

제 1 장 법령 입안의 의의

1. 법령의 본질과 법령 입안

법령이란 무엇인가를 한마디로 쉽게 정의하기는 어렵지만, 법령은 기본적으로 국가적·사회적 배경을 바탕으로 주권자 또는 법령을 제정할 권한이 있는 자가 그 국가 또는 사회와 그 구성원에 대해 해당 법령의 준수를 강제하고, 스스로도 그러한 규범을 지킬 것을 전제로 일정한 목적 하에 구성한 성문(成文)의 규범체계라고 정의할 수 있을 것이다.

법령 입안이란 특정 정책의 내용을 법령의 형식으로 구체화하는 작업을 의미한다. 법령 입안의 대상이 되는 법령은 일정한 의식적 활동의 소산이고, 마땅히 준수해야 한다는 당위의 성격을 갖는 규범체계라고 할 수 있으며, 동시에 준수하지 아니하는 경우에는 일정한 제재가 따르는 규범체계를 의미한다.

따라서 법령 입안의 대상이 되는 법령은 관습(법)이나 조리(「민법」 제1조 참조)와 같이 사회적으로 자연스럽게 형성된 규범질서나 상식적으로 구체적인 사항에 대해 사물의 본질을 탐구하는 과정에서 준수의무가 발생하는 형태의 규범이 아니라 일정한 목적(입법 목적)을 달성하기 위해서 의식적으로 구체화(성문화)된 규범체계이고, 동시에 규범 준수에 국가적 권력이 개입한다는 점에서 윤리, 종교 및 관습 등과 구분되는 규범체계이며, 규범이라는 점에서 행정행위 등 구체적인 공권력 작용과도 구분된다.

그리고 법령 입안은 이와 같은 성문의 법령을 구체화하는 작업이라는 점에서 법규범을 정립하는 작용인 “입법”의 한 과정이라 할 수 있고, 정립된 법령을 집행하는 작용인 행정이나 법령을 해석하는 작용인 사법(司法)과는 구분된다.

2. 법령 입안과 입법

입법은 법규범을 정립하는 활동으로서 하나의 단일한 과정이 아니라 일련의 과정으로 이루어진다. 일반적으로 입법의 필요성에 대한 판단과 입법을 통해 달성하려는 목적 및 입법을 통해 달성하려는 목표의 달성 수준에 대한 결정 과정이 선행되어야 하고, 이를 구체화하여 법규범으로서의 형식을 갖추는 과정, 그리고 정당한 권한을 갖는 입법자가 입법절차를 밟아 법규범을 완성하여 실효성 있는 법규범을 정립하는 과정으로 구분해 볼 수 있다.

예를 들어 어떤 사회문제에 대해 규제할 필요성이 인정된다면 그 규제의 필요성과 규제의 정도에 대한 정치적·사회적 합의가 이루어지고, 그 규제를 어떤 형식으로 어떤 법령으로 실행할 것인가에 대한 검토가 이루어진 후 입법자가 이를 구체적으로 법령의 형식으로 만들어서 국회의 심의·의결 및 공포나 국무회의의 의결 및 공포 등 입법절차를 거쳐서 해당 법규범이 실효성을 갖고 존재하게 하는 일련의 과정이 입법과정이라고 할 수 있다.

이와 같은 입법과정은 정치적이면서 헌법과 법령(「국회법」 등 입법에 관한 법령)이 정하는 절차에 따라 이루어지는 과정이다. 또 이러한 입법과정이 순차적으로 진행될 수도 있지만 사안에 따라서는 동시에 진행되는 경우도 있다.

여기서 법규범은 국민이 준수해야 하는 강제규범이고, 현대 민주주의 국가에서 행정과 사법(司法)이 법을 기초로 행해지므로 그 법규범을 누가 어떻게 정립하는가의 문제는 매우 중요하다.

헌법에서는 “입법권은 국회에 속한다.”(제40조)고 규정하여 입법권을 국회의 권한으로 선언하고 있다. 즉 주권자인 국민의 대의기관인 국회에 입법권을 부여함으로써 국회로 하여금 입법 의사를 실현하도록 하는 것을 원칙으로 선언하고 있다. 그런데 국회가 입법권을 가진다고 하여 입법에 관련된 모든 권한을 국회가 독점적으로 행사해야 한다는 의미는 아니다. 헌법에 따르면 국회의원 외에 정부도 법률안을 제출할 수 있고(제52조), 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에

관하여 대통령령을 발할 수 있으며(제75조), 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(제95조). 이와 같이 헌법은 국회의 입법권 외에 대통령, 국무총리 및 행정각부의 장이 헌법과 법률의 범위에서 일정한 규범을 정립할 수 있도록 규정하고 있고, 형식적 의미의 법률의 입법에 대해서도 정부의 법률안 제출권 등을 통해 관여의 여지를 두고 있다.

법령 입안은 이와 같은 입법의 과정에서 법령의 형식을 갖추어 일정한 정책적 목적을 법규의 형식으로 구체화하는 과정을 의미한다. 즉 법령 입안은 넓은 의미의 입법의 한 과정이며, 국회나 정부가 일정한 정책적 목적을 달성하기 위해 법규범의 정립을 추진하는 과정에서 정책 목적과 수단을 법규의 형식으로 구체화하는 과정이다.

3. 법체계와 법령 형식

성문법 체계를 채택한 국가의 법체계는 헌법을 정점으로 하여 법규의 종류별로 효력의 우열이 있는 법규범의 체계로 이루어진다. 즉, 상위의 효력이 있는 법규범은 하위의 법규범보다 우월한 효력을 가지며, 하위 법규범은 상위 법규범에 위반되어서는 안 된다는 원칙이 적용된다.

한편 성문법 체계에서는 법규범의 종류에 따라 그 입법 주체와 절차 등을 달리하는 것이 일반적이다. 헌법에서는 헌법을 정점으로 하여 법률, 대통령령(제75조), 총리령 및 부령(제95조)의 순서로 법체계를 구성하고 있고,¹⁾ 법률에 대한 입법권은 국회(제40조), 대통령령의 제정권은 대통령, 총리령 및 부령의 제정권은 각각 국무총리와 행정각부의 장에게 부여하고 있다.

먼저 법률은 헌법의 위임에 따라 국가의 기본적인 운영에 관한 사항과 국민의 권리·의무 등에 관한 사항을 규정하는 가장 중요한 법규범이다. 헌법은 국민의 요건(제2조제1항), 국민의 권리와 자유에 관한 사항(제12조, 제13조, 제23조, 제24조, 제27조, 제31조, 제32조, 제33조 및 제37조 등), 국회 등 국가기관의 구성과 운영(제41조제2항·제3항, 제49조, 제

1) 헌법에서는 법률과 동일한 효력을 가지는 법규로서 긴급명령 및 긴급재정·경제명령(제76조)을 규정하고 있고, 그 밖에 국회규칙(제64조), 대법원규칙(제108조), 헌법재판소규칙(제113조), 중앙선거관리위원회규칙(제114조) 등을 규정하고 있으나, 긴급명령 및 긴급재정·경제명령은 비상시를 상정한 일종의 변칙적인 법률 대위(代位) 명령이란 점에서, 나머지 국회규칙 등은 정부의 입법을 대상으로 하지 않는다는 점에서 여기에서는 그 언급을 생략하기로 한다.

61조제2항, 제67조제5항, 제96조, 제101조제3항, 제102조제2항 단서 및 제3항 등) 등에 관한 사항을 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이와 같은 법률에 관한 입법권은 국회에 전속되고(제40조), 법률은 헌법의 위임 사항 또는 헌법에 위반되지 않는 범위에서 필요한 사항을 규정해야 한다.

다음으로 대통령령과 총리령·부령은 각각 상위법령의 위임에 따른 사항이나 그 집행에 필요한 사항, 상위법령에 위반되지 않는 사항을 규정하는 법규범으로서 상위법령의 위임에 의해 제정되느냐에 따라 위임명령과 집행명령으로 구분된다. 여기서 상위법령의 위임에 따라 하위법령에서 일정한 사항을 규정할 경우 그 하위법령은 법률의 위임규정과 결합하여 법규적 효력을 갖는다.

한편 상위법령의 위임도 일정한 한계가 있음을 주의해야 한다. 예를 들어 헌법에서 법률로 정하도록 규정한 사항을 법률에서 아무런 제한 없이 대통령령으로 정하도록 위임한 경우, 해당 법률의 규정은 일정한 사항을 법률로 정하도록 한 헌법에 위반될 소지가 있다. 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임하는 경우에도 구체적으로 범위를 정하여 위임해야 한다(헌법 제75조 참조).

이와 같은 법체계와 법령 형식의 차이 등은 입법자 및 입법과정 참여자가 입법과정에서 항상 주의해야 할 사항이다. 입법자는 법령의 입법을 추진하면서 법체계에서 가장 적절한 법령 형식을 선택하고, 해당 법령 형식에 적합한 절차를 거쳐야 한다. 해당 법령의 내용뿐만 아니라 형식도 법체계에서 조화롭게 자리를 잡을 수 있도록 해야 하는 것이다.

한편, 법률이나 대통령령·총리령·부령 등 법령이 헌법이나 법률 또는 상위법령에 위반 되면 이론상으로는 당연히 무효가 되어야 하나, 그러한 법령이라 하더라도 위헌 또는 상위법 위반이라는 유권적인 판정이 있을 때까지는 계속해서 집행되고 그에 따라 법률관계가 형성되기 때문에 그 법령의 시행 시점까지 거슬러 올라가 무효화 되면 법적 안정성을 크게 해칠 수 있다.²⁾ 따라서 법체계에 어긋나는 등 법령의 내용과 형식에 문제가 있더라도 그 효력에 대해서는 권위 있는 기관의 명확한 확인이 필요하다.

2) 「헌법재판소법」은 이러한 법적 안정성의 보호라는 관점에서 형벌에 관한 법률을 제외하고는 법률의 위헌결정은 그 결정이 있는 날부터 효력을 가지도록 하여[장래효(將來效), 제47조제2항] 소급효를 인정하지 않고 있다. 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

법률의 헌법 위반 여부에 대해서는 헌법재판소(헌법 제111조제1항제1호)가, 대통령령 등 하위법령의 상위법 위반 여부 등에 대해서는 대법원(헌법 제107조제2항)이 최종적으로 심사할 권한을 갖는다.

따라서 입법자는 헌법과 법률 등 여러 규범들 간의 관계를 고려하여 항상 가장 바람직한 형식의 법령으로 정책 목적을 달성할 수 있는 내용의 입법을 해야 하고, 법령의 체계나 내용이 상위법령 위반 등으로 위헌·위법 심사가 행해질 수 있다는 것을 늘 염두에 두고 입법을 해야 한다.

4. 법령 입안·심사 기준

입법 활동의 핵심은 넓게는 헌법이념을 실현하는 데에 있고, 좁게는 법령이 헌법을 최고 규범으로 하는 법질서에 위반되지 않도록 함으로써 전체 법령체계 간에 조화를 이루고 정부의 정책 의지가 정확하게 반영되어 차질 없이 시행되도록 하는 데에 있다. 이러한 점들이 반영되도록 법령안 입안에서부터 법령심사에 이르기까지 기준으로 삼을 수 있는 원칙과 입법 기술 등을 구체화한 것이 『법령 입안·심사 기준』이다.