

## 입법과정의 하자에 대한 헌법재판소의 통제와 헌법적 정당성의 문제\*

- 미디어법 입법과정의 절차적 정당성을 중심으로 -

A study on the control of the legislative proceedings and the  
constitutional legitimacy

조재현(Cho, Jae Hyun)\*\*

### ABSTRACT

It is very important to discuss and deliberate about bills in the legislative proceedings and they should be passed by decision by a majority of the members. Moreover discussions and deliberations of the sessions of the National Assembly are open to the public. They are the important principles of the legislative proceedings. In the legislative proceedings if they are not observed by the members, for example the speaker or vice speaker would disturb for the members the right to deliberate and vote, or the proceedings would be conducted secretly, or there would be a filibustering etc., the violation of the principle of the legislative proceedings should be controlled by the Constitutional Court.

According to the theory and the precedent of the Constitutional Court, the violation of the principle of the legislative proceedings would be under the jurisdiction on the adjudications on competence disputes. In 1997, and 2009, the Constitutional Court had decided that the promulgation of the passing bills would infringe for members the right to deliberate and vote. But the Court had not decided passing bills as unconstitutional.

I think that the Constitutional Court had made an error in judgement, so the decisions of the Court have come under increased criticism by the constitutional scholars and lawyers. Because if the principles of the legislative proceedings would be violated, the result would never be justified by the constitutional legitimacy.

Key Words : 입법과정(legislative proceedings), 심의·표결권(right to deliberate and vote), 권한쟁의 심판(adjudications on competence disputes), 헌법적 정당성(constitutional legitimacy), 의사진행방해(filibustering)

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 부교수

## 1. 들어가며

국가의 통치질서에서 헌법기관에게 요구되는 자질은 국민적 신뢰를 바탕으로 서로 가치가 상반되는 집단 간의 갈등을 봉합하여 동화적 통합을 이끌어 내는 능력이다. 헌법질서의 동화적 통합은 헌법기관에게 부여된 권한과 책임을 성실히 수행함으로써 비로소 가능하다. 그러므로 입법·행정·사법 등 모든 국가기관은 정책결정권자로서, 정책집행자로서, 정책평가 및 통제권자로서 자신에게 부여된 헌법상의 권한을 성실하게 수행하여야 한다. 이러한 헌법상의 요청에도 불구하고 국민의 의사를 무시하고 자신들의 집단적인 이익만을 위하여 권한을 행사하게 된다면 국민적 신뢰는 붕괴될 수밖에 없으며, 결국에는 지지기반을 잃고 만다.

한해를 마감하는 시점에 '직무유기 국회'라는 말이 지면을 오르내리고 있다.<sup>1)</sup> 직무유기 국회가 몰아치기 입법, 벼락치기 입법 등의 신조어와 함께 법처리 시한이 다가오는 데도 의사일정조차 잡지 못하고 있다. 국회입법이 얼마나 졸속이기에 '불량국회'라는 말이 회자되며, 국회 예산결산특별위원회가 파행을 거듭하는 까닭에 나라 곳간에도 구멍을 낼 위기에 놓여 있다는 평가가 나오는 것도 무리는 아니다. 지금까지도 입법부가 국민들에게 전격적인 신뢰와 믿음을 주지 못하고 있다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 한해를 마무리하는 시점에서 지나 온 발자취를 반추해 본다면 올해에도 역시 국민 대표기관의 행위는 국정운영의 전반에 걸쳐 대표로서의 믿음과 신뢰, 그리고 만족을 주지 못한 한해였다고 평가할 수밖에 없다. 특히 국민적 갈등의 도화선이 된 미디어법 강행처리는 대표기관의 자질로서 반드시 요구되는 국민적 신뢰를 얻는다는 것이 얼마나 요원한 것인가를 다시 한번 느끼게 하였다.

입법부가 미디어법 처리과정에서 보여 주었던 무권투표, 대리투표, 불법투표, 투표방해 등의 얼룩진 외정활동은 국민들에게 실망감을 안겨주기에 충분한 불량국회의 결정판이라고 할 수 있다. 자유민주주의에서 요구되는 절차적 정당성이라는 요소가 철저하게 무시되었던 것이다. 민주주의는 국민의 정당성에 의해서 운영되는 시스템이다. 자유민주주의는 다양한 원인으로부터 기인하는 다양한 형태의 정당성의 문제를 안고 있다. 정당성의 개념과 유형에 관하여는 논의되는 학문적 영역이나 역사적 발전과정에 따라 다양하게 전개되고 있어서 일률적으로 설명하기란 쉽지 않지만, 자유민주주의에서는 특히 민주적 정당성, 즉 헌법적 정당성의 문제가 특히 부각된다. 통치과정에서 정책의 입안에서부터 결정에 이르기까지의 전 과정은 헌법적 정당성에 기초하지 않으면 헌법위반의 문제를 야기할 수 있기 때문이다.

미디어법의 처리과정에서 보여주었던 국회의 의사결정과정은 자유민주주의가 요구하는 절차민주주의에 위배되어 절차적 정당성 위반이라는 문제를 야기하였다. 그러한 의사결정과정의 헌법적 위배여부에 대한 헌법재판소의 판단 역시 만족할 만한 결정을 내

1) 중앙일보 2009. 12. 15. 1면, 4면.

놓지 못했다. 결국 이러한 통치시스템의 운영은 국민들에게 만족감을 주지 못했고 대립하는 국민 상호간에 갈등의 골만 깊어질 수밖에 없는 계기를 제공하였다.

이하에서는 그동안 입법부의 미디어법 처리 등을 포함한 법률안 의결과정이 자유민주적 의사결정과정에 충실한 것이었는지를 평가하고, 그것의 정당성 여부를 검토한다. 아울러 정당성을 상실한 국정운영에 대한 헌법재판소의 결정례에 대하여 비판적 시각에서 분석한다.

## II. 입법과정의 민주적 의사결정과 입법과정의 하자

### 1. 민주적 의사결정과 다수결원칙

#### (1) 민주적 의사결정과정의 개방성과 절차적 정의

오늘날 자유민주주의는 국민을 대표하는 의원들이 국정에 관하여 자유로이 의견을 개진하고 토론과 반론의 과정을 거쳐 국정운영의 방향과 내용을 결정하는 것을 가장 중요한 본질로 하는 의회주의를 그 요소로 한다.<sup>2)</sup> 주권자인 국민의 의사를 공정하고 정확하게 반영하기 위하여 의회와 같은 국민의 대표기관으로 하여금 심의와 토론을 공개적으로 하게 함으로써 정당성, 합법성, 합리성 등이 추구되도록 한다. 그 때문에 의회주의는 다수의견이 소수의견을 토론과 타협을 통하여 설득하는 것을 그 전제로 하여 기능하는 것이며, 소수의견이 항상 무시되거나 대립된 견해 사이에 타협이 전혀 불가능한 경우라면 의회주의는 제대로 기능할 수 없으며 좌초될 수밖에 없다.<sup>3)</sup>

이렇듯 의회주의가 제대로 작동하는지의 여부는 민주주의의 성패를 좌우한다. 의회주의의 본질적 요소인 민주적인 의사결정과정은 개방성과 투명성 및 공정성을 요구한다. 그것은 결국 절차적 정의를 실천하기 위함이다. 실체적 정의를 확보하기 위해서는 절차적 정의가 먼저 실현되어야 한다. 절차적 정의가 실현되지 않고서는 실체적 정의를 확보할 수 없기 때문이다.<sup>4)</sup> 절차적 정의가 배제되거나 무시된 실체적 정의라는 것은 하나의 허상에 불과할 뿐이다. 결국 의회의 의사결정내용이 국민의 의사에 충실하게 합치되어야 한다는 실체적 정의의 확보가 중요하지만 그것은 결정과정에서의 절차적 정의가 제대로 이행된 결과이어야 한다. 절차적 정의가 국민주권의 원리에 기초한 민주주의, 법치주의의 요체가 된다는 점은 동서고금을 막론하고 누구도 부인할 수 없다. Habermas도 절차적 민주주의 이론을 전개하면서 토의정치모델과 절차적 법 이해를 통

2) 이승우, “한국의 입법권자 본연의 임무를 다하고 있는가?”, 공법연구 제35집 제2호, 2006, 12, 8면.

3) 이승우(주 2), 9면.

4) 홍익표, “한국헌법에 있어서 입법절차상의 적법절차”, 공법학연구 창간호, 1999, 172면.

하여 법치민주주의의 회복을 지향한다고 함으로써 이 점을 강조하고 있다.<sup>5)</sup> 결국 민주적 의사결정과정에서 가장 증시되는 가치 중의 하나가 절차적 정의의 실현이며, 절차적 정의가 무시되거나 훼손되는 경우 실체적 정의의 내용과는 관계없이 그것은 헌법적 정당성을 인정받기 어렵다.

## (2) 민주적 의사결정과정으로서 다수결원리

근대적인 의회가 형성되면서부터 국민과 대표자가 무기속위임의 관계에 있게 되면서부터 다수결원리가 본격적인 의의를 갖게 되었고, 민주주의에 있어서 지배적 의사결정원리로 받아들여지게 되었다.<sup>6)</sup> 다수결원리가 민주주의의 의사결정원리라고 하더라도 그것이 정당하게 적용되기 위해서는 일정한 전제조건이 형성되어야 한다. 우선 결정 참여자 사이에 평등한 지위가 전제되어야 한다. 그리고 다수결로 결정될 범위의 모든 구성원이 포괄되는 일정한 법적 유대나 합의가 성립되어야 하며, 구성원들 사이에는 어느 정도의 동질성이 성립되어야 한다. 또한 다수결원리는 자유롭고 개방된 의사결정 형성을 전제조건으로 하며, 다수 관계의 교체 가능성을 전제로 한다.<sup>7)</sup>

오늘날 세계 대다수의 헌법은 다수결원리를 의사결정원리로 채택하고 있다. 그것은 다수결원리가 인간 공동체 내에서 의사형성방법으로서 무결점의 완성된 원리이기 때문은 아니고, 상술한 일정한 전제조건을 바탕으로 하여 운영된다면 그것이 민주주의를 완성시키는 데 필수불가결한 의사결정원리로서 작동할 수 있다는 점 때문이다. 그렇기 때문에 국가의사의 결정이 다수결로 이루어지는 경우 그것이 국민의 일치된 의사는 아니라고 할지라도 모든 국민을 구속하는 효력을 가지게 된다. 다수자의 의견에 반대한 소수집단에게도 구속력을 갖는다는 점은 물론이다. 그렇지 않는다면 다수는 소수자의 지위로 추락할 가능성에 대한 공포로 인하여 다수의 힘을 남용하게 될 것이며, 소수는 다수결에 의한 의사에 순종하기보다는 자신들의 권리획득을 위하여 폭력에 호소할 것이기 때문이다.

다수결의 원리는 절차적 정의와 불가분의 관계에 있다. 다수결의 원리도 절차적 정의를 외면할 수 없다. 다수결의 원칙은 결과의 원칙이 아니라 과정과 절차의 원리이기 때문이다. 그렇기 때문에 다수에 의한 의사결정이라는 결과가 중요한 것이 아니라 의사결정의 절차와 과정이 합리적이고 정당한 것이어야 할 것을 요구하는 헌법상의 의사결정원리라고 할 수 있다. 다수결의 원리가 적용되는 경우에도 철저하게 절차적 정의에 충실하게 적용되어야 하며, 입장을 달리하는 상대적인 대립을 전제로 해서 서로의 입장

5) 박준형, “한국의 교육정책 형성과정에 대한 비판적 고찰, -J. Habermas의 절차적 민주주의 이론을 중심으로-”, 교육행정학연구, 제24권 제3호, 2006, 29면.

6) 홍성방, “민주주의에 있어서 다수결 원리”, 한림법학 FORUM 제3권, 1993, 6면. 다수결원리의 개념, 역사, 유형 및 정당성의 근거 등에 관한 자세한 내용은 4면 이하 참조.

7) 홍성방(주 6), 15면 참조.

에 대한 자유롭고 평등한 충분한 토론, 절충, 타협을 거친 후에 대립당사자간에 다수결로 의사결정을 하자는 합의와 양해 아래 다수결로 의사결정을 해야 한다.

## 2. 입법과정의 하자와 절차적 정당성

### (1) 입법과정 하자와 절차적 정의

입법과정의 하자라는 것은 입법이 이루어지는 일련의 과정에서의 절차적 정의 위반으로 이해할 수 있다. 정의가 무엇인가와 관련하여 그 핵심적 개념이 평등이라는 결론을 벗어나지 못했다는 견해<sup>8)</sup>, 가치배분이 야기하는 이익갈등의 해결을 목적으로 삼은 윤리라는 의미를 갖는다는 견해<sup>9)</sup> 등이 제시되고 있지만, 정의라는 개념은 아리스토텔레스 이후 그 실체가 무엇인가에 관한 수많은 논의에도 불구하고 명확한 결론을 내리지 못하고 있다. 결국 정의의 문제는 개개인의 따라 달리 나타날 수 있는 실체적 정의라는 관념이 무엇인가를 탐구하는 것보다는 합리적인 절차를 통한 정의의 실현이 있는가를 확인하는 것이 더 큰 비중을 갖는다고 할 수 있다. 그 때문에 입법과정과 같은 일련의 의사결정과정에서 절차적 정의의 위반이 있었는가를 판단하는가가 더 중요한 문제로 간주되는 이유이다.

절차적 정의의 요소에 관하여는 많은 논의가 있다. 절차적 정의요소로는 가치(원칙), 발언권, 참여, 일관성, 윤리성, 비용, 진실성, 정직성, 공식성(formality), 준법성, 관용의 정신, 인격의 존중, 결정의 교정가능성, 과정통제, 결정통제 등 학자들에 따라 각기 다르게 분류되고 있다.<sup>10)</sup> 입법과정에서도 이러한 절차적 정의를 구성하는 제요소들이 절차적 정의위반을 심사하는 기준으로 작용하게 된다. 이러한 요소들의 위반으로 인정되는 경우 절차적 정의에 위반된다고 판단할 수 있다.

### (2) 입법과정 하자의 원인과 태양

입법과정상의 하자는 다양하게 전개될 수 있다. 예컨대, 의사결정이 다수결의 원칙에 위반된다든지, 표결 등이 합리적이고 합법적인 조건 하에서 행해지지 않은 경우, 법안에 대한 충분한 토론의 기회가 부여되지 않은 경우<sup>11)</sup>, 소수의원들에게 충분한 발언기회가 주어지지 않은 경우, 의안에 대한 심의와 표결을 위하여 의원들에게 개의일시를 통

8) 장영수, "헌법의 기본원리로서의 법치주의", 안암법학 2권, 1994, 160면.

9) 안성호/정광조, "절차적 정의실현을 통한 국회실효의 확보방안", 대전대학교 논문집 제9권 제2호, 1990, 4면.

10) 안성호/정광조(주 9), 8면 이하 참조.

11) 토론이 제대로 되지 아니하였다면 헌법에 적합한 절차에 따라서 법률이 채택되었다고 고려할 수 없으며 본질적인 입법절차의 하자로 위헌으로 선언되어야 한다. 전학선, "프랑스에 있어서의 입법절차에 대한 위헌심사", 공법연구 제27집 제3호, 1997, 336면.

보해야 함에도 불구하고 이러한 통보가 없는 경우 등은 입법과정에서 절차적 정의가 무시되는 대표적인 경우라고 할 수 있다. 이처럼 절차적 정의가 실현되지 않는 경우 그것은 위헌이라는 개연성을 갖는 입법과정 상의 하자의 형태로 볼 수 있다.

입법과정상의 하자는 여러 가지 원인에 의해 나타날 수 있다. 우선 다수에 의한 소수에 대한 횡포의 형태로 나타날 수 있다. 현대의 정당국가현상 하에서 다수결원리는 다수의 횡포로 나타나고 있다. 다수결 원칙 하에 입법권을 다수당이 독점하고 있으며, 법률안의 날치기 통과가 관행이 되어 절차적 정의가 실현되지 않고 있다. 소수당은 다수당의 힘의 논리에 의하여 입법절차에서 소외받고 있다. 이러한 현상은 소수야당으로 하여금 물리적 의사진행방해를 감행하게 하였고, 국회 운영의 불신이 쌓이게 하는 요인이 되고 있다. 그 밖에 입법과정상의 하자는 소수에 의해서도 나타날 수 있다. 다수결의 원리가 소수에 대한 복종규칙으로서 제대로 작동하지 못하여 소수에 대한 구속력을 갖지 못하는 상황 하에서는 소수자는 다수에 대하여 발목잡기 형태의 의사진행방해를 보일 수 있다.

입법과정상의 하자가 우리 헌법재판소의 판단의 대상이 된 경우도 다수 존재한다. 예를 들어 본회의 개의일시를 알리지 않음으로써 일부 의원들의 본회의에의 출석가능성을 배제한 가운데 본회의를 개의한 경우<sup>12)</sup>, 국회의장석 및 발언단상의 점거 등으로 인한 장내소란으로 국회법에 따른 정상적인 의사진행을 기대하기 어려운 상황<sup>13)</sup>, 헌법과 국회법상 비공개요건을 갖추었는지 의심이 되는 상황에서 비공개회의임을 이유로 이해관계 당사자의 방청을 불허한 위원회의 운영<sup>14)</sup>, 의사진행방해가 있는 가운데 이의유무를 묻는 표결방식에 이의가 있거나 토론에서 반대발언 또는 수정안이 있음에도 불구하고 다른 정식의 방법으로 표결하지 않고 가결되었음을 선포하는 행위<sup>15)</sup> 등이 그것이다. 특히 2009년 미디어법 표결과정은 그야말로 국민의 대표기관의 의사결정과정이라고는 보기에 다소 민망할 수 있을 정도로 무권투표, 대리투표, 불법투표, 투표방해 행위 등이 난무한 절차적 부정의의 장이었다고 평가할 수 있다.

### (3) 입법과정 하자의 효과

입법과정에서의 민주적인 의사결정과정을 존중하지 못하는 의사진행의 무원칙은 민주주의의 가치를 실현하여야 할 국회가 스스로 민주주의를 포기하는 것이다. 따라서 법률안 의결과정에서 절차적 정의가 실현되지 않을 경우 사법적 통제의 방법으로 헌법적 정당성의 심사가 이루어지는 것이 필요하다. 이 경우에는 국민의 대표성보다는 국민주권이 존중되어야 하며, 국민주권을 확보하기 위해서는 부득이 최종 헌법해석기관으로부

12) 헌재결 1997. 7. 16. 96헌라2; 헌재결 1998. 8. 27. 97헌마8 등.

13) 헌재결 2008. 4. 24. 2006헌라2.

14) 헌재결 2000. 6. 29. 98헌마443.

15) 헌재결 2000. 2. 24. 99헌라1.



터 통제를 받지 않을 수 없다.<sup>16)</sup>

절차적 정의의 위반이 있는 경우에 절차적 정당성은 인정될 수 없다. 절차적 정당성과 절차적 정의를 구별한다는 것은 쉽지 않다. 절차적 정의에 부합하면 대체로 정당성을 인정받을 수 있으며, 절차적 정의에 반하는 경우에는 그 정당성을 인정받을 수 없다는 점에서 그 지향하는 방향이 같기 때문이다. 하지만 이 두 가지 개념은 구별하는 것이 타당하다. 순수한 정의의 요청은 법적 안정성을 고려하지 않은 채로 정의롭지 못한 상태의 제거를 요구하게 되는데, 경우에 따라서 법적 안정성의 요청은 때로는 정의롭지 못한 상태라 할지라도 안정성을 위해서 그대로 유지할 것을 요청한다.<sup>17)</sup> 그 때문에 절차적 정의에는 합당하지 않지만 경우에 따라서는 헌법적 정당성이 인정되는 경우도 있다. 즉 절차적 정의에는 합치되지 않지만 헌법적 정당성은 인정될 수 있는 경우가 있는 반면에 절차적 정의에는 합치되지만 헌법적 정당성이 인정되지 않는 반대의 경우도 생각할 수 있다. 이처럼 절차적 정의와 절차적 정당성의 개념은 구별하는 것이 바람직하므로 절차적 정의에 반하는 경우에도 헌법적 정당성의 심사는 다시 고려되어야 한다. 입법과정이 절차적 정의에 반하는 경우에도 무조건적으로 헌법적 정당성을 부인할 것이 아니라 헌법적 정당성을 다시 심사하는 과정을 거쳐야 한다. 그렇지만 일반적으로 절차적 정의에 반하는 경우에는 법적 안정성 등 그 밖에 특별한 예외적인 경우를 제외하고는 헌법적 정당성을 인정받기 어려울 것이다.

### III. 입법과정의 하자에 대한 통제

#### 1. 입법과정의 하자에 대한 사법심사 가능성

입법과정에 하자가 있는 경우 통제여부, 통제기관, 통제수단, 통제범위 등이 문제된다. 입법권은 민주적 정당성을 부여받은 헌법기관으로서 헌법과 법률에서 부여한 권한을 자율적으로 행사하는 경우 그러한 자율권 행사는 존중되어야 한다. 그렇지만 입법과정이나 입법행위의 결과에 하자가 있는 경우 권력분립의 원칙이 요구하는 견제균형의 원리상 일정한 통제장치가 마련되어야 한다. 우리 헌법에서도 입법권의 행사에 대한 통제수단을 마련하고 있다. 특히 국회의 입법권 행사에 대한 통제수단은 주로 헌법재판소가 담당하도록 정하고 있다. 법원은 국회의 자율권 행사에 대하여 소극적 태도를 취하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>18)</sup> 따라서 헌법은 입법행위의 결과인 법률과 입법과

16) 홍익표(주 4), 181면.

17) 장영수(주 7), 162면.

18) 대법원 1972.1.18. 선고 71도1845 판결, 국회가 적법하게 통과하였다 하여 정부에 이송하고 국방회의가 의결하고 대통령이 승인 공포했으면 실질상 입법의 전 과정에 걸쳐 적법하게 통과하였다고 인정되므로 삼권분립의 원칙으로 보아 법원이 헌법상 동 위인 입법부의 자율권에 개입해서는 안된다. 즉 구 헌법(62.12.26. 개정헌법) 제102조가 정한 법원의 법령조사권으로써

정의 하자에 대한 통제는 헌법재판소의 몫으로 정하고 있다. 입법행위의 결과인 법률에 대한 규범통제는 위헌법률심판, 헌법소원심판의 형태로 이루어 질 수 있다는 것은 명문의 규정이나 헌법재판소의 판례에 의하여 확립되어 있다. 입법과정도 헌법재판소에 의한 사법적 통제의 대상이 된다. 헌법재판소의 권한쟁의심판을 통하여 입법과정이 통제될 수 있음은 학설이나 판례에 의하여 인정되고 있다.<sup>19)</sup> 다만 입법과정의 위헌성 여부가 규범통제절차에 의하여 심사될 수 있는지에 관하여는 다툼이 있다. 민주주의원리와 국회의 입법형성의 자유에 비추어 볼 때 규범통제에서 입법행위의 세세한 과정과 입법자의 행동을 모두 심사하는 것은 헌법재판의 기능에 합치되지 않는다는 부정설<sup>20)</sup>과 법치주의는 법률의 내용뿐만 아니라 법률의 성립과정도 헌법에 합치될 것을 요구하며, 헌법 제12조가 명시하고 있는 적법절차원칙은 입법과정에서도 존중되어야 하므로 이를 존중하는 입법과정이 이루어졌는지 여부도 판단하는 것은 당연하다는 긍정설<sup>21)</sup>이 대립한다. 긍정설에 의하면 기본권과 헌법보장이라는 헌법재판의 본질에 비추어 입법절차의 위헌여부도 심사되어야 하며, 국회의 의사절차에서 소수파를 보호하기 위해서는 입법절차위반을 통제하는 헌법재판이 필수적으로 요구된다고 한다. 또한 권한쟁의심판 외에도 재판의 전제성을 갖춘 경우에는 위헌법률심판에 의한 입법절차의 통제가 요구되며 헌법소원심판에 의해서도 권리구제와 입법통제가 적극적으로 이루어져야 한다고 주장되고 있다.<sup>22)</sup>

생각건대 실질적으로 입법과정이 헌법에 위반되었는지의 여부가 헌법소원이나 위헌법률심판의 형태로 이루어지기에는 헌법소원의 청구인자격, 규범통제에서의 재판의 전제성 등 적법요건의 충족에서 어려움이 있을 수 있다. 하지만 권한쟁의심판을 통하여 입법과정은 어느 정도 통제될 수 있다는 점에서 권한쟁의심판을 적극적으로 활용할 필요가 있다. 그렇기 때문에 입법과정의 하자는 권한쟁의심판에서 헌법재판소가 다소 적극적인 형성적 재판을 할 필요가 있다고 생각된다. 그것은 경우에 따라서 그 심판의 범위가 입법행위의 결과에도 미칠 수 있다는 것을 의미한다.

는 입법부 스스로가 국회를 통과하였다고 결정한 여정부에 이송, 국무회의의 의결, 대통령의 공포가 있으면 국회통과의 과정에 흠이 있더라도 법원이 이를 뒤엎을 수 없다. 논지가 말하는 국민투표법은 국회에서 의결을 거친 것이라 하여 적법한 절차를 거쳐서 공포 시행되고 있으므로 법원으로서의 국회의 자주성을 존중하는 의미에서 논지가 지적하는 점을 심리하여 그 유무효를 판단할 성질의 것이 아니다. 헌법 제102조 제1항의 규정이 법률의 위헌여부 심사에 관하여 규정하고 있으나 위에서 본바와 같은 범위 안에서는 국회의 자율권과 저촉되는 것이므로 법원의 심사권이 인정되지 아니한다 할 것이다. 이러한 취지로 판시한 원심판단은 적법하고, 위법이 없다.

19) 정종섭, 『헌법재판론』, 박영사, 2009, 235면.

20) 정종섭(주 19), 237면.

21) 정만희, 『헌법과 통치구조』, 법문사, 2003, 248면.

22) 정만희(주 21), 251면.



## 2. 입법과정의 하자에 대한 정당성 심사

### (1) 절차적 정의와 절차적 정당성

입법과정은 타협과 설득의 과정을 거쳐 국민이 수용할 수 있는 가장 합리적인 법안이 모색된 후 최종적으로 다수결의 형식으로 채택되어야 한다. 입법과정에서 국민 대다수가 공감하는 내용의 법률이 제정되기 위해서 가장 중요한 것은 정당성의 확보이다. 다수의 횡포와 소수의 횡포가 발생하지 않는, 그리고 소수자에게의 충분한 발언기회가 부여되고, 토의과정과 표결에 이르는 과정에 불법적인 요소나 부당한 실력에 의해 좌우되지 않는 민주적인 입법과정을 거쳐 실제적인 정의가 담보되는 법률안을 마련하기 위해서는 입법과정에서 절차적인 정의가 우선적으로 확보되어야 한다. 즉 의회는 의사결정의 결과물보다는 어떠한 과정을 거쳐서 결과에 도달하게 되었는가, 즉 절차적 정의가 매우 중요시되는 곳이다.<sup>23)</sup> 절차적 정의가 확보되지 않는 의사결정과정은 헌법적 정당성의 관점에서 문제가 있다. 그러므로 절차적 정의를 결한 의사결정과정은 헌법적 정당성을 인정받을 수 있는가에 관하여는 다시 정당성 심사가 필요하게 된다. 결국 절차적 정의위반 여부의 심사에서는 절차적 정의를 구성하는 요소가 중요한 심사기준으로 작용하며, 이 경우 규범적인 심사보다는 절차적 정의를 구성하는 요소들이 배제 내지 결여되었는지 또는 결함이 있는지가 중요한 심사척도가 된다. 반면에 절차적 정당성의 심사는 절차적 정의위반이 헌법의 명문규정, 헌법원리, 유권적 해석기관의 해석에 기초하여 다시 한번 규범적인 측면에서의 심사가 이루어진다는 점에 차이가 있다.

### (2) 절차적 정당성 심사의 의미

오늘날 국가권력의 정당성의 문제는 입헌국가 내지 헌법국가를 전제하면서도 국가의 의사결정과정과 절차에 있어서 헌법이 부여하고 있는 기능과 과제를 국가권력이 제대로 구현하고 있는가를 평가하는 것으로서 통치구조의 문제에 있어서 핵심적 연구대상으로 등장하고 있다. 특히 국가권력은 선재하는 것이 아니라 헌법에 의하여 비로소 창설된 것을 의미하기 때문에 항상 헌법에 기속되어야 하고 헌법이 추구하는 최고의 가치인 인간의 존엄과 가치를 바탕으로 하는 기본권 보장을 통하여 국가권력은 사회정의를 실현하는 것이 과제이며 그러한 과제달성을 위하여 국가권력의 창설에 있어서는 물론이고 그 행사과정에 있어서 남용 내지 악용이 불가능하도록 권능에 대한 합리적이고 효율적인 통제수단을 마련함으로써 그 행사가 방법과 과정의 측면에서도 정당화되지 않으면 안 된다는 점에서 그러하다.<sup>24)</sup>

23) 석인선, “국회 법률안 심의 과정에서의 민주성 확보에 관한 소고-위원회제도를 중심으로-”, 이화여자대학교 법학논집 제12권 제2호, 2008, 3, 3면.

24) 이승우(주 2), 11면.

헌법적 정당성의 위반 여부를 검토하기 위해서는 정당성의 개념정립이 선행되어야 한다. 정당성의 개념에 관하여는 다양한 분류가 제시되고 있다. 민주적 정당성, 절차적 정당성이라는 개념 외에도 체계정당성, 정부작용의 정당성, 원초적 정당성·부차적정당성, 절대적·구체적 정당성, 경험적 정당성, 규범적 정당성, 법적·윤리적 정당성,<sup>25)</sup> 막스 베버의 카리스마적 정당성, 전통적 정당성 및 합리적 정당성 등이 그것이다. 정당성의 의미에 관하여도 통일되어 있지 않다. 원래 정당성이라는 말은 라틴어인 *legitimus*에 그 어원을 두고 있다. *legitimus*는 합법성을 의미하는 것으로 고전적 법학자들은 대체로 이러한 의미로 사용하고 있다.<sup>26)</sup> 예컨대, 켈젠의 “지배는 행위 하는 개인들에 의해 타당성이 전제되는 법적 질서와 일치하여 발생할 때에만 정당하다”는 주장<sup>27)</sup>이라든가, 베버의 “오늘날 정당성의 가장 큰 공통적 기초는 형식적으로 합당하며 평소의 방식대로 만들어진 법령에의 복종인 합법성에의 신념”이라는 주장<sup>28)</sup> 등이 그러하다. 정당성을 합법성으로 이해하는 개념 외에도 일반적으로 구속력 있는 원리들에 의한 국가권력의 정당화로 정의하거나, 모든 합리성이 그에 대하여 책임을 지는 올바른 국가형태와 올바른 국가지배에 대한 판단, 국가와 국가조직에 대한 내적 승인 등으로 정의하기도 한다.<sup>29)</sup> 또한 신념이라고 하는 정당성의 경험적 측면을 중요시 하면서, 신념이라고 하는 공통 가정에 기초하여 지배자의 권력에 대한 주장을 피지배자가 믿는다고 하는 공통적인 근거에서 정당성을 구하기도 한다.<sup>30)</sup> 구성원들이 현존제도가 적절하거나 도덕적으로 적합하다고 하는 신념을 갖는 경우 정당하다고 간주함으로써 정당성의 의미를 신념에 기초하는 것으로 간주하는 것이다. 그 밖에도 정당성의 의미에 관하여는 다양한 견해가 제시되고 있다.<sup>31)</sup>

생각건대 정당성에 위배되는 경우에는 합법성을 인정받기 어렵지만 그렇다고 하더라도 고전적 법학자들과 같이 정당성이라는 개념을 합법성과 동일한 의미로 이해할 수는 없다. 그 뿐만 아니라 그것의 의미를 일의적인 것으로 확정한다거나 어느 하나의 확정

25) 홍성방, “사회국가의 정당성”, 안암법학 제25호, 2007, 187면

26) 김왕수, “권력과 정당성 개념에 관한 고찰”, 연세사회학 제7권, 1986, 75면.

27) 김왕수(주 26), 75면에서 재인용.

28) 김왕수(주 26), 75면에서 재인용.

29) 홍성방(주 25), 188면.

30) 김왕수(주 26), 80면.

31) 파슨스(정당화는 사회체계 내에서 행위의 관여라는 맥락에서 공유되거나 공통적인 가치들에 의해 행위를 평가하는 것 또는 행위의 규제라고 하는 제도적 수준의 맥락에서 가치와 가치의 판독간의 주요한 연계이다), 립센(정당성이란 현존 정치제도가 사회에 가장 적합한 제도라는 신념을 만들어 내고 유지시키는 체계의 능력에 관여한다), 비에르스테드(정당성은 제도들이 스스로 존중되고 올바르게 적합하다고 여겨지는 정도로 정의된다), 프라이드(정당성은 이데올로기가 권력과 혼합되는 수단이다), 머텔만(우리는 정치적 정당성을 대중에 의해 정치제도에 내재하는 것으로 인식되는 당위라는 속성으로 정의한다. 사회에 도덕적으로 적합한 것으로 간주되는 정부는 정당하다), 하버마스(정당성은 정치질서의 가치가 인식되어지는 것을 의미한다), 루이스(정당성은 권력보유자들이 자신들의 권력의 보유를 권력보유라는 단순한 사실에 관한 용어 이외의 용어로 정당화할 수 있는 정치적 조건으로 정의될 수 있다) 등의 견해 참조. 김왕수(주 26), 77면 이하.

적 의미로 사용하는 것도 무리가 있다. 결국 정당성은 다양한 기능과 의미를 갖지만 헌법학의 영역에서는 헌법위반여부를 확인하는 중요한 기준이 된다는 점은 부인할 수 없다. 그러므로 정당성 심사는 문제되는 사항이 현행 헌법의 테두리 내에서 헌법적 가치 규범이나 그것의 해석에 비추어 정당성을 인정할 수 있는가의 문제로 접근해야 한다. 여기에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법원리, 헌법적 가치판단, 헌법제정권자의 의지, 헌법해석기관의 헌법해석 등 모든 헌법적 가치가 정당성여부의 심사요소로 적용될 수 있다. 입법과정에서 발생하는 하자도 절차적 정당성의 심사가 이루어지게 되는데, 이 경우 정당성 심사는 현행 헌법의 가치규범적인 테두리 내에서 헌법규범이나 가치에 의해 지지되는지 여부가 평가되어야 한다.

#### IV. 입법과정의 하자통제에 관한 헌법재판소의 결정례

##### 1. 입법과정 통제와 적법절차원칙

우리 헌법재판소는 헌법상의 적법절차규정의 해석을 통하여 절차적 정당성을 결하게 되면 위헌으로 본다고 판시하고 있다. 헌법재판소는 적법절차원칙을 하나의 헌법원리로 수용하면서 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 규정한 적법절차의 원칙을 예시적인 것으로 이해하고 있다. 적법절차의 내용을 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 모든 국가작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다.<sup>32)</sup> 특히 입법과정에서의 적법절차규정의

32) 헌재결 1992. 12. 24. 92헌가8. 우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다. 현행 헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실체적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권 제한법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위 내에서만

적용여부와 관련하여 “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 아니하고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 것을 헌법의 기본원칙으로 명시하고 있다.”<sup>33)</sup>고 하여 입법과정에도 헌법상의 적법절차규정이 적용된다는 것이 일관된 입장이다.<sup>34)</sup>

그 후 헌법재판소는 법안의결과정에서 국회의원의 심의표결권한의 침해확인을 인정함으로써 입법과정에 대한 적극적인 사법적 통제를 적용하였다. 1997년 7월 16일 국회의원회와 국회의장 간의 권한쟁의심판에서 “청구인들에게 본회의 개의일시를 통지하지 않음으로써 청구인들은 이 사건 본회의에 출석할 기회를 잃게 되었고 그 결과 이 사건 법률안의 심의·표결과정에도 참여하지 못하게 되었다. 따라서 나머지 국회법 규정의 위반여부를 더 나아가 살필 필요도 없이 피청구인의 그러한 행위로 인하여 청구인들이 헌법에 의하여 부여받은 권한인 법률안 심의·표결권이 침해되었음이 분명하다.”고 판시하여 국회의원의 입법과정에서의 심의표결권 침해를 인정하였다.<sup>35)</sup> 이 결정은 입법과정에 대한 적극적인 사법적 통제를 적용하여 절차적 정의실현에 진일보한 결정으로 민주주의 발전에 시사 하는 바가 크다고 할 수 있다.<sup>36)</sup> 하지만 법률안의 가결선포행위의 위헌확인청구에 대한 판단에서는 재판관들의 의견이 나뉘어서 법률안 가결선포행위를 위헌으로 확인하는 결정에는 이르지 못하였다. 법률안의 가결선포행위는 국회의원의 권한을 침해한 것임과 아울러 다수결원리를 규정한 헌법 제49조에 명백히 위반되는 것이라는 재판관 3인<sup>37)</sup>의 의견이 있었지만, 재판관 3인은 법률안의 가결선포행위에는 국회법위반의 하자는 있을지언정 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 수 없으므로, 이를 무효라고 할 수는 없다고 판시하였다.<sup>38)</sup>

적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않은 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다. 더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.

33) 헌재결 1992. 12. 24. 92헌가9.

34) 헌재결 1994. 12. 29. 94헌마201.

35) 헌재결 1997. 7. 16. 96헌라2.

36) 홍익표(주 4), 181면.

37) 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 고종석의 의견. 의회민주주의의 기본원리의 하나인 다수결원리는 의사형성과정에서 소수파에게 토론에 참가하여 다수파의 견해를 비판하고 반대 의견을 밝힐 수 있는 기회를 보장하여 다수파와 소수파가 공개적이고 합리적인 토론을 거쳐 다수의 의사로 결정을 한다는데 그 정당성의 근거가 있는 것이다. 따라서 입법과정에서 소수파에게 출석할 기회를 주지 않고 토론과정을 거치지 아니한 채 다수파만으로 단독 처리하는 것은 다수결원리에 의한 의사결정이라고 볼 수 없다.

38) 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 이영모의 의견. 국회의 입법절차는 법률안의 제출로

## 2. 미디어법에 대한 헌법재판소 결정

이해관계가 첨예하게 대립되는 집단 간의 갈등 속에서 탄생한 미디어법은 헌법재판소의 결정 이후에도 좀처럼 제자리를 잡지 못하고 있다. 법률제·개정과정에서의 불협화음이 있었을 뿐만 아니라 헌법재판소의 결정 역시 국민들에게 큰 만족감을 주지 못하였기 때문이다. 총래 97년의 권한쟁의 결정을 그대로 답습한 듯한 인상을 감출 수 없는 것도 큰 결점이라 할 수 있다. 헌법재판소가 자체 진화에 나서 헌법재판소는 법률안이 무효라고 판단한 것이 아니라는 입장을 표명하였으나 반대론자들에게는 궁색한 변명에 지나지 않을 뿐이다. 미디어법에 대한 헌법재판소의 결정요지는 다음과 같다.

헌법재판소는 법안의 가결선평행위가 국회의원의 심의표결권한을 침해하였는가와 가결선평행위가 유효한가의 문제로 분리하여 검토하고 있다. 심의표결권 침해여부와 관련하여 신문법안의 가결선평행위로 인하여 국회의원의 심의표결권한이 침해되었다고 판단하였으며<sup>39)</sup>, 방송법안의 가결선평행위 역시 청구인의 심의표결권한 침해를 인용하였으나<sup>40)</sup>, 인터넷멀티미디어법안의 가결선평행위의 심의표결권 침해는 인용하지 않았

부터 심의·표결 및 가결선평과 정부에의 이송에 이르기까지 여러 과정을 거쳐 진행되며, 그 과정에 국회의 구성원인 다수의 국회의원들이 참여하여 국민의 의사나 상충하는 이익집단간의 이해를 반영하게 된다. 이와 같은 국회 입법절차의 특성상 그 개개의 과정에서 의도적이든 아니든 헌법이나 법률의 규정을 제대로 준수하지 못하는 잘못이 있을 수 있다. 그러한 잘못이 현실로 나타날 경우 그로 인하여 일부 국회의원들의 입법에 관한 각종의 권한이 침해될 수 있는데, 이러한 사정만으로 곧바로 법률안의 가결선평행위를 무효로 한다면 이는 곧 그 법률의 소급적 무효로 되어 국법질서의 안정에 위해를 초래하게 된다. 따라서 국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도 그것이 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠에 해당하는 것이 아니라면 그 법률안의 가결선평행위를 무효로 볼 것은 아니라고 할 것인바, 우리 헌법은 국회의 의사결처에 관한 기본원칙으로 제49조에서 '다수결의 원칙'을, 제50조에서 '회의공개'의 원칙'을 각 선언하고 있으므로, 이 사건 법률안의 가결선평행위의 효력 유무는 결국 그 절차상에 위 헌법규정을 명백히 위반한 흠이 있는지 여부에 의하여 가려져야 할 것이다.

39) 피청구인의 신문법안 가결선평행위와 관련하여, ① 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환은 심의절차에 있어 제안취지 설명 절차부분이 국회법 제93조에 위배되어 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이고, ② 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 송두환은 심의절차에 있어 질의·토론 절차부분이 국회법 제93조에 위배되어 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이며, ③ 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환은 표결절차에 있어 헌법 제49조 및 국회법 제109조가 규정한 다수결 원칙에 위배하여 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이다. 따라서 신문법안의 가결선평행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 7인이고, 신문법안의 가결선평행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하는 것으로는 볼 수 없다는 의견이 재판관 민형기, 재판관 목영준의 2인이다. 그렇다면, 피청구인의 신문법안 가결선평행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이 관여 재판관 9인 중 7인으로 재판관 과반수의 찬성이 있으므로 청구인들의 이 부분 심판청구는 이유 있어 인용하여야 한다.

40) 피청구인의 방송법안 가결선평과 관련하여, ① 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 송두환은 방송법안 심의절차에 있어 질의·토론 절차부분이 국회법 제93조에 위배되어 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이고, ② 재판관 조대현, 재판관 김종



다.<sup>41)</sup>

그렇지만 법률안의 가결선포행위의 무효확인청구에 대해서는 인용의견이 3인<sup>42)</sup>이었으며, 기각의견은 6인으로 결국 무효확인청구는 기각하였다. 개별 재판관은 결정이유를 달리하고 있다.

### (1) 국회의원의 심의표결권한 침해를 인정할 수 없다는 입장

신문법안 가결선포행위가 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것으로 볼 수는 없다고 보기 때문에 신문법안 가결선포행위가 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해함을 전제로 구하는 청구인들의 이 부분 심판청구는 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.<sup>43)</sup>

### (2) 국회의 입법에 관한 자율권을 존중하는 입장

국가기관 상호간의 권한쟁의심판 결과 드러난 위헌·위법 상태를 제거함에 있어서 피청구인에게 여러 가지 정치적 형성의 여지가 있는 경우에는, 헌법재판소로서는 피청구인의 정치적 형성권을 가급적 존중하여야 하므로, 재량적 판단에 의한 무효확인 또는 취소를 통하여 피청구인의 처분의 효력을 직접 결정하는 것은 권한질서의 회복을 위하여 헌법적으로 요청되는 예외적인 경우에 한정되어야 한다.

국회의원이 국회의장을 상대로 국회에서의 입법절차의 하자로 말미암아 자신의 심

대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환은 방송법안 표결절차에 있어 표결결과 부결이 확정되었음에도 불구하고 부결을 선포하지 아니한 채 재표결을 실시하고, 재표결 결과에 따라 방송법안의 가결을 선포한 부분이 국회법 제92조에 위배하여 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이다. 결국 방송법안 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 6인이고, 방송법안 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다고 볼 수 없다는 의견이 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 김희욱의 3인이다. 그렇다면, 피청구인의 방송법안 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이 관여 재판관 9인 중 6인으로 재판관 과반수의 찬성이 있으므로 청구인들의 이 부분 심판청구는 이유 있어 인용하여야 한다.

- 41) 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 김희욱, 재판관 민형기, 재판관 목영준은 인터넷멀티미디어법안 및 금융지주회사법안의 심의·표결절차가 헌법이나 국회법에 위배되지 아니하므로 위 법안의 각 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해한 것으로 볼 수 없다는 의견이고, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 송두환은 위 법안의 심의·표결절차가 질의·토론에 관한 국회법 제93조에 위배되어 위 법안의 각 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이다. 따라서 피청구인의 인터넷멀티미디어법안 및 금융지주회사법안의 각 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다는 의견이 관여 재판관 9인 중 4인으로 관여 재판관 과반수에 이르지 못하므로 이 부분 심판청구는 모두 이유 없어 기각하여야 한다.

- 42) 재판관 조대현, 재판관 송두환의 인용의견, 재판관 김희욱의 인용의견

- 43) 재판관 민형기, 재판관 목영준의 기각의견

의·표결권이 침해되었다고 주장하는 이 사건과 같은 유형의 권한쟁의심판에 있어서도 특히 국회의 입법에 관한 자율권을 존중하는 의미에서 헌법재판소는 원칙적으로 처분의 권한 침해만을 확인하고, 권한 침해로 인하여 야기된 위헌·위법 상태의 시정은 피청구인에게 맡겨두는 것이 바람직할 것이다. 그러므로 이 사건 신문법안의 가결선포행위에 대한 무효확인 청구는 이유 없으므로 기각하여야 할 것이다.<sup>44)</sup>

### (3) 헌법재판소가 갖는 분쟁해결이라는 사법적 판단의 성격을 중시하는 입장

헌법재판소가 피청구인이 청구인의 심의·표결권을 침해하였음을 확인하는 것에서 더 나아가 가결선포 행위 자체의 무효 확인을 할 경우 이는 실질적으로 법률에 대하여 무효선언을 하는 결과가 될 것인데, 이렇게 되면 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통하여 국회의 다양한 정치적 형성가능성을 배제하고 스스로 정치적 형성행위를 하는 것이 된다. 이는 기관 상호간의 분쟁의 해결을 그 목적으로 하는 권한쟁의심판 제도의 당초목적에서 벗어날 뿐만 아니라, 헌법재판소가 법률의 위헌 결정에 필요한 정족수 6인에 못 미치는 5인의 재판관의 의견으로써 실질적으로 법률에 대한 위헌 결정을 하는 셈이 되어 헌법 제113조 제1항에도 위반되는 부당한 결과를 초래하게 된다.

요컨대, 피청구인의 가결선포행위가, 무효나 취소소송의 대상이 될 수 있는 행정처분의 성격을 갖는 경우라면 모르나, 이 사건의 경우처럼 국회의 법률제정과정에서 비롯된 국회의원과 국회의장 사이의 입법절차에 관한 권한쟁의심판사건에 있어서는, 헌법재판소의 권한쟁의심판권은 피청구인이 청구인들의 심의·표결권을 침해하였는지 여부를 확인하는 것에 그치고, 그 후 법률안 가결선포행위의 효력에 대한 사후의 조치는 오직 국회의 자율적 의사결정에 의하여 해결할 영역에 속한다고 보아야 할 것이다. 따라서 피청구인의 가결선포행위의 무효 확인을 구하는 청구인들의 이 부분 청구는 이유 없어 기각하여야 한다.<sup>45)</sup>

## V. 헌법재판소의 입법과정 정당성 심사에 관한 헌법적 평가

### 1. 입법과정의 절차적 정당성의 관점

의회주의는 국민에 의해 민주적으로 선거된 의회에 의해 다수결의 원리로써 국가의사를 결정하는 정치방식을 말하는 것으로 그 의사절차의 원리는 토론의 자유, 다수결의 원리, 의사공개 원칙을 중심으로 하고 있다. 이러한 의사절차원리들은 의회의 의사결

44) 재판관 이강국, 재판관 이공현의 기각의견

45) 재판관 김종대의 기각의견

정과정에서의 절차적인 정의의 실현이 매우 중요하다. 토의는 진정한 민주주의의 필수적인 구성요소로서 오랫동안 간주되어 왔으며, 말을 하는 자유, 정치적 대화에 참여하는 자유, 공적 이슈에 대해 논하는 자유, 그리고 공동선에 관한 토의의 자유 등은 민주주의를 증명하는 징표이다. 민주적인 정체에 있어서 정치적 결정은 자유롭고 평등한 시민들 간의 심의와 토론의 과정을 통해 이루어져야 한다는 토의민주주의의 모델의 근본 아이디어는 고대 아테네에서 탄생한 이래 항상 민주주의와 함께 해왔다.<sup>46)</sup> 다수결원리는 이러한 이성적 토론과 소수의사의 존중을 전제로 하는 것으로 반대의사를 무시하거나 양보와 타협이 인정되지 않는 다수결은 곧 다수의 폭정을 의미할 뿐이다. 입법권자가 내놓는 국가의사인 법률제정 등은 정치적 의사를 달리하는 여야 간의 갈등과 권력 투쟁의 결과 다수의 의사가 국가의사로 나타난 것이기 때문에 소수가 인내심을 가지고 다수의 결단을 옹호하는 것으로 승인하도록 합리적 절차를 거쳐야 한다. 토의과정이나 다수결의 원리 등 의사결정과정은 국민들에게 공개되어야 한다. 대표자에 대한 신임부여 및 철회라는 기관구성권의 행사는 대의제의 이념적 기초이다. 국민의 선거를 통한 주기적인 통제권의 확보는 의사결정과정의 투명성과 공개적으로 운영되는 제도를 전제로 해서만 가능하다. 그렇기 때문에 다수결의 원리에 따른 의사결정이 정당성을 가지기 위해서는 최소한 입장을 달리하는 상대적인 대립을 전제로 해서 서로의 입장에 대한 자유롭고 평등한 토론, 절충, 타협을 거친 후에 대립당사자간에 다수결로 의사결정을 하자는 합의와 양해 아래 다수결로 의사결정을 해야 하므로 이러한 원칙이 준수되지 않은 국회의장의 법률안가결선포행위는 위헌을 면치 못하거나<sup>47)</sup>, 헌법이 채택한 의사공개원칙의 취지는 국민주권주의와 대의민주주의를 지향하는 우리 헌법질서에서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 국회의 정책결정 내지 입법과정을 주권자 앞에 상세히 공개하고 그에 대한 국민의 감시와 통제를 실현함으로써 입법과정의 절차적 정당성을 보장하려는 것이므로 의사공개의 원칙을 위반한 것은 절차적 정당성을 결여한 것으로 위헌일 수밖에 없다고 주장<sup>48)</sup>되는 것은 당연한 결과이다.

생각건대 토론의 자유, 다수결의 원리, 의사공개원칙에 절차적인 정의의 요소들이 결여되거나 배제된다면 그것은 절차적 정의의 위반에 해당한다. 그러한 절차적 정의는 위헌성의 징후를 의미하므로 헌법적 정당성의 심사과정을 거쳐 정당화되지 않는 한 위헌임을 면치 못한다. 즉 절차적 정당성 심사라는 규범적 심사과정을 거쳐 헌법위반 여부를 결정할 수 있다. 우리 헌법은 다수결원칙과 의사공개원칙을 명문으로 규정하고 있다. 헌법상의 명문규정에 비추어 그러한 절차적 정의의 위반은 중대한 헌법위반을 의미<sup>49)</sup>하는 것으로 헌법적으로 결코 정당성이 인정되기 어렵다. 우리 헌법재판소는 이 경우 적법절차원칙을 적용하고 있다. 우리 헌법재판소의 판례의 관점에서 헌법이 정하는

46) 설한, “민주주의, 토의, 정당성”, 한국정치학회보 제39집 제1호, 2005, 48면.

47) 허영, 판례월보 1997. 11, 9면 이하.

48) 허영, 판례월보 1997. 11, 9면 이하.

49) 정만희(주 21), 247면.

적법절차원칙의 해석에 의해서도 입법과정의 절차상 정의위반의 하자는 결코 정당화될 수 없다.

## 2. 분리 판단에 대한 평가

입법과정의 통제와 관련하여 국회의원의 심의·표결권의 침해여부와 법률안 가결선포행위의 무효여부를 구분하여 판단해 온 헌법재판소의 결정은 그 동안의 많은 비판을 받고 있었음에도 불구하고 미디어법에 관한 결정에서 종전의 판례를 답습하여 그와 유사한 태도를 유지하고 있다. 입법과정에 대한 사법심사긍정론이나 판례에 의하면 국회의원의 심의·표결권 등과 같은 권한 침해의 위헌확인에는 사법심사가 미친다는데 일치한다. 다만 그것을 넘어서 입법행위의 결과물인 법률안의 무효여부도 판단할 수 있는가에 관하여는 견해가 갈린다. 여기에 대해서는 우선 그것을 분리해서 심사하는 것이 가능한가에 대하여 비판이 있다. 예컨대, 독일의 경우에는 청구인의 권한침해를 확인하면 피청구인은 권한침해의 원인을 제거해야 하는 의무가 발생하기 때문에 입법절차에서의 권한침해를 확인하게 되면 의회는 합헌 및 합법적인 입법절차를 다시 밟아야 한다. 그러므로 권한침해확인만으로도 법률안의 가결선포행위의 무효확인과 동일한 효과가 있기 때문에 법률안 가결선포행위의 무효확인이 불필요하다는 것이다.<sup>50)</sup> 결과적으로 법률안의 가결선포행위가 유효하다는 것을 의미하는 것은 아니다.

우리 헌법재판소는 종래 결정에서 “가결선포행위에는 국회법위반의 하자는 있을지언정 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 수 없으므로, 이를 무효라고 할 수는 없다”고 판시하였으며, 미디어법 결정에서는 무효청구를 기각함으로써 입법과정의 하자에 의해 의결된 법률안을 유효라고는 판단하지 않았지만 유효로 볼 수 있는 여지를 남겼다는 점에서 비판을 면치 못한다.

## 3. 규범통제 가능성과 헌법적 정당성의 분리가능성

권한쟁의심판절차는 규범통제가 아니므로 권한침해의 원인이 된 법률의 위헌여부를 다루는 것은 어렵다.<sup>51)</sup> 그렇지만 하자 있는 입법행위의 결과물로서 탄생한 법률에 대해서는 그것의 무효여부를 판단할 수 있는지가 문제된다. 권한쟁의심판의 심판의 대상은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 피청구인의 처분이나 부작

50) 명재진, “입법과정에 대한 헌법적 통제”, 헌법판례연구 1권, 1999, 297면 이하. 본 결정의 가장 큰 문제점은 본안의 검토과정에 국회의원의 권한침해검토와 법률선포행위의 위헌성검토를 구별하고 있다는 점이라고 하고 있다. 자세한 내용은 298면, 301면 참조.

51) 정종섭(주 20), 509면. 물론 헌법재판소법 제66조 제2항이 권한쟁의심판에서 피청구인의 처분이 무효임을 확인할 수 있다고 정하고 있으므로 이런 무효에 위헌무효도 포함된다고 보면 현행법 하에서도 청구기관의 권한이나 의무를 위헌적으로 정하고 있는 법률 또는 법률조항에 대해서 위헌선고를 하여 효력을 없앨 가능성은 있다고 한다.

위<sup>52)</sup>이며, 헌법재판소는 권한침해의 존부나 범위에 대한 판단<sup>53)</sup>과 권한의 존부범위를 판단하는 경우 권한침해의 원인이 된 처분의 취소나 무효 확인, 부작위에 대한 심판청구인용 등의 결정을 할 수 있다.<sup>54)</sup> 그렇기 때문에 입법과정에서 발생하는 권한의 존부나 범위 확인 등의 통제가 아니라 입법행위의 결과물인 법률의 위헌선언을 할 수 있는가에 관하여는 입장이 같린다. 헌법재판소는 권한의 침해문제와 법률의 위헌선언 문제를 분리하여 입법행위의 결과물인 법률의 무효 여부를 확인하는데 소극적이다.

생각건대 위헌입법의 개념에는 위헌적인 입법행위의 측면과 입법행위의 결과로 탄생된 위헌적 법령의 측면 모두가 포함된다고 할 수 있다.<sup>55)</sup> 입법행위 측면에서 볼 때에도 위헌성이 있을 수 있으며, 입법행위의 위헌성은 입법결과의 위헌성을 치유할 수 없다. 입법과정이 위헌인데 입법결과가 정당하다는 것은 논리적으로 설득력이 없다. 헌법의 정당성, 그것이 실제적 정당성이든 절차적 정당성이든 분리될 수 있는 것인지 의문이다. 헌법적 정당성은 결코 분리될 수 없는 것이며, 설사 분리되어 심사가 가능하다고 하더라도 일련의 행위과정 속에서 정당성을 상실한 행위과정이 존재한다면 그것의 결과에 대한 정당성을 치유할 수는 없는 것이다.

미디어법 개정과정을 보면 무권투표, 대리투표, 투표방해행위, 불법투표 등의 개연성이 농후하다. 그 때문에 헌법재판소도 국회의원의 심의표결권의 침해를 인정하고 있다. 결국 입법과정에서 절차적 정의 위반은 인정된다. 그것은 적법절차에 관한 헌법규정, 국회법 등의 법률위반 등 헌법적 가치규범에 의하여 결코 지지될 수 없는 것으로 절차적 정당성을 상실한 것이다. 그러므로 입법과정에서 절차적 정당성이 훼손되었다면 그러한 입법과정의 결과물인 법률이 결코 정당하다고 평가할 수 없다.

헌법재판소는 법률의 무효확인청구에 대하여는 기각결정을 하였다. 기각 이유 중에는 법률의 무효확인결정을 하는 것은 기관 상호간의 분쟁의 해결을 그 목적으로 하는 권한쟁의심판 제도의 당초목적에서 벗어날 뿐만 아니라, 헌법재판소가 법률의 위헌 결정에 필요한 정족수 6인에 못 미치는 5인의 재판관의 의견으로써 실질적으로 법률에 대한 위헌 결정을 하는 셈이 되어 헌법 제113조 제1항에도 위반되는 부당한 결과를 초래하게 된다는 의견도 있다. 규범통제에 있어서 법률의 위헌여부를 결정하기 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다는 점은 입법자의 입법권을 존중하려는 헌법적 결단이다. 하지만 법률의 위헌결정에 재판관의 가중 정족수를 요구하는 것은 헌법적으로 정당한 절차를 거쳐서 제정 내지 개정된 법률에 대한 판단을 전제로 하는 경우에 한하는 것이다. 입법과정에서 이미 헌법적 정당성을 상실한 입법행위에 의해서 제정된 법률을 전제로 하는 것은 아니다. 이 경우에는 가중 정족수가 아니라고 하더라도 법률의 무효를 선언할 필요성은 있다. 만약 헌법재판소가 법률의 위헌무효를 선언하지 않는

52) 헌법재판소법 제61조.

53) 헌법재판소법 제66조 제1항.

54) 헌법재판소법 제66조 제2항.

55) 방승주, "위헌입법의 현황과 대책", 헌법학연구 제14권 제3호, 2008. 9, 254면.



다면 입법자는 헌법재판소의 결정내용에 따라 재개정 등의 입법절차를 새로이 개시할 필요가 있다. 그것이 헌법재판소의 결정의 기속력을 존중하는 태도이다.

## VI. 맺으며

입법과정에서 토론, 다수결의 원리, 의사공개와 원칙 등에 충실한 민주적인 의사결정 과정은 민주주의의 실현에 있어 필수적이다. 의사결정과정에서 절차적인 정의의 요소들이 결여되거나 배제된 입법과정의 하자는 헌법적 정당성의 관점에서 규범적 심사가 다시 이루어져야 한다. 절차적 정의위반 여부의 심사에서는 절차적 정의를 구성하는 요소가 중요한 심사기준으로 작용하며, 이 경우 규범적인 심사보다는 절차적 정의를 구성하는 요소들이 배제 내지 결여되었는지 또는 결함이 있는지가 중요한 심사척도가 된다. 반면에 절차적 정당성의 심사는 절차적 정의위반이 헌법의 명문규정, 헌법원리, 유권적 해석기관의 해석에 기초하여 다시한번 규범적 심사가 이루어진다는 점에 차이가 있다. 일반적으로 절차적 정의 요소가 무시된 절차적 정의위반은 예외적인 특별한 경우를 제외하고는 결코 헌법적으로 정당화되기 어렵다.

우리의 통치시스템은 의회민주주의를 표방하면서도 의회의 운영은 날치기 통과, 무권투표, 대리투표, 다수와 소수에 의한 투표방해 행위 등 의결과정에서 절차적인 정의의 요소가 철저히 배제되는 경우가 다반사이다. 최근의 미디어법 결정과정은 이러한 절차적 부정의의 결정판이었다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 과거의 판례를 답습하여 국회의결과정에서 의원들의 심의·표결권 침해는 인정하면서도 그러한 과정을 거쳐서 개정된 법률안의 무효확인에 대하여는 소극적인 태도를 취하고 있다.

입법과정에서 절차적인 정의가 무시된 입법과정상의 하자는 다수결의 원칙, 의사공개와 원칙, 헌법상의 적법절차원칙에 관한 헌법재판소의 해석에 의해서 비추어 볼 때 결코 헌법적으로 정당화될 수 없다. 절차적 정당성이 인정될 수 없는 입법행위에 의하여 탄생한 입법행위의 결과물인 법률 또한 그 정당성을 인정받을 수 없음은 당연하다. 그러므로 그러한 법률 또한 헌법재판소의 사법적 통제의 대상이 되어야 하며, 그 위헌성을 적극적으로 확인하여야 한다.

### <참고문헌>

- 김왕수, "권력과 정당성 개념에 관한 고찰", 연세사회학 제7권, 1986.
- 명재진, "입법과정에 대한 헌법적 통제", 헌법판례연구 1권, 1999.
- 박준형, "한국의 교육정책 형성과정에 대한 비판적 고찰, -J. Habermas의 절차적 민주주의 이론을 중심으로-", 교육행정학연구, 제24권 제3호, 2006.
- 방승주, "위헌입법의 현황과 대책", 헌법학연구 제14권 제3호, 2008, 9.
- 석인선, "국회 법률안 심의 과정에서의 민주성 확보에 관한 소고-위원회제도를 중심으로-", 이화여자대학교 법학논집 제12권 제2호, 2008, 3.
- 설한, "민주주의, 토의, 정당성", 한국정치학회보 제39집 제1호, 2005.
- 안성호, 정광조, "절차적 정의실현을 통한 국회신뢰의 확보방안", 대전대학교 논문집 제9권 제2호, 1990.
- 이승우, "한국의 입법권자 본연의 임무를 다하고 있는가?", 공법연구 제35집 제2호, 2006, 12.
- 장영수, "헌법의 기본원리로서의 법치주의", 안암법학 2권, 1994.
- 전학선, "프랑스에 있어서의 입법절차에 대한 위헌심사", 공법연구 제27집 제3호, 1997.
- 정만희, 『헌법과 통치구조』, 법문사, 2003.
- 정종섭, 『헌법재판론』, 박영사, 2009.
- 홍성방, "민주주의에 있어서 다수결 원리", 한림법학 FORUM 제3권, 1993.
- 홍성방, "사회국가의 정당성", 안암법학 제25호, 2007.
- 홍익표, "한국헌법에 있어서 입법절차상의 적법절차", 공법학연구 창간호, 1999.
- 허영, 판례월보 1997, 11.