

# 헌법재판의 결정과 변형판결

## 한 병 채

헌법재판소 재판관

『미국 연방최고재판소가 전통적으로 미국시민들로부터 종교적이라 할 만큼 신망을 받아 오고 있는 이유의 하나는 미국 최고재판관들(특히 초창기 최고재판관들)이 법복을 입은 정치가들이었기 때문이다.』

-구스타프 라드브루흐(Gustav Radbruch)교수의  
법학입문(Einleitung in die Rechtswissenschaft)에서-

(G. Radbruch는 독일 Weimar공화국의 사법장관을 역임하고  
이차 대전후까지 Kiel과 Heidelberg대학에서 법철학교수 역임).



## - 목 차 -

제일. 헌법재판 결정주문의 의의와 형식

1. 주문과 변형판결
2. 헌법재판결정의 의의
  - (1) 결정의 의의
  - (2) 헌법재판의 특별심판절차
  - (3) 위헌결정의 법적 성질

제이. 단순판결주문의 형태

1. 단순위헌결정과 단순합헌결정
  - (1) 위헌여부결정의 기본형
    - (가) 단순위헌선고 주문 예
    - (나) 단순위헌과 단순합헌을 병합선고한 주문 예
    - (다) 단순합헌선고 주문 예
  - (2) 단순위헌결정의 효력
    - (가) 법률의 존속상실
    - (나) 국가기관의 기속력
    - (다) 결정의 실질적 확정력
2. 일부위헌결정
  - (1) 일부위헌선고의 사유
  - (2) 일부위헌결정의 주문
    - (가) 부분위헌 주문 예
    - (나) 후단부분위헌 주문 예

제삼. 변형판결의 주문형태

1. 한정합헌결정

- (1) 질적 일부위헌결정
- (2) 한정합헌결정의 주문형태
  - (가) 한정합헌결정 주문 예 1 (상속세법)
  - (나) 한정합헌결정 주문 예 2 (국가보안법)
  - (다) 한정합헌결정 주문 예 3 (도로교통법)
  - (라) 한정합헌결정 주문 예 4 (개정전 국가보안법)

2. 한정위헌결정

- (1) 한정위헌과 한정합헌과의 관계
- (2) 한정위헌결정의 주문형태
  - (가) 한정위헌(적용위헌)결정 주문 예 1 (국유재산법)
  - (나) 한정위헌(포함위헌)결정 주문 예 2 (민법 제764조)
  - (다) 한정위헌(시행령위헌)결정 주문 예 3 (정간법)
  - (라) 한정위헌(조건부위헌)결정 주문 예 4 (국회의원선거법)

3. 불합치결정 및 위헌확인결정

- (1) 불합치결정의 사례
- (2) 불합치결정의 효력
  - (가) 일반적 효력
  - (나) 당해사건과 병행사건에 대한 효력
- (3) 불합치결정의 주문 예

4. 입법촉구결정

- (1) 입법촉구결정의 이유
- (2) 입법촉구결정의 주문 예
- (3) 독일의 입법촉구결정의 주문 예

5. 위헌선언불가결정

- (1) 위헌선언불가결정의 제도적 의의
  - (2) 주문 예
6. 잠정합헌결정(아직은 합헌이라는 결정)
- (1) 의의
  - (2) 잠정합헌결정의 유형
    - (가) 주문에서 『아직은 합헌이다』 고 선고한 예
    - (나) 이유에서 『아직은 합헌이다』 라고 판시한 예
    - (다) 주문에서 『이유 적시에 따라』 잠정합헌결정한 예

# 제일. 헌법재판 결정주문의 의미와 형식

## 1. 주문과 변형판결

헌법재판에서 가장 많이 논의되는 것은 규범통제의 재판에 있어서 그 판결주문(결정문)의 형식을 어떻게 확정하느냐에 대한 것이다. 판결주문형식과 유형에 대하여는 우리 헌법재판에서 적지 않게 어려움을 겪었고 지금까지도 많이 논의하고 연구되고 있는 문제의 하나이다. 이는 법문의 해석이나 이론적인 논쟁으로 다루어야 할 문제라기보다 당해 위헌법률심판사건의 결정으로 인하여 야기되는 법적 안정성 및 헌법질서의 통일성과 관련하여 해결하여야 할 실무적인 문제로서 대단히 중요성을 가지는 것이다.

우리 헌법재판소법 제45조에 의하면 헌법재판소의 위헌여부의 심판은 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다고 명시하고 있다. 헌법소원의 인용결정에서도 당해 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌임을 선고할 수 있고 이 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다(헌재법 제75조 제5항, 제6항)고 명시하고 있다.

이러한 명문규정의 문리해석을 앞세워 일부에서는 헌법재판소가 할 수 있는 주문형식에 대하여 “헌법에 위반된다” 또는 “헌법에 위반되지 아니한다”는 단순위헌 또는 단순합헌결정외에는 다른 변형

판결을 할 수 없다고 주장하는 소수의 의견이 있었다.

그러나 헌법재판은 헌법문언의 형식적 해석으로 단순한 사법적 판단을 하는 것이 아니고 헌법의 기본원리에 따라 헌법적 가치질서를 유지하는 헌법해석으로 법규의 합헌성의 유무를 다루는 준입법적 기능에 의한 헌법적 판단을 하는 것이기 때문에 헌법재판소법의 해석에 구애되어 형식논리만으로 헌법문제를 풀어 갈 수 없다는 것이 헌법재판을 하고 있는 세계 각국의 다수의견이고 판례이며 우리도 이에 따르는 입장이다(1989. 7. 21. 선고 89헌마38호, 1989. 9. 8. 선고 88헌가6호 사건에서의 반대의견과 다수의견 참조).

헌법재판에서 결정주문이 다양한 형태로 표현되고 변형판결을 할 수밖에 없는 것은 헌법재판제도가 확립된 역사적 배경과 그 본질적인 헌법적 속성 때문에 현실적으로 불가피한 것이라고 이해하는 것이 통설적 견해이다. 헌법재판소가 독일 등 유럽 대부분의 국가에서 창설되고 발전되게 된 것은 유럽의 사법부가 법률에 대한 사법심사에 포함되어 있는 규범의 가치판단이나 그에 따른 준정치적 기능을 수행하는데 있어 기피하거나 무능력한 활동을 해 옴으로써 실질적 법치주의를 구현하지 못한 역사적 배경에서 유래된 것임은 누구나 아는 주지의 사실이다. 유럽대륙의 법관은 일반적으로 직업법관으로서 아주 젊어서부터 사법관으로 임명되어 연공서열에 따라 승진하게 되고 그들이 받은 전문훈련은 제정법의 정책적인 적용능력보다는 성문법의 문언에 따른 형식적인 논리해석으로 기계적인 적용기술을 기르게 되었고 그에 따라 관료화된 재판을 전통적으로 해 온 것이다. 그런데 법률에 대한 사법심사권의 행사인 헌법재판은 헌법해석으로 법규의 합헌성을 판단하는 것이기 때문에 구체적 사건에 적용하는 법률의 해석을 기본으로 하는 일반 사법기능과는 매우 다른 것이다. 헌법해석은 일반법률에 대한 고정된 관념에 자

신을 한정시켜 법률의 문언을 해석하는 경우보다 헌법의 기본이념에 따른 고도의 가치판단을 요구하고 종합적인 상황에 대한 재양적 판단력을 종종 요구하고 있는 것이다. 이것이 바로 “켈젠”이나 “칼라만드레이” 등이 헌법해석을 순수한 사법적 활동이라기 보다 입법적 활동이라고 말하고 일반 사법부가 헌법재판을 전담하는 것은 실패할 수밖에 없다고 하는 이유인 것이다(이에 대하여 많은 문헌이 있고 외국의 통설로 되어 있다. Cappelletti, L'attività e i 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 일반 사법부의 판결과는 달리 헌법재판의 결정에서 변형판결을 하게 되는 것은 불가피한 것이며 더구나 규범의 법적 안정성을 위하여 오히려 바람직한 것이다. 때문에 독일을 비롯한 유럽각국의 헌법재판소에서 판례로서 여러 가지 유형의 변형판결을 하고 있는 것은 당연하며 우리도 이에 따라 원용할 수밖에 없게 된 것이다. 그러나 변형판결을 하여야 할 사안인가, 그리고 어떠한 형식의 변형판결을 할 것인가, 또 불합치결정과 같은 변형판결의 효력은 어떻게 형성되는가 하는 문제 등이 아직도 많은 연구과제로 남아 있다. 이를 보다 구체적으로 이해하기 위하여 헌법재판결정의 의의와 법적 성질을 알아보고, 우리 헌법재판소의 판례를 중심으로 결정문의 기본형과 변형판결의 유형을 나누어 살펴보기로 한다.

## 2. 헌법재판결정의 의의

### (1) 결정의 의의

헌법재판결정은 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 헌법해석으로 합헌성의 유무를 판단하는 것이지만 그 결정은 재판의 일종으로



서 일반 법원에서 선고하는 판결에 해당하는 것이다. 헌법재판 역시 많은 부분에서 통상적인 소송절차에 의하여 심리하고 그 심판 청구기록에 의하여 재판합의가 이루어지기 때문에 헌법재판소의 절차 진행을 헌법소송이라고도 한다. 그러나 일반 민·형사소송절차에 준할 수 없는 특별한 사항이 있기 때문에 이를 해결하기 위하여 헌법재판소법에 일반 및 특별 심판절차에 관한 규정을 두고 있다. 이에 의하여 심리하고 합의한 후 헌법재판소가 최종적으로 확정하여 선고하는 중국판결을 헌법과 헌법재판소법은 판결이라 하지 않고 결정이라고 말한다. 그러므로 헌법재판의 결정은 민·형사소송 또는 행정소송절차에 준하여 확정되는 것이 많이 있지만 규범 및 권력통제의 기능을 본질로 하는 헌법재판이라는 특수성 때문에 헌법소송은 그 본질에서 오는 특별심판절차에 의하여 지배되는 독자성을 가지게 되고 결정문의 형태도 그에 따라 확정된다.

더구나 헌법재판은 그 절차의 기능과 방법에 있어서도 반드시 대립적 당사자주의에 입각한 구두변론을 원칙으로 하는 것이 아니고 오히려 국고부담에 의한 직권심리를 원칙으로 하고 있기 때문에 일반 민·형사 및 행정소송절차를 그대로 받아들일 수는 없는 것이 많다. 하지만 헌법소송도 사법심사의 방법에 의존할 수밖에 없는 재판의 일종이고, 헌법재판이 제도적으로 확립된지가 일천하기 때문에 상당한 부분에 있어서 민·형사 및 행정소송법을 준용할 수밖에 없는 것도 현실적으로 불가피하다 할 것이다. 더구나 헌법재판에서도 필요에 따라 절차상 당사자의 구두변론과 증거조사 및 참고인의 진술을 청취할 수 있게 되어있고 나아가 그 절차상의 중간판단이나 결정도 하여야 하기 때문에 많은 부분에 있어서 일반 소송법절차의 형식으로 진행하게 된다. 그래서 헌법재판의 본질적인 면에서 보면 직권서면심리에 의하여 변론없이 중국결정을 하기 때문

에 중국재판의 형식을 재판이라 하지 않고 결정이라고 명시하고 결정문으로 선고하도록 규정되어 있는 것이라고 이해할 수 있으나, 헌법재판도 사법적 재판의 일종이고 그 절차에 있어서 소송법적 재판의 기능이나 그 법적 성질 등을 가지고 있다는 점을 종합적으로 살펴 볼 때 결정이라기보다 판결이라고 하는 것이 더 바람직하다고 생각한다. 헌법재판소의 결정문에 대해서 보다 정확하게 이해하기 위해서 일반 사법부에서 적용하는 민사소송법상의 판결과 결정의 구별을 대비하여 다시 살펴 볼 필요가 있다고 본다.

민사소송법에서는 그 법원의 재판주체와 성립절차에 따라 판결과 결정 그리고 명령으로 구별한다. 그런데 헌법재판에서는 결정이라는 형식이 아니라 결정으로 최종판단을 선고하도록 하고 있다. 일반적으로 판결과 결정을 형식적인 재판절차의 차이를 가지고 구별하는데 중국판결은 법원이 원칙적으로 필요적 변론을 거쳐 선고하는 재판을 말하는 반면에(물론 예외적으로 변론을 요하지 않는 경우가 있다. 민소법 제114조, 제206조, 제399조, 제400조 등) 결정은 법원이 변론을 거치지 않고도 할 수 있는 재판이라고 하여 판결과 결정을 구별하기도 한다(민소법 제 125조에 의한 임의 변론을 할 수 있다). 판결과 결정은 그 재판절차의 방법 외에 그 효력에 있어서 법원을 기속하느냐 않느냐의 차이가 있고 그 부복방법에서도 항소 또는 상고나 항고 또는 재항고나 상소절차상의 차이도 있다. 그리고 판결은 중요한 사항에 대한 판단이므로 법관이 서명날인을 하여야 하나 결정은 소송절차상의 사항이므로 기명날인으로 족한 경우가 많다. 그 고지방법에 대해서도 판결은 판결서를 작성하여 선고하여야 하고 결정은 반드시 결정문을 작성하여야 할 필요는 없고 상당한 방법으로 고지하면 되는 점등에 차이가 있다.

헌법재판에서는 판결이라는 용어를 쓰지 않기 때문에 판결과 결정을 구별할 소송법적 의미는 없다고 할 수 있다. 가장 많은 기본

적인 재판인 위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 원칙적으로 변론을 거치지 않고 서면심리를 하게 되어 있어서 재판절차의 방법에 착안하여 보면 판결보다 결정의 법적 성질에 더욱 가깝다고 볼 수 있기 때문에 중국적인 헌법재판을 판결이라고 하지 않고 결정이라고 하고 결정문을 가지고 중국선고를 하도록 규정한 것 같기도 하나(헌재법 제30조) 헌법재판은 헌법해석에 의한 최종적 헌법판단이기 때문에 헌법에 연유하는 헌법적 의미의 결정으로서 판결의 일종이라 보아야 하며 소송법적 의미의 결정과는 구별하여야 한다고 본다.

## (2) 헌법재판의 특별심판절차

헌법재판의 특별심판절차는 일반 사법절차에서와 같은 공개법정에서의 당사자변론주의를 기본으로 하지 않는다. 오히려 원칙적으로 구두변론을 거치지 않고 직권으로 서면심리방식에 의하여 그 심리를 마치고 중국결정을 하게 되어 있다(헌재법 제36조 제1항). 물론 심리방식에 있어서 헌법재판소가 관장하는 사항 중에 탄핵심판, 정당해산심판 및 권한쟁의심판은 구두변론을 필요적으로 하게 되어 있으나 헌법재판의 주종을 이루는 헌법소원심판과 위헌법률심판은 서면직권심리를 원칙으로 하고 있다(헌재법 제30조)는 것을 유의하여야 한다. 물론 이 때에도 예외적으로 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(헌재법 제30조 제1항, 제2항, 제45조, 제59조, 제67조).

이러한 직권서면심리의 원칙뿐만이 아니라 법률의 부지로 인하여 자기의 기본권침해에 대한 권리구제를 하지 못하는 경우를 예방하기 위하여 헌법소원의 각종 심판절차에 있어서는 일반 사법부의 소송절차에서와는 달리 변호사강제주의를 원칙으로 하고 있다. 헌법

재판을 청구하는 당사자인 사인은 변호사를 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만 그가 변호사자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다(헌재법 제25조 제3항). 정부가 당사자인 경우에는 법무부장관이 대표한다. 각종 심판절차에서 당사자인 국가기관 또는 지방자치단체는 변호사 또는 그 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다(헌재법 제25조). 재판부는 국가기관 또는 다른 공공단체에 결정으로 심판에 필요한 자료제출을 요구할 수 있다(헌재법 제32조). 그리고 심판청구의 방식과 보정 및 답변서를 서면제출로 할 수 있다(헌재법 제26조, 제28조, 제29조). 이러한 명문규정의 형식적인 문언해석에 충실한 형식논리에 의하여 종국판결을 결정문으로 선고하여야 한다는 의견에 따라, 현재 우리 헌법재판소는 모든 종국판결에 대하여 구두변론을 열어 재판한 것이든 아니든 모두 일률적으로 결정문을 작성하여 선고를 하고 있다.

그런데 독일의 연방헌법재판소의 판례를 보면 구두변론을 거쳐 재판을 하는 경우에는 판결이라고 하고 그렇지 않은 경우에는 결정이라고 하여 판결과 결정을 명확하게 구분하고 있다는 것을 우리는 유의하여야 한다(BVerfGE 61, 139는 판결 등과 BVerfGE 37, 217은 결정이라고 하는 등을 참조).

### (3) 헌법결정의 법적 성질

헌법재판의 종국적 위헌결정은 심판청구를 한 당사자에게만 그 판결의 효력이 있는 것이 아니고 법원 기타 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하고 위헌으로 결정된 법률은 그 결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실하는 대세적 효력을 가지기 때문에 일반법원의 판결과는 다른 입법형성적 성질의 효력을 가지게 된다(헌재법 제

47조). 이러한 법적 성질과 대세적 효력으로 인하여 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정은 규범폐기의 공신력 뿐만이 아니라 관보에 게재하여 공시하도록 되어 있어서 공시적 효력이 생긴다(헌재법 제36조 제5항). 따라서 헌법재판소의 중국판결은 법원 기타 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 입법형성적 효력을 가지고 있기 때문에 그 결정의 효력에 대하여 광범위하게 실효성을 확보하기 위해서는 일반 중국판결보다 더 절대적인 권위와 형식을 갖추어야 한다. 우리나라의 경우 일반법원재판의 권위를 유지하기 위해 판결로서 선고할 하고 그것을 가장 권위있는 선언이라고 중요시하며, 그 중국판결의 확정력과 기관력을 중심으로 법률관계가 이루어지고 법률적 효과가 발생하는 것이 사법부의 재판이라고 인식하고 있다.

우리 헌법재판소법 제36조에서 『재판부가 심리를 마친 때에는 중국판결을 한다』는 명문규정이 있지만 이 규정 외에 다른 관계조문을 아울러 살펴보면 ‘판결문’으로 선고하더라도 그 나름대로 합당하다고 볼 수 있는 규정도 많이 있다. 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부가 관장하고(헌재법 제22조) 재판부는 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리하며, 중요한 중국판결은 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌재법 제23조). 더구나 중국판결을 할 때에는 그 결정서를 작성함에 있어서 주문과 이유 뿐 아니라 반드시 그 결정문의 합의사항과 재판관의 반대의견까지 작성하도록 되어 있다(헌재법 제36조 제3항). 즉 그 결정문의 작성에 있어 관여 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 하고 재판관 전원이 서명날인하여야 한다고 되어 있다(헌재법 제36조).

그리고 그 중국결정은 공개된 심판정에서 선고하여야 하며, 결정서 정본을 결정일로부터 14일 이내에 제청한 법원에 송달하여야 한다는 규정들(헌재법 제33조, 제34조, 제46조 등)을 보면 통상적인

민사소송법상의 결정문의 형식이나 성질이 아니고 오히려 판결문의 형식을 갖추어야 할 법적 성질임을 명백하게 인정할 수 있다.

더구나 헌법재판의 중국결정은 일반 법원판결의 효력에서 찾아볼 수 없는 규범통제의 효력이 있어서 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 구속하는 기속력이 있고(헌재법 제47조, 제75조 제6항, 제54조, 제59조, 제67조) 그 중국결정은 관보에 게재하여 공시하도록 되어 있다(헌재법 제36조 제5항). 이와 같은 헌법재판소법의 법률규정과 그 결정문이 광범한 법적 기속력을 가지는 면을 보거나 우리의 법률문화에서 굳어 있는 통상의 법률관념에서 볼 때 헌법재판의 중국결정은 판결문으로서의 성질을 가지는 것이며 따라서 판결문으로 작성하여 선고하여도 무방하다고 본다.

## 제이. 단순판결주문의 형태

헌법재판에서는 일반 법원의 판결과는 달리 그 결정의 주문이 복잡하게 변형이 되는데 그 형식에 따라 결정문의 형태가 정하여지는 변형판결을 가지고 여러 가지로 중국판결의 유형을 분류할 수 있다. 헌법재판은 일반 법원의 판결과 같이 객관적 사실에 대한 진실발견과 당사자의 변론으로 사실확정을 하는 분쟁의 해결만이 아니고 법규범의 합헌성여부를 심사하고 통제하는 기능을 가진 재판제도이다. 그러므로 헌법재판에서는 그 규범의 헌법적합성에 따라 법규의 내용 및 효력의 타당성과 그 존부에 대한 가치판단이 포함될 뿐만 아니라 그 규범의 한정적인 효력을 인정하여야 하는 경우가 있고 이 경우 그 한계를 어떻게 설정하고 통제할 것인가에 따라

결정문의 내용이 다양하게 나타나는 변형이 불가피한 것이다. 변형 판결의 종류는 심판절차에 따라 정해지는 것이라기 보다는 심판의 수단과 목적에 따라 정하여지는 것이라고 할 수 있다.

결정문의 주문내용과 형식에 따라 그 종류를 분류하면 단순합헌과 단순위헌결정 외에 일부위헌결정, 한정적 합헌결정, 불합치결정 내지 위헌확인결정, 입법촉구결정, 한정 또는 조건부위헌결정, 적용위헌결정 그리고 잠정적 합헌결정 등으로 크게 나누어 볼 수 있다. 일반 사법부에서 하는 판결문의 주문 예에서는 찾아 볼 수 없는 이러한 변형판결은 전통적인 우리 법률문화에서 보면 논란의 여지가 많은 너무나 생소한 것이라 쉽게 이해하고 받아들여질 수 없는 법률개념이다.

변형판결의 주문 예에 관하여 우리 헌법재판소법은 명문으로 이를 예정한 규정을 두지 않았다. 그래서 헌법재판소법을 형식논리로 문리해석을 하면 임의로 변형판결을 채택할 수 있느냐 하는 문제가 제기될 수 있다. 여기에서 변형판결이란 규범통제의 수단과 목적을 달성하기 위하여 여러 가지 변형된 주문의 형식을 갖춘 중국판결을 말하는 것이기 때문에 통상적인 일반 법원의 판결에서는 찾아 볼 수 없는 것이다. 헌법재판에서는 위헌법률에 대한 일부무효, 헌법불합치확인 또는 한정적 효력상실선언 등이 불가피한 경우가 많아 이러한 변형판결을 인정하고 이를 널리 활용하고 있다. 헌법재판에 있어서 변형판결은 헌법재판소를 두고 있는 독일을 비롯한 유럽의 각국 법제에서도 법의 명문규정이 없었지만 일찍부터 중요한 판결을 통하여 확립된 결정형태 들이며 지금은 더 나아가 합목적적인 헌법재판을 하기 위하여 새로운 주문형식을 만들어 확대해 가고 있는 것이 오늘날의 세계적 추세이다.

변형판결은 이론적인 형식이론에서 나온 것이 아니라 실무적인

필요성에 의하여 창출된 것이고 현실적으로 정치적·사회적인 복잡한 상황에 유연하게 대처하여야 하는 헌법규범의 특성에서 비롯되는 헌법재판의 필요성과 특수성에서 나온 새로운 제도라는 것을 이해하여야 한다. 그리고 이는 국민의 대표기관인 의회에서 제정된 법률은 원칙적으로 합헌성이 추정되는 것이므로 부분적인 위헌사항을 이유로 규범의 전부를 부정함으로써 권력분립주의에 입각한 입법권의 본질을 침해하는 사례를 가급적 피하고자 하는 민주헌정질서의 보장과 존중의 원리에 입각하고 있는 것이다. 나아가 헌법규범을 수호하고 헌법적 정의를 구현하고자 하는 헌법재판의 합리성과 독자성에서 나타난 것이다. 그러므로 변형판결은 헌법재판의 본질을 가지고 검토하여야 하고 이는 헌법재판권의 한계를 설정하는 가장 중요하고 근본적인 문제의 하나라고 할 수 있다.

지금까지 우리 법조계에서 일반 법률을 해석하는 경우에 법률의 헌법합치적 해석은 법문의 의미와 입법자가 이에 부여코자한 입법목적의 범위를 넘을 수 없는 것으로 이해하는 것이 일반통례이다. 때문에 입법자의 입법목적과 그에 따른 법문의 의미를 법률 자체에 표현한 객관화된 문언을 기준으로 하여 이를 해석하고 판단하는 형식논리에 의하여 재판을 하여 온 것이다. 그러나 헌법재판에 있어서의 법률해석은 입법자가 입법 당시에 법문에 부여코자 했던 정책적인 고려까지 검토하는 것이며 그 법률이 헌법의 기본원리와 가치 그리고 헌법해석상 당연히 설정되는 합헌적인 범위 내에서 이루어진 경우에만 참작될 수 있는 것이다. 따라서 헌법재판은 이에 맞추어 입법권을 행사하여 제정하는 법률을 합헌적인 입법권의 행사라고 보고 입법권의 행사까지 통제하고 있으므로 일반 법률을 해석하는 순수한 사법적 기능이라기 보다 법규의 합헌성을 다루는 고도의 재량적 상황판단을 종종 요구하는 입법적 기능이라고 표현되기도



하는 것이다. 이에 따라 헌법재판소가 결함 있는 법률의 위헌심사인 규범통제를 함에 있어서는 가급적 심판대상법률의 합헌적인 의미와 합리적인 목적을 찾아 법문에 가장 가깝게 해석하여야 하는 것이고 거기에서 헌법에 충실한 법률의 객관적 의미를 발견하고, 그리고 입법정책적인 내재적 규범의 의미가 있다면 가능한 한 그에 따른 해석기능을 통하여 이를 끄집어내도록 노력하여야 하는 것이다. 그런 후에도 헌법상 결함 있는 법률에 대하여는 위헌을 선언할 것인지, 위헌확인의 취지인 헌법불합치를 선언할 것인지 혹은 해석 가능한 한정적 위헌이나 한정합헌을 선언할 것인지 등 여러 가지의 변형판결로 규범통제를 하는 방식은 헌법재판 당시에 있어서의 주어진 모든 헌법적 상황을 근거로 종합적으로 재량하여 판단할 수밖에 없는 것이다(1992.3.13 선고 92헌가37, 39호(병합) 국회의원선거법 제55조의3등에 대한 헌법소원사건 결정문의 이유중 5. 결론 가항 참조).

## 1. 단순위헌결정과 단순합헌결정

### (1) 위헌여부결정의 기본형

단순위헌 또는 합헌결정이라 함은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되어 당해 사건을 담당한 법원으로부터 제청된 그 법률의 위헌여부만을 결정하여 선고하는 것을 말한다. 헌법재판소는 위헌법률심판제청사건에 있어서 그 심판대상인 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌성이 확인되어 그 법률의 효력을 실효시킬 필요가 있을 때에는 단순위헌결정으로 선고하게 되며, 헌법에 위반되지 않는다고 판단할 때에는 기각결정을 하지 않고 합헌결정을 선고

하는 것을 말한다. 헌법재판소법 제41조와 제68조 제2항 사건의 경우 동법 제45조에서 위헌여부만을 결정한다고 명시한 그대로 그 주문은 『...법률은 헌법에 위반된다』 또는 『헌법에 위반되지 아니한다』고 단순히 선고하는 기본적인 주문형태인 것이다.

단순위헌결정이나 합헌결정은 헌법재판소에 제청된 법률 또는 법률조항이 독립하여 개별적인 법률의 구성요건과 효과를 가졌을 때 그를 위헌심사의 대상으로 하여 그 법조자체에 대하여 위헌여부만을 단순히 결정하는 것을 말하며 그 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 법률전체에 대하여 위헌결정을 하는 경우를 말한다(헌법재판소법 제45조, 동 제75조 제5항, 제6항). 헌법재판의 주종을 이루는 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 법률에 대한 헌법소원에 의한 심판에서 인용되는 정형적인 주문의 형식을 하는 종국결정이 단순위헌결정과 단순합헌결정이다.

법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된 경우 당해 사건을 담당하는 법원 또는 군사법원이 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 제청하면 헌법재판소가 당해 법률에 대하여 위헌여부의 심판을 한다. 이 때에 그 전제된 사건에 적용될 그 법규범이 상위법인 헌법에 위반되는가 합치하는가를 판단하여 선언하는 것이다(헌재법 제41조, 제45조). 법률에 의하여 기본권을 직접 침해받은 사람은 그 법률에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있고, 재판의 전제가 된 당해 사건을 담당하는 법원에 대하여 당사자가 신청한 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에 그 신청을 한 당사자는 14일 이내에 직접 헌법재판소에 그 법률에 대한 위헌여부를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있는데 이때에 그 헌법소원을 인용하는 결정

도 위헌결정이라고 한다(헌재법 제68조 제1항, 제2항, 제75조 제6항).

단순위헌이나 합헌결정은 제정된 법률 또는 법률조항의 법적효력이 상실되느냐 않느냐를 결정하는 것이기 때문에 일부효력상실이나 다의적 해석의 제한을 선언하는 일부위헌 또는 한정위헌과 다르며 또 위헌확인을 선고하는 불합치결정과 구별된다.

그리고 제청이 이유없는 경우에도 기각결정을 하는 것이 아니고 그 합헌선언을 한다는 점에서 헌법소원청구가 이유없다고 하여 기각결정하는 것과는 다르다는 것을 실무에서 유의하여야 한다.

### (가) 단순위헌선고 주문 예

#### 주문 예 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 (주심 변경수), 소송촉진등에관한특별법 제6조 제1항 중 단서의 위헌여부에 대한 결정).

위 결정문의 요지-소송촉진등에관한특별법 제6조 제1항 중 단서 부분은 재산권과 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 합리적 이유없이 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이므로 헌법 제11조 제1항에 위반된다는 것이다.

#### 주문 예 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(주심 김문희)금융기관의 연체대출금에관한 특별조치법 제5조의 2의 위헌여부).

위 결정문의 요지-금융기관의 연체대출금에대한특별조치법 제5조의 2는 금융관련의 연체대출금에 관한 경매절차에 있어서 합리적

근거없이 금융기관에게 우월한 지위를 부여하고 특히, 자력이 없는  
항고권자에게 과도한 경제적 부담을 지게 함으로써 부당하게 재판  
청구권을 제한하는 내용이므로 헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항  
및 제37조 제2항에 위반된다는 것이다.

이에 대한 재판관 한병채의 반대의견은,

금융기관은 공신성 및 공익성과 다수예금주의 권리보장을 위해  
일반 채권자와는 구별되어야 하며 경제관계특별법에 대한 위헌심사  
에는 새로운 경제 및 사회질서를 감안하여야 할 합리적인 이유가  
있으므로 위 특별조치법 조항은 명백하게 입법권의 한계를 자의적  
으로 이탈한 것이라 할 수 없고, 다만 담보공탁금의 비율이 과중하  
다면 그 공탁금의 비율을 조정하도록 조건부 또는 입법촉구의 결정  
을 하여야 한다는 것이다.

주문 예 3

『특정범죄가중처벌등에관한법률(1966.2.23. 법률 제1744호, 개정  
1973.2.24. 법률 제2550호, 1984.8.4. 법률 제3744호) 제5조의3 제2항  
제1호는 헌법에 위반된다』 (1992.4.28. 선고 90헌바24. 전원 재판부(주심 한병채) 사건의 결정  
문 참조).

위 결정문의 요지-이 사건 법 조항의 사형, 무기 또는 10년 이상  
의 징역형으로 되어 있는 법정형은 지나치게 가혹하고 과중한 것으  
로서 헌법상 보장된 인간의 존엄과 가치를 무시하고 법치주의원리  
와 평등원칙에 위배된다는 것이다.

이에 대한 재판관 최광률, 황도연의 반대의견은 사회적 비난 가  
능성을 참작할 때 특별가중처벌은 용인할 수 있고 이는 입법부에서  
결정할 사항이라고 한다.

**(나) 단순위헌과 단순합헌을 병합선고한 주문 예**

『1989.3.25. 개정전 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(주심 김문희) 구 사회보호법 (1989. 3. 24. 법률 제 4089호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항, 제2항의 위헌여부에 대한 결정).

결정문의 요지-1. 보호감호처분에 대하여는 소급입법이 금지되므로 비록 구법이 개정되어 신법이 소급적용되도록 규정되었다고 하더라도 실제적인 규정에 관한 한 오로지 구법이 합헌적이어서 유효하였고 다시 신법이 보다 더 유리하게 변경되었을 때에만 신법이 소급적용될 것이므로 폐지된 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제문제로서 판단의 이익이 있어 위헌제청은 적법하다.

2. 구 사회보호법 제5조 제1항은 전과나 감호처분을 선고받은 사실등 법정요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하고 있으니 헌법 제12조 제1항 후문, 제37조 제2항 및 제27조 제1항에 위반된다.

3. 같은 법 제5조 제2항의 보호감호처분은 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 하고 있고, 감호기간에 관한 7년의 기한은 단순히 집행상의 상한으로 보아야 하므로 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반되지 아니한다는 것이다.

**(다) 단순합헌선고 주문 예**

주문 예 1

『1989.4.1. 개정전의 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(주심 김문희) 토지수용법 제46조 제2항의 위헌여부에 관한 헌법소원에 대한 결정).

위 결정문의 요지-헌법 제23조 제3항에서 규정한 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상해야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다는 것이다.

주문 예 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(주심 김문희) 사건의 결정문 참조).

위 결정문의 요지- 위 법률조항이 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여서만 노동삼권을 보장하고 그 이외의 공무원들에 대하여는 노동삼권을 제한함으로써 일반 노동자와 달리 취급하는 것은 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 이러한 제한은 위에서 본 바와 같은 합리적인 이유가 있는 것이므로 헌법상의 평등에 위반되는 것이 아니라는 것이다.

## (2) 단순위헌결정의 효력

### (가) 법률의 존속상실

단순위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 따라서 헌법재판소의 단순위헌결정은 결정주문에 따라 그 법률조항의 전부 또는 그 일부를 최종적으로 법률의 효력이 즉시 종료되는 법률존속상실의 효과가 발생한다. 우리 헌법재판소법 제47조 본문은 기본적으로 법률의 구체적 타당성보다 법

적 안정성의 이념에 중점을 둔 입법이라고 볼 수 있다. 그러므로 우리나라의 헌법재판소의 위헌결정은 독일과 같이 소급효를 인정하지 않고 원칙적으로 장래의 효력을 상실시키는 장래효를 원칙으로 하고 있는 것이다. 다만 형벌에 관한 법률은 소급하여 그 효력을 상실한다고 하여 형벌이 갖는 개인 기본권침해의 심각성을 고려하여 예외적으로 소급효를 인정하고 있다(헌재법 제47조 제2항 단서).

이러한 소급효력은 유죄의 형사판결에 대하여 재심을 청구할 수 있도록 하여 구체적인 사안에 대하여 구제하도록 하기 위하여 인정된 것이다. 헌법재판소의 단순위헌결정에 의해 선고한 날로부터 그 법률의 효력은 자동적으로 실효된다. 그로 인하여 실효된 법률은 적용하거나 집행할 수 없고 그에 기한 재판이나 처분은 모두 실효가 된다. 단순위헌결정은 그 법률의 효력을 실효시키는 효과를 가질 뿐이고 적극적으로 입법자에게 법률의 하자를 보완하도록 하는 입법의를 부과하는 효력은 없다. 이 점이 뒤에 설명할 변형결정인 입법촉구결정과 다른 점이다.

#### (나) 국가기관의 기속력

법률의 위헌결정의 효력은 재판당사자 뿐만이 아니라 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 대세적 효력이 생긴다. 우리 헌법재판소의 위헌결정은 장래실효를 원칙으로 하고 있어 소급효를 갖는 것은 아니기 때문에 해당 법률에 기초하여 이루어진 모든 국가기관의 공권력의 행사를 소급적으로 무효화시키는 것은 아니다. 소급무효로 한다면 법적 안정성을 해칠 것이므로 위헌결정으로 공권력의 법적 안정성과 개별적인 구체적 정의가 충돌하는 경우에 우리 헌법은 전자에 중점을 둔 것이라고 볼 수 있다. 이에 대한 예외로서 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄판결에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용하여 재심을 청구할

수 있도록 하고 있다(헌재법 제47조 제3항, 제4항). 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판할 수 없고 당해 사건에 관한 결정은 누구도 이를 취소할 수 없다(헌재법 제39조). 또 헌법재판소의 결정은 형식적 확정력을 가지기 때문에 법원을 포함해서 어떤 국가기관에 의해서도 그 결정을 번복하는 것은 허용되지 않는다.

#### (다) 결정의 실질적 확정력

헌법재판소의 결정은 법률규범의 실질적 확정력이 인정되기 때문에 결정주문과 그 주문해석을 위해서 필요한 중요한 결정이유도 심판당사자와 국가기관을 기속하는 효력을 가지게 된다. 이러한 실질적 확정력에 의하여 헌법재판소 역시 자신의 결정을 번복할 수 없는 일사부재리의 원칙(헌재법 제39조)이 적용되는 것이지만 이미 합헌결정된 법률에 대해서도 심판대상이 그 결정후 변화하였으면 그 조항의 적용사안이 사실상 다르므로 같은 조항에 대한 위헌결정은 가능하다고 보고 있다(BVerfGE 39, 169(181)). 다만 이때에는 어떠한 사정의 변화 때문에 이미 합헌결정된 법률이 이제 다시 위헌상태로 변화하였는지를 밝혀야 한다. 이러한 맥락에서 입법자가 새로운 사정변경을 이유로 위헌결정된 법률과 유사한 내용을 갖는 법률을 제정하는 것까지 금지되는 것은 아니다(BVerfGE 77, 84(103)). 개정된 법률이 위헌으로 결정되었을 때 구법이 다시 살아나는가 하는 문제가 독일에서는 많이 논의되고 있으나 우리는 위헌결정효력을 소급무효로 보지 않고 장래실효를 원칙으로 하고 있기 때문에 위헌결정시 비로소 그 법률이 실효되는 폐지의 결과를 가지게 되므로 구법이 다시 살아나지 않는다고 보는 것이 옳을 것이다.



## 2. 일부위헌결정

### (1) 일부위헌선언의 사유

헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부결정에 있어 심판의 대상이 된 법률 자체나 조항 전체에 대하여 할 수 있을 뿐만 아니라 그 법조항의 문, 단, 호만을 위헌선언할 수도 있고, 그 조문의 한 구절 또는 한 어구 등에 대하여도 독립가분될 수 있는 경우에는 그 법률의 구성단위도 위헌결정의 대상이 될 수 있다.

그리고 법률의 규정을 양적으로 확대해석 적용하거나 법률의 위헌범위를 넘어 시행법규를 제정한 경우에는 그 법률의 양적 확대해석적용 부분에 대하여 일부위헌결정을 할 수 있다. 일부위헌을 할 수 있는 법률의 가분성은, 그 법률의 조항의 문인상 일부분이나 양적 확대적용하는 부분이 무효가 됨으로 인하여 그 법조의 법적 효력과 독립성에 영향을 미치는 의존적인 관계가 있느냐 없느냐에 의하여 판단하여야 할 것이다. 그러므로 일부위헌을 할 수 있느냐 없느냐 하는 법률의 가분성은 불가분성과 함께 검토하여야 하며 가분하여 법규범의 규정축소(Reduzierung des Wortlautes)를 할 수 있을 때 하는 것이 일부위헌선언이다.

예컨대 국세기본법 제35조 제1항 제3호에서 국세납부기한으로부터 1년 이내에 설정된 저당권 등에 의하여 담보된 채권에 대하여 국세우선의 원칙이 적용된다는 규정이 헌법에 위배된다고 하여 『으로부터 1년』이라는 법조항의 일부분이 헌법에 위반될 때에는 그 부분만을 특정하여 위헌선언하는 경우이다(1990. 9. 3. 선고 89헌가95호 국세기

본법 위헌심판사건의 주문참조).

이 때에 그 법률 또는 그 조문 자체는 합헌이나 그 문언 중의 일부분만을 도려내어 위헌이라고 선언하는데 그로 인하여 그 법률조항의 효력 전체가 무효가 되는 결과를 초래해서는 아니 되므로 일부위헌선언을 할 때에는 그 부분이 없어도 나머지 부분만으로 법규의 효력을 지속할 수 있는 법률적 요건을 갖추어야 한다. 일부무효의 형태에서는 무효부분의 개념과 범위가 가분될 수 있고 독립된 법률적 구성요건과 효력을 가질 수 있어야 한다. 그러므로 주문에 그 특정하는 내용과 규정에 대하여 가분적으로 적용의 범위와 한계를 명확하게 구분하여 그 상대적인 법률규정이나 그 법률효과와의 관계에서 혼동되지 않도록 주문에서 이를 특정하고 명시하여야 한다. 그렇게 할 수 없을 때에는 그 조문의 전부에 대하여 위헌여부를 결정하여야 한다(단순위헌결정으로는 헌재 1989. 1. 25. 선고 88헌마7 결정, 1989.5. 24. 선고 89헌가37, 96 결정).

일부위헌결정의 사유를 보면 법조문의 문언이 명확하게 형식적으로 구분이 되고 그 조문의 일부분에 대하여 위헌을 선언하여도 나머지 부분만으로 독립된 법률의 효력을 충분히 가지는 경우에 하는 것이며 그 문언이나 내용의 양적인 일부무효를 선언하는 것이므로 그 조문의 내용이 다의적이어서 그 문언해석의 여하에 따라 합헌성의 한계를 결정하게 되는 질적인 일부무효인 한정합헌이나 한정위헌결정과 다른 것이다(헌재 1989. 1.25. 선고88헌가 7호 결정에서 “국가를 상대로 하는 소송에서 가집행선고를 할 수 없다” 라는 부분의 위헌결정).

## (2) 일부위헌결정의 주문

### (가) 부분위헌 주문 예

『국세기본법(1974. 12. 21. 법률 제2679호) 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 헌법에 위반된다』 (1990.9.3. 선고 89헌가95호 전원재판부(주심 김량균), 국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분의 위헌여부에 대한 결정).

위 결정문의 요지-국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로서 헌법 전문, 제1조, 제10조, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항 단서, 제38조, 제59조의 규정에 위반된다는 것이다.

이에 대한 재판관 조규광, 한병채의 반대의견은

국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 “납부기한으로부터 1년 전”이라는 규정을 둔 절대적 합리성의 논증과 판단이 없이 그 타당성에 대한 의심은 유보한 채로 위헌을 단정하는 것은 잘못이며 또 경제분야의 입법은 시민적 자유등에 관한 기본권 분야와는 달리 입법자의 형성의 자유의 폭이 상대적으로 넓은 것으로 보아야 하는데 헌법재판에 있어서 이러한 이중기준의 원칙을 고려하지 아니하였고 기타 이에 대한 위헌의 명백한 논증이 미흡한 다수의견과 같이 입법권자의 입법재량에 속하는 문제를 가지고 일부위헌이라고까지 판단할 수는 없다는 것이다.

#### (나) 후단부분위헌 주문 예

『1. 국가보위입법회의법(1980.10.28. 법률 제3260호) 부칙 제4항 후단은 헌법에 위반된다.

2. 청구인들의 나머지 헌법소원심판청구는 기각한다』 (1989. 12. 18. 선고 89헌마 32, 33, 병합(주심 : 김량균). 국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원심판결정).

이 결정문의 요지는

1. 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항(경과조치) 『이 법 시행 당

시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며, 그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다.』의 후단은 합리적 이유 없이 임명권자의 후임자 임명처분으로 그 소속공무원의 직을 상실하도록 함으로써 직업공무원제를 침해하였으므로 구 헌법 제6조 제2항, 헌법 제7조 제2항에 위반된다.

2. 본건의 경우에 있어서는 위 법률이 제정될 당시에 이미 공무원의 신분을 취득하여 보유하고 있는 청구인들에게 적용되게 한 것은 실질적으로 소급입법에 의한 공무원의 신분보장제의 침해라고 할 것이다.

청구인들의 경우에는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 당사자의 귀책사유 없이 인사상 불이익을 받지 않는다는 공무원으로서의 법적 지위를 기존의 법질서에 의하여 이미 확보하고 있었고 그와 같은 법률상 지위는 신·구헌법이 일관해서 이를 보장해 오고 있는 것인데 국가보위입법의회법이라는 새로운 법률에서 공무원의 지위와 신분에 대한 기득권을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 진정소급효금지와 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것으로서 입법형성권의 한계를 벗어난 위헌적인 것이 명백하다고 하여 동조 후단부분에 대하여 일부위헌을 선언한 것이다.

위에서 본 주문례와 같이 그 조문적용의 일부분에 대하여 위헌을 선언하여도 독립된 법률로서 효력을 충분히 가지는 경우에 그 법조문의 일부무효를 선언하는 것이므로 일부위헌결정이 있게 되면 그 위헌부분은 그 날로부터 법률효력을 상실하는 것이어서 단순위헌결정의 효력과 같다. 그리고 이는 법조문언의 일부분에 대해 폐기를 선언하는 것이므로 그 법조문은 그대로 존속하되 그 해석적용상 질적 또는 양적으로 일부에 대하여 제한해석을 선언하는 한정합헌 또

는 한정위헌결정과도 구별되는 것이다.

## 제삼. 변형판결의 주문형태

헌법재판은 그 주문형태의 변형에 따라 판결의 종류를 분류하는데 그 대표적인 변형판결은 한정위헌 또는 한정합헌결정, 불합치결정, 입법촉구결정 등이다. 이러한 변형판결을 우리 헌법재판소의 판례를 중심으로 살펴보고 독일연방헌법재판소의 판례를 첨가하여 보다 구체적으로 분류하면 다음과 같다.

### 1. 한정합헌결정

#### (1) 질적 일부위헌결정

한정합헌결정이란 헌법재판소에 제청된 법률 또는 법률조항의 형식적인 문언 자체에 대하여 위헌결정을 하는 것이 아니고 그 문언의 내용이 다의적으로 해석가능한 경우이어서 그 질적인 축소해석으로 한정하여 해석적용하는 한 합헌적인 법률이 된다는 변형주문의 결정을 말한다. 법률의 다의적인 해석가능성으로 가치질서의 변화를 가져올 때 그 해석의 질적인 한정부분의 일부위헌을 선언하는 것이라는 점에서 일정한 문언의 일부분에 대한 적용을 배제하는 일부위헌결정과 구별되는 것이다. 이는 위헌심판의 대상이 된 법률규범이 여러 가지 의미로 법률적 해석이 될 수 있을 때 그 중 헌법에 위반되는 것으로 해석이 가능한 질적인 일부분을 제거하고 나머지 헌법에 합치되는 해석가능한 부분을 합헌적으로 보고 기존의 법률

규범을 존속시키는데 큰 의미가 있는 것이다. 한정합헌결정은 법률조항의 문언상으로 어느 부분을 특정하거나 그 부분에 대하여 위헌이라고 가분하여 단정할 수 있게 명시되지 않은 것이지만 그 문언의 해석에 따라 특정의 적용사항에 관하여 위헌적인 것이 명백한 경우에 그러한 해석을 한정하도록 일부위헌을 선고하는 것이므로, 법률조항의 문언상 일부분을 위헌으로 선언하는 일부위헌이나 그 법률을 확대적용하는 사례에 대한 양적인 일부위헌을 선언하는 한정위헌결정과 구별이 되는 것이다. 그러므로 한정합헌결정은 위헌여부의 심판을 제청한 법률 또는 그 법률조문의 해석여하에 따라 합헌일 수도 있고 달리 해석하면 위헌이 될 수 있는 경우에 헌법재판소가 해석의 범위를 확정하여 위헌적인 면을 탄력적으로 한정 배제함으로써 가급적 공포시행 되고 있는 그 법률 자체는 법적 안정성을 고려해 합헌적인 규범으로 존속시키고자 하는 합헌선언의 일종인 것이다.

법률의 해석적용을 좁고 엄격하게 하면 헌법에 합치하고 그렇지 않고 자의적으로 해석하면 위헌적인 내용이 될 수 있는 규범인 경우에 그 합헌성의 한계를 설정하여 주는 것이 한정합헌결정이다. 그 법률 또는 그 법률조문의 전부 또는 그 문언의 일부를 가분하여 단순합헌이나 단순일부위헌으로 결정하는 것은 합당하지 못하지만 조문의 내용이 불확정개념이거나 다의적인 해석이 가능한 것이어서 위헌으로 적용할 가능성이 많은 규범에 대하여 질적 일부분을 제거할 수밖에 없을 때에는 부득이 한정합헌결정을 할 수밖에 없다. 이미 공포시행하고 있는 법률이 위헌적으로 적용집행되고 있어서 헌법에 위반된다고 문제가 제기 되었을 때 일부위헌이나 단순합헌을 할 수 없고 그렇다고 그 위헌성을 제거하지 아니하고는 합헌적 법률로 존속시킬 수도 없는 경우에, 헌법에 맞도록 그 법규해석을 한

정함으로써 법적 안정성과 그 법률의 실효성을 확보하는 것이 헌법적 정의구현에 합당한 경우가 있는데 한정합헌결정은 이를 위하여 부득이 하게 되는 것이다. 이러한 법률의 합헌적 유권해석에 의한 한정합헌결정은 실무상 필요에 의하여 생긴 제도이며 헌법의 법적 규범확립을 위해 탄력적으로 운영하는 데에서 나타난 규범통제방식인데 각국의 헌법재판에서 어느 변형판결에 못지 않게 다양하게 활용하고 있는 것이다. 한정합헌결정은 그 법규를 확대해석 하면 위헌의 소지가 있고 좁게 한정해석하면 합헌적으로 타당한 법규가 될 수 있을 때 그 적용과 집행을 한정하여 합헌적으로 운영하도록 하기 위한 것이므로 판결주문에서 한정적 합헌해석을 전제로 그 법률은 합헌이라고 선언하는 헌법재판의 변형판결을 말하는 것이다. 이것은 헌법재판소가 법률에 대한 위헌심사권을 행사함에 있어서 그 법률의 해석여하에 따라 위헌적인 요소가 있는 경우에 위헌성이 있는 부분만을 제거하여 가급적 시행공포된 법률은 합헌성을 계속 지속하도록 확정하는데 그 제도적 의의가 있는 것이다. 그리고 법률은 국민의 대표기관인 국회가 제정하는 것이므로 기본적으로 국회의 입법권을 최대한 존중하여야 한다는 정신에 따라 법률의 합헌성 추정의 원칙이 확립되어 있으므로 이를 최대한 존중하여 헌법재판권의 행사를 스스로 자제함으로써 헌법상의 기본구조인 권력분립주의를 수호하려는데 그 기초를 두고 있는 것이다. 이러한 결정은 형식적인 논이에 의하면 위헌성이 있는 법률이라 할지라도 그 법규를 합헌적으로 해석하여 운용할 수 있는 한 그 법규를 폐기하거나 새로운 입법을 하지 않고 계속 효력을 존속하게 하는 것이 법률의 법적 안정성과 실효성을 확립하고 입법자의 입법형성의 자유를 존중하는 것으로 권력분립주의와 법치주의의 원리에 부응하게 된다는 것을 바탕으로 하고 있다. 전통적인 입헌민주국가의 기본구조인 권

력분립주의와 새로운 헌법 질서를 확립하려는 헌법재판제도의 정착이라는 두 가지 이상을 동시에 발전시키려는 시대적 요청 때문에 독일을 비롯한 세계각국의 헌법재판소에서 이러한 변형판결이 널리 활용되고 있는 것이다.

## (2) 한정합헌결정의 주문형태

위헌법률심판의 대상인 법규에 대한 한정적 합헌해석은 그 법률 규정의 문이나 의미해석상 여러 가지로 해석할 수 있어서 그 중 헌법에 위배되는 부분을 제거하여 합헌을 선언하는 것이므로 그 결정 주문의 형태도 구체적으로 명백한 내용을 밝혀야 한다. 주문의 내용이 명확하지 않아 전혀 다른 의미로 반대해석하여 법질서의 혼란을 가져와서는 안되기 때문에 주문은 간략하게 쓰는 일반 법원의 판결주문과는 달리 한정합헌결정에는 법의 적용과 집행에 있어서 이를 남용하거나 악용할 소지가 없도록 실질적 지침이 될 수 있게 주문에 구체적이고 명확하게 그 법률의 해석상의 한계를 명시하는 것이 그 특징이며 종래의 입장에서는 생소하게 보일 수도 있다.

예컨대 독일연방헌법재판소에서 자유민주적 기본질서 또는 국민 생활에 적대되는 선전수단이 되는데 적합한 필름을 수입하는 것은 금지한다는 규정에서의 『적합한 필름』이란 단순한 필름은 포함하지 아니하고 『적극적이고 투쟁적이며 공격적인 내용』의 필름을 뜻하는 것으로 해석하는 한 헌법에 합치한다고 주문에 구체적으로 길게 판시하는 것이 그 예이다(BVerfGE 33, 52 f. 1972. 4. 25. 독연방 헌재결정).

그러므로 한정합헌결정의 주문은 위헌법률심판의 대상이 된 법률 규범의 내용에 따라 다양하게 표현되는 것이어서 그 표현상의 일부



위헌의 질적 한계에 대하여 구체적인 재판합의가 이루어져야 한다.

한정합헌결정의 주문은 그 형태가 다양하게 나타나는데 구체적으로 어떻게 하여야 하는가는 그 심판의 대상과 그 규범의 내용에 따라 재판관회의에서 그 때 그 때 결정되는 것이라 실무에 있어서는 상당히 어려운 문제가 많이 논의되고 있다. 그래서 우리 헌법재판소의 판례를 중심으로 구체적인 실례를 살펴보는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### (가) 한정합헌결정 주문 예 1(상속세법)

『상속세법 제32조의 2 제1항(1981. 12. 31. 법률 제474호 개정)은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다』(1989. 7. 21. 선고 89헌마38호 전원재판부(주심 최광율). 상속세법 제32조의 2의 위헌 여부에 관한 헌법소원에 대한 결정).

위 결정문의 요지-상속세법 제32조의 2 제1항은 형식상으로는 실질적으로 조세법률주의에 위배되지 아니하고, 위 규정이 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지는 특례를 둔 것만으로 조세평등주의에 위배되지도 않는다. 다만 위 법률조항에는 무차별한 증여의제로 인한 위헌의 소지가 있으므로 예외적으로 조세회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 하고, 위와 같이 해석하는 한, 헌법 제38조, 제59조의 조세법률주의 및 헌법 제11조의 조세평등주의에 위배되지 않는다고 하여 해석상의 적용한계를 판시한 것이다.

재판관 조규광의 보충의견에서는 한정합헌결정의 의미를 다음과 같이 밝혔다.

주문 “...로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다.”라는 문구의

취지는 상속세법 제32조의 2 제1항에 관한 다의적인 해석가능성 중 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이며 그 의미를 넘어선 확대해석은 바로 헌법에 합치하지 아니한다는 뜻이다.

재판관 변정수, 김진우의 반대의견은

상속세법 제32조의 2 제1항의 규정은 실질적 조세법률주의를 규정한 헌법 제38조, 제59조에 위반되는 규정이며 법률문언이 한가지 뜻으로밖에 해석할 여지가 없어 달리 헌법합치적 해석을 할 수 없는 위헌법률이므로 단순위헌을 선언하여야 한다고 했다.

#### (나) 한정합헌결정 주문 예 2(국가보안법)

『국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)은 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다』 (1990.4.2. 선고 89헌가113호 전원재판부

(주심이시윤), 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판에 대한 결정).

위 결정문의 요지는

1. 위헌법률심판의 대상이 된 이 사건 법률은 그 법문의 내용이 다의적이고 그 적용범위에 있어서 과도한 광범성이 인정되어 그 적용·집행이 남용될 수 있어서 법치주의와 죄형법정주의에 위배되는 위헌의 소지가 있다.

2. 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때, 그 법률은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반법리이다.

3. 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정은 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다고 하여 위 법조에 대한 축소적용의 한계를 판시하였다.

**(다) 한정합헌결정 주문 예 3(도로교통법)**

『도로교통법(1984. 8. 4. 법률 제3744호) 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다』 (1990. 8. 27. 선고 89헌가 118호 전원재판부(주심 한병채). 도로교통법 제50조 제2항 등에 관한 위헌심판에 대한 결정).

위 결정문의 요지는

교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항 및 제111조 제3호는, 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항을 신고하게 하는 것은 헌법상 자기부죄금지의 원칙에 위배되므로 이에 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 하여 해석상의 합헌적 한계를 판시하였다.

**(라) 한정합헌결정 주문 예 4(개정전 국가보안법)**

『개정전 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호) 제9조 제2항은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있는 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다』 (1992.

4. 14. 선고 90헌바23호 전원재판부(주심 이시윤). 국가보안법 제9조 제2항에 대한 헌법소원에 대한 결정).

위 결정문의 요지는

본법 제9조 제2항의 처벌대상은 그 소정의 편의제공행위 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 구체적이고 명백한 위험성이 있는 경우로 축소제한하여야 할 것이고, 그와 같은 위험성이 있다고 단정하기 어려운 것은 처벌대상에서 배제시켜야 할 것이다. 결국 국가보안법은 국가의 안전을 보장하고 자유민주적 기본질서의 파괴에 대처하는데 그 목적이 있는 것이므로 이러한 입법목적 등을 고려하여 위 다의적인 규정을 한정적 제한 해석할 때에는 국민의 일반적 행동의 자유나 표현의 자유의 위축문제 또는 이와 같은 기본권의 본질적 침해의 우려는 해소될 수 있을 것이고, 허용될 행위와 금지되는 행위의 기준제시로 법운영당국의 자의적이고 제도외적인 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태는 피할 수 있을 것이며 처벌범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지는 없어질 것이라고 한정적 제한해석을 제시하는 판결을 하였다.

위에서 본 바와 같이 한정합헌해석을 낸 우리 재판소의 처음 사건은 상속세법상의 증여의제규정에 관한 헌법소원사건이고(헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정) 다음은 국가보안법과 도로교통법에 관한 사건이다. 위헌법률심판에서 한정합헌결정을 한 이러한 대표적인 사례들을 볼 때 이는 모두 헌법재판소의 규범통제재판에서 나타나는 주문형식임을 알 수 있다(헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113호 국가보안법 제7조 제5항 위헌심판. 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 도로교통법 제50조 제2항 및 제111조 제3호 위헌심판).

## 2. 한정위헌결정

### (1) 한정위헌과 한정합헌과의 관계

법규범의 질적 또는 양적 일부위헌의 경우에 한정적 합헌을 선언하지 않고 한정위헌을 선언하는 경우가 있는데 이를 한정위헌결정이라고 한다. 한정위헌결정과 한정합헌결정과의 관계나 구별은 대단히 애매하고 어려운 문제이므로 이에 대한 판례의 보충의견을 소개하면 다음과 같다.

법률의 합헌성 여부가 헌법재판소의 심사대상이 되었을 경우, 전제사건과의 상관관계 하에서 법률의 문언, 의미, 목적을 살펴 부분적으로는 합헌이고, 부분적으로는 위헌으로 판단되는 등 다의적인 해석가능성이 생길 때 헌법재판소는 일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서 어느 해석이 가장 헌법에 합치되는가를 가려 한정축소적 해석방법을 통하여 합헌적인 일정한 범위내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미라고 말할 수 있고 따라서 그 이외의 해석가능성은 위헌임을 지시하는 것이고, 또 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소해석의 타당성 영역 밖에 있는 사항례에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률의 문언 자체는 그대로 둔 채 한정조건을 붙여 한정적 위헌을 선언할 수도 있다.

한정합헌결정은 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이며 그 의미를 넘어선 확대해석은 바로 헌법에 합치하지 아니하는 것으로서 채택될 수 없다는 뜻이다. 이와는 달리 한정위헌결정은 합헌적 한정축소해석이 지닌 의미 내용을 벗어난 영역에 속하는 사항례에까지 법률적용의 폭을 확대하는 것을 막기

위하여 선언하는 것으로서 당해 법률의 적용범위를 정당한 해석선  
내로 좁히는데 주안을 둔 것이다.

합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석가능성과 그에 따른 법적  
용을 소극적으로 배제하는 것이고, 적용범위의 축소에 의한 한정적  
위헌선언은 위헌적인 법 적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을  
적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐 이 사건에 관한 한  
다같이 본질적으로는 일종의 부분적 위헌선언이며 그 효과를 달리  
하는 것이 아니다. 다만 양자는 법문의미가 미치는 사정거리를 과  
악하는 관점, 법문의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법  
재판사건에서의 실무적인 적합성 등에 따라 그 중 한 가지 방법을  
선호할 수 있을 따름이거니와 헌법규범질서의 전체적인 통일성과  
조화성으로 보아 의심의 여지가 있을 때에는 합헌적 해석이 우선한  
다는 법칙과 충격적인 위헌선언은 가급적 회피하는 것이 바람직하  
다는 일반적인 고려가 있을 따름이다(1989. 7. 21. 선고 89헌마38호 결정문 중 재판관

조규광의 보충의견 참조. 헌법재판소 판례집 제1권 p.146-148).

위에서 본 바와 같이 한정합헌결정과 한정위헌결정의 정의가 아  
직 정립되지 않아서 이 양자의 관계를 이론적으로 명확히 구별하기  
는 어렵다. 다만 이 양자는 헌법재판의 실무상 필요에 따라 받아들  
이는 관점과 그 평가에 대한 접근방법에 있어서 어느 쪽이 가장 적  
합한 것인가에 따라 결정할 문제라고 보고 이를 선택하여 결정하고  
있다.

그러나 헌법해석에는 문언의 실정법적 해석외에 자연법적 해석이  
요구되는 여지가 많고 개별조문의 문의적 해석보다 헌법기본이념에  
따른 규범의 통일성과 헌법질서의 조화를 이루어야 하는 합목적적  
해석방법이 사용되기 때문에 여러 가지 종합적인 상황에 따라 그  
필요성에 의하여 결정되는 것이라고 하지만 어느 때인가는 이론상

으로 양자의 구별이 반드시 정립되어야 할 것이다. 물론 위의 양자가 모두 가능한 경우에는 법률의 법적 안정성을 고려하여 위헌선언의 충격을 가급적 피하여야 할 뿐 아니라 법률합헌추정의 원칙에 따라 합헌적 해석이 우선적으로 선택되어야 하는 것이므로 한정합헌결정을 먼저 선택하여야 할 것이고 한정적 합헌해석으로 기본권구제가 불가능하거나 명확하지 아니한 경우에는 질적 일부위헌부분의 한계를 명시하여 제거하고 나머지 부분으로 독립된 규범으로서 확정할 수 있을 때에 한정위헌결정을 하여야 할 것이다.

한정위헌결정과 한정합헌결정의 구별을 이론적으로 정리하기는 어렵지만 실무경험에 의해서 그 관계를 구별한다면 첫째는 그 법문내용상 또는 법적용에 있어서 양적 일부위헌이 객관적으로 표출되는 경우에는 한정위헌선언을 하게 되고 그 법률의 의미상 질적인 일부위헌이고 그렇게 해석적용될 위험성이 명백하거나 그렇게 주관적으로 해석하는 경우에는 한정합헌을 선언하게 된다. 둘째는 질적 일부위헌의 경우에도 한정위헌선언을 하는 경우가 있다. 법률의 합헌성여부가 헌법재판소의 심판대상이 되었을 경우 그 법률의 문언, 의미 그리고 그 적용될 상황을 살펴 부분적으로는 합헌이고 다른 부분으로는 위헌으로 판단되는 등 다의적인 해석적용의 가능성이 있을 때 일반적으로 용인되는 범위 내에서 어느 해석의 적용가능성이 가장 헌법에 합치하는가를 가려 한정축소하는 해석방법을 통하여 일정한 범위내의 의미내용을 합헌적으로 확정하는 것이 바람직하여 이것이 법률의 본래적인 내용이라고 선언하는 것이 필요한 경우에는 한정합헌결정을 하여야 한다. 반면에 법문을 한정축소한 합헌적 해석의 영역밖에 있는 사안에까지 법률의 적용범위를 넓혀 객관적으로 집행운용하는 것을 적극적으로 배제하여야 할 때에 또는 그 법률의 문언 자체는 합헌적인 것이므로 다시 확인할 필요없이

그대로 두고 그 범문을 확대해석하여 위헌적으로 적용집행하는 부분을 한정하여 적극적으로 배제하여야 할 필요가 있는 때에는 그 한정부분의 위헌을 선언하는 한정위헌결정을 하여야 한다.

예컨대 민법 제764조의 명예훼손의 경우 손해배상에 갈음하여 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다는 것을 『사죄광고』의 방식까지 포함시키는 것은 헌법에 위반된다고 판시한 것이 이에 속한다 할 것이다(당소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160호 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원 참고).

독일에서도 다음과 같은 경우에는 한정위헌으로 무효선언을 하고 있다. 조류의 보호를 위하여 지정된 조류는 산 것이건, 죽은 것이건 간에 그 소지, 취득, 가공, 전시, 양도 등을 금지하는 조항은 죽은 채로 발견된 보호지정된 조류를 연구 및 강의의 목적을 위하여서만 소지, 가공 또는 양도하는 것도 금지하는 것으로 포함하는 한 위헌으로 무효이다. 위 조항의 나머지 금지부분은 헌법에 합치한다고 판시하였다(BVerfGE 61, 291 f).

그러므로 주문에 『...로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다』는 한정합헌결정은 법률의 다의적 해석가능성 때문에 그 중 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의의를 천명하는데 비중을 두고 있으며 그를 넘어선 확대해석은 헌법에 위반된다는 것으로 소극적인 질적 일부위헌의 뜻이 있다 할 것이다. 반면에 주문에 『...를 포함하는 한 헌법에 위반된다』는 한정위헌결정은 그 법률문언의 한정축소해석이 아닌 그 내용을 벗어난 영역에 속하는 사안에까지 법률적용의 폭을 확대하는 것을 막기 위하여 하는 것이므로 확대적용되는 부분에 대하여 적극적인 배제를 선언한다는 뜻에서 위와 구별된다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 한정합헌결정은 위헌적인 해석적용의 가능성을 소극적으로 배제하고 한정위헌결정은 위



헌적인 법적용의 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 적극적으로 배제한다는 차이가 있을 뿐이며 본질적으로 모두가 일종의 부분적인 질적인 일부위헌선언이며 그 판결의 효력을 근본적으로 달리하는 것이 아니라고 볼 수 있다.

## (2) 한정위헌결정의 주문형태

한정위헌결정을 한 헌법재판소의 판례를 보면 위헌법률심판의 대상인 법률의 적용이 확대되어 첫째, 그 적용부분의 한계를 명시한 적용위헌의 경우와 둘째, 그 조문해석을 확장해석 함으로 인하여 일어나는 사례를 포함한 부분에 대한 포함 또는 운영위헌의 경우와 셋째, 헌법상의 기회균등을 보장하기 위한 조건부위헌의 경우를 나누어 한정위헌결정을 한 바 있다.

### (가) 한정위헌(적용위헌)결정 주문 례 1(국유재산법)

국유재산 중 잡종재산에 대한 시효취득금지규정의 헌법적 판단주문

『국유재산법(1976. 12. 31. 법률 제2950호) 제5조 제2항을 동법의 국유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다』

(1991. 5. 13. 선고 89헌가97호 김원재관부(주심 한병재). 국유재산법 제5조 제항의 위헌심판에 대한 결정).

위 결정문의 요지는

국유재산법 제4조의 국유재산은 그 용도 또는 목적에 따라 행정재산·보존재산 및 잡종재산으로 나누어져 있는데 동법 제5조 제2항은 그 법문의 표현으로 보아 모든 국유재산에 일률적으로 적용되는 규정이다. 그러나 국유재산의 종류에 따라 그 관리와 처분에 관한 공법적 규제도 달리 규정되고 있어서(법 제3장 및 제4장) 그 시효취득금지규정의 위헌여부도 국유재산의 종류에 따라 그 적용의

위헌여부가 달리 판단될 수 있을 것이다. 그런데 동법 제5조 제2항이 동법 제4조 제4항의 모든 국유재산 즉 잡종재산에 대하여까지 시효취득의 대상이 되지 아니한다고 규정한 것은 사권을 규율하는 법률관계에 있어서는 그가 누구냐에 따라 차별대우가 있어서는 아니 되며 비록 국가라 할지라도 국고작용으로 인한 민사관계에 있어서는 사경제적 주체로서 사인과 대등하게 다루어져야 한다는 헌법의 기본원리에 반하는 것이다.

더구나 이는, 국사에 대한 효율적이고 균형있는 이용 및 개발과 보전을 위한 수단도 아닌 것이 명백하여 국민의 기본권을 제한할 수 있는 예외조치의 사유에도 해당하지 아니하는 것이다. 그러함에도 불구하고 국유잡종재산에 대하여 시효취득을 금지한 법규범은 국가만을 우대하여 국가와 일반국민간에 합리적 근거 없이 차별대우를 하는 불평등한 것으로서 입법상의 과잉금지의 원칙과 헌법 제11조의 평등의 원칙에 반하는 것이다.

이 결정의 이유는 국유재산법 제5조 제2항의 적용을 동법 제4조의 국유재산 중 잡종재산에 대하여까지 적용하여서는 아니 된다는 조문의 확정개념의 일부를 적극적으로 적용배제하는 것이다. 그렇지 아니하면 헌법에 위반된다고 선언한 것이어서 법문의 확정개념을 한정 축소하여 적용하여야 한다는 점이 다음 항의 결정과 다른 점이다.

적용위헌결정은 위헌법률심판의 대상인 법규 자체의 전부 또는 일부를 위헌으로 선언하지 않고 그 법규가 적용될 대상의 일부에 대하여까지 적용하는 것은 헌법에 위반되는 것이라고 선언하여 그 적용의 범위를 한정하는 위헌결정이다. 적용위헌결정은 그 심판대상인 법규 자체는 합헌적이기 때문에 법규의 전부 또는 일부분을 위헌으로 선언하는 것이 아니고 그 법규가 적용될 대상의 일부에

대하여 동법규를 적용하는 것을 위헌으로 선언하는 점에서 법규의 일부위헌결정과 구별된다.

예컨대 위헌법률심판의 대상법률은 국유재산법 제5조 제2항인데 법원이 제청한 재판의 전제가 된 당해 사건의 분쟁재산은 국유잡종 재산이었다. 그런데 동법 제4조 제1항에서 국유재산을 행정재산, 보존재산, 잡종재산으로 구분하고 있고 동법 제5조 제2항에서 위의 국유재산은 모두 민법상의 시효취득의 규정(제245조)에 불구하고 취득시효의 대상이 되지 아니한다는 특별규정을 설정하고 있다. 이때에 위 국유재산 중 잡종재산에까지 동조문이 적용되어 시효취득의 대상에서 제외하는 것은 헌법에 위반된다고 판단할 때 동법 제5조 제2항 문언 규정에 일부위헌이나 해석상 한정위헌을 선언하는 위헌결정을 할 수는 없고 다만 동조의 적용대상인 동법 제4조 제1항의 국유재산 중에서 잡종재산에 대해서만 적용을 제외하여야 할 경우에 이러한 결정을 하게 된다. 위헌법률심판을 제청한 법규범의 내재적 사항에 대한 위헌성을 판단하고 그 해석적용의 문제에 대하여 한정할 것을 다루는 것이므로 적용위헌결정은 다른 유형의 한정 위헌결정과도 분명히 구별되는 것이라고 할 것이다.

적용위헌결정은 위헌여부에 대한 판단부분인 제청된 법률조문의 법적 효력에는 아무런 규정상의 문제점이 없는 것이 되므로 합헌결정이라고 볼 수 있으나 동조문을 두고 있는 법률전체에서 보면 그와 관계되는 법조문의 일부가 적용에서 제외되어 그 효력을 상실하게 되는 것이기 때문에 그 적용대상에서 적용이 제외되는 관계조문과 연계해서 일부위헌의 선언이 되는 것이다. 따라서 주문에서 그 법률의 적용대상의 범위를 분명히 명시하여 위헌의 범위를 객관적으로 확정하는 것이므로 위헌결정의 한 형태에 속하는 것이다. (이와 동

종사건으로서, 1992. 10. 1. 선고, 92헌가6, 7호 병합, 지방재정법 제74조 제2항에 대한 위헌심판결정문 참조).

### (나) 한정위헌(포함위헌)결정 주문 예 2(민법 제764조)

민법 제764조의 명예회복에 적당한 처분에 사죄광고가 포함되는 것으로 해석하는데 대한 헌법적 판단주문

『민법 제764조(1958. 2. 22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다』 (1991. 4. 1. 선고

89헌마160호 전원재판부(주심 이시윤). 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원에 대한 결정).

위 결정문의 요지는

민법 제 764조가 동조소정의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고제도를 포함하는 취지라면 그에 의한 기본권제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없어 헌법 제19조(양심의 자유)에 위반되는 동시에 헌법상 보장되는 인격권의 침해에 이르게 되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

이 결정문의 이유는 민법 제764조와 같이 불확정개념으로 되어 있거나 다의적인 해석가능성이 있는 조문에 대하여 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이며, 그 의미를 넘어선 확대는 바로 헌법에 위반되어 채택할 수 없다는 것이다.

이는 지금까지 민법 제764조에 근거하여 법원의 판결로써 사죄광고를 명할 수 있다고 하는데 대한 헌법판단으로 중요한 의미를 갖는 것이다.

### (다) 한정합헌(시행령위헌)결정 주문 예 3(정간법)

정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 등록의무사항 중 제9호의 해당 시설을 동법 시행 제6조 제3호에서 『자기소유임을 증명하는 서류를 첨부하여』 등록하게 하는 것은 헌법에 위반된다고 선언함으로써 동법시행령에 대하여 헌법적 판단을 한 주문은 다음

과 같다.

『정기간행물의등록등에관한법률(1987.11.28. 법률 제3979호. 개정 1989.12.30. 법 제4183호) 제7조 제1항은 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호 규정에 의한 해당시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다』 (1992. 6. 26. 선고 90헌가23호 전원재판부 (주심 한병재). 정기간행물등록에관한법률 제7조 제1항에 대한 위헌법률심판의 결정).

#### 위 결정문의 요지는

정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항은 『정기간행물을 발행하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항을 공보처장관에게 등록하여야 한다』, 동항 제9호는 『일간신문, 일반주간신문 또는 통신의 경우는 제6조 제3항의 규정에 의한 해당 시설』을 등록하게 하고 동법 제6조 제3항의 제1호와 제2호에서 그 소정의 윤전기와 대통령령이 정하는 부수인쇄시설을 특정하고 동법 시행령 제6조 제3호에서 『법 제6조 제3항 제1호 및 제2호에 해당하는 경우에는 그 시설이 자기소유임을 증명하는 서류』를 첨부하여 공보처장관에게 제출하여야 한다고 되어 있다.

이를 검토하면 위 시행령은 그 근거규정인 위 법률은 포괄적인 백지위임을 한 위헌적인 규정이 아닌데 부수인쇄시설을 갖추어야 한다는 위임의 범위를 넘어서 임의로 자기소유이어야 하는 것으로 확대해석 하여 그 증명서류를 제출하도록 필요 이상의 등록사항을 신설하였을 뿐 아니라 더구나 이는 형사처벌의 구성요건에 해당하는 사항인데 이를 시행령에서 임의로 설정하고 있는 것이라 헌법 제75조(대통령령의 위임명령)와 헌법 제12조의 죄형법정주의의 원칙에 반하는 것이다. 그러므로 이 건 법률은 이 법시행령 제6조 제3호와 같이 등록사항인 해당시설을 자기소유임을 증명하는 서류를 첨부하도록 해석하는 한 헌법에 위반된다고 한정위헌결정을 한 것

이다.

이 사건은, 본법은 합헌이나 그 시행령은 위헌이라고 주문에서 분명히 확정하여 선고하여야 하는 것이나 헌법 제107조에서 『명령, 규칙 등 위헌성은 대법원이 최종적으로 심사할 권한이 있다』고 명시하고 있는 규정을 가지고 문제를 제기하는 일부의 견해가 있을 수 있고 또 헌법이해를 달리하는 사람이 새로운 논란을 일으킬 소지가 있어서, 이를 고려한 나머지 본법에 대한 한정위헌해석으로 주문을 작성하기로 합의하고 시행령과 같이 본법을 확대해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선언한 것이므로 본결정은 어디까지나 대통령시행령을 위헌으로 선언하고 있다는 데에 중요한 의미를 갖는 것이다.

#### (라) 한정위헌(조건부위헌)결정 주문 예 4(국회의원선거법)

국회의원선거법 제55조의 3, 제56조는 선거운동의 기회균등이 보장되지 아니한 내용에 대한 헌법적 판단주문

『1. 국회의원선거법(1988.3.17. 법률 제4003호, 개정 1991.12.31. 법률 제4462호) 제55조의 3(정당연설회)의 규정 중 『정당연설회에 당해 지역구후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분』과 같은 법 제 56조(소형인쇄물의 배부 등)의 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 위반된다.

2. 청구인들의 나머지 청구를 기각한다』 (1992. 3. 13. 선고 92헌마37, 39호 병합 전원재판부(주심 한병채). 국회의원선거법 제55조의 3 등에 대한 헌법소원심판의 결정).

위 결정문의 요지는 우리 헌법상의 선거는 국민의 주권행사이며

공명선거는 선거의 자유와 후보자의 기회균등이 보장되는 공정한 선거의 시행을 말하는 것이므로 선거법의 규정에 참정권의 자유와 후보자선거운동의 기회균등을 보장하지 아니하는 불평등한 규정이 있으면 헌법에 위반되는 것이다. 국회의원선거법 제55조의 3 제7항은 균등한 선거연설 기회를 보장하고 있는 합동연설회(법 제51조 제2항)외에 별도로 각 정당추천후보자가 정당연설회에서 정견발표를 할 수 있도록 함으로써 정당추천후보자는 무소속입후보자에 비교하여 상대적으로 더 많은 연설회를 가질 수 있도록 규정하여 월등하게 유리한 위치에서 선거운동을 할 수 있는 기회를 주고 있고, 또한 무소속후보자에게는 불법·타락선거, 인신공격, 흑색선전 등이 난무하여도 이에 대한 반박 또는 해명할 수 있는 기회가 보장되자 아니하여 선거운동의 기회균등을 보장하고 있지 아니한 것으로서 선거결과인 당락에 영향을 줄 수 있는 불평등한 위헌 조항이다. 또 국회의원선거법 제56조는 일정한도의 소형인쇄물의 제작 배부를 지역구후보자(정당추천후보자와 무소속후보자를 포함)에게는 4종을, 정당에게는 후보자를 추천한 지역구마다 추천후보자의 지원내용을 표시한 2종의 소형인쇄물을 추가하여 결과적으로 정당후보자에게는 6종을 제작 배부할 수 있도록 하고 있다.

선거운동은 모든 후보자에게 균등한 기회를 보장하여야 함에도 불구하고 동 조항은 정당추천후보자에게 우월적 지위를 허용함으로써 정당추진후보자에 비하여 무소속후보자를 과도하게 차별한 불평등한 위헌조항이다. 그러므로 이에 따라 무소속 후보자에게 정당추천입후보자의 경우에 준하여 그 자신의 연설회를 허용하고 또 소형인쇄물을 추가 배부할 수 있도록 허용하는 경우에는 위헌성의 소지가 제거될 수 있으며 이 한도내에서 법 제60조의 제한규정의 적용이 배제된다는 것이다.

이 결정에서 조건부 한정위헌을 하는 이유는 이 사건 법률조항을 둔 입법자의 의도는 헌법 제8조에 근거한 정당에 대한 국가의 보호의 의무를 앞세워 선거운동에 있어서도 이를 구체화한 것으로 짐작할 수 있기 때문에 정당이 목적하는 바의 정강정책의 선전홍보와 자기정당 후보자 전반에 대한 국민의 지지를 구하는 정당의 선거운동을 허용하는 범위내에서 결코 차별적인 특혜라고 할 수 없는 것이다. 그러나 이 법조항들의 문면만을 볼 때에는 그 지역구내에서의 선거운동에 있어서까지 정당추천후보자와 무소속후보자간에 불합리한 자의적인 차별대우를 하는 것이 되어 헌법에 위반되므로 우리는 이 법률의 결함을 그 법률속에 숨어 있는 내재적 규범의 의미를 발견하여 보완하는 제한해석을 통하여 주문과 같은 형태의 위헌을 선언하기에 이른 것이다. 더구나 이 사건 헌법소원은 1992.2.25.과 동월 29.에 각 제기되었고 동년 3.7. 후보자등록에 따른 선거운동이 시작되었으며 선거운동의 기간마감은 동월 23. 24 : 00로 정하여져 있어서 이 기한을 초과하면 청구인들의 기본권침해를 구제할 수 없는 급박한 상황 속에서 심리가 진행되었는가 하면 반면에 해당법률조항의 위헌선언으로 말미암아 야기될 수 있는 선거의 혼란을 방지하여야 하는 현실적인 상황에서 모든 헌법적 상황을 종합적으로 재량하여 심판하여야 하게 되어 있었기 때문에, 이 사건 법률조항의 위헌성으로 말미암아 야기될 수 있는 혼란을 방지하고 한편 법규정에 내재된 합헌적인 의미 부분을 살려가면서 헌법배치적 상태를 제거하기 위하여는 결론도출에 장애가 될 수 있는 국회의원선거법 제60조와 기타 이 사건 법률의 관련조항에 대하여도 역시 헌법 제116조에 명시된 선거운동의 균등한 기회보장원칙에 부합하도록 해석하여야 한다는 위의 판시이유에 기초를 두고 주문과 같은 재판을 하는 것이다(1992. 3. 13. 선고 92헌마37, 39 (병합) 결정문의 이유 중 결론(가)항 부분 참



조).

선거법에 대한 외국의 대표적인 판례를 보면 다음과 같다.

미국헌법은 입후보자의 권리를 보장한다는 명백한 규정을 두고 있지는 않지만 입후보할 권리에 여러 가지 조건을 붙이거나 선거운동을 제한하는 법(주법)에 대하여 연방최고재판소는 평등보호조항(The Equal protection clause)을 따라야 한다고 판시하고 있다.

선거는 헌법상의 권리들이 얽혀 있는 정치적인 창조물이므로 재판소는 기본적으로 정치적인 결정에 너무 깊게 관여하는 것은 삼가야 한다고 하면서도 선거직의 후보자에 대한 여러 가지 제한은 수정헌법 제14조의 적법절차와 평등보호조항에 의해 보장되어야 한다는 것이다. 따라서 유권자의 투표권과 정치활동의 자유를 제한하는 것은 개인의 기본권을 침해하는 것이며 후보자의 능력이나 자격을 부당하게 제한하거나 소수정당이나 무소속후보자에게 자의적인 부담을 가하거나 기회균등을 보장하지 아니하면 헌법에 위반된다는 것이다("Clements v. Faching" 사건과 "Andersou v. Celevrezze" 사건의 판례 참조). 그리고 독일연방헌법재판소에서도 정당이 후보자 추천권을 독점하는 것은 무소속후보자의 기회균등에 대한 요구를 보장하지 않는 것이 되어 보통, 평등, 자유선거의 원칙에 위반된다고 판시하였다(1976.3. 9. 합의부결정 2BvR 89, 74 참조).

나아가 본결정주문에 대하여는 입법자의 의도와는 달리 주문의 해석을 확대해석하여 조건부위헌결정을 창설적으로 할 수 있는가의 의문이 제기될 수 있기 때문에 이러한 주문을 낼 수 있다는 근거로 독일연방헌법재판소의 판례주문을 참고자료로 소개하면 다음과 같다.

독일민사소송법 제554b조의 헌법적 판단에 대한 1980.6.11. 의 독

일연방헌법재판소 합의부 결정의 주문은 다음과 같다.

**【주문】**

1975.7.8. 의 민사사건의 상고권리개정법(BGBI. I S. 1863)에 의한 민사소송법 제554b조 제1항은 최종재판결과에서 승소가 예상되는 상고를 수리 거부하여도 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.

민사소송법 제554b조 제1항은 『상고법원은 불복의 가치가 4만 마르크를 넘는 재산법상의 청구권에 관한 법적 분쟁에 있어서 그 법적 분쟁이 근본적인 의미를 갖지 않는 경우에는 상고수리를 거부할 수 있다.』고 규정하고 있으나, 이 규정에 대한 위 연방헌법재판소의 결정은 근본적인 법률심이 아닌 경우라 하더라도 재판결과 승소가 가능한 사유가 있는데도 이 조문의 문언해석만으로써 상고수리를 거부하는 것은 헌법에 위반된다는 것이다. 이는 곧 법문의 질적 일부무효 또는 제한해석이 아니고 법문에 없는 내용을 받아들여야 하는 의무를 창설하여 적극적으로 법률을 확대 해석한 입법형성적 판단을 한 주문으로서 헌법재판의 권한과 한계를 명시한 중요한 판결이라 할 수 있다.

### 3. 불합치결정 및 위헌확인결정

## (1) 불합치결정의 사례

헌법불합치결정은 법률 또는 법률의 조항이 헌법에 합치하지 아니한다는 위헌선언에 그치고 그 법률의 효력은 위헌법규라 할지라도 잠정적으로 계속 지속시키는 경우이다. 불합치결정은 헌법재판에 의한 규범통제수단으로 이루어지는 것이기 때문에 위헌법률심판청구(헌재법 제41조와 제68조 제2항)에 의하여 구체적 규범통제재판에서 많이 나타나게 된다. 그러나 기본권침해를 원인으로 하는 추상적 법규에 대한 헌법소원심판(동법 제68조 제1항)의 경우에도 이를 할 수 있다(동법 제75조 제5항, 제6항). 나아가 권한쟁의심판(동법 제61조)의 경우에도 피청구기관의 어떤 처분 즉 규범(조례 등 법규)의 제정으로 기관상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어서 판단하는 경우 피청구기관의 처분이 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있는 이외에 불합치선언을 할 수 있다는 것이 독일의 판례이고 통설이다(BVerfGE 20, 119, 129 f).

불합치로 선고된 법률은 위헌으로 확인되지만 당분간 잠정적으로 계속 합헌적인 법률로서 유효하게 적용된다는 점에서 무효선언 또는 즉시 그 법률의 효력이 상실 되는 단순 또는 한정위헌결정과 구별된다. 그래서 이것을 규범의 완전한 공백상태로부터 법적 안정성을 보호하기 위하여 잠정적인 합헌을 유보하는 일종의 위헌확인선언의 결정주문형식이라고도 한다. 그리고 이 주문의 결정은 입법자가 위헌상태를 제거하는데 여러 가지 가능한 방법을 선택하여 합헌적인 법률을 제정할 수 있도록 입법기회를 보장하는 입법촉구를 전제로 재판하는 것이 가장 헌법적이라는데 기초를 두고 있는 것이

다.

불합치결정은 이와 같이 입법자의 입법형성의 자유를 존중함과 동시에 유효하게 존속하던 법률을 실효시킴으로써 야기되는 갑작스런 법률의 공백상태를 방지하고 나아가 법적·사회적 혼란에 대비하여 법적 안정성과 사회질서를 유지하여야 하는 헌법적 사유가 있는 경우에 하는 것이다. 헌법재판을 단순한 형식논리에 입각하여 위헌법률에 대한 대체입법없이 취소 또는 실효선언을 하면 그 사회에 법률의 공백으로 인한 기존 법질서의 안정성을 해칠 경우가 있으므로 이를 피하기 위하여 독일연방헌법재판소는 실효법상의 법적인 근거가 없는데도 불구하고 일찍이 판례로서 불합치선언의 변형주문의 판결을 많이 해 실무관행으로 확립시켜 왔다.

그래서 독일에서는 실정법상에는 뚜렷한 문언을 찾아 볼 수 없는 불합치결정 등 많은 변형재판을 입법자가 수용하여 1970년 헌법재판소법을 개정할 때 비로소 이를 실정법에 명문화한 것임을 유의해야 한다(독일헌재법 제31조 제2항 2, 3절, 제79조 제1항).

독일의 경우에 불합치결정을 하는 사례를 보면 점령국법률이나 유럽공동체법률은 위헌무효를 선언할 수 없어도 합헌성심사의 대상이 된다고 하는 심사권과 폐지권을 구분하는 입장의 판례에 근거를 두고 있는 것 같다(BVerfGE 15, 237 ff. ; 37, 271 ff. 참조).

(첫째) 위헌적인 입법부작위에 대한 위헌무효선언은 애초부터 무효로 할 대상이 존재하지 아니하기 때문에 그 부작위가 헌법에 합치하느냐 않느냐를 선언하는 경우에는 헌법불합치결정을 하게 된다는 것이다(BVerfGE 22, 349 ff).

(둘째) 법률은 입법절차상 중대한 흠결이 있는 경우에만 위헌무효사유가 되지만, 명백하지 않은 헌법위반이나 그 밖의 하자는 가

급적 합헌으로 하여야 하나 그렇지 아니하고 합헌으로 선언할 수 없을 때에는 불합치선언에 그친다는 것이다(BVerfGE 34, 9 ff.).

(셋째) 법률적 시혜가 불평등한 경우에 전부를 무효선언하면 정당한 수혜자의 권익을 박탈하게 되므로 불평등한 취급으로 그 권리 침해에 당한 집단부분을 구제함으로써 평등권을 보장하는 합헌적인 법률이 되고 이 법을 유지할 필요가 있을 때에는 입법권을 존중하여 가능한 범위 내에서 불합치결정을 한다(BVerfGE 22, 163 ff.; 29, 2 ff.).

(넷째) 법률규정이나 내용이 위헌적인 경우라 할지라도 위헌무효선언에 의한 규범의 완전한 공백상태로 인하여 생기는 문제보다는 그 법을 그대로 두더라도 참을만하다는 법적 안정성의 필요성이 있을 때에는 위헌무효선언보다 불합치결정을 하게 된다(BVerfGE 8, 1 ff.; 13, 248 ff.; 33, 303, 347 ff.).

(다섯째) 법률이 헌법에 위반되는 것이 명백하다고 하더라도 입법자의 판단이나 새로운 입법이 필수적으로 요청되는 사유가 있을 때에는 권력분립주의의 원칙에 따라 위헌무효선언을 하지 않고 불합치결정을 한다(BVerfGE 35, 79 ff.; 33, 303 ff.; 당소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6호 사건의 주문과 변형결정이유 참조).

독일헌법재판소의 1980년 이후의 처리사건통계를 보면 무효선언과 불합치선언이 반반씩 차지하고 있는 것을 볼 수 있는데 헌법재판소에서는 이러한 변형판결이 중요한 위치를 차지하고 오히려 전형적인 결정문의 형태의 하나로 그 자리를 굳혀 가고 있음을 알 수 있다.

우리 헌법재판소법은 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다(헌재법 제45조)고 명시하였을 뿐 한정합헌결정이나 불합치선언

결정을 할 수 있는지의 여부에 관한 명문규정이 없다. 그래서 변형 논리와 문리해석을 중시하는 일부에서 이러한 변형결정은 할 수 없다는 주장을 하고 있으나 법의 명문규정유무와 관계없이 헌법재판에서는 당연히 할 수 있다는 것이 헌법재판제도를 둔 모든 나라의 통설이며 판례이므로 이에 따라 우리도 불합치결정을 선고한 바가 있다(불합치결정에 대하여 반대하는 의견은 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6호 국회의원선거법 제33조 위헌여부심판 결정의 반대의견(변정수, 김진우)참조).

## (2) 불합치결정의 효력

### (가) 일반적 효력

불합치결정은 헌법재판소가 위헌적인 법률임을 확인하고 입법자에게 불합치선언 이후의 헌법에 위반되는 상태를 제거할 의무가 있음을 선언하는 것이다. 불합치 선언된 법률은 위헌부분이 제거될 때까지 과도기적으로 효력을 가지고 적용될 수 있다는 점에서 법률의 실효 또는 무효라고 선언하는 단순위헌결정과 구별되는 것이다. 불합치결정도 헌법재판소 제47조와 동 제75조에서 정한 위헌법률심판의 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정과 동일하게 모든 국가기관에 대하여 기속력이 있다. 그러나 단순위헌결정은 그 결정이 있는 날로부터 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 효력을 상실(헌재법 제47조 제2항, 제75조 제5항)하므로 헌법재판소가 위헌을 선언하고 스스로 그 법률효력을 배제하는 폐기적인 효력이 있는 결정인데 반하여 불합치결정은 헌법재판소가 헌법위반을 확인하기는 하나 당장에 그 법률의 효력이 상실되는 것은 아니다. 그 법률의 위헌사항을 가능한 한 신속하게 배제할 것을 입법자에게 맡기는 일종의 입법의무적 효력이 있는 결정이라는 점이 다르다.

따라서 독일의 경우를 보면 불합치결정을 할 때에 입법의 방향과 테두리를 제시하거나(BVerfGE 34, 9, 26) 입법의무를 이행하여야 할 기한을 정하기도 하고(BVerfGE 32, 199, 216) 입법의 대안을 제시하기도 한다(BVerfGE 37, 217, 263 f.). 이러한 조건이나 대안을 받아들이지 아니하거나 그 기한이 지나도 입법의무를 이행하지 아니하는 때에는 그 법률은 무효가 된다는 제재적 효과를 전제로 불합치결정을 하고 있다(BVerfGE 13, 326 f.). 불합치결정의 경우에는 이와 같이 위헌임을 확인하면서 조건이나 대안 또는 기한이 제시되기 때문에 위헌결정의 효력발생시기와 제한은 변칙적으로 나타날 수 있어 통일적으로 그 법률 효력의 상실시기를 설명할 수는 없다. 그러나 위헌으로 확인된 법규는 그 결정주문에서 입법의 공백이나 법질서의 혼란을 피하기 위하여 새로운 입법이 제정될 때까지 구법을 계속 적용 집행할 수 있는 범위나 기간을 반드시 밝혀야 한다. 그래서 위헌인 법규라 하더라도 법률적용상의 장애가 없는 한 헌법질서의 유지를 위하여 필요한 경우에는 잠정적 효력을 지속케 하는 것이 보다 헌법적 규범에 합당하다고 하여 이러한 변형판결을 하는 것이다.

불합치선언의 법적 효력은 그 법률의 내용이 위헌적인 것이어서 당연히 무효를 선언하거나 당장에 효력을 상실시켜야 하는 것이나 이미 공포시행되고 있는 법률관계의 안정성과 법률의 실효성을 효과적으로 보장하기 위하여 잠정적으로 그 법률의 효력과 적용을 허용하는 것이므로 그 법률적 효력과 법적 상태에 대해서 여러 가지를 상정할 수 있는데 이에 대한 참고로 독일의 경우를 살펴보면 다음의 세 가지로 나누어 볼 수 있다.

(첫째) 헌법재판소에서 그 법률이 헌법에 합치하지 않는 위헌적인 부분에 대해 헌법재판으로 위헌확인을 선언함으로써 입법자에게

헌법에 위반되는 규정을 제거하여야 할 의무를 부과하고 있다는 것이다. 때로는 헌법에 합치하도록 그 법률을 개정 내지 폐기하는데 필요한 기한을 정하기도 하여 그 기간내에 조치를 취하지 않으면 그 기한이 지난 후에 그 법률은 무효가 된다는 것이다.

(둘째) 위헌심판제청의 전제가 된 당해 소송사건의 재판과 이와 관련된 소송절차는 헌법에 합치하는 법률이 만들어질 때까지 정지된다는 것이다. 따라서 헌법재판소는 불합치선고된 법률에 근거하여 이루어진 법원의 판결이 헌법소원의 대상이 된 경우에는 이를 파기한다(독일연방재판법 제95조 제2항). 당해 사건은 입법자가 헌법에 합치하는 새로운 법률을 만들 때까지 소송절차는 정지되기 때문에 형사소송법 및 군사법원의 구속기간과 민사소송법의 재판선고기간에 재판정지기간은 산입하지 아니한다는 것이다.

(셋째) 불합치선언된 법률이 헌법에 위반되거나 입법자가 새로운 입법을 제정할 때까지 잠정적으로 그 법률은 유효하게 지속되고 그에 따라 적용될 수 있다는 불합치결정은 그 판결의 정치적·현실적 상황을 함께 고려하여야 한다는 헌법재판의 특수성을 보여 주는 판결임을 그 이유에서 밝혀 그를 참작하게 하고 있는 것이다. 헌정질서를 확립하는데 불가피한 정치적 효과와 현실적 상황을 고려하여야 하는 것은 모든 헌법재판에서 불가피한 것이라고 한다(K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 184).

독일연방헌법재판소의 판례를 보면 위헌적인 법률이라도 법적 안정성 등의 요청에 의하여 계속 존속할 것을 필요로 하기 때문에 불합치결정을 한 경우에는 계속 그 법적 효력은 적용될 것이라고 명백히 하고 있다. 그러나 그 적용의 범위와 시한은 그 결정주문에서 명확하게 선언하여야 한다고 한다. 그래서 서독의 판례를 보면 대개의 경우에 주문에서 불합치선언을 할 때에는 언제까지 계속 적용



된다는 기한이나 대안을 명시하고 있다(BVerfGE 37, 217; 33, 303; 61, 319).

### (나) 당해사건과 병행사건에 대한 효력

#### i) 당해사건

헌법불합치로 선언된 법률은 적어도 당해 사건을 담당하는 법원에서는 더 이상 적용될 수 없다. 이는 헌법재판소법 제47조 본문의 장래효에 대한 예외로서 당해 사건에서는 소급효를 인정하지 않을 수 없는 경우이다. 법률에 대한 위헌결정의 효력이 당해사건에 관하여 소급효를 가진다는 데에는 우리 헌법재판소와 대법원은 일치된 판례를 내고 있다(헌재 88헌가2호 및 대법원 90다5450호 참조).

재판의 전제가 된 법률에 대하여 불합치결정이 선고되면 당해 규범의 적용은 차단되므로 그 전제사건을 담당한 법원은 그 불합치결정 주문에 따라 재판하고, 위헌법률심판을 신청한 당사자도 그에 따라 법원의 판결로서 권리구제를 받을 수 있다.

불합치결정은 단순위헌결정과 같이 위헌으로 결정된 법률이 그 날로부터 효력을 상실하는 것은 아니지만 헌법에 위반된다는 확인적 효력이 있으므로 헌법 제107조 제1항에 따라 당해 법원은 헌법재판소의 심판에 의하여 재판을 하여야 한다. 그러므로 불합치결정 주문에서 새로운 입법이 있을 때까지 위헌법률의 실효시기를 일정기간 유예하고 있더라도 위헌법률심판제청의 전제가 된 당해 소송사건을 담당하는 법원과 그 당사자에게는 즉시 소급하여 결정의 효력이 발생한다고 보는 것이다.

국회의원선거법상의 기탁기금제도에 대한 불합치결정선고(헌재 88헌가6호)의 법적 효력에 대하여 당해 소송사건을 담당한 제청법

원인 서울민사지방법원은 이를 이해하지 못하고 위헌제청법률이 아직은 유효하다고 하여 원고의 청구를 기각한 바 있다. 그러나 그 항소심인 서울고등법원은 재판의 전제가 된 해당사건에 있어서는 헌법재판소 심판에 의하여 재판을 하여야 하는 것이므로 이를 취소하고 위헌의 확인적 효력을 선언한 헌법재판소결정에 따라 제청법원의 당사자인 원고의 부당이득반환청구를 인용하였다(서울고법 1990. 7. 20.

선고 90나12308호 제1부 판결).

대법원은 이를 받아들여 다음과 같이 판결하였다.

헌법재판소의 불합치결정은 위헌결정의 일종임이 틀림없고 다만 위헌결정으로 법률조항의 효력발생시기만을 일정기간 미루고 있음에 지나지 않는다. 법률의 위헌여부의 심판제청은 그 제정된 당해 사건에서 위헌으로 결정된 법률을 적용 받지 않으려는 데에 그 목적이 있고, 헌법 제107조 제1항에도 위헌결정의 효력이 당해 사건에 한하여는 소급하는 것으로 보고, 재판하도록 하려는 취지가 포함되어 있다. 만일 위헌제청을 하게 된 당해 사건에 있어서도 소급효를 인정하지 않는다면, 제청 당시 이미 위헌여부심판의 전제성을 흠결하여 그 제청의 필요성이 없다고 해석되어야 하기 때문에, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여서도 당해 사건에 한하여는 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다. 이와 같은 해석은 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 그로 인한 법률의 효력발생시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원

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

이러한 항소법원 및 대법원의 판결은 불합치결정의 효력을 정확히 이해하고 판시한 것이며 이러한 해석은 일찍이 오지리헌법재판소의 판례에서 확립된 견해이다.

그리고 그 후 이를 1975년 그 나라의 헌법개정시 이 관례에 따라 명문화하였으며, 우리 헌법 제107조 제1항 후단은 이러한 취지에 맞추어 규정된 것이라고 볼 수 있다.

그런데 독일의 관례에는 불합치결정 선언으로 입법자가 새로운 입법을 할 때까지 헌법에 적합한 것은 아니지만 법률이 무효도 아니므로 당해 사건의 제청법원은 재판을 정지하여 당사자로 하여금 합헌적인 새 법률의 혜택을 받을 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 이러한 독일의 이론 때문에 우리 나라에서도 불합치결정의 효력은 제청법원과 당해 사건의 당사자에게도 당장에는 적용될 수 없다는 독일의 예를 따라야 한다는 주장이 일부 논의되기도 하였다. 그러나 우리의 헌법 제107조 제1항 후단에는 『헌법재판소의 심판에 의하여 재판한다』고 명문화되어 있고 이것은 일찍이 오지리헌법재판소의 관례와 헌법을 검토하여 받아들인 것으로 불합치선언의 경우에도 당해사건에 있어서는 소급하여 권리구제를 하여 주는 것이 합당한 것이라고 보는 것이 정론일 것이다.

#### ii) 병행사건

위에서 본 당해사건에 관하여 확정된 원칙은 위의 헌법재판소의 결정이유와 대법원의 판결이유에서 그 사유를 유추하여 보면 동종의 병행사건에 관하여도 확대하여 적용하여야 할 것이다. 여기서 병행사건이라 함은 당해사건과 동일한 법률이 적용되는 동일한 사건이 이미 법원에 제소되어 여러 건으로 계류되어 심리중인 동종사건으로서, 헌법소원 또는 위헌법률심판제청이 제기되지 아니한 사건을 말한다.

즉 헌법재판소에서 헌법에 위반되는지 여부를 심의하고 있는 동종사건을 담당할 법원이 당해사건에 대한 위헌법률심판을 제청하지는 않았지만, 그 재판의 전제가 된 법률에 대하여 헌법에 합치하지

않는다고 위헌선언을 하게 되면 그 법률규범을 적용하여야 하는 법원은 자기가 담당할 동종의 병행사건에도 그 위헌심판에 의하여 재판관을 하여야 한다는 것을 말한다. 위헌결정의 효력을 당해사건에 대해서만 위헌법률의 적용을 배제한다는 것은 실질적 정의의 관점에서 볼 때 심히 부당하다고 하여 당해사건의 범위를 확대 적용함으로써 그 불공평을 시정하고자 하는 것이다.

전통적으로 위헌결정의 효력을 장래폐지효로 보는 오지리헌법재판소에서도 당해사건의 범위를 확대하여 헌법재판소에서 위헌법률심판을 제청한 당해사건 뿐만이 아니라 심판제청은 아니하였지만 그 때에 이미 재판에 계류된 해당법원의 모든 병행사건에 대하여도 위헌법률의 적용을 배제한다고 하고 있다(Walter / Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechtes, 6. Aufl., 1988, S. 381.)

독일연방헌법재판소에서도 당해사건에 관하여 확정된 규범은 동종의 병행사건에까지 확대 적용하고 있다. 즉 병행사건에서의 재판절차정지의무는 연방헌법재판소의 선고와 동시에 확인된 규범의 위헌성이 기속력을 가지고(연방헌법재판소법 제1조 제1, 2항) 확정되는 것이기 때문에 동종의 병행사건에도 확대하여 적용된다고 하는 것이 그것이다(BVerfGE 52, 369(379)-가사노동일에 관한 노동법원의 판결).

최근 우리 헌법재판소는 “위헌결정의 법규적 효력은 이 사건 위헌법률심판을 제청한 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

1992. 12. 24. 선고 92헌가 8호 사건 4. 마항 참조).

### iii) 병행규범

그러나 병행사건과 구별되어야 하는 병행규범이 있다. 병행규범은 헌법재판소의 구체적 규범통제의 대상이 되지 않았지만, 문언상으로 보거나 적어도 실질적으로는 위헌이라고 선고된 규범과 동일한 내용을 포함하고 있는 다른 법규범에 대한 효력에 관한 문제를 말한다.

병행규범은 위헌으로 선언된 법률과 동일한 내용을 가진 법률이 다른 법률로서 존재하는 경우인데 예컨대 국세와 지방세에 관한 규정들에서 많이 찾아 볼 수 있을 것이다. 병행규범은 헌법재판소가 규범통제절차에 의하여 하나의 법률규범에 위헌여부의 심판을 하였을 때 동일한 내용의 규범이라도 다른 법률로서 독자적으로 성립되어 있을 때에는 그 법률에 대하여 별도로 위헌법률심판제청이 되지 않았으므로 심판대상이 아닌 다른 별개규범이며 그에 대한 위헌선언은 하지 않았기 때문에 위헌결정의 기속력이 미치지 않는다고 본다. 그것은 어느 법률규범이 위헌이라고 선고된 규범과 실제로 동일한 내용의 것인가 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있고 그 때에 그에 대한 결정 자체도 헌법재판소의 심판사항이고, 그 위헌여부의 결정은 헌법재판소가 개별적인 구체적 규범에 관한 심판청구가 있어야만 내릴 수 있는 것이기 때문에 병행사건과 달리 병행규범에 대하여 확대 적용하여서는 아니 되는 것이다. 헌법재판소법 제41조 제1항에 의한 법원의 위헌법률심판제청이나 동법 제68조 제1, 2항의 헌법소원심판청구는 하나 하나의 법률에 대하여 별개로 이루어지는 것이며 개별적 규범마다 독립된 심판청구의 적격을 갖추어야 하고 그에 따른 각 규범의 위헌여부의 결정을 하는 것이다. 그리고 법률의 헌법적합성의 판단은 헌법재판소의 전속적 권한이며 입법권 행사인 법률의 제정은 개별적으로 성립되는 것이므로 그를 존중하

여 동일한 내용의 법률규범이라고 하여도 별개로 심판의 확정을 받아야 하기 때문에 병행규범은 병행사건과는 달리 엄연히 구별되는 것이며 이를 혼동하지 않도록 유의하여야 한다.

### (3) 불합치결정의 주문 예

우리 헌법재판소에서는 국회의원선거법중 기탁금제도에 관한 위헌법률제청사건에서 불합치선언결정을 선고한 사례가 있다.

주문 예

『1. 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 효력을 지속한다』 (1989. 9. 8. 선고, 88헌가6호 전원재판부(주심 한병채). 국회의원선거법

제33조 제34조(기탁금제도)에 대한 1988. 12. 16. 서울민사지방법원의 위헌제청심판사건의 결정).

위 결정문의 요지는

국회의원선거법 제33조 제34조의 위헌여부심판에 대하여 헌법불합치결정과 입법촉구결정을 동시에 선고한 판시사항이다.

1. 국회의원선거법 제33조 및 제34조의 기탁금제도와 그 국고귀속 등에 관한 내용은 그 액수가 너무 과다하고 불평등하여 국민주권주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 불 때 헌법 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권을 침해할뿐만 아니라 정당추천후보자와 무소속후보자의 기탁금에 1,000만원과 2,000만원의 차등을 둬으로써 정당인과 비정당인을 불합리하게 차별하는 것으로 헌법 제41조의 평등선거원칙과 헌법 제11조의 평등보호규정에 위반된다.

2. 유효투표총수의 3분의 1을 얻지 못한 낙선자 등의 기탁금을 국고에 귀속시키게 하는 것은 세계 어느 나라에서도 찾아 볼 수 없

는 많은 득표를 요구하는 것이며 또 그 기준이 너무 엄격하여 민주·자유·평등선거의 본지에 어긋날 뿐 아니라 국가존립의 기초가 되는 선거제도의 원리에 맞지 아니하며, 선거에 관한 경비는 원칙적으로 후보자에게 부담시킬 수 없다는 헌법 제116조의 기본정신에도 위반된다.

3. 결정주문에 헌법에 합치하지 아니한다고 선고하면서 일정기간까지 그 법률의 효력을 지키도록 하는 이유는 국회의 권위와 국민대표성을 고려하여 국회의원선거법의 개정은 가급적 국회가 스스로 하도록 하는 것이 바람직하고, 그간에 재선거나 보궐선거가 있을 것을 가상할 때 동일한 조건으로 당선된 국회의원으로 구성되어야 13대 국회의 동질성을 보존하는 의미가 있기 때문에 그 임기동안은 그 법적 효력을 지속시키는 것이 합당하다는 것이다.

4. 불합치선언의 이유는 헌법재판에 있어서 복잡 다양한 현대사회현상, 헌법상황에 비추어 심사대상법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일의 판단만이 가능하다고 본다면 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연하고도 신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 법적 공백, 법적 혼란 등을 가져와 법적 안정성을 해치고, 오히려 입법자의 건전한 입법형성의 자유를 제약하여 사회질서와 국민의 기본권을 침해할 사태를 초래할 수 있다. 그래서 헌법재판이란 위헌 아니면 합헌이라는 단순한 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서 여러 가지 변형재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 한정무효, 헌법불합치, 조건부위헌, 입법촉구 등의 주문을 결정할 수 있고, 이러한 변형재판은 일찍이 독일 등 여러 국가의 헌법재판소가 실무에 의하여 얻어진 판례의 축적으로 확립된 제도이다. 우리 헌법재판소법 제45조와 동법제47조의 해석에서도 이러한 통설과 판

례에 따라 변형해석하는 것이 합당하다고 하여 우리 재판소의 다수의견으로 판례가 형성된 것이다.

5. 변형주문의 다수의견에 대한 소수의 반대의견에서 독일의 경우 연방헌법재판소법 제78조, 제31조 제2항이 있으므로 변형재판이 가능한 것이라고 말하고 있으나 독일의 판례는 실정법에서 근거하여 여러 가지 형태의 변형재판이 나온 것이 아니라 법개정 이전부터 실정법에서는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 불합치 주문 등 변형재판을 해왔기 때문에 입법자가 이에 뒤따라 재판에 부합키 위한 노력으로 독일연방헌법재판소법제31조, 제78조, 제79조 등을 1970년도의 개정을 거쳐 현재에 이르게 된 것이므로 객관적인 실정법해석으로 명백하다 아니다 하고 논의할 문제는 아니다.

위 결정에 대한 재판관 변정수의 보충의견 및 반대의견

1. 위헌결정은 헌법재판소법 제45조 제1항에 따라 법률 또는 법률조항의 전부에 대하여 위헌인지 합헌인지만을 결정할 수 있고 동법 제47조 제2항에 따라 그 법조의 법적 효력이 상실되는 것이지 실정법의 근거가 없는데 헌법재판소가 법률의 효력을 변형 또는 불합치결정으로 한정상실사거나 유보시키는 주문을 선고할 수 없다.

위헌결정은 선고일로부터 즉시 그 효력을 상실하는 것이지 헌법재판소가 임의로 그 법률효력상실시기를 정하여 일정기간 유예시킬 수 없다.

재판관 김진우의 반대의견

법률이 헌법에 위반된다면, 불합치결정만 하고 입법촉구결정은 하지 않아야 한다.

그 법률조항을 실효시킬 때 국가존립에 위해가 미칠 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 위헌결정의 효력을 일시 배제하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있지 아니하는 한, 가급적 원칙에



돌아가서 단순위헌결정만을 하여 위헌결정일로부터 그 효력을 상실케 하는 것이 타당하다.

## 4. 입법촉구결정

### (1) 입법촉구결정의 이유

입법촉구결정은 법률적 규범이 헌법에 합치하지 않는다고 확인됨으로 인하여 발생하는 위헌적인 법률의 상태를 제거할 의무를 입법자에게 부과하는 일종의 변형재판이다. 헌법재판소는 입법기관이 아니기 때문에 능동적으로 법률을 제정하거나 그 내용을 임의로 개정할 수는 없으므로 그 법률의 제정과 개정 및 폐기를 할 수 있는 헌법상 권한을 가진 입법권자에게 위헌상태를 제거하여야 할 의무를 선언하고 입법자에게 헌법에 합치하지 않는 부분에 대하여 합헌적으로 법률개정을 촉구하는 결정이다. 위헌적인 법률이라 할지라도 현실적 상황이 당장에 그 법률의 무효를 선언하거나 그 효력을 즉시 상실하게 하는 것이 합당하지 않은 헌법적 사유가 있는 경우에 일정한 기간을 정하여 입법자에게 입법촉구를 하고 그 기한이 지난 뒤에도 입법을 하지 않을 때에 그 법률의 효력을 상실하게 함으로써 단순위헌결정으로 인하여 생기는 사회적 충격과 법률질서의 혼란을 방지하자는 것이다.

입법촉구결정은 앞서 본 불합치선언과 동시에 하는 것이 대부분이지만 독일의 예를 보면 불합치선언만 하는 경우도 있고 아직은 합헌이라는 잠정합헌결정을 하면서 입법촉구를 명하는 사례도 있다. 불합치결정은 위헌을 확인하고 소극적인 입법의무를 부과하는

것이지만 입법촉구결정은 불합치선언과는 달리 지금까지의 법률의 적용과 효력을 위헌이라고 간주하지 아니하고 까다로운 입법을 할 때까지는 합헌적 법률로서 존속한다는 것을 확인하되 언제까지 기한을 명시하여 입법자에게 적극적으로 입법의무를 부과하는 것이다. 헌법재판소가 법률의 결함을 지적하고 입법촉구판결을 하는 경우에는 그 결함이 위헌이라고 당장에 그 법률의 효력을 상실한다고 선언할 정도의 긴박한 헌법위반은 아니기 때문에 단순위헌결정을 선언하는 것은 아니지만 헌법에 위반되는 위헌성의 한계를 지적하고 입법자에게 조속히 이를 제거하는 적절한 개정조치를 강구하도록 촉구하는 판결인 것이다. 그 입법촉구결정에서 지적된 위헌성 때문에 합헌결정을 할 수 없고 그렇다고 위헌무효를 선언할 수도 없는 경우에 다만 법률의 위헌선언을 자제하고 유보한 규범의 위헌성에 대하여 입법권을 가진 입법부에게 그 위헌성을 제거하게 하는 헌법적인 재판인 것이다.

이는 독일연방헌법재판소가 현실적인 정치적 및 사회적 상황을 고려하여 창출한 것으로서 헌법재판에서는 일찍부터 이러한 판결을 많이 찾아 볼 수 있는데 이를 각국의 헌법재판소가 뒤따라 많이 하고 있는 변형판결의 일종이다. 그 법률이 헌법에 합치하지 않는 것이지만 아직은 잠정적으로 합헌적이라고 헌법재판소가 선언하여 그 효력을 지속시키기 때문에 그에 따른 합헌성의 한계를 명백히 적시하여 위헌으로 인하여 장차 닥쳐올 여러 가지 법적 위헌상태를 예고하고 그에 대비하기 위하여 일정한 기간유예를 둔 후 적절한 기간에 입법권자가 헌법에 합치되는 입법을 하도록 촉구하는 결정이다.

어느 법률을 헌법에 적합하지 아니하다고 판결한 경우에 그 법률의 내용과 법률적 효력은 헌법재판소의 결정주문과 판시내용에 따

라 확정된다. 입법촉구결정에는 아직 헌법에 합치하나 입법자는 주문 또는 이유에서 밝힌 사유와 헌법재판소가 지적하고 제시한 합헌성의 기준에 따라 헌법에 합치하도록 새로운 입법을 하여야 한다. 독일의 헌법재판소는 이러한 변형결정을 할 수 있는 헌법(기본법)상의 명문규정이 없을 때에도 그 헌법의 기본원리에서 나오는 국가의 책임과 의무규정에서 그 근거를 찾아 이를 할 수 있다고 스스로 헌법적 판단을 하고 과감하게 이러한 헌법재판을 통하여 입법자에게 헌법에 합치되는 법률제정을 촉구하고 권유하는 판결을 해왔고 지금은 확립된 하나의 주문형태로서 많이 하고 있는 것이다. 이러한 입법촉구결정은 어떤 법률에 대한 불합치결정과 함께 동시에 하는 경우가 많으나 최근에는 아직은 합헌이라는 결정을 하면서 함께 하는 경우도 찾아 볼 수 있다(BVerfGE 78, 249, 뒤(8) 잠정합헌결정(나) 참조). 이 때에는 결정문에서 새로이 개정될 합헌적인 법률의 내용과 형태를 명백하게 밝혀야 하고 언제까지 입법을 하여야 한다는 입법기한을 명시하는 등 그 결정주문의 내용을 구체적으로 명확하게 하여야 한다는 것이다. 그래서 대부분의 경우 주문에서 불합치선언과 함께 입법촉구를 병행하여 선고하고 있는 것이다

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

## (2) 입법촉구결정의 주문 예

우리는 위에서 본 국회의원선거법 제33조, 제34조와 지방의원선거법 제36조 제1항의 기탁금제도에 대하여 불합치결정을 하면서 입법촉구결정을 병행하여 선언한 바 있다(헌재 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6 결정 1991. 3.

11. 선고 91헌마21호 결정).

주문 예 I

『1. 국회의원선거법 제33조, 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다.  
2. 위 법률조항은 1991. 5.말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다』 (1989. 9. 8. 선고 88헌가6호 전원재판부결정 주문례 위(5)항 (다) 불합치결정 주문형태 참조).

주문 예 II

『2. 지방의회선거법 제36조 제1항의 “시·도 의회의원후보자는 700만원의 기탁금”부분은 헌법에 합치되지 아니한다.  
3. 위 제2항의 법률조항부분은 위 법률시행 후 최초로 실시하는 시·도 의회의원선거일 공고일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다』 (1991. 3. 11. 선고 91헌마21호 전원재판부(주심 김양균) 지방의회선거법 제 36조 제1항에 대한 헌법소원심판결정문 2, 3항).

위 두 결정문의 요지는

이 사건 기탁금에 대하여 헌법불합치결정과 입법촉구결정을 하는 이유는 국회의원선거법상의 기탁금제도에 대하여 그러한 형식의 주문을 선고한 바가 있고(헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정 참조) 그 기탁금액이 너무 다액이어서 헌법의 최고이념 및 기본권(참정권)보장 규정에 저촉되므로 입법형성권을 갖고 있는 국회가 스스로 적절히 하향조정을 하는 것이 온당하다고 사료되기 때문이다. 다만 위와 같은 헌법불합치상태는 장기간 방치될 수 없으므로 지방의회선거법 시행 후 최초로 실시되는 시·도 의회의원선거일 공고일까지는 입법자에 의하여 개정이 되어야 하는 것이다. 이 사건 당해 법률규정의 효력은 일응 존속시키면서 헌법합치적인 상태로 개정할 것을 촉구하는 변형결정의 일종으로서 전부부정(위헌)결정권은 일부부정(헌법불합치)의 결정권을 포함한다는 논리에 터잡은 것이다. 위헌이나

합헌이냐의 결정 외에 헌법불합치 등 중간영역의 주문형식은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요할 뿐 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며(헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정 참조), 그것은 국민의 대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라고 할 것이다. 그리고 헌법재판소법 제75조 제2항의 규정에 따라 주문에 침해된 기본권을 표시하지 않는 이유는, 법률에 대한 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권의 구제의 면도 있으나 객관적인 헌법질서의 확립이라는 성질이 더 부각되어야 할 것이고, 같은 조 제6항이 헌법소원을 인용하여 법률의 위헌을 선고할 경우에는 같은 법 제45조, 제47조의 규정을 준용하도록 하고 있어서 구태여 주문에 침해된 기본권을 표시할 필요까지는 없다고 해석되기 때문이다(1990. 10. 8. 선고 89헌마89 결정 참조).

재판관 변정수의 반대의견은

현행 법제상 헌법재판소는 문제된 법률이 위헌인지 합헌인지 분명히 결정해야 하는 것이고 위헌이라고 결정하면 그에 대한 효력은 헌법재판소법 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지(형벌에 관한 법률은 소급효, 기타의 법률은 즉시효) 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 있는 변형결정을 할 수 없다는 것이다. 이 사건 주문 3항에서 외국의 재판을 본떠서 입법권자로 하여금 법률개정을 촉구하고 위헌결정의 효력을 유보시켰다고 하더라도 아무런 법적 기속력이 없는 것이라 그에 관계없이 그 선고 날에 그 법률의 효력은 상실하였다고 보아야 한다는 등의 의견들이었다.

### (3) 독일의 입법촉구결정 주문 예

입법촉구결정에 대하여 소수의 반대의견도 있고 일부 이해하지 못하는 사람도 있고 해서 독일의 헌법재판소판례를 살펴보는 것이 그 이해에 도움이 될 것 같아 여기에 첨가하면 다음과 같다.

독일의 입법촉구결정에는 다음 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

i) 첫째는 주문에서 1항 『...하고 있는 한 헌법(기본법) 제○○조에 합치하지 아니한다』 2항 『...새로운 법규정이 만들어질 때까지, 늦어도 ○○년 ○월 ○일까지는 ...에게까지 계속 적용할 수 있다』 (BVerfGE 61, 1982. 11. 3. 연방헌법재판소 제1부 판결. 이 항 말미 주1, 판결주문 및 원문 참조).

또는 주문 1항에서 『...하지 아니하는 한 헌법(기본법) 제○○조에 합치되지 아니한다. 규정은 새로운 규정이 제정될 때까지, 늦어도 1973년 가을 학기 시작 전까지는 아직 적용하여도 된다』 (BVerfGE 33, 303, 1972. 7. 18. 연방재판소 제1부 판결 이 항 말미 주2, 판결주문 및 원문 참조)는 판결과 같이 불합치 결정을 하면서 늦어도 구체적인 적용기간을 명시하여 언제까지 입법을 하지 아니하면 법적용을 할 수 없다는 내용으로 입법촉구를 하는 주문의 형식이다.

ii) 둘째는 주문에서 1항 『...와 관련하여, 헌법(기본법) 제○○조에 합치되지 아니한다』 2항 『...하는 한, 이는 새로운 규정이 제정될 때까지 적용된다』 (BVerfGE 37, 217, 1974. 5. 21. 연방헌법재판소 제1부 결정. 이 항 말미 주3 판결주문 및 그 원문 참조)는 판결은 언제까지 입법을 하지 아니하면 법의 효력을 부인하는 것이 아니라 언제까지 입법을 하여야 한다는 기간을 정하지 않고 새로운 입법이 제정될 때까지 법의 적용을 용인하는 내용의 소극적인 입법촉구를 하는 주문의 형식도 있다.

iii) 셋째는 잠정합헌결정을 하면서 입법축구를 명하는 결정을 하는 경우가 있다.

그 주문에서 『...허용하는 한 아직은 헌법(기본법)과 합치한다. 그러나 입법권자는 늦어도 1990년 1월 1일부터 효력을 가지도록 헌법(기본법) 제3조 제1항의 요청에 합당한 새로운 법규정을 제정하여야 한다』고 판시한 것은 위의 두 가지 예보다 적극적으로 입법축구를 명하는 결정이라고 볼 수 있다(1988. 6. 8. 독일연방헌법재판소 제2부에서 한 판결인데 (8)의 (나)와 BVerfGE 78, 249 참조).

위에서 대표적인 입법축구결정의 주문 예에서 보듯이 독일연방헌법재판소는 이러한 변형형태를 보다 적극적으로 활용하고 있을 뿐 아니라 최근에는 더 구체적으로 명령하는 형식으로까지 발전하고 있음을 알 수 있다. 즉 초기에는 조심스럽게 변형판결을 하여 오다가 헌법재판제도가 정착되면서 입법축구사항을 구체적으로 적시하고 더 나아가 『언제까지 법을 제정하여야 한다』는 주문표현의 방식으로 적극적인 입법축구를 명하는 판결을 과감하게 하는 데까지 이르고 있음을 유의할 필요가 있다.

주 1) 소득세법상 표준기본표의 헌법불합치 및 입법축구에 관한 1982. 11. 3. 의 연방헌법재판소 제1부 판결은 다음과 같다.

**【주 문】**

1. 1971년 12월 1일(BGB1. I S. 1881), 1874년 9월 5일(BGB1. I S. 2165), 1977년 12월 5일(BGB1. I S. 2365), 1979년 6월 21일(BGB1. I S. 721) 및 1981년 12월 6일(BGB1. I S. 1249)의 소득세법 제32a조는, 동조항이 다른 조세감면조치를 고려하더라도, 단독부양 부모의 감소된 조세납부능력이 충분히 고려되지 않는 반면에, 공동부양 부모에게는 부양감면세율의 적용에 의해 조세감면을 예견하고 있는 한, 기본법 제6조 제1항과 관련하여 기본법 제3조 제1항

에 합치하지 아니한다.

2. 위 소득세법 제32a조에 의거한 표준이 되는 기본표는 새로운 법규정이 만들어질 때까지, 늦어도 1984년 12월 31일까지는, 소득세의 임시적인 확정의 방법으로(공과금법 제165조) 단독부양부모에게 까지 계속 적용할 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(Bundesgesetzbl. 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. ...

주 2) 대학입학허가법의 헌법불합치 및 입법촉구에 관한 1972. 7. 18.의 연방헌법재판소 제1부 판결은 다음과 같다.

**【주 문】**

I. 1. 1969년 4월 25일의 함부르크 대학법(대학법 - UniG) 제17조는, 신입생에 대한 절대적 입학허가제한의 경우에 입법자가 지원자 선발에 있어 적용할 심사기준의 종류나 정도에 관한 규정을 두지 아니하는 한, 기본법에 합치되지 아니한다.

그러나 이 규정은 새로운 법규정이 제정될 때까지, 늦어도 1973년 가을학기 시작 전까지는, 아직(noch) 적용하여도 된다.

2. 절대적 입학허가제한에 대한 기타 조건과 관련하여 볼 때, 동법 제17조의 규정은 판결이유에서 실시한 해석에서 보듯이 기본법에 합치한다.

II. 1. 1970년 7월 8일 바이에른 대학의 입학허가에 관한 법률(바이에른 법령공부 S. 273) 제3조 제2항은, 동조항이 신입생에 대한 절대적 입학허가제한 경우에도 마찬가지로 적용되는 한 기본법에 합치하지 아니하며 또한 무효이다.

2. 바이에른 대학의 입학허가에 관한 법 제4조와 관련하여 제2조 제2항, 제3조 제1항 및 제3항은, 판결이유에서 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 Zulassungsbechränkungen 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 Hochschulen sind in der sich aus den Urteilsgründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.

주 3) 국적법의 헌법불합치 및 입법촉구에 관한 1974. 5. 21. 의 연방헌법재판소 제1부 결정은 다음과 같다.

**【주 문】**

1. 1913년 7월 22일 제정되고(제국법률공보 S. 583) 1963년 12월 19일의 동개정법 제1조에 의하여 보완된 『제국국적법 및 국적법』 제4조 제1항은, 동조항에 의할 때 독일인 모와 외국인 부간의 자가

독일인 부와 외국인 모간의 자와 같이 동일한 조건하에서 독일국적을 취득하지 못하는 한, 기본법 제6조 제2항과 관련하여 기본법 제3조 제3항 및 제3조 제2항에 합치하지 아니한다.

2. 상기법의 규정에 의하여 부모 중 1인만 독일국적을 지닌 부모에게서 태어난 자가 출생에 의하여 바로 독일국적을 취득하는 한, 이는 새로운 규정이 제정될 때까지 적용된다(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. 위헌선언불가결정

### (1) 위헌선언불가결정의 제도적 의의

위헌선언불가결정은 위헌결정정족수 미달인 경우의 주문표시방식으로 나타난 일종의 변형결정이다. 심판합의결과 종다수의 의견이 위헌이지만 위헌결정의 정족수인 6인 이상의 찬성이 없어서 위헌결정을 할 수 없고 그렇다고 바로 단순합헌결정으로 선언하는 것도 문제가 있기 때문에 나타난 제도상의 결정이라는 점이 다른 변형결정과 구별되는 것이다. 이 결정의 효력은 단순합헌결정과 같지만 이는 재판관회의의 정족수 과반수 이상이 위헌의견인데 이를 합헌의 다수의견으로 선언하는 것도 문제가 있기 때문에 이와 같은 주문형식으로 단순합헌선언과 구별하여야 한다고 하여 나오게 된 것이다. 헌법재판에 있어서 결정형태 중에 합헌결정이나 위헌결정으로 선언하지 않고 위헌선언이 불가하다는 주문으로 선고하는 결정문을 위헌선언불가결정이라고 하는데 우리 헌법과 헌법재판소법에 의하여 불가피하게 창출되는 변형적인 결정이라 할 수 있다.

우리 헌법재판소는 재판관 9인으로 구성되며, 법의 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 행한다. 전원재판부는 헌법재판소장이 재판장이 되며 재판관 7인 이상이 출석하여야 사건을 심리합의할 수 있다. 전원재판부의 일반적인 사항은 중국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 결정을 하지만, 법률의 위헌결정, 탄핵 및 정당해산결정 또는 헌법소원에 대한 인용결정과 같은 중요한 결정은 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다는 특별심판절차규정을 두고 있다(헌법 제111조 제2항,

동법 제113조 제1항, 헌재법 제22조, 제23조).

그러므로 법률 등의 위헌심판 등 중요한 심판결정에 대하여는 재판관 과반수 이상의 위헌의견이 성립되어도, 즉 재판관 정원 9인 출석으로 사건을 심리한 결과 출석 재판관 9인이나 또는 7인 중에 5인의 재판관이 위헌의견이 모아져 위헌합의가 이루어지는 종다수

가 되어도 위헌결정 정족수인 헌법상 재적재판관의 6인의 찬성에 미달되어 위헌선언을 할 수 없다. 이 때에 통상적으로 의결정족수 과반수 이상인 5대 4 또는 5대 2로서 5인의 다수의견이 위헌으로 성립되었지만 위헌선언을 하지 못하고 합헌을 선언하여야 하므로 일반의결절차의 중다수가결원칙이나 재적과반수의결원칙에 배치되는 모순이 생긴다. 이것은 헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항 단서규정에 의하여 일반관행의 특칙으로 제도상 위헌선언을 할 수 없는 경우에 해당하는 것이므로 우리 헌법재판소의 관례에서 부득이 나타난 일종의 변형판결인 것이다. 이는 조문의 형식적 문구에 따라 단순합헌선언을 하는 것도 통상의 민주방식인 의결절차의 원리에 따르고 있는 점이나 다른 헌법규정과 대비하여 볼 때, 다수의 위헌의견을 무시하고 소수 합헌의견을 가지고 그 재판결정의 자체의견으로 확정하여 선언하는 것은 일반법상식이나 법감정에도 합당하지 아니하기 때문에 일반국민의 이해와 헌법적 합의를 이루기 위하여 이 때에는 부득이 『헌법에 위반된다고 선언할 수 없다』는 위헌선언불가결정을 하여 헌법이 요구하는 합헌결정의 효력을 유지하려는 것이다.

## (2) 주문 예

위헌결정 정족수 미달의 경우의 주문방식인 위헌선언불가결정에 대한 판결주문의 예는 다음과 같다.

1. 국사이용관리법(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 법 (1989. 4. 1. 개정 법률 제4120호) 제31조의 2는 헌법

에 위반된다고 선언할 수 없다(헌 재 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 전원재판부 (주심 김양균)

국토이용관리법 제21조의 3의 제1항과 제31조의 2에 대한 위헌심판사건의 주문 2항의 예).

위 결정문의 요지는

1. 사유재산제도의 보장은 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체 생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위 내에서의 보장이며 토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요지 내지 근본요소를 뜻한다.

국토이용관리법 제21조의 3 제1항의 토지거래허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 그 제한의 한 형태이고 토지의 투기적 거래의 억제를 위하여 그 처분을 제한함은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적인 침해가 아니며, 헌법상의 경제조항에도 위배되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 제한수단의 선택이 헌법상의 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다.

2. 같은 법률 제31조의 2가 벌금형과 선택적으로 징역형을 정함은 부득이한 것으로서 입법재량의 문제이고 과잉금지의 원칙에 반하지 않으며, 그 구성요건은 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석으로 법문의 의미가 구체화될 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에도 위배되지 아니한다.

3. 그러나 이 사건의 위 의견에 반대하는 위헌의견이 중국심리에 참여한 재판관 9인 중 과반수 이상인 5인이 되었지만 위헌결정의 정족수인 6인에는 미달하는 것이므로 주문에 “헌법에 위반된다고 선언할 수 없다”고 선언하고 위와 같은 결정이유를 실시하는 것이다.

재판관 이시윤의 보충의견 및 위헌의견

국토이용관리법 제21조의 2 내지 4의 토지거래허가제는 공공 복리의 해당성이 있고 또 재산권의 본질적 내용의 침해금지원칙에 저

촉되지 아니하며 헌법에 위반되지 아니하고, 같은 법률 제21조의 15는 헌법 제23조 제3항의 정당보상원리에 저촉되나 이 사건 재판의 전제성이 없어 주문에 밝힐 필요까지는 없고 보완입법을 촉구한다.

그리고 주문 2항의 위 법률 제31조의 2는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되므로 위헌을 선고하여야 한다.

재판관 한병채, 최광률, 김문희의 위헌의견

국토이용관리법 제21조의 3 제1항과 같은 법률 제21조의 2, 같은 조의 3 제3항, 제7항, 같은 조의 4, 5, 15는 동일한 내용의 법규로서 불가분의 관계에 있으므로 함께 심판의 대상이 되어야 한다. 위 제21조의 15는 헌법 제23조의 제1항, 제3항에 위반되므로 위 법조 전체가 헌법에 위반되나 즉시 위헌선고를 하면 그 법률의 실효에 따른 사회적 혼란을 가져올 수 있어 이를 피하기 위하여 위 제21조의 15를 상당기간 내에 개정할 것을 입법추구를 하여야 한다. 위헌인 토지거래허가제를 전제로 한 같은 법률 제31조의 2 벌칙규정은 당연히 헌법에 위반되는 형벌법규이므로 즉시 위헌임을 선언하여야 한다.

재판관 김진우의 위헌의견

국토이용관리법 제31조의 2 뿐만 아니라 같은 법률 제21조의 3을 위헌으로 선언하여도 국가존립에 위해가 미칠 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 것은 아니므로 이를 모두 단순위헌을 선언하여야 하고 입법추구되 불필요하다는 의견이다.

위에서 본 바와 같이 합헌의견이 4인의 소수인데 위헌의견이 5인으로서 다수의견이었으므로 이러한 경우 위헌선언불가결정을 함이 합당하다는 데에는 전원의 의견일치를 보게 되어 이와 같은 변형주문으로 선고하게 된 것이다.

헌법재판소의 국토이용관리법 제31조의 2에 대한 위헌제청심판에서 본 바와 같이 토지거래허가제의 별칙규정 제31조의 2는 헌법상 과잉제한금지의 원칙에 위반된다고 하여 5 대 4로 다수의 위헌결정 정족수인 6인 이상의 찬성수에 미달되어 위헌선언을 하지 못하고 위헌선언불가결정을 선고하는 주문의 형태로 중국결정을 한 것이다.

이 결정의 법적 효과는 실정법상으로는 합헌으로 확정이 되나 그 법의 내용은 다수의견에 의하여 위헌으로 확인되었다는 선언적 효력과 헌법의 유권적 해석을 국민에게 선언하는 의미가 있다고 할 것이다.

## 6. 잠정합헌결정(아직은 합헌이라는 결정)

### (1) 의 의

규범(법률)에 대한 위헌성여부를 판단함에 있어서 재판당시의 상태에서는 위헌이라고 선언할 수 없으나 앞으로 언제인가는 위헌의 상태가 예견되는 위헌과 합헌의 중간지대에 존재하는 사항에 대해서 어떤 형태로든 재판으로 대응해야 할 실질적 필요성이 있을 때 헌법재판소는 잠정적으로 아직은 합헌이라는 변형결정을 하게 된다. 우리 헌법재판소에서는 지금까지 이러한 유형의 결정을 한 사례가 없지만, 독일연방헌법재판소에서는 그 법률이 『아직은 합헌』이라고 확인하는 판결을 하는 예를 많이 찾아 볼 수 있다.

우리 헌법재판소가 지금까지 이러한 잠정합헌결정을 폭넓게 생각하지 못하는 것은 우리 나라의 소송법체계와 헌법재판을 회피하여



은 법률문화와도 깊은 관련이 있는 것 같다. 우리 민사소송법 제 202조 제1항은 『확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력이 있다』고 규정하고 있고 주문의 문구는 일반적으로 간결하여야 한다고 모든 법조인이 이해하고 있다. 기판력의 객관적 범위는 주문에 표현된 소송물에 한하여 미치며 판결이유 중의 판단은 실질적 심리를 마친 쟁점에 관한 법원의 중요한 판단이라 할지라도 구속력을 인정하지 않는 이른바 쟁점효이론을 거부하는 법률관에 연유하는 것 같다. 이러한 장은 일본과 우리의 판례(대법 79. 2. 13. 선고 78 다 58호 전원합의부판결)이고 아직도 다수의견이다.

이러한 법률적 관점에서 볼 때에는 주문이나 이유에서 『아직은 합헌이다』라는 판단의 변형판결을 하는 것은 이해할 수 없을 것이다. 더구나 지금 하고 있는 정도의 헌법재판의 주문형식과 이유설시의 방법 그리고 결정주문의 해석과 그 효력에 관하여도 일부에서 논란이 제기되고 있는 현시점에서 이를 받아들인다는 것은 대단히 어려울 것이다. 그러나 일찍이 헌법재판을 해온 미국과 근자의 독일 등 헌법재판소의 판례를 보면 이를 쉽게 이해할 수 있고 연구되어야 할 과제라는 것을 알 수 있을 것이다. 최근에 헌법재판이론이 확립되면서 영미법의 법리에 그 연원을 두고 있는 쟁점효이론 즉 판결이유에서 쟁점으로 판단된 선결적 법률관계에 대하여도 기판력을 인정하여야 한다는 이론이 상당히 연구되고 수용되고 있음을 엿볼 수 있다. 그에 따라 이러한 이론이 오늘날 강력하게 일반 민사소송법 학계에서도 논의되고 있다는 것을 유의할 때 우리 헌법재판에서는 여러 가지를 헌법적으로 이해하고 유연하게 대처하여야 할 것이다. 헌법재판은 일반 법원의 판결과는 본질적으로 다른 점이 많이 있기 때문에 헌법재판에서 나타나는 잠정적 합헌결정에 대하여 쉽게 이해할 수 있기 위하여는 우리가 가지고 있는 소송법상의

판결의 효력에 대한 종래의 고정관에서 탈피할 필요가 있다.

## (2) 잠정합헌결정의 유형

『아직은 합헌이다』라는 잠정적 합헌결정의 형식에 대하여 독일 연방헌법재판소의 판례를 가지고 이를 살펴보면 크게 세 가지의 유형으로 나누어 볼 수 있다.

판결주문에서 아직은 합헌이라고 선언하는 경우도 있고, 주문에서는 헌법에 위반되지 아니한다고 하고 그 결정이유에서 아직은 합헌이라고 판단을 하는 경우가 있고, 판결주문에서 판결이유에 적시하는 바에 따라 아직은 헌법에 합치한다고 하고 판결이유에서 구체적으로 그 사유를 적시하여 밝히고 입법자에게 법률개정을 하도록 입법촉구결정을 하는 경우를 찾아 볼 수 있다. 이를 독일판례를 중심으로 구체적인 사건에 판시된 주문과 이유를 가지고 나누어 보면 다음과 같다.

### (가) 주문에서 『아직은 합헌이다』고 선고한 예

독일연방헌법재판소의 구체적 규범통제사건인 주거제도상과오자금지원철폐에관한법률(AFWoG) 제1조의 위헌여부에 관한 1988. 6. 8.의 연방헌법재판소 제2부 결정은 그 주문에서 『아직은 헌법에 합치한다』고 선고한 바 있다. 이 주문을 살펴보면 다음과 같다.

〈주 문〉

1. 주거제도상과오자금지원철폐에관한법률(AFWoG) 제1조 제1항(1981년 12월 22일의 가계구조개선을위한제2차법률 제28조의 세부조문 제1조 - BGB1. I S. 1523)은 기본법에 합치한다.

2. 주거제도상과오자금지원철폐에관한법률(AFWoG) 제1조 제4항이 과오부과세의 징수를 단지 30만 이상의 주민을 가진 지방자치단

체 및 이러한 지방자치단체와 관련을 가지는 경제영역을 이루는 지방자치단체에 대하여만 허용하는 한, 아직은(derzeit noch) 기본법과 합치한다. 그러나 입법권자는 늦어도 1990년 1월 1일부터 효력을 가지도록 기본법 제3조 제1항의 요청에 합당한 새로운 규정을 제정하여야 한다.

그 외의 점에 있어서는 주거제도상과오자금지원철폐에 관한 법률 (AFWoG) 제1조 제4항은 기본법에 합치한다(BVerfGE 78, 249 주 1) 원문 참조).

주1)

위 주문의 원문 :

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 잠정적 합헌을 선언하는 결정인 『아직은 합헌』이라는 이러한 주문은 『헌법에 합치하지 아니한다』 또는 『...하는 한 헌법에 합치한다』라는 주문형식보다 더 많이 변형된 것이라고 볼 수 있다.

불합치결정이나 한정합헌결정은 법률규범의 위헌성여부를 판단하고 있는데 반하여 『아직은 합헌』이라는 잠정결정은 아직까지는 합헌성이 있다는 것이기 때문에 전자는 법률의 위헌성으로 인하여 규범에 대한 무가치판단을 하고 있는 위헌결정의 특수한 형태이고 후자는 아직 당장은 위헌이 아니고 판단당시까지 합헌이라는 규범에 대한 유가치판단을 하고 있는 합헌선언의 특수한 변형판결인 점에서 원칙적으로 전자와 다를 뿐 아니라 그 판결의 효력에 있어서 큰 차이가 있다. 아직은 합헌이라는 판결은 그 법률내용이 현재상태에서는 만족스럽지 아니하지만 정치적·사회적 이유 등의 법률외적인 현실적 상황을 고려할 때 당장에 새로운 좋은 법률을 바랄 수 없는 경우 또는 그 규범을 폐기시킬 수 없는 여러 가지 현실적인 정치적 상황에 놓여 있을 때 불가피하게 하게 된다. 그 대표적인 것이 이차 세계대전의 패전국으로서 연합국에 의한 독일의 점령법이 비록 서독의 헌법인 기본법에 합치되는 것은 아니지만 그 과도기간 동안은 받아들이지 아니하면 안 되는 것이어서 불가피하게 허용되는 것이다 라고 하여 점령법의 잠정적인 효력을 인정할 수밖에 없다는 것 등이 그 예이다. 이러한 예와 같이 잠정적 합헌결정은 여러 가지 현실적 상황에서 부득이 아직은 합헌이라고 선언할 수밖에 없을 때 하는 것이고 그러나 장래에는 언젠가 철폐를 하여야 한다고 요구하는 내용의 변형판결이다(다음 (나)항의 BVerfGE

4, 157 Saar 사건참조).

**(나) 이유에서 「아직은 합헌이다」라고 판시한 례**

독일연방헌법재판소의 추상적 규범통제사건인 자르(Saar)지방의 지위(독·불간의 영토귀속)에 관한 협정에 따라 제정된 연방법률의 합헌성에 관한 1955. 5. 4. 의 연방헌법재판소 제1부 판결은 그 주문에서 『...연방법은 기본법에 저촉되지 아니한다』고 하였으나 이 판결이유에서 과도기간동안 아직은 이를 수인할 수 있다고 판시하여 이유에서 아직은 합헌이라고 잠정합헌결정을 하였다. 이 판결문의 주문과 그 이유요지는 다음과 같다.

**【주 문】**

1954년 10월 23일 파리(프랑스 Paris)에서 조인된 자르(Saar)지방의 지위에 관한 협정에 따른 1955년 3월 24일의 연방법률(BGBL. II S. 295)은 기본법에 저촉되지 아니한다(BVerfGE 4, 157 주2) 원문 참조).

주2)

위 주문의 원문 :

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 판결요지를 보면

1. 연방헌법재판소는 기본법 제59조 제2항에 의거한 조약법률들이 원칙적으로 기본법 제93조 제1항 제2호의 절차상 합헌성심사에 합당한 것이라는 종래의 판례의 입장을 유지한다.

2. 국제법상의 조약이 아직 체결되지 않은 한, 조약법률의 헌법적 심사에 있어서 당해 조약이 기본법에 앞설 수 있다고 하는 그 우선은 다양한 해석가능성 아래 놓여져 있어야만 한다.

3. 연방의 정치적 관계를 규율하는 국제법상 조약의 해석에 있어

서 당해 조약의 정치적 체결상황은 특별한 의의가 있다.

4. 독일의 일부에 자리한 점령법상의 규율을 점차적으로 배제하는 국제법상 조약은, 그 조약으로 인하여 이루어진 상황이 그 이전의 상황에 비하여 “보다 기본법에 가까운” 경우에만 위헌으로 될 수 없는 것이다. 헌법규범의 제한은 당해 조약에 있어서 과도기간 동안에는, 만일 그 제한이 그 전체적인 목적에서 거의 헌법에 전적으로 적합한 상황에 이르는 것으로 된 규정과 직접적인 관련이 있는 경우에만 아직은 이를 수인 할 수 있다고 판시하여 그 판결이유에서 잠정적 합헌결정을 한 대표적인 예라고 할 수 있다.

또 선거구 분할에 관한 헌법소송사건의 1963. 5. 22. 의 연방헌법재판소 제2부 결정을 보면 그 이유에서 아직은 헌법에 위반되지 아니한다고 구체적 상황을 지적하면서 이 사건 헌법소원을 기각한다고 판시하였다(BVerfGE 16, 130).

이 사건 기각결정의 이유요지를 보면

1. 연방헌법재판소는 연방선거법에 대하여 헌법과의 실체적 합치성이 있는가에 대하여 심사하여야 한다.

2. 연방선거법에 의한 선거구는 기술적으로 가능한 범위에서 대등한 인구수의 비례에 따른 규모로 분할하여야 하는 것이며, 따라서 원칙적으로 어느 주도 각 선거구가 평균수치이하 규모인 결과로, 연방지역주민에 대한 자기주의 할당비율에 적합한 것보다 더 많은 선거구를 가져서는 아니 된다.

3. 선거구역배분은 그것이 연방선거법 제3조 제3항 제2문의 오차의 한계를 넘고 또한 그 모순을 재조정하지 아니하고는 더 이상 용인될 수 없는 것이 명백한 경우에는 헌법에 위반된다. 그러나 연방입법권자는 현재 계속중인 입법회기 동안 선거구 분할의 개정을 다루고 있으므로 이러한 경우 아직은 헌법에 위반되지 아니한다고 보

아야 한다고 하는 이유를 구체적으로 적시하면서 이 사건 소송청구를 기각한 것이다.

이와 같은 변형판결의 형식은 그 후 여러 가지 사건에서 많이 나타나고 있음을 찾아 볼 수 있다.

위의 선거구 분할사건(BVerfGE 16, 130)에서 보듯이 연방선거법에 의하여 오랜 기간동안 계속 시행하고 있는 인구비례에 따른 선거구 분할은 그 후 인구수의 증가변동으로 인하여 지역에 따라 인구비례의 격차가 심해 현저히 불균형을 이루고 있을 때 그 선거법 규정이 헌법에 반하게 된 것이 분명하지만 당장에 위헌으로서 그 법률이 무효가 되면 정치질서의 혼란과 그에 따른 여러 가지 해결할 수 없는 정치적 문제가 야기될 수 있다. 이에 대하여 대법권자가 스스로 시정하기 위하여 그 회기동안 선거구 재분할을 위한 개정을 다루고 있으므로 이러한 경우에 입법권행사를 존중하여 아직은 합헌이라고 판시하면서 언제까지 선거구의 분할을 재조정할 것을 촉구하는 내용의 잠정합헌결정을 하는 것이 그 예이다.

그리고 민사소송법(ZPO) 제114조의 별첨 1의 위헌여부에 대한 1988. 4. 26. 의 연방헌법재판소 제1부 결정(BVerfGE 78, 104)을 보면

그 주문에서

『1980년 6월 13일의 소송절차비용보조에관한법 (BGB1. I S. 677)에 의한 민사소송법 제114조에 대한 별첨 1은 기본법에 합치한다』고 하고,

그 결정이유의 요지를 보면

1. 소송절차비용보조를 받는 필요적 당사자의 비용참여가 그 당사자의 존속의 최소한계를 위협하는 경우에는, 그것은 사회적 법치 국가의 원리 및 평등원칙을 침해한다.

2. 민사소송법 제114조에 대한 별첨 1은 당시로는 아직 (derzeit) 기본법에 합치한다고 판시하였다.

그리고 위헌여부의 심판대상인 법률의 위헌성이 다소 있다고 하더라도 법률로써 규율할 대상이 복잡하고 어려워 당장에 마땅한 법률규정으로 설정할 대안이 없는 경우에도 이러한 결정을 한다. 나아가 입법당시는 합헌이었으나 그 후 상황변동으로 위헌성의 문제가 제기되어 심의하였으나 헌법재판으로는 그의 적절한 해결방안은 내릴 수가 없고 오히려 입법자가 법률의 내용을 다시 한번 검토하여 그의 대안과 그 보완책을 찾게 하는 것이 합리적일 때에도 이러한 잠정결정을 하고 있다.

#### (다) 주문에서 『이유 적시에 따라』 잠정합헌결정한 예

『아직은 합헌』이라는 판결을 할 경우에 이를 주문으로 결정하여 선언하거나 결정이유에서 밝히는 경우 외에 주문에서 『이유에 적시하는 바에 따라』 아직은 합헌이다 라는 형식으로도 하고 있다.

독일판례를 보면 고용인연금보험법률 및 제국보험령에 관한 1975. 3. 12.의 연방헌법재판소 제1부 판결 주문은 『판시이유에서 적시하는 바에 따라 기본법에 합치한다』고 선고하고 그 이유에서 현재로서는 위헌이라고 단정할 수 없는 것으로서 아직은 합헌이라고 판시하였다. 그 주문과 판결요지를 보면 다음과 같다.

#### 【주 문】

1. 고용인연금보험법의신설규율을위한법률(고용인보험신설규율법 - AnVNG) 제1조에 의한 1957년 2월 23의 고용인연금보험법률(BGB1. I S. 88) 제43조 제1항 및 근로자연금보험법의신설규율을위한법률(근로자연금보험신설규율법 - ArVNG) 제1조에 의한 1957년 2월 23일의 제국보험령(BGB1. I S. 45) 제1266조 제1항은 판결이유에서 적시하는 바에 따라 기본법에 합치한다.



2. 이 사건 헌법소원은 기각한다.

3. 독일연방공화국은 소원신청인에게 필요한 비용은 지불하여야 한다(BVerfGE 39, 169 다음 주3) 원문참조).

주3)

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(Angestelltenversicherungsgesetz-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 판결요지를 보면 사회보험에 있어서 과부연금에 대한 홀아비 연금의 가중적 요건(고용인연금보험법 제43조 제1항 및 제국보험령 제1266조 제1항 : 사망한 처로 인한 가족의 생계비용의 과다한 지출)이 기본법에 합치하지 아니한다고 한 판결은 현재로는 내려질 수가 없는 것으로서 아직은 합헌이라는 것이다.

그러나 입법권자는 앞으로 장래에 기본법 제3조 제2항 및 제3항에의 저축을 제거하는, 사안에 적합한 해결책을 찾으려 노력하여야 한다고 판시하였다.

위에서와 같이 독일에서도 보면 주문에서는 단순히 합헌이라고 선언하고 아직은 합헌이라는 내용은 판결이유에서 분명히 지적하여 판시으로써 나타내거나 또는 입법촉구판결을 하면서 동시에 그 판시이유에서 아직은 합헌이라고 이를 지적하는 경우가 많다(BVerfGE 39, 169).

『헌법에 합치하지 아니한다』, 『아직은 합헌이다』라는 등의 변형판결은 헌법재판의 선고로 인하여 야기될 여러 가지 정치적 파문과 현실적 상황을 고려하여 불가피한 경우에 판결하는 것인데 이러한 폭넓은 재판을 할 수 있는 것이 일반 법원의 판결과는 다른 헌법재판이며 이러한 변형판결은 헌법재판이기 때문에 가능하다고 말하고 있다. 이론적으로 볼 때 형식적인 논리를 가지고 모든 법률 분쟁을 해결하려고 하는 법실증주의론자의 입장에서는 이러한 변형판결에 대하여 여러 가지 형식이론을 가지고 문제점을 제기할 수 있을 것이다. 그러므로 변형판결의 문제는 순수한 헌법문제로 이해하고 다루어야 한다. 실정법의 문의해석만을 다루는 일반사법이론만으로는 이해할 수 없는 점이 많을 것이고 더구나 형식논리에 의하여 실정법해석을 다루는 차원에서 볼 때에는 이론적으로 완전히 정립되어 있지 못한 영역의 문제라고 할 것이다. 그러나 현실적인 정치적 상황을 배려하면서 헌법규범을 확립하여야 한다는 과제를 다루고 있는 헌법재판에서는 이를 인용할 수밖에 없다는 것이 독일의 학계나 법조계의 통설적 견해이며 세계 각국에서 일반적으로 이를 받아들이고 있다는 것을 유의하여야 한다(Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 181-184).

# 헌법재판에 관한 관건(Ⅲ)

이 시 윤

헌법재판소 재판관

## - 목 차 -

헌법재판에 관한 관건(Ⅰ)

I. 서 설

II. 헌법재판소의 구성과 지위

III. 헌법재판소의 관할

1. 총설

2. 탄핵의 심판

3. 정당의 해산심판

4. 권한쟁의의 심판

IV. 위헌법률심판

1. 총설

2. 제청권자

3. 위헌제청의 대상

4. 제청요건

5. 위헌제청신청기간결정에 대한 불복

6. 제청결정의 효력

(이상 제일집)

## 헌법재판에 관한 관건(II)

### V. 규범통제의 종류

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

### VI. 규범통제의 현황과 입법재판의 중요성

1. 규범통제의 실적
2. 우리나라의 입법과정과 입법재판의 중요성

### VII. 헌법소원

1. 의의와 입법례

(이상 제이집)

## VIII. 러시아헌법재판소

### 1. 머리말

### 2. 설립의 배경

### 3. 헌법재판소의 지위와 구성

### 4. 러시아헌법재판소의 관할

가. 보고서제출

나. 법률안제안권

다. 경고권

라. 다른 국가기관의 회의출석권

마. 감정보고

5. 재판업무

가. 규범통제절차

나. 개인적 소원절차

다. 재판절차상의 원칙

6. 1992년 4월 21일 개헌에 의한 관할확장과 권한의 강화

가. 재판업무

나. 비재판업무

7. 러시아헌법재판소의 대표적 결정례

가. 국가안전성 창설을 위한 대통령포고령에 대한 위헌선언

나. 연령을 이유로 한 직장에서의 차별에 대한 위헌선언

다. 러시아연방 소속의 Tatarstan공화국의 자결권의 한계에 관한 재판

라. 소비에트 최고간부의회에 의하여 설립한 전러시아 저작권청 설치령에 대한 무효선언

## VIII. 러시아 헌법재판소

1991년에 신설된 러시아 헌법재판소에서는 개인소원제도(Individuallbeschwerde)를 받아 들였는데, 이에 관한 설명을 곁혀, 러시아 헌법재판소에 자세히 알아보려고 한다. 왜냐하면 최근 생긴 러시아 헌법재판소의 관할은 헌법재판의 새로운 model의 제시라고 평가되고 있고, 특히 근자에 그 눈부신 활약상에 대하여 사학에 뜻을 둔 사람으로서는 최대의 관심사가 되지 않을 수 없기 때문이다.

### 1. 머리말

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

그것은 러시아 헌법재판소가 1991년 12월 19일의 국가안전성과 내무성을 통폐합(KGB와 경찰의 통합)하는 막강한 성구성에 관한 대통령의 포고령은 위헌이라 하고 이를 폐기시키면서, 헌법이 정한 테두리 안으로 대통령의 권한을 묶은 것이다. 이것이 1991년 10월 30일에 13명의 재판관으로 출범한 러시아 헌법재판소의 최초의 결정이며, 1992년 1월 14일이야말로 러시아 헌법재판의 새 장을 연 날로서 러시아 헌정사에 한 획을 그은 것이다. 헌법재판의 제도화는 러시아가 이제 법치국가로 발전하는 본질적인 이정표로 평가되고 있다. 공산당불법화선언을 선언한 엘친대통령의 포고령에 관한 위헌심판사건의 심리를 놓고 열린 변론과정에서 증인출석을 거부한 고르바초프에 대하여 출국금지조치 및 벌금제재를 과하고, 최근에는 동 불법화선언의 포고령에 대해 기간 조직의 해산에 관하여는

합헌, 지방조직의 해산에 관하여는 위헌 등 일부위헌선고를 한 것이 러시아 헌법재판소임은 익히 알려져 있거니와, 차제에 근착의 외지를 통하여 파악한 바 있는 러시아 헌법재판소의 구성·권한 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 법치국가의 확립이 논의된 것은 고르바초프의 「페레스트로이카」 「그라스노스트」가 본격적으로 논의·확산되기 시작한 1988년 5월경의 제19차 소련 공산당연방대회였으며, 이때부터 헌법재판제도가 확립되어야 한다는 논란이 나왔다는 것이다. 여기에서 사회주의적 법치국가의 사상이 나온 것인데, 그것은 헌법에 법규범으로서의 직접적인 구속력의 부여와 다른 법규범에 대한 관계에의 헌법을 우선시키는 의미에서 헌법국가적 요소, 입법자를 헌법에 구속시키는 요소, 행정과 사법을 헌법과 법률에 구속시키는 요소를 갖추는 것이며, 나아가 기본권보장의 요청도 포함하는 것으로 이는 사법적 보장 즉 기본권의 재판에 의한 보장을 뜻하는 것이었다. 이와 같은 헌법국가성, 헌법구속성, 그리고 실질적인 기본권 보장을 목적으로 하여, 1988년 5월 소련 공산당 19회 연방대회에서 헌법감시위원회의 설립에 의하여 규범통제절차가 제도화될 것이 제안되었다.

이에 따라 1988년 12월에 소련 헌법이 대폭 개정되면서 새로 125조를 신설하여 소련 헌법감시위원회(KVA)의 설립의 기초를 마련하

고 감시위원회의 구성과 절차는 특별법으로 규정하기로 정하였다. 이어 1989년 소련 인민대표자회의에 의하여 헌법감시위원회법이 통과되어 1990.1.1.을 기해 감시위원회가 생겨났는데(27명의 위원, 소련을 구성하는 15개 공화국에서 적어도 각 1명 선출, 그 지위는 인민대표원과 같았음), 그러나 감시위원회의 결정은 위헌·위법의 자문적 확정에 그치어 단지 효력정지의 효과가 있는 것에 그쳤으며, 다만 행정청이 기본권과 기본적 자유를 침해한 때에 한하여 예외적으로 효력취소의 효과가 있었을 뿐이었다. 그리하여 이와 같은 약체 헌법위원회로 만족할 수 없다고 하여 1990년에 이르러서는 소련도 헌법재판소의 전환이 필연적임을 역설하는 논의가 강력히 대두되고, 그것이 여론화되어 소련 헌법재판소의 신설을 위한 헌법개정안도 나타났다. 그 과정에서 1991년 12월에 국가로서 소련의 멸망과 함께 연방차원의 헌법재판소의 창설의 시도도 물거품이 되었다.

한편 소련 연방구성의 대표적인 공화국이었던 러시아 공화국은 1990년 7월 12일에 러시아 공화국의 국가주권을 선언한 뒤에 소련 연방헌법의 모델과는 다른 헌법을 갖게 되었는데, 1990년 12월 5일에 러시아 헌법을 개정하면서 제119조를 신설한 끝에 헌법감시위원회 대신에 헌법재판소를 설립한 것을 규정하였으며, 이에 의하여 헌법재판소법이 1991.5.6.에 최고간부회의에서 제정·결의되고, 동 7.12.에 인민대표자회의에서 확인한 끝에 발효하게 되었다. 한편 이에 앞서 1991년 5월 24일 헌법개정의 계체에 헌법재판소에 관한 헌법규정이 보장되었으며, 사법조직에 있어서 헌법통제의 최고 사법기관으로 규정하고 재판관의 수를 15명으로 하였으며, 재판관의 임명에 있어서 의회의 참여를 규정하였다. 이에 나아가 인민대의원회의(의회에 해당)에 의한 대통령에 대한 해임결의와 최고간부회의의



대통령의 포고령폐지결의는 반드시 헌법재판소의 감정을 거쳐야 되도록 하였다. 이와 같은 헌법재판소제도의 도입은 입법권 및 행정권과 병립하여 그 권한을 독립하여 행사할 수 있는 사법권의 창설의 중요한 징표로 평가되며, 이에 의하여 권력분립의 원칙이 뿌리를 내린 것으로 본다.

### 3. 헌법재판소의 지위와 구성

소련의 헌법감시위원회가 의회의 특수한 자문기관과 같은 법적 지위였다면, 러시아 헌법재판소는 단순한 명칭의 변경이 아니라, 새로운 제도 즉 사실상 재판소의 창설인 것이다. 앞서 본 1991년 5월 24일에 새 제도의 헌법적 기초를 강화시키려고 한 헌법개정(러시아 헌법의 사법조직을 다룬 제 21장에다가 헌법재판소에 관한 규정(헌법 제163조, 165조)을 삽입해 넣었다는 점이며, 이는 헌법제정권자가 새로운 헌법통제기구가 재판소의 성질을 가진 것임을 뚜렷이 하려는 의도라는 것이다. 이 제도는 일시적인 실험적 제도가 아니고 사법기관의 System에서 항구적인 제도임은 헌법재판소의 권한에 관하여 시한을 정하지 아니한 점으로 뚜렷하다는 것이다(러시아 헌법재판소법 4조).

사법기관내에서는 헌법재판소는 특수지위에 있다. 그것은 최고사법기관의 지시감독을 받지 않으며, 물론 러시아 대법원의 감독을 받지 않는다. 오히려 반대로 헌법재판소가 법 적용 실무의 합헌성 여부를 심사하는 절차에서 대법원의 재판을 통제할 수 있는 한도에서는 헌법통제의 최고기관으로서의 헌법재판소에 대법원이 오히려 따라가야 한다는 것이다(대법원의 재판이 개인소원의 대상이 됨).

헌법기관으로서 러시아 헌법재판소는 법률문제만을 재판하는 것

이며, 정치문제는 심사하지 않음이 원칙이다. 그러나 러시아 헌법재판소는 순수한 재판업무 이외에도 일정한 방법으로 정치적 조정에 개입할 수 있는 가능성이 부여되어 있다. 최근 국민투표와 헌법개정문제를 놓고 엘친대통령과 의회사이의 보혁갈등에 대하여 발데리 조르킨 헌법재판소장의 중재역할이 이를 실증하여 주고 있다. 1992년 4월 21일에 러시아 연방헌법의 전면개정의 계재에 헌법재판소를 헌법질서의 보호를 위한 사법권의 최고기관(das höchste Organ der gerichtlichen Gewalt zum Schutz der Verfassungsordnung)으로 규정하였으며(165조), 러시아 연방의 권한쟁의사건 등에까지 관할을 확대시켰다.

헌법재판소는 다른 국가기관으로부터도 독립이며, 헌법재판소의 행위에 대한 개입은 부적법 하고, 재판소와 재판관은 헌법에만 따르게 되어 있지 어떠한 단체의 대리인이 되어서는 안되며, 재판관은 국가기관이나 사회적 단체의 지시를 받지 아니한다. 재판관은 그 발언·표결에 관하여 면책특권을 향유한다. 헌법재판관은 헌법재판소의 독립성과 불편부당성에 이바지하기 위하여 정당의 구성원이 되어서는 아니 되며, 단지 법학의 연구나 법과대학의 강의는 부직으로 허용된다. 재판관은 적어도 35세 이상 59세 이하의 법률가 중에서 선정하여야 하며, 법률분야의 종합적 지식을 갖추어야 하고 적어도 10년간 법분야에서 학문적으로 또는 실무활동을 하였을 것을 그 자격요건으로 한다. 재판관의 임기는 없고 65세 정년까지 그 직책을 유지할 수 있다. 재판관은 재판소의 자체 재판에 의하여서만 면직될 수 있다. 즉 범죄로 인한 형사판결을 받거나 재판소에 의한 직무수행능력이 없다는 판정을 받은 때에 한하여 면직된다. 헌법기관으로서 헌법재판소는 자신의 규칙제정권을 가지며 사무처의 기구와 조직을 정하고 헌법소장의 명의로 그 직원을 임명할 수

있는 권한을 갖는다(헌법재판소법 21조 1항). 사무처 직원현원 247명이다. 러시아 헌법재판소는 15명의 재판관(현원 13명)으로 구성된 one bench system이다. 그러나 15명중 2/3 즉 10명이 재판부 구성의 정족수이다. 헌법재판관은 대통령 임명형 아닌 의회선출의 model을 따랐다. 헌법재판소에 의하여 행사하는 사법권이 민주적 정당성을 갖고자 함이며, 이에 부가하여 의회에서 취임선서를 하게 되어 있다(헌재법 13조). 이러한 의회선출의 방식에 대하여는 헌법재판소가 의회의 ‘연장된 팔’ 즉 하수인(verlängerter Arm)이라는 비판이 있다. 이러한 임명절차에 대하여 러시아 헌법재판소장 모르쉬차코바 여재판관은 이에 의하여 정치에 유착될 수 있으며, 이 때문에 재판소의 중립성과 신뢰성을 해칠 수 있어 문제라는 비판을 가하고 있다. 제1차 선출시에 국회의원 중에서 여섯이나 재판관으로 선발되었다는 점이 이를 대변한다(T. Morschtschakowa, aaOS 819). 재판관은 대체로 범일반이론, 국제법, 헌법분야에서 활동하던 법률가 중에서 선발되었으며, 다만 그 중 5명은 그 밖의 특정전문지식을 가진 자이다. 다만 러시아 헌법재판소는 그 소장, 부소장, 사무처장을 재판관 중에서 호선한다(헌재법 3, 5, 8조). 특이한 것은 사무처장의 임기는 5년임에 대하여, 소장, 부소장의 임기에는 아무 제한이 없다. 이와 같은 재판소의 조직권은 헌법기관으로서의 독립성과 법적 지위를 크게 강화시켜주고 있다.

#### 4. 러시아 헌법재판소의 관할

재판소의 관할은 크게 두 가지로 나뉜다. 하나는 헌법재판소가 구속력있는 재판을 행하는 재판업무이고, 다른 것은 비재판업무 및

권한이다. 후자는 다른 나라의 헌법재판소에는 그 유례가 없는 것으로서, 순수한 재판작용을 떠나 다른 수단으로도 헌법의 이념을 구현시키고 다른 국가기관으로 하여금 합헌적 행위를 하도록 감시하는 지위에 헌법재판소를 두려는 취지인 것으로 보여진다. 이것은 새로 창설된 헌법의 수호자에 의하여 법치국가의 발전을 가속화시키려는 희망의 소산이라는 것이다. 이러한 비재판업무가 헌법재판의 현대적 과제 즉 현대형이라고 한다면, 앞의 재판업무는 독일 헌법재판소의 모델을 따른 그 고전적 과제 즉 고전형이라 할 수 있다.

#### 가. 보고서제출(헌재법 54조)

헌법재판소는 매년 최고간부회의에 재판소의 활동에 관한 통계자료와 재판소의 예산에 관한 보고서를 제출하는 것이다. 이것이 실제생활에 있어서 헌법이 어떻게 구현되는가를 알리는 내용이 되어 다른 헌법기관을 비판하는 것이 될 수도 있고, 최고회의의 활동에 영향을 미칠 수도 있어 매우 중요한 의미를 갖는다는 것이다.

#### 나. 법률안제안권(헌재법 9조)

헌법재판소는 재판소관계의 법률만이 아니라, 모든 법률에 대한 법률안제안권을 가지며, 이에 대하여 의회의 활동에 개입할 큰 가능성을 제공하는 것이다. 이에 의하여 헌법이념의 구현에 필요한 법률을 의결할 것과 의회가 필요한 법을 제정하지 않고 방치하는 입법부작위에 대한 시정촉구가 된다는 것이다. 이것은 다른 나라의 헌법재판소가 판결문에서 하는 것과 같은 단순한 입법촉구선언이

아니라, 의회에 완전한 형태의 법률안의 제출이다. 의회의 입법부작위에 대한 다른 국가권력에 의한 견제라는 의미에서 매우 중요한 의의를 갖는다. 제안권을 가질 뿐이지 법률안의결은 어디까지나 국회의 권한이므로, 헌법재판소에 의한 의회권한의 침해가 될 수 없다.

#### 다. 경고권(Vorstellung, 헌재법 55조)

헌법과 법률을 구체적으로 침해하는 경우에는 소위 경고에 의하여 관계기관이나 담당 직책에 있는 사람에게 주의를 환기시키는 것이다. 이에 의하여 헌법재판소에 헌법감시기관의 기능이 부여된 것이다. 검찰에 맡긴 일반적인 법감시를 보충시키고 헌법재판소의 권위로서 이를 더 효율화시키자는 것이다. 구체적인 헌법 및 법률위반을 조사하여야 하는데, 지금의 헌법재판소 사무처의 247명의 직원으로서 감당하기에는 부족한 인원이라는 것이다. 그러므로 선택적으로 표본적인 것을 지목하여 경고를 할 수밖에 없으며, 그 때문에 헌재법 55조는 제량규정으로 규정되어 있다. 경고의 대상은 러시아 연방의 최고기관은 물론 러시아 연방 구성의 공화국도 될 수 있다는 것이다.

#### 라. 다른 국가기관의 회의출석권

회의출석권은 제도로서 헌법재판소가 아니고 각 재판관에게 주어진 권한이다. 회의출석권은 재판소가 자료제출요구나 소환에 의하여서도 얻어낼 수 있는 정보수집도 가능하게 한다. 입법, 행정, 사법기관의 회의에 헌법의 수호자의 단순한 물리적 출석만으로 헌법

재판소의 존재를 의식하게 하며, 모든 결정은 헌법과 법률에 합치되도록 하여야 한다는 의식을 촉발한다. 이는 마치 제복을 입은 경찰이 서 있다는 것은 법의 눈이 바로 감시하고 있다는 신호인 것처럼, 헌법재판관의 회의출석은 헌법의 수호자가 감시한다는 신호가 된다는 것이다. 다만 권력분립의 원칙과 관련하여, 단순한 출석권에 그치는 것이고, 표결권이나 발언권이 아닌 것이다.

#### 마. 감정보고(헌재법 74조)

감정보고를 할 권한이 헌법재판소의 특별절차로 규정되어 있다. 다만 헌법재판소의 감정은 자문적인 의미를 가질 뿐 구속력이 없으며 다만 참작될 수 있을 뿐이다.

### 5. 재판업무

다른 나라의 헌법재판소와 마찬가지로 러시아 헌법재판소에 규정된 재판절차로는 규범통제절차와 개인소원절차 두 가지이다. 특히 개인소원제도의 채택에는 보수파대의원의 강력한 반대가 있었다는 것이다. 이러한 재판업무에는 헌법재판소가 그 자신의 재판에 대해 해석할 권한과 이를 재심사할 권한도 포함된다. 그러나 이것은 헌법재판소의 관할권의 확장이 아니고 부수적인 권한이다. 헌법재판소는 벌금을 과할 권한도 갖는다.

#### 가. 규범통제절차(헌재법 제2장)

### 1) 신청권자

규범통제절차는 신청이 있어야 개시되며(헌재법 58조 4항), 헌법재판소 자신은 직권으로 절차에 회부할 수 없다. 신청권자의 범위는 매우 광범위하며, 국가기관만이 아니라, 사회단체도 신청이 가능하다. 따라서 단체신청이 될 수 있다. 러시아 연방공화국의 각 인민회의대의원에게도 신청권이 있다. 정규 신청권자 아닌 자도 민중신청(Popularantrag)의 방법으로 사실상 신청이 가능하게 하고 있다는 것이다.

### 2) 추상적 및 구체적 규범통제 모두 허용된다

원칙적으로 추상적 규범통제 절차를 구상하였다. 왜냐하면 절차개시요건으로 신청권자가 국제조약이나 규범적 행위가 위헌이라고 주장하는 것만으로 족하게 하였기 때문이다.

구체적 규범통제도 가능하다. 일반 대법원과 노동대법원은 자기에 계류된 사건과 관련하여 위헌제정을 할 수 있으며, 또 이에 의한 재판의 전제에 관계없는 추상적 규범통제신청도 할 수 있도록 하였다. 규범의 합헌성여부가 다투어지는 구체적인 분쟁이 생겼을 때에는 그것이 아직 법원에 계속중인 분쟁이 아니라도 구체적 규범에 대한 통제신청을 가능할 수 있게 하고 있다.

### 3) 통제의 대상

국제조약 그리고 법률과 규범적 행위(Normativakte)이다. 규범적 행위에는 러시아 연방공화국대통령과 최고권력기관의 결정이 헌법과 합치하는가의 여부를 결정하는 것인데, 이는 당사자의 신청에 의할 수도 있지만 직권으로도 가능하다. 특히 1992년 4월 21일 개정헌법에 의하여 헌법재판소법 제57조에서 말하는 국가기관의 행위는 모두 통제의 대상임을 규정한 뒤부터는 통제의 테두리가 앞으로 크게 논란될 여지가 생겼다는 것이다.

#### 4) 본안재판

법규정이 헌법에 불합치하다고 인정될 때에는 헌법재판소는 무효 선언을 한다. 다만 소속 공화국의 법률이 단지 연방법률에 불합치할 때에는 헌재가 재판할 수 없으나 그것이 헌법에 불합치할 경우에는 다르다.

#### 나. 개인적 소원절차(Individuallbeschwerde)

주당 평균 120건씩 소원사건이 접수되고 있다는 것이다. 이는 법 적용실무(Rechtsanwendungspraxis)의 합헌성의 심사인 것으로, 이와 같은 심사는 개인 소원에 의하여 개시된다(독일 기본법 93조 제 1항 4a호의 헌법소원이 모델이 되었다는 것이다). 법원의 재판을 비롯하여 공권력의 개별적 행위에 의하여 그 기본권의 침해가 있었다고 주장하는 자는 모든 권리구제절차를 거치고 난 뒤에 소원이 허용된다(헌재법 제66조). 이것은 기본권의 사법적 보장에 기여하는 것으로 비상권리구제절차이고 심급제도하의 상소가 아니다.

##### 1) 소원의 대상

“법적용실무”라고 했다. 다만 법적용실무에는 입법실무는 포함되지 아니하며 따라서 법률에 대한 소원은 배제된다. 그러나 법률에 대해서는 시민이 헌법재판소법 59조 3항에 의한 신청에 의하여 위헌여부의 심판을 구하는 길이 열려 있다. 법률적용자는 법원과 행정기관이다. 따라서 더 이상 상소로서 불복할 수 없는 재판에 대해서는 개인소원을 할 수 있으며(헌재법 66조 1항), 행정기관의 행정처분이 전형적인 대상이 된다. 여기에서 적용된 법률은 심사의 대상이 아니며, 특히 일반법원에 의한 법해석이 심판의 대상이 된다는 것이다. 이는 위헌적인 법적용에 대한 방어권을 뜻하는 것으로 이



해된다. 다만 예상 밖으로 일반법원의 판사들이 이 제도에 대하여 일반법관의 독립성과 모순된다는 것이라는 비판을 가하고 있다는 것이다.

## 2) 소원권

소원권은 기본권과 법적 이익의 주체인 자에게는 누구에게나 인정된다. 내국인이든, 외국인이든, 무국적자이든 법인이든 아무런 차이가 없다. 자기의 기본권이나 법적 이익이 침해되었다고 주장하는 자이면 누구나 소원청구인이 될 수 있다.

## 3) 기타의 적법요건

다른 구제절차가 있으면 그 절차를 거친 뒤라야 소원을 제기할 수 있다(보충성의 원칙). 소원제기 기간은 3년이며, 다른 나라에 비해 훨씬 길다.

## 4) 본안재판

소원이 인용되어 헌법재판소가 그 불복대상인 법 적용이 헌법과 불일치할 때에는 사건을 관할대법원(일반, 노동)에 파기환송한다. 헌법재판소의 재판은 그 사건의 한도에서 구속력을 갖는다. 그러나 구속력은 헌법에 관련이 되는 것은 법해석의 문제에 극한된다(헌재법 제1조4항, 제32조1항). 이 재판에서 헌법재판소는 소원의 원인이 된 법조문에 대하여 폐지할 것을 아울러 국회에 제의할 수 있다(이 점 문제된 공권력의 행사를 취소인용하면서 그 원인이 된 위헌법률도 함께 위헌선언할 수 있는 부수적 위헌법률심사제(우리 헌재법 75조 5항)가 있는 우리 나라와 다름). 헌법재판소의 제의에 대하여 국회는 반드시 그 당부를 결정해야 한다.

## 다. 재판절차상의 원칙

구술주의에 의하고, 어떠한 경우나 선고는 공개하는 공개주의(헌재법 28조), 직권에 의하는 경우도 있으나 절차의 개시에는 당사자의 신청이 있어야 하는 처분권주의에 의한다. 다른 나라의 절차법과 다른 것은 평의가 공개로 이루어진다는 것이며, 다만 재판관 3인이 공개를 포기하는 경우는 그러하지 아니하다. 평의의 공개는 재판업무에 의회주의의 원칙을 관철하자는 데서 생겼다는 것이다. 헌법재판소는 법률문제를 다루는 것이 원칙이고, 예외적으로 사실확정을 한다.

## 6. 1992년 4월 21일 개헌에 의한 관할확장과 권한의 강화

이 때에 헌법 165조의 1을 신설하여 헌법재판소의 관할을 크게 확장시켰다.

### 가. 재판업무

#### 1) 규범통제와 기타의 행위의 통제

헌법재판소법 57조 1항은 법률이외의 러시아 연방의 입법부와 행정부의 規範的 행위만을 통제의 대상으로 하였으나 개정 헌법 165조의 1 제1항에서는 단순히 연방의 입법부와 행정부의 행위(Akte)를 통제대상으로 바꾼 것이다. “규범적(Normativ)”이라는 말의 제거는 위와 같은 기관의 전체 행위가 통제가능한 것으로 확장되었음을 뜻한다. 또 헌재법 57조 1항에서 러시아의 대통령과 각료회의를 포함한 러시아의 최고국가기관의 행위라고 하였던 것을, 개정헌법

165조의 1에서 위 두 가지 기관이외에 연방행정기관의 행위까지도 포함하는 것으로 바꾸었다. 결국 최고국가기관(“höchsten Sttatsorgane”)의 행위에 한정하던 것을 제거함으로써 연방행정부의 모든 행위 즉 그 심층부까지 헌법재판소의 통제하에 두게 된 것이다. 이로써 당초보다도 헌법재판소의 권한이 크게 신장된 것이다.

## 2) 기관쟁의

개정헌법 165조의1 제2항은 연방국가기관상호간의 권한쟁의까지도 재판할 수 있게 하였으며, 지방정부 차원의 권한쟁의도 또한 관할케 하였다.

## 3) 연방쟁의

개정헌법 165조의1 제2항은 러시아 연방의 국가기관과 지방공화국 등의 기관간의 권한쟁의에 대한 재판에도 관할권을 갖는다.

## 4) 정당해산소송

1990년 7월 16일 헌법 7조 2항은 헌법질서와 국가통합의 폭력적인 변혁을 목적으로 하는 정당·단체의 설립·활동은 부적법 하다고만 규정하였는데, 1992년 4월 21일의 개정헌법 165조의 1 제1항에서 정당이나 기타 사회단체의 합헌성의 통제를 현재의 관할로 한 것이다.

## 나. 비재판업무

개정헌법 165조의 1 제3항은 헌법재판소가 감정보고할 수 있는 대상을 확대하였다. 즉 헌법재판소는 국가보건위원회의 요청이 있을 때 건강을 이유로 한 연방공직자의 직무수행불능을 한정한다. 직무수행불능을 고위공직자의 도태로 구실 삼는 것을 막기 위한 것이다(1991년 8월 보수세력의 쿠데타 고르바초프 축출의 선례 때문

이라 함).

## 7. 러시아 헌법재판소의 대표적 결정례

### 가. 국가안전성창설을 위한 대통령포고령에 대한 위헌선언

이는 대통령이 의회의 관할에 속하는 영역에 대해 결정한 것으로 의회의 권한침해라고 본 것이다. 즉 국가의 안전문제, 기본권의 부여 즉 신체자유에 불가침성, 주거, 통신비밀의 보장 등에 관한 사항은 의회의 권한인데 이를 침해하였다는 것이다. 따라서 헌법질서의 중요한 원칙의 하나인 권력분립의 원칙에 반한다는 것이다.

### 나. 연령을 이유로 한 직장에서의 차별에 대한 위헌선언(1992. 2. 4. 결정)

헌법에 의하면 누구에게나 일할 동일한 권리가 부여되었다는 이유로 헌법소원 심판청구를 인용하고, 이에 반하는 일반대법원의 재판을 파기하여 사건을 대법원으로 환송하면서, 그 잘못된 판결을 시정토록 하였다.

### 다. 러시아 연방소속의 Tatarstan공화국의 자결권의 한계에 관한 재판 (1992. 3. 13. 결정)

Tatarstan공화국이 러시아 연방에서 분리하고자 자국의 국민투표에 붙이는 안을 낸데 대하여 이를 연방대의원들의 신청에 의하여

헌법재판소에 회부된 것인데, 연방으로부터의 탈퇴는 연방 내에서 협의과정으로만 처리될 문제이지 Tatarstan이 일방적으로 결정할 문제가 아니라 하여, 동 공화국의 국민투표안은 러시아헌법에 위반이라고 판시하였다.

**라. 소비에트 최고간부회의에 의하여 설립한 전러시아 저작권  
청설치령에 대한 무효선언(1992. 4. 28. 결정)**

최고간부회의가 그와 같은 권한이 없음을 이유로 하였다.

# 한국통일과 통일헌법제정문제

김 철 수

헌법재판소 자문위원

서울대학교 법과대학 교수

## - 목 차 -

### I. 서 설

### II. 대한민국헌법의 통일조항

- (1) 제헌헌법의 통일조항
- (2) 제2공화국헌법과 통일정책
- (3) 제3공화국헌법과 통일정책
- (4) 제4공화국헌법과 통일조항
- (5) 제5공화국헌법과 통일조항
- (6) 제6공화국헌법과 통일조항

### III. 북한헌법의 통일조항

- (1) 1948년 헌법의 통일조항
- (2) 1972년 헌법의 통일조항

(3) 1992년 헌법의 통일조항

#### IV. 독일식 통일방안의 수용가능성

- (1) 서 설
- (2) 동서독접근과 교류에 따른 동독의 붕괴
- (3) 통일조약의 체결
- (4) 통일조약의 성격과 내용
- (5) 통독헌법의 개정문제

#### V. 한국통일헌법의 제정문제

- (1) 통일헌법의 제정문제
- (2) 통일헌법의 제정방향
- (3) 결 어

## I. 서 설

세계각국의 분단국가중에서, 예멘, 월남, 독일이 통일되어 이제 한국만이 분단국가로 남아있게 되었다.

한국은 1945년 8월 15일 일본의 항복에 의하여 해방되었으나 38선이란 무장해제선에 의하여 국토가 분단되고 말았다. 1984년 7월 17일에는 대한민국헌법이 제정 공포 시행되었고 북에는 1948년 9월 8일에 소위 「조선민주주의인민공화국헌법」이 제정되었다. 이들 헌법은 각기가 완성헌법임을 자랑하여 통일에 대한 명문규정을 두지 아니하였고, 무력에 의한 병합통일을 암묵적으로 규정하고 있었다. 그것은 1972년 7·4 남북공동성명 이후에 개정되어 현재는 양헌법이 평화통일을 구가하고 있으나 그 실에 있어서는 통일의 구체적 방법을 명시하고 있지 않아 독일헌법과는 다르다고 하겠다. 1991년 말에는 남북한관계기본합의서가 체결되었고 그 뒤 이를 실현하기 위한 부속합의서가 체결되었다. 이로써 동서독기본조약과 같은 효과를 가지게 되었으며 동독이 인민의 평화혁명에 의하여 통일된 것처럼 우리 나라에서도 남북간의 교류가 행해짐으로써 북한에서의 평화혁명의 가능성이 농후하게 되었다. 이에 우리 나라 헌법상의 통일조항과 통일정책을 살펴본 뒤 우리 나라에서도 독일통일조약에 의한 통일방법의 실현이 가능할 것인가를 살펴보기로 한다.



## II. 대한민국헌법의 통일조항

대한민국헌법은 성립후 9차의 개정을 보았다. 1948년의 제헌헌법은 1960년에 대폭 개정되어 제2공화국헌법이 되었고, 1962년에 제3공화국헌법이 제정되었으며, 1972년에는 제4공화국헌법이 제정되었고, 1980년에는 제5공화국헌법이, 1987년에는 제6공화국헌법이 제정되었다. 이들 헌법에는 약간의 통일에 관한 조항이 있었으니 이를 보면 다음과 같다.

### (1) 제헌헌법의 통일조항

#### 1) 제헌헌법의 성립근거

1943년 11월 27일 카이로선언은 「전기 3개국은 한국인민의 노예상태에 유의하여 적당한 절차를 밟아 맹세코 한국을 독립시킬 것을 결의하였다」고 하였고, 포츠담선언도 1945년 5월 8일에 이를 재확인하였다. 그럼에도 불구하고 한국은 영·소의 냉전의 희생물이 될 수밖에 없었다. 1947년 9월 한국문제는 유엔에 상정되게 되었고, 11월 14일 유엔총회는 유엔의 감시하에서 남북을 통한 총선거로 국회와 정부를 수립케 하기 위하여 한국임시위원단을 파견할 것을 결의하였다. 1948년 1월에 한국으로 파견된 유엔한국임시위원단은 곧 활동을 개시하였으나, 북한의 소련군사령부는 유엔한국위원단의 입북을 거절하였다. 이리하여 유엔한국임시위원단이 유엔과도위원회에 질의하여 선거가능지역내에서의 선거가 행하여졌다. 이 5·10선거에 의하여 구성된 국회에서 헌법이 제정된 것이다.

1948년 5월 31일에 소집된 제헌국회는 6월 12일에 국회결의로써 북한의 인구수에 비례한 의석 약 3분의 1을 공식으로 남겨두고 북한의 국회의원을 선출하여 합류하기를 호소하였다. 또 7월 17일 헌법공포식에서 이승만국회의장은 「북한동포에게 100여석의 의석들이 그들의 대표를 위해 공식으로 유보되어 있음을 상기시키고 북한도 유엔 결의에 순응하여 자유선거를 실시하고 선출된 대표를 국회에 보내도록」 요청하였다.

1945년 8월 15일 정부는 독립을 내외에 선포하고 대한민국성립과정에서 국토통일에 관하여 국회가 취한 입장과 제조치를 확인하였으며, 북한수복은 북한동포들의 자발적 의사에 의하여 성취될 수 있지만, 부득이한 경우 무력에 의한 통일도 불사한다고 선언하였다.

## 2) 제헌헌법의 통일관계조항

제헌헌법은 전문에서 「유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한민국은 기말 3·1운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 ‘민주독립국가를 재건함에 있어서 정의인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하여’ 모든 사회적 폐습을 타파하고 민주주의체제도를 수립」 한다고 하고 「우리들 정당 또 자유로이 선거된 대표로써 구성된 국회에서 이 헌법을 제정한다」 고 하여 대한민국이 모든 국민에 의하여 성립된 것임을 강조하고 있다.

나아가 제4조에서 「대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다」 고 하여 전한반도에 헌법이 효력을 발생함을 규정하고 있다. 이 규정은 「대한민국헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니고

우리나라 고유의 영토전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본조를 설치한 것이다. 그리고 헌법에 영토에 관한 규정을 설치하였으므로 영토의 취득과 상실에 관하여서는 헌법의 개정을 요함은 물론이다」<sup>1)</sup> 이와 같이 대한민국 헌법은 북한지역에도 시행됨을 명시했던 것이다.

제2차헌법개정은 영토조항의 개정을 보다 더 어렵게 하기 위하여 제7조의 2를 두었다. 「대한민국의 주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항은 국회의 가결을 거친 후에 국민투표에 부하여 민의원의원선거권자 3분의 2이상의 투표와 유효투표 3분의 2이상의 찬성을 얻어야 한다」고 규정하여 영토의 변경에 대한 국민의 거부권을 인정하였다.

### 3) 제헌헌법하의 통일정책

제헌헌법하의 통일방안은 무력통일에 의한 병합정책이었다.<sup>2)</sup> 1950년 10월 임병직외무장관은 제5차 유엔총회에서 「북한의 유엔 감시하의 자유선거를 환영하나 남한에서의 새로운 선거는 반대한다」고 선언하였다. 제2대국회는 「대한민국주권하에 한국의 완전 자유통일을 선결조항으로 하여 내외의 어떠한 휴전론도 반대한다」고 결의했고, 이대통령은 북한에의 진격을 주장하여 무력통일을 주장하였다. 1953년 11월 23일 이승만대통령은 휴전성립후 4개월 후에

- i) 북한만의 단독선거로 국회의 잔여의석을 채우는 것이 원칙이다.
- ii) 그러나 북한주민이 희망한다면 전국총선거를 받아들일 용의가

---

1) 유진오, 「신고 헌법해의」, p.50.

2) 상세한 것은, 국회도서관, 「통일백서」; 백행걸, 「양단된 통일문제」; 김철수, 「한반도의 경우와 독일의 경우」, 「월간중앙」, 1974 등 참조.

있다고 천명하였다.

휴전협정에 따라 개최된 제네바정치회담에서 1954년 5월 22일 14개조항의 통일방안을 제시하였다. 그 중 헌법에 관련된 것을 보면 「i) 6개월 이내에 UN감시하에 대한민국의 헌법절차에 따라 남북한을 통한 비밀·보통·자유선거를 실시한다. ii) 대한민국헌법은 선거직후 서울에서 소집 개최될 전한국국회에서 개정될 수 있으나, 그 외의 경우에는 헌법의 효력은 지속된다」는 것이다.

제네바정치회담이 실패된 뒤에는 정부는 유엔 감시하의 대한민국 헌법절차에 따른 총선거를 통한 통일방안을 고수하였다.<sup>3)</sup>

## (2) 제2공화국헌법과 통일정책

### 1) 평화통일정책으로의 전환

4·19혁명 이후 북진무력통일론은 자취를 감추고 각정당은 평화통일론을 주장하게 되었다. 민주당은 1960년 7월 26일 「UN감시하의 남북자유선거통일을 주장하고, 통일될 한국은 민주주의와 민권 자유를 보유하는 국가가 되어야 하며 적색독재나 백색독재국가가 되어서는 안 된다」고 주장하였다. 8월 24일 민주당정부도 정외무부장관의 7개외교정책선언에서 「정부는 유엔결의를 존중하여 한국 전역에서 UN감시하의 자유선거를 실시함으로써 한국통일을 이룩하는 원칙을 고수한다. 과거 자유당이 주장한 무력에 의하여 한국통일을 하려는 무모한 정책은 이제 폐기되어야 한다」고 천명하여 평

---

3) 제헌헌법하에서도 평화적통일론의 주장은 합헌적인 것이었다. 진보당의 평화통일론의 합헌성에 관한 대법원판결 참조. 김철수, 「판례교재 헌법」, p.87(4292. 2. 27. 대판, 4291 형상 559).

화통일론으로 일대전환하였다.

야당가에서는 중립화통일논의까지 활발히 일어났으며 언론의 자유가 보장되었기에 수많은 통일논의가 개화하였다.

## 2) 제2공화국헌법의 통일조항

그러나 제2공화국헌법상에는 통일관계조항에 하등의 변경이 없었다. 헌법 제4조는 그대로 유지되었으며 제7조의 2도 그대로 유지되고 있었다. 다만 언론·출판의 자유가 잘 보장되었고 정당의 해산은 헌법재판소의 판결에 의하도록 만 규정되었다. 이 점에서 정부의 통일정책은 그다지 변할 수 없었던 것이다. 1960년 11월 2일 장면총리는 오지리식중립화통일론을 배격하고 UN감시하의 남북한총선거로서 평화적 방법에 의한 자유민주통일을 주장하였다. 제5대국회도 11월 2일에는 「한국통일 및 UN 가입에 관한 결의」를 통하여 「통일 독립된 민주한국을 수립한다는 UN의 근본원칙에 따라 한국국민의 자유와 국가의 안전이 항구히 또 확고히 보장될 수 있는 조치를 강구하고 대한민국헌법절차에 따라 자유선거를 실시할 것」을 결의하였다.<sup>4)</sup>

## (3) 제3공화국헌법과 통일정책

### 1) 제3공화국헌법의 통일조항

5·16혁명 후 혁명정권은 공약 제5항에서 「민족적 숙제인 국토통일을 위하여 공산주의와 대결할 수 있는 실무배양에 전력을 집중

---

4) 국회도서관, 「통일백서」, p.37 참조.

하여야 한다」고 하고, 반공을 국시의 제일의로 한다고 하여, 다시 제일공화국의 통일정책으로 환원하는 듯하였다. 그러나 1961년 6월 24일 김홍일외무부장관은 성명을 발표하여 「우리는 무력에 의한 국토통일을 원하지 않고 평화적 방법으로 통일을 추구하고 UN감시하의 남북총선거실시안을 강조한다」고 하였다. 박정희의장은 광복 17주년 기념식전에서 「우리들은 공산주의전제와 압제에서 북한동포를 해방시켜야 하고 가능한 한 시급히 북한동포에게 조국의 비극적인 양단을 현명하게 해결해서 통일을 이룩하고, 이리하여 가능한 최단시일내에 북한동포의 고통을 덜어주는데 최선을 다하고 있다」고 말하였다.

이러한 방침에 따라 제3공화국헌법은 제헌헌법과 같이 통일에 대해서는 대한민국헌법절차에 따를 것을 전제로 하고 있었다. 헌법은 제3조에서 영토조항을 두고 있었는데, 이는 제헌헌법 제4조와 같은 것이었다. 또 부칙 제8조에서 「국토수복후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다」고 하여 「남북통일이 이루어진 때에도 헌법을 개정하지 않고」<sup>5)</sup> 국회의원의 수를 늘일 수 있도록 하였다. 이는 국토수복후 헌법개정을 하지 아니하면 의원수를 증가할 수 없다고 하면 심히 불편하기 때문에 이를 예방하기 위하여 규정된 것이다. 이 점에서 서독기본법과는 달리 완전헌법임을 강조한 것이다.

## 2) 제3공화국헌법하에서의 통일정책

제3공화국헌법후 박대통령은 1964년 1월 10일의 연두교서에서 「UN을 통해서 자유민주주의원칙에 따라 통일을 달성할 수 있도록 적극적인 외교활동을 전개할 것이며 변천하는 국제정세에 대처하여

---

5) 박일경, 「신헌법해의」, pp.422~423.

통일을 위한 제반문제에 대비하는 연구와 태세도 갖추어 나갈 것」을 천명하였다. 제6대국회도 11월 29일 국토통일방안에 관한 결의에서 「i) UN감시하에 남북한토착인구비례에 따라 자유선거를 실시하여 국토를 통일하며, ii) 선거감시단은 자유선거를 실시하는 UN 회원국가중에서 선임되어야 하며, iii) 통일된 한국의 민주주의를 위협하는 통일방안은 일체 배제되어야 한다」고 하였다.<sup>6)</sup>

5·16이후의 통일방안은 한마디로 말하여 ‘선건설 후통일’방안이었다. 통일을 위하여서는 조국근대화를 서두르고 자유경제건설에 박차를 가하여 통일문제의 본격적인 논의는 70년대후반기가 될 것이라는 것을 강조하였다. 이러한 방안은 힘의 우위를 확보하여 북한을 통일노선으로 끌어들이자는 냉전지향적인 것이었다.

이에 대하여 재야에서는 정부가 주장하는 유엔감시하의 남북총선거의 실시가 사실상 현실불가능하여 자주적인 통일방안을 모색하는 논의가 행하여졌다. 1964년에는 이만섭의원이 남북가족면회소 설치를 제안했고, 황용주문화방송사장은 「세대」잡지에서 남북한 유엔동시가입, 제3국을 통한 남북대화의 방안모색 등을 주장하여 투옥되기도 했다.<sup>7)</sup>

이러한 남북접촉문제는 1966년 11월 5일 유진오민중당당수가 남북의 인도적 교류를 실시할 것을 주장했고, 신민당창당대회에서도 남북간의 인도적 서신교환, 기자교류와 분단국가회의체구성문제 등이 논의되게 되었다.

1970년대에 들어와서 통일방안은 상당한 변천을 보았다. 1970년 8월 15일 박대통령은 8·15선언에서 북한으로 하여금 무력적화통일

---

6) 「통일백서」, p.45.

7) 법원판결에 대해서는, 김철수, 「관례교제헌법」, pp.298~299 참조.

8) 1966년 6월 7일 법무부는 1954년 5월 제네바회담에서 제안한 아국의 남북한통일방안만이 적법하다고 유권해석을 내렸다.

론을 포기하고 평화적인 경쟁과 공존을 하자고 주장하여, 통일문제에 있어 적극적인 자세로 전환했다. 이러한 정책변경은 국제정세의 급변에 따라 대체할 필요가 생겼고, 북한의 무력통일주장에서 오는 긴장을 해소하기 위한 것이었다.

야당도 이제까지의 폐쇄적 통일방안을 공격하면서 남북간의 서신 교류, 기자교류, 운동선수교류, 라디오 TV의 상호청취 등 비정치적인 접촉을 주장하고, 비정치적 분야에 대한 남북한의 동일화정책을 추진하도록 요구하였다.

1971년 8월 12일에는 대한적십자사총재 최두선씨가 이산가족을 찾기 위한 적십자회담의 개최를 북한측에 제의했다. 박대통령은 1971년 8월 15일 광복절 축사에서 한국통일문제는 주체적 협력과 자주적인 결단에 달려 있음을 강조하고 북한측이 무력을 포기하고 진지한 자세로 나온다면 평화통일을 위한 길을 마련할 것이라는 통일방안을 제시했다.

1972년 1월 10일 박대통령은 연두기자회견에서 i) 자주적 통일, ii) 평화통일의 첫길은 북한으로 하여금 적화무력통일을 포기하는 것이며, 남북적십자회담은 인도주의에 입각하여 인내와 성의를 다해야 한다고 하였다.

1972년 7월 4일에 서울과 평양에서 동시에 발표된 남북공동성명은 남북관계, 특히 통일문제해결에 새로운 계기를 마련해 주었다. 이 공동성명은 7개항으로 되어 있는데 i) 조국통일원칙-자주적 해결, 평화적 실현, 민족적 대단결도모, ii) 긴장상태완화, iii) 다방면적인 제반교류실시, iv) 남북적십자회담지원, v) 상설직통전화가설, vi) 남북조절위원회구성운영, vii) 합의사항을 실행할 것을 서약하는 것이었다. 7·4 남북공동성명에 따라 남북조절위원회공동위원장회담이 열렸고, 그 결과 남북조절위원회가 구성되고 운영되게 되었다.



#### (4) 제4공화국헌법의 통일조항

##### 1) 제4공화국헌법의 통일관계조항

1972년 12월 27일에 효력을 발생한 제4공화국헌법은 전문에서 「조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여」라고 하고 있으며, 「조국의 평화통일을 추진하기 위한 온 국민의 총의에 의한 국민적 조직체로서 조국통일의 신성한 사명을 가진」 통일주체국민회의를 두었고(헌법 제35조), 「대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다」(헌법 제43조 제3항)고 하고 있다. 헌법부칙은 제10조에서 「이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다」고 규정하고 있다. 이 점에서 제4공화국헌법은 통일시까지만 적용되는 잠정법임을 명확히 하고 있었다고 하겠다.

##### 2) 통일주체국민회의의 통일정책심의

통일주체국민회의는 조국의 평화적 통일을 위하여 국민주권을 성실히 행사할 수 있는 2,000인 이상 5,000인 이하의 의원으로 구성된다. 통일주체국민회의는 북한의 최고인민회의의 대응기관으로서 구성된 것이 아닌가 추측된다. 과거에 북한최고인민회의는 대한민국 국회에 대하여 통합하여 단일입법기관으로 연합할 것을 주장한 일이 있는 바,<sup>9)</sup> 이에 대비하기 위하여 다수의 대의원을 가진 통일주체국민회의를 신설한 것이 아닌가 추측된다. 북한의 최고인민회의

9) 1950년 6월 19일 북한최고인민회의제안.

는 주권기관인데 대하여, 통일주체국민회의는 주권적 수임기관인 점에 차이가 있었다.

대통령은 통일에 관한 중요정책을 결정하거나 변경함에 있어서, 국론통일을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 통일주체국민회의의 심의에 붙일 수 있다(헌법 제38조 제1항). 통일주체국민회의에서 재적의원과반수의 찬성을 얻은 통일정책은 국민의 총의로 본다. 통일주체국민회의의 의결이 대통령을 구속할 것인가에 대하여 명확한 규정은 없었으나, 통일주체국민회의의 성격상 대통령의 회부 자체는 임의적이라고 하더라도 일단 회부한 이상은 그 의결에 구속된다고 하겠다.<sup>10)</sup>

### 3) 평화적 통일수행자로서의 대통령

대통령은 통일주체국민회의의 의장으로서 「조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다」(헌법 제43조 제3항). 대통령은 취임시에 「조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민앞에 엄숙히 선서」하여야 한다(헌법 제46조). 대통령은 통일주체국민회의의 의장으로서 통일주체국민회의를 사회하고 의사를 진행시킬 수 있다(헌법 제36조 제3항). 이 점에서 대통령은 평화적 통일의 책임자이며,<sup>11)</sup> 이를 보좌하는 기관으로서는 국무회의 등이 있다.

### 4) 제4공화국헌법하의 통일정책

---

10) 상세한 것은, 김철수, 제4공화국 「헌법학개론」, pp. 374~399 참조.

11) 대통령에 관해서는, 상계서, pp.339~437 참조.

1973년 6월 23일 박대통령 6·23평화선언을 발표하여 통일정책에 대한 일대전환을 하였다.<sup>12)</sup> 이 평화통일정책은, i) 평화통일은 민족의 지상과제이며, ii) 한반도의 평화를 유지하고 내정불간섭, iii) 성실과 인내로 남북대화계속, iv) 북한의 국제기구참여불반대, v) 북한과의 유엔동시가입묵인, vi) 호혜평등원칙하에 모든 국가에 문호를 개방하며, vii) 평화선린이 대외정책의 기본임을 천명하였다.

이 평화통일선언은 북한의 세계보건기구가입결정이며 유엔 총회의 기상도를 감안하여 독일방식인 남북분단의 고정화, 공산권과의 상호교환승인, 유엔동시가입정책을 천명한 것으로 그 의의가 크다. 박대통령은 나아가 1974년 1월 18일에는 연두기자회견에서 남북한 상호불가침협정의 체결을 제의했는데, 그 내용은 첫째 남북상호간의 무력전쟁배제, 둘째 상호간의 내정불간섭, 셋째 현행휴전협정의 준수 등 세가지를 골자로 하고 있었다.

나아가 1974년 8월 15일에는 광복절경축사에서, i) 남북한불가침협정의 체결, ii) 남북대화의 성실한 이행과 남북한의 신뢰회복, iii) 토착인구비례에 의한 남북한의 총선실시 등을 주장하였다. 1977년의 연두기자회견에서도 계속 남북불가침협정의 체결을 촉구하고 있었다. 1978년 6월 23일에는 6·23선언원칙을 실현하기 위한 남북한 경제협력을 제의하였고 1979년 1월 19일에는 어떠한 시기, 어떠한 장소, 어떠한 수준의 회담도 가능하며 어떠한 의제도 좋다고 하여 완전개방의 백지회담을 제의하였다.

## (5) 제5공화국헌법의 통일조항

---

12) 이에 대해서는, “평화통일의 대도”, 「박정희대통령연설집」 참조.

### 1) 제5공화국헌법의 통일관계조항

1980년 10월 27일부터 효력을 발생한 제5공화국헌법에서도 통일에 관한 조항을 두고 있었다. 전문에서 「조국의 평화적 통일」의 사명을 강조하면서 대통령의 「조국의 평화적 통일을 위한 직책을 성실히 수행」하도록 선서하게 하고 있었으며 대통령은 통일정책에 관하여 국민투표에 회부할 수 있게 했으며, 평화통일정책자문회의를 두게 하고 있었다.

### 2) 평화통일정책자문회의의 설치

헌법은 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 평화통일정책자문회의를 둘 수 있게 했다. 이것은 과법의 통일주체국민회의보다는 권한이 약한 것이었으나 보다 많은 자문위원으로 구성되었으며 그 조직·직무범위 등에 관해서는 평화통일정책자문회의법이 이를 규정하고 있었다.

### 3) 평화통일의 수행자로서의 대통령

대통령은 국가의 원수인 동시에 행정권의 수반으로서 통일정책의 수행자로서의 의무를 지고 있었다. 헌법은 「조국의 평화적 통일을 위하여... 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것」을 선서하게 했으며(헌법 제44조) 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있게 했다(헌법 제47조).

### 4) 제5공화국의 통일정책

1982년 1월 22일 민족화합 민주통일방안이 발표되었다.<sup>13)</sup> 이 통일방안은 두 단계로 구성되어 있는데 통일전까지의 과도적 단계와 통일단계로 되어 있다. 통일을 성취할 때까지의 과도적 단계로는 「남북한기본관계에 대한 잠정협정」을 체결할 것을 북한에 제의하고 있는데 그 주요내용은 ① 쌍방의 현존정치질서와 사회제도의 인정 및 내부분제의 불간섭, ② 현존휴전체제인정, ③ 상호교류와 협력, ④ 쌍방의 현존조약존중, ⑤ 서울과 평양에 상주연락대표부설치 등이다.

제5공화국정부에서는 서독의 모델을 채용하여 「일민족, 일국가, 이계정부」라는 방식을 채택하여 현실적으로 전환했다는 점에 특색이 있다.

## (6) 제6공화국헌법의 통일조항

### 1) 제6공화국헌법의 통일조항

1988년 2월 25일부터 효력을 발생한 제6공화국헌법은 전문에서 평화적 통일의 사명을 강조하는 한편 제4조에서 통일조항을 두고 있다. 「대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다」고 하여 평화통일조항을 두어 통일에 보다 적극성을 띠고 있다. 대통령의 조국의 평화통일선서규정과 통일정책에 대한 국민투표규정을 그대로 두었으며 평화통일정책자문회의는 민주평화통일자문회의로 개칭 개편하였다.

---

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

## 2) 평화통일조항

이 조항은 대한민국이 통일을 지향하되 공산주의적 통일을 배격하고 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 추진하는 것을 밝히고 있는데 특징이 있다. 또 영토조항을 그대로 유지하고 민주적 기본질서에 위배되는 정당해산규정을 존치하고 있는 면에서 자유민주적 기본질서하의 통일만을 지향하고 있음을 알 수 있다.

## 3) 민주평화통일자문회의

평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있게 하였다. 민주평화통일자문회의는 주민이 선출한 지역대표와 정당 직능단체 주요사회단체 등의 직능분야대표급인사중에서 대통령이 위촉하는 7천명 이상의 자문위원으로 구성되며, 대통령이 의장이 된다. 민주평화통일자문회의의 직능은 조국의 민주적 평화통일에 관한 국민적 합의를 확인하고, 범민족적 의지와 역량을 집결하여 민주적 평화통일을 달성함에 필요한 제반정책의 수립 및 추진에 관하여 대통령에게 건의하고 그 자문에 응하는 것이다.

## 4) 제6공화국의 통일정책

제6공화국은 미소냉전체제의 종료와 소련 및 동구권공산국가의 몰락으로 활발한 북방정책을 펴고 아울러 통일정책에도 많은 변용을 보였다. 1989년 9월에는 「한민족공동체통일방안」을 발표하여<sup>14)</sup> 기존의 민족화합 민주통일방안을 대체하게 되었다. 한민족공

동체통일방안은 우선 민족공동체회복을 위하여 오늘의 분단과 미래의 통일사이애 남북연합이라는 중간단계를 설정하여 민족사회를 하나로 잇고 그 다음으로 통일국가를 이루는 최종단계로 되어 있다.

통일의 중간단계인 남북연합에서는 최고의사결정기구로 남북정상회의와 쌍방정부의 대표로 구성되는 남북관계회의 그리고 남북의 국회의원으로 구성되는 남북평의회를 설치하여 연합체제하에서 남북이 서로 합의한 사안만을 처리하게 했다.

남북평의회에서 통일헌법을 작성하여 완전한 통일을 달성하도록 하였는데 이 통일국가는 단일국가로서 「민족성원 모두가 주인이 되는 하나의 민족공동체로서 각자의 자유와 인권과 행복이 보장되는 민주공화국을 구성」 하는 것이었다.

## 5) 남북합의서의 체결과 부속합의서 채택

1990년 8월 15일 광복절에 남북고위급회담개최를 제의한데 대하여 북한이 호응하여 1990년 9월 4일부터 7일까지 제1차회의가 서울에서 개최되고 1990년 12월 16일에서 19일까지 평양에서 제2차회의가 개최되었으며 이 회의가 간헐적으로 개최되게 되었다.<sup>14)</sup> 1991년 9월 17일에는 남북한이 UN에 동시가입하게 되었다. 남북은 1991년 12월 13일 서울에서 열린 제5차남북고위급회담에서 「남북화해, 불가침 및 교류·협력합의서」를 체결하게 되었다.<sup>16)</sup>

이 합의서는 남북의 비준절차를 거쳐 1992년 2월 19일에 발효하였다. 이 합의서는 「정치군사적 대결상태를 해소하여 민족적 화해

14) 이에 대한 것은 국토통일원 「한민족공동체통일방안」 서울, 1989; 김득주, 한국의 통일정책 : 과거, 현재, 미래. 강영훈박사고회기념논문집 민족통일의 길 p. 230 이하.

15) 상세한 것은 남북대화 제50집 이하 참조.

16) 상세한 것은 통일원, 남북기본합의서해설 1992 참조.

를 이룩하고, 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장완화와 평화를 보장하여, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며, 쌍방사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계」라는 것을 인정하고 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 다할 것을 다짐하고 있다. 이는 ① 남북간의 체제인정 존중, ② 내정문제불간섭, ③ 비방중상금지, ④ 파괴전복행위금지 등 남북화해와 ① 무력침략금지 ② 분쟁의 평화적 해결, ③ 남북군사위원회구성 등 남북불가침, ① 경제교류와 협력 ② 과학·기술·교육 등 분야의 교류·협력 ③ 자유왕래 접촉 이산가족의 재결합 등 남북교류협력 등 3개장으로 되어 있다.

1992년 9월 대한민국은 이 기본합의서의 이행을 위한 3개부속합의서를 채택하였고 화해공동위원회구성 운영합의서를 채택하였다. 이로써 남북간의 평화공존을 위한 장치는 마련되었으나 이의 실현은 북한의 태도여하에 달려 있다. 또 제14대대통령선거의 결과와 1993년 2월 정권교대이후에야 본격적인 통일협상이 행해질 것으로 보인다.

### Ⅲ. 북한헌법의 통일조항

소위 조선민주주의인민공화국헌법은 1948년에 제정된 후 수차례의 개정을 거친 뒤 1972년 12월 27일에 새로이 제정되었고 1992년 4월에 전면개정되었다. 1948년 헌법에서는 「조선민주주의인민공화국의 수도는 서울이다」고 규정함으로써(동법제 103조) 전한반도에 효력을 미치고 있는 것처럼 규정되었다. 그것이 1972년 헌법에서는



「조선민주주의인민공화국의 수도는 평양이다」(동법 제149조)고 규정함으로써 현실을 반영했으며, 제5조에서 조국을 평화적으로 통일한다고 규정하고 있었다. 남북기본합의서 채택후 북한은 헌법을 개정하였는데 제5조를 개정한 제9조에서 자유, 평화통일, 민족대단결의 원칙을 강조하고 있다. 1992년 헌법에서는 헌법전반을 약간 개정하고 있다. 북한의 헌법만으로써는 현실을 파악할 수 없기 때문에 현실적인 통일정책을 중심으로 하여 북한헌법이 노리고 있는 통일방안을 보기로 한다.<sup>17)</sup>

## (1) 1948년 헌법의 통일조항

### 1) 북한헌법의 성립근거

한반도에 있어서 통일정부수립을 위한 유엔감시하의 총선거를 거부한 소련은 1948년 9월에 괴뢰정권을 수립하였다. 그 근거법이 헌법인데 이 헌법은 104개조로 구성되어 있었다.<sup>18)</sup> 이 헌법에는 영토 규정도 없었고 통일에 관한 조항도 없었으나 수도를 서울로 하고 있는 점에서 전한반도에서 시행할 것을 목적으로 한 것이라고 하겠다.

### 2) 1948년 헌법하의 무력통일정책

북한정권은 1949년 6월에 소위 조국통일민주주의전선을 결성하여

---

17) 상세한 것은 유양열, 북한의 통일정책, 민족통일의 길(강영훈박사고회기념논문집, p.239 이하, 양호민외저, 남과 북 어떻게 하나가 되나, 한반도 통일의 현실과 전망, 나남, 1992.

18) 상세한 것은, 국토통일원, 「남북한법체제의 비교연구-공법관계를 중심으로-」, 1972. 6. 참조. 국토통일원, 「북한법령집」 제1권 참조.

통일제안을 발표하였다. 그 골자는 i) 국제연합한국위원단의 철수, ii) 입법기관을 1950년 6월에 소집할 것을 목적으로 하는 남북제정당 사회단체대표로 구성되는 선거지도위원회의 구성 등이었다. 1950년 6월에는 1950년 8월까지 통일입법기관을 설립하자고 주장하였는데 이는 무력남침을 호도하기 위한 양동작전이었다.

1954년 휴전협정성립후 제네바에서 열린 정치회담에서 남일은 i) 남북조선대표와 사회단체대표로서 전조선위원회를 구성하여 통일선거법을 초안하고, ii) 중립국 감시위원단이 선거를 감시하도록 주장하였다. 여기서 병력을 각각 10만으로 감축할 것을 제안하고 주변국가의 보장을 요구하였다.<sup>19)</sup> 1954년 10월 30일 북한최고인민회의 제1기 제18차회의에서의 호소문은 평화통일문제를 토의하기 위하여 남북조선의 각정당사회단체 및 각계각층의 대표자연석회의 또는 조선민주주의인민공화국최고인민회의와 대한민국국회의 공동회의를 열자고 선전 호소하였다. 북한은 그 뒤에도 계속 평화통일공세를 취하여 선전에 급급하였다.

1957년부터는 조선문제의 평화적 조정을 위하여 남북조선의 대표를 참가시키는 유관국가들의 국제회의를 소집할 것을 제안하고 선거의 방법을 통한 통일을 주장하였다. 1959년에는 남북조선당국은 상대방에 반대하여 무력을 사용치 않을 것을 상호 선언할 것을 요구하였고, 4·19이후에는 평화통일공세를 보다 강화하였다.

1960년 8월 15일 경축사에서 김일성은 아직 남한이 자유로운 남북총선거를 받아들일 수 없다면 과도조치로서 남북한의 연방제를 제의한다 하였고, 이에도 동의치 않으면 남북한실무업계대표로 구성되는 순전한 경제위원회라도 조직하자고 선전하였다. 남북한연방제는 이 때 비로소 제안된 것으로 동독의 국가연합안을 모방한 것

---

19) 이하의 문술은 주로 국회도서관, 「통일백서」 연표에 의함.

이 특색이다. 그는 남북한에 현존하는 정치제도를 그대로 두고, 양 정부의 독자적인 활동을 보장하는 동시에 양정부대표로 구성되는 최고민족위원회를 조직하여 주로 남북간의 경제문화발전을 통일적으로 조정하자고 제의해 왔다.

1960년 11월에는 최용건이 이 연방제안을 상세히 구체화하여 발표하였으며, 최원택도 이를 호소하였다. 이는 남북교류 등을 주장함으로써 대한민국내의 동조세력을 고무하기 위한 것으로 보였다. 1961년 5월 9일에도 같은 주장들이 되풀이되었다. 5·16 이후에도 북한은 계속 평화통일공세를 폈다. 그런데 평화통일공세는 미군철수에 중점을 두었다. 1962년 10월에는 다시 무력불가침조약의 체결을 주장했고, 10만으로의 감군안을 들고 나왔다. 이 제의는 1963년 9월에도 반복되었고, 11월 22일의 유엔에 대한 각서에서도 나왔는데, 이는 선전공세에 불과한 것이었다고 할 것이다.

북한은 대내적으로 폭력혁명노선을 주장하였으나, 대외적으로는 계속 평화통일론을 주장하였다. 1966년의 제21차유엔총회와 1969년의 유엔총회에 보낸 비망록에서는 외군철수, 남북연방제 실시 등을 계속 주장하였다. 이러한 방안은 유엔에서의 토론에서 외군철수를 얻어내기 위한 방안이요, 전술적인 것이었다. 북한은 1970년 11월에 개최된 노동당 제5차대회에서 과거에 주장했던 통일방안을 재확인했다. 이는 i) 미군철수후 남북군대의 10만으로의 감군, ii) 무력불행사협정체결, iii) 경제·문화교류, iv) 총선거를 통한 통일정부 수립, v) 과도기조치인 연방제 실시 등이다.

1971년 4월 12일에는 허담이 8개항의 통일방안을 제시하였다. 그 내용은 i) 미군철수, ii) 남북한군대의 10만으로의 감군, iii) 한미 상호방위조약을 비롯한 조약의 폐기무효선언, iv) 외부세력의 간섭 없는 자주적이며 민주주의적 기초 위에서의 자유로운 남북총선거실

시로 인한 통일된 정부수립, v) 자유로운 남북선거를 위해 남북한 전지역에서의 정치활동의 완전자유보장과 정치범의 무조건석방, vi) 완전한 통일에 앞서 필요하다면 현재와 같은 남북의 판이한 사회제도를 그대로 두고서 과도적 조치로서 남북연방제를 실시, vii) 연방제를 받아들일 수 없다면 남북간의 통상과 경제적 협조, 과학·문화·예술·체육 등 상호교류와 협조를 협의하기 위하여 각정당사회단체들과 전체인민적 성격을 가진 사람들로써 남북한정치협상회의 진행이었다. 이 제안도 그 동안의 선전용의 되풀이였다.

그런데 1972년 1월 10일의 김일성은 i) 평화적 방법에 의한 자주통일, ii) 정전협정의 평화협정으로의 대체, iii) 남한에서의 미군철수와 남북한의 감군, iv) 남북정치협상의 진행, v) 유엔의 통한 결의취소 등을 주장하였다. 7월 4일에는 저 유명한 남북공동성명이 발표되었고, 통일요건기반조성이라는 명목으로 12월 27일 새로운 헌법을 제정공포시행하게 되었다.

## (2) 1972년 헌법의 통일조항

### 1) 1972년 헌법의 통일조항의 내용

1972년 헌법은 소위 사회주의헌법으로서 전체조선인민의 이익을 대표하는 자주적인 사회주의국가의 헌법이라고 호언하고 있었다.<sup>20)</sup> 이 헌법은 제5조에서 「조선민주주의인민공화국은 북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 전국적 범위에서 외세를 물리치고 민주주의적 기초위에서 조국을 평화적으로 통일하며 완전한 민족적

20) 1972년 헌법에 관해서는, 강구진, 「북한사회주의헌법」, 국토통일원, 1976; 중앙정보부편, 「북한헌법비판」, 1973; 장명봉, 「북한사회주의헌법상의 통치기구」, 1976 등 참조.

독립을 달성하기 위하여 투쟁한다」고 규정하고 있었다.

이 규정은 1968년의 동독헌법 제8조를 모방한 것으로 보인다. 이 헌법 제5조의 규정은 동독헌법의 규정과는 달리 남북동권을 규정하지 않고 있으며, 상호적 접근방법이 아닌 민주기지의 입장에 선 무력적화통일의 표현인 것처럼 보인다. 김일성은 1962년 12월부터 4대군사노선을 내세워 폭력혁명론을 전개했다. 그 내용은 i) 북한을 정치·경제·군사적으로 더욱 강화하고, ii) 남한인민을 정치적으로 각성 결속시켜 남조선혁명역량을 강화시키고, iii) 국제민주역량과의 단결을 강화한다는 3대혁명 역량을 강조하여 남조선혁명을 통한 통일을 강조하였다.

헌법 제14조에서도 이 자위적 군사노선을 강조하고 있었으며, 제16조에서는 민족해방투쟁과 혁명투쟁의 지지성원을 규정하고 있었기 때문에, 완전한 평화통일로 노선을 전환한 것이라고 보기는 어려울 것이다. 헌법 제11조는 「국가는 내외적대분자들의 파괴책동으로부터 사회주의제도를 보위하며 사상혁명을 강화하여 온 사회를 혁명화 노동계급화한다」고 하고 있어 전투적임을 알 수 있다.

## 2) 1972년 헌법하의 통일정책

북한이 7·4공동성명에 따라 남북조절위원회를 설치하기는 하였으나, 통일에의 노력은 포기하고 선전에만 집중하고 있는 감이 짙었다. 북측은 조절위원회에서, i) 조절위원회의 확대, ii) 정치협상의 개최, iii) 다방면적인 동시적 합작, iv) 선행조건으로 미군철수를 비롯한 평화협정체결을 내세우고 있었다. 1973년 8월 28일에는 남측조절위원회공동위원장을 기피함으로써 조절위원회를 기능상실케 하였고, 1974년에 들어와서도 선전에만 급급할 뿐 실질적인 문

제의 토의는 회피하고 있었다.

북한은 1973년 6월 23일 소위 평화통일오대강령을 발표하였는데, 그 골자는 다음과 같다. i) 군사적 대치상태의 해소와 긴장완화, ii) 정치·군사·외교·경제·문화 등 다방면적 합작과 교류, iii) 남북각정당 사회단체 각계대표로 대민족회의소집, iv) 고려연방공화국의 국호로서 연방제실시, v) 유엔에 단일국호로서 가입한다는 것이었다.

1979년부터 남북한의 변칙대좌가 시작되면서 북한은 남북연방제 통일방안을 계속 주장하게 되었다. 1980년 10월 10일 개최된 제6차 당대회에서 북한은 「고려민주연방공화국」이라는 새로운 연방제를 주장하였다. 연방기구로는 고려민족회의와 그 상설기구인 연방상설 위원회를 설치하여 남북한의 두 지역정부를 지도하며, 연방실시방침으로서 남북한의 합작과 교류를 내용으로 하는 10대시정방침을 실시하자고 주장하였다. 그리고 1983년 9월 9일에는 최고민족연방회의와 연방상설위원회는 남북이 공동의장과 공동위원장을 각각 선출하여 그들이 윤번제로 운영하는 제안을 하기도 하였다.

1991년 신년사에서 김일성은 “하나의 민족, 하나의 국가, 두 개의 제도, 두 개의 정부에 기초한 연방제형식으로 통일하자”고 제의하기에 이르렀다. 1991년 5월 3일에는 종래의 고려연방제를 일부 수정 「남북한의 2개 정부가 일정한도내에서 잠정적으로 외교군사권을 보유할 수 있다」고 하였다.

1990년 9월 4일부터 남북쌍방총리를 수석대표로 하는 남부고위회담이 서울과 평양을 오가면서 진행되었고 91년에는 남북한 UN에 동시가입하게 되었다.

1992년 2월 19일 평양에서 개최된 남북고위급회담에서 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서」와 「한반도의 비

핵화에 관한 공동선언」 「남북고위급회담분과위원회 구성운영에 관한 합의서」를 채택 발효시켰다.

이 남북기본합의서는 전국범위에서 외세를 물리치고 조국을 평화적으로 통일하기 위한 방편으로 채택된 것일 수도 있다.

### (3) 1992년헌법의 통일조항

#### 1) 1992년헌법의 통일조항

1992년헌법은 1992년 4월 9일 최고인민회의에서 수정된 것으로 많은 조항이 추가되었는 바 전7장 171조로 구성되어 있다.<sup>21)</sup> 그 특색은 마르크스 레닌주의 퇴조에 따르는 시대적 상황의 변화를 반영하고 대외적 경제개방정책을 시도하고 있다. 그런데 실질적으로는 내부적 결속을 강화시키기 위한 목적이 엿보이며 국방관련규정을 보강한 것이 특색이다.

1992년헌법에서는 구헌법 제5조의 규정을 개정하여 「조선민주주의인민공화국은 북반부에서 인민정권을 강화하고 사상, 기술, 문화의 3대혁명을 힘있게 벌려 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며, 자유, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다」(제9조)고 하고 있다.

1972년헌법 제5조보다는 약간 덜 전투적인 것처럼 보이나 제11조에서 「조선민주주의인민공화국은 조선노동당의 령도밑에 모든 활동을 진행한다」고 규정하고 있고, 전국적 범위를 삭제하였으나 그 당규약전문에서 「전국적 범위에서 민족해방과 인민민주주의과업완수」 규정을 준치시키고 있어 과거의 적화통일노선을 고수하고 있는

21) 개정문은 시사저널, 1992년 12월 15일호 참조.

것으로 보인다. 또 제1조에서 「조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적인 사회주의국가이다」고 하고 있어 유일합법정부주장을 포기했다고는 보기 어려울 것이다. 특히 제59조가 「조선민주주의인민공화국무장력의 사명은 근로인민의 리익을 옹호하며 외래침략으로부터 사회주의제도와 혁명의 전취물을 보위하고 조국의 독립과 평화를 지키는데 있다」고 한 것도 체제유지적임을 느끼게 한다.

## 2) 1992년헌법하의 통일정책

북한은 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서」를 체결·비준 발효시킨 뒤에 1992년헌법을 채택하였다. 그러나 헌법에는 이 기본합의서의 정신이 잘 반영되어 있지 않다. 그 뒤 5월 5일부터 8일까지 서울에서 제7차남북고위회담을 개최하였고 9월 15일부터 9월 18일까지 평양에서 제8차남북고위회담을 열었다.<sup>22)</sup> 이 평양회담에서는 「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. 북한의 대남적화통일노선에 실질적인 변화가 있었다는 증거는 아직은 찾을 수 없다고 하겠다.

---

22) 상세한 것은 남북대화 제55호와 제56호를 참조할 것.



## IV. 독일식 통일방안의 수용가능성

### (1) 서 설

남북한의 헌법은 평화통일에 관한 규정을 두고 있으나 평화통일의 방법론에 의견의 일치를 볼 수 없어 평화통일은 요원한 것처럼 보인다.

대한민국은 남북대화가 장기화될 전망이다, 국토통일이 단시일내에 성취되기 어렵다는 상황판단에서 선평화정착 후통일 이라는 독일식 통일방안을 제의하고 있다. 90년대에 들어 국제환경이 통일에 유리하게 전개되고 있으며, 또 북한도 어느 정도의 유화현상을 보여 남북간기본합의서와 부속합의서를 체결하였으므로 이는 동서독일기본조약의 체결과 비견될 수 있어 우리도 남북통일조약의 체결에 의한 독일식인 통일방안이 성공될 수 있을 것으로 보인다.<sup>23)</sup> 이에 독일통일방식을 알아 볼 필요가 있다.

### (2) 동서독접근과 교류에 따른 동독의 붕괴

서독은 Willy Brandt가 정권에 참여한 뒤 동방정책을 전개하여 동방국가들과 화해 협력하는 방향으로 나아갔다.<sup>24)</sup> 그 결과로 1972년에는 동서독기본조약(Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen des Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Dnmokratischen Republik)이 체결되었고<sup>25)</sup> 이에 따라

---

23) 상세한 것은, 김철수, “독일에서 배운다, 독일방식의 한반도적용가능성 문제”, 「월간중앙」, 1977년 7월호 참조.

24) 상세한 것은 김철수, 「분단국의 문제」, 1973 참조.

동서간 교류가 활발해졌다. 동서독간의 빈번한 교류에 따라 동서국민들은 서독의 실정을 알게 되었고 동독의 사회주의가 비민주적·비능률적임을 알게 되었다.

소련의 신사고정책에 따라 동구가 개방화되기 시작하였는데 동독도 예외는 아니었다. 1989년 동독인민들은 거주이전의 자유, 여행의 자유, 독일통일 등을 주장하여 시위를 벌였고<sup>26)</sup> 이들 동독인민들의 무혈혁명에 의하여 백림의 장벽은 1989년 11월 9일에 허물어지고 동독정권은 무너지기 시작하였다.<sup>27)</sup> 동독은 이 성공적 혁명에 의하여 기존의 헌법이 사실상 실효되었으며 새로운 헌법으로의 변천이 시작되었다. 1989년 12월 8일에는 새로 형성된 정당의 간부들이 모여 원탁회의(Runder Tisch)를 열어 이들 정당원들이 인민회의에 진출하기 위한 선거를 요구하게 되었다. 1990년 2월 16일에는 원탁회의에서 독일민주주의공화국의 잠정헌법(Vorläufiges Grundgesetz der DDR)이 발표되었으며<sup>28)</sup> 1990년 2월 18일에는 인민회의선거가 시행되었다. 이 잠정헌법은 헌법으로서의 형식으로 성립된 것이라기 보다는 선거공약으로서의 기능이 강했다. 1990년 4월 4일에는 원탁회의에서 동독헌법초안(Verfassungsentwurf für die DDR)이 작성되어 동독의회의원들에게 제안되었다.<sup>29)</sup>

1990년 6월 19일 동독인민회의는 헌법원칙법률(Verfassungs-

---

25) 동서독기본조약의 내용과 법적 성격에 관해서는 김철수, 분단국가의 법적지위와 동서독기본조약, 현대헌법론 참조.

26) 동독이 붕괴한 원인에 대해서는 여러 가지 의견이 있으나 그 중에서도 서독 기본법 제116조가 동독인까지도 모두 독일인으로서 서독의 국적을 가진다는 조항에 따라 동독인이 서독국적소유자로서 자유롭게 여행할 수 있었다는 것을 드는 사람도 있다.

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

28) 이 잠정헌법에 대해서는 Maunz-Zippelius, a. a. O., S.419f 참조.

29) 이 안은 Verfassungsentwurf für die DDR, Staatsverlag der DDR, 1990 참조. 그러나 이 헌법안은 채택되지 않았다.

-grundsatzgesetz)을 의회재적 3분의 2 이상의 찬성으로 가결하였는데 이는 인민의회선거전에 정부가 발표한 헌법안 등에 근거하고 있었다.<sup>30)</sup> 이 법률에서 동독정부에게 주권을 국가간의 기구나 서독의 기관에게 위양하는 것을 수권하였고 또 동독의 주권의 제한에 동의하고 있었다. 동독의 국가기관은 이 헌법원칙법률을 실효적인 헌법으로 인정하고 있었다.

1990년 7월 22일에는 동독지역에 5개의 지방을 재구성하는 헌법 법률(Verfassungsgesetz zur Bildung von Ländern in der Deutschen Demokratischen Republik-Ländereinführungsgesetz)을 통과시켜 Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen과 Thüringen 5개 지방을 재건하였다.

### (3) 통일조약의 체결

동서독통일을 위한 방법으로 동독헌법은 하등 규정을 두지 않았으나 서독기본법은 기본법 제23조와 제146조에 따른 두가지 방법을 예상하고 있었다. 서독의 집권당인 기독교민주동맹(CDU/CSU)은 제23조의 가입에 의한 조속한 통일을 주장하였고 야당인 사회민주당(SPD)은 점진적인 제146조에 의한 통일헌법제정방법을 원하였다. 독일통일의 조기실현을 위한 동서독정부는 제23조의 연방가입에 의한 통일방법을 채택하였다.<sup>31)</sup>

1990년 3월 18일 동독에서 행해진 인민의회선거결과 동독인들은

---

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

31) Press-und Informationsamt der Bundesregierung, Antikel 23 des Grundgesetzes, Bonn, 3. Aufl. 1990; 김철수, 현대헌법론 참조.,

서독연방에의 가입에 의한 통일을 원하게 되었고 이에 따라 동독정부와 서독정부는 협상을 하게 되었다. 1990년 4월 5일 서독정부는 통독조약에 주안을 둔 조약안을 제시하였고 1990년 4월 24일 코울 수상과 동독의 드 메지에르 수상간에 일차적으로 통화경제통합을 이룩하는데 합의하였다. 1990년 5월 2일 이후 통화동맹의 수립에 관한 협상이 개시되고 1990년 5월 18일에는 화폐·경제·사회동맹을 창설하는 조약(Vertrag über die Schaffung einer Währungs-Wirtschafts-und Sozial Union)을 체결하였고 7월 1일에 효력을 발생하였다.

이 조약을 제1차국가조약(Stattsvertrag)이라고도 한다. 이 조약의 체결로 동독은 서독기본법 제23조에 따른 서독연방가입으로 통일하도록 전문에서 선언하였고 동독헌법의 규정은 많이 변경되게 되었고, 종래의 사회주의적인 사회정치체제에 관한 동독헌법 중 이에 저촉되는 규정은 효력을 상실하게 되었다(제2조 2항). 쌍방은 법의 지배에 의하는 평화롭고 민주적이고 연방주의적 법치국가적인 사회적 기본질서를 구축하고 있었다.<sup>32)</sup>

1990년 7월 1일을 기하여 통화 경제 사회통합을 위한 국가조약이 효력을 발생하자 동독의 정권은 사실상 권력유지가 어려워졌다. 동독인민회의는 1990년 8월 23일 서독기본법 제23조에 따른 동독의 서독가입을 의결하였다. 이때 서독가입일을 10월 3일로 확정하였다.<sup>33)</sup> 동독의 서독연방에의 가입에 관한 서독정부와의 협상 끝에 동서독은 1990년 8월 31일 독일통일완성에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국간의 조약(Vertrag zwischen der Bundesrepublik

---

32) 이 조약의 내용에 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 조약은 통일조약(Einigungsvertrag)이라고 말하여지며 제2차국가조약이라고도 할 수 있다. 이 조약은 9월 20일과 21일에 서독하원과 동독참의원에서 3분의2 이상의 다수에 의하여 입법화되었다. 독일인민의회도 9월 20일에 3분의2 이상의 다수로 통과하였다. 통일조약의 체결은 선거조약의 체결과 밀접하게 연계되어 있었다. 전독선거일을 1990년 12월 2일로 하기로 결정한 것은 1990년 8월 13일이었다. 1990년 9월 2일에는 선거조약이 효력을 발생하였고 동독의 서독가입에 의하여 전독일에 걸친 하원의원선거가 가능하게 되었다. 선거조약(Wahlvertrag)은 서독선거법의 동독에의 적용을 규정하였고 서독정당법이 동독에도 적용되도록 하였으며 또 서독선거법의 일부개정을 가져왔다.<sup>34)</sup>

#### (4) 통일조약의 성격과 내용

통일조약은 헌법개정적 성격을 갖는 것으로 통일후에 있어서의 동독의 지위와 서독기본법상의 국가기구구성을 위한 기본법개정을 내용으로 하고 있었다. 통일조약 제1장은 동독의 서독가입으로 동독의 지방들이 독일연방공화국의 지방이 됨을 규정하고 연방수도를 백림으로 하고 가입일인 10월 3일을 독일통일절로 법정공휴일로 하고 있다. 동독의 서독기본법 제23조 2항에 따른 가입으로 동독국가는 몰락하고 국제법주체성을 상실하였다. 이에 반하여 서독은 국내

---

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

법적으로나 국제법적으로 단속 존속하게 되었다. 서독은 이제 동독을 흡수통일하게 됨으로써 그 영역 과거 동독영역까지 확대되게 되었다.<sup>35)</sup>

제2장에서는 서독이 통독으로 인하여 기본법을 개정하게 되었다. 제3장에서는 기본법이 새로이 가입한 5개지방에도 효력이 있음을 규정하고 제4조에서는 통일로 인한 기본법개정을 규정하고 있다. 첫째로는 전문을 개정하여 자유로운 민족자결로 독일의 통일과 자유를 완성했다고 선언하고 둘째로는 가입조항인 제23조를 삭제하고 셋째로는 연방참의원의 의결권수를 재조정하고 넷째로는 동독의 재산권이양에 관하여 규정하여 다섯째로는 경과규정으로 1992년 12월 31일까지는 구동독의 법질서가 기본법에 합치되지 않은 경우에도 계속 시행될 수 있음을 인정했고 여섯째로는 통일조항인 제146조를 개정하였다. 제5조에서는 통일이후 2년내에 통일과 관련된 문제를 해결하기 위하여 기본법을 보완하든가 개정하도록 권고하고 있다.<sup>36)</sup>

이 밖에 제3장이하에서는 여러 가지 경과조항을 두고 있다. 제7조는 재정헌법의 기본문제를 취급하고 있는데 서독의 재정헌법이 동독지역에도 적용됨을 규정하고 동독지역에 새로 생긴 지방과 연방과의 관계도 서독지역의 지방과 연방과의 관계와 일치하도록 하고 있으나 1994년말까지는 다른 배분방법에 따르도록 하고 있다. 제9조에서는 동독의 법률은 지방의 법률로 인정하고 계속 효력을 가지는 법률에 관하여 규정하고 있다. 제4장에서는 국제법적인 조약과 합의에 관한 규정을 두었고 제5장에서는 공공행정과 사법에

---

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

36) 통일조약의 내용에 관한 것으로는 B. Schmidt-Bleibtreu, Dr Einigungsvertrag im seiner rechtlichen Gestaltung und Umsetzung, *ibid*, S. 57ff 참조.

관한 규정을 두었고 제6장에서는 공공재산과 책무에 관해 규정하고 있다. 제7장에서는 노동, 사회가정, 여성, 보건과 환경보호를 규정하고 제8장에서는 문화, 교육, 과학, 체육에 대하여 규정하고 제9장에서는 경과규정과 종결규정을 두고 있다.

#### (5) 통독헌법의 개정문제

통일조약의 체결과 동독의 서독연방에의 가입, 독일전역에 걸친 통일선거의 실시로 독일은 통일되고 서독기본법은 독일연방공화국 기본법으로 명실공히 통일헌법이 되었다.

통일조약 제5조에서는 통일후에 통일과 관련된 헌법문제를 해결하기 위하여, 2년내에 기본법을 증보하거나 개정하도록 권고하고 있는데 이 요청은 1992년 10월 3일까지는 실현되지 않고 있다. 그 이유는 여·야간에 대립이 있었기 때문이다. SPD를 비롯한 야당은 헌법제정회의(Verfassungsrat)를 소집하여 새로운 헌법의 제정을 촉구하고 있고 CDU를 비롯한 여당은 헌법의 개정방법에 의하여 현행헌법을 개정하면 된다고 주장하고 있다.

1991년 11월 28일 CDU/CSU와 FDP는 연방의회에서 공화헌법위원회를 설치하게 했고 이 위원회에서 헌법개정안에 관한 자문을 하게 하였다. 현행헌법상에는 기본법 제79조에 따른 개정방법과 기본법 제146조에 따른 헌법제정방법이 있는데 어느 방법에 의할 것인가는 아직 확정되지 않고 있다. 공화헌법위원회에서 다루어질 헌법개정의 대상은 다양하다.<sup>37)</sup> 첫째로는 기본권과 관계되는 것이고 둘째로는 국가의 조직규범에 관한 것이고 셋째로는 국제법과 관련된

---

37) 간단한 해설로는 이승우, 독일통일과 헌법개혁논쟁, 공법학회 1992 발표문 참조.

것이다. 기본권에 관한 것은 과거 동독헌법에 규정되었던 것과 같은 생존권적 기본권의 규정을 포함할 것인가의 문제이고 국가의 조직규범에 관한 것은 연방재편성의 문제와 입법권능의 분배문제와 입법절차의 개혁문제, 의회의 자율적 해산문제, 직접민주정치제도도 입문제 등이 있다. 국제법과 관련된 것으로는 국제연합의 평화유지군과병문제와 망명권문제, 유럽 통합과 관련된 문제 등이다. 생존권적 기본권과 경제사회제도에 관한 것은 1990년에 제안된 원탁회의의 동독헌법초안(Verfassungsentwurf für die DDR)이 있고 또 그동안 동독지역에 있던 5개의 신생지방의 헌법규정을 참고하면 될 것으로 보인다. 이 밖에도 「독일제지방연방헌법초안」(1991년 6월 29일)이 야당측에서 제안되고 있다. 이 문제에 있어서는 우리나라에도 중요한 시사를 할 것으로 보이며 우리나라 통일헌법의 제정시에도 참고하여야 할 것이다.

독일통일, 유럽통합 등 국제적 환경의 호전에 따라 우리나라에서도 주변사대국과의 합의와 양당사자간의 합의 소위 Two plus Four의 협이에 의한 통일이 달성될 수 있을 것이다. 이를 위하여 양당사자가 남북한기본합의서와 부속합의서를 충실히 이행하여 독일과 같은 통일조약체결과 남북한통일헌법의 제정에 의한 통일이 달성되도록 노력하여야 하겠다.

## V. 한국통일헌법의 제정문제

### (1) 통일헌법의 적용문제



## 1) 현행헌법의 적용확대방식

우리나라의 통일방식에 대해서는 평화적 통일 규정밖에 없고 통일정책의 내용은 「자유민주주의적 기본질서」에 입각하도록 하고 있다. 우리 헌법에는 서독기본법 제23조와 같은 규정이 없기 때문에 가입에 의한 통일방법은 예정되지 않고 있다. 북한이 민주적 평화혁명에 의하여 자멸하는 경우에는 대한민국의 현행헌법을 북한에서 적용하기만 하면 된다. 과거 계엄제도연구단계에서 북한지역에 계엄을 실시하고 민사처리하기 위하여 통일후에 시행될 북한법의 연구를 한 적이 있었다고 한다. 흡수통일의 경우에는 이론상은 대한민국의 영역이 한반도전역에 걸치기 때문에 북한에의 대한민국헌법적용은 문제가 없고 이에 위반되는 북한의 법령의 효력을 어느 정도까지 인정할 것인가만 문제가 된다. 이 경우에는 북한의 주민의 동의없이 우리 국회에서 이에 관한 법률만 제정하고 정부에서 시행령만 제정하면 된다는 극단론도 나올 수 있다. 그러나 이러한 방식은 북한주민의 의사를 반영하지 않았다는 점에서 북한주민의 반발을 가져올 수 있다.

## 2) 통일헌법의 제정방향

이에 한민족공동체통일방안은 북한주민의 의사를 반영할 수 있도록 남북평의회에 의한 통일방안을 제시하고 있다. 남북평의회는 남북의 국회의원으로 구성되는 일종의 의회로서 남북이 서로 합의하면 제헌의회의 역할도 할 수 있을 것이며 여기서 통일헌법안을 만들고 의결하게 될 것이다. 남북의 합의에 의한 통일은 서독기본법 제146조에 의한 통일헌법제정방식이라고 할 것이다. 이 경우 헌법

제정의 방식이 문제된다.

대한민국헌법은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수행하도록 강제하고 있기 때문에(제4조) 통일헌법은 대한민국헌법의 자유민주적 기본질서는 침해할 수 없게 되어 있다. 자유민주적 기본질서에 대하여 우리 헌법재판소는 「자유민주적 기본질서에 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」<sup>38)</sup>고 하고 있는 바 이는 독일헌법재판소의 관례와도 일치하고 있다.<sup>39)</sup>

따라서 일인독재내지 일당독재는 헌법제정시에도 고려될 수 없는 것이요, 기본적 인권의 존중·권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립은 통일헌법제정시에도 배제할 수 없는 것이다.

이러한 최소한의 내용을 담은 자유민주적 헌법이 남북평의회에서 의결된 경우 국민투표에 회부할 것인가의 문제가 있다. 바꿔 말하면 현행헌법에 따른 개정절차를 밟을 것이냐 아니면 현행헌법의 개정절차에 구애되지 않은 새로운 헌법제정의 방법에 의할 것인가이다. 남북간의 합의에 의한 통일헌법의 제정의 경우 반드시 현행헌법의 개정방법에 따를 필요는 없을 것이요, 새로운 제정의 방법에 의할 수도 있다. 이 경우 국민투표제도는 필수적인 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. 독일기본법 제146조도 이에 관해서는 명백히 규정하지 않고 있다.<sup>40)</sup>

## (2) 통일헌법의 제정방향

### 1) 전문과 총강규정

대한민국헌법에는 전문이 있으나 북한헌법에는 전문이 없다. 헌법에 전문을 붙이는 것은 일반적인 경향이며 통일헌법에 있어서도 전문을 두어 통일헌법제정의 취지와 헌법이 입각하고 있는 기본적인 입장 그리고 이에 근거하여 헌법이 채택하고 있는 기본원리 내지는 기본이념을 표현하여야 할 것이다.<sup>41)</sup>

이 전문에서 특히 강조하여야 할 것은 한국이 상해임시정부의 법통을 계승한 대한제국의 계승정권임을 강조하고 일체의 한국합방이 무효이며 해방후의 남북한분단에도 불구하고 한민족이 통일체로서 기능 하였으며 민족사적인 정당성에 입각하여 통일헌법을 제정했음을 강조하여야 할 것이다. 전문에서는 기본이념으로서 ① 국민주권주의, ② 기본권존중주의, ③ 민족문화국가주의, ④ 국제평화주의, ⑤ 복지국가주의를 규정해야 할 것이다.

총강에서도 모든 국민에게 주권이 있는 국민주권주의를 선언하고, 계급독재주의를 배격하여야 할 것이다. 또 단일정당제도를 배제하고 복수정당제도를 보장하여야 할 것이다. 전국민에게 주권이 있

---

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

41) 독일기본법도 통일시에 전문을 개정하고 있으며 동독헌법안에서도 전문을 두고 있다. 통일헌법의 이념과 제도에 관해서는 김철수, 통일헌법의 이념과 제도, 고시계 1980. 1. 김철수, 통일한국의 미래상, 통일정책, 제5권 제4호, 1979. 12 참조.

고 모든 정책·정강이 자유롭게 발표되고 추구될 수 있는 복수정당의 존립이 보장되고 정당이 책임을 지는 정당국가화의 경향이 불가피할 것이다. 대한민국헌법에 있어서의 정당해산조항은 이를 삭제하고 공산당의 존립도 보장하는 복수정당제가 되어야 할 것이며<sup>42)</sup> 북한헌법에서와 같은 단일정당의 우월이나 (북한헌법 제11조) 1인승배정당이 배격되어야 할 것은 물론이다.<sup>43)</sup> 서유럽국가에서와 같은 보수, 자유, 공산, 사회정당들의 자유경쟁이 보장되는 정치체제가 마련되어야 할 것이다.

민족문화의 계승과 발전을 기하는 민족문화국가주의에 입각하되 국수주의적인 경향을 배제하고 평화애호국민으로서 세계평화주의와 인류공영주의를 채택하여야 할 것이다.<sup>44)</sup> 통일헌법제정의 목적이 민족의 통합, 동포애의 발휘 등에 있으므로 이를 명기할 것이요, 입헌주의와 법치주의, 국제법존중주의를 규정해야 할 것이다.

경제조항에 있어서는 사유재산제도를 보장하되 사유재산남용을 막기 위한 제도가 강구되어야 할 것이다.<sup>45)</sup> 원탁회의에서 의결된 동독헌법초안에서도 사유재산제도를 보장하고 있었다. 그러나 북한헌법은 1992년헌법에서도 생산수단에 대한 사유를 인정하지 않고 있다. 국민복지향상과 실질적 평등의 보장을 위한 재산형성정책의 수립과 소비자보호, 대기업의 횡포방지를 위한 소유상한제, 독과점제한 등 원칙도 규정되어야 할 것이다. 북한의 계획경제제도를 변경하여 이윤추구의 가능성을 보장하는 사회적 시장경제 내지는 수

42) 공산주의의 몰락에 따라 공산당의 재생은 생각할 수 없으나 사회주의적 정당까지 배제할 필요는 없을 것이다.

43) 북한헌법은 1992년개정에서 제1조를 신설하여 「공화국은 조선노동당의 령도 밑에 모든 활동을 진행한다」고 하여 당의 지배적 지위를 인정하고 있다.

44) 북한헌법은 제2조에서 혁명적인 정권임을 강조하고 있다. 그러나 제17조에서 대외정책의 기본이념에 관하여 규정하고 있다.

45) 북한헌법은 제19조에서 「사회주의적 생산관계와 자립적 민족경제의 토대에 의거한다」고 하고 있다.

정자본주의경제체제를 채택하는 것이 바람직할 것이다. 양경제체제의 통합에는 많은 문제점이 예상되나 양경제체제의 장점을 살리고 단점을 보충하는 측면에서 헌법이 규정되어야 할 것이다.<sup>46)</sup>

## 2) 기본권규정

기본권규정에 있어서는 대한민국헌법과 북한헌법의 규정을 보다 강화·보충하는 방향에서 헌법이 제정되어야 할 것이다. 이 경우에 준거가 될 수 있는 것으로는 세계인권선언, 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 유럽인권조약, 유럽사회헌장, 미주인권조약 등이 있다. 이 밖에도 전술한 동독헌법초안이며 독일제지방연방헌법초안을 참작할 수 있을 것이다. 동독헌법초안은 기본권에 관하여 40개조에 걸쳐 상세히 규정하고 있다.

대한민국헌법의 자유권적 기본권규정에 사상의 자유, 종교·교육의 자유, 국내외여행과 해외이주의 자유, 국내외로부터 정보에 접할 권리, 생명권, 인격권, 방송·방영의 자유, 알 권리, 정보전달수단이 용권과 정정보도청구권 등을 추가하는 것이 바람직할 것이다. 북한헌법의 자유권적 기본권규정은 낙후된 것이며 발달된 사회주의국가에 있어서는 국제연합의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이 체결·비준되고 있는 것을 볼 때 자유권적 기본권을 추가보완하는 것은 당연함을 알 수 있을 것이다.

생존권적 기본권에 관해서는 대한민국헌법규정에 북한헌법의 몇 규정을 추가하고 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약이나 유럽사회헌장을 준거하여 보다 상세한 규정을 두

---

46) 북한헌법은 「인민경제는 계획경제이다」고 명문화하고 있는데 이를 받아들일 수는 없다.

는 것이 바람직할 것이다. 혼인·가족제도를 보장하고 임산부·유아·소년 및 노인 에 대한 국가의 특별한 보호를 명기하여야 할 것이요, 자녀의 부양과 교육에 대한 양친의 권리를 규정하고 사생아의 평등보호 등도 규정하여야 할 것이다. 이와 관련하여 교육을 받을 권리를 보다 보완하고 의무교육의 확충을 규정해야 하겠다. 북한헌법은 교육·문화에 관한 많은 조항을 두고 있는데 「국가는 1년 동안의 학교 전 의무교육을 포함한 전반적 11년제 의무교육을… 높은 수준에서 발전시킨다」고 하고 있어<sup>47)</sup> 통일헌법에서도 10년제 의무교육으로 하는 것이 바람직하며 학령전 아동의 유치원교육의 의무화규정도 바람직할 것이다.

근로자의 완전고용의 권리와 적정임금 최저임금보장 등을 규정할 뿐만 아니라 휴식과 여가의 권리, 동일노동에 대한 동일임금의 권리, 남녀동일임금의 권리 등을 규정하고 노동자의 경영참여권과 노동자의 이익분배청구권 등을 규정하는 것이 바람직할 것이다. 북한헌법은 1992년 헌법에서 인민의 복지향상을 강조하고 있는 바 「모든 근로자의 먹고, 입고, 쓰고, 살 수 있는 모든 조건을 마련한다」고 하고 있다. 또 「대학과 전문학교학생에 대한 장학금을 지급한다」고 하고 있다. 또 환경권을 규정하고 있다. 통일헌법에서는 생존권적 기본권규정을 보완하고 의식주에 관한 권리 등을 보다 구체화해야 할 것이다.

청구권적 기본권에 있어서도 재판을 받을 권리를 보다 실효화할 것이며 법률구조를 받을 권리를 확장하고 공정한 재판을 받을 제도를 완비하여야 할 것이다. 형사보상청구권 이외에도 무죄판결시의 명예회복조치청구권을 규정해야 할 것이고 수형자의 인격권보장 등도 규정해야 할 것이다.

---

47) 북한헌법 제45조.

참정권에 있어서는 선거권자의 연령을 18세로 인하하여 정치활동의 폭을 넓혀야 할 것이다. 대한민국헌법은 선거권연령을 20세로 북한헌법은 17세로 규정하고 있는데 세계적 추세에 따라 18세로 하는 것이 바람직할 것이다. 18세 이상의 국민의 정당가입 정당활동 선거운동 등 정치활동의 자유를 규정하는 것이 바람직할 것이다.

의무규정에 있어서는 대한민국헌법의 의무규정에 국법준수의 의무 등 북한헌법의 규정을 추가하면 될 것이다.

### 3) 통치기구

통일헌법에서의 통치기구를 어떻게 할 것인가에 대해서는 많은 논란이 있을 것이다. 기본권규정에 있어서는 이상적인 규정이 가능하나 통치기구에 있어서는 시소를 초월한 이상적인 정부형태라는 것은 존재하기 어렵기 때문이다. 특히 통일당시의 남북한의 세력관계라든가 국제정세 등이 결정적으로 영향을 끼칠 것이기 때문에 단정적으로 말하기는 어렵다. 여기서는 가능한 정부형태 중 가장 바람직한 것은 어떤 것인가 한번 생각해 보기로 한다.

1970년 현재 세계 130여개국의 정부형태를 보면 대통령중심제국가 39개국, 의원내각제국가 66개국, 공산국가 14개국, 기타 10여개 국가로 나타나 있다. 이 중 공산주의국가는 최고회의가 모든 국가권력을 독점하여 집행부는 그 입법부의 피사용자에 불과한 것으로 입법부가 절대 우월한 형태이다. 이 경우 입법부를 지배하는 정당의 절대우월이 가능하며 국가권력의 집중으로 말미암은 국민의 기본권제한, 국가권력행사의 남용 등이 결과됨으로써 공산주의정부형태의 채택은 불가하다. 특히 북한헌법은 국가주석의 일인독재정권을 유지하고 있기 때문에 그러한 방식의 정부형태를 채택할 수는

없다. 평화적 통일을 전제로 하는 이상 일인이나 일당에게 전국가 권력을 집중하는 정부형태는 상상할 수도 없는 것이며 헌법재판소의 자유민주적 기본질서결정에도 위반되는 것이다.

대통령제는 권력분립형이기 때문에 고려할 여지는 많다. 미국식 대통령제는 대통령이 행정권의 수반이며 의회와 법원과 대등한 관계를 가지나 단일제를 채택하는 경우에는 집행부의 우월이 야기될 가능성이 많다. 통일에 대비한 협상과정에서 일방만이 집행권을 독점하는 미국식대통령제를 채택하는 것은 기대가능성이 적다. 물론 부통령제를 둔다던가 국무총리제를 두어 국가권력을 안배하는 것은 생각할 수 있을 것이다. 다만 대통령추대에 대한 사전조정이 이루어지지 않는 한 대통령제는 고려대상이 아니 될 것으로 보인다.

의원내각제의 경우 의회에서 의 다수결에 의하여 정부가 구성되며 의회에서의 대화와 토론을 통하여 다수자와 소수자의 정치적 타협을 가능하게 한다. 의회의원선거에 따라 국민의 의사가 정확히 반영되기 때문에 국민에 의한 통치라는 이념에도 적합하다고 하겠다. 의원내각제의 경우에는 의회의 다수파가 정부를 구성하고 그 경우 연립정부를 형성하기 때문에 의회와 정부간에 공화협조관계가 잘 유지될 수 있다. 만약에 협조가 잘 이루어지지 않는 경우 의회는 정부불신임권을 행사할 수 있고 정부는 의회해산권을 행사하여 국민에게 심판을 물을 수 있다.

의원내각제하에서는 의회가 대통령과 국무총리를 선출하게 되는데 남북 어느 일방에서 국무총리가 나오는 경우 다른 일방에서 대통령을 선출하여 양자가 서로 타협하여 행정부를 구성한다면 양자의 이질적인 요소의 융화에도 공헌할 것이 기대된다.

의원내각제에 있어서 정부에 대한 의회의 불신임권과 정부의 의원해산권이 남용될 때 정국의 불안정과 혼란이 초래될 가능성도 있



기 때문에 서독식인 건설적 불신임투표제도를 도입하면 정국의 불안도 막게 될 것이다.<sup>48)</sup>

국회는 국민에 의하여 직접선거하도록 할 것이며 입법권을 가진 최고기관으로 하여야 할 것이요 양원제가 바람직할 것이다. 국회는 정부에 대한 불신임권과 국정조사권 및 국무총리 국무위원들의 출석·답변요구권을 통하여 정부를 견제할 수 있게 하여야 할 것이다. 대통령의 지위는 형식적 의례적인 국가원수로 할 것이며 행정권은 국무총리를 수반으로 하는 정부가 맡도록 할 것이다. 정부는 국회에 대하여 연대책임을 져야 할 것이다.

법원의 독립을 보장하고 위헌명령·처분심사제를 두어야 할 것이다. 위헌법률심사와 헌법에 관한 쟁송사건을 심판하기 위하여 헌법재판소를 둘 것이며 헌법보장의 기능을 다하도록 하여야 할 것이다. 헌법재판소를 사법부의 최고기관으로 하며 그 아래에 행정재판소, 민사대법원, 형사대법원 등을 두는 방법도 검토할 수 있을 것이다.

### (3) 결 어

한반도의 평화적 통일을 달성하기 위하여 남북평의회를 구성하고 통일헌법을 기초하고 국민투표로 통일헌법을 확정하여 통일헌법에 의거 민주총선을 실시, 통일국회를 구성하고 통일정부를 수립하는 것은 가장 바람직한 통일방안이다. 그러나 남북상쟁을 겪은 한반도에서 그것이 일조일석에 이루어지리라고 생각하기는 어렵다. 그것이 당장에 실현될 수 없는 이상처럼 보이더라도 이의 관철을 위하여 온 국민은 전력을 경주하여야 할 것이다. 통일조국의 정치이념

48) 상세한 것은 김철수, 이상적인 정부형태, 고시계, 1982. 7. 참조.

이라든가, 국호, 대내외정책의 기본방향, 정부형태, 선거방법 등에 관해서는 양당사자의 의견이 첨예하게 대립될 것이 예상된다. 이러한 문제에 대해서는 남북한주민들간에 활발한 논의가 전개되어야 할 것이요, 민족적 합의가 이루어져야 할 것이다.

통일헌법초안을 작성하기 위한 기초로 많은 시안들이 발표되어 국민들의 비판을 받는 것이 필요할 것이요, 세계시민들의 공감대를 얻을 수 있는 초안이 마련되어야 할 것이다. 이때 저자들이 만든 통일헌법시안이나 동독합의시에 동서독학자들이 모여 만든 동독헌법초안이며 독일제지방연방헌법안 등 참조되어야 할 것이다. 우리도 하루 빨리 남북통일조약을 체결하고 통일헌법을 제정하는 단계로 나아가야 할 것이다.<sup>49)</sup>

---

49) 위 주에서 들지 않은 참고문헌으로는 다음과 같은 것이 있다.

田駿・石原崩記編 「한국・북조선통일문제자료집」 자유사, 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」 일본평론사, 1990.

ジョンA.サリバン 「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.

정용석, 분단국통일과 남북통일, 다나, 1992. 등

# 합헌적 법률해석의 본질과 한계

## -우리 헌법판례의 내용과 문제점-

허 영

헌법재판소 자문위원

연세대학교 법과대학 교수

### - 목 차 -

일. 글머리에

이. 합헌적 법률해석의 본질적인 내용과 기능

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

삼. 합헌적 법률해석의 한계

1. 법률의 합헌적 해석의 헌법수용적 한계

2. 법률의 합헌적 해석의 문의적 한계
3. 법률의 합헌적 해석의 법목적적 한계
4. 법률의 합헌적 해석의 문의적 한계와 법목적적 한계의 관계

사. 우리 헌법재판소의 판례를 통해서 본 합헌적 법률해석

1. 판례에 나타난 합헌적 법률해석의 유형과 내용
  - 가. 한정합헌결정
  - 나. 한정위헌결정
  - 다. 조건부위헌결정
  - 라. 일부위헌결정
2. 판례에 나타난 합헌적 법률해석의 문제점
  - 가. 일부위헌결정의 문제점
  - 나. 조건부위헌결정의 문제점

오. 글을 마치며

## 일. 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 28건<sup>1)</sup>의 법률에 대해 위헌결정(헌법불합치결정, 일부위헌결정, 한정위헌결정과 한정합헌결정 제외)<sup>2)</sup>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 지금까지 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 수단이지는 않지만, 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 범리를 왜곡시키고 있지는 않은가 하는 의혹을 사고 있다.

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

## 이. 합헌적 법률해석의 본질적인 내용과 기능

### 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 주어진 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 규범과괴적인 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 관점에서 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(동의법)에 대해서 규범통제가 행해지는 경우, 그 효력을 가급적 지속시키는 것이 국가간의 신뢰를 보호하고 신의를 존중하는 결과가 된다고 말할 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.

### 삼. 합헌적 법률해석의 한계

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.<sup>3)</sup> 그런데 법률의 합헌적 해석의 한계로서는 합헌적 해석의 헌법수용적 한계, 문의적 한계, 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(의제)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 문의적 한계

법률의 합헌적 해석은 본질적으로 법인식작용을 뜻하기 때문에 해석의 대상이 되는 법률규정의 문구가 간직하는 말뜻(문의)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 문의적 한계를 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 문의적 한계를 지키기 위한 필수적인 전제조건이다. 독일연방헌법재판소가 많은 판례를 통해<sup>4)</sup> 특히 법률의 합헌적 해석의 문의적 한계를 지키려고 노력하는 태도는 본받을 가치가 있다.

### 3. 법률의 합헌적 해석의 범목적적 한계

법률의 합헌적 해석은 민주적인 정당성에 바탕을 두고 활동하는 대의적인 입법권자의 입법의지를 되도록 존중해 주려는 법해석기술을 뜻하기 때문에 입법권자가 해석의 대상이 되는 법률규정에 의해서 추구하고 있는 명백한 입법목적은 훼손하는 일이 있어서는 아니된다. 대의민주국가에서 입법권자는 법률제정에 있어서 광범위한 입법형성권을 부여받고 있기 때문에 입법권자가 정당하다고 판단하는 정책목적은 법률제정에 의해서 구체화하고 실현시킬 수 있다. 입법권자가 설정한 정책목적의 옳고 그름은 법해석자의 심판사항이 아니고 주권자인 국민의 심판사항이다. 따라서 입법권자가 특정한 법률규정에 의해서 추구하고 있는 입법 목적을 헛되게 하는 방향의 합헌적 해석은 분명히 범목적적 한계를 일탈한 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 입법권자가 추구하는 입법목적의 테두리 내에서 그 입법 목적을 다소 제한하거나 보완하는 내용의 합헌적 해석은 허용된다고 볼 수 있다. 만일 해석의 대상이 되는 법률규정에 의해서 추구하는 입법목적에 대해서 어떠한 제한이나 보완도 허용되지 않는다면, 법률의 합헌적 해석은 사실상 불가능해지기 때문이다. 물론 입법권자가 추구하는 입법목적의 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)<sup>5)</sup>과 제2원(der zweite Senat)<sup>6)</sup> 사이의 견해차를 해소하기 위해서 제1원의 제청으로 소집된 제1원과 제2원의 전원합의체(Plenum) 심판에서도 독일연방헌법재판소<sup>7)</sup>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(상고수리)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 주장<sup>8)</sup>과는 달리 그러한 해석은 합헌적 법률해석의 범목적적 한계를 벗어난 것이 아니라는 점을 강조한다.<sup>9)</sup> 독일연방헌법재판소의 견해에 따르면 독일민사소송법상의 상고제한규정을 그렇게 제한해석하는 것은 입법권자가 이 규정을 통해서 추구하는 상고법원의 과도한 업무량의 감소라는 입법 목적을 완전히 변질시키는 것이 아니고, 헌법상의 법치국가원리 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 심판<sup>10)</sup>에서 또 하나의 합헌적 법률해석의 판례를 내놓았다. 독일연방헌법재판소는 일찍이 옥외집회의 48시간전 신고제도가 원칙적으로 헌법상의 집회의 자유를 침해하는 것은 아니라는 결정<sup>11)</sup>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 48시간전 사전신고의무를 획일적으로 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 48시간전 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 문의적 한계와 범목적적

## 한계의 관계

법률을 합헌적으로 해석하는 것이 불가피한 경우에 지켜야 할 문의적 한계와 범목적적 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 문의적인 측면에서는 문제가 없지 않더라도 범목적적인 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 문의적 한계의 논리만으로 설명한 것이 아니고 범목적적한계의 논리를 함께 동원한 논증형식이라고 볼 수 있다.

## 사. 우리 헌법재판소의 판례를 통해서 본 합헌적 법률해석

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. 판례에 나타난 합헌적 법률해석의 유형과 내용

우리 헌법재판소가 활용하는 합헌적 법률해석의 기술은 크게 네 가지 유형으로 구별할 수 있는데 한정합헌결정, 한정위헌결정, 조건부위헌결정, 일부위헌결정<sup>12)</sup>이 바로 그것이다.

---

12) 우리 헌법재판소는 '절적 일부위헌'이라는 표현을 쓰기도 한다. '절적 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.<sup>13)</sup> 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 들어서<sup>14)</sup> 위헌결정을 했다.

### 가. 한정합헌결정

그후 헌법재판소가 합헌적 법률해석에 의한 심판을 한 최초의 사건은 상속세법 제32조의 2의 위헌여부에 관한 헌법소원심판사건<sup>15)</sup>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 포섭될 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 위헌심판사건<sup>16)</sup>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 강조<sup>17)</sup>하고 있다. 헌법재판소는 그밖에도 도로교통법 제50조 제2항과 제111조 제3호에 대한 위헌심판사건<sup>18)</sup>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 위헌심판사건<sup>19)</sup>과 옛 집시법 제3조 제1항과 제호 및 제14조 제1항에 대한 위헌심판사건<sup>20)</sup> 그리고 국가보안법 제9조 제2항(편의제공)에 대한 위헌심판사건<sup>21)</sup>에서도 찾을 수 있다. 군사기밀보호법의 문제된 법조문은 헌법재판소의 판단에 따르면 법에서 정하는 「군사상의 기밀이 비공지의 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 심판사건<sup>22)</sup>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 사건<sup>23)</sup>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 헌법소원심판사건<sup>24)</sup>과 정기간행물등의등록등에관한법률(제7조 제1항)에서 정하는 등록요건에 관한 위헌심판사건<sup>25)</sup>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 범조항에서 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 헌법소원심판사건<sup>26)</sup>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 일부위헌결정<sup>27)</sup>, 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률(제5조 제1항)에 대한 일부위헌결정<sup>28)</sup>, 국가보안법(제19조)에 대한 일부위헌결정<sup>29)</sup>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 획일적 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(불고지)의 죄에 적용하는 것은 신체의 자유, 무죄추정원칙에 따른 불구속수사원칙, 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌이라고 한다.

## 2. 판례에 나타난 합헌적 법률해석의 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 운전기 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 해결되어야 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.<sup>30)</sup> 헌법재판소가 옛 사회보호법(제5조 제1항)의 위헌심판사건<sup>31)</sup>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 문의적 한계와 범목적적 한계를 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 대해 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.<sup>32)</sup> 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.<sup>33)</sup>

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

33) 헌법재판소는 이제 그 결정주문을 정형화하는 노력이 필요하다고 본다. 헌법재판소가 내놓은 다양한 결정주문을 정형화한다면, 합헌결정, 위헌불선언결정, 한정합헌결정, 한정위헌결정, 위헌불합치결정, 부분위헌결정, 위헌결정 등 7단계로 정리하는 것이 가장 합리적이라고 생각한다. 이른바 일부위헌결정은 한정위헌결정으로 통합시키고, 조건부위헌결정은 앞으로 지양하는 것이 옳다.

## 오. 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.

# 미국판례법상 과도한 광범성의 원칙

- The Overbreadth Doctrine -

이 동 흡

헌법연구부장

대구지방법원 부장판사

- 목 차 -

1. 과도한 광범성의 원칙의 의의
2. 주장의 적격성(Standing)과의 관계
  - (1) 주장의 적격성의 의의
  - (2) 적용상(as applied)심사와 문면상(on its face)심사
  - (3) 일반적 주장적격법칙(general standing rule)에 대한 판례
  - (4) 판례의 적용에 대한 제한
3. 실체적 기준으로서의 과도한 광범성의 원칙
  - (1) '실체적 기준으로서'의 의의
  - (2) 광범성의 정도의 문제(substantial overbreadth)



- (3) 과도한 광범성원칙의 적용한계
- (4) 문면상 무효선언의 제한
- (5) 축소해석에 의한 무효선언의 회피
- (6) 법원에 의한 수정헌법 제1조 권리와 정부의 이익의 비교  
교량

4. 막연하므로 무효의 원칙(Void-for-Vagueness Doctrine)과의 구  
별

## 1. 과도한 광범성의 원칙의 의의

미국의 연방대법원이 표현의 자유의 규제에 관한 위헌판단의 기준으로서 전개시킨 여러 가지 법원칙 중의 하나로서 과도한 광범성의 원칙(The Overbreadth Doctrine)이 있는 바, 과도한 광범성의 원칙이라 함은 표현활동을 규제하는 어떤 법률의 적용범위가 과도히 광범하고, 그 때문에 그것이 헌법상 보장되고 있는 표현활동도 규제·금지하는 것으로 되는 경우에는 그 법률은 과도한 광범성 때문에 문면상 무효(void for overbreadth on its face)로 되어야 한다는 것이다. 여기에서 주목할 점은 구체적인 사건에서 문제된 행위가 헌법상 보호되는 표현행위에 해당하는지를 불문한다는 점이다. 다시 말하면 구체적인 사건에서 문제된 행위가 헌법상 보호되지 않는 것이고, 따라서 만일 적절히 한정하여 규정했다라면 법률로 규제될 수 있는 것이었다고 하더라도 그 사건에 실제로 적용된 법률 규정이 과도하게 광범하면 그 규정은 문면상 이미 무효로서 적용될 수 없다는 것이다.<sup>1)</sup>

이 원칙의 논거로는 과도하게 광범한 법률의 존재 자체가 특정한 사건의 당사자가 아닌 다른 사람들의 헌법상 보호되는 표현활동을 미리 저지하는 효과, 즉 위축효과(chilling effect)<sup>2)</sup>를 가져오기 때문이라고 설명된다.

과도한 광범성의 원칙과 동일한 논거에 입각해 있는 관련 법원

---

1) 량건, 미국판례법상 표현의 자유와 「과도한 광범성의 원칙」(The Overbreadth Doctrine) 서울대학교 법학 23권 1호 229면

2) 과도히 광범한 법률은 그리스 신화에 나오는 Democles의 칼처럼 사람들의 머리위에 매달려 있는 것으로 비유적으로 설명되기도 한다. Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 2nd ed. 1988, p. 1023.

칙으로 막연하기 때문에 무효의 원칙(The Void-for-Vagueness Doctrine)이 있다. 이 두 원칙은 모두 표현의 자유에 대한 위축효과를 방지하자는 공통된 취지를 가지고 있고, 또한 실제의 사건에서 어떠한 법률의 위헌성을 이 양 원칙 모두에 입각하여 주장할 수도 있기 때문에 연방대법원의 판례 중에도 이 양자를 함께 취급하고 있는 경우도 볼 수 있으나 개념상 이 양자는 구분해야 할 필요가 있다.<sup>3)</sup> 이에 관하여는 뒤에 상론하기로 한다.

## 2. 주장의 적격성(standing)과의 관계

### (1) 주장의 적격성의 의미

주장적격(standing)이라 함은 헌법문제를 포함하고 있는 사건에 있어서 그 소송당사자간에 헌법상의 쟁점을 주장하는 적격성을 인정할 것인가 하는 문제에 관계되는 것이고, 어떤 사건 그 자체가 소송사건으로서 법원에 의해 받아들여질 것인가를 문제로 하는 소송요건과는 다른 것이다. 후자는 오히려 민사재판, 형사재판, 행정사건의 재판 일반에 관계되는 문제이지만, 전자는 그들 재판 중에서도 헌법문제를 포함하는 사건, 즉 헌법소송에 관계되는 문제라고 하는 의미에서 헌법소송에 고유한 요건이라고 말할 수가 있다.<sup>4)</sup>

### (2) 적용상(as applied)심사와 문면상(on its face)심사

---

3) 양건, 위 논문 230면

4) 藤井俊夫, 「過度の廣範性の理論および明確性の理論」 강좌 헌법소송 제2권 유비각 349면

적용상(as applied)심사란 법률의 합헌성심사를 어떤 특정의 사건에 있어서 그 법률의 적용마다에 개별적으로 음미하는 방법이다. 이에 의하면 그 특정사건에의 적용이 합헌적이면 그 법률은 그대로 적용되고, 반대로 그 적용이 위헌적이면 그것은 적용상 위헌이 되고 이후 그 법률은 그 적용에 관한 부분은 제거된 것이 된다. 이와 같이 위헌심사를 개개의 법률의 적용마다 행하는 것은 소위 「적용의 가분성」을 인정하는 것이다. 그래서 이 적용상의 심사방법은 그 중에 동시에 주장요건(standing)의 문제를 포함하고 있다. 즉, 이에 의하면 예컨대 형사피고인 A의 행위에 대하여 이 법률이 적용될 때에는 그 적용은 합헌적이라고 하는 경우에는 가사 다른 가상적인 상황에 대하여 그 법률이 적용된 경우에는 그것이 위헌적이라고 하더라도 A는 그것을 이유로 그 법률자체의 위헌을 주장하는 것은 허용되지 아니하는 것으로 된다.

이에 대하여 문면상(on its face)심사란 법률의 합헌성에 관한 심사를 어떤 특정의 사건에 있어서 법률의 적용이 합헌적인지 위헌적인지에 관계없이 우선 일반적으로 그 법률이 위헌적으로 적용될 수가 있는지 아닌지를 문제로 하여 만약 그 위헌적인 적용의 가능성이 있다고 하는 경우에는 그 법률은 문면상 위헌으로서 그 법률자체를 위헌으로 하는 음미방식이다. 이것은 말하자면 「적용의 가분성」을 부정하여 합헌인 적용과 위헌인 적용을 「불가분」으로 하는 것이다. 따라서 이에 의하면 주장적격과의 관계에서는 예컨대 위에서 말한 형사피고인 A는 그 문제의 사건과 전혀 상이한 다른 상황에 대한 그 법률의 위헌인 적용가능성을 이유로 하여 법률자체의 위헌성을 주장하는 것이 허용된다고 말할 수가 있다.<sup>5)</sup>

### (3) 일반적 주장적격법칙(general standing rule)에 대한 판례

아래의 Case들은 법률의 과도한 광범성을 이유로 그 법률을 공박하는 소송에 관하여 연방대법원이 만들어낸, 법률의 유효성을 다투는 소송당사자의 주장적격에 적용되는 일반법칙에 대한 판례들에 관한 것이다.<sup>6)</sup>

연방대법원이 *Broadrick v. Oklahoma*(1973)<sup>7)</sup> 사건에서 판시한 바와 같이, 법률의 합헌성을 다퉴 수 있는 주장적격에 관한 일반법칙으로서 「어떤 법률이 소송당사자 자신에 대하여 합헌적으로 적용된 이상 그 법률이 소송당사자 이외의 다른 사람에게는 위헌적으로 적용될 수 있다는 것을 이유로 소송당사자가 그 법률의 위헌을 다퉴 수 없다」는 법칙이 적용되어 왔다. 헌법상의 권리는 개인적인 것이며 타인에 의하여 대신해서 행사되어서는 안된다는 원칙도 이것과 밀접하게 관계된 것이다. 그러나 연방대법원은 가장 ‘중요한 상충하는 정책(weighty countervailing policies)’이 존재하는 경우에 한하여 위 법칙에 대한 약간의 한정된 예외를 인정하였다.

이들 예외 중의 하나가 연방대법원에 의하여 수정헌법 제1조의 영역에서 만들어졌는 바, 법률의 합헌성을 다투는 자는 만일 그 법률이 정밀하게 특정하여 규정되었더라면 그 법률이 자신의 행위를 규제할 수 없었을 것이라는 점을 입증하지 않고도 그 법률이 지나치게 광범하다는 이유로 합헌성을 다퉴 수 있다는 것이다.<sup>8)</sup> 피고가

---

5) 藤井俊夫, 전계 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.

수정헌법 제1조에 관련된 법률이 지나치게 광범위하므로 문면상 무효라고 주장할 수 있는 적격은 피고자신의 행위가 헌법상 보호되는 것인가 여부와는 관계없다는 것<sup>9)</sup>도 같은 취지이다. 달리 말하면, 비록 어떤 법률이 특정한 피고인의 행위에 적용될 때에는 막연하거나 광범위하지도 아니하고, 달리 무효가 아니라고 하더라도 피고인은 그 법률이 소송당사자로 되지 아니한 다른 사람에게 적용될 때에는 막연하거나 지나치게 광범하여 위헌이라고 주장할 수 있다는 것이다.<sup>10)</sup>

Broadrick v. Oklahoma(1973) 사건에서 판시한 바와 같이 소송당사자는 자신이 누리는 표현의 자유가 침해되었다는 이유 뿐만이 아니라 그 법률이 존재한다는 사실만으로도 당사자 이외의 다른 사람들이 헌법상 기본권으로 보장된 언론이나 표현을 삼가게 될지도 모른다는 사법적 예상을 이유로 법률의 합헌성을 다투는 것이 허용된다. 또한 Bigelow v. Virginia(1975) 사건에서 판시한 바와 같이 이러한 일반적인 주장적격에 대한 예외는 헌법상 보호되는 표현의 자유가 민주사회에서 가지는 우월적 지위를 반영하는 것이다.

일반적인 주장적격에 대한 예외는 형벌법규가 수정헌법 제1조와 관련하여 지나치게 광범하다는 이유로 합헌성이 문제될 때 특히 적용되어 왔다. 그러나 연방대법원은 표현의 자유와 관련되지 않은 통상적인 형벌법규가 지나치게 광범하므로 무효라는 주장은 받아들이지 않고 있다.

법원이 이러한 예외를 인정한 이유는 수정헌법 제1조의 영역에서

---

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

광범하고 부적절하게 적용되기 쉬운 처벌법규의 존재를 묵인할 위험성 때문이었다.<sup>11)</sup> 만일 그러한 예외가 인정되지 않으면 헌법상 보호받는 표현을 하려는 자가 있더라도 그러한 표현에 적용될 수도 있는 법률에 규정된 형사적 제재가 두려워 자신의 권리를 행사하는 것을 미리 포기할지도 모른다.<sup>12)</sup> 사전허가 없이 영화를 상영하는 것을 처벌하는 영화검열법의 위헌여부가 문제된 *Freedman v. Maryland*(1965) 사건에서 연방대법원은 표현의 자유의 영역에서 피고인의 행위가 적절하게 규정된 법규에 의하여 금지되는 것인지 여부 또는 그가 상영허가신청을 하였는지 여부를 불문하고 그 법규가 주행정기관에게 지나치게 광범위한 허가에 관한 재량권을 위임하였다는 이유로 위 법규위반으로 유죄판결을 받은 피고인은 그 법규의 합헌성을 다툰 주장적격이 있다고 판시하였다. *Doran v. Salem Inn, Inc.*(1975) 사건에서도 어떤 법률이 비록 특정한 피고인의 행위에 대하여는 합헌적으로 적용될 수 있다고 하더라도 그 법률이 당사자 이외의 다른 사람의 헌법상 보호되는 언론 또는 표현도 그 적용범위에 포함할 수 있도록 규정되었다면 피고인은 그 법률이 지나치게 광범위하므로 위헌무효라고 주장할 수 있다고 판시하였다. 락태를 격려하거나 촉진하는 내용의 출판물을 판매하거나 배포하는 행위를 경범으로 처벌하는 법률에 근거하여 유죄판결을 받은 신문편집인이 그 법률은 수정헌법 제1조에서 보장된 언론출판의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장한 *Bigelow v. Virginia*(1975) 사건에서 연방대법원은 편집인은 자신의 행위가 좀더 정밀하게 규정된 법규에 의해서 규제될 수 있는 것인지 여부에 관계없이 그 법률이 지나치게 광범위하여 문면상 무효라고 주장할 주장적격이 있으며, 집행

---

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

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

인은 위 규범에 따라 유죄판결을 받았기 때문에 현재 구체적으로 피해를 입고 있다거나 장차 그러한 피해를 입을 위험이 있다고 주장하여야 한다는 요건은 충족된 것이라고 판시하였다.

#### (4) 판례의 적용에 대한 제한

연방대법원은 *Bigelow v. Virginia*(1975) 사건에서 어떤 법률이 지나치게 광범위하다는 주장을 내세울 수 있는 주장적격 유무의 판단기준의 하나로서 그 법규가 광범하게 그리고 부적절하게 적용될 가능성이 있는가 여부를 들면서 주장적격을 갖추기 위하여 당사자는 어떤 법률이 자신의 수정헌법 제1조상 권리를 위축시키고 있다는 것 이상으로, 그 법률로 말미암아 현재 구체적으로 피해를 입고 있다거나 장차 그러한 피해를 입을 위험이 있다고 주장하여야 한다고 판시하였다.

*Colten v. Kentucky*(1972)<sup>13)</sup> 사건에서 판시한 바와 같이 수정헌법 제1조의 과도광범성원칙하에서 법률의 유효성을 다투는 당사자가 그러한 법률이 다른 사람의 헌법적으로 보호된 행위를 위협한다는 이유에 근거한 법칙은 그 당사자가 그것에 의하여 유죄판결을 선고받은 법률이 아닌 다른 법률을 지나치게 광범하다는 이유로 공격하는 데에는 적용될 수 없다.

끝으로 *Moose Lodge v. Irvis*(1972)<sup>14)</sup> 사건에서 연방대법원은 과도한 광범성의 원칙은 어떤 법률이 수정헌법 제1조의 권리행사에 미칠 수 있는 위축효과를 이유로 주장적격을 허용하는 것이고, 이 원칙은 수정 제1조에 관련된 영역이외의 영역에서 일어난 헌법소송

---

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 수정헌법 제14조의 평등보호조항이 문제된 Eisenstadt v. Baird(1972)<sup>15)</sup> 사건에서는 일반적인 주장적격에 대한 판례가 적용되었다.<sup>16)</sup>

### 3. 실체적 기준으로서의 과도한 광범성의 원칙

#### (1) 실체적 기준으로서의 의의-다른 심사기준과의 병용

과도한 광범성의 원칙의 실체적 기준으로서의 의의라 함은 요컨대 어떤 법률은, 그 적용범위가 과도히 광범하기 때문에 그 법률이 헌법상 보장된 권리를 규제하는 것이 되는 경우에는 법률 그 자체가 위헌으로 되어야 한다는 것이다. 이와 같이 이 원칙의 실체면으로서의 특색은 법률의 지나치게 광범한 적용이 헌법상 보장된 인권을 침해할 가능성을 가지고 있는 것을 비난한다는 점에 있다. 다만 실체적 기준이라고 하여도 이 원칙자체는 어떠한 규정방식이 되어 있는 경우에 문제의 법률이 지나치게 광범한 것으로 되는가, 혹은 어떠한 적용범위를 갖고 있는 경우에 그 법률이 지나치게 광범하게 되는가 등을 반드시 명백히 하고 있는 것은 아니다. 즉 법률의 적용범위가 어느 정도 지나치게 광범한 경우에 그것이 허용되는가, 혹은 허용되지 않는가 라고 한 구체적 내용을 반드시 나타내고 있지는 않는 것이다. 그 의미에서는 이 원칙은 어떤 법률이 지나치게 광범하다고 판단하기 위해서 또 하나의 실체적인 심사기준과 병용될 것이 필요하다. 예를 들면 「명백하고 현존하는 위협」의 원칙이

---

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) 원칙 등은 그러한 실체적 심사기준의 전형적인 레이다.<sup>17)</sup>

## (2) 광범성의 정도의 문제 (substantial overbreadth)

이 실체적 의미에서의 과도한 광범성의 원칙에 관하여는 어떤 법률이 지나치게 광범하기 때문에 위헌이라고 하는 경우에 그 광범성의 정도의 문제를 고려할 필요가 있다. 이것은 바꾸어 말하면 어느 정도의 광범성이 헌법상 비난받아야 하는가 하는 문제이다. 즉 위헌인 적용의 가능성이 조금이라도 있는 경우에는 그 법률은 무효로 되어야 한다고 할 것인지, 혹은 거꾸로 상당한 정도로 위헌적용의 가능성을 가지고 있지 않는 한 그 법률은 무효로 되어서는 안 된다고 생각할 것인가의 문제이다. 이것은 바꾸어 말하면 실체적 의미에서의 과도한 광범성의 원칙에 있어서는 법률의 광범성에 대한 비난의 강도에 관하여 정도의 차가 있을 수 있다는 것을 의미하고 있다. 그래서 이미 설명한 바와 같이 이 과도한 광범성의 원칙은 실질적으로는 다른 실체적 심사기준과 병용되고 있다고 하는 점에서 본다면 결국 이것은 어떤 인권규제입법에 대하여 법원이 어떠한 실체적인 위헌심사기준을 채용하는가 하는 문제에 귀착하는 것이 된다. 따라서 예컨대 명백하고 현존하는 위협이나 LRA 원칙 등과 같이 엄격한 기준이 위헌심사기준으로 채용된 경우에는 그것은 동시에 과도히 광범한 법률이 그 광범성의 정도에 관하여 비교적 엄격한 체크를 받고 있다는 것을 의미하는 것이다.<sup>18)</sup>

---

17) 藤井俊夫, 전계 논문 359, 360면

18) 藤井俊夫, 전계 논문 361면

그 의미에서는 광범성의 정도의 문제는 우선 첫째로 규제대상이 되고 있는 인권의 헌법상 서열에 따라 다른 것이 되고(예컨대 표현의 자유와 경제적 자유와의 차이), 또한 둘째로 동일한 인권이라도 시대배경에 따라 규제의 허용도, 즉 광범성에 관한 비난강도의 정도가 변화한다고 하는 점에 주의해야 한다. 미국에서의 근래의 경향은 이 후자의 예에 해당한다고 해도 좋을 것이다. 예를 들면 공무원의 정치활동을 금지하는 Oklahoma주법을 합헌이라고 한 *Broadrick v. Oklahoma*(1973)<sup>19)</sup> 판결에서는 단순한 언론이 아니고 행동이 문제로 되고 있는 때에는 법률의 과도한 광범성은 그 법률의 명백히 합법적인 적용범위에 비추어 보아 실제적(real)일 뿐만 아니라 동시에 상당한(substantial) 것이 아니면 안 된다고 하여 소위 「상당한 과도 광범성(substantial overbreadth)」이라고 하는 관념을 채택하였다. 이것은 동일한 표현활동이라도 순수한 언론(pure speech)<sup>20)</sup>과 행동(conduct) 사이에는 헌법상 보장의 강도에 차이가 있다고 하는 실제적인 가치판단을 전제로 하고 있다고 할 수 있고, 또한 동시에 이와 같은 실제적 판단에 관한 법원의 가치관의 변화를 나타내고 있다고 말할 수 있을지도 모른다.<sup>21)</sup> 한편 위 *Broadrick* 판결에 의하면 문제된 법률의 내용이 ‘비검열적’이고 ‘중

19) Oklahoma주의 직업공무원법 제818조는 일정한 부류의 공무원에 대하여 정치활동을 제한하였다. 본건에서 문제된 조항의 하나에 따르면, 「의견을 표명하거나 투표를 하기 위하여 시민으로서의 자신의 권리를 사적으로 행사하는 경우를 제외하고는 정당의 관리나 사무 또는 선거운동에 참여할 수 없다」고 규정하였고, 다른 조항들은 정치자금모금에 종사하는 것을 금지하고 정당위원회에 소속하는 것을 금지하였다. 본건 상고인은 자신의 상사를 위하여 선거운동을 하였는데 위 주법 제818조는 막연하고 또한 과도하게 광범하기 때문에 위헌이라고 주장하였으나 연방대법원은 5 : 4의 결정으로 상고를 기각하였다.

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, 진계 논문 362면

립적'이기 때문에 과도한 광범성의 원칙이 엄격히 적용되지 않는다고 보고 있는 바, 이는 문제된 법률의 성격에 따라 동 원칙의 적용상의 엄격성에 차이가 있다는 전제에 입각하고 있다. 이와 관련하여 과도하게 광범한 법률의 유형을 '검열적(censorial)' 법률<sup>22)</sup>, '금지적(inhibitory)' 법률<sup>23)</sup>, '교정적(remedial)' 법률<sup>24)</sup>의 세 가지로 구별하고 있는 것은 일고할만하다.

그런데 최근의 케이스들은 연방대법원이 과도 광범성의 원칙을 수정한 것만큼 포기하지는 않았다는 것을 보여준다. 주요한 발전은 연방대법원이 법률의 보호된 표현을 방해할 잠재성 때문에 법률전체를 무효로 하기는 매우 싫어한다는 것과 적용과정에서 주법원에 게 축소해석할 것을 기꺼이 허용한다는 것이다. 예를 들면 *New York v. Ferber*(1982)<sup>25)</sup>사건에서 연방대법원은 16세 미만의 어린이에 의한 성행위의 묘사를 배포하는 것을 금지한 주법에 근거한 형사유죄판결을 반대의견 없이 지지하였다. 연방대법원은 어린이 외설을 묘사한 책과 필름이 단순한 언론(pure speech)임은 인정하지만 그 법률에 근거하여 유죄가 된 어떤 사람에게 의한 소급적인 도전에 관련해서도 그 법률을 무효로 하기 위해서는 과도한 광범성은 상당해야(substantial) 한다고 판시하였다. 또한 *Ohralik v. Ohio State Bar* (1978)<sup>26)</sup> 사건에서 연방대법원은 변호사는 법적 조인을 구하지 않는 일반인에 대하여 자신의 서비스를 권유할 수 없다는

---

22) 특정한 공적문제에 관한 주장에 대해 부담을 가하려는 것으로 예컨대 범죄적 노동조합 지상주의법(criminal syndicalism laws)이 이에 해당한다.

23) 표현적 행위나 결사적 행위를 금지하는 것이면서도 그 영향은 주장되고자 하는 특정의 의견에 대해 중립적인 경향이 있는 것을 말하며 예컨대 명예훼손을 금지하는 규정이 이에 해당한다.

24) 표현의 자유와 관련된 가치를 옹호하기 위하여 일정한 표현행위를 규제하는 것으로서 예컨대 로비활동이나 선거운동을 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.

Ohio주의 유치행위 금지규정이 너무 광범하다는 상고인의 주장에 대하여 직접 변호사 본인이 하는 유치행위는 이른바 상업적 언론 (commercial speech)에 해당하며 그러한 상업적 언론은 비상업적 언론처럼 억지당할 것 같지는 않으므로 과도한 광범성의 원칙에 의한 특별한 보호를 요하지 않는다고 하고, 비록 상업적 언론을 행한 자가 과도한 광범성의 원칙에 입각한 주장을 할 수 있다고 하더라도 Broadrick 판결에 나타난 요건들을 만족시켜야 할 것이라고 판시하였다.<sup>27)</sup>

### (3) 과도한 광범성원칙의 적용한계

과도한 광범성의 원칙은 권리장전(Bill of Rights)<sup>28)</sup>에 의하여 보장되는 자유에 한하여 적용되는 것으로 판시되어 왔다.<sup>29)</sup> 부양아동이 있는 가족에 대한 연방구호법(Federal Aid to Families With Dependent Children Act) 하에서 가족단위로 지급받을 수 있는 구호금액의 최고한도를 제한하고 있는 주행정규칙(state regulation)이 부양아동이 많은 가족에 대한 복지금지급에 있어서 차별을 초래하기 때문에 수정헌법 제14조에 위반되는지가 문제된 *Dandridge v Williams*(1970)<sup>30)</sup> 사건에서 연방대법원은 위 규칙이 위 평등보호조

---

27) Laurence H. Tribe Id. at 1026

28) 미국의 연방 및 주의 헌법 중 기본적 인권의 보장에 관한 규정을 말한다.

29) Notes, The Frist Amendment Overbreadth Doctrine, 83 Harvard Law Review(1970) 844, 860번도 문제의 법률이 수정헌법 제1조의 보호범위과 상당한 정도로 관련되는 경우에 한하여 과도한 광범성의 원칙에 따라 합헌성이 심사될 수 있는 것이라고 한다. 즉 어떤 법률이 단지 부수적이고 우발적으로 표현의 자유에 영향을 미치는 경우가 있을 수 있다는 것만으로는 부족하고 문제의 법률이 주로 표현·결사활동과 상당한 정도로 관련이 있는 행위에 적용되는 경우이어야 한다.

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

항을 위반하지 아니하였다고 관시하면서 「만일 이 사건이 수정헌법 제1조의 언론자유보장을 위반한 공권력행사가 문제된 사건이었다면, 다른 유효한 행정규칙이 지나치게 광범하게 적용되어 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 행위에 영향을 미치게 되었을 때 그 지나치게 광범하다는 사실 자체로 인하여 그것이 위헌으로 되기 때문에 지나치게 광범한가 여부의 인정은 중요하고 결정적이다. 그러나 이 사건에서 문제되고 있는 행정규칙은 권리장전에 의하여 보장되는 자유에 영향을 미치지 않는 사회적 또는 경제적 분야에서 제정된 규칙이므로 이 경우에는 지나치게 광범하다는 개념이 작용할 여지가 없다」고 설시하였다. 한편 언론·결사의 자유와 밀접하게 관련된 수정헌법 제5조에 의하여 보장되고 있는 자유가 논의된 *Aptheker v. Secretary of State*(1964)<sup>31)</sup> 사건에서 연방대법원은 공산당조직의 회원에 대하여 파괴행위 단속위원회의 최종명령통지에 의하여 여권의 등록, 신청 및 사용시도를 금지한 연방법원이 ‘지나치게 광범위하고 무차별적으로’ 여행의 자유를 제한하고 이로써 수정헌법 제5조에 의하여 보장된 자유를 제약하였기 때문에 문면상 무효라고 선언하고, 이에 덧붙여 「여행의 자유는 언론 및 결사의 자유와 밀접하게 관련된 헌법상 기본권이므로 의회가 합헌적으로 원고들의 여행을 금지할 수 있는 법률을 작성할 수 없었을 것이라는 점을 원고들에게 입증하도록 요구해서는 안 된다. 또한 본건 법률은 명확하고 정확하게 규정되어 있으므로 이 법률을 실질적으로 다시 고쳐 쓰기 전에는 축소해석의 방법으로 그 법률의 지나치게 광범한 적용범위와 무차별적인 적용성향을 제한할 수 없다」고 관시하였다.

반면에 법률이 지나치게 광범위해서 권리장전에 의하여 보장된

---

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

자유가 아닌 다른 연방헌법상 규정들을 침해했다고 판시한 케이스들도 있다. 예컨대 Eisenstadt v. Baird(1972)<sup>32)</sup> 사건에서는 연방대법원은 주의 피임약반대(anticontraceptive)법이 수정헌법 제14조의 평등보호조항을 침해하였다고 하면서 그 법률이 건강법령(health measure)의 의도였다면 모든 피임약이 잠재적으로 위험하지는 않는 것이어서 그것은 기혼자에게 미치기 때문에 지나치게 광범위하다고 판시하였다.<sup>33)</sup>

#### (4) 문면상 무효선언의 제한

연방대법원은 첫째 법률이 유효하게 적용될 상황이 상당히 많은 경우, 둘째 그 법률이 쉽게 구별하거나 합헌적으로 금지할 수 있는 행위의 전체영역을 망라한 경우, 셋째 법률이 축소해석이 가능한 경우 등에는 법률의 문면상 무효선언을 하기에 부적당하다고 판시하였다.

Parker v. Levy(1974) 사건에서 연방대법원은 어떤 법률이 합헌적으로 적용될 수 있는 경우가 상당히 많은 경우에는 그 법률을 문면상 무효로 하지 않을 것이라고 판시하였고, 비록 그 법률이 수정헌법 제1조의 가치를 침해할 한계적인 적용이 있더라도 법률의 나머지 부분이 쉽게 구별하고 합헌적으로 금지할 수 있는 행위의 전체 영역을 망라하는 경우에는 문면상 무효선언이 부적절하다고 판시하였다.<sup>34)</sup> 또한 연방대법원은 Broadrick v. Oklahoma(1973) 사건에서 법률을 지나치게 광범위하다는 이유로 문면상 위헌이라고

---

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 약(strong medicine)’이며 그러한 선언은 매우 드물게 그리고 최후의 수단으로 이용되어 왔다고 판시하였고, 그 법률을 한정해석할 수 있는 경우에는 법률의 문면상 무효선언은 부적절하다고 하였다. 또한 연방대법원은 *Erzoznik v. Jacksonville*(1975) 사건에서 「법률이나 법령의 적용범위가 지나치게 광범위하면 수정헌법 제1조의 권리행사가 억지될 수 있지만 문면상 무효라는 판단을 할 때는 신중을 기하여야 한다. 왜냐하면 법률의 무효화는 주의 규제계획을 불필요하게 방해하는 결과를 초래할지도 모르고, 경합하는 이익을 조정함에 있어서 주법원에 의하여 축소해석이 가능하다면 주법이 문면상 무효로 판단되어서는 안 된다」고 판시하였다.<sup>35)</sup>

#### (5) 축소해석(narrowing construction)에 의한 무효선언의 회피

##### 가. 연방법률과 주법률에 대한 연방법원의 심사범위에 있어서의 차이

법원이 과도하게 광범한 법률이 헌법상 보호받는 행위에 잘못 적용될 수 있는 사례를 신속하고도 효과적으로 제거할 수 있는 적절한 조치를 강구할 수 없는 경우가 아니면 그 법률을 문면상 전부무효라고 판단하는 것은 부적절하다<sup>36)</sup>

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 법률전체를 무효화하기 보다 지나치게 광범한 법률에 대해 재해석적인 수술(reconstructive surgery)을 시행하고, 추가 헌법을 위반함이 없이 그 법률을 복권시킬 것을 기대하였다. Laurence H. Tribe Id. at 1027



그런데 과도 광범성 때문에 수정헌법 제1조를 위반한 법률이 축소해석에 의하여 유효화될 수 있는지 여부를 결정하는데 있어서, 연방대법원은, 과도한 광범성 원칙에 한정되지 아니한 일반법칙에 근거하여, 연방과 주법률에 대한 심사의 범위를 구별하였다. 이 일반법칙은 연방대법원은 헌법적인 쟁점을 피하도록 주법률을 유권적으로 해석할 관할권이 없으나, 연방법률에는 그러한 유권적 해석을 할 권한을 가지고 있다는 취지이다.<sup>37)</sup> 연방대법원은 연방대법원이 주법률을 유권적으로 해석할 관할권이 없기 때문에 주법원만이 필요한 축소해석을 할 수 있다고 판시하였다.<sup>38)</sup>

## 나. 연방법률

「법원은 만일 헌법문제의 판단을 회피할 수 있도록 법률을 해석하는 것이 가능하다면 그와 같이 해석할 의무가 있다」는 일반법칙에 의지하여, 연방대법원은, 연방법률은 대법원 스스로 문제의 법률을 축소해석함에 의하여 지나친 광범성을 이유로 한 무효로부터 구제될 수 있다고 판시하였다.<sup>39)</sup>

과도하게 광범하므로 수정헌법 제1조를 위반한 것으로 인정된 법률을 축소해석하여 그 무효선언을 회피할 수 있다는 법칙은 *United States v. Thirty-Seven Photographs*(1971) 사건에서의 다수의견에 잘 나타나 있다. 그 사건에서 세관원에 의한 외설물의 압수를 규정한 연방법률(19 USCS 1305-a)이 상대적 사용을 위한 수입 뿐만 아니라 개인적 사용을 위한 수입도 금지하기 때문에 과도하게 광범하

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 전체로서 무효화시키는 것은 적절하지 아니하고 이를 제한적으로 해석하여 상대적 사용을 위한 수입에 한하여 적용하는 한 유효라고 하여야 한다고 판시하였다.

마찬가지로 하급법원이나 법집행을 담당하는 행정기관이 문제된 법률을 축소해석함으로써 과도하게 광범하다는 이유로 법률을 무효화시키는 것을 회피할 수 있다고 판시하였다. United States Civil Service Com, v. National Asso. of Letter Carriers (1973)<sup>40)</sup> 사건은 공무원임용위원회(Civil Service Commission)에 의한 해석의 예이고, Parker v. Levy(1974)<sup>41)</sup> 사건은 연방군사항소법원(U. S. Court of Military Appeals)에 의한 해석의 예이다.

그렇지만 연방대법원이 문제된 법률의 합헌적인 적용을 생각할 수 있을 때는 언제나 연방대법원은 그 병기고로부터 전체법률의 문면상 무효화를 제거해 버렸다고 말할 정도는 아니다.<sup>42)</sup> 연방대법원은 Aptheker v. Secretary of State(1964) 사건에서 과도하게 광범위하므로 무효라고 주장된 법률이 정확하고 명확하게 규정되어 있어서 그 법률을 실질적으로 다시 고쳐 쓰지 않는 한 해석의 방법으로 그 적용범위를 제한하는 것이 불가능하므로 그 법률은 지나치게 광범위하므로 무효라고 판시하였고, 또한 Village of Schaumburg v. Citizen for a Better Environment(1980)<sup>43)</sup> 사건에서 그 규정을 지지할 다른 이론적 근거나 절단할 수 있는 논리적 사항을 발견할 수 없다면 연방대법원은 그 법률을 전체로 무효화시킬 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)<sup>44)</sup> 사건에서 연방대법원 자선기금모금비용에 관하여 25%의 제한을 부과한 법률에 대하여, 자선단체가 모금에 소비한 돈의 액수에 대한 제한은 정보의 선전과 기부권유를 위하여 돈을 소비할 수정헌법 제1조의 권리를 직접적으로 제한하였고, 그 법률은 비영리단체에 의한 사기적인 권유로부터 공중을 보호하는데 있어 정부의 이익을 증진하기 위하여 정밀하게 다듬어질 수는 없다고 판시하였다.<sup>45)</sup> Munson사건에서의 법률은 그 뿌리째 썩었기 때문에 위헌적인 가치를 잘라 낼 수가 없다고 비유적으로 설명되기도 한다.<sup>46)</sup>

#### 다. 주법률

연방대법원은 판시하기를, 주법률이나 규정이 주법원에 의하여 유권적으로 해석되었을 때 수정헌법 제1조와 제14조에 의하여 보호된 언론에 적용되지 않을 것 같은 경우에만 구술된 말(spoken words)만을 벌하는 주법률이나 규정이 과도한 광범성을 이유로 한 공격에 버틸 수 있다고 하였다.<sup>47)</sup>

Law Students Civil Rights Research Council, Inc. v. Wadmond (1971)<sup>48)</sup>; Colten v. Kentucky(1972)<sup>49)</sup>; Broadrick v. Oklahoma (1973) 사건에서는 주법률에 대한 과도 광범성의 도전이 주법원이 그 법률에 대해 축소해석을 하였다는 이유로 연방대법원에 의해 기각되었고, 반면에 Cox v. Louisiana(1965)<sup>50)</sup>, 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)<sup>51)</sup>, *Lewis v. New Orleans* (1974)<sup>52)</sup> 사건에서는 주법률에 대한 주법원의 해석이 그 범위를 적절하게 축소하지 못했기 때문에 그 주법률은 과도한 광범성 때문에 무효라고 판시되었다. *Erznoznik v. Jacksonville* (1974) 사건에서 연방대법원은 주법률을 과도한 광범성을 이유로 무효라고 하면서 그 법률이 축소해석에 적합하지 않다고 판시하였다.

#### (6) 법원에 의한 수정헌법 제1조 권리와 정부의 이익 (governmental interests)의 비교교량

법률이 위헌적으로 과도히 광범한지 여부를 결정하는데 있어서, 연방대법원은 다음 사건들에서 수정헌법 제1조의 자유에 관련된 정부의 이익을 비교해 보았다. 즉 *Keyishian v. Board of Regents* (1967)<sup>53)</sup>, *Procunier v. Martinez*(1974)<sup>54)</sup>, *Erznoznik v. Jacksonville* (1972)<sup>55)</sup>, *Grayned v. Rockford*(1972)<sup>56)</sup> 사건 등에서는 문제된 법률과 규정을 유효라고 하였다.

*Colten v. Kentucky*(1972)<sup>57)</sup> 사건에서 연방대법원은 과도하게 광범하다는 도전을 받는 주의 풍기문란행위법률을 유효라고 하면서, 표현에 있어서의 개인적인 이해가, 모든 관련요인에 비추어 판단해서, 그 시간과 장소에서 그 표현을 막는데 있어서의 특정한 공공의 이익과 비교해 보아 사소할 때에만 그 법률은 시행된다는 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

근거로 하였다. 반면에 *United States v. Robel*(1967)<sup>58)</sup> 사건에서 연방대법원은 연방법률을 과도 광범성이라는 치명적인 결함을 이유로 무효로 선언하면서, 연방형사사건에서 피고에 의해 주장된 수정헌법 제1조의 권리에 대해 그 법률에 나타난 정부의 이익을 비교함으로써 그 사건을 결정할 것을 거부하였다. 대법원은 단지, 헌법은 사회권한과 개인의 권리 사이의 충돌은 그 충돌을 피하기 위하여 보다 정밀하게 묘사된 입법에 의해 조절되는 것을 요구한다고 판시하였을 따름이다. 이와 관련하여 *Procunier v. Martinez*(1974)<sup>59)</sup> 사건에서 언급된 법칙, 즉 수정헌법 제1조의 자유에 대한 제한은 관련된 특정한 정부의 이익의 보호에 필요한 것보다 더 커서는 안된다는 것은 주목할만 하다.

#### 4. 막연하므로 무효의 원칙(Void-for-Vagueness Doctrine)과의 구별

과도한 광범성의 원칙과 막연성의 원칙의 차이는 과도 광범성의 원칙이 원칙적으로 수정헌법 제1조의 영역에서 적용될 수 있고 또한 명확성과 정확성이 결여되지 않은 법률을 무효로 할 수 있는데 반하여, 막연성의 원칙은 수정헌법 제5조 및 제14조의 적법절차조항(the due process clause)에 근거하고 또한 명확성과 정확성이 결여된 법률에만 적용될 수 있다는 것이다.<sup>60)</sup>

연방대법원은 *Zwickler v. Koota*(1967)<sup>61)</sup> 사건에서 위 두 원칙을

---

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 막연하므로 무효의 원칙은 어떤 행위를 금지 또는 요구하는 법률에서 사용된 용어가 막연하여 보통의 지성을 가진 사람이 그 의미를 어렵짐작할 수밖에 없고 그 적용여부에 관하여 의견이 달라지는 경우 위 법률을 무효로 하는 것이고, 반면에 과도하게 광범하므로 무효의 원칙은 법률이 비록 불명확하거나 부정확하지 않다고 하더라도 주가 합헌적으로 규제할 수 있는 행위를 통제 또는 방지한다는 정부의 목적을 불필요하게 광범한 적용범위를 갖는 수단에 의하여 달성하고 그 결과 수정헌법 제1조가 보호하는 자유의 영역을 침해해서는 안된다는 헌법적 원리를 위반한 경우 그 법률을 무효로 한다는 것이다. 또한 *Grayned v. Rockford*(1972)<sup>62)</sup> 사건에서 위 두 원칙을 구별하면서, 적법절차의 기본원리는 무엇을 금지하는지 명확하게 규정하지 아니한 법률은 무효라는 것이고, 반면에 헌법상 보호되는 행위까지 그 적용대상에서 금지하는 법률은 비록 그것이 명확하고 정확한 법률이라 할지라도 지나치게 광범할 수 있다고 설명하였다.

약간의 사건들, 예컨대 *Keyishian v. Board of Regents*(1967)<sup>63)</sup>, *Coates v. Cincinnati*(1971)<sup>64)</sup>, *Plummer v. Columbus*(1973)<sup>65)</sup> 사건 등에서는 법률이 과도 광범성 및 막연성의 두 가지 이유 때문에 무효로 되었다. 어쨌든 연방대법원은 과도광범성의 원칙과 막연성의 원칙을 항상 명백하게 구별하지는 않았는 바, *Cox v. Louisiana*(1965)<sup>66)</sup> 사건에서는 문제된 법률은 「그 과도하게 광범한 영역에서 위헌적으로 막연하다」는 용어를 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 원칙이 얽혀있는 대표적 사건으로는 NAACP v. Button(1963)<sup>67)</sup> 사건이 있다. 호객꾼(‘runner’ or ‘capper’에 의한 법률사무의 유치를 금지하는 주형사법률이, 위 용어의 정의에 있어, 자기가 당사자가 아니고 금전적인 권리나 책임을 지지 않는 소송과 관련하여 변호사를 고용한 개인이나 단체의 대리인을 포함하였는 바, 주최고법원은 그 법률이 장래의 소송당사자가 특정한 변호사의 조력을 구하도록 도움받는 어떠한 준비도 금지하는 것으로 해석하였다. 연방대법원의 판결은 그 법률이 위헌적으로 막연하고 따라서 부적절하게 수정헌법 제1조와 제14조에 의해 보호된 표현의 자유와 결사의 자유를 침해하였으므로 무효라고 판시하였다. 또한 연방대법원은 막연성과 과도한 광범성의 부당한 속성은 형사피고인에 대한 적절한 통지의 결여나 입법권의 경로를 밟지 않은 위임에 달려 있는 것이 아니라 수정헌법 제1조 영역에 있어서 광범하거나 부적절한 적용가능성이 있는 형사법규의 존재를 묵인하는 위험에 달려 있다고 판시하였다.<sup>68)</sup>

---

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

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

[참 고 문 헌]

- 양 건, 미국판례법상 표현의 자유와 「과도한 광범성의 원칙」  
(The Overbreadth Doctrine) 서울대학교 법학 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」 강좌 헌법소송  
제2권 유비각 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



# 헌법연구관제도의 개선방안

양 삼 승

전 헌법연구부장

서울지방법원 부장판사

## - 목 차 -

### I. 머 리 말

### II. 우리나라 대법원의 재판연구관제도

가. 연 혁

나. 선 발

다. 조 직

라. 기능(운영)

마. 평가 및 장래의 전망

### III. 일본 최고재판소의 조사관제도

가. 연 혁

나. 선 발

다. 조 직

라. 기능(운영) (1) 일반원칙 (2) 구체적 직무

마. 평가 및 장래의 전망

IV. 미국의 law clerk제도 (특히 연방최고재판소의 경우)

가. 연 혁

나. 선 발

다. 조 직

라. 기능(운영)

마. 평가 및 장래의 전망

V. 독일 헌법재판소의 연구관제도

가. 연 혁

나. 선 발

다. 조 직

라. 기능(운영)

마. 평가 및 장래의 전망

VI. 결론의 도출을 위한, 헌법재판의 특수성 확정

VII. 결론의 도출을 위한, 헌법재판관의 업무의 분석

VIII. 바람직한 연구관의 모습

IX. 바람직한 연구관제도의 모습

가. 서 론

나. “전속연구관”과 “공동연구관”의 문제

- 다. “자체연구관”과 “파견연구관”의 문제
- 라. 연구관의 “수” 및 “구성”의 문제
- 마. 연구관제도의 조직의 문제
- 바. 연구관제도의 운영(기능)의 문제

[참고문헌] 및 [요약]

## I. 머 리 말

가. 헌법재판소가 문을 열고 우리나라에서 실질적으로 헌법재판이 행해진지 이제 3년을 넘어서고 있다. 더욱이 3인의 비상임재판관이 모두 상임재판관으로 바뀌게 되면서 보다 바람직한 헌법재판소를 위한 기대가 증대되고 있다. 이와 같이 우리 헌법재판소의 본격적인 성장기를 맞이한 시점에서, 막중한 책무를 부여받고 있는 헌법재판관을 그 직무상 실질적으로 보좌하는 역할을 하는 헌법재판관제도는 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 헌법재판관의 인적 구성에 관한 문제로서, 누구를, 어떠한 방법으로 헌법연구관에 선발할 것이냐의 문제이며, 둘째로는 위와 같이 선발된 헌법연구관을 어떻게 편성하는 것이 능률적이고 합목적적이냐의 조직상의 문제이고, 셋째로는 이와 같이 조직된 헌법연구관을 어떻게 활용하는 것이 바람직한가의 기능적인 문제이다.

다. 위와 같이 근본적인 3가지 문제점을 검토하기에 앞서서 이에 대한 정보 및 아이디어를 얻기 위한 방편으로 우리나라의 대법원, 일본의 최고재판소, 미국의 연방최고재판소 및 독일의 헌법재판소에 있어서의 연구관제도를 먼저 살펴보기로 한다. 다만 고찰의 목적이 우리나라 헌법재판소의 헌법연구관제도에 있어서, 위 3가지 점에 대한 개선방안을 탐색하는 데 있는 만큼, 위 각 제도의 고찰은 위 3가지 점에 초점을 맞추어 간략하게 서술함에 그친다(보다

상세한 점에 대하여는 별첨자료를 참조).

## II. 우리나라 대법원의 재판연구관제도

### 가. 연 혁

우리나라 대법원에서 재판연구관제도가 법률의 규정에 따라 처음 생긴 것은 1963. 12. 13. 의 개정된 법원조직법 제20조의 2의 규정에 의하여서이다. 그리고 1965. 11.에 위 규정에 따라 처음으로 12명의 재판연구관이 지명되었다(당시의 대법원 판사 수는 12명이었음). 그후 1971년에는 연구관의 수가 17명으로 되었다가(당시 대법원 판사 수는 16명임), 1975년에 31명의 연구관을 지명하였다(이는 당시의 15명의 대법원 판사에 2인씩의 연구관을, 그리고 대법원장에게 1인의 연구관을 둔 셈이다). 그리고 1981년에 대법원 판사의 수가 12인으로 되자 24인의 연구관을 두고, 1983년에는 대법원장에게 2인의 연구관을 추가하여 함께 26인의 연구관으로 되었다. 그러던 중 1990. 2. 에는 12인의 대법관에게 전속되는 2인씩의 연구관 24인 및 특별사건(행정사건)만을 취급하는 12인의 공동연구관을 두어 함께 36인으로 늘어났으며, 다시 1991. 2. 15.부터는 12인의 대법관에 전속되는 12인의 연구관 및 공동연구관 26인과 수석재판연구관(고등부장급) 1인 함께 39인으로 늘어나게 되었고, 다시 1992. 8월부터는 함께 42인(수석연구관 1인, 전속연구관 24인, 공동연구관 17인)으로 늘어났다.

## 나. 선 발

대법원의 재판연구관은 대법원장이 지명하며, 약간의 예외(예를 들면 1975년의 연구관에는 3년 근무의 조건으로 약간명의 지법판사가 지명됨)를 제외하고는, 원칙적으로 지법부장 승진 직전의 단계에 있는 서열이 높은 고법판사 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. 조 직

1965. 11. 재판연구관이 처음 지명된 이래 1990. 2. 이전까지의 단계에서는, 재판연구관이 각 1인 또는 2인씩 각 대법관에게 전속적으로 배속되어, 특정의 대법관을 보좌하는 방식으로 조직되고 운영되어졌다. 더욱이 연구관을 대법관에게 배치함에 있어서도, 각 서열에 따른 일반적인 원칙을 정하여 배치함으로써 적성이나 친소관계에 따른 배치는 의도적으로 배제되어졌다. 그러던 중, 특히 사법행정제도개선위원회에서 대법원의 업무부담의 가중과 관련하여 연구관제도에 대한 개선책이 논의되게 되었고(예를 들면 1984. 6. 25. 자 제51차 회의 및 1988. 2. 29. 자 제76차 회의 등) 그 결과 1990. 2에 제도상 커다란 변화가 일어났다. 즉 36인의 연구관 중 24인은 2인씩 12인의 대법관에게 전속되어 해당 대법관을 보조하고, 나머지 12인은 당시 대법원의 관례통일이 가장 시급하게 요청되고 있던 특별사건(행정소송사건)만을 위한 연구관으로 투입되어 특정의 대법

관에게 전속되지 아니하는 연구관제도를 신설하여, 이른바 전문화를 시도하였다. 그후 다시 1991. 2. 15.부터는 위 제도를 다시 보완하여 수석재판연구원 1인(고등부장급)을 포함하여 연구관 수를 39인으로 늘리고, 이중 12인은, 12인의 대법관에게 1인씩 전속시키고(소위 “전속 연구관”이라 함), 나머지 26인은 특정의 대법관에게 배속되지 아니한 소위 “공동 연구관”으로서 분류하였다. 그리고 위 26인의 공동연구관은 다시 행정사건을 주로 다루는 14인의 “특별조”(이중 5인은 조세, 4인은 일반행정, 3인은 근로관계, 2인은 지적소유권 분야로 나누어진다)와 민·형사사건을 주로 다루는 12인의 “일반조”(이는 다시 각 3인씩 4조로 나누어져서 1조는 일반 민형사사건, 2조는 손해배상 및 국가·지방자치단체사건, 3조는 상사 및 단체사건, 4조는 형사사건, 헌법사건 및 행정사건 중 인사에 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 대법관에게 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. 기능(운영)

연구관들의 운영방법은 위 특별조와 일반조에 따라 다르다. 즉

특별조의 경우(대상사건이 행정소송 등 특별조의 대상 사건인 경우)에는, 사건이 대법원에 접수되어 주심대법관이 정해지면 바로(즉, 먼저 주심대법관에게 사건의 기록이 전달됨이 없이) 수석재판연구관에게 기록이 도달되어, 수석재판연구관은 그 기록을 해당 조의 조장(이 조장은 따로 지명하지는 않고 해당 조의 연구관 중 가장 상서열의 연구관이 자동적으로 됨)에게 주면 해당 조장은 조원들과 협의하여 그 사건을 검토할 주심연구관을 지정하고, 그가 연구보고서를 작성하여 수석연구관을 통하여 주심 대법관에게 보고된다. 반면, 일반조의 경우에는 사건이 접수되어 주심대법관이 정해지면 해당 대법관실에서 먼저 기록을 검토하고(이 과정에서 소속 전속연구관이 대법관을 보조하는 것은 물론이다) 그 결과 그 자체에서 결론을 내릴 정도이면 그 단계에서 처리되고, 특별한 문제점이 있다고 판단되면 사건을 수석재판연구관에게 보내며, 그곳에 보내어진 사건은 앞서 본 특별조의 경우와 같은 과정을 거쳐(즉 해당 조에 보내지고, 그 조에서 주심 연구관이 정해진 후 연구보고서를 작성하는 과정으로) 처리된다.

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

## 마. 평가 및 장래의 전망

우리나라의 연구관 제도는 약간의 예외를 제외하고는 서열 순서에 따라 연구관으로 지명되고, 다시 일정한 원칙에 따라(즉 대법관의 선택이 없이) 대법관에게 배속되어 1년 내지 2년 동안 지법부장으로 승진될 때까지 대법관을 보좌한다. 그리하여 전문성 및 능력성의 면에서 비판이 있어 왔다. 이를 보완하기 위하여 현재와 같이



공동연구관의 제도가 도입되었으며, 그 시행의 결과 미비점을 보완하기 위하여 공동연구관의 수를 줄이고 전속연구관의 수를 각 대법관당 초기에는 1인으로 운영하다가 1992. 8월부터는 2인으로 늘려 운영되고 있다.

### Ⅲ. 일본 최고재판소의 조사관제도

#### 가. 연 혁

일본에서는 2차대전 후 법원조직을 개편함에 있어서 미국의 Law clerk 제도를 본받아 최고재판소와 고등재판소에 조사관을 둘 수 있는 제도를 마련하였다(재판소법 제57조). 그러나 당초에는 법관이 아닌 자로서 특수 분야의 전문가를 조사관으로 영입할 의도이었으나 1949. 6. 1. 재판소법을 개정하여 법관을 조사관으로 보할 수 있도록 한 이래, 최고재판소의 조사관은 법관으로 충원하는 것이 원칙으로 되어 오늘날에 이르고 있다. 특히 일본 최고재판소의 15인의 재판관중 5인 이내는 직업적인 법률가가 아닌 자중에서 임명되므로(재판소법 제41조), 특히 법관인 조사관에 의한 재판 업무의 보조가 그 중요성을 더하고 있다.

#### 나. 선 발

최고재판소의 조사관의 수는 최초에는 6명이었으나, 그후 계속 증가하여 1979. 9. 현재 29명에 이르고 있다. 조사관의 임면은 최고

재판소에서 하고(즉 재판관이 개인적으로 하는 것이 아님), 그 대상은 지방재판소의 소장 또는 고등재판소의 재판장을 거친 자(이는 수석조사관 요원이다)로부터 재판관 임관 후 9년이 넘은 자(이는 판사보로서 판사가 되기 직전에 있는 자이다)에 이르기까지 다양하나 평균적으로 보면 평균 연령 45세 정도로서, 재판관 임관 후 10년 내지 24년의 경력을 가진 자들이다. 그리하여 각 조사관실의 상석조사관은 지방재판소의 재판장을 거친 자 또는 지방재판소 소장으로 진출되기 직전의 자이고, 기타의 조사관은 임관 후 10년이 넘은 자로서 지방재판소 재판장으로 진출되기 직전의 자이다. 그리고 일단 조사관으로 선발되면 통상 5년 정도의 기간동안 조사관으로 근무하는 것이 보통이다.

## 다. 조 직

최고재판소의 조사관 29인은 1인의 수석조사관을 정점으로 하여 민사조사관실, 형사조사관실 및 행정조사관실의 3개의 실로 나누어져 있다. 위 3개의 조사관실에는 원칙적으로 각1인씩의 상석조사관이 있고 (다만 1979. 9. 현재는 1인의 상석조사관이 민사 및 행정조사관실의 상석조사관을 겸하고 있다), 다시 민사조사관실은 3실로, 형사조사관실은 3실로 나누어져 있으며, 형사조사관실에 11명, 민사조사관실과 행정조사관실에는 합계 17명(민사 대 행정의 비율은 3대 1정도이다)의 조사관이 소속되어 있다. 다만 각 실에 배치되는 조사관의 수는 당시 각 실의 업무량에 따라 다소 유동적일 수 있다.

## 라. 기능(운영)

### (1) 일반원칙

최고재판소 조사관실의 운영방식은 민사·행정사건의 경우와 형사사건의 경우가 약간 다르다. 즉 민사·행정사건의 경우에는, 사건이 접수되면 먼저 조사관실에 사건이 회부되고(즉 기록이 주심 재판관에게 회부되기 이전에) 일정의 방식에 따라 주심 조사관이 정해지면(주심 조사관은 원칙적으로 1인이나, 중대하고 복잡한 사건의 경우에는 2인 이상에게 할당되는 경우도 있다), 주심 조사관이 주심 재판관의 그 사건에 관한 특별한 지시가 없는 상태에서 그 나름으로 독자적으로 문제점을 정리·분석·조사하여 조사보고서(경우에 따라서는 사건의 결론에 해당하는 의견서)를 작성한 후, 주심 재판관에게 회부된다. 즉 조사관실은 완전한 pool제로 운영되고 있다. 이에 반하여 형사사건의 경우에는, 앞서 본 3개의 조사관실이 각 5인의 재판관으로 구성된 3개의 소법정에 각 대응하고 있는 바, 사건이 접수되면 주심 재판관이 속하는 소법정에 대응하는 조사관실에 사건이 먼저 회부되고, 일정의 방식에 따라 주심 조사관이 정해지면 그 주심 조사관이 그 나름으로 독자적으로 문제점을 정리·조사하여 조사보고서를 작성한 후 주심 재판관에게 회부된다. 즉 형사조사관실은 소법정에 따라 제한적인 pool제로 운영되고 있다.

### (2) 구체적 의무

#### a. 쟁점의 정리와 자료의 수집

기록과 상고이유서를 정사하여 쟁점과 직권조사사항 등에 관한

문제점의 파악, 학설·외국사례 기타의 자료를 수집·정리한다. 이와 같은 조사를 함에 있어서는 주심 재판관의 특별한 지시가 없는 상태에서, 조사관이 독자적인 판단에 따라 논점을 추출하고 자료를 정리하므로 이를 “사전조사방식”이라고 한다.

b. 조사보고서 및 의견서의 작성

조사한 결과에 관하여 조사보고서를 작성하고, 주심 재판관의 심리·판단의 자료로 제출한다. 한 걸음 더 나아가서 그 사건의 결론에 관한 조사관 나름의 “의견서”를 첨부하는지의 여부는 일률적으로 말할 수는 없으나 많은 경우에 의견서까지도 붙이는 것이 보통이다.

c. 사건의 난이도에 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. 재판절차의 보조활동

상고사건 중 변론을 열 사건이 있으면 서기관실과 상의하여 일정을 잡고, 화해를 시도할 사건은 직접 당사자와 면접하기도 하고, 촉탁에 의한 조사를 할 경우에는 촉탁판사와 만나기도 하고, 형사사건에서 보석청구를 한 변호사와 면담하기도 하여 재판활동을 보조한다.

e. 합의에의 참여와 방청

일본최고재판소의 조사관에 대한 특이사항은 조사관이 재판관의 합의시에 참여하여, 함께 논의하거나 의견개진까지도 허용된다는 점이다. 다만 평결시에는 퇴장하여야 한다.

f. 판결초안의 작성

재판관으로부터 판결의 결론과 논리구성방법에 관한 대강의 지시

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

g. 기타의 연구활동

조사관은 이상과 같이 재판관을 보조하는 활동 이외에도 연구활동으로서, 매주 월요일 오후에 민사조사관연구회를 열어, 각 조사관이 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 “법조시보” 잡지에 게재한다. 그리고 매년 1회 전직 및 현직 조사관들의 모임인 “오엽회”라는 친목단체(창설이래 1979년까지의 회원수는 174명에 이른다)를 소집하여 간담회를 개최한다.

## 마. 평가 및 장래의 전망

조사관은 최고재판소사무총국부, 사법연수원교관, 동경지방재판소 재판장과 함께 법관의 엘리트코스의 하나로 인식되어 있다. 그리고 조사관 업무의 중요성으로 인하여 최고재판소의 판결이 “조사관 판결”이라는 비판이 있으나, 이를 극복하고 긍정적인 평가를 받고 있다.

## IV. 미국의 law clerk 제도(특히 연방최고재판소의 경우)

### 가. 연 혁

미국의 법원에서 판사를 보좌하는 law clerk을 처음으로 채용한 것은 1875년의 Massachusetts주 대법원 판사인 Horace Gray에 의하여 개인의 비용으로 Harvard Law School(HLS)를 가장 우수한 성적으로 졸업한 자를 채용한 것이다. 그 후 1882년 위 Horace Gray가 미국 연방최고재판소의 재판관으로 임명된 후에도, 역시 자기의 비용으로 HLS 최고우등생을 그의 law clerk으로 채용하였다. 그리고 1886년에는 연방의회가 law clerk제도의 유용성을 인정하여 각 재판관에게 국가의 비용으로 1명씩의 전속 clerkship를 제공해준 이후, 모든 재판관이 이 방식을 도입하여 law clerk을 채용함에 이르렀다. 그리고 각 순회재판소와 주최고재판소는 모두 위 law clerk 제도를 채택하고 있으나, 다만 Wyoming주 최고재판소만은 이 제도를 채택하지 않고 있다.

## 나. 선 발

미국의 연방최고재판소를 포함한 거의 모든 법원에서의 law clerk의 채용은 오로지 재판관 스스로의 재량에 달려있다. 즉 law clerk는 재판관의 개인적인 피고용자이므로, 각자의 독립적인 방법에 의하여 law clerk를 채용한다. 대부분의 경우에는 전년도에 우수한 law school을 가장 우수한 성적으로 졸업한 사람들이 선발되며, 많은 경우에는 그 재판관의 모교의 졸업생을 선호하는 경향이 있다. 선발의 방법은 다양하여, 출신 law school의 학장에게 우수한 학생의 추천을 부탁하던가, 스스로 면접을 하든가, 서류 심사의 방법에 의하던가, 동료 재판관, 하급, 법원의 판사 등의 추천에 의하기도 한다. law clerk의 수는 1886년 연방의회가 미국 연방최고재판소에 1인씩의 clerkship를 제공한 이래 1888년에는 9인의 재판관 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. 조 직

미국의 law clerk는 재판관의 개인적인 피고용자로서의 지위를 가지고, 각 재판관의 취향에 따라 그를 돕는 구조를 가지므로 law clerk들이 어떠한 모습으로 조직되어 있는 형태는 가지고 있지 않다. 다만 재판소장의 경우에는 수석 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 제도를 도입하여, 숙달된 법률가로 하여금 상당기간에 걸쳐서 법원의 판사들을 공통적으로 돕게 하고 있다(이는 일본의 조사관제도와 같은 기능을 하는 결과로 된다).

그리고 특히 연방최고재판소의 경우에는 재판소 전체 또는 재판소장의 일을 돕기 위하여 “House Lawyer” 또는 “Staff Lawyer”고 불리는 변호사 자격을 가진 사람 2인을 4년 임기로 채용하고 있다.

## 라. 기능(운영)

law clerk의 임무는 자기가 소속된 재판관이 어떠한 임무를 맡기는가에 따라서 결정되고, 각 재판관의 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 재판관의 “눈”과 “다리”의 역할을 하는 것이다. law clerk는 이와 같은 조사·연구의 결과를 보고서(legal memorandum)에 정리하고, 자기 나름의 그 사건에 관한 결론 부분인 의견서(draft opinion)를 작성하기도 한다. 이러한 자료들을 참고로 하고, 재판관들의 평의의 결과 사건에 대한 결론이 내려지면, 그 결론에 따라 판결문을 작성함에 있어서, 재판관의 지시 또는 논리에 따라 판결의 초안을 작성하는 것도 역시 law clerk의 중요한 임무의 하나이다. 이와 같이 law clerk는 최고재판소 전원부 또는 특정의 소부에 소속되어 그들을 보좌하는 일본의 조사관제도와는 달리 특정의 재판관 개인에게 전속되어 그의 취향에 따라 보좌하는 관계상 재판관과의 관계가 좀더 사적인 관계로까지 발전되는 경우가 많다. 즉 law clerk는 재판관과 테니스, 산책 또는 식사를 함께 하면서 토론을 하기도 하고, 차 중에서도 일할 수 있도록 운전자의 역할도 하며, 재판관의 시간절약을 위하여 연설문을 작성해주거나, 커피를 나르고 우편물을 수집하고, 사소한 심부름도 하며 재판관 개인의 장서를 정리해주기도 하는 등 재판관의 전속부관으로서 그가 원하는 모든 일을 도와주고 있다.

## 마. 평가 및 장래의 전망

law clerk가 재판관의 판결내용에 어떠한 영향을 미치는가는 항상 논쟁의 대상이 되어 왔다. 그러나 통상 1년이라는 근무기간의 단기성으로 인하여 “처음 6개월은 재판관이 돕고 나머지 6개월은 law clerk가 돕는다”라는 부정적인 측면에도 불구하고, 법조인 최고의 경륜을 가진 재판관과 이제 막 시작하려는 신예의 법조인을 결



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

## V. 독일 헌법재판소의 연구관(wissenschaftlicher Mitarbeiter)제도

### 가. 연 혁

2차 대전이후 과거 국가사회주의 시대에 법조인들이 법치주의의 실현에 이바지하지 못하였던 점을 깊이 반성하고 법치주의의 실현을 위한 제도적 장치로서 1951년 헌법재판소가 창설되었으며 그 창설과 동시에 헌법재판소 재판관을 보좌하기 위하여 미국의 law clerk에 유사한 연구관(wissenschaftlicher Mitarbeiter=학문적 보조자)의 제도가 도입되었다.

### 나. 선 발

#### a. 연구관으로 선발되는 자

독일 헌법재판소의 연구관의 대부분(3분의 2정도)은 법원의 판사 중에서 선발된다. 1952년부터 1982. 7. 23일까지 30년 동안 독일 헌법재판소의 연구관을 거친 176명을 그 출신 직업별로 분석하여 보면 다음과 같다. 즉 판사가 111명, 검사가 4명, 대학교수가 16명, 국

가공무원이 40명, 기타(이는 주로 법률고문가임)가 5명이었다. 위판사 출신 111명을 다시 소속 법원별로 분류하여 보면 헌법재판소(유럽재판소, 연방헌법재판소 및 주헌법재판소) 출신이 6명, 통상법원 출신이 59명(이중 12명은 연방대법원, 25명은 고등법원, 22명은 지방법원 출신이다), 행정법원 출신이 29명, 사회법원이 6명, 재정법원(조세)이 2명, 노동법원이 2명, 특허법원이 1명이었다.

#### b. 연구관으로의 선발과정

연방헌법재판소 사무처리규칙 13조 2항에는 “모든 헌법재판소의 재판관은 그의 연구관을 스스로 선발할 권한을 가진다. 그의 의사에 반하여 연구관이 그에게 배속될 수 없다”고 규정하고 있다. 따라서 연구관의 선발은 오로지 헌법재판소 재판관의 취향에 달려있다. 실제적으로는 각 주의 사법행정담당부서(Justizverwaltung)에서 여러 가지의 도움을 주고 있으나, 재판관의 개인적인 접촉 역시 커다란 역할을 하고 있다. 이러한 과정을 거쳐 연구관으로 선발되면 통상 3년의 기간동안 헌법재판소에 파견되어 근무하게 된다.

## 다. 조 직

독일의 헌법재판소는 2개의 쌍둥이 재판부(Senat)로서 이루어져 있고, 각 재판부는 8명의 재판관(원래는 12명이었으나, 단계적으로 감소되었음)으로 구성되어 있다. 그리고 제1부의 재판장은 헌법재판소소장이 맡고, 제2부의 재판장은 부소장이 맡고 있다. 하부의 조직으로, 사무처장에 해당하는 헌법재판소 전체의 행정책임자 1명이 있으며, 제1부의 재판장(즉 헌법재판소 소장)과 2부의 재판장(즉 헌법재판소 부소장)의 행정적인 업무를 보조하는 기관으로써 재판장보좌관(Präsidentialrat)이 각1명씩 있다. 현재는 사무처장이 제1부의

재판장보좌관을 겸하고 있다. 그리고 1982. 7. 23. 현재로는 30명의 연구관(이중 여성이 3인이다)이 있어서 소장 및 부소장을 제외한 14명의 재판관에게는 각2명씩, 소장 및 부소장에게는 각1명씩의 연구관이 전속으로 배속되어 있다(다만 1991년 현재는 각 재판관 당 3인씩이 배속되어 있다고 함). 위 30명 정도의 연구관중에는 통상, 행정부 또는 대학교수 출신이 각 1명 또는 2명씩이고, 나머지는 판사들로 구성되어 있으며, 이 판사들은 대개 노동법원, 사회법원, 재정법원 출신이 각 1명 정도이고, 나머지는 약 반수(12명 정도)가 통상법원 출신이고, 나머지 반수가 행정법원 출신이라고 한다. 그리고, 위 연구관 중에서 특별한 지명절차나 선거절차를 거치지 아니하고 자연스러운 방법으로(예를 들면 가장 서열이 높거나, 가장 오랫동안 근무한 연구관이) 연구부장(Präsident der Mitarbeiter)으로 선임된다.

## 라. 기능(운영)

독일 헌법재판소 사무처리규칙 13조 1항에 의하면 “연구관은 그가 배속된 재판관의 직무상의 활동에 있어서 해당 재판관을 보좌한다”고 규정하고 있다. 여기의 보좌의 개념이 어느 범위의 것인지 특히 조사보고서 및 판결문 초안의 작성도 여기에 포함되는 지는 일률적으로 말할 수 없고, 이는 오로지 재판관과 연구관과의 협동의 종류 및 강도에 달린 문제로서, 재판관과 연구관의 인격, 업무방식, 특정 분야에의 전문 지식의 정도 등에 의하여 정해될 것이다. 다만, 한가지 다른 연방법원의 연구관에 비하여 헌법재판소의 연구관에 있어서 특징적인 것은, 헌법재판소의 경우에는 연구관이 “재판부”에 소속되지 아니하고, “재판관 개인”에게 배속되어, 업무상

전적으로 그 재판관의 지휘·감독을 받는다는 점이다. 연구관의 부수적인 활동으로, 전통적으로 매년 가을에 연구관들의 야유회가 열리고, 인근 외국의 헌법재판제도를 경험하기 위하여 매년 외국으로의 수학여행을 하며, 2년에 한번씩 전직 및 현직 연구관들이 모여 친선을 다지는 모임을 개최하고 있으며, 이러한 일들은 모두 연구부장이 실무상의 책임을 지는 것으로 되어있다.

## 마. 평가 및 장래의 전망

독일 헌법재판소에 있어서 연구관의 임무는 막중하여 흔히 연구관은 독일 헌법재판소의 “제3부”(dritter Senat)라고 불리우고 있으며, 언론에서도 “법조인의 엘리트 코스”, “법조인으로서 장래 중요한 경력을 가지기 위한 준비단계” 등으로 표현하고 있다. 그리고 실제로도 헌법재판소의 연구관을 거친 사람들이 그 이후 헌법재판소의 재판관이 되거나, 행정부에서 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, 헌법재판의 특수성 확정

이상에서 외국의 최고법원에 있어서의 연구관제도에 관한 일반적인 고찰을 통하여 얻어진 지식을 토대로 하여, 우리나라에 있어서의 가장 바람직한 헌법연구관제도에 대한 방향을 얻기 위하여는, 또다시 우리나라에 있어서의 헌법재판의 특수성을 염두에 두지 아

니하면 아니 된다. 이러한 관점에서 본다면, 헌법재판은 다음의 2가지 측면을 동시에 가지고 있고, 이에 대하여 우리나라의 경우에는 몇 가지의 특수성이 보태어져 있다고 생각된다.

### 가. 헌법재판도 “재판” 절차이다

헌법재판도 엄연히 헌법절차로서의 소송구조를 취하고 있는 이상, 당연히 일반의 소송절차에 관한 소송법적인 지식이 필수적인 전제를 이루고 있다. 이와 같은 관점에서 보면, 헌법재판관을 보좌하는 연구관으로서의 충분한 소송법적인 지식과 실무경험을 쌓은 상당한 경력을 가진 판사가 가장 적임자라고 할 수 있을 것이다. 더욱이, 헌법재판소에 접수되는 사건의 대부분이 민사 또는 형사나 행정소송의 과정에서 헌법문제가 제기되어 헌법재판소에 제소되고, 헌법재판의 과정 및 그 경정이 있는 이후의 단계에서도 항상 소송법적인 절차 및 효과가 문제로 되는 만큼, 연구관으로서 유능한 법관에 대한 헌법재판소의 수요는 필수적이다.

### 나. 통상재판이 아닌 “헌법” 재판이다

a. 다른 한편 헌법재판은 통상법원에서의 재판과 달리 “헌법”문제에 대한 재판인 만큼, 헌법분야에 대한 지식이 아울러 요구됨은 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 법적문제에 관한 전문적인 지식을 가지는 전문

가 특히 대학의 교수 등의 효과적인 조력을 받을 것이 요구된다. 위와 같이 우리나라의 법조실무계에 있어서 헌법재판에 대한 이론적 및 실무상의 지식 및 경험의 축적이 없는 관계상, 우리의 헌법재판에 있어서는 필연적으로 그 동안 많은 경험과 지식을 쌓아온 외국의 입법례 학설 및 판례에 대한 연구와 검토가 필요하게 된다. 그리고 이러한 외국의 자료에 대한 지식을 재판관으로부터 전부 요구할 수 없다면, 자연히 헌법재판에 있어서 선진적인 외국의 자료들을 능숙하게 이용할 수 있는 사람의 조력 또한 필수적이라 할 것이다.

b. 나아가 헌법은 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 헌법재판의 경우에 있어서는 통상의 민·형사·행정재판의 경우보다도 훨씬 정치·외교·군사·경제 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 헌법재판관의 입장에서는, 젊은 세대, 발전과 개혁을 요구하는 세대들이 요구하는 바에 대하여도 귀를 기울임을 게을리 하지 말아야 할 것이다. 이와 같은 점에서는 연구관의 일원으로서 이러한 입장을 전달해 줄 수 있는 계층의 사람을 포함시키는 것 역시 바람직하다 할 것이다.

## VII. 결론의 도출을 위한, 헌법재판관의 업

## 무의 분석

헌법재판관의 본래적인 기능이 헌법재판관을 여하히 효과적으로 보좌하는가에 있는 만큼, 효과적인 연구관제도의 모습을 찾기 위하여는, 먼저 보좌의 대상인 헌법재판관이 어떠한 업무를 수행하고 있는가를 분석해 볼 필요가 있다. 헌법재판소소장의 고유한 행정적 업무 및 헌법재판소 재판관회의에 속하는 행정적인 업무를 제외하고 순수하게 재판업무에 관련하여 헌법재판소재판관의 업무를 단계적으로 분석하여 보면 다음과 같이 나누어 질 수 있다.

가. 즉 먼저 사건이 접수되어 각 재판관에게 배당이 되면 기록을 검토하여 사실상 및 법률상의 쟁점을 확정할 필요가 있다(다만 헌법재판의 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 연구관이 크게 유용하게 될 것이다.

나. 이와 같이 헌법적 쟁점이 확정되면 이에 관련된 국내·외의 선례, 학설, 실무례, 현실 등에 관한 자료를 수집하고 정리·분석하는 작업이 필요하다. 앞서 본 바와 같이, 우리나라의 경우에는 헌법재판의 역사가 짧은 관계상, 우리나라 자체의 선례나 문헌 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 제도와 문헌을 이해할 수 있는 외국어의 지식을 갖춘 연구관에 대한 수요가 절대적이다. 그리고 경우에 따라서는 외국의 제도를 좀 더 정확히 이해하고, 필요한 자료를 신속히 입수하기 위하여 외국의 공관 또는 현지와의 연락이나 접촉이 필요한 경우도 있다.

**다.** 이상의 자료수집과정을 완료하면, 재판관은 이러한 자료를 토대로 하여, 사건의 결론을 내려야 하게 된다. 이 과정이 재판관으로서의 가장 핵심적인 업무라 할 것이지만, 특히 헌법재판의 경우에는 단순히 법률이론적인 측면을 떠나서, 우리나라의 정치·경제·사회·문화 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 헌법재판관의 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 재판관들의 합의과정에서 충분히 이루어지겠지만, 이와 같은 재판관의 고유한 외로운 사색작업에 대하여 효과적인 토론의 상대방이 될 수 있는 연구관이 있다면, 그의 업무에 크게 도움이 될 수 있을 것이다.

**라.** 재판관의 마지막 업무로서, 사건에 관한 결론이 내려지면, 이에 따라 결정문을 설득력 있게 작성하는 것이 남게된다. 이와 같은 결정문의 작성작업은 헌법재판소의 결론을 외부적으로 공표하는 것으로서 무엇보다도 논리적 설득력이 그 핵심이다. 그러나 장문에



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, 법원의 실무에서 상당기간 근무하여 판결서작성에 익숙하여 있는 연구관을 초안작성의 보조자로 이용할 수 있다면, 재판관으로서는 커다란 도움을 받게 될 것이다.

## VIII. 바람직한 연구관의 모습

앞에서 본 헌법재판의 특수성을 염두에 두고 헌법재판관의 업무의 내용에 따라, 효과적인 재판관 업무의 수행을 가능하게 하기 위하여는 다음과 같은 능력을 갖춘 연구관이 바람직하게 된다.

가. 첫째로 접수된 사건의 헌법적 쟁점을 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 선례 및

학설상의 문헌 등 자료를 수집하는 단계에 있어서는, 아직은 우리나라 자체의 판례와 이론이 충분히 성숙·발전되어 있지 아니한 현실을 감안하면, 외국의 법제에 대한 이해 및 외국어의 해독능력이 필수적이다. 이 점에 관하여 헌법재판의 분야에서 선진국이라 할 수 있는 미국 및 독일과 오스트리아의 문헌을 참고하기 위하여 영어 및 독일어의 해독능력이 요구되고, 법제도상 우리와 많은 유사점을 가지고 있는 일본의 자료를 참고하기 위하여 일본어의 해독능력 역시 불가결하다. 나아가 우리와 다른 헌법재판제도를 가지고 있기는 하나 국제적인 공용어로 널리 이용되고 역시 헌법재판에 관한 상당한 자료를 보유하고 있는 프랑스어의 해독능력도 바람직하다. 이에 덧붙여 문헌 및 자료의 수집과정은 상당한 인내력과 끈기를 필요로 하는 성가신 작업임에 틀림없는 만큼, 이러한 과정을 극복할 수 있는 인내력과 성의 역시 필요함은 물론이다.

다. 자료수집단계를 지나서, 사건의 결론을 내리는 업무는 본래 재판관 고유의 것임은 물론이고, 이는 재판관들의 합의의 결과 결정될 것이다. 다만, 이러한 과정에서 재판관 자신의 이론의 검증을 위하여 또는 혹시라도 재판관들의 합의의 과정에서 누락되었던 문제점의 발견을 위하여, 사건의 새로운 각도에서의 조명을 위하여, 재판관의 토론의 상대자로서의 연구관이 필요할 수도 있다. 이 경우의 연구관은 재판관의 sparring partner로서의 기능을 할 수도 있고, 경우에 따라서는 재판관 또는 연구관의 한쪽이 짐짓 반대의 견해를 고집하여 토론을 이끌어 가는 devil's advocate의 역할을 할 수도 있을 것이다. 이와 같은 토론이 가능하기 위하여는 재판관에 버금갈 수 있는 정도의 경륜과 이론을 갖춘 연구관이 필요할 것이고, 나아가 재판관과 연구관 사이에 허심탄회하게 법률문제를 논의할 수 있는 신뢰관계가 정립되어 있어야 할 것이다.

**라.** 재판관들의 합의의 결과 사건의 결론이 내려지면 이에 따라 결정문을 논리정연하게 작성하는 일이 남게된다. 이 작업 역시 재판관의 고유한, 누구에게도 위임할 수 없는 중요한 임무이지만, 장문에 걸친 결정문을 처음부터 구상하고 논리정연하게 적절하게 표현하는 일은 극도의 집중력을 요구하는 뼈를 깎는 작업이다. 따라서 상당한 정도의 연령에 달해 있는 재판관들을 위하여 재판관의 구상 및 결정요지의 중요한 논리를 교시받아, 연구관이 일응의 결정문 초안을 작성하여 보조하는 일은 필요하고 또한 유익한 일이라고 여겨진다(다만, 미국의 순회법원 및 주최고법원의 상당부분은 이 판결문 작성작업만은 결코 law clerk에게 맡기지 아니하는 경우도 있다). 이와 같은 결정문 초안의 작성작업은 상당히 고도의 법률적 지식과 전문성을 필요로 하는 것이므로, 법원의 실무에 상당기간 종사하여 판결문 작성에 숙달되어 있는 연구관이 바람직한 것으로 된다.

**마.** 이상에서 보아온 바람직한 연구관의 모습을 종합하면, 법원에서 재판의 실무에 상당기간 종사하여 충분한 ① “실무경험”을 가지고 있고, 나아가 사안을 법률적으로 분석하고, 도달된 결론을 논리정연하게 구성하여 판결문의 형태로 작성할 수 있는 ② “이론적 기능”을 가지고 있으며, 사건의 결론을 도출해 내는데에 필요하고 충분한 자료를 수집할 수 있기 위하여 ③ “인내력과 끈기”를 바탕으로 한 ④ “외국어 해독능력”을 겸비하고, 나아가 종래의 타성적인 관행으로부터 벗어나 새로운 시대정신을 호흡하는 ⑤ “새세대의 참신함”을 가지고 ⑥ “재판관과의 인간적인 신뢰관계”를 토대로 하여 재판관과의 격의없는 토론을 통하여 헌법재판소의 결정이 시대정신을 이끌어갈 사상을 담는데에 일조를 할 수 있어야할 것이다.

## IX. 바람직한 연구관제도의 모습

### 가. 서 론

이상에서 바람직한 연구관의 모습을 utopia적으로 그려보았으나 이러한 모든 조건을 갖춘 연구관은 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 연구관제도를 가지는 것이 바람직한가. 이 점에 대하여는 두 가지 각도에서의 접근을 함께 고려하여야 할 것이다. 즉, 하나는, 장기적인 발전계획으로서 가장 이상적인 연구관제도의 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. “전속연구관”과 “공동연구관”의 문제

a. 여기서 “전속연구관”이라 함은, 연구관이 특정의 재판관에게 전속적으로 배속되어 오로지 “당해 재판관의 업무”를 “전반적으로”

보조하는 것을 말하고, 반면에 “공동연구관”이라 함은 이와 달리 연구관이 재판관 전원의 전체부 또는 3인의 재판관으로 구성된 지정 재판부에 소속하여 그 부에 속하는 업무를 보조하는 것을 말한다. 위 2가지의 제도는 각각 다음과 같은 특성 내지는 장단점을 가지고 있다고 할 것이다. 즉, 전속연구관은 특정의 재판관의 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 재판관과의 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, 공동연구관은 특정의 재판관에게 배속되지 아니하고 그 자체로서 어느 정도의 조직·체계를 가지고 업무를 분담할 수 있는 관계상, 재판관의 모든 업무가 아니라 어느 특정분야의 업무(예를 들면 법률의 모든 분야가 아닌 전공으로 하는 특정분야라든가, 특정의 외국어에 능통하여 해당국의 문헌 및 자료를 수집·정리하는 업무 등)만을 집중적으로 담당·보좌하여 연구관의 전문성을 살릴 수 있는 장점이 있다. 이를 바꾸어 말하면 재판관(또는 대법관)의 업무내용이 질적인 면에서 재판관 스스로 능히 처리·해결할 수 있지만 단지 양적이나 시간적인 면에서 연구관의 도움을 필요로 할 경우에는 전속연구관의 제도가 편리할 것이고, 반대로 재판관의 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 저축을 피하는 것이 용이하지 아니하거나 또는 자료·문헌의 수집 과정에서 재판관 스스로가 능숙하지 아니한 외국어의 지식이 필수적인 경우 등을 말한다) 재판관 스스로가 이를 해결하는 것이 곤란하여 약간은 전문화되고 특수한 지식을 갖춘 연구관의 도움이 필요한 경우에는 공동연구관의 제도가 편리하다고 할 수 있다. 이러한 시각에서 헌법재판이라는 업무를 평가한다면, 이는 헌법이라는 특수한 법률분야만이 문제로 되는 것이 아니라 헌법 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(공법과 사법을 망라하여)에 대한 일반적인 이해가 전제로 되는 업무라고 할 것이다.

이와 같은 관점에서 앞서 본 외국의 연구관제도를 돌이켜 보면 수긍이 가는 바가 있다. 즉 헌법재판만을 전담하는 독일의 헌법재판소나 미국의 연방최고재판소(이는 실질적으로는 헌법재판소라고 할 수 있다)의 경우에는 전속연구관의 제도를 취하고 있고(특히 독일의 경우에도 헌법재판소 이외의 다른 최고법원의 경우에는 공동연구관의 제도를 취하고 있음에 주목할 필요가 있다) 재판관 중의 3분의 1인 5명이 직업법관이 아닌 사람으로 구성되어 독자적으로 재판능력이 없다고 평가되는 일본 최고재판소의 경우에는 공동연구관제도가 채택되고 있는 것은 우연이 아니라고 생각된다. 나아가, 현재 우리나라의 대법원도 위 2가지의 제도를 병행하면서, 비교적 전문성을 요하고 또한 판례의 정비가 시급하다고 여겨지는 특별사건(행정사건)의 경우에는 사건기록을 먼저 연구관실에서 검토하는 공동연구관의 형식을 취하고 있고, 대법관 스스로가 풍부한 실무경

협을 가지고 있는 일반 민사·형사사건의 경우에는 사건기록을 먼저 대법관실에서 (전속연구관의 보조를 포함하여) 검토한 후 특별한 문제점이 있는 경우에만 공동연구관실로 회부하는 절충적인 방식을 취하고 있는 것은, 위와 같은 맥락에서 보면 지극히 순리적이고 당연한 제도라고 이해되는 것이다.

b. 그렇다면 외국(미국 및 독일)의 예에 따라 우리나라의 헌법재판소의 경우에도 전속연구관의 제도만을 취하는 것이 바람직할 것인가? 이 점에 관하여는 미국이나 독일의 경우와 대비하여 우리나라에 있어서의 헌법재판업무의 특수성을 고려에 넣어야 할 것이라고 생각된다. 즉 미국이나 독일의 경우에는 그 자체로서 이미 상당한 기간동안 헌법재판의 역사를 가지고 있어서 상당량의 판례가 축적되어 있고 학계에서의 이론적인 뒷받침도 충분하여 그들 스스로의 자료·문헌만에 의하더라도 사건의 해결이 용이하다고 여겨진다. 그러나 우리나라의 경우에는 헌법재판의 역사가 짧고 학계의 뒷받침도 불충분하여, 필연적으로 외국의 자료를 참고로 할 수밖에 없는 특수성을 가지고 있고, 이를 위하여는 외국의 자료에 자유로운 접근이 가능한 전문성을 가진 연구관의 보조가 필수적이라고 생각된다. 따라서, 우리나라의 경우에는 사건을 헌법적·법률적으로 분석하고 결론을 도출하는 과정에서는 전속연구관의 제도가 필요하고, 이와 같은 과정에서 외국의 자료·문헌을 수집·정리하는 단계에서는 공동연구관의 제도 역시 필요하며, 결국, 위 2가지의 제도의 적절한 결합이 바람직하다고 여겨진다.

## 다. “자체연구관”과 “파견연구관”의 문제

a. 이는 연구관을 전원 헌법재판소 자체에 속하는 인력으로 충원

할 것이냐 아니면 외부기관 특히 법원·검찰·대학의 지원을 받아 법관·검사 또는 교수로서 충원할 것인가의 문제이다. 위 2가지의 제도 역시 각각의 장·단점을 가지고 있다. 즉 전원을 자체연구관으로 충원할 경우에는 장기간 안정적으로 헌법재판의 업무에 종사할 수 있게 되어 전문성이 제고되는 장점이 있다.

그러나 현실적으로 헌법연구관의 경우에는 조직의 성격상 근무경력에 따른 승진의 기회가 보장될 수 없으므로 연구관으로서의 직업적인 사명감을 가진 자체연구관을 기대할 수가 없다. 뿐만 아니라 헌법재판에 있어서 필수적인 요소인 풍부한 재판실무경험을 쌓는다는 것은 자체연구관으로서는 불가능하며, 상당한 실무경험을 쌓은 법조인을 자체연구관으로 다수확보하는 것은 기대하기 어렵다. 따라서 자체연구관만으로써 연구관을 충원한다는 것은 그 가능성의 여부를 떠나서 결코 바람직하지 아니하다. 오히려 일정한 비율에 있어서 풍부한 실무경험을 쌓은 유능한 자격자를 외부기관 특히 법원으로부터 지원 받아 이용하는 것이 필요하고 바람직하다.

b. 이와 같이 외부기관으로부터 인력의 보조를 받는 것이 불가피하고 또한 필요한 이상 관련이부기관의 적극적인 협조와 호의가 필요하다. 외부기관이 연구관 인력의 파견에 비협조적이거나 우수한 인력의 파견에 인색하게 되어서는 아니 될 것이다. 이를 위하여는 관련외부기관과의 협조적이고 우호적인 분위기를 바탕으로 하여, 파견된 연구관을 위하여 행정적인 지원을 아끼지 아니함으로써 파견근무의 분위기 고양에 힘써야 할 것이다. 파견연구관 확보를 위한 방안으로서는, 헌법 등 관련분야를 전공하는 대학교수들을, 1, 2년의 기간동안 파견받을 수 있는 길을 모색할 필요도 있고, 보다 장기적으로는 헌법재판에 관심이 있는 법조인 또는 대학의 교수들을 헌법재판소의 예산으로 일정기간 동안 외국에서 연수교육을 받



게 하여 연구관으로서의 가용인력을 원천적으로 확보해 나가는 것도 필요할 것이다. 이 경우 연수 후 일정의 연수보고서를 제출케 하거나, 아니면 일정기간 헌법재판소의 연구관으로 근무케 할 수도 있으나, 보다 거시적으로는 아무런 부담도 주지 아니하는 것도 충분히 고려해 볼 만하다.

## 라. 연구관의 “수” 및 “구성”의 문제

a. 이는 헌법연구관의 수는 어느 정도가 적정한가 및 이러한 연구관의 직업별 구성 비율은 어떻게 하는 것이 적절한가의 문제이다. 여기서 고려의 대상이 되는 직업은 법관·검사 및 대학교수 등 연구직의 3분야로 나누어 볼 수 있을 것이다. 이 문제는 후술하는 연구관제도의 조직 및 운영(기능)을 어떻게 할 것인가와 직접적 관련이 있으나, 우선 앞서 본 바와 같이 전속 및 공동연구관제도를 병행하는 것이 바람직하다는 입장에서 고찰해 보기로 한다.

b. 연구관의 수(여기에서는 연구관 뿐만 아니라 연구관보 및 연구원도 포함된다)는 부족해서도 아니 되겠지만, 그렇다고 무작정 그 수가 많다고 해서 바람직하지도 않다. 앞서본 우리나라 대법원, 일본의 최고재판소, 미국의 대법원, 독일의 헌법재판소의 경우를 참고로 하면, 장기적으로는 재판관의 정수의 3배수 내지는 4배수가 적정하리라고 생각된다. 위 4인의 구성으로는 지법부장판사급 1인, 고법판사 또는 고등검찰관급 1인, 사법연수원 수료직후의 법조인 1인(연구관보) 및 학위취득 등 학문적 실력이 있는 1인(연구원)의 구성이 바람직하리라고 생각된다. 다만, 현실 여건상 위와 같은 충원이 당장 어려울 경우에는 고법판사급 1인(전속연구관의 요원으로서)을 상석연구관으로 하여 재판관에게 전속시키고, 기타의 보조인력은

상황에 따라 3개의 지정재판부 또는 전원재판부에 공동으로 배속시키는 것이 편리할 것이다.

## 마. 연구관제도의 조직의 문제

연구관제도의 조직에 대하여는 다음의 몇 가지 방안을 생각할 수 있다.

a. 제1안으로는 장기적인 방안으로서 연구부장을 정점으로 하여 각 재판관에게 1명의 상석연구관(이는 지법부장 또는 고법판사 정도의 경력을 가진 연구관으로 보함이 타당)을 두어 소속재판관을 업무의 전 분야에 걸쳐 전인격적으로 보좌하게 하고, 그 아래에 1명의 연구관(이는 지법단독판사급 또는 검사로 보함)과 연구관보(사법연수원 수료직후의 법조인) 및 연구원(학문적 연구에 종사하는 보조자) 각 1인을 두어 상석연구관으로 하여금 통할케 하고, 그를 통하여 개개의 사건에 따른 업무의 분담 내지는 업무상의 협조를 하도록 한다. 이 경우 연구부장은 재판소장의 상석연구관을 겸하면서 연구관 전체의 통할 및 행정적인 지원을 담당하도록 한다. 연구관 전체의 근무의욕고취 및 일체감의 조성을 위하여 연구관, 연구관보 및 연구원에 관한 한 연구부장에게 일정 범위의 행정적인 권한 및 지원을 부여함을 아끼지 말아야 할 것이다. 이와 같이 4인을 1조로서 조직하는 경우에는, 제일 상서열의 연구관은 재판관의 모든 업무(예를 들면 사실 및 쟁점의 정리, 판례·문헌의 수집, 재판관의 지침에 따른 결정문 초안의 작성 및 재판관의 토론 상대방으로서의 역할 등)를 보좌하며, 다음 서열의 연구관, 연구관보 및 연구원은 상석연구관과 협조 하에 위 각 업무를 협동하여 행하되

특히 연구관보 및 연구원은 학계의 새로운 동향, 재판관과는 다른 세대의 사고방식의 전달 등을 그 역할의 중요부분으로 하여야 할 것이고, 다음 서열의 연구관은, 보다 근원적이고 철저한 조사·연구를 필요로 하는 논제에 대하여 장기간에 걸친 검토를 하는 등에 유용하게 사용될 수 있을 것이다. 그리고 이 방안의 변용된 형태로서는 상석연구관 및 연구관은 각 재판관에게 전속시키고, 나머지의 연구관보 또는 연구원은 각 지정재판부에 속하게 하여 3인의 재판관이 공동으로 이를 이용하는 방법도 생각할 수도 있다.

b. 제2안으로는 위와 같은 연구관, 연구관보, 연구원을 확보하기 어려운 경우에는, 우선 각 재판관에게 1명의 연구관(이는 고법판사 정도의 경력을 가진 연구관으로 포함)을 전속연구관으로 두어 재판관 업무의 전반에 걸친 보좌를 하게 하고, 3개의 지정재판부에 각각, 1명의 연구관(이는 지법판사 또는 검사로서 포함), 1명의 연구관보(사법연수원 졸업 정도의 경력자) 및 1명의 연구원을 두어 3인의 재판관으로 하여금 공동으로 이용하게 하는 방안이다. 이를 위하여는 최소한 9명의 고법판사급의 연구관을 확보하는 것이 필요하고 (이중 연구부장은 지법부장급으로서 재판소장을 보좌하게 한다) 나머지의 연구관, 연구관보 및 연구원은 당시의 상황에 따라 그 수를 적절히 조정하여 각 지정재판부에 소속하게 할 수 있을 것이다. 재판관의 업무를 적절히 보좌할 수 있기 위하여는 최소한도 이 제2안 정도의 인력은 필수적이라고 생각되며, 이를 위하여는 법원으로부터 현재의 인력(1명의 지법부장, 3인의 고법판사 및 1명의 지법판사) 이외에 당장 4명 정도의 고법판사급 연구관을 추가로 더 파견 받고, 연구관보로서 사법연수원을 수료한 법조인 3명 정도를 채용하는 것이 필요하다. 중기적인 방안으로서는 이 제2안이 가장 타당하리라고 생각된다. 즉 이 제도는 재판관으로 하여금 전속연구관과

공동연구관의 보조를 함께 받을 수 있도록 함으로써, 앞서 본 전속·공동연구관제도의 장점을 함께 취할 수 있을 뿐만 아니라, 특히 공동연구관의 구성을, 경우에 따라서는, 분야별 또한 외국어권별로 전문화시킴으로써 보다 합리적인 보좌를 할 수 있을 것이기 때문이다.

c. 제3안으로서는 법원으로부터 현재보다 더 이상의 연구관을 파견 받을 수 없어 현재의 인력을 그대로 활용할 수밖에 없을 경우의 방안으로서, 이 경우에는 현재의 연구관을 각1인씩 각 재판관에게 전속연구관으로 배속시키고, 나머지의 연구관보 및 연구원은 3개의 지정재판부에 나누어 공동으로 이용하게 하는 것이다. 현재와 같이 연구관을 3개의 지정재판부 단위로 나누어 배속시켜, 지정재판부 단위로는 공동연구관의 형식으로 운용하는 것은 앞서 본 지정·공동연구관제도의 본래의 취지와는 부합하지 않는 점이 있고, 특히 헌법재판관의 경우에는, 연구관이 전속적·전인격적으로 재판관을 보좌하는 것이 적절하고 또한 다른 이국의 운영실태도 그러하다는 것을 염두에 둘 필요가 있다. 다만 현재의 우리나라 헌법재판소의 상황으로서는 법원에서 파견된 연구관의 수가 부족하여 각 재판관에게 적어도 1명씩의 법관인 연구관을 배속시킬 수 없어서, 현재와 같은 상황의 연구관을 각 재판관에게 전속시킬 수 없는 경우에는 어느 재판관은 법관인 연구관의 보조를 받을 수 없는 경우가 생기게 되어 불편을 감수할 수밖에 없는 단점이 있다. 따라서 가능한 조속히 각 재판관에게 적어도 1인의 법관인 연구관이 배속될 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

d. 끝으로, 이상의 어느 방안을 취하든지 간에, 연구원의 인력은 재판관, 연구부장, 연구관, 연구관보의 계열 밑으로 흡수시킴으로써, 재판관을 정점으로 하여 이를 재판업무상 보좌하는 연구보조인력의

조직이 체계적으로 통일되어야 한다. 그렇게 되어야만 연구관들과의 능률적이고 체계적인 협동작업이 가능할 것이기 때문이다.

## 바. 연구관제도의 운영(기능)의 문제

a. 연구관의 인력을 여하히 이용·운영할 것인가는 결국 재판관의 개성에 따른 문제이다. 재판관에 따라 그에게 배당된 사건을 먼저 연구관에게 주어 쟁점의 정리 및 연구보고서를 작성하게 할 수도 있고, 재판관이 먼저 기록을 검토한 후 연구가 필요한 문제점을 개별적으로 지적하여 연구·조사하게 할 수도 있을 것이다.

b. 다만 한가지 연구관들 사이에서 동일한 문제점을 서로 중복하여 연구한다던가, 다른 연구관이 이미 조사한 바 있는 사항에 관하여 기왕의 조사결과나 자료를 활용하지 못하고 되풀이하여 연구하는 폐단을 막기 위하여는 연구관들 사이의 의사소통방법이 제도적으로 마련되어 있어야 할 것이다. 이와 같은 길이 마련되어 있지 아니하면, 능률적인 면에서의 문제점뿐만 아니라, 자칫하면 소속감 내지는 일체감을 상실하게 되어 연구관의 의욕 및 사기를 저하시키는 요인이 될 수도 있기 때문이다. 이를 위하여는, 최소한 연구부장에 대하여서 만은, 헌법재판소에 매일매일 접수되는 사건을 알 수 있는 길(예를 들면 접수된 사건의 사본 및 요지가 보고되는 방법으로)이 보장되어 있어야 하고, 최소한 재판관들의 평의 기일에 어떠한 사건이 평의 되고 있는 지를 알 수 있는 길이 마련되어야 할 것이다.

그리고, 매주 1회 정도 적절한 시간에 정기적으로 연구부장의 주도하에 연구관들이 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. 연구관제도의 운용에 대하여 마지막으로 한가지만을 첨언한다면 연구관의 인력이 허용하는 경우에는 2인 또는 3인 정도의 연구관은 어느 재판관에게도 전속시키지 아니하고, 자유로운 상태로 두고, 그에게는 3, 4개월 정도 또는 그 이상의 장기간의 시간적 여유를 주어서 우리나라의 헌법재판에 있어서 흔히 문제로 되는 중요한 문제나, 제도의 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.

## [참 고 문 헌]

1. 사법연구자료 10집, 대법원 재판연구관제도(가재환)
2. 대법원 재판연구관제도에 관한 1984. 6. 25. 사법행정제도 개선 위원회 제51차 회의록
3. 우리나라 연구관제도의 문제점과 그 개선책(1986. 3. 헌법행정 처 송무국 작성)  
(부속) (일본 최고재판소 조사관제도 및 미국 연방대법원의 Law Clerk 제도)
4. 대법원 재판연구관제도(1988. 2. 21.자 이공현 작성)
5. 재판연구관제도의 재검토(1988. 2. 29. 사법행정제도개선 위원회 제76차 회의록)
6. 최고재판소 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) 중 p. 85-86
9. 最高裁判所 調査官制度の比較法的 検討(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) 판례 타임즈 166호
12. Sources of Information outside the adversary system  
(Appellate courts and lawyers 중 p. 88-101)
13. W. H. Rehnquist : The Supreme Court
14. Das wahre Verfassungsrecht 중

- (1) Einige sozio-biographische Anmerkungen zur Herkunft  
und zum Verbleib der Mitglieder des Dritten Senats
- (2) Der Dritte Senat am Bundesverfassungsgericht



## [요 약]

### 《대법원 및 외국의 연구관제도》

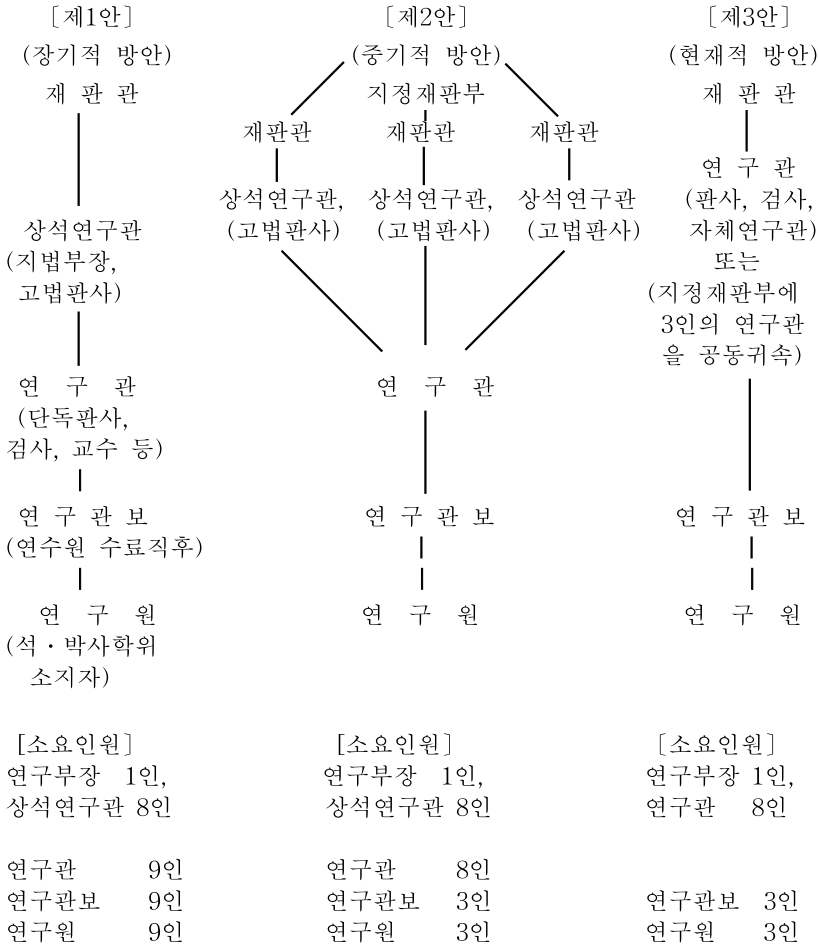
1. 대법원(대법관 12인, 연구관 39인, 근무기간 1, 2년)
  - 가. 1965. 11. 이래 1990. 2.까지=각 대법관당 1인 또는 2인의 전속연구관이 배치
  - 나. 1990. 2.~1991. 2. 15.까지=전속연구관 2인씩, 공동연구관 12인(행정사건)
  - 다. 1991. 2. 15~ =수석연구관 1인, 전속연구관 1인씩, 공동연구관 26인(특별조 14인, 일반조 12인)
2. 일본 최고재판소 최고재판관 15인, 조사관 12인)  
수석조사관 1인 

┌	민사조사관실=상석조사관 1인-조사관 12인→3실로 분류(검직)
├	행정조사관실=상석조사관 1인-조사관 4인
└	형사조사관실=상석조사관 1인, 조사관 10인→3실로 분류

(각 소법정에 대응)
3. 미국의 연방최고재판소(재판관 9인, 연구관 36인, 근무기간 1년 정도)  
1986년이래 각 재판관에게 1인의 law clerk를 인정, 현재는 9인의 재판관이 4인씩을 보유, 재판관이 개인적으로 선발·각 재판관에게 전속적으로 배치되어 보조.
4. 독일의 헌법재판소(재판관 16인, 연구관 48인, 파견기간 3년 정도)  
1952년이래 연구관제도 도입, 현재는 16인의 재판관이 3인씩 보유. 재판관이 개별적으로 선발(단, 선발과정에서 사법행정담당 부서가 협조) 각 재판관에게 전속적으로 배치되어 보조(단, 다른

일반 연방최고재판소에서는 연구관이 각 부에 공동으로 배속됨).  
파견된 연구관의 대부분은 법원에서 파견되고, 파견법원의 반  
정도는 행정법원, 나머지는 통상법원 등 각종 법원임.

## 《헌법연구관제도의 조직》



※ 연구인력의 구성 : 연구부장은 법원에서 파견, 상석연구관 및 연구관의 4분의 3정도는 법원·검찰·대학 등에서 파견받은 인력으로, 나머지 4분의 1정도는 자체 인력으로 충당. 연구관보 및 연구원은 자체 인력으로 충당.

# 헌법재판결정의 기판력

-특히 독일에서의 논의를 중심으로-

김 지 형

헌법연구관

서울고등법원 판사

## -목 차-

### I. 서 론

1. 문제의 소재
2. 논의의 대상

### II. 기판력의 전제로서 형식적 확정력

1. 형식적 확정력의 내용
2. 형식적 확정력의 배제

### III. 기판력 일반적 내용

1. 기판력의 개념
2. 기판력의 헌법적 근거

### 3. 기관력의 작용

- 가. 헌법재판의 소송물
- 나. 규범반복금지의 문제
- 다. 후 헌법재판의 선결관계

## IV. 기관력의 주관적 범위

- 1. 일반원칙 : 당사자 및 헌법재판소
- 2. 구체적 내용
  - 가. 규범통제절차의 경우
  - 나. 헌법소원심판절차의 경우
  - 다. 탄핵심판절차 · 정당해산심판절차 · 권한쟁의심판절차의 경우

## V. 기관력의 객관적 범위

- 1. 일반원칙 : 결정주문의 판단내용
- 2. 결정이유의 판단내용과 기관력

## VI. 기관력의 시적 범위

- 1. 일반원칙 : 결정선고시점
- 2. 결정선고 이후의 사정변경과 기관력의 배제

## VII. 결 론

# I. 서 론

## 1. 문제의 소재

(1) 헌법재판소법 제39조는 『일사부재리』라는 표제 아래, “헌법 재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 여기서 “동일한 사건”이라 함은 심판 사건의 당사자와 심판의 대상이 동일한 경우를 뜻한다고 해석되고, 동일한 사건에 대한 재판기관의 일사부재리는 기관력의 본질적인 작용을 의미하므로, 결국 헌법재판소가 각종의 심판절차에서 선고하는 모든 결정에 대하여는 위 규정에 의하여 기관력이 명문으로 인정되고 있다고 보여진다.<sup>1)</sup>

또한 헌법재판소법 제40조(준용규정)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) 이시윤, 한국의 헌법재판제도, 헌법재판자료 제3집(헌법재판소), 1990. 86면 ; 황우여, 위헌결정의 효력, 사법논집 제21집, 1990. 10, 12면 참조, 독일에서는 연방헌법재판소에 우리 헌법재판소법 제39조와 같은 명문의 규정 없이도 연방헌법재판소의 재판에 대하여 확정력(Rechtskraft)을 인정하는 것이 판례 및 통설의 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 민사소송법은 기관력에 관한 수개의 규정(제202조, 제204조 등)을 두고 있고, 이것이 행정소송법에서 그대로 준용되고 있으며(제8조 제2항), 형사소송에 관한 법령에도 이와 저촉되는 규정이 없고 특히 헌법상 규정된 일사부재리의 원칙(제13조 제1항)을 중심으로 하여 기관력을 인정하는데 아무런 이론이 없으므로,<sup>2)</sup> 헌법재판소법 제40조의 준용규정에 의하여 헌법재판소의 결정에 대하여 민사소송법 등의 일반원칙으로 정립된 기관력 내용 및 범위 등에 관한 법리가 원칙적으로 적용될 수 있을 것이다.<sup>3)</sup>

(2) 헌법재판소는 i) 법원의 제청에 의한 위헌법률심판 ii) 탄핵심판 iii) 정당해산심판 iv) 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판 v) 헌법소원심판 등 다양한 종류의 심판사건을 관장하고 있지만(헌법 제111조 제1항, 헌법재판소법 제2조), 헌법재판소가 심판절차를 통하여 어떠한 결정을 선고하면 헌법재판소법 제39조, 제40조의 규정에 따라 그 심판사건의 종류가 무엇이든, 그 결정의 주문내용이 무엇이든 불문하고 예외 없이 그 결정에 대하여 형식적·실질적 확정력(기관력)이 인정되는 것은 법원의 확정재판과 마찬가지로 일 것이다.

그러나 헌법재판소가 관장하는 심판사건은 그 종류에 따라 절차상의 구조나 본질적인 성격이 반드시 동일한 것은 아니다. 따라서 헌법재판소결정에 대하여 인정되는 확정력의 내용 및 범위에 관하여 심판사건의 종류에 따른 특성의 차이에 관계없이 일률적으로 설명하기는 힘들고 개별적인 검토가 요구된다 할 것이다.

2) 이재상, 형사소송법(김정판), 1991, 657면 이하 참조.

3) 황우여, 앞의 논문(주 1), 10면 참조.

그리고 헌법재판소법은 기관력에 관한 규정 이외에도 위헌법률심판이나 헌법소원의 인용결정에 대하여는 일반적 기속력(제47조 제1항, 제75조 제1항) 또는 법규적 효력(제47조 제2항) 등을 인정하고 있으므로, 이와 관련하여 기관력의 내용이나 범위를 어떻게 이해하여야 할 것인가도 세부적인 검토를 필요로 하는 부분으로 남는다고 할 것이다.

## 2. 논의의 대상

그러므로 이 글에서 헌법재판소결정의 기관력에 관하여 논의함에 있어서는, 주로 민사소송법 등 소송법학에서 논의되고 있는 법원의 확정재판에 대한 기관력의 일반적인 내용 및 범위에 관한 법리와 대비하여, 헌법재판소 결정이 갖는 기관력의 내용이나 범위를 어떻게 정하여야 할 것인가의 점과, 특히 위헌법률심판사건과 헌법소원 심판사건의 경우에 있어서는 기관력과 기속력 및 법규적 효력의 관계에 유념하면서 기관력의 내용을 어떻게 확정할 것인가의 점에 그 초점을 두고자 한다.

다만 헌법재판소결정의 기관력에 관하여는 그 논의의 중요성에도 불구하고 국내에서는 이를 다룬 본격적인 글을 거의 발견할 수 없고,<sup>4)</sup> 헌법재판소의 결정 역시 이 문제를 정면에서 다루고 있는 사례가 많지 않은 탓으로 그 논의 자체가 활발하지 못한 것이 사실이다. 그러므로 이 글에서는 편의상 헌법재판소제도를 운용하고 있는 독일에서 연방헌법재판소의 판례 및 학설을 통하여 『헌법재판소결정의 기관력 문제』를 둘러싸고 제기되어진 쟁점들을 참고삼아 논

---

4) 다만 황우여, 앞의 논문(주 1), 10-14면에서 '위헌결정의 소송법적 효력'의 하나로 확정력 문제가 논급되고 있다.



의를 전개하기로 한다.

## II. 기판력의 전제로서 형식적 확정력

### 1. 형식적 확정력의 내용

(1) 재판의 그 소송절차내에서 통상의 불복방법에 의하여 더 이상 다룰 수 없게 되어 그 재판의 결과가 취소·변경될 가능성이 없게 된 상태를 두고 재판이 형식적으로 확정되었다고 한다.<sup>5)</sup> 재판의 이러한 취소불가능성(Unanfechtbarkeit)을 형식적 확정력(formelle Rechtskraft)이라고 한다. 이는 재판의 최종적인 종결에 따른 절차적인 측면에서의 효력으로서, 이를 전제로 하여 비로소 재판의 내용에 따른 실체적인 측면에서의 효력인 기판력 등이 생기게 된다.

이처럼 재판을 일정한 단계에서 종결시켜 더 이상 그 당부를 다룰 수 없게 함으로써 확일적으로 확정력을 갖게 하는 것은 당사자간의 분쟁을 무한히 연장시키지 아니하고 국가의 재판기관이 일정한 절차를 거쳐 공권적인 판단을 내린 것에 기초를 두어 종결시키려는 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 요청에 따른 것이다.<sup>6)</sup> 그러므로 재판에 대한 형식적 확정력은 소송에 관한 실정법규의 본질적인 요소일 뿐 아니라 더 나아가 헌법상 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)에서 직접 파생되는<sup>7)</sup> 당연한 효력으로 인정되는 것이라 할

5) 이에 관하여는 무엇보다도, 이시윤, 민사소송법(신판), 1991. 12. 678면 이하 ; 이계상, 형사소송법(전정판), 1991. 656면 이하 ; 이우선, 관례 행정소송법(하), 1991. 251면 등 참조.

6) 헌법재판소 1989. 7. 24. 선고, 89헌마141 결정, 헌판집 1권 144면 참조.

7) 법적 안정성이 법치국가원리의 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.<sup>8)</sup> 이는 실질적 확정력의 의미에서의 기판력의 헌법적 근거와 그 궤를 같이 하는 것임은 뒤에서 보는 바와 같다.

(2) 헌법재판소의 결정에 대하여는 헌법재판소법상 불복신청을 할 수 있는 방법이 전혀 규정되어 있지 않다. 그러므로 헌법재판소가 각종의 심판절차를 거쳐 선고한 결정은 그 선고와 동시에 곧바로 형식적으로 확정된다고 할 것이다.<sup>9)</sup>

헌법재판소는, 헌법소원청구인이 헌법재판소의 헌법소원심판에 대한 결정에 대하여 헌법소원이나 즉시항고의 형식으로 불복신청을 한 사안에서, “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 판시<sup>10)</sup>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 판시<sup>11)</sup>하여, 헌법재판소결정에 대한 불복신청이 허용될 수 없음을 이유로 헌법재판소결정에 형식적 확정력이 있음을 명백히 하고 있다.

## 2. 형식적 확정력의 배제

8) Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 415.

9) Maunz, a. a. O. (주 1), § 31 Rn. 8 ; Pestalozza, a. a. O. (주 1), § 20 Rn. 52, 67 ; Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 415 ; Schlaich, a. a. O. (주 1), Rn. 442 ; Vogel, a. a. O. (주 1), S. 583.

10) 헌법재판소 1990. 5. 21. 선고, 90헌마78 결정, 헌법재판소판례집(이하 “헌판집”이라 한다) 2권129(130)면(괄호안의 면수는 결정문 중 인용된 부분이 수록된 면수를 나타낸다). 동지 : 헌법재판소 1989. 7. 24. 선고, 89헌마141 결정 (주 6)은, 자기기속력을 근거로 하여 헌법재판소 결정에 대한 헌법소원이 허용되지 않는다고 판시하고 있다.

11) 헌법재판소 1990. 10. 12. 선고, 90헌마170 결정, 헌판집 2권 363(364)면.

형식적 확정력은 원칙적으로 모든 재판에 인정되지만, 예외적으로 일정한 사유가 있는 경우 법률의 규정에 의하여 배제될 수 있다. 법원의 재판에 대하여는 소송행위의 추완(민사소송법 제160조, 형사소송법 제345조, 행정소송법 8조 제2항)이나 재심청구(민사소송법 제422조 이하, 형사소송법 제420조 이하, 행정소송법 제8조 제2항, 제31조, 제38조)에 관한 소송법규의 규정에 의하여 그 형식적 확정력을 배제시킬 수 있다.

헌법재판소결정에 대하여는 불복신청이 인정되지 아니하므로 소송행위의 추완이라는 일반소송법상의 절차는 이를 준용할 여지는 없다.<sup>12)</sup>

헌법재판소결정에 대하여 재심청구가 허용되는지 여부는 법원의 재판에 대한 경우와는 달리 신중한 검토가 요구되는 문제에 속한다고 할 것이다.

먼저 우리처럼 헌법재판에 관하여 집중형제도를 취하고 있는 나라의 입법례를 살펴본다. 독일은 연방헌법재판소법 제61조<sup>13)</sup>에 연방법원에 대한 탄핵심판절차에 관하여만 재심에 관한 규정을 두고

---

12) Maunz, a. a. O. (주 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 연방법원에 대한 탄핵심판절차 이외에는 재심절차가 인정되지 않는다는 해석론이 통설이다.<sup>14)</sup>

오스트리아 헌법재판소법 제34조는 “헌법재판소는 연방헌법 제137조, 제143조 및 제144조에 정한 헌법재판사건에 한하여 비공개 심리절차에 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,<sup>15)</sup> 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 재산법상의 청구에 관한 권리구제심판, ② 탄핵심판, ③ 행정처분을 대상으로 한 헌법소원심판)에 한하여 허용된다.<sup>16)</sup>

이상과 같은 독일과 오스트리아의 입법례와는 달리 우리 헌법재

14) Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 53.

15) 정종섭, 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 재심에 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 준용규정이 헌법재판소결정에 대한 재심을 허용하는 법적 근거가 될 수 있는 것은 아닌지 문제될 수 있다.

그러나 위 준용규정의 입법취지는 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 소송절차의 진행이라는 측면에서 일반적으로 법원에서의 재판절차에 있어서와 마찬가지로 공통적으로 적용할 수 있는 협의의 절차적인 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.

재심에 의하여 재판의 형식적 확정력을 배제하기 위하여는 그 사유 및 절차 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 독일연방헌법재판소의 판시가 그 해결점을 찾는 데 좋은 시사를 준다고 생각한다. 그 판시내용을 여기서 그대로 인용하면, “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.”<sup>17)</sup>라고 하거나, “연방헌법재판소는 …기본법과 연방헌법재판소법에 의하여 제시된 기본방향에 기초하여 연방헌법재판소의 심판절차에 관한 또 다른 법원칙들을 발전시킬 수 있다.”<sup>18)</sup>라고 한다.

이와 같이 헌법재판소법의 흠결성(Lückenhaftigkeit)을 전제로 하여<sup>19)</sup> 헌법재판소가 스스로 헌법재판절차에 관한 합목적적이고 자족적인 법원칙을 세울 수 있다면, 헌법재판소의 심판절차에 대하여 재심절차에 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.

헌법재판소가, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 위헌법률심판을 구하는 헌법소원심판청구사건에서 헌법재판소 지정재판부에 의하여 선고된 부적법 각하결정에 대하여 재심청구를 한 사안에서,

---

17) BVerfGE 1, 108(110f.)

18) BVerfGE 2, 79(84)

19) Schlaich, a. a. O. (주 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 판시<sup>20)</sup>하고 있는 것은 바로 이와 같은 관점에서 재심절차의 허부에 관한 판단의 한 단면을 보여준 것이라고 할 것이다.

### Ⅲ. 기판력의 일반적 내용

#### 1. 기판력의 개념

(1) 재판이 더 이상 다룰 수 없게 되어 절차적인 측면에서 형식적 확정력이 생기게 되면, 그 확정재판이 내려진 시점에서의 사실관계를 기초로 하여 판단되어진 내용은, 그 재판절차에서 심판의 대상(Verfassungsgegenstand 또는 Streitgegenstand)으로 된 분쟁에 대하여 재판기관이 내린 종국적인 법적 판단으로서 당사자들 사이와 법원에 대하여 실질적인 규범으로서 작용하게 된다. 그리하여 당사자는 후일 동일한 사항에 대하여 확정재판의 판단내용과 반하는 주장을 하여 되풀이하여 다룰 수 없고, 법원도 확정재판의 판단내용과 모순·저촉되는 판단을 하여서는 안되는 효과가 생긴다. 확정재판이 갖는 이러한 효력을 실질적 확정력(materielle Rechtskraft), 또는 흔히 기판력이라고 한다. 법원의 재판절차와 관

---

20) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌아1 결정

런하여 민사소송법 제202조(기판력의 객관적 범위), 제204조(기판력의 주관적 범위), 행정소송법 제8조 제2항 등이 확정재판의 기판력에 관한 규정을 두고 있다.

(2) 헌법재판소가 선고하는 모든 결정에 대하여도 헌법재판소법 제39조, 제40조에 의하여 기판력이 인정되는 것은 법원의 확정재판과 마찬가지로 앞서 본 바와 같다.

## 2. 기판력의 헌법적 근거

(1) 법원의 확정재판이나 헌법재판소의 결정에 대하여 위와 같이 기판력이 인정되고 있는 것은, 종국적으로 확정된 재판의 존속보호(Bestandsschutz)라는 법적 안정성(Rechtssicherheit) 내지 법적 평온(Rechtsfriede)의 요청 때문이라는 것이 일반적인 설명이다.<sup>21)</sup>

그런데 이러한 법적 안정성 내지 법적 평온의 사상은 헌법상의 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip) 내지 법치주의원리의 핵심적인 내용으로 서로 불가분의 관계에 있다고 볼 것이므로,<sup>22)</sup> 기판력은 법치국가원리에 그 헌법적 근거를 두고 있다고 할 것이다.<sup>23)</sup>

---

21) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 680면 ; 이석선, 앞의 저서(주 5), 260면 ; 이재상, 앞의 저서(주 5), 656면 등 참조.

22) 권영성, 헌법학원론(신정판), 1991. 7., 119면 ; 허 영, 한국헌법론, 1991. 2., 145면 ; Schwarb / Gottwald, *Verfassung und Zivilprozeß*, 석천 명/출구아구 편역, 헌법 & 민사수속법, 경음의 속대학 법학연구회업서(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 사실관계에서 발생한 청구권의 행사를 일반적으로 제한 또는 금지시키는 것이 구체적 타당성의 원칙(Grundsatz der Gerechtigkeit im Einzelfall)에 부합한다고 하더라도 이미 기판력있는 재판에 의하여 확정된 청구권이 있다면 이러한 확정재판의 기판력은 보호되어야 할 것이다. 만약 입법자가 이를 무시하고 기판력을 고려하지 않은 입법을 하였다면 그러한 법률은 법원의 확정재판에 대한 기판력의 존속보호의 요청에 위배되는 것으로서 법치국가원리의 본질적인 구성요소인 법적 안정성의 원칙을 침해하는 것이 되어 헌법에 위반된다 할 것이다.<sup>24)</sup>

(2) 기판력을 위와 같이 헌법상 법치국가원리로부터 직접 우러나오는 제도로 이해하는 한, 법원의 확정재판과 마찬가지로 헌법재판소결정에 대하여도, 헌법재판소법 제39조와 같은 규정의 유무에도 불구하고, 기판력이 인정되는 것은 당연한 것이다.<sup>25)</sup>

이에 반하여, 규범통제의 헌법재판에 대하여는 기판력을 부인하는 견해가 있다. 즉 기판력은 그 개념상 일정한 사실관계(Sachverhalt)에 대하여 규범(Norm)을 적용하는 재판절차에 한하여 그 효력이 생기는 것인데, 규범통제절차는 그러한 재판절차와는 달리 하위규범을 상위규범(헌법)에 견주어 평가하는 절차이므로 단순한 법률적용(Gesetzesanwendung)의 절차와는 논리적인 구조나 질적으로 완전히 다르고, 오히려 본질적으로 입법작용(Gesetzgebung)에 가까우므로, 규범통제절차에서의 헌법재판소결정은 기판력이 인정

24) BVerfGE 29, 413(432).

25) 독일의 경우 연방헌법재판소법상 기판력에 관한 아무런 명문규정도 없음에도 불구하고 헌법에 직접 근거하여 연방헌법재판소의 재판에 기판력을 인정하는 것이 판례[BVerfGE 4, 31(38) ; 5, 34(37) ; 20, 56(86f.) ; 33, 199(203f.) ; 77, 84(103) ; 78, 320(328)] 및 통설(Maunz, a. a. O. (주 1), §31 Rn. 8 ; Schlaich, a. a. O (주 1), Rn. 440f. ; Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 54, 62 ; Lange, a. a. O. (주 1), S. 2)이다.

될 여지가 없다는 것이다.<sup>26)</sup>

그러나 헌법재판소 역시 각종의 심판절차를 통하여 사법기관(Organ der Rechtsflege)으로서의 본질적 작용을 행하고 있다 할 것이고, 그 중 규범통제절차만을 달리 보아야 할 이유가 없기 때문에,<sup>27)</sup> 규범통제의 헌법재판에 대하여도 기판력을 인정하는 것이 타당할 것이다.

### 3. 기판력의 작용

(1) 기판력은, 당사자에 대한 관계에서는 기판력있는 판단내용을 후일 동일한 사건에서 반복하여 다투는 것을 금지(이른바 반복금지 : Wiederholungsverbot)하며, 재판기관에 대한 관계에서는 기판력있는 판단내용에 기속되어 후일 이것이 선결문제로 되어 있는 사건에서 그와 모순·저촉되는 새로운 판단을 하는 것을 금지(이른바 모순금지 : Widersprunchverbot)하는 작용(Wirkung)을 한다.<sup>28)</sup>

그러므로 기판력의 반복금지의 작용과 관련하여서는 ‘소송물의

---

26) 특히 바이에른(Bayern) 주 헌법재판소의 BayVerfGHE 5, 166(183) ; 11, 127(140) ; 18, 30(35) ; Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3. Aufl. 1985, Art. 98 Rn. 38(이상은 Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 417 Fn. 105에서 재인용).

27) BVerfGE 40, 356(360) ; Maunz, a. a. O. (주 1), §1 Rn. 7, Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 346f., 941ff. 등 독일의 판례 및 통설이다(Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 416 Fn. 102 참조).

28) 소송법학에 있어서 기판력의 본질에 관한 모순금지설(우리의 다수설 및 판례, 독일의 소수설)과 반복금지설(우리의 소수설, 독일의 통설 및 판례)의 대립은 결국 기판력의 두 가지 작용 가운데 어떠한 작용을 중시하느냐에 따른 것으로 이해할 수 있을 것이다(이시윤, 앞의 저서(주 5), 681-682면, 685면 등 참조). 그러나 기판력의 본질을 반복금지로 파악하는 것이 보다 논리가 일관된다고 생각되어 반복금지설에 따르기로 한다. 헌법재판의 기판력의 본질론과 관련하여 독일연방헌법재판소의 판례 역시 반복금지설에 입각하여 기판력있는 헌법재판이 선고된 이후에 동일한 당사자가 동일한 소송물에 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.)].

동일성'(Identität der Verfahrensgegenstände)에 대한 개념정립이 선행되어야 하고, 모순금지의 작용과 관련하여서는 '선결관계'(Präjudizialität)에 대한 이해가 앞서야 할 것이다.

따라서 헌법재판소결정의 경우에도 그 기관력에 대한 이해는 곧바로 헌법재판절차에서의 소송물 및 선결관계에 대한 개념정립으로부터 출발하여야 함은 물론이다.

또한 기관력의 반복금지의 작용과 관련하여, 특히 헌법재판소의 규정통제절차에 있어서 헌법결정이 선고된 경우 그 기관력의 효과로서 입법자에 대하여 위헌법률과 전혀 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률을 반복하여 제정하는 것을 금지시키는 작용(이른바 규범반복금지 : Normwiederholungsverbot)까지 인정할 것인가 하는 문제가 실제적인 주요 논점으로 제기되고 있다.

### 가. 헌법재판의 소송물

헌법재판에 있어서 소송물은 주로 헌법재판소결정의 효력이 미치는 범위를 정하는 표준이 되는 점에서 매우 중요한 실제적인 의미를 갖는다. 그러나 소송물의 개념을 어떻게 정의할 것인가에 관하여는 일반의 민사소송법학에서도 아직 명확한 견해의 일치를 보지 못하고 있다.<sup>29)</sup>

원래 소송물(Streitgegenstand)이라 함은 소송의 주체인 적극, 소극의 양 당사자가 일정한 분쟁을 사이에 두고 대립하는 소송구조를 전제로 하여, 그 소송의 객체에 해당하는 분쟁에 관한 법적 문제를 가리키는 의미에서 출발한 것이다. 그러나 헌법재판소의 심판절차는 권한쟁의 등과 같이 대립적인 구조를 갖는 심판절차가 있는가

29) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 320면 이하 참조.

하면 반대로 규범통제절차와 같이 그렇지 않은 심판절차도 있어서 일률적으로 그 성격을 규정 지을 수 없다. 그러므로 여기서 말하는 헌법재판의 소송물이라는 용어는 헌법재판소의 각종 심판절차에 있어서 ‘심판의 대상’(Verfahrensgegenstand)이라는 의미로 사용하기로 한다.<sup>30)</sup>

(1) 민사소송법학에서는 소송물의 개념을 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장을 기준으로 하여 실체법적인 관점에서 정의하려는 견해(구소송물이론 또는 구실체법설)와, 실체법상의 청구권 등과는 무관하게 순전히 소송상의 청구(prozessualer Anpruch)를 기준으로 하여 소송법적인 관점에서 정의하려는 견해(신소송물이론 또는 소송법설)로 크게 나누어지고 있다.<sup>31)</sup>

그러나 헌법재판의 소송물의 개념을 정의함에 있어서는 실체법과는 분리된 소송법적인 관점이 강조되는 것이 상당할 것이다. 헌법재판소가 각종의 심판절차에서 본안판단을 함에 있어서는 당사자가 주장하는 기본권이나 기타 헌법규정만에 국한하지 않고 헌법상의 모든 관점을 심사기준(Prüfungsmaßstab)으로 삼아야 할 것이기 때문이다. 헌법재판소가 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정<sup>32)</sup>에서, “헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것”이라고 판시한 것은 오로지 헌법소원심판에 국한되는 것은 아닐 것이다.

---

30) 독일연방헌법재판소의 판례에서는 규범통제절차에 관하여도 ‘Streitgegenstand’라는 용어를 사용하고 있다[BVerfGE 78, 320(328)]. 그러나 이 역시 심판의 대상이라는 의미로 대용하고 있는 점에서는 차이가 없으므로, 이러한 용어사용상의 불일치는 실제로 중요한 의미가 없다.

31) 그밖에 실체법상의 청구권의 개념을 수정하여 소송물의 개념을 이해하려는 견해(신실체법설이라고 한다)가 있으나, 결론에 있어서 소송법설과 차이가 없다. 이상에 관하여는 무엇보다도 이시윤, 앞의 저서(주 5), 321-325면 참조.

32) 헌판집 1권 176(188)면.

그러면 헌법재판소의 개개의 심판절차에서의 소송물의 실체를 구체적으로 어떻게 이해하여야 할 것인가?

(2) 먼저 규범통제절차(Normenkontrollverfahren)의 소송물에 관하여 본다.

규범통제의 헌법재판절차로는, 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차(헌법 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조 제1항), 위헌법률심판을 구하는 헌법소원심판절차(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제2항) 및 법률에 대한 헌법소원심판절차(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항) 등이 있다.

이러한 규범통제절차는 법률을 직접 ‘심판청구의 목적물’(Angriffsgegenstand)로 하는 점에서 다른 심판절차와 구별된다. 바로 이러한 점 때문에 법률 그 자체가 규범통제절차의 소송물<sup>33)</sup>로 오인되기도 한다. 그러나 민사소송에서 소송물과 청구의 목적물(민사소송법 제204조 제2항)을 엄격히 구별하듯이,<sup>34)</sup> 규범통제절차에 있어서 심판의 대상과 심판청구의 목적물은 엄격히 구별되어야 할 것이다. 규범통제절차는 법률이 헌법에 위반(Verfassungswidrigkeit)되거나 위헌무효(Nichtigkeit)인지 여부를 확인하는 심판절차이므로, 그 소송물은 문제된 법률 그 자체가 아니라 그 법률이 헌법 전반의 심사기준에 비추어 일반적으로 헌법에 합치되는지 여부라고 할 것이다.<sup>35)</sup>

그러므로 헌법재판소가 규범통제절차에서 문제된 법률의 합헌성 여부를 심사함에 있어서 적용하는 개개의 헌법규정을 기준으로 하여 소송물을 달리하는 것이 아니고, 심판절차에서 당사자에 의하여

33) 독일의 일부 학자들의 견해이기도 하다(Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 410 Fn. 74 참조).

34) 이시훈, 앞의 저서(주 5), 321면 참조.

35) BVerfGE 1, 208(220) ; 1, 396(406, 414) ; 20, 56(86) ; 78, 320(328) ; Maunz, a. a. O. (주 1), § 31 Rn. 12 ; Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 410f. ; E. Klein, AöR 108(1983), S. 436

구체적으로 어떠한 헌법조항이 위헌의 근거로 주장되었다고 하더라도 이는 단순한 헌법적 관점의 하나에 불과하므로, 헌법재판소가 법률의 위헌성을 심사함에 있어서는 당사자에 의하여 주장된 헌법상의 심사기준에만 기속되지 않는다.<sup>36)</sup>

그런데 규범통제절차의 소송물을 이보다 훨씬 넓게 해석하는 견해가 있다. 즉 규범통제절차에서 헌법재판소가 심판의 대상으로 삼고 있는 것은 단순히 그 심판절차에서 구체적으로 문제된 법률의 위헌성 심사 그치는 것이 아니라 실질적으로는 그 문제된 법률과 동일한 규제내용이 동일한 사정 아래에서 일반적으로 위헌성이 있는지 여부이므로, 규범통제절차의 소송물은 오로지 청구의 대상이 되었던 법률의 위헌성 여부에 한정하는 것이 아니라 그 법률과 같은 내용의 규제의 위헌성 여부로 정의하여야 한다는 주장<sup>37)</sup>이 그것이다. 이러한 견해는 뒤에서 보는 바와 같이 규범통제절차의 기관력의 작용으로서 문제되는 규범반복금지의 효과를 이론적으로 명확하게 뒷받침하기 위하여, 독일에 있어서 발달된 행정소송의 소송물 이론<sup>38)</sup>을 원용하여 체계화한 주장으로 보인다.

---

36) 독일의 경우 연방헌법재판소는 추상적 규범통제와 관련하여 BVerfGE 1, 14(41) ; 12, 205(222) ; 37, 363(397) 등에서, 구체적 규범통제와 관련하여 BVerfGE 2, 380(403) ; 3, 187(196f.) ; 4, 219(243) ; 4, 331(345) ; 26, 44(56, 58f.) 등에서, 개인의 헌법소원과 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) Dettnerbeck, a. a. O. (주 1), S. 411-412.

38) 행정처분의 취소 등을 구하는 행정소송에 있어서는, 취소 등 판결이 확정되면 행정청이 그 확정판결과 모순·저촉되는 새로운 처분을 할 수 없다는 반복금지의 효과가 인정되고 있다(행정소송법 제30조, 제44조 제1항). 다만 이러한 반복금지효의 본질을 기관력의 작용으로 볼 것인지(기관효력설), 아니면 기관력과 다른 별도의 특수한 효력으로 이해할 것인지(특수효력설)에 관하여는 견해의 대립이 있으나, 대법원은 기관력설s을 취하고 있다(대법원 1982. 5. 11. 선고, 80누104 판결, 공684호571). 이에 관하여 좀더 자세한 것은, 이석선, 앞의 저서(주 5), 251-257면 참조. 행정소송에서 확정판결의 이러한 반복금지의 효력을 소송물이론에

그러나 규범통제절차에 있어서는 입법기관이 그 절차의 당사자가 아니다. 그럼에도 불구하고 행정청이 당사자로 되는 행정소송에 있어서 행정처분의 취소 등 확정판결의 경우에 기관력의 작용으로서 인정되는 반복금지의 효과를 규범통제절차에서의 위헌결정의 경우에 그대로 적용하여 입법기관에 대한 관계에서 반복금지의 효과를 소송물의 개념으로 흡수하는 것은 무리라고 생각된다. 그리고 실제로 이러한 반복금지의 효과를 소송물의 정의를 내리기 위하여 끌어들이지 않더라도 위헌결정의 기관력이 갖는 모순금지의 작용을 통하여 반복금지와 동일한 결과를 얻을 수 있음은 뒤에서 보는 바와 같으므로, 그 논의의 실익도 의문시된다.

(3) 규범통제절차에 속하는 헌법소원을 제외한 헌법소원심판절차에 있어서 소송물은 원칙적으로 심판의 대상으로 된 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법소원심판청구인이 헌법상 보장된 기본권을 침해받았는지 여부이다.

기본권 침해의 위헌적인 공권력의 행사 또는 불행사의 취소나 무효확인을 구하는 헌법소원심판청구인의 실제법적인 청구권이 소송물을 구분하는 기준이 아님은 규범통제절차의 경우와 같다. 그렇지 않으면 헌법소원심판절차에 있어서도 헌법재판소는 청구인이 침해받았다고 주장하는 기본권조항에만 한정하지 않고 헌법상 보장된 기본권조항 전반을 심사기준으로 삼아 기본권침해 여부를 판단하여야 한다는 점을 설명할 수 없을 것이기 때문이다.

그런데 예를 들어 법률의 집행행위가 헌법소원의 대상으로 된 경우와 같이, 헌법소원에 대한 결정을 함에 있어서 헌법소원의 대상인 공권력의 행사의 근거가 되는 법률의 위헌 여부가 선결문제로

---

끌어들여 그 근거를 제공하려는 견해에 의하면, 행정소송의 소송물은 단순히 구체적으로 문제된 행정처분의 위법·부당성에 국한되는 것은 아니라고 한다.

되는 경우에는, 헌법재판소는 그 법률의 위헌 여부에 관하여 부수적인 규범통제(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 위헌법률심판절차에서의 위헌결정과 동일한 내용 및 효력을 인정하고 있다. 그러므로 이와 같이 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원심판절차의 경우에는 그 집행행위가 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 일반적으로 침해하였는지 여부와 아울러, 규범통제절차에서의 소송물 개념과 마찬가지로 그 근거법률의 위헌성 여부가 소송물로 된다고 할 것이다.<sup>39)</sup>

(4) 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판과 같이 심판절차가 대립적 구조를 취하고 있는 경우에는 각각의 대립당사자 사이에 존재하는 헌법적 분쟁이 소송물로 된다.

탄핵심판은 그 심판절차의 구조가 형사소송과 유사하므로,<sup>40)</sup> 형사소송의 소송물론을 원용할 수 있을 것이다. 우리 형사소송법의 해석상 소송물, 즉 심판의 대상이 무엇인가에 관하여는 견해의 대립이 있다.<sup>41)</sup> 공소장에 기재된 공소사실과 단일성과 동일성이 인정되는 사실이 심판의 대상으로 된다는 견해(공소사실대상설), 소인이라는 개념을 도입하여 심판의 대상은 범죄가 되는 사실, 즉 구성요건에 해당하는 사실의 기재를 의미하는 소인이고, 공소사실은 실제

39) Detterbeck, a. a. O. (주 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 이재상, 앞의 저서(주 5), 398-402면 참조.



개념이 아니라 소인변경의 한계를 설정하여 주는 기능개념에 불과하다는 견해(소인설), 현실적 심판의 대상은 소인이고 공소사실은 잠재적 심판의 대상이라고 해석하는 견해(절충설), 공소장에 기재된 공소사실이 현실적 심판의 대상이고 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이 잠재적 심판의 대상이라고 하는 견해(이원설) 등이 그것이다.

공소사실대상설은 심판의 범위를 확대시켜 피고인의 방어권 행사에 지장을 줄 뿐 아니라 공소장변경제도의 취지를 무의미하게 한다는 비판을 받고 있고, 소송대상설과 절충설에 대하여는 일본형사소송법에 규정된 소인의 개념을 우리 형사소송법상 아무런 근거도 없이 끌어들이고 특별히 소인의 개념을 인정할 만한 실천적인 의미도 없다는 비판이 있다.<sup>42)</sup>

따라서 그중 대법원<sup>43)</sup>과 다수설<sup>44)</sup>의 지지를 받고 있는 이원설에 입각하여 탄핵심판의 소송물을 정리한다면, 탄핵소추의결서에 기재된 피청구인에 대한 탄핵심판청구사유로서, 헌법재판소법 제48조 각호의 1에 해당하는 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 사실이 현실적 심판의 대상이고 이와 동일성이 인정되는 사실이 잠재적 심판의 대상으로 되며, 잠재적 심판의 대상은 탄핵소추의결서의 변경절차<sup>45)</sup>에 의하여 현실적 심판의 대상으로 된다고 할 것이다.

---

42) 이재상, 앞의 저서(주 5), 400-402면 참조.

43) 대법원 1962. 5. 24. 선고, 4293비상2 판결, 집10②형15; 1971. 11. 23. 선고, 71도1548 판결, 집19③형47.

44) 이재상, 앞의 저서(주 5), 402면 ; 정영석, 형사소송법(4 개정판), 1982, 282면 ; 백정구, 형사소송법(금정판), 1987, 468면 등 참조.

45) 헌법재판소법 제40조 제1항의 규정에 의하여 탄핵심판절차에 형사소송에 관한 법령이 준용되므로 형사소송법상 공소장변경절차를 준용하여 탄핵소추의결서의 변경도 가능하다고 할 것이다.

정당해산심판절차의 소송물은 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부에 관한 문제이고(헌법재판소법 제55조), 권한쟁의심판절차의 심판의 대상은, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 및 범위를 심사기준으로 삼아(헌법재판소법 제61조 제1항) 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는지 여부(같은 조 제2항)에 관한 문제이다.

그런데 피청구인의 처분을 대상으로 하는 권한쟁의심판과 관련하여, 위 처분에는 입법기관의 입법행위도 포함되고<sup>46)</sup> 이것은 단순한 입법절차상의 다른 기관의 입법권한을 침해한 경우에 한정하는 것이 아니라 입법내용을 통하여 헌법상 부여된 다른 기관의 권한을 침해한 경우<sup>47)</sup>를 예상할 수 있다.<sup>48)</sup> 특히 그중 후자의 경우에는 헌법재판소가 당해 법률의 위헌성 심사를 하는 결과로 되어 그 소송물의 개념을 규범통제절차의 경우와 어떻게 구별할 것인지 문제될 수 있다.

그러나 규범통제절차에 있어서 심판의 대상은 당해 법률 그 자체의 위헌성 여부의 문제임에 반하여, 위와 같은 입법기관에 대한 권한쟁의심판절차에 있어서 심판의 대상은 피청구인인 입법기관의 법률제정이라는 행위가 헌법에 위배된 것인지 여부의 문제이다. 다시 말하면 규범통제절차에서 문제된 법률의 위헌 여부를 판단하기 위한 심사기준은 일반적인 헌법적 관점이 모두 적용되어야 하지만, 권한쟁의심판절차에 있어서는 일정한 국가기관들 사이의 권한배분

---

46) BVerfGE 2, 143(177) ; 73, 40(65)

47) BVerfGE 1, 208(220) ; 4, 144(148).

48) 이에 관한 좀더 자세한 내용은, 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 권한쟁의심판제도에 관한 연구(헌법재판연구 제3권, 헌법재판소), 174면 이하 참조.

에 관한 헌법규정의 위반 여부라는 관점에 국한되고, 바로 이점에서 양자의 소송물은 구별될 수 있다. 인용결정의 주문형식도 규범통제절차의 경우에는 직접 당해 법률의 위헌을 선언하지만, 위 권한쟁의의 경우에는 피청구인의 입법행위를 취소하거나 그 무효확인을 하는 것에 그치게 된다(헌법재판소법 제66조 제2항).

## 나. 규범반복금지의 문제

헌법재판소의 심판절차 중 특히 규범통제절차와 관련하여, 규범통제절차에서 어떠한 법률에 대하여 위헌결정이 선고되었는데 그 후 입법자가 그와 전혀 동일한 내용으로, 또는 약간의 차이는 있으나 본질적으로 동일한 내용의 법률을 새로이 제정하였을 경우 기관력의 작용에 의하여 그러한 법률의 효력을 지지·통제할 수 있는가가 문제되고 있다.

이에 관하여는, ① 법률의 위헌결정은 입법기관을 포함하여 모든 헌법기관을 기속하므로,<sup>49)</sup> 입법자는 위헌으로 결정된 법률과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률을 제정하는 것이 금지된다고 하여 규범반복금지(Normwiederholungsverbot)의 효력을 기속력(Bindungswirkung)의 내용으로 보는 견해,<sup>50)</sup> ② 위헌결정의 기관력이 미치는 객관적 범위를 확장하여 이해함으로써 입법자는 위헌으로 결정된 법률과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률을 반복하여 제정하는 것이 금지된다고 보는 견해,<sup>51)</sup> ③ 규범통제절차의

49) 독일연방헌법재판소법 제31조 제1항, 우리 헌법재판소법 제47조 제1항.

50) BVerfGE 1, 14(37) ; Maunz, a. a. O. (주 1), §31 Rn. 24 ; ders., in Maunz / Dürig, GG. Art. 94 Rn. 25, 32 ; Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 85 ; Leibholz / Rupperecht, BVerfGE, 1968, §31 Rn. 3(S. 102).

51) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 606f. 이 견해에 관하여 자세한 내용은 후술하는 “V. 2. (1)” 항의

소송물은 단순히 구체적으로 문제된 법률 그 자체에 대한 위헌성 여부의 문제에 그치는 것이 아니라 문제된 법률과 같은 종류의 법적 규제가 일반적으로 위헌인지 여부의 문제를 포괄하고, 따라서 법률의 위헌결정 이후에 그와 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률이 제정되었다고 하더라도 그 위헌성을 문제삼는 규범통제절차는 종전의 위헌결정이 선고된 심판절차와 그 소송물이 동일하며, 나아가 위헌결정의 기판력은 그 규범통제절차의 당사자 뿐만 아니라 재판기관인 헌법재판소를 기속하는 작용을 하고 특히 헌법재판소는 후일의 헌법재판절차에서 기판력있는 판단내용과 모순·저촉되는 판단을 하는 것이 금지되므로 이러한 기판력의 작용에 의하여 위헌결정후에 제정된 법률에 대하여도 위헌결정을 하여야 한다는 기속을 받아 결과적으로는 입법자에 대하여 규범반복금지 효과의 인정되는 것과 동일하게 된다는 견해,<sup>52)</sup> ④ 위헌결정의 기속력의 효과나 기판력의 작용 등에 의하여도 입법자에 대한 규범반복금지의 효력을 인정할 수 없다는 견해<sup>53)</sup> 등으로 나뉘고 있다.

위 ④의 견해는 독일연방헌법재판소(1987. 10. 6.자 결정)가 비교적 최근에 표명하고 있는 입장으로서, 얼핏 생각하기에는 법률의 위헌결정이 갖는 효력을 헌법재판소가 스스로 사실상 포기한 것이 아닌가하는 의심까지 들게 한다. 그러나 위 결정에 나타난 판시내용을 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. (주 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.”<sup>54)</sup>라고 밝히고 있음을 알 수 있다. 따라서 전체적으로 보면 법률의 위헌결정 이후의 입법자에 대한 규범반복금지의 효력을 아무런 제한 없이 부정하고 있는 것이 아니라 중전의 위헌법률의 규제내용과 관련되는 생활관계에 변화가 있고 새로 제정된 법률이 그것에 부합하기 위한 것인 때에 한하여 그 규범반복금지의 효력을 인정할 수 없다는 취지로 해석된다. 그러나 이러한 해석이 앞서 본 ① 내지 ③의 각 견해와 결론에 있어서 커다란 차이는 없다고 하더라도 위 판례가 지적하는 점들은 뒤에서 보는 바와 같이 기판력의 시적 범위의 문제로 해결할 수 있으므로 기판력의 작용을 일반적으로 부인하고 있는 태도는 의문이다.

생각건대 위헌결정의 기판력의 작용과 관련하여 볼 때 규범통제절차의 당사자로 되지도 않은 입법자에 대하여, 위 ②의 견해와 같이, 기판력의 효과로서 일반적인 규범반복금지의 효력을 인정하는 것은 무리라 할 것이다. 나아가 비록 위헌결정 이후일지라도 법률의 새로운 제정행위는 엄연히 별개의 사실관계를 이루고, 위헌으로 결정된 법률과 새로 제정된 법률이 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 것인지는 반드시 쉽사리 판단할 수 있는 사항이 아니므로 위 ③의 견해와 같이 소송물의 개념을 확장시키는 것도 찬성할 수 없다. 결국 이러한 경우 전후의 규범통제절차는 동일한 소송물은 아니라 할 것이지만, 재판기관인 헌법재판소가 아무런 사정변경이 없음에도 불구하고 위헌결정 후에 제정된 법률의 규범통제절차에서

---

54) BVerfGE 77, 84(104).

종전의 위헌결정에서의 판단내용과 다른 판단을 하는 것은 모순임이 명백하므로 이러한 모순을 금지하는 기관력의 작용으로부터 동일한 위헌결정이 선고되어야 한다고 생각한다.

#### 다. 후 헌법재판의 선결관계

(1) 소송법의 일반원칙에 의하면, 재판이 확정되어 기관력이 생기면 재판기관은 기관력있는 판단내용에 기속되어, 후일에 제기된 소송이 기관력있는 전소의 소송물과 동일하지 아니하여도 전소의 기관력있는 판단내용이 선결문제로 되어 있으면 그와 모순·저촉되는 새로운 판단을 하는 것이 금지된다.<sup>55)</sup> 그러나 전소에서 판단의 결론을 내리기 위한 선결문제로만 되었던 사항은 그것이 후소에서는 직접 소송물로 되었다고 하더라도 전소에서 기관력이 미치는 범위에서 제외되어 기관력의 효과로서 작용할 여지가 없으므로 여기서 말하는 선결관계(Präjudizialität)에 해당되지 않는다.<sup>56)</sup>

(2) 헌법재판절차에 관하여도 소송법의 일반원칙과 마찬가지로 헌법재판소결정의 기관력이 후 헌법재판의 선결문제(Vorfrage)로 되는 때에는, 헌법재판소는 선행 헌법재판의 기관력에 기속되어 그와 모순·저촉되는 새로운 판단을 할 수 없게 된다.

예를 들어, 규범통제절차에서 어떠한 법률에 대하여 합헌결정이 선고되었는데, 그후 동일한 당사자가 같은 법률의 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원심판을 청구하였다면, 위 헌법소원심판절차에서는 선행의 합헌결정의 기관력의 작용을 받아 헌법재판소는 위 집행행위의 근거가 된 법률의 합헌성에 관하여 위 합헌결정과 모순되는

55) 대법원 1963. 10. 22. 선고, 63타295 판결, 집11②민192.

56) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 684면 참조.

내용의 판단을 할 수 없는 것이다. 그러나 그 반대의 경우, 즉 어떠한 법률의 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원심판절차에서 그 근거법률이 합헌임을 전제로 하는 결정이 선고되었다고 하더라도 그 후 그 법률 자체가 규범통제절차의 대상이 되었을 경우 헌법재판소는 종전의 결정에 기관력에 의한 아무런 영향을 받지 않고 위헌성 심사를 할 수 있을 것이다.

또 다른 예로, 입법기관인 국회가 헌법상 다른 국가기관에 부여된 권한을 침해하는 내용의 법률을 제정하여 그 침해받은 국가기관이 국회를 상대로 하여 권한쟁의심판을 청구하여 그 심판절차에서 인용결정이 선고되었는데, 그 후 국회가 재차 동일한 내용의 법률을 제정하여 이번에는 그 법률이 직접 규범통제절차의 대상으로 된 경우에, 위 양 심판절차의 소송물은 앞서 살펴본 바와 같이 비록 다르지만 적어도 종전의 인용결정을 통하여 문제되었던 법률이 권한 분배에 관한 헌법조항에 위반되었다는 점에 관하여는 기관력을 가지므로 나중의 규범통제절차에서 헌법재판소가 그 점에 관하여 모순되는 판단을 할 수 없게 되는 결과 결국 위헌결정을 선고하여야 하는 것이다. 그러나 그 반대의 경우에는 규범통제절차에서는 권한 분배에 관한 헌법조항 이외에도 헌법 전반을 심사기준으로 하여 결정이 선고되므로 그 결정의 기관력이 반드시 후일의 권한쟁의심판절차와 선결관계에 있게 되는 것은 아니다.

## IV. 기관력의 주관적 범위

### 1. 일반원칙 : 당사자 및 헌법재판소

(1) 소송법의 일반원칙에 의하면 확정재판의 기판력은 재판절차의 당사자와 재판기관인 법원에 대하여 미친다.

기판력이 재판절차의 당사자에게만 미치는 것은,<sup>57)</sup> 어떠한 재판절차에서 법원에 의하여 내려진 확정재판의 내용은 소송의 주체인 당사자들 사이에 생긴 분쟁에 대한 중국적인 법적 판단이므로 그에 따른 실질적인 규범으로서의 기속력이 당사자들 사이에서만 생기는 것이 당연하고 당사자가 아닌 제3자에게 위 기판력을 함부로 확장시키는 것은 그 제3자의 재판을 받을 권리를 침해할 수 있기 때문이다.<sup>58)</sup>

기판력이 재판기관인 법원에 대하여 생기는 것은, 법원이 이미 재판절차에서 확정된 재판을 통하여 판단한 내용을 동일한 당사자 사이에 후일에 제기된 재판절차에서 그와 모순·저촉되게 판단하여서는 안 된다는 것을 의미한다.

(2) 법원의 확정재판에 관하여 인정되고 있는 이와 같은 기판력의 주관적 범위에 관한 법리는 원칙적으로 헌법재판절차에 있어서도 그대로 적용될 수 있다.<sup>59)</sup> 그러나 헌법재판소의 심판절차는 그 종류에 따라 그 구조 등 본질적인 성격에 차이가 있고 심판절차에 따라서는 법원의 재판절차와는 명백히 구분되는 특수성을 갖고 있으므로, 특히 “각 헌법재판절차에 있어서 당사자의 개념을 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 이시윤, 앞의 저서, 702면; 이석선, 앞의 저서, 265면, 이재상, 앞의 저서, 640-641면 참조.

58) 이시윤, 앞의 저서, 702면

59) BVerfGE 4, 31(39); 78, 320(328); Maunz, a. a. O. (주 1), §31 Rn. 10; Schlaich, a. a. O. (주 1), Rn. 443; Pestalozza, a. a. O. (주 1), § 20 Rn. 63; Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 431; Lange, a. a. O. (주 1), S. 2.



다툼이 있을 수 있다.

## 2. 구체적 내용

### 가. 규범통제절차의 경우

(1) 규범통제절차에 관하여는 우선, 헌법재판소결정의 기판력이 미치는 주관적 범위를 소송법의 일반원칙과 마찬가지로 그 심판절차의 당사자에만 한정할 것인지 여부에 관하여 학설상 다툼이 있다.

독일의 경우 연방헌법재판소의 판례<sup>60)</sup> 및 다수설<sup>61)</sup>은, 이러한 규범통제절차에 있어서도 기판력은 당사자에게만 미친다는 견해에 서서 기판력의 주관적 범위를 당사자 이외의 제3자에게 확장시키는 것에 반대하고 있다.

이에 반하여 규범통제절차에서 선고된 위헌결정(normverwendende Entscheidungen)에 대하여는 기판력의 대세적 효력(Rechtskraft inter omnes)을 인정하여야 한다는 주장<sup>62)</sup>이 있다. 그 논

60) BVerfGE 20, 56(88f.); 78, 320(328)

61) Maunz, a. a. O. (주 1), § 31 Rn. 10; Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 63, Rn. 98 (bb); Schlaich, a. a. O. (주 1), Rn. 443; Lange, a. a. O. (주 1), S. 2; Detterbeck, a. a. O. (주 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. (주 1), S. 592ff., 609f.(이상 Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 433, Fn. 161; Pestalozza, a. a. O. (주 1), Rn. 63, Fn. 159 등에서 재인용).

거는, 첫째 법률에 대한 헌법소원(Normverfassungsbeschwerde)을 제외한 본래의 의미의 규범통제절차는 개인의 권리구제를 위한 것이 아니라 오로지 객관적인 헌법보장의 기능을 수행하는 것이고, 법률에 대한 헌법소원(독일기본법 제93조 제1항 제4a호)에 있어서도 헌법소원청구인의 개인적 법익보다는 문제된 법률의 합헌성도 문제가 그 주된 심판의 대상이 되기 때문이라고 한다. 둘째 통상적으로 법규범은 불특정 다수의 사람들을 그 규율대상으로 하므로 법률에 대한 위헌결정의 기관력이 규범통제절차의 당사자에게만 상대적으로만 미친다고 하는 것은 생각할 수 없고 그 법률의 적용을 받는 모든 사람(alle Normadressaten)에 대하여 미치는 것이 당연하다고 한다.<sup>63)</sup>

그러나 규범통제절차에 있어서 위헌결정이 법원이나 국가기관 및 지방자치단체 등을 일반적으로 기속하고 (이른바 일반적 기속력 : Bindungswirkung),<sup>64)</sup> 위헌결정에 의하여 법률이 절대적으로 효력이 상실된다고 하더라도 (이른바 법규적 효력 : Gesetzeskraft),<sup>65)</sup> 이것은 위헌결정에 따른 결과적인 효력(Folgewirkung)에 의한 것이고 기관력의 작용에 의한 것은 아니므로 위 양자의 개념은 엄연히 구별되어야 한다고 생각한다.<sup>66)</sup> 즉 기관력은 확정재판에 의하여 내려진 종국적인 판단내용이 무엇이고 그에 의하여 어떠한 법률관계

63) 이상은 Detterbeck, a. a. O. (주 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 정의)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) 황우여, 앞의 논문(주 1), 13-14면 참조.

가 존재하는 것이라고 확인하는 작용에 그치므로 당사자 사이에서만 그 효력이 미치는 것으로 충분하며, 따라서 확정재판에서의 판단내용이 어떠한 것이냐에 따라 그 작용을 달리할 이유가 없을 것이기 때문이다. 이에 비하여, 규범통제절차에 있어서 위헌결정이 일반적, 대세적으로 기속력 또는 법규적 효력을 갖게 되는 것은 국가기관인 헌법재판소가 법률이 위헌무효임을 확인·선언함으로써 본질적으로 법률의 폐지와 유사한 창설적(konstitutiv) 효과가 생기게 된 결과에 의한 것으로서 기관력의 작용과는 무관하다고 보아야 할 것이다.

법원의 재판절차에 있어서도, 예를 들어 행정행위의 취소를 구하는 행정소송, 이혼청구의 소와 같은 가사소송 또는 회사설립무효 등을 구하는 회사관계소송 등 이른바 형성의 소(Gestaltungssklage)의 경우에는 그 청구를 인용하는 형성판결의 효력이 소송당사자 이외에 제3자에게 일반적으로 미친다고 하여 대세적 효력을 인정하는 예를 찾아볼 수 있다.<sup>67)</sup> 그러나 이러한 대세적 효력은 기관력이 작용하는 주관적 범위가 확장된 것이 아니라 형성판결의 형성력(Gestaltungswirkung)의 결과로서 인정된다고 하여<sup>68)</sup> 엄연히

67) 행정소송에 관하여는 행정소송법 제29조 제1항, 제38조에(행정처분취소소송뿐 아니라 행정처분무효확인소송의 경우에도 형성력이 인정된다 : 대법원 1982. 7. 27. 선고, 82다173 판결, 집30②민245, 공689호815 참조), 가사소송에 관하여는 가사소송법 제21조에, 사회관계소송에 관하여는 상법 제190조, 제240조, 제376조 제2항, 제380조, 제381조 제2항 등에 명문의 규정을 두고 있다. 그밖에 이시윤, 앞의 저서(주 5), 709면 참조.

68) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 709면; 이석선, 앞의 저서(주 5), 268면 이하 참조, 대법원 1960. 8. 31. 선고, 4291행상118 판결, 요특 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 형성권존재확인인 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 생긴다 할 것이다.'라고 판시하고 있는 것도 같은 이유이다.

구별하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

이와 같이 규범통제절차에 있어서의 헌법결정의 기관력 역시 위와 같이 소송법의 일반원칙과 달리 볼 여지가 없는 것이라면, 위헌결정이 갖는 기관력의 작용만으로는 입법자에 대하여 위헌 결정이 선고된 이후에 위헌법률과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 법률을 다시 제정하는 것을 금지시키는 효력까지 갖지는 못한다고 보아야 할 것이다.<sup>69)</sup> 다만 이와 같이 위헌결정 이후에 위헌법률과 동일 또는 유사한 내용으로 입법자에 의하여 재차 제정된 법률에 대하여, 위 위헌결정이 내려진 규범통제절차에서와 동일한 당사자가 위헌법률심판을 청구한 경우에는 헌법재판소는 종래의 위헌결정과 모순·저촉되는 결정을 할 수 없다는 한도 내에서 기관력이 작용하게 되는 것이다.

(2) 그렇다면 구체적으로 규범통제절차에 있어서 헌법재판소결정의 기관력이 미치는 당사자를 어떻게 파악하여야 할 것인가?

(가) 먼저, 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차의 경우 당사자를 누구로 볼 것인가?

독일의 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 심판절차에 참가함으로써 정당한 권한이 있는 자(Beitrittsberechtigzte)는 절차에 참가함으로써 당사자로 된다고 한다.<sup>70)</sup> 그러나 그밖에는 구체적 규범통제절차의 당

69) 위헌결정의 국가기관에 대한 기속력의 효과로서 입법자에 대하여 이와 같은 규범반복금지의 업무를 인정할 수 있는지 여부는 기관력과는 별개의 문제라 할 것이다(황우여, 앞의 논문(주 1), 16면 참조).

70) BVerfGE 2, 213(217); 3, 225(229f.); Pestalozza, a. a. O. (주 1), § 2 Rn. 27; Detterbeck, a.

사자는 존재하지 않는다고 한다.<sup>71)</sup> 따라서 제청법원이나<sup>72)</sup> 당해 소송사건의 당사자는<sup>73)</sup> 위헌법률심판절차의 당사자가 아니라고 한다.

이에 대하여, 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 때에 당해 사건을 담당하는 법원이 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청함으로써 이루어지는 것이므로, 법률의 위헌 여부는 당해 소송사건의 절차에 있어서 소송계속 중인 법원과 당해 소송사건의 당사자에 대하여 당해 소송상 청구의 판단을 위한 선결문제(Vorfrage)에 해당하고 법률의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 재판은 일종의 중간확인의 재판(Zwischenfeststellungsentscheidung)으로서의 성질을 갖는다고 하여 이들을 당사자의 개념에 포함시켜야 한다고 주장하는 견해<sup>74)</sup>가 있다. 만약 이들을 당사자로 보지 않는다면 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차에 있어서는 기관력은 거의 아무런 작용을 할 여지가 없을 것이라고도 한다.

① 먼저 제청법원이 위헌법률심판절차의 당사자인지 여부에 관하여 생각해 본다. 위와 같이 독일의 판례 및 다수설이 제청법원을 당사자로 보지 않는 논거는, 첫째 제청법원이 헌법재판소에 하는 위헌심판제청은 일반적인 재판절차에 있어서 적극적 당사자가 하는 제소와는 그 법적 성격이 명백히 구별된다는 점에 두고 있는 듯하다. 즉 제청법원은 위헌법률심판절차에 있어서 법률의 위헌여부라

---

a. O. (주 1), S. 439.

71) Pestalozza, a. a. O. (주 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 헌법문제에 관한 분쟁의 주체로서 그 분쟁의 해결을 바라고 그에 따른 법적 이익을 귀속받을 수 있는 지위에 있는 것이 아니고,<sup>75)</sup> 위헌법률심판과 관련하여 직접적인 이해관계를 갖는 것은 당해 소송사건의 당사자이기 때문이라고 한다.

둘째 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차에서 헌법재판소가 어떠한 결정을 선고하면 당해 제청법원은 그 결정내용에 따라 당해 소송사건에 대한 재판을 하여야 하므로 헌법재판소의 결정이 중간 확인의 재판과 같은 실질을 갖는 것은 사실이나, 이러한 효력은, 법원의 재판절차에서 원심법원이 상고법원의 재판에 의한 판단에 기속을 받는 것(민사소송법 제406조 제2항, 법원 조직법 제8조 참조)과 같이, 이른바 소송절차내적 기속력(innerprozessuale Bindungswirung)에 따른 당연한 효과라고 보아야 할 것이고, 제청법원에 대한 기관력의 효과가 아니라고 한다.

생각건대, 제청법원의 위헌법률심판절차상의 법적 지위가 일반적인 재판절차에서의 적극적 당사자와 구별되는 것은 사실이지만, 위헌법률심판절차는 법률에 대한 위헌여부의 심판을 통하여 순수하게 객관적인 헌법보장의 기능을 수행하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 주관적인 법적 지위의 실현이라는 목적을 앞세우는 일반소송절차의 경우와는 달리, 당사자 개념을 심판절차개시를 ‘요청’(Begehren)하는 뜻에서 심판청구를 할 수 있는 지위에 있는 자로 좀더 넓은 의미로 이해하는 것이 타당하지 않을까 한다.

이러한 의미에서 본다면, 제청법원의 제청(Vorlage)은 엄연히 헌법재판소에 대하여 위헌법률심판절차의 개시를 구하는 심판청구로서의 성격을 가짐을 부인할 수 없다.<sup>76)</sup> 그밖에 제청법원은 제청에

---

75) BVerfGE 3, 225(229)

76) 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조 1989년 7월호(통권 394호), 60면 참조.

따른 위헌법률심판절차가 헌법재판소에 계속 중일 때에도 재판의 전제성 등 제청의 요건이 후발적으로 흠결되거나 다른 사정변경이 있는 경우에는 제청법원 스스로 제청을 철회하거나 변경할 수 있다고 해석되므로,<sup>77)</sup> 이러한 점에 있어서도 제청법원의 당사자로서의 지위가 간접적으로 뒷받침되고 있다고 볼 것이다.

제청법원을 위헌법률심판절차의 당사자로 볼 수 있는 한, 예를 들어 헌법재판소가 어떠한 법률에 대하여 위헌결정을 선고하였으나 그후 그와 동일하거나 본질적으로 다르지 않는 내용의 법률이 제정되어 그 법률의 위헌여부가 동일한 제청법원에서 재판의 전제가 되어 재차 위헌판결을 제청한 경우에는, 그 반복된 법률에 대한 위헌심판절차에서 헌법재판소는 기관력의 작용을 받아 종전의 위헌결정과 모순·저촉되는 결정을 선고할 수 없게 된다. 그러나 이러한 기관력의 효과는 동일한 제청법원에 한하여 작용되는 것이므로, 제청법원이 아닌 다른 법원은 기관력의 작용을 받지 못한다. 입법자는 위헌결정의 기속력의 효과로서 규범반복금지의 법률상의 의무를 부담하지만,<sup>78)</sup> 헌법재판소 자신은 이러한 기속력의 적용을 받지 아니하므로,<sup>79)</sup> 제청법원이 아닌 다른 법원이 위헌결정 후 입법자에 의하여 반복제정된 법률에 대한 위헌법률심판을 제청한 경우에는 종전의 결정에서의 태도를 변경하는 것도 가능하다 할 것이다.

한편 예를 들어, 헌법재판소에 의하여 어떠한 법률에 대한 합헌

---

77) 이시윤, 앞의 논문(주 1), 73면; 동인, 헌법재판에 관한 관견(1), 헌법논총 제1집(1990, 헌법재판소), 80면; 최광률, 앞의 논문(주 76), 82면; Maunz, a. a. O. (주 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 기관력의 작용의 하나로서 규범반복금지의 문제에 관한 부분에서 언급한 바와 같이, 독일 연방헌법재판소의 최근의 판례는 기속력의 효과로서 입법자에게 규범반복금지의무가 생긴다는 점도 인정하지 않고 있지만[BVerfGE 77, 84(103f.)], 이러한 태도는 의문이다.

79) 황우여, 앞의 논문(주 1), 15면 참조.

결정이 선고되었을 경우를 보면, 동일한 제청법원은 기관력의 작용을 받아 같은 법률에 대하여 재차 위헌심판제청을 하는 것이 금지되므로, 그러한 제청은 부적법하다 할 것이다. 그러나 제청법원이 아닌 다른 법원이 같은 법률에 대하여 다시 위헌심판제청을 하는 것에 대하여는 헌법재판소결정의 기관력을 내세워 이를 저지할 수는 없을 것이다. 다만 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 “연방헌법재판소의 재판은 연방 및 주의 헌법기관과 모든 법원 및 행정청을 기속한다.”라고 규정하여 연방헌법재판소의 모든 재판의 모든 법원에 대한 기속력(Bindungswirkung)을 인정하는 규정을 두고 있다. 따라서 이러한 기속력의 효과로서 모든 법원은 헌법재판소에 의하여 한번 합헌으로 결정된 법률에 대하여는 새로이 위헌심판제청을 할 수 없게 된다.<sup>80)</sup> 그러나 우리 헌법재판소법에는 위헌결정의 기속력만을 규정(제47조 제1항)되어 있을 뿐이고 합헌결정의 기속력에 관하여는 아무런 규정도 없으므로 일단 합헌으로 결정된 법률에 대하여도 제청법원 이외의 다른 법원은 기관력이나 기속력 등의 아무런 제한 없이 새로운 위헌심판제청을 하는 것이 가능하다고 해석할 수밖에 없을 것이다.

② 당해 소송사건의 당사자가 위헌법률심판절차의 당사자에 속하지 않는 것은, 그들이 직접 헌법재판소에 제청하여 위헌법률심판절차를 개시하게 할 수 있는 권한을 갖고 있지 아니하다는 점에서 명백하다 할 것이다. 위헌심판제청은 오로지 법원의 재량에 의한 결정으로만 할 수 있으며, 당해 소송사건의 당사자가 법원에 위헌심판제청의 신청을 할 수 있다고 하더라도 이는 법원의 직권발동을 촉구하는 의미를 가질 뿐이고 법원의 제청을 강제하는 효과는 전혀 없다.

---

80) BVerfGE 39, 169(181)



(나) 위헌법률심판을 구하는 헌법소원심판절차의 경우에는 당사자가 누구일 것인가?

법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차와 전혀 동일한 기능을 수행하지만 형식적으로는 헌법소원심판절차에 의하고 있으므로 헌법소원심판청구인이 당사자로 된다고 할 것이다. 그러나 이러한 심판절차 역시 문제된 법률의 위헌 여부를 둘러싸고 대립적인 분쟁이 있어 이것이 심판의 대상으로 되어 있는 것은 아니므로 상대방당사자는 존재하지 아니한다.

(다) 법률에 대한 헌법소원심판절차의 경우 당사자는 누구인가?

헌법재판소법 제68조 제1항에 정한 헌법소원심판청구의 하나로서, 입법작용인 법률에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받은 자는 곧바로 그 법률을 대상으로 한 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 법률에 대한 헌법소원심판절차에 있어서도 문제된 법률의 위헌 여부를 둘러싸고 주장이 맞서는 당사자들 사이에 헌법적 분쟁이 존재하는 것이 아니기 때문에 그러한 헌법소원심판절차를 대립적인 구조의 심판절차(kontradiktorisches Verfahren)라고 말할 수 없다.

따라서 이러한 심판절차에 있어서는 헌법소원심판청구인(Beschwerdeführer)만이 당사자에 속한다 할 것이고, 입법기관이 헌법소원청구인의 상대방당사자로 되는 것은 아니다.<sup>81)</sup>

법률에 대한 헌법소원이 헌법상의 기본권보장을 위한 객관적인 절차로서의 주된 의미를 갖는 것인지, 아니면 곧바로 헌법소원심판

---

81) 다만 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제94조 제5항 제1문에 의하여 연방의회 등 입법기관이 법률에 대한 헌법소원심판절차에 참가할 수 있도록 하고 있다. 따라서 입법기관이 심판절차에 참가한 경우에는 그 심판절차의 당사자로 된다(Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. 1988, Rn. 796 Fn. 53; Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 440 등 참조).

청구인 개인의 기본권보호를 위주로 하는 것인지에 관하여는 견해의 대립이 있지만,<sup>82)</sup> 적어도 이러한 헌법소원이 헌법소원심판청구인의 개인적인 권리보호라는 최소한의 기능을 갖고 있는 것은 부인할 수 없다. 바로 이러한 점 때문에도 법률에 대한 헌법소원심판절차에 있어서 기관력의 주관적 범위를 당사자인 헌법소원심판청구인에 한정시킬만한 충분한 실제적인 의미가 있다고 보아야 할 것이다.<sup>83)</sup>

그러므로 예를 들어, 법률에 대한 헌법소원심판절차에서 합헌결정이 있는 후에 다른 사람이 헌법소원심판청구인으로서 같은 법률에 대한 헌법소원심판을 청구하였다면, 헌법재판소는 종전의 합헌결정의 기관력에 아무런 영향을 받지 않고 새로운 헌법소원에 대한 결정을 결론을 달리하여 내릴 수 있다.

또한 법률에 대한 헌법소원심판절차에서 위헌결정이 선고된 이후에 입법자가 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 위헌결정의 기관력이 미치게 되는 결과, 위 위헌결정 이후 본질적인 사정변경이 없었을 경우에는,<sup>84)</sup> 헌법재판소는 새로운 법률에 대하여 종전의 결정과 모순·저촉되지 않도록 위헌결정을 선고하여야 할 것이다. 그러나 종전의 헌법소원심판청구인이 아닌 사람이 위헌결정 후 새로이 제정된 동일한 내용의 법률에 대하여 헌법소원심판을 청구한 경우에는 마찬가지로 기관력이 미치는 주관적 범위를 벗어난 경우가

---

82) 이에 관하여는 BVerfGE 33, 247 (258f.) : 45, 63 (74) ; 51, 130 (139) ; Maunz, a. a. O. (주 1), S. 440.

83) Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 440.

84) 이에 관하여는 기관력의 시적 범위에 관한 부분에서 자세히 언급하기로 한다.

므로 헌법재판소는 그 법률에 대한 합헌결정을 선고하여 헌법소원을 기각하는 결정을 할 수도 있을 것이다.

#### 나. 헌법소원심판절차의 경우

규범통제에 갈음하는 헌법소원심판이 아닌 공권력의 행사 또는 불행사를 대상으로 하는 헌법소원심판절차는 독일의 경우<sup>85)</sup>와 달리 우리 헌법재판소법이 대립적 구조의 심판절차를 예정하고 있는 듯하다. 헌법재판소법 제73조(각하 및 심판회부결정의 통지) 제1항 및 제75조(인용결정) 제4항이 ‘피청구인’의 존재를 전제로 하고 있음이 법문상 명백하고, 같은 법 제27조 및 제29조는 피청구인에 대한 청구서의 송달과 피청구인의 답변서 제출에 관하여 규정하여 심판절차상 청구인에 대립하는 의미로 피청구인의 절차상 행위를 상정하고 있기 때문이다.

따라서 이러한 헌법소원심판절차에는 헌법소원심판청구인과 공권력의 행사 또는 불행사의 주체인 피청구인의 대립적 당사자가 존재한다고 할 것이다.

헌법재판소법 제40조가 헌법소원심판의 경우에 행정소송법의 준용을 규정하고 있는 것도 헌법소원심판절차의 이러한 성격을 고려한 것으로 보여진다. 따라서 이러한 헌법소원심판절차에서의 인용결정에는 기 기판력의 작용으로서 앞서 본 행정처분취소 등 판결의 경우와 같이 당해 공권력행사 또는 불행사의 주체에 대한 반복금지의 효력을 인정할 수 있다고 생각된다.

또한 이러한 헌법소원심판절차에 있어서는 헌법재판소의 결정이

---

85) 독일에서는 연방헌법재판소법의 해석상 헌법소원심판청구인과 대립하는 반대당사자가 없다는 것이 일반적인 설명이다(Pestalozza, a. a. O. (주 1), § 12 Rn. 17a 참조).

후에 당사자의 지위를 승계한 승계인(Rechnachfolger)도 기관력을 받게 된다고 할 것이다.<sup>86)</sup>

#### 다. 탄핵심판절차·정당해산심판절차·권한쟁의심판절차의 경우

이들은 모두 대립적인 구조의 심판절차에 해당한다. 탄핵심판절차에 있어서는 탄핵소추위원인 국회법제사법위원회의 위원장(헌법재판소법 제49조 제1항)과 탄핵소추의 의결을 받은 자(법 제48조), 정당해산심판절차에 있어서는 정부와 피청구정당(법 제55조), 권한쟁의심판절차에 있어서는 국가기관·지방자치단체 중 청구기관과 피청구기관(법 제61조, 제62조) 등이 각 심판절차의 당사자로 된다.

정당해산심판절차나 권한쟁의심판절차의 경우에도 기관력의 작용을 받는 승계인을 예상할 수 있다. 정당해산심판의 인용결정 이후에 그 정당의 인적, 물적 설비를 그대로 이어 받아 그에 대체하는 정당이 조직된 경우에는 그 대체조직의 정당은 위 인용결정의 기관력의 작용을 받는 승계인이라 할 것이다.

권한쟁의심판과 관련하여서는 특히 국회의 경우 승계인의 개념을 인정할 것인지가 문제될 수 있다. 권한쟁의심판의 당사자로 된 국회라 함은 이른바 ‘제몇대 국회’라고 하여 구체적으로 일정한 임기를 가지고 선출된 국회의원으로 구성된 당해 국회를 뜻하는 것인지, 아니면 헌법기관의 의미로서의 국회를 뜻하는지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다.<sup>87)</sup> 후자의 의미로 이해하는 것이 타당하다고 생각되므로, 예컨대 제14대 국회가 제13대 국회의 승계인이 되는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 권한쟁의에 관한 결정의 기관력

86) Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 63.

87) Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 63 Fn. 161 참조.

은 헌법기관으로서 국회의 구성의 변경에도 불구하고 그대로 작용하게 될 것이다. 권한쟁의의 당사자로서 국회를 전자와 같이 이해하는 견해도 국회의 불연속성을 근거로 후에 구성된 국회가 전에 구성된 국회의 승계인이 되지 않는다고 한다. 따라서 이 견해에 따르면 후에 구성된 국회는 전에 구성된 국회가 당사자로 된 결정의 기판력을 받지 않는다고 하나<sup>88)</sup> 이러한 결론은 부당하다.

## V. 기판력의 객관적 범위

### 1. 일반원칙 : 결정주문의 판단내용

소송법의 일반원칙에 의하면 법원의 확정재판의 기판력은 원칙적으로 재판의 주문(Tenor)에 포함된 사항에 한하여 미치고(민사소송법 제202조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항) 그밖에 재판의 이유(Entscheidungsgründe) 중에 들어있는 사실인정의 점, 선결문제 등에 관한 판단의 점, 법령의 해석적용의 점 등에 대하여는 그 자체만으로는 기판력이 미치지 않는다.<sup>89)</sup>

헌법재판의 경우에도 이러한 일반원칙이 그대로 적용된다고 할 것이다(헌법재판소법 제40조). 따라서 헌법재판소결정의 기판력은 원칙적으로 결정주문에 포함된 사항에만 미친다.<sup>90)</sup> 즉 각종 심판절차에서 심판의 대상(소송물)로 된 헌법문제에 대하여 재판규범으로서 헌법규정의 해석적용을 통하여 헌법재판소가 중국적으로 내린

88) Pestalzza, a. a. O. (주 1), § 20 Rn. 63 Fn. 161

89) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 696면 참조.

90) 황우여, 앞의 논문(주 1), 13면 참조.

결론부분의 판단내용에 한정되고, 이러한 결론을 내리기 위하여 전제로 된 부분, 즉 결정이유 또는 선결문제 등에 관한 판단내용<sup>91)</sup>은 그 자체만으로는 기판력을 갖지 못한다.<sup>92)</sup>

## 2. 결정이유의 판단내용과 기판력

위와 같이 기판력이 작용하는 객관적 범위가 결정주문에 국한된다고 하더라도 그 주문만으로는 그 주문의 내용이나 효력이 미치는 범위를 파악하기 어려워 그 구체적인 확정이 요구될 수 있다. 이러한 경우에는 결정이유를 참작하여 결정주문에 표시된 판단내용이 어떠한 소송물에 대한 판단인지 가려보아야만 한다. 따라서 결정이유 그 자체는 독자적으로는 기판력을 갖지 못하지만, 이와 같이 결정주문을 해석하고 그 내용을 확정하는데 기여한다는 의미에서는 실질적으로 주문의 일부로 되어 보충적으로나마 기판력을 가진다고 할 것이다.<sup>93)</sup>

(1) 이에 반하여, 결정이유에서의 판단내용도 일정한 범위 내에서는 독자적으로 기판력을 갖는다고 하여 기판력의 확장을 주장하는 견해<sup>94)</sup>가 있다. 이러한 견해에 따르면 헌법재판소결정의 기판력은

---

91) 공판력의 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 '헌법재판의 소송물'에 관한 설명 참조) 기판력도 미치게 됨은 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. (주 1), §31 Rn. 9 ; Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 69 ; Lange, a. a. O. (주 1), S. 3

93) Maunz, a. a. O. (주 1), §31 Rn. 9 ; Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 69(c) ; Lange, a. a. O. (주 1), S. 3

94) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 584ff.

결정주문 이외에도 결정이유에서 심사기준으로 된 구체적인 재판규범에 의하여 판단·확인된 내용에까지 미친다고 한다. 그러므로 예를 들어, 권한쟁의심판절차에서 내려진 헌법재판소의 인용결정은 구체적으로 그 심판절차에서 문제된 당해 처분이나 부작위만이 아니라 그와 같은 종류의 모든 처분이나 부작위는 일반적으로 그 주문에서 특정된 헌법규정을 위반하는 것임을 확인하는 것에 관하여 기판력이 생기고,<sup>95)</sup> 기각결정은 같은 종류의 모든 처분이나 부작위는 일반적으로 헌법에 합치된다는 것에 기판력이 생긴다<sup>96)</sup>고 한다. 또한 규범통제절차에서 선고된 법률의 위헌결정의 기판력은 결정주문에 표시된 당해 법률의 위헌성 뿐만 아니라 결정이유에서 그 법률을 위헌이라고 판단하면서 해석적용한 구체적인 재판규범에 의하여 판단·확인된 내용에 기판력이 미치므로 그와 동일한 내용이거나 본질적으로 상위하지 아니한 법률은 위헌이라고 할 것이고,<sup>97)</sup> 한편 법률의 합헌결정의 기판력도 합헌으로 선고된 법률과 동일한 종류의 법률은 일반적으로 합헌이라고 확인하는 것으로 작용한다고 한다.<sup>98)</sup>

이러한 견해는 결론에 있어서 타당한 것은 부인할 수 없으나, 굳이 기판력의 객관적 범위에 관한 일반원칙을 일반적으로 부정하면서 기판력을 당연히 확장시킬만한 명백한 근거를 찾아보기 힘들고, 또한 이러한 주장에 의하지 않더라도 기판력의 주관적 범위에 관한 일반원칙에 따라 헌법재판소에 대한 모순금지의 작용에 의하여 동일한 결론을 도출할 수 있음은 앞서 본 바와 같으므로 그 실익이 의문시된다.

95) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 587-591.

96) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 591-592.

97) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 605-607.

98) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 607.

(2) 기판력의 객관적 범위를 원칙적으로 결정주문에 포함된 사항에 한정시키고 결정이유에서 판단된 내용에 대하여는 결정주문의 내용을 확정하는 범위 내에서만 제한적, 보충적으로 기판력이 미친다고 하더라도, 구체적으로 기판력이 미치는 헌법재판소결정의 판단사항을 무엇을 기준으로 하여 확정할 것인지는 별개의 문제로 남게 된다.

앞서 헌법재판의 소송물에 관한 부분에서 언급한 바와 같이 헌법재판에 있어서 헌법재판소는 당사자의 주장에 구애되지 않고 모든 헌법적인 관점(verfassungsrechtliche Aspekte)을 참작하여 심판하여야 하므로 헌법재판의 소송물개념은 소송법적인 관점에서 파악되어야 한다. 일반 소송법하에서의 소송물에 관한 소송법설에 의하면 소송당사자의 실제법상의 권리관계의 주장은 법원이 소송물에 대하여 판단함에 있어 고려할 수 있는 모든 법적 관점(rechtliche Gesichtsprunkte) 중의 하나에 불과하고 소송물을 결정짓는 기준이 되지 아니하며 당사자는 재판과정을 통하여 그러한 법적 관점들 중 어느 것이건 자유로이 주장할 수 있으므로, 기판력의 작용이 미치는 범위는 사실관계와 그러한 사실관계에 적용할 수 있는 모든 법적 관점을 대상으로 하여 확정된다고 한다.<sup>99)</sup> 헌법재판의 경우에도 이러한 소송법설에 의한 결론이 그대로 유지될 수 있을 것인가?

법원의 소송절차에 있어서는 당사자주의, 변론주의, 처분권주의 등이 적용되는 결과 당사자가 변론절차에서 모든 법적 관점이나 소송자료로 제출할 수 있는 기회가 보장되고 법원도 이를 토대로 하여 재판의 결론을 내린다. 그러므로 이러한 기회를 충분히 활용하지 못하고 폐소한 당사자가 기판력의 작용에 의하여 그 결과를 재차 다루지 못하는 것은 자기책임의 원칙, 공평의 관념이나 신의칙

---

99) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 322면 이하 참조.



에 비추어 정당성의 근거<sup>100)</sup>를 찾을 수 있다. 이에 반하여 헌법재판소의 심판절차는 그 정도의 차이는 있으나 어느 것이건 헌법의 해석적용을 통한 객관적인 헌법보장의 기능을 수행하고 있다는 특성을 가지고 있으며 이를 위하여 심리의 방식이나 증거조사 등에 있어서 직권주의적인 요소를 가미하고 있을 뿐 아니라(헌법재판소법 제30조, 제31조, 제32조), 헌법적 관점에 관하여 당사자의 주장에만 기속되지 않고 헌법재판소 직권으로 심사기준을 찾아 판단하게 된다<sup>101)</sup>는 점에서 법원의 소송절차와는 본질적인 차이가 있다. 이에 따라 만약 헌법재판소가 당연히 적용할 수 있는 특정한 헌법적 관점을 간과하여 적용하지 아니한 사례<sup>102)</sup>를 가정한다면, 그에 관하여 책임을 귀속 받아야 할 지위에 있지 아니한 당사자에 대하여 기관력의 작용을 정당화할 수 있는 근거는 없게 될 것이다.

그러므로 예를 들어, 헌법재판소가 규범통제절차에서 적용 가능한 특정의 심사기준을 재판규범으로 전혀 참작하지 않은 채 명백하게 그 이외의 일정한 헌법적 관점에만 입각하여 어떠한 법률을 합헌이라고 선고하였다면, 위 합헌결정의 기관력은 실제로 적용된 재판규범과 결부된 범위 내에서의 합헌판단에 한하여만 미친다고 할 것이다.<sup>103)</sup>

100) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 683면 참조.

101) 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정, 헌판집 1권 176(188)면 참조.

102) 이러한 사례는 특히 헌법재판소가 심판청구를 받아들이지 않는 결정을 선고한 경우에 예상될 수 있고, 심판청구를 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. (이상은 Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 427 Fn. 141에서 재인용); Lange, a. a. O. (주 1), S. 7; Detterbeck, a. a. O., S. 427-428.

## VI. 기판력의 시적 범위

### 1. 일반원칙 : 결정선고시점

(1) 기판력은 확정재판에서 판단된 내용을 기준으로 하고, 확정재판의 판단내용은 그 재판이 내려진 시점에서 소송자료에 의하여 확정되어진 사실관계 및 법률관계를 기초로 하는 것이므로, 기판력은 자연히 확정재판이 내려진 시점에서의 사실관계 및 법률관계를 기준으로 하여 그 시적 효력을 갖게 된다.

따라서 확정재판이 내려지기 이전에 존재하였으나 미처 그에 관한 소송자료를 제출하지 아니함으로써 심리절차에서 밝혀지지 아니하였던 사실관계 및 법률관계는 기판력에 의하여 차단 또는 실권되어, 당사자는 확정재판 이후에 별개의 재판절차에서 이를 새로이 제출하여 확정재판의 판단내용과 다른 판단을 구할 수 없고 법원도 다른 판단을 내릴 수 없다.<sup>104)</sup>

기판력의 시적 범위에 관한 이러한 일반원칙에 따라, 구체적으로 민사소송 또는 행정소송에서는 사실심의 변론종결시를 기준으로 하고,<sup>105)</sup> 형사소송의 경우에는 사실심의 판결선고시를 기준으로 하고 있다.<sup>106)</sup>

(2) 확정재판의 기판력의 시적 범위에 관한 소송법의 일반원칙은 헌법재판소결정의 기판력에 관하여도 동일하게 적용된다.<sup>107)</sup>

104) 이시윤, 앞의 저서(주 5), 688면 이하 참조.

105) 이에 관하여는 무엇보다도 이시윤, 앞의 저서(주 5), 688면; 이석선, 앞의 저서(주 5), 267면 이하 등 참조.

106) 우리의 통설 및 판례(대법원 1982. 12. 28. 선고, 82도2500 판결, 집30④형213, 공699호 396)이다. 이에 관하여는 무엇보다도 이재상, 앞의 저서(주 5), 641면 참조.

107) Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 60, 68; Vogel, a. a. O. (주 1), S. 594.

입법자가 제정하는 법률 등 모든 규범은 입법자가 그 입법 당시에 존재하는 모든 생활관계(Lebensverhältnisse)나 혹은 입법 당시에 예측가능한 생활관계의 변화를 기초로 하여 그 규제를 위한 조치로서 제정된 것이다.<sup>108)</sup> 따라서 헌법재판소가 법률에 대한 위헌심판함에 있어서는 그 당시에 존재하는 당해 법률의 규제 조건인 이러한 생활관계를 전제로 하여 그 법률의 위헌성 여부를 판단한다. 헌법재판소가 심사기준으로서 적용하는 재판규범 역시 그 당시의 헌법해석에 관한 일반적인 법적 견해(allgemeine Rechtsauffassung)에 입각한 것이다.

그러므로 헌법재판소결정의 기판력은 결정선고 당시의 이러한 생활관계와 일반적인 헌법해석이 그대로 유지되는 범위 내에서 작용하게 되는 것이다.<sup>109)</sup>

## 2. 결정선고 이후의 사정변경과 기판력의 배제

헌법재판소결정의 기판력은 이와 같이 결정선고시점에서의 생활관계 및 헌법해석을 기준으로 하여 작용하는 것이므로, 결정이 내려진 이후에 생활관계 또는 헌법해석을 둘러싸고 근본적인 사정변경이 있게 되면 헌법재판소결정의 기판력은 그 전제요건을 상실하게 되어 위와 같이 변경된 생활관계 또는 헌법해석아래에서는 그대로 적용될 수 없게 된다.<sup>110)</sup> 근본적인 사정변경에 따라 제기되는 헌법문제는 종전의 헌법재판소결정의 기판력이 작용하는 소송물과는

---

108) BVerfGE 77, 84(104)

109) 황우여, 앞의 논문(주 1), 14면 참조.

110) BVerfGE 33, 199(230f.) ; 39, 169(182, 184) ; 65, 1(55f.); Maunz, a. a. O. (주 1), §31 Rn. 9; Pestalozza, a. a. O. (주 1), §20 Rn. 60, 68f.; Schlaich, a. a. O. (주 1), Rn. 444f; Lange, a. a. O. (주 1), S. 3; Vogel, a. a. O. (주 1), S. 594f. ; Zuck, NJW 1975, 910.

전혀 다른 소송물로 되는 것이다.

헌법해석에 관한 일반적인 법적 견해의 변경이 있는 경우라 함은 종전의 결정에 포함되어 있는 일반적인 법적 견해가 결정주문의 내용을 뒷받침하는 직접적인 기초가 되었는데, 그후 이러한 법적 견해가 변경되어 후일의 헌법재판에서 재판의 전제가된 경우를 뜻한다고 할 것이다.<sup>111)</sup> 따라서 일반적인 법적 견해의 변경으로 인하여 헌법규범의 실질적인 해석내용이 달라졌거나 관습헌법의 형성이라는 결과를 초래하였을 경우가 이에 해당한다.<sup>112)</sup>

기관력있는 결정에서 재판규범으로 적용되었던 헌법규정이 후일 개정되어 그 내용이 본질적으로 달라진 경우에도 사정변경이 있는 때에 해당할 것이다.

요컨대, 예를 들어 규범통제절차와 관련하여 보면, 헌법재판소가 이미 어떠한 법률에 대하여 합헌결정을 하였으나 후일 그 기초로 된 생활관계가 근본적으로 변화되었거나 혹은 재판규범인 헌법규정의 개정 또는 그 해석이 달라져 그 내용에 본질적인 차이가 생긴 경우에는, 헌법재판소는 위 합헌결정의 기관력의 작용을 받지 않고 위 법률의 위헌심판을 새로이 할 수 있다.

또한, 헌법재판소가 이미 어떠한 법률에 대하여 위헌결정을 하였다고 하더라도 그 위헌결정의 전제조건이 된 생활관계에 근본적인 변화가 생겼거나 재판규범이었던 헌법조항의 내용이 일반적으로 달리 해석되고 있는 경우에는 입법자는 종전에 위헌으로 결정된 법률과 동일한 내용의 법률을 새로이 제정할 수 있을 것이다.

다만 구체적으로 언제 이러한 생활관계의 근본적인 변화가 생겼다고 할 수 있는가하는 점은 일반적으로 말할 수 없고 법적 규제와

---

111) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 594-595.

112) Vogel, a. a. O. (주 1), S. 595.

관련하여 변모된 사회적 욕구 및 규범의식의 변화 등 여러 가지 여건을 종합적으로 검토하여 최종적으로 헌법재판소가 판단할 사항이라고 할 것이다.<sup>113)</sup>

## Ⅶ. 결 론

1. 이상의 논의를 토대로 하여, 헌법재판소의 각종의 헌법재판과 관련하여 기관력이 어떻게 작용하게 되는지를 유형화하여, 사건을 정리하면 다음과 같다.

(1) 먼저, 규범통제절차에 있어서 위헌결정이 선고된 경우와 합헌결정이 선고된 경우로 나누어 본다.

① 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차, 헌법재판소법 제68조 제 2 항에 의한 헌법소원심판절차, 법률에 대한 헌법소원심판절차 등에서 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 결정의 법규적 효력에 의하여 그 결정이 있는 날로부터 또는 소급하여 그 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제 2 항, 제75조 제 6 항). 따라서 위헌결정 이후에 이와 같이 효력이 상실된 법률이나 법률조항이 제차 규범통제의 대상이 될 여지는 원칙적으로<sup>114)</sup> 없다.

그러나 위헌결정 이후에 입법자가 위헌으로 결정된 법률 또는 법

---

113) Detterbeck, a. a. O. (주 1), S. 430-431.

114) 법률의 개정이나 폐지에 의하여 그 효력이 소멸된 법률 또는 법률조항이라고 하더라도 규범통제를 할만한 심판의 이익이 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제차 규범통제의 대상으로 삼을 수 있을 것이나(대표적으로 개정전의 사회보호법 제 5 조의 위헌심판사건에 관한 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5, 8, 89헌가44 결정, 헌판집 1권 69(82)면 참조), 법률의 위헌결정의 경우와 관련하여 어떠한 경우에 이러한 특별한 사정이 있다고 볼 수 있을 것인가는 새로운 검토를 요하는 어려운 문제이다. 여기서는 논제와 직접 관련이 없으므로 그에 관한 서술은 생략한다.

률조항과 전혀 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 새로운 법률을 제정한 경우에는 기판력이 본격적으로 작용할 여지가 생기게 된다. 즉 새로 제정된 법률에 대한 규범통제절차가 후일 행하여질 경우에는 비록 전후 헌법재판의 소송물은 다르다고 할지라도 모순금지(Widerspruchsverbot)의 기판력 작용에 의하여 동일한 위헌결정이 선고되어야 할 것이다. 물론 이러한 경우에 기판력이 작용하는 것은 전후 규범통제절차의 당사자가 동일하여야 하고(주관적 범위), 종전의 위헌결정 이후 생활관계나 헌법해석등에 관한 사정변경이 없을 때(시적 범위)에 한할 것이다.

다만 위헌결정에 대하여는 일반적 기속력이 인정(헌법재판소법 제47조 제 1 항, 제75조 제 6 항)되는 결과 입법자는 규범반복금지의 법률상의 의무를 부담하지만, 이는 헌법적 근거를 갖는 기판력과는 별도로 법률에 의하여 비로소 인정되는 효력에 불과하여 헌법재판소 자신은 이러한 기속력의 적용을 받지 아니하므로, 당사자가 다른 규범통제절차에서는 종전의 결정과 다른 판단을 할 여지가 남게 될 것이다.

② 규범통제절차에서 문제된 법률 또는 법률조항에 대한 합헌결정이 선고된 경우에는, 그 결정 이후 새로운 사정변경이 없는 한(시적 범위) 동일한 당사자는(주관적 범위) 동일한 법률 또는 법률조항에 대하여(객관적 범위) 재차 헌법재판소에 위헌심판을 제청 또는 청구할 수 없다(반복금지)는 한도 내에서 기판력이 작용한다. 만약 이에 위배하여 제청 또는 심판청구가 된 경우에는 부적법 각하되어야 할 것이다.

(2) 다음, 규범통제절차 이외의 헌법소원심판절차·탄핵심판절차·정당해산심판절차·권한쟁의심판절차 등의 경우가 같이 대립적 구조의 심판절차에서는 소송법의 일반원칙이 거의 그대로 적용되

어, 기관력에 관한 민사소송법·행정소송법·형사소송법의 법리에 따를 수 있을 것이다.

특히 통상의 헌법소원심판절차에 있어서 피청구인에 대한 규범반복금지 효력을 기관력의 작용으로 포함시킬 수 있다는 점이나, 기관력이 미치는 주관적 범위를 확장할 수 있는 승계인의 개념을 인정할 수 있다는 점에 유념할 필요가 있다.

(3) 나아가, 각종의 헌법재판 상호간에도 비록 전후 헌법재판의 소송물이 전혀 다르다고 하더라도 종전의 헌법재판의 기관력이 후 헌법재판의 선결문제(Vorfrage)로 되는 선결관계(Präjudizialität)에 있게 됨으로써, 종전의 결정과 모순·저촉되는 새로운 판단을 할 수 없는 작용을 하는 경우가 있을 수 있다.

그 전형적인 사례로, 법률에 대한 헌법소원심판절차에서 문제된 법률에 대하여 합헌결정이 선고되었는데 그후 동일한 심판청구인이 같은 법률의 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원심판을 청구한 경우를 들 수 있다. 이 경우 위 합헌결정 이후 새로운 사정변경이 없는 한 후자의 헌법소원심판절차에서 헌법재판소는 위 집행행위의 근거가 된 법률의 합헌성에 관하여 종전의 합헌결정과 모순·저촉되는 내용의 판단을 할 수 없는 기관력의 작용을 받게 된다.

2. 헌법재판 중 특히 규범통제절차와 관련하여, 기관력제도가 헌법재판의 실무상 실제로 얼마나 커다란 비중을 가질 것인가에 관한 회의가 제기될 수 있다.

그러나 기관력제도는 법적 안정성을 추구하는 법치국가원리에서 출발하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 그러한 본래의 취지를 헌법재판에서 완전히 배제시켜야 할 근거는 어떠한 헌법원리에 비추어도 찾아볼 수 없다.

물론 기관력이 실제로 작용하는 범위는 앞서 본 바와 같이 주관

적, 객관적, 시적인 측면에서 제약이 뒤따르므로 상당히 제한된 영역에 그치는 것은 사실이다. 그러나 그렇다고 하여 기판력에 관한 논의 자체가 과소평가 되어서는 안될 것이다. 왜냐하면 제한된 범위 내에서나마 기판력제도에 의하여 헌법재판에 있어서 절차법적인 문제가 해결될 수 있다면 그것만으로도 기판력에 관한 논의의 실익은 충분하다 할 것이고, 더 나아가 헌법재판에서의 기판력의 적용한계를 판가름하기 위하여는 반드시 헌법재판의 소송물론, 헌법재판의 당사자론, 사정변경에 의한 헌법재판의 소송물 구분론 등 그 자체만으로도 중요한 여러 가지 문제에 대한 논의를 전제로 하지 않고는 불가능할 것이기 때문이다.

어쨌든 이 글에서는 헌법재판에 있어서 기판력과 관련하여 제기될 수 있는 여러 가지 모습의 문제상황들을 중심으로 하여 나름대로의 해석론을 전개하여 보았다. 이 글을 통하여 이미 소개된 것처럼, 독일의 경우에는 1949년 본(Bonn) 기본법 이래 연방헌법재판소에 의한 40년 남짓한 헌법재판의 경험속에서 기판력 문제를 다루고 있는 다수의 판례와 학설을 집적시켜놓고 있음을 주목할 필요가 있다. 우리의 헌법재판의 실무상으로는 아직까지 기판력에 관한 논의가 본격적으로 다루어지지 않고 있지만, 이 글이 헌법재판의 기판력제도에 관한 앞으로의 논의를 위한 하나의 단서를 제공하는데 약간이나마 도움이 될 수 있다면 그 이상의 바램은 없을 것이다.



# 헌법소송과 행정소송 : 현행 명령·규칙에 대한 위헌심판절차의 문제점과 그 해결 방안

언제나 끝났다고 생각한 곳에서 길은 다시 시작되었지요-이성복의 시  
〈산길2〉에서

## 정 중 섭

헌법연구관

건국대학교 법과대학 교수

## - 목 차 -

I. 서 론

II. 문제의 소재

III. 법규범의 위헌심판절차의 이원화와 그 문제상황

1. 법효력체계상의 부정합

## 2. 헌법해석의 불통일

### IV. 해결방안

1. 제1방안 : 범규범의 위헌심판절차의 일원화
2. 제2방안 : 행정소송절차의 보완

### V. 결 론

# I. 서 론

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 나은 점이 있겠는가 하는 체념(諦念)과 회의(懷疑)속에서 헌법재판에 크게 기대를 걸지 않는 태도를 보이는가 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 현실 이다. 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.<sup>1)</sup> 헌법재판의 속 성을 무시한 채 헌법재판의 관할권(管轄權)을 법원이 가져야 할 것 이라는 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 파워게임」, 『말』 1990년 12월호, 28면 이하 ; 김웅조, 「현재와 힘 겨루는 사법」, 『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 진속시키고 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.<sup>2)</sup> 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.<sup>3)</sup> 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 iudex in propriâ causâ, quia non potest esse iudex et pars). 영미법계에서는 중세 이래로 ‘어느 누구도 자기 사건의 재판관이 될 수 없다’(nemo iudex 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 법원행정처 헌법재판연구반의 명의로 된 『명령·규칙에 대한 위헌심사권』(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 윤용섭 관사가 쓴 글에서 찾아 볼 수 있다. 윤용섭, 「법무사법시행규칙의 위헌결정에 대한 소감」, 『법률신문』 1990. 11. 1. 9면 참조.

일회성 제스처(gesture)이상의 별다른 의미를 가질 수는 없는 것이었다.<sup>4)</sup> 어쨌든 위 헌법재판소의 판례로 첫째의 문제는 일단락 졌다고 할 수 있다.

둘째의 문제는, 입헌주의(立憲主義 constitutionalism)와 헌법국가 원리에 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, 검사의 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.

이철용, 「헌법재판소 89헌마 178 결정에 대한 관견」, 『한국공법학회 발표문』(1990. 11. 24), 41면 이하 ; 홍성방, 「헌법 제107조와 헌법소원」, 위 발표문, 13면 이하 ; 이승우, 「법무사법시행규칙에 대한 헌재의 위헌결정과 대법원측 견해의 검토」, 『인권과 정의』 174호(1991.2.), 70면 이하 ; 이상규, 「명령·규칙의 위헌심사권」, 『저스티스』 제24권 제1호(1991. 6.), 229면 이하 ; 김남진, 「헌재 89헌마 178 결정에 대한 관견」, 제24권 제1호(1991. 6.), 239면 이하 ; 김남진, 「헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구」, 『헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구』(서울 : 헌법재판소, 1991), 216면 이하 ; 이상열, 「명령·규칙에 대한 헌법소원에 관한 연구」(석사학위논문, 경원대학교 대학원, 1991) ; 변정일, 「명령·규칙에 대한 헌법소원」, 『헌법논총』 제1집(서울 : 헌법재판소, 1990), 83면 이하 ; 김학성, 「법무사법시행규칙에 대한 헌법소원」, 『판례월보』 250호(1991. 7.), 15면 이하 ; 남북현, 「헌법의 최종적인 해석기관」, 『한양법학』 제2집(1991. 7.), 15면 이하 ; 박일환, 「법규범에 대한 헌법소원과 제소요건」, 『인권과 정의』 174호(1991. 2.), 45면 이하 ; 황치연, 「법무사법시행규칙의 헌법재판소 위헌결정은 위헌인가? - 법원행정처 헌법연구반의 연구보고서를 논박한다」, 『고시연구』 1991년 2월호, 178면 이하 ; 이석연, 「법무사법시행규칙 위헌결정의 정당성」, 『인권과 정의』 176호(1991. 4.), 102면 이하 ; 박종보, 「법규범에 대한 헌법소원의 몇가지 문제」, 『인권과 정의』 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 여부가 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.<sup>5)</sup> 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. 허영, 「헌법소원제도의 이론과 우리 제도의 문제점」, 『고시연구』 1989년 4월호, 51면 이하 ; 정종섭, 「주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구」, 『헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구』 헌법재판연구 제2권(서울 : 헌법재판소, 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 생각해해보면 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.<sup>6)</sup> 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.<sup>7)</sup> 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.<sup>8)</sup> 그리고 실정법 해석의 방법론에서 요구되는

6) 권영성, 『헌법학원론』(서울 : 법문사, 1992), 673면 ; 김철수, 『헌법학개론』(서울 : 박영사, 1992), 973면 이하(특히 976면) ; 박일경, 『제6공화국 헌법』(서울 : 법경출판사, 1990), 526면 ; 석완현, 『일반행정법(상)』(서울 : 삼영사, 1989), 740면 ; 안용교, 『한국헌법』(서울 : 고시연구사, 1992), 749면 ; 허영, 『한국헌법론』(서울 : 박영사, 1992), 961면.

7) 김도창, 『일반행정법(상)』(서울 : 청운사, 1990), 664면 이하; 김동희, 『행정법 I』(서울 : 박영사, 1991), 439면 ; 변재욱, 『행정법강의(I)』(서울 : 박영사, 1990), 605면 이하 ; 홍정선, 『행정법원론(상)』(서울 : 박영사, 1992), 678면 참조. 박윤훈, 『행정법강의(상)』(서울 : 국민서관, 1990), 816면 이하의 논지는 다소 불분명하다. 박윤훈 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(주

해석의 치밀한 체계정합성(速繫整合性)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 수밖에 없다.

셋째의 문제는 이 글에서 취급할 문제이므로 자세히 검토하기로 한다.

## II. 문제의 소재

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 구체적 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.<sup>9)</sup>

9) 이에 반하여 헌법 제107조 제 2 항의 “규칙”에는 행정규칙도 포함된다고 주장하는 견해도 있다. 안용교(주 6), 992면 ; 김철수(주 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 재판할 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.<sup>10)</sup> 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 분류되는 행정규칙으로 분류되는 규범통제의 대상으로 되는 점에는 차이가 없게 된다. 그런데 유의할 것은 ‘외부적 효력을 가지는 행정규칙’이 규범통제의 대상으로 된다고 하는 경우에도 그것이 제량준칙(裁量準則)이거나 제량준칙에 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 이명구, 『행정규칙의 유형과 구속력』, 『현대행정과 공법이론』 남하서원우교수화갑기념논문집(서울 : 박영사, 1991), 325면 이하 ; 김남진, 『행정법 I』(서울 : 법문사, 1992), 203면 이하 ; 김동희(주 7), 138면 이하 참조.

10) 필자가 여기서 사용하는 ‘부수적 위헌심사’에서의 ‘부수적’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 규범통제제도와의 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 필지가 ‘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 규정상으로도 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」<sup>11)</sup> 또는 「법원은 모든 종류의 명령·규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 심사할 권한이 있다」<sup>12)</sup> 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.<sup>13)</sup> 물론 이 둘 사이에 제도상의 취지나 내용이 변한 것은 없었다.

11) 이 내용은 유진오, 황동준, 윤길중(황동준과 윤길중은 당시 과도정부 입법의원 법무사로 있었다)이 1948년 2월부터 만든 「헌법초안초고」의 제5장의 법원 조항과 이 초고를 정리하여 1948년 5월 사법부 법전편찬위원회에 제출한 헌법초안의 제89조에 규정되어 있었던 것이다.

유진오, 『헌법기초회고록』(서울 : 일조각, 1981), 23면 이하, 164면, 190면.

12) 이 내용은 「국회헌법기초위원회에 제출된 헌법초안」의 제85조의 규정이다. 유진오(주 11), 217면.

13) 국회도서관, 『헌법제정회의록(제헌의회)』 헌정사자료 제1집(서울 : 국회도서관, 1967), 96면 ; 유진오(주 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 범규범을 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 위헌심사권을 개별적 사건(당해 사건)에 있어 심사한 결과 위헌으로 판단된 명령, 규칙의 적용거부(適用拒否)만을 내용으로 한다고 설명하는 것도<sup>14)</sup> 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) 권영성(주 6), 932면 ; 김철수(주 6), 973면 ; 허영(주 6), 305면 ; 안용교(주 6), 994면 ; 문홍주, 『한국헌법』(서울 : 해암사, 1990), 586면 ; 김동희(주 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 것<sup>15)</sup> 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 판시하고 있는데, 이러한 판단이 위헌인 명령이나 규칙의 적용을 배제하는 것인지 아니면 무효로써 일반적으로 효력을 상실시키는지를 밝히고 있지 아니하다. 적용거부의 판단을 하는 경우에는 헌법, 법률에 위반된다고 판시하면서 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) 『대한민국법률안연혁집』 제12권 (서울 : 국회사무처, 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. 대한민국국회, 『법률안에 관한 서류(제11대 국회(제123회))』 제462권 (46), 11장 후면 참조. 이 법률안이 제122회 국회(임시회) 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(정기회) 법제사법위원회(1984. 11. 7.)에서 소위원회가 한 심사결과보고서에서도 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, 달리의견이 제기된 점도 없었다. 「제122회 국회 법제사법위원회회의록」 제 2 호, 26면; 「제123회 국회 법제사법위원회회의록」 제13호, 2면 이하; 대한민국국회, 『국회본회의록』 173권(제 11대-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 관보게재 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.<sup>16)</sup>

(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 부과절차는 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 [대] 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.<sup>17)</sup>

(3) 구 부가가치세법시행규칙 제19조 제2항은 모법규정인 부가가치세법 제17조 제 3 항이 공제할 의제매입세액을 산출하는 계산 방법만을 동법시행령에 위임하고 또 동시행령이 금액계산의 기준이 되는 농산물 등의 가액을 곱할 “율”을 시행규칙에 위임한 범위 밖인 의제매입세액공제 대상물을 규정한 것으로 모법의 위임범위에 저촉되고 또 위임근거 없이 제정된 무효의 것이라고 아니할 수 없다.<sup>18)</sup>

(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 [대] 30-4, 65면 이하(특히 71면 이하).

18) 대법원 1985. 3. 12.-84 누 539 [대] 33-1, 298면 이하(특히 301면).

시행전에 공급시기가 도래하였으나 종전의 영업세법 제23조의 규정에 수익실현시기가 도래하지 아니한 경우에는 범시행일 전에 영업세법상의 수익실현시기가 도래한 것으로 본다고 규정하여 부가가치세법시행 이후로 순차로 수익실현시기가 도래할 연불금에 대하여 그 수익실현시기를 위 범시행령 전일로 의제하도록 규정하고 있는 것은 대통령령으로서의 규정할 수 없는 사항을 규정한 것으로 무효라고 아니할 수 없다.<sup>19)</sup>

(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 법률로써 규정하여야 하며 행정편의적인 확장 해석이나 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 같은범시행령 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 [대] 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 조치는 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 없다. 논지는 이유 없다.<sup>20)</sup>

(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.<sup>21)</sup>

(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 [대] 35-3, 443면 이하(특히 445면 이하)

21) 대법원 1987. 12. 29.-86 누 734 [대] 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.<sup>22)</sup>

(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.<sup>23)</sup>

(9) 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다는 조세법률주의의 원칙상 과세요건과 조세의 부과정수절차는 국가가 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 것이므로

---

22) 대법원 1990. 3. 27.-87 누 145 [대] 38-1, 502면 이하(특히 504면 이하). 「관보」 제11500호, 60면 이하에 게재되었다.

23) 대법원 1990. 3. 27.-89 누 1322 [대] 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.<sup>24)</sup>

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 [대] 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 본안판단(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, 신앙자유는 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.<sup>25)</sup>

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. 법규범의 위헌심판절차의 이원화와 그 문제상황

#### 1. 법효력체계상의 부정합

25) 대법원 1956. 4. 20.-형상 제1호 [대] 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. 모법 규정이 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. 헌법해석의 불통일

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 통일성을 추구할 수밖에 없으나(물론 이 문제도 앞에서 지적했듯이 법원조직법 제8조의 해석상 수월하게 해결될 수 있는 것은 아니다), 상고절차(上告節次)에로 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 헌법 생활에 큰 혼란을 불러올 뿐만 아니라 헌법을 구체화시키고 실현시키는 다른 국가기관의 정책결정에 엄청난 차질을 가져오게 한다. 법질서의 위기라고 하지 아니할 수 없다.

## IV. 해결방안

### 1. 제1방안 : 법규범의 위헌심판절차의 일원화

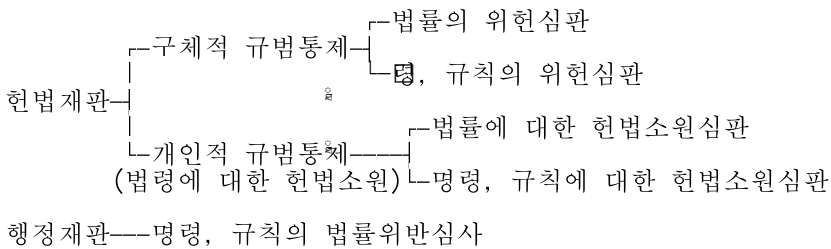
위에서 살펴본 바와 같은, 현행법상의 법규범의 위헌심판절차의 일원화에 따른 모든 문제는 법규범의 위헌심판절차를 일원화시키면 일거에 명쾌하게 해결이 된다. 명령, 규칙에 대한 위헌여부심판도 헌법재판소로 하여금 행하도록 하는 방법이다. 법률, 명령, 규칙이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원으로 하여금 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하게 하는 방법이다. 이때에는 대부분 법률과 함께 명령·규칙의 위헌여부심판을 동시에 제청하게 된다. 이렇게 되면 명령이나 규칙이 헌법에 위반되느냐의 여부는 그것들이 재판의 전제가 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 있



는 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,<sup>26)</sup> 구체적 규범통제절차에서도 마찬가지이고,<sup>27)</sup> 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.<sup>28)</sup> 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(주 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), 구체적 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 Republica 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. 제2방안 : 행정소송절차의 보완

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 심사 제도로 운용하는 경우에도 분명히 해두어야 할 것은 일반적 효력상 실이나 적용거부나를 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. 결 론

우리 헌법사를 돌이켜 보면, 규범통제제도를 채택할 당시부터 법원은 규범통제에 관한 권한을 법원이 가져야 한다는 의견을 가졌는 것으로 보인다. 그래서 제한헌법을 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.<sup>29)</sup> 이러한 논의에 관하여는 당시 법원 관사의 일반적 정서와 지식의 수준, 친일 세력의 생존논리, 의회에 대한 법원의 태도 등 법사학적으로 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 정윤환, 장경근, 이상기 등을 통하여 제시된 것으로 보인다. 유진오(주 11), 38면, 41면 이하 참조. 당시 유진오 박사는 미합중국의 '사법적 위헌심사제도'의 채택을 완강히 거부하고 '헌법위원회제도'를 구상하였는데, 그는 그 이유로 미합중국의 헌법제도에 대한 회의, 한국에서 미합중국제도의 도입이 가지는 부적합, 당시 우리나라 법원관계자들의 공법학지식의 결여 등을 고려하였다고 밝힌 적이 있다. 유진오(주 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 몽똥그려 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.<sup>30)</sup>

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 생각해냈습니다. 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.<sup>31)</sup>

30) 국회도서관(주 13), 108면 이하.

31) 국회도서관(주 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. 유진오, 『헌법의 기초이론』(서울 : 명세당, 1950), 113면 ; 유진오, 『헌법해의』(일조각,

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 것<sup>32)</sup>

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.<sup>33)</sup> 이미 행정재판과 헌법재판을 각기 다

---

1954), 249면 참조.

32) 유진오(주 11), 41면, 43면.

33) 앞서 본 내용(주 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 유진오의 설명에 영향을 받은 것으로 보인다. 이 부분에 관한 이러한 설명은 제헌 헌법 이래 지금까지 줄곧 있어온 것이다. 예컨대, 유진오, 『헌법의 기초이론』(주 31), 112면; 유진오, 『헌법해의』(주 31), 247면 이하; 박일경, 『유신헌법』(서울 : 박영사, 1973), 394면 이하 ; 박일경, 『제5공화국 헌법』(서울 : 일명사, 1980), 404면; 구병삭, 『헌법학 II』(서울 : 박영사, 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.

# 미국헌법상 권리장전과 적법절차법리

김 현 철

심판 삼 과장

## - 목 차 -

### I. 서 언

### II. 미국헌법상 권리장전

1. 미국헌법의 개정
2. 권리장전의 필요성 논쟁
3. 권리장전의 내용

### III. 적법절차의 법리

1. 의의 및 연혁
2. 수정 제14조 제1항
3. 매개체로서의 기능
4. 실체적 적법절차
5. 본질적 공정성

#### IV. 우리 범문화예의 수용

1. 제헌헌법 제정까지
2. 현행헌법
3. 헌법재판소의 판례

#### V. 결 언

# I. 서 언

1987년에 미국의 헌법은 제정 200주년을 맞았다. 세계에서 가장 오래된 민주공화국인 미국의 헌법은 세계에서 가장 오래된 성문헌법이기도 하다. 미국헌법이 담고 있는 민주적 제원칙은 실로 많은 나라의 헌법제도에 영향을 주었을 뿐만 아니라, 제 2 차 세계대전 후의 세계인권선언 등을 통하여 국제법 분야에도 많은 영향을 주었음은 주지의 사실이다.<sup>1)</sup> 1945년 해방 후 3년간 미국의 군정을 경험하고 그 이후에도 정치·경제·사회·문화 전 분야에 걸쳐 미국의 영향을 강하게 받아온 우리나라도 미국헌법에 의하여 많은 영향을 받은 법문화를 형성하게 되었다.

미국헌법의 특성 내지 기본정신으로 일찍이 우리나라의 헌법 학자들은 ① 연방주의 ② 민주주의 ③ 삼권분립주의<sup>2)</sup>, 또는 ① 연방제도 ② 권력분립제도 ③ 인민주권<sup>3)</sup>을 들었거니와, 미국의 워싱턴 D. C. 소재 사법연구센터(Center for Judicial Studies)의 회장인 James McClellan 교수는 연방주의·권력분립·법의 지배가 미국헌법의 핵심이라고 한다.<sup>4)</sup>

입헌적 민주국가들이 정도의 차이는 있더라도 모두 위와 같은 미국의 헌법이론의 영향을 받고 있다고 말할 수 있으나 그 중에서도 특히 기본권의 분야가 더욱 그러하다고 할 수 있는데, 아마도 이는 미국의 법원이 해마다 실로 엄청난 양의 기본권판례를 쏟아내고 있

---

1) 이상돈, 미국의 헌법제도가 우리나라의 헌법발전에 미친 영향, 공법연구, 1986, p.50.

2) 박은하, 미국헌법대의, 1954, p.7-10.

3) 문홍주, 미국헌법론, 1956, p. 19.

4) McClellan, J., Liberty, Order and Justice (1989). 변정일(옮김), 『자유, 질서 그리고 정의』, 1992, p.246.

으며 또한 기본권의 법리는 정부구조와는 달리 상당한 보편타당성을 갖고 있기 때문일 것이다.<sup>5)</sup>

따라서 본고에서는 미국헌법의 내용 중 기본적 인권보장 규정에 초점을 맞추어 특히 미국헌법상 권리장전과 적법절차의 법리에 대한 이해와 이들의 우리 법문화(헌법을 중심으로)에의 수용을 살펴 보고자 한다.

## Ⅱ. 미국헌법상 권리장전

### 1. 미국헌법의 개정

미합중국 헌법제정 당시의 정치이념은 독립선언에 있는 혁명권이 당연히 인민에게 있다고 믿었으나 이 혁명권의 행사는 특별한 경우에 국가의 기본조직을 변혁할 필요가 있을 때에만 사용할 수 있는 것이라고 생각하였다.<sup>6)</sup> 그렇지 않은 경우에는 헌법개정의 절차를 통해 특정조항을 개정하는 것이 타당한 방법이며 이와 같은 이유로 미국헌법은 개정에 관한 조항을 규정하였는바 헌법 제 5 조가 그것이다.

즉, 미합중국헌법 제 5 조(본문)는, 『합중국의회는 양원에서 각 2/3이상으로 필요하다고 인정할 때에는 이 헌법의 개정을 발의할 수 있고, 또 2/3이상의 각주 입법부의 요구가 있을 때에는 동개정을 발의하기 위하여 헌법회의를 소집하여야 한다. 어느 경우에 있어서도 그 개정은 합중국의회가 선정하여야 할 비준의 두 방법중의 하

---

5) 이상돈, 전계논문, p. 50.

6) 문홍주, 전계서, p. 30.

나에 따라 각주의 3/4의 입법부에 의하여 비준되든가 또는 각주의 3/4의 헌법회의에 의하여 비준되어야 한다. 이렇게 비준된 개정안은 모든 의미와 목적에 있어 이 헌법의 일부로서 효력을 갖는다』고 규정하고 있다.

## 2. 권리장전의 필요성 논쟁

1787. 5. 필라델피아에서 소집된 헌법제정회의에서 버지니아주의 George Mason은 매사추세츠주의 Elbridge Gerry와 함께 ‘권리의 선언’을 초안할 위원회를 구성하자는 제의를 하였으나 그 제안은 거부되었다. 왜냐하면 권리장전이 불필요하다는 신념이 널리 퍼져 있었기 때문이었다. 즉, 연방 정부는 위임되고 명시된 권한만을 가진 정부여야 하므로 언론·종교의 자유 등과 같은 일에 개입할 권한이 없으며 연방정부가 그러한 권한을 갖지 못한다고 선언하는 것은 헌법 속에 이미 내포된 것을 표명하는 것에 불과한 하나의 사족이 될 뿐이었다. 뉴욕주의 Alexander Hamilton을 비롯한 연방주의자들이 이러한 견해를 갖고 있었다. 그러나 Thomas Jefferson(당시 프랑스 주재 공사)을 비롯한 반연방주의자들은 집요하게 권리장전이 필수적이라는 입장을 고수하였다. 그리하여 우리가 권리장전이라고 부르는 최초의 10개 수정조항들이 1789년 의회에 의해 그 첫 회기에 발의되었고 각주 3/4의 입법부의 비준을 받아 1791. 12. 15. 헌법의 일부가 되었다. 이러한 수정안들은 시민권의 보호뿐만 아니라 연방권한의 축소를 위하여 시도되었고<sup>7)</sup> 이러한 이유로 권리장전은 의회(연방정부)에만 적용되었고 주에는 제외되었다.<sup>8)</sup>

---

7) 맥클렌런, 전게서, p.275.

8) 그러나 그후 1868. 7. 28. 효력이 발생한 수정제14조에 의하여 각주도 권리장전의 적용을 받

역사적 관점에서 고찰하여 보면 권리장전의 목적은 두 가지이다.<sup>9)</sup> 즉 ① 연방정부가 시민의 자유를 침해하지 않을 것이라는 점을 각 개인에게 확신시켜 주고 ② 연방정부는 주와 그 주민 사이의 시민의 자유권에 관한 분쟁에 대하여 재판권을 행사하지 않는다는 점을 주에게 확신시켜 주는 것이다.

### 3. 권리장전의 내용<sup>10)</sup>

#### 가. 수정제1조 (종교의 자유, 언론·출판·청원의 자유)

『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 ‘국교조항’의 목적은 두 가지였다. 즉 ① 의회가 국민에게 국교를 강요하는 것을 금하는 것과 ② 의회(그리고 일반적으로 연방정부)가 각주에 존재하는 교회와 주간의 관계에 간섭하는 것을 금하는 것이었다. 그래서 ‘국교조항’은 ‘자유로운 종교행사조항’으로 직접적으로 연결된다. 이는 의회가 한 종교 분파를 다른 종교 분파보다 선호하는 것을 금지함으로써 종교적 자유를 촉진하도록 하는 것이었다.

수정 제 1 조의 남은 부분은 언론·출판·집회·청원의 합리적 자유의 보장이다. 이것은 원하는 것은 무엇이든지 떠들고, 좋아하는

---

게 되었다.

9) 메클렐런, 전제서, p. 276.

10) 본장(II)의 이하는, 메클렐런의 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 시민적 자유는 질서 있는 자유이지 모든 충동에 탐닉할 수 있는 인가장이 아니며 헌법 자체를 전복할 수 있는 인가장은 더욱이 아니기 때문이다.

#### 나. 수정제2조 (무기를 소지할 권리)

『규율정연한 민병은 자유국가의 방위에 필요하므로 무기를 소지·휴대하는 국민의 권리는 침해하지 못한다』.

오늘날은 ‘민병’을 무장군대나 국민방위병으로 생각하는 경향이 있지만 민병의 본래 의미는 ‘무장시민’이었다. 수정제12조의 목적 중의 하나는 의회가 주민병을 무장해제시키는 것을 막는 것이었다. 이것은 아메리카 혁명의 경험에 의하여 직접적으로 영향을 받았다. 충돌의 초기 단계에서 미국인들은 영국 정규군과 맞서는데 민병에 의존했다. 각주가 자신의 민병을 유지하는 권리는 건국세대에 의하면 외국의 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 총신이 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. 수정제3조 (군대의 숙영)

『평화시에 군대는 소유자의 동의 없이는 어떠한 가옥에도 숙영하지 못한다. 전시에도 법률에 미리 규정된 방법에 의하지 아니하고는 숙영할 수 없다』.

의회가 평화시에 가옥주 허락없이, 전시에도 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 회망의 표시였다. 이 조항은 권리장전 중의 최소한의 바를 규정한 것이고 연방대법원은 이 조항을 해석하거나 적용한 적이 없었다.

### 라. 수정제4조 (수색 · 체포 · 압수)

『부당한 수색과 체포 · 압수에 대하여 신체 · 가택 · 서류 · 재산을 보호받는 국민의 권리는 침해할 수 없다. 선서 또는 확약에 의해 진실이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있고 특히 수색할 장소와 피체포자나 압수될 물건을 기재하지 않고는 영장을 발부할 수 없다』.

수색에 들어가기 전에 경찰은 치안판사 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 성이다” 라는 오래된 영국의 원칙을 미국화한 표현이다. 최근 수십년 동안에 법원들은 이 수정조항에 의한 보호를 확장하여 전자도청을 통해 녹음한 대화 같은 무형의 재산의 수색 · 압수에도 영장이 필요하다고 하였다.

#### 마. 수정제5조 (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 정당보상 없이는 공공필요를 위해 사유재산을 수용 당하지 아니한다』.

이 조항의 적법절차요청은 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 차임을 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. 수정제6조 (형사피고인의 권리)

『모든 형사소추에 있어 피고인은 범죄가 행하여진 주와 지구-지구는 법률로 미리 규정되어 있어야 한다—의 공정한 배심에 의하여 신속한 공개재판을 받을 권리, 피고사건의 성질과 이유를 고지 받을 권리, 불리한 증인과 대심할 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 정의는 부인된 정의다”.

#### 사. 수정제7조 (민사사건의 배심제)

『보통법상의 소송에서 계정가액이 20달러를 넘으면 배심에 의한 심리를 받을 권리가 보장된다. 배심에 의해 심리된 사실은 보통법의 규정 이외에는 합중국의 어떠한 법원에서도 재심리 받지 아니한다』.

“계정가액이 20달러를 넘는”(1789년에는 오늘날보다 훨씬 가치 있는 금액임) 민사사건에서의 배심재판의 보장은 주로 여러 주의 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 해사법상의 사건에는 적용되지 않는다.

#### 아. 수정제8조 (보장과 잔인하고 비정상적인 형벌)

『과다한 보석금을 요구하거나 벌금을 부과하거나 잔혹하고 비정상적인 형벌을 가하면 안 된다』.

피고인이 정해진 시간에 법정에 출석하는 것을 보증하기 위해 법원이 정하는 보석금은 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 사형이 수정헌법 제8조에 의해 금지되지 않는다고 해석하여 왔다.

#### 자. 수정제9조 (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 시민적 권리가 존재하기 위하여는 헌법에 명시적으로 성문화되어야만 하는가?

수정 제9조는 새 헌법 하에서 연방정부가 연방의 권리침해에 대해 명시적으로 보호되어 있지 않거나 주에 유보되어 있지 아니한 어떠한 권리에 대하여도 관할권을 가지게 될 것이기 때문에 국민의 자유를 짓밟을 권한을 가지게 될 것이라고 주장하는 반연방주의자들의 우려를 진정시키려고 입안되었다.

#### 차. 수정제10조 (주에 의해 보유되는 권리)

『헌법에 의해 합중국에 위임되지 않거나 주에 금지되지 않은 권한은 각주나 국민에게 유보된다』.

권리장전에서 이 마지막 수정조항은 아마도 헌법에 권리장전의 추가를 요구했던 여러 주헌법비준회의와 주입법부가 가장 열렬히 바랐던 것이었을 것이다. 전국적으로 새 헌법에 대한 기본적인 불만은 연방정부가 점차 그 권한을 확대하고 주정부들을 압박하리라는 두려움이었다. 수정 제10조는 그러한 불안을 없애려고 고안되었다.

수정조항에 그 권한들이 주와 그 주민들에게 유보되어 있다는 것은, 그 권한들이 원래의 상태로 남겨져 있다는 것을 의미함을 선언하는 것이다.

### III. 적법절차의 법리

#### 1. 의의 및 연혁

적법절차(due process of law)의 법리는 미국 헌정사에 있어서 인권보장을 위한 가장 중요한 헌법적 도구로 사용되어 왔는데 그 목표는 국가권력의 자의적인 행사로부터 개인의 “자유와 권리”를 보장하려는 데 있다. 그러나 그 개념은 법원의 판례를 통하여 점진적으로 형성·확대되어 왔으므로 이를 포괄적으로 정의하는 것은 사실상 곤란하다.<sup>11)</sup> 아무튼 적법절차는 국가기관과 국민간의 충돌을 합리적인 적법절차를 통해 해결하는 법의 지배의 한 유형으로, 기본적인권의 보장을 위한 “자유와 정의의 기본원리”<sup>12)</sup> 또는 “질서화된 정의의 정수”<sup>13)</sup>라고 일컬어지고 있다. 특히 미국헌법사에 있어 적법절차의 보장은 그것이 갖는 시대적 변용성과 그 독특한 유

11) 윤명선, 실체적 적법절차의 법리, 월간고시, 1991. 10. p. 29.

12) 윤명선, 전개논문, p.29.

13) 권영철, 미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개, 미국헌법연구(제1호), 1990, p.147.

연성의 결과 이른바 전지전능한 “마법의 상자”에 비유되기까지 한다.<sup>14)</sup>

적법절차의 기원은 영국의 대헌장(Magna Charta, 1215)에서 비롯된다. John왕은 제후들이 주장한 ‘봉건적 권리’를 승인하는 가운데 제39장에서 “국가의 법”(law of the land)에 의하지 아니하고는 체포·구금·법외방치 또는 추방당하지 않는다고 선언하였다. 여기에서는 적법절차라는 용어는 아직 사용되지 아니하였고, ‘국가의 법’이란 어휘가 사용되었다. 적법절차라는 용어가 최초로 사용된 것은 Edward 3세 때인 1354년의 법률<sup>15)</sup>에서였다. 아무튼 적법절차는 국가권력의 자의적 행사를 배제함으로써 인권보장을 구현하기 위한 입헌주의 기본원리로서 안출되었다. 적법절차의 원칙은 식민지시대 미국의 각주의 헌법문서에서 여러 형태로 도입되었는바, 최초의 헌법인 1776년 버지니아헌법은 그 권리장전에서 적법절차에 관한 조항을 채택하였다. 한편 미국의 독립선언문은 개인의 “생명·자유 및 행복추구의 불가양의 권리”를 선언하였지만 적법절차의 개념은 아직 도입되지 아니하였고, 1787년의 연방헌법도 적법절차와 관련이 있는 인신보호영장, 소급입법금지, 사권박탈금지 등의 조항을 규정하고 있었지만 주헌법에 상응하는 권리장전을 채택하지는 못하였다.

그후 1791년에 채택된 권리장전 — 이른바 수정조항 — 제5조에서 “누구든지… 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·자유·재산을 박탈당하지 아니한다”고 규정함으로써 비로소 연방수준에서 적법절

---

14) 안경환, 마법의 상자 적법절차조항, 사법행정, 1987. 9, p.98.

15) 동법은 제29장에서 “누구든지 그 지위나 환경을 묻지 않고 적법절차(due process of law)에 의한 심문을 받음이 없이는 토지나 가옥으로부터 축출당하거나 수용당하지 아니하며, 투옥·상속권의 박탈 또는 사형을 당하지 아니한다”고 선언하였다(윤명선, 전개논문 p.30에서 재인용).

차의 원리가 채택되었다. 그러나 이들 인권조항은 연방정부에 대해서만 적용되고 주정부에 대해서는 적용되지 아니하였기 때문에 명실공히 권리장전으로서의 기능을 다하지 못하였다. 그러다가 1868년에 수정 제14조를 채택, 연방헌법상의 인권조항이 주정부를 구속하게 됨으로써 “인권의 연방적 보장”을 실현하게 되었다. 즉 연방헌법상의 인권목록은 수정 제14조(제 1 항)의 “적법절차” 조항을 매개로 주민에게 적용될 수 있는 길을 터놓은 것이다.

## 2. 수정제14조 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 주가 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 실체와 재판의 실질적 결과를 직시하는 것이다. 소위 경제적 자유의 부정



에 관련된 일련의 사건에서 연방대법원은 적법절차의 거부가 있었는지의 여부를 단지 절차상으로만 판단하지 않고 결과적으로 자유가 박탈되었는지의 여부에 의하여 결정하였다. 이러한 해석은 ‘실체적 적법절차론’(Substantive due process of law doctrine)이라고 불려지게 되었다. 둘째로, 적법절차의 요구는 당초에 고려된 것처럼 본질적으로 법원을 제한하여 공정한 재판을 확보하기 위해 고안되었다. 그러나 실체적 적법절차주의하에서 적법절차의 기준은 재판만이 아니라 주입법부와 지방정부의 권한을 제한하게끔 적용되었다. 그후 미국헌법사에 있어 연방대법원이 실체적 적법절차론을 주의 입법에 적용시켰던 사례는, 주어진 시대의 사회·경제적 및 정치적 상황에 따라 또는 사법부 구성원의 정치철학에 따라 그 적용의 강도 및 폭을 달리하면서 대체로 다음과 같은 과정을 겪었다고 한다.<sup>16)</sup>

- (1) 실체적 적법절차론의 대두(19세기말에서 1930년대까지)
- (2) 경제규제 영역에 있어서의 실체적 적법절차론의 퇴조(1930년대 후반 이후)
- (3) 경제규제 생활영역, 특히 사생활권의 보호를 위한 수단으로서의 실체적 적법절차론의 재등장(1960년대 중반)

이상에서 보듯이 수정 제14조를 근거로 하는 실체적 적법절차의 보장은 지금에 이르기까지 한번도 그 생명력을 상실한 적이 없었다. 비록 경제규제 영역에서 실체적 적법절차론이 퇴색해가던 1937년 이후에도 실체적 적법절차의 보장은 연방헌법상 권리장전의 대주적용이라는 형태로(1925년의 *Gitlow v. New York* 판결<sup>17)</sup> 이래

16) 권영철, 전계논문, p.156, 157.

17) 수정 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 제한입법으로부터 보호하는 기본적인

로) 여전히 자유와 권리의 보장장치로서의 기능을 충실히 수행하였다.

요컨대 적법절차의 원칙은 ① 원래 형사절차상의 적정에 관한 문제에서 출발한 것이지만, ② 절차일반의 적정의 문제로 전개되었고, ③ 그 후 자유와 재산에 관련된 권력행사의 적정의 문제로 발전하였으며, ④ 다시 그 권한행사의 내용·방식·목적 등의 적정·합리성(자의나 불합리성에 대칭되는 것)으로 발전하여, ⑤ 드디어 실체법의 문제로까지 발전하게 되었다. ①~④가 절차적 적정문제라면, ⑤는 실체적 적정문제라고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

### 3. 매개체로서의 기능<sup>19)</sup>

1787년에 성립된 연방헌법은 제정 당시에는 권력구조에 관한 조항을 포함할 뿐 기본권에 관한 조항은 수정헌법 형식으로 추가되어 왔다. 1791년에 효력이 발효된 수정 제 1 조 내지 제10조는 표현의 자유 등 일단의 기본권을 법제화했다. 그런데 언론·출판의 자유, 종교의 자유 등을 규정한 수정 제 1 조의 경우와 같이 각주에 적용된다는 것을 분명히 명시한 조항도 있지만 대부분의 조항은 대주 적용 여부를 명시하지 않아 후세의 분쟁의 소지를 남겼다. 남북전쟁의 결과로 헌법에 추가된 3개 조항 중의 하나가 수정 제14조인 바 그 적법절차조항은 특별히 주정부를 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 ‘자유’에 당연히 포함된다고 우리들은 생각한다.”

18) 권영성, 헌법학개론, 1990. p. 270.

19) 안경환, 전계논문, p.56.

Baltimore, 7 Pet 243, 8 L. Ed. 672, 1833). 그러나 점차적으로 인권 조항은 기본적으로 연방은 물론 주에도 적용되어야 한다는 것이 수정제14조의 입법취지였다는 데에 의견의 합치를 보기 시작했다.

구체적인 논리는 수정제14조의 적법절차조항은 제정 당시에 권리장전을 ‘수용’(incorporate) 했다는 것인데 다만 그 수용의 범위에 관해서는 전면적 적용설, 개별적 적용설이 치열한 공방전을 벌였다.

#### 가. 전면적 적용설 (total incorporation)

전면적 적용설은 수정제14조는 그 제정의 본래 목적이 국민의 신분자격(연방의 시민이냐 아니면 주의 시민이냐)에 관계없이 기본적인 인권의 주체로서의 확고한 지위를 부여함에 있으므로 권리장전의 모든 조항이 유보 없이 주에 적용된다는 입장으로 Hugo Black 판사(1937~1971 재직) 및 William Douglas 판사 (1939~1974 재직)가 주창한 이론이다.

#### 나. 개별적 적용설 (selective incorporation)

이에 대해 개별적 적용설은 권리장전의 조항 중에서도 보다 중요한 조항들, 다시 말하면 “미국이 지향하는 자유민주주의질서의 유지에 본질적이고도 필수불가결한 권리”만이 주에 적용될 뿐이라는 주장으로 Felix Frankfurter 판사를 위시한 다수판사들의 입장이었다. 양측의 논쟁은 개별적 적용설의 승리로 끝났고, 그리하여 구체적으로 어떤 조항이 주에도 적용되느냐는 개별적인 판례를 통해서 해결되어야 한다.

## 다. 실례

그런데 주지하는 바와 같이 인류평등주의에 입각한 진보적 사법적극주의의 기치아래 민권혁명을 주도했던 Warren 법원기(1953~1969) 동안 거의 대부분의 권리장전상의 권리들이 대주적용판결을 받았다. 자기부죄금지조항 【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. Wainright*, 372 U.S. 335(1965)】 등이 그 예에 속한다. 현재에 이르기까지 대주적용이 명시적으로 부정된 조항은 수정제6조의 과도한 보석금의 금지조항(excessive bail) 하나 뿐이며 동조의 배심에 관련된 조항이 주적용에 있어 내용을 약간 변경(형사배심의 인원수 및 평결의 전원일치 여부)을 겪은 것뿐이다.

이와 같이 수정제14조의 적법절차조항은 권리장전이 주정부의 공권력의 발동으로 인한 민권침해에 대해 방벽으로서의 기능을 수행할 수 있도록 법리적 교량의 역할을 해왔다.

### 4. 실체적 적법절차<sup>20)</sup>

법의 내용을 심사할 수 있는 권한을 “실체적 심사”(substantive review)라고 하는데 한마디로 이는 입법부나 행정부의 행위가 헌법과 비례적 균형을 갖추었느냐의 문제이다. 이때 법원은 국가행위의

---

20) 안경환, 전계논문, p.97.

대상이 된 개인이 입은 피해보다는 그 행위의 기초가 된 법원칙의 합헌성에 관심이 있는 것이다.

역사적으로 볼 때 실체적 적법절차의 개념은 헌법제정 직후부터 자연법사상에 근거를 둔 판사들 간에 논의되었으나 본격적인 발전은 남북전쟁(Civil War) 이후에 비롯된 일이다. 이론의 핵심은 만일 입법부가 국민의 기득권리(vested right)를 침해하거나 또는 자연법을 위반하는 내용의 법률을 제정한다면 이는 곧바로 개인의 권리를 존중하겠다는 사회규약(social contract)을 전면적으로 불이행한 결과가 된다는 것이다. 그리하여 이러한 법률로 인해 자유나 권리를 침해당한 국민에 대하여 사회는 사회규약의 의무를 불이행한 것이므로 적법절차의 보장을 박탈한 결과가 된다는 것이다.

이러한 이론적 배경을 가진 실체적 적법절차론은 20세기에 들어오자마자 전성기를 누렸는데 그 악명높은 Lochner 판결【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 자의적이고도 불필요한 간섭(arbitrary and unnecessary interference)으로 위헌이라고 선언했던 것이다. 물론 이러한 판결은 오늘날의 현대복지국가의 이념에 비추어 볼 때 시대착오적임이 분명하고 이미 번복을 면치 못했다. 다만 수정제14조의 적법절차라는 것이 얼마나 포괄적인 개념인가를 예시해준다.

## 5. 본질적 공정성<sup>21)</sup>

또 하나의 간과할 수 없는 수정제14조의 적법절차조항의 기능은 국가의 행위가 비록 특정한 헌법조항에 위반되지 않았다 할지라도 그 행위의 발동과정, 정도, 범위, 방법 등에 있어 현저하게 균형을 상실한 경우에는 본질적인 공정성(fundamental fairness)이 부정된 것으로 무효를 선언할 수 있다는 것이다.

Rochin 판결 【Rochin v. California, 342 U.S. 165(1952)】에서의 Frankfurter판사의 격노어린 표현—“양심에 충격을 주는 행위”라는 기준은 너무나 자주 인용되는 본질적인 공정성의 부정의 심사기준이다.

동사건의 개요는 다음과 같다. Rochin이 마약밀매에 관여하고 있다는 정보를 접한 경찰은 그가 노모, 형제 및 내연의 처와 함께 동거하고 있는 집에 밀어닥쳤다. 열려있는 바깥문을 통해 들어간 3인의 경찰은 2층에 Rochin이 기거하고 있는 방문을 강제로 열었다. 이때 Rochin은 반라의 모습으로 아내와 함께 침대에 앉아 있었고 경찰은 침대 머리맡 탁자 위에서 캡슐 이정을 발견했다. ‘저게 뭐냐’는 물음에 Rochin은 껌싸게 캡슐을 삼켜버렸다. 입속으로부터 문제의 캡슐을 제거하려는 노력이 실패하자 경찰은 Rochin을 수감채 위 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 물적 증거가 되어 Rochin은 원심에서 모르핀 소지의 유죄판결을 받았다.

연방대법원은 Frankfurter판사의 준엄한 경고를 통해 이와 같은

---

21) 안경환, 전계논문, p.97, 98.

경찰관의 행위는 자백을 강요하기 위한 고문행위에 버금가는 것으로 본질적 공정성과 인류의 양심을 유린하는 행위로 수정제14조의 위반이라고 선언했다.

## IV. 우리 법문화에의 수용

### 1. 제헌헌법 제정까지

미국헌법이 제헌헌법 제정까지에 미친 영향으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.<sup>22)</sup>

- (1) 대한제국헌법인 『국제』에서는 미국헌법의 영향이 거의 없었다.
- (2) 상해임시정부헌법의 제1차개헌이라고 볼 수 있는 『대한민국 임시헌법』에는 미국헌법이 추구하고 있는 국민주권주의, 권력분립주의, 공화주의, 기본권보장주의, 대통령제가 상당한 영향을 미쳤고 헌법에도 명문으로 규정되기에 이르렀다.
- (3) 제헌헌법에는 미군정의 건국전 입법이 많은 영향을 끼쳤는데, 헌법기초과정이나 심의과정에서는 어느 정도로 군정당국이 직접적인 영향력을 행사했는지는 자료의 미공개로 잘 알 수 없다.

### 2. 현행헌법

---

22) 김철수, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설, 미국헌법과 한국헌법, 1989, p. 13.

우리나라의 현행헌법은 기본권보장의 분야에서 보면, 인신의 자유를 강화하기 위한 절차적 보장을 최대한 확대하였고, 표현의 자유를 제고하였으며, 새로운 유형의 사회적 기본권들을 신설한 것이 특색이다.<sup>23)</sup> 즉 1980년 헌법(제5공화국 헌법)과 마찬가지로 인간의 존엄과 가치의 존중, 행복추구권, 기본적 인권의 부가침성을 재천명하고(제10조), 자유와 권리의 본질적 내용에 대한 침해를 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 조력을 받을 권리를 고지할 의무와 더불어 가족 등에게 그 이유·일시·장소를 통지할 의무규정을 신설하였고(제12조 제5항), 구속적부심사제에 관해서는 법률유보를 삭제함으로써 모든 피구속자에게 구속적부심사 청구가 가능하도록 하였다(제12조 제6항). ③ 언론·출판에 대한 허가나 검열의 금지와 집회·결사에 대한 허가금지의 규정을 신설하였다(제21조 제2항). ④ 과학기술자의 권리를 법률로써 보호하도록 하고(제22조 제2항), 재산권의 수용 등에는 정당한 보상을 지급하도록 하였다(제23조 제3항).

이와 같이 우리 헌법상 인권보장에 관한 규정은 미국 헌법상 권리장전의 영향을 많이 받았음을 보여주고 있다.

한편, 우리 현행헌법은 위에서 보듯이 제12조에서 미국헌법상의 적법절차의 법리를 도입하여 “...법률과 적법한 절차에 의하지 아니

---

23) 권영성, 전계서, p.95.



하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니하며”(제 1 항), “체포·구금·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라… 영장을 제시”하도록(제 3 항) 규정하고 있다. 그러나 양국간에는 헌법규정의 표현방식, 인권구조의 특징, 판례의 법원성, 나아가 법문화와 전통이 다르기 때문에 이 원리를 도입·적용하는 데는 일정한 한계가 있기 마련이다.<sup>24)</sup>

미국헌법상 적법절차의 법리를 그 헌정사의 맥락에서 이해할 때 오늘날 적법절차는 “절차적”(Procedural) 적법절차와 “실체적”(Substantive) 적법절차가 교차하면서 궁극적으로 인권보장을 구현하고자 한다. 그렇다면 우리 헌법의 해석상 미국헌법상의 적법절차 법리를 어떻게 수용할 것인가의 문제가 제기된다.

생각건대, 우리 헌법의 해석론에 있어서 (실체적) 적법절차의 법리 및 그 인권보장의 정신은 수용되어야 한다고 본다. 그러므로, 우리 헌법이 기본권을 상세하게 규정하고 있고 새로운 인권을 창설할 수 있는 근거조항(제37조 제 1 항)과 기본권보장의 일반적인 제한과 그 한계(동조 제 2 항)를 명문화하고 있으므로 이 법리의 도입은 사실상 필요치 않다는 견해도 있으나<sup>25)</sup> 헌법 제12조에 명문화된 “적법한 절차”가 적어도 미국헌법상의 due process of law를 도입한 것이라는 점은 부인할 수 없을 것이다.

### 3. 헌법재판소의 판례

우리 헌법재판소는 (구) 사회보호법 제 5 조 제 1 항의 보안처분은 법관의 판단 재량을 박탈한 것으로서 헌법 제12조 제 1 항 후문

---

24) 윤명선, 전계논문, p.30.

25) 윤명선, 전계논문, p.41.

에 정한 적법절차와 헌법 제37조 제 2 항, 나아가 헌법 제27조 제 1 항의 재판받을 권리를 침해하는 위헌법률이라고 하였고,<sup>26)</sup> 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대해 청문의 기회 없이 업무지정명령을 내릴 수 있게 한 변호사법 제15조는 적법절차가 존중되지 않은 것으로 헌법위반이라고 판시함으로써 적법절차가 실질적 징계처분 내지 불이익처분에도 적용됨을 인정한 바 있다.<sup>27)</sup>

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,<sup>28)</sup> 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.<sup>29)</sup>

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.<sup>30)</sup>

## V. 결 언

미국헌법은 이해하기 어렵다. 지구상에 현존하는 최고의 성문헌법으로 200년이나 해묵은 문서이기에 문장도 난삽, 모호하며 구성도 영성하기 짝이 없다. 미국인들은 “헌법의 기초자”(Founding Fathers)들의 지혜로움을 신격화시키려 하지만 아무리 탁월한 선견자라 할지라도 2세기 전의 농장주들이 후세에 길이 전승될 완벽한 정치문서를 고안해 냈을 리가 없다. 영성하기 짝이 없는 골격의 헌법에다 탐스러운 근육과 사랑스런 얼굴을 붙여 준 것은 다름 아닌 판사들이었다.<sup>31)</sup>

미국헌법의 기본권 조항의 발전과 운용에 있어 적법절차조항의 비중은 절대적이며 또 한편으로는 동조를 이해하는 것은 미국헌법사를 절반이상 이해하는 것이다. 외형적으로 보아 영성하기 짝이 없는 몇 구절의 문자를 마법상자로 삼아 철새없이 ‘인권’이란 주문을 통해 인간의 존엄과 가치의 실현을 주도해 온 마술사는 물론 법원과 개개 법관이었다. 이들의 양심과 사명감 없이는 Ernest Miranda, Dollree Mapp, Clarence Gideon의 신화도 탄생했을 리 없다. 헌법의 규정이 어쨌든 판사는 언제나 자신이 원하는 철학을 판

---

30) 헌재 1992. 4. 28. 선고, 90헌바24 결정.

31) 안경환, 전계논문, p. 95.

결에 반영할 수가 있고 그리하여 자신이 바람직하다고 믿는 사회의 건설에 기여할 수 있다는 것을 수정제14조 적법절차조항을 통해서도 알 수가 있다.<sup>32)</sup>

헌법이란 본래 기본적으로 생각을 달리하는 사람들을 위해 만들어진 것이다(Justice Oliver Wendel Holmes). 그리고 헌법은 그 사회를 구성하는 구성원들의 기본결단이다. 따라서 미국이라는 사회 공동체를 규율하는 미국의 헌법과 우리나라의 헌법의 내용이 같을 필요는 없다. 또 그럴 이유도 없다. 그러나 어느 사회이건 인류공통의 가치와 공동선에 대한 인식은 존재하는 것이며 그 대표적인 것이 기본적 인권의 보장이라 할 수 있다. 그런 의미에서 미국헌법이 선언하고 있는 권리장전과 적법절차의 법리가 인류역사에 긍정적이고 바람직한 영향을 끼쳐왔다면 그에 대한 연구와 고찰은 유익한 일일 것이다.

그러므로 200년이 넘는 미국헌법의 역사와 그에 기한 헌법재판의 변천을 연구하고 이들의 우리 법문화에의 수용 및 그 영향을 살펴보는 작업은 앞으로도 계속 이어져야 할 과제라 할 것이다.

---

32) 안경환, 전계논문, p. 98.

# 권력의 통제와 합리적 장치로서의

## 한국헌법

-헌법재판소의 기능을 중심으로-

이 명 응

헌법연구관보

### 머리말

이 글은 우리나라의 헌법체계, 즉 헌법규범, 헌법현실 등을 관통하는 본질적 문제를 전제하 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 기나긴 과정이다.<sup>1)</sup> 현재 우리나라 헌법을 구성하는 기본개념틀로는 국민주권주의, 권력분립주의, 법치

---

1) Helmut Coing 지음, 최종고·정종휴 옮김, 독일법제사(박영사, 1982), 3면.

주의, 사회적 시장경제주의, 현대 복지주의 등이 논해지고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 개념들을 구성시킨 기본적 발상은 ‘평등’의식이며 ‘평등’의식의 현실화된 모습이 위 개념들로서 나타났다고 생각된다<sup>3)</sup>(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 시원적 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.<sup>4)</sup>

루소에 의하여 명확하게 체계화된 이와 같은 표현은 ‘평등’한 자연상태의 사회적 구성이라는 시각에서는 매우 적절하다고 생각된다. 왜냐하면 사회상태에 있어서의 질서의 도구인 법의 제정에 있어서의 평등요구는 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 점진적인 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 원인들이 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 공화국이 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 법의 기능적 관점 및 논리적우주(universe of discourse)의 관점에서 법을 입법-집법-사법의 3각형 구도로 분업화할 때<sup>5)</sup> 이것이 고전적 의미의 삼권분립주의로 나타났던 것이다. 따라서 이러한 삼권분립론의 목적은, 결국 법질서의 효율성 및 이를 통한 정치권력의 통제 및 합리화에 다름 아니었다. 그러므로 「민주주의(국민주권주의)-권력분립주의-법치주의」는 뗄레야 뗄 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 법질서란 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 가설을 세울 수 있으며, 그러한 요소<sup>6)</sup> 중 가장 중요한 것은 역시 로마법이후에 영국 근세사회에서 꽃이 핀 법의 지배(Rule of Law) 전통이라고 가정할 수 있을 것이라고 생각된다.

5) 이러한 분업적 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. 법의 지배란 인의 지배 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 법가의 사고 체계가 일시적으로 유행한 적은 있으나, 종래 중국의 전통적인 예교사상과 이를 이어받은 우리나라 조선조의 관료화된 사회에서는 예자금지장연지전(禮者禁於將然之前)이고 법자금지이연지후(法者禁於已然之後)로서 예주법종(禮主法從)이었으며(물론 여기서의 법과 서구의 법은 그 정의(definition)가 다르지만) 기타 이·정 등이 중요한 법원이었고, 법이 현실영역에서 타당한 적이 있었다 해도 예가 그 법의 근거에서 유교적 가치체계의 일반지침이 되어 온 것으로 예는 그 자체로 주된 법원이고 법은 예의 정신을 유형화, 일반화하는 것이었을 뿐이며 한편 예는 그러한 법의 흠결을 보충하고, 법해석의 기준이 되는 것이었다.<sup>7)</sup>

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 영국사부분이 다소 길어지지만 법의 지배가

7) 정궁식, 조선초기 주자가례규범의 수용에 관한 고찰, 서울대 법학석사논문, 1988. 1, 6면 이하.



초기에 어떻게 발전해 갔는가를 탐구해 보기 위해 그대로 서술하고자 한다)

앙드레 모로아는 영국 헌법은 봉건제도와 관습법이 낳은 딸이라고 하였다.<sup>8)</sup> 이러한 봉건제도는 11세기 이전에도 어느 정도 구체화시켜 논의될 수 있지만 1066년 노르만 정복(Norman Conquest) 이후에는 국가권력의 중앙정부화와 병행하여 조직적으로 발달하였다.<sup>9)</sup>

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 받아들이게 되었다. 로마 멸망후 6세기에는 앵글·색슨 그리고 주트족이 영국 중요지역을 잠식해 들어왔으며, 이들 게르만족의 영향으로 후일 법의 지배 전통에 중요한 역할을 하게 되는 공동경작지와 방

---

8) 앙드레 모로아 지음, 신용석 옮김, 영국사(기원원, 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 주의가 아니라 국가권력의 해체와 더불어 이루어진 재산소유권의 새로운 형태라는 것이다. Ibid, 50-51면. 이하 영국사에 대한 본문의 개론적 설명은 이 저서를 참조함.

목지를 공유하는 촌락 공동체(village)의 생활양식이 생겨나게 되었다.<sup>10)</sup> 당시의 재판은 하나의 집회인 주법정이 관장하였고 자세한 재판양식은 알려져 있지 않으나 가혹한 신평, 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 지세제도와 민병대 조직 등 고유의 기구를 그대로 두고, 촌락이란 세포구조에 형태와 기관을 부여시켰다. 정복왕 윌리엄은 각 주에 주장(sheriff)을 임명하고 그에게 징세권과 사법권 그리고 전반적인 중앙정권의 대표권을 위임했고 이때부터 shire로 부르던 주를 country로 부르게 되었고 주장의 감독을 위해서 왕의 파견관을 수시로 파견하였다.

노르만 정복은 과거와의 관계의 전적인 단절을 의미하지 않았다. 오히려 이는 아이러니컬하게도 영국의 자유의 시발점이었다.<sup>11)</sup> 5,000명밖에 안 되는 소수가 적군민에게 과거 수세기를 내려온 관습을 포기하라고 명령하거나 강제할 수는 없었다. 윌리엄은 군주정

---

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 백호(hundred)로 구성되고 이것은 촌락(tun, township)으로 나누어져 있었다.

11) Ibid, 72면.

치의 기초를 구축했으나 전제군주제 같은 것은 결코 아니었다. 그는 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 대상으로 나누어주었다. 지세를 효율적으로 징수하기 위해 전국의 토지현황 등을 정확하게 파악하고자 1086년 매우 상세하고 정확한 윌리엄의 토지대장(Domesday Book)이 작성되었다. 주장은 영주들의 권력남용을 단속하고 민간에 나타나는 불만의 징조에 주의를 기울였는데 노르만 군주들의 대체적인 정책은 자유민을 후원함으로써 영주들을 견제하는 것이었다.<sup>12)</sup> 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.<sup>13)</sup>

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

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 정치혼련을 계속하게 되었다고 한다.

재판주재로 처리되었다. 원칙상 경범만을 취급했으나 몇몇 장원은 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 의도뿐 아니라 이제까지 주의 봉건헌법이 차지하고 있던 각종 벌금을 출납원에서 징수하려는 의도였다. 순회법정은 순회를 떠나기 전에 각 주장에게 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 헌드레드에서 2명씩의 기사를 선출하되 이 2명이 자기 헌드레드에서 10명의 기사를 지명해서 도합 12명이 그 헌드레드의 배심원단을 구성하게 된다.<sup>14)</sup>

영국에서 배심제도가 발달하게 된 원인에 관련해서는 크게 두 가지 요소가 우선 생각된다. 첫째는 노르만 정복국가로서는 봉건제도하에 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 중

---

14) Ibid, 103면.

래의 소송절차는 소송제기자들이 마을의 종족들 앞에 참석하여 고소를 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 신판 형식이 대부분 중지되고 12명의 인근주민인 배심원이 소집되어 이들이 결정을 내리게 되었다. 이러한 배심제도는 13세기에 이르러서는 거의 모든 후술할 영장(writ)청구소송에 이용되었으며 중앙의 법정들(예를 들어 King's court)에서도 사실조사방법으로 자리잡게 되었고 15세기에는 민·형사사건 모두에서 사실 발견의 표준적 장치로 기능하였다.<sup>15)</sup> 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)였고<sup>16)</sup> 그 분쟁의 소지가 매우 많았다. 노르만 정복후 한 세기가 지나면서 오래된 토지 소유관계를 증명하기가 어

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(주 2), 13면.

려왔다. 12세기 이후 확립된 점유소송양식(The Assize of Novel 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 되었<sup>17)</sup> 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 법이 가깝고 상식적이라는 생각, 그리고 선례구속의 원칙과 더불어 법이 존중되어야 한다는 (법)전통에 심대한 영향을 끼쳤던 것이다.<sup>18)</sup>

그렇다면 배심제도를 통한 관습법존중의 소송절차에서 어떻게 중앙적인 보통법(common law)의 발전으로 이어지게 되었는가.

광범위한 배심제도의 확장은 중앙집중적 사법에는 위협이 되었다. 왜냐하면 배심제도의 가치는 지방적이고 지역적 상황, 사건의 개인적 지식에 관련되어 있었기 때문이다. 또한 지방적 관습법은 기본적으로 지방인의 자유의 수단이었던 왕권의 완전한 주권을 고양하기 위한 것이 아니었다.<sup>19)</sup> 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 배심원들

17) 최대권, 영미법, 개정정보관(박영사, 1991), 47-49면.

18) Ibid, 54-56면.

19) M. Shapiro, 위의 책, 79면.

의 중앙소환이 어려웠기 때문에 순회재판관으로 하여금 당해 지역에 파견하여 중앙법원 사건에 대해 배심원의 증언을 듣는 방식(The assize with nisi prius)으로 중앙사법화를 강화해 갔다.<sup>20)</sup> 이러한 일련의 과정에서 보통법이 생겨나게 되었던 것이다. 즉, 원래 지방적인 소송형식은 로마법의 소권(actio)체계와 유사한 영장(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.<sup>21)</sup>

그러므로 중세영국에서는 봉건제도<sup>22)</sup> 하에 토지소송을 중심으로 관습법 존중과 배심제도가 발달되었고 이에 대응해 중앙법원들이 발전하면서 지방의 관습들의 선례를 통일된 관습법으로 융해시켜 감으로써 보통법이 생겨나 발달되어 갔던 것이다. 따라서 영국법은 초기 로마법과 유사하게 절차법을 중심으로 가능한 한 정의를 피하고 철저히 실제사례에 바탕을 두고 진행시키는(casuistic) 경험적인 체계로 발전된 것이다.<sup>23)</sup> 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 일상성, 관례의 존중성을 들었거

20) Ibid., 77-78면.

21) Ibid., 81면. 한편 이는 로마법이 독일 중세의 법학에 의해 독일의 보통법(Gemeines Recht)으로 전개된 것과 대비된다. H. Coing, 위의 책(주 2), 60면.

22) 엄밀히 말하면 국가적 통합을 유지한 '성공적'봉건제도. H. Coing 위의 책, 28면.

23) 최대권, 위의 책, 248-249면.

니와 영국의 법의 지배가 이념적으로 정착되는 과정에서 매우 중요한 사건변수가 1608년의 코크(Edward Coke)와 국왕 제임스1세의 논쟁이다. 당시 고등중무법원(Court of High Commission)은 종교 문제에 관해 보통법원이 자신의 심리를 금지하는 영장을 발부한 조치에 불만을 품고 국왕에게 재결을 요청하면서, “고등중무법원의 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 보통법 법원의 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 재정하는 것에 반대하였다. 이를 전해들은 국왕은, 그러면 국왕은 법 밑에 있는 것이냐 하면서 격노하였으나, 코크는 “국왕은 누구의 밑에도 있지 않지만 그러나 신과 법 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 일반적 정의와 이성에 반하거나 보통법에 반하거나 혹은 집행불능의 경우



에는 보통법은 이러한 국회제정법을 억제하며 이를 무효라고 판결할 수 있다”고 하면서 보통법의 국회에 대한 우위를 주장하기까지 하였다).<sup>24)</sup>

이러한 전통에서 우리는 보통법이 나름의 법논리와 자율성(Autonomie, 즉 Max Weber가 법의 자율성 혹은 독자성이라고 표현한)을 가지고 전개되고 있으며 왕권의 권위에까지 법의 지배논리를 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.<sup>25)</sup>

이러한 법의 지배 원리는 그 후 영국헌정사의 의회의 발전과 의회주권론에 따라 여기서의 법이 보통법만이 아니라 국회제정법을 포함하게 되었고 1701년의 Act of Settlement에 의하여 판사의 신분은 보장됨으로써 사실상 법지배의 원리에 본질적으로 내포하는 ‘무엇이 법인가를 결정하는 사법부의 중요성’이 강조되고(위 분쟁 직후 국왕으로부터 파면되었고 그후 야당의원으로서 왕당파에 대한 의회투쟁의 지도자로 활약하였다), 그후 보통법의 우위도 위에서 보는 것처럼 변천되었으며, 오늘날은 대배심제도는 없어지고 심리배심제도로도 미약하게 남아있지만 영국에 있어서 의회파의 강력한 무기였으며,<sup>26)</sup> 그랜빌(Glanvill), 브랙톤(Bracton), 맨스필드(Mansfield)라는 판사이면서 위대한 법학자와 법정변호사였던 Blackstone

---

24) Ibid, 34-34면에서 재인용.

25) 앙드레 모로아, 위의 책, 114면.

26) 최대권, 위의 책, 264-265면.

등을 통하여 그 후 Dicey에 이르기까지 논리이전의 경험, 인간의 이성, 기본적 인권에 기초한 법의 지배원칙은 확고한 지지자를 배출해 왔던 것이다.

이러한 법의 지배 원리는 미국으로 건너간 청교도인 들에게도 그곳의 민주주의와 성문헌법전의 제정에 기여하였고,<sup>27)</sup> 유럽 특히 그 중에서, 프랑스는 주권의 이념, 평등의 이념과 더불어 민주적 헌정 국가의 내용을 이루고 있으며,<sup>28)</sup> 독일의 경우 18세기 이후 전체로서의 어떤 국가를 다른 국가와 구별해서(이를테면 야경국가에 반대하여) 쓰기 시작한 법치국가(Rechtsstaat)개념은 영국의 법의 지배 개념과는 그 발전 맥락이 다르나-법의 지배 원칙이 변증법적인, 부정의의 체험에 기인한 구체적 소송절차를 통하여 발전된 것인데, 법치국가는 선전제 후결논식의 자연법적 기반 위에서 위계질서의 형태로 체계화된 일종의 고권적 법정립 상태를 전제하고 있으며,<sup>29)</sup> 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.<sup>30)</sup> 따라서 독일의 법치국가 이념은 넓게 볼 때 유럽의 입헌국가적 전통을 받아들였다고 볼 수 있으며,<sup>31)</sup> 영국과 독일의 각 제도들의 발전과정

27) 토크빌, 위의 책(주 3), I의 제2장, 제3장.

28) M. Kriele 지음, 국순옥 옮김, 민주적 헌정국가의 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 부재로 인해 법의 제정주체, 올바른 법의

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 범문화적 전통에서 법의 지배 원리가 지닌-비록 그것이 보수적인(conservative) 아이디어로서 잔혹한 독재정권과 특권층을 위한 이데올로기적 도구로서 사용될 수 있어 부정적으로 평가될 수 있는 요소에도 불구하고<sup>32)</sup>-‘긍정적인 요소’는 매우 강하게 인정되어온 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 위에서 설정된 가설, 즉 서구 특유의 범문화적 전통에서 나타나는 법질서(특히 법의 지배)의 긍정적인 요소의 존재가 검증되었다고 판단된다.

결론적으로, 동양의 경험에 대비할 때 서구유럽, 특히 영국의 법 역사에서 법의 지배 원리가 나타나게 된 배경은, 노르만 정복 이전에 게르만족 영향을 받은 촌락 공동체의 생활과 범문화, 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 범통일전략 속에서 보통법(common law)으로 나타나게 되었고, 구체적인 생활 경험에서 나타난 이러한 법체계가 이를 지지

---

판단기준이란 면에서 이미 한계가 노출될 운명이었으며, 그 극심한 형태가 나찌스 독재체제로 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(입법-집법-사법을 포함하는)은 사회 속에서 나타나는 그 사회에 ‘적합한’ 규율 및 가치지향체계여야 한다. 현실적으로도 그러할 때에만 그 법의 올바른 생명력, 즉 동의 내지 승인을 얻어낼 것이다. 그렇다면 그 ‘적합성’의 기준은 무엇인가. 어차피 여기서 말하는 적합성의 100% 실체가 존재하지 않는다면 그 기준은 결국 ‘적합성을 위한 노력의 정도(즉, 과정)’가 될 수밖에 없다고 생각된다.

문제를 단순화시켜 볼 때, 우리사회는 영국의 법의 지배 원리의 사회적 배경이 되는 봉건주의, 관습법 규범, 토지소송, 배심제 등의 제변수와 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 법치주의를 주장하면서도 빈번하게 인치주의 혹은 힘의 지배를 그에 대체시켜버린 예가 많았다. 그 결과는 권력의 과도한 행사로 나타났고 이는 결국 다수 국민들에게 매우 커다란 고통을 가져왔다고 생각된다.

동양이 동양적인 것을 급속히 잃어 가는 오늘날<sup>33)</sup> 서구식 법치주

---

33) C. G. Jung의 표현이다. M. Serrano 지음, 박 임 옮김, 혜세와 용(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 헌정사개시켜온 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 제정치권력에 대한 법의 지배 원칙으로 구체화되어, 제도화되었고(institutionalized), 이를 함축한 영미식의 표현이 후술한 입헌주의인 것이며 이러한 헌법이념은 18세기 후반 이후부터는 우여곡절을 겪으면서도 세계적으로 보편화되어 가는 추세를 보여왔다고 생각된다. 그 이유는 입헌주의가 전제하는 ‘정치권력에 대한 통제’라는 요구는 근세이후 인류의 하나인 통문화적 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 인의 지배를 거부하고 그들은 공동으로 분여할 수 있는 그 무엇을 원할 것이고 그리하여 헌법을 설치할 것이라고 말하였다.<sup>34)</sup> 한편 그는 무엇이 정의이고 정당한 것인지는 무엇이 평등하나 하는 의미에서 해석되어야 한다고 하였다.<sup>35)</sup> 현대 민주주의에서 평등한 개인의 강조가 가져올 수 있는 폐단 또한 적지 않지만<sup>36)</sup> 절대적 권위나 힘의 우위가 사라지고 인구가 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 입헌주의적) 헌법으로 나타났던 것이다.<sup>37)</sup> 따라서 헌법의 1차적 목표는 ‘국가권력의 통제’에 있을 수밖에 없었다. 따라서 헌법으로 달성하려는 이념(ism)은, 즉 입헌주의(Constitutionalism)는 ‘권력의 제약과 그 합리화’를<sup>38)</sup> 뜻하는 것이었으며 이를 통해 ‘자유와 평등을 보장’하려는 내용을 갖게 되었던 것이다.

즉, 헌법이란 그들의 지배자와 국민사이의 함축적 계약이며<sup>39)</sup> 인간이 천사(angel)가 아니라는 현실적 인식에서 출발하여 정부에 대한 기본적인 통제가 필요하다는 인류공동의 경험에서<sup>40)</sup> 권력자들은

34) Aristotele 지음, 이병길·최옥수 옮김, 정치학(박영사, 1975), 박영문고 52, 129, 117, 135, 144면.

35) Ibid, 134면.

36) Toqueville, 위의 책, II의 1부 참고.

37) 성스러운 신격의 상징으로서의 왕이 아니라 신성한 전통의 상징으로서의 헌법이 현재의 통치자에게 지배의 권리를 갖고 있다는 필요한 근거를 주는 것이다. Carl J. Friedrich 지음, 박남규 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

제약되지 않으면 안 되는 것이다. 따라서 입헌주의는 공동사회의 권력을 구축하는 특수한 방법이며 이는 그 제약에 대한 과학인 것이다(Constitutionalism is the science of such restraints).<sup>41)</sup> 이리하여 권력자들을 제한하기 위해 고안된 장치로서, 뉴우톤(Newton)의 역학과 사회과학의 자유시장의 원리를 참고해 자동규제 장치(self-regulating mechanism)를 만들어 보려는 시도가<sup>42)</sup> 근세 초기의 해링톤(J. Harrington), 보링브로크(Bolingbroke), 로크(Locke) 등을 거쳐 몽테스큐에 이르러 ‘정부기관간의 균형’이라는 제도론적 권력분립론으로 연결되었고,<sup>43)</sup> 그는 그 방법으로서 권력 남용으로 부터 자유를 보호하기 위해서 권력에 의한 권력의 억제(le pouvoir arrête le pouvoir)를 선언하였다.<sup>44)</sup> 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 물겐스에 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, 줄고, 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), 신상초 역, 「법의 정신」, 19판(을서문화사, 1981), 161면. 여기서 이미 시민으로서의 평등한 개인의 자율성과 존엄성이 전제되며 이점에서, 인간의 사악성을 전제로 군주의 지혜와 위엄을 강조하고 군주가 중심이 되는 현정을 생각했던 마키아벨리나, 인간의 나약함을 전제로 공동체가 인공적 인간체를 만들어 평화나 공동방위를 위한 만물을 신민들이 주권자에게 복종하는 현정체제를 구상한 홉스의 이론체계와 다르고, 따라서 몽테스큐는 현대 민주정의 기본적인 ‘인간관’을 제시한 보편이론적 장점을 지니고 있었다고 판단된다. Machiavelli 저, 백상건 옮김, 군주론(박영사, 1976), 박영문고 107, 148-254, 10-11면, 79-80면 참조.

강한 불신을 지니고 권력통제장치를 만들려던 미국 헌법제정권자들에게 영향을 주게 되었으며<sup>45)</sup> 이들은 권력을 분립하여(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.<sup>46)</sup> 따라서 헌법체계로서 추구하는 입헌주의의 핵심은 국가 권력(자)들의 통제에 있으며, 그러므로 헌법규범의 1차적 수범자는 (국민이 아니라) 권력 담당자에게 있는 점<sup>47)</sup> 강조되어야 할 것이다(이는 흔히 사회적 갈등에 접하여 위정자들이 국민들에게 법치주의를 강조하는 우리의 헌법현실에 특히 타당하다).

오늘날 뉴우튼 물리학의 쇠퇴, 시장의 실패 등의 현상과 더불어 입헌주의 체계에서도 정당제(일례로 미국에서 대통령 소속당과 국회다수당의 차이 및 대립상황)<sup>48)</sup>와 복지국가의 필요성이라는 현실에 따라 행정부의 비대화(행정작용의 다양한 간섭·조정적 작용 및 대통령의 입법관여 증대 등) 및 선거의 형식화 등<sup>49)</sup>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(주 37), 170면에서 재인용.

47) U. Karpen, 위의 논문(주 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, 무력감이<sup>50)</sup> 있어 근대적 의미의 입헌주의 요소들(특히 권력분립의 원리)이 무시되거나 수정되지만<sup>51)</sup> ‘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)<sup>52)</sup>으로서 비록 기 실현이 설사 자기만족적 신화(self-fulfilling myth)<sup>53)</sup>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(주 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(주 35), 80면. 또한 그는 법의 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 정서(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(주 37), 86면. 그는 대중사회(mass societies)는 어떠한 입헌주의 형태를 통하지 않고는 지속될 수 없다고 강조하였다.

53) H. Wheeler, 위의 논문(주 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 인간성의 본질적 요소라고 보았다. C. G. Jung 지음, 권오석 옮김, 무의식의 분석(홍성문화사, 1990), 157면-164면. 그렇다면 역으로 이성적 합리주의의 현대인에게 결핍된 추구되어야 할 대상으로서의 상징과 신화적 요소를 합리주의에서 출발한 입헌주의가 제공해 줄 수 있을 것이다.

성'을 지니고 있다고 판단된다.<sup>54)</sup>

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.<sup>55)</sup> 오히려 권력의 목적을 위하여 헌법이 이용되어 왔다. 헌법개정이(개정이 아니고) 주로 헌법의 통치구조를 중심으로 하여 전개되어 왔다는 점이 이를 보여주고 있다. 제헌헌법부터 시작하여 개정된 헌법 거의 전부와 개헌론의 거의 모두가 통치구조의 변경을 내용으로 하였다. 이 가운데 두 번에 걸쳐서(1954년, 1969년) 장기집권자를 위한 삼선금지조항 철폐의 헌법개정이 있었다. 그러한 점에서 우리나라의 헌법사는 「위인설관」의 헌법개정사였다. 이것은 입헌주의의 구성요소인 「법에 의한 정부」 · 「제도에 의한 정부」의 이상을 실현하는데 이르지 못하고 「사람의 정부」 · 「사람의 지배」에서 맴돌았음을 보여주는 것이다.<sup>56)</sup>

---

54) Mcilwain에 의하면, 고대에는 국가가 법을 만들었으나 오늘날은 법이 국가를 만든다. C. H. Mcilwain, 위의 책(주 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 상위구조(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(주 42), 96면.

56) Ibid. 그 원인을 생각해 볼 때, 앞서본 대로 우리의 경우 서구입헌주의의 충분조건에 해당하

또한 헌법개정절차의 측면에서도, 1952, 1962, 1972, 그리고 1980년의 헌법은 계엄령 하에서 채택되었고, 1954년 및 1969년의 개헌은 국회의원의 개헌선을 확보하기 위해 무리한 부정·타락선거를 거쳐 소집된 개헌국회에서 이루어졌으니, 이러한 헌법개정도 헌법개정이라 할 수 있겠는가.<sup>57)</sup>

한편 이러한 비입헌주의적인 종래의 헌법들의 정당화 논리는 어떤 것이었는지를 검토할 필요성이 있다. 대표적 권력집중적 헌법이었던 1972년의 유신헌법에 대한 정당성을 주장하면서 당시 한 헌법학자는, 헌법이란 그 나라의 현실적 사실관계를 규범화한 것에 다름 아니고, 우리는 북괴의 한반도 적화기도상황에 처한 비상사태하에 있으며, 따라서 국가권력의 강화가 필연적인데, 유신헌법은 국민적 권력에 대비한 국가적 권력을 강화시켜 박대통령에 대한 ‘권력의 인격화’를 시도한 것이며 이러한 ‘권력의 인격화’현상은 현대국가의 특징이고 이를 통해 유신헌법은 실질적으로 개인의 존엄성을 보장코자 한 ‘한국적 민주주의’이므로 모든 국민이 이를 수호하여야 할 것이라는 취지로 주장하였다.<sup>58)</sup>

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 왕조정치 시대 내지는 그를 이은 일제식민지 정치행태에 대한 질적인 구조변화를 위한 노력이 충분치 못했고(예를 들면 시민혁명의 미완성) 따라서 전통적 단일 유교 농경사회적 전통에 일제식민시대를 거치면서 권력가치의 맹목적 추구현상이 누적되었으며, 입헌주의 (헌)법이라는 기준점의 부재(즉, 중심의 공백)를 지연·확연 혹은 군벌 위주의 1차 집단적인 배타적 유대관계가 메꾸어 왔고, 이것이 기독교의 옹호, (견제되지 않는)권력남용으로 이어지면서 현대시민사회에 걸맞는 민주화 개혁을 가로막아 왔다고 생각된다.

57) Ibid, 96-97면.

58) 갈봉근, “유신헌법의 당위성과 필연성-그 내용적 특성을 중심으로-”, 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 권력은 언제나 독재화될 수 있지만 권력의 인격화는 그 행사자의 지명방식이나 또는 통제 및 토의의 가능성으로 하여 민주적일 수 있다.”<sup>59)</sup>라고 하였다.

이러한 논의에 대해서 우리는 사실상황의 강조를 이유로 국가권력을 집중화하고 권력을 인격화한다는 것이 얼마나 헌법체계에 해로운 (오히려 헌법에 의하여 헌법이 목표로 하는 규율대상을 헌법내부에 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 견제권은 아무것도 없었다. 이러한 권력 집중은, 위 학자가 말하는 권력의 인격화를 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. 헌법이 한 국가의 사실관계를 규범화하는 것이라는 의견을 가진다고 해도 한 국가의 헌법의 정당성을 논할 수 있는 명백한 기준점(검증기준; 예를 들면 견제와 균형의 원칙에 벗어나지 않는 헌법이다 라는 기준)<sup>60)</sup>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 주(3).

60) 참고, 위의 논문, 54-60면 참조.

같다. 사실적 상황을 이유로 권력집중을 도모할 필요가 있다면 국민적 권력에 대비된 국가적 권력론이나 권력의 인격화를 주장할 것이 아니라 ‘적어도’ 그 집중된 권력을 견제할 수 있을 만큼의(commensurate)<sup>61)</sup> 대항 권력을 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 권력아래에 놓여진 형태를 겪어왔고, 따라서 민주주의의 충족조건인 입헌주의의 실패로 말미암아 민주주의까지 위기를 겪어 온 것이다.<sup>62)</sup>

그렇다면 우리는 그간 우리 헌정사의 교훈으로서 헌법을 통한 정치권력의 통제라는 입헌주의의 기본정신을 강조하여야만 하고 이를 실마리로 얽힌 헌법문제를 풀어나가야 할 것이다.<sup>63)</sup> 이 과정에서

---

61) B. F. Wright(ed.). 위의 책(주 35), 356면 참조.

62) 최대권, 위의 책(주 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, 헌법의 기초이론, 제일장(2. 헌법의 규범력) (삼영사, 1985), 26면에서 재인용). 그러나 이미 살펴본 바와 같이 헌법은 국가권력에 대한 법규범체계이며, 법규범이란 그 의미에 있어서 결코 사실기술적인 것이 아니고 어디까지나 인간의 행위에 영향을 주려고 하고 행위를 ‘향도’ 내지 ‘규정’하려고 하는 ‘지시’(directive)성을 갖는 체계인 것이다(심현섭, 법철학1(법문사, 1982), 53-54면). 따라서 헌법규범은 그에 의하여 규정된 상태를 현실 속에서 실현하려고 하는 효력주장(Geltungsanspruch)을 지니는 만큼의 규범력(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 헌법에의 의지(Wille zur Verfassung)를 가져야만 할 것이다.

따라서 위 Lassalle류의 헌법관은(이는 앞서 본 유신 헌법의 정당화 논리에서도 등장하였다) 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 정서된다는 입헌주의의 실천은 인류 역사에 있어서 놀라운 사건이다.

일찍이 고대 서양의 정치체제론을 특징짓는 플라톤이나 아리스토텔레스가 이상국가를 생각했으나 그것은 결국 선(good)으로 간주될 때 타당한 국가였으며, 그들은 결코 한 정부가 정당하다고 (legitimate) 간주되려면 따라야만 하는 명백한 상위의 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.<sup>64)</sup> 그러므로 영향력 있는 자연과학사 개념으로 표현한다면, 이는 법역사에 있어서 획기적인 헌법 패러다임(paradigm)<sup>65)</sup>이라고 할 수 있을 것이다. 즉 법의 주체는 국민이고

---

권리를 위한 투쟁을 벌여가야 하며(양건, 입헌주의를 위한 변론(고시계, 1987), 25면), 법적 현실이 사실적 헌법을 규율해야 하며, 정치가 헌법에 의하여 규제되는 헌정을 이루어야 할 것이고(김철수, 헌법이 지배하는 사회를 위하여(고시계, 1986), 69면), 그를 위해 어떻게 하면 근대적 입헌주의를 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(주 40), 246-247면.

65) 여기서의 paradigm이란 전대미문의 설득력있는 새로움을 지니면서 동시에 제개편의 소지를 남겨두는 융통성을 지닌 업적을 말한다. 과학의 발전은 완만한 언덕길이 아니라 뛰어난 과

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. 사법의 독립에 대한 요구가 대두되었을 때 입헌주의의 관념은 근대적 양식으로 탄생하였고,<sup>66)</sup> 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.<sup>67)</sup> 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 주체가 헌법재판관 및 법관인 것이다.

오늘날 독립된 헌법재판소가 계속 생겨남은 바로 헌법의 규범력 확보와 헌법의 보장을 위한 헌법재판제도의 역할의 중대성에 대한 재인식을 뜻한다.<sup>68)</sup> 헌법은 단순히 존재함으로써 그 규범력을 확보하는 것이 아니라 그 생명력을 키워 가는 헌법체계의 운영에 필수적인 국민들의 참여<sup>69)</sup>와 법관의 적극적인 헌법해석에 의해서 비로

---

학자에 의한 페르다임의 계단형으로 발전해 왔다는 것이다. T. S. Kuhm 지음, 김명자 옮김, 과학혁명의 구조, 개정증보판(정음사, 1989), 33면.

66) C. J. Friedrich, 위의 책(주 37), 163면.

67) 일례로 우리 헌법 제10조 후문은 국가가 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 자연법적인 권리를 실정법적으로 인정하고 있는 것이며, 한편 법과 도덕이 다시 만나는 장인 것이다.

68) Mauro Cappletti 지음, 구병삭 외 2인 옮김, 현대헌법재판론(법문사, 1989), 12-13면.

69) 이 점에서는 우리 민족의 (법적) 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 헌법재판<sup>70)</sup>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 정서에 두어야 할 것이다(물론 지향점을 기본권의 최종적 보호에 둔으로서 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 명치헌법적·외견적입헌주의적이라는 문제점은 삼원태용, 일본의 위헌입법심사제도와 그 운용에 대하여, 헌법재판연구회 제23회(1992. 9. 4.) 발표문 참조. 한편 국민참여의 주체적 민주주의 전통의 부재가 역대 대통령을 정치형이라는 보다는 통치형으로 만들어 왔다는 점에 대해서는, 김종립, "대통령의 정책역할론", 한국행정학회 심포지움(1992. 4. 16.) 대통령과 정책, 자료집 참조.

70) 헌법재판의 본질 논의에서도 사법작용성이 강조될 수밖에 없지만, 특히 우리나라의 경우 헌법재판관의 구성, 역대 헌정사에서 볼 때 요구되는 헌법재판소의 기능, 다양한 주문형식 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 증시되고 있다. 법의 입법과 법의 해석 사이에는 법회득 방법과 과정에 차이가 있을 뿐 그 기능에는 본질적 차이가 없고 오직 정도의 차이만 있다. 심현섭, "법회득방법의 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,<sup>71)</sup> 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)<sup>72)</sup>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 불 때 입헌주의의 실현을 위해 헌법재판소가 적극 나서야 할 것이며, 그간의 사법운용을 볼 때 미국과 같이 지나친 사법의 확장과 개입을 우려할 그런 위치에 있지 않다. 같은 의견으로 이회창, "사법의 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.<sup>72)</sup> 그렇다면 우리의 헌법재판소는 권력의 올바른 통제기관으로서의(단순히 타권력기구에 의해 침해된 기본권의 구제만을 목표로 삼는 것이 아니라) 위상을 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,<sup>74)</sup> 지방자치제의 실천, 나아가 사조직·

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), 272년.

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 현

사인에 의한 권력남용까지 엄두에 두어야 할 것이고 특히 방대한 행정입법의 법률과 헌법 기속에도<sup>75)</sup> 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 법적명제가 다른 여러 정치적·사회적인 무수한 제논리들에 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,<sup>76)</sup> 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 제학설을 유명무실화 할 우려가 있다. 이에 대하여는 정연주, “기본권의 대사인적 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 규범통제를 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 필수적일 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 특집기사중 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.<sup>77)</sup> 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 구성·정서·균형화하여 국가권력에 의한 기본권 침해를 방지하는 한편, 서구식 법의 지배 전통이 약한 한국사회에서 국가권력의 (헌)법적 기속이라는 입헌주의 명제의 실천을 통해 서구 헌정제도의 '보편성'을 우리사회에 내재화시켜 감으로써 국민들로 하여금 법에 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 자의적인 선별은 곤란하다는 것이다. 일례로 행정규칙의 대외적효력에 관해서는 독일 판례를 참조하면서 특수사항에 대한 설득력있는 논거도 없이 특별권력관계에 관한 독일 판례를 완전히 무시한다면(예, 현재 1992. 4. 28, 90헌바27 등(병합)결정) 체계적 일관성이 없게 되는 것이다.

# 헌법재판과 법과 정치

이 옥 한

비서관

- 목 차 -

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 헌법재판

나. 제 4 의 국가작용으로서의 헌법재판

다. 사법작용으로서의 헌법재판

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.<sup>1)</sup> 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 것인가가 선행적으로 검토되어야 비로소 현대국가의-나아가 우리나라의-국가작용 체계상에 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 맞추어졌었다. 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.<sup>2)</sup> 이와 같이 광범한 의미로 정치를 이해함에 따라 그는 법과 정치를 대립되는 것으로 파악하는 것에 반대한다.<sup>3)</sup> 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.<sup>4)</sup>

H. Triepel 스스로가 적절히 지적했듯이 바로 이러한 사실로부터 헌법재판의 본질적인 문제들이 발생한다.<sup>5)</sup> 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.<sup>6)</sup> 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.<sup>7)</sup>

#### 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 법칙성을 인식하는 순수한 법이론을 찾으려고 노력한다.<sup>8)</sup> 그에 따르면 법학은 어떤 현상의 형태만을 고려해야 하며 그 현상의 내용은 정치학이나 사회학의 대상이라고 한다.<sup>9)</sup> 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.<sup>10)</sup> 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.<sup>11)</sup> 따라서 그는 공법과 사법을 구별함으로써 나타나는 국가와 법의 이원론을 부정하고 국가와 법은 같은 것이라는 국가와 법의 동일성을 주장한다.<sup>12)</sup>

그러므로 그에 의하면 국가는 규범체계로 이루어진 법질서 그 자체인 것이며<sup>13)</sup> 따라서 모든 국가는 법치국가인 것이다.<sup>14)</sup> 그에게 있어서 헌법재판은 결국 헌법을 사법적으로 보장하는 것에 지나지 않으며 국가기능들의 합법성을 보장하는데 그 목적이 있는 것이다.<sup>15)</sup> 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.<sup>16)</sup> 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.<sup>17)</sup>

---

10) H. Kelsen, *Allgemein Staatslehr*, Berlin, 1960, 90면 이하 ; 동, *Reine Rechtslehr*, 284면 이하.

11) H. Kelsen, *Reine Rechtslehr*, 287면.

12) H. Kelsen, 앞의 글, 288면 이하.

13) H. Kelsen, *Reine Rechtslehr*, 289면 ; 동 *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.<sup>17)</sup> 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.<sup>18)</sup> 왜냐하면 법학의 대상은 “있는 그대로의 질서”(Seinsordnung)가 아니라 “그렇게 존재해야 하는 질서”(Sollensordnung)이기 때문이라고 한다.<sup>20)</sup> 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.<sup>21)</sup>

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.<sup>22)</sup> 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.<sup>23)</sup> 정치라는 것은 동지와 적을 올바르게 구분하고 그럼으로써 사람들을 동지와 적으로 효과적으로 결집시키는 것을 그 임무로 하는 것이라고 한다.<sup>24)</sup>

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 법원이 판단할 수 있는 법분쟁이라는 것이 존재할 수 있다고 한다.<sup>25)</sup>

이러한 견해로부터 이미 쉽사리 C. Schmitt가 헌법재판에 대해 부정적 시각을 갖고 있다는 것을 추측할 수 있다. 그는 헌법을 헌법제정권자의 정치적 결단으로 파악한다.<sup>26)</sup> 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.<sup>27)</sup> 헌법규범의 내용과 관련한 문제점이나 다양한 이견들은 법분쟁을 해결하는 것과 같은 방법으로 결정내려질 수 없는 것이다.<sup>28)</sup> 왜냐하면 그와 같은 결정은 실제에 있어서는 실질적으로 내용을 확정하는 정치적인 결단이기 때문이다.<sup>29)</sup> 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.<sup>30)</sup> 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.<sup>31)</sup> 그러나 헌법규정의 내용을 확정하는 결정은 규범으로부터 추론될 수 없는 결단적인 요소가 내포되어 있으며 이러한 결단이라는 것은 바로 정치적 결정의 전형적인 요소인 것이다.<sup>32)</sup> 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.<sup>33)</sup> 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 ; 동, 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.<sup>34)</sup>

결국 C. Schmitt에 의하면 진정한 헌법분쟁은 모두 정치분쟁이며<sup>35)</sup> 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 달리한 이가 E. Kaufmann이다. 그는 헌법재판의 대상은 원칙적으로 모든 헌법문제라는 가정에서 출발한다.<sup>36)</sup> 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.<sup>37)</sup> 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.<sup>38)</sup>

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 범규범이 존재하느냐에 의해 결정된다고 한다. 즉 헌법재판에 있어서 중요한 것은 그와 같은 정치적인 냄새를 제거하고 오로지 법적인 관점만이 대상이 되도록 해야 한다는 것이다.<sup>39)</sup> 따라서 어떤 분쟁을 해결하는데 적절한 범규범이 존재하는 경우에는 법적 분쟁으로써 헌법재판의 대상이 된다. 왜냐하면 오직 법분쟁만이 사법적 판단의 명확성에 필수 불가결한 이성적이고 논리적인 단순화가 가능하기 때문이라고 한다.<sup>40)</sup> 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.<sup>41)</sup>

이와 같은 방법으로 E. Kaufmann은 헌법분쟁을 소위 탈정치화하려고 한다. 그는 법적 분쟁과 정치적 분쟁을 그 분쟁에 적용할 범규범이 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.<sup>42)</sup> 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.<sup>43)</sup> 그에 의하면 이러한 긴장관계는 헌법재판이 정치의 영역으로 들어감으로써 생겨난다고 한다. 왜냐하면 헌법재판은 정치적인 법적 분쟁을 대상으로 하기 때문이라고 한다.<sup>44)</sup> 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.<sup>45)</sup>

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.<sup>46)</sup> 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.<sup>47)</sup> 바로 여기서 G. Leibholz는 그 유명한 “법에 따른 판단”(nach dem Recht)과 “법에 대한 판단”(um das Recht)이라는 도식을 도입한다.<sup>48)</sup> 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 결정적인 의미를 갖는 정치적인 형성의사들에 불과하며 사법적 형태를 띠는 절차는 단지 핑계에 지나지 않는 것이 아닌가 하는 의문을 제기한다.<sup>49)</sup>

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.<sup>50)</sup> 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.<sup>51)</sup> 이러한 이원론으로써는 능동적인 정치기관과 사법적 형태의 행정통제와의 충돌을 설명할 수 없다고 한다. 오히려 이러한 이원론적 사고방식은 헌법재판의 정치적 성격을 둔화시키는 적절한 수단으로 전락한다고 한다. 아울러 헌법재판소를 정치적인 논쟁으로 끌어들여려는 모든 시도로부터 이러한 이원론적 사고가 방패역할을 함으로써 헌법재판을 순수한 해석과정에만 한정시키는 것도 헌법재판의 정치적 성격을 둔화시킨다고 한다.<sup>52)</sup>

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.<sup>53)</sup>

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.<sup>54)</sup> 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.<sup>55)</sup> 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.<sup>56)</sup> 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.<sup>57)</sup> 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 ; 동, 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.<sup>58)</sup> 따라서 법이라는 것은 그것을 정치적 현상으로 이해하지 않는 한, 완전히 파악되지 않는 것이다.<sup>59)</sup> 법해석에는 정치적 관점이 내포되어 있으며,<sup>60)</sup> 특히 헌법해석에는 창설적인 성격이 존재한다.<sup>61)</sup> 따라서 헌법재판은 정치적 기능만을 갖고 있다고 주장하는 것과 마찬가지로 옳지 못한 것이다.<sup>62)</sup> 중요한 것은 헌법재판이 법영역에 속하느냐, 정치 영역에 속하느냐 하는 것이 아니라 P. Häberle가 지적했듯이<sup>63)</sup> 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 설은<sup>64)</sup> 우선 입법과 사법의 구분에 관한 엄격한 전통적인 기준을 제시한다. 즉 사법의 전형적인 특징으로써 삼단논법적 추론(Subsumtion)을 든다.<sup>65)</sup> 이러한 기준에 따라 살펴보면 헌법재판은 사법이라기보다는 입법이라는 것이다. 우선 H. Krüger에 의하면 사법의 가장 전통적인 특징인 삼단논법의 추론은 헌법재판이 그 전제를 충족할 수 없기 때문에 헌법재판에는 해당되지 않는다고 한다.<sup>66)</sup> 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.<sup>67)</sup> 또한 헌법도 삼단논법상의 대전제의

64) C. Schmitt, Verfassungslehre, Berlin, 6판, 1983, 118면 ; 동, 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 ; 동, 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.<sup>68)</sup> 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.<sup>69)</sup>

W. Henke는 사법의 또 다른 특징으로 구체적 사안관련성을 들면서 헌법재판소는 그것이 결여되기 때문에 오히려 입법작용으로 분류되어야 한다고 주장한다.<sup>70)</sup> W. Henke는 C. Schmitt, H. Kelsen과는 달리<sup>71)</sup> 불확실한 헌법개념을 확정하는 해석자체는 사법의 영역을 벗어나는 것이 아니라고 한다.<sup>72)</sup> 그러나 법률의 위헌심사권한과 위헌결정권한이 헌법재판소에 주어짐으로써 법관의 심사권은 질적으로 다른 차원으로 옮겨지게 된다고 한다. 왜냐하면 그럼으로써 구체적인 개별사안으로부터 독립되어 법률의 심사가 행해지게 되기 때문이다.<sup>73)</sup> 특히 규범통제나 법률에 대한 헌법소원에 있어서 개별

---

695면.

68) H. Krüger, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, 157면.

69) H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 708면 ; 동, 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.<sup>74)</sup> 이러한 상황에서는 헌법재판소와 입법권자의 구별이 불가능해 진다고 한다. 심사숙고하여 전형적인 즉 예를 들면 입법자가 생각했던 그런 경우를 적용함으로써 법률의 의미를 찾으려고 한다는 점에서 양자는 동일한 것이다.<sup>75)</sup> 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.<sup>76)</sup>

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.<sup>77)</sup> 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.<sup>78)</sup> 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.<sup>79)</sup> K. Doehring은 이러한 작용을 “중립적 권력(pouvoir neutre)”이라고 지칭한다.<sup>80)</sup> 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.<sup>81)</sup>

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.<sup>82)</sup> 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.<sup>83)</sup> 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.<sup>84)</sup> 헌법재판의 특수성은 그것의 대상인 헌법이 정치적인 범이러는데 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.<sup>85)</sup> 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 Grenzen 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.<sup>86)</sup> 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.<sup>87)</sup> 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 구속된다는 데 있다고 한다. 헌법재판에 있어서는 입법작용의 가장 큰 특징인 객관적인 법의 자유롭고 창조적인 형성이라는 점이 결여되기 때문에 결코 입법작용이 될 수 없다고 한다.<sup>88)</sup> 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 선제하는 규범에 구속되는 해석을 행하는 한 그것은 사법작용이라고 한다.

## 라. 소 결

헌법재판의 과제는 헌법보호이다. 이에는 단지 국가권력의 통제 뿐 아니라 헌법해석을 통한 헌법의 구체화 내지 헌법발전도 포함된다.<sup>89)</sup> 법규범의 해석 또는 그 규범의 내용을 확정하는데 있어서는 법창설적인 요소가 존재하기 마련이다.<sup>90)</sup> 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.<sup>91)</sup> 오늘날 일반법관에 의해 행해지는 법적용도 몽테스큐가 생각했던 단순한 논리적 추론이 아니며, 법을 발전시키며 법형성에도 참여하는 것이라는 점이 법이론적으로도 일반적으로 인정되고 있다.<sup>92)</sup> 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 Verfassungsgerichtsbarkeit 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.<sup>93)</sup>

#### 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.<sup>94)</sup> 그러나 물론 이와 같이 한국

---

93) 참조, U. Scheuner, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, P. Häberle(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit 수록, 205면 ; 동, Das Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Die Bindungskraft seiner Entscheidung, DÖV, 1954, 645면 ; 동, 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.<sup>95)</sup>

또한 헌법재판의 실효성 확보라는 관점에서 헌법재판은 사법작용으로 편입시켜야 할 것이라 생각한다. 앞서도 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.<sup>96)</sup> 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 장을 따로 둠으로써(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.