

헌법재판의 대상과 특별심판절차(상)

한 병 채

헌법재판소 재판관

- 목 차 -

제일절 규범통제의 대상과 절차

제 I. 규범통제방법과 제도

1. 제도상의 의미
2. 위헌법률심판의 일반절차
 - (가) 절대다수의결원칙 (나) 변호사강제주의원칙
 - (다) 직권서면심리원칙 (라) 변호사공개주의원칙
 - (마) 심판비용의 국고부담원칙
3. 위헌법률심판의 대상과 그 특별절차

제 II. 구체적 재판의 전제로 제청한 규범통제(위헌법률심판)

1. 위헌법률심판의 특별절차
2. 위헌법률심판의 제청법원과 그 절차
 - (가) 제청할 수 있는 법원
 - (나) 제청절차
3. 헌법재판소의 합헌결정권
 - (가) 법률에 대한 위헌여부결정권
 - (나) 신·구헌법상의 차이점

- (다) 합헌추정의 원칙과 합헌결정권
 - (라) 헌법 부칙 제5조의 실효선언권
 - 4. 실질적 법규(법률, 명령, 규칙)에 대한 심판권
 - (가) 헌법 제107조 제2항의 해석
 - (나) 법규명령의 위헌성 문제
 - (다) 행정명령의 법규성
 - (라) 폐지된 법률에 대한 심판
 - 5. 헌법규정에 대한 심판권
 - (가) 소극설 (나) 적극설 (다) 우리의 입장
 - 6. 조약과 국제법규에 대한 심판권
 - (가) 조약
 - (나) 기타 국제법규
- 제Ⅲ. 추상적 규범을 소원으로 청구한 규범통제(규범통제형 헌법 소원)
1. 법률에 대한 헌법소원
 - (가) 법률에 대한 추상적 규범통제
 - (나) 규범통제의 방식
 - (다) 헌법소원의 대상이 되는 법률
 - i) 처분적 법률 ii) 일반 법률 iii) 경제관계법률
 2. 재판에 전제되지 않는 명령, 규칙, 처분
 - (가) 법규명령에 대한 위헌심사권
 - (나) 행정명령에 대한 위헌심사권
 - (다) 조례 및 교육규칙에 대한 위헌심사권
 - (라) 대통령의 긴급명령과 긴급재정·경제명령
 3. 헌법소원에 의한 규범통제의 절차와 효력
 - (가) 법률에 대한 헌법소원의 적법성
 - (나) 헌법소원심판의 효력

4. 입법부작위에 대한 헌법소원

(가) 헌법소원대상인 공권력

i) 공권력의 개념 ii) 입법부작위의 범위

(나) 헌법소원대상이 되는 입법부작위의 사례

5. 법률소원에 대한 보충성과 기간의 특칙

(가) 보충성의 특칙

i) 보충성의 예외사유 ii) 행정입법과 보충성

(나) 청구기간의 특칙

i) 법률공지설 ii) 성숙성설

iii) 처분통지설 iv) 행정소송준용설

v) 청구기간의 예외사유

제일절 규범통제의 대상과 절차

헌법재판의 대상과 헌법소송이라고 할 수 있는 위헌법률절차는 그 나라의 헌법과 헌법재판소법을 비롯한 법체계에 따라 구체적으로는 조금씩 다를 수 있다. 그러나 헌법재판제도를 채택하고 있다 하더라도 헌법재판은 규범이나 공권력 행사가 헌법에 위반되는지의 여부를 다루는 것이기 때문에 그 심판절차도 일반 사법부의 소송절차와는 다른 점이 많이 있다.

그 중 특히 유의할 점은 개개 사건의 진실발견과 분쟁처리를 목적으로 하는 종래의 전통적인 사법심사제도와는 구별되는 것으로서 헌법재판은 과거 재판의 대상이 아니라고 회피하여 오던 권력적 작용과 규범통제권에 비중을 크게 두고 있다는 것을 기본적으로 인식하지 않으면 안된다. 그리고 국민의 기본권 보장을 위한 권력통제의 행사라는 면에서 볼 때 헌법재판은 권력분립체계의 변형적인 새로운 통제수단이며, 그에 따라 정치적 결정과정의 관여도 배제되지 않는 특수한 재판기능을 행사하는 것이다. 이러한 기능에서 나오는 본질적인 원칙과 일반이론은 헌법재판제도를 두고 있는 나라에서는 대체로 유사하기 때문에 여기에서는 우리 나라의 헌법과 헌법재판소법을 중심으로 살펴보는 것이 가장 바람직한 방법이라 하겠다.

그리고 짧은 기간이나마 우리 나라의 헌법재판을 진행하면서 평의에서 논의되고 심사과정에서 문제된 여러 가지 점들과 우리 재판소에서 선고한 결정문에 명시된 판례를 가지로 본장을 살펴보는 것도 의미가 있다고 하겠다.

우리 헌법 제111조는 헌법재판소가 관장하는 헌법재판의 대상

을 ① 위헌법률심판, ② 탄핵심판, ③ 정당해산심판, ④ 기관간의 권한쟁의 심판, ⑤ 헌법소원심판으로 크게 나누어 규정하고 있다. 그리고 헌법 제107조와 헌법재판소법에서 헌법재판을 하는데 필요한 기본적인 절차를 일반적 심판절차와 특별심판절차로 나누어 규정하고 있다. 그러나 이는 구체적인 사건을 다루면서 부딪치는 다종다양한 문제들을 풀어 가는 소송절차법으로 보기에 너무나 미흡하다. 재판의 대중을 이루는 위헌법규심판과 헌법소원심판의 경우만 보더라도 그 심판의 대상과 특별심판절차의 범위를 확정하는 것은 쉬운 일이 아니다.

그러므로 여기에서는 위의 다섯가지 헌법재판의 심판대상과 그에 따르는 특별심판절차를 검토하되 그 중에서 규범통제로서의 헌법재판을 중심으로 살펴보기로 한다.

(그러나 이 글에서 헌법재판소의 기존 판례와 다른 부분은 헌법재판소의 공식의견이 아닌 사건임을 먼저 밝히둔다.)

제 I . 규범통제의 방법과 제도

1. 제도상의 의미

현행헌법은 입법, 행정, 사법 외에 제사의 국가권력으로서 헌법재판소를 두어 국민의 기본권과 민주헌법을 수호하도록 헌법상의 새로운 제도를 도입하고 있다. 20세기 후반에 와서 부각된 헌법재판제도의 유무는 민주헌정질서의 유무와 동일시하는 경향이 오늘날의 세계적 현상이다. 이에 따라 우리 헌법도 새로운 민주시대를 확립하기 위하여 헌법재판제도를 채택하고 있다는 점에서 그 제도적 의의를 찾을 수 있는 것이다.

헌법은 그 나라의 모든 법규 중에서 가장 상위규범인 최고법

이라는 본질적 특성을 가지고 있기 때문에 이에 배치되는 법률, 명령, 규칙이나 행정처분은 그 법적 효력을 가질 수 없게 된다. 이러한 헌법의 최고법규성과 최고가치의 실효성을 보장하기 위하여 국가의 사법적 최고기관으로 하여금 각종 법규에 대하여 헌법의 위반 여부를 판단하게 하고 헌법에 위반되는 법률의 효력을 무효화시키거나 실효케 하여 그 법률의 적용을 배제하게 하는 제도를 위헌법률심판제도라고 한다.

권력분립주의를 기본으로 하는 입헌민주주의는 개인의 자유와 재산을 보호하기 위하여 국가의 모든 권력작용은 국회가 제정하는 법률에 의하여 발동하도록 하고 국가의 권력은 법률로써 규율하게 한다는 법치국가의 원리에 기초를 두고 있다.

그런데 세계각국의 헌정사를 뒤돌아 볼 때 입법기관인 국회는 현실적으로 다수당의 지배로 정권을 유지하고 다수당의 자의적인 입법으로 인하여 개인의 기본권이 침해되고 위헌적인 법률이 제정내지 개정되어 민주헌정의 기본질서가 무너지고 헌법적 정의가 무시되는 것을 많이 보게 된다. 때로는 권력을 독점하고 입법부의 본래적인 기능을 임의로 활용하여 헌법의 기본원칙을 무시하고 입법을 하기도 했다. 여기에서 부당한 입법으로 인한 헌법규범의 침해로부터 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 보장하기 위하여 헌법재판제도를 두어 헌법재판소에 법률의 위헌심판권을 행사하게 한 것이다.

위헌심판제도의 그 내용이나 절차에 있어서는 각국의 사정에 따라 다르고 모든 것이 동일하지는 않지만 국민의 기본권과 민주헌법을 수호한다는 당위적인 면에서는 모두가 공통적으로 같으며 이러한 역사적 요청에 따른 제도적인 의의에는 근본적으로 다른 것이 없다.

우리 나라도 오늘날의 민주헌법을 가진 다른 대부분의 국가와

마찬가지로 헌법재판제도를 도입하여 이를 채택하고 그 특별절차에 관한 규정을 헌법재판소에 두고 있지만 절차법으로서 미흡한 것은 재판실무를 하면서 연구 보완하여 판례법으로 적용 운영하고 있다.

2. 위헌법률심판의 일반절차

헌법재판의 일반절차에서도 일반 행정·민사소송과는 다른 다음 몇 가지의 특칙을 두고 있다. 그 대표적인 것을 보면 다음과 같다.

(가) 첫째, 절대다수의결의 원칙이다.

재판관 9인 중 7인 이상의 재판관이 출석한 합의제에서 6인의 찬성이 있어야 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원의 인용결정 등을 할 수 있다는 절대다수의결의 원칙을 헌법사항으로 규정하고 있다.

우리 헌법과 헌법재판소에 규정된 일반절차를 보면 헌법재판소는 9인의 재판관으로 구성하며 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 한다. 재판부는 7인 이상의 재판관이 출석하여야 사건을 심리할 수 있다. 모든 재판은 전원합의부 재판부에서 하는데 일반적인 사항은 중국심리에 참여한 재판관의 과반수의 찬성으로 결정을 한다. 그러나 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정과 같은 헌법재판의 본안에 관한 기본적인 중국결정을 할 때에는 그 9인의 재판관 중 헌법상의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경

우에도 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다 [헌재법 제22조, 제23조].

그러므로 9인의 재판관 중 3인 이상의 결원이 있거나 제척되거나 기피 또는 회피를 하면 심판정족수의 미달로 사건을 심리할 수 없다(헌법 제113조 제1항, 헌재법 제23조, 제24조), 따라서 결원, 제척, 기피, 회피 등으로 재판에 관여하지 않는 것은 결과적으로 의결에 반대 또는 부표를 행사하는 것과 같은 법률적 효력이 생긴다(이와 같은 결과가

생긴 판결은 1990. 4. 2. 선고 88헌마25호 사건 참조).

그래서 헌법재판의 중국결정은 헌법상의 법정정족수 6인의 찬성이 있어야 하는 합의제의 의결로서 결정하도록 하는 절대다수의 원칙을 기본으로 하고 있다. 다만 헌법소원심판에 있어서는 그 심판청구의 적법성을 사전심사할 수 있는 특별절차로서 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 사전심판을 담당하게 할 수 있는데 이 때에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의하여 심판청구를 각하할 수 있다. 이를 위하여 현재 우리 헌법재판소는 3개의 지정재판부를 두고 있다.

(나) 둘째, 변호사강제주의 원칙이다.

헌법재판의 각종 심판절차에 있어서는 변호사가 아니면 그 절차수행을 할 수 없도록 하였다. 만약 헌법소원심판사건에서 변호사를 대리인으로 선임하지 않고 심판청구가 된 경우에는 심판청구가 부적법하므로 변호사 선임을 보정할 수 있도록 기간을 정하여 지정재판부에서 보정명령을 하고 그 보정을 하지 아니할 때에는 심판청구를 각하한다. 보정명령에 의하여 보정이 있는 때에는 처음부터 적법한 심판청구가 있는 것으로 보고 그 보정기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다(헌재법 제28조 제72조 제3항). 한편 헌법소원심판을 청구하고자 하는 자가 변호사 선임을 할 자력이 없는 때에는 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다. 이

경우에 헌법소원심판의 청구기간의 계산은 국선대리인의 선임신청이 있는 날을 기준으로 한다. 국선대리인의 선임신청이 있는 때에는 헌법재판소의 규칙에 의하여 변호사 중에서 국선변호인을 선정한다.

헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 불허결정을 한 때에는 지체없이 그 사실을 신청인에게 통지하여 사선변호사를 선임할 기회를 주어야 한다. 이 경우 신청인이 선임신청을 한 날로부터 불허통지를 받은 날까지의 기간은 위의 소원청구기간에 이를 산입하지 아니한다(헌재법 제70조). 이에 따라 헌법재판의 심판절차에 있어서도 당사자가 일반 사인인 경우에는 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못하도록 하여 변호사강제주의를 채택하고 있다. 다만 그 당사자가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다고 하여 본인이 변호사자격을 가지고 있는 때에는 변호사를 선임하지 아니하더라도 직접 각종 심판절차에 참여하고 재판수행을 할 수 있도록 하였다. 이는 법률절차의 무지로 인하여 권리구제를 하지 못하는 경우가 없도록 하기 위하여 변호사강제주의를 원칙으로 하고 있다는 것을 의미하고 있다(헌재법 제25조)

정부가 당사자가 되거나 참가인이 된 때에는 각종 심판절차에 있어서 법무부장관이 이를 대표한다. 국가기관 또는 지방자치단체가 당사자인 경우에는 변호사를 대리인으로 선임하여 심판을 수행하여야 하나 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다(헌재법 제25조).

(다) 셋째, 직권서면심사의 원칙이다.

탄핵·정당해산·권한쟁의 심판은 구두변론에 의하지만 헌법재판의 대중을 이루는 위헌법률심판과 헌법소원에 관한 심판은

직권서면심리를 원칙으로 한다(헌재법 제30조 제1항, 제2항).

헌법재판소의 심판은 심사사항별로 정하여진 심판청구서를 헌법재판소에 제출함으로써 이루어진다. 위헌법률심판에 있어서는 법원의 제청서를, 헌법소원심판이나 권한쟁의심판은 헌법재판소법에 명시된 청구서의 기재사항을 갖춘 심판청구서에 의하여 심판청구를 하여야 한다. 탄핵심판에서는 국회의 탄핵소추의결서의 정본을 심판청구서로 가름한다. 그 청구서에는 그에 필요한 증거서류 또는 참고자료를 첨부할 수 있다.

헌법재판소가 심판청구서를 접수한 때에는 지체없이 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인에게 송달하여야 한다. 위헌법률심판의 제청이 있는 때에는 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 송달한다. 청구서를 송달받은 피청구인 등은 답변서를 제출할 수 있다. 그리고 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다고 하여 사법적 절차에 의하여 헌법소송을 하도록 하였다.(헌재법 제27조, 제28조, 제29조, 제40조)

기타 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다고 되어 있고 그에 따라 헌법재판소는 독자적으로 법률에 저촉되지 아니하는 범위내에서 심판에 관한 절차와 사무처리에 관하여 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제113조 제2항, 제3항), 그러므로 위헌법률심판의 특별절차는 법률과 헌법재판소 자체의 규칙으로 제정할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 헌법재판소법과 규칙이 제정되어 그에 의거하여 헌법소송이 진행되고 있다.

위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판 등 헌법재판의 심판은 원칙적으로 직권에 의한 서면심리의 방식으로 하도록 하여 직권서면심리의 원칙을 기본으로 하고 있으므로 구두변론주의를 원칙으로 하는 일반사법부의 재판절차와는 다르다.

그러나 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자나 이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다. 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하고 당사자와 관계인을 소환하여야 한다. 그리고 재판부는 당사자의 신청 또는 직권으로 증거조사와 자료제출요구를 할 수 있다. 증거조사는 재판장이 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 하게 할 수 있다. 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 사실조회를 하거나 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 때에는 재판부의 결정으로 하여야 한다.(헌재법 제30조, 제31조, 제32조).

(라) 넷째, 변론공개주의 원칙이다.

헌법재판의 심리는 비공개로 서면심리를 원칙으로 하지만 재판부가 필요하다고 하여 변론을 열어 당사자나 이해관계인 기타 참고인의 진술을 듣는 심판의 변론과 종국결정의 선고는 공개적으로 하여야 한다.(헌재법 제30조 제2항, 제34조). 헌법재판소장이 필요하다고 인정하는 경우에는 심판정외의 장소에서 할 수 있다고 하여 공개변론주의를 원칙으로 하고 있다. 다만 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때에는 재판부의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다. 이러한 결정은 이유를 개시하여 선고하여야 한다. 이러한 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 자의 재정을 허가할 수 있다. 그러나 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다고 하여 서면심리의 비공개 원칙과 변론의 공개원칙을 동시에 규정하여 그 한계를 분명히 하고 있다.(헌재법 제30조 제2항, 제34조, 제33조). 재판부가 심리를 마친 때에는 종국결정을 하는데 이 때에는 일반판결문과 같은 주문과 이유 등이 있는 결정서를 작성하고 심판에 관여한 재판관 전원이 이에 서명날인하여야 한다.

그 결정서의 주문과 이유에서 다른 의견을 가진 재판관은 결정서에 그 반대 또는 보충의견을 표시하여야 한다.(헌재법 제36조 제2항, 제3항).
중국결정이 선고되면 서기는 지체없이 결정서 정본을 작성하여 이를 당사자에게 송달하여야 하며 그 중국결정은 관보에 게재하여 공시하여야 한다.

헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판할 수 없다고 하여 헌법심판에도 일사부재리의 원칙을 준수하도록 명시하고 있다.(헌재법 제36조 제4, 5항, 제39조).

(마) 다섯째, 심판비용의 국고부담원칙이다.

헌법재판은 헌법상의 국사를 다루는 재판이기 때문에 헌법재판소의 헌법비용은 국가부담을 원칙으로 한다. 따라서 재판부가 필요하다고 인정하여 참고인의 진술을 들었을 때에 지급할 여비, 일당, 숙박료, 식비 및 원고료나 연구비 등의 지급도 국고에서 부담한다. 참고인의 일당 및 연구비의 지급기준은 재판관회의의 결로 정한다.(헌재 참고인비용지급에 관한 규칙 제2조, 제5조).

다만 재판당사자의 신청에 의하여 증거조사를 하는 경우의 비용은 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 그 신청인에게 부담시킬 수 있다. 헌법소원심판의 신청인에 대하여는 헌법재판소규칙이 정하는 공탁금의 납부를 명할 수 있다. 공탁금을 납부한 헌법소원심판청구를 각하하거나 기각하는 경우에 그 심판청구가 권리의 남용이라고 인정되면 납부한 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있다.(헌재법 제38조, 제30조 제2항).

헌법소송에 관한 별도의 소송절차법이 없으므로 심판에 관계되는 이와 같은 헌법재판소법상의 특별한 규정이 없는 경우에는 행정·민사소송에 관한 법령의 절차에 준용하여 심판을 하도록

하였다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.(헌재법 제40조 제1항, 제21항).

3. 위헌법률심판의 대상과 그 특별절차

우리 헌법과 헌법재판소법은 법률의 위헌여부의 심사 등에 관한 헌법재판권을 일반 사법부의 권한으로부터 분리하여 헌법재판소에서 관장하게 하였다. 국가의 권력을 입법, 행정, 사법으로 구분하던 종래의 권력분립이론에서 보면 헌법재판소는 그 어느 곳에도 속하지 않는 제4의 최고국가권력의 하나로서 위상과 권한을 일반 사법부로부터 완전히 분리 독립하여 설정하고 있다.

헌법재판소의 권한과 절차를 보면 민사, 형사와 같은 고유한 사법부의 재판과는 구별되는 정치적 사건을 다루는 정치적 재판기관임을 쉽게 알 수 있기 때문에 정치적 사건을 사법적 절차에 의하여 해결케 하는 정치적 사법기관이라 할 수 있다. 그 권한 중에서도 가장 중요한 것이라 할 수 있는 법률에 대한 위헌심판은 헌법재판의 핵심적인 내용을 이루는 것으로서 일종의 입법에 규범통제를 의미하는데 이는 다음의 세 가지 절차에 의해서 이루어지도록 규정하고 있다.

첫째는 위헌법률심판청구이다. 구체적인 사건이 재판으로 진행되고 그 재판의 전제가 된 당해 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는가의 여부가 문제되어 당해 법원이 헌법재판소에 위반여부의 심판을 제청하는 경우이다.(헌재법 제41조).

둘째는 위헌심판청구형 헌법소원이다. 일반 법원에서 재판의

전제가 된 당해 사건의 당사자가 그 재판에서 적용될 법률에 대하여 헌법재판소에 위헌여부심판을 구하는 제청신청을 하였는데 당해 법원이 이를 기각하였을 때에는 그 신청을 한 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원심판의 청구를 하는 경우이다.(헌재법 제68조 제2항).

셋째는 권리구제형 헌법소원이다. 법률이 국민의 기본권을 직접 침해하였거나 법률을 제정하지 않음으로써 기본권이 침해될 때에는 위헌법률심판청구의 전제가 되는 일반 법원의 구체적인 재판이 진행되지 않아도 국민이 직접 헌법재판소에 추상적 규범인 그 법률에 대하여 헌법소원으로 위헌여부의 심판을 청구하는 경우이다.(헌재법 제68조 제1항).

그러므로 우리 헌법재판소는 첫째나 둘째와 같이 구체적 재판의 전제가 되어 당해 재판을 담당한 법원이나 그 당해 사건의 당사자가 제청하는 위헌법률심판절차와 셋째의 경우와 같이 추상적 법규범인 법률에 대하여 일반국민이 재판을 통하지 않고 직접 바로 헌법소원을 제청하는 위헌법률심판절차로 크게 나누어 볼 수 있다. 앞의 경우는 구체적 사건이 재판에 전제되었을 때 규범을 통제한다고 하여 구체적 규범통제 또는 전제되었을 때 규범을 통제한다고 하여 구체적 규범통제 또는 전제문제형 위헌심사라고 하고, 뒤의 경우는 구체적인 사건이나 재판과는 관계없이 국민이 직접추상적인 규범인 법률에 대한 위헌여부의 심판을 구하고 그에 따라 법률 자체를 중요문제로 삼아 심판한다고 하여 추상적 규범통제 또는 중요문제형 위헌심사라고 구분하는 학자도 있으므로 이러한 이론에 따라 이를 살펴보기로 한다

(Judicial Review in the contemporary world, W.M. Cappelletti: Das richterliche Prüfungsrecht im Mordernen Verfassungsstat, 800, D. Engelhardt).

제Ⅱ. 구체적 재판의 전제로 제청한 규범통제 (위헌법률심판)

1. 위헌법률심판의 특별절차

우리 헌법과 헌법재판소법에 규정된 기본적인 헌법재판은 일반 민·형사 및 행정사건을 담당하는 법원이 법률의 헌법위반여부가 구체적 재판의 전제가 됨으로써 위헌법률심판을 제청하는 것이다. 법원은 그 재판에 적용할 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 제청하고 그 심판에 의하여 재판하는 경우를 위헌법률심판이라고 한다. 법원은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하여 심판을 받아야 한다. 따라서 법원이 재판을 하는데 적용될 법률의 위헌여부에 대하여 의문이 있거나 당해 사건의 당사자에 의하여 문제가 될 때는 그것을 헌법재판소에 제청하여야 하고 법원은 헌법재판소의 심판을 받아서 그 선고된 결정에 의하여 재판을 진행하여야 한다. 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관을 기속하기 때문에 이에 따르지 않으면 안된다.(헌법 제107조 제1항, 헌재법 제41조 제1항, 제47조 제1항).

위헌법률심판에 있어서의 그 심사의 대상은 형식적인 법률이고 그 법률은 입법부에서 제정되고 이미 공포된 법률이어야 하며, 현재에 폐지되지 않고 효력을 가지고 있는 법률이 아니면 안된다(Engelhardt, aaO. S. 124). 그러나 예외적으로 폐지된 법률도 심판의 대상이 되는 경우가 있다.(당소 1989. 12. 18. 선고 89헌마 32, 33호 사건. 다음 4. (라)항 참조).

그리고 국회의 동의를 요하는 조약도 체결과 비준에 있어서 하나의 입법행위로 보는 것이 다수의 견해이므로 그 조약의 위헌여부도 위헌심판의 대상이 된다고 할 것이다.

법원이 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지한다. 그러므로 이에 의한 재판의 정지기간은 민·형사소송법상의 기간통산의 제한을 받지 아니한다. 예컨대 형사피고인의 구속은 2월로 하고 이를 결정으로 2차에 한하여 갱신할 수 있으며, 갱신한 기간도 2월로 한다는 구속기간에 이를 산입하지 아니한다(형사소송법 제92조 제1항, 제2항, 군사법원법 제132조 제1항, 제2항의 구속기간). 또한 민사재판의 종국결정은 소가 제기된 날로부터 5월내에, 항소심은 4월내에 그리고 상고심은 기록의 송부를 받은 날로부터 3월내에 하여야 한다는 판결선고기간에 이를 산입하지 아니한다(민소법 제132조의 선고기간). 다만 예외적으로 재판정지에 대하여는 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에 중국재판을 제외한 일반적인 소송절차를 진행하거나 이에 필요한 결정을 할 수 있다(헌재법 제42조 제1항, 제2항).

위헌법률심판의 제청이 있는 때에는 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 그 제청서의 등본을 송달하여야 하고 당해 소송사건의 당사자와 법무부장관은 헌법재판소에 그 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다.

헌법재판소는 재판의 전제가 되어 제청된 법률 또는 법률의 조항에 대하여 위헌여부만을 결정한다고 헌법재판소법 제41조에 규정하고 있다. 그러나 이에 대하여 소수의견은 위헌 또는 합헌만을 결정할 수 있을 뿐이며 변형판결은 할 수 없다고 하는 반대견이 있다(당소 1989. 9. 선고 88 헌가6호 사건 국회의원 선거법 위헌심판사건 참조).

법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다

고 하여 헌법재판소의 규범통제권과 그 범위를 명시하고 있다^{(헌재}

법 제45조 제2항 및 제75조 제6항).

법률효력의 불가분성으로 인하여 법률조항의 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있지만 가분할 수 있는 경우에는 그 위헌부분만을 위헌결정을 하는 것이 입법권의 존중이라는 원칙에 바람직하다는 것이 관례의 입장이다^{(당소 1991. 5. 31. 선고, 89헌기97호 국유재산법 제51조 제21항의 위헌}

법률심판사건 참조).

현행 헌법재판소법에 규정된 법률에 대한 위헌법률심판절차를 정확하게 이해하기 위해서는 구현법하의 헌법위원회법과 근본적으로 달라진 중요한 몇 가지 사항을 살펴 볼 필요가 있다.

2. 위헌법률심판의 제청법원과 그 절차

현행 헌법과 헌법재판소법에 규정된 위헌법률심판절차는 구현법하의 헌법위원회법에 의한 절차와 비교할 때 제청요건과 절차에 있어서 근본적인 제도적 차이가 있다는 것을 유의하지 않으면 안된다.

(가) 제청할 수 있는 법원

위헌법률심판을 제청할 수 있는 법원과 그 절차가 종전의 헌법위원회제도와는 달리 근본적으로 확대되고 완화되었다. 구현법에서는 그 위헌심판제청권을 일반 사법부의 최상급 법원인 대법원만이 가지고 있었는데 현행 헌법은 하급법원이라도 당해 사건을 담당하는 모든 법원이 독자적으로 위헌제청을 할 수 있게 되었다는 점이다.

현행 헌법과 헌법재판소법은 대법원 뿐만 아니라 지방법원의 단독판사이든 군사법원이든 불문하고 어느 하급법원이라도 자기

가 담당한 사건에서 적용할 법률의 위헌여부가 문제되어 그것이 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당한 법원은 직권이나 당해 사건당사자의 신청에 의한 결정으로 위헌법률심판을 제청할 수 있게 되어 있다. 다시 말하면 구헌법하에서는 대법원만이 위헌법률심판제청권을 가지고 있었기 때문에 하급법원이 위헌법률심판을 제청하였을 때에도 제청서가 바로 헌법위원회에 송부되지 않고 대법원에 가서 그 대법원의 전원합의체에서 위헌여부에 관한 별도의 합의를 거쳐 헌법에 위반되는 것으로 인정되어야 대법원의 결정으로 그 제청서를 헌법위원회에 송부하도록 하였다. 더구나 지방법원 단독판사의 경우에는 담당판사의 신청에 의하여 그 지방법원 합의부의 결정을 거치고 다시 대법원에 가서 제청여부를 결정하도록 하였다. 사실상 위헌법률심판제청권을 일반 하급법원은 갖지 못하고 대법원만이 가지는 것으로 되어 있었고 대법원이 헌법에 위반되는 법률이라고 이를 인정하지 않으면 위헌제청의 길이 없었으므로 헌법상으로 명시된 헌법위원회의 헌법재판제도는 사실상 사문화되고 만 것이었다.

그런데 현행 헌법과 헌법재판소법은 이를 근본적으로 시정하여 재판사건을 담당하고 있는 모든 법원은 직접 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있게 하였다.

이러한 위헌제청권자와 제청절차의 확대는 헌법수호와 국민의 기본권보장에 엄청난 변화를 가져왔다. 그것은 구헌법상의 헌법위원회가 설치된 1973. 2. 16.(법률 제2530호)부터 폐지된 1988. 8. 31. (법률 제4017호)까지 근 15년간에 접수처리된 사건은 단 1건도 없었다. 그 반면에 현행 헌법하의 헌법재판소가 설치된 1988. 9.부터 1991.3. 말까지 불과 2년 6개월 간에 접수된 사건이 913건이며 처리된 사건이 580건이나 된다. 그 중에 위헌결정이 18건, 헌법소원의 인정으로 위헌 또는 공권력의 취소결정 등의

인정결정이 22건이나 된다는 다음의 형사처리 통계자료를 대비해 보면 제도적으로 근본적인 변화가 있다는 것을 이해할 수 있을 것이다.

다음의 헌법재판소의 사건처리결과 및 내용에 관한 통계자료를 분석·검토하여 보면 헌법재판소의 제도적인 중요성과 헌법에 대한 새로운 인식이 시급히 요청됨을 알 수가 있으며 이러한 점에서 아래의 사건통계자료는 중요한 자료가 될 것이다.

현 헌법재판소 사건통계현황

1988. 9.부터
1991. 4. 말까지

건수	유형	총계	위헌 법률	탄핵 정당 해산	권한 쟁의	헌 법 소 원		
						집계	\$68 I	\$68 II
접 수		913	231		1	681	599	82
처 리		580	120			460	446	14
전 원 재 판 부 결 정	위 헌	18	13			5	3	2
	헌법불합치	2	1			1	1	
	일부 위헌	1				1		1
	한정 합헌	4	3			1		1
	합 헌	10	5			5		5
	인 용	8				8	8	
	기 각	86				86	86	
	각 하	45	15			30	29	1
지정재판부의 각하		295				295	292	3
취 하		111	83			28	27	1
미 제		333	111		1	221	153	68
기타 (민원처리)		167						

(나) 제청절차

위헌법률심판의 제청절차도 구헌법과는 근본적으로 다르다. 현행 헌법은 모든 법원에게 직접 독자적인 결정으로 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 할 수 있는 고유한 권한을 인정하고 있다(헌법

제107조 제1항, 제111조, 헌재법 제41조, 제68조 제2항).

지방단독법원도 그 담당사건의 직권으로 직접 위헌법률심판제청을 독자적으로 결정을 할 수 있게 하였다. 어떠한 하급법원이 라도 그 사건 담당 법원으로서 위헌제청을 할 수 있으며 대법원이나 그에 속한 상급법원이라 할지라도 하급법원의 위헌법률심판제청에 대하여 별도의 위헌여부를 심의하거나 그 제청결정의

당부를 제심하거나 관여하는 일은 할 수 없다. 현행 헌법재판소 법상 대법원 외의 법원이 위헌여부심판을 제청할 때에는 대법원을 거쳐야 한다고 되어 있으나 이것은 형식적인 사무적 절차에 의하여 경유하는 것일 뿐 그 제청결정은 자동적으로 헌법재판소의 심판에 회부되도록 되어 있다. 따라서 각급 법원의 제청에 대하여 대법원의 허부의 판단이나 그에 따른 새로운 결정을 받는 것이 아니라 행정상 형식적인 경우로 대법원은 그 신청서를 헌법재판소에 송부하여야 한다.

그리고 위헌법률심판제청권을 법원의 직권 뿐만 아니라 당해 재판사건의 당사자도 신청할 수 있게 하였다. 당해 법원이 당사자의 위헌여부제청신청을 기각한 때에나 임의로 이를 방기한 때에는 그 신청을 한 당사자는 직접 헌법소원의 형태로 위헌여부에 대한 심판을 헌법재판소에 청구할 수 있다고 하여 모든 국민에게 실질적인 헌법재판을 청구할 수 있도록 하였다.

위헌법률심판제청권은 그 전제되는 재판을 담당하는 법원과 그 당해 사건당사자의 고유한 권한으로 인정하고 하급법원의 제청신청권에 대한 독립성을 보장하기 위하여 위헌여부심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고를 할 수 없다고 하여 상급법원의 관여를 배제하였다. 각급 법원의 제청신청에 관한 결정에는 상급 법원간에 항고를 하지 못하게 명문화하여 각급 법원과 사건당사자인 일반 국민의 헌법재판청구권을 제도적으로 보장하였다.
(헌재법 제41조 제4항, 제5항).

3. 헌법재판소의 합헌결정권

(가) 법률에 대한 위헌여부결정권

우리 헌법과 헌법재판소법은 헌법재판소에게 법률의 위헌여부

에 대한 최종적인 결정을 한다는 합헌결정권과 위헌결정권이 있음을 명시하고 있다(헌법 제111조 제1항 제1호, 제107조 제1항 및 헌법재판소법 제41조, 제45조).

그런데도 불구하고 아직 법규에 대한 최종적인 합헌 및 위헌 결정기관이 누구인가에 대하여 논의가 계속되고 있다. 헌법재판 제도를 이해하지 못하는 일부의 견해는 지금도 법문의 형식적인 해석과 논리로서 법규에 대한 최종적 합헌결정권은 대법원에 있고 위헌결정권만 헌법재판소에 있다고 한다. 법률이 헌법에 위반 되는지 여부를 판단하고 그것이 헌법에 합치하느냐 위반되느냐를 결정하는 헌법재판을 평면적인 형식논리로 가분하여 헌법질서를 혼란시키고 헌법규범을 약화시키는 주장을 하고 있다. 그것은 종래 구헌법 특히 제4공화국 헌법과 헌법위원회법하에서 대법원이 합헌결정권을 가지고 있었고 위헌이라고 판단되는 법률만을 헌법위원회에 제청하게 되어 있었기 때문에 유럽식 헌법재판제도를 채택한 현행 헌법하에서도 그러한 사고과 인식에서 벗어나지 못한데서 나오는 것 같다. 더구나 현행 헌법과 헌법재판소법이 체계적으로 완전히 정비되어 있지 않은데다가 구헌법에 규정한 헌법 제107조 제2항을 그대로 두고 있는 데에서 그러한 주장을 앞세우는 헌법적 근거를 제시하고 있다. 그래서 문제를 확대하여 법규에 대한 최종적인 합헌성 여부에 관한 결정권이 대법원에 있는가 헌법재판소에 있는가에 대하여 논쟁이 되고 있는 것 같다. 이러한 논쟁은 헌법해석을 형식적인 논리와 조문의 대비만으로 문리해석하여 논쟁하는 데에서 나오는 순수이론에 불과한 것이지, 제도적으로 이 문제를 이해하고 헌법정신에 따라 헌법재판제도를 우리 나라에 정착하여야 한다는 점에서 본질적으로 살펴 볼 때에는 논쟁의 여지가 없는 문제라고 할 것이다. 헌법재판제도를 두고 있는 헌법체제하에서는 법률에 대한 합헌과 위헌의 결정은 헌법재판소만이 전속적으로 가진다는 것이 세

계적인 통설·판례이며 일반법원은 법률에 대하여 위헌결정 뿐만 아니라 합헌결정권도 없다고 보고 있는 것이다. 이러한 원칙과 제도를 우리의 현행 헌법이 수용하고 헌법재판소법 제41조와 제68조 제2항에 의하여 법률의 위헌여부의 심판은 법원의 제청에 의하여 최종적으로 헌법재판소가 결정한다고 입법화되어 있다.

그러므로 우리의 실정법해석에서도 법규의 합헌성에 대하여 다툼이 있는 경우에는 그 법규가 헌법에 합치하느냐 위배되느냐 하는 것을 심사하여 결정하는 것이 곧 헌법재판의 본질이라고 할 것이고 따라서 현행 헌법과 헌법재판소법을 형식적으로 문언해석에 의하여 경우 체계적인 미비점을 지적할 수 있다 하더라도 이는 헌법재판의 본질상 실정법화된 것이라고 보아야 할 것이다.

그래서 우리 현행 헌법하에서의 대법원과 각급법원은 법률의 합헌성과 위헌성의 심사권을 가지고 재판하는 것이지만, 그 법률에 대한 합헌이다 위헌이다 하고 규범적 효력을 확정하는 합헌성여부에 대한 최종적인 결정권을 행사할 수 없는 것이다. 법규에 대하여 합헌 및 위헌결정권은 헌법재판소만이 최종적인 결정권을 가지고 있으며 따라서 이를 전속적 권한사항으로 하고 있는 것이다. 다시 말하면 법률이 헌법에 적합하느냐 않느냐 하는 적합성의 문제에 대하여는 대법원과 각급법원이 심사하는 권한이 있지만, 그 법률이 헌법의 규정에 합치하느냐 않느냐 하는 합헌성 문제에 대한 최종적인 결정권은 헌법재판소에 전속되어 있다는 것이다. 법률의 위헌여부에 대하여 문제가 제기된 때에는 법원은 문제된 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 직권으로 제청하여야 하고 법원이 사건당사자의 위헌법률심사제청신청을 기각하더라도 그 신청당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원

청구로서 법규의 위헌여부에 대하여 심사판단하도록 규정하고 있다. 뿐만 아니라 법원은 그에 따른 헌법재판소의 심판결정에 의하여 재판하도록 우리 헌법이 명시하고 있고 위헌결정은 법원 기타 국가기관을 그 기속하기 때문이다(헌법 제107조 제1항 헌재법 제41조, 제68조 제2항 제47조 제1항, 제75조 제5항 제6항 참조).

이러한 헌법의 명시적 규정에 따라 법규의 합헌성여부에 대한 최종결정권은 헌법재판소에 전속된 것이라고 본 판례가 이미 여러 개 있으며, 그 대표적인 것은 대법원규칙에 대하여 위헌결정을 한 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원심판사건이다(당소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178호 결정문 참조).

또한 민법 제764조의 “명예회복의 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 결정도 그 예로 들 수 있다. 즉 위 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 당해 사건의 담당자가 그 담당 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였는데 법원은 헌법에 위반되지 않는다고 하여 기각결정을 하였으나, 이에 대하여 그 신청을 한 당사자가 적법한 헌법소원심판청구를 하였고 헌법재판소는 위 법률에 대한 합헌성여부에 대하여 심의를 한 결과 한정위헌결정을 선고한 것이다(당소 1991. 4. 1. 선고, 89헌마160호 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원심판 참조).

그러나 이러한 헌법재판소의 결정선고에 대하여 법률의 합헌 결정에 대한 대법원의 권한을 침해한 것이라고 보는 일부의 견해가 있었다. 법률에 대한 합헌결정권이 어디에 전속될 것인가에 대한 논란은 아마 다음과 같은 이유에 기인하는 것 같다.

(나) 신·구헌법상의 차이점

첫째는 현행헌법과 구헌법과의 혼동에서 나온 것 같다. 구헌법은 위헌제청의 요건으로 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의

전제가 되어야 하고 나아가 대법원이 법률을 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에만 대법원의 결정으로 헌법위원회에 제정한 두 가지 제청요건을 명시하고 있었다(구헌법 제108조 제1항). 그러므로 구헌법하에서는 대법원이 먼저 합헌성에 대한 결정권을 가지고 있었고 위헌법률이라고 판단되어 합헌성이 없다고 합의결정될 때 비로소 위헌법률심판을 제청할 수 있게 되어 있어서 일반 법원과 대법원이 법률에 대한 합헌결정권을 우선적으로 가지고 있던 것이 명백하였다.

그런데 현행헌법은 전자의 재판의 전제성 요건만 갖추면 충분하고 후자의 경우와 같이 별도로 대법원이 위헌성이 있다고 판단하여야 위헌법률심판을 제청하는 것이 아니다. 그러므로 재판에 전제가 되는 법률에 대하여 위헌성의 시비가 있으면 그 법률의 위헌성여부를 헌법재판소에 의하여 심판을 받아야 할 것이다. 따라서 반드시 당해 법원이나 대법원에서 그 법률의 위헌성이 있다는 결정이 있어야 위헌제청을 할 수 있다는 것이 아니므로 그 법률의 위헌성 또는 합헌성의 여부가 제청요건이 아니며 본안판단에서 확정되는 본안요건이기 때문에 그 법률의 합헌성에 대한 최종결정권은 헌법재판소에 맡겨 심판하도록 하고 있는 것이다. 현행 헌법재판소법에 의하면 위헌법률심판제청은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당할 법원이 직권으로 제청할 수 있을 뿐만 아니라 당해 사건의 당사자도 신청할 수 있으며 그 때에는 그 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하여야 한다.

그런데 만약 법원이 문제된 법률을 합헌적인 법률이라고 판단하고 당사자의 제청신청을 임의로 기각한 때에는 그 당사자는 헌법소원심판의 형식으로 위헌법률심판을 청구할 수 있고 이 때에는 바로 헌법재판소에서 위헌여부의 심판을 하게 되어 있으며

로 법원이 위헌 또는 합헌성 여부를 최종적으로 판단할 최종적인 결정권은 가질 수 없게 되어 있다(헌재법 제41조 제1항, 제68조 제1항). 그러므로 법률의 합헌성 여부가 전제된 재판을 담당할 법원은 그 법률에 대하여 반드시 합헌성 여부를 가릴 필요없이 그 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 제청하여야 하고 헌법재판소에서 그 법률의 합헌성 여부에 대한 최종적 심판을 받고 그 심판에 의하여 재판하도록 한 것이다.

따라서 일반 법원에서는 직권에 의하든 당사자의 신청에 의하든 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 때에는 그 법률이 헌법에 위반되는지 아닌지 그 위반여부의 심판을 제청하여야 하고 헌법재판소는 그 제청된 법률이 위헌인가 합헌인가에 대한 위헌여부를 심사하여 종국적으로 판정하게 된다(헌재법 제45조, 제41조 제1항). 그러면 당해 사건을 담당할 법원은 이 합헌성 여부에 대한 헌법재판소에서 결정한 심판에 의하여 당해 사건을 재판하게 된다. 그러므로 결국 법률에 대한 합헌성이나 위헌성의 최종결정권은 헌법재판소의 전속적 권한에 속하는 것이 명백하다 할 것이다(당소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4호 복표발행 등 위반사건의 제청사유와 반대이유 참조).

지금까지 우리의 법률문화가 법률의 합헌성심사권은 일반법원의 관할에 속하는 것으로 생각하여 왔기 때문에 헌법재판소에서 법규에 대한 합헌성심사결정권을 관할한다는 것은 논리적으로 볼 때 전혀 이해할 수 없는 것이라고 보일 수도 있지만, 헌법재판이 헌법의 규범적 효력으로 헌법적 정의를 구현하는 제도라는 것을 이해하면 이론적으로도 쉽게 받아들일 수 있을 것이다.

(다) 합헌추정의 원칙과 합헌결정권

둘째는 합헌추정의 원칙과 합헌결정권을 혼동하는 데에서 이와 같은 논란이 있는 것 같다. 법률은 원칙적으로 합헌성이 추정

되는 것이기 때문에 재판의 전제가 되는 법률에 대하여 합헌성의 시비나 의문이 없으면 당연히 합헌적인 법률로서 구체적 사건에 해석적용되는 것이지 이것이 바로 법원의 합헌결정권 행사에 의하여 적용되는 것은 아니다.

법률이 위헌이나 합헌이나 하는 합헌결정권은 재판에 적용할 법률에 대하여 합헌추정의 원칙을 인정하느냐 않느냐의 문제와는 전혀 별개의 것이다.

그런데 법률의 합헌추정의 원칙을 법원의 합헌판결과 합헌결정권의 행사에서 나오는 효력으로 보고 이를 혼동하여 동일한 법적 성질의 것으로 보는 데에서 문제의 본질을 잘못 이해하고 혼동을 하는 것 같다. 더구나 일본 및 미국의 사법제도하에서는 최고재판소와 법원에 합헌결정권이 있다고 보는 것이 통설적이고 그러한 법률문화에 젖은 법관념에 우리가 젖어 있기 때문에 이들의 법률문화권에 속한 우리 법조계에서는 이론을 제기할 수도 있을 것이고 그러한 점에서 지금도 합헌결정권은 일반법원이 가지고 있다고 주장하는 견해가 있다. 그러나 일본과 미국은 우리와 같은 헌법재판소가 없고 일반 사법부에서 법률에 대한 위헌성을 사법심사의 방법으로 하고 있어 사법심사제도가 헌법재판제도와는 근본적으로 다르다는 것을 먼저 이해하지 않으면 안 되며 따라서 이를 그대로 원용할 수는 없다고 할 것이다.

헌법재판제도를 두고 있는 유럽의 여러 나라를 보면 법률의 위헌여부 그 자체만을 집중적으로 심사하는 집중적 위헌심사제도하에서는 법률에 대한 합헌성심사권은 독립된 헌법재판소에 있다는 것이 광범위하게 일반화되어 있다. 오스트리아, 독일, 이태리, 스페인 그리고 포르투갈 등 헌법재판소를 두고 있는 나라에서 각각 정도의 차이는 있지만 헌법재판소가 법규에 대한 합헌성심사권을 고유의 권한으로 하고 있다는 것은 부인할 수 없

다. 다만 독일에서 법원에 합헌결정권이 있다고 하는 것은 그들의 실정법에 우리의 구헌법과 같은 명문규정의 근거가 있기 때문에 일부분의 사항에 대하여 이렇게 주장되는 것이며 이를 잘못 이해하여 우리가 그들과 같다고 보아서 안된다고 할 것이다.(독일헌법 제100조 제1항). 더구나 우리는 구헌법하에서 일반법원이 법률에 대한 합헌결정권이 있다고 하여 위헌법률심판 제청신청에 대하여 모조리 합헌으로 해석하여 기각함으로써 위헌제청을 한 건도 하지 않아 헌법재판이 전무했었던 전례가 있었다. 이러한 전례를 감안하여 법원의 합헌성 판단을 내세워 헌법재판을 하지 못하게 하는 사례가 없도록 하기 위하여 현행 헌법을 제정할 당시 이 점을 특별히 고려하여 입법조치가 되었다는 헌법제정의 경위를 망각해서는 안된다고 할 것이다.

각국의 예를 보면 위헌법률심판제도가 우리와 유사한 이태리 헌법재판소에서는 위헌제청신청이 명백히 이유 없는 것이 아닌 한 법원의 제청단계에서는 합헌성을 심사하지 아니하고 있다.

그리고 오스트리아헌법에서는 위헌제청을 하는 법원이 합헌성에 대한 의심을 갖는 것만으로서 족하며 법규에 대한 합헌성여부의 결정은 헌법재판소가 갖는다는 것을 명시하고 있다.

그런데 우리 헌법 제107조 제1항의 『법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다』는 규정에서 명백하게 헌법재판소가 위헌여부를 결정한다고 하는 것은 곧 헌법재판소가 법률에 대한 합헌성의 유무를 최종적으로 심판한다는 것을 헌법이 명시하고 있는 것이다. 뿐만 아니라 헌법재판소법은 위헌여부의 법률에 대한 심판제청권을 당해 사건을 담당하는 법원뿐만 아니라 그 사건 당사자에게도 보장하고 있다. 만약 당해 사건당사자가 신청한 위헌법률심판청구를 법원이 기각한 때에는 이를 이유로

14일 이내에 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 보장함으로써 위헌법률심판제청권을 법원 뿐만 아니라 사건당사자에게도 고유한 권한으로 인정하고 있는 것이다.

헌법재판소법 제41조 제1항과 제68조 제2항을 살펴보면 법원이 합헌이라고 판단하여 당사자의 위헌제청신청을 법원의 권한으로 기각결정을 하더라도 그 재판의 당사자가 독자적으로 헌법소원심판청구를 하면 헌법재판소에서 그 법규에 대하여 위헌 또는 합헌결정을 할 수밖에 없도록 되어 있다. 이를 보더라도 법원에게는 법률에 대한 최종적인 합헌결정권이 없는 것이 명백하며 이를 가지고 법조계 일부에서 권한다툼을 한다고 비난하는 것은 국민의 기본권을 보장하고 민주헌법을 수호하기 위한 헌법재판제도의 정착이라는 역사적인 소명에서 볼 때 바람직한 것이 아님을 깨달아야 한다(헌재법 제41조, 제45조, 제47조, 제68조, 제75조).

(라) 헌법 부칙 제5조의 실효선언권

셋째는 현행헌법에 위배되는 구헌법의 실효선언권과 관련해서 문제가 제기되기 때문이다. 헌법 부칙 제5조에 『이 헌법시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』고 되어 있고 구헌법 부칙 제8조에서도 동일한 내용의 규정이 있었다. 이는 헌법의 전문개정시에는 이러한 경과규정을 두게 되고 그 때에는 입법정책상 과거법령에 대하여 개정헌법에 위배되면 그 효력을 상실한다고 선언하지 않을 수 없다. 그런데 이 판단을 누가 하느냐 그리고 헌법에 위배되는 구법령의 실효선언을 법원이 할 수 있느냐 그리고 그 법적 성질이 합헌결정권에 의하여 비로소 그 효력을 상실하느냐 하는 문제가 제기된다.

구헌법하에서의 대법원 판례를 보면 법원이 실효선언권이 있

음을 전제로 하고 있다(대법원 1983. 1. 29. 선고, 74도3501호 사건 대통령 긴급조치에 대한 전원합의체 판결).

아마 이 판례는 헌법에 위배되는 구법령은 당연무효로서 법원만이 아니라 다른 국가기관까지도 그 적용을 배제할 수 있다는 것을 전제로 판단하고 있는 것 같다. 그러면 그것은 법률의 해석 적용의 문제이지 합헌결정에 의한 형식적 효력의 문제가 아니며 이것이 합헌결정권의 유무를 판단하는 기준이 되는 것은 아니라 할 것이다.

더구나 이것은 구헌법하에서 이루어진 일반적 이론이고 헌법재판제도가 도입·확립된 현행 헌법하에서는 과거의 법령이라 할 지라도 헌법에 위배되는지의 여부를 다루는 문제가 제기되면 헌법재판소만이 최종결정할 수 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 법률의 실효선언권도 법률의 위헌여부를 재판하는 헌법재판소의 전속적 권한이며 법원은 할 수 없다고 보아야 한다. 이것은 국회가 제정한 법률을 일반 법관이 임의로 적용하지 않는 데에서 오는 입법부의 권위손상과 법적 안정성의 확보라는 헌법재판제도의 기본적 원리에 의해서도 규범통제는 헌법재판소만이 할 수 있다는 차원에서 다루는 것이 당연하다고 보기 때문이다.

그러므로 구헌법하의 대법원판례를 가지고 실효선언권이 일반 법원에 있다는 것을 전제로 합헌결정권을 가진다고 확대해석을 하고 논의하는 것은 규범통제에 대한 전속적 권한은 헌법재판권이라는 헌법이론과 제도를 잘못 혼동하는 데에서 비롯된 것이라고 보지 않을 수 없다. 끝으로 이러한 주장은 실질적인 법률과 동일한 법률적 효력을 가진 법규명령에 대한 위헌심판권이 최종적으로 대법원에 있다는 데에서 비롯된 것 같다. 우리 헌법 제 107조 제2항, 즉 『명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종

적으로 위헌여부를 심사할 권한을 가진다』는 규정에 대한 해석을 가지고 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다는 후단 부분만을 강조하고 논란하는 데에서 생긴 이론이라 하겠다. 이에 대하여는 다음 (4)항에서 살펴보기로 한다.

4. 실질적 법규(법률, 명령, 법칙)에 대한 심판권

법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당한 법원은 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다고 되어 있으므로 위헌제청의 대상은 국회에서 제정공포된 형식적 의미의 법률은 물론 실질적 의미의 법률인 법규명령도 포함된다고 보아야 할 것이다. 법규명령은 법률과 동일한 법률적 구속력을 갖는 실질적 입법에 속하는 법규이므로 비록 그 법의 형식적 명칭이 명령이나 규칙이라 하더라도 강제규범을 그 내용으로 하는 법규명령은 일반 법률과 같은 것으로서 법규의 존재형식을 달리하고 있는 데에 불과하다고 보아야 한다.

우리 헌법에 근거한 법규명령의 종류를 보면 헌법 제76조에 의한 대통령의 긴급재정·경제명령과 헌법 제75조에 의한 대통령의 위임명령과 집행명령인 대통령령이 있고, 헌법 제95조에 의한 국무총리의 총리령과 행정각부 장관의 부령이 있다. 그리고 독립된 헌법기관인 헌법재판소(제113조 제2항), 대법원(제108조), 중앙선거관리위원회(제114조 제6항)는 법률에 저촉되지 아니하는 범위내에서 각기 소관사항을 처리하기 위하여 독자적으로 법규명령의 일종인 규칙을 제정할 수 있다는 헌법의 명문규정이 있는데 그에 따라 제정공포되는 규칙들이 모두 이에 포함된다고 할 것이다.

그리고 법률의 합헌성을 심사하기 위한 기준이 되는 헌법규범에는 형식적으로 성문화되어 있는 헌법 뿐만 아니라 모든 실질

적 헌법도 포함된다는 것이 헌법재판제도를 두고 있는 나라에서는 통설로 되어 있다. 그리고 그 자연법적 정의와 원리는 실정헌법에서도 추출되는 일반적 헌법원리 속에 담겨져 있기 때문에 그 헌법의 구성원리와 헌법정신에 의하여 그 심사의 기준이 된다는 것이다. 즉 성문헌법 속에 내포되어 있는 자유민주주의, 법치국가의 원리, 민주적 기본질서 그리고 헌법정의와 같은 불확정한 법개념이 법규의 위헌성을 심사하는데 직접적인 기준이 된다는 것이다.(헌법개별규범이나 헌법개정이 헌법재판의 대상이 되는가 하는 것은 다음 (5)항에서 살펴보기로 한다.)

(가) 헌법 제107조 제2항의 해석

문제는 우리 나라 헌법 제107조 제2항에서 『명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다』는 구헌법 제108조 제2항을 그대로 답습하여 현행헌법에 두고 있기 때문에 법원의 명령심사권과 관련지어 명령·규칙·처분이 위헌심판의 대상이 되느냐 하는 것이다.

헌법 제107조 제2항을 형식적 논리로서 문리해석을 하면 최종적인 명령심사권은 대법원이 가진다고 하였으므로 위헌심판의 대상이 되지 아니한다고 할 수 있다. 그러나 현행헌법과 헌법재판소법은 구헌법 및 헌법위원회법과는 제도적으로 다르며 또 법률의 위헌심판을 봉쇄하여 권위주의체제를 옹호하려는 구헌법위원회제도와 헌법규범과 기본권을 침해하는 권력작용을 통제하여 민주적 헌정질서를 수호하려는 현행헌법재판제도는 근본적으로 다르다는 점을 감안하여 위헌심판제도를 논하여야 할 것이다.

나아가 헌법재판소의 민주헌법을 수호하고 기본권을 보장하는 최후의 보루기관이라는 헌법재판이론을 가지고 검토하지 않으면 안된다. 이러한 점에서 볼 때 법규명령에 대한 『합법성』의 최종

적 심사는 대법원이 가진다고 하더라도 『합헌성』의 최종적 심사는 헌법재판소의 전속적 권한으로 보아야 한다.

현행헌법상의 헌법재판소는 위에서 본 바와 같이 일반적이고 추상적 규범인 법규의 위헌성 여부를 심판하는 기관이고 이를 보장하기 위하여 모든 법원은 물론 재판의 당사자까지 위헌제청을 신청할 수 있도록 하였다.

그리고 현행헌법재판소제도가 사법과 행정 뿐만 아니라 입법 사항인 공권력의 행사로 제정된 법률 또는 불행사로 인한 입법 부작위에 대해서까지 광범위하게 헌법소원심판을 청구할 수 있게 한 것을 보면 법률의 하위법규인 명령·규칙·처분은 당연히 포함된다고 보아야 할 것이다. 따라서 국가와 국민에 대하여 일반적 구속력을 가진 법규명령이나 규칙이 재판의 전제로서 위헌 여부가 문제가 될 때에는 당연히 위헌법률심판의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 그러므로 법규명령에 대하여는 법률에 저촉되지 아니하는 범위내에서 제정된 것인가 하는 합법성의 심사권은 대법원에, 그 법규명령이 헌법에 위반되는 여부에 관한 합헌성의 심사권은 헌법재판소에 있다고 구별하여 이해하여야 한다고 본다.

다만 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙·처분을 이해함에 있어서 중요한 것은 법규명령과 행정명령(행정규칙)은 그 법적 성질과 개념이 서로 다르므로 이를 구별하여야 하고 그 명령·규칙·처분의 법적 성질과 사유에 따라 동조항을 해석 적용하여야 한다는 것이다. 이에 대하여 헌법재판소의 판례를 중심으로 다시 살펴보면 다음과 같다.

(나) 법규명령의 위헌성 문제

법규명령은 일반 행정명령과는 달리 법규로서의 규범성을 가

지기 때문에 법치주의의 일반원칙에 따라 헌법 또는 법률에 의한 수권을 전제로 하여 성립된다. 그러므로 법규명령은 독립명령(헌법 제76조) 이든 위임명령이나 집행명령(헌법 제75조, 제95조, 제108조, 제113조 제2항)이든 모두가 행정입법으로서 완전하게 성립되어 효력을 발생할 수 있기 위하여는 합헌적인 요건을 갖추어야 한다는 점에서 법적 한계를 가진다.

법규의 합헌성 요건은 입법권의 위임 또는 집행범위를 정한 법률 그 자체에 의한 수권이 있어야 하며 또한 개인의 기본권을 보장하기 위한 헌법상의 여러 원칙에 의하여 그 한계가 결정될 수밖에 없다. 이러한 합헌적 요건에서 벗어난 법규명령에 대하여는 위헌성 문제가 생긴다.

국민이 되는 요건(헌법 제2조), 조세의 종목과 세율에 관한 규정(헌법 제59조) 등과 같이 일정사항을 입법부의 법률로 정할 것을 헌법에서 명시하고 있는 경우에는 반드시 법률로서 규정하여야 하는 국회의 전속적 권한사항이므로 이를 다시 법률에 의하여 재위임할 수 없다. 이러한 헌법사항에 대하여는 위임명령으로 법규화할 수 없고 따라서 법률로서 법규명령으로 규율할 수 있도록 위임할 수 없다. 그리고 법규명령(위임명령)은 모법규정의 범위를 넘어선 내용을 규정하거나 국회가 가지는 입법부로서의 본질적 기능을 스스로 부정하는 결과를 가져오는 포괄적 위임은 원칙적으로 금지하고 있다(대법원 1970. 7. 24. 선고 70누63호 판결 모법규정의 범위를 넘어 시행령이 내포적으로 과세대상을 규정한 것은 무효이다).

헌법에서는 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 처벌을 받지 아니한다고 하여 처벌에 관한 규정은 법률로서만 정한다는 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있다(헌법 제12조 제1항). 그런데 이와 관련하여 처벌에 관한 사항과 규정을 법규명령에 위임할 수 있는가, 있다면 어느 범위의 한계까지 할 수 있는가 하는 위임입법

의 한계에 대하여는 이론상 많은 문제가 있다. 지금까지는 대체적으로 구체적인 기준을 제시하고 포괄적인 위임이 아닌 한 처벌 대상인 행위를 설정하고 제재의 규정을 두는 것도 법률로서 위임할 수 있다는 것이 통설이며 실제의 많은 법규명령에서 이러한 위임사항을 찾아 볼 수 있다. 그러나 실제에 있어서 위임입법의 한계에 대한 합헌성을 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러므로 위임입법의 한계는 명백하고 현존하는 위헌성을 찾을 수 없는 한 입법제량의 문제로 받아들여야 할 것이다. 그런데 우리 재판소의 판례는 상당히 엄격하게 받아들여 과감하게 위헌결정을 한 바 있다(당소 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4호 복표발행헌상 기타 사행행위단속법 제9조, 제5조에 관한 위헌심판

사건 참조).

집행명령은 법률 또는 대통령령을 집행하기 위하여 필요한 사항을 정하고 그 시행에 필요한 구체적인 절차와 형식 등을 규정함에 그치므로 별 문제는 없다. 그러나 새로운 법률사항을 집행명령에 정하는 것은 그 한계를 벗어나는 것이기 때문에 위헌성의 문제가 생긴다.

(다) 행정명령의 법규성

행정명령은 직접 기본권에 관계되는 법규로서의 성질을 가지지 아니하는 행정기관의 일반적 명령을 말하며, 이를 보통 행정규칙이라고도 한다.

그래서 지금까지 행정명령은 행정기관 내부에 관계되는 사항을 정하는데 그치며, 일반 국민의 권리와 의무에 관계되는 대외적인 법적 구속력을 가지지 아니하기 때문에 위헌성의 문제가 생기지 아니한다는 것이 종래의 견해이다. 따라서 행정명령은 법규명령과는 달리 비법규성의 행정규칙의 행정규칙으로 보고 재판의 기준이 되는 합헌성의 문제가 생기지 않는다고 하여 판례

도 부인하여 왔다(대법원 1967. 6. 20. 선고 67누57호사건, 1981. 4. 14. 선고 80누172호 사건 등을 보면 대법원

의 판례도 그런 것 같다).

지금까지는 행정조직의 내부관계를 특별권력관계의 법리에 의하여 다루었기 때문에 법률의 특단의 수권없어도 포괄적 지배권을 행사할 수 있다고 보고 그 공권력의 행사로서 일반적 명령형식인 행정명령을 발할 수 있다고 보아 왔다.

그러나 현대 민주국가는 헌법재판으로 인하여 헌법적 기능과 헌법규범에 대한 새로운 인식을 하게 되고 그에 따라 법규에 대한 관념이 확대·변화되고 있을 뿐 아니라 행정능률화의 요청에 따라 행정명령의 현실적 작용이 국민생활에 미치는 영향이 점차 커가고 있다. 이로 인하여 행정명령이 일반인에게 미치는 법적 규범력을 부인할 수 없는 현상이 일어나고 그에 따라 행정명령의 법적 규범력을 공인해야 한다는 새로운 견해가 강력하게 주장되고 있다는 것을 유의하여야 한다.

이는 특히 최근 독일이나 우리 나라에서 종래의 행정법에서 파악하던 특별권력관계 내부에 대해서도 상당부분 법치주의가 적용되어야 한다는 새로운 이론이 등장하고 이러한 점에서 특별행정법관계라고 보아야 한다는 새로운 주장과 용어가 행정법을 다루는 공법학계에서 사용되고 있다는 것을 유의할 필요가 있다.

특히 20세기 후반에 와서 헌법재판제도의 등장으로 법치주의 관념이 헌법규범에 의한 법치로 확산되고, 개인의 기본권을 보장하기 위하여 공권력의 남용을 통제하여야 한다는 현실적 요청이 증대함에 따라 행정의 자기구속을 위한 재량의 한계와 신뢰보호의 원칙이 강하게 요청되고 공법학계에서 이 점을 중요하게 다루고 있다. 따라서 행정명령의 법적 성질에 대하여 새로이 논의되면서 법규성을 인정하여야 하고 그에 따른 합헌성 문제가 제기되면서 행정명령에 대한 헌법적 규범통제를 하여야 한다는 새

로운 주장이 많이 일어나고 있다(최근에 와서 대법원도 무허가 건물 철거업무에 관한 서울시 레

규에 대한 판사에서 행정명령의 법적 규범성을 인정한 예가 있다. 1981. 7. 28. 선고 81누39호 참조).

현대민주헌법은 헌법재판소를 통하여 권력통제를 제도화하면서 한편으로는 행정의 능률적 기능을 확대보장 하여가고 있는 현대사회의 경향을 감안하고 있으므로 행정명령에 대해서도 법규성을 인정하지 않을 수 없게 되고 있다.

그렇다면 행정명령의 법규성에 대하여는 합헌성의 문제 뿐만 아니라 위헌성의 문제도 상존하고 있다고 보아야 한다. 이 때에 행정명령에 대하여도 합법성의 문제는 대법원이 최종적인 심사 권한을 갖는다고 보아야 할 것이나 합헌성의 문제는 역시 헌법재판소에 제청되어 심판받지 않을 수 없다고 보아야 할 것이다. 그러면 행정명령도 합법성의 문제와 합헌성의 문제를 분리하여 다루어 질 수밖에 없다고 할 것이다.

그리고 헌법 제107조 제2항 『명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다』는 것을 해석하고 수용하는데 있어서 일부의 견해는 『대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다』는 데에 해석의 중점을 두고 있다. 그러나 그 전제조건인 『재판의 전제가 된 경우』의 의미가 무엇인가, 이를 어떻게 받아들일 것인가 하는 문제는 헌법 제11조에서 헌법재판 제도를 도입한 관계규정과 함께 새로운 헌법이론을 가지고 헌법재판의 차원에서 검토하는 것이 가장 바람직하다 할 것이다.

헌법 제107조 제2항만을 독립시켜 형식적인 문리해석으로 명령·규칙·처분의 위헌여부에 대한 위헌결정권은 대법원에 전속한다고 판단하여 법원이 위헌법규심판의 제청을 하지 않을 수 있다. 그러나 재판의 전제가 되는 당해 사건의 당사자가 헌법재판소에서 그 명령 또는 규칙에 대하여 위헌여부의 심판제청신청

을 할 수 있고 그에 대하여 당해 사건법원이 그 제청신청을 기각하더라도 그 신청을 한 당사자는 이를 이유로 하여 헌법소원의 형식으로 직접 헌법재판소에 위헌심판청구를 할 수 있다. 뿐만 아니라 처분·규칙·명령 그 자체에 의하여 자기의 기본권을 침해받은 자는 재판의 전제가 되지 않더라도 일반 헌법소원으로서 청구요건을 갖추면 위헌여부의 심판청구를 할 수 있다. 이러한 절차가 보장되어 있는 한 대법원의 최종심판권의 유무에 관계없이 자동적으로 헌법재판의 대상으로 심판을 받게 되므로 결국 법규에 대한 합헌성 여부의 종국적인 심판결정은 헌법재판소에서 하게 되는 것이다.

그러므로 그 법규는 형식적인 법률 뿐만 아니라 실체적인 법규이면 그것이 명령·규칙·처분의 형식으로 나타나든 또는 조례로 제정되든 그 범명에 관계없이 위헌심사의 대상이 되는 것이다 라고 보는 것이 우리 헌법재판소의 관례이다. 즉 헌법재판소는 대법원이 제정공포한 법무사법 시행규칙 제3조 제1항은 위임입법의 범위를 일탈하여 임의로 제정한 법규이므로 이로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 국민의 평등권(기회의 균등)과 직업선택의 자유를 침해한 헌법위반이라고 결정선고하고 이 대법원 규칙을 효력상실시키는 결정을 이미 한 바 있다(당소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마

178호 법무사법 시행규칙 제3조 제1항에 대한 헌법소원심판).

(라) 폐지된 법률에 대한 심판

위헌법률심판의 대상은 원칙적으로 현재 시행하고 있는 법률이어야 하며 그 법률의 사전심사나 변경 또는 폐기된 법률을 심사하는 것은 아니다.

그래서 폐지된 법률이 헌법재판의 대상이 될 수 있는가, 될 수 있다면 어떠한 경우에 허용할 것인가 하는 문제가 있다.

법률은 공포 시행일부터 그 법률이 폐기되거나 변경될 때까지 만 법적 구속력을 가진다. 그리고 우리 나라 헌법재판제도는 위헌결정의 효력을 위헌결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다고 하여 위헌법률의 당위무효를 선언하는 것이 아니라 장래실효를 결정한다고 규정하고 있다(헌재법 제47조 제2항). 다만 형사법규는 예외이다. 여기에서 이미 효력이 상실된 법률에 대하여 헌법재판소에서 다시 새삼스럽게 그 효력을 상실하는 선언을 하여야 할 실익이 없기 때문에 원칙적으로 이미 효력이 상실된 폐지법률은 위헌심판의 대상이 될 수 없는 것이다.

그러나 예외적으로 폐지된 법률이라 할지라도 그 법률에 의하여 현재까지 기본권 침해가 있고 그 결과로 인하여 발생한 법익의 침해상태가 현재에도 계속 되고 있는 경우에는 그 법률의 합헌성 여하에 따라 권리관계의 소장을 가져올 수 있다. 더구나 그 법익침해상태를 가지고 현재 재판을 하고 있으며 그 재판의 전제가 되는 사건에 적용할 법률이 비록 폐기되거나 한시적으로 효력을 상실하였다 하더라도 그 법률의 위헌여부는 기본권 보장의 전제조건으로서 판단의 실익이 있는 것이므로 이 때에는 위헌법률심판을 제청할 수 있다고 아니할 수 없다. 그리고 만약 그 당사자의 위헌제청신청을 법원이 기각하였을 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 제청하여 구제를 받을 수 있는 권리보호의 이익이 존속하고 있으므로 당연히 헌법소송의 대상이 된다고 할 것이다. 그래서 우리 헌법재판소는 이미 폐지된 법률이라 할지라도 그 법률로 인하여 헌법상 보장된 기본권 침해가 현존하는 경우에는 그 기본권의 법익을 보호하기 위하여 그 위헌여부가 가려져야 할 필요가 있는 것이므로 청구인의 기본권이 침해되고 있는 것이 현존하는 한 폐지된 법률이라 할지라도 헌법소원심판청구를 할 수 있다 할 것이다 라고 판

결을 한 바 있다(당소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44호 병합, 사회보호법 위헌심판 결정문 참조).

이와 관련한 또 다른 헌법재판소의 판결이유를 보면 다음과 같다. 즉, 법률은 원칙적으로 제정공포 시행일부부터 폐기되어 실효될 때까지 적용되는 유효한 법적 구속력을 갖는 것이지만 그 법률이 폐기된 경우라 할지라도 그 법률의 시행당시에 발생한 기본권 침해의 상태가 현재에도 계속되고 있어서 이에 대하여 법률의 성질상 달리 구제될 수 없거나 그 폐기된 법률이 더 이상 적용될 수 없는 특별한 규정이 없는 한 그 침해된 기본권의 구제는 헌법재판소가 할 수밖에 없는 것이다. 만일 이를 헌법재판소가 폐기된 법률이라는 이유로 이를 거부하거나 회피하면 기본권의 침해를 구제하는 다른 방법이 없는 경우에 그 권리를 보호한다는 헌법소원제도를 스스로 부정하게 되는 모순을 가지게 된다. 그래서 우리 헌법재판소는 이미 폐지된 국가보위입법회의 법에 의한 기본권의 침해가 현재에도 계속되고 있으므로 이를 구제하기 위하여 청구인들의 헌법소원을 받아들여 폐기된 법률에 대하여 위헌을 선언한 바 있다(당소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32, 33호 병합 국가보위입법회의

의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소위 심판결정).

이러한 결정문의 요지는 법률은 원칙적으로 제정공포되어 그 효력의 발효시부터 폐지공포되는 실효시까지 효력이 있고 그 법률의 시행중에 일어난 사건에 대하여 적용된다는 것이다. 그러나 법률이 폐기된 경우라 할지라도 그 법률시행당시에 발생한 구체적 사건에서 국민의 기본권이 침해되고 그 침해상태가 계속되고 있을 때에는 법률의 성질상 더 이상 적용될 수 없거나 특별한 구제절차의 규정이 없는 한 폐지된 법률에 의하여 재판이 진행될 수밖에 없다. 이 때에 폐지된 법률의 위헌여부가 문제로 제기될 수밖에 없고 이 경우 그 위헌여부의 심판은 결국 헌법재판소가 할 수밖에 없다는 것이다. 만약 이를 거부하거나 회피하면 구

체적 사건에 대한 법적 분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서는 법률에 대한 위헌결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과가 생기게 된다는 것이다. 위헌법률심판에서 문제된 법률이 재판의 전제가 된다 함은 우선 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일 때에는 합헌일 때와는 다른 판단으로 판결주문이 달라지는 경우를 뜻한다고 할 것이며 반대로 그 법률이 현재 시행중인가 또는 이미 폐지된 것인가를 의미하는 것은 아니라 할 것이므로 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심판의 대상이 될 수 없다고 배척하는 주장은 허용될 수 없다는 것이다. 따라서 이미 폐지된 법률이라 할지라도 청구인들의 법익을 보호하기 위하여 위헌여부가 가려져야 할 필요가 있는 경우에는 그 법률의 위헌여부를 심판하여야 한다고 하여 위 결정문 주문에서 폐지된 법률이지만 『헌법에 위반된다』고 결정선고하였다.

그런데 이 결정은 비록 결정이유대로 폐기된 법률도 위헌심사의 대상이 된다고 하더라도 마지막 결론에서 위헌으로 선언한 것은 이미 효력이 상실된 법률을 다시 효력을 상실시키는 모순을 가져온 잘못이 있다고 할 수 있다. 다시 말하면 폐지된 법률이 헌법소원의 대상이 된다고 하더라도 그 폐기된 법률에 의하여 침해된 기본권을 구제하기 위하여 부득이 예외적으로 인용하는 것이고 그것은 기본권을 침해하고 있는 상태를 구제할 수 있으면 되는 것이므로 폐기된 법률에 대하여는 위헌임을 확인하는 결정으로 목적을 달성할 수 있는 것이다. 그렇게 했더라면 위에서 지적한 바와 같이 사자에게 사형선고 하는 것과 같은 자기모순을 피할 수 있었을 것이라고 본다. 그러므로 이 결정문은 위헌선언이 아니라 위헌확인 주문으로 선고하는 것이 합당했던

것이 아닌가 생각한다.(헌재법 제68조 제2항, 제75조 제2항 참고).

5. 헌법규정에 대한 심판권

헌법의 개개 규정이나 헌법개정에 대하여 위헌심사를 제청할 수 있는가 즉, 헌법이 헌법재판의 대상이 될 수 있는가에 관하여는 아직까지 우리 나라의 판례와 학설이 정립되어 있지 아니하기 때문에 여러 가지 견해의 대립이 있을 수 있다.

(가) 소극설

우리 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 동 제68조 제2항은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원 또는 당사자의 제청에 의하여 위헌여부를 심판한다고 규정하고 있다. 이를 실정법상 문의해석이나 형식논리로 보면 구체적 규범통제의 대상은 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률만에 국한되는 것이라고 해석될 수 있다. 따라서 법률의 상위규범인 헌법의 개개 규정 또는 헌법개정 등은 물론 법률의 하위규범인 명령·규칙·처분 등은 구체적 규범통제의 대상이 되지 아니한다고 볼 수 있다. 더구나 소극적 견해에 따르면 헌법 제107조 제2항에서 명령·규칙 또는 처분은 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다(대법원의 일부견해는 이에 대하여 재판의 전제가 된 경우에 한한다는 제한적인 규정이 있는데도 불구하고 이를 무시하고 그렇게 해석을 한다)는 명문의 문구가 있기 때문에 헌법재판소는 법률에 국한하여 위헌심사권이 있을 뿐이지 헌법규정이나 명령·규칙·처분 등에 대하여는 심판할 권한이 없는 것이고 보고 있다.

그러나 이 견해는 헌법재판은 형식적인 문구해석만으로는 되지 않고 실질적인 헌법해석으로 풀어가지 아니하면 아니되는 본

질적인 문제를 간과하고 있다고 아니할 수 없다.

독일헌법(기본법) 제100조 제1항에서도 법원의 제청에 의한 구체적 규범통제의 대상은 역시 형식적 의미의 법률(Gesetz)이 위헌적이라고 생각되는 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러면 법률 이외의 규범, 특히, 헌법규정이나 법규명령 등은 도 대체 규범통제나 헌법소원 등 헌법재판의 대상이 되지 아니하는 가 하는 문제가 제기된다.

그런데 독일헌법(기본권) 제39조 제1항 제2호의 추상적 규범통제의 대상으로 규정하고 있는 『연방법과 주법』은 형식적인 연방법률(Bundesgesetz)과 주법률(Landesgesetze)만을 의미하는 것이 아니라 보다 넓은 개념의 연방규범(Bundesrecht)과 주규범(Landesrecht)을 의미하는 것으로 확대해석하고 있다. 이 연방규범과 주규범에는 당연히 연방헌법과 주헌법이 포함되는 것으로 보고 있으며 헌법의 개별 규정 또는 개정은 연방헌법재판소의 추상적 규범통제의 대상이 된다고 한다(Vgl. Maunz, BVerfGG, Kommentar, §76, Rdnr.

19ff).

더 나아가 독일의 헌법소원제도를 운영하는 실태를 보면 헌법소원의 대상인 국가 공권력에는 행정 및 사법작용 이외에 의회에서 제정한 법률과 법률보다 하위규범인 명령·규칙·조례 뿐만 아니라 헌법의 개개 규범 또는 헌법개정 등이 포함된다고 한다. 그것은 헌법해석과 헌법재판제도의 본질에 비추어 볼 때 의문의 여지가 없다는 것이 독일학계의 통설이며 독일헌법재판의 관례로서 이를 인정하고 있다(Vgl. BVerfGE 4, 294; 30, 1)는 것을 참고할 때 소극설은 헌법학적 견해로는 받아들이기 어렵다 할 것이다.

(나) 적극설

헌법의 개별 규정들은 다른 헌법규정들과 상호 불가분의 관계가 있으며 또 의미상 밀접하게 관련되어 있으므로 헌법재판의

대상이 될 수 있다는 것이다. 헌법은 각기 상이한 개별 조항들의 단순한 집합의 나열이 아니고 상호 유기적인 것이며 형식과 내용에 있어서 다른 것 같지만 헌법의 본질상 내적 통일성을 지니고 있는 것이므로 헌법 그 자체가 하나의 통일체로서 이루어지고 있다는 것을 파악하지 않으면 안된다. 따라서 개개의 헌법규정이 그 헌법의 최고성과 통일체적 가치체계에서 분리하여 관찰되거나 형식논리로 문언해석을 하여 헌법의 본질이 부정되어서는 안된다는 것이다. 헌법해석은 그 헌법의 통일적 체계성으로부터 출발하여야 하며 개개의 헌법조문에 우선하는 헌법상의 기본원칙과 원리에서 나오는 근본적인 가치판단으로부터 시작되어야 한다는 것이다. 따라서 모든 헌법규정은 이른바 헌법전문에 명시된 자유민주주의원칙과 헌법의 근본을 형성하는 법치국가원리와 같은 헌법상의 기본원칙과 원리에 합치하도록 해석되어야 한다는 기본적 결단이 필요하다는 것이다.

헌법규정이라 하더라도 상호간에 가치의 우열이 존재하고 헌법제정권을 구속하는 초실정법적인 자연법의 존재를 긍정하여야 한다는 헌법상의 기본원칙과 원리에 합치되어야 하며 여기에 위반되는 헌법규정으로 인하여 헌법상 보장된 국민의 기본권을 직접 침해했을 경우에는 헌법적 규정이라 할지라도 헌법소원의 대상이 된다고 한다(Vgl. BVerfGE 1, 14(32)). 이에 따라 독일헌법(기본법) 제79조 제3항은 인간의 존엄, 민주적·사회적·연방국가원칙 등 헌법상의 본질적인 기본원리에 저촉되는 헌법개정은 허용되지 아니한다고 함으로써 헌법개정은 허용되지 아니한다고 함으로써 기본권의 본질적 내용을 침해하는 헌법개정은 그 자체가 위헌임을 명시하고 있다. 따라서 개별적인 헌법규정이나 헌법개정에 대해서도 헌법소원의 대상이 된다는 것이다(Vgl. BVerfGE 30, 1(17)).

(다) 우리의 입장

위와 같은 이론에서 우리의 헌법과 헌법재판소법을 검토하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 독일에서와 같은 추상적 규범 체제(독일헌법 제93조 제1항 제2호 “연방헌법재판소는 연방정부와 주정부 그리고 연방의회 의원 3분의 1이상의 제청에 의한 연방법 또는 주법의 기본법과의 합치여부를 심사 결정한다”)에 관한 특별한 규정을 두지 아닌 우리 헌법재판제도에 있어서는 결국 헌법소원제도에 의해서 개별적인 헌법규정이나 헌법개정에 대하여 헌법소원의 대상이 된다고 할 수 있다. 우리 헌법 제11조 제1항 제5호에 근거한 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 요건으로 규정하고 있는 『공권력의 행사 또는 불행사』에는 원칙적으로 행정작용과 사법작용 이외에 입법작용 등 규범제정작용이 포함됨은 당연하다. (다만 우리 나라 헌법소원제도에서는 법원은 재판은 소원대상에서 제외하고 있다). 따라서 규범제정작용 중에서 일정한 헌법규정이나 그 개정이 헌법의 본질적인 기본내용이나 기본원칙과 원리에 위반되는 경우에는 헌법의 기본질서를 수호하기 위한 수단으로서 헌법소원을 제기하는 길 밖에 없으므로 헌법소원에 의하여 구제할 수밖에 없다.

그런데 아직까지 우리 나라에서는 헌법에 대한 헌법재판을 한 판례가 없고 이에 대한 확고한 학설이 정립되지 않아 많은 논란이 있을 수 있으나 규범통제를 기본으로 하는 헌법재판제도가 확립되어 있는 한 독일과 같이 헌법의 개별규정이나 개정에 대하여도 헌법재판의 대상이 된다고 보는 것이 옳으며 그러한 판례가 나와야 할 것으로 본다.

이러한 적극적 주장에 대한 수용은 우리 헌법과 헌법재판소법의 해석으로도 가능할 뿐 아니라 국가의 모든 공권력작용으로부터 헌법상 보장된 국민의 기본권보장과 헌법의 기본적 본질과 원칙을 수호하여야 한다는 헌법소원제도의 본래적 기능과 취지

에서 볼 때에도 헌법소원의 대상인 공권력의 개념 속에 헌법을 제외할 특별한 이유가 없으므로 헌법규정이 기본권을 침해한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 우리 헌법도 단순한 개개 조문의 집합체로서의 형식적 의미만을 가지는 것이 아니라 헌법은 내적 통일성을 요구하는 최고 상위규범으로서 다른 여러 규정과 관련되어 있으므로 개개의 헌법규정만을 분리하여 관찰하거나 해석할 수 없는 특수성이 있다. 그러면서도 헌법규정 상호간에도 가치의 우열이 존재하고 헌법 제정권력을 구속하는 초실정법적 자연법원리가 존재한다는 것을 긍정하여야 하며 또한 국민의 기본권을 핵심내용으로 하는 헌법 그 자체가 하나의 유기적이고 통일적인 실질적 가치체계로서의 최고가치규범을 확립하여야 한다는 점을 생각해 볼 때 개개의 헌법규정이나 헌법개정에 대한 헌법소원은 가능하다고 보아야 할 것이다.

6. 조약과 국제법규에 대한 심판권

조약이나 국제법규가 위헌심판의 대상이 될 수 있는 것인가 하는 문제가 학계와 실무에서 많이 논의되고 있다. 국제관계법규 중에서 조약과 일반 국제법규는 그 성립과 내용에 있어서 법적 성질이 다르므로 여기에서 조약과 국제법규를 나누어 살펴보기로 한다.

(가) 조약

조약은 위헌심판의 대상이 되지 아니한다는 견해도 있으나 헌법부칙 제5조에서 『조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』라고 되어 있으므로 조약이 헌법재판의 대상

이 되는 것은 당연하다 할 것이다. 더구나 여기에서 말하는 조약은 우리 헌법에 의거하여 체결된 조약만을 의미하고, 헌법에 저촉되지 않아야 국내법과 동일한 효력을 가지는 것이므로 당연히 헌법재판소의 위헌심판대상이 된다고 할 것이다.

헌법 제60조 제1항에서 국회는 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다고 규정하고 있다. 즉 국가의 안위나 국제조직·상호원조, 우방통상 및 주권의 제약이나 국가나 국민에게 재정부담을 지우거나 또는 입법사항에 관한 조약은 국회의 동의를 얻어 체결·비준됨으로써 그 효력이 발생하는 것이라고 명시하고 있으므로 국내법과 동일한 입법작용에 의한 법률적 효력을 가진 입법형성적 성질을 가진 일반 법률과 같다고 보는 것이 통설이다.

그러나 이에 대한 부정설은, 조약은 국가간의 합의체결이라는 특수성 때문에 어느 한 국가가 체결한 조약의 효력을 일방적으로 상실시킬수 없는 것이고 그 법적 효력은 국제질서에 관계되는 것이므로 헌법재판의 대상이 되어서는 안된다는 것이다. 이것은 우리 헌법정신과 헌법전문에서도 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지할 것을 다짐하고 있기 때문에 이미 비준된 국가간의 조약에 대해서 그 합헌성 여부는 국회만이 유권적으로 해석할 수 있을 뿐 국내의 사법작용인 재판이나 위헌심사의 대상이 될 수 없다는 것이다.

이에 대하여 긍정설(통설)은, 헌법은 국회법률과 조약보다 상위의 규범일 뿐만 아니라 헌법은 조약의 효력을 부정할 수 있으나 조약으로 헌법을 개정하거나 그 효력을 부정할 수 없는 것이 명백하기 때문에 국가간에 체결한 조약이라 할지라도 헌법법규에 위반되는 여부의 최종적인 심판은 헌법재판소에서 할 수 있다는 것이다. 더구나 국가의 모든 기관은 헌법을 준수할 의무가 있으므로 국회라 할지라도 위헌적인 조약을 비준할 수 없고 정

부도 이를 체결하고 집행할 수 없다는 것이다. 뿐만 아니라 헌법에서 국회의 권한으로 조약의 체결과 비준은 국회의 동의가 있어야 한다는 그 자체가 헌법규범이며 그 동의가 일종의 입법행위이다. 따라서 조약의 내용이 국민의 권리와 의무를 그 내용으로 담고 있을 때에는 그 조약은 국내법규적 성질을 가지는 것이기 때문에 당연히 위헌심사의 대상이 된다고 보아야 한다는 것이다. 그런데 조약에 대한 위헌심사는 국내법으로서의 유무효를 심사하는 것이지 국제법의 효력유무를 심사하는 것이 아니다. 그러므로 헌법재판소의 위헌심사권은 조약 등 국제법의 규정이 국내법의 규범으로서 헌법에 위반되는지의 여부와 개인의 기본권을 침해하는지의 여부에 대하여 문제가 제기된 경우에만 행사하는 것이고 따라서 심판의 대상이 된다고 하여야 할 것이다. 그리고 구체적 규범통제절차에 의하여 국제법이 헌법에 위반되는지 여부의 심판이 제청된 경우에 있어서 그 재판에 전제된 당해 사건에 적용될 국제법이 국내법으로서의 효력을 계속 가지는가의 문제에 대하여 결정을 하여야 한다는 것이 독일연방헌법재판소의 판례이다.^{(BVerfGE 28, 119(132ff))}. 그리고 독일연방법재판소는 1972년 12월 21일의 동·서독 간의 기본조약에 대하여 추상적 규범통제절차로서 위헌제청을 한 바 있는데 당연히 조약도 헌법재판의 대상이 되는 것으로 보고 헌법(기본법)에 합치한다고 결정을 한 바 있다.^(동·서독간의 기본조약에 대한 바이에른주정부의 신청에 의한 추상적 규범통제로서 1973.7.31.의 연방헌법재판소결정)

이 독일헌법재판소의 판례를 보면 국가의 통치행위나 고도의 정치행위라 할지라도 모두 헌법질서 위에서 이루어져야 하는 것이고 만일 그 국가행위가 입법이건 처분이건 조약이건 그 법규형식에 불문하고 공권력의 행사 또는 불행사가 헌법의 기본질서와 원칙에 위반된다면 헌법재판의 대상이 된다는 것을 밝히고 있다. 이러한 헌법재판의 판례는 우리에게 시사하는 바가 크다고

할 것이다.

(나) 기타 국제법규

조약이 아닌 기타 국제법규가 위헌심사의 대상이 되는가 하는 것은 기타 국제법규가 조약과는 그 법적 성질에 있어서 다른 면이 많이 있기 때문에 새로운 문제로서 제기되고 있다.

우리 헌법에서도 조약과 일반적으로 승인된 국제법규로 구분하여 규정하고 그 법적 효력도 달리 보는 듯한 면이 있다.

헌법 제6조 제1항은 『헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다』고 선언하면서 부칙 제5조에서는 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』고 규정하여 조약과의 관계에서는 헌법의 우위를 규정하면서 기타 국제법규와의 관계에 대해서는 명백한 입장을 명시한 바가 없다. 이 문제는 국제법의 성질과 내용이 우리 헌법 및 법률과 어떠한 관계가 있는가 하는 문제와도 직결이 된다. 그러므로 헌법상의 일반적으로 승인된 국제법규는 국제질서와 세계평화를 유지하는 UN 헌장과 같은 일반적인 국제법규가 아닌, 구체적으로 국내법과 관계되는 국제법규로서 그 내용이 우리 헌법과 깊은 연관관계가 있는 경우의 국제법규를 말하며 이것이 헌법재판에서 문제가 된다고 할 것이다.

따라서 우리 헌법재판소의 위헌심판의 대상으로 다루게 되는 국제법규는 헌법이 명시한 바와 같이 국내법의 효력을 가지는 일반적으로 승인된 국제법규라고 한정하고 있으므로 이러한 경우에만 헌법의 하위법으로서 국내법과 동위에 놓인다고 보아야 할 것이다.(헌법제6조 제1항 후단). 유엔 헌장같은 국제법규는 국제적으로 대부분의 국가가 승인하고 있는 국제질서의 일반적 규범으로서 우리 헌법전문에서도 『항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지한

다』고 하여 그 정신을 받아들이고 있다고 보아야 하고 이것이 우리 헌법의 기본원리의 하나로 형성되고 있다고 할 것이다. 그러므로 이러한 UN 헌장과 같은 국제법규는 헌법의 하위규범이나 일반국내법과 다른 것으로서 일반적 국제질서에 관한 헌법적 규범성으로 보아야 하기 때문에 위헌법률심판의 새로운 기준이 되는 것이지 위헌심판의 대상이 되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 그러나 세계평화와 인류공영에 이바지하는 UN 헌장과는 별도로 국제연합에 속한 각종 기구에서 하는 기타의 결의나 승인되는 국제법규를 우리 헌법에 위반되는 것으로서 국내법으로서의 효력을 가질 수 없다고 다투는 경우에는 국내법으로서의 효력을 갖는지 우리 헌법에 합치하는지의 여부에 대하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구할 수 있다고 할 것이다.

이 때에 헌법재판소는 국제법규 그 자체를 무효 또는 실효시킬 수는 없는 것이므로 국내법으로서 효력을 인정하는 것이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하여 국내법적 효력을 실효시키거나 무효화시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.(당소 1991. 7. 22. 선고 89헌가 106호

사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판사건판결사항에서 UN의 일반적인 국제법규에 관하여 심사판단 한 바 있다. 즉 UN의 각 선언이나 규약 및 권고문이 우리의 현실에 적합한 제도의 실시를 제약하면서까지 보장되어야 한다든가, 우리 사회의 특수성을 배제하고 노동조합의 구성을 강제하는 근거로 삼을 수 없다고 판시하였다. 판결문 사형의 (3) 참조.

끝으로 국가간의 행정협정에 대하여 그 법적 성질과 효력을 어떻게 볼 것인가. 행정협정이 우리 헌법에 위반되는 여부가 문제되어 국내 재판의 전제가 된 경우에 그 행정협정의 합헌성의 문제 즉 위헌여부에 대한 심판은 헌법재판소가 할 수 있다. 행정협정은 헌법에서 말하는 조약 등과 같은 국제법규는 아니지만 조약과 유사한 국제법규로서의 법적 성질과 효력을 가지고 있는 것이다. 하지만 행정협정은 국내법과 같이 취급하여야 할 법률로 보는 것이 합당하다고 할 것이므로 당연히 위헌심사의 대상으로 다루어야 하는 것이다. 미국 연방최고재판소의 판례를 보면 행정협정의 합법성 문제를 다루는 것은 당연한 것으로 보고 많은 사

건에서 사법심사의 대상으로 심사판단하고 있다(Wilson V. Girard 354 U. S.

524(1957) 사건).

제Ⅲ. 추상적 규범을 소원으로 청구한 규범통제(규범통제형 헌법소원)

1. 법률에 대한 헌법소원

우리 헌법과 헌법재판소법에 의하여 법규범을 통제하는 위헌 심판으로서 헌법재판소가 관장하는 대표적인 사항은 위헌법률심판이고 다음은 법률에 대한 헌법소원심판이 있다. 즉 우리의 위헌심판제도는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 구체적 재판에서 문제가 되어 그 전제로 법원의 제청에 의하여 헌법재판소가 법률의 위헌여부에 관한 심판을 하는 것을 기본으로 하고 있다(헌재법 제41조). 그리고 그 뿐만 아니라 법률의 추상적 규범 자체에 대하여 국민이 직접 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 구하는 권리구제형 위헌법률심판청구로서 헌법소원제도를 두고 있다. 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람은 그 공권력(법규)의 합헌성에 대하여 헌법재판소에 헌법소원심판청구를 할 수 있게 하였다(헌재법 제68조).

법규에 대한 헌법소원은 구체적 재판사건에 적용할 구체적 규범에 대하여 법원이 위헌여부의 심판을 청구하는 위헌법률심판과는 달리 국민이 직접 추상적 규범인 법률 자체에 대하여 헌법재판소에 위헌심판을 청구하는 것이다.

다만 추상적 규범인 규범 자체에 대하여 위헌여부의 심판을 청구할 수 있는 자는 그 법규에 의하여 직접 자기의 기본권이 현재 침해당하고 있는 경우에만 할 수 있다는 청구요건을 갖추

어야 하는 당사자적격의 제한이 있을 뿐이다. 즉 그 법규로 인하여 침해된 자기 기본권의 구제를 받기 위하여 헌법재판소에 그 추상적 규범의 통제를 요구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다. 국민의 기본권을 보장하기 위하여 추상적인 법규범인 법률의 위헌여부를 심판하고 통제하도록 국민이 직접 청구할 수 있도록 헌법재판청구권을 규정하고 있는 것이 헌법소원제도이다. 이 제도가 추상적 규범인 법률에 대한 통제수단으로서 새로운 헌법재판사항이 되어 헌법재판제도하에서 중요한 기능을 하고 있음은 누구도 부인할 수 없는 것이므로 이를 국민이 가지는 권리구제형 추상적 규범통제의 하나라고 할 수 있다(헌법 제111조 제1항 제1호와 제5호).

이에 대하여 우리 헌법은 독일과 같이 3분의 1의 소수 국회의원(독일헌법 제93조 제1항 제2호, 독일연방헌법재판소법 제76조)에게 인정하고 있는, 법률에 대한 추상적 규범통제를 청구할 수 있는 헌법규정이 없기 때문에 이를 허용하는 제도를 두었다고 볼만한 명백한 근거가 없으며, 우리의 헌법소원제도에서 말하는 공권력의 행사란 행정처분과 같은 좁은 의미의 처분을 말하는 것이고 추상적인 법률 자체의 효력을 실효시키는 헌법소원심판은 할 수 없다고 보는 일부의 소수 견해가 있다. 이 견해는 헌법재판의 형태를 규범통제의 절차와 방법에 따라 분류하는 개념으로 보지 않고 헌법재판의 기능을 축소하고, 하나의 사법적 심사권한의 본질에서 벗어날 수 없는 것이라고 이해하는 데에서 비롯되는 것이다. 그러나 이는 기본권의 침해를 구제하기 위한 헌법소원제도의 연혁과 본질을 무시하고, 형식적인 실정법의 대비만을 하여 추상적 규범통제를 청구할 수 없다고 하는 것은 헌법재판소의 규범통제권을 부정하는 결과를 자초하는 잘못이 있다고 아니 할 수 없다. 헌법소원심판에서 규범통제권을 부인하는 견해에 따르면 헌법재판소법 제

68조 제1항에 명시한 공권력에는 재판을 제외하였고 추상적 규범인 법규의 통제도 제외된다면 행정부의 행정처분만이 남는데 이는 대부분이 행정소송법에 의한 재판의 대상이 되므로 헌법소원심판의 대상인 공권력에 대한 통제는 아무 것도 법률상 할 수 없는 결과가 되어 헌법재판제도를 부정하는 이론이 될 것이다. 그렇다면 형식적인 법률논리와 해석을 가지고 헌법상 보장된 헌법소원 제도를 부정하는 것이 되어 헌법이론이 헌법을 부정하는 중대한 위헌적 해석을 자초하는 것이라 아니할 수 없을 것이다.

우리 헌법재판소는 법률에 대한 헌법소원재판청구를 받아들이고 있는데 그 판시 내용을 보면 다음과 같다.

입법권의 행사로 인하여 제정된 법률에 의하여 직접 헌법상의 기본권이 침해되었음을 이유로 하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 헌법소원심판의 청구사유를 규정한 헌법재판소 제68조 제1항 본문에 규정된 공권력 가운데에는 입법권도 당연히 포함되고 따라서 법률에 대한 헌법소원도 가능하다고 할 것이다. 그러나 모든 법률이 다 헌법소원의 대상이 되는 것은 아니고, 그 법률이 별도의 구체적 집행행위를 기다리지 않고 직접적으로, 헌법상 보장된 기본권을 현재 침해하는 경우에 한하여 인정하는 것을 원칙으로 한다. 법률 자체에 의하여 기본권의 침해유무가 문제될 때에는 그 법률 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없으므로 법규의 위헌성에 대한 헌법소원은 다른 구체절차를 거칠 것 없이 바로 헌법재판소에 심판청구를 할 수 있다는 것이 판례로 확립된 이론이다. 일정한 범위안에서 추상적 규범인 법률 자체에 대하여 국민이 직접 헌법소원의 방법으로 헌법재판소에 규범통제를 청구할 수 있다고 하였다.^{(당재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호 결정, 동 1990. 6. 25. 선고 89헌마 220호 결정, 동 1990. 10. 15.}

^{선고 89헌마178호 결정, 동 1990. 10. 8. 선고 89헌마89호 결정, 동 1991. 3. 11. 선고 91헌마21호 결정 등 참조).}

그러므로 헌법소원의 방법에 의하여 추상적 규범통제를 가능하게 할 수 없다고 하는 소수의 견해는 성립될 수 없는 것이지만 이에 대하여 우리의 전통적인 법률문화와 형식이론으로 실정법 해석을 기본으로 하는 일부의 법조계에서는 이를 고집하는 분이 있으므로 좀 더 살펴보기로 한다.

(가)법률에 대한 추상적 규범통제

법률에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는가에 대하여는 의문을 제기하는 사람이 있다. 그러나 우리 헌법과 헌법재판소법에서는 법률 자체도 소원의 대상이 된다는 원칙하에서 관계법규정을 두고 있고 그에 따라 헌법재판소는 판례로서 이를 인용하고 있다. 그것은 헌법소원의 기본적인 대상이 공권력의 행사 또는 불행사이며 공권력 중에는 국회에서 법률을 제정하는 입법권행사도 포함되는 것이며 법률제정자체가 입법행위로 공권력의 행사이기 때문이다. 이러한 해석은 헌법소원제도의 연혁이나 헌법재판제도를 설정한 입법과정이나 우리 헌법재판소의 판례와도 부합되는 통설적 견해이다. 그런데 이러한 통설적 견해에 대하여 우리 나라에서는 독일처럼 추상적 규범통제를 청구할 수 있는 일정한 자격을 설정한 규정(독일헌법 제93조 제1항 제2호)을 두지 않았고 그와 대비할 만한 직접적인 규정이 없기 때문에 우리 헌법재판소는 추상적 규범통제는 할 수 없다고 하면서 법률은 헌법소원의 대상이 될 수 없다는 형식이론을 앞세우는 일부의 이러한 논리는 우리 헌법과 헌법재판소법에서도 법규에 대하여 헌법소원을 할 수 있도록 명시하고 있다는 것을 올바르게 이해하지 못하는 데에서 비롯된 것 같다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 심판 청구의 요건과 동 제75조 제5항의 소원인용결정의 효력에 관한 규정을 보면 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률에 기인

한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다고 하여 헌법소원으로 추상적 법규범을 통제할 수 있도록 하고 있다.

국민은 누구나 법률에 의하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 때에는 헌법소원심판을 청구할 수 있고 헌법재판소는 그에 따라 당해 법규의 위헌여부를 심판할 수 있는 것이므로 그 범위 내에서는 그로 인한 추상적 규범을 통제할 수 있다는 것을 부정하여서는 안된다고 할 것이다.

다시 살펴보면 우리 헌법재판소법은 명확하게 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하였다(헌재법 제68조 제1항). 여기에서 말하는 공권력은 국가권력의 기본인 입법권, 사법권, 행정권에 의해 발동되는 모든 공권력을 의미하는 것이므로 당연히 입법형성권의 행사로 이루어지는 추상적 규범인 법률의 제정 또는 부제정이 포함되는 것이다. 그리고 헌법재판소법 제75조 제1항에서 헌법소원의 인용결정의 효력으로써 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 하고, 동조 제2항에서 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에 침해된 기본권과 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다. 그리고 동조 제3항에서 기본권 침해의 원인이 된 공권력에 대하여 위헌임을 확인할 수 있고, 동조 제5항에서 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 그 인용결정에서 법률 또는 법률의 조항을 특정하여 위헌임을 선고할 수 있다고 하였다. 나아가 동조 제6항에서 이러한 헌법소원을 인용하는 경우에는 법률의 위헌결정과 그 위헌결정의 효력은 위헌법률심판의 경우와 같이 동법 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다고 하였다(헌재법 제75조 제1항, 제5항, 제6항).

이와 같이 헌법소원의 인용결정과 그 효력에서 법률의 위헌여부를 심사하고 결정하여 선고할 수 있다고 명백히 규정한 것은 추상적 규범인 법규와 국회의 입법권의 행사로 이루어진 법률도 헌법소원의 대상이 된다는 명백한 근거규정이라고 아니할 수 없다.

그러므로 국민은 법률의 추상적 규범으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 때에는 직접 그 법률에 대하여 헌법소원으로 위헌법률심판을 청구할 수 있는 것이다. 이 때에는 특정사건에 적용될 구체적 법률에 대한 쟁점으로 법원의 제청에 의하여 심사하는 것이 아니고 추상적인 법률 자체의 위헌성을 국민의 직접적인 청구에 의하여 심판하는 것이므로 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되어 당해 사건을 담당하는 법원이 위헌법률심판을 제청하는 구체적 규범통제와는 근본적으로 다르다.

오히려 추상적 규범인 법률을 국민이 구체적 사건의 재판을 전제로 하지 않고 직접 헌법소원심판청구의 방법에 의하여 위헌심판을 청구하는 것은 곧 국민이 직접 다른 국가기관을 거치지 않고 헌법소원의 형식으로 일반적이고 추상적인 법률에 대하여 추상적 규범통제를 헌법재판소에 심판청구할 수 있는 경우에 해당한다는 것이라고 할 것이다.

독일헌법(기본법)은 연방법과 주법이 헌법에 위반되는지의 여부에 대하여 견해가 다르거나 의문이 있는 경우에는 연방정부, 주정부 또는 연방의회의 재적의원 3분의 1 이상의 제소에 의하여 연방헌법재판소가 위헌여부를 심사하여 결정한다.(독일헌법 제93조 제1항 제2호)는 추상적 규범통제에 관한 대표적인 명문규정을 두고 있다. 그런데 위 제소권자는 공익대표자이기 때문에 자기에게 직접적으로 기본권의 침해를 당하지 않아도 제소할 수 있도록 한 이

규정을 추상적 규범통제의 유일한 기본요건이며 근거조문인 양 잘못 이해하고, 우리 헌법은 정부나 국회의원에게 이와 같은 권한을 헌법상 보장하지 아니하였다고 하여 독일에서와 같은 근거조문이 없기 때문에 우리 헌법재판소에는 추상적 규범통제권이 없다고 주장하는 견해는 너무나 형식논리에 사로잡혀 헌법소원제도의 본질을 부정하는 그릇된 주장이라 아니할 수 없다. 나아가 이는 헌법재판제도와 우리 헌법 및 헌법재판소법을 실질적으로 보다 깊이 검토하지 아니하고 피상적인 조문해석과 외국제도와와의 단순한 형식적 비교에서 나온 논리를 기초로 하여 주장하고 있는 것이라 아니할 수 없다.

(나) 규범통제의 방식

헌법재판소는 사법심사를 통하여 부수적인 비집중적 위헌심사를 담당하는 기관으로서 뿐만 아니라 그것과는 구별되는 집중적인 규범통제를 위한 위헌심사를 하는데 크게 비중을 두고 있는 것이 일반 사법부와 근본적으로 다른 점이다.

헌법재판소의 규범통제권은 위헌심사의 방식에 따라 추상적 규범을 집중적으로 통제하는 위헌심사권과 일반 법원의 재판상 필요에 따라 부수적인 사법심사의 방식으로 재판에 전제된 규범을 비집중적으로 통제하는 위헌심사권으로 구분할 수 있다.

추상적 규범통제의 본질적 이론은 구체적 재판을 전제로 하여 당해 사건을 담당하는 법원이 아는 것이 아니라 구체적 쟁송사건과는 관계없이 헌법재판소에서 추상적 규범인 법률에 대하여 직접 제소할 수 있고 그 제소된 법률 자체를 집중적으로 심사하여 위헌성의 여부를 심판하는 것이다.

독일에서는 심판대상이 되는 법률이 연방법과 주법 뿐만 아니라 법규의 형식을 갖춘 모든 추상적 규범에 관하여 추상적 규범

통제를 할 수 있다. 심판의 기준에는 실정법인 헌법의 명문규정 뿐만 아니라 헌법의 일반 원칙과 기본이념도 포함되는 것이며, 그 심판의 목적은 헌법을 수호하고 법적 안정성과 법치주의의 실효성을 확보함에 있으므로 모든 법규가 추상적 규범통제의 대상이 된다는 것이다.

그 규범통제의 방법을 구체적 소송사건을 해결하기 위한 재판의 전제로 법률의 위헌여부를 심사하는 부수적인 사법적 위헌심판제도와 사법부의 구체적 재판과는 관계없이 일반적인 사항으로 추상적 규범인 일반 법률 자체를 중요문제로 위헌심사하는 헌법재판을 구별하여 전자를 구체적 규범통제하고 하고 후자를 추상적 규범통제라고 개념을 설정하여 분류하는 이론에서 볼 때, 법률에 대한 헌법소원은 추상적 규범통제의 방법에 속하는 것이라고 쉽게 이해할 수 있다.

1920년 오스트리아 헌법이 처음으로 헌법재판제도를 채택한 것도 연방헌법에 반하는 연방법률과 주법률에 대하여 추상적 규범을 통제하기 위한 것이었다. 즉 일반 법원에서는 미국식 사법심사와 같은 구체적 규범통제로서 법률의 효력을 부정하지 못하게 하기 위하여 일반 사법부가 아닌 별도의 헌법재판소를 두게 되었다는 이 제도의 근원을 보면 헌법재판의 본래적 기능이 규범통제권을 행사하는데 있다는 것을 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 그 후 이를 기초로 규범통제권으로서 완전한 헌법재판기능을 확립하기 위하여 미국식 사법적 위헌심사의 방식인 구체적 규범통제와 전통적인 소청제도를 헌법재판으로 확대 발전시킨 헌법소원제도를 도입함으로써 오늘날의 헌법재판제도를 확립하게 되었고 작금에 와서는 많은 나라가 이러한 제도를 채택하고 있는 것이다. 헌법재판의 근원과 함께 규범통제의 방식을 검토한다면 추상적 규범통제를 기본으로 하는 본래의 헌법재판제도에 헌법

수호와 기본권 보장의 중요성을 새로이 인식하면서 헌법소원제도가 기본적인 헌법재판으로 정착하게 되었고 이어서 구체적 규범통제가 도입되어 오늘날의 헌법재판제도로 발전되었다는 것을 이해할 수 있을 것이다.

헌법소원 방식에 의한 추상적 규범통제절차가 없는 헌법재판 제도는 완전한 위헌심판제도라고 할 수 없다고 하는 오늘날의 세계적인 평가도 여기에 기인하는 것이다.

다만 여기서 추상적 규범통제의 제소권자를 누구로 할 것인가 하는 것은 헌법과 헌법재판소법의 제정과정에서 결정하여야 할 입법정책상의 문제이다. 그 유형으로는 독일과 같이 정부와 정치적 소수자의 보호를 위하여 3분의1 이상의 국회의원에게 제청권을 헌법에서 보장하여 인정하는 방법, 오스트리아 헌법처럼 연방이나 주정부에게만 제소할 수 있게 하고 정치적 소수자에게는 이러한 제소권을 인정하지 않는 방법 및 우리 나라와 같이 정부나 일정수의 국회의원 등에게는 추상적 규범통제의 제소권은 인정하지 않고 국민의 기본권을 침해한 경우에 한정하여 헌법소원 심판청구로서 위헌법률에 대한 규범통제를 제소하게 하는 방법 등이 있으나 어떠한 방법을 택하느냐 하는 문제는 그 나라의 헌법과 헌법재판소법의 제정과정에서 결정될 것이다.

그런데 위와 같이 제소권자의 범위를 제한하는 것은 규범통제의 제소권을 무제한 허용하거나 광범위하게 인정한다면 오히려 입법권을 침해하고 법적 안정성을 해치는 결과를 초래할 위험성이 있을 뿐 아니라 권력분립원칙과 법치주의 실현에 많은 문제가 일어날 수 있기 때문에 입법정책적 차원에서 한정하고 있는데 불과하다고 보아야 할 것이다. 더구나 추상적 규범을 헌법소원의 형식으로 위헌심판을 청구하게 하는 경우에는 민중소송이나 제청의 남용으로 국법질서를 혼란하게 할 우려가 있으므로

기본적으로 몇 가지의 법정요건을 갖출 것을 요구하고 있다(다음의

(4)항과 (6)항에서의 소원제정요건 및 보증성 참조).

(다) 헌법소원의 대상이 되는 법률

헌법소원의 대상이 되는 법률에는 입법권의 행사로 제정된 형식적 의미의 법률이 포함되는 것은 당연하다. 그러나 모든 법률이 무조건 소원의 대상이 되는 것이 아니고 그 법률로 인하여 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 경우에 한한다는 법정요건을 갖추어야 한다는 것이 우리 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정이다.

그러면 헌법소원의 대상이 되는 법률은 어떠한 종류의 법률이며 어떠한 경우에 그 요건을 갖추는 것인가에 대하여 살펴보기로 한다.

i) 처분적 법률

첫째, 처분적 법률이 소원의 대상이 되는 것은 이론이 없다. 처분적 법률이란 법률의 방식이나 그 내용이 행정처분의 개념에 유사한 처분적 성질을 가진 법률을 말한다. 그것은 법률의 내용이 구체적인 권력적 작용이나 시행을 기다릴 것 없이 개인의 기본권에 대하여 직접 일정한 규제효과를 발생하게 되는 경우이다. 이 때에는 그 법률에 의하여 직접 국민의 기본권이 침해당할 수 있고 그 권리의 침해를 받은 자가 그 법률의 무효를 주장하는 행정소송을 일반 법원에 제소할 수 없기 때문에 직접 헌법재판소에 그 법률규범의 통제를 청구하는 헌법소원심판을 제청할 수 있다는 것이다.

처분적 법률의 대표적인 예로서 외국환관리법과 환경보전법을 들 수 있다. 외국환관리법에서 외환지급 및 영수의 금지를 규정

하고 있는데 그 법률의 규정에 의하여 일정한 작위 또는 부작위 그리고 수인 등의 의무가 지워지고 그에 위반하면 사법에 의하여 직접 법률행위의 효력을 부정하고 나아가 동법의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 징역 또는 벌금에 처한다고 하여 형벌의 대상이 되게 하는 경우가 그것이다. 그리고 자연 및 생활환경을 적정하게 관리보전하기 위하여 환경보전법에 의하여 일정한 행정처분을 거치지 않고 직접 국민의 권리와 자유를 제한하고 의무를 부과하는 규제효과를 가져오는 법규정을 두어 그 목적을 이룩하도록 하고 나아가 벌칙을 둬으로써 권리의 제한을 가져오는 경우이다. 구체적으로 보면 환경보전법 제16조와 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조 등이 이에 속한다고 볼 수 있다.

ii) 일반 법률

둘째, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람은 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 하고 있으며 이러한 공권력에는 입법권도 당연히 포함된다 할 것이고 따라서 모든 법률에 대하여 헌법소원심판의 청구도 가능하다고 본다.

그러나 직접 법률에 대한 헌법소원심판을 청구하려면 첫째 청구인 스스로가 당해 법률 또는 법률조항에 의하여 자기 기본권이 침해당하는 자기 관련성이 있어야 하고, 둘째 당해 법률 또는 법률조항에 의하여 별도의 구체적인 집행행위나 처분의 매개 없이 직접 헌법상 보장된 기본권을 현재 침해당하고 있는 경우이어야 한다.(당소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호, 1989. 7. 21. 선고 89헌마12호, 1991. 3. 11. 선고 91헌마21호, 1991. 6. 3.

선고 90헌마56호 각 결정 참조).

그러므로 헌법소원심판청구의 적격인 자기성, 직접성, 현재성을 갖추면 국민이 추상적 규범인 법률에 대하여 규범통제를 헌

법재판소에 직접 청구할 수 있게 된다. 이와 같이 처분적 법률이 아닌 일반 법률이라도 직접 당해 법률에 의하여 권리침해를 당하였을 때에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하여 이를 받아들이고 있는 것이 우리 헌법재판소의 판례이다.

그러므로 그 법률 자체에 의하여 헌법상 보장된 국민의 기본권이 침해되는 결과를 가져오는 법률이면 처분적 법률이 아니더라도 할 수 있고 나아가 입법부작위에 대하여도 모두 헌법소원심판의 대상이 된다는 것이다. 이를 이해하기 위하여 일반 법률에 대한 위헌성판단에 대하여 우리 판례를 몇 개 살펴보면 다음과 같다.

교전 중 적의 포탄에 맞아 부상한 자는 손해배상을 청구할 수 없다는 국가배상법 제2조 제6항은 이 법에 의하여 국민의 기본권을 침해받고 있는 자라고 볼 수 없다고 하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다(당소 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호 결정문 참조). 그러나 개인의 기본권을 직접 제한하는 형사적 법률이나 규제적 법률 중 헌법상의 죄형법정주의에 위반되는 불명확한 내용의 규정은 헌법에 위반된다(당소 1991. 6. 3. 선고, 91헌가4호 결정문 참조). 국민에게 부담을 주는 조세입법에 관한 법률은 헌법상의 이대원칙인 조세법정주의와의 관계에서 헌법위반여부를 거론하는 것이라면 모두 헌법소원의 대상이 된다(당소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38호 상속세법 제32조의2 위헌사건에서 상속세법상의 증여의제규정을 위헌심판의 대상으로 인정하고 한정 합헌을 선고한 바 있다).

iii) 경제관계법률

셋째, 경제질서나 공공복리에 관계되는 법률도 헌법소원심판의 대상이 된다고 할 것이다. 현대국가는 국가의 안보와 사회질서유지라는 소극적 관여에서 더 나아가 경제적 고도성장과 복지사회의 건설을 위한 다양한 정책이 입안추진되고 이로 인한 각계각층의 이해조정과 그에 따른 사회적 경제적 발전을 적극적으로

수행하지 않을 수 없다. 이에 따라 전통적인 사적 자치와 개인의 경제활동의 자유를 제한하는 입법이 많이 양산되고 그러한 현상으로 인하여 규제자로서의 국가기능이 증대되면서 고전적인 기본권이 제한되는 법률이 많이 제정되고 있다. 이러한 결과로 헌법상 규정된 기본권의 제한과 내용변화로 인한 충돌이 불가피하게 일어나게 되어 있으므로 이들이 헌법소원의 대상이 될 수 밖에 없고 이에 따르는 새로운 헌법적 평가와 심판이 필요하게 된 것이다. 그러나 경제관계 및 사회복지관계입법은 인권적 자유를 규제하는 입법과는 다른 기준에 의하여 가급적 위헌선언을 하지 않는 이중기준의 원칙에 의하여 헌법재판을 하는 것이 세계적인 경향이라는 것을 유의하여야 한다. 즉 경제관계입법 등은 전문적이고 합리적인 경험과 정책의 필요성에 기초하여 만들어지는 것이기 때문에 헌법상 자의적이고 명백하게 적법절차의 위배가 없는 한 그 법률은 합헌성이 추정된다고 보아야 한다. 그러므로 헌법상의 자유에 관한 기본권을 규제하는 법률에 대하여는 합헌성의 추정을 엄격하게 적용하고 그 범위를 좁게 보아야 하나 경제관계법률 등은 그와는 달리 유연하게 운영할 수 있도록 넓게 받아들여야 한다. 그리고 헌법재판에 있어서 법률적 내용을 변경하는 입법형성적 통제권한을 행사하는 결정은 권력분립주의 원칙과 현실적인 정책적 사항을 깊이 고려하여야 하는 것이므로 경제적 자유를 규제하는 입법은 인권적 자유를 규제하는 입법과는 달리 이중기준의 원칙에 의하여 본안적격성을 심사하고 판단하여 위헌성을 제거하여야 한다는 것이다. 그러나 우리 헌법재판소의 다수의견은 아직 이중기준의 원칙을 받아들이지 않고 있다.^{(당소}

1990. 6. 25. 선고 89헌가98호 병합 금융기관의 인체대출금에 관한 특별조치법 제7조의 3에 대한 위헌심판사건에서 전형적인 경제관계법률에 대하여 위헌으로 선고한 바 있다. 이 사건의 한병재 만대의견에서 이중기준의 원칙을 주장하고 있다. 당소 1989. 5.

24. 선고 89헌가37, 96호 병합, 동법에 관한 위헌심판사건 등 참조).

2. 재판에 전제되지 않는 명령·규칙·처분

헌법 제107조 제1항 및 제111조 제1항 제1호와 제6호에서 법률의 위헌여부심판권을 헌법재판소에 관장하도록 규정하고 있다는 것을 볼 때 헌법소원의 대상이 되는 법규에는 형식적인 의미에 있어서의 법률은 물론 실질적 법규인 명령·규칙 등의 법규 명령과 일반 국제법규 및 국가간의 조약 등이 당연히 포함된다 고 볼 수 있다.

통일적인 헌법해석과 헌법적 규범통제를 목적으로 하는 헌법 재판제도하에서는 입법부가 제정한 법률에 대하여 규범통제를 할 수 있는 헌법재판소는 그 법률의 하위법규인 명령·규칙·처분의 위헌여부에 대한 심사권을 관장하는 것은 당연한 것이다.

다만 절차상으로 다른 법률의 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후에 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 보충성의 원칙에 의하여 명령·규칙·처분이 행정소송의 대상이 되는 경우에는 먼저 일반 법원에 의한 행정재판을 거친 후에 하여야 한다. 그런데 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해당 하였을 때에는 그 법규의 내용이나 그 효력의 위헌성여부를 가지고 직접 다투는 소송물은 행정쟁송의 대상에서 제외시켜 온 것이 대법원의 일관된 관례이다. 따라서 기본권침해에 대하여 일반 법원에 권리구제를 구할 수 있는 절차가 없는 경우에 해당되므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다. 그리고 구제절차를 거치지 아니한 것이 헌법소원심판청구인에게 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없거나, 규제절차를 경유하더라도 그 권리가 구제될 가능성이 거의 없는 것이 명백한 때에는 보충

성의 예외로서 바로 헌법소원심판청구를 할 수 있다(당소 1989. 9. 4. 선고

88헌마22호 결정).

법규명령에 대하여 직접 권리침해를 당한 경우에는 법률의 경우와 같이 대부분 일반 법원에 의한 다른 구제절차가 없거나 기대할 수 없는 보충성 원칙의 예외사유에 해당하는 것이 많으므로 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재법 제68조 제1

항, 당소 1990. 10. 15. 선고 89헌마178호 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원을 심판한 정당성의 근거가 되는 판례이론 참고).

그런데 실질적 법률이라고 할 수 있는 긴급재정·경제명령이나 기타 법규명령과 규칙 등이 헌법재판의 대상이 될 수 있는 것인가 하는 문제가 헌법 제107조 제2항 말미의 대법원은 최종적 심사권을 가진다는 규정 때문에 논란된 바 있다. 따라서 이를 다시 살펴보기로 한다.

(가) 법규명령에 대한 위헌심사권

행정입법인 법규명령이나 법칙으로 인하여 기본권을 침해당하는 다른 법률에 구제절차가 없는 경우에 직접 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있는 것은 헌법소원제도가 있는 나라에서는 당연한 것이다. 특히 대통령령과 같은 법규명령의 내용이나 효력에 대하여 위헌성을 다투면서 그 법규의 무효나 실효를 주장하고 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 없다는 것이 우리 사법부의 전통적 입장이기 때문에 위헌적인 대통령의 긴급명령이나 행정입법으로 권리의 침해를 당한 피해자는 직접 헌법소원심판을 청구할 수밖에 없다(대법원 1967. 6. 27. 선고 67누44호 판결이 법규명령의 효력을 다투는 것

은 행정소송의 대상이 될 수 없다는 논지이다).

그런데 헌법소원은 헌법이 정한 권한배분의 범위 내에서 허용되는 것이라는 형식논리를 가지고 이를 부정하는 일부 견해가 있다. 현행헌법 제107조 제1항은 『법률이 헌법에 위반되는 여부

가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다』고 하였는데 동조 제2항은 『명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다』라고 되어 있다. 그래서 우리 헌법은 위헌심사권을 둘로 나누어 법률은 헌법재판소가, 명령·규칙·처분은 대법원이 하도록 이원제적 위헌심사제도를 채택한 것이다 라고 주장한다. 이 주장은 헌법 제107조 제2항의 『대법원이 최종적으로 심사할 권한을 가진다』는 법문만을 앞세워 명령·규칙 또는 처분의 위헌 여부에 대한 최종심판권은 대법원에 있다고 강변하면서 법원이 명령·규칙·처분의 합헌성이나 합법성 여부를 심사하는 실질적 심사권과 형식적 심사권을 모두 가지고 있으며 헌법재판소는 법률을 제외한 명령·규칙·처분에 대하여서는 위헌성의 여부에 대한 심판권이 없다고 주장하나. 그러나 헌법 제107조 제2항이 『재판의 전제가 된 경우에』라고 명시하고 있듯이 동 조문의 문구를 형식논리에 의하여 보더라도 명백하게 법원의 법령심사권은 재판의 전제가 될 때에만 가능하다는 것을 알 수 있을 것이다. 『재판의 전제』라는 것은 구체적 쟁송사건에서 명령과 규칙을 당해 법원이 당해 사건의 재판에 적용할 때에 그 필요한 범위내에서 심사권을 갖는 것을 뜻하는 것이라고 보아야한다. 따라서 비록 명령·규칙·처분 그 자체가 분명히 헌법과 법률에 위배되는 것이라 할지라도 재판의 전제가 되지 않을 때에는 독자적으로 규범통제를 할 수 없는 것이다. 법원은 그 구체적 쟁송사건에 적용하는 법규로서의 합헌성을 판단하는 것은 모르되 자기재판의 전제가 되지 아니하는데 독자적으로 그 법규의 위헌여부만을 다투는 심판청구를 제소하는 사건을 심리판단하여 그 규범을 실효시키는 위헌판결을 할 수는 없는 것이다.

그러므로 법원의 법령심사권은 재판의 전제가 된 경우에 한하여 구체적 사건에 적용하는 범위내에서만 규범통제의 방법으로 심사할 수 있는 권한을 의미하기 때문에 법령 자체의 위법성을 다투는 소송을 일반 법원에 제소할 수 없고 따라서 법원은 이를 소송물로 하여 그 규범의 위헌성여부를 기본문제로 하여 집중적으로 심사할 수 없고 이러한 심사권은 독립된 특별절차의 규정이 있는 헌법재판소에서만 할 수 있는 것이다. 더구나 현대국가는 다양한 산업구조와 사회적 변화로 인하여 행정입법이 양적으로 증가하고 질적으로는 법규적 중요성을 가지게 되고 이에 따라 국민의 생활관계에 미치는 영향이 날로 확대되어 가고 있다. 따라서 법규명령도 법률에 못지 않게 헌법상 보장된 기본권과 깊은 연관관계를 맺게 되고 이 때문에 국민의 권익이 부당하게 침해당하지 않도록 적정한 한계와 통제를 하여야 할 필요성이 강하게 요청되고 있다. 여기에서 법규명령에 대한 헌법소원심판이 헌법재판의 중요한 기능으로 작용하게 된 것이다.

행정기관 등에 의한 위임입법권으로 나타나는 명령·규칙·처분은 공권력의 확대와 더불어 위임입법의 폭이 넓어져 법규로서의 중요한 기능을 차지하게 되었고 이로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에 종래 법률에 의한 구제절차로서는 불가능한 점이 많아짐에 따라 새로운 헌법소원제도를 두어 권리구제를 받을 수 있도록 한 것이다. 행정소송으로서 구제할 수 없는 법규명령의 집중적인 합헌성 심사와 같은 규범성의 통제는 헌법소원심판청구와 같은 특별절차를 두고 있는 특별기관인 헌법재판소에서 할 수밖에 없는 현실성 때문에 헌법재판소에서 관장하는 중요한 심판사항으로 헌법소원심판을 헌법사항으로 두게 된 이유도 여기에 있는 것이다.(헌법 제111조 제1항 제6호).

(나) 행정명령에 대한 위헌심사권

헌법재판소의 위헌심사의 대상으로서 법규명령이 아닌 일반 행정명령이 포함되는가 하는 데에는 여러 가지의 문제가 있다.

행정입법에 의하여 권리가 직접 침해되었을 때 당해 행정입법이 행정처분으로서 그 성질을 인정할 수 있을 때에는 행정소송의 대상이 될 수 있을 것이다. 그리고 행정명령이나 행정부의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사나 불행사 등으로 인하여 국민의 권리 또는 이익의 침해를 당하였을 때는 이를 구제하는 절차로서 행정소송제도가 있다.

행정처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다(행소법 제1조 제2조 제1호). 그러므로 행정처분적인 행정명령은 일차적으로 행정소송에 의한 구제절차를 거친 후에 헌법소원심판을 청구하여야 할 것이다.

그런데 우리 나라의 헌법재판소법은 법원의 재판에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 규정하였다(헌재법 제68조 제1항). 행정소송의 대상이 되는 행정처분이나 명령은 일반적으로 법원의 행정재판이 허용되게 되어 있으므로 이 때에는 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되지 않아 결과적으로 헌법재판소의 위헌심사는 허용되지 않는다고 주장할 수 있을 것이다. 그러나 제도상이나 성질상 행정소송의 대상이 되지 않는 행정명령이나 처분이 있을 수 있고 실제에 있어서도 학자들의 이론과는 달리 실무에서는 행정소송의 제소요건을 엄격하게 해석하여 행정소송을 허용하지 않는 행정입법 뿐만 아니라 행정명령이 많이 있다. 이 때에 그 행정명령으로 인한 기본권의 침해문제가 제기될 수 있고 이 경우에는 행정소송의 대상도 되지 아니하고 또한 다른 법률에 구제절차가 없기 때문에 헌법소원의 대상이 될 수 있는 여지가 있

다. 다른 법률에 의하여 더 이상 권리구제를 받을 수 없을 때에 최후의 수단으로 헌법소원의 방법을 택하도록 한 것이 이 제도이기 때문에 헌법소원의 대상이 되는 행정입법은 규범명령 뿐만 아니라 때로는 행정명령도 포함되는 경우가 있다고 보아야 한다.

종래 학계의 다수의견과 법원의 판례는 행정명령은 법규의 성질을 가지지 아니한 행정기관내부의 일반적 명령을 말하는 행정규칙이며 행정내부사항을 정하는데 그치고 일반 국민의 기본권에 관하여 정하는 것이 아니므로 대외적 구속력을 가지지 아니하며 나아가 위헌의 문제는 생기지 않는다고 보았다.

그러나 작금에 와서 현대국가는 국민의 생존권적 기본권을 보장하고 이를 확대하기 위한 행정작용의 광범위한 역할과 기능이 증대함에 따라 행정명령이 일반 국민의 기본권에 관계되는 사항을 정하는 법규적 성질이 종래보다 많이 나타나고 있으며 그에 따라 법규성 있는 행정명령에 대한 통제의 필요성이 강하게 요청되고 있다. 그로 인하여 행정의 자기구속성과 신뢰보호의 원칙이 존중되어야 한다는 새로운 공법학계의 주장과 이론이 전개되고 이와 함께 행정명령의 법규성에 대하여도 종래와 같이 단순히 부정할 수 없다는 견해가 많이 대두되고 있다. 이것은 행정명령의 남용 또는 월권적 행사로 인하여 국민의 기본권을 침해하고 있는 사례가 점차 많아지고 있다는 것을 말하며 나아가 행정명령의 법규성에 대하여도 위헌심사권에 의한 통제를 인정하지 아니할 수 없다는 것을 뜻한다 할 것이다. 행정명령이라 할지라도 그 처분의 적법성을 다투는 것이 아니고 그 법규의 합법성에 의한 효력의 유무효를 다투는 것이라면 행정소송으로서 구제될 수 없기 때문에 헌법소원심판청구로서 권리구제를 받을 수밖에 없다 할 것이다. 영미법에서는 행정입법을 우리의 법규명령에 해당하는 법규적 규칙(Legislative rule)과 행정명령에 해당하는

해석적 규칙(interpretative rule)으로 나누어 다루고 있는데 어느 경우이나 동일하게 법규적 구속력을 인정하고 헌법과 법률에 어긋난다고 판단되는 경우에는 사법적 위헌심사로서 위헌무효를 선고하는 헌법적 재판을 하고 있다는 것을 유의할 필요가 있다

(Davis, Administrative Law Treaties, Vol. III(1979).

최근의 공법학계에서 행정명령이 법규적 성질을 가진 행정입법체의 하나로 보는 주장이 많이 대두하고 있고 그 행정명령의 내용의 하자, 수권범위의 일탈, 상위법에의 저촉, 그 성립 및 공포절차의 남용 그리고 형식적 적법절차 뿐만 아니라 실체적 적법절차의 위반으로 그 명령 또는 규칙 자체가 국민의 권리와 자유를 직접 제한하거나 침해하는 경우에는 행정소송의 대상이 되어야 한다고 주장하고 있다. 그러나 우리 나라 대법원의 판례를 종합하여 보면 행정처분성을 인정할 수 없는 행정명령은 행정쟁송 대상에서 제외시키고 있으며 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 소제기절차는 아직도 존재하지 아니한다고 볼 수 있다. 그렇다면 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그에 대한 행정소송 등 다른 법률에 구제절차가 없는 경우에는 헌법소원심판청구로 이를 구제할 수밖에 없다 할 것이다. 이러한 경우 헌법상의 법치주의를 확보하고 국민의 기본권보장을 위하여 헌법재판소에서 위헌심판을 하여야 하는 것은 불가피하다 할 것이다(당소 1989. 3. 17. 88헌마1호 결정문, 1990. 6.

25. 선고, 89헌마220호 결정문).

끝으로 일반적인 행정명령 또는 행정처분과 구별되는 행정업무의 지침, 시달, 통찰, 지시 등은 원칙적으로 대외적인 법적 효력이 없으므로 헌법소원의 대상이 되지 않지만 이것도 예외적으로 헌법상 보장된 국민의 권리와 자유를 제한하고 의무부담을 과하는 내용의 위헌적 행위가 수반되면 이 때에는 위헌성을 제

거하기 위한 방법으로 헌법소원의 대상이 될 수 있는 경우도 있다. 다만 행정관청의 단순한 질의에 대한 회시는 대외적 구속력이 없는 의사표시에 불과하므로 헌법소원심판의 대상이 되지 않는 것이 우리 헌법재판소의 판례이다.(당소 1989. 7. 28. 선고, 89헌마1호 결정문 참조).

(다) 조례 및 교육규칙에 대한 위헌심사권

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있는 자치입법권을 헌법이 보장하고 있다.(헌법 제117조 제1항). 자치입법권에는 지방의회의 의결로서 제정하는 조례와 자치단체의 집행기관이 제정하는 규칙이 있다. 후자는 규칙에는 현행법상 일반사무에 관한 일반 규칙과 교육, 체육, 과학에 관한 교육법상의 교육규칙이 있다. 조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 의하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 그 규범의 위헌성에 대하여 당연히 헌법소원심판의 대상이 된다. 조례는 법규적인 성질을 가지는 것이 보통이나 행정규칙적인 성질의 것도 있을 수 있다. 그러나 그 본질은 그 지방자치단체의 주민 전체에 효력이 미치는 일반적이고 추상적인 법규범이라는 것이 통설이고 판례이다. 조례로서 규정할 수 있는 사항은 법령의 범위 안에서 지방자치단체의 권한에 속하는 사무이나 조례 자체가 법령에 위배되어서는 아니 되며 주민의 권리의무에 관한 사항이나 벌칙을 규정할 때에는 별도의 법률의 위임이 있어야 한다.(지방자치법 제5조 제19조, 제20조).

지방의회가 구성되어 있지 아니하였을 때에는 지방자치에 관한 임시조치법에 의하여 조례의 제정을 지방의회의 의결에 갈음하여 서울특별시는 국무총리의, 직할시와 도는 내무부장관의, 시·군은 도지사의 승인을 얻어 제정하였다.(지자법에 관한 임시조치법 제10조).

지방자치단체의 장은 조례로서 지방세의 세목, 과세객체, 과세

표준, 세를 정하고 부과, 징수에 관하여 필요한 사항을 정한다

(지자법 제126조 지방세법 제3조 제4조).

이와 같이 조례는 주민의 권리와 의무, 그리고 세부담을 지우는 법률적 규범이므로 이로 인하여 기본권을 침해하고 부당한 의무를 부담시키는 경우도 있을 수 있다. 이 때 다른 법률에 구체절차가 없는 경우에는 직접 그 권리구제의 수단으로서 조례 자체로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원을 제기할 수 있다.

지방자치단체의 장은 지방자치법 제16조에 의하여, 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다. 교육·학예에 관한 사무의 집행기관이며 그에 관하여 당해 지방자치단체를 대표하는 교육장은 교육법 제48조에 의하여 독자적으로 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다(교육법 제38조). 전자를 일반규칙, 후자를 교육규칙이라고 한다. 이러한 규칙은 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 법규적인 것인데 그 중에는 성질상 행정명령적인 것도 있다.

규칙은 조례와 같이 별칙은 정할 수 없지만 법령 및 조례에 위반되지 아니하는 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여서는 법규적 내용을 제정할 수 있으므로 그 규정 자체의 위헌 무효를 주장하는 것을 소송물로 하는 소제기는 허용되지 않아 행정소송의 대상이 되지 아니한다. 따라서 그 규칙으로 인하여 기본권의 침해를 받은 자는 권리구제를 위하여 그 규칙의 위헌 여부를 다투는 헌법소원심판청구를 할 수밖에 없다고 할 것이다.

헌법소원심판대상으로서의 공권력이란 입법, 사법, 행정상의 모든 공권력을 말하는 것이므로 법률뿐만 아니라 행정부에서 제정하는 대통령령과 부령 등의 시행령이나 법령의 위임에 의하여

제정되는 각종의 시행규칙 등이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 그 규칙의 규정에 의하여 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 헌법재판소의 판례이다(당소 1990. 10. 15. 선고 89헌마178호 사건 (3)(가)말미 참조).

(라) 대통령의 긴급명령과 긴급재정·경제명령

헌법 제76조 제1항과 제2항에 의한 대통령의 긴급명령과 긴급재정 또는 경제명령이나 처분은 국회에서 제정한 법률과 동일한 효력을 가진 법규적 명령이기 때문에 위헌법률심판의 대상이 된다. 그것은 그 명령이나 처분을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 받아야 하고 승인을 얻지 못한 때에는 그 효력을 상실한다는 동조 제3항과 제4항의 규정에 의하여 명백하다고 할 것이다.

그런데 제4, 5공화국하에서의 긴급조치나 비상조치는 법률이 아닌 통치행위라고 하여 사법심사의 대상에서 제외시켜 왔지만 이것은 일반 사법부의 재판에서 통치행위는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다는 종전의 통설적인 주장과 대법원 판례에서 나온 것에 불과한 것이지 결코 공권력과 규범의 통제를 기본으로 하는 헌법재판제도하에서는 그러한 이론과 판례가 그대로 적용될 수는 없다고 보아야 한다. 즉 통치행위도 헌법재판의 대상이 되는 것이므로 종래의 이론을 가지고 헌법재판의 대상에서 제외된다고 주장하는 것은 성립되지 아니한다 할 것이다.

다만 대통령의 긴급명령이나 재정·경제명령은 국가안위의 긴급한 상황에서 이루어지는 대통령의 초입법적 권한이라는 특수한 법령이라는 것을 유의하지 아니하면 안된다. 이러한 명령들은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 또는 내우, 외환, 천재, 지변 기타 재정, 경제상의

위기에 있어서 국가의 안전보장이나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고, 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있는 긴급한 상황에서 이루어지는 것이다. 그러므로 이러한 명령들은 극히 동적이고 정치적인 비합리적 요소에 의거하여 비상시에 발동되는 것이므로 정적이고 보수적인 특성을 가진 일반 법률과는 본질적으로 그 내용과 성립과정에서 상충되는 모순적 요소를 지니고있는 것이다. 따라서 서로 상반되는 견해와 내적 충돌이 있을 수 있는 모순적인 내용을 가지고 강력한 법률적 효력을 발동하여야 하는 현실적 상황에서 이루어진다는 점에서 그 명령발동의 정치적 상황과 긴급성을 종합적으로 깊이 고려하여 실질적인 타당성의 유무를 가지고 그 규범의 합헌성을 판단하지 아니하면 안된다.

헌법규범이 요구하는 일반적인 적법절차나 법치질서가 존재하지 아니하는 긴급한 상황에서 그러한 명령을 할 수밖에 없었다는 상황과 국가의 안보나 공공질서를 유지하기 위하여 긴급조치를 하지 아니하면 안되는 국익적 긴급성을 최종판단에서 배제하여서는 안된다. 본래 법규범은 정치권력과 밀접한 관련이 있는 정치적인 것이기 때문에 정치적인 긴급한 상황을 무시하고는 헌법적 재판에 정당한 결론이 불가능하다 것을 인식해야 한다. 이러한 면에서 긴급명령과 긴급처분은 위헌여부의 심사판단에서 새로운 다른 한계가 있다고 볼 수 있으나 이러한 것들이 헌법재판의 대상에서 제외되는 사유가 될 수 없다는 것이 독일의 통설적 견해이다.

3. 헌법소원에 의한 규범통제의 절차와 효력

(가) 법률에 대한 헌법소원의 적법성

법률에 대한 헌법소원을 어느 범위까지 허용하느냐 하는 적법성에 대하여 살펴보아야 할 것이다.

우리 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 규정된 공권력 가운데에는 입법권에 의하여 기본권을 침해당한 경우도 당연히 포함된다 할 것이므로 법률에 대하여 헌법소원이 가능한 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 모든 법률이 다 헌법소원의 대상이 된다고 하면 국민의 대표기관인 국회입법권의 행사인 입법행위의 자유를 침해하거나 권력분립주의의 원리를 왜곡할 위험성이 있다. 그러므로 입법행위에 대한 헌법소원청구는 원칙적으로 인정될 수 없고 다만 국회의 입법권의 행사로 제정된 법률이 헌법상 보장된 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 경우가 생긴다면 그 법률의 위헌성을 제거하는 데에 한해서만 한정적으로 헌법소원 심판을 청구하는 것이 가능하다고 하여야 할 것이다.

국회에서 제정한 법률이 별도의 구체적인 집행행위나 위임행위를 기다리지 아니하고 법령의 규범 자체만으로도 현재 직접적으로 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 별도의 다른 구제절차가 없으므로 보충성의 예외적인 경우에 해당하며 이 때에 한정하여 허용한다는 원칙하에 법률에 대한 헌법소원을 인용할 수 있도록 하였다(당소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호 사법서사법 시행규칙에 대한 헌법소원과

1990. 10. 8. 선고 89헌마89 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법소원사건의 결정).

자유민주주의를 기본으로 하는 입법민주국가의 헌법은 국민의 기본권을 헌법상의 최고가치로 인정하고 이를 보장하기 위하여 모든 국가권력을 구속한다는 법치주의의 원리에 기초하고 있으므로 입법기관이라 할지라도 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 내용의 법률을 제정할 수 없고 그에 반하는 입법은 헌법에 위반되는 것으로 허용될 수 없다는 것이다.

권리장전에 입각한 현대적 입헌민주국가헌법의 원리가 최근에 와서는 사회민주주의 국가에까지 확산되어 공권력의 남용과 입법부의 위헌적 법률제정을 통제하고 그 구제방법으로서 헌법소원제도와 구체적 규범통제인 위헌법률심판제도를 도입함으로써 국민의 기본권을 존중하고 보장하기 위한 헌법재판제도를 채택하는 헌법을 제정하고 있는 것이 오늘날의 세계적 추세이다. 모든 법률에 대하여 모든 국민에게 위헌심판청구를 하는 민중소송까지 광범위하게 허용하지는 않지만 법령 자체에 의하여 자기의 기본권에 대한 직접적인 침해가 있을 때에는 그 법률의 위헌성 여부를 헌법소원에 의한 방법으로 심판청구를 할 수 있게 하는 기본권보장제도가 작금에 와서는 세계의 보편적인 현상으로 확산되어 가고 있다.

이러한 헌법소원에 의한 위헌법률심판청구는 일반 법원을 거치지 아니하고 바로 헌법재판소에 할 수 있는 것이 특징이다. 다시 말하면 구체적 규범통제와 같이 위헌법률에 의하여 직접 자기의 기본권을 침해받은 자가 먼저 일반 법원에 소송을 제기하고 그 다음 소송사건이 계속된 일반 법원에 그 사건의 당사자가 위헌제청신청을 하고 그에 따라 그 법원이 위헌법률심판을 청구하는 단계를 거치지 않고, 기본권 침해를 받은 당사자가 직접 헌법재판소에 바로 헌법소원을 내어 위헌여부의 심판을 청구하여 권리구제를 받는 길이 열려 있는 것이다. 이 경우에는 헌법소원에 의한 법률의 위헌심판청구는 기본권이 침해되고 현재 침해상태가 계속되고 있는 때에 한하는 것이므로 국회에서 이미 제정 공포되어 현재 시행되고 있는 법률에 대해서 하는 것이 원칙이다. 따라서 헌법재판소가 헌법소원에 의하여 법률에 대한 위헌여부를 심사하는 것은 사후통제를 본질로 하는 것이지 프랑스에서와 같은 예방적 사전 규범통제를 원칙으로 하는 것은 아니다.

그리고 헌법소원에 의하여 추상적 법률규범을 심판하는 경우에는 그 법률의 형식적인 적법절차 뿐만 아니라 실질적인 법규의 효력을 다투는 내용의 면까지 모두 심사할 수 있는 것이다. 심판청구권자가 기본권 침해를 이유로 위헌이라고 지적한 조문이나 조항의 심사에만 국한하는 것이 아니고 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 해당 법률의 전부를 총괄적으로 심사하여 위헌여부를 결정하여야 한다.

그러므로 헌법재판소는 심판청구권자의 심판청구내용에 따라 그에 기인하는 추상적 규범 자체를 심사하는 것이고 그 결과 위헌성이 연관되는 모든 규정에 대하여 헌법에 위반되는지의 여부를 결정하여야 한다. 나아가 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 그 공권력을 발동하는데 근거가 되는 당해 법률 또는 법률조항의 규정에 대하여까지 위헌임을 선고할 수 있다.(헌재법 제75조 제5항 참조).

(나) 헌법소원심판의 효력

헌법소원은 인용결정에서 위헌으로 선언된 법률은 결정된 그 날부터 장래에 향하여 법률로서의 효력은 상실되고 그 심판의 효력은 모든 국가기관과 모든 지방자치단체를 기속하기 때문에 그 법률을 적용 또는 집행하지 못한다.(헌재법 제76조 제1항 제5항 제45조 및 제47조).

헌법소원심판에서 위헌법률로 인용결정한 판결의 효력은 단지 확정력(Rechtskraft)뿐만 아니라 법률존폐의 효력(Gesetzeskraft)을 가지며 그에 따른 기속력이 생긴다. 그러므로 법률규범에 대한 위헌선언은 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항의 효력을 그 결정이 있는 날로부터 법률로서의 효력을 상실시키는 것이므로 일반 법률의 제정공포 때나 폐지 때와 같이 그 결정의 내용을 관보에 공고하여야 한다. 그 법규의 폐지의 효과는 판결선언

시에 즉시에 발생하는 것이고 관보에 공고하는 것은 대외적으로 공시하는 절차에 불과하다.

그 위헌심판의 효력은 장래효를 원칙으로 하지만 인신구속에 관계되는 형벌에 관해서만 예외적으로 소급효를 인정하고 있다. 따라서 위헌결정의 효력은 원칙적으로 장래에 향해서만 발생하기 때문에 위헌선언된 법률규범을 근거로 하여 이미 법률관계가 형성되고 이미 집행되었거나 확정된 법률관계와 기타 모든 법률행위의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다. 그러므로 위헌선고전에 확정된 판결의 효력에는 아무런 영향이 없다. 다만 그 판결이 아직 집행되지 아니하였을 때에는 그를 근거로 한 집행은 허용되지 아니한다. 따라서 판결선고 이전에 그 법적 요건이 충족된 사건의 경우에는 종래의 법률이 계속 적용되게 되지만 당해 위헌심사의 전제가 된 당해 소송사건에는 헌법재판소의 심판에 의하여 재판하게 되어 있기 때문에 위헌선언된 법률을 적용할 수 없고 위헌결정에 의하여 권리구제를 받게 된다.(헌법 제107조 제1

항 후단 참조).

형벌에 관한 형사관계법률은 소급하여 그 효력을 상실하는 것이지만 이 경우에도 이미 확정된 형사판결 등은 영향을 받지 아니하므로 위헌선언된 법률에 근거한 판결을 제거할 수 있는 새로운 재심의 소송절차가 필요하다.

형사재판의 확정으로 인하여 침해된 기본권을 회복하고 보장하기 위하여서는 그 위헌결정에 기한 소급무효의 효력을 근거하여 형사소송법상의 규정에 따르는 재심청구를 허용하고 있다.(헌재법 제75조 제6항, 제47조 참조). 위헌결정으로 인하여 재심사유가 되고 또 재심의 청구가 있다고 하여도 형의 집행을 정지하는 효력은 없으므로 반드시 확정된 수형자의 형집행이 자동으로 석방되는 것이 아니다. 다만 관할법원에 대응한 검찰청 검사는 재심청구에 대한 재

판이 있을 때까지 형의 집행을 정지할 수 있기 때문에 검찰이 적절한 조치를 하여야 할 것이다. 그리고 재심법원에서 재심의 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 재심개시결정과 함께 결정으로 형의 집행을 정지하여야 한다. 그러므로 재판부는 위헌결정을 이유로 재심청구가 된 경우에는 형의 집행을 필요적으로 정지하는 결정을 하여야 한다.(형소법 제428조, 제435조 제2항).

4. 입법부작위에 대한 헌법소원

입법은 원칙적으로 입법부의 구성원인 국회의원에 의하여 국회의 의결로써 법률을 제정하는 것을 말한다. 입법은 국회의 고유권한이며 어느 누구도 그에 관여할 수 없다. 입법형성과정에 대하여 일반 국민은 선거를 통하여 간접적으로 국민이 요구하는 법을 제정하도록 영향을 미칠 수 있으며 또한 국민이 국회에 법률을 제정해 달라는 청원권제도를 이용할 수 있다. 하지만 국민이 직접 입법을 요구하는 사법적 요구는 법원의 재판대상이 되지 아니하며 이것이 지금까지 사법부에서 인식된 헌법관념이었다. 그러므로 입법부작위에 대한 헌법소원을 할 수 있는 것인가, 있다면 이를 어떻게 받아들일느냐 하는 것이 문제가 된다.

헌법재판제도가 확립되어 입법도 헌법통제의 대상이 된다는 새로운 인식을 가지게 되면서 입법에 대하여 국민이 관여할 수 있는 여러 가지 문제가 제기되었다.

(가) 헌법소원대상인 공권력

i) 공권력의 개념

헌법과 헌법재판소법에서 명시한 헌법소원의 대상인 공권력은 입법작용이든 행정처분이든 사법부 판결이든 상관없이 국가의

모든 공권력 작용을 지칭하는 것이다. 따라서 입법권, 행정권, 사법권 등과 같은 공권력 작용의 작위 또는 부작위가 헌법상 보장된 기본권을 침해한 경우에는 모두 포함된다고 하였으므로 입법부작위가 헌법소원의 대상이 되는 것으로 해석이 되는 것이고 이를 배제하여야 할 합리적 이유가 없다 하겠다(헌재법 제68조 제1항). 이러한 해석은 헌법재판제도와 헌법소원제도를 둔 연혁이나 각국의 입법례를 보아도 부합되는 것으로 명확하게 인정할 수 있다. 더구나 우리 헌법재판소법은 헌법소원의 인용결정의 효력으로서 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 인용결정을 한 때에는 피청구인은 그에 따라 새로운 처분을 하여야 한다는 명문규정을 두고 있기 때문에 입법부작위가 헌법소원의 대상이 되는 것은 명백하다고 하겠다(헌재법 제75조 제4항).

현대민주국가의 조직원리인 권력분립주의의 원칙에서 보면 능동적인 입법권은 국회에 전속하는 것이다. 그렇기 때문에 국민이 선거나 청원을 통하여 필요한 법률을 제정해 달라는 요구를 반영하여야 하는 대의제도 하에서는 일반 법원에다가 입법을 해달라는 재판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없는 것이다.

그러나 헌법에서 삼권을 통제하는 새로운 헌법재판제도가 채택되면서 입법행위나 입법부작위가 기본권을 침해하였을 때에는 헌법재판으로 입법형성의 효과를 가져 올 수 있는 입법형성적 재판청구를 할 수 있게 하고 있다. 헌법에서 법률 또는 명령으로 새로운 입법을 하여 권리청구 또는 부당한 의무부담을 부과하지 않도록 입법위임을 하고 있는 데에도 불구하고 국가기관이 임의로 합헌적인 법규제정을 하지 않고 있어서 그로 인하여 국민의 기본권이 침해되는 경우가 있다.

이 때에는 그에 합당한 입법을 해 달라고 입법형성적인 재판

을 헌법재판소에 청구할 수 있어야만 헌법규범과 국민의 기본권은 실질적으로 보장받을 수 있게 된다. 만약 입법부작위로 인하여 침해된 권리에 대하여 구제를 받을 수 있는 제도적 수단이 없으면 헌법상의 기본권은 선언적 의미밖에 없고 따라서 그것이 보장될 수 없는 경우가 있어서 헌법의 최고법규성이 부정당하고 무시되어 온 것을 경험하였기 때문에 헌법상의 기본권을 침해하는 입법부작위에 대해서도 헌법소원심판청구를 할 수 있도록 하여 헌법재판의 대상이 제도화하였다.

ii) 입법부작위의 범위

입법기관이 어떤 입법을 할 것이냐 아니냐의 구체적인 입법사유와 법률내용의 결정은 원칙적으로 국회의 고유권한이며 입법재량사항에 속한다.

여기에서 헌법소원의 대상으로서 입법부작위로 인한 기본권 침해를 어떻게 이해하고 어느 범위까지 받아들이느냐 하는 것은 입법의 재량권과 깊은 연관이 있으므로 상당히 중요한 문제로 부각되지 않을 수 없다. 입법부작위에 의한 국민의 기본권 침해를 넓게 보면 국민의 생존권적 기본권, 청구권적 기본권 또는 정치권적 기본권과 같은 국가의 적극적인 정책적 입법의 요구분야까지 확대될 수도 있다. 그러나 입법은 국민의 대표기관인 국회가 복잡한 정치적 사회적 여러 가지 상황을 다방면으로 고려하여 성안하는 것이기 때문에 모든 입법부작위에 대하여 위헌심판을 제청할 수 있다고 단정하고 그 범위를 확대하는 것은 국회의 고유한 입법형성의 자유를 침해하는 우를 범할 수 있고 자칫하면 오히려 국민주권의 기본원리에 반할 수도 있으므로 이를 지나치게 확대해서는 안된다는 과제에 부딪치게 된다. 그래서 입법부작위의 위헌문제는 그 성질상으로 보아 원칙적으로 입법과정

에서 다루어야 하고 부득이 헌법재판으로서 다루지 아니하면 아니되는 경우에만 예외적으로 허용하여야 한다고 할 것이다.

헌법상 입법부작위가 직접 기본권을 침해하고 있음이 현재에 명확한 경우에 한하여 그 구제를 인정하지 않을 수 없는데 어떠한 사례가 그러한 경우인가를 이해하려면 구체적인 사건을 가지고 살펴 볼 필요가 있다 할 것이다.

(나) 헌법소원대상이 되는 입법부작위의 사례

헌법소원의 대상이 되는 입법부작위는 헌법의 명문상 법률 또는 명령으로 명백하게 입법사항으로 위임하고 있는데도 불구하고 국가기관이 그에 적절한 입법을 하지 않았기 때문에 헌법상의 기본권이 침해받은 때에만 해당이 된다고 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 그러므로 헌법의 명문상 일정한 입법이 있어야 함을 전제로 하고 있거나 헌법해석상 국회로 하여금 일정한 법률을 제정 또는 개정할 책무를 부과하고 있는데 국회가 그 책무를 다하지 아니하는 경우에만 그 입법부작위가 위헌심판의 대상이 된다고 하여야 한다. 이러한 이유에 법률의 제정을 소구하는 헌법소원심판청구는 기본권 보장을 위하여 명시적인 입법위임이 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 내지 보장의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에 입법부작위에 대한 소원의 적법성을 인정할 수 있다고 우리 헌법재판소는 판시한 바 있다(당소 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13호 전원재판부 결정, 당판례집 제1권 294면 참조).

또한 사법서사법 시행규칙의 입법부작위에 관한 헌법소원심판 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적

그리고 세계관적 고려에서 정해지는 사항인 것이며 따라서 일반 국민이 입법을 해 달라는 청원권을 행사함은 모르되 입법행위의 청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌이라고 하여 헌법재판소의 위헌재판을 받아 입법을 강제하게 무한정으로 인정하는 것은 국회의 기본적인 권능을 제한하게 되고 때로는 입법자의 지위를 같음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 된다. 따라서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다.

극히 한정적으로 인정되는 예는 첫째 헌법에서 기본권 보장을 위해서 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 자의적으로 입법을 하지 않을 때, 둘째는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권을 보장하기 위한 국가의 입법의무 내지 보호의무가 발생하고 있음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 하지 않고 있는 경우가 여기에 해당될 것이며 이 때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당하다고 판시한 바 있다.(당소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1호 전원재판부 결정, 사법서사법 시행규칙에 관한 헌법소원심판사건의 (4)판단(가)부분 참조)(당소 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13호 전원재판부 결정 형사소송법 개정에 대한 헌법소원심판사건 참조).

구체적인 실례를 가지고 살펴보면 다음과 같은 것을 입법부작위의 예로 들 수 있을 것이다.

환경보전법에 의거하여 환경청장이 결정한 환경보호기준이 현실적인 조건을 무시하고 현저히 불합리한 기준을 설정하였거나 또는 구체적인 기준을 명시한 법규명령이 있어야 하는데 그에 필요한 법령을 제정하지 아니함으로써 국민의 생활이나 기업활동을 제한하거나 침해하는 경우에는 그의 입법부작위가 위헌심사의 대상이 된다. 그리고 환경보호기준이 헌법 및 환경보전법의 목적에 반하고 법률에 의해 위임된 재량권의 한계를 일탈하거나 현저히 남용한 경우에는 그 법규명령의 제정 또는 그 입법부작

위가 위헌이 될 수 있다(환경보전법 제1조, 제4조). 그리고 법률이나 그 법률에 근거한 법규명령의 내용이 타인의 기득권을 침해하거나 제3자에게 적법한 고지방법을 다하지 않았거나 그 절차에 있어서 변소의 기회를 주지 않고 제3자의 소유물을 몰수하는 것으로 규정되어 있을 때에는 그 법규는 적법절차의 위배이며 이러한 적법한 절차규정을 두지 않으면 입법부작위로 인한 위헌적인 법규로서 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 할 수 있다(일본판례 조일소송사건에서 생활보호법에 의거한 생활보조기준 금액이 최저수준을 유지할 수 없는 기준은 위헌이라고 원심에서 판결하였다. 상고심에서는 원고가 사망함으로써 인하여 각하되었다. 일최고판결 소와. 42, 5, 24 민집5호 1043참조).

국회의원선거권과 같은 중요한 권리(주권행사)가 국회의원선거법에 의하여 침해되고 있는 것이 현저하게 명백한 데에도 불구하고 국회에서 이를 현실에 맞게 개정하지 않고 방치한 경우에 그 입법 부작위는 헌법에 위반되는 사항이라고 보는 판결은 미국, 독일, 일본 등에서 많이 찾아 볼 수 있다.

우리 헌법재판소의 판결에서도 국회의원선거법은 기성정치세력간의 협상으로 이루어지는 법이라 할지라도 국회의원선거법 제33조의 고액기탁금제도와 제34조의 기탁금의 국고귀속의 규정에서 유효투표총수의 3분의1을 초과하지 못하면 안된다는 높은 투표율을 요건으로 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 헌법에 합치하지 않는 위헌적인 입법행위라고 판시하였다.

그것은 재력의 유무에 의하여 참정권이 좌우되고 유능한 인재의 의회진출을 막는 것이 되므로 후보자의 출마의 자유를 침해하고 국민주권의 행사인 선거의 자유와 보통선거제도의 본질에 위반된다. 그러므로 헌법에 합치되게 1991년 5월말을 시한으로 선거법을 개정하여야 한다는 판결을 한 바 있다(당소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6

국회의원선거법 위헌심판정구사건).

종래에는 국회의원선거구에 관한 법률은 정치문제에 속하며 따라서 사법심사의 대상이 되지 않는다고 하였다. 미국에서는

1901년 법률에서 책정된 선거구가 50여년간 개정없이 시행되고 있는데 대하여 인구의 많은 증가로 인하여 유권자수의 배분이 선거구에 따라 심히 불평등한 데에도 불구하고 이에 따라 선거구를 조정하지 않고 현재까지 그대로 두고 선거를 시행하는 것은 선거권의 가치에 너무나 격차가 많아 주권평등의 원칙에 반하는 것이라고 위헌심판을 제청한 사건이 있다. 이에 대하여 최근에는, 이는 순수한 정치문제가 아니라 헌법재판의 문제라고 하여 이 청구를 받아들여 판결로서 위헌이라고 선언하고 있는 것이다(Colegrove V. Green, 328, 549(1946)).

현재의 각국의 판례와 통설은 선거구에 관한 문제는 순수한 정치문제가 아니며, 그 선거구 인구의 과도한 격차는 선거권 행사에 있어서 평등의 원칙에 위반된다고 하여 입법촉구판결로써 그 법의 개정을 촉구하고 있다. 인구의 변동에 따르는 선거구의 조정을 무시하는 것은 주권평등보호의 원칙을 거부하는 것으로서 위헌심사의 대상이 되고 이러한 입법부작위는 헌법에 위반된다는 것이 1962년 Baker 사건이래 계속 많은 판결에서 이 견해를 지켜가고 있다(Baker et al. V. Carr et al. 369, U. S. 186(1962)).

우리 나라에서도 형사고소인이 할 수 있는 재정신청의 대상을 형사소송법 제260조 제1항은 형법 제123조 내지 제125조의 공무원의 직무에 관한 죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 자만 재정신청을 할 수 있다고 규정하여 특정한 범죄에만 재정신청을 할 수 있게 한정하고 그 밖의 국민이 피해자가 되는 범죄에는 재정신청의 대상이 되지 않도록 사법적 심사의 길을 봉쇄한 것은 입법부작위에 의한 기본권 침해라는 견해가 있다. 즉 형사소송법 제260조 제1항은 모든 고소인에게 보장하고 있는 헌법상의 국민의 재판청구권을 봉쇄하여 검찰의 공소독점권 남용에 대하여는 재판의 대상이 되지 않도록 특수계급화함으로써 평등의 원칙에

위반되는 것이므로 법률상 제정신청의 대상범죄를 모든 범죄사건에 확대하지 아니한 입법은 입법부작위에 의한 헌법위반이라고 헌법소원심판청구를 한 사건이 있었다(당소 1989. 7. 21. 선고 89헌마12 형사소송법

에 관한 헌법소원에서 입법부작위에 의한 위헌이라고 주장하였다. 이 사건은 자기성이 없다고 기각되었으나 본안에 대해서는 상당히 긍정적 의견교환이 있었다).

5. 법률소원에 대한 보충성과 기간의 특칙

법률에 대하여 헌법소원심판을 청구하려면 헌법재판소법에서 규정된 청구기간내에 하여야 하고 다른 구제의 길이 있는 경우에는 그 절차를 거친 후가 아니면 할 수 없다는 절차상의 제한 규정이 있다(헌재법 제69조 제68조 제1항 후단).

그러나 법률에 대한 헌법소원에서는 일반 소원의 제청요건인 보충성과 기간계산에 예외적인 특칙을 인정하고 있다.

(가) 보충성의 특칙

i) 보충성의 예외사유

위헌성이 있는 법률로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 피해자는 보충성의 원칙이 적용될 여지가 없기 때문에 바로 그 법률의 위헌여부에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그것은 법령 자체의 효력을 다루는 소송을 일반 법원에서는 재판할 수 없기 때문에 다른 법률이나 어떤 다른 기관을 통하여 구제받을 수 있는 절차가 없는 경우에 해당하므로 규범통제를 구하는 헌법소원심판청구는 다른 법률에 의하여 구제절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다는 보충성의 원칙에 대한 예외적인 특칙으로 보는 것이 헌법재판소의 관례이다(1989. 3. 17. 선고 88

헌마1호, 1989. 9. 4. 선고 88헌마22호 등 참조).

헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면 헌법소원을 청구할

수 있는 전제조건으로 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 할 수 없다고 하였다. 이것을 헌법소원심판청구의 보충성(Subsidiarität) 또는 최종성의 원칙이라고 한다. 헌법소원청구인에게 다른 법률에 자기의 기본권 침해에 대한 권리구제를 할 수 있는 일반 사법 및 행정심판절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 한 것은 기존제도하에서 기대할 수 있는 모든 구제수단은 다 시도한 후에 비로소 최종적으로 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하여야 한다는 취지이다.

헌법소원심판의 청구요건인 최종성 내지 보충성의 원칙에서 볼 때 법률 등의 규범에 대한 통제를 구하는 헌법소원은 이러한 구제절차를 경유하지 않고 바로 직접 헌법재판소에 소원심판을 청구할 수 있는 경우에 해당하므로 이는 청원절차의 원칙인 보충성에 대한 예외적인 특칙이라고 아니할 수 없다. 그것은 입법기관인 국회의 입법 또는 입법부작위에 대해서는 국회를 상대로 하는 행정소송이 허용되지 아니한다는 것이 전통적인 권력분립의 기본적인 법률체제였으므로 이에 대하여 행정소송절차가 개시될 여지가 없기 때문이다. 따라서 법령 자체에 의한 기본권의 침해가 문제되어 그 법령 자체의 효력에 대하여 위헌여부를 다투는 헌법소원심판을 청구하는 것은 직접 헌법재판소에 할 수 있다는 것이다. 이른바 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 『구제절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다』는 보충성의 원칙에 대한 예외적인 경우에 해당하는 것으로 보고 이를 받아들이고 있다(1989. 3. 17. 선고. 88헌마1호 전원재판부. 사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원심판사건 이유

참조).

이에 대한 결정요지를 보면 『법률 자체에 의한 직접적인 기본권 침해여부가 문제될 때에는 그 법률 자체의 효력을 직접 다

투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 다른 구제절차를 거칠 것이 없어 바로 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다』라는 것인데 이는 헌법재판소의 판결에서 수차 확인된 것이다(당소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마

220호 지방공무원법 제31조 제61조에 대한 헌법소원 결정문, 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호 결정문 등 참조).

법규에 관한 합헌성 문제를 다루는 것은 규범통제이기 때문에 종래의 일반 사법부인 법원이나 다른 국가기관에서는 법령 자체의 효력을 직접 다루는 소송이나 쟁송을 허용하고 있지 아니하고 달리 이에 대한 구제절차의 길이 열려있지 아니하므로 보충성의 원칙이 적용될 여지가 없기 때문이다. 그러므로 법에서 다른 구제절차를 모두 거친 수가 아니면 헌법소원심판을 할 수 없다는 명문규정이 있으나 구제절차를 거칠 기관과 방법이 없는 경우에 해당하는 법률에 대한 헌법소원은 다른 구제절차를 거치지 않고 바로 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 예외적인 특칙사항은 이와 유사한 행정입법에도 모두 해당될 수밖에 없다는 것을 유의하여야 한다.

ii) 행정입법과 보충성

국회에서 입법제정한 형식적인 의미의 법률이 아닌 실질적인 법규인 행정입법도 그것이 직접 기본권을 침해하는 경우에 그를 이유로 그 법령 자체의 위헌성을 가지고 규범적 효력의 유무효를 직접 다루는 것을 독자적인 소송물로 하여 일반 법원에 제소하고 그 권리의 구제를 구할 수 있는 절차와 방법은 아직까지 인정하지 않고, 이를 받아들이는 제도가 존재하지 아니하므로 바로 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수밖에 없다는 것이다(당

소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1호 결정문, 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호 결정문 참조).

그런데 행정입법에 의하여 권리가 직접 침해된다면 당해 행정

입법의 합헌성 유무에 대하여 일반 법원에 제소할 수 있고 행정소송의 대상이 된다는 견해를 가지고 보충성의 예외일 수가 없다고 주장하는 사람들이 있다.

일부 행정법학계에서 국민의 권리를 직접 침해하는 명령·규칙·처분은 행정소송의 대상이 된다는 주장을 인용하면서 행정입법은 법규명령이든 행정명령이든 모두 행정소송의 대상이 된다는 것이다. 행정소송법 제1조와 제2조 제1항 제1호의 내용이 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정한 헌법소원심판의 대상과 절차에 있어서 아무런 차이가 없다는 것을 그 논거로 한다.

그러나 성문법 위주의 대륙법계에 속한 국가들에 있어서 실질적으로 하고 있는 행정입법은 일반적, 추상적 사항을 법규로 규정하고 구체적인 법규의 집행이나 권리의무에 관계되는 것은 행정관청의 행정처분을 통하여 실현되도록 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 그래서 일반 법규의 효력을 직접 다투는 소송은 허용하지 않고 사법부의 재판실무상 행정입법의 추상적 규범력의 유효효를 대상으로 하는 행정소송을 찾아 볼 수 없는 것도 바로 이러한 이유에 기인한 것이다.

그리고 지금까지 대법원이나 고등법원에서 행정입법 자체를 대상으로 하는 행정소송이 있으면 『일반적, 추상적 규범인 행정입법은 바로 행정소송의 대상이 될 수 없고, 다만 행정청의 행정처분을 기다려 구체적 분쟁사건을 전제로 하여 그 행정처분에 대하여 이를 행정소송의 대상으로 삼아야 한다』는 이유를 가지고 소의 이익이 없는 제소라고 하여 각하한 판례를 많이 찾아 볼 수 있다. 더구나 대법원의 판례를 종합하여 보면 행정청 내부의 사실행위나 사실상의 부작위에 대하여도 행정소송의 대상에서 제외시켜 왔음을 알 수 있듯이 행정소송의 대상에 대하여 그 나름대로 원칙적인 한계를 설정하고 있다. 그렇다면 행정법규에

해당하는 규칙에 대하여 규범통제를 구하는 청구인의 주장이 행정소송에서 받아들일 가능성이 매우 희박한 것임은 누구나 쉽게 짐작할 수 있는데 이 때에는 법률에 대한 위헌여부를 심판하는 헌법재판소에서 관장하는 것은 당연한 논리의 귀결이라 아니할 수 없다. 과연 행정입법에 대하여 학설상 행정소송을 할 수 있는지의 여부에 대한 논의는 접어 두고 현실적으로 기본권 침해를 당한 일반 국민에게 대법원에서 받아들이지 않는 것이 판례인데 일부 학설에 따라 전심구제절차를 예외없이 이행하도록 요구하고 그러한 행정소송법적 이론을 가지고 헌법재판소에서까지 모두 각하하여 권리구제의 길을 봉쇄하는 것이 합헌적이겠는가를 생각하여야 한다.

법률의 형식적 논리와 제도적인 흠결 때문에 기본권 침해를 구제받지 못하는 경우에 대비하여 헌법이 새로이 설정한 것이 헌법소원제도인데 이를 보장한 헌법소원청구마저 종전과 같은 이유로 각하한다는 것은 헌법재판의 기본이념에 반한다고 하지 않을 수 없다. 그래서 헌법재판소에서는 소원청구인의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 또는 전심절차로 침해된 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 또는 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 그 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 원칙에 예외를 인정하고 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하였다.(당소 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호 결정문에서 보충성의 원칙에 대한 예외사유에 관한 이유 부분 참고).

보충성의 특칙사항인 법규에 대한 헌법소원에 해당하는 것은 그 법규가 처분적 법률이거나 그렇지 않으면 그 법률 자체만으로 기본권의 침해가 되는 경우를 말한다. 그 법규의 집행행위가 자유재량행위이기 때문에 그 법집행 여하에 따라서 기본권의 침해여부가 좌우되는 경우에는 그 법규의 집행행위에 대하여 불복

의 방법으로 행정소송을 제기할 수 있는 것이므로 이 때에는 보충성의 예외가 될 수 없다. 예컨대 법무사법 시행규칙에 대한 헌법소원 심판청구사건에서 청구인의 심판청구대상을 법무사시험(공권력)의 불실시(불행사)를 다투는 것을 대상으로 하였다면 보충성의 원칙이 적용되어야 할 것이나, 법무사시험을 실시하지 아니해도 괜찮다고 규정한 법규 자체를 소원대상으로 하였을 때에는 그 법규범의 합헌성에 대한 심사권은 일반 법원이 할 수 없으므로 이에 대하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니한다고 할 것이고 따라서 이 건은 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판청구를 할 수 있다는 것이다

(당소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178호, 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원 심판결정, 법률자체에 대한 헌법소원인가 먼저 행정소송을 제기하여 구제절차를 받아야 하는 것인가는 결정의 판단 이유 중 다의 (1)부분 참조, 그리고 당소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마 220호 지방공무원법에 대한 헌법소원심판 결정문 참조).

(나) 청구기간의 특칙

헌법소원심판은 적법한 청구기간 내에 청구하여야 한다.

그런데 법률에 대한 헌법소원은 위에서 본 바와 같이 구제절차가 없는 보충성의 특칙에 해당하므로 그 청구기간도 헌법재판소법 제69조 제1항 본문 전단에만 해당한다고 할 것이고 그에 의하면 『그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다』고 하였는데 『그 사유가 있음을 안 날』 그리고 『그 사유가 있는 날』을 무엇에 기준해서 판단할 것인가에 대하여는 실무상 여러 가지 문제가 있었다. 또 청구기간의 기산점을 법률의 효력발생시로 할 것인가, 그 법규로 인한 구체적인 기본권의 침해시로 할 것인가 하는 문제가 생긴다.

헌법소원제도는 기본권의 주관적, 객관적 권리보장을 하는 기능을 하는 것이므로 그 법률의 구성요건에 의한 구체적 사건에

적용하므로 인하여 현실적으로 기본권의 침해가 발생한 때를 기준으로 계산하여야 할 것이다.

법률의 공포와 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에는 법률공포시에 기간이 기산되고, 법률공포 후 구체적인 처분에 의하여 기본권침해가 생긴 경우에는 법률의 구성요건사실이 발생하여 현실적으로 기본권이 침해된 때가 기준이 되어야 할 것이다.

우리 헌법재판소의 판례도 법률에 대한 헌법소원의 청구기간은 원칙적으로 그 법률의 시행과 동시에 기본권이 침해된다고 할 것이나, 그 법률시행 후에 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유발생을 안 날로부터 60일 이내에, 당해 법률이 청구인의 기본권을 현실적으로 명백하게 구체적으로 침해하였거나, 그 침해가 확실히 예상되는 등 여러 실체적 요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 사유가 발생한 날로 보고 그 때부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 하였다^(1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호, 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호 결정문 참조).

그렇지 않고 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 경우에는 법 제69조 제1항 단서에 의하여 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 권리구제형헌법소원심판을 청구하여야 한다는 특별규정을 두고 있다. 그리고 법 제69조 제2항의 규정에 의한 위헌법률심판제청신청이 기각된 때에는 법원이 기각결정한 날로부터 14일 이내에 당사자는 위헌법률심판청구형 헌법소원심판을 청구하여야 한다. 이러한 경우가 아닌 그 외의 일반 헌법소원의 심판^(헌재법 제68조 제1항의 사유) 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다

^(헌재법 제69조).

따라서 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원은 검찰청법 소정의 항고와 재항고의 절차를 다른 법률에 의한 구제절차로 보고

최종적인 재항고심의 폐기결정의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다는 것이 우리 재판소의 판례이다(당소 1989. 4. 15.

선고, 89헌마51호 검사의 공소권 행사에 관한 헌법소원심판사건, 1989. 2. 14. 선고, 89헌마9호 지정 재판부 결정).

이러한 판례는 검사불기소처분의 심판대상은 원칙적으로 원청의 불기소처분이라는 원 처분주의에 입각하고 있음을 알 수 있다. 따라서 헌법소원심판청구에 있어서 단순한 구제절차의 과정에서 내려진 항고 또는 재항고의 결정은 별도로 독립하여 헌법소원심판의 대상이 되는 것이 아니고 다만 재항고 결정 자체의 고유한 헌법위반이 있음을 사유로 하는 경우에 한하여 예외적으로 인정되는 것으로 보아야 한다(행소법 제19조 참조). 그러므로 검사불기소처분에 대하여 재항고 기각의 통지를 받고 30일 이후에 헌법소원심판을 청구하면서 재항고의 결정에 대해서도 심판을 구하므로 60일 이내에 하면 된다는 주장에 대하여 별단의 예외적 사유가 없으면 항고 및 재항고 결정은 헌법소원의 대상이 될 수 없고 나아가 법 제69조에 규정하는 30일의 청구기간을 초과하였으므로 부적합하다고 하여 각하한다는 판례가 있다(1991. 4. 1. 결정. 90헌마

230호 불기소처분에 대한 헌법소원의 추가심판청구사건 지정재판부 결정).

따라서 심판청구기간이 경과한 후에 헌법소원심판이 청구된 경우에는 지정재판부에서 이를 각하한다고 규정하고 있다(헌재법 제72

조 제3항 제2호).

그런데 법률에 대한 헌법소원의 경우에는 다른 구제절차가 없어 직접 소원을 제기하는 경우가 대부분인데 이 때에는 그 청구기간의 규정을 어떻게 받아들일 것인가가 문제된다. 그 청구기간의 기산일을 언제부터 할 것이며 『안 날』 과 『있는 날』 을 무엇에 근거해서 판단하고 그 기준을 어디에 둘 것인가 하는 문제가 그것이다.

i) 법률공지설

법률에 대한 헌법소원은 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다는 소수의 견해가 있다. 이에 따라 법률이 시행되기 이전에 그 법률에 해당될 사유가 발생되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 법률의 시행과 동시에 일반 국민은 그 법률이 시행된 사실을 알고 또 그로 인하여 기본권의 침해가 있음을 알았다고 보아야 할 것이므로 그 법률에 대한 헌법소원은 60일 이내에 청구하지 아니하면 각하하여야 한다는 일부의 견해가 있었다. 이것은 법률의 무지가 면책사유가 되지 않는다는 법언에 기초를 두고 있다. 그러나 법률의 제정 또는 개정된 그 법률의 공포시행일부터 모든 국민은 그 법률의 내용을 알고 있다고 추정하고 그 날부터 『안 날』로 간주하는 것은 현실적으로 법률전문가나 그를 전공하는 법학자들에게도 기대할 수 없는 것인데 일반 국민에게 모든 법률은 공포일부터 모두 알게 되었다고 이를 기대라고 간주한다는 것은 지나친 법률해석이며 권리구제를 기본으로 하는 헌법소원제도와 청구기간의 제도를 설정한 입법정신에도 반하는 것이라고 하여 받아들이지 않았다.

ii) 성숙성설

법률로 인하여 자기의 기본권의 침해를 당하였다고 일반적인 경험과 객관적인 사정으로 보아 성숙되었다고 볼 수 있는 시기부터는 『안 날』로 기산하여야 한다는 것이다.

법률에 대한 헌법소원의 제소기간은 그 법률의 공포와 동시에 기본권침해를 당한 자는 그 법률이 공포된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 공포된 날부터 180일 이내에 하여야 한다. 그렇지 아니하고 이미 법률공포실시된 뒤 상당한 기간이 지났는

데 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 제기하여야 한다. 이 때에 그 사유가 발생한 날은 당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법적 판단이 적합하게 된 때를 말한다는 당 헌법재판소의 판례(1990. 6. 25. 선고. 89헌마220호 1990. 10. 8. 선고. 89헌마89호 결정 참조)에 실시한 성숙성이론을 여기에 원용하여야 한다는 것이다. 그러나 이 판례의 성숙성이론은 법률 공포후 일반청구기간이 도과하였을 때 예외적으로 인정한 특칙으로 본다는 이론이지 이를 그대로 기간계산의 기산점인 안 날의 기준으로 본다는 것은 아니다.

iii) 처분통지설

『안 날로부터』의 기간계산은 행정소송법에서 재결 등의 처분행위를 통지 받은 날을 안 날로 보고 그 때로부터 계산하듯이 개별적 처분행위를 수반하는 경우에 그 처분행위의 통지를 받은 날을 안 날로 보고, 그렇지 않을 때에는 그 법률의 시행일을 『있는 날』로 보고 180일 이내에 청구한 것이라면 적법한 심판청구가 있는 것으로 보아야 한다는 것이 다수의견이며 당 재판소의 판례이다(당소 1991. 4. 1. 선고. 89헌마17, 85, 100, 109, 167호 사회보호법 위원어부에 대한 헌법소원법합사건 심의과정에서 법률시행일을 안 날로 보고 각하하여야 한다는 견해가 있었으나 있는 날로 보아야 한다는 다수의견에 따라 적법한 소원으로 받아들여 분안심리에서 각하결정을 한 것이다).

독일의 경우에는 직접 법률을 대상으로 헌법소원을 제기하는 경우에는 법률의 효력이 발생한 날로부터 1년 이내에 할 수 있다고 명문을 두고 있다. 그러나 우리 나라의 경우는 이러한 명문 규정이 없고 일반 기본권 침해에 대한 헌법소원의 경우에 적용되는 청구기간에 관한 규정 밖에 두지 않고 있기 때문에 이를

법률에 대한 헌법소원에도 그대로 적용하는 것인가 아니면 행정소송법을 준용하여 안 날로부터 180일, 있는 날로부터 1년 이내에 청구하면 되는 것으로 볼 수 있는 것인가에 대하여 논의될 수 있다.

헌법재판소법 제69조의 청구기간규정을 문리해석하여 직접 법률에 대하여 소원을 제기하는 경우에도 그대로 적용되는 것으로 본다면 그 법률이 공포시행된 날로부터 180일이 지나면 입법 또는 입법부작위로 인한 권리의 침해가 있다 하더라도 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

그러나 행정소송의 경우를 보면 재결을 거쳐서 취소소송을 제기하는 경우에는 그 재결서정본의 송달을 받은 날로부터 60일, 처분이 있는 날부터 180일 이내에 하여야 한다고 규정하고 또한 이는 불변기간으로 보고 있다. 그러나 재결 등 행정심판을 거치지 아니하고 직접하는 취소소송의 경우에는 원칙적으로 처분이 있음을 안 날로부터 180일, 있는 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다고 하였다. 그리고 정당한 사유가 있을 때에는 예외를 인정함으로써 불변기간이 아닌 것으로 본다고 규정하고 있다(행정소송법

제20조 제2항).

그런데 법률 자체에 대한 헌법소원은 구체적인 집행행위가 없어서 구체절차를 거치지 아니하고 직접 헌법재판소에 심판청구를 하는 경우이므로 이를 헌법재판소법 제69조의 소원청구기간의 규정을 형식논리로 엄격하게 해석하여 법률의 공포시행후 180일이 지나면 헌법소원심판청구를 할 수 없다고 하는 것은 행정소송의 경우와 대비하여 보더라도 제도적인 면에서 지나치게 무리한 문리적인 법률해석이라고 하지 아니할 수 없다. 이러한 점으로 보아 헌법재판소법에서 필요할 때에는 행정소송법을 준용한다고 되어 있으므로 이를 받아들여 운용하는 방법도 생각할

수 있을 것이다(헌재법 제40조 제1항 제2문).

iv) 행정소송준용설

법률의 제정은 일반적인 행정처분보다는 추상적인 것이며 헌법소원은 행정소송보다 입법, 사법, 행정을 통제하는 헌법재판이므로 행정소송의 제소기간보다 더 단기간으로 엄격하게 해석하는 것은 합당하지 못하다 할 것이다.

그리고 헌법재판소법 제40조에서 헌법소원심판절차에 관하여는 행정소송법을 준용한다고 되어 있다. 그러므로 법률에 의한 구체적인 집행행위가 없어서 구제절차를 거치지 아니하는 법률 자체에 대한 헌법소원의 경우에는 개별적인 처분통지가 없는 것이고 그 때에는 적어도 그 청구기간의 계산을 『안 날로부터 180일, 있는 날로부터 1년』 이내에 청구하여야 한다는 행정소송법 제20조 제2항의 규정을 준용하여야 한다고 본다. 법률에 대한 헌법소원을 위 청구기간내에 청구하지 못하고 도과한 경우에 행정소송의 경우와 같이 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간이 경과된 뒤에도 할 수 있다고 볼 것이고, 이것이 불가능한 경우라 하더라도 그 법률에 의한 집행행위를 기다려 그 처분행위에 대하여 구제절차를 거쳐 헌법소원을 할 수 있고 그 때에 그 법률의 위헌성을 다룰 수가 있다고 할 수 있다. 그러나 그 구제절차가 대부분 행정재판이고 재판은 소원대상에서 제외하게 되어 있다는 이유로 이를 부정하는 견해가 있으므로 이에 대하여는 앞으로 더 연구해야 할 필요가 있다. 이와 관련하여 독일에서는 이러한 경우에도 광범한 규범통제를 위한 위헌심사권이 있어서 의문의 여지가 없으나(Peatralozza, Verfassungsproze@recht, S. 127), 우리 나라에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에만 할 수 있는 구체적으로 한정된 범위내에서만 규범통제를 할 수

있기 때문에 이를 받아들이는 데에 문제가 있다는 주장이 있다. 그러나 이러한 견해는 헌법재판의 기능을 축소하려는 법해석에서 나온 것이라고 하지 않을 수 없다.

우리 헌법재판소법 제75조 제5항과 제3항에서 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률에 기인한 것이라고 인정될 때에는 그 인용결정에서 당해 법률에 대하여 위헌을 선고할 수 있고 또 위헌임을 확인할 수 있다. 그러므로 우리 헌법재판소에서 그 법률에 의한 집행행위에 대하여 소원을 하면서 그 법률의 위헌성을 다룰 수 있게 규정하고 있어서 이 범위내에서는 광범한 추상적 규범통제를 할 수 있다는 것을 망각하여서는 안된다(헌재법 제75조, 제45조, 제47조).

v) 청구기간의 예외사유

위와 같은 청구기간의 예외로서 입법부작위와 위헌확인심판을 들 수 있다.

헌법소원심판 청구기간의 문제는 행정쟁송에서 취소심판의 경우에만 해당된다고 하듯이 법률의 효력을 상실시키는 위헌여부의 입법형성적 결정심판에만 해당된다고 보아야 할 것이다. 따라서 행정심판 가운데 확인심판 및 의무이행심판은 그 성질상 청구기간의 제한을 받는 것이 적합하지 않다고 하여 제소기간을 적용하지 않듯이(행심법 제18조 제7항 참조) 법률에 대한 헌법소원 가운데 입법부작위나 위헌확인심판의 경우에는 그 성질상 입법부작위가 있고 그 위헌상태가 계속되는 한 위 청구기간의 제약을 받지 않고 언제나 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 할 것이다. 행정소송에 있어서도 취소소송 이외의 부작위위헌확인소송이나 항고소송에 대하여는 행정소송법 제20조의 제소기간이 준용되지 않는다(행소법 제38조).

이러한 견해에는 형식이론을 가지고 이의를 제기할 수 있으나 헌법재판소법에 의하면 헌법소원의 경우에는 행정소송법의 규정을 준용하게 되어 있으므로 행정소송의 심판청구요건과 청구기간에 관한 규정을 준용하면 위와 같은 해석이 나올 수 있다고 본다^(헌재법 제40조 제1항 후단 행정소송법 제20조 제2항).

이에 대하여 우리 헌법재판소는 헌법재판소법상의 헌법소원심판청구기간이 행정소송법상의 청구기간보다 짧게 되어 있는 불합리성 때문에 실무에서는 이에 대한 예외를 허용하고 있다. 법률에 대한 헌법소원심판청구는 그 법률이 시행되지 180일이 경과하여도 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 할 수 있다. 여기에서 사유가 발생한 날이라는 것은 당해 법률의 집행으로 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실적인 침해를 하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제 요건이 성숙하여 헌법재판에 적합하게 된 때를 말한다고 하였다. 이는 심판청구기간에 대하여 권리침해의 성숙성에 기초를 두고 있는 것이므로 폭넓게 예외를 인정한 것이라고 볼 수 있다^{(1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호 교육공무원법에 대한 헌법소원과 1990. 6.}

25. 선고, 89헌마220호 지방공무원법에 대한 헌법소원 사건에서 판시한 내용이므로 참고 바람).

헌법재판에 관한 관견(Ⅱ)

이 시 윤
헌법재판소 재판관

- 목 차 -

- I. 서 설
- II. 헌법재판소의 구성과 지위
- III. 헌법재판소의 관할
 - 1. 총설
 - 2. 탄핵의 심판
 - 3. 정당의 해산심판
 - 4. 권한쟁의의 심판
- IV. 위헌법률심판
 - 1. 총설
 - 2. 제청권자
 - 3. 위헌제청의 대상
 - 4. 제청요건
 - 5. 위헌제청신청기각결정에 대한 불복
 - 6. 제청결정의 효력

(이상 전호)

V. 규범통제의 종류

1. 예방적 규범통제
2. 추상적 규범통제
3. 구체적 규범통제
4. 권한쟁의심판에 의한 규범통제
5. 개인적 규범통제

VI. 규범통제의 현황과 입법재판의 중요성

1. 규범통제의 실적
2. 우리나라의 입법과정과 입법재판의 중요성

VII. 헌법소원

1. 의의와 입법례

(이상 본호)

V. 규범통제의 종류

비교법적으로 볼 때 규범통제에는 여러가지 종류가 있다. 재판에는, 다툼을 가리는 것(Streitenscheidung), 권리보호의 부여(Rechtsschutzgewährung), 법규통제(Rechtskontrolle) 등 세가지 기능이 있으므로 규범통제는 재판의 당연한 속성이다. 규범통제의 종류에는 다음과 같은 것이 있다. (Schlaich, Bundesverfassungsgericht (2, Aufl.), S.5).

1. 예방적 규범통제

(1) 이것은 국회를 통과하여 채택된 법률이 대통령에 송부되어 서명 공포 되기에 앞서 그 법률의 위헌성을 헌법재판소가 심사하는 것이다. 법이 시행되기 전에 미리 독소조항이 있는가를 심사한다. 만일 여기에서 위헌이라고 선언된 규정은 대통령은 이를 공포할 수 없거나 당해 위헌규정을 제외하고 공포해야 한다. 미처 시행하지 못한 상태에서 폐기되거나 대통령에 의하여 국회의 재의에 붙일 수 있다. 불란서, 포르투갈, 폴란드, 헝가리, 칠레, 마다카스칼, 사이프러스, 루안다가 그 전형적인 예이다. 불란서의 예를 보면 조직 보완법이나 국회규칙과 같은 것은 법공포 시행전에 자동적으로(obligatorisch) 헌법원의 심사에 붙여야 하지만, 그 밖의 법률은 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장, 각 60명의 상하의원의 신청에 의하여 그 심사에 붙인다. 처리기간은 1월, 긴급한 경우에는 8일로서 지금까지 제대로 준수되지 않은 예는 없다는 것이다. 포르투갈의 경우를 보면, 국제조약과 거기에

포함된 규정 및 법규명령 그리고 지방 정부의 규범적 명령이 예방적 통제의 대상이 된다. 불란서의 경우와 달리 포르투갈의 예방적 규범통제는 자동적으로는 이루어지지 않으며, 공화국의 대통령, 장관 및 지방정부의 수장의 신청이 있어야 한다(fakulativ). 대통령중심제 국가에서는 대통령과 국회간의 법률안에 관한 견해대립으로 긴장이 생길 수 있는데 중화조절하는 방안으로 공포 전에 현재에 의한 법률안의 합헌성을 심사케 하는 것이다. 불란서의 경우에 예방통제상의 판결은, 당사자간의 기판력이외에 모든 공권력 즉 모든 행정관청과 법원을 구속하는 일반적 구속력이 인정된다(불란서 헌법 제62조 2항). 헌법원의 판결은 주문에 포함된 사항만이 아니라 이유에 판단된 중요한 사항(tragenden Entscheidungsgründe)에 미치며, 따라서 개개의 법규의 합헌해석에 대하여서도 일반적 구속력이 생긴다는 것이다. 이에 대하여 포르투갈의 경우에는 예방적 규범통제는 국회를 통과한 법률에 대한 일종의 헌법재판소로서 거부를 의미한다. 이에 관한 헌법재판소의 판결은 서명공시와 거부를 의미한다. 이에 관한 헌법재판소의 판결은 서명공포와 거부권행사의 기간에만 그 효력이 한정되며 모든 국가기관을 구속하는 효력은 없다.

불란서와 스페인에 있어서는 국제조약 또는 조약법도 예방적 통제의 대상이 되며, 조약에 대한 위헌성이 확정되었을 경우에는 새로 헌법을 개정하기 전에는 그 조약에 대한 비준은 허용될 수 없다.

(2) 이 밖에 한정적으로 예방적 규범통제를 인정하는 나라로서는 오스트리아와 이태리이다. 오스트리아에서는 연방과 주사이의 관할분배규정이 통제대상이 되며, 이태리에서는 중앙 정부의 신청에 의하여 지방법령에 대한 사전심사가 허용된다. 나라에 따라서는 국회의 법률안 심의과정에서 제기되는 합헌성 여부에 관

한 문제에 대해 헌법재판소에 의견을 묻거나(Chile), 행정부가 위헌이라 하여 법률안거부를 했을 때에 그 법률의 위헌성에 관한 헌법재판소에 의견제시(Guatemala)를 구하는 등 법률의 제정 과정에 헌법재판소가 개입하는 경우가 적지 않다.

2. 추상적 규범통제

구체적 사건에 있어서 재판의 전제로 된 것과 관계없이 또 법률에 의한 자신의 기본권의 침해와 무관하게, 법률·명령(BVerfGE 2,307)이나 자치법규가 헌법에 합치되는가에 대하여 견해대립이 있거나 의문이 있는 경우, 즉 시행해 본 결과 세칭 악법이라고 하는 법률조례가 나타났을 때에 헌법재판소의 위헌심사에 붙이는 제도이다. 독일을 비롯한 헌법재판소가 있는 나라는 대부분 이를 채택하고 있다. 이의 우선적 목적은 객관적 합헌성의 통제이다. 즉 범규범의 hierachy를 포함한 헌법 수호인 것이며, 구체적인 개인인권의 보호가 아니다. 독일의 경우에는 연방정부, 주정부 그리고 연방의회의원 1/3이상의 신청에 의한다. 신청자에게 그 법률에 의한 권리침해의 자기관련성(Selbstbetroffenheit)을 요하지 않는다.

i) 일정수의 국회의원에겐 신청권을 주는 것은 의회의 법률 제정 과정에서 여당의 횡포와 진흥을 소수당에 의하여 견제하는 의미가 있고 의회의 소수세력 보호의 기능을 한다. 따라서 독일의 경우에 현안의 법률안을 놓고 의회의 다수당과 소수당 사이의 견해대립이 있음에도 타협없이 통과한 경우에는 추상적 규범 통제절차에 붙이는 일이 많다는 것이며, 의회에서 여야 합의에 의하여 통과된 법률은 후술하는 구체적 규범통제나 법률에 대한 헌법소원으로 제기하는 것이 통례라는 것이다.

ii) 주정부에 신청권을 주는 것은 법률을 통한 중앙정부의 지방자치간섭을 배제시킬 수 있어 국정의 민주주의적 운명에 기여하는 바가 매우 크다. 오스트리아, 스페인, 독일, 포르투갈 등에 있어서 추상적 규범통제는 실질상 중앙정부와 지방정부간의 권한쟁의심판의 요소도 겸한다는 것이다. 즉 양자간에 법률상 관할 (legislative Zuständigkeit)이 잘못된 경우에 시정하는 수단도 된다는 것이다. 이것은 후술할 구체적 규범통제절차와 달리 의무가 아니라 신청할 권리라는 것이며, 위헌이라는 확인이 아닌 의문 (Zweifel)만으로도 신청할 수 있다는 것이다.

iii) 이 밖에 오스트리아, 스페인 그리고 포르투갈에서는 호민관(Ombudsman, Volksanwalt, 국회에 의하여 임명된 기본권의 침해를 감찰하는 기관)에게도 신청권을 부여하는 점이 특색이다.

독일이나 오스트리아에서 추상적 규범통제는 사건수로는 많지 않으나 여기에서 매우 중요하고 정치적으로 의미있는 판결이 이루어진다는 것이다.

3. 구체적 규범통제

법원의 구체적 사건을 놓고 재판을 하다가 여기에 적용될 법률(또는 법률의 효력을 가진 긴급명령)의 위헌여부가 문제되었을 때에 이를 심판하는 것을 구체적 규범통제라 한다. 규범통제권은 심사권(Prüfungsrecht)과 배척권(Verwerfungsrecht)으로 나누어진다. 일반법원의 두가지 권한을 모두 갖는 경우는 비집중형 또는 분산형(diffuse) 헌법재판제도이다. 미국의 Judicial review가 그 전형적인 예이다. 이에 대하여 규범에 대한 배척권을 하나의 헌법재판소에 독점시킨 것이 집중형 헌법재판제도인 것으로, 그 기원이 Kelsen모델을 따라 세워진 1920년 이래 오스트리아 헌

법재판 제도인 것이다. 우리나라는 후자인 집중형 헌법재판 제도에 속하며, 일반법원은 규범에 대한 배척권이 없기 때문에 구체적 사건에서 적용할 법률의 위헌성이 문제되었을 때에는 헌법재판소에 제청(Vorlage)을 할 것을 요한다. 따라서 이를 법관의 신청을 뜻하는 법원의 제청에 의한 규범통제하고도 한다. 헌법 제 107조에서 규정하고 있다.

i) 여기에서는 국회가 제정한 형식적 의미의 법률만이 제청의 대상이 되고, 명령·규칙은 재판의 전제가 된 때라도 제청하지 않고 법원 스스로 판단한다(이렇게 구체적 규범통제의 이원화는 법의 불안과 법해석의 불통일의 문제가 생길 수 있지만, 독일의 경우는 명령은 어차피 추상적 규범통제의 방법으로 헌법재판소의 심사의 길이 있기 때문에 크게 문제될 것 없다는 것에 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (16. Aufl.) S. 256). 그러나 우리나라와 독일 그리고 그리스를 제외한 나머지 대부분의 나라는 이 경우도 법원이 법규적 효력을 가진 명령·규칙의 위헌성을 직접 심사할 수 없으며, 헌법재판소에 제청하여야 한다. 나아가 명령·규칙이 법률에 위반되느냐 여부의 심사 즉 명령·규칙심사는 우리나라의 경우 대법원의 전권에 속하나(헌 107조 2항), 이것까지도 헌법재판소가 심사하는 일원적 규범통제의 입법예가 많다. ii) 제청의 주관적 요건으로서 법관에게 적용할 법률의 위헌의 확신이 있어야 하느냐, 아니면 위헌의 의심(Zweifel) 내지 소지로 족하느냐가 문제된다. 독일의 경우는 전자이나 오스트리아, 이태리, 스페인 그리고 우리나라는 후자의 입장임은 이미 말한 바 있다. iii) 객관적 제청요건으로 재판의 전제성(Entscheidungserheblichkeit)이 필요하다. iv) 제청할 것인가의 여부는 법관의 재량이 아니라 의무이다. 따라서 제청하여야 할 경우에 제청하지 않고 넘어가면

법률이 정한 법관의 재판보장(헌법 27조 1항)을 어기는 결과가 된다. (BVerfGE 73, 339).

4. 권한쟁의심판에 의한 규범통제

국회가 제정한 법률이나 행정부가 제정한 명령·규칙의 내용이 다른 국가기관이나 지방자치단체의 권한을 침해하였거나 현저한 위험이 있는 내용일 때에는 침해당하였다고 주장하는 당해 기관은 권한쟁의 심판청구를 하여 권한침해의 법령에 대하여 이를 취소하는 의미에서 위헌선언을 구할 수 있다. 즉 헌법재판소법 제61조 2항 소정의 권한쟁의심판 청구의 대상이 되는 피청구인의 “처분”에는 입법행위(Gesetzgebungsakt)도 포함되는 것으로 보아야 하며, 법령이 청구인의 헌법상 또는 법률상의 권한을 침해하는 것일 때에는 권한쟁의심판 청구의 방식으로 그 법령의 무효선언을 구할 수 있다. 이것이 현재 독일의 판례이며 (BVerfGE 4, 115 ; 24, 300) 또한 통설이다(Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht (2. Aufl), S. 60). 예를 들면 지방자치단체장의 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대해서 내무부장관이 마음대로 시정명령을 할 수 있고 이에 불응하면 내무부장관의 직권으로 취소 또는 효력을 정지시킬 수 있는 규정이 있어서 그것이 내무부장관에게 지방자치단체에 대한 포괄적인 통제권이 고 지방자치제도에 어긋나는 자치단체의 권한을 침해하는 결과가 된다(1991. 7. 6자 동아일보 5면), 권한쟁의 심판청구의 형태로 문제삼을 여지가 있을런지 모른다. 또 국회가 제정한 법률이 법원으로 구성된 법원에 속하는 사법권을 침해하는 내용의 것이 있다면, 법원은 국회를 상대로 권한쟁의심판청구가 가능할 수 있다. 어쨌든 이것은 권한쟁의심판절차에 의한 간접적인 규범통제

방식이다.

5. 개인적 규범통제

여기에는 3가지가 있다.

① 하나는 법원의 위헌제청신청에 갈음한 헌법소원이다(헌재법 68조 2항). 이를 위헌심사형 헌법소원이라고도 한다. 즉 법원에서 재판을 하다가 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 당사자는 그 법률에 대한 위헌제청신청을 낼 수 있다. 이에 대해 제청신청이 이유 없다고 하여 기각결정을 하면 기각당한 개인은 헌법소원의 형태로 헌법재판소에 직접 그 법률의 위헌여부의 심판을 구할 수 있다. 얼마 전에 4층 이상의 건물은 용도, 평수를 불문하고 화재보험에 강제가입시키는 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 특별조치법이 문제되었다. 특히 이 법률의 명분은 화재로 인한 제3자의 인명피해를 배상해 주기 위한 책임보험의 강제인 것으로 내세웠으나 이것은 뒷전에 돌리고, 실질은 화재로 인한 건물소유주의 손실에 대비한 건물보험의 강제이었다. 더구나 보험자가 국가나 공공단체가 아니며 영리추구를 목적으로 하는 보험회사가 되는 사보험이며, 또 원치도 않는 보험에 가입시켜 놓고 강제로 징수한 보험료 20/100은 화재보험협회에 협회비라는 명목으로 납부하는 것이다. 이러한 법률인데도 합헌이라 하여 기각하였는데, 이에 대해 당사자 개인이 헌법소원을 하여 헌재로부터 위헌결정을 위헌결정을 받았으며, 이 판례에서 정부라고 해서 가부장적으로 개인에게 무엇이나 간섭하고 규제할 수 없는 것이고 사적 자치 내지 경제적 활동자유의 원칙의 제한에는 분명히 한계가 있음을 밝혔다.

② 다른 하나는 법령자체에 대한 헌법소원이다(Rechtssatz-verfassungsbeschwerde). 특정 법령의 운영당국의 운영 잘못 때문이 아니라 그 법령자체 때문에 개인의 기본권이 침해되었을 때에는 침해당한 개인은 헌법소원의 형태로서 그 법령의 취소를 구하는 의미에서 위헌선언을 구할 수 있다. 이는 법원에 먼저 소송을 제기함이 없이 직접 헌법재판소에 소원을 내는 것이다. 기본권의 침해를 당한 개인이 법령에 대한 소원을 낼 때에는 자기 관련성, 현재성 및 직접성을 갖추어야 한다(헌재의 확립된 판례). 다만 국가에 따라서는 법령에 의하여 기본권의 침해를 당한 사람이 아닌 일반 시민이 법령의 위헌무효를 주장하는 민중소송(popularklage)을 허용하는 예가 있다. 독일의 Bayern주 헌법재판소가 그 예이고 (바이에른 주 헌법98조) 남미의 콜롬비아, 베네즈엘라, 엘살바도르, 파나마 그리고 알젠티의 일부 주 등이다.

재판의 전제가 되어 법원이 제청하는 구체적 규범통제의 경우와 달리 개인이 청구하는 법령에 대한 헌법소원에 있어서는 모든 법규범이 소원의 대상이 된다.

따라서 법률은 물론 법령·규칙 나아가 헌법규정까지도 해당될 수 있다. 과거에 제1공화국의 헌법에 대통령은 두 번 이상 못하는 중임금지규정이 있었다. 그런데 헌법부칙에는 이 금지규정의 예외로서 「초대 대통령은 차안에 부재한다」라고 단서규정을 두었다. 이와 같은 헌법규정이 오늘날에도 존재된다면 이것은 헌법소원의 대상이 될는지 모른다.

최근 독일 판례에서도 (독일 헌재 1991. 4. 23 제일부 판례) 동독 무상몰수재산의 송환에 관한 독일헌법(기본법) 제143조 제3항의 개정규정을 헌법소원의 대상으로 판단하였다 (소련군의 점령 당시의 무상몰수한 재산과 동독정권이 들어선 뒤 무상몰수한 재산을 구별하여, 전자는 원소유자에게 금전배상만하고 원물만환

하지 않으며 후자는 원물반환하는 내용이다). 근자에 법령에 대한 개인소원의 예로 농협·수협·축협의 단위조합장에 대한 지방의원 출마제한 및 검직금지를 규정한 지방의회의원선거법 및 지방자치법에 대한 헌법소원이 있었다. 여기에서 일당과 여비밖에 받을 수 없는 명예직인 지방의원에 출마제한은 주민참여의 기회를 넓혀 풀뿌리 민주주의를 구현하려는 지방자치체도의 기본정신에 반할 뿐더러 국민의 참정권 침해라고 하여 위헌선언하였다. 또 광역의회의원 후보 기탁금을 700만원으로 규정한 지방의회의원 선거법에 대한 개인소원에서는, 선거제도 남용방지를 위한 필요한 한도에서 기탁금을 둘 것인가 이를 폐지할 것인가는 입법자인 국회의 입법형성자유에 속하는 사항이나, 현재의 기탁금의 수액은 과다하여 국민의 참정권의 문호를 좁힌 것이므로 보통·평등선거의 원칙에 반하여 헌법에 불합치하므로 적어도 광역선거전까지는 법을 개정하여야 한다는 입법촉구 결정을 한 바 있다.

③ 또 다른 하나는 부수적인 법률의 위헌선언이다. 헌법소원 사건에서 공권력의 행사 또는 불행사를 취소하거나 위헌확인의 인용결정을 할 경우에, 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 때문이라고 인정될 때에는 그 결정에서 당해 법률규정이 위헌임을 함께 선고할 수 있다(헌법재판소법 제75조 5항).

헌법소원의 재판에 부수하여 심판한다 하여 부수적 규범통제(akzessorische Normenkontrolle)라고도 한다. 간접적(mittelbar)인 규범통제 방식이다. 기본권을 침해한 처분이 위헌법률에 바탕을 둔 경우에는 처분의 취소를 위한 헌법소원의 방법으로 문제의 위헌법률도 간접적으로 심사의 대상으로 삼을 수 있다(Weber, Generalbericht : Verfassungsgerichtsbarkeit in West-europa, S. 88).

이상 본 규범통제 즉 헌법재판소에 접근하는 길은 여러가지가 있는데 그 종류마다 신청권자가 다르다는 것이다. 종류별 특징에 관하여는 필자가 1991년 8월호 고시연구에 도표로써 밝혔는 바 이를 참조할 것.

VI. 규범통제의 현황과 입법재판의 중요성

1. 규범통제의 실적

과거의 헌법위원회 시절의 규범통제의 길은 위에서 소개한 것 가운데 세 번째인 구체적 규범통제 한 가지 뿐이었다. 그나마 헌견도 위헌제청을 한 바 없어 그것마저 완전 사장화되어 있었다. 이제 제6공화국의 탄생과 함께 새로 헌법재판소가 생겨나면서 위에서 본 5가지 규범통제 방법 가운데 3. 내지 5. 방법이 채택되어 한 가지에서 세 가지로 늘어난 것이다. 그러나 적어도 헌법 문제를 전담하는 재판소를 별도로 두면서 국회의 입법과정에서나 대통령의 국정운영 과정에서 법률의 위헌성이 문제되었을 때에 헌법재판소에 의견을 구하여 이를 국정운영의 기초로 삼는 예방적 규범통제가 전혀 배려되지 않은 것도 문제이거니와, 야당이 국회를 지배하는 다수당의 횡포와 전횡을 견제하기에 가장 적합한 방법인 추상적 규범통제를 받아들이지 않은 것은 헌법에 의한 통치 즉 법치주의 구현의 의지가 미흡하다는 반증이 아닐 수 없다. 특히 추상적 규범통제제도를 받아들이한다면 쟁점법률 등의 국회 통과에 즈음하여, 야당측의 극한 투쟁과 이에 대한 여당측의 전격통과전술 등의 악순환을 시정하는데 큰 도움이 될 것

이다.

다만 비교법적으로 비록 약체의 헌법재판소이지만 출범한지 3년 남짓 그동안 주의의 회의적 시각과 몰이해, 황무지적인 무경험 속에서 그리고 일천한 역사속에서 나름대로 제도활용의 실적이 적지 않았다.

i) 사법권독립을 위축시켰던 국가에 대한 가집행선고면제제도 (헌재 1989. 1. 25. 선고 88헌가 7 결정), 다른 채권자들은 제치고 금융기관의 연체대출금의 회수에만 특권을 주고, 회사정리절차를 법원이 아닌 은행이 마음대로 좌우할 수 있게 한 특별조치법의 폐기 (헌재 1989. 5. 24. 선고 89헌가 37, 96 (병합) 결정), ii) 인간의 존엄과 기본적 인권의 존중에 위협이 되었던 구 사회보호법상의 필요적 감호제도의 폐지 (헌재 1989. 7. 14. 선고 88헌가 5, 8, 89헌가 44 (병합) 결정), iii) 조세정의와 국민주권의 원리를 외면한 국가우월과 행정편의의 일련의 입법의 위헌선언 (헌재 1990. 9. 3. 선고 89헌가 95 결정), iv) 국회의원선거법 (헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정), 지방의회의원선거법 (헌재 1991. 3. 11. 선고 91헌마 21 결정) 상의 독소조항에 대한 위헌선언에 의한 국민의 정치적 자유의 신장, v) 사립사범대출신자의 교사채용에 있어서 차별폐지 (헌재 1990. 10. 8. 선고 89헌마 89 결정), vi) 민권변호사에 큰 위협이 되었던 법무부장관의 업무정지명령제도 (헌재 1990. 11. 19. 선고 90헌가 48 결정), 그리고 인간의 양심자유를 외면한 사죄광고강제 (헌재 1991. 4. 1. 선고 89헌마 160 결정)의 폐기, vii) 기득권 존중의 원칙을 무시한 국가보위입법회의법 부칙의 위헌선언(헌재 1989. 12. 18. 선고 89헌마 32, 33(병합)결정), viii)국가보안법의 한정합헌선언(헌재 1990. 4. 8. 선고 89헌가 113 결정)에 의한 국가보안법 개정 기여, ix) 법무사시험제도실시에 의한 폐쇄되었던 법무사의 문호개방(헌재

1990. 10. 15. 선고 89헌마178 결정), x) 범죄구성요건을 시행령에 위임한 백지 단속법규의 위헌선언(헌재 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정) 등을 들 수 있다. 다만 국토이용관리법상의 토지거래허가제는 위헌 5 : 합헌 4로 단 한표가 부족하여 위헌폐기의 위기를 면했으며(헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정) 노동쟁의조정법상의 제3차 개입금지 규정은 합헌 5 : 위헌 4로 간신히 합헌결정(헌재 1990. 1. 15. 선고 89헌가)에 이르렀다. 그리고 교원노조의 경우는 합헌 6 : 위헌 3으로 합헌이라는 결론을 냈다.

독일에서 법률소원의 대상이 되었던 것으로 주목할 만한 두 판례를 든다.

① 독일에서는 1976. 5월에 노동자 경영참가권(Mitbestimmungsgesetz)이 제정되었는데, 최고경영정책을 결정하는 이사회(Aufsichtsrat)를 주주 대표 반수, 노동자 대표 반수씩으로 구성하되 노동자측 이사 중에는 일정수의 노동조합의 대표자도 포함시키게 되어 있으며, 이사회장은 전이사의 2/3 이상의 찬성으로 선출키로 하며 제1차 투표에서 선출이 되지 못하면 제2차 투표에서는 회장은 주주측 이사 중에서, 부회장은 노동자측 이사 중에서 각 선출한다. 이 법률이 통과된 후 지멘스·벤츠·휘스트 회사 등 우수한 기업이 자본주의의 몰락이라 하여 헌법소원을 제기하였는데, 이에 대해 만일 헌법재판소가 위헌이라고 판결을 내면 노조측은 총파업에 들어간다는 위협 속에서 TV생중계리에 연 4일간에 걸친 변론 끝에 합헌이라는 판결이 나왔다(BVerfGE 50, 290).

② 1983년에 독일에서는 국세조사법이 제정되어 이에 대해 헌법소원이 제기되었는데, 개성의 자유로운 창달은 개인적인 자료의 무제한한 조사, 입력(메모리), 사용·복사로부터 개인보호를 전제로 하며, 개인자료를 전산화하는 데서 오는 인격권침해의

위험 때문에 조직상 또는 절차법상의 사전조치를 취하여야 한다고 판시하였다. 이와 같은 입법조치 없는 국세조사법의 규정이라면 헌법상의 요청에 반한다고 하였다(BVerfGE 65, 1).

이제 헌법재판소의 출범을 계기로 우리나라에 입법재판의 시대가 새로 개막된 것이며, 민·형사재판 중심의 우리 재판사에 새로운 전기를 맞게된 것이다.

2. 우리나라의 입법과정과 입법재판의 중요성

헌법 제52조에 의하면 법률안의 제출권은 국회의원과 정부가 갖는다.

(1) 정부발안의 법률안 기초과정을 본다. 행정부내의 소관부서에서 법률안 기초가 된다. 그래서 흔히 우리나라에서 법령제정을 “주사·사무관 입법”이라 한다. 어디에서나 높은 사람만을 찾는 풍토 때문에 자리가 높을수록 누적적으로 바빠진다. 따라서 소관부서의 주사·사무관 기안의 법률안이 장관까지 대체로 무사하게 결재 통과되기가 쉽다. 소관부서에서 기초된 뒤에 법제처로 넘겨도 내용보다도 자구수정·체제 맞추기 정도로 정리되는데 그친다. 게다가 행정고시과목이 행정학 중심이기 때문에 외국에 비해 법률전공자의 행정부 진출률이 매우 낮다. 이 점 법학부 출신의 최우수의 엘리트가 고시를 통해 행정부로 진출하는 일본, 독일 등의 경우와 변호사자격자 중 우수한 사람이 행정관료로 진출하는 미국과 차이가 있다. 선진제국은 막강한 전문인력을 법무성에 규합하여 여기에서 정부제외의 법률안을 일괄기초하나 우리나라는 그렇지 않다. 독일의 연방 법무성의 경우를 보면 5개국으로 편성되어 있는데 제1국이 총무국, 제2국이 민사법국, 제3국이 형사법국, 제4국이 공법국, 제5국이 특별법국으로 되어 법

안기초를 위해 노력을 경주하다. 또 지금까지 헌법이란 구속력 있는 법규범 체계라기보다 하나의 프로그램적 수사적 표현의 집합체이거나, 내각제나 대통령제나 조직규범 정도로 과소평가되어 왔으므로, 헌법감각이 생기기 어렵다. 따라서 이와 같은 메카니즘 속에서 헌법에 맞지 않는 국민의 기본적 인권에 저촉되는 법률이 부지불식간에 기초되기 마련이다.

(2) 국회의 법률제정 과정을 본다. 정부발안의 법률안이나 의원발의의 법률안은 국회의 상임위원회에 먼저 회부되어 심사를 거친 뒤에 법사위에 회부되어 체제와 자구에 대한 심사를 하게 되며(국회법 79조), 그에 이어 본회의에 부의하여 질의와 토론을 거쳐 표결하게 되어 있는 것이 국회법의 원칙이다(동법 86조 분). 그러나 본회의에서는 여러 법률안을 일괄 상정한 끝에 질의와 토론을 생략한 채 가부만 물어 무더기 의결통과시키는 예가 많다(동법 86조 단서). 본회의에서 외국에서와 같은 1,2,3 독회가 없음은 물론, 우선 법률안을 축조채택하고 마지막에 법률안 전체의 표결을 행하는 방식이 아니다. 게다가 여야의 참여한 대립으로 국회의 공정의 나날이 많다. 또 근자에는 공청회를 열어 사계의 전문가를 규합하여 검토하던 한때의 열기마저 식어 있다(불란서의 경우는 법률안이 국사원(일종의 행정재판소)의 의견을 들은 뒤에 국회에 발의된다). 그러므로 다듬어지지 않고 신중한 검토없는 법률안이 어설픈게 국회에서 통법이 되기가 쉽다.

(3) 국회가 입법활동보다도 대정부 견제에 너무 치중하는 경향이 있다. 대정부 질의, 국정감사 등 이에 많은 시간이 할당된다. 국민의 권리·의무를 제한하고 부과하기 위해서는 국회가 제정한 법률에 의하지 않으면 안되는 것이 헌법상의 법률유보이다(헌법 37조 2항). 국민이 해서는 안되는 일은 국회의 법률로 정해야 하는 것이 원칙인데 이를 자신이 직접 정하지 않고 대부분

대통령령으로 위임해 버리고 마는 경향이 없지 않다. 이 때문에 행정편의위주의 비민주적인 입법이 부지불식간에 만들어질 여지가 있다.

(4) 국회의원의 활동이 국정 전반에 관한 발전적 정책의 입법 확보보다도 출신 지역구의 개발과 지역구민의 뒷바라지에 역점을 두는 경향이 없지 않았다. 행동양태면에서 전국민의 대표성 보다도 지역구의 대표성이 더 강하게 나타난다. 지금까지 지방자치제의 실시가 정지되어 있었기 때문에 불가피한 결과인지 모른다.

제정과정의 문제점, 입법부 구성원의 활동상 그리고 위임입법의 성행으로 결코 바람직하지 않지만, 주사·사무관입법이라고도 하고 또 통법부라는 말이 나돌지 않을 수 없다. 이렇게 소홀한 입법이 될 여지가 있는 메카니즘 때문에 어느 나라 보다도 헌법 질서에 맞지 않는 입법, 쉽게 말해서 비민주적이고 합헌성을 잃은 법률이 생겨날 소지가 있다. 그러므로 재판을 통해 법을 바로 잡는 입법통제 즉 입법재판의 중요성은 우리나라에서 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다.

VII. 헌법소원

1. 의의와 입법례

(1) 신헌법하의 헌법소송의 대표적 특색이라면, 헌법소원제도의 신설이다. (헌법 제111조 1항 5호, 헌법재판소법 제68조). 헌법소원(Verfassungsbechwerde)이라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에 헌법재판소에 심판청구를 하여 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취

소하거나, 그 불행사가 위헌임을 확인받고자 하는 것이다(헌법재판소법 제68조 1항·제75조 3항). 이것은 입법·행정·사법 등 삼권력의 행위와 정책이 헌법에 맞도록 헌법재판소가 견제하는 것이며, 헌법에 맞으면 허용하되 헌법에 맞지 않으면 허용하지 않고, 나아가 국사가 헌법대로 되지 않으면 헌법대로 교정·유도함으로써 헌법이 지배하는 국가사회를 이루도록 하려는 배려(Stern에 의하면 헌법국가의 완성)이다. 헌법소원은 헌법의 수호와 그 해석 및 생성발전의 기능을 하게 되며, 한편 개인의 기본권보장의 기능도 함께 한다(Doppelfunktion). 양적으로 질적으로 헌법재판의 꽃이라고 할 이 제도는 서독에 있어서 기본권보장의 새 장을 연 것으로 평가된다. 우리나라의 일부 언론도 여기에 현대판 “신문고”의 기능을 기대하고 있다. 이에 의하여 기본권의 침해를 받은 자이면 누구에게나 헌법재판에의 길이 열려졌다는 점에 그 의미는 획기적인 것이라 할 수 있다.

(2) 별도의 헌법재판소를 두고 있는 나라에서는 거의 기본권의 보장을 위하여 이 제도를 채택하고 있는데, 무엇을 헌법소원의 대상으로 하는가는 각 입법체에 따라 차이가 있다.

1) 독일의 경우 : 개인이 공권력에 의한 기본권의 침해의 경우에는 아무런 구별이 없이 헌법소원 또는 헌법항고(Verfassungsbeschwerde)가 허용된다. 독일의 경우는 1849년 Paulkirchen 헌법에서 재판을 거부하거나 가로막는 경우에 최고 법원에 시민이 소원을 하는 것이 그 시원이었다는 것이다. 2차 대전후에 Bonn 기본법(Grundgesetz)을 제정할 당시 헌법소원 제도를 다른 권리관계 제도와의 관계에서 어떻게 정립할 것인가를 해결하기 어려워 기본법 자체에는 아무런 규정을 두지 않고, 1951년 연방헌법재판소법에서 규정한데 그쳤다. 그러다가 1969년 헌법개정시에 기본법 93조 1항 4a호로서 받아들여 헌법상에 제

도로서 명문화하게 된 것이다(독일기본법 제93조 1항 4a). 이 개인소원 이외 자치단체헌법소원을 인정하고 있다(kommunale Verfassungsbeschwerde). 이는 자치단체가 중앙정부의 법률·명령에 의하여 헌법에서 보장받은 지방자치단체의 자치행정을 침해한 경우에 제기하는 소원이다(기본법 93조 1항 4b).

2) 서서에서는 1874년 이래 국가소원(Staatsrechtliche Beschwerde)가 마련되어, 연방공권력을 제외한 주(canton) 공권력의 작용을 소원의 대상으로 하고 있다. 다만 여기의 주 공권력이라면 행정부, 입법부, 사법부의 행위도 포함된다. 따라서 일반적 규범인 법률·명령 이외에, 개별적 처분인 행정처분·재판판결 모두가 소원의 대상이 되며, 여기에는 일정한 범위의 부작위 뿐만 아니라 법령의 성립형성 자체도 문제삼을 수 있다.(Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde (1984), S 132 f). 나아가 지방자치단체가 지방자치(Gemeindeautonomie)나 존재보장(Bestandsgarantie)의 침해를 위하여 소원을 제기하는 것까지도 공인하고 있다.

3) 오지리(Bescheidbeschwerde) : 행정관청의 처분(Bescheide, 직접적인 행정관청의 명령 및 강제력 작용도 포함)에 한정하였는 바 (오지리 헌법 제144조), 소정의 구제절차 즉 행정심급을 거친 뒤 법률상의 권리침해일 경우는 행정재판소에, 헌법상의 기본권 침해의 경우는 헌법재판소에 제소하는 것으로 관할이 양분되어 있다. 그리고 오지리에서는 법원에 의한 위헌제청과 함께 위헌적인 법률과 위법한 명령·규칙에 대해서도 기간제한이 없는 개인제청을 인정하고 있다(오지리헌법 제139조 1항·140조 1항). 다만 법원의 재판은 소원의 대상에서 제외한 데 대해서는 권리보호의 결정적인 결함이라는 비판이 나오고 있다(Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, S. 171).

4) 스페인 (recurso de amparo) : 입법행위를 제외한 모든 공권력에 의한 기본권 침해의 경우로 하였다. 법원의 재판 뿐 아니라 법원의 부작위 역시 소원의 대상이 된다. 기본권 침해를 받은 개인만이 아니라, 시민의 권익수호의 임무를 맡은 Ombudsman과 검사에게도 심판청구 적격을 인정한다. 소원판결의 효력은 당사자 사이 (inter partes)에만 미친다. 다만 처분의 근거되는 법률의 위헌성이 문제될 때에는 재판부는 전원합의체에 사건을 제청할 수 있으며, 여기에서 그 법률이 위헌확인이 되면 그 판결은 일반적효력(erga omnes)을 갖게 된다. 재판이 포함됨은 물론 공권력의 개념을 넓게 해석하여 순수한 사인간의 행위까지 헌법소원의 방법으로 취소할 수 있게 하고 있다.

5) 남미제국 기타 : 남미에 집중형 헌법재판 제도를 두고 있는 나라로는 칠레, 에콰도르, 과테말라, 페루 4개국이다. 과테말라 헌법재판소는 기본권보장사건, 즉 Amparo 사건에서는 국회의 결의, 대법원의 판결과 대통령의 결정에 대한 헌법소원을 관장한다. 페루에 있어서도 인신보호영장사건(Habeas corpus)이나 기본적 인권에 관한 소에서 기각된 법원의 판결에 대하여 소원을 허용하고 있다. 비록 헌법재판소를 별도로 설치하고 있지 아니하고 최고법원이 소원제도(Amparo-Verfahren)를 관장하고 있는 남미국가로서는 아르헨티나(보충성의 원칙에 의하나 다른 구제절차에 의할 때 회복할 수 없는 손해가 생기면 허용)·콜롬비아·멕시코가 있다. 멕시코의 경우 Amparo가 가장 오래되고 발달된 나라로 꼽히는데 여기에는 다섯가지로 나누어져 있다. ① 인신자유의 보호를 위한 구제책(Habeas corpus-Verfahren), ② 법률에 대한 Amparo, ③ 재판에 대한 Amparo, ④ 행정관청의 결정이나 조치에 대한 Amparo, ⑤ 농촌거주자의 절차법상의 보호방법으로서의 Amparo 등이다. 따라서 멕시코의 Amparo 절차

에는 기본인권의 보호절차, 규범통제, 상고 및 행정구제절차가 총합되었다고 볼 것이다.

이 밖에 헝가리, 체코, 사이프러스, 이스라엘 (이스라엘에서는 행정기관에 의하여 자기 권리가 침해되었다고 주장하는 당사자는 직접 헌법재판소에 조력을 받기 위한 소원을 낼 수 있는데, 절차가 단순하고 비용이 들지 않으며 긴급한 경우는 신속히 처리하는 것이 특색이고, 국민의 절대적인 인기를 얻고 있는 것으로 알려졌다. 다른 법원이나 재판기관에 관할권이 없는 경우에 한한다)에도 헌법소원제도를 두고 있다.

6) 유럽인권협약(EMRK) 제25조에 의하면 체약국에 의하여 협약에 규정한 권리를 침해당했다고 주장하는 개인이나 비정부 단체 그룹은 유럽인권위원회에 통달하게 된다. 이에 통달받은 위원회가 유럽인권재판소(Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 불란서 스트라스부르그 소재)에 소원을 하며, 권리침해를 당한 피침해자는 그 절차에 참가하게 된다. 체약국의 법률에 의하여 침해된 권리뿐 아니라, 체약국의 재판에 의한 침해(특히 재판에 관해서는 법원에 access, 공정한 절차 및 합리적인 절차기간을 보장한 협약 6조의 위반이 문제된다)도 포함된다. 입법·행정·사법의 권력작용이 모두 대상이 된다. 국내의 통상의 구제절차가 있다면 먼저 이를 거쳤을 것을 요한다.

7) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 선택의정서 (우리나라가 1990. 7. 10.에 가입)에 의하면 인권규약에 열거된 권리를 침해당한 개인은 국내법에서 정한 구제절차를 거친 뒤에는 UN인권위원회에 소원(petition)을 할 수 있게 하였다(동 제2호).

8) 일본과 같이 헌법재판소를 두지 아니한 나라의 경우는 특별상고·특별항고가 이의 대역이 아닌가 필자는 생각한다. 재판에 헌법위반이 있을 때 제기할 수 있는 사실상 헌법상고, 헌법항

고이기 때문이다.

우리나라 헌법 제 111조 1항 5호에서는 “법률이 정하는 헌법소원”이라고 규정하므로 무엇을 헌법소원의 대상으로 할 수 있는가는 입법사항으로 하였던 바, 헌법재판소법 제 68조 제 1항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수”있게 하였다. 따라서 우리나라의 경우는 법원의 재판을 제외한 입법·사법 등 모든 공권력의 행사 또는 불행사를 대상으로 하고 있는 것이다.

(헌법소원의 상세는 다음 호에서 계속)

국가비밀의 보호법리와 그 적용동향

구 병 삭

고려대 법대 명예교수

헌법재판소 자문위원

- 목 차 -

- I. 국가비밀과 「국민의 알 권리」
 - 1. 국가비밀의 의의
 - 2. 「국민의 알 권리」와 제한
- II. 미국의 국가비밀보호법과 그 적용동향
 - 1. 미국국가비밀보호법제의 개요
 - 2. 방첩법의 내용과 그 적용동향
 - 3. 방첩법의 확장적용
 - 4. 국가비밀의 지정과 절차법
- III. 독일의 국가비밀보호법과 그 적용동향
 - 1. 국가비밀 보호의 개요
 - 2. 1951년 개정형법
 - 3. 1968년 개정형법과 「위법비밀」
 - 4. 형법 제99조 1항 합헌판결
- IV. 프랑스의 국가비밀보호법과 그 적용동향

1. 형법에 의한 국방의 비밀침해죄
2. 비밀의 존재에 대한 법원의 판단권
3. 공무원의 수호의무

V. 결어

I. 국가비밀과 「국민의 알 권리」

1. 국가비밀의 의의

현대의 자유민주주의국가헌법에서는 「국민의 알 권리」를 전제로 국가행위와 국가기관의 정보를 국민에 대하여 공개해야 하는 것이 원칙이다. 이 원칙에 대한 예외가 국가비밀이다. 일반적으로 헌법에는 국회의 비공개 회의(제50조)와 재판의 비공개(제109조), 행정에 있어서의 국가안전을 위한 비밀보호를 법률에 규정하고 만일 위법, 위반시에는 형벌로 다스리게 하고 정보공개에서도 예외로 취급하고 있다.¹⁾

이와 같이 동 국가에서는 국가비밀을 정보공개예외로 하고 있다.

국정공개원칙하에 국가비밀을 예외로 하는 한 국가비밀의 설정은 헌법에 적합한 국가행위를 수행하여야 하고 진정 국민의 이익과 국가의 안전을 위하여 기능적으로 필요·불가결한 범위 안에서만 가능하다. 따라서 국가비밀에 관해서는 원칙적으로 이

1) 미국에서는 Developments in the Law : The National Security Interest and Civil Liberties in Harvard Law Review Vol. 85 No. 6(1972) PP.1232~1244, 이 논문의 번역은 오령의 5인 「『國家의 안전과 시민의 諸自由』 『法律時報』 1973年 9月號 PP.70~76 참조 ; 英國에 대해서는 堀部政男, 「イギリス-報道の自由と國家秘密」 『ジュリスト』 507號(1972) PP.77~85 ; 프랑스에 대해서는 中村睦男 「フランス-國防の 秘密侵害罪および公務員の秘密保守義務」 『ジュリスト』 507號 PP.86~90 ; 西獨에 있어서는 刑法典各則第2節 「反逆および對外的安全危害行爲」 93條~101條 a(Vgl. E.Dreher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 32. Aufl. 1970 SS. 468~503)참조. ; 石村善治編 『情報公開』 法律文化社(1983) PP.57~58 ; 芦部信喜 「知的 權利の理論」 『現代の社會のコミュニケーション』 言論의 自由, P.12~. T.Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment(3) (1966) ; 安溶教, 『國民의 알 權利에 관한 研究』 建國大博士論文(1975) ; 清水英夫編 『情報公開と知る權利』 三省堂(1980) PP.79~114.

른바 실질적 비밀이 전제되는 동시에 위헌·위법의 국가비밀의 존재는 부정되지 않으면 안된다. 즉 국가비밀의 존재는 그 객관적 필요성과 일치하지 않으면 안되며, 그 성립범위는 한정되어야 한다. 그러기 위해서는 우선 국가비밀의 개념 그 자체가 명확하지 않으면 안된다. 미·영이나 독·프랑스의 입헌례에서도 이러한 점이 확인된다. 그렇게 함으로써 「국가비밀」의 확대나 남용을 미리 방지할 수 있기 때문이다.²⁾

국가비밀의 개념은 광협 두가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 협의는 J. Zagel이 말한 바와 같이 「군사 또는 외교상의 정보로서 그 공개가 국가의 안전을 훼손하는 것」을 의미하며, 광의는 「그 이외의 일반 비밀정보를 포함」하는 것을 의미한다.

미국의 정보자유법에서는 국방과 외교정책상 비밀을 비공개한다고 규정하고 있는데 이것을 M. Rehbinder는 「협의의 국가비밀」이라 하고 있다. 그리고 그 비밀지정은 정보자유법에 의하면 행정명령에 의하도록 되어있다((1978년 6월 28일의 행정명령 제 12065호 (국가 안전 정보)가 그것이다(1981현재)). 이 명령에 의하면 정보가 공개된 경우 국가의 안전에 손해가 발생하는 정보를 비밀로 지정한다고 되어있다. 여기의 「국가안전」이라 함은 미국의 국방과 외교관계를 의미한다고 하였다(§6~104).³⁾

이와 같이 국가비밀의 개념을 이해하는데 있어서는 ① 국가의 안전을 위하여 외국에 비닉해야 방위상·외교상의 정보를 의미하고, ② 이것이 권한없이 공개되면 국가의 안전에 손해가 발생하는 경우를 말한다. 그러나 그 손해에 대해서는 국가비밀의 존재자체가 공개원칙과 알 권리에 중대한 예외로 인정되므로 국회

2) 石村善治, 前掲書. P.59

3) The State Secrets Privilege, in 50 Minnesota Law Review 875(1966) : 芦部信喜編『憲法Ⅱ 人權(1)』(佐藤幸治「表現の自由」)有斐閣(1978) P. 24 ; Die Informationspflicht der Behörden im Recht des Vereinigten Staaten 1970. S. 34; 石村, 前掲書 P. 60참조.

의 비공개에 특별다수결, 재판의 비공개에 법관의 전원일치 등이 최소한 요구된다고 하겠다.⁴⁾

그리고 국가비밀은 그 구성요소로서 명확성이 있어야 한다. 즉 국방외교에 관한 것과 관계문서·도서·물건은 형식적·실질적 요건이 갖추어져야 한다.

2. 「국민의 알 권리」와 제한

우리 「군사기밀보호법」에서도 군사기밀을 부당한 방법으로 탐지·수집하는 것을 금지하고 있고, 어떤 경위로 입수하였든 간에 타인에게 표현·전파하는 것을 금지함으로써 국민에 대하여 헌법 제21조1항의 언론·출판의 자유로서의 알 권리를 제한하고 있다.

이 제한이 기본권제한입법의 한계를 넘는 것인지 여부를 판단하려면 그 제한의 기준이 국가안보, 질서유지, 공공권리의 가치와 제한하는 언론·출판의 자유로서의 알 권리와 가치를 비교형량하여 제한의 정도·형태·범위 등을 결정해야 한다.

이에 대한 몇 가지 판단기준과 알 권리에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

(i) 명확성의 이론, 막연하기 때문에 무효라는 이 이론은 불명확한 법률문구로 표현의 자유를 제한할 수 없다는 것이다. 당해 법률 조항이 막연한 때에는 무효로 하는 것이 죄형법정주의의 원칙일 뿐 아니라 헌법정신의 요청이기도 하다. 명확성을 잃은 법령은 처벌대상인 행위를 미리 고지할 기능이 없고, 또 그로 말미암아 법 적용 기관의 자의를 허용할 위험성이 있기 때문이다.

4) 1978년의 행정명령 제12065호는 카터 대통령에 의한 것이었으나 그 후 레이건 대통령에 의하여 1982년 4월 2일 안전보장에 관련된 정부정보의 공개제한행정명령이 서명되었다. 이것은 행정명령의 개정이었다.

다만 이것은 주로 실체법에서 문제되며, 절차법의 내용이 정당하지 않은 때에는 절차법이 아무리 공정하다 해도 무의미하게 된다.⁵⁾

(ii) 비교형량의 이론, 법률이 기본권 제한의 한계를 넘는 것인지 여부를 판단하려면 언론자유를 보장함으로써 얻는 이익과 이를 제한함으로써 얻게 되는 국가적 이익을 비교형량하여 과연 국민의 언론자유(알 권리)는 제한하여야 할 필요가 있는지 또는 그 제한의 정도가 최소한에 그치고 있는지, 그리고 그 제한이 과도하여 위 권리의 본질적 내용까지 침해하고 있는지 여부 등을 검토하여야 할 것이다.

그러나 이 이론에도 난점이 있다. ① 판단기준의 핵의 결여, ② 이익의 포착방법의 문제 ③ 핵이 되는 판단기준이 없는 이익형량의 결정은 결과적으로 입법이나 다름없다는 점이다.⁶⁾

(iii) 명백하고 현존하는 위협의 원칙. 이 원칙은 표현의 자유를 사후에 제한하는 경우 전술한 이익형량이론과 함께 어느 정도 판단기준이 될 수 있다. 이 원칙(1919 Schenck 사건에서 처음 등장)의 「명백」이라 함은 언론의 자유와 공공의 해악발생 사이의 직접적인 인과관계를 의미하고, 「현존」이라 함은 시간적 밀착성을 의미한다. 즉 언론자유를 더 이상 허락하면 중대한 해악이 발생하고, 발생할 위험이 절박했을 때 언론제한이 가능하다는 것이다.⁷⁾

(iv) 사전억제의 금지이론. 이 이론은 개인의 정보와 사상을 발표하기 이전에, 국가기관이 그 내용을 사전에 심사·선별하여 일정한 범위 내에서 표현을 저지하는 행위, 즉 검열의 금지를 말

5) 구병삭, 『헌법학』 I (총론·인권), 박영사(1983) P.530 ; 구병삭, 『신헌법원론』 박영사 (1990년판) P.425.

6) 구병삭, 전게서 PP.530~531 ; 구병삭, 전게서 P.425

7) 구병삭, 전게서 P.531 동주 참고문헌참조 ; 구병삭, 전게서 PP.425~426.

한다. 이러한 사전검열금지제도는 바이마르(Weimar)시대의 판례인 동시에 통설이었다. 그러나 그 후 사전검열금지뿐만 아니라 사후검열금지까지도 주장하게 되었다. 오늘날에는 원칙적으로 사전·사후를 막론하고 검열이 금지되나 약간의 예외는 있다. 즉 수입영화·외설도서 불온문서 등은 국가이익과 질서유지에 크게 해를 끼칠 염려가 있을 경우에 검열이 용인되고 사후처벌의 대상이 된다.⁸⁾

(v) 국민의 알 권리의 성격. 우리 헌법 제21조 1항에는 언론·출판의 자유를 규정하고 「알 권리」의 표현은 없으나 이 표현의 자유에서 알 권리는 파생되어 보장되고 있다. 우리 헌법 재판소의 판결도 그러하다(1989. 9. 4, 선고88 헌마22).

표현의 자유로서의 알 권리의 기능은 T. Emerson이 말한대로 (i) 개인의 자기실현을 위하여, (ii) 진리에의 도달을 위하여, (iii) 정책결정에의 참가를 위하여, (iv) 안정과 변화간의 균형을 유지하기 위해서라고 한다. 따라서 많은 사람들이 자기와 다른 사상, 의견 또는 여러가지 사실의 정보에 접함으로써, 항상 자기의 사상과 의견을 정이해간다. 이런 의미에서 국민은 다방면의 정보·사상·의견을 알 권리로서 파악하고 있다.

국민의 알 권리는 광범한 공공사항에 관하여 많은 정보를 얻음으로써 올바른 정치적 의사를 형성하고, 판단하며, 선거권을 행사함으로써 국가권력의 정당한 감시와 비판을 하게 된다.

그러나 적극적인 정보공개요구를 실정법상 근거없이 개개 국민이 정보제공 내지 공개를 청구할 수 있는 구체적인 권리를 가지고 있지는 않다.⁹⁾

이와 같은 국가비밀의 의의와 국민의 알 권리에 입각하여 미

8) 구병삭, 전게서 P.529 동주의 참고문헌 참조 ; 구병삭, 전게서 PP. 424~425.

9) 구병삭, 전게서 PP.534~536 동주 판례와 참고문헌 등 참조 ; 구병삭, 전게서 PP. 437~438조 참조.

국은 국가비밀보호법제와 그 중 방첩법을 중심으로, 독일은 국가비밀과 보도의 자유의 한계를, 프랑스는 국가비밀 침해죄와 공무원의 수비의무를 주요 대상으로 하여 고찰하고자 한다. 따라서 이들 국가의 내용과 실제 운영상은 우리의 국가비밀과 알 권리의 관계이해에 다소나마 참고가 될 수 있을 것이다.

II. 미국의 국가비밀보호법과 그 적용동향

1. 미국국가비밀보호법제의 개요

오늘날 미국의 국가비밀의 보호 즉 군사와 외교에 관한 국가안전정보의 비닉을 목적으로 하는 법령은 1917년 방첩법(Espionage Act)을 비롯하여 1946년의 원자력법(Atomic Energy Act), 1947년의 국가안전보장법(National Security Act), 등 의회 제정법이 있다. 이 이외에 국가안전정보의 비밀지정을 정할 수 있는 대법원의 행정명령(Executive Order)이 있다.

위의 방첩법은 간첩목적 즉 「미국을 위해하고 외국을 이롭게 하는 것」을 목적으로 국방정보를 수집하여 외국에 통보하거나 공표하는 등 행위를 한 자에게 사형까지의 엄벌에 처하는 법제도이다.¹⁾

원자력법은 일정한 원자력정보에 대하여 「제한데이터」(Restricted Data) 등의 표시를 붙여 그 유포를 제한한다. 이와 동시에 미국을 위해하고 외국의 이익을 도모할 목적으로 그것을 외국에 누설하는 등 행위를 하였을 때에는 최고 무기징역에 처

1) Espionage Act, 18 U.S.C. 제793조~798조(1985), 본고는 右崎正博 「アメリカの國家秘密保護制」(上) 『法律時報』 제59권 제5호 PP. 49~53에서 많이 참고하였다.

하도록 규정하고 있다.²⁾

또 국가안전보장법에는 국가안전보장회의를 설치하여, 이 회의에서 「국가의 안전에 관한 국내와 외교, 군사정책에 관하여 대통령에게 건의한다」. 이런 광범한 권한을 부여함과 동시에 중앙정보국(CIA)을 설치하여, 그 장관에게 첩보원과 첩보활동의 방법을 권한없이 개시하는 것을 보호할 책임을 과하고있다.³⁾

그리고 국가안전정보의 비밀지정제도를 규정한 대통령령에는 국가의 안전상의 견지에서 군사·외교상의 안전을 위하여 정보에 Top Secret, Secret, Confidential의 표시를 붙여 그 유포에 제한을 가하는 절차를 규정하고 있다.⁴⁾ Top Secret, Confidential의 내용을 요약하면 다음과 같다.

(i) 기밀(Top Secret)은 법률에 규정된 바를 제외하고는 방위상 최고도의 보호와 필요한 정보 및 자료에 국한한다. 이것이 만일 누설될 경우에는 미국방위와 외교파괴, 동맹국무력공격, 전쟁초래, 국방상시설과 개발을 위태롭게 하고 중대한 손해를 초래케 될 자료에 적용한다.

(ii) 극비(Secret)는 법률에 규정된 바를 제외하고는 방위상의 정보와 자료에 국한한다. 만일 이것이 누설되면 외교관계의 위태, 국방계획과 정책의 실효성의 위태, 국방계획과 기술개발의 위태, 첩보활동의 위태 등이 있게될 경우 적용한다.

(iii) 비밀(Confidential)은 법률의 명문규정을 제외하고, 국가방위상 정보 또는 자료가 누설되면 상당히 불리하게 될 경우를 대비하여 있게 된다.

이와 같이 국가비밀의 실질적인 기준을 정해놓고 시행중이다.

2) Atomic Energy Act, 42 U.S.C. 제2162~66조, 제2274~77조(1985).

3) National Security Act, 50 U.S.C. 제402~403조 (1985) 위 우기 전개논문에서도 인용.

4) 최근의 새로운 것은 레이건 대통령에 의한 대통령령 12356호 (1982)가 있다. Exec. Order No 12356 47 F. R. 14874 (1982) ; J. Zagel, The State Secrets Privilege, Minnesota Law Rev. 50. PP.875, 881~885(1966).

이상과 같이 미국은 국가비밀을 객관적으로 정치적 가치판단에 두고 법률과 대통령령에 규정하여 정부가 결정하고 있으나 최종적인 판단은 법원에 두고 있다.⁵⁾

이러한 제법령은 상호보완하면서 하나의 비밀보호 시스템으로 구성되어 있다. 미국의 국가비밀보호법제의 전체를 이해하기 위해서는 이들 제법령을 자세하게 고찰할 필요가 있겠으나 여기에서는 방첩법을 중심으로 하여 최근의 동향을 검토해 보기로 한다.⁶⁾

2. 방첩법의 내용과 그 적용동향

미국의 국가비밀보호법제의 중핵은 방첩법이다. 이 법률은 1911년 방위비밀보호법을 모체로 하여, 제1차 대전을 계기로 1917년 다시 제정된 것이다. 그 후 수차례 걸쳐 개정, 증보되어 현재 미합중국법전 제18편 제793조 798조에 규정되어 있다. 이 법률의 개요는 다음과 같다.

(1) 방첩법의 개요

제793조는 「당해 정보가 합중국을 위해 또는 외국을 이롭게 하기 위하여 사용할 것을 의도하고, 이러한 기도에서 국방에 관한 정보를 입수할 목적으로」 국방에 공용된 함선, 항공기, 또는 군사시설 등의 안에 들어가 (a 항) 국방에 관계 있는 문서·도

5) 芦部信喜 「民主國家における知る権と國家秘密」 『ジュリスト』 NO.507. p.18 ; 구병삭, 『헌법학』. P.537. 한편 1977. 6. 28. 카터 대통령의 행정명령 제12065호 「국가안전정보」 (National Security Information)에서 최고기밀이라 하더라도 그 수비원칙은 20년이며, 공문서비밀규정은 ① 군사계획·병기·작전, ② 외국정부정보, ③ 정보활동·정보원·정보수단④ 미국의 대외관계와 활동 ⑤ 국가안전에 관한 과학적·기술적·경제적 사항 ⑥ 방위적인 핵물질 및 동시설에 관한 합중국정부의 계획 ⑦ 기타 국가안전에 관한 폭로는 대통령 또는 대통령이 인정한 개인 내지 기관장에 의해 금지된다고 하였다. 구병삭, 『헌법학』 I (총론. 인권) 박영사(1983) P.550 ; Weekly Compilation of Presidential Documents, Monday, July 3, 1978.

6) 右崎 前掲論文 P, 49.

화 등을 입수(b 항), 수령한 경우(c 항)와 합중국을 위해하고, 외국에게 이롭게 사용될 가능성이 있는 믿을만한 이유가 있는 국방정보를 소지한 자가 그것을 수령할 권한이 없는 자에게 고의로 전달·통보하거나 또는 그것을 수령할 권한있는 합중국관헌에게 인도하기를 거부하거나 (d. e 항), 국방정보를 적법하게 관리하는 자가 중대한 과실로 그것의 분실, 훼손, 파기를 초래하였을 때, 그 사실을 알면서 상사에게 신속히 보고하지 않은 자(f 항)에게는 10년 이하의 징역에 처한다고 하고, 위 각 항의 음모자에 대해서도 처벌한다고 하였다(g 항).

제794조는, 전조와 같은 기도나 이유에서 국방정보를 외국에 전달·교부·통보한 자(a 항), 「전시에 적국에게 전달할 것을 기도하여」 군의 이동과 작전계획, 기타 방위정보를 수집, 기록, 공표, 전달한 자(b 항)에게 최고 사형에 처하도록 규정하고 그 음모범죄자도 처벌하도록 규정하였다(c 항).

기타 중요한 군사시설을 허가 없이 사진촬영하거나 스케치하여 공표, 판매하는 것(제795~797조), 암호, 코드시스템 등에 관한 비밀지정정보를 고의로 권한 없는 자에게 제공·통보하거나 또는 「합중국의 안전과 이익을 훼손하는 양태 또는 외국을 이롭게 할 목적으로」 그것을 공표하거나 이용한 자에게 (제789조)도 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

위의 각 규정의 문언에서도 알 수 있는 바와 같이 이 법률은 주로 간첩행위의 방지와 그 처벌을 목적으로 한 것이다. 평시와 전시의 구별, 합중국에 대한 가해의 기도, 인식, 고의, 과실, 전달, 통보의 상대방에 따라 자세한 요건을 정하고 그 요건하에서 형벌을 발동하고 있다.

(2) 방첩법 적용의 동향

방첩법 적용의 예를 들어보면 1940년의 Gorin 사건, 1949년의

Coplon 사건 등이 있다.⁷⁾ 전자는 해군정보부의 조사원이 서해안에서 일본인의 동향에 관하여, 그 정보를 소련의 간첩에 매도하였다는 것이며, 후자는 법무부직원이 국방에 관한 정치분석정보를 위법복사하여 외국인에게 인도하려 했다는 사건이다. 이런 간첩사건이외에 방첩법이 적용된 경우는 정보직원이 정부와 계약관계에 있는 기업에 편의를 보아줄 목적으로 비밀지정정보를 누설한 것이 제793조(d 항)에 위반된다고 하는 Sawget 사건(1963)과 비밀지정을 받은 자가 정부에 의해 과오로 잉여물질로서 처분된 레이더 장치의 인도를 거부한 것이 같은 제793조(d 항)에 위반한다고 한 Dubin 사건(1966)이 있다.⁸⁾

방첩법의 역사에서 보면 원폭의 기밀누설의 책임을 물어 Rosenberg부처를 사형에 처한 일이 있고, 기타 신문과 잡지 등에 공표된 자료에서 방위관계정보를 수집하여 외국에 송부한 것도 제794조(a 항)에 위반한다고 한 사건이 있었다. 이런 사건은 최종심에서 무죄판결되었으나 방첩법에 의해 보호되는 국방정보의 범위, 처벌받을 행위의 범위 등 그 불명확성 내지 막연성이 문제되기도 했다.⁹⁾

이러한 가운데 미국에서는 비밀정보를 매도하는 간첩사건이 종종 지상에 보도되어 방첩법으로 엄벌에 처하였으나 직업적 간첩활동을 억제하는데는 충분히 유효하지 못하다는 비판¹⁰⁾이 있

7) Gorin v. United States, 312 U. S. 19(1940) 전형적인 간첩사건의 분석은 Bank, Espionage : The American Judicial Response, An in Depth Analysis of the Espionage Laws and Related Statutes, 21 Am, U. L. Rev. 329(1972) ; United States v. Coplon, 88 F. Supp. 910(1949) 이 사건은 증거불충분으로 공소심에서 파기회부했다.

8) United States v. Sawyer, 213 F. Supp, 38(1963) ; Dubin v. United States, 363 F. 2d 938(1966).

9) United States v. Rosenberg, 195 F. 2d 583(1952). cert. denied, 344 U. S. 838(1952).

10) Emerson, National Security and Civil Liberties, 9 Yale J. World Pub. Order 78, 87(1982) (cited in Comment, Access to Information, at 426) ; United States v. Rosenberg, 195 F. 2d at 591에도 비밀정보의 외국에의 전달은 「헌법수정 제1조의 보호를 받을 자유로운 언론의 범위에 포함되지 아니한다」고 하였다 ; 최근의 예로서는 United States v. Lee, 589 F. 2d 980(1979) ; United States v. Kampiles, 609 F. 2d 1233(1979) ; United States v. Truong Dinh Hung, 629 F. 2d 908(1980). 우기 전개논문

었다.

3. 방첩법의 확장적용

최근의 방첩법사건 중에는 종래의 적용한계를 (간첩행위의 처벌) 벗어난 것이 있다. 이것은 국가의 안전의 유지라는 이유에서 비밀보호의 요구와 헌법수정 제1조 보장의 언론·표현의 자유와의 충돌이 심각한 헌법문제로 등장하게 되었다.

예컨대, 베트남전쟁의 분명한 내막을 Top Secret로 지정 받은 비밀 문서의 공표에 대하여 NYT신문을 상대로 정부측이 기사의 압류를 요구한 주된 이유는 방첩법위반이라는 혐의였다. 법원에서는 지법·대법원 등 모두 기사압류를 인정하지 않았다.¹¹⁾ 그러나 그 과정에서 신문에의 방첩법 적용을 인정할 수 없다는 Douglas Black 법관의 의견에 대하여, 비록 위 문서의 공표가 범죄는 되지 않는다 해도 그것을 보도기관이 고의로 보류하고 정부에 인도하지 않는 것은 방첩법 제793조(e 항)에 위반된다는 R. Wait 법관 등의 의견이 있었다.

또 위 비밀문서의 공표에 관하여 Ellsberg 등이 방첩법 제793조(d,e 항)에 위반된다고 하여 기소되었을 때 분명히 간첩목적은 갖지 아니한 그들의 행위에 방첩법을 적용한다하여 심한 비판이 있었고-나아가 이와 같은 확장적용을 허용하는 제793조(d,e 항)는 과도한 광범성이 있기 때문에 헌법수정 제1조에 위반하여 무효라고 주장하기도 하였다.¹²⁾

1985년 해군에 고용되어 분석 직무를 수행하고 있던 민간인

PP.50~51의 주 제인용 참조.

11) United States v. New York Times Co., 328 F. Supp. 324(1971) ; New York Times Co. v. United States, 403 U. S. 713(1971).

12) Nimmer, National Security Secretary Secrets v. Free Speech : The Issues L. Rev. 311. PP.324~327(1974).

모리슨이 정찰위성에 의해 촬영된 사진을 복사하여 영국군사정보지에 제공한 것이 고의로 방위정보를 권한없는 자에게 제공한 것에 해당되므로 제793조(d.e 항) 등에 위반한다 하여 지법에서 유죄판결을 받은 사건이 있다.¹³⁾

문제의 사진은 Secret의 지정을 받은 것이었으나 이 사건에서는 피고인측에 합중국을 위해할 의도가 있다는 혐의가 있었다. 다만 법원은 이 점을 묻지 않고 유죄판결을 하였다.

피고인측이 제793조(d.e 항)에 해당하는 법원의 판결은 합중국을 해할 기도를 요구하는 것이 아니라 「합중국을 해하기 위하여 사용될 가능성이 있다고 믿을 만한 이유가 있는 정보」를 권한없는 자에게 고의로 제공한 이상, 그 행위로 족하다는 정부측의 주장을 전면적으로 지지한 것이다. 이에 추가하여 합중국의 정보수집능력에 관한 정보를 타국에 준 것이라고까지 하였다.

사건은 보도매체에 정보제공을 방첩법위반이라 하여 처벌을 인정한 최초의 경우이다.¹⁴⁾ 그러나 방첩법의 이와 같은 확장적용에 대해서는 많은 비판이 있다. 즉 그와 같은 확장이 허용된다면 이제까지의 전통적 정치수법인 보도에의 이용도 처벌될 가능성이 있고, 신문기자의 취재활동에 도움을 주는 것도 방조죄로서 처벌받을 수 있고, 더욱이 국가의 안전과 방위정책에 관한 대중에의 접근을 제한하는 것이 된다는 비판이 있다.¹⁵⁾

이상에서 본 바와 같이 방첩법의 확장적용은 국가의 안전을 이유로 하는 간첩방지라는 명목하에 국가비밀 보호법제가 제한 없이 자기 증식을 할 위험을 안고 있다. 어쨌든 방첩법이 헌법수정 제1조의 이의를 받지 않고 공존하는 시대는 끝났다고 한

13) United States v. Morison, 604 F. Supp. 656(1985).

14) 이 사건은 제4공소법원에 공소되었다고 한다. Comment, Access to Information, P.412.

15) 헌법수정 제1조가 직접 쟁점이 되지 않았으나 최근의 방첩법의 확장적용을 시사하는 예로서 United States v. Dedeyan, 584 F. 2d 36(1978) ; United States v. Zehe, 601. F. Supp. 196(1985).

다.¹⁶⁾

4. 국가비밀의 지정과 절차법

국가비밀과 관련하여 실제 비밀을 누설했다고 하여 재판이 제기되었을 때 공개를 원칙으로 하는 재판에서 여하히 비밀을 유지할 것인가의 문제가 있다.

일본의 형사사건에서는 정부가 비밀임을 이유로 증거서류의 제출을 거부하였기 때문에 충분한 입증을 할 수 없다고 하여 무죄를 언도한 예가 있다. 영국에서도 이러한 문제에 대하여 같은 이론이 판례상 인정되었다. 특히 이 이론은 Andolschek 사건(중수회 사건)에서 Learned Hamd 법관에 의해 비로소 명백히 되었다. 그는 정부가 비밀특권을 주장하여 증거가 되는 서류제출에 응하지 않았기 때문에 유죄를 파기하는 판결을 했다.

이 판결에서 「문서가 범죄행위에 직접 관련되는 한 소추는 그 문서가 갖는 비밀성을 상실시킨다」고 하여 정부는 소추를 단념하든가, 문서를 완전히 공표하든가 둘 중 하나를 선택하지 않으면 안된다고 하였다.¹⁷⁾

비밀의 주장은 형사소추와 양립되지 않는 것이다. 이 법리는 그 후 방첩법 위반에 관한 Coplon사건 공소심판결에서도 같은 Hand법관에 의해 적용되었다.

요컨대 미국에서는 비밀을 누설하였을 때 처벌을 추구하고면서 다른 한편 비밀이 무엇인가를 명확히 하지 않는 것은 허용될 수 없다고 하는 것이다.

16) 右崎 前掲論文 PP.51~52 및 주 재인용.

17) 判例時報 제769호 P.19참조 ; United States v. Andolschek, 142 F. 2d PP. 503~506(1944) 이 법리의 형성과 전개에 대하여는 강교 송 「행정비밀의 재판상의 취급에 관하여」(삼) 『법학지립』 제74권 2·3호 P.54 이하에 자세하게 논술되었음.

그러나 연방의회가 비밀정보를 개시하거나 기소를 단념하든가 하는 어려움을 해소하고 신속한 재판을 보장하여 피고인의 이익이 되도록 할 목적에서 1980년 비밀지정 정보절차법(Classified Information Procedure Act)을 제정하여 종래의 원칙에 약간의 수정을 가했다.¹⁸⁾

이 법률의 개요는 다음과 같다.

형사재판에 있어서의 피고인이 자기 변호를 위하여 비밀지정 정보를 개시하고자 하는 경우에는 사전에 검찰관과 법원에 문서를 고지하지 않으면 안된다. 이 고지를 태만히 한 경우 법원은 그 개시를 저지시키거나 그에 관계있는 입증을 금지할 수 있다(제5조 a.b 항). 이 고지가 있는 경우 정부측은 당해 비밀정보의 이용의 가부를 결정하는 심리를 법원에 요구할 수가 있다. 이 심리는 비공개(in camera)로 행해지며 당해 정보의 개시가 합중국의 안전에 identifiable한 손해가 발생한다는 사법장관의 선서 진술서가 제출되면 법원은 피고인에게 개시 금지를 명할 수 있다(제6조a. c~e항).

비밀로 지정한 정보의 개시를 인정하는 결정에 대해서 정부측에게는 중간소송(interlocutory appeal)의 제기를 용인하며, 그 경우 본안의 심리는 정지된다(제7조).¹⁹⁾

최근 이 법률에 의하여 다음과 같은 사건이 제기되었다.

과거 육군정보보안본부(INSCOM)에 근무한 피고인 스미스는 퇴직후 동경에서 소련의 간첩에게 INSCOM의 2중간첩작전에 관하여 비밀지정정보를 매도하였다. 이에 방첩법 제794조 a항 등에 위반하였다하여 기소되었다. 기소후 스미스는 비밀지정정보절차법(CIPA)에 따라 자기 방어를 위하여 비밀지정정보 이용여부를

18) Legislative history, Classified Information Procedure Act. 1980 U. S. Code Cong. & Ad. News 4294, 4303. ; Classified Information Procedure Act, 94 Stat, 2025(1980).

19) 右崎 前掲論文 PP. 52~53 참조.

분명히 할 생각으로 정부측에 통고하였다. 그의 주장에 의하면 그는 CIA의 두 남자로부터 설득을 받고 낚은 2중간첩망을 재편성하기 위하여 낚은 2중간첩의 신원을 분명히 하는 허위 정보를 매도하였다. 그것으로써 자기는 CIA를 위하여 일했다고 믿고 있다고 하였다. 그러나 CIA측은 그와 같은 사실이 아니라고 부정하였다.

정부측의 이의를 받은 지법은 CIPA의 절차에 의하여 심리한 후, 스미스의 주장의 일부를 인정하고, 그가 비밀지정정보를 이용하는 것을 인정하였다. 그리고 정부측의 중간소송의 제소를 받은 공소법원도 일단 지법결정을 지지했으나 재심리의 결과 지법결정을 취소하기에 이르렀다.²⁰⁾

이런 공소심판결이 도전적이라는 평이 있으나 비밀유지를 위하여 판결사실의 일부가 공개된 판례집에서 삭제되는 사태가 발생하였다. 이 판결절차 자체는 (IPA의 규정(제9조)에 따라다고는 하나 「고심 끝에 만들어낸 비공개(IN Camera)의 사법절차를 거치는 것이 되어 거의 의미가 없게 되었다」고 한다.

연방의회의 의도는 비밀보호를 강화하는데 있는 것이 아니라 역으로 정부에 의해 비밀이라 주장하는 증거서류(혹은 그에 대체되는 자료)를 법정에 제출케 하는 의무를 정부에게 과함으로써 국가비밀에 대한 사법적 통제의 강화에 두고 있다. 그러나 이 사건을 보는 한 의회측의 의도는 완전히 빗나갔다고 하겠다.²¹⁾

Ⅲ. 독일의 국가비밀보호법과 그 적용동향

20) 이에 관한 판례는 다음과 같은 것이 있다.

United States V. Smith, 592 F. Supp. 424(1984) ; United States v. Smith, 750 F. 2d 1215 (1985) ; United States V. Smith, 750 F 2d 1102(1985).

21) Elger & Schmidt, Article II. P. 389 ; 지법판결도 4개처에 걸쳐 비밀이라 추측되는 부분을 판례집에서 해제하고 있다고 한다. 右崎 前掲論文 P.53 註 再引用.

1. 국가비밀보호의 개요

자유민주국가에서는 「국가비밀」과 「국민의 알 권리」 및 보도의 자유에 대하여 법적 관계가 어떻게 조정되어야 하는가에 입법상·판례상 각양하여 고심이 보인다.¹⁾

독일에서는 1968년 형법 제93조 1항에 「국가비밀」을 정의하고 있으나 동조 제2항에는 「자유민주주의적 기본질서에 반하는 사실과 협정국가와 체결한 군비제한에 위반한 사실」은 이른바 「위법비밀」(illegales Geheimnis)이라 하여 국가비밀에 해당하지 않는다고 한다. 이 위헌비밀이라는 사고는 1920년대 독일 바이마르기에 평화주의자들이 외환죄 소송과 싸우기 위하여 주장한 것이었다.²⁾고 한다.

제2차 대전후 1951년 8월 형법의 제1차 개정때 형법 제100조 3항에 그 징후적 조항이 있었고, 1968년 제8차 형법개정에서 입법화 되기에 이르렀다. 그러나 예외 규정(제97조 a. 97조 b.)이 있었다. 이와 같이 서독에서는 “국가비밀”을 입법에 의해 한정하고, 언론·출판의 자유로서의 알 권리를 보장하려는 것이었다.

이와 같이 입법에 의해 “국가비밀”을 한정하려는 노력 외에 법원의 판결 또는 판례이론에 의해 한정하려는 경향이 있다. 예컨대 1966년 서독연방헌법재판소에서는 자유민주적 기본질서에 있어서 군사를 포함한 국가행위는 국민의 비판과 동의하에 있는 것이 본래의 자세하고 판결하였다.

1) 石村善治 「西ドイツにおける國家秘密保護法制」 『법률시보』 통권제702호 P.38 ; H. U. Jerchke, Öffentlichkeits Pflicht der Exekutive und Informationsrecht der Press, PP.13 5~138 (1971).

2) 독일의 “위법비밀”에 대해서는 전기 석촌 「정보의 자유와 국가비밀-Weimar공화국과 서독문제를 관련하여 --」 『법률시보』 1971년 9월호 PP.31~38 ; G. Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das Verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (1969)도 참조.

또 미국법원의 판결과 판례이론에서도 “국가비밀”의 한정을 볼 수 있고, 최근의 영국 배심원에서도 1982년 아르헨틴 군함포격사건에 대하여 공무원의 폭로행위를 「공무비밀법」(Official Secret Act) 제2조에 해당하지 않는다고 한 사례도 여기에 해당된다고 하겠다.³⁾

2. 1951년 개정 형법

제2차대전후 서독은 1946년 1월 30일의 「관리위원회법」(Kontrollratsgesetz)의 제11호에 의해 나치스기 1934년 형법의 제80~94조까지 반역죄, 외환죄규정을 삭제하였다. 그리고 서독 기본권(1949년 5월 23일 공포) 제143조에는 잠정적인 치안규정을 두었다. 그후 1950년 후의 급속한 세계정세의 변화와 상응하여 1951년 8월 30일 제1차 형법개정(이른바 전광법(Blitzgesetz)에 의해 기본법 제143조는 폐지되고, 반역죄, 국가위협죄, 외환죄(제80~101조)가 부활 재편성되었다.

이와 같은 제1차 형법개정은 폭력을 요건으로 하지 않은 국가위해(Staatsgefährdung)죄를 창설한 것이다. 형법개정조항 중에 「헌법질서」의 변경(제80조), 「헌법의 기본원칙」(제88조 2항)을 규정하고 이 규정으로 이후 재판실례에서 「정치사법」(Politische Justiz), 「사상재판」(Gesinnungs Verfolgung)의 지주가 되었다⁴⁾고 한다.

3) 1982년의 아르헨틴 군함포격사건 (Belgrano Affair) 에 대하여 영국의 공무원(Civil Ponting)이 폭로한 사건이다. 당사자(Civil Ponting)이 폭로한 사건이다. 당사자(C. Ponting)의 보고서 “the Right to Know. The Inside Story of The Belgrano Affair (Sphere)” 1985. P.214에는 영국의 “국가비밀법”의 제정사와 기타 비판적 견해가 있다고 한다. 석촌, 전계논문 P.39 주도 참조.

4) Hans Čopić, Grundgesetz und Politisches Strafrecht neuer Art (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)) 1967 ; 사상재판이란 말은 주로 DDR의 문헌에서 볼 수 있는데 제1차 개정형법을 주제로 한 DDR 발행의 것으로는 Gerhard Kühlig, Die Bonner Strafrechtsänderungs gesetze (VEB Deutscher zentralverlay) 1957 등이 있다. 석촌 전계논문 P.40.

「국가비밀」에 관해서는 제3장 외환죄(Landesverrat) 규정에
서 제99조~101조에 걸쳐 규정하였다. 제99조 외환죄는 다음과
같이 규정하고 있다.

① 국가비밀이라 함은 서독연방공화국 또는 지방의 복지
(Wohl)를 위하여 타국정부(fremde Regierung)에 대하여 비밀로
해야 할 사실(Tatsachen)·물건(Gegenstände)·지식(Erkenntni-
sse), 특히 문서·도서·모형 등 또는 이에 관한 보도(Nachrich-
ten)를 말한다.

② 누설이라 함은 고의로 국가비밀을 권한없는 자(Unbefugten)
에 인도하거나 또는 공표함으로써 서독연방공화국과 지방의 복
지에 위협받게 되는 것을 말한다.

③ 「연방회의원은 사실관계와 법률관계를 양심적으로 심사
하여 상반된 제이익을 형량한 후 연방 또는 지방의 헌법적 질서
에 위반함을 연방의회, 연방의회위원회에서 비난할 의무가 있다.
이러한 비난은, 국가비밀을 공표함으로써 기본법과 지방헌법위반
을 사전에 방지하려는 행위이므로 위법이 되지 않는다」고 하였
다.

이 조항은 1968년 제8차 개정형법 제93조 2항의 「위법비밀」
로 변화된 규정이다. 그러나 한편 1951년 제1차 개정형법에서는
종래의 전통적 국가비밀보호법제가 「외국정부」(ausländische
Regierung) (§88 I StGB 1934)에 대하여 누설한 경우 처벌한다
고 했는데 이에 대하여 「외부의 정부」(fremde Regierung)(제
99조 1항) 또는 「권한없는 자」(제99조 2항)에게 누설한 경우
처벌한다는 등으로 개정하여 연방민주공화국(DDR) 정부와 정당,
이익단체 및 그 구성원과 접촉하는 것도 처벌하도록 규정하고
있다(제100조 e). 그리고 국가비밀에 속하는 문서 등을 개조하거

주 2·3·4 재인용.

나 변조하여 그것을 국가비밀의 진실인 것처럼 하고 권한 없는 자에게 인도하거나 공표하여 국가에 위험을 끼치는 행위도 처벌된다(제100조 a)고 하였다. 이와 같은 행위는 「외환죄적 오보」(landesverräterische Fälschung)라고 하여 바이마르 공화국 시대에도 문제되었었다. 바이마르시대에는 법률화되지 않고 1933년 2월 28일 긴급명령(독일민족에 대한 배신과 반역적 정책을 단속하는 긴급명령)제2조에 의해 규정되었다. 이것이 제1차 개정형법에서 재등장한 것이다.

이와 같이 외환죄적 오보의 처벌은 국가비밀이 진실이든 아니든 또는 비밀로 해야 할 내용이든 아니든 간에 정부측이 이를 분명히 밝히지 않고 처벌할 수 있게 하였다.⁵⁾

3. 1968년 개정형법과 「위헌비밀」

1968년 제8차 개정형법 제93조 1항에는 「국가비밀이라 함은 연방공화국의 외적 안전에 대하여 중대한 불이익을 방지하기 위하여 특정한 인적범위에 있는 자에 한하여 근접할 수 있고, 외부세력(fremde Macht)에 대하여 비밀로 하지 않으면 아니될 사실·물건·지식을 말한다」고 하였다.

이 국가비밀의 정의에 대하여 제93조 제2항에는 이른바 「위헌비밀」을 규정하고 있다. 그러나 이러한 「위헌비밀」의 규정은 제97조 a와 제97조 b에 의해 한정된다.

제97조 a(위헌비밀의 누설) 「제93조 2항에 위반은 국가비밀이 아닌 비밀을 외부세력 또는 그 중개자에게 전달(mittellen)함으로써 독일연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 초래

5) 바이마르, 나치스기의 「외환죄적 오보」에 대하여는 전기 석촌 논문 PP.33~34참조 ; G. Kohlmann, Der Begriff des Staatsheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften(O. Schmidt) 1969,S. 55ff.도 참조.

한(herbieführen) 자는 외환죄에 해당하는 자(제94조)와 똑같이 처벌된다. 제96조 1항과 제94조 1항 1호는 본조 1단에 정하는 비밀에 대해서도 적용된다」고 하였다.

제97조 b(위법비밀의 오인에 의한 누설) (1) 국가비밀을 제97조 a에 규정한 비밀이라 오인하여 제94조 내지 제97조에 해당하는 행위를 한 자로 ① 그 오인이 본인의 책임에 돌아가는 경우 ② 오인한 위반사실에 반대하는 의도로써 행동하지 않는 경우, ③ 그 행위가 그 목적을 위한 적절한 수단이 아닌 경우에는 당해 조항에 의해 처벌된다고 하였다. (2) 공무담당자(Amtsträger) 또는 연방국방군의 병사인 자에게 국가비밀이 근무상 신탁되었거나 또는 당해인이 접근할 수 있는 경우 공무담당자는 근무상의 상사에게, 병사는 훈련상의 상관에게 사전에 지원을 요구하지 않으면 처벌받는다. 공근무상 특히 의무를 지고 있는 경우와 제353조 b 2항에 의해 의무가 과해진 자도 같다고 하였다.

전자 제97조 a의 규정은 「위헌비밀」을 외부세력이나 중개인에게 전달한 경우 외적 안전에 대하여 중대한 불이익의 초래라는 두가지 예외에 대하여 처벌한다는 것이며, 후자인 97조 b는 공무원에 대하여 오인의 책임, 반대의 의도 및 행위목적과 수단의 적합성을 접한 규정이라 할 수 있다.

요컨대 국가비밀에 대하여 「위법비밀」을 예외로 규정한 것으로써 이는 「국가비밀」에 대한 「자유민주적인 기본질서」와 「협약국간의 군비제한위반」의 우위를 보지하려는 것이다. 이 양자간의 대항관계는 기본적으로 「국가비밀」대 「국민의 알 권리」, 「국가비밀」대 「국가행위의 공개원칙」 또는 「국가비밀」대 「평화주의」이기도 하다.

서독형법에서의 「위법비밀」 조항은 이런 기본적 대항관계에 대한 하나의 전진적 방향의 제시이며, 예외의 예외라는 어려운

규정임을 나타낸 것이라 할 것이다.⁶⁾

4. 형법 제99조 제1항 합헌판결

서독형법에는 「국가비밀」에 탐지, 누설, 전달, 공표에 대하여 자세하게 규정하고 있다(제94조~99조). 또 「외환죄적 오보」(제100조 a)와 「직업적 첩보행위」(landesverräterische, geheimdienstliche Agententätigkeit)(제98·99조)에 대하여 규정하고 있다.

형법 제94조에는 「(1) 국가비밀을 1. 외부세력 또는 그 중개자에게 전달하거나 (2) 기타 권한없는 자에게 독일연방공화국에 불이익을 주거나 외부세력에 이익을 주거나 또는 공표함으로써 독일연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 가져오게 한 자는 1년 이하의 자유형에 처한다」고 규정했다.

제96조에는 「관청또는 그 지시에 의해(auf deren Veranlassung) 비밀로 된 국가비밀」을 공표하기 위하여 「탐지」하는 것도 처벌된다고 하였다. 제8차 개정형법의 입법자는 직업적 첩보행위자와 국민의 알 권리를 위하여 기자의 활동과 구별해야 한다고 했다. 특히 이점은 형법 제99조 1항 1호에 대하여 헌법위반이라는 소송이 제기되었는데 이에 대하여 연방헌법재판소에서는 1981년 5월 26일 제2원결정(Beschlu@v.26.5.1981=BverfGE57.250)에서 동조 1항 1호의 합헌판단을 내린 바 있다.⁷⁾

제99조(첩보활동)1항은 다음과 같이 규정했다.

6) 石村 前掲論文 PP. 41~42.

7) 형법 제99조 특히 1항 1호에 대하여 비판적인 견해도 있다. 최근의 대표적인 것으로는 Klaus Dammann, Geheimdienstliche Agetentätigkeit(§99 StGB)--Relikt des Kalten Krieges, "Demokratie und Recht"(DUR) 2/1985 SS.188~201 ; Pabst, Zum Begriff des geheimdienstlichen Tätelschaft in 99Abs. 1 StGB. JZ 19711, SS.427~430 ; F. C. Schraeder "Der Schutz Strafbezogener, Daten im Stafrecht, NJW 1981. SS.2278~2283 등이 있다. 석춘 전개논문 P.43 및 P.45의 주3 재인용

(1) 1. 외부세력의 첩보기관(Geheimdienst)을 위하여 독일연방 공화국을 적대로 한 사실, 물건 또는 지식의 전달과 교부를 목적으로 한 첩보활동을 행한 자, (2) 외부세력의 첩보활동 또는 그 중개자에 대하여 첩보활동을 행할 것을 표명(sich erklären)한 자는 그 행위가 제94조, 96조 1항, 97조 a 또는 97조 b(제94조, 96조 1항과 관련)에 의해 처벌되지 않는 경우에 한하여 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다」고 규정하였다.

본연방헌법재판소의 결정은 바이에른주의회SPD의원(Dr. Cremer)이 누차 독일민주주의공화국(DDR)을 방문하여, 동국 첩보 부원과 접촉을 가졌다는 이유로 기소되어, 형법 제99조 1항 1호에 의해 2년 6월의 자유형과 공민권정지의 유죄판결을 받은 사건에 관한 헌법소원에 대한 판결이다.

이 결정의 바이에른주 고등법원의 사실인정에 의하면, 동의원은 1974년부터 1979년 체포될 때까지 정기적으로 적어도 11회에 걸쳐 「연방민주주의공화국 국가치안부직원」(Mfs)과 상봉하여 독일연방공화국의 정치영역에 관한 지식을 건내주었다는 것이다.⁸⁾ 이에 대하여 당의원은 연방헌법재판소에 다음과 같은 이유로 헌법소원을 제기하였다.

① 형법 제99조 1항 1호는 그 구성요건이 불명확하여 범치국가원리에 위반한다. ② 동호는 기본법 제5조 1항의 표현의 자유로서의 알 권리의 위반한다. 또 독일민주주의공화국의 국민과의 대화를 조지하는 것은 기본권의 양독일 재통일의 요청에서 볼 때 의심스럽다. ③ 동호는 국가의 안전을 침해하지 않는 경우에도 처벌하나, 이 점은 형법 제94조 1항 2호에, 국가비밀을 공표해도 그 공표가 연방공화국을 불리하게 하고, 타세력을 유리하게 할 의도가 없는 한 처벌되지 아니한다고 규정한 것과, 위법비밀

8) 石村 前掲論文 P. 43.

을 공표해도 처벌되지 아니한다(형법 제93조 2항, 97조 a)와 비교해 볼 때 일반적 평등원칙에 위반한다. 또 구체적 구성요건이 결여되어 있고, 자의적이다. ④ 바이에른주 고등법원의 판결은 법원이 증거취급에 있어서 일방적으로 신청인에게 입증책임을 지우고 있음은 평등조항(기본법 제3조 1항)에 위반한다. ⑤ 소송 절차에 있어서도 형소법 제251조 2항에 증인의 법정심문을 할 수 없는 경우에는 다른 심문조서와 본인이 쓴 문서를 법정에서 랑독하도록 허락하고 있으나, 이 판결에서는 증인될 자를 국가기관이 주소를 감추어 두고, 그 문서만 조사한 것으로 판단하였다. 이러한 절차는 형사소송법상의 직접성원칙 및 공정절차원칙에 위반한다. 또 형소법 제251조 2항은 나치적 관념에 의한 것이므로 헌법상 의심스럽다.⁹⁾

이에 대하여 연방헌법재판소에서는 다음과 같이 결정을 내렸다(이하 요약).

1. 형법 제99조 1항 1호는 기본법과 합치한다. 특히 기본법 제103조 2항(명확성의 원칙 = 죄형법정주의)와 기본법 제5조 1항(표현의 자유)에 위반하지 않는다.

2. 형소법 제251조 2항은 피고인의 법치주의적 형사절차, 특히 공정형사절차에 위반하지 않는다. 본항이 규정한 증인을 「확보하지 못했다는 것」(Unerreichbarkeit)은 관청에 의한 거부, 예컨대 본인의 거소를 알리는 것을 거부하거나 공무원의 비밀보유 의무에 관련 있는 사항에 대하여 그 부하에게 허가하지 않는 경우에도 결정이유에서 든 기준이 법치주의·공정형사절차에 위반하지 아니한다.

3. 피고인의 공정절차를 요구하는 청구권과 「전문증거」의 증거자료와는 원칙적으로 모순되지 아니한다. 분명히 이 증거자료

9) 石村 前掲論文 P.43~44.

를 일정한 한도에서 신뢰하려면 사실심재판의 증거가치평가 및 그 이유를 특히 필요로 한다. 특히 이 점은 증거인의 익명의 경우에도 들어맞는다.

연방헌법재판소는 이 결정에서 형법 제99조 1항 1호를 합헌이라 판단하였다. 이 판단에는 서독의 국가비밀법제의 제한없는 확대요인이 포함되어 있다. 즉 본호의 대상영역은 「고전적 첩보(Klassische Spionage)」를 초월한 것이라 하고, 형법 제99조 1항 1호의 합헌성을 판시하였다.¹⁰⁾

첩보기관의 노력은 오늘날 외국의 모든 사항을 체계적으로 탐사하고 그것에 의해 그 나라의 군사적·정치적·경제적·정신적·도덕적 힘의 전체상을 최대한 파악하려는데 있다. 이와 같은 기초 위에 자국의 잠재력의 계획적인 구축을 하게 되며, 외국의 약점을 이용하여 국제정치에서의 권이·정치상의 우위를 획득한다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정에 대하여 재판과 형법 제99조의 해제요구는 있다. 이에 대한 비판 논문은 주11참조, 그리하여 첩보활동의 구성요건을 헌법적 한계하에 두는 것이 적합하다고 보고 개정안(1985년 현재)이 나왔다.

그 내용을 보면 「의식적으로(Wissentlich) (1) 첩보활동으로서 명확한(Kennzeichnend) 수단·방법에 의하여 특정한 범위에만 접근할 수 있는 사실, 물건, 지식을 전달하고, 교부하기 위하여, 연방공화국을 적대하고, 외부세력의 첩보기관에 협력한 자. (2) 외부세력의 첩보기관 혹은 그의 중개자에 대하여 협력을 이미 표명하여 연방공화국이 중대한 불이익을 초래케 한 자는…… 자유형에 처한다」고 하였는데, 이 개정안의 한정은 주로 「의식적으로」와 「첩보활동으로써 명확한 방법·수단」에 두고 있

10) 石村 前掲論文 PP. 43

다.¹¹⁾

결과적으로 서독의 국가비밀보호법제는 그 필요성과 불필요성의 근본적 해결을 동서독의 협조, 이해, 통일 등에 두고 나아가 국제평화와 군비 철폐에 두고 있다고 하겠다.

IV. 프랑스의 국가비밀보호법과 그 적용 동향

프랑스에서는 보도의 자유에 대한 국가비밀(Secret de la défense nationale)의 관점에서 형법에 규정하고 있다. 형법은 1960년에 개정되었는데 본고에서는 개정된 형법을 중심으로 하고 필요한 경우에 구 형법규정을 비교해 보고자 한다. 그리고 공무원에 적용하는 형법상의 비밀누설죄와 공무원법상 공무원의 「직업상의 비밀수호의무」(obligation de discrétion professionnelle)에 관해서도 고찰하고자 한다.¹⁾

11) 형법 제99조 개정안에 반대하는 연방참사원 양원협의회의장 Friedrich Vogel 논문에 의하면 형법 제99조 위반혐의로 수사는 1980년 761건이었다고 한다. 또 「경찰통계」에 의하면 외환죄·첩보활동에 의해 수사가 행해지고 종료한 건수는 1977년에 313건, 1978년에 431건, 1979년에 496건, 1980년에 568건이라 하였다.

F. Vogel, Der Straftatbestand der geheimdienstlichen Agententätigkeit-Kein Experimentierfeld für den Gesetzgeber, ZRP, 1982 Heft 2, SS.38~40; 이외에 금속산업노동조합은 제14회 조합 총회에서 제99조의 폐지를 요구했다고 한다. 石村 前掲論文 PP.44~45 및 同註 5·6·7도 참조; 石村善治, 「西ドイツの知る權利と情報公開」清水英夫編, 『情報公開と知る權利』PP.153~169; 朝日新聞 情報公開取材班, 『情報公開 世界の現狀: 開かれた政府を』, (1981)도 참조.

1) 프랑스는 1789년의 인권선언을 현행의 1958년 헌법 전문에서 재확인하고 있고, 헌법상의 권리로서 보장하고 있다.

또 알 권리는 현대의 민주주의 구성요소로서 「알릴 권리와 알 권리」의 2중의 보도를 받을 권리(droit à l'information)로 변천되어 왔다. 그리고 「신문의 자유는 기본적으로 신문의 자유가 아니라 공중(public)의 자유이어야 하며, 모든 사람에 대한 모든 사람에 의하여 알 자유, 알릴 자유가 보장되어야 한다. 이런 의미에서의 보도의 자유의 개념을 파악하고자 한다.

F. Goguel, et A. Grosser, La POLITIQUE EN France, édit., a. Colin, 1970. P. 195; B. Voyerne, La Presse dans la société contemporaine, 4 édit., A. Colin, 1971, PP. 277~

1. 형법에 의한 국방의 비밀침해죄

1960년 6월 4일 형법에 「국가의 안전에 대한 중죄와 경죄」의 규정으로 개정하고 구형법상 규정인 「국가의 대외적 안전」과 「국가의 대내적 안전」의 구별을 폐지하였다.²⁾

먼저 보도의 자유의 제한이 되는 국방비밀의 보호는 다음 세 가지의 비밀을 규정하고 이에 위반할 때 처벌하도록 개정하였다.

(1) 제1비밀은 국방상 이익으로서 군사적·과학적 또는 공업적 정보이다. 즉 구형법 제78조 1호~2호에 대응하는 국방이익에 관한 정보이다. 신형법 제75조에는 「국방의 이익에 비밀이 보장되지 않으면 안된다. 그 지득이 국방비밀의 발견에 유도되는 정보(renseignement), 물건(object), 또는 문서(document) 이거나 혹은 공업기술(Procédé) 등의 직무상 유자격자에 의한 모든 보관자(gardiene) 모든 수탁자(dipositaire)는 반역 또는 간첩의 의도가 없다 하더라도 그것을 재수룩하거나 재수룩으로 간주되는 경우」(제1호)에, 「자격없는 자 또는 공중에게 지득시키거나 지득으로 간과한 경우(제2호)에는 「10년 내지 20년의 형사구금(détention criminelle)에 처한다」고 규정했다.

여기서의 「정보」라 함은 군사적 정보 외에 국방상 필요에 의한 요구의 한도내에서 경제적, 공업적, 재정적, 과학적 정보를 포

278 ;中村睦男「フランス-國防の秘密侵害罪および公務員の秘密保守義務」『ジュリスト』1972. 6. 15(No.507) P.86도 참조.

2) 국방의 비밀침해죄에 대한 문헌은 다음과 같은 것이 있다. H. Blin, A. Chavanne et R. Drago, Traité du droit de la Presse, Librairies techniques, 1969, P.78 et suiv. ; R. Pinto, La liberté d'opinion et d'information, Domat-Montchrestien, 1955, P. 114 et suiv. ; M. Sénéchal, Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées, L.G.D.J., 1964, P.129 et suiv. ; J. B. Herzog, Atteinte à la sûreté de l'Etat, Encyclopédie Dalloz, Droit criminel, t I.P. 171 et suiv. ; Ph. Schneyder, La divulgation du secret militaire et la Presse, La Revue administrative, 1965, P.26 et suiv. ; A. Vitu, Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'Etat, J.C.P. 1960, Doctrine, 1578 ; 中村 前掲論文 P.87 주1 재인용.

함하며, 경우에 따라서는 사회학적, 인구학적 정보도 포함된다고 한다. 그리고 「물건 또는 문서」라 한은 비품, 서류, 도면, 계획, 사진, 설계 등을 말하며, 「공업기술」이라 함은 공업적, 과학적인 발명을 의미한다. 그 예로서 원자핵분열의 신기술, 대륙간 탄도 발사를 위한 최근 발명의 발동기연료제조기술 등이 그것이다.

신형법 제76조에는 제75조의 비밀의 보관자, 수탁자 이외의 자가 범한 경우에는 「5년 내지 10년의 형사구금에 처한다」고 했고, 「자격없는 자 또는 공중에 지득케 하거나 지득으로 간주되는 행위 또는 「누설을 확대」하는 행위까지 처벌하도록 추가하였다.

그리고 신형법 제75조에 「직무상 또는 자격자에 의하여」라는 모든 「보관자」 또는 「수탁자」로 되어 있는데 이것은 원칙적으로 공무원을 대상으로 한 것이다. 그러나 비밀의 수탁을 맡은 사인도 대상이 된다고 하였다. 신형법 제76조에서는 기타의 제3자도 문제되는데 여기에는 비밀정보를 신문에 폭로한 신문기자까지 포함되며, 더욱이 「누설확대자」에 대하여는 이미 공표된 정보를 신문에 재보한 신문기자와 편집자까지 대상이 된다고 한다.³⁾

(2) 제2비밀은 구형법 제78조 제3호에 대응한 신형법 제78조에 국방을 명백히 침해하는 성질을 가진 군사보도이다. 즉 「권한 있는 당국에 의해 공표되지 않은 사항을 반역 또는 간첩의 의도 없이 그 누설이 명백히 국방을 해하는 성질을 가진 군사보도를 자격 없는 자 또는 공중에 지득케 한 모든 프랑스인 또는 외국인은 1년 내지 5년의 금고에 처한다」고 하였다.

이 새로운 규정은 종래의 규정보다 다음 세 가지 점이 개선되

3) A.Vitu op. cit., n°37, 46 ; H. Blin, A. Chavanne et R. Drago. op. cit., P.78 ; 中村, 前掲書 P.88 주1·2·3.

었다고 한다. ① 형의 경감으로서, 구법에는 전시에는 유기도형, 평시에는 1년 내지 10년의 금고형으로 되어 있던 것이 전시평시를 불문하고 1년 내지 5년의 금고형으로 규정하였다. ② 군사보도의 공표권한을 종래에는 「정부」로 한정했었으나 「권한있는 당국」으로 확대하였다. ③ 종래에는 「모든 종류의 군사보도」로 되어 있었으나, 「그 누설이 국방을 명백히 해하는 성질을 가진 것」에 한정하고 있다. 따라서 법원은 비밀누설의 「유해성」과 「명백성」을 판단하게 되었다.

그 판단은 비밀을 공표할 것인가 아니할 것인가에 대하여 시민의 양식과 시민정신에 비추어 결정되지 않으면 안된다고 하였다.

(3) 제3의 비밀은 정부에 의해 공표되지 않을 뿐만 아니라 그 공표가 법령에도 금지하고 있는 군사적 보도이다. 구법 제78조 4호를 유지한 신법 제79조의 규정이다. 즉 반역·간첩중죄와 국방에 대한 타의 침해죄의 주범과 공범자를 발견하여 체포하기 위한 조치, 소추와 예심의 진행, 판결법원에 있어서의 변론에 관한 정보를 자격없는 자에게 전달하거나 공표」(제6호)한 모든 프랑스인 또는 외국인은 「전시에 있어서는 10년 내지 20년의 형사구금」, 「평시에 있어서는 1년 내지 5년의 금고, 3천내지 7만프랑의 벌금」에 처한다고 하였다.

이상에서 본 바와 같이 1960년의 개정형법의 특색의 국방의 비밀의 개념을 보다 유연하게 함으로써 그만큼 법원의 판단의 여지를 중대시키고 있다고 하겠다.⁴⁾

4) 同旨 中村, 前掲書 P.88.

2. 비밀의 존재에 대한 법원의 판단권

신법 제79조에 규정된 국방에 대한 침해권의 소송에 관한 제3의 비밀에 대하여 법원은 직접 비밀의 존재여부를 확인할 수가 있다. 그러나 앞에서의 제1, 제2비밀에 대하여는 정부당국의 의견의 청문이 불가결하다. 이 경우 정부당국의 의견이 법원의 판단의 한 요소에 그치는가, 법원의 판단을 구속하는가가 문제된다. 이에 대하여 특히 흥미 있는 문제 제기로는 1949년에 발생한 「장군사건」(affaire des généraux)이다.⁵⁾

général Revers는 인도네시아 정책에 정부와 의견 대립이 있어서 1949년 12월 7일 육군참모총장의 직위에서 해임되었다. 그런데 이미 1949년 봄에 Revers 장군은 베트남에 파견되었을 때 한 보고서를 제출했다. 이 보고서에는 정부를 비판하고, 긴 안목으로 볼 때 인도네시아 문제는 군사적 해결보다 외교적 해결이 바람직하다고 시사하였다. 그런데 1949년 12월 미국의 타임 지에서는 Revers 장군의 해임의 진짜 이유는 어떤 사람이 이미 Revers 의 보고서 사본을 가지고 있는 것이 발견되었기 때문이라고 하여 이것을 폭로하였다. 의회는 곧 이 사건의 진상을 가리기 위하여 조사위원회를 설치하였다.

의회에서 중심이 된 논점은 비밀누설이 발견된 후 예심판사가 국방장관에게 누설된 보고서가 구형법 제78조의 국방의 비밀을 구성하는가 아니하는가의 의견을 물은데 대하여 국방장관은 문제를 법정에 위임하고 싶지 않다하여 비밀문서에 해당되지 않는다고 답하였다. 따라서 이 의견을 받은 예심판사는 면소결정을 하였다. 이 점 국방장관이 비밀문서에 해당하지 않는다고 한 의견이 법관을 구속하는 것인가 아니한 것인가에 문제가 있다.

5) 「장군사건」에 관해서는 M. Sénchal, op. cit., PP.142~146 ;中村, 前掲書 PP. 88~89

이 문제에 대하여 국방장관은 「장관은 자기의 개인적 의견을 말한 것이다. 즉 자기의 의견은 사법상의 행위나 결정이 아니고 장관이 자기의 양심에 따라 표명한 의견이다. 나는 양심에 따라 압수된 문서가 군사적 비밀에 해당되지 않는다고 의견을 진술하였다. 이 의견은 법관을 구속하는 것은 아니나 법관의 판단에 대단히 중요한 요소가 되어 면소결정한 것이다」라고 의회에서 답변하였다.

여기에서 장관의 의견이 법관을 구속하는 것은 아니지만 법관의 판단에 중요한 요소가 됨을 분명히 알 수 있다. 또한 의회의 조사위원회에서는 국방장관이 「자기의 결정이 국익의 고려에 따라서 한 것」이라는 것을 명백히 하고 있다.

이 「장군사건」 사건에 대하여 M. Sénéchal은 장관의 의견이 법률상은 아니라 하더라도 사실상 법관을 구속하고 현저한 예라는 것을 지적하고, 신형법 제75조의 제1의 비밀에 대하여 법원이 전권적 권한(Pouvoir Souverain)이 있다는 통설적 견해는 이름 뿐이고, 실제상의 권한은 정부 당국에 있다. 이 점은 경우에 따라 군인과 시민의 표현의 자유를 침해하는 위험성이 있다고 지적하였다.

이에 대하여 R. Pinto는 법원의 판단권과 정부의 의견과의 관계를 두 가지 경우로 나누어 보고 있다. 첫째는 누설된 문서가 국방의 비밀에 해당한다고 판단되는 경우에 법원이 전적으로 판단권을 가지고 있고 정부의 의견은 전문가의 한 의견으로서 가치를 가질 뿐 법관을 구속하지 않는다는 것이다. 둘째는 누설된 문서가 국방의 비밀에 해당하지 않는다고 정부가 판단한 경우에 법관은 정부의 판단에 구속된다는 것이다. 이 후자의 경우 정부가 가지고 있는 비밀의 공표권한을 사후에 행사하여 비밀의 공표를 사후승인한 것이라 해석하기 때문이다. 「장군사건」은 이

둘째 경우로서 장관의 판단이 법관을 구속하는 것을 이유로 이 사건에서의 면소판결의 결과가 시인되었다는 것이다.⁶⁾

여하튼 「장군사건」은 국방의 비밀에 해당되지 않는다는 방향에서 해결되었기 때문에 표현의 자유의 침해문제는 일어나지 않았다.

그러나 역으로 정부가 국방의 비밀에 해당한다고 판단하는 경우에는 정부의 의견과 법원의 판단권과의 관계에 Pinto가 주장하는 바와 같이 법원이 전적으로 판단권을 가지게 되므로 표현의 자유 침해의 위험성은 적어진다⁷⁾는 것이다.

3. 공무원의 수비의무

(1) 형법 제378조에 의한 비밀누설죄

형법 제378조는 비밀누설죄의 대상으로서 「의사, 외과의사, 기타 보건관리(Officiers de santé), 약사, 조산원」을 예시한 외에 「신분 또는 직업에 따라 임시적·항구적직무에 자기에게 위임된 비밀의 수탁자와 그 외 모든 자가 비밀을 누설한 경우에는 1월 내지 6월의 금고, 5만프랑 내지 30만프랑의 벌금에 처한다」고 규정하고 있다.

이 규정은 기본적으로 예시된 의사 등을 대상으로 하고 있으나 「수탁자이외의 모든 자」로 되어 있어 공무원에게도 적용된다.⁸⁾ 그러나 공무원 비밀에 대하여는 행정의 이용자인 사인의 비밀보호에 한정하며, 행정자체의 비밀보호는 본 규정의 대상이 되지 않는다고 한다.⁹⁾

6) R. Pinto, op. cit., PP.117~118 ; 中村, 前掲書 P.89의 주에도 같은 인용.

7) 자세한 내용은 中村, 前掲書 P.89 참조.

8) 「이 외의 모든 자」에 해당하는 공무원으로서는 판례에 법원 서기관(Cass. crim., 9 juillet 1886. D.P. 1886. 1.475), 공안순시관, 우정부 직원, 등 특수한 경우에 한하고 있다.

9) 그 예로서 Arton 사건은 1896년의 세누조 범죄법원의 판결에서 (Trib. corr. de la Seine,

(2) 공무원법에 의한 공무원의 수비의무

전술한 형법 제378조는 한정된 공무원의 비밀만을 형벌의 대상으로 하고 있으나 공무원의 일반적 수비의무는 「공무원의 일반적 신분에 관한 1940년 5월 19일 법 제13조 (현행법은 1959년 2월 4일 법 제10조)」에 규정되고 있다.

즉 「직무상의 비밀은 형법의 규정과는 독립하여, 모든 공무원은 자기의 직무행사 또는 행사에서 지득한 사실이나 보도 (informations)에 관한 모든 일에 대하여 업무상 비밀 수호의무에 의해 구속된다. 법규에 위반한 제3자에의 역무문서(Pieces ou documents de service)의 모든 인도, 전달도 절대금지된다. 현행 법규에 의해 명백히 예정된 경우 이외에는 비밀수호의무에서 해제되지 아니한다」고 하였다.

이 수비의무에 위반한 경우의 제재는 형벌이 아니고 징계처분 (sanctions disciplinaires)이다.

그 예로서는 다음과 같은 판결이 있다.

Conesil d'Etat는 1953년 「Fauchoux양 사건」 판결¹⁰⁾에서 위 규정을 다음과 같이 해석하고 있다.

사안은 ○○부 비서 Fauchoux 양이 동부당국에서 작성중인 직원복무시간에 관한 훈령안의 내용을 조합게시판에 게시함으로써, 문서누설을 이유로 ○○장관의 견책(blâme)처분을 받고, 이에 불복하여 월권소송을 제기한 것이다. 「그녀가 아직 장관이 공표를 생각하고 있지 않은 훈령안을 게시한 것은 1946년 10월 19

25 mars 1896, D.P. 1896, 2. 391) 명시하고 있다.

사안은 내무부 비서관이 1893년 몇 사람의 정치가를 위태롭게 할 서류를 가진 Arton을 교섭하여, 후에 그를 체포할 임무를 띠고 있었으나 1893년 말에 동비서관은 「왜 Arton을 체포하지 않았는가」라는 제하의 소책자를 발표하고 동제목하에 1895년 「휘가로」지에도 발표하여 비밀누설죄로 기소되었던 것이다. 이에 대하여 판결은 「이들은 순전히 행정적·정치적인 것으로서」사인에 관한 비밀이 아니므로 그 누설은 징계조치나 명예 훼손죄밖에 해당」되지 않는다고 판시하였다.

10) C.E. 6 mars 1953. R.D.P. 1953. P.1030. note Waline ; S. 1953. 3. 93. note Suel ; 中村, 前掲書 P. 90.

일 제13조에 의해 모든 공무원에게 과해진 직무상의 수비의무를 그녀에게만 면제할 수는 없다」고 판시하여 징계처분을 적법하다고 했다.

이 판결에 대한 평석에서도 공무원법상의 수비의무는 행정의 원활한 운영을 보호하기 위한 것이므로 내용여하를 불문하고 「비밀」(Secret ou Confidentiel)이라 지정된 모든 문서는 여기에 해당될 뿐만 아니라 이 판결에서는 「그 누설이 역무의 원활한 운영을 침해하거나 또는 행정이 가지는 일반이익을 침해하는 경우에는 역무에 있어서 구두이든 서류이든 모두 누설」은 비밀에 해당한다고 해석하여야 한다고 했다.

따라서 징계처분의 대상이 되는 수비의무의 범위는 넓어졌다고 하였다.¹¹⁾

V. 결 어

국가비밀의 보호법리는 국가안보와 「국민의 알 권리」와의 조화에서 찾게된다. 국가비밀의 공개와 비공개에 따라 그 제한에서 얻는 이익과 잃게 되는 손해와를 비교형량하여 그 제한의 정도·형태·범위 등을 결정하게 된다.

이에 대한 「알 권리」와 몇 가지 판단기준은 명확성의 이론, 비교형량 외 이론, 명백하고도 현존하는 위협의 원칙, 사전억제 금지의 이론 등의 적용에 의해 공정을 기하려고 한다.

미국의 국가비밀보호법은 방첩법, 원자력법, 국가안전보장법, 대법원의 명령 등 다양하고, 위법자에 대해서는 사형까지도 벌하

11) 同旨, 中村, 前掲書. P.90도 참조.(1981. 8. 5)

는 엄벌주의를 채택하고 있다. 이중 특히 알 권리와 의 관계에서 본고에서는 방첩법을 중심으로 고찰하였는바, 국방에 관계있는 문서·도서 등을 입수하여 권한없는 자에게 전달·통보하거나 적법한 정보관리자가 소관정보를 분실, 훼손, 파기하였을 때에는 10년 이하의 징역에 처한다고 했다. 또 전시에 외국에 정보를 수집·전달한 자는 사형에 처한다고 했다.

이와 같은 법률은 미국의 국가이익을 위하여 간첩행위의 방지와 이에 위반한 자에 대한 처벌을 요건으로 하고 있다. 따라서 알 권리와 의 관계에서 방첩법의 적용운영은 1950~60년대에는 여러 사건의 적용에서 국방정보의 범위, 처벌받을 행위의 범위 등에 불명확성 내지 막연성이 문제되어 직업적 간첩활동의 억제에 크게 유효하지 못했다는 비판이 있었다.

그러나 그후의 여러 간첩사건에서는 방위정보의 매도와 보도 등에서, 국가 비밀보호와 한계 및 안전을 이유로 방첩법을 확대 적용하는 판례이론의 확립 및 경향이 있었다. 이러한 경향에서 사법적 역할의 강화가 있었고 비밀의 지정과 절차법도 구체적으로 정립되게 되었다.

독일의 국가비밀과 알 권리는 형법규정과 언론·출판의 자유에 두고 있다고 하겠다.

1968년 독일형법 제93조에는 자유민주적 기본질서에 반하거나 협정국가와 체결한 군비제한에 위반한 사실은 「위법비밀」이라 하여 국가비밀에 해당시키지 않았다.

그러나 예외규정(제97조)으로서 입법에 의해 국가비밀을 한정하고, 법원의 판례로써 이론이 확립되어 갔다. 따라서 이러한 경향은 1968년 제8차 형법개정에 이르기까지 구체적으로 국가의 대외적 안전에 대하여 불이익의 방지를 규정한 것이다.

요컨대 독일에서는 국가비밀의 측정에 있어서 위법비밀은 예외의 예외로서 처벌하는 경우가 있고, 기본적으로 국가비밀 대 「알 권리」, 국가비밀 대 「국정의 공개원칙」, 국가비밀 대 「평화주의」의 대립관계를 기준으로 판단하고 있다.

독일형법에는 국가비밀의 탐지, 누설, 전달, 공표 등에 대하여 자세하게 규정하고 (제94조~99조) 외환적 오보와 직업적 첩보 행위까지 대외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 가져오게 하면 1년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있고 첩보활동에 대하여는 5년 이하의 자유형이나 벌금에 처하고 있다. 직업적 첩보행위자는 기자의 활동과 구별해야 한다고 하면서 연방헌법재판소에서는 그 처벌의 합헌판결을 내린 바 있다. 또 형법(제100조 e)에는 동독정부와 정당·단체 및 그 구성원과 접촉하는 것도 규정되어 있는데, 이 규정에 따라 바이에른주의원이 동독첩보부와 접촉하였다 하여 2년 6월의 자유형과 공민권정지의 유죄판결을 받았다.

이에 대하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하였던 바 연방헌법재판소에서는 합헌으로 판결하였다. 그러나 비판과 형법의 개정안이 나왔다. 형법개정안에는 첩보활동으로서의 의식적인 것과 「명확한」 방법·수단을 강조하여 첩보활동의 요건을 한정하고 있다.

결과적으로 독일의 국가비밀보호의 법제와 그 운영은 동독일의 협조·이해·통일에 두고 있었고, 나아가 국제평화와 군비철폐에 두었다고 할 수 있다. 그러나 국가이익에 해로운 경우에는 타국가에서와 마찬가지로 엄벌주의를 채택하고 있다.

프랑스의 국가비밀보호법은 주로 형법과 공무원의 수비의무를 중심으로 살펴보았다. 1960년에 개정된 형법상의 국가비밀침해죄는 국방상 이익에 관한 정보를 재수록하거나 공중에게 지득시키

는 경우 및 이것으로 간주되는 행위를 한 자에게 10년~20년의 형사구금에 처한다고 했다(제75조~78조). 또 국방을 명백히 침해하는 군사보도에 대하여도 1년~5년의 금고에 처한다고 하였다(제78조). 최종적으로 법원에서는 비밀누설의 유해성과 명백성을 판단하게 되어있다. 법령에 의해 공표가 금지된 군사보도에 대해서도 법원이 최종적으로 판결하나, 전시에는 10년~20년 구금, 평시에는 1년~5년 금고 또는 벌금에 처한다고 한다.

프랑스에서는 정부가 국방의 비밀에 해당한다고 판단하는 경우에도 법원은 독자적인 판단권의 보장이 확립되어 있다.

그리고 공무원의 수비의무도 엄격하여 이에 위반한 경우에도 엄격한 징계처분을 받는다(판례참조).

이상과 같이 국가비밀보호법의 내용은 각 국가가 공통성이 있고 그 처벌에 있어서는 최종적으로 법원의 판단에 맡겨 판례이론이 확립되어가고 있다. 이런 점은 우리의 실정에서도 꼭 참고 되겠으나 남북대치를 감안하여 국가비밀법을 운영해 나가야 할 것이다.

사회적 기본권의 헌법규범성고

-헌법소송적 실현을 위한 시론-

권 영 성

서울대학교 법과대학 교수

-목 차-

일. 현대국가와 사회화경향

이. 사회적 기본권의 헌법규범적 의미와 성격

1. 학설

- (1) 구병삭 교수의 견해
- (2) 김철수 교수의 견해
- (3) 민경식 교수의 견해
- (4) 문홍주 교수의 견해
- (5) 박일경 교수의 견해
- (6) 안용교 교수의 견해
- (7) 한태연 교수의 견해
- (8) 허 영 교수의 견해

2. 사건

삼. 사회적 기본권의 헌법소송적 실현방법

1. 사회적 기본권의 복합적·다측면적 구조

2. 생존권적 측면의 헌법소송적 실현방법

(1) 사회적 기본권의 헌법규범적 의미

(2) 직장알선청구권의 권리성

사. 결 론

일. 현대국가와 사회화경향

18·9세기의 시민국가가 20세기 후반기에 와서는 그 대부분이 사회화를 지향하는 사회국가 내지 복지국가로 변화·발전하고 있다. 사회국가인 경우 그 국가목적의 핵심부분을 형성하는 것은 「모든 사회구성원의 생존권확보와 실질적 평등이라는 사회정의의 구현」을 그 내용으로 하는 사회국가원리이다. 이와 같은 생존권 확보와 사회정의의 구현 등 사회국가원리를 위한 헌법정책적 방안에는 크게 보아 두 가지 접근방식(입법례)이 있는 것 같다. 그 하나는 2차대전 이후의 독일기본법 등에서 볼 수 있는 것과 같이 경제·사회적 정책 또는 제도적 차원에서 사회보장제¹⁾와 사회적 시장경제질서²⁾를 수용하고 실천하려는 경향이다. 그리고 또 하나는 한국헌법을 비롯하여 바이탈 공화국헌법, 일본헌법, 포르투갈헌법(1982), 스페인헌법(1978) 등에서 볼 수 있는 것과 같이 정책적·제도적 차원에서 사회보장제와 사회적 시장경제질서를 지향함은 물론 기본권보장의 차원에서 일련의 사회적 기본권³⁾을 실정권화하고 있는 경향이다.

-
- 1) 사회보장이라 함은 ① 국민일반의 생활의 안정과 그 노동력의 재생산 등을 목적으로 운영되는 공공적 보장제도로서의 사회보장, ② 현실적으로 생활불능상태에 있거나 생활이 곤궁한 상태에 있는 자에게 국가 또는 공공단체가 최종적인 생활보장수단으로서 각출을 요건으로 하지 아니하고 최저생활에 필요한 급여를 행하는 제도로서의 공적 부조, ③ 모성·아동·노령자·윤락여성 등 일부 특수국민의 건강유지와 빈곤해소를 위한 갖가지 사회구호제도로서의 사회복지 등을 총괄하는 개념이다(김유성, 사회보장법, 동성사, 1985, 29면 이하 참조.)
 - 2) 사회적 시장경제질서는 사회국가라고 하는 국가적 성격에 대응하는 경제질서이다. 사회적 시장경제질서(혼합경제질서·수정자본주의경제질서)는 사유재산제의 보장과 자유경쟁을 기본원리로 하는 자본주의적 자유시장경제질서를 근간으로 하되, 사회복지·사회정의·경제민주화 등을 실현하기 위하여 사회주의적 계획경제·통제경제를 가미한 경제질서를 말한다. 권영성, 신정관 헌법학원론, 1988, 법문사, 156면 이하 참조.
 - 3) 사회적 기본권이라 함은 단체주의적 사회정의의 실현을 목적으로 하는 사회국가(복지국가)에서 국민이 그 인간다운 생활을 확보하기 위하여 필요한 일정한 국가적 급부와 배려

방법논의 차원에서 본다면 사회화 추진의 수단을 일원화하고 있다는 의미에서 독일 기본법의 경우가 보다 현실적이고 또 헌법해석상 법리적 무리도 피할 수 있는 태도임에 틀림없다. 이에 대하여 한국헌법 등의 경우처럼 사회화 구현의 방법이 이원화되어 있는 경우에는 헌법해석상 복잡한 문제들이 제기된다. 사회적 기본권의 헌법규범적 의미를 발견하여야 할 뿐더러 그 헌법소송적 실현방법까지 이론구성하지 않으면 안되기 때문이다.

본고가 사회적 기본권의 헌법규범적 의미를 검증한 다음 사회적 기본권의 헌법소송적 실현형태에 관한 이론구성을 감히 시도하여 보는 것도 바로 그 때문이다.

이. 사회적 기본권의 헌법규범적 의미와 성격

1. 학설

사회적 기본권의 헌법규범적 의미와 성격에 관한 국내 헌법학자들의 견해를 소개하면 다음과 같다.

(1) 구병삭 교수의 견해¹⁾

가. 망영규정성의 문제

를 요구할 수 있는 국법상의 권리를 말한다. 권영성, 전게서, 523면.
1) 구병삭, 신헌법원론(보정판), 1990. 박영사, 532면 이하.

생존권규정을 프로그램 규정이라 이해 할 때, 헌법규정에서 볼 때는 자명한 것 같이 보이나 실질적으로 부당한 점이 있다. 또 자본주의 사회이기 때문에 생존권에 청구권이 부인되어야 한다는 견해도 타당하다고 볼 수 없다. 그러므로 헌법 제34조 제1항에는 분명히 '권리를 가진다'고 규정되어 있으므로 프로그램규정 설은 부당하다고 보겠다.

나. 강한 권리성의 인정

위에서 본 바와 같이 법적 권리설 중에서 권리성을 강하게 인정하려는 측에서는, 국가의 부작위도 현실적·구체적으로 국민의 권리를 침해하는 것이 되므로 국민은 그것을 위헌이라 판단하고 확인소송을 제기할 수 있다고 보는 것이다. 그리고 이에 대하여 법원은 국가가 구제할 법률을 제정해야 한다고 판결할 필요가 있다고 주장하는 것이다.²⁾

그러나 이 견해대로, 법원이 국가의 부작위를 위헌으로 판결하거나 국회에 입법을 명령할 수는 없는 것이다. 만일 법원이 그러한 판결을 한다고 하면, 그것은 법원의 초월적 행위가 된다.³⁾

다. 약한 권리성의 인정

권리성을 약하게 인정하려는 측에서는, 국민이 국가에 요구할 수 있는 권리, 즉 국가의 행위를 우리 요구에 맞도록 행하라는 주장이다. 이 주장은 사실상 헌법에 규정한 조문이 추상적이므로, 그것을 입법으로 구체화하고 국민은 그 법률에 따라 구체적

2) 장미일현, 「입법부의부작위에대헌법소원」, 「법학신보」 제79권 제1호 ; 대수하명, 「사회권의법리」, 「공법연구」 제34호, PP.113~125 ; 구병삭, 「생존권보장의 법적 성격」, PP.46~47.

3) 생존권의 재판적 보장의 형태, 위헌론, 위법론, 부작위의 위헌확인소송 등에 관해서는 산하건차, 「생존권의재판적 보장」, 「법학교실」 제2기 3, PP.20~23 참조.

인 생활보장을 요구할 수 있게 하는 권리의 보장을 말한다. 그러나 이 경우 구체적인 법률이 없음을 이유로, 헌법규정을 근거로 하여 직접 소송을 제기하여 구체적인 권리를 주장할 수는 없다. 또한 국가기관은 국가재정·국민경제가 허락하는 제도 내에서 필요한 입법과 기타 조치를 적절히 강구하여 줄 의무가 있다고 하겠다. 만일 이러한 의무를 국가가 게을리 하거나 이행하지 않을 때에는 결국 헌법위반이라 보지 않을 수 없다.⁴⁾

라. 결 론

결국 법적 권리설이 타당하다고 보겠는데 이 때 추상적 권리는 물론 구체적 권리의 측면도 아울러 가지고 있다고 보아야 할 것 같다.⁵⁾

특히 현행헌법 제34조 제2항에는 「국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다」고 신설함으로써 이러한 사실은 더욱 명백하여진다. 우리 나라는 그 동안 경제성장을 바탕으로 하여 의료보장·노인문제·실업자문제 등 보다 적극적인 사회복지시책을 펴나가야 할 때가 왔다고 판단하여 이런 시행의무를 국가에 지우고 있는 것이다.

(2) 김철수 교수의 견해¹⁾

생존권은 헌법의 명문에 의하여 규정된 국민의 권리라고 보되, 다만 그에 대한 입법은 강제할 수 없다는 입장이 타당하지 않을까 한다.²⁾ 왜냐하면 생존권은 그 성질상 국가의 경제능력에 의

4) 구병삭 「생존권보장의 법적 성격」 고시계 236호(1976. 10). 47면.

5) 동지 ; 김철수, 「현대헌법론」, P.434 ; 문홍주, 「한국헌법」, P.289.

1) 김철수 신고 헌법학개론(보정판). 1988. 박영사. 464면.

2) 문홍주 교수는 생존권을 프로그램적 규정으로 보면서 일면에서는 권리성을 가지고 있다고 본다(전게서. P.302).

존하지 않을 수 없기 때문이다. 그러나 그렇다고 하더라도 국민이 절대로 법원에 소구할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다. 즉 생존권이 권리인 이상 만약 개개의 국민에 대한 국가의 구체적 행위가 있고, 그것이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 침해하고 있는 경우, 개개의 국민이 생존권에 기하여 법원에 그 행위의 배제를 주장 할 수 있는 것은 당연하다. 이 의미에서 생존권은 단순한 추상적 권리에 불과한 것이 아니고 구체적 권리로서의 측면도 가지고 있다고 하겠다.³⁾

또 생존권조항의 규범내용이 불명확하기 때문에 생존권적 기본권에 대한 입법조치가 없으면 행정권이나 사법권에 대하여 적용할 수 없다는 설도 부정되어야 할 것이다. 국가의 재정, 즉 예산은 헌법에 구속되는 성격을 가지기 때문에 예산이 없다고 하여 생존권적 기본권의 법적 권리성을 부인할 수는 없다. 생존권은 그 권리내용이 어느 정도 불명확하기 때문에 행정권을 직접 구속할 수 있을 만큼 명확하지는 않을지 모르나, 입법권과 사법권을 구속할 만큼은 명확하다고 하여 재판규범의 성격을 인정하려는 설이 있다. 법치행정의 원칙에서 보아 법률이 없는 경우에 행정을 직접 구속할 수는 없으나 입법권과 사법권에 대한 구속은 인정하는 방향으로 나아가야 것이다.

(3) 민경식 교수의 견해¹⁾

헌법상의 기본권은 최대한으로 보장되어야 한다. 따라서 국가

3) 동지 ; 문홍주, 전제서, P.302 ; 구병식, 헌법학 I (중보), 1983 박영사, P.713 ; 안용교, 인간다운 생활을 할 권리, 고시연구 1978. 2 ; 권영성, 헌법학원론(전정판), 1985, 법문사, P.544 ; 김남진·이강혁, 주제중심 「헌법」 1985, 화학사, P.358 ; 김현규 외, 신헌법학, 1982, 청문사, P.361.

1) 민경식, 현대국가에 있어서의 사회보장권의 보호, 한국공법학회, 제19회 학술발표회(1991. 6), 발표논문요지집, 23면 이하.

는 사회보장권이 최대한으로 실현될 수 있도록 직접 간접의 수단을 통한 노력을 기울여야 마땅하다. 사회보장권의 실효성을 보장하기 위해서는 무엇보다도 모든 국가기관에의 직접적용가능성이 인정되어야 한다. 그러나 사회보장권의 경우에는 그 헌법적 실현을 저해하거나 불가능하게 하는 요인들이 없지 않는 바, 그 주된 요인으로는 a) 사회보장권의 입법에 의한 구체적 형성 필요성, b) 그 침해행위에 대한 제재가능성의 한계성, c) 그 급부객체인 생활자원의 한계성 및 국가의 사회급부능력의 한계성, d) 사회보장권의 보장에 따른 자유권의 위태화 등을 들 수 있다.

가. 사회보장권의 보완필요성

기술한 바와 같이 사회보장권은 개인의 국가에 대한 적극적 급부청구권인 동시에 사회·경제상황의 변화의 영향을 크게 받는, 즉 동태성을 강하게 띠는 사회권이다. 그리고 사회보장권에 포함되어 있는 급부청구권은 너무 일반적이기 때문에, 해석의 방법으로는 그것으로부터 구체적 법적 청구권을 끌어내기 곤란하다. 따라서 사회보장청구권의 청구인적격, 그 내용 그리고 청구 상대방 등에 관해서는 입법을 통한 보완 내지 구체화가 필요하다. 다시 말해 사회보장권은 입법자에 의한 구체적 형성이 불가피하게 요구되기 때문에, 입법자의 보완 없이는 직접적용될 수 없다. 사회보장권에 있어서의 법률유보는 이른바 기본권형성적 법률유보(Ausgestaltungsvorbehalt)에 해당한다. 물론 입법자의 사회보장권의 구체적 형성은 일정한 한계 내에서 이루어져야 한다.

나. 침해행위에 대한 제재의 불충분성

사회보장권이 실효적으로 보장되기 위해서는 모든 국가기관에

직접적용가능한 것일 뿐 아니라, 나아가 사회보장권에 대한 침해 행위에 대하여, 이를 제재하고 강제함으로써 관철할 가능성(Durchsetzbarkeit)이 보장되어야 한다.

이와 관련해서는 첫째, 사회보장권의 사법심사가능성이 문제된다. 사회보장권의 사법심사가능성에 대해서는, 이를 부정하는 것이 일반적이고, 이를 인정할 경우에도 부분적으로 긍정할 뿐이다. 부정적인 입장은, 그 논거로서 법치국가의 원칙과 권력분립의 원리를 들고 있으나, 법률을 통하여 실현하고자 확정된 사회보장의 수준에 대해서는 제한적으로 사법심사가능성을 인정할 수 있다고 본다. 그러나 문제는 사회보장권에 대한 사법심사가능성이 충분하지 못하다는 데 있다.

둘째, 사회보장권의 침해행위에 대한 제재의 불완전성의 문제이다. 사회보장권에 대한 침해행위의 유형으로는 a) 적극적 급부행위의 불이행, b) 그 불완전이행, c) 그 적극적 침해 등을 들 수 있다. 이와 같은 사회보장권의 침해행위에 대한 제재 가능성에 대해서도 견해가 대립하고 있으나, 일반적으로 이러한 법적 제재는 법치국가에 있어서의 권력분립의 원칙상 인정될 수 없고, 단지 정치적 제재만이 가능하다고 보는 견해가 다수설이다. 그러나 제재 가능성을 긍정하는 견해도 없지 않는 바, 이 때 제재의 유형으로는 입법부작위의 위헌성에 근거한 국가배상청구소송, 입법부작위위헌확인소송 및 입법의무화소송 등이 있다.

(4) 문홍주 교수의 견해¹⁾

법적 권리설 중에 재판규범으로 보아 입법구속까지 가능하다고 보는 견해는 권력분립론으로 보더라도 지나친 견해이며, 헌법

1) 문홍주, 한국헌법, 1987. 해암사, 302면.

소송제도를 가지고 있는 서독에서도 헌법재판소는 이를 인정하고 있지 않다.²⁾ 또, 추상적 권리설도 입법으로 그 내용이 구체화되기 전에는 법원에 권리를 주장할 수 없다고 하므로 ①과 ②는 결과적으로 비슷한 것을 말하고 있다. 그렇다고 해서 생활권을 단순한 프로그램적 규정이라 하여 법적 권리성을 전적으로 부인하는 것은 옳지 않다. 만일 국민에 대하여 국가의 구체적 행위가 있고, 그것이 국민의 문화적 최저한도의 생활을 침해하고 있는 경우에, 개개의 국민은 생활권에 의하여 법원에 그 행위의 배제를 주장할 수 있어야 한다. 이런 면에서 볼 때에 생활권은 프로그램적 규정이라 하지만, 또 일면에서는 권리성을 가지고 있다고 볼 것이다¹⁾.

(5) 박일경 교수의 견해²⁾

가. 생존권보장규정의 성격

헌법 제11조 제5호는 헌법재판소에 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판권을 인정하고 이를 받아 헌법재판소 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있음을 규정하고, 동법 제75조 제3항은 헌법재판소가 헌법소원을 인용할 경우 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인 할 수 있게 하며, 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인

2) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 75. 오로지 입법기관에 입법을 촉구하는 결정을 하고 있는데 (BVdrfGE 25, 167, 1968), 이에 대한 비판도 있다. 헌법위원회, 서독과 불란서의 헌법재판제도, 1980, 59면.

1) 장곡천, 헌법판례의연구, 278~279면 ; 황천, 「생존권의보장」헌법강좌 II. 우리나라에서는 김철수 교수가 이에 속한다. 헌법학개론 278면.

2) 박일경, 신헌법, 1990. 법경출판사, 320면 이하.

용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 하고(동조) 동법 제75조 제1항은 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하게 하고 있으므로, 국회가 생존권보장규정을 구체화·현실화하는 입법을 하지 아니할 때에는 국민은 그 위헌확인을 구하는 헌법소원을 할 수 있고, 헌법 제111조 제1항 제1호가 규정하는 헌법재판소의 법률위헌심판에 의하여 생존권규정을 구체화·현실화하는 국회제정법률이 생존권을 유명무실하게 할 때에는 헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정되어 그 법률 또는 법률의 조항은 효력을 상실하며(헌법재판소법 제47조), 행정기관의 공권력 행사 또는 불행사로 인한 생존권의 침해는 행정소송의 대상이 되는 것이므로(헌법 제107조 제2항), 헌법하의 우리 나라에서는 생존권보장규정은 완전한 법적 성격을 갖는다.

나. 생존권의 법적 성격

위에 본 바와 같이 국민의 국회의 작위 또는 부작위에 의한 생존권의 침해에 대하여는 헌법소원 또는 법률위헌제청신청을 통하여, 행정권의 행사 또는 불행사로 인한 침해에 대해서는 행정쟁송에 의하여 그 구제를 구할 수 있으므로, 헌법하에 규정된 생존권들은 헌법규정만으로써도 권리로서의 법적 성격을 가진다. 다만 헌법이 규정하는 생존권들은 그를 구체화·현실화하는 법률에 의하여 그 구체적 내용이 정하여지는 것이 거의 전부인 점에서 자유권과는 구별된다.

(6) 안용교 교수의 견해¹⁾

사회국가적 기본권의 법적 성격에 관해서는 종래의 프로그램

1) 안용교, 한국헌법, 1989. 고시연구사, 512면 이하

권리설과 최근 법적 권리설이 대립되고 있다. 법적 권리설은 권리의 성질을 어떻게 이해하느냐에 따라 다시 추상적 권리설과 구체적 권리설로 갈라진다.

가. 프로그램 권리설

이 설에 의하면 사회국가적 기본권은 국가로 하여금 각각 규정된 이념을 실현하도록 정책적 지침 내지 정치적 책무를 정한 것이고 개개 국민에게 구체적인 법적 청구설을 보장한 것이 아니라고 한다. 즉 사회국가적 기본권은 국가의 경제적 능력에 따른 예산의 책정이 있고 또한 그 구체화를 위한 법률의 제정이 있을 때만 비로소 그 실천이 가능한 권리를 의미한다고 한다.²⁾

프로그램 권리설의 논거와 이에 대한 재판은 다음과 같다. 1) 자조를 원칙으로 하는 자본주의 경제체제하에서는 현대자본주의 헌법에서 보장된 사회국가적 기본권도 그 체제의 기본성격에는 구속되며 따라서 구체적 청구권임을 주장할 실질적 전제가 결여되어 있다고 한다. 그러나 이 논거는 사회국가적 기본권이 현대 헌법에서 보장되게 된 역사적 의의를 망각하고 있다. 이 권리는 연혁적으로 볼 때 자본주의사회의 경제적인 자율성이 붕괴되어 개인의 생존·생활이 그것으로 보장될 수 없는 자본주의의 구조 변화에 기인하고 또한 그 변화에 대응한 자본주의 자체의 요청에 따라 헌법상 보장된 권리인 것이다. 따라서 이 권리는 자본주의적 권리이며 자본주의를 이유로 법적 권리성을 부정하는 것이 논리의 모순이 아닐 수 없다. 2) 사회국가적 기본권을 구체화하는 사회입법에는 언제나 예산이 필요하고 그 예산의 배분은 국가의 재정정책의 문제이기 때문에 사회입법의 실현은 국가의 재량사항에 속하고 따라서 사회입법의 제정을 입법부에 의무지우

2) 권영성, 신정관 헌법학원론, 1988, 법문사, 934면.

는 법적 권리성은 인정할 수 없다는 것이다. 그러나 예산과 법률은 제정절차·형식·내용·효과 등에 상이점이 있으나 예산도 법규범인 이상 그것은 최고법규인 헌법에 구속되지 않을 수 없다. 헌법의 사회국가적 기본권 조항은 그 권리의 내용에 적합한 법률의 제정을 입법부에 명하고 있으며 입법부도 이에 따라야 할 법적 의무를 지고 있기 때문에 사회입법에 예산이 필요하다면 입법부·집행부는 이러한 입법의 실시에도 필요한 재산조치를 하여야 할 헌법상 의무를 지고 있다고 생각된다. 예산의 배분이 국가의 정책문제라는 이유로 사회입법의 실현을 국가의 재량사항으로 삼는 것은 하위규범으로 헌법의 보장을 침해하는 논리가 되어 정당성이 없다 하겠다. 3) 사회국가적 기본권의 구체적 권리로서의 보장, 즉 누가 어떤 경우에 어떤 내용을 어떤 절차에 따라 요구할 수 있는가에 관하여 명확하게 규정되어 있지 않다는 것이다. 그러나 공무원의 불법행위로 인한 손해배상청구권(§29), 형사보상청구권(§28)도 어느 것이나 그 배상범위나 절차 등 권리의 구체적인 보장규정은 국가배상법이나 형사보상법에서 비로소 구체화되어 있다. 재판청구권이나 공무원담임권도 그에 관한 상세한 사항은 법률로 정하도록 위임하고 있다. 헌법규정이 추상적인 것은 헌법이 최고규범이기 때문이다. 국가의 작위를 요구할 수 있는 권리의 경우에는 헌법이 요청하는 법치주의 원리에 따라 집행권·사법권이 일정한 작위를 할 수 있는 법률이 있어야 하고 그 법률에 작위의 내용·범위·절차 등이 상세하게 구체화되지 않으면 안된다. 따라서 기본권 규정의 추상성을 이유로 법적 권리성을 이유로 법적 권리성을 부정하는 것은 헌법상의 기본권 모두의 법적 권리성을 부정하는 결과를 초래하게 될 것이다.

나. 법적 권리설

(가) 추상적 권리설

이 설에 의하면 헌법에서 권리가 있음을 명시한 이상 법적 권리로서의 성격은 인정하여야 하며 따라서 국민은 사회국가적 기본권조항에 적합한 입법 또는 국정을 행하도록 요구할 수 있는 법적 권리와 국가는 그러한 조치를 취할 법적 의무가 있다고 한다. 그러나 그 권리의무는 추상적이라고 한다. 따라서 사회국가적 기본권이 구체적 권리로 되기 위해서는 법률로 일정한 청구권이 보장되고 그 청구권이 국가에 의해 침해되는 경우에 그 법률에 따른 구제를 법원에 청구할 수 있다고 한다¹⁾(다수설).

그러나 이 설도 법적 권리성을 갖고 있다는 의미에서는 프로그램권리설보다 적극적 의미는 부여할 수 있으나 사회국가적 기본권조항을 입법부에 대하여 그 규범내용에 맞는 입법을 의무화하는 구체적인 입법구속규범으로 보지 않기 때문에 구체적 청구권의 용인여부는 입법정책으로 본다는 의미에서 프로그램권리성과 실질적으로 다를 바가 없다.²⁾ 프로그램권리성이나 추상적 권리설은 모든 사회국가적 기본권을 법률의 형성적 유보(권리의 내용이 법률의 규정에 의하여 비로소 실현되는 권리)로 보는 결과이다.

(나) 구체적 권리설

이 설에 의하면 사회국가적 기본권의 전술한 바와 같은 역사적 성격과 헌법에서 명시적으로 「……권리를 가진다」는 규정을 포함하여 규범구조의 논리에서 보아, 사회국가적 기본권은 개

1) 문흥주, 한국헌법(1987), 302면 ; 김철수, 헌법학개론(1988), 409면 ; 권영성, 헌법학원론(1988), 525면.

2) 권영성 교수도 기본적으로는 추상적 권리성을 찬성하지만 부분적으로는 구체적 권리성을 인정하고 있다(권영성 전제서, 525~526면).

인이 입법부에 대하여 일정한 작위의무의 이행을 청구할 수 있는 권리, 즉 주관적 공권이며 사회국가적 기본권조항은 입법정책 내지 입법재량의 문제가 아니라 헌법에 의한 입법구속에 있어서 입법재량의 문제로 본다. 즉 사회국가적 기본권조항은 현실적인 효력을 가진 법적 권리로서 그 규범내용에 적합한 입법조치를 하도록 입법부·집행부(예산조치)에 의무지우고(입법구속) 법률의 내용형성에 있어서 일정한 입법재량을 용인하고 있다고 보는 것이다¹⁾. 따라서 사회국가적 기본권은 급부판결을 요구하는 구체적 권리는 아니지만 국민이 입법권에 대하여 그 권리의 내용에 적합한 입법을 행하도록 청구할 수 있는 구체적 권리(작위의무화소송 : 의무이행소송)이며, 입법권이 의무를 이행하지 않음으로써 생기는 사회국가적 기본권의 침해에 대해서는 헌법위반이므로 그 부작위를 위헌확인소송으로 다룰 수 있다. 또한 그것이 법원의 재판으로 실현되지 않으면 입법권의 위헌행위를 이유로 헌법소원심판을 통하여서도(헌법재판소결정 1989. 3. 17. 88헌마 1, 전술 입법의 부작위에 의한 기본권에 의한 기본권의 침해와 구제 참조) 그 권리의 실현을 구할 수 있을 것이다…….

그렇다면 사회국가적 기본권이 침해될 수 있는 가능성이 있는 경우는 어떠한 경우이며, 입법의 부작위에 대하여 위헌심사권의 대상이 될 수 있는지의 문제를 생각하지 않으면 안된다.

사회국가적 기본권이 침해될 가능성이 있는 경우란 1)국가의 어떠한 행위가 사회국가적 기본권의 자유권적 효과(부작위의무)를 침해하는 경우이다. 이 효과는 국가에 대하여 어떤 적극적 급부(효과)를 요구하는 것이 아니고 국가에 의한 침해(최저한도의 문화생활을 할 권리의 침해, 교육을 받을 권리의 침해, 노동삼권의 침해, 환경과리에 의한 생명·건강의 침해 등)의 배제를 청구하는 자유권적 측면이므로 이를테면 최저한도의 문화생활수준

1) 안용교, 논집중심 한국헌법(1979), 299면 ; 대수하 명, 생존권론(1984) 73면.

을 넘는 생활을 유지하거나 그러한 국가의 작위(침해)로 최저한도의 문화생활 수준 이하로 내려가지 않는 국민에게만 미친다. 2) 국가의 행위가 사회국가적 기본권에 의해 보장되어 있는 법적 권리의 내용을 넘는 보장을 하는 경우이다. 헌법이 보장하고자 하는 것은 최저한도의 문화생활을 유지하는 데 있고 그와 같은 경우는 생활의 최고한을 지향한 것이므로 위헌문제는 생기지 않는다. 그러한 보장은 국가의 정책의 문제이기 때문에 그 보장의 부작용은 헌법상의 의무위반이 되지 않는다. 3) 국가가 사회국가적 기본권의 권리내용을 전혀 실현하지 않거나 불충분한 경우이다. 우선 사회국가적 기본권의 실현이 불충분한 경우에는 그 국가의 행위 자체는 이 권리를 침해하지 않는다. 왜냐하면 그 행위가 불충분할지라도 부분적으로 이 권리를 실현하고 있기 때문이다. 문제는 전혀 사회국가적 기본권이 실현되지 않거나 불충분한 입법이 있는 경우이다. 사회국가적 기본권은 국가의 일정한 작위를 요구하는 것이므로 그 기본권을 침해하는 것은 국가의 일정한 부작용인 것이다. 국가가 입법의무에 위반하여 전혀 입법하지 않거나 입법이 불충분한 경우(즉 보장기준 또는 법률에 기한 행정청이 정한 보장기준이 부당하게 불충분하거나 또는 정당한 이유없이 보장기준을 내리는 경우) 등 입법부의 부작용은 사회국가적 기본권을 침해하는 것이 된다. 다시 말하면 사회입법을 전혀 하지 않는 경우는 물론 현실로 보장된 생활보장기준이 헌법이 보장하는 최저한도의 문화생활을 유지할 수 없으면 사회국가적 기본권의 침해가 생기는 것이다.

다음은 입법의 부작용이 위헌심사의 대상이 되느냐의 문제이다. 일반적으로 입법의 부작용은 법원의 심사대상이 되지 않는다고 본다. 그러나 그것은 다음과 같은 이유로 부당하다. 1) 현행 위헌심사제도는 구체적 사건성을 출소요건으로 하고 있으며 당

사자간의 구체적 권리의무관계에 관한 다툼이 없으면 위헌소송을 제기할 수 없게 되어 있다. 이것은 주관적 공권으로서의 기본권보장이 주된 목적이고, 객관적 법규범의 보장은 부차적 효과에 불과함을 나타내고 있다. 다시 말하면 우리 나라 위헌심사제도에 있어서 구체적 규범통제는 자기의 헌법상의 권리가 공권력에 의해 침해된 경우 제기될 수 있는 것으로서 주관적 공권의 보장이 1차적 목적이며 따라서 이것은 입법의 부작위의 위헌성을 다룰 수 있는 법적 가능성이 있음을 나타내고 있다. 따라서 입법부의 부작위로 현실로 사회국가적 기본권이 침해되어 있음에도 불구하고 그 부작위가 위헌심사의 대상이 되지 않는다면 위헌심사제도의 취지는 크게 상실되고 말 것이다. 사회국가적 기본권조항은 입법을 명하는 객관적 법규범이며 또한 이 권리가 주관적 공권인 이상 이를 침해하는 부작위, 즉 법률이 없거나 법률이 불충분한 경우는 위헌심사제도의 취지에서 보아 헌법 제107조 제2항의 처분 속에 입법권이 의무를 이행하지 않는 것도 포함시키는 것이 타당할 것이다. 입법권이 의무를 이행하지 않음으로써 생기는 사회국가적 기본권의 침해에 대해서는 부작위 위헌확인소송을 제기할 수 있을 것이다. 처분을 국가의 개별적·구체적 행위만을 의미한다고 해석하는 것은 현대적 기본권구조의 역사적 변화의 특질을 간과한 것이 되므로 타당하지 못하다. 개정 행정소송법⁸⁴ ③은 부작위위법확인소송을 인정하고 있다. 2) 만일 헌법이 보장하는 기본권을 자유권만으로 생각한다면 헌법 제107조 제2항의 처분이 국가적의 적극적인 행위만을 의미한다고 생각하는 것이 정당하다. 왜냐하면 자유권의 침해는 국가의 행위에 의해서만 생기기 때문이다. 그러나 헌법은 사회국가적 기본권, 청구권적 기본권 등 자유권과는 성격을 달리하는 많은 권리를 보장하고 있다. 이러한 권리는 일정한 국가의 행위를 청구할 수 있음을 전제

로 성립되어 있다. 사회국가적 기본권의 침해는 국가의 부작위에 의해 생기는 이상 만일 부작위가 위헌심사의 대상이 되지 않는다면 그 권리의 구체적·법적 권리성은 상실되고 말 것이다. 3) 헌법소송의 당사자인 당사자 적격의 문제이다. 사회국가적 기본권은 직접 입법부를 법적으로 구속하는 주관적 공권인 이상 그것은 시행법률을 매개로 간접적으로 타당하게 되는 것이 아니다. …… 사회국가적 기본권의 구제를 위한 헌법소송에 있어서 당사자 적격론은 사회국가적 기본권의 특유한 성격에 따라 적극적으로 재검토되어야 할 것이다. 또 이 권리침해의 인적 범위의 특정성이 문제가 된다. 사회국가적 기본권의 침해의 경우에는 일정한 입법으로 본래 보호되어야할 범위에 속하는 사람은 입법부의 부작위로 현실로 그 자신의 권리가 침해되고 있다면 모두 위헌확인소송의 당사자 적격이 있다고 생각된다. ……물론 사회국가적 기본권을 침해하는 입법의 부작위를 다룰 수 있는 것이 실체적으로나 소송절차적으로 헌법이론상 가능하다 할지라도 입법의 부작위위헌성을 확인하는 소송은 현행소송법에서는 새로운 소송 유형이기 때문에 이를 가능케 하는 헌법소송절차법(헌법사건절차법)이 필요할 것이다. 또한 사법권의 작용에도 그 권한 및 절차에 있어서 준거법률이 필요한 것이다. 입법의 부작위의 위헌성을 다투는 소송절차에 관한 입법을 하거나 보충하는 것은 마치 사회국가적 기본권의 규범내용에 적합한 사회입법을 하는 것이 입법부의 의무인 것과 같이 입법부의 헌법상의 의무인 것이다.

(7) 한태연 교수의 견해¹⁾

민주주의국가에 있어서는 그 헌법의 정치적 구조는, 그 헌법의

1) 한태연, 헌법학, 1983. 법문사. 946면 이하.

권리선언에 대하여 중립적인 것을 특색으로 한다²⁾. 따라서 여기에 있어서는 국가질서의 정치적 형성과 그 사회질서는 대체로 대립적인 2원성을 보여주고 있다. 여기에 민주주의국가에 있어서의 사회적 기본권이 실효성 있는 권리라기 보다는, 오히려 입법의 방향만을 지시하는 단순한 프로그램으로 약화되게 되는 이유가 있다³⁾.……

결국 이렇게 볼 때, 국가의 정치적 구조와 그 권리선언의 2원주의에 입각하고 있는 민주주의국가에 있어서는, 그 사회적 기본권의 보장은 다음과 같은 두 가지 방법에 의하여 그것을 해결할 수밖에 없다. 그 첫째는 국가기능의 확대이다. 즉 사회에 대한 중립, 경제에 대한 중립에서 국가 그 자체가 직접으로 사회질서, 경제질서의 담당자로 등장하는 것이다. 이와 같이 국가가 직접으로 사회질서, 경제질서형성의 담당자로 등장할 경우에는, 그 국가의 성격은 시민적 법치국가에서 사회국가, 복지국가, 급부국가(Leistungsstaat), 분배국가(Verteilungsstaat)로 전환되게 된다. 근대국가에 있어서의 이러한 기능의 확대는 대체로 다음과 같은 사항을 대상으로 그것이 수행되게 된다. 즉 자유시장경제를 전제로 한 경제에 대한 국가의 계획과 통제, 국가에 의한 직접적인 경제적 활동, 경제에 대한 지도와 간섭, 자본과 노동의 조정과 같은 사회적 계층의 대립된 이익의 조정, 경제적 약자의 보호, 공기업에 의한 후생과 각종의 사회적 보장과 같은 것이 바로 그것이다⁴⁾. 물론 국가의 이러한 기능은 행정에 의하여 그것이 집행된다는 의미에서, 근대국가는 본질적으로 행정국가(Verwaltungsstaat)를 의미하고 있다. 그 둘째는 사회적 기본권의 규정에

2) 뢰벤슈타인은 바이마르헌법에 있어서도 그 사회적 기본권의 강력성에도 불구하고, 그것은 권리선언과 국가의 정치적 구조의 엄격한 2원주의에 입각하고 있다고 지적하고 있다. Loewenstein, K., Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, in AöR., Bd. 77., S.424.

3) Loewenstein, aaO., S. 425-426.

4) Fernthaler, Grundrechtsreform in Österreich, in AÖR., Bd. 94, S. 52.

있어서 개인으로 하여금 그 수익을 국가에 청구케 함으로써, 그 권리의 실천을 보장케하는 경우이다. 따라서 이러한 경우에는 그 권리에 대한 국가의 의무가 성립되고, 또한 그 권리의 실천을 위하여 국가의 입법이 강요되게 된다. 그러나 이 경우에 있어서 비록 사회적 기본권이 헌법의 기본권의 목록에 규정된다고 할지라도 국가에 대한 그 권리의 실천이 강제되지 못할 때에는 그 권리의 실효성은 문제되지 않을 수 없다¹⁾. 따라서 민주주의국가에 있어서는 그 사회적 기본권의 권리성은, 결국 국가의 예산을 기초로 한 입법의 의무에 의해서만 그것이 보장되는 수밖에 없다. 여기에 근대국가에 있어서의 새로운 조세국가(Steuerstaat)의 경향이 발견되게 된다²⁾. 그것은 근대국가에 있어서의 조세는 국가의 수입에 의한 그 확대된 국가적 기능의 재정적 부담과 함께, 사회보장을 위한 분배의 사회화를 의미하기 때문이다.

(8) 허영 교수의 견해³⁾

헌법에 나타난 이들 규정(사회적 기본권에 관한 규정)은 그것을 단순한 '주관적 권리'만으로 이해하는 경우에는 거의 실효성이 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 이들 사회적 기본권의 실현에 필요한 전제조건은 대부분 국가의 재정투자를 요하는데, 국가의 재정투자를 소구할 권리가 이들 기본권에서 나온다고 볼 수도 없고 또 국가의 재정투자가 국민의 소구에 따른 법관의 판정에 의해서 강요될 수 있는 성질의 것도 아니기 때문이다. 따라서 이들 규정은 단순한 주체적 권리만으로 이해해서는 아니되고 우리 헌법의 객관적 질서로서의 사회국가원리가 이들 여러 규정에 의

1) Loewenstein, aaO., SS. 425~426.

2) Forsthoft, Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, SS. 31-32

3) 허영, 한국헌법론, 1990, 박영사, 151면 이하.

해서 우리 나라의 구조적인 원리로 받아들여진 것이라고 보아야 한다. 그러나 객관적 질서로서의 사회국가원리를 실현하기 위한 국가의 사회정책·노동정책·경제정책·조세정책 등은 이들 사회적 기본권이 내포되고 있는 주관적 권리로서의 성격 때문에 어디까지나 국민의 자유·평등·정의를 보장하고 이를 증대시키기 위한 것이어야지, 오히려 자유·평등·정의를 무시하거나 경감시키는 것이어서는 아니된다. 또 사회적 기본권의 내용을 뜻하는 ‘자유’와 ‘평등’은 그것이 어디까지나 정의에 바탕을 둔 ‘자유’와 ‘평등’이어야 하기 때문에 반드시 ‘자유속의 평등’이어야지 ‘자유 대신에 평등’을 추구하는 것이어서도 아니된다. 바로 이곳에 우리 헌법상 사회국가실현의 방법적 한계가 있다.

아무튼 우리 헌법상의 사회적 기본권을 해석하는 데 있어서는 이처럼 기본권의 양면성을 특히 중요시해서 사회적 기본권이 갖는 주관적 권리와 객관적 질서의 기능적인 보완관계를 존중하여야 할 것이다.

2. 사 견

이상에서 개관한 바와 같이 사회적 기본권에 관해서는 그 호칭이 다양하다는 점은 논외로 하더라도, 그 법적 성격에 대한 이해 역시 논자마다 각양각색이다. 하지만 사회적 기본권적 기본권의 법적 성격에 관련해서는 사회적 기본권을 추상적인 법적 권리로 파악하는 것이 우리 나라 헌법학계의 다수설인 것처럼 보인다. 필자 역시 종전에는 추상적인 법적 권리설에 동조하여 왔다¹⁾. 그러나 이제 사회적 기본권도 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일 수준의 구체적인 법적 권리로 파악하려는 인식전환을

1) 권영성, 전게서, 525면 이하 참조.

하지 않으면 안될 것 같다. 다시 말하면 필자는 일련의 사회적 기본권을 불완전하나마 구체적인 법적 권리의 범주에 속하는 것으로 인식하려고 한다.

여기서 필자가 사회적 기본권을 불완전하나마 구체적 권리라고 함은 다음과 같은 의미이다. 첫째, 모든 헌법규정은 공동체 구성원들의 헌법생활에서 그 내용이 반드시 실현되어야 할 재판규범이라는 점이다. 어떠한 헌법규정은 재판규범이고 어떠한 헌법규정은 프로그램규정이라는 헌법규정상 명문규정이 존재하지 아니하기 때문이다. 둘째, 경제적으로 열악한 상황에 처한 국민(결핵빈곤층과 사회적 빈곤층)에게는 자유권적 기본권이나 정치적 기본권보다 사회적 기본권의 실질적 보장이 보다 절실한 의미를 가진다는 점이다. 셋째, 우리나라와 같이 국가적 성격이 사회국가원리를 지향하는 사회국가적 성격을 가지고 있는 경우에는, 국가의 과제와 목표는 사회적 기본권의 실현에 중점을 두어야 한다는 점이다. 다시 말하면 국가적 성격을 사회국가로 규정하고 국가목적을 사회국가원리의 구현이라 규정하면서 사회적 기본권을 프로그램적인 것 내지 추상적인 법적 권리로 이해한다는 것은 논리적 모순이 된다. 넷째, 헌법재판제도가 확립된 경우에는 헌법재판이라는 방법을 통하여 입법기관에게 입법촉구결정을 하는 것이 헌법구조상 불가능하지 않다는 점을 들 수 있다. 이러한 의미에서 사회적 기본권은 자유권적 처 기본권처럼 직접효력을 가지는 완전한 의미에서의 구체적 권리일 수는 없다 할지라도 적어도 청원권, 국가배상청구권, 선거권, 공무담임권 등과 동일한 수준의 불완전하나마 구체적인 법적 권리로서의 성격은 지니고 있다고 할 수 있다.

삼. 사회적 기본권의 헌법소송적 실현방법

1. 사회적 기본권의 복합적·다측면적 구조

그 밖의 여러 기본권과 마찬가지로 사회적 기본권도 단면적 성격만을 지니고 있는 기본권이 아니다. 그것은 자유권적인 측면과 더불어 생존권적인 측면을 동시에 가지고 있는 복합적·다측면적 구조를 가진 기본권이다.¹⁾ 따라서 국가에 대하여 어떠한 적극적 급부를 요구하는 것이 아니라, 국가에 의한 침해행위(교육을 받을 권리의 침해, 노동삼권의 침해, 환경파괴에 의한 생명·건강의 침해 등)의 배제를 구하는 사회적 기본권의 자유권적(방어권적) 측면에 관해서는 직접적 효력이 당연히 인정되어야 한다. 이 점에 관해서는 이논의 여지가 없다.

2. 생존권적 측면의 헌법소송적 실현방법

(1) 사회적 기본권의 헌법규범적 의미

사회적 기본권의 헌법소송적 실현방법을 검토하기 위해서는 「불완전한 구체적 권리설」의 입장에서 다음과 같은 점을 다시 한번 확인해 두고자 한다.

첫째, 개개인이 청구의 대상으로 할 수 있는 사회적 기본권의 구체적 내용은 직접 헌법규정에 의해서 확정되는 것이 아니고 이러한 헌법규정을 구체화하는 입법(법률)으로써 결정된다. 다시 말하면 사회적 기본권이 완전한 의미에서 구체적인 내용을 가진

1) 사회적 기본권의 헌법적 실현가능성과 헌법적 실현형태에 관해서는 특히 한병호, 사회적 기본권의 법적 구조, 서울대학교 석사학위논문(1984), 100면 이하 참조.

권리가 되려면 청원권, 국가배상청구권, 선거권, 공무담임권 등과 마찬가지로 입법에 따라 그것이 구체화될 필요가 있다. 이것이 헌법이 사회적 기본권보장을 규정한 원칙적인 의미이다.

둘째, 헌법은 사회적 기본권을 구체화할 입법의 의무를 국가에 부과하고 있다. 이들 사회적 기본권을 보장한 헌법규정은 청원권, 국가배상청구권, 선거권, 공무담임권 등과 마찬가지로 불완전한 형식으로 권리를 인정한 것에 지나지 않기 때문에, 사회적 기본권에 대응하는 국가의 의무는 사회적 기본권을 구체적인 내용을 가진 기본권이 되게 할 입법의 의무를 규정한 것이다.

셋째, 국회가 사회적 기본권 실현에 필요한 입법을 태만히 할 경우에는, 헌법재판소가 이를 헌법위반으로 확인할 수 있을 뿐 아니라 입법촉구결정을 할 수 있다고 본다. 이러한 입법촉구결정이 가능하다는 논리에 대해서는, 헌법상 3권분립의 원칙을 들어 그것이 헌법위반이라는 반론이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 헌법재판소는 헌법의 「실현」을 보장하는 헌법기관이므로, 이 경우 입법촉구결정이라는 사법적 판단을 거부하거나 회피한다면, 그것 또한 위헌이 아닐 수 없다. 따라서 입법의 태만이 있는 경우에 헌법재판소가 스스로 입법을 형성하는 것이 아니라 입법촉구결정을 한다면, 그 결정은 위헌이 아니라 헌법국가에 있어서 헌법실현을 위한 적극적인 헌법재판적 권한행사이므로, 그것은 오히려 헌법이 요청하는 것이라고까지 할 수 있다.

이러한 해석논리를 전제로 하여 직장알선청구권 등을 그 내용으로 하는 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리에 관하여, -독자들의 이해의 편의를 위하여- 「무직자(갑)의 직장알선청구에 대한 정부의 직장알선거부행위」라는 사례를 중심으로 그 헌법소송적 실현방법을 살펴보기로 한다.

(2) 직장알선청구권의 권리성

사례의 경우에 기본적인 논점은 개개인이 어떤 경우에, 어떤 방법으로 헌법에 규정된 근로의 권리와 인간다운 생활권의 보장을 구체적으로 국가에 대하여 요구할 수 있는가에 있다. 다시 말하면 값은 무직자이기 때문에 「인간다운 생활」, 즉 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 최저생활을 할 수 없다는 이유로, 국가에 대하여 직접 헌법 제32조와 제34조에 의거하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 직장알선을 청구할 수 있는 가하는 문제가 검증되어야 한다. 위에서 확인한 사회적 기본권의 헌법규범적 의미를 사례별로 검토하면 다음과 같다.

(가) 입법의 부존재

근로의 권리나 인간다운 생활권 보장에 관한 헌법규정을 구체화하는데 필요하다고 생각되는 입법이 아직 없는 경우에는 어떠한 헌법소송적 방법이 있을 수 있는가?

이런 경우에는 개개인이 국가에 대하여 직접 헌법규정(제34조와 제32조 등)에 의거하여 노동의 권리나 인간다운 생활권실현에 관한 구체적인 입법이 없음을 위헌이라고 주장할 수 있다. 따라서 입법의 청원이나 선거를 통하여 정치적 책임을 추궁하는 방법 외에, 「헌법상 보장된 기본권이 공권력의 불행사, 즉 입법의 부작위로 말미암아 침해되었음을 이유」로 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 ① 「본건의 경우 입법부작위는 위헌임을 확인한다」라고 함은 물론 나아가 ② 국회로 하여금 사회적 기본권을 구체화하기에 필요한 법률을 제정하도록 입법촉구결정을 할 수 있다. 즉 「국회는 근로의 권리나 인간다운 생활권에 관한 구체적인 입법의 의무가 있다」는 뜻의 입법촉구결정을 할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 이를 넘어 「직접 헌법

규정에 의거하여 개개인으로서 국민이 직장알선청구권을 실현할 수 있다」는 뜻의 결정은 할 수 없다.

(나) 입법의 불충분

근로의 권리나 인간다운 생활권에 관한 헌법규정을 구체화하기 위한 입법이 존재하기는 하지만, 그 법률만으로써는 직장알선이나 최저생활의 보장을 자신의 구체적인 법적 권리로서 주장하기에 불충분한 경우에는 어떠한 헌법소송적 방법이 있는가?

우리나라의 직업안정 및 고용촉진에 관한 법률 제2조 제1호(구직자에 대한 국내 및 국외의 직업소개와 직업지도 및 직업보도), 재해구호법 제5조 제1항 제7호(생업알선), 윤락행위등 방지법 제7조 제2항 제5호(요보호여자에게 선량한 직업의 알선을 행하는 일) 등과 같이 근로의 권리·인간다운 생활권의 보장에 관한 입법이 존재하지만, 그러한 법률들은 현실적으로 직장알선의 보장을 위해서는 불충분한 것이다. 왜냐하면 위의 법률들은 단지 직업보도·직업소개 및 직업지도, 생활알선, 직업의 알선이라는 표현을 사용하고 있을 뿐, 고용의무를 규정하고 있지 아니하기 때문이다. 이러한 경우에 국민은 직접 헌법규정(제32조 제1항)을 근거로, 그 법률이 기본권 실현에 불충분한 위헌법률임을 이유로 위헌법률심판 제청신청을 할 수 있다. 이 경우에 헌법재판소는 ① 당해 법률의 위헌확인과 더불어 ② 입법촉구(법률의 개정촉구) 결정을 할 수 있다. 그러나 그것을 넘어 헌법재판소가 그 법률의 내용이 불충분하므로, 개개인이 직접 헌법규정에 따라 현실적으로 직장알선을 보장받을 권리를 갖는다는 내용의 결정은 할 수 없다.

(다) 위헌의 입법

국회가 헌법규정에 위반되는 내용의 법률을 제정한 경우에는 어떠한 헌법소송적 방법이 있는가? 가령 법률로써 「국가는 국민의 직장알선의 청구에 응할 의무를 지지 아니한다」라든가 「국가는 국민에게 인간다운 생활을 보장할 의무가 없다」라고 하는 것과 같이, 국가가 적극적으로 이들 헌법규정에 위반되는 내용의 입법을 할 경우에는 어떠한 헌법소송적 방법이 있는가?

그러한 법률은 근로의 권리를 규정한 헌법규정을 정면으로 부정하는 것이므로, 그 법률은 헌법규정에 위반되는 것이다. 이러한 경우에는 개개인이 헌법재판소에 대하여 「입법권이 헌법상 보장된 사회적 기본권을 침해하였다는 이유로」, 사회적 기본권의 구제를 구하는 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 당해 법률에 대한 헌법확인결정에 그치지 아니하고, 직업알선청구권이 헌법상 보장되는 법적 권리의 하나임을 인정한다는 뜻의 결정까지 내릴 수 있다.

(라) 구체적이고 충분한 내용의 입법

구체적이고 충분한 내용을 가진 합헌적인 법률이 존재하는 경우에는, 개개인은 당연히 헌법과 당해 법률에 따라 구체적인 권리를 주장할 수 있다¹⁾. 다시 말하면 당해 법률에 의하여 부여된 당해 권리에 대응하는 구체적 의무를 국가가 이행하지 아니할 때에는, 국가에 대하여 그 이행 (이른바 법률에 규정된 생활보호나 직장의 알선 등)을 청구할 수 있다. 이때 비로소 개개인은 그 법률에 의거한 구체적인 직장알선청구권을 가진다. 그리고 국가의 직장알선불이행은 헌법과 당해 법률에 대한 위반이 될 뿐 아니라 손해배상책임까지 면할 수 없게 된다.

1) 생활보호법과 같이 구체적인 입법이 있는 경우에는 65세 이상의 노쇠자나 근로능력이 없는 불구자 등(§3①)은 생활보호나 의료보호(§5) 등을 국가나 지방자치단체 등 보호기관 (§2,§15~§24)에 청구할 수 있다.

(마) 직장알선청구권의 구체적 실현

위 사례에 관한 헌법소송적 해답은, 갑이 「구체적인 법률에 의거하여 직장알선청구권 - 따라서 그에 대응하는 국가의 법적인 직장알선의무 - 을 보장받고 있는 자인가 아닌가」에 따라 결정될 수 있다. ① 만일에 갑이 순국선열, 애국지사, 전몰군경, 상이군경, 순직군경, 공상군경, 무공·보국수훈자, 6.25참전 재일확도 의용군인, 4.19의거사망자 및 그 상이자, 순직공무원, 공상공무원, 국가사회발전특별공로순직자 및 그 상이자, 국가사회발전특별공로자 등이거나 그 유족(법§4①) 등이면, 국가유공자에우 등에 관한 법률 제28조~제32조에 따라 국가에 대한 직장알선청구권이 구체적인 법적 권리로서 보장되어 있는 자이다. 왜냐하면 위 법률을 보면 여기에는 취업보호대상자로서 이들을 명시하고 있고(§29), 취업보호실시기관(§3), 채용의무(§31), 고용명령(§32) 등이 구체적으로 규정되어 있기 때문이다.

따라서 갑이 위에서 말하는 순국선열~국가사회발전특별공로자이거나 그 유족 등 그 어느 한 범주에 해당할 경우에는, 상기 법률에 의거하여 직장알선을 정부에 대하여 청구할 수 있고, 이러한 청구에 대한 정부의 불응 내지 거부는 위헌·위법행위가 된다. 뿐만 아니라 이 경우 법원은 「갑에 대한 직장알선」을 명하는 이행판결까지 할 수 있다.

그러나 만일에 갑이 위에 열거한 어느 범주에도 해당되지 않는 자라면 - 비록 재해구호법에 의한 구호대상자나 윤락행위자에 해당할지라도 - 직업안정 및 고용촉진에 관한 법률, 재해보호법, 윤락행위 등 방지법 등에 따라 직장알선을 청구할 수는 있지만, 그에 대한 정부의 불응 내지 거부를 헌법소송적 방법 중 이행판결을 통하여 실현할 수는 없다. 왜냐하면 이러한 법률들은

직장알선청구를 구체적인 법적 권리로 보장하고 있다고 보기에
는 불충분한 내용의 법률이기 때문이다. 따라서 이러한 경우에,
같은 헌법재판소에 대하여 입법부작위로 인한 기본권침해를 이
유로 헌법소원을 제기하여, 당해 법률의 위헌확인과 더불어 입법
촉구(법률의 개정촉구)결정을 소구할 수밖에 없을 것이다.

사. 결 론

사회보장제의 완벽한 실현과 사회적 시장경제질서의 정착을
통하여 사회국가원리의 이념이 충족되기만 한다면, 굳이 헌법소
송적 방법에 의한 사회적 기본권의 실현문제를 거론할 필요가
없을 것이고 또 사회적 기본권보장에 관한 헌법해석론과 범리구
성의 문제도 무의미한 것이 되고 말지 모른다. 그러나 현실적으
로는 국가적 차원에서의 정책적 무관심 내지 태만과 제도의 부
비로 말미암아 사회국가원리의 구현은 언제까지나 기대수준을
밑돌기 마련일 것이다.

그러므로 사회국가원리의 구현을 촉진하기 위한 동인의 하나
로서, 그리고 헌법규범의 규범성제고논의 일환으로서 사회적 기
본권의 헌법소송적 실현을 위한 시론을 시도해 보는 것이다. 이
시론이 계기가 되어 사회적 기본권의 헌법소송적 실현방법에 관
한 논의가 활발해지기를 기대하면서 또 이 시론이 계기가 되어
구체적인 헌법소송법이 우리나라에서도 제정되었으면 하는 바램
을 가져본다.

위 헌 심 사 의 기 준

윤 영 근

헌법연구관

광주지검 목포지청 부장검사

- 목 차 -

- I. 서
- II. 공공복지의 기준
 - (1) 의의
 - (2) 판례에 의한 수정
- III. 합리성의 기준
- IV. 이중의 기준론
- V. 명백하고 현존하는 위협의 원칙
- VI. 필요최소한도의 기준 및 LRA의 기준
 - (1) 필요최소한도의 기준
 - (2) LRA의 기준
- VII. 이익형량의 기준
- VIII. 문면심사의 기준
- IX. 입법부작위에 대한 판단기준
- X. 우리 헌법재판소의 결정례에서 본 판단기준

- (1) 명확성의 원칙
- (2) LRA의 기준
- (3) 과잉금지의 원칙(이익형량의 원칙)

I. 서

위헌법률심사라는 것은 헌법재판소나 법원과 같은 국가기관이 의회가 제정한 법률이 헌법에 위반되는지의 여부를 심사하고, 그것이 헌법에 위반된다고 판단하는 경우에는 그 법률의 효력을 부인하는 제도를 말하는 바, 헌법재판소 등이 위와 같은 위헌판단을 함에 있어서 그 척도가 되는 일정한 기준이 필요함은 두 말할 필요가 없다.

우리 헌법도 제107조 제1항에서 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”고 하고, 제111조 제1항은 “법원의 제청에 의한 위헌여부의 판단”을 헌법재판소의 관장사항으로 규정함으로써 헌법재판소가 법률의 위헌심사를 함에 있어서 헌법의 규정이 기준이 됨을 명확히 하고 있다.

위헌여부가 문제되는 법률은 국회가 제정한 모든 법률이 이에 해당하겠지만 우리가 논의하는 위헌판단의 기준에서 문제가 되는 법률은 국민의 기본권을 제한하는 법률이 주로 이에 해당한다고 하겠다. 따라서 먼저 기본권의 제한이라는 측면에서 생각하여 볼 필요가 있다.

현대의 민주주의 헌법국가에서도 합리적인 기본권의 제한은 헌법적 가치질서의 실현을 위하여 불가피한 것으로 받아들이고 있으며 대다수의 국가에서는 공공의 이익을 위하여 필요불가피한 경우에 한해서 기본권을 제한할 수 있도록 기본권 제한의 방법과 한계를 헌법에 명문화하고 있는 바, 우리 헌법도 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할

수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여 기본권의 일반적인 법률유보조항을 두는 동시에 기본권을 제한의 한계를 명시하고 있다. 따라서 위와 같은 이유로 기본권을 제한하는 법률이 제정 시행되고 있을 때 그 위헌여부가 헌법재판소에 제청되어 판단되는 경우의 판단 기준은 위 기본권 제한의 한계와 밀접한 관계가 있음은 명백하다고 할 것이다.

이러한 기본권은 제한하는 법률의 합헌성은 여러 가지의 관점에서 검토될 수 있겠으나, 첫째로는 그 법률에 의한 기본권 제한의 목적이 헌법상 정당하다고 할 수 있겠는가 하는 목적의 관점에서 본 판단, 둘째로는 목적이 정당하다고 하더라도 어떠한 수단과 방법을 가지고도 기본권을 제한할 수 있는 것은 아니므로 그 법률이 채용하고 있는 구체적인 제한의 방법이 합헌적인 것인지 하는 수단의 관점에서 본 판단, 셋째로는 당해 법률의 문면만으로 볼 때에도 위헌이라고 판단되는지의 여부에 관한 판단 등을 생각할 수 있겠다.

또한 위와 같은 관점과 관련하여 미국, 일본 등에서 헌법재판의 기준에 관한 원칙으로서 발전되어 온 여러 가지의 판단원칙은 구체적으로 어떠한 경우에 적용되는 것이며 목적, 수단, 문면상의 판단기준과 어떠한 관계가 있는지를 살펴보고자 한다.

즉 공공복지의 기준, 이익형량의 기준, 필요한 최소한도의 기준, 합리적 규제 기준, 상당기간의 기준, 이중의 기준, 사전억제금지 기준, 애매하기 때문에 무효의 기준, 과도광범성의 기준, 덜 제한적인 대체수단의 기준, 위험한 경향의 기준, 명백하고 현존하는 위협의 원칙, 과잉금지의 원칙, 비례성의 원칙 등 수많은 기준과 원칙이 사용되고 있는데 이들의 개념을 정이해 보는 것은 국민의 권리와 이익의 사법적 구제의 원칙을 확립하고 헌

법재판소가 헌법해석을 함에 있어서 도움이 되는 일이라고 하겠다.

II. 공공복지의 기준

(1) 의의

일본에서는 명치헌법 이래 인권의 보장은 소위 “법률의 유보”를 수반하는, 즉 권리의 내용이 법률에 의해서 규제를 받는다는 것을 전제로 하여 왔다.

그러나 그후의 일본헌법은 원칙적으로 기본권은 침해당하지 않는 영구의 권리임을 명백히 하고, 다만 헌법이 보장하는 권리와 자유는 공공의 복지를 위해서 그것을 이용할 책임을 지며 기본적 인권은 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타 국정의 위에 있으며 최대한 존중되어야 한다고 규정하고 있다.¹⁾

초기의 학설은 위와 같은 총칙적인 규정 속의 “공공의 복지”에 착안하여 헌법이 규정한 모든 기본적 인권보장 규정은 공공의 복지가 모든 기본권에 통용되는 일반적인 제약개념으로 이해하였으며 소화 30년대의 공공의 복지개념을 원용하여 인권제한의 합헌성을 인정하였다.

(2) 판례에 의한 수정

위와 같이 공공의 복지개념에 의하여 모든 기본적 인권의 제약을 시인하는 것은 결국 입법자의 입법판단을 최대한 존중하는 결과가 되며 모든 법률은 어떠한 합리적인 근거가 있기만 하면

1) 일본국 헌법 제12조, 제13조
우리 헌법 제10조, 제37조 제2항

곧 합헌이라고 하는 합헌성의 추정이나 입법권 우위사상과 그
례를 같이 하는 것으로서 이익형량론과 이중의 기준론에 의하여
수정을 받게 된다.

먼저 전편동경중우사건판결²⁾에서 노동기본권에 대한 제한은
그 존중 확보할 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지 증진할 필
요를 비교형량하여 양자가 적정한 균형을 유지하도록 결정되어
야 하며 노동기본권이 근로자의 생존권에 직결되고 그것을 보장
하기 위하여 중요한 수단인 점을 고려하면 그 제한은 합리성이
인정되는 필요최소한의 것이지 아니하면 안된다고 판시하고 있
다.

다음 이중의 기준론에의 발전과정을 살펴보면 최고재판소는
소매상업조정특별조치법사건결정에서³⁾ 법정의 소매시장의 허가
제를 합헌이라고 판단하면서 헌법은 국가의 책무로서 적극적인
사회경제정책의 실시를 예정하고 있으므로 개인의 경제활동의
자유에 한해서는 정신적 자유에 관한 경우와는 달라서 일정한
규제조치를 취하는 것은 헌법이 허용하고 있는 것이라고 합이
상당하다고 판시함으로써 이중의 기준을 채용하고 있음을 명백
히 하였다.

Ⅲ. 합리성의 기준

합리성의 기준이란 요약하면 규제대상이 되는 행위와 해악 발
생사이에 합리적인 관련성이 인정되면 그 규제법률은 합헌이 된
다고 하는 기준을 말한다. 합리성의 기준은 미국의 Carolene판결
에서 도입되었다. 위 판결에서는 경제적 자유의 영역에 있어서는

2) 최대판 소화 41년10월26일 형집 20권 8호 901면

3) 최대판 소화 47년11월22일 형집 26권 9호 586면

정부의 규제권한의 확대를 지향하는 사회·경제적 입법에 대한 평가에 관해서 소위 New Court가 적극적으로 그것을 긍정하는 입장으로 전환한다는 것을 명확히 했다는 점에서 헌법소송에 있어서의 중요한 의의를 갖는다고 하겠다.

위 판결에서 Stone 대법관은 이 이론을 더욱 명확히 하였다.⁴⁾ 한편 일본에서는 합리성의 기준을 적용했다고 보여지는 판례가 많이 있는 바, 특히 주목할 점은 미국의 경우와는 달리 합리성의 기준이 경제적 자유의 영역에 한정되지 않고 그 적용범위를 넓혀왔다는 점이다.

이 영역에 속하는 대표적 판결은 소매시장의 허가규제를 합헌이라고 한 소매상업조정특별조치법사건 판결을 들 수 있는데 이는 공공복지이론에서 설명한 바 있다. 또한 국가공무원의 정치활동을 금지하는 국가공무원법 제110조 제1항 19호의 합헌성에 관한 원불사건판결⁵⁾에서도 최고재판소는 금지규정의 합헌성을 긍정하면서 공무원의 정치적 중립성을 해할 염려가 있는 정치적 행위를 금지하는 것과 금지목적 사이에는 『합리적 관련성』이 있다고 판시하고 있다.

다음 표현의 자유의 영역에서 합리성의 기준이 채용되었다고 볼 수 있는 판결은 적지 아니한데, 먼저 호별방문금지합헌판결⁶⁾에서는 호별방문을 금지하느냐 허용하느냐는 오직 선거의 자유와 공정을 확보한다는 견지에서 입법정책의 문제이므로 국가가 그 재량의 범위 내에서 결정한 정책은 존중되지 아니하면 안 된다고 하였다(참고로 이 판결의 하급심에서는 표현의 자유에

4) Stone 대법관은 ① 수정 1조부터 수정 10조까지의 인권보장조항을 규제하는 입장에 있어서는 원칙적으로 합헌성 추정의 범위를 축소하여야 하고, ② 민주주의 체제의 기초를 이루는 정치과정에 영향을 미치는 입법은 경제과정에 영향을 미치는 입법보다 엄격한 사법심사를 필요로 하여, ③ 소수의 권리는 경제적 이익집단의 경우와 달라서 특별한 재판상의 보호를 받아야 한다는 3대 원칙을 명확히 하였다.

5) 최대판 소화 49년 11월 6일 형집 28권 9호 393면

6) 최대판 소화 56년 6월15일 형집 35권 4호 205면

대한 제약은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 이유로 엄격한 심사를 거쳐야 한다고 하였으나 최고재판소에서는 인정되지 아니하였다). 또한 대판시옥외광고물규제조례합헌결정⁷⁾에서도 국민의 문화적 생활의 향상을 목표로 하는 헌법 아래서 도시 미관 풍치를 유지하는 일은 공공의 복지의 유지에 중요한 요소이므로 이런 정도의 규제는 공공의 복지를 위하여 표현의 자유에 가해 지는 필요하고도 합리적인 제한이라고 하지 않을 수 없다고 판시하고 있다.

IV. 이중의 기준론

이중의 기준론이란 1930년대 미국 연방대법원 판례에 의하여 형성되기 시작한 것으로서 기본권의 종류에 따라 서로 다른 기준을 가지고 그 법률의 위헌여부를 판단하여야 한다는 이론이다. 즉, 기본권을 경제적 자유와 정신적 자유로 구분하여 후자를 『우월적 지위』에 있는 기본권으로 파악하고 그것을 제한하는 법률의 합헌성 판단에는 엄격한 기준을 적용하고 경제적 자유를 제한하는 법률에는 원칙적으로 합헌성을 추정하여 보다 유연한 기준에 의하여 판단하여야 한다는 것이다.

19세기 말 이래 미국연방대법원의 주요 관심은 재산권의 보호에 있었으며 일련의 사회경제규제입법은 계속하여 위헌판결을 받았다. 이러한 실제적 적법절차에 근거한 흐름은 1937년 Cardozo 대법관에 의한 우월적 자유론을 중심으로 새로운 전개를 맞게 된다. 1938년 Stone 대법관은 Carolene판결⁸⁾에서 수정

7) 최대판 소화 43년 12월 18일 형집 22권 13호 1549면

8) 이 판결에서 연방최고재판소는 “경제적 자유에 대한 규제입법이 위헌이라고 판단되기 위하여는 문제가 되는 규제입법에 입법자의 지식과 경험에 기초한 합헌적 기초를 가지고 있다는 추정을 깨뜨릴 만한 사실의 증거가 필요하다고 판시함으로써 인권의 규제가 경제

헌법 제1조에서 규정한 다섯가지 자유는 보다 엄격한 사법심사가 요청된다고 함으로써 이제까지의 사법적극주의에 대한 반동으로 사법소극주의가 지배적인 입장이 되어 경제의 문제는 될 수 있는 한 사법이 관여하지 않는 것이 바람직하며 경제적 자유에 대한 규제입법에는 고도의 합헌성 추정이 인정되게 된 것이다. 그러나 1947년 일부 대법관의 변동이 있으면서 우월적 자유론이 일시 후퇴하였다가 1953년 Warren 대법원장이 취임한 후 위와 같은 이중기준에 의한 판단방법은 더욱 철저히 적용되어 정신적 자유에 대한 규제입법은 오히려 위헌성이 추정된다고 까지 하는 견해조차 나타나게 되었다. 한편에서 강한 합헌성의 추정을 받는 법률과 다른 한편 위헌성의 추정까지 받는 법률에서 그 판단기준이 다른 것은 두 말할 필요도 없다고 하겠다.

이중기준론에 의하면 정신적 자유의 규제입법에 관하여는 “명백하고 현존하는 위험”, “덜 제한적인 대체수단(LRA)의 기준” 등 엄격한 기준이 적용되지만 경제적 자유의 규제입법에 관하여는 합리성의 기준은 합헌성 추정의 원칙과 관련되어지는 것으로서 합헌성의 추정을 배제할 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 위헌이 되지만 그렇지 않는 한 합헌성이 추정된다.

여기에서 판단요소가 되는 것은 의회의 입법시 이리이러한 사회·경제적 제 사실에 의한 필요에서 입법하였다고 하는 사실(즉, 입법사실)이며 입법사실의 부존재가 증명되면 위 법률은 합리성을 결하여 위헌이 되지만 입법사실의 존재가 추정되므로 위헌을 주장하는 측에서 입법사실의 부존재를 증명하지 아니하면 아니되어 실제상으로는 경제적 자유에 대한 규제입법이 위헌으로 될 여지는 거의 없게 되는 결과가 된다.

적 자유에 관한 것일 때에는 입법부의 추정이 강하게 작용하는 동시에 거기에는 광범한 입법제량이 인정되어야 하며 입법의 위헌성을 다룸에는 그 거증책임도 위헌을 주장하는 측에 있다는 것을 명백히 하고 있다.

다음에 일본에서의 이중기준이론의 발전과정을 살펴보면, 소매
상업조정특별조치법사건판결과 약사법거리제한규정위헌판결⁹⁾을
먼저 들 수 있겠다. 전자는 경제적 자유와 정신적 자유와를 구별
하여 경제적 자유에 관하여는 정신적 자유와 달라서 합리적인
규제가 허용된다고 함으로써 이중기준론의 채용을 명백히 하고
있다. 더욱이 경제적 자유에 관해서는 경찰적인 소극목적의 규제
와 적극적 정책목적의 규제가 있는데 적극적 정책목적의 규제에
관해서는 당해 법적 규제가 현저히 불합리한 경우에 한해서만
위헌이라고 하여야 한다고 하여 그 기준을 명확히 하고 있다. 또
한 후자의 판결에서는 전자의 판결에서의 이론에서 더 나아가
경제활동의 자유를 규제하는 입법에 대한 재판소의 합헌성 판단
의 기준은 정신적 자유를 규제하는 입법의 경우보다 그 기준이
완화되는 것은 사실이지만 경찰적 규제의 경우는 적극적·사회
정책적 규제의 경우보다는 엄격한 기준이 요구된다는 점을 명확
히 하였다는 것이 특징이다.

이러한 이중기준론에 대하여는 기본권 사이의 가치서열을 헌
법에서 인정하지 않았음에도 경제적 자유와 정신적 자유 사이의
가치서열을 인정하는 인권의 이중이론이라든가 현대 복지국가에
서는 경제적 자유와 정신적 자유가 복합적으로 규제되는 법률이
많이 있으므로 구별이 용이치 아니하다는 등의 비판이 제기되고
있다. 그러나 이중기준론을 경제적 자유의 합헌성 추정이라는 면
보다 정신적 자유에 우월적 지위를 인정하여 이를 규제하는 법
률에 보다 엄격한 심사를 요구하는 측면에 그 중요성을 둔다면
상당히 의의있는 기준이며 이론이라고 하겠다.

V. 명백하고 현존하는 위협의 원칙

9) 최대판 소화 50년 4월 30일 민집 29권 4호 572면

명백하고 현존하는 위협의 원칙은 주로 언론·출판의 자유를 제한하는 법률의 합헌성에 관한 원칙으로서 1919년 Schenck 사건 때 Holmes 대법관이 사용한 이래 미국의 판례를 통하여 확립된 이론이다. 이 원칙 속에는 『실질적 해악』, 『명백』, 『현존』, 『위험』 등의 4가지 필수적인 요소가 포함되어 있으며 이들의 엄격한 해석을 요한다.

실질적 해악이란 무엇을 의미하는가. 미국의 위협의 원칙의 전개에 있어서는 그것이 중대한 해악을 의미한다는 한정은 있었지만 극히 널리 일정한 사회적 이익을 해하는 것 일반을 포함하고 있었으며 무엇보다도 국가 내지 사회공공의 안전의 조해를 의미하여 왔다. 그러나 사회 공공의 안전의 조해라는 것 자체가 광범하고 추상적인 개념이므로 실질적 해악을 위와 같이 해석한다면 명백하고 현존하는 위협이라는 한정은 거의 무의미하게 되어 버린다.

따라서 위에서 살펴본 기본권의 내재적 제약의 3가지, 즉 ① 타인의 생명·건강을 위협하여서는 안된다. ② 타인의 인간으로서의 존엄을 해쳐서는 안된다. ③ 기본권과 기본권이 충돌하는 경우에는 상호조정 되어져야 한다는 관점에서 실질적 해악을 파악하여야 할 것이다.

다음에 명백이라는 것은 제한의 대상이 되는 행위와 해악발생 사이에 명백한 인과관계가 있어야 한다는 것을 의미한다. 다만 위에서 본 합리성의 기준에서도 인과관계는 명백하여야 하지만 여기의 명백하고 현존하는 위협의 원칙에서의 인과관계는 그 보다 더 명백한 인과관계를 요한다고 해석된다. 또한 현존이란 통상 시간적 근접성, 즉 해악발생의 위협이 임박해 있는 것을 의미하지만 시간적 근접성이란 개념도 역시 애매한 개념으로서 현실

적·구체적 위협이 임박해 있는 것을 의미한다고 할 수밖에 없다. 이러한 불명확성으로 말미암아 명백하고 현존하는 위협의 원칙에도 다음과 같은 비판이 가해지고 있다. 첫째로는 이 원칙은 위험성만 가지고 규제하는 것이고 현실의 위협의 발생을 요건으로 하지 아니하기 때문에 위험성의 판단에 주관이 개입하게 된다. 둘째로는 이 원칙이 적용되지 않는 경우를 명확히 해 둘 필요가 있다는 것이다. 즉, 법이 어떤 행위를 규제하는 경우에 당해 행위가 공공적 사항에 관한 것이고 행위자에게 타인을 해할 의사가 있다고 인정할 수 없는 경우에는 비록 그 행위로 인하여 현실의 해악이 발생하였다고 하더라도 그 행위는 보호되어져야 한다는 것으로서 주로 명예 등과 관련하여 문제가 된다. 또한 이 원칙은 미국에서 발전되어 온 사전억제금지의 원칙과도 깊은 관련을 갖는다.

VI. 필요최소한도의 기준 및 LRA의 기준

(1) 필요최소한도의 기준

필요최소한도의 기준은 당해 법률이 채용하고 있는 제한의 정도·수단이 그 목적달성을 위한 필요한 최소한도에 그치지 아니하면 안된다는 이론이다.

기본권의 제한이 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 것은 헌법상 기본권 보장의 당연한 요청이라고 하겠다. 이러한 원칙은 기본권 전반에 걸친 원칙이므로 경제적 자유의 규제 입법에 대해서도 적용될 수 있겠는가 문제가 되지만 정책목적에 의한 경제적 자유의 제한의 경우에는 이 원칙의 적용을 완화할 필요가 있다고 생각되어진다.

그러면 이 원칙의 내용은 무엇인가? 이것은 결국 당해 법률이

채용하고 있는 규제의 수단·정도보다도 더 국민의 기본권을 침해하지 않는 수단이나 방법은 없을까, 즉 그러한 방법이 제한의 목적을 달성하기 위한 최소한도의 수단인가의 판단기준이다.

일본에서 이 이론이 처음 등장한 것은 공무원 근로자의 쟁의 행위에 대한 포괄적 금지 규정에 관한 소화 41년의 동경중우최고재판소에서이다. 이 이론은 이익형량론에 이론상 연결되는 준칙으로서 제한의 범위와 제재의 정도에 초점을 맞춘 심사기준이다. 이는 기본권 제한의 측면에서는 진일보한 이론이라고 할 것이다.

이러한 필요최소한도의 기준은 다시 원불사건의 육천지재판결을 계기로 공무원의 정치활동에 대한 일률적이고 포괄적인 규제에 적용되어 표현의 자유의 규제영역에서의 심사기준으로서 활용되게 된다.

(2) LRA의 기준

LRA의 기준은 1960년대 미국 헌법판례이론¹⁰⁾에서 정신적 자유에 대한 과도의 광범한 제한을 규제하기 위해서 활용된 Test로서 규제의 목적이 정당하다고 하더라도 당해 수단이 입법목적 달성에 불필요할 정도로 광범하고 공격적이지는 않은가 하는 판단기준이다. 위에서 살펴본 필요최소한도의 기준이 기본적 인권제한의 일반적 원칙이라고 한다면 LRA의 기준은 이것을 목적 수단의 관계에 초점을 맞추어 구체화시킨 기준이라고 할 수 있겠다.

위의 육천지재판결이 정치활동의 금지의 필요성을 행위의 주체·내용·형태 등을 개별적·구체적으로 검토한 후에 법이 정한 제재방법보다도 더 작은 제재방법이 있고 그것에 의하더라도

10) 1960년 Shelton v. Tucker 사건

충분히 법의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 법이 규정하고 있는 광범한 제재방법은 법 목적달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위헌이라고 판시함으로써 LRA의 기준을 별칙의 위헌판단에 한정하여 적용하고 있다. 또한 약사법거리제한규정위헌판결에서는 국가의 소극적 규제영역인 경제적 자유에 관하여 엄격한 심사보다는 약간 완화된 심사기준으로서의 LRA의 기준을 적용하는 것과 같은 방향으로 나아가고 있다.

다음에 본 원칙과 이익형량의 기준과의 관계를 살펴보면 LRA의 기준을 적용하는 경우 다른 대체수단의 존재가능성에 관하여 재판소로서는 제 이익의 비교형량을 하여야 한다. 그 경우 다른 대체수단이 갖는 효률이나 행정의 부담·편의, 기타 여러가지의 사회적 영향이 고려되어야 하지만 이때 재판소로서는 LRA기준의 불명확성 때문에 재량의 여지가 생기게 된다는 지적은 이익형량의 기준에 관하여도 마찬가지로의 결과가 되지만 적어도 이때의 이익의 비교는 제 요소사이의 단순한 개별적 형량으로는 부족하고 개인의 권리의 중요성을 고려한 위에 엄격히 심사하는 등의 인권의 측면에 비중을 두는 것이 요구된다고 할 것이다.

다음 LRA기준과 과도의 광범성의 이론 사이에 관계를 살펴보면 LRA의 기준이 인권규제의 광범성을 문제시하는 경우에는 어느 의미에서 과도의 광범성의 이론과 궤를 같이 하게 된다. LRA기준이 적용되는 것은 원칙적으로 인권규제의 목적과 수단 사이에 일정한 합리적 관련성이 존재하기는 하지만 입법목적은 다른 대체수단에 의하더라도 달성될 수 있는 경우에 한한다. 다시 바꾸어 말하면 규제의 목적과 수단사이에 합리적 관련성이 없는 경우나 인권규제가 목적과 수단사이에 합리적 관련성이 없는 경우나 인권규제가 너무 광범하여 다른 대체수단을 생각할 여지도 없이 위헌이라고 판단되는 경우 등에는 성질상 LRA기준

이 아니라 과도의 광범성의 이론이 적용되게 된다.

VII. 이익형량의 기준

이익형량의 기준은 위에서의 공공복지의 기준이라든지 필요최소한도의 기준, LRA의 기준 등에 대하여 논하면서 일부 설명되기는 하였으나 이를 다시 구체적으로 살펴보기로 하겠다.

일본의 좌등공 교수는 공공복지에 관하여 “공공의 복지를 이유로 해서 국민의 기본적 인권을 제한하는 것이 가능한 것은 간단히 말하자면 기본적 인권을 제한하는 것에 의하여 얻어지는 이익 또는 그 가치와 그것을 제한하지 아니함으로써 유지되는 이익 또는 가치를 비교형량하여 전자의 이익 또는 가치가 크다고 판단되는 경우에 한한다”고 하고 있는 바 이러한 해석을 소림효보교수는 『비교형량설』, 소조화사교수는 『이익고량설』이라고 부르고 있는 것이다. 위와 같이 인권에 대한 제약을 허용할 것인지의 여부를 인권을 제한함으로써 얻어지는 이익과 제한하지 아니함으로써 얻어지는 이익, 다시 말하면 제한에 의하여 잃는 이익을 비교형량하여 결정한다고 하는 것이 이익형량방법이라고 정의할 수 있겠다.

위와 같은 이익형량은 그 형량을 함에 있어서 2가지로 나눌 수 있는 바, 하나는 기본권을 제한하는 법령 자체의 합헌성이 문제로 되는 경우와 법령 자체는 위헌성이 없으나 그의 구체적 적용이 당해 구체적 사실관계에 따라서는 문제로 되는 경우로 나눌 수 있다. 전자의 경우에는 규제입법에 의하여 얻어지는 이익과 잃게 되는 이익을 비교하면 되지만 후자의 경우에는 그 법령의 구체적 적용에 의한 이익의 득실을 비교함에 있어서는 사실의 인정과 함께 비교형량시의 가치판단 내지는 그 기준이 문제

로 되는 것이다. 구체적으로 위의 설명이 뜻하는 것이 무엇인지를 일본판례를 가지고 살펴보면, 법령 자체의 합헌성이 문제로 되는 사례는 ① 전편동경우사건판결¹¹⁾과 ② 도교조사건판결¹²⁾을 들 수 있겠다.

위 판결은 모두 쟁의행위의 금지자체는 합헌이라고 하면서도 쟁의행위의 제약을 국민생활 전체의 이익의 보장이라고 보는 입장에서 이를 권리 자체의 내재적 제약이라고 파악하여 국민생활 전체의 이익과 노동기본권의 보장과를 비교형량하여 양자의 적절한 균형을 도모하려고 하고 있다. 즉 여기서는 노동기본권의 권리로서의 중요성을 전제로 해서 국민생활 전체의 이익과 노동기본권의 보장과를 될 수 있는 한 구체적으로 비교형량하여 양자의 균형을 기하고 국민생활에 중대한 장애를 가져오지 않도록 하는 동시에 노동기본권의 제약, 특히 형사벌은 필요한 최소한도에 그치도록 하는 노력이 필요하다고 하겠다.

다음에 법령의 구체적 적용의 합헌성이 문제로 되는 사례를 보면, ① 악덕의 영지사건¹³⁾과 ② 박다테레비필름사건¹⁴⁾이 있다. ① 사건에서는 다수의견은 이익형량설을 배척하고 있지만 소수의견에 참가하였던 암전재판관의 의견은 비교형량설을 취함으로써 작품에 의해서 침해되는 이익과 예술적·사상적·문학적 작품으로서 가지고 있는 공익성을 비교형량하여 전자를 우위라고 할만한 합리적 이유가 있는 경우에만 외설성을 인정하여야 할 것이라고 하고 있다. 이익형량 이론이 처음으로 정면에서 취급된 ② 의 사건에서는 공정한 형사재판의 실현을 위해서 증거수집이 필요한 정도와 취재의 자유와의 관계를 이익형량의 방법으로 판

11) 최대판 소화 50년 4월 30일 민집 29권 4호 572면

12) 최대판 소화 44년 4월 2일 형집 23권 5호 305면

13) 최대판 소화 44년 10월 15일 형집 23권 10호 1239면

14) 최대판 소화 44년 11월 26일 형집 23권 11호 1490면

단한 점에서 주목할 만하다. 뒤에서 본 법령 자체의 합헌성이 문제되었던 두 사건은 이익형량의 수법이 인권의 측면에 비교적 유리하게 작용하므로 학계로부터 긍정적인 평가를 받았다. 그러나 위의 ① 사건은 이익형량론이 소수 의견에서 나타났으며 ② 사건에서 적극적으로 위 이론이 채용되어 대립하는 이익의 구체적 형량조정이 행해졌지만 그것은 취재의 자유와 공정한 재판의 관계에 대한 사건으로서 필름의 제출명령이 형사재판에서의 증거로 사용하는 것과 같이 보도 이외의 목적에 쓰이는 경우에는 공정한 형사재판의 실현이라는 점에 중점을 두어 이를 긍정하고 있다. 이때 여러 가지 제반사정에 관하여 비교형량의 필요성을 강조하고 있으나 그 형량의 방법·기준에 관하여는 아무런 언급이 없었다는 점에서 비판을 받고 있다. 위와 같은 개별적 비교형량(즉 ad hoc balance)은 이익의 대립을 구체적으로 조정해서 자유를 보호한다고 하는 점은 인정받고 있으나 반면에 결과에 대한 예견가능성이 낮아지고 그만큼 표현의 자유에 대한 보호라는 측면에서는 소홀하게 되는 단점이 있다.

소화 40년 이래 최고재판소판결 중에 이제까지의 단순한 공공복지론을 극복하는 이익형량론이 등장하여 어느 정도 긍정적인 평가를 받았던 것은 사실이다. 그러나 다른 한편 표현의 자유에 대한 규제의 합헌성 문제에서는 이와 같은 이익형량론의 방법에 대하여 비판적인 시각이 점차 커졌던 것을 알 수 있다. 예를 들면 언론의 자유도 대립이라는 사회적 가치와의 비교형량론에 의하여 제약을 받을 수는 있다고 하더라도 아무런 기준도 없는 단순한 이익의 비교는 헌법판단의 방법으로는 부족하다고 아니할 수 없겠다. 즉 정신적 자유와 같이 가치서열이 높은 권리를 규제하는 경우에는 합리성의 기준이라든가 개별적 이익형량의 방법은 타당하지 않다. 따라서 위와 같은 경우에는 명백하고 현

존하는 위협의 원칙, 필요한 최소한도의 기준, LRA의 기준, 명확성의 기준 등에 따라서 엄격한 심사를 거쳐야 한다고 생각된다. 위와 같이 이익형량론에 부정적인 면이 있으나 법령의 구체적 적용이 문제로 되는 경우에 재판의 공정성의 보장과 보도의 자유라고 하는 예외적인 국면에서 이기는 하지만 구체적 형량을 통해서 이익을 조정한다고 하는 점에서 이익형량론에 긍정적인 면이 있음은 부인할 수 없다. 결론적으로 이익형량론 그 자체는 부정할 수 없지만 좀더 그 기준을 명확히 할 필요가 있다고 하겠다.

VIII. 문면심사의 기준

위에서 살펴본 것과 같이 규제법률의 목적이나 수단에 의한 위헌여부의 심사에 들어 갈 필요도 없이 법률의 문면상 위헌이라고 인정되는 경우가 있다. 즉 헌법상 일체의 제한을 받지 아니하는 절대적 기본권, 예를 들면 양심의 자유, 노예제도로부터의 자유 등을 제한하는 법률이 있다고 한다면 그 법률은 곧 위헌으로 인정되기 때문에 위헌판단의 기준이라는 것이 논의될 여지도 없고 다음과 같은 경우에만 문면판단의 기준이 문제된다.

첫째로는, 당해 법률의 문언이 막연하고 불명확하여 어떠한 행위를 규제하고 있는 것인지 명확히 알 수 없는 경우에 관하여 미국판례에 의하여 발전되어 온 “명확성의 원칙”이 적용된다고 할 것이다. 명확성의 원칙은 정신적 자유의 영역에서 주로 논의되지만 무릇 인간의 행위를 규제 내지는 처벌하는 법률이 명확해야 한다고 하는 것은 적법절차 내지 죄형법정주의의 당연한 요청이므로 막연하고 불명확한 법률은 정신적 자유에 대한 규제입법 뿐 아니라 모든 경우에 문면상 위헌의 문제를 가지게 된다.

문면상 무효로 되는 불명확한 법률은 국민에 대한 “적정한 고지”를 흠결한 것이고 법 적용기관의 자의를 허용하게 되기 때문이다. 일본의 판례¹⁵⁾에서도 “통상의 판단능력을 갖는 일반인에게 있어서 그 행위가 규제를 받는 것인지 아닌지의 판단이 가능하여야 합헌이라고 할 수 있다”고 판시하고 있다. 이러한 명확성의 원칙과 궤를 같이 하는 것이 “애매하기 때문에 무효의 이론”이다. 애매하기 때문에 무효의 이론의 선례가 되는 것은 1926년 미국의 *Cornally v. General Construction Co.* 판결로써 보통의 지식을 가진 사람들이 반드시 그 의미가 무엇인지 알 수 있어야 하며 그 적용에 관하여 의견을 달리할 정도로 애매한 개념으로 어떠한 행위를 금지하거나 또는 요구하는 법률은 법의 적정한 절차의 본질에 위반한다고 판시하고 있다. 이 이론은 법적 생활의 안정성과 예측가능성을 보장하고 법을 집행하는 기관에 대해서도 권력의 남용을 방지하도록 하기 위하여 명확한 표현을 요구하고 있는 것이다.

다음에 문면심사의 기준으로서 생각할 수 있는 것은 수단심사의 기준에서 살펴본 “과도의 광범성의 이론”이다. 이 이론은 특히 정신적 자유의 규제입법에 관해서 적용되는 것으로서 당해법률이 헌법상 규제해서는 아니되는 행위까지 포괄적으로 포함하는 형태로 규제대상을 규정하는 경우에는 그 법률을 문면상 무효로 하여야 한다는 것으로 그러한 점에서 문면심사의 기준으로서의 의의를 인정할 수 있겠다.

IX. 입법부작위에 대한 판단기준

15) 덕도시공안조례에 관한 최대판 소화 50년 9월 10일 형집 29권 8호 489면

입법부작위 또는 부비에 의하여 헌법상의 권리가 실현되지 않던가 또는 침해되고 있는 경우에 그것이 위헌심사의 대상이 될 수 있는데, 이러한 경우의 판단기준으로서 생각할 수 있는 것이 상당기간논의 기준 내지는 합리적 기간논의 기준이라고 하는 것이다.

예를 들면 의원 정수의 불균형을 시정하지 않고 있는 입법부작위에 대한 일본 소화 51년의 최고재판소 판결은 “인구의 변동상태를 고려하여 합리적 기간내에 시정할 것이 요구됨에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 헌법위반이라고 할 것이다”고 판시하고 있다.

상당기간론은 위헌상태의 확인을 전제로 해서 그후 상당한 기간내에 입법조치가 없는 경우에 위헌이라고 판단하는 것인 바, 어느 정도를 가지고 상당기간이라고 할 것인가가 문제로 되지만 그것은 구체적 사정에 따라서 개별적으로 검토할 수밖에 없다. 학설상 상당기간 산정의 기준시점에 관하여는 행위시점에서의 위헌상태를 일응 확인한 후에 그 상태를 발생시킨 과거의 시점을 추정해서 그 사이의 합리성을 따져보아야 할 것이며, 그 기간이 너무 장기간인지의 여부는 입법 의무를 과한 헌법규정의 구속력의 강도, 입법의 사회적 필요성과 권리보호를 위한 필요성, 입법내용의 복잡성 등을 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다고 하고 있다.

X. 우리 헌법재판소의 결정례에서 본 판단 기준

(1) 명확성의 원칙

우리 헌법재판소는 국토이용관리법 제21조의 3에 대한 위헌심

판사건¹⁶⁾에서 별칙규정과 명확성의 원칙위배여부에 관하여 자세히 실시하면서 “……무릇 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 발생하는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.

여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다고 할 것이다”고 하였으며 또한 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판 사건¹⁷⁾에서는 “……법규의 적용범위가 과도하게 광범해지면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는가, 즉 법을 적용하여도 좋은 경우와 적용하여서는 안되는 경우가 법집행자에게도 불확실하고 애매해지는 사태가 온다. 이러한 의미에서 과도한 광범성은 잠재적인 명확성 결여의 경우로 볼 수 있기 때문에 형벌법규에 관한 명확성의 원칙에 위배되는 한가지 예에 해당될 수 있다”고 판시함으로써 위의 문면심사의 기준에서 살펴본 명확성의 원칙 내지는 과도의 광범성의 이론이 위헌심사의

16) 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 사건

17) 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 사건

중요한 기준이 됨을 명확히 하였다.

(2) LRA의 기준

우리 헌법재판소의 결정례 중에서 위헌심사의 기준으로서 소위 LRA의 기준을 채용하고 있는 것으로 볼 수 있는 결정으로는 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌여부에 관한 헌법소원사건¹⁸⁾을 들 수 있는데 여기서는 “…… 앞서 본 바와 같이 제5조 제1항의 보험가입강제는 체계부조화의 문제점이 있고, 또 기본권 침해의 요소가 없지 않은 제도라면 이는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중을 기본으로 하는 경제질서 하에서는 어디까지나 예외적인 것이어야 하며, 그리고 엄격한 요건 아래서만 인정되어야 할 것이다. 따라서 이러한 범일수록 목적달성을 위하여 최소한의 범위로 국한시켜야 하며 다른 합헌적인 대체수단이 있으면 이를 따를 것이고 함부로 확대입법한다는 것은 과잉금지의 원칙에 합치될 수 없는 것이다”고 하여 위 법률 제5조 제1항에서 4층 이상의 건물에 대한 획일적인 보험가입강제를 한 것은 그 한도에서 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없는 것으로 필요부득이한 제한이 아니며 따라서 헌법에 위반된다고 판시하였다.

(3) 과잉금지의 원칙(이익형량의 원칙)

국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판사건¹⁹⁾에서 동 조항의 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙의 준수여부에 대한 판단을 하면서 과잉금지의 원칙이라는 것은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할

18) 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 사건

19) 1990. 9. 3. 선고, 89헌가95 사건

기본원칙 내지 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다”고 정의하면서 국제기본법의 위 규정은 재산권의 본질적인 내용을 침해할 뿐만 아니라 과잉금지의 원칙에도 위배되어 위헌임을 면키 어렵다고 판시함으로써 과잉금지의 원칙 내지는 이익형량의 기준이 위헌심사의 중요한 기준이 됨을 명확히 하였으며 그 외의 많은 결정²⁰⁾에서도 비슷한 설명이 보인다.

【 참고 문 헌 】

1. 국내

안용교 『한국헌법』 고시연구사

20) ① 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5 사건 ② 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판 사건 ③ 1989. 11.20. 선고, 89 헌가102 변호사법 제10조 제2항에 대한 위헌심판사건 ④ 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판사건 ⑤ 1990. 11. 19. 선고, 90헌가48 변호사법 제15조에 대한 위헌심판사건 ⑥ 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한헌법소원사건 ⑦ 1991. 3. 11. 선고, 91헌마28. 지방의회의원선거법 제28조 등에 대한 헌법소원사건 ⑧ 1991. 4. 11. 선고, 89헌마160 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건 ⑨ 1991. 5. 13. 선고, 89헌가97 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판사건

- 김철수 『위헌법률심사제도』 학연사
허영 『한국헌법론』 박영사
구병삭 『헌법소송의 판단기준론』 헌법재판소
박승호 『헌법소송의 몇가지 판단기준에 관한 연구』 고대석사
논문

2. 국외

- 佐藤幸治 『憲法』 青林書院
伊藤正己 『憲法』 弘文堂
佐藤幸治 『憲法訴訟と司法權』 日本評論社
野中俊彦 外 『憲法裁判』 日本評論社
法學セミナ 『憲法訴訟』 日本評論社 (1983. 11)
樋口陽一 外 『憲法と裁判』 法律文化社
齊藤壽 『憲法原理の分析と展開』 勁草書房
浦部法穂 『憲法審査の基準』 勁草書房
内野正幸 『二重の基準論の位置づけをめぐって』 法律時報
1989.4.
中谷實 外 『憲法訴訟の基準問題』 法曹同人
ミュリスト 『文面上違憲の法理』 (1990. 3.)

스페인 헌법재판소의 관할과 그 운용현황

-우리제도와와의 비교를 중심으로-

김 영 철

헌법연구관

마산지검 진주지청 부장검사

-목 차-

제1절 서설

- I. 연구의 대상 및 범위
- II. 스페인 헌법재판제도의 연혁

제2절 헌법재판소의 관할

1. 개관
2. 위헌법률심판
 - 가. 위헌심판청구
 - 나. 위헌심판제청
 - 다. 판결의 효력
3. 헌법소원
4. 사전적 · 예방적 규범통제
5. 권한쟁의심판

제3절 헌법재판소의 운용현황

-통계 자료를 중심으로-

I. 스페인

1. 재판관 등의 임명현황
2. 사건접수 현황
3. 사건처리 현황

II. 우리나라

1. 사건접수 현황
2. 사건처리 현황

제4절 결론

제1절 서설

I. 연구의 대상 및 범위

우리는 스페인의 정치·사회·문화에 대하여 별다른 정보를 갖고 있지 아니하다. 특히 스페인의 법제에 대하여는 더욱 그렇다. 우리가 ‘유럽의 법제’라고 할 때 당장 머리에 떠오르는 것은 독일의 법제나 불란서·영국의 법제가 고작이다. 그리하여 ‘대륙법계’라고 하면 의례 독일이나 불란서 법제를 떠올리게 된다. 그만큼 법제가 선진화되었고 우리 법제에 영향을 끼친 바가 크고 앞으로도 그러하리라고 기대되기 때문일 것이다.

그러나 하위규범은 상위규범에 종속되어야 한다는 사상과 함께 입헌주의의 실현과 헌법의 보호를 구체화하는 제도의 하나로 헌법재판이 행해지게 된 것은 그 역사가 그리 오래 된 것이 아닐 뿐만 아니라, 어느 특정국가의 전유물만도 아니다.

주지하다시피 헌법재판은 법률의 위헌심사를 최초로 한 미국 연방 대법원의 판결(1803년의 이른바 *Marbury v. Madison* 사건 판결)을 그 기권으로 들 수 있지만, 그 전제로서 입헌주의의 확립이 필요한 것이다.

국민의 기본적 인권이 보장되고 권력분립제도가 확립된 헌법에 의한 정치 원리를 입헌주의라 할 때, 이를 구현하기 위한 노력의 결실로서 불란서에 있어서 1789년의 인권선언, 1791년의 헌법, 미국에 있어서 1776년의 버지니아 헌법, 1789년의 합중국헌법 등을 대표적인 것으로 들 수 있지만, 이상의 열거한 나라 외에도 스페인, 이태리, 오스트리아 등 우리에게 비교적 생소한 국

가들의 이에 대한 기여도 결코 적지 않았다고 생각된다.

특히 스페인은 세계사상 가장 격동기라 할 수 있는 20세기 중반 대부분의 시기에 Franco에 의한 36년간의 지리한 1인 장기 독재체제하에서 암흑의 나날을 보내다 1975년 동인의 사망을 계기로 1978년 새로운 헌법을 제정하고 동 민주헌법을 보호하기 위한 제도적 장치로서 헌법재판소를 설치하여 성공적인 운영을 해옴으로써 오늘날 서구 선진제국과 어깨를 나란히 하는 민주국가로 대변신을 하였다.

인구 4,000만명 가량의 외침이 많은 반도국가, 신대륙을 발견하여 그 곳에 기독교 문화와 서구문명을 이식하고, 아랍의 샤라센 문화의 유럽진출을 지지하여 서방의 기독교 세계를 보호하였으며 16세기 Felipe II 세 치하에서 불란서와의 구라파 주도권 싸움에서 승리하고, 지중해의 패권을 놓고 동터키 제국을 제압하였으며 포르투갈을 합병하고 필리핀까지 취함으로서 “스페인 영토에는 해질 날이 없다”는 세계최강의 국가가 되었었고, 지금도 중남미제국 20여개 국가에서 스페인어를 공용어로 사용케하는 등 그 영향력을 유지해 오면서 오늘날 민주화에 성공하고 있는 스페인에 있어서 그 비결은 무엇인가? 그리고 입헌주의 확립의 측면에서 스페인은 인류역사에 어느 정도 영향을 끼쳤는가? 우리의 관심을 끌기에 충분한 분야가 많이 있으나, 여기에서는 논제와 관련되는 범위 내에서 우선 스페인 헌법재판제도의 변천과정을 간략히 살펴보고, 본제인 스페인 헌법재판소의 관할과 운용현황에 관하여 우리 헌법재판소제도와 비교하여 살펴보고자 한다.

연구대상을 관할, 운용현황에 집중시키는 이유는 첫째, 관할의 면에서는 우리제도가 채택하지 아니한 사전적 규범통제, 추상적 규범통제, 법원의 재판에 대한 헌법소원 등에 대하여 단편적으로나마 그 규정내용을 살펴 탐색해보고, 둘째, 그 운용현황의 측면

에서는 그 역사가 일천한 우리 헌법재판소의 역할에 대하여 미래예측이 어느 정도 가능할 것이기 때문이다.

II. 스페인 헌법재판제도의 연혁

헌법재판제도가 국민의 기본권을 보장하고, 이를 보장하는 규정을 갖고 있는 헌법 그 자체의 보호를 위한 것이라면, 이러한 제도적 장치는 놀라움게도 1812년 스페인의 제헌헌법에 이미 존재하였다.¹⁾

즉, 주권자인 국민의 대표로 구성된 국회에 국회상임위원회(Diputación Permanente de las Cortes)을 설치하여 국가기관의 행위나 법규가 헌법에 위반되는지 여부를 감시하고, 그 위반사항은 다음의 회기의 국회에 이를 보고토록 하는 제도를 두었던 것이다.²⁾

더군다나 헌법자체의 개정을 위해서는 아주 복잡한 과정을 거처도록 하고, 헌법 공포후 8년 이내에는 그 개정을 금하도록 하는 조항을 둔 것도 이러한 착상의 한 발로라 할 것이다.

또한 미처 그 빛을 보지는 못하였으나 제1공화국 헌법안에도 이와 유사한 헌법보장에 관한 제도적 장치를 두었다. 즉, 헌법보호기능을 상원에 부여하여 상원으로 하여금 법률이 개인의 인격권을 침해하는지 여부, 연방국가의 권한 및 기본권 등에 대하여 그 당부를 조사토록 하였던 것이다.³⁾

1931년의 제2공화국 헌법에서는 오늘날과 그 기능이 거의 같은 헌법보장재판소(Tribunal de Garantías Constitucionales)를

1) 스페인 헌법의 발전과정에 대해서는, 김영철, <스페인 헌법의 발전과정>, 헌법논총 제1집, 헌법재판소, 1990. p.189이하 참조

2) Enrique Sánchez Goyanes, ELSISTEMA CONSTITUCIONAL ESPANOL, PARANINFO S. A., 1981, P.33.

3) 김영철, 앞의 논문, P.204.

설치토록 하고 있다. 이는 1920년에 설치된 오스트리아 헌법재판소의 영향을 받은 것이 아닌가 생각된다.

동 헌법보장재판소는 위헌법률심판, 개인의 기본권 보장을 위한 헌법소원심판, 국가·지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의사건 등을 심판하는 권한을 부여받았다. Franco가 집권한 왕국기본법 시대에도 헌법재판제도는 설치되어 있었다. 즉, 1967. 1. 10. 제정된 국가조직법(Ley Orgánica del Estado)에는 국가의 기본법에 위배되는 정부의 모든 입법행위나 처분에 대해서는 위헌심판청구(Recurso de Contrafuero)를 국가원수에게 제기토록 하는 규정이 있었다.

그러나 유감스럽게도 자료의 미비로 위와 같은 헌법보장기관들이 얼마나 그들에게 주어진 권한을 충실히 행사했는지는 알 수가 없다. 어쩌면 정치적 격동기에 있어서 한낱 프로그램적, 장식적 의미밖에 없었을지도 모른다. 그럼에도 불구하고 헌법의 기초자의 헌법수호 의지의 발현으로써 고안해낸 위와 같은 장치들은 그 시대에는 위력을 발휘하지 못했을지 모르나, 1978년 현행 헌법에 그 설치근거를 두고 2/1979. 10. 3. 의 헌법재판소법에 의하여 설치되어 성공적으로 운용됨으로써 스페인 민주주의 정착에 절대적인 역할을 하고 있는 오늘날의 헌법재판소(el Tribunal Constitucional)의 뿌리를 튼튼하게 하는 밑거름이 되었음은 틀림없는 사실이라 하겠다.

제2절과 제3절에서는 현행 스페인 헌법재판소의 관할과 운용 현황에 대하여 살펴보기로 한다.

제2절 헌법재판소의 관할

1. 개관

스페인 헌법재판소의 관할에 대하여는 헌법 제161조 및 헌법 재판소법 제2조 제1항에 열거되어 있다.

- ① 법률 및 법률적 효력을 갖는 법규에 대한 위헌심판
- ② 헌법소원심판
- ③ 권한쟁의(이하 헌법에 명시)
- ④ 사전적·예방적 규범 통제
- ⑤ 중앙정부의 지방자치단체 조례에 대한 사전통제
- ⑥ 기타 헌법과 법률이 정한 사항(이하 헌법의 위임에 따른 헌법재판소법의 규정) 등이다.

위헌심판에 있어서는 추상적 규범통제와 구체적 규범통제 양자를 채택하고, 헌법소원에 있어서 법원의 판결을 그 대상으로 하고 있는 점, 국제조약이 비준되기 전 위헌여부의 심판을 받는 점등이 특이하며, 우리나라와 달리 탄핵의 심판 정당해산의 심판등은 관할사항으로 하고 있지 아니하다.

2. 위헌법률심판

전원재판부의 관할사항이다. 다음에 경우를 나누어 보기로 한다.

- 가. 위헌심판청구(el recurso de inconstitucionalidad ; 추상적 규범통제)

(1) 청구권자

법률 또는 법률적 효력을 갖는 규칙 또는 행위 등에 대하여는 공포된 때부터 그 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 청구할 수 있는 바(헌법재판소법 제31조), 그 청구권자는 심판대상인 법규에 따라 다음과 같이 구분된다.

(가) 국가가 제정한 지방자치법, 조직법 기타의 법률, 법률적 효력이 있는 국가 또는 지방자치공동체의 법규 및 행위⁴⁾, 국제조약, 의회의 규칙에 대하여는 수상, 호민관⁵⁾, 50명의 하원의원, 50명의 상원의원(동법 제32조 제1항).

소수의 일부 의원들에게 청구권을 부여한 것은 다수의원의 권한 남용행위에 대한 견제의 필요에서이다.⁶⁾

(나) 국가가 제정한 법률 및 법률적 효력을 가진 법규·행위로서 지방자치공동체의 고유한 영역에 영향을 미칠 경우에는 해당 지방자치단체의 집행기관이나 지방의회.

(2) 청구기간

심판대상이 될 법규가 공포된 날로부터 3월내에 청구해야 되고(동법 제33조), 동 기간이 도과한 다음에는 구체적 규범통제의 방법에 의하여야 한다.

4) 그 예로 들 수 있는 것은 법률명령(Decretos-leyes), 즉 중앙정부가 비상긴급상태에 대비하기 위하여 잠정적으로 제정한 법규와 입법명령(Decretos-legislativos), 즉 의회의 위임에 따라 그 범위 내에서 제정한 법규 등이다.

5) 호민관(Defensor del Pueblo)이란 그 기원이 1809년 스웨덴헌법에 공무원들의 법규적용을 감시하려는 목적으로 만든 Ombudsman이란 제도에 있다. 이는 의회에서 임명되었다. 이것이 핀란드로, 덴마크(1953)로 과급되었으며, 현재는 다양한데, 군부(노르웨이, 서독), 소비자보호(스웨덴, 노르웨이), 언론기관에 의한 사생활침해로부터의 보호(스웨덴), 위생문제(영국) 등이다. 스페인 헌법은 제54조와 제162조에 규정하였고, 1981년4월6일의 기본법에 자세히 규정하였다. 호민관은 상·하원 제적의원 3/5 이상의 찬성으로 선출되며 의원과 동일한 면책특권을 가진 고등판무관으로서 양원의 종속기관이다. 크게 두가지 기능을 가진다. 하나는 헌법 제1편에 규정된 국민의 기본권을 보호하는 것이고, 또 하나는 국가행정 및 자치공동체의 행정을 감독하는 기관이다. 따라서 스페인 제도상으로는 행정감독과 헌법재판 및 일반 말단 사법행정에까지 그 권한이 미친다.

6) EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1985, P.18

(3) 청구 및 심판절차 등을 포함하여 위헌심판청구에 관한 사항은 도표로 표시하면 「별표-1」과 같다.

나. 위헌심판제청(la cuestión de inconstitucionalidad : 구체적인 규범통제)

(가) 제청권자

법관(Juez)이나 법원(Tribunal)은 직권이나 당사자의 신청에 의하여 법률적 지위에 있는 법규(norma con rango de ley)가 당해 재판에 적용되고 당해 재판의 판결이 그 법규의 효력여부에 달려 있으며 그 법규가 위헌의 의심이 있는 경우(pueda ser contraria la Constitución) 헌법재판소에 그 법규의 위헌여부에 관한 심판을 제청할 수 있다(동법 제35조 제1항).

(나) 제청절차 및 심판절차 등에 관한 도표는 「별표-2」와 같다. 특이한 것은 법관 또는 법원의 위헌심판제청을 함에 있어서는 반드시 사전에 당사자와 검사의 의견을 청취하여야 하며, 그 의견을 들은 후 3일 이내에 제청여부를 결정해야 한다.

「별표-1」 위헌심판청구(추상적 규범통제)

위헌심판청구(추상적 규범통제)

주 체

1. 수상
2. 호민관
3. 하원의원 50명
4. 상원의원 50명

5. 자치공동체 집행기관
6. 자치공동체 의회

관할지역에 영향을 줄때

객 체

- 자치법규
- 법률
- 국가와 자치기관의 법률적 효력을 가진 규정 또는 행위
- 국제조약
- 상·하원 규칙
- 자치의회 규칙

- 법률
- 국가의 법률적 효력을 가진 규정과 행위

소 송 제 기 기 간

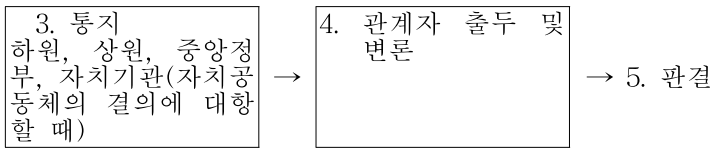
3개월

3개월

절 차

1. 심판청구
2. 접수허가

중앙정부가 헌법 제161조 2항을 수용하여 자치공동체의 규정의 효력을 정지시킬 수 있다.



「별표-2」

위헌심판제청(구체적 규범통제)

주 체

쟁송중이고
소송절차문제는 완료되었고,
판결을 위한 기간중의 판사
또는 법원

직 권
어느 당사자의 신청

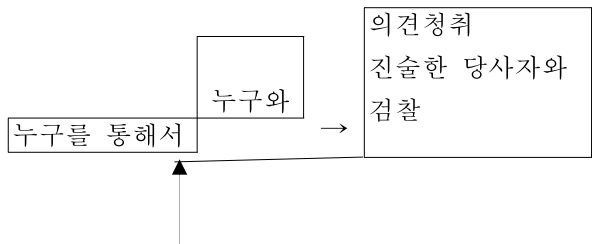


객 체

법률에 위헌의 의심이 있고
그 위헌 여부가
결정을 좌우하는 경우

절 차

1. 판사 또는 법원에 의한 제청



결정으로 헌법재판소에 제기



2. 헌법재판소에 의한 접수허가



3. 헌법재판소는 접수를 불허할 수도 있다. 사전 검찰의 의견청취



4. 통지
하원, 상원,
검찰총장
중앙정부
자치공공
집행기관
체입법 .



5. 당사자
변론
(15일)



6. 판결

우리 헌법재판소법상으로는 위헌심판제청단계에서 검찰이 관여할 길을 열어 놓지 아니하고, 다만 헌법재판소에 사건이 계류 중인 상태에서 법무부장관이 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출하는 길만이 열려있는 바(헌법재판소법 제44조), 형사재판절차에 있어서는 공소의 유지기관으로서, 기타 민사·행정 재판 등의 절차에 있어서 공익의 대표자인 지위에서 법원에 대하여 그 제청의 결정에 즈음하여 그에 대한 의견을 제시할 입법적 조치가 필요하다고 보며, 그 전이라도 현행법상 개입이 허용된 민·형사절차에서 검사는 적극적으로 문제된 당해법률의 위헌여부 및 그 제청의 당부에 관한 의견을 제출하는 것이 바람직할 것이다.

다. 판결의 효력

(1) 원칙

위헌심판절차에 있어서의 판결(Sentencia)은 모든 공권력에 대하여 기속력을 가지며, 관보에 공고된 날로부터 일반적 효력(efectos generles)을 가진다(동법 제38조 제1항).

심판대상인 법규에 대하여 위헌을 선언하는 경우에는 동시에 동 규정이 무효임을 선언한다. 심판청구 대상인 법규의 조항이 무효선언되는 경우 성질상, 효과상 무효선언이 요구되는 그 법규의 다른 조항에 대해서도 무효선언이 된다. 현재의 진행과정에서 언급되지 아니한 헌법규정의 침해를 이유로 하여서도 위헌선언은 할 수 있다(동법 제39조). 이는 객관적 소송인 규범통제제도의 본질상 당연한 규정이라 할 것이다.⁷⁾ 무효로 선언된 법률의

7) 정종섭, <주요국가 헌법재판제도에 대한 비교연구>, 헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구, 헌법재판소, 1991, P.69.

효력이 미치는 시적 범위에 관하여, 헌법재판소의 판결이 효력을 발생하기 전에 그 법규를 적용하여 재판이 확정된 경우에는 재심이 허용되지 아니한다. 다만 형벌 및 행정징계의 책임의 면제·감경 등을 가져오는 형사 및 행정절차에 관하여는 예외로 한다(동법 제40조 제1항).

(2) 예외

구체적 규범통제의 경우 판결의 효력발생시기는, 법관이나 법원은 헌법재판소 판결의 선고내용을 알게 된 때로부터, 당사자는 통지를 받은 때부터 그 판결에 기속된다(동법 제38조 제3항).

이 규정은 위헌여부의 판결이 관보에 공고된 날로부터 일반적 효력을 갖는다고 한 동법 제38조 제1항의 규정에 대하여 특별규정의 성격을 가진다.

(3) 우리 헌법재판소법의 경우

우리 헌법재판소 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 조항은 그 결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실한다”고 규정하고 있어, 그 효력발생시기를 결정이 있는 날로 규정하는 한편, 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 일반적 효력이 있음도 규정한다(동법 제1항). 그러나 이 규정은 부당하다 할 것이다. 이 규정대로 하면 위헌판결의 내용은 결정서를 송달받은 때 또는 관보에 게재된 때에 이를 알게 되거나 알 수 있는 상태에 있게 된다 할 것인데도 자기가 그 내용을 알지도 못하는 사이에 동 판결의 기속을 받게 되는 결과가 되기 때문이다.

헌법재판소는 결정일로부터 14일 이내에 결정서 정본을 제청 법원에 송달하도록 되어 있고, 이 경우 제청한 법원이 대법원이 아닌 경우에는 대법원을 거쳐야 하도록 되어 있을 뿐 아니라, 관보에 게재도 결정선고 후 1개월 가량⁸⁾이 소요되는 현실에서 볼

때에 더욱 그러하다. 그 효력 발생시기를 일반인의 경우에는 관보에 게재된 때, 제정법원이나 소송당사자의 경우에는 그 송달을 받은 때나 이를 알게 된 때로 함이 타당하다 할 것이다.

3. 헌법소송(el recurso de amparo constitucional)

6명의 재판관으로 구성된 소재판부(SALA)의 관할사항이다. 그러나 예외적으로 중전의 판례를 변경코자 할 경우에는 전원재판부의 심리에 붙여진다(동법 제13조).

가. 보호받는 기본권

스페인 헌법은 기본적 권리·의무에 관해서 제10조부터 제55조까지 규정하고 있는 바, 보호대상인 기본권 이외에도 재판 등에 의한 사법적·정치적 보호수단까지도 규정하고 있음이 특색이다.

보호대상의 기본권은 2개의 Sección으로 나누어져 있는데 양자에 대한 성질상의 차이는 없으나 기능상으로는 중대한 차이가 있는데, 그것은 바로 제1 Sección에 규정된 기본권(제14조-제29조)은 헌법소원 등에 의한 특별보호대상이 되지만, 제2 Sección에 규정된 기본권에 대하여는 그러한 특별보호가 없고 통상의 법원 등에 의한 통상의 보호만 받을 수 있다는 점이다.

헌법소원으로 보호의 대상이 되는 기본권을 열거하면 다음과 같다. 평등권(스페인 헌법 제14조, 이하 같다), 생활권과 결혼에 관한 순결의 권리(제15조), 사상·종교·집회의 자유(제16조), 자

8) 예컨대 1989. 12. 22. 선고한 89헌마145호 사건은 1990. 1. 22. 관보에 1990. 4. 2. 선고한 89헌마83호 사건은 같은 해 5. 14. 관보에 각 게재되었다.

유권과 신체의 자유(제17조), 명예권, 사생활권, 인격권(제18조 제1항), 주거불가침권(동조 제2항), 통신 비밀의 권리(동조 제3항), 거주이전의 자유(제19조), 표현의 자유, 창작의 자유, 교수의 자유(제20조), 평화적 집회의 자유(제21조), 단결권(제22조), 참정권(제23조), 정당한 재판을 받을 권리(제24조), 죄형법정주의(제25조), 교육의 권리(제27조), 노동기본권(제28조), 청원권(제29조).

또한 예외적으로 양심에 의한 징병 거부권(제30조 제2항)도 헌법소원의 대상으로 한다(헌법재판소법 제41조 제1항).

우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”라고 규정함으로써 그 보호대상기본권에 제한을 두지 아니하여 예컨대 국민주의의 원리, 권력분립의 원칙 등 추상적 원리·원칙까지도 그 보호대상이 될 수 있지 않느냐고까지 확장 해석하려는 시도가 있을 수 있는데, 스페인은 그 대상을 명백히 한 점에 특색이 있다 하겠다.

나. 심판의 대상인 공권력

(1) 국가·지방자치단체의 공무원 또는 그에 준하는 기관에 의하여 행하여진 공권력(헌법재판소법 제41조 제2항). 그에 앞서 필요한 사법적 구제절차를 모두 거친 다음이라야 한다(보충성의 원칙).

(2) 의회나 지방의회의 법률적 효력이 없는 행위(동법 제42조). 이 경우에는 다른 구제절차를 거칠 필요없이 바로 헌법재판소에 소원을 제기할 수 있다.⁹⁾

(3) 사법기관의 작위·부작위로 직접 위 기본권이 침해된 경

9) T. C. 1985. P.24.

우(동법 제44조 제1항). 보충성 원칙이 적용된다.

우리 헌법하에서는 위(2)의 경우에도 보충성의 원칙이 적용되고, 반면에 법원의 재판에 관하여는 헌법소원을 제기할 수 없도록 명문으로 규정하고 있음이 특징이다(헌법재판소 제68조 제1항).

다. 청구권자

(1) 의회나 지방의회의 법률적 효력없는 행위에 대한 것일 경우에는 그 청구권자는 피해자, 호민관, 검사¹⁰⁾(헌법재판소법 제16조 제1항 제1호)

(2) 행정기관이나 사법기관의 공권력에 대한 것일 경우에는 당해 사법절차에서의 당사자, 호민관, 검사(동조 제1항 제2호).

헌법소원은 원래 공권력으로 인하여 피해를 입은 개인에게 그 피해를 구제해주는 제도이므로 피해자에게만 청구권을 인정해야 하는 것이나, 특이하게도 호민관이나 검사에게도 청구권을 부여

10) 헌법재판소에 있어서의 검사의 역할:

스페인 헌법재판에 있어서 검사의 역할은 독특하다. 즉 검사는 공익의 대표자인 지위에서 헌법재판의 당사자로서 또는 재판의 적법성 보장을 위하여 중요한 역할이 부여된다. 이를 위하여 검찰은 헌법재판소부검찰청이라는 특별검찰청을 설치하고 다음과 같은 권한을 행사한다.

1. 헌법재판소 부 검찰청 [LA FISCALIA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL]의 조직 ; 대검찰청 산하에 있으며, 검찰총장의 지휘를 받음.

가. 검사장(대검검사 ; Fiscal de Sala) : 1명

나. 고등검찰관(Fiscal) : 3명

그 중 1명은 차장검사로 보함

2. 권한

가. 헌법소원에 있어서

(1) 헌법소원을 제기할 권한(헌법재판소법 제46조 제1항).

(2) 모든 헌법소원절차에 개입하여 법질서, 국민의 권리 및 법에 의해 보호되는 공공의 이익을 방어함(법 제47조 제2항).

나. 위헌법률심판절차에 있어서

문제된 법률이 재판의 전제가 되어 법원이 위헌법률심판을 제청할 경우,

(1) 법원의 위헌심판제청결정절차에 있어서 제청에 관한 의견진술권(법 제35조 2항)-
통상법원에서의 검찰의 역할

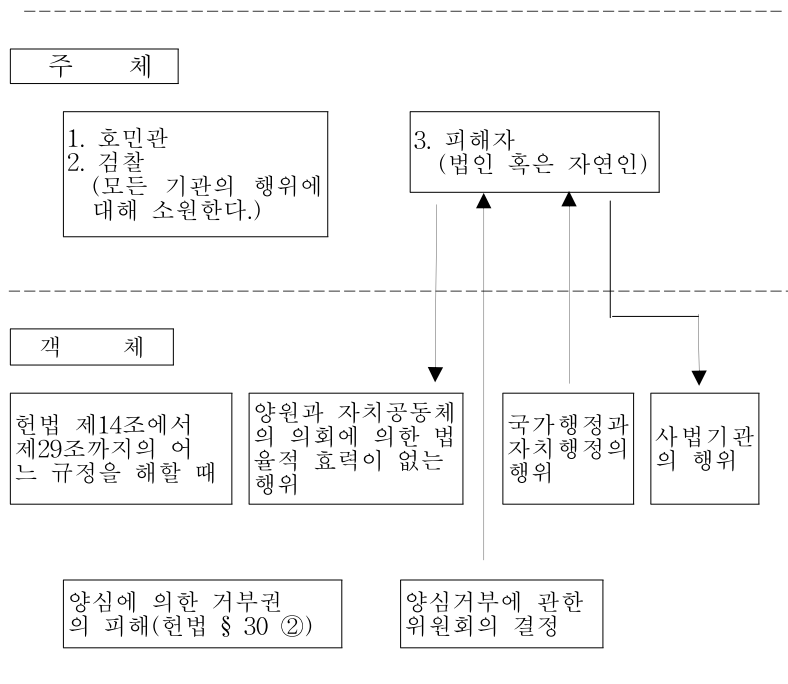
(2) 위헌심판제청이 접수되면 검사는 의견제출(법 제37조 1항)

한 것은 시민의 기본권 보호에 보다 철저를 기하고 나아가 법치주의를 수호하기 위함이다.¹¹⁾

라.절차

헌법소원 심판의 절차에 관하여는 동법 제48조 내지 제52조가 규정하는 바, 위와 같은 절차 전반을 도표로 표시하면 「별표-3」과 같다.

「별표-3」 헌 법 소 원



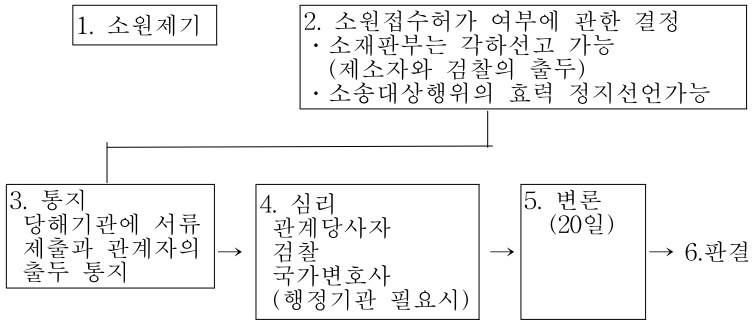
11) T. C. 1985. P.25.

소 송 제 기 기 간

3개월
(확정 후)

20일 20일 20일
(사전 구제절차를 경유한 후)

절 차



마. 가처분

소재판부(SALA)는 헌법소원심판을 함에 있어서 직권 또는 청구인의 신청으로 공권력의 집행이 있을 경우 권리 및 자유의 구제 가능성이 없어질 것으로 판단될 때에는 그 집행의 정지를 명할 수 있다. 그러나 그 집행정지로 일반이익이나 제3자의 권리나 자유에 심한 방해가 있는 경우에는 집행정지를 명하지 아니할 수 있다(헌법재판소법 제56조 제1항).

그러나 우리나라에서는 헌법소원 심판절차에 있어서 가처분에 관하여 명문으로 규정되어 있지 않으므로, 이를 인정하고 있지 아니하다고 보아야 할 것이다.

4. 사전적·예방적 규범통제(el control previo de inconstitucionalidad)

전원재판부의 관할사항이다. 국가(Estado)가 동의하기 전의 상태에 있는 조약의 위헌여부에 대하여 정부, 상원 또는 하원의 심판청구가 있는 때에는 헌법재판소는 그 위헌여부를 심판한다(동법 제78조).

이와 관련하여 최초제정된 2/1979. 10. 3. 의 헌법재판소법에서는 조약 이외도 자치법(Estatutos de Autonomía), 조직법(leyes orgánicas)에 대해서도 사전적 규범 통제가 가능하도록 규정되어 있었으나(동법 제79조), 이 부분은 1985. 6. 7. 의 법개정으로 폐지되었다.¹²⁾

그 이유는 첫째, 헌법에 명문의 규정이 없고, 둘째 입법부의 권한을 지나치게 침해하는 것으로서 권력분립원칙에 어긋나고, 셋째 헌법 제91조에는 “의회에서 통과된 법안은 15일 이내에 공포해야 한다.”는 규정이 있는데 현실적으로 위 기간 규정을 준수하기 어렵다는 것 등을 들 수 있다.¹³⁾ 우리나라에는 없는 독특한 제도이고, 프랑스제도의 영향을 받은 것으로 보인다.

5. 권한쟁의 심판(los conflictos constitucionales)

전원재판부의 관할사항이다.

국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간, 행정부와 하원, 상원 또는 사법부, 기타 헌법기관(Órganos Constitucionales)상호간의 권한에 관한 쟁의에 관하여 헌법재판소는 이를 심판한다(헌

12) BOE Núm. 137. de 8 de junio.

13) Ley Orgánica 4/1985, de 7 de Junio, PREAMBULO.

법재판소법 제59조)

이러한 권한쟁의에는 적극적 쟁의(Conflictos Positivos)와 소극적 쟁의(Conflictos negativos)의 2종류가 있다. 이에 대한 헌법재판소의 결정은 모든 공권력을 기속하며 일반적 효력을 가진다.

제3절 헌법재판소의 운용현황

- 통계자료를 중심으로 -

I. 스페인

스페인 헌법재판소는 1978년의 헌법(제159조)과 1979. 10. 3.의 헌법재판소법에 의하여 설치근거가 마련되었으나 실제 헌법재판소 재판관이 임명된 것은 1980. 2. 14. 왕령 301/1980호에 의하여서이다. 그리고 업무의 개시는 헌법재판소 전체회의의 결의(Acuerdo de 14 de julio de 1980, 관보 168호, 1980. 7. 14. 게재)에 의하여 1980. 7. 15.부터 하되, 헌법재판업무에 관련된 모든 효력은 위 일자로부터 진행하도록 조치하였다.¹⁴⁾

1. 재판관 등의 임명 현황

스페인 헌법재판소는 12명의 재판관으로 구성되는데, 재판업무를 수행함에 있어서 그 조직은 전원재판부(PLENO)와 2개의 소재판부(SALAS)로 나누어져 활동한다.

전원재판부는 12명의 재판관으로 구성되고, 헌법재판소장이 이

14) Acuerdo de 14 de julio de 1980, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se fija la fecha en que comenzará a ejercer sus competencias, T. C., 1988, P.85.

를 주재하며 소장의 유고시에는 부소장이 이를 대행하고, 양자 모두 유고시에는 직무경력이 가장 많은 자, 년장자 순으로 이를 대행한다(헌법재판소법 제5조). 2개의 소재판부는 각 6명의 재판관으로 구성되는데 그 중 제1부는 헌법재판소장이, 제2부는 부소장이 각 그 장이 된다.

각 재판부의 재판업무에 대한 사전심사와 기타의 통상업무처리를 위해 전원재판부와 각 소재판부에 지정소재판부(Sección)를 둔다.

스페인 헌법재판소의 재판관은 국왕에 의하여 임명되는데, 12명의 정원중 4명은 상원에서, 4명은 하원에서, 2명은 행정부에서, 나머지 2명은 사법부의 각 제청에 의한다(헌법 제159조 제1항). 재판관의 임기는 9년이며 매3년마다 그 1/3씩 경질된다. 재판관은 연임할 수 없는 것이 원칙이나 그 재직기간이 3년 이하일 경우에는 예외적으로 연임할 수 있다.¹⁵⁾

전부 상임이며, 3년마다 그 1/3씩 재판관을 경질하는 이유는 헌법재판소의 독립성과 직무계속성의 보장에 있다고 보여진다.¹⁶⁾ 즉 헌법재판소는 여론을 동요시키는 정치적 운동의 소용돌이로부터 안전하게 보호되고 직무의 일관성·계속성이 유지될 것이 요구되는데, 이를 위해서는 헌법재판관 전원을 일시에 교체하는 것보다는 매3년마다 교체하도록 하는 것이 더 효과적이라는 판단에서이다.

이러한 점에서 임기6년의 재판관을 일시에 교체하도록 규정된 우리나라 제도(헌법재판소법 제7조 제1항)는 재검토해 보아야 할 필요가 있다 할 것이다.

1988. 6. 30. 현재 스페인 헌법재판소 재판관의 임면사항은

15) 불란서 헌법평의회도 이에 유사하다.

16) EI TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1985, P. 9.

「별표-4」에서 보는 바와 같다.

스페인 헌법재판소 재판관의 최초임명은 1980. 2. 14. 에 있었는데, 그때 임명된 재판관은 상원의 제청에 의하여 Begúe, Díez-Picazo, García-Pelayo, Latorre 등 4명이, 하원의 제청에 의하여 Díez de Velasco, Menéndez, Rubio, Tomás 등 4명이, 행정부의 제청으로 Arozamena, Gómez-Ferrer 등 2명이 임명되었다. 사법부의 제청에 의한 재판관은 Escudero, Fernández 등 2명인데 그 임명이 늦어져 약 9개월 뒤인 1980. 11. 7. 에야 임명되었다. 그 이유는 이를 제청할 사법부 총평의회 구성 자체가 늦어 졌기 때문이다.

그 중 Díez de Velasco, Rubio, Tomás, Truyol 등 4명은 최초 임명시 임기가 3년으로, 제1차 임기종료후 모두 1983. 10. 24. 에 연임되었다. 그 반면 사법부의 제청으로 임명된 바 있는 Fernández는 재임기간 약2년 만인 1982. 12. 11. 사망하여 후임으로는 다시 사법부의 제청에 의하여 1983. 1. 15. Pera가 임명되어 전임자의 잔여임기를 마치고 퇴임하였다.

「별표-4」 헌법재판소 재판관에 관한 사항

1988. 6. 30. 현재

재판관	제청기관	임명일자	1차재임명	퇴임기간	비고 전직,재임기간
Arozamena Sierra, Jeronimo 아로사메나 시에라, 헤로니모 (초대부소장으로 임명됨)	행정부	1980.2. 14. (1980.7.4)	(1983. 7.30. 제2대 부소장으로 재임명)	1986.2. 21. (1986.1.21)	전대법관 재임기간:6년

B e g u é C a n t ó n , Gloria 베게 칸톤, 그로리아 (여, 제3대 부 소장으로 임 명됨)	상 원	1980.2.14 (1986.5.4.)			정교수 (경제정책 및 재정학)
Diez de Vel- asco Vallejo, Manuel 디에스 데 벨 라스코 바예 호, 마누엘	하 원	1980.2.14.	1983.10.24 재임명	1986.2.21. 사 임	정교수 (국제법) 재임기간 : 6년
Diez-Picazo y Ponce de León, Luis 디에스-빠까 소 이 폰세데 레온, 루이스	상 원	1980.2.14.			정교수 (민법)
García-Pela- yo y Alonso, Manuel 가르시아-벨 라요 이 알론 소, 마누엘(초 대 재판소장으 로 임명됨)	상 원	1980.2.14. (1980.7.4.)	(1983.7.30 제2대 재판소장으 로 재임명)	1986.2.21 사 임	교수 재임기간 : 6년
Gómez-Ferrer Morant,Rafa- el 고메스-페레 르 모란뜨, 라파엘	행정부	1980.2.14.		1986.2.21.	재임기간 : 6년

Latorre Segura, Angel 라또레 세구라, 앙헬	상 원	1980.2.14.			정교수 (로마법)
Meñendez Me- néndez, Aurelio 메넨데스 메넨데스, 아우렐리오	하 원	1980.2.14.		1980.10.16. 사 임	재임기간 : 8개월
Rubio Liorente, Francisco 루비오 요렌테, 프란시스꼬	하 원	1980.2.14	1983.10.24 재임명		정교수 (정치법)
Tomás y Val- iente, Francisco 또마스 이 발리 엔테, 프란시스 꼬 (제3대 재판소 장으로 임명됨)	하 원	1980.2.14 (1986.5.4)	1983.10.24 재임명		정교수 (법사학)
Escudero del Corral,Angel 에스꾸테로 델 꼬랄, 앙헬	사법부	1980.11.7.		1986.2.21.	전대법관 재임기간 : 5년3개월
Fernández Viagas Plácido 페르난테스 비 아가스, 플라시 도	사법부	1980.11.7.		1982.12.11 사 망	재임기간 : 약2년

Truyol Serra, Antonio 투루올 세라, 안또니오	하 원	1981.1.9.	1983.10.24 재임명		정교수 (법철학, 국제법)
Pera Verdaguier, Francisco 빠라 베르다게르, 프란시스코	사법부	1983.1.15.		1986.2.21.	전대법관 재임기간 : 6년
García-Mon y Gonzalez-Regueral, Fernando 가르시아-몬이곤살레스 레게갈, 페르난도	상 원	1986.2.21.			
Vega Benayas, Carlos de la 베가 베나야스, 까를로스 데 라	사법부	1986.2.21.			
Díaz Eimil, Eugenio 디아즈 에이밀, 에우헤니오	사법부	1986.2.21.			
Rodríguez-Pinero y Bravo Ferrer, Miguel 로드리게스-삐네로 이 브라보 페레르, 미겔	행정부	1986.2.21.			

Leguina Villa, Jesús 레기나 비야, 헤수스	하 원	1986.2.21.			
Lopez Guerra , Luis María 로베스 게라, 루이스 (여) 마리오	행정부	1986.2.21.			

※ ()안은 재판소장 및 동 부소장 임면사항.

※ 스페인 헌법재판소 재판관의 임기는 9년이고, 매 3년마다
그 정원의 1/3씩 개선하게 되어 있어 최초 임명시에는 임
기 3년 4인, 임기 6년 4인, 임기 9년 4인으로 선별임명.

<자료 : 스페인 헌법재판소, 1988, 자료집, P.107-108>

2. 사건접수현황

가. 1989년도 사건접수현황

1989년도의 사건접수현황은 「별표-5」에서 보는 바와 같다.

「별표-5」 1989년도 사건별접수현황

사 항	제1소재판부 (SALA 1 ^a)	제2소재판부 (SALA 2 ^a)	전원재판부 (PLENO)	계
헌 법 소 원	1260	1256		2516
위헌법률심판청구 (추상적 규범통제)			47	47
위헌법률심판제청 (구체적 규범통제)			39	39
권한쟁의 (적극적)			31	31
계	1260	1256	117	2633

※ 자료 : 스페인 헌법재판소 내부자료

위 표에서 보는 바와 같이 1989년도 총접수 2,633건 중 전원재판부 관할사건은 총 117건으로서 이를 사항별로 보면 위헌법률심판청구(추상적 규범통제) 47건, 위헌법률심판제청(구체적 규범통제) 39건 등 위헌법률심판사건이 86건이고, 나머지 31건은 권한쟁의사건이다.

헌법소원사건은 2,516건으로서 제1소재판부에 1,260건, 제2소재

판부에 1,256건이 배당되었고, 헌법소원의 점유비는 95.55%로 후술하는 바와 같은 총평균치 보다 5%가량 높아져 있음을 알 수 있다.

나. 스페인 헌법재판소의 개소(1980. 7. 15)이래 1989. 12. 31.까지의 연도별 접수현황은 「별표-6」에서 보는 바와 같다.

「별표-6」 연도별 사건접수 현황

(기간 : 1980. 7. 15. - 1989. 12. 31.)

연 도	전원재판부 (PLENO)	소재판부 (SALAS)	계
1980	14	218	232
1981	37	386	423
1982	98	434	532
1983	77	827	904
1984	124	807	931
1985	257	969	1226
1986	210	1233	1443
1987	129	1665	1794
1988	139	2054	2193
1989	117	2516	2633
계	1202	11109	12311

※ 자료 : 스페인 헌법재판소 내부자료.

위 표에서 보는 바와 같이 개소 첫해인 1980년에는 약5개월 반의 활동기간에 232건을 접수했고, 그 이듬해인 1981년도에 423건, 개소 3년째인 1982년도에 532건 등 4-500건대에 머물다가 개소 4년째인 1983년도에는 전년보다 거의 2배인 904건, 그 이후는 해마다 3-400건씩 증가하여 1988년도에는 2,193건으로 2,000건을 돌파하고, 그 증가추세는 계속되고 있다.¹⁷⁾

그 중 위헌법률심판, 권한쟁의 등 전원재판부 관할사항은 1985년도의 257건을 정점으로 하여 그 이후 계속 하락추세를 보여 1989년도에는 117건에 그친 반면에, 소재판부(SALA)의 관할사건, 즉 헌법소원사건은 해마다 급격한 증가 추세를 보여 1989년도에는 그 접수건수가 2,516건으로서, 이 헌법소원사건이야말로 그 증가세를 주도하고 있는 것이다.

동기간중 헌법소원사건의 점유비는 90.23%이고, 이를 연도별로 보면 1981년 91.25%, 1982년 81.58%, 1983년 91.48%, 1988년 93.66%, 1989년 95.55% 등으로서 1982년을 제외하면 모두 90%를 상회하고 있다.

한편 관점을 달리하여 1980. 7. 15.부터 1988. 6. 30. 까지 전원재판부 접수사건중 심판청구기관별 및 유형별로 분류해 보면 「별표-7」 과 같다.¹⁸⁾

17) 스페인의 인구가 4,000만명 가량되어 그 인구가 비슷한 우리나라와 좋은 비교대상이 될 것이다. 특히 개소 2-3년 째인 스페인 헌법재판소의 1981년도 및 1982년도의 운용현황과 우리 헌법재판소의 1989년도 및 1990년도의 그것은 더욱 그렇다. 스페인 헌법재판소의 운용현황은 여러 가지 의미에서 우리나라 헌법재판소의 앞날을 내다 볼 하나의 가늠자가 될 수 있지 않을까 한다.

18) 앞에 기술한 바와 같이 1989. 12. 31.까지의 기간으로 관찰하지 아니하는 이유는 자료출처가 상이하기 때문으로, 이점 양해가 있길 바란다.

「별표-7」 전원재판부 접수사건 중 출처별 및 사항별 분류
(1980. 7. 15. - 1988. 6. 30.)

사항	기간									
	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	(6.30까지)
위헌심판청구(추상적 규범통제)										
-국가의 법률에 대하여										
지방자치공동체에 의한 제기;										
베이스 바스코지방		1	3	6	7	7	4	4	2	
까탈류냐	-	-	3	-	6	12	5	6	3	
갈리시아	-	-	-	1	5	10	3	1	1	
칸따브리아	-	-	-	-	-	1	-	1	-	
카나리아스	-	-	-	1	-	-	-	-	1	
발레아레스	-	-	-	-	-	1	-	-	1	
나바라	-	-	-	-	-	-	-	1	-	
상·하 양원에 의한 제기	3	2	2	4	6	6	-	2	-	
호민관에 의한 제기	-	-	-	1	1	4	1	-	-	
개인에 의한 제기	7	-	-	-	-	-	-	-	-	
-지방자치공동체의 조례에 대하여;										
중앙정부에 의한 제기	-	7	9	9	12	17	5	11	11	
상·하 양원에 의한 제기	-	-	-	2	3	3	1	5	1	
호민관에 의한 제기	-	-	-	-	-	2	1	-	-	
기타	-	-	-	-	-	-	-	1	-	
위헌법률의 사전적 규범통제	-	-	5	3	5	-	-	-	-	
위헌심판 제청	2	6	21	11	14	103	98	40	9	
적극적 권한쟁의;										
-중앙정부에 의한 제기	2	5	25	8	25	31	30	17	7	
-자치공동체정부에 대한 제기										
País Vasco	-	6	8	9	18	11	21	17	4	
Cataluna	-	2	15	12	14	20	28	22	21	
Galicia	-	-	-	-	7	19	11	2	-	
Valencia	-	-	-	1	1	-	-	3	2	

Canarias	-	-	-	1	-	-	-	1	-	
Navarra	-	1	1	-	-	-	1	-	-	
Andalucia	-	-	-	-	-	1	2	2	-	
Cantabris	-	-	-	-	-	-	1	1	-	
Asturias	-	-	-	-	-	-	1	1	-	
Castilla-León	-	-	-	-	-	-	-	1	1	
Baleares	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
Aragon	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
La Rioja	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
소극적 권한쟁의	-	-	-	-	-	3	1	-	1	
헌법기관상호간의 권한쟁의	-	-	-	-	-	3	-	-	-	
헌재법 제5장의 제기	-	-	2	1	-	2	-	-	2	
소재관부에서 이관된 헌법소원	-	7	4	7	-	1	4	4	4	
총 계	1041	14	37	98	77	124	257	218	142	74

<자료 : EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1988, P. 138>

표에서 보는 바와 같이 1989. 7. 15.부터 1988. 6. 30. 까지 전 원재판부에 접수된 1041건중 추상적 규범통제인 위헌심판청구사건은 236건인데 국가의 법률에 대한 것이 136건이고, 지방자치공동체의 조례에 대한 것이 100건으로서 지방자치체의 조례에 관한 것이 의외로 많다.

국가의 법률에 대한 위헌심판청구사건의 청구기관별로 보면 지방색이 특히 강한 País Vasco, Cataluña, Galicia 등 7개 지방공동체에서 제기한 것 97건, 상·하 양원의 소수파 의원에 의하여 제기된 것도 25건으로서 상당수에 이르며, 호민관에 의하여 제기된 것 7건도 우리의 눈길을 끌기에 족하고, 순수한 사인이 제기한 것은 출범 첫해인 1980년도의 7건뿐이다.

다른 한편 지방공동체의 조례에 대하여는 중앙정부가 제기한 것 81건으로 가장 많고, 상·하 양원에 의한 것 15건, 호민관에 의한 것 3건 등으로서, 이상을 종합해보면 추상적규범통제제도는 우리의 예상과는 달리 사인보다도 국가 또는 지방자치공동체의 기관에서 주로 활용하고 있음을 알 수 있는 바, 이는 다양한 정

과간 또는 중앙정부와 지방공동체 상호간의 분쟁은 굳이 권한쟁의가 아니라도 헌법재판소를 통하여 해소·조정되고 있음을 말해 준다.

1985. 6. 7.의 법개정에 의하여 폐지된 사전적·예방적 규범통제사건은 1982년 5건, 1983년 3건, 1984년 5건 등 모두 13건에 그쳐 통제도가 폐지되기 전에도 그 활용도는 극히 미미했음을 알 수 있다.

구체적 규범통제사건인 법원의 제청에 의한 위헌심판사건은 모두 304건인데 초기 4년간의 활용도는 표에서 보는 바와 같이 극히 부진하다가 1985년 103건, 1986년 98건 등 급격한 증가세를 보였고 1987년부터는 다시 하향세를 타고 있는 바, 이는 법률의 개폐로 그 대상법률이 점점 축소되어가고 있기 때문으로 보여진다.

이어서 권한쟁의 사건에 관하여 보기로 한다. 우리 헌법재판소는 출범 3년동안 단 1건 밖에 접수되지 아니하였는데, 스페인의 경우는 매우 활발한 편이다.

표에서 보는 바와 같이 대부분 적극적 권한쟁의사건이고 소극적 권한쟁의는 5건에 불과하다. 적극적 권한쟁의 사건에 대하여 자세히 살펴보면 중앙정부의 지방자치공동체에 대한 것이 150건이고, 지방자치체의 그 상호간 또는 중앙정부에 대한 것이 293건으로서 전통적으로 지방색이 강하여 분권주의적 사고경향이 높은 País Vasco 지방 94건, Cataluña 지방 134건, Galicia 지방 39건 등을 제기하였고, 이들 지방은 여타지방의 합계보다도 압도적으로 많음을 알 수 있는바, 이는 역설적으로 이들 지방의 중앙정부에 대한 강한 불만을 헌법재판소가 조정·해소해주고 있음을 의미한다.

또한 헌법기관상호간의 권한쟁의는 1985년의 3건 뿐으로서 스

폐인에 있어서의 권한쟁의는 중앙국가기관 상호간 보다는 중앙 정부와 지방자치체 및 지방자치체상호간의 분쟁을 해소하기 위한 제도로서 주로 활용되고 있다 할 것이다.

이상에서 비추어, 우리나라에서도 지금 막 걸음마 단계에 있는 지방자치체가 활성화되고 지방화 시대가 되면 중앙정부와 지방자치체간의 권한에 관한 분쟁이 다발할 것이고, 이에 대한 헌법재판소의 역할이 절실히 요구될 것이므로 이에 대한 대비가 필요하다고 할 것이다.

다음에 1980. 7. 15.부터 1988. 6. 30.까지 제1, 제2소재판부에 배당된 사건, 즉 헌법소원사건의 접수현황을 분석해보자. 동 사건의 접수현황분석은 「별표-8」, 「별표-9」와 같다.

「별표-8」 제1소재판부 배당 사건현황
(1980. 7. 15. - 1988. 6. 30.)

사법절차 경유여부	1988									총계
	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	(6.30 까지)	
민 사	3	13	28	56	75	120	142	170	148	756
형 사	17	81	32	56	108	156	226	230	174	1,080
행 정	50	25	60	105	84	101	90	199	124	838
노 동	20	112	95	162	114	101	146	199	140	1,089
군 사	2	1	2	12	4	8	8	13	-	50
법원의 재판절차 없이	45	-	2	24	15	1	-	-	-	87
총 계	137	232	219	415	400	487	612	821	586	3,909

<자료: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1988. P. 142>

「별표-9」 제2소재판부 배당 사건현황
(1980. 7. 15. - 1988. 6. 30.)

사법절차 경유여부	1988									
	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	(6.30 총계 까지)	
민사	12	9	21	51	75	130	135	177	98	708
형사	37	89	59	120	104	147	205	250	217	1,228
행정	2	13	39	58	85	68	82	152	127	626
노동	14	28	65	137	94	110	154	229	129	960
군사	7	9	11	19	11	9	11	9	4	90
법원의 재판절차 없이	9	6	20	27	38	18	26	17	14	175
총계	81	154	215	412	407	482	613	834	589	3,787

<자료:EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1988. P. 142>

동 기간중 접수사건은 제1소재판부(재판소장이 주재함) 3,909건, 제2소재판부(부소장이 주재함) 3,787건 합계 7,696건이다. 그중 법원의 재판절차를 거침이 없이 바로 헌법재판소에 접수된 사건은 262건 3.4%에 불과하고 나머지 7,434건 96.6%는 법원의 재판에 대한 것이다. 사법부의 사전재판절차를 거친 7,434건을 다시 유형별로 보면, 민사 1,464건 19.69%, 형사 2,308건 31.04%, 행정 1,464건 19.69%, 노동 2,049건 27.56%, 군사 140건 2.02% 등이다.

3. 사건처리 현황

앞서 밝힌 사건접수현황과의 균형을 이루기 위해서는 여기에 서도 개소이후 1989년 말까지의 처리현황을 다루어야 하나, 자료수집상의 문제로 인하여 여기서는 1989년도의 사건처리현황을

살펴보는 것으로 그치고자 한다.

1989년도 사건처리유형별 현황은 「별표-10」과 같다.

「별표-10」 1989년도 사건처리 유형별 통계

사 항	제1소재판부	제2소재판부	전원재판부	계
사전심사에 의한 사건 불수리 결정	911	950		1861
결정에 의한 것				
- 각하	111	179	20	290
- 취하 등으로 인한 종결	34	29		83
- 정지	40	36		79
- 기타	41	66	66	173
	266	310	86	622
판결에 의한 것				
- 인용	32	47	8	87
- 부분인용	4	2	6	12
- 기각	4	59	21	84
	40	108	35	183

※ 자료: 스페인 헌법재판소 내부자료

위 표에서 보는 바와 같이 1989년도의 처리건수는 사전심사에 의한 불수리 결정 1,861건, 담당재판부의 「결정(AUTO)」에 의한 것 622건, 「판결(SENTENCIA)」에 의한 것 183건 등 모두 2,666건이다.

여기에서 주목할 것은 헌법소원사건의 경우 사전심사에 의하여 처리되는 것 1,861건 73.12%이고, 소재판부의 재판에 회부된 다음 각하·취하 등의 사유로 종결되는 사건은 536건간 21.06%이고, 판결(Sentencia)에 의하여 처리된 것은 148건이 5.8%에 지나지 아니한다. 이를 종합하면 처리된 사건의 94% 이상이 지정 소재판부(Sección)의 사전심사절차에 의하거나 각하·취하 등 간

이한 방식으로 처리되고 있음을 알 수 있다.

그리고 1989년도 접수건수 2,633건에 비하여 처리건수는 2,666건으로서 양자간에 어느 정도 균형이 이루어지고 있으며 사건 적체 현상은 일어나지 않는 것으로 보인다.

판결에 의한 것 중 인용된 사건 비율을 살펴보면, 위헌선언을 포함한 총인용건수는 99건으로서 처리건수 대비 3.7%이고, 사안별로 보면 전원재판부 관할사건은 처리 121건중 14건으로서 인용률 11.57이고, 소재판부(SALA)사건 즉 헌법소원사건은 처리 2,545건중 85건으로서 인용률 3.34%이다.

II. 우리나라

우리나라 헌법재판소는 제6공화국 헌법 제111조와 1988. 9. 1. 부터 시행된 헌법재판소법에 의하여 설치되었고, 1988. 9. 15. 재판관 임명이 되어 재판부가 구성되었고, 1988. 9. 19.부터 업무를 개시하였다.¹⁹⁾

그로부터 3년 가까이 되었으나 최초의 수개월간은 사실상 업무의 원활한 수행을 위한 준비기간이라고 볼 수 있어서 관찰의 대상을 주로 1989. 1. 1.부터 1990. 12. 31. 까지 2년간의 통계 수치를 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 사건접수 현황

19) 업무개시일에 대한 특별한 결의나 내규는 존재하지 아니한다. 따라서 헌법소원의 제기 기간의 산정 등과 관련하여 1988.9.1.부터 기산할 것인지, 1988. 9. 15.로 기산할 것인지, 1989. 9. 19.로 할 것인지 여부에 대하여는 헌법재판소의 공식 입장이 정립되어 있지 않고 있는 실정이며, 다만 개소 기념식은 1989. 9. 19.자에 거행하고 있다.

1989. 9. 19. 헌법재판소 개소이후 1990. 12. 31. 까지의 사건접수현황은 다음과 같다.

「별표-11」 헌법재판소 사건접수 현황

연도 사항	1988	1989	1990	소 계
위헌법률	13	142	71	226
권한쟁의			1	1
헌법소원	34	356	359	749
-§§68①	33	341	300	674
-§§68②	1	15	59	75
계	47	498	431	976

※ 자료 :헌법재판소 심판사무국

위 표에서 보는 바와 같이 개소이후 1990. 12. 31. 까지의 총 접수건수는 976건으로 이를 연도별로 나누어 보면 1988년 47건, 1989년 498건, 1990년 431건이다. 이는 매년 100만건 이상의 사건을 처리하는 검찰이나 법원에 비하여는 미미한 숫자이나, 그 사건의 비중이나 질에서 볼 때, 그리고 역대 헌법재판의 실적에 비추어보아 일반의 예상을 뛰어 넘는 놀라운 접수건수라 할 것이다.²⁰⁾

위와 같은 현상은 이른바 6.29선언 이후 정치·사회·문화 등 제분야에 있어서의 전반적 민주화 조치와 국민의 인권의식신장

20) 우리나라 역대 헌법재판기관의 실적을 살펴보면 제1공화국의 헌법위원회는 1951년부터 1954년까지 7건의 위헌심사를 하여 2건의 위헌선언을 하였고, 제2공화국의 헌법재판소는 5.16 혁명으로 인하여 설치되어 보지도 못하였고, 제3공화국에서 대법원은 국가배상법 제2조 제1항 등 2건의 위헌 선고를 하였고, 제4.5공화국의 헌법위원회는 단 1건의 위헌심사도 하지 못하였다 한다(한병재, 헌법재판의 근원과 이론, 헌법재판소, 1990. P.18. 이하 참조).

에 그 원인이 있다고 생각되지만, 좀더 현실적으로는 현행헌법에 의하여 새로이 채택된 헌법소원제도 및 동일유사사안의 위헌법률심판 사건의 집중 접수도 그 주요 원인이 된다고 사료된다.

즉, 1989년도 헌법소원 접수건수는 356건으로 전접수건수의 71.48%를 차지하고, 1990년도 헌법소원접수건수는 359건으로 그 83.29%를 점하는데, 스페인, 독일²¹⁾ 등 외국과는 달리 법원의 판결을 헌법소원의 대상으로 하지 못하도록 한 우리나라 법제하에서도 헌법소원의 숫자가 위와 같이 많은 것은 특이한데, 그 중 273건이 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이라는 점이 외국에서는 찾아 볼 수 없는 독특한 현상이다.

또 동일 유사사안의 집중접수현상이란 사회보호법 제5조 등에 대한 위헌심판사건 100건, 사립학교법 제55조 등에 대한 위헌심판사건이 100건 등 사실상 동일사안에 대하여 각기 다른 법원에 의한 제청 또는 당사자에 의한 청구사건으로 별건 접수된 현상을 말한다.

위와 같은 접수현황은 그 건수에 있어서 1981년(423건) 및 1982년(532건)의 스페인 헌법재판소접수현황과 비슷하다. 그러나 스페인 헌법재판소는 1983년 904건, 1989년 2,633건 등 해마다 급격한 증가현상을 보이고 있는데, 우리나라의 경우도 그와 같은 사건 폭주가 예상되는가?

우리나라 헌법재판소제도와 관할에 특별한 변동이 없고 현재와 같이 운영되는 한 사건접수건수에 있어서 급격한 변화는 예상되지 않는다. 그 근거로는 첫째, 접수건수의 절대 다수를 점하는 헌법소원에 있어서 법원의 재판을 제외하고 있어 헌법소원의 영역이 현저히 제한되어 있고(이에 유사한 검사의 불기소처분에

21) 독일에서는 헌법소원이 전접수사건의 98%이며, 그중 92%는 법원의 판결에 대한 것이다. (양삼승, <동계로 본 독일 헌법재판소>, 인권과 정의, 1991. 2월호, P.98,100.)

대한 사건만으로는 한계가 있을 것이다.), 둘째, 위헌법률심판도 법령이 개선·정비되어감에 따라 위헌을 다룰 대상 법률이 점차 축소되어 갈 것이 예상되기 때문이다.

2. 사건처리 현황

헌법재판소 통계자료에 의하면, 1990. 12. 31. 현재 헌법재판소 접수 976건 중 668건을 처리하고 308건이 미제로 남아있다.

처리된 668건의 내역을 살펴보면, 위헌법률사건 119건, 헌법소원사건 549건(그중 §68①사건 538건, §68②사건 11건)으로서, 이를 다시 처리유형별로 나누어 보면 지정재판부 각하 261건(39%), 취하 및 기타 방법으로 처리된 것 260건으로서 모두 521건 78%가량이 전원재판부의 「결정」의 형식에 의하지 아니하고 처리되었고, 나머지 147건 22%가량만이 전원재판부의 결정으로 종결되었다.

더 나아가 전원재판부에 처리된 「결정」을 그 내용별로 보면 ① 요건불비로 각하 44건 30%, ② 본안에 관한 결정 103건 70%이다.

전원재판부의 결정 중 각하하는 사건의 비율이 30%나 되는 것은 (이는 법률상으로는 지정재판부의 사전심사에서 바로 각하해 버릴 수도 있는 사건들이다) 헌법재판소의 초기 운용과정에서 사건의 비중이 세간의 이목을 집중시킬 정도로 크거나, 실무에 및 판례의 축적을 위하여 이유실시의 가치가 있다고 판단되는 것은 가급적 전원재판부에서 처리토록 하려는 생각의 결과로 여겨진다.²²⁾

22) 동지, 양삼승, 전계논문 P. 101, 따라서 어떠한 사건이 전원재판부의 재판에 회부되는 결정이 있었다 해서 전원재판부에서 심리한다는 것 이상의 특별한 의미를 부여할 필요가 없을 것이다.

다음으로 본안에 관한 결정 103건을 내용별로 보면 인용결정(위헌포함) 24건, 헌법불합치 1건, 한정합헌 4건, 기각(합헌 포함) 74건이다.

처이사건기준 인용률을 산정해 보면, 위헌법률심판사건(\$68②)의 헌법소원 포함) 처리 130건 인용 16건 인용률 12.3%이고, 헌법소원사건 처리 387건(여기에는 사실상 민원사건으로 처리한 151건 제외) 인용 9건, 인용률 2.3%이다.

이는 스페인 헌법재판소의 전원재판부 관할사건 인용률 11.57%, 헌법소원사건인용률 3.34%와 대비해 볼 때, 위헌법률사건 인용률은 0.73% 높고, 헌법소원사건인용률은 1%가량 낮은 수치이나 전체적으로 보아 대동소이하다 하겠다.²³⁾

제 4 절 결론

이상에서 스페인 헌법재판제도의 연혁을 간단히 살펴보고, 스페인 헌법재판소의 관할·운영현황 등에 관하여 우리의 그것과 비교하여 보았다.

그 결과 스페인 헌정사는 우리보다 140년가량 앞서며 헌법재판(헌법보장)제도에 관하여도 오랜 기간의 시행착오와 실험을 거쳤음을 알게 되었다.

재판소의 관할에 있어서는 우리 재판소가 채택하지 아니하는 추상적 규범통제제도, 사전적·예방적 규범통제제도, 법원의 재판에 관한 헌법소원의 인정, 위헌법률심판 및 헌법소원심판에 있

23) 독일 헌법재판소의 경우 창설이래 1990. 12. 31. 현재까지 위헌법률심판 13.9% 헌법소원 1.5%의 인용률을 나타내어 우리나라보다 위헌법률은 1.6%높고, 헌법소원은 0.8%낮다. (자료 : 헌법재판소 심판사무국)

어서의 검찰의 독특한 역할, 헌법재판소 결정에 대한 효력발생시기의 문제등에 대하여도 우리에게 시사하는 바가 많았다고 생각된다. 이러한 문제들이 현재 우리 헌법재판제도의 개선방향을 논의하는 학자들의 논점의 중심이 되고 있음은 의미심장하다 하겠다.²⁴⁾

이상과 같은 조직체계를 갖춘 스페인 헌법재판소의 운용현황에 대해서는 어떠한 평가를 내릴 수 있는가?

이에 대하여 스페인 국회는 1981-1985간의 스페인 헌법재판소 판례를 종합·분석한 결과 다음과 같이 논평하였다.²⁵⁾

“1981. 2. 24. 스페인 헌법재판소의 최초의 판결들이 관보를 통하여 공표된 이후 1985. 12. 31. 까지 5년간의 동 헌법재판소의 사건접수 건수는 4,230건이다. 그 중 85%는 헌법소원 심판사건으로서, 이는 독일, 이탈리아 등의 90%선과 그 추세가 비슷하다……중략……스페인 헌법재판소는 위 접수사건 중 13%의 사건에 대해서만 본안에 관한 판결의 형식으로 종결하였다.……중략……

위 기간 중 헌법소원으로 접수된 사건 3,642건 중 인용된 것은 165건으로서 5%미만(4.53%)의 사건만이 청구인에게 만족을 주었다.

법원에 의한 위헌법률심판제청(구체적 규범통제)은 헌법재판소 개소후 최초 3년간 겨우 40건으로서 이것은 최초 2년간의 이태리 454건, 독일 187건에 비하면 극히 소수라 할 것이다(그러나 1985년도에는 괄목할 만한 신장이 있어 103건이 접수되었다). 또한 한가지 주목할 만한 현상은 5년간의 접수사건 4,230건의 의미이

24) 김남진, <헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구>, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소, 1991, P.199이하, 정종섭, 전제논문 P.100이하, 등 참조.

25) Boletín de Jurisprudencia Constitucional Sistematizada(1981-1985), CORTES GENERALES, P. III-V

다. 이 숫자는 매년 100만건 가까이 처리하는 통상법원의 업무에 비교해 보면(더군다나 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 하고 있는 사실까지도 감안할 때) 헌법재판소는 통상의 사법기관의 업무를 대체할 수는 없다는 것을 말해준다.

또한 동 재판소는 1981년 8건, 1982년 2건, 1983년 5건, 1984년 5건 등의 국가법률(leyes del Estado)의 일부 조항을 무효화 시켰다. 그렇다고 하나 이러한 실적만으로 입법부를 대신한다고 평가할 수는 없다.

그렇지만 동 재판소는 헌법적 질서의 형성, 발전에 큰 업적을 이룩해 냈다. 그 중용성은 자유의 영역, 법의 원천 등 분야에 있어서 더욱 그러하다.

헌법재판소는, 총체적 법질서에 있어서, 민주헌법의 직접적·즉시적 효력(la eficacia directa e inmediata)을 갖도록 하는 데에 결정적으로 기여하였다.”

이는 결국 헌법재판소가 사법부나 입법부를 대체할 세력은 될 수 없으나 헌법의 규범력을 법질서내에 활성화함에 있어서 독립적 활동 영역이 있음을 긍정적 관점에서 평가한 것이라 할 수 있을 것이다.

위와 같은 스페인 헌법재판소의 최초 활동기에 대하여 이태리의 전헌법재판소장 브랑까(Branca)는 “영웅시대(una época heroica)”라고 평가하여 이를 극찬하고 있다.

우리의 헌법재판소에 관하여서 보면, 당초의 일부 회의적인 시각과는 달리 일단 외형적 관점에서 볼 때 활발한 활동을 하고 있다고 할 수 있다. 우리의 헌법재판소에 대한 평가에 있어서는 보는 시각과 처해진 입장에 따라 여러 가지 평가가 가능하다고 보나, 헌법재판소의 업적으로서 분명히 말할 수 있는 것은 헌법이 단순한 국가조직법으로서의 성격을 넘어서서 국가의 정당한

공권력 행사의 기준이 됨과 동시에 시민의 생활 속에 파고들어 하나의 살아 있는 생활규범으로서의 효력을 갖도록 하는 데에 적지 않은 기여를 하고 있다는 점이다.

법치주의와 자유민주주의의 정착이 이 시대의 과제라면, 이를 향한 제규범의 원천은 바로 우리 헌법에서 찾을 수밖에 없을 것이고, 이러한 헌법을 올바르게 해석하고, 그 규범력을 제대로 갖추도록 수호할 전문재판기관은 필요하고, 계속 유지·발전시켜나가야 할 것이다. 이를 위해서는 헌법재판소도 앞서 제도화되어 성공적 발전을 거듭하고 있는 스페인·독일·오스트리아 등 제국의 헌법재판소의 운용 현황과 판례 등을 끊임없이 연구해나가는 한편, 그 터전 위에 우리나라 특유의 법문화를 지혜롭게 조화시켜 나가면서 헌법이 부여한 타기관의 고유권한은 최대한 존중하고, 오직 헌법적 관점에서만 예외적·보충적으로 이를 컨트롤해나가는 것이 바람직할 것이다.

언론 출판의 자유와 저작권의 상충과 조정

-헌법상 언론 출판의 자유를 이유로 하여
저작권 침해에 대한 면책특권을 인정할 것인가?-

이 형 하

전 헌법연구관

서울고등법원 판사

- 목 차 -

1. 머리말
2. 저작권의 개념과 발생
 - (1) 저작권의 개념
 - (2) 저작권에 관한 헌법규정
 - (3) 저작권의 성립시기
3. 저작권의 보호대상
 - (1) 사상-표현 이분론(idea-expression dichotomy)
 - (2) 저작물의 예술성과 적법성을 이유로 한 저작권 보호의 거
절문제
 - (3) 사진저작물
4. 저작권과 언론 출판의 자유 사이의 상충 및 조정 가능성

- (1) 저작권과 언론 출판의 자유의 관계
 - (2) 저작권과 언론 출판의 자유의 상충 가능성
 - (3) 저작권과 언론 출판의 자유의 상충을 조정하는 원칙
 - (가) P. Goldstein 교수의 제안
 - (나) M. B. Nimmer 교수의 「사상-표현 이분법」에 기한 유형별이익교량
 - (다) 요약
5. 저작권법상의 조정원칙
- (1) 저작권법규정
 - (2) 자유이용의 성립여부
 - (3) 공정사용의 개념과 성립여부
6. 헌법상의 조정원칙(표현의 자유를 이유로 하는 저작권의 제한)
- 가. 판례
- (1) 표현의 자유를 이유로 하는 예외를 인정하지 아니한 판례
 - (가) Wainwright Securities Ins v. Wall Street Transcript Corp. 판결
 - (나) Sid & Marty Krofft Television Productions Inc. v. McDonald's Corp.
 - (다) Schnapper v. Foley 판결
 - (라) Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprises 판결
 - (2) 수정 제1조를 이유로 하는 예외를 인정한 판례(TRIANGLEPUB. INC.)
 - (3) 판례의 분석
- 나. “보도용사진”에 한하여 수정 제1조를 이유로 한 예외를 인정
 하자는 Nimmer 교수의 견해와 Party 변호사의 반론

다. 수정 제1조의 면책특권을 인정하여야 한다는 Denicola 교수의 주장

라. 결론

- (1) 현행저작권법에 의한 해결가능성
- (2) 미공개저작물에 대한 강제허락제도의 창설
- (3) 강제허락의 허용요건
- (4) 공표된 저작물의 경우(저작권법 제25조와 제48조의 관계)

7. 맺음말

1. 머리말

*사례 : 사진작가 갑은 평소 깊은 관계를 유지하고 있던 여인이 변심하였다고 동녀를 유인하여 독살하였다. 당시 갑은 예술가적 호기심에서 동녀가 독약을 마시고 고통스럽게 죽어가는 장면을 소지하고 있던 사진기를 이용하여 촬영하였으나 이를 외부에 공표하지 않고 있었다. 그 후 일간신문과 잡지 등을 발행하는 회사인 을은 그 사진을 모종의 경위로 입수하게 되자 사진작가의 승낙을 받지 아니하고 자신이 발행하는 일간신문에 그 사건을 설명하는 기사와 더불어 위 사진을 게재하였다. 이에 갑은 을을 상대로 위 사진에 대하여 가지는 저작권을 침해당하였다는 이유로 손해배상청구소송을 제기하고 동시에 위 사진의 계속된 사용을 금지시키기 위한 가처분을 신청하였다. 그 소송에서 을은 위 사진의 무단게재사실을 인정하지만 자신의 사용은 저작권법 제 24조, 제25조에서 말하는 「시사보도를 위한 이용」(미국저작권법 제107조의 공정사용)이므로 저작권침해의 책임을 지지 않는다는 항변을 제출하였다. 나아가 위 항변이 인정되지 않는다 하더라도 피고 을은 언론기관으로서 공익을 위하여 진실을 충분히 보도한다는 임무를 수행한 것이므로 헌법상 보장된 언론 출판의 자유를 근거로 하여 면책되어야 한다고 주장하였다. 피고 을의 주장은 타당한가?

위 사례에서 저작권침해가 성립하기 위하여는 우선 갑에게 유효한 저작권이 존재하고 을이 갑의 저작물인 사진을 무단복제한 사실이 인정되어야 한다. 피고가 원고의 사진을 무단게제한 사실을 인정하였으므로 위 사진의 저작권이 보호되는가, 나아가 피고가 저작권침해의 책임을 면하기 위하여 제출한 자유이용(공정사용)의 항변과 언론 출판의 자유에 근거한 면책특권의 허용여부

를 차례로 검토한다. 다만 본 논제와 관련하여 저작권침해소송에서 무단사용자가 헌법상 표현의 자유(언론 출판의 자유)를 독립된 항변으로 원용하여 그 책임을 면할 수 있겠는가라는 점을 집중 검토한다. 위에서 제기된 쟁점들을 언론기관의 언론의 자유 및 국민의 알 권리의 보호하는 관점에서 볼 때 만일 범죄현상이나 사건을 촬영한 사진의 저작권이 보호되지 않는다면 언론기관이 그 사진을 마음대로 사용하고 국민이 언제든지 이에 접할 수 있게 되어 이로써 언론의 자유와 알 권리는 충족될 것이다. 또 이러한 사진의 저작권이 보호된다 하더라도 시사보도에 사용할 경우에는 통상적인 경우보다 넓게 자유이용(공정사용)을 허용한다면 이로써 언론의 자유와 알 권리를 만족시킬 수 있게 된다. 나아가 저작권법상 자유이용(공정사용)제도만으로는 언론의 자유와 알 권리를 충족시킬 수 없는 경우에는 헌법상 표현의 자유의 우월성을 이유로 언론기관에게 이러한 사진을 자유로이 이용할 수 있는 면책특권을 인정할 것인가 하는 문제로 된다.

이처럼 저작권이 더 많이 보호될수록 표현의 자유의 폭은 좁아지고, 반대로 표현의 자유를 강조하면 할수록 저작권은 이에 양보하여야 하는 것이 되므로 저작권과 표현의 자유는 일견하여 서로 반비례하는 대립관계에 있는 것처럼 보인다. 반면 저작권과 표현의 자유는 상호보완관계에 있어서 표현의 자유가 충분히 보장되는 경우에만 저작권도 활기를 띠게 되고 또 저작권의 보호로 저작활동이 활발하게 됨으로써 언론의 자유나 알 권리도 그 혜택을 충분히 누릴 수 있는 것 또한 사실이다.

본 논문은 미국저작권법의 대가인 P. Goldstein 교수와 M. Nimmer 교수가 1970년에 발표한 두 개의 논문¹⁾을 계기로 하여

1) Goldstein, Copyright and the First Amendment, 70 Colum. L. Rev. 983 (1970) Nimmer, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?, 17 UCLA L. Rev. 1180(1970)

이후 미국의 법원과 학계에서 활발하게 논의되어 온 저작권과 표현의 자유의 상충 가능성과 조정문제를 소개하고, 오늘날 저작권법의 국제적 통일화의 추세에 발맞추어 우리 저작권 제도에의 수용가능성을 점검해 보고자 한다.

2. 저작권의 개념과 발생

(1) 저작권의 개념

저작권은 「저작자가 문학 학술 또는 예술의 범위에 속하는 저작물을 창작함으로써 그 저작물에 대하여 가지는 권리」로서 저작재산권과 저작인격권으로 구분된다(저작권법 제2조 제1호 제2호, 제10조). 저작권법이 저작권자에게 저작권이라고 하는 배타적 독점적 권리를 허용하는 목적은 기본적으로는 저작물의 창작과 보급을 조장하여 공공복리에 기여하고자 함에 있고 부수적으로는 저작자에게 그의 기여도에 따른 정당한 보수를 주려는 것이라고 일반적으로 설명된다.²⁾

(2) 저작권에 관한 헌법규정

저작권 특히 저작재산권은 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권

2) 미국저작권법개정에 관하여 1961년 작성된 저작권청의 보고서 참조 ; 미국연방대법원은 Mazer v. Stein, 347 U. S. 201(1954) 판결에서 “저작자개인에게 이익을 줌으로써 그의 노력을 격려하는 것은 저작자의 재능을 통하여 공공복지를 증진시킬 수 있는 최선의 방법이다”라고 판시하였다. 같은 취지에서 M.Nimmer 교수도 [저작권을 인정하는 주요목적은 저작자에게 보수를 주기 위한 것이 아니라 저작자의 정신적 노작을 통하여 일반공중이 널리 이익을 얻을 수 있도록 보장하기 위한 것]이라고 설명한다(CASES AND MATERIALS ON COPYRIGHT... 2d, 26면). 이에 대하여 육종수 교수는 저작자가 저작물을 창출하여 문화발달에 기여하는 것이므로 “그 창작물에 대하여 경제적 보상을 보장해 주고 수익 및 특권을 부여해 주는 것은 너무나 당연한 것이며 또한 이러한 권리를 보장해 줌으로써 이들의 창작활동에 활력을 불어 넣어줄 수 있다”고 설명한다(헌법상 무체재산권의 보장, 공법연구 제15집, 136면).

등과 함께 소위 지적 재산권(intellectual property, “정신적 재산권”이라고도 한다) 또는 무체재산권의 하나이다. 저작권을 비롯한 무체재산권 역시 헌법 제23조에서 보장되고 있는 “재산권”에 포함된다는 점에 대하여는 이론이 없다.³⁾ 따라서 저작권은 다른 재산권과 마찬가지로 헌법 제23조 제3항에 의하여 정당한 보상을 조건으로 공공필요를 위하여 수용 사용 또는 제한될 수 있으며, 나아가 다른 기본권과 같이 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있다. 우리 헌법은 위 일반적 재산권보장규정과는 별도로 제헌헌법 제14조 이래로 저작권 등 무체재산권의 보장에 관한 특별규정을 두어 왔고⁴⁾ 현행헌법 제22조 제2항은 「저작자……의 권리는 법률로써 보호한다」라고 규정하고 있다.

(3) 저작권의 성립시기

학문적 또는 예술적으로 전혀 가치가 없을 뿐만 아니라 그 내용이 오히려 성질서를 문란하게 하거나 국헌질서를 위태롭게 할 경우 그 저작물에 대하여 저작권을 인정할 수 있는가? 저작권은 저작자가 저작물을 창작하게 되면 이를 공개하거나 심사하여 등록하는 등의 형식적 절차를 거치지 아니하고 당연히 발생한다. 따라서 저작물은 독창성이 있는 한 저작자의 사상 감정이 외부에 구체적으로 표현된 순간 저작권이 성립하므로 저작물이 가지는 학문적 예술적 가치의 유무 및 고저는 문제되지 아니한다.⁵⁾

3) 육종수, 위 논문, 131,132면 참조

4) 헌법상 무체재산권 보장에 관하여 별도의 규정을 둔 입법례는 미합중국법 제1조 제8항 제8호, 1919년 바이마르 헌법 제158조, 소련헌법 제47조 등이며, 서독기본법 일본국헌법을 비롯한 대부분의 국가들은 별도의 규정을 두지 않고 일반재산권보장조항에 의하여 보호하고 있다고 한다.(육종수, 위 논문, 138-141면).

5) 송영석 외 2인, 지적 소유권법, 791면 참조. 한편 특허권, 상표권 등 공업소유권은 출원사정 등록이라는 소정의 절차를 거쳐서 발생하고 원칙적으로 등록일 이후부터 권리를 행

황적인 교수도 「타인의 명예를 훼손하거나 비도덕적인 저작물에 대하여도 저작물성을 인정하여야 한다」는 취지로 설명한다. 다만 그러한 저작물이 헌법상 학문 예술의 자유 또는 언론 출판의 자유에 의하여 보호받지 못하고 규제대상이 될 수 있는 것은 위 저작권의 성립문제와는 별개이다.⁶⁾

3. 저작권의 보호대상

(1) 사상-표현의 이분론(idea-expression dichotomy)

저작권은 특정인의 사상자체가 아니라 사상을 특정한 형태로 나타낸 표현을 보호한다⁷⁾. 따라서 저작권은 저작물에 실린 사상(idea)을 이용하는 것을 막지 못한다.⁸⁾ 만일 저작권이 사상까지 보호한다면 저작권자는 엄격한 특허절차를 피하고 저작권제도를 이용하여 사실상 특허권자의 지위를 누리게 되는 부당한 결과가 초래된다. 저작권법 제7조 제5호는 「사실의 전달에 불과한 시사 보도」를 저작권법에 의한 보호를 받지 못하는 저작물로 규정하고 있는데, 이는 사실을 주로 다루는 시사보도의 경우를 예로 들어서 「사실에 대하여는 저작권이 보호되지 않는다」는 「사상-

사할 수 있다.

- 6) 황적인 외 2인, 저작권법, 225면. 「다만 형법상 음란 문서 등에 해당하여 그 반포... 등이 금하여 있을 때(형법 제243조, 제244조), 명예훼손 등으로 인한 적당한 처분이 있는 때(민법 764조)는 그 한도에서 저작권의 행사는 제한을 받게 될 것이다」.
- 7) 송영식 외 2인, 전게서, 792면도 「저작권으로 보호되는 것은 저작자의 사상 그 자체가 아니라 사상의 표현이다」라고 설명한다. 한편, 서울 민사지방법원 제42부가 1990. 4. 19. 선고한 89가합39285판결에서 표현기법이나 그에 관한 아이디어 자체는 아무리 독창적인 것이더라도 만인공유의 지적재산으로 개방하여야 하며 특정인에게 독점되어서는 안된다는 것을 전제로 “한복치마의 디자인기법은 특정인에게 독점적 배타적 권리가 부여되는 저작권의 보호대상이 될 수 없고 이러한 기법을 사용하여 제작한 한복치마는 저작권보호의 대상이 된다”고 실시한 것도 이러한 사상-표현이분론을 밝힌 것이다(하급심판결집 1990 제1집, 260면).
- 8) 어떤 발명을 소개한 책을 저술한 저작자는 타인이 그 책에 있는 방법을 사용하더라도 이를 막지 못한다.

표현 이분론」을 규정한 것이다. 1976년의 미국저작권법 제102조 (b)는 종래 판례법으로 형성 발전되어 온 「사상-표현 이분법」을 성문화한 규정이다.⁹⁾

(2) 저작물의 예술성과 적법성을 이유로 한 저작권보호의 거절문제

「이미 성립한 저작권이 저작물의 내용을 이유로 보호받지 못하게 되는가」라는 문제는 저작권의 성립문제와는 별개의 것이다. 앞서 본 바와 같이 저작자 자신이 저작물의 내용을 이유로 형법상 또는 민법상 제재를 받는 경우도 있으나 더 중요한 것은 저작권자가 소송을 제기하여 타인의 무단사용을 배제하려 할 때 법원이 저작물의 내용을 이유로 저작권의 보호를 거절할 수 있는지의 문제이다. 실제의 사례에서는 주로 저작물의 예술성 또는 음란성이 문제된다. 헌법상 보호받지 못하는 불법적 표현이 수록된 저작물 가령 음란문서 또는 불온문서의 경우 “음란성”, “불온성”이라는 개념은 시대와 장소에 따라서 달라지는 것이므로 이러한 류동성인 개념을 기준으로 하여 저작권의 보호여부가 결정되어서는 안된다.¹⁰⁾ 대법원도 1990. 10. 23. 선고, 90다카8845판결에서 “저작권법의 보호대상인 저작물이라 함은 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에

9) 동조항은 「...저작자가 원저작물에 대하여 가지는 저작권에 의한 보호는 당해저작물에서 서술, 설명, 예시되거나 또는 구체화된 형태 여하를 불문하고 개념, 절차, 방법, 체제, 조작방법, 개념, 원칙 또는 발견에는 미치지 아니한다」라고 규정하고 있다. 1976년의 의회(하원) 보고서에 의하면 「저작권은 타인이 저작물에 담긴 아이디어 또는 지식을 사용하지 못하도록 배제하지 못한다. 저작권은 저작자가 지적 개념을 표현한 문학적, 음악적, 영상적, 예술적 형태에 관계되는 것이다」라고 밝히고 있다.

10) 서커스를 광고하기 위하여 제작된 칼라 식판인쇄물이 저작권법에 의한 보호를 받을 자격이 있는지 여부가 문제된 1903년의 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co*(188 U. S. 239)판결에서 다수의견을 집필한 Holmes 대법관은 판사(persons trained only to the law)가 작품의 예술성을 심사하는 것은 위험하다고 경고하였다.

속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로서 보호된다”고 판시하여 같은 취지이다. 따라서 본사례에서 원고가 촬영한 사진은 그 내용의 비논리성에도 불구하고 저작권이 보호될 수 있다고 본다.

(3) 사진저작물

사진저작물이란 일정한 영상에 의하여 표현된 저작물이다.¹¹⁾ 「사진 및 이와 유사한 방법으로 작성된 것을 포함하는 사진저작물」은 현행 저작권법상 보호되는 저작물의 하나로 예시되고 있다(제4조 제6호). 사진작가가 작품의 주제와 피사체를 선정하고 카메라의 각도와 로출, 조도 등을 결정하는 과정에서 독창성이 있을 때에는 그 사진은 사진저작물로서 저작권이 보호된다. 감상용으로 작성된 예술사진이 아니라 실제로 일어난 사건이나 범행현장을 의식적으로 촬영하였다더라도 그 사진은 저작권이 보호될 수 있다(허희성, 저작권법측조개설, 50면 참조). 나아가 처음부터 시사보도의 목적으로 작성된 보도용 사진도 사진저작물로서 보호된다(한승헌, 저작권의 법제와 실무, 261, 311면 ; 하용득, 저작권법, 109면).

4. 저작권과 언론 출판의 자유 사이의 상충 및 조정가능성

11) 송영식 외 2인, 지적소유권법, 800면 ; 하용득, 저작권법, 95면.

(1) 저작권과 언론 출판의 자유의 관계

저작권은 유체재산권과는 달리 정신적 창작의 산물에 대하여 인정되는 권리라는 점에서 인간의 정신활동인 사상 감정의 표현과 직결된다. 따라서 저작권은 헌법상 기본권인 언론출판의 자유(이른바 표현의 자유, 제21조) 및 학문 예술의 자유(제22조 제1항)와 밀접한 관련이 있다.¹²⁾ 그러나 표현의 자유와 저작권이 보호하는 법익과 대상이 항상 일치하는 것이 아니며 따라서 그 사이에 협조관계는 물론 대립과 긴장관계가 일어날 수 있다.

첫째, 표현의 자유는 주로 민주사회의 국민이 합리적인 의사결정 또는 여론형성을 하는데 필요한 지식과 정보를 원활히 습득할 수 있도록 하고 사상과 의견의 자유로운 교환을 보장하려는 것이므로 원칙적으로 제한되어서는 안된다. 반면 저작권제도는 문화의 전승과 발전이라는 공공복리의 증진을 기본목적으로 하므로(저작권법 제1조) 스스로 저작권에 대한 여러 가지 제한을 가하고 있다.

둘째, 표현의 자유가 보호하는 것은 특정인의 표현 자체가 아니라 사상 또는 정보(사실)의 자유로운 교환이지만, 저작권은 앞서 본 바와 같이 특정인의 사상 그 자체가 아니라 사상을 특정한 형태로 나타낸 표현을 보호하려는 것이다.

셋째, 표현의 자유는 저작물의 내용을 심사(원칙적으로 사후심사)하여 가령 음란물, 불온문서와 같이 불법적인 내용이 담긴 저

12) 학문과 예술의 자유와의 관계에 대하여 육종수 교수는 무체재산권을 학문 예술의 자유와 같은 조문에서 규정하고 있는 점에 특별한 의미를 주고 있다. 즉, 무체재산권은 기본권으로서 헌법 제23조의 “재산권 보다는 고도의 보호가 요청되며 이렇게 함으로써 학문과 예술의 자유가 동시에 실질적으로 보장되는 것”이며, 국가가 무체재산권을 보호함으로써 “학문 예술의 자유를 뒷받침해 주고... 문화적 과학적 창조를 장려하는 제도적 보장의 성격도 겸유하고 있다”고 설명한다(전개논문, 143면). 한편, 저작권과 헌법상 표현의 자유와의 관계에 대하여 하용득, 저작권법, 34면은 “헌법상 사유재산권의 보장과 언론 출판 등 표현의 자유의 보장은 이 저작권법이 인정할 수 있는 기초를 제공하는 것이다. 한편 표현의 자유도 저작권의 보호를 통하여 달성될 수 있다... 저작권에 대한 보호가 없다면 개개의 저작자는 창작의욕이 감퇴하며 창작을 하더라도 세상에 공표하기를 꺼려하며, 따라서 일반인들은 저작물에 접할 기회를 상실하게 된다...”.

작물이 표현의 자유에 의하여 보호받지 못하고 규제되는 경우가 있지만 저작권은 저작물의 내용을 심사하지 아니하므로 그 내용과 관계없이 성립하고 보호된다는 점은 앞서 본 바와 같다. 그러나 표현의 자유와 저작권사이의 밀접성 때문에 공공복리 등을 이유로 하여 저작재산권의 행사를 제한하게 되면 이로 말미암아 학문 예술의 자유 또는 언론출판의 자유가 침해되는 경우가 생길 수 있다. 가령, 행정청이 음란서적에 대하여 판매금지조치를 취하면 저작자의 저작권 행사가 직접 제한되는데 이때 그 조치가 검열의 형태로 표현의 자유를 침해하는 것이 아닌가에 대하여 논란이 있다.¹³⁾

(2) 저작권과 언론 출판의 자유의 상충가능성¹⁴⁾

(가) 입법 또는 판례에 의하여 저작권의 범위와 보호대상이 점차 확대되면 이로 말미암아 이전에는 보호되지 않았던 표현을 저작권자 이외의 자가 자유로이 이용할 수 있는 권리는 점차 줄어들게 된다.¹⁵⁾ 또 저작권자가 공표여부 및 공표의 시기 방법

13) 일본에서 소위 청소년보호조례에 근거하여 지사가 청소년에게 유해한 도서 등을 청소년에게 판매하는 것을 금지한 경우 그것이 표현의 자유를 사전에 제한하는 검열에 해당하느냐에 대하여 논란이 있다. 이에 대하여 「법제국은 이미 세상에 나온 도서의 판매 등을 제한하는 것이어서 검열에 해당하지 않는다는 입장이고... 제외회의 도칙은 “지정도서를 청소년에게 판매하여서는 안된다는 것이고 출판이나 성인에 대한 판매를 규제하는 것은 아니므로 언론통제로 될 우려는 없다”는 견해를 분명히 하고 있다고 한다」(헌법 II 인권(1) 호부편 1-13 외설물의 반포 판매 등의 규제, 519면 주57). 만일 위 서적을 미성년자에 한하여 판매금지하고 성인에 대한 판매를 허용한다면 판매부수의 감소로 재정적 손해는 입게 되겠지만 이로 인하여 표현의 자유가 위협적으로 침해되었다고 말하기 어렵다.

14) 세계인권선언 제27조는 제1항에서 「인간은 누구나 사회의 문화생활에 자유롭게 참여하고 예술을 감상하고 또한 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 수 있는 권리를 갖는다」, 제2항에서 「인간은 누구나 그가 창작한 모든 형태의 과학적, 문학적, 예술적 저작물로부터 발생하는 인격적 및 물질적 이익을 보호받을 수 있는 권리를 갖는다」고 규정하고 있다. 이를 저작권과 관련하여 보면, 일반공중은 타인의 저작물을 자유로이 사용할 권리가 있으며, 동시에 저작자는 자신이 창작한 저작물에 대하여 가지는 이익을 보장받아야 한다는 일을 상충하는 것처럼 보이는 두가지 기본적 권리를 선언하고 있다.

15) P. Goldstein, COPYRIGHT AND THE FIRST AMENDMENT, 70 Columbia L. Rev.

등을 결정할 수 있는 권리(저작권법 제11조의 공표권)를 남용하게 되면 일반공중의 알 권리 또는 들을 권리가 영향을 받는다. 「수정 제1조¹⁶⁾는 개인의 “말할 권리”(individual right to speak)를 보장하기 위한 것이라기 보다는 오히려 공동체의 “들을 권리”(community right to hear)를 보장하기 위한 것이다」라는 것이 미국의 학설 판례이다.¹⁷⁾ 저작권의 보호대상이 수정 제1조의 보호범주에 속하는 한도에서는 저작권이라는 독점은 외관상 수정 제1조의 기본원칙인 공동체의 “들을 권리”와 충돌한다. 저작권법상 인정되는 저작권자의 권리는 저작물의 공표를 보류할 수 있는 권리, 즉 자신의 표현을 일반공중에게 공개하지 아니할 수 있는 권리, 나아가 판매가격과 수량을 결정함으로써 그 저작물이 배포될 자들의 규모와 경제적 지위를 제한할 수 있는 권리도 포함한다. 일반공중은 오직 위와 같이 허용된 복제물을 입수할 수 밖에 없게 되므로 그들의 보고, 들을 권리가 크게 단축된다.¹⁸⁾ 이처럼 저작권 제도는 적어도 단기적으로는 공동체의 「들을 권리」를 축소시키는 경향이 있다. 그러나 장기적으로 볼 때 저작권 제도는 일반공중에게 보급될 저작물의 창작을 자극함으로써 공동체의 들을 권리를 확장시키는데 기여한다는 수정 제1조의 법익에 부합하는 것으로 이해될 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 저작권과 표현의 자유 사이의 충돌은 단기적인 차원에서 일어나는 것이라고 볼 수 있다.

(나) 이와 같이 표현의 자유를 축소시키는 저작권법은 그 전

983, 988(1970).

16) 연방헌법수정 제1조는 「의회는 언론 출판의 자유를 제약하는 어떠한 법률도 제정하여서는 아니된다」고 규정하고 있다.

17) A. Meiklejohn, POLITICAL FREEDOM(1965) ; Rosenblatt v. Baer, 383 US 301(1966).

18) P. Goldstein, 위 논문, 989면.

19) P. Goldstein, 위 논문, 990, 995면

체가 수정 제1조 위반으로 위헌무효라고 선언되는 것을 피하려면 표현의 자유를 이유로 저작물의 자유이용을 허용하는 예외를 인정하여야 한다는 일부견해가 있었다. 그들은 저작권법상의 면책조항 및 공정사용과는 별도로 수정 제1조가 저작권자의 허락 없이 저작물을 사용하더라도 저작권 침해로 되지 않는 면책특권을 부여한다고 주장하였다.²⁰⁾ 그러나 법원은 일반적으로 수정 제1조와 저작권 사이의 충돌을 인정하지 아니하거나 가사 그 사이에 긴장과 대립관계가 존재한다 하더라도 공정사용의 법리와 사상-표현이분론을 사용하여 그러한 문제를 해결할 수 있다고 보아 왔기 때문에 표현의 자유가 저작권에 미치는 영향은 무시되어 왔다. 그러나 제2순회구 연방항소법원이 1983년에 선고한 Harper & Row, Publisers, Inc. v. Nation Enterprises 판결과 Consumers Union of the United States, Inc. v. General Signal Corp. 판결에서 수정 제1조와 저작권의 관계를 논의한 것이 계기가 되어 이 문제가 재론되고 있다.²¹⁾

(3) 저작권과 언론 출판의 자유의 상충을 조정하는 원칙

(가) P. Goldstein 교수의 제안²²⁾

Goldstein 교수는 저작권침해사건에서 수정 제1조와 저작권 사이의 충돌을 조정하기 위한 원리로서 다음의 두 가지 원칙을 제시한다. 첫째로, 무단사용한 저작물이 공익과 관련된 것이고 또 그 사용이 독자적으로 공익의 증진에 도움이 되는 경우에 한하여 저작권 침해의 책임을 면제시킨다 ; 둘째로, 오직 “독창성이

20) 지난 15년 동안 저작권침해소송에서 자주 수정 제1조의 항변이 제출되어 왔다고 한다.

D. Johnston, COPYRIGHT HANDBOOK(2d, 1982), 135면.

21) W. Party, The Fair Use Privilege in Copyright Law(1985), 461면

22) COPYRIGHT AND THE FIRST AMENDMENT, 70 Columbia L. Rev. 983.

있는” 저작권만이 저작권에 의하여 보호되고, 저작권자는 무단사용으로 인한 실제적인 손해를 입증하여야 한다. 나아가 저작권자가 승소하는 경우에도 일반공중이 저작권자의 “표현”에 접근한다는 이익을 고려하여 가처분에 의한 구제보다는 손해배상을 원칙으로 한다는 것이다. 이 때 손해배상액은 물론 강제허락시의 사용료 상당액이 될 것이다.

특히 두 번째의 조정원칙은 저작자의 표현에 접근한다는 단기적인 공익뿐만 아니라 재산권이라는 창작동기를 제공함으로써 표현활동을 양성하려는 장기적인 공익도 고려하려는 것이다.

위와 같이 저작권이 보호되는 독창성 있는 저작물이라도 저작물에 담긴 사상에 대하여는 독점을 허용하여서는 안되므로 「저작권은 사상에 주어지지 않고 표현에 대해서만 주어진다」는 원칙을 구별기준으로 제시한다. 이로써 저작권은 수정 제1조를 보호하게 된다. 나아가 「사상-표현의 구별」을 탄력적으로 운영함으로써 어떠한 경우에도 공익과 창작동기(저작권자의 이익)를 유기적으로 관련시킬 수 있게 된다. 표현이란 사상을 명확히 표명한 것에 지나지 않는다는 점과 「사상-표현의 구별」은 정도의 문제일 뿐이라는 점을 인정한다면, 저작물중 어떤 부분이 저작권에 의하여 보호되고 또는 다른 저작물에 의하여 저작권이 침해되었는가 여부를 결정함에 있어서 저작권법은 단계적으로 작용한다.²³⁾ 또한 사상을 되풀이 진술하거나 글자 그대로 베끼더라도 저작권 침해로 되지 않지만, 사상을 언어로 설명한 것을 되풀이하가 되면 저작권 침해가 된다. 저작자의 사상을 자유로이 사용할 수 있도록 허용하는 이유는 단지 자유로운 사상의 교환을 보장한다는 수정 제1조의 정책 때문이 아니라 저작자의 사상이

23) 가령, 환상적인 만화주인공(미키마우스)의 경우와 같이 어떤 사상 개념(생쥐)이 점점 더 많은 표현적인 요소를 띠게 되면 될수록 그에 대하여 부여되는 저작권은 더욱 더 강력한 것이 된다.

란 저작자가 전혀 새롭게 창안해 낸 경우가 거의 없기 때문이다. 따라서 저작물에 나타난 사상을 저작자에게 독점시키는 것은 문화적·정치적 가치있는 사상에 일반공중이 접근할 수 없도록 막는 것일 뿐만 아니라 그의 소유가 아닌 것을 저작자의 재산으로 인정하는 결과가 된다. 저작권법은 저작권과 수정 제1조를 조정하는 방법으로서 위 「사상-표현의 구별」 외에도 저작권의 존속 기간을 정하고, 저작권자의 허락없이 저작물을 사용할 수 있는 공정사용 기타 면책사유를 인정하고 있다. 나아가 우연일치가 아닌 실제로 베낀 경우에만 저작권 침해로 되고, 가처분을 필요적이지 아닌 재양적인 구제수단으로 취급하고 있는 것도 같은 취지이다.

(나) M. B. Nimmer 교수의 「사상-표현 이분론」에 기한 유형별이익교량²⁴⁾

저작권은 저작자의 “사상”을 보호하는 것이 아니다. 만일 저작권이 저작자의 사상을 보호함으로써 어떤 사상을 창안한 사람만이 그 사상을 논할 수 있게 된다면 사상의 자유로운 교환은 봉쇄되고 민주주의 대화(democratic dialogue)²⁵⁾는 거의 불가능하게 될 것이다. 「사상에 대하여는 저작권을 주장할 수 없지만 “사상의 표현”에 대하여는 저작권을 주장할 수 있다」라는 「사상-표현 이분론」은 저작권의 보호법익과 언론자유 보호법익 사이에 적절한 유형별이익교량(definitional balance)의 기준으로 사용될 수 있다. 저작권은 타인의 “표현”을 복제할 권리를 축소시키므로 언론의 자유를 어느 정도 침해하는 것은 사실이다. 그러나 저작권이 저작물의 창작을 장려한다는 보다 중요한 이익을

24) DOES COPYRIGHT ABRIDGE THE FIRST AMENDMENT GUARANTEES OF FREE SPEECH AND PRESS?, 17 UCLA L. Rev. 1180, 1189-1193(1970).

25) 국민들이 자기통치(self-government)를 위하여 사상의 자유로운 교환에 참여하는 것을 의미한다.

이유로 하여 이를 정당화할 수 있다. 반면 언론의 자유는 이로 말미암아 저작자의 “사상”자체를 저작권으로 보호할 수 없기 때문에 저작자가 자신의 저작물을 통제할 수 있는 권리를 어느 정도 침해하는 것도 사실이다. 그러나 민주주의 대화의 일부를 이루는 사상에 대한 자유로운 접근이라는 보다 중요한 공익을 이유로 하여 정당화된다.

(다) 요약

미국저작권법상 「사상-표현 이분론」은 저작물을 저작권이 보호되는 표현부분과 저작권이 보호되지 아니하는 사상 감정부분으로 나누어 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 기준과 한계를 정하려는 것이다. 이러한 사상-표현 이분론은 저작권과 언론의 자유의 상충을 조정하는 유력한 수단으로 제시되고 있다.²⁶⁾ 왜냐하면, 일반공중에게 사상이나 정보에 대한 자유로운 접근을 허용함으로써 일반적으로 표현의 자유를 만족시킬 수 있기 때문이다. 그러나 구체적인 사건에서 사상과 표현을 실제로 구별하는 것은 많은 경우 쉬운 일이 아니다. 그럼에도 불구하고 “사상-표현의 구별은 수정 제1조와 저작권 사이의 경계선을 설정한다 : 수정 제1조는 저작권이 보호되지 않는 정보의 유포를 보호하고, 저작권은 일반적으로 수정 제1조와 크게 이해관계가 없는 표현을 보호하는 것이다.”²⁷⁾

5. 저작권법상의 조정원칙

26) 「사상-표현 이분론은 사상의 제한없는 교환을 보장함으로써 저작권과 언론의 자유사이의 사실상의 조정기능을 수행한다」 Denicola, Copyright and Free Speech : Constitutional Limitations on the Protection of Expression, 67 Calif. L. Rev. 283, 292(1979).

27) Note, Copyright Infringement and the First Amendment, 79 Colum. L. Rev. 320. 324-325면 (1979) 참조.

(1) 저작권법 규정

표현의 자유로 대표되는 일반공중의 이익과 저작권자의 이익을 조정하기 위하여 우리 저작권법은 제1조에서 「이 법은 저작자의 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상 발전에 이바지함을 목적으로 한다」고 선언하고 이를 구체화하는 저작권보호규정(제11조 내지 제21조)과 함께 저작권제한규정(제22조 내지 제33조), 저작권의 존속기간에 관한 규정(제36조 내지 제40조)을 두고 있다. 한편, 미국저작권법은 종래 판례법으로 형성 발전되어 오다가 성문화된 제102조(b)의 「사상-표현의 이분법」과 제107조의 「공정사용의 법칙」(fair use doctrine)을 적용하여 이러한 이익조정을 시도하고 있다.²⁸⁾ 앞서 본 바와 같이 「사상-표현 이분법」에 의한 이익조정은 저작권의 보호대상을 한정함으로써 저작물에 실린 사상이나 정보를 자유로이 이용할 수 있도록 하려는 것이지 저작권이 보호되는 표현의 사용을 허용하기 위한 것이 아니다. 여기에 제삼자가 타인의 표현을 사용하지 아니하면 표현의 목적을 제대로 달성할 수 없을 때 타인의 허락없이 그 표현을 사용할 수 있도록 허용하는 자유이용(공정사용) 제도의 존재의의가 있는 것이다.²⁹⁾ 아래에서는 저작권법상 자유이용(공정사용)규정에 의한 본 사례의 해결 가능성을 검토한다.

28) 그 외에도 저작권법상 존속기간제한규정(제302조)과 독창성요구조항(제102조(a))도 같은 기능을 수행한다. 그러나 저작권의 존속기간은 작가의 생존중 및 사후 50년으로 장기간에 이르고, 독창성의 기준 또한 「신규성」(novelty)이 아니라 「독자적인 창작」인지 여부이므로 저작권과 표현의 자유의 상충을 조정하는 유력한 수단이 되지 못하고 있다. 위Note, 322면 참조.

29) 사상-표현의 이분론은 저작권의 보호를 위하여 표현의 자유를 침해하지 않도록 경계선을 설정한다는 의미에서 소극적인 조정기능을 수행한다. 한편, 공정사용의 원칙은 위 이분론에 의하여 설정된 경계선을 넘어서 저작권이 보호되는 표현임에도 표현의 자유를 위하여 저작권을 양보시킨다는 의미에서 적극적인 조정기능을 수행한다.

(2) 자유이용의 성립여부

저작권법 제24조에 의하면 「방송 영화 신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 있어서 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제 배포 공연 또는 방송할 수 있다」라고 규정하고 제25조에 의하면 「공표된 저작물은 보도...등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다」고 규정한다. 본 사례에서 문체된 사진은 피고가 발행한 일간신문의 지면을 통하여 시사보도를 하는 과정에서 보이는 저작물에 해당하지 않으며 또 원고의 사진이 아직 공표된 것이 아니므로 피고의 행위는 저작권법 제24조, 제25조 소정의 「시사보도를 위한 자유이용」에 해당하지 아니한다.

(3) 공정사용(fair use)의 개념과 그 성립여부

(가) 공정사용이란 “저작권자 아닌 자가 저작권자의 동의없이 합리적인 방법으로 저작권있는 저작물을 사용할 수 있는 특권”이라고 정의되고 있다. 공정사용의 원칙은 미국에서 판례법상 형성 발전되어 온 「형평법상의 조리법칙」(equitable rule of reason)으로서 1976년 저작권법 개정시 처음으로 성문화되었다. 일반적으로 저작권침해가 인정되지 아니하는 경우를 공정사용이라고 부르기도 하지만 이는 공정사용의 개념을 지나치게 넓게 파악한 것이다.³⁰⁾ 따라서 저작권법 제107조에서 공정사용이 명문으로 인정되고 있는 현재로서는 저작권에 대한 제한을 규정하고 있는 제107조에서 제119조까지의 규정 중에서 제107조의 경

30) P. Goldstein, 전계논문, 1011면.

우만 공정사용이고 그 나머지는 면책규정(statutory exemption)으로 구별된다.

(나) 미국저작권법 제107조는 공정사용의 개념을 정의하는 대신 공정사용여부를 판단함에 있어서 참작하여야 할 네 가지 사항을 규정하고 있다.³¹⁾ 이에 따라서 본사례의 공정사용여부를 판단하면 (ㄱ) 피고가 사진을 사용한 목적은 시사보도를 위한 것이지만, 피고는 영리법인으로서 신문의 구독부수를 늘리기 위하여 문제의 사진을 게재한 것이므로 그 사용의 성질은 영리를 위한 것이고 ; (ㄴ) 비록 사진저작권의 성격이 실제의 사건(사실 또는 정보)을 내용으로 하는 저작물이지만 아직 공표되지 아니한 저작물이며³²⁾ ; (ㄷ) 피고는 사진저작물을 전부사용하였으며 ; (ㄹ) 전국적으로 배포되는 일간신문에 사진이 게재됨으로써 사진저작물의 잠재적 시장이나 가치에 주는 영향이 크다는 점들을 종합하면 피고가 본건 사진을 공정사용한 것으로 인정되기 어렵다.

6. 헌법상의 조정원칙

(표현의 자유를 이유로 하는 저작권의 제한)

31) 미국저작권법 제107조: 「...비평, 논평, 시사보도, 교수(학급용으로 다수복제하는 경우를 포함), 학문 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권이 있는 저작물을 공정하게 사용하는 행위는...저작권의 침해로 되지 아니한다. 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서 아래의 사항을 참작하여야 한다. (1) 이러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적인 교육목적을 위한 것인지 여부를 포함한, 그 사용의 목적 및 성격 (2) 저작권이 있는 저작물의 성격 (3) 저작권이 있는 저작물 전체에 대한 사용된 부분의 양과 상당성 (4) 이러한 사용이 저작권이 있는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향」

32) 미국저작권법 제107조는 우리 저작권법 제25조와는 달리 미공표저작물을 공정사용의 대상에서 배제하고 있지 아니하지만, 연방대법원의 Harper & Row v. Nation(1985)판결과 제2순회구 연방항소법원의 Salinger v. Random House Inc.(1987)판결은 위 제107조 제2항의 「저작권이 있는 저작물의 성격」을 해석하면서 “미공표저작물에 관하여는 공정사용의 허용범위가 (공표된 저작물에 비하여)좁아진다”고 하여 미공표된 저작물을 복제하는 것은 통상 공정사용으로 인정되기 어렵다는 취지로 판시하였다.

위에서 본 바와 같이 저작권법상 저작권제한규정은 일반적으로 저작권과 표현의 자유의 상충을 조정하는 기능을 수행하고 있다. 그러나 도면저작물의 경우와 같이 저작권자의 표현으로부터 사상을 구분하기가 곤란하여 저작권법상 인정된 조정원칙만으로는 합리적인 이익조정이 불가능하다고 보여지는 경우 헌법상 우월적 지위에 있는 표현의 자유(언론 출판의 자유 또는 알 권리)를 이유로 하여 저작권을 제한할 수 있는가?

가. 판례

(1) 표현의 자유를 이유로 하는 판례를 인정하지 아니한 판례
총재 법원은 일반적으로 수정 제1조와 저작권 사이의 충돌을 인정하지 아니하여 왔고³³⁾ 가사 그 사이에 상충 가능성이 있다 하더라도 「공정사용의 법리」와 「사상-표현의 이분법」이 언론자유를 법익을 충분히 보장하고 있다고 믿어왔다.³⁴⁾

(가) 제2순회구 연방항소법원의 *Wainwright Securities Ins v. Wall Street Transcript Corp.* (1977)판결.

원고는 각종 회사의 재정적 특징, 성장가능성, 예상수익 또는 산업계의 동향 등에 관한 깊이 있는 조사보고서를 작성하여 이를 필요로 하는 고객에게 유료로 제공하는 사업에 종사하는 자이고, 피고는 주간경제신문발행인으로서 원고가 작성한 보고서의 상당한 부분을 요약하여 그 신문의 특정 칼럼에 게재하였다. 위 사건에서 피고는 자신이 발행하는 신문을 통하여 구독자들에게

33) “저작권은 단지 표현된 형태(form of expression)를 보호할 뿐이고 표현된 아이디어를 보호하는 것이 아니므로 저작권법은 언론의 자유를 제약하지 아니한다.” *New York Times v. U. S.*, 403 U. S. 713 Brennan 대법원의 찬동의견에서.

34) 예컨대, “수정 제1조의 보호법익과 저작권법의 보호법익 사이의 충돌은 공정사용의 원칙을 적용함으로써 해결할 수 있다고 한다”라고 판시한 *Keep Thompson Govr. Comm. v. Citizens for Gallen*(D. N. H. 1978) 판결.

기업의 재정문제에 관한 보고서를 요약한 기사를 제공함으로써 원고의 저작물을 시사보도에 사용한 것임을 이유로 피고는 일반 공중에게 알 권리가 있는 정보를 제공한다는 수정 제1조의 권리를 주장하였다. 이에 대하여 제2순회구 연방항소법원은 “원고가 작성한 보고서의 내용을 이루고 있는 분석과 평가, 생각 (impression)과 문체는 사실을 특정한 형태로 표현한 것이므로 저작권이 보호되는 것이다. 일반공중은 사실을 알 권리를 가지고 있지만 그 사실을 저작자가 독특한 형태로 조합하고 표현한 형태로서의 사실을 알 권리를 가지고 있는 것은 아니다” 나아가 법원은 공정사용의 항변 이외에 별도로 수정 제1조를 이유로 하는 면책특권은 인정되지 아니한다고 판시하였다. 즉, “수정 제1조와 저작권법 사이의 긴장관계는 존재하지 않는다. 왜냐하면 법원은 공정사용의 원칙을 일반공중이 일반적 중요성이 있는 지식에 접근할 수 있도록 보장함과 동시에 저작자의 권리를 보호할 수 있는 이론으로 구성하여 왔기 때문이다”.

(나) 제9순회구 연방항소법원은 1977년의 Sid & Marty Krofft Television Productions Inc. v. McDonald's Corp 판결에서 “피고들은 수정 제1조가 원고들의 저작물에 대한 저작권의 보호를 제한한다고 주장한다...수정 제1조가 저작권에 미치는 영향에 관하여 아직까지 연방대법원에서 논의된 적이 없다. 그러나 이러한 침묵은 대법원이 이를 몰라서가 아니고 「사상-표현의 이분법」이 저작권과 수정 제1조의 경합하는 법익을 조정하는 역할을 다하고 있다는 사실에서 유래한다. 저작권은 표현만을 보호하기 때문에 「사상의 장터」 (marketplace of ideas, 사상의 자유로운 교환을 말함)는 저작권에 의하여 아무런 제한도 받지 않는다... 사상은 저작권의 보호대상이 되지 않지만 그 사상을 특정한 형태

로 표현한 것은 저작권이 보호된다. 그러므로 마틴 루터 킹 목사의 정견은 널리 유포될 수 있으나 연설속에 있는 정견의 표현 자체는 저작권이 보호된다... 역사적 인물에 관한 사실은 누구나 사용할 수 있지만 자서전에 실린 사실의 표현을 상당량 빼끼게 되면 저작권 침해가 된다.....이러한 문제를 다룬 몇몇 법원들은 타인의 저작물에 있는 표현을 빼긴 자가 수정 제1조의 뒤에 숨도록 허용하지 않았다.....”라고 판시하였다.

(다) Columbia 순회구 연방항소법원의 Schnapper v. Foley (1981) 판결

저작자가 수정 제1조에 의하여 가지는 “침묵할 권리”(right to remain silent)는 미공표된 초고와 관련하여 Warren대법원장과 Brandeis대법관이 저술한 저명한“The Right To Privacy”에서 최초로 제기되었고 이어서 Estate of Hemingway v. Random House Inc(N. Y. 1968)판결에서 공표된 저작물과 미공표저작물 모두에 대하여 적용될 수 있다고 판시하였다. 그 후 Columbia순회구 연방항소법원은 Schnapper사건에서 ”공정사용의 법칙과 사상-표현 이분법은 정보에 접근하려는 개인에게 필요한 수단을 제공“하고 있으므로 수정 제1조와 저작권법 사이에는 아무런 충돌이 존재하지 않는다는 일심판의 판시에 동의한 다음 “수정 제1조는 말하려 하지 않는 저작자가 침묵을 지키고 있을 때 저작자로 하여금 말을 하도록 강요하는데 이용될 수 없다” “저작자는 수정 제1조의 침묵할 권리에 근거하여 그의 동의없이 타인이 저작물을 사용하는 것을 거절할 수 있는 수정 제1조의 권리가 있다“고 판시하였다.

(라) 연방대법원의 Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprises, 471 U. S. 539 (1985)판결

피고는 Ford전대통령이 집필한 「A Time to Heal」이라는 당시 미공표상태의 회고록초고를 비밀리에 입수하게 되자 그 초고 중 핵심적인 부분(포드대통령이 닉슨전대통령을 사면한 사건)을 무단발췌한 기사를 피고가 발행하는 잡지에 게재하였다.

위 사건의 원심인 제2순회구 연방항소법원의 다수의견은 「저작권법상의 사상-표현 이분론은 “저작자의 표현을 보호하는 한편 사실의 자유로운 전파를 허용함으로써 수정 제1조와 저작권법 사이에 균형을 맞추어 준다”고 하면서도 포드대통령이 닉슨전대통령을 사면한 사건은 중대한 의미를 갖는 정치적 사건이라고 언급한 다음 “이 사건만큼 저작권의 개념을 수정 제1조와 조화되도록 해석할 필요성이 중요한 의미를 갖는 경우는 없을 것”이라고 판시하여 피고의 공정사용을 인정하였다. 상고심에서 원고는 「수정 제1조는 논픽션 저작물에 대한 저작권의 보호범위를 축소시키도록 요구하는가?」라는 문제에 대한 연방대법원의 판단을 구하였다. 피고는 포드대통령의 비망록이 가지는 공적인 중요성을 근거로 하여 공정사용의 기준에 못미치는 사용이라도 면책되어야 한다고 주장하였다. 또 피고는 일반공중이 가능한한 신속하게 뉴스를 알게 된다는 이익이 저작자가 가지는 최초발행권보다 중요하다고 주장하였다. 이에 대하여 연방대법원의 다수의견은 다음과 같이 판단하였다.

“(피고의 주장대로라면) 일반공중에 가장 중요한 저작물일수록 보다 적은 권리를 부여받게 됨으로써 저작권의 체계와 근본적으로 어긋나게 된다.……더욱이 사고와 표현의 자유는 자유로이 말할 권리와 전혀 말하지 않을 권리를 모두 포함한다. 그러나 이 말하지 않을 권리가 사실을 은폐하기 위한 수단으로 저작권

을 남용하는 것을 허용한다는 취지는 아니다.……수정 제1조의 보호가 이미 저작권법상의 공정사용과 「사상-표현의 구별」에 의하여 구체화되고 있다는 견지에서 볼 때 저작권에 대한 공적 인물의 예외(public figure exception)를 만들어 내어 공정사용의 원칙을 확대할 근거가 없다.”

(2) 수정 제1조를 이유로 하는 예외를 인정한 판례

- TRIANGLE PUB. INC. v. KNIGHT-RIDDER NEWSPAPERS INC. (S. D. Fla. 1978)

이 판결은 저작권침해소송에서 정면으로 수정 제1조를 이유로 하여 저작권자의 청구를 배척한 유일한 사례로 알려져 있다.³⁵⁾

(가) 사실의 개요 : 원고는 10여년 전부터 “TV Guide”라는 정기간행물을 발행하여 왔고, Miami Herald 신문의 발행사인 피고는 일요일판 부록으로 텔레비전의 주간방영예정프로그램을 소개하는 소책자를 만들기로 하고 이를 텔레비전 광고를 통하여 선전하였다. 30초간 지속되는 이 광고물에서 문제가 된 것은 이 광고 진행 중 수초 도안 경쟁서적인 “TV Guide”를 보여준 다음 경쟁사 잡지의 이름은 거론하지 않았지만 화면에서 보이는 그 잡지 보다는 신문부록이 크기도 작고, 또 신문을 구입하면 별도의 비용을 들이지 않고도 부록을 입수할 수 있다는 취지를 선전하였다(이른바 비교광고). 원고는 피고가 원고의 허락없이 피고의 상업광고에 전시된 TV Guide의 표지를 사용하여 원고의 저작권을 침해하였다고 주장하였다.

(나) 이유의 요지 : 피고가 공정사용의 항변을 제출하였으나

³⁵⁾ 위 Note, 327면 참조. 학자들 중에는 Rosemont판결과 Bernard Geis판결이 그 표면상의 이유와는 달리 공익에 근거한 수정 제1조의 면책특권을 창설하였다고 보는 견해가 있다 (위 Note, 331면).

Florida주 연방남부지방법원은 「영리기업이 영리를 목적으로 저작권이 있는 저작물을 사용하는 행위는 공정사용의 원칙이 보호하고자 하는 행위가 아니다...비평을 이유로 한 예외는 흔히 문학비평, 영화비평으로 간주되는 저작물을 보호하기 위하여 인정된 것이지 특정한 제품이 잘 팔리도록 하기 위한 상업적 비평을 포함되지 않는다」라는 취지로 판시하여 이를 배척하였지만 언론 자유의 불가침을 수호하는 수정 제1조의 범익을 고려하여 원고가 구하는 가치분신청을 기각하였다. 그 이유의 요지는 다음과 같다.

(ㄱ) 저작권법은 그 제정 이래로 언론의 자유를 둘러싼 보호 영역내에서 미묘한 긴장을 일으켜 왔다. 만일 그들이 서로 어긋나는 목표를 향해 작용한다면 수정 제1조의 우월성으로 말미암아 저작권법은 그 효력을 박탈당하지 않으면 안된다; (ㄴ) 본건 비교광고는 일반공중에게 같은 값이면 TV Guide를 사지 말고 부록이 있는 Maimi Heraid신문을 구독하여야 한다는 사실을 알리고 있는 것이다. 비교광고가 진지하게 행하여진다면 자유경제 체제에서 소비자를 교육시키는데 필요한 중요한 정보원이 된다. 만일 피고의 행위가 저작권법에 어긋난다고 판단한다면 이로써 수정 제1조와 저작권법 사이에 충돌이 있게 된다; (ㄷ) 법원은 이러한 상황에서 법 전체를 “지나치게 광범위하다(overbroad)”는 이유로 폐지하기보다는 저작권법의 합헌성과 입법목적을 유지할 수 있도록 좁게 해석하여야 한다; (ㄹ) 따라서 원고의 잡지와 피고의 소책자를 대조하는 비교광고행위는 저작권법의 목적에 부합하는 것이므로 저작권법과 수정 제1조가 공존하려면 이를 허용하여야 한다.

(3) 판례의 분석 : 저작권이 있는 저작물을 사용할 수 있는 수

정 제1조상의 권리를 인정한 위 TRIANGLE PUB.판결은 가처분신청사건에서 수정 제1조의 법익을 고려하여 가처분신청을 기각한 것이므로 피고의 손해배상책임까지 면제시키겠다는 취지인지는 불분명하다.³⁶⁾ 이 판결은 항소심인 제5순회구 연방항소법원에서 수정 제1조를 근거로 해서가 아니라 피고의 행위가 공정사용에 해당한다는 이유로 유지되었다.³⁷⁾ 이 항소심의 Brown 판사는 보충의견을 통하여 “피고가 원고의 TV Guide의 표지 자체를 보여줌으로써만 TV Guide의 개념(idea)를 (시청자들에게) 전달할 수 있다고 가정하더라도 피고가 주장하는 수정 제1조의 법익보다 저작권법의 법익이 우선하여야 한다고 생각한다”고 실시하였다. 그밖에 SID & MARTY KROFFT TELEVISION판결은 방론에서 “드물기는 하지만 수정 제1조의 기능을 고려하여 뉴스가치 있는 사건의 영상적 표현(graphic expression)에 대한 저작권의 보호가 제한되는 경우가 있다”고 언급하면서 케네디대통령암살현장에서 Zapruder가 찍은 가정용영화필름의 몇 장면을 어느 역사가가 무단사용(사진으로 복제하는 대신 해당장면을 목탄으로 스캔하는 형식으로 사용하였다)하여 문제된 1968년의 Time Inc v. Bernard Geis Associates사건에서 뉴욕주의 연방남부지방법원은 수정 제1조를 명시적으로 원용하지 않았지만 케네디대통령의 암살사건에 관한 모든 정보를 이용할 수 있도록 한다는 공익을 근거로 하여 그 필름의 몇 장면을 복제한 것을 정당하다고 판시한 것을 그 예로 들고 있다.

그러나 실제로 「사상-표현 이분법」과 공정사용에 의하여 허용되는 범위를 넘어서는 복제를 허가하는 수정 제1조의 권리가

36) 위 Note, 327면은 「Triangle사건은 저작권법상의 공정사용원칙을 적용하여 해결할 수 있었던 사건이므로 이 판결이 수정 제1조의 면책특권을 창설한 것으로 보아서는 안된다」고 한다.

37) 626 F. 2d. 1171 ; Patry, 전제서, 141면 주262에서 인용.

존재한다고 인정한 판례는 전무하다고 한다.³⁸⁾

나. “보도용사진”(news photographs)에 한하여 수정 제1조를 이유로 한 예외를 인정하자는 Nimmer 교원의 견해³⁹⁾와 Patry 변호사의 반론⁴⁰⁾

(1) Nimmer 교수는 베트남전쟁 중에 일어난 어떤 학살사건(the My Lai massacre)을 촬영한 사진과 같이 뉴스가치가 있는 도면저작권(graphic works)을 일정한 요건하에서 자유로이 사용할 수 있도록 하는 강제허락제도의 창설을 제안하였다.⁴¹⁾ 즉, 수정 제1조가 이러한 상황에서 저작물의 자유이용을 허용하도록 요구하는가를 사건별로 공정사용해당여부를 판단할 것이 아니라 뉴스용사진을 위한 강제허락제도를 만들자는 것이다.

(2) 일반적으로 민주주의 대화는 일반공중에게 저작자의 사상에 자유로이 접근(access to ideas)할 수 있도록 허용함으로써 충분히 그 기능을 발휘할 수 있다. 저작자의 “표현”에 대한 접근(access to expression)을 허용하지 아니함으로써 민주주의 대화에 다소 손실이 초래되더라도 이는 저작권 제도가 수행하는 보다 중요한 공익을 이유로 정당화된다. 그러나 만일 어떤 저작물의 성격상 그 저작물에 담긴 “사상”보다는 “사상의 표현”이 절대

38) W. Patry, 전게서, 141면 ; D. Johnston, 전게서, 135면; 제2순회구 연방항소법원은 CBS가 1977년 사망한 Charlie Chaplin을 기념하기 위한 특집방송을 하면서 고인이 생전에 출연한 영화필름을 사용하여 저작권침해가 문제된 1982년의 Roy Export Co. Establishment v. CBS 판결에서 공정사용의 범위를 넘어서는 사용을 허용하는 수정 제1조의 특권을 인정할 수 없다고 판시하였다.

39) M. Nimmer, 전계논문 1196 - 1200면(“wedding of expression and idea”).

40) Patry, 전게서, 469면 이하.

41) 「수정 제1조가 저작권의 보호를 제한하지 아니한다」는 원칙에 대한 예외를 Nimmer 교수가 제안하였다고 하지만(SID & MARTY KROFFT TELEVISION 판결 등 참조) 동교수는 저작권법의 해석론이 아니라 입법론을 제시한 것이다.

적으로 중요한 의미를 가지는 경우에는 표현과 분리된 사상만으로는 민주주의 대화에 거의 기여하는 바가 없는 것이다.⁴²⁾ 이 경우에는 일반공중이 사진저작물과 예술저작물을 포함한 도면저작물을 직접 보아야 비로소 의미있는 민주주의 대화가 가능하게 될 것이다. 이 경우에는 사상-표현 이분법은 적절한 유형별이익교량기준을 제시하지 못한다. 왜냐하면 위 이분법만으로는 수정 제1조의 법익이 충분히 보호되지 못하기 때문이다. 이와 같이 「사상-표현 이분법」을 사용하여도 상충하는 두 법익사이의 적절한 이익교량이 되지 않는 경우에는 수정 제1조의 법익에 보다 무거운 가중치가 주어져야 한다.

그러나 수정 제1조를 이유로 하여 모든 도면저작물에 대한 저작권의 보호가 부정되어서는 안된다. 대부분의 도면저작권의 경우에는 창작을 장려한다는 저작권의 가치에 비하여 표현으로부터 분리된 “사상”만으로는 민주주의 대화에 별로 기여하는 바가 없다. 그러므로 도면저작물의 표현에 대한 자유로운 접근을 허용한다는 언론자유를 고려하더라도 이 경우에는 저작권의 법익이 우선한다. 그러나 가령 월남전쟁중에 일어난 My Lai 학살 사건을 찍은 사진의 예에서 보듯이 어떤 종류의 도면저작물은 그것이 주는 시각적 충격으로 말미암아 민주주의 대화의 계발에 독특한 기여를 한다. 학살사건이라는 개념(idea)을 아무리 많은 말로 묘사하더라도 그 사진을 통하여 일반공중이 깨닫게 되는 것을 대치하지는 못한다. 일반공중이 그 비극적 사건에서 무슨 일이 일어났는가를 완전히 이해하기 위하여는 단순한 개념(idea)의 서술이 아닌 사진에 의한 표현은 필수적이다. 위 사건에서 문제의 사진에 의존하지 않더라도 일반공중은 신문기사 등을 통하

42) 가령 「모나리자」의 그림을 실제로 보지 아니하고 그 그림을 “미소짓는 아름다운 여자 를 그린 것이다.”라는 개념설명으로 들어서는 도저히 그 그림을 이해할 수 없을 것이다.

여 해당사건에서 일어난 사실을 알 수 있으나 다른 어떤 정보도 사진만큼 실제로 무슨 일이 일어났는가에 관한 신빙성있는 정보를 주지 못한다. 일반공중이 그 학살사건의 진정한 의미를 이해함에 있어서 그 사진의 저작권자가 이를 검열할 수 있다고 하면 이는 참을 수 없는 것이다. 따라서 이 경우에는 언론의 법익이 저작권의 법익을 능가하는 것이다. 이와 같이 예외적으로 언론자유의 법익을 우선시켜야 하는 도면저작물은 “뉴스사진”(보도용 사진)에 한한다. 민주주의 대화에 별다른 기여를 하지 못하는 도면저작물을 단순히 공익에 상당한 정도로 기여한다는 이유만으로 이 범주에 포함시켜서는 안된다. 무엇이 뉴스사진인가는 탄력적인 개념이지만 전국적으로 배포되는 신문 등 출판물에 등장하는 뉴스기사의 주체가 된 사건을 묘사하는 사진 기타 이와 유사한 과정으로 만들어지는 모든 저작물(영화필름이나 비디오테이프는 포함하지만 회화, 조각 등 다른 도면저작물은 제외된다)을 말한다.

이 경우에도 뉴스 사진이 가지는 저작권의 보호가 부정되어서는 안된다. 언론자유의 법익이 저작권의 법익을 능가한다는 이유로 뉴스사진을 저작권의 보호범위에서 제외한다면 뉴스사진의 제작은 감소되고 결과적으로 언론자유의 법익 자체가 손상될 것이다. 따라서 해결책은 「만일 뉴스사진이 제작된 지 한 달 이내에 신문, 잡지 또는 텔레비전 뉴스에 나타나지 않으면 신문 잡지 또는 텔레비전 뉴스에 종사하는 자는 누구나 사진저작권자에게 법원이 정하는 사용료를 지급하는 것을 조건으로 그 사진을 보도용으로 사용할 수 있다」는 내용의 강제허락제도를 새로운 입법으로 창설하여야 한다.

(3) 이에 대하여 Patry 변호사는 「의회는 뉴스사진의 사용문제는 공정사용여부의 평가를 받아야 하는 것으로 만족하여

Nimmer 교수의 제안을 채택하지 않았다. 따라서 공정사용의 항변이 인정되지 않으면 저작권침해로 되는 것」이라고 주장한다. 또한 My Lai 학살사건의 사진이나 Zapruder가 케네디대통령암살 사건을 찍은 필름의 독특함은 Nimmer 교수의 주장과는 달리 저작권의 개념(idea)과 그 표현의 불가분성에서 유래하는 것이 아니라 순전히 우연하게 그 사진가가 현장에 있었고 이는 되풀이될 수 없다는 사실에서 나오는 것이라고 반박한다. 나아가 Nimmer 교수가 예로 들고 있는 사진이 포착한 사건은 재현될 수 없기 때문에 만일 사진가가 자신의 저작권(사진)을 남에게 보여주기를 원하지 않게 되면 일반공중은 그 사건에 접근할 기회가 박탈된다고 하는 문제가 생긴다. 그러나 아무리 언론기관의 언론자유가 강조되고 국민의 알 권리를 중시하더라도 원하지 않는 사진가로 하여금 강제로 그의 저작권을 제출하도록 강요할 수 있는 방법은 없다. 더구나 저작권법 역시 수정 제1조의 권리를 가지므로 무단사용자가 제출한 수정 제1조의 권리에 대한 제항변으로서 저작권자 자신이 가지는 수정 제1조의 권리를 주장할 수 있다.⁴³⁾ 따라서 수정 제1조의 권리상호간의 충돌문제가 일어나게 된다.

다. 수정 제1조의 면책특권을 인정하여야 한다는 Denicola 교수의 주장

Danicola 교수는 1979년에 발표한 논문에서 「사상-표현 이분론」과 전통적인 「공정사용의 원칙」이 언론자유에 중요한 법익을 적절하게 보호할 수 없는 상황에서는 이와 별도로 수정 제1조의 면책특권을 인정하여야 한다고 주장하였다. 동교수는 「언

43) 실제로 Columbia 순회구 연방항소법원은 Schnapper v. Foley 판결(1981)에서 저작권자는 수정 제1조상의 침묵할 권리를 가진다고 판시하였다.

론자유의 목적을 위하여 부득이하게 타인의 표현을 사용하여야 한다면 그로 인하여 아무리 저작권자에게 중대한 경제적 손실을 가하게 되더라도 저작권자의 재산적 이익은 언론의 자유 앞에 양보하여야 한다. 이 문제를 해결하기 위하여 공정사용의 원칙을 적용한다면 이 원칙이 왜곡될 우려가 있으므로, 수정 제1조의 면책특권을 인정할 필요가 있다.⁴⁴⁾ 이와 같이 저작권이 보호되는 저작물을 사용할 수 있는 수정 제1조의 특권을 타인의 표현을 사용할 필요 있음에도 불구하고 저작권 제도만으로는 이를 허용하지 못하게 되는 경우에 한하여 인정된다」고 한다. 나아가 동교수는 Nimmer 교수와는 달리 뉴스사진과 같은 영상적 표현(graphic expression) 뿐만 아니라 문자적 표현(literary expression)도 사용할 수 있는 수정 제1조의 특권을 인정하여야 한다. 수정 제1조의 특권을 인정하는 목적은 사용자가 「사상의 장터」에 그들 나름대로의 기여를 할 수 있도록 허용하려는 것이므로 단지 타인의 표현에 대한 시장수요를 이용하려는데 지나지 않는 경우에는 이러한 특권은 인정되지 아니한다.⁴⁵⁾ 결론적으로 언론자유와 저작권의 상충에 대한 궁극적인 해결책은 수정 제1조의 특권을 인정하는 데서 찾아야 한다. 따라서 사용자가 저작권이 보호되는 표현에 대한 접근없이는 언론의 자유를 충분히 행사할 수 없다면 타인의 표현을 사용할 필요성이 인정되며, 만일 전통적인 공정사용의 원칙만으로는 그러한 접근이 허용되지 않는다면 수정 제1조의 특권을 인정하여야 한다고 주장한다.

44) 제2순회구 연방항소법원은 *Time v. Bernard Geis* 판결에서 피고가 *Zapruder* 필름 중 몇 장면을 공정사용하였다고 인정하였으나 위 사안에서는 공정사용을 인정할 것이 아니라 수정 제1조의 특권을 인정하여 피고를 면책시켰어야 한다고 설명한다(위 논문 300면).

45) 저작권이 보호되는 표현을 사용하여야만 할 정당한 필요성유무와 시장수요의 이용여부를 가리는 작업은 쉽지 않지만 단지 사용자의 저작물이 시장에서 많이 팔렸다는 사실(commercial success)을 기준으로 하여서는 안된다. 그러나 일반공중이 사용자의 저작물을 구입하는 주된 목적이 그 저작물 중에 있는 타인의 표현 때문이라면 사용자는 타인의 표현에 대한 시장수요를 이용한 것이라고 볼 수 있다(위 논문, 310면)

라. 결 론

(1) 현행 저작권법에 의한 해결가능성

Nimmer 교수가 위 논문에서 주장한 바와 같이 뉴스사진의 무단사용이 자유이용(공정사용)에 해당하지 아니하여 저작권침해가 인정되는 경우 법원은 강제허락제도의 창설전이라도 현행저작권법의 테두리내에서 수정 제1조의 법익을 고려하여 저작권자에게 저작권법상 허용되는 여러가지 구제수단(이익반환, 법정손해액의 배상, 가처분, 네거티브와 프린트의 압수 파괴등)⁴⁶⁾을 허용하지 않고 실손해액의 배상으로 구제수단을 한정할 수 있을 것이다. 이러한 실손해액배상제도는 표현의 자유의 법익을 지나치게 제한하지 않으면서 동시에 저작권자의 경제적 이익도 고려하고 있는 것이므로 이는 저작권과 표현의 자유를 합리적으로 조정할 수 있는 방법이 될 수 있다. 그러나 저작물의 사용자에게 대한 형사처벌은 물론 실손해액을 초과하는 추정손해액의 배상을 명하거나 네거티브 등의 파괴조치를 하는 취하는 것은 무단사용에 대한 제재를 가하는 결과가 되므로 이로써 표현의 자유가 침해될 우려가 있다. 또한 가처분 내지 정지명령제도는 특히 저작물이 절판되었거나 또는 공표되지 아니한 경우 일반공중의 저작물에 대한 접근을 방해하므로 이로써 알 권리가 제약된다.⁴⁷⁾ 따라서 표현의 자유의 법익을 고려하여야 하는 제한된 상황에서서는 저작권침해를 이유로 실손해액을 넘는 배상을 명하거나 가처분 등을 명하는 것은 표현의 자유의 법익을 무시하는 것이므로 이를 피하여야 할 것이다.⁴⁸⁾ 이는 결과적으로 표현의

46) 우리 저작권법은 저작권침해에 대한 구제방법으로서 손해배상청구제도(제93조)외에 침해의 예방이나 정지청구제도(가처분포함)와 침해행위 등에 의하여 만들어진 물건의 압류 또는 폐기 등의 조치(제91조), 부정복제물의 부수추정(제94조), 나아가 저작권침해에 대한 형사처벌(제98조)을 규정하고 있다.

47) 위 Note, 336, 337면 참조.

자유 의 법익과 관련된 저작물의 사용을 위한 강제허락제도를 창설하는 것과 같다.⁴⁹⁾ 그러나 위와 같이 법원으로 하여금 매사건마다 실손해액의 배상 이외의 구제수단을 허용할 것인가를 판단하게 하는 것은 공익을 위하여 저작물을 사용하려는 자의 입장에서는 극히 불안하므로 이로써 표현의 자유가 위축될 우려가 있다(chilling effect). 여기에 저작권자의 이익을 고려함과 동시에 저작물의 사용자 및 일반공중이 가지는 표현의 자유를 충분히 보호할 수 있는 강제허락제도를 창설할 필요성이 있는 것이다.

(2) 미공표저작물에 대한 강제허락제도의 창설

우리 저작권법 제47조 내지 제50조에서는 이른바 「강제허락제도」를 인정하고 있으며⁵⁰⁾ 그 가운데 본사례와 가장 관련이 있는 저작권법 제48조에 의하면 “공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하고자 하는 방송사업자는” 저작권자와 협의불성립, 문화공보부장관의 승인 및 소정의 보상금지급을 조건으로 이를 방송할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법상 언론 출판의 자유 또는 알 권리를 강화하기 위하여 미공표된 저작물을 대상으로 하는 강제허락제도를 창설하는 경우 일응 위 규정을 참고할 수 있을 것이나 여기에는 저작권자의 재산적 이익과 인격적 이익을 특별히 고려하여야 한다. 따라서 신설규정에는 저작권법 제48조의 경우 보다 더 엄격한 기준이 설정되고, 「정당한 보상」 수준의 사

48) 본 사례에서는 비록 언론 출판의 자유 또는 알 권리의 중요성을 고려하여 원고의 가처분신청을 기각하는 것은 별론으로 하고 적어도 손해배상청구는 인용되어야 한다고 본다.

49) 위 Note, 339면.

50) 자유이용과는 달리 저작권자에게 보상을 요하는 광의의 강제허락제도(nonvoluntary license)는 다시 법정허락(statutory license 또는 legal license)와 협의의 강제허락(compulsory license)으로 나뉘어진다. 우리 저작권법상 「법정허락」(제2장 제9절)은 그 용어에 불구하고 협의의 강제허락에 해당한다. 송영식 외 2인, 전게서, 841-843면 ; 허희성, 전게서, 202-203면 참조.

용료지급이 규정되고 있어야 한다.

(ㄱ) 고려하여야 할 재산적이익 : 현행저작권법상 미공표된 저작물이라도 재판절차를 위하여 필요한 경우 또는 입법 행정의 목적을 위하여 내부자료로서 필요한 경우에는 이를 자유이용할 수 있는 예외가 인정되고 있으나(제22조) 이 경우는 이용대상자 및 이용범위가 한정되어 저작자의 경제적 이익이나 공표권을 실질적으로 침해하지 아니하는 것이다. 이에 비하여 미공개된 사진을 신문에 게재하거나 텔레비전 화면을 통하여 전시하게 되면 신문구독자 또는 시청자라는 불특정다수인에게 도달되어 사실상 사진을 공표하는 결과가 되므로 저작권자가 저작물의 최초발행을 통하여 얻을 수 있는 경제적이익과 공표권이라는 인격적 이익은 완전히 박탈되는 것이다. 그러므로 저작권법 제25조는 공표된 저작물에 한하여 보도 등을 위한 인용을 허용하고 있는 것이다.

(ㄴ) 고려하여야 할 인격적 이익 : 위와 같은 강제허락제도를 창설하는 경우 저작권자 자신이 가지는 표현의 자유를 고려하여야 한다.⁵¹⁾

저작자는 이미 저작권이 성립한 저작물(초고)이라도 이를 공표하지 아니하고 사적으로 간직할 수 있는 것이고(침묵의 자유) 나아가 이를 수정할 것인지 여부, 어떠한 형태와 매체를 이용하여 어느 시기에 공표할 것인가를 선택할 수 있어야 한다.⁵²⁾ 다만 아무런 저작물도 제작되지 아니한 상태에서 강제로 저작물을 제작하게 하는 경우와는 달리 일단 저작물의 형태로 저작자의 사상이나 감정을 외부에 표현한 이상 저작자가 이를 발표할 권

51) 저작권자가 가지는 표현의 자유가 저작권법상 저작인격권의 하나인 공표권으로 구체화되고 있다고 말할 수 있다.

52) 미국연방대법원은 Harper & Row v. Nation 판결에서 “저작자가 자신의 표현의 유포를 허가하기 전에 저작자의 표현을 공표하는 것은 저작물을 공표할 것인지 여부 또는 언제 공표할 것인지를 결정할 수 있는 저작자의 권리를 침해하는 것이다”라고 판시하였다.

리 즉 공표권은 법률로 제한될 수 있다.

(3) 강제허락의 허용요건

첫째, 저작물을 공표하여야 할 고도의 공익상 필요가 있어야 한다. Nimmer 교수가 예로 든 것과 같은 사진저작물은 이를 보도용으로 사용하여야 할 고도의 공익상 필요가 있는 사례에 해당한다고 본다. 그러나 그 판단기준으로서 Nimmer 교수는 공익이 아니라 뉴스가치를 기준으로 하여야 한다고 주장하지만 그렇게 되면 언론기관이 뉴스가치 있다고 판단하여 이를 기사화하는 경우에는 언제나 이에 해당하는 것으로 되므로 언론기관의 자의적 판단에 맡겨질 위험이 있다.⁵³⁾

둘째, 저작자가 정당한 이유 없이 상당한 기간 내에 이를 공표하지 아니하고, 저작물을 이용하려는 자가 협의를 요구하였음에도 불구하고 정당한 이유 없이 이를 거절하는 경우이어야 한다. 가령 저작권자가 저작권을 빙자하여 진실을 은폐하려 한다거나 또는 이러한 목적으로 저작권(공표권 포함)을 양수하는 등 저작권을 남용한다고 인정되는 경우에는 정당한 이유를 인정할 수 없을 것이다. 그러므로 저작자가 초고를 수정하기 위하여 또는 적절한 공표시기와 공표수단을 선택하기 위하여 그 발표를 미루고 있다가나 앞으로 단시일내에 공표할 예정으로 있는 경우 소위 “특종”을 할 욕심으로 타인이 앞질러 공표하는 것은 허용될 수 없다.

53) “뉴스가치”라는 개념의 모호성에 관하여 Kalven교수는 “뉴스가치성(newsworthiness)은 서술적(descriptive)인 용어로 되어야지 규범적인(normative) 용어로 되어서는 안될 것이다”라고 경고하고, Goldstein 교수는 “어떤 문제라도 단지 신문 잡지에 보도되었다는 사실만으로 뉴스가치 있는 것으로 취급될 수 있다...이러한 용어는 그 이외의 다른 매체수단과 역사적 과학적 출판물과 같은 수정 제1조의 보조대상이 되는 것들을 포함시키지 못하고 나아가 오직 시의적절한(timely)한 언론만을 보호하게 된다. 따라서 「뉴스가치」의 유무라는 불분명한 개념 대신 「공익(public interest)」을 기준으로 하여야 한다”고 주장한다(P. Goldstein, 전갈논문, 993, 994면).

셋째, 저작권자의 재산적 이익이 고려되어야 한다. 저작권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 일반재산권과 마찬가지로 그 내용과 한계를 정한 법률이 결정한 모습으로 헌법상 재산권으로서 보장된다. 재산권의 내용을 법률로 정한다는 것은 입법자가 재산권의 내용을 자유로이 정할 수 있는 형성권을 가지는 것을 의미한다. 그러나 입법자의 형성권은 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용침해금지조항과 같은 헌법에 의한 제약을 받는다. 따라서 저작물의 사용자가 저작권자에게 소정의 사용료를 지급하도록 함으로써 저작권자가 저작물에 대하여 가지는 최소한의 경제적 이익을 보장하지 아니한다면 이는 저작재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이 된다. 더욱이 이와 같이 제한된 범위의 미공개 사진저작물을 자유이용할 수 있도록 허용하는 것은 저작권자에게 특별한 희생을 부담시키는 의미가 있으므로 헌법 제23조 제3항의 공용제한에 해당하여 정당한 보상을 조건으로 한다고 볼 여지가 있다.

(4) 공표된 저작물의 경우(저작권법 제25조와 제48조의 관계)

비록 공표된 사진이라 하더라도 보도용 사진의 전부게재는 당해사진을 기준으로 하면 그 전부를 사용하는 것이므로 비록 그 사진에 관한 해설기사가 따른다 하더라도 저작권법 제25조의 자유이용을 가볍게 허용하여서는 안된다. 더욱이 백마디 말보다도 더 많은 의미를 전하는 중요한 사진저작물의 경우에는 아무리 해설기사가 장문에 걸친다 하더라도 이를 중된 인용이라고 할 수 없다. 이와 관련하여 저작권법 제48조를 주목할 필요가 있다. 이 규정은 방송사업자가 공익상 필요를 위하여 방송하는 경우를 규정하고 있어서 일용 신문 잡지 등 출판물을 통하여 보도하는

경우는 제외되고 있다. 그러나 이 양자를 구분하여 취급할 합리적인 이유가 없다고 생각한다. 그렇다면 이미 공표된 사진을 신문에 전재하려는 신문사로서는 이 규정을 유추적용하여 위 사진을 사용할 수 있는 여지가 있으므로 본 사례의 경우 이 점에서 저작권법 제25조의 자유이용을 허용하여서는 안되는 것이다.

7. 맺음말

헌법상 보장되는 기본권으로서 상호협조관계에 있는 것으로 보이는 저작권과 표현의 자유 사이의 법익상충과 조정문제가 제기되고 학자들이나 실무에서도 견해가 갈리는 것을 보면 이 문제가 그리 간단하지 아니함을 보여준다. 헌법상 우월적 지위에 있다고 인정되는 표현의 자유(언론 출판의 자유 또는 알 권리)를 표방하는 언론기관과 이보다 열세에 있는 저작자 개인 사이에 일어나는 분쟁에서 공공의 이익을 명분으로 자칫하면 저작자의 권리를 희생시키기 쉽다.⁵⁴⁾ 그러나 그로 말미암아 저작자의 창작동기가 상실되고 끝내 「창조의 샘」이 고갈된다면 결과적으로 단기적인 표현의 자유의 보호법익을 위하여 장기적인 표현의 자유의 보호법익을 침해하는 것이 된다. 반면, 저작자의 권리와 창작동기를 지나치게 강조하다보면 저작자의 침묵을 빙자하여 불순한 의도에서 사실이 은폐되고 이로써 민주정치에 필수 불가결한 충분한 정보에 근거한 여론형성이 방해될 우려가 있다. 특히 저작권제도가 국가 또는 언론기관을 비롯한 대기업이라는

54) 한승헌, 전계서, 258면 이하에서 신문과 저작권 사이의 관계에서 일어나는 문제점들을 제기하고 있다. 특히 269면에서 “신문 등 언론매체는 그 보도 편집 제작상의 특수사정과 언론의 공공성을 내세운 특권의식(?)에 연유한 타성 때문인지 아직도 (저작권문제에 대하여) 진지하게 대응하려고 하는 기색이 보이지 않는다”고 지적하고 있다.

거대한 저작권의 사용자(수요자)가 특정한 의도에 영합하는 여론의 형성을 위하여 저작물의 보급을 통제하고 나아가 저작자 개개인을 지배하는 모습으로 나타난다면 문제는 더 심각하게 된다. 기업적 저작권소유자들이 정보통제 및 여론조작 등의 목적으로 저작물의 공표여부 및 공표의 시기 방법 등을 조작하는 것을 방치한다면 일반공중에 대한 정보의 전달이 왜곡 변형될 우려도 있다.⁵⁵⁾ 이는 실질적으로 기업적 저작권소유자가 국가에 대신하여 저작물의 내용을 검열하고 발행여부 및 시기, 방법 등을 결정하는 셈이 된다. 이렇게 되면 비록 저작자 개인의 경제적 이익은 저작권양도의 대가로 보상되겠지만 일반공중은 지식과 정보에 대한 접근이 봉쇄되어 알 권리가 침해된다는 문제가 생긴다. 즉 국가나 기업이 진실을 은폐하고 정보를 통제하는 수단으로서 저작권제도를 남용할 가능성을 염두해 두어야 하는 것이다.⁵⁶⁾ 이러한 사례는 가상의 것이 아니고 실제로 일어나고 있는 것이다.⁵⁷⁾ 오늘날 표현의 자유 중에서도 「알 권리」 「들을 권리」가 중요한 의미를 더해가고 있는 정보사회에서 저작권과 언론출판의 자유 또는 알 권리 사이의 상충되는 법익조정시 이러한 문제점들을 충분히 고려하여야 할 것이다.

55) 예컨대, 사회적으로 문제가 될만한 저작물이 발행되기 전에 특정기관이 저작권을 매입한 다음 이를 공표하지 아니한 채 감춘다든지, 일단 발행된 저작물을 일제히 회수하여 일반공중의 접근을 방해하는 경우를 생각할 수 있다.

56) 기업적 저작권소유자에 의한 저작권의 독점문제에 관하여는 P. Goldstein, 전게논문 참조.

57) 제2순회구 연방항소법원이 1966년 판결한 Rosemont Enterprises, Inc v. Random House, Inc 사건에서 미국의 저명한 사업가인 Howard Hughes는 피고가 자신에 관한 전기집을 발간하려 한다는 사실을 알고 Look Magazine이라는 잡지에 실린 바 있는 자신의 일대기를 연재한 기사물에 대한 저작권을 양수한 다음 피고를 상대로 자신에 관한 전기집의 출판금지를 구하는 가치분신청을 하였다. 항소법원은 위 Hughes가 원작의 가치를 보호하기 위해서가 아니라 오직 피고의 전기집 발간을 막기 위하여 저작권을 양수한 사실을 인정하여 가치분신청을 기각하였다.

미국 헌법소송상의 Standing 법리

김 홍 엽

헌법연구관

서울고등법원 판사

- 목 차 -

1. 일반적 의의
 - 가. 개념 및 기능
 - 나. 헌법상 근거와 비헌법상 근거
 - 다. 각 유형 및 공통된 기본적 전제요건
 - 라. 공공소송과 사적 법무장관이론
2. 연방납세자소송 및 시민소송의 당사자적격
 - 가. 기본법 원칙과 판결례 분석-Frothingham 사건
 - 나. 예외적 인정과 판결례 분석-Flast 사건
 - 다. 최근의 주류적 입장과 판결례 분석-Richardson사건 Valley Forge 사건
 - 라. 시민소송의 원칙적 불인정과 판결례 분석 - Schlesinger 사건
3. 비연방납세자 및 비시민소송의 당사자적격

가. “사실상의 침해” 요건

- 1) 정의 및 성격
- 2) 연관요건불필요와 판결례 분석 - Duke Power 사건
- 3) 구체적, 개별화 침해의 요건과 판결례 분석
- Sierra Club 사건, SCRAP 사건, Wright 사건
- 4) 기관 및 단체의 당사자적격

나. 인과관계요건

- 1) 인과관계의 특정성 및 구제가능성과 판결례 분석 -
Warth 사건
- 2) “사실상 원인”의 원칙과 연방헌법 제3조의 근거 -
EKWRO 사건
- 3) 인과관계의 “실질적 충분성” - Duke Power 사건
- 4) “사실상 원인”의 원칙과 삼권분립적 근거 - Wright 사건
- 5) “사실상 원인”의 원칙과 의회입법권의 한계
- 6) 청구의 병합과 인과관계의 판단

다. 제삼자의 당사자적격

- 1) 일반적 원칙
 - 2) 예외 인정근거 및 요건
 - 가) 제삼자 권리의 손상
 - 나) 특별한 관계의 존재
 - 3) 광범위성 이론과의 관계
4. 주법원제소사건에 있어서의 당사자적격 문제

1. 일반적 논의

가. 개념 및 기능

미국헌법소송상 Standing(당사자재판적격, 당사자재판적합, 당사자소송적합, 일응 편의상 통용되는 당사자적격이라고 부른다¹⁾)은 소송당사자가 연방법원의 관할권의 발동(invocation of federal court jurisdiction)을 확보하고 연방법원의 구제권한의 행사(exercise of the court's remedial powers)를 정당화할 수 있는 정도의 본안적 분쟁(the controversy)에 대한 밀접한 관련(a close relationship) 내지 중대한 이해관계(a significant stake)를 가지느냐에 관한 문제이다.^{2) 3)}

-
- 1) 미국소송법상 통상 당사자적격으로 이해되는 개념으로는 Standing과 Real Party in Interest가 있다. 양 개념은 유사한 개념으로서 법원실무적으로도 혼용되어 사용되는 주도 없지 아니하나 일치되는 개념이 아니며 정확한 구별이 요구된다. Standing은 본문에서 논의되는 바와 같이 재판적합성(justiciability)의 한 분야개념인 반면, Real Party in Interest는 실체법상(applicable rules of substantive laws) 연방 또는 주에 따라 강행적 또는 임의적(mandatory or permissive)으로 일정한 자가 당사자로서 그 명의로 제소할 것을 요구하는(required to be prosecuted in the name of the real party in interest) 개념으로 피고의 이익을 위하여(for the benefit of the defendant), 동일한 소송원인 내지 소송물(same cause of action or subject matter)에 대하여 동일한 후소(subsequent identical action)가 제기되어 이러한 중복소송(multiplicity of suit)으로 인하여 피고가 받을 수 있는 곤란(harrassment), 당혹(vexation), 성가심(annoyance)으로부터 보호하기 위하여 소송에 실체법상의 권리 내지 이익이 있는 자만이 그 명의로 제소할 수 있도록 하여 재판의 일회적 확정성(the finality of the judgment)을 확보하는 개념으로, 사건으로는, 양 개념 모두 당사자에 관한 권리보호요건이나, 위의 양 개념의 구별을 전제로 한 적절한 표현으로 Standing을 당사자재판적격 내지 당사자재판적합으로, Real Party in Interest을 정당한 당사자로 부르는 것이 정확한 개념지칭으로 본다. 굳이 “당사자적격”이라는 용어의 사용이 다소 무구분적으로 일반화되고 있는 형편을 감안한다면, Standing이 미국에서도 Standing to sue 또는 standing to maintain the action으로 지칭되고 있는 점을 고려하여, “당사자소송적격”으로, Real Party in Interest는 실체법적 규정에 따른 실체법상이 권리 또는 이익에 근거하다는 점에서, “당사자실체적격”으로 표현할 수 있지 않을까 생각한다. 다만 본 논문에서는 통상 사용되는 당사자적격 용어를 단지 편의상 그대로 사용한다. Real Party in Interest에 관하여는 Atkinson, Real Party in Interest : A Plea for Its Abolition, 32 N.Y.U.L. Rev. 926(1957), Kennedy, Federal Rule 17(a) : Will the Real Party in Interest Please Stand?, 51 Minn. L. Rev. 675(1967)
 - 2) Gerald Gunther, Constitutional Law, 1541(11th ed. 1985) ; Jerome A. Barron, C. Thomas Dienes, Wayne McCormack & Martin Redish, Constitutional Law : Principles and Policy, 1287(3rd ed. 1987), Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 95 S. Ct. 2197, 45 L. Ed. 2d 343(1975)

즉 전통적 견해에 의하여 더 구체적으로 언급하면 법원이 난이한 헌법상의 문제를 해결하기 위하여(for illumination of difficult constitutional questions) 주로 의존하는 쟁점이 제출(presentation of issues)을 침해화하는 구체적 대립성(concrete adverseness)을 확보할 수 있는 정도의 분쟁의 결과에 대하여 개인적 이해관계(personal stake)를 갖느냐의 문제로서 모든 연방헌법소송에 있어 연방법원이 재판권을 행사하기 위한 전제요건(a threshold question)이다.⁴⁾

사법부의 권한은 연방헌법상의 고유의 관할 및 의회제정법에 의한 관할 및 연방헌법 제3조에 의한 “사건 및 쟁송”(cases and controversies)의 규정 내지 사법재량에 의해 확립된 “재판적합성”(justiciability)에 의해 제한되어 있다. 이러한 재판적합성은 고정된 내용(fixed contents)을 가진 법적으로 확정된 개념은 상황적으로 가변적인 개념이나⁵⁾ 일응 전통적인 관념(traditional

3) Standing 이론은 공법의 전분야에 있어 가장 무정형한 개념 중의 하나(one of the most amorphous concepts in the entire domain of public law)이며 (뒤에서 볼 Flast v. Cohen 판결에서 인용한 Paul A. Freund 교수의 지적이다), 연방최고법원조차 Standing에 관한 일반화(generalization about standing to sue)는 대부분의 경우는 무의미하다(largely worthless as such)라고 보고 있다. 뒤에서 볼 Association of Data Processing Service Organization, Inc. v. Camp, 397 U. S. 150, 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184(1970)

4) Flast v. Cohen, 392 U. S. 83, 88 S. Ct. 1942, 20 L. Ed. 2d 947(1968), Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663(1962), O’Shea v. Littleton, 414 U. S. 488, 94 S. Ct. 669, 38 L. Ed. 2d 674(1974), Richardson v. Ramirez, 418 U. S. 24, 94 S. Ct. 2655, 41 L. Ed. 2d 551(1974), 원래 당사자적격이론은 연방최고법원이 연방헌법제3조의 “사건 및 쟁송”에 입각하여, 사법적 판단이 금지되는 “권고적 의견(advisory opinion)”을 구성하는 위험성을 야기하는 제대로 정의할 수 없는 사실(ill-defined facts)에 근거한 추상적 이익(abstract interests)을 가진 소송당사자를 배제하기 위하여 확립된 것이다. 그 후 연방최고법원은 후술할 Allen v. Wright 사건을 통하여 소송당사자가 사법부를 타 부와의 불필요한 마찰(unnecessary conflict)로 이끌어 들일 경우를 방지하기 위한 삼권분립상의 근거로 당사자적격을 이해하기에 이르자 당사자적격의 개념도 이에 따라 달리 구성되어야 한다는 인식아래, 소송당사자는 주장된 침해의 실제 존재여부 또는 주관적 중요성(subjective importance) 여부를 불문하고 자신에 대해 구체적으로 영향을 미치는 포착할 수 있고 구체적인 성격(a tangible, concrete nature)의 개별화된 손해(an individuated harm)를 주장하여야한다는 견해가 있다. Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 108, 109, 114(2nd ed. 1988)

5) 재판적합성 이론이 공공소송(public law litigation)에 있어서의 연방법원의 역할을 축소하는 방향으로 활용되는 경향에 대한 비판적 논문으로는, Fallon, Of Justiciability, Remedies and Public Law Litigation : Notes on the Jurisprudence of Lyons, 59

justiciability)하에서는 주장된 권리에 대한 재판을 일의적으로 요구하는 진정하고 실질적인 분쟁(a real and substantial controversy which unequivocally calls for adjudication of the rights asserted)이 있는 경우를 말하는 데⁶⁾ 이러한 “진정하고 실질적인 분쟁”의 존재범위는 한편으로는, 계쟁행위에의 관련추적이 가능한(fairly can be traced to the challenged action) 현실적인 손해(injury in fact)를 당하였거나 당할 우려를 인정할 수 있는 정도의 청구당사자의 이해의 충분성(the sufficiency of the stake)을 요구하는 당사자적격(standing)에 의해 결정되고, 다른 한편으로는, 분쟁의 충분성(the substantiality)은 분쟁 자체의 태양(a feature of the controversy itself) 즉 사법판단을 위한 실질적 쟁점의 적합성(the appropriateness of the issues for judicial decision)과 소구하고 있는 구제부인의 현실적 곤란성(the actual hardship of denying the relief sought)에 의해 결정된다.⁷⁾ 따라서 대부분의 다른 재판적합성(justiciability)이 제소된 쟁점(the issue being litigated)의 성질에 초점을 맞추고 있는데 비해 당사자적격은 소송상 청구주장의 당사자(the party asserting the claim)에 주로 초점을 맞추고 있다.⁸⁾

N.Y.U.L. Rev. 1(1984), 당사자적격 이론을 실체법적 권리를 축소적으로 운용함에 원용되는 경향에 대한 비판적 견해로서는, Reinhardt, Limiting Access to the Federal Courts : Round Up the Usual Victims, 6 Whittier L. Rev. 967(1984), Tushnet, The Sociology of Article III : A Response to Professor Brilmayer, 93 Harv. L. Rev. 1699(1980).

6) Poe v. Ullman, 367 U. S. 497, 81 S. Ct. 1752, 6 L. Ed. 2d 989(1961)

7) 이 경우 분쟁의 윤곽(the contours of the controversy)의 심리는 법원이 “권고적 의견”(advisory opinions)를 발함으로써 야기되는 헌법상 보장된 권한의 유월을 회피하기 위하여 필수적인 것으로, 이러한 권고적 의견금지의 원칙은 소송상 청구가 구체적으로 제시되어야 하고 추론적인 미래의 불확정한 사실(speculative future contingencies)에 기초하여서는 아니된다는 “성숙성”(ripeness)이론, 시간의 경과 또는 사건의 연속이 기존의 분쟁의 생동적 성격(the previously live nature of the controversy)을 파괴해서는 아니된다는 “모의재판성”(mootness)이론, 분쟁의 성격상 사법부외의 타 기관에 의한 해결이 가장 적합하다고 보여지는 분쟁에 대하여는 사법관여를 하지 않는다는 “정치적 문제”(political question)이론 등에 의하여 보장되어진다. L. Tribe, 전게서 68

8) 위 Fla판결에서 이를 부연하여 당사자적격의 문제는 특정 쟁점에 대한 재판을 요구할 수 있는 정당한 당사자(a proper party to request an adjudication of a particular issue)인지에 관하여서이지, 쟁점 그 자체(issue itself)가 재판에 적합한지(justiciable)에 관해서

이러한 당사자적격이론은 분쟁해결결과에 대한 이익의 성질 및 그 충분성(the nature and sufficiency of the interest in the outcome of controversy)에 대한 연구이다.⁹⁾ 당사자적격의 이론은 연방법원이 헌법 또는 법령상의 원리를 부여함에 있어 적법성 또는 제3자 이익(legality or the interests of 'bystanders') 등에 대한 판사자신의 견해를 강제할 목적의 무임소위원회(roving commission)와 같은 행위를 연방법원이 하도록 허용하지 아니한다는 주된 정책적 고려를 반영하고 있다.¹⁰⁾ 따라서 당사자적격이론의 예상되는 기능(functions)은 다음과 같다.¹¹⁾

첫째, 당사자적격은 법원이 추상적이고 가상적인(abstract or hypothetical) 사건보다 구체적인(concrete) 사건에 대하여 판단함을 보장하며, 둘째, 당사자적격은 정치적 과정에 대한 사법적 관여(judicial intervention into the political process)의 경우를 제한함으로써 사법자제(judicial restraint)를 증진시키고, 셋째, 당사자적격은 분쟁에 대한 순수한 이념적 이익을 가진 국외자(outsiders with a purely ideological interest)¹²⁾를 위해서가 아니라 직접적으로 영향을 받는 당사자의 요구로 행해짐을 의미한다.¹³⁾ 대부분의 일반민사소송에서의 당사자적격의 문제는 명확

가 아니라고 하고 있다

9) Hart & Wechsler, *Federal Courts*, 156(2d ed. 1973)

10) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830(1973)

11) Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein & Mark V. Tushet, *Constitutional Law* 86(1986)

12) Barron, Dienes, McCormack & Redish, 전게서 1287은 이와 같은 관심있는 국외자(a concerned bystander)를 단순히 남의 일에 끼어 들기를 좋아하는 사건개입자(a mere officious intermeddler)라고 표현하고 있다

13) 다만 연방최고법원이 당사자적격법리(the law of standing)를 사건의 본안적 문제를 처리하는 것을 회피하기 위한 결정도구(a decisional tool to avoid disposition of certain cases on the merits)로서 이용하여, 헌법쟁점의 본안(the merits of the constitutional issue)이 어려울수록 원고에게 다른 사건에서 보다 더 당사자적격성의 주장, 입증요구할 수 있는 점이 지적될 수 있다는 견해로서는, John E. Nowak, Ronald D. Rotunda & J. Nelson Young, *Constitutional Law*, 80(3rd ed. 1986). 다만 이러한 연방최고법원의 태도에 대하여는, 과도한 사법적 역할(an excessive judicial role)에 대한 보호는 그러한 보호의 부여뿐만 아니라 정의의 요구에 의한(in the interests of justice) 사법심사(judicial review)의 방지를 의미하므로 당사자적격법리는 이를 법원의 적절한 역할로 한

하다. 즉 상해를 원인으로 하는 불법행위소송 또는 계약위반을 원인으로 하여 경제적 손실에 대한 배상청구소송 등에 있어서 당사자는 각 그 소송물을 전제로 하여 제소하도록 허용되어야 할 당사자 즉 소송결과에 대한 직접적이고 개인적인 이해관계를 충분히 가진 자에게 당사자적격을 부여한다. 그러나 헌법소송의 많은 경우에 있어서는 원고가 행정부의 위헌적 공권력행사를 그 원인으로 하고 있으므로 해당 공권력의 행사가 다른 일반인 보다 더 직접적으로 원고에게 영향을 미쳤는지, 원고의 승소로 인하여 분쟁이 해결된 경우에 원고에게 특별한 이익이 될 것인지의 문제는 그렇게 명백한 것은 아니다.¹⁴⁾ 즉 뒤에서 보는 바와 같이 공권력의 합헌적 행사에 대한 일반적 이익(the generalize-dinterest of a citizen)만으로 소송을 허용할 충분한 이해관계(a sufficient stake)가 있다고 보지 않고 있으므로 원고는 자신의 분쟁상의 이익이 기타 일반인의 이익보다 더 직접적이고 개별화된 (more direct and individualized) 것이라고 주장하여야 한다. 따라서 헌법소송상 당사자적격문제(standing questions)는 소송 당사자가 주로(principally) 정부의 행위(government conduct)를 다루고 있고, 대부분의 사인의 당사자들 사이에 통상적으로 존재하는 명백한 이해관계(the obvious stake)를 결한 경우가 종종 있으므로 당사자적격이론은 국가공무원들에 대한 사법통제의 기본체계(the framework for "judicial control of public officers")를 정의함으로써, 헌법에서 특별한 중요성(special significance)이 있다. 이러한 소송당사자의 당사자적격은 통상 증거조사 이전에 변론을 통하여 판단되는데, 법원은 비록 필요한 경우에 보다

정하는데 이용되는 경우에는 (for confining courts to a role that is appropriate for courts) 잘못된 도구(the wrong tool)라는 비판으로는, K. Davis, *Administrative Law of the Seventies*, 523(1976)

14) G. Gunther, 전제서 1541

구체적인 변론(more specific pleading)을 요구할 수 있으나 소송 당사자의 주장사실을 진실한 것으로 가정하여 소송당사자에게 유리하게 해석할 것(assume their truth and construe them in the litigant's favor)이 요구되며 당사자적격에 대한 원래의 결정을 그후 최종적으로 제출된 증거에 비추어(on proof ultimately produced) 취소할 수 있다.¹⁵⁾

나. 헌법상 근거와 비헌법상 근거

당사자적격에 대한 연방최고법원의 판결들은 연방헌법 제3조의 “사건 및 쟁송”(case or controversy)이라는 헌법상의 요구(constitutional requirement)에 의하여 부과어진 요건이며, 무엇이 사법부를 운영하기 위한 현명한 정책을 구성할 것인지에 관한 소위 사법신중고려(prudential consideration)라는 비헌법적 판단(non-constitutional judgements)의 혼합(blend)에 근거하고 있다.¹⁶⁾ 이러한 구별의 주된 의미는 의회는 입법을 통하여 법원의 “사건 또는 쟁송” 요구의 당해여부에 따른 당사자적격유무의 판단을 무시할 수 없지만 사법신중고려에 의한 당사자적격성의 법원의 판단은 이를 무시할 수 있기 때문이다. 이에 대하여는 후술한다.

다. 각 유형 및 공통된 기본적 전제요건

아래에서는 당사자적격 논의에 있어서 1) 원고가 납세자(taxpayers)로서, 또는 승소 가능성이 보다 더 희소하지만 일반 시민(citizens)으로서 자신의 권리가 침해되었다고 주장하면서 제소된 사건, 2)기타 보다 더 개별화된 손해유형(more individuali-

15) L. Tribe, 전개서 107

16) Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc., 454 U. S. 464. 102 S. Ct. 752, 70 L. Ed. 2d 700(1982)

zed types of injury)을 주장하면서 제소된 사건으로 분류하여 고찰하기로 한다. 연방최고법원은 위 각 경우에 따라 각 다른 원리를 적용하여 왔으며 대개의 경우 두번째의 유형의 제소에 대하여 당사자적격을 보다 용이하게 인정하여 왔다.

각 유형의 공통된 요건으로는 제소당사자의 “사실상의 침해”(injury in fact)이다.¹⁷⁾ 1968년 이후부터 연방최고법원은 1968년 이전의 주로 “법률상 이익”(legal interest)에 초점을 맞춘 당사자적격논의에서 “사실상의 침해”로 전환하여¹⁸⁾ 당사자적격의 법리를 전면적으로 자유화(drastically liberalized)하였다.¹⁹⁾ 그 결과 중전의 경우 법원의 기능이 정부의 행위를 배제(fending off)하기 위하여 요청된 데 반하여 정부의 보호(government protection)를 얻기 위해 행정규제의 수혜자(beneficiaries of government regulation)도 당사자적격을 갖게 되었음을 의미한다.²⁰⁾

이러한 업적은 최근 당사자적격이 있는 자도 1968년 이전에는 당사자적격이 부인되었을 것이므로 중대한 의미를 지니고 있다. 따라서 연방최고법원은 당사자적격의 공통된 요건으로서 전통적으로 제시하고 있는 당사자가 분쟁상 충분한 이익(a sufficient interest)을 가질 것과 당사자가 주장된 위헌행위에 대하여 일반인의 이익과 다른 이익을 가질 것 및 당사자가 그의 법적 권리 또는 특권(a legal rights or privileges)이 침해될 것 등의 요구로부터,²¹⁾ 계쟁행위가 경제적 또는 기타의 사실상의 침해를 야기

17) “사실상의 침해”의 개념은 헌법상 당사자적격의 적용이 기계적 행사(mechanical exercise)가 될 수 있도록 정의될 수 없으나, 일용 재판상 감지할 수 없는(judicially uncognizable) 일정 유형의 손해는 배제되어야 한다는 견해로서는, L. Tribe, 전개서 115

18) Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp, 397 U. S. 150, 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184(1970)

19) Davis, The Liberalized Law of Standing, 37 U. of Chicago L. Rev. 450

20) 이에 대한 일반적인 논의로서는 J. Vining, Legal Identity(1978)

21) perkins v. Lukens Steel Co., 310 U. S. 113. 60 S. Ct. 869(1940)

하고, 보호를 구하고 있는 이익이 계쟁법령 또는 헌법상의 보장
에 의하여 보호 또는 규제되는 이익영역(zone of interests)내에
있을 것 등으로 변경하고 있다.²²⁾

이와 함께 아래에서 상술하는 바와 같이 원고가 자신이 납부
한 세금이 헌법 또는 연방법령에 위반하여 사용되어 왔다고 주
장하면서 연방납세자로서(as a federal taxpayer)로서 제소한 사
건에 있어서는 법원은 납세자의 신분과 청구와의 연관(nexus)을
요구하는 별개의 요건을, 그 외의 비납세자사건에서는(in
non-taxpayer cases, outside the context of taxpayers' suits)이
미 Burger 대법원장 시절의 연방최고법원에서부터 위의 “사실상
의 침해” 요건의 부수적으로 (as a corollary)이해되는 요건인 손
해가 소송의 대상인 행위(전형적으로는 헌법 또는 연방법령의
위반의 행위)의 결과 야기된 것일 것, 즉 이러한 침해에 대하여
원고당사자가 소구하고 있는 구제방법(the judicial relief
requested)이 원고승소의 경우 침해구제의 상당한 가능성(a
significant possibility, a substantial likelihood)이 존재하여야 한
다는 이단계 인과관계측면(two causal aspects)은 결국 계쟁불법
행위가 침해의 “사실상의 원인”(cause in fact)으로 귀착된다.

라. 공공소송과 사적 범무장관이론

이러한 당사자자격이론은 연방법원이 관여할 수 없는 두가지
의 소송형태를 정착하였다.

첫째, 원고가 제소하고 있는 침해가 상당수의 비제소 일반인의

22) 이익영역기준하에서는 원고가 문제된 헌법상 규정의 의도된 수혜자(an intended beneficiary)일 것을 요구한다. Clarke v. Securities Industries Ass'n, 107 S. Ct.750, 757(1978). 그러나 이익영역의 개념의 적용이 일관되지 아니하고 (uneven application), 의미가 불명확하여(uncertain meaning) 보편적으로 적용될 수 있는 원리(a test of universal application)로 볼 수 없다는 지적이 있다. L. Tribe, 전게서 143. 한편 실제로 이익영역기준으로 당사자자격이 부인된 예는 없다. Stone, Seidman, Sunstein & Tushnet, 전게서 93

손해와 상이하지 아니한 경우 즉 행정부가 헌법상 또는 법령상 요구되는 행위를 하지 않아 일반인이 겪고 있는 통상의 침해의 경우와 둘째, 침해되었다고 주장하는 권리가 제삼자의 권리인 경우(물론 이러한 제삼자권리주장금지의 일반적 원칙은 아래에서 보는 바와 같이 많은 예외가 인정된다)가 그것이다.²³⁾ 여기서 특히 언급할 것은 일정한 경우에 공공이익(the public interest)을 위해 제소하는 “사적법무장관”(private attorneys general)으로서 집단 또는 개인의 원고들에게 당사자적격을 부여하는 경우이다. 이러한 사적법무장관의 이론적 근거는 1943년의 Associated Industries of New York State v. Ickes²⁴⁾ 사건에서 제시되었다. 의회가 합헌적으로 법무장관(the Attorney General) 또는 일정 공무원에게 다른 공무원이 법령상의 권한에 반하여 행동할 것을 방지하도록 절차를 진행하도록 하고, 분쟁이 존재하는 경우 법무장관은 그러나 분쟁에 있어 공공 및 정부의 이익을 옹호하기 위하여 권한을 부여받을 수 있는데 그와 같이 의회는 법무장관 또는 다른 공무원에게 그러한 절차를 진행하도록 지명하는 대신 공무원 아닌 자 또는 단체(any nonofficial person or group)에 법령상의 권한에 반한 공무원의 행위를 방지하기 위한 소송을 제기하도록 합헌적으로 권한을 부여할 수 있으므로 실제 분쟁이 존재하는 경우 의회가 공무원 여하를 불문하고 일정한 자에게 그 유일의 목적이 공공이익의 옹호라 하더라도(even if the sole purpose is to vindicate the public interest) 그러한 분쟁에 관련된 절차를 개시하도록 권한을 부여하지 못하도록 하는 헌법상 규정은 없는 바 법원은 통상 그와 같은 권한을 부여받은 자를

23) 위 Valley Forge판결과 Allen v. Wright, 468 U. S. 737, 104 S. Ct. 3315, 82 L. Ed. 2d 556(1984), Gladstone Realtors v. Bellwood, 441 U. S. 91, 99 S. Ct. 1601, 60 L. Ed. 2d 28(1979)

24) Associated Industries of New York State v. Ickes, 134 F. 2d. 694, 320 U. S. 707, 88 L. Ed. 414

“사적법무장관”(Private Attorney General)이라 지칭한다.²⁵⁾

2. 연방납세자소송 및 시민소송의 당사자적격

가. 기본적 원칙과 판결례 분석—Frothingham사건

1960년대의 후반에 이르기까지 연방최고법원은 연방납세자 또는 연방시민의 권리가 제한되었다고 주장하면서 제소한 소송에 대하여는 명백히 반대하는 입장을 취하고 있었다. 납세자는 소송상 원고이든지 피고이든지 간에 제정 법령의 집행 또는 주장된 위헌적 요소의 결과로 그가 어떤 직접적인 재정적 손해(some direct financial injury)를 당하였다든지 또는 당할 급박한 위험이 있다든지 하는 것을 주장, 입증하지 아니하면 연방법원에 헌법문제를 제기할 당사자적격이 없다고 하였다.²⁶⁾ 다만 납세자 자신이 소송을 제기하는 경우, 직접적인 금전적인 손해(a direct dollar-and cents injury)에 대한 소구를 하고 있는 이상 납세자 소송의 지배적 동인(dominant inducement to the action)이 금전보다는 이념적(more ideological than mercenary)인지를 묻지 아니하였다.²⁷⁾ 이러한 금전적 이익기준(the pecuniary interest test)하에서는 연방납세자는 물론 그 자신의 세금(his own taxes)이 부당하게 부과하였다는 주장으로 제소할 수 있으나, 납세자가 단순히 납세자들이 낸 세금일반(taxpayers' funds in general)이 부당하게 징수 및 사용되었다고 주장하면서 제소된

25) 연방법원은 비록 명시적으로 부여되지 아니한 권리를 주장하는 원고들이더라도 원고들이 사적 법무장관(private attorneys general)의 역할을 수행하여 그러한 주장이 입법상 또는 헌법상 정책을 촉진케 하는 실제적인 영향(the practical effect of furthering legislative or constitutional policies)을 미치는 경우에는 당사자적격을 허용하여 왔다고 보는 견해로서는, Tushnet, 전제논문 1703

26) *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 U. S. 263, 267(1984)

27) *Doremus v. Board of Education*, 342 U. S. 429, 96 L. Ed. 475, 72 S. Ct. 394(1952)

경우에는 당사자적격이 없다는 것이다. 1968년까지 연방납세자회의의 조세권 및 사용권(Congress'taxing and spending power)에 대한 헌법상의 제한규정의 위반을 다툰 당사자적격이 있는지에 관한 유일한 판결은 Frothingham v. Mellon²⁸⁾ 사건이다.

이 사건은 Frothingham부인이 연방납세자로서 의회가 주에게 주의 유아사망율을 감소시키기 위해 조건부로 보조금을 부여함은 연방헌법 제10조의 주의 사항은 주가 처리할 권한으로 주에게 유보되어 있다는 조항에 위반된다는 이유로 이러한 보조금의 지급은 동녀의 납세의무를 증가시켜 적법절차없이(without due process) 재산을 박탈한 것이라고 주장하면서 제소하였다. 이에 대해 연방최고법원은 재무성의 금원에 대한 동녀의 이익은 다른 수백만의 일반인들과 공유하는 성질의 것이며 따라서 상대적으로 미소하며 확정할 수 없는 것으로(comparatively minute and indeterminable) 만약 원고의 소송이 허용된다면 어떠한 납세자도 금원의 사용과 관련된 여하한 법령의 유효성(the validity of any statute)에 대하여서도 제소할 수 있을 것이라는 이유로 전원일치의 판결로 원고의 당사자적격을 부인하였다. 즉 법령은 그 집행의 결과로서 직접적인 침해(some direct injury)를 입었거나 즉시 입을 우려가 있는 (sustaining or is immediately in danger of sustaining) 당사자로부터 다투어질 수는 있으나, 단순히 일반적으로 여타 일반인과 공동하는(in common with people generally) 불확정적인 방법으로(in some indefinite way) 손해를 입은 당사자로부터는 다투어질 수 없다고 판결하고 있다.

나. 예외적 인정과 판결례 분석—Flast사건

그러나 1968년에 이르러 연방최고법원은 납세자는 행정부의

28) Frothingham v. Mellon, 262 U. S. 447, 43 S. Ct. 597, 67 L. Ed. 1078(1923)

조세지출의 유효성을 다투는 당사자적격이 없다는 위 Frothingham의 일반적인 원리에 대한 예외를 인정하는 판결을 보이고 있다. Frothingham판결은 연방헌법수정 제1조의 국교수립금지조항(the Establishment Clause)을 전혀 무시하고서(blatantly in disregard) 연방금원이 특정종교계파의 교회의 신축에 지출되는데 반대하는 납세자들에게 당사자적격을 허용하지 않음으로써 납세자소송을 심하게 제약하는 결과가 되며, 이러한 Frothingham 판결은 연방헌법 제3조의 “사건 및 쟁송”의 헌법상의 요건에 근거한 것이 아니고 사법자제(judicial self-restraint)라는 정책적 근거에 주로 의존한 것이라는 학계의 비판과 함께 위 판결의 원리를 제정법에 의해 수정하려는 제안(proposals for a statutory modification)들이 나오게 되자, 연방최고법원은 연방법원에 제소할 당사자적격에 대한 제한(limitations upon standing to sue in a federal court) 및 그러한 제한의 납세자 소송에 대한 적용(the application of those limitation to taxpayer suits)에 대한 새로운 검토를 하게 되었다.²⁹⁾ 즉 Flast v. Cohen³⁰⁾ 사건에서 연방최고법원은 연방납세자의 지위와 다투고 있는 입법제정유형(the type of legislative enactment attacked)사이의 논리적 관련 및 그러한 납세자의 지위와 주장된 헌법침해의 정확한 성격(the precise nature of the constitutional infringement alleged)사이의 관련이 있는 경우, 즉 만약 납세자의 지위와 청구사이에 “논리적 관련”(a logical nexus between the status of the taxpayer and the claim)이 존재한다면 연방조세부과와 지출계획의 합헌성을 다룰 수 있다고 판결하였다. 따라서 연방최고법원은 이러한 논리적 관련여부를 결정하기 위하여 실체적인 문제(the substantive

29) Nowak, Rotunda & Young, 전제서 71

30) Flast v. Cohen, 392 U. S. 83, 88 S. Ct. 1942, 20 L. Ed. 2d 947(1968)

issues)를 검토하는 것이 적절하고 필요한(appropriate and necessary) 조치이며, 이러한 관련성심리는 납세자가 연방재판권을 요청하기 위한 정당하고 적절한 당사자(a proper and appropriate party)임을 확신시키는데 필수적(essential)인 것으로 보고 있다.

연방최고법원은 1) 본질적으로 규제적인 법의 집행과정상 단순히 납세기금의 부수적인 사용(an incidental expenditure of tax funds)이 아니라 법령이 연방헌법 제1조 제8항의 조세 및 지출조항(the Taxing and Spending Clause)상 의회의 권한에 근거한 것이고, 2) 계쟁 법령이 단순히 일반적으로 연방헌법 제1조 제8항에 의하여 의회에 위임된 권한을 유월하는 것(generally beyond the power delegated to Congress) 아니라 조세 및 지출조항에 부과된 특정한 헌법상의 제한(specific constitutional limitations)에 위반된다는 2가지의 주장을 입증하는 경우에는 필요한 관련성(nexus)의 존재가 인정된다고 한다. Flast 판결에서 연방최고법원은, 위에서 본 Frothingham사건은 “nexus test”중 2번째의 요소를 결한 것으로 그 이유는 동 사건 원고의 주장은 명령이 조세부과 및 지출조항에 대한 어떤 특정한 헌법상의 제한을 위반하였다는 것이 아니라, 의회가 단순히 연방헌법 제1조 제8항에 의해 의회에 위임된 일반적 권한을 유월하여 연방헌법 제10조에 의하여 주에게 유보된 영역을 침해한 것이라고 주장하였기 때문이나, Flast사건에서 원고의 주장은 위 두 가지의 요건을 모두 충족하고 있는 바 그 이유는 원고의 주장이 연방교육보조법(a federal-aid-to-education act)이 종교학교에 대한 연방보조금을 지급함으로써 연방헌법수정 제1조의 국교수립금지조항(the First Amendment’s Establishment Clause)을 위반하였다는 것으로, 위 조항은 의회의 조세부과 및 지출권한에 대한 특정한

헌법상의 제한으로 기능하고 있기 때문이다라고 판시하고 있다.

단 Harlan대법관은 위반했다는 헌법상의 조항이 의회의 조세 부과 또는 지출권한에 대한 특정한 제한여부를 구별할 하등의 이유가 없다는 이유로 유일하게 반대의견을 내고 있다. Halran 대법관에 의하면 Frothingham사건 및 Flast사건 모두 “일반인의 권리”(public rights)를 옹호하기 위한 공공소송(public action)을 제기함으로써 “사적 법무장관”(private attorneys general)으로서 행동하였으므로³¹⁾ 그러한 행동이 연방헌법 제3조의 “사건 및 쟁송”의 요건에 반하지 않으나 다만 사법적 자제(judicial restraint) 등을 포함한 정책적 고려(policy consideration)상 그러한 행동은 의회가 그러한 행동에 대해 명시적으로 권한을 부여하는 경우에만 허용된다고 주장하였다. Flast판결에서의 “관련성”의 요건은 연방최고법원의 실체적 정책결정(substantive decisionmaking role)을 제한하기 위하여 의도된 것으로 연방최고법원은 사건이 사법부에 의해 판결되도록 제시된 쟁점의 적합성(the suitability of the issue)에 관하여 곤란한 문제(troublesome questions)를 제기하는 경우에 사실상(in effect) 침해유형의 심각성(the severity of plaintiff’s injury) 또는 이해관계의 정도(magnitude of his stake) 등에 있어서 보다 높은 재판이용요건(higher access threshold)을 설정할 수 있고, 다른 한편 법원이 부담하고 있는 판결의 역할에 대한 고려가 비록 원고의 침해 및 이해관계가 다른 면에서 모든 요건을 충족하고 있는 경우에도 당사자적격을 배척할 수 있다는 지적이 있다.³²⁾

31) 연방최고법원이 “사적법무장관” 이론을 원고가 소송에 개인적 이해관계(a personal stake)가 없는 경우에 당사자적격의 기초로서 이해하고 있어 개념을 혼동하고 있다는 지적으로서, Davis, Standing : Taxpayers and Others, 35 U. Chi. L. Rev. 601, 611-17, 628-36 (1968)

32) Kenneth Scott, Standing in the Supreme Court : Functional Analysis, 86 Harv. L. Rev. 645(1973)

다. 최근의 주류적 입장과 판결례 분석—Richardson사건, Valley Forge사건

Burger 및 Renquist대법원장의 연방최고법원은 Flast판시 입장을 반복한 적은 없으나 Frothingham판시의 납세자소송금지의 일반원칙에 대한 Flast판시의 예외에도 불구하고³³⁾ 그 확대를 완고히 거부함으로써(stubbornly refused to allow any broadening whatsoever of the Flast exception) 사실상 Flast사건 이후 어떠한 사건도 위 사건에서 제시한 예외에 해당할 수 없었다, 따라서 연방최고법원은 납세자는 그가 조세 및 지출조항하에서의 의회의 행위가 그러한 조세 및 지출권한의 행사를 제한하는 기능을 하는 헌법상의 규정을 손상한다는 (in derogation of the constitutional provision)주장을 하는 경우에 연방재판을 받을 권리를 행사할 수 있다. 따라서 연방납세자는 조세 및 지출권한에 대한 특정의 헌법상의 제한이 의회에 의해 위반되지 않을 것을 보장받는데 납세자로서의 명백한 이해관계(a clear stake)가 있고, 그러한 의회에 의한 위반(breach)은 납세자의 돈이 유출되어 입법권한의 남용에 대한 특정 헌법상 보호를 침해하여 지출하는 것이 되며, 그러한 침해는 사법구제를 받을 적절한 (appropriate for judicial redress)것으로 보고 있다. U. S. v. Richardson³⁴⁾사건에서, 원고는 연방납세자로서 제소하면서 의회의 C.I.A. 지출 공개거부의 법령은 연방수정헌법 제1조 제9항의 “모든 공공자금의 수령 및 지출의 내역 및 항목은 정기적으로 공개되어야 한다.”는 규정을 위반하였다고 주장한데 대해, 연방최고법원은 이

33) Flast판결은 모든 당사자적격요건의 폐기(the abandonment of a standing requirements)로 본 견해로서는, Bittker, *The Fictitious Taxpayer : The Federal Taxpayer's Suit Twenty Years After Flast v. Cohen*, 36 U. Chi. L. Rev. 346(1968)

34) U. S. v. Richardson, 418 U. S. 166, 94 S. Ct. 2940, 41 L. Ed. 2D 678(1974)

러한 헌법상의 규정은 ‘조세 및 지출권한’에 대한 특정한 헌법상의 제한(specific constitutional limitations)이 아니므로 원고는 단순히 모든 일반인들에 대하여 공통한 일반화된 진정(a generalized grievance)의 성격의 주장과 다른, 납세자로서의(qua taxpayer) 특정침해에 대한 주장을 하는 바 없으며 이 경우 원고가 제소할 수 없다면 어느 누구도 제소할 수 없는 결과가 야기된다 하더라도 이는 정치적 압력(political pressure)에 의하여 의회가 적절한 결의를 하도록 하여야 한다는 것을 의미하는 것이라고 하여 원고의 당사자적격을 부인하였다. 부인하여 다수의견은 연방최고법원이 누누히 그리고 명백하게 사법부가 행정부의 법집행에 대하여 정치적 내지 이념적 분쟁의 해결을 위한 궁극적으로 의회의 감시(the surveillance of Congress)내지 정치적 과정(the political process)에 복속하는 공개장소(an open forum)로 변환하려는 노력에 대해 반감(a apathy)을 표하여 왔음을 들고 있다.³⁵⁾

Powell대법관은 동조의견에서, Flast판시는 그 사건에 엄격하게 국한하여 적용되어야 하며 (Flast should be strictly limited to its fact), 나아가 당사자적격의 범리는 일반납세자 내지는 일반시민과 구별되지 아니하는 소송당사자들에 의하여 제기되는 “공공이익소송”(public-interest suits)을 배제하기 위한 장애(barriers)로 기능하여야 한다고 주장하였다.³⁶⁾

35) 이와 같은 연방최고법원의 입장은 당사자적격의 시각을 삼권분립적 의미로 초점을 이진하는 경향의 하나라는 분석으로는, Scalia, “The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers”. 특히 Scalia는 당사자적격이론은 삼권분립원칙의 결정적이고 불가분적 요소(a crucial and inseparable element)로서, 삼권분립의 무시는 자지배의 과정에 대한 사법적 유월(an overjudicialization of the processes of self-governance)을 필연적으로 초래할 것이라고 강조하고 있다.

36) Richardson 판시는 연방법원이 일반시민의 진정을 위한 옴부즈만(an ombudsman for general citizen grievances)로 전환하는데 대한 정당한 거부(justificable reluctance) 및 납세자의 당사자적격인정에 대한 일반적으로 엄격한 심사태도(a generally parsimonious judicial view of taxpayer standing)를 표명한 것으로 후술할 Valley Forge판결에서 명백하게 확인되었다. L. Tribe, 전거서 127

한편 Richardson사건에서 원고가 Flast판시의 “nexus”의 두 번째 요소를 충족하지 못한 경우의 대표적인 전형이라면, 최근의 판결 중 Valley Forge College v. Americans United.³⁷⁾사건에서는 그 첫 번째 요소 즉 계쟁행위가 의회의 조세 및 지출 권한의 행사일 것이라는 요소를 충족하지 못하는 것 역시 치명적(fatal)이며, 따라서 사실상 위 Flast판시는 그 사안에 엄격하게 국한되어야 한다는 것을 알 수 있다. Valley Forge사건에서 연방최고법원은 원고 등이 납세자 및 시민으로서 기독교대학에 정부소유의 잉여재산(the surplus property)을 기증하는 것은 국고수립금 지조항을 위반한 것이라고 주장한 데 대하여 원고의 당사자적격을 부인하였다.

연방최고법원은 판시에서 당사자적격은 단지 조세 및 지출조항상 의회의 권한행사의 합헌성을 다투기 위해서만 허용되는데 원고들의 주장은 1) 의회의 행위자체(actions of Congress)에 관한 것이 아니라 의회에 의하여 권한이 부여된 행정기관의 행위(actions of administrative agencies authorized by Congress)인 보건, 교육, 후생성(HEW, 지금의 Secretary of Education)의 잉여재산기증결정에 대해서이고, 2) 이러한 행정부의 행위는 “조세 및 지출조항”에 의해서가 아니라 “재산권조항”(the Property Clause, 연방헌법 제4조 제3항 제2호)에 의해 그 권한을 부여받은 것이라는 두 가지의 측면에서 요건을 충족하지 못하였다고 하였다.³⁸⁾

Valley Forge사건은 근소한 5-4로 결정되었다. 반대의견을 제

37) Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc., 454 U. S. 464, 102 S. Ct. 752, 70 L. Ed. 2d 700(1982)

38) Valley Forge사건에서 Flast의 결과를 회피하기 위한 두 사건의 모든 가능한 사실상의 구별(all available factual distinctions)은 ‘극단적으로 자의적이고’(artificial in the extreme), “형식적이며 일회적”(formalistic and ephemeral)이라는 지적으로는, L. Tribe, 전게서 128

시한 4명의 대법관들은 이 사안이 근본적으로 Flast와 구별할 수 없다고 보고 있다. 즉 일반납세자는 그들이 납부한 조세에 의하여 종교를 신장한다는 헌법상 용납할 수 없는 목적에 사용되지 않도록 할 권리를 가지며,³⁹⁾ 이 경우 현금의 기증(a disposition of funds)과 재산의 기증(a disposition of realty)이 달리 취급되어야 할 이유가 없으며 비록 다수의견이 Flast의 엄격한 판시 문언에 반하지 않는다고 하더라도 근본적으로 철저한 엄격 해석론에 입각한 Flast판시 확장거부입장은 불합리한 것으로, Flast사건에서의 종교학교에 대한 자금의 배분도 일정단계에서는 행정행위가 개입되어 있는 반면, Valley Forge사건 역시 보건, 교육, 후생성(HEW)에 의한 재산의 기증은 결국 의회가 제정한 법령인 “연방재산 및 행정공여법”(the Federal Property and Administrative Service Act)에 근거한 것이므로 Valley Forge사건에서의 첫 번째 구별은 설득력이 없고, 나아가 Valley Forge사건에서의 행위가 “조세 및 지출권한 조항”보다는 “재산권조항”에 의거하여 취하여 진 것으로 보아 이를 구별하고 있는 이유도 발견할 수 없을 뿐만 아니라, Flast사건에서 보호하고자 하는 이익은 납세자가 재무성에 대한 사전자금기여가 오용되지 않도록 하는 것이라면, 이러한 납세자의 계속적 이익(the continuing interest)이 납세자의 조세기금자체의 사용에 대하여는 확장되고, 이러한 조세기금으로 취득한 연방재산의 사용에는 확장되지 않는지에 대하여 다수의견은 설명하지 않고 있다고 지적하고 있다. 결국 Valley Forge판시의 실제적 중요성(the practical significance)은 Flast사건(“조세 및 지출조항”하에서 취해진 의회의 행위가 국교수립금지조항에 위반한다는 내용)과

39) 특히 brennan 대법관은 납세자가 종교에의 재정지수금지의 직접적이고 의도된 수혜자(the direct and intended beneficiary)라고 강조하고 있다.

사실상 동일한 소송만이(only suits virtually identical) 납세자에 의해 제소가 허용될 것이라는 것이다.

라. 시민소송의 원칙적 불인정과 판결례 분석—Schlesinger 사건

연방최고법원은 불법 또는 위법행위에 대한 시민으로서의 개인에 대하여 결코 기꺼이 당사자적격을 인정하고 있지 아니하다. 이러한 당사자적격의 거부는 한 시민의 정부에 대한 이익은 동종의 상황하의 다른 시민의 정부에 대한 이익과 다를 바 없고(in common with all the other citizens similarly situated), 시민자격에 의한 개인소송당사자는 당사자적격상 요구되는 “개별화된”(individualized) 사실상의 침해를 보여주지 않기 때문이라는 이유에 근거한다.

시민의 당사자적격을 부인한 가장 중요한 사건은 Schlesinger v. Reservists to Stop the War⁴⁰⁾이다. 원고들은 이 사건에서 몇 명의 국회의원이 예비군의 신분을 유지함으로써 인하여 연방헌법 제1조 제6항의 겸직금지조항(the Incompatibility Clause)(국회의원은 재임 중 타직을 겸임할 수 없다.)을 위반하였다고 주장하였다. 원고들의 납세자로서의 지위는 First판시의 원칙하에서는 관련이 없고(왜냐하면 조세 및 지출조항하의 어떠한 정부의 행위가 문제로 되지 않았다), 원고들의 당사자적격은 원고들이 미국 시민으로서 이익이 충분한 경우에만 가능하였다. 이에 대해 연방최고법원은 원고들의 시민으로서의 지위가 당사자적격을 부여하는데 충분하지 아니하다고 판단하였다. 다수의견은 시민의 당사

40) Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War, 418 U. S. 208, 94 S. Ct. 2925, 41 L. Ed. 2d 706(1974)

자적격(citizens' standing)은 “구체적 침해” (concrete injury)의 존재를 내포하는 당사자적격의 기본적 원리에 반하는 것으로, 이 사건에서는 헌법실현상 불만이 있는 모든 시민들의 “일반화되고 추상적인”(generalized and abstract) 이익만이 존재할 따름으로 보고 있다. 특히 시민당사자적격의 인정은 헌법제소의 무제한(no boundaries)과 사법절차의 남용 가능성(the potential abuse for the judicial process)을 발생케 함을 의미하며 이는 불필요한 헌법판단금지의 원칙에 반하게 된다. 이 사건에서 원고들은 그들이 시민으로서 제소할 수 없다면 어느 누구도 국회의원의 예비군검직의 위헌성을 다룰 수 없다고 주장하였으나 다수의견은 비록 원고들의 주장의 논점이 사실이더라도 결론에는 차이가 없으며 결국 “정부 체제는 많은 중요한 결정을 정치적 과정(the political processes)에 맡기고 있음”을 들어 원고들의 주장을 배척하였다.

이러한 시민당사자적격부인의 입장은 그후 앞서의 Valley Forge사건에서 재확인되었다. 연방최고법원은 그 사건에서 원고들의 “국교수립금지조항은 각 시민에게 종교를 수립하지 아니한다는 정부에 대한 개인적 헌법상의 권리(a personal constitutional right)를 창설한다”는 주장을 배척하였다.

이 사건에서는, 위 Schlesinger사건에서와 같이 모든 다른 시민이 당한 이익과 상이한 최소한의 침해 즉 사실상의 침해 (injury in fact)가 없다고 판단하였다. 연방최고법원은 행정부의 국교수립금지조항위반에 대한 시민의 이익의 인정은 항상 단순한 국외자로서의(as bystander) 모든 시민에 의해 주장될 수 있는 수많은 다른 추상적인 헌법상의 권리(numerous other abstract constitutional rights)를 인정하지 않을 수 없게 된다고 보고 있다. 이러한 연방최고법원의 판시에 대해, Valley Forge사건에서의 당사자적격의 부인은 “집중되고 구체적인 분쟁”

(focused and concrete dispute) 확보라는 당사자적격이론의 목적의 진작에 별 도움이 되지 못하였다는 비판이 제기되고 있다. 더구나 국교수원급금지조항은 많은 시민들이 본래적으로 공유하는 (inherently shared) 많지 아니한 헌법상의 조항의 하나로서, 집단적 이익(collective interest)의 발생을 전제로 한 것이므로⁴¹⁾ 정부의 행위에 의해 직접적이고 특정적으로 영향을 받는 개인에 대해서만 오로지 적용되는 것은 아니다라고 비판하고 있다.⁴²⁾

41) 연방최고법원이 일반시민(the citizenry at large)이 당하지 아니한 특정화된 침해의 청구(particularized claim of injury)를 하지 아니하는 시민소송당사자(citizen-litigants)에 대한 반감내지 거부로 인하여 집단적 이익의 헌법상의 보장규정의 집행상 연방법원에 의해 보호를 받을 수 없게 되어 결국 이러한 헌법상의 규정은 행정부의 번덕과 신의적 행위(at the whim and during the goodwill of the government)에만 의존하게 되었다는 비판으로서, Doernberg, "We the people " : John Locke, Collective Constitutional Rights, and Standing to Challenge Government Action, 73 Calif. L. Rev. 52, 56 (1985). Doernberg 교수는 모든 시민(all citizens)에게 동일하게 적용되는 경우에도 사법심사의 가치(a value to judicial review)가 있다고 보면서, "연방최고법원에 의하면 만약 정부가 헌법을 광범하고 불특정하게(broadly and nonspecifically) 위반한 경우, 어떠한 개인도 사법구제를 구할 본안결과에 대한 충분한 이해관계(a sufficient stake in the outcome to pursue a judicial remedy)가 없다. 따라서 당사자적격의 목적상 어느 누구도 정부의 행위를 헌법적 제한(constitutional limits)내로 유지하는데 대한 충분한 이해관계가 없다. 그러나 이러한 입장은 국가계약설에 기초한 사회에서는(in a Lockean society) 극단적인 모순(the extreme contradiction)이다. 시민의 협약과 동의(the citizenry's compact and consent)가 정부를 창설하고 거기에 적법성(legitimacy)을 부여한다. 시민이 정부의 존재목적에 대한 헌장(the charter of government's existence)에 위반하는 행위를 다룰 수 없게 된다면 그러한 헌장은 집행할 수 없는 무효(unenforceable)가 된다. 사회가 정부를 창설하고, 정부는 창설자(creator)에 대하여, 계약의 일방당사자가 상대방에 대한 관계에서가 아니라 수탁자(trustee)가 계로서 책임을 지는 것이므로, 정부가 엄격히 헌법에 따라서 (in strict accordance with the Constitution) 행위하도록 하는데 대한 명백한 집단적 사회적 이익(a clear collective societal interests)이 존재한다. 정부가 헌법에 위반한 경우에는 쟁송결과에 대한 이해관계(the stake in the outcome of the controversy)는 사회의 이해관계(society's stake)이고 가장 근본적인 이익(the most fundamental interest possible) 즉 정부의 창설자에 의해 합의된 정부기능에 대한 이익(the interest in government functioning as agreed upon by its creators)이다"라고 력설하고 있다. Doernberg, 전제 논문 96.

42) 연방최고법원이 Richardson, Schlesinger, Valley Forge 사건 등을 통하여 일반시민의 일과성적인 진정(ethereal citizen grievances)에 대한 사법부의 관여배제하는 정당한 취지를 지지하는 이론적 근거를 충분히 제시하지 아니하였음을 지적하면서, 사안별 가변적인 대체적인 원리(rule of thumb)를 적용함에 있어 특정한 침해의 성격이 비록 널리 당하고 있는 (widely inflicted) 일반적인 것일지라도 다수에 의해 결정되는 절차의 효과적인 운영(the effective operation of majoritarian processes)을 방해할 정도인지를 분명히 짚고 넘어가야 한다는 견해로서는, L. Tribe, 전제서 129

3. 비연방납세자 및 비시민소송의 당사자적격

가. “사실상의 침해” 요건

1) 정의 및 성격

헌법상의 청구가 납세자 또는 시민의 신분에 근거하지 아니하는 경우에는 다소 다른 원리가 발전되어 왔다. 그 원리는 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째, 소송당사자가 “사실상의 침해”(injury in fact)를 당하였고 당할 가능성이 있을 것을 요한다.⁴³⁾ 여기서 침해의 우려(threatened injury)는 단순히 추론적이거나 가상적(merely speculative or hypothetical)이어서는 아니므로 소송당사자가 단지 그 권리행사에 있어 “주관적인 위축”(a subjective chill)과 장래손해의 가능성(the potential for future harm)을 주장함에 그치고, 특정의 현존하는 개관적 손해 또는 그러한 손해의 우려(the specific harm or threat of such harm)를 주장하지 아니하는 경우에는 추론적인 주장으로 보아 당사자적격이 인정되지 아니한다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 한편 이러한 침해의 우려

43) “사실상 침해”의 요구에 대한 비판적 견해로서는, Jaffe, *The Citizens as Litigant in Public Actions : The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiffs*, 116 U. Pa. L. Rev. 1033, 1037(1968) 여기서 Hohfeldian, Non-Hohfeldian의 개념은 물론 W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*(1923)에서 차용한 것으로, Jaffe는 전자를 개인적, 재산상 이익(the personal and proprietary interests)을 가진 전통적 원고(the traditional plaintiff)를, 후자를 대표적, 공공적 이익(the representative and public interests)을 가진 공공소송의 원고(the plaintiff in a public action)를 구별하기 위해 사용하였다. 특히 Jaffe는 공공이익을 위하여 제소하는 사적법무장관(private attorney general)으로서의 원고는 이념적 원고(ideological plaintiff)로서, 비록 원고의 이익이 일반인의 이익과 차이가 없다(undifferentiated)하더라도 연방헌법 제3조의 “사건 및 쟁송”이 요구하는 대립성을 구비하고 있다고 한다.

44) Berger, *Standing to Sue in Public Actions : Is it a Constitutional Requirement?*, 78 Yale L. J. 816, 825-827(1969)

45) *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1, 92 S. Ct. 2318, 33 L. Ed. 2d 154(1972), reh den 409 U.

는 현실적이고 즉시적(real and immediate)이어야 한다.⁴⁶⁾ 따라서 우려된 침해(a threatened injury)가 그 발생의 확실히 임박하여(certainly impending), 침해가 사실상 감지될 수 있어야(perceptively harmed)한다. 물론 예방적 구제조치(a preventive relief)를 위하여 우려된 침해의 완료(the consummation)를 기다릴 필요가 없다.⁴⁷⁾ 한편 구제를 구하는 우려 있는 침해를 당할 취약성(vulnerability to the alleged threatened injury)이 계쟁행위와 불확정한 조건적인(contingent upon) 경우에는 인정되지 아니한다.⁴⁸⁾ 이러한 요건은 특히 금지명령구제절차(injunctive relief)를 구하는 소송에서 중요한 역할을 한다.⁴⁹⁾

둘째, 침해가 구체적이고 개별화된(concrete and individuated) 것일⁵⁰⁾ 것을 요한다. 아울러 침해는 명백하고 포착될 수 있는(distinct and palpable) 것이어야 한다.⁵¹⁾ 다만 주장된 침해가 크고 상당할(great and substantial) 필요는 없고, 침해가 현실적이고 진정한 것인 이상 확정될 수 있는 가벼운 침해(an identifiable trifle)도 무방하다.⁵²⁾ 따라서 원고는 단순한 침해의 결론적 주장(conclusionary allegations of injury)만으로는 족하지 않고 침해의 성질의 정확한 성격(a precise nature of the injury)과 계쟁행위의 침해야기방법 등을 구체적으로 언급(“spell out”)하여야 한다.⁵³⁾ 침해는 성격상 직접적(direct)일 필요는 없

S. 901, 93 S. Ct. 94, 34 L. Ed. 2d 165(1972)

46) California Bankers Assn. v. Shultz, 416 U. S. 29, 94 S. Ct. 1494, 39 S. Ed. 2d 812

47) Babbitt v. United Farm Workers Nat. Union, 442 U. S. 289, 99 S. Ct. 2301, 60 L. Ed. 2d 895(1979)

48) O’Shea v. Littleton, 414 U. S. 488, 94 S. Ct. 669, 38 S. Ed. 2d 674(1974)

49) City of Los Angeles v. Lyons, 461 U. S. 95, 103 S. Ct. 1660, 75 L. Ed. 2d 675(1983)

50) 여기서 개별화된 손해라 함은 개인의 구체적 만족 또는 경험으로 표현될 수 있는(expressible in terms of the individual’s concrete satisfactions or experiences)것으로 족하고, 그러한 만족 또는 경험이 소송당사자의 유일한(unique)것일 필요는 없다. L. Tribe, 전게서 117.

51) Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 95 S. Ct. 2197, 45 L. Ed. 2d 343(1975)

52) Conservation. Council of Carolina v. Costanzo(CA4NC) 505 F. 2d 498, Davis, Standing : Taxpayers and Others, 35 U. Chi. L. Rev. 601, 613(1968)

으나,⁵⁴⁾ 그 내용상 상당한 다수에 의해 당한 침해와 완전히 일치하는 것이 아닐 것을 요한다. 다만 사실상의 침해는 경제적일 필요는 없고, 미적(aesthetic), 환경보호적(environmental),⁵⁵⁾ 자원보전적(conservational), 휴양적(recreational), 정보취득적(informational)⁵⁶⁾ 내지 나아가 연방헌법 제1조상의 가치라는 정신적 침해관계(spiritual stake)까지 포함한다.⁵⁷⁾ 다만 연방법령상 달리 규정이 없는 한 환경에 대한 순수한 “공적 또는 이념적 이익”(purely public or ideological interests) 예를 들면 타인의 환경이용에 대한 반대하는 자의 이익 등은 당사자적격이 인정되지 아니한다.⁵⁸⁾

셋째, 계쟁행위가 침해의 “사실상의 원인”(cause in fact)일 것을 요한다. 계쟁행위가 침해의 조건적 인과관계적 사실(a “but for” cause of the injury)이며, 구하고 있는 구제방법이 인용되는 경우에 침해를 회복할 합리적인 가능성(a reasonable likelihood of redressing the injury)이 있을 것을 요한다(이러한 인과적 요건은 납세자소송에서는 요구되지 아니한다).⁵⁹⁾

53) Kenneth F. Ripple, *Constitutional Litigation*, 197, 200(1984)

54) 즉 침해의 간접성(the indirectness of an injury)이 반드시 당사자적격에 치명적(fatal)인 것은 아니나, 다만 간접적으로 손해를 당하였다고 주장하는 원고는 당사자적격을 위한 최소한의 헌법상의 요건을 충족시키는데 상당히 어려움이 있을 것으로 본다. *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U. S. 26, 96 S. Ct. 1917, 48 L. Ed. 2d 450(1976)

55) *Sierra Club v. Morton*, 405 U. S. 727, 734, 92 S. Ct. 1361, 31 L. Ed. 2d 636(1972).

56) *Scientists's Institute for Public Information, INC. v. Atomic Energy Com.*, 481 F. 2d 1079 ; *Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Com.* 353 F. 2d 608, 384 U. S. 941, 86 S. Ct. 1462, 16 L. Ed. 540

57) *Citing School Dist. v. Schempp*, 374 U. S. 203. 83 S. Ct. 1560, 10 L. Ed. 2d 844(1963)

58) 위 *Sierra Club v. Morton* 판결, 환경소송과 당사자적격에 관한 일반적 검토에 대하여는, L. Tribe, *From Environmental Foundations to Constitutional Structures : Learning from Nature's Future*, 84 *Yale L. J.* 545(1975)

59) 이러한 인과관계요건이 없다면 원고가 소구하는 경제방법이 전혀 상황을 변경하지 아닐 경우에도 사법구제를 청구할 수 있게되고 따라서 연방법원에 의한 권한의 행사가 불필요하게 되어(gratuitous) 연방헌법 제3조의 제한과 일치하지 않게 되므로 외견상 무해한 (on its face, innocuous)것으로 보이지만, 이러한 인과관계 요건은 매우 조작가능하여(highly manipulable) 연방최고법원이 “사실상의 침해” 요건의 독립한 요소로서 분리

2) 연방요건불필요와 판결례 분석-Duke Power 사건

한편, 납세자소송에서 부과되는 것과 같은 계쟁행위와 침해사이의 연관(nexus)의 존재는 요구되지 아니한다. Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group⁶⁰⁾ 사건에서 원고들은 대부분 설립예정된 전력공장의 인근에 거주하는 40명으로 구성된 개인들로서, Price-Anderson 법이 위험이라고 주장하면서 소를 제기하였다.

원고들은 원자력공장사고 1건당 5억 6천만불로 전체손해배상 책임을 제한하고 있는 이 법이 원고들의 적법절차상의 권리를 침해하였다고 주장하였다. 원고들은 건축허가가 되어 공사가 진행 중인 공장이 완공, 가동된다면 사고결과와 야기여부를 불문하고 원고들에게 손해가 되는 환경상 및 미관상의 침해(detrimental environmental and aesthetic consequences)를 당할 것이라고 주장하고 이에 대해 피고전력회사는 주장된 환경 및 미관침해와 주장된 적법절차상권리침해 사이에는 아무런 연관(nexus)이 없다고 항변하였다. 연방최고법원은 원고들이 적법절차권리침해를 원인으로 하는 헌법상 청구를 할 당사자적격이 있다고 판결하면서 납세자소송 이외의 소송에서는 침해와 계쟁행위 사이에 연관(nexus)의 요건이 필요치 아니하며("the nexus requirement formulated in the context of taxpayers' suits does not have general applicability in suits of other types brought

(isolation)하는 것은 인과성분석의 명분하에 (in the guise of causality analysis) 연방법원이 실체상 재판을 꺼려하는(substantively disfavor) 소송을 떼어버리는 (screen from the dockets) 무원칙한 노력(unprincipled effort)을 할 것이라는 심각한 위협성을 드러내고 있다는 지적으로는, L. Tribe, 전게서 130

60) Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group Inc., 438 U. S. 59, 98 S. Ct. 2620, 57 L. Ed. 2d 595(1978)

in the federal courts”), 이 사건에서는 침해와 행위사이의 조건인과적 관계(a “bur for” casual connection)가 충족되고 있다고 보고 있다. 왜냐하면 만약 의회가 공장측 책임범위를 한정하지 않았다면 공장이 신축되지 않았을 실질적인 가능성(a substantial likelihood)이 있기 때문이다.

3) 구체적, 개별화 침해의 요건과 판결례 분석—Sierra Club 사건, SCRAP 사건, Wright 사건

비록 원고가 어떤 구체적이고 개별화된 사실상의 침해를 당하였고 당할 것을 주장하여야 하나 이러한 요건은 매우 자유롭게 해석되고 있다. 이 경우 손해는 경제적(economic)일 필요가 없다. 예를 들면, Sierra Club v. Morton 사건에서 원고인 환경단체는 자연산림에 휴양지역(recreational area)을 건립하는 것이 연방법에 반한다고 주장하였다. 연방최고법원은 미적이고 환경적인 복지에 대한 침해가 사실상의 침해를 구성하고 따라서 자연산림을 이용하는 사람은 당사자적격을 갖는다고 판단하였다. 다만 연방최고법원은 원고 단체의 원래의 청구에 대하여는 당사자적격을 부인하였는데 그 이유는 원고단체가 산림을 이용하는 특정구성원의 대표자(a representative of particular members)로서가 아니라 일반인의 대표자(a representative of the public)로서 당사자적격을 주장하였기 때문이었다. 이러한 연방최고법원의 판결이 있는 후(on remand) 원고단체는 구성원들 중 일부가 그 산림을 이용하였고 그 건립에 대해 침해를 당할 것이라는 원인으로 단순히 소장을 변경(amend its complaint)함으로써 이 문제를 해결하였다. 위 판결은 3명의 대법관의 반대의견이 있는데 특히 Douglas대법관은, “연방최고법원이 침해가 일반인이 분노하고

있는 주된 관심사인 경우(where injury is the subject of public outrage)에는, 파괴되고, 훼손되고, 침입될 처지에 놓여 있는 무생물의 이름으로(in the name of the inanimate object about to be despoiled, defaced, or invaded) 환경문제(environmental issues)를 연방위원회 또는 연방법원에서 다룰 수 있도록(to be litigated before federal agencies of federal courts) 허용하는 연방법원리를 확립한다면 당사자적격의 결정적 문제(critical question of standing)가 단순화되고 매끈하게 초점에 맞추어지게 되는(simplified and also put neatly into focus) 것이다“라는 입장을 표명하고 있다.⁶¹⁾

또 소송당사자 또는 대표단체가 전제요건적인 “구체적”이고 “개별화”된 침해를 주장하는 한은, 그 침해를 당하고 있는 사람이 많다는 단순한 이유만으로 당사자적격을 부인당하지 아니한다. 아마도 연방최고법원이 당사자적격을 부여하기에 충분하다고 인정된 가장 광범위하게 확산되어 있는 유형의 침해는 U. S. v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures(SCRAP)⁶²⁾ 사건에서 주장된 것으로 원고 환경단체가 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission)로 하여금 철도요금을 낮게 책정, 유지하도록 제소한 사건이다.

높은 운송요금은 회수가 가능한 물건을 운송할 경제적 유인을 저하시켜 회수불가능한 용기(non-recyclable containers)의 사용을 증가시키고, 따라서 워싱턴지역 국립공원들에 쓰레기를 더 많이 발생케하는 결과를 가져온다고 주장하고 있다. 주장된 침해는, 공기를 흡입하고, 산림, 강, 개울, 산, 기타 자연자원(natural

61) 환경소송에서 자연이 무생물에 대한 당사자적격문제에 대한 일반적인 검토로서는, Stone, Should Trees Have Standing?-Toward Legal Rights for Natural Objects, 45 S. Calif. L. Rev. 450(1972)

62) U. S. v. SCRAP, 412 U. S. 669, 93 S. Ct. 2405, 37 L. Ed. 2d 254(1973)

resources)을 이용하는 단체의 구성원들에 대한 것이다. 이러한 침해는 비록 널리 퍼져있는(even though widespread) 유형이라고 하더라도 당사자적격상 충분하다고 판단되었다. 즉 “많은 다른 사람들 역시 침해를 당하고 있다는 단순한 이유만으로 실제로 침해를 당한 사람들에게 대하여 당사자적격을 부인하는 것은 가장 침해적이고 광범위한 정부의 행위(the most injurious and widespread government action)가 어느 누구에 의해서도 의문시당하지 않을(questioned by nobody) 것이라는 의미가 된다.”⁶³⁾

그러나 집단의 광범위성에 대한 제한은 엄연히 존재한다. 정부가 합헌적이고 합법적으로 기능하는데 대한 모든 시민들이 이익은 너무 산만하여(diffuse) 시민의 지위에 기초한 소송(action based on citizenship)은 허용되지 아니한다.⁶⁴⁾

마찬가지로 소수인종집단의 구성원은 그 집단구성원의 신분만으로 소수인종집단의 명예를 훼손한 정부의 행위에 대해 제소할 당사자적격을 도출할 수 없다. 예를 들면 *Allen v. Wright*⁶⁵⁾ 사건에서 묵인공립학교 학부모들이 원고들이 되어 국세청(I. R. S.)을 제소하면서 국세청이 인종차별적인 사립학교는 조세면제취급 대상(tax-exempt status)에서 제외시킬 의무를 효과적으로 수행하지 않고 있다고 주장하였다. 일반적으로 인종차별에 의해 야기된 “명예훼손적 침해”(stigmatizing injury)를 피하기 위한 학부모의 이익은 당사자적격을 인정하기에 부족하고 오직 계쟁 차별적 행위로 개인적으로 동등취급을 부인당한(personally denied

63) SCRAP판결은 당사자적격의 문제에 있어서 연방최고법원의 여전히 높은 관대성(an all-time high in Supreme Court liberalization)을 대변하는 것으로 침해의 사소성(a trifle)도 당사자적격상 충분하다는 것을 예시한다는 지적으로서는, K. C. Davis, *Administrative Law of the Seventies*, 489(1976), 그러나 위 판결 직후보다 엄격한 재판적합성요건으로의 복귀(a return to more rigorous justiciability requirement)에 대하여는 본문에서 보는 바와 같다.

64) *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 418 U. S. 208, 94 S. Ct. 2925, 41 L. Ed. 2d 706(1974)

65) *Allen v. Wright*, 468 U. S. 737, 104 S. Ct. 3315, 82 L. Ed. 2d 556(1987)

equal treatment)자들만이 당사자적격을 가진다. 만약 추상적인 명예침해만으로 당사자적격을 인정한다면 행정부가 조세면제혜택을 인종차별적 학교에 부여함으로써 차별을 하고 있다고 다투는 특정한 인종단체의 모든 구성원들에 대하여 학교소재지에 불구하고 전국적으로 확대될 것이며, 따라서 하와이주에 거주하는 흑인이 메인주에 소재한 인종차별학교에 대한 조세면제조치를 다투 수 있게 되는 불합리한 결과가 초래되며, 이러한 결과는 결국 연방최고법원이 단순히 국외자의 가치이익을 옹호하기 위한 수단(no more than a vehicle for the vindication of the value interests of concerned bystanders)으로 변형될 것이라고 판시하였다. 구체적인 내용은 후술한다.

4) 기관 및 단체의 당사자적격

앞서의 Sierra Club 판결과 SCRAP 판결은 연방최고법원이 일정한 상황에서는 단체에 당사자적격을 부여함에 대해 완전히 긍정적인 입장을 취하고 있음을 알 수 있다. 단체는 단체로서의 단체자신의 권리를 옹호하기 위하여 자신의 이름으로 소를 제기할 당사자적격을 가질 뿐 아니라,⁶⁶⁾ 어떤 경우에는 단체가 비록 단체 자신에 대한 침해가 없는 경우라 할지라도 오로지 구성원들의 대표자로서(solely as a representative of its members) 구성원들에 대한 권리를 보호하기 위하여 제소할 수 있다.⁶⁷⁾ 단

66) 이 경우 주요쟁점은 단체가 경제적 손해 또는 비경제적 침해를 불문하고 단체활동에 대한 구체적이고 명백한 침해(a concrete and demonstrable injury)를 주장하였는지에 관해서이다. 일반화된 진정의 주장금지라는 일반적 정책(the general policy against assertion of generalized grievances)에 따라 단체소송당사자는 추상적인 이익에 대한 단순한 침해이상(more than simply a setback to its abstract social interests)을 주장하여야 한다. Havens Realty Corp. v. Coleman, 455 U. S. 363, 102 S. Ct. 1114, 71 L. Ed. 2d 214(1982)

67) Boston Stock Exchange v. State Tax Com. 429 U. S. 318, 97 S. Ct. 599, 50 L. Ed. 2d 514(1977)

체가 다음의 3가지의 조건을 구비하는 경우에는 구성원들을 위하여(on behalf of its members) 제소할 수 있다.⁶⁸⁾

1) 단체의 구성원도 그들 자신의 권리(in their own rights)로서 제소할 당사자적격을 가지는 경우로서, 소송당사자는 구성원들의 전부 또는 일부가 만약 구성원들이 재판적합한 사건(a justiciable case)으로서 제소할 수 있었을 계쟁행위의 결과로서 급박한 또는 위협받는 침해(an immediate or threatened injury)를 당하고 있다고 주장하여야 한다.

2) 단체가 보호하고자 하는 이익(the interests the association seeks to protect)은 단체의 목적이 속하는(germane to the organization's purpose) 경우로서, 이는 단체가 쟁점의 적합한 전개(an appropriate development of issues)를 허용할 충분한 대립당사자성있는 소송(the litigation sufficient adverseness)을 제기할 수 있는 것을 의도한 것으로, 대부분의 경우 단체의 제소의 경우 이 요건은 명백하나, 통상의 단체이익의 범위내에서 즉시 인지할 수 없는(not immediately recognizable as within the usual interests of the organization) 새로운 쟁점인 경우에는 단체소송당사자는 보다 충분한 주장을 하여야 한다. 마찬가지로, 단체의 이익의 성격이 잘 알려지지 않는(not well known) 경우 또는 단체가 성립된지 오래지 않고 성격이 다소 모호한(fairly new or obscure) 경우에는 단체소송당사자는 단체가 법원의 대립당사자절차의 목적(its end of adversary proceeding)에 부합하여 적절히 쟁점을 특정하고 제시할 수(identify and address the issues appropriately) 있음을 법원에 확신 시킬 수 있도록 구체적으로 주장, 입증하여야 한다.

68) Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n., 432 U. S. 333, 97 S. Ct. 2434, 53 L. Ed. 2d 383(1977)

3) 주장된 청구 또는 요구된 구제수단이 그 소송에서 개개의 구성원이 당사자로서 참가하여야 하는 소송(the participation of individual members in the lawsuit) 형태가 아닌 경우로서, 청구의 성격상 침해된 당사자의 개인적 참여를 요구하는, 예를 들면 종교행사의 자유는 개인적(personal to the individual)이므로 이러한 권리에 대한 소송의 경우는 단체의 당사자적격이 허용되지 아니한다. 단체당사자는 단체 자신 또는 단체구성원들의 일부가 침해를 당하였다는 주장외에, 단체구성원을 위하여(on behalf of its members) 주장할 수 있는 구제의 태양(a form of relief)를 구하고 있음을 주장하여야 한다. 즉 그러한 구제가 침해된 단체구성원의 이익을 위하여 효력이 발하는(inure to the benefits of those members) 경우임을 주장하여야 한다.⁶⁹⁾

이러한 기본요건은 International Union, United Automobile, Aerospace, and Agricultural Implement Workers of America (U. A. W.) v. Brock⁷⁰⁾ 사건에서 잘 예시되고 있다.

U. A. W.는 노동부장관이 수입경쟁을 이유로 해고된 근로자들에 대한 혜택을 주도록 규정하고 있는 법령을 잘못 해석하였다는 확인판결을 구하는 소를 제기하였다. 연방최고법원의 다수의견은 Hunt 사건에서의 3가지의 test를 충족하였고, 노동조합은 그 구성원들을 위하여 제소할 당사자적격을 가진다고 판시하였다. 가장 밀접한 문제는 3번째의 요건을 충족하였는가에 대해서인데 노동부장관은 분쟁이 법령의 개개 노동자들에 대한 적용 여부에 관련되어 있는 것으로 이 사건은 각 이해당사자인 노동자의 참가없이 진행할 수 없다고 다투고 있었는데 연방최고법원은 원고조합은 노동부장관이 법령의 일반적 자격규정(the

69) K. Ripple, 전제서 200-205

70) U. A. W. v. Brock, 477 U. S. 274, 106 S. Ct. 2523(1986)

statute's general eligibility provisions)을 잘못 해석하였다고 다투는 것으로, 개별적인 결정(the individualized determinations)이 잘못되었다고 다투고 있지 아니하여 특정 구성원의 청구에 대하여 재판되지 아니하므로 개개 구성원들의 소송상 존재(the presence of individual members)는 불필요하고 따라서 3번째의 요건이 충족되었다고 판단하였다. 연방최고법원은 이 사건이 구성원들을 대표하여 단체에 의한 소송보다는 미국연방민사소송규칙 제23조의 단체소송(class action)으로서 제소되어야 한다는 노동부장관의 주장을 배척하였다. 연방최고법원은 단체가 그 자신이 제소할 것을 허용하는데 특별한 가치(special value in allowing an association to sue on its own)가 있다고 보았다. 즉 “집단소송은 단지 구성원들의 공통된 청구에 의해 결합되어 있는(linked only by the common claims) 침해당한 원고들의 임시적 조합(an ad hoc union of injured plaintiffs)을 발생케 하나, 구성원들의 이익을 옹호하기 위해 제소하는 조합은 기존의 축적된 숙련과 자본(a pre-existing reservoir of expertise and capital)을 의존할 수 있는 특장이 있다.”고 판시하였다.

나. 인과관계요건

1) 인과관계의 특정성 및 구제가능성과 판결례 분석-Warth 사건

납세자소송 이외의 소송에서는 연방최고법원은 소송당사자가 다투는 정부의 행위가 제소된 침해를 야기하였음을 주장, 입증하여야 한다. 이러한 인과관계요건(causation, causality)은 두 가지의 구성요소가 있다.

소송당사자는 1) 계쟁행위가 침해에 대한 조건적 인과관계에

있는 원인(a "but for" cause of the injury) 즉 계쟁행위가 존재하지 않았더라면 침해가 발생하지 않았으리라는 관계성이 존재하여야 한다. 2) 승소판결(a favorable decision)이 선고되는 경우 침해가 구제될 수 있는 경우 즉 예상되는 구제방법(a proposed relief)이 손해를 제거할 수 있는 경우이다. 다만 이 경우 승소판결이 침해를 구제할 수 있는 가능성(a probability of redress)만으로 족한지는 분명하지 않다. 연방최고법원은 구체적 사건에 따라 구제의 가능성으로도 족하다고 본 경우가 있는가 하면, 사실상 확실성(virtual certainty)까지 요구하는 경우가 있다. Warth v. Seldin⁷¹⁾사건에서는 원고들이 위의 두 가지의 요건을 다 충족하지 못하였다. 원고들은 뉴욕 Penfield의 구획정리법(zoning rules)에 의하여 침해를 당하였다고 주장하는 다수인들로서 이 법률이 도시내 저소득층 내지 중산층주거의 신축을 배제할 목적으로 시행된 것이라고 주장하였다. 원고들의 유형을 분석하면 다음과 같다.

1) Penfield에는 거주한 적이 없는 중산층이하의 개인(low-and moderate-income individuals)로서 그 곳에서의 거주를 희망하고 있고, 감당할만한 주거(affordable housing)가 가능하다면 이주를 하였을 것이라고 주장하고 있다.

2) Rochester라는 인근 도시의 납세자들(taxpayers in the neighboring city)로서 Penfield에서의 감당할 만한 주거의 부재는 Rochester로 하여금 그 곳에서 그러한 계획의 추가적 건축에 대한 조세적 유인(tax incentives)을 부여하지 않을 수 없었고 따라서 이러한 원고들의 조세부담이 가중되었다.

3) Metro-Act라는 시민행동단체(a civic action group)는 그

71) Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 95 S. Ct. 2197, 45 L. Ed. 2d 343(1975), Broderick, The Warth Optional Standing Doctrine : A Return to Judicial Supremacy? 25 Cath. U. L. Rev. 467(1976)

일부의 구성원들이 Penfield에 거주하고 있었는데 그들의 도시로부터 중산층 이하의 사람들이 배제되는 경우 손해를 입는다고 주장하고 있다.

4) 부동산개발업체(real estate developers)를 포함한 두 개의 단체(two groups of entities)는 도시재개발법이 허용된다면 Penfield에 감당할 만한 주거의 건립에 참가할 것이라고 주장하였다. 이에 대해 연방최고법원은 어떠한 유형의 원고들도 당사자 적격을 결하였다고 판단하였다.

예를 들면 Penfield에 거주하고자 희망하는 개인들은 그들이 제한적 도시개발계획실행(restrictive zoning practices)이 존재한다면 Penfield에서 주거를 구입 또는 임차할 수 있었을 “실질적 가능성”(a substantial probability)의 소명이 없었을 뿐 아니라 소구하는 구제조치(즉 제한의 철폐)가 허용된다면 그들이 도시로 이주할 수 있었을 것이라는 소명도 없다. 한편, 적절한 주거의 설립은 도시개발법의 철폐만이 아니라 그 계획의 설립을 사실상 희망하는 제삼자(a third party willing actually to build)의 존재를 요구하는데 이러한 특정 개인으로서의 원고들이 감당할 수 있었을 계획을 진정으로 설립할 수 있었을 제삼자에 대한 소명도 없다. 반대로 그러한 주거의 설립에 참가하기를 희망하기를 도시개발업자 등의 집단은 필요한 침해의 소명을 하지 못하였는데, 그 이유는 그러한 도시개발법에 의해 배제될 수 있었을 특정한 도시계획(any specific project)을 지적할 수 없었다. (Rochester의 거주자들과 Metro-Act의 요구는 다른 이유로 배척되었는데 그들은 제삼자 권리에 해당되는 주장을 하고 있는 바 후술할 이러한 *jus tertii*는 일정한 예외적인 상황에서만 허용되는데 여기서는 그러한 예외사유가 해당되지 않았다).

이에 대해 4명의 대법관들은 반대의견을 내고 있는데, Brennan

대법관이 주된 반대의견을 작성하여 도시개발계획의 실현으로 손해를 입을 수 있는 모든 유형의 원고들을 법원으로부터 봉쇄하는(throwing out of court) 다수의견을 비난하고 있다. Brennan은 “사실상이 인과관계”(causation in fact)의 기본요건에 대하여는 반대하지 않지만 무엇이 인과관계의 적절한 특정의 제시인지에 대하여는 반대의 입장을 표명하고 있다. 즉 Brennan은 다수의견이 특정주거설립계획이 계쟁도시개발법에 의해 저지되고 있고, 저지될 것이라는 주장 및 이러한 특정의 계획이 위 제한의 철폐로 설립될 것이라는 주장을 요구하고 있는 데는 강력히 반대하였다. Brennan의 견해는 이러한 요건의 부과는 Penfield의 예정거주자들 및 아직 계획을 제시하지 아니하였으나 건립을 희망하고 있는 부동산개발업자에 대한 것으로 이러한 부과는 개시 절차 또는 본안변론 이전(before discovery or trial)에 제삼자의 의도와 능력에 관한 다양한 사실을 아는데 사실상 극복할 수 없는 장애(the virtually insurmountable obstacle)가 된다고 보고 있다. 따라서 Brennan은 당사자적격의 요구는 예정거주자들이 불법적인 도시계획이 자신들을 Penfield로부터 배제한다는 주장과 예정개발업자가 시당국이 어떤 하나의 것만이 아니라 어떠한 중산층 이하의 주거설립계획도 허가하지 않을 것이라는 주장으로 충족된다고 하였다. 또 승소판결의 구제 가능성은 “합리적 가능성”(reasonable probability)만으로 족하다고 보고 있다.⁷²⁾

72) Warth 사건 및 후술하는 EKWRO사건을 통하여, 침해되었다고 주장되는 이익의 상이한 성격규정(a different characterization of the interest assertedly harmed)에 따른 사법구제의 설득력있는 정당성(a persuasive justification for the judicial relief)을 위한 침해 내지 인과관계의 상대성(relativity of the injury and the casual chains)에 대한 논의로서는, Chayes, The Supreme Court, 1981 Term-Forward : Public Litigation and the Burger Court, 96 Harv. L. Rev. 4, 18-19(1982)

2) “사실상 원인”의 원칙과 연방헌법 제3조의 근거-EKWRO 사건

위 Warth 판결에 있어 다수의견은 주문을 헌법 제3조의 “사건과 쟁송”(case or controversy)에서 도출하였는지 명확히 하지 않고 대신 부분적으로 “사법신중”(prudential)의 고려에서 이를 도출하고 있다. 그러나 그후의 Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization(EKWRO)⁷³⁾ 사건에서 연방최고법원은 계쟁행위가 침해의 원인이어야 하고, 구하는 구제조치가 그 침해를 제거할 수 있는 것이어야 한다는 “사실상의 원인”(cause in fact)의 요건은 연방헌법 제3조에 의하여 부과됨을 명백히 하고 있다. EKWRO 사건에서 수 개의 원고단체들이 빈곤한 사람들을 대표하여 병원이 자선단체에 제공될 조세감면혜택(tax benefits)을 받기 위해 극빈자들에게 제공하여야 할 무료의료총액을 감소하고 있는 IRS의 규칙을 다투었다. 이에 대해 다수의견은 원고들의 당사자적격을 부인하면서 원고들에게 당사자적격을 인정하기 위하여는 원고들이 새로운 IRS의 규칙이 병원의 무료진료의 감소의 원인이고, 그 규칙의 철폐가 병원으로 하여금 이러한 의료제공을 회복시킬 것이라는 주장, 입증에 있어야 한다. 병원은 그러한 무료의료제공을 하지 않는 대신에 조세감면혜택(the tax breaks)을 포기할 수 있는 것이므로 원고들은 규칙과 손해와의 인과관계 또는 구하고 있는 구제(규칙의 무효화)의 허용이 손해의 전보(극빈자에 대한 무료의료제공)의 결과에 대한 주장, 입증에 하지 못하고 있다고 보고 있다. 즉 소장에 특정된 의료행위의 거부가 병원 측이 세금의 고려(tax implication) 없이 행한 결정으로 기인하지 아니한 행위라는 원인추적이 가능한지가 순수하게 추론적(speculative)이며, 마찬가지로 이 사건 소송

73) Simon v. EKWRO, 426 U. S. 26, 96 S. Ct. 1917, 48 L. Ed. 2d 450(1976)

에서 법원의 구제권한의 행사(the desired exercise of the court's remedial powers)가 원고측에게 그러한 의료행위의 이용 가능성(availability)을 결과할 것인지가 추론적이라고 판시하고 있다. 이에 대해 Brennan 대법관 등 반대의견은 관련된 침해가 무료의료진료를 받을 “기회와 능력”(the opportunity and ability)에 대한 것이고 그러한 이익은 너무 확산되어 당사자적격을 지지하지 못할 정도는 아니라고 보고 있다. 또 다수의견은 이러한 인과관계적 측면은 헌법 제3조에 의해 요구된다고 보고 있으므로 따라서 법령에 의해 당사자적격을 부여하는 것은 의회의 입법권한범위를 유월한 것이 된다. 결국 행정절차법상(a section of the Administrative Procedure Act) 이러한 경우에 대해 당사자적격을 부여하려는 의회의 입법의도는 무관계한 것이 된다.

EKWRO와 같은 사건에 있어서 엄격한 인과관계의 적용은 이중기준의 위험(the risk of a double standard)을 야기시킨다. 예를 들면 만약 IRS가 병원의 조세감면혜택을 위한 무료진료액을 감소시키는 대신 증가시킨 경우를 가정해 볼 때 이 경우 병원이 규칙의 철폐를 제소한다면 병원의 무료진료부담증가가 새로운 규정의 결과가 아니라 IRS의 항변에도 불구하고 당사자적격이 인정될 것인데 이러한 결과는 행정부가 특정한 문제에 있어 어떻게 행위하는가에 대한 상반된 이익(the opposite interests)을 양 당사자들이 가지고 있는 경우에는 단지 당사자일방만이 자신에게 불이익한 결정을 다룰 당사자적격을 갖게 되는 이중성이 야기된다.⁷⁴⁾

74) EKWRO판결과 Warth판결에 대한 비판적 검토로서, Tushnet, *The New Law of Standing : A Plea for Abandonment*, 62 Cornell L. Rev. 663(1977) ; Nichol, *Causation as a Standing Requirement : The Unprincipled Use of Judicial Restraint*, 69 Ky. L. Rev. 185(1980-1981)

3) 원인관련의 “실질적 충분성” - Duke Power 사건

비록 Warth 판결과 EKWRO 판결에서는 계쟁행위와 손해사이의 인과관계의 충분성에 있어서 “사실상의 확실성”(a virtual certainty)을 요구하고 있는 것으로 보이나 그 후 Duke Power Co.⁷⁵⁾ 사건에서는 “실질적 가능성”(a substantial likelihood) 즉 계쟁행위가 손해의 조건적 원인(a “but for” cause of injury)이고 구하고 있는 구제가 그러한 침해를 제거할 것이라는 정도의 충분성으로 이 요건을 충족시킨다고 보고 있다. 이미 보았듯이 위 사건에서 원고가 의회가 핵전력공장의 배상책임한도액을 제정하지 않았다면 예정된 특정한 공장이 건립되지 않았을 것이라는 실질적 가능성의 존재를 주장, 입증하면 당사자적격이 인정된다고 판시한 것이다.

위 Duke Power 판결 및 앞서의 Warth 판결과 EKWRO 판결을 조화롭게 이해하기는 어렵다. 무엇보다도 Duke 사건에서 인과관계의 요건 중 두번째의 요소 즉 요구된 구제방법이 침해를 구제할 것인지의 요소가 어떻게 충족되었는지 이해하기가 어렵다. 최소한 하나의 공장은 거의 완공에 이르고 있다.

이러한 단계에서 Duke Power 회사가 만약 배상책임한도규정이 위헌이라고 신고되는 경우 그 공장을 폐쇄하고 이미 투자한 수억 달러의 돈은 날려보낼 것인가를 생각해 볼 수 있다. 핵산업에 대한 행정재정지원은 핵전력공장의 건립의 결과를 초래한다고 보고 있으면서 병원에 대한 행정재정지원(즉 EKWRO 사건에서 이미 본 바와 같이)은 무료의료봉사에 대한 규정을 초래할 동일한 권능이 없는지는 이유를 알기 어렵다.⁷⁶⁾ 나아가 Duke

75) Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group Inc., 438 U. S. 59, 98 S. Ct. 2620, 57 L. Ed. 2d 595(1978)

76) Chayes, 전제논문 22

Power의 경제적 이익을 고려하면, 연방법원이 Duke Power 회사가 Price-Anderson법이 존재하지 않는 경우 두개의 핵시설공장을 포기할 가능성이 Warth사건에서 개발업자가 도시개발법상 제한이 제거되는 경우 저소득층원고들에게 적합한 거주시설을 건축할 가능성보다 더 실질적으로 상당한(substantial) 것으로 보는 이유에 대하여 강한 의문을 제기하면서, Duke Power 판결에서, 연방최고법원은 “막연한 실질적 가능성” 기준(the vague standard of “substantial likelihood”)에 아무런 공식적 내용(formal content)을 부여하지 않았다는 비판도 있다.⁷⁷⁾

4) “사실상 원인”의 원칙과 삼권분립적 근거—Wright사건

EKWRO사건에서 조세감면이 제삼자로 하여금 원고에게 손해를 야기하도록 하였다는 원고의 청구에 대하여 당사자적격요건 중 사실상의 원인의 측면을 입증하는 것이 거의 대부분 경우에 있어서 어렵다는 것을 예시하고 있다. 그러한 청구에 대한 당사자적격의 주장, 입증의 난이상은 Allen v. Wright⁷⁸⁾ 사건에서 흑인 공립학교부모들이 IRS의 차별적인 사립학교에 대한 조세감면혜택부여(tax breaks for discriminatory private schools)에 대해 다툼에 대해 연방최고법원이 사실상의 원인요구가 충족되지 않았다는 이유로 당사자적격을 인정치 않음으로써 다시 입증되고 있다. Wright사건에서, 학부모들은 조세감면조치가 차별적 사립학교가 수업료를 인하할 수 있도록 하여 백인학생들의 학부모들로 하여금 공립학교로부터 이러한 사립학교들로 전학시킬 수 있도록 유도하고 있으며, 이러한 전학조치는 결과적으로 흑인학생

77) Varat, Variable Justiciability and the Duke Power Case, 53 Tex L. Rev. 273, 287(1980)

78) Allen v. Wright, 468 U. S. 737, 104 S. Ct. 3315, 82 L. Ed. 2d 556(1987)

들의 통합공립학교에 다닐 헌법상의 권리를 박탈하는 것이라고 주장하였다. 이에 대해 연방최고법원은 5-3의 다수결로(Marshall 대법관은 참가하지 않았다) IRS의 행위와 공립학교의 계속된 분리정책(the continued segregation)과의 인과적 연결선(the line of causation)이 박약하여 후자의 전자에 대하여 상당한 정도의 원인추적이 어렵다(not fairly traceable)고 보고 있다. 다수의견은 당사자적격이 있기 위하여 학부모들이 다음 3가지를 소명하여야 했었다고 판시하였다. 1) 원고들의 지역사회에 소재하는 조세감면대상의 사립학교가 인종적으로 차별적이어서 이러한 조세감면을 철회하는 경우 공립학교통합(public-school integration)에 감지할 수 있는 차이(an appreciable difference)를 야기하는 경우일 것,

2) 상당수의 학교가 조세감면혜택을 받지 못하는 위협을 받았다면 그들의 인종차별적 정책을 변경할 수 있는 경우일 것,

3) 그러한 학교에 다니는 자녀들의 상당수의 학부모들이 만약 조세감면이 철회되는 경우 그들의 자녀들을 공립학교로 전학시킬 수 있는 경우 등이다. 다수의견에 의하면, 원고들은 이러한 3가지의 요소들 어느 경우도 주장하지 않았다고 판시하였다. 이러한 연방최고법원의 판시에 대하여, Wright사건의 본안적 핵심문제(the crucial question on the merits)는 행정부가 백인학생이 공립학교를 전학하도록 사실상 조성하는 보조를 하였는지에 관해서인데, 다수의견의 원인추적가능성요건의 적용(application of the traceability requirement)에 의하면, 행정부의 행위와 백인학생들의 차별적 사립학교등록사이의 관련(connection)의 진실성(truth)에 대하여 하등의 추론의 여지없는(no speculation) 특정의 방법으로(in a specific manner) 주장되어야 한다는 것으로, 그 결과 원고들은 개시절차 또는 본안심리절차의 혜택을 받음이

없이(without benefit of discovery or trial) 소장(complaint)에서 그 사실을 입증할 것이 요구되므로 부당하다는 지적이 있다.⁷⁹⁾

연방최고법원은 당사자적격방식의 한 부분으로서 삼권분립의 고려를 채용하였다.⁸⁰⁾ 원고들은 기존의 IRS규정이 조세감면지위의 부여를 인종차별학교들에게 금지시키고 있음을 인정하였다. 다수의견의 입장은 만약 그러한 청구에 당사자적격이 허용된다면, 특정적으로 확정할 수 없는 (not specifically identifiable) 행정부의 범위만을 다룰 수 있는 소송을 제기할 길을 닦아주는 격이 되며, 그러한 청구에 대하여는 연방법원은 일반적 진정 (general complaint)에 대해 행정부의 업무처리방식으로 압력을 가할 수 있는 적절한 장소(the proper forum)도 아니므로 비록 연방법원재판한 적절한 경우이더라도 인정되기 드물다.⁸¹⁾ 이러한 삼권분립분석의 도출(the infusion of separation of powers analysis)는 종래의 당사자적격법리의 현저한 이탈을 의미하는 것으로, 헌법상 청구가 종종 타기관의 행위의 유효성에 관하여 제기되고 이에 대해 사법적 개입(judicial intrusion)여부가 문제되느니 만큼, 만약 당사자적격결정이 삼권분립의 고려로 적절히 기울어진다면 법원은 더욱 더 많이, 진술되지 않고 검증되지 아니한 가치의 기여를 위해 (in order to serve unstated and unexamined values) 뚜렷한 근거를 밝힘이 없이 (on undisclosed grounds) 당사자적격을 단순히 적당하게 처리하거나 무시하는

79) Nichol, Abusing Standing : A Comment on Allen v. Wright, 133 U. Pa. L. Rev. 635, 640 n. 27(1985)

80) 다수의견은 당사자적격이 현재로서는 “민주사회에서 정당하고, 정당하게 제한된(the proper-and properly limited)법원의 권한”을 인식한 “하나의 기본적인 사상(a single idea) 즉 삼권분립사상”에 기초한 것이라고 강조하고 있다. 당사자적격과 삼권분립과의 일반적인 검토로서는, Scalia, The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers, 17 Suffolk L. Rev. 881(1983)

81) 만약 침해가 기타 모든 시민들 또는 납세자들과 공유한다면, 적절한 구제장소(the appropriate forum)는 입법부이지 법원이 아니며, 정치적 책임이라는 력학구조(the mechanisms of political accountability)만이 충분한 보장(a sufficient guaranty)이 된다는 견해로서는, Stone , Seidman, Sunstein & Tushnet, 전제서 90

등(roll out or ignore) 부인해 버리기 쉽다는 지적도 있다.⁸²⁾

3명 대법관들의 반대의견(Marshall대법관도 이 판결에 관여하였다면 거의 확실히 반대의견일 것으로 보인다)은 IRS의 행위와 학교비분리(school desegregation)사이의 인과적 연결의 근접성(the closeness of the casual link)에 대하여 다수의견과 다른 입장이다. 반대의견은 최소한 일부의 원고는 공립학교비분리정책에 차이를 초래할 정도로 인종차별적인 학교들이 조세감면의 혜택을 받고 있는 지역에 거주하고 있다고 반박하며, 위 사건과 공립학교학부모들이 차별적 사립학교들에게 무상으로 교과서를 배부한 미시시피주의 교육정책에 대하여 유효한 평등권조항상 권리의 침해를 주장할 수 있다는 *Norwood v. Harrison*⁸³⁾사건과의 차이는 없다고 보고 있다.

다수의견은 *Norwood*사건에서의 원고들은 전소에서 미시시피주에 대한 비분리정책시행명령(desegregation order)을 얻어낸 당사자들로서 주로 하여금 그 자신의 분리제도의 관행의 이탈을 구할 직접적인 권리(a direct right)를 취득하였다. 반대로 *Wright* 사건에서는 원고들 누구도 IRS에 대한 사전취득의 금지적 권리(any preacquired injunctive relief)를 갖고 있지 아니하였다는 것이다.

그러나 반대의견은 소장에서 많은 수의 교육구가 법원으로부터

82) Nichol, *Abusing Standing : A Comment on Allen v. Wright*, 133 U. Pa. L. Rev. 635, 642, 648(1984), Nichol은 연방최고법원이 그 근거로 삼권분립의 원칙을 들고 있으나 이를 당사자적격이론의 명확성으로부터 이탈하는 움직임(a movement away from clarity of the standing doctrine)으로 파악하면서, 한 사건이 적절한 삼권분립을 위협하는 경우에는 각하되어야 하나, 그것은 침입(intrusion)이 결정적인 요소(a decisive factor)로 고려되는 이론인 “정치적 문제”이론(a political question doctrine)으로서 각하되어야 한다고 주장하고 있다. 다른 시각에서, 연방최고법원이 일련의 입법적 원리들(legislative rules)을 시행함에 있어 임의적으로 관할을 허용하거나 거절하는 결정자체가 삼권분립에 의하여 금지되는 유형의 사법적 입법(judicially lawmaking of the sort prohibited by the principle)이라고 본 견해로서는, Redish, *Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function*, 94 Yale L. J. 71 (1984)

83) *Norwood v. Harrison*, 413 U. S. 455, 93 S. Ct. 2804, 37 L. Ed. 2d 723(1973)

터 비분리통합의 명(court-ordered integration)을 받았음에 비추어 볼 때 이러한 구별에 따른 차이를 알 수 없다고 하였다. 반대의견을 낸 Stevens대법관은 “보조금이 일정한 행위(여기서는 사립학교교육의 제공)를 비용부담적으로 작용한다면, 일정행위에 관여하는 능력의 증감을 결과하므로 당사자적격의 목적상 보조금의 침해에 대한 원인관계적 추적이 용이하다(injury can be fairly traced to the subsidy)”고 언급하였다. 반대의견을 낸 대법관들은 또한 다수의견의 삼권분립원리를 들추어내는 것을 반대하였다. 행정절차의 사법적 재조정의 적절성(the appropriateness of judicial re-shaping of administrative procedures)은 별개의 독립한 재판적합성문제(a separate justiciability issue)로 취급되어야 하고, 당사자적격이론의 일부분(part of standing doctrine)으로서 취급되어야 하고, 당사자적격이론의 일부분(part of standing doctrine)으로서 취급되어서는 아니된다는데 의견을 모으고 있다.⁸⁴⁾

5) “사실상 원인”의 원칙과 의회입법권의 한계

Flast판결과 Richardson판결에서 연방최고법원은 의회의 구제 허용입법(“congressional” grants of remedies)에 대하여 관대한 입장(a generous stance)을 대변하였으나, 그후 Warth판결, Simon판결, Valley Forge판결 등에서는 당사자적격원리에서의

84) Wright판결은 당사자적격결정문제를 명확화하기 위하여 삼권분립원칙을 채용하였으나, 하급법원의 지침을 제공하기 위하여는 보다 상세한 이론구성적 설명이 요구된다는 견해로서는, L. Tribe 전게서 109, 연방최고법원이 삼권분립분석이라는 이론적 적용(doctrinal application)을 통하여 광범한 형평법상의 구제문제를 포함한 실제법적 문제의 해결 및 연방주의의 고려(federalism concerns) 등의 비분래적이고 비공인된 목적(extraneous and unacknowledged ends)을 추구하고 있다는 비판으로서, L. Tribe, “Choke Holds, Church Subsidies, and Nuclear Meltdowns : Problems of Standing?” in Constitutional Choices 99-120, 327-62(1985)

헌법상의 요소(the constitutional ingredients in standing rules)에 대하여 점차적으로 강조하면서 의회의 법원이용확대조치에 대해 보다 큰 거부반응(a greater reluctance to permit Congress to expand access to courts)을 입증해 보이고 있다. 즉 Burger 대법원장의 연방최고법원은 단순히 법원이 만들어낸 사법자체의 소산이 아니라 연방헌법 제3조의 “사건 또는 쟁송”에 의해 요구되는 당사자적격원리의 범위에 대하여 점차적으로 강조하였다. 위 연방최고법원은 앞서의 Valley Forge사건에서 보듯이 최근의 당사자적격의 논의에서, “극최소한”(an irreducible minimum)으로 헌법은 소송당사자가 피고의 귀책사유있는 위법적 행위의 결과로서 자신이 일정한 침해(有些 actual or threatened injury)를 받거나 받을 우려(some actual or threatened injury)를 요하고, 그러한 침해는 계쟁행위로까지 원인추적이 가능하며(fairly can be traced to the challenged action) 승소판결에 의하여 전보될 가능성이 있는(likely to be redressed) 경우이어야 한다는 연방헌법 제3조의 “사건 또는 쟁소”에 근거한 침해요건은 연방법원이 의회제정법령의 흠결이 있는 경우 당사자적격을 부여하지 못한다는 제한을 함에 그치고 (only to limit the ability of federal courts to confer standing in the absence of statute), 의회가 일정 개인 또는 집단에 연방법원의 개입(federal judicial intervention)을 정당화할 만한 특정행위의 피해자로 규정할 수 있는 권한을 제한하는 것이 아니니 만큼⁸⁵⁾(not limit Congress’s power to designate categories of individuals or groups as sufficiently aggrieved by particular actions), 경우에 따라서는 비록 의회가 보다 유리한 당사자적격의 적용을 시도할 것이나, 이러한 시도는 원고가 위에서 언급한 요건을 충족하지 않는 한은 무시될 것

85) L. Tribe, 전제서 112

이다.

만약 의회가 특정한 사인의 집단(a particular class of persons)에 특정한 실체상의 권리(a particular substantive right)를 부여하는 법령을 제정한다면 그러한 권리가 침해당하였다는 주장은 “사실상의 침해”가 존재한다는 주장이 될 것이기 때문에 의회의 당사자적격의 부여는 보통 “사실상의 침해”를 창설한다. 그러나 최근의 당사자적격의 인과적 측면(the causation aspects)은 그 성격상 사법신중(prudential)문제이기보다는 완전한 헌법상(entirely constitutional)문제이다.

따라서 의회의 당사자적격부여(congressional grants of standing)는 EKWRO사건에서 명백하듯이 이러한 인과관계문제에 무관하다할 것이다.⁸⁶⁾ 다만 실무상으로는(as a practical matter)의회가 개입하여 법령으로 당사자적격을 부여하면(step in and by statute create standing), 이는 의회가 사실상의 (in effect) 연방법원에 쟁점에 대한 판단을 요구하고, 연방법원이 사법심사권한의 행사(the exercise of judicial review)를 정당화하는 것이므로, 연방최고법원으로서는 더욱 기꺼이(much more readily) 사건의 본안(the case on the merits)에 대해 판단할 것으로 보여진다. 다만 이 경우 의회의 입법권이 연방헌법 제3조의 “사건 또는 쟁송” 요건(the case or controversy requirement)을 벗어날 수 없다는 것이나, 연방최고법원이 U. S. v. SCRAP판결 등에서 보여 주듯이 이러한 연방헌법 제3조의 전제요건을 사실상 상당히 낮추어 운영하는 한 달리 연방최고법원의 입장에는

86) 만약 연방최고법원이 의회가 제정한 법령이나 행정적 결정(legislative enactment or administrative decision)이 헌법에 위반한다고 (in violation of the Constitution)결정한다면 의회는 국민들로부터 헌법개정동의를 받지 아니하는 한 그 결과를 자유로이 변경할 수 없으므로 당사자적격의 기초에 관한 결정에 대하여 결국 아무런 입법조치를 취할 수 없게 되는 결과가 된다는 견해로서는, Barron, Dienes, McCormack & Redish, 전게서 1314-15

변화가 있을 것으로는 보이지 않는다.⁸⁷⁾

6) 청구의 병합과 인과관계의 판단

원고가 복수청구를 하고 있는 경우, 별개의 당사자적격분석이 각 청구에 대하여 행해져야 한다. 따라서 당사자적격은 일정 원고가 일정 피고에 대한 청구 중 그 하나에 대하여는 존재하지만 다른 하나에 대하여는 존재하지 않는 경우도 가능하다. Los Angeles v. Lyons⁸⁸⁾사건에서 원고는 로스앤젤레스경찰에 의한 제어장구(choke hold)의 피해자들인데 경찰에 대한 손해배상청구(a damage claim against the police)에 대한 당사자적격은 인정되었으나 모든 사람에 대한 경찰의 장래의 제어장구의 사용금지 명령을 구하는 청구(injunction against all future use of such choke holds by the police against all persons)에 대하여는 당사자적격이 부인되었다. 연방최고법원은 원고가 경찰의 제어장구 사용으로 장래의 침해(future injury)를 입을 수 있을 것으로 볼 수 없다고 판시하면서, L. A.의 모든(all) 경찰이 항상(always) 체포 또는 심문의 목적 여하를 불문하고 일정 시민에 대하여 제어장구를 사용하고 있다는 것과 시가 경찰에게 그러한 방법의 사용을 명령하였거나 권한을 부여하였다는 등의 신빙성을 인정하기 어려운 주장(the incredible assertion)을 하였어야 했다고 부언하고 있다.⁸⁹⁾

87) Nowak, Rotunda & Young, 전계서 80

88) City of Los Angeles v. Lyons, 461 U. S. 95, 103 S. Ct. 1660, 75 L. Ed. 2d 675(1983)

89) Lyons 사건의 전반적 검토를 위하여는, Fallon, Of Justiciability, Remedies, and Public Law Litigations : Notes on the Jurisprudence of Lyons, 59 N. Y. U. L. Rev. 1(1984), 연방최고법원은 종료된 손해(completed harm)는 사실상의 침해를 구성하지 않으며, 금지명령을 구하는 구제절차에서는 장래손해의 확실성(certainty of future injuries)이 요구된다고 하여, 통상 상사관계사건에서는 (in commercial cases) 불확정성의 복잡한 연쇄(the convoluted chains of contingencies)를 기꺼이 인정하고 있음과 대조적으로 극단적이고 종래없는 (extreme and unprecedented) 접근방식을 채택하였음에 주의를 요한다. L. Tribe, 전계서 121

다. 제삼자의 당사자적격

1) 일반적 원리

당사자적격원리의 주된 기능 중의 하나는 소송당사자는 통상 제삼자의 헌법상의 권리를 주장할 수 없다는 일반적인 원칙을 시행함에 있다. 이러한 원칙은 또한 때때로 “헌법상 제삼자 권리 주장금지의 원칙”(the rule against assertion of “constitutional jus tertii”)이라고 불리진다.⁹⁰⁾ 즉 법령이 합헌적으로 적용되는 자가 그 법령이 다른 자에 대하여 계쟁상황 이외의 상황에서 위헌적으로 적용될 가능성이 내재하고 있다는 주장이 허용되지 아니하며, 헌법상의 권리는 개인적(personal)이고 대리하여(vicariously) 주장될 수 없다는 원칙이다.⁹¹⁾ 따라서 개인은 그 자신이 법령의 작용으로 손해를 당하고 있다는 주장, 입증을 하지 않는 한 법령의 합헌성(the constitutionality of a statute)을 다툴 수 없다.⁹²⁾ 연방최고법원은 Singleton v. Wulff⁹³⁾사건의 판결에서, 그 이유로 다음 두 가지를 들고 있다.⁹⁴⁾

90) 제3자당사자적격이론과 아울러 연방헌법 제3조의 “사건 및 쟁송”이라는 최소한의 당사자적격요건을 만족한 당사자가 소송의 과정에서 특정한 법률상의 청구를 제기할 수 있는 자에 관하여 다른 각도에서 접근한 이익영역이론(the zone-of-interest)이 있다. 다만 제3자당사자적격이론이 소송당사자 아닌 타인의 이익만을 보호하는 청구를 배제하는데 초점이 있는 반면, 이익영역이론은 소송당사자가 연방법령 또는 헌법상의 보장에 의하여 보호될 수 있는 이익영역(the zone of the interests arguably protected by relevant statute of constitutional guarantee)에 속하는 청구를 주장, 입증하지 않는다면 소송당사자의 주장된 이익을 보호하지 않는 것으로 간주되는 청구에 관한 것으로, 행정법의 영역 이외의 헌법소송에서는 (in non-administrative setting)단순히 제3자 권리주장금지의 일반적 원리의 재설명(restatement)으로서 이용된다. L. Tribe, 전거서 144

91) Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830(1973)

92) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510(1965) 제3자당사자적격에 관한 일반적 논의로서는, Monaghan, Third Party Standing 84 Colum. Rev. 567(1984), Brillmayer, The Jurisprudence of ArticleIII : Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement, 93 Harv. L. Rev. 97(1979)

93) Singleton v. Wulff, 428 U. S. 106, 96 S. Ct. 2868, 49 L. Ed. 2d 826(1976)

94) 제3자당사자적격이론 적용판결들의 일관된 이론구성의 난이 및 최근의 이론구성의 시도에 관하여는, Monaghan, 전거논문, Sedler, The assertion of Constitutional Jus Tertii : A Substantive Approach, 70 Calif. L. Rev. 1308(1982)

첫째, 법원은 그러한 제삼자의 권리에 대해 불필요성하게 (unnecessarily) 재판하여서는 아니되고, 둘째, 사실상 그러한 권리의 소지자는 자신의 권리를 주장하는 것을 바라지 않든지 소송당사자의 승소여부를 불구하고 자신의 권리를 향유할 수 있으며, 셋째, 제삼자 자신이 통상 자신의 권리의 최상의 제시자(the best proponent of their own rights)라는 것이다.⁹⁵⁾

이미 본 *Warth v. Seldin*사건에서, Rochester시의 거주자들은 인근 Penfield시가 저소득 및 중산층주거의 신축을 허용하지 않음으로 인하여 Rochester시는 보다 더 많이 그러한 주거를 건축하도록 개발업자에게 조세경감혜택을 부여함으로 인하여 자신들의 세금액을 인상케 하였다고 주장하였는데 비록 그들의 인상된 조세가 “사실상의 손해”를 구성한다고 하더라도, 도시계획법은 그들에게 적용되지 않고 따라서 그들의 권리를 침해한 것이 아니라는 이유로 당사자적격이 인정되지 않았다. 즉 그들의 주장은 제삼자의 권리(여기서는 도시계획법에 의해 Penfield로부터 배제된 자)를 특별한 예외의 경우를 제외하고는 주장할 수 없다는 일반원칙에 해당된 것이다.

2) 예외 인정근거 및 요건

이러한 제삼자권리주장금지의 원칙은⁹⁶⁾ “재양적 내지 사법신중의 고려”(discretionary or prudential considerations)에 기초한 것으로, 헌법 제3조의 “사건 및 쟁송”의 요건에 의해 부과된 것

95) Lea Brilmayer교수는 첫째의 경우를 “제한성”(restraint), 둘째의 경우를 “자기결정성”(self-determination), 셋째의 경우를 “대표성”(representation)으로 개념구성하여 이러한 정책적 고려를 재판적합성의 기초개념으로 이해하고 있다. Brilmayer, 전제논문

96) 이에 관한 연방최고법원의 판결들의 분석, 정리로서는, Anno., *Supreme Court's Views as to Party's Standing to Assert Rights of Third Persons (Jus Tertii) in Challenging Constitutionality of Legislation*, 50 L. Ed. 2d 902(1978), 일반적인 이론적 검토를 위하여는, Note, *Standing to Assert Constitutional Jus Tertii*, 88 Harv. L. Rev. 423(1974)

이 아니다(not constitutionally-mandated but a rule of judicial self-restraint). 그러므로 연방최고법원은 적용될 헌법상의 문제가 불명확하고 추론적인 (ill-defined and speculative) 경우 분쟁에 부당한 개입(unwarranted intervention)을 최소화하기 위하여⁹⁷⁾ 유용한 사법자제의 원리(salutary rule of self-restraint)에서 비롯된 제삼자 권리주장금지의 원칙자체를 단지 하나의 실무원칙(only a rule of practice)으로 보고 더 효과적인 사법정의의 달성(the more effective attainment of justice)을 위해 필요한 경우에는 무시될 수 있고 무시되어야 한다는 입장에서⁹⁸⁾ 일정한 제한적인 경우에 일반원칙의 예외를 실제문제에 적용하여 (intensively pragmatic) 자유로이 발전시킬 수 있었다.⁹⁹⁾ 물론 예외적인 경우의 인정은 가장 비중있는 반대이익의 정책적 고려(the most countervailing policy considerations)에 근거한 제한적임을 유의할 필요가 있다.

연방최고법원은 일관된 유형이 결여(lack of a coherent pattern) 되고 임시변통적(patchwork)이나¹⁰⁰⁾ 현재로서 Singleton v. Wulff사건 등을 통하여 정립한 다음의 두 가지의 요소(two factual elements)를 제삼자의 당사자적격금지(the ban on third-party standing)에 대한 예외로서 인정하기 위한 결정을 함에 있어 주로 (primarily) 고려하고 있는 것으로 보인다.¹⁰¹⁾

97) Craig v. Boren, 429 U. S. 190, 97 S. Ct. 451, 50 L. Ed. 2d 397(1976)

98) Barrows v. Jackson, 346 U. S. 249, 73 S. Ct. 1031, 97 L. Ed. 1586(1953) rehden 346 U. S. 841, 74 S. Ct. 19, 98 L. Ed. 361(1953)

99) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349(1972)

100) Note, Standing to Assert Constitutional Jus Tertii, 88 Harv. L. Rev. 423(1974)

101) 이러한 고려요소는 제삼자당사자적격이 인정되기 위한 일종의 공통성격(some common characteristics)에 지나지 않으며, 구체적 상황(a given fact situation)에서 적용될 수 있는 확립된 유형(a given fact situation)은 관례상 제시된 바 없다. 따라서 연방법원은 상당한 재량권(a good deal of discretion)을 행사하느니 만큼 이론적 논의(doctrinal argument)의 실익은 제한적 (of limited utility)임에 주의를 요한다. K. Ripple, 전제서 209. Ripple 은 이러한 두가지의 요소 외에 앞서의 Craig v. Boren사건에서 다수의견이 판시한 “연방최고법원이 법령에 대하여 새로이 별소로서 다투도록 기다리기 위해 (in order to await the initiation of a new challenge to the statute) 헌법상 본안문제를

1) 제삼자의 주장된 헌법상의 권리가 만약 소송당사자가 제삼자의 권리를 주장하는 것이 허용되지 않는다면 손상될 수 있는 (impaired) 가능성이 존재하고, 2) 소송당사자와 제삼자 사이에 특별한 관계(a special relationship)가 존재하여 제삼자의 권리의 옹호가 소송당사자가 당한 사실상의 침해를 제거할 뿐만 아니라 소송당사자의 이익이 소송당사자가 제삼자의 권리의 완전하게 또는 거의 완전하게 효과적으로 제시할 수 있는 자(fully or very nearly, as effective a proponent of the right as the third party)라고 인정될 정도로 제삼자의 이익과 밀접하게 유사한 (closely analogous) 경우 등이다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾ 각 경우를 구체적으로 검토한다.

가) 제삼자권리의 손상

제삼자의 주장된 헌법상의 권리가 손상(impairment of third

고려하지 아니하고(forgo consideration if the constitutional merits) 당사자문제를 결정하는 것은 결국 주의와 신중의 구실로(under the guise of caution and prudence) 반복적이고 소모적인 소송(repetitive and time-consuming litigation)을 조성하게 하는 허용될 수 없는 (impermissible) 처사이다.”라는 사법경제적 고려(consideration of judicial economy)의 지적을 받아들여, “바람직한 본안적 결론도달”(a desire to reach the merits)의 요소를 추가하고 있다. K. Ripple, 전게서 208-210

102) 이 경우 연방최고법원은 각 요소의 해당 여부를 판단하기 위하여, 1) 행정행위와 법령을 다루고 있는 소송당사자의 이익, 2) 주장된 권리의 성격, 3) 소송당사자와 제3자사이의 관계, 4) 제3자 자신의 권리보호실현능력상의 실제적 제한(practical limitation) 등을 고려할 것으로 보인다. Sedler, standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court, 71 Yale L. J. 599(1962)

103) 연방최고법원의 제3자당사자적격문제에 있어 서로 엇갈리는 입장표명(confused pronouncement)은 개인적 당사자적격(personal standing)과 관련된 사건들에 있어 절차적 부담의 일반적인 완화(the general loosening of procedural burdens)입장과는 상충하는 결과가 되어 소송당사자에게는 일종의 예기치 아니하는 함정(pitfall)을 제공하게 되어 소송당사자로서는 본안에 이르기 전에 예비적으로(preliminary to ever reaching the merits) 불필요한 소송의 제기를 야기하므로, 소송당사자가 계쟁행위로 부터 사실상의 침해를 당하고, 사건이 충분히 구체적이고 성숙되고(sufficiently concrete and ripe), 사법신중의 고려(prudential concerns)에 기한 사법자제(judicial self-restraint)를 요구하지 않는다면, 연방최고법원은 단지 제3자당사자적격을 구하는 당사자가 보호를 구하는 제3자의 적절한 대표자(an adequate representation of the third parties)가 아닌 경우라고 확신되는 경우에만 제3자 당사자적격을 금지할 수 있다는 견해로서는, Rohr, Fighting for the Rights of Others : The Troubled Law of Third Party Standing and Mootness in the Federal Courts, 35 U. Miami L. Rev. 393(1981)

party rights)될 것이라는 가능성은 위의 두가지의 요소들 중에서 보다 중요한 것이다.¹⁰⁴⁾ 이러한 요구는 제삼자의 헌법상의 권리주장을 제삼자 자신이 할 수 없는 법적인 제약(legal restrictions)하에 처한 경우에는 (inability of third party to assert own right) 명확하게 충족된다.¹⁰⁵⁾ 이러한 법적인 제약은 특정 소송의 당사자 아닌 제삼자가 소송의 결과에 대해 손해를 입게 되는 처지에 놓이고 (stand to lose by its outcome), 달리 자신의 권리를 보존할 효과적인 방법(effective avenue)이 없는 경우이다.¹⁰⁶⁾ Barrows v. Jackson¹⁰⁷⁾사건에서 피고는 인종적으로 제약적인 특약(a racially restrictive covenant)을 체결한 부동산의 소유자로서 그러한 특약을 위반하여 흑인인 X에게 그의 부동산을 매도하였다.

원고는 같은 특약을 체결한 인근부동산의 소유자로서 피고에 대해 특약위반을 원인으로 한 손해배상소송을 제기한 데 대해 피고는 그러한 특약이 소송당사자 아닌 X의 평등권을 위반하였다고 항변하였다. 이에 대해 연방최고법원은 만약 당사자적격이 피고의 입장에 있는 자에게 주어지지 않는다면 X와 같은 장래의 흑인매수인들은 결코 그들의 평등권을 소송화할 기회(an opportunity to litigate)를 갖지 못할 것이라는 이유로 피고가 X의 헌법상의 권리를 주장할 수 있는 당사자적격이 있다고 판결하였다. 이것은 만약 매도인이 특약의 유효성을 다투기보다는 그

104) 제3자권리주장금지에 대한 광범한 예외(the wide-ranging exceptions)를 정당화할 중요한 요소들로서, 1) 권리주장자(claimant)와 제3자사이에 일정한 실질적인 관계의 존재(the presence of some relationship), 2) 제3자권리소지자(the third party rightholders)가 자신의 헌법상의 권리를 주장하는 것이 불가능(impossibility)하고, 3) 소송당사자가 제3자의 권리를 주장하는 것이 허용되지 않으면 제3자의 권리가 희석되는 (diluted) 경우로 분류하여 셋째의 요소가 결정적인 (critical)것으로 이에 대한 강조가 현재의 임시 변통적인 예외(the present "patchwork of exceptions")로부터 보다 일관된 이론 (more coherent doctrine)을 도출할 수 있다고 본 견해로서는, G. Gunther, 전거서 1574

105) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349(1972)

106) Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830 (1973)

107) Barrows v. Jackson, 346 U. S. 249, 73 S. Ct. 1031, 97 L. Ed. 1586(1953)

러한 특약을 자발적으로 인정한 다면 (voluntarily honored such covenants rather than litigating their validity) 비록 흑인들에 대한 매도를 자발적으로 거부한 것이 매도인이 사실상 손해배상의 제소를 당하지 않을 의사에서 비롯된 것이라 하더라도 주의 행위(state action)의 개입문제는 없을 것이기 때문이다.

제삼자의 권리의 주장을 인정하지 않는 경우 제삼자의 권리의 행사를 손상하는 것이 법적 제약(legal restriction)에 의한 것이 아니라 단순히 사실상의 장애(practical obstacle)에 기한 것인 경우에 대하여는 연방최고법원의 태도는 대립 되어 왔다.

이러한 문제를 다룬 최근의 Singleton v. Wulff¹⁰⁸⁾사건에서 Blackmun의 복수의견(plurality opinion)에 의해 대표되는 4명의 대법관들은 “진정한 장애”(a genuine obstacle)의 존재만으로 충분하다고 보고 있으나 4명의 대법관들 (Powell대법관 역시 부분적으로 반대의견을 내고 있다)은 제삼자가 자신의 권리를 주장할 수 있는 능력이 “사실상 모든 면에서 불가능한 ”(in all practical terms “impossible”)경우에 국한하여 인정된다고 보고 있다. Singleton사건에서, 주법령이 낙태를 위한 진료혜택 (medicaid benefit for abortions)을 거부하고 있는데 대해, 한 의사가 Roe v. Wade¹⁰⁹⁾판결에 의해 가지는 자신의 빈곤한 임신부 환자의 권리(indigent pregnant patients’rights)를 주장하였다. Blackmun의 복수의견은 사안의 모의재판성의 문제(mootness problems)와 더불어 임신부의 익명의 필요성(necessity of anonymity)은 임신부 자신이 소송을 제기하는 것이 “진정한 장애”에 해당한다고 판단하였다.

이 경우 비록 그러한 소송이 모의재판성 문제를 회피하기 위

108) Singleton v. Wulff, 428 U. S. 106, 96 S. Ct. 2868, 49 L. Ed. 2d 826(1976)

109) Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147(1973)

하여 집단소송(a class action)으로 제소될 수 있으므로 법적으로는 불가능한 것 (a legal impossibility)이 아니라 할지라도 당사자적격이 인정되어야 한다고 보고 있다. 이에 대해 반대의견은 “진정한 장애”의 존재는 너무 신축적인 기준이므로 (too flexible a criterion) 제삼자 당사자적격이 인정되기 위하여는 입산부자신의 소송이 사실상 불가능(virtually impossible) 한 경우이어야 한다고 보고 있다.

나) 특별한 관계의 존재

소송당사자와 그가 권리를 주장하려고 하는 제삼자사이의 특별한 관계(special relationship)의 존재는 적어도 도움이 되고 (at least helpful), 연방최고법원의 일부 대법관들에 의하면 (즉 Singleton사건의 복수의견에서와 같이) 제삼자 권리(jus tertii)에 대하여 필수적인(essential) 것이어야 한다. 연방최고법원은 다음과 같은 관계가 있는지에 대하여 판단한다.

1) 구하고 있는 구제를 허용하는 것이 소송당사자에게 사실상의 침해를 제법할 수 있을 것(이러한 요건은 당사자적격에 있어서 인과관계의 일반적인 요건의 한 부분이다.) 2) 소송당사자가 제삼자의 이익의 가장 효과적인 제시자(the best effective proponent)인 경우일 것 등이다.

예를 들면 Pierce v. Society of Sisters¹¹⁰사건에서, 공립학교에 자녀를 보내지 않는 부모에 대하여 범죄로서 규정하고 있는 주의 법령에 대하여 사립학교들이 학부모와 자녀들의 실제적 적법절차권리(the substantive due process rights)를 침해하였다는 이유로 그 법령의 집행을 저지하기 위한 소를 제기한데 대해 연방최고법원은 사립학교들이 이해관계 있는 사업상 및 재산상의 이익(business and property interests at stake)을 상당히 명백하

110) Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510, 45 S. Ct. 571, 69 S. Ed. 1070(1925)

계 가지고 있으므로 학부모와 자녀들의 적법절차권리를 주장할 수 있다고 판결하였다.

소송당사자와 제삼자사이의 특정한 상호의존적관계(a specific relationship of interdependence)는 전형적으로 소송당사자에 대한 파생적 손해(derivative injury)와 제삼자 권리의 손상(impairment of the third party's rights)과의 사이에 인과적 관계(causal link)를 제공하나, 단순히 특별관계의 존재만으로는 그 자체가 제삼자 권리주장을 허용하는데 거의 불충분하다. 제삼자 권리주장의 부인이 제삼자의 권리행사를 침해할 것이라는 주장, 입증에 있어야 한다. Pierce사건에서, 사립학교가 학부모 및 자녀들의 권리를 주장할 수 있는 권리가 부인되었다면 사립학교들이 학생수의 격감으로 문을 닫지 않을 수밖에 없다는 것이 입증되어야 한다.¹¹¹⁾¹¹²⁾ 한편 특별한 관계가 보통 단체 및 그 구성원들 사이에 존재하며 단체가 구성원의 권리를 주장할 수 있다. NAACP v. Alabama¹¹³⁾사건에서는, 주법원이 전국유색인종권익신장협회(the National Association for the Advancement of Colored People, 약칭 NAACP)에게 동 협회의 알라바마지부회원들 및 임원의 성명 및 주소를 포함한 모든 기록 및 자료들을 제

111) 이와 같은 연방최고법원의 이론적 근거는 제3자의 자신들의 권리의 향유가 소송당사자(학교)의 파생적 침해(derivative injury) 즉 학생의 부족으로 학교폐쇄를 하지 않을 수 없는 침해로부터의 자유에 의존하기 때문이다. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, 498 n. 142(1965)

112) 연방최고법원의 제3자에 대한 당사자적격관련판결들을 분석한 결과 일반적인 전제로서(as a general proposition) 헌법소송에서 승소하기 위하여는, 소송당사자 자신의 권리에 대한 위반(in violation of his own rights)을 주장, 입증하여야 한다고 하면서, 헌법상 제3자 당사자적격주장이 허용된 사건들에 있어서는 제3자 당사자적격주장의 소송당사자에 대한 계쟁법령 또는 행정행위의 적용 그 자체(an application itself)가 위헌적 내지 무효(unconstitutional or otherwise invalid)였고, 반대로 제3자적격주장이 허용되지 아니한 경우는 제3자 권리에 대하여는 위반일 수 (possible violation)있으나 소송당사자에 적용되는 경우에는 법령의 합헌성 결정에 무관계한 (irrelevant) 경우들이었다고 본 견해로서는, Sedler, *The Assertion of Constitutional Jus Tertii : A Substantive Approach*, 70 Calif. L. Rev. 1308, 1309(1982). 위 견해에 의하면 어떤 헌법소송사건에서나 진정한 문제(the real question)는 계쟁법령이 소송당사자의 실체법적인 헌법상의 보호(substantive constitutional protection)를 위반하였는지의 여부이다.

113) NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449, 78 S. Ct. 1163, 2 L. Ed. 2d 1488(1958)

출하도록 명령하자, NAACP는 주가 합헌적으로 공개(disclosure)를 강제할 수 없다고 다투고 있는 회원명단(membership lists)을 제외하고 다른 자료를 제출명령에 따라 제출하였으나, 주법원은 NAACP가 법원의 제출명령을 위반하였다는 이유로 법정모욕(contempt of court)을 선고한 사건에 대하여, 연방최고법원은 NAACP가 제출명령을 다툼에 있어 구성원들의 헌법상의 권리를 주장할 당사자적격을 갖는다고 판시하였다. 연방최고법원은 법원은 일반적으로 당사자가 자신에 대한 개인적(personal)하는 헌법상의 권리에만 의존하도록 할 수 있음은 동의를 하지만, 이러한 원칙은 법원에 즉시 제소할 수 없는(not immediately before the court) 자들의 헌법상의 권리가 법원에 제소할 수 있는 적절한 대표자(an appropriate representative before the court) 외에는 효과적으로 옹호될 수 없는 경우에는 경시되는 것이 아니다(not disrespected)라고 판단하여, 단체가 구성원들의 언론 및 집회의 자유를 주장할 수 있는 일정한 경우를 인정하였다.

3) 광범위성 이론과의 관계

“광범위성” 이론(overbreadth doctrine)은¹¹⁴⁾ 제삼자권리주장금지원칙에 대한 또 다른 하나의 예외로 간주되고 있다. 광범위성 이론에 의하면 형사법령이 명확하고 합헌적으로 적용되는 당사자가 그 법령이 만약 제삼자에 의해 개입된다면 합헌적으로 보호되어야 할 일정 유형의 행위에 적용될 수 있다고 주장하는 것

114) 법령이 합헌적으로 금지할 수 있는 규정된 행위 외에 그 규정 적용상 언론, 집회의 자유보호조항에 의해 보호되는 행위까지 전면적으로 포괄하는 경우에는 광범위하다고 본다. Thornhill v. Alabama, 310 U. S. 88, 60 S. Ct. 736, 84 L. Ed. 1093(1940). 종래의 Burger연방최고법원에서는 연방헌법 수정 제1조상의 광범위성 분석의 사용을 상당히 줄여서, 주로 법령의 정당한 사용과 비교하여 광범위정도가 “상당한”(substantial)경우에만 인정하여 왔다. Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830(1973)

이 허용될 수 있다.¹¹⁵⁾

연방최고법원은 이러한 광범위성이론에 근거한 당사자적격의 예외 인정을 특정한 법령이 주로 연방헌법수정 제1조상 보장된 권리행사에 대한 냉각효(chilling effect)를 내포하는 경우에 한정하여 인정하고 있다.¹¹⁶⁾

즉 연방헌법수정 제1조의 자유의 영역에서 전면적이고 부당한 적용(sweeping and improper application)의 우려있는 형사법령(a penal statute)의 존재를 감내할 위협으로 인하여, 자신의 행위가 보다 축소적으로 규정된 법령(more narrowly drawn statute)에 의해서는 규제될 수 있는지에 관계없이 문면상 광범위하다(facially overbroad)하다는 이유로 법령을 다툰 당사자적격이 존재한다.¹¹⁷⁾

물론 법령의 적법한 표현에 대한 저지효(the statute's deterrent effect on legitimate expression)가 현실적이지 않고 상당하지 아니한(not both real and substantial)경우이거나, 법령이 주법원에 의해 축소해석(a narrow construction)이 통상 행해지는(readily subject to)경우에는 소송당사자는 제3자의 권리를 주장할 수 없다.¹¹⁸⁾

이러한 당사자적격의 인정은 연방헌법수정 제1조의 자유에

115) 연방최고법원은 앞서의 Broadrick v. Oklahoma 판결 등을 통하여, 이러한 광범위성이론이 “강한 처방약”(strong medicine)내지 전통적인 당사자적격원리로부터의 상당한 이탈(substantial departure from the traditional standing rule)이라는 입장을 견지하고 있으나, 이에 대해 종래의 당사자적격의 원리(conventional standing principles)하에서도, 소송당사자는 합헌적으로 유효한 법의 지배에 부합하여 (in accordance with a constitutionally valid rule of law)재판을 받을 권리(the right to be judged)를 항상 가져 왔으므로 광범위성이론이 전통적인 당사자적격이론으로부터 이탈을 대변하는 것이 아니다(represent no departure from traditional standing principles)라고 본 견해로는, Monaghan, Overbreadth, 1981 S. Ct. Rev. 1, 3

116) Moose Lodge Number 107 v. Irvis, 407 U. S. 163, 92 S. Ct. 1965, 32 L. Ed. 2d 627 (1972)

117) Freedman v. Maryland, 380 U. S. 51, 85 S. Ct. 734, 13 L. Ed. 2d 649(1965), Dombrowski v. Pfister, 380 U. S. 479, 85 S. Ct. 1116, 14 L. Ed. 2d 22(1965)

118) Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U. S. 50, 96 S. Ct. 2440, 49 L. Ed. 2d 310, reh den 429 U. S. 873, 97 S. Ct. 191, 50 L. Ed. 2d 155 (1976)

대하여 필요한 생존적 영역(necessary “breathing space to survive”)을 확보하기 위하여 전통적 당사자적격의 수정이 불가피하다는 인식¹¹⁹⁾ 및 법령 그 자체의 존재가 제삼자의 헌법상 보호된 언론의 자유의 행사를 금지하도록 하는 결과를 야기한다는¹²⁰⁾ 사법적 예견 내지 가정(a judicial prediction or assumption)에 기초한 것으로, 사상의 교류를 위한 자유롭고 공개된 시장(a free and open market for the interchange of ideas)유지라는 우월적 중요성(overriding importance)¹²¹⁾ 내지 헌법상 보호된 표현의 제반사회에 대한 초월적 가치(transcendent value)를 반영하고 있다.¹²²⁾ 이러한 광범위성이론의 적용은 주로 권리장전상의 권리를 규정하고 있는 연방헌법수정 제1조상 보장되고 있는 자유권(freedom guaranteed by the Bill of Rights)에 국한되어 인정되어 왔음에 주의를 요한다.¹²³⁾

Dandridge v. Williams¹²⁴⁾사건에서, 연방최고법원은 주행정관계의 법규정이 연방부양자녀보조법하에서 가족 한 세대가 수영할 수 있는 보조금의 총액을 제한하는 것은 연방헌법수정 제14조의 평등권조항을 침해하는 것은 아니라고 판시하면서, 만약 이 사건이 행정행위가 수정 제1조의 언론의 자유를 침해한 것이라고 주장되었다면 “광범위성”(overreaching)의 발견은, 행정규정이

119) Walker v. City of Birmingham, 388 U. S. 307, 87 S. Ct. 1824, 18 L. Ed. 2d 1210(1967) reh den 389 U. S. 894, 88 S. Ct. 12, 19 L. Ed. 2d 202 (1967)에서의 Warren大法院長, Douglas, Fortas大法官들의 反對意見에서 言及되고 있다.

120) Gooding v. Wilson, 405 U. S. 518, 92 S. Ct. 1103, 31 L. Ed. 2d 408(1972)

121) Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U. S. 50, 96 S. Ct. 2440, 49 L. Ed. 2d 310(1976) reh den 429 U. S. 873, 97 S. Ct. 191, 50 L. Ed. 2d 155(1976)

122) Bigelow v. Virginia, 421 U. S. 809, 95 S. Ct. 2222, 44 L. Ed. 2d 600(1975)

123) 그러나 레외적으로 연방헌법수정 제1조와 제14조와의 상호관련적 사건에 대하여 광범위성이론이 적용된 판결로서는, Aptheker v. Secretary of State, 378 U. S. 500, 84 S. Ct. 1659, 12 L. Ed. 2d 992(1964), 연방헌법수정 제14조의 사건에 관하여 광범위성이론이 적용된 판결로서는, Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 92 S. Ct. 1027, 31 L. Ed. 2d 349(1972)

124) Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471, 90 S. Ct. 1153, 25 L. Ed. 2d 491 (1970) reh den 398 U. S. 914, 90 S. Ct. 1684, 26 L. Ed. 2d 80 (1970)

너무 광범위하여 수정 제1조에 의하여 보호된 행위를 침해할 정도로 (so broad as to impinge upon activity protected by the First Amendment) 전면적으로 적용되어, 그러한 광범위성은 위헌적이 될 것이기 때문에 의미가 있고 결정적일 것이나, 광범위성의 개념은 그러한 규정이 위 법상 대가족에 대하여 복지보조 금지금허용에 있어 일정 차별(some disparity)을 하였다는 이유만으로 수정 제14조를 침해했다고 주장되는, 하등 권리장전상 보호된 자유에 영향을 미치지 아니하는 (not affecting freedoms guaranteed by the Bill of Rights)사회, 경제분야에 있어서의 주의 규정(state regulation in the social and economic fields)을 다루는 사건에는 그 적용이 없다고 보고 부언하여, 주의 경제, 복지관계규정이 광범위하다고 무효화(invalidation)를 인정하는 것은 이미 지나가 버린 과거의 연방최고법원이 연방헌법수정 제 14조가 연방최고법원으로 하여금 주의 법률이 현명치 않고, 즉흥적이고, 특정 학설과 상치한다는 (unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought)이유로 무효화할 수 있는 권한을 받고 있다고 생각된 시절을 회상케 만드는 것이나 다름이 없다고 하였다. 한편 당사자적격이 있기 위하여는, 개인이 주관적 “위축”(a subjective chill)의 주장 이상의, 특정의 현존하는 객관적 손해 또는 특정의 장래의 손해의 우려(a specific present objective harm or a threat of specific future harm)의 주장을 입증하여야 하는 제약이 있다. 비록 제삼자의 권리의 주장이 광범위성이론의 핵심이나, 광범위성은 위에서 고려한 *jus tertii*에 대한 금지의 예외로부터 구별될 수 있다.

광범위성이론하에서는, 제삼자는 가상적(hypothetical)이고, 소송당사자는 자신과 다른 사람의 표현의 자유를 생각시킬 넓게 해석되는 법령하에서 유죄판결을 받지 아니할(not to be

convicted under a broadly-drawn statute) 자신의 헌법상의 권리(his own constitutional right)를 역시 주장하여야(also asserted) 하는 것이다. 즉 광범위성주장의 당사자는 자기의 헌법상의 권리를 침해하는 것과 같은 방법으로(in the same manner) 계쟁법령이 가상적 제삼자에 대한 적용이 예상된다고 주장하여야 한다. 연방최고법원은 법령의 광범위성(statutory overbreadth)와 제삼자의 권리주장(jus tertii)를 구별하지 않음으로써 양자의 원리를 일반적으로 제삼자 권리주장을 금지하는데 적용하고 있다.¹²⁵⁾

4. 주법원제소사건에 있어서의 당사자적격 문제

주법원소송당사자가 헌법 또는 기타 연방문제(federal question) 소송을 제기하는 경우, 만약 소송당사자가 연방법원의 당사자적격을 가지지 않는다면 그 사건은 연방최고법원에 결국 상소될 것이고 이 경우 연방최고법원은 2가지의 선택방법이 있다.

1) 연방최고법원은 연방법원재판적합성(federal-court justiciability)의 흠결로 단순히 상소를 각하하여 주법원판결이 효력을 갖도록 하는 방법 또는 2) 연방최고법원이 소송당사자가 연방문제를 제기하는 당사자적격 자체가 연방문제(federal question)로 간주하여 주법원이 관련실체적 연방문제에 대하여 관할을 결하였다는 이유로 주법원의 결정을 취소하는 방법이 있다.

첫째의 방법은 연방최고법원이 오판가능한 주 법원의 연방법

125) 양자의 원리는 양 태양의 청구에 대한 재판의 적절성(the appropriateness of adjudicating the two types of claims)에 근거하고 있음에도 이와 같은 연방최고법원의 양 원리의 운영경향에 대한 비판으로서는, Note, Standing to Assert Constitutional Jus Tertii, 88 Harv. L. Rev. 423(1974)

령 또는 헌법상의 결정을 시정하는데 아무런 권한행사를 할 수 없게 되는 경우이고, 둘째의 접근방식은 권리의 법적 구성 및 이에 대한 사법판단(the formulation and adjudication of rights)에 대한 주의 절차적 권한을 중대하게 침해하게 된다.¹²⁶⁾

연방최고법원은 오늘날 이러한 선택방법을 어떻게 다룰 것인지는 완전히 명백한 것은 아니다. 이러한 문제에 가장 근접한 사건은 *Doremus v. Board of Education*¹²⁷⁾인데, 주법원은 원고의 납세자로서 학교성경강독을 다투는 것을 배척하였는데 연방최고법원은 원고가 *Frothingham*판시하의 당사자적격을 갖추지 못하였다는 이유로 상소를 단순히 각하하였다(즉 연방최고법원은 위의 첫째의 방법을 의도하였다). 그러나 연방최고법원이 오늘날 동일한 선택방법을 채택할 것인지는 명백하지 않다.¹²⁸⁾

어떤 경우에도 *Doremus*사건에서 주법원이 원고의 헌법상의 다툼을 인용하였다면, 연방최고법원은 그러한 위헌성의 판결이 주내에서 선례로서 남도록 허용할지 여부에 대해 보다 심사숙고하였을 것으로 보인다.

126) L. Tribe, 전거서 114

127) *Doremus v. Board of Education*, 342 U. S. 429, 72 S. Ct. 934, 96 L. Ed. 2d 475(1952)

128) 연방최고법원은 연방청구가 주법원에 계류되고 항소되었으나 모의재판성(mootness)으로 판단된 경우에는 둘째의 방식을 채택하였다. *Liner v. Jafco, Inc.*, 375 U. S. 301, 84 S. Ct. 391, 11 L. Ed. 2d 347(1964)

법인의 기본권에 관한 연구 서설

탐구에 지칠 때 사람들은 기교에 빠지게 된다. - 김현

현재의 헌법이 지니는 규범성이란 하나의 역사적이고 구체적인 질서이며, 그것이 규율하게 되는 삶 역시도 역사적이고 구체적인 삶이다. - Konrad Hesse

정 종 섭

헌법연구관

- 목 차 -

I. 서 언

II. 법인의 기본권주체성 인정여부

1. 그간의 이론적 논의들 정리

가. 인정여부에 관한 학설

(1) 부정론

(2) 긍정론

(가) 한정적 긍정론

(나) 원칙적 긍정론

나. 법인의 본질론과의 관계

(1) 법인의 본질에 관한 학설

(가) 법인의제론

(나) 법인부인론

(다) 법인실재론

(라) 현대의 새로운 이해

(2) 법인본질론과 법인의 기본권주체성 인정여부

다. 법인의 기본권주체성 인정근거

(1) 법인의 구성원과의 관련성에서 구하는 견해

(2) 법인 그 자체에서 구하는 견해

2. 실정 헌법 및 판례의 태도

가. 독일의 경우

나. 아메리카합중국의 경우

다. 오스트리아의 경우

라. 일본국의 경우

III. 법인에게 인정되는 기본권의 종류

1. 법인의 종류

가. 공법인, 사법인

나. 사단법인, 재단법인

다. 영리법인, 비영리법인

2. 법인에게 인정될 수 없는 기본권

3. 법인에게 인정되는 기본권

IV. 법인의 기본권에 대한 제한

1. 법인의 기본권 보장의 정도

2. 법인의 기본권 제한 및 그 한계

가. 법인의 기본권 제한

나. 법인의 기본권 제한과 관련된 그 구성원의 기본권 제한 문제

V. 권리능력 없는 사단과 재단

VI. 정 당

VII. 법인의 기본권문제에 관한 연구의 과제

1. 법인의 기본권문제의 법체계적 위상
2. 기존의 논의가 지닌 문제점
 - 가. 기초가 허약한 기본권 일반이론
 - 나. 체계중심적인 법도그마틱적 접근의 문제점
 - 다. 통합적 연구·인식의 필요성

VIII. 결 언

I. 서 언

현대 국가의 기본권 상황은 국가권력에 의하여 행해지는 국민의 기본권 침해에 대한 방어적인 보호도 중요한 의미를 가지고 있지만, 기본권이 가지는 헌법질서의 형성이라는 적극적이고 역동적인 기능이 매우 강하게 표출되면서 새로이 생겨나고 있는 기본권영역에서의 현대적 현상은 연구자로 하여금 새로운 관심을 가지게 하고 있다. 이러한 현상은 기본권영역에서 ‘기본권의 주체 문제’에 있어서의 기본권주체의 확대 경향과 ‘기본권효력문제’에서 제3자적 효력내지 사인간의 효력이 매우 현실적이고도 실천적인 문제로 부각되고 있는 데서 그 대표적인 징표를 찾아볼 수 있다.

헌법학에서 기본권에 관한 전통적인 논의는 국가와 자연인 간의 관계문제로 전개되어 왔음은 인권사상내지 기본권사상의 발생과 그 발달과정을 볼 때 의문의 여지가 없고 또 주지하고 있는 바이지만, 기본권보장이 실질적으로 내실을 기하며 구체화되어온 선진외국의 경우를 보면 일찍부터 ‘기본권의 현대적 상황’이 생겨났고 헌법이론 역시 이에 대응하여 왔음을 알 수 있다.

흔히 법인의 기본권문제라고 부르는 것과 기본권의 사인간 효력 및 서로 다른 기본권주체들 상호간의 기본권충돌문제 등을 둘러싼 논의들이 이에 해당한다. 그런데 이러한 문제들의 해결과 대처방안은 선형적이거나 연역적인 원리에 의하는 것이 아니고 현실적으로 매우 다양하게 생겨나고 있는 기본권현실의 상황 속에서 모색되는 속성을 나타내고 있으므로 결국 기본권분쟁해결의 과정속에서 그에 관한 논의가 전개될 수밖에 없으며, 거시적

으로 볼 때는 그만큼 상황구속적인 성격까지도 지니고 있다. 각 나라마다 이러한 문제들에 대처하는 방식과 그 이론적인 대응에서 차이를 보이고 있는 것이라든지 기본권의 해석에서 뉘앙스(nuance)를 달리하고 있는 것도 결국 이와 무관한 것이 아니다.

법인의 기본권 문제만을 놓고 볼 때도 어떠한 기본권이 법인에게 인정될 것이며, 그 경우에도 어느 정도까지 보장되며, 제한에 있어서는 기본권제한의 일반적인 법리와 그 이외에 고유한 또 다른 법리가 작용을 하는지가 문제가 되고, 특히 법인과 자연인간에 기본권 충돌의 현상이 발생할 경우 양자간의 사회적 영향력과 힘의 불균형이라는 인자는 어떻게 고려되어야 할 것인가 하는 등등의 문제를 놓고 일반적인 법리와 함께 그 나라 사회발전의 단계와 법 상황을 고려하여 이에 대응하고 있다. 따라서 이 문제와 관련한 비교적 연구 역시 법학에서의 비교적 연구가 가지는 ‘탐색적 가치’ (heuristische Bedeutung)이상의 의미는 없게 된다.

이 글에서는 위에서 본 바와 같은 문제의식을 가지고 기본권의 현대적 상황을 추적하는 하나의 작업 중에서 특히 법인의 기본권 문제에 관하여 살펴보되, 우선은 법인의 기본권 문제에 대한 본격적인 연구의 출발단계로서 이에 관한 지금까지의 논의를 정리하고, 그러한 논의들 가운데 발견되는 의문점을 찾아내어 문제를 제기함과 동시에 이에 관한 학문공동체내의 활발한 논의를 위하여 한정된 범위내에서 필자의 의견을 조금씩 밝히는 수준을 유지하기로 한다.

이 글의 표제를 ‘서설’이라고 한 이유도 거기에 있다.

Ⅱ. 법인의 기본권주체성 인정여부

1. 그간의 이론적 논의들 정리

가. 인정여부에 관한 학설

법인에게 헌법상의 기본권이 인정될 수 있느냐에 대해 우선 기본권을 천부적이고 선국가적인 것으로 이해하는 입장에서는 논리 필연적으로 법인의 기본권주체성은 부정될 수밖에 없다.

그러나 오늘날에는 기본권을 이해하는 시각이 기본적으로 자연권적인 성격을 지니고 있던 그렇지 않은 불문하고 법인의 기본권을 완전히 부정하는 견해는 찾아보기 힘들고, 어떤 종류의 기본권을 어느 정도에서 인정할 것이냐하는 문제만을 두고 견해가 갈려져 있는 형편이다.

(1) 부정론

(가) 내용

기본권은 인간의 권리이므로 법인이 당연히 기본권의 주체가 되는 것은 아니다. 기본권의 주체로서의 국민의 자연인인 국민에 한한다.

(나) 근거

법인의 기본권이 부정되는 이유는, 기본권은 본질적으로 천부적이며 선국가적인 것이므로 국가가 형성되고 국가적인 범질이 생겨나기 전부터 존재한 자연인이 스스로 향유하고 행사하는

자유와 권리라는 자연권성에 있다고 한다. 이러한 자연권은 당연히 자연인에 귀속되는 것이고 실정법에 의해 비로소 권리와 의무의 주체로서 법인격이 부과되는 법인에게는 인정될 수 없다고 한다. 그 한 예를 공법인과 사법인을 불문하고 법인의 기본권주체성을 부정한 C. Schmitt의 자연법적-자유주의적 기본권관에서 발견할 수 있다.

(2) 긍정론

법인의 기본권을 인정하는 경우에도, 기본권의 주체는 자연인이 원칙이므로 한정된 범위내에서만 인정해야 할 것이라는 견해(한정적 긍정론)와 기본권의 성질상 법인에게 인정될 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 모든 개별적 기본권을 인정하여야 할 것이라고 하면서 가능한한 그 인정의 범위를 확대하려는 견해(원칙적 긍정론)로 나뉜다.

(가) 한정적 긍정론

1) 내용

한정적 긍정론은 반드시 그렇다고는 할 수 없으나 대체로 기본권을 원칙적으로 자연법적인 권리로 이해하는 견해에서 발견할 수 있다. 이러한 견해에 의하면 법인에게 인정될 수 있는 기본권을 열거하여 설명하면서 개별적 기본권에 있어서 그 해당 여부를 조심스레 검토해가는 자세를 취한다.¹⁾ 한정적 긍정론의 입장을 취한다고 하여 모두 자연권논의 입장을 견지하고 있는 것이 아님은 물론이고, 또 자연권론을 취해야 하는 것도 아니다.

1) 김철수, 「헌법학개론」(서울 : 박영사, 1991), 246면 이하 ; 권녕성, 「헌법학원론」(서울 : 법문사, 1991), 259면.

2) 근거

한정적 긍정론이 법인에게 기본권을 인정하는 근거는 일정하지는 아니한데 개별적으로 나열해보면 다음과 같다.

김철수 교수는 “현대의 복잡한 사회에 있어서는 비록 법인의 의사나 행동이 자연인에 의해서 행해지고 있다고 하더라도 개개의 자연인의 그것과는 독립하고 그것을 일체로 파악한 법인의 의사나 활동을 문제로 하는 실익이 충분히 있다.”²⁾고 근거지우고, 권영성교수는 “법인도 법에 의하여 권리능력을 부여받고 있을 뿐 아니라, 법인의 활동은 궁극적으로 자연인의 이익을 목적으로 하는 것이므로 일정한 범위 내에서 법인을 기본권의 주체로 인정하는 것도 무방하다”³⁾고 한다.

(나) 원칙적 긍정론

1) 내용

원칙적 긍정론은 주로 기본권의 양면성(doppelcharakter)을 강조하면서 기본권의 성질상 인정될 수 없는 것을 제외하고는 모두 인정될 수 있다고 하면서, 법인이 수행하는 기능은 다양하므로 법인이 그 주체가 될 수 있는 기본권의 종류를 획일적으로 열거하는 것은 무의미하고 불필요하다고 한다. 법인의 설립목적과 기능 등에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 입장이다.⁴⁾

2) 근거

원칙적 긍정론의 경우에도 법인의 기본권 주체성 인정의 근거는 다양하다. 허영 교수는 “법인의 기본권주체의 문제는 ‘결사의 자유’와 기본권의 ‘객관적 규범질서’로서의 성격을 염두에 두고, 더 나아가서는 19세기적인 개인주의적 사상으로부터 탈피해서

2) 김철수(주1), 246면 이하.

3) 권영성(주1), 259면.

4) 허영, 「한국헌법론」(서울 : 박영사, 1991), 246면 ; 안용교, 「한국헌법」(서울 : 고시연구소, 1989), 278면 이하.

인간의 상호협동과 공동체이익을 중요시하는 현대생활의 ‘가치적인 당위성’의 측면 등을 거시적이고 종합적으로 검토하는 경우에만 비로소 그 합리적인 설명이 가능하다”⁵⁾고 전제하고, 그 근거를 결사의 자유와 기본권의 양면성에서 찾는다.

즉, 현대사회에서는 결사는 일종의 동화적 통합의 형식인 동시에 수단이므로 법인은 사익법인이건 공익법인이건 막론하고 동화적 통합이라는 일정한 공적 기능을 수행하고 있고 결사의 자유가 결사활동의 자유도 보호하는 것이고, 그 같은 결사활동의 보호는 결사를 구성하는 개인이 아닌 법인, 사단, 단체의 기본권 주체성을 인정하는 경우에만 그 실효성이 기대될 수 있으며, 또한편으로는 기본권은 ‘주권적 공권’과 ‘객관적 규범질서’인 동시에 ‘제도보장’으로서의 성격을 함께 가지고 있고, 이러한 객관적 규범질서의 형성에 적극 참여하고 그 규범질서가 정하는 일정한 생활패턴에 따라 사회생활을 영위함으로써 동화적 통합을 실현시킬 책임과 의무는 자연인뿐 아니라 법인도 마찬가지로 지는 것이라고 보아야 하기 때문에 결국 법인의 기본권 주체성을 인정할 수밖에 없다는 논리를 전개한다.⁶⁾

안용교 교수는 “현대 사회에서는 자본주의가 고도로 발달하여 국가 유사의 기구를 갖고 국가 유사의 기능을 수행하는 거대한 단체(사회적 권력)가 출현한 현실이나 인적 기초와 결합하기 어려운 경제단체도 생기게 됨에 따라 법인도 자연인과 나란히 현대사회의 중요한 구성요소이며 활동하는 실체를 갖추고 있다는 데 그 근거를 찾아야 할 것이다.”라고 한다.⁷⁾

이러한 설명은 법인의 기본권 주체성 인정의 근거로 법적인

5) 허영(주4), 245면.

6) 허영(주4), 245면 이하 ; 허영, 「헌법이론과 헌법(중)」(서울 : 박영사, 1991), 71면 passim.

7) 안용교(주4), 277면.

‘사람’의 개념에는 자연인 외에 법인도 포함된다거나 또는 법인을 구성하는 것은 자연인이며 법인의 기본권보장은 간접적으로 자연인의 기본권을 보장하는 것과 연관이 있기 때문에 법인의 기본권을 인정하여야 한다는 논리는 잘못된 것이며 이러한 논리는 한편으로 구성원이 없는 법인의 경우에 그 기본권을 설명할 수도 없으므로 잘못된 것이라는 입장을 취한다.⁸⁾

즉, 법인의 기본권을 인정하는 것은 자연인의 기본권을 더 두텁게 보장하기 위해서나 법인의 구성원인 자연인의 기본권이 보장되기 때문이 아니라 법인 그 자체의 기본권을 인정하여야 할 이유가 있기 때문이라는 논리이다.

나. 법인의 본질론과의 관계

법인의 문제는 처음 근대 사법학에서 논의되어진 것이다. 즉, 법률관계에 있어서 자연인이외에 별개의 존재에 법상의 권리와 의무를 인정할 수 있는냐하는 문제가 대두되고, 그와 관련하여 법률관계에 있어서 하나의 법적인 주체로서 인정하는 경우에 이를 이론적으로 어떻게 이해해야 할 것이냐 하는 문제를 두고 논쟁이 전개되었는데, 법인본질론 논쟁이 그것이다.

이러한 논쟁의 전개 결과로서 지금까지의 논의 내용을 보면 대략 다음과 같이 정리된다.⁹⁾

(1) 법인의 본질에 관한 학설

8) 허영(주4), 244면 이하 ; 안용교(주4), 277면.

9) 고상용, 「민법총칙」(서울 : 법문사, 1990), 160면 이하 ; 황적인, 「현대민법론」(서울 : 박영사, 1986), 86면 이하 ; 곽간직, 「민법총칙」(서울 : 박영사, 1990), 213면 이하 ; 이영준, 「민법총칙」(서울 : 박영사, 1990), 845면 이하 ; 김용환, 「민법총칙론」(서울 : 박영사, 1989), 147면 이하 ; 장경학, 「민법총칙」(서울 : 법문사, 1989), 274면 이하 ; 아처영, 「민법총칙」(동경 : 암과서점, 1985), 122면 이하 참조.

(가) 법인의제론(Fiktionstheorie)

법인의제론에 의하면 법률관계에 있어서 권리와 의무의 주체는 원래가 자연인에 한하여 인정되는 것이므로 법인은 법률의 힘에 의하여 자연인에 의제되어 인정된 것에 불과한 것이라고 이해한다. 법인 자체의 실재적인 독자적 존재성을 부인한다. F. C. v. Savigny(1779-1861), G. F. Puchta(1798-1846), B. Windscheid (1817-1892) 등이 주장하였다.

F. C. v. Savigny에 의하면 권리와 의무의 주체는 의사라는 의사론(Willensdogma)에서 출발하여 본질적으로 자유의사의 주체는 자연인뿐이라고 하며, 법인이란 사법상의 재산능력에 대하여 인위적으로 인정된 주체로서 이는 법률상의 목적을 위한 관념적 존재(ideale Existenz)라고 하고, 외부와의 거래관계에서 법인은 사단 또는 재단으로서가 아니라 하나의 의제된 개인으로서 등장하고 따라서 법인의 법률행위는 법인의 구성원과 공동으로 행하여지는 것이 아니고 그 구성원과는 독립된 존재인 법인 스스로에 의해 행해진다고 하였다. 법인의 기관은 구성원의 대리인이 아니고 법인 자신의 대리인이 된다.¹⁰⁾

(나) 법인부인론(Negationstheorie)

F. C. v. Savigny의 후계자들은 법인의제론에서 더 나아가 법인부인론을 전개하였는데, 법인부인론에 의하면 법인의 실체는 법인이라는 그 어떤 것이 아니라 현실적으로 개인 또는 재산 그 자체일뿐 그 이외에 어떠한 실체가 있는 것이 아니므로 법인은 법률관계에 있어서 권리와 의무의 귀속점으로만 인정되는 관념적 주체라고 이해한다.

10) F. C. v. Savigny에 있어서 법인의 실재성(Realität)은 결코 부정된 것이 아니라고 하면서 W. Flume의 견해를 들어 F. C. v. Savigny를 법인의제설과 연결시키는 것은 잘못된 것이라는 지적이 있다. 이기수, “법인의 본질,” 인산 정회철선생정년기념논문집편집위원회, 「상법논총」(서울 : 박영사, 1985), 79면 이하 참조.

G. v. Jhering(1818-1892)은 법인의 실질적 주체는 법인 그 자체가 아니라 자선·의료·예능 등이 사단이나 재단의 법인에 의하여 이익을 얻는 그 구성원 내지 수익자(destinatär od. Geniesser)라고 하였고(향익자주체설:Geniessertheorie), Hölder는 법인 재산의 관리자(Verwalter)가 실질적 주체라고 하였으며(관리자주체설:Verwaltertheorie), Brinz(1820-1887)는 현실로 일정한 목적에 제공된 재산(Zweckvermögen) 그 자체가 실질적인 법인의 주체라고 하였다(목적재산설:Zweckvermögenstheorie).

(다) 법인실재론

19세기 법인본질논쟁에서 법인의제론과 법인부인론은 Romanisten에 의해 주장되었던 반면, Germanisten은 게르만법의 초개인적, 단체적 사상에 기초하여 법인실재론을 전개하였는데, 법인실재론에 의하면 법인은 법률에 의하여 의제된 것이 아니고 실질적으로 법률관계의 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 실체를 가지고 있는 사회적 실재라고 이해한다.

O. v. Gierke는 전통적 게르만법과 독일 고유법의 단체사상에 입각하여 자연인이 자연적 유기체로서 개인의사를 가지는 것과 마찬가지로 법인도 단체의사(Gesamtwille)를 가지고 있는 사회적 유기체(gesellschaftlicher Organismus)라고 하였고(유기체설), Michoud, Saleilles 등은 법인을 법률적 조직을 가지고 있는 조직체(Organisation)라고 이해하였으며(조직체설), Kohler, 아처영 등은 사단이나 어떤 목적재산은 비록 자연인은 아니라 하더라도 자연인과 마찬가지로 구성원인 개인을 떠나 독자적으로 사회적 작용을 할 수 있기 때문에 사회적 가치라는 측면에서 법인이 될 수 있다고 한다(사회적 가치설).

(라) 현대의 새로운 이해

이상의 논의는 사실 법인의 본질에 관한 19세기 이래의 논의적 맥락속에 있는 것인데, 오늘날에도 이러한 논의의 맥락속에서 이론을 좀더 세련화시키려는 경향이 있는가 하면, 법인의 본질론에 관한 논의는 실용적 측면에서 별로 실익이 없는 것이라는 평가도 있다.

이러한 법인에 대한 새로운 이해의 시도는 우선 법인의체론이나 법인부인론이나 법인실재론을 모두 어느 일면만 파악할 것이라고 하고, 엄밀한 인식론적인 측면에서는 법인의 사회적 기능의 문제와 법인격이 부여되는 이론적 근거를 별개의 것으로 구별해야 하지만, 이는 양자 택일의 성질을 가진 것이 아니기 때문에 법인을 이해함에 있어서는 법인의 법기술적인 측면과 기능적인 측면을 분리하지 말고 함께 이해해야 할 것이라는 태도를 취한다. 우선 법인은 자연인이 아닌 존재이지만 권리주체임에 적합한 조직체에 대하여 법이 법률관계를 간명하게 처리하기 위하여 기술적으로 권리와 의무의 통일적인 귀속 즉 법인격을 부여한 것이며(본질론적 측면), 법은 이 경우 아무의 조직체이나 법인격을 부여하는 것이 아니라 그 사회의 역사적, 사회적인 관점에서 법률관계의 주체가 될 만한 가치가 있다고 인정하는 것에 한하여 법인격을 부여한다고(기능론적 측면) 이해한다.¹¹⁾

따라서 법이 법인격을 부여한 기술적 목적과 그 법인의 활동이 조화되지 아니하는 경우에는 법인격이 부인될 수밖에 없다(법인격부인론).

(2) 법인본질론과 법인의 기본권주체성 인정 여부

11) 고상용(주9), 164면 이하 ; 이영준(주9), 847면 이하 ; 김용환(주9), 150면 ; 장경학(주9), 285면 이하 참조.

법인이 헌법에 보장된 기본권을 향유하고 행사할 수 있느냐의 문제는 법인 그 자체가 기본권의 주체가 될 수 있느냐의 문제이므로 법인부인론에서와 같이 아예 법인의 관념 자체도 부인하는 입장에서는 법인의 기본권을 논의할 여지가 처음부터 없게 되어 당연히 법인의 기본권주체성은 부정된다.

그런데 먼저 분명히 해야 할 것은, 법인을 그 구성원과 함께 파악하느냐 아니면 그 구성원과는 분리하여 파악하느냐 하는 문제는 법인이 헌법상의 기본권의 주체가 될 수 있느냐 하는 문제와는 관련성이 없다는 점이다. 왜냐하면 기본권보장의 문제에 있어서는 법인의 구성원은 법인의 구성원이나의 여부와 관계없이 당연히 헌법상의 국민으로서 기본권을 향유하고 행사할 수 있기 때문이다. 다만 순전히 논리적으로 보면 어떤 기본권이 개인적 요소는 전혀 없고 순전히 단체적인 것이어서 그것의 향유와 행사는 법인의 구성원이 될 때만 가능한 경우에는 예외적으로 문제가 될 수 있을 것 같으나 그러한 기본권은 아직은 찾아보기 어렵다.

따라서 헌법학에 있어서 법인의 기본권주체성 인정 여부의 문제는 법인 그 자체의 기본권이 인정될 수 있느냐 하는 문제이다.

문제의 핵심이 여기에 있다면 법인의제론에 의하든 법인실제론에 의하든 아니면 위에서 본 바와 같은 새로운 이해에 의하든 그 가운데 어느 하나의 견해(법인부인론 제외)를 취함에 따라 기본권 주체성 인정 여부 그 자체에 차이를 가져오는 것은 아니라는 결론에 이르게 된다.¹²⁾ (다만, 법인의 기본권을 인정해주는 경우 그 이론구성의 논리구조에 어떤 차이를 보일 수 있는 여지는 있는 것 같다. 즉 법인의제론에 의하면 법인의 기본권이 인정

12) 일본의 伊藤正己도 법인의 기본권주체성 인정여부의 문제는 법인본질론과는 관계가 없는 것으로 이해하는 듯하다. 伊藤正己, “會社の基本權-序說的考察” 鴻常夫(編), 「商事法の問題點」(東京: 有斐閣, 1974), 10면 참조.

되는 경우 그 기본권은 헌법에 의하여 비로소 창설되는 것이고 법인실재론에 의하면 그 기본권은 확인되는 것에 지나지 않는다고 설명할 여지가 없지 않지만 아직 이러한 설명을 하는 견해는 발견하지 못했다. 그런데 이러한 형태의 논의가 실재상 어떤 차이를 가져오는 것은 아니므로 논의의 실익이 있는지는 현재로서는 의문이다). 오히려 법인의 기본권 문제를 접근함에 있어서 고려되어야 할 중요한 요소는, 법인은 그 발생에서부터 사법적 개념으로 생겨난 것이고, 법적인 문제도 사법상의 권리와 의무의 주체로서 거래상 어떠한 권리와 책임을 지느냐에 초점이 있었고, 법인 본질에 대한 논의 역시 이러한 범주내의 논의라는 점이다.

따라서 법인이 사법상의 권리와 의무의 주체라는 문제와 법인이 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는지의 문제는 동일 평면에서 논할 성질의 것이 아니다. 헌법적 영역에서 법인의 기본권 주체성은 제일차적으로는 법인과 국가권력과의 관계의 문제이기 때문이다(물론 현대 사회에서는 법인에 있어서도 기본권의 제3자적 효력의 문제는 해당된다). 이점은 오늘날 법인의 기본권 문제가 법인의 성질에 비추어 보아 인정되느냐 아니냐의 문제에 비중을 두고 있는 것이 아니라, 법인에게 기본권이 인정되는 경우라 할지라도 그 기본권이 어떠한 범위내에서 어느 정도로 인정되는 것이냐 하는데 논의의 핵심과 요체를 두고 있다는 것과 직결되므로 유의할 필요가 있다.¹³⁾

다. 법인의 기본권주체성 인정 근거

위에서 법인의 기본권 주체성을 인정하는 학설을 한정적 긍정

13) 이러한 문제에 대한 인식은 일본국의 横坂健治에게서 다소 발견할 수 있다. 横坂健治, “法人·外國人と人權,” 杉原泰雄(編), 「헌법학의 기초개념」(東京 : 勁草書房, 1983), 187면 이하 참조.

론과 원칙적 긍정론으로 구분한 것은 법인의 기본권을 인정하는 경우에도 어느 범위에서 어느 정도로 인정할 것이냐에 있어 차이가 있음을 보이기 위하여 필자가 편의상 붙인 명칭이고 구별이다. 따라서 법인의 기본권 주체성 인정근거에 있어서의 이론구성에 차이를 보이는 것이 반드시 그러한 한정적 긍정론과 원칙적 긍정론과의 차이에 따라 필연적인 것으로 귀결되는 것은 아니므로 여기서는 법인의 기본권 주체성의 근거를 어디에서 구할 것인가에 관한 학설을 다음과 같이 분류해보기로 한다.

(1) 법인의 구성원과의 관련성에서 구하는 견해

법인의 기본권 주체성을 인정하는 이론적 근거를 법인의 구성원과의 관련성에서 구하는 견해는, 법인의 기본권보장은 간접적으로 자연인의 기본권을 보장하는 것이 되기 때문이라거나, 법인의 활동은 결국에는 그 효과가 자연인에 귀속되기 때문에 법인의 기본권 주체성을 인정하여야 할 것이라고 주장한다.¹⁴⁾ 위 권영성 교수의 견해도 이러한 범주에 해당한다고 볼 수 있다.

이러한 견해는 기본권의 보장은 본질적으로 자연인의 인권보장이라는 인권사상의 역사적인 전개에 충실하면서 현대 사회에서 불가피하게 법인에게 헌법상의 기본권이 한정된 범위와 정도

14) 官澤俊義, 「憲法」(東京: 有斐閣, 1983), 245면; 官澤俊義, 「憲法」(東京: 有斐閣, 1983): 日本評論社, 1985), 87면; 長尾一紘, 「日本國憲法」(京都: 일본평론사, 1985), 87면; 長尾一紘, 「일본국헌법」(경도: 세계사상사, 1988), 90면 이하 참조. 여기서 아부조제는 법인의 기본권 인정의 근거로, 법인은 자연인에 의해 구성되고 법인의 인권보장은 간접적으로 자연인의 자유·권리의 보호가 되며 법인은 자연인과 같이 사회적 활동의 실체이며 법률상의 '인'으로서 사회의 구성요소라는 점을 들고 있다. 일본국의 小林直樹는 “법인의 사회적 존재가 인정되고 나아가 그것이 결국에 자연인의 이익이나 권리의 실현을 도모하며 각각의 사회적 단위로서의 활동이 의미있고 필요한 이상 조리상 가능한 범위에서 헌법상의 기본권을 보장하는 것이 필요하고도 합목적적이라고 생각된다.”고 한다. 小林直樹, 「헌법강의(상)」(동경: 동경대학출판회, 1989), 284면. 竹官崇도 같은 견해를 취하고 있다. 竹官崇, 「憲法講話」(동경: 유신당, 1988), 59면 참조.

에서 인정된다고 하더라도 그로 인하여 자연인의 인권에 어떠한 제한이나 침해가 있어서는 안된다는 이념을 그 입장의 기초로 하고 있다. 그리고 이에 의하면 재단법인은 기본권의 주체성을 가질 수 없다는 결론에 도달한다.

(2) 법인 그 자체에서 구하는 견해

법인의 기본권 주체성을 법인 그 자체에서 구하는 견해는 법인과 그 구성원을 일단 분리하여 그 구성원의 기본권 보장을 염두에 두지 아니하더라도 법인은 실제 사회에서 자연인과 같이 활동하는 실체이고 자연인과 나란히 현대사회의 중요한 구성요소이므로 그 자체의 활동에 있어서 독자적으로 헌법상의 기본권을 인정하여야 할 이유와 실익이 있다고 본다.¹⁵⁾

법인의 기본권주체성 인정 여부의 문제는 일반적으로 보아 법인 그 자체의 기본권을 인정할 수 있느냐의 문제이고, 재단법인의 경우에는 그 구성원이 있을 수 없으므로 법인 그 자체에서 근거를 구하는 것이 원칙적으로 타당하다. 그러나 문제는 표현의 자유에서 볼 수 있듯이 법인의 표현의 자유행사와 그 구성원의 표현의 자유행사가 모순되거나 충돌되는 경우에는 과연 그러한 경우에도 그 구성원과 분리 내지는 독립된 법인 고유의 표현의

15) 김철수(주1), 246면 이하 ; 허영(주4), 245면 이하 ; 안용교(주4), 277면 ; 伊藤正己, 「헌법」(동경 : 홍문당, 1982), 198면 ; 伊藤正己(주12), 10면 참조. 일본국의 佐藤幸治도 법인의 기본권 주체성 인정을 그 구성원과 관련시켜 파악하는 견해는 인권관념에 충실한 점은 있지만 현대 사회의 실태에 비추어 볼 때 과연 적절하다고 할 수 있는지는 의문의 여지가 있다고 평가한다. 그리고 그는 현대 사회에서 법인의 기본권문제를 이해함에 있어서는 결사의 자유의 보장을 어떻게 평가하는가에도 관련이 있는 것이라고 한다. 佐藤幸治, 「헌법」(동경 : 청림서원, 1990), 386면 참조. 長尾一紘은 법인의 기본권향유주체성을 인정하는 근거에 대하여는 법인에 대한 기본권보장의 효과가 결국은 자연인에게 귀속되는 것이기 때문이라는 견해를 취하면서도 한편으로 헌법상 단체 그 자체에 권리를 귀속시키는 법기술(법인의 기본권 주체성 인정)이 헌법상의 결사의 자유 및 단결권의 보장과 무관계한 것이 아니라는 견해를 제시하고 있다. 長尾一紘(주14), 91면 참조.

자유를 인정하여야 하는가 하는 문제가 심각하게 고려되지 않을 수 없으므로 순전히 법인 그 자체에서만 근거를 구하는 것이 모든 경우에 일반적으로 타당한 것인지는 더 많은 연구를 요한다. 이 경우 법인 그 자체에서 구하는 논리를 일률적으로 관철시키는 경우에는 이 경우 법인의 기본권과 그 구성원의 기본권간의 충돌문제(기본권간의 상충문제)에 귀착될 것이지만, 양자의 유기적 관련성을 인정하는 경우에는 위와 같은 경우 법인의 기본권은 부정된다는 입론도 가능하기 때문이다.¹⁶⁾

따라서 법인의 기본권 주체성 인정여부문제를 법인 그 자체의 기본권 주체성 인정여부문제라고 하더라도 이는 그 인정근거를 그 구성원의 기본권에서 바로 도출할 수는 없다는 논리이지 법인의 기본권문제를 법인의 구성원의 기본권과 관련시켜 이해할 필요가 없다거나 그렇게 해석는 아니된다는 의미는 아닐 것이다 (이 경우 재단법인에서는 그 구성원이 있을 수 없으므로 거론할 여지는 없다). 원래 법인이라는 것이 자연인인 개인이 경제적, 사회적, 정치적 이익 등을 추구함에 있어서 개개인이 단독으로 이를 추구하는 것이 보다 충실하고 효과적이기 때문에 생겨난 점을 감안해보면 법인의 기본권보장문제를 법인의 구성원의 기본권보장과 완전히 단절시켜 이해하는 것은 문제점이 있다고 보인다.

이러한 문제와 관련하여 검토를 요하는 한가지 문제는, 법인이냐 권리능력없는 사단이냐 그 구성원의 기본권을 행사할 수 있는냐 하는 것인데, 법인의 기본권을 법인 그 자체에서 구하느냐 아니면 그 구성원의 기본권에서 구하느냐에 관계없이 기본권이 가지는 기본권주체와의 전속적 성질로 인하여 이는 부정될 수밖에

16) 이 문제에 관한 다수의 관점은 芦部信喜, “人權享有の主體,” 芦部信喜(編), 「憲法 人權 (1)」(동경 : 유비각, 1978), 31면 이하에서도 발견할 수 있다.

없다. 기본권의 양도불가성이나 기본권양도계약 또는 기본권의 대리행사계약이 무효인 것과 그 성질을 같이 한다.

따라서 법인이나 권리능력 없는 사단은 그 자신이 직접 당사자가 되어 그 구성원의 기본권침해를 민사소송, 행정소송, 헌법소원 등으로 다룰 수는 없다.

2. 실정 헌법 및 판례의 태도

법인의 기본권 문제에 관한 원리적, 이론적 논의는 위에서 살펴본 바와 같으나, 구체적이고 개별적인 실체에 있어서는 또 다른 모습을 보인다. 이하에서는 헌법이 발달한 몇몇 나라를 그 예로 보기로 한다(다만 독일과 아메리카합중국의 경우는 그 자체 집중적인 연구가 필요하고 학문적 가치가 있는 것인 만큼 이에 대한 개별적 연구는 다음 기회로 미루고 여기서는 개괄적으로 살펴보는데 그친다).

가. 독일의 경우

독일의 경우에는 법인의 기본권 주체성을 헌법에 명문화시켜 놓고 있다. 즉 독일 헌법 제19조 제3항은 “기본권은 그 본질상 적용이 인정되는 한도내에서 국내의 법인에도 효력을 가진다.”(Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.)라고 규정하고 있는데, 이는 Weimar헌법시대에 법인의 기본권 주체성을 부정했던 당시의 통설적 견해를 배척하고 헌법에 명문화하여 법인의 기본권 주체성의 문제를 해결하고 있는 것이다.

나. 아메리카합중국의 경우

아메리카합중국의 헌법에는 법인의 기본권 주체성을 명문화시켜놓은 규정은 없다. 그러나 연방대심원(Supreme Court)은 1886년 Santa Clara v. Southern Pac. R. R. 사건 이후로 헌법의 수정 제14조 제1절의 평등보호(equal protection)조항에 관하여 그 조항의 “person”가운데는 자연인(natural person)이외에 인위적인 법기술적 사람(artificial person)에 해당하는 법인(corporation)도 포함된다고 하는 판례가 확립되었고, 동조항의 적법절차(due process of law)조항에 관하여도 그에 관한 자유(liberty)의 보장은 자연인에 한정되지만,¹⁷⁾ 재산권의 보장에 관한 한은 사법인(private corporation)도 수정 제5조, 제14조에서 규정하고 있는 person에 해당되어 보호를 받는다고 해석되어져 왔다.¹⁸⁾

1930년대부터 1940년대의 판례이래 법인에게도 언론·출판의 자유와 불합리한 수색이나 압수를 받지 아니할 권리(수정 제4조)의 주체성이 인정되기에 이르렀다.¹⁹⁾ 수정 제5조의 재산권과

17) 이는 초기 판례의 일관된 입장이었다. 그 예로 Northwestern National Life Insurance Co. v. Riggs, 203 U. S. 243(1906) ; Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names, 268 U. S. 510 (1925) 등을 들 수 있다.

18) 평등보호조항이 적용된 것으로는, Santa Clara Country v. Southern Pacific Railroad, 118 U. S. 394(1886) ; Grosjean v. American Press Co., 297 U. S. 233[80 L Ed 660, 56 S Ct 444](1936) ; Louis K. Liggett Co. v. Lee, 288 U. S.517[77 L Ed 929, 53 S Ct 481, 85 ALR 699](1933) ; Frost v. Corporation Com. of Oklahoma, 278 U. S. 515[73 L Ed 483, 49 S Ct 235](1929) ; Quaker City Cab Co. v. Pennsylvania, 277 U. S. 389 「72 L Ed 927, 48 S Ct 553」(1928) 등을 들 수 있고, 적법절차조항이 적용된 것으로는, First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 778, [55 L Ed 2d 707, 718, 98 S Ct 1407](1978) ; Connecticut General Life Ins. Co. v. Johnson, 303 U. S. 77 「82 L Ed 673, 58 S Ct 436」(1938) ; 위 Grosjean v. American Press Co. ; Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510[69 L Ed 1070, 45 S Ct 571, 39 ALR 468](1925) ; Kentucky Finance Corp. v. Paramount Auto Exchange Corp., 262 U. S. 544[67 L Ed 1112, 43 S Ct 636] (1923)등을 들 수 있다.

19) 언론·출판의 자유에 관한 것으로는, Grosjean v. American Press Co. 297 U. S. 233[80

계약의 보호도 법인에게 적용되고,²⁰⁾ 이중처벌(double jeopardy) 금지의 원칙도 법인에게 적용된다.²¹⁾ 물론 자연인인 시민의 권리에 속하는 것은 법인에게 인정되지 아니하는데 수정 제1조의 권리를 그 한 예로 들 수 있다.²²⁾

다. 오스트리아의 경우

오스트리아의 경우는 유구한 그 나라의 역사가 말해주듯이 헌법전 하나에서 기본권의 목록을 규정하고 있는 것이 아니라 헌법의 일부규정을 포함한 여러 헌법적 문건들에서 이를 규정하고 있으므로 이러한 헌법적 문건들의 집합에 의해서 기본권이 보장되고 있다.²³⁾ 법인의 기본권의 경우 이러한 실정규범에서 일반적으로 명시하고 있지는 않다. 그러나 그 성질상 인정될 수 없는 것을 제외하고는 법인에게도 기본권이 인정된다고 한다.²⁴⁾ 오스트리아 헌법재판소도 이를 인정하고 있다.²⁵⁾

L Ed 660, 56 S Ct 444](1936) ; Bridges v. California, 314 U. S. 252(1941) ; First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 756 「55 L Ed 2d 707, 98 S Ct 1407」 (1978) 등을 들 수 있고, 불합리한 수색·압수에 관한 것으로는 Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling, 327 U. S. 186(1946) ; United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U. S. 564[51 L Ed 2d 642, 97 S Ct 1349](1977) ; G. M. Leasing Corp. v. United States, 429 U. S. 338, 353 「50 L Ed 2d 530, 543-544, 97 S Ct 619」 (1977)을 들 수 있다.

20) 예컨대, 재산권보호는, Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104[57 L Ed 2d 631, 98 S Ct 2646](1978)를 들 수 있고, 계약의 보호는 Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U. S. 234[57 L Ed 2d 727, 98 S Ct 2716](1978)을 들 수 있다.

21) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 US 564[51 L Ed 2d 642, 97 S Ct 1349] (1977).

22) Couch v. United States, 409 U. S. 322, 328[34 L Ed 2d 548, 554, 93 S Ct 611](1973). 물론 앞의 판례에 의할 때 표현의 자유는 수정 제1조의 권리이지만 법인에게도 인정된다는 결론에 이른다.

23) 이에 대한 자세한 것은 R. Walter/H. Mayer, *Grundriß des österreichische Bundesverfassungsrechts*, 6. Aufl. (Wien : Manz, 1988), 439면 이하 참조.

24) R. Walter/H. Mayer(주23), 434면 참조.

라. 일본국의 경우

일본국의 경우에도 법인의 기본권 주체성을 헌법에서 명문으로 규정하고 있지는 않다. 다만 최고재판소의 판례상 법인의 기본권 인정여부에 대하여 판단한 바가 나타나 있는데, 이른바 ‘팔번제철정치헌금사건’이 그것이다. 이 사건에서 최고재판소는 회사가 정당에 대하여 정치자금을 기부할 수 있는 자유를 가지느냐의 문제를 판단함에 있어서, 헌법상의 선거권과 같은 참정권이 자연인인 국민에게만 인정되는 것은 당연하지만 그렇다고 하여 납세의무를 지는 국민과 같이 국세 등을 부담하는 회사가 납세자의 입장에서 국가나 지방공공단체의 시책에 대하여 의견을 표명하거나 기타 행동을 나타내는 것을 금할 이유가 없으므로 이를 인정함이 타당하다고 결론을 내리고 다음과 같은 판단을 하였다.

「헌법 제3장에서 정한 국민의 권리 및 의무의 각 조항은 성질상 가능한한 내국법인에도 적용되는 것이라고 할 것이기 때문에 회사는 자연인인 국민과 같이 나라나 정당의 특정한 정책을 지지하고 밀거나 또는 반대하는 등의 정치행위를 하는 자유를 가지는 것이다. 정치자금의 기부도 당연히 그러한 자유의 일환이고 회사에 의하여 그것이 행해지는 경우 정치의 동향에 영향을

25) 오스트리아 헌법재판소, VfSlg 2088, 3495, 5531 판결 등. Nr. 2088 판결(1951. 3. 5. 선고, B 119/50, 헌법재판소판례집 제16권, 8면 이하)은 오스트리아 노동조합연맹(Der österreichische Gewerkschaftsbund)을 법인으로 보고 이에도 ‘모든 국민의 법앞의 평등’이라는 헌법상 보장된 권리 내지 평등원칙이 적용된다고 판시하였고, Nr. 3495판결(1959.3.9.선고, B 175/58, 헌법재판소판례집 제24권, 18면 이하)도 내국법인에게는 평등원칙의 보호 내지 ‘법앞의 평등’이라는 기본권이 적용된다고 판시하였다. Nr. 5531판결(1967. 6. 29. 선고, B 14/67, 헌법재판소판례집 제32권, 310면 이하)은 법인에게도 헌법상의 ‘재산권의 보호’가 보장된다고 판시하였다.

주는 것이 되더라도 그것을 자연인인 국민에 의한 기부와 달리 취급하여야 할 헌법상의 요청이 있는 것은 아니다。」²⁶⁾

이 판례에 의하면 헌법상의 기본권은 그 성질상 허용되는 한도내에서는 내국의 법인에게도 인정된다는 것인데, 이 사건에서 최고재판소가 법인의 기본권 인정의 이론적인 근거나 헌법상의 근거 조항을 논증한 바는 없고 그저 원론적인 판단의 결론정도를 실시하는 수준에 그치고 있다. 다만 위 판결에서 “회사는 타면에 있어서 자연인과 같이 국가, 지방공공단체, 지역사회 등의 구성단위인 사회적 실재”라고 하고, “정당의 건전한 발전에 협력하는 것은 회사에 대해서도 사회적 실재로서 당연한 행위로서 기대되는 것이고 협력의 한 형태로서 정치자금에 관해서도 그 예외는 아니다”라고 한 부분은 최고재판소가 법인의 기본권 인정의 근거를 법인 그 자체에서 구하고 있는 입장에서 있는 것이라고 해석할 여지를 남겨두고 있다고 할 수 있다.²⁷⁾ 그리고 이 판결에서 최고재판소는 법인의 정치자금의 기부행위는 법인이 가지는 정치적 행위를 할 자유에 해당하는 것이라고만 하고 구체적으로 헌법의 어느 조항이 적용되는 것인지에 대하여는 판단한 바가 없다(일본국의 경우는 우리나라와 같이 대륙법계에 속하고, 법인의 기본권 주체성 인정여부에 대하여 헌법에서 직접 규정하고 있는 부분이 없는 점에서 우리의 경우와 같아서 그에 관한 논의 역시 양국의 경우 크게 다른 모습을 가질 수 없으므로 이 글에서는 함께 다루기로 한다).

26) 일본국 최고재판소, 1970. 6. 24. 대법정 판결, 최고재판소사무총국, 「최고재판소헌법판례집」 제1권 (민사편), 696면 이하(특히 701면).

27) 위 판례집, 699면 이하 passim.

Ⅲ. 법인에게 인정되는 기본권의 종류

1. 법인의 종류

법인에게 인정되는 기본권의 종류를 살펴보기 전에 우선 법이 정하고 있는 법인에도 여러 종류의 법인이 있으므로 이를 이 논의와 관련되는 범위에서 정이해 보기로 한다. 이러한 정리가 필요한 것은 법인에게 기본권이 인정된다고 하더라도 어떠한 종류의 기본권이 어느 범위까지 인정되느냐 하는 문제가 남고, 이는 또다시 법인의 종류에 따라 차이가 있느냐 하는 문제가 있기 때문이다. 현행법상 ‘법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다’라고 규정하고 있는데(민법 제31조), 각 법률이 인정하는 법인을 그 분류기준에 따라 분류하면 대체로 공법인과 사법인, 사단법인과 재단법인, 영리법인과 비영리법인으로 나눌 수 있다.

가. 공법인, 사법인

법인 중에서 어떤 법인이 공법인이나 사법인이나는 공법관계에서는 매우 중요하다. 법인의 기본권 주체성의 인정문제에 있어서도 원칙적으로 공법인에게는 기본권이 인정되지 아니하기 때문이다. 오히려 공법인은 국민의 기본권의 효력이 미치는 기본권의 수신자(Adressat der Grundrechte)의 입장에 놓이게 된다. 학술의 대체적인 견해도 예외적으로만 공법인의 기본권을 인정하고 있는데, 여기서도 공법인의 기본권은 공법인의 공무를 수행하지 아니하는 경우에 한하여 공법인 대 공법인의 관계에서만 그

효력이 인정될 뿐이라고 한다.

즉, 공법인이 일반국민과 같이 다른 공권력기관의 강제에 복종하지 아니하면 아니되는 경우에는 당해 공법인에게 그 한도내에서 기본권이 인정되는 여지가 있게 된다고 한다.²⁸⁾ 이는 헌법소원심판절차에서 심판청구인으로서의 적격을 가지느냐의 여부와 직결되므로 그 구별은 중요한 의미를 가지며 실익 또한 크다.

그런데 공법인과 사법인의 구별에 관하여는 그 구별이 용이하지 아니하고 한편으로 어떤 구별 기준을 세운다고 하더라도 법관계의 발전, 변화에 따라 새로운 성질의 것이 생겨나므로(예컨대, 한국은행, 대한주택공사, 농업협동조합, 노동조합, 대한상공회의소 등 이른바 ‘중간적 법인’을 들 수 있다.) 그 구별의 기준에 관하여도 정설이 없고 학설 역시 분분하다. 법인의 준거법이 공

28) 허영교수는 ‘공법인 대 공법인’의 관계에서 공법인의 기본권이 인정되는 경우가 있다고 하며, “공법인도 그 스스로 기본권적 가치질서를 실현시켜야 되는 통치기능적 책임 내지 의무와 조화될 수 있는 범위내에서 기본권의 주체가 된다. 지방자치단체, 국공립대학, 국공영방송국, 국책은행 등이 국가에 대해서 기본권을 주장할 수 있는 것은 그 때문이다.”라고 설명한다. 허영(주4), 246면 이하. 김철수 교수도 “예외적으로 기본권에 의하여 보호될 생활영역에 속하는 법인체들, 예를 들면 대학교나 대학의 학문의 자유권 등은 인정된다고 할 것이다. 나아가 공법인으로서의 언론기관(KBS와 같은)도 언론의 자유를 향유하고 있다고 하겠다.”고 한다. 김철수(주1), 247면. 안용교 교수의 견해도 이와 유사한데, 공법인이 이러한 예외적인 경우 외에는 권력적 행위가 아닌 사법적인 활동을 하는 경우(국교작용)에도 기본권은 인정되지 아니한다고 한다. 안용교(주4), 276면 이하. 이러한 설명들은 거의 독일에서 논의되는 내용이다. 독일의 경우 학설은 인정 범위에는 다소의 차이가 있으나 예외적으로만 인정하고 있고 독일연방헌법재판소의 판례의 경향은 극히 제한된 경우에 한하여 인정하고 있다. 공법인인 방송국에 방송·보도의 자유를(BVerfGE 31, 314, 321-2), 대학과 예술대학에 학문과 예술의 자유를(BVerfGE 15, 256, 262), 교회에 종교의 자유를(BVerfGE 19, 129 ; 24, 236, 246) 인정하고 있는 정도이다. 이에 관하여는 A. Bleckmann, Staatsrecht-Die Grundrechte 3. Aufl. (Köln/Berlin/Bonn/münchen : Carl Heymanns, 1989), 108면 이하 ; G. Dürig, in : Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz/P. Lerche/H.-J. Papier/A. Randelzhofer/E. Schmidt-Assmann, GRUNDGESETZKOMMENTAR (München : C. H. Beck, 1990), Abs. III Art. 19, 27면 이하(특히 34면 이하) ; 계희열, “공법인의 기본권주체성, ” 방산 구병사 박사정년기념논문집 「공법이론의 현대적 과제」 (서울 : 박영사, 1991), 1면 이하 참조. 芦部信喜(주16), 36면의 주10)에서는, 일본의 경우 종교법인에는 종교의 자유가, 학교법인에는 학문의 자유(대학의 가치)가, 방송사업자인 법인(일본방송협회는 법인으로서)에는 언론·표현의 자유가 일반적으로 인정된다고 설명하고 있다.

법이나 사법이나(설립법표준설), 법인의 설립방법이 강제적이냐 임의적이냐(설립행위표준설), 향유하는 권리가 공권이나 사권이냐(권리표준설), 법인의 목적이 공익에 있느냐 사익에 있느냐(법익표준설), 법인의 사무가 국가적 사무 내지 통치작용이냐 아니냐(업무표준설) 등을 구별의 기준으로 하여 학설이 다양하게 나누어져 있다.²⁹⁾ 사실 이러한 학설에 따르더라도 공법과 사법이 확연하게 구별되는 것도 아니고, 무엇이 공권, 공익이며 무엇이 사권, 사익인지도 그 경계선상의 문제들에 있어서는 여전히 견해가 분분해지게 된다.

그래서 오늘날 사법학의 지배적인 견해는 어떤 획일적인 기준을 찾아내는 것을 지양하고 여러 기준을 참작하여 구체적, 개별적으로 문제를 해결하려는 경향을 보이고 있다. 즉 중간적 법인의 경우에는 이를 택일적으로 공법인이나 사법인이나로 구별할 것이 아니라 그 법인에 관하여 문제가 되는 법률관계를 여러 각도에서 검토하여 그것이 공법관계냐 사법관계냐를 결정하는 것이 타당하다는 것이다.³⁰⁾

그런데 행정법학에서는 이와 관련하여 공법상의 법인을 공법상 사단법인(공공조합), 영조물법인, 공법상 재단법인(공재단)으로 구분하는데 이를 행정의 주체로 파악한다. 이는 국가, 지방자치단체가 달성하여야 할 행정목적을 여러 사정으로 스스로 실현하기 어려울 때 그에 대신하여 그 목적을 수행하기 위하여 설립되는 것이므로 그 목적에 필요한 한도내에서 행정주체의 지위에

29) 광간직(주9), 219면 이하 ; 장경학(주9), 286면 이하 참조.

30) 광간직(주 9), 220면 ; 장경학(주 9), 287면 ; 고상용(주 9), 171면 ; 김용한(주 9), 152면. 이와 관련하여 공법인의 기본권 주체성 문제가 가지는 어려움에 대해 계획열교수는 “공법인의 형태가 매우 다양하다든가, 기본권의 성격의 변천과 그에 따른 여러 가지 문제들도 그 이유가 되겠지만 보다 중요한 것은 기본권의 해석에 있어서 매우 중요한 역할을 하는 기본권이론에 대한 확고한 합의가 아직 이루어지지 못했다는 것, 그리고 무엇보다도 개별기본권의 내용과 성질이 다양한 공법인에 도대체, 그리고 어느 정도 적용될 수 있는지를 판단하기가 쉽지 않기 때문이다”라고 한다. 계획열(주 28), 7면.

서게 된다는 것이다.³¹⁾ 여기서 주의를 요하는 것은 ‘목적에 필요한 한도내’라는 점이다. 그 한도의 범위 밖에서는 이러한 법인은 행정주체로서의 지위에 있지 아니하고 대국가적으로 그 권리를 주장할 수 있게 된다(물론 행정주체의 지위에서도 기관쟁의 절차를 통하여 대국가적, 대지방자치단체적으로 그 권리를 주장할 수는 있지만 이는 이 글에서 논의하는 기본권 주체성의 문제는 아니다).

공법상 사단법인은 특정한 국가목적을 위하여 한정된 특수한 사업을 수행함을 목적으로 하고 이를 위해 국가적 공권을 행사하지만 그 성질상의 농담은 각 단체에 따라 일정하지 아니하다. 공법상 사단법인으로는 상공회의소, 중소기업협동조합, 수산협동조합, 수출조합, 축산협동조합, 수입조합(경제적 목적의 조합), 구획정리사업조합, 농지개량조합, 도시재개발조합, 산림계, 산림조합(지역개발·토목사업적 조합), 변호사회, 의사회, 약사회, 교육회(공공적·자유업종의 직업인 단체), 의료보험조합, 건설공제조합, 대한교육연합회, 대한교원공제회(사회보험적 조합), 재향군인회, 원호대상자단체 등이 이에 해당한다.

영조물법인은 영조물(Anstalt)이 법인격을 취득한 공공단체인데 구성원이 없는 점에서는 공법상 재단법인과 같다(학자에 따라서는 영조물법인과 공법상 재단법인을 동일한 것으로 이해하는 견해도 있고 양자를 구별하는 견해도 있다). 한국방송공사, 한국전력공사, 한국도로공사, 한국은행, 서울대학교병원, 적십자병원, 과학기술원, 한국기술검정공단 등이 이에 해당한다. 영조물법인은 공법적으로 조직된다는 점에서 공법인의 징표를 가질 뿐

31) 김도창 「일반 행정법론(상)」(서울 : 청운사, 1991), 207면 이하 ; 김남진, 「행정법」(서울 : 법문사, 1991), 115면 이하 ; 변재욱, 「행정법강의(I)」(서울 : 박영사, 1991), 116면 이하 ; 박윤훈, 「행정법강의(상)」(서울 : 삼영사, 1990), 156면 이하 ; 김동희, 「행정법 I」(서울 : 박영사, 1991), 75면 이하 참조.

그의 이용관계가 항상 공법적으로 형성되는 것에 있지 아니하다는 점은 유의할 필요가 있다.³²⁾ 공법상 재단법인은 재단설립자에 의해 출연된 재산을 관리하기 위하여 설립된 공공단체이다. 한국학술진흥재단, 한국정신문화연구원 등이 이에 해당한다.³³⁾

위에서 본 바와 같이 이론적으로는 공법사의 범인에 관하여 논의가 분분하며 더 자세한 연구가 요구되어 지고 있는데, 여기서 판례의 입장을 보면 다음과 같다.

대법원 판례상 공법인으로 이해되고 있는 것으로는, 토지개발조합³⁴⁾, 농업협동조합³⁵⁾, 수리조합³⁶⁾, 산림계³⁷⁾, 갯생보호회³⁸⁾ 등이고, 지구별어업협동조합³⁹⁾, 산림조합⁴⁰⁾은 사법인으로 이해되고 있다.

나. 사단법인, 재단법인

민법은 법인을 그 구성요소가 사단이나 재단이나에 따라 사단법인, 재단법인으로 구분한다. 사단법인은 일정한 목적을 위하여 결합한 사람의 단체 즉, 사단을 그 실체로 하는 법인으로서 단체의사에 의해 자율적으로 활동하는 것이고, 재단법인은 일정한 목적에 제공된 재산 즉, 재단을 그 실체로 하는 법인으로서 설립자

32) 김남진(주 31), 81면.

33) 김도창, 「일반 행정법론(하)」(서울 : 청운사, 1991), 144면 이하 ; 김남진, 「행정법」(서울 : 법문사, 1991), 80면 이하 ; 박윤훈, 「행정법강의(하)」(서울 : 국민서관, 1989), 59면 이하 ; 석종현, 「일반행정법(하)」(서울 : 삼영사, 1988), 120면 이하 참조. 정부투자기관에 대하여는 이를 영조물법인으로 보는 견해(박윤훈)와 공기업으로 보는 견해(김남진)가 나누어져 있다.

34) 대법원, 1964. 6. 9. 선고, 63다920 판결 ; 1967. 1. 31. 선고, 66다270 판결

35) 대법원, 1966. 7. 5. 선고, 66누57판결.

36) 대법원, 1962. 5. 31. 선고, 4294민상1544 판결.

37) 대법원, 1972. 2. 22. 선고, 71다2269. 2270 판결.

38) 대법원, 1978. 7. 11. 선고, 78다591 판결.

39) 대법원, 1966. 4. 26. 선고, 66누27 판결.

40) 대법원, 1970. 3. 24. 선고, 69다2170 판결.

의 의사에 의해 주어진 일정한 목적과 조직하에 타율적으로 활동한다. 현행 민법에 의하면 사단법인은 영이사단법인과 비영이사단법인으로서 설립이 가능하지만, 재단법인은 영리법인이므로는 설립할 수 없다(민법 제32조, 제39조).

그런데 이러한 사단법인과 재단법인의 구별에 있어서 유의할 것은 재산적 요소가 전혀 없는 사단법인이나 인적 요소가 전혀 없는 재단법인은 거의 찾아보기 어렵다는 점이다. 따라서 양자의 구별은 절대적인 것이라고 할 수 없다고 하겠다. 특히 공익법인의 설립·운영에 관한 법률은 ‘공익법인’이라는 것을 인정하고 있는데 이는 민법상의 개념은 아니다. 이러한 공익법인은 재단법인으로도 가능하고 사단법인으로도 가능한데 “사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술·자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인”이다(같은 법률 제2조). 공익법인의 설립에 있어서 위 법률은 허가주의를 취하고 있다(같은 법률 제4조).

순전히 성질론상으로 보면 사단법인과 재단법인의 사이에 위치하는 이른바 ‘중간법인’을 상정할 수 있겠지만 현행 민법은 이러한 종류의 법인을 인정하지 아니한다.

다. 영리법인, 비영리법인

현행 민법이 인정하고 있는 법인을 법인의 목적에 따라 분류해 보면, 영리를 목적으로 하는 사단법인을 영리법인(wirtschaftliche juristische Person)이라고 한다. 영리법인의 전형적인 예로는 상법상의 회사를 들 수 있지만, 교통, 통신, 보도 등의 공공사업을 목적으로 하는 경우에도 구성원의 이익을 직접 목적으로 하는 것은 영리법인이다.

이에 대하여 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리아닌 사업을 목적으로 하는 사단법인 또는 재단법인을 비영리법인(nichtwirtschaftliche od. ideale juristische Person)이라 한다(민법 제32조). 이러한 비영리법인은 공익법인과 협동조합으로 나눌 수 있다.

결국 영리법인이나 비영리법인이나는 그 법인이 「영리를 목적으로 하느냐」의 여부에 의해 결정될 것이므로 「영리를 목적으로 한다」라는 의미가 문제된다. 여기서 영리를 목적으로 하는 경우란 단체활동에 의해 얻은 이익을 법인의 구성원에게 분배하는 것을 의미하므로 그러한 이익배분을 목적으로 하지 아니하는 영리행위를 한다고 하여 이를 영리법인이라고 할 수는 없다. 예컨대, 입장료를 받는 전시회의 개최, 입원료를 받고 환자를 수용하는 경우, 학교법인이 출판사업을 하는 경우 등이 그에 해당한다.⁴¹⁾

2. 법인에게 인정될 수 없는 기본권

법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에도 기본권의 성질상 인정될 수 없는 것은 한정적 긍정론에 의하든 원칙적 긍정론에 의하든 차이가 있을 수 없다. 이러한 기본권은 인간이 자연인으로서 향유하게 되는 성질의 것으로서 인간의 존엄과 가치의 요소를 이루는 기본권과 이를 실현시키기 위한 기본권이 그에 해당할 것인데, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 생명권, 성별·가문·출신·신앙등 인적 요소와 결합된 차별금지, 양심의 자유, 종교의 자유 등 내심의 자유, 혼인의 순결, 보건권, 생존권, 인신

41) 박간직(주 9), 222면 ; 고상룡(주 9), 173면 ; 장경학(주 9), 289면 참조.

의 자유, 교육을 받을 권리, 자녀를 교육할 양친의 권리, 범죄피해자구조청구권, 선거권·피선거권 등 참정권 등을 들 수 있다.⁴²⁾

3. 법인에게 인정되는 기본권

법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에도 위에서 본 바와 같이 법인의 종류와 그 특성이 다양하므로 법인에게 인정되는 기본권을 일률적으로 거론하지는 않고 있다. 종류에 관계없이 법인에게 일반적으로 인정되는 기본권이 있는가 하면 법인의 종류에 따라 개별적으로 인정되는 기본권이 있기 때문이다.

법인에게 일반적으로 인정되는 기본권으로 통상 거론되는 것으로는, 명예권, 평등권, 재산권, 거주·이전의 자유, 청원권, 국가배상청구권, 재판청구권 등을 든다.⁴³⁾ 이러한 기본권을 포함하여 법인에게 인정되는 기본권을 개별적으로 살펴보면 다음과 같다(여기서는 한정적 긍정론의 내용인가 원칙적 긍정론의 내용인가를 따지지 아니하고 법인의 기본권으로 거론되는 것을 모두 열거하여 검토하되 그 이유를 살펴보기로 한다). 학설이나 판례에 나타난 설명을 정리하고 약간의 필자의 견해를 첨가하기로 한다.

(1) 인격의 자유로운 발현권

42) 최영성(주 1), 259면 ; 김철수(주 1), 248면 ; 허영(주 4), 246면 ; 伊藤正己(주 15), 199면 ; 阿部熙哉(주 14), 88면 ; 奥平康弘/杉原泰雄, 「헌법연습교실」(동경 : 유비각, 1987), 34면 이하 참조.

43) 山本浩三, “法人と人權,” 小嶋和司(編)「憲法の争点」(東京 : 有斐閣, 1985), 73면 참조.

법인에게도 ‘인격의 자유로운 발현권’이 인정된다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 이러한 인격의 자유로운 발현권은 독일 헌법 제2조 제1항의 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)을 의미하는데, 이는 인격에 대해서 침해받지 아니할 권리와 보호받을 권리를 포함하는 것으로 원래는 자연인의 기본권이다. 학설에 따라 우리 헌법의 경우에는 제10조 제1문 인간의 존엄과 가치의 규정에서 인정되는 것이지만 법인의 경우에도 성질이 허용되는 경우 즉, 명예권, 상호권 등의 경우에는 인정된다고 한다. 다만 이 경우 그 근거는 제10조 전문의 인간의 존엄과 가치의 규정에서는 찾을 수 없고(이는 자연인에게만 적용되는 것이기 때문이다.), 후문의 국가의 기본권보장의무에서 구할 수 있을 것으로 본다.⁴⁵⁾

헌법재판소의 판례에 의하면 법인의 ‘인격권’을 인정한다. 헌법재판소는 민법 제764조의 “적당한 처분”에 사죄광고를 명하는 법원의 처분이 포함될 수 있는지의 사건에서 “사죄광고과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반되게 된다. 이러한 의미에서 사죄광고제도는 헌법에서 보장된 인간의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해도 된다고 볼 것이다.”라고 하였다.⁴⁶⁾ 헌법재판소의 이 판례에서는 법인의 경우 인격권이 인정될 수 있는 헌법상의 근거와 법인이 가지는 인격권의 의의와 내용이 무엇인지는 밝혀져 있지 아니하다.⁴⁷⁾

44) 김철수(주 1), 248면.

45) 이러한 김철수교수의 견해는 문헌상 밝혀져 있지는 아니하다. 1991. 6. 29. 필자의 문에서 설명되어진 내용이다. 김철수(주 1), 313면 이하, 317면도 함께 참조. 다만 그 인정 근거를 헌법 제37조 제1항에서 구하지 아니하고 제10조 후문에서 구하는 것은 김철수 교수의 기본권이론의 체계에 근거를 두고 있는 것으로 보인다. 김철수 교수는 제10조와 제37조 제1항의 관계에 대하여 “헌법 제10조에 의하여 확인·선언된 천부인권의 포괄성을 제37조 제1항에서 주의적으로 규정한 것”으로 본다. 같은 책, 310면.

46) 헌법재판소, 1991. 4. 1. 선고, 89헌마160 심판, 「관보」 제 11804호 52면.

법인에게 명예권이 인정된다는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 법인에게 명예권이 인정되는 경우에는 명예훼손을 사전에 방지하게 할 청구권과 명예침해를 회복하게 할 청구권이 생길 것이며, 이는 국가를 상대로 하든 사인을 상대로 하든 마찬가지일 것이다. 그리고 법인과 사인간에 있어서 명예권의 효력은 한편으로 국가의 기본권보장의 무를 구체화시키는 방향으로 나타나 형법상의 명예에 관한 죄의 해당여부의 문제로 된다. 형법 제307조 이하의 명예에 관한 죄에 있어서 명예의 주체에 법인이 해당된다는 점에서는 학설상 이론이 없다. 다만 인격 없는 단체도 그에 해당되는냐의 문제에 대해서는 견해가 일치되어 있지 않다.⁴⁹⁾ 대법원의 판례는 명예훼손죄나 모욕죄의 대상에는 자연인 이외에 “인격을 가진 단체”도 포함된다는 견해를 취하고 있다.⁵⁰⁾

그런데 여기서 형법의 명예에 관한 죄에 있어서 법인, 단체의 명예의 보호가 과연 헌법이 헌법수준에서 법인의 기본권으로서 그 명예를 보호하기 때문에 생겨난 것인가를 생각해보면 이는

47) 따라서 헌법재판에서는 앞으로 법인의 인격권의 의의와 내용을 구체화하는 과제가 남아 있다고 하겠다.

48) 芦部信喜(주 16), 34면. 芦部信喜는 같은 책 같은 면에서 행복추구권의 법인에의 적용도 그 적용영역은 비록 한정될지라도 전적으로 부정하는 것은 타당하지 아니하다고 한다. 어떠한 경우가 그에 해당하는지는 설명이 없다. 佐藤幸治는 행복추구권이란 그 자체 일정한 구체적인 내용이 확정된 것이 아니라 포괄적 권리이므로 다양한 내용을 포섭할 수 있는 만큼 그 내용 여하에 따라서는 법인에게도 인정할 수 있는 여지가 있을 수 있다고 한다. 그 한 예로 명예권이나 privacy권, 환경권 같은 것을 든다. 佐藤幸治(주 15), 387면 참조. 長尾一紘도 이와 유사한 견해를 취하는 것으로 보인다. 長尾一紘(주 14), 91면, 125면 이하 참조. 그런데 구체적으로 법인에게 위와 같은 명예권, 환경권 등을 인정하는 마당에는 이것이 행복추구권의 내용이나 그리고 행복추구권이 법인에게 인정되는냐하는 따위의 논의는 전혀 실익이 없다. 어떤 개념을 서로 달리 설정하고 전제로 한 다음 그 결론을 달리하면서 마치 견해상 차이가 있는 듯이 논의하는 것은 매우 잘못된 것이다.

49) 이재상, 「형법신강(각론)」(서울 : 박영사, 1989), 206면 이하 ; 이재상, 「형법각론」(서울 : 박영사, 1989), 179면 ; 김종원, “명예에 관한 죄,” 김윤행(대표집필) 「주석 형법각칙(하)」(서울 : 한국사법행정학회, 1983), 106면 ; 정성근, 「형법각론(상)」(서울 : 법지사, 1990), 209면 ; 진계호, 「형법각론」(서울 : 대왕사, 1988), 189면 이하 참조.

50) 대법원, 1959. 12. 23. 선고, 4291형상539 판결 및 1960. 11. 26. 선고, 4293형상244판결 한국판례연구실(편), 「판례총람」(서울 : 청림출판) 형법편20-1(A), 605, 606면.

쉽사리 하나의 결론을 얻기는 어렵다. 왜냐하면 법인의 명예보호는 헌법의 수준이 아닌 법률의 수준(법원의 법률해석도 포함)에서도 인정될 수 있기 때문이며, 만일 그렇다면 이 경우는 법인의 명예보호란 어디까지나 입법(법률) 정책적인 것이 되어 국회의 입법(법률)형성의 재량영역(또는 그 구체화로서 법원의 법률해석 영역)에 속하기 때문이다. 이렇게 되면 법인에게 헌법상의 기본권으로서 명예권이 인정되지 아니한다는 견해를 취하더라도 형법적 수준에서 법인의 명예보호는 인정할 수 있다는 입논의 가능성은 있게 된다.

(2) 평등권

자연인에게만 인정되는 차별금지 외에는 ‘법 앞의 평등’도 법인에게 인정된다고 한다.⁵¹⁾ 평등권을 기본권보장의 방법적 기초로 보게되면 일단 법인에게 인정되는 어떤 기본권이 있을 경우 그 기본권의 보장에는 평등권 보장도 함께 인정되지 않으면 안 될 것이다.

(3) 직업의 자유

법인에게도 영업의 자유가 인정된다고 하고,⁵²⁾ 직업선택의 자유도 인정된다고 한다.⁵³⁾ 김철수교수는 “직업선택의 자유는 자연

51) 芦部信喜(주 16), 32면 ; 伊藤正己(주 12), 13면. 김철수(주 1), 248면 ; 권영성(주 1), 259면에서는 평등권이 법인에게 인정된다고만 하고 있다.

52) 芦部信喜(주 16), 32면.

53) 김철수(주 1), 248면, 378면 ; 권영성(주 1), 259면. 467면, 권덕성교수는 위 467면에서 “자연인뿐만 아니라 사법인도 직업선택의 자유의 주체가 된다. 법인의 설립은 어떤 의미에서는 직업선택의 한 방법이 되기 때문이다.”라고 하고 있다. 이에 반하여 허영교수는 영업의 자유를 직업의 자유에 포함되는 것으로 이해하는 경우 법인에게 인정되는 직업의 자유는 자연인의 그것과 구별되어 이해되어야 한다고 한다. 즉 법인에 있어서

인뿐만 아니라 법인에게도 보장된다고 할 것이다. 왜냐하면 법인도 결국 그 실질적 기초가 자연인이므로 자연인이 향유하는 자유를 가진다고 할 수 있고, 특히 법인의 설립, 예컨대 사단법인의 설립 그 자체가 간접적으로 직업선택의 한 방법으로 그 성질이 허용하는 범위안에서 법인에게도 인정된다고 하겠다. 그러나 사법인이 아닌 공공단체, 지방자치단체와 같은 특별한 공법인에는 직업선택의 자유가 인정되지 아니한다.”라고 한다.⁵⁴⁾

영업의 자유를 직업의 자유에 포함시켜 이해할 것이냐 아니면 재산권의 보장의 문제로 이해할 것이냐 하는 등의 논의는 있으나 이 논의를 일단 차치하고 볼 때, 회사가 영리를 목적으로 하는 법인인 이상 회사에는 헌법상의 기본권으로서 영업의 자유, 영업활동의 자유의 일환으로서의 계약의 자유, 광고활동의 자유가 인정된다고 한다.⁵⁵⁾

(4) 거주·이전의 자유

법인에게도 거주·이전의 자유가 인정된다고 한다.⁵⁶⁾ 회사의 경우에는 영업을 위하여 영업소를 선정하고 이전하는 자유가 이에 해당하는데, 이것은 어디까지나 직업선택의 자유나 영업의 자유와 결부된 경제적 기본권의 측면이므로 그러한 한도에서 인정

직업의 자유는 영업의 자유 그 자체라고 한다. 허영(주 4), 444면 이하 참조.

54) 김철수(주 1), 378면.

55) 일본의 伊藤正己는 회사는 영업의 자유, 영업활동의 자유의 일환으로서의 계약의 자유, 광고활동의 자유 등은 회사의 기본권으로 인정된다고 하고, 회사의 경우 이를 포괄하여 ‘기업의 자유’라고 이해하고자 한다. 다만 이 경우에도 그 제한에 있어서는 개인의 생존과 밀접한 ‘작은 영업’과 자본주의국가에서 타인을 지배하는 ‘큰 영업’과는 구별하여 생각할 필요가 있다고 한다. 伊藤正己(주 12), 11면 이하 참조. 中村睦男도 같은 의견이다. 中村睦男, “職業選擇の自由,” 芦部信喜(篇)「憲法 人權(2)」(東京: 有斐閣, 1981), 58면 참조.

56) 김철수(주 1), 248면, 374면; 권영성(주 1), 259면, 377면; 芦部信喜(주 16), 32면; 竹宮崇(주 14), 59면.

되고 거주·이전의 자유가 가지는 인격형성과 정신활동의 자유와 직결되는 정신적 기본권으로서의 측면은 법인에게도 인정되지 아니한다고 한다.⁵⁷⁾

(5) 주거의 자유

주거의 불가침은 법인에게도 인정된다고 한다.⁵⁸⁾

(6) 통신의 자유

통신의 비밀은 법인에게도 인정된다고 한다.⁵⁹⁾

(7) PRIVACY의 권리

PRIVACY의 권리는 법인에게 인정되지 아니한다는 부정설과⁶⁰⁾ 이러한 권리도 법인에게 인정된다는 견해가 있다.⁶¹⁾ 권영성 교수는 “사생활의 비밀과 자유는 인간의 존엄성 존중과 인간의 인격적 제가치를 보호하려는 것이므로 법인은 원칙적으로 이 자유의 주체가 될 수 없다. 다만 법인의 명칭·상호 등이 타인에 의하여 영리의 목적으로 이용당하는 경우에는 논의의 대상이 될 수 있다.”라고 한다.⁶²⁾ PRIVACY의 권리는 그 개념이나 범위가

57) 伊藤正己(주 12), 12면.

58) 권영성(주 1), 259면 ; 芦部信喜(주 16), 32면.

59) 김철수(주 1), 392면 ; 권영성(주 1), 259면, 380면 ; 芦部信喜(주 16), 32면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면.

60) 김철수(주 1), 386면 이하.

61) 芦部信喜(주 16), 34면 ; 小林直樹(주 14), 284면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면.

62) 권영성(주 1), 366면. 권영성 교수가 법인에게 인정되는 것으로 보는 법인의 명칭이나 상호 등은 김철수 교수의 경우 앞서 본 바와 같이 이를 ‘일반적 인격발현권’으로 이해한다. 아메리카합중국의 경우에는 법인이나 단체의 경우에 privacy권을 인정하고 있는데, 영장 없이 영업사무실에 들어가 수색, 압수를 하는 경우를 문제 삼아 이러한 행위는 현

사용하는 사람에 따라 구구하고 헌법이론상 아직 확정되지 아니한 상태(특히 비교법적인 측면에서는 더욱 그러하다)에 있기 때문에 그에 대한 규정이나 견해의 차이에 따라 논의도 다양하게 될 것으로 보인다.

(8) 종교활동·행사의 자유

공익법인은 그 설립의 목적에 따른 기본권이 인정되므로 종교법인에는 종교활동·행사의 자유가 인정된다고 한다.⁶³⁾ 물론 종교의 자유 중 신앙의 자유는 인간의 내심의 자유이므로 법인에게 인정되지 아니하여 배제된다.⁶⁴⁾ 법인이 가지는 종교의 자유의 범위에 관해서 종교단체의 종교의 자유는 그 신도의 종교의 자유를 제도적으로 확보하기 위하여 인정되는 것에 지나지 아니한다라는 견해가 있다.⁶⁵⁾

이런 점을 염두에 둔다면, 종교법인의 종교활동의 자유가 가지는 대국가적인 의미는 새삼 강조할 필요가 없지만 자연인의 종교의 자유 또는 신도의 종교의 자유와 서로 갈등을 빚을 때는 어떻게 할 것이냐가 문제된다. 특히 자본주의 국가에서 종교단체가 막대한 경제력과 사회적 영향력(때로는 정치세력과 결탁하여

법 수정 제4조에서 보장하고 있는 privacy권의 침해로써 위헌이라고 한다. 대표적인 판례로는 G. M. leasing Corp. v. United States, 429 US 338 [50 L Ed 2d 530, 97S Ct 619] (1977)를 들 수 있다. 우리 헌법해석과 관련하여 보면 이 경우는 '주거의 자유'에 해당하므로 아메리카합중국의 이러한 판례를 들어 바로 privacy권도 법인에게 인정된다고 하는 것은 타당하지 않다. 아메리카합중국 헌법에서의 기본권보장 규정체계와 우리 헌법에서의 기본권보장 규정체계와의 차이점을 유의할 필요가 있다. 물론 아메리카합중국의 경우도 privacy권은 원칙적으로 자연인에 인정되고 법인에게 예외적으로 인정되는 경우에도 자연인과 동일한 정도로 보장하는 것은 아니다.

63) 김철수(주 1), 248면 ; 山本浩三(주 43), 72면 ; 芦部信喜(주 16), 32면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면.

64) 김철수(주 1), 409면 이하 ; 권영성(주 1), 396면 이하 ; 허영(주 4), 388면 참조.

65) 横坂健治(주 13), 192면 참조.

그 영향력을 확대 재생산하는 경우도 있다)을 가지고 자연인의 소박한 신앙의 자유와 갈등을 유발하는 때에 과연 종교법인의 종교활동의 자유는 어디에 위치를 설정하게 될 것인가하는 문제는 앞으로 심사숙고하여 해결해야 할 과제이다.

(9) 집회·결사의 자유

집회의 자유가 법인에게 인정되느냐에 대하여는 견해가 대립된다. 부정설에 의하면 다수인이 일정한 공간에 집합하고 그에 참가하는 것은 논리적으로 자연인에만 인정되는 것이라고 한다. 그리고 법인을 대표하는 자연인이 법인을 위하여 행동하면 충분하므로 법인에게 집회의 자유를 인정할 필요도 없다고 한다.⁶⁶⁾ 이와 다소 차이를 보이는 견해로는 집회의 참가는 성질상 법인에게 인정되지 아니하지만 준비단계의 집회활동이 문제되는 경우에는 인정될 수 있다는 견해가 있다.⁶⁷⁾ 즉 법인은 집회의 개최에 대하여는 기본권을 가진다는 견해이다. 이에 대하여 긍정설은 준비·개최하든 참가하든 법인이 그의 기관을 통하여 사실상 집회의 자유를 행사하는 때에는 그 법적 효력이 법인 그 자체에 미치므로 그 경우 법인도 그 주체가 된다는 견해를 취한다.⁶⁸⁾

결사의 자유는 법인에게도 인정되는 것이라고 한다. 여러 법인 또는 법인과 기타 단체가 결합하여 계속적으로 존재하는 결사를 결성하는 경우의 보장을 의미한다.⁶⁹⁾

66) 이는 독일의 Hamann/lenz의 견해에서 찾아 볼 수 있다. I. v. Münch(hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 1. Bd. 3. Aufl. (München : C. H. Beck, 1985), 417면 참조.

67) R. Herzog, in : Th. Maunz/G. Drig/R. Herzog/R. Scholz/P. Lerche/H.-J. Papier/A. Randelzhofer/E. Schmidt-Assmann(주 28), Art. 8, 8면 ; H. v. Mongodt/F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. I (Berlin : Franz Vahlen GmbH., 1966), 303면 ; 김철수(주 1), 443면.

68) I. v. Münch (주 66), 417면 이하 ; 芦部信喜(주 16), 33면.

69) 芦部信喜(주 16), 32면 ; 伊藤正己(주 12), 12면 이하. 김철수(주 1), 248면, 445면 ; 권영

(10) 언론·출판의 자유

언론·출판 등 표현의 자유도 법인에게 인정된다고 한다.⁷⁰⁾ 일본국의 관례에 의하면 보도기관인 법인에게 보도의 자유를 인정하고 있다.⁷¹⁾ 이렇게 언론·출판기관인 법인에게 언론·출판의 자유를 인정하는 경우에는 무엇보다도 그에 종사하는 언론인, 출판인의 언론·출판의 자유와 서로 충돌하는 경우 문제가 심각하게 되는데 이는 ‘편집권에의 참가’, ‘편집권의 독립’이라는 언론사 또는 출판사의 이른바 ‘내부의 자유’(innere Freiheit)의 문제로 나타나게 된다.

(11) 방송의 자유

방송사가 표현의 자유를 가지는 것은 그 재산권행사라는 본연의 영역 가운데서 표현의 자유를 인정하는 가치가 있다고 하여 개인의 표현의 자유와 달리 이해하는 견해가 있다.⁷²⁾

(12) 학문의 자유

학교법인은 공익법인이므로 그 설립의 목적에 따라 학문의 자유가 인정된다고 한다.⁷³⁾ 권영성 교수는 그 이유를 밝혀 “학문의

성(주 1), 259면, 436면, 439면에서는 법인의 집회·결사의 자유를 인정한다. 佐藤幸治(주 15), 387면에서는 집회·결사의 자유는 법인에게도 넓게 인정되어야 할 것이라고 한다.

70) 김철수(주 1), 248면, 430면 ; 권영성(주 1), 259면, 407면 ; 芦部信喜(주 16), 33면.

71) 일본국 최고재판소, 1969. 11. 26. 대법정 판결, 「최고재판소헌법판례집」 제5권(형사편), 273면(특히 276면).

72) 横坂健治(주 13), 192면 참조.

73) 김철수(주 1), 416면 ; 권영성(주 1), 443면 ; 허영(주 4), 246면 ; 芦部信喜(주 16), 32면

자유는 집단적 권리성을 가지는 것이므로, 대학이나 그 밖의 단체도 학문의 자유의 주체가 될 수 있다.”라고 설명한다.⁷⁴⁾

대학의 자치는 대학구성원의 학문의 자유를 담보하는 수단의 범위에서 인정된다는 견해가 있다.⁷⁵⁾

(13) 예술의 자유

위에서 본 바와 같이 독일연방헌법재판소는 예술학교의 경우 예술의 자유가 인정된다고 하였다. 물론 예술의 자유에서도 순전히 정신적인 부분은 자연인에게만 속하는 것이므로 법인에게 인정될 수 없을 것이다.

(14) 재산권의 보장

영리법인의 경우에는 영리법인의 존재가 인정되는 것은 그에 의 재산권의 귀속과 재산권에 의거한 영리활동을 허용하는 데 있기 때문에 재산권의 보장이 인정된다고 한다.⁷⁶⁾ 물론 비영리법인의 경우에도 그 기본적인 재산이 있으므로 그러한 재산권이 보장되는 것은 두말 할 여지도 없지만, 여기서 재산권보장 여부의 문제는 영리행위에 의한 재산의 보장이 문제되므로 비영리법인의 경우에는 영리행위에 기초한 재산권의 보장은 인정되지 않는다. 법인의 재산권보장에 있어서 문제는 그 인정여부가 아니라

； 佐藤幸治(주 15), 387면. 권영성 교수는 “학문의 자유는 집단적 권리성을 가지는 것이므로, 대학이나 그 밖의 단체도 학문의 자유의 주체가 될 수 있다.”라고 설명한다.

74) 권영성(주 1), 443면.

75) 横坂健治(주 13), 192면

76) 山本浩三(주 43), 72면. 심철수(주 1), 248면, 395면 ; 권영성(주 1), 259면, 456면 ; 小林直樹(주 14), 284면 ; 竹宮崇(주 14), 59면에서는 단지 법인에게 재산권보장이 인정된다고만 설명한다.

그 ‘보장의 정도’ 문제이다. 거대한 기업인 법인과 일개인에 지나지 않는 자연인과는 자본주의 국가에서 그 사회적 영향력과 힘의 차이가 현저하므로 이 문제의 해결을 어떻게 하여야 할 것이냐가 과제이다.⁷⁷⁾

(15) 재판청구권

재판청구권도 법인에게 인정된다고 한다.⁷⁸⁾

(16) 형사절차적 기본권

변호인의 도움을 받을 권리, 적법절차, 소급입법에 의한 처벌 금지, 이중처벌금지에 관한 권리 등을 인정하는 견해가 있다.⁷⁹⁾ 아메리카합중국의 경우 연방대심원은 자기부죄(self-incrimination)금지의 특권은 법인에게는 인정되지 아니한다는 판결을 한 바 있다.⁸⁰⁾

(17) 청원권

법인에게도 청원권이 인정된다고 한다.⁸¹⁾

77) 芦藤正己(주 12), 11면 참조. 이는 헌법상 재산권보장에 대한 주의깊은 이해를 요구하는데, 일본국의 高原賢治는 재산을 ‘작은재산’과 ‘큰재산’으로 나누어 이론적 접근을 하고 있다. 高原賢治, “재산권,” 「공법연구」 제3호(1972), 147면 이하 참조.

78) 김철수(주 1), 248면 ; 514면 ; 권영성(주 1), 492면 ; 伊藤正己(주 12), 13면 이하.

79) 芦部信喜(주 16), 32면 ; 伊藤正己(주 12), 14면. 일본국 헌법 제31조의 해석상 인정되는 적법절차는 법인에게도 인정된다고 하는 견해로는 伊藤正己(주 12), 13면 ; 小林直樹(주 14), 284면 ; 竹宮崇(주 14), 59면 등이 있다.

80) Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling 327 US 186(1946).

81) 김철수(주 1), 509면 ; 권영성(주 1), 488면 ; 伊藤正己(주 12), 13면 ; 長尾一紘(주 14), 91면.

(18) 국가배상청구권

국가배상청구권도 법인에게 인정된다고 한다.⁸²⁾

(19) 손실보상청구권

손실보상청구권도 법인에게 인정된다고 한다.⁸³⁾ 헌법상 재산권을 보장하고 그 재산권을 법인에게도 인정하는 이상은 재산권 제한에 따르는 보상이 법인에게 부정될 수는 없다. 다만 보상이 따르는 헌법 제23조 제3항의 공용침해(Enteignung)와 보상이 필요없는 이른바 ‘사회적 기속’(Sozialbindung)의 경계선을 어느 정도에서 확정할 것인가에 관하여는 그 수인 가능성을 판단함에 있어서 자연인의 경우와 법인의 경우에 차이가 있게 될 여지는 있다.

(20) 교육에 관한 기본권

교육에 관한 기본권도 법인에게 인정된다고 한다.⁸⁴⁾

(21) 단결권

노동3권 중 단결권이 법인에게도 인정되느냐의 문제는 그 단결권이 근로자 이외에 노동조합 그 자체에게도 인정되느냐하는 문제로 논의되는 것이다. 이에 대한 긍정설은, 노동조합이 향유

82) 김철수(주 1), 248면, 533면 ; 권영성(주 1), 509면 ; 伊藤正己(주 12), 13면 ; 長尾一紘(주 14), 91면.

83) 김철수(주 1), 248면.

84) 김철수(주 1), 248면.

하는 단결권은 노동조합 자체의 존립에 관한 권리와 활동에 관한 권리가 포함되는데, 전자는 노동조합의 설립·운영·발전 등 일반적으로 단결체의 존립 자체를 위하여 필요한 보호를 의미하고, 후자는 단체 교섭권보다는 넓은 단결체로서의 활동을 보호하는 것이라고 하는 견해⁸⁵⁾, 후자는 전자가 행사되고 있다는 사실의 표현에 불과하다고 하고 근로자의 단결권 침해는 동시에 단결체의 단결권 침해라고 하는 견해⁸⁶⁾ 등으로 나누어져 있다.

(22) 환경권

환경권은 본질상 인간의 존엄권 내지 생존권에 속하는 것이기 때문에 법인에게 인정되지 아니한다는 부정설⁸⁷⁾이 있는 반면, 환경권도 일부의 법인(학교법인 또는 의료법인)에는 적용될 가능성이 있다는 견해도 있다.⁸⁸⁾

이상에서 법인에게 인정된다고 하는 기본권에 대한 논의를 개별적으로 열거하면서 살펴보았는데 이러한 논의에 있어서 특히 유의할 점은 법인의 기본권 문제가 가지는 특수한 역사성이다.⁸⁹⁾ 각 나라마다 어떠한 기본권이 법인에게 인정된다고 했을 때는 그 사회의 발전단계에 따른 역사적, 사회적 상황에 기초한 논리강조가 이를 뒷받침하고 있기 때문이다(법인본질론에 대한

85) 김형배, 「노동법」(서울: 박영사, 1988), 150면 이하.

86) 김치선 「노동법강의」(서울: 박영사, 1988), 150면 이하; 김치선, 「노동법총설」(서울: 서울대학교출판부, 1989), 138면. 박상필, 「한국노동법」(서울: 대왕사, 1989), 91면의 주 21)의 의견도 이와 유사하다.

87) 김철수(주 1), 500면; 권영성(주 1), 562면.

88) 芦部信喜(주 16), 34면; 小林直樹(주 14), 284면. 佐藤幸治(주 15), 387면은 의료법인의 경우에도 환경권이 인정되는 것으로 보고 있다. 長尾一紘도 사회권은 노동기본권을 제외하고는 원칙적으로 법인에게 인정되지 아니하지만 집단적 보장에 적합한 경우에는 법인에게도 인정된다고 하면서 예를 들어 병원이 환경권의 주체가 되는 경우도 있다고 한다. 長尾一紘(주 14), 92면.

89) 이에 관한 약간의 언급은 横坂健治(주 13), 187면 이하를 볼 것.

각 논의가 생겨난 역사적, 사회적 배경도 함께 생각해 보라). 따라서 법인의 기본권의 인정여부, 범위, 정도에 대한 외국의 논의나 상황을 이해할 때는 보다 세심한 비교방법론적인 주의가 요구된다(이는 헌법학에 있어서 기본권 연구에도 똑같이 요구되는 점이다).

IV. 법인의 기본권에 대한 제한

1. 법인의 기본권보장의 정도

법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에 어떠한 종류의 기본권을 인정할 것이냐도 중요하지만 인정되는 기본권을 어느 정도로 보장할 것이냐도 그에 못지않게 중요하다. 왜냐하면 기본권의 보장은 그 발달사적으로 볼 때 어디까지나 자연인을 그 주체로 하여 발달되어져 왔고, 법인은 어디까지나 법률의 수준에서 문제되던 것이 사회의 발달과 함께 기본권 문제와 같은 일정 부분이 헌법적 수준의 문제로 상승되어 편입되기 시작하였기 때문에 자연인과 동일한 수준에서 보장될 수는 없기 때문이다. 따라서 법인의 기본권 보장에 있어서는 같은 목록의 기본권이라 하더라도 자연인과 동일한 수준에서 같은 정도로 보장될 수는 없게 된다. 그 결과 법인의 기본권 보장의 범위나 정도는 법인의 설립목적이나 존재의 성질 등에 의하여 결정될 것이고, 특히 현대 국가에서는 법과 법관계의 엄청난 분화로 인하여 법인의 종류와 기능이 매우 다양하여 이러한 문제가 일률적으로 논의될 수 있는 것이 아니므로 개별적, 구체적으로 검토가 되어야 할 것이지만, 다음과 같은 몇 가지 점은 일반적으로 고려되어야 할 것이다.

첫째, 오늘날 자본주의가 고도화되어 가고 그에 따른 사회의 조직화가 진행되면서 거대한 단체들이 생겨나고, 법인 가운데는 거대한 경제력과 막강한 사회적 권력을 가지고 있는 것이 적지 아니하므로 그 경제적·정치적·사회적 활동에 있어서는 자연인과 같은 수준의 기본권이 인정될 수는 없고 더 많은 규제를 받게 된다.⁹⁰⁾ 거대한 힘을 가진 법인의 기본권과 자연인의 기본권이 충돌하는 경우의 문제의 심각성은 오늘날 법인의 기본권주체성이 인정되는 영역에서 점점 더 중요한 문제로 부각되고 있다. 이 경우를 자연인간에 발생하는 기본권 상충의 경우와 같은 성질의 문제로 이해해서는 아니되는 이유도 바로 여기에 있다. 이른바 ‘사적 통치’ 내지 ‘사적 정부’ (private government)라고 불리는 현상이 생겨나면서 그러한 권력에 의한 국민의 기본권의 침해는 공권력에 의한 기본권의 침해에 준하여 다루어져야 한다는 논의가 생겨나고, 특히 어떠한 사회적 권력이 국가와 유사한 사적 정부라고 할 수 있는 경우나 국가와 동일시 할 수 있을 정도로 국가와 밀접한 관계가 있는 경우(아메리카합중국 헌법판례에서 확립된 state identification theory 참조)에는 공법인에게 원칙적으로 기본권이 부정되듯이 기본권을 주장할 수 없게 해야 한다는 입론도 가능하고 또 그러한 견해도 강력히 주장되고 있다.⁹¹⁾

둘째, 법인에게 기본권이 인정되는 경우에도 경우에 따라서는 법인의 기본권과 그 법인의 구성원인 자연인의 기본권이 서로 갈등하거나 상충하는 관계가 생겨나게 되는데, 이 경우에 법인의 기본권을 강조하다 보면 원래의 자연인의 기본권 보장의 범리가 후퇴하게 될 우려가 있다. 특히 가치관이 다양화되고 그의 대립

90) 안용교(주 4), 279면 ; 伊藤正己(주 15), 199면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면 이하 ; 中村隆男(주 55), 58면 참조.

91) 芦部信喜(주 16), 35면.

이 심각한 현대 사회에서는 기본권 중에서도 우월적인 지위를 지니는 정신적 자유권이나 정치적 기본권의 행사영역에서는 법인과 그 구성원이 상반되는 입장에서 정면으로 충돌하거나 대립하는 경우가 빈번히 발생할 소지가 있는데, 이 경우에는 법인의 기본권은 필요한 한도내에서 대폭적인 규제를 받게 되지 않을 수 없다.⁹²⁾ 이러한 경우 역시 이를 자연인사이의 기본권 상충문제와 동일하게 보아서는 아니될 것이다.

이렇듯이 법인의 기본권보장에서는 헌법정책적인 고려와 법률정책적인 고려 그리고 법률정책적인 고려의 구체화의 한 형태인 사법정책적인 고려가 매우 중요한 의미를 가지는데, 문제는 법인의 권리보장에는 그 상황구속적인 속성으로 말미암아 구체적 타당성의 요청이 크게 작용한다는 점이고, 따라서 그 실현에는 정책적인 고려가 깊숙이 자리잡게 된다. 그런데 권리실현에서 구체적 타당성의 고려는 일선에서 법률정책(국회의 입법으로 실현)과 사법정책(법원의 판례법으로 실현)으로 행하여지는데 헌법적 수준에서 자칫 일률적인 판단하에 논의가 확정되면 이러한 구체적 타당성의 고려의 영역이 축소되어 거시적 수준에서의 기본권 보장법리가 왜곡될 우려도 있다. 실제에서 법인의 기본권 논의가 가지는 어려움은 바로 여기에 있다.

2. 법인의 기본권 제한 및 그 한계

가. 법인의 기본권 제한

92) 안용교(주 4), 279면 ; 伊藤正己(주 15), 199면 ; 芦部信喜(주 16), 35면 이하 ; 竹宮崇(주 14), 59면 참조. 長尾一紘도 법인의 기본권 향유가 그 단체의 구성원의 기본권을 침해하는 경우에는 그 법인의 기본권 향유는 제한된다고 한다. 長尾一紘(주 14), 93면.

현대 자본주의 국가에서 법인의 기본권 제한에 있어서 특히 고려되어야 할 것은 법인이 가지고 있는 엄청난 사회적 영향력과 힘이다. 거대한 법인인 기업에게 재산권의 보장과 영업의 자유에 있어서 자연인의 경우와는 다른 규제가 인정되는 것이라든지(기업의 재산권 행사가 야기하는 환경문제를 생각해보라), 매스 미디어를 독·과점하고 있는 법인에 있어서 표현의 자유가 자연인의 경우보다 더 제한되고 있는 것(오늘날 점점 더 심각해져가는 언론사에 의한 개인의 자유와 권리의 침해를 생각해보라)은 모두 여기에서 기인한다.

그리고 막강한 경제력과 영향력을 가지고 있는 회사가 정치적 과정에 참여하는 것은 국민주권 원리와 대의원리를 왜곡시키고, 특히 자본주의 국가에서는, 경계하여야 할 계급지배를 유발시킬 우려(당해 회사가 재벌인 경우에는 그 징후가 강하게 나타난다.)도 있으므로 법인의 정치적 권리를 어느 정도로 인정할 것이냐의 문제에 있어서는 신중을 기해야 하며 자연인의 경우와는 달리 제한을 가할 수 있는 여지는 훨씬 광범하다.⁹³⁾

93) 山本浩三(주 43), 73면 ; 佐藤幸治(주 15), 388면 ; 芦部信喜(주 16), 35면 참조. 芦部信喜는 여기서 정치활동의 자유와 같은 영역에서는 법인을 자연인과 달리 취급하는 것이 헌법의 기본권 보장의 정신에 합치하는 것이라고 한다. 이 문제와 관련하여 일본국에서는 위 최고재판소의 판결제정정치헌금사건판결에 대하여는 거의 모든 견해가 매우 비판적인 자세를 견지하고 있다. 이러한 비판적 견해는, 위 판결은 회사의 목적과의 관계, 정치적 기본권의 성질 등에 관하여 판단의 오류를 범한 것이라거나 충분한 논증도 없이 막강한 경제력을 가진 회사에 자연인과 동등의 정치활동의 자유를 보장한 것은 잘못된 것이며, 회사의 정치헌금이 실질적으로는 뇌물공여와 유사한 효과를 지니고 있고, 특정 정당에의 헌금은 다수의 주주와의 관계에서 사상의 자유 및 법 앞의 평등에 관한 문제를 야기시킨다는 점 등을 간과한 것은 잘못이라는 것 등을 공통적으로 지적하고 있다. 아부조계(주 14), 88면 ; 横坂健治(주 13), 190면 이하 ; 芦部信喜(주 16), 35면 ; 小林直樹(주 14), 285면 ; 竹宮崇(주 14), 59면 ; 佐藤幸治(주 15), 388면 ; 長尾一紘(주 14), 92면 참조. 특히 회사의 정치헌금문제를 분석한 기초 위에서 이 판결에 대하여 치밀한 비판적 검토를 하고 있는 것으로는, 富山康吉, “株式會社のなす獻金(一)-(三)” 「민상법잡지」 47권3호, 374면 이하 ; 47권5호, 714면 이하 ; 47권6호, 896면 이하가 주목된다. 일본국 최고재판소의 이러한 판결을 이해함에 있어서는 거대·지배 정당인 자민당 주도의

뿐만 아니라 종교단체가 엄청난 경제력을 바탕으로 하나의 사회권력체로 군림하면서 이로 인하여 개인의 종교의 자유가 오히려 축소되어 가는 현상을 놓고 보면, 종교단체가 향유하는 종교의 자유가 개인의 종교의 자유와 같등을 빚을 때는 개인의 종교의 자유와 같은 수준의 보장을 요구할 수는 없다고 할 것이다. 헌법의 기본권 보장과 국가의 기본권 보장의무가 무엇보다도 자연인의 권리와 자유를 보장하는데 제일의적인 목적이 있음을 감안한다면 법인의 기본권 보장의 강조가 오히려 개인의 기본권 보장을 저하시키거나 후퇴시키는 결과를 가져오는 잘못을 범해서는 아니 될 것이다.⁹⁴⁾ 아무튼 법인의 기본권의 범위, 정도, 제한은 법인의 설립목적, 활동의 성질, 사회적 기능 등을 종합하여 판단하되 구체적이고 개별적으로 판단하지 않을 수 없다.⁹⁵⁾

나. 법인의 기본권 제한과 관련된 그 구성원의 기본권 제한 문제

특히 법인의 기본권을 제한하는 경우 그로 인하여 그 법인의 구성원의 기본권이 부당하게 제한을 받아서는 아니될 것이다. 이 문제는 구성원의 강제가입이 이루어지는 경우에 그 심각성이 한층 부각되어지는데, 강제가입의 법인·단체나 공적인 임의 가입의 법인·단체에 있어서는 그 구성원의 자유 특히 정치적 활동

심한 보수주의 정치구조와 일본국의 법조계·법학계에서 심각한 문제로 제기되고 있는 일본 최고재판소의 극심한 보수적 체질 및 헌법문제에 대한 저급한 인식 수준 등에 대한 전체적인 인식이 요구된다.

94) 일본국의 横坂健治는 법인의 기본권은 개인의 기본권보장과는 연관속에서 개인의 기본권을 침해하지 아니하는 경우에만 인정될 수 있다고 하면서 따라서 법인의 기본권보장은 자연인의 기본권보장과는 달리 수동적인 의미를 가지는 것에 지나지 아니한다고 한다. 横坂健治(주 13), 192면 참조.

95) 山本浩三(주 43), 73면 ; 横坂健治(주 13), 189면 ; 伊藤正己(주 12), 10면 ; 허영(주 6), 72면 참조.

의 자유는 최대한으로 보장되지 않으면 아니된다.⁹⁶⁾

어쨌든 이 경우 그 구성원의 기본권에 대한 제한의 정도는 가입이 강제냐 임의냐, 임의단체인 경우에도 공적인 성격을 가지느냐 아니면 사교·오락단체와 같이 단순한 사적인 성격을 가지느냐에 따라 달라지게 된다. 이러한 문제는 현실적으로 노동조합(노동조합은 반드시 법인일 필요는 없다.)의 통제권과 조합원의 정치적 자유와의 관계에서 첨예한 성격을 지닌 채로 부각되는 데서 그 한 예를 찾아볼 수 있다.⁹⁷⁾

V. 권리능력 없는 사단과 재단

법인격 없는 단체 즉, 권리능력 없는 사단과 재단에 있어서도 기본권이 인정되느냐 하는 문제에 대하여 법실증주의적 기본권관이나 자연법적 기본권관의 입장을 관철시키면 그 기본권을 인정할 수 없겠지만, 법인의 기본권을 인정하는 견해는 대체로 이 경우도 그 이치는 동일하다고 한다.⁹⁸⁾ 법인의 기본권을 인정하

96) 안용교(주 4), 280면 ; 佐藤幸治(주 15), 388면 참조. 이와 관련한 일본국의 판례로서 그 구성원의 기본권 보호에 적극적인 태도를 보이고 있는 예로는 태본지방법재판소, 1986. 2. 13. 1181호 판결 및 대관지방법재판소, 1986. 8. 21. 1207호 판결 등을 들 수 있다.

97) 芦部信喜(주 16), 35면 이하 ; 長尾一紘(주 14), 93면 참조. 노동조합의 통제권(력)과 그 구성원의 기본권에 관한 자세한 것은 다음 문헌 참조. 沈泰植, 「勞働法概論」(서울 : 法文社, 1989), 113면 ; 金致善, 「勞働法總說」(주 86), 325면 이하 ; 金亨培(주 85), 380면 이하 ; 朴相弼(주 86), 408면 이하 ; 前田政宏, “組合統制權의 根據と司法審査의 限界,” 藤沼謙一, 横井芳弘(편) 「勞働法の争點」ジュリスト 増刊(東京 : 有斐閣, 1979), 29면 이하 ; 木村愼一, “組合費,” 같은 책, 40면 이하 ; 西谷敏, “組合統制權의 根據と司法審査,” 藤沼謙一, 横井芳弘, 角田邦重(編) 「勞働法の争點」(東京 : 有斐閣, 1990), 26면 이하 ; 鈴木芳明, “組合費,” 같은 책, 32면 이하. 이와 관련한 일본국의 판례로는 日本國 最高裁判所, 1975. 11. 28. 第498號 第3小法廷判決, 「最高裁判所判例集」第29卷 第10號, 1634면 이하 ; 같은 裁判所, 1975. 11. 28. 第499號 第3小法廷判決, 같은 책, 1698면 이하의 國鐵勞動組合事件이 있다.

는 실정법의 규정이 있는 경우에는 그 규정이 유추적용되고 실정법 규정이 없는 경우에는 법이론에 의하여 법인의 경우와 마찬가지로의 이유로써 기본권 주체성과 그 보장의 정도, 제한 등이 인정된다는 견해이다.

법인과 법인격 없는 단체와의 차이는 실질상 아무런 차이가 없고 단지 법인설립에 있어서 법률이 어떠한 태도를 취하고 있느냐에 따른 것임을 고려한 듯하다. 민법학에서 법인격 없는 사단이란 단체의 실질이 사단임에도 불구하고 권리능력을 가지지 않는 것을 말하고(예컨대, 종종, 교회, 경우에 따라 동, 리, 부락 등), 법인격 없는 재단이란 재단법인의 실체가 되는 재단으로서의 실질을 가지고 있으면서 권리능력을 취득하지 못한 것(예컨대, 설립중의 재단)을 의미한다.⁹⁹⁾

그런데 이와 관련하여 생각해 볼 문제는, 법인과 민법상의 법인격 없는 단체와의 차이문제보다는 법인격 없는 단체와 조직, 운영 등의 면에서 그 수준에는 미치지 못하는 여타의 잡다한 단순한 단체들과 사이에 그 기본권 보장에서 범위와 정도에 어떠한 차이가 있느냐 하는 문제이다. 기능, 활동, 사회적 비중 등을 고려하여 기본권이 인정되는 단체를 판단할 때 그 해당여부의 선을 어디쯤에서 그을 것인가는 매우 어렵다고 아니할 수 없다. 이 문제는 어떤 이론적 도그마에 의해 해결될 것이 아니고 경험적이고 실증적인 연구의 뒷받침이 필요하다.

VI. 정 당

98) 伊藤正己(주 12), 110면 ; 안용교(주 4), 276면 참조.

99) 박윤직(주 9), 218, 225면.

정당은 국민도 국가기관도 아니지만 정치결사 또는 정당제도로서 일정한 기본권이 인정된다고 한다. 정당에서 인정되는 기본권으로서 통상 거론되는 것은 선거에 있어서의 평등권, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 재판 청구권 등이다.¹⁰⁰⁾

헌법재판소도 정당에서 선거에 있어서의 기회균등권을 인정함으로써 선거에 있어서의 평등권을 인정하고 있다.¹⁰¹⁾

VII. 법인의 기본권 문제에 관한 연구의 과제

1. 법인의 기본권 문제의 법체계적 위상

국내외를 막론하고 법인의 기본권에 관한 지금까지의 논의는 거의 기본권총론부분에 해당하는 ‘기본권의 주체’를 논의하는 단계에서 자연인과 함께 그 주체성이 인정될 수 있는지의 여부를 거론하는 수준에 머물러 있다. 그리고 ‘기본권의 주체’문제에서 일단 총론적으로 검토를 하고는 개별적인 기본권에서는 이를 다시 반복하는 수준에서 그치고 있다. 개별적 기본권이 가지는 각각의 특색이나 기능상의 차이, 보장의 원리구조상의 차이 등 실제로 세밀한 부분-현실의 기본권 분쟁은 거의가 이러한 세밀한 부

100) 김철수(주 1), 249면. 허영 교수는 정당설립 및 활동의 자유, 정당활동의 기회균등을 참정권으로 설명한다. 허영(주 4), 505면 이하 ; 허영, 「헌법이론과 헌법(상)」(서울 : 박영사, 1991), 257면 이하 참조.

101) 헌법재판소, 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 심판, 「관보」 제11795호, 54면 이하.

분에서 생겨난다 - 은 소홀히 된 채 그 보장의 정도나 제한 그리고 제한의 한계에 대한 논의 역시 총론적인 수준에 머물거나 자연인의 경우에 해당하는 논의를 그대로 옮겨오는 형편이다.

그러나 같은 기본권이라 하더라도 시대와 나라에 따라 그 기능상의 요청과 실현형태가 다양하게 분화되어져 가고, 법인 역시 그러하므로 법인의 기본권 보장의 문제는 기본권보장과 법인의 기능이라는 매우 역동적이고 가변적이며 탄력적인 두 개의 기본축이 교차하는 구조 속에 놓여있으므로 결코 지금까지의 논의가 보여준 수준에서는 그 정확한 문제와 대처방안은 찾기가 어렵게 된다. 특히 법인에 대한 공법적인 의식의 초보적인 수준과 법현실에서 문제의 내용을 건져올리지 못하고 단순한 문헌적 논의만을 전개하는 방법론적인 취약성은 지금까지의 논의가 지니고 있는 한계를 충분히 짐작하게 해주고도 남는다.

그렇다면 법인의 기본권문제는 기본권총논의 단계에서 ‘기본권의 주체’의 문제를 논의하는 수준에 그치거나 그 제한에서 기본권 제한에 관한 일반론을 단순히 적용시키는 것으로는 충분하지 못한 것임을 알 수 있다. 같은 기본권이라 할지라도 그 보장의 원리적 구조에서는 자연인의 경우와 법인의 경우는 많은 차이를 보일 수 있고, 그 제한에 있어서도 그 보장의 이념, 범리에서 차이를 보이듯이 제한의 범리에 차이가 있을 수 있다. 그리고 그러한 영역에서는 제한에 관한 독자적인 이론이 구성될 수 있는 여지도 있으므로 법인의 기본권문제에 관한 논의는 개별적 기본권의 연구에서 새로이 시작될 것이 요청된다. 법인의 기본권보장에 관한 ‘일반이론’이 성립될 수 있을 것인지의 문제는 일단 차치하더라도 구체적인 현실의 기본권 분쟁을 해결하는데 있어서는 법인의 기본권문제는 총론적인 ‘기본권의 주체’의 문제에서 시작될 것이 아니라 개별적 기본권의 영역에서 ‘법인에게도 그러한 권리

를 헌법의 수준에서 인정할 필요와 이유가 있는지'의 여부를 검토하고 그 보장의 정도와 제한의 문제를 연구해가야 할 것이다.

2. 기존의 논의가 지닌 문제점

가. 기초가 허약한 기본권 일반이론

위에서 본 바와 같이 지금까지의 논의가 지닌 한계성은 여러 요인에서 기인하는 것이지만 우리 헌법학에서 나타난 문제점만을 지적한다면 무엇보다도 기본권 연구에 있어서 개별적 기본권에 대한 충분한 연구없이 기본권의 일반이론을 먼저 구축하려 한 의욕으로 말미암아 이른바 '기본권 총론'의 논의와 '기본권 각론'의 논의가 그 유기적인 관련성을 소홀히 하고 있는데서 비롯되고 있다는 점이다. 개별적인 기본권에 대한 연구를 충분히 진행시켜 나갔다면 '기본권의 성질'을 둘러싼, 자연법주의나 법실정주의나 하는, 극단적인 도그마(dogma) 구축중심의 실익없는 논의에서 야기되는 그 극단적이고 관념적인 성격을 최소한 극복할 수 있었을 것이며, 사회현실과 국가의 현실적 법상황을 간과한 채 법인의 기본권이나 외국인의 기본권에 대한 논의가 그렇게 안이하게 전개되지는 아니하였을 것이다. 아무튼 법인의 기본권에 대한 종래의 논의는 개별적인 기본권에 대한 연구가 뒷받침되지 못한 상태에서 기본권이론에 관한 일반이론의 구축에만 의욕이 앞서간 데서 비롯된 한계성과 문제점을 노정시키고 있다고 평가할 수 있다.¹⁰²⁾

102) 우리나라에서 이러한 문제는 법학의 거의 모든 개별적인 논의가 보여주는 바와 같이 헌법학적 논의가 사법시험이나 행정시험 등 국가시험을 준비하는 수험생의 요구와 수요에 맞추어 극히 안이하게 진행되어져 온 데서도 비롯된다. 학자의 이러한 태도는 학문연구의 진지한 자세를 포기하고 학문의 길에서 이탈하는 것인데 그 단적인 예의 하

나. 체계중심적인 법도그마틱적 접근의 문제점

헌법문제의 구조적인 인식과 거시적인 연구가 요청되는 부분을 일단 제외하면 헌법적 분쟁의 해결과 헌법소송에서 법도그마틱(Rechtsdogmatik)적 접근은 필요하고 특히 미시적 연구가 요청되는 영역에서는 그러한 접근의 효용은 진가를 발휘하기도 한다.¹⁰³⁾ 그러나 법도그마틱적 접근이, 지금까지 실정법체계의 완결된 설명체계를 완성시키는데 집요한 관심과 노력을 경주한 것과 같이, 법학의 이론적 인식에 있어서도 도그마중심의 체계정립에만 몰두하여 거대이론(grand theory)을 구축하고 그의 내재적 통일성속에 모든 문제를 포함시키려고 할 때는 자칫 일반화의 오류와 ‘논의를 위한 논의’에 빠져들게 되고, 따라서 그 어떤 학문보다도 현실성과 실천성이 강하게 요구되는 법학이 ‘관념의 학

나를 기초적인 연구의 축적없이 몇가지의 외국문헌을 번역, 정리한 이른바 ‘수험용 교과서’의 집필에서 찾을 수 있다. 국내의 실익없는 견해의 대립이나 체계정립에의 집요한 의욕, 그리고 화려한 관념적 언어의 남발 등은 거의 여기에서 기인한다고 해도 과언이 아니다. ‘수험용 교과서의 집필’은 누구나 언제든지 집필·출간할 수 있는 편의성과 기술성, 상업성을 동시에 지닌 것으로 그 자체로서는 하등 논란의 소지가 없지만 우리 사회에서 흔히 볼 수 있듯이 학자가 그 자체를 자신의 목표인 양 그에 몰두하고 진지한 학문적 논의는 오히려 소홀히 하는 것은 바람직하지 아니하다. 이와 함께 우리 헌법학이 지니고 있는 논의의 한계성과 문제해결에의 비실천적인 성격형성은 그간 우리의 헌법이 현실적인 규범성을 획득하지 못하고 - 1988년 헌법 이전까지의 유명무실한 헌법재판제도를 그 한 예로 들 수 있다 - 단순히 강의실내에 갇혀있거나 수험서의 종이 위에서 그 일생을 마친 점을 무시할 수 없다. 어떠한 법이든 그 법이 재판규범으로 기능을 하지 못하고 법실무자들의 실천적인 논의와 검증에 거치지 아니할 때에는 그에 관한 논의는 자연관념적이고 비실천적인 방향으로 흘러가게 된다. 현 단계 우리 헌법의 실현영역에서 법이론가들과 법실무자들간의 실천적인 의사소통과 협동적인 연구는 헌법문화의 전체적인 수준향상이라는 측면에서뿐만 아니라 헌법분쟁의 합리적인 해결이라는 측면에서도 매우 중요한 의미를 가진다.

103) 독일 법학에 있어서 법도그마틱에 관한 평가에 대하여는 R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation 2. Aufl. (Suhrkamp : Frankfurt am Main, 1991), 307면 이하 ; 배종대, “법이론(Rechtstheorie)이란 무엇인가?,” 「법학논집」 제25집(1987. 12), 37면 이하 참조.

문'으로 전락하게 된다.¹⁰⁴⁾ 현재에 이르기까지의 우리의 헌법학이 보여온 징후에는 이러한 측면이 있음을 부인하기 어렵고 법인의 기본권에 관한 논의가 보여주고 있는 한계성과 문제점 역시 이러한 측면에서 기인하는 바가 적지 아니하다고 할 수 있다.

오히려 오늘날 법인을 둘러싼 법상황과 법인의 기본권보장이 라는 문제가 가지고 있는 역동성과 탄력성을 고려한다면, 이에 는 일차적으로 도그마중심의 체계정립에의 집착에서 벗어나는 도그마 해체적인 접근이 요구되고, 개별적인 기본권 영역마다 하나씩 점검해가는 구체적이고도 개별적인 접근이 요구된다고 할 것이다. 개별 연구자에 있어서 이러한 접근과 인식이 다음에서 보게 되는 통합적 연구와 모순되는 것은 물론 아니다.

아무튼 법인의 기본권문제에 관한 논의에 대한 새로운 인식은 이 논의가 가지고 있는 본래의 의미를 잘 이해해 보면 충분히 짐작할 수 있다. '법인에게 기본권이 보장되어야 한다'는 명제의 의미가 과연 무엇을 의미하는가를 다시 물어보는 방법이다. 원래 기본권은 자연인의 기본권을 중심으로 주장되고 논의되어져 왔는데 자연인 외에 법인이 추가로 논의되는 것은 법현실적인 측면에서 무엇을 의미하는가, 그리고 법인도 원래는 법률적 수준에서 논의되고 발전되어 왔으며 근대적 의미의 헌법이 생겨나기전부터 법현실에서 존재하고 기능하여 왔는데 그후 헌법이 생겨나고 그것도 헌법현실이 한참이나 전개된 후부터 법인의 기본권이 문제되는 것은 법사학적으로 그리고 법정책론적으로 어떠한 의

104) 지금까지의 우리 헌법학에서 노정된 이러한 현상은 헌법이론을 법실증주의의 도그마 위에 세울 것이냐 아니면 자연법주의의 도그마 위에 세울 것이냐 하는 양자택일의 문제에 집착하는 연구자의 태도(지금까지 이러한 집착에서 헤어나오지 못하는 태도는 참으로 시대착오적인 것이라 아니할 수 없고, 그리고 이러한 태도가 지금까지 헌법적 논의와 헌법학을 상당부분 신비화시켜 왔음도 부인할 수 없다)에서 비롯된 바가 적지 않다. 법인의 기본권문제에 있어서 이러한 도그마중심의 법실증주의적 논의와 자연법주의적 논의가 지닌 문제점에 대한 비판을 허영(주 6), 68면 이하 볼 것.

미를 지니고 있는 것인가 하는 등등의 물음이다.

이러한 물음과 관련하여 우선 생각해볼 수 있는 것은 법인의 기본권문제는 법인의 권리를 둘러싼 법률적 수준의 논의중 일부가 헌법적 수준으로 올라온 것이라는 점이다. 이로부터 법인의 기본권 문제에 관한 논의가 일반적인 헌법적 논의의 경우와는 달리 헌법적 수준에서 법률적 수준으로의 하향적, 구체화적인 구조를 가지고 있지 아니함을 알 수 있고, 또한 이 문제를 기본권 총론에서 언급하는 수준의 ‘기본권의 주체’의 문제로만 해결이 될 것으로 이해하는 태도는 문제가 있음을 알 수 있다.

그리고 이러한 점은, 다시 법인의 권리가 법률적 수준에서 헌법적 수준으로 올라와 ‘기본권보장’이라는 것으로 문제가 제기되는데는 종래 법률에 의하여 보장받는 것보다는 보다 두터운 보장이 요구되고 이러한 요구는 실로 현실적인 ‘필요성’에서 기인한다는 점은 확인시켜주고 있다. 이러한 현실적인 ‘필요성’이라는 계기는 법인의 기본권보장문제가 안고 있는 본질적인 요소이며 그에 관한 이론이 새로이 생겨날 수 있는 인식의 샘으로 작용하게 된다. 현실적인 필요성이라는 계기에 인식의 초점을 집중시켜 보면 법인의 기본권문제는 자연인의 기본권문제와는 달리 본질적으로 헌법의 기본권 규정의 ‘적용’의 문제가 아니라 ‘유추’의 문제임을 간파할 수 있고(법인의 기본권에 관한 명문의 헌법규정이 있는 경우에도 본질은 적용이 아니라 유추라는 의미이다) 그렇다면 이는 단순히 ‘기본권의 주체’문제로서 법인을 기본권의 주체에 포섭시키야하는 문제에서 더 나아가 법인에게 자연인의 ‘기본권’ 보장규정을 유추함에 있어서 그 범위와 정도를 어떻게 정할 것인가 하는 문제가 다른 차원에서 자리를 잡고 있음을 발견할 수 있다.

이 부분을 주시하면 법인의 기본권보장에서 작용하고 있는 헌

법정책적인 요소를 간취할 수 있을 것이다. 법인의 권리가 기본권으로 보장된다고 하는 것은 우선 의회의 입법권에 의해 부정되거나 박탈될 수 없다는 것을 의미하는데, 그런 의미에서 볼 때 과연 법률적 수준에서 발달되어온 법인을 기본권적인 측면에서 보장한다고 할 때는 어떠한가 하는 문제는 실로 그 의미를 다시 고구하게 만든다. 일단 법인의 기본권에 관한 이론이 완성된 이후에야 그 이론의 전개는 헌법적 차원에서 법률적 차원으로 구체화 되어가는 하향적인 재구성을 하면 될 것이지만, 법인의 기본권을 ‘현실’에서 ‘규범’으로 견져올리는 작업은 그 논의의 역사적인 전개과정을 볼 때 어디까지나 법률적 차원에서 먼저 시작되어진 것이기 때문에 이에 관한 인식은 중요한 의미를 가진다. 법인이나 단체의 국가내에서의 기능과 활동에 대한 평가는 그러한 법인이나 단체가 놓여 있는 시간적, 공간적인 법상황에 따라 바뀔 수밖에 없음을 인정한다면 법인이나 단체의 기본권문제는 그 어떤 도그마나 철칙에 의해 해결될 수는 없다고 할 것이다.

다. 종합적 연구·인식의 필요성

이상에서 보았듯이 법인의 기본권문제는 헌법학의 이른바 기본권총론부분에서 법인을 기본권의 주체로서 인정할 것이냐의 문제로만 간단히 처리되어 질 수 없을 뿐 아니라 그 어떤 법적인 도그마나 철칙의 논리필연적인 귀결로서 답이 도출되어 질 수 있는 것도 아님을 확인할 수 있는 바, 이제 이 문제는 현대법학의 중심적인 문제로 그 자리를 차지하게 됨으로써 그 연구역시 다각도로 행하여지지 않으면 아니될 시점에 와 있다.

특히 현대 자본주의사회에서는 이 문제는 앞으로 더욱 복잡하

게 전개될 것을 예측할 수 있고 그에 수반되는 문제는 매우 까다로울 것임에 틀림없을 것이므로 법학의 어느 한 분야에서 취급될 수 있는 성질의 문제도 아니다. 법인의 기본권에 관한 문제는 헌법뿐만 아니라 행정법, 민법, 상법, 노동법, 형사법, 경제법, 사회법 등 여러 분야에 걸쳐 발생되고 있고, 다른 한편으로 그것은 정치학, 경제학, 사회학적인 요소도 포함하고 있으므로 방법론적인 측면에서 그 연구의 방법 또한 새로이 검토될 필요가 있다. 한편 법인의 기본권에 관한 문제는 자본주의사회의 법문제를 총체적이고 종합적으로 제기하고 있으므로 그 학문적인 접근 또한 통합과학적일 것을 요구한다.¹⁰⁵⁾ 특히 현대 자본주의사회에서 법인이 가지고 있는 진정한 문제를 정확히 이해함에 있어서는 법사회학적인 연구는 필수적이라고 해도 과언이 아닐 것이며, 헌법정책론적 인식이 매우 중요한 비중을 지닌 것으로 요구된다고 할 것이다.¹⁰⁶⁾

VII. 결 언

이상에서 살펴본 것은 법인의 기본권문제가 지니고 있는 논의의 영역과 지금까지 전개되어온 학설과 실제의 형편이다. 학문적인 연구의 형편을 개관해 본 바에 의하면 우선 법인의 기본권문

105) 허영 교수도 법인의 기본권문제는 거시적이고 종합적으로 검토하는 경우에만 그 합리적인 설명이 가능하다는 견해를 피력하고 있다. 허영(주 4), 245면 ; 허영(주 6), 70면 이하 passim. 그리고 일반적 수준에서도 법학에 있어서 이러한 통합과학적 연구의 필요성과 그에 관한 논의는 필자가 이미 제기한 바 있다. 정중섭, “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여-헌법학의 통합과학적 연구에로,” 「법과 사회」 제2호(1990. 3), 221면 이하.

106) 헌법정책적 인식과 논의에 관한 서론적인 논의는 필자가 이미 제기한 바 있다. 정중섭, “헌법문제의 헌법정책론적 인식,” 「고시연구」 1990년 8월호, 197면 이하.

제에 관한 진지한 숙고가 부족하다고 평가할 수 있으며, 이는 법 현실에 대한 인식의 부족과 함께 헌법상의 기본권에 대한 깊은 연구가 진행되지 않았음에서 말미암는 것이라고 볼 수 있다. 개별적인 기본권에 대한 연구의 뒷받침이 없는 상태에서 기본권의 일반적인 성질이나 기본권의 주체, 기본권의 제한을 논하는 것은 학문적으로도 설득력이 없고 이론적인 논의가 가져야 할 견고성도 획득할 수 없게 된다.

실제 헌법분쟁의 해결이라는 실천적인 영역에서는 그러한 푸석푸석한 논의는 아무런 힘을 발휘할 수 없으며 때로는 기본권 이해에 혼란을 초래하기까지 한다. 위에서 보았듯이 개별적인 기본권이 법인에게 인정된다면 그 이유는 무엇이고, 어느 정도로 보장이 되는 것이며, 누구를 상대로 어느 정도까지 주장할 수 있는지가 밝혀져야 한다. 그리고 이러한 문제는 헌법학만의 고요한 영역에 속하는 것이 아니고 여러 개별 법학과 더 나아가 관련된 사회과학의 협동적이고 종합적인 탐구에 의해 해명될 수 있는 성질의 것이다.

법인의 기본권문제는 ‘기본권의 주체’의 문제만에서 이해할 수 없고 또 그 자체 자연인의 기본권보장 문제와는 차원을 달리 하는 계기가 있음은 법인에게 인정되는 기본권의 ‘효력’의 문제를 생각해보면 쉽게 이해가 된다. 법인의 기본권에 있어서도 대국가적인 효력과 사인간의 효력이 인정됨은 의문의 여지가 없으나 그 논의의 차원은 자연인의 경우와는 차이를 가진다. ‘국가 대 법인’의 관계에서 보면 법인의 기본권은 가능한한 최대한으로 보장되어야 함은 물론이지만, ‘법인 대 사인’의 관계에서 보면 이는 논의의 수준을 달리 하게 된다.

‘법인 대 사인’의 관계에서 그 사인이 서로 비슷한 힘을 가진 법인일 때에는 ‘기본권간의 충돌’문제로 귀착될 수도 있는 것이

지만 기본권을 주장하는 법인 또는 단체가 막강한 사회적인 영향력을 행사하는 거대한 조직체이고 그 사인은 비교도 안될 만큼의 미미한 단체에 불과하거나 자연인인 경우에는, 이는 기본권간의 충돌문제가 아니라 그 법인을 국가, 정부에 준하는 것으로 보아 이때는 그 법인은 기본권을 주장할 수 없고 사인의 기본권 주장을 받는 입장에 서게 된다는 입론이 가능할 수도 있다. 즉 그때는 법인이 기본권의 수신자가 된다(앞서 본 사적 정부론이나 아메리카합중국의 theory of looks-like-government를 생각해 보라).¹⁰⁷⁾

법인의 기본권 주체성의 문제가 기본권의 대사인적 효력(제3자적 효력) 내지 사인간 효력의 문제와 밀접한 관련을 가진다는 계기는 이미 법인의 기본권 주체성문제가 ‘기본권주체에의 포섭’ 문제라는 수준에서만 이해되어서는 아니됨을 말해주고 있다(주지하는 바와 같이 헌법학에서 기본권의 제3자적 효력의 문제가 기본권간의 상충문제와 동일한 범위를 가지는 논의는 아니다. 후자는 전자의 부분집합에 불과하다). 이러한 의미에서 우리가 법인의 기본권을 논의함에 있어서 항상 유의해야 할 것은 법인의 기본권보장이 오히려 자연인의 기본권보장의 이념을 퇴색시키거나 그 범위와 정도를 축소시키는 결과를 초래해서는 안된다는 원칙이다. 이런 측면에서 볼 때 독일 연방헌법재판소가 기본권보장을 본질적으로 자연인의 기본권보장에 초점을 맞추고 공법인의 기본권보장에서 많은 비판에도 불구하고 매우 신중한 자세를 견지해온 점은 깊이 음미해볼 가치가 있다고 하겠다.

헌법학에 있어서 법인의 기본권문제가 안고 있는 내용이 이러하다면 학문적인 연구에서도 외국의 논의를 만연히 되뇌는 수준

107) 이 문제에 대한 자세한 논의는 최본권의 제3자적 효력“ 최대권 「헌법학」(서울 : 박영사, 1989), 154면 이하 ; 최대권, “기본권의 제3자적 효력-법사회학적 접근의 시도, “「공법연구」 제11집(1983), 59면 이하를 볼 것.

은 이제 극복되지 않으면 아니되고, 재판의 실무에 있어서도 외국에서는 어떠한 기본권을 법인에게 인정하고 있으니 우리나라의 경우에도 인정이 된다는 식의 결론을 내려서도 아니된다. 외국 판례에 대한 연구가 어려운 것은 그 판결의 내용이나 결론의 이해에 어려움이 있는 것이 아니고 그러한 판례가 구체적으로 어떠한 상황에서 어떤 사건에서 생겨난 것인가를 정확히 이해하는데 어려움이 있기 때문이다.

유사사건에서 외국의 판례를 만연히 따라가거나 그 논의를 그대로 차용하는 태도에 재고의 여지가 있는 이유도 바로 이러한 맥락에서 확인할 수 있을 것이다(지금까지 우리나라 재판실무에서 부분적으로 드러난 이러한 요소는 이제 반성되고 극복되지 않으면 아니된다).

법인의 기본권문제는 외국인의 기본권문제와 함께 기본권의 현대적 상황을 대표적으로 보여주고 있는 부분이다. 따라서 이 문제는 사회의 발전단계에 따라 논의의 폭과 수준이 달라질 수밖에 없다. 이러한 문제에 대한 연구에서는 우선 현실의 헌법 상황을 유심히 관찰하고 헌법문제에 대한 인식의 정확도를 맞추어 가는 것이 필요하며 이와 함께 외국의 논의와 헌법실현의 전개 과정을 추적하는 작업도 필요하다.

이 글이 가지는 '서설적인 성격'은 이 글의 논의가 바로 이러한 요청의 초보적 단계에 있음을 자리잡아주는 동시에 앞으로의 본격적인 연구의 출발점이 됨을 말해준다.

헌법재판의 인식도에 관한 조사연구

강 윤 원

판례편찬과장

- 목 차 -

- I. 서 설
 - 1. 연구목적
 - 2. 연구범위
 - 3. 연구방법
- II. 헌법재판소제도의 역사적 의의
- III. 헌법재판의 인식도에 관한 설문조사
 - 1. 조사방법
 - 2. 설문조사 결과
 - [1] 헌법재판소 존재의 인지도
 - [2] 헌법재판소 존재의 인지경위
 - [3] 헌법재판소의 설립시기
 - [4] 헌법재판소의 정부내 위치
 - [5] 헌법재판소장의 국가서열
 - [6] 대법원과의 기능 비교
 - [7] 헌법재판소의 업무분야

- [8] 헌법소원심판제도의 내용
- [9] 헌법소원의 신청 절차
- [10] 공권력에 의한 기본권의 피침 경험
- [11] 헌법소원심판의 청구 가능성
- [12] 위헌법률의 인식 경험
- [13] 위헌법률심판의 제청 가능성
- [14] 헌법재판소의 민주발전 기여도
- [15] 헌법재판소의 판결경향 평가

IV. 결 어

- 1. 분석결과의 종합
- 2. 정책방향의 제언
 - [1] 헌법과 법률의 개정
 - [2] 적극적 언론대책의 전개
 - [3] 전문적 설문조사의 실시

(부록) 헌법재판의 인식도에 관한 조사표

I. 서 설

1. 연구목적

제6공화국헌법은 국가권력의 합헌적 통제를 통하여 국가의 최고법규인 헌법을 수호함으로써 법치국가의 지향과 국민의 기본권의 보호·신장을 위하여, 1988. 9. 19. 우리나라 헌정사상 처음으로 국가의 최고기관의 하나로 헌법재판소를 출범시켰다.¹⁾

이와 같은 역사적 사명을 지니고 있는 헌법재판소는 1991년 6월말 현재까지의 약3년간 헌법재판관들의 부단한 각고의 노력으로 총618건 (121건의 위헌법률심판과 497건의 헌법소원심판)을 처리함으로써 이 땅 위에 민주주의를 정착시키기 위한 결정적 역할을 하여왔다.

그러나 헌법재판소의 막중한 역할에 비견하면 아직은 이 제도의 중요성에 대한 국민적 인식이 이에 미치지 못하고 있지 않나 하는 우려가 없지 않았는바, 간혹 주변 친지들로부터 「헌법재판소가 무엇을 하는 곳이나?」 또는 「헌법재판소장은 대법원장 밑에 있느냐?」 등의 질문을 받고 당황한 경험이 있기 때문이다.

위와 같은 사정에 가끔 부딪치고 보니 헌법재판소에 몸담고 있는 필자로서는 일반국민들이 헌법재판에 대하여 얼마나 알고 있는지 또한 어떻게 알고 있는지, 그리고 어떻게 평가하고 있는지 등의 인식도에 관한 조사연구의 필요성을 느끼고, 그 결과가

1) 이시윤, 헌법재판소판례집 제1권(헌법재판소, 1990. 11. 1)의 서문 중에서

향후 헌법재판소의 정책수립(관련법률 개정 등)이나 대국민 홍보방향 정립에 미미한 도움이라도 되어 헌법재판소제도가 보다 빨리, 보다 깊게, 그리고 보다 확실하게 뿌리를 내리어 활착될 수 있기를 기대하는 목적으로 미거한 연구를 하게 되었다.

다만, 필자의 이 조사연구는 헌법재판소의 공적 입장과는 전혀 무관하게 순전한 개인연구자 입장에서의 사적 관심에 의한 사적 조사연구에 불과함을 밝혀둔다.

2. 연구범위

연구의 범위는 우선 헌법재판소제도의 중요성을 염두에 두고, 그 의의를 역사적 측면에서 간략하게 살펴본다.

다음으로는 필자의 임의적 판단으로 일반국민의 의증을 어느 정도 대표할 수 있다고 생각되어지는 몇 개의 직업집단의 표본을 선정하여 직접적인 설문배포에 의한 설문조사를 실시하여 현행 헌법재판소제도에 대한 제반인식을 살펴 본 후, 최종적으로 설문조사 결과를 종합·분석하여 그 특징을 요약·결론짓고, 본 조사 연구가 여러모로 부족하기는 하지만 가능하다면, 헌법재판소의 업무 중 이 연구결과가 활용되어질 수도 있다고 생각되어지는 부문의 정책방향을 제시하는 것으로 결론을 맺고자 한다.

3. 연구방법

본 연구의 목적을 달성하기 위하여 헌법재판소제도의 역사적 의의는 문헌조사에 의한 연구방법을 이용하고 설문조사는 서울 시내의 공무원, 자영사업인, 회사원(사무직), 근로자(기능직) 및 가정주부의 5개 직업인을 대상으로 각기 30명씩 150명을 표본으

로 하여 조사를 실시하는 방법을 이용하였다.

동표본은 비무작위성(Non-Random Selection)의 비확률표본(Non-Probability Samples) 방식 중 코타표본추출(Quota Sampling) 방법을 택하였다 (*세부내용 : 후기).

아울러 질문의 작성방법은 1문을 제외하고는 2~5개의 보기 중에서 1개를 선택하는 폐쇄형 질문방식(Closed Question Type)을 이용하여 15개의 개별질문으로 전체의 질문내용을 구성하였다.

II. 헌법재판소제도의 역사적 의의

제3공화국의 유신헌법 이래 극도로 팽배되어 있던 온 국민의 민주화요구가 제5공화국의 말기에 이르러 급기야 누구도 거스를 수 없는 국민적 민주화압력으로 증폭되었던 와중에서 제6공화국이 탄생되고 가장 확실한 민주화 조치의 일환으로 헌법재판소가 창설되었다.

이와 같은 공식적 변환의 이면사로서 당시 대법원을 중심으로 하는 기존 사법부의 분위기는 귀찮은 신경이 많이 쓰이는 정치성의 헌법재판을 기피하는 경향이 다분하였던 상황이 없지 않았던 바, 동분위기는 현행 헌법재판소제도의 실현에 중요한 일익을 담당 해냈다는 견해도 없지 않다. 더욱이 헌법재판소제도의 채택은 우연(?)에 가까운 일로 말미암은 것이라는 말이 떠돌고 있으며, 어느 사람은 당시 사법부에서 미국식 사법심사제도를 반대하였기 때문에 헌법재판소제도로 바뀌었다고 한다.²⁾

2) 한상범, “헌법재판제도, 이것이 문제다” 사법행정(1990. 12), p.23

어쨌든 위와 같은 배경 속에서 헌법재판소가 설립되었지만, 설립 당시의 그간 대법원 또는 헌법위원회에서 헌법재판을 담당하던 시절의 유명무실한 헌법재판활동을 경험하였던 법조계는 물론 일반국민들의 기대에 비교하면, 현행 헌법재판소의 활동은 예상을 깨기에 충분하였고, 일응 눈부신 활약이라고 칭찬되어질 수도 있다. 더욱이 혹자는 이른바 제6공화국의 헌법기관 중에서는 가장 후한 점수를 받아서 마땅하다는 견해도 있다.³⁾

헌법재판소에 대한 일반국민의 기대가 막중하고 그간의 활동이 돋보일만한 것은 (도표1)의 헌법재판소의 사건처리현황 통계수치를 살펴보면 알 수 있는데, 특히 총 724건의 헌법소원사건 접수현황이 일반국민(청구인)의 입장에서서는 일응 “억울하다고 생각되는 사안”에 대하여 “무엇이나” 헌법소원을 제기하는 경우가 많은 것이 현실⁴⁾이라는 사실은 헌법재판소가 “현대판 신문고”의 역할을 하고 있다고 표현할 수도 있게 하여준다.

일반서민대중의 숨을 막고 있는 기막힌 사연들이 헌법재판소에 하소연되고 있고, 검사의 불기소처분이 헌법소원의 대상이 될 수 있음을 명확히 한 「88 헌마 3(98. 4. 17 결정)」⁵⁾의 헌법재판소 결정은 헌법재판소의 활약에 생명을 불어넣는 계기가 되었다.⁶⁾

아울러 제2공화국 당시 헌법재판소법이 제정된지 한달만에 5·16군사쿠데타로 시행하여 보지도 못하고 폐지되었던 사실, 그리고 제헌헌법 이래 정치권력에 의하여 자의적으로 이루어졌던 9차에 걸친 헌법개정的事实을 쓰라린 체험으로 기억하고 있는 국민들에게 현행헌법재판소제도에 대한 기대는 매우 특별한 것

3) 허영, “헌법재판소에 손대지 말라” 월간조선(1991. 5), p132

4) 김현철, “헌법소원의 대상에 관한 소고” 헌법논총 제1집, p441

5) 결정문중 관련부분 「...불기소처분이 잘못되어진 경우 기본권을 침해할 수 있고 이와 같은 경우 헌법소원의 심판대상이 될 수 있음...」

6) 이시윤, 헌법재판소사무처직원대상의 교육강론 중에서(1991. 7. 5)

이다.

헌법재판소제도는 입법권, 행정권, 사법권 등 모든 국가권력의 합헌적 행사를 담보하고자 하는 것에 일반적 의의가 있다고 할 수 있다.

Stark-Weber에 의하면 근자에 헌법재판소제도가 세계적으로 큰 Boom을 일으키고 있다고 하는 바, 기존의 헌법재판소는 그 재판관할권을 강화하는 방향으로 나아가고 있고, 또 새로이 헌법재판소를 신설하는 나라가 증가하고 있는 것이 이를 대표한다는 것이다.⁷⁾

이와 같이 세계적으로 변질하고 있는 새로운 정치체제의 특질은 헌법재판소제도가 확립이 일반화되고 있다는 것이다. 즉 이념과 체제의 벽을 허물고 인간의 존엄성과 자유민주주의의 확립을 희구하는 새로운 시대의 변혁을 맞이하고 있는 것이다. 변혁의 핵심은 헌법의 체격과 정치체제를 변경하는 것으로서 민주주의의 정착에는 필수적으로 헌법재판소제도가 등장하고 있다. 이것은 동구의 폴란드, 체코, 헝가리뿐만 아니라 최근 공산국가의 중주국 소련의 헌법에서까지 헌법재판에 의한 권력의 통제를 규정하고 있는 것이 이를 말하여주고 있다.⁸⁾

어느 시대이건 그 시대가 당면하고 해결하여야만 하는 과제가 있는 법이지만, 오늘에 있어서 우리에게 주어진 사명은 한마디로 자유민주주의를 정착시키는데 있다고 할 수 있다.⁹⁾

우리 헌법이 채택한 헌법재판소제도를 그것이 정상 궤도에 오르기만 한다면 자유민주주의를 정착 시키는데 참으로 이상에 가까운 제도¹⁰⁾로 간주하고, 현행 헌법재판소제도를 창설한 제6공화

7) 이시윤, “헌법재판에 관한 관견” 헌법논총 제1권(헌법재판소, 1990. 12. 31), p60

8) 한병채, “국제정세의 변화와 헌법재판의 시대” 사법행정(1990. 5), p14

9) 조규광, “격동하는 세계를 직시하고” 사법행정(1990. 12), p15

10) 한상범, “헌법제도와 정치과정” 법조 (1989. 7), p26

국의 헌법을 민주화를 위한 시민의 항쟁이 법의 모습을 하고 잉태된 경우라고 보는 견해¹¹⁾에 비추어 보면, 더 나아가서 정부수립 이래 40년간의 자유민주주의의 실현을 위한 민주적 투쟁의 소산이라는 결론도 있을 수 있다.

따라서 헌법수호와 기본권보장을 위한 최후의 보루라고도 일컬어지는 헌법재판소제도는 이즈음 세계의 ‘헌법에 의한 권력통제의 확충이라는 도도한 조류에 부합하는 세계시대사적 의의를 갖고 있음은 물론, 우리나라로서는 자유민주주의 정착을 위한 국민적 투쟁의 결과로 생성된 제도라는 의미에서는 민주발전사적 의의를 갖고 있다고 볼 수 있다.

(도표1)

헌법재판소의 사건처리 현황

(1991. 6 현재)

구분	접수	처리								미제
		합계	결정					취하	기타	
			소계	위헌 (인용)	한정 합헌	합헌	기각 각하			
위헌법률	233	121	38	15 ¹⁾	3	5	15	83	-	11
탄핵심판	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
정당해산	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
권한쟁의	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-
헌법소원	724	497	469	18 ²⁾	1	5	445	28		22
헌법소원불수리	172	172							172	-
총계	1,130	790	507	33	4	10	460	111	172	34

- (주) 1. 헌법불합치 및 일부위헌 포함
 2. 인용 및 위헌 · 헌법불합치 · 일부위헌 포함.

11) 안경환, “헌법재판의 정치적 성격과 그 의의” 고시행정(1990. 7), p155

Ⅲ. 헌법재판의 인식도에 관한 설문조사

1. 조사방법

[1] 기본전제

원래 조사방법론에서의 설문조사(설문지작성 포함)는 상당한 전문지식은 물론, 상당한 비용과 시간이 뒷받침되어야만 가능한 것이지만, 필자의 금번 설문조사는 향후 수년 내(예 : 현 헌법재판관들의 제1기의 6년 임기가 끝나는 1994년)에 전문적·본격적 조사를 행한다는 의욕적 가정을 갖고 있는 사전조사적(Pilot Study)내지 약식조사적 수준임을 전제한다. 따라서 표본의 추출 방법 및 규모면에서 전체국민의 의사가 반드시 대표될 수 있다고는 보지 않기 때문에 상당한 오차가 있을 수도 있다고 상정된다.

그러나 어차피 설문조사가 모집단인 전체국민을 표본으로 하기가 불가능한 것이고, 설문의 작성 측면에서 완벽성을 갖는다는 것이 불가능한 것이라면, 여러모로 부족한 금번 조사이기는 하지만 현행 헌법재판소에 대한 평가의 어떤 질문이나 분위기를 살펴본다는 의미에서 나름대로의 가치를 갖고 있다고 본다.

[2] 대상의 선정

본 설문조사는 조사대상지역을 서울지역으로 한정하고 편의상 중산층정도¹²⁾의 서울시민을 대표할 수 있다고 개인적으로 판단

12) 중산층의 개념정의는 관련학계에서도 의견이 분분한 상태인데, 필자로서는 가계의 경제 상태를 부유층, 중산층 및 빈곤층으로 3분하고 중산층을 광의적 입장에서 「생활의 주

되는 5개의 직업군을 선정하기로 하였는 바 공무원, 자영사업인, 회사원(White Collar), 현장근로자(Blue Collar) 및 가정주부의 5개의 직업군을 설문조사의 대상으로 하였다.

전체 표본수는 시간과 비용의 제약관계상 150명으로 하고 각 직업별로 30명씩을 직접방문 배포하고 며칠 후 수집하는 방법을 이용하였다. 원래 어떤 사안에 대한 일반국민의 인식을 조사하기 위하여는 모든 국민을 대상으로 하는 전수표본에 의한 조사가 가장 완벽한 것이지만 이것은 현실적으로 불가능한 것이고, 차선의 방법으로 확률표본방식을 사용하는 경우가 있는데 확률표본은 원칙적으로 무작위성을 전제하고 있는바, 무작위성을 보장하기 위하여는 예를 들어 조사대상으로서 의미가 없다고 판단되는 어린이, 노인 등을 제외한 모든 국민을 지역별·성별·나이별·직업별 등으로 구분하여 일련번호를 부여한 후 각 구분의 구성비를 감안하여 10명의 1명 꼴로 또는 100명의 1명꼴등의 확률적 기준을 갖고 표본을 추출하는 방법을 말하는데 이와 같은 방법 또는 현실적으로 불가능한 경우가 일반적이다.

이와 같은 사정에 따라 필자는 어쩔 수 없이 비확률적 표본방식 중 코타표출을 택할 수밖에 없었는데 비확률적 방식은 오차의 개입을 증대시킨다는 단점을 갖고 있으나 비용과 시간을 절감할 수 있다는 큰 장점을 갖고 있다. 아울러 비확률표본은 확률표본과 비록 모집단의 명백한 추정을 위한 확률적인 통계처리가 불가능하여 모집단의 전체적인 성격을 일반화할 수는 없다하여도 모집단의 중요한 성격을 어느 정도 파악할 수 있을 뿐만 아니라 그에 대하여 중요한 정보를 제공할 수 있다.¹³⁾

코타표출(Quota Sampling)은 구미제국에서 많이 사용되는 방

요근본을 이루고 있는 일정한 월급을 받거나, 자기경영의 사업(농업 포함)을 갖고 있는 사람들」로 정의하였다.

13) 이관우, 「신조사방법론」 (서울 : 형설출판사, 1986), p130.

식으로 유의표출 또는 목적표출의 한 변형으로서 예를 들어 모집단의 주요속성을 잘 대표할 수 있도록 일정수의 카테고리를 정한 후 그 카테고리에서 추출할 사례의 수(Quota)를 결정하여 각 카테고리마다의 Quota(금번 조사의 경우 30명)를 작위적으로 추출하는 방식인데, 표본추출이 용이하다는 장점이 있는 반면, Quota의 작위추출로 인하여 오차의 개입을 증대시킨다¹⁴⁾는 단점을 갖고 있다.

금번의 표본추출방식은 모든 직업군을 포함할 수 있는 표본이 되지 못하였으나 상기의 5개 직업 정도면 서울의 가장 중요한 5개 직업은 포함된 것으로 자족하는 한편, 총표본이 300명 정도만 되었으면 더 좋았을 텐데 비용과 시간 관계상 150명 밖에 채집을 할 수 없었던 바에 아쉬움도 있으나 표본의 수를 300명으로 하였어도 어차피 오차는 상당히 있을 수밖에 없었을 것이라고 자위한다. 다만, 금번 조사가 헌법재판소에 관한 설문조사로서는 우리나라의 최초 Study였음에 만족하며 이 조사결과로서 어떤 경향이나 분위기를 살펴보는 목적으로는 큰 무리가 없을 것으로 확신하면서 또한 훗날의 본격조사를 위한 사전적 조사(Pilot Study)로서는 충분한 가치가 있다고 본다.

각 직업별 구체적인 조사대상으로 공무원은 내무부공무원을, 회사원은 서울 구노동 소재 H강관(주)의 Desk근무 사무직원을, 근로자는 상기 H강관(주)의 기능직의 생산현장 근무자를, 주부는 서울 개포동소재 현대아파트에 거주하는 가정주부를 대상으로 하였다. 조사기간은 1991년 7월 1일부터 10일까지의 10일간이었다.

[3] 설문지의 구성

14) 이관우, 전계서, pp130~132

설문지는 우선 작성자의 인적 사항을 최소한으로 파악하기 위하여 성별과 나이를 구분 표시하도록 하였으며, 실제의 전체질문은 15개의 항목으로 구성되어 있으며, 첫 번째 질문에서 헌법재판소의 존재에 대하여 알고 있는지 여부를 문의하였고, 그 이하의 14개 질문 항목은 제1항에서 「알고 있다.」로 표기한 사람만 작성토록 하여 세부내용의 질문에 답하는 표본의 수는 전체표본(150명)에 미치지 못하는 수(125명)가 될 수밖에 없었는데, 그 이유는 헌법재판소의 존재를 알지도 못하는 사람들에게 세부질문을 계속하는 것이 무의미하다고 생각하였기 때문이다.

주요질문의 내용은 헌법재판소를 알게된 경위(매스컴을 중심으로), 설립시기, 정부내에서의 위치와 서열, 기능, 헌법소원심판의 내용과 신청절차, 위헌법률심판의 내용과 신청절차, 헌법재판소활동에 대한 평가, 기본권의 피침해 경험 여부, 위헌법령에 대한 인식 경험 여부, 위헌법령에 대한 인식 또는 공무원에 의한 기본권의 피침해 경우에 헌법재판소에 제소의향 여부, 헌법재판소의 업무내용에 대한 인지정도 등 15개의 항목으로 구성되어 있다.

[4] 표본집단의 세부 구성

총표본집단의 성별구성은 남자 101명(67.3%)과 여자 49명(32.7%)으로 되어 있으며, 나이별 구성은 20대(29세 이하) 24명(16.0%), 30대(30~39세) 58명(38.7%), 40대(40세 이상) 68명(45.3%)로서 나이별로는 30대 이상의 중장년이 84.0%로서 대부분을 차지하고 있다. 다만, 세대의 구분을 단순화하기 위하여 20대에는 19세의 1명이 포함되어 있으며, 40대에는 50~55세의 5명

이 포함되어 있다. 특히 주부와 상업인(1명 제외)은 30대 이상으로 구성되어 있으며, 이들은 서울 강남구 요지에서 30~40평 아파트에 거주하면서 안정적으로 생활을 하고 있는 중산층 이상의 가정주부와 또한 강남구 요지에서 유명아케이드내에서 자영업포를 갖고 있는 중산층 이상으로 사료되는 상인들로서 어느 일면으로는 이 표본이 서울의 중산층을 대변하고 있다고도 볼 수 있지 않을까 생각되어진다. 각 집단의 성별과 나이별 구성은 다음 도표와 같다.

(도표1)

전체 표본의 직업별·성별 및 직업별·나이별 구성

(단위 : 명)

	성 별		나 이 별		
	남	여	20대 (29세이하)	30대 (30~39세)	40대 (40세 이상)
공무원(30)	26	4	4	12	14
상업인(30)	20	10	1	11	18
회사원(30)	25	5	11	14	5
근로자(30)	30	-	8	12	10
주 부(30)	-	30	-	9	21
총 계(150)	101	49	24	58	68

(도표2)

각 직업군의 나이별·성별 구성

(단위 : 명)

	표본	20대		30대		40대	
		남	여	남	여	남	여
공 무 원	30	-	4	12	-	14	-
상 업 인	30	1	-	6	5	13	5
공 무 원(WC)	30	6	5	14	-	5	-
근 로 자(BC)	30	8	-	12	-	10	-
주 부	30	-	-	-	9	-	9
(소 계)	150	15	9	44	14	42	26
총 계	150	24		58		68	

2. 설문조사 결과

[1] 헌법재판소의 인지도

(1) 질문내용

Q : 헌법재판소의 존재에 대하여 알고 계십니까?

- 알고 있다. (이하 “안다”로 표기)
- 모르고 있다. (이하 “모른다”로 표기)

(2) 조사결과

헌법재판소의 인지도

“안다” 83.3% (125명)	“모른다” 16.7%(25명)
-------------------	---------------------

(주) 전체 150명

(도표3)

“모른다”의 직업별·나이별·성별 구성

(단위 : 명, %)

직업		20대		30대		40대		계
남	여	남	여	남	여	남	여	
공무원	1	—	1 (25.0)	—	—	—	—	1 (3.3)
상업인	3	—	—	—	1 (20.0)	2 (15.4)	2 (40.0)	5 (16.7)
회사원	4	—	4 (80.0)	2 (14.3)	—	2 (40.0)	—	8 (26.7)
근로자	—	2 (25.0)	—	2 (16.7)	—	—	—	4 (13.3)
주부	7	—	—	—	4 (44.4)	—	3 (14.3)	7 (23.3)
소계	15	2 (13.3)	5 (55.6)	4 (9.1)	5 (35.7)	4 (9.5)	5 (19.2)	25 (16.7)
총계	25	7 (29.2)		9 (15.5)		9 (13.2)		25 (16.7)

(주) 1. ()내는 각 집단의 각 나이별·성별의 전체 중 비중

2. 소계의 ()내는 전체의 나이별·성별 중 비중

3. 총계의 ()내는 전체의 나이별 중 비중

① 전체 중 「모른다」 현황

제1번의 질문은 헌법재판소의 존재에 대하여 얼마나 알려져 있는지를 조사하기 위한 것으로서 금번 설문조사에서 필자가 제일 궁금하게, 그리고 제일 중요하게 생각하였던 질문 중에 하나였는바 응답자 150명 중 (83.3%)이 「안다」로 응답하였으며, 25명(16.7%)이 「모른다」로 응답하였다. 표본추출대상이 서울지역의 5개 직업군, 주로 중산층을 대상으로 하였다는 특성을 갖고 있기는 하지만 대체로 필자가 예상하였던 수치(약 70%)보다는 높았던 것으로서 다행스럽게 생각된 바 없지 않다. 필자의 판단으로는 표본대상을 농어촌을 포함하는 전국지역으로 확대하여 농업·수산업 등으로 확대하는 경우 또한 표본 중 남녀의 비중을 같게 하는 경우 등에는 「안다」의 비중(%)이 훨씬 더 낮아질 것으로 생각되는데, 필자로서는 「모른다」의 현황에 매우 깊은 관심을 갖고 있기 때문에 「모른다」의 현황에 대하여 다각적인 분석을 행하고자 한다.

② 성별로 본 「모른다」 현황

「모른다」로 응답한 25명을 전체로 보고 분석하여 본 결과, 성별로 본 「모른다」의 현황은 남자가 10명으로서 전체 남자(101명)의 9.9%에 해당하고 전체 「모른다」(25명)의 40.0%를 차지하였다. 여자는 15명으로서 전체 여자(49명)의 30.6%에 해당함으로써 남자에 비하여 단연히 여자가 3배 이상으로 「모른다」의 비중이 높았으며, 전체 「모른다」의 60.0%를 차지함으로써 전체 「모른다」중에서의 남자보다 1.5배의 비중이 높았다.

③ 나이별로 본 「모른다」 현황

나이별로 본 「모른다」의 현황은 20대는 7명으로서 전체 20대(24명)의 29.2%에 해당하고 전체 「모른다」(25명)의 28.0%를 차지하였다. 30대는 9명으로서 전체 30대(58명)의 15.5%에 해당하

고 전체 「모른다」의 36.0%를 차지하였다. 그리고 40대는 9명으로서 절대수자가 30대와 같았으나 전체 40대(68명)의 13.2%에 해당하고 전체 「모른다」의 36.0%를 차지하였다. 따라서 각 나이별 「모른다」의 절대수자와 전체 「모른다」 중에서의 비중은 큰 차이가 없다고 볼 수도 있겠으나, 각 나이별 전체중에서의 차지하는 비중은 20대가 29.2%로서 가장 높고 30대와 40대가 각기 15.5%와 13.2%로서 상호 유사한 비중현황을 보이고 있음을 알 수 있는데 이와 같은 현황은 20대가 30대 및 40대보다 2배 이상이나 헌법재판소의 존재에 대하여 모르고 있음을 말하여 준다.

나이별 「모른다」의 현황을 보다 세부적으로 분석하여 본 결과는 다음과 같다. 전체 20대 중 「모른다」 7명은 남자 2명과 여자 5명으로 구성되어 있는데, 남자 2명은 근로자의 전체 20대의 남자 4명 중 2명이었으며, 여자 5명은 회사원 전체 여자(모두 20대) 5명 중 4명과 공무원의 전체 여자(모두 20대) 4명 중 1명이었다. 공무원 중에서도 헌법재판소의 존재에 대하여 모르고 있는 사람이 있다는 것이 어느 일면 이상하게도 느껴지는 바 없지 않지만, 아마도 공무원 중 여자 4명은 모두 기능직이었던 것으로 추정된다. 30대와 40대의 「모르고 있다」 각 9명은 각기 남자 4명과 여자 5명으로 구성되어 있는데, 30대의 경우 남자는 회사원 2명과 근로자 2명으로, 그리고 여자는 상업인 1명과 주부 4명으로 구성되어 있으며, 40대의 경우 남자 4명은 상업인 2명과 회사원 2명, 그리고 여자 5명은 상업인 2명과 주부 3명으로 구성되어 있다.

④ 성별로 본 각 나이별 「모른다」의 현황

i) 남자의 각 나이별 「모른다」의 현황

전체 남자 20대(15명) 중 「모른다」의 비중은 13.3%(2명), 전체 남자 30대(44명) 중의 비중 9.1%, 그리고 전체 남자 40대(42

명) 중의 비중은 19.5%로서 각 나이별 전체 중에서의 비중이 큰 차이를 보이지 않고 있다고 볼 수 있으며 「모른다」의 총표본비중 16.7%(이하 “전체 모른다 평균치”라 함)에도 미달함으로써 남자의 경우는 각 나이별 비중이 대체로 량호하다고 볼 수 있다.

ii) 여자의 각 나이별 「모른다」의 현황

전체 여자 20대(9명) 중 「모른다」의 비중은 55.6%(5명), 전체 여자 30대(14명) 중의 비중은 35.7%(5명), 그리고 전체 여자 40대(26명) 중의 비중은 19.2%(5명)로서 남·여 전체의 「모른다」 평균치 (16.7%)보다 상회하고 있으며 나이별로 큰 차이를 보이고 있는데 특히 20대는 적어도 2명 중 1명은 헌법재판소의 존재에 대하여 모르고 있음에 놀라움이 크다. 아울러 40대의 경우는 「전체 모른다」 평균치 16.7%와 큰 차이가 없는 량호한 현황을 보이고 있는데, 조사대상 지역이 서울강남 요지의 아파트 단지였음인지 하루일과 중 신문이나 TV등 매스컴을 여유 있게 볼 수 있는 계층이라고 추정된다.

⑤ 직업별로 본 「모른다」 현황

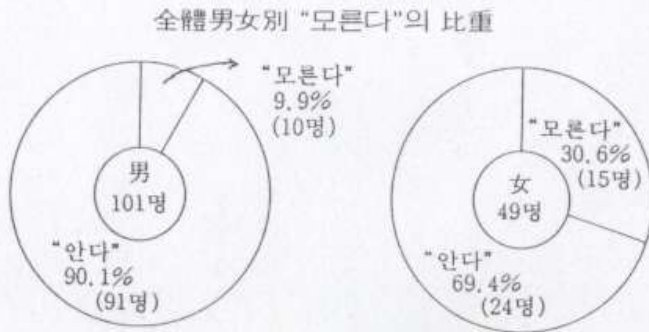
각 직업별 표본 30명 중 「모른다」의 현황은 공무원이 3.3%(1명)로서 대부분 헌법재판소의 존재에 대하여 알고 있는 것으로 나타났는데, 그 까닭은 공무원들이 헌법재판소제도에 대하여 어느 직업군보다도 그 중요성을 인식하고 있다는 사실을 나타내주고 있지만, 다른 한편으로는 헌법이 승진시험이나 채용시험의 주요과목이기 때문에 높은 인지도를 나타내고 있다고 생각되어지는 바 없지 않다.

그 밖의 상업인은 16.7%(5명), 공무원 26.7%(8명), 근로자 13.3%(4명) 및 주부 23.3%(7명)로서 회사원의 「모른다」 비중이 제일 높은 것으로 나타났다.

⑥ 그림으로 본 「모른다」 현황

이상에서 서술한 헌법재판소 존재의 인식도에 관한 응답결과를 그림으로 살펴보면 다음과 같다.

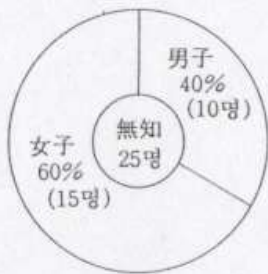
(圖表 4)



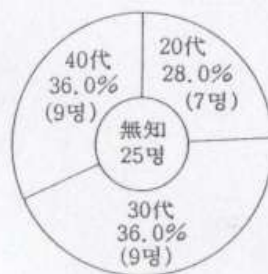
(圖表 5)

全體 “모른다”의 性別·나이別 構成

性別構成



나이別構成



(圖表 6)

全體의 各 나이別 "모른다"의 比重



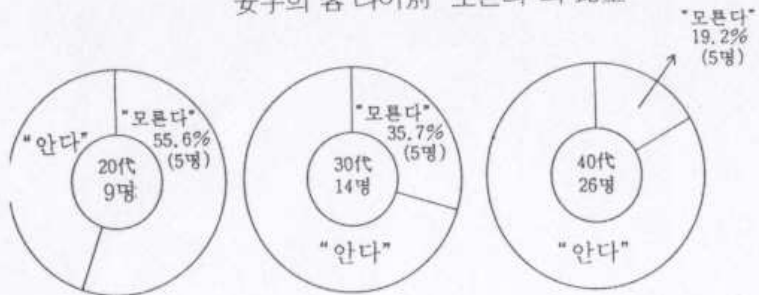
(圖表 7)

男子의 各 나이別 "모른다"의 比重



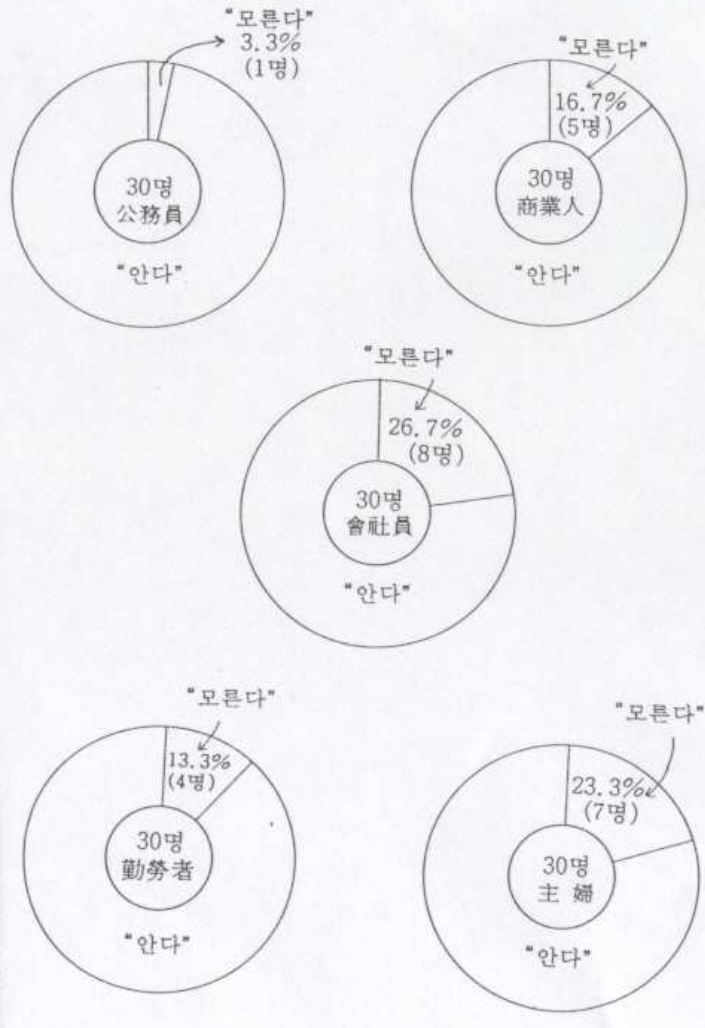
(圖表 8)

女子의 各 나이別 "모른다"의 比重



(圖表 9)

各 職業別 "모른다"의 比重



(3) 결과분석

① 결과요약

- 조사대상 중 대부분(83.3%)의 사람들이 헌법재판소의 존재를 알고 있다.
- 「모른다」는 16.7%에 불과하며 성별로는 남자보다 여자의 「모른다」 비중이 훨씬 높다.(14.3% : 29.2%)
- 나이 별로는 30대와 40대의 평균에 비하여 20대의 「모른다」 비중이 훨씬 높다.(14.3% : 29.2%)
 - 남자의 경우, 각 나이별 「모른다」의 비중은 큰 차이가 없다(13.3% : 9.1% : 9.5%)
 - 여자의 경우, 각 나이별 「모른다」의 비중은 젊을수록 심각하다(55.6% : 35.7% : 19.2%).
- 직업별로는 공무원은 헌법재판소의 존재에 대하여 대부분의 사람(96.7%)이 알고 있으며, 기타의 직업은 회사원·주부·상업인·근로자의 순서로 「모른다」의 비중이 높다(26.7% > 23.3% > 16.7% > 13.3%).
- <직업별·나이별·성별>의 「모른다」 비중은 <공무원·20대·여자>의 경우가 80%로서 대부분 헌법재판소의 존재에 대하여 모르고 있는 실정으로 나타났으며 <상업인·40대·여자>, <회사원·40대·남자>, 그리고 <주부·30대>의 경우가 대체로 높은 수치로서 40~44%의 「모른다」의 비중을 나타내었다. 그 밖의 경우는 14~25%의 비중으로서 상대적으로 광호한 것으로 나타났다.

② 결과분석

헌법의 특성은 일반적으로 최고규범성, 정치규범성, 조직규범성, 생활규범성, 권력제한규범성, 역사성의 6개 사항¹⁵⁾을 드는 것

이 보통인데, 헌법이 형식적, 명목적·상념적으로만 존재하는 규범이 아니고 국민의 일상생활속에서 존재되어 있으며 또한 실현되고 발전되어야만 하는 규범이라고 정의한다면, 헌법속에 나의 권리가 있다는 의식이 국민의 일상생활 속에서 뿌리가 내려져야 하며 또한 기본권보장의 ‘최후의 보루’로서의 헌법재판소에 대한 국민적 관심이 제고되어야 한다고 생각한다.

헌법재판소의 존재에 대하여 「안다」가 83.3%의 비중을 나타낸 것은 매우 바람직스러운 현상으로 받아들여지는데, 과거에는 ‘헌법도 과연 법인가?’ 하는 냉소적 헌법관이 우리 국민들 사이에 지배적이었던 것으로 단정하고, 이것은 헌법이 법으로서 현실을 다스리는 힘, 즉 헌법의 규범력이 약하였기 때문이라고 보면서 헌법재판소의 그간 헌법재판활동을 통해 생활규범으로서의 헌법의 규범력을 높이는데 상당한 성과를 거두었으며 높이 평가되어 마땅하다는 견해¹⁶⁾를 참고한다면 헌법재판소의 존재에 대하여 대부분의 사람들이 알고 있다는 사실은 결코 우연한 결과로 볼 수 없으며, 나아가 이와 같은 바람직한 현상은 헌법재판소의 더욱 활발한 헌법재판활동을 통하여 보다 확충될 수 있다고 믿는다.

헌법재판소의 존재에 대하여 「모른다」는 것은 다른 의미로 표현한다면 그간 오랜 독재인치를 경험하였던 탓인지 “법치주의”에 대한 무관심의 표현이라고 감히 말할 수도 있지 않나 생각되어지며, 또한 헌법이 국가사회를 구성하고 있는 각종 세력간의 타협의 산물이라고 간주한다면, 여기 「모른다」의 현상은 정치에 대한 무관심의 표현이라고 의미지을 수도 있다고 생각한다.

다른 한편으로 살펴보면 피부의 감각적 측면에서 헌법재판소

15) 허영, 「한국헌법론」(서울 ; 박영사, 1990), p24

16) 양건, “헌법재판소 2년, 그 성과와 한계”, 한국논단(90.11), p98

의 존재를 모른다는 것은 그 원인이 어느 일면 헌법재판소의 역사가 또는 우리나라의 헌법재판의 역사가 너무 짧아서라고 생각되어지는 바 없지 않다. 이렇게도 볼 수 있는 근거는 국민학교졸업 이상의 나이와 학력을 가진 사람이라면 대통령이나, 국회 그리고 대법원의 존재를 모르고 있는 사람은 극히 드물 것으로 생각되어지기 때문이다. 즉 용어 자체의 생소함에 그 원인을 찾아볼 수도 있는데 이것은 적극적인 홍보대책으로써 어느 정도는 보완될 수도 있다고 본다.

[2] 헌법재판소 존재의 인지 경위

(1) 질문내용

Q : 헌법재판소의 존재에 대하여 알게된 경위는?

- 신문보도 - TV뉴스 - 친지의 이야기
- 잡지 - 전문서적

(2) 조사결과

① 유효표본의 구성

제2번의 헌법재판소 존재의 인지 경위에 대한 질문 이하의 질문은 제1번의 헌법재판소 존재의 인지여부에 관한 질문에서 「안다」로 응답한 125명(총표본의 83.3%)만의 응답결과로서 이하의 13개 질문도 마찬가지로 “「안다」의 125명”만을 제2의 총표본으로 구성하고 있다. 여기서 필자는 본인의 편의상 “「안다」의 125명”을 유효표본이라고 이름 붙여서 서술하고자 하는 바, 유효표본17)의 특성과 나이별·성별구성은 다음의 도표와 같다.

17) 제2번과 제2번의 질문사이에 “* 주의사항 : 이하의 질문은 [문1]에서 ‘알고 있다’로 표시한 분만 기재해 주세요.”라고 요구함으로써 전체표본과 유효표본을 구분함을 시도하였다.

(도표10)

유효표본의 성별 및 나이별·성별 구성

(단위 : 명)

	성 별		나이별·성별					
			20대		30대		40대	
	남	여	남	여	남	여	남	여
공 무 원 (29명)	26	3	-	3	12	-	14	-
상 업 인 (25명)	18	7	1	-	6	4	11	3
회 사 원 (22명)	21	1	6	1	12	-	3	-
근 무 자 (26명)	26	-	6	-	10	-	10	-
주 부 (23명)	-	23	-	-	-	5	-	18
소 계 (125명)	91	34	13	4	40	9	38	21
총 계 (125명)	125		17		49		59	

② 조사결과

i) 유효표본 전체(종합) 현황

(도표11)

헌법재판소 존재 인지 경위의 이용 매스컴 현황

(단위 : 명, %)

	신 문		T V		잡 지		전 문 서		친 지		
	남	여	남	여	남	여	남	여	남	여	
공무원 (29명)	16	1	1	1	1	-	8	-	-	1	
상업인 (28명)	5	1	10	5	-	-	2	1	1	-	
회사원 (22명)	12	-	8	1	-	-	1	-	-	-	
근로자 (26명)	14	-	6	-	1	-	4	-	1	-	
주 부 (23명)	-	13	-	9	-	1	-	-	-	-	
남	47	15	25	16	2	1	15	1	2	1	
91명	34명	(51.6)	(44.1)	(27.5)	(47.1)	(2.2)	(2.9)	(16.5)	(2.9)	(2.2)	(2.9)
총계 (125명)	62 (49.6)		41 (32.8)		3 (2.4)		16 (12.8)		3 (2.4)		

(주) 1. 남·여의 ()내는 유효표본(125명)중 남자 또는 여자의 전체 중에서 차지하는 비중.

2. 총계의 ()내는 유효표본의 전체 중에서 차지하는 비중.

ii) 매스컴별 이용 현황

(도표16)에서 헌법재판소 존재 인지 경위의 이용매스컴 현황을 살펴보면 전체유효표본의 과반수에 가까운 49.6%가 「신문」을 통하여 헌법재판소의 존재를 알게 되었으며 특히 남자의 경우는 과반수 이상의 51.6%가 「신문」을 통하여, 그리고 27.5%가 「TV」를 통하여 알게 되었음에 비하여, 여자의 경우는 「신문」과 「TV」가 각기 44.1%와 47.1%로서 이 두 가지의 매스컴이 거의 비슷하게 이용되었음을 알 수 있다. 각 매스컴의 이용비중을 순위별로 보면 신문(49.6%), TV(32.8%), 전문서(12.8%), 그리고 잡지와 친지 이야기는 각기 2.4%(3명)로서 동일한 현상을 나타내었다.

iii) 직업별 매스컴 이용 현황

각 매스컴의 이용비중을 직업별로 살펴보면 공무원은 「신문」이 58.6%로서 가장 높았으며, 상업인은 「TV」가 60.0%, 회사원은 「신문」이 54.5%, 근무자는 「신문」이 53.8%, 그리고 주부도 「신문」이 56.6%로 가장 높았는 바, 직업별로는 상업인을 제외한 4개 직업군 모두가 신문이 가장 큰 비중, 특히 과반수 이상의 비중을 보여주고 있는데, 다만 상업인의 경우가 「TV」에의 의존률이 24.0%로서 특이한 현상을 보이고 있는 까닭은 여기의 상업인들이 대부분 자기경영의 경우로서 점포 내에서 손님을 기다리는 동안 TV 시청으로서 시간을 보내고 있음에 있지 않나 생각된다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 조사 대상자의 과반수가 「신문」을 통하여 헌법재판소의 존재를 알게 되었다.

- 남자의 경우는 「신문」과 「TV」의 의존률이 51.6%와

27.5%로서 신문 의존율이 TV의 2배에 이르는 반면, 여자의 경우는 「신문」과 「TV」가 44.7%와 47.1%로서 서로 비슷한 비중을 갖고 있다.

② 결과분석

헌법재판소의 재판활동이나 정책사항의 대국민홍보를 위하여는, 그리고 헌법이 국민의 일상생활속에서 살아있는 헌법으로서의 생활규범성을 제고하기 위하여 가장 유효한 매스컴은 「신문」임이 분명함을 이번 질문의 응답결과가 보여주고 있다. 따라서 헌법재판소로서는 대언론정책의 중심을 「신문」에 두어야 할 필요성을 배제할 수는 없다고 생각케 하여주는 한편, 이번 응답결과에 매스컴 중 가장 중요한 역할을 하고 있는 「신문」과 「TV」의 중요성을 다시 한번 강조하고 있다고 생각되어지는바, 이 두 개 수단의 의존률이 82.4%에 이르고 있음이 이를 반증하여 주는데, 필자로서는 헌법재판소의 국민적 지지기반 확충에 있어 언론이 중요한 일익을 담당하는 것으로 생각한다.

[3] 헌법재판소의 설립시기

(1) 질문내용

Q : 현행 헌법재판소는 언제 설립되었는가?

- 1948년 정부수립 당시
- 제3공화국(박정희 정권)
- 제5공화국(전두환 정권)
- 제6공화국(노태우 정권)
- 모르겠다.

(2) 조사결과

(도표12)

헌법재판소의 설립시기의 인식

(단위 : 명, %)

		'48 정부 수립시		제 3 공 화 국		제 5 공 화 국		제 6 공 화 국		모르겠다.	
남	여	21	13	8	-	13	5	41	5	8	11
91	34	(23.1)	(38.2)	(8.8)	-	(14.3)	(14.7)	(45.1)	(14.7)	(8.8)	(32.3)
유효표본 125		34 (27.2)		8 (6.4)		18 (14.4)		46 (36.8)		19 (15.2)	
전체표본 150		(26.2)		(5.3)		(12.0)		(30.7)		(12.7)	

- (주) 1. 남·녀의 ()내는 유효표본(125명) 중 남자 또는 여자의 전체 중에서 차지하는 비중.
 2. 유효표본의 ()내는 유효표본(125명) 중 차지하는 비중.
 3. 전체표본의 ()내는 전체표본(150명) 중 차지하는 비중.

① 전반적 현황

(도표12)의 현행 헌법재판소의 설립시기에 관한 인식조사의 응답결과에서 보듯이 「제6공화국(노태우 정권)」에서 신설된 것으로 올바르게 알고 있는 사람들의 비중이 유효표본 중 36.8%(46명)로서 가장 높은 수치로 나타났으나, 「1948년의 정부수립시기」로 알고 있는 사람들의 비중도 27.2%(34명)나 차지함으로써 상당히 제2의 큰 비중을 나타내었다. 그 밖의 응답현황은 「모르겠다」의 경우가 15.2%(19명), 「제5공화국(전두환 정권)」

의 경우가 14.4%(18명), 그리고 「제3공화국(박정희 정권)」의 경우가 6.4%(98명)로 나타났다.

이 조사에서 특히 유의하여야 할 것은 유효표본(125명)중에는 헌법재판소의 설립시기에 관하여 정확히 모르고 있는 사람들의 비중이 무려 63.2%(79명)에나 이른다는 사실이다. 더욱이 금번 설문조사의 전체대상자(이하 “전체표본”이라 한다) 150명을 기준으로 하면 정확히 모르고 있는 사람들의 비중은 무려 69.3%(104명)에 이르고 있다.

② 성별응답현황

성별로 세분하여 살펴보면 「제6공화국」으로 정확히 알고 있는 남자는 남자의 유효표본(91명) 중 45.1%(41명), 남자의 전체표본(101명)중 40.6%를 차지하는 것으로 나타났으며, 여자의 경우는 여자의 유효표본(34명)중 14.7%(5명), 그리고 여자의 전체표본 중 10.2%에 불과한 것으로 나타남으로서 남자와 여자가 동건 인식의 정확도에서 큰 차이를 보이고 있다.

(3) 결과분석

① 결과요약

○ 전체표본(150명)중 헌법재판소의 설립시기에 관하여 정확히 모르고 있는 사람들의 비중이 69.4%에 이른다.

- 유효표본(125명)중의 비중은 63.2%이다.

○ 남자의 경우는 남자의 전체표본 중 59.4%, 유효표본 중 54.9%가 헌법재판소의 설립시기를 정확히 모르고 있다.

○ 여자의 경우는 여자의 전체표본 중 89.8%, 유효표본 중 85.3%가 헌법재판소의 설립시기를 남자에 비하여 잘못 알고 있는 비중이 훨씬 더 크고, 대부분이 정확히 모르고 있다.

② 결과분석

제6공화국의 노태우정권은 “민주화의 기치”를 걸고 출범하였

으며 또한 제6공화국 헌법에 의한 헌법재판소의 창설은 가장 확실한 “민주화조치”중에 하나였다. 그리고 헌법재판소는 현행 여러 헌법기관의 실적 중 가장 후한 점수를 받아야한다는 견해¹⁸⁾가 지배적인 데에 비견하여 헌법재판소의 설립시기에 관하여 대부분 모르고 있다는 사실은 일응 현정권이 헌법재판소를 어떤 중요성 측면에서 홀대함으로써 비롯된 바 없지 않은가 하는 우려를 배제할 수 없다. 이렇게 생각될 수도 있는 연유의 하나는 민주주의 발전과 헌법재판소의 창설 사이의 막중한 관계와 성과를 현정권이 자신의 업적으로 여러 각도에서 부각시켰다면, 헌법재판소가 제6공화국에 의하여 설립되었다는 역사적으로 매우 자랑스럽고도 분명한 사실이 널리 알려질 수도 있을 수 있다고 생각해볼 수 있기 때문이다.

[4] 헌법재판소의 정부내 위치

(1) 질문내용

Q : 헌법재판소의 정부내에서의 위치를 어떻게 알고 계십니까?

- 대통령 직속기관이다.
- 대법원장 산하기관이다.
- 법무부장관 산하기관이다.
- 대통령과 대법원장으로부터 독립되어 있는 헌법기관이다.
- 모르겠다.

(2) 조사결과

18) 허영, “헌법재판소에 손대지 말라.”, 월간조선(1991.5), p132

(도표13)

헌법재판소의 독립성에 관한 인식

(단위 : 명, %)

		대통령 직속기관		대법원장 산하		법무부 장관산하		독립적 헌법기관		모르겠다.	
남	여	8	10	-	-	1	1	72	19	4	10
91	34	(8.8)	(29.4)	-	-	(0.8)	(2.9)	(79.1)	(55.8)	(4.4)	(29.4)
유효표본 125		18 (14.4)		-		2 (1.6)		91 (72.8)		14 (11.2)	
전체표본 150		(12.0)		-		(1.3)		(60.7)		(9.3)	

(주) (도표12)와 동일

① 전반적 현황

이번 질문은 헌법재판소의 독립성에 관하여 얼마나 알고 있는지를 파악하여 보기 위한 질문으로서, 대통령과 대법원장 등 어떤 국가기관으로부터도 완전히 독립성이 보장되어있는 헌법기관으로 올바르게 알고있는 사람들의 비중이 헌법재판소의 존재를 알고 있는 유효표본(125명) 중에서 차지하는 비중은 72.8%(91명), 전체표본(150명) 중에서 차지하는 비중은 60.7%로 나타났다.

② 성별 응답현황

남자의 경우는 남자의 유효표본(91명)중 79.1%가, 여자의 경우는 여자의 유효표본(34명)중 55.8%가 헌법재판소의 헌법적 독립성에 관하여 올바른 인식을 갖고 있는 것으로 나타났는데, 여자가 남자에 비견하여 상당히 낮은 수준으로 나타났다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 헌법재판소의 독립성에 관한 올바른 인식은 유효표본 중 72.8%를 차지하고 전체표본 중에서는 60.7%를 차지하였다.
- 여자의 경우가 남자에 비견하여 독립성에 관한 인식이 낮다.

② 결과분석

필자의 견해로는 헌법재판소의 독립성에 관한 인식의 그릇현상(약 40%)은 일반국민들의 “헌법재판소의 중요성”에 관한 원초적 인식의 부족에서 연유된 바 없지 않다고 판단된다. 더욱이 전체표본 중 12.0%가 「대통령의 직속기관」이라는 인식을 갖고 있는 것은 헌법재판소의 위상정립과 관련하여 매우 위험한 오해의 소지가 일부국민 사이에 있을 수 있다는 우려를 배제할 수 없게 하는 바 있으며, 아울러 유효표본 중 「대법원장 산하기관」으로 응답한 사람이 없는 것은 “천만다행”으로 여겨진다. 다만 40%의 그릇인식이 설마 혹자들이 주장하는 과거의 어느 “사법부 불신 시대”의 유산이 아니길 바라는 마음이며, 약 40%에 이르는 독립성에 관한 「무지」 내지 「오해」의 국민들을 상대로 한 헌법재판소의 특별한 언론정책이 필요하다고 보는 견해가 있을 수 있다.

[5] 헌법재판소장의 국가서열

(1) 질문내용

Q : 헌법재판소장의 국가서열에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원장과 같은 급(동급)이다.
- 고등법원장과 같은 급이다.
- 법무부장관과 같은 급이다.
- 대법원장 보다 상위급이다.

- 모르겠다.

(2) 조사결과

(도표14)

헌법재판소장의 국가서열 인식

(단위 : 명, %)

		대법원장 과 동급		고 등 법원장급		법 무 장관급		대법원장 상위급		모르겠다.	
남	여	36	11	6	1	7	2	9	4	33	16
91	34	(39.6)	(32.3)	(6.6)	(2.9)	(7.7)	(5.9)	(9.9)	(11.8)	(36.3)	(47.1)
유효표본 125		47 (37.6)		7 (5.6)		9 (7.2)		13 (10.4)		49 (39.2)	
전체표본 150		(31.3)		(4.7)		(6.0)		(8.7)		(32.7)	

(주) (도표12)와 동일

① 전체적 현황

헌법재판소는 제6공화국의 헌법에 의하면 「제4부」로서의 성격을 갖고 있으며, 기관장은 국가서열에 있어서 대법원장과 동급의 서열에 있음에도 불구하고, 금번 설문조사 대상자 전체(전체표본)의 31.3%만이, 그리고 헌법재판소의 존재에 대하여 인식을 갖고 있다고 응답한 사람(유효표본)들의 37.6%만이 헌법재판소장의 국가서열에 대한 올바른 인식을 갖고 있다. 이와 같은 조사 결과는 헌법재판소의 올바른 위상정립과 관련된 중요한 과제를 제기하고 있다고 본다.

더욱이 전체표본의 32.7%가, 유효표본의 39.2%가 헌법재판소

장이 도대체 국가내에서 어떤 계급적 서열에 있는지 짐작도 못하고 있으며, 일반국민의 약 70%가 또는 그 이상이 헌법재판소장의 국가서열에 대한 「오해」 내지 「무지」의 부류에 속할 수 있다는 조사결과에 깊이 유념할 필요가 있다고 보며, 필자로서는 헌법재판소장의 국가서열이 고법원장 또는 장관급으로 알고 있는 사람이 있다는 사실에 씩쓸함(?)을 느끼는 한편 「대법원장보다 상위급」으로 알고 있는 사람이 적지 않게 있다는 사실에 반가움(?)을 느끼는 바 없지 않다.

② 성별 응답 현황

여자의 경우 여자의 유효표본 중 약 50%가 헌법재판소장의 국가서열에 관하여 무지함을 보여주는 이외에는 대체로 남자의 경우와 각 보기별로 비슷하다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 전체표본의 대부분(약 70%)이 헌법재판소장의 국가서열에 관하여 「오해」 내지 「무지」의 상태에 있다.
- 여자의 거의 과반수가 동서열에 관하여 무지한 상태에 있다.

② 결과분석

현행 헌법재판소가 1988. 9 발족하기 이전의 40여 년간 국민들의 귀에는 「3부요인」 내지 「3권분립」의 단어가 지나치게 익숙해져 있기 때문에 이번 질문에 대하여 올바른 인식이 부족하였다는 생각이 들기도 한다. 그러나 현정권의 민주화 성과의 느낌도 제고를 위하여 헌법재판소의 이름을 부추겨 주어야 한다고 생각되어질 수도 있는 원리를 소홀히 하는 정부와 헌법재판소의 중요성 부각에 인색한 언론기관, 그리고 일응 소극적 언론정책에 임하고 있다고 생각되어 질 수도 있는 헌법재판소의 3주체 합작

의 필연적 결과가 헌법재판소장의 국가서열에 대한 「70%의 무지·오해」로 나타났다고 볼 수도 있다.

[6] 대법원과의 기능비교의 인식

(1) 질문내용

Q : 대법원과 비교한 헌법재판소의 기능에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원의 상급법원으로서 대법원의 판결에 불복한 민사·형사사건(이의가 있는 사건)을 다룬다.
- 대법원이 다루고 있는 사건과는 전혀 다른 헌법문제에 관한 사건을 다룬다.
- 모르겠다.

(2) 조사결과

(도표15)

대법원과의 기능비교의 인식

(단위 : 명, %)

		대법원판결에 불복한 민·형사사건		대법원과 다른 헌법문제사건		모르겠다.	
남	여	38	6	46	26	7	2
91	34	(41.8)	(17.6)	(50.5)	(76.5)	(7.7)	(5.9)
유효표본 125		47 (35.2)		7 (57.6)		9 (7.2)	
전체표본 150		(29.3)		(48.0)		(6.0)	

(주) (도표12)와 동일

① 전체적 현황

이번 질문은 전통적인 3심제도의 최고법원인 대법원과 헌법재판소가 기능적으로 서로 분리·독립되어 있는 사실에 대한 일반국민의 인식정도를 파악하기 위한 목적으로서 전반적인 응답현황은 유효표본(125명)중 57.6%(72명)와 전체표본(150명)중 48.0%가 대법원과의 기능을 비교하여 올바르게 인식하는 것으로 나타났다.

이와 같은 응답현황은 일반국민의 과반수 이상이 헌법재판소와 대법원의 기능을 서로 같다고 오해하고 있거나, 아니면 상호의 구별이 불가능한 상태에 있다고 추정할 수도 있게 하여 준다. 특히 유효표본의 35.2%와 전체표본의 29.3%가 우리나라의 사법제도가 「4심제도」로 오해하고 있는 나머지 헌법재판소가 대법원의 상급심으로서 마치 고등법원의 판결에 불복하는 경우 대법원에 상고하듯이, 대법원이 판결한 민·형사사건을 최종적으로 헌법재판소에 제소할 수 있다고 생각하고 있는 것으로 나타났다.

② 성별 응답 현황

성별로 본 응답현황은 매우 뜻밖의 현상을 보여주고 있는데 그것은 여자가 남자보다 대법원과 비교한 헌법재판소의 기능에 대하여 훨씬 더 올바르게 알고 있다는 사실이다. 즉, 헌법재판소의 존재를 알고 있다고 응답한 유효표본 중에서 남자의 경우는 50.5%, 그리고 여자의 경우는 76.5%가 「대법원과 전혀 다른 헌법문제사건」을 헌법재판소가 다룬다고 응답하였다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 전체표본의 과반수 이상(52%)이 헌법재판소와 대법원이 같은 사건을 다루는 것으로 오해하고 있거나 기능을 전혀 구별하지 못한다.

- 여자의 경우가 남자의 경우보다 헌법재판소와 대법원의 기능을 올바르게 구별하여 인식하고 있다.

② 결과분석

상기 헌법재판소와 대법원의 기능비교인식에 관한 조사결과에 의하면 일반국민들에게 제6공화국에서의 헌법재판소의 출현은 우리나라 사법제도를 3심제도에서 4심제도로 변경시킨 것으로 또는 「옥상옥」 격의 부질없는 제도를 만든 것으로 크게 오해하고 있는 사람들도 상당히 있을 것으로 추정될 수 있는 우려가 없지 않은바, 현행 이원적 사법부 제도의 헌법재판소를 항점으로 하는 일원적 사법부 제도로의 개편 필요성에 대한 논의를 무시할 수 없다는 느낌을 갖게 한다. 아울러 이번 응답결과에만 의한다면 여자가 남자보다 대법원과 비교한 헌법재판소의 기능을 훨씬 더 올바르게 구별하여 인식하고 있는 현상은 매우 흥미를 끄는 조사결과로서, 필자의 느낌으로는 여기의 조사대상이 되었던 주부들은 어느 정도 생활의 여유가 있는 계층으로서 신문 또는 TV를 어느 정도 여유 있게 볼 수 있거나 들을 수 있기 때문인 듯 하다.

[7] 헌법재판소의 업무분야에 대한 인식

(1) 질문내용

이번 질문은 금번 설문조사 내용 중에 어느 일면 가장 전문적인 내용이라고도 볼 수 있는 질문으로서 일반국민들이 헌법재판소의 소관업무에 대하여 세세하게 알고 있기를 기대하지는 않았지만 이번 기회에 어느 정도 깊이 알고 있는지를 알아보기 위하여 질문 항목에 포함시켜 보았다.

Q. 다음 중 헌법재판소의 소관업무는 어떤 것들입니까? (해당 사항에 전부 ○표를 해 주세요.)

- 위헌법률심판
- 헌법소원심판
- 탄핵심판
- 정당해산심판
- 기관권한 쟁의 심판

(2) 조사결과

(도표16)

헌법재판소의 업무분야에 대한 인식

(단위 : 명, %)

		1~2개 기 표		3~4개 기 표		5개 모두 기표	
남	여	64	27	23	2	4	5
91	34	(70.3)	(79.4)	(25.3)	(5.9)	(4.4)	(14.7)
유효 표 본 125		91 (72.8)		25 (20.0)		9 (7.2)	
전 체 표 본 150		(60.7)		(16.7)		(6.0)	

(주) (도표 12)와 동일

① 전반적 현황

혹자는 이번 질문이 고등학교의 일반사회 과목의 시험문제 정도는 되는 것으로서 일반성인들이 모두 알고 있기에는 어려운 문제라는 지적이 있을 수도 있으리라 여겨지기도 하지만, 헌법재판소의 소관업무인 5개 모두에 기표한 사람들의 비중이 너무나

적어서 실망스러운 마음 없지 않다.

모두 정답인 5개를 모두 기표한 사람들의 비중은 유효표본 중 7.2%에 불과하며 전체표본 중의 비중은 6.0%에 불과한 것으로 나타난 현상에 의하면 대부분의 사람들이 정확히 모르고 있다고 단정할 수도 있다고 본다. 다만, 헌법재판소의 소관업무 중 가장 중요한 업무인 위헌법률심판업무와 헌법소원심판업무의 2개에 기표한 사람들의 비중이 유효표본 중 72.8%, 전체표본 중 60.7%를 차지하였음에 위로되는 심정이다(이 두 개 중 1개만 기표한 사람은 드물었음. 즉, 유효표본 중 2개를 기표한 사람은 거의 이 두 개를 기표하였음).

② 성별 응답현황

성별로는 5개 모두 기표한 사람들과 1~2개 기표한 사람들 중에서 남녀의 각 유효표본 중에서의 비중은 여자의 비중이 약 10% 정도 각각 높았다. 즉 2개 기표의 경우는 남과 여가 각각 70.3% : 79.4%였고, 5개기표의 경우는 4.4% : 14.7%였다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 조사대상자의 거의 대부분(94%)이 헌법재판소의 모든 소관업무에 대하여 구체적으로 정확히 모르고 있다.

- 5개 전부 기표한 사람들의 경우는 여자가 유효표본 중의 비중이 더 높았다.

② 결과분석

헌법재판소가 창립된 이래 위헌법률심판 부문과 헌법소원심판 부문에서는 괄목할만한 업적을 쌓아왔기 때문에 그런 대로 신문

등 언론기관의 이목을 끌 수 있어서 이 두 개의 주요업무가 일반국민들에게 알려질 수 있는 기회는 상당히 있었다고 본다.

그러나 탄핵심판, 정당해산 심판 및 기관쟁의심판은 그 판결사례가 아직 없어서 알려질 수 있는 기회가 없었기 때문에 상기와 같은 응답결과가 나왔다고 생각된다. 아울러 상기 주요업무 2개에 기표한 사람들의 어느 정도는 보기말 안에 「헌(憲)」자가 있어서 기표할 수 있었을지도 모른다는 생각도 드는 바 없지 않다.

[8] 헌법소원심판제도의 내용

(1) 질문내용

Q : 헌법소원심판이 어떤 것으로 알고 계십니까?

- 국회에 청원서로 제출된 민원사건의 심판
- 헌법내용 중 개정을 희망하는 사항에 대한 심판
- 일반법원의 판결 중 헌법에 위반된다고 생각되는 판결에 대한 재심판
- 공권력의 행사(행정작용) 또는 불행사(행정작용)로 인한 기본권 침해사건

(2) 조사결과

(도표17)

헌법소원심판제도의 내용인식

(단위 : 명, %)

		국회에 청원된 민원사건		헌법중 개정 희망조항심판		법원의위헌가능 판결의 재심판		공권력에 의한 기본권침해사건	
남	여	6	-	18	6	52	19	15	9
91	34	(6.6)		(19.8)	(17.6)	(57.1)	(55.9)	(16.5)	(26.5)
유효표본 125		6 (4.8)		24 (19.2)		71 (56.8)		24 (19.2)	
전체표본 150		(4.0)		(16.0)		(47.3)		(16.0)	

(주) (도표 12)와 동일

① 전반적 현황

이번 질문의 목적은 헌법재판소의 가장 중요한 업무 중의 하나이며 또한 헌법재판소 기능의 활성화에 결정적 역할을 하고 있다고도 일컬어지는 헌법소원제도의 내용에 대하여 일반국민들이 어떻게 알고 있는지를 파악하기 위한 것으로서 전반적인 응답현황은 유효표본 중 16%만이 헌법소원심판제도에 대하여 올바르게 알고 있는 것으로 나타났다.

이와 같은 응답현황은 일반국민의 거의 대부분이 헌법소원심판제도를 잘못 알고 있거나 전혀 모르는 상태에 있다고도 말할 수 있는 상황으로서 헌법재판제도의 정착에는 물론, 우리나라 민주주의의 발전을 위하여 보다 많은 알려짐이 필요하다고 느껴진다.

그런데 이번 질문의 응답 중에서 매우 주목하여야 할 현상이 있는데 그것은 바로 응답자 중의 과반수 이상이 즉, 유효표본 중

56.8%가 헌법소원심판제도의 정의를 「일반법원의 판결 중 헌법에 위반된다고 생각되는 판결에 대한 사건의 재심판」으로 오해하고 있다는 놀라운 사실이다. 이와 같은 오해현상은 이번 질문이 어느 정도 전문지식에 가까워서 그렇다는 주장도 있을 수 있겠으나, 필자에게는 헌법재판소법의 개정논의와 관련하여 특별한 의미를 부여할 수 있다고도 느껴진다.

② 성별 응답 현황

성별로 본 응답현황은 헌법소원심판제도의 정의 내지 내용에 관하여 올바르게 응답한 사람들이 남자의 유효표본 중 16.5%, 여자의 유효표본 중 26.5%로서 남자들에 비견하여 여자들이 올바르게 알고 있는 사람들의 비중이 더 크다는 것 이외에는 특기할 만한 사항이 안보이고 있다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 거의 대부분의 조사대상자가 헌법소원심판제도의 정의에 대하여 잘 모르고 있다.
- 거의 과반수의 조사대상자가 「법원의 판결에 대한 재심판」이 헌법소원제도라고 오해하고 있다.

② 결과분석

필자에게는 이번 질문의 응답결과는 매우 뜻밖의 현상으로 받아들여진다. 「현대판 신문고」라고도 일컬어지는 헌법소원제도가 일반국민에게 제대로 알려져 있지 못하다는 사실에 매우 실망스러운 느낌마저 들고, 다른 한편 우리나라 민주주의의 발전을 위하여 헌법소원제도의 신설을 포함하였던 지난번의 헌법개정을 위한 국민투표에서도 대부분의 국민들이 헌법재판소제도의 신설

에 관한 내용에는 관심을 기울이지 않았던 것으로 기억되는 바, 일반국민들이 헌법소원제도의 내용을 잘 모르고 있는 것이 당연한 것으로 느껴지는 바 없지 않다.

그러나 이번 질문의 응답결과 중 가장 주목하여야 할 또 다른 사실은 「일반법원의 판결 중 위헌의 의심이 드는 판결의 재심판」이 헌법소원제도의 내용이라고 무려 과반수 정도가 오해하고 있다는 사실이다. 이와 같은 응답결과에 필자가 특별한 관심을 갖는 까닭은 바람직한 방향으로의 헌법재판소 개정과 관련하여 「법원의 판결이 헌법소원의 대상이 되어야 한다」¹⁹⁾는 재야법조계와 법학계의 비등한 다수의 목소리와 무관하게 보여지지 않기 때문이다.

즉, 일반국민의 과반수 이상은 법원의 판결도 위헌의 의심이 있는 경우에는 기본권보장을 보다 확실히 하기 위하여 당연히 헌법재판소의 심판을 받을 수 있는 것으로 알고 있다면, 당연히 그렇게 될 수 있도록 헌법재판소법이 반드시 개정되어야만 한다고 느껴지기 때문이다.

혹자는 필자의 이와 같은 논리가 지나친 논리의 비약이라고 탓할지 모르겠으나 동건 관련의 논쟁은 기관간의 위상 다툼의 차원에서가 아니라 어떻게 하면 국민의 기본권보장제도를 보다 확충할 수 있을까 라는 관점의 차원에서 또는 어떻게 하면 많은 희생과 독재의 세월을 흘려보낸 후에야 어렵게 이룩한 「민주화의 꽃봉우리」 헌법재판소제도를 보다 건설하고 아름답게 피울 수 있을까 라는 관점에서 다루어져야만 된다고 필자는 생각한다. 따라서 이번 질문의 응답결과가 우연한 것이긴 하지만 필자로서는 우리 국민이 법원의 판결도 헌법재판의 대상이 될 수 있기를

19) 김남진, “헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구” 헌법재판연구 제2권(헌법재판소, 1991), p.208~p.215

희망하고 있다는 확실한 증거로 받아들이고 싶다.

[9] 헌법소원의 신청절차

(1) 질문내용

Q : 헌법소원을 신청하는 절차는?

- 일반법원에 신청한다.
- 헌법재판소에 직접 신청한다.
- 모르겠다.

(2) 조사결과

(도표18)

헌법소원 신청절차에 관한 인식

(단위 : 명, %)

		일반법원에 신청한다.		헌재에 직접 신청한다.		모르겠다.	
남	여	6	-	62	20	23	14
91	34	(6.6)		(68.1)	(58.8)		
유효 표 본 125		6 (25.3)		82 (65.6)		37 (29.6)	
전 체 표 본 150		(4.0)		(54.7)		(24.7)	

(주) (도표 12)와 동일

① 전반적 현황

이번의 질문의 목적은 헌법소원심판을 신청하는 절차에 관하

여 올바르게 알고 있는지를 파악해 보고자 하는 것으로서 유효 표본 중 65.6%가, 그리고 전체표본 중 54.7%가 「헌법재판소에 직접 신청한다」라고 올바르게 알고 있는 것으로 나타났다.

② 성별 응답 현황

성별응답현황은 남자의 유효표본 중 68.1%가, 그리고 여자의 유효표본 중 58.8%가 헌법소원의 신청절차를 올바르게 알고 있는 것으로 나타났는 바, 남자의 인식도가 여자의 경우보다 양호한 편이다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 설문조사 대상자(전체표본)의 과반수 이상이 헌법소원의 신청절차를 올바르게 알고 있다.
- 동건에 관한 인식도는 남자가 여자보다 양호하다.

② 결과분석

이번 질문의 어느 일면 전향의 헌법소원심판제도의 정의에 관한 질문보다 전문성이 더 있는 것이 아니냐 하는 의아심이 들기도 하지만 전기 제[6]항의 대법원과 헌법재판소와의 기능비교인식에 관한 조사결과에서도 나타났듯이 과반수 정도의 일반국민이 헌법재판소의 독립성에 관하여 올바른 인식을 갖고 있으며 또한 헌법재판은 일종의 특별재판이기 때문에 당연히 특별히 구성된 특별재판소에 직접 신청하여야 한다는 인식이 많은 것으로 느껴진다.

[10] 공권력에 의한 기본권의 피침해 경험

(1) 질문내용

Q : 선생님께서는 공권력(행정작용)의 행사 또는 불행사에 의하여 헌법에 보장된 평등권 등 기본권이 침해되었다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다.
- 없다.

(2) 조사결과

(도표19)

공권력에 의한 기본권침해의 인식 경험여부

(단위 : 명, %)

		기본권의 피침해 경험있다		기본권의 피침해 경험없다	
남	여	41	12	50	22
91	34	(45.1)	(35.3)	(54.9)	(64.7)
유효표본 125		53 (42.4)		72 (57.6)	

(주) 1~2(도표 12)와 동일

3. 전체표본에는 현재의 존재 자체를 모르는 사람(25명)이 포함되어 있기 때문에 이하에서는 전체표본에 대비한 비중분석은 하지 않았음.

① 전반적 현황

이번 질문은 일반국민들이 일상생활에서 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 평등권 등의 기본권이 침해되었다고 느낀 경험이 있었는지의 여부를 파악해 보고자 하는 목적으로서, 다른 의미로

는 일반국민들이 우리나라의 행정작용내지 행정행태를 민주적이라고 느끼고 있는지의 여부를 알아보기 위한 것이었다.

응답결과는 유효표본 중의 42.4%가 공권력 또는 행정작용에 의한 기본권의 피침해 경험이 있었던 것으로 나타났다.

② 성별 응답 현황

성별로는 유효표본 중 남자의 경우는 45.1%가 그리고 여자의 경우는 35.3%가 공권력에 의한 기본권의 피침해 경험이 있다고 응답함으로써 사회생활을 더 많이 하고 있는 남자가 더 많은 경험이 있는 것으로 나타났다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 유효표본의 42.4%가 공권력에 의한 기본권의 피침해 경험이 있다.

- 여자보다는 남자의 경우가 더 많은 피침해의 경험을 갖고 있다.

② 결과분석

헌법재판소의 존재를 알고 있다고 응답한 조사대상자(유효표본)의 거의 과반수에 가까운 사람들이 우리나라에서 과거에 공권력이 올바르게 즉 기본권의 보호측면에서 행사되지 못하고 있다고 느끼었다는 사실은, 그간 우리나라에 민주정치 내지 민주행정이 정착되지 못하고 있다는 사실을 말하여 준다고 볼 수도 있다. 만일 이 자료에 의해서 우리 국민의 두 사람 중 한 사람은 정부 또는 국가기관에 의하여 억울한 일을 적어도 한번 이상의 경험이 있다고도 유추 해석할 수도 있다면 극히 심각한 문제라

아니할 수 없다. 어느 일면에서는 민주국가의 건설은 공권력의 민주적 행사에 그 기본을 둘 수도 있다고 본다면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해되는 일이 없도록 깊이 유념할 필요가 있다.

[11] 헌법소원심판의 청구가능성

(1) 질문내용

Q : 헌법재판제도는 공권력(행정작용)의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해된 경우 이의 청구를 헌법재판소에 직접 신청할 수 있는 기본권 청구제도입니다. 헌법소원 관련사항이 선생님에게 발생된다면 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하겠습니까?

- 하겠다
- 안하겠다
- 현재로서는 모르겠다

(2) 조사결과

(도표20)

헌법소원심판의 청구가능성 여부

(단위 : 명, %)

		하겠다		안하겠다		현재로서는 모르겠다	
남	여	47	24	7	1	37	9
91	34	(51.6)	(70.6)	(7.7)	(2.9)	(40.7)	(26.5)
유효표본 125		71 (56.8)		8 (6.4)		46 (36.8)	

(주) (도표 19)와 동일

① 전반적 현황

이번 질문은 공권력에 의한 기본권의 침해사태가 본인에게 야기되는 경우 헌법소원심판 청구가능성에 관한 본인 의향을 파악하고자 하는 목적으로서, 다른 한편 일반국민의 민주쟁취의식 내지 기본권쟁취의식의 정도를 측정하여 보고자 하는데 그 목적이 있었다.

응답결과는 유효표본의 56.8%가 적극적인 기본권쟁취 의식을 갖고 있는 것으로 나타났으며 현재로서는 뚜렷한 입장을 갖고 있지 못한 사람들의 비중이 36.8%로 나타났다.

② 성별응답 현황

성별로서는 「하겠다」로 응답함으로써 적극적인 기본권쟁취 의식을 가진 사람의 경우 남자는 남자의 유효표본 중 51.6%를, 그리고 여자는 여자의 유효표본 중 70.6%를 차지함으로써 여자의 경우가 보다 적극적인 것으로 나타났으며, 「현재로서는 모르

겠다」고 응답하여 불투명한 입장을 밝히고 있는 사람들의 경우에는 반대현상이 나타나고 있는데, 남자의 유효표본 중 비중은 40.7%, 그리고 여자의 유효표본 중 비중은 26.5%를 차지하여 남자가 여자보다 약 2배 이상 모호한 태도를 보여 주고 있다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 「하겠다」라고 적극적인 의향을 보인 사람들의 비중은 56.8%에 달한다.

- 「안하겠다」라고 부정적인 의향을 보인 사람들의 비중은 6.4%에 불과하다.

- 여자가 남자보다 훨씬 더 적극적이었다.

② 결과분석

상기 응답결과는 적어도 일반국민 중 과반수 이상이 공권력에 의한 기본권의 침해가 있는 경우 적극적인 법정투쟁을 할 각오가 되어 있는 것으로 보아 기본권쟁취 의식이 매우 높은 것으로 판단한다.

더욱이 「현재로서는 모르겠다」라고 응답한 사람들도 「안하겠다」라고는 분명히 하지 않은 것이기 때문에, 경우에 따라서는 적극적으로 나올 수 있는 사람들이라고 확대해석 해본다면 일반국민의 거의 대부분이 기본권쟁취 의식이 매우 높은 것으로 추정할 수도 있다고 본다. 다만, 「안하겠다」라고 응답한 사람들은 어떤 심정으로 포기하는 것인지 다음 기회에 연구하여 볼 과제로 넘긴다.

특기할 것은 이번 응답결과에만 의한다면 우리나라는 남자보다 여자가 훨씬 더 분명하고 억척이어서 기본권쟁취 의식이 더

욱 높다고 볼 수 있다. 그 까닭은 「하겠다」라는 적극적인 여자 응답자가 남자의 유효표본 중 차지하는 비중보다 무려 20%가 더 많은 반면, 「현재로서는 모르겠다」라는 불투명한 응답자 중에서는 여자가 남자보다 그 비중면에서 14.2%가 더 적은 것으로 나타났기 때문이다.

[12] 위헌법률의 인식경험

(1) 질문내용

Q : 선생님께서는 어떤 법률(명령, 규칙 포함) 또는 어떤 법률의 어떤 조항이 헌법상의 평등권 등 기본권보장정신에 위배된다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다
- 없다

(2) 조사결과

(도표21)

위헌법률의 인식경험 여부

(단위 : 명, %)

		위헌법률의 인식 경험있다		위헌법률의 인식 경험없다	
남	여	55	15	36	19
91	34	(60.4)	(44.1)	(39.6)	(55.9)
유효표본 125		70 (56.0)		55 (44.0)	

(주) (도표 19)와 동일

① 전반적 현황

이번 질문은 일반국민들이 일상생활에서 부딪치는 세법 등의 생활법률(대통령령과 시행규칙은 물론, 고시와 공고를 포함)을 비롯하여 전문법률에 이르기까지를 포함하여 헌법의 기본권보장 정신에 위배된다고 인식된 경험이 있었는지를 파악해 보고자하는 목적으로서, 다른 한편으로는 기존 법규가 민주적 정당성 측면에서 어느 정도의 국민적 지지를 받고 있는지를 간접적으로 알아보고 싶은 의도도 있었다.

전반적인 응답현황은 유효표본의 56.0%가 위헌법률에 대한 인식경험이 있었던 것으로, 그리고 44.0%가 없었던 것으로 나타났는데 이와 같은 「있다」의 수치는 뜻밖의 매우 높은 수치로서 전술한 「공권력에 의한 기본권침해의 인식경험 여부」에 관한 설문조사 결과에서의 「있다」가 42.4%이고 「없다」가 57.6%에 비하면 수치가 서로 뒤바뀐 현상을 보여주었다.

② 성별응답 현황

성별로는 남자의 경우가 남자의 유효표본 중 60.4%, 여자 경우는 여자의 유효표본 중 44.1%의 비중을 차지함으로써 남자의 경우가 위헌법률에 대한 인식경험이 더 많은 것으로 나타났다. 이와 같은 현상은 「공권력에 의한 기본권침해의 인식경험 여부」의 설문조사에서도 남자의 「경험 있다」의 비중이 여자보다 많았던 결과와 같은 현상으로서, 이것은 남자가 여자보다 사회생활을 더 많이 하기 때문에 나타나는 사정인 듯 여겨진다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 조사대상자의 56.0%가 위헌법률의 인식경험이 있다.
- 여자보다 남자의 경우가 더 많은 위헌법률의 인식경험이 있다.

② 결과분석

이번 질문의 응답결과만 갖고 판단한다면, 일반국민들의 과반수 이상이 현존하는 어떤 법규에 대하여 헌법의 기본권보장정신 내지 민주적 정당성 부여에 부정적 견해를 갖고 있다고 간주할 수도 있다. 다만, 여기의 조사대상자들이 「위헌성 의심이 있는 법규」라고 느꼈던 대상법규가 얼마나 되는지 전혀 알 수는 없지만, 「민주화」의 측면에서 괄목할만한 성과를 이룩하고 있는 제6공화국에 들어와서 국회에서 한때 심각히 논의되었던 “악법 철폐” 논의와 관련하여 특별한 관심을 가질 필요가 있다.

즉, 우리나라의 민주 발전을 위하여는 관련 국가기관은 물론 법조계와 학계 등이 망라되어 각종 법규가 헌법의 기본권보장정신에 합당한지를 기회가 있을 때마다 새롭게 검토하여 발전시켜 나아가야 할 것으로 생각된다.

[13] 위헌법률심판의 제청가능성

(1) 질문내용

Q : 위헌법률심판제도는 어떤 법률 자체나 어떤 법률조항이 재판의 전제가 된 경우에 (즉, 법원의 재판에서 문제가 된 경우에) 당해 법률이 헌법정신에 위반되는지 여부를 심판하는 제도입니다. 선생님에게 이와 같은 경우가 발생한다면 당해 법률의 위헌여부에 대하여 법원 또는 헌법재판소에 위헌제청신청을 하겠습니까?

- 하겠다.
- 안하겠다.
- 현재로서는 모르겠다.

(2) 조사결과

(도표22)

위헌법률심판의 제청가능성 여부

(단위 : 명, %)

		하겠다		안하겠다		현재로서는 모르겠다	
남	여	47	24	6	-	38	10
91	34	(51.6)	(70.6)	(6.6)		(41.8)	(29.4)
유효표본 125		71 (56.8)		6 (4.8)		48 (38.4)	

(주) (도표 19)와 동일

○ 전반적 및 성별 응답 현황

이번 위헌법률심판의 제청가능성여부에 관한 질문은 전기한 [11]항의 공권력에 의한 기본권 침해의 경우 헌법소원심판 청구가능성의 의향을 묻는 목적과 거의 같은 목적으로서 기본권쟁취의식의 정도를 측정해 보고자 하는데 그 목적이 있었다. 응답결과는 거의 같은 결과가 나타남으로써 [11]항의 응답결과에 대한 신뢰도를 보다 확실히 할 수 있었다. 즉 「하겠다」라고 적극적인 의향을 보인 사람의 비중이 56.8%(헌법소원 의향도 56.8%)였으며 두 항목 똑같이 여자가 남자보다 훨씬 더 적극적이었다.

(3) 결과분석

「안하겠다」라고 분명히 부정적인 의사표시를 한 4.8%를 제외하고, 「현재로서는 모르겠다」는 사람들을 「경우에 따라서는 하겠다」라고 확대한다면 일반국민의 거의 대부분(95.2%)이 기본권쟁취 의식이 매우 높다고 추정해 볼 수도 있다고 본다.

[14] 헌법재판소의 민주발전 기여도

(1) 질문내용

Q : 1948년 8월 정부수립 이후 1988년 8월까지 헌법재판기능이 대법원 또는 헌법위원회에 있었던 40년간 4건의 위헌법률심판이 있었던 것에 비하여, 1988년 9월에 기본권보장의 최후의 보루로서 헌법재판소가 설립된 이후 1991년 6월까지 2년 10개월간 위헌법률심판 121건(위헌결정 15건)²⁰과 헌법소원심판 497건(인용결정 18건)²¹을 처리하였습니다. 현행 헌법재판소의 역할과 존재가 민주주의 발전에 기여하고 있다고 생각하십니까?

- 대단히 기여하고 있다.
- 그런대로 기여하고 있다.
- 별로 기여 못하고 있다.
- 잘 모르겠다.

20) 위헌결정 15건에는 헌법불합치 및 일부위헌 포함.

21) 인용결정 18건에는 위헌, 헌법불합치 및 일부위헌 포함.

(2) 조사결과

(도표23)

헌법재판소의 민주발전 기여도

(단위 : 명, %)

		대단히 기여한다		그런대로 기여한다		별로 기여 못한다		잘 모르겠다	
남	여	25	2	42	10	18	11	6	11
91	34	(27.5)	(5.9)	(46.2)	(29.4)	(19.9)	(32.3)	(6.6)	(32.3)
유효표본 125		27 (21.6)		52 (41.6)		29 (23.2)		17 (13.6)	

(주) (도표 19)와 동일

① 전체적 현황

우리나라 헌정사상 최초로 여야의 합의에 의한 헌법개정을 통하여 “민주화 시대”의 가치를 내걸고 출범한 제6공화국은 앞서 지나간 시대에 비견하면 여러 가지의 획기적인 민주화 조치를 실현하였다. 그중 기본권보장을 위한 가장 확실한 제도²²⁾라고도 일컬어지는 헌법재판소제도는 바야흐로 창립3주년을 맞이하게 되었다.

지나간 3년은 헌법재판소의 국민적 지지를 바탕으로 한 유구한 앞날을 감안하면, 이제 시작 중의 시작에 불과하고, 아기 걸음마에 불과하지만 헌법재판관들의 임기를 기준으로 하면 제1기의 헌법재판관들의 업무가 막중하다 아니할 수 없으며 이분들에 대한 국민적 신망여부에 의하여 헌법재판소의 앞날 운명이 지대한 영향을 받을 수도 있다는 견해를 가질 수도 있다고 본다.

이러한 특별한 관점에서 헌법재판소의 제1기 전반부인 지난 3

22) 변정일, 헌법재판소 신축행사기록(1991, 3. 13)의 「경과보고」 중에서

년간의 헌법재판소의 실적에 대한 국민적 평가가 어떠한지는 필자로서도 무척 궁금한 일이다. 금번 필자의 설문조사결과가 표본의 추출 등에서 문제점을 갖고 있으며, 결과에 대한 신뢰도 역시 국민적 의중을 꼭 대표할 수 있다고 보지는 않지만 필자의 부족한 소견으로는 어떤대로 일응 쓰임새가 있을 수도 있다고 보기 때문에 감히 응답결과를 살펴보고자 한다. 이와 같은 필자의 느낌은 제[15]항의 헌법재판소의 재판경향에 대한 응답결과를 살펴봄에서도 마찬가지이다.

전반적인 유효표본의 응답현황은 「대단히 기여한다」가 21.6%, 「그런대로 기여한다」가 41.6%, 「별로 기여 못한다」가 13.6%의 비중을 나타내었다. 이와 같은 응답결과는 부정적인 반응을 나타낸 「별로 기여 못한다」의 23.2%와 「잘 모르겠다」의 13.6%를 합계한 36.8%를 제외하고는, 주 응답자의 63.2%가 헌법재판소의 지난 3년간의 실적이나 활동결과를 평가함에 있어 우리나라 민주주의의 발전 내지 기본권보장을 위하여 명확히 긍정적인 기여를 하고 있다고 평가하고 있음은 헌법재판소에 몸을 담고 있는 필자로서는 매우 고무적인 반응으로 받아들여진다. 더욱이 「잘 모르겠다」라고 응답한 사람들도 ‘분명한 부정적 내지 비판적 견해’를 갖고 있는 것은 아니기 때문에 ‘낙제 점수를 준 것은 아니다’라고 긍정적으로 해석이 가능하다면 전체응답자의 76.8%가 헌법재판소의 그간 활동에 대하여 긍정적으로 평가하고 있다는 확대 해석도 가능하다고 본다.

② 성별 응답 현황

성별 응답결과를 살펴봄에 있어 「대단히 기여한다」와 「그런대로 기여한다」의 보기를 긍정적 응답으로, 그리고 「별로 기여 못한다」와 「잘 모르겠다」의 보기를 부정적 응답으로 간주하고,

남녀의 각 유효표본 중 긍정적 반응과 부정적 반응의 비중을 비교하여 보면 긍정적 반응에 있어서의 남·녀 각기의 비중비교는 73.7% : 35.3%이고, 부정적 반응의 경우에는 26.5% : 64.6%로서 남자의 경우는 대부분 긍정적 평가를 하고 있음에 반하여, 여자의 경우는 부정적 평가의 비중이 훨씬 높은 것으로 나타났다.

어떤 이유에서 남자의 경우는 대체로 헌법재판소의 그간 활동에 대하여 긍정적 평가를 하고 있음에 반하여, 여자의 경우는 대체로 부정적 평가를 하게 되었는지를 분명하게 파악하여 보는 것은 훗날의 숙제로 미루고 다만, 여기에서는 대개의 느낌만으로 살펴보면, 우선 첫째로 여자보다는 남자의 경우가 신문 등 매스컴에 접할 수 있는 시간과 기회가 일반적으로 많아서 (그간의 신문 등 언론계가 헌법재판소의 활동에 대하여 보여준 관심도가 만족스럽지는 않았지만) 헌법재판소의 심판결과에 관한 보도내용을 여자들보다도 자주 볼 수 있었기 때문이 아닌가라는 생각이 들고, 둘째로는 제[11]항 질문인 「헌법소원의 청구가능성」의 경우의 응답결과와 제[13]항 질문인 「위헌법률의 제청가능성」의 경우의 응답결과에서 여자가 남자에 비견하여 기본권쟁취 의식이 훨씬 더 높은 것으로 나타났던 사실과 어떤 관계가 있느냐 하는 생각이 든다. 즉 금번 설문조사의 응답결과만 갖고 판단하면 아마도 우리나라에서는 대체로 남자보다 여자가 행동으로 표현하지는 못하지만 정신의식면에서 보다 민주지향적이고, 보다 기본권 쟁취적이라고 볼 수도 있으며, 아니면 신문 등의 매스컴에 보도되는 집단민원의 행동적 표출시 여자들이 남자들에 비하여 더욱 극성스러운 측면을 엿볼 수 있게 하여 주는 경우를 흔히 볼 수 있음을 감안하면 여자들이 남자들에 비하여 헌법재판소의 지난 3년간 활동에 대하여 박절찬 점수를 주고 있는 현상은 당연할지도 모른다는 생각이 없지 않다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 조사대상자의 대부분은 헌법재판소의 지난 3년간, 즉 헌법재판소 제1기 전반부의 활동을 「민주주의 발전에 기여하고 있다」라고 긍정적인 평가를 하고 있다.

- 여자에 비하여 남자들이 훨씬 더 긍정적인 평가를 하고 있다.

② 결과분석

어떤 국가기관의 활동실적 또는 활동내용을 평가함에 있어 처리건수의 다소가 유일한 기준이 될 수 없듯이 헌법재판소의 활동을 평가함에 있어 단순한 위헌판결건수의 다소가 유일한 기준이 될 수는 없다고 본다. 그러나 (도표 1)에서 보는 바와 같이 1991년 6월말 현재 2년 10개월간 1,130건의 헌법재판신청건수는 가히 “홍수처럼 쏟아져” 들어 왔다고 표현할 수도 있을 정도이며, 그 중 790건 (결정 618건)의 실적을 처리한 헌법재판소의 제1기 9명의 헌법재판관 (6명은 상임, 3명은 비상임)들에게는 가히 “홍수막아 내듯”한 헌신적 각고의 결과였을 것이라는 짐작도 간다.

아무튼 지난 3년간의 뜻밖의 실적은 당초 헌법재판소의 활동에 대하여 회의적 전망을 갖고 있던 전문가들에게는 물론 일반 국민들에게도 「헌법재판소는 우리나라의 민주주의 발전에 확실히 기여하고 있다」라는 인상을 심어주었다는 가정은 이번 질문의 응답결과에만 의한다면 분명한 사실로 받아들여야 하며, 아울러 열렬한 성원을 받고있다는 확신마저 갖고 싶은 것이 필자의

느낌이다. 이번 응답결과와 분석과 관련하여 현재 재야 법조계에서 강력한 주장이 대두되고 있는 “비상임 헌법재판관 3명의 상임화” 논의는 외국의 예 (독일 현재는 상임만 16명), 우리 대법관 정원(14명) 등을 참고하고, 특히 이제 “불같이 일고 있는” 헌법재판소에 대한 국민적 기대와 현 헌법재판관들의 과중한 업무를 감안하여 조속한 연방법개정이 이루어져야 할 것으로 본다.

[15] 헌법재판소의 판결경향 평가

(1) 질문내용

Q : 현행 헌법재판소의 판결경향에 대하여 어떤 생각을 갖고 계십니까?

- 대체로 만족한다.
- 보다 과감한 심판을 하여야 한다.
- 너무 미약하다
- 잘 모르겠다.

(2) 조사결과

(도표24)

헌법재판소의 판결경향 평가

(단위 : 명, %)

		대체로 만족한다		보다 과감한 심판필요		너무 미약하다		잘 모르겠다	
남	여	23	2	41	13	19	9	8	10
91	34	(25.3)	(5.9)	(45.1)	(38.2)	(20.9)	(26.5)	(8.8)	(29.4)
유효표본 125		25 (20.0)		54 (43.2)		28 (22.4)		18 (14.4)	

(주) (도표 19)와 동일

① 전반적 현황

이번 질문은 지난 3년간의 헌법재판소의 판결경향에 대하여 일반국민들이 어떻게 평가하고 있는지를 알아보기 위한 목적으로서 먼저 판결경향에 대하여 가장 상당한 영향을 미친다고 생각되어지는 헌법(제111조)에 의한 「헌법재판관의 구성원리」를 살펴본다.

헌법재판관은 9명 (현재는 헌법재판소법에 의하여 상임 6명과 비상임 3명)으로 구성되어 있는데 헌법재판관은 대통령이 임명하게 되어 있다. 다만 9명 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 또 다른 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명하게 되어 있어 외형적으로 대통령이 직접 임명하는 자는 3인에 불과하게 되어 있다.

그런데 국회에서 선출한 현재의 3인은 당시의 국회 3당구조에 의하여 과반수에 미치지 못하고 있던 여당인 민정당, 그리고 제1야당이었던 평민당과 제2야당이었던 민주당에서 각기 1명씩 추천한 3인으로 구성되어 있다. 여기서 특히 헌법재판관의 구성원리를 살펴보는 것은 미국의 경우 연방대심법원은 우리나라의 대법원과는 본질적으로 기능을 달리하고 있어 헌법재판을 주업무로 하고 있고 9명의 대심원판사(종신제)로 구성(상원의 인준필요) 되어 있는데 유고가 발생하여 공석이 생길 경우 그 당시의 대통령이 임명하게 되어 있어 공화당이 집권하였을 때 임명한 대심원판사의 인원이 더 많으나 또는 민주당이 집권하였을 때 임명한 대심원판사의 인원이 더 많으나에 따라 당대의 판결경향을 짐작할 수도 있다는 관례적 사실을 참고하여 우리나라 헌법재판소의 판결경향을 분석하여 볼 수도 있기 때문이다. 다만, 필자로서는 이번 질문의 응답자들이 위와 같이 헌법재판관의 구성원리가 판결경향에 영향을 미칠 수도 있다는 사실을 염두에 두

고 응답하였다고는 결코 생각하지 않고 우선 단순한 응답결과만 살펴본다.

전반적인 응답결과는 「대체로 만족한다」가 유효표본 중 20.2%, 「보다 과감한 심판을 하여야 한다」가 43.2%, 「너무 미약하다」가 22.4%, 그리고 「잘 모르겠다」가 14.4%의 비중을 차지하는 것으로 나타났는데, 「대체로 만족한다」의 이외 보기에 기표한 응답자들을 「만족스럽지 않다」의 부정적 반응으로 볼 수도 있다면, 그리고 이 응답결과에만 의존한다면 일반국민들의 제[14]항의 헌법재판소의 실적평가에서는 대부분 「만족한다」라고 “의역”할 수 있지만 여기의 판결경향의 견해에 대하여는 대부분 부정적인 느낌을 갖고 있어 헌법재판소가 “보다 과감하게” 또는 “보다 전향적으로” 판결에 임하여 주길 바란다고 감히 생각되어 질 수도 있다고 본다.

② 성별 응답현황

성별로 본 응답결과는 상기와 같이 「대체로 만족한다」 이외의 응답을 부정적 반응으로 간주한다면 남녀의 각 유효표본 중 「만족한다」의 긍정적 반응이 25.3%, 여자는 5.9%로 나타남으로서 헌법재판소의 판결경향에 대하여 여자가 남자에 비견하여 더 불만스럽게 느끼고 있는 것으로 나타났는데 이와 같은 결과는 여자가 더 민주의식이 강한 것으로 나타났던 제[14]항의 헌법재판소의 실적평가의 경우 남자에 비하여 여자가 보다 부정적 반응의 박절한 평가였음을 감안하여 보면 두 응답결과가 서로 무관하지 않다고 볼 수도 있다.

(3) 결과분석

① 결과요약

- 대부분의 조사대상자들은 헌법재판소의 판결경향에 대하여 부정적 견해 내지 불만족한 느낌을 갖고 있다. 즉, 보다 전향적이기를 바란다.
- 여자가 남자에 비견하여 더 불만스럽게 생각하고 있다.

② 결과분석

상기 응답결과는 일반국민은 헌법재판소의 결정경향에 대하여 대부분 보수적이라는 느낌을 갖고 있는 것으로 나타났는데, 앞서 헌법재판관의 구성원리가 헌법재판의 판결경향에 대하여 영향을 미칠 수도 있다는 관례적 사실을 살펴 보았는 바, 우리나라의 경우 문제가 되는 것은 「구성원리의 민주적 정당성」과 관련하여 현재와 같은 거대여당이 일본과 같이 장기집권을 이루게 된다면 대통령이 직접 임명하는 3인은 물론, 거대여당의 국회에서 선출하는 3인과 대법원장을 대통령이 직접 임명(국회동의요)하는 사실과 관련한 대법원장 지명의 3인의 합계 9인 모두가 집권당 편향의 일색으로 구성될 수도 있다는 문제점을 강하게 주장²³⁾하는 학계와 재야 법조계의 목소리가 많이 있다는 제2사실에 관심을 가질 필요가 없지 않다고 본다.

다른 한편 법관의 판결은 그 본질에 있어서 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 심판하여야 한다.”(헌법 제103조 참조)라는 대전제가 있기 때문에 헌법재판소의 판결이 집권여당의 취향 또는 국민여론이나 대중의 희망에 따라서 이루어져서는 절단코 안되지만, 어차피 헌법재판은 그 본질에 있어서 “정치적 판단성”이 주요의의의 일부를 이루고 있다면 금번 질문의 응답결과

23) 정종섭, “주요국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구”, 헌법재판연구 제2권(헌법재판소, 1991. 5. 31), pp.104-105

는 향후의 헌법재판소의 위상과 관련하여 결코 무시할 수만은 없다고 생각되며, 아울러 헌법재판관의 구성원리가 헌법재판소의 재판경향에 영향을 미칠 수 있다는 논리를 받아들일 수 있다면 차기 헌법개정기회에 헌법 관련조항의 개정여부가 심각히 논의하여 불 필요성을 배제할 수 없다고 생각한다.

아울러 이번 질문의 응답결과와 관련하여 유념해 보아야 할 또 한가지 사실은 헌법재판소의 그간 판결경향은 정치적, 사회적으로 무게를 지닌 중요하고도 민감한 사건에서 헌법재판소가 책임회피적 태도를 보였다²⁴⁾는 지적이 있다는 사실에 유념하여 불 필요성 또한 배제할 수 없다고 생각한다.

IV. 결 어

1. 분석결과의 종합

본 연구는 필자가 선정하고 작성한 표본과 질문의 응답결과를 중심으로 현행 헌법재판에 관한 인식도에 대하여 살펴보았는 바, 50% 이상과 50% 미만을 기준(유효표본대상)으로 긍정적 또는 올바른 인식과 부정적 또는 그릇된 인식·무지로 구분하여 그 결과를 종합하여 본다면, 헌법재판소존재의 인지, 헌법재판소의 정부내 위치, 대법원과의 기능비교, 헌법소원신청절차, 헌법소원의 청구 가능성, 위헌법률의 인식경험, 위헌법률심판의 제청 가능성 및 헌법재판소의 민주발전 기여도의 8개항 질문에서 긍정적 내지 올바른 인식을 갖은 것으로 그 응답결과가 나타났으며,

24) 양 건, “헌법재판소 2년, 그 성과와 한계”. 한국논단(90.11) p.96

헌법재판소의 설립시기, 헌법재판소장의 국가서열, 헌법재판소의 업무분야, 헌법소원제도의 내용, 공권력에 의한 피해경험 및 헌법재판소의 판결경향의 6개항 질문에서 부정적 내지 그릇된 인식 또는 무지의 상태에 있는 것으로 그 응답결과가 나타났다. 특히, 70% 이상의 비중을 갖는 응답결과를 「대부분」이라고 정의해 본다면, 헌법재판소의 존재에 대하여는 대부분의 사람들이 알고 있다 라고 말하여질 수 있으며 현행 헌법재판소의 설립시기, 헌법재판소장의 국가서열, 헌법재판소제도의 내용 및 헌법재판소의 판결경향의 4개의 질문에 대하여는 대부분의 사람들이 부정적 견해 내지 그릇된 인식 또는 무지의 상태에 있다고 말하여질 수 있다.

이상의 응답 및 분석결과를 요약하여 도표로 종합정리하여 보면 다음과 같은데, 성별분석과 관련하여 한가지 첨언하고 싶은 사실은 여자가 남자에 비하여 민주의식 내지 기본권 쟁취의식이 현저히 높다는 사실이다. 그 증거로는 제[11]항의 헌법소원심판의 청구 가능성과 제[13]항의 위헌법률심판의 제청 가능성을 묻는 질문에서 그리고 제[14]항의 헌법재판소의 민주발전 기여도와 제[15]항의 헌법재판소의 판결경향에 대한 평가를 묻는 질문에서 여자가 남자보다 더욱 적극적·전향적인 응답결과를 보였다는 사실에 근거한다.

(도표 25)

응답결과의 요약 (종합)

긍정적 또는 올바른 인식	부정적 또는 그릇된 인식
헌법재판소존재의 인지* 헌법재판소의 정부내 위치 대법원과의 기능비교 헌법소원 신청절차 헌법소원의 청구 가능성 위헌법률의 인식경험 위헌법률의 제청 가능성 헌법재판소의 민주발전기여도 (* 이상 8개항)	헌법재판소의 설립시기* 헌법재판소장의 국가서열* 헌법재판소의 업무분야 헌법소원제도의 내용* 공권력에 의한 피해경험 헌법재판소의 판결경향* (이상 6개항)

- (주) 1. 구분기준 : 응답비중의 50% 이상(긍정적)과 50% 미만(부정적)
2. *표는 70% 이상의 비중(상기 「대부분」의 정의대상)을 나타낸 질문항목

2. 정책방향의 제언

[1] 헌법과 법률의 개정

현행 헌법학계와 재야 법조계에서는 헌법재판과 관련한 헌법과 헌법재판소법의 개정 필요성에 관한 논의가 비등한데, 이와 같은 논의는 헌법재판소제도의 충실화 내지 활성화에 그 주안점이 있는 것으로 생각되어진다. 다만 여기서 필자가 논하고자 하는 것은 금번 설문조사와 관련하여 개정의 필요성이 있다고 생각되어지는 헌법과 헌법재판소법 관련사항에 한정하고자 하는

바,

첫째로 우리 헌법이 채택하고 있는 이원사법부제도는 헌법재판소를 정점으로 하는 일원적 사법부제도로 개정되어야 한다²⁵⁾고 생각된다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 전장에서 살펴본 제[4]항의 헌법재판소의 정부내 위치에 대한 응답결과(대부분 ‘올바른 인식’)와 제[5]항의 헌법재판소장의 국가서열에 대한 응답결과(대부분 ‘그릇된 인식’)에 의하면 일반국민들이 현행 사법부제도에 대하여 매우 혼란스럽게 생각하고 있다는 느낌을 받았으며, 그리고 헌법재판소와 대법원간에 있을 수도 있는 어떤 위상 다툼으로 국민들의 사법부제도에 관한 혼란은 더욱 가중될 수 있기 때문이며 아울러, 논리와 법체계상 헌법재판소의 헌법해석에 관한 재판은 주권내에서는 최고·최후의 재판이기 때문이다.

둘째로 헌법상의 헌법재판관 구성원리와 임기(6년)는 민주적 정당성 확보와 임기연장(예 : 10년) 방향으로 재검토 되어야 한다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 제[15]항의 헌법재판소의 재판경향에 대한 응답결과에서 보다 과감한 판결을 원하는 부정적 반응과 거대여당의 장기집권가능성에 대비하여야 한다는 주장이 있음을 염두에 두기 때문이다. 즉, 현재의 헌법상 재판관의 구성원리는 대법원장(국회동의·대통령임명)지명3명 및 국회선출3명을 포함하여 정원9명을 대통령이 임명하게 되어 있음을 참고한 것이다. 아울러 임기연장에 대한 제안은 연임에 연연하지 않고, 보다 소신껏 재판에 임할 수 있도록 임기에 따른 여건을 개선하자는 의견이다.

셋째로 헌법과 헌법재판소법은 상임재판관 정원(현9명 : 비상

25) 권영성, 대한변호사협회 주관(1990. 12. 17) 심포지엄 (헌법재판의 현황과 과제)의 주제 발표논문(인권과 정의), 1991. 2, p. 10) 중에서

입3명 포함)의 증원(예 : 현9명⇒12명) 및 비상임제의 폐지와 법원의 판결도 헌법소원의 대상에 포함되는 방향으로 개정되어야 한다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 현 헌법재판관들의 헌신적인 노력에도 불구하고 폭주하는 헌법재판신청 추이는 보다 신중하고도 충실한 기본권보장에 장애요인이 될 수도 있으며, 더욱이 제[11]항의 헌법소원 신청 가능성과 제[13]항의 위헌심판제청 가능성에 관한 응답결과가 공히 56.8%에 이르고 있음과 제[8]항의 헌법소원제도의 내용에 관한 질문에서 무려 47.2%의 비중이 “위헌 가능성이 있는 법원의 판결”을 헌법소원의 대상으로 오해하고 있는 응답결과가 국민적 희망사항으로 간주될 수도 있으며, 따라서 결코 지나쳐서는 안되는 사실로 받아들이기 때문이다.

[2] 적극적 언론대책의 전개

국민들 사이에서 헌법이 무시되어 진다던가 또는 헌법에 대한 이해가 없다면 단연코 헌법은 오래도록 수호 될 수 없다.²⁶⁾ 궁극적인 헌법수호자는 국민이다. 이와 같은 사실 때문에 국민이 헌법재판소에 대한 이해와 애착을 가지는 풍토가 조성되도록 힘써야 한다.²⁷⁾ 그런데 이렇게 되기 위하여는 언론의 힘과 도움이 결코 과소평가될 수 없기 때문에 어떤 형태이든지 언론대책의 필요성이 있다.

여기서의 언론에 관한 두 가지 측면은 그 첫째가 헌법재판소 제도의 중요성을 충분히 감안한 언론의 자발적 협력과, 둘째로 헌법재판소의 헌법재판은 언론을 결단코 의식하여서도 안되고 절대로 의식되어져서도 안되지만 헌법재판소가 노력한 만큼의

26) James McClellan, "Liberty, Order and Justice", 미국 James River Press(1989), P3(20단)

27) 한상범, "헌법재판제도, 이것이 문제다", 사법행정(1990.12), p.28

정당한 평가를 받아야 하고 그 위상과 활동내용에 언론의 관심을 확대시킴으로써 헌법재판소에 대한 국민적 지지기반을 확충하고 헌법재판소제도가 국가권력에 대한 시민적 통제수단으로서 충분히 활용될 수 있도록, 특히 국민의 헌법수호능력이 제고될 수 있도록 적극적인 언론대책이 강구되어야 한다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 금번 설문조사의 여러 질문항목에서 대부분의 사람들이 헌법재판소의 구체적인 활동 및 세부적인 업무내용을 잘 모르는 것으로 나타났다는 사실에서 비롯된다.

언론대책과 관련하여 한가지 첨언하고 싶은 것은 제[2]항의 헌법재판소의 인지경위에 관한 응답결과에서 신문의 비중이 49.6%, TV의 비중이 32.8%, 기타가 17.6%의 비중이었음을 참고한다면, 헌법재판소의 언론대책이 신문과 TV, 특히 신문에 우선적으로 집중되어야 할 것으로 생각되어짐을 밝혀둔다.

[3] 전문적 설문조사의 실시

이 설문조사가 상당히 완벽한 조사가 되기 위하여서는 필연적으로 소요되는 막대한 비용과 시간의 부득이한 제약이 있었음은 물론, 필자의 조사방법론의 전문지식부족 때문에 충실한 조사가 되지 못하였음을 자인하지만, 헌법재판에 관한 국내최초의 조사였음에 약간의 자위를 한다. 그러나 헌법재판의 활성화와 정착이 바람직스러운 방향으로 전개되도록 유도하는 정책방향의 수립에 참고하기 위하여 멀지 않은 장래에 헌법재판소 자체 또는 어떤 기관 또는 누군가에 의하여 동건 관련의 전문적·본격적 설문조사가 있어야 할 것으로 생각되어 진다. (1991. 9)

(첨부) 헌법재판에 대한 인식도 조사표

(부록)

헌법재판에 대한 인식도 조사표

- * **조사목적** : 연구논문 이외의 목적이 전혀 없습니다.
- * **인적사항** : 작성자의 나이를 기재하여 주시고 해당 성별에 ○표하여 주십시오.
 - 나이 : 세
 - 성별 : 남 여

- (문1) 헌법재판소의 존재에 대하여 알고 계십니까? (해당사항 앞의 “-”부호에 ○표하여 주세요 ; 이하 같음)
- 알고 있다.
 - 모른다.

- * **주의사항** : 이하의 질문은 (문1)에서 “알고 있다”로 표시한 분만 기재해 주세요.

- (문2) 헌법재판소의 존재에 대하여 알게 된 경우는?
- 신문보도 - TV뉴스 - 친지의 이야기
 - 잡지 - 전문서적

- (문3) 현행 헌법재판소는 언제 설립되었는가?
- 1948년 정부수립 당시
 - 제3공화국 (박정희 정권)
 - 제5공화국 (전두환 정권)
 - 제6공화국 (노태우 정권)

- 잘 모르겠다.

(문4) 헌법재판소의 정부 내에서의 위치를 어떻게 알고 계십니까?

- 대통령 직속기관이다.
- 대법원장 산하기관이다.
- 법무장관 산하기관이다.
- 대통령과 대법원장으로부터 독립되어 있는 헌법기관이다.
- 모르겠다.

(문5) 헌법재판소장의 국가서열에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원장과 같은 급(동급)이다.
- 고등법원장과 같은 급이다.
- 법무장관과 같은 급이다.
- 대법원장 보다 상위급이다.
- 모르겠다.

(문6) 대법원과 비교한 헌법재판소의 기능에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원의 상급법원으로서 대법원의 판결에 불복한 일 반민사·형사사건(이의가 있는 사건)을 다룬다.
- 대법원이 다루고 있는 사건과는 전혀 다른 헌법문제에 관한 사건을 다룬다.
- 모르겠다.

(문7) 다음 중 헌법재판소의 소관업무는 어떤 것들입니까? (*해당 사항에 전부 ○표해 주세요.)

- 위헌법률심판
- 헌법소원심판
- 탄핵심판
- 정당해산심판
- 기관권한쟁의의 심판

(문8) 헌법소원심판이 어떤 것으로 알고 계십니까?

- 국회에 청원서로 제출된 사건의 심판
- 헌법내용 중 개정을 희망하는 사항에 대한 심판
- 일반법원의 판결 중 헌법에 위반된다고 생각되는 판결에 대한 재심판
- 공권력의 행사(행정작용) 또는 불행사(행정부작용)로 인한 기본권의 침해에 대한 심판

(문9) 헌법소원을 신청하는 절차는?

- 일반법원에 신청한다.
- 헌법재판소에 직접 신청한다.
- 모르겠다.

(문10) 선생님께서는 공권력(행정작용)의 행사 또는 불행사에 의하여 헌법에 보장된 평등권 등 기본권이 침해되었다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다
- 없다

(문11) 헌법소원제도는 공권력(행정작용)의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해된 경우 이의 구제를 헌법재판소에 직접 신청할 수 있는 기본권 구제제도입니다. 헌법소원 관련 사항이 선생님께서 발생된다면, 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하겠습니까?

- 하겠다.
- 안하겠다.
- 현재로서는 모르겠다.

(문12) 선생님께서는 어떤 법률(명령, 규칙 포함) 또는 어떤 법률의 어떤 조항이 헌법상의 평등권 등 기본권 보장 정신에 위배된다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다.
- 없다.

(문13) 위헌법률심판제도는 어떤 법률 자체나 어떤 법률조항이 재판의 전제가 된 경우 (즉 법원의 재판에서 문제가 된 경우)에 당해 법률이 헌법정신에 위배되는지 여부를 심판하는 제도입니다. 선생님께서 이와 같은 경우가 발생한다면 당해 법률의 위헌여부에 대하여 법원 또는 헌법재판소에 위헌제청신청을 하겠습니까?

- 하겠다.
- 안하겠다.
- 현재로서는 모르겠다.

(문14) 1948년 정부수립 이후 1988년 8월까지 헌법재판 기능이 헌법위원회 또는 대법원에 있던 40년간 4건의 위헌법률

심판이 있었던 것에 비하여, 1988년 9월에 기본권 보장의 최후보루로서 헌법재판소가 설립된 이후 1991년 6월 현재까지 2년 10개월간 위헌법률심판 121건(위헌결정 15건)과 헌법소원심판 497건(인용결정 18건)을 처리하였습니다. 현행 헌법재판소의 역할과 존재가 민주주의 발전에 기여하고 있다고 생각하십니까?

- 대단히 기여하고 있다.
- 그런대로 기여하고 있다.
- 별로 기여 못하고 있다.
- 잘 모르겠다.

(문15) 현행 헌법재판소의 판결경향에 대하여는 어떤 생각을 갖고 계십니까?

- 대체로 만족한다.
- 보다 과감한 심판을 하여야 한다.
- 너무 미약하다.
- 잘 모르겠다.

헌법소원심판청구의 적법요건으로서의
「자기관련성」의 판단기준
- 독일판례를 중심으로 -

황 도 수
비서관

- 목 차 -

1. 서론
 - 가. 문제의 제기
 - 나. 이 글의 범위
2. 자기관련성의 의의
3. 자기관련성의 판단기준
4. 청구인이 공권력행사의 대상자Adressat(당사자)인 경우
5. 청구인이 제3자인 경우
 - 가. 법률에 대한 헌법소원의 경우
 - (1) 정당 및 사회활동과 관련된 경우
 - (2) 경제활동에 관련된 경우
 - (3) 조세와 관련된 경우
 - (4) 공무원급료와 관련된 경우
 - (5) 대학제도와 관련된 경우

(6) 기타의 경우

나. 행정처분이나 법원의 재판에 대한 헌법소원의 경우

(1) 가족생활에 관련된 경우

(2) 재판절차와 관련된 경우

(3) 소송대리와 관련된 경우

(4) 조세와 관련된 경우

(5) 학문, 교육과 관련된 경우

(6) 기타의 경우

6. 제3자의 소송담당을 인정할 것인가?

가. 임의적 소송담당의 경우

나. 법정소송담당의 경우

7. 단체소송Verbandsklage

8. 기본권 주체가 사망한 경우

9. 공권력불행사의 경우

10. 결론

1. 서론

가. 문제의 제기

우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받는 자는…… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 규정을 근거로 헌법재판소는, 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 ‘청구인은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 “직접적으로”, 헌법상 보장된 “자기의” 기본권을, “현재에” 침해받고 있음을 ‘주장’하여야 한다’고 해석하고 있다.¹⁾ 헌법재판소는 청구인이 헌법소원제도를 이용할만한 이익을 가지고 있는가를 판단하기 위한 기준으로서 ‘직접성’, ‘자기관련성’, ‘현재성’이라는 개념을 제시하고 있는 것이다. 이외에도 좁은 의미의 ‘권리보호이익’이라는 개념도 제시되고 있다.²⁾ 국가의 재판제도를 불필요한 곳에 낭비하여서는 아니되기 때문에 이러한 해석을 하는 것은 재판제도의 본질상 당연한 것이라고 하겠다. 그러나 이러한 개념들이 구체적인 사건에 적용되기에 충분한 법적 개념이 되기 위하여는 그 내용이 예측되어질 수 있을 정도의 명확성은 갖추고 있어야 하는 것이다. 그러나 이들 내용에 관하여 객관적인 기준을 제시하는 구체적인 법령은 없다. 결국 판례에 의하여 그 기준을 제시할 수밖에 없는 없게 되나, 일천한 우리나라의 헌법재판의 경험으로는 이들 문제에 대하여 구체적인 기준을 제시하기에 충분한 판례가 쌓여있지도 못한 형편이다. 이 글에서는 이들 여러 개념 가

1) 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마12 결정 : 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 89헌마145 결정 등.

2) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정 등.

운데 자기관련성이 가지는 의미를 밝히는데 도움이 되는 독일연방헌법재판소의 판례를 소개함으로써 헌법소원제도의 실제적 이용의 편의에 이바지하고자 한다.

나. 이 글의 범위

이 글은 자기관련성에 관한 독일연방헌법재판소의 판례를 서술한다.

이 글의 대상은 독일의 헌법판례이다. 이 글은 우리나라의 헌법재판의 실제적 이용에 이바지하기 위한 것이므로, 추상적 이론보다는 현실에서 다루어졌던 구체적 문제와 그 해결방법을 연구하는 것이 이 글에 합당하다고 생각하기 때문이다. 따라서 자기관련성에 관한 우리나라의 이론³⁾ 및 독일의 이론에 대한 검토는 이 글의 대상이 아니다. 또한 이 글의 서술방식이 설명에 불과하므로, 비교적 손쉽게 접근할 수 있는 우리나라의 판례⁴⁾에 대한 설명도 이 글에서는 하지 아니한다. 이들에 관하여는 독일의 판

3) 자기관련성에 관하여 논의하고 있는 우리나라의 논문은 다음과 같다 ; 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 1989. 서울대학교 박사학위 논문 ; 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권, 1990. ; 이주홍, 우리나라 헌법소원제도 - 헌법소원의 제기요건 -, 헌법재판연구 제1권, 1990 ; 이시윤, 헌법재판개관, 1989 ; 변정일, 입법작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990 ; 김효진, 사법작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990 ; 최대권, 법률에 대한 헌법소원의 몇 가지 문제점, 헌법재판자료 제3집, 1990 ; 안용교, 헌법소원제도, 헌법재판자료 제1집, 1989 ; 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989 등

4) 우리나라 헌법재판소의 판례 중 자기관련성에 관하여 판단하고 있는 판례는 다음과 같다 ; 헌법재판소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1 ; 헌법재판소(제3지정재판부) 1989. 4. 15. 선고, 89헌마51 ; 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12 ; 헌법재판소 1989.7. 28. 선고, 89헌마61 ; 헌법재판소 1989. 9. 2. 선고, 89헌마170 ; 헌법재판소 1989. 9. 6. 선고, 89헌마194 ; 헌법재판소 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13 ; 헌법재판소 1989. 10. 27. 선고, 89헌마 105, 125, 126(병합) ; 헌법재판소 1989. 10. 27. 선고, 89헌마56 ; 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 89헌마145 ; 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 89헌마22 ; 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마234 ; 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고, 89헌마90 ; 헌법재판소(제3지정재판부) 1990. 12. 3. 선고, 90헌마206 ; 헌법재판소 1990. 12. 26. 선고, 90헌마137 ; 헌법재판소 1990. 12. 26. 선고, 90헌마20 ; 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 90헌마28 ; 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 90헌마21 ; 헌법재판소 1991. 4. 1 선고, 90헌마65 ; 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56 ; 헌법재판소(제1지정재판부) 1991. 8. 26. 선고, 91헌마129

례를 이해하는데 필요한 범위내에서 간단한 설명만이 있게 된다.

또한 이 글의 서술방식은 설명이다. 따라서 이 글은 자기관련성에 관하여 새로운 인식체계를 제시하지 아니한다. 독일의 판례를 객관적 자료로서 서술할 뿐이다. 또한 이의 인식을 위하여 사용되는 이론적 설명은 일반적으로 받아들여지는 통설을 바탕으로 한다.

그러면 외국법을 설명하는 데에 그치는 이 글이 무슨 의미가 있는가 라는 문제에 부딪치게 된다. 외국법을 연구하는 것은 우리 자신의 법을 이해하기 위한 것이라는 명제를 당연한 것으로 받아들일 때, 이러한 질문의 의의는 더욱 증대되는 것이다. 우리 법에서 시작하지 아니하고, 우리 법에서 끝나지 아니하는 외국법연구가 무슨 의미가 있느냐는 것이다. 제대로 된 외국법연구를 생각한다면, 그 연구는 1. 우리 법의 현실과 문제점 인식, 2. 외국법의 현실과 해결방법의 인식, 3. 우리 법과 외국법과의 차이점 인식, 4. 이에 바탕한 우리 법의 비판과 문제점 해결방안의 모색 등의 순서로 발전되게 될 것이고, 그 연구의 중점은 네 번째 과정인 우리 법에 대한 비판과 문제점 해결방안의 모색에 있게 됨은 당연한 것이다. 그러나 우리나라의 헌법소원제도와 같이 우리의 법체계가 아직 명백히 성립되지 아니한 상태에서 완성된 외국법체계를 가지고 우리 법체계를 비판한다는 것은 비판의 대상이 없는 비판으로서, 자칫 우리 법체계를 외국법체계에 종속시키는 결과를 초래할 우려가 있게 된다. 그렇다고 외국법체계를 도외시한 채, 깊은 생각 없이 우리의 법체계를 대충 꾸려나가면서 우리식이라고 주장하는 것은, 외국인들이 그 동안 같은 문제에 대하여 생각해왔던 깊은 생각을 우리가 이용하지 못하는 우를 범하는 것이라고 생각한다. 따라서 이러한 경우에는 그 서술의 수준을 설명으로 유지하면서 외국법체계를 서술하는 것도, 우리

법체계의 형성을 위한 참고자료를 제공한다는 의미에서 그 의의를 발견할 수 있을 것이다. 우리 법이나 외국법에 대한 정확한 인식없이 우리 법의 비관을 강행함으로써 생기는 오류나, 외국법의 인식을 그대로 우리 법에 대한 문제점 해결방안에 대한 자신의 주장으로 받아들이는 성급함을 피하기 위함이다.

2. 자기관련성의 의의

일반적으로 자기관련성 또는 자기성이라 함은 헌법소원심판청구의 적법성을 심사하는 기준의 하나로서, 청구인이 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사와 일정한 관련을 가지고 있어서, 헌법재판소가 그 공권력행사에 대한 심판을 함으로써 다른 사람이 아닌 청구인 자신의 기본권을 구제하는데 적합한 관계에 있는가를 말하는 것이다. 이러한 자기관련성을 헌법소원의 적법요건으로 정함으로써 헌법소원제도가 민중소송화 되는 것을 방지하고, 개인의 권리구제제도로서의 원래의 목적을 최대한 달성할 수 있게 되는 것이다.⁵⁾ 자기관련성유무를 실체재판 전에 판단함으로써, 국가가 재판을 하였는데도 그것이 당사자나 청구인에게 아무런 가치도 없고 불필요한 것이어서 재판질차가 무의미하게 되는 것을 배제시키는 것이다. 헌법소원제도에서 자기관련성이라는 주제로 논의되는 이 문제는 다른 재판제도인 민사소송이나 행정소송에서는 당사자적격의 문제로 주로 해결되고 있음을 손쉽게 볼 수 있다.

3. 자기관련성의 판단기준

5) 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권, 1990., p320 등

그러면 구체적으로 어떠한 경우에 청구인의 자기관련성을 인정할 것인가, 손쉽게 생각한다면, 침해당하였다고 주장되는 기본권이 청구인에게 속한 것이고, 청구인이 당해 공권력행사 또는 불행사의 대상자 내지 당사자인 경우에 자기관련성이 있다고 인정할 수 있을 것이다. 그러나 공권력행사와 청구인과의 관계가 항상 위와 같이 단순한 것만은 아니다. 청구인이 형식적으로는 공권력행사의 당사자가 아니라 제3자인 것이 분명하나, 당해 공권력행사가 제3자인 청구인의 법적 지위에 영향을 미치고 있을 경우, 제3자인 청구인에게 당해 공권력행사에 대하여 자기관련성을 인정할 것인가? 인정한다면, 당해 공권력행사가 제3자에게 어떠한 영향을 미치고 있을 경우에 자기관련성을 인정할 것인가? 공권력행사가 아니고 공권력의 불행사의 경우에는 누구에게, 즉 어떠한 이해관계를 가진 자에게 자기의 기본권침해를 주장할 수 있는 권리를 인정할 것인가? 공권력행사가 재판과 같이 주문과 이유 등으로 나누어질 수 있을 경우 그 이유내용을 이유로 하여 자기의 기본권침해를 주장할 수 있겠는가? 등의 문제점이 생긴다. 아래에서는 그 경우를 나누어 살펴본다.

4. 청구인이 공권력행사의 대상자 Adressat(당사자)인 경우

공권력행사가 청구인에 대하여 이루어졌고, 공권력행사가 그 내용상 침해적인 것일 경우, 청구인이 당해 공권력행사로 인하여 자기의 기본권이 침해당하고 있다고 주장하거나, 이를 인정하는 것은 큰 어려움이 없다. 다만 당해 공권력행사가 청구인에 대한 것이었나를 확정하는 것만이 문제될 뿐이다.

공권력행사가 재판이나 구체적 처분일 경우에는 대개 그 행위

의 대상자, 상대방 내지 당사자가 구체적으로 명시되어 있다. 따라서 공권력행사의 당사자로 명시되어 있는 자들은 자기의 이름으로 당해 공권력행사에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다. 재판에 대한 헌법소원이 인정되는 독일의 경우 재판의 당사자인 원고, 피고, 신청인, 피고인 등에게 자기관련성이 당연히 인정되고 있다.

공권력행사가 입법행위이거나 일반적 처분인 경우에는 그 행위의 대상자가 구체적으로 명시되어 있지 아니하다. 이러한 경우에는 법률, 명령, 기타 규범 및 일반적 처분의 요건에 해당되어 당해 규범이나 처분의 법적 효과가 그에게 발생된 자(규범의 수범자)를 공권력행사의 대상자로 보고, 그들에게 자기관련성을 인정하여야 한다. 어떠한 자가 규범의 수범자가 되는가 라는 것은 결국 당해 규범이나 처분의 해석에 의하여 결정되게 될 것이다.

5. 청구인이 제3자인 경우

청구인이 공권력행사의 당사자가 아니고 제3자에 불과한 경우에는, 일반적으로 제3자로서의 청구인이 타인에 대한 공권력행사에 대하여 자기의 기본권침해를 주장할 수 없다는 것이 원칙이다. 침해관계 없는 제3자에게까지 헌법소원제도의 이용범위를 넓히는 것은 헌법소원제도를 민중소송의 형태로 정하고 있지 아니한 현행의 헌법과 법률에 반하기 때문이다. 우리 헌법재판소도 헌법소원제도가 국민의 기본권 침해를 구제해 주는 제도라는 것을 확인하고 있다.⁶⁾

그러나 공권력행사가 그 대상자나 당사자이외의 자들에게는 전혀 영향이 없거나 무관하다고는 말할 수 없다. 청구인이 공

6) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정 등

권력행사에 대하여 제3자의 지위에 있음은 명백하나, 당해 공권력행사로 인하여 일정한 사실적, 경제적, 내지는 법적인 영향을 받는 경우는 얼마든지 상상할 수 있다. 따라서 청구인이 타인에 대한 공권력행사로 인하여 자신의 기본권을 침해받고 있다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구할 경우, 그 침해의 성격과 헌법소원제도의 본질을 고려하여 청구인의 일정한 불이익은 헌법소원제도로서 구체해주는 것이 헌법소원제도의 목적에 합당한 경우가 생기게 된다. 문제는 당해 공권력행사와 어떠한 관계를 가지는 청구인에게 헌법소원심판청구의 적격을 인정할 것인가의 여부이다.

첫째, 평등권에 관한 문제이다. 헌법이 보장하는 평등권의 특성상, 일정한 국민에 대한 혜택적 공권력행사는 당연히 당해 공권력행사의 혜택에서 제외된 다른 국민에 대한 불평등의 문제를 야기시킬 수 있게 된다. 그렇다고 양자가 비교의 대상이 될 수 있다는 사실만으로 헌법상의 불평등을 주장할 수 있다고 인정한다면, 헌법소원제도는 평등권침해를 이유로 하는 헌법소원으로 말미암아 질식하게 될 것이다. 결국은 헌법이 보호하고자 하는 평등권의 내용이 무엇이냐가 판단의 기준이 될 것이다. 헌법재판소도 이에 관하여는 명확한 판단기준을 제시하지 못하고 있는 것으로 보인다. 다만 BVerfGE 49, 1 에서 피력한 독일연방헌법재판소의 의견은 평등권침해를 주장하는 경우의 자기관련성 유무의 판단에 큰 도움을 주고 있다고 본다 ; 1. 법률에 의하여 차등하게 규정된, 비교대상이 된 사물들이 본질적으로 같으며, 2. 규정상의 차등에 대하여 그럴듯한 근거를 발견할 수 없고, 3. 청구인이 비교대상의 한 당사자에 해당될 수 있다고 할지라도 이것만으로는 본안에 들어가기에 부족하나, 그러한 경우와 아울러 4. 청구인의 주장이 헌법재판소에 의하여 받아들여져서 당해 구

청이 무효로 선언되어진다면, 청구인과 비교대상이 되었던 상대 그룹Vergleichsgruppe과의 관계에서 청구인이 보다 유리한 지위를 누릴 수 있는 경우에는 청구인의 자기관련성을 인정하여야 한다는 것이다.⁷⁾ 차등규정을 제거함으로써 상대그룹에게 불이익을 가져온다는 것만으로는 자기의 기본권을 구체적으로 향상시키는데 부족하기 때문이다. 따라서 청구인은, 청구인을 차별하고 있다고 주장하는 당해 공권력행사를 무효 또는 취소시키게 된다면, 청구인에게 구체적인 지위의 향상⁸⁾, 기회의 증가⁹⁾, 경쟁력의 증가¹⁰⁾ 등의 이익을 가져올 수 있거나, 배제되었던 혜택을 향유¹¹⁾할 수 있는 관계를 가지고 있어야 하는 것이다.

둘째, 제3자에게 이익을 부여하는 공권력행사가 청구인에게는 불이익을 가져오는 것일 경우, 소위 ‘복효적 공권력행사’의 경우, 당해 공권력행사에 대하여는 제3자에 불과한 청구인에게 자기관련성을 인정할 것인가가 문제된다. 타인에 대한 공권력행사가 청구인에 대하여 ‘간접적이고, 사실적으로만’ 관련될 때, 즉 반사적 효과만을 가질 때¹²⁾에는 청구인의 자기관련성을 부인하나, 공권력행사가 청구인의 기본권을 ‘직접적이고 법적으로’ 침해하고 있어서, ‘당해 공권력행사를 무효화시킨다면, 청구인의 기본권을 보호할 수 있는 경우’에는 청구인의 자기관련성을 인정한다는 것이 판례의 기본적인 입장이다. 그러나 ‘직접적, 법적 침해’를 ‘간접적, 사실적 관련’과 구별하는 기준에 관하여는 구체적인 언급이 없다. 결국 개개 판례에 의존할 수밖에 없게 된다.

셋째, 청구인이 공권력행사의 명시적인 당사자는 아니나, 공권

7) BVerfGE 49, 1[8,9]

8) BVerfGE 26, 79[91] 등

9) BVerfGE 12,354[362]

10) BVerfGE 18, 1[12,16] ; 43, 58[68]

11) BVerfGE 6,273

12) BVerfGE 47,327[364] ; 51,369[376] 등

력행사의 이유내용이 청구인의 기본권을 침해하고 있을 때, 당해 공권력에 대해서는 제3자에 불과한 청구인의 기본권침해가 문제될 수 있다. 재판절차에 있어서 변호사의 소송대리권이 부적법함을 이유로 소를 각하할 경우, 당해 재판절차에 대하여는 제3자에 불과한 변호사에게 당해 재판에 대한 헌법소원심판청구를 인정할 것인가가 주로 문제되었었다.¹³⁾ 헌법재판소는 당해 재판이 청구인의 변호사로서의 활동을 직접적으로 제한하고 있음을 이유로 변호사들의 헌법소원심판청구를 인정하고 있다.¹⁴⁾

종합하건대, 당해 공권력행사를 취소 또는 무효선언함으로써 청구인의 법적 지위에 유리한 변동을 가져올 수 있는 경우에, 제3자에 불과한 청구인도 당해 공권력행사에 대하여 자기관련성을 가지게 됨을 알 수 있다. 헌법소원제도가 개인의 주관적 권리구제수단으로서 구성되었으며, 따라서 헌법소원제도를 통하여 추구하는 결론은 개인의 법적 지위향상으로 이어져야 한다는 점을 고려할 때, 이러한 판례의 일반이론은 당연하다고도 할 수 있다. 이하에서는 구체적인 예를 판례를 통하여 살펴본다.

가. 법률에 대한 헌법소원의 경우

(1) 정당 및 의회활동과 관련된 경우

〈BVerfGE 6, 273〉

소득세법EStG 제10b조는 ‘자선, 교회, 종교, 학문, 정치 기타 공공복리의 발전을 위한 기부금Ausgaben은 소득총액의 100분의 5 또는 매상고와 1년간 지급된 임금 및 수당 총액의 1,000분의 2

13) BVerfGE 4, 96 ; 15,226 등

14) BVerfGE 22,114 ; 43,79 등

까지 소득공제된다'고 정하고 있었다. 이 법률에 의거하여 소득세법시행령EStDV 제49조 제1호는 '정치의 발전을 위한 기부금은 기부금이 최근의 연방의회나 지방의회 의원선거에서 자신의 공천에 의하여 최소한 1명의 의원이 선출된 정당이거나 덴마크 소수민족정당에게 지출되었을 경우에만 소득공제된다'고 규정하였다. 그리하여 전독일인민당die Gesamtdeutsche Volkspartei (GVP)인 청구인에게 기부금을 기부한 자들은 소득공제의 혜택을 받을 수 없었다.

이에 청구인이 평등권침해를 이유로 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 '소득공제가 (직접적으로는 청구인이 아니라) 납세의 무자에게 이득을 가져다주는 것은 사실이다. 그러나 위 규정의 목적과 주요작용은 오히려 정당에게 자금을 기부하는 행위를 격려하기 위함이다. 위 조세조항은 동시에 그리고 본질적으로 정당의 재정을 보조하기 위한 것이다. 그러므로 정당의 권리가 관련된 것이다. 실제로나 입법자의 견해에 따르거나, 위 법률과 시행령상의 규정들의 수혜자는 정당이다. 그러므로 위 규정에 의하여 혜택이 배제된 정당은 위 규정에 대하여 자기관련성을 가지고 있다'라고 판시하였다.

〈BVerfGE 12, 10〉

Niedersachsen지방자치선거법 제19조 제8항은 지방의원선거의 입후보자명부에 일정수 이상의 선거권자들의 자필서명을 요구하였다. 그러나 같은 조 제9항은 '1. 당해 정당의 선거입후보명부에 의하여 선출된 의원이 선거일 현재 Niedersachsen주의회에 참여하고 있는 정당 2. 당해 정당의 선거입후보명부에 의하여 Niedersachsen에서 선출된 연방의원이 선거일 현재 연방의회에

참여하고 있는 정당은 당해 선거구를 관할하는 정당기관의 서명으로 제8항이 정하는 서명을 갈음할 수 있다'고 규정하였다. 청구인은 Wolfenbüttel 시의 선거권자이자 Unabhängigen Wählergemeinschaft독립선거단체(UWG)의 Wolfenbüttel지회 회원으로서, 위 시의회 및 도의회의 의원에 출마할 예정이었다. 그러나 UWG는 그 동안 지방자치선거에만 참여하였던 주단체이므로 위 법률 제19조 제9항의 혜택을 받을 수 없었다(위 선거법은 정당 기타 선거단체 또는 개인이 입후보신청을 할 수 있도록 규정하고 있었다).

이에 청구인이 제기한 헌법소원에 대하여, 헌법재판소는 '선거절차에서 한 정당에게 불이익을 초래하는 규정은 또한 당해 정당의 선거권자의 평등선거권 및 기본법 제3조 제1항의 평등권을 침해할 수 있음을 과거 BVerfGE 1,208 결정에서 밝힌 바 있다'고 하면서, '위 법률규정은 UWG에게 부담을 주고 있을 뿐만 아니라, 그와 동시에 위 규정은 청구인의 선거권 및 피선거권을 해치고 있다'고 판시하여 청구인의 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 43, 142〉

Beyern주의회규칙 제7조 제1항 제1호는 '교섭단체는 10명 이상의 의원으로 구성된 단체이다'라고 규정하고 있었다. 청구인들은 8명의 FDP소속 의원들로서 위 규정이 기본법 제38조 제1항, 제2항, 제3조 제1항에 위반된다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 청구인들이 "선거권자로서" 제기한 헌법소원에 관하여는 '교섭단체는 헌법에 의하여 인정된 헌법상의 기관이다. 그에 대한 법률관계는 원칙적으로 의회내에서만 존재하는 것이고, 국민에 대하여 존재하는 것은 아니다. 청구인이

주장하듯 교섭단체로서의 지위를 부정하는 것이 Bayern주 FDP 의원들의 활동가능성에 영향을 미친다면, 그것은 어디까지나 국민의 평등선거권에 대하여는 반사적 효과에 불과한 것이다. 여기에서는 기본권이나 기본권유사권리에 대한 침해 발견할 수 없다'고 판시하였고, 청구인들이 “의원으로서” 제기한 헌법소원에 관하여는 ‘개개 의원은 기본법 제38조 제1항에 따라 고유한 헌법적 지위를 가지고 있다. 이러한 지위와 관련된 헌법적 권리는 기관쟁의절차에서 주장될 수 있을 뿐’, 헌법소원으로 다를 성질의 것은 아니라고 판시하였다.

(2) 경제활동에 관련된 경우

〈BVerfGE 12, 354〉

Volkswagen사 민영이전에 관한 법률은 연방정부가 Volkswagen사 주식전체의 60%를 양도할 것과 같은 법 제6조와 제7조가 정하는 사람에게 주식을 우선배당할 것을 규정하면서, 1. 제7조가 정하는 회사의 노동자, 2. 제6조가 정하는 국내에 거주지를 가지거나 일상적인 체류를 하고 있는 자의 순서로 일정액까지의 주식인수에 우선권을 인정할 것과 매수자에 일정한 할인률을 적용할 것을 규정하였다. 청구인 1)과 2)는 제6조가 정하는 자격에 해당하는 자로서, 제7조로 인하여 주식인수에서 불이익을 받고 있다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였고, 청구인 3)은 제6조나 제7조가 정하는 자격에 해당되지 아니하는 자로서 위 법률 전체에 의하여 평등권을 침해받고 있다고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘위 제7조가 무효화되면, 청구인 1), 2)는 실제로 보다 많은 주식을 보유할 수 있는 기회를 갖게 된

다. 따라서 헌법재판소법 제90조 제1항의 침해요건을 갖춘 것이다. 청구인 3)은 위 법률에 의하여 우선대상에서 제외되어 있으므로, 위 법률에 의하여 직접적으로 침해를 받고 있다'고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 34, 338〉

노동촉진법Arbeitsförderungsgesetz 제4조는 '직업소개는 원칙적으로 연방노동부가 독점한다'고 규정하면서, 제13조 제2항에서 '직업소개란 구인과 구직의 목록(구인구직목록에 유사한 정기간행물의 발취물 또는 별쇄를 포함한다)을 발행, 판매, 게시하는 것 또는 라디오나 텔레비전방송으로 구인구직을 공시하는 것을 말한다'고 정의하고 있었다. 프랑스의 방송국 Radio-Télé-Luxembourg Compagnie Luxembourgeoise de Télé diffusion S. A.의 라디오방송은 독일 전체에서, 텔레비전방송은 독일 서부에서 수신이 가능하였다. 위 방송국으로부터 광고방영시간 전부에 대한 독점사용(Verwaltung, Nutzung, Verwertung)을 위임받은 프랑스 상사회사인 청구인 1)은 독일의 유한회사인 청구인 2)와 청구인 1)이 가지는 위 독점사용권을 독일에서 독점행사하기로 약정하였다. 그러나 청구인들은 위 법률규정으로 인하여 구인구직광고를 할 수 없었다.

이에 청구인들이 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 '근로촉진법 제13조 제2항의 금지는 방송국에 대한 것이다. 청구인들은 위 규정에 단지 경제적으로만 즉 간접적으로만 관련될 뿐이다. 왜냐하면 청구인들은 그의 명의로 스스로 방송을 하는 것이 아니라, 단지 방송물을 제작할뿐이기 때문이다. 청구인들이 방송국으로부터 포괄적인 방송시간을 임차하였다고 할지라도, 청구인들

이 가지는 이익은 경제적인 범위의 것에 불과하다는데 변함이 없다'라고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 부인하였다.

〈BVerfGE 77, 84〉

근로촉진법(1981.) 제12a조는 '건설업분야에서, 통상적으로 노동자에 의하여 수행되는 작업에 대하여, 직업적으로 행하는 노동자위탁행위Arbeitnehmerüberlassung는 허용되지 아니한다'고 새로이 규정하였다. (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 노동자위탁에 관한 법률에 의하면 노동자위탁행위란 사용자Verleiher가 직업적으로, 일반적으로는 영리를 목적으로, 노동자Leiharbeitnehmern를 제3자Entleiher에게 위탁하여 노동급부를 제공하게 하는 것을 말한다). 청구인은 목공으로서, 1973년부터 사용자 회사에서 위탁근로자Leiharbeiter로 종사해왔다.

청구인이 위 규정으로 인하여 직업활동이 침해되었다고 주장하자, 헌법재판소는 '위탁근로자가 위 법률의 수범자가 아닌 것은 사실이다. 즉, 노동촉진법 제12a조의 금지내용은 오히려 위탁자Verleiher만을 대상으로 하고 있고, 같은 법 제228조의 벌칙조항은 그 외에 수탁자Entleiher를 대상으로 하고 있을 뿐이다. 그러나 규정의 대상인 위탁근로관계는 그 본질상 삼면적인dreipolig 것이므로, 위탁노동자도 역시 위탁자나 수탁자와 마찬가지로 위 금지에 대하여 관련성을 가지는 것이다'라고 판시하였다.

(3) 조세와 관련된 경우

〈BVerfGE 18, 1〉

매출세법 제2조 제2항 제2호는 ‘회사조직범위Organkreises내에 서의 매출은 그것이 사법적으로 외부매출처럼 보일지라도 내부 매출로 취급하여 매출세의 대상이 되지 아니한다(Organschaft)’ 고 규정하였다. 청구인들은 einstufige Unternehmer개별기업체로 서 다른 회사조직범위내의 부분기업체와 경쟁관계에 있었으나, 위 규정의 면세혜택은 받을 수 없었다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘위 규정의 무효가 청구인들의 조세 의무를 없애거나 경감시킬 수는 없다. 단지 청구인들의 경쟁기업 인 다른 회사조직범위내의 부분기업체들로부터 면세혜택을 박탈 할뿐이다. (그러나) 헌법소원요건의 중점은, 당해 법규정이 무효 화되면 청구인의 법적 의무가 경감된다는 데에 있는 것이 아니 다. 당해 규정이 청구인의 경쟁자에게 청구인의 경쟁력을 약화시 키는 법적 혜택을 부여하고 있고, 그로 인한 청구인의 불이익이 당해 규정의 무효로써 제거되어진다면 충분한 것이다’고 판시하 여 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 43, 58〉

매출세법은 제4조 제14호 제1문에서 의사, 치과의사, 치료사 Heilpraktiker, 한정치과의사, 물리치료사, 조산원의 행위 기타 소 득세법 제18조 제1항 제1호가 정하는 치료행위에서 발생하는 매 출을 조세로 규정하면서, 같은 호 제2문에서는 ‘제1문이 정하는 직업에 속하는 자를 구성원으로 하는 공익단체Gemeinschaft가 그 구성원에게 지급하는 급부도 일정한 경우에 조세’가 되도록 규정하였다. 청구인은 의원이나 병원수준의 실험실검사를 수행하 고 있고, 그의 검사기관은 현재 실험실전문 의사에 의하여 운영되

고 있고, Reinhessen보험의사협회와의 계약에 의거하여 보험의료범위내에서 실험실검사를 할 수 있었다. 그러나 청구인이 영리법인이라는 이유로 매출세법 제12조 제1항에 따른 매출세가 부과되었다.

이에 대하여 헌법재판소는 의료검사실 공익협회die ärztlichen Laborgemeinschaft의 급부가 청구인의 급부로 대체될 수 있음을 인정하면서, 공익협회와 청구인은 직접적인 경쟁관계에 있다고 하여 위 법률에 대한 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 49, 1〉

소득세법은 제9조에서 필요경비공제를 규정하고, 제9a조에서는 독립사업자가 아닌 노동수입의 경우 필요경비로서 년564DM를 인정하였다. 그러나 한편 같은 법 제3조 제12호 제2문은 ‘연방법률, 지방법률 또는 그들의 수권에 의한 법령에 따라, 연방정부 또는 지방정부가 비용보상Aufwandsentschädigung이라고 인정하여 연방국고 또는 지방국고에서 지급한 급료는 면세이다’라고 규정하여 그 급료가 실제로는 필요경제공제에 해당되지 아니하더라도 법령의 규정에 의하여 비용보상으로 규정되기만 하면 법적인 혜택을 받을 수 있도록 규정하였다. 한편, 연방의회의원법은 제12조에서 의원에 대한 직무경비Amtsausstattung를 비용보상이라고 규정함으로써 일반 납세자와의 평등이 문제되었다.

청구인이 일반납세자로서 제기한 헌법소원에 대하여, 헌법재판소는 평등권침해를 이유로 하는 헌법소원의 적법요건에 대한 일반이론을 제시하였다 ; ‘법률에 의하여 차등하게 규정된 비교대상이 된 사물들이 본질적으로 같으며, 규정상의 차등에 대하여 그럴듯한 근거를 발견할 수 없고, 청구인이 비교대상의 한 당사

자에 해당될 수 있다고 할지라도 이것만으로는 본안에 들어가기에 부족하다. 그러한 경우에 아울러 청구인의 주장이 헌법재판소에 의하여 받아들여져서 당해 규정이 무효로 선언되어진다면, 청구인과 비교대상이 되었던 상대그룹Vergleichsgruppe과의 관계에서 청구인이 보다 유리한 지위를 누릴 수 있어야 하는 것이다. 차등규정을 제거함으로써 상대그룹에게 불이익을 가져온다는 것만으로는 부족하다.’ 이를 전제로 하여 이 사안을 살피면서 헌법재판소는 연방의회의원법의 규정이 무효가 된다고 하여, 청구인의 법적 의무가 줄어들지는 것은 아니므로, 이 사건에서는 자기관련성이 없다는 결론을 내렸다.

(4) 공무원급료와 관련된 경우

〈BVerfGE 26, 116〉

재정재판소규정(1965.)은 주에서는 상급재판소로서의 재정재판소가, 연방에서는 München에 있는 연방재정재판소가 재정재판을 관할하도록 규정하였다. 위 재정재판소 규정이 효력을 발생한 후에 각 주는 법률로써 재정재판소 판사의 직무 및 급료에 대하여 규정하였으나, 재정재판소에 소속한 판사들에 대한 급료를 Oberlandesgerichts, Oberverwaltungsgericht, Landessozialgericht에 소속한 판사들의 급료와 동등하게 규정하고 있지 아니하였다. 청구인들은 각 주의 재정재판소 판사들로서 다른 상급재판소 판사들의 급료와 동등하게 정하지 아니한 위 규정들은 기본법 제3조 제1항, 제33조 제5항 (독일법관법의 전통원칙)에 위반되는 것이라고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘같은 지위와 같은 직무범위를 가지

는 판사 중 한 그룹에게만 청구인들이 향유하지 못하는 권리를 부여하였다면, 청구인들은 이로써 기본법 제3조 제1항 및 제33조 제5항의 권리를 침해받고 있는 것이다'라고 판시하여 평등권 침해를 이유로 한 헌법소원제기의 적법성을 인정하였다. 또한 '입법자가 그의 입법재량범위내에서 재정재판소 판사들의 급료를 향상시키는 방법으로 급료의 평등을 실현할 것인지(아니면 다른 상급재판소 판사들의 급료를 삭감함으로써 급료의 평등을 실현할 것인지가 아직) 확정적인 것이 아니기 때문에, 위 규정들이 청구인들을 불리하게 하고 있는 것이 아니라는 주장은 이 사건 헌법소원의 적법성에 아무런 영향을 미칠 수 없다'하여 평등권 실현과 관련된 입법재량문제가 헌법소원의 자기관련성판단에 영향을 미칠 수 없다고 하였다.

〈BVerfGE 26, 79〉

Beyern주 공무원급료개정법(1965.)은 판사의 급료를 정함에 있어서, 한편으로는 일정한 판사들에게 높은 급료의 지급을 정하였고, 한편으로는 높은 급료의 지급을 받는 관직을 새로이 신설하였다. 청구인들은 6명의 사회재판소판사들 Sozialgerichtsräte로서 위 법률이 사회재판소판사와 상급사회재판소판사Obersozialgerichtsräte를 차별하는 것은 기본법 제3조 제1항 및 제33조 제5항에 위반된다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 '위 법률이 청구인들과 다른 판사들간의 급료를 실제적인 충분한 근거없이 즉 자의적으로 차별하고 있다고 주장하고 있으므로, 청구인들은 그 주장에 따르면 그들의 권리 특히 평등권을 침해받고 있다'고 인정하면서 그 소원제기의 적법성을 인정하였다.

이외에도 같은 취지의 판단을 하고 있는 판례가 많이 있다. BVerfGE 26, 100(Nordrhein-Westfalen주 공무원급료법률에 대한 개정법률) ; BVerfGE 26, 141 (Hessen주 공무원급료법에 대한 개정법률 1965) ; BVerfGE 26, 163 (Beyern주 공무원급료개정법률 1965) 등

(5) 대학제도와 관련된 경우

〈BVerfGE 47, 327〉

Hessen주 단과대학법 제19조 제1항은 ‘단과대학은 교육권과 학문의 자유의 현실에 이바지하여야 한다. 단과대학은 학생을 사회에 책임있는 자로 교육하며, 학문의 사회에 대한 책임을 다하여야 한다’고 규정하였다. 청구인 56), 57)은 Marburg대학 교수로서 위 규정이 학문을 내오막시즘적 의미에서의 학문외적, 사회정치적 이념에 종속시킴으로써 기본법 제5조 제3항, 제3조 제1항이 정하는 청구인의 기본권을 침해하고 있다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘위 규정은 공법인으로서의 단과대학에 대한 규정이다. 이 규정으로부터 청구인들에게 발생하는 효과가 있다면, 반사적 효과에 불과한 것이다’라고 하여 그 자기관련성을 부정하였다.

또한 같은 사건에서 청구인 1)-55)가 각 단과대학의 교수들로서 Hessen대학법 제29조 제1항, 제32조 제1항이 정하는 의과대학의 조직과 권한에 관한 규정에 대하여 헌법소원을 제기한 것에 대하여는, ‘청구인 1)-55)들은 의과대학에 속해 있지 아니하

기 때문에, 단지 의과대학에만 적용되는 위 규정으로 인하여 법적으로 침해받을 수 없다'고 하여 그 적법성을 인정하지 아니하였다.

〈BVerfGE 51, 369〉

Saarland교육대학폐지법은 제1조 제2항에서 교육대학Pädagogische Hochschule의 임무를 Saarland대학(Universität)이 수행할 것을 정하면서, 제4조에서는 '교육대학의 교수자격없는 교원들die Akademischen Räte은 대학의 교원Ämter als Lehrkräfte für besondere Aufgaben, 전문대학이나 음악대학의 강사Ämter als Dozent, 기타 동등한 지위의 직원으로 된다'고 규정하였다. 청구인들은 위 Saarland대학의 종신직 교수Professoren auf Lebenszeit들로서 위 법률로 인하여 기본법 제5조 제3항, 제3조 제1항, 제2조 제1항이 보장하는 기본권을 침해당하였다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 '위 법률 제1조 제2항은 공법인으로서의 대학에 대한 규정이다. 이 규정으로부터 개개 청구인들에게 그 어떠한 법적 효과가 생긴다면, 그것은 반사적 효과 Reflexwirkungen일 뿐이다. 또한 제4조도 청구인의 법적 지위에 전혀 관계되지 아니한다. 교육대학의 교수자격없는 교원들은 대학의 교수그룹으로 전직되는 것이 아니라, 대학의 교원직으로 전직될 뿐이기 때문이다. 조직법적으로도korporationsrechtlich 그들은 대학의 교수그룹에 속하지 아니하고, 오히려 연구보조자 Akademische Mitarbeiter그룹에 해당된다'고 판시하여 자기관련성을 부인하였다.

(6) 기타의 경우

〈BVerfGE 13, 230〉

상점마감법 제3조는 ‘1. 일요일과 휴일, 2. 월요일부터 금요일까지는 7:00까지 및 18:30부터, 3. 토요일은 7:00까지 및 14:00부터. 다만 매달 첫째주(이날이 휴일인 경우에는 그 달 두번째주) 토요일과 12. 24. 이전의 4연속 토요일은 18:00부터, 4. 12. 24. 이 평일인 경우 14:00부터’의 시간에는 상점이 고객과 거래를 하지 못하도록 규정하였다. 청구인 1)은 변호사사무실책임자로서 주당 43시간 이상을 근로하여야 하는 여성이고, 청구인 2)는 연방정부에 근로하는 여성인 바, 위 법률규정으로 인하여 기본법이 보장하는 일반적 행동자유를 침해당하고 있다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘형식적으로 보면, 위 법률의 수범자는 청구인들 자신이 아니고, 상점소유자들이다. 그러나 이 규정이 청구인들의 행동자유권에 미치는 영향은 단순한 반사적 효과를 넘어서는 것이다. 상점소유자에 대한 위 규범은 고객의 구매를 강제적으로 방해하고 있고, 따라서 직접적으로 고객에 대하여 정해진 규범처럼 작용하고 있다’고 판시하면서 청구인들의 헌법소원심판청구의 적법성을 인정하였다.

나. 행정처분이나 법원의 재판에 대한 헌법소원의 경우

우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다. 따라서 자기관련성을 논함에 있어서 법원의 재판에 대한 헌법소원의 심판청구에 대하여 자기관련성을

논함은 무의미하다고 말할 수도 있다. 그러나 자기관련성에 관한 우리의 헌법재판판례가 많이 쌓여있지 아니한 현시점에서는 재판에 대한 헌법소원에서의 자기관련성 판단이 다른 공권력 행사에 대한 헌법소원에서의 자기관련성 판단을 위한 자료가 될 수 있을 것이고, 독일에서는 재판에 대한 헌법소원에서 재판의 대상이 되는 행정처분 자체에 대한 헌법적 심사도 같이 행하고 있어서 행정처분에 대한 자기관련성도 재판에 대한 헌법소원에 대한 판단에서 같이 판단되고 있는 실정이므로, 여기에서는 법원의 재판에 대한 헌법소원에 있어서의 자기관련성에 대한 판례로 같이 살펴본다.

(1) 가족생활에 관련된 경우

〈BVerfGE 31, 58〉

약혼자 청구인 1)은 미혼인 스페인 사람이었고, 약혼녀 청구인 2)는 이혼한 독일 사람이었다. 스페인에서는 결혼자격증을 발급하지 아니하므로, 청구인 1)은 Hamm주 상급통상재판소에 결혼자격증서 제시면제를 신청하였다. 그러나 위 재판소장은 청구인 2)의 독일법상의 이혼이 스페인법상 이혼으로 인정되지 아니하므로 결국 독일법상 청구인 1), 2)의 결혼은 중혼이 되어 위법이라는 이유로 위 신청을 기각하였다. 연방통상재판소도 청구인 1)의 상고를 기각하였다. 청구인 2)는 위 신청과 상고절차에서 당사자로서 참가하지 아니하였으나, 위 결정이 기본법 제6조 제1항이 정하는 청구인의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘청구인 2)에 의하여 제기된 헌법소

원도 그 적법성이 인정된다. 실제로 청구인 2)는 위 재판소의 소송절차에 참가하지는 않았다. 그러나 청구인 1)에게 선고된 결정은 청구인 2)에게도 직접적으로 법적으로 관련이 된다. 약혼자 중 한사람에게 행한 국가행위가 예정된 결혼에 장애가 된다면, 그로 인하여 발생한 침해는 두 약혼자에게 모두 발생한 것이다'라고 판시하였다.

〈BVerfGE 42, 95〉

청구인 2)의 남편인 청구인 1)은 1974. 10. 13. 경제범죄 혐의로 구속되었다. 청구인 2)는 두 자녀를 키우면서 직장생활을 하고 있었는데, 청구인 1)이 수감된 교도소에서 약 325Km 떨어진 곳에서 거주하였다. 이런 사정을 이유로 청구인 2)는 1975. 8. 24. 지방재판소에 청구인 1)을 토요일에 접견할 수 있도록 해달라고 신청하였다. 이에 대하여 지방재판소는 1975. 9. 29. 신청을 기각하였고, 이에 청구인 2)가 항고하자, 주재판소는 1975. 11. 3. 이를 기각하였다.

이에 대하여 청구인 1)도 같이 헌법소원을 제기하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 청구인들의 심판청구를 적법한 것으로 인정한 후, 기본법 제6조 제1항이 보장하는 기본권을 침해하였다는 이유로 위 재판을 취소하였다.

〈BVerfGE 51, 386〉

청구의 A는 터키인으로서는 1961. 10. 경 독일에 입국하여 기계공으로 근무하다가 독일여자인 청구인과 결혼하였다. Köln시는 무면허운전, 마약법위반 등을 이유로 청구외인을 추방처분하였

다. 청구인과 청구외인은 이에 대하여 소를 제기하였으나 청구인은 곧 소를 취하하였고, 행정재판소는 청구외인의 청구를 기각하였다. Oberverwaltungsgericht도 연방행정재판소도 청구외인의 상소를 기각하였다.

청구인의 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소는 ‘헌법소원심판청구의 적법성은 청구인이 원심절차Ausgangsverfahren에 당사자로서 참가하지 않았어도 인정될 수 있다. 청구인이 당해 재판에 의하여 직접적으로 침해받고 있느냐가 중요할 뿐이다. 이 사건에서는 그것이 인정된다. 왜냐하면 청구인은 추방된 외국인의 처로서 그의 국내체류에 관하여 법적 보호이익을 가지기 때문이다’라고 판시하여 가족관계를 이유로 청구외인에 대한 재판에 관하여 청구인의 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 76, 1〉

청구의 A는 터키인으로서 1983. 경 영주를 허가받았다. 그는 1981. 터키인 청구인 1)과 결혼하여, 청구인 2), 3)을 낳았다. 청구인 1)은 1983. 1. 1. 방문비자로 독일에 입국한 후, 방문비자의 기간만료전에 영주허가를 신청하였으나, 외무부는 외국인노동자가족의 국내이주를 제한하는 외국인규정에 따라 위 신청을 기각하면서 청구인 1)에게 처분을 통지받은 날로부터 1개월 내에 출국할 것을 명하고, 거부할 경우에는 추방할 것을 경고하였다. 이에 청구인 1)은 이의신청을 하였으나, Schleswig-Holstein 행정재판소는 위 신청을 기각하였고, Niedersachsen과 Schleswig-Holstein상급행정재판소도 항고를 기각하였다.

청구인 1)의 자여인 청구인 2), 3)이 청구인 1)과 함께 헌법소원을 제기하자, 헌법재판소는 ‘청구인 2), 3)도 역시 위 법원의

결정으로 인하여 침해를 받고 있다. 사실 위 결정은 청구인 1), 즉 어머니에 대하여만 즉각적인 출국의무를 부여하고 있다. 그러나 헌법재판소의 판례에 따르면, 한 외국인에 대한 출국의무 부과는, 청구인 2), 3)과 같은 영주권이 있는 가족에게도 관련이 되어, 가족들도 적법한 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다(BVerfGE 51, 386[395]). 사안에 따르면, 청구인 2), 3)은 위 법원의 결정으로 인하여 상당한nicht unerheblich 기간동안 부모 중 한 사람과 떨어져야 할 것이 예상되며, 시간적인 장애없이 독일에서 부모와 동거하는 것이 방해받게 되기 때문에, 청구인 2), 3)의 자기관련성은 인정된다'고 판시하였다.

(2) 재판절차와 관련된 경우

〈BVerfGE 17, 356〉

변호사인 청구인은 청구외 과부 A의 후견인으로서 1953년부터 1958. 까지 A의 재산을 관리하였다. 청구외인의 후임후견인은 1959. 청구인을 배임죄로 고소하였으나, 검사는 무혐의처분하였고, Stuttgart검찰총장은 항고를 기각하였다. 이에 후임후견인이 이의신청하자, 주상급재판소는 1962. 2. 23. 기소강제절차에서 청구인에 대한 기소를 명하는 결정을 하였다.

이에 청구인은 주상급재판소가 청구인에게 변호의 기회도 주지 아니하였고, 위 결정에 대한 통지도 하지 않았으므로 기본법 제103조 제1항이 정하는 기본권을 침해하였다는 이유로 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 '청구인은 위 결정에 의하여 법적으로 직접적으로 침해받았다. 왜냐하면, 위 결정은 청구인에게 유리한 검사의 불기소처분을 배제하였고, 그에 대한 (기소) 절차

를 계속하게 하였기 때문이다'라고 하여 위 재판절차에 참여하지 않았던 청구인에게 당해 재판에 대한 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 21, 132〉

청구인은 1949. 청구의 A와 결혼하여 청구의 B를 낳았으나, 1960. 이혼하였다. 그후 A와 B는 독일에 남고, 청구인은 미국에서 생활하였다. Nürnberg주검사는 위 A의 독촉에 의하여 1961. 1. 경 B를 상대로 청구인과 B의 적자관계취소의 소를 제기하였다. 위 소송에서 청구인에게는 소장의 송달도 없었고, 혈액검사에 의한 증거절차에서도 청구인은 배제되었다. 결국 주재판소는 1962. 4. 12. B가 청구인의 적자가 아님을 확인한다는 판결을 선고하였다. 민사소송규정 제643조 제1문에 의하여 위 판결은 청구인에게도 효력을 미친다.

위 소송에 참가하지 못했던 청구인이 기본법 제103조 제1항의 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구하자, 헌법재판소는 '위 판결은 B의 지위와 관련한 청구인의 권리를 배제하고 있다. 특히 헌법에 의하여 보호되는 자녀에 대한 보호와 양육의 권리를 배제하게 된다. 이러한 법적 효과 때문에 사건의 당사자가 아닌 청구인에게도 법적 변론권이 부여되어야만 하였다. 왜냐하면 기본법 제103조 제1항이 부여하고 있는 권리는 재판에 의하여 그의 권리가 직접적으로 영향을 받는 모든 사람들에게 부여되는 것이기 때문이다'라고 판시하였다.

〈BVerfGE 34, 81〉

Rheinland-Phalz주 선거법 제42조는 '비례선거에서 의석을 배

분함에 있어서, 의석배분기준정수Wahlschlüssel 이상의 득표를 획득하지 못한 후보자명부는 2차의석배분절차에서 배제된다'고 규정하고 있었다. 1971. 3. 실시된 주의회선거에서 FDP의 후보자명부는 선거구 1, 3, 6에서 Wahlschlüssel 이상의 득표는 하지 못하였으나, 위 법률조항이 없으면 2차의석배분절차에서는 각 1개의 의석을 배분받을 수 있는 득표는 하였다. 그러나 Rheinland-Phalz주 선거위원회는 위 법률조항에 따라 FDP에 의석을 배분하지 아니하였다. 이에 주선거재판소에 이의를 제기하였으나, 판결에 의하여 기각되었다.

청구인들은 선거구 1, 3, 6의 FDP후보자명부의 1,2,3순위 후보자들로써 위 판결에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 '선거에 대한 재판절차가 현저히 객관적인 성격을 가진다고 할지라도 이것이 이 사건 심판청구의 적법성을 부인할 수 없다. 판결이 객관적인 절차에서 이루어졌다고 하여도 심판청구의 적법성은 인정될 수 있다. 헌법소원의 적법성에 있어서 중요한 것은 소원대상이 된 판결이 어떠한 절차에 의하여 이루어졌느냐가 중요한 것이 아니라, 단지 (청구인인) 국민이 당해 공권력에 의하여 직접적으로 침해를 입었느냐가 중요한 것이다. 이 사건에서는 청구인들에게 그 적법성이 인정된다'고 판시하여, 선거소송의 객관적 성질이 자기관련성의 판단에 영향이 없음을 명백히 하였다.

〈BVerfGE 35, 348〉

청구인 1)은 유한책임회사이고, 청구인 2)는 자연인으로서 위 회사의 유일한 사원이다. 청구인 1)은 지하철건설과 관련하여 Hamburg시에 대하여 수용보상청구권을 주장하게 되었다. 청구

인 1)은 소송수행을 위하여 소송상 구조를 청구하였으나, Landgericht와 Oberlandesgericht는 이를 각 기각결정하였다.

이에 청구인 2)가 제기한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 ‘청구인 2)의 헌법소원은 부적법하다. 이 사건 대상인 결정의 내용에 따르면, 수용보상청구권은 위 회사에 속하는 것이지, 청구인 2)에게 속하는 것이 아니다. 위 회사는 유한책임회사법 제13조 제1항에 의하여 단독으로 위 청구권을 재판절차에서 주장할 수 있는 권한이 있고, 이에 더하여 소송상 구조를 신청할 수도 있다. 이러한 법률관계에 따르건대, 소송상 구조신청을 기각한 결정은 청구인 1)에 대하여만 효력이 미치는 것이다. 위 결정은 절차법상으로도, 실체법상으로도 청구인 2)에게는 효과가 없는 것이다. 그러므로 청구인 2)는 위 결정으로 인하여 그의 기본권이 침해받을 수 없다. “청구인 2)의” 회사의 기본권이 침해받았다고 하여, 청구인 2)에게 소원권Beschwerderecht이 발생하지 아니한다. 소송상 구조를 거부한 것이 청구인 2)에게 경제적으로 불이익을 초래할 수 있다는 것이 청구인 2)에게 기본법 제93조 제4a항, 헌법재판소법 제90조 제1항에 따른 헌법소원심판청구권을 인정하는 것을 정당화하지 못한다’고 판시하여 1인회사의 경우에도 회사와 사원은 별개의 인격으로 회사에 대한 판결에 대하여 헌법소원을 제기하고자 하는 자는 회사와는 별도의 자기관련성을 주장하여야 한다는 것을 명백히 하였다.

(3) 소송대리와 관련된 경우

〈BVerfGE 4, 96〉

청구인 1)은 Vereinigung der Wirtschaft e. V., arbeitsgeber-

vertretung, Bamberg이고, 청구인 2)는 위 협회의 구성원 기업으로서 모자 생산업체이다. 위 협회 정관 서문에 따르면, ‘위 협회는 Bamberg에 있는 기업의 자유로운 결합체로서 소속 기업의 공동과제를 수행하며, 노동조합의 상대방이 되어 기업을 위하여 일한다’고 정하고 있고, 정관 제1조 제1항은 협회가 노동재판소 기타 관할관청에 대하여 구성원을 대표하도록 정하고 있었다. 청구인 1)은 청구외 원고 견습공 A가 피고 청구인 2)를 상대로 한 소송에서 청구인 2)의 소송대리인으로 있었으나, Bayern주노동재판소는 1952. 8. 9. 청구인 2)의 항소를 부적법 각하결정하였다. 청구인 1)은 단체교섭능력이 없는 단체이므로 청구인 2)를 위한 소송대리권이 인정되지 아니한다는 이유이었다.

이에 청구인 1)이 위 결정에 대하여 헌법소원을 제기하자, 헌법재판소는 ‘청구인 1)이 위 절차에서 당사자로 참가하지는 않았다. 그러나 청구인 1)은 위 결정으로 인하여 직접적으로 침해받고 있다. 왜냐하면 주노동재판소는 위 항소가 부적법한 대리인 - 즉 단체교섭능력이 없는 사용자단체 - 에 의하여 제기되었다는 이유로 위 항소를 각하하고 있기 때문이다. 이 이유로 인하여 청구인 1)은 그 구성원들의 이익을 위하여 행하는 행동에 제한을 받게 된다. 여기에 청구인 1)이 주장하는 기본법 제9조 제3항의 기본권침해가 있는 것이다. 청구인 1)에게는 주노동재판소의 위 결정에 대한 다른 구제수단이 인정되지 않으므로, 기본법 제9조 제3항의 침해에 근거한 헌법소원은 허용되어야 한다’고 판시하여 청구인 2)에 대한 결정에 대하여 청구인 1)의 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 15, 226〉

청구인은 독소화친협회의 간부를 피고인으로 하는 형사재판에서 사선변호인이었다. 청구인은 피고인의 구속을 비난하는 위 협회의 항의문을 법원에 전달하였다. 연방통상재판소는 청구인이 위 문서를 전달함으로써 형법 제114조, 제91조의 범죄(Beamtennötigung, Zersetzung)를 최소한 방조는 하였다는 이유로 1956. 2. 15. 청구인을 변호인에서 배제시키는 결정을 하였다. 위 결정에 대하여 청구인은 기본법 제2조 제1항, 제101조 제1항, 제103조 제1항의 침해를 이유로 헌법소원을 제기하였다.

이에 헌법재판소는 ‘연방통상재판소의 결정은 절차처분으로서 청구인의 위임인에 대한 것임은 분명하다. 그러나 청구인은 이로 인하여 자기의 기본권을 침해받고 있음을 적절하게 주장하고 있다. 위 결정이 관련된 형사재판이 이미 확정되었다 하여도 이 사건의 적법성에는 아무 영향이 없다. 사실 위 결정이 취소된다고 하여 청구인이 이미 확정된 절차에서 변호인의 지위를 회복하는 것은 아니다. 그러나 위 결정은 아직도 효력을 가진다. 청구인을 변호인에서 배제한 것은 나아가 청구인의 명예와 직업적 활동까지도 침해할 수 있는 심각한 처분einschneidende Maßnahme인 것이다. 그러므로 청구인은 위 결정의 확정에도 불구하고 위 결정에 대하여 법적 보호이익을 가지는 것이다’라고 판시하여 위임인에 대한 결정이 청구인의 변호사로서의 명예와 직업적 활동에 관련되고 있음을 인정하였다.

재판절차에서 소송대리인을 배제시키는 결정에 대하여 변호사의 헌법소원심판청구를 적법한 것으로 인정한 예는 이외에도 많이 있다 ; BVerfGE 22, 114(청구인이 SED의 당원인 점, 동배를

린에 거주하는 점, 과거 SED 또는 KPD의 소송절차의 대리인이었던 점 등을 이유로 청구인을 변호인으로부터 배제하는 결정을 한 경우) ; BVerfGE 38, 105(징계절차에서 조사의 비공개성을 이유로 변호인인 청구인을 위 신문절차에서 배제하는 결정을 한 경우) ; BVerfGE 43, 79(공동변호인에 의한 다수 피고인의 변호는 허용되지 아니한다고 규정한 형사절차규정 제146조에 의거하여 변호인인 청구인이 제기한 상고를 각하한 경우) ; BVerfGE 52, 42(지방자치단체의원은 지방자치단체에 대한 다른 사람의 청구를 (대리하여) 주장할 수 없다고 규정한 Nordrhein-Westfalen 주의 지방자치단체규정 제24조에 의거하여 청구인을 대리인에서 배제시킨 결정)

〈BVerfGE 78, 123〉

청구인 1)은 청구인 2)-4)의 소송대리인이었다. 청구인 1)은 청구인 2)-4)을 위하여 Düsseldorf Landgericht에 항소를 제기하였다. 청구인 1)은 항소장과 항소이유서에 항상 자필로 서명하여 왔다. Landgericht는 판결로 위 항소를 각하하였다. 소송대리인은 항소장과 항소이유서에 형식에 알맞는 서명을 하여야 함에도 불구하고, 청구인 1)이 사용한 문자는 규정이 정하는 서명요건에 따르면, 문서는 성명을 갖춰서 서명되어야 하는데, 이 사건에서는 위 요건을 충족시키지 못하는 수결Pharaphe에 의하여 이루어졌다는 것이었다.

이에 청구인 1)이 제기한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 청구인 1)의 헌법소원은 소원적격이 없으므로 부적법하다. 원심절차에서, 법원이 변호사에 대하여 자의적으로 - 자필서명에 관하여 판례에서 형성된 기본원칙을 완전히 벗어나서 - 해독가능한

미문을 요구하였을 경우라면, 변호사는 직접적인 법적 침해를 받을 수 있을 것이다. 그러한 경우라면, 판결이유에 포함된 기본권 침해가 문제될 것이기 때문이다. 그러나 이 사건은 그런 관계에 있지 아니다. Landgericht는 꽤 소심한 방법이었으나(청구인이 대리한 과거의 다른 소송절차에서는 같은 수결에 대하여 문제삼고 있지 않다가 이 사건은 각하하였다), 그러나 정당한 방법으로 서명규정에 관하여 형성된 기준을 적용하였다. 이로 인하여 청구인 2)-4)나 그의 상대방이 법적으로 직접 침해를 받고 있다고 할 수 있으나, 청구인 1)은 그러하지 아니다. 위 판결은 청구인 1)에 대하여 손해배상청구와 같은 간접적인 불이익을 주고 있음에 불과하다'고 판시하였다. 이 사건은 변호사의 대리권에 관한 것이 아니라 서면제출절차 일반에 관한 것이라는 데에 앞에서 살펴본 다른 사건들과 다른 점이 있었다.

(4) 조세와 관련된 경우

〈BVerfGE 16, 25〉

매출세법 제4조 제21호는 '정관상의 목적이 동물의 인공수정인 단체Vereinigung의 매출은, 그 매출이 단체의 목적에 직접적으로 이바지하는 한, 세금을 부과하지 아니한다'고 규정하였고, 매출세법시행령 제46a조는 개개 자연인은 매출세법 제4조 제21호의 Vereinigung에 해당되지 아니함을 명확히 하였다. 청구인은 개인 상인으로서 Niederbayern에서 인공수정업을 경영하고 있었는데, 경쟁자인 niederbayerische Besamungsgenossenschaft수정협회에게 매출세가 고지되자, 위 매출세는 평등원칙에 반하는 것으로서 취소되어야 하며, 위 법률규정의 혜택이 적용되지 아니한

새로운 세금이 부과되어야 한다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 헌법재판소는 ‘경쟁기업에 대한 매출세면제는 실제로 청구인에게 경제적인 효과를 가지고 있고, 이는 법률 규정에 의하여 옹호될 평등원칙에 관한 문제를 제기할 수는 있다. 그러나 청구인은 경쟁기업에게 부과된 세금고지에 대한 헌법소원으로서는 구제받을 수 없다. 경쟁기업과 국고 사이의 세금부과가 문제이기 때문이다’라고 하여, 경쟁자에 대한 세금부과를 취소한다고 하여 청구인에게 부여될 구체적인 법적 이익이 없음을 이유로 청구인의 헌법소원을 각하하였다.

또한 헌법재판소는 BVerfGE 17, 364 결정에서 법인세법이 Genossenschaft에게 부여한 세제상 혜택으로 인하여 Genossenschaft와 경쟁관계에 있는 개인 상인 또는 상법상의 회사인 청구인들이 기본권을 침해받았다는 이유로 Genossenschaft에 부과된 세금에 대하여 심판청구한 헌법소원을 같은 맥락에서 각하하였다.

〈BVerfGE 18, 1〉

매출세법 제2조 제2항 제2호는 ‘회사조직범위Organkreises내에서의 매출은 그것이 사법적으로 외부매출처럼 보일지라도 내부매출로 취급하여 매출세의 대상이 되지 아니한다(Organschaft)’고 규정하였다. 청구인들은 einstufige Unternehmer개별기업으로서 다른 회사조직범위내의 부분기업과 경쟁관계에 있었으나, 위 규정의 면세혜택은 받을 수 없었다. 1956, 경 청구인에게 매출세가 부과되자, 청구인은 이에 이의신청하였으나, 세무서는 이를 각하결정하였다.

청구인이 위 결정에 대하여 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 ‘평등을 이루기 위하여 다중기업mehrstufige Unternehmer의 매출에 대하여 부가세를 부과하는 방법을 택한다면, 청구인 자신의 조세의무를 제거하거나 경감시키는 것은 아니게 된다. 그러나 위 공권력은 청구인에게 경쟁자인 다중기업과의 경쟁을 효과적으로 수행할 수 있는 능력을 저해하는 매출세의 납세를 부과하고 있는 것이다. 위 공권력행사로 인한 이와 같은 불리한 효과는, 이의신청에 대한 결정과 그와 관련한 조세부과에 대한 헌법소원이 인용된다면, 제거되게 된다. 청구인의 헌법소원은 적법하다’고 인정하였다.

헌법재판소는 경쟁자에게 부과된 조세부과에 대한 헌법소원은 인정하지 않으면서, 청구인 자신에게 부과된 조세부과에 대한 헌법소원은 평등권침해를 이유로 적법한 것으로 인정하고 있다. 헌법소원제도의 운영이 개인의 구체적 권리침해를 구제하기 위한 것이어야 한다는 점을 명확히 드러내준다고 하겠다.

(5) 학문, 교육과 관련된 경우

〈BVerfGE 15, 256〉

Hessen주 행정재판소 1960. ‘Hessen주는 박사 W. 교수에게 Gießen에 있는 Justus Liebig대학의 교수außerordentlicher Professor 임명및 초빙장을 교부하라’는 판결을 했다. 위 행정소송의 당사자가 아니었던 청구인들은 위 대학 및 위 대학 의학부 Fakultät로서 위 판결로 인하여 기본법 제5조 제3항이 보장하는 기본권을 침해당하였다고 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 ‘대학은 연구, 교육에 관하여 자치행정권을 가진

다. 주는 위 판결에 따라야 한다. 따라서 W.는 주공무원이 될 뿐만 아니라, 동시에 대학과 Fakultät로부터의 법정의 임명행위없이 법인Korporation으로서의 대학의 구성원이 되고 또한 Fakultät가 되게 된다. 따라서 청구인들의 청구는 적법하다'라고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 24, 289〉

청구인 1)이 다니던 국민학교에서는 수업전에 선생님이 기도를 하였고, 이때 학생들은 일어나서 같이 기도에 참여하였다. 청구인 1)의 동급생 A의 부모는 위 단체기도를 금해달라고 시립학교위원회Stadtschulamt에 청구하였으나, Wiesbaden시장은 위 청구를 각하하였다. 이에 A는 Hessen주 국사재판소 Staatgerichtshof에 항소하였고, 국사재판소는 1965. 10. 27. 위 시장의 결정이 Hessen주 헌법 제9조, 제48조 제2항에 위반된다는 이유로 위 시장의 결정을 취소하는 판결을 하였다. 이에 청구인 1)과 그의 부모인 청구인 2), 3)이 위 국사재판소의 판결에 대하여 기본법 제4조, 제6조 제1항, 제2항, 제7조 제2항, 제140조, 제100조 제3항의 침해를 이유로 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 '위 판결의 주문과 이유는 청구인 1)의 동급생 A와 그 부모의 법적 지위에 대한 것이다. 위 판결은 단지 시장의 결정을 취소한 것뿐이다. 헌법소원의 제기에 필요한 침해 Beschwer는 물론 원심절차에 참가하지 않은 자에게도 인정될 수 있다. 그러나 그것은 예외적인 것으로서, 그 결정이 절차에 참가하지 아니한 자의 지위를 직접적으로 변경하였을 때 (BVerfGE 4, 96[101] ; 15, 256[262]), 기본권침해가 소원대상이 된 결정의 내용이나 규정형식에 im Inhalt oder in der Art der

Formulierung der angefochtenen Entscheidung에 바로 존재하는 경우(BVerfGE 15, 283[286])에 해당되는 것이다. 이때 (법적 지위의 변동은) 물론 결정의 집행에 의하여 비로소 이루어지겠지만, 결정 자체에 의하여 그 변경의 위험이 발생한다면 그로써 충분한 것이다. 그 위험에 대하여는, 미래의 법적 침해가 현재 제기된 헌법소원이외의 다른 방법에 의하여 제거되어질 수 있는가가 그 판단의 기준이 된다. 다른 방법에 의하여 법적 침해가 제거될 수 있다면, 그러한 불이익은 현재의 법적 침해로 인정되기에 부족하기 때문이다. 이 사건에서 국사재판소의 판결은 청구인들에 대하여 침해라고 인정되기에 충분한 권리침해의 위험을 가져오지는 아니하였다. 왜냐하면 청구인들에게는 추후에 발생할 침해에 대하여 권리구제절차로서 구제받을 수 있는 가능성이 있기 때문이다. 이 사건 헌법재판소의 판결은 법률의 효력이나, 법률유사의 효력을 갖는 것이 아니다. 그 판결의 내용은 시장의 결정의 취소와 학교기도가 Hessen주 헌법에 합치되지 아니한다는 인정에 불과한 것이다. 동시에 그 판결에 의하여 당시 행해지던 학교기도를 중지하여야 한다는 것은 아니었다. 그러한 판단은 오히려 시에 위임한 것이었다. 또한 국사재판소가 행한 Hessen주 헌법의 해석이 기본법에 합치한다는 것인지에 관하여도 국사재판소가 판단한 바 없다. 그러므로 청구인들은 시가 추후에 학교기도를 금할 경우에 그 처분이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하더라도, 그것이 Hessen주 국사재판소 판결의 기관력과 배치되는 것은 아니다'라고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 부인하였다.

(6) 기타의 경우

〈BVerfGE 76, 248〉

청구인 1)은 교통사고를 당하여 경추골절상으로 머리와 입을 움직일 수 없을 정도로 횡단마비되었다. 청구인 1)은 1987. 3. 교수인 청구인 2)에게 녹음테이프를 보내어, 그녀의 상태를 설명하면서 그녀의 생명을 마칠 방법에 대한 조언을 구하였다. 청구인 2)는 청구인 1)이 전신마취액을 마실 것인지를 스스로 결정하여 작동할 수 있는 점적장치를 설계하였다. 그후 청구인 2)는 1987. 5. 경 검사에게 청구인 1)의 안락사에 관한 자신의 형법상 책임에 대하여 질의하였다. 검사는 사건을 경찰에 이송하였고, 경찰은 Baden- Württemberg의 경찰법 제1조에 근거하여 청구인 2)에게 위 기구제작을 금하는 처분을 하였다. 청구인들은 위 경찰처분에 대하여 기본법 제1조, 제2조, 제12조의 침해를 이유로 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 ‘청구인 1)은 위 경찰처분의 대상자Adressatin가 아니다. 그러므로 청구인 1)은 예외적으로 위 경찰처분에 의하여 자기의 권리가 침해된 경우에만 헌법소원을 적법하게 제기할 수 있다. 청구인 1)이 제3자를 통하여 적극적으로 자살의 조력을 받을 수 있는 헌법적인 청구권을 가지고 있고, 나아가 경찰처분에 대한 심판이 그 문제해결에 적합한 경우에만 그 적법성이 인정되는 것이다. 그러나 위 마지막 요건이 존재하지 않는다’고 판시하여 청구인 1)의 자기관련성을 부정하였다.

6. 제3자의 소송담당을 인정할 것인가?

헌법소원절차에서의 청구인은 “자기의” 기본권을 주장하여야 한다. 따라서 다른 사람의 권리를 주장하면서 소송을 제기하는

제3자의 소송담당제도는 그 본질상 헌법소원절차에서는 인정되지 않는 것이 원칙이다. 이때에도 청구인이 위임된 권리를 수행하는 과정에서 발생한 청구인 자신의 기본권침해에 대하여는 자기의 이름으로 헌법소원을 제기할 수 있음은 물론이다.

가. 임의적 소송담당의 경우

〈BVerfGE 56, 296〉

청구인 1)은 그의 토지에 대한 정부의 수용결정(1968. 11. 21.), 그에 대한 Oberlandesgericht Zweibrücken의 판결, 연방통상재판소의 결정에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 그러나 헌법소원절차가 진행되는 동안 청구인 1)은 청구인 2)에게 위 토지를 매도하였다.

헌법재판소는 '이 사건 대상이 된 결정들에 의하여 발생한 헌법적 침해가 토지의 양도로 인하여 소멸되는 것이 아니므로, 청구인 1)의 헌법소원은 적법한 것으로 남아있다. 그러나 청구인 2)의 헌법소원은 부적법 각하되어야 한다. 이 사건 대상인 결정들은 청구인 2)에 대한 것이 아니며, 헌법소원에서는 제3자 소송담당은 허용되지 아니한다'라고 판시하여 임의적 소송담당제도를 명백히 부인하였다.

〈BVerfGE 31, 275〉

구저작권법(1901., 1910., 1934.)은 실연자에게 50년간의 저작권을 인정하였으나, 신저작권법(1965.)은 실연자에게 25년간의 저작권만을 인정하고, 경과규정으로 구저작권법상의 권리는 신저작권

법이 정하는 범위내에서만 인정된다고 규정하였다. 청구인 8)은 저작권보호회사eine Verwertungsgesellschaft로서 유명가수, 지휘자의 미망인, 음반제작자 등과 위임계약을 체결하여 위 실연자 및 음반 등 제작자의 권리를 행사하며, 재판절차에서 주장할 수 있는 권한을 위임받았다.

청구인 8)이 위 위임계약에 근거하여 자신의 이름으로 기본법 제14조의 침해를 이유로 헌법소원을 제기하자, 헌법재판소는 ‘실연자와 음반 등 제작자는 위 계약에 의하여 구제작권법상의 권리를 그 실현을 위하여 단순히 신탁적으로 청구인 8)에게 위임하였을 뿐이다. 이에 의하여 청구인 8)은 형식적으로 위 권리의 소유자이지만, 경제적으로는 이 권리들은 아직도 위탁자의 재산에 속하고 있다. 그러므로 청구인 8)은 기본법 제14조가 정하는 자기의 기본권을 주장할 수 없는 것이다. 청구인 8)이 그에게 위임된 권리에 대하여 자기의 이름으로 재판절차에서 주장할 수 있는 권한을 부여받았다면, 청구인 8)은 소송담당자로서 소송을 수행하는 것인데, 이는 헌법소원절차에서는 허용되지 않는다’라고 판시하였다.

나. 법정소송담당의 경우

〈BVerfGE 21, 139〉

청구인은 청구외인 A의 유산에 대한 유언집행자이다. 청구인은 상속녀가 Westland 지방재판소에 제기한 상속증명서 교부신청절차에서, 상속재판관Nachlaßrichter이 예단을 가지고 있다는 이유로 기피신청을 하였다. 이에 상속재판관은 1964. 2. 12. 비송사건절차법 제6조 제2항에 따라 비송사건에서는 재판관의 기피

가 인정되지 않는다는 결정을 하였다. 이 결정에 대한 이의에 대하여 Flensburg주재판소는 기각결정하였고, Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht도 역시 기각하였다.

청구인이 위 결정들에 대하여 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 ‘청구인은 상속증명절차에서 직무에 근거하여 당사자로서 자기의 권리를 행사하였다. 따라서 그는 이 절차에서 가지는 기본권의 침해는 자기의 이름으로 주장할 권리가 있다’라고 판시하여 법정 소송담당제도를 헌법소원절차에서 인정하였다.

〈BVerfGE 51, 405〉

청구인 소유의 부동산에 대한 강제경매절차에서 청구인의 재산에 대하여 파산절차가 개시되었고, 위 부동산은 1978. 5. 19. 경락되었다. 청구인이 위 경락에 대하여 항고하자, Landgericht는 ‘강제경매절차에서 파산절차가 개시된 부동산의 소유자는 소송참가권을 행사할 수 없고, 파산관재인이 그를 대신한다’는 이유로 부적법각하하였고, Oberlandesgericht는 청구인의 재항고를 기각하였다. 이에 청구인은 위 부동산이 너무 낮은 가격에 경매되었다는 이유로 기본법 제3조 제1항, 제14조 제1항의 침해를 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 헌법재판소는 ‘파산자로서의 청구인의 정당한 이익은 그가 파산절차개시결정을 대상으로 상소를 함으로써 보호받는다. 이 경우에 파산법 제6조 제1항은 헌법소원의 제기를 방해하지 않을 것이다. 파산절차개시결정의 확정Unanfechtbarkeit으로 말미암아 파산자는 파산재산에 관한 처분권을 박탈당하였다. 그는 그 범위내에서 실체법적인 행위능력Handlungsfähigkeit를 잃은 것이다. 그 능력이 파산관재인에게 넘어갔다. 물론 파산관재인이

그 직무상 당사자로서 그 자신의 이름으로 헌법소원을 제기할 수 있기 때문에 파산자는 그러한 능력이 없다는 결론을 내린다면, 이는 타당하다고 할 수 없다. 오히려 절차상의 행위능력은 다름이 되는 법률관계의 실제법상의 행위능력을 전제로 한다는 데에서 그 능력상실의 근거를 찾아야 한다. 이러한 원칙은 절차법에서 일반적으로 인정되는 것이다. 또한 이러한 원칙은 헌법소원에도 해당되는 것이다. 그러므로 청구인이 제기한 헌법소원은 부적법한 것이므로 헌법재판소법 제24조에 의하여 이를 각하한다'고 판시하여 파산자에게 헌법소원심판청구의 적격을 인정하지 아니하였다.

7. 단체소송Verbandsklage

단체소송이란 단체가 단체 자신의 권리가 아니라, 구성원의 권리를 주장하는 소송을 말한다. 특히 문제가 되는 것은 단체가 구성원의 권리의 주장과 실현을 그 단체의 업무(임무)로 정하여 설립되었을 때이다. 임의적 소송담당을 인정하지 아니하는 현재의 재판입장에서 볼 때, 헌법재판소가 단체소송을 인정하지 아니하는 것은 당연한 것으로 보인다. 다만, 단체 자신의 기본권의 내용의 범위를 넓힘으로써, 단체 자신의 기본권침해로 헌법소원의 범위를 넓히려는 시도가 있음에 주의를 요한다고 하겠다.

8. 기본권 주체가 사망한 경우

공권력의 행사로 인하여 침해를 받은 기본권의 주체가 사망한 경우, 당해 기본권침해에 관하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는가, 심판청구가 허용된다면 누가 누구의 이름으로 헌법소원심판

을 청구할 것인가 등이 문제된다.

〈BVerfGE 17, 86〉

전쟁미망인부양법 제43조는 ‘전쟁으로 인하여 사망한 자의 남편은, 그의 생계무능력 때문에 처의 노동수입으로 그들의 생계비의 대부분이 충당되어져왔을 경우, 그의 무능력이 계속되는 한 연금Witwer-Grundrente을 받는다’고 규정하였다. 1945. 경 국민돌격대에 소집되어 전쟁수행중 부상을 당한 청구외 1)은 그의 처가 같은해 저공공습으로 인하여 사망하자, 1952. 1. 5. 연금을 신청하였다. Versorgungsamt Hildesheim, Landesversorgungssamt niedersachsen, Sozialgericht Hildesheim, Landesgericht Niedersachsen, Bundessozialgericht는 청구인의 신청을 각 기각하였다. 청구외 1)은 1960. 2. 25. 헌법소원을 제기한 후 사망하였다.

청구외 1)의 아들이자 공동상속인인 청구인이 수행하는 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 ‘헌법소원이 피해자의 상속인중 한 명에 의하여 제기되어 있음에는 의문이 없다. 헌법재판소는, 헌법재판절차진행중 (당사자가) 사망한 경우, 원심절차 Ausgangsfahren에서 재산상의 청구권finanzielle Anspruch이 문제가 되었다면, 그 상속인이 당해 헌법소원을 승계하여 수행할 수 있음을 인정할 바 있다. 이 사건에서도 재산상의 청구권이 문제가 되고 있다. 또한 청구인은 공동상속인으로서 상속재산에 속하는 청구권에 대하여 독자적으로 청구할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 따라서 청구인 단독으로 위임한 소송대리도 적법한 것이다’라고 판시하여, 재산적 청구권에 관련된 헌법소원의 경우에는 그 상속인의 헌법소원을 적법한 것으로 인정하고 있다.

9. 공권력불행사의 경우

공권력의 불행사가 헌법에 반할 경우, 누가 당해 공권력불행사에 대하여 헌법소원심판을 청구할 적격을 가지는가? 일정한 공권력의 행사에 대하여 구체적인 청구권을 가지는 자는 당해 공권력의 부작위에 의하여 자기의 권리를 구체적으로 침해받고 있는 것이므로 그에게 헌법소원심판청구의 적격을 인정하여야 한다고 일반적으로 설명된다. 즉 당해 공권력이 행사되어야 할 것이 헌법상 구체적으로 인정되는 자에게 자기관련성이 인정되고 있다.

〈BVerfGE 2, 287〉

서베를린 주재무부장은 1949. 10. 13. 동독의 화폐와의 환율을 고려하여 서베를린의 담배제조업을 육성하기 위하여 細담배 Feinschnitt에 대하여 세금을 감경하였다. 이러한 담배가 서독시장에 흘러들어갔다. 이러한 현상은 1951. 7. 21. 특정종류의 담배생산에 대한 세제조치에 관한 법률이 효력을 발생할 때까지 계속되었다. 연방재무부장은 1949. 10.부터 1951. 8. 까지 세금의 우대를 받고 있던 서베를린의 Feinschnitt의 판매를 방관하고만 있었다. 청구인은 서독에서 담배제조업을 경영하는 자로서, 위 Feinschnitt의 판매로 인하여 재산상의 손해를 입고 있었다. 이에 청구인은 연방재무부장이 공권력을 행사하지 아니함으로써 말미암아 기본법 제1조 제2조, 제33조가 청구인에게 보장하는 기본권을 침해하였다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 헌법재판소는 ‘헌법소원은 헌법재판소법 제95조 제1항의

규정과 같이 부작위를 대상으로 할 수 있다. 그러나 청구인은 연방재무부장관이 청구인의 권리를 침해하지 않기 위하여 취할 수 있었던 구체적인 권한행사, 즉 청구인 자신이 청구권을 가지고 있었던 (연방재무부장관의) 구체적인 권한행사를 명시할 수 없었다. 청구인이 연방재무부장관의 부작위로 말미암아 그의 영업에 심각한 손해를 받았다는 일반적인 주장만으로는 부족한 것이다'라고 판시하여 연방정부에 대하여 구체적인 청구권이 없는 청구인의 헌법소원을 각하하였다.

〈BVerfGE 17, 364〉

법인세법 제23조는 '일정한 경우에 명령에 의하여 Genossenschaft에 대하여 세액을 감면할 수 있다'고 규정하였고, 이에 따라 법인세법시행령 제31조 내지 제35조는 일정한 Genossenschaft에게 세제혜택을 부여하고 있었다. 1960. 8. 11. 위 시행령에 따라 A Genossenschaft에게 법인세가 부과되자, Genossenschaft와 경쟁관계에 있었던 개인 상인 또는 상법상의 회사인 청구인들은 위 Genossenschaft에 부여된 혜택으로 인하여 기본권을 침해받았다고 주장하면서 '국세청은 위 Genossenschaft에게 위 시행령이 적용되지 아니한 새로운 법인세를 부과하라'는 결정을 구하는 헌법소원을 제기하였다.

이에 대해 헌법재판소는 '헌법소원으로 경쟁자에게 법인세를 부과시킬 수 있게 할 수 없다'고 하여 앞에서 살펴본 결정과 같은 입장을 견지하였다.

10. 결론

이상에서 헌법소원심판청구의 적법요건으로서의 자기관련성의 판단기준에 관하여 독일판례를 중심으로 살펴보았다. 이상의 판례를 종합해 보면 결국 당해 공권력을 취소하거나 무효확인함으로써 청구인의 기본권이 회복될 수 있는 등의 법적 이익이 있는가의 여부가 그 판단의 중추가 됨을 알 수 있다. 그러나 이러한 판단은 다시 나아가 청구인이 주장하는 침해가 청구인이 주장하는 헌법상의 기본권의 범위내에 속하는가? 라는 질문에 대한 해답을 전제로 하고 있음을 손쉽게 알 수 있다. 즉 헌법상 보장되는 개개 기본권의 보호범위에 대한 실체법적 판단을 전제로 하지 아니하고는 자기관련성에 대한 실질적 판단은 기대하기 힘들다는 것이다. 헌법이 보장하는 기본권이 구체적으로 어떠한 내용의 권리를 보장하는 것인가라는 문제는 보다 깊은 연구를 요하는 문제이다. 이에 대한 구체적 연구를 기대하면서 이 글을 맺는다.

권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰¹⁾

신 봉 기
헌법재판소 연구원

- 목 차 -

- I. 서 언
- II. 우리나라의 권한쟁의심판제도
 - 1. 권한쟁의심판의 종류 및 당사자
 - (1) 국가기관 상호간의 권한쟁의심판
 - (2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판
 - (3) 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판
 - 2. 권한쟁의심판의 청구
 - 3. 권한쟁의심판의 심리
 - 4. 권한쟁의심판의 결정과 효력
- III. 외국의 권한쟁의심판제도
 - 1. 독일의 제도

1) 본고는 사법행정 1991년 9-10월호에 ‘권한쟁의심판제도 소고 - 한국과 독일의 제도를 중심으로 -’ 라는 제하로 소개된 것을 대폭 수정하였고 또한 권한쟁의 제도를 채택하고 있는 몇몇 국가의 제도를 참조 보완하였음을 밝힌다. 그 가운데 특히 독일의 경우 이제까지의 권한쟁의 사건을 내용·당사자·심판결과를 기준으로 정리하여 도표로써 소개하였다.

I. 서 언

권한쟁의심판제도(Organstreitigkeiten)라 함은 국가기관 등 상호간에 헌법적 권한과 의무의 존부 또는 범위, 내용에 관하여 다툼이 발생한 경우에 제3의 독립된 기관인 헌법재판소가 이를 유권적으로 심판함으로써 그 분쟁을 해결하려는 제도를 말한다. 다시 말해서 둘 이상의 기관이 특정사항을 각각 자기의 권한이라고 주장하거나(적극적 권한쟁의), 또는 각각 자기의 관할에 속하지 아니한다고 주장(소극적 권한쟁의)하는 경우에 이를 최종적으로 심판하는 것을 말하는 것이다²⁾. 이 제도의 목적은 국가기관 등 상호간의 권한의 존부와 범위 및 한계를 명확히 함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법의 규범적 효력을 보호하려는 데 있다³⁾. 제2공화국헌법에 이어⁴⁾ 두 번째로 채택된 권한쟁의심판제도는 과거의 제도가 “국가기관간의 권한쟁의”심판만을 대상으로 하였던 반면에(제83조의3 제3호), 현행헌법상의 제도는 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판에까지 확대하여 심판의 대상으로 하고 있는 것이 그 특징이다.

권한쟁의심판제도는 내용에 있어 다소 차이가 있다 하더라도 오늘날 여러 국가에서 채택하고 있는 제도이다. 본고는 우리 나

2) 김효진, 코멘탈 헌법(대표집필자 : 김철수), 1988. 614면. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 것은 오스트리아와 스페인의 헌법재판소법이 명문으로 채택하고 있다(오스트리아 헌법재판소법 제42조 이하, 스페인 헌법재판소법 제62조 이하).

3) 허영, 한국헌법론, 1990. 818면 ; 권영성, 헌법학원론, 1990. 976면 ; 주희열, 헌법재판의 제도적 고찰, 대한변호사협회 심포지엄(1989년 9월 28일), 수록 : 헌법재판자료 제3권(헌법재판소), 1990, 470면.

4) 당시에 헌법재판소법은 제정(1961. 4. 17. 법률 제601호)되었으나 재판소의 구성이 지연되던 중 5.16에 의한 국가재건비상조치법으로 법이 폐지되었다.

라와 권한쟁의를 두고 있는 여러 국가의 제도를 비교법적 관점에서 고찰함을 목적으로 하는 것이지만 자료 및 지면부족으로 인하여 독일을 제외한 기타 국가의 제도는 관계 법문을 중심으로 간략히 살펴봄에 그칠 수밖에 없다(여기서 부분적으로 주장되는 필자의 견해는 사건임을 밝혀둔다).

II. 우리나라의 권한쟁의심판제도

헌법헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소의 관장사항으로서 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’을 들고 있으며, 헌법재판소법 제2조 제4호에서도 이를 그대로 규정하고 있다. 나아가 동법 제61조 이하에서는 권한쟁의심판의 종류, 당사자 및 절차에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있다.

1. 권한쟁의심판의 종류 및 당사자

(1) 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

헌법재판소법은 이에 해당하는 것으로 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제1호). 헌법에 의하여 일정한 권리의무의 주체로 설치된 이러한 최고의 “헌법기관”은 당연히 심판청구의 당사자능력이 있는 것이며⁵⁾, 더 나아가 국회상임위원회⁶⁾와 같이 독자적인 기

5) 참조할만한 판례로서 국회의 자율권과 지축되는 범위내에서는 법원의 법률위헌여부심사권이 인정되지 않는다는 ‘국민투표법위반피고사건’(대판 1972. 1. 18, 71도 1845)이 있다.

능과 의무를 가지고 헌법기관의 기능에 참여하는 헌법기관의 구성부분이나 국회의 원내교섭단체에게도 헌법상 여러 독자적 권한이 인정⁷⁾되고 있는 것을 보면 그들도 당사자가 되는 것이 바람직하다는 유력한 견해가 있다⁸⁾. 현재 소위 '날치기법안통과'와 관련하여 국회의장에 대한 신민주연합당(구 평화민주당)의 권한쟁의심판이 청구되어 접수되어 있으나,⁹⁾ 본안심사 이전에 현행 법상 청구인 및 피청구인의 당사자능력인정 여부가 먼저 신중하게 검토되어야 할 것이다. 즉 헌법재판소법이 정하는 위 “국가기관”의 해석과 관련하여 위 조항을 강행규정으로 볼 것인지 아니면 예시규정으로 볼 것인지에 따라 당사자능력의 범위는 큰 차이가 있으므로 본 제도의 입법취지와 본질을 무시하지 않는 범위에서 합당한 해결책을 찾아야 할 것이며 이는 앞으로 깊이 연구되어야 할 과제이다.

(2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판

-
- 6) 현행 국회법상 국회의 위원회에는 상임위원회와 특별위원회의 2종류가 있다(제35조). 상임위원회에는 국회운영, 법제사법, 외무통일, 행정, 내무, 재무, 경제과학, 국방, 문교체육, 문화공보, 농림수산, 상공, 동력자원, 보건사회, 노동, 교통체신, 건설위원회 등이 있고 각각 그 소관에 속하는 의안과 청원 등을 심사한다. 특별위원회는 국회가 특히 필요하다고 인정한 안건을 심사하기 위하여 둘 수 있는 것이며 이와는 별도로 국회의 예산안과 결산을 심사하기 위하여 예산결산특별위원회를 두고 있다. 현재 (제13대 국회) 특별위원회로는 예산결산특별위원회 이외에 통일정책특별위원회, 5.18 광주특별위원회, 세계챔버리특별위원회 및 대전세계박람회지원특별위원회 등 4개가 구성되어 있다.
- 7) 허영, 한국헌법론, 1990. 819면 참조.
- 8) 허영, 헌법이론과 헌법(하), 1988. 387면. 이와 관련하여 헌법재판소의 이시윤 상임재판관은 「우리 헌법재판소법 제61조 1항에서는 '당해 국가기관'으로 규정함으로써 당사자능력을 문리해석상으로는 국회·정부·법원 또는 중앙선관위에게만 국한시킨 것으로 보이지만, (상임위원회나 원내교섭단체 등에게도 당사자 능력을 인정시키고 있는) 독일처럼 이들 헌법기관의 일부까지 확대해석의 여지가 없지 않을 것이다」라고 계시다(헌법재판에 대한 관건, 헌법논총 제1권(헌법재판소), 1990, 67면).
- 9) 90 헌라 1 사건, 1990. 9. 12. 접수. 신 민주연합당이 최근 '민주당'으로 개칭하였으나 청구인변경신청은 아직 들어와 있지 않다. 여기서 이른바 '날치기 입법'이란 소정의 입법절차를 실력의 행사로 왜곡함으로써 마치 의결이 있는 것과 같은 형식을 취하는 경우를 가리키는 것이라고 할 것이다(이상규, 날치기 입법의 종식을 바라며, 법조시론, 1992. 1. 3면)

헌법재판소법은 이에 해당하는 것으로 정부와 특별시, 직할시, 도간의 권한쟁의심판과 정부와 시, 군, 자치구간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제2호). 여기서는 국가기관의 범위를 정부에 한정하고 있는데 동조항 제1호의 국가기관의 해석과 관련하여 문제가 있을 수 있다. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판을 정하고 있는 것은 지방자치제의 실효성확보와 밀접한 관계가 있다¹⁰⁾. 특히 지방자치관련법률에서 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단되는 경우에 내무부장관 등(시·도에 대하여는 내무부장관, 시·군·자치구에 대하여는 시장과 도지사)에게 이에 대한 재의요구권을 주고 있다든지(지방자치법 제159조) 또는 지방자치단체장의 명령, 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 경우에 내무부장관 등(시·도에 대하여는 주무부장관, 시·군·자치구에 대하여는 시장과 도지사)에게 이에 대한 시정명령이나 취소권, 정지권을 주고 있는 것(지방자치법 제157조)과 관련하여 앞으로 이를 둘러싼 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 적지 않게 있을 것으로 예상되고 있다¹¹⁾¹²⁾. 그리고 앞으로 도시계획법상의 지역·지구·구역의 지정권한이 상당부분 지방자치단체에게 이양될 것을 예상한다면 그 권한범위에 있어서 정부(건설부)와 지방자치단체간에 다툼이 발생하게 될 것으로 보인다. 특히 개발제한구역의 존치 여부 및 그 관리권의 배분 등

10) 지방자치단체가 분쟁의 당사자인 경우와 관련한 문제점에 대하여는 아래의 IV. (4) 참조.

11) 최근 「지방자치단체의 장 선거 이후에는 서울시의 4급 이상 공무원의 임명권을 내무부장관이 갖는다」고 한 정부의 규칙제정을 놓고 내무부와 서울시간에 다툼이 있었다(관련기사 조선일보 1991년 7월 24일자 19면).

12) 동지, 이시윤, 헌법재판과 입법통제, 고시연구 1991년 8월호, 19/20면 참조. 이시윤 상임재판관은 위 지방자치법 제157조에 의거 감독청인 내무부장관에게 시정명령권과 직권취소정지권을 인정하고 있는 규정이 “만일에 내무부장관에게 지방자치단체에 대한 포괄적인 통제권을 부여하는 것이 되고 지방자치제도에 어긋나는 자치단체의 권한침해의 범위가 되게 된다면 권한쟁의 심판청구의 대상이 될지 모른다”고 보고 계신다.

은 오늘날 커다란 사회적 관심을 불러일으키고 있다. 이 경우 지방자치단체의 장과 지방의회가 각각 권한쟁의의 소송당사자능력을 갖는다는 것에는 의문이 없다¹³⁾. 또한 지방자치단체가 입안 결정하는 도시계획 등과 관련한 계획고권(Planungshoheit)이 헌법상 보장된 지방자치권의 하나로서 인정되는지 여부에 대한 다툼이 있는 경우에 문제될 수 있을 것이다¹⁴⁾. 여기서 계획고권이라 함은 지방자치단체가 자기책임하에 계획을 수립할 권한을 말한다. 계획고권을 근거로 하여 지방자치단체는 다른 기관에 의한 계획책정에의 참여권(Beteiligungsrechte) 및 그에 대한 방어권능(Wehrfähigkeit)을 갖게 되는 것이며, 나아가 지방자치단체의 권리를 주장할 수 있는 법적 기초가 된다. 그런데 계획고권은 법률상의 명문규정의 결함으로 하여 일반적으로 부정되고 있는 것이 종래의 태도이다. 그러나 여러 법해석방법에 의하면 헌법, 지방자치법 및 도시계획법 등은 계획고권을 인정하고 있는 것으로 보이며, 계획고권이 인정됨으로써 지방자치의 본질이 공동화되는 것을 막을 수가 있다. 그리고 헌법재판소법은 교육, 학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것이 권한쟁의심판의 대상이 된 때에는 교육위원회가 지방자치단체의 당사자로 된다고 규정하고 있다(제62조 제2항).

(3) 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판

헌법재판소법은 이에 해당하는 경우로 특별시, 직할시, 도 상

13) 허영, 한국헌법론, 1990. 820면.

14) 이 경우 독일에서는 연방헌법재판소법 제91조에 의거한 지방자치단체의 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)을 통하여 다투어졌다(BVerfGE 56, 298ff.: 군할주로 소음보호법위확정령에 대한 지방자치단체의 헌법소원). 그에 대하여는 신봉기, 계획재량 및 형량명령이론에 대한 제검토 - 서독에서의 이론동향을 중심으로, 고시연구 1989년 12월호 176면 참조. 그런데 이를 권한쟁의로 다투어야 할 것인지 여부는 우리나라에서는 의문이 있다. 그에 대하여는 아래의 IV. (4) 참조.

호간의 권한쟁의심판과 시, 군, 자치구 상호간의 권한쟁의심판 및 특별시, 직할시, 도와 시, 군, 자치구간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제3호)¹⁵⁾. 교육위원회도 당해 지방자치단체의 교육, 학예에 관한 사무에 관한 권한쟁의가 발생한 경우에는 당사자능력이 있다(제62조 제2항)¹⁶⁾. 그리고 앞에서 본 계획고권은 지방자치단체 상호간에 있어서도 그 권한(계획고권)의 범위에 대한 다툼이 있는 경우에는 문제가 된다.

2. 권한쟁의심판의 청구

국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(제61조 제1항). 다만 헌법재판소법은 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 그 청구사유를 제한하고 있다(제61조 제2항). 권한쟁의심판청구를 함에 있어서 국가기관과 지방자치단체는 변호사는 선임하여야 하나 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수

15) 최근 도시계획의 입안권과 관련하여 서울시와 시군(미금시와 남양주군) 간의 다툼이 일고 있다(조선일보 1991년 7월 16일자 29면). 이는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의로 비화될 가능성이 크다. 그러나 이에 앞서 지방자치단체 상호간 또는 지방자치단체의 장 상호간의 분쟁이 있는 때에는 내무부장관 또는 시도지사에게 분쟁조정권이 인정되고 있으므로(지방자치법 제140조). 이 경우에도 내무부장관이 사전에 당사자의 의견을 들어 관계중앙행정기관의 장(건설부장관)과 협의를 거친 후에 조정할 수 있다.

16) 교육위원 추천과 관련하여 서울시의회와 구의회(마포구)간에 마찰을 빚고 있다(조선일보 1991년 7월 25일자 21면 참조). 즉 「교육위원의 추천은 2인으로 하되 그 중 1인은 교육 또는 교육행정경력이 있는 자이어야 한다」고 지방교육자치에 관한 법률 제5조 제2항에서 정하고 있다. 그런데 구의회가 의결을 거쳐 교육경력 있는 유일한 후보자를 추천하였으나 시의회가 교육부예의 결의를 거쳐 그 유권해석에 의거 시의회의결에서 이를 부결함으로써 상하관계가 아닌 독립기관인 양자간에 권한다툼이 일고 있다.

행하게 할 수 있다(제25조 제2항). 권한쟁의심판의 청구서에는 청구인 및 심판 수행자 또는 대리인의 표시, 피청구기관의 표시, 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위, 청구의 이유, 기타 필요한 사항 등을 기재하여야 한다(제64조).

3. 권한쟁의심판의 심리

권한쟁의의 심판은 탄핵심판, 정당해산심판과 마찬가지로 구두 변론에 의한다. 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하고 당사자와 관계인을 소환하여야 한다(제30조 제1, 3항). 권한쟁의심판은 국가기관과 지방자치단체의 헌법상 권한과 의무에 관한 명백한 한계설정을 추구한다는 점에서 일종의 객관적 소송의 성질도 가질 뿐만 아니라 헌법재판소의 심판이 다른 국가기관이나 지방자치단체도 기속하게 되기 때문에¹⁷⁾ 소송참가의 범위를 너무 좁게 보아서는 안될 것이라고 본다. 권한쟁의심판의 절차는 민사소송법과 행정소송법을 함께 준용한다(제40조 제1항).

헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다(제65조)¹⁸⁾.

또한 권한쟁의심판의 청구는 권리침해의 작위 또는 부작위가 명백히 표현된 때부터 일정한 기간 내에 정해진 기재사항을 갖춘 서면으로 하여야 하는데, 우리 헌법재판소법은 그 사유가 있음을 ‘안 날’로부터 60일 이내, 그 사유가 ‘있는 날’로부터 180일 이내에 하도록 하고 있다(제63, 64조). 위의 기간은 불변기간으로

17) 허영, 헌법이론과 헌법(하), 1988. 389면.

18) 현행 헌법재판소법은 관장사항 중 권한쟁의심판 외에 정당해산심판(제57조)의 경우에만 가처분을 명시적으로 인정하고 있다.

한다. 헌법재판소가 기관간 권한쟁의를 심판하는 경우에는 재판관 7인 이상의 출석으로 심리하고 관여한 재판관의 과반수로써 결정한다(제23조).

또한 권한쟁의심판의 조사기준은 반드시 헌법이어야 하며 국회법이나 국회규칙 또는 기타의 헌법하위규범이어서는 안된다.

4. 권한쟁의심판의 결정과 효력

헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다. 이 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다(제66조).

헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(제67조 제1항). 그러므로 관계국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 결정에 따라 그 처분이나 부작위를 시정하여야 하며, 다른 국가기관이나 지방자치단체도 헌법재판소의 결정을 존중하여야 한다. 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(제67조 제2항).

Ⅲ. 외국의 권한쟁의심판제도

1. 독일의 제도

독일에서의 권한쟁의 내지 기관쟁송(Organstreitigkeiten)은 헌

법쟁송의 핵(Kern)에 속하는 문제로서 1831년의 Sachsen주 헌법 제153조와 1849년의 Paulskirchen헌법 제126b조에¹⁹⁾ 그 기원을 두며 현행 기본법 제93조에서 이를 규정하고 있다.

기본법 제93조 제1항 제1호 및 연방헌법재판소법 제63조 이하는 기관쟁송의 법적 근거를 규정하고 있다. 그에 따르면 연방헌법재판소는 헌법기관 상호간에 헌법상 인정된 “권리와 의무”에 대한 다툼이 있는 경우에 “기본법의 해석에 관하여” 권리와 의무의 범위에 관한 “분쟁을 동인으로 하여서”만 재판한다. 즉 권한쟁의심판의 대상은 “기본법의 해석이 문제되는 분쟁”일 것을 요건으로 한다. 여기서의 침해 또는 위해를 주장하는 권리와 의무는 기본법에 근거하여야 하며 또한 바로 피청구인과의 관계에서 직접 존재하는 것이어야 한다²⁰⁾. 그리고 권한쟁의심판청구권자는 자기 또는 자기가 속하는 기관이 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 기본법이 자기에게 위임한 권리와 의무를 침해하였거나 직접적으로 위태롭게 하였음을 유효하게 주장하는 경우에만 권한쟁의심판청구가 허용된다(연방헌법재판소법 제64조 제1항). 이 경우 피청구인의 행위(처분, 부작위)가 객관적으로 존재하는지, 청구인에게 속하는 권리가 유효하게 존재하는지 및 이 권리가 침해 또는 직접적으로 위해가 있는지의 여부 등에 대하여 심사할 것이 요청된다.

그런데 기본법은 기관쟁송 이외에 국가기관간의 헌법적 분쟁으로서 연방과 주간의 분쟁²¹⁾, 연방과 주간 또는 주 상호간의 공

19) Vgl. Kutscher, in : Festschrift für G. Müller, 1970, S. 161, 175.

20) 연방헌법재판소법 제64조 제1항은 관계된 당사자(beteiligte Parteien)의 권리에 관한 분쟁임을 분명히 하고 있다. 당사자는-연방헌법재판소의 표현에 따르면-「헌법상의 권리 관계에 놓여 있어야 하고, 이러한 권리관계에서 나오는 일정한 결과에 대한 관계 당사자간의 분쟁이 존재하고 있어야만 한다」(BVerfGE 2, 143, 152, 159 ; BVerfG, EuGRZ 1982, 160, 167).

21) 기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문, 연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조 이하.

법적 법률관계²²⁾, 및 주내의 헌법상 분쟁²³⁾등을 정하고 있으나, 이는 모두 연방국가구조에서 문제될 수 있는 것이므로 여기서는 제외하기로 한다²⁴⁾.

(1) 권한쟁의심판의 청구

(가) 당사자능력

누가 당사자가 될 수 있는지에 대하여는 기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호 및 제63조에서 규정하고 있다. 기본법 제93조 제1항 제1호는 당사자능력 있는 자로서 “연방최고기관”(Oberste Bundesorgane)과 “기타관계자”(andere Beteiligte)를 들고 있으나, 연방헌법재판소법 제63조는 연방최고기관으로서 연방대통령, 연방하원, 연방상원 및 연방정부를, 그리고 기타관계자로서 기본법 또는 연방상하원직무규정이 고유한 권리를 부여한 위 기관의 일부(Teile dieser Organe)를 의미하는 것이라 함으로써 보다 구체적으로 규정하고 있다.

그런데 자세히 살펴보면 연방헌법재판소법 제63조는 기본법 제93조 제1항 제1호의 당사자능력의 범위를 보다 좁게하여 규정하고 있음을 알 수 있다²⁵⁾. 즉 한편으로는 당사자능력 있는 연방최고기관을 구체적으로 열거 규정함으로써 연방의회(Bundesversammlung)와 같은 최고기관을 “연방최고기관”에서 제외시키고 있고, 다른 한편으로는 기본법에서 정한 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 기타관계자를 오히려 “연방상하원의 일부”라고만 함으로써 기타관계자의 범위를

22) 기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호, 제71, 72조.

23) 기본법 제99조, 연방헌법재판소법 제13조 제10호, 제73조 이하.

24) 그에 대하여는 조병륜, 독일의 헌법재판제도, 헌법재판자료 1집(헌법재판소), 1989, 194면 이하 참조.

25) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 108 Rn. 15.

축소시키고 있는 것이다. 따라서 정당과 같은 경우는 연방헌법재판소법 제63조의 해석상으로는 당사자능력이 없는 것으로 되어 있다. 물론 정당은 뒤에서 보듯이 기본법 제93조 제1항 제1호에서 직접 당사자능력 있는 기타관계자에 해당된다고 해석되고 있다. 여기서 연방헌법재판소법 제63조의 위헌문제가 제기될 수 있으나 연방헌법재판소는 일단 위 기본법의 조항을 직접적인 근거 조항으로 봄으로써²⁶⁾ 입법자에 의한 보완을 유도하고 있는 것으로 보인다²⁷⁾.

먼저 연방최고기관인 연방대통령, 연방하원, 연방상원 및 연방정부는 권한쟁의심판을 청구할 자격이 있다²⁸⁾. 연방수상, 연방의회 또는 연방장관도 “최고헌법기관”이라 할 수 있지만 이들은 기타관계자에 해당되는 것으로 볼 수 있으므로 연방헌법재판소법 제63조에서 정하고 있는 “연방최고기관”의 범위를 너무 확대시킬 필요가 없다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다²⁹⁾.

나아가 기본법 또는 연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 - 연방기관의 일부로서의 - “기타의 관계자”도 당사자능력이 있다(기본법 제93조 제1항 제1호). 기본법에서 정하고 있는 기타 관계자는 연방헌법재판소법 제63조의 “기관의 일부”와 반드시 일치하는 것은 아니다. “기본법”(Grundgesetz)이 고유한 권리를 부여한 “기타관계자”로는 연방수상, 개개인의 연방장관,³⁰⁾ 개개인의 의회의원³¹⁾, 국회상임위원회³²⁾, 국회의장(연방하원의

26) BVerfGE 1, 208, 222 ; 2, 143, 159ff.

27) Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 108 Rn. 15.

28) 원래 ‘기본법 제45조의 상임위원회’도 있었으나 1976년의 33차 기본법개정으로 동제45조가 폐지됨으로써 1985년 연방헌법재판소법 개정시 삭제되었다.

29) Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 104f. Rn. 11.

30) BVerfGE 45, 1, 28(교섭단체 : 연방정부 및 연방재무장관).

31) BVerfGE 2, 143, 164(교섭단체 : 타교섭단체, 개인 및 다수의 연방하원의원) ; 10, 4, 10, f. (개인 및 다수의 연방하원의원 : 연방하원) ; 60, 374, 378(연방하원의원 : 연방하원의장) ; 67, 100(교섭단체, 개인 및 다수의 연방하원의원 : 연방정부, 연방재무장관 및 연방경제장관) ; 80, 188(연방하원의원 : 연방하원, 연방하원의장, 교섭단체 및 연방상원).

32) BVerfGE 2, 143, 160 ; 이 판결이 있을 당시(1953년)에 있던 기본법 제45조는 1976년의

장)³³⁾, 연방상원의장 등을 들 수 있으며, 이는 동시에 “연방기관의 일부”에 해당된다³⁴⁾. 연방최고기관의 “직무규정”(Geschäftsordnung)이 고유한 권리를 부여한 “기타관계자”로는 연방장관이나 국회상임위원회 외에도 특히 국회의 원내교섭단체(Fraktionen)³⁵⁾ 등이 있다. 원내교섭단체는 회기중에만 국회내부의 구성체가 되며, 국회해산 및 새로운 국회의 집회로써 당사자 능력은 상실된다³⁶⁾. 상임위원회와 관련하여 “직무규정”에서 고유한 권리가 인정되고 있다 하더라도 그 구성이 상시적이 아닌(nicht ständige Gliederung) 경우에는 당사자능력이 배제된다³⁷⁾. 그러나 상시적이 아닌 구성체라 하더라도 그것이 “기본법”에 의하여 고유한 권리가 인정된 경우 연방헌법재판소는 그 구성체가 이미 만들어져 있고 또한 그 구성체에게 신청권한이 인정된 때에는 당사자가 될 수 있다고 보고 있다.³⁸⁾ 또한 국회조사위원회(Untersuchungsausschuß)의 설치를 요구한 연방하원의 4분의 1 이상의 의원(기본법 제44조)과 같이 연방하원의 일정비율의 구성원도 이에 해당할 수 있으나³⁹⁾, 일정한 목적을 위하여 결집된, 특히 표결에 있어서의 단순한 다수파는 여기에 속하지 않는다. 이러한 다수파는 아무런 고유한 권리를 갖지 않으며, 그들의 의사는 곧 연방하원의 의사로 인정된다⁴⁰⁾. 연방하원의 소수파도

기본법개정에서 폐지되었다.

33) BVerfGE 27, 152, 157, 172(정당 : 연방하원의장) ; 60, 374, 378 ; 73, 1, 30 f.(정당 : 연방상원 및 연방하원의장).

34) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 105 Rn. 12.

35) BVerfGE 1, 144, 147 f. (교섭단체 : 연방하원 및 타교섭단체) ; 1, 351, 359(교섭단체 : 연방정부) ; 1, 372, 378(교섭단체 : 연방정부) ; 2, 143, 152 ff., 160 ; 20, 56, 114(추상적 규범통제사건) ; 45, 1, 28 ; 67, 100, 124 ; 68, 1, 63(교섭단체 : 연방정부) ; 70, 324, 350 f. (연방하원의원 및 교섭단체 : 연방하원 및 연방정부).

36) Schlaich, Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts, Am Beispiel des Organstreits um die Auflösung des 9. Bundestages, in : Püttner(Hrsg.), Festschrift für O. Bachof, 1984, S. 326.

37) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 107 Rn. 14 ; BVerfGE 2, 143, 160.

38) BVerfGE 2, 143, 159 f. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 107 Rn. 14.

39) Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Komm., § 63 Rn. 10.

보통 여기에서의 기관일부로서 인정되지 않는다⁴¹⁾. 그리고 연방 상원의 일부로서 인정되는 연방상원의장의 경우에 있어서 상원의장이 기본법 제57조에 의거 연방대통령의 권한을 대행하는 경우에는 기본법 제93조 제1항 제1호의 “연방최고기관”에 해당되는 것으로 볼 수 있으며 따라서 당사자능력이 있다⁴²⁾. 연방정부의 일부는 각 연방장관들이다⁴³⁾. 그러나 권한쟁의심판청구의 상대방이 다른 연방장관인 경우에는 당사자능력이 없다. 왜냐하면 기본법 제65조 제3문이 정부내부의 자기재판(regierungsinternen In-sich-prozeß)을 제외하고 있기 때문이다⁴⁴⁾.

또한 개개인의 국회의원은 대표권⁴⁵⁾이나 의회에서의 발언권⁴⁶⁾과 같이 국회의원으로서의 헌법상 보장된 자기의 지위를 침해하는 처분에 대하여 자기 이름으로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있으며, 이는 고유한 기관으로서의 지위에서 인정되는 것이다⁴⁷⁾.

또한 연방최고기관의 일부는 아니지만 기본법에 의하여 특별히 당사자능력이 있는 자로서 인정된 “기타의 관계자”도 있다. 즉 그들의 신청정당성은 연방헌법재판소법 제63조에서 나오는 것이 아니라 기본법 제93조 제1항 제1호에서 직접 나오는 것이

40) BVerfGE 2, 143, 160 ff.

41) BVerfGE 2, 143, 160 ff.; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 126 ; Martens, in : Festschrift für Reimers, 1979, S. 303.

42) Vgl. Hopfauf, JuS 1984, S. 633.

43) BVerfGE 45, 1, 28.

44) Vgl. Leibholz/Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 63 Rn. 2.

45) BVerfGE 6, 445, 447(헌법소원사건). 이 사건은 정당금지로 인한 의원직 상실여부에 관한 것으로서 연방헌법재판소는 「연방하원의원이 자기가 속한 정당의 금지로 하여 의원으로서의 대표직(Mandat)을 상실하였는지의 여부문제는 자기의 헌법적 지위에 관계되는 것이다. 따라서 이는 헌법소원의 대상이 될 수 없다」고 하고 있다.

46) BVerfGE 10, 4, 10 ; 60, 374, 378.

47) BVerfGE 10, 4, 10 ; 2, 143, 166 ; 60, 374, 378 ; 62, 1, 32(연방하원의원 : 연방대통령). Schlaich, Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts, in Festschrift für O. Bachof, 1984, S. 324 Umbach, ; Der "eigentliche" Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht : Abgeordnete und Fraktionen als Antragsteller im Organstreit, in : Festschrift für Zeidler, 1987, S. 1235, 1240 ff.

다⁴⁸⁾. 이러한 “기타관계자”로서 당사자능력이 있는 주된 예로는, 국회의장이 의회라는 기관의 일부로서가 아니라 자기의 책임으로(in eigener Verantwortung) 헌법기관인 국회의원에 대하여 의회질서권 및 징계권(Ordnungs-und Disziplinargewalt)을 행사한 경우에 있어서의 국회의장⁴⁹⁾ 및 기본법 제21조 제1, 3항 및 정당법 제2조에서 정하고 있는 정당을 들 수 있다⁵⁰⁾. 그런데 정당이 당사자가 되기 위하여는 “정당이 정당의 특별한 헌법상의 지위에서 나오는 권리를 다투는 경우”이어야 한다. 이러한 경우에 정당은 ‘연방최고기관’과 동열에서는 준헌법기관⁵¹⁾ (quasi als Verfassungsorgane)으로 인정된다. 즉 기본법 제21조(정당)가 보장하는 정당의 헌법적 기능이 문제가 되는 경우에는 정당의 기본권을 다투는 것이 아니기 때문에 이 때에는 정당은 자기의 헌법상 지위를 다른 헌법기관에 의하여 침해당하였음을 주장하여 권한쟁의심판을 제기하여야 하는 것이다⁵²⁾. 그러나 이 경우에 피청구인도 반드시 헌법기관이어야 함은 물론이다.

그러나 개개인 또는 전체로서의 국민도 선거 또는 국민투표에

48) BVerfGE 13, 54, 81(일반 개인 : 연방정부).

49) BVerfGE 60, 374, 379 ; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 1991, S. 57 Rn. 83.

50) BVerfGE 1, 208, 223 f. (선거인단체 및 교섭단체 : 주정부 및 주의회) ; 4, 27, 31(제 1, 2부 합의체 결정) ; 5, 83(위헌정당해산사건) ; 6, 88(정당 : 연방하원) ; 7, 103(헌법소원 사건) ; 12, 133(헌법소원사건) ; 24, 260, 263(정당 : 연방하원 및 연방상원) ; 24, 300, 329(정당 : 연방하원 및 연방상원) ; 44, 125, 136 f. (정당 : 연방정부) ; 57, 9(정당 ; 연방정부) ; BVerfG v. 29. 9. 1990-2 BvE 1/90, 3/90, 4/90 u. 2 BvR 1247/90(정당 : 연방하원 및 연방상원).

51) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., S. 58 Rn. 84.

52) BVerfGE 60, 53, 61 f. 그런데 정당의 권한쟁의 당사자능력과 관련하여 K. Schlaich는 최근 발간된 그의 Das Bundesverfassungsgericht, 1991. Rn. 84, S. 59 제2판에서 다음과 같이 비판하고 있다 : 「정당의 권한쟁의 당사자능력과 관련하여 무엇보다도 종래의 판례태도를 따라야 함은 당연하다. 그러나 정당은 헌법소원으로 다투어야 하는 사회적 조직체라는 점에서 종래의 판례태도는 옳지 못하다 할 것이다. 이러한 입장은 Weimar 공화국 시대의 국사법원(Staatsgerichtshof)의 판례에 기원하는 것이나, 당시에는 헌법소원이라는 제도 자체가 없었기 때문에 정당에게 권한쟁의라는 방법으로 법원에 제소할 수 있는 길을 열어 두었던 것이다. 오늘날에 와서는 이러한 판례태도는 개별사건에 있어서 정당에게 불이익을 초래할 수 있기 때문에 더 이상 그 정당성을 찾기 어렵다 할 것이다.」 즉 K. Schlaich는 정당의 경우 헌법소원으로써 권리구제를 다투어야 할 것임을 강조하고 있다.

있어서 (기본법 제20조 제2항 제2문) 국가권력을 행사하지만 기관쟁송의 당사자능력은 인정되지 않는다⁵³⁾. 또한 연방각주, 지방자치단체(Gemeinde)⁵⁴⁾, 교회(Kirchen), 노동조합(Gewerkschaften), 사용자조합(Arbeitgeberverbände) 또는 선거인단(Wählervereinigung)⁵⁵⁾ 등도 여기에서의 “기타관계자”에 해당되지 않는다.

(나) 소송능력

관계 법률, 조례 또는 직무규정에 의하여 각각 재판상의 대표자로 위촉된 그러한 기관이 청구인을 대표한다.

(다) 권한쟁의심판절차수행권

권한쟁의심판절차수행권(Prozeßführungsbefugnis)이란 제소자가 권한쟁의심판절차를 수행할 정당한 권한 및 피청구인에 대하여 권한쟁의절차를 유효하게 수행할 수 있는 청구권한을 말한다. 권한쟁의심판의 청구인은 원칙적으로 “자기의 고유권리만”을 주장할 수 있다. 그러나 연방헌법재판소법 제64조 제1항 제1문은 자기 기관을 위한 “기관일부”의 소송담당(Prozesstandschaft des Organteils)도 허용하고 있다. 즉 기관일부는 자기가 속한 그 기관이 침해받았거나 위해있음을 주장할 수 있다. 기관일부는 비록 기관구성원의 다수가 자기 권리를 침해받았다고 보지 않는 경우라 할지라도, 기관을 위하여 기관 자체의 헌법적 권리를 주장할 수 있다.⁵⁶⁾

53) BVerfGE 13, 54, 81 f., 84 f., 95f. ; 49, 15, 24(헌법소원사건) ; 60, 175, 200, 201(개인. 입법발안권을 행사하는 주의 주민 : 주정부 및 주국사법원).

54) BVerfGE 27, 240, 246(지방자치단체 : 주의회). 아래의 IV. (4) 참조.

55) BVerfGE 4, 27, 30 ; 6, 367, 372 f. (정당 : 주의회). ; 51, 222, 233(헌법소원사건).

56) BVerfGE 4, 27, 30 ; 6, 367, 372 f. (정당 : 주의회). ; 51, 222, 233(헌법소원사건).

즉 원내교섭단체는 비록 의회의 다수가 다툼이 있는 처분에 이미 동의하였더라도 의회 자체의 권리를 주장할 수 있는 것이다. 물론 이러한 소송상의 지위는 관계기관 스스로가 소송능력이 있어야 하며⁵⁷⁾, 또한 그 기관일부 - 특히 연방하원의 교섭단체나 상임위원회 - 가 관계기관의 “상임구성원”(ständige Gliederung)이어야만 한다.⁵⁸⁾

(라) 피청구인

피청구인이 될 수 있는 범위는 연방헌법재판소법 제63조에서 규정하고 있다. 동조에 의하면 신청인의 범위와 마찬가지로 연방대통령, 연방하원, 연방상원, 연방정부가 피청구인이 될 수 있다. 나아가 개개인의 국회의원, 정당 또는 교섭단체와 같은 이러한 기관의 일부 및 기관관계자도 일정한 범위에서 피청구인이 될 수가 있다. 연방헌법재판소의 권한쟁의 판례를 보면 정당을 피청구인으로 한 경우는 아직 그 예가 없으나, 국회의원⁵⁹⁾이나 교섭단체⁶⁰⁾를 상대로 한 청구는 여러 건 찾아 볼 수 있다⁶¹⁾. 그리고 기관의 일부는 그것의 고유행위가 문제되는 경우에만 피청구인이 될 수 있다. 특히 법률에 대하여 기관분쟁이 있는 경우에는 연방정부⁶²⁾와 연방상원⁶³⁾도 피청구인으로 인정된다.

(2) 권한쟁의심판의 심리

57) BVerfGE 13, 54, 84.

58) BVerfGE 2, 143, 160 ff. ; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, S. 156f.

59) BVerfGE 2, 143.

60) BVerfGE 1, 144 ; 2, 143, 147, 160, 167 ; 80, 188, 216.

61) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 109.

62) BVerfGE 1, 208, 231 ; 4, 31, 36.

63) BVerfGE 20, 119, 131 ; 20, 134, 142.

(가) 쟁송의 기초요건으로서의 권리와 의무

피청구인의 행위로 인하여 “기본권이 자기에게 인정한 권리와 의무”를 침해받거나 직접적으로 위해가 있는 것을 주장하는 그러한 신청권자가 권한쟁의심판의 청구권한이 있다.⁶⁴⁾

여기서 먼저 “기본법이 인정한 권리와 의무”란 한편으로는 다른 곳에서 인정된 권리와 의무에 대한 문제여서는 안 된다는 것을 의미한다. 이는 곧 일반 법률이나 기타 법규에서만 근거를 둔 권리의무의 침해나 위해는 권한쟁의심판의 기초요건이 되기에는 불충분하다는 것을 뜻한다.⁶⁵⁾

또한 그것은 단순한 객관적 헌법이 아니라 “주관적 권리”(subjektive Rechte)가 문제되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 국회의 예산법률(Haushaltsgesetz)이 정당으로서의 헌법상 “지위”(Status)를 침해하였음을 확인하는 것과 같이 청구인의 주관적 권리의 침해를 주장하는 것이어야 함을 의미한다.

(나) 침해행위로서의 처분 및 부작위

기본법 제93조 제1항 제1호는 권한쟁의심판의 대상을 밝히고 있지 않으나, 연방헌법재판소법 제64조 제1항에서 “권한쟁의심판청구의 상대방의 처분(Maßnahme)또는 부작위(Unterlassung)”를 그 대상으로 규정하고 있다.

이러한 피청구인의 처분 또는 부작위는 법적으로 중대한 행위(rechtlich erhebliches Verhalten)이어야 하며, 객관적으로 존재하여

64) BVerfGE 1, 208, 230.

65) BVerfGE 27, 152, 157 ; 68, 1, 31 ; 73, 1, 30 f.

야 한다. 그러나 그것은 다양한 형태로 나타날 수 있는 것이므로 그 법적 형식(Rechtsförmlichkeit)은 문제되지 않는다.

예를 들면 연방하원이 연방대통령에 의한 법률의 작성(Ausfertigung)(기본법 제82조 제1항)에 이의가 있음을 주장하거나 또는 당해 법률에 동의하지 아니한 연방상원이 대통령의 법률작성을 저지하려는 경우를 들 수 있다. 또한 연방상원과 하원이 정부에 의하여 의결된 국제법상의 조약이 기본법 제59조 제2항 제1문에서 정하는 국회동의를 요하지 않는 것인지의 여부를 밝히고자 하는 경우도 이에 해당된다.⁶⁶⁾ 그리고 연방헌법재판소에 의하여 아직 금지되지 아니한 정당의 강령의 합헌성여부에 대한 - “헌법적대적”(verfassungsfeindlich)이라고 한-연방내무장관의 부정적 가치판단(negative Werturteile)과 같은 의견표명도 법적으로 중대한 행위(rechtlich erhebliches Verhalten)가 될 가능성이 농후하며 따라서 심판대상이 될 수도 있을 것이나,⁶⁷⁾ 법적으로 중대한 행위가 될 수 없는 범위에서 청구인의 관할권을 침해하는 단순한 의견표명은 연방헌법재판소법 제64조 제1항의 처분(Maßnahme)에 해당되지 않는다⁶⁸⁾. 나아가 법규, 특히 - 처분으로서의 - 법률의 공포 또는 - 부작위로서의 - 비공포도 권한쟁의심판대상으로서 주장될 수 있다⁶⁹⁾.

작위의무가 있음에도 이를 하지 아니하는 경우에는 법적으로 중대한 부작위에 해당된다⁷⁰⁾. 이러한 부작위로서는 연방하원이 연방정부, 연방하원의원 또는 연방상원에 의하여 제출된 법률안을 의결하지 않는 경우(기본법 제77조 제1항), 연방상원이 제출하

66) BVerfGE 1, 351 : Petersberg협정 ; 1, 372 : 독불경제협정 ; 2, 347 : Kehler-Hafen협정.

67) Vgl., BVerfGE 40, 287, 290 ; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S.111 Rn. 21.

68) BVerfGE 2, 143.

69) BVerfGE 1, 208, 220 ; 4, 144, 148 ; 20, 119, 129 ; 20, 134, 141 ; 24, 184, 194 ; 24, 300, 329.

70) Stern, Grundgesetz, Bonner Kommentar, 1982, Art. 93 Rn. 177.

는 법률안은 연방정부에 의하여 연방의회에 송부하도록 되어있는데(기본법 제76조 제3항) 연방정부가 이를 송부하지 않는 경우, 연방수상 또는 관계연방장관이 법률에 부서하지 않는 경우, 연방대통령이 법률안에 서명하지 않는 경우, 연방대통령이 법률안에 서명(Austertigung)을 하지 않는 경우 또는 연방법무장관이 연방의 관보에 공포하지 않는 경우(기본법 제82조 제1항) 등을 들 수 있다⁷¹⁾.

(다) 신청의 적법성

신청은 서면으로 제출하여야 하며 이유를 부기하여야 한다(연방헌법재판소법 제23조 제1항)⁷²⁾. 신청인은 문제된 신청상대방의 처분 또는 부작위가 침해하였다고 주장하는 기본법의 규정을 표시하여야 한다(연방헌법재판소법 제64조 제2항). 이러한 사항은 권한쟁의심판의 강행요건에 해당한다⁷³⁾.

(라) 권리보호이익 및 명백화이익

권리보호이익(Rechtsschutzbedürfnis)에 대하여는 연방헌법재판소법 제64조 제1항에 명시되어 있지는 않으나, 이는 청구권한의 전제요건으로서 요청되는 것이다.⁷⁴⁾ 그러나 위 조항의 법정요건을 모두 갖추고 있는 경우라 하더라도 권리보호의 요청이 부정되는 경우도 있을 수 있다. 예를 들면 청구인이 자기의 행위로써 스스로 침해를 배제 할 수 있었을 경우에는 권리보호이익은 없

71) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 111 Rn. 22.

72) BVerfGE 24, 252, 258.

73) BVerfGE 2, 143, 172 ; 2, 347, 365 f.

74) BVerfGE 2, 347, 365 f. ; 68, 1, 77.

다.⁷⁵⁾ 또한 연방하원이 참여하였던 권한쟁의절차는 국회의 해산(Auflösung)으로써 더 이상 권리보호이익이 없어 허용되지 않게 된다.⁷⁶⁾

또한 청구인이 심판청구를 철회하였다 하더라도 그 심판청구가 객관적으로 명백해져야 할 이익(Klarstellungsinteresse)이 있는 경우에는 연방헌법재판소는 이를 재판한다. 이 때에는 신청인의 권리와 의무가 직접(구체적으로) 위해를 당한 것으로 보여야만 하며, 그것은 개별적 사건의 정황(Sachumstände)에서 판단한다. 특히 과법의 행위⁷⁷⁾ 만료된 국제법상의 조약⁷⁸⁾ 및 무효선언된 법률⁷⁹⁾은 아직도 항상 침해 내지 위해를 줄 수 있으므로 그러한 범위에서 명백해져야 할 이익이 있다⁸⁰⁾.

(마) 가치분

권한쟁의심판절차에 있어서 가치분이 인정되는지에 대하여는 대통령이나 연방 및 주의 법관에 대한 탄핵(연방헌법재판소법 제53조, 제58조 제1항) 등의 경우와는 달리 가치분에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 의문이 있을 수 있겠으나, 헌법재판의 일반절차규정의 하나인 연방헌법재판소법 제32조(가치분조항)가 당연히 적용된다고 할 것이다.⁸¹⁾

따라서 권한쟁의심판청구를 받은 경우에 연방헌법재판소는 중대한 손해의 방지, 임박한 권력행사의 저지, 또는 기타의 중대한

75) BVerfGE 68, 1, 77 f.

76) Vgl. Jekewitz, Die Einfluß des Endes der Wahlperiode des Deutschen Bundestages auf Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, DÖV 1976, 675, 660, 662.

77) BVerfGE 10, 4, 11.

78) BVerfGE 1, 372, 379.

79) BVerfGE 20, 134, 141.

80) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 2. Aufl., 1982, S. 65.

81) 가치분에 관한 사건은 이미 다음과 같이 많이 있다. Vgl. BVerfGE 27, 152 ; 27, 240 ; 27, 294 ; 28, 97 ; 60, 175 ; 71, 299 ; 74, 44 ; 74, 96 ; 79, 379.

원인으로 하여 공공복리를 위하여 긴급히 요청되는 경우에 가처분으로써 분쟁상태를 잠정적으로 규율할 수 있다.

(바) 심판청구기간

권한쟁의심판청구는 문제의 처분 또는 부작위가 신청인에게 알려진(bekannt) 이후로부터, 즉 ‘안 날’로부터 6개월 이내에 제출되어야 한다(연방헌법재판소법 제64조 제3항). 합의기관(Kollegialorganen)에 있어서는 그 기관의 ‘모든’ 회원이 문제된 처분 또는 부작위의 존재를 알거나 알아야만 했을 경우에 비로소 그 행위는 ‘알려진’ 것이 된다⁸²⁾. 법률은 공포⁸³⁾되거나 이와 유사한 방법으로 공포(Bekanntgabe)⁸⁴⁾된 경우에는 일반적으로 알려지게 된 것과 같다. 어느 처분의 시행이 문제되는 경우에는 심판청구의 상대방이 그에 대하여 분명하게 입장을 밝힌 때, 즉 그 시행을 분명하게 거부하거나⁸⁵⁾ 동의한 경우⁸⁶⁾에 기간은 기산된다. 개별행위(Einzelakten)나 부작위(Unterlassungen)의 경우에는 각각의 사건에서 개별적으로 판단하여야 한다⁸⁷⁾ 6개월의 심판청구기간은 이 기간이 도과됨으로써 더 이상 권리의 침해 또는 위해를 권한쟁의심판절차로 다룰 수 없는 제척기간(Ausschlußfrist)이라고 보는 것이 통설이다⁸⁸⁾.

(3) 재판 및 효력

82) Leibholz/ Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 64 Rn. 7.

83) BVerfGE 13, 1, 10 ; 16, 6, 18 ; 24, 252, 258 ; 27, 294, 297 ; 64, 301, 316.

84) BVerfGE 80, 188, 210.

85) BVerfGE 4, 250, 269 ; 21, 312, 319.

86) BVerfGE 4, 250, 271 : 법률의 시행

87) BVerfGE 4, 250, 269 ; 45, 1, 30 f. ; 71, 299, 304.

88) BVerfGE 24, 252, 257f. ; 71, 299, 304 ; 80, 188, 210 ; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., S. 119 Rn. 41 ; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht 2. Aufl., 1991. Rn 87.

연방헌법재판소법 제67조 제1문에 의하면 연방헌법재판소는 문제된 피청구인의 처분이나 부작위가 기본법의 규정을 침해하는지의 여부를 “확인”하는 재판을 한다. 이와 같이 확인판결(Feststellungsurteil)에 한정하는 것은 기본법 제93조 제1항 제1문 - 즉 “…… 재판한다” - 에서 후퇴한 것이라고 할 수 있지만 기본법 제93조 제2항에는 합치하는 것이므로⁸⁹⁾ 문제는 없다. 따라서 연방헌법재판소는 판결주문에서 그 침해의 여부를 단순히 확인하는 것에 그치며, 피청구인인 헌법기관에게 의무를 지우거나 어떤 특정의 것을 명하지 못한다. 또한 헌법재판소의 결정을 강제집행하지도 아니한다⁹⁰⁾.

연방헌법재판소가 인용재판(stattgebende Entscheidung)을 하는 경우에는 침해된 기본법의 규정을 특정하여야 한다(기본법 제67조 제2문). 규범에 의하여 침해되었다 하더라도 기본법규정의 침해를 확인하는 것에 그쳐야 하며, 권리의 실효(Rechtsunwirksamkeit)⁹¹⁾나 처분의 무효(Nichtigkeit der Maßnahme)⁹²⁾를 확인하는 것은 아니다. 연방헌법재판소도 이러한 입장을 취하고 있다⁹³⁾.

연방헌법재판소는 이와 동시에 기본법의 해석에 중대한 법적 문제를 재판할 수 있다(연방헌법재판소법 제67조 제3문)⁹⁴⁾. 연방헌법재판소가 청구를 기각한 경우에 상황에 따라서는 그 주문에서

89) BVerfGE 1, 208, 232. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., S. 65 f. 그러나 Pestalozza는 그의 제3판 저서에서 연방헌법재판소법 제67조 제1문은 명백히 위헌이며 해석으로 이를 긍정할 수 없다고 하여 견해를 분명히 하였다(Vgl. S. 119 Rn. 43).

90) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 338. 그런데 연방쟁송가운데 헌법적 성질을 갖지 않는 연방과 주간의 분쟁(연방헌법재판소법 제71, 72조)에 있어서는 일정한 의무(Verpflchtungen)를 행하도록 하는 내용의 선고도 할 수 있다(연방헌법재판소법 제72조 제1항 제2, 3호).

91) BVerfGE 1, 351, 371.

92) BVerfGE 20, 119, 129.

93) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 120 Rn. 44.

94) BVerfGE 1. 351, 371 ; 6, 309, 325.

재판의 실체적 내용을 명백하게 밝히는 문구를 기재할 수 있다.⁹⁵⁾

연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 모든 국가기관과 법원 및 행정관청 그리고 나아가 분쟁 또는 심판절차에 참여한 관계자를 구속한다(연방헌법재판소법 제31조).

**(4) 권한쟁의심판에 관한 주요판례의 내용, 당사자 및 심판결과
(도표)**

95) BVerfGE 1, 351, 352, 371 f.

사건일자, 심호 게재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 6. 3. 1952 -2BvE 1/51- E 1, 144	연방하원 직무규 정 제96조의 법적 효력	원내교섭 단체	연방하원, 원내교섭단체	기각 기본법 제76조 침해
v. 5. 4. 1952 -2BvH 1/52- E 1, 208	주선거법의 조항	정당, 원내교섭단체 주의회의원	주정부, 주의회	동조항은 주법 을 침해, 교섭 단체의 청구는 기각
v. 29. 7. 1952 -2BvE 3/51- E 1, 351	연합국과 연방 수상간의 협정 (Petersberg협정)	원내교섭 단체	연방정부 (대리인: 연방수상) 기타참가인: 연방하원	기각 기본법 조항 비침해
v. 29. 7. 1952 -2BvE 2/51- E 1, 372	독불경제협정	원내교섭 단체	연방정부 (대리인: 연방수상)	기각 기본법 제59조 2항1문 비침해
v. 7. 3. 1953 -2BvE 4/52- E 2, 143	연방하원의 국제 조약에 관한 법안의결	원내교섭 단체	원내교섭단체 의원개인파 다수의원	부적법 각하
v. 30. 6. 1953 -2BvE 1/52- E 2, 347	Kehler-Hafen의 공동 관리 협 정 에 대한 연방정부 동의	원내교섭 단체	연방정부	기각

사건일자, 심호 계제면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 29. 7. 1953 - 2BvE 1/53 - E 3, 12	연방은행법 제정 절차상 연방상원 의 권한범위	원내교섭 단체	연방상원	부적법 각하
v. 20. 7. 1954 - 1PBvU 1/54- E 4, 27	연방헌법재판소 법 제16조 1항	[주문] : 정당은 선거절차의 법적 형성을 통한 자기의 헌법상 지위의 침해를 기관쟁송으로서 만 유효하게 주장할 수 있다.		
v. 16. 3. 1955 - 2BvK 1/54 - E 4, 144	주의회의원보상 법의 유효성	주의회의원	주의회	주법 및 평등원칙 비침해
v. 28. 7. 1955 - 2BvH 1/54 - E 4, 250	주교육제도규제 법률의 시행	주내의 조합, 자치단체	주정부	기각
v. 23. 1. 1957 - 2BvE 2/56 - E 6, 84	연방선거법 제6조 4항의 효력	정당	연방하원	기각 기본법 제3, 21, 38조 비침해
v. 23. 1. 1957 - 2BvE 1/56 - E 6, 99	연방선거법 제6조 4항의 효력	정당	연방하원	기각 기본법 제3,21, 38조 비침해

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 26. 3. 1957 - 2BvG 1/55 - E 6, 309	주공교육제도에 - 관한 법률공포로써 - 주가 정교협약을 - 침해했는지 여부	연방정부	주정부 기타참가인 : 주정부, Bremen시의 부(Senat)	기각
v. 7. 5. 1957 - 2BvH 1/56 - E 6, 367	주헌법에의 지방 - 선거법의 합치 - 여부	정당	주의회	부적법 각하
v. 14. 5. 1957 - 2BvR 1/57 - E 6, 445	정당금지로 인한 - 의원직상실여부	헌법소원사건(소원신청인: - 해산된 독일공산당소속의원) - :이는 의원의 헌법적 지위에 - 관한 문제로서 헌법소원대상 - 이 아님		헌법소원은 - 부적법, - 각하
v. 14. 7. 1959 - 2BvE 3/58 - E 10, 4	연방하원의 - 발언시간제한 - 의결	의원개인 - 과 다수의 - 의원	연방하원	기각 청구인 - 권리 - 비침해
v. 11. 7. 1961 - 2BvE 1/59 - E 13, 56	기본법 제93조 - 1항 1문	개인(국민)	연방정부 (대리인: - 내무장관)	개별적 - 국민: - 당사자 - 능력무
v. 18. 7. 1961 - 2BvE 1/61 - E 13, 123	기본법 제21조 - 침해	정당	연방정부 (대리인: - 연방수상)	부적법 각하

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 19. 7. 1966 - 2BvE 1/62, 2/64 - E 20, 119	국민의 정치적 의사형성권 침해 기본법 제21조 1항 침해	정당 정당	연방하원 연방하원과 연방상원 기타참가인: 연방내무장관	기본법 제21조 침해 기각
v. 19. 7. 1966 - 2BvE 2/65 - E 20, 134	국민의 정치적 의사형성권 침해 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	침해
v. 11. 4. 1967 - 2BvG 1/62 - E 21, 312	연방의 기본법 제30조 및 친연 방활동의무 침해 여부	주정부	연방정부	침해
v. 9. 10. 1968 - 2BvE 2/66 - E 24, 184	외국증명서 면제 를 정한 법규명 령의 공포	연방상원	연방정부	기각 기본법 제80조 2항 비침해
v. 17. 10. 1968 - 2BvE 2/67 - E 24, 252	정당법조항 공포로써 기본법 제32조 1항, 제 21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	부적법 각하

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 17. 10. 1966 - 2BvE 4/67 - E 24, 260	정당법조항 공포로써 국민의 정치적 의사형성 에 대한 기회평등권 침해, 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	부적법 각하
v. 26. 11. 1968 - 2BvE 5/67 - E 24, 299	정당법조항 공포로써 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	소취하 했으나 공익에 반하여 비허용
v. 3. 12. 1968 - 2BvE 1.3,5 /67 - E 24, 300	정당법조항 공포로써 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	기본법 제21조 1항, 제3조 1항 침해
v. 22. 7. 1969 - 2BvK 1/67 - E 27, 44	주의회가 주수상 재선거를 안한 것이 기본법 제 28조 1항1문 침해	원내교섭 단체	주의회	기각 주규약과 민주법치 국가원리 비침해

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 7. 10. 1969 - 2BvQ 2/69 - E 27, 152	가처분	정당	연방하원의장	가처분 발령 거부
v. 2. 12. 1969 - 2BvK 1/69 - E 27, 240	자치단체 구역경 계및 법원관할구 역 규제법	자치단체	주의회	각하 가처분 발령신청 종료
v. 16. 12. 1969 - 2BvK 2/69 - E 27, 294	자치단체구역경 계 및 법원관할 구역 규제법	자치단체	주의회	각하 가처분 발령신청 종료
v. 10. 3.1970 - 2BvQ 1/70 - E 28, 97	선거비용관련 가처분	정당	연방하원의장	가처분 발령 거부
v. 29. 10. 1975 - 2BvE 1/75 - E 40, 287	연방내무장관의 NPD에 대한 보고서가 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방내무장관	각하

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 10.2.1976 - 2BvG 1/74 - E 41, 291	연방의 특별프로 그램 공포등 행위 로 주의 헌법적 권리 및 친연방 활동의 무침해	주정부	연방정부 (대리인: 연방 경제장관)	기본법 제104a조 침해
v. 2. 3. 1977 - 2BvE 1/76 - E 44, 125	정당에의 금전 가치있는 급부에 의해 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방정부 (대리인: 연방수상)	기본법 제20 I 항, 211항, 선거기회 평등원칙 침해
v. 25. 5. 1977 - 2BvE 1,74 - E 45, 1	연방정부가 하원 동의없이, 연방 재무장관이 요건 을 갖추지 않고 지출한 것이 기본법 제110조 침해	원내교섭 단체	연방정부, 연방재무장관	기본법 제110조의 연방하원 권리 침해의 확인
v. 2. 8.1978 - 2BvK 1/77 - E 49, 70	주의회의 의결이 주법 침해	다수의 주의회 의원	주의회	침해
v. 25. 3. 1981 - 2BvE 1/79 - E 57, 1	연방내무장관의 연방하원에서의 의사표명이 기본 법 제21조 1항 침해	정당	연방정부 (대리인: 연방수상)	각하

사건일자, 심호 게재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 9. 2. 1982 - 2BvK 1/81 - E 60, 53	주정부가 동의로 써 기본법 제21 조 1항 침해	주내의 조항 (정당)	주정부, 주의회	각하
v. 24. 3. 1982 - 2BvH 1,2/82 - E 60, 175	주민요구의 신청 허가	개인, 입법발안권 을 행사하는 주의 주민	주정부, 주국사법원	각하 가처분 발령신청 종료
v. 27. 4. 1982 - 2BvH 1/81 - E 60, 319	주예산법률의 의결공포가 주헌 법 및 기본법 침해	정당, 주의회 의원	주의회. Bremen시 의 부	각하
v. 8. 6. 1982 - 2BvE 2/82 - E 60, 374	연방하원의장의 회의중 행한 문 책이 기본법 제 38조 1항 2문의 의원 발언권 침해	연방하원 의원	연방하원의장	각하
v. 16. 2. 1983 - 2BvE 1, 2, 3, 4/83 - E 62, 1	연방대통령의 의회해산 및 선 거명령이 기본법 제68조 1항 침 해, 청구인의 기 본법 제38조 1항 2문의 헌법상권 리 침해 및 직접 적 침해 우려	연방하원 의원	연방대통령	기각

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 3. 11. 1982 - 2BvH 3/80 - E 62, 194	주예산법률의 의결 공포가 주 헌법 및 기본법 침해	정당, 주의회 의원	주의회, 주의회의 의장	각하
v. 24. 1. 1984 - 2BvH 3/83 - E 66, 107	주정부가 직능단 체의 세법상행위 와 관련된 법령 공포가 기본법 침해	정당	주정부	각하 주내의 공법상 분쟁의 보충성
v. 17. 7. 1984 - 2BvE 11,15 /83 -E 67, 100	기본법 제44조에 반하여 조사위원 회에 관계서류제 출을 거부한 연 방장관의 행위	원내교섭단체, 연방하원의원, 다수의원	연방정부 (대리인: 연방수상) 연방재무장관 연방경제장관	거부행위는 기본법 침해, 각하
v. 18. 12, 1984 -2BvE 13/83- E 68, 1	연방정부가 연방하원의 동의 를 얻지 않음으 로써 하원의 권리침해	원내교섭 단체	연방정부 (대리인: 연방수상)	기각
v. 14. 1. 1986 - 2BvE 14/83, 4/84 -E 70,324	예산법상 요구되 는 비밀유지와 위원회위원의 선출행위	연방하원 의원, 원내교섭 단체	연방하원, 연방정부 (대리인: 연방재무 장관)	기각

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 17. 12. 1985 - 2BvE 1/85 - E 71, 299	피청구인이 법원 의 처분에 대해 소원제기를 거부 한 것은 기본법 제44조 침해한것	원내교섭 단체	연방하원의 조사위원회	각하 가처분 발령신청 거부
v. 14. 7. 1986 - 2BvE 5/83 - E 73, 1	연방하원이 예산 법을 확정함으로 써 기본법침해	정당	연방하원, 연방하원의장	기각
v. 14. 7. 1986 - 2BvE 2/84, 2BvR 442/84 - E 73, 40(병합)	정당법등 개정으 로 기본법 침해	정당	연방상원, 연방하원	불합치
v. 25. 12.1986 - 2BvE 1,3/84 - E 74, 44	연방내무장관의 AAR 활동 금지 처분 기본법원칙 침해, 가처분 발령 신청	AAR의 단체 AAR	연방정부, 연방내무장관	각하 가처분 발령신청 종료
v. 15. 12. 1986 - 2BvE 1/86 - E 74, 96	연방선거관리위 원회가 정당으로 인정하지 않음으 로써 기본법 침해, 가처분 발령 신청	가 정당	연방선거관리 위원회	각하 가처분 발령신청 종료

사건일자, 심호 계재면(BVerfG)	사건내용	당 사 자		결정주문
		청구인	피청구인	
v. 31. 3. 1987 - 2BvH 1/87 - E 75, 34	주정부가 법령으 로 선거일자를 확정함으로써 선거요건충족을 불가능하게 한 것은 헌법상권리 를 침해	정당	주정부	각하
v. 7. 3. 1989 - 2BvQ 2/89 - E 79, 379	가처분으로써 연 방내무장관의 즉 시 집행가능성을 배제하고자 함	가 정당	연방정부, 연방내무장관	가처분 발령신청 거부
v. 13. 6. 1989 - 2BvE 1/88 - E 80, 188	연방하원의원의 법적 지위(상임위 원회에서 위원이 로서의 발언권, 신청권으로 협력 할 의원의 권리)	연방하원 의원	연방하원, 연방하원의장 원내교섭단체 연방상원	기본법 제38조 1항2문의 청구인 권리의 침해, 기각
v. 29. 9.1990 - 2BvE 1/90 - 3/90, 4/90 u. 2BvR 1247/90	연방상하원이 동서독전독선거 조약법률에 의결 동의함으로써 기 본법 제38조 1항 및 제21조에서 나오는 정당의 권리 침해	정당	연방하원, 연방상원 (참가인: 연방정부)	의결 및 동의는 정당간의 기회균등 원칙을 침해

(*** 참고 : 사건심호 가운데 BvE는 권한쟁의(Organstreit)를, BvG는 연방과
주간의 분쟁을, BvH는 기타 공법상의 분쟁을, BvK는 주내부의 헌
법분쟁을, BvQ는 가처분사건을 그리고 PBvU는 제1,2부 합동재판부
의 결정을 의미함을 밝힌다.)

2. 기타 국가의 제도

오스트리아와 이탈리아 및 스페인에서도 국가기관간의 권한다툼이 있는 경우에 독립된 헌법재판소를 두어 재판하게 함으로써 이를 조정하고 있다. 그런데 이들 국가 이외에도 일반 최고법원에서 권한쟁의심판권을 갖는 나라(유럽국가 가운데 특히 그리스, 스위스, 벨기에 등)들이 있으므로 함께 살펴보기로 한다⁹⁶). 그러나 여기서는 헌법 및 관계 법률조항을 중심으로 하여 평면적인 검토에만 그친다.

(1) 오스트리아의 제도

헌법재판소는 (i) 법원과 행정청간의 권한쟁의, (ii) 행정법원과 다른 모든 법원간, 특히 행정법원과 헌법재판소간, 일반법원 상호간의 권한쟁의 및 (iii) 연방과 주간, 주 상호간의 권한쟁의에 대하여 재판한다(연방헌법 제138조 제1항). 헌법재판소는 본 조항에서 열거된 기관간의 권한분쟁이 있는 경우에만 재판할 권한이 있다⁹⁷).

연방헌법 제138조 제1항의 권한충돌이 있는 경우 헌법재판소법은 제42조 내지 제52조에서 상세한 내용을 규정하고 있다. 이와 달리 입법기관과 명령제정권한을 가진 기관간의 권한쟁의는 연방헌법 제138조 제1항의 권한쟁의에 속하지 않으

96) 참고로 미국의 경우에는 최고국가기관(의회와 대통령)상호간의 다툼을 조정할 권한을 정한 특별한 절차가 없다. 따라서 정식 소송으로써 이러한 권한 다툼을 해결할 수가 없다. 그러나 행정권과 입법권간에 권한구분문제는 자주 발생하고 있다. 대통령이 그 임명에 있어서 의회의 동의를 요하는 공무원을 해임하는 경우 등을 그 예로 들 수 있다 (Vgl. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S. 47 f.).

97) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl., 1988, S. 356, Rn. 1082.

며, 이 때에는 연방헌법 제139조 및 제140조가 정하는 헌법재판소의 법률 및 명령심사권한 (Gesetzes und Verordnungsprüfungskompetenz)에 의하여 보호받게 된다⁹⁸⁾.

또한 헌법재판소는 연방정부 또는 주정부의 청구에 의해 입법상, 집행상의 행위가 연방의 권한인지 주의 권한인지에 대하여 확정한다(연방헌법 제138조 제2항). 그리고 헌법재판소는 연방정부나 관계주정부의 청구에 의해 연방과 주간의 협정이 체결되었는지의 여부나 그 협정에 따른 의무가 이행되었는지의 여부에 대하여 재판한다(연방헌법 제139a조). 이는 연방소송에 해당하는 것이며, 이러한 권한충돌이 있는 경우 헌법재판소법은 제53조 내지 제56조에서 상세한 내용을 규정하고 있다. 권한쟁의심판절차가 개시됨으로써 관계 법원에 계속중인 재판절차는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 중단된다(헌법재판소법 제42조 제5항, 제43조 제5항, 제47조 제4항).

(2) 이탈리아의 제도

헌법재판소는 국가권력 상호간의 권한쟁의 및 국가와 주간 그리고 주 상호간의 권한쟁의에 대하여 최종적으로 재판한다(헌법재판 제134조 제25호). 먼저 헌법재판소는 자기가 속한 국가권력(Staatsgewalten)의 의사를 최종적으로 선언할 관할권이 있는 기관 상호간에 분쟁이 있는 경우 및 헌법규정에 의하여 인정된 여러 국가권력의 권한분배에 대하여 분쟁이 있는 경우에 재판한다(헌법재판소법 제37조 제1문). 이러한 국가기관에는 주(Regionen)나 지방(Provinzen) 등은 포함되지 않으나,

98) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl., S. 356 f. Rn. 1081.

양원, 정부, 의회의 위원회, 법원 및 국가조직외의 특정한 권력(예를 들면 법률의 폐지를 목적으로 하여 국민투표를 발의한 권력)등은 국가기관에 해당된다⁹⁹⁾. 법원의 권한에 속하는 문제에 대한 재판관할을 규정하고 있는 현행법령의 규정은 그대로 효력을 가진다(동조 제2문). 헌법재판소는 변론없이 결정으로 당사자의 관할권에 대하여 심판한다(동조 제3문). 헌법재판소가 권한쟁의의 심판을 하는 때에는 어느 국가기관에게 당해 권한(Befugnis)이 귀속되어 있는지를 분명히 하며, 이미 권한없는 기관이 행한 행위가 있을 때에는 그 행위가 무효임을 선언한다(동법 제38조).

또한 국가와 주(Regionen)간 및 주 상호간의 권한쟁의에 대하여는 헌법재판소법 제39조 내지 제42조에서 규정하고 있다. 여기서는 특히 입법 및 행정영역에서의 관할권분쟁이 문제가 된다. 헌법재판소는 재판에서 분쟁의 대상인 권한이 누구에게 속하는지를 확인하며, 권한없는 기관에 의하여 발령된 행정행위를 취소한다¹⁰⁰⁾.

(3) 스페인의 제도

헌법재판소는 (i) 국가와 지방자치단체간, (ii) 두 개 이상의 지방자치단체 상호간 및 (iii) 행정부, 하원, 상원, 사법부 상호간의 권한쟁의에 대하여 재판한다(헌법 제161조 제1항, 헌법재판소법 제59조). 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 국가기관 또는 지방자치단체의 행정기관이 제기하며 일정한 경우(소극적 권한쟁의)에는 자연인이나

99) Vgl. Auer. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 47.

100) Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, S. 236.

관계법인도 제기할 수 있다(헌법재판소법 제60조). 여기서 권한쟁의의 대상은 국가기관이나 지방자치단체기관이 제정한 규칙(Bestimmungen), 결정(Beschlüsse) 및 처분(Handlungen)이며, 이에 대한 권한쟁의가 헌법재판소에 제기된 경우에는 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 그 규칙, 결정 및 처분을 집행할 수 없다. 헌법재판소의 판결은 모든 공권력을 기속하며 일반적 효력을 갖는다(동법 제61조).

그리고 행정부, 하원, 상원, 사법부 중 한 기관은 헌법 또는 조직법에 의하여 자기가 부여받은 권한을 다른 기관이 행사하고 있음을 그 기관에게 통지하고 이를 철회할 것을 요구하여야 한다. 그 통지를 받은 기관이 자기의 권한행사가 합헌·합법적임을 확신하거나 또는 일정기간(즉 1개월) 이내에 이를 수정하지 않는 경우에 양당사자 가운데 부당한 권한행사라고 판단하는 기관이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제73조). 헌법재판소는 판결로써 문제된 헌법적 권한이 어느 기관에게 속하는지를 결정하고, 위반행위의 무효를 선언하며 나아가 무엇이 합법적인 구제인가를 결정한다(동법 제75조 제2항).

(4) 그리이스, 스위스, 벨기에 및 프랑스의 제도

헌법재판소를 두고 있지 않는 이들 국가에 있어서도 기관간에 권한다툼이 있는 경우에는 법원이나 파행원 등이 권한쟁의심판을 하고 있다. 그리이스의 최고특별재판소(Sondergerichtshof)는 법원과 행정부간, 국가평의회와 일반행정법원간 및 민·형사법원간 또는 회계원과 기타 법원간의 분쟁이 제기된 경우에 이를 관할할 권한이 있다(헌법 제100조 제

1항 d호, 최고특별재판소법 제6조 d호).

스위스의 연방법원(Bundesgericht)은 연방기관과 주기관간의 권한쟁의에 대하여 재판한다(헌법 제113조 제1항 제1호, 연방사법조직법 제83조 a호)¹⁰¹⁾. 연방기관 상호간의 권한분쟁은 연방의회(Bundesversammlung)의 상하원 공동의 조정사항이기 때문에 연방법원의 재판권한에 속하지 않는다(헌법 제85조 제13호). 그러나 연방기관 상호간의 권한범위에 의심이 있는 경우에는 기관간에 서로 의견교환을 하도록 되어 있으므로 연방의회의 조정권한은 이제까지 한번도 행사된 적이 없다. 벨기에의 과웨원은 법률이 정하는 방식으로 권한쟁의에 관하여 재정한다(헌법 제106조). 프랑스의 헌법원(Verfassungsrat)은 헌법기관 상호간의 다툼 뿐만 아니라 중앙정부와 지방자치단체간의 권한 다툼에 대하여도 재판할 권한이 없다.¹⁰²⁾

3. 각국의 권한쟁의심판의 종류와 당사자(도표)

앞에서 본 각국의 권한쟁의심판제도는 역사적 · 사회적 · 정치적 상황에 따라 각기 달리 발전되어 왔고 상호간에 커다란 차이점이 있음을 알 수가 있다. 그 가운데 특히 심판의 종류와 당사자를 살펴보면 다음의 도표와 같다

101) Vgl. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 45 ff. u. 49 f. 또한 연방법원은 주상호간의 공법상의 분쟁에 대하여도 재판한다.

102) Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, S. 323 ; Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 48 f.

국 가	종 류 (및 당 사 자)
한 국	1) 국가기관 상호간의 권한쟁의심판 2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판 3) 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판
독 일	1) 연방최고기관 : 연방대통령, 연방하원, 연방상원, 연방정부 2) 기타관계자 : 위 기관의 일부
오스트리아	1) 법원과 행정청간의 권한쟁의 2) 행정법원과 다른 모든 법원간, 특히 행정법원과 헌법재판소간, 일반법원 상호간의 권한쟁의 3) 연방과 주간, 주 상호간의 권한쟁의
이탈리아	1) 국가권력 상호간의 권한쟁의 2) 국가와 주간 그리고 주 상호간의 권한쟁의
스 페 인	1) 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의 2) 두 개 이상의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의 3) 행정부, 하원, 상원, 사법부 상호간의 권한쟁의
그 리 이스	최고특별재판소 1) 법원과 행정부간의 권한쟁의 2) 국가평의회와 일반행정법원간 및 민형사법원간의 권한쟁의 3) 회계원과 기타 법원간의 권한쟁의
스 위 스	연방법원 - 연방기관과 주기관간의 권한쟁의
벨 기 에	파해원 - 법률이 정하는 권한쟁의
프 랑 스	헌법원 - 권한쟁의권한 없음

IV. 결 어 - 우리 제도의 문제점과 해결방안

이제까지 한국과 독일 및 기타 국가의 권한쟁의심판제도에 관하여 살펴보았다. 그러나 이 제도는 이미 앞에서 보았듯이 각 국가의 제도적, 정치적, 역사적 상황에 따라 그 인정여부에 있어 차이가 있을 뿐만 아니라 독립된 헌법재판소를 두어

이를 인정한다 하더라도 그 종류와 범위 및 절차 등에 있어서 통일되어 있지 않음을 알 수가 있다. 이러한 차이점은 앞의 도표에서도 본 바와 같다(III 3 참조).

여기서는 우리 나라의 제도에 있어서 문제가 있는, 특히 당사자 능력과 관련된 몇가지 문제점을 지적하고 나아가 그 해결방안을 제시해 보는 것으로서 결론에 대신하고자 한다.

1. 국가기관의 개념

먼저 헌법에서 정하고 있는 “국가기관”의 개념과 헌법재판소법에서 규정하는 “국가기관”의 개념은 차이가 있다는 점을 들 수 있다. 즉 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 국가기관을 국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회 만으로 봄으로써 범위를 크게 축소하고 있을 뿐만 아니라, 동 조항 제2호에서는 더욱 좁게 보아 정부만을 국가기관으로 하고 있다¹⁰³⁾.

그러나 이를 엄격히 문리해석하여 좁게 보는 경우에는 권한쟁의 사건은 거의 있을 수가 없을 것이고 이 제도를 도입한 취지에 반하는 것이라 할 것이다. 그러므로 이를 확대해석하여¹⁰⁴⁾ 당사자의 범위를 위에서 열거하고 있는 최고기관에만 한정할 것이 아니라 국회의장, 국회의원, 국회의 상임위원회, 원내교섭단체, 정부의 장관이나 정당¹⁰⁵⁾ 등에게도 당사자능력을 인정하는 것이 본 제도의 본질 및 취지에 합당한 것이 아닌가 여겨진다. 특히 우리 헌법재판소법 제61조 제2항의 “헌법 또는 법률에 의하여 권한을 부여받은 청구인¹⁰⁶⁾”이 독일연

103) 동일한 법조항내에서 하나의 용어를 각각 다른 의미로서 사용하는 것은 입법 기술상 문제가 있다.

104) 이시윤, 헌법재판에 관한 관건 I, 헌법논총 제1권(헌법재판소) 1990. 67면.

105) 특히 정당의 경우 이제는 더 이상 권한쟁의로 다룰 것이 아니라 헌법소원으로 다루어야 한다는 최근의 주장이 있다(앞의 주52 참조).

방헌법재판소법 제63조에서 "기본법 또는 연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 기관일부"라고 한 것에서 영향 받은 것(?)이라고 할 수 있다면 우리 헌법재판소의 "법률 - 예를 들면 국회법 - 에 의하여 권한을 부여받은 청구인"이 - 비록 '기관일부'라는 표현은 없다 하더라도 - 독일연방헌법재판소법 소정의 "연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 기관일부"를 의미하는 것이라 못 볼 바 아니며¹⁰⁷⁾, 나아가 독일의 경우 위 "기관일부"에 국회상임위원회나 원내교섭단체 및 개개인의 국회의원이 포함되는 것으로 보는 것이 통설인 것을 생각하면 우리의 경우에 있어서도 그것이 "법률에 의하여 권한을 부여받은 청구인"에 해당되는 것이라고 해석할 만한 여지가 전혀 없는 것만은 아니라고 본다. 이 점에 대하여는 앞으로 보다 깊은 연구가 요망된다.

또한 이와 관련하여 독일연방헌법재판소가 정당을 연방헌법재판소법의 명문규정(제63조)을 떠나 기본법(제93조 제1항 제1호)에서 직접 "기본법 또는 연방최고기관의 직무규정이 고유

106) 우리 나라의 경우 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 「국가기관 상호간, ... 즉 국회 · 정부 · 법원 · 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의 심판」을 규정하고 있다. 또한 헌법재판소법 제61조에 의하면 「국가기관 상호간...에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때」(제1항) 피청구인의 처분 또는 부작위가 「헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한」(제2항)을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있을 때에만 당해 국가기관은 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 그런데 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 정한 국가기관의 범위를 동제도의 본질과 입법취지에 비추어 예시규정으로 보면 동법 제61조의 청구인의 범위는 보다 확대될 수 있는 것이며, 결국 이는 국회법상 고유권한을 가지는 상임위원회 등의 기관으로 봄이 타당한 것이다.

107) 독일의 경우 의회의 규칙제정권을 의회내부의 조직과 운영에 관하여 헌법이 규정하고 있는 것 외에는 원칙적으로 의회규칙(즉 국회직무규정 Geschäftsordnung)에 위임(기본법 제40조 제1항 제2문)하고 있어 '헌법-규칙'의 단계로 이루어지는 반면에, 우리나라는 「국회는 법률(즉 국회법)이 정하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙(즉 국회규칙)을 제정할 수 있다」고 하여 '헌법-국회법-규칙'의 체계로 되어 있다. 이를 검토해 보면 독일에서는 의회규칙의 내용과 범위가 상당히 광범위하지만, 우리나라에서는 이를 국회법과 국회규칙에서 나누어 규정하고 있을 뿐만 아니라 의회절차와 내부규율은 국회법에서 상세히 규정하고 국회 규칙은 그 대부분이 비교적 기술적, 절차적인 사항을 그 내용으로 하고 있다. 따라서 양 국가의 법률규정을 형식적으로 단순 비교하여 우리 헌법재판소법의 '법률'과 독일 연방헌법재판소법의 '연방상하원의 직무규정'을 달리 보는 입장은 오히려 설득력이 약한 것이 아닌가 생각된다.

한 권리를 부여한 ‘기타관계자’에 포함시키려는 적극적 노력을 보인 것도 참조할 만하다¹⁰⁸⁾.

연방헌법재판소의 권한쟁의사건을 살펴보면 대다수가 정당이나 원내교섭단체에 의하여 연방상하원이나 연방정부를 상대로 제기된 것이라는 점은 우리에게 시사하는 바가 대단히 크다.

2. 헌법재판소법 제62조 제1항의 위헌성

헌법에서 “국가기관 상호간, ……”으로 정하고 있는 국가기관을 “국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회” 또는 “정부”만으로 국한하여 축소규정한 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호 및 제2호는 위헌의 소지가 없지 않은 것으로 보인다. 이러한 위헌의 여지는 동 조항을 유연하게 해석 적용함으로써만 제거될 수 있는 것이라 할 것이다. 그럼으로써 정당이나 원내교섭단체 등 국가기관의 일부에게 당사자능력을 인정할 수가 있게 된다. 독일에서도 유사한 경우가 있었으나 연방헌법재판소는 이를 잘 해결하고 있다¹⁰⁹⁾.

3. 헌법재판소 스스로가 당사자인 경우

헌법재판소가 직접 다툼의 당사자 - 특히 대법원의 권한과 관련하여 - 가 된 경우에는 궁극적으로는 헌법에서 문제된 조항을 정비함으로써 해결되어야 할 것이지만, 그렇지 않더라

108) 앞의 III. 1. (1) (가) 및 주 52 참조.

109) 앞의 III. 1. (1) (가) 참조. BVerfGE 1, 208, 222 ; 2, 143, 159 ff. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 108 Rn. 15 : 「Das Bundesverfassungsgericht sieht dies mit milden Augen an. Es(das BVerfG) leitet die Parteifähigkeit, soweit erforderlich, unmittelbar aus Art. 93 I Nr. 1 GG her.」

도 초창기 독일에서 연방헌법재판소가 일반최고법원에게 의견을 구하는 절차를 의도적으로 거쳐 이를 존중함으로써 분쟁의 소지를 사전에 제거해 온 것을 기억할 필요가 있다. 여기서 특히 헌법재판소 89헌마178호 법무사법 시행규칙에 대한 헌법소원사건의 결정과 관련하여 헌법재판소와 대법원 상호간의 권한쟁의로 비춰지고 있는데 대하여 “설사 권한분쟁이라 하더라도 헌법재판소는 국가기관 상호간의 권한의 존부 및 범위에 관한 심판을 그 관장사항으로 하고 있으므로(헌법 제111조 제1항 제4호) 헌법재판소는 자신과 다른 국가기관과의 권한쟁의에 관하여도 비록 헌법재판소법에 명문규정은 없지만 스스로 판단할 수 있다고 하여야 할 것이다. 그리고 헌법 제107조 제2항 등을 둘러싸고 벌어진 이번과 같은 문제는 어디까지나 헌법규범의 해석에 관한 문제이고 헌법해석에 관한 현행헌법상 헌법재판소가 일차적이고도 중추적인 기관임을 상기할 때 비록 학설상으로는 갑론을설이 있을지라도 일단 헌법재판소가 어느 입장에서 결정을 한 이상 이는 헌법재판소의 관례로서 굳어진 것이므로 당연히 이에 따라야 하는 것”이라는 주장은 경청할 만하다.¹¹⁰⁾

오스트리아에서는 헌법재판소 스스로가 행정법원 등과 직접 권한쟁의의 당사자가 된 경우에도 명문으로 헌법재판소의 관장사항으로 하고 있다(연방헌법 제138조 제1항).

4. 지방자치단체가 당사자인 경우

우리 법제상 지방자치단체가 분쟁의 당사자인 경우에는 그

110) 이석연, 법무사법시행규칙위헌결정의 정당성, 인권과 정의, 1991년 4월호 110면 주19 참조.

조정방법에 있어 많은 어려움이 나타난다. 즉 현행법상 지방자치단체는 각각의 경우에 따라서 일면 행정심판이나 항고소송 또는 기관소송 등 행정상 쟁송에 의할 수도 있을 것이고, 타면 권한쟁의나 헌법소원 등 헌법상 쟁송에 의할 수도 있을 것이다. 행정상 쟁송의 문제는 아래의 항목에서도 다루고 있으므로 여기서는 후자, 즉 헌법상 쟁송에 있어서의 문제점을 살펴본다. 먼저 지방자치단체의 권한쟁의를 보면, 지방자치단체는 국가기관(정부)이나 다른 지방자치단체와의 관계에서 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 자기의 권한의 침해 또는 현저한 침해위험이 있을 때에는 권한쟁의심판을 청구할 수가 있다(헌법재판소법 제61조, 제62조). 이러한 범위에서 지방자치단체에게 권한쟁의가 인정됨은 명문으로 정하고 있는 바이다. 여기서의 지방자치단체의 권한이란 헌법상 보장된 ‘지방자치체의 보장’(헌법 제117조)과는 엄연히 구분되는 것이다.

그런데 지방자치단체가 헌법소원을 제기할 수 있는지는 권한쟁의와는 달리 헌법재판소법에서 명백히 밝히고 있지 않아 문제가 있다(지방자치단체의 헌법소원심판 청구인 적격 여부). 이와 관련하여 첫째, 헌법 제117조의 지방자치체의 보장이 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘헌법상 보장된 기본권’에 해당되는가 둘째, 지방자치단체는 공권력 내부에 속하는 것이 아닌가, 따라서 동조항의 ‘…… 침해받은 자’에 해당될 수 없는 것이 아닌가¹¹¹⁾ 하는 점이 검토되어야 한다. 그렇지만 이러한 문제는 우리 나라에 있어서 아직 정리되어 있지 않고 또한 우리 현행법제상의 미비점이 발견되고 있기 때문에 상세한 논의는

111) 지방자치단체는 사실상 국가 내에 위치하는 것이고, 고권적인 국가조직의 내부에서 국가위임사무와 자치사무영역에서 활동하며 따라서 그 자체는 공권력 주체에 해당한다(BVerfGE 8, 132). 지방자치단체는 공법상 기능수행에 있어서는 그 스스로 기본권주체가 될 수는 없으며 따라서 연방헌법재판소법 제90조의 개인헌법소원은 제기할 수 없는 것이다(BVerfGE 61, 82, 100ff.)라고 한 판례가 있다.

다음 기회로 미루기로 하고, 여기서는 결론적으로 우리 현행 법제도 아래에서는 지방자치제의 보장, 즉 지방자치의 본질을 침해한 경우에 있어서 지방자치단체의 헌법소원은 부정되는 것으로 해석할 수밖에 없다는 점만 밝혀 두기로 한다.

참고로 이와 관련한 독일의 제도를 살펴보면, 기본법 제93조 제1항 제4a호 및 연방헌법재판소법 제90조와는 별도로 기본법 제93조 제1항 제4b호, 연방헌법재판소법 제13조 제8a호 및 제91조에서 지방자치단체(및 지방자치단체 조합)¹¹²⁾는 기본법 제28조의 자치행정권이 연방 또는 주의 법률¹¹³⁾에 의하여 침해되었음을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있음을 정하고 있다. 다만 주법률에 의하여 자치행정권의 침해를 이유로 하는 헌법소원을 주헌법재판소에 제기할 수 있는 경우에는 연방헌법재판소에 대한 헌법소원은 인정되지 않는다(보충성). 이와 같이 지방자치단체에게 헌법소원을 인정한 연방헌법재판소법 제91조가 제정된 이론적 배경은 곧 기본법 제28조의 지방자치제는 기본권과 마찬가지로 효력을 가지며 그것이 침해된 경우에는 지방자치단체에게 연방헌법재판소에 제소할 수 있는 길을 열어 두어야 한다는 것이었다¹¹⁴⁾. 그러나 이에 대하여는 이미 입법당시(1951년)부터 지방자치단체에게 헌법소원을 인정하게 되면 기본법이 예정하고 있는 연방국가구조를 붕괴시키게 되며 또한 기본법 제28조에서도 그 정당성을 찾기가 어렵다는 비난이 있었다.

통설의 입장에 의하면 기본법 제28조의 자치행정권 침해를

112) 지방자치단체가 연방헌법재판소법 제91조의 헌법소원의 당사자가 되는 경우에도 지방자치단체 그 자체만이 헌법소원을 제기할 자격이 있는 것이며, 그 기관이나 지방의회 의 교섭단체와 같은 경우는 당사자 능력이 인정되지 않는다(Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 6).

113) 지방자치단체는 행정처분이나 법원의 재판에 대하여는 헌법원을 제기할 수 없다(Auer. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S. 85).

114) Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 1.

이유로 하여서는 연방헌법재판소법 제91조의 지방자치단체의 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)으로써만 비로소 다룰 수 있는 것이고, 이러한 헌법소원은 동법 제90조의 개인헌법소원(Individualverfassungsbeschwerde)과는 다른 특별한 종류의 것이라고 보는 것이다. 즉 이는 헌법소원을 규정한 연방헌법재판소법 제91조에 이거 지방자치단체에게 인정된 것이며 명문규정이 없으면 자치행정권 침해를 다룰 수 없다는 것을 의미하는 것이다¹¹⁵⁾. 다시 말하면 기본법 제28조 제2항은 기본권성을 갖지 않기 때문에 동법 제93조 제1항 제4b호는 ‘소송상이 특별규정’(prozessuale Sondernorm)이라고 보고 있다.

연방헌법재판소법 제91조의 헌법소원의 예로서는 법률로써 지방자치단체의 계획고권을 제한하거나¹¹⁶⁾ 자의적으로 자치단체의 지명을 변경하는 경우¹¹⁷⁾ 등을 들 수 있다¹¹⁸⁾. 그런데 지방자치단체가 기본권을 가지는지에 대하여는 헌법재판소는 극히 회의적인 입장이지만¹¹⁹⁾ 예외적으로 지방자치단체가 재판절차상 기본법 제103조의 재판청구권(Anspruch auf rechtliches Gehör)과 같은 기본권유사권리를 침해받은 경우와 같이 지방자치단체가 공공책무수행주체가 아닌 모든 제3자에게 인정되는 권리(즉 기본권)의 주체로서 관련된 때에는 기본법 제90조의 헌법소원을 제기할 수 있다¹²⁰⁾.

115) 이와 관련하여 지방자치단체의 기본권성을 긍정하는 견해도 있으나(Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, 865f.) 통설은 이에 부정한다(Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 1, Fn. 27 m. w. N.).

116) BVerfGE 56, 298.

117) BVerfGE 59, 216.

118) Vgl. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 183.

119) BVerfGE 61, 82, 100.

120) Vgl. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 184 ; Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 3 a. E. ; BVerfGE 6, 49f. ; 45, 74ff., 61, 105 ff.

5. 기관소송의 기능축소 및 폐지의 문제

헌법과 헌법재판소법에서 지방자치단체를 권한쟁의의 당사자로 함으로써 행정소송법상의 기관소송(동법 제3조 제4호)이 기능을 대폭적으로 축소하였고 나아가 이를 폐지한 것이나 다름없다는 평가를 받고 있는 것으로 보인다¹²¹⁾¹²²⁾.

즉 행정소송법상의 기관소송은 사실상 지방자치단체와 관련된 것이 주종을 이루는 것이라는 점을 고려한다면 비록 단서조항¹²³⁾을 신설하였다 하더라도 실제로는 폐지한 것이나 다름없다는 것이다. 이러한 관점에서 현행헌법이 행정소송법상의 기관소송을 헌법재판소의 관장사항으로 규정함으로써 행정상 기관소송은 폐지된 것이라고 보는 주장도 있다¹²⁴⁾.

그러나 헌법재판소법상의 권한쟁의는 동법에서 정하고 있는 국가기관이나 지방자치단체 등 간의 분쟁에서만 문제되는 것이고 지방자치단체의 기관 상호간의 권한다툼은 대상으로 하고 있지 않다.¹²⁵⁾

즉 지방자치단체의 장과 지방의회간의 권한다툼과 중앙정부(또는 장관)와 지방의회 간의 권한다툼은 모두 같은 유형으로 볼 수 없는 것이기 때문에 결국 행정상의 기관소송의 여지는 여전히 남게 되는 것이다. 그리고 헌법재판소법 제정 당시 동법 부칙 제8조 2항에서 1985년 개정된 행정소송법상의

121) 기관소송과 권한쟁의의 차이점에 대하여는 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991년 9월호 129면 이하 참조.

122) 국가기관의 권한쟁의 심판제도에 대하여는 그 활성화 가능성에 있어 소극적 견해(권영성교수)와 적극적 견해(김대중 조선일보 논설주간)가 있다. 그에 대하여는 서울대학교, 법학 제29권 3·4호(1988년 12월) 43면 및 48면 참조.

123) 「다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다」(헌법재판소법 부칙 제8조 제2항, 행정소송법 제3조 제4호).

124) 김도창, 일반행정론(상), 1988, 772면.

125) 동지, 홍정선, 기관소송, 고시계 1991년 8월호, 107면.

기관소송(제3조 4호)을 염두에 두어 단서조항을 둔 것을 고려한다면 그것은 입법상 흠결이라 할 것은 아니며 따라서 헌법재판소법상의 권한쟁의제도의 신설로서 행정상의 기관소송을 폐지한 것이라고 단언하는 것은 무리한 견해라고 할 것이다. 또한 기관소송은 행정소송법 제45조에 의거 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있는 것이기 때문에 현행 지방자치관련법률에서의 기관소송을 제기 할 수 있는 예는 극히 한정되어 지방자치단체의 장이 지방의회에 대하여 제기하는 소송(지방자치법 제159조)과 교육감이 시·도의회 또는 교육위원회에 대하여 제기하는 소송(지방교육자치에 관한 법률 제38조) 등에 불과하다. 따라서 사실상 헌법재판소상의 권한쟁의심판제도가 도입되기 이전에도 기관소송의 여지는 극히 제한적일 수밖에 없었고 또한 현재에도 법률이 인정한 경우에만 가능한 것이기 때문에 기관축소라고 보는 것은 전혀 타당하지 않다고 할 것이다.

6. 권한쟁의와 보충성의 문제

권한쟁의심판은 헌법재판소가 시심이자 종심으로 재판한다. 따라서 현행법상 헌법소원의 경우에만 적용되는 보충성의 원칙은 권한쟁의심판에 있어서는 적용될 수 없는 것이다. 권한쟁의에까지 보충성 원칙의 적용을 확대하는 것은 헌법재판소법의 명문규정을 무시한 해석태도이며 자칫 헌법재판소의 기능을 위축시킬 위험이 있으므로 이는 옳지 않다고 본다. 이러한 점에서 “권한쟁의심판청구는 다른 쟁의수단(즉 행정소송법 제3조 4호의 기관소송, 지방자치법 제157조의 위법부당한 명령·처분의 시정, 동법 제159조의 지방의회의결의 재의와 제소 등)을 다한

후 최종적으로 헌법재판소에 할 수 있는 것”이라는 주장¹²⁶⁾은 타당하지 않다고 본다.

126) 구병석, 주관식 모범답안강평, 고시연구 1991년 5월호 238면.