼손되어서는 안된다는 입장에서 로비활동의 공개에 비중을 두었다. 규제보다는 공개에 힘이 실리게 된 이유는 상원에서 만장일치로 통과된 법안을 하원에서 수정안을 내면 법제정 자체가 무산될 것이라는 염려 끝에 그대로 가결시켰기 때문이다. 로비활동공개법은 등록의무가 있는 고객의 범주에 자연인 개인 뿐 아니라 기업이나 단체, 법인, 연합체, 노조 특히 주정부나 지방정부 등 정부조직체도 포함한다. 로비스트의 범위를 확대하고 위반 시 엄격한 징벌 규정을 마련하고 있으나 단속이 심하지는 않다.

H.R. Mahood는 로비방법은 2가지 범주로 나누었다. 의원이나 그의 참모에게 직접 표현하는 직접적 로비활동과 이익집단이나 로비스트의 도움을 얻는 간접적 로비활동이다[395].

4. 입법심의를 간편하게 하는 규칙들

주와 연방 차원에서 입법에 있어 심의를 조직화하고 용이하게 하는 규칙이 있다. 이러한 규칙들은 주와 연방 헌법, 제정법, 콤먼 로 그리고 관습 및 특별한 입법 회의장의 규정 등에서 발견된다. 분석의 편의를 위하여 세 개의 다른 종류의 규칙에 관한 우리의 논의를 조직화할 것이다. 첫째. 입법과정에서의 실질적인 한계들: 단일 주제 규칙과 일반성 요건들, 둘째, 개별조항 거부권(Line Item Veto): 예산 한계 시행에 대한 규칙, 셋째 입법부의 면책들이다.

입법과정의 실질적 한계 중 일반성 요건들은 공공 목적 요건, 특수한 입법에 대한 반대규칙, 형식성 등을 들 수 있고, 단일 주제 규칙의 주요한 목적은 결탁(logrolling)을 최소화하자는 것이다. 결탁은 특히 상원에서 흔히 볼 수 있는 관습 중의 하나로 의원들이 상호 지원을 합의하고 특정한 의안이나 정책을 가결시키는 행위를 말한다. 서로 다른 의원들이 서

394) United States v. Harriss 347 U.S. 612 (1954)
395) H.R. Mahood ,Interest Groups in American National Politics: An Overview 54(2000)

로 다른 의안에 대한 지지표를 교환하는 것이다.[396] 42개 주의 헌법에서는 법안을 하나의 주제로 제한한다. 민권법 통과 시에 상원에서 남부와 남서부 사이의 상호 협조 체제를 떠올리게 한다.

개별조항 거부권(부분 거부권)은 예산상에도 심각한 문제를 초래하므로 주지사가 이를 거부할 수 있게 하는 것이다. 즉 결탁을 통한 예산 팽창을 막고 주의 균형 예산을 유지하자는 것이다.

입법부의 면책은 연방의원들의 발언이나 토론에 대한 보호조항과 주 헌법에서의 주 의원들의 발언이나 토론에 대한 보호조항과 주의원들에 대한 연방의 보호를 들 수 있다. 미국 헌법 제1조 6항 제1호는 "*** 상원의원과 하원의원은 반역죄, 특별중죄 및 평화교란죄를 제외한 외에는 어떠한 경우에 있어서도 그 議院의 회의에 출석 중이거나 또는 그 왕복 도중에 체포되지 아니하며, 그 議院 안에서 한 발언 또는 토의에 관하여 의원 밖에서 책임지지 않는다."고 규정하여 의원의 발언과 토론의 자유를 보장하고 있다. 이는 집행부에 의한 협박과 가능한 적대적인 사법부로부터 책임을 보호하기 위한 것이다. 연방의 주 의원들에 대한 보호에서 연방대법원은 테네시 주 의원인 Gillock의 연방법 위반사건에서 지방법원과 항소심과는 달리 발언 혹은 토론조항은 기술적으로 연방의원들만 보호하고 연방의 기소에서에서 주 의원들을 위한 증거법적인 특권을 인정하는 것을 거절하였다[397].

위에서 본 바와 같이 입법 심의를 형성하는 규칙을 살펴보았는데 이는 연방과 주의 헌법과 입법과정의 특징에 의해 부과되었다. 많은 규칙들도 제정법이나 내부 결정의 산물이다. 이러한 규칙들은 입법의 적법절차(due process of lawmaking)를 강요하고 있다. Hans Linde가 저술한 1976년의 입법의 적법절차(due process of lawmaking)라는 중요한 논문에 따라 다음 장을 검토할 것이다.

Ⅳ. 입법의 적법절차(Due Process of Lawmaking)

많은 법령에 부여된 소극적인 합리성기초 심사(deferential rational basis review)를 대신하여 대안적인 사법심사(judicial review) 방법을 제한하는 문헌에서 오레곤 대법원 Hans Linde 판사는 입법과정의 적법절차이론을 주장하였다.[398] 그는 헌법의 적법절차조항은 나중에 사법부에 의한 2차적 검토의 대상이 되는 입법부만이 아니라 정부 스스로도 법의 적법한 절차에 의해 행위 하도록 가르친다고 주장하였다.[399] 입법과정(legislative process)은 그가 기술하는 합리적인 입법(rational lawmaking)을 하기 위해 고안되어야 한다: 즉 그것은 입법자로 하여금 일정한 방식으로 제안된 법이 작용할 존재하는 조건들과 그 제안이 사실상 의도한 목적을 촉진할 가능성에 대해 알도록 요구한다. 어떤 법에 대해 기대되는 효용을 그 법이 다른 것들에 부과하는 부담과 형량하기 위해 입법자들은 그런 부담들에 대해 알아야 한다. 일정한 조건과 결과들의 예측과 평가는 증거를 상당히 고려해야 하는데 적어도

396) Walter J. Olesz다, 국회사무처 의사국 역, 미국의회 의사절차, 28면.
397) United States v. Gillock, 445 U.s. 360(1980)
398) Hans Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 Neb. L. Rev. 197(1976).
399) *Id.* at 222.

위원회의 회의에서는 그러해야 한다. 위원회는 완전히 그 사실적 기초와 가치 전제들을 설명해야 한다. 분명히 의원은 사실 기록의 이력서 또는 위원회 보고서는 그만 두고라도 그 의안(bill)의 요약서라도 읽어보지 않았다면 최종 의안 투표의 장에 나와서는 안 된다.[400]

Linde는 그의 기술이 정확히 현실을 묘사하지는 않았지만 그가 법원이 입법기관에 의한 합리적인 입법을 촉진하기 위해 고안된 재판방식(methods of adjudication)과 법령심사(sattutory review)를 채택하도록 주장하였다는 것을 인식했다. 법원은 입법목적과 이런 목적을 달성하기 위한 수단들의 선택을 정당화하기 위해 입법자들에 의해 논의된 합리성(rationale)을 검토함에 의해 이런 목적을 향한 작업을 할 수 있었다. 그러나 연방대법원의 판사들은 단지 매우 드물게 이런 전략을 추구하였다. 그 한 예가 *Fullilove v, Jkytznick*, 448 U.S. 448(1980)이었는데 이 사건에서 다수의견은 연방의 계약비용의 일정비율이 소수인종의 기업에 가는 것을 요구하는 연방법을 지지하였다. Stvens 판사는 그의 반대의견에서 소수인종과 소수민족에 대한 우선취급을 제공하는 의회의 결정에 대해서는 합리적인 설명을 요구했었다. 법원은 집행기관에 의해 제시된 규제적인 정책의 문맥 안에서 그런 심사를 사용하지만 그들은 보통 가장 정치적으로 책임을 지는 기관인 의회에 적용할 때 그것을 부적합하고 주제넘은 것으로 여긴다.

Fullilove에서 Stevens 법관은 규범으로부터의 출발을 정당화한다. 왜냐하면 인종적 이유에 근거해서 차별을 행하는 법들은 엄격한 심사기준(strict scrutiny)으로 심사되어야 하기 때문이다. 그는 다른 종류의 법에 도전하는 사건들에서 합리적인 입법이라는 증거를 요구하지 않았을 것이다. Linde는 보다 더 적극적인 사법적인 접근의 장점에 대해 의심쩍어 했다. “어떤 정책에 대해 이유를 제시하는데 있어 솔직함은 항상 좋지만은 않은 장점이다. 그것은 다른 이유에 근거하였다면 꽤 바람직할 수 있었음에도 불구하고 잘못된 전제들로 인해 어떤 정책을 무효화시키는 결과에 이를 수 있게 한다. *** 행정기관의 문맥을 지나 입법과정 안으로 검토된다면, 솔직함에 대한 희망은 더욱 위선을 낳을 수 있다. 사실적 기초와 목적의 열거부분은 익명의 법입안자, 위원회 스템, 그리고 이익단체의 자문자의 업무이지 입법가의 일은 아니다.[401]

따라서, Linde는 이성적인 숙고와 합리적인 의사결정을 촉진하도록 고안된 입법부의 규칙과 구조적인 배열 즉 입법의 과정에 초점을 맞춘다. 입법과 입법의 결과물은 여러 가지의 요구들에 의해 형성된다. 헌법은 또한 입법을 위한 절차적인 요구들 즉 양원주의(bicameralism)와 제출요구(presentment requirement)를[402] 자세히 규정한다. 그리고 의회규칙들은 부가적인 절차적 제약을 부여한다. 우선 우리는 법을 제정하기 위해 준수되어야 하는 특정한 절차들을 요구하는 몇몇 헌법적인 규칙들을 확인할 것이다. 약간의 사건들에서 법원은 어떤 결정들은 정부기관이 아니라 의회에 의해 이루어질 것을 요구하였다. 왜냐하면 그런 기관들의 특징들은 입법의 민주적인 계통을 보장하기 때문이다. 그러나 입법의 적법절차라는 개념은 사법적인 영역을 지나 관련성을 가지고 있다. 입법부는 법의 제정에 절차적인 요청들을 부가하는 규칙들과 프레임들을 채택할 수 있는 능력을 가지고 있다. 다음으로

400) *Id.* at 223-24.
401) *Id.* at 230-231.
402) 대통령에게 법안을 제출하여 대통령이 서명하여 법을 공포하는 절차를 의미한다(역자 주).

우리는 의회가 채택하고 있거나 고려하고 있는 다른 규칙들과 포괄적인 절차인 프레임들을 검토할 것이다. 그것들 중 많은 것들은 예산절차에 기초하고 있다.

1. 구조적 적법절차(Structural Due Process)

입법의 적법절차는 부분적으로 정책이 형성되고 적용되는 구조에 초점을 맞춘다.[403] 이런 인식은 특별한 민주적 정당성을 고양시키는 특별한 제도적 특색을 가진 조직만이 일정한 조치들을 취해야 한다는 점을 제안한다. 우리가 입법을 위한 절차적 요건들을 제시하는 연방헌법과 주헌법에서의 요구들을 평가한 후에 우리는 *Hampton v. Mow SunWong*, 426 U.S. 88(1976) 사건을 간단히 살펴본다. 거기서 법원은 입법의 적법절차접근법을 채택하였다.

(1) 주와 연방 입법에서 따라야 할 절차에 대한 헌법적인 요구들

1) 양원주의(Bicameralism)와 제출요구(Presentment Requirements)

미국 헌법 제1조 제7항 2-3목(Article Ⅰ, § 7, clauses 2-3)은 법안(bill)이 단지 그것이 하원과 상원에서 동일한 형태로 입안되고 그 후 대통령에게 제출된 경우에만 법이 된다고 규정한다. 대통령이 그 법안에 대해 거부한다면 하원과 상원은 각 원에서 2/3의 찬성으로 그 거부를 무력화시킬 수 있다(override; 재의결할 수 있다). 주 헌법은 유사한 조항을 가지고 있다. *Clinton v. City of New York*에서 법원은 양원주의와 제출요구는 입법절차의 필수적인 요건들임을 강조하였다: "헌법 제1조에서 규정한 법의 제정을 지배하는 절차는 헌법 자체를 탄생시켰던 대토론과 대타협의 결과물이었다. 친숙한 역사적 자료들은 법을 제정하는 권한이 단지 단일하고 정교하게 만들어진, 그리고 철저하게 고려된 절차와의 조화 속에서 행사되어야 한다는 결론에 대한 폭넓은 지지를 제공한다.

양원주의와 제출원칙에 대한 하나의 정당화는 다른 관점(points of view)에 대한 지속적인 고려를 보장할 수 있다는 것이다. 연방주의자(Federalist) #51에서 James Madison은 양원주의 요구를 그것이 다른 방식으로 선출된 두 기관을 형성한다는 이유에 근거하여 지지하였다. 그 두 기관은 다른 이해관계와 선거민을 대표하고 다른 내적인 관행을 발전시킨다고 보았다. 더욱이 다른 이질적인 기관들이 입법에 동의하도록 요구하는 것은 당파적이고 편파적인 법들이 채택되지 않는 것을 보장한다. 연방주의자 #62에서, Madison은 임기가 길고 보다 적은 구성원을 가진 상원(Senate)은 성급한 입법의 제정을 방지하면서 원(chamber)을 냉각시키는 역할을 한다. Alexander Hamilton은 연방주의자 #73에서 행정부의 거부권은 의회의 다수에 영향을 미칠 수 있는 당파(faction), 성급함(precipitancy), 또는 공공의 이익에 우호적이지 않은 어떤 추진(impulse)의 영향으로부터 공동체를 보호하기 위해 마련된 것이다.

Saul Levmore는 양원주의의 현대적인 분석을 제공하였다.[404] 그는 첫째로 양원주의가

403) Laurence Tribe, *Structural Due Process*, 10 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 269, 269(1975).
404) Saul Levmore, *Bicameralism: When Are Two Decision Better than One?*, 12 Int'l Rev. L. &Econ. 145(1992).

아젠더 설정자의 교묘한 권력을 감소시키는 가능성을 고려한다. 왜냐하면 하나의 원은 단원제의 과정에서처럼 양원제의 시스템에서 결과를 지배할 수 없기 때문이다. 그러나, Levmore는 단지 매우 조심스럽고 어려운 경험적인 조사를 통해 다음과 같은 사실을 밝혀준다. 즉 위원회와 컨퍼런스 위원회 구성원자격에 영향을 미치는 위원장의 권한은 양원주의가 대안적인 제안들이 고려되는 순서를 조정할 수 있는 소집권자의 능력을 감소시킨다는 사실을 보상하지는(offset) 못한다는 것이다.[405] 그는 양원주의가 입법을 더욱 어렵게 함으로써 현상을 고착시킨다는 Buchanan과 Tullock 논쟁을 인정한다. Levmore는 절대다수결(supermajority) 투표요구는 같은 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 절대다수결주의는 아마도 양원주의보다 더욱 소모적인 지대추구(rent-seeking)와 부패를 조장한다고 주장한다. 양원주의 시스템에서 어떤 의안은 두 개의 포럼에서 공개적으로 심사되어야 한다는 단순한 사실은 부정을 폭로하는데 기여할 수 있다. 그리고 부패와 비효율적인 지대추구행위의 문제가 결과를 약속하고 이루어 내는 입법자의 능력의 부분 기능에 있다면, 그것은 분명히 절대다수결과 함께 입법자 또는 작은 그룹의 입법자가 더욱 상대적 다수결투표를 가진 양원주의시스템에서 입법을 저지하거나 추진할 수 있는 것보다 더욱 일정한 이익단체를 대표하여 입법을 저지할 수 있는 지위에 있게 된다는 점이다.[406]

연방차원에서 양원주의는 매우 다른 방식으로 구성되는 두 입법기관이 법의 제정에서 발언권을 가진다는 것을 요구한다. 이런 차이는 수정 제17조의 통과 전에 더욱 의미가 있었다. 수정 제17조는 주 입법부가 상원의원을 선출하는 것을 폐지하고 직접선거를 요구하였다. 두 기관 사이의 가장 분명하게 남아 있는 차이는-즉 상원은 각 주가 평등하게 대표되는 할당방식이라는 점-그에 상응하여 학자들의 관심의 대상이 되지 못했다. 상원의 이와 같은 특징은 거의 확실히 영구적인 특징이다. 즉 헌법 제5조는 "어떤 주도 그 동의 없이 상원에서 평등한 투표권을 박탈당하지 않는다." 대조적으로, 법원은 연방 하원을 위한 선거구획정의 맥락 안에서 주 선거구 획정에서의 더욱 큰 인구 편차를 받아들일 수 있음에도 불구하고 양원의 주 입법부는 1인 1표의 원칙에 적용을 받는다.

Frances Lee와 Bruce Oppenheimer는 그들의 상원연구에서 몇 가지의 공정성 문제를 제기하였다.[407] 그들은 첫째 주 인구가 선거민들이 그들의 상원의원들과 가지는 접촉의 양(quantity)과 그들의 인식된 상호접촉의 질(quality)에 드라마틱하게 영향을 준다는 사실을 지적한다.[408] 덜 인구가 조밀한 주들의 선거민들은 더욱 그들의 상원의원들과 접촉을 많이 하고 일정한 정책문제(policy matter)에 대한 그들의 의견을 단지 제시하는 것보다 그들의 문제들에 대한 도움을 그들에게 요구할 가능성이 많다. 이런 현실은 개인들과 이익단체들이 의회의 구성원들에 대해 영향력을 미치는 접근의 불균형(disparity of access)을 야기한다. Lee와 Oppenheimer가 상원 의원정수의 불균형에 연결시키는 다른 걱정스러운 불균형은 그 기관에 대한 당파적 통제력에 영향을 미친다. "州들의 평등한 대표는 종종 하나의 정당이 전국적인 투표의 득표율에 비례하지 않는 상원의석을 얻는다는 점이다."[409] 인구가 적은

405) *Id.* at 151.
406) *Id.* at 155.
407) Frances Lee and Bruce Oppenheimer, *Sizing Up the Senate: The Unequal Consequences of Equal Representation*(1999).
408) *Id.* at 12.
409) *Id.* at 226.

주의 상원의원들은 그들의 선거민들의 특정 이익을 추구하는데 더 많은 시간을 소비하는 경향이 있는 반면, 인구가 많은 주의 상원의원들은 정책실현(policy activism)을 추구하는데 상대적으로 많은 시간을 소비하는데 이런 활동은 미디어에 더욱 호소하고 개인적인 선거운동이 논리적으로 불가능한 주들에서 그들의 재선목적을 촉진시킨다.

인구가 적은 주의 상원의원들이 그들의 선거민들을 위한 이익을 획득하기 위해 그들의 능력을 제고하는 한 수단은 그들이 종종 근소하게 찬반이 갈리는 입법에 관해서 결정적인 투표권을 행사하는 것이다. "연합 리더들은 필요한 표를 얻기 위해 적은 주들의 상원의원들을 선택하는 경향이 있다. *** 그리고 이런 상원의원들은 그들의 요구가 덜 비싸고 그래서 더 수용될 수 있다는 사실을 잘 알고 있는데 그들은 어느 한 편에 서는 것을 미루면서 연합 리더에 의해 구애를 받기를 기대한다.[410] 상원의 영향력의 불균형을 고려하면 인구가 적은 주의 상원의원들은 상원으로 하여금 인구가 적은 주들을 조직적으로 선호하고 인구가 많은 주들로부터 인구가 희소한 주들로 자원을 분배하도록 하는, 정부프로그램의 자금방식을 채택하도록 강요할 수 있게 된다. Lee와 Oppenheimer는 연방하원이나 대통령은 분배정책형성에서 상원에서 주들의 평등한 대표의 효과를 상쇄시킬 수 있는 충분한 영향력을 행사할 수 없다고 본다.[411]

중요한 이슈는 법령이나 법령의 한 조항이 의회의 양원에서 같은 형태로 통과되지 않았거나 대통령에 의해 적합하게 제출되지 않았다는 사실을 근거로 어느 법령이나 법령의 조항에 대해 어떻게 도전하느냐의 문제이다. 등록법안(enrolled bill)은 양원의 의장에 의해 서명이 되고 그것이 대통령에 의해 승인이 되면 그것은 국무장관(Secretary of state)에게 보내지고 그는 정확한 사본을 만들어 일반 법령으로 공포를 위해 의회인쇄소로 보낸다. 이 과정에 실수가 발생한다면 어떻게 되느냐? 그것은 *Marshall Field&Co. v. Clark*, 143 U.S. 649(1892)에서 논점이었다. 의회의 양원에서 통과된 그 법안의 제30조는 등록법안에서 누락되었기 때문에, 항소인은 그 법이 효력이 없고 무효라고 주장하였다. 법원은 일반론적인 주장에는 동의하였지만, 요청된 구제에 대해서는 거부하였다. 법원은 등록된 법안에 대해 문제를 제기하기 위해 항소인에 의해 제기된 외부적 증거(extrinsic evidence)를 검사하는 것을 거부하였다. 그러나 후에 *United States v. Ballin*, 144 U.S. 1(1892)에서 법원은 법안이 통과될 때 정족수(quorum)가 충족되었는지를 결론짓기 위해 연방하원의 저널을 검사하였다.

등록법안 규칙(the enrolled bill rule)은 좋은 것이냐? 이 이슈를 우리가 제2장에서 다룬 정치문제원칙(the political question doctrine)에 대한 우리의 논의와 관련지어 생각해 보라. 당신은 이 섹센의 후반에서 나타날 주법원에서의 등록법안 규칙의 논의를 읽은 후에 당신의 해답을 재고할 수 있을 것이다.

2) 세입조치를 위한 특별절차(Special Procedures for Revenue Measures)

제1조 제7항은 국가세입을 위한 법안들은 연방하원에서 입안되어야 할 것을 요구한다. 이런 규칙의 목적은 국민에 밀접한 대표들(하원의원들 그들은 2년마다 재선된다)이 시민들을

410) *Id.* at 14
411) *Id.* at 14-15.

억압할 수 있는 가장 큰 잠재력이 있는 조치들(세금들)을 시작할 때 책임을 져야 한다는 것을 확실히 하는 것이다.[412] 일정한 주 헌법들 역시 유사한 요구를 가지고 있다.

(2) 제도적으로 가장 유능한 정부의 기관(입법부)에 의한 입법을 요구하기

헌법, 법령 그리고 의회규칙에 의해 규정된 입법의 구조는 입법부가 합리적이고 투명한 방식으로 가장 민주적으로 책임을 질 수 있는 정부기관으로서 그들의 책임을 수행하는 것을 보장하도록 디자인 되어 있다. 제도적 디자인의 이런 특징으로 인해 입법의 적법절차는 입법부가 특정 중요사항에 대해서는 유일하게 적합할 수 있다는 사실을 제시한다. 그리하여 행정기관에 의해 이루어진 일정한 결정들은 사법적 무효화의 대상이 되어야 하고 요컨대 입법부(또는 아마도 정치적으로 책임을 질 수 있는 집행부 수장)에게 재고(reconsideration)를 위해 환부되어야 한다.

* PAUL BREST: 양심적인 입법자의 헌법해석 가이드[413]

사법적 자제(judicial restraint)는 연방정부의 협조기관들이나 주의 정책결정권자의 결정에 대한 존중을 반영하는 점에서 예의의 문제(matter of comity)일 수 있다. 그것은 법원이 헌법적 문제를 법원의 능력 밖의 관련 경험적 이슈들로부터 또는 입법부의 영역 안의 정책문제로부터 분리하는데 무능력하다는 사실로부터 나타날 수 있다. 그것은 또한 입법절차가 특정 사건에서 실제로 어떻게 작용했는지를 법원이 확인하는데 능력이 없음을 반영하는 것일 수 있다. 이런 고려들의 어느 것도 입법부가 그 자신의 산물(product)의 합헌성을 평가하는데 소극적이어야 한다는 것을 제안하지는 않는다.

이 논문은 입법자가 제안된 입법의 합헌성을 어떻게 평가할 수 있는지를 알아보기 위해 양심적인 입법자(conscientious legislator)의 관점을 가정한다. 두 개의 가정은 명백하게 이루어져야 한다. 첫째는 입법자는 그가 할 수 있는 최대한으로 제안된 입법의 합헌성을 결정할 의무를 진다는 점이다. 두 번째는 그들은 연방대법원의 실질적인 합헌성 이유들에 의해 구속되거나 적어도 상당히 비중을 주면서 스스로를 생각해야 한다는 점이다.

첫 번째 가정은 자명한 것으로 보일 수 있다. 그러나 매우 많은 입법자들은 그 반대로 가정하기 때문에 논의할 가치가 있다. 즉 그들은 그들의 일은 합헌성의 문제와 관련 없이 정책을 세우는 일이고 정책의 합헌성은 법원의 배타적인 영역 안에 속한다고 보는 것이다. 간단히 다음과 같은 점들이 그 가정을 지지한다. 첫째로, 헌법의 일부 규정은 명백히 입법자에게 향하고 있다. 많은 다른 규정들은 분명한 함의에 의해 입법자에게 향하고 있다. 둘째로, 헌법의 설계자(framers)들과 초기 의회의 구성원들은 입법이 나중에 사법심사의 대상이 될 수 있을 지라도 의회가 계류 중인 입법의 합헌성을 평가하여야 하는 믿음을 표시하였고

412) See John Hoffer, Jr., *The Origination Clause and Tax Legislation,* 2 B.U.J. Tax Law 1(1984); J. Michael Medina, *The Origination Clause in the American Constitution: A Comparative Survey,* 23 Tulsa L.J. 1659(1987).

413) Paul Brest, *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, 27 Stan. L. Rev. 585, 586-89(1975).

그런 믿음에 근거하여 행동하였다. 셋째로, 헌법 제6조는 모든 입법자와 공직자들은 이 헌법을 지지하기 위해 선서나 증언에 의해 구속될 것을 요구한다. 이것은 모든 헌법적 문제들이 항상 모든 기관들에게 개방되어야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니지만, 입법자가 헌법을 지지하는 가장 분명한 방식은 단지 합헌적인 입법을 하는 것이다. 네 번째로 Marbury v. Madison에서 사법심사에 대한 Marshall 대법원장의 고전적인 정당화는 법원의 배타적은 아닐지라도 특별한 헌법적 기능을 근거로 전제된 것이 아니고 헌법이라는 상위법과의 일치 속에서 사건을 결정할 의무에 단지 근거하였던 것이다. 사법심사를 위한 다른 주장들은 사법부에게 특별한 기능을 부여하였지만, 어떤 것도 헌법의 해석자로서의 사법부의 역할이 다른 기관의 해석을 배제하는 것을 의미하지는 않는다. 다섯 번째로, 법원은 종종 문제된 법률에 입법부가 소송에서 문제된 헌법적 문제들에 근거하여 미리 통과시켰다는 가정에 근거하여 합헌성의 추정(presumption of constitutionality)을 부여하였다. 사법적 자제가 강하지 않은 곳에서조차 법원은 입법자의 주관적인 동기와 같은 입법결정의 모든 측면을 심사하는 제도적인 능력이 부족할 수 있다. 헌법이 그런 사건들에서 적어도 적용되어야 한다면 그것은 입법자 자신에 의해 적용되어야 한다.

헌법문제를 고려할 입법의무를 도전하는 유일하게 그럴듯한 주장은 제도적인 무능력에 근거하고 있다. 많은 입법자들은 변호사들이 아니다. 입법과정은 헌법문제들이 시스템적이고 차분하게 검토될 수 있도록 허용되도록 구조화되어 있지 않다. 그리고 많은 헌법문제들은 단지 입법이 이루어질 때 나타난다. 이런 점들은 사법심사에 대해 찬성하도록 주장할 수 있음에도 불구하고 초기의 입법적 검토를 반대하도록 주장하지도 않는다. 현대의 의회 위원회는 변호사들과 정책과 법의 특정 영역에 있어 전문성을 가지고 있는 이들에 의해 조력되는데 이런 위원회는 현안이 된 조치들의 헌법적 함의를 고려할 능력이 있다. 많은 문제들이 예측되거나 적당하게 다루어질 수 없다 하더라도, 그것이 예견되거나 다루어질 수 있는 것을 직면하는 것을 반대해야 한다고 주장할 수는 없다. 확실히, 입법부는 우리가 사법부에서 기대하는 냉정하고 상세한 분석에 드물게 종사한다. 그러나 우리는 입법과정이 계류 중인 입법에 의해 위협을 받고 있는 헌법적 가치에 대한 분명한 고려를 해야 한다고 요구한다.

우리는 의도적으로 두 번째 가정에 답하는 것을 피했다. 법원이 헌법의 최종적인 해석자(ultimate interpreter)라는 법원의 최근의 선언에 동의하는지 여부와 상관없이, 사법부는 가장 유능하고 차분하고 분명한 해석자이다. 그러므로, 이런 목적을 위해 우리는 입법부가 판사가 만든 헌법원칙에 구속된다고 가정할 필요는 없다. 그런 원칙은 입법 양원에 강한 정확성의 추정에 이르게 하는 것으로 충분하다.

위의 두 가정이 수용된다면, 입법자는 헌법을 해석하는 것을 배워야 할 뿐만 아니라, 헌법을 해석한 법원의 결정을 해석하는 것을 배워야 한다. 법을 폐기하는 결정은 이해하기 쉽다: 그것들은 법이 위헌적이라는 것을 의미한다. 반명 법을 폐기하지 않는 결정은 항상 그 법이 합헌적이라는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐하면 법원이 무효화에 실패한 것은 단지 그것의 제도적 한계를 반영할 수 있는 것이다.

2. 입법초안 작업과 입법의 적법절차

최초에 법원은 분명히 의회가 분명히 특정한 정책결정을 했는지를 보기 위해 입법부의 텍스트에 의존할 것이다. 이런 사건들(Mow Sun Wong 또는 Kent v. Dulles)은 의회가 위헌적인 입법으로부터 합헌적인 입법을 분리하는 방식으로 법을 통과시키고자 하였다는 사실에 대해서 의회가 분명히 진술할 것을 요구하는 것으로 보인다. 입법의 적법절차가 Mow Sun Wong과 여권사건에서 반송하는 것과 같은 최소주의적 기술(minimalistic techniques)보다는 아마도 법령의 텍스트 안에서 또는 위원회보고서와 같은 신뢰할만한 입법부 기록 속에서 이루어진 분명한 진술이 법원으로 하여금 헌법문제를 직접적으로 결정하게 한다. 우리는 Chapter 8에서 중요한 헌법적 가치를 포함하고 있는 법령의 문맥에서 사법부의 분명한 진술요구(judicial clear statement requierment)를 논의할 것이다.

그래서 입법의 적법절차는 여러 방식으로 입법의 초안작업을 내포한다. 첫째로 입법은 정부의 제도적으로 유능한 기관이 그 영역에 속하는 민감한 분야를 고려하고 제안하였다는 확신할만한 증거를 제공할 수 있게 된다. 법원은 관련된 숙고의 기록을 찾기 위해 위원회나 의사당 토론을 분석하기보다는 의원들이 그 이슈를 인식하고 고려했으며 초점을 맞추고서 결정을 했다는 신호로서 분명하고 특정한 텍스트적 진술을 사용할 수 있다. 덧붙여, 입법의 적법절차이론에 의해 이루어지는 사법심사는 종종 입법자들에게 법안의 초안작업을 분명히 그리고 구체적으로 하도록 하는 인센티브를 제공하고자 한다. 그래서 의원들은 그들이 표결에 붙이는 것을 알 것이고 시민들도 그들이 따라야 하는 규칙을 이해할 것이다.

(1) 법령초안 작업에 대한 일반적인 접근

법령의 일반적인 초안작업은 다음과 같이 이루어진다. 입법 초안작업은 구별되지만 관련되는 노력을 요구하는 세 단계과정이다. 그것은 일련의 과정은 아닌데 왜냐면 초안자가 유형적으로 다음과정을 마친 후에 다시 되돌아오고 각 단계를 다시 생각해야 하기 때문이다. 그리고 그 과정의 각 단계에서 존재하는 법령의 구조물(framework)을 매우 신중하게 이해하는 것이 중요하다.

초안작업의 첫 번째는 제안된 입법이 무엇을 하기 위해 디자인되는지를 결정해야 한다. 이것은 이상적인 목적의 결정과 그 법안이 지지자들이 바라는 입법적 관심을 받을 기회를 극대화하기 위한 목적의 개선을 포함한다. 대부분의 경우 초안작업 프로젝트의 목적은 누군가에 의해 초안 작업자에게 주어진다. 그러나 그 목적은 보통 일반적으로 그 초안작성자에게 재량과 책임을 많이 허용하면서 설정될 것이다. 사려깊은 초안작성자의 첫 번째 일은 개념적 차원과 정치적 차원에 근거하여 보다 철저히 그 목적을 탐구하는 것이다.

두 번째 단계는 제안된 입법의 구조를 결정하는 것이다. 초안작성자와 다른 이들이 제안된 입법을 위한 기초적인 생각에 대해 결정할 경우, 초안작성자는 그런 생각을 실행하기 위해 무슨 요구들이 행해질 수 있는지를 구상해야 한다. 이것은 그 법안을 위한 단순한 포맷을 고안하는 것 이상이다. 대부분의 제안된 입법은 현존하는 법령에 의해 형성된 구조 안에서 작동하기 때문에, 초안작성자는 자신의 제안을 어떻게 법의 코드에 맡도록 하는지를 결정할 필요가 있다.

세 번째 단계는 언어와 구조는 필요한 것 이상으로 복잡하지 않아야 하고 불필요한 문제를 야기하지 않으면서 입법의 목적에 기여하고 그리고 내적으로 논리적이고 현존하는 법령

과 일치하도록 하면서 법안을 작성하는 것이다. 초안작성 단계에서 가장 어려운 단계는 첫 단계와 두 번째 단계에서 발전된 개념과 조직을 실행시키는 것이다.

(2) 법안의 구조

법안의 포맷은 관할에 따라 다양하게 다르다. 연방법안들은 주입법안보다 다른 헌법상의, 법령상의, 관행상의 요구들에 구속된다. 그리고 주들은 다른 관행과 요청들을 가지고 있는데 그것들의 많은 부분은 주헌법에 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 구조적인 유사성은 그 차이를 훨씬 능가한다. 여기서는 연방의회와 미네소타 입법에 의해 일반적으로 행해지는 포맷을 소개하기로 한다.

1) 긴 제목과 입법규정(The Long Title and the Enacting Clause)

법령들은 긴 제목으로 시작하는데 그것을 법령의 성격과 범위를 규정한다. 법령의 일반적인 시작은 입법규정(enacting clause)으로 시작한다. 그것은 연방단계에서는 1 U.S.C. § 101(1988)에 의해 정해져 있다. 미네소타헌법은 어떤 법도 하나 이상의 주제(subject)를 사용할 수 없는데 그 주어는 제목에서 표현된다(single-subject rule). 공동 입법규칙은 각 법안의 제목은 분명하게 그 주제를 진술하고 간단하게 그 목적을 진술하고 법안이 존재하는 법안을 수정하거나 폐지할 경우에는 그 제목은 장(chapter), 조(section), 항(subdivisions)을 언급해야 한다.

2) 도입규정들(Introductory Clauses)

입법조항(enacting clause) 다음의 모든 것은 법령의 구성부분이다. 법에 실질적인 변화가 있는 경우 그것은 입법규정 다음에 나타난다. 법령이 그 법에서 실질적인 변화를 하는 경우에 종종 도입규정들이 있다. 예를 들면, 현존법을 단지 수정하는 것 이상을 하는 경우 긴 법령은 법령의 삽입(thrust)을 짧게 기술하는 짧은 제목을 종종 가진다. 또한 조항들을 쉽게 독자가 찾아보도록 내용의 테이블이 있을 수도 있다. 끝으로 입법조사의 결과(legislative findings)와 목적의 진술은 그 법령의 전반적인 정책을 전달하는데 유용할 수 있다. 주와 연방의 관행은 허용하지만 이런 종류의 도입규정을 요구하지는 않는다.

3) 실제조항들(Substantive Provisions)

보통 다른 유형의 지시들(directives)은 제안된 법령의 다른 섹션으로 구분하고 그 섹션을 논리적으로 질서지우는 것이 가장 훌륭하다. 유형적인 순서는 다음과 같다:

가. 전문어와 친숙하지 않은 단어와 구절의 정의
나. 권리와 의무를 규정하는 실체적인 규정들, 그리고 항변들(defenses)과 예외들
다. 행정적이고 절차적인 규정들. 제안된 법령 아래 규정을 집행하고 형성하는 책임을

지고 있는 기관들과 부서들의 확인을 포함.

라. 제재와 강제조항들

마. 부칙조항들(miscellaneous provisions). 예를 들면 제안된 법률이 완전한 효력을 발생하기 전에 경과규칙을 제공하는 조항들, 법원을 가이드 하는 구성규칙들, 또는 입법부의 계속적인 감독(oversight)규정들

바. 효력발생날짜.

4) 현존법을 수정하거나 폐지하는 규정들

법안이 새로운 법령의 계획을 창안한다고 하더라도, 초안작성자는 관련법의 존재하는 조항들을 수정하거나 폐지하기를 원할 수 있다. 해석자는 새로운 법령이 존재하는 법령을 암묵적으로(implicitly) 수정한다고 추정할 수는 없다. 그래서 변화되어야 하는 존재하는 법령에 명시적인(explicit) 수정사항들을 작성하는 것은 매우 중요하다. 이것을 행하는 방법으로는 두 가지가 있다. 하나의 방법은 존재하는 규정으로부터 특정 문구를 삭제하고 새로운 문구를 삽입하는 방법이다(strike and insert approach). 이런 기술은 작성자(drafter)가[414] 수정된 조항의 몇 가지 다른 특징들을 미숙하게 다루고 있다면 상당히 부담스럽게 될 수 있다. 그런 경우에는 완전 재기술 방법(full-restatement approach)이 더 좋다. 이 방법을 사용하는 작성자는 수정되어 지고 있는 존재하는 법을 확인하고 전체적으로 수정되듯이 그 조항을 제시하는 것이다.

두 가지 접근법은 연방 법안에서 사용된다. 삭제와 삽입방식은 단지 한 두가지의 변화가 길고 복잡한 규정에 가해질 때, 더욱 적합하다. 완전 재기술 방식은 짧은 규정에 여러 가지의 변화가 있을 때, 더욱 적합하다. 주의 입법작성자는 종종 하나의 선택을 가진다. 일부 州 헌법들은 그 제목(title)과 관련하여 어느 법에 수정을 하는 것을 금지하고 수정된 조항들이 그 수정된 형태로 완전히 제시되는 것을 요구한다. 일부 주들의 일반적인 관행은 재기술된 조항에서 변화를 강조하고 삭제될 수 있는 문구를 통해 폐지하는 것이다.

수정에 대한 세 번째 방법은 어느 조항을 폐지하고 그 대신에 대체부분을 입법화하는 것이다. 연방의 작성자들은 존재하는 법의 어느 조항(section) 이상을 삭제하고자 할 때 유형적으로 이런 방식을 사용할 것이다. 그들이 조항의 한 부분을 삭제하려고 할 때, 연방의 작성자들은 보통 단지 특정부분을 삭제하기 위해서는 그 섹션을 수정하려 할 것이다. 법령의 적은 부분들을 수정하기 위해 폐지방식의 사용은 주 입법단계에서는 더욱 보편적이다. 특히 수정(반드시 폐지는 아닌)은 반드시 수정된 전체 조항을 제기술해야 한다는 헌법적 요구를 가진 주들에서 그러하다.

5) 법안의 종결규정

몇 가지의 기술적인 규정들이 법안의 끝부분에서 사용될 수 있다. 하나는 보존규정(saving clause)인데 그것은 그 법령이 통과될 때 존재했던 권리와 의무를 보존하는 것이

414) 여기의 작성자는 원래 법안의 초안 작성자(drafter)가 아니라 현재 조항의 수정을 시도하는 자를 역시 작성자(drafter)로 표현하고 있는 것으로 보인다(역자 주).

다. 보존규정은 조부조항(grandfather clause)으로 종종 불리기도 한다. 보존조항들은 공정성 기초(fairness grounds)에 근거하여 정당화된다. 왜냐하면 그것들은 구법에 의존하여 디자인되었던 제도를 흔들지 않기 때문이다.

법안의 끝에서 종종 발견되는 두 번째 조항은 분리가능 조항(severability clause)이다. 그것은 다른 조항들이 무효화될 경우 제안된 입법의 조항들을 보존하고자 시도한다. 어떤 경우들에서는 입법자들은 조항들이 하나가 법원에 의해 무효과 된다면 전체 법이 무효화될 것을 의도할 수 있다. 그 때 분리불가능 조항(inseverability clause)이 포함되어야한다. 어떤 사건들에서는 분리불가능 조항은 그 제안을 죽이기 위한 방법으로 입법에 부가된다. (제안의) 반대자들은 법원이 전체법을 폐기할 가능성을 높이기 위해 분리불가능 조항과 함께 위헌적인 조항들을 의식적으로 더할 것이다.

(3) 입법언어의 병(The Diseases of Legislative Language)

Reed Dickerson은 그의 책과 논문에서 입법작성자의 가장 중요한 관심인 분명하고 정확한 법령작성에 대해 가장 많은 관심을 보여준 전문가였다. 법령의 가장 중요한 목적은 시민들이 가지는 법적인 의무와 권리를 얘기하면서 시민들에게 일정한 지침(directions)을 소통하는 입법부는 법령을 통과시킬 때 분명한 목적과 명령을 항상 가질 수는 없는 반면, 분명하고 정확하게 시민들에게 무슨 명령들이 있는지를 소통하는 것은 법령 작성자의 업무이다. 언어사용에 있어 주요한 질병은 불명료함(ambiguity)과 함께 시작된다. 막연함(vagueness)은 불명료함과 다른 문제이다. 불명료함은 이것 아니면 저것의 상황을 창조하는 반면 막연함은 다양한 가능한 의미를 창조한다는 점에서 구별된다.

Ⅴ. 공화정치의 대안으로서 직접민주주의

지금까지 논의는 선출된 대표에 의한 입법과 관련된다. 우리는 공공정책을 형성함에 있어 이러한 대표제의 상당히 다양한 문제들을 검토하였다. 일반 시민들에게 보다 많은 법제정의 위임이 부여된다면 우리 정부의 기능이 향상될 것인가? 이 장에서는 이러한 쟁점에 대한 체계적인 탐구가 아닌 직접 민주주의에 대한 법적이고 경험적인 다양한 관심을 제시할 것이다.

1. 직접민주주의 개관

사회문제 고발을 위한 입법부의 능력에 대한 의심과 입법부가 종종 힘 있는 기업이익의 포로가 되고 부패되기 쉬운 것에 대한 두려움으로 인민주의자(Populists)와 그 후계자들 및 진보주의자들(Progressives)을 “국민에게로 정부를 복귀”하게 제안하도록 한다. 대중들에게 입법권한을 제공하는 두 가지 주요한 방법은 발안제(the initiative)와 국민투표(the referendum)이다. 게다가 3번째 도구인 국민소환(recall)은 유권자들이 선출된 공무원을 임

기만료 전에 해임하는 것이다.

발안제는 어느 정도의 유권자가 제안된 법률 혹은 주 헌법의 개정을 일반유권자들의 투표에 회부할 것을 청원하는 방법이다. 여기에는 2가지 형태가 있다. 직접 발안권은 필요한 유권자들의 동의가 모인 후에 쟁점에 대한 투표가 자동적으로 실시되는 것이다. 반대로 간접적인 발안제 형태 하에서는 제안된 법안에 대한 필요한 동의가 모아지면 입법부에 제출된다. 입법부는 동의할 것인가 아니면 부결할 것인가에 대한 시간이 부여된다. 입법부가 제안된 법안을 통과시키지 않거나, 혹은 수정된 형태를 채택한다면 원래의 형태에 있는 제안된 법률안은 투표에 붙여지고 종종 입법적으로 동의된 변형된 것으로 투표에 붙여진다.

국민투표는 다른 측면에서의 직접민주주의이다. 입법부에 의해 제안되거나 이미 통과된 법률을 유권자들이 동의 또는 부동의하는 방법이다. 하나는 대중적 구민투표 혹은 유권자국민투표이고 다른 하나는 입법적 국민투표 혹은 제출된 국민투표이다. 후자는 구속적 입법적 국민투표와 권고적인 입법적 국민투표로 나뉜다.

27개주는 법률에 대하여 하나 혹은 다른 형태의 발안제와 국민투표제를 수용하고 있고, 콜롬비아 특별구도 마찬가지이다[415].

발안제와 국민투표제는 유서깊은 전통을 가지고 있다. 예를 들면 스위스는 중세에 연원을 두고, 19세기 중반 이후 많은 주요한 법률들이 직접 민주주의를 통하여 채택되었다[416]. 뉴잉글랜드와 관련하여서는 마을모임(town meeting)이 명백하다. 최근에는 투표계획이 중요하게 성장하고 세금, 정부지출 한계, 반환할 수 없는 용기에 대한 수수료, 사형 그리고 사회적 이슈에 대한 다양한 제한 등 논쟁적인 주제를 제안하고 있다. 그러나 직접민주주의는 미국헌법건국자들은 대표제개념과 긴장의 관계를 가지고 있다. 메디슨은 보다 민주적 형태보다 대표제 형태의 정부를 주장하였다. 그는 정부의 공화제가 다수당의 독재를 막기 위하여 필요하다고 믿었다. 오늘날 국가차원에서는 직접 민주주의의 흔적이 없다.

헌법건국자들은 헌법 4조4항에 조합형태의 각 주에 공화적 정부형태를 포함시켰다. 이론상 헌법에 부합하지 않는 주에서의 직접민주주의의 도전은 정당화될 수 없는 정치질문이다. 사법적으로 집행하지 못하더라도 헌법의 보장조항은 다른 기능을 하는가? 메디슨적인 공화주의와 직접 민주주의사이의 긴장을 마음에 두어라.

또한 발안제와 국민투표에 대한 약간의 실제적인 문제들을 고려해보라.

* 귀찮은 절차와 돈의 중요성 직접적인 발안이나 국민투표를 위한 수천 혹은 수십만의 동의필요. 부유한 이익집단들과 조직된 이익집단에게 유리. 많은 비용.
* 유권자의 혼란과 무관심
* 입법기관의 왜곡: 직접민주주의는 입법부의 장기적인 행위를 저해.

물론 이러한 문제점은 발안제와 국민투표의 모든 경우 혹은 대부분의 경우에 내재된 것은

415) Philip Dubois & Floyd Feeney, Lawmaking by Initiative: Issues, Options and Comparison 27-29(1998)

416) Jean-Francois Aubert, Switzerland, in Referendums: A Comparative Study of Practice and Theory 39-66(David Butler & Austin Ranney eds.1978): Bruno Kaufmann & Rolf Buchi & Nadjs Braun, 이정옥 편역, Initiative & Referdum Institute 직접민주주의로의 초대, 리북, 2008, 66~74면.

아니다. 그러나 정치학자들이나 법학도들은 이러한 메카니즘을 우려해야만 한다[417]. 이러한 우려는 직접 민주주의 실행의 빈도수의 증가와 투표법안의 실질에 의해 높아지고 있다. 2000년 총선 때 유권자들은 200개의 주 법안에 직면하였다. 그 중 어떤 것은 사회적 관심이 높은 게이들의 권리, 총기규제, 환경오염정책, 사립학교에 대한 공개 바우처시스템 등에 관련되어 있다. 직접민주주의는 입법적으로 채택된 정책을 폐기할 뿐 아니라 입법적인 탄력성을 무력하게 한다. 캘리포니아의 저명한 정치적 옵저버의 아래의 관점을 검토하라.; 50여년 동안 발안제가 캘리포니아에서 정책의 적극적인 추진력인 특별방편으로 사용되었고, 때로는 좋았으나 그 반대가 더 많았다. 지난 20년 동안 국민투표식 개혁의 누적효과는 발전의 동력을 박탈하고 주와 지방정부사이의 권한의 배분과 책임의 소재를 혼동하게 하고 이러한 변화의 결과에 대한 책임을 불분명하게 하였다. 국민투표식 민주주의는 제도와 정치윤리 양면에서 교통장애와 혼란을 거쳐 갔다. 각 법안은 위임을 추가하고 비용이 들어가며 특별한 목표 혹은 입법적 선택을 제한하게 하여 유권자들이 누가 책임지는지 악당들이 무엇을 버리는지 잘 모른다. 이는 기한의 한계를 두는 하나의 원인이며 매 수년마다 그들 모두를 버린다.

공화정체에 대한 이러한 위협은 투표성향이 소수자권리를 위태롭게 할 때 가장 선명하다. 많은 학자들이 논쟁[418]하고 대법원도 다수자가 소수자에 대한 유리한 입법을 폐지하거나 그들에게 새로운 부담을 줄 때 중대한 연방헌법문제들이 발생하는 것에 동의한다.

이러한 관심의 장점이 무엇이건 간에 대의정부는 자체 비용을 가진다. 직접민주주의는 의회의 오만, 무능, 부패, 이기심을 공격하고 있다. 예를 들면 오늘날 메인(Maine) 주는 직접민주주의에 의해 엄격한 선거비용개혁법을 채택했다. 이 법은 일정 조건하에서 공적인 선거비용을 부담하여 선출된 공무원의 현직의 이점을 완화한다.

직접민주주의에 관한 관심이 얼마나 진지한가? 놀랄 것도 없이 투표과정의 일반적인 부정에서부터 무책임하고 거만한 입법부와 같은 방법으로 투표를 유지하는 것 이상까지이다. 약간의 논평가들은 직접민주주의와 함께 그들의 관심을 노력에 대해 책망하는 것에서 체제개선으로 돌렸다.

소환은 대의정체에 또 다른 종류의 침해를 가져온다. 이 제도 하에서 일정 유권자가 청원을 통하여 선출된 공직자의 복무를 투표에 붙이는 것이다. 전체의 3분의 1보다 적은 주들 전체에 영향을 미치는 소환제도를 두고 있다. 소환이 '건달'들을 버리는 좋은 방법인가? 아니면 그것이 선출된 공직자들로 하여금 장기적으로 유익하나 단기적으로 고통스러운 현명한 정책의 채택을 금지하게 하는 것인가? 보다 일반적으로 소환이 대표의 개념에 중요한 영향을 주는가?

아래에서 직접민주주의 도구에 대해 광범위한 검토를 할 의사는 없다. 우리의 목표는 보다 겸손하다: 우리는 독자들에게 직접민주주의를 둘러싼 약간의 기본적인 정책쟁점을 소개하고, 직접민주주의에 의한 입법과 입법부에 의한 입법을 비판적으로 검토하려 한다. 제2절

---

417) Richard J. Ellis, Democratic Delusions: The Initiative Process in america, University Prerss of Kansas, 2002, 최두영 옮김, 직접참정제도, 민주주의의 허상인가?- 미국의 주민발안제도 현장, 아르케, 2008,51면.

418) Sylvia Lazos Vargas, Judicial Review of Imitiatives and Referendums in which Majorities Vote on Minorities' democratic Citizenship, 60 Ohio St. L.J. 399(1999)

에서 발안제와 국민투표가 소수자권리에 대한 위협에 초점을 맞춘다. 제3절에서 소환이 공무원에게 부여하는 절차적 부담과 관련한 사법부의 관심에 초점을 맞출 것이다.

2. 시민 입법(Popular Lawmaking)과 헌법

(1) 쟁점 소개

분석가에 의하면 직접민주주의에 관한 영구적인 공포는 투표소에서 다수는 윤리적, 인종적, 종교적 소수자 혹은 작은 이념적 또는 분파적 집단이건 간에 소수자권리에 대해 주 의회보다 덜 민감하다는 것이다. 최근 수년에 직접민주주의 법안들은 일반적으로 소수자권리들을 감소시키는 효과를 가지고 있지 않다고 한다. 이것은 옳은가? 아래 사건을 숙고해보라.

1) St.Paul Citizens for Human Rights v. City Council of the City of St.Paul
Supreme Court of Minnesota, 1979
289 N.W. 2d 402

[St. Paul 헌장(the St. Paul Charter)은 8.01.항. 발안, 투표 및 소환, 8.02.항. 청원.8.04.항. 발안권. 8.05.항 투표. 8.06.항 조례의 폐지. 등을 규정하였다:

[1978년 4월에 the St. Paul 투표자의 다수는 아래의 발안 의제에 대하여 "찬성"하였다:
성 the St. Paul 법전의 74장은 인종, 신념, 종교, 성, 원국적 혹은 조상, 애정이나 성적 취향, 나이 혹은 장애에 기초한 직장, 교육, 거주, 공공시설 및 공공서비스에서의 차별을 금하는데 조례로부터 "애정이나 성적 취향"을 삭제되는 수정과 74.04항은 "누구도 인종, 종교, 색깔, 성, 원국적 혹은 조상, 애정이나 성적 취향, 나이, 장애에 근거하여 교육제도나 서비스 등과 관련된 편의시설과 관련하여 차별을 받지 않는다. 단, 종교교리에 의하여 활동하는 학교가 등록조건으로서 그러한 교리의 구성원자격을 취득하는 것이 모든 지원자에게 그러한 조건이 부여된다면 예외"라는 것이 "그러한 자격들이 모든 지원자에게 부여된다는 조건"을 삭제하였다.]

TODD판사

* * * 원고들은 the St. Paul에서 유권자들은 조례를 폐지하는 발안절차를 사용할 수 없다고 주장한다.; 그들은 의회와 주민투표만이 조례를 폐지할 수 있는 수단이라고 주장한다. 피고들은 입법권에 폐지권도 포한된다고 다툰다. 따라서 발안권에 제한이 없으므로 현존하는 조례도 폐지할 수 있다는 것이다. 유권자들이 발안권에 의하여 현존하는 조례를 폐기할 수 있는지 여부는 미네소타주에서 처음 거론되는 문제이다.

시조례는 시의회나 발안절차에 의하여 제정된다. 5McQuillan, Municipal Corporations(3d ed.1969 rev.vol.),§16.01. 일반적으로 조례제정권은 취소권도 포함한다. 6McQuillan, Municipal Corporations(3d ed.1969 rev.vol.),§12.10. 시의회는 새 조례를 제

정하여 현 조례를 폐기할 수 있다. 6McQuillan, Municipal Corporations(3d ed.1969 rev.vol.),§12.09.를 보라. 그리하여 성바울시 유권자들은 권한의 양도가 달리 규정되어 있지 않는 한 또한 발안절차를 통하여 새 조례를 제정하여 현 조례를 폐기할 수 있다. 6McQuillan, Municipal Corporations(3d ed.1969 rev.vol.),§12.11.를 보라.

성바울시 헌장[419]은 주민들에게 "조례에서 제안권, 투표 회부 요구권, 그리고 소환권"을 부여하고 있다. 성바울시 헌장§8.01. 또한 " 발안적 청원에 의해 제안된 어떤 조례"를 규정하고 있다. 성바울시 §8.04. 이 두 규정들은 시헌장위원회가 유권자들이 발안제에 의해 현행 조례를 폐기하거나 수정할 수 있다는 것을 의미한다. State v. City of Wheeling,120 S,E. 2d 389(W. Va. 1961)에서 법원이 "어떤 제안된 조례(any proposed ordinance)"가 반드시 조례의 폐기를 포함하고 있다고 강조한 것을 참조.

3. 원고들은 또한 성바울시의 동성애권조례폐기 투표문제는 부적절하게 노출되었다고 주장한다. 왜냐하면 그것은 실제로 2가지 문제를 가지고 있기 때문이다. 그 하나는 "애정적이거나 성적 취향"에 관한 모든 관련을 삭제하는 것이고, 다른 하나는 등록의 조건으로 종파의 신도임을 요구하는 종교재단의 허가를 규정하고 있는 규정으로부터 " 그러한 요구가 모든 지원자들에게 부여된다면" 규정의 삭제와 관련된다.

시조례는 반드시 단일주제만 담아야 한다. 성바울시헌장§6.04.를 보라. 조례는 그것이 담고 있는 주제들이 너무 비슷하지 않아 법적 관련이 없을 때 위 금지규정을 침해한다. City of Duluth v. Cerveny, 16 N.W. 2d 779(Minn.1944)에서 주취를 금지하는 것을 규정하는 조례가 Duluth시헌장 규정을 침해하지 않는다는 것을 볼 수 있다. 시헌장 규정은 어떤 법률도 한 주제 이상을 포함할 수 없다. 왜냐하면 법률보호의 박탈문제는 주취용 알콜매매를 규제하는 주제와 논리적이고 실질적인 관련이 있기 때문이다. 헌장규정의 목적은 결탁, 사기. 혹은 유권자혼란의 가능성을 피하려는 것이다. Bogen v. sheedy, 229 N.w. 2d 19(minn.1975)에서 조례들이 함께 의논되고 같은 의회에서 동시에 통과되고 같은 소재를 처리하므로 두 개의 문제를 가지고 있음에도 두 조례와 관련된 국민투표청원이 유효하다는 것을 밝히고 있다.

바로 그 사건에서 양 문제는 같은 주제 - 성바울시 인권조례와 관련되었다. 발안제에 대한 공개논의를 하면 사기, 유권자혼란 혹은 결탁의 가능성은 거의 없다. 왜냐하면 성바울시 의회는 "애정적이거나 성적 취향'에 관한 모든 언급을 삭제하고 하나의 조례를 제정함으로써 종교적인 제도와 관련된 조항을 삭제할 수 있었기 때문이다.

4. 원고들은 성바울시 인권조례를 폐기하는 것은 그들로부터 적법절차와 평등보호를 박탈하는 것이라고 주장한다. 이 논쟁들은 사실심에서 주장되지 않았다; 따라서 그들은 상고심에서 처음으로 거론되지 않을 것이다.

---

419) 발안제와 주민투표제는 미네소타 주 법률 410.20의 "RECALL AND REMOVAL OF OFFICERA:ORDINANCES 에 의해 미네소타주내에 있는 시에게 부여되었다.

원심법원 확인(Affirmed)

ROGOSHESKE,J., 이사건의 심리와 결정에 참여하지 않았다.

WAHL, JUSTICE(반대의견:dissenting)

나는 정중하게 성바울시의 유권자들이 발안절차로 현행 조례를 폐기할 수 있다는 다수 의견에 반대한다. 이 문제를 제기한 법원은 거의 없고 이 사건은 미네소타에서 처음 언급된 것이다. 우리들은 장기적인 관점에서 고려하여 결정을 해야지 발안절차에 의한 유권자들 앞에 던져진 하나의 쟁점이라는 시각에서 보아서는 아니 된다. 현행조례가 발안절차에 의해 폐기될 수 있는지 여부는 헌법과 혹은 법령에 의한 위임에 의존한다. 6McQuillan, Municipal Corporations(3d ed.1969 rev. vol.),§12.11을 보라.

발안제와 국민투표조항은 20세기 초에 (1) 입법과정에 유권자들의 참여를 높이고 (2) 특수한 이익집단에 의한 입법지배를 견제하고 (3) 유권자들이 공공의 의사를 표현함에 있어 보다 정확함이 반영될 수 있도록 인신공격보다 쟁점을 고려하여 보다 객관적으로 행위할 것을 바라는 개혁자들에 의해 이 땅에 도입되었다. Note, 5 Fla. St. U.L. Rev. 925. 참조

발안제와 국민투표조항에 의한 경험은 그러한 희망들이 좌절되었다는 것을 알리고 있다. 우선, 발안제의 의한 조례는 한 사람 또는 조그만 집단에서 발의하기 때문에 빈약한 초안이다. 여기에는 조례가 내부적으로 현행법률이나 정책과 모순되지 않는지 혹은 부정확한 사실관계를 전제로 한 것인지에 대한 검토가 없다. 나아가 거기에는 비판적인 평가, 투입 혹은 입법에 의해 영향 받는 사회의 구성원들에 의한 환류가 없다. 또한 입법부에 의한 정제작업이 없다. 둘째로 쟁점이 복잡하다는 사실은 장기간의 세밀한 설명 그리고 아마도 유권자들이 알고서 선택할 수 있도록 전문적인 지식도 필요로 한다. 선거운동은 설명을 제공하지 않고 간단한 사실표현이나 슬로건만 제공한다. 그 결과로 유권자들은 혼동되고 사실이나 철학적인 바탕위에서 결정하지 않고 감정적이거나 정치적인 이유로 투표한다. 셋째로 발안절차는 특별이익집단에 의한 입법부나 의회의 지배를 피할 수 있는 것도 아니다. 왜냐하면 소집단들 예를 들면 성바울시 유권자의 8%가 발안문제를 투표에 회부할 수 있기 때문이다. 적은 유권자 투표 수 때문에 잘 조직된 소수가 조례를 구하거나 막을 수 있다. 따라서 발안절차는 반드시 국민의 소리인 것은 아니다. Note, 48 So. Cal.L. Rev. 922: Note, 5 Fla. St. U.L.Rev.925. 참조

위와 같은 중대한 문제 때문에 나는 발안과 국민투표를 위한 규정을 두고 있는 법률이나 헌장규정은 반드시 제한적으로 해석되어야 한다고 믿는다. 주 헌법의 기초자들이나 입법부가 발안과 주민투표를 주 단위 수준으로 만들지 않았다는 사실에 의해 위 믿음을 확고히 한다. 미네소타 주에서 발안과 주민투표권은 법규에 의해 정부의 자치도시수준에 한정되어야 한다. 법령은 자치도시들은 "그러한 시의 선거권자들의 청원에 의하여 의회에 조례를 제출할 수 있는 것과 마찬가지 방법으로 폐기를 규정할 수 있도록" 하였다[420]. 그러나 법령적

420) Minn. St. 410.20.

용어를 사용하는 대신에 성바울시헌장은 시민들에게 “발안, 투표 그리고 소환으로서 각각 알려진 절차에 의하여 조례 발안권, 제안된 조례안에 대한 투표요구권, 선출된 공직자에 대한 소환권”을 부여하고 있다.[421] 성바울시헌장은 투표권자에게 주민투표에 의해 긴급 조례에 대해 투표할 것과 발안이나 주민투료에 의해 투표권자에게 제출된 모든 조례들은 1년 안에 폐기될 수 있다고 한다.

조례의 폐기가 넓은 의미의 법안의 제안이라고 고려될 수 있다고 하더라도 새로운 법안을 제안하는 발안과 현행 입법을 검토하기 위한 주민투표사이에는 현저한 차이가 있다[422]. 성바울시헌장 8장 아래에서 발안과 주민투표사이의 유일한 차이는 청원이 반드시 제기해야 할 시간제한이다. 성바울시 투표권자들이 발안권에 의해 현행 조례를 폐기할 수 있다는 것은 주민투표를 무의미하게 만든다. 왜냐하면 그것은 45일 이내에 주민투표청원을 제기할 필요를 제거하기 때문이다. 성바울시 헌장위원회가 그러한 결과를 의도하였다고 가정하는 것이 비합리적이다. 이러한 이유로 사실심법원의 결정은 취소되어야 한다.

OTIS, JUSTICE(반대)

나는 Wahl 판사의 반대의견에 따라 반대하고 또 제안된 조례가 시헌장을 침해하는 관계없는 2개의 주제를 다룬다는 이유를 추가한다.

SCOTT,JUSTICE(반대)

나는 Wahl 판사의 반대의견에 찬성한다.

2) 성.바울시민사건과 직접민주주의의 공정성에 대한 주석

1. 직접민주주의와 소수자에 대한 공정한 대우. 성바울사건은 투표법안들이 점차 소수자들에게 적대시 되는 시기에 나타났다. 이 문제에 대하여 그 시절의 가장 긴박한 법학 논문에서 Derrick Bell은 다음과 같이 주장했다[423].

*** 소수자권을 지지하는 자들은 발안권과 주민투표는 종종 개혁에 반대하는 자들에게 봉사한다는 것을 반드시 알아야 한다. 예를 들면 조화로운 중간계층의 주민들에 의해 바람지하지 못한 발전- 특히 인구규모의 증가와 이질성을 예고하는 발전을 금지하기 위하여 직접 입법이 효과적으로 사용되는 것은 명백하다.

오늘날 직접민주주의는 상대적으로 어쩌다 정부의 남용들을 제어하기 위하거나 혹은 그렇지 아니하면 선출된 공직자들을 통제하기 위해 사용된다. 오히려 강렬한 이익은 쟁점들이 명백한 것으로 보이고 종종 알콜, 총기규제, 오염, 포르노 혹은 인종 등과 같은 감정적인 재료들일 때 발생된다. ***

421) 성 바울시헌장 §8.01.
422) Landt v. City of Wisconsim Dells, 141 M.W. 2d 245(Wis. 1966)
423) Derrick Bell, The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality, 54, Wash. l. Rev. 1. 18-20(1978)

발안제와 주민투표를 종종 둘러싸고 있는 이러한 감정적인 기류는 투표자들에게 제출된 주제들을 투표권자들이 쉽게 관심을 덜 가지게 할 수 있다. 플로리다 Dade 카운티, 미네소타의 성바울시, 오레곤의 유진에서의 호모들의 권리를 인식시키는 조례를 폐기하는데 성공적으로 사용된 소란스러운 미디어 지향적인 선거운동 등은 신중한 생각과 투표에 도움이 되지 않는다. ***

직접민주주의가 어떻게 그러한 단일 쟁점사안들을 잘 처리할 수 있는가?

2. 단일주제규칙과 직접민주주의. 3장의 단일주제규칙의 정당화를 상기하라.

3. 다른 헌법문제. 성바울시민단체는 직접 민주주의에 대한 중요한 헌법적 문제를 제기하였으나 절차상 문제로 심리되지 않았다.

3) 직접민주주의와 단일-주제 규칙에 대한 문제

플로리다는 발안절차와 플로리다헌법 10절 1조에 따라 부연할 수 있는 시민들의 청원제도가 있다:

주, 주의 정치적 하부기관, 지방자치체 혹은 다른 정부기관은 어떤 특색, 특질, 외모 혹은 인종, 색깔, 성, 원국적, 나이, 장애, 윤리적 배경, 계급 혹은 가족 계급 등에 기초한 사람에 대한 어떤 권리, 특권, 혹은 보호를 창조, 확립, 혹은 인식하는 사람에 대항한 차별에 관한 법률을 제정하거나 채택할 수 없다. ***

우리가 3장 §3A에서 지적한 바와 같이 플로리다에서는 단일주제규칙을 가지고 있다. 발안에 의해 플로리다헌법을 개정하는 것은 "단일주제규칙 범위 내에서 포함한다". 플로리다 최고법원은 위 규칙은 " 플로리다의 기본적인 법을 무모하거나 급격한 변화로부터 절연하기 위해 고안되었다"고 언급하였다.

현재에도 종종 행해지는 바와 같이 이 발안을 반대하는 집단은 투표에서 그것을 탈락시킨다. 플로리다최고법원이 기초적인 변화들을 듣고 있는가? 만약 그렇다면 어떻게 그것을 다스릴까? In Re Advisory Opinion to the Attorney General - Restricts Laws Related to Discrimination, 632 So. 2d 1018(Fla.1994)를 보라.

(2) 시민 입법과 평등보호조항

1) Arthur v. City of Toledo사건[424)]

[톨레도 유권자들은 주민투표로 지방건설국에게 하수구 확장 건축을 시도심 외부의 2개의 제안된 공공주택지역에 할 수 있게 한 2개의 시조례를 폐기하였다. 시의회는 연방 주택과 도시발전부가 시의 주거계획을 재갱신해 주지 않고 이미 시인된 연방자금을 시가 저소득 가정을 시외부로 소개하지 않는다는 전제하에 유지하겠다는 위협을 하자 5대4로 조례를 통

424) United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 1986 782 F. 2d 565

과시켰다. 지방법원은 원고들, 저소득가정과 인종적 소수로 구성된 하위계층들이 유권자들의 인종적 편견 혹은 정부공직자들 부분에 대한 주민투표와 관련된 차별 고의를 입증하는데 실패하였다고 하였다.]

Kennedy와 Krupansky 순회판사와 Brown 선임순회판사 앞

Cornelia G. Kennedy 순회판사

원고-항소인들은 인종차별이 주민투표에서 동기요소가 아니라는 지방법원의 사실인정이 명백하게 잘못이라고 주장한다. Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Developing Corp., 429 U.s. 252,265(1977)사건에서 최고법원은 원고가 반드시 평등보호조항의 침해를 확립하기 위한 인종적으로 차별적인 의도 혹은 목표에 대한 증거를 제출해야 한다고 판결하였다. 지방법원은 원고들이 인종차별이 시 유권자에게 영향을 미쳤다는 결과를 지지하기 위한 충분한 증거를 제시하지 않았다고 판결하였다.

최고법원은 주민투표 혹은 발안제와 인종차별문제가 관련된 여러 개의 사건을 검토하였다. Hunter v. Erickson, 393 U.S. 385 (1969)사건에서 최고법원은 시의회가 시유권자 다수의 동의 없이 가정 내에서 인종, 종교, 선조 차별의 이행을 금지하는 오하이오 주 아크론(Akron)시 헌장의 수정이 평등보호조항을 침해한다고 선고하였다. 시유권자의 10%이상의 청원이 투표에서의 헌장수정안을 대체하고 시 유권자들의 다수가 수정안을 찬성하였다. '모든 사람이 인종, 색깔, 종교, 선조 혹은 원국적에 관계없이 쾌적한 거주시설에서 살 수 있는 평등한 기회"를 보장하는 현행 시 조례를 중지할 뿐만 아니라 시의 유권자들에게 장래의 인종, 종교, 혹은 전래의 주거 차이 조례를 요구하는 수정안이 발효되었다. 다른 형태의 주거 차이 혹은 부동산을 규제하는 것을 금지하는 조례는 주민투표의 동의를 요구하지 않았다. 최고법원은 외부적으로 인종을 분류하는 것은 인종적 거주문제를 다른 인종적이고 거주문제와 달리 취급한다고 결정하였다. 법원은 수정은 인종적, 종교적 혹은 선조적인 차별을 금지하는 법률로부터 이익을 얻는 집단을 다른 차별을 금지하는 다른 집단 혹은 그렇지 아니하면 그들의 이익을 위하여 주거에 있어서 인종적, 종교적 혹은 선조의 차별을 실질적으로 보다 어렵게 금지하는 조례의 시행을 하여 부동산 시장을 규제하는 다른 집단에 비하여 불리하게 하였다고 판단하였다. 그러나 그들의 입장에서 이 사건에서 이슈가 되고 있는 주민투표는 인종적으로 중립이다.

James v. Valtierra, 420 U.S. 137 (1971)사건에서, 연방대법원은 평등조항에 대항하여 캘리포니아의 주민투표에 의하여 공공주택결정을 가져오는 주 헌법을 개정하는 캘리포니아 헌법 34조를 지지하였다. 34조는 주 공공단체가 유권자의 다수가 저임대 주택 프로젝트에 동의할 때까지 그 프로젝트를 어떤 방법으로도 개발, 건축 또는 취득하지 못한다고 규정하고 있다. 연방대법원은 특히 Hunter v. Erickson 사건을 확대하는 것을 거절했다. 34조가 "인종적 차별"에 의존하지 않는다고 하였다.

피고-피항소인들은 이 법원은 주민투표를 지지하여야 한다고 주장했다. 왜냐하면 이 사건

에서의 주민투표권은 특별하게 배타적으로 공공주택을 다루고 있는 James v. Valtierra 사건의 주민투표권보다 넓은 적용이 있고 또 시의 유권자들이 어떤 입법 행위를 동의하거나 부동의할 수 있기 때문이다.

최근에는 Washington v. Seattle School district No. 1, 458 U.S. 457(1982)사건에서 연방대법원은 워싱턴 주 내의 공립학교에서 ls종적 통합을 목적으로 한 강제버스통학은 종결되도록 설계된 주단위의 유권자 발안인 발안 350이 평등조항을 위반한다고 선고했다. 지방법원은 발안을 조심스럽게 맞추면 발안은 인종차별이 폐지된 버스나르기를 제외고 워싱턴에서 이전에 발생한 버스로 학생나르기는 허용된다는 것을 발견했다. 발안350이 "인종"이나 "통합"을 언급하지 않아 표면적으로 중립적이라고 할지라도 대법원은 발안 조직자들이 효과적으로 인종적인 목적으로 계획했다는 것을 의심하지 않았다. 대법원은 실질적인 관점에서 발안이 "인종문제-단지 하나의 인종문제라도-를 제기하는 권한을 소수의 이익에 부담을 주는 현존하는 의사결정기구로부터 재분배한다고 결론을 내렸다. 지방학교이사회가 이전에 어떤 프로그램이 가장 적절하게 지방의 교육목적에 부합하는지 결정할 수 있는 재량을 가졌으므로, 법원은 발안 350은 주의 교육결정과정을 다시 주문하는 주요한 것"이라고 결정하였다.

이 사건에서 우리는 시가 인종족 문제를 제기하는 권한을 현존하는 의사결정단체로부터 소수자에게 부담주는 것으로 재분배하지 않았다고 결정했다. 오히려 시의 유권자들은 2개의 공공주택프로젝트에 하수도설비를 확장하는 조례를 폐기하였다. 이웃이나 다른 백인주거지역에 있는 저소득공공주택을 막는 것은 없다. 사실, 시는 2개의 거절된 프로젝트에 배분된 돈을 다른 백인주민들의 유사한 프로젝트에 사용했다.

평등보호조항은 주민투표가 표면적으로 중립적이라도 명백한 인종적 분류에 기초한 차별을 발생한다면 법원이 주민투표를 파기할 것을 요구하고 있다. 우리는 주민투표가 표면적으로 인종적으로 차별하거나 혹은 표면적으로 중립이나 가능한 이유가 인종적인 것이 동기라는 것이 없다면 지방법원은 유권자들의 동기에 평등조항을 거론할 수 없다는 것을 지지한다. 나아가 이 사건에서 시는 프로젝트의 가격, 범람과 위생적인 하수도설비 특별부가요금 그리고 유권자의 결정에 영향을 준 프로젝트의 일반적인 타당함에 관하여 관계가 있는 증거를 소개하였다. 따라서 우리는 지방법원의 원고였던 항소인들이 주민투표 유권자들이 인종적인 차별을 의도하였다는 사실인정을 정당화할 만한 충분한 증거를 제시하지 않았다는 결론을 내림에 있어 잘못이 없다는 것을 지지한다.

[법원은 또한 1968년 공정주택법하의 청구를 기각하였다.]

C. 시민 입법과 적법절차조항(Popular Lawmaking and the Due Process Clause)

시민입법에 헌법의 적법절차 조항이 적용되는 것을 구체적인 사례를 통하여 이를 논하고 있다. 즉 City of Eastlake v. Forest City Enterprises,Inc[425], Phily's v. Byrne[426], 미국

425) Supreme Court of the United States, 1976 426 U.S. 668, 96 S.Ct. 2358,49 L.Ed.2d 132
426) United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 1984 732 F.2d 87

노동총연맹산업별회 대 유럽연합[427](American Federation of Labor-Congress of Industrial Organizations v. EU) 등의 다수 의견과 소수의견을 소개하고 학자들의 평석을 소개하면서 학생들로 하여금 자신의 입장을 정리하도록 하고 있다.

Eastlake 사건은 제안된 토지 사용의 변화가 유권자들의 55%의 찬성을 얻게 한 시헌장의 규정이 적법하냐가 쟁점이다. 선거 결과에 따라 1심과 항소심은 시헌장을 유지하였으나 주 최고법원은 주민투표 규정이 입법권의 불법적인 위임이라며 파기하였다. 이에 연방대법원의 다수의견은 주 최고법원의 판결을 파기하고 사건을 연방대법원의 의견에 따라 다시 심리하도록 하였다. 주민투표는 입법권의 위임을 구성하지 않는다고 하였다. 다수의견의 요지는 주민투표는 입법부로부터 국민의 입법권으로 위임된 것이 아닌 국민들에게 남겨진 권력이라는 것이다.

3절 소환(Recall)

지방정부에 관해서 소환제도의 가치는 오랜 기간 논의되었다. 그러나 연방의원들에 대한 소환절차는 없다. 소환의 정형적인 기준과 비정형적인 기준이 논의되고 있다. 그러나 입법의 적법절차의 원리가 소환과 관련하여 어떤 기능을 하는가? 법원이 발안이나 주민투표와 관련하는 만큼 소환절차에 있어서 유권자의 동기를 심사하여야 하는가? 소환선거가 “주의행위(state action)”인가라는 문제가 제기된다. 그리고 소환절차에 대한 보호방법이 있는가라는 문제가 따른다.

대중민주주의(Popular Democracy)와 숙의민주주의(Deliberative Democracy)를 그 특성대로 나누어 보면 다음과 같다. 전자는 루소, 프랭클린, 제퍼슨 등이 주장하고 후자는 버크, 아담스, 매디슨 등이 주장하였다. 전자는 Accountability에, 후자는 Responsibility에 강조점을 두고 있다. 방법은 전자는 국민의 참여를 직접적인 다수의 원칙으로, 후자는 대표들의 숙고를 전제로 소수를 보호하기 위한 조정된 다수결원리를 전제로 한다. 그리하여 전자는 국민 다수의 신뢰를, 후자는 대표 다수의 신뢰를 강조한다. 결국 전자는 국민에 의한 정부, 후자는 국민을 위한 정부가 된다. 전자는 성급한 행동과 대중적인 충동의 위험이 있고, 후자는 지연과 내부의 관계로 인한 위험이 있다. 미국은 연방차원에서는 숙의민주주의체제를 취하고 있으나 주는 대중민주주의와 숙의민주주의가 혼합된 체제를 취하고 있다. 법원은 위 두가지 민주주의를 충분히 고려하여 법령을 보다 큰 법의 집성으로 통합하여야 한다. 그래서 나쁘게 기안된 결과물을 합리화하고 지나친 법률을 제한하거나 무효로 하여야 한다. 이를 위해 입법학(legisprudence)과 제정법해석이 등장한다.

427) Supreme Court of California, 1984 36 Cal. 3d 687, 206 Cal. Rptr. 89.686 P.3d 609

Ⅵ. 공공정책의 소스로서 법령의 출현과 입법과정의 이론

1. 미국에서 공공정책의 소스로서 법령의 등장

전통적인 미국의 입법학(legisprudence)은 특별히 세기의 전환기를 즈음한 고전시기(classical period) 동안에 약간 정신분열의 상태였다. 한편으로 법령(statutes)은 일반적으로 형식적으로는 법의 최고의 소스로서 취급되어 왔고 이것은 우리 헌법에 반영되어 있다. 헌법 제1조는 의회에 입법권을 부여하고 제2조는 대통령과 집행부는 그 법이 정확하게 집행될 것을 명령하고 제3조는 사법권은 사건과 분쟁을 재판할 수 있음을 보장한다. 주헌법들은 명시적으로 또는 묵시적으로 같은 조항을 두고 있다. 분명히 주된 입법권한은 입법부에 부여되어 있고 어떤 학자들은 민주주의에서 정당한 법의 소스는 법령(statute)이라고 주장한다. 집행부는 단지 법령을 실행하고(implement) 법원은 법령을 사건과 분쟁에 해석하고 적용하기 위해 존재한다.

다른 한편, 집행과 사법결정에 대한 법령의 형식적인 우월성(formal superiority)은 전통적인 입법(traditional legisprudes)으로 하여금 법령을 사법결정(judicial decision)에 기능적으로 하위에 두어 고려하는 것을 금지하지는 않는다. 사법결정은 법적 논증과 정책의 가이드의 주요한 소스로서 취급되었다. 헌법의 몇몇 조항들은 예를 들면 Ex Post Facto, Bill of Attainder, Contract Clauses은 분명히 소급적으로 적용되는 법령을 입법하는 연방과 주의 입법부의 권한을 제한한다. 많은 州헌법들은 단순히 어떤 경우라도 모든 경우에서 소급입법을 금지한다. 그 이유는 법령은 국민(body politic)에 대한 정치적인 침범이고 새롭고 예상 밖의 권리와 의무들을 만들지만 사법결정은 단지 무슨 법(보통법이나 법령이든)이 있었는지를 선언한다. 물론 사법심사의 권한은 법령이 법원에 의해 헌법에 위반된다고 해석될 경우, 이를 무효화하여 법령들을 위협한다. 권력분립법칙 조차도 법령의 기능적 중요성에 반대하여 작용하는 것으로 보인다. 입법부가 법령을 입법할 권한을 가지고 있음에도 불구하고 그것(입법부)은 법령을 집행하고 적용하기 위해서는 집행부와 사법부에 의지해야 한다.

법령의 형식적 우월과 기능적인 하위의 고전적인 버전은 이 세기 즉 “법령의 시대”에는 구식이 되었다. 제2차 세계대전 이후 법적 절차(legal process)에 의해 시스템화된 입법(학)의 강조점에 지적인 이동이 있었다. 법적 절차 이론(legal process theory)은 권한의 범위 안에서 작용하는 정부기관들의 의무를 강조하지만, 그 범위를 탄력적으로 규정한다. 모든 정부의 하부기관들의 목적은 동적이고 합리적인 공공정책을 창조하는데 협력하는 것이다. 법적 절차 법칙아래 법령들은 목적적이고 이성에 집중된 국가목적을 반영한다. 우선 법령과 보통법(the common law) 사이의 관계가 무엇인가라는 중심이슈를 통해 입법의 짧은 역사를 보고 다음으로 선례구속(stare decisis)의 미국관습에 관한 이슈들에 대한 입법절차이론의 함의를 탐구한다. 법적절차이론은 이 세기의 법이론에서 가장 오랜 동안 지속된 지적 성취일 수 있다. 그러나 법적절차이론은 모호하나 유산을 남겼다. 실제로 그것은 처방은 준수되지 않았고 미국 연방대법원과 대부분의 법원은 순전히 형식주의적 사고(formalistic modes of thoughts)를 계속해서 따랐다. 이론적으로 법적 절차 사고는 여러 방향에서 공격을 받았다.

(1) 형식주의(Formalism)의 쇠퇴와 몰락: 1890-1940

보통법시대의 입법학은 William Blackstone의 영국법의 코멘터리(Commentaries on the Law of England 63-92, 1765)를 통해 이해할 수 있다. Blackstone의 법의 수탁자들 즉 법관들은 객관적인 규칙들(objective rules)에 따라 사건들을 결정해야 한다. 즉 객관적인 규칙들이란 모든 사람들에게 알려지고 사람들을 자의적으로 편애하지 않는 법이다. 법관은 법을 만들지 않고 단지 존재하는 객관적인 법을 선언하는데 그것은 법령이나 선행 결정으로 쓰여져 있는지 여부를 불문한다. Blackstone은 기꺼이 입법의 우수함을 인정했다. 법관들은 법령들을 적용하는데 그것은 법령들이 자연의 질서원칙을 반영했기 때문이 아니라, 그것들이 주권자의 의지의 명령이기 때문이다. 그것들(법령)은 원리적이지 않고 정치적이다. Blackstone은 법을 질서와 현존하는 사회조직을 보호하는 것으로 여겼다. 객관적 법은 질서를 보다 잘 보존하는데 왜냐하면 그것은 안정적이고 시민들에게 그 적용에 대해 미리 알려주고 사적인 요소들(private actors)에 의해 의존될 수 있기 때문이다.

블랙스턴의 입법(legisprudence)은 합리적인, 정돈된, 객관적인, 영원한, 그리고 원리화된 사법결정(judicial decision)을 자의적이고, 무질서인, 주관적인, 불확실한, 변화하는 그리고 정치적인 입법결정(legislative decision)에 대비하였다. 법령은 형식적이고 그러나 기능적으로 우월한 법의 소스들이 아니라는 생각이 중심적이었다. 불랙스턴의 기본적인 입장의 자연스런 귀결은 법령은 사법적 결정과 달리 법적 사고를 위한 소스들로 취급되어서는 안 된다는 것이었다. 법령은 임시적(ad hoc)이다. 이에 반해 사법결정은 각 결정이 다른 결정들 위에 근거하는 역사적 피라미드(historical pyramid)의 일부분이다. 블랙스턴에게는 덜 중요하지만 19세기 후반에는 중요하게 된 블랙스턴 입장의 마지막 귀결은 법령이 좁게 해석되어야 한다는 점이다.[428] 어떤 합리적 과정이 법령을 만드는데 포함되어 있지 않기 때문에, 그것(법령)은 법관으로 하여금 기본법(organic law)[429]의 흠결속으로 입법의 정치적 목적을 채우도록 법관에게 부여된 것이다. 이렇게 입법의 해석을 좁히자는 주장은 19세기 보통법 형식주의자(common law formalists)의 견해를 간명하게 요약한다. 그들은 법관이 만든 법이 덜 폐쇄적이고, 합리적이고, 객관적인 시스템인데 이것은 반만 익은(half-baked) 법령이라는 침입자들로부터 최소한의 간섭을 관용한다고 본다. 법령이 정책(policy), 법(law), 그리고 원칙(principle)의 소스들로 보통법(common law)을 대체하면서 법에 대한 이런 입장은 20세기에 지속적인 지적인 도전아래 놓여왔다.

1) 정책으로서의 법(Law as Policy)

Oliver Wendell Holmes 판사는 보통법 형식주의에 대한 가장 예리한 비판가였다. 1894

428) 이에 반해 시민법(civil law)의 전통 하의 대륙의 법관들은 로마법의 법령의 형평개념에 따라 법령을 확대해석하도록 자극받는다. 법령에 흠결이 있는 경우 다른 법령이나 관련된 법령의 다른 규정의 유추(analogy)에 의해 채우게 된다. See, John Merryman, *The Civil Law Tradition*(1969).

429) 여기서 organic law를 기본법으로 해석했는데 어떤 문제를 해결하는 기본적인 법리나 원칙을 의미하는 것으로 여겨진다. 역자 주.

년과 1906년 사이의 Holmes의 논문과 의견들은 법을 사회적 투쟁(social struggle)의 산물로 인식하였다. 이런 견해는 법은 비정치적이고 중립적인 일련의 규칙이라는 형식주의와 완전히 상반되는 것이었다. 이것은 그 당시의 노동사건들에서 가장 잘 표현되었다. 그 사건들에서 법원은 노동활동에 대한 금지명령(injunctions)과 노동보호입법의 무효를 정당화하기 위해 법에 의해 확고히 보장되고 있는 재산권과 계약의 자유에 의지하였다. 홈즈는 이런 사법적 관행에 반대하면서, 그 사건들은 두 개의 법적으로 인정된 권리들 즉 계약의 자유(freedom of contract right)와 또한 선례에 의해 인정되었지만 노동사건에만 억압되었던 자유로운 경제적 경쟁의 자유(right to free economic competition) 사이의 투쟁으로 나타났다고 규정하였다. 이런 결정들을 비정치적이고 선례에 의해 이미 결정된 것으로 특징지우려는 법관들의 태도에도 불구하고 홈즈는 종전의 선례법(decisional law)은 단지 하나의 해답을 제시하지는 않는데 왜냐하면 새로운 노동분쟁들은 하나 이상의 카테고리에 맞춰지기 때문이라고 주장하였다. 홈즈는 그리하여 연역적인 논증(deductive reasoning)은 노동사건들을 해결할 수 없다고 보았다. 홈즈는 노동사건들은 정책 균형(policy balancing)의 과정을 통해 해결되어야 한다고 주장하였다. 그의 균형론은 비폭력적이고 악의에 의해 좌우되지 않는 노동활동을 관용하는 것이었다. 홈즈는 논리가 아닌 경험(experience)이 법의 생명이고, 법의 목적은 형식적(formal)이라기보다는 실용적이고(pragmatic) 공리적(utilitarian)이어야 한다고 주장하였다.

홈즈의 분석은 다음 두 세대동안 모든 유형의 반형식주의(anti-formalist) 학자들에게 영감을 주었다. 하버드 학장 로스코 파운드(Roscoe Pound)는 보통법 형식주의를 비난하면서 홈즈를 따랐는데 사회학적 법학(sociological jurisprudence)이라는 학파는 형성하였다. 그는 입법과 행정을 통해 법으로 전환된 정책과학(policy science)의 시대를 옹호하였다. 연이어 법적 현실주의자(legal realist)는 홈즈의 형식주의에 대한 비판에 있어 해체적이고 건설적인 특징들을 추구하였다. 해체적으로 Wesley Hohfeld 나 Felix 그리고 Morris Cohen, 그리고 Jerome Frank와 같은 현실주의자는 규칙들이나 선례들의 일반성으로부터 특정한 사건들에서 하나의 필연적인 결과로 이끄는 결정적인 방법이 왜 존재할 수 없는지를 보이는데 기뻐했다. 그리고 Robert Hale과 같은 현실주의자들은 사건들에서 결론들은 어떤 논리적인 일관성보다는 일반적으로 지지되는 사법이데올로기에 더 쉽게 근원을 두는 것이라고 주장했다. 건설적으로는 어떤 현실주의자들은 지속적인 패턴을 확인하기 위해 사법부의 행동을 연구했다. 반면 다른 이들은 그들의 규율을 위한 가장 훌륭한 출발점으로서 사회현상을 연구하였다. Karl Llewellyn은 후자의 예에 속하는데 그의 판매법(sale law)에 대한 작업은 사업가들 사이의 관습과 관행의 깊은 이해에 기반하고 있다.

1930년대까지, 미국의 공법(public law)에서 활발히 집필을 하던 학자들은 법은 사회정책의 창조와 정교화라는 명제에 동의하였다. 정책이론가들(policy theorists)은 또한 그 공리에 몇 가지 결과물들을 둘러싸고 시험적인 합의를 형성하였다. 그 하나는 법 그 자체는 오로지 법적이지 않은 기준들에 따라 이해되고 평가되어야만 하는 사회적 목적(social purposes)가진다는 것이었다. 그 소스들이 무엇이든지 간에 법은 일정한 사회적 목적에 대하여 수단적(instrumental)이어야 한다. 법이 정책이라는 견해의 또 다른 함의는 학자들이

앵글로 아메리칸 법의 법관중심(juricentric)의 성격에 대해 의문을 제기하였다는 점이다. 일단의 현실주의자들(realists)이 주로 보통법 정책형성에 관하여 기술했음에도 불구하고, 1894년부터 1937년 사이(Lochner 시대와 노동금지명령)의 정책형성기관으로서 연방대법원의 유감스러운 성과는 이것을 법에 대한 비매력적인 열망으로 만들었다. Pound는 연방대법원의 법령과 헌법 판결들이 잘못 추론(illegitimate)되고 어리석은 정책형성이었다고 주장했다. 법원의 판결들은 잘못 추론 되었는데 왜냐하면 그것들(판결들)은 선출된 입법자의 정책선호를 완전히 실행하는 것을 거부하는 선출되지 않은 법관들에 의한 정책선택들을 대변했기 때문이다. 법원의 선택들은 또한 어리석은 정책이었는데 왜냐하면 산업화된 미국의 복잡한 사회문제들은 보통법 법관들에게 이해하기 어려웠다. 그런 이슈들에 대한 입법정책선호는 추측하는 방식으로(presumptively) 선호되었다. 다른 연구자들에 의해 공유된 Pound 입장의 함의는 민주주의 사회에서 법관의 역할은 보통법 안에서 공공정책의 직접적인 창조보다는 법령상의 정책의 정교화와 적용이어야 한다는 것이었다.

2) **현대 규제국가에서 제도적 책임**(Institutional responsibilities)

보통법 형식주의는 규제국가이론(theories of regulatory state)에 의해 그 자리를 잃었다. 여기에는 독창적인 두 인물이 있다. Louis Brandeis과 Felix Frankfurter이다. 그들은 정부에 관한 적극적인 이론을 발전시켰는데 특히 현대 관리국가의 제도적 구조에 관한 것이었다. Brandeis는 아마도 우드로 윌슨의 시장남용을 감독하는 새로운 자유(New Freedom) 프로그램의 배후의 지도적인 지적 동력이었다. 그리고 Frankfurter와 그의 제자들은 뉴딜에서 유사한 역할을 하였다. 양자는 실질적인 규제이론을 가지고 있었지만 미국 공법에 더 중요한 기여를 한 것은 제도적 구조와 과정에 관한 그들의 이론이었다.

3) **법령과 이성**(reason)

뉴딜의 함의는 법과 사회의 관계를 이해하기 위해 가장 중요하다. 뉴딜은 법과 사회는 분리되어 있고 침투할 수 없다는 형식주의자들에게는 죽음의 조종(death knell)이었다. 정확하게 그 반대가 진실이었다. 법은 시장과 다른 사적 기관들을 구조화하였는데 그것들(시장과 사적 기관들)은 법의 협력적 기능 없이는 전혀 또는 잘 작동할 수 없었다. 다음에는 법은 시장에 의존하였는데 왜냐하면 규제가 이미 형성된 사적 기관들에 적합하지 않거나 사적 요소들의 수요를 충족시키지 않으면 성공적인 규제는 쉽게 이루어지지 않았기 때문이다. 많은 현실주의자들은 특히 뉴딜에 참여했던 자들은 법의 정당성은 수단적 가치와 좋은 정책을 전해줄 수 있는 그것의 능력에 의존한다고 믿었다.

(2) **법적 과정**(Legal Process)**의 시대**(1940-1973)

Holmes, Pound, Brandeis, Cardozo, Frankfurter, 그리고 Landis는 모두 세계 제2차 대전 전의 기간에 형성되었고 전후 미국법을 지배했던 법 접근법(the approach to law)의 대부들이었다. 많은 법철학자들은 이런 생각의 학파들에 기여했는데 특히 Lon Fuller,

Willard Hurst, Louis Jaffem 그리고 Herbert Wechsler가 그러하다. 이런 입장의 가장 완성되고 정교한 결과는 Henry Hart와 Albert Sacks의 교수 자료인 법적 과정(The Legal Process: 법의 형성과 적용에 있어 기초적인 문제들)이었는데 그것은 1958년에 최종적인 형식을 갖추었다.

1) 합목적인 법(Purposive Law)의 이성적인 정교화

Hart와 Sacks의 자료들은 전통적인 사회계약이론과 다른 사회이론으로 뉴딜에 자극을 주었다. 사회에 중요한 것은 다른 인간들과의 상호의존의 사실에 대한 사람들의 인식이었다. 사람들은 그들의 공통의 이익의 보호와 발전을 위해 그들 스스로를 조직화하였다. 국가는 그렇게 형성된 여러 기관들 중의 단지 하나였다.

2) 제도적 시스템으로서의 법: 규칙과 기준들, 정책들 그리고 원칙들

합목적인 시스템으로서 법은 사람들의 행동을 조정하기 위해 수많은 실질적인 이해 또는 조정을 포함한다. 그러나 Hart와 Sacks는 조직적이거나 절차적인 이해 또는 조정의 중요성을 더 강조하였는데 그것에 의해 실질적인 조정들이 수행되고 해석되고 변화한다. 의사결정의 광범위한 분산은 진보하기 위해 가장 중요한 수단이다. 우리 역동적인 사회의 끝없고 예측하기 어려운 다양성 때문에, 그들은 사적인 규율이 사회적 조정의 주요한 과정이라고 주장하였다.

3) 과정의 중요성

실체적인 이슈들에 관해 분산된 권력과 다양한 견해들이 존재하는 정부에서, 종종 결정의 실체는 미리 규칙이나 기준들의 형태로 계획될 수 없고 일반적으로 결정의 과정이 그러할 수 있다. 절차는 다른 세 가지 방식에서 중요하다. 우선 행사될 수 있는 권력의 유형에 적용될 수 있는 절차는 잘 소통되고 현명한 결정에 이르게 한다. 불건전한 절차는 소통이 잘 안되고 현명하지 않은 결정들에 이르게 한다. 또한 절차는 상호 유기적인 제도적 시스템이 원활하게 작동하게 하는 수단이다. 끝으로 절차는 법의 정당성에 중요하다.

(3) 법적 과정 이후 시대(1974년 이후)

법적 과정이론이 1940년부터 1960년대까지 지배적인 사고유형이었음에도 불구하고, 1970년 이후에는 그것은 법과 경제학(law and economics) 그리고 비판이론(critical theory)에 의해 도전을 받게 된다. 이 양자는 정치를 위한 절차적 입장보다는 실체적인 입장을 보여준다.

이와 같이 미국에서 공공정책의 소스로서 법령의 시대가 전개되고 법령을 제정하는 절차에 대한 연구가 활발하게 이루어져 입법과정에 대한 많은 이슈들을 제공해주었다. 아래에서

는 미국 입법학과 정치학의 중요한 성과들을 살펴봄으로써 입법과정에 대한 이해를 심화시켜보자.

2. 입법과정(Legislative Process)의 이론들

대표이론처럼, 입법절차의 세 이론들은 보통 기술적(descriptive)이고 규범적인(normative) 양 차원을 모두 지니고 있다. 단지 기술적인 것으로 선전되는 그런 이론들조차도 규범적인 측면을 가지고 있다.

입법절차에 관한 이론들은 보통 세 개의 그룹으로 나누어질 수 있다. 어느 것도 입법부, 입법자, 이익단체(interest groups), 그리고 선거민의 풍부하고 복잡한 실제 모습을 정확히 기술하지는 못하고 그래서 그 이론들의 처방력(prescriptive force)은 실제 경험과 행동의 다양성에 의해 제한된다. 그럼에도 불구하고, 이론들은 그 세계를 조직하는 방식을 우리에게 제공하고 입법자, 판사들, 그리고 연방의회와 주 입법부에 영향을 주고자 하는 변호사를 위해 입법절차의 중요한 국면들을 비춰준다. 절차주의자 이론(proceduralist theories)은 법안이 제정되는 많은 절차들을 강조한다. 이익단체 이론(interest group theories)은 입법절차에서 조직화된 조직의 역할을 강조한다. 제도 이론(institutional theories)은 여러 정치제도들과 광범위한 정부조직의 정책에 대한 영향과의 관계에 집중한다.

(1) 절차주의자 이론(proceduralist theories)

현대 입법절차의 가장 중요한 국면은 입법절차가 새 정책의 지지자들이 그들의 법안이 법이 되기 전에 극복해야 하는 복잡한 장애물들로 가득 채워져 있다는 점이다. 입법절차의 각 단계에서 의안은 변경되거나 정지될 수 있고, 새로운 연합이 형성되어야 하고 협상과 전략적 행동 그리고 숙고를 위한 기회가 제시되어야 한다. 이런 단계의 각각을 통제하는 자는 의안을 폐기할 수 있는 능력을 가지고 있기 때문에, 일부 정치과학자들은 그들을 비토게이트(vetogates)로 부른다.[430] 비토게이트는 많은 소스들로부터 기원할 수 있다: 일부는 헌법규정으로부터 나오고, 일부는 입법부에 의해 공식적으로 채택된 규칙들로부터 나오고, 다른 일부는 더 비공식적인 규범이나 관행들로부터 나온다.

1) 장애물로서 입법부

비토게이트를 수립하는 규칙들의 다양한 소스들을 고려하면, 하나의 스펙트럼을 따라 나열하는 방식으로 그것들을 생각해 보는 것이 도움이 된다. 아마도 헌법상의 금지들은 가장 강력하고 가장 지속적일 것이다. 왜냐하면 그것들은 단지 헌법 Article V(헌법수정절차)를 통해서만 변경될 수 있기 때문이다. Article I. Section 7에 따르면 의안은 연방의회의 양원

430) 예를 들면, McNollgast, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, 57 Law & Contemp. Probs. 3(1994).

에 의해 같은 형태로 채택되고(양원주의; the bicameralism) 서명이나 거부를 위해 대통령에게 제출되지 않으면(제출주의; the presentation) 법이 될 수 없다. 헌법은 또한 입법부가 대통령의 거부를 무력화시키는 것과 같은 경우 절대다수 투표(super-majority vote)를 통해서 일정한 행동을 할 수 있도록 허용한다. 또한 Powell v. McCormack에서 우리가 보았듯이 의원을 제명하기 위해서는 2/3의 투표가 필요하다.

2) 입법을 어렵고 빈번하지 않게 하는 수단으로서 Veto Gate

일부 자유주의 이론은 입법을 어렵게 하는 정부조직을 선호한다. 입법절차를 포괄하는 비토게이트는 그런 목적에 부합한다. 헌법의 설계자들도 그런 자유주의의 목적을 수용하였다. 해밀턴은 절차주의(proceduralism)를 옹호하였는데 그것이 부적당한 법에 대한 부가적인 안전판을 제공하기 때문이었다.[431]

3) 입법적 숙고에 대한 절차주의(Proceduralism)의 영향

공화주의자들 역시 절차주의(Proceduralism)를 입법 제안들에 관한 공공의 숙고를 장려하는 수단으로서 보았다. 숙고는 이슈들에 관한 공공의 선호를 형성하고 변경한다. 그리고 그것은 입법자로 하여금 새로운 사고와 정보의 기초 위에서 의안을 변경하고, 수정하고 또는 폐기하는 것을 허용한다. 그리고 그것은 시민들에게 있어 시민의 미덕을 발전시키는 것을 용이하게 한다. 그래서 숙고는 그 자체로서 목적이고 그것은 공공정책의 개선의 거대한 수단적 목적에 기여한다. 정말로 의회가 특정한 의안을 채택하기 전에 숙고과정에서 들어간다는 사실은 법의 타당성(soundness)에 대한 충분한 증거가 된다.

(2) 이익단체 이론들(Interest Group Theories)

미국인의 생활을 관찰한 사람들은 개인으로서보다는 거대한 그룹의 한 구성원으로서 그룹을 형성하고 사회와 정치에 참여하는 경향을 오랫동안 주목하였다. 토크빌(Alexis de Tocqueville)은 “지구상에서 단체의 원칙(the principle of association)이 미국에서보다 더 대규모로 성공적으로 사용되거나 적용된 적은 없었다.”

출발점으로서, 다원주의 이론(pluralist theories)을 위해 중요한 개념으로서 “이익단체(interest group)"는 무엇인가를 분명히 규명해야 한다. Madison은 파벌(faction)을 전체의 다수 또는 소수에 이르든지 많은 시민들로 규정한다. 그들은 공동체의 총체적인 이익에 반대하여 일정한 공통의 이익이나 열정의 충동에 의해 결집되거나 행동한다. Madison은 그 정의에서 규범적인 요소를 포함했다. 파벌들은 진지하지 않는 열정 또는 자기 이익에 의해 동기를 부여받고 그들은 공공선(public good)에 반대하여 움직인다. 현대 이익단체이론가들은 부정적인 흐름 없이 순전히 기술적인 규정을 제공한다. 예를 들면, David Truman과

---

431) *The Federalist* No.73, at 443(A. Hamilton)(Clinton Rossiter ed., 1961).

Peter Schuck는 이익단체를 긍정적인 정치변화를 위한 세력으로 여기고 이익단체 자유주의(interest gorup liberalism)의 전통에 끼워 놓는다.

1) 이익단체 자유주의(interest gorup liberalism)

파벌(factions)을 두려워하기보다, 우리는 이제 정치과정에 큰 역할을 하는 조직화된 그룹에 의지해야 한다. 정당들은 개인들과 대표들 사이를 중개하고, 투표자가 특정 공직에 대한 후보자를 고르기 위한 정보와 가버넌스의 구조를 제공해 준다. 교화와 무역조직들과 같은 다른 제도화된 그룹들은 구성원의 장기적인 사회적 또는 경제적 이익을 도모하기 위해 발생하고 부차적이 문제로서 정치에 관여된다. 여전히 다른 그룹들은 특정한 이슈들에 대한 반응으로서 형성되고 그들은 정치활동을 그들의 주요한 목적으로 여길 수 있다. 다원주의 이론가들의 한 그룹은 Theodore Lowi에 의해 "이익단체 자유주의"로 불리고 있는데 그들은 이익단체의 우세, 강도, 그리고 다양성을 정치적 건전함의 신호로 여긴다. 이상적인 다원주의 시스템은 조직화된 그룹이 우리 생활의 모든 분야에서 나타나고 적당히 그런 분야들의 대부분을 대표하고 그 결과 하나의 조직화된 그룹은 다른 그룹이 반사회적인 주장을 요구할 때 효과적으로 그 그룹들에 응답하고 견제하면서 존재한다. 이익단체 자유주의에게 정부의 역할은 가장 효과적으로 조직된 그룹에 접근을 보장하고 경쟁하는 지도자들 중에 산출된 동의와 조정을 비준하는 것이다.[432] 이익단체 자유주의는 단지 다른 관점들 중에 주고받는 것만을 허용하는 것이 아니라, 또한 선거인들이 1인 1표 아래 투표행위가 할 수 없는 방식으로 그들의 선호의 강도(intensity of preference)를 표시하는 것을 허용한다. 정치인들은 이익단체에 의해 그들에게 제공된 정보를 고려할 수 있고 무수한 이해관계를 적절히 균형 잡은 정책을 채택한다.

2) 공공선택이론(Public Choice Theory)

낙관적인 다원주의자들은 현재의 정치 배열을 기술하기를 요구하지만, 정치과정의 많은 관찰자들은 모든 목소리들이 들리고 모든 이해관계들이 제시된다는 그들의 신념에 대해 의문을 제기한다. 정말로, 많은 비판가들은 정치과정 접근에 있어 체계적인 불균형(systematic disparities)을 지적한다. E.E. Schattschneider가 적고 있듯이: "다원주의자 세계의 단점은 천상의 합창이 강한 상층의 액센트를 가진 노래라는 점이다. 아마도 국민의 약 90%가 압력시스템(pressure system)에 도달할 수 없다."[433] 그는 법안들이 공익에 대한 체계적인 고려라기보다는 부유한(well-heeled) 이익단체들 가운데 상호 협상의 결과라는 연구결과를 제시했다.[434] Kay Lehman Schlozman과 John Tierney는 이런 관찰에 대한

---

432) Theodore Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States* 51(2d ed. 1979).

433) Elmer Schattschneider, *The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America* 34-35(1960).

434) Elmer Schattschneider, *Politics, Pressures and the Tarif: A Study of Free Private Enterprise in Pressure Politics as Shown in the 1929-1930 Revision of the Tariff*(1935). 그러나, 다음을 볼 필요가 있다. Raymond Bauer, Ithiel Pool & Lewis Dexter, *American Business and Public Policy: The Politics*

강한 경험적인 기초를 제공했는데, 그것은 적어도 정치의 어떤 관찰자에게도 직관적으로 그럴듯하게 보인다. 그들은 [워싱턴의] 압력단체가 사업조직을 선호하는 방향으로 심하게 기울어져 있다는 점을 발견했다. 즉 워싱턴에 형태를 가진 모든 조직들의 70%와 사업을 대표하는 자신의 사무실을 가진 단체들의 52%가 그러하다는 것이다. 사업 이익에 대한 과대대표(over-representation)는 다른 두 조직의 희생 하에서 나타난다. 즉 광범위한 공공의 이익을 대표하는 그룹과 덜 혜택을 받는 자들을 대표하는 그룹들이 그것이다.[435]

많은 정치학자들과 경제학자들은 이익단체 형성의 유형에 대한 설명을 제공하기 위해 노력하였다. 이런 학자들 중 다수는 공공선택(public choice)이라는 관점으로부터 작업을 하였는데, 이 방법론은 정치적 의사결정에 경제적 원칙을 적용하는 것을 포함한다. 모든 행위자들-입법자, 후보들, 그리고 투표자들-은 경제 시장에서 의사결정을 할 때 사람들을 경제학자들이 가정하듯이 효용을 극대화하려는 의도를 가진 합리적인 실체(rational entities)로 여겨진다.[436] 나아가 정치 활동은 비용이 많이 든다는 점을 인정한다. 입법자에게 로비하는데 들인 시간은 여가, 일, 또는 가족과 친구들과 함께 하는 시간을 위해 사용할 수 없다. 그래서 합리적인 행위자는 단지 그들이 비용을 감당할 수 있고 아마도 그들이 일정한 종류의 가치 있는 이익을 얻으리라 기대할 수 있을 경우에 정치에 참여할 것이다.

공공선택과 다른 경제이론은 일정한 그룹이 왜 형성되고 정치에 영향을 왜 주려하는지를 처음으로 체계적으로 설명하고자 시도한다. Mancur Olson은 다양한 이해관계를 대변하는 큰 단체들은 형성되지 않을 것이라고 주장한다.[437] 입법은 공공재이다. 국가가 그 시민들을 위해 깨끗한 공기를 제공하기로 결정했다면, 사회의 모든 사람들은 혜택을 받게 될 것이다. 그럼에도 그런 법률을 통과시키기 위한 어느 개인의 노력은 그 입법화의 가능성에 단지 극히 미미한 영향을 가질 것이다. 그래서 합리적인 사람은 다른 사람들의 노력에 편승하여 무임승차하기를 선호하면서 결국 입법화의 정치과정에 참여하지 않을 것이다. 단지 무임승차자(free-rider)가 입법의 혜택으로부터 배제될 수 없는 한, 그는 그런 입법의 혜택을 얻기 위해 시간과 자원을 소비할 아무런 인센티브를 가지지 않을 것이다. 모든 시민이 합리적이라면, 그 경우 어느 누구도 일반 공중에게 분산된 이익(diffuse benefits)을 제공하는 입법을 통과하도록 그의 대표에게 영향을 행사하려 들지 않을 것이다.

3) 이익단체이론들과 정치과정의 거래모델

한계에도 불구하고 이익단체활동에 관한 공공선택이론은 왜 의회가 다른 종류보다 일정한 종류의 입법을 보다 자주 통과시키는지에 관해 설명하는 것을 도와준다. 예를 들면, 학자들

---

of Foreign Trade(1963).

435) Kay Lehman Schlozman & John Tierney, *Organized Interests and American Democracy* 68(1986).

436) Dennis Mueller, *Public Choice* 1(1979); Daniel Farber & Philip Frickey, *Law and Public Choice: A Critical Introduction* 1(1991); Gary Becker, *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 Q.J.Econ. 371(1983). 공공선택 이론가들은 경제적 모델들을 다양한 정치적 문제에 적용한다.

437) Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*(1965).

은 입법을 요구하는 그들 즉 이익단체의 행동을 연구했고 어떤 환경 하에서 그 단체들이 법을 통과시키거나 그들 스스로 갈등 상황에 있게 되는지를 알기 위해 연구를 하였다. Theodore Lowi는 입법결과의 요구자들 중에 정치적 관계가 현안이 되어 있는 정책의 유형(the type of policy)에 의해 결정되고, 그 결과 정책의 모든 유형을 위해, 정치관계의 분명한 유형이 있을 수 있을 것이라고 주장하였다.[438] 장기적으로 모든 정책들은 지금 또는 나중에 누군가가 그 정책들에 대한 비용을 지불해야 하기 때문에, 그 성격상 재분배적(redistributive) 성격을 가짐에도 불구하고, 단기적으로 일정한 정부정책들은 한정된 자원에 의해 제한되지 않는다. 그런 분배정책(distributive policies)과 함께, 일괄법안(omnibus bill)이 대다수의 입법자들의 선거민들에게 사탕(goodies)을 나눠주면서 형성되기 때문에 모든 이해관계들은 충족될 수 있다. 이런 분배법의 예로는 수백 개의 이익단체를 위한 세금감면을 가능하게 하는 세금법안, 수백 개의 의회지역구에서의 프로젝트를 위해 자금을 보내는 세출예산안, 또는 수십 개의 국내 기업체와 노동조합에 보호를 약속하는 관세법안들이다. 그런 법안들은 탐닉하는 자들, 박탈된 자들, 상실된 자들, 그리고 수급자들이 직접적인 대결 상황에 들어갈 필요가 없는 정책들이다.[439] 아마도 그런 법안들은 정부적자를 증가시킴으로써 자금을 대는데 이는 바로 미래 세대의 부담으로 귀결된다. 이익단체들은 그런 법안들이 넌 제로섬 게임(non-zero-sum game) 즉 모든 참가자들이 승리자가 되는 것이기 때문에 분배법을 통과시키는데 협력할 것이다.

(3) 제도주의 이론(Institutional Theories)

이익단체 이론자들은 절차(이익단체들, 입법자들, 정책기획가들, 선거민들)에의 참여를 강조하는 반면, 다른 그룹의 이론가들은 그들의 관심을 상호작용의 구조를 형성하는 제도들(institutions)에 관심을 기울인다. 다시 이런 제도론자들은 Madison의 전통을 자신들의 것이라고 주장한다. Madison과 같이 그들은 개인행동을 형성하는 제도적으로 형성된 인센티브의 성격을 강조한다. 그리고 그들은 균형 또는 평형의 개념으로서 결과를 설명한다.[440] 아마도 영감자로서 Madison의 보통 요청은 여기서 설명된 세 이론들이 보충적이고 모두 정치과정을 완전하게 설명하기 위해 사용되어져야 한다는 것을 논증한다. 우리는 선거과정(the electorate process)과 입법과정(the legislative process)에 적용할 이론들의 완전한 모습을 위하여 신 제도주의를 이해할 필요가 있다.

1) 의사결정에 관한 제도주의의 영향

모든 공공선택 학자들이 이익단체에 집중하지는 않는다. 이런 전통에 속하는 다른 그룹의 이론가들은 경제원칙들을 정치적 의사결정에 적용하였다. Kenneth Arrow의 연구를 수용하

---

438) Theordore Lowi, *American Business, Public Police, Case-Study, and Political Theory,* 16 World Pol. 677, 688(1964).
439) *Id.* at 690
440) Thomas Schwrtz, *Publius and Public Choice, in The Federalrist Parpers and the New Instutionalism* 31, 35(Bernard Grofman & Donald Wittman eds., 1989).

면서, 이런 사회 선택 이론가들(social choice theorists)은 다수결 투표계획 아래서 정치결과는 불가피하게 일관되지 않을 것이고, 또한 반드시 다수의 선호를 반영하지 않고 그래서 정당성을 부족하게 할 것이라고 주장한다.[441] Arrow의 목적은 어떤 결정이 사회구성원들의 선호의 총합을 반영함에 의해 사회의 복지를 개선하기 위하여 개인의 선호들이 합산되는 것을 확실하게 하기 위해 요구되는 최소한의 조건들을 결정하는 것이었다.

입법결과에 이르기까지 제도의 중요성은 또한 법령 해석(statutory interpretation)에도 영향을 줄 수 있다. 특정한 헌법구조들은 선택된 제도들인데 왜냐하면 그것들이 입법을 형성하기 위해 기대되는 방식 때문이다. 의회에 의해 도달된 결정들의 정당성과 일관성과 의미에 대한 그것들(결정들)의 요구는 그것들이 만들어지는 과정으로부터 부분적으로 기원한다. 따라서, 법령의 해석자들은 위원회 보고서와 요구된 절차들을 통해 통과되지 않았던 다른 측면의 입법의 역사와 같은 입법부의 결과물들에 의지하는 것에 대해 조심할 수 있다. 그것들은 헌법적 제도들의 계통(pedigree) 없이 구조들로부터 발생하고 적절하게 입법화된 법들의 정당성을 부족하게 한다. 이런 방식으로 사회선택이론으로부터의 통찰은 원문주의(textualism)의 형식주의 방법론을 지지할 수 있게 된다.

2) 실증적 정치이론(Positive Political Theory): 제도주의(Institutionalism)와 게임이론

공공선택 전통으로부터 성장하고 게임이론에 의해 영향을 받은 관련된 제도적 연구는 실증적 정치이론(positive political theory; PPT)라고 알려져 있다. PPT는 정치 행위자가 다른 정치행위자들이 정책의 내용과 시기에 영향을 줄 것이라는 것을 이해한다고 인정한다. 결과물들이 몇 가지 의사결정자들의 행위에 의존하기 때문에, 각 당사자는 다른 사람들의 반응을 기대할 것이고 종국적인 결정이 가능한 한 자신의 선호에 가깝게 되는 것을 보장하기 위해 전략적으로 행위할 것이다. PPT는 목적들이 경제적이거나 자기본위이어야 한다는 것을 구체화하지는 않음에도 불구하고, PPT는 모든 정치행위자들을 목적 지향적(goal-oriented)으로 본다. "핵심적인 가정은 모든 관련 요소들(선출된 정치인과 판사들)이 정책을 가능한 한 그들 자신의 선호된 결과에 가깝게 가져오기 위해 합리적으로 행위 한다는 사실이다."[442] 그리하여, 하원 위원회의 위원장이 입법의 초안을 작성할 때, 그는 그 위원회의 구성원들, 위원회 규칙, 총회, 상원, 대통령, 그 법을 집행하는 관료주의, 그것을 해석하는 법원의 반응을 기대한다.

PPT의 이런 기대된 반응(anticipated response)이라는 특징은 그 이론에 필수적인데 그것은 그런 반응이 일어나는 제도들의 중요성을 인식하는 것이다. 제도들은 정치적 독립을 위한 배경과 행위자들이 그들의 목적을 추구하는 환경을 제공한다. 제도의 구조(형식적이거

441) Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*(2d 2d. 1963). 기본적인 사고는 첫째로 Marquis de Condorcet에 관련이 되는데 그는 18세기에 저술을 했다. 또한 다음 문헌을 볼 필요가 있다. Cheryl Block, *Truth and Probability -Ironies in the Evolution of Social Choice Theory*, 76 Wash. U.L.Q. 975(1998).

442) McNollgast, *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law,* 68 S. Cal. L. Rev. 1631(1995).

나 아니면 비형식적이거나)는 그것들이 상호작용하는 방식을 변경한다. PPT는 제도를 두 가지 방식으로 연구한다. 첫째로, 그것은 존재하는 제도들이 어떻게 행위를 변경하는가 그리고 두 번째로 그 행위자들은 그들이 그들의 목적을 도달하기 위해 어떻게 제도들을 조직하느냐를 기술한다.[443] 결국, 제도들은 인간의 창조물이고 그것들은 종종 제도들 안에서 일하는 사람들에 의해 변경될 수 있다. 많은 제도들은 상대적으로 안정적이지만, 비록 헌법적으로 기초된 구조라 할지라도 실제로 변경되지 않는 것은 아니라는 점이다.

비록 PPT가 우리가 그렇지 않으면 간과하고 말, 행위의 독립성, 정책의 형성에서 입법부 아닌 행위자들의 역할, 현재의 행위에 대한 기대의 효과와 같은 정치풍경의 특징들을 우리의 관심으로 가져옴에도 불구하고, 그것은 정치과정(political process)을 완전히 묘사하지는 않는다. 다른 일부 공공선택 문헌과 같이, 우리는 숙고와 다른 제도들이 실제로 정치적 의사결정의 과정 전반에 대해 선호를 형성하고자 작용한다는 사실을 인식함에도 불구하고, PPT는 선호들을 안정적이고 변화하지 않는 것으로 받아들인다. 종종 우리는 정보가 비싸고 그래서 불완전하고 행위자들이 다음 행위에 대한 예측에 있어 실수를 한다는 점을 인식함에도 불구하고 PPT는 행위자들이 정치게임에서 다른 행위자들의 선호에 관한 정보를 완전히 가지고 있다고 가정한다.

정치과정에 대한 PPT의 적용에 대한 더 구체적인 아이디어를 얻기 위해, 우리는 그것을 관련된 당사자들의 행위를 설명하기 위해 실제 입법 제안들에 적용할 것이다. 제도모델들(institutional models)은 종종 일련의 기대된 반응 게임(sequential anticipated response game)의 형태로 제공되는데, 그 게임 안에서 각 행위자의 선택은 주제에 관한 자신의 선호뿐만 아니라 자신을 따르는 다른 행위자들의 선호의 이해와 제도적 구조 안에서 자신의 위치에 의해 결정된다. 물론 헌법은 또한 위원회와 같은 입법부의 구조를 포함하고 논쟁의 규칙들을 포함함에도 불구하고 구조에 이런 게임을 제공하는 제도들은 주로 헌법이다. William Eskridge와 John Ferejohn 교수는 그것을 “Article I, Section 7 게임”이라고 부른다. 여기에 대해서는 제9장 법령의 집행부분에서 구체적으로 살필 수 있을 것이다.

Ⅶ. 법령해석의 이론과 교리

1. 법령해석의 이론들(Theories of Statutory Interpretation)

대부분의 법률가들에게 가장 큰 입법연구의 이점은 그것이 법령해석의 이론과 관행에 관해 가르쳐 주는 것이다. 미국의 로스쿨에서 입법학이 필수과목으로 선택되고 있는 이유도 여기에 있다. 법령해석에는 규범적 이론(prescriptive theories)과 기술적 이론(descriptive theories)의 양자로 구분하여 살펴볼 수 있다.

여기서 먼저 규범적 이론들(prescriptive theories)에 초점을 맞추는데 그 이론은 시민들,

443) Terry Moe, *Political Institutions: The Neglected Side of the Story*, 6J.L.Eco.&Org. 213(1990).

행정기관들, 그리고 판사들에게 그들이 어떻게 법령을 해석해야 하는가를 말해준다. 세 개의 기본적 접근방법이 검토될 수 있다. 즉 법령의 의미는 입법자의 의도에 의해 지배되어야 한다는 입장, 또는 원문의 의미(textual meaning)에 의해 지배되어야 한다는 입장, 그리고 제도적이고 원문상의 그리고 문맥상의 요소들의 더욱 역동적이고 실용적인 평가에 의해 지배되어야 한다는 입장이 그것이다.

이런 이론들을 상세히 검토하기 전에, 그런 이론들에 의해 처방된 해석의 전반적 목적과 해석자가 그 목적을 이루기 위해 시도할 때 고려할 수 있는 이용할 수 있는 소스들 사이를 구별하는 것이 유용할 수 있다. 예를 들면, 의도주의자 이론(intentionalist theories)은 해석의 목적이 입법 의도를 밝혀내어야 한다는데 동의하지만, 의도주의자 이론들은 무엇이 그 의도에 관한 적합한 증거를 구성하느냐에 관해서는 어떤 합의에도 도달하지 못했다. 많은 의도주의자들에게 입법역사-입법적 고려와 통과의 많은 단계에서 산출된 문서자료들-는 법령 텍스트의 의미를 밝혀주는 유용한 소스로서 도움이 된다. 반대로 다른 의도주의자들은 다면적이고, 잠재적으로 조작될 수 있고, 종종 초점이 맞추어져 있지 않고, 모순된 조각들의 입법역사보다 법령 텍스트가 입법의도의 더욱 신뢰할만한 지시자를 제공한다고 주장한다. 그래서 해석방법론에 관한 논쟁은 단지 세 가지의 기본적 접근들 중에 넓은 불일치뿐만 아니라 각각의 접근이 어떻게 이루어져야 하는지에 관한 일련의 불일치에 관심을 갖는다는 점을 이해하는 것이 중요하다. 대표이론(theories of representation)이 국가정당성의 이론에 근거하고 있는 것과 마찬가지로, 법령해석의 규범이론(prescriptive theories of statutory interpretation)도 그렇다고 할 수 있다.

위와 같은 규범이론(prescriptive theories)에 더하여, 우리는 우리에게 시민들, 행정기관들, 그리고 법원이 실제로 그들이 법령을 해석할 때 행하는 것들을 알려주는 기술적 이론(descriptive theories)에 대해 논의할 것이다. 세계 제2차 대전 이후 연방대법원의 관행에서 도출되는 기술적 이론은 목적과 소스 양자에 있어 실용적이다.

(1) 의도주의 이론(Intentionalist Theories)

법령해석의 앵들로 아메리칸 이론들은 전통적으로 입법의도(legislative intent)를 법령해석의 목적으로 강조해왔다. 왜 법령이 준수되어야 하는가에 대한 핵심적 이유는 그 법령들이 우리 즉 국민이 선출한 입법부로부터의 명령이고 우리 헌법은 그런 명령을 내리는 권한을 부여하였다. 시민들, 행정기관들, 그리고 판사들은 그래서 또한 그 명령의 저자의 기대와 일치하는 방식으로 그 명령들을 적용해야 한다. 이것은 견고하고(defensible) 간단하다(simple). 그러나 그것은 간단하지도 않고 견고하지 않을 수도 있다.[444]

---

444) 이런 문제에 대한 철학자들의 견해를 살펴보려면 다음 문헌을 비교해 볼 필요가 있다. Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*(1992). 여기서 저자는 입법의도가 법령해석의 목적이 되어야 한다고 주장한다. 또한 이와 상반된 견해로는 다음을 참조할 수 있다. Jeremy Waldon, *Law and Disagreement*(1999). 여기서 저자는 법령의도를 법령해석의 목적으로 보는 것에 반대한다.

문제는 무엇이 입법의도로 보아야 하는지를 결정하기 위해 시도할 때 시작된다. 즉 입법자가 실제로 법령의 범위와 적용에 관한 특정문제를 어떻게 결정했을까 하는 입법자의 특정한 의도(specific intent)인가? 입법자가 그 문제에 대해 생각했었다면 결정했을 것으로 여겨지는 것의 상상적 재건축(imaginative reconstruction)인가? 아니면 법을 제정할 때의 입법자의 일반적 목적, 혹은 일반적 의도(general intent, purpose)인가? 의도주의 이론 아래 법령해석의 가장 정당한 기초는 실제의 특정한 의도일 수 있지만, 그것은 발견하기 특히 어렵고 해석자는 입안자가 기대하지 않았던 새로운 문제에 직면할 때 완전히 알 수 없어져 버린다. 그렇지만, 그 조사가 특정한 의도로부터 지속적으로 더욱 추상화될수록, 그 민주적 정당성은 희석될 뿐만 아니라, 그 조사는 덜 결정적이 되고 아마도 입법자 아닌 자의 가치선택에 의해 더욱 조종되어 법의 지배원리와 긴장상태에 놓이게 된다. 결국 의도주의 이론은 리딩 케이스인 Holy Trinity와 Weber사건들에서[445] 그런 결론을 설명하는데 별다른 역할을 하지 못하게 된다. 여기에 의도주의의 약점이 있다.

(2) 텍스트주의 이론(Textualist Theories)

의도주의 이론(intentionalist theories)의 유연성은 해석자가 그 관점을 낮추고 법령텍스트의 통상적 의미(plain meaning)을 입법의도의 가장 훌륭한 증거로서 또는 해석을 위한 유일한 권위적 기초로서 적용해야 한다는 것을 제안하는 것이라고 볼 수 있다. 사실적으로(descriptively), 통상적 의미규칙은 대부분의 법령상의 문제들을 해결할 것이고 대부분의 행정기관과 사법부의 법령해석(construction of statutes)은 거의 항상 쉬운 문제들 이건 종종 어려운 문제들에서건 통상적 의미와 일치하거나 반대되지 않을 것이다. 규범적으로(prescriptively), 통상적 의미는 어느 법령을 적용하는 가장 최선의 가이드일 수 있다. 왜냐하면 통상적 의미는 우리 모두가, 법의 지배(rule of law)가 우리와 우리 이웃으로부터 요구하는 것을 알기 위해서 가장 분명하고 아마 가장 객관적인 초점이기 때문이다. 그것은 아마도 우리의 선출된 대표들이 의도했던 것이거나 그 법이 의미하도록 의도하였을 것이다. 그리고 그것은 논쟁에서 수용할만한 해결책을 제시하는 경향이 있다.

이와 같은 혜택에도 불구하고, 통상적 의미규칙은 법률가들이 논쟁을 거듭하는 어려운 사건들에서 무기력한(flaccid) 것으로 증명되었다. 지난 세기에 통상적 의미규칙은 여러 허점들을 보여왔고, 이에 대해 신텍스트주의자(new textualists)는 그것을 메우기 위해 노력하고 있다. 신텍스트주의는 해석의 목적을 텍스트의 의미를 식별하는 것으로 보고 입법역사와 같은 소스들을 강하게 거부할 것을 주장한다. 의도주의자(intentionalist) 소스들에 대한 신텍스트주의자들의 무시와 결정인자(determinacy)에 대한 주장은 또한 비판에 직면해 있다.

1) 부드러운 통상적 의미규칙(The Soft Plain Meaning Rule)

---

445) Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S.457(1892); United Steelworkers v. Weber, 443U.S.193(1979)로 대표적인 입법학 자료집에서 모두 다루고 있다. 예를 들면 Eskridge, Frickey &Garrett 675-82, 86-103; Mikva & Lane 856-62, 863-88; Popkin 260-64, 526-32.

Rehnquist 판사의 Weber사건의 반대의견은 인종에 기초한 적극적 평등실현조치(affirmative action)는 사용자와 노동조합은 인종을 이유로 개인을 차별해서는 안 된다는 통상적인 법령의 명령을 위반하였다는 주장으로 시작한다. 그러나 그는 신속하게 입법역사를 고려하는 쪽으로 옮겨가는데, 입법역사(legislative history)로부터 그는 사건을 의도주의 관점에서 보았고 종국에는 "이 사건에서 우리의 임무는 법령의 해석을 포함하는 다른 사건들과 같이 의회의 의도(intent of Congress)에 효력을 부여하는 것이다."라고 밝혔다. 이것은 명백히 지난 세기의 법원의 관행을 반영한다. 즉 통상적 의미는 상반되는 입법의도에 관한 압도적인 증거에 의해 극복될 수 있고 그래서 해석자는 항상 입법배경(legislative background)에 비추어 통상적 의미를 확인해야 한다.[446]

『Brennan 판사의 다수의견은 Weber의 통상적 의미의 힘을 인정하지만 즉시 삼위일체(Holy Trinity) 사건의 "친숙한 규칙, 즉 사물은 법령의 문자 안에서 존재할 수 있고 법령 안에서는 아직 존재할 수 없다. 왜냐하면 법령의 정신 안에 있지 않고 또한 법령의 입안자의 의도 안에 있지 않기 때문이다."[447] Brennan 판사는 그의 정신에 기초한 주장이 § 703(j)에 의해 강화되었다고 주장했다. 그 호(subsection)는 Title VII가 인종적으로 불균형 상태인 노동력을 보유한 노동조합과 사용자가 인종적 소수에게 우대조치를 취하도록 요구한다고 해석할 수는 없다는 사실을 지시한다.』 (생략)

2) 신 텍스트주의(The New Textualism)

자신의 사법의견과 프린스턴 대학 강연에서 Scalia 판사는 신 텍스트주의를 가장 훌륭하다고 주장하였고 아마도 법령해석에 있어 유일하게 정당한 접근법이라고 보았다.[448] 부드러운 통상적 의미규칙을 강화하면서 신 텍스트주의는 법령해석의 유일한 목적이 텍스트의 의미를 결정하고 이런 질문에 대한 유일하게 정당한 소스들은 텍스트에 기초한 또는 텍스트에 연결된 소스들이라고 주장한다. 그리하여 영어를 통상적으로 말하는 자가 법령텍스트로부터 이끌어낼 수 있는 의미(meaning)야말로 법령해석의 알파요 오메가이다. 텍스트가 상대적으로 분명할 때, 해석자는 특별한 입법의도나 일반적 목적에 관한 다른 증거를 고려해서는 안 된다. Scalia 판사는 판사들이 상의해서 안 되고 또한 결코 어느 법령의 입법역사에 의지해서도 안 된다고 역설한다. 그런 접근법은 법관이 문맥(context)을 고려해서는 안 된다는 것을 의미하지는 않는다. 신 텍스트주의자는 문맥을 이해하기 위해 여러 소스들을 기꺼이 고려할 것이다. 즉 사전, 특히 그 법령과 동시대의 사전들, 그 법령의 다른 조항들과 경합하는 해석들이 조항들과 어떻게 부합하는지, 그리고 관련된 혹은 차용된 법령들에서 유사한 조항들이 어떻게 해석되어 왔는지 등등.

Scalia 판사는 신 텍스트주의와 그것의 입법자료의 무시가 헌법규정에 의해 요구된다고 주장한다. 즉 헌법은 법안은 그것이 의회의 양원에 의해 동일한 텍스트적 형식에 의해 수용

446) 이런 입장을 보여준 사건을 예로 들면 *Griffin v. Oceanic Contractor, Inc.*, 458 U.S. 564(1982).
447) *Weber*, 443 U.S. at 201(*Holy Trinity*, 143 U.S. at 459를 인용하면서)
448) Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*(1997).

되고 대통령에게 송부되지 않는다면 그 법안은 법령이 되지 못한다고 규정한다. 실제로 법이 되는 유일한 것은 법령의 텍스트이기 때문에, 하나의 원(house)이나 하나의 위원회, 또는 한 의원의 적혀지지 않은 어떤 의도는 법의 증거로서 사용되어서는 안 된다. 위원회 보고서(입법의도에 관한 가장 호소력 있는 증거)는 하나의 원(chamber)의 의도에 관한 추론을 위해서조차도 믿을 수 없는 기초일 뿐만 아니라 그것들은 법령해석을 위해 헌법적으로 받아들일 수 없는 소스들이다. 위원회보고서에 의지하는 사법관행은 헌법규정(Article I, Section 7)을 위반한 것이다.

3) 신 텍스트주의의 비판

Scalia 판사의 법원 관행에 대한 공격은 많은 문헌으로 하여금 이에 대해 평가하게 하였다. 일부는 그의 공격을 평가하였지만 많은 문헌은 비판적이었고 또 일부는 평가와 비판을 함께 하였다. 비판적인 문헌도 동의하는 하나의 포인트는 시민들이나 판사들 누구도 법령 텍스트가 권위적인 것과 마찬가지로 입법역사를 권위적인 것으로 고려해서는 안 된다는 사실이다. 후자는 법의 힘이고 이를 가지고 있다. 텍스트를 의미의 주요한 소스로 새롭게 강조한 것은 법원, 입법자, 그리고 시민들에게 유익한(salutary) 효과를 가질 수 있다. 그러나 Scalia 판사의 다른 주장들이 가진 문제들을 살펴볼 필요가 있다.

Scalia 판사의 Article I, Section 7 주장에 대해서는 상당한 비판이 제기되었다. Chadha는 양원주의(bicameralism)와 제출요구(presentment requirement)는 양원 중 하나의 원에 의해 취해진 행위가 그 성격과 효과에 있어서 입법적이라고 합당하게 간주될 수 있는 문제 즉 법적 권리와 의무를 변경하는 경우를 포함할 때 형식적으로 적용할 수 있다고 주장했다.[449] 형식적 문제로서, 법령의 의미를 설명하기 위해서 참조된 위원회 보고서(committee reports)는 그 자체로는 법적 권리와 의무를 변경하고자 하지 않는다. 그것들을 참조하는 것은 사전을 참조하는 것이 위반이 아니듯이 양원주의와 제출요구를 마찬가지로 위반하지 않는다. Chadha는 양원주의와 제출요구는 단지 의회의 행위에 대한 제한임을 강조하고 Articles II가 III에 의해 규제되는 정부의 다른 기관의 행위에는 적용되지 않는다. 양원주의는 일련의 입법의 집행과 해석에 대한 제한으로서 형식적으로 그리고 기술적으로 관련이 없다. 더욱이 양원주의 요구의 목적은 입법권이 단지 각각의 설치에 있어 완전한 연구와 토론의 기회를 가진 후에 행사되어야 한다는 것을 보장하는 것이다.[450] 입법에서 숙고적 토론을 요구한 헌법적 의도는 입법을 해석하고 이를 집행하는 책임을 지고 있는 측에 그런 숙고를 심사하는데 대한 암묵적 관용(implicit tolerance)을 주장한다. 위원회 보고서와 다른 입법역사가 의회가 수행하기로 되어 있는 연구와 토론을 밝혀주는 한도까지 입법의 헌법절차는 입법역사에 대한 일정한 참조를 지지하는 것으로 여겨진다.

권력의 분립원리가 Scalia 판사의 이론을 필연적으로 지지하지는 않는다. 법령의 제정을 법령의 해석으로부터 분리시킨 한 이유는 보통법(common law), 형평법상의 해석(equitable

449) *Chadha*, 462 U.S. at 952.
450) *Id.* at 951

interpretation)의 긍정적 결과에 대한 설계자들의 믿음이다. 페더랄리스트 No. 78에서 해밀턴은 법원은 단지 법령을 공평한 해석을 해야 하는 것만이 아니라, 또한 불공정하고 편파적인 법에 대해 그런 법의 작용을 한정하고 엄격성을 완화함으로써 반응해야 한다.[451] 해밀턴의 논리는 불공정한 법의 해석적 축소의 가능성이 입법부로 하여금 자신이 제정한 법령의 엄격성을 갖추도록 요구하고 그 결과 법령의 범위를 더욱 직접적으로 통제하도록 한다는 것이었다. 페더랄리스트 No. 78은 또한 입법기구의 의지(pleasure)보다 법관 자신들의 의지를 대체하는 것에 대해 경고했다. 그러나 그 경고는 해밀턴의 사법심사(judicial review)의 논의와 관련하여 논의되고 법령해석의 논의와 관련해서는 논의되지 않는다. 사법재량에 대한 해밀턴의 논의는 법령 텍스트의 통상적 의미를 언급하지는 않는다. 대신 그는 엄격한 규칙과 선례들에 대한 사법부의 충실을 강조한다.

(3) 동태적 이론(Dynamic Theories)

민주주의와 법의 지배 가치는 법령해석의 의도주의자(intentionalist)와 텍스트 이론(textual thoeries)을 그 이론의 지지자들이 그렇다고 주장한 것만큼 그런 정도의 지지를 하지는 않는다. 어려운 해석사건들(Holy Trinity와 Weber)에서 형식적(formal)이거나 역사적인(historical) 주장들보다는 차라리 규범적(normative)인 주장들이 논란은 있지만 결정적이었다. Weber사건의 비판자들은 법원의 결론이 법적 소스들에 대한 관심에 의해서라기보다는 공적 가치들에 의해 더욱 영향을 받았다고 비판하였다. 많은 수의 법령이론들은 이런 종류의 역동적이고 탄력적인 접근을 옹호한다.

그런 이론들은 Fuller 교수의 관찰로부터 출발한다. 즉 우리가 어느 스토리를 다시 말하게 될 때, 우리는 그것은 그러해야 한다(it ought to be)는 것처럼 그 스토리에 대한 우리의 인식에 의해 의식적으로나 무의식적으로 지배된다. 그러므로 그 이론들은 규범적이다. 해석자들이 법령을 적용할 때, 그들은 가치선택을 하고 있는 것이다. 그들은 또한 다이내믹하다. 법령은 반복해서 적용되기 때문에 존재하는 무엇이 아니고 되어가는 무엇이다. 또한 그것은 현실의 딱딱한 덩어리가 아니라 흘러가는 절차(fluid process)인데 그것은 그것이 마땅히 그래야 한다는 것만큼이나 인간의 창조적인 충동(creative impulse)에 의해 지배된다.[452] 동태적 이론들은 지난 20년간 주로 학계로 퍼져나갔다. 그 이론들은 케이스들을 설명할 수 있지만 판사들은 그 이론들이 법을 해석하는 판사들과 행정기관들에게 충분히 설득력이 있는지에 대한 충분한 증거 없이 그런 이론들을 받아들이는데 주저한다.

2. 법령해석의 교리들(doctrines)

여기서는 미국에서 법령해석의 역사와 논의되었던 주된 이론들(theories; 텍스트주의와 신텍스트주의, 의도주의, 그리고 상상적 재건주의, 합목적주의 그리고 동적이론들)을 소개할

---

451) *The Federalist* No. 78, at 470(Alexander Hamilton)(Clinton Rossiter ed. 1961).
452) Lon Fuller, *The Law in Quest of Itself* 8-9(1940). 이와 놀랄 정도로 비슷한 표현으로 Ronald Dworkin, *Law's Empire* 348(1986).

것이다. 이 장은 이런 이론들의 기초를 이루는 교리들(doctrines)로 돌아간다. 제2차 세계대전 이후 상당히 안정적으로 굳어진 법령해석의 기초적인 교리들은 세 개의 일반적인 범주로 나누어진다.

첫째로, 해석자는 법령구조의 수용된 캐논들(canons)[453]의 불빛 안에서 법령을 받아들인다. 법규집은 수세기 동안 앵들로 아메리칸 해석의 기반이었다. 그것들(캐논)은 뉴딜 후에 연방법원에서 덜 강조되었음에도 불구하고, 캐논은 주차원에서 매우 중요하게 여겨졌고 1980년 중반 이후 연방차원에서도 복귀되었다. 우선 법령구성에 있어 고유한 보조자로서 전통적으로 사용된 대부분의 캐논들과 실질적인 가치들에 기초한 캐논들을 소개한다.

다음으로 법령 텍스트 외부의 소스들을 다룬다. 외부 증거는 보통법, 관련 법령들, 그리고 입법 역사를 포함한다. 입법역사의 경우 연방대법원이 삼위일체교회(Holy Trinity Church)에 대해 판결할 때와 같이 1892년 전에는 많이 사용되지 않았다. 21세기에 법원은 종종 입법역사를 사용하였고 대부분은 주법원들 역시 이를 고려한다. 앞서 법령해석의 이론에서 다루었던 신텍스트주의는 입법역사에 의지하는 것에 대해 의문을 제기한다. 그리고 여기서 이것(신텍스트주의)와 다른 비판에 대해 검토할 것이다. 마지막으로 현대 행정국가에서 법령해석의 문제로 돌아간다.

(1) 법령해석의 규칙, 추정, 캐논들

법령을 해석하는 수단으로 상당히 많은 규칙들이 있다. 구성의 원칙들, 캐논들, 원리들로 불리는 이런 규칙들은 해석자로 하여금 법령의 언어, 형식, 그리고 주제문제로부터 추론하는 것을 가능하게 한다. 법령해석에 관한 19세기 영국과 미국의 대부분의 논문들은 캐논들 위주로 다루어졌다. 그리고 오늘날 지도적인 교리 편집(1891년 논문의 후속)은 철저한 캐논 속으로의 여행이다. 많은 주들은 전통적인 캐논들을 주법전 속에 성문화하였다.

기본적으로 세 종류의 캐논들이 있다. 첫째는 텍스트에 관한 캐논들(textual canons)이다. 그것은 전체 법령의 다른 부분들과의 관계, 문장에서 문법상의 배치, 입안자의 단어선택으로부터 보통 내려지는 추론을 제시한다. 이것들은 종종 내재적인 조력(intrinsic aids)으로 불리는데, 왜냐하면, 그것들은 법령해석자가 법령의 텍스트의 네 꼭지로부터 가능한 의미를 도출하도록 돕기 때문이다. 이 절(section)의 A부분은 주와 연방사건들로부터의 예와 함께 많은 이런 텍스트적 캐논들을 제시한다.

두 번째 장르는 실질적인 캐논들(substantive canons)이다. 이것들은 보통법이나 다른 법령들 혹은 헌법으로부터 나오는 실질적인 원칙들 혹은 정책들에 기초한 법령의 의미에 관한 추정들(presumptions)이다. 한 예는 부분적으로 공정한 통지원칙에 기초한 관대성의 원칙

453) canons은 특정 사항이 판단되는 일반적인 기준들 혹은 원칙들을 의미하는 것으로 이해된다. 번역을 한다면 **기준원리** 정도로 옮길 수 있을 것이다. 그러나 이 개념은 미국 법원과 같이 특정한 상황에서 수용된 개념이라는 점에서 원어표현 그대로 **캐논**으로 사용하기로 한다(역자 주).

(rule of lenity)인데 그것은 행위가 명백히 법령의 범위(sweep) 안에 들어오지 않으면 형법은 행위를 불법화할 수 없다는 것을 주장한다. 실질적인 캐논들은 B부분에서 연구된다. C부분은 텍스트적 캐논과 실질적인 캐논에 관한 매우 이론적인 논쟁에 대해 검토한다고 그 사용과 관련한 몇 가지 실무적인 문제들을 살핀다.

다음으로 나머지 부분들에서는 세 번째 그룹의 원칙들인 참조 캐논들(reference canons)을 살핀다. 이것들은 종종 외부적인 조력(extrinsic aids)으로 불린다. 그것들은 법령이 무슨 의미를 가지는 지를 밝히기 위해 다른 자료들(행정기관의 해석만이 아니라, 보통법, 다른 법령들, 입법역사)이 문의될 수 있는지를 해석자에게 알려주는 추정적 규칙들(presumptive rules)이다. 외부적인 자료의 사용을 엄격하게 제한하는 일상적인 의미규칙(the plain meaning rule)과 행정기관의 결정에 대한 존중규칙과 같은 캐논은 1980년 중반 이후 대규모의 컴백을 했고 보통 폭넓은 토론을 야기하였다. 최근에 미연방대법원에서 사용되는 캐논들의 컬렉션은 이 책의 부록 B에서 볼 수 있다.

1) 텍스트에 관한 캐논들(TEXTUAL CANONS)

가. 단어의미와 연상원칙들

법령해석의 출발점은 법령을 주의 깊게 읽어보는 것이다. 많은 규칙들은 법령의 단어들로부터의 의미를 찾기 위한 가이드로서 출발되었다. 이것들은 해석의 내재적인 조력 또는 텍스트적 캐논으로 불린다. 그것들은 보통 법원에 의해 가장 적합한 언어의 사용을 판별하기 위한 전통적인 기준으로서 법원에 의해 사용되었다.

① 단어의 일상적이고 전문적인 의미

전형적으로 법원은 입법부가 일상적인 의미 안에서 단어를 사용한다고 생각한다: 이런 단어들은 보통의 또는 이성적인 독자에게 무엇을 전달하는가? 이것을 살피기 위해 법관들은 사전을 참조할 수 있지만 그들은 단어들이 사용되고 적용된 문맥을 가정하고 그 단어들의 가장 적합한 의미를 결정하기 위해 종종 단지 그들의 언어적 경험 또는 직관에 의지한다. 일상적인 의미(ordinary meaning)는 문언적 의미(literal meaning) 또는 엄격한 구성과는 구별되어야 한다. 후자는 사용된 단어의 좁은 이해를 의미하지만 전자는 매일 매일의 이해를 의미한다.

언어학자들은 해석자는 법령상의 단어들의 **원래적인 의미**(prototypical meaning)와 함께 시작해야 한다고 제안한다. 어느 단어나 구와 연상되는 핵심적인 아이디어가 무엇인가? 예를 들면 제1장의 적극적인 평등실현조치 사건인 Weber에서 Brennan 판사가 암암리에 따랐던 접근법이다: 사전들은 '차별하다(discriminate)'를 어떤 종류의 차별을 포함하는 것으로 정의함에도 불구하고, 그 단어의 핵심 또는 원래적인 사용은 일정한 불쾌한 의도(invidious intent)를 요구한다. 그리하여, 우리가 복숭아를 더 좋아한다고 해서 배를 차별한다고 말하지는 않는다. 또한 선재하는 편견이나 고정된 틀 때문에 열악한 출발점에 있는 상태를 균형

잡기 위해서 사회적 소수자에게 원조를 준다고 해서 그 소수자를 차별한다고 말하지는 않는다. 그러므로 일상적인 의미는 원형적인 의미를 연상할 수 있다. 이런 생각은 보통 주의 깊거나(cautious) 또는 엄격한(restrictive) 법령해독을 지지한다. 예를 들면 제7장의 삼위일체 교회(Holy Trinity Church)사건에서 "어떤 종류의 노동이나 서비스"를 수작업에 한정하였다.

법령이 오래된 것이면 어떻게 되는가? 그런 경우, 판사들은 종종 그 법령이 제정된 시대로부터 다른 증거와 사전을 참조한다. 예를 들면 여St. Francis College v. Al-Khazraji, 481 U.S. 604(1987) 사건에서 연방대법원은 아랍계 사람에 대한 차별에 적용하기 위해 인권법(the Civil Right Act)을 해석하였다. 피고는 아랍인종에 대한 차별은 소송의 대상이 되지 않는다고 주장하였다. 왜냐하면 그 법령은 오로지 백인에 의해 향유되는 것과 같은 보호만을 요구하였고 아랍인들은 인종분포지상 코카시안이기 때문이다. 법원은 피고의 인종개념이 19세기에 유지되었던 개념이 아니라는 것을 논증하기 위해 19세기 사전들과 백과사전을 참조하였는데 그 시대 인종개념은 다른 인종(ethnic stock)과 가계(family lineage)를 다른 인종(race)으로 보았다.

② Noscitur a Sociis and Ejusdem Generis

단어들은 사회적 산물이다: 그것들(단어들)은 묶음으로 움직인다. 몇몇 캐논들은 단어들이 어울리는 무리로부터 허용되는 추론을 제시한다. "Noscitur a sociis"는 "그것은 그것이 함께 어울리는 것들로부터 알려진다."고 번역된다. 모호한(ambiguous) 단어의 의미는 그것이 함께 어울리는 단어들을 참조함으로써 밝혀질 수 있다. "그리하여 두 개나 그 이상의 단어들이 함께 그룹을 이루고 보통 비슷한 의미를 가지고 있지만 동일하게 이해되지 않을 때, 특정한 단어가 일반적인 단어를 제한하고 구체화한다."[454] 예를 들면 Jarecki v. G.D.Searle & Co., 367 U.S. 303(1961)사건에서 연방소득세법은 탐사(exploration), 발견(discovery), 또는 시굴(prospecting)로부터 나오는 소득의 다른 년도로의 분할(allocation)을 허용하였는데 제약회사와 카메라 제조사는 그들이 특허상품의 판매로부터 나오는 소득과 관련하여 분할법령의 혜택을 볼 수 있어야 한다고 주장하였는데 왜냐하면, 개념 규정상 그런 상품은 발견(discovery)으로부터 결과 되기 때문이라고 주장하였다. 여기에 대해 법원은 동의하지 않았는데 함께 사용되고 있는 탐사와 시굴을 고려하여 해석할 때, 발견이라는 말은 단지 광물자원의 발견만을 의미한다고 해석하였다.

"Ejusdem generis"은 "같은 종류, 계층, 또는 성격"으로 번역된다. "단어가 법령상의 나열 안에서 특수한 단어들 다음에 오는 경우에, 그 일반적인 단어들은 선행하는 특수한 단어들에 의해 열거되는 그 대상들에 유사한 대상만을 가리키는 것으로 해석된다. 반대 경우가 나타나면, 즉 일반적인 단어들 다음에 오는 특수한 단어들의 경우에 그 원리는 마찬가지로 적용할 수 있고 그 용어의 일반적인 적용을 나열된 단어들과 유사한 것들과 같은 수준으로

454) Norman Singer ed. *Statutes and Statutory Construction*(5th ed.), § 47.16, at 183; P. St.J. Langan, *Maxwell on The Interpretation of Statutes*(12th ed. 1969), at 283-93; Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*(3d ed. 1994), at 200-202.

제한된다."[455] 이 규칙의 목적은 모든 단어들에게 효과를 부여하는 것이다. 즉 특정한 단어들은 그 계층을 가리키고 일반적인 단어들은 법령의 조항들을 그 계층의 모든 것에 확대한다.

③ Expressio unius

생략된 단어들은 제시된 단어만큼 중요할 수 있다. "expressio[or inclusio] unius est exclusio alterius"라는 격언은 "하나의 포함은 다른 것의 배제를 가리킨다."라는 의미이다. 이런 인식은 부정적인 함의 중의 하나이다: 어느 법령에서 어떤 사항들의 나열은 입법부가 열거되지 않았거나 채택되지 않은 것을 포함할 의도를 가지고 있지 않다는 것을 암시한다. "어느 법령이 특정한 상태에서 어떤 것이 행해지는 것을 제한하고자 할 때, 그것(법령)은 어느 다른 상태의 부정을 포함한다."[456]

나. 문법 캐논들(Grammar Canons)

① 구두점 규칙들(Punctuation Rules)

미국에서 구두점 캐논은 적어도 세 가지 형태를 띠고 있다: a. 구두점은 법령의 어떤 부분도 이루지 못한다는 엄격한 영국규칙을 고수하는 것; b. 구두점을 법령구성에서 하나의 도움으로 허용하는 것; 그리고 c. 구두점을 법령구성에서 바람직하지 않은 최후의 대안으로서 바라보는 것이다.[457] 영국규칙은 한 때 구두점이 의회에 의해 입법이 된 후에 서기에 의해 삽입되었기 때문에 채택되었다. 미국의 입법부는 일반적으로 구두점이 입법 후에 변하지 않는 법안들을 검토하고 통과시킨다.

② 참조단어들과 한정적 단어들: 마지막 선행사 규칙(the Last Antecedent Rule)

참조하는 그리고 한정적인 단어들, 또는 구절들은 전체 입법관념으로부터 추출되는 분명한 입법적 의도에 반하지 않는 한, 단지 마지막 선행사에 의지한다.

③ 접속 대 비접속 연결사(The And versus Or Rule)

다른 단어와 구들을 연결하는 접속사의 성격은 중요할 수 있다. 비접속사인 "또는(Or)"에 의해 연결되는 단어들은 종종 분리된 의미와 중요성을 가지는 것으로 읽혀진다.

④ 기속적인 대 재량적인 언어(May versus Shall Rule)

법령이 기속적인 언어(May보다는 Shall)를 사용할 때, 법원은 종종 그 법령이 정책요소들을 고려하는 재량을 배제하는 것으로 해석한다.

---

455) Norman Singer, *op. cit.*, § 47.17, at 188; P. St.J. Langan, *op. cit.*, at 297-303; Ruth Sullivan, *op. cit.*, at 203-213.

456) Norman Singer, *op. cit.*, § 47.25; P. St.J. Langan, *op. cit.*, at 293-297; Ruth Sullivan, *op. cit.*, at 168-176.

457) Ray Marcin, *Punctuation and the Interpretation of Statutes*, 9 Conn. L. Rev. 227, 240(1977).

⑤ 단수와 복수, 여성과 남성대명사들

법령해석자들에 의해 종종 준수되지 않는 문법규칙이 단수와 복수사이의 차이다. 또한 종종 준수되지 않는 문법규칙의 하나는 대명사의 성(性) 규칙이다. 대부분의 법령들은 남성들이 주요한 법적 행위자로 중요시되었던 시대에 입안되었기 때문에 남성명사는 여성을 포함한다.

⑥ 황금규칙(The Golden Rule)과 니체규칙(The Nietzsche Rule)

황금규칙은 해석자가 명백한 모순에 이르지 않는 한, 사용된 단어의 일상적인 의미나 문법적인 구조에 충실해야 한다는 것이다. 니체규칙은 마구잡이로 약탈하면서 전진하는 병사와 같은 상태를 비유한다. 니체의 교훈은 겸손하고 다른 사람들이 언어를 어떻게 사용하고 있는지를 고려하라는 의미이다.

다. 전체법 규칙(The Whole Act Rule)

법령해석의 다른 규칙이나 원칙들은 법령 안의 문맥에 의지하고 있다. 입법부는 어느 법의 일부에 대해 어떤 더 큰 중요성을 주지 않고 전체로서 그 법에 기초한 판단을 승인하다는 사실의 관점에서 볼 때 전체법 규칙을 가장 현실적인 규칙으로 받아들여진다. 그리하여 어떤 부분을 분리시키거나 다른 부분을 고려에서 배제하려는 시도는 거의 틀림없이 입법의도를 왜곡하는 것이다.[458]

① 제목(Titles)

의회보다는 의회의 서기가 법의 제목을 제공했기 때문에, 전통적인 영국규칙은 제목이 해석목적을 위해 사용될 수 없다는 것이었다. 그러나 이런 태도는 더 이상 대부분의 영어권 관할에서 관행이 아니다. 왜냐하면, 짧은 제목은 물론 긴 제목은 바로 시작부터 입법안의 한 부분이다. 미국에서 대부분의 주(州)헌법들은 입법이 법의 내용에 대한 정확한 통지를 줄 수 있는 제목을 가지도록 요구한다.

② 전문과 목적규정들(Preambles and Purpose Clauses)

전통적인 영국규칙은 법령의 서문에 중요성을 부여하였다. 왜냐하면 그것(서문)은 법령의 목적을 파악하는데 가장 훌륭한 소스로 여겨졌기 때문이다. 현대의 규칙은 약간 겸손하다. 전체법 접근을 따르는 미국법원들은 서문에 법령의 다른 부분들(제목, 법령의 본문, 개별적인 섹션들)보다 더 큰 중요성을 부여하는 것을 거부하였다. “그리하여 법의 고정된 원칙은 서문이 입법화된 부분이 분명하고 모호하지 않은 단어로 표현되어 있는 경우에 그 법령의 입법화된 부분을 통제할 수는 없다는 것이다. 그렇지만, 입법자(law maker)의 의도를 발견하는 것을 돕는데 이용될 수 는 있을 것이다.”[459]

---

458) Norman Singer, *op. cit.*, § 47.02, at 139; P. St.J. Langan, *op. cit.*, at 47-64; Ruth Sullivan, *op. cit.*, at 245-284.

459) Norman Singer, *op. cit.*, § 47.04 at 146.

다른 한편, 해석자가 모호함을 발견할 수 있고 법령해석에서 Hart와 Sacks의 목적/문맥 접근법(purpose/context approach)을 따르게 되는 한도에서 서문은 특히 해석작업에 소중한 기여를 할 수 있을 것이다. 캐나다 대법원은 이런 이유 때문에 법령의 서문에 열심히 의지한다.

③ 단서들(Provisos)

단서들은 법령조항들의 효과를 제한하거나 일반적인 법령 규칙에 대한 예외를 창설한다. 그것(단서)은 전형적으로 제한되거나 예외를 두는 규정에 수반되는데 보통 "~라는 한에서(Provided that)"로 시작한다. 단서의 해석과 관련하여 의심이 있다면, 그것은 엄격하게(좁게) 해석되어야 한다. "그 이유는 어느 입법의 본문(purview) 안에 제시된 입법목적이 입법정책을 표현하는 것으로 여겨지고 단지 단서들에 의해 명시적으로 면제된 그런 대상들만이 법령의 작용으로부터 면제되어야 한다는 것이다.[460]"

④ 군더더기를 회피하는 규칙(The Rule to Avoid Surplusage)

전체법 규칙 아래서, 모든 단어와 구들은 법령의 효력범위(command)에 뭔가를 부가하는 것이라는 추정이 가능하다. 당연히 어떤 조항도 완전히 군더더기에 불과한 것으로 해석될 수 없다는 것은 법령해석의 중요한 규칙이다. 예를 들면 Western Union Telegraph Co. v. Lenroot, 323 U.S. 490(1945) 사건에서 이슈는 아동노동을 금지하는 공정노동기준법(the Fair Labor Standards Act)이 전신 배달부(telegraph messengers)에게도 적용되는가였다. 이런 금지는 주간 통상에서 상품(goods)의 선적에 미쳤고 상품이란 "제품들(wares), 물품들(products), 일용품(commodities), 상품들(merchandise), 그리고 어떤 성격의 상거래의 물품(articles)이나 대상(subjects)에도 미쳤다. 전신회사는 그들의 서비스는 만질 수 없는 것(intangible)이어서 상품(good)이 아니라고 주장하였다. 항소법원과 연방대법원의 판사들은 전신서비스는 상거래의 대상(subjects of commerce)이라고 보았다. Hand 판사는 그 개념정의가 단지 만질 수 있는 것만을 포함한다면, 상원이 어떤 종류의 상거래의 물품(articles)에 대상(subjects)을 특별히 부가한 것은 그 법령에 아무 것도 부가한 것이 아니라는 결론에 이른다고 주장하였다.

⑤ 일관된 사용의 추정(Presumption of Consistent Usage)

전체법의 규칙 아래서, 그 법의 모든 부분에서 같은 표현에 의해 같은 의미가 내포된다고 보는 것이 합리적인 추정이다.[461] 유사하게 어느 법령의 단어가 같은 대상에 관한 문제를 다루는 다른 법령에서 사용되었던 경우에, 해석자는 그 정착된 의미를 따르는 것이 순리일 것이다. 이것이 대부분의 영어권 나라들에서 낮은 정도로 받아들여지지만, 미국에서는 이런 원칙이 강하게 받아들여지고 있다. 미국의 경우 같은 법의 다른 부분들에서 사용된 동일한 단어들은 같은 의미를 가지는 것으로 의도되었다고 추정한다.

⑥ 전 법조항의 존중규칙(Rule Against Interpreting a Provision in Derogation of

460) Norman Singer, *op. cit.*, § 47.08 at 156.
461) P. St.J. Langan, *op. cit.*, at 278.

Other Provisions)

전체법 규칙의 중요한 결론은 어느 법령의 한 조항이 그 법령의 다른 조항을 훼손하는 그런 방법으로 해석되어서는 안 된다는 것이다. 조항1의 해석이 다음과 같은 방법으로 그 법령의 다른 부분들을 훼손할 수 있다. 먼저 작용상의 충돌(operational conflict)인데, 법조항1의 작용이 법조항2의 작용과 충돌하도록 해석되면, 법규범의 수범자(시민)는 법조항2를 위반하지 않고서 법조항1을 준수할 수 없게 된다. 두 번째로, 철학적 긴장(philosophical tension)인데, 법조항1이 법조항2의 가정(assumption)과 긴장을 일으키게 해석된다면, 예를 들면 법조항2가 법조항1의 광범위한 해석(broad reading)과 조화하기 어려운 입법적 타협을 반영할 수 있다. 세 번째로 구조적 훼손(structural derogation)인데, 작용상의 충돌과 철학적 긴장관계의 양쪽의 요소들을 공유하면서, 법조항1의 해석이 그 법령의 전체적인 구조와 조화하지 못하는 것이다. 그리하여 법조항2와 법조항3은 어떤 종류의 위반들이 사법적인 방식보다는 행정적인 방식으로 다루어져야 한다는 입법정책을 반영할 수 있다. 그런데 사법적으로 집행될 수 있는 법조항1의 넓은 관점(broad view)은 이런 입법정책을 위태롭게 할 수 있다.

2) 실체적인 캐논들(SUBSTANTIVE CANONS)

앞서 살펴본 대부분의 캐논들은 정책에 중립적인 언어학적인 또는 문장론적(syntactic) 가이드라인들이다. 다른 캐논들은 실체적인 결정들을 대표하고 그래서 그것들의 적용은 정책 중립적이지(policy-neutral) 않다. 전통적으로 주요한 캐논들은 여러 유형의 법령들을 자유롭게 또는 엄격하게 해석하는 지시들이다. 오랜 앵글로 아메리칸 규칙은 교정적(remedial) 법령들은 자유롭게 해석되고 반면 보통법을 훼손하는 법령들은 엄격하게 해석되어야 한다는 것이었다.

캐논들의 더욱 현대화된 유형들이 나타났다. 어떤 법령들(예를 들면 시민의 권리, 안전, 그리고 반독점 법령들)은 자유롭게 해석될 수 있었는데, 다르게 말하면 이런 법령들은 새로운 상황에 폭넓게(expansively) 적용되어야 한다는 것이었다. 다른 법령들은 엄격하게 해석되었는데 다르게 얘기하면 폭좁게(stingily) 적용되었는데 예를 들면 형사법령의 엄격한 구성을 요구하는 엄격성 규칙(the rule of lenity)은 가장 좋은 예이고 아래서 상세히 검토될 것이다. 언어학자들의 원형이론(theory of prototypes)을 통해 교정적 구성과 엄격한 구성의 구별을 이해하는 한 방법을 제시한다. 즉 엄격하게 해석되는 법령에서 단어들은 그 원형적 의미 이상으로 읽혀져서는 안 되는데 반면, 다른 법령들에서의 단어들은 법령의 목적과 일치할 수 있다면 그런 의미를 넘어서서 읽혀질 수 있다. Sweet Home 사건에서 Stevens 판사는 그 법령상의 단어를 원형적 의미 이상으로 읽었는데 왜냐하면 그는 그 법령이 교정적인 것이었고 의회 역시 넓게 해석하는 것을 원했기 때문이었다. 이에 반해 Scalia 판사는 그 단어를 원형적 의미 이상으로 읽는 것을 거부하였다. 왜냐하면 이런 해석은 확정된 권리인 재산권(vested property rights)을 침해하는 법령이었기 때문이다. 그래서 단지 단어들이 경쟁하는 연습으로만 보이는 사건들은 판사에 의한 심오한 실질적 정책결정을 반영하는 것으로 이해될 수 있다.

법령의 텍스트를 얼마나 넓게 읽을 수 있는지에 관한 실체적인 판단을 반영하는 캐논들을 살펴본다. ① 주권훼손(Derogation of Sovereignty)의 경우 법령의 엄격한 해석: 어느 법령이 일반적인 언어로 쓰여 있다면, 그것은 단지 사적 당사자(private praties)에게만 적용된다고 추정된다. 정부와 그 기관은 그들을 포함시키는 것이 그 법령의 목적을 실효적으로 하는데 필요한 경우가 아니면 포함되지 않는다. 이 캐논은 주권면제라는 오래된 관념에 기초하고 있다. 즉 국가는 규정이 있거나 그 동의가 없으면 소송을 당할 수 없다. ② 공적 허가(Public Grants)의 엄격한 해석: 유사하게 정부에 의한 사적 당사자에 대한 공적 허가는 좁게 해석되어야 하는데 즉 정부에 유리하게 적용되어야 한다. 종종 이 규칙은 그런 허가가 불필요하거나 수여자에 의해 요구되었다는 이유로 정당화되어 왔다. 그러나 이 캐논은 많은 사건들에서 공격을 받았다. 즉 정부와의 리스와 계약으로부터 정부와의 화해조정을 허용하는 법령들까지, 그리고 연금과 공무원에 대한 보상법에까지. ③ 수입조항(Revenue Provisions)의 엄격한 해석: 조세법은 국가에 불리하고 납세자에게 유리하게 해석되어야 한다는 것이 정립된 규칙이다. 과세당국을 상대로 법령해석에 대해 소송을 제기하여 패소하였던 여러 세대의 납세자들은 그런 일반화에 대해 논쟁할 것이다. 법원들은 완화된 해석으로 돌아섰는데 왜냐하면 조세시스템에 관련된 공공의 목적이 필요했기 때문이다. 어느 누구도 시민의 실체적인 권리에 영향을 주지 못하는 단지 기술적인 문제(technicalities)에 의해 공공부담 앞의 공정한 부담을 회피할 수 없다고 보는 것이 법원 자신의 의무라는 것이다.

실체적인 캐논을 형성하는 두 번째 방법은 다른 유형의 법령들과 법령체계를 넘어서는 추정방식(Presumption)이것은 법원이 의회가 법령들 안으로 포함하는 것으로 의도하였다고 추정하는 방식을 대표한다. 이런 추정은 일반적으로 반대되는 법령의 텍스트, 입법역사, 또는 입법목적을 능가하지는 못한다. 추정은 토론의 출발점, 토론의 종지부에서 최종적인 결정자(tiebreaker), 또는 단지 균형요소로 간주할 수 있다. 추정적 해석을 관류하는 정책은 연방헌법, 연방법령들, 그리고 보통법으로부터 법원이 추출한다.[462)]

실체적 캐논을 형성하는 세 번째 방법은 명확한 진술규칙(clear statement rules)과 같은 것이다. 그것은 기본적으로 법령의 텍스트안의 분명한 언어에 의해서만 반박될 수 있는 추정이다. 법원이 이런 실체적인 캐논을 분명히 밝히는데 약간의 유동성이 존재한다. 예를 들면 EEOC v, Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244, 258-59(1991)에서 법원의 다수

462) 실체적인 추정의 예들은 다음과 같다: ① 의회의 아메리칸 인디언 권리축소에 반대하는 추정. Montana v. Blackfeet Tribe, 471 U.S. 759(1985)를 보라. ② 인디언 부족의 주(州) 규율로부터의 면제추정. Bryan v. Itasca County, 426 U.S. 373(1976)를 보라. ③ 의회가 국제법에 위반한 법령을 통과하지 않으리라는 추정. Weinberger v. Rossi, 456 U.S. 25, 32(1982)와 Murray v. The Charming Betsy, 2, Cranch 64, 118(1804)를 참조하라. ④ 의회가 실체 법령이 소급적으로 적용되도록 의도하지 않는다는 추정. Lindh v. Murphy; Landgraf를 보라. ⑤ 연방의회는 연방규율이 전통적인 주(州)의 책임을 불필요하게 간섭하도록 의도하지 않는다는 추정. Cipollone v. Liggett Group, Inc., 505 U.S. 504(1992)와 Ray v. Atlantic Richfield Co., 435 U.S. 151, 157(1978)를 보라. ⑥ 의회는 전통적인 법원의 합리적 재량을 철회하지 않으리라는 추정. Weinberger v. Romero-Barcelo, 456 U.S. 305, 320(1982)와 Hecht Co. v. Bowles, 321 U.S. 321, 330(1944)를 참조하라. ⑦ 의회는 자신이 법령상의 권리를 인정할 때 모든 구제수단들이나 사법적 구제수단을 철회하지 않으리라는 추정. South Carolina v. Regan, 465 U.S. 367(1984)를 보라. ⑧ 사법심사의 추정. Dunlop v. Bachowski, 421 U.S. 560(1975)와 Abbott Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136(1967)를 보라. ⑨ 대통령의 전통적인 권한을 훼손하지 않는다는 추정. Haig v. Agee, 453 U.S. 280(1981)를 보라.

의견은 Foley 형제의 역외적용(extraterritorial application)을 반대하는 추정을 명확한 진술규칙으로 변형하였는데 ,여기서 법원은 미국 밖의 지역에 어떤 법이 적용되기 위해서는 명백한 법령상의 언술이 있을 것을 요구하였다. Marshall 판사의 반대의견은 법원의 변형에 반대하였다. 여기서 타이들 VII와 같은 인권법은 폭넓게 해석되어야 한다는 일반적인 규칙이 역외적용에 반대하는 더 특별한 캐논에 의해 어떻게 뒤로 밀리게 되는지를 주목하라.

위에서 살펴보았듯이 실체적 캐논들은 해석에 주는 영향에서 다양할 수 있다. 그리고 법원이 어느 캐논을 어떻게 사용하고 있는지를 확인하는 것은 중요하다. 되돌아보는 방식에 의해 세 가지 가능성을 고려해 보라. 첫째로, 때때로 법원은 실체적 캐논을 기본적인 해석과정의 종국에서 법원이 당사자들에 의해 제시된 경합하는 두개 의 해석 사이에서 선택할 수 없는 경우에 단지 결과에 영향을 미치는 타이브레이커(tiebreaker)로서 취급하는 것이다. 두 번째로 법원은 실체적 캐논들을 추정(presumptions)으로 간주할 수 있는데 해석과정의 초기에 법원이 추정적 결과를 세우는 것이다. 그 결과는 반대해석을 지지하는 설득력 있는 지지에 의해서만 극복될 수 있게 된다. 전형적으로 그런 추정을 번복시키고자 하는 당사자는 추정을 반박하기 위해 법령의 의미에 관한 어떤 가능성 있는 증거를 사용할 수 있다. 이런 이해에 기초한다면, 추정이란 단지 선택 가능한 법령해석에 의해 지배되는 균형추구 과정에서 어느 한 편에 무게를 두는 것이다. 세 번째로, 법원은 실체적인 캐논들을 명확한 진술규칙(clear statement rules)으로 취급할 수 있다. 그것(명확한 진술규칙)은 반대되는 분명한 진술이 없다면 특정한 해석결과를 축출하고자 한다. 우리는 캐논들이 분명한 법령상의 언어에 의해 극복될 수 있을 때 그런 캐논들을 “분명한 진술규칙”이라 부를 것이고 그것들이 매우 강력한 법령상의 텍스트에 의해서만 극복될 수 있는 경우 그것들을 “초강력 분명한 진술규칙”이라 부를 것이다.

가. 형법사건에서 엄격성의 규칙(The Rule of Lenity in Criminal Cases)

법령해석의 캐논들 중 가장 고색창연한 것들 중의 하나는 사람을 처벌하는(보통 벌금을 부과하거나 구금하는 처벌) 목적을 가진 법들은 엄격하게 해석되어야 한다고 기술한다. 이것은 형법 법령을 해석하는데 “엄격성의 규칙(rule of lenity)"으로 불린다: 형법이 사적인 행위를 분명하게 불법화하지 않는다면, 사적 행위자는 처벌받을 수 없다.

나. 헌법문제(Constitutional Problems)를 피하기 위한 해석

엄격성의 규칙을 찬성하는 하나의 정당화는 입법부가 불명료한 형법상의 금지에 기초하여 어떤 잘못된 행위에 대해 전적으로 수동적(passive)이거나 의식하지 못하는(unaware) 사람을 처벌할 수는 없다는 헌법적 인식으로부터 나온다. 입법부가 위헌적인 형사법령들을 제정하는 것을 극도로 혐오한다는 사실을 받아들이면서, 법원은 법령의 합헌성 여부에 대한 의심이 없도록 형사 제재를 충분히 좁게 해석한다. 물론 형사법령들만이 헌법 좌우로 떨어져 절벽너머로 가까이 가는 위험을 시도할 수 있는 유일한 법령들은 아니다. 연방대법원은 종종 非 형사법령들(non-penal statutes)을 헌법적 문제를 피하기 위해 좁게 해석한다. 엄격

성 규칙과 같이 이런 해석 캐논들도 옹호자와 비난자를 모두 가지고 있다.

다. 새로운 연방주의 캐논들(The New Federalism Canons)

1980년대와 1990년에 연방대법원은 연방주의라는 헌법적 규범을 반영하는 "명확한 진술 규칙"을 제정하고 구체화 하였다. 캐논의 활용을 통해 주의 주권(sovereignty)을 보호할 때 법원의 활동을 보여주는 가장 인상적인 사건들이 있는데 다음과 같다.

3) 법령해석의 캐논들에 대한 공격과 옹호하기

법원에서 제안된 해석을 제시하게 될 때, 수용되고 있는 전통적인 어휘들이 있다. 판례법의 쟁점에 대한 논쟁에서와 같이, 불행하게도 수용되고 있는 관행은 여전히 단지 하나의 올바른 의미가 존재할 수 있는 것처럼 토론을 요구한다. 그래서 거의 모든 쟁점에서 반대되는 두 개의 캐논들이 있다. 모든 변호사들은 그것들(캐논들)과 친숙해야만 한다. 왜냐하면 그것들은 여전히 논쟁의 수단으로 요구되기 때문이다.

(2) 법령해석의 외부적 소스들

법령해석의 외부적 원조는 해석되고 있는 법령들의 텍스트 외부의 소스들이다. 그런 소스들은 보통법(common law), 법령의 입법배경(legislative background), 그리고 다른 법령들과 그것들의 해석이다. 전통적인 규칙은 외부적인 원조는 그 법령이 "분명한(plain) 의미를" 가지고 있다면 고려될 수 없는 것이라는 사실이다. 그러나 우리는 그 법령이 분명한 의미를 가지고 있는지를 어떻게 확신할 수 있는가? 예를 들면 입법부가 "사기(fraud)"라는 단어를 사용한다면 우리는 그 분명한 의미가 무엇인지를 알기 위해서 외부적인 증거들에 의존해야 할 것이다. 사기라는 말은 이미 보통법에서 확립된 의미를 가지고 있기 때문이다. 만약 입법적 논의가 "사기"의 특별한 사용을 보여준다고 할지라도, 그것(입법적 논의)은 관련이 없어야 하는가?

위 I 법령해석의 이론 부분에서 살펴보았던 신 텍스트주의자들(New Textualists)은 보통법과 다른 법령들은 보통 허용되는 외부적 자료이지만, 입법 배경이나 입법역사는 그렇지 않다고 믿는다. 이런 입장은 연방대법원과 하급 연방법원에 일정한 영향을 주었다. 그런데 아이러니컬하게도 주법원들은 입법역사를 더 많이 고려하여 왔다. 왜냐하면 문서화된 입법자료들이 더 쉽게 이용할 수 있기 때문이다.

1) 보통법(The Common Law)

앵글로 아메리칸법의 전통적인 규칙은 보통법을 훼손하는 법령들은 좁게 해석되어야 한다는 것이었다. 이것은 Blackstone의 Commentaries의 철학이었는데 그것은 우리 공화국과 초기 연방대법원, 특히 해사법원 사건들에서 만연한 영향을 주었다. 연방대법원은 후에 어

떤 법령도 보통법을 변경하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 원칙(principle)을 선언하기도 하였다. 이런 캐논은 규제적 정부(regulatory regime)로서 보통법의 기초적 성격을 반영하였다. 보통법으로부터의 이탈은 특별한 정당화가 필요하였다. 그런 규칙은 현대 규제국가에서 퇴조하였는데, 현대 규제국가에서 법령은 규칙(rule)이고 보통법은 예외였다.

2) 입법의 배경(역사)

어느 법령의 입법역사는 넓은 의미에서 법령의 형성과 전개의 전체 환경이다. 어느 법령의 역사는 광범위하게 법령해석과 관련된 것으로 여겨진다. 이런 현상은 사법부에서도 그러하다. 법원이 일반적으로 입법자료와 논쟁을 조사하는 미국의 경우 마찬가지로 진실이다.

이 나라에서 "입법역사"라는 말은 대부분 좁은 의미로 사용되는데 입법부 내부의 어느 법령에 대한 이전 역사(pre-history)를 언급하는 것으로 사용된다. 즉 입법안의 제도적인 진전과 그 과정에 따르는 숙고(deliberation)를 의미한다.

가. 위원회 보고서(Committee Reports)

대부분의 판사들과 학자들은 위원회 보고사가 권위 있는 입법역사로서 고려되어야 하고 비중이 주어져야 한다는데 동의한다. 위원회보고서는 특히 그것들이 역할을 했던 권위적인 역할에 아주 적합한 것으로 여겨진다. 대부분의 입법은 위원회와 소위원회에서 본질적으로 형성된다. 그리고 그 소그룹의 구성원들에 의한 집단적인 발언은 제안된 입법이 무엇을 하려고 하는지에 관한 가장 정확한 사고를 대변한다. 위원회보고서는 또한 쉽게 접근할 수 있는 자료들인데 법적 리서치를 통해 쉽게 찾을 수 있고 동시에 그것을 쉽게 이해할 수 있는 것이다.

나. 청문회와 의회논쟁(Hearing and Floor Debates)

위원회보고서안의 진술과 비교할 때, 위원회 청문회와 의회논쟁 동안에 이루어진 진술은 전통적으로 입법의도를 평가하는데 덜 중요성을 받아왔다. 진술이 그 법안의 후원자 또는 지식이 있는 지지자에 의해 이루어졌다면, 법원은 그것을 입법의도를 표시하는 믿을 만한 것으로 신뢰할 것이다.

다. 입법의 정지(Legislative Inaction)

입법부가 활동을 하지 않는 것은 그것이 활동을 하는 것만큼 중요할 수 있다. 어떤 누구도 입법 토론에서 중요한 정책이 변경되고 있다고 말하지 않을 때, 법원은 어떤 큰 변화도 의도되지 않는다고 추측해야 한다. Shapiro는 미국정부의 구조가 법적 의무와 권리에서 불연속성(discontinuity)에 반대하는 헌법적 선입견을 제시한다고 주장한다. 그리하여 반대되는 분명한 지시가 없는 경우에, 법령은 존재하는 규칙과 관습들을 유지하는 것으로 해석되어야 한다.

3. 해석을 위한 행정부의 지침들

Colin Diver 교수는 현대 행정국가에서 법령해석의 중요한 문제는 행정기관이나 법원이 법령해석에서 중요한 권한을 행사해야 하는가의 여부라고 주장했다. 대부분의 법령들이 법원에 의해 직접 일반 국민에게 집행되도록 직접 명령되지 않고 그런 명령을 제기하거나 집행할 행정기관에 위임된다는 점은 행정국가의 중요한 성격 중 하나이다.[463] 의회는 보통 일반적인 방식으로 기술적인 주제를 다루는 입법을 제정하고 명시적으로 대부분의 실질적인 규칙제정을 행정기관에게 위임한다. 기껏해야 부분적인 설명에 불과하지만, 입법과정의 공공선택이론(the public choice theory)은 논쟁을 불러일으키는 정치적 상황에서 입법부가 자연스럽게 어려운 정치적 선택을 가능한 한 행정기관에게 위임하기를 원할 것이라고 주장한다.

Ⅷ. 법령의 집행

1. 행정국가에서 법집행

영국의 보통법은 사적인 소송을 보통법과 법령(형사법령 조차도)의 주요한 집행방식으로 여겼다. 사적 집행의 보통법 전통은 물론 전혀 사망한 것이 아니고 많은 법령들은 명시적으로 공적집행을 중개하지 않는, 사적인 소송제기를 통한 집행을 제공한다. 그와 같은 예로는 모범상법전, 인권법의 Title VII, 그리고 Sherman법과 다른 반독점법령들이다.

행정국가에서 사적인 법집행과 관련하여 몇 가지 흥미로운 개념적인 문제가 발생한다. 하나는 기관집행의 존재가 종종 진행되는 사적 소송을 늦추거나 배제할 수 있는가이다. 변칙적으로 그것들이 그럴 수 있다는 것이 대답이다. 제1차적 관할(Primary Jurisdiction) 원칙은 법원 소송으로서 제기된 주장에 원래 적용되지만 사실상 행정기관의 특별한 권한 안에서 이루어지는 문제의 해결을 요구한다. 그런 사건에서 사법절차는 행정기관의 사전 심사를 위해 연기된다. 두 번째는 첫 번째의 반대이다. 사적 당사자는 그 법령이 명시적으로 사적 소인(訴因; cause of action)을 제시하지 않음에도 불구하고 집행하기 위한 소인을 가질 수 있느냐이다. 다시 대답은 가끔 그렇다는 것이다. 다시 이런 대답은 현대 행정국가의 함의를 이해하는 법원의 발전에 따라 변해왔다는 것이다.

위임금지원칙은 입법부가 그의 고유한 입법권을 관료주의가 그 위임을 집행할 때 따라야 하는 특별한 기준들을 제공하지 않은 채 위임할 수 없다는 것이다. 루즈벨트 대통령이 연방대법원을 재구성하고 행정국가가 우리 민주주의의 한 부분으로 받아들여진 후에, 위임금지원칙은 헌법적 폐지(廢止; disuse)에 떨어졌다.

---

463) Colin Diver, *Statutory Interpretation in the Administrative State,* 133 U. Pa. L. Rev. 549, 550-551(1985).

Schechter Poultry 사건 이후 위임금지원칙의 분명한 퇴조에도 불구하고, 몇몇 학자들은 그 원칙이 유용한 개념임을 발견하고 그것의 부활을 주장한다. 정치과학자인 Theodore Lowi는 입법부가 정치적으로 힘든 선택을 관료들에게 실제적으로 총괄적인 권한(blanket authority)을 위임함으로써 회피하려고 한다고 주장한다.[464] 제6장에서 논의된 공공선택이론 인 Lowi의 요점을 재강화한다. 공공선택이론은 입법자의 주된 동기는 재선을 확보하는 것이라는 것이다. 재선을 얻기 위한 효과적인 방법의 하나는 입법자들이 그들의 선거구민들이 관료주의를 통해 일을 헤쳐 나가는 것을 돕는 사건과 같은 비논쟁적인 사건들로 대부분의 시간을 보내는 것이라는 것이다.

2. 법령집행에 대한 의회의 통제

(1) 입법부의 감독과 조사(Legislative Oversight and Investigation)

그 입법권을 행정기관에 위임하였던 의회는 합리적으로 그들의 원래의 입법위임에 계속해서 충실하는지를 확인하기 위해 그런 행정기관들을 감독하고자 한다. 1933년 이전에는 감독하는 기관이 적었고 의회 역시 감독하는데 적은 노력을 기울였다. 그런데 뉴딜 이후 행정기관들이 급격히 확대되었다. 의회는 1946년의 입법재구성법(the Legislative Reorganization Act)으로 대응하였다. 그것은 감독에 대한 새로운 약속을 보여주었고 그런 목적을 달성하기 위해 의회와 그 위원회가 입법부의 스텝들을 증가시키는 절차를 시작하였다.

(2) 행정기관 규정의 입법적 거부권(The Legislative Veto of Agency Rules)

행정입법과 다수결주의 정부 사이의 긴장에 대한 또 다른 반응은 입법적 거부(legislatvie veto)의 발전이었다. 입법적 거부는 행정기관 결정 또는 행위의 집행이나 계속적인 집행을 특정한 기간 동안 입법적 심사나 통제의 형태에 복종하게 만드는 법령상의 메커니즘이다. 입법적 거부의 목적은 완전한 입법과정의 장애물코스를 거치지 않고, 입법의 목적에 부합하지 않는 행정행위를 지연시키거나 취소하는 신속한 메커니즘을 제공하는 것이다. 그리하여 행정결정을 무효화하는 권한은 입법부의 양원의 합동행위에, 하원 단독의 행위, 또는 입법부 위원회에 의한 행위에 부여되어 왔다. 주차원에서는 거부보다는 입법부 위원회에 의해 행정기관결정의 연기를 위한 메커니즘이었다. 이런 절차들의 어느 것도 보통의 입법절차보다 더 간소하다. 입법부 양원의 거부는 제출규정(presentment clause)을 회피한다. 대통령을 우회하는 것은 중요한데 왜냐하면 그는 아마도 그의 정부에서 행정기관에 의해 통과된 규정들에 대한 대부분의 입법적 무효를 거부할 것이기 때문이다.

(3) 행정기관 공무원에 대한 입법적 통제

464) Theodore Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States,* 2d ed. 1979.

전통적인 헌법문제의 하나로서 의회는 직접적으로 세 가지 방식으로 행정기관의 공무원들에게 영향을 미칠 수 있다: (1) 수준이하의 공무원이 임명되는 수단을 입법화할 수 있다. (2) 대통령이 미합중국의 다른 공무원들을 임명해야 함에도 불구하고, 대통령은 단지 상원의 충고와 동의와 함께 그렇게 할 수 있다. (3) 하원은 미합중국의 공무원을 탄핵하고 상원은 물러나게 할 수 있다.

(4) 행정기관 행위에 대한 사법심사(Judicial Review of Agency Action)

의회가 행정기관을 규제할 수 있는 또 다른 방법은 행정절차법(Administrative Procedure Act; APA) 아래 행정기관의 행위의 사법적 심사를 보장하는 것이다. 만약 연방법원이 행정기관에 대한 의회의 원래의 명령을 집행할 수 있다면, 그 때 의회는 그런 행정기관에게 입법권한을 위임하는 것에 관하여 더욱 편안함을 가질 수 있을 것이다. 이런 사고와 사법부가 특별한 이익에 사로잡힌 행정기관을 상쇄할 수 있다는 사고가 계속하여 1960년대와 1970년의 행정법이 더욱 적극적으로 성장할 수 있었다. 특히 컬럼비아구의 항소법원에서의 주요한 발전은 (1) 행정기관의 작위나 부작위의 사법심사를 인정하는 방향으로의 강력한 추정의 확립과 사법심사를 요구할 수 있는 이익집단의 확대; (2) 합리적인 대안이 고려될 수 있었다는 시사를 포함하여 행정기관의 결정에 대한 그 상세한 정당화에 기초한 사법심사를 더 추구하는 것; (3) 특수한 이익에 기초한, 행정공무원에 대한 비공식적인 로비의 사법적 정책판단(judicial policing) 등이다.[465]

(5) 의회의 예산과 세출권한(Congress's Budgetary and Appropriations Power)

의회의 다섯 번째 통제방식인 예산분배와 관련해서는 몇 가지 헌법적 문제가 있다. 여러 헌법규정 아래(Article I, § 8, clauses 1-18, 그리고 § 9, clause7) 의회는 실제적으로 미합중국의 돈이 어떻게 소비되어야 하는지를 결정할 정식의 권한을 가지고 있다. 이런 지갑의 권한(power of purse)은 의회에게 지속적인 실질적 권한을 또한 부여한다. 예를 들면, 지갑의 권한과 우리가 전에 살펴보았던 감독활동은 관련되어 있다. Joel Aberbach는 본래 목적의 감독 청문회에서만이 아니라 프로그램이 재허가되거나 예산배정을 받을 때 감독이 가장 많이 이루어진다고 지적한다. 집행기관에 영향을 미치는 지출통제의 행사는 여러 다른 방식으로 이루어진다.

3. 법령집행에서 연방대법원과 대통령

이 책은 입법에 관한 책이기 때문에, 우리는 의회가 법령 집행에 영향을 미치거나 통제하고자 하는 수단들을 강조해왔다. 그러나 이 것 또한 공공정책의 형성에 관한 책이다. 그래서 우리는 또한 의회가 정책에 영향력을 행사할 수 있는 정부의 협력적 세 기관 중의 하나

465) Richard Stewart, *The Reforming of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1669, 1716(1975).

일 뿐이라는 점을 강조하고자 한다. 우리는 이 짧은 섹션을 세 기관 상호간의 게임이론적 분석을 가지고 논의를 시작한다. 우리는 행정기관의 정책형성에 대해 대통령과 연방대법원에 의해 수행되는 역할을 비판적으로 검토한다.

(1) 행정국가에서 공공정책을 형성하기 위한 법원/의회/대통령의 게임

게임에서 각 경기자들은 연방의 법령정책에서 자신만의 정책적 선호를 교묘히 실현하고자 한다. 그러나 어떤 경기자도 그것(선호)을 직접적인 재의결(override)에 복종시키는 방식으로 행동하지는 않을 것이다. 그래서 게임은 후방에서 이루어지고 다음과 같은 표시가 게임에서 중요한 포인트들이다.

SQ : 존재하는 정책(status quo), H와 S: 입법부의 양원에서 중립적인 입법자의 선호
P : 대통령의 선호, X : 게임의 결과인 법령정책. h와 s : 입법부의 양원에서 거부권의 재의결에서 결정적 투표자

게임의 환경 아래서 어떤 법령이 제정되고 하나의 예를 들면, 현상은 의회와 대통령의 예상으로부터 볼 때 반대가 나올 수 있는 상황이고 현상을 변화시키고자 하는 그들의 선호는 같은 방향으로 나타난다.

	X		
P	H	S	SQ

표1. 법령의 정책 P < H, S < SQ 일 때, H < X < S

최종적인 법령정책은 입법부의 양원의 선호 중간의 어느 곳에서 결정된다(H와 C). 표1은 뉴딜(New Deal)과 대사회(Great Society) 동안에(좀 더 자유주의적이었던) 많은 현대 규제적 법령들이 제정될 때의 정치적 정렬을 묘사한다.

뉴딜과 대사회 의회는 대부분의 입법작업을 행정기관에 위임하였다(A). 의회가 **집행기관(A)**에 권한을 위임한다면, 그것은 일종의 정치적 위험을 부담하고 있었다. 이것은 표2에서 나타난다.

	X'	X		
h	P A	H	S	SQ

표2. 집행이 집행기관에 위임될 경우 법령정책은 x'=P=A로 이동한다.

보는 바와 같이, 행정기관은 의회가 행정기관의 선택을 재의결하도록 자극받지 않는다면 그들(행정기관)이 원하는 곳에서 실제적으로 정책을 설정할 수 있게 된다. 그리하여 표2의 상황에서 대통령의 선호와 가까운 정책선호를 가진 행정기관은 어떤 정책 x'을 제안할 수 있다. 그리하여, 행정국가에서는 x 대신에 x'에서 결정된다.

다음의 요점을 고려해 보라. 표2에서 기술된 게임은 헌법의 원칙 또는 법령해석의 분명한 진술 캐논으로서 무위임원칙(non-delegation doctrine)의 부활을 찬성하는 주장을 불러일으킨다. 고안자(Framer)의 기대가 신중하게 받아들여져야 하는 정도까지, 그 행정기관이 무엇을 할 수 있는지에 관한 분명한 한계 없이 행정기관에의 대규모의 위임은 권력의 중대한 재분할(reallocation)이다. 다른 한편으로, 우리는 의회의 묵인 없이 이 권한을 이용하고자 하는 대통령의 능력을 제한하는 방법을 의회가 발견할 수 있다는 사실을 기대할 수 있다. 예를 들면, 의회가 집행기간이라기 보다는 독립적인 기관에 권한을 위임한다면, 의회의 선호로부터 정책이 떨어져 나가는 기회를 적게 할 수 있다. 다시 말해 A(행정기관의 선호)가 P(대통령의 선호)와 같지 않을 것이고 의회의 감독, 예산분배, 그리고 다른 압력들에 보다 더 영향을 받게 될 것이다. 이 시기는 1933-53년과 1961-69년 사이였다.

1969-1993년은 다른 정치적 문맥을 제시하였다. 이 기간에는 정부가 분리되었는데 공화당의 대통령과 민주당의 의회였다. 표3은 새로운 선호들을 표시한다.

X'　　X　　X''

H　　S　　A*　　P*

표3. 대통령의 선호가 오른쪽으로 움직일 때(의회의 선호는 고정적이라고 가정할 때) 법령정책이 X'로부터 X''=A*로 이동한다.

이와 같이 분리된 정부의 시기는 초기의 협력을 흔들었고 양원과 대통령은 그들의 권한을 보호하거나 확대하고자 하였다. 이것은 입법부의 거부(veto)가 광범위하게 사용되었던 시기였는데 의회는 감독과 예산배정, 그리고 Gramm-Rudman Act와 같은 창조적인 계획을 가지고 더욱 공격적으로 되었다. 입법적 거부와 Grammm-Rudman Act는 물론 효력을 잃었지만 헌법적 죽음 후에 일정한 생명을 누렸다. 이런 모든 것들은 법령정책을 X쪽으로 잡아당기려는 의회의 노력이었다. 대신에 대통령은 행정기관의 정책을 대통령의 선호 쪽으로 잡아당기는 정책을 채택하였다. 이런 수단들은 B에서 다루어질 것이다.

연방대법원은 이런 과정에서 중요하지만 조정적인 역할을 한다. 다른 한편, 그것(대법원)은 대통령과 의회의 강력한 보호 또는 확장하는 혁신이 합헌적인지 여부를 결정한다. 다른 한편, 그것(대법원)과 그 하급법원들은 법령제도와 일치하도록 행정규칙과 그 결정들을 심사한다. 법원의 이런 역할은 C부분에서 탐구될 것이다.

(2) 법령집행에서 대통령의 역할

대통령은 독립적인 행정기관들을 통제하기 위해 사용가능한 많은 메커니즘들을 가지고 있다: (1) 대통령은 행정기관의 수장을 임명한다. 그 임명은 상원의 거부에 종속되는 것이기는 하지만, 첫 번째 제안자로서 대통령은 규제철학이 자신의 철학과 맞는 사람을 고를 수 있는 많은 재량을 가지고 있다. (2) 대통령의 경영 및 예산국(The President's Office of Management and Budget: OMB)은 대통령이 의회로 보내는 예산을 작성한다. 물론 그것을 의회가 변경하고 대통령은 거부할 수 있고 그 후 그것을 지출한다. 그리하여 대통령은 그 과정에서 세 지점에서 통제권을 행사한다. 대통령은 총애하지 않는 기관에게 불이익을 주고 총해하는 기관에게는 혜택을 주는 권한을 행사할 수 있다. (3) 백악관은 행정규칙(agency rules)을 폐기할 수 있는 권한을 가지고 있다. 이런 놀라운 권한은 약간의 설명을 필요로 한다.

백악관의 규제심사절차는 신공익기관(new public interest agencies: NHTSA; EPA)이 수립된 후에 시작되었다. 닉슨 행정부는 OMB 내에 생명의 질 심사 메커니즘을 창설하였고, EPA는 새 기관에 의해 사전 비용-효용심사를 공표하도록 요청되었다. 포드 대통령은 EPA 규칙의 이런 심사를 지속하였는데 의회의 동의 아래 임금물가안정 위원회(the Council on Wage-Price Stability; COWPS)를 설립하였고 행정기관들은 제안된 규칙(행정규칙)의 비용과 효용을 대안의 그것과 비교하는 규제분석을 준비하도록 요구되었다. 그 규칙들은 OMB의 지침과 비용-효과 분석 경제학자들의 도움 아래 규제분석심사단(the Regulatory Analysis Review Group; RARG)에 의해 심사받도록 되어 있었다.

로날드 레이건의 행정명령 12,291, 3 C.F.R. 127(1982)은 행정기관들이 OMB의 정보 및 규제국(Office of Information and Regulatory Affairs; OIRA)에 비용효과분석과 제안규칙을 제출하도록 요구되었다. OIRA는 단지 제안된 규칙들을 호되게 심사할 뿐만 아니라, 비용효과 조건들을 맞추지 못하는 규칙들을 지연시켰다. OIRA는 RARG과 다른 1970년대의 비용효과분석기관들보다 더욱 열성적이었다. 그리고 OSHA와 EPA는 그런 삭감분석의 주된 희생자들이었다. 환경론자들로부터의 화재경보에 자극을 받아, 의회는 울부짖었지만 실제로 OIRA를 집행부내의 독립적인 기관으로 변형하는 것을 그만두게 하는데 아무런 일을 하지 않았다. 의회는 부시의 OIRA의 지명자를 떨어뜨렸지만, 대통령은 그 때 규제심사의 책임을 부통령 Quayle의 경쟁위원회로 이관하였다.

1993년에 클린턴 대통령은 행정명령 12,291을 취소하였지만 행정명령 12,866에서 그 자신의 목적에 봉사하는 유사한 구조를 세웠다. 그 행정명령은 심사기능을 OIRA에게로 되돌렸고 환경론자와 같은 자들에게 비용효용절차로의 더 우수한 접근을 보장하였다. 두 번째 부시 행정부는 비용효과심사를 계속하는 경향을 보인다. 아마도 더 사업가에 친숙한 경향(business-friendly slant)을 보인다.

정치이론가들에 의해 부과된 하나의 방어선은 대통령 그리고 대통령만이 국가의 규제정책

에 합리성을 부과할 수 있다는 사실이다. 대통령은 이런 관점에서 몇 가지 **제도적 장점**들을 가지고 있다. 그 주된 하나는 전국적인 유권자들로부터 하나의 권한부여를 받은 유일한 대통령이 있다는 사실이다. 다른 하나는 의회에 의해 동원되는 것과 같은 절차적 제한을 가지고 대통령을 기속하는데 의회가 실패한다는 사실이다. 그러므로 대통령은 의회의 정책형성의 특징인 타협과 해체보다는 정책일관성(policy coherence)과 합리성(rationality)의 경향을 지닌 기관을 형성하는 헌법적 자유, 그리고 선거에서의 재선(reelection), 그리고 역사에서 개인적인 위치(personal place)라는 인센티브를 모두 가지고 있는 것이다.

(3) 법령집행에서 법원의 역할

연방대법원은 법령집행 게임에서 세 가지 역할들 중의 하나 또는 몇 개를 수행할 수 있을 것이다. 하나의 역할은 의회의 대리인(agent)으로서 그것이다. 이런 관념 아래서, 법원은 행정기관 모험주의에 대항하여 의회의 선호를 강화하고 의회가 그 입법권한을 위임한 행정기관을 통제할 수 있는 효과적인 수단들이 된다. 이런 역할에는 모호함이 있다. 법원은 입법한 의회와 현재의 의회 사이에서 누구에게 충성을 해야 하는가? 전통적으로 이론가들은 법원은 법령이 지속력을 가지고 있음을 의회로 하여금 확신시키면서 입법연합(enacting coalition)에 의해 이루어진 거래(deals)를 강화해야 한다고 생각한다.[466] 최근에 더욱이 이론가들은 법원이 현재 의회의 선호를 고려할 강한 인센티브를 가지고 있음을 강조하게 되었다. 결국 법원을 무력화하거나 벌줄 수 있는 것은 입법한 의회라기보다는 현재의 의회이다.[467]

대안적으로 법원은 법집행 게임에서 대리인이라기보다는 의장(principal)으로 고려될 수도 있다. 그것(법원)은 정부를 조정하는 부(部)이고 헌법규정(Article I-III)을 의회가 원하는 것을 단지 하는 부라기보다는 법집행상 상호작용하는 기관을 수립하는 것으로 읽을 수 있다. 대통령도 법령집행에서 단지 의회의 대리인이라기보다는 더 나아간 뭔가로 여겨지는 사실을 상기해 보라.

법원이 의장이라면, 법원의 합리적인 목적은 무엇일까? 하나의 목적은 의회에 의해 폐기되지 않으면서 법원이 할 수 있는 정도까지 법령체계에서 자신의 실질적인 선호를 실현하는 것이다. 표2와 표3으로 돌아가 보라 그리고 A 대신에 C를 대체하거나(법원이 어떤 법령을 직접 집행하는 영역) 의사결정 순서에 C를 삽입해 보라: 법원은 하원이나 상원 또는 대통령이 법원을 무력화하는 것을 막아준다면, 행정기관의 결정을 폐기하고 법원이 바라는 곳에 정책을 실현할 수 있을 것이다.

또한 법원의 세 번째 심사방식은 법의 지배(rule of law)에 있다. 법원은 독립적인 경기자

466) William Landes & Richard Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18J.L. & Econ. 875(1975).
467) John Ferejohn & Barry Weingast, *Limitation of Statutes: Strategic Statutory Interpretation*, 80 Geo.L.J. 565(1992).

가 될 수 있을 것이다. 그러나 그 경기자는 집행에 대해 실질적인 정책을 실현하고자 의도하지는 않는다. 대신에 법원은 그 게임에 법의 지배라는 고려를 실현하고자 할 것이다. 예를 들면 어떤 경기자도 법령의 문언을 위반할 수 없다. 공정한 절차는 중요한 정책 추동이 이루어질 때 사용되어야 한다. 의사결정 시스템은 공개되고 합리적이어야 한다(정부의 허용 가능한 목적과 그 목적을 실현하기 위해 선택된 수단들 사이에 적합성이 있어야 한다).

제5장 일본의 입법학 연구

제1절 머리말

Ⅰ. 일본 입법학 개요

일본이 근세에 들어와 왕정복고를 하고 발전하는 과정을 볼 때 입법학에 관한 학문적이고 체계적인 연구는 하기 힘들었다. 종래의 해석법학에 밀려 입법학에 관한 논의가 별로 없었다. 末弘嚴太郎博士가 1926년에 勞動法硏究(改造社)에서 이미 입법학이라는 개념을 사용하고 2차세계대전 이후인 1946년에 노동조합입법에 관련하여 입법학적 고찰[468]을 하였다고 하나, 자민당 일당의 55년 체제의 붕괴 후에야 비로소 국회가 활발해졌으므로 그 전에는 입법학연구가 주목받지 못하였다. 근래 행정개혁 · 경제구조개혁 · 사법제도개혁 등의 일련의 개혁이 추진되면서 의원입법을 비롯한 입법부의 적극적인 활동에 대한 기대로 입법학의 필요성이 본격적으로 부각되고 있다. 거기에다 일본은 55년간의 자민당체제의 붕괴 후 2 대 정당제의 싹이 트고, 2009년 중의원총선으로 민주당이 정권을 잡자 정치의 변혁이 도래하였다. 이러한 변화를 國民參加型政治로부터 國民主導型政治로 표현하며 진정한 의회민주주의의 도래를 설명하기도 한다.[469]

阿部泰隆은 1996년 행정법과 법정책학 그리고 행정학적 입장에서 입법에 관한 기존의 연구를 종합하고 다시 정리하여 정책법학이라는 영역을 구축하였다[470]. 그 내용은 법제도의 설계를 제목의 주제로 법정책학의 기본시점, 정책의 적법성과 우선순위 그리고 정책과 법적 수단의 상호교류 및 정책목적과 법적 수법을 논하면서 그 당시의 일본 입법상황을 입법판단의 문제와 내각법제국의 과잉방위발상, 조례제정과정의 황폐화, 법률의 실효성 판단 등을으로 나누어 분석하고 있다. 그리고 민의의 반영방법으로 합리적인 정책형성 절차를 거론하면서 앙케이트 여론조사의 한계와 다수결로도 제거할 수 없는 권리에 대한 경각심을 지적하면서 정보공개가 필요하다고 주장했다. 또 일본의 입법과정을 다음과 같이 평가하였다. 종적인 정부입법, 정보공개와 심의가 불충분한 입법과정, 관계압력단체에 약한 체질, 입법회피경향, 불충분한 법제도(이해하기 어려운 법률, 병렬적으로 늘어진 입법, 리스크 회피경향, 법치행정위반, 기능하지 않는 법률) 등을 들고 있다. 그러면서 일본사회의 구조에 관련되므로 간단한 해결책이 없다고 하면서 약간의 해결책을 들고 있다.[471] 우선 법안에 대해 각계의 의견을 널리 들을 시간을 가져야 한다는 것이다. 그리고 심의회에서는 전문적인 논의가 필요하다고 한다. 각 행정부는 성청협의 전에 각 안을 한번 공표해야 한다는 것이다. 최종적으로 각 성청협의에서 타협할 때에도 그 과정의 근거를 충분히 축적하고 제시해야 한다는

468) 末弘嚴太郎, "立法學に對する 多少の 考察-勞動組合立法に 關聯して ", 法學協會雜誌64卷1號(1946년)
469) 淸野正哉, 國會 とは 何 か -立法·政策 の決定プロセスと 國會運營-, 中央經濟社, 2010.226면 이하.
470) 阿部泰隆, 政策法學の基本指針, 弘文堂,1996.
471) 전게서, 305-307면.

것이다, 법안에 대해서 국민들이 충분히 의견을 제시하고 이를 반영하는 체계를 구축해야 하나든 것이다.

물론 입법현상이 복잡해지자 이론적인 검토와 구조의 정밀화를 추구하는 연구가 계속되어 왔다. 앞으로 일본정국의 변화에 따라 진정한 의회제민주주의라는 단어가 등장하였으므로 일본에서 입법학에 관한 논의가 보다 더 활발하게 진행될 것이다.

Ⅱ. 입법학 교재소개

현재 일본에서 입법학교재로 사용되는 것 둥 3권을 들면 다음과 같다. 먼저 2004년 출간되었다가 2007년 신판을 낸 中島 誠의 立法學(序論·立法過程論:法律文化社, 2007.)[472]과 福元健太郎교수[473]의 立法の制度と過程(木鐸社, 2007) 및 大森政輔, 鎌田薫 編의 立法學講義(商事法務,2006) 등이다.

(1) 먼저 中島 誠의 立法學의 목차를 살펴보면 다음과 같다.

제1부 서론-입법학총론-

1. 입법학의 의의
   (1) 실무·실사회로부터 괴리된 아카데미즘
   (2) 아카데미즘에의 기대
   (3) 입법학의 의의
2. 입법학의 체계
   (1) 선행업적의 정리
   (2) 체계시론
3. 입법학의 과제
   (1) 공평과 효율...입법정책론의 과제
   (2) 정치주도...입법과정론의 과제
   (3) 시대에 대응한 친근한 법...입법기술론의 과제

제2부 입법과정론-입법을 둘러싼 제도와 동태

제1장 입법과정의 조감도

1. 입법의 프로세스
2. 일본의 입법과정의 특징과 과제
   (1) 관료주도의 입법과정

472) 저자는 동경대법하부졸업 후 후생성에 들어가 후생노동성정책평가관으로 근무하다가 2007년 9월 국토교통성주택국주택정책과장으로 근무하고 있으며, 一橋大學대학원법학연구과 객원교수 등으로 활동하고 있다.

473) 동경대법학부졸업 후 學習院대학법학부전임강사를 거쳐 2007년 4월부터 교수로 부임했고, 전공은 일본정치, 입법정치, 통계분석이다.

(2) 인포멀하고 불투명한 여당심사(정부·여당이원체제)
(3) 의사운영을 둘러싼 인포멀하고 불투명한 국회대책정치위원회
(4) 形骸화한 국회심의
(5) 저조한 의원제출법안
3. 입법을 둘러싼 통치기구론
4. '제2부 입법과정론- 입법을 둘러싼 제도와 동태-'의 목적과 흐름

제2장 성청내 과정
1. 입법의 계기
(1) 설정형문제
(2) 발생형문제
2. 입법에 적절한 고려요소
3. 정책자원
4. 성청의 의사결정프로세스
(1) 의사결정방식의 유형
(2) 官房의 기능
(3) 성청에 있어서 의사결정방식의 평가
칼럼 - 의사결정방식과 리더십
5. 심의회의 기능
(1) 종래의 기능
(2) 심의회의 문제점
(3) 중앙성청등개혁에 의한 심의회의 정리・합리화

제3장 정부내 과정
1. 주류인 내각제출법안
(1) 내각제출법안과 의원제출법안
(2) 내각의 법안제출권의 근거
2. 구체적인 흐름
3. 내각법제국심사
(1) 내각법제국의 업무・조직
(2) 심사의 내용
(3) 내각법제국심사를 둘러싼 평가
4. 각성 협의(各省協議)
(1) 각성협의의 필요성과 기능
(2) 쟁점의 유형
(3) 각성협의의 흐름과 귀결
(4) 각성협의의 문제점
(5) 성청간의 정책조정
5. 각의(閣議)

(1) 내각의 연대책임
(2) 사무차관 등 회의
(3) 각의

제4장 여당내 과정
1. 여당심사의 구조
(1) 여당심사의 근거
(2) 일본특유의 여당심사
2. 여당심사의 무대
(1) 연립정권에 있어서 정책결정기관
(2) 자민당여당심사의 운영
(3) 自民黨政務調査會部會
(4) 자민당정무조사회심의회・총무회・국회대책위원회
3. 족의원(族議員)
(1) 족의원등장의 배경
(2) 족의원의 실태
(3) 이익단체와 후원회
(4) 족의원과 관료
(5) 정부・여당이원체제의 출현
4. 여당심사의 功罪
5. 여당심사폐지론
[칼럼] - 분배의 정치

제5장 政官관계
1. 정관관계론
(1) 정관관계론의 계보
(2) 정관관계론에 관한 필자의 견해
2. 관료주도의 한계
3. 정관관계의 규범
4. 구미에 있어서의 정관관계
5. 정관관계에서의 적절한 모습
(1) 관료주도에서 정치주도로
(2) 여당・정치가주도에서 내각주도로
[칼럼] - 자민당의 파벌
[칼럼] - 宗男으로 불리는 신분

제6장 관료제
1. 관료의 기능과 이것의 변용
(1) 官僚像의 유형

(2) 관료에 대한 평가
2. 관료의 업무와 인사관리시스템
(1) 관료의 업무
(2) 인사관리시스템
3. 관료의 閉塞感
4. 관료제의 흔들림
(1) 환경의 변화
(2) 기획입안과 이해조정
(3) 새로운 관료상에의 망설임
5. 공무원제도개혁
(1) 공무원제도개혁대강
(2) 공무원제도개혁대강의 비판
(3) 공무원개혁의 착수
(4) 공무원제도개혁에 관한 필자의 견해
[칼럼] - 관료의 하루

제7장 매스컴
1. 매스컴의 영향력
[칼럼] - 지방지와 전문지
2. 매스컴의 행동원리
(1) 기자클럽
(2) 번기자(番記者)[474]
3. 매스컴의 기반
4. 매스컴의 과제
[칼럼] - 매스컴에 관한 잡감

제8장 국회내 과정
1. 국회제도
(1) 「국권의 최고기관」과 「유일한 입법기관」
(2) 국회, 議院의 기능
(3) 이원제와 衆議院의 우월
(4) 회기제와 회기불계속의 원칙
(5) 본회의중심주의와 위원회중심주의
2. 심의의 흐름
(1) 모두연설 및 대표질문
(2) 예산위원회
(3) 법안심사

474) 일본 독자의 취재수법으로 아침부터 심야가지 수상이나 정당간부, 파벌의 장에 장기적으로 붙어 그 동정을 추적하여 동정을 파악한다. 권력쟁탈전이 전개되는 정계 내막을 보도하는 역할을 한다.[역자주]

(4) 정부위원제도
3. 국대정치(國對政治)
(1) 의원운영위원회
(2) 국회대책위원회
(3) 국대정치를 둘러싼 평가
4. 야당의 기능
(1) rubber stamp(고무印)설과 viscosity(粘着性)설
(2) 야당의 抵抗資源으로서 가처분시간
(3) 여야당의 공방
(4) 여당의 양보
(5) 야당의 저항의 한계
(6) 여야당대립프로세스의 제도화
5. 심의패턴
[칼럼] - 일본정치에 있어서의 대립축
6. 관료의 국회대책
(1) 국회질의의 의미
(2) 想定問答의 작성
[칼럼] - 국회질의의 이면
(3) 사전교섭의 중요성

제9장 의원제출법안
1. 저조한 의원제출법안
(1) 저조함의 배경
(2) 의원제출법안의 역사적 추이
2. 내용・성격의 유형
3. 심의의 실태
4. 보좌기관
(1) 보좌기관의 종류
(2) 보좌기관의 약체성
5. 의원입법의 활성화
(1) 구체적 방책
(2) 의원입법의 역할

제10장 국회의 기능
1. 입법과정을 둘러싼 과제
[칼럼] - 행정입법
2. 국회기능론
3. 변환의회와 아레나(arena)의회
(1) 의회기능의 유형: 변환(transformative)의회는 미국 의회가 전형적인 것으로 입법

의 주체가 의회이며, 국민적 합의형성이란 응답성을 통한 입법기능을 가지며 정부와 대항하는 의미가 있고, 아레나의회는 영국 의회가 전형으로 입법의 주체가 정부이며 실효성(정책결정의 신속성, 효율성의 확보)을 추구하며 의회기능의 중심은 토의기능과 쟁점명시기능 그리고 정부감시기능에 둔다.

(2) 우리나라에 있어서 국회의 위치

제11장 정치주도

1. 영국에 있어서의 의원내각제

[칼럼] - 미국에 있어서의 대통령제

2. 내각기능강화의 추진

(1) 근년의 개혁

(2) 小泉정권의 등장

3. 국민내각제론

(1) 국민내각제론의 내용

(2) 국민내각제론의 비판

(3) 국민내각제론에 관한 필자의 견해

4. 수상공선제도

(1) 수상공선제도의 내용

(2) 수상공선제도에 관한 필자의 견해

[칼럼] - 마니페스트

5. 리더십소재의 분산성

6. 「분배의 정치」에서 정책본립의 정치로

(2) 福元健太郎의 立法の制度と過程의 목차는 다음과 같다.

序章 제도가 갖는 의도하지 않은 과정

1. 제도가 가지는 과정

2. 제도가 의도하지 않은 영향

3. 제도와 입법과정

(1) 정치체제와 입법과정

(2) 입법과정에 있어서 정부·여당·야당

(3) 입법의 하위제도

4. 본서의 내용

(1) 입법제도

(2) 데이터와 분석수법

제1장 정부법안제출절차의 차질

머리말

1. 분석구조
(1) 집합행위문제
(2) 내각의 통합기능
2. 균형적 귀결: 현행정부법안제출절차(1961-현재)
(1) 개요 : 예산관계법안중심주의
(2) 분석
3. 總力戰에 있는 起源(1941-44년)
4. 점령군에 의한 질적 관리(1945-52년)
(1) 의회에 있어서 입법절차 등의 보고에 관한 건
(2) 사전승인: 민정국과 외무성에 의한 통합 시도
(3) 분석
5. 전후의 단계적 정비(1946-60년)
(1) 戰前 절차의 계속(1946-47년)
(2) 내각관방과 차관회의(1948-57년)
(3) 제출예정법률안건명조사개시와 법제국 심사(1949년)
(4) 시행착오
6. 예산관계법률중심주의의 형성(1953-99년)
(1) 현행절차 이전(1954-57년)
(2) 현행절차의 성립(1958-62년)
(3) 현행절차 성립 후(1963-99년)
(4) 임시국회의 제출절차의 좌절(1951-71년)
7. 정착이유의 이론적 고찰
(1) 선별지표와 예산관계법안
(2) 국회에 의한 법률불성립이란 선택적 제재
(3) 우선법안의 신호(signal)로서 제출기한 준수
(4) Signaling Game의 균형으로서의 현행절차
(5) 예산관계법안중심주의와 大藏省의 편향
8. 예산관계법안중심주의의 동요
마치며

제2장. 무의미한 二院制
머리말
제1절 의원구성
1. 학력
2. 지적 전문직
3. 재직연수
4. 연령
제2절 법안 심의
1. 일치도

(1) 조작화와 현상
(2) 불일치의 요인
2. 수준
(1) 議院審議의 속성과 요인
(2) 兩院의 분석
(3) 後議院의 분석
마치며

補論 生存分析入門
1. 離散時間모델
(1) 기본
(2) 리스크의 시간의존
(3) 비례위험률 모델
(4) 시간의존변수
(5) 좌측절단
(6) 우측 타절
(7) 반복종결
2. 連續時間모델
(1) 이산시간의 집계
(2) 이산시간의 단축
(3) 위험률의 시간의존
(4) 이산시간모델과의 대응
(5) 종결시간가속모델
(6) 좌측절단
(7) 시간의존변수
(8) 반복종결
(9) 연속시간모델로부터 이산시간모델로

제3장 국회대책전술로서의 정족수
머리말
1. 의원의 결석이유 : 여당심사, 선거구활동, 등원·재경의 정치활동, 본회의와 위원회의 동시개최, 연립여당의 내분, 철야심의 후의 피폐
2. 정족수 할당의 발각: 야당의 정족수 요구, 야당의 퇴석. 여당의 정족수 요구
3. 야당에 의한 정족수의 정치적 지적
(1) 일상적으로 보아주고 있는 정족수 할당
(2) 비일상적으로 정치문제화 하는 정족수 할당
4. 여당의 대항전술
(1) 대리출석
(2) 의원 몰아내기

(3) 법규개정
마치며 - 出缺公表案

종장 결론
1. 본서의 요지
2. 제도를 교묘하게 피하는 여야당
3. 제도개혁과 실증연구

부록 데이타 소개
1. 정부법안 자료: 변수의 정의와 전거
2. 국회의원 자료: 변수의 정의와 전거
3. 국회의원 자료: 기초통계
(1) 공무원·노조·교원
(2) 지방정치가
(3) 기타 전력·속성

(3) 大森政輔, 鎌田薫 編의 立法學講義의 목차는 다음과 같다.

Ⅰ. 입법학이란 무엇인가?
1절 입법학의 의의와 내용
2절 법해석학과 입법학의 관계
3절. 입법학과 정책법무, 법정책학

Ⅱ. 입법의 기획입안
1절 내각입법과 의원입법
2절 내각입법의 기획입안
3절 의원입법의 기획입안
補論 자본시장활용형기업법제

Ⅲ. 법률안의 제출부터 성립까지
1절 법률안의 제출
2절 법률안의 심의
3절 공포, 시행, 적용관계
4절 政令·府省令, 規則, 訓令·通達
5절 명령제정절차
6절 지방공공단체의 조례와 규칙에 관하여
7절 조례안·규칙안에 대한 퍼블릭 코멘트 절차

Ⅳ. 입법과정의 사례

1절 제조물책임법의 사례
2절 中央省廳改革關聯法規의 사례
3절 特定非常災害特別措置法

Ⅴ. 입법기술
1절 법률의 입안
2절 법률의 형식
3절 개정방식
4절 법령용어와 법령의 표현

Ⅵ. 각국의 입법사정
1절 미국
2절 영국
3절 독일

입법에서의 체계감상 - 결론에 갈음하여

제2절 일본의 입법학

Ⅰ. 개요

일본의 전후 정치과정의 의회구조 그리고 자민당 55년 붕괴 후 근래의 변화를 보면 우리나라와 유사한 부분이 많이 있다. 일본과 우리나라의 정부구조가 다르지만 정부안이 경제성장기에 주도적으로 이루어지고 그로 인해 의회에서의 심의가 소홀히 되는 과정, 국회가 본래의 기능을 찾으면서 의원입법이 활성화되고 있는 점 그리고 국민참여형정치에서 국민주도형정치로 구호가 바뀌고 있는 점 등이다.

일본의 정치상황에 맞추어 연구된 것을 먼저 살펴보면 일본의 입법연구를 전반적으로 알 수 있다. 먼저, 1993년 中村睦男이 중심이 되어 연구한 의원입법연구를 살펴보면 다음과 같다[475]. 이는 1988년부터 1990년까지 3년간 문부성과학연구비보조금을 받아 이루어진 것으로 일본의 입법과정의 특색을 비교법적 시각에서 고찰하고, 이른바 族議員의 입법 등에서의 역할을 논하면서 공익을 가장한 사익추구를 비판하고, 의회개혁의 기본사점으로 의회정치논의의 함정을 연구하고 있다. 이어 의원입법의 사례연구편에서 전후 국회에 위원회제도 도입과 그 개혁을 살피고, 1982년 공선법 개정의 과정과 논리를 정치의 논리와 법의 논리로 나누어 분석하고 있다. 이어 참의원조사회의 창설을 검토하면서 국회법개정의 문제점을 지적하고 있다. 또 참의원의원정수시정의 성립과 최고재판소판결을 노하고, 사립학교진흥조성법

475) 中村睦男 編, 議員立法の 研究 , 信山社,1993.

의 입법과정과 외국인 교원임용법의 입안과정 및 당연논리 등에 대해 논의하고 있다. 야당 법안이 형성되고 변하여 법으로 성립된 사례로 소화50년 육아휴업법 입법과정을 검토하고 있다. 의원입법의 사례보고로 공문서관 성립과정, 치안관계입법, 소비세폐지관련법안의 입안과 심리과정, 등을 검토한 후 의원입법시스템의 개혁에서 입법과정에에서의 의원의 역할, 위원회심의의 활성화, 입법기관으로서 국회의 역할과 의원입법의 장래 그리고 국회개혁을 거론하고 있다.

山崎博久가 프랑스 의회와 비교하면서 단일국가에서 이원제의 필요성이 있는가, 그 존속이 필요하다면 政權部와 非政權部로 나누어 그 기능을 조율해야 한다는 견해를 피력하고 있다.[476]

1997년 출간된 中村睦男·前田英昭 編의 입법과정의 연구는 위 의원입법의 연구의 후속으로 오랜 기간 연구하고 발표한 결과물[477]이다. 이는 제1부 정부입법의 이론연구와 제2부 정부입법의 실태연구로 구성되어 있다. 제1부에는 입법과정에 있어서 국회와 정부의 역할분담을 규범론과 실제편으로 분석하고 정책론으로 마무리 하고 있다. 그리고 내각의 입법책임과 국회의 역할에서는 영국의 경우와 비교하여 일본의 문제로 국회의 결정권, 내각의 강화, 정보발신원으로서의 국회, 민의반영회로의 구축, 의원의 적극적 활동 등을 거론하고 있다. 정부위원제도를 독일과 영국의 경우와 비교하고, 심의회의 역할에서는 다양한 분석을 하고 있다. 또 자유민주당의 정책결정과정의 궤적을 형식적 정부로부터 실질적 정부로 변용된 것을 살피고, 조약의 체결과 국내법정비를 이른바 여성차별철폐조약비준시 논의를 중심으로 연구하고, 선거입법에 있어서 정관관계를 선거입법의 절차적 헌법론으로 논의하고 있다. 제2부에서는 정부입법의 제정과정을 국철개혁관련입법안을 중심으로 살피고, 정부에서 내각법제국의 역할, 정치개혁법안의 성립과정, 중소기업분야법의 성립과 개정에 관한 입법과정, 평성 6년의 지방자치법 일부 개정, 폭력단원에 의한 부당행위 방지 등에 관한 법률의 입법과정 등을 연구하고 있다. 당시 일본에서 입법과정을 연구하는 수준은 구체적인 법안의 입법과정을 중심으로 그 문제점을 지적하고 있는 것이다.

Ⅱ. 일본에서의 입법학 총론 논의[478]

1. 입법학의 의의와 내용

(1) 입법학의 필요성

앞에서 본 바와 같이 55년간의 자민당 정권의 붕괴 이후 국회의 입법활동이 활발하여 의원제출법안이 급증하고, 지방자치단체에서도 조례제정권을 가지고 활발한 조례제정을 하므로 입법에 대한 학문적 관심이 현실적으로 커지게 되었다. 이를 위해 객관적 ,이론적 관점

476) 山崎博久, “二院制に關する一考察”, 憲法における歐美的視點の展開(清水 望先生古稀記念),成文堂, 1995. 204-205면.
477) 中村睦男·前田英昭 編, 立法過程の 研究-立法における政府の役割-, 信山社,1997.
478) 大森政輔, 鎌田薫 編, 立法學講義, 3-37면 참조.

에서 입법에 관한 현행제도나 운용의 실태를 분석하고 그를 통하여 문제점을 밝히고 개선책을 제시하는 것이 필요하게 되었다.

(2) 입법학의 목적과 방법

1980년 비교입법과정연구회의 보고서[479]는 전후 약 30여 년간 의회의 심의과정을 분석한 결과 일본 국회의 입법의 실질적 심의의 부족과 결함을 지적하였다. 입법과정의 현실을 객관적 과학적 인식의 대상으로 하는 입법학의 가능성이 제시되어 있다.

안정적인 일당지배 체제가 흔들린 것과 경제구조개혁이나 행정개혁 등으로 의원입법이 활성화됨으로써 많은 변화가 예상된다. 그러다 보니 실천적 입법학에 대한 관심이 높아지고, 사법제도의 개혁의 일환으로 법조인구가 많이 증가되어 법령의 입안작업에 참여할 가능성이 많아 졌다. 그래서 법학전문대학원에서 입법담당자로서 기술과 자세를 갖춘 사람을 양성하는 것이 필요하게 되었다.

(3) 입법학의 내용

현실의 입법작업은 도식적으로 정리하면, 현실에서 발생하고 있는 문제들을 인식하고 해결을 위해 특정 정책목표를 세우고 그 정책을 실현하기 위해 기존 법률의 개정이나 새로운 법률의 제정을 도모하고, 특정 법률 제도를 검토하고 조문화하여 국회에 제안하고 필요한 경우에는 심의과정에서 수정하여 의결되면 공포하고 시행하는 것이다.

이러한 입장에서 일반적으로 받아들여지고 있는 입법정책, 입법내용, 입법기술, 입법과정으로 나눌 수 있다.

1) 입법정책

입법은 특정 정책 목표를 실현하기 위해 수행되는 것이다. 그러나 입법정책의 정책은 정치적인 문제로 입법학의 대상으로 적당한가가 문제된다. 정책결정의 다양한 수준을 3개로 나누어 보면 다음과 같다.

가. 정책결정 자체는 오로지 정치적 경제적 고려에 의해 결정되는 것을 들 수 있다. 예를 들면, 자유무역주의냐 아니면 보호무역주의인지 또는 직접세와 간접세 중 어느 쪽에 비중을 더 주어야 하는 것 등이다. 이는 입법학의 대상으로 보기는 어렵다.

나. 법제도상의 기본원칙에 관한 정책결정 등을 들 수 있다. 예를 들면, 법인의 자유설립주의를 선택할 것인가 또는 형사상 응보형주의를 취할 것인가 아니면 교육형주의를 취할 것인가이다. 이 경우에는 직접적으로 어떤 제도를 만들지가 문제되며 정정한 정책결정을 하기 위해서는 경제적 정치적인 분석과 함께 현행법 제도하에서 어떠한 문제가 생기는지 다른 법

479) 比較立法過程研究會(대표 深瀨忠一)編, 議會における 立法過程の 比較法的 研究, 勁草書房, 1980. ,

제도를 취하면 어떠한 효과와 폐해가 발생하는지에 대해 법학, 법사회학, 법경제학 등 다양한 관점의 검토가 필요하다. 이런 경우에 개별적 정책과제의 구체적이고 상세한 검토를 입법학 강의나 교과서의 주된 대상으로 한다면 수많은 정책과제에 대해 상정 가능한 정책 모두의 우열을 검토해야 할 것이며 입법학의 범위가 큰 폭으로 확장되어 그 초점을 확산시켜 버릴 우려가 있다.

따라서, 이러한 의미에서의 「입법 정책」의 문제에 대한 본격적인 검토는, 실용 법학적 입법학의 중심적인 대상으로 하는 것보다도, 각각의 분야에 있어서의 정책론 중에서 입법의 본연의 자세에 관한 논의를 충실하게 하여, 정책 결정의 본연의 자세 그 자체를 연구 목적으로 하는 「법정책학」혹은 정책 실현을 위한 법률학을 목표로 하는 「정책 법학」의 대상으로 하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만, 이러한 정책 결정을 실현하기 위해서는, 관계자의 이해를 조정해서 정당이나 관계 부처 등의 이해를 이득 필요에 따라서 정치적인 타협을 꾀하지 않으면 안 된다.

그 때문의 다양한 작업은, 이론적으로는 법률안의 기획 입안에 선행해야할 것이지만, 현실에는 법률안의 기획 입안 및 그 심의의 프로세스에 넣어져 행해지는 일이 있다.

다. 구체적인 법적 수단의 문제가 잇다. 예를 들면 전문·특허 정책을 취한다고 할 때, 그것을 실현하기 위해서, 특허권의 보호 범위를 어느 정도까지 확장해야 하는 것인가, 권리 보호의 강화책으로서 형사 제재의 강화를 할 것인가, 손해배상의 고액화를 추구할 것인가 등의 구체적인 법적 수단의 선택의 문제가 있다.

이러한 문제도 넓은 의미에서의 「입법 정책」의 문제이다. 그러나, 법적 수단의 선택은, 법률안의 기획 입안의 핵심을 이루는 것이어서, 「입법학」의 하나의 기둥이 되어야 할 것이므로 위 (2) 에서 말한「입법 정책」과의 차이를 강조하기 위해서 이것을 「입법 내용」의 문제라고 할 것이다. 다만, 실제상은 (2)에서 말한 의미에서의 입법 정책도, 그것이 구체적인 것이 되면 입법 내용과 서로 겹치고, 입법 내용의 문제를 빼 구체적인 입법 정책을 결정하는 것은 현실에서는 지극히 어렵다.

또 반대로 법적 수단의 선택도 추상적·일반적으로 행해지고 있는 한 입법 정책의 문제와 명확하게 구별할 수 없다. 그 의미로 양자의 경계는 애매하며 실제상은 법적 수단을 추상적이고 한편으로는 대략적으로 결정하는 것은 「입법 정책」의 문제이며, 법적 수단의 선택이 구체적인 법률 구성을 수반해 행해질 때는 「입법 내용」의 문제라고 하는 이상의 구별은 할 수 없는 것인지도 모른다.

2) 입법내용(기획입안)

대범한 입법 정책이 정해졌다고 해도, 구체적으로 어떠한 내용의 법령을 책정하는 것이 적절한가를 판단하는 것은 용이하게 정해지지 않는다. 일정한 정책 목적을 실현하기 위한 법적 수단·법률 구성은 다양하게 상정될 수 있다. 이 점은 단순한 기술적인 문제에 지나지 않는다고 생각될지도 모르지만, 그 선택의 적부가 입법의 효과를 크게 좌우해 국민의 이익

에도 깊게 관련되게 된다.

친근한 예를 든다면, 인터넷상의 계약으로 클릭미스 등에 의해 의도하지 않는 계약의 신청을 행한 소비자를 구제하기 위한 입법을 하려고 하는 경우, 이 정책 목적을 실현하기 위해서 쿨링 오픈 제도를 도입하는 일도 생각할 수 있고, 소비자의 오조작을 방지하는 조치를 취하지 않은 사업자는 민법95조를 원용해 소비자의 착오 무효의 주장을 배척할 수 없다고 하는 제도를 제정하는 일도 생각할 수 있다(전자 소비자 계약 및 전자 승낙 통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률 제3조 참조).

어느 구성을 취하는지에 의해, 소비자가 보호되는 범위는 달라지고, 분쟁 방지를 위해 사업자측이 어떠한 대응을 할지가 크게 달라 질 것이다. 이와 같이 국민의 권리 의무에도 큰 영향을 주게 되는 판단을, 숙련한 직공의 경험과 감과 같은 것에 맡겨 버리는 것이 아니라, 과학적 지견에 근거한 합리적인 것으로 하지 않으면 안 된다고 하는 것이, 末弘박사가 전술의 논문으로 「입법학」을 제창하기에 이른 최대의 동기였다.

입법 내용을 어떻게 정할까에 대해서는 일반적으로 말하면, ① 정책 목적을 실현하는데 필요하게 해 충분한 내용을 갖고 있는 것, ② 사회의 현실에 비추어 실현이 가능하고, 상응하는 효과가 기대되는 것, ③ 국민이 그 취지에 이해를 나타내며 준수하는 것이 기대되는 것인 것 ④ 헌법을 정점으로 하는 법체계에 정합적인 것 등에 배려하는 것이 필요하다.

그 때문에, 법령의 입안자는 우선 실태 조사나 통계 자료 그 외에 의해 현상과 그 문제점을 객관적인 한편 정확하게 인식해, 여러 나라에 있어서의 제도 운용의 실적이나 경제학·사회학 등에 관한 전문적 지견등도 참고로 하면서, 어떠한 법제도를 만들면 어떠한 효과를 기대할 수 있는지를 예측함과 함께, 관계자의 의견을 청취해, 그 이해의 조정을 꾀해, 국민적인 합의를 형성해 나가지 않으면 안 된다. 이러한 작업을 적정하고 효율적으로 실시하기 위해서, 예를 들면 내각 제출 법률안에 대해서는 법률 내용을 확정해 국회에 제출하기까지 담당 부국 내에서의 조사·검토, 심의회나 위원회에 있어서의 전문가나 관계자의 심의, 폭넓은 의견 청취, 부처 간의 협의, 여당에 의한 심사, 내각 법제국에 의한 심사, 각의 결정 등의 절차가 취해지고 있다. 의원 제출 법률안이나 조례 그 외의 심의에 대해서는 구체적인 절차가 차이가 나지만, 같은 목적을 가진 프로세스를 거쳐 그 내용이 브러시업 되고 있다 .

따라서, 입법학에 대해서는 의원 입법이나 조례 제정의 경우도 포함하여 법안의 기획 입안으로부터 제정·공포에 이르는 과정에서 그 내용을 확정하기 위해서 어떠한 절차가 취해지고 있고 각각의 단계에서 어떠한 점에 배려를 이루어야할 것인가를 분명히 하는 것이 필요하다.

그렇다고 해도 구체적·실질적으로 고려해야 할 사항은 정책 목적이나 법안의 내용에 의해 상당히 차이가 나는 것이기 때문에 위에서 말한 것 같은 일반적·수속적인 설명과 더불어 구체적인 법률의 입안 과정에 관한 사례 연구를 실시하는 것으로 법안의 기획 입안 작업의 실질적 측면을 분석하는 일도 필요하고 유익하다고 생각되므로 제4장에서 몇 개의 구체적인 예를 채택한다.

3) 입법기술

정책 목적을 실현하기 위한 법적 수법과 ·법률 구성에 대해 대범한 합의가 형성되었다고 해도 그것을 구체적인 법률안으로서 마무리하기 위해서는 법률 사항의 추출, 입법 형식의 선택, 법률 요건·법률 효과의 세부적인 것의 확정, 법률문으로서 용어·표현의 선정, 관련 법령과의 조정의 필요성 등 작업이 남아 있다. 이러한 작업을 하려면 헌법적으로 적합한 것은 물론이고 관계되는 다양한 법률상의 원칙을 준수할 필요가 있고, 오랫동안의 경험에서 축적된 절차에 따르는 일도 필요하게 된다. 이러한 조문화에 즈음하여 준수해야할 룰이나 적정하고 효율적인 조문화를 실현하기 위한 테크닉을 「입법 기술」이라고 한다. 이러한 입법 기술을 체계화해하여 넓게 국민이 공유할 수 있도록 하는 일도 「입법학」의 주요한 목적의 하나이다.

입법 기술이라고 하면 섬세한 표현 기술상의 문제로 중요도는 낮다고 하는 방향도 있을지도 모른다. 그러나, 법률·조례·규칙 등은 국민의 권리·의무에 직접 관련되는 것이기 때문에 헌법을 정점으로 하는 법체계 전체와 정합적이지 않으면 안되고, 또 법률문은 입법자 의사를 과하지도 부족하지도 않게 표현하는 것으로써, 국민에게 정확하게 이해되어 불필요한 오해나 혼란을 일으키게 하지 않는 것이 필요하다.

그 때문에 법률 용어나 문장 표현에 대해서도 다른 법률등에 저촉을 초래하는 것이어서는 안 되고, 가능한한 일의적으로 명확한 것으로 하지 않으면 안 된다. 현실에서도 법률 요건을 명확하게 정의할 수가 없다고 한 것 같은 입법 기술상의 문제가 시민 생활이나 경제활동에 불필요한 혼란을 일으키게 한다는 염려를 야기하여 그 결과, 입법 내용 그 자체의 재검토가 요구되는 일이 있다.

이와 같이, 「입법 내용」의 문제는 「입법 기술」의 문제와 지극히 밀접하게 서로 관련되고 있고, 시간적으로도 양자는 동시 병행적으로 행해지는 것이 적지 않다.

4) 입법과정

법률은 법정의 수속에 따라 제정되는 점에 최대의 특색을 가지고 있다. 또, 이미 접한 것처럼 법령의 내용은 그 제정의 프로세스에서 다양한 논의나 조정을 거치는 것에 의해 보다 적절한 것으로 거론되어 간다. 그리고, 법령이 시행된 후에 발생하는 해석 문제의 해결에 있어 최대의 단서를 주는 것은 그 제정의 경위와 논의의 내용이다.

따라서, 뛰어난 입법 담당자를 양성해 법령의 제정 절차의 공정함을 유지하고, 보다 좋은 입법을 실현하기 위해 입법 과정에 관한 제도와 그 운용의 실태에 관한 연구와 교육이 필요불가결한 것임은 이론의 여지가 없다.

문제는 그것을 어떠한 시각으로부터 어디에 초점을 두고 연구하고 교육을 할 것인가에 있다. 深瀨교수는 여러 나라에 있어서의 입법 과정론 내지 입법학 교과서의 실정을 근거로 해 의회에 있어서의 입법의 심의 과정을 연구하는 경우 대상에의 접근 방법에 대해, ① 절차적 어프로치(입법의 의사 수속을 규칙·선례·관행 등에 입각해서 서술해 검토하는 연구), ② 기술적 어프로치(입법의 용어·형식·내용 등에 대해, 그 기술적 측면을 연구하는 것), ③ 정치·사회학적 어프로치(의회에 대해 영향을 서로 주는 정치적·사회적 제력 정부, 관료, 의원, 선거구민, 정당, 압력 집단, 여론의 제 형태 등의 입법에의 결정, 참가내지 영향 주체의 힘 관

계에 대해, 어떤 법률이 작성될까 등의 정치·사회적 실태 연구), ④ 의회제적 어프로치(의회제의 원리와 제도와 실태의 종합적 연구를 입법의 심의 단계에 초점을 두고 연구하는 어프로치)등이 가능하다고 지적하고 있다. 의회에 있어서의 심의 과정에 머무르지 않고, 법령의 발안으로부터 심의·성립·시행의 프로세스(입법 과정) 전체를 연구 대상으로 하는 경우에도 이 분류는 거의 그대로 타당한 것이라고 생각한다.

우리나라의 입법과 관련되는 연구에 대해서는 종래 ③ 또는 ④의 수법을 채용하는 것이 많았다. 앞에서 이미 되풀이하여 말한 것처럼 현행 제도하에서 구체적으로 입법 작업을 실시하기위해 어떻게 하면 좋을 것인가 라고 하는 실천적인 관점을 채용하고 있으므로, 그 구성에 대해서는 ①의 절차적 어프로치(제2장부터 제4장까지)를 기본으로 하고 이에 ②의 기술적 어프로치(제 5 장)를 합하는 것으로 했다.

5) 비교입법학 등

위에서 살펴본 것 이외에 입법학을 발전시키기 위해서는 다양한 기초적인 연구가 필요하다. 우리나라에 있어서의 입법과 입법학의 특색을 분명히 하여 또, 그 발전의 방향성을 발견하기 위해서는 여러 나라의 사정을 연구하는 것이 필요할 것이다. 또, 구체적인 입법 정책이나 입법 내용을 검토하려면 그 분야의 전문적 식견을 필요로 하는 것은 말할 필요도 없지만, 그 이외에 법률학의 분야만으로 한정해 봐도 법철학, 법사회학, 비교 법학, 법정책학 등의 힘을 빌릴 필요가 있어 이러한 연구도 날마다 심화하고 있다.

(1) 입법학의 담당자

1) 우리나라에 있어서의 입법은 매우 최근에 이를 때까지 거의 전면적으로 소관 관청의 주도아래 행해져 왔다. 장기간에 걸쳐서 안정적인 일당 우위 체제가 계속되었기에, 그것은 지극히 자연스러운 것이었다고 할 수 있다. 정치 상황에 큰 변화가 생겨 경제구조나 행정에 관해서 대담한 개혁이 시도되게 된 오늘에 있어서는 「정치 우위」가 강조되어 의원 제출 법안의 숫자도 증가하고 있다. 일본이 의원내각제를 취하는 이상, 앞으로도 내각 제출 법률안이 입법 활동의 중심적 역할을 담당해 계속해 가는 것이라고 생각된다. 내각 입법이든, 의원 입법이든, 그 실태를 분명히 하기 위해서는 실제로 입법 작업에 관여해 제도와 그 운용에 정통한 실무가의 협력을 얻는 것이 필요 불가결하다. 다만, 여기에서는 단지 입법 실무의 단편적인 정보를 전달하는 것이 문제가 아니라, 입법의 실태를 객관화해 이론적으로 분석하고 체계화하는 것이 과제로 되어 있는 것이기 때문에 그러한 능력을 가지는 실무가와 연구자와의 공동 작업이 필요하다.

2) 연구자의 측에 대해 말하면, 정치학·공법학·법사회학 등의 분야에서는 입법 과정의 연구 등에 관해서 상당 정도의 축적이 있어 사법 분야를 중심으로서 법전 조사회 이래의 전통을 담당하는 법제 심의회를 시작으로 하는 각종 심의회를 통해서 입법 과정에 참가한 경험을 가지는 법률학자도 적지 않다. 이러한 연구자와 실무가와의 공동 작업이 기대되는 중에 있지만, 우리나라의 법률학자는, 주로 또는 오로지 기존의 법률의 해석을 실시해 온 것이어

서, 새로운 법률을 기획 입안하는 능력을 가지지 않는 것이므로 입법적으로 관여해서는 안 된다는 지적도 있다. 발본적인 개혁이 목표인 때에는 기존의 법률에 내재 하는 가치와는 다른 가치 기준이 필요하게 되므로, 법해석론자만으로 이것을 실현할 수 없다고 하는 지적에도 의미가 있다. 그러나, 입법학과 법해석학을 양립할 수 없는 것이라고 생각해서는 안 된다.

입법 내용을 확정하려면 그 전제로서 기존의 법률 제도아래에서 어떠한 해석 문제가 생기고 있을까를 정확하게 인식할 필요가 있고, 또 새로운 입법을 했을 경우에 생길 수 있는 해석상의 문제도 예측하여 기획 입안의 단계에서 적정하게 대처해 둘 필요가 있다. 한층 더 입법 기술적인 측면으로 말하면, 입법자 의사가 과부족 없고 정확하게 전하고 있는 문장 표현을 이용하는 것은 지극히 중요하다. 그러므로 새로운 입법이 어떻게 해석될 수 있는 것에 대하여 신중한 검토를 더해 둘 필요가 있다.

또한 현대 사회에서는 새로운 법분야를 중심으로 날마다 증대하고 있는 수많은 특별법을 각각의 법분야의 특성에 따른 원리 아래에서 체계화하는 것, 민법 그 외의 기본법전의 현대화를 꾀하는 것, 시장 경제화를 진행시키고 있는 구사회주의 제국의 법 정비를 지원하는 것 등, 고도의 해석론적 능력 없이는 대응할 수 없는 입법적 과제도 많이 존재하고 있는 일도 잊어서는 안된다.

3) 적정한 절차에 따라 공정하고 타당한 내용을 가진 법령이 효율적으로 제정되어 적절히 운용되어 가는 것은 무엇보다도 국민의 이익을 위해서 불가결하고, 이것을 실현하기 위해서 다양한 영역의 연구자와 실무가가 「입법학」의 확립을 향해 긴밀한 협력 관계를 구축해 나가는 것을 기대한다.

2. 법해석학과 입법학의 관계

(1) 법해석학과 법의 해석

여기에서는 법해석학 및 법의 해석의 개념에 대해 설명을 한다. 우선, 법해석학은 법률학의 한 분과이며 실정법의 규범적 의미 내용을 확정하는 것을 목적으로 하는 법의 해석의 체계적 작업을 대상으로 한다. 그것은 법의 지배 내지 법치주의가 성립하고 있는 근대에 있어서는 행정도 재판도 실정법의 적용으로서 행해지기 때문에 적용되어야 할 법의 해석이라고 하는 작업이므로, 행정 및 재판에 봉사한다고 하는 실용적 목적의 「실용 법학」이다.

말할 필요도 없이 법의 대부분은 특유의 기술적 성격을 갖고 있는 「입법 기술」의 소산인 제정법이지만, 그것은 현실의 개별적·구체적 사실에 적용되는 것을 목적으로 하고 있어 그 적용이라고 하는 기능을 매개하는 것이 법의 해석이다.

다음에 법의 해석이란 단순한 이념형으로서는 법을 구성하고 있는 법개념의 내포와 외연을 분명히 하는 것이다. 그리고, 개념의 내포를 분명히 하는 것은 사물정의를 하는 것이며, 외연을 분명히 하는 것은 적용 범위를 분명히 하는 것으로, 결국 법의 해석이란 단순한 이

념형으로서는 법을 구성하고 있는 법개념의 사물정의를 통해서 그 적용 범위를 분명히 하는 것이라는 것이 된다.

예를 들면, 민법 제6조의 「영업」의 용어정의는, 「이익을 얻는 목적으로 동종의 행위를 반복·속행하는 것」이다. 그러나, 이것이 밝혀진 것만으로는 구체적인 사건에 있어서의 행위가 과연 영업이라고 말할 수 있을까는 곤란하다. 거기서, 상업, 공업 그 외의 실업 및 자유업도 영리 목적의 한계 영업이라고 할 수 있다고 하는 것처럼 영업 개념의 적용 범위가 밝혀지면, 어느 행위가 영업이라고 할 수 있는지 아닌지의 판정이 용이해진다. 여기에 사물정의란, 어느 사물내지 대상의 성질을 판단해 설명하는 명제이며, 규약 정의(있는 말의 사용법 내지 그 의미에 대한 사용자 자신이 정한 규약내지 제안)와 대비되는 정의이다.

또, 법의 해석은 이미 사용되고 있는 표현의 의미를 그것과 동의적인 표현에 의해 분명히 하는 것 즉, 기존 용어의 실제의 사용법·의미의 명확화에 의해도 이루어진다. 덧붙여 법률의 적용이란, 현실적으로, 법률이 지시·요구하는 일반적·추상적 규범을 개별적·구체적인 행위 또는 관계에 작용시키는 것으로, 보다 논리적으로 「결부시킨다」는 것이고, 「결부시킨다」란 두개의 특수한 사실이 그 규범 속에 포섭되는지 아닌지를 결정하는 것이다. 다만, 그대로의 형태에서의 구체적인 사실을 「포섭」하는 것이 곤란하다면 규범과 사실에 대해서도 일정한 「가공」과정을 거치게 된다.

(2) 법해석학과 입법학

법해석학과 입법학의 관계에 대해서는 입법학의 개념이 반드시 충분히 명확하지 않기 때문에, 논하기 어려운 면이 있지만, 약간의 학설을 보는 것으로 한다.

우선, 末弘박사에 따르면, 법학의 궁극의 목적은 「입법 상 또는 사법 기타 법운용 상 바르게 법을 실현하는 것」이고, 입법학 및 법해석학은 이 목적에 직접 봉사하는 실용 법학이다. 따라서, 양자에게 통하는 과학으로서의 본질은 「법기술학」이며, 「입법학은 일정한 정치 목적을 위해서 가장 그 목적에 필적한 법령을 만드는 과학적 방법을 연구하는 학문이며, 해석법학은 개개의 구체적 사건에 적정한 법적 취급을 하는 과학적 방법을 연구하는 학이다.」.

또, 마츠오 케이치 교수는 「입법학은, 법해석학의 성과로부터 많은 것을 배우지 않으면 안 된다. 예를 들면, 입법의 필요와 불필요의 판정에 필요한 현행법의 결함의 존부, 개별의 목적과 전법질서와의 정합성을 논하는 것 등은 법해석학에 귀중한 안내인을 구하는 것이다」라고 한다[480].

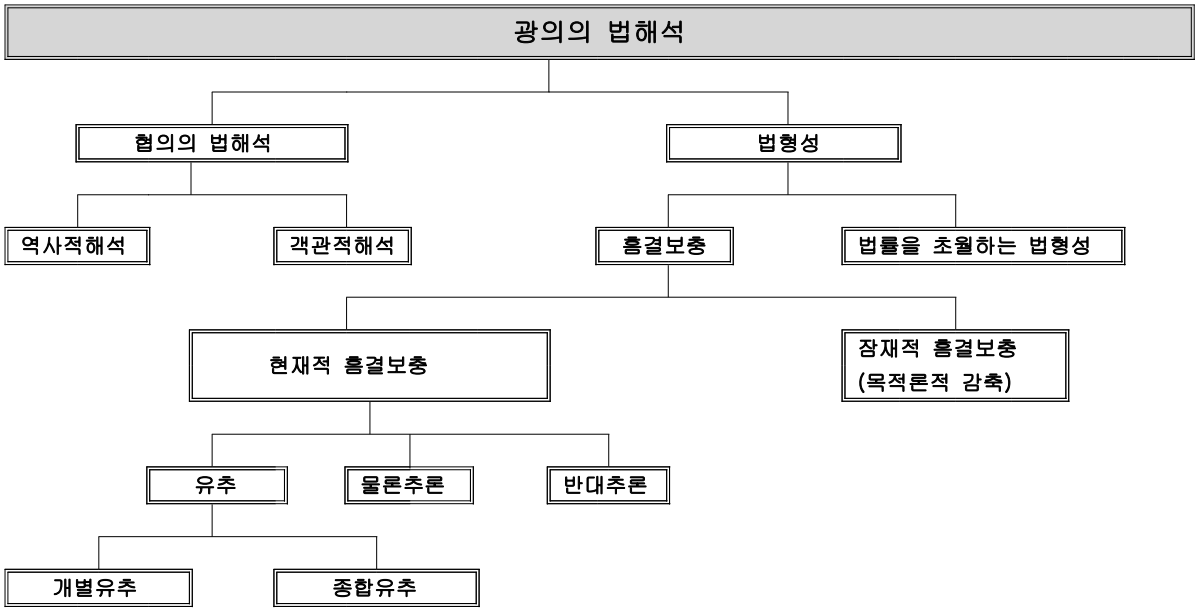
게다가 단토 시게미츠 박사는, 「해석 법학은...단지 법의 해석 내용을 발견하는 것이라고 하는 것은 아니고, 좀 더 실천적으로 법을 창조해 가는 역할을 갖고 있다....실정법 학자는법의 해석에 법의 불비나 부적당한 점을 눈치 채는 것이 종종 있고, 그 논의는 이른바 해석론... 이외에 입법론에 걸치는 일이 자주 있다....이런 종류의 입법론은 자주 해석론과 근소한 차이를 보이며, 해석론안에 포섭되는 것조차도 적게 없는 것이다....해석 법학이라고 하는 명칭은 여기에서는 적당하지 않지만, 실천 법학으로서 해석 법학은 입법학과 경합 하는 영

480) 松尾敬一, 立法學の必要性と 可能性, 神戸法學雜誌 第6卷 1・2號, 1956. 215면.

역을 좀 더 말해도 좋을 것이다[481].」라고 말하고 있다.

(3) 법의 해석, 법형성등의 전체

다음으로 법의 해석, 법형성, 법의 보충에 대해서 논의한다. 이것들은 다음의 그림과 같이 평가할 수 있다.



(4) 법의 해석이란 무엇인가

우선, 협의의 법해석의 방법(해석 준칙)으로서는 역사적 해석(법률의 규정에 대해 제정시에 있어서의 자구·문장의 의미, 제정시에 있어서의 다른 제규정과의 체계적 관련 및 제정시에 있어서의 입법 이유를 문제로 하는 해석)과 객관적 해석(소여의 법률의 규정에 대해, 현재에 올 수 있는 자구·문장의 의미의 설명〔문리 해석〕 현재에 있어서의 다른 제규정내지 전법 체계와의 체계적 관련의 설명〔체계적 해석〕및 현재에 조준을 맞춘 입법 취지의 설명〔목적론해석〕)을 적절히 조합하는 방법이 타당하다고 생각된다 (「역사적 해석·객관적 조합설」).

덧붙여 전세기에 프랑스나 독일에서 통설적 지위를 유지한 「입법자 의사설」은, 「입법자」라고 할 의사 주체를 상정해 그 심리적 의사의 확정을 주장해도, 그것은 구체적으로는 누구의 의사일지 불명하다(입법부는 최초의 의사 형성을 기초자 혹은 제안자 또는 위원회의 구성원에게 맡겨 그 법률안의 가결에 의해 그 의사가 채택된다고 하는 생각도 있었지만, 기초자 혹은 제안자 또는 위원회의 구성원의 의사는 반드시 통일적은 아니고, 게다가 용이하

481) 團藤重光, 法學入門, 筑摩書房, 1974, 297면.

게 확정 할 수 있다고는 할 수 없는) 법률의 규정에 대해 입법부 구성원의 의사의 일치가 있었다고도 말할 수 없는 것이 통상적인 것이기 때문에 과거의 것이 되고 있다(다만, 이른바 입법 자료는 해석의 중요한 참고 자료가 되는 것이어서, 그것이 공포되지 않는 것을 가지고, 구속력을 빠뜨리는 해석의 재료에 지나지 않는다고 하며, 필요이상으로 무시하는 것이 바람직하지 않은 것은 말할 필요도 없다.

또, 이것에 대항하는 것으로서 주장된 「법률의사설」도 그 의인적 표현이 부적절해서 해석자의 뜻이 내포된 것이 아님을 주장하는 표현이라면 「객관적」이라고 하는 표현으로 충분하다고 여겨지고 있다. 이 점에 대해 「법률에 내재 하는 객관화된 입법자의 의사」를 기준으로서 해석한다고 하는 독일 연방 헌법재판소의 입장도 상술의 「역사적 해석·객관적 해석 조합설」에 귀착하는 것처럼 생각된다.

(5) 법형성은 무엇인가

다음으로 「법형성」이란 법을 만들어서 변화시키는 것에 직접 기여하는 작용을 말한다. 흠결에는, 입법 목적에 따라서 대응하는 규율을 포함해야 하는 것인데 일정한 사태에 적용할 수 있는 규정을 결여 하고 있는지가 불완전한「현재적 흠결」이 있다. 게다가 입법 목적에 따르면 규율 되어야 할 제한이 특별히는 규정되어 있지 않은 「잠재적 흠결」이 있다. 흠결의 보충 수단은 「유추」, 「물론 추론」, 「반대 추론」및 「목적론적 감축」이다(덧붙여 전술의 해석 준칙 및 흠결의 보충의 방법은 캐논〔canons〕으로 불리는 일이 있다. 캐논의 본래의 의미는 논리가 따라야 할 준칙이라고 하는 것이다.)

① 유추

유추란 어느 사상을 직접 규율 하는 법문이 존재하지 않는 경우에 단수 또는 복수의 법문을 일반화하는 것에 의해 얻을 수 있는 일반 규범을, 그 법문이 직접 규율 하고 있는 사상과 중요한 점으로써 유사한 성질을 가지는 사상에 적용해 간접 추론을 실시하는 것이다. 단수의 규정에 근거하는 것은 「개별 유추」라고하고, 복수의 법문에 근거하는 것은 「종합 유추」라고 불린다.

유사성이 있는 규정의 전용 가능성은, 1의 규정내지 복수의 규정 공통의 입법 목적 또는 입법시부터 나타나고 취득하는 특정의 법적 원리와 같은 것은 같게, 같지 않은 것은 다르게 취급한다라는 정의의 요청에 의한 평등 원리와의 결합이 요구된다. 유추는 해석은 아니고 법률 규범의 창조이다. 유사성의 확정은 법률의 제규정에 내재 하고 있는 「목적론」에 되돌아오는 것에 의해서만 실효성을 가지고 행해질 수 있다. 형식논리에 의한 추론에서는 「동일성」이 문제가 되는데 대해 유추에 의한 추론에 대해 「등질성」이 거론되어 이것은 중요하지 않은 비유사물의 배제를 전제로 하고 있다. 그 합리성을 확보하기 위해 높은 수준의 법률 규범에 의해 기속되지 않는(제한 외의 것) 다른 법률 규범과의 균일한 고려에 의한 구속을 들 수 있다.

② 물론 추론

다음의 갑·을 2개의 사상 가운데 갑에 관해서만 규정이 있는 경우에 을에 대해서는 너무 당연한 일로서 규정되지 않은 것에 지나지 않는 것이며, 전자의 규정의 취지를 후자의 경우에 미치게 하는 것이 「물론 추론」이다. 이것은 갑에 관한 규정의 근거가 법률에 규정이 없는 을에게 보다 고도로 적합하는 경우는 유추의 하나의 일종이다.

판례는 없지만 부동산의 선의의 취득시효규정(구일본민법 제162조제2항)이 동산에 전용되는 것이 그 예이다. 또, 민법 제130조에 대해 조건의 성취에 의해 불이익을 받아야 할 당사자가 고의로 그 조건의 성취를 방해했을 때는 상대방은 그 조건을 성취한 것으로 간주할 수가 있는 취지가 정해져 있지만, 조건부 권리를 가지는 사람에 대해 인정되는 이 규정은 그것보다 확실히 해 강력한 기한부 권리를 가지는 사람에 대해 전용되는 것도 그 예이다.

③ 반대 추론

반대 추론이란 갑·을 2개의 현상 중 갑에 대해서만 법문이 있는 경우에 을에 대해 법문이 놓여지지 않은 것은, 법문이 놓여져 있는 경우와 대비해 이것을 소극적으로 해결하는 취지라고 생각해 법문이 있는 경우와 반대의 해결을 주는 추론이다. 이것은 해당 사건의 이익상황 속에 법률이 있는 규정에 있어서도 중요해지는 요소가 결여 되는 경우에, 해당 사건을 해당 규정의 처리의 방법과 반대로 처리하는 조작이다. 요건 문장이 효과 문장의 필요 조건 또는 필요에 충분한 조건이면 즉, 어느 법률 요건이 있는 법률 효과에 있어 필요 조건 또는 필요에 충분한 조건이라고 법문이 정하고 있는 경우에는 그 법문을 근거로서 반대 추론을 할 수 있고 또, 실시하지 않으면 안 된다. 이것에 반해 그 법문이 충분한 조건에 대해 규정하고 있는 것인 경우에는 반대 추론은 용서되지 않는다.

大判 명치39년 5월 23일(민록12집15권880페이지)는, 「저당권은....그 목적인 부동산에 부가해서 이것과 일체를 이루는 것에 영향을 미친다.」라고 정하는 개정전 민법 제370조는 「부동산에 부가해서 이것과 일체를 이루는 것」이라는 것이 「저당권의 효력이 미치는 것」이라는 것의 필요조건이라고 해석했지만, 大民聯判 다이쇼8년 3월15일(민록25집8권 473항)은 명시적으로 판례변경을 실시하여 그것은 충분한 조건이라고 해석을 개정 했다.

④ 목적론적 감축

잠재적 흠결의 보충 수단인 목적론적 감축이란 입법 목적으로부터 보여지는 법문의 타당범위를 제한해야 하는 것인데, 그러한 제한을 정하는 법문이 없는 경우(적용 제한 규정의 잠재적 흠결의 경우)에 그러한 제한이 어느 경우와 같게 추론하는 것이다. 목적론적 감축은 입법 목적이 소멸하면 법률 자체도 소멸한다고 하는 원리의 특별한 경우로서 이해되고 있어 그 근거는 해당 규정의 입법 목적 및 다른 것은 다른 취급을 해야 한다라고 말하는 소극적 평등 원리에 있다.

⑤ 법률을 넘는 법형성

다음으로, 법률을 넘는 법형성(법의 발전적 형성)이란 만약, 그것이 되지 않으면 법의정신이 해쳐진다고 하는 공공의 이익에 있어서의 법적 긴급 상태가 있으면 재판관이 인정하는

경우이며, 또한 재판관이 법체계에 내재하는 객관적 목적이나 의도에서 근거를 찾아낼 수 밖에 없고, 바꿔 말하면 간접적으로조차 제정법으로 단서를 얻을 수 없기 때문에 독자적으로 「법형성」을 실시하는 것에 의해 제정법의 법문을 개조하는 작용이다. 이 점에 대해서는 좀 더 자세하게 설명하는 것으로 한다.

이자제한법에서는 원금 액수에 의해 제한 이율이 다르지만, 이자의 최고 제한 이율은 연 20%이며, 동법 제1조 제1항은 이것을 넘는 이율의 이자를 계약해도 제한 초과 부분은 무효이며 제한 부분까지 감축되는 취지를 정하여, 동조 제4조 제1항은, 배상액의 예정(손해금의 약정)에 대해 그 원금에 대한 비율이 이자의 제한 이율의 1.46배를 넘을 때는 그 초과 부분은 무효이며 제한 부분에까지 감축 되는 것을 정하고 있다. 이러한 규정은, 일정한 이율을 넘는 금리 계약 등에 대해 그 사법상의 효과를 잃게 하는 것이고, 그 단적인 의미는 채권자가 제한을 넘는 이자 등을 청구하는 소송을 제기해도 재판소는 인정해 주지 않는다는 것이다. 다만, 동법 제1조 제2항은 채무자는 앞의 제한 초과 이자를 임의로 지불했을 때는 그 반환을 청구할 수가 없는 취지를 정해 동법 제4조 제2항은 이것을 배상액의 예정(손해금의 예정)에 대해 준용하고 있다.

그런데, 最大判 쇼와39년(1964년) 11월 18일(민집 18권 9호 1868항)은 임의로 지불된 제한 초과 이자·손해금은, 일부 변제의 경우의 충당 순위를 정한 민법 제4조 제1항의 규정에 의해 잔존 원금에 충당되는 취지의 판단을 나타내, 最大判 쇼와 43년(1968년) 11월 13일(민집 22권 12호 2526항)은 임의에 제한 초과 이자·손해금이 계속해 지불되었을 경우에 대해 충당 계산에 의해 잔존 원금이 소멸했을 때는 그 후에 지불된 금액은 채무자에 있어 채무의 소멸을 알아 변제한 것이 아닌 한 비채변제(채무가 아닌 변제)에 의한 부당 이득으로서 반환 청구할 수 있다는 취지의 판단을 제시했고, 最三小判 쇼와 44년(1969년) 11월 25일, (최고재판소민사판례집 23권 11호 2137페이지)는, 제한 초과 이자·손해금을 원본과 함께 임의에 동시 완제했을 경우에는, 앞의 제한에 따른 원리합계액을 넘는 지불액은 부당 이득으로서 반환 청구할 수가 있는 취지의 판단을 나타내고 있다.

이러한 판단에 의하면 이자율 제한법 제1조 제2항 및 제4조 제2항은, 먼저 원본을 완제해 원본의 완제 기일까지의 이자·손해금만이 잔존하고 있는 경우에게만 의미가 있는 규정이라고 해석하는 것에 귀착하는 것이지만, 이러한 판단은 제한 초과 이자의 원금 충당에 관계되어 존재하는 이자율 제한법상의 흠결을 보충한 것에 지나지 않는 것이 아니라, 요건의 충족의 점에서 의문이 없는 것은 아니지만, 「법률을 넘는 법형성」을 실시한 것이라고 생각된다.

극히 이례에 속하지만 재판관은 조리(실정법 존립의 근거로서의 평가 척도, 실정법 체계의 기초가 되고 있는 기본적 가치 체계)에 의해 흠결의 보충을 실시할 때가 있다[482].

482) 최판소화56년10월16일(민집35권7호1224면)

⑥ 흠결의 보충

흠결의 보충은 원칙적으로 죄형 법정주의가 지배하는 형벌법규의 모든 것 및 조세법률주의가 지배하는 세법의 대부분에 대해서는 행해지지 않는다.

마지막으로, 입법과 판례의 관계이지만 우선, 판례가 실질적으로 입법과 같은 기능을 영위하는 경우가 적지 않다. 예를 들면, 먼저 「법률을 넘는 법형성」의 예로서 소개한 최고재판소의 판례에 의한 이자율 제한법의 규정의 실질적 변경이 바로 그것이다. 그리고, 당연한 일이면서 입법에 따르는 판례의 변경도 행해진다. 예를 들면, 대출 업무의 규제 등에 관한 법률(쇼와58년(1983년) 법률 제32호) 제43조는 대출업자의 채무자에 대해 전술의 최고재판소의 판례를 일정한 유보가 붙어있지만 변경하고 있다.

덧붙여 어느 법률의 규정을 위헌으로 한 최고재판소의 판례를 입법에 의해 변경할 수가 있을까에 대해서는, 다수설인 소극설과 소수설인 적극설이 있다. 이 문제에 대해서는 실례는 없다.

또, 최고재판소의 판례가 전개하여 그것이 입법으로 결실한 예로서 가등기 담보 계약에 관한 법률(쇼와53년(1983) 법률 제78호)이 있다.

게다가 예를 들면 구회사법, 노동법등의 영역에 현저한 것처럼, 제정법으로 일단은 규정이 설치되고 있어도, 그것들이 거의 문제 해결의 단서가 되지 않는 경우도 적지 않고, 제정법국인 일본에 있어서도, 사실상, 판례 (법)의 쉐어(영역)가 큰 것도 주의할 가치가 있다.

3. 「입법학」과 「정책법무」, 「법정책학」

(1) 머리말

본장의 제목인 「입법학이란 무엇인가」라는 문제와 관련해서 이것에 대해 고찰하는 하나의 계기로서 비교적 최근에 주장되어있는 「정책법무」 또는 「법정책학」등의 제언에 대해서 언급하고, 이것들의 제언내용과 본서의 내용인 「입법학」과의 비교, 관련 등에 대해서 약간의 사항을 서술하기로 한다.

(2) 「정책법무」의 제언

요즘 주로 지방자치단체에 있는 자주적인 조례입안 등의 활성화를 의도하여, 「정책법무」의 강화라는 것이 여러 가지 입장에서 제언되어 있다. 이 같은 제언에는 여러 가지 주장이 포함되어 있지만, 그 내용은 먼저 다음과 같은 것으로 해석되어 있다.

첫째, 먼저 이 종류의 제언은 조례를 비롯한 자치입법의 활성화가 필요하다는 인식을 바

탕으로 하고 있는 것 같다. 그러한 인식자체는 지방자치의 활성화의 관점에서는 매우 자연스러운 것이라고 말할 수도 있겠지만, 여기서는 특히, 구체적인 지역의 공공적과제를 해결하기위해, 국가에 있어서 제정되는 관계법령이 필히 지역에 실상에는 어울리지 않고, 따라서 유효성이 결여된다는 인식이 더 그 배경에 존재하고 있는 것 같다.

둘째, 그리고 앞에서 말한 것과 같은 인식을 바탕으로 하는 「정책법무」의 제언은 해석론보다도 입법론을 그리고 더 그러한 구체적인 입법을 전제로 하는 정책입안의 작업의 중요성도 시야에 넣은 법실무를 중요시하게 된다.

셋째, 덧붙여서 이러한 「정책법무」의 강화의 주장은 관계하는 법이론, 말하자면 당분간 행정법이론에 대해서 더욱 정책지향적인 존재를 모색하려고 하는 움직임에 연동하기도 한다.

넷째, 지방자치단체에 있는 정책법무의 중요성의 주장은 자치단체 행정의 해당지역에 있는 종합행정적 실상반영적 성격, 각도를 바꾸어서본다면, 이해조정적 성격 등에 주목하는 것에도 관계되는 것이다.

다섯째, 하지만 이상에서 본 것과 같은 「정책법무」의 제언에 대해서는 거기에 「정책의 중시」의 결과로서 꼭 생기는 「법치주의의 경시」에 대한 개념도 또한 표명하게 될 것같다.

(3)「정책법무」의 의의

(2)에서 살펴본 것과 같이 「정책법무」의 제언에 관하여 여기서는 다음의 여러 사항들을 언급하려고 한다.

첫째, 이 「정책법무」의 제언은 우선, 하나의 두서없는 이론을 제시한다는 것 보다는 오히려 이른바 자치단체행정을 중심으로 한 법률실무의 이상적 모습에 관한 것보다는 실질적 성격을 가지는 이론으로 해석된다. 이 점과 관련해서 「정책법무」로서 논의되고 있는 부분은, 본서에서 「입법학」으로서 논의되어 있는 것과는 조금 차원이 다른 이론이라고도 평가될 것이다.

둘째, 「정책법무」의 제언은 「정책입안(능력의 향상)」에 적지 않은 역점을 두는 것으로 해석되어 있지만, 본서에 있어서 「입법학」으로서 논의되어있는 부분은, 오히려 일정의 정책(의 확정)을 전제로 해서, 이것에 대해서 법적합리성을 유지하면서 일정의 문장(법문)에 완결적으로 구성하는 것에 주안점을 두고, 또한 목표로 하는 것으로 해석되어 그 범위로 양쪽 각각의 주제로 하는 부분에는 약간의 차이가 인정될 것이다.

셋째, 앞에서 서술한 듯이 「정책법무」의 제언과 본서에서 제시되어 있는 「입법학」 각각의 내용이 차원 또한 주제가 조금 다르다고 해도, 양쪽이 서로 관련한다는 자체에 대해서

는 다른 의견이 존재하지 않을 것이다. 그러한 양쪽의 관련성을 더 정합적인 것으로 하려고 하는 것은, 아마 여기서 소재로 언급한 「정책법무」에 대해서도 그리고 또 본서에서 소재로 하는 「입법학」에 대해서도 여전히 이후에 남겨진 중요한 문제라고 해석되어 있다.

(4) 「법정책학」의 제언

다음에 「법정책학」의 제언에 대해서 이지만, 이것에 관해서는 현시점까지의 대표적인 저작으로서, 平井宜雄「법정책학 (제2판)」 (유비각, 1995년)」을 예를 들 수 있다. 이 책은 서두의 「인용문헌일람」에서도 추측할 수 있듯이, 「각종의 학문분야에 있는 중요한 사회이론을 흡수할 수 있게 노력했다」, 그 점에 있어서 벌써 일반이론적 성격을 가지고 있는 문헌이지만, 여기서는 먼저, 이 책이 논하는 부분을 그 구성에 따라 아주 간단하게 서술하는 것으로 한다.

첫째, 「법정책학」이라는 것은 「의사결정이론을 「법」적으로 재구성하여 「중략」, 이것을 현재의 일본의 실정법체계와 연관시켜서 법제도 또는 룰「중략」의 체계를 설계하는 것으로, 현재의 일본사회가 직면하고 있는 공공적 내지 사회적 문제를 조절하고, 또는 해결하기위한 여러 정책에 대해서 법적의사결정자를 조언하고, 또는 그것을 제공하는 일반적인 이론구성 및 기법이다.」로 한다.

둘째, 「법정책학」의 기초개념으로서의 서술 중에서 「목적=수단결정모델」과 「법적결정모델」을 차이・상극이 강조되어, 더욱 「결정 및 결정자의 여러 유형」으로서 「결정・초결정(메타결정[483]) 및 「마크로결정・미크로결정」의 각각 사이의 구별에 이어서, 「시장적 결정・권위적 결정・절차적 결정」사이의 구별이 강조된다.

셋째, 「법제도설계의 일반적 평가기준」으로서, 「효율성 기준」과 「정의성 기준」을 내세우서, 양쪽 기준간의 관계에 대해서 논의된다.

넷째, 「법적설계의 기초이론」으로서, 앞에서 설명한 「시장적 결정・권위적 결정・절차적 결정」 각각을 기초로 하는 「법제도설계」에 대해서 논의된다.

다섯째, 「법정책학의 기법」으로서 먼저, 「법적의사결정」의 과정에 대해서, 이것을 「문제형성과정」, 「대책입안과정」 및 「행동계획단계」로 나눠서, 그 각각의 단계에 있어서 필요로 하는 「기법」에 대해서 논의하는 작업이 행해진 후에, 「시장적 결정・권위적 결정・절차적 결정」 각각에 있어서 참조해야할 현행실정에서의 여러 가지 법률상의 법기술에 대한 언급이 논의되어 있다.

483) 기존에 없던 것이 새롭게 변화된 결정을 말함.

(5) 「법정책학」의 의의

(4)에서 살펴본 것과 같이 먼저, 본서에서 논하는 부분에 대해서는 , 한편에는 극히 밀도가 높은 것이고, 또 한편에 있어서 고도로 일반이론적인 성격이라고 평가할 수 있겠지만, 여기서는 약간 감상적인 사항을 서술하려고 한다.

첫째, 「의사결정」 또는 그 연장상에 존재하는 「정책결정」은 국가의 법령 또는 지방공공단체의 조례·규칙 등 외에, 사회에 폭넓게 존재하는 자주적 단체의 규약 등에 있어서도, 그 문언화를 통해서 구체화될 수 있는 것이고, 또 이것을 본서는 적극적으로 시각안에 넣고 있는 것으로 해석되지만, 반대로 그러한 극히 광범위한 「결정」을 하나의 일반이론에 소재로서 통일적으로 파악하려고 할 경우에는, 거기서의 이론의 유효성의 정도가 문제가 될 수 밖에 없는 것으로 생각된다. 즉, 현단계에서는 일반적인 감상으로 그칠 수밖에 없지만, 이론의 대상범위를 넓게 정하는 것의 결과로서 그 논의의 유효성 또는 밀도자체가 더욱 다른 이론의 소재가 될 수 있다고 생각된다.

둘째, 「효율성 기준」과 「정의성 기준」을 「법제도설계의 일반적 평가기준」으로 거론하는 것에 대해서는, 그것 자체에 관하여 더 의논의 여지도 있겠지만, 특히, 거기서 거론되는 「정의성기준」에 관해서 실제의 입법, 예를 들면 법률제정에 대해서 고려사유, 또는 고려상황도 함께 거론하면서 더 고찰을 시도하는 여지도 있는 것 같다. 약간 다른 각도에서 말하자면, 법률제도를 예를 든 경우에 여기서의 양쪽기준과 이른바,「입법재량」이 어떻게 교착할 수 있는지, 또는 해야 되는지는, 또 하나의 다른 고찰의 소재로 충분하다고 생각된다.

셋째, 「시장적 결정」과 「권위적 결정」의 구별은 대체로 「공법 (또는 행위법에 대한 조직법)과 「사법」의 구별에 대부분 대응하는 것으로 하지만, 이 점에 대해서도 또 공법·사법의 양쪽의 관계에 대한 해석에 관련하는 문제는 별도로 해도, 더 의논의 여지가 있는 것 같다. 즉, 「공법」개념의 함의에 대해서 언급하는 여지는 여기서는 존재하지 않지만, 일단 여기서, 공공기관이 행하는 명령·강제를 포함한 여러 활동, 또는 「공익성」의 법제도적인 인정을 뒷받침하는 여러 활동의 특수성 중에 「공법적 규율」또는 공법적인 조직 규율 즉, 행정조직법적규율을 찾아낼 수 있다고 하면, 그 종류의 규율의 형태가 「권위적 결정」에 연관되는 규율의 형태 전반에 연동해야 된다고는 적어도 당연하다고 말할 수 없을 것이다.

넷째, 세번째에서 언급한 것과 관련하여 「법정책학의 기법」에 있어서 참조해야 되는 것으로 언급하는 개별구체적인 현행 실정법률상의 법기술 (법규범)에 대해서는 여전히 거기에 일정의 유보여지가 인정되어야 되는 것으로 생각된다. 예를 들면, 「분권적 결정」에서 시사하는 법기술로 지방자치법(쇼와22년 (1947년) 법률 67호)을 예로 들고 있지만, 한편으로는 지방자치제도는 사회에 존재하여야하는 다양한 「분권시스템」 바로 그 자체 고유의 성격을 가진 하나의 예이고, 또 지방에 있어서 현행지방자치법이 일단 「지방자치의 본지(취지)」 (헌법92조)의 이념에 어느 정도에 적당한지라는 것 자체가 하나의 고찰대상사항이 될 수 있기 때문이다.

다섯째, 이 글의 고찰범위와 平井의 전게서에 있어서는 「법적의사결정」의 과정으로서 「문제형성과정」 및 「대책입안과정」의 양자 역시 이른바 정면에서 그 고찰범위로 정리되어 있는 것이 양자를 비교할 때 지적될 것이다. 하지만, 이것들의 선행하는 양 과정이 현실의 법률제정작업에 있어서 의도적으로, 또는 어떠한 형태로 행해야하는 것이 상당하는 것인가라는 자체에 대해서는, 아마도 다른 의견이 존재하지 않을 것이다. 또한 이것들 양 과정은, 라. 에서 언급한 「정책법무론」에 있어서 강조되는 「정책입안」의 영역에 대체로 대응하는 것으로 평가해도 된다고 생각한다.

여섯째, 덧붙여 반대로 기존의 법제도에 대한 일정의 분석·평가구성으로서의 의의도, 적어도 결과적으로는 가지고 있는 것으로 생각된다. 이 점에 대해서는 본서에서 논하는 것으로는 실정법기초이론의 한 종류 또는 실정법일반이론의 고도한 입문서로서의 의미를 인정하는 것도 가능하다고 생각된다.

마지막으로 이글에서는 어쨌든 「입법」이라는 작업에 일정의 지침, 또는 고려가 필요한 사유를 포괄적으로 제시하는 것을 시도하려고 하는 귀중한 공유재산으로서, 한층 더 높은 전개작업이 계승되어야 된다고 생각한다.

(6) 이후의 과제

이상 「정책법무」론과 「법정책학」의 양자를 소재로 본서에서 「입법학」으로서 거론되는 것과 비교해서 또는 연관시키려고 하는 관점에서 약간의 고찰을 시도했지만, 이 종류의 작업은 이후 더 한층 깊어져야하는 것이라고 생각된다. 즉, 본서의 주제인 「입법학」을 포함하여 여기서 검토의 소재로 한 서로 약간의 각도가 다른 여러 종류의 이론적 작업은 상호적으로 관련이 있으면서도 각각 더 발전도상에 있는 것으로 해석되어 따라서, 이것들의 이론적 작업 간에 이른바 , 진지한 대화가 행해지는 것 자체가 각각의 영역에서 작업의 심화에 있어서도 의의가 있다고 생각된다.

Ⅲ. 입법의 기획입안, 법률안의 제출부터 성립까지, 입법과정의 사례, 입법기술 등

1. 입법학의 의의에 관한 총론적 논의 후에 일본 헌법에 따른 입법안의 작성을 내각입법과 의원입법으로 나누어 설명하고 있다. 보좌기관으로 내각법제국과 의원법제국이 있다. 법률안의 제출에서 성립까지에서는 구체적으로 법률안의 제출과 법률안의 심의를 거쳐 공포, 시행, 적용관계 등을 설명하고 있다. 특이하게 입법과정의 사례로서 제조물책임법, 중앙성청개혁등기본법, 특정비상재해특별조치법 등에 관한 입법과정을 입법의 배경, 소관관청의 대응, 법률안의 이론과 조정, 법률안의 심의, 국무회의 등으로 나누어 입법과정을 상세히 설명하고 있다.

2. 입법기술에서는 법률안의 입안, 법률 형식, 개정방식, 법령용어와 법령의 표현에 관한 기술적인 부분을 상세히 소개하고 있다. 각 나라의 입법기술은 문화와 역사에 따른 특성을 가지고 있다.

3. 비교법적 연구로 각국의 입법사정을 두고 있다. 미국, 영국, 독일 등의 입법권과 의회 그리고 입법과정 등을 중심으로 살펴보고 있다.

제3절 맺는말

일본이 근대국가로 바뀌면서 脫亞入歐를 외치며 제국주의 시대에 살아남으려 노력하면서 서구의 제도를 적극적으로 도입하였다. 그러나 제2차 세계대전 이후 미국의 지배를 거쳐 현재에 이르는 동안 55년간 안정적인 자민당 일당지배체제를 거쳤다. 그 상황에서 입법의 주도권은 내각에 있었고 의회의 활동은 상대적으로 미약했다. 그러나 일본은 내각제로 의원이 내각총리가 되므로 대통령제와는 다른 특징이 있다. 자민당이 붕괴되면서 2당 체제를 거쳐 2009년에는 민주당이 다수당이 되어 새로운 변화를 모색하고 있다. 그 표어가 국민참여형정치를 국민주도형정치로 바꾸어야 한다는 주장이다. 이는 변화된 상황에서 그리고 장래의 변화의 흐름에 처지지 않기 위하여 노력하고 있다는 표시로 보인다.

일본의 입법학 연구는 위와 같이 변화된 상황에서 의회가 본연의 기능을 하고 의원입법이 증가하자 보다 활성화되고 있다. 물론 현대행정국가로 바뀌면서 입법의 전문화, 다양화 그리고 입법의 홍수 속에서 주권자인 국민들이 이해하기 쉽고 의사를 반영하기 위한 방법의 하나로 입법학 정립의 필요성이 강조되어 왔다. 일본은 末弘박사가 제기한 입법학의 필요성을 바탕으로 하여 입법학의 주체성을 강조하면서 법정책학, 정책법무 등과의 비교를 하고 있다. 일본의 학자들은 당시의 의회상황에 바탕을 전제로 하여 많은 연구를 하면서 양원제의 문제점을 지적하기도 하였다.

입법담당자를 대상으로 하는 입법학 연구 교재를 살펴보면 일본도 이제 입법학 연구에 본격적으로 눈을 돌리는 상황으로 평가된다. 福元健太郎교수의 통계적 분석을 통한 연구는 방법론적으로 효과가 있는지 지켜볼만하다. 진정한 의회민주주의제를 강조하는 학자의 목소리는 상당히 친숙하다.

제6장 연구결과 분석과 정책적 활용방안

제1절 연구결과의 요약

나라마다 역사와 문화적 배경이 달라 입법학에 대한 접근방법이 다르나 비교법적 연구를 통하여 우리나라가 그렇게 뒤처지지 않았다는 생각과 함께 정치와 밀접한 관계가 있는 입법에 대한 접근 방법과 방향에 대한 연구가 필요하다는 느낌이 들었다. 그 연구 결과를 나라별로 나누어 순서대로 설명하면 다음과 같다.

제2장 독일의 입법학에서 입법학은 명칭 자체에서 드러나듯이 "법을 세우는 것"에 대한 학문이므로 대단위성과 종합성의 의미를 지닐 수밖에 없다는 전제 아래 논의를 전개하였다. 즉 입법학은 사실과 규범이라는 두 개의 영역의 순환적 관계 즉 피드백 관계를 의미하여 그에 걸맞게 순환적 관계의 결절점마다 일정한 조직과 주체를 설정해야 한다. 뿐만 아니라 사실과 규범의 해당영역이 확립한 체계를 상호조정해야 한다는 다원적 및 체계적 검토의 필요성이 제기된다. 그리고 이 사실과 규범의 체계적 위치는 단위 국가와 사회의 내부적 관계는 물론 다수 국가와 사회가 관여하는 국제관계에도 연계될 수밖에 없다(제1절).

제2절에서 입법학 자체가 겪었던 독일을 포함한 독일어권 내부에서 상호협력적 역사적 변천과 대응을 개괄적으로 살펴보고 동시에 주변 학문영역과 관계를 규명하며 입법학 자체의 정체성을 살펴본다. 다시 말하자면 입법학 자체의 학문적 지위와 그에 관한 역사적 발전의 추세가 점검대상이었다. 오늘날 국가는 특히 법치국가는 법률국가이며 그에 따라 결국 입법국가이다. 입법이론에는 일반적으로 이해하는 개념에 따르면 법률의 성립, 작성 내지 구성, 효과 다시 말해서 법률의 작성 즉 법률기술 내지 입법기술로부터 법률의 효과 내지 영향력에 이르기까지 그에 관한 이론은 모두 포함된다(I). 이어서 넓은 개념의 입법학을 전제로 몇 가지 유사관념을 점검하였다(II). 관점을 바꾸어 보면 법과대학 개설과목으로서 입법이론은 법률가양성 교육의 일분과로서 가진 의미와 체계적 지위는 법해석학의 주도적 지위에 밀리는 선택과목이지만 사전학습의 요구 때문에 고급과정에 속한다(III). 학문으로서 입법이론은 역사적으로 그리고 입법학 발전의 한 시기나 한 영역을 차지한다는 볼 만한 저자와 저작물 등을 추적하였다(IV). 그에 이어 법제실무 담당자의 관점에서 본 입법학을 별도로 점검하였다(V). 역사적으로 거슬러 올라가면 계몽이론 단계, 민법을 비롯한 기본법 제정, 새로운 입법이론의 좌표로 정치화, 탈정치화, 헌법편입 등의 문제를 살펴보았다(VI). 권한이론으로서 입법학의 문제가 유럽 차원에서 제기되었다는 사실을 추가하였다(VII).

제3절에서는 입법의 중심현상인 법률의 제·개정을 중심으로 좋은 법률이 무엇인지 그리고 법률을 제대로 제·개정하려면 어떻게 해야 하는지 등의 문제를 전반적으로 개관하였다.

좋은 법률에 관한 질적 판단의 기준과 척도라면 한편으로 정책 및 정치적 차원에서 공공복리 수준의 최적화하는 것이며 다른 한편으로 규범화 기술과 방식 즉 법률기술적 차원 즉 지속성, 명확성, 특정성, 일관성 등을 확보하는 것이다(II). 좋은 입법을 위한 판단기준도 함께 살펴보았다(III). 기타 좋은 법률과 좋은 입법에 필요한 조직과 절차 등을 점검하고(IV), 이에 관한 사법적 통제 가능성을 부정하는 쪽으로 확인하였다(V).

제4절에서는 입법학의 각 분과 중에서 가장 역사적 뿌리가 깊고 잘 확립된 입법기술 분야를 일반적으로 점검하였다. 사실상 입법학 분야 중 법해석학에 매우 가까우면서 실무현장에서 가장 기본적이며 긴급한 요소의 집적체이기도 하다. 제도적 측면에서 입법기술을 맡은 연방법무부와 의회의 두 영역을 점검하였다(I). 역사는 깊으나 현실적으로 어떤 개인이 입법기술의 능력을 갖출 가능성이 매우 적다는 실무적 상황을 지적하였다(II.) 독일 연방법무부에서 발간한 법형식성 심사실무 안내서를 목차에 의거하여 소개하면서 몇 개 사항은 예시적으로 설명하였다. 내용으로는 법심사 일반, 개괄적 유의사항, 신규법률과 개정법률의 구분, 법규명령, 초안작성, 공포 등의 문제를 제시하였다. 이로써 입법기술의 영역과 방법론적 구현의 구체적 현상을 감득하자는 것이었다. (III.) 법언어와 관련하여 법해석학의 기초이자 또한 밀접한 관련을 지닌 이 부분의 독자적 확립성을 강조한다는 것이 논의의 목적이었다.

제5절에서는 독일연방공화국 16대 연방의회의 전반기(2005-2007) 689개 법률에 대하여 카르펜이 민간단체의 의뢰를 받아 평가한 결과를 검토하였다(I). 8개 판단척도를 사용하였다. 입법학의 성과를 독일의 주도적 학자가 법률을 평가할 때 어떻게 선별하여 어떻게 적용하는지 예시적으로 인식할 수 있었다(II). 과연 독일 연방의회의 작업성과인 법률의 평가결과는 상당히 부정적이었다(III). 그에 대한 개선책으로서 제시한 사항을 살펴보았다(IV). 우리 관점에서 볼 때 입법학 연구영역이 그 자체로 서로 얽혀있는 상황이 입법평가시에 어떤 기준으로 채택하고 운영할 수 있는지 참고할 수 있었다(V).

제6절에서는 입법학의 관련영역이 워낙 광대하다는 점, 법해석학적 지식을 전제로 비로소 입법학적 평가가 가능하다는 점, 입법기술은 현장에서 개별영역에 따라 상당히 엄격하고 구체적으로 형성될 수 있다는 점 등에 비추어 어떤 학회에서 어떻게 연구하며 대학과 실무아카데미 등에서 어떻게 교육할 수 있는지 어떻게 적절한 교재를 구성할 수 있는지 살펴보았다.

제7절에서는 위의 논의 사항을 바탕으로 정책적 제안에 해당되는 사항을 개괄적으로 지적하였다. 특히 독일을 위시한 스위스·오스트리아 등의 유럽의 독일어권역에서 영역별로 제도화하여 연구와 활용을 겸하면서 제도 역시 그에 발맞춰 설립하고 운영하는 현실적 상황을 지적하였다.

제3장 스위스와 오스트리아의 입법학에서는 독일어권의 입법학으로서 스위스의 칸톤 치중경향이라는 정치체제와 입법학의 발전양상을 학회, 대학, 실무 등으로 분류하고 대표적인 교과서를 예시적으로 소개하였다(제1절). 이어 오스트리아의 연방 치중경향과 정치체제를 살펴보고 실무영역의 입법기술 중심적 접근의 경향과 대표적 교과서를 예시적으로 소개하였

다(제2절). 입법학의 종합성이 각국의 정치체제의 성향에 따라 특화될 가능성을 인식하였다고 할 수 있다.

제4장 미국의 입법학에서는 미국의 사례 중심으로 이론을 교육하는 것을 배울 수 있었다. 특히 당연하다고 생각하는 것이 미국에서 얼마나 어렵게 투쟁하고 노력하여 만들어 졌는지를 상세히 설명하고 있다. 그 중에서도 대의제 민주주의의 장점에 대한 논의와 그 장점을 지키려고 노력하는 국민들의 인내심을 느낄 수 있다.

제1장에서는 1964년 민권법이란 제정법의 제정필요성과 그 당시 미국인들의 차별에 대한 인식의 차이에 따른 대응 방법의 차이를 의회의 입법과정에서 지루하지만 합리적으로 해결하는 과정을 설명하고 있다. 그렇게 많은 토론을 거쳐 만든 민권법을 실제로 적용하려 하자 발생하는 문제를 법원에서 해석으로 해결할 수밖에 없게 되자 평등원칙이 다시 등장하고 그 상황을 가장 합리적으로 해결하는 방법을 제시하면서 민주주의 이론을 연구하는 방법을 제시하면서 교재의 처음과 끝을 관통하는 문제의식을 심어주고 있다.

제2장에서는 입법에 관한 논의는 대표이론(theories of representation)으로 대표에 관한 이론적 해명을 출발점으로 할 수 있다. 이런 대표의 이론에 관한 이론적 해명은 이후 입법과정(legislative process)과 법령해석(statutory interpretation)의 문제에 관한 이론적 프레임의 형성을 가능하게 한다.

먼저, 자유주의 이론(liberal theories)은 시민을 공동의 목표를 도달하고 시민들 사이의 차이를 해소하기 위해 정부를 필요로 하는 합리적인 존재로 상정한다. 모든 시민은 자신의 목표를 추구하는 고도의 자유를 가지고 법에 의해 설정된 한계에만 복종하는 자율적인 인간이다. 그리고 시민의 대표를 집단적 대리인(collective agent)으로서 그 선거민의 이익을 추구하는 존재로 인식한다. 그리고 입법은 대부분의 관련 이익들이 충족될 때까지 다른 이해관계들을 반영하여 교섭하고 상호 협상하는 하나의 절차로 이해한다.

이에 반해 공화주의 이론(Republic theories)은 시민을 자유주의보다는 덜 자율적이고 더욱 그들을 둘러싼 공동체에 의해 영향을 많이 받는 존재로 인식한다. 개인의 선호(preference)는 고정되어 있지 않고, 다른 상호작용과 경험뿐만 아니라 입법과정의 숙고과정에 의해 형성되는 내재적인(endogenous) 것으로 인식된다. 법의 정당성은 절차적 정의뿐만 아니라 실체적 보장에 의존한다. 입법자의 선거민은 바로 공공의 선이고 그의 역할은 국민을 위한 수탁자(trustee)로서 숙고하는 것이다.

비판이론(critical theories)은 “대표”라는 표현이 지닌 사회적 환상에 대해 회의적이다. 자유주의의 입장과 달리 시민들은 비자율적(non-autonomous) 존재일 뿐만 아니라, 그들의 정치적 참여와 숙고는 공화주의적 구상을 침식하면서 복종의 구조와 담론에 의해 영향을 받는다. 비판이론가들은 개인의 대표(자유주의) 또는 공공의 번영(공화주의)보다는 집단의 대표에 더 초점을 맞춘다. 그들의 입장에서, 대표제의 훌륭한 시스템은 현재의 정치를 포함해

야 한다. 즉 역사적으로 복종을 받았던 그룹들의 구성원들(전통적으로, 흑인들 그리고 여성들, 아마도 게이와 빈곤층)은 일정한 결과에 영향을 줄 수 있도록 충분한 수의 대표가 입법부에 있어야 한다.

이와 같은 대표에 대한 차별적 이해는 구체적으로 대표의 구성에 대한 일정한 함의를 내포한다. 여기서, Hanna Pitkin의 대표이론(The Concept of Representation, 1967)을 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 기술적 또는 재현적 이론(Descriptive theory)은 대표를 큰 집단의 축소판으로 여기는 입장이다. John Adams에 의하면, 대표제 입법부는 다수 인민의 정확한 재현(exact portrait)이어야 한다고 주장하였다. 재현적 대표개념은 강력한 선거구(constituency)를 요청한다. 또한 기술적 이론은 비례대표제(proportionate representation)를 선호한다. 이는 대표이론에 있어 비판이론과 연결될 수 있다고 본다.

다름으로, 대리인 이론(Agency theory)은 대표를 그를 선택한 사람의 대리인(agent)으로 여긴다. 완화된 형태에서는 선거민이 대표의 지위에 있었다면 선거민이 행동하리라고 생각하는 대로 대표가 행동할 것을 요구한다. 다원주의자(pluralist) 민주주의이론은 대리인이론과 같은 완화된 버전에 의존한다. 대리인이론은 빈번한 선거를 선호하는데 대표자는 그의 선거민에 의해 주기적으로 심사될 필요가 있다. 이는 대표에 관한 자유주의(Liberal)와 관련성을 가지게 된다.

끝으로, 신탁 이론(trusteeship theory)은 Madison과 같이 공익의 수탁자(trustee)로 보는 입장인데 여기서 대표의 역할은 일시적이거나 당리적인 고려보다는 나라의 진정한 이익을 구별하여 여론을 형성하고 주도하는 것이다. 일반적으로 정부에 대한 공화주의이론(Republican theories)은 입법자를 공익을 숙고하는 수탁자들로 여긴다. 신탁이론은 똑똑한 사람을 고르고 그들을 오랫동안 공직에 있도록 하는 시스템을 선호하여 빈번한 선거와 엄격한 비례성(proportionality)에 대해서는 회의적이다.

이와 같은 대표에 대한 다른 이해는 대표구조(representational structure)에 있어 인식의 차이를 보여준다. 구체적으로, 대표를 선출하는 선거구조와 투표가치의 평등문제에 대해서 그리고 인종적인 투표의석의 문제에 있어서 자유주의와 비판이론은 공화주의와는 다른 입장을 보일 수밖에 없다. 의원의 자격요건과 연방의원에 대한 임기제한(term limitation)의 문제에 있어서도 이런 문제가 나타난다.

특히, 선거운동 비용의 구조에 있어서는 선명한 인식의 차이를 보여준다. 즉 다원론자(pluralist thinkers)는 선거비용을 규제하는 것을 반대할 것이다. 그들은 그런 규제가 비효율적이라고 주장할 것이다. 왜냐하면 금전은 정치적 견해가 대표를 통해 전달되도록 하는 표현수단이기 때문에 그런 규제는 비효율을 야기할 뿐이라고 본다. 반면, 공화주의자(Republican)와 그 비판적 이론가들은 규제되지 않은 정치시스템에서 재산이라는 정치적 이득은 뇌물만큼 정치과정을 타락시키는 것으로 여긴다. 미국정치 시스템은 정치적 평등이라는 가정에 기초하고 있는데 후보자가 선거를 위해 필요로 하는 돈은 평등하게 분배되어 있지

않아 이와 같은 선거비용의 실질적인 불평등은 정치적 평등의 추구를 방해하고 있다고 본다.

제3장에서는 입법심의 구조를 논하고 있다. 1절은 입법과정에서 상대적으로 직선적인 개념인 부패와 관련되는 쟁점들을 검토한다. 특히 법안관련 뇌물, 공갈 그리고 이익 갈등에 관련된다. 우리가 보다시피 뇌물이나 공갈의 명백한 사례에서 벗어나면 분쟁이 없는 부패에 대한 개념조차 불분명하다. 2절에서는 로비를 다룬다. 로비는 1차 헌법개정에 의해 명백하게 보호된 자유이익이나 동시에 적어도 공화주의 이론에 의하면 입법과정에서 부패의 가능한 원천이기도 하다. 현행 로비접촉을 규제하는 법제도를 제공한다. 그것은 의회가 로비활동공개법을 채택하였을 때 1995년 실제로 변경되었다. 분석적인 쟁점은 이 법률이 1차 개정 하에서 합헌적인지 여부와 어느 대표이론에서 정당화되는지 여부 등이다. 우리는 또한 1차 개정 헌법상 권리들에 더 많은 부담을 주고 나아가 보다 헌법적으로 문제 있는 규제들에 대한 다른 접근들을 언급할 것이다. 3절은 주정부와 연방정부에서 오랜 기간에 걸쳐 입법심의를 형성한 약간의 헌법 규정들을 검토한다. 의원들에 대한 이익집단의 압력을 감소시키고, 종종 개별적으로는 소수의 지지를 얻는 규정들의 집합인 일괄법안의 협상을 방해하기 위해 고안된 실질적인 규정들에 초점을 맞추고 있다. 대부분의 주에서 주지사에게 부여한 부분거부권(item veto)과 대통령에게 같은 종류의 권한을 주는 취지의 연방법을 평가하고 있다.

제4장은 오레곤 대법원 Hans Linde 판사는 입법과정의 적법절차이론으로 시작한다. 그는 헌법의 적법절차조항은 나중에 사법부에 의한 2차적 검토의 대상이 되는 입법부만이 아니라 정부 스스로도 법의 적법한 절차에 의해 행위 하도록 가르친다고 주장하였다. 입법과정(legislative process)은 합리적인 입법(rational lawmaking)을 하기 위해 고안되어야 한다고 보았다. 구체적으로 입법절차의 적법절차를 위해 헌법적 차원의 요구를 고찰한다. 즉, 헌법은 양원주의(bicameralism)와 제출요구(presentment requirement)를 자세히 규정한다. 그리고 의회규칙들은 부가적인 절차적 제약을 부여한다. 이런 요소들은 구조적 적법절차를 구성한다. 다음으로, 입법초안 작업과 관련된 입법의 적법절차가 문제되는데 여기서는 법령초안 작업에 대한 일반적인 접근, 법안의 구조, 입법언어의 병 등의 문제가 주요한 문제영역들이다.

제5장은 직접민주주의에 대해 논하고 있다. 주민발안과 주민투표 그리고 소환제도가 왜 등장하였는지, 직접 민주주의 제도의 장점이 무엇인지 그리고 단점을 어떻게 해결할 것인지를 논하고 있다. 대중민주주의와 심의(숙고)민주주의에 대한 장단점을 통하여 건국의 아버지들이 미국헌법을 제정하면서 고민한 것을 되돌아보게 한다. 미국 연방에서는 발안제도와 주민투표 등이 채택되지 않고 있으나 주 단위에서는 다양한 형대로 혼성되어 있고 나름대로의 실험에 대한 평가를 판례를 통하여 하고 있다.

제6장은 미국법의 법원으로서 제정법을 살피고 있다. 미국법에 절대적인 영향을 준 블랙스턴은 사법결정(judicial decision)을 합리적인, 정돈된, 객관적인, 영원한, 그리고 원리화된 것으로 반면 입법(legisprudence)을 자의적이고, 무질서인, 주관적인, 불확실한, 변화하는

그리고 정치적인 것으로 대비하였다. 이런 보통법 형식주의자(common law formalists)는 입법의 해석을 좁히자는 주장으로 귀결된다. 이런 형식주의의 시대인 19세기로부터 20세기는 법령이 정책(policy), 법(law), 그리고 원칙(principle)의 소스들로 보통법(common law)을 대체하면서 전면에 등장하는 법령의 시대로 전환하게 되었다.

바야흐로 법령의 시대가 되자 입법절차에 대한 정치적 분석이 광범위하게 이루어졌고 이런 성과들은 입법학에도 소개되었다. 대표이론처럼, 입법절차의 이론들은 보통 기술적(descriptive)이고 규범적인(normative) 양 차원을 모두 지니고 있다. 입법절차에 관한 이론들은 보통 세 개의 그룹으로 나누어질 수 있다. 어느 것도 입법부, 입법자, 이익단체(interest groups), 그리고 선거민의 풍부하고 복잡한 실제 모습을 정확히 기술하지는 못하지만 이론들은 입법절차의 중요한 국면들을 비춰준다.

절차주의자 이론(proceduralist theories)은 법안이 제정되는 많은 절차들을 강조한다. 현대 입법절차의 가장 중요한 국면은 입법절차가 새 정책의 지지자들이 그들의 법안이 법이 되기 전에 극복해야 하는 복잡한 장애물들로 가득 채워져 있다는 점이다. 입법절차의 각 단계에서 의안은 변경되거나 정지될 수 있고, 새로운 연합이 형성되어야 하고 협상과 전략적 행동 그리고 숙고를 위한 기회가 제시되어야 한다. 이런 단계의 각각을 통제하는 자는 의안을 폐기할 수 있는 능력을 가지고 있기 때문에, 일부 정치과학자들은 그들을 비토게이트(vetogates)로 부른다. 부 자유주의 이론은 입법을 어렵게 하는 정부조직을 선호한다. 입법절차를 포괄하는 비토게이트는 그런 목적에 부합한다. 헌법의 설계자들도 그런 자유주의의 목적을 수용하였다. 해밀턴은 절차주의(proceduralism)를 옹호하였는데 그것이 부적당한 법에 대한 부가적인 안전판을 제공하기 때문이었다. 공화주의자들 역시 절차주의(Proceduralism)를 입법 제안들에 관한 공공의 숙고를 장려하는 수단으로서 보았다.

이익단체 이론(interest group theories)은 입법절차에서 조직화된 조직의 역할을 강조한다. 출발점으로서, 다원주의 이론(pluralist theories)을 위해 중요한 개념으로서 “이익단체(interest group)"는 무엇인가를 분명히 규명해야 한다. Madison은 파벌화된 단체를 부정적으로 인식하였지만, 이익단체 자유주의(interest gorup liberalism)는 파벌(factions)을 두려워하기보다, 이제 정치과정에 큰 역할을 하는 조직화된 그룹에 의지해야 한다고 본다. 정당들은 개인들과 대표들 사이를 중개하고, 투표자가 특정 공직에 대한 후보자를 고르기 위한 정보와 가버넌스의 구조를 제공해 준다는 것이다. 또한 많은 정치학자들과 경제학자들은 이익단체 형성의 유형에 대한 설명을 제공하기 위해 노력하였다. 이런 학자들 중 다수는 공공선택(public choice)이라는 관점으로부터 작업을 하였는데, 이 방법론은 정치적 의사결정에 경제적 원칙을 적용하는 것을 포함한다.

제도 이론(institutional theories)은 여러 정치 제도들과 광범위한 정부조직의 정책에 대한 영향과의 관계에 집중한다. 이익단체 이론이 절차(이익단체들, 입법자들, 정책기획가들, 선거민들)에의 참여를 강조하는 반면, 다른 그룹의 이론은 상호작용의 구조를 형성하는 제도들(institutions)에 관심을 기울인다. 다시 이런 제도론자들은 Madison의 전통을 자신들의

것이라고 주장한다. Madison과 같이 그들은 개인행동을 형성하는, 제도적으로 형성된 인센티브의 성격을 강조한다. 그리고 그들은 균형 또는 평형의 개념으로서 결과를 설명한다. 다수결 투표계획 아래서 정치결과는 불가피하게 일관되지 않을 것이고, 또한 반드시 다수의 선호를 반영하지 않고 그래서 정당성을 부족하게 할 것이라고 주장하는 사회 선택 이론가들(social choice theorists)이 있다. 또한 공공선택 전통으로부터 성장하고 게임이론에 의해 영향을 받은 관련된 제도적 연구는 실증적 정치이론(positive political theory; PPT)으로 알려져 있다.

제8장과 9장의 법령해석편에서는 법령해석의 규범적 이론은 크게 세 가지의 입장으로 구분할 수 있다. 먼저 의도주의 이론(Intentionalist Theories)이다. 이 입장은 법령해석의 앵들로 아메리칸 이론의 전통을 이어 받아 입법의도(legislative intent)를 법령해석의 목적으로 강조한다. 문제는 무엇이 입법의도로 보아야 하는가 이다. 즉 입법자가 실제로 법령의 범위와 적용에 관한 특정문제를 어떻게 결정했을까 하는 입법자의 특정한 의도(specific intent)인가? 입법자가 그 문제에 대해 생각했었다면 결정했을 것으로 여겨지는 것의 상상적 재건축(imaginative reconstruction)인가? 아니면 법을 제정할 때의 입법자의 일반적 목적, 혹은 일반적 의도(general intent, purpose)인가? 의도주의 이론 아래 법령해석의 가장 정당한 기초는 실제의 특정한 의도일 수 있지만, 그것은 발견하기 특히 어렵고 해석자는 입안자가 기대하지 않았던 새로운 문제에 직면할 때 완전히 알 수 없어져 버린다. 의도주의의 한계가 여기에 있다.

다음으로, 텍스트주의 이론(Textualist Theories)은 해석자가 그 관점을 낮추고 법령텍스트의 통상적 의미(plain meaning)를 입법의도의 가장 훌륭한 증거로서 또는 해석을 위한 유일한 권위적 기초로서 적용해야 한다는 것을 제안하는 것이라고 볼 수 있다. 이는 법의 지배(rule of law)의 관점에 가장 부합하는 해석론이라고 볼 수 있다. 여기서 더 확고하게 신텍스트주의(The New Textualism)는 영어를 통상적으로 말하는 자가 법령텍스트로부터 이끌어낼 수 있는 의미(meaning)야말로 법령해석의 알파요 오메가라고 본다. 텍스트주의 역시 해결하기 어려운 구체적인 사안의 해결과 관련해서는 한계에 봉착하게 된다.

끝으로, 동태적 이론(Dynamic Theories)은 어려운 해석사건들(Holy Trinity와 Weber)에서 형식적(formal)이거나 역사적인(historical) 주장들보다는 차라리 규범적(normative)인 주장들이 논란은 있지만 결정적이었다고 본다. 즉 우리가 어느 스토리를 다시 말하게 될 때, 우리는 그것은 그러해야 한다(it ought to be)는 것처럼 그 스토리에 대한 우리의 인식에 의해 의식적으로나 무의식적으로 지배된다. 그러므로 그 이론들은 규범적이다. 해석자들이 법령을 적용할 때, 그들은 가치선택을 하고 있는 것이다. 그들은 또한 다이내믹하다. 법령은 반복해서 적용되기 때문에 존재하는 무엇이 아니고 되어가는 무엇이다. 또한 그것은 현실의 딱딱한 덩어리가 아니라 흘러가는 절차(fluid process)인데 그것은 그것이 마땅히 그래야 한다는 것만큼이나 인간의 창조적인 충동(creative impulse)에 의해 지배된다고 본다. 이는 주로 법원실무보다는 학계에서 그 지지자들이 많다.

제5장 일본의 입법학은 다양한 논문이나 교재를 통하여 볼 때 목표를 향하여 출발할 준비가 된 상태로 보였다. 진정한 의회제민주주의를 주장하고 국민참여형이 아니라 국민주도형 정치를 원하는 상황에서 입법학의 필요성이 더욱 강조될 것이다. 일본의 학계에서는 일본의 권력구조나 현실적인 의회구조에 따른 비교법적인 연구를 꾸준히 하여 새로운 변화에 중심을 유지하며 적응할 것으로 보인다. 일본의 사회구조를 획기적으로 바꾸지 못한 상태에서의 한계가 있을 것이나 20여년 전부터 그러한 주장이 나왔으므로 충분한 대응이 가능할 것으로 보인다. 도처에 보이는 동남아국가에 대한 입법적 지원이라는 용어가 보이는바, 유럽연합과 같은 한중일연합이나 동남아연합을 구상하는 것과 무관하지는 않다고 할 것이다.

제2절 연구결과의 정책적 활용방안

Ⅰ. 입법학의 필요성

우리나라도 이제 국회가 입법의 중심이 되었다. 그러나 대통령제하에서 정부입법과 의원입법이 병존하는 상황에서 입법에 대한 양적 문제 뿐 아니라 질적인 문제에도 신경을 써야 할 단계에 왔다. 적극적이고 동태적이며 신속한 입법과정을 자랑하는 나라에서는 좀 더 신중한 법안의 준비가 중요하고 국회에서의 심의에 국민의 의사도 적극 반영되어야 할 것이다. 현재 그러한 제도적 틀은 갖추고 있지만 입법의 중요성에 대한 인식은 기대에 미치지 못하다. 지금까지의 관심의 대상이나 업무의 대상이 법적 분쟁에 대한 법해석학에 치중하였기 때문이다. 그리고 권위주의 시대에 통법부에 불과한 의회에 대한 불신론과 입법이 정치적 타협 또는 거래의 결과로 비추어졌기 때문이다.

그러한 상황에서 민주주의와 법치주의를 유지하기 위해서는 전 국민이 입법학에 대한 소양을 쌓아야 할 것이다. 입법학의 수요자는 국회의원이나 지방의회의원 그리고 법제업무담당자에 그쳐서는 아니 될 것이다. 전자정부를 표방하고 전자민주주의를 실현하려는 시점에서 의회제민주주의의 장점인 토론과 타협을 배우도록 해야 할 것이다. 전자민주주의가 직접민주주의로 나아가는 것이라면 더욱 더 대표제민주주의의 장점의 가치는 중요하다고 할 것이다.

Ⅱ. 입법의 적법절차의 강조

미국에서는 입법에도 사법과 마찬가지로 적법절차를 강조하고 있다. 우리의 경우 헌법재판소와 법원이 적법절차에 대한 통제를 하고 있으나, 정치의 장인 국회에서의 입법활동을 일괄적으로 적법절차로 기속하는 것은 어렵다. 그러나 적법절차를 지키지 않았을 경우에는 입법이 제대로 기능을 하지 못한다는 것은 전제가 되어야 할 것이다. 기본적으로 미국에서는 의회를 두면서 대표제민주주의를 실시하면서 그 토론과 주장의 내용을 연방주의자란 문

건으로 남겨 둔 것은 새로운 세상을 열겠다는 사명감에 그 고민을 후손들에게 물려주어 그들이 어려운 문제에 봉착하였을 때 해결하라는 이유라고 할 것이다.

우리의 경우 헌법재판소의 결정에 대한 적극적인 연구와 주석으로 입법에서의 적법절차를 강조해야 할 것이다. 그리고 그 사례가 입법학 교과서에 실리고 중고등학교의 교과서에도 실려 입법학에서 적법절차가 중요하다는 것을 체득시켜야 할 것이다.

Ⅲ. 입법학 교재 개발의 필요성

입법학의 목적 중 하나는 정책의 법제화이다. 정책이 법제화되는 과정에 대한 전반적인 제도를 파악한 후 구체적인 법안 작성에 대한 절차를 밟아야 할 것이다. 구체적인 법안 작성에 대한 연습을 통하여 법정책학이나 정책학 등의 관련 분야와의 학제간 연구도 가능할 것이다. 법사회학이나 법경제학 등은 입법에 영향을 주는 것이므로 충분한 연구가 필요할 것이다. 그 외에도 입법기술은 입법의 도구로서 입법원리와 함께 기본적으로 습득해야 할 것이다. “정부에서의 입법 등에 관한 법률”의 제정도 고려할 수 있으나 서론에서 본 바와 같이 입법기술 부분은 상당한 수준으로 발전하여 있으므로 입법관련자들이 참고할 수 있는 교재의 개발이 필요하다.

Ⅳ. 입법학의 법제업무 활용의 활성화

입법학이 법제업무에 활용될 수 있도록 할 필요가 있다. 시대와 상황이 빠르게 변하고 있는 오늘날 정책과 법이 혼연일체가 되도록 해야 한다. 가족의 위치정보를 추적해달라고 경찰에 요청하였으나 현행법의 해석으로 어렵다며 거절하여 불행한 결과가 발생한 사안에서, 관련 법규인 “위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률”과 "재난 및 안전관리기본법“을 미리 일부 개정하여 불행한 결과를 예방할 수 있었을 경우라면 이도 입법의 미비라고 할 것이다. 현행법으로는 “위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률” 제29조(긴급구조를 위한 개인위치정보의 이용)를 이용할 수 있으나, 입법의 개선을 추구하는 것도 입법학의 영역이라고 할 것이다.

Ⅴ. 입법학의 비교법적 연구

비교법적인 연구는 그들의 연구와 토론 그리고 시행착오를 거울삼아 그 장점과 단점을 분석하여 우리에게 도움이 되도록 하는 것이다. 독일의 경우 대륙법계 국가의 강자로 많은 연구가 있고 이론의 체계화로 주변 국가에 적지 않은 영향을 주고 있다. 특히 유럽연합에서 차지하는 비중이 크고 발달된 법학으로 유럽연합의 입법학에도 영향을 주고 있다. 스위스의

경우 직접민주주의제도의 실험이 오랜 전통 속에서 제대로 기능하고 있으므로 이에 대한 비교법적인 연구가 필요하다. 오스트리아의 경우 의회 의사당은 강대국이었을 때 건축한 것으로 웅장하다. 그런 만큼 과거의 영화에 대한 자부심이 강하나 현재는 인구가 작고 독일과 이웃하여 입법학 분야는 연구를 공유하고 있다. 언어의 동질성으로 독일학자가 스위스나 오스트리아에서 강의하는 것과 그 반대도 가능하고, 유럽연합의 영향으로 더 가속화될 것으로 보인다.

미국의 입법학에서는 미국 제도를 전제로 한 발전이 대표제민주주의를 통한 인내심 배양과 다양한 의견 속에서 원칙을 존중하여 국가의 공익을 추구하는 것이 돋보인다. 일본의 경우 의회에 대한 장기적인 안정형 일당지배가 우리의 경제성장기와 유사하였다는 점을 알게 되었으며 그 의미를 신중히 분석할 가치가 있다고 할 것이다. 그 후 새로운 의회가 국가체제를 어떤 방향으로 이끌 것이며 이에 대한 국민의 반응이 어떠할 것인지 궁금하다. 그러나 일본의 입법학은 그 소임을 다하기 위해 천천히 준비해왔으므로 자기 역할을 충실히 할 것으로 보인다. 주변 국가에 대한 입법지원을 주장하는 입법학의 목소리가 예사롭지 않다.

Ⅵ. 입법학에의 지원

독일이나 미국 그리고 일본에서 입법학이 그 정체성을 가지고 발전하고 있으므로 이제 싹을 피우고 있는 우리의 입법학도 적극 지원해야 할 것이다. 법학전문대학원에서도 입법전문가가 양산되어 양질의 입법을 적시에 하여 선진국가로 도약해야 할 것이다. 이를 위해 정부입법의 조정자인 법제처와 의원입법의 보좌기관인 국회 법제실이나 국회입법조사처가 보다 활성화되어야 할 것이다.

제3절 바람직한 입법학 교재의 방향 및 내용

본 연구의 결과를 종합하여 결론적으로 바람직학 입법학 교재의 방향과 그 내용에 대하여 조망하여 보기로 한다.

지금까지의 비교법적인 검토를 요약하면 독일을 비롯한 스위스와 오스트리아의 대륙법 영역의 입법학은 전면적으로 내용 분할 이후의 발전을 지향한다는 추세이고, 미국법 영역의 입법학은 영미법 전통에 따라 구체적인 개별법률의 제정과정을 제시하고 관련되는 각종 주제를 풀어나가는 방식이다. 일본은 대륙법 방식이 우세하다. 우리나라에서는 의회 중심의 입법학은 입법과정에 치중하는 경향을 보이고 행정부 중심의 입법학은 입법기술 내지 입법권한의 분할에 치중하는 경향을 보이며 학계의 입법학은 일반이론이나 법사회학적 성과를 추구하는 경향을 보인다고 할 수 있다. 현재 수준에서 평가하자면 미국법 영역의 입법학과 같이 주요한 개별 법률(예를 들면 민권법) 제정과정을 중심으로 사회 제세력 및 의회의 각

정당의 충돌 및 협상 결과를 입법학적으로 평가하는 연구의 업적이 아쉽다고 할 수 있다.

입법학의 필요성을 인정할 때 입법학 발전의 기초인 입법학 교재의 방향과 내용은 교재를 보는 대상을 고려하지 않을 수 없다. 입법학의 토대가 되는 것을 감안하면 연구성과를 모두 반영해야 할 것이나 학계와 실무에서의 요구가 다를 수 있고, 직업교육과 계속교육으로서의 입장이 다를 수 있다. 정부부처의 입법담당자들은 상당한 수준이므로 보다 심화된 교재가 필요할 것이나 비법학도들이 다수인 법학전문대학원의 교재가 표준적이라고 할 것이다. 그런 만큼 입법학의 기초이론이 포함된 포괄적인 내용이 들어가 전체를 조망할 수 있어야 할 것이다.

먼저 입법학 서론에서 실용 학문으로서의 입법학에 대한 고찰이 필요하고, 종래의 법해석학을 중심으로 하는 이론 법학만으로는 법과 사회현실의 괴리를 해결할 수 없다는 점이 지적되어야 한다. 이를 위해서는 공리주의와 자유주의 등의 입법의 목적에 대한 폭 넓은 고찰이 전제되어야 한다. 현대 민주적 법치국가에서 입법은 국가정책형성과 그 과정에서의 조정의 산물이므로 다양한 기관들과 정치세력들이 관여하며 국가의 발전 방향을 나타내는 것이기도 하다. 국가 기능의 다양화와 전문화가 입법으로 나타나므로 입법의 기능[484]에 대한 고찰도 포함되어야 할 것이다. 입법의 기능에 대한 검토 후에 사실적인 면이 강한 입법과정에 많은 변수들이 작용하여 학문으로서 성격을 띠기 어려울 수 있으나 기존의 이론법학의 바탕 위에 입법을 목적으로 하는 실용적인 종합학문으로서 입법학이 정립되어야 할 필요성과 그 방법론에 대한 소개가 있어야 할 것이다. 학문으로서 정립되면 다른 나라의 상황에 대한 비교연구와 소개가 당연히 따르게 된다. 인류의 지혜의 결정체인 입법과 법학에 대한 비교연구는 역사적인 고찰과 문화철학적인 내용도 포함될 것이다.

그 다음에 민주주의 대표이론과 법치국가의 규범이론에 대한 개괄적인 검토가 필요하다. 좋은 입법을 제정하는 방법으로 대의제민주주의를 채택하고 있으므로 실제 입법 심의를 하는 입법자의 대표성과 그들의 선출과정도 검토되어야 할 것이다. 주권자인 국민의 신임을 얻는 선거방식과 이해당사자들의 로비 그리고 선거자금에 대한 검토와 대의제의 위기로 인한 국민발안, 주민투표, 소환제 등 직접민주주의 방식에 의한 입법도 검토되어야 할 것이다. 그러한 논의 위에 입법학의 대상이 무엇이며 입법의 의의와 종류 그리고 규범으로서의 법의 진화 등이 설명되어야 한다. 최고 규범인 헌법에서 도출되는 여러 입법원리에 대한 고찰을 해야 할 것이다. 그러한 바탕 위에 입법방법론에 대한 개괄적인 설명이 있어야 한다. 실용학문인 입법학은 우리나라의 경우 헌법재판소와 대법원의 입법통제에서 나타난 구체적인 사례의 제시와 고찰도 필요하다.

세 번째는 입법절차론이다. 입법에서 가장 중요한 법률의 제정을 중심으로 하되 지방분권화 시대에 중요성이 강조되는 조례에 대한 설명도 충분히 제공되어야 할 것이다. 연방국가가 아니므로 국회의 입법과정을 중심으로 법률의 생성에 대한 실정법적인 절차의 소개가 필요하다. 정부제출 법률안과 의원제출법률안의 준비과정, 수립과정, 법률안의 입안과 심사과정 및 심의과정과 의결에 이르기까지의 과정이 상세히 소개되어야 한다. 국회의 입법의무

484) 입법의 기능으로 국가행위의 안정화와 질서유지, 사회적 발전의 추진력, 정당 등의 활동을 통한 융합작용, 정치적 투쟁과 합의 발견 등을 들고 있다. Mueller, Georg, Elemente einer Rechssetzungslehre, 참조.

소홀에 대한 통제 방안도 언급되어야 할 것이다. 입법에서의 적법절차와 법안 준비단계에서의 입법영향평가 등에 대한 발전적인 내용이 포함되어야 한다. 지방의회의 조례와 규칙에 대해서는 주민발안, 주민투표 등 제도의 소개와 함께 대법원의 관련 판례 검토 그리고 주민통제에 대한 언급이 필요하다. 나아가 법률의 하위규범인 시행령과 시행규칙 등에 대한 종합적인 제정과정과 방법론에 대한 언급도 필요하다. 입법평가와 관련되는 개정과정에 대한 설명도 필요하다.

네 번째는 입법기술이다. 오랜 역사적 전통을 가지고 있는 입법기술은 법안작성과 직접 연결되므로 소홀히 할 수 없다. 또 입법기술은 입법기능의 정당성을 목표로 하므로 체계정합성과 규율의 원리에 대한 고찰도 필요하다. 법제처의 법령입안심사기준을 중심으로 한 실무교육의 성과도 반영되어야 한다. 그리고 각 분야별 법안작성실무의 내용과 방법론 및 실무사례도 포함되어야 할 것이다.

마지막으로 법의 해석을 포함한 입법평가와 함께 입법 사례에 대한 분석이 필요하다. 입법학의 발전을 위한 입법평가에 대한 이론적 검토와 함께 우리나라에서 있었던 입법과정에서의 문제점과 입법진행과정에 대한 평가 및 헌법재판소의 위헌결정이나 헌법불합치결정 등에 대한 사례분석이 이루어져야 할 것이다. 특히 제정법은 구체적인 사안에서 법의 해석자를 필요로 하는바, 법의 해석원리. 해석자와 입법자의 관계, 해석자의 해석의 한계에 대한 검토가 입법학의 주제로 들어와야 할 것이다.

참 고 문 헌

[국내문헌]

강장석, 국회제도개혁론, 삼영사, 2008.

권태웅,“미국의 입법절차와 사법심사”, 법제, 2007.11.

김영희, 미국의 입법과정, 한국학술정보(주), 2007.

김철수, “한국입법에 대한 통제”, 서울대학교 법학 제25권4호, 1984.12.

김현우, 미국연방의회론, 한국학술정보(주), 2009.

김현우, 일본국회론, 한국학술정보(주), 2008.

김도훈 외 3인, 입법절차와 사법절차, 세창출판사, 2009.

남기명, “미국의 입법과정에 관한 연구(Ⅰ)”, 법제 2005.10.

문우진,“국회의원 개인배경과 입법:입법 메커니즘과 16대와 17대 국회의 입법생산성”, 의정연구 29호 ,2010,

박영도, “입법평가제도에 관한 연구”, 『입법학연구』 (제2집, 2002),

박영도, 『입법학입문』, 한국법제연구원, 2009.

박영도, 『입법평가의 선진화를 위한 표준비용모델 제도화에 관한 연구』 (입법평가 연구 09-16-1), 한국법제연구원, 2009.

박영도, 『유럽연합의 표준비용모델 연구』 (입법평가 연구 09-16-1), 한국법제연구원, 2009.

박영도, “입법학의 내용과 발전방향”, 법제, 2009.8.

박종희, “법률안 회부에 관한 합리적인 방안의 연구”,입법학연구, 제3집,2006.

배병호, “국회의 입법의무”. 입법학연구, 제5집,2008.

배병호, “한국의 유가법사상과 조리의 연혁에 관한 소고”, 성균관법학 제22권 제1호, 2010,

법제처 (이성환, 김수용, 이상영, 홍완식), 입법학의 실태 분석 및 발전을 위한 제도적 지원 방안 마련 (주관연구기관: 사단법인 입법학회) - 학술연구용역 최종보고서 (발간등록 번호 11-1170000-000336-01), 2009. 12.

서원우, “한국입법과정의 이념과 현실”, 서울대학교 법학 제25권4호, 1984.12.

송의달, 세계를 움직이는 미국의회, 한울아카데미, 2000.

신상환, “독일의 입법과정상 입법평가 적용의 구체적 사례분석 및 조망을 통하여 본 한국 입법평가의 발전과제”, 『월간법제』 제540호,

윤길준, “입법학의 정립을 위하여”, 법제, 2008.6.

이상영, “입법의 원칙에서 본 한국의 입법자와 입법과정 분석”, 『입법학연구』 (제1집, 2006),

이상영, “벤담의 법개념과 입법론에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 제13권 2호,

이상영, “벤담의 Common Law 체계에 대한 비판과 입법론 구상에 대한 연구”, 『법학』 (서울대학교, 제49권 제3호),

이우영, “직접 민주주의제도에 대한 입법학적 관점에서의 분석”, 입법학연구, 제3집,2006.

이종한, 『표준비용모델 측정사례』 (입법평가 연구 09-16-1), 한국법제연구원, 2009.

이진국, 『독일의 표준비용모델 연구』 (입법평가 연구 09-16-1), 한국법제연구원, 2009.
임종휘/박수철, 『입법과정론』, 박영사, 2006.
임지봉,“국회의 입법형성권과 헌법재판소 결정의 기속력”,입법학연구, 제3집,2006.
조용호, “미국 제정법의 해석, 그 이론과 실제”,법제 2006.3.
조정찬, “실용적 관점에서의 입법학의 발전방안”, 법제, 2009.12.
조정찬, “입법환경의 변화와 입법절차사의 개선방안”, 법제, 2010.2.
최대권, “입법의 원칙”, 서울대학교 법학 제25권4호, 1984.12.
최대권, “제정법의 해석”, 서울대학교 법학 제30권1·2호, 1989.5.
최대권, “입법학 연구-입법변론을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제31권1·2호, 1990.8.
최대권, “입법학 연구-입법안 작성을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제35권3·4호, 1994.12.
최대권, “우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망”, 서울대학교 법학 제49권제4호, 2008.
최대권, “헌법불합치결정유형에 관한 몇 가지 생각”, 서울대학교 법학 제50권제4호, 2009.
최송화, “한국의 입법기구와 입법자”,서울대학교 법학 제25권4호, 1984.12.
최윤철, “독일에서의 입법학 연구의 현황과 전망”, 『월간법제』 (제545호),
최윤철, “의원입법의 평가와 평가제도 발전에 관한 이론적 검토”, 『공법연구』 (제33집 제3호),
최윤철, “독일에서의 입법자의 법률개선의무에 관한 논의”, 『공법연구』 (제31집 제3호), .
최윤철, “입법자의 법률관찰의무”, 『토지공법연구』 (제21집), 465-486쪽.
최윤철, “독일 입법학 연구의 현황과 전망”, 『입법학연구』 (제3집, 2006),
최윤철, “환경법과 입법자의 법률개선의무”, 『환경법연구』 (제26권 1호),
황적인, “입법과정의 실태적 분석-경제입법을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제25권4호, 1984.12.
국회사무처 국제국, 일본의회, 2006.
Bruno Kaufmann & Rolf Buchi & Nadjs Braun, 이정옥 편역, Initiative & Referendum Institute 직접민주주의로의 초대, 리북, 2008,
Oleszek Walter J.(국회사무처 의사국 역), 미국의회 의사절차, 2003.
국회사무처 의사국, 미국의회 의사규칙, 2007.

[유럽 문헌][485]

Achterberg, Norbert, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Mohr Siebeck, 1984.

Anderwald, Heinz D., Zum Stand der Gesetzesfolgenabschaetzung in OEsterreich, in: Karpen, Ulrich/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht IV, Baden-Baden 2003, S. 85-95.

Axer, Peter, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tuebingen 2000.

Baer, Lewalter, Zielgruppendifferenzierte Gesetzesfolgenabaschaetzung, DOEV 2007, 195 ff.

Battis, Ulrich/Jens Kersten, Die Raumordnung nach der Foederalismusreform, DVBl 2007, 152 ff.

Beck, Wolfgang/Claudia Schuermeier, Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument, LKV 2004, 488 ff. ***

Beutel, Frederick K., Die Experimentelle Rechtswissenschaft, Berlin 1971. (1-43쪽)

Beyme, Klaus von, Der Gesetzgeber, Der Bundestag als Entscheidungszentrum 1997

Blum, Peter, Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabschaetzung und Wirkungskontrolle: Gutachten I zum 65. Deutschen Juristentag (DJT), Muenchen 2004 (= Verhandlungen des Fuenfundsechzigsten Deutschen Jursitentages, Bonn 2004, Bd. I, S. 1 bis I 159).

Blum, Peter, Wege zu besserer Gesetzgebung. Sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabaschaetzung und Wirkungskontrolle, NJW 2004, 45 ff.

Boeckel: Markus, Die Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung, Duncker & Humblot, Berlin 1993 (zugl. Diss. Trier 1992). ***

Boeckenfoerde, Ernst Wolfgang, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin: Duncker & Humblot, 1964. ***

Boehret, Carl, Gesetzesfolgenabschätzung: Soll sie institutionalisiert werden?, in: Klaus Grupp/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Planung, Recht, Rechtsschutz, Festschrift fuer Willi Bluemel zum 70. Geburtstag (Schriften zum OEffentlichen Recht = SOER 772), Berlin 1999.

Boehret, Carl/Goetz Konzendorf: Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Ge-

485) 유럽의 입법학에 관련된 문헌을 찾으려면 일단 스위스 입법학회(SGG)의 정기간행물 "입법과 평가(LeGes)"에 일 년에 한 번씩 게재되는 '논문, 단행본, 학위논문 등을 일괄적으로 정리한 참고문헌 목록'을 참고하는 것이 좋다. 예컨대 Literaturhinweise 2007, 2008, 2009, 2010 [1] 등. 이로써 또한 입법학의 대상 및 관련분야을 대강이나마 짐작할 수 있을 것이다. 이하에서는 참고문헌 2010 [1]에 따라 문헌의 분류항목을 살펴본다. **1. 법과 법사회학** 1.1 법이론과 입법이론 1.2 입법기술과 입법방법 1.3 법사회학과 입법평가 1.4 유럽법과 유럽통합 1.5 헌법 1.6 특수문제 **2. 언어학과 법언어학** 2.1 법언어와 행정언어 2.2 이해가능성 연구 2.3 다중언어, 번역 2.4 특수문제 2.5 보조문헌 **3. 입법평가.** (www.google.de에서 LeGes로 들어가면 찾을 수 있다.)

setze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Nomos: Baden-Baden 2001.

Boehret, Carl/Goetz Konzendorf: Guidelines on Regulatory Impact Assessment (RIA) - Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschaetzung (GFA). Speyerer Forschungsberichte 234, Speyer: Forschungsinstitut fuer OEffentliche Verwaltungs bei der Deutschen Hochschle fuer Verwaltungswissenschaften Speyer, 2004.

Bogdandy, Armin von, Gubernative Rechtsetzung, Tuebingen 2000.

Brandner, Thilo, Gesetzesaenderung, Berlin 2004.

Brandner, Thilo, Parlamentarische Gesetzgebung in Krisensituationen - Zum Zustandekommen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, NVwZ 2009, 211 ff. ***

Brugger, Winfried, Staatszweck im Verfassungsstaat, NJW 1989, 2425 ff. ***

Bundesakademie fuer oeffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung - Eine Lehr- und Lernhilfe, - bekannter wohl unter dem Namen des damaligen Praesidenten Mattern - 1984.

Bundesamt fuer Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden - Leitfaden fuer die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes 3. nachgefuehrte Aufl., Bern 2007.

Bundesministerium der Innern (BMI), Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1992.

Bundesministerium der Innern (BMI)/ Innenmisnisterium Baden-Wuerttemberg, Moderner Staat - Moderne Verwaltungs - Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschaetzung, Meckenheim 2000
(www.staat-modern.de; www.verwaltungsreform-bw.de) ***

Bundesministerium der Innern (BMI) (Hrsg.), Moderner Staat - Moderne Verwaltungs - Abschlussbericht ueber den Praxistet zur Erprobung des Handbuches und des Leitfadens zur Gesetzesfolgenabschaetzung an ausgewaehlten Vorhaben der Ressorts, Neugersdorf 2002 (www.staat-modern.de) ***

Bundesministerium der Innern (BMI) (Hrsg.), Leitfaden: Folgenabschaetzung in der Europaeischen Union, 2006 (www.staat-modern.de) ***

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Handbuch der Rechtsförmlichkeit. Empfehlungne des Bundesministeriums der Justiz fuer die rechtsfoermliche Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 42 Absatz 4 und § 62 Absatz 2 der Gemeinsamen Geschaeftsordnung der Bundesministerien, 3. Aufl. 2008. ***

Butzer, Hermann (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht (Vortraege beim Symposium anlaesslich des 65. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp in Bochum), Berlin 2004. ***

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 25. Aufl. 2009

Dilcher, Gerhard, Die juristischen Buecher des Jahres - eine Leseempfehlung, NJW 1997, 3142 ff. ***

EAL (Hrsg.), National Legislation in the European Framework, 1998.

Eichenberger, Kurt (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978.

Eichenberger, Kurt, Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis, in: Gedaechtnisschrift fuer Peter Noll, Zuerich 1984, S. 37 ff.

Eichenberger, Kurt, Wechselbeziehungen zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung, ZBl 1984, S. 97 ff.

Eidenmueller, Horst, Effienz als Rechtsprinzip - Moeglichkeiten und Grenzen der oekonomischen Analyse des Rechts, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tuebingen 1995.

Eidenmueller, Horst, Rechtsanwendung, Gesetzgebung und oekonomische Analyse, AcP 197 (1997), 80 ff.

Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst - Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 - Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tuebingen: Mohr Siebeck 2006. ***

Ennuschat, Joerg, Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabaschaetzung und Wirkungskontrolle, DVBl. 2004, 986 ff. ***

Fehling, Michael, Zum jetzigen Stand der Gesetzesfolgenabschaetzung in den USA in: Karpen, Ulrich/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht IV, Baden-Baden 2003, S. 135 ff.

Fleiner-Gerster, Thomas, Wie soll man Gesetze schreiben? : Leitfaden fuer die Redaktion normativer Texte, Bern : Haupt, 1985.

Fliedner, Ortlieb, Gute Gesetzgebung. Welche Moeglichkeiten gibt es, bessere Gesetze zu machen?, Dez. 2001 (www.fes.de에 공개, 다운로드 가능) ***

Frenzel, Eike Michael, Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung? - Beitrag zu einer praktischen Gesetzgebungslehre, Baden-Baden 2005. ***

Gassner, Ulrich M., Legitimitaetsprobleme der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln, PharmR 2007, 441 ff. ***

Gericke, Olaf, Moeglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung - Eine kritische Analyse von Gesetzgebung und Gesetzgebungslehre, Aachen: Shaker Verlag, 2003. ***

Grimm, Dieter/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtspolitik, Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band XIII, Westdeutscher Verlag, 1988.

Hagen, Johann J., Der historische Gesetzgeber, in: Ilmar Tamelo und Erhard Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gegesetzgebung, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1982, S. 433 ff. (1-44쪽)

Hassemer, W./H. Steiner/H. Treiber, Gesetzgebung, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. 3, Muenchen 1978.

Hall, Jerome, Abweichendes Verhalten (Theft, Law and Society), Bd. 2, Frankfurt a. M. 1975.

Hangatner, Yvo, Rechtsstaatliche Gesetztechnik, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht (St. Galler Festgabe 1965), Bern 1965, S. 103 ff.

Hatschek, Julius, Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, 1915.

Herten-Koch, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa - Vorschlage fuer eine Verbesserung der Vorbereitung von Rechtsnormen der Europaischen Kommission, Peter Lang Pub Inc, 2003.

Hill, Hermann, Einfuehrung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982. ***

Hill, Recht als Geschaeftsmodell von Better Regulation zu New Regulation, DOEV 2007, 809.

Hippel, Eike von, Rechtspolitik - Ziele Akteure Schwerpunkte, Berlin: Duncker & Humblot, 1992. ***

Hippel, Eike von, Zur Notwendigkeit einer praeventiven Jurisprudenz: Vorbeugen ist besser als Heilen, in: Zeitschrift fuer Rechtspolitik 34 (2001) 4, S. 145 ff. ***

Hippel, Eike von, Kampfplaetze der Gerechtigkeit - Studien zu aktuellen rechtspolitischen Problemen, Berlin: Bwv - Berliner Wissenschafts-Verlag 2009.

Hoefling/Rixen, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerberecht nach der Foederalismusreform, GewA 2008, 1 ff.

Hoelscheidt, Sven, Das Recht der Parlamentsfraktionen, 2001.

Hoelscheidt/Menzenbach, Das Gesetz ist das Ziel: Zum Zusammenhang zwischen gutem Verfahren und gutem Gesetz, DOEV 2008, 139 ff.

Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung - eine Aufgabe der Verwaltung, Zuerich 1983.

Huber, Peter M., Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Laendern und Kommunen, Gutachten D zum 65. DJT 2004.

Hugger, Werner, Gesetze - ihre Vorbereitung, Abfassung und Pruefung, Baden-Baden 1983.

Huster, Stefan, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, ZRS 24 (2003), S. 3-26.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts,

- Band III: Demokratie - Bundesorgane, 3. Aufl. 2005 ***
- Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008 ***

Ismeyr, Wolfgang (Hrsg.), Gesetzgebung in Westeuropa: EU-Staaten und Europaeische Union, Wiesbaden: VS Verlag, 2008.

Karpen, Ulrich (Hrsg.), Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre - Beitraege zur Entwicklung einer Regelungstheorie, Baden-Baden 1989.

Karpen, Ulrich, Zum Stand der Gesetzgebung in Europaeischen Laendern, ZG 1992, 269 ff.

Karpen (Hrsg.), Legislation in European countries, 1995.

Karpen, Ulrich (Hrsg.), Zum gegenwaertigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland - Zehn Jahre "Deutsche Gesellschaft fuer Gesetz-

gebung", zehn Jahre "Zeitschrift fuer Gesetzgebung", 1998.

Karpen, Ulrich, Gesetzesfolgenabschaetzung in der Europaeischen Union - Erweiterung und Vertiefung der Europaeischen Union als Herausforderung, AoeR 124 (1999), S. 400 ff.

Karpen, Ulrich (ed.), Evaluation of Legislation (Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation - EAL - in Warsaw, Poland, June 15-16, 2000, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002.

Karpen, Ulrich/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht IV, Baden-Baden 2003.

Karpen, LeGes 2006, S. 125 ff.

Karpen, Ulrich, 40 Jahre Gesetzgebungslehre in Deutschland und der Beitrag der ZRP, ZRP 2007, 234 ff. ***

Karpen, Ulrich (hrsg.), Gesetzgebungslehre - neu evaluiert (Legistics - freshly evaluated), (1. Aufl. 2006 *) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008. *****

Karpen/Delnoy (Hrsg.), Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law, 1996.

Kaster, Georg, Das Verhaeltnis von immissionsschutzrechtlicher Genehmigung und wasserrechtlicher Erlaubnis, Berlin: Duncker & Humblot 1996. ***

Keller, Martin, Zum Stand der Gesetzgebungslehre in der Schweiz, ZG 1986, 197 ff.

Kettiger, Daniel, Gesetzescontrolling: Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen. Bern/Stuttgart/Wien: P. Haupt. 2000.

Kindermann, Harald (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1982.

Kloepfer, Michael, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 63 ff. ***

Kloepfer, Michael, Vorwirkung von Gesetzen, Habiltationsschrift, Muenchen 1974.

Knopp, Lothar, Foederalismusreform - zurueck zur Kleinstaaterei? An den Beispielen des Hochschul-, Bildungs- und Beamtenrechts, NVwZ 2006, 1216 ff. ***

Koenig, Klaus, Gesetzgebungslehre. Grundlagen, Zugaenge, Anwendung, Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1985.

Kopp, Hans W., Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie, 2 Baende, Zuerich 1958.

Krems, Burkhardt, Grundfragen der Gesetzgebungslehre - eroertert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1979. ***

Krueger, Uwe, Der Adressat des Rechtsgesetzes - Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre, Berlin 1969. ***

Kunze, Nancy, Gesetzgebungslehre, GRIN Verlag 2002.

Kurt, Victor, Die Kunst der Gesetzgebung, Schweiz. JZ 1941, 337 ff.

Lachner, Thomas M., Das Artikelgesetz, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2007.

Laschewski, Gregor, Atemalkoholanalyse und Strafverfahren - unvereinbar? - Eine aktuelle Bestandsaufnahme, NZV 2009, 1 ff. ***

Lautmann, R., Gegesetzgebung als gesamtgesellschaftlicher Prozess, in: F. Rotter/G. Dux/R. Lautmann (Hrsg.), Rechtssoziologie, Heidelberg 1980, S. 119 (1-45쪽)

Lehner, Oskar, OEsterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 3. Aufl., Linz 2002.

Leif, Thomas (Hrsg.), Die Fuenfte Gewalt, 2006

Lindner, Josef Franz, ≫Drittmittel≪ im oeffentlich-rechtlichen Rundfunk, ZUM 2006, 32 ff. ***

Luecke, Die Allgemeine Gesetzgebungsordnung, ZG 16 (2001), 1 ff.

Mader, Luzius, L'évaluation législative, Payot Lausanne, 1985.

Mader, Luzius, Stand und Perspektiven der Rechtsetzungslehre aus schweizerischer Sicht, LeGes 2006, S. 143 ff. ***

Mader/Karpen (Hrsg.), The Participation of Civil Society in the Legislative Process, 2006.

Mader, Luzius/Heinz Schaeffer, Text and Context - The Development of Legal Techniques and Legal Culture in the New Context of Europe. Proceedings of the 8th Congress of the European Association of Legislation (EAL), 18th/19th September 2008, Vienna, Austria, 2010, 173 S.

Mannlicher, Egbert, Die Kunst der Gesetzgebung - Zur Probleme der oesterreichischen Innenpolitik, Wien 1966.

Martern, Karl Heinz, Zur Anwendung der Gesetzgebungslehre, in: Bundesakdemie fuer oeffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S. 2. (1-43쪽)

Maurer, Hartmut, Staatsrecht I, 5. Aufl., 2007

Mengel, Hans-Joachim, Gesetzgebung und Gesetzgebungskontrolle. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre des pluralistisch-foederalen Verfassungsstaates, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1996.

Merten, in: Schreckenberger, Waldemar (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Grundlagen - Zugaenge - Anwendung, Stuttgart 1986.

Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen: Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Tuebingen 2004.

Messerschmidt, Klaus, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000. ***

Messerschmidt, Klaus, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz, ZJS (Zeitschrift fuer das Juristische Studium - www.zjs-online.com) 2/2008, S. 111 ff. (Teil 1); 3/2008, S. 224 ff. (Teil 2). ***

Morand, Charles Albert, Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschirften, in: Dieter Grimm/Werner Maifhofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, S. 11 ff.

Morand, Charles Albert, Le Droit néo-moderne des politique publiques, Paris 1999.

Morand, Charles-Albert (Hrsg.). Légistique formelle et matérielle. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix Marseille, 1999.

Mueller, Hanswerner, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. unveraend. Aufl., Koeln 1968.

Mueller, Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979.

Mueller, Georg, Moeglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Konzeptionelle und methodische Probleme der Rechtsetzung dargestellt am Beispiel der Totalrevision des aargauischen Baugesetzes, Gesetzgebung heute 1993/2, S. 11 ff.

Mueller, Georg, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl 1996, S. 97 ff.

Mueller, Georg, Elemente einer Rechtsetzungslehre, (1. Aufl. 1999) 2. Aufl., Schulthess, Zuerich 2006. ***

Muench, Ingo v., Rechtskultur, NJW 1993, 1673 ff. ***

Noll, Peter, Der gegenwaertige Stand der Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik, Bulletin des Press- und Informationsamtes der Bundesregierung vom 10.7. 1968, SS. 762-764.

Noll, Peter, Prinzipien der Gesetzgebungstechnik, in: Rechtsfindung - Beitraege zur jur. Methodenlehre (Fest. fuer Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag), Bern 1969, SS. 159-174.

Noll, Peter, Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft, in: Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 2, Duesseldorf 1972, SS. 524-541.

Noll, Peter, Gesetzgebung (rororo studium Nr. 37), Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1973. *

Noll, Peter, Erfahrungen mit Gesetzen, in: Juergen Roedig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976.

Nussbaum, Hans-Georg, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, Leges 2003/1: 9-52.

Nussbaum, Hans-Georg, Die Ausarbeitung von Verordnungen am Beispiel des neuen Zollrechts, Leges 2007/2: 295-303.

OEhlinger, Theo (Gesamtredaktion), Methodik der Gesetzgebung - Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, Forschungne aus Staat und Recht 57, Springer Verlag: Wien/New York, 1982.

OEhlinger, Theo (Hrsg.), Gesetzgebung und Computer, Wien 1982.

OEhlinger, Theo, Verfassungsrecht, Wien 2003.

Pestalozza, Christian, Gesetzgebung im Rechtsstaat, NJW 1981, 2081 ff. ***

Pitschas, Rainer, Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

Reese, Ulrich, Rechtsfragen der Kosten-Nutzen-Bewertung und Festsetzung von Erstattungshoechstbetraegen (Teil 1), PharmR 2008, 483 ff. ***

Reissig, Gottfried, Aktuelle Probleme der Gegezestechnik und rechtsbereinigung, OEsterr. JZ 1968, S. 177 ff.

Renda, Andrea, Impact Assessment in the EU. The State of the Art and the Art of the State, Centre for European Policy Studies 2006.

Reuter, Konrad, Praxishandbuch Bundesrat, 2. Aufl. 2007.

Rhinow, Réne A., Rechtssetzung und Methodik, Habil., Basel/Stuttgart 1979.

Richli, Paul, Interdisziplinaere Daumenregeln fuer eine Faire Rechtsetzung - Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen, sozial und oekologisch orientierten Rechtsstaat, Basel 2000.

Roedig, Juergen (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976.

Roedig/Baden/Kindermann (Hrsg.), Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1975.

Rotter, F./G. Dux/R. Lautmann (Hrsg.), Rechtssoziologie, Heidelberg 1980.

Rottleuthner, Hubert, Einfuehrung in die Rechtssoziologie, Duesseldorf 1987.

Ruethers, Bernd, Rechtstheorie, 2. Aufl., 2005.

Sannwald, Ruediger, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen und des Gesetzgebungsverfahrens im Bundesstaat, 1995.

Schafer, H.-B., Institutionelle Moeglichkeiten und Grenzen der interdisziplinaren Zusammenarbeit bei der Gesetzesfolgenabschaetzung, in: Karpen, Ulrich/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht IV, Baden-Baden 2003, S. 187-197.

Schaefer, Friedrich, Der Bundestag - eine Darstellung seiner Aufgaben und seiner Arbeitsweise, 4. Aufl. 1982.

Schaeffer, Heinz/Otto Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung - Juergen Roedig Gedaechtnissymposion am 28.-30. Oktober 1982 Salzburg - Residenz, Baden-Baden/Wien 1984. *

Schaeffer (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, 1988.

Schlaepfer, Ernst, Die Lehre von Gesetztechnik, Diss. Bern 1930.

Schlaepfer, in: Roedig, Juergen (Hrsg.), Stutien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 192 ff.

Schmalenbach, Kirsten, Foederalismus und Unitarismus in der Bundesrepublik Deutschland - Die Reform des Grundgesetzes von 1994, 1998.

Schmidt-Jortzig, Rechtspolitik, ZG 2008, 126 ff.

Schnapp, Friedrich, Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 1977. ***

Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Mueller Verlag, 2002. ***

Schneider, Hans-Peter/Zeh, Wolfgang, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Gruyter Verlag, 1989.

Schreckenberger, Waldemar (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Grundlagen - Zugaenge - Anwendung, Stuttgart 1986.

Schreckenberger, Waldemar/Detlef Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre: Aktualisierte Vortraege eines Seminars zur Gesetzgebungslehre (1996) an der Deutschen Hochschule fuer Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin: Duncker & Humblot, 2000. ***

Schroeter/von Maravic/Roeber, Wider den Entbuerokratisierungszwang: Anforderungen an eine flexible Regelungskultur, Verwaltung und Management, 2008, 235.

Schulze, Reiner, Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert. Schriften zur Rechtsgeschichte (25), Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1982.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, Berlin 1988.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, ZG 15 (2000), 295 ff.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung - durch sachverstaendige Beratung, Begruendung, Folgenabschaetzung und Wirkungskontrolle, JZ 2004, 862 ff. ***

Schuppert, Gute Gesetzgebung - Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Sonderheft zu ZG 18, 2003.

Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Hundert Jahre Bundesverfassung 1874-1974. Probleme der Rechtssetzung. Referate zum Schweizerischen Juritstentag 1974 - Centenaire de la Constituion fédérale 1874-1974. L'Art de Légiférer. Receuil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974, 1974.

Schwieger, Christopher, Volksgesetzgebung in Deutschland - Der wissenschaftliche Umgang mit plebiszitaerer Gesetzgebung auf Reichs- und Bundesebene in Weimarer Republik, Drittem Reich und Bundesrepublik Deutschland (1919-2002). Diss. Univ. Tübingen 2003.

Simon, Thomas, Das Mietrechtsreformgesetz als Beispiel kodifikatorischer Gesetzgebung - Zu Funktion und Regelungsgehalt legislativer Normen, NZM 2001, 2 ff. ***

Smeddinck, Ulrich, Optimale Gesetzgebung im Zeitalter des Mandelkern-Berichts,

DVBl. 2003, 641 ff.

Smeddinck, Ulrich, Integrierte Gesetzesproduktion - Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinaerer Perspektive, Bwv - Berliner Wissenschafts-Verlag 2006.

Stelzer, Manfred, Entwicklung, Charakteristik und Moeglichkeit der Gesetzgebungslehre in OEsterreich, ZG 1986, S. 101 ff.

Stettner, Rupert, Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers, NVwZ 1989, 806 ff. ***

Talos, Emmerich/Bernhard Kittel, Gesetzgebung in OEsterreich, Wien 2001, S. 41 f.

Tercier, Pierre und Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques, Zurich/Bâle/Genève: Schulthess, 2003.

Traumann, Dodo, Die Organisationsgewalt im Bereich der bundeseigenen Verwaltung, Baden-Baden 1998. ***

Trips, Marco, Das Verfahren der exekutiven Rechtssetzung: Moeglichkeiten und Erfordernisse der Aufnahme eines allgemeinen Verfahrens fuer Verordnung, Satzungen und Verwaltungsvorschriften in das Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2006. *

Unkelbach, Ingo, Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschaetzung auf Landesebene, Aachen: Shaker Verlag, 1998.

Vec, Miloš, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution, Frankfurt a.M. 2006.

Verhandlungen des 53. DJT Berlin 1980, Bd. II (Sitzungsberichte) Teil Q, 1980, mit Kurzreferaten im Rahmen der Schlussveranstaltung.

Veroeffentlichungen der Wissenschaftlichen Raete, Zur Rechtsentwicklung im Prozess der sozialistischen oekonomischen Intergration - Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften der DDR, Berlin: Akdemie Verlag, 1983.

Vorderwuelbecke, Ulrich, Steuerung und Fehlsteuerung der Arneimittelversorgung, EuR 2007, 169 ff. ***

Vorstand des OEsterreichischen Juritsentages (Hrsg.), Verhandlungen des Siebenten OEsterreichischen Juristentages Salzburg 1979, Bd. I, 1. Teil B: Die Gesetzesflut, Gutachten erstattet von Dr. Wolfgang Schmitz, 1979, S. 5 ff.

VVDStRL 40 (1981), 1982: Gesetzgebung im Rechtsstaat - Kloepfer, Eichenberger, Novak.

Walter, Robert, Die Lehre von der Gesetzestechnik, OEsterr. JZ 1963, S. 85 ff.

Walter, in: Kindermann (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, 1982, S. 144 ff.

Walter, Robert, UEberlegungen zu einer Neukodifikation des oesterreichischen Bundesverfassungsrechts, Bd. II, Zuerich 1994.

Weber, Felix, Koordination der Gesetzgebung im Hinblick auf Gesetztechnik und

Gesetzredaktion, Z. f. Schweiz. Recht 1950, 251 ff.
Weick, Guenter, Schuldrechtsreform, Transparanz und Gesetzgebungstechnik, JZ 2002, 442 ff.
Weinberger, Ota, Syntaktische und semantische Probleme der Gesetzgebung, in: Theo OEhlinger (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, Wien/New York 1982. (1-46쪽)
Weyh, Florian-Felix, Die letzte Wahl - Therapien fuer die leidende Demokratie, 2007.
Winkler, Guenther/Bernd Schilcher (Gesamtredaktion), Gesetzgebung - Kritische UEberlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik (Forschungen aus Staat und Recht 50), Springer Verlag: Wien/New York 1981. ***
Wolff, Karl, Die Gesetzessprache, Wien 1952.
Wyss, Martin Philipp, Rechtsetzungslehre - ein neues Unterrichtsangebot an der Univesitaet Bern, LeGes 2004/2, S. 151 ff. ***
Zeh, Wolfgang, Wille und Wirkung der Gesetze, Heidelberg 1984.

[미국문헌]

Chafetz, josh., Democracy's Privileged Few, Yale University Press, 2007.
Davies, Jack , Legaislative Law and Process, THOMSON WEST, 2007.
Levy, Richard E., The Power to Legislate, Westport, Connecticut London,2006.
Maraval, Jocé Mariá, et al. ed., Democracy and the Rule of Law, CAMBRIDGE,2003.
Thion, Philippe et al. ed., Legislation in Context, Ashgate, 2009.
William Funk, AMERICAN CONSTITUTIONAL STRUCTURE, THOMSON WEST, 2008.
William N. Eskridge, Jr./ Philip P. Frickey/ Elizabeth Garrett, LEGISLATION, WEST GROUP, 2004.
Witgens, Luc et al. ed., Legiprudence: A New Theoretical Approach to Legislation, Hart Publishing, 2003.
Ziegler, Kajta S.,et al. ed., Constitutionalism and the Role of Parliaments, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
Ellis Richard J. 최두영 옮김, Democratic Delusions:The Initiative Process in America, 직접참정제도, 민주주의의 허상인가?-미국의 주민발안제도 현장-, 아르케, 2008.
Evans, C. Lawrence & Oleszek, Walter J. Congress Under Fire, 미국정치연구회 역, 위기의 미국의회, 도서출판 오름,2002.
Dahl, Robert A., How Democratic is the American Constitution? Yale University 2001, 최장집 외 2인 감수 및 번역, 미국헌법과 민주주의, 후마니타스, 2007.

[일본문헌]

小野淸一郎, 立法過程の理論 (2), 法律時報 第35卷 第1號 (1963.3.), 50面. (1-48쪽)

中村喜美郎 日本における 立法學硏究の 動向と 視點, 群馬大學 社會情報學部 硏究論集, 創刊號 1995

松尾敬一, 立法學の必要性と 可能性, 神戶法學雜誌 第6卷 1・2號, 1956.

大森政輔/鎌田薰 編, 立法學講義, 商事法務, 2006.

福元健太郎, 立法の制度と過程, 木鐸社, 2007.

中島誠, 立法學-序論 立法過程論, 法律文化社, 2007.

山本庸幸, 實務立法技術, 商事法務, 2006.

山本庸幸, 實務立法練習, 商事法務, 2007.

淸野正哉, 國會とは 何か-立法·政策の 決定プロセスと 國會運營, 中央經濟社, 2010.

阿部泰隆, 政策法學の基本指針, 弘文堂,1996.

大津留(北川)智惠子, “熟議制民主主義における議會の役割”, 法と政治の21世紀(關西大學法學部120周年記念論文集), 法律文化社,2007.

山崎博久, “二院制に關する一考察”, 憲法における歐美的視點の展開(淸水 望先生古稀記念),成文堂, 1995.

中村睦男·前田英昭 編, 立法過程の 硏究-立法における政府の役割-, 信山社,1997.

中村睦男 編, 議員立法の 硏究 , 信山社,1993.