입법평가연구 제10-2호 2016년 10월 pp. 15~40

이른바 立法아웃소싱의 公法的 問題點에 관한 小考
- 독일에서의 논의를 중심으로 -

김 중 권*

Contents

Ⅰ. 처음에
Ⅱ. 독일에서 시발사건: „Linklaters-Fall"
Ⅲ. 독일에서 입법아웃소싱에 관한 제 논의
Ⅳ. 입법아웃소싱의 개념 및 그것의 효과
Ⅴ. 입법아웃소싱과 공임무의 민간화
Ⅵ. 입법아웃소싱의 장점과 문제점
Ⅶ. 전문가적 입법자로서의 변호사의 지위에 관한 논의
Ⅷ. 입법아웃소싱의 헌법적 한계
Ⅸ. 맺으면서

* 중앙대학교 법학전문대학원 교수

Ⅰ. 처음에

법규범은 민주적 법치국가의 중심적 조종수단이다. 그것은 국가의 질서테두리이고 시민의 자유를 보호하고, 사회국가에서 가장 중요한 분배수단이다.[1] 종래 군주의 통치권을 전제로 치자와 피치자를 구분하면서 구축된 민주주의 기본질서는 복잡한 현실에서[2] 그 한계를 노정하였다. 공동체 구성원 모두의 협력을 내용을 하는 협치가 시대적 화두로 등장하였다. 즉, 특히 국가가 공임무를 수행하는 데 충분한 인적, 물적 인프라를 갖추자면 소요될 제반 비용을 감안한 즉, 민간사이드의 노우하우(know-how)를 적절히 이용하는 것이 효율적이라 여겨진다. 법률초안을 변호사나 로펌이 작성하고 그것을 정부가 인수하는 입법아웃소싱 역시 새로운 차원의 협력적인 정부활동에 해당한다.[3]

민주적 법치국가에서 가장 중요한 규범이 의회의결 법률이다. 의회입법의 원칙에서 입법은 의회의 전속적 권한이다. 그리고 헌법상으로 법률안의 발안권은 국회와 행정부의 특권이다. 최종적인 민주적 정당성의 요소는 견지하면서도 여하의 공동체 구성원 모두의 협력을 법제도화하느냐가 협치시대의 공법적 과제이다. 입법아웃소싱을 구조화하기 위해서는 투명성과 외부안의 정부에로의 내용적 귀속가능성을 보장하기 위한 메커니즘이 요구된다.

이하에서는 아직 생소한 입법아웃소싱의 공법적 문제점을 독일의 논의현황을 바탕으로 전개하고자 한다.[4] 독일에서는 입법도움으로서의 입법아웃소싱에 대

---

1) 법정립이론은 법학일 뿐만 아니라 학제적 학문으로서 사회학적, 경제학적, 정치학적 관점을 고려해야 한다. Karpen, Rechtssetzungslehre JuS 2016, 577. 한편 '입법'을 '법률정립'(Gesetzgebung)이 아닌 '법정립'(Rechtssetzung)에서 바라보면, 전혀 다른 논의를 진행시킬 수 있다(참조: 헌법재판소 전원재판부 2004. 10. 28., 99헌바91). 종래 '법률정립'(Gesetzgebung)을 입법으로 명칭을 붙여 사용한 慣性的 理解를 바로 잡을 필요가 있다. 법정립(„Rechtssetzung") 개념은 협의의 의미로는 헌법과 형식적 법률만을 포섭하지만 법률하위적 법규범 역시 관심을 둔다. 이런 기본인식의 변화를 긍정하면, 무엇보다도 법령보충적 규칙의 문제를 의회입법원칙의 예외의 관점이 아닌 진정한 '행정입법'의 차원에서 바라 볼 수 있다. 김중권, 행정법, 2016, 386면 이하.

2) 즉, 사회국가와 개입국가에서의 확대된 국가활동, 기술의 발전, 세계화, 행정과 사법에 의한 법화와 규범증대가 그 특징이다.

3) 입법에서 외부전문가의 자문이 빈빈히 요청되고 있는 사실에서, 정부부처와 이익단체간의 다양한 연계의 모습은 새로운 현상이 아니다.

4) 독일의 경우 기본법상으로 연방의회에 대한 법률안제출권을 세 기관(연방정부, 연방참의원 및 연방의회)이 가지며(기본법 제76조 제1항), 입법현실에서 제출되는 법률안의 거의 대부분은 연방

해 대부분의 문헌은 위헌성을 부정하고, 제기되는 개별적 문제점만을 제도보완을 통해 해소하는 경향이다.

Ⅱ. 독일에서 시발사건: „Linklaters-Fall"

2008년 가을에 리만사태로 인한 세계적인 금융시장위기가 대연정하에 독일 입법자의 이례적으로 신속한 활동을 필요로 하게 하였다. 그것은 금융시장안정화법(Finanzmarktstabilisierungsgesetz)을[5] 공포하는 것으로 귀착되었는데, 동법은 로펌인 Freshfields Bruckhaus Deringer가[6] 연방재무부의 위탁에 의해 만들어졌다. 두 번째 단계에서 매우 짧게 재직한 기독사회당소속(CSU)의 연방경제부 장관 zu Guttenberg이 Linklaters 로펌에 대해 "금융기관법개정안"을 작성할 것을 위탁하였다. 정세에 약간 둔감하고 연방재무부에 의해 사전저지를 받지 않은 Linklaters 로펌이 -사민당출신이 장관을 맡은 재무부에 대해 나름의 안을 보여줄 수 있도록- 법률초안에 자신의 로고를 붙여 각의회람에 제출하였다. 그로 인해 입법아웃소싱이 공개되어, "변호사에 의한 입법"(„Gesetzgebung durch Rechtsanwälte")이라는 명칭으로 심각한 정치적 논란이 야기되었고,[7] 연방심계원(Bundesrechnungshof)까지 나서 이 사건에 대해 특별심사절차를 진행시켰다.

이처럼 법률초안의 작성에 변호사나 로펌을 개입시키는 것은 이후에 자세하게 살펴보겠지만, 이는 원칙적으로 대소동이 날 일도 경시할 일도 아니다.[8] 주제에 대한 사려 깊은 접근이 요망된다. 왜냐하면 독일을 비롯한 여러 나라(미국)에

정부가 발안한다. 법률안의 발안에서 연방정부가 의회에 대해 우위를 갖는 결정적인 이유는 독일의 경우 미국과는 달리 권력분립주의가 철저하지 않은 데 있다고 한다. 박영도, 입법학입문, 2014, 356면-357면.

5) Gesetz v. 17.10.2008, BGBl I, 1982.

6) 영국에 본사를 둔 Freshfields Bruckhaus Deringer은 나단 메이어 로스차일드에 의해 1743년에 창립된 세계에서 가장 오래된 국제 법률 사무소로 알려져 있다.

7) Der Spiegel 34/2009, S. 68ff. („Die Gesetzesflüsterer").

8) 비단 로펌에 의한 것이 아니라 연구기관, 기업자문관, -학자와 같은- 개별전문가에 의한 것도 포함될 수 있는데, 가령 독일의 경우 1990년부터 2011까지 62 건의 법률이 외부자문의 도움으로 마련되었다고 한다. 한편 2013.6.26. 연방의회가 의결한 주식법개정의 자문과 연계해서 새롭게 고조되었는데, 독일 변호사협회의 상법위원회 의장 Michael Hoffmann-Becking (Partner bei Hengeler Mueller)에 의한 제안이 문제되어 종내 법률에 받아들여지지 않았다.

서 법률안의 완성을 변호사에게 위탁하는 것이 완전히 새로운 현상은 아니기 때문이다.[9] 법률(및 조례, 법률대체계약)의 마련에서 변호사의 협력은 독일에서 오래전부터 존재한다.[10]

Ⅲ. 독일에서 입법아웃소싱에 관한 제 논의[11]

일찍이 2002년 독일 국법학자대회에서 Herdegen 교수가 '정치적 결정의 비공식화와 탈의회화'의 주제를 다루면서 입법임무의 아웃소싱 즉, 입법임무의 사회화를 언급하였고,[12] 그 후 2005년에 입법아웃소싱을 다룬 "규범제정에서의 협력적, 합의적 구조'란 제명의 Becker의 교수자격논문이 출간되었다.[13] 입법아웃소싱이 본격적으로 공법적 주제로 거론된 것은 2009년에 발생한 Linklaters-사건이다. 이후 관련 문헌이 봇물처럼 출현하였다. 2009년에 Battis 교수가 헌법적 물음보다는 입법아웃소싱의 로비의 근접을 주안점으로 둔 글을[14] 발표하였고, 동년에 Brandners가 Linklaters-사건을 둘러싼 일을 재구성하면서, -아웃소싱의 자세한 헌법적 심사를 하지는 않은 채- 입법절차에서의 주의의무의 관점에서 입법아웃소싱을 탐구하는 글을 발표하였다.[15] Krüpers가 입법아웃소싱의 합헌성을 처음으로 심도깊게 다루었는데,[16] 그는 특이하게도 처음으로 행동경제학 용어인 '닻내림효과(정박효과: Ankereffekt, anchoring effect)' 개념을 바탕으로 관련 문제점을 논의하였다. 그는 입법아웃소싱이 헌법적 루비콘을 적어도 터치한 것으로

9) Krüper는 긴급하거나 실체상으로 고도의 복잡성을 지닌 법률초안의 작성을 전문화된 법률사무소에 위임하고 그 안을 그대로 입법절차에 삽입하는 것이 여러 부처의 통상의 실무로서 알려졌다고 전제하였다. Ders., Lawfirm – legibus solutus? Legitimitäat und Rationalitäat des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das ‚.Outsourcing' von Gesetzentwüurfen, JZ 2010, S.655ff.

10) 금융산업에 자문을 하고, 금융수단을 구조화하는 데 리스크를 옮기는 데 협력하고 그럼으로써 금융위기에 공동책임자라 말해지는 거대로펌이 입법아웃소싱의 주체인 점이 관련 논의에서 좋지 않은 인상을 낳는다.

11) Vgl. Woiki., Gesetzgebungsoutsourcing unter dem Grundgesetz, 2016, 21ff.

12) ders., VVDStRL 62, S.7(22f.)

13) ders., Kooperative und konsensuale Struturen in der Normsetzung, 2005.

14) ders., Outsourcing von Gesetzentwürfen, ZRP 2009, S.201ff.

15) ders., NVwZ 2009, S.211ff.

16) ders., Lawfirm – legibus solutus? Legitimitäat und Rationalitäat des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das ‚.Outsourcing' von Gesetzentwüurfen, JZ 2010, S.655ff.

보되, 실무에서 입법아웃소싱을 어떻게 다루어야 할지에 관해서는 구체적인 해결책을 제시하지는 않았다. 그리고 "입법아웃소싱-변호사에 의한 입법?"을 주제로 Kloepfer 교수가 주도하여 개최한 학술대회(2010.9.21. Humboldt 대학) 학자들과 실무변호사들이 입법아웃소싱에 관해 종합적인 논의를 전개하였다.[17] 그 뒤에 2012년에 두 건의 문헌이 입법아웃소싱을 다루었는데, Meßerschmidt는 입법아웃소싱을 탈의회주의 내지 포스트민주주의논쟁의 맥락으로 옮기면서 다시 부각시켰고,[18] Ossenbühl 교수는 매우 비판적으로 접근하였다. 그는 법률안의 아웃소싱을 의미가 없는 문제(Scheinproblem)로 여기면서, 입법아웃소싱 개념 자체가 원래 타당하지 않은 무개념(Unbegriff)인데, 바이러스처럼 법학논의에 바람직하지 않게 확대 전개되었다고 지적하였다. 결론적으로 그는 입법아웃소싱의 허용성의 논쟁은 찻잔속의 태풍에 불과하다고 치부하였다.[19] 2013년에도 두 건의 문헌이 입법아웃소싱을 다루었는데, Schmieszek은 Krüpers가 주장한 -부정적으로 작용할- 닻내림 효과를 그다지 높게 평가하지는 않으면서도 입법아웃소싱에 관해 고양된 투명성을 제도화할 것을 요구하였다.[20] 반면 Leven는 특이하게도 이제까지 지배적인 문헌상의 견해와는 달리 입법아웃소싱은 위헌이라고 주장하였다. 즉, 그것은 민주주의의 원칙, 기본법 제33조 제4항에 위반될뿐더러 공공복리를 해한다고 주장하였다.[21] 반면 가장 최근에 출간된 Woiki의 박사논문은 입법아웃소싱이 위헌이 아님을 전제로, 기왕의 논의에서 구체적인 원인 및 해결책의 모색이 적극적으로 이루어지지 않았음을 전제로 하여 입법아웃소싱을 규율하기 위해 발해져야 할 규정을 입안하는 것을 지향하면서 그간의 논의의 미비점을 논구하였다.[22]

---

17) ders.(Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing - Gesetzgebung durch Rechtsanwälte?, 2011.

18) ders., Private Gesetzgebungshelfer - Gesetzgebungsoutsourcing als privatisiertes Regulierungsmanagement in der Kanzleiendemokratie? Der Staat 2012, 387ff.

19) ders., Outsourcing von Gesetzentwürfen- ein Scheinproblem, in: Ruffert(Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, FS Schröder, S.359, 360, 367.

20) ders., Großkanzleien als Ersatzgesetzgeber?, ZRP 2013, S.175ff.

21) ders., Gesetzgebungsoutsourcing: Verfassungsrechtliche Probleme der Inanspruchnahme Privater zur Erstellung von Gesetzentwürfen, 2013, S.96f., 123, 116.

22) ders., Gesetzgebungsoutsourcing unter dem Grundgesetz, 2016.

Ⅳ. 입법아웃소싱의 개념 및 그것의 효과

1. 입법아웃소싱의 개념

입법아웃소싱은 -어의대로 하면- 입법을 아웃소싱하는 것을 말한다. 광의의 의미로 보면, 법률초안에 다양한 단체의 이익투입이 행해지는 것을 말하지만, 협의의(통상의) 의미로 보면, 입법의 아웃소싱 즉, 법률초안의 작성을 민간에게 맡기는 것이다. 통상 법학에서 위임과 위탁의 형식으로 권한행사의 주체를 바꾸는데, 여기서의 아웃소싱 개념이 법학에서의 위임이나 위탁과 어떤 관계가 있는지 검토가 필요하다. 입법아웃소싱은 관찰된 사건을 표현하는 개념이고, 경험적 개념이다. 아웃소싱(Outsourcing)은 결코 법개념이 아니고, 원래 경제 개념이다.[23] 여하튼 입법아웃소싱 개념은 -오래 전부터 주지된, 행정보조인의 구성을 넌지시 암시하는- 사적 입법보조자 개념보다는 더 친숙하다.[24] "아웃소싱"은 경제계에서는 기업임무와 업무단위를 외부기업에 이전하는 것이다. 종래 기업이 제공하는 급부를 지금부터는 제3자에 의해 제공하는 것이다. 즉, 그것은 자신(기업)이 종래 자기 스스로 수행해온 비즈니스과정, 기능이나 임무를 타인(다른 기업)에게 이전시키는 것을 말한다. 수임을 받은 타인(기업)은 이전받은 임무 등을 독립되게 자기책임껏 이행하여 그 생산물을 이전한 자(기업)에 대해 제공한다. 법학 분야에서는 위임이나 위탁의 개념을 사용하지, 아웃소싱 개념은 사용하지 않는다. 법에서 위임이나 위탁은 권한의 위임이나 위탁이어서, 법효과의 발생 및 책임의 귀속의 문제와 결부된다. 하지만 아웃소싱은 기본표지에서 그런 법적 문제를 상정하지 않는다. 원칙적으로 아웃소싱은 위임이나 위탁과 같은 법학적 개념과는 일치하지 않는다.[25]

법학적 논증에서는 엄격한 개념이 사용되어야 한다는 관점에서 Ossenbühl

---

23) 'Outsourcing' 개념은 'outside resourcing'을 나타내는데 발생사적으로 1981년까지 거슬러 올라갈 수 있다고 한다. 우리말로는 '외주화'로 옮겨진다.

24) Meßerschmidt, a.a.O., S.387(388).

25) 이 점에서 입법아웃소싱(Gesetzgebungsoutsourcing)과 법률초안의 아웃소싱(Outsourcing von Gesetzentwürfen)은 구분된다. Vgl. Wimmer, in: Kloepfer(Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing - Gesetzgebung durch Rechtsanwälte?, S.131.

교수는 입법아웃소싱 개념의 사용이 법학적 논증에서 바이러스와 같은 악영향을 미치는 것으로 판단하면서, 굳이 그것이 정당화되기 위해서는 법률초안의 작성이 민간의 수중에 놓여 있고, 민간인이 작성한 법률초안이 완성된 생산물로서 맡긴 부처나 의회에 의한 수정이나 심사가 행해지지 않고 그대로 받아들여지는 경우만을 즉, 생산물인 '법률안'의 제작이 전적으로 민간인의 구상, 제작 및 책임에 놓일 경우만을 상정해야 한다고 강조한다.[26] 그리하여 법률초안의 작성에서 –사전작성과 같이- 민간인의 광범한 협력이 행해진다 하더라도, 그것을 맡긴 연방정부에 대해 입법책임과 작성자의 지위가 여전히 남아 있는 경우에는, (입법)아웃소싱 개념을 사용하는 것은 극히 잘못이라고 강변한다.[27]

입법의 전체 과정에서 입법(법률초안)의 전권을 사실상 민간에 맡기는 식의 민간화는 현행 의회주의를 바탕으로 하는 헌법질서에서는 명백히 절대로 허용되지 않는다.[28] 정부와 의회가 핵심임무를 민간이나 이익대변자에 넘길 것이라는 우려는 정당하지 않다. 거대로펌에 대해 (법률에 특별한 이익을 가진 의뢰인핵심과 함께) 완전한 법률본문을 제안하도록 일반적으로 위탁되고, 의회에 심사없이 이송되어 일종의 '按手'의 방식으로 가결된다는 생각은 현실에 적합하지 않다.[29] 따라서 Ossenbühl 교수의 지적대로, 그런 의미의 입법아웃소싱은 처음부터 배제되기에, 입법아웃소싱 개념의 사용에는 세심한 주의가 필요하다. 따라서 여기서 논할 입법아웃소싱은 법률초안의 작성단계에서의 민간위탁에 국한하여 이해하고자 한다. 즉, 그것을 민간에 의한 입법도움의 차원에서 접근해야 한다.[30]

---

26) Ossenbühl, a.a.O., S.359(360),

27) 그에 의하면, "변호사입법'(anwaltliche Gesetzgebung)이라는 사고형상은 법률사무소가 법률안을 완전히 또는 부분적으로 규정하고, 이 법률안은 무수정으로 입법절차에 입력된다는 점을 특징으로 한다.

28) 이 점에서 아웃소싱 개념이 법학적 맥락에서의 무개념Unbegriff)이라는 Ossenbühl 교수의 지적은 타당하다.

29) Schmieszek, Großkanzleien als Ersatzgesetzgeber?, ZRP 2013, S.175(176).

30) 입법아웃소싱과 다른 형식의 입법자문과의 구분에 관해서는 vgl. Woiki, Gesetzgebungsoutsourcing unter dem Grundgesetz, S.82ff.

2. 입법아웃소싱의 효과-닻내림 효과

닻내림효과(정박효과: Ankereffekt, anchoring effect)란 사람이 자신의 결정을 이전에 제3자에 의해 정립된 규준에 무의식적으로 맞추는 것을 말한다. 즉, 어떤 사항에 대한 판단을 내릴 때 초기에 제시된 기준에 영향을 받아 판단을 내리는 현상을 일컫는다. 닻을 내린 배가 크게 움직이지 않듯 처음 접한 정보가 기준점이 돼 판단에 영향을 미치는 일종의 편향(왜곡) 현상을 말한다. 즉, 사람들이 어떤 판단을 하게 될 때 초기에 접한 정보에 집착해, 합리적 판단을 내리지 못하는 현상을 일컫는 행동경제학 용어다. 대부분의 사람들은 제시된 기준을 그대로 받아들이지 않고, 기준점을 토대로 약간의 조정과정을 거치기는 하나, 그런 조정과정이 불완전하므로 최초 기준점에 영향을 받는 경우가 많다.[31] 법률초안의 작업을 민간에 위임하는 입법아웃소싱의 경우 실체적 측면에서 -의결과 같은- 후속절차의 진행과 관련해서 일종의 심리학적으로 닻내림효과를 유발하기에 법적 관련성을 지닌다.[32]

Ⅴ. 입법아웃소싱과 공임무의 민간화

고권적 임무의 이전이 문제되는 경우에는, 법학의 용례에서는 주지하는 민간화 개념이 아웃소싱에 가장 근접한다.[33] 민간사이드의 노우하우를 적절히 이용하는 것이 만병통치약으로 여겨지고 있다. 법정책적 측면에서 주장되는 (법)집행부전이 낳은 표제가 바로 지금 운위되는 민간화(私的化, 私事化, Privatisierung), 탈규제(Deregulation), 사회(민간)적 자기규제이다. 여기에는 능률제고와 동시에 국가적 비용절감의 기대가 담겨져 있다. 민간화는 이제까지 국가가 수행하여 온 임무가 전반적·부분적으로 민간주체에게 맡겨지거나, 행정청의 권한은 유지하되 사적 도움과 협력을 받아 행해지는 현상을 나타낸다.[34]

---

31) 닻내림 효과의 존재는 카네만(Daniel Kahneman)과 트버스키(Amos Tversky)의 실험으로 그 존재가 입증된 바 있다. 네이버 지식백과.

32) Krüper, a.a.O., S.655.

33) Ossenbühl, Outsourcing von Gesetzentwürfen, S.359(360),

통상 민간화의 유형은 재산민간화(Vermögensprivatisierung),[35] 임무민간화(Aufgabenprivatisierung),[36] 형식적 민간화(formelle Privatisierung)[37] 그리고 기능적 민간화(funktionale Privatisierung)로[38] 나눌 수 있는데, 특히 기능적 민간화의 경우, 고권주체가 민간의 이행보조를 -행정보조인으로서- 이용하되, 그 이행보조의 법효과는 결과인수를 통해 고권주체에게 귀속되는 메커니즘이다.[39] 여전히 대외관계에서는 국가가 절차의 주관자로 공법적으로 나선다. 따라서 변호사나 로펌에 의한 입법도움으로서의 입법아웃소싱을 민간화의 차원에서 접근하자면, 그것은 기능적 민간화의 일종으로 봄직하다.

Ⅵ. 입법아웃소싱의 장점과 문제점[40]

공임무의 민간화는 민간부문의 전문성과 합리성을 공공부문에 접목하는 것을 근거로 한다. 비슷한 맥락에서 법률준비에 변호사와 로펌을 개재시키는 것에는 다음과 같은 주목할 만한 장점이 있음을 무시할 수 없다.

---

34) 참고문헌: 김남진, 고시연구 2006.9.; 김해룡, 외법논집 제35권 제1호(2011.2.); 이종영, 법학논문집(중앙대 법학연구소), 제24집 제1호(2000.2); 김민호, 토지공법연구 제25집(2005.2.); 문병효, 고려법학 제52호(2008.4.); 조인성, 지방자치법연구 제5권 제1호(2005); 이상해, 지방자치법연구 제32호(2012).

35) 이것은 국가가 공기업의 재산부분을 매각하는 것을 의미한다.

36) 이것은 -소위 생존배려의 일부로서든, 국가적 안전보장의 일부로서든- 이제까지 국가가 수행한 공임무를 사회적(민간의) 영역으로 전환하는 것을 의미한다.

37) 이는 공임무 자체는 여전히 공법적 즉, 공행정의 영역에 있지만, 공임무의 "집행방법"에서 민간화된 조직과 형식에 의해 공임무가 수행되게 하는 것을 의미한다.

38) 이는 국가나 지방자치단체로선 임무를 자신의 관할과 책임영역에 두고 있으되, 그것의 기술적 집행은 전반적·부분적으로 사인에게 맡긴 것을 의미한다.

39) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999. S.100; Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, S.196.

40) 이하는 Kloepfer, Gesetzgebungsoutsourcing – Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte, NJW 2011, 131(132f.).

1. 장점

(1) 민간 전문지식의 활용

법률안작성을 변호사 및 로펌에게 맡기는 것은 행정일선에서 국가기관이 대변하는 실제적인 수요에 바탕을 둔다. 변호사 및 로펌을 개재시키는 것이 법률을 준비하는 부처로 하여금 자체적으로 보유하지 않거나 충분한 정도로 보유하지 않은 전문지식을 민간부문으로부터 도움을 받는 것이다. 실제로 각 부처가 제기되는 개별적 물음에서 전문지식의 결여나 부족을 느낄 때 그에 관한 개별조항적 자문은 자연스럽고 정당하다. 물론 변호사 이외에 다른 전문가, 단체, 전문기관 및 학자들도 도움을 줄 수 있지만, 이들 도움제공자와 비교해서 거대 로펌의 경우 다양하게 전문화된 구성원을 조합하여 막강한 다양한 자격과 능력을 갖춘 팀을 구성할 수 있다는 점이 장점이다.[41]

(2) 입법역량의 최대한 효과적인 동원

입법아웃소싱을 위한 본질적인 원동력으로서의 역량의 문제점이 중요하다. 금융위기 당시의 급박한 상황에서 동경 증시가 개장하기 전에 거의 주말 동안 작성될 수밖에 없었던 문제의 금융시장안정화법안의 예가 보여주듯이. 특히 시간적인 측면에서 입법역량의 최대한 효과적인 동원이 강구될 수 있다. 공무수행은 정규의 근무시간에 맞춰져 있는데, 이런 업무수행의 관행에서 주말의 특별한 근무는 쉽지 않다. 비록 행정현장에서는 초과근무를 하는 경우가 다반사이긴 통상적이라 하더라도, 정상급 로펌의 경우에는 소속변호사들은 통상 주말에도 근무한다. 높은 임금을 받는 로펌의 경우 태스크 포스(“task forces”)의 투입은 상대적으로 행정일선보다는 용이하다.[42] Kloepfer 교수는 비상시의 입법아웃소싱의 경우를 정당화를 근거지우는 예로 심야나 주말에는 추가로 돈을 더 받고 문을

41) 물론 로펌 역시 원칙적으로 다양한 전문지식을 의견서의 형식으로 ‘구입’함으로 도달할 수 있다.

42) 이런 사정은 우리와 독일의 사정이 다르다는 사실을 고려해야 한다.

열어주는 열쇠점에 견주어 설명하였다. 닫친 문을 달리 열 수 없는 사람에 대해 금전적으로 가장 절약되고 경제적인 해결책을 강구할 것을 기대하기란 어렵다. 당사자는 신속하게 문을 여는 것 이상 달리 선택방안이 없다. 급박한 위기상황에서 매우 신속을 요하는 법률안을 만들어 내는 경우도 이와 같은 사정이다.

(3) 신속한 대응가능성

입법아웃소싱의 중요한 이점은 신속성이다. 변호사 및 로펌의 투입은 법률안을 만들어 내는 데 있어서 소요되는 인력과 관련해서 최고의 부하를 예상하는 부처의 우려를 가시게 한다. 본질적으로 인력의 탄력적인 투입이 문제된다. 법률안준비에 소요되는 추가적 지출에도 불구하고 상대적으로 그 지출 자체가 (주로 직업공무원에 의해 구성된) 부처에 많은 인력을 배치하여 상시적으로 막대한 인건비를 지급하는 것과 비교하면 상대적으로 경제적인 해결책일지도 모른다. 왜냐하면 그런 긴급 법률안의 마련이 개별 부처에 지속적으로 요구되는 것은 아니기 때문이다.

2. 문제점

(1) 공익지향의 문제

국가기능은 궁극적으로 항상 공익을 위하여 활동한다.[43] 관할과 권한이 국가에게 이전되는 것은 단지 국가 자신을 위한 것이 아니라 국민을 위한 것이다.[44] 마찬가지로 입법 역시 규범적인 공익 및 공공복리(Gemeinwohl)의 결정이고 그것의 실현이다.[45] 그런데 변호사 및 로펌은 전형적으로 개별이익 내지 부분이익을

43) 참고문헌: 최송화, 공익론, 2002; 공익의 법문제화, 법학 제47권 제3호(2006.9.), 10면 이하.
44) 참고로 스위스 연방헌법 제5조 제2항은 "국가활동은 공익을 위해 존재하여야 한다"고 규정하고 있다.
45) 법도그마틱적 개념이 아니라 이론적 개념인 공익(및 공공필요나 공공복리)을 명확히 정하기란 극히 어렵다. 그것은 실체적으로 제시된 내용이나 객관화하여 포착가능한 실제상태에 바탕을 두지 않는다. 오히려 그 개념은 조치의 내적 지향을 나타낸다. 공익은 다름 아닌 준칙이다. 그리하여 민주적 정당성을 갖는 기관으로선 공익이 무엇을 요구하는지를 자유로이 정할 수 있는데,

직업적으로 대변하는 자이다. 즉, 그들은 통상 부분적 이익의 대변자(Teilwohlvertreter)이고, 공익의 대변자는 아니다. 공익은 그들의 직업상의 활동에서 단지 간접적으로 즉, -그가 대변하는 이익의 견지 즉, 그가 대변하는 부분적 이익이 하나의 절차(입법절차)에서 배치된 이익 내지 다른 부분적 이익과 저촉되는 식으로- 변증법적으로 만들어 진다. 그런 절차를 종결하는 결정은 종종 타협을 통해 충돌을 조정하는 것인데, 그것이 공공복리실현에 해당할 수 있다.

전형적인 부분이익의 대변자인 변호사에게 법률안을 맡기는 것은 법률안을 위한 수용의 문제 역시 초래할 수 있다. 경제나 금융에 정통한 전문변호사는 직업적으로 그 분야에 순치되어 있어서 업무수행과정에서 친기업적 성향을 지니게 된다. 경제와 관련한 법률을 마련할 경우 이런 내재화된 친기업적 성향을 떨치기가 어려울 수 있다. 물론 입법아웃소싱에서 정부가 일정한 내용적 규율규준을 사전에 설정하면, 유능한 변호사는 그에 맞춰 공익지향적으로 논증하고 만들 수 있다고 하더라도, 그런 공익지향성은 변호사의 일상사는 아니다. 변호사는 통상 특정이익의 대변자이다. 따라서 –이익단체나 환경기관구에 의한 법률제정의 경우가 잘 보여주듯이- 변호사에 의한 법률제정은 종종 의식적이든 무의식적이든 부분이익을 지향하는 것에서 자유로울 수 없다. 그리하여 변호사에 의한 법률안은 전형적으로 구조적으로 학계의 그것보다 열등하다. 왜냐하면 학자들은 전형적으로 상대적으로 공익지향적으로 논증하기 때문이다.[46]

(2) 민주적 정당성의 문제

모든 국가 활동은 정당성에 바탕을 둔다. 이에 따라 국가로선 헌법에 의해 원칙적으로 사인의 경우와는 다른 원칙의 지배를 받는다. 예컨대 민주주의원리, 법치국가원리, 법률적합성의 원칙, 사회국가원리 및 기본권은 (직접으로) 국가만을 구속하지, 기타의 권리주체를 구속하지는 않는다. 따라서 입법자의 형성력을

여기서 그 기관은 고유이익 내지 고립된 개별이익이 아니라 전체로서의 공동체의 '좋은' 상태를 목표로 하여야 한다. Masing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I , 2.Aufl., 2010, §7 Rn.24.

46) 물론 이런 평가는 당연하긴 하나 늘 그렇지는 않는다.

변호사 및 로펌에 대해 사실상 광범하게 이전시키는 것은 원칙적으로 민주주의 문제 역시 유발한다. 변호사는 그의 활동에서 민주적 정당성도 없으며, 민주적으로 통제를 받지도 않는다. 입법의 형성력을 변호사에게 넘기는 것은 입법에서의 서 의회의 핵심역할과 헌법적으로 부여된 정치적 법률제출자의 역할과 마찰을 일으킨다. 로펌이 만든 법률안을 정부와 의회가 형식적으로만 승인하는 것은 입법절차의 의미 및 법률유보에서의 본질성 이론과도 부합되기 극히 어렵다. Kloepfer 교수는 입법이 단지 고개를 끄덕하는 것(Abnicken)을 의미하지는 않는다고 은유적으로 강조하였다.

(3) 비용의 문제

이상과 같은 원론적인 이의제기 말고도 제기되는 문제가 입법아웃소싱에 드는 비용의 문제이다. 관료제하에서 인력배치에 따른 많은 비용이 소요됨에도 불구하고 추가로 더 많이 비용이 드는 변호사가 왜 필요한지 예산상의 의문이 제기될 법하다. 따라서 완전한 투명성이 지배하고 예산법적 원칙이 준수되어야 입법아웃소싱이 허용된다는 차원에서 경제적인 대안으로 증명되는 경우에만 외부적 발주가 고려된다고 주장된다.[47] 한편 일각에서는 입법아웃소싱은 그저 낭비에 지나지 않는다고 지적한다.[48]

Ⅶ. 전문가적 입법자로서의 변호사의 지위에 관한 논의[49]

1. 전문가적 자문자로서의 역할

모든 국가권력의 업무에서 전문가의 자문은 매우 중요하다. 국가결정에 대해

47) Schmieszek, a.a.O., 175(178).
48) Däke, in: Kloepfer(Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, 19ff. 반론: Filges, in: Kloepfer(Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, 95ff.
49) 이하는 Krüper, a.a.O., S.655(658ff.)을 참조하여 전개한다.

서는 그것의 실체적 타당성과 합사실성(실체적합성)이 요청되는데, 자문활동의 출현은 이런 요청의 증명이다. 원칙적으로 전문가의 논증을 선택하고 정렬하는 과정 및 그 평가와 형량(가늠) 및 고유한 결정은 전적으로 법적 결정의 주체인 국가부처에 잔존한다. 규율과 관련한 자가 규율대상과 필연적으로 전문가적 근접을 가질 필요가 없는 반면, 이익대표자는 통상 대상에 관한 전문적 고찰을 동원할 수 있다. 하지만 직접적으로 그것과 관련될 필요는 없다. 이에 반해 전문가는 전문지식, 불편부당함, 독립성을 특징으로 한다. 그런데 전문가, 관련인 그리고 이익대변자의 분리는 정치적인 현실에서 반드시 일치하지 않는다.

한편 자문과 결정간의 경계는 극히 드물게 분명히 결정될 수 있다. 따라서 전문가의 자문을 법적으로 울타리치는 것, 즉, 결정에 대해 선을 긋는 것은 매우 복잡하게 된다. 결정준비와 결정발견이 상호 구분될 경우, 자문을 결정에 대한 협력과 구분하는 것 역시 행해질 수 있다. 그러나 사실상으로 결정은 연속적인 문제처리의 과정적인 사건이다. 가령 행정법적 시스템형성을 위하여 정보와 소통(커뮤니케이션)의 의의를 강조하면,[50] 과정과 결정의 사이에 중간멈춤(中間休止)이 없어진다. 즉, 제 결정이 과정화된다. 마찬가지로 국가권력의 결정과 관련하여 전문가가 영향을 미치는 것의 방법과 메커니즘은 거의 포착할 수 없고, 효과적으로 규율할 수도 없다. 따라서 결정과 무관한 자문, 결정형성적인 자문과 사실상 결정을 대체하는 자문간의 경계는 유동적이다.[51]

2. 권리구제기관으로서의 변호사

법률의안의 제작자로서의 로펌의 활동은 변호사법상의 변호사의 전통적인 상과는 거의 일치하지 않는다. 전통적으로 변호사법은 변호사를 권리구제기관으로 이해한다.[52] 따라서 변호사는 제도화된 법집행과 위임자간의 분명한 중재자로서의 지위를 갖는 것 이외에, -비독립적인 비밀을 지키는 정직한 자문자와 그 위임자의 대변인으로서의- 임무수행상의 직업윤리적 요청을 견지하여야 한다.

50) Vesting, in: Grundlagen II, §20 Rn.5.
51) Voßkuhle, in: Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.3, 3.Aufl., 2005, §43 Rn.45ff.
52) 변호사법 제1조 제1항: 변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다.

기본적으로 변호사의 활동은 위임자의 이익에 창설적으로 구속되기에, 로펌이 이제까지의 지속적인 활동을 통해 해당 분야에서 전문적이라고 입증되었기 때문에, 법률의안의 작성을 맡더라도 권리구제기관으로서의 변호사를 상정한 신분법상으로는 별다른 의문은 제기되지 않는다. 하지만 이런 실무가 근본적인 헌법적 가치결정과 일치하는지 여부의 의문은 여전하다.

3. 고권적 활동으로서의 변호사의 입법

변호사가 입법과정에 참여시킨 것은, 그의 법적 지위의 근본적인 변화를 초래한다. 전통적인 변호사의 활동은 직업선택의 자유와 자유로운 변호의 원칙에 의해 보호를 받는 반면, 입법자로서의 활동은 헌법적 구속의 지배를 받는다. 이것은 변호사신분의 국가로부터의 독립성의 원칙의 배경에서 특히 분명하다. 이와 결합된, 국가지시로부터의 자유의 보장 및 자유로운 직업의 보장이 변호사신분과 국가간의 교호적인 간격을 분명히 한다. “직업의 자유의 기본권에 의해서 보호되는 자유로운 변호사직업은 자유로운 변호사업의 법치국가적 전통에 반해서 국가조직에 편입되어서는 아니 되고, 공무원유사한 성실의무의 지배를 받아서는 아니 되고, 직업법상으로 판사와 검사에 근사하여서도 아니 된다.”[53] 그리하여 변호사직업의 자유에 대한 국가의 개입이 거부될 뿐만 아니라, 변호사활동을 고권적 권력행사의 핵심영역에 구속하는 것 역시 특별한 정당화가 필요하고 그래서 전통적인 변호사활동과는 실체적으로 다르다. ‘입법하는’ 변호사는 전통적으로 자문하는 변호사와는 다른 위임임무를 수행한다.

비록 위임자와의 私法關係가 위임대상과 무관하게 늘 동일하다 하더라도, 입법적 활동과 전통적인 자문활동을 법적으로 동일하게 설정하는 것은 너무 속단이다. 고권적 활동으로서의 입법에 대한 협력은 -그것이 제도적으로 규정된 테두리안에서 행해지는 한- 기본권적으로 보호를 받지 않는다. 그 협력이 아웃소싱처럼 이런 제도적 테두리의 힘의 장에서 행해지면, 기본권보호는 생기를 얻는다. 하지만 그 기본권보호는 의원의 겸직신고의무와 같이 공개의무와 같은 더 강한

53) Feuerich, in: ders./Weyland/Vossebürger(Hrsg.), BRAO, 7.Aufl., 2008, §1 Rn.15.

제한의 지배를 받는다.

변호사활동의 이런 변동은 원칙적 역할충돌의 추정을 성립시킨다. 변호사법은 자문위임에 의거하여 잠재적인 이익충돌이 발생한 경우에 변호사의 위임을 배제한다. 원칙적으로 신분법으로서의 변호사법의 관점은 잠재적인 개별 구체적인 충돌의 관점이다. 반면 변호사입법으로 인해 발생하는 역할충돌은 추상적 일반적인 충돌이다: 상충하는 이익의 금지라는 변호사법의 엄격한 체제로부터 변호사입법을 자유롭게 하여 주는 것은 실행될 수 없다고 여겨진다.

Ⅷ. 입법아웃소싱의 헌법적 한계

로펌 및 변호사에 의한 입법은 입법절차에 관한 헌법상의 기본적 구상과는 거리가 있다. 당연히 입법아웃소싱에 대한 보전메커니즘과 한계의 물음이 제기된다. 논의의 소개를 위해 이하는 Krüpers, a.a.O., S.655(660ff.)을 참조하여 전개한다.[54]

1. 합리성의 규준

법은 국가의 생명수(Lebenselixier)에 해당하며, 법적 정당성은 모든 국가활동의 전제가 된다. 법치국가적 활동의 지도원칙(Leitmaxime)은 합리성(合理性)이다. 보다 자세히 말하면, 입법과 법률집행의 가치합리적인 불변성 및 목적합리적인

54) 한편 Kloepfer 교수는 다음과 같이 좋은 입법을 위한 준칙(Maximen)을 통한 한계를 제시한다: ⅰ). 법률형성에서 특히 의회의 정치적 우월성은 견지되어야 한다. 법률제안자로서 정부는 위탁발주함에 있어서 분명한 내용적 규준과 한계를 규정해야 한다. 외부안을 심도있게 심사하여야 하고, 그 안에 구속감을 느껴서는 아니 된다. ⅱ) 전체 법률초안의 작성을 변호사에게 맡기는 것은 분명한 예외에 해당하여야 한다. 개별적 물음에 대한 자문과 개별규정의 마련을 위탁하는 것은 원칙적으로 아무런 문제가 없다. ⅲ) 위탁 그 자체는 물론 대상과 조건(대가를 포함)에 대해서 고도의 투명성이 요구되어야 한다. 변호사 쪽에서 직업법상의 허용의 테두리안에서 -이익충돌을 야기할지 모를- 위임관계에 관해서 숙지하여야 한다. ⅳ) 변호사에 대한 상응한 위탁을 위한 공공발주절차 역시 여러 차례 요구된다. 하지만 항상 시간적 이유에서 배제될 수도 있을 것이다. ⅴ) 위탁은 원칙적으로 법률초안을 마련하는 데 경험을 지닌 변호사에 대해서만 행해져야 한다. 계약서작성상의 경험은 통상 법률초안의 작성에는 충분하지 않다. 일방적인 이익구속적인 변호사에 대한 위탁은 배제된다. ⅵ) 절약하고 경제적인 행정의 원칙에도 불구하고 일정한 경우에는 다수의 안을 작업하게 하는 것이 의미로울 수 있다. 이런 방법으로 부처는 다양한 해결가능성에 관해 일별하고 가장 좋은 안을 정할 수 있다. Ders., a.a.O., S.131(134).

정연성이 그에 해당한다.[55] 법치국가는 법과 합리성을 통해서, 자신의 활동을 사전에는 예상가능하게, 사후에는 통제가능하게 만든다.

따라서 헌법상으로 울타리를 치는 시도는 먼저 입법절차가 충족시켜야 할 합리성규준에 대해서 확인되어야 한다. 이 때 "다수의 합리성의 수준"이 성립한다.[56] Max Weber처럼 목적합리성과 가치합리성의 상관관계가 근본적이다. 이전에 설정된 일정한 목적을 위해 합리성에 따라 투입된 이런 수단은 목적을 근거지우는 이익에 대해 물음을 제기하고, 그 본질에 비추어 정의기준이다. 정치적 형성력과 법률규정의 실체합리성간의 전통적인 갈등관계가 입법학에서 문제되는데, 입법아웃소싱의 경우에는 문제의 소재가 행정부의 발안권의 내부적 단계에서 존재한다. 관건은 아웃소싱을 통한 합리성극대화가 행위주체 및 법률적 규율의 부당(비합리성, 불법, 위법)로 바뀌는 접점을 정하는 것이다. 여기서 입법절차를 민주주의와 법치국가원리에 의해 형성하는 것이 분명하다. 이유제시요청 및 논증적 의무이행의 방도를 제도화하는 절차가 정당화하는 힘을 가진다는 확인은 입법절차에도 타당하다. 따라서 아웃소싱을 통한 -추정적인- 합리성의 극대화가 그와 동시에 발생하는 정당성의 축소의 상황에서 어느 정도로 강구될 수 있는지의 물음이 제기된다.

2. 법률초안의 아웃소싱에 대한 제 요청

(1) 대의 민주주의의 요소로서의 입법자의 일반성

'입법자의 일반성의 구상'이 아웃소싱 문제점의 소실점으로서 기능한다. 그 의의는 대의제 민주주의에서 비로소 완전히 전개된다. 독일 기본법 38조 제1항과 대표자신분으로서의 의원의 이해가 입법자의 일반성을 위하여 핵심적인 헌법적 의의를 갖는다. 제도적인 간격유지의 태도가 표현된다; 동시에 의원은 자신의 투표자의 이익에 대한 구속으로부터 자유롭다. 즉, 실체적으로 거리를 두었다.

---

55) Vgl. Breuer, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratigebotes, in: Festgabe 50 BVerwG, 2003, S.223(228).

56) Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S.455.

헌법상의 일반성요청에 일치하는 부처관료주의에 마찬가지로 통용된다.

(2) 간격유지의 원칙(Distanzgebot)

헌법국가의 입법절차의 경우, "정치의 직접성과 공중(公衆)의 강제에 대해서 입법권력은 간격을 유지할 것"이[57] 요구된다. 이런 요청이 로펌을 입법과정에 개재시킴으로써 저지된다. 입법위탁은 중요한 법정립의 힘을 입법의 대상과 수범자에게 근접하게 한다. 한편으로는 간격유지원칙의 합리성요청을, 다른 한편으로는 규율의 합사실성(실체적합성)에 대한 합리성요청을 고려에 넣을 필요가 있다. 이런 갈등관계는 로펌에 의한 입법활동의 분야에서 모순이익의 대변 금지를 헌법적으로 수정하여 처리함으로써 해소될 수 있다. 이것은 로펌에 대해 공개할 의무를 발생시키는데, 이 의무는 변호사 위임의 관계의 통상의 보호를 헌법상으로 상대화시킨다.

잠재적인 입법자로서의 로펌은 법률사무소는 공권력에 대한 당해 위임관계를 명료하게 설명할(공개할) 의무를 진다. 공권력에 대한 고양된 영향미침을 위한 접근을 가능하게 하는 것은 자유로운 변호사업의 의미가 아니고, 또한 변호사위임관계의 은밀성도 아니다. 사회세력이 시민의 자율의 행사를 가능하게 하고 제한하지 않는 정도로만 활동을 시작하게 되도록, 정치적 영향미침의 불균형적 분배가 메워져야 한다. 실제로 그런 공개의무가 변호사에 의한 입법활동의 가능성을 위임을 위한 사법상의 관계로 이전시켰다. 이때 공개하는 것(명료하게 설명하는 것)이 반드시 꼭 필요한 것은 아니다. 그것 대신, 의회 특별위원회에서 공개하는 것도 생각할 수 있다. 정당성의 보완의 차원에서 동위원회에서 행정부에 대한 의회통제가 행사될 수 있을 것이다.

(3) 귀속의 메커니즘의 견지

법률작성절차에 변호사인 민간전문가를 헌법상으로 의문이 없이 개재시키는

57) Schulze-Fielitz, a.a.O., S.459.

것은, 가중된 귀속메커니즘을 요구한다. 이것은 국가의 결정메커니즘 밖에서 만들어진 법률초안을 공권력주체에 귀속시키는 것을 가능케 한다. 귀속메커니즘의 조성으로써 다음의 점이 공고히 된다 - 헌법상 규정된 입법주체는 자신의 책임을 면할 수는 없다는 점, 자신은 이런 책임의 행사를 제3자의 개재를 통해 실체적으로 합리화하는 것에 국한된다는 점. 법률의 저작자를 확정하는 것으로서 책임소재를 분명히 첨언하는 것은 여전히 꼭 필요하다: 사회세력이 '여과없이' 즉, 소통적 권력형성의 관에 의한 관류 없이 입법자의 힘이나 정치적인 힘으로 전환되지 않도록, 특히 입법의 분야에서 국가영역과 사회영역의 분리가 견지되어야 한다. 국가와 사회의 분리의 원칙은 정치적 논의에 만인의 무차별적 참여의 기능적 조건이다. 이런 의미에서 -정치적 결정의 통제, 비판 그리고 수정으로 이해되는- 정치적 책임상태의 민주적 원리는 포기될 수 없다.

귀속의 메커니즘을 견지하기 위해 다음의 두 가지 요청이 생겨난다.

ⅰ) 투명성의 원칙: 국가결정과정의 형성을 위하여 투명성의 원칙은 매우 중요하다. 먼저 언급되는 것이 -절차진행과 절차참여자의 명확성으로 이해되는- 절차투명성의 기준이다.[58] 이런 측면은 -국가결정의 내용적인 공감가능성으로 이해되어야 할- 내용상의 투명성과 거의 분리될 수 없다. 끝으로 -정치적 책임의 귀속가능성으로 이해되는- 책임의 투명성이 문제된다. 여기서 입법과정에 로펌을 편입(개재)시키는 것을 一般公衆이 알 수 있게 하여야 한다. 편입의 사실만이 아니라, 위임(위탁)의 대상 및 범위 역시 알게 하여야 한다. 그런데 법률에서 완전히 새로운 구상을 정립하는 것을 백지위임하는 것은 허용되지 않는다. 즉, 법률계획안을 위한 구상상의 근본결정은 입법자의 고유한 영역이어서 그 자체로 위임할 수 없다.[59] 입법아웃소싱과 같은 민간인에 대한 고권적 형성력의 양도는 구조적으로 법규명령에서의 포괄위임금지의 원칙에 비견할 수 있다. 그리하여 상응한 법적 한계의 지배를 받아야 할 것이다.

58) Bröhmmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S.19ff.

59) 이 점에서 입법아웃소싱은 개별조항적 자문에 국한할 필요가 있다.

ii) 이유제시의 요청과 실체적(사물적) 귀속: 마지막으로 위임의 공개 이외에 법률초안의 실체적 귀속(sachliche Zurechnung) 역시 헌법상으로 꼭 필요하다. 이런 귀속은 집행부의 발안권을 위한 근본결정에 대해 통용력을 제공하는 목적을 갖는다. 법률초안을 귀속시키는 것은 공무원제도의 헌법상의 기능유보를 실효성있게 만드는 것이다. 법률안발안권의 헌법상의 핵심본지는 집행부가 자신의 지식과 입법경험에서의 우위를 행사한다는 추정이다. 로펌에 의해 만들어지고 제출된 법률초안이 본질에 의해서도 집행부에 의해 받아들여지는 것이 꼭 필요하다. 이런 적극적인 수용절차를 정당하게 이행하기 위해서는 다음의 두 가지 요청이 강구되어야 한다. 먼저 로펌에 대한 위탁결정에는 -의회에 제출된 법률초안에 첨부되어야 하는- 이유제시가 필요하다. 이를 통해 위탁하는 부처가 어디인지, 왜 법률초안을 정부부처의 가용수단으로써는 마련하지 못하는지 이유를 제시하여야 한다. 두 번째로 위탁한 정부부처가 내용상으로 자기의 것으로 만드는 행위가 필요하다. 이를 통해 정치적 귀속이 가능하게 된다. 이것은 바람직할 뿐만 아니라, 정부시스템의 논리에 의해 요구되는 것이기도 하다. 의회에 대한 행정부의 책임으로 인해 결코 실체적인 책임면제의 여지는 용인되지 않는다. 따라서 구체적으로 위탁한 정부부처가 먼저 초안의 규율구상 뒤에 적극적으로 위치하여야 하고, 아울러 초안과 정치적 규준간의 일치를 정립하여야 한다. 이를 넘어서 정부부처는 초안의 개별적 사항에까지도 이유제시의무를 진다. 입법적 악마는 디테일에 숨어 있다는(Teufel steckt im Detail) 점을 감안할 때, 정당성을 부여하는 공권력에 대한 결합이 필요하다.

(4) 위탁의 한계

마지막으로 민간인에게 법률작성을 위탁하는 것의 실체적 한계가 -절차적 규율을 넘어서- 존재할 수 있다. 민간화란 실은 국가와 사회의 관계에서의 임무의 새로운 분할이다. 이에 그것이 허용되지 않는 영역을 도출하여 그것의 한계, 즉 국가유보(國家留保)를 설정할 필요가 있다. 헌법에 국가유보에 관한 명시적 언급

이 없어서 그 근거가 문제되지만, 국가의 존재이유와 헌법상 보장된 공무원제도에 비추어 어려움 없이 국가유보를 상정할 수 있다. 공공서비스분야에서의 임무민간화는 별 문제가 없다. 반면 형사소추, 행형이나 일반적인 위험방지와 같은 국가의 핵심영역에서처럼, 사물영역이 국가적 권력독점의 행사에 의해서 직·간접적으로 지속적으로 정해지는 경우에는, 국가유보가 주효하다.[60] 민간화의 맥락에서 보면, 공동체복리의 중요성 및 공공목리의 중요성이 증대됨에 따라 입법아웃소싱의 허용성은 낮아진다.[61]

Ⅸ. 맺으면서

우리는 물론 독일의 경우에도 헌법차원에서 법률안의 발안과 의결의 절차만을 규율하고, 법률초안의 마련단계에서의 헌법상의 요청에 대해 침묵한다. 내부적인 입법절차가 헌법상으로 규율되지 않은 상태이다. 헌법상의 루비콘격인 기본질서는 입헌주의 및 민주적 법치국가원리하에서 민주적 정당성을 토대로 구축되었는데, 그것은 국가제도 자체, 제도의 절차 및 제도의 담당 인적 집단에 대한 신봉은 물론, 국가와 사회의 분리에 대한 신봉을 특징으로 한다. 따라서 입법아웃소싱은 헌법상의 루비콘을 넘지는 않았지만 적어도 살짝 터치한 것은 사실이다.[62] 앞에서 보았듯이, -입법임무의 실체적 위탁에 해당하지 않는 한- 입법아웃소싱 그 자체가 위헌성을 낳지는 않지만, 그것은 광범한 투명성의 원칙과 이유제시의 요청을 이행하면서 행해져야 한다.

60) 상세는 김중권, 앞의 책, 139면 참조.
61) Krüper, a.a.O., S.655(662).
62) Krüper, a.a.O., S.655(662).

참고문헌

김중권, 행정법, 2016.

_____, 행정법기본연구 Ⅰ(2008), Ⅱ(2009), Ⅲ(2010), Ⅳ(2013).

박영도, 입법학입문, 2014,

최송화, 공익론, 2002.

한수웅, 헌법학, 2016.

Battis, Outsourcing von Gesetzentwürfen? ZRP 2009, 201ff.

Becker, Kooperative und konsensuale Struturen in der Normsetzung, 2005.

Brandners,

Breuer, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratigebotes, in: Festgabe 50 BVerwG, 2003, 223ff.

Bröhmmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004,

Greve, Gesetzgebungsoutsourcing - Gesetzgebung durch Rechtsanwälte?, DVBl. 2011, 30ff.

Herdegen, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfasser?, in: VVDStRL 62(2003), S.7-36.

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2.Aufl., 2010,

Karpen, Rechtssetzungslehre JuS 2016, 577

Kloepfer(Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing - Gesetzgebung durch Rechtsanwälte?, 2011.

_____, Gesetzgebungsoutsourcing – Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte, NJW 2011, 131ff.

Krüuper, Lawfirm – legibus solutus? Legitimitäat und Rationalitäat des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das ‚.Outsourcing' von Gesetzentwüurfen, JZ 2010, 655ff.

Leven, Gesetzgebungsoutsourcing: Verfassungsrechtliche Probleme der Inanspruchnahme Privater zur Erstellung von Gesetzentwürfen, 2013.

Meßerschmid, Private Gesetzgebungshelfer - Gesetzgebungsoutsourcing als privatisiertes Regulierungsmanagement in der Kanzleiendemokratie?, Der Staat 2012, 387ff.

Ossenbühl Outsourcing von Gesetzentwürfen- ein Scheinproblem, in: Ruffert(Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, FS Schröder, 359ff,

Otto, Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Staatsorganisationsrecht – Entparlamentarisierung der Rechtserzeugung JuS 2011, 235ff.

Schmieszek, Großkanzleien als Ersatzgesetzgeber?, ZRP 2013, 175ff.

Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988.

Woiki, Gesetzgebungsoutsourcing unter dem Grundgesetz, 2016.

국문초록

법규범은 민주적 법치국가의 중심적 조종수단이다. 그것은 국가의 질서테두리이고 시민의 자유를 보호하고, 사회국가에서 가장 중요한 분배수단이다. 민주적 법치국가에서 가장 중요한 규범이 의회의결 법률이다. 의회입법의 원칙에서 입법은 의회의 전속적 권한이다. 그리고 헌법상으로 법률안의 발안권은 국회와 행정부의 특권이다. 국가가 공임무를 수행하는 데 충분한 인적, 물적 인프라를 갖추자면 소요될 제반 비용을 감안한 즉, 민간사이드의 노우하우(know-how)를 적절히 이용하는 것이 효율적이라 여겨진다. 법률초안을 변호사나 로펌이 작성하고 그것을 정부가 인수하는 입법아웃소싱 역시 새로운 차원의 협력적인 정부활동에 해당한다. 입법의 전체 과정에서 입법(법률초안)의 전권을 사실상 민간에 맡기는 식의 민간화는 현행 의회주의를 바탕으로 하는 헌법질서에서는 명백히 절대로 허용되지 않는다. 변호사나 로펌에 의한 입법도움으로서의 입법아웃소싱을 민간화의 차원에서 접근하자면, 그것은 기능적 민간화의 일종으로 봄직하다. 로펌 및 변호사에 의한 입법은 입법절차에 관한 헌법상의 기본적 구상과는 거리가 있다. 당연히 입법아웃소싱에 대한 보전메커니즘과 한계의 물음이 제기된다. -입법임무의 실체적 위탁에 해당하지 않는 한- 입법아웃소싱 그 자체가 위헌성을 낳지는 않지만, 그것은 광범한 투명성의 원칙과 이유제시의 요청을 이행하면서 행해져야 한다.

주제어

사적 입법도우미, 의회입법의 원칙, 법률안의 발안권, 입법아웃소싱, 기능적 민간화, 투명성의 원칙, 이유제시의 요청

Abstract

Die öffentlich-rechtlichen Probleme des Gesetzgebungsoutsourcing

Kim, Jung-Kwon*

Rechtsnormen stellen im demokratischen Rechtsstaat ein wesentliches Steuerungsinstrument dar. Sie sind sowohl ein Ordnungsrahmen hinsichtlich eines staatlichen Aspekts als ein wichtiges Verteilungsinstrument. Im demokratischen Rechtsstaat spielen vor allem die durch Parlament erlassenden Gesetze eine erhebliche Rolle. Im Hinblick auf den Grundsatz der parlamentarischen Gesetzgebung steht die Gesetzgebungskompetenz nur dem Parlament zu. Um öffentliche Aufgaben durch Staat effektiv wahrzunehmen, wird aus privatem Sektor erhaltenen Know-How benötigt. Auf der Gesetzgebungsebene wird ein Gesetzgebungsoutsourcing als Know-How angesehen. Das Gesetzgebungsoutsourcing bedeutet, dass Gesetzgebungsentwurf durch Rechtsanwalt sowie Kanzlei bearbeitet wird und dann von der Regierung übernimmt. Dieses Phänomen ist eine neue kooperative Regierungshandlung. Allerdings wird unter dem Parlamentarismus kritisiert, dass im Vorgang der Gesetzgebung eine Privatisierung der Gesetzgebung entstanden ist. Darüber hinaus wird dieses Gesetzgebungsoutsourcing hinsichtlich verfassungsrechtlicher Ordnung auch nicht zugelassen. Vielmehr kann sich das Gesetzgebungsoutsourcing als nur funktionaler Privatisierung im Gesetzgebungsverfahren darstellen. Weiterhin stellen sich die verfassungsrechtlichen Fragen zum Mechanismus und Grenzen bezüglich Gesetzgebungsoutsourcings. Dabei wird vor allem eine Betrachtung zur Transparenzgebote und Begründgungserfordernisse benötigt.

* Prof. Univ. Chung-Ang, School of Law

Key Words

Private Gesetzgebungshelfer, Grundsatz der parlamentarischen Gesetzgebung, Initiativrecht, Gesetzgebungsoutsourcing, Transparenzgebote, Begründungserfordernisse