

행정입법에 대한 의회통제와 추상적 규범통제*

Status of Administrative Legislation Review System and Abstract Review on Norm

권 영 호**
Kwon Young Ho

목 차

- I. 서론
- II. 행정입법의 의의 및 의회통제권의 개념
- III. 규범통제의 의의와 유형
- IV. 행정입법에 대한 의회통제권의 과제와 추상적 규범통제
- V. 결론

국문초록

행정입법이 필요한 이유로는 입법부가 국정의 중요한 결정을 위해 일반적이고 추상적 규범인 법률을 민주주의 원리에 따라 정립하나, 하위 법규범의 규정권한은 입법부가 직접 행하기보다는 행정부에 위임하여 하위 규범의 전문성과 효율을 높이고, 규범정립의 부담을 덜어 국정의 효율성을 기하는 것이 바람직하기 때문이다.

행정입법과 수권 법률을 정립하는 국가기관 간에는 권력분립의 원칙에 입각한 조화 즉 상호존중과 협조의 자세가 절실하게 필요하다. 최근 우리나라에서 자주 발생하는 국회와 행정부간의 갈등상황은 매우 우려할 만한 상황이고

논문접수일 : 2016. 10. 30.

심사완료일 : 2016. 11. 10.

게재확정일 : 2016. 11. 10.

* 이 논문은 2016년도 제주대학교 연구교수 기간에 연구되었음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

앞으로도 빈번하게 논쟁의 대상이 될 것으로 보여 이에 대한 법적인 검토와 해법이 절실한 형편이다.

그러나 근래 나타나는 입법부와 행정부와의 갈등현상은 협치라는 개념으로만 해결하기에는 어려울 것 같다. 우선 국회에서 의결하기 전부터 법리적인 해석이 각 정당마다 달라지고, 학자들은 헌법과 법률에 명시되지 않은 내용에 대해서 이해관계에 따라 의견을 달리하고 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 헌법과 법률에 의회의 행정입법통제권에 대한 절차와 내용을 명시하는 방안을 도입하여야 한다.

또한 추상적 규범통제제도의 도입도 매우 의미가 있다. 국회 다수당의 일방적인 입법으로 기본권이나 국가기관의 권한 침해될 가능성이 있는 경우, 추상적 규범통제제도는 사전적 예방조치의 하나로서 기능할 수 있다. 뿐만 아니라 헌법재판소의 기능으로 헌법과 법률에 대한 해석기능도 추상적 규범통제제도에 포함시킬 수 있다. ‘최순실 사태’에 따른 대통령에 대한 수사가능성, “세월호 관련 국회법개정안” 즉 국회의 입법통제권의 한계문제 및 법률안거부권 행사후 안전의 처리 문제 등 현재 우리 정치현상은 정치적인 분쟁에 헌법적 논쟁까지 더하고 있다. 차제에 헌법재판소 권한에 이러한 헌법과 법규에 대한 유권적 해석기능을 추가하여 빠른 해결을 모색하는 것이 효과적인 해결방안이라고 볼 수 있으며, 이러한 의미에서 추상적 규범통제제도는 행정입법에 대한 의회통제를 강화하는 방안의 하나로서 생각해 볼 수 있다.

주제어 : 규범통제, 추상적 규범통제, 행정입법, 행정입법통제, 국회법

1. 서론

‘행정입법’이란 용어는 행정과 입법이라는 두 단어의 조합으로서 사용된다. 이 용어를 분석하면 행정과 입법이라는 개념에서 이를 담당하는 행정부와 입법부라는 두 국가기관이 관여되고 있음을 나타내고 있으며, 두 기관간의 권한 행사의 협조와 조화의 필요성이 나타난다.¹⁾

행정입법이 필요한 이유로는 입법부가 국정의 중요한 결정을 위해 일반적이고 추상적 규범인 법률을 민주주의 원리에 따라 정립하나, 하위 법규범의 규정권한은 입법부가 직접 행하기보다는 행정부에 위임하여 하위 규범의 전문성과 효율을 높이고, 규범정립의 부담을 덜어 국정의 효율성을 기하는 것이 바람직하기 때문이다. 다만, 행정부에게 행정입법을 위임하여 의회의 고유한 입법기능이 무력화되지 않도록 행정입법에 대한 행정입법수권의 한계가 지켜져야 한다. 즉, 행정입법과 수권 법률을 정립하는 국가기관 간에는 권력분립의 원칙에 입각한 조화 즉 상호존중과 협조의 자세가 절실하게 필요하다. 최근 우리나라에서 자주 발생하는 국회와 행정부간의 갈등상황은 매우 우려할 만한 상황이고 앞으로도 빈번하게 논쟁의 대상이 될 것으로 보여 이에 대한 법적 검토와 해법이 절실한 형편이다.²⁾

규범통제제도에는 구체적 규범통제제도와 추상적 규범통제제도가 있다. 우리나라의 경우 헌법재판소와 법원에 의한 법률과 명령에 대한 구체적 규범통제제도만 시행되고 있다. 추상적 규범통제란 구체적인 소송사건이 제기된 경우가 아님에도 법령의 위헌여부를 심사하는 절차이다.

행정입법의 의회통제와 추상적 규범통제제도 사이에는 별다른 상관관계가 없는 듯 보이나 지난 2년간 우리나라 정치권에서 보여준 여러 가지의 논란은 정치적인 분쟁에 헌법적인 논쟁까지 결부된 매우 복잡한 현상을 보여주고 있으며, 이와 관련된 헌법적 논쟁³⁾을 해결하는 것이 우리 정치의 혼란을 미연에 방지할 수 있는 방안으로 보인다. 행정입법의 의회통제권한과 추상적 규범통제제도도 이러한 맥락에서 살펴볼 수 있다. 행정입법에 대한 의회통제권한도 헌법과 법률에서 구체적으로 규정할 수 있다. 그러나 이러한 법규를 해석함에 있어서는 학설이 갈릴 수밖에 없고, 이러한 논란을 해결하기 위한 수단으로서 추상적 규범통제제도가 적합한 수단으로 보인다.

1) 김현준, 행정입법절차의 쟁점과 과제, 공법학연구, 17(1), 한국비교공법학회, 2016, 2, 333면.

2) 김선택, 행정입법에 대한 국회 관여권, 공법학연구, 16(4), 한국비교공법학회, 2015, 96면 참조.

3) 2015년 5월 29일 새벽 국회를 통과한 국회법개정안 제98조의2 제3항에 대한 논의는 위헌론과 합헌론으로 학계의 의견이 갈려지고 있다; 위헌론의 입장에 선 대표적인 학자들로는 이인호, 장영수, 김상겸, 김철수 교수 등을 들 수 있으며, 합헌론으로는 김선택교수와 장영철교수를 들 수 있다.

따라서 이 논문에서는 행정입법에 대한 의회통제권에 대한 주장들을 살펴보고, 해결방안으로서의 추상적 규범통제에 대해서도 알아보고자 한다. 이러한 사법심사는 행정입법에 관한 고유한 문제는 아니지만, 행정입법절차를 종합적으로 검토해야 한다는 점과 국가기관의 권한과 헌법규범에 대한 해석을 통한 빠른 해결방안으로서 추상적 규범통제제도를 이러한 문제점들을 해결할 수 있는 방안의 하나로서 보아 이 논문의 범위에 포함시켰다.

II. 행정입법의 의의 및 의회통제권의 개념

1. 행정입법의 의의와 입법재량

1) 행정입법의 의의

행정입법은 행정부가 규범의 형식으로 일반적이고 추상적인 법규를 정립하는 행위이다. 여기서 '일반적'이란 의미는 이 법규가 불특정 다수의 사람에게 적용된다는 뜻이며, '추상적'이란 의미는 구체적인 사례에만 적용되는 것이 아니라 불특정 다수의 사례에 적용될 수 있게 제정된다는 것이다. 행정입법의 이러한 특징은 행정행위의 개별적이고 구체인 성격과 구분된다. 현대 법치국가에서는 일반적으로 국민의 일상적인 권리보장과 의무이행의 근거 및 기준을 법률로서 추상적으로 정하고, 그 구체적인 내용은 행정부가 제정하는 법규 명령에 위임하는 '골격입법'이 많아지는 경향을 보이고 있다. 그 이유로는 현대산업국가에서 필요한 법률의 내용이 방대하고 복잡할 뿐만 아니라 전문적이고 기술적인 내용이 많아져서 본 법률에서는 범주 즉 골격을 정하고, 구체적이고 상세한 내용은 행정입법인 명령에 위임하는 경향을 들 수 있다.⁴⁾

2) 행정입법재량

4) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두15534 판결 참조.

행정입법권을 행사함에 있어서는 행정입법재량이 인정된다. 다만 위임된 행정입법의 내용은 위임하는 법률에서 정하는 수권한 범위를 넘을 수 없다. 만약 행정부가 제정한 행정입법이 입법재량의 한계를 넘은 경우, 이 행정입법은 재량의 하자가 있어 위법한 경우라고 할 수 있다.

행정입법은 행정행위 즉 처분의 성격과 넓은 의미의 입법권한의 성격을 가지며, 행정입법에서의 재량인 '행정입법재량권'은 국회가 가지는 법률제정에 있어 '입법재량권'과 구별되며, 행정청의 행정행위를 행사함에 가지는 '행정재량'과도 구별된다. 행정입법재량과 국회의 입법재량은 내용면으로 유사한 점도 있지만, 행정입법재량은 일정한 법률을 통하여 주어진 내용의 범위와 목적의 틀 내에서의 자유이지만 그 내용을 정함에 있어서 재량권이 주어지는 것이 아니다. 또한 일반적으로 행정재량은 개별적인 사안에서 행해지는 판단의 자유로서 적용할 때 사안을 고려해야 된다는 점은 행정입법재량과도 차이가 있다. 즉 전자는 법률의 적용이며, 후자는 법 정립이라는 차이가 있다. 행정입법이 가지는 법 정립기능은 수권 법률의 위임에 따라 수권 법률을 보완하며, 수권하는 법률에서 나타나는 불확정개념을 구체화하는 역할도 담당한다. 또한 불확정개념을 구체화하는 행정청의 해석은 사법심사의 대상이 됨이 원칙이지만, 행정입법을 행하는 자의 해석은 입법기술상 불완전하게 만들어진 법률을 구체적으로 보완하는 면이 크기 때문에 이 문제에 대해서는 전적인 사법심사의 대상이 된다고 볼 수는 없다. 그러므로 이 부분에서도 행정입법재량과 행정재량은 차이가 있다.

행정입법과 관련된 하자는 두 가지 형태로 나눌 수 있다. 첫째는, 수권 법률이 포괄적 위임금지원칙이나 명확성원칙과 같은 중요한 헌법적 요청을 위반한 경우이고, 둘째는 위임명령이 법률이 정한 수권범위를 넘는 경우이다. 전자는 법률의 위헌성에 대한 심사, 후자는 명령에 대한 위헌·위법성에 대한 사법심사로 통제될 것이다. 또한 행정입법재량의 하자통제를 해결하는 문제는 후자의 경로를 통해 해결 될 것이다. 후자의 경우, 판단에 있어서 기준이 되는 행정입법재량의 범위는 행정입법절차의 내용과 맞물리는 문제이다. 만약, 행정입법절차에 있어 의회의 관여 범위가 크면 클수록 그 재량의 범위 또한 줄어들 수 밖에 없다.

그러나 행정입법 하자에 대응하는 사법적 통제형태는 구체적인 사안에 따라 여러 가지 모습으로 나타날 수 있다.⁵⁾

2. 행정입법에 대한 의회통제권

1) 행정입법의 근거

법규의 성격을 갖는 입법형식은 그 종류와 제정범위 및 한계를 정함에 있어 헌법에 근거를 가지고 있어야 한다. 법규위임의 한계가 문제가 되고 있는 국회법개정안의 대통령령·총리령·부령은 법규의 성질을 갖는 대표적인 법규 명령이다. 대통령령은 헌법 제75조에, 총리령과 부령은 헌법 제95조에 헌법적 근거를 두고 있다. 헌법은 위 두 조항에서 법규명령제정권한은 법률에 의하여 구체적으로 범위를 정하여 국회로부터 위임받아야 한다고 명시하고 있다.

헌법 제40조에 따라 전속적 입법권을 가지는 국회는, 다른 국가기관에 입법권을 위임할 때, 헌법 제75조에 의하여 위임 내용을 구체적으로 지정하여 위임해서 행정입법을 제정하는 자가 국회의 입법권을 훼손하지 못하도록 할 헌법적 의무가 있다. 국회는 자신의 전속적인 권한인 입법권을 행사하는 것이기 때문에, 법률을 제정 또는 개정함에 있어서, 법률에 포함될 모든 내용을 전부 법률로써 규율하고, 행정기관에 위임하지 않는 경우도 있다. 즉 위임 없이 법률로써 모든 사항을 규정할 수 있기 때문에, 어느 범위까지 위임할 것인가에 대해서는 국회의 재량적 결단사항이다. 또한 행정기관이 법규명령을 제정할 때 국회가 어떠한 형태로 관여를 할 것인지를 법률에 함께 규정하면서 위임하는 것도 '구체적 위임'의 한 형태로서 얼마든지 가능하다. 이때 행정입법권을 위임하는 개개 법률마다 국회관여 형태는 종류와 방식을 따로 규정할 수도 있을 것이고, 국회법에서 행정기관에 대한 모든 위임에 일반적으로 적용될 국회 관여 방식형태로 규정하는 것도 가능할 것이다. 국회가 자신의 입법권을 행정기관에 위임하고, 그러한 위임을 근거로 행정기관이 행정입법권을 행사할

5) Voßkuhle/Wischmeyer, "Die Rechtsverordnung", JuS 2015, 311면 참조.

때, 국회로서는 자신이 “구체적으로 범위를 정한” 내용대로 규정되고 있는지 여부를 살펴보아야 할 것이다. 국회로서는 이러한 위헌·위법한 행정입법으로 인하여 국민이 자신의 권리를 침해당하는 등 피해를 입지 않도록 위임의 한 내용으로써 침해에 대한 일정한 대비수단을 법률에 함께 규정할 수 있다. 따라서 위임입법의 국회입법권침탈방지를 위하여 법률에 위임입법에 대한 국회 관여권 또는 입법통제권을 어떠한 양태로든지 두는지 하는 것은 헌법 제75조, 제95조 및 헌법 제40조를 근거로 하는 것이다.⁶⁾

2) 법규명령 제정권한의 성격

‘고유한’ 권한이라는 의미는 국가기관의 권한이 다른 국가기관의 권한으로부터 파생된 것이 아닌 그 기관 자신의 전속적인 권한이라는 뜻이다. 법규명령의 헌법적 근거조항인 헌법 제75조와 제95조에 규정된 “...법률에서 구체적으로 위임받은...”에서 ‘위임’이란 의미는 위임하는 기관이 자신의 권한을 여전히 보유한 채, 그 구체적 권한행사의 내용을 다른 국가기관이 부분적으로 행할 수 있게 부담시킨다는 것이다.

입법권은 헌법상 법률을 제정하기 위하여 설치되고 그 기능에 적합하게 다수의 국민대표들로 구성된 국회의 고유하고 본래적인 권한이다. 헌법 제40조의 “입법권은 국회에 속한다.”라는 규정의 의미는 국민의 권리·의무에 영향을 미치는, 즉 일반적이고 외부적 효과를 가지는 법규의 제정 또는 개정권한이 원칙적으로 입법부인 국회에 속한다는 것이다. 따라서 행정부에게는 고유한 본래적인 권한으로서의 입법권은 존재하지 않는다. 행정부의 고유한 본래적인 권한은 행정집행권이다. 행정입법권은 그 성질상 고유한 집행기능에 속하지 아니한다.

그런데 헌법 제75조와 제95조에 규정된 대통령령·총리령·부령은 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 규범이어서 성질상 ‘법규명령’에 속한다. 이러한 법규의 제정권한은 오로지 입법부인 국회에 귀속되는 것인데 헌법 제75조·

6) 김현준, 전계논문, 336면 참조.

제95조는 예외적으로 대통령령·총리령·부령 제정권을 각각 대통령·총리·행정각부의 장에게 위임하고 있다. 이러한 법규명령제정권한은 행정부의 고유한 본래적인 권한이 아니라, 헌법 제75조와 제95조에 규정된 대로 국회가 “법률에 의하여 구체적으로 범위를 정하여 위임”을 해주어야만 성립하는, ‘국회입법권으로부터 파생된’ 권한이다

3) 권력분립의 원칙

삼권분립이란 국가기능을 입법·행정·사법으로 나누어 이를 입법부인 국회, 집행부인 정부, 사법부인 법원에 각각 배정하여 서로 견제하여 이들 권력 간에 균형을 유지하게 하여, 어떤 국가기관도 자의적인 권력남용을 하지 못하게 함으로써 국민의 자유와 권리를 자의적으로 침해하지 못하게 보장하려는 헌법 원리이다.

우리 헌법은 제40조에서 “입법권은 국회에”, 제66조 제4항에서 “행정권은 정부에”, 제101조에서 사법권을 규정하고 있다. 위에서 설명하였듯이 법규명령 제정은 실질상 행정기능이 아니라 입법 작용에 해당 하는데, 이 권한을 국회가 직접 행사하지 아니하고 행정부가 행사하도록 위임한다면 이는 삼권분립 원칙을 깨뜨리는 것이다. 그러나 현대국가에서의 국정활동의 방대함과 복잡함, 그리고 전문화는 삼권분립이라는 헌법적 요청과 입법수요의 충족이라는 현실적 요청을 해결할 방안이 필요했다. 그 방안의 하나로서 위임입법의 원칙을 우리 헌법 제75조와 제95조가 포괄위임입법금지원칙 형식으로 규정하고 있는 것이다. 즉 법규명령 제정권한의 위임가능성을 허용하되 백지위임은 금지하고 개별적이고 구체적 위임만 허용한다는 것이다. 따라서 행정입법권은 국회로부터 위임되는 개별적·구체적 범위 내에서만 성립하게 된다.⁷⁾

4) 입법부의 행정입법통제와 행정부의 행정입법재량

7) 김선화, 행정입법과 관련한 의회와 행정부와의 관계, 한국행정학회 학술발표논문집, 2016, 1559면 참조.

국회에서 법률을 제정할 때, 넓은 범위의 입법형성재량권이 인정된다는 점에 대하여는 별다른 다툼이 없을 것이다. 행정권의 경우 법률이 정한 범위 안에서 법률의 기속을 받으면서 기능을 하는 것이지만 오로지 법률이 정한 내용을 기계적으로 집행하기만 하는 것으로 생각해서는 안 된다. 일반적이고 추상적인 법규를 구체적인 사례에 적용하여 시행하는 개별적인 처분행위에도 일정한 범위의 재량 즉 행정재량권이 인정된다. 일반적이고 추상적 법규가 보편적인 정의나 법적 안정성을 추구한다면, 행정처분은 다양한 사안들의 특성을 고려하여 개별적이고 구체적 정의를 추구하므로 행정재량이 어느 정도 가능하여야 한다.

그러나 행정입법은 행정부의 고유한 권한이 아니고 국회로부터 위임받은 권한이라는 점에서, 행정재량을 인정한다 하더라도 재량의 범위가 매우 좁을 수밖에 없다.

행정입법권은 위임받은 권한이므로 본래의 입법권자인 국회가 법률로써 위임을 아예 하지 않을 수도 있고, 이미 위임했다 하더라도 법률로서 다시 전부를 회수할 수도 있다. 행정부 측에서 보면 행정입법권을 위임하면서 위임입법 제정 시 국회가 관여할 권한을 법률에 유보하여 놓는 것은, 아무런 제한 없이 위임을 하는 경우에 비하여 재량범위가 줄어들 순 있지만, 위임을 아예 안할 수도 있고 이미 위임한 것도 전부 회수할 수도 있는 국회입법자와의 관계에서는 행정입법권한을 위임받는 행정기관에게 특별히 불이익이라고 볼 수도 없다.⁸⁾

5) 행정입법에 대한 의회통제권과 법원의 사법심사권

행정입법에 대한 국회통제제도와 법원의 사법심사는 그 법적 성질과 관여하는 사법심사와 국회통제권의 행사와의 시간적 단계, 법적 효과 등 그 내용과 제도적 취지가 전혀 다른 별개의 제도이다. 즉 이 두 제도는 상호 중복되거나 상호 배척적인 제도가 아니고 별개의 제도이다.

8) 김용섭, 국회법상 행정입법검토제도의 현황과 법 정책적 과제, 행정법연구, 제33호, 2012, 11-14면.

무엇보다도 국회가 법률로써 행정부의 행정입법통제권을 규정한다고 하여 법원이 사후적으로 해당 행정입법에 대하여 위헌·위법심사를 할 권한에 어떠한 영향도 미치지 않으므로 사법권이 침해될 가능성 자체가 없다.

또한 위헌·위법한 행정입법에 대한 법원에 의한 사법적 구제의 실효성이 별로 없다는 점은 이미 알려진 바와 같다. 즉 국민이 위헌·위법한 행정입법 그 자체를 대상으로 제소하는 것은 불가능한데다 실제로 법원에서 재판으로 행정입법 자체를 다루는 경우가 그리 많지 않다. 행정입법에 근거한 구체적인 처분이 있는 후에 그 처분에 의하여 권리나 이익이 직접 침해된 경우이나 제소가 가능한데, 그 후로도 몇 년에 걸친 재판 후 승소해야 비로소 권리구제가 가능하다. 따라서 대법원에서 확정판결로 행정입법의 위헌·위법성을 인정한다 하더라도 당해 사건에만 적용하지 않는 것일 뿐, 형식적으로는 행정입법 자체가 제거되지 않고 남아있게 된다. 행정입법의 제정 직후에 국회가 관여하여 신속하게 위헌·위법성을 제거하는 것과 비교해보면 국민의 자유와 권리를 보장하는 데에 실효성 차원에서 비교할 수 없을 정도로 큰 차이가 있는 것이다. 따라서 행정입법의 위헌·위법성 문제는 나중에 비로소 법원에 가서 다루라고 하는 주장은 국민이 받게 될 고통을 외면한 실로 무책임한 주장이 아니라고 할 수 없다.

현재 우리나라에서는 법률에 어긋나는 행정입법에 대한 통제권을 법원과 헌법재판소가 나눠 갖고 있는데 국회법개정안은 국회가 통제권을 직접 행사할 수 있게 함으로써 사법부의 통제권한을 잠식하는 결과를 낳는다는 주장이 있기는 하다.⁹⁾ 그러나 헌법 제107조 제2항에 의한 법원의 사법심사권은 행정입법으로 인한 권리의 침해가 발생한 후에 제기된 소가 계속된 경우에 법원이 행하는 구체적 규범통제권한이다. 사건 발생과 무관하게 행정입법의 개정을 요구하는 국회의 수정·변경요구권과는 그 성질이 다르고, 상호 배척관계에 있는 것도 아니다. 따라서 국회의 행정입법통제권은 법원의 사법심사권을 침해할 가능성은 없다.¹⁰⁾

9) 장영철, 行政立法에 대한 抽象的 規範統制制度의 導入方案에 관한 研究, 한국공법학회, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008년 10월, 157면 참조.

10) 김용섭, 전제논문, 11-14면.

III. 규범통제의 의의와 유형

1. 규범통제의 개념 및 유형

1) 규범통제의 개념

입법권·행정권·통치권·사법권의 과잉행사에 의해서 헌법적 가치질서가 침해되는 것을 예방하거나 보완할 수 있는 가장 강력한 제도적인 수단은 헌법소송제도라고 볼 수 있다. 헌법소송에는 위헌법률의 무효화를 그 내용으로 하는 규범통제제도, 국가기관 상호간의 권한 다툼을 조정하기 위한 기관쟁의 제도, 국가권력의 과잉행사에 의한 기본권침해를 구제하기 위한 헌법소원제도 등이 있다.¹¹⁾ 규범통제는 원래 국법질서의 일관성을 확보하기 위하여 생겨난 것으로서, 오늘날에 와서는 일반적으로 헌법을 정점으로 한 국법질서의 일관성 체계에서 하위규범이 상위규범에 위반되는가 여부를 심사·통제하는 제도를 말한다. 하위규범의 상위규범에의 위반 여부를 검토하여, 상위규범에 맞추어 하위규범을 통제하는 것인 만큼, 규범통제에는 법률이 헌법에 위배되는가 여부를 심사하는 위헌법률심사만 있는 것이 아니라, 명령·규칙·조례 등이 헌법과 법률에 위배되는가 여부를 심사하는 것까지도 포함된다. 헌법의 최고규범성이 직접·간접으로 인정되고 있는 헌법질서 하에서는 규범통제는 헌법의 최고규범성을 지키고 법질서의 계층적인 통일성을 유지하기 위한 불가피한 수단이라 할 것이다. 규범통제는 국민의 주관적인 권리 보호보다는 객관적인 법질서 보호에 주안점을 두는 일종의 객관적 소송으로서의 특징을 갖는다. 우리나라는 구체적 규범통제, 법률에 대한 헌법소원심판, 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 규범통제제도로서 인정하고 있다.¹²⁾

11) 성낙인, 헌법학, 제14판, 법문사, 2014, 724-726면 참조.

12) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010, 312-325면.

2) 규범통제의 유형

(1) 사전적 규범통제와 사후적 규범통제

규범통제는 그 행해지는 시기를 기준으로 사전적·예방적 규범통제와 사후적·교정적 규범통제로 나눌 수 있다. 사전적 규범통제는 법령의 서명·공포 전에 아직 효력을 발생하지 아니한 법령을 대상으로 미리 위헌 여부를 심사해서 위헌적인 법령이 효력을 발생하지 못하게 예방하는 제도이다. 한편, 사후적 규범통제는 서명·공포되어 효력 발생을 앞두고 있거나 이미 시행중인 법령의 위헌 여부를 심사해서 위헌적인 법령의 효력을 상실하게 하는 제도라 하겠다.¹³⁾

(2) 구체적 규범통제와 추상적 규범통제

규범통제는 규범통제가 행해지는 계기를 기준으로 구체적 규범통제와 추상적 규범통제로 나뉜다. 구체적 규범통제는 법령의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우에 소송당사자의 신청 또는 사건 법원의 직권으로 그 법령의 위헌 여부를 심사하는 제도이고, 추상적 규범통제는 법령의 위헌 여부가 재판의 전제가 되지 않았어도 법률의 위헌 여부에 대한 의문이나 다툼이 생긴 경우 그 법률의 위헌 여부를 심사하는 제도이다.¹⁴⁾

2. 규범통제와 권력분립

1) 국가권력의 통합현상

현대국가는 '정당국가'로 불릴 정도로 정당의 조직과 기능이 커져서 정당이 국가의 국정운영에 중추적 기능을 담당하게 되었다. 즉 모든 국가의 작용이 집권 여당의 정책에 따라 행해질 정도로 정당의 정치적인 활동영역이 넓어진

13) 허영, 전계서, 856면 참조; 한수용, 현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제, 법학연구 제7집, 홍익대학교 법학연구소, 2005, 137-138면.

14) 허영, 상계서, 856면 참조.

것이다. 이에 따라 국가작용을 고전적 권력 분립원칙에 따라 그 기능을 고려하여 입법·행정·사법작용으로 나누고, 그 조직을 분리한다고 하더라도 정당을 통한 국가의 권력통합 현상 때문에 국가의 권력이 대부분 정당의 지도부로 집중되는 현상이 초래되었다. 이러한 현상은 의원내각제에서 두드러지나 대통령제에서도 비슷한 현상이 나타난다.¹⁵⁾

따라서 국가권력을 단순히 기능적, 조직적으로 분리시키는 고전적인 권력분립의 이론만으로는 권력제한이라는 본래의 목적을 달성하기 힘들며, 정치적 기능을 도외시한 채 고전적인 도식대로만 국가권력을 분산시키는 것은 권력제한과 자유 실현이라는 권력분립의 목적과는 정반대의 결과를 초래할 수 있다.

2) 규범통제를 통한 권력분립의 실현

이와 같은 권력의 융합 현상 하에서 더 이상 의회가 개인의 자유와 권리를 보호해 줄 것으로 기대하기는 어렵게 되었다. 유럽에서 헌법재판소 창설에 대한 계기가 된 것도 정치권력의 집중화 현상 때문이다.¹⁶⁾ 의회가 지배했던 서유럽 국가 대부분에서 입법과 행정권력 사이의 균형은 정부와 하원다수당으로의 집중으로 대체되어 왔고, 이제는 다수파인 정부와 여당과 야당 사이의 균형을 확보하기 위한 시도만이 의미 있을 뿐이다. 게다가 이들 국가의 사법부 대부분은 위헌심사에 포함되어 있는 가치적이고 준정치적 기능을 수행하는데 적절하지 않다는 인식이 지배적이었다. 결국 야당의 여당에 대한 통제기능을 뒷받침할 제도의 존재가 필수적이라 할 것이고, 헌법재판소를 통한 정치적 사법심사 제도를 채택한 국가에서는 헌법재판이 권력분립과 입헌주의의 실현 및 헌법보호를 위하여 야당의 집권세력에 대한 통제 기회를 보장해 줄 수 있을 것이다. 따라서 규범통제, 특히 추상적 규범통제를 채택하여 의회 내 소수파에게 청구권을 부여함으로써 그들로 하여금 집권세력을 권력집중을 통제할 수 있게 하는 것은 권력분립의 실현과 이를 통한 헌법수호, 입헌주의의

15) 허영, 헌법이론과 헌법 제5판, 박영사, 2011, 703-704면.

16) Christian Starck, "Constitutional Review in the Federal Republic of Germany, Notre Dame International and Comparative Law Journal, Vol. 2, 1984, 86면.

실현을 도모할 수 있는 실질적인 수단이 될 것이다.¹⁷⁾

3. 추상적 규범통제의 의의, 목적, 성격

1) 추상적 규범통제의 개념

규범통제를 구체적 규범통제와 추상적 규범통제를 분류하는 경우에 ‘추상적 (abstract)’이라는 말에 대해서 개념정의가 필요하다. 우리나라와 독일의 경우 처럼 규범통제 소송에서 위헌인 법률이나 법률조항에 대하여 일반적으로 효력을 상실시키는 제도에서는 규범통제에 이르는 계기의 차이에 따라 구체적 규범통제와 추상적 규범통제로 분류하기도 한다. 법률이나 법률조항에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 당해 사건에 대해서만 위헌인 법률이나 법률조항을 적용하지 아니하는 형식으로 재판하는 것을 본안 판단에 부수하여 판단한다고 하여 ‘부수적’ 재판이라고 부르는 것에 비하여, 당해 사건에 대해서만 적용을 배제하는 것이 아니라 당해 사건을 넘어 일반적으로 위헌인 법률이나 법률조항의 효력을 상실시키는 재판을 ‘추상적’ 재판이라고도 한다.¹⁸⁾

여기에서 “추상적”은, 심사의 청구와 청구에 대한 결정이 구체적인 사건에 대한 소송에서 비롯되지 않는다는 의미로 이해된다. 청구권자와 심사대상 사이의 주관적 관련성이 추상적 규범통제의 청구에 있어 문제되지 않는다는 것이다. 구체적 사건의 발생 여부와 상관없이 소송을 제기할 수 있다는 점에서 광의의 추상적 규범통제는 사전적 규범통제를 포함한다고 할 것인데, 좁은 의미의 추상적 규범통제는 통제의 대상인 규범의 성립여부를 기준으로 사전적 규범통제와 구분된다. 공포되어 성립하기 이전의 법률에 대한 심사는 사전적 규범통제에서 가능하고, 좁은 의미의 추상적 규범통제에서는 공포되어 성립한 법률에 대하여 통제할 수 있는 것이다.¹⁹⁾

추상적 규범통제가 법원에 계속된 구체적 사건 또는 주관적 권리의 침해와

17) 허영, 전계서, 708면.

18) 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2008, 28면.

19) 허영, 전계서, 54면.

절연된다는 점은 청구권자의 범위 설정에 대한 한계와 관련된다. 추상적 규범통제의 위와 같은 특징 때문에 이를 “객관적”소송이라 할 수 있을 것이고, 논리적으로는 추상적 규범통제 청구권자의 범위에는 제한이 없다고 하겠다. 다만, 추상적 규범통제를 채택한 국가들은 각국의 헌법현실에 따라 일정한 범위로 청구권자를 제한하게 된다.²⁰⁾

또 위와 같은 객관적 성격으로 인하여 추상적 규범통제의 절차진행은 다른 헌법재판절차의 경우와 상이할 수 있다. 추상적 규범통제를 청구한 자가 청구 이후의 소송절차에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 제한될 것이고, 헌법소원심판에서와 같이 청구기간을 설정할 수 있는지가 문제될 것이다.

2) 추상적 규범통제의 목적과 성격

(1) 헌법의 수호

위헌법률심판은 입헌주의와 헌법질서의 수호, 기본권의 보호, 권력분립의 실현, 진정한 민주주의의 실현을 목적으로 한다. ²¹⁾추상적 규범통제는 헌법수호를 주된 목적으로 하는 제도라 하겠다. 추상적 규범통제에 있어 의회의 소수파에게 청구권을 부여하는 등의 방식으로 위 제도가 권력분립의 실현, 소수 보호를 통한 진정한 민주주의의 실현에 기여하도록 할 수도 있을 것이다. 나아가 헌법질서가 유지되고 권력분립 및 민주주의가 실현된다면 개인의 기본권이 보장되는 효과 역시 기대할 수 있을 것이다.

(2) 객관적 절차로서의 성격

추상적 규범통제는 객관적 절차로서의 성격을 갖는다.²²⁾ 규범통제제도 자체가 주관적인 권리보호의 면보다는 객관적인 법질서 보호의 면을 중요시하는 일종의 ‘객관적인 소송’이라 할 것인데, 추상적 규범통제는 법원에 계속된 구

20) 장영철, 行政立法에 대한 抽象的 規範統制制度의 導入方案에 관한 研究, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 163.

21) 김운용, 헌법재판과 추상적 규범통제, 서강법학연구 제3권, 서강대 법학연구소, 2001, 93면.

22) 김운용, 전제논문, 193-194면.

체적 사건 또는 개인의 주관적 권리의 침해와 무관한 절차라는 점에서 그 객관적 성격이 더욱 강조된다.

4. 정치와 사법의 관계

1) 정치의 사법화 및 사법의 정치화의 의미

‘정치적 사법화’는 국가의 중요한 정책결정이 정치과정이 아닌 사법부의 판단으로 해결되는 현상, 즉 사법적 정책결정과 사법적 과정이 정치의 영역에 들어오는 현상 또는 법원과 법관이 공공정책을 결정하게 되거나 공공정책 결정을 지배하게 되고 비사법적 협상과 정책결정의 장이 준사법적 규칙과 절차에 의하여 지배되는 과정으로 이해된다. 위와 같은 현상에 대하여, 민주정치 고유의 가치수호를 강조하는 입장에서는 ‘정치적 사법화’라는 이유로 비판하고, 반면 사법작용의 고유의 기능을 강조하는 입장에서는 정치인들의 무능과 의회기능의 마비 및 올바른 정치활동의 실종으로 인하여 정치권에서 해결되어야 할 민감한 사안들이 헌법재판기관에 떠맡겨짐으로 인해서 초래된 ‘사법기관의 정치기관화’ 내지는 ‘사법의 정치화’라는 이유로 비판하기도 한다. 그렇다면 ‘정치적 사법화’와 ‘사법의 정치화’는 같은 내용이나 다른 시각에서 바라보는 것으로서 동일한 현상을 다른 관점에서 문제 삼고 있는 것이라고 하겠다. 우리나라의 경우 대통령에 대한 탄핵소추, 행정수도의 이전 등과 같은 정치적 현안이 헌법재판소의 결정에 의하여 해결된 사례 등이 정치의 사법화 또는 사법의 정치화 경향을 드러내는 예로 거론된다.²³⁾

2) 독일과 오스트리아의 사례

추상적 규범통제는 헌법소송의 핵심이라고 평가되고 있다. 이 제도는 독일의 헌법재판의 현실에 있어서 견고한 지위를 확립하였다. 이는 중요하고 특별한 정치적 영역에서 빈번히 제기되는 법적문제가 규범통제의 대상이 되었고,

23) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2014, 1015-1016면.

“중대한 정치적 헌법절차”에의 중대한 부분이 추상적 규범통제의 형태로 실행되었기 때문이다.

그러나 독일에서는 추상적 규범통제절차에서 나타나는 문제점에 대한 지적도 발견되며, 나아가 추상적 규범통제의 폐지를 주장하는 입장도 나타나고 있다고 한다. 이러한 비판은 추상적 규범통제에 있어 정치와 헌법재판 사이의 경계가 보다 불명확해진다는 점, 의회에서의 정치적 논쟁이 연방헌법재판소의 사법적 형식의 절차에서 계속 전개된다는 점 등을 근거로 하는 것으로 보이고, 이는 정치의 사법화, 사법의 정치화에 대한 우려로 이해할 수 있을 것이다.²⁴⁾

독일에서 추상적 규범통제는 기간의 제한이 없는 청구권자의 청구를 통해 개시되며, 청구의 철회는 개시된 절차의 진행에 영향을 미치지 않는다. 연방법이나 주법이 기본법에 위배되는지 여부 및 주법이 연방법에 위반되는지 여부에 대한 ‘견해차이’ 또는 ‘의문’의 존재가 청구의 요건이 되나, 그 의미가 명확히 밝혀진 것은 아니다.

기본법이 규정한 청구권자²⁵⁾는 연방정부, 주정부 및 연방의회의원 4분의 1 이상이다. 다만, 연방과 주의 입법영역의 범위와 관련된 문제에 있어서는 연방참사원과 주의회의의 청구도 가능하다. 연방과 주의 형식적 법률은 물론 법규명령 등 실질적 의미의 법률, 헌법규정도 심사대상이 되는데, 조약에 대한 동의 법률은 예외적으로 연방대통령의 서명, 공포 이전에도 심사된다. 연방법에 대하여는 오로지 기본법이, 주법에 대하여는 기본법과 연방법이 심사기준이 되며, 헌법재판소가 무효로 선언한 법률은 소급적으로 효력을 상실한다.

오스트리아의 헌법재판소²⁶⁾는 연방정부의 청구에 따라 주 법률의 위헌여부를, 주정부 또는 국민의회 재적의원 3분의 1, 연방참사원 재적의원 3분의 1의 청구에 따라 연방법률의 위헌여부를 심사한다. 또 주 헌법이 정하는 경우에 주의회 재적의원 3분의 1은 주법률의 위헌여부에 대한 심사를 청구할 수 있다. 또 헌법재판소는 연방정부의 청구에 의하여 주행정청의 명령의 위법여부

24) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, 2001, 76조 Rd. 5., 김운용, 전계논문, 130-135면에서 재인용.

25) 한수용, 전계논문, 131면.

26) 장영철, 전계논문, 167면 참조.

를, 주정부의 청구에 의하여 연방행정청의 명령의 위법여부를, 당해 지방자치 단체의 청구에 의하여 연방헌법 제119a조 제6항에 의한 지방자치단체 감독청의 명령의 위법여부를 심사한다. 연방법률, 주 법률, 주의 헌법적 법률, 연방의 헌법적 법률 및 일정한 조약 등이 위헌법률심사의 대상이 되고, 연방과 주의 명령과 위헌법률심사의 대상이 되지 않는 조약 등은 위헌명령심사의 대상이 된다. 연방 법률과 주 법률에 대한 심사기준은 헌법이고, 연방헌법은 주의 헌법적 법률에 대한, 연방헌법의 기본원리는 연방의 헌법적 법률의 심사기준이 된다. 헌법재판소의 판결에 의해 폐지된 규범은 헌법재판소가 유예기간을 정하지 않는 한 그 판결이 공고된 날부터 효력을 상실한다.

Ⅳ. 행정입법에 대한 의회통제권한의 과제와 추상적 규범통제

1. 국회의 통제

국회는 행정부에 법규명령을 위임하였고 국회는 국민으로부터 민주적 정당성을 확보하고 있기 때문에 국회의 법규명령에 대한 일정한 관여는 인정되어야 할 것이다. 또한 헌법 제75조와 제95조를 해석할 때 헌법이 행정부에 대하여 행정입법에 관한 전권적인 권한을 부여한 것으로 보기는 어렵다는 점 역시 행정입법에 대한 국회통제권한을 인정하는 이유가 될 것이다.²⁷⁾ 그러나 국회의 입법통제권한을 이해함에 있어 여러 가지 논란이 있을 수도 있기에 다음과 같은 점에 대해서는 신중한 논리적인 검토가 있어야 한다.

우선 현재 인정되고 있는 상임위원회의 결의로써 위임입법의 제·개정에 관여하는 것은 적절하지 않다고 본다.²⁸⁾ 이와 관련해서 지난번에 문제가 되었던 국회법 개정안은 법률로써 국회가 자신의 권한을 국회 내부적으로 소관

27) 이상천, 抽象的規範統制 導入을 위한 試論. 법학논총, 25, 송실대 법학연구소, 2011, 65-70면

28) 김선태, 공법학연구 16(4), 한국비교공법학회, 2015. 11, 106-107면 참조.

상임위원회에 위임한 것이어서 소관 행정입법에 대하여 소관 상임위원회가 국회를 대신하여 정부에 대하여 수정·변경을 요구하는 권한을 갖는다고 보는 견해는 있다. 그러나 헌법 제75조, 제95조에 따라 행정부에게 위임한 행정입법권한을 국회법에 따라 위임받은 상임위원회가 관여한다는 것은 민주적 정당성의 확보 차원에서도 정당화될 기 어렵다고 본다. 국회가 가지는 민주적 정당성은 국회 본회의에서의 다수의사를 통하여 확보될 수 있다는 점에서 상임위원회의 결의와 본회의의 결의를 동일시할 수는 없다.²⁹⁾ 국회법 제38조 및 국회상임위원회 위원정수에 관한 규칙에 따르면 상임위원회의 위원정수는 12-31명 정도인데, 가령 국회위원 정수가 12인인 위원회의 경우 7인의 위원만 합의를 하면 대통령령의 개폐를 좌지우지 할 수 있게 될 텐데, 이는 실질적으로 헌법 제75조, 제95조에 따른 행정입법권을 침해할 여지가 크다. 따라서 국회의 행정입법에 대한 관여는 상임위원회가 아닌 본회의의 결의를 통하여 행사되어야 할 것이다.

2. 행정입법에 대한 사법적 통제

행정입법 요구에 대한 행정 소송적 수단은 거의 효과를 기대하기 힘든 것이 현실이다. 행정입법에 대한 제정청구권은 의무이행소송이 인정되지 않는 현재 법제상 기대하기 힘든 것이고, 행정입법 부작위에 대한 부작위위법확인소송도 우리나라에서는 인정되지 않고 있어 행정입법을 다투는 행정소송은 거의 이루어지지 않는 것이 현실이라고 볼 수 있다.³⁰⁾ 따라서 이 문제를 해결하기 위해서는 무엇보다 당사자소송의 활용을 예로 들 수 있다. 현행 행정소송법 하에서는 처분의 개념을 너무 무리하게 넓게 잡을 필요가 없고, 위법한 행정입법으로 인하여 발생한 법률관계에 대하여 확인소송으로서의 당사자소송의 방법으로 다투는 방식으로 행정입법으로 인한 권익침해에 대한 구제를 모색해야 한다. 그리고 이러한 확인소송의 모델로서 독일 행정법원법상 이루어지는 확인소송이나 일본의 확인소송으로서의 당사자소송은 참고할만한 사례가 될 것이다.³¹⁾

29) 김선택, 공법학연구 16(4), 한국비교공법학회, 2015. 11, 106면 참조.

30) 장영철, 전계논문, 159-161 참조.

이러한 사후적 구제는 의회의 관여나 행정절차적 관여와 같은 사전적 구제와는 별도로 이루어지면서, 상호 유기적 연관이 이루어지도록 해야 한다. 아울러 이러한 행정입법인 법규 명령에 대한 사법적 통제가능성이 확대되어야 만 국민의 권리가 한층 더 보호될 수 있다.

3. 추상적 규범통제와 정치

추상적 규범통제에 관한 논의를 살피건대, 정치와 사법을 분리하여 이해하는 것은 가능하지 아니하고 정치와 사법은 깊은 연관을 맺을 수밖에 없으며 정치의 사법화, 사법의 정치화는 피할 수 없는 현상으로 보인다. 가치 판단적, 준정치적 기능을 수행하기 위해 헌법재판소가 창설되었음은 앞서 본 바와 같다. 또 정치의 사법화가 민주주의의 실현에 미치는 영향은 한 사회가 갖춘 여러 조건에 따라 그 방향과 정도가 달라질 것이다. 한편, 사법심사의 대상에서 제외되는 순수한 정치의 영역을 상정하는 것도 쉽지 않아 보인다. 위와 같은 여러 사정을 고려할 때, 정치의 사법화를 무조건적으로 부정적으로 볼 필요도 없을 것이고, 사법의 정치적이면서 동시에 법적인 문제에 대한 개입이 반드시 지양되어야 할 현상인 것도 아니라고 하겠다. 따라서 추상적 규범통제의 운용을 통하여 사법이 정치에 관여할 여지가 커진다고 하더라도, 그러한 사정만으로 추상적 규범통제에 대하여 부정적인 입장을 견지할 필요는 없다고 보인다. 중요한 것은 추상적 규범통제를 포함한 헌법재판이 국가목적의 달성과 민주주의의 실현에 기여할 수 있는 환경을 조성하는 것일 것이다. 시민이 국가의 사결정에 참여할 수 있는 기회를 확대하고, 헌법재판소의 구성에 있어 민주성을 강화하는 것 등이 그 제도적 방안이 될 수 있을 것이다.³²⁾

우리의 헌법현실에서 발견되는 반복되는 문제 중 하나는 법률의 제정 과정에서 발생하는 절차상의 하자이다. 의회의 다수파가 헌법 또는 법률이 규정한 절차를 위반한 채 법률안을 통과시키는 위헌적, 위법적 행태의 반복은 그대로 두기 어려운 문제이다. 추상적 규범통제는 이와 같은 문제의 해결방안의 하나

31) 한수웅, 전계논문, 129-130면 참조.

32) 허영, 헌법학원론, 박영사, 2010, 854면.

로서 검토할 가치가 있는 제도이다. 뿐만 아니라 이는 다양한 차원에서 헌법 질서보호와 기본권 보호에 기여할 수 있다.

그러나 우리는 추상적 규범통제를 운용한 경험이 없다. 이에 우선 그 개념과 성격에 대한 정확한 이해가 필요하다. 규범통제는 공포되지 아니한 법령을 대상으로 하는 사전적 규범통제와 이미 공포된 법령을 대상으로 하는 사후적 규범통제로 나뉜다. 법령의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 이뤄지는 구체적 규범통제와 법령의 위헌 여부가 재판의 전제가 되었는지와 무관하게 청구 가능한 추상적 규범통제로도 분류된다. 또 모든 법원이 규범통제권한을 행사하는 비집중형 규범통제와 하나의 사법기관만이 규범통제권을 행사하는 집중형 규범통제로 규범통제를 나눌 수 있다.³³⁾

규범통제는 권력분립의 실현에 기여할 수 있다. 현대국가에서는 입법권과 행정권이 정당을 매개로 하여 융화되고 있어 오늘날 권력분립론의 재정립이 요청된다. 이에 권력분립의 실질화를 위해 야당이 여당에 대한 통제 기능을 수행할 수 있도록 보장해야 할 필요성이 커진다. 규범통제, 특히 추상적 규범통제는 야당이 위와 같은 통제 기능을 수행할 수 있는 기회를 제공하여 실질적 권력분립의 실현에 기여할 수 있는 것이다.

추상적 규범통제를 이해함에 있어서는 정치와 사법의 관계에 대한 검토 또한 의미가 있다. 근래 추상적 규범통제를 포함한 헌법재판과 관련하여 국가의 정책이 사법기관에서 결정되는 현상이 이른바 ‘정치의 사법화’, ‘사법의 정치화’라는 이름으로 비판되기도 한다.

그러나 정치와 사법이 명확히 분리되는 것은 아니며 정치의 사법화, 사법의 정치화는 피할 수 없는 현상일 것이다. 또한 사회의 다양한 조건에 따라 정치의 사법화가 민주주의의 실현에 미치는 영향은 달라질 수 있다. 그렇다면 정치의 사법화가 반드시 부정적인 것은 아니며, 사법의 헌법적 문제에 대한 개입이 지양되어야 할 현상도 아닐 것이다. 중요한 문제는 추상적 규범통제를 포함한 헌법재판이 국가목적의 달성과 민주주의의 실현에 긍정적으로 작용할 수 있는 환경을 조성하는 것일 것이다.

33) 집중형 규범통제형태로는 독일을 들 수 있고, 비집중형은 우리나라를 예로 들 수 있다.

4. 추상적 규범통제제도의 도입

우리나라에서 법률과 명령을 대상으로 하는 추상적 규범통제를 도입하는 경우에는 우선 헌법 개정이 전제가 되어야 할 것으로 보인다. 우리 헌법에서도, 추상적 규범통제의 객관적 절차로서의 성질을 고려하면, 청구기간의 제한이 없는 직권적 절차의 설계가 논리적이라고 하겠다. 독일 기본법상 '견해차이'와 '의문'과 같은 청구의 요건을 설정하는 것이 필요한지 문제되나, 추상적 규범통제는 재판의 전제성, 주관적 권리의 침해와 절연된다는 점과 현재 발생하고 있는 대통령에 대한 수사가능성, 대통령의 법률안 거부권행사에 따른 국회 법률안의 폐기여부 등 헌법적인 논란을 잠재우기 위해선 필요하다고 본다.³⁴⁾

비교법적으로 검토할 때, 정부에 대한 청구권 부여에 있어서는 연방제적 질서의 보장이라는 목적, 행정부 또는 그 수반이나 국가원수의 법률안 제출권 및 그 외의 입법에 관여할 수 있는 권한의 보유 여부 등이 고려되는 것으로 보인다. 우리의 경우 대통령이 헌법수호의 의무를 지고, 법률안 거부권을 보유하는 점에 비추어 대통령에게도 청구권을 부여함이 타당할 것이다.

독일의 예 등을 볼 때, 의회 구성원에게 청구권을 인정하는 주된 목적은 소수의 보호에 있다고 하겠다. 또 입법부와 행정부의 공화에서 비롯되는 권력통제 상의 곤란함이 발생하는 의원내각제 또는 이원정부제 국가에서는 의회 소수파에 대한 청구권 부여를 통해 추상적 규범통제가 권력통제의 도구로 기능할 수 있다. 양원제 국가에서는 상원이 직접선거를 통하여 구성되기도 청구권자 선정의 고려요소를 작용하는 것으로 보인다. 대통령제하에서도 권력의 공화가 나타나 야당에 의한 권력통제는 의미가 매우 크므로 우리의 경우도 소수의 국회의원 집단에게 청구권을 인정하는 것이 타당하고, 그 규모는 국회 재적의원의 4분의 1이 적절할 것이다.³⁵⁾

연방국가는 지방(支邦) 정부에게 적어도 연방 규범에 대한 청구권을 부여하고 있고, 연방국가가 아닌 국가들은 지방행정단위의 기관의 지위에 따라 일정한 범위의 주체에게 청구권을 인정하고 있다.³⁶⁾

34) 한수용, 전제논문, 133면.

35) 한수용, 전제논문, 129-130면 참조.

다만, 후자의 지방행정단위 등이 청구할 수 있는 대상은 자치권의 보장과 관련된 규범으로 제한되는 경향이 나타난다. 우리도 지방자치법상의 지방자치단체에게 추상적 규범통제의 청구권을 부여한다면 이는 수직적 권력분립의 실현에 기여할 것이다. 다만, 단일국가의 지방자치단체의 지위를 고려할 때, 지방자치단체의 자치권을 침해하여 위헌인 규범에 한하여 청구권을 인정할 수 있을 것이다. 일반국민에 대한 청구권을 인정할 것인지도 논의할 수 있겠으나, 개인의 청구권이 인정되면, 헌법재판소의 업무과중 등의 부작용이 예상된다.

추상적 규범통제의 개념에 비추어 성립된 규범이 그 대상이 될 것이며, 법률뿐만 아니라 명령·규칙, 조례도 그에 포함시키는 것이 헌법질서의 수호라는 제도의 목적에는 부합할 것이다. 다만, 현행헌법상 구체적 규범통제 구조가 이원적인바, 명령·규칙에 대한 추상적 규범통제와 관련하여 규범통제 구조를 어떠한 방식으로 정립하는 것이 타당한지에 대한 진지한 논의가 선행되어야 할 것이다. 국제적인 효력을 갖는 조약에 있어, 헌법재판소가 그 효력발생 이후에 이를 심사하여 효력을 상실시키는 것은 문제가 있다. 이에 조약과 국내법은 달리 다루어져야 할 것이다. 독일, 스페인 등의 예를 참고하고, 추상적 규범통제의 개념을 고려한다면, 조약에 관한 한 사전적 규범통제를 도입하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 한편, 현행 헌법의 해석상 헌법을 심사대상으로 하기는 어려울 것이다.

심사 대상 규범의 범위에 따라 심사기준이 달라질 수 있을 것인데, 우리의 경우 법률 하위 규범의 위법심사권이 대법원에게 있으므로 헌법재판소에 의한 추상적 규범통제에서 심사기준은 헌법이라 하겠다. 헌법재판기관의 위헌결정의 효력에 관한 입법례로서는, 상위규범 위반으로 결정된 규범의 효력을 소급적으로 상실시키되 일정한 경우 소급효를 제한하는 경우와 그 결정 이후에 비로소 당해규범의 효력을 상실시키는 경우가 나타난다. 우리 헌법재판소의 결정은 원칙적으로 장래효를 가지나, 그 소급적 효력을 인정하되 일정한 요건 하에 이를 제한할 수 있도록 하는 방식 또는 소급효가 인정할 수 있는 요건을 명문으로 규정하는 방식을 검토할 만한 것으로 보인다. 한편, 추상적

36) 김운용, 전계논문, 195면 참조.

규범통제에 있어서는 헌법재판기관이 법원, 정부 등에 의하여 위헌이라는 이유로 적용이 거부된 규범의 합헌성을 확인하도록 하는 제도의 마련도 필요하다고 하겠다.

이와 같은 추상적 규범통제를 도입할 때, 초기에는 국회는 구태를 답습하고, 다수파에 대한 새로운 무기를 갖게 된 소수파가 이에 대응하기 위하여 추상적 규범통제에 빈번하게 의존하고자 할 수도 있을 것이다. 하지만 결정 사례가 축적되고 제대로 시행되지도 않은 법률들이 여러 차례 위헌결정을 받게 되면 국회의 다수파는 정치적 부담을 느낄 수밖에 없을 것이다. 이에 다수파에게 법률안 통과에 있어 소수파와 충분한 협의를 할 동기가 부여될 것이다. 정부나 의원들은 법률안의 제출과 심의 과정에서 스스로 위헌적 요소를 제거하기 위한 노력을 하게 될 것이다. 시민사회의 감시활동이 활성화되었고, 헌법재판제도가 자리를 잡은 우리나라에서 헌법재판소가 합리적 논증 없이 다수파의 편에 설 수 없고, 다수파라고 하여 헌법재판소의 결정이나 여론을 무시할 수 없을 것이다. 독일의 경우³⁷⁾ 추상적 규범통제를 포함한 헌법재판이 정당들이 입법과정에서 법률안의 합헌성 확보를 위한 자발적 노력을 하도록 만드는 역할을 수행하고 있다. 연방헌법재판소의 위헌결정을 피하기 위하여 정당들은 미리 공청회를 개최하거나 헌법전문가의 조언을 듣는 등의 방식으로 위헌적 법률안의 입안을 방지하기 위한 노력을 게을리 하지 않고 있다고 한다. 우리나라의 경우에도 추상적 규범통제의 채택은 국회의원이거나 정당의 인식제고와 국회의 제도개선에 기여할 수 있을 것이다.

결과적으로 이러한 변화는 법률의 합헌성 제고와 헌법보장의 강화로 이어질 것으로 기대된다. 다만, 그 긍정적 효과의 정도는 정치현실과 다른 제도의 영향을 받을 수밖에 없다. 헌법재판소 구성 있어서 민주적 정당성의 강화는 추상적 규범통제는 물론 헌법재판 일반의 긍정적 영향력을 증진시킬 것이다. 헌법재판에서의 결정이 합리적인 논증을 통해 이루어질 때 그 결과의 설득력이 제고될 것이다. 이는 다시 시민의 헌법재판에 대한 관심과 신뢰를 높여 시민의 권리보호와 국가 목적의 실현에 기여할 것이다.

37) 김운용, 전계논문, 195-196면.

V. 결론

위에서 설명한 바와 같이 행정입법에 대한 국회의 통제권한은 학설 상 논란은 있으나 국회 입법권의 연장선상에서 이해하여야 한다. 우리 헌법이 이에 대한 상세한 규정을 명시하지 않은 까닭은 국가를 운영함에 있어 입법부와 행정부 간에 상호 협조와 존중하는 자세로 임한다는 점을 염두에 두었기 때문이라고 생각한다. 그러나 근래 나타나는 입법부와 행정부와의 갈등현상은 협치라는 개념으로 해결하기에는 어려울 것 같다. 우선 국회에서 의결하기 전부터 법리적인 해석이 각자 달라지고, 학자들 마다 헌법과 법률에 명시되지 않은 내용에는 이해관계에 따라 의견을 달리하고 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 헌법과 법률에 국회의 행정입법통제권에 대한 절차와 내용을 명시하는 방안을 도입하여야 한다. 국회법을 개정하여 행정입법통제권에 대한 내용을 구체적으로 규정할 뿐만 아니라 사후 통제의 일환으로 근거법률과 행정입법에 대한 헌법소송의 길도 열어야 한다. 헌법과 헌법재판소법의 개정을 통한 추상적 규범통제제도를 마련하여 국회의 의결과정과 행정부와의 갈등관계를 빠르게 조정할 수 있는 방안을 마련하는 것이 정치적인 에너지 손실을 막고, 국민의 권리를 보장할 수 있는 방안으로 본다. 이러한 의미에서 추상적 규범통제제도의 도입은 매우 의미가 있다. 국회 다수당의 일방적인 입법으로 기본권이나 국가기관의 권한 침해될 가능성이 있는 경우, 추상적 규범통제제도는 사전적 예방조치의 하나로서 기능할 수 있다. 뿐만 아니라 헌법재판소의 기능으로 헌법과 법률에 대한 해석기능도 추상적 규범통제제도에 포함시킬 수 있다. ‘최순실 사태’에 따른 대통령에 대한 수사가능성, “세월호 관련 국회법개정안” 즉 국회의 입법통제권의 한계문제 및 법률안거부권 행사후 안전의 처리 문제 등 현재 우리 정치현상은 정치적인 분쟁에 헌법적 논쟁까지 더하고 있다. 차제에 헌법재판소 권한에 이러한 헌법과 법규에 대한 유권적 해석기능을 추가하여 빠른 해결을 모색하는 것이 효과적이라고 볼 수 있으며, 이러한 의미에서 추상적 규범통제제도는 행정입법에 대한 의회통제를 강화하는 방안의 하나로서 생각해 볼 수 있다.

참고문헌

- 김선택, 행정입법에 대한 국회 관여권, 공법학연구, 16(4), 한국비교공법학회, 2015. 11.
- 김선화, 행정입법과 관련한 의회와 행정부와의 관계, 한국행정학회 학술발표논문집, 2016.
- 김용섭, 국회법상 행정입법검토제도의 현황과 법 정책적 과제, 행정법연구, 제33호, 2012.
- 김운용, 헌법재판과 추상적 규범통제, 서강법학연구 제3권, 서강대 법학연구소, 2001.
- 김현준, 행정입법절차의 쟁점과 과제, 공법학연구, 17(1), 한국비교공법학회, 2016.2.
- 배상오, 한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제9권 제2호, 1999.
- 석인선, 미국의 의회입법권과 위헌법률심사제의 상호관계, 헌법학연구 제10권 제3호 한국헌법학회, 2004. 9.
- 성낙인, 헌법학, 제14판, 법문사, 2014.
- 윤명선, 헌법재판제도의 개선방향, 경희법학 제29권 제1호, 경희대 법학연구소, 1994.
- 이상천, 抽象的規範統制 導入을 위한 試論, 법학논총, 25, 숭실대 법학연구소, 2011.
- 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2008.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2014.
- 한수웅, 현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제, 법학연구 제7집, 홍익대학교 법학연구소, 2005.
- 장영철, 行政立法에 대한 抽象的 規範統制制度의 導入方案에 관한 研究, 한국공법학회, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008.10.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010.

허영, 헌법이론과 헌법 제5판, 박영사, 2011.

Christian Starck, "Constitutional Review in the Federal Republic of Germany, Notre Dame International and Comparative Law Journal, Vol. 2, 1984, 86면.

Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.1. Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungnsprozeßs, 2001, S.615-639[615ff.].

Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, 2001, 76조 Rd. 5..

Voßkuhle/Wischmeyer, "Die Rechtsverordnung", JuS 2015.

Werner Heun, Normenkontrolle, in: Peter Badura/ Horst Dreier [Hrsg.],

Wolfgang Lo`wer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundes- verfassungsgerichts, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl., 2005, §70, Rn.59.

[Abstract]

Status of Administrative Legislation Review System and Abstract Review on Norm

Kwon Young Ho

Professor, School of Law, Jejunu-Univ

Administrative legislation is necessary because to important decisions of the legislature for the annual parliamentary general and abstract norms established in accordance with democratic principles. But Sub delegation of authority the legislature is in direct administration rather than by the regulation of legal norms of lower standards in state affairs. In this case lower standards of professionalism and efficiency, and rules relieve the burden

of establishing.

In Korea, administrative legislation review system is in force under the National Assembly Act, in which administrative legislation is submitted to the concerned standing committee of the national assembly for review of illegality for Presidential Decrees, etc. and notifying the concerned minister of the results. However, it is not a preliminary review system but an ex post facto review system in which rules are reviewed only after legislation or amendment. It is nothing but a direct control system whose effect is very weak and limited. As a matter of fact, there are a number of cases in which, although the concerned standing committee of the national assembly notifies the administration of its opinions on administrative legislation, the administration does not accept such opinions and any public servant in the administration not following such opinions is not given any disadvantage. Such a weak administrative legislation review system currently provided for in the National Assembly Act has limits to effective control of administrative legislation.

The conception of review on Norm is connected with 'principle of separation of power', and the review on Norm which is not based on Constitutional Law is not permitted. The article 107(1) of Korean Constitutional Law controls parliamentary legislation and The article 107(2) of that does the subordinate Norm of parliamentary legislation when each one is 'at issue in a trial'.

The abstract review on Norm could function from the legislation of the Norm concerned, and it could abolish the lasting unconstitutional situation, and it could keep social peace by lessening the legal conflicts of the future and correcting the deviation of social order. It is a kind of vaccine for keeping social peace. It is a very useful and effective way which could make up for the absence situation of no administrative way of remedy as in the case of conflicting situation between mother and her fetus. We had

better have it as far as it could not hurt the national representation of the Parliamentary.

Key words : Administrative Legislation, Administrative Legislation Review System, National Assembly Act, Review on Norm, Abstract Review on Norm