발간등록번호 31-9735020-000620-14

국회입법조사처
NATIONAL ASSEMBLY RESEARCH SERVICE

이슈와 논점

국회입법조사처

이슈와 논점 ▌제1156호 ▌2016년 4월 21일 ▌발행처 국회입법조사처 ▌발행인 임성호 ▌www.nars.go.kr

추상적 규범통제 도입 논의의 쟁점

조 규 범*

1. 들어가며

최근 우리 사회의 소모적 논쟁과 갈등 해소를 위해 헌법재판에 추상적 규범통제를 도입할 필요성이 있다는 주장이 제기되어 사회적으로 이슈가 되고 있다.[1)]

추상적 규범통제란 구체적인 쟁송과 관계없이 법률의 위헌성 자체를 심사하는 제도로서, 구체적인 소송사건을 재판하는데 적용해야 할 법률의 위헌성을 심사하는 구체적 규범통제와 대비되는 개념이다.

우리나라의 위헌법률심판제도는 구체적 규범통제로 재판의 전제성을 갖춘 경우에 법원의 제청에 의하여 헌법재판소가 판단하는 방식으로 운용된다. 그러나 구체적 규범통제의 경우 사건이 발생한 이후에 제기할 수 있는 사후절차라는 한계가 있어 기본권을 사전예방적으로 보호할 수 있는 추상적 규범통제에 대한 도입 논의가 지속적으로 제기되어 왔다.[2)]

이 보고서에서는 추상적 규범통제의 의의와 구조, 도입의 장점과 단점, 외국의 입법례, 그리고 도입할 경우 고려해야 할 사항 등에 대하여 논의하고자 한다.

2. 추상적 규범통제의 의의와 구조

규범통제제도란 상위법 우선의 원칙에 따라 상위법규범의 의도에 맞게 하위법규범을 통제하는 제도이다. 법규범은 성립하기 이전에 통제하는지 아니면 성립한 이후에 통제하는지에 따라 각각 사전적 규범통제와 사후적 규범통제로 분류할 수 있다.

사전적 규범통제는 프랑스의 헌법평의회가 법률의 공포 이전에 그 위헌성을 심사하는 경우를 예로 들 수 있다.[3)] 우리나라의 경우 입법예고절차를 통하여 사전적 통제가 어느 정도 이루어질 소지는 있으나, 절차적인 과정에서 반사적으로

1) "헌재소장 사회갈등해소 위해 '추상적 규범통제' 도입 필요", 연합뉴스, 2016.3.18.; "헌재소장이 언급한 '추상적 규범통제·재판소원'은 무엇?", 뉴스 1, 2016.3.18. 등 참조.

2) 김운용, 「헌법재판과 추상적 규범통제」, 서강법학연구 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001, pp.191-208; 전정환, 「추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰」, 헌법학연구 제1집, 1995, pp.302-323; 차진아, 「추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향」, 고려법학 제55집, 고려대학교 법학연구원, 2009, pp.73-100.

3) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2009, pp.1277-1278.

* 정치행정조사실 법제사법팀 입법조사관, 법학박사, kbcho@assembly.go.kr, 02-788-4541

통제되는 효과를 가질 뿐 실질적 내용에 대한 심사를 목적으로 하는 사전적 규범통제제도는 없다.

사후적 규범통제제도는 통제대상인 법률과 구체적인 쟁송과의 관련성 내지 재판의 전제성 유무에 따라 다시 구체적 규범통제와 추상적 규범통제로 구분할 수 있다.

추상적 규범통제는 구체적 규범통제에 비해 법률의 합헌성을 통제하는데 비중을 더 많이 두는 것으로, 구체적 소송사건을 전제로 당사자의 정당한 권리와 관련하여 재판의 전제성이 있는 법률의 합헌성 여부를 문제 삼는 구체적 규범통제와는 다음과 같은 차이가 있다.

첫째, 구체적 규범통제는 재판의 전제성을 요건으로 담당법원이 제청하기 때문에 담당법원 이외에는 제청권이 인정되지 않는다. 반면에 추상적 규범통제는 헌법개정권자의 판단에 따라 제소권자의 범위를 상당부분 확장할 수 있다. 다만, 지나치게 확장하는 경우 추상적 규범통제가 남용될 우려가 있기 때문에 제소권자를 일정한 범위로 한정하는 것이 일반적이다.

둘째, 추상적 규범통제는 구체적 규범통제와는 달리 재판의 전제성이 요구되지 않기 때문에 정상적으로 공포된 법률이라면 그 법률이 실제 재판에 적용되는지의 여부와 관계없이 추상적 규범통제의 심사대상이 될 수 있다.

셋째, 법률에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 추상적 규범통제는 구체적 규범통제와 같이 당해 사건에 한정하여 적용을 배제하는 것이 아니라, 문제되는 법률 또는 법률조항의 일반적 무효를 목적으로 한다는 점에서 차이가 있다.[4)]

4) 차진아, 앞의 논문, pp.79-80 참조.

3. 추상적 규범통제의 장점과 단점

추상적 규범통제를 도입하기 위해서 헌법의 개정이 필요하다. 헌법기관의 경우 그 기관의 존재, 구성 및 관할사항에 대한 근거는 직접 헌법으로부터 도출되어야 하므로 헌법기관의 관할권은 헌법에 명문규정이 있어야 하기 때문이다.[5)]

추상적 규범통제는 구체적인 기본권침해나 권한침해가 없음에도 법령에 대한 위헌 여부를 따지는 헌법소송이므로 합헌성 확보를 더욱 강조하는 제도로 다음과 같은 사항이 장점으로 논의된다.

첫째, 추상적 규범통제는 분쟁이 발생하기 이전에 법률의 위헌성을 사전에 제거할 수 있으므로 헌법재판소의 위헌판결에 따르는 사회적 비용을 절감할 수 있다. 현행법상 기본권의 보호는 사전예방적 보호가 아닌 사후구제적 보호이기 때문에 권리구제의 효율성에 한계가 존재할 수밖에 없다. 그러나 추상적 규범통제의 경우 피해 발생 이전 단계에서 사전 예방적 기본권 보호가 가능하다.

둘째, 추상적 규범통제는 헌법수호를 주된 목적으로 하는 제도로서[6)] 청구권자에 일정수의 국회의원을 포함시키게 되면 권력분립의 실현과 소수자 보호를 통한 민주주의 실현에 기여할 수 있

5) 전정환, 앞의 논문, pp.321-322; 이에 대해 법률과 행정입법에 대한 규범통제를 구별하여 검토하는 소수설도 있는데, 헌법 제107조가 구체적 규범통제로 한정한다는 의미가 아니라 '재판작용에서 필요할 때'라는 의미로 가볍게 해석하는 경우 추상적 규범통제는 오직 법률적 차원의 문제이지 헌법개정의 문제가 아니라고 한다. 이상천, 「추상적 규범통제 도입을 위한 시론: 행정입법에 대한 규범통제를 중심으로」, 법학논총 제25집, 숭실대학교 법학연구소, 2011, p.86.

6) 전정환, 앞의 논문, 1995, p.309.

다. 권력분립과 민주주의 실현으로 헌법질서가 유지된다면 개인의 기본권 보장의 효과를 기대할 수 있을 것이다.

셋째, 추상적 규범통제는 구체적 규범통제로 구제되기 어려운 기본권 침해에 대하여 효과적인 구제수단이 될 수도 있다. 예컨대, 낙태와 같이 태아가 직접 자신의 생명권을 재판의 당사자가 되어 구체적 규범통제로 구제를 할 수 없는 경우, 낙태를 규정한 법률에 대한 추상적 규범통제를 통하여 권리 구제할 수 있는 경우를 생각할 수 있다.[7]

한편, 이와 같은 추상적 규범통제의 장점에도 불구하고 다음과 같은 사항들이 단점으로 지적되고 있다.

첫째, 추상적 규범통제는 국회를 통과하여 확정된 법률에 대하여 헌법재판소에 제청하여 위헌성을 다투는 것인데, 의회 내에서 법률통과에 승복하지 못한 소수파가 헌법재판소를 무대로 불복을 다툴 수 있어서 헌법재판소가 정쟁의 장소로 전락할 수 있다는 지적이 있다.[8] 예컨대, 국민적 합의에 기반하여 민주적 다수로 결정된 문제가 국민의 대표기관인 국회에서 결정되지 못하고 헌법재판소의 결정에 의존하는 일이 반복된다면 대의제 민주주의의 근간이 흔들릴 수 있다는 것이다.[9]

둘째, 추상적 규범통제가 도입되는 경우 민중소송화 되어 남소를 야기하게 된다는 우려의 목소리도 제기된다. 예컨대, 제청권자에 정당법상 등록된 정당을 포함시켰는데, 그 정당 중의 하나가 자신의 지지기반과 결탁하여 추상적 규범통제를 악용하는 경우를 들 수 있다. 이 경우 다른 정당들도 계속해서 추상적 규범통제를 남용하게 될 가능성이 있다는 것이다.[10]

셋째, 추상적 규범통제를 도입하는 경우 소송이 남용되어 헌법재판소의 업무가 폭증하게 될 수 있으므로 현재 이 제도의 도입이 성공적으로 시행하기 어렵다는 우려도 있다. 따라서 추상적 규범통제를 도입하는 경우 그에 대한 폐단을 미리 방지할 수 있는 사전적 장치 마련이 우선적으로 요구된다는 입장이다.

4. 추상적 규범통제의 외국 입법례

추상적 규범통제는 헌법재판소 제도를 채택한 국가에서만 도입하고 있는데, 예컨대 독일, 프랑스, 오스트리아, 스페인, 포르투갈 등의 국가의 헌법에서 그 법적 근거를 찾아볼 수 있다.

「독일연방기본법」 제93조 제1항 제2호는 독일 연방헌법재판소가 연방법 또는 주법이 기본법에 형식적 및 실질적으로 합치하는지 여부 또는 주법이 그 밖의 연방법에 합치하는지 여부에 대하여 의견의 차이나 의문이 있는 경우 연방정부, 주정부 또는 연방의회 재적의원의 3분의 1의 청구에 따라 이를 심사한다.

「프랑스헌법」 제61조는 헌법재판소가 조직법률과 보통법률, 그리고 의회규칙과 국민투표를 통한 법률에 대한 사전적 위헌심사권한을 가지도

7) 홍완식, 「독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰」, 강원법학 제10권, 강원대학교 비교법학연구소, 1998, pp.537-570.

8) 김영수, 「헌법재판소의 추상적 규범통제권한에 관한 소고」, 『현대헌법학이론』, 고시연구사, 1996, p.596.

9) 김운용, 앞의 논문, p.193.

10) 최희수·전학선·차진아, 『추상적 규범통제에 관한 연구』, 헌법재판연구 제22권, 헌법재판소, 2011, p.268.

록 규정하고 있다. 조직법률은 공권력의 조직에 관한 사항으로 헌법과 보통법률의 중간단계에 있는 법률로서 의무적으로 위헌법률심사를 거치도록 하고 있다.[11] 보통법률의 위헌법률심사 청구권자는 대통령, 총리, 하원의장, 상원의장, 하원의원 60인, 상원의원 60인 이상으로 규정하고 있다.

「오스트리아연방헌법」 제140조 제1항 제2문은 오스트리아연방헌법재판소가 연방정부의 신청으로 주법의 위헌성에 대해서, 주정부와 국민회의 구성원의 3분의 1이나 연방참사원 구성원 3분의 1의 신청으로 연방법의 위헌성에 관하여 결정하도록 규정하고 있다.

「스페인헌법」 제161조 제1항 제a호는 헌법재판소가 법률 및 법률의 효력을 가지는 규범적 규정에 대한 위헌소송을 관할하도록 규정하고 있다. 같은 법 제162조 제1항 제a호는 이 청구권을 총리, 호민관, 50인의 하원의원, 50인의 상원의원, 자치주의 집행기관 또는 자치주 의회가 가지도록 규정하고 있다.

「포르투갈공화국헌법」 제281조 제1항은 헌법재판소가 규칙의 위헌성 또는 합헌성 여부, 입법에 포함된 규칙들이 상위법을 위반하는지의 여부, 지방법령에 포함된 규칙들이 자치구의 법령을 위반하는지의 여부, 주권행사기관에 의해 제정된 법령 또는 명령에 규정된 규칙들이 자치구의 권한 중 한 가지 이상을 위반하는지 여부에 대하여 심사하도록 규정하고 있다. 또한, 같은 조 제2항은 대통령, 의회의장, 수상, 행정감찰관, 법무부장관, 10분의 1 이상의 의회의원 등을 추상적 규범통제의 청구권자로 정하고 있다.

11) 최희수·전학선·차진아, 앞의 책, p.90.

5. 맺으며

현행 헌법의 위헌법률심판은 사후교정적 위헌심사이며, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에만 당해 사건을 심리하는 구체적 규범통제로서의 성격을 지닌다.

추상적 규범통제를 도입하는 경우 앞서 살펴본 바와 같이 구체적 규범통제만으로 해결하기 어려운 문제들을 상당부분 해결할 수 있고, 법률의 합헌성 제고와 헌법보장의 강화로 이어져 기본권 강화에 도움이 된다는 장점이 있다.

그러나 추상적 규범통제의 일반화로 인해 그 입법적 영역이 국회보다도 헌법재판소에서 빈번하게 논의되는 현상이 벌어진다면 정치의 법으로의 예속현상이 벌어질 수 있다는 단점도 있음을 간과하지 말아야 할 것이다. 헌법재판소에 의한 입법추인권이 보편화되면 국회의 국민대표성과 민주주의 원칙을 크게 훼손하는 결과를 초래할 수 있기 때문에 그 역기능에 최대한 대비할 수 있도록 제도 도입에 대한 섬세한 설계가 필수적으로 요청된다.

따라서 향후 추상적 규범통제를 도입하기 위해서는 제도의 운영과 관련하여 정치적 오·남용의 문제를 철저히 방지할 수 있도록 내용상의 위헌성 문제 또는 입법절차상의 위헌 또는 위법을 요건으로 하여 통제할 수 있도록 정립하는 등, 추상적 규범통제의 역기능에 대한 철저한 분석을 통하여 그 부작용을 최소화 하는 방안을 모색해야만 할 것이다.

❑ 「이슈와 논점」은 국회의원의 입법활동을 지원하기 위해 최신 국내외 동향 및 현안에 대해 수시로 발간하는 정보 소식지입니다.