

憲法論叢

제 3 輯

憲法裁判所

發 刊 辭

민주화 실현의 時代的 使命을 안고 國民의 信賴 속에 충실한 발전을 하여온 우리 헌법재판소는 창설 이후 지난 4년여간 입헌국가의 완성과 국민의 基本權伸張이라는 本然의 機能을 다하기 위하여 성실한 노력을 계속하여 왔습니다.

이와 같은 사명과 신뢰에 부응하고자 하는 노력의 일환으로 헌법재판소내의 헌법연구관 등을 포함한 직원들의 연구의욕을 북돋우고저 공모하였던 연구논문 중 선정된 勞作들을 모아 憲法論叢 第3輯을 발간하게 되었습니다.

이 책에는 激務의 재판업무 속에서도 기꺼이 特別寄稿를 하여주신 한병채 헌법재판관님과 이시운 헌법재판관님의 논문, 그리고 서울대학교 김철수 교수님과 연세대학교 허영 교수님의 글도 실려 있습니다. 훌륭한 논문작성에 노력하여 주신 필자 여러분께 감사드리며, 앞으로 더욱 알찬 내용의 연구논문들이 이 논총에 수록되어 우리나라 憲法裁判制度의 發展과 定着에 보탬이 될 수 있기를 바랍니다.

1992. 12.

憲 法 裁 判 所
事 務 處 長 金 容 鈞

目 次

憲法裁判의 決定과 변형판결	韓炳家	4
憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)	李時潤	93
韓國統一과 統一憲法制定問題	金哲洙	112
合憲的 法律解釋의 本質과 限界		
-우리 憲法裁判의 내용과 문제점-	許營	157
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李東洽	186
憲法研究官制度의 改善方案	梁三承	211
憲法裁判決定의 既判力		
-특히 獨逸에서의 論議를 중심으로-	金知衡	254
憲法訴訟과 行政訴訟：現行 命令·規則에 대한		
違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭宗燮	307
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金顯哲	348
勸力の 統制와 合理的 裝置로서의 韓國憲法		
-헌법재판소의 기능을 중심으로-	李明雄	375
憲法裁判과 法과 政治	李郁韓	407
〈부록〉 헌법논총 제1집 및 제2집의 수록 논문색인		434

憲法裁判의 決定과 變形判決

韓 柄 案

憲法裁判所 裁判官

『美國 聯邦最高裁判所가 傳統的으로 美國市民들로부터 宗教的이라 할 만큼 信望을 받아 오고 있는 理由의 하나는 美國 最高裁判官들 (특히 初創期 最高裁判官들)이 法服을 입은 政治家들이었기 때문이다.』

-구스타프 라드브루흐(Gustav Radbruch)教授의
法學入門(Einleitung in die Rechtswissenschaft)에서-

(G. Radbruch는 독일 Weimar共和國의 司法長官을 歷任하고
二次 大戰後까지 Kiel과 Heidelberg大學에서 法哲學教授 역임).

- 目 次 -

第一. 憲法裁判 決定主文의 意義와 形式

1. 主文과 變形判決
2. 憲法裁判決定의 意義
 - (1) 決定의 意義
 - (2) 憲法裁判의 特別審判節次
 - (3) 違憲決定의 法的 性質

第二. 單純判決主文의 形態

1. 單純違憲決定과 單純合憲決定
 - (1) 違憲與否決定의 基本型
 - (가) 單純違憲宣告 主文 例
 - (나) 單純違憲과 單純合憲을 併合宣告한 主文 例
 - (다) 單純合憲宣告 主文 例
 - (2) 單純違憲決定의 效力
 - (가) 法律의 存續喪失
 - (나) 國家機關의 지속력
 - (다) 決定의 實質的 確定力
2. 一部違憲決定
 - (1) 一部違憲宣告의 事由
 - (2) 一部違憲決定의 主文
 - (가) 部分違憲 主文 例
 - (나) 後段部分違憲 主文 例

第三. 變形判決의 主文形態

1. 限定合憲決定

(1) 質的 一部違憲決定

(2) 限定合憲決定의 主文形態

(가) 限定合憲決定 主文 例 1 (相續稅法)

(나) 限定合憲決定 主文 例 2 (國家保安法)

(다) 限定合憲決定 主文 例 3 (道路交通法)

(라) 限定合憲決定 主文 例 4 (改正前 國家保安法)

2. 限定違憲決定

(1) 限定違憲과 限定合憲과의 關係

(2) 限定違憲決定의 主文形態

(가) 限定違憲(適用違憲)決定 主文 例 1 (國有財產法)

(나) 限定違憲(包含違憲)決定 主文 例 2 (民法 第764條)

(다) 限定違憲(施行令違憲)決定 主文 例 3 (定刑法)

(라) 限定違憲(條件附違憲)決定 主文 例 4 (國會議員選舉法)

3. 不合致決定 및 違憲確認決定

(1) 不合致決定의 事例

(2) 不合致決定의 效力

(가) 一般的 效力

(나) 當該事件과 併行事件에 대한 效力

(3) 不合致決定의 主文 例

4. 立法促求決定

(1) 立法促求決定의 理由

(2) 立法促求決定의 主文 例

(3) 獨逸의 立法促求決定의 主文 例

5. 違憲宣言不可決定

(1) 違憲宣言不可決定의 制度的 意義

(2) 主文 例

6. 暫定合憲決定(아직은 合憲이라는 決定)

(1) 意義

(2) 暫定合憲決定의 類型

(가) 主文에서 『아직은 合憲이다』고 宣告한 例

(나) 理由에서 『아직은 合憲이다』라고 判示한 例

(다) 主文에서 『理由 적시에 따라』暫定合憲決定한 例

第一. 憲法裁判 決定主文의 意味와 形式

1. 主文과 變形判決

憲法裁判에서 가장 많이 논의되는 것은 規範統制의 裁判에 있어서 그 判決主文(決定文)의 形式을 어떻게 確定하느냐에 대한 것이다. 判決主文形式과 類型에 대하여는 우리 憲法裁判에서 적지 않게 어려움을 겪었고 지금까지도 많이 論議하고 研究되고 있는 문제의 하나이다. 이는 法文의 해석이나 理論的인 論爭으로 다루어야 할 문제라기보다 당해 違憲法律審判事件의 決定으로 인하여 야기되는 法的 安定性 및 憲法秩序의 統一성과 관련하여 해결하여야 할 實務的인 문제로서 대단히 중요성을 가지는 것이다.

우리 憲法裁判所法 제45조에 의하면 憲法裁判所의 違憲與否의 審判은 提請된 法律 또는 法律條項의 違憲與否만을 決定한다. 다만 法律條項의 違憲決定으로 인하여 당해 法律全部를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 그 전부에 대하여 違憲의 決定을 할 수 있다고 明示하고 있다. 憲法訴願의 認容決定에서도 당해 法律 또는 法律條項에 대하여 違憲임을 宣告할 수 있고 이 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다(憲裁法 제75조 제5항, 제6항)고 명시하고 있다.

이러한 明文規定의 文理解釋을 앞세워 일부에서는 憲法裁判所가 할 수 있는 主文形式에 대하여 “憲法에 違反된다” 또는 “憲法에 違反되지 아니한다”는 單純違憲 또는 單純合憲決定외에는 다른 變形

判決을 할 수 없다고 주장하는 少數의 意見이 있었다.

그러나 憲法裁判은 憲法文言의 形式的 解釋으로 單純한 司法的 判斷을 하는 것이 아니고 憲法의 基本原理에 따라 憲法的 價値秩序를 유지하는 憲法解釋으로 法規의 合憲性的 有無를 다루는 準立法的 機能에 의한 憲法的 判斷을 하는 것이기 때문에 憲法裁判所法의 解釋에 구애되어 形式論理만으로 憲法問題를 풀어 갈 수 없다는 것이 憲法裁判을 하고 있는 世界 各國의 多數意見이고 判例이며 우리도 이에 따르는 立場이다(1989. 7. 21. 선고 89헌마38호, 1989. 9. 8. 선고 88헌가6호 사건에서의 반대의견과 多數意見 참조).

憲法裁判에서 決定主文이 다양한 形態로 表現되고 變形判決을 할 수밖에 없는 것은 憲法裁判制度가 確立된 歷史的 背景과 그 本質的인 憲法的 屬性 때문에 現實적으로 불가피한 것이라고 理解하는 것이 通說的 見解이다. 憲法裁判所가 獨逸 등 유럽 대부분의 國家에서 창설되고 발전되게 된 것은 유럽의 司法府가 法律에 대한 司法 審査에 포함되어 있는 規範의 價値判斷이나 그에 따른 準政治的 機能을 수행하는데 있어 忌避하거나 無能力한 活動을 해 옴으로써 實質的 法治主義를 구현하지 못한 歷史的 背景에서 유래된 것임은 누구나 아는 주지의 사실이다. 유럽대륙의 法官은 일반적으로 職業法官으로서 아주 젊어서부터 司法官으로 任命되어 年功序列에 따라 昇進하게 되고 그들이 받은 專門訓練은 制定法의 政策的인 適用能力보다는 成文法의 文言에 따른 形式的인 論理解釋으로 機械的인 適用技術을 기르게 되었고 그에 따라 官僚化된 裁判을 전통적으로 해 온 것이다. 그런데 法律에 대한 司法審査權의 行使인 憲法裁判은 憲法解釋으로 法規의 合憲성을 判斷하는 것이기 때문에 具體的 事件에 適用하는 法律의 解釋을 基本으로 하는 일반 司法機能과는 매우 다른 것이다. 憲法解釋은 一般法律에 대한 固定된 觀念에 自

身を限定시켜 法律의 文言을 解釋하는 경우보다 憲法의 基本理念에 따른 고도의 價値判斷을 요구하고 종합적인 狀況에 대한 裁量의 判斷力을 종종 요구하고 있는 것이다. 이것이 바로 “켈젠”이나 “칼라만드레이” 등이 憲法解釋을 순수한 司法的 活動이라기 보다 立法的 活動이라고 말하고 一般 司法府가 憲法裁判을 전담하는 것은 失敗할 수밖에 없다고 하는 이유인 것이다(이에 대하여 많은 문헌이 있고 외국의 통설로 되어 있다. Cappelletti, L'attività ei poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico, in 3 Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei 83-164(Padova, Cedam, 1958)).

이렇게 볼 때 一般 司法府의 判決과는 달리 憲法裁判의 決定에서 變形判決을 하게 되는 것은 불가피한 것이며 더구나 規範의 法的 安定性を 위하여 오히려 바람직한 것이다. 때문에 독일을 비롯한 유럽각국의 憲法裁判所에서 判例로서 여러 가지 類型的 變形判決을 하고 있는 것은 당연하며 우리도 이에 따라 원용할 수밖에 없게 된 것이다. 그러나 變形判決을 하여야 할 사안인가, 그리고 어떠한 형식의 變形判決을 할 것인가, 또 不合致決定과 같은 變形判決의 效力은 어떻게 形成되는가 하는 문제 등이 아직도 많은 연구과제로 남아 있다. 이를 보다 구체적으로 理解하기 위하여 憲法裁判決定의 意義와 法的 性質을 알아보고, 우리 憲法裁判所의 判例를 중심으로 決定文의 基本型과 變形判決의 類型을 나누어 살펴보기로 한다.

2. 憲法裁判決定의 意義

(1) 決定의 意義

憲法裁判決定은 公權力的 行使 또는 不行使에 대하여 憲法解釋으

로 合憲性의 有無를 判斷하는 것이지만 그 決定은 裁判의 일종으로서 일반 法院에서 宣告하는 判決에 해당하는 것이다. 憲法裁判 역시 많은 부분에서 통상적인 訴訟節次에 의하여 審理하고 그 審判請求記錄에 의하여 裁判合議가 이루어지기 때문에 憲法裁判所의 節次進行을 憲法訴訟이라고도 한다. 그러나 일반 民·刑事訴訟節次に 準할 수 없는 特別한 事項이 있기 때문에 이를 해결하기 위하여 憲法裁判所法에 一般 및 特別 審判節次に 관한 規定을 두고 있다. 이에 의하여 審理하고 合議한 후 憲法裁判所가 최종적으로 確定하여 宣告하는 終局判決을 憲法과 憲法裁判所法은 判決이라 하지 않고 決定이라고 말한다. 그러므로 憲法裁判의 決定은 民·刑事訴訟 또는 行政訴訟節次に 準하여 確定되는 것이 많이 있지만 規範 및 權力統制의 기능을 본질로 하는 憲法裁判이라는 특수성 때문에 憲法訴訟은 그 本質에서 오는 特別審判節次に 의하여 지배되는 獨自性을 가지게 되고 決定文의 形態도 그에 따라 確定된다.

더구나 憲法裁判은 그 節次의 기능과 방법에 있어서도 반드시 對立的 當事者主義에 입각한 口頭辯論을 原則으로 하는 것이 아니고 오히려 國庫負擔에 의한 職權審理를 原則으로 하고 있기 때문에 一般 民·刑事 및 行政訴訟節次를 그대로 받아들일 수는 없는 것이 많다. 하지만 憲法訴訟도 司法審查의 方法에 의존할 수밖에 없는 裁判의 一種이고, 憲法裁判이 制度的으로 確立된지가 일천하기 때문에 상당한 부분에 있어서 民·刑事 및 行政訴訟法을 準用할 수밖에 없는 것도 현실적으로 불가피하다 할 것이다. 더구나 憲法裁判에서도 必要에 따라 節次上 當事者の 口頭辯論과 證據調査 및 參考人的 陳述을 청취할 수 있게 되어있고 나아가 그 節次上의 中間判斷이나 決定도 하여야 하기 때문에 많은 부분에 있어서 일반 訴訟法節次の 形式으로 進行하게 된다. 그래서 憲法裁判의 本質적인 면

에서 보면 職權書面審理에 의하여 辯論없이 終局決定을 하기 때문에 終局裁判의 形式을 裁判이라 하지 않고 決定이라고 명시하고 決定文으로 宣告하도록 規定되어 있는 것이라고 이해할 수 있으나, 憲法裁判도 司法的 裁判의 一種이고 그 節次에 있어서 訴訟法的 裁判의 機能이나 그 法的 性質 등을 가지고 있다는 점을 종합적으로 살펴 볼 때 決定이라기보다 判決이라고 하는 것이 더 바람직하다고 생각한다. 憲法裁判所의 決定文에 대해서 보다 정확하게 理解하기 위해서 一般 司法府에서 適用하는 民事訴訟法상의 判決과 決定의 區別을 대비하여 다시 살펴 볼 필요가 있다고 본다.

民事訴訟法에서는 그 法院의 裁判主體와 成立節次에 따라 判決과 決定 그리고 命令으로 구별한다. 그런데 憲法裁判에서는 決定이라는 形式이 아니라 決定으로 最終判斷을 宣告하도록 하고 있다. 一般的으로 判決과 決定을 形式的인 裁判節次의 차이를 가지고 구별하는데 終局判決은 法院이 원칙적으로 必要的 辯論을 거쳐 宣告하는 裁判을 말하는 반면에(물론 예외적으로 辯論을 요하지 않는 경우가 있다. 民訴法 제114조, 제206조, 제399조, 제400조 등) 決定은 法院이 辯論을 거치지 않고도 할 수 있는 裁判이라고 하여 判決과 決定을 구별하기도 한다(民訴法 제 125조에 의한 任意 辯論을 할 수 있다). 判決과 決定은 그 裁判節次의 方法 외에 그 效力에 있어서 法院을 기속하느냐 않느냐의 差異가 있고 그 不服方法에서도 抗訴 또는 上告냐 抗告 또는 再抗告냐의 上訴節次上的 差異도 있다. 그리고 判決은 중요한 事項에 대한 판단이므로 법관이 署名捺印을 하여야 하나 決定은 訴訟節次上的 事項이므로 記名捺印으로 족한 경우가 많다. 그 告知方法에 대해서도 判決은 判決書를 作成하여 宣告하여야 하고 決定은 반드시 決定文을 作成하여야 할 必要는 없고 상당한 方法으로 告知하면 되는 점등에 차이가 있다.

憲法裁判에서는 判決이라는 用語를 쓰지 않기 때문에 判決과 決

定을 구별할 訴訟法的 意味는 없다고 할 수 있다. 가장 많은 基本的인 裁判인 違憲法律의 審判과 憲法訴願에 관한 審判은 原則적으로 辯論을 거치지 않고 書面審理를 하게 되어 있어서 裁判節次의 方法에 着眼하여 보면 判決보다 決定의 法的 性質에 더욱 가깝다고 볼 수 있기 때문에 終局的인 憲法裁判을 判決이라고 하지 않고 決定이라고 하고 決定文을 가지고 終局宣告를 하도록 規定한 것 같기도 하나(憲裁法 제30조) 憲法裁判은 憲法解釋에 의한 最終的 憲法判斷이기 때문에 憲法에 연유하는 憲法的 意味의 決定으로서 判決의 일종이라 보아야 하며 訴訟法的 意味의 決定과는 區別하여야 한다고 본다.

(2) 憲法裁判의 特別審判節次

憲法裁判의 特別審判節次는 一般 司法節次에서와 같은 公開法廷에서의 當事者辯論主義를 基本으로 하지 않는다. 오히려 원칙적으로 口頭辯論을 거치지 않고 職權으로 書面審理方式에 의하여 그 審理를 마치고 終局決定을 하게 되어 있다(憲裁法 제36조 제1항). 물론 心理方式에 있어서 憲法裁判所가 관장하는 사항 중에 彈劾審判, 政黨解散審判 및 權限爭議審判은 口頭辯論을 必要的로 하게 되어 있으나 憲法裁判의 主宗을 이루는 憲法訴願審判과 違憲法律審判은 書面職權審理를 원칙으로 하고 있다(憲裁法 제30조)는 것을 유의하여야 한다. 물론 이 때에도 예외적으로 裁判部가 필요하다고 인정하는 경우에는 辯論을 열어 當事者, 利害關係人 기타 參考人의 陳述을 들을 수 있다(憲裁法 제30조 제1항, 제2항, 제45조, 제59조, 제67조).

이러한 職權書面審理의 原則뿐만이 아니라 法律의 不知로 인하여 自己의 基本權侵害에 대한 權利救濟를 하지 못하는 경우를 예방하기 위하여 憲法訴願의 각종 審判節次에 있어서는 一般 司法府의 訴

訟節次에서와는 달리 辯護士強制主義를 原則으로 하고 있다. 憲法裁判을 請求하는 當事者인 私人은 辯護士를 選任하지 아니하면 審判請求를 하거나 審判遂行을 하지 못한다. 다만 그가 辯護士資格이 있는 때에는 그러하지 아니하다(憲裁法 제25조 제3항). 政府가 當事者인 경우에는 法務部長官이 代表한다. 각종 審判節次에서 當事者인 國家機關 또는 地方自治團體는 辯護士 또는 그 資格이 있는 所屬職員을 代理人으로 選任하여 審判을 遂行하게 할 수 있다(憲裁法 제25조). 裁判部는 國家機關 또는 다른 公共團體에 決定으로 審判에 必要한 資料提出을 要求할 수 있다(憲裁法 제32조). 그리고 審判請求의 方式과 補正 및 答辯書를 書面提出로 할 수 있다(憲裁法 제26조, 제28조, 제29조). 이러한 明文規定의 形式的인 文言解釋에 충실한 形式論理에 의하여 終局判決을 決定文으로 宣告하여야 한다는 意見에 따라, 現在 우리 憲法裁判所는 모든 終局判決에 대하여 口頭辯論을 열어 裁判한 것이든 아니든 모두 일률적으로 決定文을 作成하여 宣告를 하고 있다.

그런데 獨逸의 聯邦憲法裁判所의 判例를 보면 口頭辯論을 거쳐 裁判을 하는 경우에는 判決이라고 하고 그렇지 않은 경우에는 決定이라고 하여 判決과 決定을 명확하게 區分하고 있다는 것을 우리는 유의하여야 한다(BVerfGE 61, 139는 判決 등과 BVerfGE 37, 217은 決定이라고 하는 등을 참조).

(3) 憲法決定의 法的 性質

憲法裁判의 終局的 違憲決定은 審判請求를 한 當事者에게만 그 判決의 效力이 있는 것이 아니고 法院 기타 모든 國家機關과 地方自治團體를 기속하고 違憲으로 決定된 法律은 그 決定이 있는 날로부터 그 效力을 喪失하는 對世的 效力을 가지기 때문에 一般法院의

判決과는 다른 立法形成的 性質의 效力을 가지게 된다(憲裁法 제 47조). 이러한 法的 性質과 對世的 效力으로 인하여 違憲決定이나 憲法訴願의 認容決定은 規範廢棄의 公信力 뿐만이 아니라 官報에 게재하여 公示하도록 되어 있어서 公示의 效力이 생긴다(憲裁法 제 36조 제5항). 따라서 憲法裁判所의 終局判決은 法院 기타 모든 國家機關과 地方自治團體를 기속하는 立法形成的 效力을 가지고 있기 때문에 그 決定의 效力에 대하여 광범위하게 實效性을 확보하기 위해서는 一般 終局判決보다 더 절대적인 權威와 形式을 갖추어야 한다. 우리나라의 경우 一般法院裁判의 權威를 유지하기 위해 判決로서 宣告를 하고 그것을 가장 權威있는 宣言이라고 중요시하며, 그 終局判決의 確定力과 既判力을 中心으로 法律關係가 이루어지고 法律의 效果가 發生하는 것이 司法府의 裁判이라고 認識하고 있다.

우리 憲法裁判所法 제36조에서 『裁判部가 審理를 마친 때에는 終局判決을 한다』는 明文規定이 있지만 이 규정 외에 다른 관계조문을 아울러 살펴보면 ‘判決文’으로 宣告하더라도 그 나름대로 合當하다고 볼 수 있는 規定도 많이 있다. 憲法裁判所의 審判은 裁判官 全員으로 구성되는 裁判部가 관장하고(憲裁法 제22조) 裁判部는 裁判官 7人 以上の 出席으로 事件을 審理하며, 重要的 終局判決은 裁判官 6人 以上の 贊成이 있어야 한다(憲裁法 제23조). 더구나 終局判決을 할 때에는 그 決定書를 作成함에 있어서 主文과 理由 뿐 아니라 반드시 그 決定文의 合意事項과 裁判官의 反對意見까지 作成하도록 되어 있다(憲裁法 제36조 제3항). 즉 그 決定文의 作成에 있어 判官 裁判官은 決定書에 意見を 표시하여야 하고 裁判官 全員이 署名捺印하여야 한다고 되어 있다(憲裁法 제36조).

그리고 그 終局決定은 公開된 審判廷에서 宣告하여야 하며, 決定書 正本을 決定日로부터 14日 이내에 提請한 法院에 송달하여야 한

다는 規定들(憲裁判法 제33조, 제34조, 제46조 등)을 보면 通常의인 民事訴訟法上의 決定文의 形式이나 性質이 아니고 오히려 判決文의 形式을 갖추어야 할 法的 性質임을 明白하게 認定할 수 있다.

더구나 憲法裁判의 終局決定은 一般 法院判決의 效力에서 찾아 볼 수 없는 規範統制의 效力이 있어서 法院 기타 國家機關과 地方 自治團體를 구속하는 拘束력이 있고(憲裁判法 제47조, 제75조 제6항, 제54조, 제59조, 제67조) 그 終局決定은 官報에 게재하여 公示하도록 되어 있다(憲裁判法 제36조 제5항). 이와 같은 憲法裁判所法의 法律規定과 그 決定文이 광범한 法的 拘束력을 가지는 면을 보거나 우리의 法律文化에서 굳어 있는 通常의 法律觀念에서 볼 때 憲法裁判의 終局決定은 判決文으로서의 性質을 가지는 것이며 따라서 判決文으로 作成하여 宣告하여도 무방하다고 본다.

第二. 單純判決主文의 形態

憲法裁判에서는 一般 法院의 判決과는 달리 그 決定의 主文이 복잡하게 變形이 되는데 그 形式에 따라 決定文의 形態가 정하여지는 變形判決을 가지고 여러 가지로 終局判決의 類型을 분류할 수 있다. 憲法裁判은 一般 法院의 判決과 같이 客觀的 事實에 대한 眞實發見과 當事者의 辯論으로 事實確定을 하는 분쟁의 해결만이 아니고 法規範의 合憲性與否를 審査하고 統制하는 기능을 가진 裁判制度이다. 그러므로 憲法裁判에서는 그 規範의 憲法適合性에 따라 法規의 內容 및 效力의 타당성과 그 存否에 대한 價値判斷이 포함될 뿐만 아니라 그 規範의 限定的인 效力을 認定하여야 하는 경우

가 있고 이 경우 그 限界를 어떻게 設定하고 統制할 것인가에 따라 決定文의 內容이 다양하게 나타나는 變形이 불가피한 것이다. 變形判決의 종류는 審判節次에 따라 정해지는 것이라기 보다는 審判의 手段과 目的에 따라 정하여지는 것이라고 할 수 있다.

決定文의 主文內容과 形式에 따라 그 종류를 분류하면 單純合憲과 單純違憲決定 外에 一部違憲決定, 限定的 合憲決定, 不合致決定 내지 違憲確認決定, 立法促求決定, 限定 또는 條件附違憲決定, 適用違憲決定 그리고 暫定的 合憲決定 등으로 크게 나누어 볼 수 있다. 일반 司法府에서 하는 判決文의 主文 例에서는 찾아 볼 수 없는 이러한 變形判決은 전통적인 우리 法律文化에서 보면 論難의 여지가 많은 너무나 생소한 것이라 쉽게 이해하고 받아들여질 수 없는 법률개념이다.

變形判決의 主文 例에 관하여 우리 憲法裁判所法은 明文으로 이를 예정한 規定을 두지 않았다. 그래서 憲法裁判所法을 形式論理로 文理解釋을 하면 임의로 變形判決을 채택할 수 있느냐 하는 문제가 제기될 수 있다. 여기에서 變形判決이란 規範統制의 手段과 目的을 달성하기 위하여 여러 가지 變形된 主文의 形式을 갖춘 終局判決을 말하는 것이기 때문에 通常의인 一般 法院의 判決에서는 찾아 볼 수 없는 것이다. 憲法裁判에서는 違憲法律에 대한 一部無效, 憲法不合致確認 또는 限定的 效力喪失宣言 등이 불가피한 경우가 많아 이러한 變形判決을 認定하고 이를 널리 활용하고 있다. 憲法裁判에 있어서 變形判決은 憲法裁判所를 두고 있는 獨逸을 비롯한 유럽의 各國 法制에서도 法의 明文規定이 없었지만 일찍부터 重要的 判決을 통하여 확립된 決定形態 들이며 지금은 더 나아가 合目的的인 憲法裁判을 하기 위하여 새로운 主文形式을 만들어 확대해 가고 있는 것이 오늘날의 世界的 추세이다.

變形判決은 理論的인 形式理論에서 나온 것이 아니라 實務的인 필요성에 의하여 창출된 것이고 現實的으로 政治的·社會的인 복잡한 狀況에 유연하게 대체하여야 하는 憲法規範의 特性에서 비롯되는 憲法裁判의 必要性和 特殊性에서 나온 새로운 制度라는 것을 理解하여야 한다. 그리고 이는 國民의 代表機關인 議會에서 制定된 法律은 原則的으로 合憲성이 추정되는 것이므로 部分的인 違憲事項을 이유로 規範의 全部를 否定함으로써 權力分立主義에 立脚한 立法權의 本質을 侵害하는 사례를 가급적 피하고자 하는 民主憲政秩序의 保障과 尊重의 原理에 입각하고 있는 것이다. 나아가 憲法規範을 守護하고 憲法的 正義를 구현하고자 하는 憲法裁判의 合理性和 獨自性에서 나타난 것이다. 그러므로 變形判決은 憲法裁判의 本質을 가지고 검토하여야 하고 이는 憲法裁判權의 限界를 設定하는 가장 중요하고 근본적인 문제의 하나라고 할 수 있다.

지금까지 우리 法曹界에서 一般 法律을 해석하는 경우에 법률의 憲法合致的 해석은 法文의 의미와 입법자가 이에 부여코자한 立法目的의 범위를 넘을 수 없는 것으로 理解하는 것이 一般通例이다. 때문에 立法者의 입법목적과 그에 따른 法文의 의미를 法律 자체에 표현한 객관화된 文言을 기준으로 하여 이를 해석하고 판단하는 形式論理에 의하여 裁判을 하여 온 것이다. 그러나 憲法裁判에 있어서의 法律解釋은 입법자가 입법 당시에 법문에 부여코자 했던 정책적인 고려까지 검토하는 것이며 그 法律이 憲法的 基本原理와 價値 그리고 헌법해석상 당연히 설정되는 合憲的인 범위 내에서 이루어진 경우에만 참작될 수 있는 것이다. 따라서 憲法裁判은 이에 맞추어 立法權을 行使하여 制定하는 法律을 合憲的인 立法權의 行使라고 보고 立法權의 行使까지 統制하고 있으므로 일반 법률을 해석하는 순수한 司法的 機能이라기 보다 法規의 合憲성을 다루는 고도의

재량적 상황판단을 종종 요구하는 立法的 機能이라고 표현되기도 하는 것이다. 이에 따라 헌법재판소가 결함이 있는 법률의 違憲審査인 規範統制를 함에 있어서는 가급적 심판대상법률의 合憲의인 의미와 합리적인 목적을 찾아 法文에 가장 가깝게 해석하여야 하는 것이고 거기에서 헌법에 충실한 법률의 객관적 의미를 발견하고, 그리고 立法政策的인 내재적 규범의 의미가 있다면 가능한 한 그에 따른 해석기능을 통하여 이를 끄집어내도록 노력하여야 하는 것이다. 그런 후에도 헌법상 결함 있는 法律에 대하여는 違憲을 선언할 것인지, 違憲確認의 취지인 憲法不合致를 선언할 것인지 혹은 해석 가능한 限定的 違憲이나 限定合憲을 선언할 것인지 등 여러 가지의 變形判決로 규범통제를 하는 방식은 헌법재판 당시에 있어서의 주어진 모든 憲法的 狀況을 근거로 종합적으로 재량하여 判斷할 수밖에 없는 것이다(1992.3.13 선고 92헌가37, 39호(병합) 국회의원선거법 제55조의3등에 대한 헌법소원사건 결정문의 이유중 5. 결론 가항 참조).

1. 單純違憲決定과 單純合憲決定

(1) 違憲與否決定의 基本形

單純違憲 또는 合憲決定이라 함은 法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 되어 당해 사건을 담당한 法院으로부터 提請된 그 法律의 違憲與否만을 決定하여 宣告하는 것을 말한다. 憲法裁判所는 違憲法律審判提請事件에 있어서 그 審判對象인 法律 또는 法律條項에 대하여 違憲性이 確認되어 그 法律의 效力을 失效시킬 필요가 있을 때에는 單純違憲決定으로 宣告하게 되며, 憲法에 違反되

지 않는다고 判斷할 때에는 棄却決定을 하지 않고 合憲決定을 宣告하는 것을 말한다. 憲法裁判所法 제41조와 제68조 제2항 事件의 경우 同法 제45조에서 違憲與否만을 決定한다고 明示한 그대로 그 主文은 『...법률은 헌법에 위반된다』 또는 『헌법에 위반되지 아니한다』고 단순히 宣告하는 기본적인 主文形態인 것이다.

單純違憲決定이나 合憲決定은 憲法裁判所에 提請된 法律 또는 法律條項이 獨立하여 個別的인 法律의 構成要件과 效果를 가졌을 때 그를 違憲審査의 대상으로 하여 그 法條自體에 대하여 違憲與否만을 단순히 決定하는 것을 말하며 그 法律條項의 違憲決定으로 인하여 당해 法律 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 法律全體에 대하여 違憲決定을 하는 경우를 말한다(憲法裁判所法 제45조, 동 제75조 제5항, 제6항). 憲法裁判의 主宗을 이루는 違憲法律審判이나 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의한 法律에 대한 憲法訴願에 의한 審判에서 인용되는 정형적인 主文의 形式을 하는 終局決定이 單純違憲決定과 單純合憲決定이다.

法律이 憲法에 위반되는지의 여부가 裁判의 前提가 된 경우 당해 事件을 담당하는 法院 또는 軍事法院이 職權 또는 當事者の 申請에 의한 決定으로 提請하면 憲法裁判所가 당해 法律에 대하여 違憲與否의 審判을 한다. 이 때에 그 前提된 事件에 適用될 그 法規範이 上位法인 憲法에 違反되는가 合致하는가를 判斷하여 宣言하는 것이다(憲法裁判所法 제41조, 제45조). 法律에 의하여 基本權을 직접 侵害받은 사람은 그 法律에 대하여 憲法訴願을 請求할 수 있고, 裁判의 前提가 된 당해 事件을 담당하는 法院에 대하여 當事者가 申請한 違憲與否審判의 提請申請이 기각된 때에 그 신청을 한 當事者는 14일 以內에 直接 憲法裁判所에 그 法律에 대한 違憲與否를 구하는 憲法

訴願審判을 請求할 수 있는데 이때에 그 憲法訴願을 認容하는 決定도 違憲決定이라고 한다(憲裁法 제68조 제1항, 제2항, 제75조 제6항).

單純違憲이나 合憲決定은 提請된 法律 또는 法律條項의 法的效力이 喪失되느냐 않느냐를 決定하는 것이기 때문에 一部效力喪失이나 다의적 해석의 制限을 宣言하는 一部違憲 또는 限定違憲과 다르며 또 違憲確認을 宣告하는 不合致決定과 구별된다.

그리고 提請이 理由없는 경우에도 棄却決定을 하는 것이 아니고 그 合憲宣言을 한다는 점에서 憲法訴願請求가 理由없다고 하여 棄却決定하는 것과는 다르다는 것을 實務에서 유의하여야 한다.

(가) 單純違憲宣告 主文 例

主文 例 1

『소송촉진등에관한특별법(1981.1.29. 법률 제3361호) 제6조 제1항 중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다”라는 부분은 헌법에 위반된다』 (1989.1.25. 선고 88헌가7호

전원재판부 (主審 卞禎洙). 訴訟促進등에관한특별법 제6조 제1항 중 但書の 違憲與否에 대한 결정).

위 決定文의 要旨-訴訟促進등에관한特別法 제6조 제1항 중 但書 부분은 財產權과 신속한 裁判을 받을 權利의 保障에 있어서 합리적 이유없이 訴訟當事者를 差別하여 국가를 우대하고 있는 것이므로 憲法 제11조 제1항에 違反된다는 것이다.

主文 例 2

『금융기관의연체대출금에관한특별조치법(개정 1970.1.1. 법률 제 2153호, 1973.3.3. 법률 제2570호) 제5조의 2는 헌법에 위반된다』

(1989.5.24. 선고 89 헌가 37, 96호(병합) 전원재판부(主審 金汶熙)金融機關의 延滯貸出金에 관한 特別措置法 第5條의 2의 違憲與否).

위 決定文의 要旨-金融機關의 延滯貸出金에 대한特別措置法 第5

條의 2는 金融關聯의 延滯貸出金에 관한 競賣節次에 있어서 합리적 근거없이 金融機關에게 우월한 지위를 부여하고 특히, 資力이 없는 抗告權者에게 과도한 경제적 부담을 지게 함으로써 부당하게 裁判請求權을 제한하는 내용이므로 憲法 제11조 제1항, 제27조 제1항 및 제37조 제2항에 위반된다는 것이다.

이에 대한 재판관 韓柄索의 反對意見은,

金融機關은 公信性 및 公益性和多數預金主의 權利保障을 위해 일반 債權者와는 구별되어야 하며 經濟關係特別法에 대한 違憲審査에는 새로운 經濟 및 社會秩序를 감안하여야 할 합리적인 이유가 있으므로 위 特別措置法 條項은 明白하게 立法權의 限界를 恣意的으로 離脫한 것이라 할 수 없고, 다만 擔保供託金의 비율이 과중하다면 그 供託金의 비율을 조정하도록 條件附 또는 立法促求의 決定을 하여야 한다는 것이다.

主文例 3

『특정범죄가중처벌등에관한법률(1966.2.23. 법률 제1744호, 개정 1973.2.24. 법률 제2550호, 1984.8.4. 법률 제3744호) 제5조의3 제2항 제1호는 헌법에 違反된다』(1992.4.28. 선고 90헌바24. 전원 재판부(主審 韓柄索) 事件의 決定文 참조).

위 決定文의 요지-이 事件 法 條項의 死刑, 無期 또는 10年 이상의 懲役刑으로 되어 있는 法定刑은 지나치게 가혹하고 과중한 것으로서 憲法上 保障된 人間의 尊嚴과 價値를 無視하고 法治主義原理와 平等原則에 違背된다는 것이다.

이에 대한 裁判官 崔光律, 黃道淵의 反對意見은 사회적 비난 가능성을 참작할 때 特別加重處罰은 용인할 수 있고 이는 立法府에서 決定할 事項이라고 한다.

(나) 單純違憲과 單純合憲을 併合宣告한 主文例

『1989.3.25. 개정 전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호) 제5조 제1항은 헌법에 위반된다.

같은 법 제5조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다』(1989. 7. 14. 선고 88헌가5, 89헌가44호(병합) 전원재판부(主審 金汶熙) 舊 社會保護法 (1989. 3. 24. 法律 제 4089호로 改正되기 前의 것) 제5조 제1항, 제2항의 違憲與否에 대한 결정) .

決定文의 요지-1. 保護監護處分에 대하여는 溯及立法이 禁止되므로 비록 舊法이 改正되어 新法이 溯及適用되도록 規定되었다고 하더라도 실제적인 규정에 관한 한 오로지 舊法이 合憲的이어서 有效하였고 다시 新法이 보다 더 尤利하게 변경되었을 때에만 新法이 溯及適用될 것이므로 廢止된 舊法에 대한 違憲與否의 문제는 新法이 溯及適用될 수 있기 위한 前提問題로서 判斷의 이익이 있어 違憲提請은 適法하다.

2. 舊 社會保護法 제5조 제1항은 前科나 監護處分을 宣告받은 事實등 法定의 要件에 해당되면 再犯의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 保護監護를 宣告하여야 할 義務를 法官에게 賦課하고 있으니 憲法 제12조 제1항 後文, 제37조 제2항 및 제27조 제1항에 違反된다.

3. 같은 법 제5조 제2항의 保護監護處分은 再犯의 위험성을 保護監護의 要件으로 하고 있고, 監護期間에 관한 7년의 期限은 단순히 집행상의 上限으로 보아야 하므로 憲法 제12조 제1항 後文에 定한 適法節次에 違反되지 아니한다는 것이다.

(다) 單純合憲宣告 主文 例

主文 例 1

『1989.4.1. 개정 전의 토지수용법 제46조 제2항(1971.1.19. 법률 제 2293호 신설, 1981.12.31. 법률 제3534호 개정)은 헌법에 위반되지 아니한다』(1990.6.25. 선고 89헌마107호 전원재판부(主審 金汶熙) 土地收用法 第46條 第2項의 違憲與否

에 관한 憲法訴願에 대한 決定),

위 決定文의 要旨-憲法 제23조 제3항에서 규정한 “正當한 補償”이란 원칙적으로 被收用財産의 客觀的인 財産價値를 完全하게 補償해야 한다는 完全補償을 뜻하는 것이지만, 公益事業의 施行으로 인한 開發利益은 完全補償의 範圍에 포함되는 土地의 客觀的 價値 내지 被收用者의 損失이라고는 볼 수 없다는 것이다.

主文 例 2

『국가공무원법(개정 1963.4.17. 법률 제1325호, 개정 1963.12.16. 법률 제1521호, 1964.5.26. 법률 제1638호, 1973.2.5. 법률 제2460호) 제66조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다』(1992. 4. 28. 선고 90헌바27-46호, 92헌바15(병합) 전원재판부(主審 金汶熙) 事件의 決定文 참조),

위 決定文의 要旨- 위 法律條項이 사실상 勞務에 종사하는 公務員에 대하여서만 勞動三權을 保障하고 그 이외의 公務員들에 대하여는 勞動三權을 制限함으로써 一般 勞動者와 달리 취급하는 것은 憲法 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 이러한 制限은 위에서 본 바와 같은 合理的인 理由가 있는 것이므로 憲法上の 平等에 違反되는 것이 아니라는 것이다.

(2) 單純違憲決定의 效力

(가) 法律의 存續喪失

單純違憲으로 決定된 法律 또는 法律條項은 그 決定이 있는 날부터 效力을 喪失한다. 따라서 憲法裁判所의 單純違憲決定은 決定主文에 따라 그 法律條項의 全部 또는 그 一部를 최종적으로 法律의 效力이 즉시 종료되는 法律存續喪失의 效果가 발생한다. 우리 憲法

裁判所法 제47조 本文은 기본적으로 法律의 具體的 妥當性보다 法的 安定性의 理念에 중점을 둔 立法이라고 볼 수 있다. 그러므로 우리나라의 憲法裁判所의 違憲決定은 獨逸과 같이 遡及效를 認定하지 않고 原則적으로 將來의 效力을 喪失시키는 將來效를 原則으로 하고 있는 것이다. 다만 刑罰에 관한 法律은 遡及하여 그 效力을 상실한다고 하여 刑罰이 갖는 個人 基本權侵害의 심각성을 고려하여 예외적으로 遡及效를 認定하고 있다(憲裁判法 제47조 제2항 但書).

이러한 遡及效力은 有罪의 刑事判決에 대하여 再審을 請求할 수 있도록 하여 구체적인 事案에 대하여 구제하도록 하기 위하여 인정된 것이다. 憲法裁判所의 單純違憲決定에 의해 宣告한 날로부터 그 法律의 效力은 자동적으로 失效된다. 그로 인하여 失效된 法律은 適用하거나 執行할 수 없고 그에 기한 裁判이나 處分은 모두 失效가 된다. 單純違憲決定은 그 法律의 效力을 失效시키는 效果를 가질 뿐이고 적극적으로 立法者에게 法律의 瑕疵를 보완하도록 하는 立法義務를 부과하는 效力은 없다. 이 점이 뒤에 설명할 變形決定인 立法促求決定과 다른 점이다.

(나) 國家機關의 기속력

法律의 違憲決定의 效力은 裁判當事者 뿐만이 아니라 法院 기타 國家機關과 地方自治團體를 기속하는 對世的 效力이 생긴다. 우리 憲法裁判所의 違憲決定은 將來失效를 原則으로 하고 있어 遡及效를 갖는 것은 아니기 때문에 해당 法律에 기초하여 이루어진 모든 國家機關의 公權力의 行使를 소급적으로 無效化시키는 것은 아니다. 遡及無效로 한다면 法的 安定性を 해칠 것이므로 違憲決定으로 公權力의 法的 安定성과 개별적인 具體的 正義가 충돌하는 경우에 우리 憲法은 前者에 중점을 둔 것이라고 볼 수 있다. 이에 대한 例外로서 違憲으로 決定된 刑罰에 관한 法律 또는 法律條項에 근거한

有罪判決에 대하여는 刑事訴訟法の 規定을 準用하여 再審을 청구할 수 있도록 하고 있다(憲裁判法 제47조 제3항, 제4항). 憲法裁判所는 이미 審判을 거친 동일한 事件에 대하여 다시 審判할 수 없고 當該 事件에 관한 決定은 누구도 이를 取消할 수 없다(憲裁判法 제39조). 또 憲法裁判所의 決定은 形式的 確定力을 가지기 때문에 法院을 포함해서 어떤 國家機關에 의해서도 그 決定을 반복하는 것은 허용되지 않는다.

(다) 決定의 實質的 確定力

憲法裁判所의 決定은 法律規範의 實質的 確定力이 인정되기 때문에 決定主文과 그 主文解釋을 위해서 필요한 중요한 決定理由도 審判當事者와 國家機關을 기속하는 效力을 가지게 된다. 이러한 實質的 確定力에 의하여 憲法裁判所 역시 自身の 決定을 반복할 수 없는 一事不再理의 原則(憲裁判法 제39조)이 적용되는 것이지만 이미 合憲決定된 法律에 대해서도 審判對象이 그 決定後 變化하였으면 그 條項의 適用事案이 사실상 다르므로 같은 條項에 대한 違憲決定은 가능하다고 보고 있다(BVerfGE 39, 169(181)). 다만 이때에는 어떠한 事情의 變化 때문에 이미 合憲決定된 法律이 이제 다시 위헌상태로 변하였는지를 밝혀야 한다. 이러한 맥락에서 立法者가 새로운 사정변경을 이유로 違憲決定된 法律과 유사한 내용을 갖는 法律을 制定하는 것까지 금지되는 것은 아니다(BVerfGE 77, 84(103)). 개정된 法律이 違憲으로 決定되었을 때 舊法이 다시 살아나는가 하는 문제가 독일에서는 많이 논의되고 있으나 우리는 違憲決定效力을 遡及無效로 보지 않고 將來失效를 原則으로 하고 있기 때문에 違憲決定時 비로소 그 法律이 失效되는 폐지의 결과를 가지게 되므로 舊法이 다시 살아나지 않는다고 보는 것이 옳을 것이다.

2. 一部違憲決定

(1) 一部違憲宣言의 事由

憲法裁判所는 提請된 法律 또는 法律條項의 違憲與否決定에 있어 審判의 대상이 된 法律 自體나 條項 全體에 대하여 할 수 있을 뿐만 아니라 그 法條項의 文, 段, 號만을 違憲宣言할 수도 있고, 그 條文의 한 句節 또는 한 語句 등에 대하여도 獨立可分될 수 있는 경우에는 그 法律의 構成單位도 違憲決定의 대상이 될 수 있다.

그리고 法律의 規定을 量的으로 확대해석 적용하거나 法律의 委任範圍를 넘어 施行法規를 制定한 경우에는 그 法律의 量的 擴大解釋適用 부분에 대하여 一部違憲決定을 할 수 있다. 一部違憲을 할 수 있는 法律의 可分성은, 그 法律의 條項의 文言上 一部分이나 量的 擴大適用하는 부분이 無效가 됨으로 인하여 그 法條의 法的 效力과 獨立性에 영향을 미치는 依存的인 관계가 있느냐 없느냐에 의하여 판단하여야 할 것이다. 그러므로 一部違憲을 할 수 있느냐 없느냐 하는 法律의 可分성은 不可分性和 함께 검토하여야 하며 可分하여 法規範의 規定縮小(Reduzierung des Wortlautes)를 할 수 있을 때 하는 것이 一部違憲宣言이다.

예컨대 國稅基本法 제35조 제1항 제3호에서 國稅納付期限으로부터 1年 以內에 설정된 抵當權 등에 의하여 擔保된 債權에 대하여 國稅優先의 原則이 適用된다는 規定이 憲法에 違背된다고 하여 『으로부터 1년』이라는 法條項의 一部分이 憲法에 違反될 때에는 그 部分만을 특정하여 違憲宣言하는 경우이다(1990. 9. 3. 선고 89헌가95호 국제기

이 때에 그 法律 또는 그 條文 自體는 合憲이나 그 文言 中の 一部分만을 도려내어 違憲이라고 宣言하는데 그로 인하여 그 法律條項의 效力 전체가 無效가 되는 결과를 초래해서는 아니 되므로 一部違憲宣言을 할 때에는 그 부분이 없어도 나머지 부분만으로 法規의 效力을 지속할 수 있는 法律的 要件을 갖추어야 한다. 一部無效의 形態에서는 無效部分의 개념과 범위가 可分될 수 있고 獨立된 法律的 構成要件과 效力을 가질 수 있어야 한다. 그러므로 主文에 그 특정하는 內容과 規定에 대하여 可分的으로 適用의 範圍와 限界를 명확하게 區分하여 그 相對的인 法律規定이나 그 法律效果와의 關係에서 混同되지 않도록 主文에서 이를 特定하고 明示하여야 한다. 그렇게 할 수 없을 때에는 그 條文의 全部에 대하여 違憲與否를 決定하여야 한다(單純違憲決定으로는 憲裁 1989. 1. 25. 선고 88헌마7 결정, 1989.5. 24. 선고 89헌가37, 96 결정).

一部違憲決定의 事由를 보면 法條文의 文言이 명확하게 形式的으로 區分이 되고 그 條文의 一部分에 대하여 違憲을 宣言하여도 나머지 部分만으로 獨立된 法律의 效力을 충분히 가지는 경우에 하는 것이며 그 文言이나 內容의 量的인 一部無效를 宣言하는 것이므로 그 條文의 內容이 多의적이어서 그 文言解釋의 如何에 따라 合憲性的의 限界를 決定하게 되는 質的인 一部無效인 限定合憲이나 限定違憲決定과 다른 것이다(헌재 1989. 1.25. 선고88헌가 7호 결정에서 “국가를 상대로 하는 소송에서 가집행선고를 할 수 없다” 라는 부분의 위헌결정).

(2) 一部違憲決定의 主文

(가) 部分違憲 主文 例

『국세기본법(1974. 12. 21. 법률 제2679호) 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 헌법에 위반된다』(1990.9.3. 선고 89헌가95호 전원재판부(主審 金亮均), 國稅基本法 제35조 제1항 제3호 中 “으로부터 1년”이라는 部分의 違憲與否에 대한 決定).

위 決定文의 要旨-國稅基本法 제35조 제1항 제3호 中 “으로부터 1년”이라는 部分은 憲法 제23조 제1항이 保障하고 있는 財產權의 本質的인 內容을 侵害하는 것으로서 憲法 前文, 제1조, 제10조, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항 但書, 제38조, 제59조의 規定에 위반된다는 것이다.

이에 대한 裁判官 曹圭光, 韓柄宰의 反對意見은

國稅基本法 제35조 제1항 제3호 中 “納付期限으로부터 1年前”이라는 規定을 든 絶對的 合理性의 論證과 判斷이 없이 그 타당성에 대한 疑心은 留保한 채로 違憲을 斷定하는 것은 잘못이며 또 經濟分野의 立法은 市民的 自由등에 관한 基本權 分野와는 달리 立法者의 形成의 自由의 폭이 상대적으로 넓은 것으로 보아야 하는데 憲法裁判에 있어서 이러한 二重基準의 原則을 고려하지 아니하였고 기타 이에 대한 違憲의 明白한 論證이 未洽한 다수의견과 같이 立法權者의 立法裁量에 속하는 문제를 가지고 一部違憲이라고까지 判斷할 수는 없다는 것이다.

(나) 後段部分違憲 主文 例

『1. 國家保衛立法會議法(1980.10.28. 법률 제3260호) 부칙 제4항 후단은 憲法에 위반된다.

2. 청구인들의 나머지 憲法訴願審判請求는 기각한다』(1989. 12. 18. 선고

89헌마 32, 33, 병합(主審 : 金亮均). 國家保衛立法會議法 등의 違憲與否에 관한 憲法訴願審判決定).

이 決定文의 要旨는

1. 舊 國家保衛立法會議法 附則 제4항(經過措置) 『이 법 시행 당

시의 國會事務處와 국회도서관은 이 法에 의한 事務處 및 圖書館으로 보며, 그 소속 公務員은 이 法에 의한 後任者가 任命될 때까지 그 職을 가진다.』의 後段은 합리적 이유 없이 任命權者의 後任者 任命處分으로 그 所屬公務員의 職을 喪失하도록 함으로써 職業公務員制를 侵害하였으므로 舊 憲法 제6조 제2항, 憲法 제7조 제2항에 違反된다.

2. 본건의 경우에 있어서는 위 法律이 制定될 당시에 이미 公務員의 身分을 取得하여 保有하고 있는 請求人들에게 적용되게 한 것은 實質적으로 遡及立法에 의한 公務員의 身分保障制의 侵害라고 할 것이다.

請求人들의 경우에는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 當事者의 귀책사유 없이 人事上 불이익을 받지 않는다는 公務員으로서의 法的 지위를 기존의 法秩序에 의하여 이미 確保하고 있었고 그와 같은 法律上 地位는 新·舊憲法이 일관해서 이를 保障해 오고 있는 것인데 國家保衛立法議會法이라는 새로운 法律에서 公務員의 地位와 身分에 대한 既得權을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 眞正遡及效禁止와 信賴保護의 原則에 違背되는 것으로서 立法形成權의 한계를 벗어난 違憲的인 것이 明白하다고 하여 同條 後段部分에 대하여 一部違憲을 宣言한 것이다.

위에서 본 主文例와 같이 그 條文適用의 一部分에 대하여 違憲을 宣言하여도 獨立된 法律로서 效力을 충분히 가지는 경우에 그 法條文의 一部無效를 宣言하는 것이므로 一部違憲決定이 있게 되면 그 違憲部分은 그 날로부터 法律效力을 喪失하는 것이어서 單純違憲決定의 效力과 같다. 그리고 이는 法條文言의 一部分에 대해 폐기를 宣言하는 것이므로 그 法條文은 그대로 存續하되 그 解釋適用上 質的 또는 量的으로 一部에 대하여 制限解釋을 宣言하는 限定合憲 또

는 限定違憲決定과도 구별되는 것이다.

第三. 變形判決의 主文形態

憲法裁判은 그 主文形態의 變形에 따라 判決의 種類를 분류하는데 그 代表的인 變形判決은 限定違憲 또는 限定合憲決定, 不合致決定, 立法促求決定 등이다. 이러한 變形判決을 우리 憲法裁判所의 判例를 中心으로 살펴보고 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例를 첨가하여 보다 구체적으로 분류하면 다음과 같다.

1. 限定合憲決定

(1) 質的 一部違憲決定

限定合憲決定이란 憲法裁判所에 提請된 法律 또는 法律條項의 形式的인 文言 自體에 대하여 違憲決定을 하는 것이 아니고 그 文言의 內容이 多義的으로 解釋可能한 경우이어서 그 質的인 縮小解釋으로 限定하여 解釋適用하는 限 合憲的인 法律이 된다는 變形主文의 決定을 말한다. 法律의 多義的인 解釋可能性으로 價値秩序의 變化를 가져올 때 그 解釋의 質的인 限定部分의 一部違憲을 宣言하는 것이라는 점에서 一定한 文言의 一部分에 대한 適用을 排除하는 一部違憲決定과 區別되는 것이다. 이는 違憲審判의 대상이 된 法律規範이 여러 가지 意味로 法律的 解釋이 될 수 있을 때 그 중 憲法에 違反되는 것으로 解釋이 可能한 質的인 一部分을 除去하고 나머지 憲法에 合致되는 解釋可能한 部分을 合憲的으로 보고 기존의 法律

規範을 存續시키는데 큰 의미가 있는 것이다. 限定合憲決定은 法律條項의 文言上으로 어느 部分을 特定하거나 그 部分에 대하여 違憲이라고 可分하여 단정할 수 있게 明示되지 않은 것이지만 그 文言의 解釋에 따라 特定の 適用事項에 관하여 違憲적인 것이 明白한 경우에 그러한 解釋을 限定하도록 一部違憲을 宣告하는 것이므로, 法律條項의 文言上 一部分을 違憲으로 宣言하는 一部違憲이나 그 法律을 擴大適用하는 事例에 대한 量的인 一部違憲을 宣言하는 限定違憲決定과 구별이 되는 것이다. 그러므로 限定合憲決定은 違憲與否의 審判을 提請한 法律 또는 그 法律條文의 解釋여하에 따라 合憲일 수도 있고 달리 解釋하면 違憲이 될 수 있는 경우에 憲法裁判所가 解釋의 範圍를 確定하여 違憲적인 면을 단력적으로 限定 배제함으로써 加급적 공포시행 되고 있는 그 法律 自體는 法的 安定性を 고려해 合憲적인 規範으로 存續시키고자 하는 合憲宣言의 一種인 것이다.

法律의 解釋適用을 좁고 엄격하게 하면 憲法에 合致하고 그렇지 않고 恣意的으로 해석하면 違憲적인 內容이 될 수 있는 規範인 경우에 그 合憲성의 限界를 設定하여 주는 것이 限定合憲決定이다. 그 法律 또는 그 法律條文의 全部 또는 그 文言의 一部를 可分하여 單純合憲이나 單純一部違憲으로 決定하는 것은 合當하지 못하지만 條文의 內容이 不確定概念이거나 多義적인 解釋이 可能한 것이어서 違憲으로 適用할 可能性이 많은 規範에 대하여 質的 一部分을 除去할 수밖에 없을 때에는 부득이 限定合憲決定을 할 수밖에 없다. 이미 公布施行하고 있는 法律이 違憲적으로 適用執行되고 있어서 憲法에 違反된다고 문제가 제기 되었을 때 一部違憲이나 單純合憲을 할 수 없고 그렇다고 그 違憲성을 除去하지 아니하고는 合憲的 法律로 존속시킬 수도 없는 경우에, 憲法에 맞도록 그 法規解釋을 限

定함으로써 法的 安定성과 그 法律의 實效성을 確保하는 것이 憲法的 正義具現에 合當한 경우가 있는데 限定合憲決定은 이를 위하여 부득이 하게 되는 것이다. 이러한 法律의 合憲的 有權解釋에 의한 限定合憲決定은 實務上 必要에 의하여 생긴 制度이며 憲法의 法的 規範確立을 위해 탄력적으로 運營하는 데에서 나타난 規範統制方式 인데 各國의 憲法裁判에서 어느 變形判決에 못지 않게 다양하게 활용하고 있는 것이다. 限定合憲決定은 그 法規를 확대해석 하면 違憲의 소지가 있고 좁게 限定解釋하면 合憲적으로 妥當한 法規가 될 수 있을 때 그 適用과 執行을 限定하여 合憲적으로 運營하도록 하기 위한 것이므로 判決主文에서 限定的 合憲解釋을 前提로 그 法律은 合憲이라고 宣言하는 憲法裁判의 變形判決을 말하는 것이다. 이것은 憲法裁判所가 法律에 대한 違憲審査權을 行使함에 있어서 그 法律의 解釋여하에 따라 違憲的인 要素가 있는 경우에 違憲성이 있는 部分만을 除去하여 가급적 施行公布된 法律은 合憲성을 계속 지속하도록 確定하는데 그 制度的 意義가 있는 것이다. 그리고 法律은 國民의 代表機關인 國會가 制定하는 것이므로 基本的으로 國會의 立法權을 最大限 尊重하여야 한다는 정신에 따라 法律의 合憲性推定の 原則이 확립되어 있으므로 이를 最大限 尊重하여 憲法裁判權의 行使를 스스로 自制함으로써 憲法上的 基本構造인 權力分立主義를 守護하려는데 그 기초를 두고 있는 것이다. 이러한 決定은 形式的인 論理에 의하면 違憲성이 있는 法律이라 할지라도 그 法規를 合憲적으로 解釋하여 運用할 수 있는 限 그 法規를 廢棄하거나 새로운 立法을 하지 않고 계속 效力을 存續하게 하는 것이 法律의 法的 安定성과 實效성을 確立하고 立法者의 立法形成의 自由를 존중하는 것으로 權力分立主義와 法治主義의 原理에 부응하게 된다는 것을 바탕으로 하고 있다. 전통적인 立憲民主國家의 基本構造인 權

力分立主義와 새로운 憲法 秩序를 確立하려는 憲法裁判制度의 定着이라는 두 가지 理想을 同時에 發展시키려는 時代的 要請 때문에 獨逸을 비롯한 世界各國의 憲法裁判所에서 이러한 變形判決이 널리 活用되고 있는 것이다.

(2) 限定合憲決定의 主文形態

違憲法律審判의 對象인 法規에 대한 限定的 合憲解釋은 그 法律規定의 文意나 意味解釋上 여러 가지로 해석할 수 있어서 그 중 憲法에 違背되는 部分을 除去하여 合憲을 宣言하는 것이므로 그 決定主文의 形態도 구체적으로 明白한 內容을 밝혀야 한다. 主文의 內容이 明確하지 않아 전혀 다른 意味로 反對解釋하여 法秩序의 混亂을 가져와서는 안되기 때문에 主文은 간략하게 쓰는 一般 法院의 判決主文과는 달리 限定合憲決定에는 法の 適用과 執行에 있어서 이를 남용하거나 악용할 소지가 없도록 실질적 지침이 될 수 있게 主文에 具體적이고 명확하게 그 法律의 解釋上的 限界를 명시하는 것이 그 특징이며 종래의 입장에서는 생소하게 보일 수도 있다.

예컨대 獨逸聯邦憲法裁判所에서 自由民主的 基本秩序 또는 國民生活에 敵對되는 선전수단이 되는데 適合한 필름을 수입하는 것은 禁止한다는 規定에서의 『適合한 필름』이란 단순한 필름은 포함하지 아니하고 『적극적이고 투쟁적이며 공격적인 內容』의 필름을 뜻하는 것으로 해석하는 限 憲法에 合致한다고 主文에 구체적으로 길게 判示하는 것이 그 예이다(BVerfGE 33, 52 f. 1972. 4. 25. 獨聯邦憲法決定).

그러므로 限定合憲決定의 主文은 違憲法律審判의 대상이 된 法律規範의 內容에 따라 다양하게 표현되는 것이어서 그 표현상의 一部

違憲의 質的 限界에 대하여 具體的인 裁判合意가 이루어져야 한다.

限定合憲決定의 主文은 그 形態가 다양하게 나타나는데 구체적으로 어떻게 하여야 하는가는 그 審判의 對象과 그 規範의 內容에 따라 裁判官會議에서 그 때 그 때 決定되는 것이라 實務에 있어서는 상당히 어려운 문제가 많이 論議되고 있다. 그래서 우리 憲法裁判所의 判例를 중심으로 구체적인 實例를 살펴보는 것이 바람직하다고 할 것이다.

(가) 限定合憲決定 主文 例 1(相續稅法)

『相續稅法 제32조의 2 제1항(1981. 12. 31. 법률 제474호 개정)은, 租稅回避의 목적이 없이 實質所有者와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 限, 헌법에 위반되지 아니한다』(1989. 7. 21. 선고 89헌마38호 전원재판부(主審 崔光律). 相續稅法 第32條의 2의 違憲與否에 관한 憲法訴願에 대한 決定).

위 決定文의 要旨-相續稅法 제32조의 2 제1항은 形式上으로나 實質적으로 租稅法律主義에 違背되지 아니하고, 위 規定이 實質課稅의 原則에 대한 例外 내지는 特例를 둔 것만으로 租稅平等主義에 違背되지도 않는다. 다만 위 法律條項에는 無差別한 贈與擬制로 인한 違憲의 素地가 있으므로 예외적으로 租稅回避의 目的이 없음이 명백한 경우에는 이를 贈與로 보지 않는다고 해석하여야 하고, 위와 같이 해석하는 한, 헌법 제38조, 제59조의 租稅法律主義 및 憲法 제11조의 租稅平等主義에 違背되지 않는다고 하여 解釋上의 適用限界를 判示한 것이다.

裁判官 曹圭光의 補充意見에서는 限定合憲決定의 의미를 다음과 같이 밝혔다.

主文 “...로 解釋하는 한, 憲法에 違反되지 아니한다.”라는 문구의

취지는 相續稅法 제32조의 2 제1항에 관한 多義的인 解釋可能性 中 限定縮小解釋을 통하여 얻어진 일정한 合憲의 意味를 闡明한 것이며 그 意味를 넘어선 擴大解釋은 바로 憲法에 合致하지 아니한다는 뜻이다.

재판관 卞禎洙, 金鎮佑의 反對意見은

相續稅法 제32조의 2 제1항의 規定은 실질적 租稅法律主義를 規定한 憲法 제38조, 제59조에 違反되는 規定이며 法律文言이 한가지 뜻으로밖에 解釋할 여지가 없어 달리 憲法合致的 解釋을 할 수 없는 違憲法律이므로 單純違憲을 宣言하여야 한다고 했다.

(나) 限定合憲決定 主文 例 2(國家保安法)

『國家保安法 제7조 제1항 및 제5항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)은 각 그 소정 행위가 國家의 존립·안전을 위태롭게 하거나 自由民主的 基本秩序에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다』(1990.4.2. 선고 89헌가113호 전원재판부

(主審李時潤). 國家保安法 第7條에 대한 違憲審判에 대한 決定).

위 決定文의 要旨는

1. 違憲法律審判의 對象이 된 이 사건 法律은 그 法文의 內容이 多義的이고 그 適用範圍에 있어서 과도한 廣範性이 인정되어 그 적용·집행이 남용될 수 있어서 法治主義와 罪刑法定主義에 違背되는 違憲의 素地가 있다.

2. 어떤 法律의 概念이 多義的이고 그 語義의 테두리 안에서 여러 가지 解釋이 가능할 때, 그 法律은 憲法을 最高法規로 하는 統一的인 法秩序의 形成을 위하여 憲法에 合致되는 解釋 즉 合憲的인 解釋을 택하여야 하며, 이에 의하여 違憲的인 結果가 될 解釋을 배제하면서 合憲的이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 憲法의 一

般法理이다.

3. 國家保安法 제7조 제1항 및 제5항의 規定은 각 그 所定の 行爲가 國家의 存立·安全을 위태롭게 하거나 自由民主的 基本秩序에 危害를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 縮小適用되는 것으로 解釋한다면 憲法에 違反되지 아니한다고 하여 위 法條에 대한 縮小適用의 限界를 判示하였다.

(다) 限定合憲決定 主文 例 3(道路交通法)

『道路交通法(1984. 8. 4. 법률 제3744호) 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 被害者の 구호 및 교통질서의 회복을 위한 措置가 필요한 狀況에만 적용되는 것이고 刑事責任과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 限 헌법에 위반되지 아니한다』(1990. 8. 27. 선고 89헌가 118호 전원재판부(主審 韓炳審). 道路交通法 제50조 제2항 등에 관한 違憲審判에 대한 決定).

위 決定文의 要旨는

交通事故를 일으킨 運轉者에게 申告義務를 부담시키고 있는 道路交通法 제50조 제2항 및 제111조 제3호는, 被害者の 救護 및 交通秩序의 回復을 위한 措置가 필요한 범위 내에서 交通事故의 客觀的 內容만을 申告하도록 한 것으로 해석하고, 刑事責任과 관련되는 事項을 申告하게 하는 것은 憲法上 自己負罪禁止의 原則에 違背되므로 이에 適用되지 아니하는 것으로 解釋하는 限 憲法에 違反되지 아니한다고 하여 해석상의 合憲的 限界를 判示하였다.

(라) 限定合憲決定 主文 例 4(改正前 國家保安法)

『改正前 國家保安法(1980. 12. 31. 법률 제3318호) 제9조 제2항은 그 소정행위가 國家의 存立·安全을 위태롭게 하거나 自由民主的 基本秩序에 危害를 줄 명백한 危險이 있는 경우에 限하여 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 憲法에 違反되지 아니한다』(1992.

4. 14. 선고 90헌바23호 전원재판부(主審 李時潤). 국가보안법 제9조 제2항에 대한 헌법소원에 대한 決定).

위 決定文의 要旨는

本法 제9조 제2항의 處罰對象은 그 所定의 限의 제공행위 가운데서 국가의 存立·안전이나 자유민주적 기본질서에 實質的 害惡을 미칠 具體的이고 明白한 危險性이 있는 경우로 縮小制限하여야 할 것이고, 그와 같은 危險性이 있다고 단정하기 어려운 것은 處罰對象에서 배제시켜야 할 것이다. 결국 국가보안법은 국가의 안전을 보장하고 자유민주적 기본질서의 파괴에 대처하는데 그 목적이 있는 것이므로 이러한 立法目的 등을 고려하여 위 多의적인 規程을 限定的 制限 解釋할 때에는 국민의 일반적 行動의 自由나 表現의 自由의 위축문제 또는 이와 같은 기본권의 本質的 侵害의 우려는 해소될 수 있을 것이고, 허용될 행위와 금지되는 행위의 기준 제시로 범윤영당국의 恣意的이고 制度外的인 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태는 피할 수 있을 것이며 處罰範圍의 不明確性 때문에 생기는 罪刑法定主義 違背의 소지는 없어질 것이라고 限定的 制限解釋을 제시하는 判決을 하였다.

위에서 본 바와 같이 限定合憲解釋을 낸 우리 裁判所의 처음 사건은 相續稅法上的의 贈與擬制規定에 관한 憲法訴願事件이고(憲裁 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정) 다음은 國家保安法과 道路交通法에 관한 事件이다. 違憲法律審判에서 限定合憲決定을 한 이러한 代表的인 事例들을 볼 때 이는 모두 憲法裁判所의 規範統制裁判에서 나타나는 主文形式임을 알 수 있다(憲裁 1990. 4. 2. 선고 89헌가113호 국가보안법 제7조 제5항 위헌심판. 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 도로교통법 제50조 제2항 및 제111조 제3호 위헌심판).

2. 限定違憲決定

(1) 限定違憲과 限定合憲과의 關係

法規範의 質的 또는 量的 一部違憲의 경우에 限定的 合憲을 宣言하지 않고 限定違憲을 宣言하는 경우가 있는데 이를 限定違憲決定이라고 한다. 限定違憲決定과 限定合憲決定과의 關係나 區別은 대단히 애매하고 어려운 문제이므로 이에 대한 判例의 補充意見을 소개하면 다음과 같다.

法律의 合憲性 與否가 憲法裁判所의 審査對象이 되었을 경우, 前提事件과의 상관관계 하에서 法律의 文言, 意味, 目的을 살펴 부분적으로는 合憲이고, 부분적으로는 違憲으로 判斷되는 등 多義的인 解釋可能性이 생길 때 憲法裁判所는 일반적인 解釋作用이 용인되는 범위 내에서 어느 해석이 가장 憲法에 合致되는가를 가려 限定縮小的 解釋方法을 통하여 合憲的인 일정한 범위내의 의미내용을 確定하여 이것이 그 法律의 본래적인 의미라고 말할 수 있고 따라서 그 이외의 해석가능성은 違憲임을 지시하는 것이고, 또 하나의 方法으로는 위와 같은 合憲的인 한정축소해석의 妥當性 領域 밖에 있는 사안례에까지 法律의 適用範圍를 넓히는 것은 違憲이라는 취지로 法律의 문언 자체는 그대로 둔 채 限定條件을 붙여 限定的 違憲을 宣言할 수도 있다.

限定合憲決定은 限定축소해석을 통하여 얻어진 일정한 合憲的 意味를 천명한 것이며 그 의미를 넘어서 擴大解釋은 바로 憲法에 合致하지 아니하는 것으로서 채택될 수 없다는 뜻이다. 이와는 달리 限定違憲決定은 合憲的 限定縮小解釋이 지닌 의미 내용을 벗어난 영역에 속하는 事項例에까지 法律適用의 폭을 확대하는 것을 막기

위하여 宣言하는 것으로서 당해 法律의 適用範圍를 正當한 解釋線 內로 좁히는데 주안을 둔 것이다.

合憲的인 限定縮小解釋은 違憲的인 解釋可能性과 그에 따른 法適用을 消極的으로 排除하는 것이고, 適用範圍의 축소에 의한 限定的 違憲宣言은 違憲的인 法適用 영역과 그에 상응하는 解釋可能性을 積極的으로 排除한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐 이 事件에 관한 한 다같이 本質的으로는 일종의 部分的 違憲宣言이며 그 효과를 달리 하는 것이 아니다. 다만 양자는 法文意味가 미치는 사정거리를 파악하는 觀點, 法文意味의 評價에 대한 接近方法 그리고 개개 憲法裁判事件에서의 實務的인 適合性 등에 따라 그 중 한 가지 方法을 選好할 수 있을 따름이거나와 憲法規範秩序의 전체적인 統一性和 調和性으로 보아 의심의 여지가 있을 때에는 合憲的 解釋이 우선한다는 法則과 충격적인 違憲宣言은 가급적 回避하는 것이 바람직하다는 一般的인 고려가 있을 따름이다(1989. 7. 21. 선고 89헌마38호 決定文 中 제9관

曹圭光의 補充意見 참조. 헌법재판소 판례집 제1권 p.146-148).

위에서 본 바와 같이 限定合憲決定과 限定違憲決定의 定義가 아직 定立되지 않아서 이 양자의 관계를 理論的으로 명확히 구별하기는 어렵다. 다만 이 兩者는 憲法裁判의 實務上 必要에 따라 받아들이는 觀點과 그 評價에 대한 接近方法에 있어서 어느 쪽이 가장 適合한 것인가에 따라 決定할 문제라고 보고 이를 선택하여 決定하고 있다.

그러나 憲法解釋에는 文言의 實定法的 解釋외에 自然法的 解釋이 要求되는 여지가 많고 個別條文의 文意의 解釋보다 憲法基本理念에 따른 規範의 統一性和 憲法秩序의 調和를 이루어야 하는 合目的的 解釋方法이 使用되기 때문에 여러 가지 종합적인 狀況에 따라 그 必要性에 의하여 決定되는 것이라고 하지만 어느 때인가는 理論上

으로 兩者의 구별이 반드시 定立되어야 할 것이다. 물론 위의 兩者가 모두 가능한 경우에는 法律의 法的 安定性を 고려하여 違憲宣言의 충격을 가급적 피하여야 할 뿐 아니라 法律合憲推定の 原則에 따라 合憲的 解釋이 우선적으로 선택되어야 하는 것이므로 限定合憲決定을 먼저 선택하여야 할 것이고 限定的 合憲解釋으로 基本權 救濟가 불가능하거나 明確하지 아니한 경우에는 質的 一部違憲部分의 限界를 明示하여 除去하고 나머지 部分으로 獨立된 規範으로서 確定할 수 있을 때에 限定違憲決定을 하여야 할 것이다.

限定違憲決定과 限定合憲決定의 구별을 理論적으로 정리하기는 어렵지만 實務經驗에 의해서 그 관계를 구별한다면 첫째는 그 法文 內容上 또는 法適用에 있어서 量的 一部違憲이 客觀적으로 表出되는 경우에는 限定違憲宣言을 하게 되고 그 法律의 意味上 質的인 一部違憲이고 그렇게 解釋適用될 위험성이 明白하거나 그렇게 主觀적으로 解釋하는 경우에는 限定合憲을 宣言하게 된다. 둘째는 質的 一部違憲의 경우에도 限定違憲宣言을 하는 경우가 있다. 法律의 合憲性與否가 憲法裁判所의 審判대상이 되었을 경우 그 法律의 文言, 意味 그리고 그 適用될 狀況을 살펴 부분적으로는 合憲이고 다른 부분으로는 違憲으로 判斷되는 등 多義的인 解釋適用의 可能性이 있을 때 一般的으로 용인되는 범위 내에서 어느 解釋의 適用可能性이 가장 憲法에 合致하는가를 가려 限定縮小하는 解釋方法을 통하여 일정한 범위내의 意味內容을 合憲적으로 確定하는 것이 바람직하여 이것이 法律의 本來的인 內容이라고 宣言하는 것이 必要한 경우에는 限定合憲決定을 하여야 한다. 반면에 法文을 限定縮小한 合憲的 解釋의 영역밖에 있는 事案에까지 法律의 適用範圍를 넓혀 客觀적으로 執行運用하는 것을 積極적으로 排除하여야 할 때에 또는 그 法律의 文言 自體는 合憲的인 것이므로 다시 確認할 必要없이

그대로 두고 그 法文을 擴大解釋하여 違憲的으로 適用執行하는 部分을 限定하여 積極的으로 排除하여야 할 必要가 있는 때에는 그 限定部分의 違憲을 宣言하는 限定違憲決定을 하여야 한다.

예컨대 民法 第764條의 名譽毀損의 경우 損害賠償에 갈음하여 名譽回復에 適當한 處分을 명할 수 있다는 것을 『謝罪廣告』의 방식까지 포함시키는 것은 憲法에 違反된다고 判示한 것이 이에 속한다 할 것이다(당소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160호 민법 제764조의 위헌여부에 관한 憲法訴願 참고).

獨逸에서도 다음과 같은 경우에는 限定違憲으로 無效宣言을 하고 있다. 鳥類의 보호를 위하여 指定된 조류는 산 것이건, 죽은 것이건 간에 그 所持, 取得, 加功, 展示, 讓渡 등을 禁止하는 條項은 죽은 채로 發見된 保護指定된 鳥類를 研究 및 講義의 目的을 위하여서만 소지, 가공 또는 양도하는 것도 禁止하는 것으로 包含하는 限 違憲으로 無效이다. 위 조항의 나머지 禁止部分은 憲法에 合致한다고 判示하였다(BVerfGE 61, 291 f).

그러므로 主文에 『...로 해석하는 限 憲法에 違反되지 아니한다』는 限定合憲決定은 法律의 多義的 解釋可能性 때문에 그 중 限定縮小解釋을 통하여 얻어진 一定한 合憲的 意義를 천명하는데 비중을 두고 있으며 그를 넘어선 擴大解釋은 憲法에 違反된다는 것으로 소극적인 質의 一部違憲의 뜻이 있다 할 것이다. 반면에 主文에 『...를 포함하는 限 憲法에 違反된다』는 限定違憲決定은 그 法律文言의 限定縮小解釋이 아닌 그 內容을 벗어난 영역에 속하는 事案에까지 法律適用의 폭을 擴大하는 것을 막기 위하여 하는 것이므로 擴大適用되는 部分에 대하여 積極적인 排除를 宣言한다는 뜻에서 위와 구별된다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 限定合憲決定은 違憲的인 解釋適用의 可能性을 소극적으로 배제하고 限定違憲決定은 違

憲의인 法適用의 영역과 그에 상응하는 解釋可能性을 적극적으로 배제한다는 차이가 있을 뿐이며 本質的으로 모두가 일종의 部分的인 質的인 一部違憲宣言이며 그 判決의 效力을 根本的으로 달리하는 것이 아니라고 볼 수 있다.

(2) 限定違憲決定의 主文形態

限定違憲決定을 한 憲法裁判所의 判例를 보면 違憲法律審判의 대상인 法律의 適用이 확대되어 첫째, 그 適用部分의 限界를 明示한 適用違憲의 경우와 둘째, 그 條文解釋을 확장해석 함으로 인하여 일어나는 事例를 包含한 부분에 대한 包含 또는 運營違憲의 경우와 셋째, 憲法上的 機會均等을 保障하기 위한 條件附違憲의 경우를 나누어 限定違憲決定을 한 바 있다.

(가) 限定違憲(適用違憲)決定 主文 例 1(國有財産法)

國有財産 中 雜種財産에 대한 時效取得禁止規定의 憲法的 判斷主文

『國有財産法(1976. 12. 31. 법률 제2950호) 제5조 제2항을 동법의 국유재산 중 雜種財産에 대하여 適用하는 것은 헌법에 위반된다』

(1991. 5. 13. 선고 89헌가97호 金員裁判部(主審 韓炳審), 國有財産法 제5조 제항의 위헌심판에 대한 決定).

위 決定文의 要旨는

國有財産法 제4조의 國有財産은 그 용도 또는 목적에 따라 行政財産·保存財産 및 雜種財産으로 나누어져 있는데 同法 제5조 제2항은 그 法文의 表現으로 보아 모든 국유재산에 일률적으로 適用되는 規定이다. 그러나 국유재산의 종류에 따라 그 관리와 처분에 관한 公法的 規制도 달리 規定되고 있어서(법 제3장 및 제4장) 그 時效取得禁止規定의 違憲與否도 국유재산의 종류에 따라 그 適用의

違憲與否가 달리 판단될 수 있을 것이다. 그런데 同法 제5조 제2항이 同法 제4조 제4항의 모든 國有財産 즉 雜種財産에 대하여 時效取得의 對象이 되지 아니한다고 規定한 것은 私權을 規律하는 法律關係에 있어서는 그가 누구냐에 따라 差別待遇가 있어서는 아니 되며 비록 國家라 할지라도 國庫作俑으로 인한 民事關係에 있어서는 私經濟的 主體로서 私人和 對等하게 다루어져야 한다는 憲法의 基本原理에 반하는 것이다.

더구나 이는, 國土에 대한 效率적이고 均衡있는 利用 및 開發과 保全을 위한 수단도 아닌 것이 明白하여 國民의 基本權을 제한할 수 있는 예외조치의 事由에도 해당하지 아니하는 것이다. 그러함에도 불구하고 國有雜種財産에 대하여 時效取得을 禁止한 法規範은 國家만을 우대하여 國家와 一般國民간에 합리적 근거 없이 차별대우를 하는 不平等한 것으로서 立法上의 過剩禁止의 原則과 憲法 제11조의 平等의 原則에 反하는 것이다.

이 決定의 理由는 國有財産法 제5조 제2항의 適用을 同法 第4조의 國有財産 中 雜種財産에 대하여 까지 適用하여서는 아니 된다는 條文의 確定概念의 一部를 적극적으로 適用排除하는 것이다. 그렇지 아니하면 憲法에 違反된다고 宣言한 것이어서 法文의 確定概念을 한정 축소하여 適用하여야 한다는 점이 다음 항의 決定과 다른 점이다.

適用違憲決定은 違憲法律審判의 대상인 法規 自體의 全部 또는 一部를 違憲으로 宣言하지 않고 그 法規가 適用될 대상의 一部에 대하여 까지 適用하는 것은 憲法에 違反되는 것이라고 宣言하여 그 適用의 範圍를 限定하는 違憲決定이다. 適用違憲決定은 그 審判對象인 法規 自體는 合憲적이기 때문에 法規의 全部 또는 一部分을 違憲으로 宣言하는 것이 아니고 그 法規가 適用될 대상의 一部에

대하여 同法規를 適用하는 것을 違憲으로 宣言하는 점에서 法規의 一部違憲決定과 구별된다.

예컨대 違憲法律審判의 對象法律은 國有財産法 제5조 제2항인데 法院이 提請한 裁判의 전제가 된 당해 事件의 분쟁재산은 國有雜種財産이었다. 그런데 同法 제4조 제1항에서 國有財産을 行政財産, 保存財産, 雜種財産으로 구분하고 있고 同法 제5조 제2항에서 위의 國有財産은 모두 民法上の 時效取得의 規定(제245조)에 불구하고 取得時效의 對象이 되지 아니한다는 特別規定을 設定하고 있다. 이때에 위 國有財産 中 雜種財産에까지 同條文이 適用되어 時效取得의 대상에서 除外하는 것은 憲法에 違反된다고 判斷할 때 同法 제5조 제2항 文言 規定에 一部違憲이나 해석상 限定違憲을 宣言하는 違憲決定을 할 수는 없고 다만 同條의 適用對象인 同法 제4조 제1항의 國有財産 中에서 雜種財産에 대해서만 適用을 除外하여야 할 경우에 이러한 決定을 하게 된다. 違憲法律審判을 提請한 法規範의 內在的 事項에 대한 違憲性を 判斷하고 그 解釋適用의 문제에 대하여 限定할 것을 다루는 것이므로 適用違憲決定은 다른 類型의 限定違憲決定과도 분명히 구별되는 것이라고 할 것이다.

適用違憲決定은 違憲與否에 대한 判斷部分인 提請된 法律條文의 法的 效力에는 아무런 規定上の 문제점이 없는 것이 되므로 合憲決定이라고 볼 수 있으나 同條文을 두고 있는 法律全體에서 보면 그와 관계되는 法條文의 一部가 適用에서 除外되어 그 效力을 喪失하게 되는 것이기 때문에 그 適用對象에서 適用이 제외되는 관계조문과 연계해서 一部違憲의 宣言이 되는 것이다. 따라서 主文에서 그 法律의 適用對象의 범위를 분명히 명시하여 違憲의 範圍를 客觀的으로 確定한 것이므로 違憲決定의 한 形態에 속하는 것이다. (이하 同

(나) 限定違憲(包含違憲)決定 主文 例 2(民法 第764條)

民法 第764條의 명예회복에 적당한 처분에 謝罪廣告가 包含되는 것으로 解釋하는데 대한 憲法的 判斷主文

『民法 第764조(1958. 2. 22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 謝罪廣告를 포함시키는 것은 憲法에 違反된다』(1991. 4. 1. 선고

89헌마160호 全員裁判部(主審 李時濤). 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원에 대한 결정).

위 決定文의 要旨는

民法 第 764조가 同條所定の “명예회복에 적당한 처분”에 謝罪廣告制度를 包含하는 취지라면 그에 의한 基本權制限에 있어서 그 선택된 수단이 目的에 適合하지 않을 뿐 아니라 그 정도 또한 과잉하여 比例의 原則이 정한 限界를 벗어난 것으로 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없어 憲法 第19조(良心의 自由)에 違反되는 동시에 憲法上 保障되는 人格權의 侵害에 이르게 되어 憲法에 違反된다고 할 것이다.

이 決定文의 理由는 民法 第764조와 같이 不確定概念으로 되어 있거나 多義的인 解釋可能性이 있는 條文에 대하여 限定縮小解釋을 통하여 얻어진 일정한 合憲的 의미를 천명한 것이며, 그 의미를 넘어선 확대는 바로 憲法에 違反되어 채택할 수 없다는 것이다.

이는 지금까지 民法 第764조에 근거하여 法院의 判決로써 謝罪廣告를 命할 수 있다고 하는데 대한 憲法判斷으로 중요한 의미를 갖는 것이다.

(다) 限定合憲(施行令違憲)決定 主文 例 3(定刑法)

定期刊行物の登錄등에관한法律 第7조 第1항의 登錄義務事項 第9호의 該當 施設을 同法 施行 第6조 第3호에서 『自己所有임을 證明하는 서류를 첨부하여』 登錄하게 하는 것은 憲法에 違反된다고 宣言함으로써 同法施行令에 대하여 憲法的 判斷을 한 主文은 다음

과 같다.

『定期刊行物の登録등에 관한法律(1987.11.28. 법률 제3979호. 개정 1989.12.30. 법 제4183호) 제7조 제1항은 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호 規定에 의한 해당시설을 자기소유이어야 하는 것으로 解釋하는 한 憲法에 위반된다』(1992. 6. 26. 선고 90헌가23호 全員裁判部(主審 韓炳

審). 정기간행물등록에관한법률 제7조 제1항에 대한 위헌법률심판의 決定).

위 決定文의 要旨는

定期刊行物の登録등에 관한法律 제7조 제1항은 『定期刊行物を發行하고자 하는 者는 大統領令이 정하는 바에 따라 다음 各號의 사항을 公報處長官에게 登録하여야 한다』, 同項 제9호는 『日刊新聞, 一般週間新聞 또는 通信의 경우는 제6조 제3항의 規定에 의한 該當施設』을 登録하게 하고 同法 제6조 제3항의 제1호와 제2호에서 그 所定の 輪轉機와 大統領令이 定하는 附隨印刷施設을 特定하고 同法 施行令 제6조 제3호에서 『法 제6조 제3항 제1호 및 제2호에 해당하는 경우에는 그 시설이 自己所有임을 證明하는 서류』를 첨부하여 公報處長官에게 제출하여야 한다고 되어 있다.

이를 검토하면 위 施行令은 그 근거규정인 위 法律은 포괄적인 白紙委任을 한 違憲的인 規定이 아닌데 附隨印刷施設을 갖추어야 한다는 委任의 범위를 넘어서 임의로 自己所有이어야 하는 것으로 확대해석 하여 그 證明書類를 제출하도록 필요 이상의 登録事項을 新設하였을 뿐 아니라 더구나 이는 刑事處罰의 構成要件에 해당하는 사항인데 이를 시행령에서 임의로 설정하고 있는 것이라 憲法 제75조(大統領令의 委任命令)와 헌법 제12조의 罪刑法定主義의 原則에 반하는 것이다. 그러므로 이 건 法律은 이 法施行令 제6조 제3호와 같이 登録事項인 該當施設을 자기소유임을 증명하는 서류를 첨부하도록 해석하는 限 憲法에 違反된다고 限定違憲決定을 한 것

이다.

이 事件은, 本法은 合憲이나 그 施行令은 違憲이라고 主文에서 분명히 宣告하여야 하는 것이나 憲法 제107조에서 『令, 規則 등 違憲性은 大法院이 最終的으로 審査할 權限이 있다』고 明示하고 있는 規定을 가지고 문제를 제기하는 一部の 견해가 있을 수 있고 또 憲法理解를 달리하는 사람이 새로운 論難을 일으킬 소지가 있어서, 이를 고려한 나머지 本法에 대한 限定違憲解釋으로 主文을 作成하기로 合議하고 施行令과 같이 本法을 확대해석하는 限 憲法에 違反된다는 限定違憲決定을 宣言한 것이므로 本決定은 어디까지나 大統領施行令을 違憲으로 宣言하고 있다는 데에 중요한 의미를 갖는 것이다.

(라) 限定違憲(條件附違憲)決定 主文 例 4(國會議員選舉法)

國會議員選舉法 제55조의 3, 제56조는 選舉運動의 機會均等이 保障되지 아니한 內容에 대한 憲法的 判斷主文

『1. 國會議員選舉法(1988.3.17. 법률 제4003호, 개정 1991.12.31. 법률 제4462호) 제55조의 3(政黨演說會)의 規定 중 『정당연설회에 당해 지역구후보자를 연설원으로 포함시킨 부분』과 같은 법 제 56조(小形印刷物의 配付 등)의 規定 중 『정당이 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 따로 더 배부할 수 있도록 한 부분』은, 당해 地域區에서 政黨이 그와 같은 政黨演說會를 개최하거나 小形印刷物을 제작 배부하는 경우에는, 無所屬候補者에게도 각 그에 준하는 選舉運動의 機會를 均等하게 許容하지 아니하는 한 憲法에 違反된다.

2. 청구인들의 나머지 청구를 기각한다』(1992. 3. 13. 선고 92헌마37, 39호 병합

全員裁判部(主審 韓炳審). 국회의원선거법 제55조의 3 등에 대한 憲法訴願審判의 決定).

위 決定文의 要旨는 우리 憲法上的 選舉는 國民의 主權行使이며

公明選舉는 選舉의 自由와 候補者의 機會均等이 保障되는 公정한 선거의 시행을 말하는 것이므로 選舉法의 規定에 參政權의 自由와 候補者選舉運動의 機會均等を 保障하지 아니하는 不平等한 規定이 있으면 憲法에 違反되는 것이다. 國會議員選舉法 제55조의 3 제7항은 均等한 選舉演說 機會를 保障하고 있는 合同演說會(법 제51조 제2항)외에 별도로 각 政黨推薦候補者가 政黨연설회에서 政見發表를 할 수 있도록 함으로써 政黨推薦候補者는 無所屬立候補者에 비교하여 相對的으로 더 많은 연설회를 가질 수 있도록 規定하여 월등하게 유리한 위치에서 選舉運動을 할 수 있는 機會를 주고 있고, 또한 無所屬候補者에게는 불법·타락선거, 인신공격, 흑색선전 등이 난무하여도 이에 대한 반박 또는 해명할 수 있는 기회가 保障되자 아니하여 選舉運動의 機會均等を 保障하고 있지 아니한 것으로서 選舉結果인 당락에 영향을 줄 수 있는 不平等한 違憲 條項이다. 또 國會議員選舉法 제56조는 일정한도의 小形印刷物의 제작 배부를 地域區候補者(정당추천후보자와 무소속후보자를 포함)에게는 4종을, 政黨에게는 候補者를 추천한 지역구마다 推薦候補者의 지원내용을 표시한 2종의 小形印刷物을 추가하여 결과적으로 정당후보자에게는 6종을 제작 배부할 수 있도록 하고 있다.

選舉運動은 모든 候補者에게 均等한 機會를 保障하여야 함에도 불구하고 동 조항은 政黨推薦候補者에게 우월적 지위를 許容함으로써 政黨推進候補者에 비하여 無所屬候補者를 과도하게 차별한 不平等한 違憲條項이다. 그러므로 이에 따라 무소속 후보자에게 정당추천입후보자의 경우에 준하여 그 自身の 演說會를 許容하고 또 小形印刷物을 추가 배부할 수 있도록 許容하는 경우에는 違憲性의 소지가 제거될 수 있으며 이 限度內에서 법 제60조의 制限規定의 適用이 배제된다는 것이다.

이 決定에서 條件附 限定違憲을 하는 理由는 이 事件 法律條項을 둔 立法者의 의도는 憲法 제8조에 근거한 政黨에 대한 國家의 保護의 의무를 앞세워 選舉運動에 있어서도 이를 구체화한 것으로 짐작할 수 있기 때문에 政黨이 目的하는 바의 政黨정책의 선전홍보와 自己政黨 候補者 전반에 대한 國民의 지지를 구하는 政黨의 選舉運動을 許容하는 範圍內에서 결코 차별적인 특혜라고 할 수 없는 것이다. 그러나 이 法條項들의 문면만을 볼 때에는 그 地域區內에서의 選舉運動에 있어서까지 政黨推薦候補者와 無所屬候補者간에 不合理的 자의적인 차별대우를 하는 것이 되어 憲法에 違反되므로 우리는 이 法律의 결함을 그 法律속에 숨어 있는 內在的 規範의 의미를 발견하여 보완하는 制限解釋을 통하여 主文과 같은 형태의 違憲을 宣言하기에 이른 것이다. 더구나 이 사건 憲法訴願은 1992.2.25. 과 동월 29.에 각 제기되었고 동년 3.7. 候補者登錄에 따른 選舉運動이 시작되었으며 선거운동의 기간마감은 동월 23. 24 : 00로 정하여져 있어서 이 기한을 초과하면 請求人들의 基本權侵害를 救濟할 수 없는 급박한 상황 속에서 審理가 進行되었는가 하면 반면에 해당법률조항의 違憲宣言으로 말미암아 야기될 수 있는 選舉의 混亂을 방지하여야 하는 현실적인 狀況에서 모든 憲法的 狀況을 綜合적으로 재량하여 審判하여야 하게 되어 있었기 때문에, 이 事件 法律條項의 違憲性으로 말미암아 야기될 수 있는 혼란을 방지하고 한편 法規定에 내재된 合憲的인 의미 부분을 살려가면서 憲法背馳의 狀態를 제거하기 위하여는 결론도출에 장애가 될 수 있는 國會議員選舉法 제60조와 기타 이 사건 法律의 관련조항에 대하여도 역시 憲法 제116조에 明示된 選舉運動의 均等한 機會保障原則에 부합하도록 解釋하여야 한다는 위의 判示理由에 기초를 두고 主文과 같은 裁判을 하는 것이다(1992. 3. 13. 선고 92헌마37, 39 (병합) 決定文의 理由 중 결론(가)항 부분 참

조).

選舉法에 대한 外國의 代表的인 判例를 보면 다음과 같다.

美國憲法은 立候補者의 權利를 保障한다는 明白한 規定을 두고 있지는 않지만 立候補할 權利에 여러 가지 條件을 붙이거나 選舉運動을 制限하는 法(州法)에 대하여 聯邦最高裁判所는 平等保護條項(The Equal protection clause)을 따라야 한다고 判示하고 있다.

選舉는 憲法上的 權利들이 얽혀 있는 政治的인 創造物이므로 裁判所는 基本的으로 政治的인 決定에 너무 깊게 干涉하는 것은 삼가야 한다고 하면서도 選舉職의 候補者에 대한 여러 가지 制限은 修正憲法 第14條의 適法節次와 平等保護條項에 의해 保障되어야 한다는 것이다. 따라서 有權者의 投票權과 政治活動의 自由를 制限하는 것은 個人的 基本權을 侵害하는 것이며 候補者의 能力이나 資格을 不當하게 制限하거나 少數政黨이나 無所屬候補者에게 恣意的인 負擔을 가하거나 機會均等を 保障하지 아니하면 憲法에 違反된다는 것이다("Clements v. Faching" 事件과 "Andersou v. Celevrezze" 事件의 判例 參照). 그리고 獨逸聯邦憲法裁判所에서도 政黨이 候補者 추천권을 獨占하는 것은 無所屬候補者의 機會均等に 대한 要求를 保障하지 않는 것이 되어 普通, 平等, 自由選舉의 原則에 違反된다고 判示하였다(1976.3. 9. 合議部決定 2BvR 89, 74 참조).

나아가 本決定主文에 대하여는 立法者의 意圖와는 달리 主文의 解釋을 擴大解釋하여 條件附違憲決定을 創設的으로 할 수 있는가의 의문이 제기될 수 있기 때문에 이러한 主文을 낼 수 있다는 근거로 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例主文을 참고자료로 소개하면 다음과 같다.

獨逸民事訴訟法 제554b조의 헌법적 판단에 대한 1980.6.11. 의 獨

逸聯邦憲法裁判所 합의부 결정의 주문은 다음과 같다.

【주문】

1975.7.8. 의 民事事件의 上告權利改正法(BGBI. I S. 1863)에 의한 民事소송법 제554b조 제1항은 最終裁判結果에서 勝訴가 예상되는 上告를 受理 拒否하여도 된다는 것으로까지 해석되어서는 안 된다 (BVerfGE 54, 277 ff.(277)).

〈위 주문의 원문〉

§554 b Abs. 1 der Zivilprozeßordnung in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8. Juli 1975 (Bundesgesetzesbl. I. S. 1863) ist nicht dahin auszulegen, daß die Annahme von Revisionen, die im Endergebnis Aussicht auf Erfolg besitzen, abgelehnt werden darf.

民事訴訟法 제554b조 제1항은 『上告法院은 불복의 가치가 4만 마르크를 넘는 財産法上的의 청구권에 관한 법적 분쟁에 있어서 그 법적 분쟁이 근본적인 의미를 갖지 않는 경우에는 上告受理를 거부할 수 있다.』고 規定하고 있으나, 이 規定에 대한 위 聯邦憲法裁判所의 決定은 근본적인 法律審이 아닌 경우라 하더라도 裁判結果 勝訴 가능한 事由가 있는데도 이 條文의 文言解釋만으로써 上告受理를 거부하는 것은 憲法에 違反된다는 것이다. 이는 곧 法文의 質的 一部無效 또는 制限解釋이 아니고 法文에 없는 내용을 받아들여야 하는 義務를 創設하여 적극적으로 法律을 擴大 解釋한 立法形成的 判斷을 한 主文으로서 憲法裁判의 權限과 限界를 明示한 중요한 判決이라 할 수 있다.

3. 不合致決定 및 違憲確認決定

(1) 不合致決定의 事例

憲法不合致決定은 法律 또는 法律의 條項이 憲法에 合致하지 아니한다는 違憲宣言에 그치고 그 法律의 效力은 違憲法規라 할지라도 잠정적으로 계속 지속시키는 경우이다. 不合致決定은 憲法裁判에 의한 規範統制手段으로 이루어지는 것이기 때문에 違憲法律審判請求(憲裁法 제41조와 제68조 제2항)에 의하여 具體的 規範統制裁判에서 많이 나타나게 된다. 그러나 基本權侵害를 原因으로 하는 抽象的 法規에 대한 憲法訴願審判(同法 제68조 제1항)의 경우에도 이를 할 수 있다(同法 제75조 제5항, 제6항). 나아가 權限爭議審判(同法 제61조)의 경우에도 被請求機關의 어떤 處分 즉 規範(條例等 法規)의 制定으로 機關相互間에 權限의 存否 또는 範圍에 관하여 다툼이 있어서 判斷하는 경우 被請求機關의 處分이 請求人의 權限을 侵害한 때에는 이를 取消하거나 그 無效를 確認할 수 있는 외에 不合致宣言을 할 수 있다는 것이 獨逸의 判例이고 通說이다(BVerfGE 20, 119, 129 f).

不合致로 宣告된 法律은 違憲으로 確認되지만 당분간 잠정적으로 계속 合憲的인 法律로서 有效하게 적용된다는 점에서 無效宣言 또는 즉시 그 法律의 效力이 喪失 되는 單純 또는 限定違憲決定과 구별된다. 그래서 이것을 規範의 完全한 空白狀態로부터 法的 安定성을 보호하기 위하여 잠정적인 合憲을 留保하는 일종의 違憲確認宣言의 決定主文形式이라고도 한다. 그리고 이 主文의 決定은 立法者가 違憲狀態를 除去하는데 여러 가지 可能的 方法을 選擇하여 合憲的인 法律을 制定할 수 있도록 立法機會를 保障하는 立法促求를 前提로 裁判하는 것이 가장 憲法的이라는데 기초를 두고 있는 것이

다.

不合法決定은 이와 같이 立法者의 立法形成의 自由를 존중함과 동시에 有效하게 존속하던 法律을 失效시킴으로써 야기되는 갑작스런 法律의 空白狀態를 방지하고 나아가 法的·社會的 混亂에 대비하여 法的 安定성과 社會秩序를 유지하여야 하는 憲法的 事由가 있는 경우에 하는 것이다. 憲法裁判을 單純한 形式論理에 입각하여 違憲法律에 대한 代替立法없이 取消 또는 失效宣言을 하면 그 社會에 法律의 空白으로 인한 기존 法秩序의 安定성을 해칠 경우가 있으므로 이를 피하기 위하여 獨逸聯邦憲法裁判所는 失效法上的 法的인 근거가 없는데도 불구하고 일찍이 判例로서 不合法宣言의 變形主文의 判決을 많이 해 실무관행으로 확립시켜 왔다.

그래서 獨逸에서는 實定法上에는 뚜렷한 文言을 찾아 볼 수 없는 不合法決定 등 많은 變形裁判을 立法者가 수용하여 1970년 憲法裁判所法을 改正할 때 비로소 이를 實定法에 明文化한 것임을 유의해야 한다(독일헌재법 제31조 제2항 2, 3절, 제79조 제1항).

獨逸의 경우에 不合法決定을 하는 事例를 보면 占領國法律이나 유럽共同體法律은 違憲無效를 宣言할 수 없어도 合憲性審査의 대상이 된다고 하는 審査權과 廢止權을 區分하는 立場의 判例에 근거를 두고 있는 것 같다(BVerfGE 15, 237 ff. ; 37, 271 ff. 참조).

(첫째) 違憲的인 立法不作爲에 대한 違憲無效宣言은 애초부터 無效로 할 대상이 存在하지 아니하기 때문에 그 不作爲가 憲法에 合致하느냐 않느냐를 宣言하는 경우에는 憲法不合法決定을 하게 된다는 것이다(BVerfGE 22, 349 ff).

(둘째) 法律은 立法節次上 중대한 흠결이 있는 경우에만 違憲無效事由가 되지만, 明白하지 않은 憲法違反이나 그 밖의 瑕疵는 가

급적 合憲으로 하여야 하나 그렇지 아니하고 合憲으로 宣言할 수 없을 때에는 不合致宣言에 그친다는 것이다(BVerfGE 34, 9 ff.).

(셋째) 法律的 施惠가 不平等한 경우에 全部를 無效宣言하면 政黨한 受惠者의 權益을 박탈하게 되므로 不平等한 취급으로 그 權利侵害를 당한 集團部分을 救濟함으로써 平等權을 保障하는 合憲의인 法律이 되고 이 法을 유지할 必要가 있을 때에는 立法權을 존중하여 可能한 범위 내에서 不合致決定을 한다(BVerfGE 22, 163 ff.; 29, 2 ff.).

(넷째) 法律規定이나 內容이 違憲的인 경우라 할지라도 違憲無效宣言에 의한 規範의 完全한 空白狀態로 인하여 생기는 문제보다는 그 法을 그대로 두더라도 참을만하다는 法的 安定性의 必要性이 있을 때에는 違憲無效宣言보다 不合致決定을 하게 된다(BVerfGE 8, 1 ff.; 13, 248 ff.; 33, 303, 347 ff.).

(다섯째) 法律이 憲法에 違反되는 것이 明白하다고 하더라도 立法者의 判斷이나 새로운 立法이 필수적으로 요청되는 事由가 있을 때에는 權力分立主義의 原則에 따라 違憲無效宣言을 하지 않고 不合致決定을 한다(BVerfGE 35, 79 ff.; 33, 303 ff.; 당소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6호 사건의 主文과 변형결정이유 참조).

獨逸憲法裁判所의 1980년 이후의 處理事件統計를 보면 無效宣言과 不合致宣言이 半半씩 차지하고 있는 것을 볼 수 있는데 憲法裁判所에서는 이러한 變形判決이 중요한 位置를 차지하고 오히려 定型적인 決定文의 形態의 하나로 그 자리를 굳혀 가고 있음을 알 수 있다.

우리 憲法裁判所法은 法律 또는 法律條項의 違憲與否만을 決定한다(憲裁法 제45조)고 明示하였을 뿐 限定合憲決定이나 不合致宣言

決定을 할 수 있는지의 여부에 관한 名文規定이 없다. 그래서 變形論理와 文理解釋을 중시하는 일부에서 이러한 變形決定은 할 수 없다는 주장을 하고 있으나 法의 明文規定有無와 관계없이 憲法裁判에서는 당연히 할 수 있다는 것이 憲法裁判制度를 둔 모든 나라의 通說이며 判例이므로 이에 따라 우리도 不合致決定을 宣告한 바가 있다(不合致決定에 대하여 反對하는 意見은 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6호 국회의원선거법 제33조 위헌여부심판 결정의 반대의견(卞禎洙, 金鎭佑)참조).

(2) 不合致決定의 效力

(가) 一般的 效力

不合致決定은 憲法裁判所가 違憲的인 法律임을 確認하고 立法者에게 不合致宣言 이후의 憲法에 違反되는 상태를 除去할 의무가 있음을 宣言하는 것이다. 不合致 宣言된 法律은 違憲部分이 除去될 때까지 過渡期的으로 效力을 가지고 適用될 수 있다는 점에서 法律의 失效 또는 無效라고 宣言하는 單純違憲決定과 구별되는 것이다. 不合致決定도 憲法裁判所 제47조와 同 제75조에서 정한 違憲法律審判의 違憲決定이나 憲法訴願의 認容決定과 동일하게 모든 國家機關에 대하여 拘束력이 있다. 그러나 單純違憲決定은 그 決定이 있는 날로부터 違憲으로 決定된 法律 또는 法律의 條項은 效力을 喪失(憲法第47條 第2項, 第75條 第5項)하므로 憲法裁判所가 違憲을 宣言하고 스스로 그 法律效力을 배제하는 廢棄的인 效力이 있는 決定인데 반하여 不合致決定은 憲法裁判所가 憲法違反을 確認하기는 하나 당장에 그 法律의 效力이 喪失되는 것은 아니다. 그 法律의 違憲事項을 가능한 한 신속하게 배제할 것을 立法者에게 맡기는 일종의 立法義務的 效力이 있는 決定이라는 점이 다르다.

따라서 獨逸의 경우를 보면 不合致決定을 할 때에 立法의 方向과 테두리를 提示하거나(BVerfGE 34, 9, 26) 立法義務를 履行하여야 할 期限을 定하기도 하고(BVerfGE 32, 199, 216) 立法의 代案을 提示하기도 한다(BVerfGE 37, 217, 263 f.). 이러한 條件이나 代案을 받아들이지 아니하거나 그 期限이 지나도 立法義務를 이행하지 아니하는 때에는 그 法律은 無效가 된다는 制裁의 效果를 前提로 不合致決定을 하고 있다(BVerfGE 13, 326 f.). 不合致決定의 경우에는 이와 같이 違憲임을 確認하면서 條件이나 代案 또는 期限이 제시되기 때문에 違憲決定의 效力發生時期와 制限은 變칙적으로 나타날 수 있어 통일적으로 그 法律 效力의 喪失時期를 설명할 수는 없다. 그러나 違憲으로 確認된 法規는 그 決定主文에서 立法의 空白이나 法秩序의 混亂을 피하기 위하여 새로운 立法이 制定될 때까지 舊法을 계속 適用 執行할 수 있는 範圍나 期間을 반드시 밝혀야 한다. 그래서 違憲인 法規라 하더라도 法律適用上의 障礙가 없는 限 憲法秩序의 유지를 위하여 필요한 경우에는 잠정적 效力을 지속케 하는 것이 보다 憲法的 規範에 합당하다고 하여 이러한 變形判決을 하는 것이다.

不合致宣言의 法的 效力은 그 法律의 內容이 違憲的인 것이어서 당연히 無效를 宣言하거나 당장에 效力을 喪失시켜야 하는 것이나 이미 公布施行되고 있는 法律關係의 安定성과 法律의 實效성을 效果的으로 보장하기 위하여 잠정적으로 그 法律의 效力과 適用을 許容하는 것이므로 그 法律的 效力과 法的 狀態에 대해서 여러 가지를 상정할 수 있는데 이에 대한 참고로 獨逸의 경우를 살펴보면 다음의 세 가지로 나누어 볼 수 있다.

(첫째) 憲法裁判所에서 그 法律이 憲法에 合致하지 않는 違憲의인 部分에 대해 憲法裁判으로 違憲確認을 宣言함으로써 立法者에게

憲法에 違反되는 規定을 除去하여야 할 義務를 부과하고 있다는 것이다. 때로는 憲法에 合致하도록 그 法律을 改正 내지 廢棄하는데 必要한 期限을 定하기도 하여 그 期間內에 조치를 취하지 않으면 그 期限이 지난 後에 그 法律은 無效가 된다는 것이다.

(둘째) 違憲審判提請의 前提가 된 당해 訴訟事件의 裁判과 이와 관련된 訴訟節次는 憲法에 合致하는 法律이 만들어질 때까지 停止된다는 것이다. 따라서 憲法裁判所는 不合致宣告된 法律에 근거하여 이루어진 法院의 判決이 憲法訴願의 대상이 된 경우에는 이를 과기한다(獨逸聯邦裁判法 제95조 제2항). 당해 사건은 立法者가 憲法에 合致하는 새로운 法律을 만들 때까지 訴訟節次는 停止되기 때문에 刑事訴訟法 및 軍事法院의 拘束期間과 民事訴訟法의 裁判宣告期間에 裁判停止期間은 산입하지 아니한다는 것이다.

(셋째) 不合致宣言된 法律이 憲法에 違反되거나 立法者가 새로운 立法을 制定할 때까지 잠정적으로 그 法律은 有效하게 지속되고 그에 따라 適用될 수 있다는 不合致決定은 그 判決의 政治的·現實的 狀況을 함께 고려하여야 한다는 憲法裁判의 특수성을 보여 주는 判決임을 그 理由에서 밝혀 그를 참작하게 하고 있는 것이다. 憲政秩序를 確立하는데 불가피한 政治的 效果와 現實的 狀況을 고려하여야 하는 것은 모든 憲法裁判에서 불가피한 것이라고 한다(K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 184).

獨逸聯邦憲法裁判所의 判例를 보면 違憲的인 法律이라도 法的 安定性 등의 요청에 의하여 계속 존속할 것을 必要로 하기 때문에 不合致決定을 한 경우에는 계속 그 法的 效力은 適用될 것이라고 명백히 하고 있다. 그러나 그 適用의 範圍와 時限은 그 決定主文에서 명확하게 宣言하여야 한다고 한다. 그래서 西獨의 判例를 보면 대개의 경우에 主文에서 不合致宣言을 할 때에는 언제까지 계속 적용

된다는 期限이나 對案을 明示하고 있다(BVerfGE 37, 217; 33, 303; 61, 319).

(나) 當該事件과 併行事件에 대한 效力

i) 當該事件

憲法不合致로 宣言된 法律은 적어도 당해 事件을 담당하는 法院에서는 더 이상 適用될 수 없다. 이는 憲法裁判所法 제47조 본문의 將來效에 대한 예외로서 당해 사건에서는 遡及效를 認定하지 않을 수 없는 경우이다. 法律에 대한 違憲決定의 效力이 當該事件에 관하여 遡及效를 가진다는 데에는 우리 憲法裁判所와 大法院은 일치된 判例를 내고 있다(헌재 88헌가2호 및 대법원 90다5450호 참조).

裁判의 前提가 된 法律에 대하여 不合致決定이 宣告되면 당해 規範의 適用은 遮斷되므로 그 前提事件을 담당한 法院은 그 不合致決定 主文에 따라 裁判하고, 違憲法律審判을 申請한 當事者도 그에 따라 法院의 判決로서 權利救濟를 받을 수 있다.

不合致決定은 單純違憲決定과 같이 違憲으로 決定된 法律이 그 날로부터 效力을 喪失하는 것은 아니지만 憲法에 違反된다는 確認的 效力이 있으므로 憲法 제107조 제1항에 따라 당해 法院은 憲法裁判所의 審判에 의하여 裁判을 하여야 한다. 그러므로 不合致決定 主文에서 새로운 立法이 있을 때까지 違憲法律의 失效時期를 一定期間 猶豫하고 있더라도 違憲法律審判提請의 前提가 된 당해 訴訟事件을 담당하는 法院과 그 當事者에게는 즉시 遡及하여 決定의 效力이 발생한다고 보는 것이다.

國會議員選舉法上の 寄託基金制度에 대한 不合致決定宣告(憲裁 88헌가6호)의 法的 效力에 대하여 당해 訴訟事件을 담당한 提請法

院인 서울민사지방법원은 이를 理解하지 못하고 違憲提請法律이 아직은 有效하다고 하여 原告의 請求를 棄却한 바 있다. 그러나 그 抗訴審인 서울고등법원은 裁判의 前提가 된 該當事件에 있어서는 憲法裁判所 審判에 의하여 裁判을 하여야 하는 것이므로 이를 取消하고 違憲의 確認의 效力을 宣言한 憲法裁判所決定에 따라 提請法院의 當事者인 原告의 不當利得返還請求를 認容하였다(서울고법 1990. 7. 20. 선고 90나12308호 제1부 判決).

大法院은 이를 받아들여 다음과 같이 判決하였다.

憲法裁判所의 不合致決定은 違憲決定의 一種임이 틀림없고 다만 違憲決定으로 法律條項의 效力發生時期만을 일정기간 미루고 있음에 지나지 않는다. 법률의 違憲여부의 심판제정은 그 制定된 당해 事件에서 위헌으로 決定된 法律을 적용 받지 않으려는 데에 그 목적이 있고, 憲法 제107조 제1항에도 違憲決定의 效力이 당해 事件에 限하여는 遡及하는 것으로 보고, 裁判하도록 하려는 취지가 포함되어 있다. 만일 違憲提請을 하게 된 當該 事件에 있어서도 遡及效를 인정하지 않는다면, 提請 당시 이미 違憲與否審判의 前提性を 扞絶하여 그 提請의 必要性이 없다고 해석되어야 하기 때문에, 具體的 規範統制의 實效性을 보장하기 위하여서도 당해 事件에 한하여는 違憲決定의 遡及效를 認定하여야 한다. 이와 같은 해석은 憲法裁判所가 不合致決定을 하면서 그로 인한 法律의 效力發生時期만을 일정기간 뒤로 미루고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다(大法院

1991. 6. 11. 제2부 판결 90다5450, 부당이득금반환소송).

이러한 抗訴法院 및 大法院의 判決은 不合致決定의 效力을 정확히 理解하고 判示한 것이며 이러한 解釋은 일찍이 오지리憲法裁判所의 判例에서 확립된 견해이다.

그리고 그 후 이를 1975년 그 나라의 憲法改正時 이 判例에 따라 明文化하였으며, 우리 憲法 제107조 제1항 後段은 이러한 취지에 맞추어 規定된 것이라고 볼 수 있다.

그런데 獨逸의 判例에는 不合致決定 宣言으로 立法者가 새로운 立法을 할 때까지 憲法에 適合한 것은 아니지만 法律이 無效도 아니므로 당해 事件의 提請法院은 裁判을 停止하여 當事者로 하여금 合憲的인 새 法律의 혜택을 받을 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 이러한 獨逸의 理論 때문에 우리 나라에서도 不合致決定의 效力은 提請法院과 당해 事件의 當事者에게도 당장에는 適用될 수 없다는 獨逸의 例를 따라야 한다는 주장이 一部 論議되기도 하였다. 그러나 우리의 憲法 제107조 제1항 後段에는 『憲法裁判所의 審判에 의하여 裁判한다』고 明文化되어 있고 이것은 일찍이 오지리憲法裁判所의 判例와 憲法을 검토하여 받아들인 것으로 不合致宣言의 경우에도 當該事件에 있어서는 遡及하여 權利救濟를 하여 주는 것이 合當한 것이라고 보는 것이 正論일 것이다.

ii) 併行事件

위에서 본 當該事件에 관하여 확정된 원칙은 위의 憲法裁判所의 決定理由와 大法院의 判決理由에서 그 事由를 유추하여 보면 同種의 併行事件에 관하여도 확대하여 적용하여야 할 것이다. 여기서 併行事件이라 함은 當該事件과 同一한 法律이 適用되는 同一한 事件이 이미 法院에 提訴되어 여러 件으로 계류되어 심리중인 同種事件으로서, 憲法訴願 또는 違憲法律審判提請이 제기되지 아니한 事件을 말한다.

즉 憲法裁判所에서 憲法에 違反되는지 여부를 審議하고 있는 同種事件을 담당한 法院이 當該事件에 대한 違憲法律審判을 提請하지는 않았지만, 그 裁判의 前提가 된 法律에 대하여 憲法에 合致하지

않는다고 違憲宣言을 하게 되면 그 法律規範을 적용하여야 하는 法院은 자기가 담당한 同種의 併行事件에도 그 違憲審判에 의하여 裁判을 하여야 한다는 것을 말한다. 違憲決定의 效力을 當該事件에 대해서만 違憲法律의 適用을 배제한다는 것은 實質的 正義의 관점에서 볼 때 심히 부당하다고 하여 當該事件의 범위를 확대 적용함으로써 그 不公平을 是正하고자 하는 것이다.

전통적으로 違憲決定의 效力을 將來廢止效로 보는 오지리憲法裁判所에서도 當該事件의 범위를 확대하여 憲法裁判所에서 違憲法律審判을 提請한 當該事件 뿐만이 아니라 審判提請은 아니하였지만 그 때에 이미 裁判에 계류된 該當法院의 모든 併行事件에 대하여도 違憲法律의 適用을 배제한다고 하고 있다(Walter / Mayer. Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechtes, 6. Aufl., 1988. S. 381.)

獨逸聯邦憲法裁判所에서도 當該事件에 관하여 확정된 規範은 同種의 併行事件에까지 확대 적용하고 있다. 즉 併行事件에서의 裁判節次停止義務는 聯邦憲法裁判所의 선고와 동시에 確認된 規範의 違憲性이 기속력을 가지고(聯邦憲法裁判所法 제1조 제1, 2항) 확정되는 것이기 때문에 同種의 併行事件에도 확대하여 적용된다고 하는 것이 그것이다(BVerfGE 52, 369(379)-家事勞動日에 관한 勞動法院의 판결).

최근 우리 헌법재판소는 “위헌결정의 법규적 효력은 이 사건 위헌법률심판을 제정한 법원이 담당하는 당해 사건에는 당연히 소급효가 인정되는 것이고, 더 나아가 현재 당해 법률이 재판의 전제가 되어 현재 법원에 계속중인 모든 병행사건에도 이 사건 위헌결정의 효력이 당해 사건에 준하여 소급효를 인정하는 것이 법적 안정성과 공평성을 유지하고 조화를 이룩하는 것”이라고 선언함으로써 위헌결정의 효력이 병행사건에도 미친다는 것을 분명히 한 바 있다(당소

iii) 併行規範

그러나 併行事件과 구별되어야 하는 併行규범이 있다. 併行規範은 憲法裁判所의 具體的 規範統制의 대상이 되지 않았지만, 文言상으로 보거나 적어도 실질적으로는 위헌이라고 선고된 規範과 동일한 내용을 포함하고 있는 다른 法規範에 대한 效力에 관한 問題를 말한다.

併行規範은 違憲으로 宣言된 法律과 同一한 내용을 가진 法律이 다른 法律로서 存在하는 경우인데 예컨대 國稅와 地方稅에 관한 규정들에서 많이 찾아 볼 수 있을 것이다. 併行規範은 憲法裁判所가 規範統制節次에 의하여 하나의 法律規範에 違憲與否의 審判을 하였을 때 동일한 내용의 規範이라도 다른 法律로서 獨自的으로 成立되어 있을 때에는 그 法律에 대하여 별도로 違憲法律審判提請이 되지 않았으므로 審判對象이 아닌 다른 別個規範이며 그에 대한 違憲宣言은 하지 않았기 때문에 違憲決定의 기속력이 미치지 않는다고 본다. 그것은 어느 法律規範이 위헌이라고 선고된 規範과 실제로 동일한 內容의 것인가 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있고 그 때에 그에 대한 결정 자체도 憲法裁判所의 審判事項이고, 그 違憲與否의 결정은 憲法裁判所가 개별적인 具體的 規範에 관한 審判請求가 있어야만 내릴 수 있는 것이기 때문에 併行事件과 달리 併行規範에 대하여 확대 적용하여서는 아니 되는 것이다. 憲法裁判所法 제41조 제1항에 의한 法院의 違憲法律審判提請이나 同法 제68조 제1, 2항의 憲法訴願審判請求는 하나 하나의 法律에 대하여 별개로 이루어지는 것이며 개별적 規範마다 獨立된 審判請求의 適格을 갖추어야 하고 그에 따른 각 規範의 위헌여부의 決定을 하는 것이다. 그리고 法律의 憲法適合性의 判斷은 憲法裁判所의 전속적 권한이며 立法權

行使인 法律의 制定은 개별적으로 成立되는 것이므로 그를 尊重하여 同一한 內容의 法律規範이라고 하여도 별개로 審判의 確定을 받아야 하기 때문에 併行規範은 併行事件과는 달리 엄연히 구별되는 것이며 이를 혼동하지 않도록 유의하여야 한다.

(3) 不合致決定의 主文 例

우리 憲法裁判所에서는 國會議員選舉法中 寄託金制度에 관한 違憲法律提請事件에서 不合致宣言決定을 宣告한 事例가 있다.

主文 例

『1. 國會議員選舉法 제33조 및 제34조는 憲法에 合致되지 아니한다.

2. 위 法律條項은 1991년 5월말을 시한으로 立法者가 改正할 때까지 效力을 지속한다』 (1989. 9. 8. 선고, 88헌가6호 全員裁判部(主審 韓炳審). 國회의원선거법

제33조 제34조(기탁금제도)에 대한 1988. 12. 16. 서울민사지방법원의 위헌제정심판사건의 決定).

위 決定文의 要旨는

國會議員選舉法 제33조 제34조의 違憲與否審判에 대하여 憲法不合致決定과 立法促求決定을 同時에 宣告한 判示事項이다.

1. 國會議員選舉法 제33조 및 제34조의 寄託金制度和 그 國庫歸屬 등에 관한 내용은 그 額數가 너무 과다하고 不平等하여 國民主權主義와 自由民主主義의 基本원칙과 關連하여 볼 때 憲法 제24조의 參政權, 제25조의 公務擔任權을 侵害할뿐만 아니라 政黨推薦候補者와 無所屬候補者의 寄託金에 1,000만원과 2,000만원의 差등을 둠으로써 政黨人과 非政黨人을 不合理하게 差別하는 것으로 憲法第41條의 平等選舉原則과 憲法 제11조의 平等保護規定에 違反된다.

2. 有效投票總數의 3분의 1을 얻지 못한 落選者 등의 寄託金을

國庫에 귀속시키게 하는 것은 世界 어느 나라에서도 찾아 볼 수 없는 많은 得票를 요구하는 것이며 또 그 基準이 너무 엄격하여 民主·自由·平等選舉의 本旨에 어긋날 뿐 아니라 국가존립의 기초가 되는 選舉制度의 原理에 맞지 아니하며, 選舉에 관한 經費는 원칙적으로 候補者에게 負擔시킬 수 없다는 憲法 제116조의 基本精神에도 違反된다.

3. 決定主文에 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告하면서 一定期限까지 그 法律의 效力을 지키도록 하는 이유는 國會의 權威와 國民代表性을 고려하여 國會議員選舉法의 改正은 가급적 國會가 스스로 하도록 하는 것이 바람직하고, 그간에 再選舉나 補闕選舉가 있을 것을 가상할 때 同一한 條件으로 當選된 國會議員으로 構成되어야 13代 國會의 同質性을 保存하는 意味가 있기 때문에 그 임기동안은 그 法的 效力을 지속시키는 것이 合當하다는 것이다.

4. 不合致宣言의 理由는 憲法裁判에 있어서 복잡 다양한 現代社會現象, 憲法狀況에 비추어 審査對象法律의 違憲 또는 合憲이라는 양자택일의 판단만이 가능하다고 본다면 法律에 대한 合憲性을 확보하기 위한 憲法裁判所의 유연하고도 신축성 있는 적절한 判斷을 가로막아 法的 空白, 法的 混亂 등을 가져와 法的 安定性을 해치고, 오히려 立法者의 건전한 立法形成의 自由를 제약하여 社會秩序와 國民의 基本權을 침해할 사태를 초래할 수 있다. 그래서 憲法裁判이란 違憲 아니면 合憲이라는 단순한 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 兩者의 사이에 개재하는 中間領域으로서 여러 가지 變形裁判이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 限定無效, 憲法不合致, 條件附違憲, 立法促求 등의 主文을 決定할 수 있고, 이러한 變形裁判은 일찍이 독일 등 여러 국가의 憲法裁判所가 實務에 의하여 얻어진 判例의 축적으로 확립된 制度이다. 우리

憲法裁判所法 제45조와 同法제47조의 해석에서도 이러한 通說과 判例에 따라 變形解釋하는 것이 適當하다고 하여 우리 裁判所의 多數意見으로 判例가 形成된 것이다.

5. 變形主文의 多數意見에 대한 小數의 反對意見에서 獨逸의 경우 聯邦憲法裁判所法 제78조, 제31조 제2항이 있음으로 變形裁判이 가능한 것이라고 말하고 있으나 獨逸의 判例는 실정법에서 근거하여 여러 가지 形態의 變形裁判이 나온 것이 아니라 法改正 이전부터 실정법에서는 그 뚜렷한 文言을 찾을 수 없는 不合致 主文 등 變形裁判을 해왔기 때문에 立法者가 이에 뒤따라 裁判에 부합키 위한 노력으로 獨逸聯邦憲法裁判所法제31조, 제78조, 제79조 등을 1970년도의 改正을 거쳐 현재에 이르게 된 것이므로 客觀的인 實定法解釋으로 明白하다 아니다 하고 論議할 문제는 아니다.

위 決定에 대한 재판관 卞禎洙의 補充意見 및 反對意見

1. 違憲決定은 憲法裁判所法 제45조 제1항에 따라 法律 또는 法律條項의 全部에 대하여 違憲인지 合憲인지만을 決定할 수 있고 동법 제47조 제2항에 따라 그 法條의 法的 效力이 喪失되는 것이지 實定法의 근거가 없는데 憲法裁判所가 法律의 效力을 變形 또는 不合致決定으로 限定喪失하거나 留保시키는 主文을 宣告할 수 없다.

違憲決定은 宣告日로부터 즉시 그 效力을 喪失하는 것이지 憲法裁判所가 임의로 그 法律效力喪失시기를 정하여 一定期間 유예시킬 수 없다.

재판관 金鎮佑의 反對意見

法律이 憲法에 違反된다면, 不合致決定만 하고 立法促求決定은 하지 않아야 한다.

그 法律條項을 失効시킬 때 國家存立에 위해가 미칠 法の 空白이나 사회적 혼란이 예상되는 등 違憲決定의 效力을 一時 排除하여야

할 극히 이례적인 특별한 사유가 있지 아니하는 한, 가급적 원칙에 돌아가서 單純違憲決定만을 하여 違憲決定日로부터 그 效力을 상실케 하는 것이 타당하다.

4. 立法促求決定

(1) 立法促求決定의 理由

立法促求決定은 法律的 規範이 憲法에 合致하지 않는다고 確認됨으로 인하여 발생하는 違憲的인 法律의 狀態를 제거할 義務를 立法者에게 부과하는 一種의 變形裁判이다. 憲法裁判所는 立法機關이 아니기 때문에 能動的으로 法律을 制定하거나 그 內容을 任意로 改正할 수는 없으므로 그 法律의 制定과 改正 및 廢棄를 할 수 있는 憲法上 權限을 가진 立法權者에게 違憲狀態를 除去하여야 할 義務를 宣言하고 立法者에게 憲法에 合致하지 않는 部分에 대하여 合憲的으로 法律改正을 促求하는 決定이다. 違憲的인 法律이라 할지라도 現實的 狀況이 당장에 그 法律의 無效를 宣言하거나 그 效力을 즉시 喪失하게 하는 것이 合當하지 않은 헌법적 事由가 있는 경우에 一定한 期間을 定하여 立法者에게 立法促求를 하고 그 기한이 지난 뒤에도 立法을 하지 않을 때에 그 法律의 效力을 喪失하게 함으로써 單純違憲決定으로 인하여 생기는 社會的 충격과 法律秩序의 混亂을 방지하자는 것이다.

立法促求決定은 앞서 본 不合致宣言과 동시에 하는 것이 대부분이지만 獨逸의 예를 보면 不合致宣言만 하는 경우도 있고 아직은 合憲이라는 暫定合憲決定을 하면서 立法促求를 命하는 事例도 있

다. 不合致決定은 違憲을 確認하고 消極的인 立法義務를 부과하는 것이지만 立法促求決定은 不合致宣言과는 달리 지금까지의 法律의 適用과 效力을 違憲이라고 간주하지 아니하고 까다로운 立法을 할 때까지는 合憲的 法律로서 존속한다는 것을 確認하되 언제까지 기한을 명시하여 立法者에게 적극적으로 立法義務를 부과하는 것이다. 헌법재판소가 法律의 결함을 지적하고 立法促求判決을 하는 경우에는 그 결함이 違憲이라고 당장에 그 法律의 效力을 喪失한다고 宣言할 정도의 긴박한 憲法違反은 아니기 때문에 單純違憲決定을 宣言하는 것은 아니지만 憲法에 違反되는 違憲性的 限界를 지적하고 立法者에게 조속히 이를 除去하는 적절한 改正조치를 강구하도록 促求하는 判決인 것이다. 그 立法促求決定에서 지적된 違憲性 때문에 合憲決定을 할 수 없고 그렇다고 違憲無效를 宣言할 수도 없는 경우에 다만 法律의 違憲宣言을 自制하고 유보한 規範의 違憲性에 대하여 立法權을 가진 立法府에게 그 違憲성을 제거하게 하는 憲法的인 裁判인 것이다.

이는 獨逸聯邦憲法裁判所가 現實的인 政治的 및 社會的 狀況을 고려하여 創出한 것으로서 憲法裁判에서는 일찍부터 이러한 判決을 많이 찾아 볼 수 있는데 이를 各國의 憲法裁判所가 뒤따라 많이 하고 있는 變形判決의 一種이다. 그 法律이 憲法에 合致하지 않는 것이지만 아직은 잠정적으로 合憲的이라고 憲法裁判所가 宣言하여 그 效力을 지속시키기 때문에 그에 따른 合憲性的 限界를 明白히 적시하여 違憲으로 인하여 장차 닥쳐올 여러 가지 法的 違憲狀態를 豫告하고 그에 대비하기 위하여 一定한 期間유예를 둔 후 적절한 期間에 立法權者가 憲法에 合致되는 立法을 하도록 促求하는 決定이다.

어느 法律을 憲法에 適合하지 아니하다고 判決한 경우에 그 法律

의 내용과 法律的 效力은 憲法裁判所의 決定主文과 判示內容에 따라 確定된다. 立法促求決定에는 아직 憲法에 合致하나 立法者는 主文 또는 理由에서 밝힌 事由와 憲法裁判所가 지적하고 제시한 合憲性的의 기준에 따라 憲法에 合致하도록 새로운 立法을 하여야 한다. 獨逸의 憲法裁判所는 이러한 變形決定을 할 수 있는 憲法(基本法) 上의 明文規定이 없을 때에도 그 憲法의 基本原理에서 나오는 國家의 責任과 義務規定에서 그 근거를 찾아 이를 할 수 있다고 스스로 憲法的 判斷을 하고 과감하게 이러한 憲法裁判을 통하여 立法者에게 憲法에 合致되는 法律制定을 促求하고 권유하는 判決을 해왔고 지금은 確立된 하나의 主文形態로서 많이 하고 있는 것이다. 이러한 立法促求決定은 어떤 法律에 대한 不合致決定과 함께 同時에 하는 경우가 많으나 최근에는 아직은 合憲이라는 決定을 하면서 함께 하는 경우도 찾아 볼 수 있다(BVerfGE 78, 249, 뒤(8) 잠정합헌결정(나) 참조). 이 때에는 決定文에서 새로이 改正될 合憲적인 法律의 內容과 形態를 明白하게 밝혀야 하고 언제까지 立法을 하여야 한다는 立法期限을 明示하는 등 그 決定主文의 內容을 구체적으로 명확하게 하여야 한다는 것이다. 그래서 대부분의 경우 主文에서 不合致宣言과 함께 立法促求를 併行하여 宣告하고 있는 것이다

(Pestalozza, Verfassungs- prozeßrecht, S. 179-180).

(2) 立法促求決定의 主文 例

우리는 위에서 본 國會議員選舉法 제33조, 제34조와 地方議員選舉法 제36조 제1항의 寄託金制度에 대하여 不合致決定을 하면서 立法促求決定을 併行하여 宣言한 바 있다(憲裁 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6 결정 1991. 3.

11. 선고 91헌마21호 결정).

主文例 I

『1. 國會議員選舉法 제33조, 제34조는 憲法에 合致되지 아니한다.
2. 위 法律條項은 1991. 5.말을 시한으로 立法者가 개정할 때까지 그 效力을 지속한다』 (1989. 9. 8. 선고 88헌가6호 全員裁判部決定 主文例 위(5)항 (다) 不合致決定

主文形態 참조).

主文例 II

『2. 地方議會選舉法 제36조 제1항의 “市·道 의회의원후보자는 700만원의 기탁금”부분은 憲法에 合致되지 아니한다.

3. 위 제2항의 법률조항부분은 위 法律施行 후 최초로 실시하는 市·道 議會議員選舉日 공고일을 시한으로 立法者가 改正할 때까지 그 效力을 지속한다』 (1991. 3. 11. 선고 91헌마21호 全員裁判部(主審 金亮均) 지방의회선거법 제

36조 제1항에 대한 憲法訴願審判決定文 2, 3항).

위 두 決定文의 要旨는

이 사건 寄託金에 대하여 憲法不合致決定과 立法促求決定을 하는 이유는 國會議員選舉法上的 寄託金制度에 대하여 그러한 형식의 主文을 宣告한 바가 있고(헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정 참조) 그 寄託金額이 너무 다액이어서 憲法의 最高理念 및 基本權(참정권)保障 規定에 저촉되므로 立法形成權을 갖고 있는 國회가 스스로 적절히 하향조정을 하는 것이 온당하다고 사료되기 때문이다. 다만 위와 같은 憲法不合致狀態는 장기간 방치될 수 없으므로 地方議會議員選舉法 施行 후 최초로 실시되는 市·道 議會議員選舉日 公告日까지는 立法者에 의하여 개정이 되어야 하는 것이다. 이 사건 당해 法律規定의 效力은 일응 存續시키면서 憲法合致的인 狀態로 개정할 것을 촉구하는 變形決定의 일종으로서 전부부정(違憲)결정권은 일부부정(憲

法不合致)의 결정권을 포함한다는 논리에 터잡은 것이다. 違憲이나 合憲이나의 決定 外에 憲法不合致 등 중간영역의 主文形式은 憲法을 最高法規로 하는 통일적인 法秩序의 形成을 위하여서 필요할 뿐 아니라 立法府가 制定한 法律을 違憲이라고 하여 全面 廢棄하기보다는 그 效力을 가급적 유지하는 것이 權力分立의 정신에 合致하고 民主主義的 立法機能을 최대한 尊重하는 것이라 할 것이며(헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정 참조), 그것은 국민의 대표기관으로서 立法形成權을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라고 할 것이다. 그리고 憲法裁判所法 제75조 제2항의 規定에 따라 主文에 침해된 基本權을 표시하지 않는 이유는, 法律에 대한 憲法訴願은 請求人의 侵害된 기본권의 구제의 면도 있으나 客觀的인 憲法秩序의 確立이라는 성질이 더 부각되어야 할 것이고, 같은 조 제6항이 憲法訴願을 認容하여 法律의 違憲을 宣告할 경우에는 같은 법 제45조, 제47조의 規定을 準用하도록 하고 있어서 구태여 主文에 侵害된 기본권을 표시할 필요까지는 없다고 解釋되기 때문이다(1990. 10. 8. 선고 89헌마89 결정 참조).

재판관 卞禎洙의 反對意見은

현행 법제상 憲法裁判所는 문제된 法律이 違憲인지 合憲인지 분명히 결정해야 하는 것이고 違憲이라고 決定하면 그에 대한 效力은 憲法裁判所法 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지(刑罰에 관한 法律은 소급효, 기타의 法律은 즉시효) 憲法裁判所가 그 效力을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 있는 變形決定을 할 수 없다는 것이다. 이 사건 主文 3항에서 外國의 裁判을 본떠서 立法權者로 하여금 法律改正을 促求하고 違憲決定의 效力을 유보시켰다고 하더라도 아무런 法的 기속력이 없는 것이라 그에 관계없이 그 宣告 날에 그 法律의 效力은 喪失하였다고 보아야 한다는 등의 意

見들이었다.

(3) 獨逸의 立法促求決定 主文 例

立法促求決定에 대하여 少數의 反對意見도 있고 一部 理解하지 못하는 사람도 있고 해서 獨逸의 憲法裁判所判例를 살펴보는 것이 그 理解에 도움이 될 것 같아 여기에 첨가하면 다음과 같다.

獨逸의 立法促求決定에는 다음 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

i) 첫째는 主文에서 1항 『…하고 있는 限 헌법(기본법) 제○○조에 合致하지 아니한다』 2항 『…새로운 法規定이 만들어질 때까지, 늦어도 ○○년 ○월 ○일까지는 …에게까지 계속 적용할 수 있다』 (BVerfGE 61, 1982. 11. 3. 연방헌법재판소 제1부 判決. 이 항 말미 註1, 判決主文 및 原文 참조),

또는 主文 1항에서 『…하지 아니하는 한 헌법(기본법) 제○○조에 合致되지 아니한다. 規定은 새로운 규정이 制定될 때까지, 늦어도 1973년 가을 학기 시작 전까지는 아직 적용하여도 된다』 (BVerfGE 33, 303, 1972. 7. 18. 연방재판소 제1부 判決 이 항 말미 註2, 判決主文 및 原文 참조)는 판결과 같이 不合致 決定을 하면서 늦어도 구체적인 적용기간을 명시하여 언제까지 立法을 하지 아니하면 法適用을 할 수 없다는 내용으로 立法促求를 하는 主文의 形式이다.

ii) 둘째는 主文에서 1항 『…와 관련하여, 헌법(기본법) 제○○조에 合致되지 아니한다』 2항 『…하는 한, 이는 새로운 규정이 제정될 때까지 적용된다』 (BVerfGE 37, 217, 1974. 5. 21. 연방헌법재판소 제1부 決定. 이 항 말미 註3 判決主文 및 그 原文 참조)는 判決은 언제까지 立法을 하지 아니하면 法の效力을 부인하는 것이 아니라 언제까지 立法을 하여야 한다는 期間을 정하지 않고 새로운 立法이 制定될 때까지 法の適用을 용인하는

內容의 소극적인 立法促求를 하는 主文의 形式도 있다.

iii) 셋째는 暫定合憲決定을 하면서 立法促求를 命하는 決定을 하는 경우가 있다.

그 主文에서 『...허용하는 한 아직은 헌법(기본법)과 합치한다. 그러나 立法權者는 늦어도 1990년 1월 1일부터 效力을 가지도록 헌법(기본법) 제3조 제1항의 요청에 합당한 새로운 법규정을 제정하여야 한다』고 判示한 것은 위의 두 가지 例보다 적극적으로 立法促求를 命하는 決定이라고 볼 수 있다(1988. 6. 8. 독일연방헌법재판소 제2부에서 한 判決인데 (8)의 (나)와 BVerfGE 78, 249 참조).

위에서 代表的인 立法促求決定의 主文 例에서 보듯이 獨逸聯邦憲法裁判所는 이러한 變形形態를 보다 적극적으로 活用하고 있을 뿐 아니라 최근에는 더 구체적으로 命하는 形式으로까지 발전하고 있음을 알 수 있다. 즉 초기에는 조심스럽게 變形判決을 하여 오다가 憲法裁判制度가 定着되면서 立法促求事項을 구체적으로 적시하고 더 나아가 『언제까지 法을 制定하여야 한다』는 主文表現의 방식으로 적극적인 立法促求를 命하는 判決을 과감하게 하는 데까지 이르고 있음을 유의할 필요가 있다.

註 1) 所得稅法上 標準基本表의 憲法不合致 및 立法促求에 관한 1982. 11. 3. 의 聯邦憲法裁判所 第1部 判決은 다음과 같다.

【주 문】

1. 1971년 12월 1일(BGBI. I S. 1881), 1874년 9월 5일(BGBI. I S. 2165), 1977년 12월 5일(BGBI. I S. 2365), 1979년 6월 21일(BGBI. I S. 721) 및 1981년 12월 6일(BGBI. I S. 1249)의 所得稅法 제32a조는, 同條項이 다른 조세감면조치를 고려하더라도, 단독부양 父母의 감소된 조세납부능력이 충분히 고려되지 않는 반면에, 공동부양 父母에게는 부양감면세율의 적용에 의해 조세감면을 예견

하고 있는 한, 기본법 제6조 제1항과 관련하여 기본법 제3조 제1항에 합치하지 아니한다.

2. 위 소득세법 제32a조에 의거한 표준이 되는 기본표는 새로운 法規定이 만들어질 때까지, 늦어도 1984년 12월 31일까지는, 所得稅의 임시적인 확정 의 方法으로(공과금법 제165조) 단독부양父母에게 까지 계속 適用할 수 있다.

3. (생략)

(BVerfGE 61, 139)

〈주문의 원문〉

1. §32a des Einkommensteuergesetzes in den Fassungen vom 1. Dezember 1971(Bundesgesetzbl. I S. 1881), vom 5. September 1974(BundeseGesetzbl. I S. 2165), vom 5. Dezember 1977 (Bundesgesetzbl. I S. 2365), vom 21. Juni 1979(Bundesgesetzbl. I S. 721) und vom 6. Dezember 1981(Bundesgesetzbl. I S. 1249) is mit Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes insoweit nicht vereinbar, als er für zusammenzuveranlagende Ehegatten eine steuerliche Entlastung durch die Anwendung des Splittingtarifs vorsieht, während einer verminderten steuerlichen Leistungsfähigkeit alleinerziehender Elternteile auch unter Berücksichtigung anderer steuerlicher Entlastungsmaßnahmen nicht hinreichend Rechnung getragen wird.

2. Die gemäß §32a des Einkommensteuergesetzes in den unter 1. genannten Fassungen maßgebliche Grundtabelle kann bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, längstens bis zum 31. Dezember 1984, in Wege der vorläufigen Festsetzung der Einkommensteuer (§165 Abgabenordnung) für alleinerziehende Elternteile weiter

angewendet werden.

3. ...

註 2) 大學入學許可法の 憲法不合致 및 立法促求에 관한 1972. 7. 18.의 聯邦憲法裁判所 第1部 判決은 다음과 같다.

【주 문】

I. 1. 1969년 4월 25일의 함부르크 대학법(대학법 - UniG) 제17조는, 신입생에 대한 절대적 入學許可制限의 경우에 立法者가 지원자 선발에 있어 적용할 심사기준의 종류나 정도에 관한 규정을 두지 아니하는 한, 기본법에 합치되지 아니한다.

그러나 이 규정은 새로운 法規定이 制定될 때까지, 늦어도 1973년 가을학기 시작 전까지는, 아직(noch) 適用하여도 된다.

2. 절대적 입학허가제한에 대한 기타 條件과 관련하여 불 때, 동법 제17조의 규정은 判決理由에서 실시한 해석에서 보듯이 기본법에 합치한다.

II. 1. 1970년 7월 8일 바이에른 大學의 入學許可에 관한 법률(바이에른 법령공부 S. 273) 제3조 제2항은, 동조항이 신입생에 대한 절대적 입학허가제한 경우에도 마찬가지로 적용되는 한 기본법에 합치하지 아니하며 또한 無效이다.

2. 바이에른 大學의 入學許可에 관한 法 제4조와 관련하여 제2조 제2항, 제3조 제1항 및 제3항은, 判決理由에서 실시한 해석에서 보듯이 기본법에 합치한다(BVerfGE 33, 303).

〈주문의 원문〉

I. 1. §17 des Gesetzes über die Universität Hamburg (Universitätsgesetz-UniG) vom 25. April 1969(Hamburgisches Gesetz und Verordnungsbl. S. 61) ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, soweit der Gesetzgeber für den Fall absoluter Zulassungs-

bechränkungen Für Studienanfänger keine Bestimmungen über Art und Rangverhältnis derjenigen Maßstäbe getroffen hat, die bei der Auswahl der Bewerber anzuwenden sind.

Die Vorschrift darf jedoch insoweit noch bis zum Erlaß einer neuen gesetzlichen Regelung, längstens bis zum Beginn des Sommersemesters 1973, angewandt werden.

2. Hinsichtlich der sonstigen Voraussetzungen für den Erlaß von absoluten Zulassungsbeschränkungen ist die in §17 getroffene Regelung in der sich aus den Urteilsgründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.

II. 1. Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes über die Zulassung zu den bayerischen Hochschulen vom 8. Juli 1970(Bayerisches Gesetz und Verordnungsbl. S. 273.) ist mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig, soweit diese Vorschrift auch im Fall absoluter Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger anzuwenden ist.

2. Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 3 Absatz 1 und Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 4 des Gesetzes über die Zulassung zu den bayerischen Hochshchulen sind in der sich aus den Urteilsgründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.

註 3) 國籍法の 憲法不合致 및 立法促求에 관한 1974. 5. 21. 의 聯邦憲法裁判所 第1部 決定은 다음과 같다.

【주 문】

1. 1913년 7월 22일 制定되고(제국법률공보 S. 583) 1963년 12월 19일의 同改正法 제1조에 의하여 보완된 『제국국적법 및 국적법』

제4조 제1항은, 동조항에 의할 때 독일인 母와 외국인 父간의 子가 獨逸人 父와 外國人 母간의 子와 같이 동일한 조건하에서 독일국적을 취득하지 못하는 한, 기본법 제6조 제2항과 관련하여 기본법 제3조 제3항 및 제3조 제2항에 合致하지 아니한다.

2. 상기법의 규정에 의하여 父母 中 1인만 독일국적을 지닌 父母에게서 태어난 子가 출생에 의하여 바로 獨逸國籍을 취득하는 한, 이는 새로운 規定이 제정될 때까지 適用된다(BVerfGE 37, 217).

〈주문의 원문〉

1.§ 4 Absatz 1 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 22. Juli 1913(Reichsgesetzbl. S. 583), ergänzt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 19. Dezember 1963(Bundesgesetzbl. I S. 982), ist mit Artikel 3 Absatz 1 sowie mit Artikel 3 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 2 des Grundgesetzes unvereinbar, soweit danach das eheliche deutsche Staatsangehörigkeit nicht unter den gleichen Voraussetzungen erwirbt wie das eheliche Kind eines deutschen Vaters und einer ausländischen Mutter.

2. Soweit nach der in 1. genannten Regelung eheliche Kinder mit nur einem deutschen Elternteil durch die Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben, gilt dies bis zu einer neuen gesetzlichen Regelung weiter.

5. 違憲宣言不可決定

(1) 違憲宣言不可決定의 制度的 意義

違憲宣言不可決定은 違憲決定定足數 未達인 경우의 主文表示方式으로 나타난 一種의 變形決定이다. 審判合議結果 從多數의 의견이 違憲이지만 違憲決定의 定足數인 6人 이상의 찬성이 없어서 違憲決定을 할 수 없고 그렇다고 바로 單純合憲決定으로 宣言하는 것도 문제가 있기 때문에 나타난 制度上的 決定이라는 점이 다른 變形決定과 區別되는 것이다. 이 決定의 效力은 單純合憲決定과 같지만 이는 裁判官會議의 定足數 過半數 이상이 違憲意見인데 이를 合憲의 多數意見으로 宣言하는 것도 문제가 있기 때문에 이와 같은 主文形式으로 單純合憲宣言과 구별하여야 한다고 하여 나오게 된 것이다. 憲法裁判에 있어서 結晶形態 中에 合憲決定이나 違憲決定으로 宣言하지 않고 違憲宣言이 不可하다는 주문으로 宣告하는 決定文을 違憲宣言不可決定이라고 하는데 우리 憲法과 憲法裁判所法에 의하여 불가피하게 창출되는 變形的인 決定이라 할 수 있다.

우리 憲法裁判所는 裁判官 9人으로 構成되며, 法의 특별한 規定이 있는 경우를 除外하고는 審判은 裁判官 全員으로 구성되는 裁判部에서 行한다. 全員裁判部는 憲法裁判所長이 裁判長이 되며 裁判官 7人 이상이 出席하여야 事件을 審理合議할 수 있다. 全員裁判部의 一般的인 事項은 終局審理에 關여한 裁判官의 過半數의 贊成으로 決定을 하지만, 法律의 違憲決定, 彈劾 및 政黨解散決定 또는 憲法訴願에 대한 認容決定과 같은 重要的 決定은 裁判官 6人 이상의 贊成이 있어야 한다는 特別審判節次規定을 두고 있다(憲法 제111조 제2항,

동법 제113조 제1항, 憲裁判法 제22조, 제23조).

그러므로 法律 등의 違憲審判 등 重要的 審判決定에 대하여는 裁判官 過半數 以上の 違憲意見이 成立되어도, 즉 裁判官 定員 9人 出席으로 事件을 審理한 結果 出席 裁判官 9人이나 또는 7人 中에

5人的 裁判官이 違憲意見이 모아져 違憲合議가 이루어지는 從多數가 되어도 違憲決定 定足數인 憲法上 在籍裁判官의 6人的 贊成에 未達되어 違憲宣言을 할 수 없다. 이 때에 通常的으로 議決定足數 過半數 以上인 5對 4 또는 5對 2로서 5人的 多數意見이 違憲으로 成立되었지만 違憲宣言을 하지 못하고 合憲을 宣言하여야 하므로 一般議決節次의 從多數可決原則이나 在籍過半數議決原則에 배치되는 모순이 생긴다. 이것은 憲法 제113조 제1항 및 憲法裁判所法 제23조 제2항 但書規定에 의하여 一般慣行의 特則으로 制度上 違憲宣言을 할 수 없는 경우에 해당하는 것이므로 우리 憲法裁判所의 判例에서 부득이 나타난 一種의 變形判決인 것이다. 이는 條文의 形式的 文意에 따라 單純合憲宣言을 하는 것도 通常의 民主方式인 議決節次의 原理에 따르고 있는 점이나 다른 憲法規定과 대비하여 볼 때, 多數의 違憲意見을 무시하고 少數 合憲意見을 가지고 그 裁判決定의 自體意見으로 確定하여 宣言하는 것은 一般法常識이나 法感情에도 合當하지 아니하기 때문에 一般國民의 理解와 憲法的 合意를 이루기 위하여 이 때에는 부득이 『憲法에 違反된다고 宣言할 수 없다』는 違憲宣言不可決定을 하여 憲法이 要求하는 合憲決定의 效力을 유지하려는 것이다.

(2) 主文 例

違憲決定 定足數 未達의 경우의 主文方式인 違憲宣言不可決定에 대한 判決主文의 例는 다음과 같다.

1. 國土利用管理法(1972. 12. 30. 법률 제2408호, 1978. 12. 5. 개정 법률 제3139호, 1982. 12. 31. 개정 법률 제3642호) 제21조의 3 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 같은 法 (1989. 4. 1. 개정 법률 제4120호) 제31조의 2는 憲法에 違反된다고 宣言할 수 없다(憲 裁 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 全員裁判部 (主審 金亮均)

국토이용관리법 제21조의 3의 제1항과 제31조의 2에 대한 위헌심판사건의 主文 2項의 例),

위 決定文의 要旨는

1. 私有財産制度의 保障은 他人과 더불어 살아가야 하는 共同體生活과의 調和와 均衡을 흐트러뜨리지 않는 範圍 내에서의 保障이며 土地財産權의 本質的인 內容이라는 것은 土地財産權의 核이 되는 實質的 要旨 내지 根本要素를 뜻한다.

國土利用管理法 제21조의 3 제1항의 土地去來許可制는 私有財産制度의 부정이 아니라 그 制限의 한 형태이고 土地의 投機的 去來의 억제를 위하여 그 處分을 制限함은 부득이한 것이므로 財産權의 본질적인 侵害가 아니며, 憲法上的 경제조항에도 違背되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 制限手段의 選擇이 憲法上的 比例의 原則이나 과잉금지의 원칙에 違背된다고 할 수도 없다.

2. 같은 法律 제31조의 2가 罰金刑과 선택적으로 懲役刑을 定함은 부득이한 것으로서 立法裁量의 問題이고 過剩禁止의 原則에 반하지 않으며, 그 構成要件은 건전한 法官의 良識이나 條理에 따른 보충적인 해석으로 法文의 意味가 구체화될 수 있으므로 罪刑法定主義의 明確性의 原則에도 違背되지 아니한다.

3. 그러나 이 事件의 위 意見에 反對하는 違憲意見이 終局審理에 관여한 裁判官 9人 中 過半數 以上인 5人이 되었지만 違憲決定의 定足數인 6인에는 未達하는 것이므로 主文에 “憲法에 違反된다고 宣言할 수 없다”고 宣言하고 위와 같은 決定理由를 設시하는 것이다.

재판관 李時潤의 補充意見 및 違憲意見

國土利用管理法 제21조의 2 내지 4의 土地去來許可制는 공공 복

리의 해당성이 있고 또 財産權의 本質的 內容의 侵害禁止原則에 抵觸되지 아니하며 憲法에 違反되지 아니하고, 같은 法律 제21조의 15는 憲法 제23조 제3항의 正當補償原理에 抵觸되나 이 事件 裁判의 前提性이 없어 主文에 밝힐 필요까지는 없고 補完立法을 促求한다.

그리고 主文 2項의 위 法律 제31조의 2는 憲法 제37조 제2항의 過剩禁止의 原則에 違反되므로 違憲을 宣告하여야 한다.

재판관 韓炳審, 崔光律, 金汶熙의 違憲意見

國土利用管理法 제21조의 3 제1항과 같은 법률 제21조의 2, 같은 條의 3 제3항, 제7항, 같은 條의 4, 5, 15는 同一한 內容의 法規로서 不可分の 關係에 있으므로 함께 審判의 대상이 되어야 한다. 위 제21조의 15는 憲法 제23조의 제1항, 제3항에 위반되므로 위 法條 전체가 憲法에 違反되나 즉시 違憲宣告를 하면 그 法律의 失效에 따른 社會的 混亂을 가져올 수 있어 이를 피하기 위하여 위 제21조의 15를 상당기간 내에 改正할 것을 立法促求를 하여야 한다. 違憲인 土地去來許可制를 前提로 한 같은 法律 제31조의 2 罰則規定은 당연히 憲法에 違反되는 刑罰法規이므로 즉시 違憲임을 宣言하여야 한다.

재판관 金鎮佑의 違憲意見

國土利用管理法 제31조의 2 뿐만 아니라 같은 法律 제21조의 3을 違憲으로 宣言하여도 국가존립에 위해가 미칠 정도의 法の 空白이나 社會적 혼란이 예상되는 것은 아니므로 이를 모두 單純違憲을 宣言하여야 하고 立法促求되 不必要하다는 意見이다.

위에서 본 바와 같이 合憲意見이 4人的 少數인데 違憲意見이 5人으로서 多數意見이었으므로 이러한 경우 違憲宣言不可決定을 함이 合當하다는 데에는 全員의 意見一致를 보게 되어 이와 같은 變形主

文으로 宣告하게 된 것이다.

憲法裁判所의 國土利用管理法 제31조의 2에 대한 違憲提請審判에서 본 바와 같이 土地去來許可制의 罰則規定 제31조의 2는 憲法上 過剩制限禁止의 原則에 違反된다고 하여 5 對 4로 多數의 違憲決定 定足數인 6인 이상의 贊成數에 未達되어 違憲宣言을 하지 못하고 違憲宣言不可決定을 宣告하는 主文의 形態로 終局決定을 한 것이다.

이 決定의 法的 效果는 實定法上으로는 合憲으로 確定이 되나 그 法的 內容은 多數意見에 의하여 違憲으로 確認되었다는 宣言的 效力과 憲法의 有權的 解釋을 國民에게 宣言하는 意味가 있다고 할 것이다.

6. 暫定合憲決定(아직은 合憲이라는 決定)

(1) 意 義

規範(法律)에 대한 違憲性與否를 판단함에 있어서 裁判當時의 상태에서는 違憲이라고 宣言할 수 없으나 앞으로 언젠인가는 違憲의 상태가 예견되는 違憲과 合憲의 中間지대에 존재하는 事項에 대해서 어떤 형태로든 裁判으로 대응해야 할 實質的 必要性이 있을 때 憲法裁判所는 暫定的으로 아직은 合憲이라는 變形決定을 하게 된다. 우리 憲法裁判所에서는 지금까지 이러한 類型의 決定을 한 事例가 없지만, 獨逸聯邦憲法裁判所에서는 그 法律이 『아직은 合憲』이라고 確認하는 判決을 하는 例를 많이 찾아 볼 수 있다.

우리 憲法裁判所가 지금까지 이러한 暫定合憲決定을 폭넓게 생각

하지 못하는 것은 우리 나라의 訴訟法體系와 憲法裁判을 회피하여 온 法律文化와도 깊은 관련이 있는 것 같다. 우리 民事訴訟法 제 202조 제1항은 『確定判決은 主文에 包含한 것에 한하여 既判力이 있다』고 규정하고 있고 主文의 文句는 일반적으로 간결하여야 한다고 모든 법조인이 理解하고 있다. 既判力의 客觀的 範圍는 主文에 表現된 訴訟物에 限하여 미치며 判決理由 中の 判斷은 實質的 審理를 마친 爭點에 관한 法院의 중요한 判斷이라 할지라도 구속력을 인정하지 않는 이른바 爭點效理論을 거부하는 法律觀에 연유하는 것 같다. 이러한 場은 日本과 우리의 判例(大法 79. 2. 13. 선고 78 다 58호 全 員合議部判決)이고 아직도 多數意見이다.

이러한 法律的 觀點에서 볼 때에는 主文이나 理由에서 『아직은 合憲이다』라는 判斷의 變形判決을 하는 것은 理解할 수 없을 것이다. 더구나 지금 하고 있는 정도의 憲法裁判의 主文形式과 理由說示의 方法 그리고 決定主文의 解釋과 그 效力에 관하여도 一部에서 論難이 제기되고 있는 現時點에서 이를 받아들인다는 것은 대단히 어려울 것이다. 그러나 일찍이 憲法裁判을 해온 美國과 근자의 獨逸 등 憲法裁判所의 判例를 보면 이를 쉽게 理解할 수 있고 研究되어야 할 과제라는 것을 알 수 있을 것이다. 最近에 憲法裁判理論이 確立되면서 英美法의 法理에 그 연원을 두고 있는 爭點效理論 즉 判決理由에서 爭點으로 判斷된 先決的 法律關係에 대하여도 既判力을 認定하여야 한다는 理論이 상당히 연구되고 수용되고 있음을 엿볼 수 있다. 그에 따라 이러한 理論이 오늘날 강력하게 일반 民事訴訟法 學界에서도 論議되고 있다는 것을 유의할 때 우리 憲法裁判에서는 여러 가지를 憲法的으로 理解하고 유연하게 대처하여야 할 것이다. 憲法裁判은 一般 法院의 判決과는 本質적으로 다른 點이 많이 있기 때문에 憲法裁判에서 나타나는 暫定的 合憲決定에 대하

여 쉽게 理解할 수 있기 위하여는 우리가 가지고 있는 訴訟法上的 判決의 效力에 대한 종래의 固定觀에서 탈피할 필요가 있다.

(2) 暫定合憲決定의 類型

『아직은 合憲이다』라는 暫定的 合憲決定의 形式에 대하여 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例를 가지고 이를 살펴보면 크게 세 가지의 유형으로 나누어 볼 수 있다.

判決主文에서 아직은 合憲이라고 宣言하는 경우도 있고, 主文에서는 憲法에 違反되지 아니한다고 하고 그 決定理由에서 아직은 合憲이라고 判斷을 하는 경우가 있고, 判決主文에서 判決理由에 적시하는 바에 따라 아직은 憲法에 合致한다고 하고 判決理由에서 구체적으로 그 사유를 적시하여 밝히고 立法者에게 法律改正을 하도록 立法促求決定을 하는 경우를 찾아 볼 수 있다. 이를 獨逸判例를 중심으로 구체적인 사건에 判示된 主文과 理由를 가지고 나누어 보면 다음과 같다.

(가) 主文에서 『아직은 合憲이다』고 宣告한 例

獨逸聯邦憲法裁判所의 具體的 規範統制事件인 住居制度上過誤資金支援철폐에관한法律(AFWoG) 제1조의 違憲與否에 관한 1988. 6. 8.의 聯邦憲法裁判所 제2부 決定은 그 主文에서 『아직은 憲法에 合致한다』고 宣告한 바 있다. 이 主文을 살펴보면 다음과 같다.

〈주 문〉

1. 주거제도상과오자금지원철폐에관한法律(AFWoG) 제1조 제1항(1981년 12월 22일의 가계구조개선을위한제2차법률 제28조의 세부조문 제1조 - BGB1. I S. 1523)은 기본법에 合致한다.

2. 주거제도상과오자금지원철폐에관한法律(AFWoG) 제1조 제4항

이 과오부과세의 징수를 단지 30만 이상의 주민을 가진 地方自治團體 및 이러한 지방자치단체와 관련을 가지는 경제영역을 이루는 지방자치단체에 대하여만 許容하는 限, 아직은(derzeit noch) 기본법과 합치한다. 그러나 立法權者는 늦어도 1990년 1월 1일부터 效力을 가지도록 기본법 제3조 제1항의 요청에 합당한 새로운 規定을 制定하여야 한다.

그 外의 點에 있어서는 주거제도상과오자금지원철폐에 관한法律 (AFWoG) 제1조 제4항은 기본법에 合致한다(BVerfGE 78, 249 註 1) 原文 參照).

註1)

위 主文의 原文 :

1. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen (AFWoG) (Unterartikel 1 von Artikel 27 des Zweiten Gesetzes zur Verbesserung der Haushaltsstruktur vom 22. Dezember 1981-BGB1. I S. 1523) ist mit Grundgesetz vereinbar.

2. Soweit § 1 Abs. 4 des Gesetzes über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen (AFWoG) die Erhebung der Fehlbelegungsabgabe nur in Gemeinden mit einer Einwohnerzahl von mehr als 300,000 sowie in Gemeinden, die mit diesen einen zusammenhängenden Wirtschaftsraum bilden, zulässt, ist er derzeit noch mit dem Grundgesetz vereinbar. Der Gesetzgeber ist aber verpflichtet, spätestens mit Wirkung ab 1. Januar 1990 eine Neuregelung zu treffen, die den Anforderungen von Artikel 3 Abs. 1 des Grundgesetzes genügt.

Im übrigen § 1 Abs. 4 des Gesetzes über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen (AFWoG) mit dem Grundgesetz vereinbar.

위에서 본 暫定的 合憲을 宣言하는 決定인 『아직은 合憲』이라는 이러한 主文은 『憲法에 合致하지 아니한다』 또는 『...하는 한 憲法에 合致한다』라는 主文形式보다 더 많이 變形된 것이라고 볼 수 있다.

不合致決定이나 限定合憲決定은 法律規範의 違憲性與否를 判斷하고 있는데 反하여 『아직은 合憲』이라는 暫定決定은 아직까지는 合憲性이 있다는 것이기 때문에 前者는 法律의 違憲性으로 인하여 規範에 대한 無價値判斷을 하고 있는 違憲決定의 특수한 形態이고 후자는 아직 당장은 違憲이 아니고 判斷當時까지 合憲이라는 規範에 대한 有價値判斷을 하고 있는 合憲宣言의 특수한 變形判決인 점에서 原則적으로 前者와 다를 뿐 아니라 그 判決의 效力에 있어서 큰 차이가 있다. 아직은 合憲이라는 判決은 그 法律內容이 現在狀態에서는 만족스럽지 아니하지만 政治的·社會的 理由 등의 法律外的인 現實的 狀況을 고려할 때 당장에 새로운 좋은 法律을 바랄 수 없는 경우 또는 그 規範을 폐기시킬 수 없는 여러 가지 現實的인 政治的 狀況에 놓여 있을 때 불가피하게 하게 된다. 그 대표적인 것이 二次 世界大戰의 敗戰國으로서 聯合國에 의한 獨逸의 占領法이 비록 西瀆의 憲法인 基本法에 合致되는 것은 아니지만 그 과도기간 동안은 받아들이지 아니하면 안 되는 것이어서 불가피하게 허용되는 것이다 략 하여 占領法의 暫定的인 效力을 認定할 수밖에 없다는 것 등이 그 例이다. 이러한 例와 같이 暫定的 合憲決定은 여러 가지 現實的 狀況에서 부득이 아직은 合憲이라고 宣言할 수밖에 없을 때 하는 것이고 그러나 장래에는 언젠가 철폐를 하여야 한

다고 要求하는 內容의 變形判決이다(다음 (나)項의 BVerfGE 4, 157 Saar 事件참조).

(나) 理由에서 『아직은 合憲이다』라고 判示한 例

獨逸聯邦憲法裁判所의 抽象的 規範統制事件인 자르(Saar)地方의 地位(獨·佛間의 領土歸屬)에 관한 協定에 따라 제정된 聯邦法律의 合憲性에 관한 1955. 5. 4. 의 연방헌법재판소 제1부 判決은 그 主文에서 『...聯邦法은 기본법에 저촉되지 아니한다』고 하였으나 이 判決理由에서 과도기간동안 아직은 이를 수인할 수 있다고 判示하여 理由에서 아직은 合憲이다라고 暫定合憲決定을 하였다. 이 判決文의 主文과 그 理由要旨는 다음과 같다.

【주 문】

1954년 10월 23일 파리(프랑스 Paris)에서 調印된 자르(Saar)지방의 地位에 관한 協定에 따른 1955년 3월 24일의 聯邦法律(BGBL. II S. 295)은 기본법에 저촉되지 아니한다(BVerfGE 4, 157 註2) 원문 참조).

註2)

위 主文의 原文 :

Das Bundesgesetz vom 24. März 1955 betreffend das am 23. Oktober 1954 in Paris unterzeichnete Abkommen über das Statut der Saar(BGBL. II S. 195) verstößt nicht gegen das Grundgesetz.

그러나 이 判決要旨를 보면

1. 聯邦憲法裁判所는 기본법 제59조 제2항에 의거한 條約法律들이 원칙적으로 기본법 제93조 제1항 제2호의 절차상 合憲性審査에 합당한 것이라는 종래의 判例의 입장을 유지한다.

2. 國際法上的의 條約이 아직 체결되지 않은 한, 條約法律의 憲法的 審査에 있어서 당해 條約이 기본법에 앞설 수 있다고 하는 그 優先은 다양한 해석가능성 아래 놓여져 있어야만 한다.

3. 聯邦의 정치적 관계를 규율하는 國際法上 條約의 해석에 있어서 당해 條約의 政治的 締結狀況은 특별한 의의가 있다.

4. 獨逸의 일부에 자리한 占領法上的 規율을 점차적으로 배제하는 國際法上 條約은, 그 條約으로 인하여 이루어진 狀況이 그 이전의 狀況에 비하여 “보다 기본법에 가까운” 경우에만 違憲으로 될 수 없는 것이다. 憲法規範의 制限은 당해 조약에 있어서 과도기간 동안에는, 만일 그 制限이 그 전체적인 목적에서 거의 憲法에 전적으로 適合한 狀況에 이르는 것으로 된 規定과 직접적인 관련이 있는 경우에만 아직은 이를 수인 할 수 있다고 判示하여 그 判決理由에서 暫定的 合憲決定을 한 代表的인 例라고 할 수 있다.

또 選舉區 分割에 관한 憲法訴訟事件의 1963. 5. 22. 의 연방헌법 재판소 제2부 決定을 보면 그 理由에서 아직은 憲法에 違反되지 아니한다고 구체적 狀況을 지적하면서 이 사건 憲法訴願을 기각한다고 判示하였다(BVerfGE 16, 130).

이 사건 棄却決定의 理由要旨를 보면

1. 聯邦憲法裁判所는 聯邦選舉法에 대하여 헌법과의 실체적 合致性이 있는가에 대하여 심사하여야 한다.

2. 聯邦選舉法에 의한 選舉區는 기술적으로 가능한 범위에서 對等한 人口數의 比例에 따른 규모로 분할하여야 하는 것이며, 따라서 원칙적으로 어느 州도 各 選舉區가 평균수치이하 규모인 결과로, 연방지역주민에 대한 自己州의 할당비율에 적합한 것보다 더 많은 선거구를 가져서는 아니 된다.

3. 選舉區域配分은 그것이 聯邦選舉法 제3조 제3항 제2문의 오차의 한계를 넘고 또한 그 모순을 재조정하지 아니하고는 더 이상 용인될 수 없는 것이 명백한 경우에는 憲法에 違反된다. 그러나 聯邦立法權者는 현재 계속중인 立法會期 동안 선거구 분할의 개정을 다

루고 있으므로 이러한 경우 아직은 憲法에 違反되지 아니한다고 보아야 한다고 하는 理由를 구체적으로 적시하면서 이 사건 訴訟請求를 기각한 것이다.

이와 같은 變形判決의 形式은 그 후 여러 가지 사건에서 많이 나타나고 있음을 찾아 볼 수 있다.

위의 選舉區 分割事件(BVerfGE 16, 130)에서 보듯이 聯邦選舉法에 의하여 오랜 기간동안 계속 시행하고 있는 人口比例에 따른 選舉區 分割은 그 후 人口數의 增價變動으로 인하여 地域에 따라 人口比例의 격차가 심해 현저히 不均衡을 이루고 있을 때 그 選舉法規定이 憲法에 反하게 된 것이 분명하지만 당장에 違憲으로서 그 法律이 無效가 되면 政治秩序의 混亂과 그에 따른 여러 가지 解決할 수 없는 政治的 문제가 야기될 수 있다. 이에 대하여 大法權者가 스스로 시정하기 위하여 그 會期동안 選舉區 再分割을 위한 改正을 다루고 있으므로 이러한 경우에 立法權行使를 존중하여 아직은 合憲이라고 判示하면서 언제까지 選舉區의 分割을 再調整할 것을 促求하는 內容의 暫定合憲決定을 하는 것이 그 例이다.

그리고 民事訴訟法(ZPO) 제114조의 別添 1의 違憲與否에 대한 1988. 4. 26. 의 연방헌법재판소 제1부 결정(BVerfGE 78, 104)을 보면

그 主文에서

『1980년 6월 13일의 訴訟節次費用補助에 관한法 (BGB1. I S. 677)에 의한 민사소송법 제114조에 대한 별첨 1은 기본법에 合致한다』고 하고,

그 決定理由의 要旨를 보면

1. 소송절차비용보조를 받는 必要的 當事者의 비용참여가 그 당사자의 존속의 최소한계를 위협하는 경우에는, 그것은 사회적 法治

國家의 원리 및 平等原則을 침해한다.

2. 民事訴訟法 제114조에 대한 별첨 1은 당시로는 아직 (derzeit) 기본법에 합치한다고 判示하였다.

그리고 違憲與否의 審判對象인 法律의 違憲性이 多少 있다고 하더라도 法律로써 規律할 대상이 복잡하고 어려워 당장에 마땅한 法律規定으로 설정할 對案이 없는 경우에도 이러한 決定을 한다. 나아가 立法當時는 合憲이었으나 그 후 狀況變動으로 違憲性의 문제가 제기되어 審議하였으나 憲法裁判으로는 그의 적절한 解決方案은 내릴 수가 없고 오히려 立法者가 法律의 內容을 다시 한번 검토하여 그의 對案과 그 補完策을 찾게 하는 것이 合理的일 때에도 이러한 暫定決定을 하고 있다.

(다) 主文에서 『理由 적시에 따라』 暫定合憲決定한 例

『아직은 合憲』이라는 判決을 할 경우에 이를 主文으로 決定하여 宣言하거나 決定理由에서 밝히는 경우 外에 主文에서 『理由에 적시하는 바에 따라』 아직은 合憲이다 라는 形式으로도 하고 있다.

獨逸判例를 보면 僱傭人年金保險法律 및 帝國保險令에 관한 1975. 3. 12의 연방헌법재판소 제1부 判決 主文은 『判示理由에서 적시하는 바에 따라 기본법에 합치한다』고 宣告하고 그 理由에서 現在로서는 違憲이라고 斷定할 수 없는 것으로서 아직은 合憲이라고 判示하였다. 그 主文과 判決要旨를 보면 다음과 같다.

【主 文】

1. 고용인연금保險法의 신설규율을위한法律(고용인보험신설규율법 - AnVNG) 제1조에 의한 1957년 2월 23의 고용인연금보험法律(BGB1. I S. 88) 제43조 제1항 및 근로자연금보험법(근로자연금보험신설규율을위한法律(근로자연금보험신설규율법 - ArVNG) 제1조에 의한 1957년 2월 23일의 帝國保險令(BGB1. I S. 45) 제1266조 제1항은 判決理由

에서 적시하는 바에 따라 기본법에 승致します.

2. 이 사건 憲法訴願은 기각한다.

3. 독일연방공화국은 訴願申請人에게 필요한 비용은 지불하여야 한다(BVerfGE 39, 169 다음 註3) 원문참조).

註3)

위 주문의 원문 :

1. § 43 Abs. 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Angestellten(Angestellteversicherung-Neuregelungsgesetz-AnVNG) vom 23. Februar 1957 (Bundesgesetzbl. I S. 88) und § 1266 Absatz 1 der Reichsversicherungsordnung in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter(Arbeiterrentenversicherungs - Neuregelungsgesetz - ArVNG) vom 23. Februar 1957(Bundesgesetzbl. I S. 45) sind nach Maßgabe der Gründe mit dem Grundgesetz vereinbar.

2. Die Verfassungsbeschwerden werden zurückgewiesen.

3. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführem die notwendigen Auslagen zu erstatten.

이 判決要旨를 보면 社會保險에 있어서 과부연금에 대한 홀아비 연금의 가중적 要件(고용인연금보험법 제43조 제1항 및 제국보험령 제1266조 제1항 : 사망한 처로 인한 가족의 생계비용의 과다한 지출)이 기본법에 승致하지 아니한다고 한 判決은 현재로는 내려질 수가 없는 것으로서 아직은 승憲이라는 것이다.

그러나 立法權者는 앞으로 장래에 기본법 제3조 제2항 및 제3항에의 저촉을 除去하는, 사안에 適合한 해결책을 찾으려 노력하여야

한다고 判示하였다.

위에서와 같이 獨逸에서도 보면 主文에서는 단순히 合憲이라고 宣言하고 아직은 合憲이라는 內容은 判決理由에서 分明히 지적하여 判示로써 나타내거나 또는 立法促求判決을 하면서 동시에 그 判示理由에서 아직은 合憲이라고 이를 지적하는 경우가 많다(BVerfGE 39, 169).

『憲法에 合致하지 아니한다』, 『아직은 合憲이다』라는 등의 變形判決은 憲法裁判의 宣告로 인하여 야기될 여러 가지 政治的 과문과 現實的 狀況을 고려하여 불가피한 경우에 判決하는 것인데 이러한 폭넓은 裁判을 할 수 있는 것이 一般 法院의 判決과는 다른 憲法裁判이며 이러한 變形判決은 憲法裁判이기 때문에 가능하다고 말하고 있다. 理論的으로 볼 때 形式的인 論理를 가지고 모든 法律紛爭을 해결하려고 하는 法實證主義論者의 立場에서는 이러한 變形判決에 대하여 여러 가지 形式理論을 가지고 문제점을 제기할 수 있을 것이다. 그러므로 變形判決의 문제는 순수한 憲法問題로 이해하고 다루어야 한다. 實定法의 文意解釋만을 다루는 一般司法理論만으로는 理解할 수 없는 점이 많을 것이고 더구나 形式論理에 의하여 實定法解釋을 다루는 차원에서 볼 때에는 理論的으로 完全히 定立되어 있지 못한 領域의 문제라고 할 것이다. 그러나 現實的인 政治的 狀況을 배려하면서 憲法規範을 確立하여야 한다는 과제를 다루고 있는 憲法裁判에서는 이를 認容할 수밖에 없다는 것이 獨逸의 學界나 法曹界의 通說的 見解이며 世界 各國에서 一般的으로 이를 받아들이고 있다는 것을 유의하여야 한다(Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 181-184).

憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)

李 時 潤

憲法裁判所 裁判官

- 目 次 -

憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)

- I. 序 說
- II. 憲法裁判所の 構成과 地位
- III. 憲法裁判所の 管轄
 - 1. 總說
 - 2. 彈劾의 審判
 - 3. 政黨의 解散審判
 - 4. 權限爭議의 審判
- IV. 違憲法律審判
 - 1. 叢說
 - 2. 提請權者
 - 3. 違憲提請의 對象
 - 4. 提請要件
 - 5. 違憲提請申請棄却決定에 대한 不服
 - 6. 提請決定의 效力

(以上 第一輯)

憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)

V. 規範統制의 種類

1. 豫防的 規範統制
2. 抽象的 規範統制
3. 具體的 規範統制
4. 權限爭議審判에 의한 規範統制
5. 個人的 規範統制

VI. 規範統制의 현황과 立法裁判의 重要性

1. 規範統制의 실적
2. 우리나라의 立法過程과 立法裁判의 重要性

VII. 憲法訴願

1. 意義와 立法例

(以上 第二輯)

VIII. 러시아憲法裁判所

1. 머리말

2. 設立의 背景

3. 憲法裁判所의 地位와 構成

4. 러시아憲法裁判所의 管轄

가. 報告書제출

나. 法律案提案權

다. 警告權

라. 다른 國家機關의 會議出席權

마. 鑑定報告

5. 裁判業務

가. 規範統制節次

나. 個人的 訴願節次

다. 裁判節次上的 원칙

6. 1992년 4월 21일 改憲에 의한 管轄擴張과 權限의 強化

가. 裁判業務

나. 非裁判業務

7. 러시아憲法裁判所の 代表的 決定例

가. 國家安全省 創設을 위한 大統領布告令에 대한 違憲宣言

나. 年齡을 이유로 한 職場에서의 차별에 대한 違憲宣言

다. 러시아聯邦 소속의 Tatarstan共和國의 自決權의 限界에 관한 裁判

라. 소비에트 最高幹部議會에 의하여 설립한 全러시아 著作權廳 設置令에 대한 無效宣言

Ⅷ. 러시아 憲法裁判所

1991년에 新設된 러시아 憲法裁判所에서는 個人訴願제도 (Individuallbeschwerde)를 받아 들였는데, 이에 관한 설명을 곁해, 러시아 憲法裁判所에 자세히 알아보고자 한다. 왜냐하면 최근 생긴 러시아 憲法裁判所의 관할은 憲法裁判의 새로운 model의 제시라고 평가되고 있고, 특히 근자에 그 눈부신 활약상에 대하여 斯學에 뜻을 둔 사람으로서는 最大의 關心事가 되지 않을 수 없기 때문이다.

1. 머리말

1992년 1월 14일 러시아 歷史상 일찍이 없었고, 과거 구 소련에서는 상상조차 할 수 없었던 믿기 어려운 일이 나타났다.

그것은 러시아 憲法裁判所가 1991년 12월 19일의 國家安全省과 內務省을 統廢合(KGB와 경찰의 통합)하는 막강한 省構成에 관한 大統領의 布告令은 違憲이라 하고 이를 폐기시키면서, 憲法이 정한 테두리 안으로 大統領의 權限을 묶은 것이다. 이것이 1991년 10월 30일에 13명의 裁判官으로 출범한 러시아 憲法裁判所의 최초의 결정이며, 1992년 1월 14일이야말로 러시아 憲法裁判의 새 章을 연 날로서 러시아 憲政史에 한 획을 그은 것이다. 憲法裁判의 制度化는 러시아가 이제 法治國家로 發展하는 본질적인 里程標로 평가되고 있다. 共產黨不法化宣言을 선언한 열친大統領의 布告令에 관한 違憲審判事件의 심리를 놓고 열린 변론과정에서 證人出席을 거부한 고르바초프에 대하여 出國停止조치 및 罰金제재를 과하고, 최근에는 동 不法化宣言의 布告令에 대해 基幹 組織의 해산에 관하여는

合憲, 地方組織의 해산에 관하여는 違憲 등 一部違憲宣告를 한 것이 러시아 憲法裁判所임은 익히 알려져 있거니와, 차제에 근착의 외지를 통하여 파악한 바 있는 러시아 憲法裁判所의 構成·權限 등에 관하여 여기에서 소개해 보기로 한다(Schweisfurth, Der Start der Verfassungsgerichtsbarkeit in Rußland EuGRZ 1992/Seite 281; Morschtschakowa, Das Verfassungsgericht in Rußland, DVBL. 1992, S. 818).

2. 설립의 배경

구 소련에서 法治國家의 확립이 논의된 것은 고르바초프의 「페레스트로이카」 「그라스노스트」가 본격적으로 논의·확산되기 시작한 1988년 5월경의 제19차 소련 共產黨聯邦大會였으며, 이때부터 憲法裁判제도가 확립되어야 한다는 논란이 나왔다는 것이다. 여기에서 社會主義的 法治國家의 思想이 나온 것인데, 그것은 憲法에 法規範으로서의 직접적인 拘束力의 부여와 다른 法規範에 대한 관계에의 憲法을 우선시키는 의미에서 憲法國家的 要素, 立法者를 憲法에 구속시키는 요소, 行政과 司法을 憲法과 法律에 구속시키는 요소를 갖추는 것이며, 나아가 基本權保障의 요청도 포함하는 것으로 이는 司法的 保障 즉 基本權의 裁判에 의한 보장을 뜻하는 것이었다. 이와 같은 憲法國家性, 憲法拘束性, 그리고 실질적인 基本權保障을 목적으로 하여, 1988년 5월 소련 共產黨 19回 聯邦大會에서 憲法監視委員會의 설립에 의하여 規範統制節次가 制度化될 것이 제안되었다.

이에 따라 1988년 12월에 소련 憲法이 대폭 改正되면서 새로 125조를 신설하여 소련 憲法監視委員會(KVA)의 설립의 기초를 마련하

고 監視委員會의 구성과 節次는 特別法으로 규정하기로 정하였다. 이어 1989년 소련 人民代表者會議에 의하여 憲法監視委員會法이 통과되어 1990.1.1.을 기해 監視委員會가 생겨났는데(27名の 委員, 소련을 구성하는 15개 共和國에서 적어도 각 1名 선출, 그 지위는 人民代表員과 같았음), 그러나 監視委員會의 決定은 違憲·違法의 諮問의 確定에 그치어 단지 效力停止의 효과가 있는 것에 그쳤으며, 다만 行政廳이 基本權과 基本的 自由를 침해한 때에 한하여 예외적으로 效力取消의 효과가 있었을 뿐이었다. 그리하여 이와 같은 약체 憲法委員會로 만족할 수 없다고 하여 1990년에 이르러서는 소련도 憲法裁判所로의 전환이 필연적임을 역설하는 논의가 강력히 대두되고, 그것이 여론화되어 소련 憲法裁判所의 新設을 위한 憲法改正案도 나타났다. 그 과정에서 1991년 12월에 國家로서 소련의 멸망과 함께 聯邦차원의 憲法裁判所의 창설의 시도도 물거품이 되었다.

한편 소련 聯邦구성 of 대표적인 共和國이었던 러시아 共和國은 1990년 7월 12일에 러시아 共和國의 國家主權을 선언한 뒤에 소련 聯邦憲法의 모델과는 다른 憲法을 갖게 되었는데, 1990년 12월 5일에 러시아 憲法을 개정하면서 제119조를 신설한 끝에 憲法監視委員會 대신에 憲法裁判所를 설립한 것을 규정하였으며, 이에 의하여 憲法裁判所法이 1991.5.6. 에 최고간부회의에서 제정·결의되고, 동 7.12.에 人民代表者會議에서 확인한 끝에 發效하게 되었다. 한편 이에 앞서 1991년 5월 24일 憲法改正의 계획에 憲法裁判所에 관한 憲法規定이 보장되었으며, 司法조직에 있어서 憲法統制의 최고 司法機關으로 규정하고 裁判官의 수를 15名으로 하였으며, 裁判官의 임명에 있어서 議會의 참여를 규정하였다. 이에 나아가 人民代議員會議(議會에 해당)에 의한 大統領에 대한 解任決意와 最高幹部會議의

大統領의 布告令廢止決意는 반드시 憲法裁判所의 鑑定을 거쳐야 되도록 하였다. 이와 같은 憲法裁判所제도의 도입은 立法權 및 行政權과 병립하여 그 權限을 독립하여 행사할 수 있는 司法權의 창설의 중요한 징표로 평가되며, 이에 의하여 權力分立의 원칙이 뿌리를 내린 것으로 본다.

3. 憲法裁判所의 地位와 構成

소련의 憲法監視委員會가 議會의 특수한 諮問機關과 같은 法的地位였다면, 러시아 憲法裁判所는 단순한 名稱의 변경이 아니라, 새로운 제도 즉 사실상 裁判所의 창설인 것이다. 앞서 본 1991년 5월 24일에 새 制度의 憲法的 基礎를 강화시키려고 한 憲法改正은 러시아 憲法の 司法組織을 다룬 제 21章에다가 憲法裁判所에 관한 규정(憲法 제163조, 165조)을 삽입해 넣었다는 점이며, 이는 憲法制定權者가 새로운 憲法統制기구가 裁判所의 성질을 가진 것임을 뚜렷이 하려는 의도라는 것이다. 이 제도는 일시적인 實驗的 制度가 아니고 司法機關의 System에서 항구적인 제도임은 憲法裁判所의 權限에 관하여 時限을 정하지 아니한 점으로 뚜렷하다는 것이다(러시아 憲法裁判所法 4조).

司法機關內에서는 憲法裁判所는 特殊地位에 있다. 그것은 最高司法機關의 지시감독을 받지 않으며, 물론 러시아 大法院의 감독을 받지 않는다. 오히려 반대로 憲法裁判所가 法適用 實務의 合憲性 여부를 심사하는 절차에서 大法院의 裁判을 統制할 수 있는 한도에서는 憲法統制의 最高機關으로서의 憲法裁判所에 大法院이 오히려 따라가야 한다는 것이다(大法院의 裁判이 個人訴願의 대상이 됨).

憲法機關으로서 러시아 憲法裁判所는 法律問題만을 裁判하는 것

이며, 政治問題는 심사하지 않음이 원칙이다. 그러나 러시아 憲法裁判所는 순수한 裁判業務 이외에도 일정한 방법으로 政治的 調停에 개입할 수 있는 가능성이 부여되어 있다. 최근 국민투표와 헌법개정문제를 놓고 열린大統領과 議會사이의 保革갈등에 대하여 발테리 조르킨 憲法裁判所長의 仲裁역할이 이를 實證하여 주고 있다. 1992년 4월 21일에 러시아 聯邦憲法의 전면개정의 계재에 憲法裁判所를 憲法秩序의 보호를 위한 司法權의 最高機關(das höchste Organ der gerichtlichen Gewalt zum Schutz der Verfassungsordnung)으로 규정하였으며(165조), 러시아 聯邦의 權限爭議事件 등에까지 管轄을 확대시켰다.

憲法裁判所는 다른 國家機關으로부터도 獨立이며, 憲法裁判所의 행위에 대한 개입은 부적법 하고, 裁判所와 裁判官은 憲法에만 따르게 되어 있지 어떠한 단체의 대리인이 되어서는 안되며, 裁判官은 國家機關이나 社會的 團體의 지시를 받지 아니한다. 裁判官은 그 發言·票決에 관하여 免責特權을 향유한다. 憲法裁判官은 憲法裁判所의 독립성과 불편부당성에 이바지하기 위하여 政黨의 구성원이 되어서는 아니 되며, 단지 法學의 研究나 法科大學의 講義는 副職으로 허용된다. 裁判官은 적어도 35세 이상 59세 이하의 法律家中에서 선정하여야 하며, 法律分野의 綜合的 知識을 갖추어야 하고 적어도 10년간 法分野에서 學問的으로 또는 實務활동을 하였을 것을 그 자격요건으로 한다. 裁判官의 任期는 없고 65세 停年까지 그 職責을 유지할 수 있다. 裁判官은 裁判所의 자체 재판에 의하여서만 免職될 수 있다. 즉 犯罪로 인한 刑事判決을 받거나 裁判所에 의한 職務遂行能力이 없다는 판정을 받은 때에 한하여 免職된다. 憲法機關으로서 憲法裁判所는 자신의 規則制定權을 가지며 事務處의 기구와 조직을 정하고 憲法所長의 명의로 그 職員을 任免할 수

있는 權限을 갖는다(憲法裁判所法 21조 1항). 事務處 職員現員 247명이다. 러시아 憲法裁判所는 15名の 裁判官(現員 13名)으로 구성된 one bench system이다. 그러나 15名중 2/3 즉 10名이 裁判部 구성의 定足數이다. 憲法裁判官은 大統領 任命型 아닌 議會選出의 model을 따랐다. 憲法裁判所에 의하여 행사하는 司法權이 民主的正當性을 갖고자 함이며, 이에 부가하여 議會에서 就任宣誓를 하게 되어 있다(憲法 13조). 이러한 議會選出의 방식에 대하여는 憲法裁判所가 議會의 ‘延長된 팔’ 즉 下手人(verlängerter Arm)이라는 批判이 있다. 이러한 任命節次에 대하여 러시아 憲法裁判所長 모르쉬차코바 女裁判官은 이에 의하여 政治에 유착될 수 있으며, 이 때문에 裁判所의 中立性和 信賴性을 해칠 수 있어 문제라는 批判을 가하고 있다. 第1次 選출시에 國會議員 중에서 여섯이나 裁判官으로 選拔되었다는 점이 이를 代辯한다(T. Morschtschakowa, aaOS 819). 裁判官은 대체로 法一般理論, 國際法, 憲法分野에서 활동하던 法律家 중에서 選拔되었으며, 다만 그 중 5名은 그 밖의 特定專門知識을 가진 자이다. 다만 러시아 憲法裁判所는 그 所長, 副所長, 事務處長을 裁判官 중에서 호선한다(헌재법 3, 5, 8조). 특이한 것은 事務處長의 임기는 5년임에 대하여, 所長, 副所長의 任期에는 아무 제한이 없다. 이와 같은 裁判所의 組織權은 憲法機關으로서의 獨立性和 法的 地位를 크게 강화시켜주고 있다.

4. 러시아 憲法裁判所의 管轄

裁判所의 管轄은 크게 두 가지로 나뉜다. 하나는 憲法裁判所가 拘束力있는 裁判을 행하는 裁判業務이고, 다른 것은 非裁判業務 및

權限이다. 후자는 다른 나라의 憲法裁判所에는 그 유례가 없는 것으로서, 순수한 裁判作用을 떠나 다른 수단으로도 憲法의 이념을 구현시키고 다른 國家機關으로 하여금 合憲의 행위를 하도록 감시하는 地位에 憲法裁判所를 두려는 취지인 것으로 보여진다. 이것은 새로 창설된 憲法의 守護者에 의하여 法治國家의 發展을 가속화시키려는 희망의 소산이라는 것이다. 이러한 非裁判業務가 憲法裁判의 現代의 과제 즉 現代型이라고 한다면, 앞의 裁判業務는 독일 憲法裁判所의 모델을 따른 그 古典的 과제 즉 古典型이라 할 수 있다.

가. 報告書제출(憲裁法 54조)

憲法裁判所는 매년 最高幹部會議에 裁判所의 活動에 관한 統計資料와 裁判所의 豫算에 관한 報告書를 제출하는 것이다. 이것이 실제생활에 있어서 憲法이 어떻게 구현되는가를 알리는 내용이 되어 다른 憲法機關을 비판하는 것이 될 수도 있고, 最高會議의 활동에 영향을 미칠 수도 있어 매우 중요한 의미를 갖는다는 것이다.

나. 法律案提案權(憲裁法 9조)

憲法裁判所는 재판소관계의 법률만이 아니라, 모든 法律에 대한 法律案提案權을 가지며, 이에 대하여 議會의 활동에 개입할 큰 가능성을 제공하는 것이다. 이에 의하여 憲法理念의 구현에 필요한 法律을 議決할 것과 議會가 필요한 法을 제정하지 않고 방치하는 立法不作爲에 대한 是正촉구가 된다는 것이다. 이것은 다른 나라의 憲法裁判所가 判決文에서 하는 것과 같은 단순한 立法促求宣言之

아니라, 議會에 완전한 형태의 法律案의 제출이다. 議會的 立法不作爲에 대한 다른 國家權力에 의한 견제라는 의미에서 매우 중요한 의의를 갖는다. 提案權을 가질 뿐이지 法律案議決은 어디까지나 國會的 權限이므로, 憲法裁判所에 의한 議會權限의 침해가 될 수 없다.

다. 警告權(Vorstellung, 憲裁法 55조)

헌법과 법률을 구체적으로 침해하는 경우에는 소위 警告에 의하여 관계기관이나 담당 職責에 있는 사람에게 注意를 환기시키는 것이다. 이에 의하여 憲法裁判所에 憲法監視機關의 기능이 부여된 것이다. 檢察에 맡긴 일반적인 法監視를 보충시키고 憲法裁判所의 권위로서 이를 더 효율화시키자는 것이다. 구체적인 憲法 및 法律違反을 조사하여야 하는데, 지금의 憲法裁判所 事務處의 247명의 職員으로서 감당하기에는 부족한 人員이라는 것이다. 그러므로 選擇적으로 표본적인 것을 지목하여 警告를 할 수밖에 없으며, 그 때문에 憲裁法 55條는 裁量規定으로 규정되어 있다. 警告의 대상은 러시아 연방의 最高機關은 물론 러시아 聯邦 구성의 共和國도 될 수 있다는 것이다.

라. 다른 國家機關의 會議出席權

會議出席權은 제도로서 憲法裁判所가 아니고 각 裁判官에게 주어진 權限이다. 會議出席權은 裁判所가 자료제출요구나 召喚에 의하여서도 얻어낼 수 있는 情報수집도 가능하게 한다. 立法, 行政, 司法機關의 會議에 憲法の 守護者의 단순한 물리적 出席만으로 憲法

裁判所의 존재를 의식하게 하며, 모든 決定은 憲法과 法律에 合致 되도록 하여야 한다는 의식을 촉발한다. 이는 마치 制服을 입은 경찰이 서 있다는 것은 法の 눈이 바로 감시하고 있다는 신호인 것처럼, 憲法裁判官의 會議出席은 憲法の 守護者가 감시한다는 신호가 된다는 것이다. 다만 權力分立의 原則과 관련하여, 단순한 出席權에 그치는 것이고, 表決權이나 發言權이 아닌 것이다.

마. 鑑定報告(憲裁法 74조)

鑑定報告를 할 권한이 憲法裁判所의 特別節次로 규정되어 있다. 다만 憲法裁判所의 鑑定은 자문적인 의미를 가질 뿐 拘束力이 없으며 다만 참작될 수 있을 뿐이다.

5. 裁判業務

다른 나라의 憲法裁判所와 마찬가지로 러시아 憲法裁判所에 규정된 裁判節次로는 規範統制節次와 個人訴願節次 두 가지이다. 특히 個人訴願제도의 채택에는 保守派代議員의 강력한 반대가 있었다는 것이다. 이러한 裁判業務에는 憲法裁判所가 그 자신의 裁判에 대해 해석할 權限과 이를 再審査할 權限도 포함된다. 그러나 이것은 憲法裁判所의 管轄權의 확장이 아니고 부수적인 權限이다. 憲法裁判所는 罰金을 과할 권한도 갖는다.

가. 規範統制節次(憲裁法 第2章)

1) 申請權者

規範統制節次는 申請이 있어야 개시되며(헌재법 58조 4항), 憲法裁判所 자신은 職權으로 節次에 회부할 수 없다. 申請權者의 範圍는 매우 광범위하며, 國家機關만이 아니라, 社會團體도 申請이 가능하다. 따라서 團體申請이 될 수 있다. 러시아 聯邦共和國의 각 人民會議代議員에게도 申請權이 있다. 정규 申請權者 아닌 자도 民衆申請(Popularantrag)의 방법으로 사실상 신청이 가능하게 하고 있다는 것이다.

2) 抽象的 및 具體的 規範統制 모두 허용된다

원칙적으로 抽象的 規範統制 節次를 구상하였다. 왜냐하면 節次開始要件으로 申請權者가 國際條約이나 規範的 行爲가 위헌이라고 주장하는 것만으로 족하게 하였기 때문이다.

具體的 規範統제도 가능하다. 일반 大法院과 勞動大法院은 자기에 계류된 事件과 관련하여 違憲提請을 할 수 있으며, 또 이에 의한 裁判의 전제에 관계없는 抽象的 規範統制申請도 할 수 있도록 하였다. 規範의 合憲性여부가 다투어지는 具體的인 紛爭이 생겼을 때에는 그것이 아직 法院에 계속중인 紛爭이 아니라도 具體的 規範에 대한 統制申請을 가능할 수 있게 하고 있다.

3) 統制의 대상

國際條約 그리고 法律과 規範的 行爲(Normativakte)이다. 規範的 행위에는 러시아 聯邦共和國大統領과 最高權力機關의 決定이 憲法과 合致하는가의 여부를 결정하는 것인데, 이는 당사자의 申請에 의할 수도 있지만 職權으로도 가능하다. 특히 1992년 4월 21일 改正憲法에 의하여 憲法裁判所法 제57조에서 말하는 國家機關의 行爲는 모두 統制의 대상임을 규정한 뒤부터는 통제의 테두리가 앞으로 크게 논란될 여지가 생겼다는 것이다.

4) 本案裁判

法規定이 憲法에 不合致하다고 인정될 때에는 憲法裁判所는 無效宣言을 한다. 다만 소속 共和國의 法律이 단지 聯邦法律에 不合致할 때에는 憲裁가 재판할 수 없으나 그것이 憲法에 不合致할 경우에는 다르다.

나. 個人的 訴願節次(Individualbeschwerde)

주당 平均 120件씩 訴願事件이 접수되고 있다는 것이다. 이는 法適用實務(Rechtsanwendungspraxis)의 合憲性的 審査인 것으로, 이와 같은 審査는 個人 訴願에 의하여 개시된다(독일 기본법 93조 제 1항 4a호의 憲法訴願이 모델이 되었다는 것이다). 法院의 裁判을 비롯하여 公權力의 個別的 行위에 의하여 그 基本權의 침해가 있었다고 주장하는 자는 모든 權利救濟節次를 거치고 난 뒤에 訴願이 허용된다(헌재법 제66조). 이것은 基本權의 司法的 保障에 기여하는 것으로 非常權利救濟節次이고 審級制度下의 上訴가 아니다.

1) 訴願의 대상

“法適用實務”라고 했다. 다만 法適用實務에는 立法實務는 포함되지 아니하며 따라서 法律에 대한 訴願은 배제된다. 그러나 法律에 대해서는 市民이 憲法裁判所法 59조 3항에 의한 申請에 의하여 違憲與否의 審判을 구하는 길이 열려 있다. 法律適用者는 法院과 行政機關이다. 따라서 더 이상 上訴로서 不服할 수 없는 裁判에 대해서는 個人 訴願을 할 수 있으며(헌재법 66조 1항), 行政機關의 行政處分이 전형적인 대상이 된다. 여기에서 적용된 法律은 審査의 대상이 아니며, 특히 一般法院에 의한 法解釋이 審判의 대상이 된다는 것이다. 이는 違憲의인 法適用에 대한 防禦權을 뜻하는 것으로 이

해된다. 다만 예상 밖으로 一般法院의 判事들이 이 제도에 대하여 一般法官의 獨立성과 矛盾된다는 것이라는 비판을 가하고 있다는 것이다.

2) 訴願權

訴願權은 基本權과 法的 利益의 主體인 者에게는 누구에게나 인정된다. 內國人이든, 外國人이든, 無國籍者이든 法人이든 아무런 차이가 없다. 자기의 基本權이나 法的 利益이 侵害되었다고 주장하는 자이면 누구나 訴願請求人이 될 수 있다.

3) 기타의 適法要件

다른 救濟節次가 있으면 그 節次를 거친 뒤라야 訴願을 제기할 수 있다(補充性的 原則). 訴願提起 기간은 3年이며, 다른 나라에 비해 훨씬 길다.

4) 本案裁判

訴願이 인용되어 憲法裁判所가 그 불복대상인 法適用이 憲法과 不一致할 때에는 事件을 管轄大法院(一般, 勞動)에 파기還送한다. 憲法裁判所의 裁判은 그 事件의 한도에서 拘束力을 갖는다. 그러나 拘束力은 憲法에 관련이 되는 것은 法解釋의 문제에 극한된다(헌재법 제1조4항, 제32조1항). 이 裁判에서 憲法裁判所는 訴願의 원인이 된 法條文에 대하여 廢止할 것을 아울러 國會에 제의할 수 있다(이 점 문제된 公權力의 行使를 取消認容하면서 그 원인이 된 違憲法律도 함께 違憲宣言할 수 있는 附隨的 違憲法律審査制(우리 憲裁法 75조 5항)가 있는 우리 나라와 다름). 憲法裁判所의 제의에 대하여 國會는 반드시 그 당부를 결정해야 한다.

다. 裁判節次上の 원칙

口述主義에 의하고, 어떠한 경우나 宣告는 公開하는 公開主義(憲
裁法 28조), 職權에 의하는 경우도 있으나 節次의 開始에는 當事者
의 申請이 있어야 하는 處分權主義에 의한다. 다른 나라의 節次法
과 다른 것은 評議가 公開로 이루어진다는 것이며, 다만 裁判官 3
인이 公開를 포기하는 경우는 그러하지 아니하다. 評議의 公開는
裁判業務에 議會主義의 原則을 관철하자는 데서 생겼다는 것이다.
憲法裁判所는 法律問題를 다루는 것이 원칙이고, 예외적으로 事實
確定을 한다.

6. 1992년 4월 21일 改憲에 의한 管轄擴張과 權限의 강화

이 때에 憲法 165조의 1을 신설하여 憲法裁判所의 管轄을 크게
확장시켰다.

가. 裁判業務

1) 規範統制와 기타의 行爲의 統制

憲法裁判所法 57조 1항은 法律이외의 러시아 聯邦의 立法府와 行
政府의 規範的 行爲만을 統制의 대상으로 하였으나 改正 憲法 165
조의 1 제1항에서는 단순히 聯邦의 立法府와 行政府의 行爲(Akte)
를 統制대상으로 바꾼 것이다. “규범적(Normativ)”이라는 말의 제
거는 위와 같은 機關의 전체 行爲가 統制可能한 것으로 확장되었음
을 뜻한다. 또 憲裁法 57조 1항에서 러시아의 大統領과 閣僚會議를
포함한 러시아의 最高國家機關의 行爲라고 하였던 것을, 改正憲法

165조의 1에서 위 두 가지 機關이외에 聯邦行政機關의 行爲까지도 포함하는 것으로 바꾸었다. 결국 最高國家機關(“höchsten Sttatsorgane”)의 行爲에 한정하던 것을 제거함으로써 聯邦政府의 모든 行爲 즉 그 심층부까지 憲法裁判所의 統制下에 두게 된 것이다. 이로써 당초보다도 憲法裁判所의 權限이 크게 伸張된 것이다.

2) 機關爭議

改正憲法 165조의1 제2항은 聯邦國家機關상호간의 權限爭議까지도 裁判할 수 있게 하였으며, 地方政府 차원의 權限爭議도 또한 管轄케 하였다.

3) 聯邦爭議

改正憲法 165조의1 제2항은 러시아 聯邦의 國家機關과 地方共和國 등의 機關간의 權限爭議에 대한 裁判에도 管轄權을 갖는다.

4) 政黨解散訴訟

1990년 7월 16일 憲法 7조 2항은 憲法秩序와 國家統合의 폭력적인 變혁을 목적으로 하는 政黨·團體의 設立·活動은 부적법 하다고만 규정하였는데, 1992년 4월 21일의 改正憲法 165조의 1 제1항에서 政黨이나 기타 社會團體의 合憲性的 統制를 憲裁의 管轄로 한 것이다.

나. 非裁判業務

改正憲法 165조의 1 제3항은 憲法裁判所가 鑑定보고할 수 있는 대상을 확대하였다. 즉 憲法裁判所는 國家保健委員會의 요청이 있을 때 건강을 이유로 한 聯邦公職者의 職務遂行不能을 한정한다. 직무수행불능을 高位公職者의 도태로 구실 삼는 것을 막기 위한 것이다(1991년 8월 보수세력의 쿠데타 고르바초프 축출의 선례 때문

이라 함).

7. 러시아 憲法裁判所의 代表的 決定例

가. 國家安全省創設을 위한 大統領布告令에 대한 違憲宣言

이는 大統領이 議會의 管轄에 속하는 영역에 대해 결정한 것으로 議會의 權限侵害라고 본 것이다. 즉 國家의 安全問題, 基本權의 부여 즉 身體自由의 不可侵性, 住居, 通信秘密의 保障 등에 관한 사항은 議會의 權限인데 이를 侵害하였다는 것이다. 따라서 憲法秩序의 중요한 원칙의 하나인 權力分立의 원칙에 반한다는 것이다.

나. 年齡을 이유로 한 職場에서의 차별에 대한 違憲宣言(1992. 2. 4. 결정)

憲法에 의하면 누구에게나 일할 동일한 權利가 부여되었다는 이유로 憲法訴願 심판청구를 인용하고, 이에 반하는 一般大法院의 裁判을 破棄하여 事件을 大法院으로 還送하면서, 그 잘못된 判決을 시정토록 하였다.

다. 러시아 聯邦소속의 Tatarstan共和國의 自決權의 限界에 관한 裁判 (1992. 3. 13. 결정)

Tatarstan共和國이 러시아 聯邦에서 분리하고자 자국의 國民投票에 붙이는 案을 낸데 대하여 이를 聯邦代議員들의 申請에 의하여

憲法裁判所に 회부된 것인데, 聯邦으로부터의 탈퇴는 聯邦 내에서 협의과정으로만 처리될 문제이지 Tatarstan이 일방적으로 결정할 문제가 아니라 하여, 동 공화국의 國民投票案은 러시아憲法에 違反이라고 판시하였다.

라. 소비에트 最高幹部會議에 의하여 설립한 쏘러시아 著作權 廳設置令에 대한 無效宣言(1992. 4. 28. 결정)

最高幹部會議가 그와 같은 權限이 없음을 이유로 하였다.

韓國統一과 統一憲法制定問題

金 哲 洙

憲法裁判所 諮問委員

서울大學校 法科大學 教授

- 目 次 -

I. 序 說

II. 大韓民國憲法の 統一條項

- (1) 制憲憲法の 統一條項
- (2) 第2共和國憲法과 統一政策
- (3) 第3共和國憲法과 統一政策
- (4) 第4共和國憲法과 統一條項
- (5) 第5共和國憲法과 統一條項
- (6) 第6共和國憲法과 統一條項

III. 北韓憲法の 統一條項

- (1) 1948年 憲法の 統一條項
- (2) 1972年 憲法の 統一條項

(3) 1992年 憲法の 統一條項

IV. 獨逸式 統一方案의 受容可能性

(1) 序 說

(2) 東西獨接近과 交流에 따른 東獨의 崩壞

(3) 統一條約의 締結

(4) 統一條約의 性格과 內容

(5) 統獨憲法の 改正問題

V. 韓國統一憲法の 制定問題

(1) 統一憲法の 制定問題

(2) 統一憲法の 制定方向

(3) 結 語

I. 序 說

世界各國의 分斷國家중에서, 예멘, 越南, 獨逸이 統一되어 이제 韓國만이 分斷國家로 남아있게 되었다.

韓國은 1945年 8月 15日 日本의 降伏에 의하여 解放되었으나 38線이란 武裝解除線에 의하여 國土가 分斷되고 말았다. 1984年 7月 17日에는 大韓民國憲法이 制定公布 施行되었고 北에는 1948年 9月 8日에 소위 「朝鮮民主主義人民共和國憲法」이 制定되었다. 이들 憲法은 각기가 完成憲法임을 자랑하여 統一에 대한 明文規定을 두지 아니하였고, 武力에 의한 併合統一을 暗默적으로 규정하고 있었다. 그것은 1972年 7·4 南北共同聲明 이후에 改正되어 現在는 兩憲法이 平和統一을 구가하고 있으나 그 實에 있어서는 統一의 具體的方法을 明示하고 있지 않아 獨逸憲法과는 다르다고 하겠다. 1991年 末에는 南北韓關係基本合議書가 체결되었고 그 뒤 이를 실현하기 위한 附屬合議書가 체결되었다. 이로써 東西獨基本條約과 같은 效果를 가지게 되었으며 東獨이 人民의 平和革命에 의하여 統一된 것처럼 우리 나라에서도 南北間의 交流가 행해짐으로써 北韓에서의 平和革命의 可能性이 농후하게 되었다. 이에 우리 나라 憲法上의 統一條項과 統一政策을 살펴본 뒤 우리 나라에서도 獨逸統一條約에 의한 統一方法의 實現이 可能할 것인가를 살펴보기로 한다.

II. 大韓民國憲法の 統一條項

大韓民國憲法은 成立後 9次의 改正을 보았다. 1948年の 制憲憲法은 1960年에 大폭 改正되어 第2共和國憲法이 되었고, 1962年에 第3共和國憲法이 制定되었으며, 1972年에는 第4共和國憲法이 制定되었고, 1980年에는 第5共和國憲法이, 1987年에는 第6共和國憲法이 制定되었다. 이들 憲法에는 약간의 統一에 관한 條項이 있었으니 이를 보면 다음과 같다.

(1) 制憲憲法の 統一條項

1) 制憲憲法の 成立根據

1943年 11月 27日 카이로宣言은 「前記 3個國은 韓國人民의 奴隸狀態에 留意하여 適當한 節次를 밟아 맹세코 韓國을 獨立시킬 것을 決意하였다」고 하였고, 포츠담宣言도 1945年 5月 8日에 이를 再確認하였다. 그럼에도 불구하고 韓國은 英·蘇의 冷戰의 희생물이 될 수밖에 없었다. 1947年 9月 韓國問題는 유엔에 上程되게 되었고, 11月 14日 유엔總會는 유엔의 監視下에서 南北을 통한 總選舉로 國會와 政府를 樹立케 하기 위하여 韓國臨時委員團을 파견할 것을 決議하였다. 1948年 1月에 韓國으로 파견된 유엔韓國臨時委員團은 곧 활동을 개시하였으나, 北韓의 소련軍司令部는 유엔韓國委員團의 入北을 거절하였다. 이리하여 유엔韓國臨時委員團이 유엔過渡委員會에 質疑하여 選舉可能地域內에서의 選舉가 行하여졌다. 이 5·10選舉에 의하여 構成된 國會에서 憲法이 制定된 것이다.

1948年 5月 31日에 召集된 制憲國會는 6月 12日에 國會決意로써 北韓의 人口數에 比例한 議席 약 3분의 1을 空席으로 남겨두고 北韓의 國會議員을 選出하여 合流하기를 호소하였다. 또 7月 17日 憲法公布式에서 李承晩國會議長은 「北韓同胞에게 100餘席의 議席들이 그들의 代表를 위해 空席으로 留保되어 있음을 상기시키고 北韓도 유엔 決議에 順응하여 自由選舉를 실시하고 選出된 代表를 國會에 보내도록」 요청하였다.

1945年 8月 15日 政府는 獨立을 內外에 宣布하고 大韓民國成立過程에 있어서 國土統一에 관하여 國會가 취한 立場과 諸措置를 確認하였으며, 北韓收復은 北韓同胞들의 自發的 意思에 의하여 成就될 수 있지만, 부득이한 경우 武力에 의한 統一도 不辭한다고 宣言하였다.

2) 制憲憲法の 統一關係條項

制憲憲法은 前文에서 「悠久한 歷史와 傳統에 빛나는 우리들 大韓民國은 己未 3·1運動으로 大韓民國을 建立하여 世界에 宣布한 偉대한 獨立精神을 繼承하여 이제 ‘民主獨立國家를 再建함에 있어서 正義人道와 同胞愛로써 民族의 團結을 鞏固히 하여’ 모든 社會的 弊習을 打破하고 民主主義諸制度를 樹立」 한다고 하고 「우리들 正當 또 자유로이 選出된 代表로써 構成된 國會에서 이 憲法을 制定한다」 고 하여 大韓民國이 모든 國民에 의하여 成立된 것임을 강조하고 있다.

나아가 第4條에서 「大韓民國의 領土는 韓半島와 그 附屬島嶼로 한다」 고 하여 全韓半島에 憲法이 效力을 發生함을 규정하고 있다. 이 규정은 「大韓民國憲法은 결코 南韓에서만 施行되는 것이 아니고

우리나라 固有의 領土全體에 施行되는 것이라는 것을 明示하기 위하여 특히 本條를 設置한 것이다. 그리고 憲法에 領土에 관한 規定을 設置하였으므로 領土의 取得과 喪失에 관하여서는 憲法의 改正을 요함은 물론이다」¹⁾ 이와 같이 大韓民國 憲法은 北韓地域에도 施行됨을 明示했던 것이다.

第2次憲法改正은 領土條項의 改正을 보다 더 어렵게 하기 위하여 第7條의 2를 두었다. 「大韓民國의 主權의 制約 또는 領土의 변경을 가져올 國家安危에 관한 重大事項은 國會의 可決을 거친 후에 國民投票에 附하여 民議院議員選舉權者 3분의 2이상의 投票와 有效投票 3분의 2이상의 贊成을 얻어야 한다」고 규정하여 領土의 變更에 대한 國民의 拒否權을 인정하였다.

3) 制憲憲法下的 統一政策

制憲憲法下的 統一方案은 武力統一에 의한 併合政策이었다.²⁾ 1950年 10月 林炳稷外務長官은 第5次 유엔總會에서 「北韓의 유엔 監視下的 自由選舉를 환영하나 南韓에서의 새로운 選舉는 반대한다」고 宣言하였다. 第2代國會는 「大韓民國主權下에 韓國의 完全自由統一을 先決條項으로 하여 內外的 어떠한 休戰論도 반대한다」고 決議했고, 李大統領은 北韓에의 進擊을 主張하여 武力統一을 主張하였다. 1953年 11月 23日 李承晚大統領은 休戰成立後 4個月後에 i) 北韓만의 單獨選舉로 國會의 殘餘議席을 채우는 것이 原則이다. ii) 그러나 北韓住民이 희망한다면 全國總選舉를 받아들일 用意가

1) 俞鎮午, 「新稿 憲法解義」, p.50.

2) 상세한 것은, 國會圖書館, 「統一白書」; 白行傑, 「兩斷斷 統一問題」; 金哲洙, “韓半島의 境遇와 獨逸의 境遇”, 「月刊中央」, 1974 등 참조.

있다고 천명하였다.

休戰協定에 따라 開催된 제네바政治會談에서 1954年 5月 22日 14個條項의 統一方案을 提示하였다. 그 중 憲法에 관련된 것을 보면 「i) 6個月 以內에 UN監視下에 大韓民國의 憲法節次에 따라 南北韓을 통한 秘密·普通·自由選舉를 실시한다. ii) 大韓民國憲法은 選舉直後 서울에서 召集 開催될 全韓國國會에서 改正될 수 있으나, 그 외의 경우에는 憲法の 效力은 持續된다」는 것이다.

제네바政治會談이 실패된 뒤에는 政府는 유엔 監視下의 大韓民國 憲法節次에 따른 總選舉를 통한 統一方案을 固守하였다.³⁾

(2) 第2共和國憲法과 統一政策

1) 平和統一政策으로의 轉換

4·19革命 이후 北進武力統一論은 자취를 감추고 各政黨은 平和統一論을 주장하게 되었다. 民主黨은 1960年 7月 26日 「UN監視下의 南北自由選舉統一을 主張하고, 統一될 韓國은 民主主義와 民權自由를 保有하는 國家가 되어야 하며 赤色獨裁나 白色獨裁國家가 되어서는 안 된다」고 주장하였다. 8月 24日 民主黨政府도 鄭外務部長官의 7個外交政策宣言에서 「政府는 유엔決議를 尊重하여 韓國全域에서 UN監視下의 自由選舉를 實施함으로써 韓國統一을 이룩하는 原則을 固守한다. 과거 自由黨이 주장한 武力에 의하여 韓國統一을 하려는 無謀한 政策은 이제 廢棄되어야 한다」고 천명하여 평

3) 制憲憲法下에서도 平和的統一論의 主張은 合憲의인 것이었다. 進歩黨의 平和統一論의 合憲性에 관한 大法院判決 참조. 金哲洙, 「判例教材 憲法」, p.87(4292. 2. 27. 大判, 4291 刑上 559).

和統一論으로 一大轉換하였다.

野黨街에서는 中立化統一論議까지 활발히 일어났으며 言論의 自由가 保障되었기에 수많은 統一論議가 開花하였다.

2) 第2共和國憲法の 統一條項

그러나 第2共和國憲法上에는 統一關係條項에 하등의 변경이 없었다. 憲法 第4條는 그대로 維持되었으며 第7條의 2도 그대로 維持되고 있었다. 다만 言論·出版의 自由가 잘 保障되었고 政黨의 解散은 憲法裁判所의 判決에 의하도록 만 규정되었다. 이 점에서 政府의 統一政策은 그다지 변할 수 없었던 것이다. 1960年 11月 2日 張勉總理는 奧地利式中立化統一論을 排擊하고 UN監視下의 南北韓總選舉로서 平和的 方法에 의한 自由民主統一을 주장하였다. 第5代國會도 11月 2日에는 「韓國統一 및 UN 加入에 관한 決議」를 통하여 「統一 獨立된 民主韓國을 수립한다는 UN의 根本原則에 따라 韓國國民의 自由와 國家의 安全이 恒久히 또 確固히 保障될 수 있는 措置를 강구하고 大韓民國憲法節次에 따라 自由選舉를 實施할 것」을 決議하였다.⁴⁾

(3) 第3共和國憲法과 統一政策

1) 第3共和國憲法の 統一條項

5·16革命 後 革命政權은 公約 第5項에서 「民族的 宿題인 國土統一을 위하여 共產主義와 對決할 수 있는 實務培養에 全力을 集中

4) 國會圖書館, 「統一白書」, p.37 참조.

하여야 한다」고 하고, 反共을 國是의 第一義로 한다고 하여, 다시 第一共和國의 統一政策으로 還元하는 듯하였다. 그러나 1961年 6月 24日 金弘壹外務部長官은 聲明을 발표하여 「우리는 武力에 의한 國土統一을 願하지 않고 平和的 方法으로 統一을 追求하며 UN監視 下의 南北總選舉實施案을 강조한다」고 하였다. 朴正熙議長은 光復 17周年 紀念式典에서 「우리들은 共產主義專制와 壓制에서 北韓同胞를 解放시켜야 하고 가능한 限 시급히 北韓同胞에게 祖國의 悲劇의인 兩斷을 賢明하게 解決해서 統一을 이룩하고, 이리하여 可能的 最短時日內에 北韓同胞의 고통을 덜어주는데 최선을 다하고 있다」고 말하였다.

이러한 方針에 따라 第3共和國憲法은 制憲憲法과 같이 統一에 대해서는 大韓民國憲法節次에 따를 것을 前提로 하고 있었다. 憲法은 第3條에서 領土條項을 두고 있었는데, 이는 制憲憲法 第4條와 같은 것이었다. 또 附則 第8條에서 「國土修復後의 國會議員의 數는 따로 法律로 定한다」고 하여 「南北統一이 이루어진 때에도 憲法을 改正하지 않고」⁵⁾ 國會議員의 數를 늘일 수 있도록 하였다. 이는 國土修復後 憲法改正을 하지 아니하면 議員數를 增加할 수 없다고 하면 심히 불편하기 때문에 이를 豫防하기 위하여 규정된 것이다. 이 점에서 西獨基本法과는 달리 完全憲法임을 강조한 것이다.

2) 第3共和國憲法下에서의 統一政策

第3共和國憲法後 朴大統領은 1964年 1月 10日의 年頭敎書에서 「UN을 통해서 自由民主主義原則에 따라 統一을 達成할 수 있도록 積極적인 外交活動을 展開할 것이며 變遷하는 國際情勢에 대처하여

5) 朴一慶, 「新憲法解義」, pp.422~423.

統一을 위한 諸般問題에 對備하는 研究와 態勢도 갖추어 나갈 것」을 천명하였다. 第6代國會도 11月 29日 國土統一方案에 관한 決議에서 「i) UN監視下에 南北韓土着人口比例에 따라 自由選舉를 실시하여 國土를 統一하며, ii) 選舉監視團은 自由選舉를 實施하는 UN 會員國家中에서 選任되어야 하며, iii) 統一된 韓國의 民主主義를 威脅하는 統一方案은 일체 排除되어야 한다」고 하였다.⁶⁾

5·16以後의 統一方案은 한마디로 말하여 ‘先建設 後統一’方案이었다. 統一을 위하여서는 祖國近代化를 서두르고 自由經濟建設에 박차를 가하여 統一問題의 本格的인 論議는 70年代後半期가 될 것이라는 것을 강조하였다. 이러한 方案은 힘의 優位를 확보하여 北韓을 統一路線으로 끌어들이자는 冷戰指向的인 것이었다.

이에 대하여 在野에서는 政府가 주장하는 유엔監視下의 南北總選舉의 實施가 사실상 現實不可能하여 自主的인 統一方案을 모색하는 論議가 행하여졌다. 1964년에는 李萬燮議員이 南北家族面會所 설치를 提案했고, 黃龍珠文化放送社長은 「世代」雜誌에서 南北韓 유엔同時加入, 第3國을 통한 南北對話의 方案모색 등을 주장하여 投獄되기도 했다.⁷⁾⁸⁾

이러한 南北接觸問題는 1966年 11月 5日 兪鎮午民衆黨黨首가 南北의 人道的 交流를 실시할 것을 주장했고, 新民黨創黨大會에서도 南北間의 人道的 書信交換, 記者交流와 分斷國家會議體構成問題 등이 논의되게 되었다.

1970年代에 들어와서 統一方案은 상당한 변천을 보았다. 1970年 8月 15日 朴大統領은 8·15宣言에서 北韓으로 하여금 武力赤化統一

6) 「統一白書」, p.45.

7) 法院判決에 대해서는, 金哲洙, 「判例教材憲法」, pp.298~299 참조.

8) 1966年 6月 7日 法務部는 1954年 5月 제네바會談에서 提案한 我國의 南北韓統一方案만이 適法하다고 有權解釋을 내렸다.

論을 포기하고 平和的인 競爭과 共存을 하자고 주장하여, 統一問題에 있어 적극적인 자세로 전환했다. 이러한 政策變更은 國際情勢의 급변에 따라 대체할 필요가 생겼고, 北韓의 武力統一主張에서 오는 緊張을 解消하기 위한 것이었다.

野黨도 이제까지의 閉鎖的 統一方案을 공격하면서 南北間의 書信交流, 記者交流, 運動選手交流, 라디오 TV의 相互聽取 등 非政治的인 접촉을 주장하고, 非政治的 分野에 대한 南北韓의 同一化政策을 추진하도록 요구하였다.

1971年 8月 12日에는 大韓赤十字社總裁 崔斗善씨가 離散家族을 찾기 위한 赤十字會談의 開催를 北韓側에 제의했다. 朴大統領은 1971年 8月 15日 光復節 祝辭에서 韓國統一問題는 主體的 協力과 自主的인 決斷에 달려 있음을 강조하고 北韓側이 武力을 포기하고 진지한 자세로 나온다면 平和統一을 위한 길을 마련할 것이라는 統一方案을 제시했다.

1972年 1月 10日 朴大統領은 年頭記者會見에서 i) 自主的 統一, ii) 平和統一의 첫길은 北韓으로 하여금 赤化武力統一을 포기하는 것이며, 南北赤十字會談은 人道主義에 입각하여 忍耐와 誠意를 다해야 한다고 하였다.

1972年 7月 4日에 서울과 平壤에서 동시에 발표된 南北共同聲明은 南北關係, 특히 統一問題解決에 새로운 契機를 마련해 주었다. 이 共同聲明은 7個項으로 되어 있는데 i) 祖國統一原則-自主的 解決, 平和的 實現, 民族的 大團結圖謀, ii) 緊張狀態緩和, iii) 多方面的인 諸般交流實施, iv) 南北赤十字會談支援, v) 常設直通電話架設, vi) 南北調節委員會構成運營, vii) 合意事項을 실행할 것을 誓約하는 것이었다. 7·4 南北共同聲明에 따라 南北調節委員會共同委員長會談이 열렸고, 그 결과 南北調節委員會가 구성되고 운영되게 되었다.

(4) 第4共和國憲法の 統一條項

1) 第4共和國憲法の 統一關係條項

1972年 12月 27日에 效力을 발생한 第4共和國憲法은 前文에서 「祖國의 平和的 統一의 歷史的 使命에 입각하여」라고 하고 있으며, 「祖國의 平和統一을 推進하기 위한 온 國民의 總意에 의한 國民的 組織體로서 祖國統一의 神聖한 使命을 가진」統一主體國民會議을 두었고(憲法 제35조), 「大統領은 祖國의 平和的 統一을 위한 성실한 義務를 진다」(憲法 제43조 제3항)고 하고 있다. 憲法附則은 第10條에서 「이 憲法에 의한 地方議會는 祖國統一이 이루어질 때까지 構成하지 아니한다」고 규정하고 있다. 이 점에서 第4共和國憲法은 統一時까지만 적용되는 暫定法임을 명확히 하고 있었다고 하겠다.

2) 統一主體國民會議의 統一政策審議

統一主體國民會議는 祖國의 平和的 統一을 위하여 國民主權을 성실히 행사할 수 있는 2,000인 이상 5,000인 이하의 議員으로 構成된다. 統一主體國民會議는 北韓의 最高人民會議의 對應機關으로서 구성된 것이 아닌가 推測된다. 과거에 北韓最高人民會議는 大韓民國國會에 대하여 統合하여 單一立法機關으로 聯合할 것을 주장한 일이 있는 바,⁹⁾ 이에 對備하기 위하여 多數의 代議員을 가진 統一主體國民會議를 新設한 것이 아닌가 추측된다. 北韓의 最高人民會議

9) 1950年 6月 19日 北韓最高人民會議提案.

는 主權機關인데 대하여, 統一主體國民會議는 主權的 受任機關인 점에 차이가 있었다.

大統領은 統一에 관한 重要政策을 결정하거나 변경함에 있어서, 國論統一을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 統一主體國民會議의 審議에 붙일 수 있다(憲法 제38조 제1항). 統一主體國民會議에서 在籍議員過半數의 贊成을 얻은 統一政策은 國民의 總意로 본다. 統一主體國民會議의 議決이 大統領을 拘束할 것인가에 대하여 明確한 규정은 없었으나, 統一主體國民會議의 性格上 大統領의 回附 자체는 任意的이라고 하더라도 일단 回附한 이상은 그 議決에 拘束된다고 하겠다.¹⁰⁾

3) 平和的 統一遂行者로서의 大統領

大統領은 統一主體國民會議의 議長으로서 「祖國의 平和的 統一을 위한 성실한 義務를 진다」(憲法 제43조 제3항). 大統領은 就任時에 「祖國의 平和的 統一을 위하여 大統領으로서의 職責을 성실히 遂行할 것을 國民앞에 엄숙히 宣誓」하여야 한다(憲法 제46조). 大統領은 統一主體國民會議의 議長으로서 統一主體國民會議를 司會하고 議事를 進行시킬 수 있다(憲法 제36조 제3항). 이 점에서 大統領은 平和的 統一의 責任者이며,¹¹⁾ 이를 補佐하는 機關로서는 國務會議 등이 있다.

4) 第4共和國憲法下的 統一政策

10) 상세한 것은, 金哲洙, 第4共和國 「憲法學概論」, pp. 374~399 참조.

11) 大統領에 관해서는, 上揭書, pp.339~437 참조.

1973年 6月 23日 朴大統領 6·23平和宣言을 발표하여 統一政策에 대한 一大轉換을 하였다.¹²⁾ 이 平和統一政策은, i) 平和統一은 民族의 至上課題이며, ii) 韓半島의 平和를 維持하고 內政不干涉, iii) 誠實과 忍耐로 南北對話繼續, iv) 北韓의 國際機構參與不反對, v) 北韓과의 유엔同時加入默認, vi) 互惠平等原則下에 모든 國家에 門戶를 開放하며, vii) 平和善隣이 對外政策의 基本임을 申明하였다.

이 平和統一宣言은 北韓의 世界保健機構加入決定이며 유엔 總會의 氣象圖를 감안하여 獨逸方式인 南北分斷의 固定化, 共產圈과의 相互交換承認, 유엔同時加入政策을 申명한 것으로 그 意義가 크다. 朴大統領은 나아가 1974年 1月 18日에는 年頭記者會見에서 南北韓 相互不可侵協定の 締結을 제의했는데, 그 內容은 첫째 南北相互間의 武力戰爭排除, 둘째 相互間의 內政不干涉, 셋째 現行休戰協定の 준수 등 세가지를 骨子로 하고 있었다.

나아가 1974年 8月 15日에는 光復節慶祝辭에서, i) 南北韓不可侵協定の 체결, ii) 南北對話의 성실한 履行과 南北韓의 信賴回復, iii) 土着人口比例에 의한 南北韓의 總選實施 등을 주장하였다. 1977年의 年頭記者會見에서도 계속 南北不可侵協定の 체결을 촉구하고 있었다. 1978年 6月 23日에는 6·23宣言原則을 실현하기 위한 南北韓 經濟協力을 提議하였고 1979年 1月 19日에는 어떠한 時期, 어떠한 場所, 어떠한 水準의 會談도 可能하며 어떠한 議題도 좋다고 하여 完全開放의 白紙會談을 제의하였다.

(5) 第5共和國憲法의 統一條項

12) 이에 대해서는, “平和統一의 大道”, 「朴正熙大統領演說集」 참조.

1) 第5共和國憲法の 統一關係條項

1980年 10月 27日부터 效力을 발생한 第5共和國憲法에서도 統一에 관한 條項을 두고 있었다. 前文에서 「祖國의 平和的 統一」의 使命을 강조하면서 大統領의 「祖國의 平和的 統一을 위한 職責을 성실히 수행」하도록 선서하게 하고 있었으며 大統領은 統一政策에 관하여 國民投票에 回附할 수 있게 했으며, 平和統一定策諮問會議을 두게 하고 있었다.

2) 平和統一政策諮問會議의 設置

憲法은 平和統一政策의 수립에 관한 大統領의 諮問에 응하기 위하여 平和統一政策諮問會議을 둘 수 있게 했다. 이것은 過法の 統一主體國民會議보다는 權限이 弱한 것이었으나 보다 많은 諮問委員으로 構成되었으며 그 組織·職務範圍 등에 관해서는 平和統一政策諮問會議法이 이를 규정하고 있었다.

3) 平和統一의 遂行者로서의 大統領

大統領은 國家의 元首인 同時에 行政權의 首班으로서 統一政策의 遂行者로서의 義務를 지고 있었다. 憲法은 「祖國의 平和的 統一을 위하여... 大統領으로서의 職責을 성실히 수행할 것」을 宣誓하게 했으며(憲法 第44條) 大統領은 필요하다고 인정할 때에는 統一에 관한 重要政策을 國民投票에 붙일 수 있게 했다(憲法 제47조).

4) 第5共和國의 統一政策

1982年 1月 22日 民族和合 民主統一方案이 발표되었다.¹³⁾ 이 統一方案은 두 단계로 구성되어 있는데 統一前까지의 過渡的 段階과 統一段階로 되어 있다. 統一을 成就할 때까지의 過渡的 段階로는 「南北韓基本關係에 대한 暫定協定」을 체결할 것을 北韓에 제의하고 있는데 그 主要內容은 ① 雙方의 現存政治秩序와 社會制度의 認定 및 內部問題의 不干涉, ② 現存休戰體制認定, ③ 相互交流와 協力, ④ 雙方의 現存條約尊重, ⑤ 서울과 平壤에 常駐連落代表部設置 등이다.

第5共和國政府에서는 西獨의 모델을 採用하여 「一民族, 一國家, 二個政府」라는 方式을 채택하여 現實的으로 轉換했다는 점에 特色이 있다.

(6) 第6共和國憲法の 統一條項

1) 第6共和國憲法の 統一條項

1988年 2月 25日부터 效力을 발생한 第6共和國憲法은 前文에서 平和的 統一의 使命을 강조하는 한편 第4條에서 統一條項을 두고 있다. 「大韓民國은 統一을 志向하며, 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一政策을 수립하고 이를 추진한다」고 하여 平和統一條項을 두어 統一에 보다 積極性을 띠고 있다. 大統領의 祖國의 平和統一宣誓規定과 統一政策에 대한 國民投票規定을 그대로 두었으며 平和統一政策諮問會議는 民主平和統一諮問會義로 改稱 改編하였다.

13) 이에 관한 것은 국토통일원, 「민족화합민주통일론」 제1집(서울: 1982) 참조.

2) 平和統一條項

이條項은 大韓民國이 統一을 志向하되 共產主義의 統一을 排擊하고 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一을 추진하는 것을 밝히고 있는데 特徵이 있다. 또 領土條項을 그대로 維持하고 民主的 基本秩序에 違背되는 政黨解散規定을 存置하고 있는 面에서 自由民主的 基本秩序下의 統一만을 指向하고 있음을 알 수 있다.

3) 民主平和統一諮問會議

平和統一政策의 수립에 관한 大統領의 諮問에 응하기 위하여 民主平和統一諮問會議를 둘 수 있게 하였다. 民主平和統一諮問會議는 住民이 선출한 地域代表와 政黨 職能團體 主要社會團體 등의 職能分野代表級人士중에서 大統領이 위촉하는 7千名이상의 諮問委員으로 구성되며, 大統領이 議長이 된다. 民主平和統一諮問會議의 職能은 조국의 民主的 平和統一에 관한 國民的 合意를 확인하고, 汎民族의 意志와 力量을 集結하여 民主的 平和統一을 達成함에 필요한 諸般政策의 樹立 및 推進에 관하여 大統領에게 建議하고 그 諮問에 應하는 것이다.

4) 第6共和國의 統一政策

第6共和國은 美蘇冷戰體制의 終了와 소련 및 東歐圈共產國家의 沒落으로 활발한 北方政策을 펴고 아울러 統一政策에도 많은 變容을 보였다. 1989年 9月에는 「韓民族共同體統一方案」을 발표하여¹⁴⁾ 既存의 民族和合 民主統一方案을 代替하게 되었다. 韓民族共

同體統一方案은 우선 民族共同體回復을 위하여 오늘의 分斷과 未來의 統一사이에 南北聯合이라는 中間段階를 設定하여 民族社會를 하나로 잇고 그 다음으로 統一國家를 이루는 最終段階로 되어 있다.

統一의 中間段階인 南北聯合에서는 最高意思決定機構로 南北頂上會議와 雙方政府의 代表로 구성되는 南北關係會議 그리고 南北의 國會議員으로 구성되는 南北評議會를 설치하여 聯合體制下에서 南北이 서로 合意한 事案만을 처리하게 했다.

南北評議會에서 統一憲法을 작성하여 完全한 統一을 達成하도록 하였는데 이 統一國家는 單一國家로서 「民族成員 모두가 主人이 되는 하나의 民族共同體로서 각자의 自由와 人權과 幸福이 保障되는 民主共和國을 구성」하는 것이었다.

5) 南北合意書의 締結과 附屬合意書採擇

1990年 8月 15日 光復節에 南北高位級會談開催를 提議한데 대하여 北韓이 呼應하여 1990年 9月 4日부터 7日까지 第1次會議가 서울에서 開催되고 1990年 12月 16日에서 19日까지 平壤에서 第2次會議가 개최되었으며 이 會議가 간헐적으로 개최되게 되었다.¹⁵⁾ 1991年 9月 17日에는 南北韓이 UN에 同時加入하게 되었다. 南北은 1991年 12月 13日 서울에서 열린 第5次南北高位級會談에서 「南北和解, 不可侵 및 交流·協力合意書」를 締結하게 되었다.¹⁶⁾

이 合意書는 南北의 批准節次를 거쳐 1992年 2月 19日에 發效하였다. 이 合意書는 「政治軍事的 對決狀態를 解消하여 民族的 和解

14) 이에 대한 것은 국토통일원 「한민족공동체통일방안」 서울, 1989; 金得柱, 韓國의 統一政策 : 過去, 現在, 未來. 姜英勳博士古稀記念論文集 民族統一의 길 p. 230 이하.

15) 상세한 것은 남북대화 제50집 이하 참조.

16) 상세한 것은 統一院, 南北基本合意書解說 1992 참조.

를 이룩하고, 武力에 의한 侵略과 衝突을 막고 緊張緩和와 平和를 保障하여, 多角的인 交流·協力을 實現하여 民族共同的 利益과 繁榮을 도모하며, 雙方사이의 關係가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 統一을 指向하는 過程에서 暫定的으로 形成되는 特殊關係」라는 것을 인정하고 平和統一을 成就하기 위한 共同的 努力을 다할 것을 다짐하고 있다. 이는 ① 南北間의 體制認定 尊重, ② 內政問題不干涉, ③ 誹謗中傷禁止, ④ 破壞전복행위禁止 등 南北和解와 ① 武力侵略禁止 ② 紛爭의 平和的 解決, ③ 南北軍事委員會構成 등 南北不可侵, ① 經濟交流과 協力 ② 科學·技術·教育 등 分野의 交流·協力 ③ 自由往來 接觸 離散家族의 再結合 등 南北交流協力 등 3個章으로 되어 있다.

1992年 9月 大韓民國은 이 基本合意書의 履行을 위한 3個附屬合意書를 채택하였고 和解共同委員會構成 運營合意書를 채택하였다. 이로써 南北間의 平和共存을 위한 장치는 마련되었으나 이의 實現은 北韓의 態度如何에 달려 있다. 또 第14代大統領選舉의 結果와 1993年 2月 政權交代이후에야 本格的인 統一協商이 行해질 것으로 보인다.

Ⅲ. 北韓憲法의 統一條項

소위 朝鮮民主主義人民共和國憲法은 1948년에 制定된 후 數次의 改正을 거친 뒤 1972年 12月 27일에 새로이 制定되었고 1992年 4월에 全面改正되었다. 1948年 憲法에서는 「朝鮮民主主義人民共和國의 首都는 서울이다」고 규정함으로써(同法제 103조) 全韓半島에 效力을 미치고 있는 것처럼 규정되었다. 그것이 1972年 憲法에서는

「朝鮮民主主義人民共和國의 首都는 平壤이다」(同法 제149조)고 규정함으로써 현실을 反映했으며, 第5條에서 祖國을 平和的으로 統一한다고 규정하고 있었다. 南北基本合意書採擇後 北韓은 憲法을 改正하였는데 第5條를 改正한 第9條에서 自由, 平和統一, 民族大團結의 原則을 강조하고 있다. 1992年 憲法에서는 憲法全般을 若干 改正하고 있다. 北韓의 憲法만으로써는 현실을 파악할 수 없기 때문에 現實的인 統一政策을 중심으로 하여 北韓憲法이 노리고 있는 統一方案을 보기로 한다.¹⁷⁾

(1) 1948年 憲法の 統一條項

1) 北韓憲法の 成立根據

韓半島에 있어서 統一政府樹立을 위한 유엔監視下의 總選舉를 거부한 소련은 1948年 9월에 傀儡政權을 수립하였다. 그 根據法이 憲法인데 이 憲法은 104個條로 구성되어 있었다.¹⁸⁾ 이 憲法에는 領土 規定도 없었고 統一에 관한 條項도 없었으나 首都를 서울로 하고 있는 점에서 全韓半島에서 시행할 것을 목적으로 한 것이라고 하겠다.

2) 1948年 憲法下의 武力統一政策

北韓政權은 1949年 6월에 소위 祖國統一民主主義戰線을 결성하여

17) 상세한 것은 柳錫烈, 北韓의 統一政策, 民族統一의 길(姜英勳博士古稀記念論文集, p.239 이하, 梁好民外著, 南과 北 어떻게 하나가 되나, 한반도 통일의 현실과 전망, 나남, 1992.

18) 상세한 것은, 國土統一院, 「南北韓法體制的 比較研究-公法關係를 중심으로-」, 1972. 6. 참조. 國토통일원, 「북한법령집」 제1권 참조.

統一提案을 발표하였다. 그 骨子는 i) 國際聯合韓國委員會의 철수, ii) 立法機關을 1950年 6月에 召集할 것을 목적으로 하는 南北諸政黨 社會團體代表로 구성되는 選舉指導委員會의 構成 등이었다. 1950年 6月에는 1950年 8月까지 統一立法機關을 設立하자고 주장하였는데 이는 武力南侵을 호도하기 위한 陽動作戰이었다.

1954年 休戰協定成立後 제네바에서 열린 政治會談에서 南日은 i) 南北朝鮮代表와 社會團體代表로서 全朝鮮委員會를 구성하여 統一選舉法을 草案하고, ii) 中立國 監視委員會이 選舉를 監視하도록 주장하였다. 여기서 兵力을 각각 10萬으로 減縮할 것을 제안하고 周邊國家의 保障을 요구하였다.¹⁹⁾ 1954年 10月 30日 北韓最高人民會議 第1期 第18次會議에서의 呼訴文은 平和統一問題를 討議하기 위하여 南北朝鮮의 各政黨社會團體 및 各界各層의 代表者連席會議 또는 朝鮮民主主義人民共和國最高人民會議와 大韓民國國會의 共同會議를 열자고 선전 호소하였다. 北韓은 그 뒤에도 계속 平和統一攻勢를 취하여 宣傳에 급급하였다.

1957년부터는 朝鮮問題의 平和的 調整을 위하여 南北朝鮮의 代表를 참가시키는 有關國家들의 國際會議를 召集할 것을 提案하고 選舉의 方法을 통한 統一을 주장하였다. 1959년에는 南北朝鮮當局은 상대방에 반대하여 武力을 사용치 않을 것을 상호 宣言할 것을 요구하였고, 4·19以後에는 平和統一攻勢를 보다 강화하였다.

1960年 8月 15日 慶祝辭에서 金日成은 아직 南韓이 자유로운 南北總選舉를 받아들일 수 없다면 過渡措置로서 南北韓의 聯邦制를 提議한다 하였고, 이에도 同意치 않으면 南北韓實務業界代表로 構成되는 순전한 經濟委員會라도 組織하자고 선전하였다. 南北韓聯邦制는 이 때 비로소 提案된 것으로 東獨의 國家聯合案을 모방한 것

19) 이하의 論述은 주로 國會圖書館, 「統一白書」 年表에 의함.

이 특색이다. 그는 南北韓에 現存하는 政治制度를 그대로 두고, 兩政府의 독자적인 활동을 保障하는 동시에 兩政府代表로 구성되는 最高民族委員會를 組織하여 주로 南北間의 經濟文化發展을 統一的으로 調整하자고 提議해 왔다.

1960年 11月에는 崔庸健이 이 聯邦制案을 상세히 具體化하여 발표하였으며, 崔元澤도 이를 呼訴하였다. 이는 南北交流 등을 주장함으로써 大韓民國內의 同調勢力을 고무하기 위한 것으로 보였다. 1961年 5月 9日에도 같은 주장들이 되풀이되었다. 5·16 이후에도 北韓은 계속 平和統一攻勢를 폈다. 그런데 平和統一攻勢는 美軍撤收에 중점을 두었다. 1962年 10月에는 다시 武力不可侵條約의 締結을 주장했고, 10萬으로의 減軍案을 들고 나왔다. 이 提議는 1963年 9月에도 반복되었고, 11月 22日의 유엔에 대한 覺書에서도 나왔는데, 이는 宣傳攻勢에 불과한 것이었다고 할 것이다.

北韓은 對內的으로 暴力革命路線을 주장하였으나, 對外的으로는 계속 平和統一論을 주장하였다. 1966年の 第21次유엔總會와 1969年の 유엔總會에 보낸 備忘錄에서는 外軍撤收, 南北聯邦制實施 등을 계속 주장하였다. 이러한 方案은 유엔에서의 討論에서 外軍撤收를 얻어내기 위한 方案이요, 戰術的인 것이었다. 北韓은 1970年 11월에 개최된 勞動黨 第5次大會에서 과거에 주장했던 統一方案을 再確認했다. 이는 i) 美軍撤收後 南北軍隊의 10萬으로의 減軍, ii) 武力不行使協定締結, iii) 經濟·文化交流, iv) 總選舉를 통한 統一政府樹立, v) 過渡期措置인 聯邦制實施 등이다.

1971年 4月 12日에는 許淡이 8個項의 統一方案을 제시하였다. 그 내용은 i) 美軍撤收, ii) 南北韓軍隊의 10萬으로의 減軍, iii) 韓美相互防衛條約을 비롯한 條約의 廢棄無效宣言, iv) 外部勢力의 간섭 없는 自主의이며 民主主義的 基礎 위에서의 자유로운 南北總選舉실

시로 인한 통일된 政府樹立, v) 자유로운 南北選舉를 위해 南北韓全地域에서의 政治活動의 完全自由保障과 政治犯의 無條件釋放, vi) 완전한 統一에 앞서 필요하다면 現在와 같은 南北의 판이한 社會制度를 그대로 두고서 過渡的 措置로서 南北聯邦制를 실시, vii) 聯邦制를 받아들일 수 없다면 南北間의 通商과 經濟的 協調, 科學·文化·藝術·體育 등 相互交流와 協調를 협의하기 위하여 各政黨社會團體들과 全體人民의 性格을 가진 사람들로써 南北韓政治協商會議 進行이었다. 이 提案도 그 동안의 宣傳의 되풀이였다.

그런데 1972年 1月 10日의 金日成은 i) 平和的 方法에 의한 自主統一, ii) 停戰協定の 平和協定으로의 代替, iii) 南韓에서의 美軍撤收와 南北韓의 減軍, iv) 南北政治協商의 進行, v) 유엔의 統韓決議取消 등을 주장하였다. 7月 4日에는 저 유명한 南北共同聲明이 발표되었고, 統一要件基盤造成이라는 명목으로 12月 27日 새로운 憲法을 制定公布施行하게 되었다.

(2) 1972年 憲法의 統一條項

1) 1972年 憲法의 統一條項의 內容

1972年 憲法은 소위 社會主義憲法으로서 全體朝鮮人民의 利益을 대표하는 自主的인 社會主義國家의 憲法이라고 호언하고 있었다.²⁰⁾ 이 憲法은 第5條에서 「朝鮮民主主義人民共和國은 北半部에서 社會主義의 完全한 勝利를 이룩하며 全國的 範圍에서 外勢를 물리치고 民主主義의 基礎위에서 祖國을 平和的으로 統一하며 完전한 民族的

20) 1972年 憲法에 관해서는, 姜求眞, 「北韓社會主義憲法」, 國土統一院, 1976; 中央情報部編, 「北韓新憲法批判」, 1973; 張明奉, 「北韓社會主義憲法上的 統治機構」, 1976 등 참조.

獨立을 달성하기 위하여 鬪爭한다」고 규정하고 있었다.

이 규정은 1968년의 東獨憲法 第8條를 모방한 것으로 보인다. 이 憲法 第5條의 규정은 東獨憲法의 규정과는 달리 南北同權을 규정하지 않고 있으며, 相互的 接近方法이 아닌 民主基地論의 입장에 선 武力赤化統一의 표현인 것처럼 보인다. 金日成은 1962年 12月부터 4大軍事路線을 내세워 暴力革命論을 展開했다. 그 內容은 i) 北韓을 政治·經濟·軍事的으로 더욱 強化하고, ii) 南韓人民을 政治的으로 覺醒 결속시켜 南朝鮮革命力量을 강화시키고, iii) 國際民主力量과의 團結을 강화한다는 3代革命 力量을 강조하여 南朝鮮革命을 통한 統一을 강조하였다.

憲法 第14條에서도 이 自衛的 軍事路線을 강조하고 있었으며, 第16條에서는 民族解放鬪爭과 革命鬪爭의 支持聲援을 규정하고 있었기 때문에, 완전한 平和統一로 路線을 전환한 것이라고 보기는 어려울 것이다. 憲法 第11條는 「國家는 內外敵對分子들의 破壞策動으로부터 社會主義制度를 保衛하며 思想革命을 강화하여 온 社會를 革命化 勞動階級化한다」고 하고 있어 戰鬪의임을 알 수 있다.

2) 1972年 憲法下的 統一政策

北韓이 7·4共同聲明에 따라 南北調節委員會를 설치하기는 하였으나, 統一에의 努力은 포기하고 宣傳에만 集中하고 있는 感이 짙었다. 北側은 調節委員會에서, i) 調節委員會의 擴大, ii) 政治協商의 開催, iii) 多方面的인 同時的 合作, iv) 先行條件으로 美軍撤收를 비롯한 平和協定締結을 내세우고 있었다. 1973年 8月 28日에는 南側調節委員會共同委員長을 기피함으로써 調節委員會를 機能喪失케 하였고, 1974年에 들어와서도 宣傳에만 급급할 뿐 實質的인 문

제의 討議는 回避하고 있었다.

北韓은 1973年 6月 23日 소위 平和統一五大綱領을 발표하였는데, 그 骨子는 다음과 같다. i) 軍事的 對峙狀態의 解消와 緊張緩和, ii) 政治·軍事·外交·經濟·文化 등 多方面的의 合作과 交流, iii) 南北各政黨 社會團體 各界代表로 大民族會議召集, iv) 高麗聯邦共和國의 國號로서 聯邦制實施, v) 유엔에 單一國號로서 加入한다는 것이었다.

1979년부터 南北韓의 變則對座가 시작되면서 北韓은 南北聯邦制統一方案을 계속 주장하게 되었다. 1980年 10月 10日 개최된 第6次當大會에서 北韓은 「高麗民主聯邦共和國」이라는 새로운 聯邦制를 主張하였다. 聯邦機構로는 高麗民族會議와 그 常設器具인 聯邦常設委員會를 설치하여 南北韓의 두 地域政府를 指導하며, 聯邦實施方針으로서 南北韓의 合作과 交流를 내용으로 하는 10大施政方針을 실시하자고 주장하였다. 그리고 1983年 9月 9日에는 最高民族聯邦會議와 聯邦常設委員會는 남북이 共同議長과 共同委員長을 각각 選출하여 그들이 輪番制로 運營하는 提案을 하기도 하였다.

1991年 新年辭에서 金日成은 “하나의 民族, 하나의 國家, 두 개의 制度, 두 개의 政府에 기초한 聯邦制形式으로 統一하자”고 提議하기에 이르렀다. 1991年 5月 3日에는 從來의 高麗聯邦制를 일부 수정 「南北韓의 2個 政府가 一定限度내에서 暫定的으로 外交軍事權을 保有할 수 있다」고 하였다.

1990年 9月 4日부터 南北雙方總理를 首席代表로 하는 南部高位會談이 서울과 平壤을 오가면서 進行되었고 91년에는 南北韓 UN에 同時加入하게 되었다.

1992年 2月 19日 平壤에서 開催된 南北高位級會談에서 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서」와 「한반도의 비

핵화에 관한 공동선언」 「남북고위급회담분과위원회 구성운영에 관한 합의서」를 채택 發效시켰다.

이 南北基本合意書는 全國範圍에서 外勢를 물리치고 祖國을 平和的으로 統一하기 위한 方便으로 채택된 것일 수도 있다.

(3) 1992年憲法の 統一條項

1) 1992年憲法の 統一條項

1992年憲法은 1992年 4月 9日 最高人民會議에서 修正된 것으로 많은 條項이 追加되었는 바 全7章 171條로 구성되어 있다.²¹⁾ 그 特色은 마르크스 레닌主義 退潮에 따르는 時代的 狀況의 變化를 反映하고 對外的 經濟開放政策을 시도하고 있다. 그런데 實質的으로는 內部的 結束을 강화시키기 위한 目的이 엿보이며 國防關聯規定을 補強한 것이 특색이다.

1992年憲法에서는 舊憲法 第5條의 規定을 개정하여 「조선민주주의인민공화국은 北半部에서 人民政權을 強化하고 思想, 技術, 文化의 3大革命을 힘있게 벌려 社會主義의 完全한 勝利를 이룩하며, 自由, 平和統一, 民族大團結의 原則에서 祖國統一을 실현하기 위하여 鬪爭한다」(제9조)고 하고 있다.

1972年憲法 第5條보다는 약간 덜 戰鬥的인 것처럼 보이나 第11條에서 「조선민주주의인민공화국은 조선로동당의 領導 밑에 모든 活動을 進行한다」고 규정하고 있고, 全國的 範圍를 삭제하였으나 그 黨規約前文에서 「全國的 範圍에서 民族解放과 人民民主主義課業完遂」規定을 존치시키고 있어 과거의 赤化統一路線을 고수하고 있는

21) 改正文은 시사저널, 1992년 12월 15일호 참조.

것으로 보인다. 또 第1條에서 「조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 이익을 대표하는 자주적인 사회주의국가이다」고 하고 있어 唯一合法政府主張을 포기했다고는 보기 어려울 것이다. 특히 第59條가 「조선민주주의인민공화국武裝力の 使命은 勤勞人民의 利益을 옹호하며 外來侵略으로부터 社會主義制度和 革命的 戰取物을 保衛하고 祖國의 獨立과 平和를 지키는데 있다」고 한 것도 體制維持的임을 느끼게 한다.

2) 1992年憲法下的 統一政策

北韓은 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서」를 체결·비준 발효시킨 뒤에 1992年憲法을 채택하였다. 그러나 憲法에는 이 基本合意書의 精神이 잘 反映되어 있지 않다. 그 뒤 5月 5日부터 8日까지 서울에서 第7次南北高位會談을 개최하였고 9月 15日부터 9月 18日까지 平壤에서 第8次南北高位會談을 열었다.²²⁾ 이 平壤會談에서는 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서」와 「제2장 남북불가침의 이행과 준수를 위한 부속합의서」 및 「제3장 남북교류 협력의 이행과 준수를 위한 부속합의서」를 채택하였고 아울러 「남북화해공동위원회 구성·운영에 관한 합의서」를 채택·발효시켰다.

그러나 그 뒤의 기본합의서와 부속합의서 이행에는 소극적인 면이 많다. 北韓의 對南赤化統一路線에 實質的인 變化가 있었다는 證據는 아직은 찾을 수 없다고 하겠다.

22) 상세한 것은 남북대화 제55호와 제56호를 참조할 것.

IV. 獨逸式 統一方案의 受容可能性

(1) 序 說

南北韓의 憲法은 平和統一에 관한 규정을 두고 있으나 平和統一의 方法論에 意見의 一致를 볼 수 없어 平和統一은 요원한 것처럼 보인다.

大韓民國은 南北對話가 長期化될 展望이며, 國土統一이 短時日內에 성취되기 어렵다는 狀況判斷에서 先平和定着 後統一 이라는 獨逸式 統一方案을 提議하고 있다. 90年代에 들어 國際環境이 統一에 有利하게 展開되고 있으며, 또 北韓도 어느 정도의 柔和現象을 보여 南北間基本合意書와 附屬合意書를 체결하였으므로 이는 東西獨逸基本條約의 체결과 비견될 수 있어 우리도 南北統一條約의 締結에 의한 獨逸式인 統一方案이 성공될 수 있을 것으로 보인다.²³⁾ 이에 獨逸統一方式을 알아 볼 必要가 있다.

(2) 東西獨接近과 交流에 따른 東獨의 崩壞

西獨은 Willy Brandt가 政權에 參與한 뒤 東方政策을 展開하여 東方國家들과 和解 協力하는 方向으로 나아갔다.²⁴⁾ 그 結果로 1972년에는 東西獨基本條約(Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen des Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Dnmokratischen Republik)이 締結되었고²⁵⁾ 이에 따라

23) 상세한 것은, 金哲洙, “獨逸에서 배운다, 獨逸方式의 韓半島適用可能性 問題”, 「月刊中央」, 1977年 7月號 참조.

24) 상세한 것은 金哲洙, 「分斷國의 問題」, 1973 참조.

東西間 交流가 활발해졌다.東西獨間의 빈번한 交流에 따라東西國民들은西獨의 實情을 알게 되었고東獨의 社會主義가 非民主的·非能率의임을 알게 되었다.

蘇聯의 新思考政策에 따라東歐가 開放化되기 시작하였는데東獨도 例外는 아니었다.1989年東獨人民들은 居住移轉의 自由, 旅行의 自由, 獨逸統一 등을 주장하여 示威를 벌였고²⁶⁾ 이들東獨人民들의 無血革命에 의하여 伯林의 장벽은 1989年 11月 9日에 허물어지고東獨政權은 무너지기 시작하였다.²⁷⁾東獨은 이 成功的 革命에 의하여 既存의 憲法이 事實上 失效되었으며 새로운 憲法으로의 變遷이 시작되었다.1989年 12月 8日에는 새로 形成된 政黨의 幹部들이 모여 圓卓會議(Runder Tisch)를 열어 이들 政黨員들이 人民會議에 進出하기 위한 選舉를 요구하게 되었다.1990年 2月 16日에는 圓卓會議에서 獨逸民主主義共和國의 暫定憲法(Vorläufiges Grundgesetz der DDR)이 發表되었으며²⁸⁾ 1990年 2月 18日에는 人民議會選舉가 시행되었다. 이 暫定憲法은 憲法으로서의 形式으로 成立된 것이라기 보다는 選舉公約으로서의 機能이 강했다.1990年 4月 4日에는 圓卓會議에서 東獨憲法草案(Verfassungsentwurf für die DDR)이 作成되어 東獨議會議員들에게 제안되었다.²⁹⁾

1990年 6月 19日 東獨人民會議는 憲法原則法律(Verfassungs-

25) 東西獨基本條約의 內容과 法的 性格에 관해서는 金哲洙, 分斷國家의 法的地位와 東西獨基本條約, 現代憲法論 참조.

26) 東獨이 崩壞한 原因에 대해서는 여러 가지 意見이 있으나 그 중에서도 西獨 基本法 第116條가 東獨人까지도 모두 獨逸人으로서 西獨의 國籍을 가진다는 條項에 따라 東獨人이 西獨國籍所有者로서 自由롭게 旅行할 수 있었다는 것을 드는 사람도 있다.

27) 간단한 것은 Maunz - Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl. 1991, S. 417ff.

28) 이 暫定憲法에 대해서는 Maunz-Zippelius, a. a. O., S.419f 참조.

29) 이 案은 Verfassungsentwurf für die DDR, Staatsverlag der DDR, 1990 참조. 그러나 이 憲法案은 채택되지 않았다.

-grundsatzgesetz)을 議會在籍 3分の 2 이상의 贊成으로 可決하였는데 이는 人民議會選舉前에 政府가 發表한 憲法案 등에 根據하고 있었다.³⁰⁾ 이 法律에서 東獨政府에게 主權을 國家間的 機構나 西獨의 機關에게 委讓하는 것을 授權하였고 또 東獨의 主權의 制限에 同意하고 있었다. 東獨의 國家機關은 이 憲法原則法律을 失效의인 憲法으로 인정하고 있었다.

1990年 7月 22日에는 東獨地域에 5個의 支邦을 再構成하는 憲法法律(Verfassungsgesetz zur Bildung von Ländern in der Deutschen Demokratischen Republik-Ländereinführungsgesetz)을 通過시켜 Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen과 Thüringen 5個 支邦을 再建하였다.

(3) 統一條約의 締結

東西獨統一을 위한 方法으로 東獨憲法은 하등 규정을 두지 않았으나 西獨基本法은 基本法 第23條와 第146條에 따른 두가지 方法을 豫想하고 있었다. 西獨의 執權黨인 基督民主同盟(CDU/CSU)은 第23條의 加入에 의한 早速한 統一을 주장하였고 野黨인 社會民主黨(SPD)은 점진적인 第146條에 의한 統一憲法制定方法을 원하였다. 獨逸統一의 早期實現을 위한 東西獨政府는 第23條의 聯邦加入에 의한 統一方法을 採擇하였다.³¹⁾

1990年 3月 18日 東獨에서 行해진 人民議會選舉結果 東獨人들은

30) 간단한 해설로는 Maunz-Zippelius, a. a. O. S. 419f.

31) Press-und Informationsamt der Bundesregierung, Antikel 23 des Grundgesetzes, Bonn, 3. Aufl. 1990; 金哲洙, 現代憲法論 참조.,

西獨聯邦에의 加入에 의한 統一을 願하게 되었고 이에 따라 東獨政府와 西獨政府는 協商을 하게 되었다. 1990年 4月 5日 西獨政府는 統獨條約에 主眼을 둔 條約案을 提示하였고 1990年 4月 24日 코을 首相과 東獨의 드 메지에르 首相間에 일차적으로 通貨經濟統合을 이룩하는데 合意하였다. 1990年 5月 2日 이후 通貨同盟의 樹立에 관한 協商이 개시되고 1990年 5月 18日에는 貨幣·經濟·社會同盟을 創設하는 條約(Vertrag über die Schaffung einer Währungs-Wirtschafts-und Sozial Union)을 締結하였고 7月 1日에 效力을 발생하였다.

이 條約을 第1次國家條約(Stattsvertrag)이라고도 한다. 이 條約의 締結로 東獨은 西獨基本法 第23條에 따른 西獨聯邦加入으로 統一하도록 前文에서 宣言하였고 東獨憲法의 규정은 많이 變更되게 되었고, 從來의 社會主義의인 社會政治體制에 관한 東獨憲法 중 이에 抵觸되는 규정은 效力을 상실하게 되었다(제2조 2항). 雙方은 法的支配에 의하는 平和롭고 民主的이고 聯邦主義的 法治國家의인 社會的 基本秩序를 拘束하고 있었다.³²⁾

1990年 7月 1日을 期하여 通貨 經濟 社會統合을 위한 國家條約이 效力을 발생하자 東獨의 政權은 사실상 權力維持가 어려워졌다. 東獨人民會議는 1990年 8月 23日 西獨基本法 第23條에 따른 東獨의 西獨加入을 議決하였다. 이때 西獨加入日을 10月 3日로 確定하였다.³³⁾ 東獨의 西獨聯邦에의 加入에 관한 西獨政府와의 協商 끝에 東西獨은 1990年 8月 31日 獨逸統一完成에 관한 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 條約(Vertrag zwischen der Bundesrepublik

32) 이 條約의 內容에 관해서는 Verträge und Rechtsakte zur Deutschen Einheit, Bd. I 참조.

33) Ibid.

Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands)이 체결되었다. 이 條約은 統一條約(Einigungsvertrag)이라고 말하여지며 第2次國家條約이라고도 할 수 있다. 이 條約은 9月 20日과 21日에 西獨下院과 東獨參議院에서 3分の2 이상의 多數에 의하여 立法化되었다. 獨逸人民議會도 9月 20日에 3分の2 이상의 多數로 通過하였다. 統一條約의 締結은 選舉條約의 締結과 밀접하게 연계되어 있었다. 全獨選舉日을 1990年 12月 2日로 하기로 결정한 것은 1990年 8月 13日이었다. 1990年 9月 2日에는 選舉條約이 效力을 발생하였고 東獨의 西獨加入에 의하여 全獨逸에 걸친 下院議員選舉가 가능하게 되었다. 選舉條約(Wahlvertrag)은 西獨選舉法의 東獨에의 適用을 규정하였고 西獨政黨法이 東獨에도 適用되도록 하였으며 또 西獨選舉法의 一部改正을 가져왔다.³⁴⁾

(4) 統一條約의 性格과 內容

統一條約은 憲法改正의 性格을 갖는 것으로 統一後에 있어서의 東獨의 地位와 西獨基本法上의 國家機構構成을 위한 基本法改正을 內容으로 하고 있었다. 統一條約 第1章은 東獨의 西獨加入으로 東獨의 支邦들이 獨逸聯邦共和國의 支邦이 됨을 규정하고 聯邦首都를 伯林으로 하고 加入日인 10月 3日을 獨逸統一節로 法定公休日로 하고 있다. 東獨의 西獨基本法 第23條 2項에 따른 加入으로 東獨國家는 沒落하고 國際法主體性を 喪失하였다. 이에 反하여 西獨은 國內

34) 法的性格에 관해 상세한 것은 K. Stern, Die Wiederherstellung der staatlichen Einheit, Verträge und Rechtsakte zur Deutschen Einheit, Bd. 2, Einigungsvertrag und Wahlvertrag, S. 21ff.

法的으로나 國際法的으로 斷續 存續하게 되었다. 西獨은 이제 東獨을 吸收統一하게 됨으로써 그 領域 過去 東獨領域까지 擴大되게 되었다.³⁵⁾

第2章에서는 西獨이 統獨으로 인하여 基本法을 改正하게 되었다. 第3章에서는 基本法이 새로이 加入한 5個支邦에도 效力이 있음을 규정하고 第4條에서는 統一로 인한 基本法改正을 규정하고 있다. 첫째로는 前文을 改正하여 自由로운 民族自決로 獨逸의 統一과 自由를 完成했다고 선언하고 둘째로는 加入條項인 第23條를 削除하고 셋째로는 聯邦參議院의 議決權數를 再調整하고 넷째로는 東獨의 財產權移讓에 관하여 규정하여 다섯째로는 經過規定으로 1992年 12月 31日까지는 舊東獨의 法秩序가 基本法에 合致되지 않은 경우에도 계속 施行될 수 있음을 인정했고 여섯째로는 統一條項인 第146條를 改正하였다. 第5條에서는 統一以後 2年內에 統一과 관련된 問題를 解決하기 위하여 基本法을 補完하든가 改正하도록 권고하고 있다.³⁶⁾

이 밖에 第3章이하에서는 여러 가지 經過條項을 두고 있다. 第7條는 財政憲法의 基本問題를 취급하고 있는데 西獨의 財政憲法이 東獨地域에도 適用됨을 규정하고 東獨地域에 새로 생긴 支邦과 聯邦과의 關係도 西獨地域의 支邦과 聯邦과의 關係와 一致하도록 하고 있으나 1994年末까지는 다른 配分方法에 따르도록 하고 있다. 第9條에서는 東獨의 法律은 支邦의 法律로 인정하고 계속 效力을 가지는 法律에 관하여 규정하고 있다. 第4章에서는 國際法的인 條約과 合意에 관한 규정을 두었고 第5章에서는 公共行政과 司法에

35) 자세한 것은 K. Stern, a. a. O., s. 33ff.

36) 統一條約의 內容에 관한 것으로는 B. Schmidt-Bleibtreu, Dr Einigungsvertrag im seiner rechtlichen Gestaltung und Umsetzung, ibid, S. 57ff 참조.

관한 규정을 두었고 第6章에서는 公共財産과 責務에 관해 규정하고 있다. 第7章에서는 勞動, 社會家庭, 女性, 保健과 環境保護를 규정하고 第8章에서는 文化, 教育, 科學, 體育에 대하여 규정하고 第9章에서는 經過規定과 終結規定을 두고 있다.

(5) 統獨憲法の 改正問題

統一條約의 締結과 東獨의 西獨聯邦에의 加入, 獨逸全域에 걸친 統一選舉의 實施로 獨逸은 統一되고 西獨基本法은 獨逸聯邦共和國基本法으로 名實共히 統一憲法이 되었다.

統一條約 第5條에서는 統一後에 統一과 관련된 憲法問題를 解決하기 위하여, 2年內에 基本法을 增補하거나 改正하도록 권고하고 있는데 이 要請은 1992年 10月 3日까지는 實現되지 않고 있다. 그 理由는 與·野間에 對立이 있었기 때문이다. SPD를 비롯한 野黨은 憲法制定會議(Verfassungsrat)를 소집하여 새로운 憲法の 制定을 촉구하고 있고 CDU를 비롯한 與黨은 憲法の 改正方法에 의하여 現行憲法을 改正하면 된다고 主張하고 있다.

1991年 11月 28日 CDU/CSU와 FDP는 聯邦議會에서 共和憲法委員會를 설치하게 했고 이 委員會에서 憲法改正案에 관한 諮問을 하게 하였다. 現行憲法上에는 基本法 第79條에 따른 改正方法과 基本法 第146條에 따른 憲法制定方法이 있는데 어느 方法에 의할 것인가는 아직 確定되지 않고 있다. 共和憲法委員會에서 다루어질 憲法改正의 對象은 다양하다.³⁷⁾ 첫째로는 基本權과 관계되는 것이고 둘째로는 國家의 組織規範에 관한 것이고 셋째로는 國際法과 관련된

37) 간단한 解説로는 李承祐, 獨逸統一과 憲法改革論爭, 公法學會 1992 發表文 참조.

것이다. 基本權에 관한 것은 過去 東獨憲法에 規定되었던 것과 같은 生存權的 基本權의 規定을 포함할 것인가의 문제이고 國家의 組織規範에 관한 것은 聯邦再編成의 문제와 立法權能의 分배문제와 立法節次의 改革問題, 議會의 自律的 解散問題, 直接民主政治制度導入問題 등이 있다. 國際法과 관련된 것으로는 國際聯合의 平和維持 軍派兵問題와 亡命權問題, 유럽 統合과 관련된 문제 등이다. 生存權的 基本權과 經濟社會制度에 관한 것은 1990년에 提案된 圓卓會議의 東獨憲法草案(Verfassungsentwurf für die DDR)이 있고 또 그동안 東獨地域에 있던 5개의 新生支邦의 憲法規定을 參考하면 될 것으로 보인다. 이 밖에도 「獨逸諸支邦聯邦憲法草案」(1991年 6月 29日)이 野黨側에서 提案되고 있다. 이 문제에 있어서는 우리나라에도 중요한 示唆를 할 것으로 보이며 우리나라 統一憲法의 制定時에도 參考하여야 할 것이다.

獨逸統一, 유럽統合 등 國際的 環境의 好轉에 따라 우리나라에서도 周邊四大國과의 合意와 兩當事者間的 合意 所謂 Two plus Four의 協議에 의한 統一이 달성될 수 있을 것이다. 이를 위하여 兩當事者가 南北韓基本合意書와 附屬合意書를 충실히 履行하여 독일과 같은 統一條約締結과 南北韓統一憲法의 制定에 의한 統一이 달성되도록 노력하여야 하겠다.

V. 韓國統一憲法의 制定問題

(1) 統一憲法의 適用問題

1) 現行憲法の 適用擴大方式

우리나라의 統一方式에 대해서는 平和的 統一 규정밖에 없고 統一政策의 內容은 「自由民主主義의 基本秩序」에 立脚하도록 하고 있다. 우리 憲法에는 西獨基本法 第23條와 같은 규정이 없기 때문에 加入에 의한 統一方法은 豫定되지 않고 있다. 北韓이 民主的 平和革命에 의하여 自滅하는 경우에는 大韓民國의 現行憲法을 北韓에서 適用하기만 하면 된다. 過去 戒嚴制度研究段階에서 北韓地域에 戒嚴을 실시하고 民事處理하기 위하여 統一後에 施行될 北韓法の 研究을 한 적이 있었다고 한다. 吸收統一의 경우에는 理論上은 大韓民國의 領域이 韓半島全域에 걸치기 때문에 北韓에의 大韓民國憲法適用은 問題가 없고 이에 違反되는 北韓의 法令의 效力을 어느 程度까지 인정할 것인가만 問題가 된다. 이 경우에는 北韓의 住民의 同意없이 우리 國會에서 이에 관한 法律만 制定하고 政府에서 施行令만 制定하면 된다는 極端論도 나올 수 있다. 그러나 이러한 方式은 北韓住民의 意思를 反映하지 않았다는 점에서 北韓住民의 反撥을 가져올 수 있다.

2) 統一憲法の 制定方向

이에 韓民族共同體統一方案은 北韓住民의 意思를 反映할 수 있도록 南北評議會에 의한 統一方案을 提示하고 있다. 南北評議會는 南北의 國會議員으로 構成되는 일종의 議會로서 南北이 서로 合意하면 制憲議會의 役割도 할 수 있을 것이며 여기서 統一憲法案을 만들고 議決하게 될 것이다. 南北의 合意에 의한 統一은 西獨基本法 第146條에 의한 統一憲法制定方式이라고 할 것이다. 이 경우 憲法

制定의 方式이 문제된다.

大韓民國憲法은 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一政策을 수행하도록 강제하고 있기 때문에(제4조) 統一憲法은 大韓民國憲法의 自由民主的 基本秩序는 侵害할 수 없게 되어 있다. 自由民主的 基本秩序에 대하여 우리 憲法裁判所는 「自由民主的 基本秩序에 위해를 준다는 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유 평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부체제를 파괴 변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것이다」³⁸⁾고 하고 있는 바 이는 獨逸憲法裁判所의 判例와도 一致하고 있다.³⁹⁾

따라서 一人獨裁내지 一黨獨裁는 憲法制定時에도 고려될 수 없는 것이요, 基本的 人權의 尊重·權力分立, 議會制度, 複數政黨制度, 選舉制度, 私有財產과 市場經濟를 骨幹으로 한 經濟秩序 및 司法權의 獨立은 統一憲法制定時에도 排除할 수 없는 것이다.

이러한 最小限의 內容을 담은 自由民主的 憲法이 南北評議會에서 議決된 경우 國民投票에 回附할 것인가의 문제가 있다. 바꿔 말하면 現行憲法에 따른 改正節次를 밟을 것이냐 아니면 現行憲法의 改正節次에 구애되지 않은 새로운 憲法制定의 方法에 의할 것인가이다. 南北間의 合意에 의한 統一憲法의 制定의 경우 반드시 現行憲法의 改正方法에 따를 必要는 없을 것이요, 새로운 制定의 方法에 의할 수도 있다. 이 경우 國民投票制度는 必須的인 것은 아니나 바

38) 헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가 113, 헌재판례집II, 49면 이하.

39) BVerfGE 2, 1. SRP Urteil 참조.

람직한 것이라고는 할 것이다. 獨逸基本法 第146條도 이에 관해서는 明白히 규정하지 않고 있다.⁴⁰⁾

(2) 統一憲法の 制定方向

1) 前文과 總綱規定

大韓民國憲法에는 前文이 있으나 北韓憲法에는 前文이 없다. 憲法에 前文을 붙이는 것은 일반적인 경향이며 統一憲法에 있어서도 前文을 두어 統一憲法制定의 취지와 憲法이 입각하고 있는 基本的 立場 그리고 이에 근거하여 憲法이 채택하고 있는 基本原理 내지는 基本理念을 표현하여야 할 것이다.⁴¹⁾

이 前文에서 특히 강조하여야 할 것은 韓國이 上海臨時政府의 法統을 계승한 大韓帝國의 繼承政權임을 강조하고 日帝의 韓國合邦이 무효이며 해방후의 南北韓分斷에도 불구하고 韓民族이 통일체로서 기능 하였으며 民族史的인 正當性에 입각하여 統一憲法을 制定했음을 강조하여야 할 것이다. 前文에서는 基本理念으로서 ① 國民主權主義, ② 基本權尊重主義, ③ 민족문화국가주의, ④ 國際平和主義, ⑤ 福祉國家主義를 규정해야 할 것이다.

總綱에서도 모든 國民에게 主權이 있는 國民主權主義를 선언하고, 階級獨裁主義를 排擊하여야 할 것이다. 또 單一政黨制度를 排除하고 複數政黨制度를 보장하여야 할 것이다. 全國民에게 主權이 있

40) 상세한 것은 v. Mangoldt-Klein-v. Campenhausen, Grundgesetz Kommentar Bd. 14, 3. Aufl. S. 352ff. 참조.

41) 獨逸基本法도 統一時에 前文을 改正하고 있으며 東獨憲法案에서도 前文을 두고 있다. 統一憲法의 理念과 制度에 관해서는 金哲洙, 統一憲法의 理念과 制度, 考試界 1980. 1. 金哲洙, 統一韓國의 未來像, 統一政策, 제5권 제4호, 1979. 12 참조.

고 모든 政策·政綱이 자유롭게 발표되고 追求될 수 있는 複數政黨의 存立이 보장되고 政黨이 책임을 지는 政黨國家化의 경향이 불가피할 것이다. 大韓民國憲法에 있어서의 政黨解散條項은 이를 삭제하고 共產黨의 存立도 보장하는 複數政黨制가 되어야 할 것이며⁴²⁾ 北韓憲法에서와 같은 單一政黨의 優越이나 (北韓憲法 제11조) 1人崇拜政黨이 排擊되어야 할 것은 물론이다.⁴³⁾ 西유럽國家에서와 같은 保守, 自由, 共產, 社會政黨들의 自由競爭이 보장되는 政治體制가 마련되어야 할 것이다.

民族文化의 계승과 발전을 기하는 民族文化國家主義에 입각하되 國粹主義的인 경향을 배제하고 平和愛好國民으로서 世界平和主義와 人類共榮主義를 채택하여야 할 것이다.⁴⁴⁾ 統一憲法制定의 목적이 民族의 통합, 同胞愛의 발휘 등에 있으므로 이를 明記할 것이요, 立憲主義와 法治主義, 國際法尊重主義를 규정해야 할 것이다.

經濟條項에 있어서는 私有財產制度를 보장하되 私有財產濫用을 막기 위한 제도가 강구되어야 할 것이다.⁴⁵⁾ 圓卓會議에서 議決된 東獨憲法草案에서도 私有財產制度를 保障하고 있었다. 그러나 北韓憲法은 1992年憲法에서도 생산수단에 대한 사유를 인정하지 않고 있다. 國民福祉向上과 實質的 平等의 보장을 위한 財產形成政策의 수립과 消費者保護, 大企業의 橫暴防止를 위한 所有上限制, 獨寡占制限 등 原則도 규정되어야 할 것이다. 北韓의 計劃經濟制度를 변경하여 利潤追求의 가능성을 보장하는 社會的 市場經濟 내지는 修

42) 共產主義의 沒落에 따라 共產黨의 再生은 생각할 수 없으나 社會主義的 政黨까지 排除할 必要는 없을 것이다.

43) 北韓憲法은 1992年改正에서 제1條를 新設하여 「共和國은 조선로동당의 령도 밑에 모든 활동을 進행한다」고 하여 黨의 支配의 地位를 인정하고 있다.

44) 北韓憲法은 제2조에서 혁명적인 정권임을 강조하고 있다. 그러나 제17조에서 대외정책의 기본이념에 관하여 규정하고 있다.

45) 北韓憲法은 제19조에서 「사회주의적 생산관계와 자립적 민족경제의 토대에 의거한다」고 하고 있다.

正資本主義經濟體制를 채택하는 것이 바람직할 것이다. 兩經濟體제의 통합에는 많은 문제점이 예상되나 兩經濟體제의 長點을 살리고 短點을 보충하는 측면에서 憲法이 규정되어야 할 것이다.⁴⁶⁾

2) 基本權規定

基本權規定에 있어서는 大韓民國憲法과 北韓憲法の 規定을 보다 強化·補充하는 方向에서 憲法이 制定되어야 할 것이다. 이 경우에 準據가 될 수 있는 것으로는 世界人權宣言, 經濟的·社會的 및 文化的 權利에 관한 國際規約, 市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約과 유럽人權條約, 유럽社會憲章, 美洲人權條約 등이 있다. 이 밖에도 前述한 東獨憲法草案이며 獨逸諸支邦聯邦憲法草案을 參照할 수 있을 것이다. 東獨憲法草案은 基本權에 관하여 40個條에 걸쳐 상세히 규정하고 있다.

大韓民國憲法の 自由權的 基本權規定에 思想의 自由, 宗教·教育의 自由, 國內外旅行과 海外移住의 自由, 國內외로부터 情報에 接觸權利, 生命權, 人格權, 放送·放映의 自由, 알 權利, 情報傳達手段利用權과 訂正報道請求權 등을 추가하는 것이 바람직할 것이다. 北韓憲法の 自由權的 基本權規定은 낙후된 것이며 발달된 社會主義國家에 있어서는 國際聯合의 市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約이 締結·批准되고 있는 것을 볼 때 自由權的 基本權을 追加補充하는 것은 당연함을 알 수 있을 것이다.

生存權的 基本權에 관해서는 大韓民國憲法規定에 北韓憲法の 몇 規定을 추가하고 國際聯合의 經濟的·社會的 및 文化的 權利에 관한 國際條約이나 유럽社會憲章을 準거하여 보다 상세한 規定을 두

46) 北韓憲法은 「인민경제는 계획경제이다」고 明文化하고 있는데 이를 받아들일 수는 없다.

는 것이 바람직할 것이다. 婚姻·家族制度를 보장하고 妊産婦·幼兒·少年 및 老人에 대한 國家의 특별한 保護를 明記하여야 할 것이요, 子女의 扶養과 教育에 대한 兩親의 權利를 규정하고 私生兒의 平等保護 등도 규정하여야 할 것이다. 이와 관련하여 教育을 받을 權利를 보다 補完하고 義務教育의 擴充을 규정해야 하겠다. 北韓憲法은 教育·문화에 관한 많은 條項을 두고 있는데 「국가는 1년 동안의 학교 전 의무교육을 포함한 전반적 11년제 의무교육을… 높은 수준에서 발전시킨다」고 하고 있어⁴⁷⁾ 統一憲法에서도 10年制義務教育으로 하는 것이 바람직하며 學齡前 兒童의 幼稚園教育의 의무화규정도 바람직할 것이다.

勤勞者의 完全雇傭의 權利와 適正賃金 最低賃金保障 등을 규정할 뿐만 아니라 休息과 餘暇의 權利, 同一勞動에 대한 同一賃金の 權利, 男女同一賃金の 權利 등을 규정하고 勞動者의 經營參與權과 勞動者의 利益分配請求權 등을 규정하는 것이 바람직할 것이다. 北韓憲法은 1992年 憲法에서 人民의 福祉向上을 강조하고 있는 바 「모든 勤勞者의 먹고, 입고, 쓰고, 살 수 있는 모든 條件을 마련한다」고 하고 있다. 또 「大學과 專門學校學生에 대한 獎學金を 支給한다」고 하고 있다. 또 環境權을 규정하고 있다. 統一憲法에서는 生存權의 基本權規定을 보완하고 衣食住에 관한 權利 등을 보다 具體化해야 할 것이다.

請求權의 基本權에 있어서도 裁判을 받을 權利를 보다 實效化할 것이며 法律救助를 받을 權利를 확장하고 公正한 裁判을 받을 제도를 완비하여야 할 것이다. 刑事補償請求權 이외에도 無罪判決時의 名譽回復措置請求權을 규정해야 할 것이고 受刑者의 人格權保障 등도 규정해야 할 것이다.

47) 北韓憲法 제45조.

參政權에 있어서는 選舉權者의 年齡을 18세로 인하하여 政治活動의 폭을 넓혀야 할 것이다. 大韓民國憲法은 選舉權年齡을 20세로 北韓憲法은 17세로 규정하고 있는데 世界的 大勢에 따라 18세로 하는 것이 바람직할 것이다. 18세 이상의 國民의 政黨加入 政黨活動 選舉運動 등 政治活動의 自由를 규정하는 것이 바람직할 것이다.

義務規定에 있어서는 大韓民國憲法의 義務規定에 國法遵守의 義務 등 北韓憲法의 規정을 추가하면 될 것이다.

3) 統治機構

統一憲法에서의 統治機構를 어떻게 할 것인가에 대해서는 많은 論難이 있을 것이다. 基本權規定에 있어서는 이상적인 규정이 가능하나 統治機構에 있어서는 時所를 초월한 이상적인 政府形態라는 것은 존재하기 어렵기 때문이다. 특히 統一當時의 남북한의 勢力關係라든가 國際情勢 등이 결정적으로 영향을 끼칠 것이기 때문에 단정적으로 말하기는 어렵다. 여기서는 가능한 政府形態 중 가장 바람직한 것은 어떤 것인가 한번 생각해 보기로 한다.

1970년 현재 세계 130餘個國의 政府形態를 보면 大統領中心制國家 39個國, 議員內閣制國家 66個國, 共產國家 14個國, 기타 10餘個國家로 나타나 있다. 이 중 共產主義國家는 最高會議가 모든 國家權力을 독점하여 執行部는 그 立法府의 披使用者에 불과한 것으로 立法府가 절대 우월한 형태이다. 이 경우 立法府를 지배하는 政黨의 絶對優越이 가능하며 國家權力의 集中으로 말미암은 國民의 基本權制限, 國家權力行使의 濫用 등이 결과됨으로써 共產主義政府形態의 채택은 불가하다. 특히 北韓憲法은 國家主席의 一人獨裁政權을 유지하고 있기 때문에 그러한 방식의 政府形態를 채택할 수는

없다. 平和的 統一을 전제로 하는 이상 一人이나 一黨에게 全國家 權力을 집중하는 政府形態는 상상할 수도 없는 것이며 憲法裁判所의 自由民主的 基本秩序決定에도 違反되는 것이다.

大統領制는 權力分立型이기 때문에 고려할 여지는 많다. 美國式 大統領制는 大統領이 行政權의 首班이며 議會와 法院과 대등한 關係를 가지나 單一制를 채택하는 경우에는 執行部의 우월이 야기될 가능성이 많다. 동시에 대비한 協商過程에서 일방만이 執行權을 독점하는 美國式大統領制를 채택하는 것은 期待可能性이 적다. 물론 副統領制를 둔다던가 國務總理制를 두어 國家權力을 按配하는 것은 생각할 수 있을 것이다. 다만 大統領推戴에 대한 事前調整이 이루어지지 않는 한 大統領制는 고려대상이 아니 될 것으로 보인다.

議員內閣制의 경우 議會에서의 多數決에 의하여 政府가 구성되며 議會에서의 對話와 討論을 통하여 多數者와 小數者의 政治的 妥協을 가능하게 한다. 議會議員選舉에 따라 國民의 意思가 정확히 반영되기 때문에 國民에 의한 統治라는 理念에도 적합하다고 하겠다. 議員內閣制의 경우에는 議會의 多數派가 政府를 구성하고 그 경우 聯立政府를 형성하기 때문에 議會와 政府간 共和協調關係가 잘 유지될 수 있다. 만약에 협조가 잘 이루어지지 않는 경우 議會는 政府不信任權을 行使할 수 있고 政府는 議會解散權을 행사하여 國民에게 審判을 물을 수 있다.

議員內閣制下에서는 議會가 大統領과 國務總理를 선출하게 되는데 南北 어느 일방에서 國務總理가 나오는 경우 다른 일방에서 대통령을 선출하여 양자가 서로 妥協下에 行政府를 구성한다면 兩者의 異質의인 要素의 融和에도 공헌할 것이 기대된다.

議員內閣制에 있어서 政府에 대한 議會의 不信任權과 政府의 議院解散權이 濫用될 때 政局의 不安定과 混亂이 초래될 가능성도 있

기 때문에 西獨式인 建設的 不信任投票制度를 도입하면 政局의 불안도 막게 될 것이다.⁴⁸⁾

國會는 國民에 의하여 直接선거하도록 할 것이며 立法權을 가진 最高機關으로 하여야 할 것이요 兩院制가 바람직할 것이다. 國會는 政府에 대한 不信任權과 國政調査權 및 國務總理 國務委員들의 出席·答辯要求權을 통하여 政府를 牽制할 수 있게 하여야 할 것이다. 大統領의 地位는 形式的 儀禮的인 國家元首로 할 것이며 行政權은 國務總理를 首班으로 하는 政府가 맡도록 할 것이다. 政府는 國會에 대하여 連帶責任을 저야 할 것이다.

法院의 독립을 보장하고 違憲命令·處分審査制를 두어야 할 것이다. 違憲法律審査와 憲法에 관한 爭訟事件을 심판하기 위하여 憲法裁判所를 둘 것이며 憲法保障의 기능을 다하도록 하여야 할 것이다. 憲法裁判所를 司法府의 最高機關으로 하며 그 아래에 行政裁判所, 民事大法院, 刑事大法院 등을 두는 방법도 검토할 수 있을 것이다.

(3) 結 語

韓半島의 平和的 統一을 달성하기 위하여 南北評議會를 구성하고 統一憲法을 起草하고 國民投票로 統一憲法을 확정하여 統一憲法에 의거 民主總選을 실시, 統一國會를 구성하고 統一政府를 수립하는 것은 가장 바람직한 統一方案이다. 그러나 南北相爭을 겪은 韓半島에서 그것이 一朝一夕에 이루어지리라고 생각하기는 어렵다. 그것이 당장에 실현될 수 없는 理想처럼 보이더라도 이의 貫徹을 위하여 온 국민은 全력을 경주하여야 할 것이다. 統一祖國의 政治理念

48) 상세한 것은 金哲洙, 理想的인 政府形態, 考試界, 1982. 7. 참조.

이라든가, 國號, 對內外政策의 基本方向, 政府形態, 選舉方法 등에 관해서는 兩當事者の 의견이 첨예하게 대립될 것이 예상된다. 이러한 문제에 대해서는 南北韓住民들간에 활발한 論議가 전개되어야 할 것이요, 民族的 合意가 이루어져야 할 것이다.

統一憲法草案을 작성하기 위한 기초로 많은 試案들이 발표되어 國民들의 批判을 받는 것이 필요할 것이요, 世界市民들의 共感을 얻을 수 있는 草案이 마련되어야 할 것이다. 이때 著者들이 만든 統一憲法試案이나 東獨合意時에 東西獨學者들이 모여 만든 東獨憲法草案이며 獨逸諸支邦聯邦憲法案 등 참조되어야 할 것이다. 우리도 하루 빨리 南北統一條約을 締結하고 統一憲法을 制定하는 단계로 나아가야 할 것이다.⁴⁹⁾

49) 위 註에서 들지 않은 參考文獻으로는 다음과 같은 것이 있다.

田駿·石原崩記編 「韓國·北朝鮮統一問題資料集」 自由社, 1979.

浦野起央·崔敬洛 「朝鮮統一の構図と北東アジア」 勁草書房, 1989.

河信基 「朝鮮が統一する日」 日本評論社, 1990.

ジョンA.사리반 「二つの朝鮮と一つの未來」 お茶の水書房, 1989.

Tscholsu Kim, Prospect for Constitution for a United Korea, *Korean Journal of Comparative Law* 1985.

박성조·양성철, 독일통일과 분단한국, 경남대학교 극동문제연구소, 1991.

鄭鎔碩, 분단국통일과 남북통일, 다나, 1992. 등

合憲的 法律解釋의 本質과 限界

-우리 憲法判例의 내용과 문제점-

許 營

憲法裁判所 諮問委員

延世大學校 法科大學 教授

- 目 次 -

一. 글머리에

二. 合憲的 法律解釋의 本質的인 內容과 機能

1. 합헌적 법률해석의 이론적 기초
2. 법률의 합헌적 해석의 의의
3. 법률에 대한 규범통제의 한계로서의 법률의 합헌적 해석과 그 한계
4. 합헌적 법률해석의 이론적 근거와 그 양면성

三. 合憲的 法律解釋의 限界

1. 법률의 합헌적 해석의 헌법수용적 한계

2. 법률의 합헌적 해석의 文義的 限界
3. 법률의 합헌적 해석의 법목적적 限界
4. 법률의 합헌적 해석의 文義的 限界와 법목적적 限界의 關係

四. 우리 憲法裁判所의 判例를 통해서 본 合憲的 法律解釋

1. 判例에 나타난 合憲的 法律解釋의 類型과 內容
 - 가. 한정합헌결정
 - 나. 한정위헌결정
 - 다. 조건부위헌결정
 - 라. 일부위헌결정
2. 判例에 나타난 合憲的 法律解釋의 문제점
 - 가. 일부위헌결정의 문제점
 - 나. 조건부위헌결정의 문제점

五. 글을 마치며

一. 글머리에

1988년 9월 헌법재판소가 구성되어 그 활동을 시작한 이래 지금까지 (1992년 9월말) 4년 동안 모두 1550건의 헌법재판사건이 접수된 가운데 처리된 것도 1219건에 이르고 있다. 특히 주목을 끄는 부분은 법률에 대한 위헌심사에서 모두 28건¹⁾의 법률에 대해 위헌결정(헌법불합치결정, 일부위헌결정, 한정위헌결정과 한정합헌결정 제외)²⁾이 있었으며, 공권력의 기본권침해에 대한 헌법소원 심판사건에서 16건이 인용되어 구체적인 권리구제조치가 이루어졌다는 점이다. 우리 헌정의 앞날을 밝게 해주는 매우 고무적인 일이 아닐 수 없다.

헌법재판소가 지금까지의 의욕적인 헌법보호활동을 시작하기 전까지만 해도 헌법은 정치생활의 큰 흐름을 주도해 나가기 위한 규범적인 효력을 나타내기 어려웠다. 지난날 헌법은 단순히 통치구조의 골격을 짜기 위한 일종의 기본적인 권력설계도에 지나지 않았다. 헌법상의 기본권에 관한 규정도 그 직접적 효력과 기속력이 철저히 무시되어 왔고, 예컨대 헌법에서 말하는 신체의 자유보장보다는 수사상의 필요에 따른 신체의 자유의 제한이 당연시되었다. 또 모든 입법활동에 대한 기본권적인 제약은 하나의 유토피아적인 환상으로 밖에는 평가되지 않았다. 이런 상황 속에서 진정한 헌법국가의 실현은 참으로 요원한 것이었다. 인권을 무시하는 강압적인 통치가

1) 이중 17건은 구체적 규범통제절차(헌법재판소법제41조)에 의한 것이고, 나머지 11건은 헌법소원심판절차(헌법재판소법제68조 제1항과 제2항)에 의한 것이다.

2) 그동안 위헌결정 28건외에도 2건의 헌법불합치결정, 3건의 일부위헌결정, 1건의 조건부위헌결정, 2건의 한정위헌결정, 8건의 한정합헌결정등 모두 16건의 위헌성결정이 있었기 때문에 위헌결정과 위헌성결정을 합하면 44건의 법률규정이 헌법재판소에 의해 문제가 있는 것으로 지적된 셈이다.

가능했던 것도 바로 그 때문이었다. 그래서 사람들은 헌법을 국민의 일상생활과는 직접적인 관련성이 없는 것으로 인식하는 경향이 많았다.

그러나 헌법재판소가 헌법보호의 제구실을 하기 시작한 뒤부터 우리 헌법은 최고규범으로서의 규범적인 효력을 나타내고, 헌법에서 보장된 기본권도 국가의 통치권력을 묶는 기속력(Bindungskraft)을 조금씩 발휘하고 있다. 참으로 다행한 일이고 매우 바람직한 현상이다.

그런데 헌법재판이 활성화되고 헌법재판에 의한 헌법보호의 실효성이 커지면 커질수록 헌법재판이 자칫 또 다른 헌법침해의 결과를 초래한다는 비난을 받지 않도록 세심한 주의가 필요하다. 특히 법률에 대한 규범통제는 헌법의 최고규범성을 지키기 위한 불가피한 헌법재판적 수단이기도 하지만, 대의민주적인 입법기능에 대한 중대한 간섭을 뜻하기 때문에 특별히 신중한 자세가 필요하다.

우리 헌법재판소는 지금까지의 판례를 통해서 특히 법률에 대한 규범통제의 경우 대체로 신중한 자세를 지키려고 노력했다고 볼 수 있다. 헌법재판소가 자주 활용하는 법률의 합헌적 해석의 결정이 바로 그 단적인 증거이다.

법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성을 그 이론적인 근거로 하면서도 또 한편 대의민주적인 입법기능을 최대한으로 존중하려는 제도적인 표현을 뜻하기 때문이다. 그렇지만 우리 헌법재판소는 근래에 와서 법률에 대한 규범통제의 경우 법률의 합헌적 해석을 너무 지나치게 남용함으로써 합헌적 법률해석의 법리를 왜곡시키고 있지는 않은가 하는 의혹을 사고 있다.

아래에서 법률의 합헌적 해석의 본질적인 의미와 기능이 무엇인지를 살펴보고(二), 법률에 대한 규범통제에서 지켜야 되는 합헌적 법률해석의 한계를 분명히 밝힌 후에(三), 우리 헌법재판소의 판례에 나타난 합헌적 법률해석의 유형과 내용 및 그 문제점을 진단함으로써(四) 우리 헌법재판제도의 바람직한 정착에 도움을 주고자 한다.

二. 合憲的 法律解釋의 本質的인 內容과 機能

1. 합헌적 법률해석의 이론적 기초

법률에 대한 합헌적 해석은 법률해석의 한 기술이다. 법률해석의 가장 고전적이고 전통적인 기법은 Savigny의 4단계 해석방법이다. 19세기초 로마법이 통용되던 시대에 발달된 Savigny의 고전적 해석방법에 따르면, 법해석은 어디까지나 법조문을 절대적인 바탕으로 하되, 법조문의 뜻이 분명치 않은 경우에는 그 법조문의 의미를 찾아내기 위해서 문법적, 논리적, 역사적, 체계적 해석방법을 차례로 동원해야 한다고 한다. Savigny의 이 4단계 해석방법은 오늘날 까지도 모든 법학분야에서 법해석의 표본적인 기법으로 간주되고 있다.

헌법해석분야에도 Savigny의 영향은 매우 크다. 헌법해석의 특수성을 부인하고, 헌법해석에서도 다른 법해석에서와 마찬가지로 문법적, 논리적, 역사적, 체계적 해석방법이 그대로 적용되어야 한다고 주장하는 법실증주의적인 헌법학에서 Savigny의 해석법학적인

영향을 가장 강하게 느낄 수 있다. 헌법규범과 일반 법률규범이 구조적으로 완전히 동일하다고 본다면 헌법해석과 일반법률의 해석이 크게 다른 것이 없다고 할 것이고, Savigny의 해석기법을 헌법해석에 적용하는 것도 큰 무리가 없다고 볼 수 있다.

그렇지만 헌법과 다른 법률은 다같이 법규범이라는 공통점에도 불구하고 그 규범구조와 기능면에서 다른 점이 많기 때문에 헌법해석과 일반법률해석에서 완전히 동일한 해석기법을 적용하는 것은 문제가 있다. 헌법이 갖는 개방성, 추상성, 미완성성과 같은 규범구조적인 특질과, 헌법의 정치 주도적이고 사회 통합적인 기능을 주목한다면 헌법해석은 마땅히 일반법률의 해석과는 구별해야 한다. 헌법해석에만 적용되는 고유한 해석방법이 다양하게 논의되는 이유도 바로 그 때문이다.

그런데 헌법해석에서 특히 강조되어야 할 점은 어떤 특정한 해석방법의 획일적이고 경직된 적용보다는, 헌법의 통일성, 헌법의 기능적 과제, 헌법의 사회 안정적 요인 등을 헌법해석의 지침으로 삼아서 이것을 헌법해석의 과정에서 항상 존중하는 일이다.

우리처럼 헌법재판제도가 확립된 나라에서는 헌법해석이 주로 헌법재판을 통해서 행해진다고 볼 때, 헌법재판에서도 헌법의 통일성, 헌법의 기능적 과제, 헌법의 사회 안정적 요인 등을 언제나 염두에 두고 심판을 해야 한다. 헌법재판에서 자주 거론되는 「헌법재판의 한계」라는 논리형식도 따지고 보면 이와 같은 헌법해석의 지침을 존중함으로써, 헌법재판에서 이루어지는 헌법해석이 사회통합과 사회안정에 도움이 되도록 해야한다는 당위적인 요청의 이론적인 산물에 지나지 않는다고 볼 수 있다.

헌법재판에서, 특히 법률에 대한 규범통제와 관련해서 법률의 합헌적 해석이 여러 가지 형태로 행해지는 것도 본질적으로 고전적이

고 전통적인 법률해석의 기법만으로는 해결될 수 없는 헌법해석과 법률해석의 중간영역이 존재한다는 것을 시사해주는 것이라고 말할 수 있다. 헌법해석과 법률의 합헌적 해석은 분명히 구별되어야 하지만, 두 가지가 기능적인 면에서 헌법이 추구하는 사회통합과 사회안정을 달성하기 위한 수단이라는 점에서 밀접한 관련성이 있다.

헌법해석과 법률의 합헌적 해석이 서로 다른 문제이면서도 이 두 가지가 헌법해석의 테두리 속에서 함께 다루어지고 있는 이유도 바로 그와 같은 기능적인 연관성 때문이다.

2. 법률의 합헌적 해석의 의의

법률의 합헌적 해석이란 외형상 헌법에 어긋나는 것으로 보이는 법률이라 할 지라도 그것이 헌법정신에 맞도록 해석될 여지를 조금이라도 간직하고 있는 경우에는 이를 함부로 위헌이라고 판단하지 않고 헌법정신과 조화될 수 있는 방향으로 해석 적용해야 한다는 법률의 해석지침을 말한다. 법률의 합헌적 해석이 엄밀한 의미에서 헌법해석의 문제가 아닌 법률해석의 문제로 인식되는 것은 당연하다. 그런데 법률의 합헌적 해석을 소극적인 의미로 이해하는 경우에는 합헌적인 소지를 조금이라도 간직하고 있는 법률의 효력을 그대로 지속시켜야 된다는 점을 강조하게 된다. 그러나 법률의 합헌적 해석을 적극적인 의미로 이해하는 경우에는 법률의 효력을 단순히 지속시킨다는 차원을 넘어서, 법률의 내용을 헌법정신에 맞도록 적극적으로 형성하는 것을 허용하게 된다. 입법권이 대의기관에 주어졌던 대의 민주주의 국가에서 구태여 3권 분립의 원칙을 따질 필요도 없이, 법률의 합헌적 해석을 적극적인 의미로 이해하는 것은 자칫 입법권자가 갖는 입법형성권에 대한 침해를 허용하는 결과가 될

수 있다. 법률의 합헌적 해석을 적극적인 의미로 이해하려는 경우에 반드시 명심해야 할 점이다. 법률의 합헌적 해석의 한계는 결국 법률의 적극적인 합헌해석에 의해서 입법권이 침해될 가능성을 줄여야 된다는 당위론에서 출발한다고 볼 수 있다.

3. 법률에 대한 규범통제로서의 한계로서의 법률의 합헌적 해석과 그 한계

법률의 합헌적 해석은 법률에 대한 규범통제의 과정에서 주로 행해지는 것이 원칙이지만, 그렇다고 해서 법률의 합헌적 해석이 법률에 대한 규범통제를 꼭 전제로 하는 것은 아니다. 법률의 합헌적 해석과 법률에 대한 규범통제는 헌법의 최고규범성을 그 공통적인 이론적 근거로 하고 있다. 그렇지만 엄밀히 따져 본다면 법률의 합헌적 해석은 헌법이 일종의 ‘해석규칙’(Auslegungsregel)으로서 기능하는 경우이고, 법률에 대한 규범통제는 헌법이 ‘저촉규칙’(Kollisionsregel)으로서 기능하는 경우이기 때문에, 전자의 경우에는 법률이 헌법과 조화될 수 있도록 해석·적용되는 것을 요구하지만, 후자의 경우에는 법률이 헌법에 저촉되는 것을 용납하지 않기 때문에 헌법에 저촉되는 법률은 당연히 무효화되는 결과를 초래하게 된다. 말하자면 전자의 경우 헌법은 법률의 ‘해석기준’이 되지만, 후자의 경우에는 법률의 ‘심사기준’이 되는 셈이다. 그렇기 때문에 법률의 합헌적 해석과 법률의 규범통제는 엄격한 의미에서 그 추구하는 제도의 목표가 서로 상극적이다.

전자는 대의기관의 입법권에 의해서 제정된 법률의 효력을 되도록 지속시키려는 정신의 제도적 표현인데 반해서, 후자는 헌법의

최고규범으로서의 효력을 지키자는 의지의 제도적 표현이기 때문이다. 법률의 합헌적 해석이 법률의 규범통제에 대한 제약이 되고, 법률의 합헌적 해석은 법률의 규범통제에 의해서 한계가 정해짐으로써, 두 제도가 서로 제약적(한계적)인 기능을 갖게 되는 이유도 바로 그 때문이다. 그렇지만 한가지 분명한 사실은 법률의 합헌적 해석이 법률의 규범통제를 무력화시키는 결과가 초래되어서는 아니 된다는 점이다. 극단적으로 표현한다면 법률의 합헌적 해석을 떠나서 법률의 규범통제는 가능하지만, 법률의 규범통제를 떠난 법률의 합헌적 해석은 극히 예외적인 현상으로서의 의미를 가질 수밖에 없다. 바로 이곳에 법률의 합헌적 해석이 법률의 규범통제에 대한 제약이 되는데 있어서의 기능적인 한계가 있다. 그것은 결국 법률의 규범통제가 법률의 합헌적 해석에 의해서 희생되어서는 아니 된다는 것을 의미한다.

4. 합헌적 법률해석의 이론적 근거와 그 양면성

대의민주주의 국가에서 합헌적 법률해석이 허용되는 이론적인 근거는 여러 가지이다. 헌법을 정점으로 하는 법질서의 통일성을 유지·존속시키려는 것도 그 이론적인 근거가 된다. 또 3권분립의 원칙에 입각한 기능분리의 정신을 살려 범형성기능과 범인식기능을 구별함으로써 국가기능의 분산을 통한 권력통제의 실효성을 높인다는 것도 그 이론적인 근거로 꼽을 수 있다. 나아가 대의민주주의 이념에 비추어 볼 때 상대적으로 민주적 정당성이 강하다고 볼 수 있는 입법기관에서 제정한 법률은 원칙적으로 국민의사의 규범적인 표현형태라고 평가해야 하기 때문에 강력한 합헌성의 추정을 받게 되고, 이처럼 민주적 정당성에서 나오는 합헌성의 추정을 뒤엎는

법률에 대한 위헌결정권의 행사는 어디까지나 원칙이 아닌 예외현상으로 보아야 옳다는 것도 합헌적인 법률해석의 근거가 된다. 그렇기 때문에 법률에 대해서 규범통제를 하는 경우에도 규범파괴적인 해석에 의한 위헌결정 보다는, 규범저장적(유지적)인 해석에 의한 법률효력의 유지가 보다 바람직한 일로 권유될 수밖에 없다. 법률에 대한 헌법적 해석은 바로 법률효력의 유지를 목표로 하는 규범저장적인 해석기법이라고 말할 수 있다. 물론 법률효력의 유지가 법률효력을 상실시키는 법률의 위헌결정보다 법적 안정성의 관점에서서도 좋은 효과를 나타낸다는 것은 더 말할 필요가 없다. 정의의 실현과 함께 법적 안정성의 유지를 또 다른 축으로 해서 짜여진 법치국가의 이념에서 볼 때 법률의 합헌적 해석은 법치주의 이념의 제도적인 표현이라고도 말할 수 있다. 물론 법치주의를 받치고 있는 두 개의 기둥 중에서 법적 안정성의 요청만을 지나치게 강조하는 경우, 정의의 실현이 소홀해질 위험성이 나타나고, 그것은 결과적으로 법치주의 그 자체를 위태롭게 한다는 점을 고려한다면, 법률의 합헌적 해석에 의해서 추구되는 법적 안정성의 유지에도 일정한 한계가 있을 수밖에 없다는 점을 알 수 있다. 바로 이점에서도 법률의 합헌적 해석의 이론적 근거는 동시에 그 이론적인 한계를 뜻하게 된다는 사실을 다시 한번 확인 할 수 있다.

이러한 사실은 법률의 합헌적 해석의 또 다른 이론적인 근거로 제시되고 있는 국가간의 신뢰보호의 논리에서도 확인할 수 있다. 즉 국가간에 체결된 조약 내지 그 동의법(同意法)에 대해서 규범통제가 행해지는 경우, 그 효력을 가급적 지속시키는 것이 국가간의 신뢰를 보호하고 신의를 존중하는 결과가 된다고 말을 한다면, 똑같은 논리를 내세워 국가간의 조약 내지 동의법을 조약당사국이 이해하고 있지 않은 방향으로 해석하는 것도 (그것이 비록 합헌적인

해석일지라도) 마찬가지로 국가간의 신뢰보호의 관점에서 바람직하지 않다고 말할 수 있다. 바로 이곳에 조약 및 그 동의법에 대한 합헌적 법률해석의 이론적인 한계가 있다.

아무튼 법률의 합헌적 해석의 이론적인 근거로 제시되고 있는 모든 논증속에는 논리내재적으로 법률의 합헌적 해석이 헌법을 쟁점으로 하는 법질서의 통일성유지 때문에 필요한 것이라면, 법률의 합헌적 해석에 의해서 헌법을 정점으로 하는 법질서의 통일성이 깨지는 현상이 일어나서는 아니된다. 또 3권분립의 원칙에 따라 법형성기능과 법인식기능을 구별하는 것이 권력통제를 위해서 필요하기 때문에 법률의 합헌적 해석이 허용되는 것이라면 법률의 합헌적 해석에 의해서 오히려 법형성기능과 법인식기능의 구별이 모호해지는 현상은 반드시 지양되어야만 한다. 민주적인 정당성에 뿌리를 둔 대의기관의 입법권을 존중하기 위해서 규범저장적인 해석기법을 통한 법률의 합헌적 해석이 필요한 것이라면, 법률의 합헌적 해석이라는 가면을 쓰고 등장하는 입법권의 침해는 결코 허용될 수 없다. 이렇게 볼 때 법률의 합헌적 해석이라는 이론은 처음부터 엄격한 한계를 간직하고 등장한 법률해석의 기술이라고 말할 수 있다. 법률의 합헌적 해석을 정당화하는 이론적 근거의 양면성이 거기에서 나오고, 법률의 합헌적 해석의 한계가 특별히 중요한 의미를 갖게 되는 이유도 바로 그 때문이다.

三. 合憲的 法律解釋의 限界

법률의 합헌적 해석은 그 이론적인 한계를 벗어나지 않고 행해지는 경우에만 제도의 본래기능이 나타날 수 있다. 따라서 법률의 합헌적 해석에서는 그 한계를 존중하는 일이 가장 중요하다.

독일연방헌법재판소가 법률의 합헌적 해석을 할 때마다 특별히 그 한계의 존중에 신경을 쓰는 이유도 그 때문이다.³⁾ 그런데 법률의 합헌적 해석의 한계로서는 합헌적 해석의 헌법수용적 한계, 文義的 限界, 범목적적 한계가 일반적으로 강조되고 있다.

1. 법률의 합헌적 해석의 헌법수용적 한계

법률의 합헌적 해석은 외형상 위헌으로 보이는 법률이라도 헌법정신에 맞도록 해석될 소지를 조금이라도 간직하고 있는 경우에는 되도록 헌법정신과 조화될 수 있는 방향으로 해석·적용함으로써 헌법을 정점으로 하는 법질서의 통일성을 지키고 3권분립의 정신과 민주적인 입법권을 존중하려는 것이기 때문에 헌법해석과 법률해석이 동시에 이루어지는 것이 보통이다. 법률을 헌법적인 시각에서 살펴보기 위해서는 어차피 헌법정신의 확인이 병행 내지 선행될 수밖에 없기 때문이다. 그런데 이 헌법정신의 확인작업은 다름아닌 헌법해석을 뜻하게 되는데 이때 헌법해석을 함에 있어서는 어디까지나 헌법의 규범적인 의미를 확인하는데 그쳐야지 헌법규범의 의미와 내용을 지나치게 확대해석 하거나 의제(擬制)해서 까지 법률의 효력을 지속시키려고 해서는 아니된다.

다시 말하면 법률을 헌법에 조화시키려는 것이 합헌적인 해석이기 때문에 거꾸로 헌법을 법률에 조화시키려는 시도가 행해져서는

3) 예컨대, E8, 28(34); 8, 71(78f.); 9, 83(87); 11, 77(84ff); 18, 97(111); 33, 52(69); 34, 165(200); 35, 263(280); 54, 277(299)

아니된다. 헌법을 법률에 조화시키려는 시도는 ‘법률의 합헌적 해석’이 아니고 ‘헌법의 합헌적 해석’을 의미하기 때문이다. 이처럼 법률의 합헌적 해석을 위해서 헌법의 의미와 내용을 확인할 때 헌법의 의미와 내용을 무리하게 확대하거나 의제해서는 아니된다는 헌법수용적 한계를 존중하는 일이야말로 법률의 합헌적 해석의 절대적인 요청이다. 법률을 살리기 위해서 헌법의 규범내용을 왜곡시키거나 헌법의 규범적 효력을 약화시키는 것은 헌법변질(변천)의 논리로도 정당화될 수 없는 일종의 헌법침해를 뜻하기 때문이다.

2. 법률의 합헌적 해석의 文義的 限界

법률의 합헌적 해석은 본질적으로 법인식작용을 뜻하기 때문에 해석의 대상이 되는 법률규정의 문구가 간직하는 말뜻(文義)을 찾아내는데 주안점이 두어져야 한다. 그렇기 때문에 해석의 대상이 되는 법률규정의 정상적인 말뜻을 찾아내는 일에 그치지 않고, 해석의 대상이 되는 법률규정의 의미와 내용을 인위적으로 의제 내지 조작하면서까지 해당법률규정에 새로운 말뜻을 부여하는 것은 분명히 법률의 합헌적 해석이 존중해야 하는 文義的 限界를 벗어난 것이다.

법률의 합헌적 해석을 필요로 하는 법률규정은 일반적으로 불특정한 법률용어나 추상적인 법률개념을 내포하고 있는 것이어서 법해석상의 재량권이 인정되고 있는 경우이기 때문에 ‘해석의 재량권’이 허용되는 범위 내에서만 합헌적인 해석이 가능하다. 처음부터 ‘해석의 재량권’이 허용되지 않는 법률규정에 대해서는 합헌적 해석의 여지가 없다고 볼 수 있다. 법인식작용으로서의 합헌적 법률해석과 법형성작용으로서의 법정립행위를 엄격하게 구별하는 일은 법

률의 합헌적 해석의 文義的 限界를 지키기 위한 필수적인 전제조건이다. 독일연방헌법재판소가 많은 판례를 통해⁴⁾ 특히 법률의 합헌적 해석의 文義的 限界를 지키려고 노력하는 태도는 본받을 가치가 있다.

3. 법률의 합헌적 해석의 범목적적 한계

법률의 합헌적 해석은 민주적인 정당성에 바탕을 두고 활동하는 대의적인 입법권자의 입법의를 되도록 존중해 주려는 법해석기술을 뜻하기 때문에 입법권자가 해석의 대상이 되는 법률규정에 의해서 추구하고 있는 명백한 입법목적에 훼손하는 일이 있어서는 아니된다. 대의민주국가에서 입법권자는 법률제정에 있어서 광범위한 입법형성권을 부여받고 있기 때문에 입법권자가 정당하다고 판단하는 정책목적에 법률제정에 의해서 구체화하고 실현시킬 수 있다. 입법권자가 설정한 정책목적의 옳고 그름은 법해석자의 심판사항이 아니고 주권자인 국민의 심판사항이다. 따라서 입법권자가 특정한 법률규정에 의해서 추구하고 있는 입법목적에 벗어나는 방향의 합헌적 해석은 분명히 범목적적 한계를 일탈한 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 입법권자가 추구하고 있는 입법목적의 테두리 내에서 그 입법목적에 다소 제한하거나 보완하는 내용의 합헌적 해석은 허용된다고 볼 수 있다. 만일 해석의 대상이 되는 법률규정에 의해서 추구하고 있는 입법목적에 대해서 어떠한 제한이나 보완도 허용되지 않는다면, 법률의 합헌적 해석은 사실상 불가능해지기 때문이다. 물론 입법권자가 추구하고 있는 입법목적에 어떤 경우에 법해석에 의해서 본

4) 예컨대, E8, 34(41); 35, 280; 36, 271; 54, 277

질적으로 변질되는 것인가를 판단하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 그렇지만 한가지 분명한 것은 법해석에 의해서 입법목적이 완전히 다른 것으로 바뀔 수밖에 없는 정도에 이르게 되면 그것은 입법목적의 단순한 제한이나 보완에 그치는 문제가 아니고 입법목적의 본질적인 변질에 해당된다고 볼 수 있다는 점이다. 입법목적의 완전한 변질을 초래하게 되는 법해석까지 합헌적인 법률해석의 이름으로 허용된다면, 그것은 단순한 규범통제의 차원과는 전혀 성질이 다른 일종의 입법통제를 뜻하는 것으로서 위헌적인 법률규정의 무효화를 넘어서, 입법권자가 전혀 의도한 바가 없는 새로운 법률규정의 제정을 용납하는 결과가 된다. 따라서 법률의 합헌적 해석의 범목적적 한계는 규범통제가 입법통제로 변질되지 못하게 하기 위한 하나의 당위적인 요청의 산물이라고 볼 수 있다.

독일민사소송법상의 상고제한규정(§554bZPO)에 대한 규범통제에서 행해진 합헌적 해석의 범목적적 한계의 일탈여부에 관한 제1원(der erste Senat)⁵⁾과 제2원(der zweite Senat)⁶⁾ 사이의 견해차를 해소하기 위해서 제1원의 제청으로 소집된 제1원과 제2원의 전원합의체(Plenum) 심판에서도 독일연방헌법재판소⁷⁾는 합헌적 법률해석의 범목적적 한계를 강조한다. 즉 소송가액이 4만 마르크(DM)를 넘는 재산권적인 민사소송사건의 경우에도 상고법원은 그 쟁송이 근본적인 의미를 갖는 사건이 아닌 한 상고수리(上告受理)를 거부할 수 있도록 한 독일민사소송법 제554b조 제1항의 위헌여부에 관한 규범통제에서 독일연방헌법재판소는 이 규정에 대해서 한정위헌

5) Beschl. v. 16.1.1979-1BvR 194/78

6) Beschl. v. 9.8.1978-2BvR 831/76

Beschl. v. 16.1.1979-2BvR 1148/76

Beschl. v. 17.1.1979-2BvR 1144/76

7) BVerfGE 43, 277(285)

결정을 하면서, 궁극에 가서는 승소의 가능성이 있는 상고사건까지도 상고수리를 거부할 수 있다는 뜻으로 이 규정을 해석하는 것은 헌법에 위배된다는 점을 분명히 밝혔다. 따라서 독일연방헌법재판소는 상고제한을 허용하는 민사소송법의 해당규정을 그렇게 해석하는 것을 입법권자가 상고제한규정을 통해서 추구하는 입법목적을 본질적으로 왜곡시키는 것이라는 제1원의 주장⁸⁾과는 달리 그러한 해석은 합헌적 법률해석의 범목적적 한계를 벗어난 것이 아니라는 점을 강조한다.⁹⁾ 독일연방헌법재판소의 견해에 따르면 독일민사소송법상의 상고제한규정을 그렇게 제한해석하는 것은 입법권자가 이 규정을 통해서 추구하는 상고법원의 과다한 업무량의 감소라는 입법 목적을 완전히 변질시키는 것이 아니고, 헌법상의 범치국가원리 및 평등권과 조화되도록 단순히 제한하는 결과를 초래하게 되기 때문에 합헌적 해석의 범목적적 한계를 일탈했다고 볼 수 없다는 것이다. 이 결정은 법률의 합헌적 해석의 범목적적 한계의 의미와 기능을 분명하게 제시해준 하나의 본보기적인 판례로 꼽히고 있다. 더욱이 독일연방헌법재판소의 전원합의체에서 내린 결정이라는 점 때문에 더 큰 비중을 갖게 된다.

독일연방헌법재판소는 최근(1991년 10월)에도 긴급집회(Eilversammlungen)의 사전신고의무가 어느 범위까지 합헌인가에 관한 심판¹⁰⁾에서 또 하나의 합헌적 법률해석의 판례를 내놓았다. 독일연방헌법재판소는 일찍이 옥외집회의 48시간전 신고제도가 원칙적으로 헌법상의 집회의 자유를 침해하는 것은 아니라는 결정¹¹⁾을 한 바 있는데, 옥외집회의 48시간전 신고의무를 규정한 독일집

8) Vgl.(FN5)

9) BVerfGE 54, 277(285)

10) Beschl. v. 23.10.1991-1BvR 850/88

11) BVerfGE 69, 315(350)

회법(VersG) 제14조를 긴급집회에 대해서도 그대로 적용하는 것이 헌법상의 집회의 자유와 조화될 수 있는 것인가를 따지는 헌법소원 심판사건에서 이 법규정을 합헌적으로 해석함으로써 한정합헌결정을 했다. 즉 긴급집회의 경우에는 긴급집회의 성질상 48시간 전 사전신고의무를 확일적으로 적용할 수는 없기 때문에, 집회신고가 가능해진 때(Soald die Möglichkeit dazu besteht)에 즉시 신고해야 한다는 내용으로 해석하는 한 헌법상의 집회의 자유와 조화될 수 있다고 결정했다. 입법권자가 옥외집회의 48시간 전 사전신고의무규정을 통해서 추구한 입법목적은 치안관청에서 옥외집회개최에 대한 정보를 사전에 제공함으로써 집회의 평온한 진행을 보장하고 제3자 또는 사회공동체의 이익을 보호하기 위한 사전예방조치를 하는데 필요한 시간적 여유를 주려는데 있다고 본다면 옥외집회의 사전신고의무 자체는 이 목적달성을 위해서 반드시 필요하다고 말할 수 있지만, 사전신고의무의 시간적 재판규정은 긴급집회의 경우에 한해서 그 「집회신고가 가능해진 때」에 즉시 신고케 하는 방향으로 융통성 있게 해석해도 이 규정의 입법목적이 완전히 변질되는 것이라고 볼 수는 없다는 것이다. 그리고 이것은 우발적 집회에 대해서는 우발적 집회의 성질상 사전신고의무규정을 적용할 수 없는 것과 맥을 같이 하는 것이라는 점을 강조한다. 따라서 옥외집회의 「48시간 전 신고의무」 규정을 긴급집회의 경우에는 「신고가 가능해진 때에 즉시 신고해야 할 의무」 규정으로 제한적으로 해석하는 것은 헌법상의 집회의 자유와 조화시키기 위한 불가피한 합헌적 해석으로서 결코 합헌적 법률해석의 범목적적 한계를 벗어난 것이 아니라고 주장한다.

4. 법률의 합헌적 해석의 文義的 限界와 범목적적

한계의 관계

법률을 합헌적으로 해석하는 것이 불가피한 경우에 지켜야 할 文義的 限界와 법목적적 한계는 상호 기능적인 연관성을 갖는 것이지 결코 배타적인 선택관계에 있는 것은 아니다. 예컨대 앞에서 소개한 독일연방헌법재판소의 긴급집회에 대한 판례에서 보듯이 독일집회법 제14조가 옥외집회의 48시간 전 신고의무를 규정하고 같은 법 제26조 제2호가 사전신고의무위반에 대한 벌칙을 규정하고 있는 경우, 48시간 전 신고의무규정을 긴급집회에 대해서는 「신고가 가능해진 때의 즉시 신고의무」 규정으로 해석한다면 그 자체로서는 집회법 제14조의 말뜻에 충실한 해석이라고 볼 수는 없다. 그렇지만 그것은 「사전신고의무」를 완전히 면제해 준 것이 아니고, 헌법상의 「집회의 자유」와 조화될 수 있도록 단순히 신고의 시간적인 제한만을 완화해 준 것이기 때문에 사전신고의무규정의 입법목적을 침해했다고 말할 수는 없다. 더욱이 그러한 제한적인 해석에 의해서 미신고 옥외집회에 대한 벌칙규정의 적용범위가 넓어지는 것이 아니고 오히려 좁아지는 것이기 때문에 죄형법정주의의 정신에도 부합된다고 볼 수 있다.

그렇기 때문에 법조문의 해석이 비록 文義的인 측면에서는 문제가 없지 않더라도 법목적적인 측면에서 비난의 여지가 없다면 그것은 전체적으로는 합헌적 법률해석의 한계를 지킨 것이라고 평가할 수 있다.

앞에서 소개한 독일민사소송법(제554b조 제1항)상의 상고제한 규정을 제한적으로 해석하는 독일연방헌법재판소의 합헌적 법률해석도 결과적으로는 文義的 限界의 논리만으로 설명한 것이 아니고 법목적적한계의 논리를 함께 동원한 논증형식이라고 볼 수 있다.

四. 우리 憲法裁判所의 判例를 통해서 본 合憲的 法律解釋

우리 헌법재판소는 지금(1992년 9월말)까지 매우 많은 결정(정확히는 14건의 결정)에서 법률의 합헌적 해석의 기술을 동원한 논증을 폈다. 이 점은 매우 주목할 부분이다. 우리 헌법재판소가 그 활동을 시작한 이후 4년이 겨우 지난 짧은 기간 안에 법리적으로 대단히 민감한 합헌적 법률해석의 기법을 과감하게 활용하려는 적극적인 의욕을 보여주었다는 점에서 우선 긍정적인 평가를 할 수 있다. 다만 우리 헌법재판소는 법률의 합헌적 해석의 기법을 활용하는데 있어서 특히 최근에 와서는 합헌적 법률해석의 한계를 지키지 않고 지나친 과잉의욕을 보이기 시작한다는 점에서 비판의 여지가 있다.

1. 判例에 나타난 合憲的 法律解釋의 類型과 內容

우리 헌법재판소가 활용하는 합헌적 법률해석의 기술은 크게 네 가지 유형으로 구별할 수 있는데 한정합헌결정, 한정위헌결정, 조건부위헌결정, 일부위헌결정¹²⁾이 바로 그것이다.

12) 우리 헌법재판소는 '질적 일부위헌'이라는 표현을 쓰기도 한다. '질적 일부위헌'이라는 표현은 1973년 독일 W. Skouris의 박사학위논문에서 처음 사용된 개념으로서 문제된 법조문 자체는 그대로 놓아둔 채 그 법조문에 명시적으로 언급이 없는 그 법조문의 특정한 적용사례에 대해서만 그 법조문을 위헌이라고 선언하는 경우를 지칭

우리 헌법재판소가 처음으로 법률의 합헌적 해석에 관해서 언급한 심판은 옛사회보호법(1980년 12월 18일, 법률 제3286호) 제5조 제1항에 대한 위헌결정이다.¹³⁾ 이 결정에서 헌법재판소는 문제된 법률규정에 대한 합헌적 해석의 가능성을 진단하면서 합헌적 법률해석의 범리에 관해서 자세히 설명한 후 문제된 법조문을 합헌적으로 해석한다는 것은 합헌적 법률해석의 문의적 한계를 벗어나게 되기 때문에 불가능하다는 점을 들어서¹⁴⁾ 위헌결정을 했다.

가. 한정합헌결정

그후 헌법재판소가 합헌적 법률해석에 의한 심판을 한 최초의 사건은 상속세법 제32조의 2의 위헌여부에 관한 헌법소원심판사건¹⁵⁾이었다. 헌법재판소는 이 사건에서 문제된 법조문은 「조세회피의 목적 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는

하고 있다. 문제된 법조문에 대한 위헌결정으로 인해서 그 법조문의 일부분이 삭제되거나 변경되는 효과가 발생하는 경우를 ‘양적 일부위헌’이라고 표현하는 것과 대비되는 개념이다. 국내학자 중에는 ‘질적 일부위헌’을 일본판례에 따라 ‘적용위헌’이라는 말로 표현하는 사람(김철수)도 있다. 그러나 독일에서 유래하는 ‘질적 일부위헌’(qualitative Teilnichtigkeit)이라는 표현은 오늘날 독일에서도 거의 사용되지 않고 있을 뿐 아니라, 독일어의 언어감각과 우리말의 언어감각이 전혀 달라서 우리 헌법재판소가 말하는 ‘질적 일부위헌’의 경우는 대부분 ‘한정위헌’의 유형에 포함될 수 있는 경우이다. 따라서 구태여 우리 언어감각에 맞지 않는 ‘질적 일부위헌’이라는 개념을 사용할 필요성이 없다고 느껴진다. 전형적인 ‘질적 일부위헌’의 경우에 해당한다고 볼 수 있는 독일민사소송법 제554b조 제1항에 대한 독일연방헌법재판소의 결정도 ‘한정위헌’의 논리에 바탕을 두고 있지 ‘질적 일부위헌’이라는 논리는 그 판례에서 전혀 찾아 볼 수 없다. vgl. Wassilions Skouris, teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973; 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 이규석 기념논문집(1992년), 473면.

13) 헌재결 1989.7.14. 88헌가5, 8, 89헌가44(병합): 헌법재판소 판례집 제1권(이하 판례집 I)이라고 한다), 69면.

14) 판례집 I, 86면 이하 참조.

15) 헌재결 1989. 7. 21. 89헌마38 : 판례집 I. 131면.

적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다」고 한정합헌결정을 했다. 그후에도 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항과 제5항에 대한 3건의 위헌심판사건¹⁶⁾에서도 문제된 법조문은 「각 그 소정행위가 국가의 존립 · 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다」고 한정합헌결정을 하면서 다시 한번 합헌적 법률해석의 타당성을 강조¹⁷⁾하고 있다. 헌법재판소는 그밖에도 도로교통법 제50조 제2항과 제111조 제3호에 대한 위헌심판사건¹⁸⁾에서 한정합헌결정을 하면서 문제된 법조문은 「피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다」고 판시했다. 헌법재판소의 한정합헌결정은 군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조에 대한 위헌심판사건¹⁹⁾과 옛 집시법 제3조 제1항과 제호 및 제14조 제1항에 대한 위헌심판사건²⁰⁾ 그리고 국가보안법 제9조 제2항(편의제공)에 대한 위헌심판사건²¹⁾에서도 찾을 수 있다. 군사기밀보호법의 문제된 법조문은 헌법재판소의 판단에 따르면 법에서 정하는 「군사상의 기밀이 非公知의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 볼만큼의 실질가치를 지닌 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 그러한 해석 하에 헌법에 위배되지 아니한다」. 또

16) 헌재결 1990. 4. 2. 89헌가113 : 판례집Ⅱ, 49면 ; 헌재결 1990. 6. 25. 90헌가11 : 판례집Ⅱ, 165면; 헌재결 1992. 1. 28. 89헌가8.

17) 판례집Ⅱ, 170면 이하

18) 헌재결 1990. 8. 27. 89헌가118 : 판례집Ⅱ, 222면

19) 헌재결 1992. 2. 25. 89헌가 104

20) 헌재결 1992. 1. 28. 89헌가8

21) 헌재결 1992. 4. 14. 90헌바 23

옛 집시법의 문제된 법조문은 「각 그 소정 행위가 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다」는 것이 헌법재판소의 견해이다. 그리고 헌법재판소는 국가보안법상의 편의제공 처벌규정(제9조 제2항)은 「그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다」는 주장을 폈다.

우리 헌법재판소의 합헌결정 중에도 비록 소수의견이기는 하지만 합헌적 법률해석에 의한 한정합헌을 주장한 사례가 두 가지 있다. 노동쟁의조정법(제13조의 2)상의 제3자 개입금지조항에 대한 위헌 심판사건²²⁾에서 헌법재판소는 다수의견에 따라 합헌결정을 했지만, 문제가 된 법규정은 「그 적용범위를 좁혀 적법한 쟁의행위과정에 제3자가 개입한 경우에는 그 법 조항들이 적용되지 아니하는 것으로 한정적으로 해석하는 것을 조건으로 그 한도 내에서 합헌」이라는 한정합헌의견을 제시한 재판관(김진우, 이시윤)도 있었고, 또 문제의 법조문은 「이를 한정합헌으로 해석하여 누구든지 정당한 이유 없이 쟁의행위에 개입하여 쟁의행위를 발생케 한 경우에 적용하는 것을 조건으로 헌법에 위반되지 아니한다」는 결정을 내려야 한다고 주장한 재판관(김양균)도 있었다. 또 사립학교법(제55조와 제58조 제1항 제4호)이 정하는 사립학교교원의 노동운동금지가 헌법에 위반되는지를 심판하는 사건²³⁾에서 헌법재판소 다수의견의 합헌결정에도 불구하고 일부 재판관(이시윤)은 문제된 조문에서 「규정하고 있는 노동운동에는 단결권의 행사는 포함되지 않는 것으로 축소

22) 헌재결 1990. 1. 15. 89헌가 103 : 판례집Ⅱ, 4면

23) 헌재결 1991. 7. 22. 89헌가 106

해석할 때 비로소 문제된 규정들은 합헌규정이 될 수 있다」고 한 정합헌의견을 제시한 바 있다.

나. 한정위헌결정

우리 헌법재판소는 두 개의 한정위헌결정의 판례를 내놓고 있다. 명예훼손자에 대한 사죄광고명령(민법 제764조)의 합헌성을 따지는 헌법소원심판사건²⁴⁾과 정기간행물등의등록등에관한법률(제7조 제1항)에서 정하는 등록요건에 관한 위헌심판사건²⁵⁾이 바로 그것이다. 앞의 헌법소원사건에서 헌법재판소는 명예훼손자의 불법행위책임에 관한 민법 제764조를 해석함에 있어서 이 조문중의 「명예회복에 적당한 처분」에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에서 보장하는 인간의 존엄성과 양심의 자유를 과잉 제한하는 결과가 초래되기 때문에 헌법에 위반된다고 한정위헌결정을 했다. 또 정기간행물등의등록등에관한법률 제7조 제1항에 대한 위헌심판사건에서 헌법재판소는 이 법조항에서 규정한 정기간행물의 등록요건 가운데 「윤전기 등 인쇄시설의 경우 반드시 자기소유여야 한다고 해석하면」 헌법에 위반된다고 판시함으로써 마찬가지로 한정위헌결정을 했다.

다. 조건부위헌결정

우리 헌법재판소는 국회의원선거법 제55조의 3과 제56조에 대한 헌법소원심판사건²⁶⁾에서 이 법 제55조의 3의 규정 중 「정당연설회에 당해 지역구후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분」과 이 법 제56

24) 헌재결 1991. 4. 1. 89헌마 160

25) 헌재결 1992. 6. 26. 90헌가 23

26) 헌재결 1992. 3. 13. 92헌마 37, 39(병합)

조의 규정 중 「정당이 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 따로 더 배부할 수 있도록 한 부분」은 당해 지역구에서 정당이 그와 같은 정당연설회를 개최하거나 소형인쇄물을 제작·배부하는 경우에는 무소속후보자에게도 각 그에 준하는 선거운동의 기회를 균등하게 허용하지 아니하는 한 헌법에 위반된다는 취지의 조건부위헌결정을 함으로써 하나의 새로운 유형의 합헌적 법률해석을 시도했다.

라. 일부위헌결정

우리 헌법재판소는 이른바 「질적 일부위헌결정」이라는 유형의 합헌적 법률해석의 판례를 세 가지 사건에서 내놓고 있다. 국유재산법(제5조 제2항)에 대한 일부위헌결정²⁷⁾, 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률(제5조 제1항)에 대한 일부위헌결정²⁸⁾, 국가보안법(제19조)에 대한 일부위헌결정²⁹⁾이 바로 그것이다. 헌법재판소의 판단에 따르면 국유재산법(제5조 제2항)에서 정하는 국유재산에 대한 시효취득금지규정을 잡종재산에까지 적용하는 것은 위반이기 때문에 이 법조항의 ‘국유재산’이라는 개념 속에 ‘잡종재산’을 포함시키는 해석은 위헌적인 해석으로써 배제되어야 한다고 한다. 또 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률(제5조 제1항)이 특수건물소유자에게 확일적 보험가입의무를 규정하는 것은 위헌이라는 관점에서 이 법 제5조의 ‘특수건물’부분에 같은 법 제2조 제3호 ㉠목 소정의 ‘4층 이상의 건물’을 포함시키는 것은 위헌이라는 것이다. 그리고 국가보안법(제19조)이 허용하는 구속기간의 연장을 같은 법 제7조

27) 헌재결 1991. 5. 13. 89헌가 97

28) 헌재결 1991. 6. 3. 89헌마 204

29) 헌재결 1992. 4. 14. 90헌마 82

(찬양·고무 등)와 제10조(不告知)의 죄에 적용하는 것은 신체의 자유, 무죄추정원칙에 따른 불구속수사원칙, 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌이라고 한다.

2. 判例에 나타난 合憲的 法律解釋의 문제점

위에서 살펴본 대로 우리 헌법재판소는 법률의 합헌적 해석의 기법을 대단히 적극적으로 활용하고 있다. 그런데 우리 헌법재판소가 내놓은 합헌적 법률해석의 판례들을 면밀히 분석해보면 두 가지 점에 비판의 여지가 발견된다.

첫째는 우리 헌법재판소가 ‘일부위헌’과 ‘한정위헌’의 유형을 정확히 구별하지 못하고 있다는 점이고, 둘째는 이른바 ‘조건부 위헌결정’의 판례는 명백히 합헌적 법률해석의 한계를 벗어난 것이라는 점이다.

가. 일부위헌결정의 문제점

우리 헌법재판소는 독일에서도 극히 일부인사에 의해서만 사용되고 있는 이른바 「질적 일부위헌」이라는 개념을 수용해서 합헌적 법률해석의 한 유형으로 ‘일부위헌결정’을 하고 있다. 그런데 우리 헌법재판소가 내놓은 일부위헌결정의 판례를 검토해 보면 결과적으로는 문제된 법조문의 특정한 적용사례에 대해서만 위헌이라고 선언하는 것이기 때문에 내용 면에서 한정위헌결정과 구별하기가 어렵다. 사실상 문제된 법조문을 그대로 놓아둔 채 그 법조문의 특정한 적용사례만을 표시해서 위헌이라고 선언하는 것은 내용적으로

합헌적 법률해석에 따른 한정위헌이라고 볼 수 있기 때문이다. 이 글에서 한정위헌결정의 유형으로 분류한 민법 제764조의 해석만 해도 그렇다. 민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고명령을 포함시키면 위헌이라는 판시는 엄밀히 따져서 한정위헌선언이라고도 볼 수 있고, 일부위헌선언이라고 평가할 수도 있다. 정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 등록요건 가운데 윤전기 등 인쇄시설의 경우 반드시 자기소유여야 한다고 해석하면 위헌이라는 결정은 마찬가지로 일부위헌결정으로 평가할 수도 있다. 반면에 이 글에서 일부위헌결정의 유형으로 소개한 세 가지 판례도 본질상으로 한정위헌결정이라고 평가해도 된다. 예컨대 국유재산법 제5조 제2항의 ‘국유재산’이라는 개념속에 ‘잡종재산’을 포함시키는 해석은 위헌이라는 판시는 본질상으로는 한정위헌선언을 뜻하기 때문이다. 또 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률 제5조의 ‘특수건물’부분에 같은 법 소정의 ‘4층 이상의 건물’을 포함시키는 것은 위헌이라는 선언이나, 국가보안법 제19조가 정하는 구속기간 연장을 국가보안법상의 찬양·고무죄와 불고지죄에 적용하는 것은 위헌이라는 선언도 본질상으로는 한정위헌선언에 속한다.

그렇기 때문에 우리 헌법재판소는 ‘일부위헌’과 ‘한정위헌’을 개념적으로 엄격히 구별하려고 할 것이 아니라 ‘일부위헌’은 ‘한정위헌’의 내용을 지칭하는 개념으로 이해하고, 합헌적 법률해석의 유형으로는 합헌적 법률해석의 의미가 보다 선명하게 나타나는 ‘한정위헌’이라는 개념을 사용하는 것이 바람직할 것이다. 실무면에서도 한정위헌결정과 일부위헌결정을 구별하는 것은 그 구별기준부터가 애매모호해서 헌법재판소가 매월 만드는 사건처리통계표 작성에 적지 않은 어려움이 따르고 자칫 통계상의 잘못이 나타날 수도 있다. 따라서 통계상으로는 일부위헌사건을 한정위헌사건으로 통합처리하는

것이 보다 합리적이라고 생각한다.

그리고 헌법재판소는 ‘일부위헌’이라는 개념 대신에 ‘부분무효’의 개념을 활용할 필요가 있다. ‘일부위헌’은 내용상 합헌적 법률해석의 소산이지만, ‘부분무효’는 합헌적 법률해석이 불가능하기 때문에 나타나는 결과이다. 우리 헌법재판소가 이른바 ‘조건부위헌결정’으로 처리한 국회의원선거법사건은 바로 ‘부분무효선언’으로 해결되었어야 할 대표적인 경우였다.

나. 조건부위헌결정의 문제점

국회의원선거법(제55조의 3과 제56조)이 정당추천후보자와 무소속후보자 사이에 선거유세와 소형인쇄물의 제작·배포 등에서 차별대우를 하고 있는 것에 대해서 헌법재판소가 조건부위헌결정을 했는데 이 결정은 합헌적 법률해석의 한계를 무시했다는 비난을 면할 수 없게 되었다.³⁰⁾ 헌법재판소가 옛 사회보호법(제5조 제1항)의 위헌심판사건³¹⁾에서 헌법학계의 이론을 받아들여 자세히 개진한 합헌적 법률해석의 법리가 이 판례에서는 무시되고 말았기 때문이다.

이 글의 앞부분에서도 논술한 것처럼 합헌적 법률해석의 이론적인 근거는 동시에 합헌적 법률해석의 이론적인 한계가 될 수밖에 없다는 양면성을 생각해 볼 때, 우리 헌법재판소는 적어도 이 조건부 위헌결정의 판례에서만은 합헌적 법률해석의 법리를 잠시 잊었던 것이 아닌가하는 의혹을 느끼게 된다. 헌법재판소가 그 동안의 한정합헌결정, 한정위헌결정, 그리고 일부위헌결정 등을 통해서 지켜온 ‘축소해석’ 내지 ‘제한해석’이라는 합헌적 법률해석의 본질적인

30) 자세한 것은 이 결정에 대한 필자의 평석, 공법연구 제20집(1992), 319면 이하 참조.

31) 판례집 I, 69면 이하.

요청을 이 조건부위헌결정에서는 지키지 않고, 오히려 금기시되는 ‘확대해석’이라는 해석기법을 사용함으로써 합헌적 법률해석의 文義的 限界와 法目的 限界를 동시에 벗어나고 만 것이다. 그 결과 문제가 된 국회의원선거법의 규정은 입법권자가 제정한 내용과는 ‘완전히 다른 규범내용’을 갖게 되었다. 그것은 분명히 규범통제나 법률해석의 차원을 넘어선 입법통제인 동시에 법정립작용에 속하는 일이라는데 문제의 심각성이 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 두 가지 잘못을 범했다고 느껴진다. 하나는 문제의 법조문을 무리하게 합헌적인 해석으로 살리려고 했다는 점이고, 또 하나는 법조문의 부분무효의 법리를 외면했다는 점이다. 이 두 가지 잘못만 범하지 않았더라면 헌법재판소가 쉽게 부분무효의 결정을 선택할 수 있었으리라고 생각한다. 즉 국회의원선거법 제55조의 3 제7항 중 정당 연설회에 당해 지역구후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분과 같은 법 제56조 제3항 중 정당이 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 추가로 제작·배포할 수 있도록 한 부분을 위헌결정 하는 것이다.³²⁾ 그랬더라면 이 사건에 대한 조건부위헌결정이 나온 후에 관계기관과 당사자들이 겪었던 혼란과 당혹스러움도 나타나지 않았을 것이다. 헌법재판이 가져야 하는 사회안정적 기능을 생각할 때 커다란 아쉬움이 남는다. 헌법재판소는 이 사건을 계기로 해서 앞으로는 합헌적 법률해석과 결정주문의 선택에 보다 신중하고 치밀한 검토를 해야 할 것이다.³³⁾

32) 이러한 결정의 타당성에 관해서 자세한 것은 필자의 평석참조(FN30)

33) 헌법재판소는 이제 그 결정주문을 定型化하는 노력이 필요하다고 본다. 헌법재판소가 내놓은 다양한 결정주문을 定型化한다면, 合憲決定, 違憲不宣言決定, 限定合憲決定, 限定違憲決定, 違憲不合致決定, 部分違憲決定, 違憲決定 등 7단계로 정리하는 것이 가장 합리적이라고 생각한다. 이른바 一部違憲決定은 限定違憲決定으로 통합시키고, 條件附違憲決定은 앞으로 지양하는 것이 옳다.

五. 글을 마치며

모든 법 이론이나 법제도가 다 그렇듯이 합헌적 법률해석의 이론도 그 무리 없는 활용을 위해서는 먼저 그 법리에 대한 정확한 이해와 연구가 있어야 한다. 합헌적 법률해석의 법리처럼 민감하면서도, 헌법재판의 실무와 불가분의 관계에 있는 이론일수록 이 제도의 모험적인 또는 실험적인 활용은 금물이다. 독일연방헌법재판소는 과거에도 그랬지만 연륜이 쌓이고 권위가 대단히 높아진 오늘날에도 항상 조심스런 자세로 합헌적 법률해석에 임하고 있다는 점을 우리도 타산지석으로 삼아야 한다.

합헌적 법률해석이 따지고 보면 헌법재판의 실효성을 높이기 위한 사법적 자제(judicial-self-restraint)의 한 수단이라고 한다면, 이것을 너무 기피하는 것도 문제가 있지만 지나치게 남용하는 것도 좋은 일은 아니다. 필요하고 가능한 경우에 적절한 선에서 합헌적 법률해석의 기술을 활용하는 것은 헌법의 실현을 위해서 뿐만 아니라 헌정생활의 안정을 위해서도 반드시 필요하다. 우리 헌법재판소는 이점에서 부분적인 문제점에도 불구하고 전체적으로는 바른 방향으로 가고 있다고 생각한다.

美國判例法上 過度한 廣範性的 原則

- The Overbreadth Doctrine -

李 東 洽

憲法研究部長

대구地方法院 部長判事

- 目 次 -

1. 過度한 廣範性的 原則의 意義
2. 主張의 適格性(Standing)과의 關係
 - (1) 主張의 適格性的 意義
 - (2) 適用上(as applied)審査와 文面上(on its face)審査
 - (3) 一般的 主張適格法則(general standing rule)에 대한 判例
 - (4) 判例의 적용에 대한 制限
3. 實體的 基準으로서의 過度한 廣範性的 原則
 - (1) ‘實體的 基準으로서’의 意義
 - (2) 廣範性的 程度의 문제(substantial overbreadth)

(3) 過度한 廣範性原則의 適用限界

(4) 文面上 無效宣言의 制限

(5) 縮小解釋에 의한 無效宣言의 回避

(6) 法院에 의한 修正憲法 제1조 權利와 政府의 利益의 比較
較量

4. 漠然하므로 無效의 원칙(Void-for-Vagueness Doctrine)과의 區別

1. 過度한 廣範性的 原則의 意義

美國의 聯邦大法院이 表現의 自由의 規制에 관한 違憲判斷의 基準으로서 展開시킨 여러 가지 法源則 중의 하나로서 過度한 廣範性的 原則(The Overbreadth Doctrine)이 있는 바, 過度한 廣範性的 原則이라 함은 表現活動을 規制하는 어떤 法律의 適用範圍가 過度히 廣範하고, 그 때문에 그것이 憲法上 保障되고 있는 表現活動도 規制·禁止하는 것으로 되는 경우에는 그 法律은 過度한 廣範性 때문에 文面上 無效(void for overbreadth on its face)로 되어야 한다는 것이다. 여기에서 주목할 점은 具體的인 사건에서 문제된 行爲가 憲法上 保護되는 表現行爲에 해당하는지를 不問한다는 점이다. 다시 말하면 具體的인 事件에서 문제된 行爲가 헌법상 保護되지 않는 것이고, 따라서 만일 適切히 限定하여 규정했다더라면 法律로 규제될 수 있는 것이었다고 하더라도 그 사건에 실제로 적용된 法律規定이 過度하게 廣範하면 그 規定은 文面上 이미 無效로서 適用될 수 없다는 것이다.¹⁾

이 원칙의 論據로는 過度하게 廣範한 法律의 存在 自體가 特정한 事件의 當事者가 아닌 다른 사람들의 憲法上 保護되는 表現活動을 미리 沮止하는 효과, 즉 萎縮效果(chilling effect)²⁾를 가져오기 때문이라고 설명된다.

過度한 廣範性的의 원칙과 同一한 論據에 입각해 있는 關聯 法原

-
- 1) 梁建, 美國判例法上 表現의 自由와 「過度한 廣範性的의 原則」(The Overbreadth Doctrine) 서울대학교 法學 23권 1호 229면
 - 2) 과도히 廣範한 法律은 그리스 神話에 나오는 Domocles의 칼처럼 사람들의 머리위에 매달려 있는 것으로 比喩的으로 설명되기도 한다. Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 2nd ed. 1988, p. 1023.

則으로 漠然하기 때문에 無效의 原則(The Void-for-Vagueness Doctrine)이 있다. 이 두 원칙은 모두 表現의 自由에 대한 萎縮效果를 防止하자는 共通된 趣旨를 가지고 있고, 또한 實際의 사건에서 어떠한 法律의 違憲性を 이 兩 原則 모두에 立脚하여 主張할 수도 있기 때문에 聯邦大法院의 判例 중에도 이 양자를 함께 취급하고 있는 경우도 볼 수 있으나 개념상 이 양자는 區分해야 할 필요가 있다.³⁾ 이에 관하여는 뒤에 詳論하기로 한다.

2. 主張의 適格性(standing)과의 關係

(1) 主張의 適格性の 意義

主張適格(standing)이라 함은 憲法問題를 포함하고 있는 事件에 있어서 그 訴訟當事者간에 憲法上の 爭點을 主張하는 適格性を 인정할 것인가 하는 문제에 관계되는 것이고, 어떤 事件 그 自體가 訴訟事件으로서 法院에 의해 받아들여질 것인가를 문제로 하는 訴訟要件과는 다른 것이다. 後者は 오히려 民事裁判, 刑事裁判, 行政事件의 裁判 一般에 관계되는 문제이지만, 前者는 그들 재판 중에서도 憲法問題를 포함하는 事件, 즉 憲法訴訟에 관계되는 문제라고 하는 의미에서 憲法訴訟에 固有한 要件이라고 말할 수가 있다.⁴⁾

(2) 適用上(as applied)審査와 文面上(on its face)審査

3) 梁建, 위 論文 230면

4) 藤井俊夫, 「過度의 廣範性の理論および明確性の理論」 講座 憲法訴訟 제2권 有斐閣 349면

適用上(as applied)審査란 法律의 合憲性審査를 어떤 特定の 事件에 있어서 그 法律의 適用마다에 個別的으로 吟味하는 方法이다. 이에 의하면 그 特定事件에의 適用이 合憲的이면 그 法律은 그대로 適用되고, 반대로 그 適用이 違憲的이면 그것은 適用上 違憲이 되고 이후 그 法律은 그 適用에 관한 部分은 除去된 것이 된다. 이와 같이 違憲審査를 個個의 法律의 適用마다 행하는 것은 소위 「適用의 可分性」을 인정하는 것이다. 그래서 이 適用上의 審査方法은 그 중에 동시에 主張要件(standing)의 문제를 包含하고 있다. 즉, 이에 의하면 예컨대 刑事被告人 A의 行爲에 대하여 이 法律이 適用될 때에는 그 適用은 合憲的이라고 하는 경우에는 가사 다른 假想的인 狀況에 대하여 그 法律이 適用된 경우에는 그것이 違憲的이라고 하더라도 A는 그것을 이유로 그 法律自體의 違憲을 主張하는 것은 許容되지 아니하는 것으로 된다.

이에 대하여 文面上(on its face)審査란 法律의 合憲性에 관한 審査를 어떤 特定の 事件에 있어서 法律의 適用이 合憲的인지 違憲的인지에 관계없이 우선 一般的으로 그 法律이 違憲的으로 適用될 수가 있는지 아닌지를 문제로 하여 만약 그 違憲的인 適用의 可能性이 있다고 하는 경우에는 그 法律은 文面上 違憲으로서 그 法律自體를 違憲으로 하는 吟味方式이다. 이것은 말하자면 「適用의 可分性」을 否定하여 合憲인 適用과 違憲인 適用을 「不可分」으로 하는 것이다. 따라서 이에 의하면 主張適格과의 관계에서는 예컨대 위에서 말한 刑事被告人 A는 그 문제의 事件과 전혀 相異한 다른 狀況에 대한 그 法律의 違憲인 適用可能性을 이유로 하여 法律自體의 違憲性을 主張하는 것이 許容된다고 말할 수가 있다.⁵⁾

(3) 一般的 主張適格法則(general standing rule)에 대한 判例

아래의 Case들은 法律의 過度한 廣範性を 理由로 그 法律을 攻駁하는 소송에 관하여 연방대법원이 만들어낸, 法律의 有效性을 다투는 訴訟當事者의 主張適格에 적용되는 一般法則에 대한 判例들에 관한 것이다.⁶⁾

연방대법원이 *Broadrick v. Oklahoma*(1973)⁷⁾ 사건에서 판시한 바와 같이, 法律의 合憲性を 다퉴 수 있는 主張適格에 관한 一般法則으로서 「어떤 法律이 訴訟當事者 自身에 대하여 合憲의으로 適用된 이상 그 法律이 訴訟當事者 이외의 다른 사람에게는 違憲의으로 適用될 수 있다는 것을 理由로 訴訟當事者가 그 法律의 違憲을 다퉴 수 없다」는 法則이 適用되어 왔다. 憲法上的 權利는 個人的인 것이며 他人에 의하여 代身해서 행사되어서는 안된다는 原則도 이것과 密接하게 관계된 것이다. 그러나 연방대법원은 가장 ‘重要한 相殺하는 定策(weighty countervailing policies)’이 존재하는 경우에 한하여 위 法則에 대한 약간의 限定된 例外를 인정하였다.

이들 예외 중의 하나가 연방대법원에 의하여 修正憲法 제1조의 領域에서 만들어졌는 바, 法律의 合憲性を 다투는 자는 만일 그 法律이 情密하게 特定하여 規定되었더라면 그 法律이 自身の 行爲를 規制할 수 없었을 것이라는 점을 立證하지 않고도 그 法律이 지나치게 廣範하다는 이유로 合憲性を 다퉴 수 있다는 것이다.⁸⁾ 被告가

5) 藤井俊夫, 전제 논문 351면

6) U. S. Supreme Court Reports, 45 L. Ed. 2d 731

7) 413 U. S. 601, 37 L. Ed. 2d 830

8) *Freedman v Maryland*(1965) 380 U. S. 51, 13 L. Ed. 2d 649; *Dombrowsky v Pfister*(1965) 380 U. S. 479, 14 L. Ed. 2d 22; *Gooding v Wilson*(1972) 405 U. S. 518, 31 L. Ed. 2d 408; *Broadrick v Oklahoma*(1973); *Lewis v. Orleans*(1974) 415 U. S. 130, 39 L. Ed. 2d 214; *Parker v Levy*(1974) 417 U. S. 733, 41 L. Ed. 2d 439; *Bigelow v Virginia*(1975) 431 U. S.

修正憲法 제1조에 關聯된 法律이 지나치게 廣範圍하므로 文面上 無效라고 主張할 수 있는 適格은 被告自身の 行爲가 憲法上 保護되는 것인가 여부와는 관계없다는 것⁹⁾도 같은 趣旨이다. 달리 말하면, 비록 어떤 法律이 特定한 被告人의 行爲에 適用될 때에는 漠然하거나 廣範圍하지도 아니하고, 달리 無效가 아니라고 하더라도 被告人은 그 法律이 訴訟當事者로 되지 아니한 다른 사람에게 適用될 때에는 漠然하거나 지나치게 廣範圍하여 違憲이라고 主張할 수 있다는 것이다.¹⁰⁾

Broadrick v. Oklahoma(1973) 사건에서 판시한 바와 같이 訴訟當事者는 자신이 누리는 表現의 自由가 侵害되었다는 理由 뿐만이 아니라 그 法律이 存在한다는 사실만으로도 當事者 이외의 다른 사람들이 憲法上 基本權으로 保障된 言論이나 表現을 삼가게 될지도 모른다는 司法的 豫想을 理由로 法律의 合憲性을 다투는 것이 許容된다. 또한 Bigelow v. Virginia(1975) 사건에서 판시한 바와 같이 이러한 一般的인 主張適格에 대한 例外는 憲法上 保護되는 表現의 自由가 民主社會에서 가지는 優越的 地位를 反映하는 것이다.

一般的인 主張適格에 대한 例外는 刑罰法規가 修正憲法 제1조와 관련하여 지나치게 廣範圍하다는 理由로 合憲性이 문제될 때 특히 適用되어 왔다. 그러나 연방대법원은 表現의 自由와 관련되지 않은 通常的인 刑罰法規가 지나치게 廣範圍하므로 無效라는 주장은 받아들이지 않고 있다.

法院이 이러한 例外를 인정한 理由는 修正憲法 제1조의 領域에서

809, 44 L. Ed. 2d 600

9) Bigelow v Virginia(1975)

10) Gooding v Wilson(1972); Grayned v Rockford(1972) 408 U. S. 104; Broadrick v Oklahoma(1973); Plummer v Columbus(1973) 414 U. S. 2; Doran v Salem Inn, Inc.(1975) 422 U. S. 922

廣範하고 不適切하게 適用되기 쉬운 處罰法規의 存在를 默認할 危險性 때문이었다.¹¹⁾ 만일 그러한 例外가 인정되지 않으면 憲法上 保護받는 表現을 하려는 자가 있더라도 그러한 表現에 적용될 수도 있는 法律에 규정된 刑事的 制裁가 두려워 자신의 權利를 행사하는 것을 미리 拋棄할지도 모른다.¹²⁾ 事前許可 없이 映畫를 上映하는 것을 처벌하는 映畫檢閱法의 違憲여부가 문제된 *Freedman v. Maryland*(1965) 사건에서 연방대법원은 表現의 自由의 領域에서 被告人의 行爲가 適切하게 규정된 法規에 의하여 禁止되는 것인지 여부 또는 그가 上映許可申請을 하였는지 여부를 불문하고 그 법규가 州行政機關에게 지나치게 廣範圍한 許可에 관한 裁量權을 委任하였다는 理由로 위 法規違反으로 有罪判決을 받은 被告人은 그 法規의 合憲성을 다툰 主張適格이 있다고 판시하였다. *Doran v. Salem Inn, Inc.*(1975) 사건에서도 어떤 法律이 비록 特定한 被告人의 行爲에 대하여는 合憲적으로 適用될 수 있다고 하더라도 그 法律이 當事者 이외의 다른 사람의 憲法上 保護되는 言論 또는 表現도 그 適用範圍에 包含할 수 있도록 규정되었다면 被告人은 그 法律이 지나치게 廣範圍하므로 違憲無效라고 주장할 수 있다고 판시하였다. 落胎를 激勵하거나 促進하는 내용의 出版物을 販賣하거나 配布하는 行爲를 輕犯으로 處罰하는 法律에 근거하여 有罪判決을 받은 新聞編輯人이 그 法律은 修正憲法 제1조에서 保障된 言論出版의 自由를 침해하여 違憲이라고 주장한 *Bigelow v. Virginia*(1975) 사건에서 연방대법원은 編輯人은 自身の 行爲가 좀더 情密하게 규정된 法規에 의해서 규제될 수 있는 것인지 여부에 관계없이 그 法律이 지나치게 廣範圍하여 文面上 無效라고 주장할 主張適格이 있으며, 執行

11) *Freedman v Maryland*(1965); *Dombrowske v Pfister*(1965)

12) *Gooding v Wilson*(1972); *Lewis v New Orleans*(1974)

人은 위 規範에 따라 有罪判決을 받았기 때문에 現在 具體的으로 被害를 입고 있다거나 장차 그러한 被害를 입을 危險이 있다고 주장하여야 한다는 要件은 充足된 것이라고 판시하였다.

(4) 判例의 適用에 대한 制限

연방대법원은 Bigelow v. Virginia(1975) 사건에서 어떤 法律이 지나치게 광범위하다는 주장을 내세울 수 있는 主張適格 有無의 判斷基準의 하나로서 그 法規가 廣範하게 그리고 不適切하게 適用될 가능성이 있는가 여부를 들면서 主張適格을 갖추기 위하여 當事者는 어떤 法律이 자신의 修正憲法 제1조상 權利를 萎縮시키고 있다는 것 以上으로, 그 法律로 말미암아 現在 具體的으로 被害를 입고 있다거나 將次 그러한 被害를 입을 危險이 있다고 主張하여야 한다고 판시하였다.

Colten v. Kentucky(1972)¹³⁾ 사건에서 판시한 바와 같이 修正憲法 제1조의 過度廣範性原則下에서 法律의 有效性을 다투는 當事者가 그러한 法律이 다른 사람의 憲法的으로 保護된 行爲를 威脅한다는 理由에 근거한 法則은 그 당사자가 그것에 의하여 有罪判決을 선고받은 法律이 아닌 다른 法律을 지나치게 광범하다는 이유로 공격하는 데에는 適用될 수 없다.

끝으로 Moose Lodge v. Irvis(1972)¹⁴⁾ 사건에서 연방대법원은 過度한 廣範性的의 原則은 어떤 法律이 修正憲法 제1조의 權利行使에 미칠 수 있는 萎縮效果를 理由로 主張適格을 許容하는 것이고, 이 原則은 修正 제1조에 관련된 領域이외의 領域에서 일어난 憲法訴訟

13) 407 U. S. 104, 32 L. Ed. 2d 584

14) 407 U. S. 163, 32 L. Ed. 2d 627

에는 적용된 적이 없다고 판시하였다. 그러나 修正憲法 제14조의 平等保護條項이 문제된 Eisenstadt v. Baird(1972)¹⁵⁾ 사건에서는 一般的인 主張適格에 대한 判例가 적용되었다.¹⁶⁾

3. 實體的 基準으로서의 過度한 廣範性的의 原則

(1) 實體的 基準으로서의 意義-다른 審査基準과의 併用

過度한 廣範性的의 原則의 實體的 基準으로서의 意義라 함은 요컨대 어떤 法律은, 그 適用範圍가 과도히 廣範하기 때문에 그 法律이 憲法上 保障된 權利를 규제하는 것이 되는 경우에는 法律 그 自體가 違憲으로 되어야 한다는 것이다. 이와 같이 이 原則의 實體面으로서의 特色은 法律의 지나치게 廣範한 適用이 憲法上 保障된 人權을 侵害할 可能性을 가지고 있는 것을 非難한다는 점에 있다. 다만 實體的 基準이라고 하여도 이 原則自體는 어떠한 規定方式이 되어 있는 경우에 問題의 法律이 지나치게 廣範한 것으로 되는가, 혹은 어떠한 適用範圍를 갖고 있는 경우에 그 法律이 지나치게 廣範하게 되는가 등을 반드시 明白히 하고 있는 것은 아니다. 즉 法律의 適用範圍가 어느 정도 지나치게 廣範한 경우에 그것이 許容되는가, 혹은 허용되지 않는가 라고 한 具體的 內容을 반드시 나타내고 있지는 않는 것이다. 그 의미에서는 이 原則은 어떤 法律이 지나치게 廣範하다고 判斷하기 위해서 또 하나의 實體的인 審査基準과 併用될 것이 必要하다. 예를 들면 「明白하고 現存하는 危險」의 原則이

15) 405 U. S. 438, 31 L. 2d 349

16) U. S. Supreme Court Reports 45 L. Ed. 2d pp. 733, 734

나 LRA(Less Restrictive Alternatives) 原則 등은 그러한 實體的 審査基準의 典型的인 例이다.¹⁷⁾

(2) 廣範性的 程度의 問題 (substantial overbreadth)

이 實體的 意味에서의 過度한 廣範性的 原則에 關하여는 어떤 法律이 지나치게 廣範하기 때문에 違憲이라고 하는 경우에 그 廣範性的 程度의 問題를 考慮할 필요가 있다. 이것은 바꾸어 말하면 어느 정도의 廣範성이 憲法上 非難받아야 하는가 하는 문제이다. 즉 違憲인 適用의 可能性이 조금이라도 있는 경우에는 그 法律은 無效로 되어야 한다고 할 것인지, 혹은 거꾸로 相當한 程度로 違憲適用의 可能性을 가지고 있지 않는 한 그 法律은 無效로 되어서는 안 된다고 생각할 것인가의 문제이다. 이것은 바꾸어 말하면 實體的 意味에서의 過度한 廣範性的 原則에 있어서는 法律의 廣範성에 대한 非難의 強度에 關하여 정도의 差가 있을 수 있다는 것을 의미하고 있다. 그래서 이미 설명한 바와 같이 이 過度한 廣範性的 原則은 實質적으로는 다른 實體的 審査基準과 併用되고 있다고 하는 점에서 본다면 결국 이것은 어떤 人權規制立法에 대하여 法院이 어떠한 實體的인 違憲審査基準을 採用하는가 하는 문제에 歸着하는 것이 된다. 따라서 예컨대 明白하고 現存하는 危險이나 LRA 原則 등과 같이 嚴格한 基準이 違憲審査基準으로 採用된 경우에는 그것은 同時에 과도히 광범한 法律이 그 廣範性的 程度에 關하여 비교적 嚴格한 체크를 받고 있다는 것을 意味하는 것이다.¹⁸⁾

17) 藤井俊夫, 전계 논문 359, 360면

18) 藤井俊夫, 전계 논문 361면

그 의미에서는 廣範性的 程度의 問題는 우선 첫째로 規制對象이 되고 있는 人權의 憲法上 序列에 따라 다른 것이 되고(예컨대 表現의 自由와 經濟的 自由와의 차이), 또한 둘째로 同一한 人權이라도 時代背景에 따라 規制의 許容度, 즉 廣範性에 관한 非難強度의 程度가 變化한다고 하는 점에 주의해야 한다. 美國에서의 近來의 傾向은 이 後者の 例에 해당한다고 해도 좋을 것이다. 예를 들면 公務員의 政治活動을 禁止하는 Oklahoma州法을 合憲이라고 한 *Broadrick v. Oklahoma*(1973)¹⁹⁾ 판결에서는 單純한 言論이 아니고 行動이 문제되 되고 있는 때에는 法律의 過度한 廣範性은 그 法律의 明白히 合法的인 適用範圍에 비추어 보아 實際的(real)일 뿐만 아니라 동시에 相當한(substantial) 것이 아니면 안 된다고 하여 소위 「相當한 過度 廣範性(substantial overbreadth)」이라고 하는 觀念을 採擇하였다. 이것은 同一한 表現活動이라도 純粹한 言論(pure speech)²⁰⁾과 行動(conduct) 사이에는 憲法上 保障의 強度에 差異가 있다고 하는 實體的인 價値判斷을 前提로 하고 있다고 할 수 있고, 또한 同時에 이와 같은 實體的 判斷에 관한 法院의 價値觀의 變化를 나타내고 있다고 말할 수 있을지도 모른다.²¹⁾ 한편 위 *Broadrick* 판결에 의하면 문제된 法律의 內容이 ‘非檢閱的’이고 ‘中

19) Oklahoma州의 職業公務員法 제818조는 일정한 부류의 公務員에 대하여 政治活動을 制限하였다. 본건에서 문제된 조항의 하나에 따르면, 「意見を 표명하거나 投票를 하기 위하여 市民으로서의 자신의 權利를 私적으로 행사하는 경우를 제외하고는 政黨의 管理나 事務 또는 選舉運動에 參與할 수 없다」고 규정하였고, 다른 조항들은 政治資金募金에 從事하는 것을 禁止하고 政黨委員會에 所屬하는 것을 禁止하였다. 본건 上告人은 自身の 上司를 위하여 選舉運動을 하였는데 위 州法 제818조는 막연하고 또한 과도하게 광범하기 때문에 違憲이라고 주장하였으나 연방대법원은 5 : 4의 결정으로 上告를 棄却하였다.

20) 그러나 연방대법원은 *New York v. Ferber*(1982) 사건에서 상당한 과도 광범성의 요구가 순수한 언론(pure speech)에 관련된 법규에도 역시 적용된다는 것을 명백히 하였다. *Laurence H. Tribe Id. at 1025 fn. 9*

21) 藤井俊夫, 전계 논문 362면

立的'이기 때문에 과도한 廣範性的 原則이 嚴格히 適用되지 않는다고 보고 있는 바, 이는 문제된 法律의 性格에 따라 同 原則의 適用上的 嚴格性에 差異가 있다는 前提에 입각하고 있다. 이와 관련하여 過度하게 廣範한 法律의 類型을 '檢閱的(censorial)' 법률²²⁾, '禁止的(inhibitory)' 법률²³⁾, '矯正的(remedial)' 법률²⁴⁾의 세 가지로 區別하고 있는 것은 一考할만하다.

그런데 최근의 케이스들은 연방대법원이 過度 廣範性的 原則을 修正한 것만큼 拋棄하지는 않았다는 것을 보여준다. 주요한 發展은 연방대법원이 法律의 保護된 表現을 방해할 潛在性 때문에 法律全體를 無效로 하기는 매우 싫어한다는 것과 適用過程에서 州法院에게 縮小解釋할 것을 기꺼이 허용한다는 것이다. 예를 들면 *New York v. Ferber*(1982)²⁵⁾ 사건에서 연방대법원은 16세 미만의 어린이에 의한 性行爲의 描寫를 配布하는 것을 禁止한 州法에 근거한 刑事有罪判決을 반대의견 없이 支持하였다. 연방대법원은 어린이 猥褻을 描寫한 冊과 필름이 單純한 言論(pure speech)임은 인정하지만 그 法律에 근거하여 有罪가 된 어떤 사람에게 의한 遡及的인 挑戰에 관련해서도 그 法律을 無效로 하기 위해서는 過度한 廣範性은 相當해야(substantial) 한다고 판시하였다. 또한 *Ohralik v. Ohio State Bar* (1978)²⁶⁾ 사건에서 연방대법원은 辯護士는 法的 助言을 구하지 않는 一般人에 대하여 자신의 서비스를 勸誘할 수 없다는

22) 특정한 公的問題에 관한 主張에 대해 負擔을 가하려는 것으로 예컨대 犯罪的 勞動組合 至上主義法(criminal syndicalism laws)이 이에 해당한다.

23) 表現의 行爲나 結社의 行爲를 禁止하는 것이면서도 그 影響은 주장되고자 하는 특정의 意見에 대해 中立的인 경향이 있는 것을 말하며 예컨대 名譽毀損을 禁止하는 규정이 이에 해당한다.

24) 表現의 自由와 관련된 價値를 擁護하기 위하여 일정한 表現行爲를 규제하는 것으로서 예컨대 로비活動이나 選舉運動을 규제하는 법률이 이에 해당한다.

25) 458 U. S. 747

26) 436 U. S. . 447, 56 L. Ed. 2d 444; *Friedman v Rogers*(1979) 440 U. S. 1도 같은 취지임.

Ohio州의 誘致行爲 禁止규정이 너무 광범하다는 상고인의 主張에 대하여 直接 辯護士 本人이 하는 誘致行爲는 이른바 商業的 言論 (commercial speech)에 해당하며 그러한 商業的 言論은 非商業的 言論처럼 抑止당할 것 같지는 않으므로 과도한 廣範性의 原則에 의한 特別한 保護를 요하지 않는다고 하고, 비록 商業的 言論을 행한 者가 과도한 廣範性의 原則에 입각한 主張을 할 수 있다고 하더라도 Broadrick 판결에 나타난 要件들을 만족시켜야 할 것이라고 판시하였다.²⁷⁾

(3) 過度한 廣範性原則의 適用限界

과도한 廣範性의 原則은 權利章典(Bill of Rights)²⁸⁾에 의하여 保障되는 自由에 한하여 適用되는 것으로 판시되어 왔다.²⁹⁾ 扶養兒童이 있는 家族에 대한 聯邦救護法(Federal Aid to Families With Dependent Children Act) 下에서 家族單位로 支給받을 수 있는 救護金額의 最高限度를 制限하고 있는 州行政規則(state regulation)이 扶養兒童이 많은 家族에 대한 福祉金支給에 있어서 差別을 초래하기 때문에 修正憲法 제14조에 違反되는지가 문제된 Dandridge v Williams(1970)³⁰⁾ 사건에서 연방대법원은 위 規則이 위 平等保護條

27) Laurence H. Tribe Id. at 1026

28) 美國의 聯邦 및 州의 憲法 중 基本의 人權의 保障에 관한 規定을 말한다.

29) Notes, The Frist Amendment Overbreadth Doctrine, 83 Harvard Law Review(1970) 844, 860면도 문제의 法律이 修正憲法 제1조의 保護法益과 상당한 정도로 관련되는 경우에 한하여 과도한 廣範性의 原則에 따라 合憲性이 審査될 수 있는 것이라고 한다. 즉 어떤 法律이 단지 附隨的이고 偶發的으로 表現의 自由에 影響을 미치는 경우가 있을 수 있다는 것만으로는 부족하고 문제의 法律이 주로 表現·結社活動과 상당한 정도로 관련이 있는 행위에 적용되는 경우이어야 한다.

30) 397 U. S. 471, 25 L. Ed. 2d 491

項을 違反하지 아니하였다고 판시하면서 「만일 이 사건이 修正憲法 제1조의 言論自由保障을 違反한 公權力行使가 문제된 사건이었다면, 다른 有效한 行政규칙이 지나치게 廣範하게 適用되어 修正憲法 제1조에 의하여 保護되는 行爲에 影響을 미치게 되었을 때 그 지나치게 광범하다는 事實 自體로 인하여 그것이 違憲으로 되기 때문에 지나치게 광범한가 여부의 인정은 重要하고 決定的이다. 그러나 이 사건에서 문제되고 있는 行政規則은 權利章典에 의하여 보장되는 自由에 影響을 미치지 않는 社會的 또는 經濟的 분야에서 제정된 規則이므로 이 경우에는 지나치게 廣範하다는 개념이 作用할 여지가 없다」고 실시하였다. 한편 言論·結社의 自由와 密接하게 관련된 修正憲法 제5조에 의하여 保障되고 있는 自由가 논의된 *Aptheker v. Secretary of State*(1964)³¹⁾ 사건에서 연방대법원은 共產黨組織의 會員에 대하여 破壞行爲 團束委員會의 最終命令通知에 의하여 旅券의 登錄, 申請 및 使用試圖를 禁止한 聯邦法院이 ‘지나치게 廣範圍하고 無差別的으로’ 旅行의 自由를 制限하고 이로써 修正憲法 제5조에 의하여 보장된 自由를 制約하였기 때문에 文面上 無效라고 宣言하고, 이에 덧붙여 「旅行의 自由는 言論 및 結社의 自由와 密接하게 관련된 憲法上 基本權이므로 議會가 合憲적으로 원고들의 旅行을 禁止할 수 있는 法律을 作成할 수 없었을 것이라는 점을 원고들에게 立證하도록 요구해서는 안 된다. 또한 본건 法律은 明確하고 正確하게 규정되어 있으므로 이 法律을 實質적으로 다시 고쳐 쓰기 전에는 縮小解釋의 방법으로 그 法律의 지나치게 廣範한 適用範圍와 無差別的인 適用성향을 制限할 수 없다」고 판시하였다.

反면에 法律이 지나치게 廣範圍해서 權利章典에 의하여 보장된

31) 378 U. S. 500, 12 L. Ed. 2d 992

自由가 아닌 다른 聯邦憲法上 규정들을 侵害했다고 판시한 케이스들도 있다. 예컨대 Eisenstadt v. Baird(1972)³²⁾ 사건에서는 연방대법원은 州의 避妊藥反對(anticontraceptive)法이 修正憲法 제14조의 平等保護條項을 侵害하였다고 하면서 그 法律이 健康法令(health measure)의 意圖였다면 모든 避妊藥이 潛在적으로 危險하지는 않는 것이어서 그것은 既婚者에게 미치기 때문에 지나치게 廣範圍하다고 판시하였다.³³⁾

(4) 文面上 無效宣言의 制限

연방대법원은 첫째 法律이 有效하게 적용될 狀況이 상당히 많은 경우, 둘째 그 法律이 쉽게 區別하거나 合憲적으로 禁止할 수 있는 行爲의 全體領域을 網羅한 경우, 셋째 法律이 縮小解釋이 可能한 경우 등에는 法律의 文面上 無效宣言을 하기에 不適當하다고 판시하였다.

Parker v. Levy(1974) 사건에서 연방대법원은 어떤 法律이 合憲적으로 적용될 수 있는 경우가 상당히 많은 경우에는 그 법률을 文面上 無效로 하지 않을 것이라고 판시하였고, 비록 그 法律이 修正憲法 제1조의 價値를 침해할 限界的인 적용이 있더라도 法律의 나머지 부분이 쉽게 구별하고 合憲적으로 禁止할 수 있는 行爲의 全體領域을 網羅하는 경우에는 文面上 無效宣言이 不適切하다고 판시하였다.³⁴⁾ 또한 연방대법원은 Broadrick v. Oklahoma(1973) 사건에서 법률을 지나치게 광범위하다는 이유로 文面上 違憲이라고

32) 405 U. S. 438, 31 L. Ed. 2d 349

33) U. S. Supreme Court Reports 45 L. Ed. 2d p. 739

34) United States Civil Service Com. v National Asso. of Letter Carriers(1973) 413 U. S. 548, 37 L. Ed. 2d 796; Broadrick v Oklahoma(1973)

선언하는 것은 명백히 ‘강한 藥(strong medicine)’이며 그러한 宣言은 매우 드물게 그리고 最後의 手段으로 이용되어 왔다고 판시하였고, 그 法律을 限定解釋할 수 있는 경우에는 法律의 文面上 無效宣言은 不適切하다고 하였다. 또한 연방대법원은 *Erzoznik v. Jacksonville*(1975) 사건에서 「法律이나 法令의 適用範圍가 지나치게 廣範圍하면 修正憲法 제1조의 權利行使가 抑止될 수 있지만 文面上 無效라는 判斷을 할 때는 慎重을 기하여야 한다. 왜냐하면 法律의 無效化는 州의 規制計劃을 不必要하게 妨害하는 結果를 초래할지도 모르고, 競合하는 利益을 調整함에 있어서 州法院에 의하여 縮小解釋이 가능하다면 州法이 文面上 無效로 判斷되어서는 안 된다」고 판시하였다.³⁵⁾

(5) 縮小解釋(narrowing construction)에 의한 無效선언의 回避

가. 聯邦法律과 州法律에 대한 연방법원의 審査範圍에 있어서의 差異

法院이 과도하게 廣範한 法律이 憲法上 保護받는 行爲에 잘못 適用될 수 있는 사례를 迅速하고도 效果的으로 除去할 수 있는 適切한 措置를 강구할 수 없는 경우가 아니면 그 法律을 文面上 全部無效라고 判斷하는 것은 不適切하다³⁶⁾

35) U. S. Supreme Court Reports, 45 L. Ed. 2d p. 740

36) 위 Note, 862면, *Brockett v Spkane Arcades, Inc.*(1985) 472 U. S. 491에서도 연방대법원은 法律全體를 無效化하기 보다 지나치게 廣範한 法律에 대해 再解釋의인 手術(reconstructive surgery)을 施行하고, 州가 憲法을 위반함이 없이 그 法律을 復權시킬 것을 기대하였다. Laurence H. Tribe Id. at 1027

그런데 過度 廣範性 때문에 修正憲法 제1조를 違反한 法律이 縮小解釋에 의하여 有效化될 수 있는지 여부를 決定하는데 있어서, 연방대법원은, 과도한 廣範性 原則에 限定되지 아니한 一般法則에 근거하여, 聯邦과 州法律에 대한 審査의 範圍를 구별하였다. 이 一般法則은 연방대법원은 憲法的인 爭點을 피하도록 州法律을 有權的으로 해석할 管轄權이 없으나, 聯邦法律에는 그러한 有權的 解釋을 할 權限을 가지고 있다는 趣旨이다.³⁷⁾ 연방대법원은 연방대법원이 州法律을 有權的으로 해석할 管轄權이 없기 때문에 州法院만이 필요한 縮小解釋을 할 수 있다고 판시하였다.³⁸⁾

나. 聯邦法律

「법원은 만일 憲法問題의 판단을 回避할 수 있도록 법률을 解釋하는 것이 가능하다면 그와 같이 해석할 義務가 있다」는 一般法則에 의지하여, 연방대법원은, 聯邦法律은 대법원 스스로 問題의 法律을 縮小解釋함에 의하여 지나친 廣範性을 이유로 한 無效로부터 救濟될 수 있다고 판시하였다.³⁹⁾

과도하게 廣範하므로 修正憲法 제1조를 違反한 것으로 인정된 法律을 縮小解釋하여 그 無效宣言을 回避할 수 있다는 법칙은 *United States v. Thirty-Seven Photographs*(1971) 사건에서의 多數意見에 잘 나타나 있다. 그 사건에서 稅關員에 의한 猥褻物의 押收를 규정한 聯邦法律(19 USCS 1305-a)이 相對的 使用을 위한 輸入 뿐만 아니라 個人的 使用을 위한 輸入도 禁止하기 때문에 과도하게 廣範하

37) U. S. Supreme Court Reports 45 L. Ed. 2d. p.741

38) *Gooding v Wilson*(1972)

39) *United States v Thirty-Seven Photographs*(1971) 402 U. S. 363, 28 L. Ed. 2d 822; *Arnett v Kennedy*(1974) 416 U. S. 134, 40 L. Ed. 2d 15

다는 결론을 내릴 수 있다고 하더라도 그 법률을全體로서 無效化시키는 것은 適切하지 아니하고 이를 制限的으로 해석하여 相對的의 사용을 위한 輸入에 한하여 適用하는 한 有效라고 하여야 한다고 판시하였다.

마찬가지로 下級法院이나 法執行을 담당하는 行政機關이 問題된 법률을 縮小解釋함으로써 과도하게 廣範하다는 理由로 법률을 無效化시키는 것을 回避할 수 있다고 판시하였다. United States Civil Service Com, v. National Asso. of Letter Carriers (1973)⁴⁰⁾ 사건은 公務員任用委員會(Civil Service Commission)에 의한 解釋의 例이고, Parker v. Levy(1974)⁴¹⁾ 사건은 聯邦軍事抗訴法院(U. S. Court of Military Appeals)에 의한 解釋의 例이다.

그렇지만 연방대법원이 問題된 法律의 合憲的인 適用을 생각할 수 있을 때는 언제나 연방대법원은 그 兵器庫로부터 全體法律의 文面上 無效化를 除去해 버렸다고 말할 정도는 아니다.⁴²⁾ 연방대법원은 Apthecker v. Secretary of State(1964) 사건에서 과도하게 廣範圍하므로 無效라고 주장된 法律이 正確하고 明確하게 규정되어 있어서 그 法律을 實質的으로 다시 고쳐 쓰지 않는 한 解釋의 方法으로 그 適用範圍를 制限하는 것이 不可能하므로 그 法律은 지나치게 廣範하므로 無效라고 판시하였고, 또한 Village of Schaumburg v. Citizen for a Better Environment(1980)⁴³⁾ 사건에서 그 規定을 支持할 다른 理論的 根據나 切斷할 수 있는 論理的 사항을 發見할 수 없다면 연방대법원은 그 法律을 全體로 無效化시킬 수밖에 없다고 판시하였다. 한편 Secretary of State v. Joseph H. Munson,

40) 413 U. S. 548, 37 L. Ed. 2d 796

41) 417 U. S. 733, 41 L. Ed. 2d 439

42) Laurence H. Tribe, Id. p. 1028

43) 444 U. S. 620

Inc.(1984)⁴⁴) 사건에서 연방대법원 慈善基金募金費用에 관하여 25%의 制限을 부과한 法律에 대하여, 慈善團體가 募金에 消費한 돈의 額數에 대한 制限은 情報의 宣傳과 寄附勸誘를 위하여 돈을 消費할 修正憲法 제1조의 權利를 直接的으로 制限하였고, 그 法律은 非營利團體에 의한 詐欺的인 勸誘로부터 公衆을 保護하는데 있어 政府의 利益을 증진하기 위하여 精密하게 다듬어질 수는 없다고 판시하였다.⁴⁵) Munson사건에서의 法律은 그 뿌리째 썩었기 때문에 違憲的인 가치를 잘라 낼 수가 없다고 比喩的으로 설명되기도 한다.⁴⁶)

다. 州法律

연방대법원은 판시하기를, 州法律이나 規定이 州法院에 의하여 有權的으로 해석되었을 때 修正憲法 제1조와 제14조에 의하여 保護된 言論에 적용되지 않을 것 같은 경우에만 口述된 말(spoken words)만을 罰하는 州法律이나 規定이 과도한 廣範性を 이유로 한 공격에 버틸 수 있다고 하였다.⁴⁷)

Law Students Civil Rights Research Council, Inc. v. Wadmond (1971)⁴⁸); Colten v. Kentucky(1972)⁴⁹); Broadrick v. Oklahoma (1973) 사건에서는 州法律에 대한 과도 廣範性的 挑戰이 州法院이 그 法律에 대해 縮小解釋을 하였다는 理由로 연방대법원에 의해 棄却되었고, 반면에 Cox v. Louisiana(1965)⁵⁰), Gooding v. Wilson

44) 467 U. S. 947, 81 L. Ed. 2d 786

45) John Nowak, Ronald D. Rotunda, J. Nelson Young, Constitutional Law 3d Ed. p. 844

46) Laurence H. Tribe, Id. at 1029

47) Gooding v Willson(1972); Lewis v New Orleans(1974)

48) 401 U. S. 154, 27 L. Ed. 749

49) 407 U. S. 104, 32 L. Ed. 2d 749

50) 379 U. S. 536, 13 L. Ed. 2d 584

(1972), *Plummer v. Columbus*(1973)⁵¹, *Lewis v. New Orleans* (1974)⁵² 사건에서는 州法律에 대한 州法院의 解釋이 그 範圍를 適切하게 縮小하지 못했기 때문에 그 州法律은 과도한 廣範性 때문에 無效라고 判시되었다. *Erznoznik v. Jacksonville* (1974) 사건에서 연방대법원은 州法律을 과도한 廣範성을 이유로 無效라고 하면서 그 法律이 縮小解釋에 適合하지 않다고 判시하였다.

(6) 法院에 의한 修正憲法 제1조 權利와 政府의 利益 (governmental interests)의 比較較量

法律이 違憲的으로 과도히 廣範한지 여부를 決定하는데 있어서, 연방대법원은 다음 사건들에서 修正憲法 제1조의 自由에 關聯된 政府의 利益을 比較해 보았다. 즉 *Keyishian v. Board of Regents* (1967)⁵³, *Procunier v. Martinez*(1974)⁵⁴, *Erznoznik v. Jacksonville* (1972)⁵⁵, *Grayned v. Rockford*(1972)⁵⁶ 사건 등에서는 문제된 法律과 規定을 有效라고 하였다.

Colten v. Kentucky(1972)⁵⁷ 사건에서 연방대법원은 과도하게 廣範하다는 挑戰을 받는 州의 風紀紊亂行爲法律을 有效라고 하면서, 表現에 있어서의 個人的인 利害가, 모든 關聯要因에 비추어 판단해서, 그 時間과 場所에서 그 表現을 막는데 있어서의 特정한 公共의 利益과 比較해 보아 些少할 때에만 그 法律은 施行된다는 것을 그

51) 414 U. S. 2, 38 L. Ed. 2d 3

52) 415 U. S. 130, 39 L. Ed. 2d 214

53) 385 U. S. 589, 17 L. Ed. 2d 629

54) 416 U. S. 396, 40 L. Ed. 2d 224

55) 422 U. S. 205

56) 422 U. S. 205

57) 408 U. S. 104, 33 L. Ed. 2d 222

根據로 하였다. 반면에 United States v. Robel(1967)⁵⁸⁾ 사건에서 연방대법원은 聯邦法律을 過度 廣範性이라는 致命的인 缺陷을 이유로 無效로 선언하면서, 聯邦刑事事件에서 피고에 의해 주장된 修正憲法 제1조의 權利에 대해 그 법률에 나타난 政府의 利益을 比較함으로써 그 사건을 決定할 것을 拒否하였다. 대법원은 단지, 憲法은 社會權限과 個人的 權利 사이의 衝突은 그 衝突을 피하기 위하여 보다 情密하게 묘사된 立法에 의해 調節되는 것을 요구한다고 판시하였을 따름이다. 이와 관련하여 Procnier v. Martinez(1974)⁵⁹⁾ 사건에서 언급된 法則, 즉 수정헌법 제1조의 自由에 대한 制限은 관련된 特정한 政府의 利益의 保護에 必要한 것보다 더 커서는 안된다는 것은 注目할만 하다.

4. 漠然하므로 無效의 原則(Void-for-Vagueness Doctrine)과의 區別

過度한 廣範性的의 原則과 漠然性的의 原則의 差異는 過度 廣範性的의 原則이 原則적으로 修正憲法 제1조의 領域에서 適用될 수 있고 또한 明確性和 正確성이 缺如되지 않은 法律을 無效로 할 수 있는데 반하여, 漠然性的의 原則은 修正憲法 제5조 및 제14조의 適法節次條項(the due process clause)에 根據하고 또한 明確性和 正確성이 缺如된 法律에만 適用될 수 있다는 것이다.⁶⁰⁾

연방대법원은 Zwickler v. Koota(1967)⁶¹⁾ 사건에서 위 두 原則을

58) 389 U. S. 258, 19 L. Ed. 2d 508

59) 416 U. S. 396, 40 L. Ed. 2d 224

60) U. S. supreme Court Reports 45 L. Ed. 2d p. 73f

61) 389 U. S. 241, 19 L. Ed. 2d 444

다음과 같이 구별하고 있다. 즉 漠然하므로 無效의 原則은 어떤 行爲를 禁止 또는 要求하는 法律에서 사용된 用語가 漠然하여 보통의 知性을 가진 사람이 그 意味를 어렵직잡할 수밖에 없고 그 適用여부에 관하여 意見이 달라지는 경우 위 法律을 無效로 하는 것이고, 반면에 過度하게 廣範하므로 無效의 原則은 法律이 비록 不明確하거나 不正確하지 않다고 하더라도 州가 合憲의으로 規制할 수 있는 行爲를 統制 또는 防止한다는 政府의 目的을 不必要하게 廣範한 適用範圍를 갖는 手段에 의하여 達成하고 그 결과 修正憲法 제1조가 保護하는 自由의 領域을 侵害해서는 안된다는 憲法的 原理를 違反한 경우 그 法律을 無效로 한다는 것이다. 또한 Grayned v. Rockford(1972)⁶²⁾ 사건에서 위 두 原則을 區別하면서, 適法節次의 基本原理는 무엇을 禁止하는지 明確하게 규정하지 아니한 法律은 無效라는 것이고, 반면에 憲法上 保護되는 行爲까지 그 適用對象에서 禁止하는 法律은 비록 그것이 明確하고 正確한 法律이라 할지라도 지나치게 廣範할 수 있다고 說明하였다.

약간의 사건들, 예컨대 Keyishian v. Board of Regents(1967)⁶³⁾, Coates v. Cincinnati(1971)⁶⁴⁾, Plummer v. Columbus(1973)⁶⁵⁾ 사건 등에서는 法律이 과도 廣範性 및 漠然性의 두 가지 理由 때문에 無效로 되었다. 어쨌든 연방대법원은 過度廣範性의 原則과 漠然性의 原則을 항상 明白하게 區別하지는 않았는 바, Cox v. Louisiana (1965)⁶⁶⁾ 사건에서는 문제된 法律은 「그 過度하게 廣範한 領域에서 違憲의으로 漠然하다」는 用語를 사용하기도 하였다.

62) 408 U. S. 104, 33 L. Ed. 2d 222

63) 385 U. S. 589, 17 L. Ed. 2d 629

64) 402 U. S. 611, 29 L. Ed. 2d 214

65) 414 U. S. 2, 38 L. Ed. 2d 3

66) 379 U. S. 536, 13 L. Ed. 2d 471

위 두 가지 原則이 얽혀있는 대표적 사건으로는 NAACP v. Button(1963)⁶⁷⁾ 사건이 있다. 呼客꾼(‘runner’ or ‘capper’에 의한 法律事務의 誘致를 禁止하는 州刑事法律이, 위 用語의 定義에 있어, 自己가 當事者가 아니고 金錢的인 權利나 責任을 지지 않는 訴訟과 관련하여 辯護士를 雇用한 個人이나 團體의 代理人을 포함하였는 바, 州最高法院은 그 法律이 將來의 訴訟當事者가 特定한 辯護士의 助力을 구하도록 도움받는 어떠한 準備도 禁止하는 것으로 해석하였다. 연방대법원의 판결은 그 法律이 違憲的으로 漠然하고 따라서 不適切하게 修正憲法 제1조와 제14조에 의해 保護된 表現의 自由와 結社의 自由를 侵害하였으므로 無效라고 판시하였다. 또한 연방대법원은 漠然성과 과도한 廣範性的의 不當한 屬性은 刑事被告人에 대한 適切한 通知의 缺如나 立法權의 經路를 밟지 않은 委任에 달려 있는 것이 아니라 修正憲法 제1조 領域에 있어서 廣範하거나 不適切한 適用可能性이 있는 刑事法規의 存在를 默認하는 危險에 달려 있다고 판시하였다.⁶⁸⁾

67) 371 U. S. 415, 9 L. Ed. 2d 405

68) U. S. Supreme Court Reports, 45 L. Ed. 2d p. 738

[參 考 文 獻]

梁 建, 美國判例法上 表現의 自由와 「過度한 廣範性的 原則」
(The Overbreadth Doctrine) 서울대학교 法學 23권 1호 229면
이하

藤井俊夫, 「過度の廣範性の理論および明確性理論」講座 憲法訴訟
제2권 有斐閣 347면 이하

Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 2nd ed. 1988,
pp. 1022, 1061 U. S. Supreme Court Reports, 45 L. Ed. 2d.
pp. 725, 759

Notes, The First Amendment Overbreadth Doctrine, 83 Harvard
Law Review(1970) pp. 844, 927

John Nowak, Ronald D. Rotunda, J. Nelson Young, Constitutional
Law 3d ed. pp. 840, 847

American Jurisprudence 2d Ed. V 16A pp. 244, 248

憲法研究官制度의 改善方案

梁 三 承

前 憲法研究部長

서울地方法院 部長判事

- 目 次 -

I. 머 리 말

II. 우리나라 大法院의 裁判研究官制度

가. 沿 革

나. 選 拔

다. 組 織

라. 機能(운영)

마. 평가 및 장래의 전망

III. 일본 最高裁判所의 調査官制度

가. 沿 革

나. 選 拔

다. 組 織

라. 機能(운영) (1) 일반원칙 (2) 구체적 직무

마. 평가 및 장래의 전망

IV. 미국의 law clerk制度 (특히 聯邦最高裁判所の 경우)

가. 沿 革

나. 選 拔

다. 組 織

라. 機能(운영)

마. 평가 및 장래의 전망

V. 독일 憲法裁判所の 研究官制度

가. 沿 革

나. 選 拔

다. 組 織

라. 機能(운영)

마. 평가 및 장래의 전망

VI. 결론의 도출을 위한, 憲法裁判의 특수성 확정

VII. 결론의 도출을 위한, 憲法裁判官의 업무의 분석

VIII. 바람직한 研究官의 모습

IX. 바람직한 研究官制度의 모습

가. 서 론

나. “專屬研究官”과 “共同研究官”의 문제

- 다. “自體研究官”과 “派遣研究官”의 문제
- 라. 研究官의 “수” 및 “구성”의 문제
- 마. 研究官制度의 組織의 문제
- 바. 研究官制度의 운영(機能)의 문제

[참고문헌] 및 [요약]

I. 머리말

가. 憲法裁判所가 문을 열고 우리나라에서 실질적으로 憲法裁判이 행해진지 이제 3년을 넘어서고 있다. 더욱이 3인의 非常任裁判官이 모두 常任裁判官으로 바뀌게 되면서 보다 바람직한 憲法裁判所을 위한 기대가 증대되고 있다. 이와 같이 우리 憲法裁判所의 본격적인 성장기를 맞이한 시점에서, 막중한 책무를 부여받고 있는 憲法裁判官을 그 직무상 실질적으로 보좌하는 역할을 하는 憲法裁判官制度는 어떠한 모습을 가져야하고 어떻게 기능 하여야 할 것인지를 검토하는 것은 의미 있는 일이라고 생각된다.

나. 이와 같은 검토에 있어서, 고찰의 대상은 다음의 3가지로 나누어 볼 수 있을 것이다. 즉 첫째로 憲法裁判官의 人的 構成에 관한 문제로서, 누구를, 어떠한 방법으로 憲法研究官에 選拔할 것이냐의 문제이며, 둘째로는 위와 같이 選拔된 憲法研究官을 어떻게 編成하는 것이 능률적이고 합목적적이냐의 組織上의 문제이고, 셋째로는 이와 같이 조직된 憲法研究官을 어떻게 활용하는 것이 바람직한가의 機能的인 문제이다.

다. 위와 같이 근본적인 3가지 문제점을 검토하기에 앞서서 이에 대한 정보 및 아이디어를 얻기 위한 방편으로 우리나라의 大法院, 일본의 最高裁判所, 미국의 聯邦最高裁判所 및 독일의 憲法裁判所에 있어서의 研究官制度를 먼저 살펴보기로 한다. 다만 고찰의 목적이 우리나라 憲法裁判所의 憲法研究官制度에 있어서, 위 3가지 점에 대한 개선방안을 탐색하는 데 있는 만큼, 위 각 制度의 고찰은 위 3가지 점에 초점을 맞추어 간략하게 서술함에 그친다(보다

상세한 점에 대하여는 별첨자료를 참조).

II. 우리나라 大法院의 裁判研究官制度

가. 沿 革

우리나라 大法院에서 裁判研究官制度가 법률의 규정에 따라 처음 생긴 것은 1963. 12. 13. 의 개정된 法源組織法 제20조의 2의 규정에 의하여서이다. 그리고 1965. 11.에 위 규정에 따라 처음으로 12명의 裁判研究官이 지명되었다(당시의 大法院 判事 數는 12명이었음). 그후 1971년에는 研究官의 수가 17명으로 되었다가(당시 大法院 判事 數는 16명임), 1975년에 31명의 研究官을 지명하였다(이는 당시의 15명의 大法院 判事に 2인씩의 研究官을, 그리고 大法院長에게 1인의 研究官을 둔 셈이다). 그리고 1981년에 大法院 判事의 수가 12인으로 되자 24인의 研究官을 두고, 1983년에는 大法院長에게 2인의 研究官을 추가하여 합계 26인의 研究官으로 되었다. 그러던 중 1990. 2. 에는 12인의 大法官에게 專屬되는 2인씩의 研究官 24인 및 特別事件(行政事件)만을 취급하는 12인의 共同研究官을 두어 합계 36인으로 늘어났으며, 다시 1991. 2. 15.부터는 12인의 大法官에 全屬되는 12인의 研究官 및 共同研究官 26인과 首席裁判研究官(高等部長級) 1인 합계 39인으로 늘어나게 되었고, 다시 1992. 8 월부터는 합계 42인(수석연구관 1인, 전속연구관 24인, 공동연구관 17인)으로 늘어났다.

나. 選 拔

大法院의 裁判研究官은 大法院長이 지명하며, 약간의 예외(예를 들면 1975년의 研究官에는 3년 근무의 조건으로 약간명의 地法判事가 지명됨)를 제외하고는, 원칙적으로 地法部長 승진 직전의 단계에 있는 서열이 높은 高法判事 중에서 지명되었고, 이는 현재까지 그대로 고수되고 있다. 다만 최근에 이르러서는 재판연구관으로 재직 중 승진의 순서가 되어 지법부장으로 승진하고도, 당분간 재판연구관으로 그대로 근무하는 경우가 간혹 나타나고 있다.

다. 組 織

1965. 11. 裁判研究官이 처음 지명된 이래 1990. 2. 이전까지의 단계에서는, 裁判研究官이 각 1인 또는 2인씩 각 大法官에게 전속적으로 배속되어, 특정의 大法官을 보좌하는 방식으로 조직되고 운영되어졌다. 더욱이 研究官을 大法官에게 배치함에 있어서도, 각 서열에 따른 일반적인 원칙을 정하여 배치함으로써 적성이나 親疎관계에 따른 배치는 의도적으로 배제되어졌다. 그러던 중, 특히 司法行政制度改善委員會에서 大法院의 업무부담의 가중과 관련하여 研究官制度에 대한 개선책이 논의되게 되었고(예를 들면 1984. 6. 25. 자 제51차 회의 및 1988. 2. 29. 자 제76차 회의 등) 그 결과 1990. 2에 制度상 커다란 변화가 일어났다. 즉 36인의 研究官 중 24인은 2인씩 12인의 大法官에게 專屬되어 해당 大法官을 보조하고, 나머지 12인은 당시 大法院의 관례통일이 가장 시급하게 요청되고 있던 特別事件(行政訴訟事件)만을 위한 研究官으로 투입되어 특정의 大法官

官에게 專屬되지 아니하는 研究官制度를 신설하여, 이른바 專門化를 시도하였다. 그후 다시 1991. 2. 15.부터는 위 制度를 다시 보완하여 首席裁判研究官 1인(高等部長級)을 포함하여 研究官 수를 39인으로 늘리고, 이중 12인은, 12인의 大法官에게 1인씩 專屬시키고(소위 “專屬 研究官”이라 함), 나머지 26인은 특정의 大法官에게 배속되지 아니한 소위 “共同 研究官”으로서 분류하였다. 그리고 위 26인의 共同研究官은 다시 行政事件을 주로 다루는 14인의 “特別組”(이중 5인은 租稅, 4인은 一般行政, 3인은 勤勞關係, 2인은 知的所有權 분야로 나누어진다)와 民·刑事사건을 주로 다루는 12인의 “一般組”(이는 다시 각 3인씩 4組로 나누어져서 1組는 일반 民刑事사건, 2組는 손해배상 및 국가·地方自治團體사건, 3組는 商事 및 團體사건, 4組는 刑事사건, 憲法사건 및 行政사건 중 人事에 관한 사건을 다루고 있다)로 나누어져 있었다. 위와 같은 형태로 약 1년 반 가량 운영해 오다가 1992. 8월에는 약간의 보완을 가하여 현재에는 다음의 형태로 운영되고 있다. 즉 수석재판연구원(고등부장급) 1인을 포함하여 연구관 수를 42인으로 하고, 이중 24인은, 12인의 대법판에게 2인씩 전속시키고, 나머지 17인은 공동연구관으로 분류하였다. 그리고 위 17인의 공동연구관은 다시 4인의 일반조(일반민형사사건), 2인의 근로조(근로관계에 비롯하는 민사·행정사건 등), 2인의 지적소유권조(특히 특허사건이 대부분으로 저작권 사건도 포함됨), 5인의 조세조(조세사건), 4인의 일반행정조(일반적인 행정소송사건)로 나누어져 시행되고 있다.

라. 機能(운영)

研究官들의 운영방법은 위 特別組와 一般組에 따라 다르다. 즉

特別組의 경우(대상사건이 行政訴訟 등 特別組의 대상 사건인 경우)에는, 사건이 大法院에 접수되어 主審大法官이 정해지면 바로(즉, 먼저 主審大法官에게 사건의 기록이 전달됨이 없이) 首席裁判研究官에게 기록이 도달되어, 首席裁判研究官은 그 기록을 해당 組의 組長(이 組長은 따로 지명하지는 않고 해당 組의 研究官 중 가장 상서열의 研究官이 자동적으로 됨)에게 주면 해당 組長은 組員들과 협의하여 그 사건을 검토할 主審研究官을 지정하고, 그가 研究報告書를 작성하여 壽石研究官을 통하여 主審大法官에게 보고된다. 반면, 一般組의 경우에는 사건이 접수되어 主審大法官이 정해지면 해당 大法官室에서 먼저 기록을 검토하고(이 과정에서 소속 專屬研究官이 大法官을 보조하는 것은 물론이다) 그 결과 그 자체에서 결론을 내릴 정도이면 그 단계에서 처리되고, 특별한 문제점이 있다고 판단되면 사건을 首席裁判研究官에게 보내며, 그곳에 보내어진 사건은 앞서 본 特別組의 경우와 같은 과정을 거쳐(즉 해당 組에 보내지고, 그 組에서 主審研究官이 정해진 후 研究報告書를 작성하는 과정으로) 처리된다.

위 연구관의 운영방법은 1992. 8월 연구관의 조직·구성이 변경된 이후에도 변함없이 그대로 시행되고 있다.

마. 평가 및 장래의 전망

우리나라의 研究官 制度는 약간의 예외를 제외하고는 서열 순서에 따라 研究官으로 지명되고, 다시 일정한 원칙에 따라(즉 大法官의 선택이 없이) 大法官에게 배속되어 1년 내지 2년 동안 地法部長으로 승진될 때까지 大法官을 보좌한다. 그리하여 전문성 및 능력성의 면에서 비판이 있어 왔다. 이를 보완하기 위하여 현재와 같이

共同研究官의 制度가 도입되었으며, 그 시행의 결과 미비점을 보완하기 위하여 共同研究官의 수를 줄이고 專屬研究官의 수를 각 大法官당 초기에는 1인으로 운영하다가 1992. 8월부터는 2인으로 늘려 운영되고 있다.

Ⅲ. 일본 最高裁判所의 調査官制度

가. 沿 革

일본에서는 2차대전 후 법원조직을 개편함에 있어서 미국의 Law clerk 制度를 본받아 最高裁判所와 高等裁判所에 調査官을 둘 수 있는 制度를 마련하였다(裁判所法 제57조). 그러나 당초에는 法官이 아닌 자로서 특수 분야의 전문가를 調査官으로 영입할 의도이었으나 1949. 6. 1. 裁判所法을 개정하여 法官을 調査官으로 보할 수 있도록 한 이래, 最高裁判所의 調査官은 法官으로 충원하는 것이 원칙으로 되어 오늘날에 이르고 있다. 특히 일본 最高裁判所의 15인의 裁判官중 5인 이내는 직업적인 법률가가 아닌 자중에서 임명되므로(裁判所法 제41조), 특히 法官인 調査官에 의한 裁判 업무의 보조가 그 중요성을 더하고 있다.

나. 選 拔

最高裁判所의 調査官의 수는 최초에는 6명이었으나, 그후 계속 증가하여 1979. 9. 현재 29명에 이르고 있다. 調査官의 任免은 最高

裁判所에서 하고(즉 裁判官이 개인적으로 하는 것이 아님), 그 대상은 地方裁判所の 所長 또는 高等裁判所の 裁判長을 거친 자(이는 首席調査官 要員이다)로부터 裁判官 임관 후 9년이 넘은 자(이는 判事補로서 判事が 되기 직전에 있는 자이다)에 이르기까지 다양하나 평균적으로 보면 평균 연령 45세 정도로서, 裁判官 임관 후 10년 내지 24년의 경력을 가진 자들이다. 그리하여 각 調査官室의 上席調査官은 地方裁判所の 裁判長을 거친 자 또는 地方裁判所 所長으로 진출되기 직전의 자이고, 기타의 調査官은 임관 후 10년이 넘은 자로서 地方裁判所 裁判長으로 진출되기 직전의 자이다. 그리고 일단 調査官으로 選拔되면 통상 5년 정도의 기간동안 調査官으로 근무하는 것이 보통이다.

다. 組 織

最高裁判所の 調査官 29인은 1인의 首席調査官을 정점으로 하여 民事調査官室, 刑事調査官室 및 行政調査官室의 3개의 室로 나누어져 있다. 위 3개의 調査官室에는 원칙적으로 각1인씩의 上席調査官이 있고 (다만 1979. 9. 현재는 1인의 上席調査官이 民事 및 行政調査官室의 上席調査官을 겸하고 있다), 다시 民事調査官室은 3室로, 刑事調査官室은 3室로 나누어져 있으며, 刑事調査官室에 11명, 民事調査官實과 行政調査官室에는 합계 17명(民事 대 行政의 비율은 3 대 1정도이다)의 調査官이 소속되어 있다. 다만 각 室에 배치되는 調査官의 수는 당시 각 室의 업무량에 따라 다소 유동적일 수 있다.

라. 機能(운영)

(1) 일반원칙

最高裁判所 調査官室의 운영방식은 民事·行政사건의 경우와 刑事사건의 경우가 약간 다르다. 즉 民事·行政사건의 경우에는, 사건이 접수되면 먼저 調査官室에 사건이 회부되고(즉 기록이 主審 裁判官에게 회부되기 이전에) 일정의 방식에 따라 主審 調査官이 정해지면(主審 調査官은 원칙적으로 1인이나, 중대하고 복잡한 사건의 경우에는 2인 이상에게 할당되는 경우도 있다), 主審 調査官이 主審 裁判官의 그 사건에 관한 특별한 지시가 없는 상태에서 그 나름으로 독자적으로 문제점을 정리·분석·조사하여 調査報告書(경우에 따라서는 사건의 결론에 해당하는 의견서)를 작성한 후, 主審 裁判官에게 회부된다. 즉 調査官室은 완전한 pool制로 운영되고 있다. 이에 반하여 刑事사건의 경우에는, 앞서 본 3개의 調査官室이 각 5인의 裁判官으로 구성된 3개의 小法廷에 각 대응하고 있는 바, 사건이 접수되면 주심 裁判官이 속하는 小法廷에 대응하는 調査官室에 사건이 먼저 회부되고, 일정의 방식에 따라 主審 調査官이 정해지면 그 主審 調査官이 그 나름으로 독자적으로 문제점을 정리·조사하여 調査報告書を 작성한 후 主審 裁判官에게 회부된다. 즉 刑事調査官室은 小法廷에 따라 제한적인 pool制로 운영되고 있다.

(2) 구체적 의무

a. 爭點의 정리와 資料의 수집

기록과 상고이유서를 精査하여 쟁점과 직권조사사항 등에 관한

문제점의 파악, 학설·외국사례 기타의 자료를 수집·정리한다. 이와 같은 조사를 함에 있어서는 主審 裁判官의 특별한 지시가 없는 상태에서, 調査官이 독자적인 판단에 따라 논점을 추출하고 자료를 정리하므로 이를 “事前調査方式”이라고 한다.

b. 調査報告書 및 意見書의 작성

조사한 결과에 관하여 調査報告書を 작성하고, 主審 裁判官의 심리·판단의 자료로 제출한다. 한 걸음 더 나아가서 그 사건의 결론에 관한 調査官 나름의 “意見書”를 첨부하는 지의 여부는 일률적으로 말할 수는 없으나 많은 경우에 意見書까지도 붙이는 것이 보통이다.

c. 사건의 難易度에 관한 의견제시

기록을 검토한 결과 비교적 문제점이 없어 신속히 처리될 사건에는 △표를, 복잡한 사건은 ○를, 특히 중대한 사건에는 ◎표를 하여, 심리에 도움이 되도록 한다.

d. 裁判節次의 보조활동

상고사건 중 변론을 열 사건이 있으면 書記官室과 상의하여 일정을 잡고, 화해를 시도할 사건은 직접 당사자와 면접하기도 하고, 囑託에 의한 조사를 할 경우에는 囑託判事와 만나기도 하고, 刑事사건에서 保釋청구를 한 변호사와 면담하기도 하여 裁判活動을 보조한다.

e. 合議에의 참여와 방청

일본最高裁判所의 調査官에 대한 특이사항은 調査官이 裁判官의 합의시에 참여하여, 함께 논의하거나 의견개진까지도 허용된다는 점이다. 다만 평결시에는 퇴장하여야 한다.

f. 判決草案의 작성

裁判官으로부터 판결의 결론과 논리구성방법에 관한 대강의 지시

를 받아 이에 기하여 판결의 草案을 작성한다. 이에 대하여는 비판도 있으나 실무상 당연한 것으로 받아들여지고 있다.

g. 기타의 연구활동

調査官은 이상과 같이 裁判官을 보조하는 활동 이외에도 연구활동으로서, 매주 월요일 오후에 民事調査官研究會를 열어, 각 調査官이 가지고 있는 문제점들에 대하여 서로 의견교환과 토론을 하며, 판례집에 등재할 판례를 선정하는 위원회의 위원이 되며, 그가 조사 보고한 사건이 선고되면, 이에 관한 판례 해설을 작성하여 “法曹時報” 잡지에 게재한다. 그리고 매년 1회 전직 및 현직 調査官들의 모임인 “五葉會”라는 친목단체(창설이래 1979년까지의 회원수는 174명에 이른다)를 소집하여 간담회를 개최한다.

마. 평가 및 장래의 전망

調査官은 最高裁判所事務總局部, 司法研修院敎官, 동경地方裁判所 裁判長과 함께 法官의 엘리트코스의 하나로 인식되어 있다. 그리고 調査官 업무의 중요성으로 인하여 最高裁判所의 판결이 “調査官 判決”이라는 비판이 있으나, 이를 극복하고 긍정적인 평가를 받고 있다.

IV. 미국의 law clerk 制度(특히 聯邦最高 裁判所의 경우)

가. 沿 革

미국의 法院에서 判事를 보좌하는 law clerk을 처음으로 채용한 것은 1875년의 Massachusetts주 大法院 判事인 Horace Gray에 의하여 개인의 비용으로 Harvard Law School(HLS)를 가장 우수한 성적으로 졸업한 자를 채용한 것이다. 그 후 1882년 위 Horace Gray가 미국 聯邦最高裁判所의 裁判官으로 임명된 후에도, 역시 자기의 비용으로 HLS 최고우등생을 그의 law clerk으로 채용하였다. 그리고 1886년에는 聯邦議會가 law clerk制度의 유용성을 인정하여 각 裁判官에게 국가의 비용으로 1명씩의 專屬 clerkship를 제공해준 이후, 모든 裁判官이 이 방식을 도입하여 law clerk을 채용함에 이르렀다. 그리고 각 巡廻裁判所와 州最高裁判所는 모두 위 law clerk制度를 채택하고 있으나, 다만 Wyoming州 最高裁判所만은 이 制度를 채택하지 않고 있다.

나. 選 拔

미국의 聯邦最高裁判所를 포함한 거의 모든 法院에서의 law clerk의 채용은 오로지 裁判官 스스로의 재량에 달려있다. 즉 law clerk는 裁判官의 개인적인 피고용자이므로, 각자의 독립적인 방법에 의하여 law clerk를 채용한다. 대부분의 경우에는 전년도에 우수한 law school을 가장 우수한 성적으로 졸업한 사람들이 선발되며, 많은 경우에는 그 裁判官의 母校의 졸업생을 선호하는 경향이 있다. 선발의 방법은 다양하여, 출신 law school의 學長에게 우수한 학생의 추천을 부탁하던가, 스스로 면접을 하든가, 서류 심사의 방법에 의한가, 동료 裁判官, 下級, 法院의 判事 등의 추천에 의하기도 한다. law clerk의 수는 1886년 聯邦議會가 미국 聯邦最高裁判所に 1인씩의 clerkship를 제공한 이래 1888년에는 9인의 裁判官 모

두가 1인씩의 law clerk를 채용하였고 2차 대전후 사건의 증가와 함께 그 수가 증가되어 1947년에는 2인씩, 1967년에는 3인씩으로 각 증가되었다가 현재에는 4인씩의 law clerk를 두게 되었다.

다. 組 織

미국의 law clerk는 裁判官의 개인적인 피고용자로서의 지위를 가지고, 각 裁判官의 취향에 따라 그를 돕는 구조를 가지므로 law clerk들이 어떠한 모습으로 조직되어 있는 형태는 가지고 있지 않다. 다만 裁判所長의 경우에는 首席 law clerk인 senior law clerk를 1명 더 가지고 있다. 또한 law clerk는 통상 1년 또는 2년의 단기간 동안 근무함에 그치므로 (revolving-door-system) 업무에 계속성을 부여하기 위하여 Central Legal Staff 또는 Staff Attorney 등으로 불리는 制度를 도입하여, 熟達된 법률가로 하여금 상당기간에 걸쳐서 法院의 判事들을 공통적으로 돕게 하고 있다(이는 일본의 調査官制度)와 같은 기능을 하는 결과로 된다).

그리고 특히 聯邦最高裁判所의 경우에는 裁判所 전체 또는 裁判所長의 일을 돕기 위하여 “House Lawyer” 또는 “Staff Lawyer”고 불리는 변호사 자격을 가진 사람 2인을 4년 임기로 채용하고 있다.

라. 機能(운영)

law clerk의 임무는 자기가 소속된 裁判官이 어떠한 임무를 맡기는가에 따라서 결정되고, 각 裁判官의 업무 방식, 성향, 기질 등에 전적으로 달려있다. 그렇지만, 일반적으로 공통적인 임무라 할 수

있는 것은 사건의 해결에 도움이 될 수 있는 자료들을 찾아내고, 수집해 가져다줌으로써 裁判官의 “눈”과 “다리”의 역할을 하는 것이다. law clerk는 이와 같은 조사·연구의 결과를 報告書(legal memorandum)에 정리하고, 자기 나름의 그 사건에 관한 결론 부분인 意見書(draft opinion)를 작성하기도 한다. 이러한 자료들을 참고로 하고, 裁判官들의 평의의 결과 사건에 대한 결론이 내려지면, 그 결론에 따라 판결문을 작성함에 있어서, 裁判官의 지시 또는 논리에 따라 판결의 草案을 작성하는 것도 역시 law clerk의 중요한 임무의 하나이다. 이와 같이 law clerk는 最高裁判所 全員部 또는 특정의 小部에 소속되어 그들을 보좌하는 일본의 調査官制度와는 달리 특정의 裁判官 개인에게 專屬되어 그의 취향에 따라 보좌하는 관계상 裁判官과의 관계가 좀더 사적인 관계로까지 발전되는 경우가 많다. 즉 law clerk는 裁判官과 테니스, 산책 또는 식사를 함께 하면서 토론을 하기도 하고, 차 중에서도 일할 수 있도록 운전자의 역할도 하며, 裁判官의 시간절약을 위하여 연설문을 작성해주거나, 커피를 나르고 우편물을 수집하고, 사소한 심부름도 하며 裁判官 개인의 장서를 정리해주기도 하는 등 裁判官의 專屬副官으로서 그가 원하는 모든 일을 도와주고 있다.

마. 평가 및 장래의 전망

law clerk가 裁判官의 판결내용에 어떠한 영향을 미치는가는 항상 논쟁의 대상이 되어 왔다. 그러나 통상 1년이라는 근무기간의 단기성으로 인하여 “처음 6개월은 裁判官이 돕고 나머지 6개월은 law clerk가 돕는다”라는 否定的인 측면에도 불구하고, 법조인 최고의 經綸을 가진 裁判官과 이제 막 시작하려는 新銳의 법조인을 결

합시킴으로써, 신선하고 혁신적인 바람과 보수적인 성향과를 조화시키고 있다는 긍정적인 평가를 받고 있다. 더욱이 새끼 독수리로서 왔다가 호랑이가 되어 돌아가는 law clerk는 후에 많은 사람들이 裁判官이 됨으로써 법조인의 엘리트코스로서 인식되고 있다.

V. 독일 憲法裁判所의 研究官(wissenschaftlicher Mitarbeiter)制度

가. 沿 革

2차 대전이후 과거 국가사회주의 시대에 법조인들이 법치주의의 실현에 이바지하지 못하였던 점을 깊이 반성하고 법치주의의 실현을 위한 制度的 장치로서 1951년 憲法裁判所가 창설되었으며 그 창설과 동시에 憲法裁判所 裁判官을 보좌하기 위하여 미국의 law clerk에 유사한 研究官(wissenschaftlicher Mitarbeiter=학문적 보조자)의 制度가 도입되었다.

나. 選 拔

a. 研究官으로 選拔되는 자

독일 憲法裁判所의 研究官의 대부분(3분의 2정도)은 法院의 判事 중에서 選拔된다. 1952년부터 1982. 7. 23일까지 30년 동안 독일 憲法裁判所의 研究官을 거친 176명을 그 출신 직업별로 분석하여 보면 다음과 같다. 즉 判事が 111명, 檢事が 4명, 大學教授가 16명, 국

가공무원이 40명, 기타(이는 주로 법률고문가임)가 5명이었다. 위
判事 출신 111명을 다시 소속 法院별로 분류하여 보면 憲法裁判所
(유럽裁判所, 聯邦憲法裁判所 및 州憲法裁判所) 출신이 6명, 通常
法院 출신이 59명(이중 12명은 聯邦大法院, 25명은 高等法院, 22명
은 地方法院 출신이다), 行政法院 출신이 29명, 社會法院이 6명, 財
政法院(租稅)이 2명, 勞動法院이 2명, 特許法院이 1명이었다.

b. 研究官으로의 選拔과정

聯邦憲法裁判所 사무처리규칙 13조 2항에는 “모든 憲法裁判所의
裁判官은 그의 研究官을 스스로 선발할 권한을 가진다. 그의 의사
에 반하여 研究官이 그에게 배속될 수 없다”고 규정하고 있다. 따
라서 研究官의 선발은 오로지 憲法裁判所 裁判官의 취향에 달려있
다. 실제적으로는 각 州의 司法行政擔當部署(Justizverwaltung)에서
여러 가지의 도움을 주고 있으나, 裁判官의 개인적인 접촉 역시 커
다란 역할을 하고 있다. 이러한 과정을 거쳐 研究官으로 선발되면
통상 3년의 기간동안 憲法裁判所に 派遣되어 근무하게 된다.

다. 組 織

독일의 憲法裁判所는 2개의 쌍둥이 裁判部(Senat)로서 이루어져
있고, 각 裁判部는 8명의 裁判官(원래는 12명이었으나, 단계적으로
감소되었음)으로 구성되어 있다. 그리고 제1부의 裁判長은 憲法裁判
所所長이 맡고, 제2부의 裁判長은 副所長이 맡고 있다. 하부의 조직
으로, 事務處長에 해당하는 憲法裁判所 전체의 行政責任者 1명이
있으며, 제1부의 裁判長(즉 憲法裁判所 所長)과 2부의 裁判長(즉 憲
法裁判所 副所長)의 行政的인 업무를 보조하는 기관으로써 裁判長
輔佐官(Präsidialrat)이 각1명씩 있다. 현재는 事務處長이 제1부의

裁判長輔佐官을 겸하고 있다. 그리고 1982. 7. 23. 현재로는 30명의 研究官(이중 여성이 3인이다)이 있어서 所長 및 副所長을 제외한 14명의 裁判官에게는 각2명씩, 所長 및 副所長에게는 각1명씩의 研究官이 專屬으로 배속되어 있다(다만 1991년 현재는 각 裁判官 당 3인씩이 배속되어 있다고 함). 위 30명 정도의 研究官중에는 通常, 行政府 또는 大學教授 출신이 각 1명 또는 2명씩이고, 나머지는 判事들로 구성되어 있으며, 이 判事들은 대개 勞動法院, 社會法院, 財政法院 출신이 각 1명 정도이고, 나머지는 약 반수(12명 정도)가 通常法院 출신이고, 나머지 반수가 行政法院 출신이라고 한다. 그리고, 위 研究官 중에서 특별한 지명절차나 선거절차를 거치지 아니하고 자연스러운 방법으로(예를 들면 가장 서열이 높거나, 가장 오랫동안 근무한 研究官이) 研究部長(Präsident der Mitarbeiter)으로 선임된다.

라. 機能(운영)

독일 憲法裁判所 사무처리규칙 13조 1항에 의하면 “研究官은 그가 배속된 裁判官의 직무상의 활동에 있어서 해당 裁判官을 補佐한다”고 규정하고 있다. 여기의 補佐의 개념이 어느 범위의 것인지 특히 調查報告書 및 판결문 草案의 작성도 여기에 포함되는 지는 일률적으로 말할 수 없고, 이는 오로지 裁判官과 研究官과의 협동의 종류 및 강도에 달린 문제로서, 裁判官과 研究官의 인격, 업무방식, 특정 분야에의 전문 지식의 정도 등에 의하여 정해될 것이다. 다만, 한가지 다른 聯邦法院의 研究官에 비하여 憲法裁判所의 研究官에 있어서 특징적인 것은, 憲法裁判所의 경우에는 研究官이 “裁判部”에 소속되지 아니하고, “裁判官 개인”에게 배속되어, 업무상

전적으로 그 裁判官의 지휘·감독을 받는다는 점이다. 研究官의 부수적인 활동으로, 전통적으로 매년 가을에 研究官들의 야유회가 열리고, 인근 외국의 憲法裁判制度를 경험하기 위하여 매년 외국으로의 修學旅行을 하며, 2년에 한번씩 전직 및 현직 研究官들이 모여 친선을 다지는 모임을 개최하고 있으며, 이러한 일들은 모두 研究部長이 실무상의 책임을 지는 것으로 되어있다.

마. 평가 및 장래의 전망

독일 憲法裁判所에 있어서 研究官의 임무는 막중하여 흔히 研究官은 독일 憲法裁判所의 “제3部”(dritter Senat)라고 불리우고 있으며, 언론에서도 “법조인의 엘리트 코스”, “법조인으로서 장래 중요한 경력을 가지기 위한 준비단계” 등으로 표현하고 있다. 그리고 실제로도 憲法裁判所의 研究官을 거친 사람들이 그 이후 憲法裁判所의 裁判官이 되거나, 行政府에서 중요한 역할을 하는 경우가 많으며 특히 사회에서 점차로 법치주의가 실현되어 감에 따라 헌법적 지식과 감을 가진 법조인에 대한 수요가 크게 증대되고 있다.

VI. 결론의 도출을 위한, 憲法裁判의 특수성 확정

이상에서 외국의 最高法院에 있어서의 研究官制度에 관한 일반적인 고찰을 통하여 얻어진 지식을 토대로 하여, 우리나라에 있어서의 가장 바람직한 憲法研究官制度에 대한 방향을 얻기 위하여는, 또다시 우리나라에 있어서의 憲法裁判의 특수성을 염두에 두지 아

니하면 아니 된다. 이러한 관점에서 본다면, 憲法裁判은 다음의 2가지 측면을 동시에 가지고 있고, 이에 대하여 우리나라의 경우에는 몇 가지의 특수성이 보태어져 있다고 생각된다.

가. 憲法裁判도 “裁判” 節次이다

憲法裁判도 엄연히 憲法節次로서의 소송구조를 취하고 있는 이상, 당연히 일반의 소송절차에 관한 소송법적인 지식이 필수적인 전제를 이루고 있다. 이와 같은 관점에서 보면, 憲法裁判官을 補佐하는 研究官으로서는 충분한 소송법적인 지식과 실무경험을 쌓은 상당한 경력을 가진 判事가 가장 적임자라고 할 수 있을 것이다. 더욱이, 憲法裁判所에 접수되는 사건의 대부분이 民事 또는 刑事나 行政訴訟의 과정에서 憲法문제가 제기되어 憲法裁判所에 제소되고, 憲法裁判의 과정 및 그 경정이 있는 이후의 단계에서도 항상 소송법적인 절차 및 효과가 문제로 되는 만큼, 研究官으로서 유능한 法官에 대한 憲法裁判所의 수요는 필수적이다.

나. 通常裁判이 아닌 “憲法” 裁判이다

a. 다른 한편 憲法裁判은 通常法院에서의 裁判과 달리 “憲法”문제에 대한 裁判인 만큼, 헌법분야에 대한 지식이 아울러 요구되는 물론이다. 그러나 우리나라 법학교육 및 법조계의 실재를 보면, 과거의 잘못된 정치 상황에 기인하여, 법치주의의 확립이 미흡하였고 그 결과 모든 국민의 생활규범으로서의 헌법에 대한 학계 특히 법조실무계의 연구가 극히 부족하였던 것이 현실이다. 이러한 점을 보완하기 위하여는 法的問題에 관한 전문적인 지식을 가지는 전문

가 특히 大學의 交綏 등의 효과적인 조력을 받을 것이 요구된다. 위와 같이 우리나라의 법조실무계에 있어서 憲法裁判에 대한 이론적 및 실무상의 지식 및 경험의 축적이 없는 관계상, 우리의 憲法裁判에 있어서는 필연적으로 그 동안 많은 경험과 지식을 쌓아온 외국의 입법례 학설 및 판례에 대한 연구와 검토가 필요하게 된다. 그리고 이러한 외국의 자료에 대한 지식을 裁判官으로부터 전부 요구할 수 없다면, 자연히 憲法裁判에 있어서 선진적인 외국의 자료들을 능숙하게 이용할 수 있는 사람의 조력 또한 필수적이라 할 것이다.

b. 나아가 憲法은 모든 국민의 정치적 또는 일상의 생활에 직접적인 관련을 가지는 것으로서, 국민 일반의 정치적인 의식 내지는 사회전체의 발전·변화상황에 극히 예민하게 반응하는 분야라 할 것이다. 따라서 憲法裁判의 경우에 있어서는 通常의 民·刑事·行政裁判의 경우보다도 훨씬 政治·外交·軍事·經濟 등의 분야에 대한 상당한 정도의 지식과 상황의 변화 및 장래의 발전방향에 대한 정보의 확보와 법조인으로서의 역사적인 안목과 비전을 가짐이 필요하다. 이러한 관점에서 법조인으로서, 특히 상당한 연령에 달하고 이미 사회전체적으로 보아 기득권층으로 인식될 수 있는 憲法裁判官의 입장에서는, 젊은 세대, 발전과 개혁을 요구하는 세대들이 요구하는 바에 대하여도 귀를 기울임을 게을리 하지 말아야 할 것이다. 이와 같은 점에서는 研究官의 일원으로서 이러한 입장을 전달해 줄 수 있는 계층의 사람을 포함시키는 것 역시 바람직하다 할 것이다.

VII. 결론의 도출을 위한, 憲法裁判官의 업

무의 분석

憲法裁判官의 본래적인 기능이 憲法裁判官을 여하히 효과적으로 補佐하는 가에 있는 만큼, 효과적인 研究官制度의 모습을 찾기 위하여는, 먼저 補佐의 대상인 憲法裁判官이 어떠한 업무를 수행하고 있는가를 분석해 볼 필요가 있다. 憲法裁判所所長의 고유한 行政的 업무 및 憲法裁判所 裁判官會議에 속하는 行政的인 업무를 제외하고 순수하게 裁判業務에 관련하여 憲法裁判所裁判官의 업무를 단계적으로 분석하여 보면 다음과 같이 나누어 질 수 있다.

가. 즉 먼저 사건이 접수되어 각 裁判官에게 배당이 되면 기록을 검토하여 사실상 및 법률상의 爭點을 확정할 필요가 있다(다만 憲法裁判의 경우에는 사실문제는 거의 문제로 되지 않는 경우가 대부분이고, 법률상의 쟁점도 헌법적인 문제가 쟁점으로 등장할 것이다). 이 단계에서 헌법적인 쟁점을 추출하는 것은 통상의 경우, 신청인 또는 그 상대방의 신청서, 답변서 등에 의하여 자연스럽게 부각되어 오는 것이지만, 경우에 따라서는 새로운 헌법적인 시각으로 사건을 분석하는 결과 당사자들에 의하여 발견되지 못한 새로운 문제점이 나타날 수도 있고, 이러한 점에 있어서는 헌법적으로 유능한 자질을 가지고, 항상 새로운 이론의 발전에 접근해 있는 研究官이 크게 유용하게 될 것이다.

나. 이와 같이 헌법적 쟁점이 확정되면 이에 관련된 국내·외의 先例, 學說, 實務例, 現實 등에 관한 자료를 수집하고 정리·분석하는 작업이 필요하다. 앞서 본 바와 같이, 우리나라의 경우에는 憲法裁判의 역사가 짧은 관계상, 우리나라 자체의 先例나 文獻 등 참고할 자료가 거의 없거나 부족한 경우가 흔히 있음을 예상할 수 있

고, 이러한 경우에는 불가피하게 외국의 자료들을 참고로 하지 아니할 수가 없다. 그리하여 이 단계에 있어서는, 외국의 制度와 文獻을 이해할 수 있는 외국어의 지식을 갖춘 研究官에 대한 수요가 절대적이다. 그리고 경우에 따라서는 외국의 制度를 좀 더 정확히 이해하고, 필요한 자료를 신속히 입수하기 위하여 외국의 公館 또는 현지와의 연락이나 접촉이 필요한 경우도 있다.

다. 이상의 자료수집과정을 완료하면, 裁判官은 이러한 자료를 토대로 하여, 사건의 결론을 내려야 하게 된다. 이 과정이 裁判官으로서의 가장 핵심적인 업무라 할 것이지만, 특히 憲法裁判의 경우에는 단순히 법률이론적인 측면을 떠나서, 우리나라의 政治·經濟·社會·文化 등의 현실 상황을 고려하여, 현실에 안주하지 아니하고, 지나치게 이상에 치우치지 아니하는, 현명한 결정을 내려야 할 어려운 상황에 처해지는 경우가 적지않다 할 것이다. 더욱이 법조인으로서 국가 및 사회의 나아가야 할 방향을 제시해 주어야 할 憲法裁判官의 입장에서는 어느 한 계층, 어느 한 분야의 입장만을 편파적으로 대변하여서는 아니되는 만큼, 가능한한 모든 문제점에 대하여 토론하고, 반대편의 입장을 경청하고, 자기의 이론을 점검하는 어려운 작업을 계속해야 하는 것이다. 물론 이러한 업무는 裁判官들의 합의과정에서 충분히 이루어지겠지만, 이와 같은 裁判官의 고유한 외로운 사색작업에 대하여 효과적인 토론의 상대방이 될 수 있는 研究官이 있다면, 그의 업무에 크게 도움이 될 수 있을 것이다.

라. 裁判官의 마지막 업무로서, 사건에 관한 결론이 내려지면, 이에 따라 결정문을 설득력 있게 작성하는 것이 남게된다. 이와 같은 결정문의 작성작업은 憲法裁判所의 결론을 외부적으로 公表하는 것으로서 무엇보다도 논리적 설득력이 그 핵심이다. 그러나 長文에

결친 결정문을 논리적으로 흠잡을 수 없을 정도로 완벽하게 작성하는 것은 결코 용이한 일이 아닐 뿐만 아니라, 이는 육체적·정신적으로도 극도의 집중력과 체력을 필요로 하는 것이며, 경우에 따라서는 여러 가지의 논리적인 구성 방법 중 어느 것을 취할 것인지 또는 어떠한 내용을 담을 것인지가 문제로 되는 경우가 있다. 이러한 힘든 작업에 있어서, 法院의 실무에서 상당기간 근무하여 판결서작성에 익숙하여 있는 研究官을 草案작성의 보조자로 이용할 수 있다면, 裁判官으로서의 커다란 도움을 받게 될 것이다.

Ⅷ. 바람직한 研究官의 모습

앞에서 본 憲法裁判의 특수성을 염두에 두고 憲法裁判官의 업무의 내용에 따라, 효과적인 裁判官 업무의 수행을 가능하게 하기 위하여는 다음과 같은 능력을 갖춘 研究官이 바람직하게 된다.

가. 첫째로 접수된 사건의 헌법적 爭點을 추출하여 정리하는 단계에 있어서는, 어떠한 사건을 법률적으로 특히 헌법적으로 관찰하여 문제점을 추출할 수 있는 능력 즉 법률적 내지는 헌법적 사고능력 또는 접근능력을 필요로 한다. 그리하여 한편으로는 오랜 기간 법률의 실무에 종사하여 오면서 사안의 법률적 분석에 익숙해진 실무가로서의 능력이 요구되는 반면에, 다른 한편으로는 종래의 실무 관행에 젖어 타성적으로 업무처리에 급급한 자세를 벗어나서, 신선하고 새로운 시각에서 문제점을 추출해 낼 수 있는 창조적인 두뇌를 필요로 하기도 한다. 즉 때문지 아니하고 새로운 시대정신과 함께 호흡하는 새 세대의 참신함도 역시 요구되는 것이다.

나. 둘째로, 위와 같이 추출된 문제점에 관한 국내외의 先例 및

學說上の 文獻 등 資料를 수집하는 단계에 있어서는, 아직은 우리나라 자체의 판례와 이론이 충분히 성숙·발전되어 있지 아니한 현실을 감안하면, 외국의 법제에 대한 이해 및 외국어의 解得能力이 필수적이다. 이 점에 관하여 憲法裁判의 분야에서 선진국이라 할 수 있는 미국 및 독일과 오스트리아의 문헌을 참고하기 위하여 영어 및 독일어의 解得能力이 요구되고, 法制度상 우리와 많은 유사점을 가지고 있는 일본의 자료를 참고하기 위하여 일본어의 解得能力 역시 불가결하다. 나아가 우리와 다른 憲法裁判制度를 가지고 있기는 하나 국제적인 公用語로 널리 이용되고 역시 憲法裁判에 관한 상당한 자료를 보유하고 있는 프랑스어의 解得能力도 바람직하다. 이에 덧붙여 文獻 및 資料의 수집과정은 상당한 인내력과 끈기를 필요로 하는 성가신 작업임에 틀림없는 만큼, 이러한 과정을 극복할 수 있는 忍耐力과 誠意 역시 필요함은 물론이다.

다. 자료수집단계를 지나서, 사건의 결론을 내리는 업무는 본래 裁判官 고유의 것임은 물론이고, 이는 裁判官들의 合議의 결과 결정될 것이다. 다만, 이러한 과정에서 裁判官 자신의 이론의 檢證을 위하여 또는 혹시라도 裁判官들의 合議의 과정에서 누락되었던 문제점의 발견을 위하여, 사건의 새로운 각도에서의 照明을 위하여, 裁判官의 토론의 상대자로서의 研究官이 필요할 수도 있다. 이 경우의 研究官은 裁判官의 sparring partner로서의 기능을 할 수도 있고, 경우에 따라서는 裁判官 또는 研究官의 한쪽이 짐짓 반대의 견해를 고집하여 토론을 이끌어 가는 devil's advocate의 역할을 할 수도 있을 것이다. 이와 같은 토론이 가능하기 위하여는 裁判官에 버금갈 수 있는 정도의 經綸과 理論을 갖춘 研究官이 필요할 것이고, 나아가 裁判官과 研究官 사이에 허심탄회하게 법률문제를 논의할 수 있는 신뢰관계가 정립되어 있어야 할 것이다.

라. 裁判官들의 合議의 결과 사건의 결론이 내려지면 이에 따라 決定文을 논리정연하게 작성하는 일이 남게된다. 이 작업 역시 裁判官의 고유한, 누구에게도 위임할 수 없는 중요한 임무이지만, 長文에 걸친 決定文을 처음부터 구상하고 논리정연하게 적절하게 표현하는 일은 극도의 집중력을 요구하는 뼈를 깎는 작업이다. 따라서 상당한 정도의 연령에 달해 있는 裁判官들을 위하여 裁判官의 구상 및 결정요지의 중요한 논리를 교시받아, 研究官이 일종의 決定文 草案을 작성하여 보조하는 일은 필요하고 또한 유익한 일이라고 여겨진다(다만, 미국의 巡廻法院 및 州最高法院의 상당부분은 이 판결문 작성작업만은 결코 law clerk에게 맡기지 아니하는 경우도 있다). 이와 같은 決定文 草案의 작성작업은 상당히 고도의 법률적 지식과 전문성을 필요로 하는 것이므로, 法院의 실무에 상당기간 종사하여 판결문 작성에 숙달되어 있는 研究官이 바람직한 것으로 된다.

마. 이상에서 보아온 바람직한 研究官의 모습을 종합하면, 法院에서 裁判의 실무에 상당기간 종사하여 충분한 ① “實務經驗”을 가지고 있고, 나아가 사안을 법률적으로 분석하고, 도달된 결론을 논리정연하게 구성하여 판결문의 형태로 작성할 수 있는 ② “理論的 機能”을 가지고 있으며, 사건의 결론을 도출해 내는데에 필요하고 충분한 자료를 수집할 수 있기 위하여 ③ “忍耐力과 끈기”를 바탕으로 한 ④ “外國語 解得能力”을 겸비하고, 나아가 종래의 타성적인 관행으로부터 벗어나 새로운 시대정신을 호흡하는 ⑤ “새세대의 斬新함”을 가지고 ⑥ “裁判官과의 인간적인 信賴關係”를 토대로 하여 裁判官과의 격의없는 토론을 통하여 憲法裁判所의 결정이 시대정신을 이끌어갈 사상을 담는데에 一助를 할 수 있어야할 것이다.

IX. 바람직한 研究官制度의 모습

가. 서 론

이상에서 바람직한 研究官의 모습을 utopia的으로 그려보았으나 이러한 모든 조건을 갖춘 研究官은 utopia가 의미하는 바대로 존재할 수 없음이 분명하다. 다만, 우리는 제도적 조직을 통하여 가능한 이러한 이상을 실현할 수 있도록 노력할 수 있을 따름이다. 그렇다면, 우리는 어떠한 研究官制度를 가지는 것이 바람직한가. 이 점에 대하여는 두 가지 각도에서의 접근을 함께 고려하여야 할 것이다. 즉, 하나는, 장기적인 발전계획으로서 가장 이상적인 研究官制度의 모습을 그려본 후, 장기적·단계적으로 그 실현을 위하여 노력해야 할 궁극적인 목표이고, 다른 하나는 여러 가지의 여건상 위 궁극적인 목표실현이 당장 어려울 경우 현실적인 여건을 고려하여 현재의 주어진 상황에서 단기적으로 어떠한 보완 내지는 개선을 하여야 할 것인가의 문제이다. 이상의 점에 대한 결론을 얻기 위하여는 우선 다음의 몇 가지 기초적인 사항에 대한 검토를 거침이 필수적이다.

나. “專屬研究官”과 “共同研究官”의 문제

a. 여기서 “專屬研究官”이라 함은, 研究官이 특정의 裁判官에게 연속적으로 배속되어 오로지 “당해 裁判官의 業務”를 “全般的으로”

보조하는 것을 말하고, 반면에 “共同研究官”이라 함은 이와 달리 研究官이 裁判官 전원의 전체부 또는 3인의 裁判官으로 구성된 指定裁判部に 소속하여 그 部に 속하는 업무를 보조하는 것을 말한다. 위 2가지의 制度는 각각 다음과 같은 특성 내지는 장단점을 가지고 있다고 할 것이다. 즉, 專屬研究官은 특정의 裁判官의 업무 중 상당한 시간과 노력을 필요로 하지만 특별한 전문적 지식이나 능력을 필요로 하지 아니하여 귀찮은 작업(통상적인 판례나 교과서적인 문헌의 수집, 산만하게 기록된 사실관계나 신청서, 의견서 등의 요약·정리 등)을 대신하여 줄 수 있으며, 둘째로는 裁判官과의 인간적인 신뢰관계를 기초로 하여 구체적인 사건의 결론을 내리는 과정에서 심도 있고 격의 없는 토론을 통하여 혹시라도 간과될 수 있는 논점을 지적하고, 새로운 세대의 사고방식이나 사회의 흐름을 전달해 주는 기회가 될 수 있는 장점이 있다. 이에 반하여, 共同研究官은 특정의 裁判官에게 배속되지 아니하고 그 자체로서 어느 정도의 조직·체계를 가지고 업무를 분담할 수 있는 관계상, 裁判官의 모든 업무가 아니라 어느 특정분야의 업무(예를 들면 법률의 모든 분야가 아닌 專攻으로 하는 특정분야라든가, 특정의 외국어에 능통하여 해당국의 문헌 및 자료를 수집·정리하는 업무 등)만을 집중적으로 담당·보좌하여 研究官의 專門性을 살릴 수 있는 장점이 있다. 이를 바꾸어 말하면 裁判官(또는 大法官)의 업무내용이 질적인 면에서 裁判官 스스로 능히 처리·해결할 수 있지만 단지 양적이나 시간적인 면에서 研究官의 도움을 필요로 할 경우에는 專屬研究官의 制度가 편리할 것이고, 반대로 裁判官의 업무내용중의 일부가 질적인 면에서(이는 예를 들면 사건이 특수분야에 관한 것이어서 이에 대한 전문적인 지식을 필요로 하거나, 아니면 해당분야의 판례가 정립되어 있지 않든지 또는 판례의 양이 너무 방대하여 판례

의 이론을 추출하고 선행판례와의 저촉을 피하는 것이 용이하지 아니하거나 또는 자료·문헌의 수집 과정에서 裁判官 스스로가 능숙하지 아니한 외국어의 지식이 필수적인 경우 등을 말한다) 裁判官 스스로가 이를 해결하는 것이 곤란하여 약간은 전문화되고 특수한 지식을 갖춘 研究官의 도움이 필요한 경우에는 共同研究官의 制度가 편리하다고 할 수 있다. 이러한 시각에서 憲法裁判이라는 업무를 평가한다면, 이는 憲法이라는 특수한 법률분야만이 문제로 되는 것이 아니라 憲法 이외에 개별적인 법률분야가 본래의 고찰대상이고 다만 이러한 개별법분야의 지식·검토를 토대로 하여 헌법적인 판단을 덧붙이는 작업으로서, 헌법적인 지식은 필요조건이기는 하나 충분조건이라고는 할 수 없으며 오히려 전체적인 법분야(公法과 私法을 망라하여)에 대한 일반적인 이해가 전제로 되는 업무라고 할 것이다.

이와 같은 관점에서 앞서 본 외국의 研究官制度를 돌이켜 보면 수궁이 가는 바가 있다. 즉 憲法裁判만을 전담하는 독일의 憲法裁判所나 미국의 聯邦最高裁判所(이는 실질적으로는 憲法裁判所라고 할 수 있다)의 경우에는 專屬研究官의 制度를 취하고 있고(특히 독일의 경우에도 憲法裁判所 이외의 다른 最高法院의 경우에는 共同研究官의 制度를 취하고 있음에 주목할 필요가 있다) 裁判官 중의 3분의 1인 5명이 職業法官이 아닌 사람으로 구성되어 독자적으로 裁判능력이 없다고 평가되는 일본 最高裁判所の 경우에는 共同研究官制度가 채택되고 있는 것은 우연이 아니라고 생각된다. 나아가, 현재 우리나라의 大法院도 위 2가지의 制度를 병행하면서, 비교적 전문성을 요하고 또한 판례의 정비가 시급하다고 여겨지는 特別사건(行政사건)의 경우에는 사건기록을 먼저 研究官室에서 검토하는 共同研究官의 형식을 취하고 있고, 大法官 스스로가 풍부한 실무경

힘을 가지고 있는 일반 民事·刑事사건의 경우에는 사건기록을 먼저 大法官室에서 (專屬研究官의 보조를 포함하여) 검토한 후 특별한 문제점이 있는 경우에만 共同研究官室로 회부하는 절충적인 방식을 취하고 있는 것은, 위와 같은 맥락에서 보면 지극히 순리적이고 당연한 制度라고 이해되는 것이다.

b. 그렇다면 외국(미국 및 독일)의 예에 따라 우리나라의 憲法裁判所의 경우에도 專屬研究官의 制度만을 취하는 것이 바람직할 것인가? 이 점에 관하여는 미국이나 독일의 경우와 대비하여 우리나라에 있어서의 憲法裁判業務의 특수성을 고려에 넣어야 할 것이라고 생각된다. 즉 미국이나 독일의 경우에는 그 자체로서 이미 상당한 기간동안 憲法裁判의 역사를 가지고 있어서 상당량의 판례가 축적되어 있고 학계에서의 이론적인 뒷받침도 충분하여 그들 스스로의 자료·문헌만에 의하더라도 사건의 해결이 용이하다고 여겨진다. 그러나 우리나라의 경우에는 憲法裁判의 역사가 짧고 학계의 뒷받침도 불충분하여, 필연적으로 외국의 자료를 참고로 할 수밖에 없는 특수성을 가지고 있고, 이를 위하여는 외국의 자료에 자유로운 접근이 가능한 전문성을 가진 研究官의 보조가 필수적이라고 생각된다. 따라서, 우리나라의 경우에는 사건을 헌법적·법률적으로 분석하고 결론을 도출하는 과정에서는 專屬研究官의 制度가 필요하고, 이와 같은 과정에서 외국의 자료·문헌을 수집·정리하는 단계에서는 共同研究官의 制度 역시 필요하며, 결국, 위 2가지의 制度의 적절한 결합이 바람직하다고 여겨진다.

다. “自體研究官”과 “派遣研究官”의 문제

a. 이는 研究官을 전원 憲法裁判所 自體에 속하는 인력으로 충원

할 것이냐 아니면 외부기관 특히 法院·檢察·大學의 지원을 받아 法官·檢事 또는 教授로서 충원할 것인가의 문제이다. 위 2가지의 制度 역시 각각의 장·단점을 가지고 있다. 즉 전원을 自體研究官으로 충원할 경우에는 장기간 안정적으로 憲法裁判의 업무에 종사할 수 있게 되어 전문성이 제고되는 장점이 있다.

그러나 현실적으로 憲法研究官의 경우에는 조직의 성격상 근무경력에 따른 승진의 기회가 보장될 수 없으므로 研究官으로서의 직업적인 사명감을 가진 自體研究官을 기대할 수가 없다. 뿐만 아니라 憲法裁判에 있어서 필수적인 요소인 풍부한 裁判實務經驗을 쌓는다는 것은 自體研究官으로서는 불가능하며, 상당한 實務經驗을 쌓은 법조인을 自體研究官으로 다수확보하는 것은 기대하기 어렵다. 따라서 自體研究官만으로써 研究官을 충원한다는 것은 그 가능성의 여부를 떠나서 결코 바람직하지 아니하다. 오히려 일정한 비율에 있어서 풍부한 실무경험을 쌓은 유능한 자격자를 외부기관 특히 法院으로부터 지원 받아 이용하는 것이 필요하고 바람직하다.

b. 이와 같이 외부기관으로부터 인력의 보조를 받는 것이 불가피하고 또한 필요한 이상 관련이부기관의 적극적인 협조와 호의가 필요하다. 외부기관이 研究官 인력의 派遣에 비협조적이거나 우수한 인력의 派遣에 인색하게 되어서는 아니 될 것이다. 이를 위하여는 관련외부기관과의 협조적이고 우호적인 분위기를 바탕으로 하여, 派遣된 研究官을 위하여 行政的인 지원을 아끼지 아니함으로써 派遣근무의 분위기 고양에 힘써야 할 것이다. 派遣研究官 확보를 위한 방안으로서는, 憲法 등 관련분야를 전공하는 大學教授들을, 1, 2년의 기간동안 派遣받을 수 있는 길을 모색할 필요도 있고, 보다 장기적으로는 憲法裁判에 관심이 있는 법조인 또는 大學의 教授들을 憲法裁判所의 예산으로 일정기간 동안 외국에서 연수교육을 받

게 하여 研究官으로서의 가용인력을 원천적으로 확보해 나가는 것도 필요할 것이다. 이 경우 연수 후 일정의 研修報告書를 제출케 하거나, 아니면 일정기간 憲法裁判所의 研究官으로 근무케 할 수도 있으나, 보다 巨視的으로는 아무런 부담도 주지 아니하는 것도 충분히 고려해 볼 만하다.

라. 研究官의 “수” 및 “구성”의 문제

a. 이는 憲法研究官의 수는 어느 정도가 적정한가 및 이러한 研究官의 직업별 구성 비율은 어떻게 하는 것이 적절한가의 문제이다. 여기서 고려의 대상이 되는 직업은 法官·檢事 및 大學教授 등 연구직의 3분야로 나누어 볼 수 있을 것이다. 이 문제는 후술하는 研究官制度의 조직 및 운영(機能)을 어떻게 할 것인가와 직접적 관련이 있으나, 우선 앞서 본 바와 같이 專屬 및 共同研究官制度를 병행하는 것이 바람직하다는 입장에서 고찰해 보기로 한다.

b. 研究官의 수(여기에서는 研究官 뿐만 아니라 研究官補 및 研究員도 포함된다)는 부족해서도 아니 되겠지만, 그렇다고 무작정 그 수가 많다고 해서 바람직하지도 않다. 앞서본 우리나라 大法院, 일본의 最高裁判所, 미국의 大法院, 독일의 憲法裁判所의 경우를 참고로 하면, 장기적으로는 裁判官의 定數의 3배수 내지는 4배수가 적정하리라고 생각된다. 위 4인의 구성으로는 地法部長判事級 1인, 高法判事 또는 高等檢察官級 1인, 司法研修院 수료직후의 법조인 1인(研究官補) 및 학위취득 등 학문적 실력이 있는 1인(研究員)의 구성이 바람직하리라고 생각된다. 다만, 현실 여건상 위와 같은 충원이 당장 어려울 경우에는 高法判事級 1인(專屬研究官의 要員으로서)을 上席研究官으로 하여 裁判官에게 전속시키고, 기타의 보조인력은

상황에 따라 3개의 指定裁判部 또는 全員裁判부에 共同으로 배속시키는 것이 편리할 것이다.

마. 研究官制度의 組織의 문제

研究官制度의 組織에 대하여는 다음의 몇 가지 방안을 생각할 수 있다.

a. 제1안으로는 장기적인 방안으로서 研究部長을 정점으로 하여 각 裁判官에게 1명의 上席研究官(이는 地法部長 또는 高法判事 정도의 경력을 가진 研究官으로 보함이 타당)을 두어 소속裁判官을 업무의 전 분야에 걸쳐 전인격적으로 보좌하게 하고, 그 아래에 1명의 研究官(이는 地法單獨判事級 또는 檢사로 보함)과 研究官補(司法研修院 수료직후의 법조인) 및 研究員(학문적 연구에 종사하는 보조자) 각 1인을 두어 上席研究官으로 하여금 통할케 하고, 그를 통하여 개개의 사건에 따른 업무의 분담 내지는 업무상의 협조를 하도록 한다. 이 경우 研究部長은 裁判所長의 上席研究官을 겸하면서 研究官 전체의 통할 및 行政的인 지원을 담당하도록 한다. 研究官 전체의 근무의욕고취 및 일체감의 조성을 위하여 研究官, 研究官補 및 研究員에 관한 한 研究部長에게 일정 범위의 行政的인 권한 및 지원을 부여함을 아끼지 말아야 할 것이다. 이와 같이 4인을 1組로서 조직하는 경우에는, 제일 상서열의 研究官은 裁判官의 모든 업무(예를 들면 사실 및 쟁점의 정리, 판례·문헌의 수집, 裁判官의 지침에 따른 결정문 草案의 작성 및 裁判官의 토론 상대방으로서의 역할 등)를 보좌하며, 다음 서열의 研究官, 研究官補 및 研究員은 上席研究官과 협조 하에 위 각 업무를 협동하여 행하되

특히 研究官補 및 研究員은 학계의 새로운 동향, 裁判官과는 다른 세대의 사고방식의 전달 등을 그 역할의 중요부분으로 하여야 할 것이고, 다음 서열의 研究官은, 보다 근원적이고 철저한 조사·연구를 필요로 하는 논제에 대하여 장기간에 걸친 검토를 하는 등에 유용하게 사용될 수 있을 것이다. 그리고 이 방안의 변용된 형태로서는 上席研究官 및 研究官은 각 裁判官에게 전속시키고, 나머지의 研究官補 또는 研究員은 각 指定裁判부에 속하게 하여 3인의 裁判官이 共同으로 이를 이용하는 방법도 생각할 수도 있다.

b. 제2안으로는 위와 같은 研究官, 研究官補, 研究員을 확보하기 어려운 경우에는, 우선 각 裁判官에게 1명의 研究官(이는 高法判事 정도의 경력을 가진 研究官으로 포함)을 專屬研究官으로 두어 裁判官 업무의 전반에 걸친 보좌를 하게 하고, 3개의 指定裁判부에 각각, 1명의 研究官(이는 地法判事 또는 檢事로서 포함), 1명의 研究官補(司法研修院 졸업 정도의 경력자) 및 1명의 研究員을 두어 3인의 裁判官으로 하여금 共同으로 이용하게 하는 방안이다. 이를 위하여는 최소한 9명의 高法判事級の 研究官을 확보하는 것이 필요하고 (이중 研究部長은 地法部長級으로서 裁判所長을 보좌하게 한다) 나머지의 研究官, 研究官補 및 研究院은 당시의 상황에 따라 그 수를 적절히 조정하여 각 指定裁判부에 소속하게 할 수 있을 것이다. 裁判官의 업무를 적절히 보좌할 수 있기 위하여는 최소한도 이 제2안 정도의 인력은 필수적이라고 생각되며, 이를 위하여는 法院으로부터 현재의 인력(1명의 地法部長, 3인의 高法判事 및 1명의 地法判事) 이외에 당장 4명 정도의 高法判事級 研究官을 추가로 더 派遣 받고, 研究官補로서 司法研修院을 수료한 법조인 3명 정도를 채용하는 것이 필요하다. 중기적인 방안으로서는 이 제2안이 가장 타당하리라고 생각된다. 즉 이 制度는 裁判官으로 하여금 專屬研究官과

共同研究官의 보조를 함께 받을 수 있도록 함으로써, 앞서 본 專屬·共同研究官制度의 장점을 함께 취할 수 있을 뿐만 아니라, 특히 共同研究官의 구성을, 경우에 따라서는, 분야별 또한 외국어권별로 전문화시킴으로써 보다 합리적인 보좌를 할 수 있을 것이기 때문이다.

c. 제3안으로서는 法院으로부터 현재보다 더 이상의 研究官을 派遣 받을 수 없어 현재의 인력을 그대로 활용할 수밖에 없을 경우의 방안으로서, 이 경우에는 현재의 研究官을 각1인씩 각 裁判官에게 專屬研究官으로 배속시키고, 나머지의 研究官補 및 研究員은 3개의 指定裁判部에 나누어 共同으로 이용하게 하는 것이다. 현재와 같이 研究官을 3개의 指定裁判部 단위로 나누어 배속시켜, 指定裁判部 단위로는 共同研究官의 형식으로 운용하는 것은 앞서 본 指定·共同研究官制度의 본래의 취지와는 부합하지 않는 점이 있고, 특히 憲法裁判官의 경우에는, 研究官이 전속적·전인격적으로 裁判官을 보좌하는 것이 적절하고 또한 다른 이국의 운영실태도 그러하다는 것을 염두에 둘 필요가 있다. 다만 현재의 우리나라 憲法裁判所의 상황으로서는 法院에서 派遣된 研究官의 수가 부족하여 각 裁判官에게 적어도 1명씩의 法官인 研究官을 배속시킬 수 없어서, 현재와 같은 상황의 研究官을 각 裁判官에게 전속시킬 수 없는 경우에는 어느 裁判官은 法官인 研究官의 보조를 받을 수 없는 경우가 생기게 되어 불편을 감수할 수밖에 없는 단점이 있다. 따라서 가능한 조속히 각 裁判官에게 적어도 1인의 法官인 研究官이 배속될 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

d. 끝으로, 이상의 어느 방안을 취하든지 간에, 研究員의 인력은 裁判官, 研究部長, 研究官, 研究官補의 계열 밑으로 흡수시킴으로써, 裁判官을 정점으로 하여 이를 裁判업무상 보좌하는 연구보조인력의

조직이 체계적으로 통일되어야 한다. 그렇게 되어야만 研究官들과의 능률적이고 체계적인 협동작업이 가능할 것이기 때문이다.

바. 研究官制度의 運營(機能)의 문제

a. 研究官의 인력을 여하히 이용·운영할 것인가는 결국 裁判官의 개성에 따른 문제이다. 裁判官에 따라 그에게 배당된 사건을 먼저 研究官에게 주어 쟁점의 정리 및 研究報告書를 작성하게 할 수도 있고, 裁判官이 먼저 기록을 검토한 후 연구가 필요한 문제점을 개별적으로 지적하여 연구·조사하게 할 수도 있을 것이다.

b. 다만 한가지 研究官들 사이에서 동일한 문제점을 서로 重複하여 연구한다던가, 다른 研究官이 이미 조사한 바 있는 사항에 관하여 기왕의 조사결과나 자료를 활용하지 못하고 되풀이하여 연구하는 폐단을 막기 위하여는 研究官들 사이의 의사소통방법이 制度的으로 마련되어 있어야 할 것이다. 이와 같은 길이 마련되어 있지 아니하면, 능률적인 면에서의 문제점뿐만 아니라, 자칫하면 소속감 내지는 일체감을 상실하게 되어 研究官의 意慾 및 士氣를 저하시키는 요인이 될 수도 있기 때문이다. 이를 위하여는, 최소한 研究部長에 대하여서 만은, 憲法裁判所에 매일매일 접수되는 사건을 알 수 있는 길(예를 들면 접수된 사건의 사본 및 요지가 보고되는 방법으로)이 보장되어 있어야 하고, 최소한 裁判官들의 평의 기일에 어떠한 사건이 평의 되고 있는 지를 알 수 있는 길이 마련되어야 할 것이다.

그리고, 매주 1회 정도 적절한 시간에 정기적으로 研究部長의 주도하에 研究官들이 자리를 함께 하여, 각자가 가지고 있는 문제점 등을 제기하고, 정보를 교환하여 연구·조사 업무에 서로 도움을

받을 수 있는 길이 보장될 수 있도록 하여야 할 것이다.

c. 研究官制度의 운용에 대하여 마지막으로 한가지만을 첨언한다면 研究官의 인력이 허용하는 경우에는 2인 또는 3인 정도의 研究官은 어느 裁判官에게도 전속시키지 아니하고, 자유로운 상태로 두고, 그에게는 3, 4개월 정도 또는 그 이상의 장기간의 시간적 여유를 주어서 우리나라의 憲法裁判에 있어서 흔히 문제로 되는 중요한 문제나, 制度의 개선, 특정 외국의 입법례나 자료의 조사 등 기초적인 조사·연구업무에 종사할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 생각된다. 이러한 방법은 단기적인 효과보다는, 보다 장기적인 안목에서 기초적인 문제를 차분히 해결해 나갈 수 있는 계기를 마련할 수 있을 것이기 때문이다.

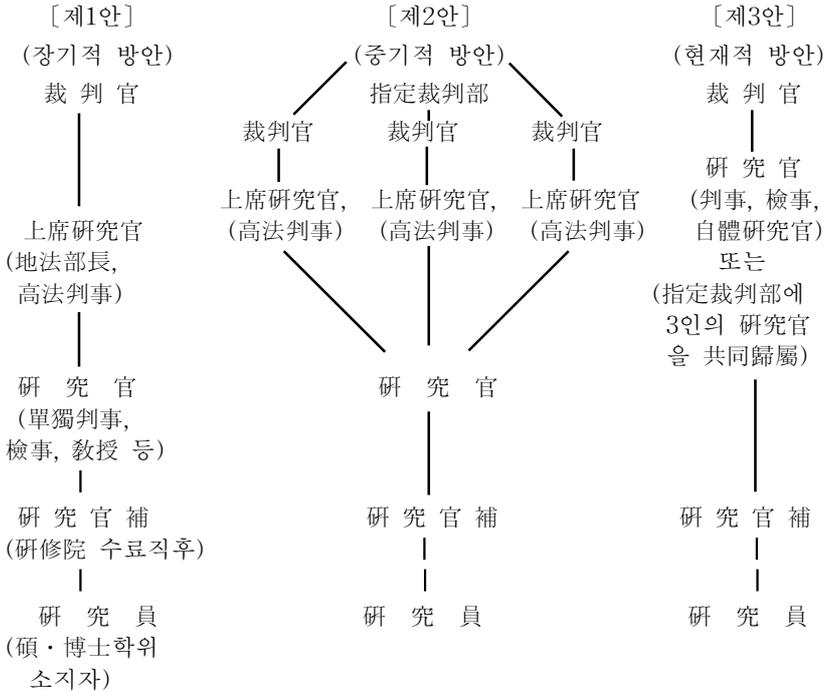
[參 考 文 獻]

1. 司法研究資料 10輯, 大法院 裁判研究官制道(賈在桓)
2. 大法院 裁判研究官制道에 관한 1984. 6. 25. 司法行政制度 개선 위원회 제51차 회의록
3. 우리나라 研究官制度의 문제점과 그 개선책(1986. 3. 憲法行政處 송무국 작성)
(부속) (일본 最高裁判所 調査官制度 및 미국 聯邦大法院의 Law Clerk 制度)
4. 大法院 裁判研究官制道(1988. 2. 21.자 이공현 작성)
5. 裁判研究官制道の 재검토(1988. 2. 29. 司法行政制度개선 위원회 제76차 회의록)
6. 最高裁判所 調査官制について(北川弘治 : 法學セミナー 1988. 2. 10. 자)
7. 最高裁判所(日本辯護士連合會 中 p. 147-153)
8. 憲法と最高裁判所(和田英夫) 中 p. 85-86
9. 最高裁判所 調査官制度の比較法的 檢討(民商法雜誌 84권 1호)
10. 最高裁判決の内側(田原義衛) 中 p. 212-220
11. アメリカのロークラークについて(藤井一雄) 判例 タイムズ 166 號
12. Sources of Information outside the adversary system
(Appellate courts and lawyers 中 p. 88-101)
13. W. H. Rehnquist : The Supreme Court
14. Das wahre Verfassungsrecht 中

- (1) Einige sozio-biographische Anmerkungen zur Herkunft und zum Verbleib der Mitglieder des Dritten Senats
- (2) Der Dritte Senat am Bundesverfassungsgericht

一般 聯邦最高裁判所에서는 研究官이 각 部に 共同으로 배속됨).
派遣된 研究官의 대부분은 法院에서 派遣되고, 派遣法院의 반
정도는 行政法院, 나머지는 通常法院 등 각종 法院임.

《憲法研究官制度의 組織》



[소요인원]
 研究部長 1인,
 上席研究官 8인

研究官 9인
 研究官補 9인
 研究員 9인

[소요인원]
 研究部長 1인,
 上席研究官 8인

研究官 8인
 研究官補 3인
 研究員 3인

[소요인원]
 研究部長 1인,
 研究官 8인

研究官補 3인
 研究員 3인

※ 연구인력의 구성 : 研究部長은 法院에서 派遣, 上席研究官 및 研究官의 4분의 3정도는 法院·檢察·大學 등에서 派遣받은 인력으로, 나머지 4분의 1정도는 自體 인력으로 충당. 研究官補 및 研究員은 自體 인력으로 충당.

憲法裁判決定의 既判力

- 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -

金 知 衡

憲法研究官

서울高等法院 判事

- 目 次 -

I. 序 論

1. 問題의 所在
2. 論議의 對象

II. 既判力의 前提로서 形式的 確定力

1. 形式的 確定力의 內容
2. 形式的 確定力의 排除

III. 既判力 一般的 內容

1. 既判力의 概念
2. 既判力의 憲法的 根據

3. 既判力の 作用

- 가. 憲法裁判의 訴訟物
- 나. 規範反復禁止의 問題
- 다. 後 憲法裁判의 先決關係

IV. 既判力の 主觀的 範圍

- 1. 一般原則：當事者 및 憲法裁判所
- 2. 具體的 內容
 - 가. 規範統制節次의 경우
 - 나. 憲法訴願審判節次의 경우
 - 다. 彈劾審判節次 · 政黨解散審判節次 · 權限爭議審判節次의 경우

V. 既判力の 客觀的 範圍

- 1. 一般原則：決定主文의 判斷內容
- 2. 決定理由의 判斷內容과 既判力

VI. 既判力の 時的 範圍

- 1. 一般原則：決定宣告時點
- 2. 決定宣告 이후의 事情變更과 既判力の 排除

VII. 決 論

I. 序 論

1. 問題의 所在

(1) 憲法裁判所法 제39조는 『一事不再理』라는 표제 아래, “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 여기서 “同一한 事件”이라 함은 審判事件의 當事者와 審判의 對象이 동일한 경우를 뜻한다고 해석되고, 同一한 事件에 대한 裁判機關의 一事不再理는 既判力의 본질적인 作用을 의미하므로, 결국 憲法裁判所가 각종의 審判節次에서 선고하는 모든 決定에 대하여는 위 규정에 의하여 既判力이 明文으로 인정되고 있다고 보여진다.¹⁾

또한 憲法裁判所法 제40조(準用規定)에 의하면, “① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. ② 제1항 후단의 경우에

1) 李時潤, 韓國의 憲法裁判制度, 헌법재판자료 제3집(헌법재판소), 1990. 86면 ; 黃祐呂, 違憲決定의 效力, 사법논집 제21집, 1990. 10, 12면 참조, 獨逸에서는 聯邦憲法裁判所에 우리 憲法裁判所法 제39조와 같은 명문의 규정이 없으나 聯邦憲法裁判所의 裁判에 대하여 確定力(Rechtskraft)을 인정하는 것이 判例 및 通說의 태도이다(BVerfGE 4, 31(38) ; 5, 34(37f.) ; 20, 56(86f.) ; 22, 387(404-406) ; 33, 199(203) ; 39, 169(181f.) ; 69, 92(103) ; 70, 242(249) ; 77, 84(103f.) ; Maunz, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, BVerfGG, § 31 Rn.7, 8 ; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 20 Rn. 54, 62 ; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 1991, Rn. 440f. ; Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, S. 569; Detterbeck, Normwiederholungsverbote aufgrund normverwerfender Entscheidungen des Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, JuS 1978 Heft1, S. 2).

형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 民事訴訟法은 既判力에 관한 數個의 規定(제202조, 제204조 등)을 두고 있고, 이것이 行政訴訟法에서 그대로 준용되고 있으며(제8조 제2항), 刑事訴訟에 관한 法令에도 이와 저촉되는 규정이 없고 특히 憲法上 規定된 一事不再理의 原則(제13조 제1항)을 중심으로 하여 既判力을 인정하는데 아무런 異論이 없으므로,²⁾ 憲法裁判所法 제40조의 準用規定에 의하여 憲法裁判所의 決定에 대하여 民事訴訟法 등의 一般原則으로 정립된 既判力 內容 및 範圍 등에 관한 法理가 원칙적으로 적용될 수 있을 것이다.³⁾

(2) 憲法裁判所는 i) 法院의 提請에 의한 違憲法律審判 ii) 彈劾審判 iii) 政黨解散審判 iv) 國家機關 상호간, 國家機關과 地方自治團體 및 地方自治團體 상호간의 權限爭議審判 v) 憲法訴願審判 등 다양한 종류의 審判事件을 관장하고 있지만(헌법 제111조 제1항, 헌법재판소법 제2조), 憲法裁判所가 審判節次를 통하여 어떠한 決定을 선고하면 憲法裁判所法 제39조, 제40조의 규정에 따라 그 심판사건의 종류가 무엇이든, 그 결정의 주문내용이 무엇이든 불문하고 예외 없이 그 決定에 대하여 形式的·實質的 確定力(既判力)이 인정되는 것은 法院의 確定裁判과 마찬가지로 일 것이다.

그러나 憲法裁判所가 관장하는 審判事件은 그 종류에 따라 節次上的 構造나 本質的인 性格이 반드시 동일한 것은 아니다. 따라서 憲法裁判所決定에 대하여 인정되는 確定力의 內容 및 範圍에 관하여 審判사건의 種類에 따른 특성의 차이에 관계없이 일률적으로 설명하기는 힘들고 개별적인 검토가 요구된다 할 것이다.

2) 李在祥, 刑事訴訟法(金訂版), 1991, 657면 이하 참조.

3) 黃祐呂, 앞의 論文(註 1), 10면 참조.

그리고 憲法裁判所法은 既判力에 관한 규정 이외에도 違憲法律審判이나 憲法訴願의 認容決定에 대하여는 一般的 羈束力(제47조 제1항, 제75조 제1항) 또는 法規的 效力(제47조 제2항) 등을 인정하고 있으므로, 이와 관련하여 既判力の 內容이나 範圍를 어떻게 이해하여야 할 것인 가도 세부적인 검토를 필요로 하는 부분으로 남는다고 할 것이다.

2. 論議의 對象

그러므로 이 글에서 憲法裁判所決定의 既判力에 관하여 論議함에 있어서는, 주로 民事訴訟法 등 訴訟法學에서 논의되고 있는 法院의 確定裁判에 대한 既判力の 一般的인 內容 및 範圍에 관한 法理와 대비하여, 憲法裁判所 決定이 갖는 既判力の 內容이나 範圍를 어떻게 정하여야 할 것인가의 점과, 특히 違憲法律審判事件과 憲法訴願審判事件의 경우에 있어서는 既判力과 羈束力 및 法規的 效力의 관계에 유념하면서 既判力の 내용을 어떻게 확정할 것인가의 점에 그 焦點을 두고자 한다.

다만 憲法裁判所決定의 既判力에 관하여는 그 論議의 重要性에도 불구하고 國內에서는 이를 다룬 본격적인 글을 거의 발견할 수 없고,⁴⁾ 憲法裁判所의 決定 역시 이 문제를 정면에서 다루고 있는 사례가 많지 않은 탓으로 그 論議 자체가 활발하지 못한 것이 사실이다. 그러므로 이 글에서는 편의상 憲法裁判所制度를 운용하고 있는 獨逸에서 聯邦憲法裁判所의 判例 및 學說을 통하여 『憲法裁判所決定의 既判力 問題』를 둘러싸고 제기되어진 爭點들을 참고삼아 論

4) 다만 黃佑呂, 앞의 論文(註 1), 10-14면에서 '違憲決定의 訴訟法的 效力'의 하나로 確定力 문제가 論及되고 있다.

議를 展開하기로 한다.

II. 既判力の 前提로서 形式的 確定力

1. 形式的 確定力の 內容

(1) 裁判의 그 소송절차내에서 통상의 불복방법에 의하여 더 이상 다룰 수 없게 되어 그 裁判의 결과가 취소·변경될 가능성이 없게 된 상태를 두고 재판이 形式的으로 確定되었다고 한다.⁵⁾ 재판의 이러한 取消不可能性(Unanfechtbarkeit)을 形式的 確定力(formelle Rechtskraft)이라고 한다. 이는 재판의 최종적인 종결에 따른 절차적인 측면에서의 효력으로서, 이를 전제로 하여 비로소 재판의 내용에 따른 실제적인 측면에서의 효력인 既判力 등이 생기게 된다.

이처럼 재판을 일정한 단계에서 종결시켜 더 이상 그 당부를 다룰 수 없게 함으로써 확일적으로 確定力을 갖게 하는 것은 당사자간의 紛爭을 무한히 연장시키지 아니하고 國家의 裁判機關이 일정한 절차를 거쳐 公權의인 判斷을 내린 것에 기초를 두어 종결시키려는 法的 安定性(Rechtssicherheit)의 요청에 따른 것이다.⁶⁾ 그러므로 재판에 대한 형식적 확정력은 소송에 관한 실정법규의 본질적인 요소일 뿐 아니라 더 나아가 헌법상 法治國家原理(Rechtsstaatsprinzip)에서 직접 파생되는⁷⁾ 당연한 효력으로 인정되는 것이라 할

5) 이에 관하여는 무엇보다도, 李時潤, 民事訴訟法(新版), 1991. 12. 678면 이하 ; 李在祥, 刑事訴訟法(全訂版), 1991. 656면 이하 ; 李右善, 判例 行政訴訟法(下), 1991. 251면 등 참조.

6) 헌법재판소 1989. 7. 24. 선고, 89헌마141 결정, 헌관집 1권 144면 참조.

7) 法的 安定性이 法治國家原理의 중심개념에 속한다고 하는 것에 관하여는, BVerfGE 2, 380(403) ; 3, 225(237) ; 7, 89(92); 13, 261(271); 29, 413(432); 41, 323(326) ; 60, 253(296) 등 참조.

것이다.⁸⁾ 이는 실질적 확정력의 의미에서의 既判力の 헌법적 근거와 그 軌를 같이 하는 것임은 뒤에서 보는 바와 같다.

(2) 憲法裁判所의 決定에 대하여는 憲法裁判所法上 不服申請을 할 수 있는 방법이 전혀 규정되어 있지 않다. 그러므로 憲法裁判所가 각종의 심판절차를 거쳐 선고한 決定은 그 宣告와 同時에 곧바로 形式的으로 確定된다고 할 것이다.⁹⁾

憲法裁判所는, 憲法訴願請求人이 憲法裁判所의 憲法訴願審判에 대한 決定에 대하여 憲法訴願이나 即時抗告의 형식으로 不服申請을 한 事案에서, “헌법소원의 심판에 대한 결정은 형식적 확정력을 갖는 것이므로 취소될 수 없고, 이에 대해서는 헌법소원의 형식에 의하여서도 그 취소나 변경을 구하는 심판청구를 제기할 수 없다.”라고 판시¹⁰⁾하거나, “청구인의 즉시항고는 그 실질에 있어서 당 재판소 지정재판부의 각하결정에 대한 불복소원이라 할 것이며 헌법재판소의 결정에 대하여는 불복신청이 허용될 수 없는 것일 뿐 아니라, 즉시항고는 헌법재판소법상 인정되지 아니하는 것이어서 청구인의 심판청구는 부적법”하다고 判示¹¹⁾하여, 憲法裁判所決定에 대한 不服申請이 허용될 수 없음을 이유로 헌법재판소결정에 形式的 確定力이 있음을 명백히 하고 있다.

2. 形式的 確定力の 排除

8) Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 415.

9) Maunz, a. a. O. (註 1), § 31 Rn. 8 ; Pestalozza, a. a. O. (註 1), § 20 Rn. 52, 67 ; Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 415 ; Schlaich, a. a. O. (註 1), Rn. 442 ; Vogel, a. a. O. (註 1), S. 583.

10) 헌법재판소 1990. 5. 21. 선고, 90헌마78 결정, 헌법재판소판례집(이하 “헌판집”이라 한다) 2권129(130)면(관호안의 면수는 결정문 중 인용된 부분이 수록된 면수를 나타낸다). 同旨 : 헌법재판소 1989. 7. 24. 선고, 89헌마141 결정 (註 6)은, 自己羈束力을 근거로 하여 헌법재판소 결정에 대한 헌법소원이 허용되지 않는다고 판시하고 있다.

11) 헌법재판소 1990. 10. 12. 선고, 90헌마170 결정, 헌판집 2권 363(364)면.

形式的 確定力은 원칙적으로 모든 裁判에 인정되지만, 예외적으로 일정한 사유가 있는 경우 법률의 규정에 의하여 排除될 수 있다. 法院의 裁判에 대하여는 訴訟行爲의 追完(민사소송법 제160조, 형사소송법 제345조, 행정소송법 8조 제2항)이나 再審請求(민사소송법 제422조 이하, 형사소송법 제420조 이하, 행정소송법 제8조 제2항, 제31조, 제38조)에 관한 소송법규의 규정에 의하여 그 形式的 確定力을 排除시킬 수 있다.

憲法裁判所決定에 대하여는 불복신청이 인정되지 아니하므로 訴訟行爲의 追完이라는 일반소송법상의 절차는 이를 준용할 여지는 없다.¹²⁾

憲法裁判所決定에 대하여 再審請求가 허용되는지 여부는 法院의 裁判에 대한 경우와는 달리 신중한 검토가 요구되는 문제에 속한다고 할 것이다.

먼저 우리처럼 憲法裁判에 관하여 集中型制度를 취하고 있는 나라의 立法例를 살펴본다. 獨逸은 연방헌법재판소법 제61조¹³⁾에 聯邦法官에 대한 彈劾審判節次에 관하여만 재심에 관한 규정을 두고

12) Maunz, a. a. O. (註 1), § 31 Rn. 14.

13) 독일연방헌법재판소법 제61조의 규정내용은 다음과 같다 ;

“제 1 항 탄핵심판절차에 대한 재심은 탄핵인용선고를 받은 자만을 위하여, 그 본인의 청구 또는 본인이 사망한 후에는 그의 배우자나 후계혈족 중 1인의 청구에 의하여서만 형사소송법 제359조와 제364조의 요건을 갖추고 있는 경우에 행하여진다. 청구서에는 법률상의 재심 사유 및 입증방법이 기재되어 있어야 한다. 재심청구서는 (재심대상)판결의 효력에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

제 2 항 연방헌법재판소는 재심청구의 허가에 관하여 구두변론 없이 재판한다. 이에 관하여 형사소송법 제368조, 제369조 제1, 2, 4항과 제370조 및 제371조 제1 내지 3항의 규정이 적용된다.

제 3 항 (재심청구의 허가에 의하여) 새로이 행하여진 본안심리절차에서는 종전의 (재심대상)판결을 유지하거나, 또는 보다 경한 탄핵처분 또는 탄핵책임이 없음을 선고하여야 한다.“

있고, 그 밖의 헌법재판에 관한 심판절차에 관하여는 재심에 관하여 별도의 규정이 없다. 이에 따라 독일의 경우에는 연방헌법재판소법이 이와 같이 명문의 규정을 두고 있는 연방법관에 대한 탄핵심판절차 이외에는 재심절차가 인정되지 않는다는 解釋論이 통설이다.¹⁴⁾

오스트리아 헌법재판소법 제34조는 “헌법재판소는 연방헌법 제137조, 제143조 및 제144조에 정한 헌법재판사건에 한하여 비공개심리절차에 따라 그 재심청구의 허용여부에 관하여 재판한다.”라고 규정하고 있다. 오스트리아 연방헌법 제137조는, 헌법 재판소는 통상적인 소송절차에 의하거나 행정청의 처분에 의하여도 해결할 수 없는, 연방·주·구·지방자치단체·지방자치단체조합에 대한 재산법상의 청구에 관하여 재판한다고 규정하여, 통상의 권리구제방법이 없는 경우에 헌법재판소가 그 권리구제심판에 대한 재판관할권을 갖는다고 규정하고 있으며,¹⁵⁾ 동법 제143조는 연방 및 주의 최고기관에 대한 탄핵심판에 관하여, 동법 제144조는 행정청의 처분에 의하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우(법령에 의하여 직접 기본권을 침해당한 경우는 연방헌법상 다른 조항에 규정되어 있으므로 여기에서 제외된다)에 대한 헌법소원심판에 관하여 각 규정하고 있다. 그러므로 오스트리아의 경우 헌법재판에 관한 재심은 위 세 가지 경우(① 財産法상의 請求에 관한 權利救濟審判, ② 彈劾審判, ③ 行政處分을 대상으로 한 憲法訴願審判)에 한하여 허용된다.¹⁶⁾

이상과 같은 독일과 오스트리아의 立法例와는 달리 우리 헌법재

14) Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 53.

15) 鄭宗燮, 주요국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2권(헌법재판소 간행), 45-46면 참조.

16) R. Machacek, Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, 1989, S. 34-35 참조.

판소법에는 헌법재판에 대한 再審에 관하여 특별히 정하고 있는 별도의 명문규정이 없다. 다만 헌법재판소법 제40조에 의하면, 헌법재판소의 심판절차에 관하여 헌법재판소법에 특별한 규정이 없는 한 민사소송, 형사소송 또는 행정소송에 관한 법령의 규정이 준용되도록 규정되어 있으므로, 위 準用規定이 헌법재판소결정에 대한 재심을 허용하는 법적 근거가 될 수 있는 것은 아닌지 문제될 수 있다.

그러나 위 準用規定의 立法趣旨은 헌법재판소가 결정을 선고하기에 이르기까지 각종의 심판절차에서 적용할 공통적인 절차 규정으로서 각종의 소송법규에 규정된 절차규정의 내용을 그대로 원용할 수 있는 범위 내에서는 헌법재판소법에 일일이 열거할 필요 없이 헌법재판절차에서도 적용할 수 있도록 하기 위한 것이라고 보여진다. 따라서 위 규정에 의하여 준용되는 각종 소송법규는 헌법재판에 있어서 訴訟節次의 進行이라는 側面에서 일반적으로 法院에서의 裁判節次에 있어서와 마찬가지로 共通적으로 적용할 수 있는 俠義의 節次的인 규정에 한정된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 각종 소송법규에 규정된 재심청구에 관한 규정은 이러한 의미에서 협의의 절차규정에 해당하지 아니할 뿐 아니라 헌법재판에 대한 재심의 허용 여부의 문제는 법원의 재판절차와는 다른 헌법재판의 본질, 기능이나 효력 등과 관련되는 특수성을 감안하여 결정되어야 할 것이므로 성질상 위 준용규정에 의하여 헌법재판소의 심판절차에 그대로 적용할 수 없다고 보아야 할 것이다.

再審에 의하여 재판의 형식적 확정력을 배제하기 위하여는 그 事由 및 節次 등에 관하여 법률에 특별한 규정이 있어야만 할 것인데, 헌법재판소법 제40조는 위와 같이 헌법재판소결정에 대한 재심청구를 허용할 수 있는 근거규정이 아니고 그밖에 재심절차에 관한 별도의 규정도 없으므로, 우리의 경우 헌법재판소결정에 대한 재심

은 결코 허용되지 않는다고 보아야 할 것인가?

이 문제에 관하여는 다음과 같은 獨逸聯邦憲法裁判所の 判示가 그 해결점을 찾는데 좋은 示唆을 준다고 생각한다. 그 판시내용을 여기서 그대로 引用하면, “연방헌법재판소법은 충분한 절차규정을 두고 있는 것이 아니고 헌법재판절차의 특수성을 고려한 몇몇 필요 불가결한 조항들에 한하여 규정하고 있다. 그밖에 여타의 독일 절차법의 유추적용을 통하여 헌법재판절차의 합목적적인 형성을 위한 법적 근거를 마련하는 것은 연방헌법재판소에 맡겨져 있다.”¹⁷⁾라고 하거나, “연방헌법재판소는 …기본법과 연방헌법재판소법에 의하여 제시된 기본방향에 기초하여 연방헌법재판소의 심판절차에 관한 또 다른 법원칙들을 발전시킬 수 있다.”¹⁸⁾라고 한다.

이와 같이 憲法裁判所法の 欠缺性(Lückenhaftigkeit)을 전제로 하여¹⁹⁾ 헌법재판소가 스스로 憲法裁判節次에 관한 合目的的이고 自足的인 법원칙을 세울 수 있다면, 憲法裁判所の 審判節次에 대하여 再審節次에 관한 아무런 규정이 없다고 하더라도 헌법재판소의 심판절차의 종류에 따라 각각 그 특수성 등을 고려하여 재심절차의 허용 여부가 판단되어야 할 것으로 생각된다. 이 경우 형식적 확정력의 헌법적 근거인 법적 안정성의 법익과 재심제도의 헌법적 근거가 되는 구체적 타당성의 법익의 비교형량이 재심 허부에 관한 주된 판단기준이 될 수 있을 것이다.

憲法裁判所가, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 違憲法律審判을 구하는 憲法訴願審判請求事件에서 헌법재판소 지정재판부에 의하여 선고된 부적법 각하결정에 대하여 재심청구를 한 事案에서,

17) BVerfGE 1, 108(110f.)

18) BVerfGE 2, 79(84)

19) Schlaich, a. a. O. (註 1), Rn. 51.

‘일반적으로 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있다.’고 전제하여 그러한 결정에 대하여는 재심이 그 성질상 허용될 수 없다는 취지로 判示²⁰⁾하고 있는 것은 바로 이와 같은 관점에서 재심절차의 허부에 관한 판단의 한 단면을 보여준 것이라고 할 것이다.

Ⅲ. 既判力의 一般的 內容

1. 既判力의 概念

(1) 裁判이 더 이상 다룰 수 없게 되어 節次的인 측면에서 形式的 確定力이 생기게 되면, 그 確定裁判이 내려진 時點에서의 事實關係를 기초로 하여 판단되어진 內容은, 그 재판절차에서 審判의 對象(Verfassungsgegenstand 또는 Streitgegenstand)으로 된 紛爭에 대하여 裁判機關이 내린 終局的인 法的 判斷으로서 當事者들 사이와 法院에 대하여 實質的인 規範으로서 작용하게 된다. 그리하여 當事者는 후일 동일한 사항에 대하여 確定裁判의 판단내용과 반하는 주장을 하여 되풀이하여 다룰 수 없고, 法院도 確定裁判의 판단내용과 矛盾·抵觸되는 판단을 하여서는 안되는 효과가 생긴다. 確定裁判이 갖는 이러한 효력을 實質的 確定力(materielle Rechtskraft), 또는 흔히 既判力이라고 한다. 법원의 재판절차와 관

20) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌아1 결정

런하여 민사소송법 제202조(既判力の 客觀的 範圍), 제204조(既判力の 主觀的 範圍), 행정소송법 제8조 제2항 등이 確定裁判의 既判力에 관한 규정을 두고 있다.

(2) 憲法裁判所가 선고하는 모든 決定에 대하여도 憲法裁判所法 제39조, 제40조에 의하여 既判力이 인정되는 것은 法院의 確定裁判과 마찬가지로 앞서 본 바와 같다.

2. 既判力の 憲法的 根據

(1) 法院의 確定裁判이나 憲法裁判所의 決定에 대하여 위와 같이 既判力이 인정되고 있는 것은, 終局的으로 確定된 裁判의 存續保護(Bestandsschutz)라는 法的 安定性(Rechtssicherheit) 내지 法的 平穩(Rechtsfriede)의 요청 때문이라는 것이 일반적인 설명이다.²¹⁾

그런데 이러한 법적 안정성 내지 법적 평온의 思想은 憲法상의 法治國家原理(Rechtsstaatsprinzip) 내지 法治主義原理의 핵심적인 내용으로 서로 불가분의 관계에 있다고 볼 것이므로,²²⁾ 既判力은 法治國家原理에 그 憲法的 根據를 두고 있다고 할 것이다.²³⁾

21) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 680면; 李石善, 앞의 著書(註 5), 260면; 李在祥, 앞의 著書(註 5), 656면 등 참조.

22) 權寧星, 憲法學原論(新訂板), 1991. 7., 119면; 許營, 韓國憲法論, 1991. 2., 145면; Schwarb / Gottwald, *Verfassung und Zivilprozeß*, 石川 明/出口雅久 編譯, 憲法と民事手續法, 慶應義塾大學 法學研究會業書(46), 43면; Stern, *Staatsrecht I*, 2. Aufl. 1984, S. 796f.; BVerfGE 2, 380(403); 3, 225(237); 7, 89(9); 13, 261(271); 15, 313(319); 19, 150(166); 29, 413(432); 35, 41(47); 41, 323(326); 60, 253(296).

23) BVerfGE 15, 313(319); 47, 156(161, 165); Rosenberg / Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 14. Aufl. 1986, §152 I.; Schwab / Gottwald, a. a. O. 43-44면; Maunz, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, §1 Rn. 8; Herzog, in: Maunz / Dürig, GG, Art. 20 VII Rn. 60; Pestalozza *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl, 1991, §20 Rn. 62 Fn. 156.

그러므로 예를 들어, 일정한 事實關係에서 발생한 請求權의 行使를 일반적으로 제한 또는 금지시키는 것이 具體的 妥當性의 原則(Grundsatz der Gerechtigkeit im Einzelfall)에 부합한다고 하더라도 이미 既判力있는 裁判에 의하여 확정된 請求權이 있다면 이러한 確定裁判의 既判力은 보호되어야 할 것이다. 만약 입법자가 이를 무시하고 既判力을 고려하지 않은 입법을 하였다면 그러한 法律은 法院의 確定裁判에 대한 既判力의 存續保護의 요청에 위배되는 것으로서 法治國家原理의 본질적인 구성요소인 法的 安定性의 原則을 침해하는 것이 되어 憲法에 위반된다 할 것이다.²⁴⁾

(2) 既判力을 위와 같이 憲法상 法治國家原理로부터 직접 우러나오는 制度로 이해하는 한, 법원의 확정재판과 마찬가지로 憲法裁判所決定에 대하여도, 헌법재판소법 제39조와 같은 규정의 유무에도 불구하고, 既判力이 인정되는 것은 당연한 것이다.²⁵⁾

이에 반하여, 規範統制의 憲法裁判에 대하여는 既判力을 부인하는 見解가 있다. 즉 既判力은 그 개념상 일정한 事實關係(Sachverhalt)에 대하여 規範(Norm)을 적용하는 재판절차에 한하여 그 효력이 생기는 것인데, 規範統制節次는 그러한 재판절차와는 달리 下位規範을 上位規範(憲法)에 건주어 평가하는 절차이므로 단순한 法律適用(Gesetzanwendug)의 절차와는 논리적인 구조나 질적으로 완전히 다르고, 오히려 본질적으로 立法作備(Gesetzgebung)에 가까우므로, 規範統制節次에서의 憲法裁判所決定은 既判力이 인정

24) BVerfGE 29, 413(432).

25) 獨逸의 경우 연방헌법재판소법상 기관력에 관한 아무런 명문규정도 없음에도 불구하고 헌법에 직접 근거하여 연방헌법재판소의 재판에 既判力을 인정하는 것이 判例[BVerfGE 4, 31(38) ; 5, 34(37) ; 20, 56(86f.) ; 33, 199(203f.) ; 77, 84(103) ; 78, 320(328)] 및 通說(Maunz, a. a. O. (註 1), §31 Rn. 8 ; Schlaich, a. a. O (註 1), Rn. 440f. ; Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 54, 62 ; Lange, a. a. O. (註 1), S. 2)이다.

될 여지가 없다는 것이다.²⁶⁾

그러나 憲法裁判所 역시 각종의 審判節次를 통하여 司法機關 (Organ der Rechtsflege)으로서의 본질적 작용을 행하고 있다 할 것이고, 그 중 規範統制節次만을 달리 보아야 할 이유가 없기 때문에,²⁷⁾ 規範統制의 憲法裁判에 대하여도 既判力을 인정하는 것이 타당할 것이다.

3. 既判力の 作用

(1) 既判力은, 當事者에 대한 관계에서는 既判力있는 判斷內容을 후일 同一한 事件에서 反復하여 다투는 것을 禁止(이른바 反復禁止 : Wiederholungsverbot)하며, 裁判機關에 대한 관계에서는 既判力있는 判斷內容에 羈束되어 후일 이것이 先決問題로 되어 있는 事件에서 그와 矛盾·抵觸되는 새로운 判斷을 하는 것을 禁止(이른바 矛盾禁止 : Widerspruchverbot)하는 作用(Wirkung)을 한다.²⁸⁾

그러므로 既判力の 反復禁止의 작용과 關係하여서는 ‘訴訟物의

26) 특히 바이에른(Bayern) 州 헌법재판소의 BayVerfGHE 5, 166(183) ; 11, 127(140) ; 18, 30(35) ; Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3. Aufl. 1985, Art. 98 Rn. 38(以上은 Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 417 Fn. 105에서 再引用).

27) BVerfGE 40, 356(360) ; Maunz, a. a. O. (註 1), §1 Rn. 7, Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 346f., 941ff. 등 獨逸의 判例 및 通說이다(Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 416 Fn. 102 참조).

28) 訴訟法學에 있어서 既判力の 本質에 관한 矛盾禁止說(우리의 多數說 및 判例, 獨逸의 少數說)과 反復禁止說(우리의 少數說, 獨逸의 通說 및 判例)의 대립은 결국 既判力の 두 가지 作用 가운데 어떠한 作用을 重視하느냐에 따른 것으로 이해할 수 있을 것이다(李時潤, 앞의 著書(註 5), 681-682면, 685면 등 참조). 그러나 既判力の 本質을 反復禁止로 파악하는 것이 보다 논리가 일관된다고 생각되어 反復禁止說에 따르기로 한다. 憲法裁判의 既判力の 本質論과 關係하여 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例 역시 反復禁止說에 입각하여 既判力있는 憲法裁判이 선고된 이후에 동일한 當事者가 동일한 訴訟物에 대하여 한 심판청구는 부적법하다고 한다[BVerfGE 22, 387(405) ; 24, 63(67) ; 26, 44(56) ; 33, 199(203f.) ; 38, 103(104f.) ; 29, 169(181f.) ; 41, 360(369) ; 65, 179(181) ; 70, 242(249f.)].

同一性'(Identität der Verfahrensgegenstände)에 대한 개념정립이 선행되어야 하고, 矛盾禁止의 작용과 관련하여서는 '先決關係'(Präjudizialität)에 대한 이해가 앞서야 할 것이다.

따라서 憲法裁判所決定의 경우에도 그 既判力에 대한 이해는 곧바로 憲法裁判節次에서의 訴訟物 및 先決關係에 대한 개념정립으로부터 출발하여야 함은 물론이다.

또한 既判力の 反復禁止의 作用과 관련하여, 특히 憲法裁判所의 規定統制節次에 있어서 憲法決定이 선고된 경우 그 既判力の 효과로서 立法者에 대하여 違憲法律과 전혀 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 法律을 反復하여 制定하는 것을 禁止시키는 作用(이른바 規範反復禁止 : Normwiederholungsverbot)까지 인정할 것인가 하는 問題가 실제적인 주요 論點으로 제기되고 있다.

가. 憲法裁判의 訴訟物

憲法裁判에 있어서 訴訟物은 주로 憲法裁判所決定의 效力이 미치는 範圍를 정하는 標準이 되는 점에서 매우 중요한 실제적인 의미를 갖는다. 그러나 訴訟物의 개념을 어떻게 정의할 것인가에 관하여는 일반의 민사소송법학에서도 아직 명확한 견해의 일치를 보지 못하고 있다.²⁹⁾

원래 訴訟物(Streitgegenstand)이라 함은 訴訟의 主體인 積極, 消極의 兩 當事者가 일정한 紛爭을 사이에 두고 대립하는 訴訟構造를 전제로 하여, 그 소송의 客體에 해당하는 紛爭에 관한 法的 問題를 가리키는 의미에서 출발한 것이다. 그러나 憲法裁判所의 審判節次는 權限爭議 등과 같이 대립적인 구조를 갖는 심판절차가 있는가

29) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 320면 이하 참조.

하면 반대로 規範統制節次와 같이 그렇지 않은 심판절차도 있어서 일률적으로 그 성격을 규정 지을 수 없다. 그러므로 여기서 말하는 憲法裁判의 訴訟物이라는 용어는 憲法裁判所의 각종 審判節次에 있어서 ‘審判의 對象’(Verfahrensgegenstand)이라는 의미로 사용하기로 한다.³⁰⁾

(1) 민사소송법학에서는 訴訟物의 개념을 實體法上的의 권리 또는 법률관계의 주장을 기준으로 하여 實體法的인 觀點에서 정의하려는 見解(舊訴訟物理論 또는 舊實體法說)와, 實體法上的의 청구권 등과는 무관하게 순전히 訴訟上的의 請求(prozessualer Anpruch)를 기준으로 하여 訴訟法的인 觀點에서 정의하려는 見解(新訴訟物理論 또는 訴訟法說)로 크게 나누어지고 있다.³¹⁾

그러나 憲法裁判의 訴訟物의 개념을 정의함에 있어서는 實體法과는 분리된 訴訟法的인 관점이 강조되는 것이 상당할 것이다. 憲法裁判所가 각종의 審判節次에서 本案判斷을 함에 있어서는 當事者가 주장하는 基本權이나 기타 憲法規定만에 국한하지 않고 憲法上的의 모든 管箒을 審査基準(Prüfungsmaßstab)으로 삼아야 할 것이기 때문이다. 憲法裁判所가 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정³²⁾에서, “헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것”이라고 判示한 것은 오로지 憲法訴願審判에 국한되는 것은 아닐 것이다.

30) 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例에서는 규범통제절차에 관하여도 ‘Streitgegenstand’라는 용어를 사용하고 있다[BVerfGE 78, 320(328)]. 그러나 이 역시 審判의 對象이라는 의미로 代用하고 있는 점에서는 차이가 없으므로, 이러한 용어사용상의 불일치는 실제로 중요한 의미가 없다.

31) 그밖에 實體法上的의 請求權의 개념을 수정하여 訴訟物의 개념을 이해하려는 見解(新實體法說이라고 한다)가 있으나, 결론에 있어서 訴訟法說과 차이가 없다. 以上에 관하여는 무엇보다도 李時潤, 앞의 著書(註 5), 321-325면 참조.

32) 헌판집 1권 176(188)면.

그러면 憲法裁判所의 개개의 審判節次에서의 訴訟物의 실체를 구체적으로 어떻게 이해하여야 할 것인가?

(2) 먼저 規範統制節次(Normenkontrollverfahren)의 訴訟物에 관하여 본다.

規範統制의 憲法裁判節次로는, 法院의 提請에 의한 違憲法律審判節次(헌법 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조 제1항), 違憲法律審判을 구하는 憲法訴願審判節次(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제2항) 및 法律에 대한 憲法訴願審判節次(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항) 등이 있다.

이러한 규범통제절차는 法律을 직접 ‘審判請求의 目的物’(Angriffsgegenstand)로 하는 점에서 다른 審判節次와 구별된다. 바로 이러한 점 때문에 法律 그 자체가 規範統制節次의 訴訟物³³⁾로 오인되기도 한다. 그러나 民事訴訟에서 訴訟物과 請求의 目的物(민사소송법 제204조 제2항)을 엄격히 구별하듯이,³⁴⁾ 규범통제절차에 있어서 審判의 對象과 審判請求의 目的物은 엄격히 구별되어야 할 것이다. 규범통제절차는 法律이 憲法에 위반(Verfassungswidrigkeit)되거나 違憲無效(Nichtigkeit)인지 여부를 確認하는 심판절차이므로, 그 訴訟物은 問題된 法律 그 자체가 아니라 그 法律이 憲法 全般의 審査基準에 비추어 一般的으로 憲法에 합치되는지 여부라고 할 것이다.³⁵⁾

그러므로 憲法裁判所가 規範統制節次에서 問題된 法律의 合憲性 여부를 審査함에 있어서 적용하는 개개의 憲法規定을 기준으로 하여 訴訟物을 달리하는 것이 아니고, 審判節次에서 當事者에 의하여

33) 獨逸의 일부 學者들의 見解이기도 하다(Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 410 Fn. 74 참조).

34) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 321면 참조.

35) BVerfGE 1, 208(220) ; 1, 396(406, 414) ; 20, 56(86) ; 78, 320(328) ; Maunz, a. a. O. (註 1), § 31 Rn. 12 ; Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 410f. ; E. Klein, AöR 108(1983), S. 436

구체적으로 어떠한 憲法條項이 違憲의 근거로 주장되었다고 하더라도 이는 단순한 憲法的 觀點의 하나에 불과하므로, 憲法裁判所가 法律의 違憲性을 審査함에 있어서는 當事者에 의하여 주장된 憲法上的 審査基準에만 기속되지 않는다.³⁶⁾

그런데 規範統制節次의 訴訟物을 이보다 훨씬 넓게 해석하는 見解가 있다. 즉 規範統制節次에서 憲法裁判所가 審判의 對象으로 삼고 있는 것은 단순히 그 審判節次에서 구체적으로 문제된 法律의 違憲性 審査에 그치는 것이 아니라 실질적으로는 그 문제된 法律과 동일한 規制內容이 동일한 事情 아래에서 일반적으로 違憲性이 있는지 여부이므로, 規範統制節次의 訴訟物은 오로지 請求의 對象이 되었던 法律의 違憲性 여부에 한정하는 것이 아니라 그 法律과 같은 내용의 規制의 違憲性 여부로 정의하여야 한다는 主張³⁷⁾이 그것이다. 이러한 見解는 뒤에서 보는 바와 같이 規範統制節次의 既判力의 작용으로서 문제되는 規範反復禁止의 효과를 이론적으로 명확하게 뒷받침하기 위하여, 獨逸에 있어서 발달된 行政訴訟의 訴訟物理論³⁸⁾을 인용하여 체계화한 주장으로 보인다.

36) 獨逸의 경우 聯邦憲法裁判所는 抽象的 規範統制와 관련하여 BVerfGE 1, 14(41) ; 12, 205(222) ; 37, 363(397) 등에서, 具體的 規範統制와 관련하여 BVerfGE 2, 380(403) ; 3, 187(196f.) ; 4, 219(243) ; 4, 331(345) ; 26, 44(56, 58f.) 등에서, 個人的 憲法訴訟과 관련하여 BVerfGE 3, 58(74) ; 6, 376(385) ; 17, 252(258) ; 31, 314(333) ; 42, 312(325f.) ; 53, 366(390) ; 57, 220(241) ; 70, 138(162) ; 76, 1(74), 79, 714(192f.) 등에서 이를 분명히 하고 있다.

37) Deterbeck, a. a. O. (註 1), S. 411-412.

38) 行政處分の 取消 등을 구하는 行政訴訟에 있어서는, 取消 등 判決이 確定되면 行政廳이 그 確定判決과 모순·지속되는 새로운 處分을 할 수 없다는 反復禁止의 효과가 인정되고 있다 (행정소송법 제30조, 제44조 제1항). 다만 이러한 反復禁止效의 본질을 既判力의 작용으로 볼 것인지(既判效力說), 아니면 既判力과 다른 별도의 特殊한 效力으로 이해할 것인지(特殊效力說)에 관하여는 견해의 대립이 있으나, 大法院은 既判力說s을 취하고 있다(대법원 1982. 5. 11. 선고, 80누104 판결, 공684호571). 이에 관하여 좀더 자세한 것은, 李石善, 앞의 著書 (註 5), 251-257면 참조. 行政訴訟에서 確定判決의 이러한 反復禁止의 효력을 訴訟物理論에

그러나 規範統制節次에 있어서는 立法機關이 그 節次의 當事者가 아니다. 그럼에도 불구하고 行政廳이 當事者로 되는 行政訴訟에 있어서 행정처분의 취소 등 확정판결의 경우에 既判力의 작용으로서 인정되는 反復禁止의 효과를 規範統制節次에서의 違憲決定의 경우에 그대로 적용하여 立法機關에 대한 관계에서 反復禁止의 효과를 訴訟物의 개념으로 흡수하는 것은 무리라고 생각된다. 그리고 실제로 이러한 反復禁止의 효과를 訴訟物의 정의를 내리기 위하여 끌어들이지 않더라도 違憲決定의 既判力이 갖는 矛盾禁止의 作用을 통하여 反復禁止와 동일한 결과를 얻을 수 있음은 뒤에서 보는 바와 같으므로, 그 論議의 實益도 의문시된다.

(3) 規範統制節次에 속하는 憲法訴願을 제외한 憲法訴願審判節次에 있어서 訴訟物은 원칙적으로 심판의 대상으로 된 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法訴願審判請求人이 헌법상 보장된 基本權을 침해받았는지 여부이다.

基本權 侵害의 違憲的인 公權力의 行使 또는 不行使의 取消나 無效確認을 구하는 憲法訴願審判請求人의 實體法的인 請求權이 訴訟物을 구분하는 기준이 아님은 규범통제절차의 경우와 같다. 그렇지 않으면 憲法訴願審判節次에 있어서도 憲法裁判所는 請求人이 침해받았다고 주장하는 基本權條項에만 한정하지 않고 헌법상 보장된 基本權條項 전반을 심사기준으로 삼아 기본권침해 여부를 판단하여야 한다는 점을 설명할 수 없을 것이기 때문이다.

그런데 예를 들어 法律의 執行行爲가 憲法訴願의 對象으로 된 경우와 같이, 憲法訴願에 대한 決定을 함에 있어서 憲法訴願의 對象인 公權力의 行使의 근거가 되는 法律의 違憲 여부가 先決問題로

끌어들여 그 근거를 제공하려는 견해에 의하면, 行政訴訟의 訴訟物은 단순히 구체적으로 문 제된 행정처분의 위법·부당성에 국한되는 것은 아니라고 한다.

되는 경우에는, 憲法裁判所는 그 法律의 違憲 여부에 관하여 附隨的인 規範統制(inzidente Normenkontrollen)를 하지 않을 수 없다. 이에 따라 헌법재판소법 제75조 제5항은, “제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률조항이 위헌임을 선고할 수 있다.”라고 규정하고, 같은 조 제6항에서 같은 법 제45조 및 제47조의 규정을 준용하여 違憲法律審判節次에서의 違憲決定과 동일한 내용 및 효력을 인정하고 있다. 그러므로 이와 같이 執行行爲를 대상으로 하는 憲法訴願審判節次的 경우에는 그 執行行爲가 請求人의 헌법상 보장된 基本權을 일반적으로 침해하였는지 여부와 아울러, 規範統制節次에서의 訴訟物 개념과 마찬가지로 그 根據法律의 違憲性 여부가 訴訟物로 된다고 할 것이다.³⁹⁾

(4) 彈劾審判, 政黨海山審判, 權限爭議審判과 같이 審判節次가 對立的 構造를 취하고 있는 경우에는 각각의 대립당사자 사이에 존재하는 憲法的 紛爭이 訴訟物로 된다.

彈劾審判은 그 審判節次的 構造가 刑事訴訟과 유사하므로,⁴⁰⁾ 刑事訴訟의 訴訟物論을 원용할 수 있을 것이다. 우리 刑事訴訟法的 해석상 訴訟物, 즉 審判의 對象이 무엇인가에 관하여는 견해의 대립이 있다.⁴¹⁾ 公訴狀에 기재된 公訴事實과 單一性和 同一性이 인정되는 事實이 심판의 대상으로 된다는 見解(公訴事實對象說), 訴因이라는 概念을 도입하여 심판의 대상은 犯罪가 되는 사실, 즉 構成要件에 해당하는 事實의 기재를 의미하는 訴因이고, 公訴事實은 실제

39) Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 412-413.

40) 헌법재판소법 제40조 제1항은 헌법재판소의 탄핵심판절차의 경우에는 같은 법에 특별한 규정이 없는 한 형사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하고 있다.

41) 이에 관하여는 무엇보다도 李在詳, 앞의 著書(註 5), 398-402면 참조.

개념이 아니라 訴因變更의 한계를 설정하여 주는 기능개념에 불과하다는 見解(訴因說), 現實的 審判의 對象은 訴因이고 公訴事實은 潛在的 審判의 對象이라고 해석하는 見解(折衷說), 公訴狀에 기재된 公訴事實이 현실적 심판의 대상이고 公訴事實과 同一性이 인정되는 事實이 잠재적 심판의 대상이라고 하는 見解(二元說) 등이 그것이다.

公訴事實對象說은 심판의 범위를 확대시켜 被告人의 防禦權 행사에 지장을 줄 뿐 아니라 公訴狀變更制度의 취지를 무의미하게 한다는 批判을 받고 있고, 訴訟對象說과 折衷說에 대하여는 일본형사소송법에 규정된 訴因의 개념을 우리 형사소송법상 아무런 근거도 없이 끌어들었고 특별히 訴因의 概念을 인정할 만한 실천적인 의미도 없다는 批判이 있다.⁴²⁾

따라서 그중 大法院⁴³⁾과 多數說⁴⁴⁾의 지지를 받고 있는 二元說에 입각하여 彈劾審判의 訴訟物을 정리한다면, 彈劾訴追議決書에 기재된 被請求人에 대한 彈劾審判請求事由로서, 헌법재판소법 제48조 각호의 1에 해당하는 公務員이 그 職務執行에 있어서 憲法이나 法律을 違背한 事實이 現實的 審判의 對象이고 이와 同一性이 인정되는 사실이 潛在的 審判의 對象으로 되며, 잠재적 심판의 대상은 彈劾訴追議決書의 變更節次⁴⁵⁾에 의하여 현실적 심판의 대상으로 된다고 할 것이다.

42) 李在詳, 앞의 著書(註 5), 400-402면 참조.

43) 대법원 1962. 5. 24. 선고, 4293비상2 판결, 집10②형15; 1971. 11. 23. 선고, 71도1548 판결, 집19③형47.

44) 李在詳, 앞의 著書(註 5), 402면; 鄭榮錫, 刑事訴訟法(4 金訂版), 1982, 282면; 白亭球, 刑事訴訟法(金訂版), 1987, 468면 등 참조.

45) 헌법재판소법 제40조 제1항의 규정에 의하여 탄핵심판절차에 형사소송에 관한 법령이 준용되므로 형사소송법상 공소장변경절차를 준용하여 탄핵소추의결서의 변경도 가능하다고 할 것이다.

政黨解散審判節次의 訴訟物은 政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 違背되는지 여부에 관한 問題이고(헌법재판소법 제55조), 權限爭議審判節次의 審判의 對象은, 國家機關 상호간, 國家機關과 地方自治團體 및 地方自治團體 상호간에 權限의 존부 및 범위를 심사기준으로 삼아(헌법재판소법 제61조 제1항) 被請求人의 處分 또는 不作為가 憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 請求人의 權限을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는지 여부(같은 조 제2항)에 관한 問題이다.

그런데 被請求人의 處分을 대상으로 하는 權限爭議審判과 관련하여, 위 處分에는 立法機關의 立法行爲도 포함되고⁴⁶⁾ 이것은 단순한 立法節次上의 다른 機關의 立法權限을 침해한 경우에 한정하는 것이 아니라 立法內容을 통하여 헌법상 부여된 다른 機關의 權限을 침해한 경우⁴⁷⁾를 예상할 수 있다.⁴⁸⁾ 특히 그중 後者의 경우에는 憲法裁判所가 당해 法律의 違憲性 審査를 하는 결과로 되어 그 訴訟物의 개념을 規範統制節次의 경우와 어떻게 구별할 것인지 문제될 수 있다.

그러나 規範統制節次에 있어서 심판의 대상은 당해 법률 그 자체의 違憲性 여부의 問題임에 반하여, 위와 같은 立法機關에 대한 權限爭議審判節次에 있어서 심판의 대상은 被請求人인 立法機關의 法律制定이라는 行爲가 憲法에 위배된 것인지 여부의 問題이다. 다시 말하면 規範統制節次에서 문제된 法律의 위헌 여부를 판단하기 위한 審査基準은 일반적인 憲法的 觀點이 모두 적용되어야 하지만, 權限爭議審判節次에 있어서는 일정한 國家機關들 사이의 權限配分

46) BVerfGE 2, 143(177) ; 73, 40(65)

47) BVerfGE 1, 208(220) ; 4, 144(148).

48) 이에 관한 좀더 자세한 내용은, 金雲龍, 國家機關 相互間的 權限爭議審判, 權限爭議審判制度에 관한 研究(憲法裁判研究 제3권, 憲法裁判所), 174면 이하 참조.

에 관한 憲法規定의 위반 여부라는 觀點에 국한되고, 바로 이점에서 兩者의 訴訟物은 구별될 수 있다. 認容決定의 主文形式도 規範統制節次의 경우에는 직접 당해 法律의 위헌을 선언하지만, 위 權限爭議의 경우에는 被請求人의 立法行爲를 취소하거나 그 무효확인을 하는 것에 그치게 된다(헌법재판소법 제66조 제2항).

나. 規範反復禁止의 問題

憲法裁判所의 審判節次 중 특히 規範統制節次와 관련하여, 規範統制節次에서 어떠한 法律에 대하여 違憲決定이 선고되었는데 그 후 입법자가 그와 전혀 동일한 내용으로, 또는 약간의 차이는 있으나 本質적으로 동일한 내용의 法律을 새로이 制定하였을 경우 既判力의 작용에 의하여 그러한 法律의 효력을 沮止·統制할 수 있는가가 問題되고 있다.

이에 관하여는, ① 法律의 違憲決定은 立法機關을 포함하여 모든 憲法機關을 기속하므로,⁴⁹⁾ 입법자는 違憲으로 결정된 法律과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 法律을 제정하는 것이 禁止된다고 하여 規範反復禁止(Normwiederholungsverbot)의 효력을 羈束力(Bindungswirkung)의 내용으로 보는 見解,⁵⁰⁾ ② 違憲決定의 既判力이 미치는 객관적 범위를 擴張하여 이해함으로써 立法者는 違憲으로 決定된 법률과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률을 반복하여 제정하는 것이 금지된다고 보는 見解,⁵¹⁾ ③ 規範統制節次의

49) 독일연방헌법재판소법 제31조 제1항, 우리 헌법재판소법 제47조 제1항.

50) BVerfGE 1, 14(37); Maunz, a. a. O. (註 1), §31 Rn. 24; ders., in Maunz / Dürig, GG. Art. 94 Rn. 25, 32; Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 85; Leibholz / Rupprecht, BVerfGE, 1968, §31 Rn. 3(S. 102).

51) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 606f. 이 견해에 관하여 자세한 내용은 後述하는 “V. 2. (1)” 항의

訴訟物은 단순히 구체적으로 문제된 法律 그 자체에 대한 違憲性 여부의 문제에 그치는 것이 아니라 문제된 법률과 같은 종류의 法的 規制가 일반적으로 違憲인지 여부의 문제를 포괄하고, 따라서 法律의 違憲決定 이후에 그와 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 法律이 제정되었다고 하더라도 그 違憲性을 문제삼는 規範統制節次는 종전의 違憲決定이 선고된 심판절차와 그 訴訟物이 동일하며, 나아가 違憲決定의 既判力은 그 規範統制節次的 當事者 뿐만 아니라 裁判機關인 憲法裁判所를 기속하는 작용을 하고 특히 憲法裁判所는 후일의 憲法裁判節次에서 既判力있는 판단내용과 矛盾·抵觸되는 判斷을 하는 것이 禁止되므로 이러한 既判力의 작용에 의하여 違憲決定후에 제정된 法律에 대하여도 違憲決定을 하여야 한다는 기속을 받아 결과적으로는 입법자에 대하여 規範反復禁止의 효과가 인정되는 것과 동일하게 된다는 見解⁵²⁾ ④ 違憲決定의 羈束力의 효과나 既判力의 작용 등에 의하여도 입법자에 대한 規範反復禁止의 효력을 인정할 수 없다는 見解⁵³⁾ 등으로 나뉘고 있다.

위 ④의 견해는 獨逸聯邦憲法裁判所(1987. 10. 6.자 결정)가 비교적 최근에 표명하고 있는 입장으로서, 얼핏 생각하기에는 法律의 違憲決定이 갖는 효력을 헌법재판소가 스스로 사실상 포기한 것이 아닌가하는 의심까지 들게 한다. 그러나 위 決定에 나타난 判示內容을 살펴보면, “이러한 입장은 민주적으로 정당성을 갖추고 있는 입법자에게 변모하는 사회적 요구와 달라진 규범의식에 따라 법질서를 조화시켜 나갈 수 있도록 하는 특별한 책임이 부여되어 있는 것에 따른 것이다. 아울러 이러한 입장은 헌법재판소에 의한 권리

설명 참조.

52) Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 418ff.

53) BVerfGE 77, 84(103f.); Gerber, DÖV 1989, 689ff.

보호의 기능상 및 제도상의 한계, 즉 연방헌법재판소는 입법행위를 헌법 그 자체에 견주어 판단할 뿐이고 헌법재판소 나름의 미래에 대한 예견을 가지고 판단하는 것은 아니며 나아가 헌법재판소의 판례는 능동적으로 수정할 수도 없다는 사정을 고려한 것이다.”⁵⁴⁾라고 밝히고 있음을 알 수 있다. 따라서 전체적으로 보면 法律의 違憲決定 이후의 입법자에 대한 規範反復禁止의 효력을 아무런 제한 없이 부정하고 있는 것이 아니라 종전의 違憲法律의 규제내용과 관련되는 生活關係에 변화가 있고 새로 제정된 法律이 그것에 부합하기 위한 것인 때에 한하여 그 規範反復禁止의 효력을 인정할 수 없다는 취지로 해석된다. 그러나 이러한 해석이 앞서 본 ① 내지 ③의 각 견해와 결론에 있어서 커다란 차이는 없다고 하더라도 위 判例가 지적하는 점들은 뒤에서 보는 바와 같이 既判力의 時的 範圍의 문제로 해결할 수 있으므로 既判力의 작용을 일반적으로 부인하고 있는 태도는 의문이다.

생각건대 違憲決定의 既判力의 작용과 관련하여 볼 때 規範統制節次의 當事者로 되지도 않은 입법자에 대하여, 위 ②의 견해와 같이, 既判力의 효과로서 일반적인 規範反復禁止의 효력을 인정하는 것은 무리라 할 것이다. 나아가 비록 違憲決定 이후일지라도 法律의 새로운 제정행위는 엄연히 별개의 事實關係를 이루고, 違憲으로 결정된 法律과 새로 제정된 法律이 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 것인지는 반드시 쉽사리 판단할 수 있는 사항이 아니므로 위 ③의 견해와 같이 訴訟物의 개념을 확장시키는 것도 찬성할 수 없다. 결국 이러한 경우 전후의 規範統制節次는 동일한 訴訟物은 아니라 할 것이지만, 裁判機關인 헌법재판소가 아무런 사정변경이 없음에도 불구하고 違憲決定 후에 제정된 法律의 規範統制節次에서

54) BVerfGE 77, 84(104).

종전의 違憲決定에서의 판단내용과 다른 判斷을 하는 것은 모순임이 명백하므로 이러한 矛盾을 禁止하는 既判力の 작용으로부터 동일한 違憲決定이 선고되어야 한다고 생각한다.

다. 後 憲法裁判의 先決關係

(1) 訴訟法の 一般原則에 의하면, 裁判이 確定되어 既判力이 생기면 裁判機關은 既判力있는 判斷內容에 羈束되어, 후일에 제기된 訴訟이 既判力있는 前訴의 訴訟物과 동일하지 아니하여도 前訴의 既判力있는 判斷內容이 先決問題로 되어 있으면 그와 矛盾·抵觸되는 새로운 判斷을 하는 것이 禁止된다.⁵⁵⁾ 그러나 前訴에서 判斷의 결론을 내리기 위한 先決問題로만 되었던 事項은 그것이 後訴에서는 직접 訴訟物로 되었다고 하더라도 前訴에서 既判力이 미치는 範圍에서 제외되어 既判力の 효과로서 작용할 여지가 없으므로 여기서 말하는 先決關係(Präjudizialität)에 해당되지 않는다.⁵⁶⁾

(2) 憲法裁判節次에 관하여도 訴訟法の 一般原則과 마찬가지로 憲法裁判所決定의 既判力이 後 憲法裁判의 先決問題(Vorfrage)로 되는 때에는, 憲法裁判所는 先行 憲法裁判의 既判力에 기속되어 그와 矛盾·抵觸되는 새로운 判斷을 할 수 없게 된다.

예를 들어, 規範統制節次에서 어떠한 法律에 대하여 合憲決定이 선고되었는데, 그후 동일한 當事者가 같은 法律의 執行行爲를 대상으로 하는 憲法訴願審判을 청구하였다면, 위 憲法訴願審判節次에서는 先行의 合憲決定의 既判力の 작용을 받아 憲法裁判所는 위 집행행위의 근거가 된 法律의 合憲性에 관하여 위 合憲決定과 모순되는

55) 대법원 1963. 10. 22. 선고, 63다295 판결, 집11②민192.

56) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 684면 참조.

내용의 判斷을 할 수 없는 것이다. 그러나 그 반대의 경우, 즉 어떠한 法律의 執行行爲를 대상으로 하는 憲法訴願審判節次에서 그 근거법률이 合憲임을 전제로 하는 決定이 선고되었다고 하더라도 그 후 그 法律 자체가 規範統制節次的 대상이 되었을 경우 憲法裁判所는 종전의 決定에 既判力에 의한 아무런 영향을 받지 않고 違憲性 審査를 할 수 있을 것이다.

또 다른 예로, 立法機關인 國會가 헌법상 다른 國家機關에 부여된 權限을 침해하는 내용의 法律을 제정하여 그 침해받은 국가기관이 國會를 상대로 하여 權限爭議審判을 청구하여 그 審判節次에서 認容決定이 선고되었는데, 그후 國會가 재차 동일한 내용의 法律을 제정하여 이번에는 그 법률이 직접 規範統制節次的 대상으로 된 경우에, 위 兩 審判節次的 訴訟物은 앞서 살펴본 바와 같이 비록 다르지만 적어도 종전의 認容決定을 통하여 문제되었던 法律이 權限分配에 관한 헌법조항에 위반되었다는 점에 관하여는 既判力을 가지므로 나중의 規範統制節次에서 憲法裁判所가 그 점에 관하여 모순되는 判斷을 할 수 없게 되는 결과 결국 違憲決定을 선고하여야 하는 것이다. 그러나 그 반대의 경우에는 規範統制節次에서는 권한 분배에 관한 헌법조항 이외에도 헌법 전반을 심사기준으로 하여 결정이 선고되므로 그 決定의 既判力이 반드시 후일의 權限爭議審判節次와 先決關係에 있게 되는 것은 아니다.

IV. 既判力の 主觀的 範圍

1. 一般原則：當事者 및 憲法裁判所

(1) 訴訟法の 一般原則에 의하면 確定裁判의 既判力은 裁判節次의 當事者와 裁判機關인 法院에 대하여 미친다.

既判力이 재판절차의 當事者에게만 미치는 것은,⁵⁷⁾ 어떠한 재판절차에서 법원에 의하여 내려진 확정재판의 내용은 소송의 주체인 當事者들 사이에 생긴 紛爭에 대한 終局的인 法的 判斷이므로 그에 따른 實質的인 規範으로서의 羈束力이 當事者들 사이에서만 생기는 것이 당연하고 당사자가 아닌 제3자에게 위 既判力을 함부로 擴張시키는 것은 그 제3자의 裁判을 받을 權利를 침해할 수 있기 때문이다.⁵⁸⁾

既判力이 裁判機關인 法院에 대하여 생기는 것은, 법원이 이미 裁判節次에서 확정된 재판을 통하여 판단한 내용을 동일한 당사자 사이에 후일에 제기된 재판절차에서 그와 矛盾·抵觸되게 판단하여서는 안 된다는 것을 의미한다.

(2) 法院의 確定裁判에 관하여 인정되고 있는 이와 같은 既判力의 主觀的 範圍에 관한 法理는 원칙적으로 憲法裁判節次에 있어서도 그대로 적용될 수 있다.⁵⁹⁾ 그러나 憲法裁判所의 審判節次는 그 종류에 따라 그 構造 등 본질적인 성격에 차이가 있고 심판절차에 따라서는 법원의 재판절차와는 명백히 구분되는 特殊性을 갖고 있으므로, 특히 “각 憲法裁判節次에 있어서 當事者의 概念을 어떻게 이해할 것인가”라는 문제와 결부되어 헌법재판소 결정의 기판력이 미치는 주관적 범위를 구체적으로 확정하는 데는 이론상 여러 가지

57) 민사소송법 제204조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항, 그밖에 李時潤, 앞의 著書, 702면; 李石善, 앞의 著書, 265면, 李在詳, 앞의 著書, 640-641면 참조.

58) 李時潤, 앞의 著書, 702면

59) BVerfGE 4, 31(39); 78, 320(328); Maunz, a. a. O. (註 1), §31 Rn. 10; Schlaich, a. a. O. (註 1), Rn. 443; Pestalozza, a. a. O. (註 1), § 20 Rn. 63; Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 431; Lange, a. a. O. (註 1), S. 2.

다툼이 있을 수 있다.

2. 具體的 內容

가. 規範統制節次의 경우

(1) 規範統制節次에 관하여는 우선, 憲法裁判所決定의 既判力이 미치는 主觀的 範圍를 訴訟法의 一般原則과 마찬가지로 그 審判節次의 當事者에만 한정할 것인지 여부에 관하여 學說上 多岐이 있다.

獨逸의 경우 聯邦憲法裁判所의 判例⁶⁰⁾ 및 多數說⁶¹⁾은, 이러한 규범통제절차에 있어서도 裁判력은 당사자에게만 미친다는 견해에 서서 裁判력의 주관적 범위를 당사자 이외의 제3자에게 擴張시키는 것에 반대하고 있다.

이에 반하여 規範統制節次에서 선고된 違憲決定(normverwerfende Entscheidungen)에 대하여는 既判力の 對世的 效力(Rechtskraft inter omnes)을 인정하여야 한다는 主張⁶²⁾이 있다. 그 論

60) BVerfGE 20, 56(88f.); 78, 320(328)

61) Maunz, a. a. O. (註 1), § 31 Rn. 10; Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 63, Rn. 98 (bb); Schlaich, a. a. O. (註 1), Rn. 443; Lange, a. a. O. (註 1), S. 2; Deterbeck, a. a. O. (註 1), 432ff.

62) Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 231 ; Kerbusch, Die Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss, Köln 1982, S. 70 ; Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß, 1981, S. 27f. ; Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977, S. 297, 305f. ; Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in : Leibholz / Faller / Mikat / Reis, Festschr. Geiger, 1974, S. 809 ; Reis, NJW 1991, 666; E. Klein, AöR 108(1983), S. 436f. ; Seuffert, AöR 104(1979), S. 176f.; Vogel, a. a. O. (註 1), S. 592ff., 609f.(이상 Deterbeck, a. a. O. (註 1), S. 433, Fn. 161 ; Pestalozza, a. a. O. (註 1), Rn. 63, Fn. 159 등에서 再引用).

據는, 첫째 法律에 대한 憲法訴願(Normverfassungsbeschwerde)을 제외한 본래의 의미의 規範統制節次는 個人的 權利救濟를 위한 것이 아니라 오로지 客觀的인 憲法保障의 기능을 수행하는 것이고, 法律에 대한 憲法訴願(독일기본법 제93조 제1항 제4a호)에 있어서도 헌법소원청구인의 개인적 법익보다는 문제된 法律의 合憲性도 문제가 그 주된 심판의 대상이 되기 때문이라고 한다. 둘째 통상적으로 法規範은 불특정 다수의 사람들을 그 규율대상으로 하므로 法律에 대한 違憲決定의 既判力이 규범통제절차의 당사자에게만 相對的으로만 미친다고 하는 것은 생각할 수 없고 그 法律의 適用을 받는 모든 사람(alle Normadressaten)에 대하여 미치는 것이 당연하다고 한다.⁶³⁾

그러나 規範統制節次에 있어서 違憲決定이 法院이나 國家機關 및 地方自治團體 등을 일반적으로 羈束하고 (이른바 一般的 羈束力 : Bindungswirkung),⁶⁴⁾ 違憲決定에 의하여 法律이 절대적으로 효력이 상실된다고 하더라도 (이른바 法規的 效力 : Gesetzeskraft),⁶⁵⁾ 이것은 違憲決定에 따른 結果的인 效力(Folgewirkung)에 의한 것이고 既判力의 作用에 의한 것은 아니므로 위 兩者의 개념은 엄연히 구별되어야 한다고 생각한다.⁶⁶⁾ 즉 既判力은 確定裁判에 의하여 내려진 終局적인 判斷內容이 무엇이고 그에 의하여 어떠한 法律關係

63) 이상은 Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 433의 설명을 참조하였다.

64) 헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제6항, 독일연방헌법재판소법 제31조 제1항.

65) 헌법재판소법 제47조 제2항, 제75조 제6항, 독일연방헌법재판소법 제31조 제2항은, “제13조 제6호(추상적 규범통제), 제11호, 제12호(구체적 규범통제)와 제14호(연방법으로서의 법의 계속적용에 관한 쟁의)에 의한 심판사건에 있어서 연방헌법재판소의 재판은 법규적 효력을 갖는다. 제13조 제8a호(헌법소원)에 의한 심판사건에 있어서도 연방헌법재판소가 법률을 기본법에 합치 또는 불합치한다고 선언하거나 위헌무효로 선언하는 경우에는 위와 마찬가지로이다...”라고 규정하여 규범통제절차에 있어서 연방헌법재판소의 재판에 대하여는 그 위헌결정에 한하지 않고 모두 법규적 효력을 인정하고 있다.

66) 黃祐呂, 앞의 論文(註 1), 13-14면 참조.

가 존재하는 것이라고 確認하는 작용에 그치므로 當事者 사이에서만 그 효력이 미치는 것으로 충분하며, 따라서 確定裁判에서의 판단내용이 어떠한 것이냐에 따라 그 作用을 달리할 이유가 없을 것이기 때문이다. 이에 비하여, 規範統制節次에 있어서 違憲決定이 일반적, 대세적으로 羈束力 또는 法規的 效力을 갖게 되는 것은 國家機關인 憲法裁判所가 法律이 위헌무효임을 確認·宣言함으로써 본질적으로 法律의 廢址와 유사한 創設的(konstitutiv) 효과가 생기게 된 결과에 의한 것으로서 既判力의 작용과는 무관하다고 보아야 할 것이다.

法院의 裁判節次에 있어서도, 예를 들어 행정행위의 취소를 구하는 行政訴訟, 이혼청구의 소와 같은 家事訴訟 또는 회사설립무효 등을 구하는 會社關係訴訟 등 이른바 形成의 訴(Gestaltungsklage)의 경우에는 그 청구를 인용하는 形成判決의 효력이 소송당사자 이외에 제3자에게 일반적으로 미친다고 하여 對世的 效力을 인정하는 예를 찾아볼 수 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이러한 對世的 效力은 既判力이 작용하는 주관적 범위가 擴張된 것이 아니라 形成判決의 形成力(Gestaltungswirkung)의 결과로서 인정된다고 하여⁶⁸⁾ 엄연히

67) 行政訴訟에 관하여는 행정소송법 제29조 제1항, 제38조(행정처분취소소송뿐 아니라 행정처분무효확인소송의 경우에도 형성력이 인정된다 : 대법원 1982. 7. 27. 선고, 82다173 판결, 집30②민245, 공689호815 참조), 家事訴訟에 관하여는 가사소송법 제21조에, 社會關係訴訟에 관하여는 상법 제190조, 제240조, 제376조 제2항, 제380조, 제381조 제2항 등에 명문의 규정을 두고 있다. 그밖에 李時潤, 앞의 著書(註 5), 709면 참조.

68) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 709면; 李石善, 앞의 著書(註 5), 268면 이하 참조, 대법원 1960. 8. 31. 선고, 4291행상118 판결, 요록 III-3 1049, 카3001 판결이 '행정처분의 취소를 구하는 소는 형성의 소에 속하고 그 승소의 형성판결은 형성권의 존재를 확인하고 법률상태의 변경, 즉 형성의 효과를 생기게 하는 것이므로 형성권존재확인 의 점에 관하여 기관력이 생기고 형성의 효과를 생기게 하는 점에서 창설력을 생하는 것으로서 위 기관력은 소송법의 일반원칙에 따라 당사자간에 효력이 생하고 창설력은 국가의 처분행위의 효과이므로 일반 제3자에 대하여도 효력이 생한다 할 것이다.'라고 判示하고 있는 것도 같은 이유이다.

구별하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

이와 같이 規範統制節次에 있어서의 憲法決定의 既判力 역시 위와 같이 소송법의 일반원칙과 달리 볼 여지가 없는 것이라면, 違憲決定이 갖는 既判力の 作用만으로는 立法者에 대하여 위헌 결정이 선고된 이후에 違憲法律과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률을 다시 제정하는 것을 禁止시키는 효력까지 갖지는 못한다고 보아야 할 것이다.⁶⁹⁾ 다만 이와 같이 違憲決定 이후에 違憲法律과 동일 또는 유사한 내용으로 입법자에 의하여 재차 제정된 법률에 대하여, 위 違憲決定이 내려진 規範統制節次에서와 同一한 當事者가 違憲法律審判을 請求한 경우에는 憲法裁判所는 종래의 違憲決定과 矛盾·抵觸되는 決定을 할 수 없다는 한도 내에서 既判力이 작용하게 되는 것이다.

(2) 그렇다면 구체적으로 規範統制節次에 있어서 憲法裁判所決定의 既判力이 미치는 當事者를 어떻게 파악하여야 할 것인가?

(가) 먼저, 法院의 提請에 의한 違憲法律審判節次의 경우 當事者를 누구로 볼 것인가?

獨逸의 경우에는 연방헌법재판소법 제82조 제2항에 “제77조에 규정된 헌법기관(연방의회 : Bundestag, 연방참의원 : Bundesrat, 연방정부, 주정부 또는 경우에 따라 주의회)은 (법원의 제청에 의한 위헌법률심판)절차의 진행 중 어느 때라도 절차에 참가할 수 있다.”라는 규정을 두고 있다. 이와 같이 審判節次에 參加함으로써 正當한 權限이 있는 者(Beitrittsberechtigzte)는 절차에 參加함으로써 當事者로 된다고 한다.⁷⁰⁾ 그러나 그밖에는 具體的 規範統制節次의 當

69) 違憲決定의 國家機關에 대한 羈束力의 효과로서 立法者에 대하여 이와 같은 規範反復禁止의 業務를 인정할 수 있는지 여부는 既判力과는 별개의 문제라 할 것이다(黃祐呂, 앞의 論文(註 1), 16면 참조).

70) BVerfGE 2, 213(217); 3, 225(229f.); Pestalozza, a. a. O. (註 1), § 2 Rn. 27; Detterbeck, a.

事者는 존재하지 않는다고 한다.⁷¹⁾ 따라서 提請法院이나⁷²⁾ 당해 訴訟事件의 當事者는⁷³⁾ 違憲法律審判節次의 當事者가 아니라고 한다.

이에 대하여, 法院의 提請에 의한 違憲法律審判節次는 法律이 憲法에 위반되는지 여부가 裁判의 前提가 된 때에 당해 사건을 담당하는 법원이 결정으로 憲法裁判所에 위헌여부의 심판을 제청함으로써 이루어지는 것이므로, 법률의 위헌 여부는 당해 소송사건의 절차에 있어서 訴訟係屬 중인 法院과 당해 소송사건의 當事者에 대하여 당해 소송상 청구의 판단을 위한 先決問題(Vorfrage)에 해당하고 법률의 위헌 여부에 관한 憲法裁判所의 裁判은 일종의 中間確認의 裁判(Zwischenfeststellungsentscheidung)으로서의 성질을 갖는다고 하여 이들을 當事者의 概念에 포함시켜야 한다고 주장하는 見解⁷⁴⁾가 있다. 만약 이들을 當事者로 보지 않는다면 法院의 提請에 의한 違憲法律審判節次에 있어서는 既判力은 거의 아무런 作用을 할 여지가 없을 것이라고도 한다.

① 먼저 提請法院이 違憲法律審判節次의 當事者인지 여부에 관하여 생각해 본다. 위와 같이 獨逸의 判例 및 多數說이 提請法院을 當事者로 보지 않는 論據는, 첫째 提請法院이 憲法裁判所에 하는 違憲審判提請은 일반적인 재판절차에 있어서 積極的 當事者가 하는 提訴와는 그 법적 성격이 명백히 구별된다는 점에 두고 있는 듯하다. 즉 提請法院은 違憲法律審判節次에 있어서 法律의 違憲여부라

a. O. (註 1), S. 439.

71) Pestalozza, a. a. O. (註 1), §2 Rn. 27.

72) BVerfGE 2, 213(217); 3, 225(228f.); Ulsamer, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, BVerfGE, § 80 Rn. 216, 302; Vogel, a. a. O. S. 618. 다만 Greiff, DRiZ 1954, 138ff. 의 반대설이 있다.

73) BVerfGE 2, 213(217); 3, 45(49); 20, 350(351); 31, 87(92); 42, 90(91); 78, 320(328); Ulsamer, a. a. O. §82 Rn. 17.

74) Vogel, a. a. O. S. 618

는 憲法問題에 관한 紛爭의 주체로서 그 분쟁의 해결을 바라고 그에 따른 법적 이익을 귀속받을 수 있는 지위에 있는 것이 아니고,⁷⁵⁾ 違憲法律審判과 관련하여 직접적인 이해관계를 갖는 것은 當該 訴訟事件의 當事者이기 때문이라고 한다.

둘째 法院의 提請에 의한 違憲法律審判節次에서 憲法裁判所가 어떠한 決定을 선고하면 당해 提請法院은 그 결정내용에 따라 당해 소송사건에 대한 재판을 하여야 하므로 憲法裁判所의 決定이 中間 確認의 裁判과 같은 실질을 갖는 것은 사실이나, 이러한 效力은, 法院의 裁判節次에서 原審法院이 上告法院의 裁判에 의한 判斷에 기속을 받는 것(민사소송법 제406조 제2항, 법원 조직법 제8조 참조)과 같이, 이른바 訴訟節次內的 羈束力(innerprozessuale Bindungswirung)에 따른 당연한 효과라고 보아야 할 것이고, 提請法院에 대한 既判力의 효과가 아니라고 한다.

생각건대, 提請法院의 違憲法律審判節次上的 法的 地位가 일반적인 裁判節次에서의 積極的 當事者와 구별되는 것은 사실이지만, 違憲法律審判節次는 法律에 대한 위헌여부의 審判을 통하여 순수하게 客觀的인 憲法保障의 기능을 수행하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 主觀的인 法的 地位의 실현이라는 목적을 앞세우는 一般訴訟節次의 경우와는 달리, 當事者 概念을 審判節次開始를 ‘要請’(Begehren)하는 뜻에서 審判請求를 할 수 있는 지위에 있는 자로 좀더 넓은 의미로 이해하는 것이 타당하지 않을까 한다.

이러한 의미에서 본다면, 提請法院의 提請(Vorlage)은 엄연히 憲法裁判所에 대하여 違憲法律審判節次의 개시를 구하는 審判請求로서의 성격을 가짐을 부인할 수 없다.⁷⁶⁾ 그밖에 提請法院은 提請에

75) BVerfGE 3, 225(229)

76) 崔光律, 違憲法律審判의 提請節次, 법조 1989년 7월호(통권 394호), 60면 참조.

다른 違憲法律審判節次가 憲法裁判所に 係屬 중일 때에도 裁判의 前提性 등 提請의 要件이 후발적으로 흠결되거나 다른 事情變更이 있는 경우에는 提請法院 스스로 提請을 撤回하거나 變更할 수 있다고 해석되므로,⁷⁷⁾ 이러한 점에 있어서도 提請法院의 當事者로서의 지위가 간접적으로 뒷받침되고 있다고 볼 것이다.

提請法院을 違憲法律審判節次의 當事者로 볼 수 있는 한, 예를 들어 憲法裁判所가 어떠한 法律에 대하여 違憲決定을 선고하였으나 그후 그와 동일하거나 본질적으로 다르지 않는 내용의 법률이 제정되어 그 法律의 위헌여부가 동일한 提請法院에서 재판의 전제가 되어 재차 違憲判決을 提請한 경우에는, 그 反復된 法律에 대한 違憲審判節次에서 憲法裁判所는 既判力의 작용을 받아 종전의 違憲決定과 모순·저촉되는 결정을 선고할 수 없게 된다. 그러나 이러한 既判力의 효과는 동일한 提請法院에 한하여 작용되는 것이므로, 提請法院이 아닌 다른 法院은 既判力의 작용을 받지 못한다. 立法者는 違憲決定의 羈束力의 효과로서 規範反復禁止의 法律上的 義務를 부담하지만,⁷⁸⁾ 憲法裁判所 자신은 이러한 羈束力의 적용을 받지 아니하므로,⁷⁹⁾ 提請法院이 아닌 다른 法院이 違憲決定 후 입법자에 의하여 반복제정된 法律에 대한 違憲法律審判을 제청한 경우에는 종전의 決定에서의 태도를 변경하는 것도 가능하다 할 것이다.

한편 예를 들어, 憲法裁判所に 의하여 어떠한 法律에 대한 合憲

77) 李時潤, 앞의 論文(註 1), 73면; 同人, 憲法裁判에 관한 管見(1), 헌법논총 제1집(1990, 헌법재판소), 80면; 崔光律, 앞의 論文(註 76), 82면; Maunz, a. a. O. (註 1), § 100 Rn. 39. 특히 오스트리아 헌법재판소법 제62조 제4항은 “제청한 법률을 적용할 필요가 없게 된 경우에는 법원은 지체없이 제청을 철회하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

78) 앞서 既判力의 작용의 하나로서 規範反復禁止의 문제에 관한 부분에서 언급한 바와 같이, 獨逸 聯邦憲法裁判所의 最近의 判例는 羈束力의 효과로서 立法者에게 規範反復禁止義務가 생긴다는 점도 인정하지 않고 있지만[BVerfGE 77, 84(103f.)], 이러한 태도는 의문이다.

79) 黃祐呂, 앞의 論文(註 1), 15면 참조.

決定이 선고되었을 경우를 보면, 동일한 提請法院은 既判力의 작용을 받아 같은 法律에 대하여 재차 違憲審判提請을 하는 것이 禁止되므로, 그러한 提請은 부적법하다 할 것이다. 그러나 提請法院이 아닌 다른 法院이 같은 法律에 대하여 다시 違憲審判提請을 하는 것에 대하여는 憲法裁判所決定의 既判力을 내세워 이를 저지할 수는 없을 것이다. 다만 獨逸의 경우에는 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 “연방헌법재판소의 재판은 연방 및 주의 헌법기관과 모든 법원 및 행정청을 기속한다.”라고 규정하여 연방헌법재판소의 모든 재판의 모든 法院에 대한 羈束力(Bindungswirkung)을 인정하는 규정을 두고 있다. 따라서 이러한 羈束力의 효과로서 모든 法院은 憲法裁判所에 의하여 한번 合憲으로 결정된 法律에 대하여는 새로이 違憲審判提請을 할 수 없게 된다.⁸⁰⁾ 그러나 우리 憲法裁判所法에는 違憲決定의 羈束力만을 규정(제47조 제1항)되어 있을 뿐이고 合憲決定의 羈束力에 관하여는 아무런 규정도 없으므로 일단 合憲으로 決定된 法律에 대하여도 提請法院 이외의 다른 法院은 既判力이나 羈束力 등의 아무런 제한 없이 새로운 違憲審判提請을 하는 것이 가능하다고 해석할 수밖에 없을 것이다.

② 당해 訴訟事件의 當事者가 違憲法律審判節次의 當事者에 속하지 않는 것은, 그들이 직접 憲法裁判所에 提請하여 違憲法律審判節次를 개시하게 할 수 있는 권한을 갖고 있지 아니하다는 점에서 명백하다 할 것이다. 違憲審判提請은 오로지 법원의 裁量에 의한 決定으로만 할 수 있으며, 당해 소송사건의 당사자가 法院에 違憲審判提請의 申請을 할 수 있다고 하더라도 이는 法院의 職權發動을 촉구하는 의미를 가질 뿐이고 法院의 提請을 강제하는 효과는 전혀 없다.

80) BVerfGE 39, 169(181)

(나) 違憲法律審判을 구하는 憲法訴願審判節次의 경우에는 當事者が 누구일 것인가?

法院의 제청에 의한 違憲法律審判節次와 전혀 동일한 기능을 수행하지만 형식적으로는 憲法訴願審判節次에 의하고 있으므로 憲法訴願審判請求人이 當事者로 된다고 할 것이다. 그러나 이러한 審判節次 역시 문제된 법률의 위헌 여부를 둘러싸고 대립적인 분쟁이 있어 이것이 審判의 對象으로 되어 있는 것은 아니므로 相對方當事者는 존재하지 아니한다.

(다) 法律에 대한 憲法訴願審判節次의 경우 當事者는 누구인가?

헌법재판소법 제68조 제1항에 정한 헌법소원심판청구의 하나로서, 立法作用인 法律에 의하여 直接, 現在, 自己의 基本權을 침해받은 자는 곧바로 그 法律을 대상으로 한 憲法訴願審判을 청구할 수 있다. 그러나 법률에 대한 헌법소원심판절차에 있어서도 문제된 법률의 위헌 여부를 둘러싸고 主張이 맞서는 當事者들 사이에 憲法的紛爭이 존재하는 것이 아니기 때문에 그러한 헌법소원심판절차를 對立的인 構造의 審判節次(kontradiktorisches Verfahren)라고 말할 수 없다.

따라서 이러한 審判節次에 있어서는 憲法訴願審判請求人(Beschwerdeführer)만이 當事者에 속한다 할 것이고, 立法機關이 헌법소원청구인의 相對方當事者로 되는 것은 아니다.⁸¹⁾

法律에 대한 憲法訴願이 헌법상의 기본권보장을 위한 客觀的인 節次로서의 주된 의미를 갖는 것인지, 아니면 곧바로 헌법소원심판

81) 다만 獨逸의 경우에는 연방헌법재판소법 제94조 제5항 제1문에 의하여 聯邦議會 등 立法機關이 법률에 대한 헌법소원심판절차에 參加할 수 있도록 하고 있다. 따라서 立法機關이 심판절차에 참가한 경우에는 그 審判節次의 當事者로 된다(Zuck, Das Recht der Verfassungsbeshwerde, 2. Aufl. 1988, Rn. 796 Fn. 53; Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 440 등 참조).

청구인 개인의 기본권보호를 위주로 하는 것인지에 관하여는 見解의 對立이 있지만,⁸²⁾ 적어도 이러한 헌법소원이 헌법소원심판청구인의 개인적인 권리보호라는 최소한의 기능을 갖고 있는 것은 부인할 수 없다. 바로 이러한 점 때문에도 법률에 대한 헌법소원심판절차에 있어서 既判力의 主觀的 範圍를 當事者인 憲法訴願審判請求人에 한정시킬만한 충분한 실제적인 의미가 있다고 보아야 할 것이다.⁸³⁾

그러므로 예를 들어, 法律에 대한 憲法訴願審判節次에서 合憲決定이 있는 후에 다른 사람이 憲法訴願審判請求人으로서 같은 法律에 대한 憲法訴願審判을 請求하였다면, 憲法裁判所는 종전의 合憲決定의 既判力에 아무런 영향을 받지 않고 새로운 憲法訴願에 대한 決定을 결론을 달리하여 내릴 수 있다.

또한 法律에 대한 憲法訴願審判節次에서 違憲決定이 선고된 이후에 立法者가 그와 전혀 같거나 본질적으로 동일한 내용의 법률을 제정하자 종전에 헌법소원심판을 청구하였던 바로 그 사람이 헌법소원심판청구인으로서 새로이 제정된 법률에 대한 헌법소원심판을 청구하였다면, 위 헌법소원심판청구인에 대하여 위 違憲決定의 既判力이 미치게 되는 결과, 위 違憲決定 이후 本質的인 事情變更이 없었을 경우에는,⁸⁴⁾ 헌법재판소는 새로운 법률에 대하여 종전의 결정과 모순·저촉되지 않도록 違憲決定을 선고하여야 할 것이다. 그러나 종전의 헌법소원심판청구인이 아닌 사람이 違憲決定 후 새로이 제정된 동일한 내용의 법률에 대하여 憲法訴願審判을 請求한 경우에는 마찬가지로 既判力이 미치는 主觀的 範圍를 벗어난 경우이

82) 이에 관하여는 BVerfGE 33, 247 (258f.) ; 45, 63 (74) ; 51, 130 (139) ; Maunz, a. a. O. (註 1), S. 440.

83) Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 440.

84) 이에 관하여는 既判力의 時的 範圍에 관한 부분에서 자세히 언급하기로 한다.

므로 헌법재판소는 그 법률에 대한 합헌결정을 선고하여 헌법소원을 기각하는 결정을 할 수도 있을 것이다.

나. 憲法訴願審判節次의 경우

規範統制에 갈음하는 憲法訴願審判이 아닌 公權力의 行使 또는 不行使를 대상으로 하는 憲法訴願審判節次는 獨逸의 경우⁸⁵⁾와 달리 우리 헌법재판소법이 對立的 構造의 審判節次를 예정하고 있는 듯하다. 헌법재판소법 제73조(각하 및 심판회부결정의 통지) 제1항 및 제75조(인용결정) 제4항이 ‘被請求人’의 존재를 전제로 하고 있음이 法文上 명백하고, 같은 법 제27조 및 제29조는 被請求人에 대한 請求書의 송달과 被請求人의 答辯書 제출에 관하여 규정하여 審判節次상 請求人에 대립하는 의미로 被請求人의 절차상 행위를 상정하고 있기 때문이다.

따라서 이러한 憲法訴願審判節次에는 憲法訴願審判請求人과 公權力의 行使 또는 不行使의 주체인 被請求人의 대립적 당사자가 존재한다고 할 것이다.

헌법재판소법 제40조가 憲法訴願審判의 경우에 行政訴訟法의 준용을 규정하고 있는 것도 憲法訴願審判節次의 이러한 성격을 고려한 것으로 보여진다. 따라서 이러한 憲法訴願審判節次에서의 認容決定에는 기 既判力의 작용으로서 앞서 본 行政處分取消 등 判決의 경우와 같이 당해 公權力行使 또는 不行使의 주체에 대한 反復禁止의 효력을 인정할 수 있다고 생각된다.

또한 이러한 憲法訴願審判節次에 있어서는 憲法裁判所의 決定 이

85) 獨逸에서는 聯邦憲法裁判所法의 해석상 憲法訴願審判請求人과 대립하는 反對黨事자가 없다는 것이 일반적인 설명이다(Pestalozza, a. a. O. (註 1), § 12 Rn. 17a 참조).

후에 當事者의 地位를 승계한 承繼人(Rechnachfolger)도 既判力을 받게 된다고 할 것이다.⁸⁶⁾

다. 彈劾審判節次·政黨解散審判節次·權限爭議審判節次の 경우

이들은 모두 對立的인 構造의 審判節次에 해당한다. 彈劾審判節次에 있어서는 彈劾訴追委員인 國會法制司法委員會의 委員長(헌법 재판소법 제49조 제1항)과 彈劾訴追의 議決을 받은 자(법 제48조), 政黨解散審判節次에 있어서는 政府와 被請求政黨(법 제55조), 權限爭議審判節次에 있어서는 國家機關·地方自治團體 중 請求機關과 被請求機關(법 제61조, 제62조) 등이 각 審判節次の 當事者로 된다.

政黨解散審判節次나 權限爭議審判節次の 경우에도 既判力의 작용을 받는 承繼人을 예상할 수 있다. 政黨解散審判의 認容決定 이후에 그 政黨의 人的, 物的 設備을 그대로 이어 받아 그에 대체하는 政黨이 組織된 경우에는 그 代替組織의 政黨은 위 認容決定의 既判力의 작용을 받는 承繼人이라 할 것이다.

權限爭議審判과 관련하여서는 특히 國會의 경우 承繼人의 개념을 인정할 것인가가 문제될 수 있다. 權限爭議審判의 當事者로 된 國會라 함은 이른바 ‘第몇代 國會’라고 하여 구체적으로 일정한 임기를 가지고 선출된 國會議員으로 구성된 당해 國會를 뜻하는 것인지, 아니면 憲法機關의 의미로서의 國會를 뜻하는지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다.⁸⁷⁾ 後者の 의미로 이해하는 것이 타당하다고 생각되므로, 예컨대 제14대 國회가 제13대 國회의 승계인이 되는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 權限爭議에 관한 決定의 既判力

86) Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 63.

87) Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 63 Fn. 161 참조.

은 憲法機關으로서 國會의 구성의 변경에도 불구하고 그대로 작용하게 될 것이다. 權限爭議의 當事者로서 國會를 前者와 같이 이해하는 견해도 國會의 불연속성을 근거로 후에 구성된 국회가 전에 구성된 국회의 承繼人이 되지 않는다고 한다. 따라서 이 견해에 따르면 후에 구성된 國會는 전에 구성된 國會가 當事者로 된 決定的 既判力을 받지 않는다고 하나⁸⁸⁾ 이러한 결론은 부당하다.

V. 既判力の 客觀的 範圍

1. 一般原則：決定主文의 判斷內容

訴訟法의 一般原則에 의하면 法院의 確定裁判의 既判力은 원칙적으로 裁判의 主文(Tenor)에 포함된 사항에 한하여 미치고(민사소송법 제202조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항) 그밖에 裁判의 理由(Entscheidungsgründe) 중에 들어있는 事實認定의 點, 先決問題 등에 관한 判斷의 點, 法令의 解釋適用의 點 등에 대하여는 그 자체만으로는 既判力이 미치지 않는다.⁸⁹⁾

憲法裁判의 경우에도 이러한 一般原則이 그대로 적용된다고 할 것이다(헌법재판소법 제40조). 따라서 憲法裁判所決定의 既判力은 원칙적으로 決定主文에 포함된 사항에만 미친다.⁹⁰⁾ 즉 각종 審判節次에서 審判의 對象(訴訟物)로 된 憲法問題에 대하여 裁判規範으로서 憲法規定의 解釋適用을 통하여 憲法裁判所가 중국적으로 내린

88) Pestalzza, a. a. O. (註 1), § 20 Rn. 63 Fn. 161

89) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 696면 참조.

90) 黃祐呂, 앞의 論文(註 1), 13면 참조.

結論部分의 判斷內容에 한정되고, 이러한 結論을 내리기 위하여 前提로 된 部分, 즉 決定理由 또는 先決問題 등에 관한 判斷內容⁹¹⁾은 그 자체만으로는 既判力を 갖지 못한다.⁹²⁾

2. 決定理由의 判斷內容과 既判力

위와 같이 既判力이 작용하는 객관적 범위가 決定主文에 국한된다고 하더라도 그 主文만으로는 그 주문의 내용이나 효력이 미치는 범위를 파악하기 어려워 그 구체적인 확정이 요구될 수 있다. 이러한 경우에는 決定理由를 참작하여 決定主文에 표시된 판단내용이 어떠한 訴訟物에 대한 判斷인지 가려보아야만 한다. 따라서 決定理由 그 자체는 獨自的으로는 既判力を 갖지 못하지만, 이와 같이 決定主文을 해석하고 그 내용을 확정하는데 기여한다는 의미에서는 실질적으로 主文의 일부로 되어 補充的으로나마 既判力を 가진다고 할 것이다.⁹³⁾

(1) 이에 반하여, 決定理由에서의 판단내용도 일정한 범위 내에서는 독자적으로 既判力を 갖는다고 하여 既判力の 擴張을 주장하는 見解⁹⁴⁾가 있다. 이러한 견해에 따르면 憲法裁判所決定의 既判力은

91) 공권력의 행사 또는 불행사를 대상으로 하는 헌법소원의 경우에 그 근거가 되는 법률의 위헌성 여부는 엄밀하게 말하면 선결문제에 불과하지만 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 헌법재판소는 그 인용결정에 그 근거법률이 위헌임을 동시에 선고할 수 있으므로 그 법률의 위헌성 여부의 문제는 위 헌법소원심판절차의 소송물에 포함되고(앞서의 ‘憲法裁判의 訴訟物’에 관한 설명 참조) 기판력도 미치지 않은 물론이다.

92) BVerfGE 4, 31(38f.) ; 5, 34(37) ; 20, 56(86) ; 33, 199(203) ; 70, 242(249) ; 78, 320(328) ; Maunz, a. a. O. (註 1), §31 Rn. 9 ; Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 69 ; Lange, a. a. O. (註 1), S. 3

93) Maunz, a. a. O. (註 1), §31 Rn. 9 ; Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 69(c) ; Lange, a. a. O. (註 1), S. 3

94) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 584ff.

決定主文 이외에도 決定理由에서 審査基準으로 된 具體的인 裁判規範에 의하여 判斷·確認된 내용에까지 미친다고 한다. 그러므로 예를 들어, 權限爭議審判節次에서 내려진 憲法裁判所의 認容決定은 구체적으로 그 審判節次에서 문제된 당해 處分이나 不作爲만이 아니라 그와 같은 종류의 모든 處分이나 不作爲는 일반적으로 그 主文中에서 특정된 憲法規定을 위반하는 것임을 確認하는 것에 관하여 既判力이 생기고,⁹⁵⁾ 棄却決定은 같은 종류의 모든 處分이나 不作爲는 일반적으로 憲法에 합치된다는 것에 既判力이 생긴다⁹⁶⁾고 한다. 또한 規範統制節次에서 선고된 法律의 違憲決定의 既判力은 決定主文中에 표시된 당해 法律의 違憲性 뿐만 아니라 決定理由에서 그 法律을 위헌이라고 판단하면서 解釋適用한 具體的인 裁判規範에 의하여 판단·확인된 내용에 既判力이 미치므로 그와 동일한 내용이거나 본질적으로 상위하지 아니한 법률은 違憲이라고 할 것이고,⁹⁷⁾ 한편 法律의 合憲決定의 既判力도 合憲으로 선고된 法律과 동일한 종류의 法律은 일반적으로 合憲이라고 確認하는 것으로 작용한다고 한다.⁹⁸⁾

이러한 見解는 결론에 있어서 타당한 것은 부인할 수 없으나, 굳이 既判力의 객관적 범위에 관한 一般原則을 일반적으로 부정하면서 既判力을 당연히 擴張시킬만한 명백한 근거를 찾아보기 힘들고, 또한 이러한 주장에 의하지 않더라도 既判力의 주관적 범위에 관한 一般原則에 따라 憲法裁判所에 대한 矛盾禁止의 작용에 의하여 동일한 결론을 도출할 수 있음은 앞서 본 바와 같으므로 그 실익이 의문시된다.

95) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 587-591.

96) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 591-592.

97) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 605-607.

98) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 607.

(2) 既判力の 客觀的 範圍를 원칙적으로 決定主文에 포함된 事項에 한정시키고 決定理由에서 판단된 내용에 대하여는 決定主文의 내용을 확정하는 범위 내에서만 제한적, 보충적으로 기판력이 미친다고 하더라도, 구체적으로 既判力이 미치는 憲法裁判所決定의 判斷事項을 무엇을 기준으로 하여 확정할 것인지는 별개의 문제로 남게 된다.

앞서 憲法裁判의 訴訟物에 관한 부분에서 언급한 바와 같이 憲法裁判에 있어서 憲法裁判所는 當事者の 주장에 구애되지 않고 모든 憲法的인 觀點(verfassungsrechtliche Aspekte)을 참작하여 審判하여야 하므로 憲法裁判의 訴訟物개념은 訴訟法的인 관점에서 파악되어야 한다. 일반 訴訟法下에서의 訴訟物에 관한 訴訟法說에 의하면 訴訟當事者の 實體法上的 권리관계의 주장은 法院이 訴訟物에 대하여 판단함에 있어 고려할 수 있는 모든 法的 觀點(rechtliche Gesichtsprunkte) 중의 하나에 불과하고 訴訟物을 결정짓는 기준이 되지 아니하며 당사자는 재판과정을 통하여 그러한 法的 觀點들 중 어느 것이든 자유로이 주장할 수 있으므로, 既判力의 작용이 미치는 範圍는 事實關係와 그러한 事實關係에 적용할 수 있는 모든 法的 觀點을 대상으로 하여 확정된다고 한다.⁹⁹⁾ 憲法裁判의 경우에도 이러한 訴訟法說에 의한 결론이 그대로 유지될 수 있을 것인가?

法院의 訴訟節次에 있어서는 當事者主義, 辯論主義, 處分權主義 등이 적용되는 결과 당사자가 변론절차에서 모든 法的 觀點이나 訴訟資料로 제출할 수 있는 機會가 保障되고 法院도 이를 토대로 하여 재판의 결론을 내린다. 그러므로 이러한 기회를 충분히 활용하지 못하고 敗訴한 當事者가 既判力의 작용에 의하여 그 결과를 재차 다투지 못하는 것은 自己責任의 原則, 公平의 觀念이나 信義則

99) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 322면 이하 참조.

에 비추어 정당성의 근거¹⁰⁰⁾를 찾을 수 있다. 이에 반하여 憲法裁判所의 審判節次는 그 정도의 차이는 있으나 어느 것이건 憲法の 解釋適用을 통한 客觀的인 憲法保障의 기능을 수행하고 있다는 특성을 가지고 있으며 이를 위하여 審理의 方式이나 證據調查 등에 있어서 職權主義的인 요소를 가미하고 있을 뿐 아니라(헌법재판소법 제30조, 제31조, 제32조), 憲法的 觀點에 관하여 당사자의 주장에만 기속되지 않고 憲法裁判所 職權으로 審査基準을 찾아 판단하게 된다¹⁰¹⁾는 점에서 法院의 訴訟節次와는 본질적인 차이가 있다. 이에 따라 만약 憲法裁判所가 당연히 적용할 수 있는 특정한 憲法的 觀點을 간과하여 적용하지 아니한 事例¹⁰²⁾를 가정한다면, 그에 관하여 責任을 귀속 받아야 할 지위에 있지 아니한 當事者에 대하여 既判力의 작용을 정당화할 수 있는 근거는 없게 될 것이다.

그러므로 예를 들어, 憲法裁判所가 規範統制節次에서 적용 가능한 특정의 審査基準을 裁判規範으로 전혀 참작하지 않은 채 명백하게 그 이외의 일정한 憲法的 觀點에만 입각하여 어떠한 法律을 합헌이라고 선고하였다면, 위 合憲決定의 既判力은 실제로 적용된 裁判規範과 결부된 범위 내에서의 合憲判斷에 한하여만 미친다고 할 것이다.¹⁰³⁾

100) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 683면 참조.

101) 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정, 헌관집 1권 176(188)면 참조.

102) 이러한 事例는 특히 憲法裁判所가 審判請求를 받아들이지 않는 決定을 선고한 경우에 예상될 수 있고, 審判請求를 인용하는 경우에는 거의 문제되지 않을 것이다.

103) Löwer, in : Isensee / Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts II, 1987, § 56 Rn. 96; Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seiner Entscheidungen, 1977, S. 325ff.; ders., BayVBl 1980, 641f.; Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß, 1981, S. 25f. (以上은 Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 427 Fn. 141에서 再引用); Lange, a. a. O. (註 1), S. 7; Detterbeck, a. a. O., S. 427-428.

VI. 既判力の 時的 範圍

1. 一般原則：決定宣告時點

(1) 既判力은 確定裁判에서 판단된 내용을 規準으로 하고, 確定裁判의 판단내용은 그 재판이 내려진 時點에서 소송자료에 의하여 확정되어진 사실관계 및 법률관계를 기초로 하는 것이므로, 既判力은 자연히 확정재판이 내려진 시점에서의 사실관계 및 법률관계를 기준으로 하여 그 時的 效力을 갖게 된다.

따라서 確定裁判이 내려지기 이전에 존재하였으나 미처 그에 관한 소송자료를 제출하지 아니함으로써 심리절차에서 밝혀지지 아니하였던 사실관계 및 법률관계는 既判力에 의하여 遮斷 또는 失權되어, 당사자는 확정재판 이후에 별개의 재판절차에서 이를 새로이 제출하여 확정재판의 판단내용과 다른 판단을 구할 수 없고 법원도 다른 판단을 내릴 수 없다.¹⁰⁴⁾

既判力の 時的 範圍에 관한 이러한 一般原則에 따라, 구체적으로 民事訴訟 또는 行政訴訟에서는 事實審의 辯論終結時를 基準으로 하고,¹⁰⁵⁾ 刑事訴訟의 경우에는 事實審의 判決宣告時를 基準으로 하고 있다.¹⁰⁶⁾

(2) 確定裁判의 既判力の 時的 範圍에 관한 訴訟法の 一般原則은 憲法裁判所決定의 既判力에 관하여도 동일하게 적용된다.¹⁰⁷⁾

104) 李時潤, 앞의 著書(註 5), 688면 이하 참조.

105) 이에 관하여는 무엇보다도 李時潤, 앞의 著書(註 5), 688면; 李石善, 앞의 著書(註 5), 267면 이하 등 참조.

106) 우리의 通說 및 判例(대법원 1982. 12. 28. 선고, 82도2500 판결, 집30④형213, 공699호 396)이다. 이에 관하여는 무엇보다도 李在詳, 앞의 著書(註 5), 641면 참조.

107) Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 60, 68; Vogel, a. a. O. (註 1), S. 594.

立法者が 제정하는 法律 등 모든 규범은 입법자가 그 입법 당시에 존재하는 모든 生活關係(Lebensverhältnisse)나 혹은 입법 당시에 추가 가능한 生活關係의 變化를 기초로 하여 그 規制를 위한 措置로서 제정된 것이다.¹⁰⁸⁾ 따라서 憲法裁判所가 法律에 대한 違憲審判함에 있어서는 그 당시에 존재하는 당해 법률의 규제 조건인 이러한 生活關係를 前提로 하여 그 法律의 違憲性 여부를 判斷한다. 憲法裁判所가 審査基準으로서 적용하는 裁判規範 역시 그 당시의 憲法解釋에 관한 一般的인 法的 見解(allgemeine Rechtsauffassung)에 입각한 것이다.

그러므로 憲法裁判所決定의 既判力은 決定宣告 당시의 이러한 生活關係와 一般的인 憲法解釋이 그대로 유지되는 범위 내에서 작용하게 되는 것이다.¹⁰⁹⁾

2. 決定宣告 이후의 事情變更과 既判力の 排除

憲法裁判所決定의 既判力은 이와 같이 決定宣告時點에서의 生活關係 및 憲法解釋을 기준으로 하여 작용하는 것이므로, 決定이 내려진 이후에 生活關係 또는 憲法解釋을 둘러싸고 根本的인 事情變更이 있게 되면 憲法裁判所決定의 既判力은 그 前提要件을 상실하게 되어 위와 같이 變更된 生活關係 또는 憲法解釋아래에서는 그대로 적용될 수 없게 된다.¹¹⁰⁾ 根本的인 事情變更에 따라 제기되는 憲法問題는 종전의 憲法裁判所決定의 既判力이 작용하는 訴訟物과는

108) BVerfGE 77, 84(104)

109) 黃祐呂, 앞의 論文(註 1), 14면 참조.

110) BVerfGE 33, 199(230f.) ; 39, 169(182, 184) ; 65, 1(55f.); Maunz, a. a. O. (註 1), §31 Rn. 9; Pestalozza, a. a. O. (註 1), §20 Rn. 60, 68f.; Schlaich, a. a. O. (註 1), Rn. 444f; Lange, a. a. O. (註 1), S. 3; Vogel, a. a. O. (註 1), S. 594f. ; Zuck, NJW 1975, 910.

전혀 다른 訴訟物로 되는 것이다.

憲法解釋에 관한 一般的인 法的 見解의 변경이 있는 경우라 함은 종전의 決定에 포함되어 있는 一般的인 法的 見解가 決定主文의 내용을 뒷받침하는 직접적인 基礎가 되었는데, 그후 이러한 法的 見解가 변경되어 후일의 憲法裁判에서 裁判의 前提가된 경우를 뜻한다고 할 것이다.¹¹¹⁾ 따라서 一般的인 法的 見解의 변경으로 인하여 憲法規範의 실질적인 해석내용이 달라졌거나 慣習憲法의 형성이라는 결과를 초래하였을 경우가 이에 해당한다.¹¹²⁾

既判力있는 決定에서 裁判規範으로 적용되었던 憲法規定이 후일 改正되어 그 내용이 본질적으로 달라진 경우에도 事情變更이 있는 때에 해당할 것이다.

요컨대, 예를 들어 規範統制節次와 관련하여 보면, 憲法裁判所가 이미 어떠한 法律에 대하여 合憲決定을 하였으나 후일 그 기초로 된 生活關係가 근본적으로 變化되었거나 혹은 裁判規範인 헌법규정의 개정 또는 그 解釋이 달라져 그 내용에 본질적인 차이가 생긴 경우에는, 憲法裁判所는 위 合憲決定의 既判力의 작용을 받지 않고 위 法律의 違憲審判을 새로이 할 수 있다.

또한, 憲法裁判所가 이미 어떠한 法律에 대하여 違憲決定을 하였다고 하더라도 그 違憲決定의 전제조건이 된 生活關係에 근본적인 변화가 생겼거나 裁判規範이었던 憲法條項의 내용이 일반적으로 달리 解釋되고 있는 경우에는 立法者는 종전에 違憲으로 決定된 法律과 동일한 내용의 法律을 새로이 제정할 수 있을 것이다.

다만 구체적으로 언제 이러한 生活關係의 근본적인 變化가 생겼다고 할 수 있는가하는 점은 일반적으로 말할 수 없고 法的 規制와

111) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 594-595.

112) Vogel, a. a. O. (註 1), S. 595.

관련하여 변모된 사회적 욕구 및 規範意識의 변화 등 여러 가지 條件을 종합적으로 검토하여 최종적으로 憲法裁判所가 판단할 사항이라고 할 것이다.¹¹³⁾

VII. 結 論

1. 이상의 論議를 토대로 하여, 憲法裁判所의 각종의 憲法裁判과 관련하여 既判力이 어떻게 作用하게 되는지를 類型化하여, 私見을 整理하면 다음과 같다.

(1) 먼저, 規範統制節次에 있어서 違憲決定이 선고된 경우와 合憲決定이 선고된 경우로 나누어 본다.

① 法院의 提請에 의한 違憲法律審判節次, 憲法裁判所法 제68조 제 2 항에 의한 憲法訴願審判節次, 法律에 대한 憲法訴願審判節次 등에서 違憲으로 決定된 法律 또는 法律條項은 決定의 法規的 效力에 의하여 그 決定이 있는 날로부터 또는 溯及하여 그 效力을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제 2 항, 제75조 제 6 항). 따라서 違憲決定 이후에 이와 같이 效力이 상실된 法律이나 法律條項이 재차 規範統制의 對象이 될 여지는 原則적으로¹¹⁴⁾ 없다.

그러나 違憲決定 이후에 立法자가 違憲으로 決定된 法律 또는 法

113) Detterbeck, a. a. O. (註 1), S. 430-431.

114) 法律의 改正이나 廢止에 의하여 그 效力이 소멸된 法律 또는 法律條項이라고 하더라도 規範統制를 할만한 審判의 利益이 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 재차 規範統制의 對象으로 삼을 수 있을 것이나(대표적으로 改正前의 社會保護法 제 5 조의 違憲審判事件에 관한 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5, 8, 89헌가44 결정, 헌판집 1권 69(82)면 참조), 法律의 違憲決定의 경우와 관련하여 어떠한 경우에 이러한 특별한 사정이 있다고 볼 수 있을 것인가는 새로운 檢討를 요하는 어려운 問題이다. 여기서는 論題와 직접 관련이 없으므로 그에 관한 서술은 생략한다.

法律條項과 전혀 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 새로운 法律을 제정한 경우에는 既判力이 본격적으로 作用할 여지가 생기게 된다. 즉 새로 제정된 法律에 대한 規範統制節次가 후일 행하여질 경우에는 비록 前後 憲法裁判의 訴訟物은 다르다고 할지라도 矛盾禁止(Widerspruchsverbot)의 既判力 作用에 의하여 동일한 違憲決定이 선고되어야 할 것이다. 물론 이러한 경우에 既判力이 작용하는 것은 前後 規範統制節次의 當事者가 동일하여야 하고(主觀的 範圍), 從前的 違憲決定 이후 生活關係나 憲法解釋등에 관한 事情變更이 없을 때(時的 範圍)에 한할 것이다.

다만 違憲決定에 대하여는 一般的 羈束力이 인정(헌법재판소법 제47조 제 1 항, 제75조 제 6 항)되는 결과 立法者는 規範反復禁止의 법률상의 義務를 부담하지만, 이는 憲法的 根據를 갖는 既判力과는 별도로 法律에 의하여 비로소 인정되는 효력에 불과하여 憲法裁判所 자신은 이러한 羈束力의 적용을 받지 아니하므로, 當事者가 다른 規範統制節次에서는 從前的 決定과 다른 判斷을 할 여지가 남게 될 것이다.

② 規範統制節次에서 문제된 法律 또는 法律條項에 대한 合憲決定이 선고된 경우에는, 그 決定 이후 새로운 事情變更이 없는 한(時的 範圍) 동일한 當事者는(主觀的 範圍) 동일한 法律 또는 法律條項에 대하여(客觀的 範圍) 재차 憲法裁判所에 違憲審判을 提請 또는 請求할 수 없다(反復禁止)는 한도 내에서 既判力이 作用한다. 만약 이에 위배하여 提請 또는 審判請求가 된 경우에는 不適法 却下되어야 할 것이다.

(2) 다음, 規範統制節次 이외의 憲法訴願審判節次·彈劾審判節次·政黨解散審判節次·權限爭議審判節次 등의 경우가 같이 對立的 構造의 審判節次에서는 訴訟法의 一般原則이 거의 그대로 적용되

어, 既判力에 관한 民事訴訟法·行政訴訟法·刑事訴訟法の 法理에 따를 수 있을 것이다.

특히 통상의 憲法訴願審判節次에 있어서 被請求人에 대한 規範反復禁止의 效力을 既判力の 작용으로 포함시킬 수 있다는 점이나, 既判力이 미치는 主觀的 範圍를 확장할 수 있는 承繼人의 개념을 인정할 수 있다는 점에 유념할 필요가 있다.

(3) 나아가, 각종의 憲法裁判 상호간에도 비록 前後 憲法裁判의 訴訟物이 전혀 다르다고 하더라도 從前의 憲法裁判의 既判力이 後 憲法裁判의 先決問題(Vorfrage)로 되는 先決關係(Präjudizialität)에 있게 됨으로써, 從前의 決定과 矛盾·抵觸되는 새로운 判斷을 할 수 없는 작용을 하는 경우가 있을 수 있다.

그 典型的인 事例로, 法律에 대한 憲法訴願審判節次에서 문제된 法律에 대하여 合憲決定이 선고되었는데 그후 동일한 審判請求人이 같은 法律의 執行行爲를 대상으로 하는 憲法訴願審判을 청구한 경우를 들 수 있다. 이 경우 위 合憲決定 이후 새로운 事情變更이 없는 한 後者의 憲法訴願審判節次에서 憲法裁判所는 위 執行行爲의 근거가 된 法律의 合憲性에 관하여 從前의 合憲決定과 모순·저촉되는 내용의 判斷을 할 수 없는 既判力の 作用을 받게 된다.

2. 憲法裁判 중 특히 規範統制節次와 관련하여, 既判力制度가 憲法裁判의 實務上 실제로 얼마나 커다란 比重을 가질 것인가에 관한 懷疑가 제기될 수 있다.

그러나 既判力制度는 法的 安定性을 추구하는 法治國家原理에서 출발하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 그러한 본래의 취지를 憲法裁判에서 완전히 배제시켜야 할 근거는 어떠한 憲法原理에 비추어도 찾아볼 수 없다.

물론 既判力이 실제로 작용하는 範圍는 앞서 본 바와 같이 主觀

的, 客觀的, 時的인 측면에서 제약이 뒤따르므로 상당히 제한된 영역에 그치는 것은 사실이다. 그러나 그렇다고 하여 既判力에 관한 論議 자체가 과소평가 되어서는 안될 것이다. 왜냐하면 제한된 범위 내에서나마 既判力制度에 의하여 憲法裁判에 있어서 節次法的인 問題가 解決될 수 있다면 그것만으로도 既判力에 관한 論議의 實益은 충분하다 할 것이고, 더 나아가 憲法裁判에서의 既判力の 적용 한계를 판가름하기 위하여는 반드시 憲法裁判의 訴訟物論, 憲法裁判의 當事者論, 事情變更에 의한 憲法裁判의 訴訟物 區分論 등 그 자체만으로도 중요한 여러 가지 問題에 대한 論議를 전제로 하지 않고는 불가능할 것이기 때문이다.

어쨌든 이 글에서는 憲法裁判에 있어서 既判力과 관련하여 제기될 수 있는 여러 가지 모습의 問題狀況들을 중심으로 하여 나름대로의 解釋論을 展開하여 보았다. 이 글을 통하여 이미 소개된 것처럼, 獨逸의 경우에는 1949년 본(Bonn) 基本法 이래 聯邦憲法裁判所に 의한 40년 남짓한 憲法裁判의 經驗속에서 既判力 問題를 다루고 있는 다수의 判例와 學說을 集積시켜놓고 있음을 주목할 필요가 있다. 우리의 憲法裁判의 實務上으로는 아직까지 既判力에 관한 論議가 본격적으로 다루어지지 않고 있지만, 이 글이 憲法裁判의 既判力制度에 관한 앞으로의 論議를 위한 하나의 端緒를 제공하는데 약간이나마 도움이 될 수 있다면 그 이상의 바램은 없을 것이다.

憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案

언제나 끝났다고 생각한 곳에서 길은 다시 시작되었지요-李晟馥의 時
〈산길2〉에서

鄭 宗 燮

憲法裁判官

建國大學校 法科大學 教授

- 目 次 -

I. 序 論

II. 問題의 所在

III. 法規範의 違憲審判節次의 二元化와 그 問題狀況

1. 法效力體系상의 不整合

2. 憲法解釋의 不統一

IV. 解決方案

1. 第1方案：法規範의 違憲審判節次의 一元化
2. 第2方案：行政訴訟節次의 補完

V. 結 論

I. 序 論

헌법소송(憲法訴訟)과 행정소송(行政訴訟)의 문제는 헌법소송과 행정소송이 같은 공법소송(公法訴訟)으로서 그 소송의 원리와 이론이 같은 것이냐 아니냐 하는 문제에서부터 출발하여 권리구제의 전체절차에서 이 둘 사이에 야기될 권능배분(權能配分)의 충돌이 없이 어떻게 체계적으로 분쟁을 해결해 낼 것인가 하는 것에 이르기까지 여러 가지 문제들이 놓여 있다. 그리고 이 둘의 문제는 소송원리적으로만 논의되는 것은 아니고 그 나라의 통치 메카니즘상 행정(行政)과 사법(司法)의 관계에서 행정소송이 어떠한 자리매김을 하고 있는가 하는 문제와 헌법재판(憲法裁判)이 통치구조(統治構造)에서 어떠한 지위를 차지하고 있는가 하는 문제와도 관련을 가진다.

우리나라의 경우를 보면 1987년 헌법이 시행된 이래 헌법재판이 본격적으로 가동되고 있음에도 아직 헌법재판에 대한 인식이 충분하지 못한 상태에 있다. 국민들은 종래 법원이 보여온 재판의 공정성과 정치적 중립성 그리고 설득력의 정도에 여전히 의심과 불신을 보이고 있는 동시에 헌법재판소가 수행하고 있는 헌법재판에 관하여도 과연 현재의 헌법재판이 통치권력으로부터 독립된 공정성을 지니고 있는가에 대하여는 불안한 시선을 보내고 있다. 한편으로는 법원이나 헌법재판소나 다 같은 재판기관이고 헌법재판을 수행하는 인물도 전과 다름없는 법률가들인데 달리 나온 점이 있겠는가 하는 체념(諦念)과 회의(懷疑)속에서 헌법재판에 크게 기대를 걸지 않는 태도를 보이는데 하면 다른 한편으로는 혹시 종래의 법원과는 다른 면모를 보여줄지도 모른다고 하는, 이중적인 정서 속에서 어떤 기

대감을 표시하기도 한다. 헌법재판에 대한 국민의 태도가 이러한 반면, 국가기관, 특히 과거의 권위주의 정치 풍토 속에서 특정 정치 세력에 의해 왜곡된 제 기능을 아직 다 회복하지 못하고 있는 기관 들은 헌법재판에 대하여 달가워하지 않는 듯한 자세를 견지하고 있다. 헌법 제10조에서 명백히 밝히고 있듯이 헌법국가(憲法國家 Verfassungsstaat)에서는 헌법을 지키고 국민의 기본권을 보호하고 실현시키는 과업은 그 누구보다도 국가기관이 당연히 담당하여야 하고 그러한 과제와 책무를 수행하는 것이 곧 국가기관이 존립근거 임이 분명함에도 불구하고 과거의 타성에 젖은 탓인지 아직도 자신의 본분과 사명을 제대로 인식하지 못하고 있는 것이 우리의 현실이다. 이러한 타성은 헌법재판에 대한 태도에서 역시 그대로 나타나고 있다. 검찰은 헌법재판의 결정에 대하여 마지못하여 따르는 자세를 취하고 있는 듯하고, 법원은 헌법재판소와 힘 겨루기를 하는 태도로 헌법재판을 대하고 있는 점이 엇보인다.¹⁾ 헌법재판의 속성을 무시한 채 헌법재판의 관할권(管轄權)을 법원이 가져야 할 것이라는 식의 수준 낮은 주장을 계속하는가 하면, 대법원이 사법부(司法府)내에서 점하는 최고재판기관으로서의 지위를 법원이 원래 갖고 있어야 할 재판의 전문성과 설득력에서 찾기보다는 헌법재판권(憲法裁判權)의 장악과 그를 위한 정치적 로비활동 등에서 찾으려는 행태를 보이고 있기도 하다. 이러한 태도는 진정한 헌법국가를 실현하기 위하여 우리나라가 장차 어떻게 되어야 하는가에 대하여 심사숙고하고 국가작용이 변화하는 사회에서 어떻게 기능을 달리하며 적응해야 하는 지를 성실하게 모색하려는 태도가 아니라,

1) 이러한 잘못된 현상에 대한 지적으로는 예컨대, 성한용, 「헌법재판소와 대법원의 과외계 입」, 『말』 1990년 12월호, 28면 이하; 金應朝, 「憲裁와 힘 겨루는 司法」, 『세계와 나』 1990년 12월호, 170면 이하 등이 있다.

오늘날 법원의 권위상실을 불러오는 원인을 새로운 사회변화에 알맞게 대처하지 못하거나 공정하고 정확한 재판을 잘 해내지 못하는 스스로의 잘못과 기능저하에서 찾기보다는 법원 밖에서, 그것도 특히 헌법재판에서 찾으려고 하는 책임 회피적인 것이다. 어쨌든 현재 우리나라의 헌법재판은 다른 정치세력이나 사회세력보다는 국민의 기본권을 실현시키고 헌법을 수호해야 할 제일차적인 의무를 지고 있는 국가기관으로부터 도전을 받고 있는 기이하고도 역설적인(Paradoxical) 상태에 처해 있다.

이러한 상태에서 헌법재판소와 법원은 보이지 않는 ‘한국적’(?) 갈등을 계속하고 있는데, 법원의 재판에 대한 헌법소원심판제도의 인정 여부의 문제나 행정소송을 거친 원래의 행정처분에 대한 헌법소원심판 인정여부의 문제가 그 일단을 보여주고 있고, 다른 한편으로는 헌법 제107조 제 2 항의 해석을 둘러싸고 빚어지고 있는 문제가 또 다른 단면을 보여주고 있다. 그런데 분명한 것은 갈등의 원인이 현실적 요인에 있는 것은 현실이론적으로 갈등의 원인이 해소될 수 있는 것은 헌법원리와 헌법이론에 맞추어 해결해야 한다는 점이다. 이러한 경우 원리외적인 요소와 이론외적인 요소를 들어 갈등을 지속시키거나 증폭시키는 태도는 국가작용의 순기능적 요구와 효율성의 측면에서 볼 때 제거되지 않으면 안 된다. 헌법 제107조 제 2 항은 헌법원리적으로 해결이 될 수 있을 것이지만 현실적으로는 법원과 헌법재판소의 갈등을 유발시킬 수 있는 헌법규정이므로 그 문제를 정확히 이해하고 진지한 자세로 합리적인 해결책을 모색하는 것이 무엇보다 중요하다.

헌법 제107조 제 2 항은 「명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.」고 규정하고 있는데, 이 조항은 같

은 조 제 1 항이 「법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.」라고 규정하고 있는 것과 형태상으로 구별되는 모습을 띠고 있다. 그런데 이러한 규정은 헌법원리에 비추어 해석상 많은 문제점들을 포함하고 있다. 첫째, 헌법 제107조 제 2 항은 명령·규칙 등에 대한 규범통제권능(規範統制權能)을 모두 법원에 전속시키고 있는 것인가 아니면 명령·규칙 등이 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우가 아니라 법문의 표현 그대로 그것의 위헌 또는 위법 여부가 ‘재판의 전제’가 된 경우에 한정하는가 하는 문제가 있고, 둘째, 행정소송을 거친 원래의 행정처분에 대한 헌법소원심판의 인정은 헌법 제107조 제 2 항과 충돌되는 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있으며, 셋째, 헌법 제107조 제 2 항이 규정하고 있듯이 명령·규칙의 위헌여부에 대한 최종심사권을 대법원에 부여하는 것이 과연 현행의 헌법재판제도와 조화되는 것인지 그리고 현재 이 규정대로 하면 실제 법원에서 행해지는 명령·규칙에 대한 위헌심판은 어떠한 형태와 구조를 가지는 것인지가 문제로 제기될 수 있다.

우선 첫째의 문제는 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 대법원 규칙(大法院規則)인 법무사법시행규칙(1990. 2. 26. 대법원규칙 제 1108호)을 심판의 대상으로 하여 심판을 하면서 현실로 제기되어 헌법재판소와 대법원이 한차례 공방을 펼쳤는데, 여기서 헌법재판소는 「헌법재판소법 제68조 제 1 항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 “공권력”이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.」라고 하는 판례를

명백히 남겼다.²⁾ 이 사건의 경우에는 대법원규칙이 심판의 대상이었으므로 대법원이 자신이 제정한 사법입법(司法立法)인 대법원규칙의 위헌 여부에 대하여 스스로 심사권을 가진다고 주장하며 나선 것은 ‘어느 누구도 자기의 사건에서 스스로 재판관이 될 수 없다’(No man may be judge in his own case)고 하는 재판의 대원칙(이는 Common Law상 확립된 대원칙이다)을 정면으로 무시하는 것이 되었기 때문에 행정입법과 사법입법을 구별하지도 아니한 상태에서 대법원규칙을 행정입법으로 이해한 전제하에 전개한 상황하고 구구한 설명은 설득력을 가질 수 없었다.³⁾ E. Coke가 잘 설명했듯이, 어떤 사람이 자신의 사건을 스스로 재판해서는 안 되는 이유는 통상 사람이란 재판관과 사건당사자라는 이중의 지위에서 양자의 소송행위를 동시에 수행할 수는 없기 때문이다(Aliquis no debet esse judex in propriâ causâ, quia non potest esse judex et pars). 영미법계에서는 중세 이래로 ‘어느 누구도 자기 사건의 재판관이 될 수 없다’(nemo judex in parte sua)라는 것이 이른바 ‘자연적 정의’(自然的 正義 Natural Justice)로서 굳혀져 있다. 그리고 논의를 복잡하게 끌고 갈 필요도 없이 헌법규정을 그대로 놓고 보더라도 「재판의 전제가 된 경우」라고 명문화되어 있으므로 평소 문리해석(文理解釋)에 능숙한 대법원이 해석원칙까지 왜곡시키면서 무리한 주장을 한 것은 헌법사적인 시간에서 볼 때는 ‘정치적 항의’라는

2) 헌법재판소 190. 10. 15. 선고 89헌마178 심판, 『헌법재판소판례집』 제2권(1990), 365면 이하(특히 370면).

3) 당시 대법원은 法院行政處 憲法裁判研究班의 명의로 된 『命令·規則에 대한 違憲審査權』(1990. 11.)이라는 문건을 제작하여 배포하였다. 대법원의 주장은 여기에 상세히 적시되어 있다. 헌법재판소의 심판이 있을 후 대법원은 이에 즉각적인 반응을 보였는데, 그 반응의 정서적인 면은 공식적인 위의 문건이 나오기 전에 당시 법원행정처에 근무하고 있던 尹容燮 판사가 쓴 글에서 찾아 볼 수 있다. 尹容燮, 「法務士法施行規則의 違憲決定에 대한 所感」, 『法律新聞』1990. 11. 1. 9면 참조.

일회성 제스처(gesture)이상의 별다른 의미를 가질 수는 없는 것이었다.⁴⁾ 어쨌든 위 헌법재판소의 판례로 첫째의 문제는 일단락 졌다고 할 수 있다.

둘째의 문제는, 입헌주의(立憲主義 constitutionalism)와 헌법국가원리에 따라 헌법에 의하여 생겨난 통치권력(統治權力)은 예외 없이 헌법적 통제를 받기 때문에 통치작용의 하나인 법원의 재판작용도 헌법소원심판의 대상에서 제외될 수 없음에도 불구하고 현행 헌법재판소법 제68조 제 1 항에서는 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외시켜 놓은 데서 비롯되고 있다. 따라서 성질상 처음부터 일반 법원의 재판의 대상이 될 수 없는 것(예컨대, 통치행위, 권력적 사실행위, 행정상 계획작용, 감사의 불기소처분, 법원의 재판방치행위 등)을 제외한 일반적인 행정처분에 대한 헌법소원심판의 청구에서는 ‘보충성의 원칙’(補充性的 原則 Subsidiaritätsgrundsatz)에 의하여 사전구제절차인 법원의 재판을

4) 이 사건을 둘러싼 논의들에 대한 자세한 것은 다음 문헌을 참조하기 바람.

李鐵容, 「憲法裁判所 89헌마 178 결정에 대한 管見」, 『韓國公法學會 發表文』(1990. 11. 24), 41면 이하; 홍성방, 「헌법 제107조와 헌법소원」, 위 발표문, 13면 이하; 李丞祐, 「法務士法施行規則에 대한 憲裁의 違憲決定과 大法院側 見解의 檢討」, 『人權과 正義』 174호(1991.2.), 70면 이하; 李尙圭, 「命令·規則의 違憲審査權」, 『저스티스』 第24卷 第1號(1991. 6.), 229면 이하; 金南辰, 「憲裁 89헌마 178 決定에 대한 管見」, 第24卷 第1號(1991. 6.), 239면 이하; 金南辰, 「憲法裁判對象의 活性化와 改善에 관한 研究」, 『憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究』(서울: 憲法裁判所, 1991), 216면 이하; 李相烈, 「命令·規則에 대한 憲法訴願에 관한 研究」(碩士學位論文, 暎園大學校 大學院, 1991); 邊精一, 「命令·規則에 대한 憲法訴願」, 『憲法論叢』 第1輯(서울: 헌법재판소, 1990), 83면 이하; 金學成, 「法務士法施行規則에 대한 憲法訴願」, 『判例月報』 250號(1991. 7.), 15면 이하; 南福鉉, 「憲法の 最終的인 解釋機關」, 『漢陽法學』 第2輯(1991. 7.), 15면 이하; 朴一煥, 「法規範에 대한 憲法訴願과 提要要件」, 『人權과 正義』 174호(1991. 2.), 45면 이하; 黃致連, 「法務士法施行規則의 憲法裁判所 違憲決定은 違憲인가? - 法院行政處 憲法研究班의 研究報告書を 論駁한다」, 『考試研究』 1991년 2월호, 178면 이하; 李石淵, 「法務士法施行規則違憲決定의 正當性」, 『人權과 正義』 176호(1991. 4.), 102면 이하; 朴鐘普, 「法規範에 대한 憲法訴願의 몇가지 問題」, 『人權과 正義』 180호(1991. 8.), 102면 이하.

거칠 것이 요구되는데, 이러한 요구에 의해 법원의 재판절차를 거치고 나면 법원의 재판이 생겨나게 되고 법원의 재판에 대하여는 헌법소원심판을 청구할 수 없게 되어 있기 때문에 현행 우리의 헌법소원심판절차에서 보충성의 원칙은 결국 국민으로 하여금 일반적인 행정처분의 경우에는 헌법소원심판청구를 할 수 없게 하는 결과를 초래하고 있다. 물론 법원에 의하여 기본권 침해상태가 구제되는 경우에는 필요가 없겠지만 법원의 재판절차에서 법률의 위헌 여부나 재판의 전제가 되고 있음에도 그에 대한 위헌심판제청(違憲審判提請)이 간과된 채 확정된 후 그 법률이 위헌이라는 문제가 제기되는 경우나 법원이 명백히 위헌적인 판단을 기초로 하여 재판을 한 경우 등에는 법원의 재판이 오히려 위헌인 행정처분에 의한 국민의 기본권 침해상태를 사법기관의 유권적(有權的) 판단이라는 보호막을 입혀 그대로 유지시켜주는 결과를 초래한다. 이러한 경우 과연 이 상태를 끝으로 하여 달리 국민에게는 기본권구제의 길이 막혔다고 할 것인가 아니면 헌법재판소가 법원의 행정재판 그 자체에 대하여는 직접 심판하지 아니하지만 위헌인 원래의 행정처분(법원의 행정소송의 대상이 되었던 행정처분)에 대하여는 그 위헌 여부를 다시 판단하여 국민의 기본권침해를 구제하여야 하는지가 문제된다. 이러한 문제는 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외시킨 데서 비롯되는 것이기 때문에 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상으로 하면 모든 문제는 자연스럽게 해결된다.⁵⁾ 어쨌든 현행법상으로는 이러한 문제가 생기는데 이 경우 문제의 해결에 있어서는 법원의 재판이 가지는 기판력(既判力)을 제거시키는 문제가

5) 이 문제에 대한 자세한 것은 다음 문헌을 참조하기 바람. 許營, 「憲法訴願制度的理論과 우리 制度的問題點」, 『考試研究』 1989년 4월호, 51면 이하; 鄭宗燮, 「主要 國家 憲法裁判 制度에 대한 比較的 研究」, 『憲法裁判 및 制度的 活性化에 관한 研究』 憲法裁判研究 第2卷(서울: 憲法裁判所, 1991), 103면 이하, 106면 이하.

핵심적인 것이지만 법해석상으로는 우선 헌법 제107조 제 2 항에서 규정하고 있는 ‘처분’에 이러한 경우의 행정처분도 포함되는 것이냐가 문제된다. 따라서 헌법 제107조 제2항은 원래의 행정처분에 대한 헌법소원에도 관련이 된다.

여기서는 선결적으로 헌법 제107조 제 2 항의 ‘처분’(處分)이 이 조항에 규정되어 있는 의미가 무엇이나 하는 것이 해명되어야 한다. 우선 「처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우」가 어떠한 때인가가 문제로 제기된다. 행정소송에서는 처분이 직접 재판의 대상으로 되기 때문에 이 경우는 헌법 제107조 제 2 항이 규정하고 있는 경우에 해당되지 않는다. 행정소송의 구조 내에서는 처분의 위헌 또는 위법 여부가 재판의 전제로 되는 경우를 거의 찾아보기 힘들다. 겨우 건강부회(牽強附會)를 감수하고 생각해볼 수 있다면 민사소송과 형사소송에서 행정처분이 ‘선결문제’(先決問題)로 되는 경우를 생각해볼 수 있는데, 과연 헌법 제107조 제 2 항의 규정이 선결문제에 대한 당해법원의 판단권능의 근거를 부여하기 위한 것이라고 할 수 있을지는 의문스럽다. 선결문제가 ‘재판의 전제’가 되는 경우라고 하기도 어렵고 그러한 견해도 찾아볼 수 없거니와 민사소송의 선결문제에 대한 실정법 규정은 현행 행정소송법(1985. 10. 1.부터 시행되었다) 제11조에서 처음으로 두었는데, 제헌헌법인 1948년 헌법 이래 변함없는 규정인 헌법 제107조 제 2 항을 이러한 행정소송법 제11조의 헌법상의 근거라고 하는 것도 매우 어색하다. 연혁적으로 추적해보아도 제헌헌법 당시 이 규정에 대한 입법적 논의의 배경에서 선결문제에 대한 논의를 찾아보기는 힘들다. 실제의 문제를 일단 제쳐두고 순전히 논리적으로만 생각해보면 헌법 제107조 제 2 항의 처분은 이 조항의 명령과 규칙 이외의 「행정소송의 대상이 되는 처분이 아니면서 동시에 구체적

집행행위가 요구되는(=직접성을 가지지 아니하는) 것으로 성질상 사법적 판단이 가능한 어떠한 국가작용」이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 국가작용이 현실적으로 생겨날 수 있는지, 그리고 어떠한 형태로 나타날 것인지는 두고 보는 수밖에 없다.

헌법 제107조 제 2 항이 지니고 있는 이러한 복잡한 문제점을 고려한 설명인지는 모르겠으나 국내의 많은 학자들은 헌법 제107조 제 2 항이 지니고 있는 이러한 문제에 관하여는 거론하지 아니하고 단순히 헌법 제107조 제 2 항을 행정재판(行政裁判)의 관할을 규정하고 있는 조항으로 이해한다.⁶⁾ 헌법 제107조 제 2 항은 일반 법원이 행정재판권을 가지는 헌법의 근거조항이라고 주장한다. 그러나 행정재판에 대한 관할권을 일반 법원이 가지는 헌법의 근거조항은 헌법 제101조 제1항이라고 보아야 할 것이다. 헌법 제101조 제1항의 “사법권”(司法權)에는 민사재판권(民事裁判權), 형사재판권(刑事裁判權) 이외에 행정재판권(行政裁判權)도 당연히 포함되는 것이다.⁷⁾ 헌법 제107조 제 2 항은 법원이 행정재판권을 가진다는 것을 전제로 하고 행정상의 명령, 규칙 등의 헌법 또는 법률의 위반여부가 재판의 전제가 된 경우 일반 법원이 심사권을 가진다는 것을 규정하고 있는 것이다.⁸⁾ 그리고 실정법 해석의 방법론에서 요구되는

6) 權寧星, 『憲法學原論』(서울: 法文社, 1992), 673면; 金哲洙, 『憲法學概論』(서울: 博英社, 1992), 973면 이하(특히 976면); 朴一慶, 『第6共和國 憲法』(서울: 法經出版社, 1990), 526면; 石琬顯, 『一般行政法(上)』(서울: 三英社, 1989), 740면; 安溶教, 『韓國憲法』(서울: 考試硏究社, 1992), 749면; 許營, 『韓國憲法論』(서울: 博英社, 1992), 961면.

7) 金道稔, 『一般行政法(上)』(서울: 靑雲社, 1990), 664면 이하; 金東熙, 『行政法 I』(서울: 博英社, 1991), 439면; 卞在玉, 『行政法講義(I)』(서울: 博英社, 1990), 605면 이하; 洪井善, 『行政法原論(上)』(서울: 博英社, 1992), 678면 참조. 朴鉉旻, 『行政法講義(上)』(서울: 國民書館, 1990), 816면 이하의 논지는 다소 불분명하다. 박윤혼 교수는 일반 법원이 행정재판권을 가지는 헌법적 근거를 헌법 제101조 제 1 항과 헌법 제107조 제 2 항에서 동시에 찾으려고 하면서 헌법 제107조 제 2 항 쪽으로 더 기울어지는 듯한 인상을 주고 있다.

8) 법원이 행정재판권을 가지는 헌법의 근거조항을 헌법 제101조 제1항이라고 이해하는 견해(註

해석의 치밀한 체계정합성(逮繫整合性)이라는 면에서 볼 때, 헌법 제101조 제 1 항과 제107조 제 2 항이 복잡한 문제를 지니고 그들의 관계가 문제로 된 상황에서 자세한 논증도 없이 이 둘이 모두 일반 법원이 행정재판에 대하여 관할권을 가지는 근거가 된다고 하는 것은 논의의 핵심을 흐리게 할 뿐 문제에 대한 올바른 대답이 되지 못한다. 마찬가지로의 법리에서 행정심판(行政審判)의 근거조항인 헌법 제107조 제 3 항의 “재판의 전심절차로서”의 부분에서 “재판”도 헌법 제101조 제 1 항을 전제로 한 것이지 이 “재판”이라는 부분이 곧 행정재판권의 관할 규정이 되는 것은 아니다. 일반 법원이 행정재판권을 가지는 근거를 헌법 제107조 제 2 항이라고 이해하게 되면 대법원이 선거소송(選舉訴訟)에 대하여 관할권을 가지는 것을 설명하기 어렵게 된다. 왜냐하면 동일한 논리를 유지할 때 헌법 제101조 제 1 항 이외에 따로 대법원이 선거재판권을 가진다는 헌법의 규정이 있어야 하기 때문이다. 현재 대법원이 대통령선거 및 국회의원선거에 있어 선거소송을 관장하는 관할규정은 대통령선거법 제134조 제 1 항, 국회의원선거법 제145조 제 1 항, 법원조직법 제2조 제 1 항인데, 이들 조항의 헌법적 근거를 헌법 제101조 제 1 항에서 찾지 아니하는 한 위 조항들은 헌법적 근거가 없는 법률규정이 되어 버린다(이러한 설명이 선거재판의 관할권을 항상 대법원이 가져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 헌법정책적 차원에서는 선거재판권을 대법원이 행사하도록 할 수도 있고 헌법재판소가 행사하도록 할 수도 있다. 그러나 현행 헌법아래서는 헌법 제111조 제 1 항의 열거규정(列舉規定)때문에 위 대통령 선거법, 국회의원선거법, 법원조직법의 개정만으로 선거재판을 헌법재판소의 관할로 할 수는 없다).

7)는 이러한 설명체계를 취하고 있다.

행정재판권의 관할에 있어 연역적으로 ‘행정국가형’(사법부와 별개인 행정재판소의 관할)과 ‘사법국가형’(일반법원의 관할)의 논의가 있기 때문에 우리 헌법이 이 점을 분명히 해둘 필요가 있다고 하더라도 헌법 제107조 제 2 항과 같은 규정형식은 타당하지 않다. 행정재판권이 일반 법원에 속한다는 것을 명문으로 명백히 해놓을 필요가 있다면 헌법 제101조 제 1 항에서 행정재판권은 법관으로 구성된 법원에 속한다는 형식으로 이 점을 명문화하면 될 것이다. 이러한 명문의 규정이 없는 현재의 상태에서는 법원이 행정재판권을 가지는 헌법상의 근거를 헌법 제101조 제 1 항의 해석에서 찾을 수 밖에 없다.

셋째의 문제는 이 글에서 취급할 문제이므로 자세히 검토하기로 한다.

II. 問題의 所在

명령·규칙에 대한 위헌심판에 관하여 현행법상 명문의 규정을 두고 있는 것으로는 위에서 본 〈헌법 제107조 제2항〉과 〈행정소송법 제6조〉의 규정뿐이다. 행정소송법 제6조는 명령·규칙의 위헌판결 등의 공고(公告)에 관한 규정인데, 제 1 항은 「행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 총무처장관에게 통보하여야 한다.」라고 하고 있고, 제 2 항은 「제 1 항의 규정에 의한 통보를 받은 총무처장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다.」라고 규정하고 있다.

현행법상 명령·규칙에 대한 위헌심판제도는 이러한 헌법 제107

조 제 2 항과 행정소송법 제 6 항에서 도출할 수밖에 없다. 그런데 문제는 이들 조항으로는 현행법이 명령·규칙에 대한 위헌심판에 있어 어떠한 형태와 구조를 가진 제도를 구상하고 있는지가 명확하지 않다는 점이다. 그리고 이러한 명령·규칙에 대한 위헌심판 역시 성질상 규범통제(規範統制 Normenkontrolle)에 속하기 때문에 현행법상 대표적인 규범통제제도인 법률에 대한 위헌심판제도와 아울러 고려하지 않을 수 없는 요소가 있다. 이러한 문제는 명령·규칙에 대한 위헌심판의 절차와 위헌으로 결정된 명령·규칙의 효력 등에서 많은 논의의 여지를 남겨놓고 있다.

첫째, 현행법상의 명령·규칙에 대한 위헌심판절차의 형태와 구조는 어떠한 것인가를 살펴보기로 한다. 헌법재판에 있어 현행 헌법이 규범통제에서 취하고 있는 제도는 구체적인 규범통제제도(具體的 規範統制制度)이다. 이때의 규범에는 법률이외에 명령과 규칙도 해당된다. 법률의 경우에는 헌법 제107조 제 1 항의 “재판의 전제가 된 경우”라는 것이 이를 말해주고 있고, 명령과 규칙의 경우에는 같은 조 제 2 항의 “재판의 전제가 된 경우”라는 것이 이를 말해주고 있다. 다만, 규범통제의 대상에 있어 법률은 헌법재판소가 심판의 대상으로 하고 있고(헌법 제111조 제1항 제1호), 명령과 규칙은 대법원이 최종적으로 심사의 대상을 하고 있다(헌법 제107조 제 2 항). 이때의 “규칙”에는 행정조의 내부에만 효력을 가지는 행정규칙(行政規則)은 포함되지 아니한다.⁹⁾

9) 이에 반하여 헌법 제107조 제 2 항의 “규칙”에는 행정규칙도 포함된다고 주장하는 견해도 있다. 安裕教(註 6), 992면 ; 金哲洙(註 6), 971면. 이 문제는 행정규칙의 효력문제와 관련되는 것이다. 국내에서 행정규칙의 효력문제는 ‘행정규칙의 법적 성질’의 논의에서 주로 거론되었고 여기에는 많은 학자들이 참여하였다. 그런데 아직도 법규명령과 행정규칙의 구별기준에 대해서는 불분명한 점이 남아 있다. 문제가 되고 있는 이른바 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’이 헌법 제107조 제 2 항에 의한 규범통제의 대상이 되느냐 하는 문제에서는 우선 법규명령과 행정규칙의 구별을 실질을 기준으로 할 것이냐 아니면 형식을 기준으로 할 것이냐를

그런데 문제는 여기에서 끝나는 것이 아니라는 점에 있다. 법률에 대한 구체적 규범통제절차에서는 당해법원의 제청으로 심판의 대상으로 된 법률에 대하여 헌법재판소가 그 위헌 여부를 심판하는데, 명령과 규칙의 경우에도 이와 유사한 구조에 따라 (1) 당해법원이 당해사건의 진행 중에 문제의 명령 또는 규칙의 위헌 여부를 대법원에 제청하여 대법원의 판단을 기다려 재판을 하느냐 아니면 (2) 당해법원은 당해사건의 재판에서 당해사건에 대한 판단과 아울러 부수적으로 재판의 전제가 되고 있는 규범의 위헌 여부에 대하여 판단하고 당사자가 이에 불복(不服)하는 경우에는 상소절차(上訴節次)를 거치느냐가 문제된다. 앞의 경우는 형태와 구조의 면에서 헌법재판소에서 하고 있는 현행의 위헌법률심판절차와 동일하고 심판의 대상에서만 차이가 나게 된다. 뒤의 경우는 ‘부수적 위헌심사’(附隨的 違憲審査)의 형태로서 앞의 경우와는 구별된다.¹⁰⁾ 현행법상

정해야 할 필요가 있다. 실질을 기준으로 하면 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’은 법규명령에 속할 것이므로 헌법 제107조 제 2 항의 “명령”에 해당되어 규범통제의 대상이 되고, 형식을 기준으로 하면 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’은 일단 행정규칙에 해당된다. 그러나 규범통제에서는 행정규칙이 외부적 효력을 가지는 경우에 행정규칙이더라도 규범통제가 이루어져야 할 것이므로 예외적으로 헌법 제107조 제 2 항의 규칙에 해당된다고 보아야 할 것이다. 결국 구체적인 사건을 전제로 한 규범통제에서는 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’은 그것이 법규명령으로 분류되든 행정규칙으로 분류되든 규범통제의 대상으로 되는 점에는 차이가 없게 된다. 그런데 유의할 것은 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’이 규범통제의 대상으로 된다고 하는 경우에도 그것이 재량준칙(裁量準則)이거나 재량준칙에 준하는 규범해석규칙(規範解釋規則)과 같이 상위 관계법규에 대한 규범통제만으로 구체적 분쟁이 해결되지 않는 경우에 규범통제의 대상으로 하는 실익이 있다는 점이다. 상위 관계법규의 효력여부만으로 구체적 분쟁이 해결되면 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’이라 하더라도 규범통제의 대상으로 삼을 실익은 없다. 행정규칙의 법적성질을 둘러싸고 전개된 논의에 관하여는 李鳴九, 「行政規則의 類型과 拘束力」, 『現代行政과 公法理論』 南河徐元宇教授華甲祈念論文集(서울: 博英社, 1991), 325면 이하; 金南辰, 『行政法 I』(서울: 法文社, 1992), 203면 이하; 金東熙(註 7), 138면 이하 참조.

10) 필자가 여기서 사용하는 ‘附隨的 違憲審査’에서의 ‘附隨的’이라는 용어는 본안을 판단하면서 본안사건의 전제가 되는 명령·규칙의 위헌여부를 함께 심사·판단한다는 의미이다. 용어 사용에 있어 사람에 따라서는 구체적 규범통제절차에서 보듯이 재판의 전제가 되는 법령의

의 명령·규칙에 대한 위헌심사절차를 일단 앞의 경우로 이해할 수 있는 여지는 현행의 법률에 대한 위헌심판절차에 비추어 대칭적으로 그렇게 이해할 여지가 없지 않기 때문이다. 그러나 이렇게 이해할 경우에는 그 구체적인 명문의 절차규정이 없다는 점에서 실정법상의 근거를 찾을 수 없다는 점 및 재판의 절차가 실정법의 규정 없이 해석만으로는 운용되지 못한다는 점과 충돌하게 된다. 뒤의 경우로 이해하는 것은 헌법 제107조 제 2 항이 「대법원을 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.」라고만 하고 있을 뿐 다른 규정은 없고, 구체적 규범통제절차에서 대법원이 최종적인 심사를 하는 이상 이는 사법부내의 절차이기 때문에 상소절차에 의해서 자연히 대법원에까지 이르게 되므로 당해법원이 재판진행 중 따로 재판의 전제가 된 명령 또는 규칙의 위헌 여부를 대법원에 물어볼 필요가 없다는 것, 그리고 대법원이 위헌심사를 하는 이상 같은 법관인 당해법원의 법관이 대법관에게 물어보고 재판할 이유는 없다는 것 등이 그 근거가 된다. 따라서 현행법상의 해석으로는 헌법 제107조의 제 2 항에서 규정하고 있는 명령·규칙에 대한 위헌심사는 현행법상의 법률에 대한 궤적 규범통제제도와는 형태와 구조를 달리 하는 ‘부수적 위헌심사’의 구조를 취하고 있다고 하겠다.

결국 현행법상 규범에 대한 구체적 규범통제제도(具體的 規範統制制度 konkrete Normenkontrolle)는 구조의 이원화를 취하고 있지만 이는 단순히 심판의 대상에서 법률과 명령·규칙을 구분하는 것에 그치는 것이 아니라, 법률의 경우에는 법원의 재판절차와는 분

위헌여부가 법원에 계속된 구체적 사건에 부수되어 제기되고 판단된다는 의미로 ‘부수적’(incidental, akzessorisch)이라는 말을 사용하기도 한다. 이 경우에는 ‘부수적 규범통제’와 ‘구체적 규범통제’는 같은 의미의 말이다. 따라서 필자가 ‘부수적 위헌심사’에서 말하는 ‘부수적’이라는 의미는 ‘구체적 규범통제’에서 말하는 ‘구체적’이라는 것과 구별됨을 유의할 필요가 있다.

리된 절차에 따라 별개의 국가기관인 헌법재판소에서 판단하는 구조를 취하고 있고, 명령과 규칙의 경우에는 법원의 재판절차에서 본안의 판단과 함께 위헌여부를 판단하는 부수적 심사의 구조를 취하고 있다고 하겠다. 부수적 심사의 구조를 가지는 경우에는 제도의 성질상 각급(各級) 법원이 모두 심사권을 가진다. 실정법의 규정 상으로도 헌법 제107조 제 2 항에서 대법원이 최종적인 심사권을 가진다고 하고 있는 것은 각급 법원이 그 심급에 상당한 심사권을 가진다는 것을 전제로 하고 있는 것이다. 결국 부수적 심사의 구조에서는 모든 법원은 대법원을 최종심으로 하여 명령·규칙의 위헌 심사권을 가진다고 말할 수 있다. 이 규정이 처음 헌법에 들어간 1948년 헌법(제헌헌법)의 제정 과정에서도 초안들에서는 「법원은 법률이 정하는 바에 의하여 모든 종류의 명령과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 심사할 권한이 있다」¹¹⁾ 또는 「법원은 모든 종류의 명령·규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 심사할 권한이 있다」¹²⁾ 등으로 규정되어 있었으나, 국회헌법기초위원회(國會憲法起草委員會)가 1948년 6월 23일 본회의(本會議)에 상정(上程)·보고한 헌법초안에는 「대법원은 법률의 정하는 바에 의하여 명령, 규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다」로 정리되어 규정되었다.¹³⁾ 물론 이 둘 사이에 제도상의 취지나 내용이 변한 것은 없었다.

11) 이 내용은 俞鎮午, 黃東駿, 尹吉重(황동준과 윤길중은 당시 過渡政府 立法議院 法務士로 있었다)이 1948년 2월부터 만든 「憲法草案草稿」의 제5장의 법원 조항과 이 초고를 정리하여 1948년 5월 司法部 法典編纂委員會에 제출한 憲法草案의 제89조에 규정되어 있었던 것이다.

俞鎮午, 『憲法起草回顧錄』(서울: 一潮閣, 1981), 23면 이하, 164면, 190면.

12) 이 내용은 「國會憲法起草委員會에 제출된 憲法草案」의 제85조의 규정이다. 俞鎮午(註 11), 217면.

13) 國會圖書館, 『憲法制定會議錄(制憲議會)』 憲政史資料 第1輯(서울: 國會圖書館, 1967), 96면; 俞鎮午(註 11), 231면.

둘째, 명령과 규칙에 대한 위헌심사에서 당해 명령 또는 규칙에 대하여 위헌이라는 판단이 있는 경우에 그 효력은 어떠한 것인지가 문제로 제기된다. 즉 ‘일반적 효력’을 가지는 것이냐 아니면 ‘개별적 효력’을 가지느냐가 문제가 되고, 그러한 효력은 하급심에서 판단한 경우와 대법원에서 판단한 경우 동일한 것인가가 문제로 된다.

위에서 본 것과 같이 현행법상의 명령·규칙에 대한 위헌심사가 부수적 위헌심사의 성질을 가지는 것이라면 이것은 당해 사건에서 위헌으로 판단되기 때문에 당해 사건에 그 명령이나 규칙을 적용하지 아니하는 것에 그친다. 법원이 당해 사건에서 심판하는 것은 민사(民事), 형사(刑事), 행정(行政), 가사(家事) 등 구체적인 사건에서 분쟁을 해결하는 것이 목적이고 법규범을 심사하는 것은 사법작용의 성질에 비추어 볼 때 목적으로 될 수 없기 때문이다. 당해 법원이 당해 사건의 결론을 도출하기 위하여 그 전제가 되는 명령·규칙의 위헌여부를 부수적으로 판단하면서 그후의 다른 모든 사건에서 당해 명령·규칙의 효력이 부정된다고 하는 것은 소송이론상 타당하지 아니할 뿐 아니라, 어떠한 법원이 특정의 소송사건을 심판하면서 판단한 내용에 앞으로 있게 될 동일한 지위의 다른 법원의 판단이 기속된다고 하는 것은 법원의 물적독립(物的獨立)과도 조화되기 어렵다. 부수적 심사에서 하급심이 상급심의 판단에 기속되는 경우는 부수적 위헌 심사에 일반적 효력을 인정하기 때문이 아니라 이른바 ‘선판례구속의 원칙’(先判例拘束의 原則 doctrine of stare decisis) 때문이다. 물론 상급법원의 판단이 하급법원을 기속하는 경우 그 기속이 어느 정도에서 이루어지게 할 것이냐는 여전히 논의의 여지가 있다. 우리의 법원조직법 제8조의 「상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다.」라는 규정에서도 ‘당해 사건’이라고 특정이 되어 있기 때문에 이 문제는

여전히 논의의 여지를 남기고 있다. 아무튼 부수적 심사의 경우에도 각급 법원의 판단은 대법원의 판단에 기속되지 아니하면 안 되는데 이는 법원 내에서의 ‘헌법해석의 통일’이라는 요구 때문이다. 현재 대다수의 학설이, 각급 법원이 가지는 명령규칙에 대한 위헌 심사권을 개별적 사건(당해 사건)에 있어 심사한 결과 위헌으로 판단된 명령, 규칙의 적용거부(適用拒否)만을 내용으로 한다고 설명하는 것도¹⁴⁾ 이러한 부수적 심사의 구조를 인정하고 있기 때문이라 사료된다.

그런데 이렇게 현행법상의 명령·규칙의 위헌심사제도를 부수적 위헌심사라고 보게 될 때, 현행 실정법체계상 자세히 검토해볼 필요가 있는 것이 행정소송법 제6조의 규정이다. 왜냐하면 위헌으로 판단된 규범의 효력문제에서 볼 때, 개별적인 당해사건에서 위헌인 명령·규칙의 적용을 거부하는 경우에는 그 적용거부를 일반적으로 공고할 이유가 없기 때문이다. 현행 위헌법률심판제도에서 헌법재판소가 법률을 위헌이라고 판단하고 그러한 판단의 효과로 당해 법률의 효력이 일반적으로 상실되는 경우에는 법률의 제정이나 개정에서 대통령의 공포행위(公布行爲)로 일반적 효력을 발생하게 한 것에 대응하여 효력상실(效力喪失)이라는 일반적 효과를 공고할 필요가 있기 때문에 관보(官報)에 게재(掲載)해야 하지만(헌재법 제47조 제 1 항, 제 2 항, 제36조 제 5 항), 개별적 사안에서 명령이나 규칙을 적용하지 아니하는 경우에는 적용거부가 일반적 효력을 가지는 것이 아니기 때문에 일반적으로 공고할 필요가 없다. 따라서 행정소송법 제 6 조는 위헌으로 판단된 명령·규칙의 효력에 관한 규정이 아니라 대법원이 적용거부의 판단을 한 경우에 이 점을 총

14) 權寧星(註 6), 932면; 金哲洙(註 6), 973면; 許營(註 6), 305면; 安溶教(註 6), 994면; 文鴻柱, 『韓國憲法』(서울: 海巖社, 1990), 586면; 金東熙(註 7), 491면 참조.

무처장관에게 통보하여 문제의 명령·규칙의 개정을 검토할 기회를 행정부에 부여하거나, 위 행정소송법 제 6 조의 신설이유에서 적시된 것과 같이 그러한 명령이나 규칙의 집행이나 적용에 신중을 기하여 동종(同種) 사안의 재발을 방지하고자 하는 것¹⁵⁾ 이상의 제도적 의의는 없다고 할 것이므로, 이 규정을 근거로 하여 현행의 명령, 규칙의 위헌심사제도를 위헌법률심판제도와 같은 일반적 효력을 인정하는 소송구조라고 할 여지는 없다고 할 것이다.

대법원은 이러한 문제에 관하여는 불분명한 태도를 보이고 있다. 대법원은 명령, 규칙이 헌법에 위반될 때 ‘무효’(無效)라고 관시하고 있는데, 이러한 판단이 위헌인 명령이나 규칙의 적용을 배제하는 것인지 아니면 무효로써 일반적으로 효력을 상실시키는지 밝히고 있지 아니하다. 적용거부의 판단을 하는 경우에는 헌법, 법률에 위반된다고 관시하면서 당해 사건에는 당해 명령이나 규칙을 적용하지 아니한다고 해야 할 것이다. 통상 일반적 효력을 발생하게 되는 ‘무효’의 판단을 하는 것은 타당하지 아니하다. 다만, 대법원 판례가 분명히 하고 있는 것은 명령·규칙의 위헌여부판단을 본안판단에서

15) 『大韓民國法律案沿革輯』 第12權 (서울 : 國會事務處, 1992), 11847면 참조. 행정소송법 제 6 조가 규정된 입법의 목적 또는 제도의 의의를 보면, 당시 행정부는 행정소송법 개정법률안의 제출이유에서 이러한 공고제도의 의의는 동종 사안의 재발을 방지하고자 하는데 있다고 하였다. 大韓民國國會, 『法律案에 관한 書類(第11代 國會(第123回))』 第462卷 (46), 11장 후면 참조. 이 법률안이 제122회 국회(臨時會) 제 2 차 법제사법위원회(1984. 7. 7.)에 상정되었을 때 행정부가 법률안의 제출이유에서 밝힌 대로 동종 사안의 재발을 방지하기 위한 것이라는 보고가 있었고, 전문위원의 검토보고에서는 별다른 언급이 없었다. 같은 법률안이 계속 상정된 제123회 국회 제13차(定期會) 법제사법위원회(1984. 11. 7.)에서 소위원회가 한심사결과보고서에서도 공고제도에 대하여는 거론이 없었고, 제123회 국회 제13차 본회의에 상정된 때(1984. 11. 29.)에는 주요골자로 보고되었기 때문에 이러한 공고제도가 개정안에서 신설된다는 것만 보고되었을 뿐 제도의 의의에 대하여는 따로 언급된 것이 없었으며, 달리 의견이 제기된 점도 없었다. 「第122回 國會 法制司法委員會會議錄」 第 2 號, 26면; 「第123回 國會 法制司法委員會會議錄」 第13號, 2면 이하; 大韓民國國會, 『國會本會議錄』 173권(第 11代-11), 377면 참조.

부수하여 행하고 있다는 점과 그러한 판단을 주문(主文)에서는 표시하지 아니하고 있다는 점뿐이다. 적용거부의 판단을 하는 경우에는 주문에서 별도로 위헌, 위법의 선고를 할 필요가 없으므로 이 점은 적용거부의 구조와 합치된다.

명령, 규칙에 대한 대법원의 위헌심사의 형식은 이러한 관보계제 제도의 시행에 관계없이 동일한 형태를 보여주며 내려오고 있다. 대법원의 판단을 예시적으로 살펴보기로 한다.

(1) 법인세법시행령 제44조의 2의 규정은 모법인 법인세법에 위임 규정이 없는데도 신설된 것인 바, 당해 사업연도인 기밀비를 모법인 법인세법 제18조의 2 소정의 다른 접대비 등과 합산해 볼 때는 그 모법 조문에 의하여 손금으로 공제될 수 있는 것이라도 위 시행령 제44조의 2 규정에 따라 그 기밀비만을 따라 분리하여 계산해보면 손금으로 공제될 수 없거나 공제될 수 없는 금액부분이 생길 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에는 그 한도에서 위 시행령의 위 조문은 모법인 법인세법 제18조의 2의 규정에 저촉되는 것이라고 할 것이다.¹⁶⁾

(2) 구 헌법이나 현행헌법은 모두 조세법률주의를 채택하여 모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라 납세의무를 지며(구 헌법 제33조, 헌법 제36조), 조세의 종목과 세율은 법률로서 정한다(구 헌법 제94조, 헌법 제 95조)고 규정하고 있는 바, 이러한 조세법률주의의 원칙은, 조세요건과 부과징수절차는 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로서 이를 규정하여야 하고 그 법률의 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하며 행정편의적인 확장해석이나 유추적용은 허용되지 않음을 의미하는 것이다. 그러므로 법률의 위임

16) 대법원 1981. 2. 10.-79 누 403 『대법원판례집』 제29권 1집, 47면 이하(특히 54면)(이하 [大] 29-1, 47면 이하(특히 54면)라는 방식으로 약기한다).

이 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 조세요건과 부과징수절차에 관한 사항을 규정하거나 또는 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의의 원칙에 위반되는 것임은 더 말할 것도 없다. 이렇게 볼 때, 양도소득세의 과세요건인 양도차액에 관한 위 구 소득세법시행령 제170조 제 1 항 단서의 규정은 모법인 구 소득세법의 규정과 부합하지 않을 뿐 아니라 위 구 소득세법상 위임의 근거도 없이 모법에 규정된 과세요건 내용을 확장한 규정이므로 이는 결국 무효라고 볼 수밖에 없다.¹⁷⁾

(3) 구 부가가치세법시행규칙 제19조 제2항은 모법규정인 부가가치세법 제17조 제 3 항이 공제할 의제매입세액을 산출하는 계산 방법을 동법시행령에 위임하고 또 동시행령이 금액계산의 기준이 되는 농산물 등의 가액을 곱할 “을”을 시행규칙에 위임한 범위 밖인 의제매입세액공제 대상물을 규정한 것으로 모법의 위임범위에 저촉되고 또 위임근거 없이 제정된 무효의 것이라고 아니할 수 없다.¹⁸⁾

(4) 살피건대, 구 영업세법 제23조에 규정된 수익의 실현시기는 영업세의 납세의무 발생시기를 구체적으로 확정하는 과세요건에 해당하므로 이는 조세법률주의의 요청에 따라 원칙적으로 법률로써 정하여야 하고 법률에 위임의 근거가 없는 한 대통령 등 행정입법으로써는 이를 규율할 수 없다고 할 것인 바, 부가가치세법을 검토하여 보아도 수익의 실현시기에 관한 사항을 같은법시행령에 위임하였다고 볼 근거규정을 찾아볼 수 없으므로 부가가치세법시행령 부칙 제6조 제 3 항이 모법은 부가가치세법에 위임근거도 없이 법

17) 대법원 1982. 11. 23.-82 누 221 [大] 30-4, 65면 이하(특히 71면 이하).

18) 대법원 1985. 3. 12.-84 누 539 [大] 33-1, 298면 이하(특히 301면).

시행전에 공급시기가 도래하였으나 종전의 영업세법 제23조의 규정에 수익실현시기가 도래하지 아니한 경우에는 법시행일 전에 영업세법상의 수익실현시기가 도래한 것으로 본다고 규정하여 부가가치세법시행 이후로 순차로 수익실현시기가 도래할 연불금에 대하여 그 수익실현시기를 위 법시행령 전일로 의제하도록 규정하고 있는 것은 대통령령으로서는 규정할 수 없는 사항을 규정한 것으로 무효라고 아니할 수 없다.¹⁹⁾

(5) 헌법 제36조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”고 하고, 제95조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정함으로써 조세법률주의를 채택하고 있는 바, 이러한 조세법률주의의 원칙인 조세요건과 부과징수절차는 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률으로써 규정하여야 하며 행정편의적인 확장해석이나 유추적용은 허용하지 않음을 의미하는 것이다. 그러므로 법률의 위임이 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 조세요건과 부과징수절차에 관한 사항을 규정하거나 또는 법률에 규정된 내용을 함부로 유추, 확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의의 원칙에 위반된다고 할 것이다…(중략)…1977. 6. 29. 대통령령 제8607호로 신설된 같은법시행령 제18조 제3항은…라고 규정하여 모법인 부가가치세법 제7조 제 3 항에서 규정한 타인의 범위를 제한하고 특수관계자에 대한 용역의 무상공급을 과세대상으로 하여 그만큼 비과세대상의 범위를 축소하고 과세대상의 범위를 확대하고 있으나, 이와 같이 부가가치세법시행령에서 과세대상을 확대하는 것은 같은법 제 7 조 제 3 항의 규정과 부합하지 아니할 뿐 아니라 같은 법조항에서 규정한 비과세용역의 범위를 제한하는 규

19) 대법원 1987. 8. 18.-84 누 774 [大] 35-2, 518(특히 521면), 「관보」 제10735호 86면에 게재되었다.

정을 두어 다시 과세대상을 확장하여 규정할 수 있도록 위임한 근거규정은 모법인 부가가치세법에서 전혀 찾아볼 수 없다…(중략)… 같은 견해에서 원심이 부가가치세법시행령 제18조 제 3 항은 무효이고 따라서 이에 터잡아 이루어진 이 사건 부가가치세부과처분이 위법하다고 판단한 조처는 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 없다. 논지는 이유 없다.²⁰⁾

(6) 부가가치세법시행규칙 제19조 제 1 항 단서규정이 그 소정의 제조업에 대하여 공제율을 정하지 않고 있는 결과 공제할 금액을 계산할 수 없게 하고 나아가 의제매입세액공제 자체를 불가능하게 하고 있음은 분명히 모법에 위반되는 것이라 아니할 수 없다…(중략)…동 시행규칙 제19조 제1항 단서는 그 소정의 제조업에 대하여는 같은 항 본문이 정한 원칙적인 율을 적용하지 아니한다고 하면서도 그에 적용할 별도의 율을 규정하지도 아니함으로써 그 소정의 제조업에 대하여는 공제할 금액계산을 불가능하게 하고, 나아가 의제매입세액공제를 할 수 없도록 하였으니 위 단서규정은 모법인 위 부가가치세법 및 동 시행령에 위반되는 무효의 것이라 아니할 수 없기 때문이다.²¹⁾

(7) 지방세법 제128조 제 9 항은 공장이 이전되는 지역의 범위만을 대통령령이 정하도록 위임하였을 뿐, 공장의 범위와 적용기준까지 대통령령이 정하도록 위임한 것은 아님에도 불구하고 같은법시행령 제98조 후단과 같은법시행규칙 제54조의3은 그 이전에 따른 부동산등기에 대하여 등록세가 부과되지 아니하는 공장의 범위와 적용기준까지 규정함으로써, 지방세법 제128조 제9항에 규정된 등록세가 부과되지 않는 비과세의 범위를 축소시킨 것이라고 볼 수밖

20) 대법원 1987. 9. 22.-86 누 694 [大] 35-3, 443면 이하(특히 445면 이하)

21) 대법원 1987. 12. 29.-86 누 734 [大] 35-3, 659면 이하(특히 662면 이하).

에 없으므로 위 지방세법시행령 제98조 후단과 같은법시행규칙 제54조의3의 규정은 모법인 지방세법 제128조 제9항이 위임한 한계를 넘어 등록세가 부과되는 납세의무의 범위를 확장한 것으로서 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다는 조세법률주의 원칙에 위반되어 무효라고 할 것이다.²²⁾

(8) 법인세법 제16조 제13호는 법인이 임원에게 지급한 상여금이나 퇴직금 중 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 금액은 손금에 산입하지 아니한다고 규정하여 손금에 산입할 범위를 그 시행령에 위임하였으며, 그 위임에 따라 같은법시행령 제3조 제2항은 정관에 퇴직금으로 지급할 금액이 정하여지지 아니한 경우에 관하여 원심이 실시하는 바와 같은 내용의 규정을 하고 있을 뿐이고 그 이상의 제한을 가하거나 시행규칙에 그 해석기준을 위임한 바는 없으므로, 그렇다면 근속연수 계산에 있어 1년 미만의 기간을 포함하지 아니하도록 규정한 위 법인세법시행규칙 제13조 제 5 항은 법인세법 제16조 제13호, 같은법시행령 제34조 제2항 제 2 호의 규정에 위반되는 것이라고 보아야 할 것이므로 원심의 이 부분 판단은 정당하다고 할 것이다.²³⁾

(9) 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다는 조세법률주의의 원칙상 과세요건과 조세의 부과징수절차는 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 함은 물론, 조세에 관한 법령은 엄격하게 해석하여야 하기 때문에 확장해석이나 유추적용은 허용되지 아니하는 것인 바, 법인세를 원천징수하여야 할 대상이 되는 내국 법인의 소득의 범위에 관한 사항도 법률로써 규정하여야 할 것이므

22) 대법원 1990. 3. 27.-87 누 145 [大] 38-1, 502면 이하(특히 504면 이하). 「관보」 제11500호, 60면 이하에 게재되었다.

23) 대법원 1990. 3. 27.-89 누 1322 [大] 38-1, 525면 이하(531면 이하). 「관보」 제11500호, 61면에 게재되었다.

로 “법” 제39조의 제1항도 원천징수 대상소득을 제한적으로 열거하여 규정하고 있는 것으로 보아야 할 터인데…(중략)…금융보험업의 이자수입금액은 모두 “법” 제39조 제1항 소정의 이자소득금액에 해당하지 아니한다고 볼 수밖에 없음에도 불구하고, “령” 제100조의 4 제1항 제3호 단서가 금융보험업의 이자수입금액중 금융기관이 발행한 예금증서로서 타인에게 양도할 수 있는 증서의 이자와 할인액을 “법” 제39조 제1항 소정의 이자소득금액에 포함되지 아니하는 대상에서 제외하여 그 소득에 대한 법인세를 원천징수하여 정부에 납부하도록 규정한 것은 소득세법 소정의 이자소득금액에 대하여만 법인세를 원천징수하도록 규정한 모법의 규정에 위반되어 효력이 없는 것이라고 볼 수밖에 없다.²⁴⁾

위 대법원의 판결들은 본안판단의 결과 모두 상고기각(上告棄却)이라는 주문(主文)을 낸 것이다. 판단의 유형을 보면, 위 (2), (4), (5), (7)의 판례와 같이 헌법규정인 조세법률주의(租稅法律主義)와 헌법상의 위임원칙(委任原則) 또는 위임조항(委任條項)에 위반되어 무효라는 것과 위 (1), (3), (6), (8), (9)의 판례와 같이 모법(母法)의 근거가 없는 것으로 모법에 위반되어 무효라는 판단을 한 것이 있어 뒤의 것은 외견상 헌법위반이 아니라 법률위반(또는 명령위반)의 판단을 한 것으로 보일 여지가 있다. 그러나 뒤의 경우도 그 판단의 기준은 헌법의 위임원칙(위임조항)이므로 결국 위 판례는 모두 위헌여부판단이라고 할 것이다.

그런데 여기서 한가지 유의할 것은 명령에 대한 대법원의 위 판례를 외견상으로 보아 헌법위반(憲法違反)으로 판단한 경우와 법률위반(法律違反)으로 판단한 경우(시행규칙의 경우에 대법원은 대통

24) 대법원 1991. 12. 24.-91 누 384 [大] 39-4, 662면 이하(특히 670면 이하). 「관보」 제 12048호, 27면 이하에 게재되었다.

령령과 부령의 우열을 인정하여 부령의 대통령령위반도 함께 판단하고 있다. 이것은 명령위반으로 판단한 경우이다)로 유형화하여 이해할 필요는 없다는 점이다. 왜냐하면 위임명령에서는 명령이 법률의 위임한계를 벗어나 모법에 위반하는 경우는 예외 없이 헌법위반에 해당하므로 판결서의 표현이 ‘모법(인 00법)의 규정에 위반되어 무효’라는 것에 집착하여 법률위반의 판단이라고 할 수는 없기 때문이다. 실정법(實定法)의 단계구조(段階構造)의 논리로 볼 때, 위임법규에서는 명령이나 규칙이 헌법에 위반되면서 법률에는 합치하는 경우는 실제에 있어 그 법률이 헌법에 상반되므로 법률과 명령 또는 규칙이 동시에 위헌으로 효력을 상실하게 되기 때문에 살펴볼 실익이 없다. 그리고 명령이나 규칙의 내용은 헌법에 합치하지만(예컨대, 기본권의 침해가 없거나 급부작용의 경우) 법률의 위임범위를 넘었기 때문에 법률위반인 경우에는 언뜻 보기에는 합헌이면서 법률위반인 경우에 해당하는 것 같아도 이것은 헌법의 위임원칙(위임조항)의 위반이 되어 당연히 헌법위반이 되므로 이것도 논의의 실익이 없다. 결국 위임법규(委任法規)의 체계에서는 명령이나 규칙이 상위법 위반의 형태를 띠는 경우는 거의 헌법위반이면서 법률위반이거나 헌법위반이면서 법률합치적인 것이 되어 중국에는 위헌의 문제로 귀착된다고 할 것이다. 따라서 명령, 규칙의 규범통제는 대부분 위헌여부심판으로 되고, 예외적으로만 순수한 법률위반심사의 여지가 있게 된다. 명령, 규칙의 규범통제에서 순수히 법률위반여부만이 문제로 되는 경우란 곧 헌법에는 합치되면서 법률에만 위반되는 경우인데, 여기에 포함시킬 수 있는 경우로서는 예컨대 명령, 규칙을 제정·공포할 권한을 가지지 아니한 자가 명령, 규칙을 제정·공포한 경우와 제정·공포절차가 법률상의 절차규정에 위반되는 경우, 그리고 직권명령에서 간혹 생겨날지도 모를 경우를 들어

볼 수 있을 정도이다. 그런데 권한 없는 자의 제정·공포의 경우에도 국회규칙(헌법 제64조 제1항), 대법원규칙(헌법 제108조), 헌법재판소규칙(헌법 제113조 제2항), 중앙선거관리위원회규칙(헌법 제114조 제6항), 지방자치단체규칙(117조 제1항)과 같이 대부분이 헌법사항으로 규정되어 있으므로 헌법위반의 문제로 되기 때문에 예외적으로 외부적 효력을 가지는 행정규칙의 정도에서나 생겨날 수 있을 정도이다. 그리고 명령, 규칙의 제정·공포권이 없는 자가 명령이나 규칙을 제정·공포한 경우는 헌법상의 법치주의원리에 어긋나 위헌이라고 판단할 여지도 없지 아니하다.

판단형식(判斷形式)의 측면에서 보면, 위 판례는 모두 분안판단(本案判斷)을 하는 부분에서 부수적(附隨的)으로 명령, 규칙의 위헌판단을 한 것이다. 물론 주문에는 상고기각의 선고만 있을 뿐 판단대상이 된 명령이나 규칙의 위헌무효를 선고하고 있지는 아니하다. 그러나 무효가 가지는 일반적 효력에 비추어 대법원이 위헌판단을 하면서 적용을 거부한다는 취지의 판시가 없는 이상 대법원은 부수적 판단을 하면서 위헌무효의 일반적 효력을 인정한 것이라고 이해할 수 있을 소지도 남기고 있다. 어쨌든 위 판례들을 볼 때 대법원은 명령, 규칙의 위헌심사가 어떠한 성질과 구조를 가진 것인지에 대해 분명한 인식이 없이 위헌여부심사를 해온 것으로 보인다. 이러한 점은 이른바 제1공화국 헌법의 헌법위원회제도하에서 판단한 형식이 지금까지 유지되고 있는 점에서도 확인할 수 있다. 그 한 예의 판례를 보면 다음과 같다. 이 판결에서도 주문에서는 파기환송(破棄還送)만 선고하였다.

우리 헌법 제12조는 모든 국민은 신앙과 양심의 자유를 가진다 라고 규정하여 있으므로 이와 전시(前示) 사찰령시행규칙(寺刹令施行規則) 제2조

제2항과의 관계를 검토하여 전자의 규정이 우(右) 헌법이 보장한 신앙의 자유권의 규정에 저촉되는 여부를 결정하여야 한다고 할 것이다. 우리 헌법상의 신앙의 자유보장에 관한 규정은 법률로서도 이를 제한할 수 없는 것임은 헌법 제12조의 규정해석상 자명한 것인 바, 신앙자유 불가결의 요소로서 신앙단체의 결사자유를 내포하고 있다고 할 것이요, 그 단체의 주요구성원의 선정에 관한 자유도 그 단체자체가 보유할 것이므로 법령으로써 이를 제한할 수 없다고 해석함이 정당하다고 아니할 수 없다. 그러므로 주지(住持)의 취임에 지방장관(도지사)의 인가(認可)를 요건으로 하는 사찰령시행규칙 제 2 조 제 2 항의 규정은 헌법 제12조 소정(所定) 신앙의 자유보장에 관한 규정에 저촉되는 것으로 헌법 제100조의 규정에 비추어 헌법의 공포·실시와 동시에 무효로 되었다고 인정한다.²⁵⁾

1985. 10. 1. 현행의 행정소송법이 시행된 이래 1992. 2. 현재까지 대법원은 약 7건 정도를 총무처장관에게 통보하여 관보에 게재하게 하였다. 대부분 전원합의체판결이다. 1988. 2. 25. 부터 시행된 현행 법원조직법 제 7 조 제 1 항에 의하면 명령, 규칙의 헌법위반 또는 법률위반의 대법원 재판은 전원합의체에서 행하도록 되어 있다. 관보게재의 절차는 법원행정처장이 총무처장관에게 당해 판결서사본(判決書寫本)을 첨부하여 통보하고 총무처장관은 이 판결서사본의 내용을 그대로 관보에 게재한다.

Ⅲ. 法規範의 違憲審判節次의 二元化와 그 問題狀況

1. 法效力體系상의 不整合

25) 대법원 1956. 4. 20.-刑上 제1호 [大] 4-1-2, 15면 이하(특히 21면 이하).

부수적 위헌심사의 구조에서는 가령 법원이 재판의 전제가 된 명령이나 규칙의 효력에 있어 위헌이라고 판단하더라도 적용이 거부되기 때문에 문제의 명령이나 규칙은 당해 사건에서만 적용이 되지 아니할 뿐 일반적으로는 여전히 효력을 가진다. 따라서 국민의 일반적인 법생활에서는 여전히 행위규범으로 작용을 한다.

한편 실정법의 단계구조를 보면 명령과 규칙의 효력근거(效力根據)는 법률과 헌법이 되고, 이때 그 모법이 되는 법률이 구체적 규범통제절차에서 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고되어 효력을 상실하고 폐지되는 경우에는 이를 근거로 한 명령이나 규칙 역시 효력을 상실하는 것이 실정법의 체계상 합당하다. 그러나 현행법의 규정하에서는 명령, 규칙에 대한 위헌심사가 부수적 심사의 구조를 가지고 있으므로 명령이나 규칙의 모법이 되는 법률이 헌법재판소의 위헌심판에 의하여 효력을 상실하는 경우에도 그 법률을 구체화시키고 집행하는 명령이나 규칙은 그대로 존속을 하게 된다. 모법규정이 효력을 상실한 상태에서 그 하위법의 규정이 효력을 그대로 지니고 있는 것인 실정법체계내에서 단연 모순적인 현상이라고 하지 않을 수 없다. 바로 이러한 모순이 헌법 제107조 제 2 항이 안고 있는 큰 문제중의 하나가 바로 이러한 모순, 즉 규범체계(規範體系)의 부정합현상(不整合現象)이다.

2. 憲法解釋의 不統一

부수적 위헌심사의 경우에는 각급(各級) 법원이 모두 이러한 권한을 가지고 있기 때문에 같은 명령이나 규칙에 대하여 법원마다 구구한 판단을 하게 된다. 법원에 따라 같은 명령이나 규칙에 대하여 위

헌이라 판단하기도 하고 합헌이라고 판단하기도 한다. 이러한 경우에는 명령이나 규칙의 효력에 대하여 국가의 유권적 기관(有權的機關)의 판단이 모순을 보이고 있을 뿐만 아니라, 명령이나 규칙의 위헌심사에서는 반드시 헌법의 해석이 따르기 때문에 동일한 헌법조항의 해석에 있어서도 법원마다 구구한 해석을 하고 있는 현상을 야기하게 된다. 이러한 하급심(下級審)사이에서 보이는 명령이나 규칙의 효력과 헌법해석(憲法解釋)사이에서 보이는 명령이나 규칙의 효력과 헌법해석(憲法解釋)의 불통일현상(不統一現象)은 결국 하급심으로 하여금 대법원의 판단에 기속하도록 하여 동일성을 추구할 수밖에 없으나(물론 이 문제도 앞에서 지적했듯이 법원조직법 제8조의 해석상 수월하게 해결될 수 있는 것은 아니다), 상고절차(上告節次)에도 진행됨이 없이 하급심에서 확정이 될 경우에는 전국 법원에 구구한 견해가 산재(散在)한 채로 존재하게 된다. 또 대법원의 판단이 있는 경우에도 명령이나 규칙의 위헌판단을 하면서 해석한 헌법조항의 해석이 이미 존재하고 있는 헌법재판소의 해석과 합치하면 모르되 그러하지 아니한 때에는 국가의 최고기관끼리 헌법의 유권적 해석(有權的解釋)에서 서로 다른 견해를 취하는 혼란을 보이게 된다. 명령, 규칙의 위헌심사에서 특정의 헌법조항에 대하여 대법원이 해석한 이후 비로소 헌법재판소의 위헌법률심판절차에서 그 헌법조항의 해석이 문제가 되고 헌법재판소가 종전의 명령, 규칙에 대한 위헌심사의 효력이 어떠한지 하는 문제가 문제로 되지 않을 수 없다. 이때 대법원의 판단이 여전히 유효하다고 하면 역시 헌법해석에서 혼란이 생기게 된다. 이러한 상태는 헌법이 생활규범으로 작동하는 국민의 헌법생활에 큰 혼란을 불러올 뿐만 아니라 헌법을 구체화시키고 실현시키는 다른 국가기관의 정책결정에 엄청난 차질을 가져오게 한다. 법

질서의 위기라고 하지 아니할 수 없다.

IV. 解決方案

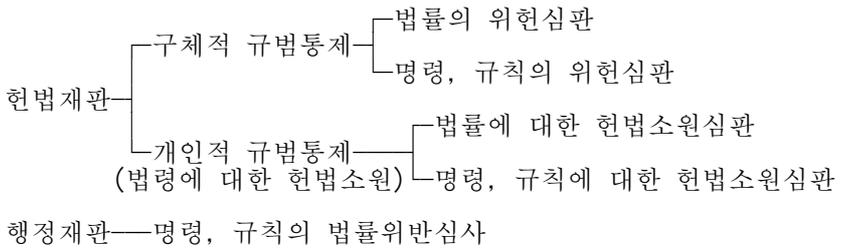
1. 第1方案：法規範의 違憲審判節次의 一元化

위에서 살펴본 바와 같은, 현행법상의 법규범의 위헌심판절차의 이원화에 따른 모든 문제는 법규범의 위헌심판절차를 일원화시키면 일거에 명쾌하게 해결이 된다. 명령, 규칙에 대한 위헌여부심판도 헌법재판소로 하여금 행하도록 하는 방법이다. 법률, 명령, 규칙이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원으로 하여금 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하게 하는 방법이다. 이때에는 대부분 법률과 함께 명령·규칙의 위헌여부심판을 동시에 제청하게 된다. 이렇게 되면 명령이나 규칙이 헌법에 위반되느냐의 여부는 그것들이 재판의 전제가 되는 경우에는 모두 헌법재판소가 심판하게 되고, 법원은 단지 명령이나 규칙이 법률에 위반되느냐의 여부만 문제가 될 때(이러한 경우는 앞에서 보았듯이 매우 한정적으로만 발생하게 될 것이다) 본안판단에서 부수하여 판단하게 된다.

그리고 헌법재판소가 명령이나 규칙에 대한 위헌심판권을 가지는 때에는 법률에 대한 구체적 규범통제절차에서도 직권(職權)으로 그 법률을 구체화시키는 명령이나 규칙의 위헌여부를 함께 심판하도록 하는 것이 필요하다. 법률의 위헌여부심판을 제청하는 때에는 대부분 그 법률을 구체화시키고 있는 명령이나 규칙의 위헌여부심판도

함께 제청할 것으로 예상되지만, 법률의 위헌여부심판만을 제청하여 헌법재판소가 위헌을 선고하는 경우 그 법률을 구체화시키고 있는 명령이나 규칙이 있는 때에는 이것들도 역시 위헌이 될 것이기 때문에 이때에는 법률과 함께 명령, 규칙을 동시에 위헌으로 선고하여 모두 그 효력을 상실시켜야만 헌법을 정점으로 하는 실정법질서(實定法秩序)의 통일을 달성할 수 있다. 같은 법리에 의하여 명령, 규칙이 위헌임을 결정하는 경우에도 그 모법이 동시에 위헌인 경우와 같이 필요한 경우에는 헌법재판소가 직권으로 그 법률의 위헌을 선고할 수 있게 하여야 한다. 지금까지의 논의를 도표로 나타내보면 아래와 같다.

<도표 1> 《법규범의 위헌심판과 위법심사의 체계》



<도표 2> 《현행제도와 개선후의 차이점》

	현 행		개 선 후	
	헌법위반	법률위반	헌법위반	법률위반
관 할	일 반 법 원	일 반 법 원	헌법재판소	일 반 법 원
판단형식	부수적 심사	부수적 심사	독립적심판	부수적 심사
주문선고	불 필 요	불 필 요	필 요	불 필 요

일반법원과 따로 헌법재판소를 두고 헌법재판을 행하는 나라에서는 규범통제의 경우 법률 이외에 실제 기능상 법률과 진배없는 법규나 명령, 규칙 등도 당연히 그 위헌여부의 심판은 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 우리나라 헌법재판제도가 모델로 삼고 있는 오스트리아나 독일의 경우가 그러할 뿐 아니라 헌법재판소제도(憲法裁判所制度)를 운용하고 있는 스페인, 이탈리아, 포르투갈 역시 마찬가지이다. 독일은 추상적 규범통제절차(抽象的 規範統制 abstrakte Normenkontrolle)에서도 명령, 규칙의 위헌여부심판을 연방헌법재판소의 관할로 하고 있을 뿐 아니라,²⁶⁾ 구체적 규범통제절차에서도 마찬가지이고,²⁷⁾ 오스트리아의 연방헌법(Bundesverfassungsgesetz)은 명령(Verordnung)의 위법성(Gesetzwidrigkeit)을 헌법재판소가 심판하도록 하고 있는데(제139조 제1항, 제2항), 이러한 심판은 명령이 상위의 모든 법규정에 합치하는지를 심판하는 것을 말하기 때문에 이러한 헌법재판소의 관할에는 헌법위반(verfassungswidrig)여부의 심판이 포함됨은 물론 명령의 제정·공포에 관한 권한을 가진 기관에 의해 제정·공포된 것인지와 그 제정·공포의 절차규정에 합치하는 것인지의 여부도 헌법재판소가 심판한다.²⁸⁾ 연방헌법 제139조 제 1 항에 의하면 이러한 규범통제는 추상적 규범통제의 방법과 구체적 규범통제의 방법에 의해 이루어지고 있고, 명령에 대한 헌법소원심판절차도 인정된다. 스페인의 경우도 헌법(Constitución Española 1978) 제161조

26) Ch. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht 3. Aufl.(München : C. H. Beck, 1991), 123면 이하 참조.

27) Ch. Pestalozza(註 26), 206면 이하 참조.

28) R. Walter / H. Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts 6. Aufl. (Wien : Manz, 1988), 363면 이하 ; L. K. Adamovich / B.-Ch. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht(Wien / New York : Springer, 1985), 341면.

제1항 a호에서 규범통제절차에서 법률뿐만 아니라 법률적 효력을 가지는 명령, 규칙 등의 위헌여부심판을 통합하고 있는데, 명령, 규칙의 위헌여부심판을 추상적 규범통제절차에서도 하고 있다고(헌법재판소법 제31조, 제32조), 구체적인 규범통제절차에서도 하고 있다(같은법 제35조). 이탈리아의 경우는 명령규범에서 여러 형태의 명령을 가지고 규율하고 있는 독특한 실정법구조를 가지고 있는데, 헌법(Constituzione della Repubblica Italiana 1947) 제134조에 의하면 이 경우에도 그러한 명령의 위헌심판은 헌법재판소의 구체적 규범통제절차(헌법재판소법 제23조)에서 행해진다. 추상적 규범통제제도와 구체적 규범통제제도 이외에 사전적 규범통제제도를 함께 채택하고 있는 포르투갈에서도 헌법(Constituição da República Portuguesa 1982)은 헌법재판소에서 법률, 조약과 함께 명령의 위헌여부(inconstitucionalidade)와 위법여부(ilegalidade)를 심판하도록 규정하고 있다(헌법 제277조, 제280조, 제281조).

이러한 입법례를 현재 우리나라의 명령, 규칙의 위헌심판제도가 지닌 문제해결의 한 지침으로 삼는 것은 오스트리아, 독일, 스페인 등이 헌법재판제도를 우리보다 먼저 실시하고 성공시킨 나라이기 때문에 무조건 그를 따라가야 한다는 것을 주장하고자 하는 것이 아니라(오랫동안 우리 사회에 만연되어온 ‘외국 콤플렉스’의 병적인 현상이 빚어온 폐단을 주목하라), 이러한 나라들의 그러한 제도가 헌법원리나 헌법소송론적으로 타당하고 우리의 법질서나 헌법재판구조상으로도 그러한 제도와 같은 구조의 제도를 채택함에 있어 아무런 문제가 없기 때문이다.

이렇게 법규범의 위헌심판절차를 일원화하기로 헌법을 개정하는 때에는 입법체계상 헌법 제107조 제 2 항은 규정형식을 변경할 필요가 있다. 앞으로 보았듯이 행정재판을 일반 법원의 관할임을 분

명히 해두고자 하는 때에는 헌법 제101조 제 1 항에 그 사항을 명문화하면 되기 때문에 헌법 제107조 제 2 항은 자연스럽게 삭제될 수밖에 없는 운명에 처해 있는 조항이라고 아니할 수 없다. 행정상의 명령, 규칙이 상위의 법률이나 명령에 위반되느냐의 여부를 판단하는 것은 법원의 행정재판권에 당연히 포함되는 것이기 때문에 이 점에 관한 규정을 헌법에 다시 명문화할 필요는 없고 법원의 행정재판권을 규정한 헌법 제101조 제 1 항을 근거로 하여 행정소송법에 규정하는 것으로 충분하다.

2. 第2方案：行政訴訟節次의 補完

위에서 본 제1의 방안은 현재의 문제점을 명확하고도 확실하게 해결해주는 것이다. 따라서 이러한 방안이외의 것을 따로 생각할 필요가 없다. 그러나 여기에는 헌법의 개정이 뒤따라야 하기 때문에 지금 당장 행정소송에서 어떻게 할 것이냐가 하는 문제를 해결해주지는 못한다. 물론 현재 헌법 제107조 제 2 항의 명령, 규칙의 위헌여부심판제도에는 위에서 본 이러한 문제가 있기 때문에 법원이 명령, 규칙의 위헌판단의 일반적 효력을 인정하는 듯한 선고를 자제를 하는 방법도 있지만, 실제로 재판에서 쟁점으로 제기되면 법원의 자제만으로 이 문제가 해결되는 것은 아니고 법원이 판단하여야 하는 경우에는 자제할 수도 없다. 현재의 제도를 부수적 심사제도로 운용하는 경우에도 분명히 해두어야 할 것은 일반적 효력상 실이나 적용거부냐를 명백히 하여야 할 필요가 있다는 점과 명령, 규칙의 위헌판단이 적용거부를 의미한다고 하는 경우에도 실제로 그러한 적용거부의 효력을 있게 할 아무런 근거가 없기 때문에 최소한 이에 관한 근거규정은 실정법에 명문으로 두어야 한다는 점이

다. 법원이 재판에서 명령, 규칙의 적용거부라는 판단을 하는 경우에도 법원의 재판 그 자체에 의하여 그러한 적용거부의 효력은 나오지 아니하기 때문이다. 그러나 이러한 방법은 어디까지나 헌법을 개정하여 현재의 헌법 제107조 제 2 항이 안고 있는 문제를 해결할 때까지 강구해보는 잠정적인 방안에 지나지 않는 매우 궁색한 방안이라는 점을 명심할 필요가 있다.

V. 結 論

우리 헌법사를 돌이켜 보면, 규범통제제도를 채택할 당시부터 법원은 규범통제에 관한 권한을 법원이 가져야 한다는 의견을 가졌는 것으로 보인다. 그래서 제헌헌법을 제정할 당시에도 미합중국의 예를 들어 우리의 대법원과 미합중국의 연방대심원(U.S. Supreme Court)을 동일한 것으로 주장한 법원은 그 당시 오스트리아, 독일 등의 헌법재판소제도(憲法裁判所制度)와 프랑스의 헌법위원회제도(憲法委員會制度)를 모범으로 하여 규범통제권을 독립한 국가기관에서 따로이 행사하도록 하자는 의견에 반대하였다.²⁹⁾ 이러한 논의에 관하여는 당시 법원 판사의 일반적 정서와 지식의 수준, 친일 세력의 생존논리, 의회에 대한 법원의 태도 등 法史學的으로 밝혀져야 할 부분들이 아직 많이 남아 있지만, 어쨌든 우리의 헌법사(憲法史)에서도 미합중국의 헌법제도를 흉내낸 시기는 미합중국의 제

29) 헌법의 제정과정에서 법원의 견해는 당시 판사였던 鄭潤煥, 張暉根, 李相基 등을 통하여 제시된 것으로 보인다. 俞鎮午(註 11), 38면, 41면 이하 참조. 당시 俞鎮午 박사는 미합중국의 '司法的 違憲審查制度'의 채택을 완강히 거부하고 '憲法委員會制度'를 구상하였는데, 그는 그 이유로 미합중국의 헌법제도에 대한 회의, 한국에서 미합중국제도의 도입이 가지는 부적합, 당시 우리나라 법원관계자들의 공법학지식의 결여 등을 고려하였다고 밝힌 적이 있다. 俞鎮午(註 11), 41면 이하 참조.

도를 수입한 여러 나라가 그러했듯이 실패하였다. 우리의 헌법재판 제도는 5·16군사쿠데타의 세력이 등장하면서 만든 1962년 헌법(이른바 제 3 공화국헌법)의 경우를 제외하고는 제헌헌법 이래 독립한 국가기관이 헌법재판권을 행사하는 제도로 발전되어 지금의 헌법재판제도에까지 이르게 되었다.

헌법사적으로 보면 현재의 명령·규칙에 대한 위헌심사제도는 유진오(兪鎭午)의 「헌법위원회제도(憲法委員會制度)의 구상」에 따라 당시 헌법위원회에는 법률에 대한 위헌심사권을 부여하고 법원에는 행정상의 명령, 규칙에 대한 위헌심사권을 부여하는 도구에서 생겨난 것인데, 더 정확히 말하자면 행정재판에 대한 「영미식제도」의 구상에서 비롯되었다. 당시 서울대학교 교수이면서 ‘헌법급정부조직법 기초전문위원’(憲法及政府組織法 起草專門委員)의 한 사람으로 헌법제정작업에 참여하고 있었던 유진오는 제헌헌법(制憲憲法)의 초안을 만들 당시 행정재판제도에서 유럽식의 이른바 ‘행정국가형’(行政國家型)이 아닌 영미식의 이른바 ‘사법국가형’(司法國家型)을 도입하였는데, 그는 명령·규칙의 위헌심사도 명령·규칙의 법률위반심사와 같이 행정재판의 관할사항으로 뭉뚱그려 이해한 것으로 보인다. 유진오가 헌법 제정 당시와 후일에 행정재판제도와 헌법재판제도에 관하여 스스로 밝힌 다음의 내용을 보면 그러한 점을 발견할 수 있다.

제80조에서 주목할 점은 80조 1항은(대법원은 법률의 정하는 바에 의하여 명령, 규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다—필자 첨가 부분) 행정소송에 대하여 대륙식 특별재판소제(特別裁判所制)를 취하지 않고 「영미식제도」를 취해본 것입니다. 종래의 불판서라든가 이러한 구라과대륙에서는 행정권의 처분에 관해서 그 불법을

주장하는 사람이 있다고 하더라도 보통재판소(普通裁判所)에 소송을 제기하지 못하는 행정재판소(行政裁判所)라는 특별한 제도를 통해서만 할 수 있게 되어 있던 것입니다. 그러나 이렇게 행정권의 처분에 관한 소송을 행정권 자신에게 맡기는 것은 국민의 자유와 권리를 보장하는 의미에 있어서 적당치 아니하다고 해서 법률의 정하는 바에 의하여 명령 규칙 처분 그런 것이 헌법과 법률에 위반되는 경우에는 보통재판소에다가 소송을 제기할 수 있다고 이렇게 한 것입니다.³⁰⁾

한 걸음 더 나아가서 국회에서 제정된 법률이 헌법에 위반되는 경우에는 어떻게 하느냐하는 이 문제에 관해서는 우리는 제80조 2항에서 헌법위원회(憲法委員會)라는 한 새로운 제도를 생각했습니다. 종래의 각국제도를 보면 미국에서는 법률이 헌법에 위반되느냐 안 되느냐 하는 것을 판단하는 권리는 재판소가-다만 반대로 대륙계통 및 일본 같은 데서는 법률이 헌법에 위반되는 여부는 오로지 국회가 스스로 판단하게 이렇게 되어 있던 것입니다. 국회에서 헌법에 위반되지 않는다는 인정을 받아서 제정된 법률은 의례히 헌법에 합치되는 것이라고 이러한 해석을 받아 왔던 것입니다. 그런 고로 하나는 사법권우월주의(司法權優越主義)라고 할 수 있고 하나는 국회의 우월주의라고 할 수가 있겠습니다. 그러나 우리 조선에서는 법률이 헌법에 위반되느냐 안 되느냐 하는 문제를 제기할 권한을 재판소에 주었습니다. 그러나 문제를 제기하기만 했지 과연 그것이 헌법에 위반된다 안 된다 하는 판단은 재판소에 주지 아니하고 대법관 5인과 국회의원 5인으로써 구성되는 헌법위원회에서 이것을 결정하게 한 것입니다. 이 새 제도가 잘 운용되어서 우리나라가 훌륭한 법제국가(法制國家)의 성과를 올리기를 우리는 기대하는 바입니다.³¹⁾

30) 國會圖書館(註 13), 108면 이하.

31) 國會圖書館(註 13), 109면. 유진오가 헌법위원회라는 명칭을 생각한 것은 프랑스의 '헌법위원회'에서 암시를 받은 것으로 보인다. 그러나 당시 유진오는 그가 내용상으로 구상한 제헌헌법의 헌법위원회는 다른 나라에서는 유례를 찾아볼 수 없는 독특한 제도였고, 프랑스의 헌법위원회와는 명칭만 암시를 받았을 뿐 전혀 다른 성질의 것이라고 분명히 인식을 하였다. 俞鎮午, 『憲法の基礎理論』(서울: 明世堂, 1950), 113면; 俞鎮午, 『憲法解義』(一潮閣,

내가 법률의 위헌심사권을 미국식으로 법원에 주지 않고 헌법위원회라는 새로운 제도를 구상한 데는 몇 가지의 이유가 있었다…(중략)…대략 이러한 이유로 나는 대륙제국(大陸諸國)의 「헌법재판소」 제도와 전후의 불란서 제3공화국의 「헌법위원회」 제도 등을 참작하여 미국식제도와 불란서식제도의 절충이라고 볼 수 있는 헌법위원회를 구상하였던 것³²⁾

이러한 유진오의 구상에서는 행정재판의 법리와 헌법재판의 법리가 명백히 구별되지 못한 잘못이 발견된다. 유진오가 구상했던 것과 같이 미합중국식의 사법심사제도를 배척하면서 동시에 행정소송에서는 영미식을 채택하는 경우에는 명령·규칙의 위헌심사와 법률위반심사를 나누어 명령·규칙의 위헌심사는 행정소송에서 분리시켜 헌법위원회의 관할로 했어야 옳았다. 법률의 위헌심사제도를 미합중국식의 사법심사제도로 하고 행정소송을 영미식의 사법국가형으로 하는 경우에는 명령·규칙의 위헌심사를 법원의 관할로 할 수 있지만, 이미 규범의 위헌판단을 법원과는 별개의 독립된 국가기관에서 행하는 경우에는 명령·규칙의 위헌여부도 법률의 위헌심판을 하는 국가기관에서 하는 것이 헌법재판의 법리에 비추어 보아 체계적으로 합당하기 때문이다.³³⁾ 이미 행정재판과 헌법재판을 각기 다

1954), 249면 참조.

32) 俞鎮午(註 11), 41면, 43면.

33) 앞서 본 내용(註 6)과 같이 현재의 헌법 제107조 제 2 항의 처분의 위헌·위법심사에 관한 부분을 법원이 행정재판의 관할권을 가지는 사항을 정한 것이라고 이해하는 견해는 이러한 헌법 제정과정에서 그 조항을 행정재판의 관할권 규정으로 이해한 俞鎮午의 설명에 영향을 받은 것으로 보인다. 이 부분에 관한 이러한 설명은 제헌 헌법 이래 지금까지 줄곧 있어온 것이다. 예컨대, 俞鎮午, 『憲法の基礎理論』(註 31), 112면; 俞鎮午, 『憲法解義』(註 31), 247면 이하; 朴一慶, 『維新憲法』(서울: 博英社, 1973), 394면 이하; 朴一慶, 『第5共和國憲法』(서울: 一明社, 1980), 404면; 丘秉朔, 『憲法學 II』(서울: 博英社, 1983), 961면 이하 참조.

른 법리에 따라 제도화하면서 명령이나 규칙이 행정작용(행정상 입법)이라는 점만 고려하여 만연히 명령·규칙의 위헌심사를 행정소송의 관할기관인 일반법원의 권한으로 한 것은 명백히 잘못된 것이다.

지금까지 살펴본 모든 논의를 진지하게 고려한다면 지금의 제도의 개선방안은 무리 없이 도출된다. 헌법재판소의 헌법재판과 일반법원의 행정재판이 관할상 나누어져 있는 현행의 헌법체제하에서는 「명령·규칙의 헌법위반여부의 심판」과 「명령·규칙의 법률위반여부의 심사」를 분리하여, 전자는 헌법재판인 구체적 규범통제절차에 통합시키고 후자만 행정소송절차에 포함시켜 일반법원의 관할로 하는 방법이 그것이다. 따라서 위의 제 1 방안이 가장 바람직하고 분명한 개선 방안이다. 제 2 방안은 어디까지나 잠정적이고 단기적인 미봉책으로 제시해 본 것이다. 헌법개정시에는 반드시 제1의 방안으로 개정하도록 해야 할 것이다.

美國憲法上 權利章典의 適法節次法理

金 顯 哲

審判 三 課長

- 目 次 -

I. 序 言

II. 美國憲法上 權利章典

1. 美國憲法의 改正
2. 權利章典의 必要性 論爭
3. 權利章典의 內容

III. 適法節次의 法理

1. 意義 및 沿革
2. 修正 第14條 第1項
3. 媒介體로서의 機能
4. 實體的 適法節次
5. 本質的 公正性

IV. 우리 法文化에의 受容

1. 制憲憲法 制定까지
2. 現行憲法
3. 憲法裁判所의 判例

V. 結 言

I. 序 言

1987년에 美國의 헌법은 制定 200주년을 맞았다. 세계에서 가장 오래된 民主共和國인 미국의 헌법은 세계에서 가장 오래된 成文憲法이기도 하다. 美國憲法이 담고 있는 民主的 諸原則은 실로 많은 나라의 憲法制度에 영향을 주었을 뿐만 아니라, 제 2 차 세계대전 후의 世界人權宣言 등을 통하여 國際法 분야에도 많은 영향을 주었음은 주지의 사실이다.¹⁾ 1945년 해방 후 3년간 美國의 軍政을 경험하고 그 이후에도 政治·經濟·社會·文化 전 분야에 걸쳐 미국의 영향을 강하게 받아온 우리나라도 美國憲法에 의하여 많은 영향을 받은 法文化를 형성하게 되었다.

美國憲法の 特性 내지 基本精神으로 일찍이 우리나라의 헌법 학자들은 ① 聯邦主義 ② 民主主義 ③ 三權分立主義²⁾, 또는 ① 聯邦制度 ② 權力分立制度 ③ 人民主權³⁾을 들었거니와, 미국의 워싱턴 D. C. 소재 司法研究센터(Center for Judicial Studies)의 회장인 James McClellan 교수는 聯邦主義·權力分立·法の 支配가 미국헌법의 핵심이라고 한다.⁴⁾

立憲的 民主國家들이 정도의 차이는 있더라도 모두 위와 같은 미국의 憲法理論의 영향을 받고 있다고 말할 수 있으나 그 중에서도 특히 基本權의 분야가 더욱 그러하다고 할 수 있는데, 아마도 이는 미국의 법원이 해마다 실로 엄청난 양의 基本權判例를 쏟아내고 있

1) 李相敦, 美國의 憲法制度가 우리나라의 憲法發展에 미친 영향, 公法研究, 1986, p.50.

2) 朴銀河, 美國憲法大意, 1954, p.7-10.

3) 文鴻柱, 美國憲法論, 1956, p. 19.

4) McClellan, J., Liberty, Order and Justice (1989). 변정일(옮김), 『자유, 질서 그리고 정의』, 1992, p.246.

으며 또한 基本權의 법리는 政府構造와는 달리 상당한 普遍妥當性을 갖고 있기 때문일 것이다.⁵⁾

따라서 本稿에서는 美國憲法의 내용 중 基本的人權保障 규정에 초점을 맞추어 특히 미국헌법상 權利章典과 適法節次의 法理에 대한 이해와 이들의 우리 法文化(헌법을 중심으로)에의 受容을 살펴 보고자 한다.

II. 美國憲法上 權利章典

1. 美國憲法の 改正

미합중국 헌법제정 당시의 政治理念은 獨立宣言에 있는 革命權이 당연히 人民에게 있다고 믿었으나 이 혁명권의 행사는 특별한 경우에 국가의 基本組織을 변혁할 필요가 있을 때에만 사용할 수 있는 것이라고 생각하였다.⁶⁾ 그렇지 않은 경우에는 憲法改正의 절차를 통해 특정條項을 개정하는 것이 타당한 방법이며 이와 같은 이유로 美國憲法은 改正에 관한 조항을 규정하였는바 憲法 제 5 조가 그것이다.

즉, 美合衆國憲法 제 5 조(本文)는, 『合衆國議會는 兩院에서 각 2/3이상으로 필요하다고 인정할 때에는 이 헌법의 개정을 發議할 수 있고, 또 2/3이상의 各州 입법부의 요구가 있을 때에는 同改正을 발의하기 위하여 憲法會議을 소집하여야 한다. 어느 경우에 있어서도 그 개정은 合衆國議會가 選定하여야 할 批准의 두 방법中的의 하

5) 이상돈, 전계논문, p. 50.

6) 문홍주, 전게서, p. 30.

나에 따라 各州의 3/4의 입법부에 의하여 비준되든가 또는 各州의 3/4의 헌법회의에 의하여 비준되어야 한다. 이렇게 비준된 개정안은 모든 의미와 목적에 있어 이 헌법의 일부로서 효력을 갖는다』고 규정하고 있다.

2. 權利章典의 必要性 論爭

1787. 5. 필라델피아에서 소집된 憲法制定會議에서 버지니아州의 George Mason은 매사추세츠州의 Elbridge Gerry와 함께 ‘權利의 宣言’을 草案할 위원회를 구성하자는 제의를 하였으나 그 제안은 거부되었다. 왜냐하면 權利章典이 不必要하다는 信念이 널리 퍼져 있었기 때문이었다. 즉, 연방 정부는 위임되고 명시된 권한만을 가진 정부여야 하므로 言論·宗教의 自由 등과 같은 일에 개입할 권한이 없으며 연방정부가 그러한 권한을 갖지 못한다고 선언하는 것은 헌법 속에 이미 내포된 것을 표명하는 것에 불과한 하나의 蛇足이 될 뿐이었다. 뉴욕州의 Alexander Hamilton을 비롯한 聯邦主義者들이 이러한 견해를 갖고 있었다. 그러나 Thomas Jefferson(당시 프랑스 주재 公使)을 비롯한 反聯邦主義者들은 집요하게 權利章典이 필수적이라는 입장을 고수하였다. 그리하여 우리가 권리장전이라고 부르는 최초의 10개 修正條項들이 1789년 의회에 의해 그 첫 회기에 발의되었고 各州 3/4의 입법부의 비준을 받아 1791. 12. 15. 헌법의 일부가 되었다. 이러한 修正案들은 市民權의 보호뿐만 아니라 聯邦權限의 축소를 위하여 시도되었고⁷⁾ 이러한 이유로 권리장전은 議會(연방정부)에만 적용되었고 州에는 제외되었다.⁸⁾

7) 맥클렐런, 전제서, p.275.

8) 그러나 그후 1868. 7. 28. 효력이 발생한 수정제14조에 의하여 各州도 권리장전의 적용을 받

역사적 관점에서 고찰하여 보면 권리장전의 목적은 두 가지이다.⁹⁾ 즉 ① 연방정부가 市民의 自由를 침해하지 않을 것이라는 점을 각 개인에게 확신시켜 주고 ② 연방정부는 州와 그 주민 사이의 市民의 自由權에 관한 분쟁에 대하여 재판권을 행사하지 않는다는 점을 州에게 확신시켜 주는 것이다.

3. 權利章典의 內容¹⁰⁾

가. 修正제1조 (宗敎의 自由, 言論·出版·請願의 自由)

『미합중국 의회는 종교를 수립하거나 자유로운 종교행사를 금지하거나 언론 출판의 자유, 평화로운 집회와 불만을 시정하기 위해 정부에 청원하는 국민의 권리를 침해하는 법률을 제정할 수 없다』.

수정헌법 제 1 조의 첫 부분은 이른바 ‘國敎條項’의 목적은 두 가지였다. 즉 ① 의회가 국민에게 國敎를 강요하는 것을 금하는 것과 ② 의회(그리고 일반적으로 연방정부)가 各州에 존재하는 교회와 州간의 관계에 간섭하는 것을 금하는 것이었다. 그래서 ‘國敎條項’은 ‘자유로운 宗敎行事條項’으로 직접적으로 연결된다. 이는 의회가 한 종교 分派를 다른 종교 分派보다 선호하는 것을 금지함으로써 종교적 자유를 촉진하도록 하는 것이었다.

수정 제 1 조의 남은 부분은 언론·출판·집회·청원의 合理的 自由의 보장이다. 이것은 원하는 것은 무엇이든지 떠들고, 좋아하는

게 되었다.

9) 매클렐린, 전제서, p. 276.

10) 本章(II)의 이하는, 매클렐린의 전제서 p. 277-292에서 편집 요약한 것임.

모든 것을 출판하고, 어디서든지 언제든지 군중의 기호에 맞는 곳에 집단으로 모이거나, 폭력을 배경으로 의회나 공공기관에 청원서를 제출하는 절대적이며 완전한 자유를 보장하는 의미는 아니다. 헌법에서 이해되는 바의 市民的 自由는 질서 있는 자유이지 모든 충동에 탐닉할 수 있는 認可狀이 아니며 헌법 자체를 전복할 수 있는 인가장은 더욱이 아니기 때문이다.

나. 修正제2조 (무기를 소지할 권리)

『규율정연한 民兵은 자유국가의 방위에 필요하므로 무기를 소지·휴대하는 국민의 권리는 침해하지 못한다』.

오늘날은 ‘民兵’을 무장군대나 국민방위병으로 생각하는 경향이 있지만 민병의 본래 의미는 ‘武裝市民’이었다. 수정제12조의 목적 중의 하나는 의회가 州民兵을 무장해제시키는 것을 막는 것이었다. 이것은 아메리카 혁명의 경험에 의하여 직접적으로 영향을 받았다. 충돌의 초기 단계에서 미국인들은 영국 정규군과 맞서는데 민병에 의존했다. 各州가 자신의 민병을 유지하는 권리는 건국세대에 의하면 外國의 것이든 국내의 것이든 상비군이나 독재자들에 대한 결정적인 안전장치로 생각되었다.

수정 제 2 조는 또한 무기를 소지·휴대할 개인의 권리를 확인하고 있다. 물론 이 권리가 절대적인 것은 아니며 연방법원은 기관총이나 銃身이 짧은 산탄총 같은 특정 종류의 무기의 판매·소지·운송을 금지하는 연방법률들을 유효하다고 확인하여 왔다. 의회가 이 권리를 어느 정도 제한할 수 있는가는 연방법원이 그 한계를 정의하려 하지 않았기 때문에 매우 불명확한 문제이다.

다. 修正제3조 (軍隊의 宿營)

『平和時에 군대는 소유자의 동의 없이는 어떠한 가옥에도 숙영하지 못한다. 戰時에도 법률에 미리 규정된 방법에 의하지 아니하고는 숙영할 수 없다』.

의회가 평화시에 家屋主 허락없이, 전시에 적절한 권한 없이 개인 가옥에 군대를 숙영시키는 것을 금지하는 것은 독립전쟁 동안에 미국인 주택에 숙영했던 영국군에 대한 기억과 밀접한 관계가 있었다. 그것은 시민들을 군의 못된 행동으로부터 보호하려는 희망의 표시였다. 이 조항은 권리장전 중의 최소한의 바람을 규정한 것이고 연방대법원은 이 조항을 해석하거나 적용한 적이 없었다.

라. 修正제4조 (수색 · 체포 · 압수)

『부당한 수색과 체포 · 압수에 대하여 신체 · 가택 · 서류 · 재산을 보호받는 국민의 권리는 침해할 수 없다. 선서 또는 계약에 의해 진실이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있고 특히 수색할 장소와 피체포자나 압수될 물건을 기재하지 않고는 습狀을 발부할 수 없다』.

수색에 들어가기 전에 경찰은 治安判事 앞에 출두하여 수색을 해야만 하는 정당한 이유가 있다는 것을 선서하고 입증하여야 한다. 영장은 압수할 장소나 압수할 재산을 특정하여야 한다. 이러한 요청은 “모든 사람의 집은 그의 城이다” 라는 오래된 영국의 원칙을 美國化한 표현이다. 최근 수십년 동안에 법원들은 이 수정조항에 의한 보호를 확장하여 전자도청을 통해 녹음한 대화 같은 무형의 재산의 수색 · 압수에도 영장이 필요하다고 하였다.

마. 修正제5조 (개인의 자유)

『누구든지 대배심의 고발이나 공소제기가 없으면 사형에 해당하는 죄 기타 파렴치죄로 처벌을 받지 아니한다. 단, 육군이나 해군 또는 전이나 공공위험시에 현재 복무중인 민병대에서 발행한 사건은 예외로 한다. 누구든지 동일한 범죄로 재차 생명이나 신체의 위협을 받지 아니한다. 누구든지 어떤 형사사건에서도 자기에게 불리한 증언을 강요당하지 아니한다. 누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명 자유 재산을 박탈당하지 아니한다. 누구든지 정당한 보상 없이는 공공필요를 위해 사유재산을 수용 당하지 아니한다』 .

이 조항의 適法節次요청은 본래 집행방법에 관한 절차상의 권리였다. 만약 어떤 사람이 생명이나 자유나 재산을 박탈당한다면 그러한 박탈은 ‘적법절차’에 관한 보통법의 규범에 합치하여야만 한다. 수정 제5조는 다니엘 웹스터가 전에 말한 것처럼 “유죄판결을 하기 전에 진술을 듣고 심리절차를 진행하고” 정의의 기본원칙이 준수된 “심리 후에만 판결을 내릴” 것을 요구한다. 정당한 보상없이 공공필요를 위해 사유재산을 수용하는 것을 금지하는 것은 연방정부 권력의 주요 영역에 대한 제한이다. 연방법원들은 ‘수용은 직접적이어야’하며 사유재산 소유자들은 정부의 권한행사에 부수되는 간접침해를 보상받을 수 없다는 해석규칙을 적용해 왔다.

그러므로 법원은 借賃을 받을 수 있는 임대차의 한도를 정하는 임대차 통제제도들에 관하여 비록 그러한 제도들이 재산의 가치를 감소시키고 소유주의 임대소득을 박탈할지라도 수용이 아니라는 입장을 종종 취하여 왔다. 일반적으로 연방법원은 1937년이래 다른 시민적 권리에 대한 것만큼 재산권 보호의 정도를 넓혀 오지는 않

았다.

바. 修正제6조 (형사피고인의 권리)

『모든 형사소추에 있어 피고인은 범죄가 행하여진 州와 地區-地區는 법률로 미리 규정되어 있어야 한다—의 공정한 배심에 의하여 신속한 공개재판을 받을 권리, 피고사건의 성질과 이유를 고지 받을 권리, 불리한 증인과 對審할 권리, 자기에게 유리한 증인을 강제 절차로 확보할 수 있는 권리, 방어를 위해 변호인의 도움을 받을 권리가 있다』.

이와 같은 권리들은 영국과 미국에서의 오랜 관행으로부터 유래된 법률상의 관습이자 특권이다. 연방법원에 의한 이러한 권리의 확장은 많은 논란을 야기해 왔다. 예를 들면 변호인의 도움을 받을 권리는 재판시를 기준으로 하여 앞으로는 피고인이 혐의자로서 최초로 신문 받는 때로, 뒤로는 상소단계까지로 확대되어 왔다.

소위 묵비권(Miranda rule)에 따라 경찰은 혐의자를 신문하기 전에 혐의자에게 혐의자의 묵비권 권리들을 읽어주어야 한다. 혐의자가 그의 권리들을 포기한 때에만, 얻어진 어떤 진술이나 자백이 재판에서 그에게 불리하게 사용될 수 있다.

수정 제 6 조는 또한 형사재판은 신속해야 한다고 규정한다. 법원에 과도하게 누적된 사건들 때문에 오늘날 이 요청은 때때로 느슨하게 적용되고 있다. 그러나 어느 법률가가 이 문제에 언급한 것처럼 “지연된 正義는 부인된 정의다”.

사. 修正제7조 (민사사건의 배심제)

『보통법상의 소송에서 계정가액이 20달러를 넘으면 배심에 의한 심리를 받을 권리가 보장된다. 배심에 의해 심리된 사실은 보통법의 규정 이외에는 합중국의 어떠한 법원에서든 재심리 받지 아니한다』.

“계정가액이 20달러를 넘는”(1789년에는 오늘날보다 훨씬 가치 있는 금액임) 민사사건에서의 배심재판의 보장은 주로 여러 州의 헌법비준회의가 권유했기 때문에 포함되었다. 물론 이 보장은 연방사건에만 적용되며 포기될 수 있다. 이 수정조항의 기본목적은 사실을 인정하는 배심원과 법을 적용하는 법관을 분리시키는 역사적 맥락을 지키고자 하는 것이었다. 이 조항은 ‘속성상 특별히 법률적인 권리와 배상’을 의미하는 보통법상의 사건들에만 적용되며 형평법이나 海事法상의 사건에는 적용되지 않는다.

아. 修正제8조 (保障과 잔인하고 비정상적인 형벌)

『과다한 보석금을 요구하거나 벌금을 부과하거나 잔혹하고 비정상적인 형벌을 가하면 안 된다』.

피고인이 정해진 시간에 법정에 출석하는 것을 보증하기 위해 법원이 정하는 保釋金은 어느 정도이면 ‘과도’한 것인가? 어떤 형벌이 ‘잔혹하고 비정상적’인가? 법원은 단지 피고인이 보석금을 낼 수 있다는 이유만으로 피고인을 석방할 필요는 없다. 법원은 예를 들면 피고인이 석방될 경우 공동체에 위험이 초래되거나 법원 관할구역 밖으로 도주할 것이 염려된다면 피고인을 계속 구금할 수 있다. 특정한 범죄에 통상 정해지는 것보다 많은 액수의 보석금은 정당한 사유가 있어야 한다.

잔혹하고 비정상적인 형벌의 경우, 1789년에는 공개 태형이 잔혹

하고 비정상적인 것으로 간주되지 않았으나 아마도 오늘날에는 잔혹하고 비정상적인 형벌로 간주될 것이다. 형벌이 범죄와 균형을 이루지 않는다면 잔혹하고 비정상적인 것으로 선언될 수 있을 것이다. 연방대법원은 死刑이 수정헌법 제8조에 의해 금지되지 않는다고 해석하여 왔다.

자. 修正제9조 (국민에 의해 보유된 권리들)

『헌법에 일정한 권리들을 열거하는 것이 국민이 보유한 다른 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다』

합중국 시민들이 향유하는 권리들이 최초의 여덟 수정조항들과 본래 헌법의 조문 속에 모두 열거되었는가? 만약 그렇다면 연방정부가 머지 않은 장래에 미국인 남녀들에 의해 소중히 보존되어온 다수의 관습·특권·옛 관행들이 전적으로 권리가 아니라는 이유로 무시될 수도 있지 않은가? 하나의 市民的 權利가 존재하기 위하여는 헌법에 명시적으로 成文化되어야만 하는가?

수정 제9조는 새 헌법 하에서 연방정부가 연방의 권리침해에 대해 명시적으로 보호되어 있지 않거나 州에 유보되어 있지 아니한 어떠한 권리에 대하여도 관할권을 가지게 될 것이기 때문에 국민의 자유를 짓밟을 권한을 가지게 될 것이라고 주장하는 反聯邦主義者들의 우려를 진정시키려고 입안되었다.

차. 修正제10조 (州에 의해 보유되는 권리)

『헌법에 의해 합중국에 위임되지 않거나 州에 금지되지 않은 권한은 各州나 국민에게 유보된다』 .

권리장전에서 이 마지막 수정조항은 아마도 헌법에 권리장전의 추가를 요구했던 여러 州憲法비준회의와 州立法府가 가장 열렬히 바랐던 것이었을 것이다. 전국적으로 새 헌법에 대한 기본적인 불만은 연방정부가 점차 그 권한을 확대하고 州정부들을 압박하리라는 두려움이었다. 수정 제10조는 그러한 불안을 없애려고 고안되었다.

수정조항에 그 권한들이 州와 그 州民들에게 유보되어 있다는 것은, 그 권한들이 원래의 상태로 남겨져 있다는 것을 의미함을 선언하는 것이다.

III. 適法節次의 法理

1. 意義 및 沿革

適法節次(due process of law)의 法理는 미국 憲政史에 있어서 인권보장을 위한 가장 중요한 헌법적 도구로 사용되어 왔는데 그 목표는 국가권력의 자의적인 행사로부터 개인의 “자유와 권리”를 보장하려는데 있다. 그러나 그 개념은 법원의 판례를 통하여 점진적으로 형성·확대되어 왔으므로 이를 포괄적으로 정의하는 것은 사실상 곤란하다.¹¹⁾ 아무튼 適法節次는 국가기관과 국민간의 충돌을 합리적인 適法節次를 통해 해결하는 法의 支配의 한 유형으로, 기본적인권의 보장을 위한 “自由와 正義의 基本原理”¹²⁾ 또는 “秩序화된 正義의 정수”¹³⁾라고 일컬어지고 있다. 특히 美國憲法史에 있어 適法節次의 保障은 그것이 갖는 時代的 變容성과 그 독특한 유

11) 尹明善, 實體的 適法節次의 法理, 月刊考試, 1991. 10. p. 29.

12) 윤명선, 전계논문, p.29.

13) 權寧高, 美國憲法上 適法節次의 法理와 그 展開, 美國憲法研究(제1호), 1990, p.147.

연성의 결과 이른바 全知全能한 “魔法의 箱子”에 비유되기까지 한다.¹⁴⁾

適法節次의 기원은 영국의 大憲章(Magna Charta, 1215)에서 비롯된다. John王은 諸侯들이 주장한 ‘봉건적 권리’를 승인하는 가운데 제39장에서 “國家의 法”(law of the land)에 의하지 아니하고는 체포·구금·법외방치 또는 추방당하지 않는다고 선언하였다. 여기에서는 適法節次라는 용어는 아직 사용되지 아니하였고, ‘國家의 法’이란 어휘가 사용되었다. 適法節次라는 용어가 최초로 사용된 것은 Edward 3세 때인 1354년의 法律¹⁵⁾에서였다. 아무튼 적법절차는 국가권력의 恣意的 行使를 배제함으로써 인권보장을 구현하기 위한 입헌주의 기본원리로서 안출되었다. 적법절차의 원칙은 식민지시대 미국의 各州의 憲法文書에서 여러 형태로 도입되었는바, 최초의 헌법인 1776년 버지니아憲法은 그 권리장전에서 적법절차에 관한 조항을 채택하였다. 한편 미국의 獨立宣言文은 개인의 “生命·自由 및 幸福追求의 불가양의 權利”를 선언하였지만 적법절차의 개념은 아직 도입되지 아니하였고, 1787년의 聯邦憲法도 적법절차와 관련이 있는 人身保護令狀, 소급입법금지, 私權剝奪禁止 등의 조항을 규정하고 있었지만 州憲法에 상응하는 權利章典을 채택하지는 못하였다.

그후 1791년에 채택된 權利章典 — 이른바 修正條項 — 제5조에서 “누구든지... 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·자유·재산을 박탈당하지 아니한다”고 규정함으로써 비로소 연방수준에서 적법절

14) 安京煥, 마법의 상자 適法節次條項, 司法行政, 1987. 9, p.98.

15) 동법은 제29장에서 “누구든지 그 지위나 환경을 묻지 않고 適法節次(due process of law)에 의한 심문을 받음이 없이는 토지나 가옥으로부터 축출당하거나 수용당하지 아니하며, 투옥·상속권의 박탈 또는 사형을 당하지 아니한다”고 선언하였다(윤명선, 전제논문 p.30에서 재인용).

차의 원리가 채택되었다. 그러나 이들 人權條項은 연방정부에 대해서만 적용되고 州정부에 대해서는 적용되지 아니하였기 때문에 명실공히 권리장전으로서의 기능을 다하지 못하였다. 그러다가 1868년에 修正 제14조를 채택, 연방헌법상의 인권조항이 州정부를 구속하게 됨으로써 “인권의 연방적 보장”을 실현하게 되었다. 즉 연방헌법상의 人權目錄은 수정 제14조(제 1 항)의 “適法節次” 조항을 매개로 州인민에 적용될 수 있는 길을 터놓은 것이다.

2. 修正제14조 제1항

『합중국에서 출생하거나 합중국의 통치권에 복종하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떤 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 실시할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며 그 통치권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다』.

5개항으로 이루어진 수정헌법 제14조 중 제 1 항이 오늘날 연방법원에서 시민권에 관한 소송의 가장 기본적인 사유가 되는 이른바 적법절차조항이다. 이 조항은 州가 국민의 생명, 자유, 재산을 탈취하는 것을 전적으로 금지하는 것이 아니다. 그것은 단지 이러한 권리들이 부정될 경우에 반드시 적법절차의 기준에 의하여야 한다고 규정한 것이다.

19세기말까지 연방대법원은 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 두 가지 방법으로 확대시켰다. 그 첫째는, 절차를 초월하여 實體와 재판의 실질적 결과를 직시하는 것이다. 소위 經濟的 自由의 否定

에 관련된 일련의 사건에서 연방대법원은 적법절차의 거부가 있었는지의 여부를 단지 절차상으로만 판단하지 않고 결과적으로 자유가 박탈되었는지의 여부에 의하여 결정하였다. 이러한 해석은 ‘實體的 適法節次論’(Substantive due process of law doctrine)이라고 불려지게 되었다. 둘째로, 적법절차의 요구는 당초에 고려된 것처럼 본질적으로 법원을 제한하여 공정한 재판을 확보하기 위해 고안되었다. 그러나 실제적 적법절차주의下에서 적법절차의 기준은 재판만이 아니라 州立法院과 地方政府의 권한을 제한하게끔 적용되었다. 그후 美國憲法史에 있어 연방대법원이 實體的 適法節次論을 州의 立法에 적용시켰던 사례는, 주어진 시대의 社會·經濟的 및 政治的 상황에 따라 또는 司法院 구성원의 政治哲學에 따라 그 적용의 강도 및 폭을 달리하면서 대체로 다음과 같은 과정을 겪었다고 한다.¹⁶⁾

- (1) 實體的 適法節次論의 대두(19세기말에서 1930년대까지)
- (2) 經濟規制 領域에 있어서의 실제적 적법절차론의 퇴조(1930년대 후반 이후)
- (3) 經濟規制 生活영역, 특히 私生活權의 보호를 위한 수단으로서의 실제적 적법절차론의 재등장(1960년대 중반)

이상에서 보듯이 수정 제14조를 근거로 하는 실제적 적법절차의 보장은 지금에 이르기까지 한번도 그 生命力을 상실한 적이 없었다. 비록 經濟規制 영역에서 실제적 적법절차론이 퇴색해가던 1937년 이후에도 실제적 적법절차의 보장은 연방헌법상 권리장전의 對州適用이라는 형태로(1925년의 *Gitlow v. New York* 判決¹⁷⁾ 이래

16) 권영철, 전제논문, p.156, 157.

17) 修正 제 1 조(언론·출판의 자유)가 관련된 *Gitlow* 사건에서 연방대법원은 이를 다음과 같이 표현하였다. “연방의회에 의한 제한으로부터 수정 제 1 조가 보호하는 언론 및 출판의 자유는 수정 제14조상의 적법절차조항이 주정부에 의한 制限立法으로부터 보호하는 기본적

로) 여전히 자유와 권리의 보장장치로서의 기능을 충실히 수행하였다.

요컨대 適法節次의 原則은 ① 원래 刑事節次上의 適正에 관한 문제에서 출발한 것이지만, ② 節次一般의 適正의 문제로 전개되었고, ③ 그 후 自由와 재산에 관련된 權力行使의 適正의 문제로 발전하였으며, ④ 다시 그 權限行使의 內容·方式·目的 등의 適正·合理性(恣意나 不合理性에 대칭되는 것)으로 발전하여, ⑤ 드디어 實體法的의 문제로까지 발전하게 되었다. ①~④가 節次的 適正問題라면, ⑤는 實體的 適正問題라고 할 수 있다.¹⁸⁾

3. 媒介體로서의 機能¹⁹⁾

1787년에 성립된 聯邦憲法은 제정 당시에는 권력구조에 관한 조항을 포함할 뿐 기본권에 관한 조항은 修正憲法 형식으로 추가되어 왔다. 1791년에 효력이 발효된 수정 제 1 조 내지 제10조는 表現의 自由 등 一團의 기본권을 法制化했다. 그런데 언론·출판의 자유, 종교의 자유 등을 규정한 수정 제 1 조의 경우와 같이 各州에 적용된다는 것을 분명히 明示한 조항도 있지만 대부분의 조항은 對州適用 여부를 명시하지 않아 後世의 분쟁의 소지를 남겼다. 남북전쟁의 결과로 憲法에 추가된 3개 조항 중의 하나가 수정 제14조인 바 그 적법절차조항은 특별히 州政府를 겨냥해서 제정된 것이다.

초기의 판례는 ‘권리장전’의 규정은 문언 자체가 명시하지 않는 한 주에 적용되지 않는다는 태도였다(Barron v. The Mayor of

인 개인의 권리 및 ‘自由’에 당연히 포함된다고 우리들은 생각한다.”

18) 權寧星, 헌법학개론, 1990. p. 270.

19) 안경환, 전개논문, p.56.

Baltimore, 7 Pet 243, 8 L. Ed. 672, 1833). 그러나 점차적으로 인권 조항은 기본적으로 聯邦은 물론 州에도 적용되어야 한다는 것이 수정제14조의 입법취지였다는 데에 意見의 합치를 보기 시작했다.

구체적인 논리는 수정제14조의 적법절차조항은 제정 당시에 권리장전을 ‘수용’(incorporate) 했다는 것인데 다만 그 수용의 범위에 관해서는 全面的 適用說, 個別的 適用說이 치열한 공방전을 벌였다.

가. 全面的 適用說 (total incorporation)

全面的 適用說은 수정제14조는 그 제정의 본래 목적이 국민의 신분자격(연방의 시민이냐 아니면 州의 시민이냐)에 관계없이 기본적인 권리의 주체로서의 확고한 지위를 부여함에 있으므로 권리장전의 모든 조항이 유보 없이 州에 적용된다는 입장으로 Hugo Black 判事(1937~1971 재직) 및 William Douglas 判事 (1939~1974 재직)가 주창한 이론이다.

나. 個別的 適用說 (selective incorporation)

이에 대해 個別的 適用說은 권리장전의 조항 중에서도 보다 중요한 조항들, 다시 말하면 “미국이 지향하는 자유민주주의질서의 유지에 본질적이고도 필수불가결한 권리”만이 州에 적용될 뿐이라는 주장으로 Felix Frankfurter 判事を 위시한 다수판사들의 입장이었다. 양측의 논쟁은 個別的 適用說의 승리로 끝났고, 그리하여 구체적으로 어떤 조항이 州에도 적용되느냐는 개별적인 判例를 통해서 해결되어야 한다.

다. 實 例

그런데 주지하는 바와 같이 人類平等主義에 입각한 진보적 사법적극주의의 기치아래 民權革命을 주도했던 Warren 法院期(1953~1969) 동안 거의 대부분의 권리장전상의 權利들이 對州適用判決을 받았다. 自己負罪禁止條項 【수정제5조 ‘self-incrimination’ 조항, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436(1966)】 불법수색 및 압수금지조항 【수정제4조 ‘Search and seizure’ 조항, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643(1961)】. 변호인의 조력을 받을 권리 【수정제6조 ‘Counsel assistance’ 조항, *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335(1965)】 등이 그 예에 속한다. 현재에 이르기까지 對洲適用이 명시적으로 부정된 조항은 수정제6조의 과도한 보석금의 금지조항(excessive bail) 하나 뿐이며 同條의 배심에 관련된 조항이 州적용에 있어 내용을 약간 변경(刑事陪審의 人員數 및 評決의 전원일치 여부)을 겪은 것뿐이다.

이와 같이 수정제14조의 適法節次條項은 권리장전이 주정부의 공권력의 발동으로 인한 民權侵害에 대해 防壁으로서의 기능을 수행할 수 있도록 法理的 교량의 역할을 해왔다.

4. 實體的 適法節次²⁰⁾

법의 내용을 심사할 수 있는 권한을 “實體的 審査”(substantive review)라고 하는데 한마디로 이는 立法府나 行政府의 행위가 憲法과 比例的 均衡을 갖추었느냐의 문제이다. 이때 법원은 국가행위의

20) 안경환, 전계논문, p.97.

대상이 된 개인이 입은 피해보다는 그 행위의 기초가 된 法院則의 合憲性에 관심이 있는 것이다.

역사적으로 볼 때 實體的 適法節次의 개념은 헌법제정 직후부터 自然法思想에 근거를 둔 판사들 간에 논의되었으나 본격적인 발전은 남북전쟁(Civil War) 이후에 비롯된 일이다. 이론의 핵심은 만일 입법부가 국민의 既得權利(vested right)를 침해하거나 또는 自然法을 위반하는 내용의 법률을 제정한다면 이는 곧바로 개인의 권리를 존중하겠다는 社會規約(social contract)을 전면적으로 불이행한 결과가 된다는 것이다. 그리하여 이러한 법률로 인해 자유나 권리를 침해당한 국민에 대하여 社會는 社會規約의 義務를 불이행한 것이므로 適法節次의 보장을 박탈한 결과가 된다는 것이다.

이러한 이론적 배경을 가진 實體的 適法節次論은 20세기에 들어 오자마자 전성기를 누렸는데 그 악명높은 Lochner 判決【Lochner v. New York, 198 U.S. 45(1905)】이 동 조항의 위력을 상징해 준다. 뉴욕주가 작업장의 위생환경이 몹시 나쁜 제과공장 종업원의 최고 근로시간을 1일 10시간, 1주 60시간으로 제한한 것이 문제가 되었는데 대법원은 이러한 입법은 고용주와 피고용자간에 자유의사에 기한 근로조건에 따라 계약을 체결할 자유(Freedom of contract)-수정제14조의 자유(liberty)의 개념속에 내포된—에 대한 恣意的이고도 불필요한 간섭(arbitrary and unnecessary interference)으로 위헌이라고 선언했던 것이다. 물론 이러한 판결은 오늘날의 現代福祉國家의 이념에 비추어 볼 때 시대착오적임이 분명하고 이미 번복을 면치 못했다. 다만 수정제14조의 適法節次라는 것이 얼마나 포괄적인 개념인가를 例示해준다.

5. 本質的 公正性²¹⁾

또 하나의 간과할 수 없는 수정제14조의 適法節次條項의 기능은 국가의 행위가 비록 특정한 헌법조항에 위반되지 않았다 할지라도 그 行爲의 發動科程, 程度, 範圍, 方法 등에 있어 현저하게 균형을 상실한 경우에는 本質的인 公正性(fundamental fairness)이 부정된 것으로 무효를 선언할 수 있다는 것이다.

Rochin 判決 【Rochin v. California, 342 U.S. 165(1952)】에서의 Frankfurter판사의 격노어린 표현—“양심에 충격을 주는 행위”라는 기준은 너무나 자주 인용되는 本質的인 公正性의 부정의 심사기준이다.

同事件의 개요는 다음과 같다. Rochin이 마약밀매에 관여하고 있다는 정보를 접한 경찰은 그가 老母, 兄弟 및 內緣의 妻와 함께 동거하고 있는 집에 밀어닥쳤다. 열려있는 바깥문을 통해 들어간 3인의 경찰은 2층에 Rochin이 기거하고 있는 방문을 강제로 열었다. 이때 Rochin은 半裸의 모습으로 아내와 함께 침대에 앉아 있었고 경찰은 침대 머리맡 탁자 위에서 캡슐 二錠을 발견했다. ‘저게 뭐냐’는 물음에 Rochin은 껌싸게 캡슐을 삼켜버렸다. 입속으로부터 문제의 캡슐을 제거하려는 노력이 실패하자 경찰은 Rochin을 수감채워 인근 병원으로 강제호송했다. 경찰은 의사를 동원하여 Rochin의 위장 속으로 튜브를 집어넣어 펌프질을 했다. 펌프질의 결과로 Rochin의 위장 속에 임시 저장되어 있던 각종 음식물찌꺼기와 함께 문제의 캡슐이 토해져 나왔다. 캡슐 속에서 모르핀이 검출되었고 이것이 物的 證據가 되어 Rochin은 원심에서 모르핀 소지의 유죄판결을 받았다.

聯邦大法院은 Frankfurter判事의 준엄한 警告를 통해 이와 같은

21) 안경환, 전게논문, p.97, 98.

경찰관의 行爲는 自白을 강요하기 위한 고문행위에 버금가는 것으로 本質的 公正性과 人類의 良心을 유린하는 행위로 수정제14조의 위반이라고 선언했다.

IV. 우리 法文化에의 受容

1. 制憲憲法 制定까지

미국헌법이 制憲憲法 制定까지에 미친 영향으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.²²⁾

- (1) 大韓帝國憲法인 『國制』에서는 美國憲法の 영향이 거의 없었다.
- (2) 上海臨時政府憲法の 第1次改憲이라고 볼 수 있는 『大韓民國臨時憲法』에는 美國憲法이 추구하고 있는 國民主權主義, 權力分立主義, 共和主義, 基本權保障主義, 大統領制가 상당한 영향을 미쳤고 憲法에도 明文으로 규정되기에 이르렀다.
- (3) 制憲憲法에는 美軍政의 建國前 立法이 많은 영향을 끼쳤는데, 憲法基礎過程이나 審議過程에서는 어느 정도로 軍政當局이 직접적인 영향력을 행사했는지는 資料의 未公開로 잘 알 수 없다.

2. 現行憲法

22) 金哲洙, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설, 美國憲法과 寒國憲法, 1989, p. 13.

우리나라의 현행헌법은 기본권보장의 분야에서 보면, 人身의 자유를 강화하기 위한 절차적 보장을 최대한 확대하였고, 표현의 자유를 제고하였으며, 새로운 유형의 사회적 기본권들을 신설한 것이 특색이다.²³⁾ 즉 1980년 헌법(제5공화국 헌법)과 마찬가지로 인간의 존엄과 가치의 존중, 幸福追求權, 基本的人權의 不可侵性을 재천명하고(제10조), 自由와 權利의 本質的 內容에 대한 侵害를 금지함으로써(제37조 제2항), 기본적 인권의 자연권성 내지 천부적 인권성을 명확하게 규정하고 있다.

특히 자유권적 기본권에서는 ① 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니하도록 하였고, 체포·구속·압수·수색에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 하였다(제12조 제1항, 제3항). ② 체포와 구속시에는 그 이유와 변호인의 助力을 받을 권리를 고지할 의무와 더불어 가족 등에게 그 이유·일시·장소를 통지할 의무규정을 신설하였고(제12조 제5항), 拘束適否審査制에 관해서는 法律留保를 삭제함으로써 모든 피구속자에게 구속적부심사 청구가 가능하도록 하였다(제12조 제6항). ③ 언론·출판에 대한 허가나 검열의 금지와 집회·결사에 대한 許可禁止의 규정을 신설하였다(제21조 제2항). ④ 科學技術者의 권리를 法律로써 보호하도록 하고(제22조 제2항), 財產權의 收用 등에는 정당한 보상을 지급하도록 하였다(제23조 제3항).

이와 같이 우리 憲法上 人權保障에 관한 규정은 미국 憲法上 權利章典의 영향을 많이 받았음을 보여주고 있다.

한편, 우리 현행헌법은 위에서 보듯이 제12조에서 美國憲法上의 適法節次의 法理를 도입하여 “...法律과 適法한 節次에 의하지 아니

23) 권영성, 전게서, p.95.

하고는 處罰·保安處分 또는 強制勞役을 받지 아니하며”(제 1 항), “체포·구금·압수 또는 수색을 할 때에는 適法한 節次에 따라… 畧狀을 제시”하도록(제 3 항) 규정하고 있다. 그러나 兩國間에는 헌법규정의 표현방식, 인권構造의 특징, 判例의 法源性, 나아가 法文化와 전통이 다르기 때문에 이 원리를 도입·적용하는 데는 일정한 한계가 있기 마련이다.²⁴⁾

美國憲法上 適法節次的 法理를 그 憲政史의 맥락에서 이해할 때 오늘날 適法節次는 “節次的”(Procedural) 적법절차와 “實體的”(Substantive) 적법절차가 교차하면서 궁극적으로 人權保障을 구현하고자 한다. 그렇다면 우리 헌법의 해석상 美國憲法上의 適法節次 法理를 어떻게 수용할 것인가의 문제가 제기된다.

생각건대, 우리 헌법의 解釋論에 있어서 (實體的) 적법절차의 법리 및 그 人權保障의 精神은 수용되어야 한다고 본다. 그러므로, 우리 헌법이 基本權을 상세하게 규정하고 있고 새로운 人權을 창설할 수 있는 근거조항(제37조 제 1 항)과 기본권보장의 일반적인 제한과 그 한계(동조 제 2 항)를 明文化하고 있으므로 이 法理의 도입은 사실상 필요치 않다는 견해도 있으나²⁵⁾ 헌법 제12조에 明文化된 “적법한 節次”가 적어도 美國憲法上의 due process of law를 도입한 것이라는 점은 부인할 수 없을 것이다.

3. 憲法裁判所의 判例

우리 憲法裁判所는 (舊) 社會保護法 제 5 조 제 1 항의 保安處分은 법관의 판단 재량을 박탈한 것으로서 헌법 제12조 제 1 항 後文

24) 윤명선, 전계논문, p.30.

25) 윤명선, 전계논문, p.41.

에 정한 適法節次와 헌법 제37조 제 2 항, 나아가 헌법 제27조 제 1 항의 재판받을 권리를 침해하는 위헌법률이라고 하였고,²⁶⁾ 刑事事件으로 公訴가 제기된 변호사에 대해 聽聞의 기회 없이 업무지정명령을 내릴 수 있게 한 변호사법 제15조는 適法節次가 존중되지 않은 것으로 헌법위반이라고 判示함으로써 適法節次가 實質의 징계처분 내지 不利益處分에도 적용됨을 인정한 바 있다.²⁷⁾

한편 미국헌법 수정제 1 조의 언론 출판의 자유(한국헌법 제21조)와 관련하여 헌법재판소는, “언론·출판의 자유는 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수 불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의헌법의 기본원리의 하나이다. 따라서 그 기능을 실질적으로 보장하고 활성화하기 위하여는 언론기관과 정기간행물인 신문 등의 발행을 업무로 하는 보도 및 출판매체가 건전하게 존립되고 운영되는 것을 전제로 하고 있다”고 하였고,²⁸⁾ 수정제6조의 변호인의 조력을 받을 권리(한국헌법 제12조 제 4 항)와 관련하여서는, “변호인의 조력”은 “변호인의 충분한 조력”을 의미하므로 “만약 관계공무원이 가까이서 감시하면서 대화 내용을 듣거나 녹취하거나 또는 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성한다면… 변호인의 조력을 받을 권리… 을 기본권으로 보장한 헌법정신에 크게 반하는 일”이라고 판시하였다.²⁹⁾

그리고 수정제 8 조의 비정상적인 형벌과 관련하여, 특정범죄가중처벌등에관한법률(1984. 8. 4. 법률 제3744호) 제 5 조의 3 제2항 제 1 호(소위 뺑소니사고운전자 가중처벌)는 “그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을

26) 헌재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5·88헌가8·89헌가44 병합결정.

27) 헌재 1990. 11. 19. 선고, 90헌가 48 결정.

28) 헌재 1992. 6. 26. 선고, 90헌가23 결정.

29) 헌재 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정.

있는 것이 명백한 경우에 해당하는 것이어서 그 입법의 필요성과 정당성을 찾기 어렵고 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리와 법의 적용에 있어서 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률”이라고 판시하였다.³⁰⁾

V. 結 言

미국헌법은 이해하기 어렵다. 지구상에 現存하는 最古의 成文憲法으로 200년이나 해묵은 文書이기에 문장도 난삽, 모호하며 構成도 영성하기 짝이 없다. 미국인들은 “憲法の 起草者”(Founding Fathers)들의 지혜로움을 신격화시키려 하지만 아무리 탁월한 선견자라 할지라도 2세기 전의 농장주들이 후세에 길이 전승될 완벽한 政治文書を 考案해 냈을 리가 없다. 영성하기 짝이 없는 골격의 헌법에다 탐스러운 근육과 사랑스런 얼굴을 붙여 준 것은 다름 아닌 判事들이었다.³¹⁾

미국헌법의 기본권 조항의 발전과 운용에 있어 적법절차조항의 비중은 절대적이며 또 한편으로는 同條를 이해하는 것은 미국헌법사를 절반이상 이해하는 것이다. 외형적으로 보아 영성하기 짝이 없는 몇 句節의 문자를 마법상자로 삼아 실새없이 ‘人權’이란 呪文을 통해 人間의 존엄과 가치의 실현을 주도해 온 마술사는 물론 法院과 개개 법관이었다. 이들의 良心과 使命感 없이는 Ernest Miranda, Dollree Mapp, Clarence Gideon의 신화도 탄생했을 리 없다. 헌법의 규정이 어쨌든 判事는 언제나 자신이 원하는 哲學을 관

30) 헌재 1992. 4. 28. 선고, 90헌바24 결정.

31) 안경환, 전게논문, p. 95.

결에 반영할 수가 있고 그리하여 자신이 바람직하다고 믿는 사회의 건설에 기여할 수 있다는 것을 수정제14조 適法節次條項을 통해서도 알 수가 있다.³²⁾

헌법이란 본래 기본적으로 생각을 달리하는 사람들을 위해 만들어진 것이다(Justice Oliver Wendel Holmes). 그리고 헌법은 그 사회를 구성하는 구성원들의 基本決斷이다. 따라서 미국이라는 社會共同體를 규율하는 미국의 憲法과 우리나라의 헌법의 내용이 같을 필요는 없다. 또 그럴 이유도 없다. 그러나 어느 사회이건 人類共通의 價値와 共同善에 대한 인식은 존재하는 것이며 그 대표적인 것이 기본적 인권의 보장이라 할 수 있다. 그런 의미에서 미국헌법이 선언하고 있는 權利章典과 適法節次의 法理가 인류역사에 긍정적이고 바람직한 영향을 끼쳐왔다면 그에 대한 연구와 고찰은 유익한 일일 것이다.

그러므로 200년이 넘는 미국헌법의 역사와 그에 기한 헌법재판의 변천을 연구하고 이들의 우리 法文化에의 수용 및 그 영향을 살펴보는 작업은 앞으로도 계속 이어져야 할 과제라 할 것이다.

32) 안경환, 전계논문, p. 98.

勸力の 統制와 合理的 裝置로서의 韓國憲法

-憲法裁判所の 機能을 중심으로-

李 明 雄

憲法研究官補

머리말

이 글은 우리나라의 헌법체계, 즉 헌법규범, 헌법현실 등을 관통하는 본질적 문제를 前提한 뒤 그것이 무엇인가를 서구헌법의 한 역사적 발전과정을 통해서 고찰해 보고, 우리 헌법재판소는 그러한 문제해결을 주된 초점으로 두는 기능을 수행해야 함을 강조하고자 한다.

I

1. 법의 발전은 시행과 경험의 지나간 과정이다.¹⁾ 현재 우리나라 헌법을 구성하는 기본개념틀로는 국민주권주의, 권력분립주의, 법치

1) Helmut Coing 지음, 최종고·정종후 옮김, 獨逸法制史(박영사, 1982), 3면.

주의, 사회적 시장경제주의, 현대 복지주의 등이 논해지고 있다.²⁾ 이러한 개념들을 구성시킨 기본적 발상은 ‘평등’의식이며 ‘평등’의식의 현실화된 모습이 위 개념들로서 나타났다고 생각된다³⁾(특히 사회적 시장경제·현대적 복지주의는 경제분배의 실질적 평등이념에 바탕을 두고 있다). 즉 군주 혹은 귀족과 시민, 종주국 국민과 식민지 시민의 차별에 대한 균등화의 요구로 모든 국민은 평등하다고 보고(특히 始原的 권력의 분배에 있어서) 따라서 각자가 국가의 주인이며(국민주권주의, 민주주의로서 표현되는), 다만 인간의 생존을 위한 단결을 위해 서로간의 약속으로 서로가 구속당할 뿐이며 그러한 구속의 기술은 우리들이 선출한 ‘탁월한 지성을 가진 사람’, 즉 입법자에 의해 만들어지는 정당한 법률인 것이다. 따라서 이러한 법률에 의하여 지배되는 국가가(법치주의, 권력분립주의로 표현되는) 바로 공화국에 해당한다.⁴⁾

루소에 의하여 명확하게 체계화된 이와 같은 표현은 ‘평등’한 자연상태의 사회적 구성이라는 시각에서는 매우 적절하다고 생각된다. 왜냐하면 사회상태에 있어서의 질서의 도구인 법의 제정에 있어서의 평등욕구는 산업사회화에 따라 무기속위임으로 발전되는 대의제도를 발전시켰으며 국민대표가 만든 법에 의해서만 국민은 스스로 복종하게 되기 때문에 사회상태로서의 국가질서는 바로 법질

2) 안용교, 한국헌법(고시연구사, 1992), 145~169면.

3) 평등원칙의 전개에 관하여 이미 1848년에 토크빌은 다음과 같이 말하였다. “평등원칙의 접진적인 전개는 섭리적인 사실이다. 그 원칙에는 다음과 같은 사실의 모든 주요한 특징들이 담겨 있다. 즉 그것은 보편적이고 지속적이며 끊임없이 인간의 모든 간섭을 회피한다. 또한 만인은 물론 만사가 그 발전에 기여한다. 그 원인들을 먼 과거에 두고 있는 사회운동이 한 세대의 노력으로 막아질 수 있다고 상상하는 것은 현명한 일인가? 봉건제도를 무너뜨리고 왕들을 패하게 만든 민주주의가 상인과 자본가들을 맞아 뒤로 물러나리라고 생각할 수 있을까? 민주주의가 그렇게나 강성해지고 그 적들이 그렇게나 약화된 지금 그 발길을 멈출 것인가?”, A. Toqueville 지음, 박지동 옮김, 미국의 민주주의(한길사, 1983), 저자서문 참조.

4) Rousseau 지음, 이태일 옮김, 사회계약론(범우사, 1975), 61-63면.

서를 내포할 때에만 군주국이나 전제국이 아닌 共和國이 되기 때문이다. 또한 종래의 정치권력을 법(특히 헌법)에 의하여 순화하고 통제하되 이를 더욱 철저히 하기 위해서 ‘권력의 분립주의’를 모색하게 되었으며, 이는 「민주주의→국민주권주의→대의제 형식에 의한 입법에 따른 법치주의」라는 일련의 과정 하에서는 다름 아닌 ‘법의 분립주의’로 나타나게 된다. 즉 法の 기능적 관점 및 논리적우주(universe of discourse)의 관점에서 法을 立法-執法-司法의 3각형 구조도로 분업화할 때⁵⁾ 이것이 고전적 의미의 三權分立주의로 나타났던 것이다. 따라서 이러한 三權分立論의 목적은, 결국 法질서의 효율성 및 이를 통한 정치권력의 통제 및 합리화에 다름 아니었다. 그러므로 「민주주의(국민주권주의)-권력분립주의-법치주의」는 뿔레야 뿔 수 없는 유기체인 것이다.

그런데 서구의 헌정사에서 평등한 국민들이 사회·국가상태 하에서 스스로의 질서를 위한 기속의 수단으로 하필이면 ‘법제도’를 선택하였는가 라는 일견 당연한 듯 하지만 여전히 본질적인 의문이 잔존한다. 왜냐하면 法秩序란 그것이 부정적으로 운영될 때에는 그 해악은 말할 수 없이 클 수 있기 때문이다. 그렇다면 위에서 전개된 개념들 속에 법질서가 전면에 등장하게 된 것은 결국 서구 특유의 법문화적 전통에서 ‘법질서’가 지녔던 ‘긍정적인 요소’가 강조된 것이라고 假設을 세울 수 있으며, 그러한 요소⁶⁾ 중 가장 중요한 것은 역시 로마법이후에 영국 근세사회에서 꽃이 핀 법의 지배(Rule of Law) 전통이라고 假定할 수 있을 것이라고 생각된다.

5) 이러한 分業的 측면은 C. Schmitt의 저작에서도 발견된다. C. Schmitt, Verfassungslehre, 김기범 옮김, 헌법이론(교문사, 1976), 205면.

6) 이에는 법이 국가와 지배자의 위에 있다는 기독교적인 전통 혹은 자연법적 전통 등이 언급될 수 있다.

2. 法의 支配란 人的 支配 혹은 힘의 지배를 대체하는 개념이다. 서구역사에서, 특히 영국의 역사에서 법의 지배 원리가 발전되어 온 배경은 무엇일까.

동양의 경우 서구의 법실증주의(형이상학적, 추상적 가치가 아닌 사실적, 경험적 규범질서를 추구하는 의미)에 유사한 法家의 사고 체계가 일시적으로 유행한 적은 있으나, 종래 중국의 전통적인 禮敎思想과 이를 이어받은 우리나라 조선조의 관료화된 사회에서는 禮者禁於將然之前이고 法者禁於已然之後로서 禮主法從이었으며(물론 여기서의 法과 서구의 法은 그 定義(definition)가 다르지만) 기타 理·情 등이 중요한 法源이었고, 法이 현실영역에서 타당한 적이 있었다 해도 禮가 그 法의 근거에서 유교적 가치체계의 일반지침이 되어 온 것으로 禮는 그 자체로 주된 法源이고 法은 禮의 정신을 유형화, 일반화하는 것이었을 뿐이며 한편 禮는 그러한 法의 흠결을 보충하고, 법해석의 기준이 되는 것이었다.⁷⁾

그렇다면 이는 영국에서의 법의 지배 전통과는 상이한 발전과정을 가지고 있는 것이라고 볼 수밖에 없는 것이며, 그렇기 때문에 현재 우리의 실정, 즉 수입된 헌법제도를 기반으로 하고 있는 우리의 상황에서는 앞서 본 대로 그 제도의 이론적 골격에 해당되는 영국의 법지배 전통의 원인을 규명해 볼 필요가 있다고 판단되는 것이다.

3. 영국의 역사적 발전과정을 살펴보면서 그 규명에 설득력있는 인과관계를 추출해가며 법의 지배 전통에 대해 접근해 보면 다음과 같다.(이하 이에 관련된 英國史부분이 다소 길어지지만 법의 지배가 초기에 어떻게 발전해 갔는가를 탐구해 보기 위해 그대로 서술하고

7) 정금식, 조선초기 朱子家禮規範의 受容에 관한 고찰, 서울대 법학석사논문, 1988. 1, 6면 이하.

자 한다)

양드레 모로아는 영국 헌법은 봉건제도와 관습법이 낳은 딸이라고 하였다.⁸⁾ 이러한 봉건제도는 11세기 이전에도 어느 정도 구체화시켜 논의될 수 있지만 1066년 노르만 정복(Norman Conquest) 이후에는 국가권력의 중앙정부화와 병행하여 조직적으로 발달하였다.⁹⁾

영국인종의 변천과 생활양식 등을 잠시 살펴보면, 영국은 대륙에 인접한 섬나라로서 후세에 이르러 강대한 함대를 만들어 완전히 방비된 바다로 둘러싸이기까지는 많은 침략을 받았으며(일단 제해권을 장악하자 대륙의 어느 나라보다 국내발전에 치중할 수 있었다) 초기 원주민은 이베리아인으로 알려져 있는데 기원전 6세기부터 유목민족인 켈트족이 대륙으로부터 잠식해 들어왔고, 그들은 아직 실질적인 정치권력 없이 촌락·가족형태로 분열되어 있었으며 기원전 55년부터는 로마의 점령이 시작되었는데 로마의 정책은 지방 고유의 관습을 존중했고, 위신을 유지하면서 토착민이 스스로 그들 문명을 따르도록 했으므로 영국은(북부 켈트족과 브리간트족 지방 제외) 로마화 되었고 이로부터 그리스도교와 국가개념을 받아들일게 되었다. 로마 멸망후 6세기에는 앵글·색슨 그리고 주트족이 영국 중요지역을 잠식해 들어왔으며, 이들 게르만족의 영향으로 후일 법의 지배 전통에 중요한 역할을 하게 되는 공동경작지와 방목지를 공유하는 촌락 공동체(village)의 생활양식이 생겨나게 되었

8) 양드레 모로아 지음, 신용석 옮김, 영국사(기린원, 1991), 117면.

9) 그에 의하면, 영국의 봉건제도는 11세기의 노르만 정복에 의하여 도입된 것이 아니고, 8세기 이후 덴마크인들의 침입으로 국가의 중앙정권이 약해지면서 개인이 직업으로서 나타난 군인 혹은 능력있는 보호자에게 의지하게 됨으로서 이미 나타나고 있는데, 따라서 봉건주의는 하나의主義가 아니라 국가권력의 해체와 더불어 이루어진 재산소유권의 새로운 형태라는 것이다. Ibid, 50-51면. 이하 영국사에 대한 본문의 개론적 설명은 이 저서를 참조함.

다.¹⁰⁾ 당시의 재판은 하나의 집회인 주법정이 관장하였고 자세한 재판양식은 알려져 있지 않으나 가혹한 神判, 시련(ordeal)의 형태가 취해졌다.

1066년 노르만공 윌리엄은 무력했던 영국왕 에드워드 사후 왕위 계승권을 주장하면서 이미 교황으로부터 영국교회의 개혁자로서 지지를 얻어낸 수 기병대를 이끌고 손쉽게 강압으로 영국 왕관을 수여 받았다. 그후 약 5000명의 소수의 노르만 기사가 영국을 지배하게 된 과정에서, 노르만왕들은 자신들과 대결할 만한 대영주가 생겨날 것을 미리부터 방지하여 중앙정부의 권력은 비할 데 없을 만큼 강대했고 따라서 비교적 관대하게 통치할 수 있었다. 그들은 영국이 지니고 있던 地稅제도와 민병대 조직 등 고유의 기구를 그대로 두고, 촌락이란 세포구조에 형태와 기관을 부여시켰다. 정복왕 윌리엄은 각 州에 州長(sheriff)을 임명하고 그에게 징세권과 사법권 그리고 전반적인 중앙정권의 대표권을 위임했고 이때부터 shire로 부르던 州를 country로 부르게 되었고 州長의 감독을 위해서 왕의 파견관을 수시로 파견하였다.

노르만 정복은 과거와의 관계의 전적인 단절을 의미하지 않았다. 오히려 이는 아이러니컬하게도 영국의 자유의 시발점이었다.¹¹⁾ 5,000명밖에 안 되는 소수가 적군민에게 과거 수세기를 내려온 관습을 포기하라고 명령하거나 강제할 수는 없었다. 윌리엄은 군주정치의 기초를 구축했으나 전제군주제 같은 것은 결코 아니었다. 그

10) 앵글로 색슨인은 점차 점령과 결혼, 새로운 개척으로 7세기에는 영국에 7개 왕국이 있었고 9세기에 이르러서는 웨섹스 왕국만이 남게 되었다. 각 왕국의 왕은 귀족 가문 중에서 장로회의 또는 현인회의가 일정한 범위내에서 선출하였다. 왕국은 주(shire)로 분할되어 있었고 주에는 주장(sheriff)이 있고 100가족의 집단 또는 100명의 병사를 차출하는 집단인 百戶(hundred)로 구성되고 이것은 촌락(tun, township)으로 나누어져 있었다.

11) Ibid, 72면.

는 대관식에서 앵글로 색슨인의 법률과 관례를 존중할 것을 선서했고, 원정에 참여한 중신의 봉건적 권리를 존중하지 않을 수 없었다. 그리고 교회를 숭상하고 어렵게 생각했다. 윌리엄은 기사집단과 친위병 구성으로 강대한 군사력과 확실한 수입을 확보하였다. 왕은 모든 토지의 소유자였으나 다만 왕은 국토의 일부만을 자기 소유로 하고, 그 외는 전부 봉토로서 영주와 기사에게 병역과 부과금을 代償으로 나누어주었다. 地稅를 효율적으로 징수하기 위해 전국의 토지현황 등을 정확하게 파악하고자 1086년 매우 상세하고 정확한 윌리엄의 토지대장(Domesday Book)이 작성되었다. 州長은 영주들의 권력남용을 단속하고 민간에 나타나는 불만의 징조에 주의를 기울였는데 노르만 군주들의 대체적인 정책은 자유민을 후원함으로써 영주들을 견제하는 것이었다.¹²⁾ 윌리엄과 중신간에는 적대관계가 없었다. 왕은 중신들이 필요했고 신하들은 왕이 필요했기 때문에 봉건제도하의 중세 영국사회는 비교적 안정된 편이었다. 귀족은 왕과 협조했고 왕은 귀족 중에서 관리를 선임했으며 이 때부터 영국사회에서는 귀족계급이 중앙관서와 지방행정에서 활동하게 되었고 이러한 사정은 오늘날까지 계속되고 있다.¹³⁾

정복왕이 영국 고유의 법과 관습을 존중했다는 사실은 영국 법전통에 있어 매우 중요한 요인이 되었다. 지방적인 분쟁은 보통 3주마다 한번씩 영주 관내에서 열리는 장원법정에서 영주나 대리인의 재판주재로 처리되었다. 원칙상 경범만을 취급했으나 몇몇 장원은

12) 그러나 후일에는 영주와 국민이 합세하여 왕권을 견제하게 되었다. 영국의 귀족은 국가적으로 그들의 역할을 하기 위해 민중과 손잡지 않으면 안되었던 귀족계층의 유일한 예이다. 이 양자의 결합은 후일 의회제도가 성장할 수 있었던 하나의 요인이 되었다. Ibid, 74면.

13) Ibid. 한편 이 당시 촌락의 모임은 교구집회로 바뀌게 되었고-이 때 정해진 교구(parish)와 주(country)의 경계는 그 후 거의 변경되지 않았으며-여기서 영국인들은 대표자 회의와 서로 양보하고 타협한다는 정치훈련을 계속하게 되었다고 한다.

왕으로부터 중죄를 재판할 권리를 얻고 있었다. 왕실은 각 지방을 순회하는 순회법정을 열었으나 이러한 왕실법정이 항상 이동하기 때문에 가난한 소송관계자들이 그 뒤를 따라 다니는 현상이 생겼고 헨리 2세에 이르러 왕실법정을 전국에 설치하려는 시도가 구체화되었다. 그 이유는 국민에게 정당한 사법제도를 부여하겠다는 의도 뿐 아니라 이제까지 주의 봉건헌법이 차지하고 있던 각종 벌금을 출납원에서 징수하려는 의도였다. 순회법정은 순회를 떠나기 전에 각 州長에게 일정기일에 교회영주와 일반영주, 각 촌장, 자유민 4명, 각 도읍의 자유민 12명씩을 소집하라는 영장이 보내지는데 그곳에 도착하게 되면 배심원을 선정하게 되었다. 배심원의 선정절차는 비교적 복잡한 것이었다. 해당 주의 유지들이 4명의 기사를 지명하면 그들이 각 현드레드에서 2명씩의 기사를 선출하되 이 2명이 자기 현드레드에서 10명의 기사를 지명해서 도합 12명이 그 현드레드의 배심원단을 구성하게 된다.¹⁴⁾

영국에서 배심제도가 발달하게 된 원인에 관련해서는 크게 두 가지 요소가 우선 생각된다. 첫째는 노르만 정복국가로서는 봉건제도 하에 1차적 사법권을 지역 영주가 지니고 그 밖에 종래 내려오던 촌락법정(shire court, hundred court)의 형태도 계속 유지되었으며, 소수의 노르만인이 정복인으로서 다수의 영국인을 지배하면서 앞서 본대로 영국의 법과 관습을 존중한다는 선언을 하였던 바, 비록 주장(sheriff)이 중앙에서 파견되었으나 종래의 사법과정을 주재하는(preside) 정도였다. 따라서 종래의 소송절차 및 지방관습법이 존중되게 되었다(뒤에 보듯이 이러한 관습법의 존재를 중앙에서 유형화시켜갈 때 공통의 법, 즉 Common Law가 성립되었다). 그런데 종래의 소송절차는 소송제기자들이 마을의 종족들 앞에 참석하여 고

14) Ibid, 103면.

소를 하면서 판결을 구하거나 해당지역 주민들이 범죄 혐의자를 고발한 것에 대해 이웃 사람들이 증언을 하게 되는 형식이었는데 점차 12인의 증언집단으로 구조화되어 이를 배심원(a jury)이라고 부르게 되었으며, 배심제도에 관한 일종의 성문법규인 the Assize of Clarendon of 1166을 거쳐 점유소송에 있어서의 배심제도를 강화한 The Assize of Novel Disseizin이 실시됨으로서 종래에 있어왔던 원시적 결투 혹은 神判 형식이 대부분 중지되고 12명의 인근주민인 배심원이 소집되어 이들이 결정을 내리게 되었다. 이러한 배심제도는 13세기에 이르러서는 거의 모든 후술할 습狀(writ)청구소송에 이용되었으며 중앙의 법정들(예를 들어 King's court)에서도 사실조사방법으로 자리잡게 되었고 15세기에는 민·형사사건 모두에서 사실 발견의 표준적 장치로 기능하였다.¹⁵⁾ 둘째는, 배심제도가 소송기술상 중요했던 이유는 봉건제하의 영국에 있어 땅에 관한 분쟁의 수와 형태에 깊은 관련이 있다. 이론상 왕이 모든 토지의 소유주이나 그는 각 영주에게 봉토를 하고, 각 영주는 소작인에게, 소작인은 다시 더 작은 소작인에게 각 임대를 하게 되고, 한편 땅보유의 형태도 예를 들어 기사 의무(knight service)용이나 등본(copyhold)용 등 다양하였기 때문에 A라는 토지에 대해 그 누구도 절대적 권리를 주장할 수 없었고 누가 더 정당한 권한(a better title)이 있는지를 주장할 수 있을 뿐이었는데 중세 영국에서는 토지가 주요 관심사(the main concern)였고¹⁶⁾ 그 분쟁의 소지가 매우 많았다. 노르만 정복후 한 세기가 지나면서 오래된 토지 소유관계를 증명하기가 어려워졌다. 12세기 이후 확립된 점유소송양식(The Assize of Novel

15) M. Shapiro, Courts(Chicago and London : The Univ. of Chicago Press, 1981), 77-85면.

16) 토지소유의 여러 관계를 질서짓는 것이 경제에 관하여는 중세시대 법질서의 주요과제였다.

H. Coing, 위의 책(註 2), 13면.

Disseizin)에 의하면 원고는 자기가 문제된 토지의 마지막 점유자였으며, 피고에 의하여 점유를 잃게 되었다는 요건사실만 증명하면 되었는데, 점유적 소송영장으로 점유탈취가 있었느냐 여부를 가릴 사실관계를 잘 알고 있다고 믿어지는 증인집단이 소집되게 되었고¹⁷⁾ 이러한 양식은 배심제도가 성립되어 가는 중요한 과정을 보여 준다.

이러한 배심제도는 영국 법제도의 본질적 부분의 하나로서 구두 변론주의, 집중심리제, 당사자주의 또는 탄핵주의, 전문증거 배척 원칙 등 소송법제도의 구조에 연결되며, 무엇보다도 일반 국민에게 法이 가깝고 상식적이라는 생각, 그리고 선례구속의 원칙과 더불어 법이 존중되어야 한다는 (法)傳統에 심대한 영향을 끼쳤던 것이다.¹⁸⁾

그렇다면 배심제도를 통한 관습법중심의 소송절차에서 어떻게 중앙적인 보통법(common law)의 발전으로 이어지게 되었는가.

광범위한 배심제도의 확장은 중앙집중적 司法에는 위협이 되었다. 왜냐하면 배심제도의 가치는 지방적이고 지역적 상황, 사건의 개인적 지식에 관련되어 있었기 때문이다. 또한 지방적 관습법은 기본적으로 지방인의 자유의 수단이었지 왕권의 완전한 主權을 고양하기 위한 것이 아니었다.¹⁹⁾ 따라서 중앙정부는 순회법관의 파견을 강화하면서 한편 웨스트민스터에 3개의 상설중앙법원-the Exchequer, the Common Plea, the King's Bench-이 생겨났다. 이들 법원은 배심제도를 채택하면서도 지방적 사건의 경우 배심원들의 중앙소환이 어려웠기 때문에 순회재판관으로 하여금 당해 지역

17) 최대권, 영미법, 개정정보판(박영사, 1991), 47-49면.

18) Ibid, 54-56면.

19) M. Shapiro, 위의 책, 79면.

에 파견하여 중앙법원 사건에 대해 배심원의 증언을 듣는 방식(The assize with nisi prius)으로 중앙사법화를 강화해 갔다.²⁰⁾ 이러한 일련의 과정에서 보통법이 생겨나게 되었던 것이다. 즉, 원래 지방적인 소송형식은 로마법의 訴權(actio)체계와 유사한 令狀(writ) 청구 형식이었는데, 영장청구란 왕에 대해 소송 상대방에 대한 성문의 명령을 청구하는 것이다. 이는 주로 토지분쟁에 관한 것이었는데 영장청구가 늘어나면서 일련의 표준형식이 개발되었으며 따라서 그 형식에 맞으면 자동적으로 발급됨으로써 점차 어디서나 적용하는 동일한 관습법이란 의미에서의 보통법(common law)이라는 명칭을 지니게 되었다.²¹⁾

그러므로 중세영국에서는 봉건제도²²⁾ 하에 토지소송을 중심으로 관습법 존중과 배심제도가 발달되었고 이에 대응해 중앙법원들이 발전하면서 지방의 관습들의 선례를 통일된 관습법으로 용해시켜 감으로써 보통법이 생겨나 발달되어 갔던 것이다. 따라서 영국법은 초기 로마법과 유사하게 절차법을 중심으로 가능한 한 定議를 피하고 철저히 실제사례에 바탕을 두고 진행시키는(casuistic) 경험적인 체계로 발전된 것이다.²³⁾ 이러한 보통법은 점차 복잡해지게 되고 따라서 매우 정밀한 훈련과정을 거치는 법조인단을 양성하게 되었고, 한편 형식주의적 폐단이 드러나면서 자연스럽게 14세기말부터는 형평법(equity)의 발전으로 보완되는 과정을 거쳐갔다.

앞서 배심제도가 끼친 법제도의 日常性, 관례의 존중성을 들었거니와 영국의 法の 지배가 이념적으로 정착되는 과정에서 매우 중요

20) Ibid., 77-78면.

21) Ibid., 81면. 한편 이는 로마법이 독일 중세의 법학에 의해 독일의 보통법(Gemeiness Recht)으로 전개된 것과 대비된다. H. Coing, 위의 책(註 2), 60면.

22) 엄밀히 말하면 국가적 통합을 유지한 '성공적'봉건제도. H. Coing 위의 책, 28면.

23) 최대권, 위의 책, 248-249면.

한 사건변수가 1608년의 코크(Edward Coke)와 국왕 제임스1세의 논쟁이다. 당시 고등宗務법원(Court of High Commission)은 종교 문제에 관해 보통법원이 자신의 심리를 금지하는 영장을 발부한 조치에 불만을 품고 국왕에게 裁決을 요청하면서, “고등종무법원의 권한의 문제에 한하지 아니하며, 모든 법에 관하여 의문이 있는 경우에는 국왕자신이 최종적으로 결정할 수 있다. 국왕은 통상의 경우에는 판사에게 재판을 행하게 하지만, 판사도 다른 관리와 마찬가지로 국왕의 대리자인 까닭에, 국왕은 판사의 손에서 사건을 뺏아 친히 이를 재결할 수 있다”고 주장하였다. 이에 대하여 보통법법원의 하나인 민사법원(Court of Common Plea)의 수석판사였던 코크는 보통법 법원의 우위를 주장하면서, “어떠한 소송사건도 모두 영국법과 관습에 따라 법원에 의하여 재판 받아야 하며, …국왕이 친히 재판을 행하는 것은 허용되지 아니한다. …국왕은 신으로부터 탁월한 지능과 자질을 부여받았으나, 국왕은 영국법에 정통하지 아니하다. …소송사건은 자연적 이성이 아니고 기술적 이성(artificial reason)과 법적 판단에 따라 결정되어야 하며, 법은 여러 해의 경험과 연구에 의하여 비로소 알게되는 기술이다”라고 말하면서 국왕 스스로가 裁定하는 것에 반대하였다. 이를 전해들은 국왕은, 그러면 국왕은 법 밑에 있는 것이냐 하면서 격노하였으나, 코크는 “국왕은 누구의 밑에도 있지 않지만 그러나 神과 法 밑에 있다”라고 한 브랙톤(Bracton)의 말을 인용하며 그 주장을 관철하였고 제임스1세는 결국 코크의 주장을 승인하지 않을 수 없었다. 이같이 하여 보통법 및 보통법 법원의 우위는 확립되기에 이르렀다(코크는 또 1610년 Dr. Bonham’s Case의 방론에서 “국회제정법이 일반적인 정의와 이성에 반하거나 보통법에 반하거나 혹은 집행불능의 경우에는 보통법은 이러한 국회제정법을 억제하며 이를 무효라고 판결

할 수 있다”고 하면서 보통법의 국회에 대한 우위를 주장하기까지 하였다).²⁴⁾

이러한 전통에서 우리는 보통법이 나름의 법논리와 자율성 (Autonomie, 즉 Max Weber가 법의 자율성 혹은 독자성이라고 표현한)을 가지고 전개되고 있으며 왕권의 권위에까지 法の 支配논리를 관철시켜 가는 과정을 볼 수 있는 것이다.

한편 1215년의 대헌장 사건도 귀족들 사이에 관습의 존중이란 관념과 기득권의 존중이란 관념이 영국에서 매우 강하고, 이것이 왕 자신까지도 규제할 수 있는 보통법의 존중이라는 관념으로 국민을 통합하면서 자연스럽게 제한 군주제로 연결되었던 과정을 보여주는 것이었다.²⁵⁾

이러한 법의 지배 원리는 그 후 영국헌정사의 의회의 발전과 의회주권론에 따라 여기서의 法이 보통법만이 아니라 국회제정법을 포함하게 되었고 1701년의 Act of Settlement에 의하여 판사의 신분은 보장됨으로써 사실상 법지배의 원리에 본질적으로 내포하는 ‘무엇이 法人가를 결정하는 司法府의 중요성’이 강조되고(위 분쟁 직후 국왕으로부터 파면되었고 그 후 야당의원으로서 王黨派에 대한 의회투쟁의 지도자로 활약하였다), 그 후 보통법의 우위도 위에서 보는 것처럼 변천되었으며, 오늘날은 대배심제도는 없어지고 심리배심제도로도 미약하게 남아있지만 영국에 있어서 의회파의 강력한 무기였으며,²⁶⁾ 그랜빌(Glanvill), 브랙톤(Bracton), 맨스필드(Mansfield)라는 判事이면서 위대한 법학자와 법정변호사였던 Blackstone 등을 통하여 그 후 Dicey에 이르기까지 논리이전의 경험, 인간의

24) Ibid, 34-34면에서 재인용.

25) 앙드레 모로아, 위의 책, 114면.

26) 최대권, 위의 책, 264-265면.

이성, 기본적 인권에 기초한 法의 支配원칙은 확고한 지지자를 배출해 왔던 것이다.

이러한 法의 지배 원리는 미국으로 건너간 청교도인 들에게도 그곳의 민주주의와 성문헌법전의 제정에 기여하였고,²⁷⁾ 유럽 특히 그 중에서, 프랑스는 주권의 이념, 평등의 이념과 더불어 민주적 헌정 국가의 내용을 이루고 있으며,²⁸⁾ 독일의 경우 18세기 이후 전체로서의 어떤 국가를 다른 국가와 구별해서(이를테면 야경국가에 반대하여) 쓰기 시작한 法治國家(Rechtsstaat)개념은 영국의 법의 지배 개념과는 그 발전 맥락이 다르나-법의 지배 원칙이 변증법적인, 不正義의 체함에 기인한 구체적 소송절차를 통하여 발전된 것인데, 법치국가는 先前提 後結論式의 自然法적 기반 위에서 위계질서의 형태로 체계화된 일종의 高權的 法定立 상태를 전제하고 있으며,²⁹⁾ 따라서 O. Mayor 이후에 보듯이 형식 원리적 구성이 주류였으나-2차 대전 이후 정의·실질적 평등에 좀더 개방적인 실질적 법치국가 원리로 발전하면서 행정재판의 확대를 통한 시민의 자유, 헌법재판 제도를 통한 헌법이념의 구현 등으로 인하여, 오늘날 법치국가의 원리는 영미법상의 법지배의 원리와 크게 다르지 않다.³⁰⁾ 따라서 독일의 법치국가 이념은 넓게 볼 때 유럽의 입헌국가적 전통을 받아들였다고 볼 수 있으며,³¹⁾ 영국과 독일의 각 제도들의 발전과정

27) 토크빌, 위의 책(註 3), I의 제2장, 제3장.

28) M. Kriele 지음, 국순옥 옮김, 民主的 憲政國家의 역사적 전개(종로서적, 1983), 머리말 참조.

29) Ibid, 121-124면.

30) 최대권, 위의 책, 31면.

31) E. Schmidt-Assmann, Art. "Der Rechtsstaat", in : Isensee / Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. I, 1987, 992면; U. Karpen, "Rule of Law", in U. Karpen(ed.), The Constitution of the Federal Republic of Germany(Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1988), 170면. 그러나 법치국가의 사상이 비록 자유주의에서 출발하여 법률유보, 사법국가에 이르렀다고 해도 시민혁명의 부개로 인해 法의 제정主體, 올바른 法의 판단기준이란 면에서 이미 한계가 노출될 운명이었으며, 그 극심한 형태가 나찌스 독체제

은 상이하지만 법지배의 원리의 구체적 이념 내지 내용-즉 개인의 자유의 보호를 위한 법과 법원의 기능과 국가권력의 범기속이라는-은 독일 헌정의 발전에 많은 영향을 끼쳤을 것으로 판단된다. 그렇다면 근대 입헌주의 헌법제도에 이르는 서구의 법문화적 전통에서 법의 지배 원리가 지닌-비록 그것이 보수적인(conservative) 아이디어로서 잔혹한 독재정권과 특권층을 위한 이데올로기적 도구로서 사용될 수 있어 부정적으로 평가될 수 있는 요소에도 불구하고³²⁾-‘긍정적인 요소’는 매우 강하게 인정되어온 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 위에서 설정된 假設, 즉 서구 특유의 법문화적 전통에서 나타나는 법질서(특히 법의 지배)의 긍정적인 요소의 존재가 檢證되었다고 판단된다.

결론적으로, 동양의 경험에 대비할 때 서구유럽, 특히 영국의 법역사에서 법의 지배 원리가 나타나게 된 배경은, 노르만 정복 이전에 게르만족 영향을 받은 촌락 공동체의 생활과 법문화, 그리고 이미 싹이 튼 봉건주의가 소수 이민족인 노르만 왕조의 체계적인 봉건주의, 관습법 존중주의 하에서 빈번한 토지소송 형식에 따른 영장(writ)청구소송과 그러한 소송형식에 적합하게 발전된 배심제도가 국가적 법통일전략 속에서 보통법(common law)으로 나타나게 되었고, 구체적인 생활 경험에서 나타난 이러한 법체계가 이를 지지

로 나타났고 이후 ‘실질적’이라는 형용사가 강조되었던 것이다. 따라서 한국현실에서 우리는 국가권력의 제약이라는 영미헌법론의 입헌주의를 우선 헌법의 기본정신으로 정립한 뒤, 독일식의 정교한 법적논리를 검토해 들어가야 할 것이다.

32) 이에 대해서는 J. Alder and P. English, *Constitutional and Administrative Law*(London : Macmillan, 1989), 42-43면 ; 한편 법의 지배원리는 그 효과로 볼 때 절차적 원리이지만 오늘날 자의성(arbitrariness), 비합리성(unreasonableness) 기준을 적용해 실체적(substantive) 법의 지배 원리로도 기능한다는 면에 대해서는 J. Jowell, "The Rule of Law Today" in J. Jowell and D. Oliver(ed.), *The Changing Constitution*(Oxford: Clarendon press, 1985), 20-21면.

한 법조인들을 포함한 일반국민들에게 폭넓게 사회적 보편가치로 존중되고 신뢰됨으로써 결과적으로 사람의 지배, 힘의 지배를 대체하는 법의 지배라는 기준점으로 사회 속에 확고하게 자리잡은데 1차적으로 연유한다고 생각된다.

II

1. 법(立法-執法-司法을 포함하는)은 사회 속에서 나타나는 그 사회에 ‘적합한’ 규율 및 가치지향체계여야 한다. 현실적으로도 그러할 때에만 그 법의 올바른 생명력, 즉 同意 내지 承認을 얻어낼 것이다. 그렇다면 그 ‘적합성’의 기준은 무엇인가. 어차피 여기서 말하는 적합성의 100% 實體가 존재하지 않는다면 그 기준은 결국 ‘적합성을 위한 노력의 정도(즉, 過程)’가 될 수밖에 없다고 생각된다.

문제를 단순화시켜 볼 때, 우리사회는 영국의 법의 지배 원리의 사회적 배경이 되는 봉건주의, 관습법 규범, 토지소송, 배심제 등의 諸變數와 상당히 떨어져 있었다. 그럼에도 불구하고 서두에서(I의 1.) 본 바와 같이 법치주의가 제대로 준수되어야만 비로소 원활히 움직이는 헌법체계를 가지고 있다. 역대 우리 헌정사를 보면 국민들에게 법치주의 준수를 근엄하게 주장하는 위정자들 자신이 法治主義를 주장하면서도 빈번하게 人治主義 혹은 힘의 支配를 그에 대체시켜버린 예가 많았다. 그 결과는 勸力の 과도한 행사로 나타났고 이는 결국 다수 국민들에게 매우 커다란 고통을 가져왔다고 생각된다.

동양이 동양적인 것을 급속히 잃어 가는 오늘날³³⁾ 서구식 법치주

33) C. G. Jung의 표현이다. M. Serrano 지음, 박 임 옮김, 혜세와 응(정신세계사, 1986), 98면.

의의 생활화도 중요하지만 서구식 입헌적 헌정국가의 토착화를 위해서는 보다 헌법 본질적인 전략이 필요하다고 생각된다. 앞서 영국의 법의 지배와 독일의 (사회적) 법치국가 원리가 그 근본적 내용에 있어서 서로 수렴함을 살펴보았거니와 우리는 서구 헌정사가 전개시켜온 기본적인 헌법정신의 구현에 1차적 헌정목표를 설정하여야 한다고 판단된다. 그것은 한편 학문의 ‘특수성’과 ‘보편성’ 중 ‘보편성’에 눈을 기울여 보는 것이며 이러한 방법이 수입된 서구 헌정체제를 우리 속에 내면화하는 지름길이 될 것이다.

영국의 특수한 환경에서 발달된 법의 지배 원칙은 근대적 입헌주의적 의미의 성문헌법인 미국헌법에서 주로 諸政治權力에 대한 법의 지배 원칙으로 구체화되어, 제도화되었고(institutionalized), 이를 함축한 영미식의 표현이 후술한 立憲主義인 것이며 이러한 헌법이 넘은 18세기 후반 이후부터는 우여곡절을 겪으면서도 세계적으로 보편화되어 가는 추세를 보여왔다고 생각된다. 그 이유는 입헌주의가 전제하는 ‘정치권력에 대한 통제’라는 요구는 근세이후 인류의 하나인 通文化的 경험의 소산이라고 볼 수 있기 때문이다. 그렇다면 입헌주의적 헌법이념은 현재의 우리 헌법체제하에서도 하나의 ‘보편성’있는 추구대상이 되어야 마땅할 것이다. 그런데도 지난 40여년의 우리 헌정사는 뒤에 보듯이 이러한 헌법본질적인 과제의 실천에 있어서 제도·운용 모두에 걸쳐 매우 취약한 모습을 보여왔다.

서구에서 초기에 법에 대한 한 기본적 생각으로서 이미 아리스토텔레스는 법은 어떤 계급을 위한 편견을 가지고 있다고 보면서, 일반적 이익을 위하여 정의의 엄격한 원칙에 따라 조직된 정부만이 진정한 형태로서 덕성을 가진 자가 정치를 해야 하며, 그들 현저하게 유덕한 자에 있어서는 법이 없고 그들 자신이 법이라고 하면서,

다만 다같이 우수한 여러 사람이 나타나게 되면 현저하게 우수한
 人의 지배를 거부하고 그들은 공동으로 分與할 수 있는 그 무엇을
 원할 것이고 그리하여 헌법을 설치할 것이라고 말하였다.³⁴⁾ 한편
 그는 무엇이 正義이고 정당한 것인지는 무엇이 平等하나 하는 의미
 에서 해석되어야 한다고 하였다.³⁵⁾ 현대 민주주의에서 平等한 개인
 성의 강조가 가져올 수 있는 폐단 또한 적지 않지만³⁶⁾ 절대적 권위
 나 힘의 우위가 사라지고 人口가 급격히 증가한 오늘날 정치체에
 있어서 덕성과 권력을 조화하는 위정자를 설정하기는 매우 어렵게
 되었다. 오히려 17세기 이후 서구 헌정사는 왕권신수설에 입각한
 절대군주제를 철저히 불신해 가는 매우 격렬한 투쟁을 보여주며
 그 결과로 나타난 법적·제도적 질서의 재확립이 (근대적 입헌주의
 적) 헌법으로 나타났던 것이다.³⁷⁾ 따라서 헌법의 1차적 목표는 ‘국
 가권력의 통제’에 있을 수밖에 없었다. 따라서 헌법으로 달성하려는
 이념(ism)은, 즉 立憲主義(Constitutionalism)는 ‘勸力の 제약과 그
 합리화’를³⁸⁾ 뜻하는 것이었으며 이를 통해 ‘자유와 평등을 보장’하
 려는 내용을 갖게 되었던 것이다.

즉, 헌법이란 그들의 지배자와 국민사이의 함축적 계약이며³⁹⁾ 인
 간인 천사(angel)가 아니라는 현실적 인식에서 출발하여 정부에 대
 한 기본적인 통제가 필요하다는 인류공동의 경험에서⁴⁰⁾ 權力者들은

34) Aristotele 지음, 이병길·최옥수 옮김, 정치학(박영사, 1975), 박영문고 52, 129, 117, 135, 144
 면.

35) Ibid, 134면.

36) Toqueville, 위의 책, II의 1부 참고.

37) 성스러운 神格의 상징으로서의 王이 아니라 신성한 전통의 상징으로서의 헌법이 현재의 통
 치자에게 지배의 권리를 갖고 있다는 필요한 근거를 주는 것이다. Carl J. Friedrich 지음, 박
 남규 옮김, 헌법의 기본정신(법문사, 1987), 169면.

38) Carl J. Friedrich, "Constitution and Constitutionalism" in Int'l Encyclopedia of the Social
 Science (New York : Free Press, 1968), 서두 부분 참조.

39) H. J. Storing (ed.), The Anti-Federalist(Univ. of Chicago Press, 1981), 187면.

40) B. F. Wright (ed.), The Federalist by Alexander Hamilton, James Madison and John

制約되지 않으면 안 되는 것이다. 따라서 입헌주의는 공동사회의 권력을 구축하는 특수한 방법이며 이는 그 제약에 대한 과학인 것이다(Constitutionalism is the science of such restraints).⁴¹⁾ 이하에 권력자들을 제한하기 위해 고안된 장치로서, 뉴우톤(Newton)의 역학과 사회과학의 자유시장의 원리를 참고해 자동규제 장치(self-regulating mechanism)를 만들어 보려는 시도가⁴²⁾ 근세 초기의 해링톤(J. Harrington), 보링브로크(Bolingbroke), 로크(Locke) 등을 거쳐 몽테스큐에 이르러 ‘정부기관간의 균형’이라는 제도론적 권력분립론으로 연결되었고,⁴³⁾ 그는 그 방법으로서 권력 남용으로 부터 자유를 보호하기 위해서 勸力에 의한 勸力の 抑制(le pouvoir arrête le pouvoir)를 선언하였다.⁴⁴⁾ 이러한 이론은 권력자체에 대한

Jay(The Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1966), 356면(No. 51) ; Noel, Reynolds, "Constitutionalism and the Rule of Law" Harvard Journal of Law and Public Policy 8(1985), 90면.

41) Noel B. Reynolds, 위의 논문, 90면.

42) Harvey Wheeler, "Constitutionalism" in Fred I. Greenstein and Nelson W. Polsby(ed.), Governmental Institutions and Process, Handbook of Political Science, Vol. 5(Reading : Addison. Wesley, 1975), 1면 : 한편 물겐소에 의하면 권력의 균형이란 신체의 균형의 사회적 형태(social homeostasis)와 같은 보편적인 균형개념을 뜻한다.

Hans Morgenthau, Politics Among Nations, 5th ed.(New York : Alfred A. Knopf, Inc, 1953), 167-177면.

43) 권력분립론의 발전과정과 견제와 균형의 원리에 관해서는, 拙稿, 견제와 균형의 원리에 관한 연구-우리나라 헌법질서에서의 적용을 중심으로-, 서울대 석사논문, 1987. 1., 제3장 참조.

44) 몽테스큐는 ‘한 시민이 다른 시민을 두려워하지 않고 살기 위해’ 권력의 제약이 필수적이라고 보았으며 그 한 제약방법으로 이와 같이 고안했던 것이다. Montesquieu, De l’esprit des lois(Pari : Le Feuve, 1816), 申相楚 譯, 「法の精神」, 19版(乙西文化社, 1981), 161면. 여기서 이미 시민으로서의 평등한 개인의 자율성과 존엄성이 전제되며 이점에서, 인간의 사악성을 전제로 君主의 지혜와 위엄을 강조하고 君主가 중심이 되는 憲政을 생각했던 마키아벨리나, 인간의 나약함을 전제로 공동체가 인공적 인간체를 만들어 평화나 공동방위를 위한 만민을 臣民들이 主權者에게 복종하는 憲政體制를 구상한 홉스의 이론체계와 다르고, 따라서 몽테스큐는 현대 민주정의 기본적인 ‘인간관’을 제시한 보편이론적 장점을 지니고 있었다고 판단된다. Machiavelli 저, 백상건 옮김, 君主論(박영사, 1976), 박영문고 107, 148-254, 10-11면, 79-80면 참조.

강한 불신을 지니고 권력통제장치를 만들려던 미국 헌법제정권자들에게 영향을 주게 되었으며⁴⁵⁾ 이들은 권력을 分立하여(Separation of Powers) 서로간에 견제와 균형(Checks and Balances)을 하도록 함으로써 권력을 집적한 정부에 의한 폭정(tyranny)을 예방하고자 했던 것이다. 메디슨(Madison)은 이를 “Ambition must be made to counteract ambition”이라고 표현하였다.⁴⁶⁾ 따라서 헌법체계로서 추구하는 입헌주의의 핵심은 국가 권력(자)들의 통제에 있으며, 그러므로 헌법규범의 1차적 受範者는 (국민이 아니라) 권력 담당자에게 있는 점⁴⁷⁾ 강조되어야 할 것이다(이는 흔히 사회적 갈등에 접하여 위정자들이 국민들에게 법치주의를 강조하는 우리의 헌법현실에 특히 타당하다).

오늘날 뉴우톤 물리학의 쇠퇴, 시장의 실패 등의 현상과 더불어 입헌주의 체계에서도 정당제(일례로 미국에서 대통령 소속당과 국회다수당의 차이 및 대립상황)⁴⁸⁾와 복지국가의 필요성이라는 현실에 따라 행정부의 비대화(행정작용의 다양한 간섭·조정적 작용 및 대통령의 입법관여 증대 등) 및 선거의 형식화 등⁴⁹⁾에 주로 기인하

45) C. H. McIlwain, *Constitutionalism and the Changing World*, rep. (Cambridge Univ. Press, 1969), 231-243면 ; Noel B. Reynolds, 위의 논문, 88-90면.

46) D. J. Epstein, *The Political theory of the Federalist*(Univ. of Chicago Press, 1984), 127면 ; 한편 Lord Bryce는 미국헌법을 염두에 두고 다음과 같이 말했다. “The Constitution was avowedly created as an instrument of checks and balances. Each branch of the government was to restrain the others, and maintain the equipoise of the whole.” H. Morgenthau, 위의 책(註 37), 170면에서 재인용.

47) U. Karpen, 위의 논문(註 26), 175-176면; 최대권, *헌법학*(박영사, 1989), 103면.

48) James L. Sundquist, *Constitutional Reform and Effective Government* (Washington D. C : The Brookings Inc., 1986), 4-12면.

49) J. W. Peltason, Corwin and Peltason’s *Understanding the Constitution*, 5th ed. (Holt, Reinhart and Winston, Inc., 1970), 25-27면 ; Charles H. Hardin, *Constitutional Reform in America*(Ames : Iowa State Univ. Press. 1989), 7-17면. 여기서는 정부와 야당간의 권력분립주의가 주장되고 있다.

는 권력구조의 변화·갈등 기타 개인의 무관심, 무력감이⁵⁰⁾ 있어 근대적 의미의 입헌주의 요소들(특히 권력분립의 원리)이 무시되거나 수정되지만⁵¹⁾ ‘권력의 통제’를 통해, ‘자율이나 도덕이 아닌 이성적 법질서에 기인한 정치작용’이라는 입헌주의의 핵심이념은 어느 시대, 어느 사회에 있어서도 본질적으로 확인되어야 할 사항(the eventual discovery of every society)⁵²⁾으로서 비록 기 실현이 설사 자기만족적 신화(self-fulfilling myth)⁵³⁾라 할지라도 입헌주의는 계속 추구되어야 할 것이다. 그렇다면 ‘권력의 통제와 그 합리화’라는 입헌주의의 핵심 내용은 서구 헌정제도의 특수성을 넘어서는 ‘보편

50) Harvey Wheeler, 위의 논문(註 37), 4-5면.

51) 특히 비교헌법학적 관점에서 볼 때 1958년 프랑스 제5공화국 헌법은 대통령의 강력한 비상권, 수상임명권, 중요정책에 관한 독자적 재량권, 정치권 무책임성, 간접선거제와 국회의 약화를 구성하였는데 뢰벤스타인은 이를 입헌민주헌법의 본질에 역행하는 것이라고 비판하였다. K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 김기범 역, 현대헌법론(교문사, 1973), 114-117면.

52) Harvey C. Mansfield, Jr., "The Revival of Constitutionalism" in J. W. Muller(ed.), *The Revival of Constitutionalism* (Lincoln : Univ. of Nebraska Press, 1988), 226-227면. 여기서 그는 "Only the formalism of constitutionalism gives effect to the voluntarism of democracy"라고 표현하였다 ; Noel B. Reynolds, 위의 논문(註 35), 80면. 또한 그는 法的 뿌리는 도덕적 진리(moral truth)가 아니고 오히려 규약(convention), 협약(agreement)이므로 입헌주의는 자연법과 도덕주의적 이론으로부터 분리된 것임을 강조하였다(94면) ; 한편 K. Hesse는 헌법의 조직적 기본원리로서의 권력분립원칙은 현대적 헌법원리로서는 모든 국가 권력의 구성과 整序(Zuordnung)와 균형을 함께 고려하여 복합적으로 파악하여야 한다고 하였다. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 16. Aufl. (Heidelberg : C. F. Müller, 1988), 187-192면 ; H. Wheeler, 위의 논문(註 37), 86면. 그는 대중사회(mass societies)는 어떠한 입헌주의 형태를 통하지 않고는 지속될 수 없다고 강조하였다.

53) H. Weeler, 위의 논문(註 37), 86면. 그는 고전적 입헌주의가 전제했던 합리적 인간형과는 달리 오늘날 인간은 비합리적 혹은 몰합리적인 것으로 판명되었다고 하면서 입헌주의가 하나의 신화로 판명났다 해도 그것은 자기 충족적인 건설적인 신화로서 계속하여 생동력(vitality)을 지녀야 한다고 말하였다. 한편 융(C. Jung)에 의하면 상징(symbol)이란 인간의 마음속에 있어서의 대립을 조화시키고 재통합하는 자연의 시도이며, 따라서 상징과 신화는 人間性의 본질적 요소라고 보았다. C. G. Jung 지음, 권오석 옮김, 무의식의 분석(홍신문화사, 1990), 157면-164면. 그렇다면 역으로 이성적 합리주의의 현대인에게 결핍된 추구되어야 할 대상으로서의 상징과 신화적 요소를 합리주의에서 출발한 立憲主義가 제공해 줄 수 있을 것이다.

성'을 지니고 있다고 판단된다.⁵⁴⁾

2. 우리가 해방이후 채택한 서구 헌법체계가 비록 우리 사회에서 자생적으로 발전하여 전통적으로 승화된 가치규범은 아니지만, 위와 같이 입헌주의의 전세계적인 통시대적인 보편적 가치성이 인정된다면, 1945년 이후 우리 헌정사에서 '권력의 통제'라는 입헌주의의 이념은 어느 정도 구현되었는가?

우리나라의 헌법은 그것이 천명하고 있는 입헌주의를 실현하는데 실패하였다. 즉 권력을 통제하고 순화하여 민주정치의 게임 룰을 확립하는데 실패하고 있는 것이다.⁵⁵⁾ 오히려 권력의 목적을 위하여 憲法이 이용되어 왔다. 憲法改定이(改正이 아니고) 주로 헌법의 통치구조를 중심으로 하여 전개되어 왔다는 점이 이를 보여주고 있다. 制憲憲法부터 시작하여 개정된 헌법 거의 전부와 改憲論議 거의 모두가 통치구조의 變更을 내용으로 하였다. 이 가운데 두 번에 걸쳐서(1954년, 1969년) 장기집권자를 위한 三選禁止條項 철폐의 憲法改定이 있었다. 그러한 점에서 우리나라의 헌법사는 「爲人設官」의 헌법개정사였다. 이것은 입헌주의의 구성요소인 「法에 의한 政府」·「制度에 의한 政府」의 理想을 실현하는데 이르지 못하고 「사람의 政府」·「사람의 支配」에서 맴돌았음을 보여주는 것이다.⁵⁶⁾

54) McIlwain에 의하면, 고대에는 국가가 법을 만들었으나 오늘날은 법이 국가를 만든다. C. H. McIlwain, 위의 책(註 40), 247면 ; 한편 Hayek는 "Constitutionalism means that all power rests on the understanding that it will be exercised according to commonly accepted principles"라고 하였고, Constitutional law는 흔히 말하듯이 다른 법의 근원(source)이라기 보다는 '법의 유지를 보장하기 위해 구성된 上位구조(superstructure)'라고 보는 것이 더 적절하다고 보았다. F. A. Hayek, The Constitution of Liberty (Chicago : Univ. of Chicago Press, 1960), 180면 및 do., Law, Legislation and Liberty (London : Routledge & Kegan Paul, 1982), 134면.

55) 최대권, 위의 책(註 42), 96면.

56) Ibid. 그 원인을 생각해 볼 때, 앞서본 대로 우리의 경우 서구입헌주의의 충분조건에 해당하

또한 헌법改正절차의 측면에서도, 1952, 1962, 1972, 그리고 1980년의 헌법은 계엄령 하에서 채택되었고, 1954년 및 1969년의 개헌은 국회의원의 改憲線을 확보하기 위해 무리한 부정·타락선거를 거쳐 소집된 개헌국회에서 이루어졌으니, 이러한 憲法改正도 憲法改正이라 할 수 있겠는가.⁵⁷⁾

한편 이러한 비입헌주의적인 종래의 헌법들의 정당화 논리는 어떤 것이었는지를 검토할 필요성이 있다. 대표적 권력집중적 헌법이었던 1972년의 維新헌법에 대한 정당성을 주장하면서 당시 한 憲法學者는, 헌법이란 그 나라의 현실적 사실관계를 규범화한 것에 다름 아니고, 우리는 북괴의 한반도 적화기도상황에 처한 비상사태하에 있으며, 따라서 國家權力の 강화가 필연적인데, 유신헌법은 國民的 勸力에 대비한 國家的 勸力을 강화시켜朴대통령에 대한 ‘勸力의 人格化’를 시도한 것이며 이러한 ‘勸力의 人格化’현상은 현대국가의 특징이고 이를 통해 유신헌법은 실질적으로 개인의 존엄성을 보장코자 한 ‘한국적 민주주의’이므로 모든 국민이 이를 수호하여야 할 것이라는 취지로 주장하였다.⁵⁸⁾

한편 계속해서 그는, “독재를 시행하는 제도에서는 국가권력이 국민의 침묵을 강요함으로써 확립된다. 많은 후진 국가들은 이러한 딜레마 속에서 고민과 혼란을 거듭하고 있다. 우리의 유신헌법은

는 법의 지배 전통이 결여된 상태에서 王朝政治 시대 내지는 그를 이은 일제식민지 정치행태에 대한 質的인 구조변화를 위한 노력이 충분치 못했고(예를 들면 시민혁명의 미완성) 따라서 전통적 단일 유교 농경사회적 전통에 일제식민시대를 거치면서 權力가치의 맹목적 추구현상이 누적되었으며, 입헌주의의 (憲)法이라는 기준점의 부재(즉, 中心의 공백)를 지연·학연 혹은 군벌 위주의 1차 집단적인 배타적 유대관계가 메꾸어 왔고, 이것이 기득권의 옹호, (牽制되지 않는)권력남용으로 이어지면서 현대시민사회에 걸맞는 民主化 개혁을 가로막아 왔다고 생각된다.

57) Ibid, 96-97면.

58) 葛奉根, “維新憲法の 當爲性과 必然性-그 內容의 特性을 中心으로-”, 한국헌법학회 간, 헌법연구 제3집 (1975), 3-12면.

바로 이러한 딜레마 속에서 빠져 나오기 위하여 국가의 권력과 국민의 권력간의 위계를 정하고, 이 위계에 따라 각기 그 지위를 정하고 있는 것이다… 개인적 權力은 언제나 독재화될 수 있지만 權力의 人格化는 그 행사자의 指名방식이나 또는 통제 및 討議의 가능성으로 하여 민주적일 수 있다.”⁵⁹⁾라고 하였다.

이러한 논의에 대해서 우리는 사실상황의 강조를 이유로 국가권력을 집중화하고 權力을 人格化한다는 것이 얼마나 헌법체계에 해로운 (오히려 헌법에 의하여 헌법이 목표로 하는 규율대상을 헌법 내부에 초대하는) 발상인가에 주목하여야 할 것이다. 유신 헌법은 대통령을 선출하는 통일주체국민회의 의원의 1/3임명권을 대통령에게 주었고, 대통령은 국회를 해산할 수 있으며, 모든 법관임명권을 가졌고 광범한 긴급조치권과 계엄권을 대통령 권한으로 한 반면 이에 실효성 있는 타기관의 牽制權은 아무것도 없었다. 이러한 권력 집중은, 위 학자가 말하는 권력의 人格化를 민주화시켜 줄 요소가 처음부터 단절돼 있었던 것이며, 따라서 이러한 제도로 독재국가로부터 벗어나 실질적으로 개인의 존엄성을 보장하기에는 너무나 박 대통령 개인에 대한 ‘도덕적인 기대’에 의지하는 것이었다. 헌법이란 국가의 사실관계를 규범화하는 것이라는 의견을 가진다고 해도 한 국가의 헌법의 정당성을 논할 수 있는 명백한 기준점(檢證기준; 예를 들면 牽制와 均衡의 원칙에 벗어나지 않는 헌법이다 라는 기준)⁶⁰⁾을 인류가 겪어온 불운한 헌정사를 염두에 두고 제시하여야 했다.

근대 헌법은 도덕적 권력자에 대한 기대로부터 제도적·법제약적 권력자를 창출하고자 하는데 그 본질이 있음은 위에서 언급한 바와

59) Ibid. 6-7면 및 9면의 註(3).

60) 拙稿, 위의 논문, 54-60면 참조.

같다. 사실적 상황을 이유로 권력집중을 도모할 필요가 있다면 國民의 權力에 대비된 國家的 權力論이나 權力의 人格化를 주장할 것이 아니라 ‘적어도’ 그 집중된 권력을 牽制할 수 있을 만큼의 (commensurate)⁶¹⁾ 대항 權力을 구성해 놓고 정당한, 국민을 충분히 설득시키는-따라서 그 견제 권력이 견제의 필요성을 못 느끼도록- 권력행사를 하게 했어야 할 것이다.

이상의 고찰에서 볼 때 역대 우리 헌법은 서구 헌법체제를 기본틀로 하면서도 ‘권력의 통제’라는 그 입헌주의(Constitutionalism)가 무시됨으로써 헌법(Constitution)이 權力아래에 놓여진 형태를 겪어왔고, 따라서 민주주의의 충족조건인 입헌주의의 실패로 말미암아 민주주의까지 위기를 겪어 온 것이다.⁶²⁾

그렇다면 우리는 그간 우리 헌정사의 교훈으로서 헌법을 통한 정치권력의 통제라는 입헌주의의 기본정신을 강조하여야만 하고 이를 실마리로 얽힌 헌법문제를 풀어나가야 할 것이다.⁶³⁾ 이 과정에서

61) B. F. Wright(ed.), 위의 책(註 35), 356면 참조.

62) 최대권, 위의 책(註 42), 101-105면.

63) 헌법은 국가권력에 대한 규범체계이다. 일찍이 F. Lassalle는 헌법의 문제는 본래 법의 문제가 아니라 힘의 문제라고 하면서 국가의 헌법이란 그 국가의 사실상의 힘의 세력관계에 의하여 이루어지는 것에 불과하다고 보았다.(Konrad Hesse, “Die normative Kraft der Verfassung” in : Recht und Staat, Heft 222(Tubingen, 1959), 계획열 옮김, 憲法の 基礎理論, 第一章(2. 憲法の 規範力) (삼영사, 1985), 26면에서 재인용). 그러나 이미 살펴본 바와 같이 헌법은 국가권력에 대한 법규범체계이며, 법규범이란 그 의미에 있어서 결코 事實記述의 인 것이 아니고 어디까지나 인간의 행위에 영향을 주려고 하고 행위를 ‘嚮導’ 내지 ‘規定’하려고 하는 ‘指示’(directive)性을 갖는 체계인 것이다(심현섭, 법철학1(법문사, 1982), 53-54면). 따라서 헌법규범은 그에 의하여 규정된 상태를 현실 속에서 실현하려고 하는 效力主張(Geltungsanspruch)을 지니는 만큼의 規範力(normative Kraft)을 갖게 되는 것이다(K. Hesse, 위의 논문, 31-33면). 또한 헌법이 실현하려는 본질적인 목표가 결국 ‘권력의 통제와 합리화’에 있다고 할 때 우리는 이를 실천하기 위한 헌법예의 의지(Wille zur Verfassung)를 가져야만 할 것이다.

따라서 위 Lassalle류의 헌법관은(이는 앞서 본 유신 헌법의 정당화 논리에서도 등장하였었다) 결코 받아들일 수 없다. 우리는 오히려 냉소적 헌법관이 아니라 헌법을 근거로 차분히

사회적·역사적 경험 내지 시민혁명의 과정으로 달성하지 못했던 (그러나 현대 우리 사회에 필수적인) 법치주의가 자연스럽게 시민 사회 속에서 우리 사회현실에 맞게 구체적으로 자리잡아 가게 될 것이다.

III

1. 국가권력이 헌법에 의해서 비로소 구성되고 整序된다는 입헌주의의 실천은 인류 역사에 있어서 놀라운 사건이다.

일찍이 고대 서양의 정치체제론을 특징짓는 플라톤이나 아리스토텔레스가 이상국가를 생각했으나 그것은 결국 善(good)으로 간주될 때 타당한 국가였으며, 그들은 결코 한 정부가 정당하다고 (legitimate) 간주되려면 따라야만 하는 명백한 上位의 법(a definite superior law)에 대한 개념이 없었다. 즉, 그들은 정치의 개념 하에서 법을 생각했을 뿐이나, 우리 현대인들은 법의 개념 하에 정치를 생각한다. 이 점이 고대인과 현대인의 정부의 개념에 대한 가장 근본적인 차이점일 것이다.⁶⁴⁾ 그러므로 영향력 있는 자연과학사 개념으로 표현한다면, 이는 법역사에 있어서 획기적인 헌법 패러다임 (paradigm)⁶⁵⁾이라고 할 수 있을 것이다. 즉 법의 주체는 국민이고

권리를 위한 투쟁을 벌여가야 하며(양건, 立憲主義를 위한 변론(고시계, 1987), 25면), 법적 현실이 사실적 헌법을 규율해야 하며, 정치가 헌법에 의하여 규제되는 헌정을 이루어야 할 것이고(김철수, 憲法이 지배하는 사회를 위하여(고시계, 1986), 69면), 그를 위해 어떻게 하면 近代的 立憲主義를 성장시킬 수 있을지를 깊이 연구해야 할 것이다(최대권, 헌법학, 102면). 그러나 현재 무엇보다도 중요한 것은 수많은 헌법문제라는 ‘나무들’사이에서 헌법이 바로 국가권력의 남용을 방지하기 위해 존재한다는 ‘숲’을 명확하게 인식해야 한다는 점이다.

64) C. H. McIlwain, 위의 책(註 40), 246-247면.

65) 여기서의 paradigm이란 전대미문의 설득력있는 새로움을 지니면서 동시에 계개편의 소지를 남겨두는 융통성을 지닌 업적을 말한다. 과학의 발전은 완만한 언덕길이지 아니라 뛰어난 파

법이 권력을 창조하고 권력자는 그 법이 추구하는 입헌주의에 타당한 범위 내에서만 국민들과 계약된 권력을 행사할 수 있을 뿐인 것이다.

그러나 이러한 입헌주의는 최종적으로 법관과 헌법재판관에 의한 헌법해석으로 그 실효성이 귀결된다. 司法의 독립에 대한 요구가 대두되었을 때 입헌주의의 관념은 근대적 양식으로 탄생하였고,⁶⁶⁾ 독립된 헌법재판소가 설치되었을 때 헌법의 규범력은 더 넓은 지평을 얻게 되었던 것이다.

헌법체계는 그 구성요소에 내포되는 준칙의 범위 내에서 끊임없이 변화한다. 헌법과 여타 법들과의 가장 큰 차이점의 하나는 ‘개방성’일 것이다.⁶⁷⁾ 헌법은 포괄적인 국가법체계의 구성을 시도하지만 그것은 함축된 원리로서 표현된다. 따라서 헌법의 해석은 결코 실정헌법전에만 머물 수 없고 헌법정신에 입각한 지속적인 가치충진을 필요로 하는 것이다. 그 작업의 일차적 主體가 헌법재판관 및 법관인 것이다.

오늘날 독립된 헌법재판소가 계속 생겨남은 바로 헌법의 규범력 확보와 헌법의 보장을 위한 헌법재판제도의 역할의 중대성에 대한 재인식을 뜻한다.⁶⁸⁾ 헌법은 단순히 존재함으로써 그 규범력을 확보하는 것이 아니라 그 생명력을 키워 가는 헌법體系의 운영에 필수적인 국민들의 參與⁶⁹⁾와 법관의 적극적인 헌법해석에 의해서 비로

학자에 의한 패러다임의 계단형으로 발전해 왔다는 것이다. T. S. Kuhm 지음, 김명자 옮김, 과학혁명의 구조, 개정증보판(정음사, 1989), 33면.

66) C. J. Friedrich, 위의 책(註 37), 163면.

67) 일례로 우리 헌법 제10조 후문은 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인·보장할 의무를 진다고 하면서, 제37조 제1항은 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다고 하였다. 이러한 ‘개방성’은 自然法的인 권리를 實定法的으로 인정하고 있는 것이며, 한편 법과 도덕이 다시 만나는 場인 것이다.

68) Mauro Capplletti 지음, 구병삭 외 2인 옮김, 현대헌법재판론(법문사, 1989), 12-13면.

69) 이 점에서는 우리 민족의 (法的) 전통이 불리하다. 우리는 아직도, 선거, 투표, 공무담임, 참

소 실현될 수 있다. 또한 헌법의 어휘에 대한 의미가 밝혀지고, 권위를 갖고 확정되는 장소인 헌법재판소의 결정을 빌리지 않고 그러한 어휘의 의미를 누가 확실하게 말할 수 있겠는가?

헌법의 중요한 실천주체, 따라서 입헌주의의 담당자로서 헌법재판⁷⁰⁾의 중요성이 이렇게 강조된다면 헌법재판은 그 국가 내에서 입헌주의를 실천하기 위한 가장 본질적인 문제에 지향점을 가져야 할 것이다. 앞서 입헌주의 헌법이념의 중요성과 역대 우리 헌정사에서 권력의 통제와 합리화라는 입헌주의의 본질이 어떻게 왜곡되어 왔는가를 살펴보았거니와, 그렇다면 헌법재판소의 일차적 지향점은 국가권력의 통제와 그것의 바른 整序에 두어야 할 것이다(물론 지향점을 기본권의 최종적 보호에 둬으로서 간접적으로는 국가권력의

정권 및 입법 등 헌법상의 제권력통제장치에 적극 참여하는 '주체성'보다는 법이란 국가가 만들고 그들이 실천하는 것이라는 '피동성'이 다수의 국민에게 아직도 강한 전통하에 있다. 그러나 넓은 의미의 정치 참여 혹은 비판적 복종이 약할 때 헌정체제는 연료의 부족으로 제대로 작동 못하게 되는(결과적으로 권력 남용에 이르게 되는) 그러한 '구조'속에 우리가 살고 있다는 점에 문제의 심각성이 있다. 일본의 경우도 현행 헌법 하에 시민의식은 明治헌법적·外見의 입헌주의적이라는 문제점은 杉源泰雄, 일본의 위헌입법심사제도와 그 운용에 대하여, 헌법재판연구회 제23회(1992. 9. 4.) 발표문 참조. 한편 국민참여의 주체적 민주주의 전통의 부재가 역대 대통령을 政治형이라는 보다는 統治형으로 만들어 왔다는 점에 대해서는, 김종립, "대통령의 정책역할론", 한국행정학회 심포지움(1992. 4. 16.) 대통령과 정책, 자료집 참조.

70) 헌법재판의 본질 논의에서도 司法作用性이 강조될 수밖에 없지만, 특히 우리나라의 경우 헌법재판관의 구성, 역대 헌정사에서 볼 때 요구되는 헌법재판소의 기능, 다양한 主文형식 및 종래 사법에 대한 비판적 여론 등을 고려할 때, 어차피 제4의 국가작용이론이 사법성자체를 부인하는 것이 아니라면 사법작용만을 강조함은 우리나라에서는 현실적으로 주로 그 '심판 대상의 축소'라는 위험성을 내포할 수 있다고 판단된다. 헌법재판의 본질에 있어 사법작용성에 관해서는 이옥한, "헌법재판의 성격과 재판관 선출". 사법행정(1992. 5), 37=40면 ; 한편 영미법 전통에서는 법원의 입법작용이 폭넓게 인정되고 있다. G. Tullock, "Courts as Legislatures" in R. L. Cunningham(ed.), Liberty and the Rule of Law(Texas A & M Univ. Press, 1979), 132-145면, 여기서는 로마법과 이슬람법에서도 법학자에 의한 법창조 기능이 있음이 중시되고 있다. 법의 입법과 법의 해석 사이에는 법획득 방법과 과정에 차이가 있을 뿐 그 기능에는 본질적 차이가 없고 오직 정도의 차이만 있다. 심현섭, "법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무", 법학, 제23권 제1호(1982. 3) 참조.

통제를 결과할 수 있으나, 역대 우리헌정사에서는 국가권력이 통제되지 아니하며 결과적으로 기본권규정이 유명무실해 왔으므로 지향점의 순서가 명확히 잡혀야할 것이다. 미국 헌법초기에-지금의 불란서 헌법도 유사하지만-기본권 규정을 두지 않았음을 상기하면 성문헌법을 통한 국가권력의 통제와 합리화라는 이러한 지향점은 반드시 필요하다).

이렇게 볼 때 종래의 사법소극주의적 입장에서는, 새로 생긴 헌법재판소가 너무 정치적인 사건에 깊이 관여함은 바람직하지 아니하며 민주적 정당성이 부족한 기관에 그러한 과도한 권한을 부여할 수 없을 것이라는 비판도 가능하나, 첫째, 헌법의 규범력 확보를 위해 타기관이 적극적이지 않다면 헌법해석을 주기능으로 하는 헌법재판소라도 권력통제적 역할을 위해 적극적이어야 할 것이고,⁷¹⁾ 둘째, 민주적 정당성 여부의 논의는 기본적으로 국회를 염두에 둔 논리형식이며, 이로서 헌법상의 기관인 헌법재판소의 권한의 축소로 연결시키는 것은 인과관계의 비약이 존재하는 것이란 점에서, 셋째, 오늘날 헌법판단의 속성 자체가 정치에 깊숙이 관여하지 않을 수 없으며 판단의 유보는 어느 한쪽에 대한 지지를 뜻할 수 있다는 점에서 타당하지 않은 것이다. 주지하듯이, 헌법재판이 간혹 비판의 여론을 받을 수도 있으나 헌법재판소야말로 헌법적 가치추구를 주된 업무로 삼는 기관이라는 점에서 가장 덜 위험한 기관(the least dangerous institution)⁷²⁾이 아니겠는가. 우리나라에서 종래 헌법위

71) 사법의 적극주의를 반대하는 입장은 권력분립문제는 특히 법원이 다루어서는 아니되고 연방의 정치적 상호작용 과정에 맡겨야 한다고 주장한다. Jesse Choper, "Too much judicial review must be injudicious," *The Center Magazine*, July / August 1981. 그러나 우리의 경우 권력분립제와 견제와 균형의 원리의 본질성이 침해되어 온 헌정사에서 볼 때 입헌주의의 실현을 위해 헌법재판소가 적극 나서야 할 것이며, 그간의 사법운용을 볼 때 미국과 같이 지나친司法의 확장과 개입을 우려할 그런 위치에 있지 않다. 같은 의견으로 이회창, "司法의 적극주의론", 법학, 제28권 제2호(1987. 7.) 참조.

원회시절처럼 헌법재판이 침묵하고 있는 상황이 아니라 활발하게 헌법논의를 전개하고 있는 한, 헌법에 내포된 가치지향성에 더욱 수렴해갈 것이란 낙관은 결코 환상이지는 않을 것이다. 특히 헌법재판소야말로 학계와 실무가 밀접히 의사소통하는 대표적 기관이기 때문이다. 한편 사법자제(Judicial Restraint)의 이론이 때로 필요하다고 해도 이는 헌법재판소가 약해서가 아니라 오히려 강하기 때문에 필요하다는 사실을 명심하여야 할 것이다.⁷³⁾ 그렇다면 우리의 헌법재판소는 권력의 올바른 통제기관으로서의(단순히 타권력기구에 의해 침해된 기본권의 구제만을 목표로 삼는 것이 아니라) 位相을 잡아가야 할 것이다. 사실상 기본권보호를 목표로 한 헌법소원제도도 보통 당사자적격 등의 요건문제를 벗어나면 객관적 법질서 유지 혹은 국가권력의 통제라는 일반적 성격에 이르는 것이다(예를 들어 법령소원 인용결정에서의 주문형식 참조 : 헌재 90. 10. 8, 89헌마89; 90. 10. 15, 89헌마178; 91. 3. 11, 90헌마28 결정 등). 따라서 권력통제에 관한 주요한 본안내용을 지닌 사건은 헌법재판소로서는 적극적으로 심사해 가야 할 것이고(권력남용방지, 권력분립의 본질적 내용 수호, 견제와 균형 원리 실천을 위해), 우리 헌법현실상 대통령과 비서실, 안기부 등 행정기구의 권력남용 견제, 국회입법의 통제, 사법부에 대한 통제,⁷⁴⁾ 지방자치제의 실천, 나아가 私組織·

72) W. L. Church, "History and the Constitutional Role of Courts," Wis. Law Rev., 1990. 1089년.

73) 사법심사를 하는 것 자체가 헌법재판기관의 힘(strength)이 견제된 것이다. W. Lasser. The Limits of Judicial Power(Chapel Hill : The Univ. of North Carolina Press, 1988), 272면.

74) 헌법소원의 대상에 제한적이나 법원의 재판이 포함되어야 할 것이다. 행정권력의 다양한 헌법적 통제를 위해 법원의 판결이 일종의 속죄양으로서 헌법소원화되는 것이며, 서독의 헌법재판체계 및 판례를 폭넓게 도입하고 있는 헌법재판소가 그 체계에 어긋난 제도를 유지한다면 매우 이론상 난삽한 문제가 등장할 수밖에 없으며 이는 권력통제를 위한 기능에 에너지를 집중시켜야 할 헌재로서는 매우 바람직하지 아니하다.

또한 기본권의 제3자적 효력 논의가 현실화될 필요성이 점차 증대할 것이고, 이 경우 헌

私人에 의한 권력남용까지 염두에 두어야 할 것이고 특히 방대한 행정입법의 법률과 헌법 기속에도⁷⁵⁾ 가능한 한 우선적인 관심을 기울여야 할 것이다. 이러한 권력통제의지를 통해서 현실 정치권력을 헌법의 규범력속에 제대로 위치시킬 필요가 있으며, 따라서 무엇보다도 정치의 법적 기속이라는 측면, 권력통제가 헌법의 주요목표라는 상식적인 법적命題가 다른 여러 정치적·사회적인 무수한 諸論理들에 의해 침해되어서는 아니 될 것이다.

2. 헌법재판소가 탄생한 후 오늘날 헌법논의가 매우 활발해진 것은 주지의 사실이며 종래의 투쟁방식이 헌법재판의 틀 속에서 논의됨에 따라, 사회적 비용이 격감되고,⁷⁶⁾ 따라서 국가법체계가 바른 규범력을 찾아가는데 기여하고 있다. 한편 종래의 헌법학은 국가의 제도적 측면에 머물고 그 기능, 공공정책과정에 대한 생동력있는 접근을 못해 사실상 무력한 학문이었던 것이나, 오늘날 헌법재판제도의 활성화와 더불어 활발한 헌법학계의 논의는 헌법재판소의 실

제의 법원의 소송체제에서는(법원이 헌법상 기본권을 적극적으로 재판규범으로 삼지 않는) 그에 관한 諸學說을 유명무실화 할 우려가 있다. 이에 대하여는 정연주, “기본권의 對私人的 효력”, 고시계 91. 7, 81-82면.

- 75) 처분적 법령에 대하여 행정소송의 대상이 되므로 현재의 관할이 아니라는 의견이 있으나 ① 이 경우 형식은 어디까지나 법령이므로 통일된 헌법해석과 규범통계를 위해 현재가 그 법령 위헌을 선언해 일반적 효력을 초래시킬 필요가 있고 ② 이 경우 양기관이 병합적 관할을 가진다 하여 법적 안정성의 심각한 침해가 초래되지는 않는다면(이승우, “법무사법 시행규칙에 대한 현재의 위헌결정과 대법원측 견해의 검토” 인권과 정의, 91. 2, 85면), 행정입법의 통제는 양적으로 다변화하는 것이 타당하며 ③ 법원의 통제는 개별사건의 해결책(규범통제 보다는 권리구제)에 필수적인 뿐이므로 법원이 모든 행정입법에 대한 재판권을 갖고 있다고 봄은 적절치 않다. 이러한 경우 현재가 심사할 때는 보충성의 원리의 적용이 없는 경우에 해당될 것이다.
- 76) 법정신문 1992. 9. 7. 자 헌법재판소 특집기사증 계획열 교수의 표현. 그러나 한편 헌법재판소는 종래의 제도적 쟁점 사항에 대해 합헌선언을 함으로써 그 제도를 고착화시켜 개선가능성을 축소시키는 기능도 수행하게 되며, 이 사실은 간과되어서는 안될 것이다.

무에 연결되고 있으며(학계와 실무의 결합) 최근의 결정례는 점차 실증적이면서도 법과 사회의 전반적인 논의로 연결되어 가고 있다고 보여진다.⁷⁷⁾ 이러한 제성과는 대법원이 헌법재판권을 가지거나 가질 경우에는 도저히 이룩하지 못할 헌법중심적 흐름의 활성화의 결과로 생각된다.

그러므로 헌법재판소는 입헌주의의 본질에 충실한 적극적인 자세를 보여 국가권력체계를 올바르게 構成・整序・均衡化하여 국가권력에 의한 기본권 침해를 방지하는 한편, 서구식 법의 지배 전통이 약한 한국사회에서 국가권력의 (헌)법적 기속이라는 立憲主義 명제의 실천을 통해 서구 헌정제도의 ‘보편성’을 우리사회에 內在化시켜 감으로써 국민들로 하여금 法에 대한 존경심과 애착을 키워 나갈 중요한 ‘특수성’을 가진 기능까지 수행하여야 할 것이다.

77) 한국의 헌법재판제도가 서독의 그것을 모방한 관계로 현재 재판실무상 유사점이 적지 않다. 그러나 법은 한 사회의 문제를 해결하고 지향점을 모색하기 위해 존재하는 것이므로 앞으로 시급히 비교(헌)법학 방법론이 구축될 필요가 있으며, 현재 우리 헌법재판 실무상 나타나는 문제점의 하나로 지적하고 싶은 것은 법체계는 일관성을 가져야 하므로 외국 판례이론의恣意的인 選別은 곤란하다는 것이다. 일례로 行政規則의 對外的效力에 관해서는 독일 판례를 참조하면서 특수사항에 대한 설득력있는 논거도 없이 特別權力關係에 관한 독일 판례를 완전히 무시한다면(예, 현재 1992. 4. 28, 90헌바27 등(병합)결정) 체계적 일관성이 없게 되는 것이다.

憲法裁判과 法과 政治

李 郁 漢

秘書官

- 目 次 -

1. 문제제기
2. 헌법재판에 있어서 법과 정치의 긴장관계
 - 가. 법과 정치를 대립적인 것으로 파악하는 것에 반대하면서도 헌법의 본질과 헌법재판의 본질은 어느 정도 모순적이라는 것을 인정하는 견해
 - 나. 헌법분쟁을 법적 분쟁으로 파악하는 견해
 - 다. 헌법분쟁을 정치적 분쟁으로 보는 견해
 - 라. 범규범의 존재여부에 따른 법적 분쟁과 정치적 분쟁과의 구별
 - 마. “법에 따른 판단”이나 또는 “법에 대한 판단”이나에 의한 구분
 - 바. 법과 정치의 이원론을 극복하려는 견해
 - 사. 소 결

3. 헌법재판의 국가작용체계상의 위치

가. 입법작용([Verfassungs-] Gesetzgebung)으로서의 헌법 재판

나. 제 4 의 국가작용으로서의 헌법 재판

다. 사법작용으로서의 헌법 재판

라. 소 결

4. 사법작용으로서의 한국헌법재판소

1. 문제제기

헌법재판은 그 대상인 헌법이 갖는 정치적 성격으로 인하여 다른 일반재판에 비하여 법과 정치의 긴장관계라는 문제가 더욱 첨예하게 나타난다. 이러한 법과 정치의 긴장관계는 헌법재판의 가장 핵심적인 문제들을 내포하고 있다. 법과 정치의 긴장관계는 헌법재판제도의 모든 영역에 그 영향력을 미치게 된다. 즉 헌법재판관의 선출방법, 헌법재판소의 구성과 그것의 지위, 권한의 문제와 더불어 궁극적으로는 헌법재판의 기능적 한계문제 등 거의 모든 영역에서 이 법과 정치의 긴장관계가 드러나게 된다.¹⁾ 헌법재판제도를 법의 영역 또는 정치의 영역에서 파악하느냐 아니면 두 영역 모두에 존재하는 것으로 파악하느냐에 따라 헌법재판소의 형태 또는 과제와 기능이 결정되는 것이다.

따라서 헌법재판과 관련하여 법과 정치의 긴장관계를 어떻게 파악할 것인가 선형적으로 검토되어져야 비로소 현대국가의-나아가 우리나라의-국가작용체계상에 있어서 헌법재판이 점하는 위치 및 기능 등이 올바르게 파악될 수 있다. 따라서 이하에서는 독일에서의 논의를 중심으로 법과 정치의 긴장관계를 헌법재판과 관련하여 서술하고 아울러 헌법재판의 국가작용상의 위치에 대해 살펴보고자 한다.

2. 헌법재판에 있어서 법과 정치의 긴장관계

1) 참조. P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, P. Häberle (편저), Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 1976. 4면.

헌법재판과 관련한 법과 정치라는 주제에 대한 논쟁은 먼저 법과 정치를 어떻게 정의 내릴 것인가에 초점이 맞추어져 있었다. 그로부터 추출된 각각의 정의에 따라 헌법재판의 대상인 헌법분쟁을 법적 영역 또는 정치적 영역으로 분류하고자 시도하였다.

**가. 법과 정치를 대립적인 것으로 파악하는 것에 반대하면서도
헌법의 본질과 헌법재판의 본질은 어느 정도 모순적이라는
것을 인정하는 견해**

H. Triepel은 정치란 “국가목적에 관련되는 모든 것”이라고 정의 내린다.²⁾ 이와 같이 광범한 의미로 정치를 이해함에 따라 그는 법과 정치를 대립되는 것으로 파악하는 것에 반대한다.³⁾ 그에 의하면 법적인 사고는 비정치적인 사고가 아니며 정치적 사고의 하나인 특수한 형태라고 한다. 그는 국가 영역에 있어서는 다양한 정도의 차이가 있는 정치적인 것이 존재한다고 한다. 즉 “고도의 정치성을 띤 것”과 아울러 국가의 목적과 관련성이 적거나 혹은 국가목적의 가치가 적은 “미약한 정치성을 띤 사안”이 존재한다고 한다. 그는 좁은 의미의 정치라는 것은 최고의 그리고 가장 중요한 국가목적과 관련되거나 혹은 국가적 “통합”과 관련되는 것만을 의미한다고 한다. 따라서 헌법재판의 대상은 이런 좁은 의미에서 정치적이라고 명명될 수 있다고 한다.⁴⁾

H. Triepel 스스로가 적절히 지적했듯이 바로 이러한 사실로부터 헌법재판의 본질적인 문제들이 발생한다.⁵⁾ 그는 헌법분쟁을 정치적

2) H. Triepel, Staatsrecht und Politik, 1926, 19면.

3) H. Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, 7면.

4) H. Triepel, 앞의 글, 7면.

5) H. Triepel, 앞의 글, 8면.

분쟁에 대립되는 법적 분쟁으로 파악하는 것을 받아들이지 않는다. 왜냐하면 모든 헌법은 “정치적인” 법이기 때문이라고 한다.⁶⁾ 그에 있어서 헌법분쟁은 항상 정치적 분쟁이며 따라서 어떤 절차에 따라 내려지는 결정과는 그 본성상 모순된다고 한다. 그는 결국 헌법의 본질과 헌법재판의 본질은 어느 정도 모순된다고 하였다.⁷⁾

나. 헌법분쟁을 법정 분쟁으로 파악하는 견해

헌법재판제도를 정치영역과 법의 영역 그 어느 쪽에 귀속시키는가에 대해 모순성으로 인한 어려움을 지적한 H. Triepel에 비해, H. Kelsen의 헌법재판에 대한 그와 같은 물음에 대한 대답은 명확하다. 헌법재판에 대한 견해는 그의 법이론의 기초가 되는 “순수법학론”과 불가분의 관계가 있다.

H. Kelsen은 “순수법학론”을 통해 모든 정치적 이념과 모든 자연과학적 요소가 완전히 제거되고 독특하고 그 대상의 독자적인 법적성을 인식하는 순수한 법이론을 찾으려고 노력한다.⁸⁾ 그에 따르면 법학은 어떤 현상의 형태만을 고려해야 하며 그 현상의 내용은 정치학이나 사회학의 대상이라고 한다.⁹⁾ 물론 순수법학론도 실정법이 이념적이고 정치적인 요소를 포함할 수 있다는 것을 부정하지는 않지만 그것을 다루는 것은 법학의 임무가 아니라고 한다.

이러한 순수한 형식적 방법론에 의하면 공법(정치적인 법)과 사법은 아무런 차이가 없게 된다.¹⁰⁾ H. Kelsen에 의하면 사법도 마찬가지로

6) H. Triepel, 앞의 글, 8면, 10면. : “정치의 세계에서는 원래…자기자신의 힘을 통하여 자기의 의지를 관철할 것을 요구한다.…문제가 정치적이면 정치적인수륙…행동원칙이 타인에 의해 규정되는 것에 대한 거부감이 훨씬 강한 것이다.”

7) H. Triepel, 앞의 글, 8면, 28면.

8) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 초판서문 3면.

9) H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, 92면 이하.

가지로 소위 말하는 정치적인 법인 것이다. 왜냐하면 비록 정도의 차이는 있을지라도 사법도 정치적 지배라고 지칭할 수 있는 국가의 사형성에 기여하기 때문이라고 한다.¹¹⁾ 따라서 그는 공법과 사법을 구별함으로써 나타나는 국가와 법의 이원론을 부정하고 국가와 법은 같은 것이라는 국가와 법의 동일성을 주장한다.¹²⁾

그러므로 그에 의하면 국가는 규범체계로 이루어진 법질서 그 자체인 것이며¹³⁾ 따라서 모든 국가는 법치국가인 것이다.¹⁴⁾ 그에게 있어서 헌법재판은 결국 헌법을 사법적으로 보장하는 것에 지나지 않으며 국가기능들의 합법성을 보장하는데 그 목적이 있는 것이다.¹⁵⁾ 여기서 말하는 국가기능들은 단지 행정, 사법만을 지칭하는 것이 아니며 입법도 포함된다.

혹자는 입법은 법적용작용이 아니라 법창조작용이므로 입법의 합법성 심사라는 것은 이론적인 문제점을 갖는다고 주장할 수 있을 것이라고 한다. 그러나 H. Kelsen은 입법은 단지 법창조작용이며 사법과 행정은 단지 법적용작용이라고 구분하는 것은 명백히 오류라고 주장한다. 그와 같은 구별은 절대적인 것이 아니며 상대적인 것이라고 한다.¹⁶⁾ 왜냐하면 예를 들어 명령을 법률과의 관계에서 보면 그것은 법적용이라고 할 것이지만, 그 명령을 적용한 법원의 판결 또는 행정행위와의 관계에서 살펴보면 법창조이기 때문이라고 한다. 따라서 그러한 논리를 법률과 헌법과의 관계에 그대로 적용하면 법률은 헌법에 대하여는 법적용이 된다고 한다.¹⁷⁾

10) H. Kelsen, Allgemein Staatslehr, Berlin, 1960, 90면 이하 ; 同, Reine Rechtslehr, 284면 이하.

11) H. Kelsen, Reine Rechtslehr, 287면.

12) H. Kelsen, 앞의 글, 288면 이하.

13) H. Kelsen, Reine Rechtslehr, 289면 ; 同 Allgemeine Staatslehr, 16면, 250면 이하.

14) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 44면, 109면.

15) H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, 30면.

16) H. Kelsen, 앞의 글, 31면.

따라서 H. Kelsen은 법률의 합헌성 요구는 법이론적으로나 법기술적으로나 사법이나 행정의 합법성 요구와 전혀 다를 것이 없다고 한다.¹⁸⁾ 그는 이에 반대하는 견해들은 입법기관이라는 것으로 표현되는 “정치권력”을 헌법규범에 의해 제한시키지 않으려고 하는 의도가 숨어있는 것이라고 주장한다. 물론 경우에 따라서는 그와 같이 하는 것이 바람직한 경우도 있을 수 있겠으나 그와 같은 관점은 법학적인 논쟁에서는 허용될 수 없는 것이라고 한다.¹⁹⁾ 왜냐하면 법학의 대상은 “있는 그대로의 질서”(Seinsordnung)가 아니라 “그렇게 존재해야 하는 질서”(Sollensordnung)이기 때문이라고 한다.²⁰⁾ 법원이 정치적 기능을 행하는가 라는 문제는 그에게 있어서는 논쟁의 대상이 아니다. 왜냐하면 그것은 이미 법학의 문제가 아니기 때문이다.

따라서 H. Kelsen에게는 헌법재판과 관련한 법과 정치의 긴장관계라는 것은 존재하지 않는다. 헌법분쟁은 그에게 있어서 의심의 여지없는 법적 분쟁인 것이다. 헌법재판은 그에게 있어서는 규범단계 중 최고의 효력을 갖는 헌법을 사법적으로 보장하는데 필수불가결한 것이다. 따라서 이러한 H. Kelsen의 견해가 헌법재판의 발전에 지대한 공헌을 하였다는 것은 결코 우연이 아니다.

다. 헌법분쟁을 정치적으로 보는 견해

17) H. Kelsen, 앞의 글, 32면. “법률이 어떠한 방법으로 성립되는가에 대하여 헌법이 규정함으로써, 입법은 헌법에 대한 관계에 있어서는 법적용작용이 된다. 그러나 입법은 명령이나 법률의 하위에 존재하는 행위와의 관계에서는 법창조작용이다.”

18) H. Kelsen, 앞의 글, 53면.

19) H. Kelsen, 앞의 글, 54면.

20) H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tübingen, 1962. “규범체계로서의 국가와 법은 당위의 영역에 속하는 것이지, 존재의 영역에 속하는 것이 아니다.”

앞서 본바와는 전혀 다른 헌법관을 갖고 있는 C. Schmitt는 법과 정치의 긴장관계를 완전히 다른 시각에서 조명한다. 순수법학에 기초를 둔 H. Kelsen과는 달리 결단주의에 기초한 그의 헌법관에 있어서는 헌법제정권력자의 정치적 결단이 핵심적인 요소가 된다.²¹⁾

C. Schmitt는 정치의 개념정의를 내리는데 있어서 그것의 내용에 의해 정의 내리는 것이 아니라 나름대로의 독특한 기준, 즉 동지나 적이나 라는(Freund-Feind Theorie) 기준을 표준으로 한다.²²⁾ 그에 따르면 예를 들어 도덕적 영역에 있어서는 선과 악이, 미학에 있어서는 미와 추가 기준이 되는 것과 마찬가지로 정치에 있어서는 미와 추가 기준이 되는 것과 마찬가지로 정치에 있어서는 동지와 적이 기준이 된다고 한다.²³⁾ 정치라는 것은 동지와 적을 올바르게 구분하고 그럼으로써 사람들을 동지와 적으로 효과적으로 결집시키는 것을 그 임무로 하는 것이라고 한다.²⁴⁾

이와 같이 정의내린 정치에 관한 문제들은 C. Schmitt에 의하면 절대로 법원이 결정할 수 있는 성질의 것이 아니며 그것은 헌법제정권자 내지는 입법권자의 관할사항이라는 것이다. 어떤 일반규범이 존재하고 그 규범의 구성요건에서 구체적 사안이 추론될 수 있는 경우에만 비로소 법관이 판단할 수 있는 범분쟁이라는 것이 존재할 수 있다고 한다.²⁵⁾

이러한 견해로부터 이미 쉽사리 C. Schmitt가 헌법재판에 대해 부정적 시각을 갖고 있다는 것을 추측할 수 있다. 그는 헌법을 헌법제정권자의 정치적 결단으로 파악한다.²⁶⁾ 따라서 헌법은 결코 소

21) C. Schmitt, Verfassungslehre, 23면.

22) C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, Berlin, 1963, 26면.

23) C. Schmitt, 앞의 글, 27면.

24) C. Schmitt, 앞의 글, 37면.

25) C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aufsätze 수록, 77면, 79면.

송의 대상이 될 수 없다.²⁷⁾ 헌법규범의 내용과 관련한 문제점이나 다양한 이견들은 법분쟁을 해결하는 것과 같은 방법으로 결정내려질 수 없는 것이다.²⁸⁾ 왜냐하면 그와 같은 결정은 실제에 있어서는 실질적으로 내용을 확정하는 정치적인 결단이기 때문이다.²⁹⁾ 따라서 만일 헌법분쟁을 법적 분쟁으로 파악하기 위해서는 사법을 극도로 형식적으로 즉 신분보장이 되어있는 법관이 행하는 모든 것이 사법이라고 이해하는 경우에만 가능하다고 한다. 그는 이와 같은 형식적인 의미로 사법을 파악하는 것에 반대하며 사법활동의 내용과 관련하여(실질적으로) 사법을 정의 내려야 한다고 한다.³⁰⁾ 실질적인 의미로 사법을 파악하는 경우 헌법규정의 내용에 대한 결정은 사법의 영역이 아닌 것이다. 왜냐하면 사법적인 결정은 이미 법률의 규정에 의해 정해진 것을 단지 추론하는 것에 불과한 것이기 때문이라고 한다.³¹⁾ 그러나 헌법규정의 내용을 확정하는 결정은 규범으로부터 추론될 수 없는 결단적인 요소가 내포되어 있으며 이러한 결단이라는 것은 바로 정치적 결정의 전형적인 요소인 것이다.³²⁾ 따라서 어떤 헌법규정에 대하여 사법적 형태를 띤 법원이 결정을 내린다면, 그 법원은 이미 진정한 의미의 사법기관이 아니며 정치기관인 것이며 나아가 고도의 정치기관일 수밖에 없다고 주장한다.³³⁾ 사법영역을 그와 같이 무제한으로 확장시켜 나간다면 국가를

26) C. Schmitt, Verfassungslehre, 23면.

27) C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aufsätze 수록, 74면.

28) C. Schmitt, Verfassungslehre, 136면 ; 同, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aufsätze 수록, 75면.

29) C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung. Verfassungsrechtliche Aufsätze 수록, 82면.

30) C. Schmitt, 앞의 글, 78면.

31) C. Schmitt, 앞의 글, 77면.

32) C. Schmitt, 앞의 글, 79면.

33) C. Schmitt, Verfassungslehre, 118면.

사법화시키는 결과를 초래하는 것이 아니라 반대로 사법기관을 정치기관으로 전락시킨다고 한다. 이것은 결국 정치의 사법화가 아니라 사법의 정치화(Politisierung der Justiz)를 초래할 것이라고 한다.³⁴⁾

결국 C. Schmitt에 의하면 진정한 헌법분쟁은 모두 정치분쟁이며³⁵⁾ 따라서 헌법분쟁에 대한 결정은 결코 사법부의 영역에 속하는 것이 아니고 헌법제정권자 내지는 입법권자의 사항이라는 것이다.

라. 법규범의 존재여부에 따른 법적 분쟁과 정치적 분쟁과의 구별

헌법분쟁을 모두 일괄적으로 법적 분쟁이나 정치적 분쟁으로 파악하려는 앞서의 견해들로부터 한 걸음 나아가 헌법재판의 대상으로서의 헌법분쟁을 구체화하려는 시도를 통해 논쟁의 차원을 달리 한 이가 E. Kaufmann이다. 그는 헌법재판의 대상은 원칙적으로 모든 헌법문제라는 가정에서 출발한다.³⁶⁾ 이러한 가정 하에서 헌법재판의 대상으로서의 법적 분쟁과 그렇지 않은 정치적 분쟁을 구분하는 기준을 찾으려고 하였다.

그에 의하면 정치적인 문제는 헌법재판의 대상에서 제외된다고 한다. 왜냐하면 정치적인 문제에 있어서는 그것을 결정하는데 있어서 결정적인 것은 다양한 관점과 서로 상충하는 이해관계들의-그러나 그것을 위한 법적인 규범이 존재하지 않는-비교형량이기 때문이

34) C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aufsätze 수록, 98면.

35) C. Schmitt, Verfassungslehre, 136면.

36) E. Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9, 1952, 그리고 P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit에도 수록, 1976, 146면.

라고 한다.³⁷⁾ 만일 모든 문제가 경우에 따라서는 정치적인 문제가 될 수 있으며 정치적 문제와 법적 문제와의 차이점은 단지 정도의 차이에 불과하다고 주장한다면 그것은 정치라는 개념을 다르게 사용하고 있는 것이다. 이런 의미라면 헌법분쟁은 항상 정치적 냄새를 풍긴다고 말할 수 있을 것이라고 한다.³⁸⁾

그러나 E. Kaufmann에 의하면 정치적인 문제나-법적인 문제에 대립하는 개념으로써-아니냐를 판단하는 기준은 정치적인 냄새를 풍기는가 하는 것과는 무관하며 분쟁이 있는 경우 그 분쟁에 적용할 법규범이 존재하느냐에 의해 결정된다고 한다. 즉 헌법재판에 있어서 중요한 것은 그와 같은 정치적인 냄새를 제거하고 오로지 법적인 관점만이 대상이 되도록 해야 한다는 것이다.³⁹⁾ 따라서 어떤 분쟁을 해결하는데 적절한 법규범이 존재하는 경우에는 법적 분쟁으로써 헌법재판의 대상이 된다. 왜냐하면 오직 법분쟁만이 사법적 판단의 명확성에 필수 불가결한 이성적이고 논리적인 단순화가 가능하기 때문이라고 한다.⁴⁰⁾ 그 반면에 정치적 분쟁에 있어서는 모든 이해관계와 제관점들을 고려하고 비교형량 해야 하기 때문에 법적으로 또는 사법적으로 파악하는 것이 불가능하며 따라서 그것은 헌법재판의 대상이 될 수 없다고 주장한다.⁴¹⁾

이와 같은 방법으로 E. Kaufmann은 헌법분쟁을 소위 탈정치화하려고 한다. 그는 법적 분쟁과 정치적 분쟁을 그 분쟁에 적용할 법규범이 존재하느냐의 여부에 따라 구분하고 법적 분쟁만을 헌법재판의 대상으로 삼는다. 정치적 분쟁과 법적 분쟁을 구분하는데

37) E. Kaufmann, 앞의 글, 154면.

38) E. Kaufmann, 앞의 글, 147면.

39) E. Kaufmann, 앞의 글.

40) E. Kaufmann, 앞의 글, 152면.

41) E. Kaufmann, 앞의 글, 152면, 154면.

있어서 그에게서 결정적인 것은 그 분쟁의 내용이 아니고 그 분쟁에 적용할 법규범의 존재여부인 것이다.

마. “법에 따른 판단”이나 또는 “법에 대한 판단”이나에 의한 구분

연방헌법재판소의 지위에 관한 보고서에서 G. Leibholz는 법과 정치를 이상적이고 전형적으로 구분하려고 시도하였다.

즉 그에 의하면 정치라는 것은 본질적으로 항상 동적-비이성적(Dynamisch-Irrationales)이라는 성격을 갖고 있는 반면에, 법은 본질적 구조상 정적-이성적(Statisch-Rationales)인 성격을 갖고 있다고 한다.⁴²⁾ 그러나 그는 동시에 정치와 법의 본질사이에는 풀릴 수 없는 내적 모순이 존재한다는 것을 부정하지 않는다. 법과 정치를 위와 같이 이상적이고 전형적으로 구분했음에도 불구하고 그는 헌법재판이라는 영역 내에서의 헌법과 헌법재판의 긴장관계를 인정한다.⁴³⁾ 그에 의하면 이러한 긴장관계는 헌법재판이 정치의 영역으로 들어감으로써 생겨난다고 한다. 왜냐하면 헌법재판은 정치적인 법적 분쟁을 대상으로 하기 때문이라고 한다.⁴⁴⁾ 헌법은 정적-이성적이라는 특징을 갖는 이상적이고 전형적인 법이 아니라 정치적인 법인 것이다. 헌법은 내용적으로 기본적인 속성상 법적인 제한이나 사법부에 의한 헌법통제를 가능한 한 피하고자 하는 정치 그 자체를 대상으로 하고 있다는 것이다.⁴⁵⁾

42) G. Leibholz, Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur "Status-Frage", JöR 6, 1957, 120-137면, 그리고 P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit에도 수록, 277면 이하.

43) G. Leibholz, 앞의 글, 277면 이하.

44) G. Leibholz, 앞의 글, 222면.

45) G. Leibholz, 앞의 글, 226면, 229면.

이와 같은 사실로 말미암아 헌법재판의 사법적 성격을 부인하고 사법의 형태를 띤 정치에 불과하다는 견해가 대두된다는 것이다. 그러나 그와 같은 비난은 G. Leibholz의 견해에 따르면 옳바르지 못하다고 한다.⁴⁶⁾ 왜냐하면 헌법재판과 그 밖의 일반재판과의 사이에는 본질적인 차이가 존재하는 것이 아니기 때문이라고 한다. 이와 같은 논쟁들은 결국 헌법재판이 헌법에 포함되어 있는 정치적 결단들을 그 대상으로 함으로써 필연적으로 정치적인 성격을 갖게 된다는 것을 보여주는 것이라고 한다.

그러나 그에 의하면 이와 같이 헌법재판이 정치와 관련이 있다는 사실이 곧 헌법재판이 순수한 사법이 아니라고 할 수 있는 것은 아니라고 한다. 오히려 헌법재판의 성격규명에 있어서 결정적인 것은 과연 법규범 즉 그 내용에 있어서 법적인 해석이 가능한 규정이 법적인 설득력을 갖는가 하는 것이라는 것이다.⁴⁷⁾ 바로 여기서 G. Leibholz는 그 유명한 “법에 따른 판단”(nach dem Recht)과 “법에 대한 판단”(um das Recht)이라는 도식을 도입한다.⁴⁸⁾ 정치적 분쟁은 헌법재판의 대상에서 제외된다. 왜냐하면 그 분쟁해결을 위한 규범이 존재하지 않기 때문이다. 즉 정치분쟁에 있어서 중요한 것은 새로운 법의 제정 또는 구법의 유지·개선인 것이다. 이러한 정치적 분쟁은 법에 따라 판단(nach dem Recht)하는 분쟁이 아니라 법에 대한 판단(um das Recht)을 하는 분쟁이며 따라서 헌법재판의 대상이 아니다.

결국 G. Leibholz는 헌법재판의 정치적인 면을 인식함으로써-E. Kaufmann처럼-단순히 법적 분쟁과 정치적 분쟁으로 구분하는데

46) G. Leibholz, 앞의 글, 231면 이하.

47) G. Leibholz, 앞의 글, 233면.

48) G. Leibholz, 앞의 글, 233면.

그치지 않고, 나아가 정치적·법적 분쟁과 정치적 분쟁으로 구분하였다. 그에게 있어서는 정치적 법적 분쟁은 그것에 비록 정치적인 내용을 내포하고 있다하더라도 법적 분쟁이라고 주장한다. 왜냐하면 그러한 분쟁을 해결하는데 있어서 법적이고 이성적인 해석이 가능하기 때문이라고 한다. 즉 그와 같은 분쟁은 “법에 따라 판단”(nach dem Recht)하는 분쟁인 것이다.

바. 법과 정치의 이원론을 극복하려는 견해

이와는 전혀 다른 관점에서 헌법재판에 있어서의 법과 정치의 긴장관계를 파악하고자 하는 이로써 O. Massing를 들 수 있다. 그는 근본적으로 법과 정치를 완전히 분리시킨다는 것이 과연 가능한가라는 의문을 토대로 사고를 전개한다. 그는 헌법재판소의 판결들은 물론 기본법의 영역 내에서 행해지지만 궁극적으로는 그것을 넘어서서 결단적인 의미를 갖는 정치적인 형성의사들에 불과하며 사법적 형태를 띠는 절차는 단지 핑계에 지나지 않는 것이 아닌가 하는 의문을 제기한다.⁴⁹⁾

그리하여 그는 G. Leibholz의 연방헌법재판소의 지위에 관한 보고서를 신랄하게 비판한다. 그는 G. Leibholz는 정치와 법의 본질 사이에는 이상적이고 전형적인 구조적 차이가 있다고 주장함으로써 헌법재판의 진정한 정치적 성격을 호도했다고 주장한다.⁵⁰⁾ 그는 G.

49) O. Massing, Recht als Korrelat der Macht? Überlegungen zu Status und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, G. Schäfer/C. Nadelmann(편저), Der CDU-Staat 1. Analysen zur Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik 수록, Frankfurt a. M. Shurkamp Verlag 제3판, 1972, 211-258면, 그리고 P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit에도 수록, 412면 이하.

50) O. Massing, 앞의 글, 414면.

Leibholz가 바이마르 시대와는 달리 연방헌법재판소가 정치적 영역에 훨씬 더 진입했다는 점을 강조하기는 하였으나 그럼에도 불구하고 그는 여전히 법과 정치의 이원론이라는 기본 토대를 벗어나지 못했다고 한다.⁵¹⁾ 이러한 이원론으로써는 능동적인 정치기관과 사법적 형태의 행정통제와의 충돌을 설명할 수 없다고 한다. 오히려 이러한 이원론적 사고방식은 헌법재판의 정치적 성격을 둔화시키는 적절한 수단으로 전략한다고 한다. 아울러 헌법재판소를 정치적인 논쟁으로 끌어들이려는 모든 시도로부터 이러한 이원론적 사고가 방패역할을 함으로써 헌법재판을 순수한 해석과정에만 한정시키는 것도 헌법재판의 정치적 성격을 둔화시킨다고 한다.⁵²⁾

나아가 그는 G. Leibholz가 헌법재판은 정치적 영역에 진입한다는 근거만으로 헌법재판과 다른 일반재판을 구분하려는 것은 헌법재판의 진정한 정치적 성격을 오해한데서 비롯된 것이라고 반박한다. 문제가 되는 분쟁에 따라 정치성의 정도가 다를 수밖에 없기 때문에 모든 판결이 동일한 정도의 정치성을 띠고 있다고 할 수 없는 것이라고 한다. 그에 의하면 사법적 결정이라는 것은 정치적인 충돌과 타협을 통해 만들어진 법률을 해석함으로써 집행하며 그럼으로써 어떤 특정한, 법기술적으로 확정된, 그리고 유효한 것으로 선언된 정치를 집행하는 것이라고 한다.⁵³⁾

마지막으로 O. Massing는 G. Leibholz의 유명한 논제 “법에 따른 판단”(nach dem Recht)과 “법에 대한 판단”(um das Recht)에 대한 비판을 가한다. 그는 G. Leibholz가 이러한 논제를 통해 이성적인 기준으로써 법규범의 존재라는 점을 지적하였으나, 모든 법규범은

51) O. Massing, 앞의 글, 413면 이하.

52) O. Massing, 앞의 글, 415면.

53) O. Massing, 앞의 글, 416면 이하.

정치적 결단들의 결정체로써, 법집행이라는 것은 추상적인 법 그 자체가 아니라 그 법속에 내재되어 있는 정치적인 목적을 실현하기 위한 것이라는 사실을 간과하고 있는 것이라고 주장한다.⁵⁴⁾ 결국 G. Leibholz는 그의 비정치적인 안이함으로 말미암아 헌법재판에 있어서의 정치적 비중을 과소 평가한 것이라고 한다.

결국 O. Massing는 G. Leibholz가 헌법재판의 정치적 성격을 인정하기는 하였으나 그의 법과 정치의 이원론적 사고방식으로 말미암아 정치적 타협의 산물로써 그것을 인식하는 것을 거부하였다고 한다.⁵⁵⁾ 그러나 이러한 이원론에 의해서는 결코 법과 정치의 긴장 관계를 해소할 수 없다고 한다. 이러한 긴장관계는 O. Massing에 의하면 헌법재판의 진정한 정치적 성격을 인식함으로써만이 해결될 수 있다고 한다.

사. 소 결

위에서 보았듯이 법과 정치의 이원론과 그 바탕이 되는 분리적인 사고방식은 헌법재판제도의 본질을 오해한데서 비롯된 것이다.⁵⁶⁾ 법과 정치는 상호 별개의 것이 아니며 서로 밀접히 관련되어 있는 것이기 때문에 법과 정치를 대립되는 것으로 파악하는 것은 헌법재판이 갖는 정치적 기능을 감출 뿐인 것이다.⁵⁷⁾ 법과 정치는 서로

54) O. Massing, 앞의 글, 417면.

55) O. Massing, 앞의 글, 419면.

56) 참조. P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, 4면 ; K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaft, 1980, 16면 이하.

57) 참조. U. Scheuner, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 1976, 203면 ; 同, Diskussion, K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik 수록, 35면 ; 참조. W. Schmitt Glaeser, Rechtspolitik unter dem Grundgesetz, AöR 107/3, 338면.

분리할 수 없는 것이다. D. Grimm이 표현한 것처럼 법은 정치의 목적이며 정치의 산물이고, 정치의 도구이기도 하며 동시에 법은 정치의 척도이기도 하다.⁵⁸⁾ 따라서 법이라는 것은 그것을 정치적 현상으로 이해하지 않는 한, 완전히 파악되지 않는 것이다.⁵⁹⁾ 법해석에는 정치적 관점이 내포되어 있으며,⁶⁰⁾ 특히 헌법해석에는 창설적인 성격이 존재한다.⁶¹⁾ 따라서 헌법재판은 정치적 기능만을 갖고 있다고 주장하는 것과 마찬가지로 옳지 못한 것이다.⁶²⁾ 중요한 것은 헌법재판이 법영역에 속하느냐, 정치 영역에 속하느냐 하는 것이 아니라 P. Häberle가 지적했듯이⁶³⁾ 헌법재판소의 헌법해석을 통해 소위 “바른” 정치를 이룩하는 것이다. 따라서 문제가 되는 것은 헌법재판이 정치적 성격을 갖느냐의 여부가 아니라 헌법재판이 정치과정 속에서 어떠한 영향력을 갖느냐, 즉 헌법체계 속에서 어떠한 기능을 갖느냐 하는 것이다.

3. 헌법재판이 국가작용체계상의 위치

헌법재판의 특수한 과제와 관련하여 그것이 오늘날의 국가작용체계상에서 어떠한 기능을 갖는가에 대하여 많은 논의가 있어 왔다. 특히 규범통제와 법률에 대한 헌법소원은 이러한 문제를 더욱 복잡하게 만들었다.

58) 참조. D. Grimm, *Recht und Politik*, JuS 1969, 501면 이하.

59) 참조. D. Grimm, 앞의 글, 507면.

60) 참조. D. Grimm, 앞의 글, 507면 이하.

61) 참조. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16판, 24면 이하.

62) 참조. P. Häberle, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, P. Häberle(편저), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, 4면.

63) 참조. P. Häberle, 앞의 글, 4면.

가. 입법작용([Verfassungs-] Gesetzgebung)으로서의 헌법재판

이 설은⁶⁴⁾ 우선 입법과 사법의 구분에 관한 엄격한 전통적인 기준을 제시한다. 즉 사법의 전형적인 특징으로써 삼단논법적 추론(Subsumtion)을 든다.⁶⁵⁾ 이러한 기준에 따라 살펴보면 헌법재판은 사법이라기보다는 입법이라는 것이다. 우선 H. Krüger에 의하면 사법의 가장 전통적인 특징인 삼단논법의 추론은 헌법재판이 그 전체를 충족할 수 없기 때문에 헌법재판에는 해당되지 않는다고 한다.⁶⁶⁾ 삼단논법에 있어서는 대전제와 구체적인 사안이 존재한다. 헌법재판 특히 규범통제 등에 있어서는 구체적 사안이 바로 법률이 된다. 그러나 법률은 삼단논법에서의 구체적 사안과는 달리 해당규범의 단순한 현실화나 추론이 될 수 없는 것이다. 즉 법률은 이미 헌법에 내용이 내재되어 있는 것을 단순히 현실화시키거나 추론하는 것이 아니기 때문이다.⁶⁷⁾ 또한 헌법도 삼단논법상의 대전제의

64) C. Schmitt, Verfassungslehre, Berlin, 6판, 1983, 118면 ; 同, Hüter der Verfassung, 45면 ; E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, München, 1971, 137면 ; R. Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, 1963, 204면 이하 ; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2판, 1966, 703면 이하 ; 同, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, FS für R. Smedn 수록, 1962, 161면 ; W. Henke, Verfassung, Gesetz und Richter, Der Staat 4, 1964, 433면 이하 ; Chr. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, 64면 이하 ; Chr. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, 67면 ; E. W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, 2099면 ; D. Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, 697면 이하 ; R. Zuck, Das Bundesverfassungsgericht als Dritte Kammer, ZRP 1978, 189면 이하.

65) C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 38면 이하, 42면, 44면 ; H. Krüger Allgemeine Staatslehre, 707면 이하.

66) H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 707면 이하.

67) C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 38면 ; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 708면,

성격을 갖지 못한다고 주장한다. 왜냐하면 헌법은 대전제와는 달리 직접적으로 적용될 수 없으며, 적용을 위해서는 그것을 구체화하는 입법행위가 선행되어야 한다고 한다.⁶⁸⁾ 따라서 헌법재판소에서 이와 같은 헌법을 구체화하는 규범을 직접 설정해야만 한다. 왜냐하면 입법권자가 제정한 헌법을 구체화하는 규범은 그것의 합헌성이 의심받고 있기 때문에 고려의 대상이 되지 않기 때문이다. 만일 헌법재판소가 그럼에도 불구하고 삼단논법의 추론에 의해 입법자가 제정한 법률을 무효화시킨다면 그것은 이미 단순한 헌법의 해석자가 아니라 헌법제정자가 된다고 한다. 왜냐하면 헌법재판소는 그 자신 스스로 입법자가 되어 헌법을 여러 다양한 해석가능성들 중에서 하나의 해석방법만으로 확정 시켜 버렸기 때문이라고 한다.⁶⁹⁾

W. Henke는 사법의 또 다른 특징으로 구체적 사안관련성을 들면서 헌법재판소는 그것이 결여되기 때문에 오히려 입법작용으로 분류되어야 한다고 주장한다.⁷⁰⁾ W. Henke는 C. Schmitt, H. Kelsen과는 달리⁷¹⁾ 불확실한 헌법개념을 확정하는 해석자체는 사법의 영역을 벗어나는 것이 아니라고 한다.⁷²⁾ 그러나 법률의 위헌심사권한과 위헌결정권한이 헌법재판소에 주어짐으로써 법관의 심사권은 질적으로 다른 차원으로 옮겨지게 된다고 한다. 왜냐하면 그럼으로써 구체적인 개별사안으로부터 독립되어 법률의 심사가 행해지게 되기 때문이다.⁷³⁾ 특히 규범통제나 법률에 대한 헌법소원에 있어서 개별

695면.

68) H. Krüger, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, 157면.

69) H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 708면 ; 同, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, 157면.

70) W. Henke, Verfassung, Gesetz und Richter, Der Staat 4, 433면 이하.

71) C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 45면 이하, H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, 68면 이하

72) W. Henke, Verfassung, Gesetz und Richter, 449면.

73) W. Henke, 앞의 글, 445면.

사안에 국한되지 않고 그와는 무관하게 일반적이고 가능한 모든 관점에서 그 법률의 헌법합치 여부를 판단하게 된다.⁷⁴⁾ 이러한 상황에서는 헌법재판소와 입법권자의 구별이 불가능해 진다고 한다. 심사속고하여 전형적인 즉 예를 들면 입법자가 생각했던 그런 경우를 적용함으로써 법률의 의미를 찾으려고 한다는 점에서 양자는 동일한 것이다.⁷⁵⁾ 이와 같이 이론적이고 예행적으로 실시되는 해석은 이미 입법의 일종이라고 주장한다. 따라서 개별사안의 해결을 위해 법률로부터 권리를 찾아낸다는 점이 사법의 전형적인 모습인데 반해 헌법재판의 본질과 특성은 이와는 상응하지 않으며 결코 사법이 아니고 입법의 일종이라고 한다.⁷⁶⁾

헌법재판의 성격을 입법작용으로 파악하는 또 다른 견해는 헌법재판의 판결이 갖는 효력에 그 근거를 두고 있다. R. Marcic에 의하면 헌법재판의 판결이 당사자간에만 그 효력이 미치는 것이 아니고 일반적인 효력을 갖는 한에 있어서는 헌법재판소는 제 2의 입법권자라고 한다.⁷⁷⁾ 헌법재판소가 법률을 위헌이라고 선언하거나 무효로 하지 않는 한에서만 그 법률이 효력을 갖는다고 한다면 헌법재판소는 명백히 입법권자 내지는 헌법제정자로서 성격지워야 할 것이다. 이러한 헌법재판소의 작용은 특히 판결이 장래효를 갖는 경우 더욱 더 명확하게 나타난다. 왜냐하면 미래 어느 시점에 무효선언된 법률은 그 무효선언 시점까지는 유효한 것으로 취급되어 진다는, 즉 다시 말하면 위헌적인 법률이 특정한 시점까지는 법적으로

74) 참조, D. Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, 698면.

75) W. Henke, Verfassung, Gesetz und Richter, 448면, ; D. Grimm, 앞의 글, 669면.

76) 참조, W. Henke, Verfassung, Gesetz und Richter, 449면 ; Ch. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, 67면 ; Ch. Böchenförde, Die Sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetz, 1966, 67면 ; D. Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1966, 699면.

77) R. Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, 1963, 204면 이하.

로 완전히 구속력을 갖는 합헌적인 법률로 된다는 사실로부터 입법 작용적인 성격이 명백히 드러난다.⁷⁸⁾ 그럼으로써 결국 입법작용을 헌법재판소와 국회가 나누어 행사하는 것이 된다고 한다.

나. 제4의 국가작용으로서의 헌법재판

이 설은 헌법재판의 기능적 특수성으로 말미암아 전통적인 3권분립의 체계에 헌법재판을 접목시키는 것이 불가능하다는 근거로부터 헌법재판을 제4의 국가작용으로 파악하려는 시도이다.

이러한 견해에 따르면 전통적 의미의 3개의 국가작용들 사이에서 발생하는 충돌을 해소하거나 또는 최소한 완화하기 위한 새로운 형태의 제4의 국가작용으로서 헌법재판을 파악한다.⁷⁹⁾ K. Doehring은 이러한 작용을 “중립적 권력(pouvoir neutre)”이라고 지칭한다.⁸⁰⁾ 이 중립적 권력이라는 것은 입헌군주시대에는 삼권간의 긴장을 완화시키기 위해 국왕이 행사했던 것인데 이러한 중립적 권력은 오늘날의 헌법국가에서도 필요한 것이라고 한다. 비록 오늘날 행정부와 입법부간의 긴장관계는 그 의미가 적어졌지만 오늘날의 의회민주주의에 있어서 국민과 입법자간 또는 여당과 야당간에 존재하는 새로운 긴장영역이 발생함으로써 그 중립적 권력은 그 의미를 상실하지 않고 있다고 한다.⁸¹⁾

G. Roellecke도 기존의 삼권간에 존재하는 필연적인 충돌을 무마하고 완화시키기 위해 제4의 권력이 필요하다고 한다. 왜냐하면 그

78) R. Marcic, 앞의 글, 205면.

79) G. Roellecke, Vefassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung 수록, Cappenberger Gesspräch, 1980, 32면.

80) K. Doehring, Der “pouvoir neutre” und das Grundgesetz, Der Staat , 1964, 202면.

81) K. Doehring, 앞의 글, 219면.

러한 충돌은 삼권중의 어느 한 권력에 의해 해소될 수 없으며 그 삼권이외의 또 다른 권력에 의해서만 해결될 수 있다고 주장한다.⁸²⁾ 이러한 제4의 권력으로 그는 헌법재판소를 들고 있다.

다. 사법작용으로서의 헌법재판

헌법재판을 사법작용으로 파악하는 견해에 따르면 사법이란 독립된 법관으로 구성된 기관이 헌법이나 법률에 정해진 권한과 절차에 의해서 오로지 법이라는 기준에 따라 최종적이며 구속력을 갖는 결정을 내리는 것을 말한다고 한다.⁸³⁾ 따라서 헌법재판을 담당하는 기관이 위와 같은 사법의 정의에 합치하는 경우 사법작용이라고 한다. 그러나 헌법재판을 사법작용으로 간주하는 경우에도 헌법재판이 갖는 특수성을 배제한다는 것을 의미하는 것은 아니라고 한다.⁸⁴⁾ 헌법재판의 특수성은 그것의 대상인 헌법이 정치적인 법이랑는데 있다. 그러나 대상이 정치적 성격을 갖는다고 해서 그것으로부터 헌법재판은 정치재판이며 사법작용이 아니라고 할 수는 없다는 입장이다. 왜냐하면 법과 정치는 상호 완전히 분리되어 대립되는 개념이 아니며, 서로 밀접하게 관련되어 있어서 도저히 분리해서 파악할 수 없기 때문이라고 한다.⁸⁵⁾ 정치적인 문제도 법적 문제

82) G. Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung 수록, 1980, 28면 이하.

83) R. Thoma, VVDStRL 5, 1929, 107면 이하 ; E. Friesenhahn, Wesen und Grezen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZschwR 73, 157면 이하 ; U. Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, DÖV 1980, 477면 ; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 제2권, 941면 이하.

84) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 제2권, 942면 이하 ; Ch. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berline, 1985, 121면.

85) U. Scheuner, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 1976. 203면 ; P. Häberle,

화될 수 있다. 헌법재판의 작용을 성격 지우는 데 있어서 결정적인 것은 대상이 아니라 분쟁을 해결하는 방식인 것이다라고 한다.⁸⁶⁾ 따라서 분쟁의 내용을 파악하고 그에 대한 결정을 내리는데 있어서 법학적인 방법론에 입각하여 행해진다면 그것은 입법작용이 아닌 사법작용이라고 한다.

헌법재판을 사법의 특징인 삼단논법적 추론이 결여된다는 이유로 입법작용으로 파악하려는 견해에 대해 E. Friesenhahn은 법률의 합헌성 심사도 마찬가지로 법의 적용 즉 삼단논법적 추론이라며 반박한다.⁸⁷⁾ 왜냐하면 법률의 합헌성 심사로 하위법의 내용을 상위법에 의해 심사하는 것이기 때문이라고 한다. 따라서 그는 법률의 합헌성 심사나 행정행위의 합법성 심사나 아무런 차이가 없다고 한다. 따라서 행정행위의 무효선언을 함으로써 행정재판소가 행정부가 되지 않는 것처럼 헌법재판소가 입법부가 될 수 없다고 한다.

또한 U. Scheuner는 입법작용과 사법작용의 결정적인 차이는 사법작용은 그에 의해 내려지는 결정이 법적인 근본원칙이나 규범에 구속된다는데 있다고 한다. 헌법재판에 있어서는 입법작용의 가장 큰 특징인 객관적인 법의 자유롭고 창조적인 형성이라는 점이 결여되기 때문에 결코 입법작용이 될 수 없다고 한다.⁸⁸⁾ 따라서 헌법재판은 규범통제를 포함해서 결코 입법자체가 될 수 없으며 나아가서는 소위 ‘소극적인 의미의 입법’도 될 수 없다고 한다. 헌법재판이

Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, 4면 ; D. Grimm, Recht und Politik, JuS 1969, 501면 이하.

86) 참조. W. Schmitt Glaeser, Münchner Rechtslexikon, 제3권, 828면 ; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 제2권, 945면.

87) E. Friesenhahn, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSchwR Bd. 73, 1954, 156면 이하.

88) U. Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, DÖV 1980, 477 면.

이미 선재하는 규범에 구속되는 해석을 행하는 한 그것은 사법작용이라고 한다.

라. 소 결

헌법재판의 과제는 헌법보호이다. 이에 는 단지 국가권력의 통제 뿐 아니라 헌법해석을 통한 헌법의 구체화 내지 헌법발전도 포함된다.⁸⁹⁾ 법규범의 해석 또는 그 규범의 내용을 확정하는데 있어서는 법창설적인 요소가 존재하기 마련이다.⁹⁰⁾ 헌법은 그 특성상 다른 법규범에 비해 일반적이고 불확실한 개념을 많이 포함하고 있기 때문에 헌법재판은 다른 일반재판에 비해 법창설적, 법구체화 내지 법발전적인 측면이 훨씬 중요한 의미를 갖게 된다. 헌법재판이 이와 같은 법구체화 내지 법발전이라는 과제를 갖는다고 해서 그것이 곧 사법작용이 아니라고 할 수는 없다. 왜냐하면 법구체화와 입법은 동일하지 않기 때문이다.⁹¹⁾ 오늘날 일반법관에 의해 행해지는 법적용도 몽테스큐가 생각했던 단순한 논리적 추론이 아니며, 법을 발전시키며 법형성에도 참여하는 것이라는 점이 법이론적으로도 일반적으로 인정되고 있다.⁹²⁾ 따라서 어떤 새로운 가치나 규범을 새로 창조, 형성하는 것이 아니고 이미 존재하는 규범에 구속되어 해

89) 참조. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 16판, 216면.

90) 참조. J. M. Wintrich, Die Verfassungsgerichtbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung, P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 1976, 216면.

91) 참조. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 제2권, 946면.

92) 참조. J. Esser, Grundsatz und Norm in der rechtlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956 ; W. Fiedler, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, 1972 ; P. Badura, Grenzen und Möglichkeit des Richterrechts, Schriften des Sozialgerichtsverbandes, 제10권, 1975. 제인용 U. Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, DÖV 1980, 475면.

석하는 한, 비록 그것이 어떤 창설적인 요소를 갖는다고 하여도 사법작용인 것이다.⁹³⁾

4. 사법작용으로서의 한국 헌법재판소

헌법재판제도를 구체적인 실정법 질서 내에서 어떤 국가작용에 편입시켰는가하는 것은 결국 그 담당 기관이 어떤 형태를 띠고 있으며 어떤 기준에 의해 분쟁에 대한 결정이 내려지는가에 달려있다.

비록 한국헌법은 헌법재판소를 사법작용에 속하는 것이라고 명시적으로 표현하고 있지 않지만 그것을 전제하고 있다고 보여진다. 헌법재판소에 관한 규정을 살펴보면 법관의 자격이 있는 자만이 구성원이 되도록 하였으며, 재판관은 헌법과 법률에 의거하여 독립적으로 사법적 절차에 따라 구속력 있는 결정을 내리도록 되어 있다(헌법 111조 2항, 112조 3항, 113조 2항, 헌법재판소법 4조). 이것은 일반적으로 사법에 대해 내려지는 정의와 일치한다. 즉 사법이란 권리의 다툼이나 침해가 있는 경우에 정해진 절차에 따라 권위 있고 구속적이며 독립적인 결정을 내리는 과제로서 특징 지워진다고 하는 K. Hesse의 정의와 합치한다.⁹⁴⁾ 그러나 물론 이와 같이 한국

93) 참조. U. Scheuner, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 205면 ; 同, Das Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Die Bindungskraft seiner Entscheidung, DÖV, 1954, 645면 ; 同, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Gesetzgebung, DÖV 1980, 477면 ; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik like Deutschland, 제2권, 946면 이하 ; J. M. Wintrich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 1976, 216면 이하 ; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16판, 216면.

94) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16판, 210면 이하.

헌법재판소가 사법작용에 속한다는 사실이 헌법재판소의 결정이 정치적 영향력을 갖지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 헌법재판소의 과제와 그에게 지워진 책임의 중요성에 비추어 헌법은 그와 동시에 합당하게도 헌법재판소를 헌법기관으로 규정하고 있는 것이다.⁹⁵⁾

또한 헌법재판의 실효성확보라는 관점에서도 헌법재판은 사법작용으로 편입시켜야 할 것이라 생각한다. 앞서서도 언급했듯이 헌법재판의 과제는 권위 있는 결정을 통한 헌법의 구체화이다. 그럼으로써 법적 명확성과 법적 확실성이 보장되어야 한다. 그러나 이러한 것은 헌법재판소의 결정이 확고하고 납득할 만한 해석원칙에 따라 행해지고 가능한 한 일반적이고 불명확한 원칙들을 배제하는 경우에만 가능한 것이다.⁹⁶⁾ 만일 헌법재판의 결정이 정치적 원칙들에 따라 이루어진다고 한다면 당파적이라거나 일방적이라는 느낌을 줄 것이 틀림없다. 그와 같은 느낌으로 말미암아 헌법재판소는 결국 존경이나 권위를 획득하지 못하게 될 것이다. 따라서 헌법재판소의 “힘”이라는 것은 그의 명망과 판결을 통한 논리전개와 결론의 설득력에 기초하기 때문에 확고하고 납득할 만한 해석원칙이라는 임무수행의 특징을 갖는 사법작용으로 헌법재판을 편입시키는 것이 더욱 절실하다고 생각된다. 과거 정치적 성격을 강조한 헌법재판제도가 어떠한 결과를 초래했는지는 한국의 헌법재판제도의 역사가 잘 말해주고 있다.

95) 우리 헌법은 헌법재판소의 헌법기관성을 직접 언급하고 있지 않지만 헌법재판소에 관한 章을 따로 둬으로써(제6장 헌법재판소) 이를 간접적으로 표현하고 있으며 헌법재판소의 존재, 지위, 주요권한을 헌법에 직접 규정함으로써 헌법재판소의 헌법기관성을 명백히 하고 있다 (헌법기관의 실질적 기준에 관하여는 K. Stern, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 제2권, § 26 I 2b, 32 II. 참조).

96) 참조. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungs der Bundesrepublik Deutschland*, 16판, 216면.

憲法論叢 第1輯 및 第2輯의 收錄 論文索引

第 1 輯

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 家	7
憲法裁判에 관한 管見(I)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則	梁 三 承	111
-특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로-		
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法の 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
違憲法律의 效力	尹 眞 秀	273
-憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討-		
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察	李 石 淵	359
-認容決定을 中心으로-		
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作俑에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯

論 題	筆 者	手 錄 面 數
規範統制的 對象과 特別審判節次	韓 炳 家	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135
社會的 基本權의 憲法規範性考 -憲法訴訟的 實現을 위한 試論-	權 寧 星	177
違憲審查의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 -우리 制度와의 比較를 中心으로-	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 -憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作 權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가?-	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法理	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己 關聯性」의 判斷基準 -獨逸判例를 中心으로-	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

