

# 헌법재판의 청구인

## 한 병 채

헌법재판소 재판관

### - 목 차 -

- 일. 헌법재판의 당사자
  - 1. 당사자의 권리와 의무
    - 가. 심판청구인
    - 나. 법무부장관
    - 다. 이해관계인 및 재판참가인
  - 2. 헌법재판에 있어서의 당사자지위
    - 가. 위헌법률심판의 당사자표시
    - 나. 헌법소원심판의 당사자표시
      - (1) 청구인
      - (2) 피청구인
      - (3) 피청구인을 표시하는 사례
  - 3. 탄핵·정당해산심판의 당사자
    - 가. 탄핵심판의 당사자
    - 나. 정당해산심판의 당사자

#### 4. 권한쟁의심판의 당사자

가. 당사자능력

나. 기타의 헌법기관

(1) 국회의장

(2) 국회내의 각 위원회와 교섭단체

(3) 국회의원

(4) 정부의 소속기관

다. 정 당

#### 이. 헌법소원의 심판청구권자

1. 권리구제형 소원의 청구인

2. 규범통제형 소원의 청구인

#### 삼. 당사자능력

1. 헌법재판의 당사자능력

2. 자연인과 법인

3. 법인 아닌 사단 또는 재단

4. 협회 및 기타의 단체

5. 정 당

6. 당사자능력의 흠결(각하사유)

#### 사. 당사자적격

1. 당사자적격과 변론능력

2. 정당한 당사자

가. 객관적 헌법질서수호의 심판청구인

나. 주관적 기본권구제의 심판청구인(권리보호의 이익)

다. 공기관권한보호의 심판청구인

3. 고발인의 청구인적격

가. 범죄피해자로서의 고발인

나. 재물손괴죄의 고발인

다. 직권남용죄의 고발인

라. 피해자가 아닌 고소권자

4. 집단과 공동대표

가. 집단대표의 당사자적격문제

나. 공동대표의 당사자적격문제

다. 단체와 구성원과의 관계

라. 단체의 당사자적격

마. 정당과 당원의 법적 지위

오. 청구적격의 제한이유

1. 소원적격

2. 심판청구의 적법성

3. 소원적격의 요건

가. 공권력의 존재 또는 부존재

나. 자기기본권의 침해

다. 권리보호의 필요성

라. 법률상 권리보호의 이익

육. 법적관련성

1. 자기관련성

가. 주관적인 자기권리의 침해

나. 자기성에 대한 판례

2. 현재관련성

가. 법규범의 현재성

나. 현재성에 대한 판례

다. 공권력행사의 종결과 현재성

3. 직접관련성

가. 법규범의 직접성

나. 직접성에 대한 판례

다. 개별행정처분의 직접성

## 제일. 헌법재판의 청구인

헌법재판소제도가 1987.10.29.의 헌법전문개정으로 이른바 제6 공화국 헌법에서 도입되고(헌법 제111조), 1988.9.19. 헌법재판소가 출범하였으나 아직까지 일반국민은 물론 법률실무를 전담하는 법조계에서조차 낯선 제도이기 때문에 이를 제대로 이용하지 못하고 있는 실정이다. 특히 국민의 기본권보장을 위한 헌법소원심판은 우리 나라에서 처음으로 도입된 새로운 제도이기 때문에 소원심판의 청구절차를 이해하지 못하여 지정재판부의 사전심사 또는 전원재판부의 심리에서 적법요건의 흠결로 각하되는 경우를 많이 보게 된다. 물론 헌법재판소법등 관계 법률이 아직도 구체적인 소송절차에 관한 규정까지 완벽하게 열거하고 있지 아니하여 일반 청구인은 물론 법률전문가들도 심판청구인의 적격과 절차상의 요건에 대하여 이해하기 어려운 점이 많을 뿐 아니라 헌법재판의 심의과정에서도 여러 가지 문제점이 많이 제기되고 있는 실정이다.

그 중에서도 헌법재판소에 접수 처리되는 사건의 80% 이상을 차지하는 헌법소원심판의 경우에는 누가 무엇에 대하여 어떻게 소원심판청구를 할 것인가 하는 기본적인 청구인의 능력과 적격에서부터 소원의 적법요건을 검토 확정하는데 많은 논란을 겪고 있다. 더구나 국민 각자가 민주화의 흐름에 발맞추어 헌법과 자기기본권에 대한 새로운 자각을 하게 되고 공권력에 대한 불신과 저항이 확산되면서 침해된 자기기본권을 구제하기 위한 헌법소원을 청구하는 사람이 날로 늘어나고 있다.

그러나 그에 걸맞은 헌법재판에 관한 절차법이 정립되지 아니하여 재판청구인들에게 많은 애로와 불편을 주고 있고 그로 인하여 주권행사를 병자하여 민중소송의 성격을 가진 소원을 청구하는 예가 날로 늘어나고 있는 실정이다. 이러한 모든 문제를 해결하고 헌법재판의 절차를 쉽게 이해하기 위하여 청구인 특히 헌법소원 심판청구인이 될 수 있는 당사자능력과 적격의 요건을 어떻게 설정하고 한정하여야 할 것인가 하는 기본적인 문제부터 논의하는 것이 바람직하다. 그래서 여기에서는 먼저 헌법재판을 청구할 수 있는 자는 누구이며 어떠한 요건과 적격을 갖추어야 하는가 하는 헌법재판의 당사자에 관한 문제들을 우리 나라와 독일의 헌법재판소판례를 중심으로 살펴보고자 한다.

## 一. 헌법재판의 당사자

헌법재판소가 관장하는 심판 중 위헌법률심판과 헌법소원심판은 직권서면심리의 방식에 의하고 있고, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판은 당사자 구두변론에 의한 심리구조로 되어 있다.(헌법 제111조 제1항, 법제302조, 제25조, 제26조).

그러므로 헌법재판의 당사자도 전자의 경우에는 청구인을 기본으로 심판하게 되고, 후자의 경우에는 대립된 당사자를 확정하고 필요적 구두변론에 의하여 심판하게 된다는 것을 유의하고 검토하여야 한다.

헌법재판절차에 있어서 자기의 권리구제를 위하여 자기 이름으로 위헌심판을 청구하는 자를 청구인이라 하고, 그 상대방인 당사자를 피청구인이라고 한다. 그러나 위헌법률심판(법 제41조)이

나 규범통제형 헌법소원(법 제68조 제2항)의 경우에는 규범 및 공권력을 통제하는 헌법재판이기 때문에 원칙적으로 심판청구인은 있으나 피청구인이 없다. 그리고 권리구제형 헌법소원(법 제68조 제1항)의 경우에도 청구인이 주장하는 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사를 중심으로 심판하는 것이기 때문에 실무상의 필요에 따라 피청구인을 확정하여 표시하기도 하나 원칙적으로 피청구인이 없다고 보아야 한다(법 제71조 제1항).

그러므로 피청구인을 특정하지 않는 경우에는 이해관계가 있는 당해 심판사건의 당사자격인 국가기관(공공단체)과 법무부장관에게 그 제청서의 등본을 송달하고 그에 따른 의견서를 제출할 수 있게 하고 있다.(법 제27조 제2항, 제44조, 제74조 제1항, 제2항)

다만, 우리 헌법재판소의 실무에 있어서는 대립당사자주의의 소송구조에 익숙한 우리의 법률문화를 고려하여 피청구인을 특정할 수 있고 또 필요한 경우에는 심판결정문에 청구인과 피청구인을 함께 표시하고 있다. 예컨대 감사의 불기소처분에 대한 헌법소원사건에서는 지방검찰청 담당검사를 피청구인으로 하여 당사자표시를 하고 있다는 것을 유의할 필요가 있다. 반면에 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판사건에서는 대립적 당사자인 청구인과 피청구인을 확정하고, 그에 따라 구두변론에 의하여 심리하여야 하고 심판결정문에 대립당사자를 명시하여야 한다. 이와 같이 헌법재판의 당사자는 관장하는 심판사항에 따라 당사자구조가 다르다는 것을 이해하고 당사자의 권리와 의무 및 그 적격을 다루어야 한다.

# 1. 당사자의 권리와 의무

## 가. 심판청구인

헌법재판의 청구인은 헌법과 헌법재판소법에 규정된 특별심판절차에 따라 당사자가 확정된다. 그러나 일반적으로 청구인이라 함은 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 자기명의로 규범통제나 그 권리보호를 구하기 위하여 법률 또는 공권력의 처분에 대한 위헌여부의 심판을 청구하는 자를 말한다. 심판청구인은 심판절차에 관한 절차적 권리와 심판의 내용에 관하여 주장할 수 있는 실체적 권리를 가진다.

청구인의 절차적 권리는 심판절차에서 청구인의 이익을 옹호하기 위하여 필요한 소송법상의 권리를 말한다. 예컨대 청구서를 제출하고 심판결정의 송달을 받을 권리, 청구서를 보충하고 시정하는 권리, 기일의 소환을 받을 권리, 기일지정의 신청권, 제척·기피신청권, 변론권, 질문권 등을 말한다.(법 제24조, 제27조, 제28조, 제31조, 제36조 제4항 참조).

청구인의 실체적 권리는 헌법상 보장된 국민의 재판청구권을 실질적으로 행사하는 권리를 말한다. 즉 침해당한 자기기본권을 구제받기 위하여 심판청구를 구하는 실체적 사항과 그 범위를 특정하고, 그 심판청구의 취하·포기 등 심판청구자체를 임의로 처분할 수 있는 권리를 말한다. 예컨대 청구서의 내용을 주장 정리하고 보완하며 추가로 자기의견을 제출하는 등 자기 주장을 뒷받침할 수 있는 재판의 실체적 사항에 대하여 자료를 제출하고 의견을 진술할 권리를 말한다. 따라서 재판부의 보정 또는 해명등의 요구에 응하여야 할 의무와 심판의 변론에 참여하고



그에 따른 증거조사에 직접 참여하는 재판의 당사자지위에서 가지는 실제적인 권리와 의무등을 말한다.(법 제26조, 제28조, 제29조, 제31조 제1항, 제32조, 제43조, 제64조, 제71조 참조)

독일은 헌법으로 이러한 당사자의 심판청구권을 독립된 조문으로 보장하고 있다(독일헌법 제103조 제1항 참조). 우리 헌법은 제27조에서 국민의 재판청구권을 보장하고 제111조에서 헌법재판소의 관장사항을 명시하고 있어서 모든 국민의 기본권으로 이러한 당사자의 헌법재판청구권을 보장하고 있다. 그리고 헌법재판소법에 의하여 일반 및 특별심판절차규정을 두고 있으므로 청구인은 심판절차의 주체로서 헌법재판을 청구할 수 있는 절차상의 권리와 실제적 권리를 헌법상의 기본권으로 보장받고 있다고 보아야 할 것이다(헌법 제111조).

## 나. 법무부장관

헌법재판의 각종 심판절차에 있어서 심판청구인의 상대방인 피청구인의 지위인 당사자로서 정부가 되는 경우가 많다. 정부가 당사자가 되거나 참가인인 될 때에는 법무부장관이 이를 대표한다. 법무부장관은 변호사 또는 변호사 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행할 수 있다(법 제25조 제1항, 제2항).

그러므로 정부가 당사자인 때에는 법무부장관이 실질적 당사자가 된다.

법무부장관은 당사자로서 심판청구서와 심판절차에 관한 모든 결정과 절차의 통지를 받을 권리와 의견서를 제출할 권한이 있다. 따라서 헌법재판소가 심판청구서를 접수한 때에는 지체없이

그 등본을 피청구인에게 송달하여야 하고, 위헌법률심판의 제청이 있는 때에는 법무부장관에게 그 제청서의 등본을 송달한다. (법 제27조).

법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다(법 제44조).

헌법소원심판의 사전심사에서 지정재판부가 심판회부결정을 한 때에는 지체없이 그 사실을 법무부장관에게 통지하여야 한다. 법무부장관은 헌법소원심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다 (법 제73조 제2항, 제74조).

#### **다. 이해관계인 및 재판참가인**

헌법재판절차에 있어서의 이해관계인은 자기 이름으로 판결을 구하거나 재판을 청구하는 것이 아니므로 진정한 의미의 당사자라고는 할 수 없으나 재판에 참가하는 절차부분에 있어서는 의견서를 제출하는 등 당사자를 갈음하는 지위를 가지므로 종된 당사자라고 볼 수 있다.

법률의 위헌 및 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 대세적 효력이 있기 때문에 당해 소송사건의 당사자나 기타 이해관계인 등에 대하여 그 심판에 관한 의견 제출권을 인정하고 소송참가인이 될 수 있는 기회를 보장하고 있어서 종된 당사자로 재판에 참가할 수 있다. 헌법재판소법은 명문으로 위헌법률심판절차에서 당해소송사건의 당사자 및 법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다(법 제44조)고 규정하고 헌법소원의 심판절차에 있어서 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 이해

관계인으로서 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다(법 제74조 제1항)고 규정하고 있다.

위헌법률심판의 제청이 있는 때에는 청구인이 아닌 당해 소송 사건의 법원당사자에게 그 제청서의 등본을 송달한다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원에 있어서는 법무부장관 및 청구인이 아닌 당해 사건의 당사자를 이해관계인으로 보고 재판부의 심판에 회부된 사실을 지체없이 통지하여야 한다(법 제27조 제2항, 제74조 제2항).

헌법재판소의 심판절차에 관하여 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정이 준용되는 것이므로 이해관계인은 소송참가를 할 수 있다(법 제40조) 보아야 한다. 그러나 위헌법률심판(법 제41조)과 헌법소원심판(법 제68조)은 일반 민사소송과 같이 당사자변론주의에 입각한 대심구조가 아니므로 독립당사자참가인 또는 보조참가인으로서의 지위를 가지고 소송참가를 하는 것이라고 볼 수는 없다. 그러나 재판계속중의 재판결과에 따라 이해관계가 있는 제삼자에게 당사자일방의 승소를 보조하기 위하여 그 소송에 참가하는 보조참가를 인정하고 소송행위를 하는 것을 민사소송법에서 허용하고 있기 때문에 헌법재판의 이해관계인에게도 보조참가인으로 할 수 있는 소송행위는 할 수 있다고 보아야 한다(민소법 제62조, 제70조).

따라서 이해관계인은 새로운 사실의 주장과 증거의 제출 및 참고인 신청 등과 같이 재판내용에 따라 당사자가 아니면 할 수 없는 것을 제외하고는 재판에 관하여 공격, 방어, 이의 등 기타의 절차적 소송행위를 할 수 있다고 보아야 한다.

## 2. 헌법재판에 있어서의 당사자 지위

위헌법률심판이나 헌법소원심판에 있어서는 직권서면심리를 원칙으로 하고 있으므로 상대당사자인 재판상대방은 원칙적으로 존재하지 아니한다. 헌법재판의 주종을 이루는 이러한 심판에 있어서의 당사자는 민사소송에서와 같이 반드시 대립하는 두 당사자가 존재하는 것이 아니어서 당사자의 지위를 이해하는데 일반 소송의 경우와는 다르다는 것을 유의하여야 한다. 더구나 위헌법률심판과 헌법소원심판의 절차에 있어서는 직권서면심리주의를 원칙으로 하고 있기 때문에 당사자 대립주의의 구조가 아닌 청구당사자 중심주의의 구조를 원칙으로 하고 있다는 것을 명심하여야 한다. 위와 같은 헌법재판에 있어서는 당사자의 호칭도 민사소송절차에서와 같이 원고나 피고, 반소원고나 반소피고 또는 강제집행절차에서와 같이 채권자나 채무자라고 하는 대립되는 당사자의 개념으로 이해하거나 그렇게 표시하지는 않는다. 이 점이 대립된 당사자의 구조로 심판하는, 즉 피청구기관을 표시하는 권한쟁의심판(법 제61조, 제64조, 제65조), 피청구인이 있는 탄핵심판(법 제48조, 제52조 내지 제54조), 정당해산심판(법 제55조 내지 제57조)과도 구별된다는 것을 유의하여야 한다.

위헌법률심판이나 헌법소원심판에 있어서는 헌법재판을 청구하는 청구인, 제청법원, 제청신청인만을 당사자로 표시한다는 것을 원칙으로 하고 예외적으로 대립 당사자를 표시하여야 할 필요가 있는 경우에만 상대 당사자를 표시한다. 헌법재판에 있어서 이러한 절차상의 요건에 대한 구비여부를 판단함에 있어서는

일정한 순서나 순위가 정해져 있는 것이다. 당사자능력이나 적

격이 없다고 인정되는 경우에는 그 판단이유에서 적법요건이 충족되지 못한 부적법성을 가지고 주문에서 각하하게 된다.

헌법재판의 청구인이 헌법상 보장된 자기기본권을 침해한 원인이 되는 공권력을 다투는 경우에도 헌법재판소는 대부분의 경우에 실체적인 본안판단에 필요한 개별요건을 거론하기 전에 그 절차상의 적법성을 우선 확정하고 그 다음에 본안을 심리하기 때문에 절차상의 적법성은 대단히 중요하다.(법 제72조 제3항) 그러나 때로는 본안심리에 들어가서 논의한 결과 당사자적격과 소송적격이 확정판단되는 경우가 많기 때문에 이를 본안판단에서 확정하는 경우도 많이 있다.

우리 헌법재판소의 결정문에 나타난 당사자의 표시방법과 당사자의 지위 및 그 적법성을 살펴보면 다음과 같다.

#### 가. 위헌법률심판의 당사자표시

법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해사건을 담당하는 법원이 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하는 것이기 때문에 위헌법률심판사건에서는 법률의 위헌여부심판을 제청하는 제청법원과 제청신청인을 당사자로 표시한다. 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 당해사건을 담당하는 법원이 직권에 의한 결정으로 법원이 헌법재판소에 구체적 규범에 대한 위헌여부의 심판을 제청하는 경우에는 제청법원만을 당사자로 확정하여 표시한다. 그 제청법원은 대법원이 아닌 제청신청당시 당해 사건을 담당하는 법원을 말하며 거기에는 군사법원도 포함된다. 위헌법률심판청구는 당해 사건의 재판당사자도 위헌제청

신청을 할 수 있으므로 제청법원의 제청결정이 당해 사건의 당사자 신청에 의한 경우에는 당사자인 제청법원과 함께 제청신청인 또는 피감호청구인을 결정문의 당사자로 부기하여 표시하고 있다.(법 제41조, 제43조와 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6호 및 89헌가37, 96호, 89헌가5,8호, 89헌가44호 등의 결정문 참조).

## 나. 헌법소원심판의 당사자 표시

### (1) 청구인

헌법소원심판사건에서는 심판청구의 당사자를 청구인이라고 표시한다. 공권력의 행사 또는 불행사가 추상적 규범인 법규에 기인하여 청구인의 기본권이 침해된 때에는 법규의 위헌성을 가지고 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우에는 그 심판결정문에 청구인만을 당사자로 확정하여 표시하고 피청구인을 특정하지 아니한다.

헌법재판소법 제41조에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 당해 법원에서 기각된 때에는 동법 제68조 제2항에 의하여 그 신청을 한 당사자가 직접 그 법률에 대한 헌법소원심판을 헌법재판소에 청구할 수 있는데 이 경우에도 그 심판결정문에 청구인만을 당사자로 표시하고 있다. 이 때에 제청신청을 한 당해 소송사건만을 명시할 뿐 그 기각한 법원은 당사자로 표시하지 아니한다. 다만 결정문의 사건표제(헌가, 헌바, 헌마00 등)를 달리하고 관련 소송사건을 특정하여 법 제68조 제1항 소정의 일반소원(헌마00)과는 다른 법 제68조 제2항의 규범통제형 헌법소원(헌바00)임을 할 수 있도록 분류하여 취급하고 있다(법 제71조 제1항, 제2항 및 1989. 7. 21. 선고, 헌마12호, 1989. 9. 4., 선고, 88헌마22호 및 1991. 4. 1. 선고, 89

## (2) 피청구인

헌법소원심판사건에 있어서는 반드시 상대당사자를 확정하여 피청구인을 특정하여야 하는 것은 아니다. 피청구인은 심판청구서나 결정문의 필요적 기재사항이 아니며 특별히 필요한 경우가 아니면 피청구인의 표시를 원칙적으로 하지 않아도 된다.

헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 국가비용부담, 변호사 강제주의, 직권서면심리주의 등의 소송구조로 되어 있다. 민사재판과 같이 대립적 당사자 간의 변론구조 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 중심으로 판단하는 것이 아니고, 청구인의 소송비용부담능력과 청구양식에 구애되지 않고 국가비용으로 변호사의 조력을 받아 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자가 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이다. 그러므로 청구인이 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 심판할 수 있는 필요한 청구이유를 기재한 청구서를 제출하면 헌법재판소가 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다. 따라서 헌법재판은 심판청구서와 결정문에 반드시 피청구인을 특정하고 청구취지를 기재하여야 할 필요가 없다. 이는 오스트리아·독일·스페인·스위스 등의 헌법소원심판에 있어서도 그 청구서 및 판결문의 기재사항에 피청구인 및 청구취지의 기재를 그 요건으로 하고 있지 아니한 것으로 보아도 명백하다.(오스트리아 헌법재판소법 제15조 제2항, 독일연방헌법재판소법 제92호, 스페인 헌법재판소 조직법 제49조 제2항, 스위스 연방재판소 조직법 제90조 제1항).

헌법소원심판청구서에 피청구인을 특정하고 있는 경우에 피청

구인의 표시가 잘못되었다 하더라도 헌법소원심판청구를 부적법하다고 각하할 사유가 되는 것이 아니다.

헌법소원심판대상은 어디까지나 공권력의 행사 또는 불행사인 처분자체이기 때문에 심판청구서에서 청구인이 피청구인 (처분청)이나 청구취지를 잘못 지정한 경우에도 권리구제절차의 적법요건에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 처분(공권력)에 대하여 심판대상을 확정하고 정당하게 책임져야 할 처분청(피청구인)을 지정하여 정정할 수도 있고 처분청을 기재하지 아니할 수도 있다(오스트리아 헌법재판소 판례집 제21권 제3062호).

따라서 헌법재판소는 청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 임의로 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 하는 것이다.

(헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190호 교수제임용추천에 대한 헌법소원사건, 전원재판부 결정. 판단(1) (가) 참조).

### **(3) 피청구인을 표시하는 사례**

헌법소원심판사건 중 규범에 대한 것이 아니고 특정한 기관의 공권력행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 심판을 청구한 경우에는 청구인과 그 상대가 되는 상대방을 특정할 수 있을 때에는 필요적 기재사항은 아니지만 그를 피청구인으로 특정하여 당사자 표시를 할 수 있다. 예컨대 감사의 공권력행사에 관한 헌법소원의 경우에는 청구인 외에 피청구인으로 공권력을 행사한 지방검찰청 검사를 당사자로 표시하고 있다. 감사의 불기소처분에 불복하여 항고 및 재항고를 거쳐 헌법소원심판청구를 하는 경우에도 그 항고절차는 구제절차를 경유하는 과정으



로 보고 고등검찰청 또는 대검찰청 검사를 당사자로 표시하지 아니한다. 만약 청구인의 주장에서 그 항고 또는 재항고 결정자체에 대하여 독립시켜 고유한 위법이 있음을 이유로 내세우고 그 청구취지와 당사자 표시에 항고심과 재항고심을 각기 피청구인으로 표시하여 그 각급청의 결정에 대하여 제각기 독립된 이유를 가지고 위헌성을 다툰 때에는 청구서의 내용에 따라 직권으로 심리한 후 필요한 경우에는 각급청을 피청구인으로 확정하여 당사자로 표시할 수 있다.

청구인의 청구서에서 그러한 주장과 각급 항고심을 당사자로 명백하게 표시하지 아니할 때에는 항고 및 재항고는 다른 법률에 의한 구제절차를 거치는 절차상의 요건으로 보아야 하고 원처분의 불기소결정에 대한 합헌성여부만 판단하면 되는 것이고 항고 또는 재항고결정에 대하여는 원처분주의의 원칙에 따라 별단의 사정이 없는 한 헌법소원심판을 청구할 수 없는 것으로 보고 별도의 판단을 하지 아니하며 따라서 피청구인으로 보지 아니한다.

이에 대한 판례를 보면 다음과 같다. 청구인이 헌법소원심판 청구서에 피청구인으로 서울 고등검찰청 검사와 대검찰청 검사를 기재하고 그 항고 또는 재항고 기각결정에 대하여 독립한 소원심판청구를 한 경우에는 그 부분의 적법성을 판단하여야 한다.

원래의 불기소처분의 구제절차에서 내려진 결정인 항고기각 및 재항고기각결정에 대하여 그 고유한 위헌사유를 밝히지 아니한 채 그 불기소처분과 함께 취소를 구하는데 불과한 경우에는, 항고 또는 재항고기각결정을 별도로 소원심판청구의 대상으로 할 수 없다고 봄이 원처분주의를 채택한 행정소송법 제19조의

규정을 준용하는 헌법재판소법 제40조의 규정에 비추어 합당할 것인 바, 위 항고기각 및 재항고기각결정에 대하여 청구인이 따로 고유한 위헌사유를 내세우고 있지 않은 이상 이 부분 청구는 부적법함을 면할 수 없어 이를 각하하는 것이다(헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌마213호 불기소처분에 대한 헌법소원, 전원재판부결정).

따라서 피청구인의 확정도 원래의 불기소처분을 한 지방검찰청 검사를 특정하여 표시하면 된다는 것이 우리 재판소의 판례로 확립된 실무관행이다. 다만 청구인이 항고 및 재항고결정에 대하여 고유한 위법이 있음을 다투고 그 항고청의 검사를 상대로 헌법소원심판을 청구하고 있는 것이 명백할 때에는 피청구인으로 고등검찰청 검사와 대검찰청 검사를 표시하여야 한다는 것이 우리 판례이다(헌재 1991. 4. 1. 90헌마230호 불기소처분에 대한 헌법소원 제3지정재판부결정 참조)

그러나 헌법재판의 특수성을 가지고 소송구조를 연구하여 보면 헌법소원심판사건에서도 무리하게 피청구인을 확정하여 당사자표시를 하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다. 즉 헌법소원은 청구인과 피청구인의 대립된 소송구조가 아니기 때문에 반드시 피청구인을 확정하거나 결정문에 표시할 필요가 없고 때로는 피청구인의 확정이 기본권구제에 장애요인이 될 수도 있기 때문이다. 그래서 헌법재판소법 제71조의 청구서 기재사항에도 피청구인의 표시가 필요 없고 기타 관계규정에서도 피청구인에 관계되는 것이 없다. 그런데 우리 재판소는 무리한 논리로 소송법을 준용하여 결정문에 청구인의 상대방을 상정하여 피청구인을 특정하는 관례를 만들어 표시하고 있는데 이는 헌법재판제도가 정착되면 재고할 문제라고 본다(앞(2)항 피청구인은 필요적 기재사항 아니라는 판례참조).

### 3. 탄핵, 정당해산심판의 당사자

헌법재판의 주종을 이루는 위헌법률심판과 헌법소원심판은 서면심리와 직권심리주의를 원칙으로 하고 있기 때문에 청구인만을 일방 당사자로 정하여 심리하고 본안결정을 하지만 탄핵의 심판, 정당해산심판 및 권한쟁의심판은 필요적 구두변론에 의하여 심판하도록 명문화하고 있기 때문에 민사 또는 행정소송에서와 같이 대립당사자주의에 입각한 소송구조를 요구하고 있다고 볼 수 있다(법 제30조 제1항).

따라서 심리절차도 재판부가 변론을 열어 대립된 당사자와 이해관계인을 소환하여 필요적 변론절차에 의하여 재판을 진행하여야 하며 그 심판청구서나 결정문에도 청구인과 그 상대방인 피청구인(기관 또는 정당)을 당사자로 표시하여야 한다.

(법 제30조 제3항, 제31조, 제34조, 제48조 제56조, 제64조 참조)

#### 가. 탄핵심판의 당사자

탄핵의 심판은 대통령, 국무총리, 행정각부의 장 및 헌법재판관, 법관, 감사위원 등 기타 법률이 정한 고급공무원이 그 직무집행에 있어서 위헌이나 위법한 행위가 있는 때에 국회의 탄핵소추에 의하여 헌법재판소가 그들의 공직을 파면하는 심판제도이다. 탄핵심판의 절차상의 특색은 민사소송관계법외에 형사소송관계법령도 함께 준용하게 되어 있다는 것이다(법 제40조 제1항).

탄핵심판에 있어서는 국회법제사법위원회장이 소추위원으로서 청구인이 되고 탄핵소추의 의결을 받은 자가 피청구인으로서 상대방당사자가 되어 변론기일에 출석하여 변론하게 된다. 소추위원

은 헌법재판소에 소추의결서의 정본을 제출하여 그 심판을 청구하며 심판의 변론에 있어 피청구인을 신문할 수 있다(법 제49조). 당사자가 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여 소환하고 다시 정한 기일에도 출석하지 아니한 때에는 그 출석 없이 심리할 수 있다(법 제52조). 탄핵심판청구가 이유있는 때에는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다고 되어 있으므로 결정문에 피청구인을 당사자로 확정하여 표시하여야 한다. 피청구인이 결정선고전에 당해 공직에서 파면된 때에는 헌법재판소는 심판청구를 기각하여야 한다(법 제53조).

#### 나. 정당해산심판의 당사자

정당해산심판에 있어서는 정부가 청구인이 되고 해산을 요구하는 정당이 피청구인이 된다. 정부는 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된 때에는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다(법 제55조).

그러므로 그 정당해산심판청구서에는 해산을 요구하는 정당을 표시하고 그 청구이유를 명시하여야 한다(법 제56조). 정당해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다고 규정하고 있으므로 결정문에는 청구인 정부와 피청구인 정당을 당사자로 확정하여 표시하여야 한다(법 제55조, 제56조, 제59조).

정당해산심판의 청구가 있는 때, 가처분결정을 한 때와 그 심판이 종료한 때에는 헌법재판소장은 그 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에 통지하여야 한다. 위 결정을 통지 받은 중앙선거관리위원회는 해산된 정당의 법적 처리를 정당법의 규정에 의하여 이를 집행한다(법 제58조, 제59조, 제60조).

정당해산심판의 청구를 받은 때에는 청구인의 신청 또는 직권으로 종국결정의 선고시까지인 피청구인의 활동을 정지하는 가처분결정을 할 수 있도록 되어 있다(법 제57조). 우리는 아직 1건의 심판청구도 없지만 독일에서는 공산당(KPD)의 강령이 민주적 기본질서에 위배된다고 하여 해산을 명한 판례가 있다(1956. 8. 17. BVerfGE 5, 85).

#### 4. 권한쟁의심판의 당사자

권한쟁의심판은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다투는 경우에 당해 국가기관 또는 지방자치단체의 청구에 의하여 헌법재판소가 이를 심판하는 제도이기 때문에 그 청구기관이 청구인이 되고 피청구기관이 피청구인으로서 당사자가 된다. 심판청구서에 청구인과 피청구인으로서의 기관표시가 되어야 하고 결정문에는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체가 표시되어야 한다(법 제61조, 제62조, 제64조).

권한쟁의심판의 종류는 헌법재판소법 제62조에 다음과 같은 4가지 유형과 그 예를 예거하고 있다.

첫째는 국가기관 상호간의 예로서 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의, 둘째 국가기관과 지방자치단체간의 예로서, 정부와 특별시·직할시 또는 도간 그리고 정부와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의, 셋째는 지방자치단체 상호간의 예로서 특별시·직할시 또는 도 상호간 그리고 시·군 또는 자치구 상호간, 특별시·직할시·도와 시·군·자치구 간의 권한쟁의, 넷째는 교육법 제15조에 의한 교육·학예에 관한

지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육위원회가 당사자가 되어 권한쟁의심판을 한다고 명시하고 있다. 그래서 그 심판을 청구할 수 있는 당사자능력을 헌법과 헌법재판소법에 예거한 것에 한정하는 것이냐(예거주의) 아니면 이는 예시적인 규정에 불과하고 실질적인 공기관 상호간에 권한쟁의가 있을 때에는 모든 공기관은 다 할 수 있는 것이냐(예시주의)에 대하여는 의견이 갈려 있으며 이에 대한 판례는 아직 없다.

### 가. 당사자능력

국가기관상호간의 권한쟁의심판(헌법 제111조 제1항 제4호)에서 누가 국가기관의 자격으로 당사자가 될 수 있는가? 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에는 국가기관으로 국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회 즉 4개 헌법기관을 한정예거하고 있다.

한편 헌법재판소법 제30조 제1항과 제61조, 제66조를 살펴보면, 국가기관상호간의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 누가 권리관계의 주체이며 담당자인가, 누가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한을 침해하였는가에 대한 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 그 쟁의의 대립적 당사자를 확정하고 구두변론에 의하여 이를 심판하도록 규정하고 있다. 따라서 권한쟁의가 발생할 수 있는 모든 국가기관은 그 분쟁의 당사자로서 권한쟁의당사자가 될 수 있다고 보아야 하는 것이다. 그렇다고 볼 때 헌법재판소법 제62조 제1항에 예거된 기관에 한정할 것이 아니라 헌법에 의하여 설치되어 헌법상의 지위와 권한을 가지고 있는 모든 국가기관은 권한쟁의심판의 당사자능력을 가지는 것이라고 보아야 한다. 그렇다면 법에

예거되지 않는 기타 국가기관이란 것이 어떤 것이 있는가에 대하여 우리 나라의 관례가 없으므로 독일헌법재판소 관례를 참고하여 살펴보면 다음과 같다.

즉, 독일의 권한쟁의심판에 관한 관례에 나타난 당사자와 그 판결주문 및 내용을 보면 1952. 6. 3. 자 청구인 원내교섭단체와 피청구인인 연방하원 및 원내교섭단체 간에 연방하원직무규정의 법적 효력을 다투는 사건(BVerfGE 1, 144)을 비롯해서 1990. 9. 29. 자 청구인 정당과 피청구인 연방하원 및 상원 간에 정당의 권리침해에 관한 사건(BVerfGE 82, 323)등에 이르기까지 많은 관례가 있다 (BVerfGE 1, 208 ; 1, 372 ; 4, 27 ; 6, 445 ; 10, 4 ; 13, 123 ; 20, 119 ; 44, 125 ; 45, 1 ; 67, 100 ; 70, 324 ; 73, 1 ; 80, 188).

다만 여기에서 유의하여야 할 것은 우리 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조와는 달리 독일 기본법 제93조 제1항 제1호와 연방헌법재판소 제63조에서는 몇 개의 최고연방기관을 열거한 다음 “이들 기관의 일부로 인정되는 기타 관계기관도 당사자가 될 수 있다”는 법적 근거를 두고 있다는 것이다. 그러나 이제까지 독일연방헌법재판소의 관례에 의하면 권한쟁의 당사자의 범위를 위 범조문의 문리해석으로 할 수 있는 범위보다 훨씬 넓게 유추 확대하여 인정하고 있음을 많이 찾아 볼 수 있다는 것 또한 유의하여야 한다. 예컨대 명문에 없는 연방수상이나 각부 장관뿐 아니라 의회의장, 의회분과위원회, 각 당의 교섭단체 및 국회의원 각자도 당사자가 될 수 있다고 한다. 그리고 독일 관례에 의하면 정당은 독일헌법과 연방헌법재판소법 명문규정의 기타의 관계기관으로 볼 수 없지만 일찍부터 정당에 대하여 헌법상의 특별한 지위와 권리를 인정하고 기타관계자로 유추 확대하여 권한쟁의심판청구의 당사자능력이 있다고 인정하

판례상 유추확대한 례의 기타관계자 (연방최고기관 일부가 아니나판례상 확대 인정되는 것)	정당(특별한 헌법상 지위에서 나오는 권리) (BVerfGE 1, 208 ; 4, 27 ; 24, 260)
당사자능력이 없을 경우	의회의 단순한 다수파 및 소수파(BVerfGE 2, 143, 160ff) 개개인/전체로서의 국민(BVerfGE 60, 175, 200) 지방자치단체(BVerfGE 27, 240, 246) 교회, 노동조합, 사용자조합, 선거인단(BVerfGE 4, 27, 30 ; 6, 367, 327f.) 연방의회의 방위담당관(기본법 45b조)

여 왔다(BVerfGE 1, 28 ; 4, 27 ; 6, 84).

뿐만 아니라 국회규칙에 의하여 고유의 권리가 주어진 소속기

기본법 제93조 제1항 제1호 연방최고기관 기타관계기관	연방헌재법 63조 *연방대통령 *연방하원 *연방상원 *연방정부 연방헌재법 제13조 제5호 *연방최고기관직무규정에 의한 기타관계자로 인정되는 경우
판례상 인정되는 기타관계자	『기본법에 의한 기타관계자』로 인정되는 경우 -연방수상(연방정부대리인)(BVerfGE 1, 351 ; 44, 125) -개개인의 연방장관(BVerfGE 45, 1) -개개인의 국회의원(BVerfGE 10,4 ; 67,100 ; 80, 188) -상임위원회(BVerfGE 2, 143, 160) -연방하원의장(BVerfGE 27, 152 ; 73, 1) - 자기책임으로 국회의원에 대하여 의회절 서·징계권행사의 경우 포함(BVerfGE 60, 374, 379)



관은 헌법에 의한 나름대로의 독자적인 지위와 기능을 가지고 있는 여러 개의 하위기관이라 할지라도 구체적인 상황에 따라 법적으로 고유의 권한과 독립성을 인정할 수 있는 경우에는 당사자능력을 인정하고 있다(BVerfGE 1, 56 ; 5,4 ; 6, 99 ; 7, 5).

독일의 권한쟁의 당사자에 대한 법적 근거와 판례상 확대유추하고 있는 것을 다음과 같이 도표로 분류하여 보면 우리 법제를 이해하는데 많은 참고가 될 것이라고 본다.

## 나. 기타의 헌법기관

권한쟁의심판을 청구할 수 있는 당사자능력을 가지는 국가기관은 헌법에 의하여 확정하여야 한다. 즉 헌법상 어떠한 지위와 기능을 담당하고 있는가 그리고 그 기관이 국가적 의사형성과정에서 결정적 요인으로 작용하고 있는가 하는 것 등의 헌법적 차원의 권리가 있는 기관인가에 의하여 판단할 수밖에 없다.

그렇다면 법에서 열거한 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 외에도 국회의장, 국회의원내교섭단체, 국회상임위원회, 개개의 국회의원 및 정부의 각부장관 그리고 헌법기관인 감사원이나 안기부, 대통령의 각 자문회의 등 기타의 헌법기관은 당연히 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 하여야 할 것이다.(BVerfGE 1, 351 ; 4, 144 ; 4, 250 ; 27, 44 ; 41, 291 ; 49, 70 ; 60, 319 ; 74, 96 참조).

## (1) 국회의장

정당이 국회의장을 피청구인으로 한 권한쟁의심판에서 의장은 원칙적으로 고유의 권한이 있는 만큼 당사자가 될 수 있다고 판시하였다. 정당이 의장을 피청구인으로 하는 가치분사건에서 이를 찾아 볼 수 있다(BVerfGE 7, 10 ; 27, 152).

이와는 달리 의장이 의회내에서 질서유지권과 징계권을 행사하는 경우에는 의회의 소속기관으로서가 아니라 의장의 고유권을 행사한 것으로 보고 그 스스로 지위에 대하여 당사자능력이 있다고 판시하고 있다. 청구인 연방하원의원이 의장을 피청구인으로 하여 의장의 문책이 의원의 발언권을 침해한 것이라는 사건에서 이를 할 수 있다(BVerfGE 60, 374).

## (2) 국회내의 각 위원회와 교섭단체

국회의 각 상임위원회 또는 각 조사위원회도 국회의 소속기관으로서 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 독자적인 당사자능력이 있다고 본다. 즉 독일연방헌법재판소는 원내교섭단체가 청구인이 된 연방하원직무규정의 법적 효력에 관하여 연방하원과 타원내교섭단체를 피청구인으로 한 사건에서 당해 교섭단체의 당사자능력 및 적격을 인정하였고 또한 청구인 원내교섭단체가 연방정부를 피청구인으로 한 기본법 제44조에 반하여 조사위원회에 관계서류제출을 거부한 연방장관의 행위와 예산법상 요구되는 비밀유지와 위원회위원의 선출행위에 대한 사건에서도 각 위원회내의 각 교섭단체에게 의회의 소속기관으로서의 당사자능력을 가진다고 하였다(BVerfGE 1, 144 ; 67, 100, 124 ; 70, 324 ; 71, 299 참조).

이처럼 국회내의 조사위원회 구성의 일부분을 이루는 교섭단체마저 당사자능력을 인정하는 마당에 국회의 각 위원회자체가 당사자능력을 가지는 것은 당연하다고 보고 있는 것이다. 청구

인이 원내교섭단체가 피청구인 하원조사위원회를 상대로 소원제기를 거부한 것은 기본법 제44조를 침해한 것이라는 사건에서 이를 찾아볼 수 있다(BVerfGE 71, 299). 국회의 각 교섭단체에 대하여 이와 같이 당사자능력을 인정하는 것은 제한된 소수이나마 소수자보호의 원칙이라는 헌법정신에 따라 긍정되고 있는 것이고 연방헌법재판소 역시 초창기부터 이를 적극적으로 받아들이는 입장을 취해오고 있다(BVerfGE 1, 351, 359).

### **(3) 국회의원**

국회의원은 각자가 헌법상 보장된 고유한 권한과 지위를 가지고 있는 국가기관으로 보고 있다. 따라서 국회의원은 각자가 권한쟁의심판청구의 당사자가 될 수 있다는 것이다(BVerfGE, 2, 143, 166 ; 60, 374 ; 67, 100 ; 70, 324, 350). 국회의원은 국회의 권리를 주장하고 다투는 경우에는 그 의회의 소속기관의 자격으로 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 그 반면에 국회의원이 독자적인 헌법기관으로서의 지위와 권리를 주장하고 나오는 경우에는 의원 각자가 헌법기관으로서 권한쟁의심판을 청구할 수 있다는 것이다. 예컨대 본회의에서 연방하원의 발언시간제한을 의결한 것은 헌법상 고유한 권한인 개개 의원의 발언권을 제한하는 것으로써 의원의 지위와 권리를 침해하거나 박탈하는 것이며 이때에는 의원 각자가 독자적인 자기명의로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 당사자가 될 수 있다는 것이다(BVerfGE 10, 4, 10ff).

### **(4) 정부의 소속기관**

국무총리와 각부장관은 헌법상의 여러 가지 고유의 권한을 가지고 있다. 이러한 권한이 다른 기관에 의하여 침해되는 경우에는 정부의 소속기관의 자격으로 권한쟁의의 당사자능력을 가진다고 보고 있다(BVerfGE, 4, 1, 28). 정당 또는 교섭단체, 연방정부수상

또 재무부장관을 상대로 한 사건에서 연방하원의 권리침해를 확인한 판결에서 모두 이를 인정하고 있다(BVerfGE 44, 125 ; 45, 1).

## 다. 정 당

헌법상 국가기관이 아닌 정당에 대하여 국가기관에 준하는 권한쟁의심판의 당사자로 인정하는 것이 타당한가에 대하여 많은 논란이 있었으나 독일 연방헌법재판소는 일찍부터 이를 긍정적으로 인정하여 왔다. 어떤 기관이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는가의 판단은 그 기관이 헌정질서에 결정적인 요인으로 작용하는가에 의하여 판단기준으로 삼아야 한다는 것이다. 헌법재판에서 정당의 당사자능력은 오로지 헌법속에 정당이 차지하고 있는 헌법상의 지위에서 살펴 볼 때 이를 헌법기관으로 인정할 수 있다는 것이다.

오늘날 모든 민주국가는 필연적으로 정당국가이며 선거과정에서의 정당의 기능을 살펴보면 헌법상의 독립된 기관으로서의 지위를 가지고 있는 것이므로 정당은 그 권리의 침해를 권한쟁의로써만 유효하게 주장할 수 있다는 판결을 1954. 7. 20. 선고하 있다. 이는 정당권한쟁의심판의 당사자가 되는 것은 당연하다는 것이다(BVerfGE, 1, 208 ; 4, 27, 310 ; 27, 152 ; 60, 319).

현대헌법하에서의 국가기관을 구성하는 국민대표는 선거와 정당의 존재를 전제로 하고 있다. 국민대표를 선출하기 위한 선거의 실시와 고위공직자의 보임은 정당의 기능을 통하여 이룩되는 것이며 이들의 국민대표성은 정당을 떠나서 생각할 수 없다는 것이다. 따라서 정당이야말로 헌법상의 필수적인 국민대표성을 구현하는 기구로서 일종의 헌법기관성을 가지는 것이며 이에 대

하여 다른 헌법기관으로부터 권한침해를 당하는 경우에 정당의 존립을 보호하는 것은 헌법상 불가피하다는 것이다.

그런데 정당의 권한침해에 대한 구제수단으로서 헌법소원은 적절하지 아니하고 오히려 권한쟁의심판을 청구하여야 한다는 것이다(BVerfGE, 4, 27 ; 60, 53, 62 ; 66, 107, 115 ; 67, 65, 69).

독일에서도 초기에는 정당을 헌법상의 최고국가기관으로 인정할 법적 명문규정이 없어서 헌법재판의 청구인으로 인정할 모든 요건을 갖추었다고 생각하기에는 형식적 문의해석으로는 여러 가지 문제가 있어서 정당의 국가기관성을 인정하는데 논란이 많이 있었다고 한다. 그러나 지금에 와서는 정당의 헌법상의 지위가 독립된 국가기관으로 보아야 한다는 것이 통설 판례로 확립되었다고 볼 수 있다. 따라서 다른 헌법기관에 의하여 권한침해가 되었을 때는 국가기관상호간의 쟁송을 처리하는 권한쟁의심판청구를 할 수 있는 당사자능력과 적격이 있다는 것은 당연한 것으로 받아들이고 있다(BVerfGE, 74, 44 ; 79, 379(383-4) ; 82, 323. 기타 헌법재판연구 제3권중 「국가기관상호간의 권한쟁의심판」 김운용 교수 논문참조).

## 二. 헌법소원의 심판청구권자

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 자기의 권리를 구제하기 위하여 공권력의 통제 또는 규범통제를 구하는 수단으로 헌법소원심판을 청구하는 자를 헌법소원심판청구인이라고 한다.

우리 헌법재판소법상의 헌법소원심판청구는 권리구제형 소원과 위헌법률심판형 소원으로 나누어 볼 수 있다. 그래서 이 두

가지 유형을 그 법률적 요건에 의하여 청구인의 지위를 살펴보기로 한다.

## 1. 권리구제형 소원의 청구인

권리구제형 헌법소원(법 제68조 제1항)에서는 자기기본권을 현재 직접 침해받고 있는 자가 심판청구인으로서의 당사자가 된다. 그러므로 헌법상 기본권을 향유하는 모든 국민은 헌법소원심판청구인으로서 당사자능력이 있다. 당사자능력은 권리주체로서 청구인인 될 수 있는 법률적 지위에 불과하므로 소원심판을 청구할 수 있는 청구인의 적격 및 적법요건과 구별하여 이해되어야 한다. 국가의 공권력에는 입법권, 사법권, 행정권이 포함되며 이러한 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받는 자는 자연인이든 법인이든 헌법소원심판을 청구할 수 있는 청구인이 될 수 있다. 공권력에 의해 헌법상 보장된 국민의 기본권이 침해되었다고 주장하는 자는 직접 헌법재판소에 권리구제를 청구할 수 있는데 여기서의 기본권은 인간의 존엄성과 개인의 자유 및 권리를 보장하는 개인의 주관적 권리 뿐만 아니라 개인의 기본권이 보장되고 실현될 수 있도록 헌법적 기본질서를 수호하는 주체로서 국민의 기본권이 보장되어야 하는 국민의 주관적 권리를 말하는 것이다.

헌법상의 자유민주적 기본질서를 수호하는 국민의 주관적 권리가 헌법에서 보장하는 개인의 기본권에 포함되는 것인가에 대하여는 일부의 다른 견해도 있었으나 이를 긍정적으로 보는 것이 통설이며 서구민주사회의 공통된 견해이다. 자유민주주의사회는 인간의 존엄성과 국민의 기본권이 보장됨으로써 국민의 자

발적인 합의에 의하여 국가권력이 창출되고 정부의 존립과 법규의 제정 및 집행에 정당성과 법적 안정성을 가지게 되어 강력한 민주적 헌법질서와 법치국가가 확립되는 것이므로, 국민의 기본권보장이 국가기관의 최고임무이며 이를 보장 수호하는 것이 헌법재판의 기본적 기능이라고 할 것이다. 그러므로 헌법소원심판은 소송법상 요구되는 형식과 개인의 소송비용부담능력에 구애되지 않고 손쉽게 청구할 수 있도록 국가비용으로 서면심리, 직권심리하도록 제도화하고 있다. 따라서 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 자가 누구인가 하는 당사자능력과 적격을 확정하는데 있어서 유념해야 할 것은 일반 행정 및 민사소송상의 당사자의 개념으로만 이해하고 파악하여서는 곤란하다는 것이다.

헌법재판의 당사자를 확정하는 문제에 있어서도 국민의 기본권보장이라는 헌법질서를 수호한다는 헌법적 개념으로 다루어야 하며 헌법소원의 적법성을 확정하는데 필요한 제기조건도 소송법상의 형식이론보다 권리구제와 헌법적 정의를 구현한다는 실질적인 면을 고려하여 유연하게 다루어야 할 것이고 전통적인 실증주의적 법률해석으로 엄격하게 제한하여 제도적인 본질을 무시하여서는 안된다고 본다.

## 2. 규범통제형 소원의 청구인

규범통제형 헌법소원(법 제68조 제2항)에서는 위헌법률심판의 제청신청을 당해 사건의 담당법원에서 기각당한 자, 즉 전제된 재판의 당해 사건의 당사자가 소원심판의 청구인이 된다.

법원의 재판과정에서 적용되어야 할 법률이 헌법에 위반된다고 생각하는 당사자는 당해 사건을 담당하는 법원에다 재판의

전제가 된 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 제청하도록 신청할 수 있다. 그 때에 당해 사건을 담당한 법원은 당사자의 신청에 의한 결정으로 위헌여부의 심판을 제청하여야 한다. 만약 법원이 위 재판당사자의 위헌법률심판의 제청신청을 이유없다고 기각하였을 때에는 그 신청을 한 당사자는 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만 위헌제청신청이 기각된 때에는 그 통지를 받은 날로부터 14일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다(법 제68조 제2항, 제69조 제2항).

현행 헌법과 헌법재판소법은 법원의 형사피고인이나 민사소송의 당사자가 당해 사건의 소송절차에서 그 재판의 전제가 되는 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 다투고 있을 때에 그 법률에 대하여 헌법재판소에 위헌제청신청을 할 수 있도록 하고, 이를 법원이 기각하였을 때에도 이유유무를 불문하고 그 구체적 규범에 대한 통제를 구하는 헌법소원심판청구를 할 수 있도록 한 것이다. 법률의 위헌여부의 심판권은 당해 사건을 담당한 법원의 권한이 아니라 헌법재판소의 전속적 권한이며, 따라서 당해 사건을 담당한 법원뿐만이 아니라 그 당해 사건의 당사자도 독립된 위헌법률심판청구권을 보장하여 그 당사자의 고유권한으로 인정하고 있는 것이다.

규범통제형 헌법소원심판 청구인의 권리는 청구인의 고유한 헌법재판청구권이며, 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 그 제청신청인이 소원심판청구인이 되는 것이므로 그 당사자 적격을 확정하는데에 큰 어려움이 없다. 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에 당해 사건의 당사자는 그 사건을 담당하는 법원으로 하여금 결정으로 위헌여부의 심판을 제청하도록 신청할 수 있고, 법원은 당해 사건당사자의 위헌제청권을



임의로 부정하거나 제한하는 일체의 기속력을 가진 결정은 할 수 없다. 만약 법원에서 그 신청이 기각되거나 무시당할 때에는 위헌법률심판제청신청을 한 당해사건의 당사자가 신청인이 되어 헌법소원심판을 청구할 수 있고 헌법재판소는 당해사건 법원의 결정에 구애됨이 없이 그 재판의 전제된 법률의 위헌여부를 심판하도록 하고 있다.

법원이 당해사건 당사자의 헌법제청신청을 기각하더라도 그 기각결정에 대하여 불복하는 방법으로 상급법원에 항고절차를 밟는 것이 아니라 제청신청인이 직접 독자적으로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판청구인으로서 헌법재판을 청구할 수 있도록 하였다. 이 때에는 당해 사건 담당법원의 결정에 구애됨이 없이 신청인은 고유한 헌법소원심판청구권에 의하여 헌법재판소에 심판을 청구한 것이므로 지정재판부의 사전심사에서 당사자적격문제로 각하할 수 없고, 당연히 전원재판부에 회부되어 그 재판의 전제된 법률의 위헌여부를 헌법재판소에서 심판하게 된다. 그리고 위 법 제68조 제2항에 의한 심판에서 위헌으로 인용된 경우에는 위 법 제45조 및 제47조를 준용하여 위헌결정의 효력이 생긴다. 그러므로 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률은 소급하여 그 효력을 상실한다. 법원은 헌법재판소의 위헌여부의 심판결정에 의하여 재판하여야 하고, 그에 따라 그 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 헌법적 기속력이 생긴다. 위 제68조 제2항의 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정되었다 하더라도 당사자는 재심청구로써 자기 권리를 구제받을 수 있다(헌법 제107조 제1항, 헌재법 제68조 제2항, 제75조, 제45조, 제47조).

### 三. 당사자능력

#### 1. 헌법재판의 당사자능력

헌법재판도 일반 법원의 소송구조와 같이 재판의 형식을 갖추어 이루어지는 것이기 때문에 그 심판을 청구하는 청구인 또는 그 상대방인 피청구인이 될 수 있는 자격을 가져야 하는데 이를 당사자능력이라고 한다. 헌법재판소법에는 명문상 민사소송법 제2장 당사자와 제47조(당사자능력), 행정소송법 제2절 당사자와 제12조(원고적격), 제13조(피고적격)과 같은 규정은 없다. 그러나 헌법재판의 청구인이나 피청구인 및 이해관계자와 참가인 등에 관한 사항도 헌법재판소법 제40조에 의거 위 소송법을 준용하도록 되어 있으므로 헌법소원심판청구인을 당사자로 받아들여 그 능력과 적격을 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

헌법재판의 심판청구는 심판사항별로 헌법재판소법에 규정한 기재사항의 요건을 갖춘 청구서를 헌법재판소에 제출하여야 하고 헌법재판소는 그 청구서를 접수하면 지체없이 그 등본을 피청구인 또는 피청구기관에 송달하여야 한다(법 제26조, 제27조)고 되어 있으므로 먼저 청구인 또는 피청구인 및 재판참가인으로서 당사자능력이 있어야 헌법재판의 당사자가 된다.

헌법소원심판의 당사자는 현실적으로 자기의 기본권을 침해당한 자가 심판을 청구하는 것이므로 대한민국 국민은 권리주체로서 누구나 당사자능력이 있다. 따라서 모든 국민은 헌법소원심

판을 청구할 수 있는 청구인의 자격(능력)이 있는 것이며 헌법 소원심판청구서에 의하여 그 심판결정문에 표시된 자가 당사자로 확정이 된다.

그러면 그 당사자로 확정표시된 자가 당사자가 될 수 있는 자격자인가 하는 당사자능력의 문제와 그 위헌심판에 관하여 정당한 당사자로서 본안결정을 받을 적격을 가졌는가 하는 당사자적격문제는 구별하여야 하는 것이므로 여기서는 양자를 나누어 살펴 볼 필요가 있다.

헌법재판의 심판절차도 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사, 행정소송에 관한 법령을 준용하고 있어서(법 제40조 참조) 심판을 청구한 당사자의 능력이나 적격이 갖추어지지 않으면 부적법한 그 심판청구는 각하를 하게 된다. 그런데 헌법재판청구의 당사자적격 문제를 어떻게 설정하고 받아들이느냐에 따라 위헌심판의 사활이 결정되는 것이기 때문에 헌법재판제도가 도입된지 얼마되지 않은 현재로서 이 문제는 대단히 중요한 것이라 할 것이며 헌법재판의 실무에 있어서도 상당히 깊이 논의되고 있는 사항이다.

일반적으로 소송법상의 당사자능력이란 심판절차의 주체가 될 수 있는 일반적인 능력을 말하며 민법상의 권리능력에 상응하는 (반드시 동일하지는 않지만) 소송법상의 권리능력을 말하는 것이다. 당사자능력은 재판사건의 내용이나 성질에 관계없이 권리주체로서 소송행위를 할 수 있는 형식적인 자격능력을 말하는 것이기 때문에 심판청구의 내용에 관계되는 본안판결을 구할 수 있는 정당한 당사자로서 구체적인 적격을 갖추어야 하는 실질적인 당사자적격과는 다르다. 그러므로 헌법재판에 있어서도 민법 기타 법률에 의하여 사법상의 권리능력을 가지는 자는 당사자능

력을 갖는다고 보아야 하고 위헌심판을 청구하는데 정당한 당사자로서 분안결정을 받는데 적합한 자격을 가지느냐를 따지는 당사자적격과는 구별하여야 하기 때문에 여기에서는 당사자능력을 가진 권리주체에 대하여 먼저 살펴 볼 필요가 있다.

## 2. 자연인과 법인

헌법소원심판은 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 침해된 권리구제를 청구하는 것이므로 대한민국의 모든 국민은 자연인이든 법인이든 헌법소원심판청구인이 될 수 있는 당사자능력이 있다. 사법상의 권리능력을 가지는 자는 모두 민사소송법상의 당사자능력을 가지고 민사법상의 권리주체가 되는 것과 같이 헌법재판을 청구할 수 있는 당사자능력이 있다. 따라서 기본권 향유능력이 있는 모든 자연인은 성인자 뿐만 아니라 미성년자도 당사자능력이 있다. 그리고 태아도 헌법상 보장하고 있는 생명권 또는 인간의 존엄성의 보호라는 관점에서 기본권이 향유능력이 있으므로 그 범위 내에서는 당사자능력이 있다고 보아야 할 것이다. 사자의 경우에도 이런 차원에서 검토할 수 있을 것이다.

법인은 사법인이든 공법인이든 구별하지 않고 모두 기본권 향유능력이 있을 뿐만 아니라 기타 권리능력 없는 사단이나 재단 또는 이와 유사한 단체에 대해서도 헌법상의 평등권이 적용되고 언론·출판의 자유, 재산권보장 및 재판청구권 등의 국민적 기본권을 보장받을 수 있는 인격의 주체로서 기본권을 향유할 능력이 있을 때에는 헌법재판을 청구할 수 있는 당사자능력을 갖

는다.

헌법상 보장된 기본권은 국민 개개인이 가지는 개인적인 권리이다. 따라서 법인을 실제적인 기본권의 보호영역으로 끌어들이는 것은 법인의 설립과 활동이 법인의 자유로운 활동의 표현으로서 법인의 배후에 존재하는 자연인의 유기적 조직체로 파악하고 있기 때문이다.

그러므로 공법인은 원칙적으로 기본권향유능력이 없다고 보아야 할 것이지만, 공법인에 부여된 임무로 인하여 특정의 기본권 보호가 그의 영역 내에 편입되어 있거나 사법상의 권리주체로서 법률행위를 하는 경우에는 헌법재판의 당사자가 될 수 있는 것이다. 따라서 형식적 이론과 해석으로써 우리 헌법 제2장의 국민의 기본권규정을 자연인이 개인의 기본권보장만을 말하는 것으로 보아 국가나 기타 공법인에게는 적용되지 않는다는 소수의 견이 있을 수 있겠으나, 법인에게 적용되는 당사자능력은 공법인에게도 특정한 사안에 따라서는 당연히 적용되는 것으로 보아야 한다는 것이 일반이론이며 다수국가의 통설이다. 우리 헌법 재판소도 국가가 사법상의 권리주체로서 법률행위를 할 때에는 국민과 대등하게 헌법상의 평등권의 지배를 받는다고 판시한 바 있다(헌재 1991. 5. 13. 선고, 89헌마97호 국유재산법 위헌법률심판사건에서 국가는 헌법상의 평등권의 적용을 받지 않으며 국민보다 우월적 지위에 있다는 정부의 주장은 받아들여지지 않았다).

법인은 사단법인, 재단법인, 관리법인, 비관리법인 그리고 내국법인 뿐만 아니라 외국법인의 경우에도 국내법에 의하여 권리능력을 인정하는 범위 내에서 당사자능력을 갖는다. 다만 외국법인은 국내의 지점소재지에서 등기하지 않으면 권리주체로서의 권리능력을 인정받지 못하므로 당사자능력이 없다고 할 것이다.

(대법 1959. 7. 30. 선고, 91 민상333판결).

법인이 해산되거나 파산되어도 그 설립목적의 범위내에서 권리능력을 향유하는 권리주체로서 법인격이 유지되는 한 당사자능력이 있고, 그 법인의 청산이 종결되어 권리능력을 상실하게 될 때에 비로소 당사자능력은 없어진다고 본다(대법 1969. 6. 24. 선고, 69다561 판결).

국가, 지방자치단체, 공공법인, 공공조합 등 공법인도 사법상의 권리능력을 인정하고 있으므로 당사자능력이 있다. 일반 민사소송에서 당사자능력을 부정하는 국가기관인 행정청도 행정소송법에서는 피고능력을 인정(동법 제13조)하고 있기 때문에 헌법재판소에서 헌법상의 기본권향유능력이 있으면 그에 맞추어 국가기관인 행정청에 대해서 당사자능력이 있다고 보아야 한다.

헌법기관인 법원(군사법원포함)이나 국회와 대통령 그리고 정치활동을 목적으로 하는 정당도 공권력의 행사와 불행사의 권리주체이기 때문에 헌법재판소법에 의하여 헌법재판의 당사자능력이 있다. 헌법재판의 청구인으로서 법원은 직권 또는 당사자신청에 의하여 위헌법률심판을 제청할 수 있고, 국회, 법원, 정부 및 중앙선거관리위원회는 그들 상호간의 권한쟁의심판을 청구할 수 있고, 정당해산심판을 청구할 때에는 정당은 피청구인으로서 당사자능력이 있는 것이다(법 제41조, 제55조, 제61조, 제62조, 제68조, 제40조 참조).

헌법소원심판청구에서 대통령과 국회의장 그리고 국회의 교섭단체 및 그 구성원인 국회의원도 당사자능력이 있다고 하여 헌법재판을 청구할 수 있다고 보는 것이 다수의견이며 이에 따라 이들을 헌법재판의 피청구인으로 심판을 청구하고 있다.

대표적으로 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구한 사례를 보면

지방자치단체장선거 연기 등의 위헌확정을 구하는 헌법소원에서 대통령을 피청구인으로 하여 청구하였고(92헌마 122호, 126호, 152호, 174호), 입법권 등에 관한 헌법소원에서는 국회의장을 피청구인으로 하여 청구하고 있다(90헌마125호, 91헌마231호 참고).

### 3. 법인 아닌 사단 또는 재단

법인 아닌 사단이나 재단이 헌법재판의 청구인이 될 수 있는가에 대하여 문제가 야기되는 경우가 있지만 헌법상의 기본권을 향유하는 범위 내에서 재판청구권을 인정하고 있으며 이 때에는 법인이 당사자가 된 경우와 마찬가지로 취급한다. 법인과 법인 아닌 사단 또는 재단의 기본권 향유능력과 그에 따른 당사자능력 그들이 주장하는 기본권의 성질에 따라 판단하여야 할 것이다. 즉 헌법재판소는 그 단체의 목적과 배후에 기본권의 보장을 필수적으로 요구하는 자연인이 존재하는지의 여부에 따라 판단하여야 한다. 따라서 법인 아닌 사단이나 재단으로서 대표자 또는 관리인이 있으면 그 이름으로 당사자가 될 수 있다는 민사소송법 제48조를 준용하여 일정한 범위내에서는 당사자능력이 있다고 보아야 할 것이다.

우리 헌법재판소의 판례의 설시를 보면, 기본권구제의 헌법소원심판절차에 있어서는 실체법과는 달리 법인격 없는 사단이나 재단이라 할지라도 내부적으로 단체의사를 결정할 자율적 기관인 대표자가 있고 외부적으로 실체적 조직이 실재하고 있는 경우에는 소송법상의 당사자능력을 인정하여 그의 이름으로 소원심판청구를 할 수 있다. 우리 헌법은 법인의 기본권 향유능력을

인정하는 명문규정은 없지만 본래 자연인에게 적용되는 기본권 규정을 성질상 법인이 누릴 수 있는 경우에는 법인에게도 적용하여야 하는 것으로 본다. 또한 법인이 아닌 사단이나 재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다 하였다(헌재 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 전원재판부결정문의 판단사유이며 대법원판례도 같은 입장이다(대법 66. 9. 20 선고 63다30판결)).

독일헌법재판에서도 권리능력없는 사단이라 할지라도 사단자체가 기본권을 향유할 수 있는 실체적 조직을 가지고 있는 경우에는 그 한도 내에서 헌법소원심판청구의 당사자능력을 인정하고 있다(BVerfGE 6, 273(277) ; 3, 383(381)).

일반적으로 법인 아닌 사단이라 함은 종종, 문중, 학회, 동창회, 수리계 등과 같이 계속적인 일정한 목적하에 구성원들이 모여 대표를 두고 일정한 업무를 집행하도록 사회적 조직을 이루고 있는 다수인의 결합체를 말한다. 사단은 구성원의 가입·탈퇴 등의 일부변동이 있더라도 그에 관계없이 독립된 단체로서 계속 존속하여야 하며, 권리주체로서의 기능을 할 수 있게 내부적으로 단체의 의사결정과 목적달성을 위한 업무집행기관이 구성되어 있어야 하고, 대외적으로는 그 단체를 대표할 수 있는 대표자나 관리인이 정해져 존재하고 있는 결합체라야 한다(대법 1967. 1. 31. 선고, 66다2334 판결 ; 1987. 6. 23. 선고, 86다카2654. 종종대표자선임).

법인 아닌 재단이라 함은 대학장학회, 육영회, 유치원, 감화원, 보육원 등과 같이 계속적인 일정한 목적을 위하여 결합된 재산의 집단으로서 재산출연자로부터 독립하여 하나의 재단이 존재하고 관리운영되고 있는 것을 말한다. 다만 유의할 것은 재단이 운영하는 영조물의 관리는 독립된 재단으로 보지 않는다. 예컨



대 학교에 관한 분쟁에 있어서 각종 학교는 교육을 위한 영조물의 이용관리에 불과한 것으로 보고 별도의 권리주체가 아니라고 하여 당사자능력을 부인하고 있으므로 학교에 관한 분쟁은 그를 설립한 자치단체 또는 학교법인의 재단을 권리주체로서 당사자가 되어야 한다는 것이 대법원판례라는 것을 참고할 필요가 있다(대법 1977. 8. 23. 선고, 76다1478 판결 1987. 4. 14. 선고, 86다카2479 판결).

#### 4. 협회 및 기타의 단체

법인이나, 법인 아닌 사단 또는 재단도 아닌 민법상의 조합과 유사한 단체가 자기 조합의 구성원이나 또는 제3자의 헌법상 기본권침해를 이유로 하는 헌법재판청구에 당사자로서 청구인이 될 수 있는 것인가에 대하여는 긍정하는 견해도 있으나 부정하는 견해가 다수이며 판례이다. 법인 아닌 사단이나 재단도 아니면서 사회적으로 일정한 목적을 위하여 하나의 단체를 구성하여 활동하고 있고, 목적재산을 관리하며 대표자를 두고 있는 협회와 기타의 단체의 경우에는 구체적인 권리침해의 형태와 헌법재판의 사항에 따라 객관적 헌법수호기능과 헌법소원의 이익인정의 필요성 유무를 판단한 후 당사자능력을 인정하느냐를 결정하여야 할 것이다(일최판 1962. 12. 18. 민집 16, 12, 2422이 참고될 것이다).

헌법재판소의 다수의견은, 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그렇지 아니하고 그 단체구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 청구할 수 없다. 청구인 사단법인 한국영화인 협회는 그 자신의 기본권이 침해당하고 있음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구한 것이 아니고 그 단체에 소속된 회원들의

헌법상 보장된 예술 및 표현의 자유가 침해당하고 있음을 이유로 하여 청구하고 있으므로 법률상 자기관련성의 요건을 갖추지 못하였다고 하였다. 그러나 반대의견으로서 구성원 전체의 이익을 위한 것일 때에는 구성원의 권리구제를 위하여 자기의 이름으로 헌법소원을 청구할 수 있으므로 청구인 영화인협회는 자기 자신의 기본권은 직접 침해된 것은 아니라고 하더라도 자기구성원의 기본권구제를 위하여 헌법소원을 제기할 수 있다는 주장이 있다.(변정수 재판관) 다른 반대의견으로 청구인이 별도의 단체 대표자를 두고 독자적인 단체의 기능과 업무를 수행하는 법률적 지위를 가진 단체라면 권리능력없는 사단의 경우와 같이 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다는 입장도 있다.(한병채 재판관) 청구인의 당사자능력과 적격의 문제는 헌법적 정의구현이라는 헌법재판의 본질적 기능에 합당한 것인가를 살펴보아야 하므로 본안에 들어가서 실질적으로 심리 판단하여야지 본안전 판단으로 각하하는 것은 합당하지 않다고 한다(헌재 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 영화법 제12조에 대한 헌법소원심판결정, 전원재판부결정).

우리 헌법재판소의 관례를 보면 한국영화인협회와 동협회감독위원회가 청구한 헌법소원심판사건에서 당사자능력이 있는가에 대하여 많이 논의하였으나 한국영화인협회는 “영화예술인 상호간의 친목도모 및 자질향상, 민족영화예술의 창달발전을 기할 목적을 달성하기 위하여” 설립된 민법상의 비영리 사단법인으로서 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 관한 한 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 청구인 한국영화인협회 감독위원회는 영화인협회로부터 독립된 별개의 단체가 아니고 그 내부에 설치된 8개의 분과위원회 중 하나에 지나지 아니하며 달리 단체로서의 실체를 갖추어 당사자능력이 인정되는 법인이

아닌 사단으로도 볼 자료가 없다. 따라서 위 감독위원회는 그의 이름으로 심판청구를 할 수 있는 당사자능력이 없는 것이라고 하여 각하결정을 하였다(헌재 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 영화법 제12조에 대한 헌법소원 전원재판부결정).

## 5. 정 당

정당이 헌법재판의 청구인이 될 수 있는가 하는 문제도 앞의 기타의 단체와 같이 보아야 할 것이다. 정당이 주장하는 침해된 권리와 그 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 권리구제를 청구할 수 있는 권리능력의 지위유무에 의하여 판단하여야 할 것이다. 당사자로서의 권리능력이 있거나 또는 단지 부분적으로 권리능력이 있는 경우에는 그 한도 내에서 그 조직 역시 위의 경우와 마찬가지로 기본권 향유능력이 있고 따라서 당사자능력이 있다고 할 것이다. 이 점은 사법상의 조직이든 공법상의 조직이든 마찬가지로 적용되며, 따라서 민법상 권리능력없는 사단으로 조직된 정당과 그 하부지방조직도 일정한 범위내에서 당사자능력을 가지는 것으로 보아야 하는 것이다(BVerfGE, 3, 383(391f) ; 7, 99(104f)).

정당은 헌법상 보호받는 중요한 기관으로서 일종의 헌법기관성을 지니는 것이므로 권한쟁의심판의 당사자능력이 있다는 것이다(BVerfGE, 1, 208 ; 6, 84 ; 6, 99 ; 60, 53 ; 66, 107; 67, 65 판례참조).

우리 헌법재판소에 접수된 헌법소원심판청구사건을 보면, 통일국민당이 지방자치단체장 선거일 불공고 위헌확인을 구하는 헌법소원에서 헌법적 보호를 받고 있는 당의 공천권을 침해한 것이라고 하여 당사자로서 소원심판청구를 한 사항이 있고(1992.

8. 7. 접수, 92헌마174호), 이에 대하여 당사자능력이 없다고 하여 각하하지는 않았다.

## 6. 당사자능력의 흠결(각하사유)

헌법재판의 청구주체가 되는 당사자능력은 심판청구 또는 위헌제청의 기본적인 적법요건이다. 따라서 헌법재판의 청구인이 당사자능력이 없으면 그 청구는 부적법하다고 하여 각하사유가 된다. 당사자능력은 위헌심판을 받기 위한 전제로서 필요로 하는 제청 및 청구의 주관적인 기본요건이므로 헌법재판소는 언제든지 당사자능력의 유무를 직권으로 조사하여 판단한다. 당사자능력은 직권조사사항이므로 청구인의 주장이나 기타 필요한 소명자료가 제출되지 않았다고 하더라도 이에 구속되지 않고 직권으로 조사를 하여야 한다. 재판장은 청구인의 청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다. 보정명령에 의한 보정이 있는 때에는 처음부터 적법한 심판청구가 있는 것으로 본다(법 제28조 제1항, 제3항). 보정명령의 요구에 응하지 아니하거나 그 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에는 지정재판부 또는 전원재판부에서 그 심판청구를 각하한다(헌재 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 전원재판부 결정).

헌법소원심판사건은 3인으로 구성되는 지정재판부에서 법률상의 요건에 대하여 사전심사를 담당하게 할 수 있으므로 그 지정재판부에서 직권조사의 결과 당사자능력이 흠결되어 있는 것이 판정되면 결정으로 심판청구를 각하하게 된다(법 제72조 제1항, 제3항).

다만 당사자능력의 흠결을 쉽게 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 재판부는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 하고 이에 따라 보정을 명하였는데도 이에 불응하거나 보정하지 아니할 때에는 재판부는 결정으로 이를 각하한다(법 제28조 제1항, 제31조).

그러므로 헌법소원심판청구에 있어서는 청구인의 심판청구서에 의하여 당사자능력이 없는 것이 명백하여 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하는 경우에는 3인의 재판관으로 구성된 지정재판부의 사전심사에서 그 청구가 부적법하다고 하여 각하한다. 지정재판부는 전원의 일치된 의견으로 각하결정을 하지 아니하는 경우 즉 3인중 한사람의 반대의견이 있어도 각하결정을 못하고 그 헌법소원을 전원재판부에 회부하는 결정을 하여야 한다. 그리고 헌법소원심판의 청구 후 30일이 경과할 때까지 각하결정이 없는 때에는 전원재판부 회부결정이 있는 것으로 본다(법 제72조 제3항, 제4항).

따라서 이 때에는 전원재판부에서 각하여부를 심의결정한다. 전원재판부는 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리한다. 청구의 적법성의 요건은 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 중국결정을 한다(법 제23조 제1항, 제2항 본문)

## 四. 당사자적격

### 1. 당사자적격과 변론능력

당사자적격은 당사자로서 소송을 수행하는 권한을 가지는 것

을 말하며 소송수행의 주체가 될 수 있는 정당한 당사자인가를 따지는 것이므로 앞에서 본 당사자능력과는 구별된다. 당사자적격의 문제는 재판청구수행권한의 문제인 반면 당사자능력의 문제는 재판청구를 할 수 있는 권리의 향유주체가 될 수 있는가 하는 문제이다.

헌법재판에서 당사자적격의 문제는 권리주체로서의 당사자능력은 있으나 별도로 재판을 수행할 수 있는 청구인의 적격을 갖추었느냐 하는 정당한 당사자인지 여부의 문제이기 때문에 그 요건을 어떻게 설정하고 받아들여야 하느냐에 관하여 헌법재판의 실무에서도 대단히 어렵고 많이 논의되는 과제 중의 하나이다. 헌법재판에서 당사자적격문제는 재판의 전제조건인 전제성문제와 관련되어 있고 특히 헌법소원심판청구의 전제조건인 법적인 자기관련성 문제와 연결되어 있어서 소송적격 문제와 혼동하기 쉬운 어려운 문제가 많다는 점의 유의하여야 한다.

당사자적격의 이론은 곧 재판청구는 원칙적으로 자기의 권리구제를 위하여 하는 것이지 제삼자의 권리구제를 위하여 하는 것은 부적법하다는데 근거를 두고 있는 것이다. 그것은 자기의 권리구제를 위해서만 소송수행권을 가지며 타인의 권리에 대하여 제3자가 소송을 하도록 하는 것은 민주헌법의 기본원리인 자기책임의 원칙에 반할 뿐 아니라 헌법질서의 수호와 법적 안정성을 위하여 바람직하지 못하여 나아가 민중소송과 남소로 인한 법질서의 혼란을 막는 장치되 된다는 것이다.

헌법재판에 있어서의 당사자적격문제는 헌법재판 (또는 소원)을 하여 자기의 기본권을 구제 받을 수 있는 적합한 자격이 있는 자가 청구할 권한이 있다는 것을 말하는 것이므로 당사자 자신이 유효하게 소송행위를 할 수 있는 행위능력과 관련시켜 이

해하는 소송능력과도 구별되는 개념이다. 그리고 자신의 소송행위를 법원에 대하여 유효한 의사표시를 하고 변론하는 변론능력과도 구별되는 것이다. 특히 변호사의 선임이 강제되는 헌법재판소에 있어서는 청구인 자신이 변호사가 아니면 모든 소송행위를 수행할 수 없으므로 청구인은 당사자능력과 적격을 갖추고 소송능력이 있다고 하더라도 원칙적으로 변론능력이 없다고 보아야 한다.

당사자적격은 위헌심판청구를 하고 그 청구의 당사자로서 위헌결정을 받을 적합한 자격이 있는가의 문제이기 때문에 그 위헌심판청구인이 누구인가를 가려내는 당사자의 확정과도 구별이 된다.

그리고 당사자적격을 특정한 구체적인 사건과 관련해서 이해관계를 가진 자인가를 검토하여 결정하는 문제인 점에서, 일반적인 사건에서 당사자가 될 수 있는 권리의 주체로서 일반적 권리능력을 가졌는가의 유무를 검토하는 당사자능력과 구별되기 때문에 공권력에 의하여 자기의 기본권이 침해되었다고 주장하고 소원을 청구할 수 있는 권한이 있는 자인가를 다루는 소원적격의 문제와 더불어 다루어진다는 점에 특히 유의하여야 한다.

당사자적격문제는 실체법상의 권리와는 무관하게 절차적인 측면에서 당사자가 될 자격이 있느냐에 의하여 정하여지는 본안전의 소송법적 개념이므로 실체법상의 내용인 청구인의 권리주장이나 청구의 이유유무에 따라 결정하는 본안적격과도 구별되는 것이다. 따라서 당사자적격과 변론능력의 문제는 적법한 헌법재판소의 청구로 취급받고 재판을 진행하는 필요적 소송요건이므로 헌법재판소의 직권조사사항이며, 그 흠결을 보정할 수 없을 때에는 본안전의 종국결정으로서 각하를 하는 것이다. 각종 헌

법재판의 심리절차에 있어서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판을 청구하거나 심판수행을 못하나 재판장은 변호사의 선임 없이 청구된 경우에 이를 무조건 각하하는 것이 아니라 보정할 수 있다고 인정되는 한 상당한 기간을 정하여 대리인선임 등의 보정을 요구하여야 한다.

헌법소원심판청구인은 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 국선대리인선임신청을 할 수 있다. 국선대리인선임신청을 기각결정한 때에는 지체없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 보정기간과 국선대리인 선임신청일부터 그 통지를 받은 날까지의 기간은 청구기간에 이를 산입하지 아니한다. 변호사를 대리인으로 선임하라는 보정을 명하였음에도 불구하고 대리인의 선임이 없을 경우에는 그 심판청구를 각하한다. 헌법소원심판청구의 경우에는 3인으로 구성되는 지정재판부에서 심의, 보정을 명한 후에 심판청구를 각하한다(법제25조, 제28조, 제38조, 제70조, 제72조 제3항 참조). 당사자적격이나 변론능력의 요건은 본안전요건이므로 본안심리를 한 후 그 청구가 이유없다고 하여 기각결정을 하는 본안적격의 문제와도 구별되는 것이다.

## 2. 정당한 당사자

헌법재판에서 다투어지는 법률관계의 주체는 당사자적격을 가져야 하는 것이며 청구인이 주장하는 헌법상의 기본권과 관련하여 권리관계의 존부의 확정으로 권리구제가 되는 법률상 이해관계를 가지는 자를 정당한 당사자라고 한다. 헌법재판에서의 정당한 당사자는 심판사항에 따라 확정되는데 이를 다음과 같이



구분하여 볼 수 있다.

### 가. 객관적 헌법질서수호의 심판청구인

헌법재판의 핵심적인 제도 중의 하나로서 확립된 위헌법률심판(법 제41조)과 탄핵 및 정당해산심판(헌재법 제48조 및 제55조)은 청구인의 주관적인 권리보장의 면보다는 객관적인 헌법의 기본질서를 수호하는 면을 중요시하는 객관적인 헌법질서수호의 청구라고 할 수 있다. 그러므로 그 청구당사자도 국민 개개인이 하는 것이 아니고 헌법기관인 법원(제정법원), 국회법제사법위원장 또는 정부가 되는 것이며 일정한 법정요건을 갖춘 전제요건으로서 결정, 의결, 심의의 유무에 의하여 심판청구의 적합성을 판단하게 된다(법 제41조, 제48조, 제55조).

위헌법률심판에서는 당해 사건을 담당한 법원이 직권으로 결정하여 제청한 경우에는 그 제청법원이 정당한 당사자로서 당사자적격을 가지며, 그 전제된 당해사건의 당사자의 신청에 의한 결정으로 제청한 경우에는 그 제청신청인도 준당사자로서의 적격을 인정하여 결정문에 표시하고 있다(헌재 1992. 1. 18. 선고, 89헌가8호, 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104호 결정문참조).

탄핵심판에서는 국회의 소추결정에 의하여 소추되며 소추위원은 국회법제사법위원회위원장이 된다(법 제48조, 제49조 제1항). 정당해산심판에서는 정부가 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판청구를 할 수 있으므로 청구인은 정부이며 피청구인은 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 하여 해산을 요구당하는 당해 정당이 된다. 각종 헌법재판절차에 있어서 정부가 당사자인 때에는 법무부장관이 이를 대표하게 된

다. 이러한 관계법규정에 따라 당사자적격을 판단하고 당사자를 결정문에 표시하게 된다(법 제55조 제25조 제1항).

#### 나. 주관적 기본권구제의 심판청구인(권리보호의 이익)

국가, 지방자치단체 또는 공공단체의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리를 침해받은 자가 그 기본권의 구제를 청구하는 헌법소원심판(헌재법 제68조)은 청구인의 주관적인 권리보호를 기본으로 하는 심판청구라고 할 수 있다. 그러므로 그 당사자적격은 자기의 기본권침해의 구제를 청구하는 자기권리보호의 이익이 있는가의 유무가 중요한 문제로 판단되며, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자인가에 대하여 여러 가지 관련되는 문제를 가지고 당사자적격의 유무를 결정하게 된다.

따라서 헌법소원심판에서는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 침해당한 자가 청구인으로서 당사자적격을 가진다. 그리고 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 당해사건을 담당할 법원에 위헌제청신청을 한 당사자가 소원청구인으로서 당사자적격을 가진다(법 제68조 제2항).

헌법소원심판에 있어서는 청구인의 주장과 청구이유에 의하여 권리보호의 이익유무와 당사자적격이 판단되는 것이기 때문에 심판청구서에 의하여도 정당한 당사자가 아님이 판정될 때에는 부적법한 청구라고 하여 각하결정을 하게 된다(헌재 1991. 6. 3. 선고, 89헌마46호 전원재판부결정)

지정재판부의 사전심사에서 직권으로 당사자적격이 없는 것이 명백한 때에는 3인의 지정재판부에서도 심판청구를 각하할 수

있다(헌재 1991. 4. 8. 고지 91헌마53호 제1지정부 결정). 헌법소원심판에서는 당사자적격이 있느냐 없느냐에 대해서 판단하는데 필요한 기본적인 자기권리보호의 이익이 있어야 하는데 그에 대한 심사기준으로서 소원청구인은 자기의 권리가 직접 현재에 침해되고 있는 것을 주장하여야 한다는 원칙을 요구하고 있다.

헌법소원심판의 전제조건인 공권력과 청구인간의 법률상의 관련성 이른바 자기성, 직접성, 현재성이 있느냐의 유무와 깊은 관계가 있고 때로는 이와 결합하여 청구의 적법성을 검토하는 경우가 많다. 그래서 이와 관련되는 청구인의 주관적 적격과 권리보호의 이익을 어떻게 받아들이느냐에 대하여 재판합의때에 많이 논의되고 있는데 이 점에 대하여는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

청구인으로서 권리보호이익의 범주에 속하는 법적인 관련성 이른바 자기성, 직접성, 현재성이 있느냐 하는 문제는 본안심리에서 청구인의 주장과 그 이유에서 판단하여야 하는 경우가 많이 있기 때문에 형식적 요건심사를 기본으로 하는 지정재판부의 사전심사에서 직권으로 각하결정을 할 수는 없다고 보아야 한다. 더구나 본안에 대한 직권서면심리결과에 따라 청구인의 적격이 되는 판명되는 경우가 대부분이기 때문에 본안전의 당사자적격의 문제가 아니라 본안의 소원적격문제로 취급하여야 하는 경우도 가끔 있다. 심리의 결과 본안적격이 없는 경우에는 청구기각의 판결을 하는 것이 합당하다고 하는 이론도 있다는 것을 유의하여야 한다.

우리 헌법재판소는 청구인들의 심판청구가 적법한 것인지 청구인들을 위한 입법의무가 존재하는지의 여부를 본안심리에서 논의하여 판단하면서 자기관련성이 없는 당사자적격문제와 소송

적격의 문제를 구별하지 않고 주관적인 권리보호의 이익이 없다고 판단되면 심판청구가 부적법하다고 하여 각하결정을 하고 있다(헌재 1991. 11. 25. 선고, 90 헌마19호 전원재판부 결정).

#### 다. 공기관권한보호의 심판청구인

권한쟁의심판에서는 자기권한의 존부와 범위에 관하여 주장하는 국가기관 상호간이나 지방자치단체간의 권한보호를 위하여 심판을 청구하는 것이므로 청구인의 적격을 가지려면 국가기관 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼으로 인한 권한보호의 이익이 있어야 한다. 그 국가기관 또는 자치단체의 권한을 침해하였거나 침해할 위험이 있는 다른 국가기관이나 자치단체가 피청구인의 당사자적격을 가지게 된다.

탄핵심판, 정당해산심판 및 권한쟁의심판과 같은 공기관의 권한보호청구는 위헌법률심판이나 헌법소원심판과는 달리 필요적 구두변론에 의하여 심판하게 되어 있다. 따라서 공개법정의 변론기일에 당사자를 소환하여 재판을 진행하여야 하고 그 심판결정문에 그 당사자인 청구인과 피청구인을 확정하여 표시하여야 한다(법 제30조, 제52조, 제58조, 제64조).

헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제62조에 규정된 국가기관과 지방자치단체들의 권한과 의무를 명확히 함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 국가기관 또는 자치단체 상호간의 권한분쟁을 방지하여 권력구조를 규율하는 헌법적 질서를 보호하는데 있는 것이다. 그러므로 권한쟁의심판의 당사자능력과 적격의 문제는 쟁의당사자 상호간에는 독자적인 권리와 의무가

있는 것을 전제로 한 헌법적 법률관계가 존재하여야 한다. 그리고 쟁의심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 권리보호의 이익이 있기 때문에 청구인의 심판청구는 직접적이고 현실적인 위협을 받는 경우에만 허용된다고 할 것이다.

권한쟁의심판의 당사자적격은 헌법재판소법 제62조에 예거한 ① 국가기관을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회와 ② 지방자치단체를 특별시, 직할시, 도, 시, 군, 자치구 등으로 예거한 것에 한한다는 예거주의규정으로 볼 것인가, 아니면 그 정부의 각부처간 또는 국회와 각교섭단체 및 국회의원 상호간의 권한분쟁도 단순한 내부기관 상호간의 권한쟁의가 아니라 헌법기관 상호간의 권한쟁의로서 당연히 포함되는 것이므로 위의 규정은 예시적인 규정에 불과한 것으로 보아야 할 것인가에 대하여 견해가 나누어져 있으나 이에 대하여는 아직 우리 헌법재판소 판례가 없다.

예컨대 국회의원내교섭단체 및 개개의 국회의원이 국회를 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는가에 대하여 예거주의에 의하면 헌법재판소법 제61조, 제62조에 예거한 기관이 아니므로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 국가기관이 아니어서 권한쟁의심판을 청구할 당사자능력과 적격이 없다고 부정하게 되고 이에 근거하여 주장하는 부정설이 있다(헌재 1990. 0. 12. 집수 90헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의사건에서의 국회측 의견 참조).

그러나 예시주의는 헌법재판소법 제62조에 열거되지 아니한 국가기관도 기관상호간의 권한쟁의가 있으면 그에 준하여 헌법기관의 권리와 의무를 전제로 한 헌법적인 법률관계가

존재하는 한 누구나 쟁의당사자가 될 수 있다는 예시적인 규정에 불과한 것이라고 보아야 한다는 견해이다. 이는 독일연방헌법재판소의 판례에 근거한 이론이라고 볼 수 있다. 독일 판례를 보면 헌법에 의해서 일정한 권리·의무의 주체가 될 수 있는 헌법기관은 쟁의청구의 당사자능력을 가지는 것은 당연한 것으로 보고 국회의원은 물론(BVerfGE 62, 1(31f.) ; 10, 4(10ff.) ; 67, 100) 국회의 각 교섭단체 뿐만이 아니라(BVerfGE 1, 351(359) ; 2, 143(166) ; 67, 100) 정당에 대하여 독자적인 당사자능력과 적격을 인정하는 독일연방헌법재판소의 판례가 많이 있다(BVerfGE 4, 27(31) ; 60, 53(62) ; 66, 107(115)).

국회의 원내교섭단체 역시 의회의 활동과 국회의 의사결정에 중요한 기능을 하고 있는 국회법상의 독자적인 단체이므로 당사자능력과 적격을 인정하여야 한다(BVerfGE 1, 351(359))는 판례들을 찾아볼 수 있다. 우리 헌법재판소법에서도 이와 같이 헌법재판의 당사자로 인정하는 것이 바람직하다는 긍정설이 있다(허영, 헌법이론과 헌법(하)).

기관의 권한쟁의심판에서의 기관이라 함은 국가의사형성에 참여하여 국법질서에 일정한 권한을 누리는 헌법상의 지위와 조직을 말한다. 권한쟁의라 함은 국가의 의사형성이 올바르게 이루어지도록 헌법기관이 보유한 권능질서를 일탈하여 행사한 경우에 중립적인 헌법재판소에서 심판을 받음으로써 헌법기관의 권능보호하는 헌법적 가치질서를 보호한다는데 목적이 있는 것이다. 그런데 권한쟁의심판의 구체적 대상은 쟁의자체이고 그에 대한 해석이다 그렇다면 헌법의 문리해석이나 형식논리로 보아서 어긋나는 헌법재판소법 규정이 있을 때에는 서로 갈등적 규정으로 보지 않고 가급적 헌법에 맞추어 해석하여야 하며, 구체

적 쟁의를 해결하기 위하여 헌법해석을 보완하는 절차규정으로 보는 것이 합당하다고 할 때 긍정설이 타당하다고 할 것이다.

### 3. 고발인의 청구인적격

고발인의 청구인적격에 대하여 종래 헌법재판소는 불기소처분에 대한 헌법소원사건에서 자기관련성 요건을 갖추지 못하였다고 하여 인정하지 아니하고 있다. 고소의 형식으로 사건이 접수되었다 하더라도 청구인인 개인적 피해자의 지위에서 제기한 것이 아니고 국가의 수사권 발동을 촉구하는 의미로 고발한 것이라면 헌법소원심판청구의 요건인 자기기본권침해를 당한 형사피해자가 아니므로 법적 자기관련성을 갖춘 것이 아니라고 하여 청구인적격이 없다고 각하하고 있다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89 헌마 234호 전원재판부결정).

그러나 예외적으로 고발의 형식을 취하였더라도 그 범죄의 피해자라고 인정될 수 있으면 청구인적격을 인정하여야 한다는 입장을 취하고 있는데 그에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

#### 가. 범죄피해자로서의 고발인

범죄피해자라고 인정되는 고발인은 헌법소원의 청구인적격이 있다. 이 경우에 범죄피해자의 개념은 넓게 해석하여야 하고 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 좁게 볼 것이 아니라 그 범죄 때문에 법률상 불이익을 받게 되는 자라면 이를 피해자

의 범주에 포함시켜 청구인적격을 인정하는 것이 옳다고 판시하고 있다.(헌재 1992. 2. 25. 선고, 90헌마91 결정 참조)

고발인의 청구인적격에 관한 우리 판례를 살펴보면, ① 초기의 판례는 자기관련성의 충족 및 민중소송적 헌법소원의 배제를 이유로 국민의 일원으로서 국가의 수사권 발동을 촉구하는 의미에 그치는 일반범죄의 고발사건에서 고발인의 청구인적격을 부인하는 입장을 견지하였다.(헌재 1989.12. 22. 선고, 89헌마145;1990. 6. 25. 선고, 89헌마234 ; 1990. 12. 26. 선고, 90헌마20 ; 1990. 12. 26. 선고, 90헌마137 각 결정 참조).

② 그러나 근래에 이르러서는 고발인 자격을 내세웠다고 하더라도 그가 당해 범죄로 인한 피해자라고 인정될 수 있으면 청구인적격을 인정하여야 한다고 판시하고(헌재 1991. 4. 1. 선고, 90헌마65 결정 참조), ③ 범죄의 피해자이면 설사 직접 형사고소 또는 검찰에의 항고절차를 제기한 일이 없더라도 법이 정한 청구기간내이면 헌법소원을 청구할 수 있다고 판시하여 고발인의 당사자적격을 인정하고 있다.(헌재 1992. 1. 28. 선고, 90헌마227 결정 참조)

## 나. 재물손괴죄의 고발인

재물손괴죄는 타인의 재물을 손괴 또는 은닉 기타의 방법으로 그 효용을 해하는 것을 내용으로 하는 범죄로서(형법 제366조), 그 보호법익은 소유권의 이용가치라고 한다.(이재상, 형법신강 각론 I, 1989년, 468면). 그러나 그 범죄의 피해자는 소유권자에 한정할 것은 아니고, 적법한 권한에 의하여 그 물건을 점유·사용할 수 있는 자도 포함된다고 보아야 할 것이다.(일본국 최고재 1970. 12. 22. 선고, 69야1590 판결참조).

그리고 민법은 법인이 아닌 사단의 재산귀속관계에 관하여 이



를 구성원의 총유로 본다고 규정하고 있을 뿐만 아니라(민법 제275조 제1항), 그 구성원은 정관 기타 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다고 규정하고 있다.(민법 제276조 제2항). 그러므로 재물손괴죄에 있어서는 청구인이 무슨 자격으로 고발, 항고, 재항고 및 헌법소원을 청구한 것인가, 청구인 자신을 위 재물손괴죄의 피해자로 볼 여지는 없는가 하는 등이 문제된다.

청구인은 총유재산을 적법하게 사용·수익할 수 있는 지위에 있어 위 재물손괴죄의 피해자 중 1인임에 틀림이 없다고 인정되면 비록 형식은 “고발”이라고 할지라도 실질적으로는 피해자로서 고소를 제기한 것이라고 보아야 할 것이다. 결국 청구인은 이 사건 심판청구 중 재물손괴죄 부분에 관하여 자기관련성 요건을 갖추어 청구인의 적격이 있다고 보아야 한다고 판시하였다.(헌재 1993. 7. 29. 선고, 92헌마262호 결정참조).

#### 다. 직권남용죄의 고발인

직권남용죄는 공무원이나 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 사람의 권리행사를 방해함으로써 성립하는 범죄로서(형법 제123조), 그 보호법익은 국가기관의 공정한 행사를 보호하는 것이다.(이재상, 형법신강각론Ⅱ, 1989년 265면). 그러나 범죄피해자의 개념 또는 범위를 정함에 있어서는 범죄의 보호법익의 주체만이 아니라 범죄의 수단이나 행위의 상대방도 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이므로 직권남용죄의 경우 의무없는 일을 행사토록 요구받은 사람이나 권리행사를 방해받은 사람도 피해자라고 보아야 할 것이다.

예컨대 청구인은 통일국민당 부산 중구 지구당 부위원장으로

서 피고발인으로부터 플래카드의 자진철거를 요구받았던 사실도 있다는 것이므로 비록 보호법익의 주체는 아니지만, 행위의 상대방 또는 위 플래카드의 관리자로서 이 사건 직권남용의 피해자에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 청구인이 직권남용죄 부분에 대하여 고발을 하고 적법하게 항고, 재항고를 거쳐 헌법소원을 청구한 것은 정당한 청구인으로서 그 적격을 갖추었다고 보아야 한다고 판시하였다.(헌재 1993. 7. 29. 선고, 92 헌마262호 전원재판부결정).

### 라. 피해자가 아닌 고소권자

피해자가 아닌 고소권자도 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구할 자기관련성이 있느냐 하는 것이다. 헌법 제27조 제5항(형사피해자의 진술권)과 형사소송법 제294조의 2(범죄피해자의 진술권)의 규정에 의하면 재판절차상의 진술권은 문면상 범죄피해자에 국한하여 인정된다고 볼 수 있다. 따라서 피해자의 형인 청구인이 범죄피해자의 재판절차상 진술권을 침해받을 수 있는 지위에 있는지에 관하여는 의문의 여지가 있다. 그러나 청구인은 피해자는 아니지만 형사소송법 제225조(비피해자인 고소권자)에 의한 고소권자로서 이 사건에 관하여 고소를 제기할 수 있는 것이므로, 검사가 위 고소사건에 관하여 편파적인 수사와 자의적인 판단으로 불기소처분을 한 경우에는 헌법 제11조에 의한 평등권을 침해하였다고 할 것이다. 그렇다면 청구인은 이 사건 심판청구에 관하여 자기관련성이 있다고 할 수 있다. 그리고 고소장을 제기하지 아니한 청구인을 고소인으로 인정할 수 있느냐 하는 문제가 있다. 일반적으로 고소는 서면

또는 구술로 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하고 구술에 의한 고소는 처벌을 요구하는 의사표시를 조서작성시에 하면 된다.(형사소송법 제237조). 고소조서는 반드시 독립된 조서일 필요가 없고 수사기관이 고소권자를 참고인으로 신문한 경우에 그 진술에서 범인의 처벌을 요구하는 의사표시가 조서에 기재되었을 때에는 고소의 요건은 구비되었다고 보고 있는 것이다.(대법 1985. 3. 12. 선고, 85도109 판결 및 1966. 1. 31. 선고, 65도 1089 판결 참조). 청구인이 교통사고 발생 후 경찰서에서 참고인으로 진술하면서 피고소인에 대하여 교통사고의 책임이 있다고 주장하고, 그 처벌을 원한다는 의사표시가 그 진술조서에 기재되어 있을 때에는 정식 고소장을 제출한 사실도 없고 직접 피해자는 아니지만, 피해자가 아닌 고소권자로서 참고인 진술시에 구술에 의한 고소의 의사표시를 분명히 하였으면 고소인이라고 보아야 하는 것이다. (헌재 1993. 9. 27. 선고, 93헌마 14호 전원재판부 결정 참조).

## 4. 집단과 공동대표

### 가. 집단대표의 당사자적격문제

법인이나 권리능력없는 사단이나 재단이 아니면서 공통된 이해관계를 가진 하나의 집단이 권리침해의 대상이 되어 헌법소원의 청구주체가 될 수 있는 가 하는 것이 헌법재판에서는 가끔 문제가 된다.

현대사회가 발전하면서 사회생활에 공통된 집단적 이해가 부각되기 시작했고 이것이 사회전체의 이익과 결부되어 집단적피해로부터 사회공익을 구제하기 위해 새로운 집단이 출현하여 그 대표자가 그 집단의 권리보장을 청구하는 소원청구가 늘고 있

다. 이러한 집단은 법인도 아니고 권리능력없는 사단이나 재단도 아니면서 사회공동체의 공통된 권익을 구제하기 위하여 하나의 집단을 형성하고 그 대표자가 헌법소원심판을 청구하는 경우이다. 이들은 개인적인 재산적 이익이나 손실보다는 사회공동생활의 사회적 조건이나 공익을 헌법적으로 보장하는 것이라고 하여 재판을 청구하고 있는데 이것이 새로운 사회문제로 부각되고 있는 것이 작금의 세계적인 현상이다. 이러한 현상은 필연적으로 집단구성원의 기본권침해를 구제하기 위하여 집단이나 집단의 공동대표가 헌법재판을 청구할 수 있는가 하는 새로운 문제로 대두되고 있다. 최근에 우리 사회에서도 사회적 공동이익을 보장하기 위하여 나타나고 있는 소비자보호단체, 공해 및 환경보호단체, 경제정의실천모임, 공명선거실천시민운동연합 등이 그에 속한다 할 것이다. 이러한 단체들은 그 단체구성원인 피해자 전원이나 시민 모두가 당사자로 직접나서는 것은 사실상로나 법률상으로 적절치 못하기 때문에 하나의 집단을 형성하고 그 단체의 대표자를 선정하여 당사자가 되어 재판청구의 주체로서 헌법소원심판을 청구하는 경우이다.

현대 사회생활에서 나타나고 있는 이러한 집단적 이해를 구제하는 길은 종래의 소송법체제의 이론으로는 소송당사자로 받아들일 수 없는 경우가 많다. 그래서 다른 법률로서 구제받을 수 없는 경우에 헌법소원으로 구제받을 수 있게 한 헌법재판제도하에서는 이를 달리 이해하여야 할 것이다. 지금까지의 민사 또는 행정소송법이론으로는 당사자적격을 인정하지 않는 새로운 집단이나 그 대표자에 대해서도 그 집단의 공동이익을 보장받을 수 있도록 그 길을 찾아 주어야 하는 것이 헌법소원제도에 걸맞는 이론이라고 이해하여야 할 것이다. 따라서 특정한 집단이나 그

대표가 청원청구를 하였을 때 그 단체나 그 단체의 공동대표자에 대하여 당사자적격을 인정할 것인가에 대하여 종래와는 달리 새로운 법률문제로 부각시켜 여러 가지 검토하여서 이를 받아들여야 할 것이다. 미국에서는 공동피해자들이 집단소송(class action)의 경우에 그 집단을 새로운 형태의 권리주체로 보고 이를 받아들여 그 대표자에게 당사자적격을 인정하고 헌법재판을 적극적으로 확대해 가고 있는 판례를 가급 찾아 볼 수 있다. 독일의 단체소송(Verbandsklage)에 있어서도 종래와는 달리 각 법률 분야마다 일정한 조건을 갖춘 경우에는 그 단체와 그 대표자에게 당사자적격을 인정하는 쪽으로 폭넓게 적극적으로 받아들이는 새로운 이론을 확대 원용하고 있다. 우리 나라는 아직까지 소송법상 허용하는 범위내의 선정당사자제도로써 집단소송의 대표자를 정할 수 있는 기능을 활용하는 경우 외에는 인정하지 않는 것으로 이해하고 있다. 그러나 선정당사자제도는 성질상 집단의 공동이익을 대표하는 집단소송과는 다르며 그 당사자의 법적 지위와 법적 기능이 본질적으로 다를 뿐 아니라 소송구조적 측면에서도 동일한 문제로 다룰 수 없는 여러 가지 문제가 있다.

그러므로 이에 대하여 입법론적 개혁이 없는 한 헌법재판에서 적극적으로 풀어나가야 할 것이다. 현대생활에서 절실한 집단의 공동이익을 보장하는데 필요한 범위 내에서 헌법소원심판청구를 할 수 있도록 당사자의 지위와 적격을 인정하는 쪽으로 연구되고 검토하여야 할 것이다.

#### 나. 공동대표의 당사자적격문제

헌법은 국가의 최고법이며 모든 법률의 기초가 되는 모범이기 때문에 헌법의 개별조문들을 보면 일반 법률처럼 자세하게 구체적으로 규정되어 있지 않고 광의적이고, 개방적이며 실천규범으로서 완비되지고 않은 불확정적 규범이다. 이러한 헌법규범의 본질성때문에 헌법재판절차에 있어서는 일반 소송절차보다 합리적이고 통제할 수 있는 새로운 재판절차가 절실히 요구된다. 법치주의 기본인 법적 안정성과 통일성을 마련해 주어야 하는 헌법의 규범성 확보가 강하게 요청되고 있기 때문에 우리 헌법재판소법에서도 위헌법률심판과 헌법소원심판절차에서는 직권주의와 서면심리를 기본으로 하고 있다. 그렇다면 그 헌법재판을 청구하는 청구인에 대하여 당사자를 확정하고 적격을 인정함에 있어서도 일반 소송법상의 문제와는 달리 이해하고 헌법재판절차도 그에 알맞도록 수용할 수밖에 없다고 할 것이다.

헌법상 보장된 기본권은 국민의 개인적 권리인 동시에 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무가 있기 때문에 국민은 누구나 헌법재판을 청구할 수 있도록 그 방법을 제도적으로 확보하여 주도록 하여야 할 것이다.

헌법재판의 이러한 법적 확실성 및 예측가능성을 마련해 주는 공익적인 특성으로 인하여 고려하여야 할 것은 종래의 법제에서는 인정할 수 없는 집단이나 공동대표의 대표자인 제3자에게도 당사자적격을 인정하여야 한다는 것이다. 최소한 공익적 권리보호의 필요성이 있을 때에는 그러한 사회의 존재적 요소들을 끌어들이 헌법재판에서는 예외적으로나마 이를 인정하도록 하는 것이 불가피하다고 할 것이다.

물론 모든 법률을 공법과 사법으로 구분하는 우리의 전통적인

법체계에서 보면 중대한 변화를 가져오는 이론이라고 많은 논란이 제기될 수밖에 없는 문제이다.

그러나 헌법재판의 당사자로 등장하는 그 집단이나 공동대표의 당사자는 헌법적 정의구현과 헌법적 가치질서의 수호를 위하여 불가피하게 나타난다고 할 수 있다.

나아가 그 집단이나 그 대표당사자는 타인의 권리침해라는 측면보다 공익의 대표로서 시민의 공통된 이해를 구제하기 위한 헌법상의 생존권적 기본권의 문제로 볼 때 헌법재판에서만은 이들에게 대표당사자적격을 갖추었다고 인정할 수도 있다고 할 것이다.

헌법재판소법 제25조 제1항에 의하면 각종심판절차에 있어서 정부가 당사자인 때에는 법무부장관이 이를 대표한다고 하여 대표당사자적격을 인정하고 있다. 이와 마찬가지로 사적인 권리구제를 목적으로 하는 것이라고 하더라도 헌법재판에 있어서는 공통된 이해관계가 결부된 공익적 성격이 뚜렷한 생존권적 기본권에 관한 사안에 대해서는 사법적 차원이 아닌 헌법적 차원에서 이를 다루어야 할 것이다.

현재 산업사회에서 불가피하게 요청되는 어떤 부류의 공익적 기본권침해문제에 대해서는 다수인의 권리구제를 집단적으로 할 수 있는 대표당사자소송(미국에서 인정하고 있는 class action) 또는 집단의 공동대표에 대한 당사자적격을 폭넓게 받아들여야 할 것이다. 더구나 최근에 소비자보호단체나 공해 및 환경보호단체 등에서 제기하는 공익적인 차원에서 권리보호가 요구되는 여러 가지 문제들에 대하여 집단적 공동피해자가 단체를 구성하여 문제를 제기하였을 때 그 대표자가 아닌 피해자 전원이 모두 공동으로 당사자가 되어 재판을 청구하여야 한다고 요구하는 것

은 그들 모두에게 절차상의 통지나 재판진행에 참여시켜야 하는 것 등 재판절차상으로도 어려운 문제가 많이 있다고 아니할 수 없다. 더구나 사후적 배상의 문제보다 회복하기 어려운 권리침해를 배제하고 시정하는 사전적 구제의 필요성이 더욱 강력하게 요구되는 국민의 기본권보장은 전통적인 소송법체계에서는 다룰 수 없는 것이 많이 있다.

다른 법률에 의하여 구제절차가 없는 경우에 특별히 헌법에 의하여 기본권을 보장하도록 한 헌법소원제도를 도입한 제도적 의의를 감안해 볼 때 일반 소송과는 달리 헌법소송에서는 폭넓게 대표당사자소송을 수용하고 헌법재판상 필요한 경우에는 공익의 대표자에게 대표당사자적격을 적극적으로 인정하여야 할 것이라고 본다.

#### 다. 단체와 구성원과의 관계

단체는 원칙적으로 단체 자신의 기본권을 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 소원심판을 청구할 수 없다.(헌재 1991. 6. 3. 선고, 90헌마 56호 결정. 판례집 제3권 298번).

입법행위에 의해 단체 또는 정당에 소속된 구성원의 기본권이 침해되었다고 주장하는 헌법소원은 허용되지 아니한다. 단체의 정관에 이와 같은 일을 할 수 있도록 단체에 위임된 경우라 하더라도 단체의 이름으로 청구되는 헌법소원이 단체의 이사 기타 기관이나 그 소속된 사원의 권리침해를 다투는 한 이는 허용되지 않는다는 것이 독일헌법재판소의 판례이다.(BVerfGE 2, 292 ; 4, 96 ; 10, 134 ; 13, 54 ; 15, 256 ; 23, 257).



그러나 단체가 그 소속된 구성원들의 권익을 위하여 헌법소원 심판을 청구할 수 없다는 것에 대하여 많은 문제가 제기되고 있다. 더구나 헌법재판제도가 정착되면서 점차 구성원의 권익보호를 위하여 형성된 기능단체에 대하여 소원적격을 허용하는 쪽으로 확대되어 가고 있는 것이 세계적인 경향임을 각국의 판례와 이론에서 알 수 있다.

지금까지의 우리 법제하에서는 단체와 구성원은 서로 별개의 독립된 권리주체이고, 기본권은 일신전속적인 성질을 가지는 것이기 때문에 단체가 구성원들의 이해를 위해 소송을 할 수 없다는 것이다. 따라서 헌법소원심판청구도 개개인의 기본권을 침해당한 권리구제는 구성원 자신이 소원을 제기할 수 있는 것이고 단체가 대신으로 소원을 제기할 수 없다고 보는 것이다. 우리 민사소송법 제48조에서 법인 아닌 단체(사단 또는 재단)도 당사자능력을 인정하고 있으나, 우리 대법원은 단체의사를 결정할 기관과 대표자가 있고 단체구성원 개개인과 관계없이 자기재산을 가지고 독립된 사회적 존재로서 활동하는 단체에 대해서만 당사자능력을 인정하고 있다.(대법 1966. 9. 20. 선고, 63다30 판결 참조). 거기에다가 법인격 없는 단체 자체가 당사자능력을 가지는 경우라고 하더라도 그 내부기구에 지나지 않는 예컨대 한국기독교선교단, 대한불교조계종총무원과 같은 내부조직에는 당사자능력마저 인정하지 않고 있다.(대법 1957. 12. 5. 선고, 57민상244 판결 대법 1967. 7. 4. 선고, 67다549 판결 참조).

따라서 그 단체 자체가 기본권을 침해당한 경우에는 그 단체 이름으로 헌법소원을 청구하는 것은 모르되 그 단체의 구성원 각자의 기본권침해를 구제하기 위하여 그 단체가 결성되었다고 하여도 단체구성원의 기본권침해문제를 가지고 그 단체 이름으

로 청구인이 되는 것은 당사자적격을 인정할 수 없다는 것이 지금까지의 소송법이론이다. 예컨대 변호사회나 의사회 등은 그 구성원의 이익을 위하여 소원을 청구할 당사자적격이 없다는 것이다.(BVerfGE 10, 134 ; 11, 30(35)).

우리 헌법재판소법상 헌법소원 역시 형식논리로 살펴보면 기본권을 침해받은 자만이 청구할 수 있도록 되어 있고, 소원제도의 본질이 주관적 권리보호에 주된 목적을 두고 있어서 사적 자치의 원칙에 따라 권리구제의 청구여부는 기본권을 침해당한 특정인의 의사에 달려 있는 것이라고 볼 수 있고 그 소원심판을 청구하고 유지할 이익을 가지는 자기 기본권을 침해당한 자만이 할 수 있다고 할 것이다. 그러므로 단체는 단체 자신의 권리가 문제된 경우에 독자적으로 단체의 권리침해를 주장하는 것은 별개로 하고 그 소속 구성원의 권리구제를 주장하고 그를 이유로 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 않는다고 보는 것이 다수의 견해이다. 비록 단체를 구성하는데 동의하였다고 하더라도 내부적으로 단체구성원간에 기본권침해여부에 관한 견해와 이해관계가 항상 일치한다고 할 수 없으므로 단체가 일부 구성원의 이익만을 위하여 소원을 청구하는 것은 부적합한 경우가 있다는 것이다. 뿐만 아니라 집단소송을 넓게 받아들이면 헌법소원이 민중소송화될 위험도 있기 때문에 민중소송을 금지하는 우리 법제하에서는 허용될 수 없다는 것이다. 따라서 단체는 단체 자신의 기본권이 침해된 경우에만 단체의 이름으로 헌법소원을 청구할 수 있을 뿐이고, 단체구성원을 위하여 단체가 대신 헌법소원심판청구를 하는 것은 당사자적격이 없다고 보는 것이 헌법재판소의 판례이기도 하다.(헌재 1991. 6. 3. 선고, 90헌마 56호 결정 영화법에 대한 헌법소원심판사건 참조).

## 라. 단체의 당사자적격

단체가 구성원의 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구할 수 없다는 것은 위에서 본 바와 같이 우리 나라와 독일의 다수 견해이다. 그러나 오스트리아 헌법재판소는 스위스와 비슷하게 이러한 경우 그 단체에 대하여 당사자적격을 인정하고 있다.(VrfSlg. 2176).

현대 사회의 구조적 변화에 따라 미국의 연방최고재판소에서 제3자의 당사자적격(Standing rule)의 요건을 점차 넓혀 예외를 인정하고 있는 사례를 찾아 볼 수 있는데 이 이론이 최근에 와서는 독일 등 많은 나라에 영향을 주고 있는 것 같다.

미국 연방최고재판소의 판례를 보면 미국에서도 전통적으로는 소송당사자가 타인의 헌법상 권리를 원용할 수 없으며 따라서 제삼자의 당사자적격은 인정되지 않는다는 원칙을 확인하고 있다.(U.S.V. Rainss(1960), Broadrick v. Oklahoma(1973)).

이 원칙에 대하여 몇 가지 예외를 인정하고 있는데 그 예를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 단체의 이름으로 소송당사자가 되지 아니하고는 헌법상의 권리침해를 스스로 구제받을 수 있는 적절한 방법이 없는 경우에는 일정한 요건을 갖춘 단체에게는 그 소송의 당사자적격을 인정하고 제3자의 권리를 주장할 수 있다고 하였다. 예컨대 흑백인종차별을 목적으로 하는 법규정의 효력을 다투는 사건에서 소송당사자인 흑인을 대표하는 단체에게 제삼자(흑인) 스스로 소송을 제기하는 것이 불가능한 것은 아니지만 그것을 기대하기가 곤란한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 흑인을 대표하는

단체가 제삼자인 흑인의 권리를 주장하는 것을 허용하고 당사자적격을 인정하였다.(1953. Barrow v. Jacksons. U. S 사건판결 중 참조).

둘째, 미국수정헌법 제1조(언론자유)의 영역에서는 그 기본권의 중요성을 고려하여 제삼자의 소송을 인정함으로써 당사자적격의 법리를 확대변경하였다. 표현 및 결사의 자유를 금지하는 대상을 광범위하게 규제하여 모든 행위에 적용될 수 있게 한 법률은 현재 법적으로 직접 자기의 권리를 침해받지 않은 자라 하더라도 그 법률에 대한 합헌성을 다룰 수 있다는 것이다.(Broadrick V. Oklahoma 413. U. S(1973)).

셋째, 그 외에 미국연방최고재판소판례에서 타인의 헌법상의 권리를 가지고 소송을 하는 당사자에게 당사자적격을 인정한 경우의 예를 보면 사회적 정의의나 전문직의 보호를 위하여 불가피한 필요성과 보편성이 있는 경우에는 이를 인정하고 있다는 것을 찾아볼 수 있다.

예컨대 흑백간의 인종관계(Barrow V. Jacksons 사건), 의사와 환자, 교사와 학생, 학부모 간의 전문적인 특별한 직업상의 관계를 다룬 사건에서는 소송당사자에게 제삼자의 당사자적격을 인정하고 있다.(Tileston V. William 사건 Pierce V, Society of sisters 사건 등).

넷째, 단체가 회원의 기본권침해를 이유로 소송을 할 수 있는 것은 집회·결사의 자유, 인종차별의 불평등 등과 같은 헌법상 우월적 지위를 보장한 기본권의 침해에 대하여서는 폭넓게 그 권리구제의 길을 인정하고 있다는 것이다.

헌법에서 우월적으로 보장하는 기본권에 대하여는 일반 법률의 합헌성추정의 원칙을 배제 내지 제한함으로써 다른 분야에서 요구되는 소송법상의 당사자적격요건으로 검토하는 권리침해의 직접성이나 자기관련성을 엄격하게 증명할 필요가 없다는 것이

다. 미국의 전국유색인종지위향상협회(NAACP)에 대하여 알라바마 주정부가 주법에 근거하여 회원각단의 제출을 명하였는데 동협회에서는 이 명령은 회원의 집회·결사의 자유를 침해하는 것이라고 하여 거부하였다.

이에 대하여 미국연방최고재판소는 그 단체가 소속회원의 권리를 주장 원용할 수 있다고 하여 위 협회의 거부주장을 받아들였다. 이 사건에서 단체가 원용한 권리는 회원의 집회·결사의 자유이며, 회원이 독립적으로 소송을 제기하여 자기의 권리침해를 구제받는 것은 사실상 불가능하며 단체를 통해서만 쉽게 구제받을 수 있다는 것을 용인한 것이다. 이 판례는 만약 회원이 독립하여 소송을 제기하여 구제받을 수 있는 것이라면 단체가 회원의 권리를 원용할 여지가 없다는 소송상 원칙을 지키고 있는 것이라고 볼 수도 있을 것이다.(NAACP V. Alabama 357. U.S. 449. (1958) 그리고 Tileston V. William 사건 참조).

단체가 법무부장관으로부터 불순조직으로 지정됨으로써 충성심사위원회에서 그 구성원이 된 공무원을 해고할 수 있다는 Hatch법은 그 단체에 대한 불법지정이 사전고지 및 청문절차 없이 한 것이므로 적법절차에 위반된다고 주장하는 단체로 하여금 그 단체에 소속된 구성원의 권리를 주장하고 보호할 수 있다고 하여 그 단체에 대하여 당사자적격을 인정하였다.

(Joint Anti fascist Refugee Committee V. Mcgrath, 314, U.S. 123(1951)).

이와 같은 예를 유추해 보면 단체가 회원의 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구할 수 있는 사례를 넓혀가고 있음을 쉽게 찾아볼 수 있다 할 것이다.

공권력에 의하여 침해당한 헌법상의 중요한 기본권으로서 구제할 필요성이 단체와 구성원이 실질적으로 동일한 법적 지위관

계에 있다고 볼 수 있을 때 또는 단체에 대한 공권력의 행사가 단체의 구성원이라는 사실로 인하여 구성원의 권리가 영향을 받을 경우에 그 단체는 구성원의 권리침해를 구제하기 위하여 공권력의 합헌성을 다툴 수 있다고 보고 당사자적격을 인정하는 것이 합당하다고 할 수 있다. 그러므로 구성원이 독자적으로 자기의 기본권침해를 주장하고 청구할 수 있는 경우에는 원칙적으로 단체의 소송을 허용하지 않는다고 할 것이나 구성원이 독자적으로 권리구제를 받는 것이 사실상 불가능하거나 기대하기 곤란할 때에는 예외적으로 구성원의 기본권 침해를 구제하기 위하여 단체에 대하여 당사자적격을 인정하는 것이 합당하다고 할 것이다. (1981. 9. 공법연구 광상진의 미국헌법소송상의 당사자적격론과 T. I. Emerson 저 현대미국헌법 참조).

#### 마. 정당과 당원의 법적

정당은 헌법상 그 설립의 자유와 복수정당제가 보장되는 특수한 단체이다. (헌법 제8조 제1항).

헌법이 보장하는 그 정당과 구성원인 당원의 법적 지위나 성격에 관하여는 여러 가지 견해가 대립되어 있다. 그러나 대치적으로 통설에 의하면 정당의 헌법상 지위는 국민의 의사와 국가의 의사를 연결시키는 정치적 중개적 기구로 보고 그 법적 형태는 법인격 없는 사법상의 사단으로 보아야 한다고 할 수 있다. (권영성, 헌법학원론 1992년 179-181면).

그리고 정당의 구성은 정당법의 규정에 따라 중앙당과 지구당의 복합체로 되어 있다고 볼 수 있으므로 (김철수편, 정치관계법 1983년, 42면), 지구당도 단순한 중앙당의 하부조직이 아니라 독립된 단체

로서 역시 법인격 없는 사단에 해당한다고 보아야 할 것이다.

그런데 민법은 법인이 아닌 사단의 재산에 관하여 그 귀속 관계를 구성원의 총유를 본다고 규정하고 있을 뿐만 아니라 (민법 제275조 제1항), 그 구성원은 정관 기타 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다고 명시하고 있다.(민법 제276조 제2항). 이러한 것을 종합하여 보면 정당의 당원은 정당의 재산과 정당에 대한 공무원의 직권남용을 청구할 수 있는 청구인적격이 있다고 보아야 할 것이다. 이에 대한 우리의 판례를 보면, 정당을 법인격 없는 사단으로 보고 있다. 정당의 당원인 청구인은 등록된 정당인 통일국민당 부산직할시 중구 지구당 부위원장으로 재직하는자인 바, 1992. 2. 13 부산지방법검찰청에 자기의 개인명의로 피고발인 등을 상대로 하여 재물손괴 및 직권남용죄의 고발을 하였고, 피청구인이 이에 대하여 혐의없음의 불기소처분을 하자 역시 자기 이름으로 검찰항고절차를 거쳐 헌법소원을 청구하였다.

이에 관하여 청구인은 수사단계에서 자기는 지구당 부위원장이므로 위원장을 대리하여 고발한 것이라고 주장하고 헌법소원절차에서도 형사고소나 고발에서는 민사상의 대리인 경우와 같이 엄격한 현명주의를 요하는 것이 아니므로, 청구인이 통일국민당 부산 중구 지구당의 대리인 자격으로 고발 또는 고소한 것이라고 보아야 한다고 주장한다. 그러나 기록을 아무리 살펴봐도 청구인이 위원장을 대리하거나 위 지구당을 대리 또는 대표하여 고발 또는 고소하였다고 인정할 자료가 없다.

다만, 정당의 법적 지위는 적어도 그 소유재산의 귀속관계에 있어서는 법인격 없는 사단으로 보아야 하고, 중앙당과 지구당의 복합적 구조에 비추어 정당의 지구당은 단순한 중앙당의 하부조직이 아니라 어느 정도의 독자성을 가진 단체로서 역시 법

인격 없는 사단에 해당한다고 할 것이다.

청구인은 위 지구당의 당원 즉 구성원이므로 총유재산인 위 플래카드를 적법하게 사용·수익할 수 있는 지위에 있어 위 재산손괴죄의 피해자중 1인임에 틀림이 없다고 할 것이므로, 비록 형식은 “고발”이라고 하였을지라도 실질적으로는 피해자로서 고소를 제기한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 청구인이 이 사건 심판청구에 관하여 자기관련성 요건을 갖추어 청구인적격이 있다고 판시한 것이다.(헌재 1993. 7. 29 선고, 92헌마262호, 전원재판부결정).

## 五. 청구적격의 제한이유

헌법재판은 원칙적으로 헌법소원심판이나 권한쟁의심판을 청구하는 그 청구인에게 직접 현실적으로 자기권한이 침해당한 경우에 자기권리를 구제받기 위하여 필요한 경우에 한하여 할 수 있다는 것이다. 그러므로 그 심판청구인의 청구적격을 갖추려면 자기의 주관적인 권리보호의 이익이 있어야 하고 또 직접적이고 현실적으로 객관적인 권리침해가 있는 경우에만 허용하고 있다. 이를 헌법재판의 청구요건으로서 청구인이 갖추어야 할 청구적격이라고 하는데 그 요건으로서 이른바 자기성, 현재성, 직접성이라는 법적 관련성이 있어야 권리보호의 이익이 있다는 것이다.

특히 헌법재판중에서 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 침해당한 자가 청구하는 것이므로 그 청구적격요건으로서 법적으로 자기관련성이 직접적으로 현재 있어야 소원청구의 당사자적격을 갖춘 것이



라고 보고 본안심리를 하고 있다.(법 제68조). 권한쟁의심판은 피청구인의 처분 또는 불처분이 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 현재 있어야 한다.(법 제61조 제2항).

그러므로 국민이 법률에 대한 헌법소원을 제기하려면 그 법률로 인하여 직접 헌법상 보장된 자기의 기본권을 직접 현재 침해받고 있는 자라야 한다.

심판청구를 자기의 기본권을 직접 침해받은 자에 한하여 할 수 있게 심판청구권자를 제한하는 것은 헌법질서의 통일성과 법적 안정성을 확보하기 위하여 추상적 규범인 법률의 통제를 무제한으로 허용하지 않으려는 것이며 나아가 헌법질서를 혼란하게 하는 이른바 민중소송을 무제한 허용하는 것을 막기 위한 것이다.

## 1. 소원적격

헌법재판의 대종을 이루는 헌법소원청구에서는 청구인이 갖추어야 할 요건과 권한이 있는 자만이 할 수 있다는 소원적격을 요구하고 있다.

헌법소원을 청구할 권한이 있는 자는 『공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자』 이어야 한다고 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있다. 그러므로 소원청구에는 객관적으로 존재하는 공권력의 행사가 직접적으로 자기의 기본권을 현재 침해하고 있다는 것을 주장하여야 한다는 소원적격을 요구하고 있는 것이다.

소원청구인이 주장하여야 할 구체적인 사항에 대하여 동법 제

71조의 청구서의 기재요건을 중심으로 살펴보면 다음과 같이 나누어 볼 수 있다. 소원심판청구서의 필요적 기재사항인 ① 청구인 및 대리인의 표시 ② 침해된 권리 ③ 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사 ④ 청구이유 ⑤ 기타 필요한 사항을 밝혀야 하는데 여기에서 다음과 같은 소원적격의 요건을 검토할 수 있다고 할 것이다.

첫째 자기의 권리가 침해되었다고 주장할 것(자기성, 당사자적격), 둘째 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 직접 침해당하였음을 주장할 것(직접성), 셋째 현재 바로 자기의 권리가 침해당하고 있음을 주장할 것(현재성) 등이다.

만약 소원청구서에서 이와 같은 소원적격을 적시하지 아니하였으면 그 후의 준비서면이나 재판부의 보정명령에 따라 이를 보완하고 입증하여야 한다.

헌법소원청구인이 주장하는 침해된 권리가 자기의 기본권인지 아닌지는 당사자적격의 적법성의 테두리 내에서 직권에 의하여 객관적으로 심사하여 판단한다.

침해당하였다는 권리가 기본권이 아니거나 기본권이기는 하지만 자기의 것이 아닐 때에는 그 소원은 부적법한 것으로 각하를 한다. 청구인이 주장하는 기본권이 그 공권력에 의하여 직접 침해될 수 있는 것인지, 즉 법적 관련성이 있는지에 대해서 적법성의 요건을 심사하는 단계에서 객관적으로 직권조사하여 판단하게 된다. 이 때에는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 하는 것이 아니라 법률상 가능한 모든 범위 내에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 하는 것이다.(헌재 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호 결정). 그러므로 헌법재판청구서에는 일반 법원의 소장양식과 같이 피청구인이나 청구취지를 기재할 필요가 없다. 만

약 이러한 기재가 있다고 하더라도 그에 구애됨이 없이 소원적격을 직권조사하여 확정하여 판단하는 것이다.(헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190호, 전원재판부결정).

헌법소원심판은 청구인이 현재 바로 자기 기본권이 침해당하고 있는가 하는 자기관련성과 현재성을 심사대상으로 하고 있기 때문에 그 심판청구서에 이에 대한 구체적인 주장이 있어야 하며 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 침해된 권리가 무엇인지 구체화될 수 있는 것으로 볼 수 있어야 하는 것이다.(BVerfGE 56, 146(160) ; 61, 210(232) ; 65, 227(232f)).

스위스나 독일 Bayern 주 헌법은 민중소송을 허용하고 있기 때문에 자기성이 없어도 누구나 추상적 규범통제를 청구할 수 있도록 하고 있으나 다른 많은 나라에서는 전통적인 권력분립의 원칙과 법적 안정성을 확보하는데 결코 바람직하지 않다고 하여 헌법재판소제도를 도입하면서도 추상적 규범통제의 청구권자를 법적 자기관련성의 문제로써 제한하고 있는 것이다. 이에 따라 헌법소원의 청구적격으로서 자기성, 현재성, 직접성이라는 법적 관련성을 갖추어야 하는 것을 요건으로 하고 있는 것이 다수국의 관례이며 입법례이다.(헌재 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호, 1991. 3. 11. 선고, 89헌마 267호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 전원재판부결정 등 참조).

## 2. 심판청구의 적법성

청구의 적법성문제는 심판청구의 적법요건에 관한 문제이므로 청구인의 적격이나 소원적격의 요건보다 더 넓은 개념으로 다루어지고 있다.

헌법소원청구인이 자기의 권리를 현재 직접 침해당하고 있다는 주장은 소원청구의 적법성유무의 판단단계에서 객관적으로 심사된다. 자기의 기본권을 주장하는 것인지, 현재 침해당하고 있는 것을 주장하는 것인지, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기권리가 직접 침해당하고 있는 것인지, 공권력의 법적 성질이 기본권을 직접 침해할 수 있는 것인지 등은 적법성의 단계에서 소원청구의 적법요건으로서 심사대상이 된다. 이러한 적법성의 문제는 소원청구인의 주장에 의하여 적어도 자기 권리의 침해가능성이 있다고 판단될 수 있는 구체적인 것이라야 한다. 그래서 이러한 문제를 가지고 흔히 자기관련성이라는 제목아래 소원적격의 문제와 함께 다루기도 하는 것이다.

그리고 청구의 적법성문제는 소원적격의 문제보다 넓은 개념으로 다루고 있다.

침해의 원인이 되는 공권력의 행사 자체가 존재하지 아니하나, 부작위위헌확인을 구하는 대상인 공권력의 불행사는 헌법해석상 특정인에게 기본권보장을 위한 행위의무 내지 보호의무가 있음이 명백함에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 경우가 아니면 헌법소원의 적법성이 없다고 본다.(헌재 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13호 결정참조).

그러므로 사회안전법에 대한 헌법소원사건에서 법률에 대하여 바로 소원심판을 청구하려면 직접 당해 법률에 의해 권리침해를 받아야 하는데 청구인들이 보안처분을 받고 있는 것은 법무부장관의 보안처분결정에 의한 것이며 사회안전법에 의하여 직접 받은 것이 아니다. 그러므로 그 법률에 의하여 직접 보안처분을 받은 사실이 없는 자가 헌법소원심판을 청구한 것은 권리침해의 직접성을 갖추었다고 할 수 없어 그 소원심판청구는 부적법하다

고 판시하였다.(헌재 1989. 10. 27. 선고, 89헌마105, 125, 125 병합결정판례).

사건수사중에 제기된 검사의 공소권행사에 관한 헌법소원의 적법여부에 대하여 현재 수사중인 사건은 특단의 사정이 없는 한 아직까지 구체적인 공권력의 행사 또는 불행사가 있다고 볼 수 없으므로 소원심판청구는 부적법하다.(헌재 1989. 9. 11. 선고, 89헌마169 결정).

그러나 종결된 수사기록의 열람복사신청을 구두로 하였으나 거부당하였다는 청구인의 주장에 대하여 공권력의 처분이 있는 것으로 보고 당사자적격이 있다고 하여 청구기각을 한 판례가 있다.(헌재 1992. 4. 14. 선고, 90헌마145 결정).

이와 같이 헌법소원청구요건인 자기관련성·직접성·현재성 있는 범위에 까지 한정하느냐 하는 청구의 적법성은 헌법재판권의 한계문제와 관련되어 있어서 상당히 중요한 문제로 다루어지고 있다.

그리고 헌법소원심판의 청구는 적법한 기간내에 제기하여야 한다.(법 제63조, 제69조). 뿐만 아니라 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다(법 제68조 제1항 후단) 고 하고 있다. 이러한 것이 모두 심판의 적법성의 문제로 다루어지고 있다.

그러나 이를 어떻게 이해하고 현실적으로 받아들일 것인가 그리고 헌법소원심판이 아닌 다른 심판사건에서 어떻게 이를 원용할 것인가 하는 것은 재판실무에서 대단히 중요한 문제로 제기된다. 법률로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자를 법적으로 어떻게 이해할 것인가, 어떠한 경우에 자기의 기본권이 직접 침해되었다고 볼 것인가, 언제부터 어느 때까지를 현재의 기본권 침해로 볼 것인가 하는 구체적인 법적 관련성은 곧 법률

에 대한 헌법소송의 당사자적격과 대상의 범위를 어디까지 제한하고 허용할 것인가 하는 적법성의 문제와 직결되는 것이다. 그리고 이러한 심판청구의 적법성을 너무 엄격하게 해석하고 제한하면 헌법재판의 대상과 심판의 범위가 많이 축소되고 나아가 헌법재판소의 위헌심판기능을 부정하는 결과를 자초하게 되고, 반면 이를 지나치게 확대적용하면 헌법의 기본구조인 권력분립 체도를 위협하고 법적 안정성을 해하는 결과를 가져올 우려가 있는 헌법재판제도의 근본문제와도 관련되는 문제라는 것을 유의하여야 한다.

### 3. 소원적격의 요건

헌법재판중 헌법소원심판사건은 당사자능력과 당사자적격이 있고, 적법한 기간내에 보충성의 요건을 갖춘 심판청구라 할지라도 적법한 소원을 청구할 수 있는 청구인이 주장하는 소원요건, 즉 소원적격을 갖추어야 한다. 소원적격은 소원청구인이 구체적 요건을 주장하여야 하는데 그 사항을 보면 다음과 같다.

#### 가. 공권력의 존재 또는 부존재

첫째, 헌법소원청구인은 자기권리를 침해한 공권력의 존재 또는 부존재를 주장하여야 한다.

헌법소원은 『공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있다.』(법 제68조 제1항 본문)고 되어 있다. 여기에서 말하는 공권력은 국가의 입법권, 사법

권, 행정권은 물론 일반 행정청 및 지방자치단체의 공권적 작위 또는 부작위를 모두 그 대상으로 하고 있는 것이다. 이러한 공권력의 행사는 객관적으로 존재하여야 하며 그 공권력에 의하여 자기의 기본권이 침해당하였다고 주장하여야 하므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력이 전혀 존재하지 않을 경우에는 소원청구의 대상이 없는 부적법한 청구라고 하여 각하하게 된다. 예컨대 검사의 불기소처분에 대한 소원심판을 청구함에 있어서 청구인이 고소사실로서 주장한 바 없고 따라서 피청구인인 검사가 처분한 바 없는 사실을 청구인이 헌법재판소에서 새로이 주장하였더라도 이는 공권력이 존재하지 않는 것이므로 이는 심판의 대상이 될 수 없다.(헌재 1990. 12.26. 선고, 90헌마2호 청구인이 고소사실로서 주장한 바 없는 사실을 소원심판으로 한 사건. 전원재판부결정).

따라서 헌법재판소의 심판대상이 아닌 사항에 관한 심판청구는 부적법한 것이다.

예컨대 검사의 약식기소가 청구인의 기본권을 침해하고 있다는 청구부분은 형사소송절차에서 그 기소처분의 위헌성 및 위법성 여부에 대하여 법원에서 충분히 심판받을 기회가 보장되어 있으므로 검사의 공소제기는 독립하여 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없다.(헌재 1989. 3. 17. 선고, 89헌마21호, 1992. 6. 24. 선고, 92헌마104호 결정). 뿐만 아니라 헌법재판소법 제 68조 제 1항에서 헌법소원심판청구에서 제외한 법원의 재판을 심판청구의 대상으로 한 것은 소원적격이 없는 부적법한 것으로 각하되어야 하는 것이다. 예컨대 재판장의 소송지휘나 재판의 지연에 대하여 위헌확인을 구하는 심판청구는 종국판결을 위한 중간적·부수적 재판이거나 준비행위로서 본질상 종국판결에 흡수 포함되어 종국재판의 일체를 이루는 것이므로 결국 법원의 재판

을 심판청구의 대상으로 한 것이어서 부적법하다는 것이다. (헌재 1992. 6. 26. 선고, 89헌마271호 전원재판부결정, 1993. 6. 2. 고지 93헌마104호 지정재판부결정).

그러므로 공권력행사의 존재유무는 헌법소원심판의 본안판단에 들어가는 전제요건이 되는 것이다. 예컨대 진정사건에 대한 수사기관의 내사종결처리는 진정사건에 대한 구속력이 없는 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하므로 진정인의 고소 또는 고발의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니어서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사가 존재한다고 할 수 없어 각하한다.(헌재 1990. 12. 26. 선고, 89헌마227호. 1991)

헌법소원의 심판은 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 국가의 모든 공권력을 대상으로 하고 있다. 『주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다.』(헌법 제1조 제2항)는 헌법이 기본원리에 따라 국민으로부터 나오는 국가권력이 국민의 기본권을 본질적으로 침해할 수 없다는 원칙에 따라 모든 국가권력이 헌법소원의 대상이 되는 것이다. 그러므로 국가의 모든 공권력은 헌법상 보장된 기본권이론에 기속되는 것을 그 기초로 하고 있다. 어떠한 공권력이 헌법소원의 대상이 될 것인가 하는 공권력의 범위를 확정하고 축소하는 구체적 문제에 관하여는 헌법이나 헌법재판소법 어디에도 명시적인 규정이 없기 때문에 헌법재판의 이론과 실무 및 특수성으로 논의될 수밖에 없다. 여기에는 무엇이 공권력이나 하는 이러한 문제를 다루자는 것이 아니고 언제 어떻게 공권력이 청구인의 기본권을 침해하였는가를 다루어 소원적격의 범위와 요건을 해결하자는 것이다.

헌법재판소의 심판대상은 헌법소원의 대상을 무엇으로 하고 있는가에 따라서 달라질 수 있으므로 헌법소원청구인의 선택과



주장에 따라 권리보호이익의 유무와 소원적격의 적법성을 판단하게 될 것이다.

#### 나. 자기기본권의 침해

둘째, 침해당한 자기의 기본권을 주장할 수 있는 자라야 한다.

헌법소원청구인은 자기의 권리가 침해되었다고 주장하여야 한다. 여기에서 “기본권의 침해를 받은 자”란 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 직접적으로 침해당한 자를 의미하는 것이지 간접적 또는 반사적으로 불이익을 받은 자를 의미하는 것은 아니다.(헌재 1990. 9. 3. 선고, 89헌마211호 전원재판부 결정. 1992. 9. 4. 고지, 92헌마175호 지정부결정은 직접성의 요건을 지정부에서 판단하여 각하한 것으로 문제가 있다).

피의자신문없이 한 불기소처분이 고소인의 기본권을 직접 침해하였다고 볼 수 없다.(헌재 1990. 4. 2. 선고, 89헌마262호, 88헌마22호 전원재판부결정). 그리고 소원청구인이 헌법상 보장된 기본권을 주장하는 것이 아니거나 자기의 기본권과 법률상 관련되는 것이 아닌 것을 주장하고 있을 때에는 그 소원은 부적법한 것이다.(헌재 1991. 7. 8. 선고, 89헌마181호 전원재판부). 공권력의 행사의 성격상 피청구인이 누구인지 그로 인하여 기본권을 침해하는 법률효과가 발생하는 것인지 청구인이 주장하는 침해된 자기 기본권이 무엇인지 그리고 현재 침해당하고 있는 것인지 또 자기의 기본권에 대하여 직접 침해하고 있는 것인지 등은 소원적격의 적법성의 문제로서 이와 같은 법적 관련성을 헌법재판소는 직권으로 심사한다.(헌재 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호. 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190호 전원재판부).

침해되었다고 주장하는 기본권을 개인의 권리여야 한다. 그 개인의 권리는 헌법 제2장에 열거된 기본권조항 뿐만이 아니라 헌법 제1조의 국민주권, 제41조의 선거권과 피선거권과 같은 주권적권리도 포함된다.(국회의원선거법에 대한 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 위헌심판, 1992. 3. 13. 선고, 92헌마37,39(병합) 헌법소원 전원재판부결정 1991. 3. 31. 선고, 90헌마28, 91헌마21, 지방의회의원선거법에 대한 헌법소원. 전원재판부결정).

그리고 민주주의적 기본질서를 천명하고 있는 헌법전문 제1조, 제4조의 해석상 국민의 정부에 대한 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)도 이에 포함된다.(1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 공권력에 의한 재산권침해에 대한 헌법소원, 전원재판부결정).

정당과 국회의원은 개인의 권리와 그 지위에 따르는 공권력적 권리를 아울러 주장할 수 있다. 그러므로 그들이 제기한 헌법소원에서 어느 권리를 주장하는지 어느 지위에 무엇을 주장하는지에 관하여 직권으로 심사하여야 하고 그들의 지위와 권한을 침해하였을 때 권한쟁의심판(법 제61조, 제62조)으로 청구하여야 하는 것인지 헌법소원심판청구로서 주장할 수 있는 것인지에 대하여 심사 판단하여야 한다.(헌재 90헌마125호, 91헌마231호 입법권침해 등에 대한 헌법소원, 90헌라1호 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의심판사건 참조). 따라서 헌법소원은 헌법상 보장된 국민의 기본권에 근거하여 헌법재판을 청구하는 것이므로 국제법상의 일반원칙이나 UN의 인권선언등과 같은 일반적 국제규약에 근거한 권리의 침해를 가지고 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 본다.(법 제68조 제1항. BVerfGE 6, 389(440) ; 18, 441(451) ; 41, 88(1060).

## 다. 권리보호의 필요성

권리구제를 받을 수 있는 사실상의 권리보호의 필요성이 있어야 한다.

헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 필요성(이익)이 있어야 비로소 청구할 수 있다.(헌재 1989. 7. 28. 선고, 88헌마65호, 1989. 12. 22. 선고, 89헌마22호 결정 등).

헌법소원을 청구하려면 공권력작용으로 인한 기본권의 침해로부터 자기권리의 구제수단으로 필요하고 적합한 것이어야 한다. 필요하고 적합하다는 것은 현실적으로 소원청구인에게 권리구제의 수단으로 사실상 필요하여 그것이 헌법적 정의에 합당한 경우이어야 한다. 이것을 권리보호의 사실상의 이익 또는 필요성이라고 하는데 헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 현실적으로 사실상 권리보호의 이익이 있어야 심판을 청구할 수 있는 것이므로 청구인의 심판청구가 권리보호의 필요성이 없으면 부적법한 것으로 각하되는 것이다.

예컨대 청구인은 법무부장관의 출국금지조치에 대하여 헌법소원을 제기하였는데 이 사건 심판결정을 선고할 당시에는 이미 해제된 사실을 인정할 수 있으므로 청구인의 심판청구는 권리보호의 필요성이 없어 부적법한 청구라고 하여 이를 각하하였다.(헌재 1990. 1. 6. 선고, 89헌마269호 재산권침해에 대한 헌법소원. 지정재판부사건).

소원적격은 헌법재판소법 제68조 제1항 후단에서 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다는 보충성의 원칙과 관련되는 경우가 있다. 헌법소원은 제도적으로 다른 구제절차가 없는 경우에 헌법재판소가 직접 심판하는 것이며 따라서 다른 법률에 구제절차가 있을 때에는 청

구인에게 소원심판을 받을 이익, 즉 필요성이 없다는 것이다. 일반적인 권리침해는 일반 법원의 재판상 구제수단 등 법률에 의하여 제도적으로 확립된 절차에 의하여 구제하는 것을 원칙으로 하고 헌법소원은 그에 의하여 구제될 수 없는 기본권침해에 대하여 이차적 특별구제수단으로서 마련한 헌법상의 제도이기 때문이다. 그러므로 공권력의 행사가 헌법재판소의 재판전에 취소되었거나 법률이 폐지되었을 때에는 원칙적으로 부적법한 것으로 권리보호의 이익이 없는 것으로 각하되는 것이다. 그러나 예외적으로 기본권침해가 이미 끝난 경우에도 헌법적인 문제의 해명이 미결로 남아 있어서 계속 기본권침해가 지속될 수 있고 또는 해당 기본권의 중요성이나 법적 문제의 근본적인 중요성이 있어서 침해된 법익을 보호할 필요가 있거나 반복의 위험성이 있는 때에는 헌법소원심판을 받아야 할 권리보호의 이익이 여전히 인정되는 것이므로 소원심판의 필요성이 있다고 하여 본안재판을 할 수 있다.(헌재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 사회보호법 제5조의 위헌심판 전원재판부 결정, 1989. 12. 18. 선고, 89헌마 32,33(병합) 국가보위입법회의법 등에 관한 헌법소원, 전원재판부결정. BVerfGE 52, 42(51f) ; 53, 30(55) ; 65, 317(321) ; 69, 315(341) ; 76, 83(89) ; 76, 363(381)).

권리보호의 이익은 그러한 침해가 없었으면 그러한 결과가 되지 않고 다른 결과가 되었으리라는 것을 필요요건으로 한다. 헌법소원의 적법성 요건으로서의 권리보호의 이익은 그 본질상 기본권보장수단임과 동시에 객관적인 헌법질서의 보장수단이기 때문에 일반 소송법상의 소의 이익과는 다른 차원으로 보아야 한다. 위헌적인 공권력작용이 제거되거나 소멸하였다 하더라도 헌법규범의 실효성을 확보하기 위하여 필요할 때에는 헌법판단을 하여야 한다는 것이다. 따라서 규범에 대한 헌법소원은 헌법재

판소의 불합치선언이 기대될 수 있거나 한정합헌을 선언하는 것이 필요한 경우에는 권리보호이익의 필요성이 있는 것으로 보아야 한다는 것이다.

그것은 그로 인하여 청구인에게 보다 유리한 새로운 규정이나 해석에 의하여 권리구제의 혜택을 받을 수 있는 기회를 열어주기 때문이다.(BVerfGE 22, 349(360ff) ; 32, 157(163)).

그러므로 헌법소원의 보충성의 원칙은 소원의 적법요건이기는 하지만 충분조건이 되는 것은 아니며 사정변경에 따라 권리보호의 이익이 있을 때에는 심판청구의 적법성을 가지고 다시 심사하여야 하는 것이다. 즉 법률에 정한 구제절차를 모두 거친다는 것은 소원청구의 요건이기는 하지만 그것만으로는 소원이 적법하기 위한 충분한 조건을 모두 갖춘 것이 아니어서 별도로 권리보호의 필요성을 심사하여야 하는 것이다. 따라서 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원청구인에게 중대하고 회복할 수 없는 손해를 입게 되는 경우에 또는 전심절차로 권리구제의 가능성이 거의 없거나, 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 원칙에 대한 예외로서 즉시 헌법소원심판을 할 수 있다.(헌재 1989.9.4. 선고, 88헌마22호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 결정. BVerfGE 59, 1(19) ; 69, 233(241)).

그리고 기본권침해에 대한 일반 법원의 법률해석이나 판례를 살펴 볼 때 종전의 이러한 판례와는 전혀 상이한 재판이나 법률해석의 변경이 없는 한 권리구제를 받을 수 없는데도 불구하고 반드시 다른 법률의 구제절차를 거치게 하는 것은 객관적으로 기대가능성이 없는 경우에 해당하는 것이므로 보충성의 원칙을 고집할 수 없는 것이다. 그리고 일반 법원의 준항고

절차까지 밟아 접견금지처분을 취소하는 결정이 있음에도 불구하고 이를 무시한 채 재차 접견거부처분에 이르렀다면 청구인에게 다시 준항고절차를 거치게 하는 것은 주관적으로 기대가능성이 없는 경우에 해당하는 것이므로 그것이 절차법적이든 실체법적 이유이든 그 절차를 모두 거치게 할 필요가 없는 것이다.(헌재 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133호, 1991. 7. 8. 선고, 89헌마181호 결정. BVerfGE 9,3(7f) ; 27, 88(97) ; 61, 319(341) ; 62, 117(144) ; 68, 376(381)).

독일연방헌법재판소는 보충성의 원칙의 영역에 있어서도 이러한 점을 고려하여 소원청구의 가능성을 검토하고 권리보호의 필요성에 대하여 재판부의 재량으로 이를 판단하고 있다.(BVerfGE 53, 30(52ff) ; 69, 233(241) ; 77, 381(401/7f)).

## 라. 법률상 권리보호의 이익

법률상 권리보호의 이익이 있어야 한다.

헌법소원은 누구나 청구할 수 있는 것이 아니고 공권력에 의해 헌법상 보장된 자기권리가 침해되었다고 주장할 수 있는 법률상의 요건을 갖춘 특정인만이 할 수 있다. 따라서 법률상 권리보호의 이익이 있는 청구로 간주되지 아니하면 이를 허용하지 아니하는 것이다. 기본권침해에 대한 사실상의 권리보호의 필요성이 있다고 하더라도 법률상 소원으로 구체받을 수 있는 권리보호의 이익의 요건을 갖추어야 하는 것이다. 그러므로 법률상 실질적 또는 형식적 요건을 갖추었을 때 권리보호의 이익이 있다고 하여 본안심판을 한다. 따라서 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원에서는 그 심판대상이 되는 범죄사실이 심판당시에 공소시효가 완성되었으면 법률상 권리보호의 이익이 없다고 하여 각하하

는 것이 우리 판례이다.(헌재 1989. 4. 17. 선고, 88헌마3호, 1989. 7. 28. 선고, 89헌마65호, 1990. 4. 2. 선고, 89헌마185호, 1992. 12. 24. 선고, 92헌마186호 결정 등).

그러나 이 판례에 대해서는 헌법소원청구가 있으면 접수일부터 시효중단의 효과를 인정하여야 한다는 견해와 권리보호의 필요성이 있으면 법률상 권리보호의 이익을 요구할 필요가 없다는 반대의견도 있다.(헌재 1993. 9. 27. 선고, 92헌마284호 전원심판부결정. 재판관 한병채, 이시윤, 김양균의 반대의견과 변정수의 반대의견 참조).

헌법재판소는 국민의 기본권침해에 근거한 적법한 헌법소원의 범위 내에서 실질적 요건을 갖추었을 때 헌법을 척도로 한 합헌적 질서를 유지할 권한을 가지고 있다.

국민의 기본권은 헌법에 위반되는 규범이나 법적 근거가 없는 공권력의 개별처분에 대하여 유효하게 제한할 수 있다. 헌법소원은 경우에 따라서는 청구인이 주장하는 기본권이 그 청구를 뒷받침 해주지 못하거나 제3자의 기본권인 경우에도 인용될 수 있다.(BVerfGE 38, 281(299) ; 39, 156(166) ; 45, 272(295)).

그러나 법률규범의 단순한 반사적 효과는 헌법소원청구의 요건을 충분히 갖추었다고 할 수 없다. 법규범의 현실적 효력으로 인하여 같이 손해를 당하고 있다고 주장하는 것은 단지 경제적 이해관계에 관련되어 있다는 주장에 불과한 것이어서 법률적으로는 당해 규범에 간접적인 관련이 있는데 불과한 것이며 실제적으로 그 법률규범과 직접 관련되는 당사자로서의 법적인 권리보호의 이익이 있다고 할 수 없는 것이다.(BVerfGE, 6,278 ; 13, 233 ; 34, 340).

헌법소원심판은 청구인에게 적용된 법률이 헌법에 위반된다는 규범에 대한 것과 공권력의 개별처분이 부당하게 적용하였다는 것을 가지고 심판청구를 할 수 있다.

개별처분이 현존하는 유효한 법규범에 위반됨으로써 개인의 기본권을 침해하는 경우에는 그 공권력의 행사는 법률적으로 합헌적 질서에 위배되는 것이다. 그러므로 공권력의 개별처분에 대한 헌법소원은 헌법보다 하위법률에 위반되는 것을 근거로도 할 수 있을 것이다. 이것은 단순한 법질서의 위반이라 할 지라도 헌법상의 기본권침해를 논증하는 경우에는 헌법적합성의 문제로서 합헌적 질서에 위반되는 것이기 때문이다. 그러나 유의할 것은 헌법상 사법권독립이 보장된 일반 법원의 재판에 있어서는 개별사건에 적용하는 사실관계의 오인 및 단순한 개별규범의 법률해석, 법률상의 구성요건의 확정과 평가, 소송법상의 절차형성등은 기본적으로 헌법재판소의 심판대상이 될 수 없는 것이다.(헌재 1992. 6. 26. 선고, 90헌마73호 한지의사면허교부신청 수리거부처분에 대한 헌법소원사건 및동년 89헌마272호 판결정정 교부신청에 대한 헌법소원, 전원재판부결정).

독일연방헌법재판소에서는 일반 법원의 판결에 대하여 헌법소원을 허용하고 있지만 헌법위반과 관련되는 경우에만 이를 받아들이고 있다. 즉 판결이 법적 근거를 전혀 갖지 않았거나, 고유의 헌법(Spezifisches Verfassungsrecht)을 침해하였거나 또는 위헌법률에 근거하여 판결을 한 경우에 헌법소원에 의하여 취소될 수 있다는 것이다. 일반 법원의 재판에 대한 헌법소원은 직접적으로 헌법적합성에 위배되는 재판에 한정하여 인용하고 있다는 것을 유의하여야 한다.(BVerfGE 1, 418(420f) ; 6, 32(43) ; 38, 281(298f); 40, 56(60) ; 42, 374(385) ; 61, 68(72/75)).

우리 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 『법원의 재판을 제외』하고 청구할 수 있다고 규정하고 있어 이는 헌법에 위반된다고 주장하는 의견이 있다. 이를 어떻게 받아들여야 할 것인가, 형식논리에 따라 모든 형식의 재판을 무조건 제외할 것인가



가 그렇지 아니하고 헌법소원제도에 알맞게 그 재판의 범위를 한정확정하여 실질적으로 축소 해석하여야 할 것인가의 문제는 헌법재판의 관례에서 풀어야 하는데 여기에는 위와 같은 독일연방헌법재판소의 관례가 많은 참작이 되리라고 본다.

헌법소원심판은 법률상 실질적 요건을 갖추었다더라도 헌법상 일반 법원이 가지고 있는 고유한 권한, 즉 소송법상의 절차형식과 판결의 효력 등으로 인하여 권리보호를 받을 수 없는 경우에는 절차법상 요건에 의하여 법률상 권리보호의 이익이 없는 것이므로 부적법하다고 각하하는 것이다. 예컨대 검사의 불기소처분의 대상이 된 피의사실이 공소시효가 완성되거나 확정판결이 있는 등의 면소판결(형사소송법 제326조)의 사유가 명백할 때에는 법률상 권리보호의 이익이 없다고 하여 각하한다.(헌재 1990. 4. 2. 선고, 89헌마185호 검사의 공소권행사에 대한 헌법소원. 전원재판부결정).

그리고 헌법재판소의 결정에 대하여는 불복신청이 허용될 수 없는 것이므로 당재판소의 결정에 대한 불복소원이나 즉시항고는 헌법재판소법상 인정되지 아니하는 것이다. 따라서 청구인의 즉시항고는 그 실체에 있어서 헌법재판소 각하결정에 대한 불복소원이라 할 것이므로 청구인의 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우라고 하여 법률상 권리보호의 이익이 없다고 각하하고 있다.(헌재 1990. 10. 12. 선고, 90헌마170 헌법소원심판청구 각하결정에 대한 헌법소원. 지정재판부결정).

그러나 실무에서 청구인이 주장하는 구체적인 사건의 내용에 대한 그 법률적 평가와 해석에 따라 권리보호의 필요성과 그 적법성의 판단을 달리 할 수 있으므로 소원적격으로서 청구인의 법적관련성 즉 자기성, 직접성, 현재성에 대하여 지금까지 우리

헌법재판소가 취급한 판결을 중심으로 다시 살펴보기로 한다.

## 六. 법적 관련성

헌법소원청구인은 헌법상의 자기권리침해와 공권력의 작용간에 법적인 관련성이 있어야 한다. 헌법소원은 청구인의 기본권을 직접적으로 현재 침해당한 자만 할 수 있는 것을 의미하는 것이지 간접적 또는 반사적으로 불이익을 받은 자까지 할 수 있는 것은 아니다. 따라서 누구든 자기의 기본권에 관계되지 않는 타인의 권리를 위하여 심판청구를 할 수 없다. 이러한 원칙에 반하는 청구절차는 권리보호의 필요성이 없는 부적법한 것으로 보게 된다. 그러므로 헌법소원청구인은 자기의 권리를 구제하기 위한 경우에만 할 수 있다는 법적 자기관련성 헌법소원의 당사자자격 또는 소원자격 요건으로 다루게 된다. 헌법소원은 청구인의 당사자자격 또는 소원자격의 요건으로서의 법적인 관련성이 있어야 하는데 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 현재에 자기의 기본권을 직접 침해당한 경우라야 한다는 것이다.

헌법소원심판청구는 자기 개인의 기본권이 침해된 경우에 그 권리구제를 할 수 있는 주관적인 권리보호의 수단으로 인정하는 제도이기 때문에 자기가 아닌 제삼자의 권리가 침해당한 것을 이유로 하는 소원청구는 원칙적으로 할 수 없다는 것이다.

헌법소원심판을 구하려면 그 청구인이 침해된 자기의 기본권을 주장하여야 하고 또한 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사를 밝혀 현재 자기의 기본권이 침해당하고 있다는 것을 주장해야 한다. 청구인이 기본권의 침해를 주장하는 것이 아

니거나 침해된 기본권이 자기의 것이 아닐 때에는 그 소원심판 청구는 부적법하다고 하여 각하하는 것이다.(헌재 1990. 9. 3. 선고, 89헌마90호, 1991. 9. 16. 선고, 89헌마151호 결정).

청구 자체에 대한 자기관련성은 법률적 관계에 있어서의 관련성이지 사실상이나 단순한 경제적 이해관계에 관련되는 것을 말하는 것은 아니다. 그러므로 헌법소원청구인은 자기의 권리를 주장하여야 하며 자기가 기본권향유주체가 될 수 없는 권리를 주장할 때에는 소원적격으로서의 법적 자기관련성이 없다. 따라서 타인의 권리가 침해당한 것을 가지고 청구한 헌법소원은 당사자적격을 인정할 수 없어 부적법하다는 것이다.(헌재 1989. 4. 15. 선고, 89헌마51호, 1989. 9. 6. 선고, 89헌마194호 지정부 결정)

소원청구인은 공권력작용에 의하여 침해당하였다고 주장하는 자기 기본권이 법적 구제의 필요성과 관련되어야 하는 것이다. 자기권리가 침해당하고 있다는 것은 공권력의 작용으로 인하여 자기의 기본권이 침해되어 법적인 권리구제를 받지 아니하면 그 불이익을 감수하지 않을 수 없는 법률효과가 발생하는 법적 관련성이 있는 행위를 말하여, 아무런 법률효과를 발생시킬 수 없는 사실관계에 불과한 것은 헌법재판으로 구제받을 법적 보호의 이익이 있는 권리침해라고 할 수 없다.

그러므로 행정부의 내부적인 업무관계에 있어서의 신청이나 조치 또는 법률의 공고와 같은 선언적 행위나, 의사결정의 내용이 없는 법률행위의 고지와 같은 사실행위 등은 일반적으로 사실행위에 불과한 법률관계의 형식적 효력이 없는 것이므로 법적 관련성이 있다고 보지 아니하는 것이다.(BVerfGE 20, 162(172) ; 17, 364(368f) ; 43, 108(115f) ; 15, 256(263) ; 35, 366(372) ; 49, 24(49f)).

헌법소원의 대상이 되는 공권력의 부작위는 공권력의 주체

에게 구체적으로 법률상의 작위의무가 규정되어 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않을 때에 이에 의거하여 일정한 행정행위를 요구할 수 있는 법적 관련성을 가지게 된다는 것이다. (헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마163호, 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호 결정. 법원의 부작위 (BVerfGE 10, 302(306) ; 행정부 부작위(BVerfGE 2,287(290) ; 69, 16(167) ; 입법부작위 (BVerfGE 6, 65(76)).

## 1. 자기관련성

헌법소원청구인의 자기관련성은 헌법상의 자기기본권 자체의 보호를 목적으로 청구하여야 한다는 것이다. 헌법소원청구의 요건, 즉 자기성, 직접성, 현재성은 처분소원에서도 요구되는 요건이지만 특히 법규(법률, 명령, 조례 등)에 대하여 헌법소원이 청구되었을 때에 소원적격의 요건으로서 특별히 문제가 된다. 왜냐하면 행정청의 행정처분이나 법원의 판결 등에 대한 소원의 경우에는 위 요건이 충족된 것이 쉽사리 인식되거나 그 분별이 명확하게 나타난다고 할 수 있지만 입법권에 의한 기본권침해의 경우에는 그 법규의 추상성이나 일반성 때문에 위 요건을 충족하였는지 여부를 분명하게 확정할 수 없는 경우가 많이 있기 때문이다. 그러므로 법규소원의 경우에는 소원대상으로 삼은 그 법규범이 스스로 현재, 그리고 직접 자기권리와 관련되어 있다는 주장만으로는 판단할 수 없는 경우가 많기 때문에 헌법재판소는 직권으로 소원청구인의 권리와 직접 스스로 관련되었는지를 심사하여야 한다.(BVerfGE, 1, 101 ; 40, 156 참조). 공포된 법률(법규범)에 대한 헌법소원이 허용될 수 있는 요건으로서 위헌이라고 주장되는 법률에 의해 소원청구인이 자기의 기본권과 직접,

현재 관련되어 있어야 한다는 것이다. 청구인이 주장하는 권리 침해가 제3자와 관련되거나 청구인의 권리침해가 현재에 당하고 있는 것이 아니고 장래에 당할 수 있는 것이라든가 또는 직접적이 아니고 간접적으로 관련되고 있는 경우에는 헌법소원이 허용되지 않는 것이다. 이 때에는 단순히 청구의 이유가 없는 것이라고 하여 기각하는 것이 아니라 소원적격이 없다고 각하하는 것이다. (헌재 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호 국가배상법 제2조에 관한 헌법소원. 헌재 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21호 지방의회의원선거법에 관한 헌법소원, 전원재판부결정).

### 가. 주관적인 자기권리의 침해

법규범에 대한 헌법소원은 관련법규범이 소원청구인의 고유한 자기권리를 침해하였다는 것을 전제로 하는 것이며 그 판단의 기준은 그 법규범이 청구인의 피보호법익을 침해하였느냐의 여부에 두고 있다. 법규범이 청구인 자신에 대하여 직접적으로 규정하지 아니하거나 단순히 제삼자와 관련되어 있을 때에는 헌법소원을 허용하지 아니한다. 따라서 단체가 그 구성원의 이익을 위해 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다. 그러므로 단체나 정당이 그 구성원의 기본권침해를 주장하는 헌법소원 청구는 자기관련성이 없다고 하여 허용되지 아니한다.(BVerfGE, 2, 292 ; 10, 134 ; 11, 30 ; 15, 256 ; 23, 257).

법규범의 무효를 주장하는 경우에는 소원청구인의 주관적 권리가 침해된 경우에만 허용되는 것이고 단지 객관적인 헌법적 질서를 침해하는 경우에는 허용되지 아니한다. 그러므로 소원청구인은 객관적인 헌법질서의 수호의 이익만을 주장하여서는 안 되고 청구인이 자기권리의 보호이익을 주장하고 증명하여야 한

다. (BVerfGE 3, 58 ; 9, 160 ; 10, 89 ; 11, 16).

따라서 법규범의 내용이 입법자의 적극적인 작위나 부작위로 인하여 청구인을 법적 수혜로부터 제외하였다 하더라도 그 법규범의 무효선언으로 인하여 현실적인 법적 이익이 생기지 않는다면 권리보호의 이익이 없는 것이다.(BVerfGE 20, 6).

헌법소원은 침해당한 자기의 주관적인 기본권 자체의 보호를 목적으로 하고 있기 때문에 소원청구인의 권리구제의 측면에서 당해 법규범의 정신과 규정에 대하여 형식적인 면과 실질적인 면을 모두 고려하여 판단하여야 한다. 그 기본권적인 판단기준을 이해하기 위하여 우리 판례를 살펴보면 다음과 같다.

## 나. 자기성에 대한 판례

(i) 청구인의 주장된 권리침해가 단지 제3자에게 관련되고 청구인에게 관련되지 않는 경우에는 당사자적격이 없다고 하여 본안전의 판단으로 그 헌법소원을 각하하는 것이 본안판단에서 이유 없는 것으로 기각하는 것이 아니다. 예컨대 고소사건에 대한 검사불기소처분에 대하여 법규대리인이 아닌 고소인의 부가 임의로 헌법소원심판을 청구한 경우 청구인은 고소인이 아니며 자기의 기본권을 직접 침해당한 자가 아니므로 자기가 관련되지 아니한 소원청구라고 하여 당사자적격의 흠결을 이유로 부적법하다고 각하하였다. 즉 일반 고소사건의 검사불기소처분에 대해 재정신청을 할 수 없도록 규정한 현행형사소송법은 고소인의 기본권보장의 길을 봉쇄한 위헌적 법률이라고 고소인의 부가 헌법소원심판청구를 한 사건에서 고소인의 부는 법률상 자기관련성이 없다는 것이다.

그 결정의 요지를 보면 형사소송법 제260조 제1항의 재정신청에 관한 규정이 재정신청 대상범죄를 모든 범죄로 확대하지 않아 일반 고소사건의 불기소처분에 대하여는 재정신청을 할 수 있는 길이 없도록 법률로써 제한한 것은 헌법에 위반된다는 이유를 가지고 고소인의 부가 헌법소원심판을 청구한 것이다. 여기에서 그 부는 고소인도 아니고 고소인의 법정대리인도 아니며 자기 자신의 기본권이 침해당하였다는 사실을 인정할 수 없는 것이 명백하고 또한 현재에 자기 권리가 침해를 받고 있는 것이 아니므로 헌법소원심판의 청구요건인 자기관련성을 법적으로 구비하지 않았다고 하여 심판청구를 각하하였다.

(헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12호 형사소송법 개정 등에 관한 헌법소원(전원부결정), 1989. 9. 18. 선고, 89헌마187호 소송촉진 등에 관한 특례법에 대한 헌법소원심판. 지정부결정)

고발인은 범죄의 피해자가 아니므로 검사의 불기소처분에 대하여 특별한 사정이 없는 한 자기의 기본권이 침해되었다는 자기관련성이 없어 헌법소원심판을 청구할 수 없다.(헌재 1989. 12. 22. 선고, 89헌마145호, 1990. 12. 26. 선고, 90헌마20호, 1992. 12. 24. 선고, 92헌마186호 결정등).

그리고 고발인의 소장이 형식상 고소사건으로 접수되었다 하여도 실제상으로 형사피해자로 인정되지 아니하는 고발사건인 경우에는 자기관련성이 있다고 할 수 없다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89헌마 234호, 1992. 1. 28. 선고, 90헌마227)

그러나 주식회사의 주주가 자기 회사의 임원을 업무상 횡령으로 고발한 사건에서는 그 회사가 직접적으로 피해자라고 할 수 있지만 동시에 그 회사의 주주는 각자 모두가 피해자라고 할 수 있으므로 그 주주가 고발한 헌법소원심판청구는 자기관련성이 있는 적법한 심판청구라고 하였다.(헌재 1991. 4. 1. 선고, 90헌마65호 결정). 그리고 직접적인 범죄피해자는 고소나 고발한 사실이 없어서 검사의 불기소처분에 대하여 항고나 재항고를 거치지 아니하였다

하더라도 헌법소원을 제기하는 수단 이외에 달리 구제를 받을 방법이 없으므로 이 사건 헌법소원은 적법하게 청구된 것이라고 하여 그 청구인적격이 있다고 판시하였다.(헌재 1992. 7. 23. 선고, 91헌마 142호 전원재판부결정).

(ii) 범규범에 대한 헌법소원은 법률상 권리보호의 이익이 있는 청구인의 고유한 권리를 침해한 경우에만 할 수 있다. 당해 범규범이 형식적인 면과 실질적인 면에서 청구인 스스로가 법률효과의 수혜자라야 한다는 것이다. 예컨대 교전중 적의 포탄에 맞아 부상한 자는 공권력에 의하여 기본권을 침해받고 있는 자라고 볼 수 없으므로 헌법 제29조 제2항이나 국가배상법 제2조 제1항에 대하여 법률상 자기관련성이 없어 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

청구인은 전쟁에서 부상한 상이군인들이며, 자기들의 손해배상을 청구할 수 없도록 한 헌법 제29조 제2항은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권을 기본권으로 보장한 동조 제1항의 예외규정이고, 국가배상법 제2조 제2항의 군인, 공무원, 경찰 등은 전투훈련 등 직무집행에 관련하여 받은 상해는 배상을 청구할 수 없다는 국가배상의 예외규정은 헌법에 위반된다는 것이다. 6.25사변 당시 부상한 상이군인에 대하여 국가배상청구권을 행사할 수 없도록 법으로 규정한 것은 헌법상 보장된 국민의 평등권과 기타 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 하여 헌법소원심판을 청구한 것이다. 헌법재판소는 이 사건에서 청구인의 부상은 적에 의한 것이고 국가측에 의한 것이 아니므로 이는 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 상해를 받은 자가 청구할 수 있는 국가배상법의 요건에 해당될 수 없어 국가에 대하여 법률상 자기권리의 침해를 주장할 수 있는 소원적격을 갖추었다고



볼 수 없다. 따라서 청구인은 법률상 국가에 의하여 자기의 기본권이 침해당하였다고 하여 배상청구를 할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없으므로 본안적격의 문제로 소원심판청구를 각하하였다.(헌재 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호 국가배상법에 관한 헌법소원심판, 전원재판부결정). 그리고 자동차세의 과세표준과 세율을 정하고 있는 지방세법 제196조의 5는 세액산정기준이 합리성이 없고 부당한 납세의무를 부과할 수 있는 것이므로 위헌이라는 헌법소원사건에서 청구인은 납세의무자가 아니고 제삼자인 것이 명백하므로 자기관련성이 없다고 하여 각하하였다.(헌재 1991. 4. 8. 선고, 91헌마53호 지정부결정).

그러나 교육법 제157조, 교과용 도서에 관한 규정 제4조, 제5조에 의하면 모든 중학교교과서를 교육부가 직접 또는 위탁하여 편찬하게 되어 있어 일반 사인은 물론 학교교사라 할지라도 필요한 교과서를 임의로 저작, 발행, 공급을 할 수 없게 봉쇄되어 있으므로 중학교 국어교사인 청구인이 국어교과서에 관한 새로운 구상을 진척시켜 저작, 발행에 착수하고자 하였으나 위 법조문 때문에 그것이 불가능하게 되어 있다고 주장하는 청구인이 이 사건 헌법소원심판청구에 직접 자기관련성이 있다고 판시하였다.(헌재 1992. 11. 12. 선고, 89헌마88호 전원재판부 결정문 판단 3. (가) (1) 부분 참조).

(iii) 단체나 정당이 그 구성원의 기본권이 침해되었다고 주장하는 헌법소원은 허용되지 않지만 범규범에 의하여 정당 자체가 직접적인 권리관계가 있을 때에는 그 정당에 대하여 자기관련성이 있다고 보고 있다. 예컨대 지방의회의원선거법 제36조 제1항 소정의 기탁금규정에 대한 헌법소원심판사건에서 서울특별시 의회의원선거에 후보자가 되고자 하는 자는 자기

관련성이 인정된다. 즉 이 사건 청구인 중 민중당의 경우 시·도 의회의원선거에 있어서 동법 제31조에 정당의 후보자추천을 인정하고 동 제41조, 제45조에서 정당의 선거운동과 선거관여를 허용하고 있으므로 정당은 직접적인 이해관계를 가지고 있다 할 것이며 따라서 자기관련성이 있다고 할 것이다. 그러나 구·시·군 의회의원선거에 있어서는 위와 같은 규정이 없기 때문에 정당이 그와 관련된 법률상의 권리나 이해관계가 있음을 인정할 수 없다.

따라서 청구인 민중당이 위 법률조항에 의하여 직접 기본권이 침해당하였다고 보기 어렵기 때문에 자기관련성을 인정할 수 없어 부적법하다고 하여 각하하였다.(헌재 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21호 지방의회 의원선거법에 대한 헌법소원. 전원재판부 결정).

우리 헌법재판소는 법률에 대한 헌법소원심판청구를 허용함에 있어서 청구인의 법적인 자기관련성문제를 당사자적격의 문제로 볼 것인가 아니면 소원적격의 문제로 볼 것인가에 대하여 명확하게 구분하지 않고 청구의 적법성의 문제로 막연하게 다루고 있다는 것을 유의하여야 한다.

## 2. 현재관련성

현재관련성은 공권력의 작용이 헌법소원청구인에 대하여 현실적인 침해가 있을 것을 전제로 하는 것이기 때문에 소원심판의 대상이 된 공권력(법규범)이 현재 관련이 되고 있는 것이어야 한다는 것이다.

청구인의 자기관련성의 문제로서 공권력의 작용이 현재 관련

이 있어야 하며 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로 헌법소원을 청구하는 것은 부적법하다. 이러한 현재성은 헌법재판의 청구는 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재에 침해되는 경우여야 한다는 것이다. 따라서 공권력이 청구인 자신의 기본권에 대한 침해가 현재 관련될 때 비로소 헌법소원청구 및 심판의 대상이 될 수 있다는 것이다. 자기관련성은 소원청구인 자신이 관련되었는지 아니면 다른 사람이 관련되었는지를 문제삼는 것이며 현재관련성은 소원청구인의 당사자능력과 자기성이 있다는 대전제하에 권리구제의 적격이 있는가의 현실적인 소원적격의 문제를 다루는 것이다. 현실적인 침해가 있는지의 여부는 현실적 사안에 따라 결정될 문제라고 본다.(BVerfGE 1, 102). 가끔 우리는 현재성과 관련되어 있는 문제들을 “직접성”이라는 표제로 다루기도 하는데 이는 원래 법적 관련성과 공권력의 집행행위가 함께 혼재되어 현실적으로 나타나고 있기 때문이다.

현재관련성을 이미 소원심판이 청구되어 있고 그 소원심판의 대상이 아직도 공권력작용의 법률효력에 의하여 권리침해가 현재 계속되고 있는 것을 직권조사하는 것이다.

### 가. 범규범의 현재성

범규범을 심판대상으로 하는 경우에는 소원청구인이 주장하는 권리의 침해와 그 범규범과 인과관계가 있느냐 또는 그로 인한 권리침해가 그 법률에 규정된 구성요건에 해당되느냐 등과 관련하여 문제가 된다.

권리침해의 현재성은 현실적으로 법적인 권리침해가 현재에

관련되어 있어야 한다는 것이므로 단순히 잠재적으로 장래에 관련될 수 있다는 것만으로는 소원심판청구의 대상이 될 수 없다. 헌법소원청구시 이미 권리의 침해가 있어야만 하고 장차 잠재적으로 관련될지 모른다는 단순한 가능성만으로는 충분하지 않다는 것이다.

이러한 현재성이란 미래의 것이 아닐 뿐만 아니라 과거의 것도 아니어야 한다는 것도 함께 포함하고 있다. 이러한 측면에서 헌법재판소는 소원청구인의 권리침해가 과거에 이미 이루어졌고 아직도 현재 관련되어 있는가를 직권으로 심사하여야 한다.

공권력 행사의 법률효과가 아직 발생하지 않았거나 그 법률효과로 인한 소원청구인의 권리침해가 발생하지 아니하였으면 현재관련성이 없다고 할 수 있다.

그러나 법규범의 통제에 있어서는 이미 그 법률이 발효하고 있으면 현재 당장 구성요건을 충족하지 못하였다고 하더라도 법률상 및 사실상의 상황으로 보아 일정한 기간경과 후에 충족하게 되는 것이며, 그로 인하여 권리침해를 당하는 것이 명백하여 그 집행행위를 기다리도록 요구할 수 없는 상황이 성숙되었을 때에는 현재관련성이 있다고 보고 있다.(BVerfGE 24, 289(295) ; 48, 64(79f)). 그러므로 현재성은 청구인의 권리가 현재 침해되고 있는 것 뿐만 아니라 바로 구제하여야 할 필요성이 충족되었다고 볼 수 있는 기본권침해의 중대한 위험성이 있는 경우에는 예외적으로 상황성숙이 되었다고 하여 현재관련성이 있다고 본다. 우리 헌법재판소의 관례에서도 법률에 대한 헌법소원의 경우에 “당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제 요건이 성숙한 때”에는 현재성이 충족 되었다고 하여 헌법소원심판청구를 할 수

있다고 하였다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호 지방공무원법에 대한 헌법소원심판 판결이유 중 참조).

이러한 상황성숙성설에 따라 독일연방헌법재판소에서도 현재 관련성이 있다고 인정하는 사례들을 많이 찾아 볼 수 있다. 즉 선거법이 무소속후보를 정당후보보다 불리하게 취급하고 있는 법률은 연방헌법재판소법 제93조 제2항의 청구기간이 이미 경과하였으나 다음 선거의 실시시기이전에는 무소속후보와 사전관련성이 있다고 판시하여 현재성을 인정하고 있다.(BVerfGE 13, 2(11ff) ; 51, 222(232f)). 그리고 의무교육에 관한 법률에 대하여 현재에는 아직 청구인에게 권리침해가 있는 경우에 해당하지 않지만 곧 의무교육 대상자가 될 아동에게는 적용될 것이 확실하기 때문에 권리침해에 대한 현재 관련성이 있다(BVerfGE 34, 165(180) ; 41, 29(42))고 하였으며, 언론매체법은 그 법이 예정하고 있는 개별적 사안이 아직 계획단계에 있다고 하더라도 언론매체와는 이미 현재 관련이 있다고 보고 있다. (BVerfGE 74, 297(318)).

우리 헌법재판소에서도 서울대학교 입시요강으로 인하여 일반 계열 입시에 불이익을 당하게 될 것이 현재 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재성을 인정하는 것이 옳을 것이며 기본권침해가 눈앞에 닥쳐올 때를 기다렸다가 헌법소원을 청구하라고 요구한다면 기본권구제의 실효성을 기대할 수 없기 때문에 이 사건 헌법소원은 현재성이 있다고 하여 그 청구의 이익을 인정하고 있다.(헌재 1992. 10. 1. 선고, 92헌마68, 76 1994학년도 서울대학교 신입생 선발 입시안에 대한 헌법소원심판사건, 전원재판부 결정문 이유 중 3판단 가(2)).

이와 같이 법률에 대한 헌법소원심판에 있어서는 청구기간과 더불어 법률시행이전단계에 있는 사안이나 시안에 관련하여서는 현재성의 요건을 넓게 판단하기도 하는 것이다. 또 처음에는 합

현이었던 법률이 사실관계의 변화로 인하여 위헌적인 것이 된 경우에는 이로 인하여 청구인 자신의 권리와 현재 관련되었다고 할 수 있는 경우가 있다.(BVerfGE 26, 116 ; 26, 141). 그러나 대부분의 경우에는 청구기간이 경과한 경우에는 기간관의 문제와 더불어 현재성의 유무를 판단한다. 이와 같이 기본권의 침해가 명백하고 구체적으로 구제하는 것이 헌법적 정의에 합당할 때에는 현재성의 요건에 관련되는 여러 기준을 폭넓게 완화하여 기본권구제의 실효성을 충족할 수 있게 해석하고 있다는 것도 유의하여야 한다.

#### 나. 현재성에 대한 판례

청구인의 기본권이 현재 침해 당한 경우라고 판단한 우리 판례를 살펴보기로 한다.

(i) 헌법소원은 청구인의 기본권이 현재에 침해당하고 있어야 하지 장래 어느 때인가 침해당할 수 있을 것이라는 단순한 이유만으로는 현재성이 있다고 볼 수 없으므로 헌법소원심판의 대상이 되지 않는다. 예컨대 그 자신이 고소 또는 고발을 한 사실이 없는 청구인이 형사소송법 제260조 제1항(재정신청의 대상이 되는 범죄를 형법 제123조 내지 제125조에 한정하고 나머지 범죄에 대하여는 재정신청을 할 수 없게 한 것)으로 인하여 장차 언젠가는 권리침해를 받을 우려가 있다고 하여 평등의 원칙에 위반된다고 헌법소원을 청구한 사건에서 청구인이 고소 또는 고발한 사실이 없으면서 단순히 장래 잠재적으로 언젠가 권리침해의 우려가 있다고 하여 헌법소원을 청구한 것이어서 우선 청구인 스스로가 당해규정에 의하여 현재 권리침해를 받고 있어야 하는 자기관련

성의 요건을 갖추지 못하였으므로 현재성이 없는 심판청구라고 하여 부적법하다고 각하한 것이다.(헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12 형소법 개정 등에 관한 헌법소원심판, 전원재판부).

그러나 시·도 의회의원선거에 후보자가 되려는 자가 청구한 지방의회의원선거법 제36조 제1항(기탁금규정)의 헌법소원사건에서는 동법 부칙에서 선거실시기간을 규정하고 있고 정부도 실시할 것을 공약하고 있는 점에 비추어 지방의회의원선거를 법정기일내에 실시할 것이 명백하므로 청구인의 권리침해에 현재성이 있다고 판시하였다.(헌재 1991. 3. 11. 선고, 90헌마28호 등 91헌마21호 지방의회의원 선거법에 대한 헌법소원, 전원재판부)

(ii)현실적인 침해가 있는지 여부는 사안에 따라 결정될 문제인데 그 사안이 현실성이 있다고 본 판례를 보면 다음과 같다.

서울대학교 신입생선발입시안에 대한 헌법소원사건에서 『94학년도 대학입학고사 주요요강』을 작성하여 발표하게 된 경위에 비추어 볼 때 그 요강은 1994학년도 서울대학교신입생선발부터 실시될 것이 틀림없어 보이고 현재 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 청구인들은 서울대학교 대학별 고사의 선택과목에서 일본어가 제외되어 있는 그 입시요강으로 인하여 94학년도 또는 95학년도에 서울대학교 일반계열 입학에 지원할 경우 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재성을 인정하여 소원심판청구의 이익을 인정하는 것이 옳다고 판시하였다.(헌재 1992. 10. 1. 선고, 92헌마 68, 76호(병합), 전원재판부결정).

이는 현재 당장 권리침해가 있는 것은 아니라고 할 수 있으나 가까운 장래에 침해할 것은 명백하고 그때 가서 소원청구를 하였을 때 권리구제의 실효성을 확보하기 어려울 경우에는 예외적으로 현재성을 인정하여야 한다는 것이다.(헌재 1993. 11. 25. 선고 92헌마

293호 정부투자기관예산편성공동지침위헌확인사건의 반대의견 참조. 다수의견은 공권력의 행사가 아니라고 각하하였다. 전원재판부결정).

#### 다. 공권력행사의 종결과 현재성

헌법소원의 대상인 공권력의 행사가 취소되었거나 다른 사유로 이미 종결되어 과거의 것이 되었으면 소원청구인과는 현재관련성이 없으므로 원칙적으로 각하할 수밖에 없다. 그러나 청구의 대상이 된 범규범이 도중에 폐지되었다 하더라도 과거에 이미 발생하였던 기본권침해가 아직도 현재에 계속되고 있거나 또는 과거 발생한 기본권침해가 현재까지 제거되지 아니하여 확인의 이익이 존재하는 경우에는 권리보호이익의 차원에서 현재성을 인정하고 있다.(BVerfGE 10, 302(308) ; 32, 87(92) ; 57, 346(354) ; 2, 237 ; 33, 247 참조).

이에 대한 우리 헌법재판소의 판례를 보면 다음과 같다.

상고허가제를 규정한 소송촉진 등에 관한 특례법 제11조, 제12조에 대한 헌법소원에서 청구인의 상고심 사건이 상고허가신청 기각결정으로 소원청구 당시 원심상고사건은 이미 종결되었다. 따라서 본건 위헌심판청구가 인용되어 위헌심판결정을 받더라도 이 결정에 의하여 권리구제를 받을 수 있는 여지가 현재 없게 되었으므로 소원심판을 받을 이익이 없다고 하여 각하할 수밖에 없다는 것이다. 이에 따라 상고절차가 끝난 뒤에 비로소 상고심에서 자기의 기본권을 침해당하였다는 것을 이유로 헌법소원심판을 청구한 것은 다시 심판을 할 실익이 없기 때문에 권리침해의 현재성이 없다고 하여 각하하였다.(헌재 1989. 9. 11. 선고, 89헌마 187호 소송촉진등에 관한 특례법에 관한 헌법소원 사건).

반면에 국가보안법 제19조에 대한 헌법소원심판사건에서 판사



로부터 구속영장연장허가를 받은 청구인들에 대한 구속기간은 이미 끝났고, 또 법원에 공소제기되어 수사기관의 손을 이미 떠났다 하더라도 권리보호의 이익의 현재성을 인정할 바 있다.

헌법소원의 본질은 주관적인 권리구제뿐만이 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로 침해행위가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없게 되었다 하더라도 그러한 침해행위가 계속 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 헌법소원의 이익이 현재에 있다고 판시하였다.(헌재 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 전원재판부결정 참조).

### 3. 직접관련성

직접관련성은 심판의 대상이 된 공권력에 의해 청구인의 권리 침해에 직접 관련되어야 한다는 것이다. 청구인은 공권력작용으로 인하여 직접적으로 기본권이 침해되어야 한다. 그런데 법규범에 대한 헌법소원에서는 위헌법률심판(법 제41조)과 관계되어 있기 때문에 특히 중요한 의미를 가진다. 소원청구인이 법규범에 의해 직접 관련되는 경우에 그 법률의 구체적인 집행행위에 의해서가 아니라 자신의 권리가 그 법규범에 의해 직접 관련된 경우에는 재판의 전제가 된 당해사건을 담당하는 법원이 제청없이 그 법률의 헌법적합성의 심사청구를 개인에게도 직접 허용한다는 데에서 여러 가지 중요한 문제가 등장된다. 독일의 판례에서도 법규범에 대한 헌법소원심판에서는 심판이 대상이 된 법규범에 의해 자기의 권리와 “직접” 관련되는 경우에만 청구요건이

충족된다고 하여 직접성과 관련하여 많이 다루어졌다.

개인도 직접관련성이 있으면 법규범에 대한 헌법소원을 할 수 있다는 독일의 일관된 판례가 확립되면서 그 직접성의 요건이 점차 완화되어 가고 있다는 것을 유의하여야 한다.(BVerfGE 16, 149 ; 23, 108 ; 29, 83 ; 30, 250 ; 43, 291).

공권력의 행사 또는 불행사가 자기의 기본권과 법적으로 현재에 관련되더라도 그 법률효과의 직접성이 결여될 수 있다. 그러므로 소원적격의 문제로서 소원청구인에게 자기권리에 직접적으로 현재 관련되어야 하는 위의 3가지 요건을 갖추어야 한다는 것이 지금와서는 일반적인 통설이 되고 있다. 이것이 청구인의 자기관련성에서 요구되는 직접성의 문제이다.

소원적격의 청구요건으로서의 직접성이란 공권력에 의하여 법률적 효과가 직접적으로 청구인의 기본권을 침해당하는 경우를 말한다. 헌법재판에서는 이와 같은 직접성의 요건이 충족되면 다시 보충성의 요건을 심사하는 단계의 소송구조를 취하고 있다. 그러나 예외적 사례에서 보면 보충성의 요건이 충족될 수 없는 경우에는 권리침해의 직접성을 인정하는 경우가 가끔 있기 때문에 반드시 그러한 단계적인 소송구조가 확립된 것은 아니다.(BVerfGE 43, 291 ; 1, 97(103)).

특히 법률에 대한 헌법소원에 있어서는 일반적으로 통상적인 사전구제수단이 없는, 즉 보충성의 원칙이 지배되지 않는 경우가 대부분이기 때문에 보충성의 원칙을 깊이 다루지 아니하고 직접성 유무를 가지고 다루게 되는 것이다. 그러나 직접성의 요건도 보충성의 원칙에 가름하여 민중소송으로 확대 변질되는 것을 막는 역할을 하는데 중요한 의미를 가지고 있기 때문에 대부분의 경우에 함께 다루고 있다는 것을 유의하여야 할 것이다. 그

래서 독일연방헌법재판소에서도 직접성의 문제를 처음에는 규범에 대한 헌법소원에 있어서만 문제를 삼았다. 그 후 개별적 행정처분에 대한 헌법소원에서도 직접성의 요건을 확대 적용하였는데 이 경우에 직접관련성은 공권력작용으로 인한 법률효과에 의하여 권리침해의 직접성이 있는가에 비중을 두게 된다. 이 때에는 소원청구인이 공권적 작용에 직접관련되었느냐 아니냐를 말하는 것이 아니고 소원청구대상의 공권력행위가 청구인의 기본권과 직접 관련이 있느냐 아니냐에 중점을 두고 다루게 되는 것이다.(BVerfGE 53, 30(48ff)).

### 가. 법규범의 직접성

법규범에 대한 헌법소원의 경우 청구인은 그 법의 집행에 의하여 권리침해가 이루어지는 것을 기다리지 아니하고 심판의 대상이 된 법규범 자체에 의하여 권리의 침해가 직접 관련되어야 하는 것이다. 심판의 대상이 된 법률이 그 법의 집행을 위해 법률상 반드시 구체적인 집행행위를 필요로 하느냐 아니면 단지 사실상의 행정실무로 구체적인 집행행위를 하고 있느냐의 여부는 직접성의 문제를 다루는 데 결정적인 역할을 하지 않는다.

법규범에 대한 헌법소원은 개인의 권리침해를 가져온 처분적 법률이나 또는 그 법률상의 집행행위를 다른 법률제도에 의한 구제절차로서는 제거될 수 없는 경우에만 직접 허용되는 것이다. 그러나 헌법소원으로써만 구제될 수 있는 기본적인 중요성을 가지거나 또는 헌법재판소에 의한 즉각적인 결정이 거부되는 경우 중대하고도 피할 수 없는 손해를 청구인에게 야기시키는 경우에는 예외가 허용될 수 있다. 그리고 청구인에게 법규범의 집

행행위에 대한 법적 구제수단이 열려있지 아니한 경우에는 처음부터 헌법소원이 허용된다.(BVerfGE 6, 273).

실무에서 보면 다른 공권력의 개별적 작용에서 보다 규범에 있어서 직접성이 있는지 여부가 문제되는 경우가 많다. 그래서 구체적 규범통제수단인 위헌법률심판을 통하지 아니하고 추상적 규범인 법규 자체가 직접적으로 국민의 기본권을 침해하는 경우가 있는가, 있다면 어떠한 규범과 그 법률효과에 대하여 직접관련성이 있다고 인정할 것인가 하는 문제를 가지고 재판의 합의과정에서 상당히 논란이 되고 있다. 대부분의 규범은 그 법규가 개인에게 구체적으로 집행·적용되기 전에는 일반규범으로서 모든 국민에게 일반적인 법규적 효력이 발생하지만 때로는 현실적인 시행규범인 시행령이나 규칙 또는 행정부의 행정처분으로 집행되기 전에는 개인의 권리침해를 직접 느끼지 못하는 경우가 많다. 이러한 점 때문에 헌법재판소는 통상 집행행위에 의하여 개인의 권리침해가 이루어질 때에는 그 법규범만으로는 청구인의 권리침해가 직접 행해지지 않는다고 하여 초기에는 법규의 직접관련성을 인정하지 아니하는 판례가 있었다.(BVerfGE 1, 97(102f) ; 72, 39(43f)). 이는 행정청이 집행의 재량을 가질 때에는 그 재량권의 행사에 따라 법률효과가 직접 권리침해를 하게 되는 것이 분명하다고 하여 그렇게 판시하게 된 것이다. 그 후 직접성의 개념은 다른 수단을 매개로 하지 아니한다는 것을 뜻하는 것이므로 청구인은 부득이 당해 법규범을 직접 대상으로 하여 소원청구를 할 수밖에 없는 경우가 많이 있다는 것이다. 그 법규에 의한 집행행위가 있음에도 불구하고 집행행위를 대상으로 한 권리구제절차가 사실상 불가능하거나 또는 명백하게 권리구제절차를 거치는 것이 권리구제의 수단으로서 법률상 의미가 없는 경우에는

법규범에 대한 침해의 직접성을 넓게 인정하는 것이 헌법재판제도의 본질상 합당하다는 판례를 많이 찾아볼 수 있다. 즉 직접성의 개념을 문언의 의미보다 확대하여 적용하고 있고 초기의 판례와 같이 집행행위의 존재를 절대적인 판단기준으로 생각하고 있지 아니함을 알 수 있다. 또한 형식적인 기준에 의하여 판단할 것이 아니라 구체적인 심판대상의 개별사안에 따라 직접관련성의 유무를 직권으로 심사하여 결정하여야 한다는 판례를 많이 볼 수 있다.(BVerfGE 43, 108(117) ; 43, 291(386) ; 71, 305(334)). 그것은 법규범과 권리침해의 사실관계가 결합하여 제기되는 구체적인 사안을 접하여야 직접성의 유무를 명확하게 판단할 수 있기 때문이다.

그래서 직접관련성은 청구적격의 필요조건일 뿐 충분조건이 아니라는 것이다. 추상적 규범인 법규의 내용이 일정한 구성요건에 해당하면 권리를 제한한다고 할지라도 그 법규의 집행이나 적용이 없이는 개인의 기본권에 직접 아무런 영향을 미치지 아니할 때에는 개인의 권리가 직접적으로 침해당하였다고 볼 수 없다. 그러나 법규 자체가 별도의 개별적인 처분행위를 수반하지 않더라도 구체적인 집행성을 가지고 있는 경우이거나, 법집행 당국이 그 법집행을 함에 있어서 전혀 재량의 여지를 가지고 있지 않아 법규내용에 따라 기속적 집행으로 권리침해를 당할 수밖에 없는 경우에는 청구인의 기본권과 관련하여 직접성이 있다고 보고 있다.

법률 그 자체로 인하여 별도의 처분행위가 없더라도 명백하게 개인의 자유와 권리가 제한되거나 법률의 집행을 기다려서는 더 이상 회복할 수 없는 처분결과를 가져오거나 그로 인하여 법적 지위와 권리 등이 박탈되는 실질적인 사유가 있는 경우에는 형식적인 이론으로는 직접성의 흠결이 있는 것 같더라도 소원청구

의 적법성에 영향이 미치지 않는 것이며 따라서 그 청구인은 그 법규와 직접관련성이 있다고 판시하고 있다.(BVerfGE 75, 246(263) ; 77, 84(100f)).

예컨대 세법 즉 소득세, 법인세, 영업세 등의 세액결정은 세무관청의 의사에 의해 구체적인 집행행위를 통하여 부과되는 것이기 때문에 직접 세법 자체를 헌법소원의 심판대상으로 할 수 없다.(BVerfGE 1, 97 ; 14, 25 ; 23, 242 ; 45, 104). 그러나 세무관청에 의한 어떤 구체적인 집행행위를 필요로 하지 않더라도 법규에 의하여 직접적인 세금이 부과되거나 세금의 중요한 부분이 납세결정절차 없이 확정징수되는 경우에는 형식상의 과세처분이라는 집행행위가 있었다 하더라도 이는 적법한 행정처분에 의한 집행행위에 속하지 아니하는 사실행위에 불과하므로 세법에 대하여는 직접적인 헌법소원심판의 대상이 허용된다는 것이다.(BVerfGE, 16, 147 ; 18, 310 ; 30, 260 ; 31, 314 ; 31, 323 ; 36, 329 ; 43, 108).

이러한 경우에 그 법률에 대하여 헌법소원의 길을 열어주지 아니하면 권리구제의 효과적인 수단이 없게 되는 것이므로 그 법률에 의한 직접적인 권리침해가 있다고 인정하지 아니할 수 없다는 것이다.

헌법소원제도는 개인의 기본권침해에 대한 권리구제수단을 기본으로 하고 있고 그 기본적인 목적을 달성하기 위하여 추상적 규범인 법규에 대한 통제의 기능을 허용하는 제도이다. 그러므로 초기에는 일반적으로 법규에 대하여 직접관련성은 원칙적으로 부정을 하고 예외적으로만 인정하여 왔으나 그 후 헌법재판제도가 정착되면서 점차 이 원칙을 완화하여 확대하고 있는 것이 일반적인 경향이라는 것을 이해하여야 한다. 예컨대 피선거권을 제한한 법규정에 대하여 권리침해의 직접관련성을 넓게 인

정하여 헌법소원심판을 받아들이고 있다. 피선거권을 제한당한 자는 선거사무를 집행하는 기관의 등록거부행위에 대하여 선거소송을 제기할 수도 있고 그 등록거부행위를 집행행위라고 불소지가 있음에도 이를 집행행위의 개념 속에 포함시키지 아니하고 직접 관계법규에 대한 헌법소원을 허용하고 있는 것이 세계적인 경향이다.(BVerfGE 57, 43).

## 나. 직접성에 대한 판례

법률에 대한 헌법소원에 있어서는 직접성의 요건이 대단히 중요한 문제이기 때문에 우리 헌법재판소의 판례를 살펴보면 다음과 같다.

(i) 법규범 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 현재 자기의 기본권을 침해받아야 한다. 그러므로 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법규에 의한 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다고 하였다.

(현재 1992. 11. 12. 선고, 91헌마192호 농촌근대화 촉진법 제94조에 대한 헌법소원사건 판례 참조)

그리고 제정공포된 법률이 그 법률의 집행 또는 국가기관의 재량이나 개재없이 그 법률규정 자체에 의하여 소원청구인 자신에게 직접 권리관계의 효과가 생겼을 때에는 구체적인 집행행위가 없더라도 그 법률에 의한 직접적인 기본권의 침해가 있다고 보고 그 헌법소원심판청구는 직접성의 요건이 갖추어진 것으로 인정하고 있다.

기본권침해의 직접성을 갖추었다고 본 대표적인 사례는 법무사

법에 관한 헌법소원사건이다. 법무사 자격취득을 위한 요건으로서 법원 또는 검찰청 등에서 주사보의 직 이상 7년의 실무경력을 요구하는 법무사법 제4조 제1호 규정은 법무사의 자격여부가 재직경력에 의하여 운영되어 전단의 경력규정에서 청구인의 기본권침해가 직접 생길 수 있는 것이고 또한 이 규정에 의하여 그와 같은 요건을 갖춘 경력이 없는 청구인에게는 법무사직을 선택할 자유가 제한받게 되어 위 법규는 헌법에 위반된다고 헌법소원을 청구한 사건에서 이는 기본권침해의 직접성이 갖추어진 것이라고 한다.(헌재 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1호 사법서사법에 관한 헌법소원사건, 헌재 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178호 법무사법시행규칙에 관한 위헌결정문 참조)

그 밖에 지방공무원법 제31조 제5호, 교육공무원법 제11조 제1항, 국가공무원법 제66조 제1항, 교육법 제157조 등의 규정도 기본권침해의 직접성이 있는 것으로 판시하였다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호, 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호, 1991. 11. 25. 선고, 89헌마99호, 1992. 11. 12. 선고, 89헌마88호 결정문 참조)

(ii) 우리 나라 판례는 법규의 집행행위가 기속행위인 경우에는 법률에 의한 기본권침해의 직접성을 인정한 반면에 법규집행에 재량적 행위가 개재되는 경우에는 직접성이 없다고 하여 각하결정을 하였다. 보안처분을 규정한 사회안전법에 대한 헌법소원심판사건에서 청구인들 스스로가 법률에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구하려면 직접 당해 법률에 의하여 권리침해를 받아야 하는데 본건 피보안처분 대상자는 법무부장관의 구체적 보안처분결정에 의하여 비로소 보안관찰처분을 받게 되었고, 그 결정 역시 기속행위가 아닌 것임을 알 수 있으므로 그 법률에 의하여 직접 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없어서 청구적격의 요건인 권리침해의 직접성을 갖추었다고 볼 수 없다고 하여 그 심판청구를 각하하였다.(헌재 1989. 10. 27. 선고, 89헌마105, 125, 126(병합)사회안



전법에 관한 헌법소원사건의 각하결정문)

소원심판청구의 대상이 된 법률이 집행행위, 즉 법원의 해석·적용을 기다리지 아니하고는 바로 소송촉진 등에 관한 특별법 제24조의 규정만에 의하여 직접 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없는 경우에는 직접성을 갖추지 못하였다고 하여 부적법한 것으로 각하하였다.(헌재 1991. 5. 13. 선고, 89헌마267 전원재판부 결정). 또 도시계획법 제21조와 동법 시행령 제20조에 대하여도 건설부 장관의 개발제한구역지정고시라는 별도의 구체적인 집행행위에 의하여 비로 소 개인의 재산권침해여부의 문제가 발생할 수 있는 것이므로 위 법령에 대한 헌법소원심판청구는 직접성을 갖추지 못한 부적법한 것이라고 판시하였다.(헌재 1991. 7. 22. 선고, 89헌마174, 1991. 9. 16. 선고, 89헌마152, 전원재판부 결정)

(iii) 그러나 구체적 집행행위가 있다고 하여 언제나 법률 자체에 대한 소원청구의 직접성을 부정하는 것으로 볼 수는 없다. 즉 헌법소원심판의 대상이 된 법규의 집행행위가 기속행위가 아닌 재량적 행위인 개별적 처분행위에 의하여 법률효과가 발생하는 경우라고 하여 언제나 직접성의 요건이 부정되는 것이 아니라는 것이다. 이에 따라 우리 헌법재판소도 심판의 대상인 법규 자체에 의하면 재량적 집행행위가 있어야 권리침해가 발생하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 제도적 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 그 구제절차가 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회적 절차를 강요하는 것밖에 되지 아니하는 경우 등으로서 당해 법률에 의하여 권리침해의 자기관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다고 결정을 한 바 있다.(헌재 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82 국가보안법 제19조에 대한 헌법소

원사건, 전원재판부 일부인용 결정)

(iv) 그 외에도 직접요건의 판단에 구체적인 집행행위의 존재 여부나 재량의 유무가 필요조건이 아니라는 판례를 찾아볼 수 있다. 구체적이고 재량적 집행행위를 요구하는 법규내용에 대하여 그 자체의 위헌을 주장하는 헌법소원에서 직접성, 현재성 등의 법적 관련성 요건을 갖추었다고 보아 인용한 결정으로서 법무사법 시행규칙(대법원제정)에 대한 헌법소원심판사건을 들 수 있다. 대법원이 일정한 자격요건을 가진 자를 법무사로 우선 임용하고 일반인의 법무사 지망자에게는 자기들의 필요에 의하여 법무사 시험의 실시여부를 임의로 할 수 있게 규정한 대법원시행규칙은 청구인의 응시기회를 박탈하여 헌법상 보장된 기회균등과 직업선택의 자유를 침해하였다고 하여 청구한 헌법소원심판사건에서는 청구인의 적격요건으로서 자기관련성, 현재성, 직접성을 모두 갖춘 것으로 받아들여 인용결정을 하였다. 즉 사법부(대법원)에서 제정한 법무사법 시행규칙 제3조 제1항의 규정이 그 위임모범인 법무사법과 헌법에 위반된다고 하여 법무사가 되고자 법무사 시험의 준비를 하고 있는 자가 헌법소원심판청구를 한 사건에서 그 청구인의 당사자적격으로서 소원청구에 필요한 자기성, 직접성, 현재성을 모두 충족하였다고 비교적 넓게 인정하여 헌법위반으로 인용결정을 하고 있다.(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178 전원

재판부선고 법무사법 시행규칙에 관한 헌법소원)

이 판례는 청구적격의 직접성과 현재성을 필요조건이 아닌 충족요건으로 본 것이라 할 수 있다. 헌법재판청구의 청구적격을 지나치게 엄격하게 함으로써 규범통제의 대상으로서의 공권력에 대한 헌법소원제도가 가지는 본래적 기능을 부정하고 방해하는 이론에 말려들어 헌법재판의 본질을 망각하는 결과를 자초해

서는 안된다는 것이다. 그러므로 청구인의 법적 관련성에 필요한 직접성 현재성은 실무에서 개별적 사안에 따라 합리적으로 판단하여야 하며 자기성, 현재성, 직접성의 법적 관련성에 대해서도 사안에 따라 폭넓게 원용하여 받아들여야 한다는 입장을 보여준 것이라고 할 수 있다.

#### 다. 개별행정처분의 직접성

행정부의 공권력, 즉 개별적 행정처분이 청구인의 권리침해와 직접 관계될 때에는 손쉽게 직접성의 유무를 판단할 수 있다. 행정부의 공권력의 집행행위는 재량행위이나 아니냐를 구별할 필요가 없다. 독일연방헌법재판소는 한때 행정기관의 집행행위에 있어서 재량의 여지가 법률에서 주어진 경우에는 직접적인 헌법소원이 허용되지 않는다는 판례를 남긴 적이 있다.(BVerfGE 3, 1).

그러나 그 후 많은 판례를 보면 공권력의 집행행위에 대한 직접성을 판단하는데 “재량의 여지”에 대하여 더 이상 논급하지 않고 집행기관의 집행행위가 필요하나 없느냐에 기초를 두고 판시하고 있을 뿐이라는 것을 유의하여야 한다.(BVerfGE 1, 102 ; 6, 295 ; 12, 311 ; 14, 25). 이는 헌법소원은 원칙적으로 개인의 권리를 직접적으로 침해하는 집행행위를 대상으로 청구할 수 있다는 헌법이론에 따라 위헌심판의 착안점을 집행기관의 재량성 유무에 두는 것이 아니라 그 집행행위로 인한 권리의 침해성 유무에 두어야 한다는 것이다. 따라서 헌법소원의 심판대상이 된 법률이 집행행위에 재량의 여지가 있느냐 없느냐의 여부는 아무런 중요성을 가지지 않는다. 그 법률이 집행기관에 대하여 집행행위를 할 때 재량의 여지를 준 경우에도 역시 청구인의 권리침해에 직접적으로 관여

하는 경우가 있을 수 있다는 것이다.

청구인의 소원적격문제에 있어서 행정기관의 재량유무를 따지는 것은 앞에서 본 바와 같이 소원의 보충성원칙과 모순된다는데 그 근거를 두고 있다. 그러나 이 행정청의 재량적 행정처분인 때에는 대부분의 경우에 행정소송의 대상이 되기 때문에 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에 해당되어 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 소원청구를 할 수 없다는 보충성의 원칙(법 제68조 제1항 단서)에 의하여 청구요건을 먼저 살펴보게 된다. 그러므로 대부분의 경우에 공권력의 개별처분이 소원청구인 자신에게 현재 직접 관련되는 경우라 할지라도 소원심판에서 직접성이 크게 문제를 야기하지 않는다. 그리고 공권력의 개별적 집행행위가 법률과 결합하여 법률효과가 발생하는 예와 유사하게 일반적 행정처분과 개별적 집행행위가 결합하여 개인의 기본권을 침해할 수 있을 때에는 여러 개의 필요한 행위중 어느 하나의 처분이 법률효과의 직접성과 관련될 수 있다. 이때에는 때때로 상당히 어려운 문제를 제기하게 된다. 예컨대 원자력발전소의 가동으로 개인의 생명과 건강에 위험을 가져오는 경우에는 그 건립허가처분을 그 가동의 위험성과 함께 고려하여 기본권침해의 현재성과 직접성이 관련된다고 독일연방헌법재판소에서는 판단하였다.(BVerfGE 53, 30(48ff)).

공권력작용의 직접성은 그 공권력의 행사가 권리침해에 직접적으로 작용하는 다른 행정처분의 기초가 될 때에도 관련될 수 있다는 것이다. 예컨대 핵발전소가 건립되고 가동될 경우 여러 가지 위험이 발생할 수 있는 우려가 있는데 핵발전소의 가동 이전에 필요한 시설의 건립허가처분 자체만으로는 아무런 권리침해의 위험성이 있다고 판단할 수 없지만 그 건축허가없이 핵발전

소가 가동될 수 없고 그에 따른 권리침해가 생기지 아니하는 것이기 때문에 그 건립허가처분이 원자력발전소를 가동하게 하여 주민의 권리침해에 직접적으로 작용한다고 말할 수 있는 불가분의 조건이 될 수 있다는 것이다. 이러한 경우에는 공권력의 행위의 특수성에 의하여 그 건축허가처분이 소원청구인의 권리침해를 충분히 예정할 수 있고 그로 인하여 여러 가지 법률효과를 발생시킬 수 있는 공권력의 행사로 보아야 한다는 것이다. 그래서 헌법재판소에서는 이러한 문제를 청구인의 자기관련성, 직접성, 현재성의 문제로 다루기도 하고 때로는 권리보호의 이익의 적법성으로 다루기도 한다.(헌재 1992. 6. 26. 선고, 89헌마132호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 1991. 7. 8. 선고, 89헌마181호, 1992. 1. 28. 선고 91헌마111호, 전원재판부결정)

우리 판례를 보면 도시계획법 제21조와 동법시행령 제20조의 경우는 건설부장관의 개발제한구역지정·고시라는 별도의 구체적인 집행행위에 의하여 비로소 재산권침해가 발생할 수 있는 것이므로 위 법령의 조항에 대한 소원청구는 직접성을 갖추지 못하였다고 하였다.(헌재 1991. 6. 3. 선고, 89헌마46호, 1991. 7. 22. 선고, 89헌마174호, 1991. 9. 16. 선고, 89헌마151, 152호 각 결정). 농촌근대화촉진법 제94조는 계획의 개요와 고시나 열람 등 그 집행절차를 규정하고 있는 것에 지나지 아니하므로 그 법규 자체만으로는 청구인의 기본권침해에 관련한 내용을 포함하고 있지 아니할 뿐 아니라 직접 기본권침해를 받았다고 볼 수 없다고 하였다.(헌재 1992. 11. 12. 선고, 91헌마192호 결정).

헌법소원의 대상인 공권력의 법적 관련성 문제는 형식논리로 적용 운영하면 헌법소원제도를 부정하는 결과를 자초하여 헌법재판소가 헌법재판의 기능을 말살하는 헌법재판을 하게 되는 중대한 모순을 가져오게 할 수도 있는 것이다. 그러므로 헌법재판

의 당사자적격 또는 소원적격의 요건으로서 다루는 법적 자기관련성, 현재성, 직접성의 문제는 가급적 폭넓게 인정을 하고 또 이론적인 면보다 헌법재판의 본질적인 실질적인 기본권구제의 측면에서 이해를 하여야 한다. 그래서 헝가리 등 최근에 발족한 각국 헌법재판소에서는 청구기간, 보충성, 권리보호의 이익, 청구인적격 등에 대하여 엄격하게 해석하지 아니하고 있다는 것도 알아두어야 한다.(헌재 1993. 11. 25. 선고, 92헌마293 정부투자기관예산편성공동지침 위헌확인사건 결정문과 그 반대의견 및 동 1993. 12. 23. 선고, 92헌마247 인사명령취소사건의 결정문과 그 반대의견 참조).

# 결단주의적 헌법개념과 그 문제점 소고

## 계 회 열

헌법재판소 자문위원  
고려대 법대 교수

## - 목 차 -

- I. 헌법개념의 의의
- II. 결단주의적 헌법개념
- III. 결단주의적 헌법개념의 성립배경
  - 1. 헌법학설사적 배경
  - 2. 정치·사회적 배경
- IV. 결단주의적 사고의 연원과 내용
- V. 결단주의적 헌법개념의 문제점
- VI. 결 어

## I. 헌법개념의 의의

헌법을 어떻게 이해하느냐의 문제는 단순히 이론적으로만이 아니라 법적으로도 매우 중요하다. 즉 구체적인 헌법문제를 해결하는 데 있어서도 중요하다. 왜냐하면 헌법을 어떻게 이해하느냐에 따라 동일한 실정헌법규정에 대한 해석이 서로 다를 수 있기 때문이다. 헌법은 그 개방성 때문에 구체적인 문제와 관련하여 많은 경우 해석을 통해 그 내용을 보충해 주어야 한다.<sup>1)</sup> 그런데 이 경우에 헌법을 어떻게 이해하느냐에 따라 그 보충하는 내용이 다르게 마련이다. 즉 구체적인 헌법문제에 대한 해결이 헌법을 어떻게 이해하느냐에 따라 서로 다르거나 심지어 상반될 수도 있다. 민주화의 진전과 더불어 헌법재판이 활성화됨에 따라 헌법이 더 이상 하나의 사문화된 종이조각이 아니라 우리의 일상생활을 규율하는 살아 있는 법이 된 상황에서 헌법을 어떻게 이해하느냐의 문제는 더욱더 중요한 현실적 의의를 갖게 되었다. 그런데 헌법을 어떻게 이해하느냐의 문제는 헌법을 어떤 관점에서 보느냐에 따라 달라진다. 즉 이 문제는 헌법학방법론과 불가분의 관계에 있다. 오늘날 헌법을 보는 중요한 관점으로 법실증주의적, 결단주의적 및 통합론적 관점을 들 수 있다. 이들의 헌법에 대한 이해는 서로 다르며 이처럼 서로 다른 헌법개념에 기초하여 개별헌법규정의 의미와 내용을 파악하고 해석하는 경우 그 결과도 서로 다를 수 있다. 즉 헌법적 문제의 해

---

1) 헌법해석의 문제에 관하여는 계희열 편역, 헌법의 해석, 1993, 고려대학교 출판부 참조.



결이 서로 다를 수 있다. 따라서 우선 어떤 헌법관에서 헌법적 문제를 다루고 해석하느냐가 결정적으로 중요하며 동시에 확고한 헌법관에서 논리적으로 일관성 있게 문제를 다루고 해석하는 것이 중요하다. 그러한 경우에만 헌법의 문제를 분명하게 파악하고 해결할 수 있다. 그렇지 못한 경우 문제의 해결에 대한 객관성이 문제될 뿐만 아니라 나침반 없이 대양을 항해하는 것처럼 위험하다.

결단주의적 사고는 우리 헌법학계에 아직도 지대한 영향을 주고 있는 것이 사실이다.<sup>2)</sup> 그런데 불행하게도 우리 학계에서는 이 결단주의적 사고와 이에 기초한 헌법개념이 아무런 비판 없이 또는 심지어 잘못 인용되는 경우도 적지 않은 것을 볼 수 있다. 따라서 결단주의적 헌법개념을 살펴보는 것은 현시점에서도 무의미하지 않다고 생각된다. 결단사상을 헌법학에 도입한 사람은 슈미트(C. Schmitt)이다. 결단사상이 Schmitt헌법학의 전부는 아니지만 적어도 그의 헌법학에 있어서 그를 대표하리 만큼 특징적이고 중요한 사상임에 틀림없다. 따라서 Schmitt의 결단주의적 헌법개념과 그 문제점을 고찰하기 위하여는 그의 헌법학을 전반적으로 살펴보지 않으면 안된다. 그러나 그가 쌓아 올린 거대한 헌법학체계를 전체적으로 고찰하는 것은 불가능하며 여기서는 도대체 결단주의가 무엇이며 이러한 사상에 기초한 헌

---

2) Bongkun Kal(갈봉근), Cal Schmitts Einfluß auf das koreanische Verfassungsleben, in : H. Quaritsch(hrsg.) Complexio Oppositorum über Carl Schmitt, 1988, S. 503ff. ; 갈봉근, 현대헌법학에 미친 칼 슈미트의 영향, 동아법학, 제4호, 1987, 1면 이하 ; 김효진, 칼 슈미트 헌법이론의 한국적 전개, 김효진 편, 독일헌법학설사, 법문사, 1982. 125면 이하 ; 문종욱, 칼 슈미트법사상과 현대법학에 미친 그 영향, (충남대박사학위논문) 1990. 179면 이하 참조 ; Schmitt가 우리학계와 헌법생활에 준, 또한 주고 있는 영향은 이 글들에 열거된 것보다 더 크다고 판단된다.

법개념이 등장하게 된 배경은 무엇인지, 또한 이 결단주의적 사고에 기초한 헌법개념은 어떤 문제점을 갖고 있는지를 간략하게 살펴보는 데 국한하기로 한다.

## II. 결단주의적 헌법개념

결단주의적 관점에서는 헌법의 개념을 다음과 같이 정의한다. 슈미트(C.Schmitt)에 따르면 헌법이란 실존하는 정치적 통일체가 그의 고유한 정치적(실존의) 양식과 형태에 관한 근본적 결단이라고 한다.<sup>3)</sup> 즉 Schmitt에 따르면 정치적으로 실존하는 힘과 권위에 의하여 내려지는 결단이 곧 헌법(Verfassung)을 형성한다는 것이다. 이 형성된 헌법의 규범화가 헌법률(Verfassungsgesetz)을 이룬다고 하며 헌법과 헌법률은 엄격히 구별된다고 한다. 즉 모든 규범은 그것이 규범화되기 앞서 정치적 결단이 내려진다는 것이다.<sup>4)</sup>

이 헌법개념을 좀더 자세히 살펴보면 이 개념은 아주 단순한 것임을 알 수 있다. 헌법이란 결국 정치적 실존의 양식과 형태에 관한 근본적 결단이다. 따라서 이 결단을 내리는 자가 곧 헌법제정권자이다. 헌법제정권자는 그러면 누구인가? 그것은 주권자이다. 그러면 누가 주권자인가? 이에 대해 Schmitt는 이론적으로 민주주의국가에서는 국민이 주권자이고 귀족국가나 과두국

---

3) C.Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1957(Neudruck), S. 20ff

4) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 22ff ; Schmitt는 바이마르공화국헌법에 있어서의 근본적 정치적 결단으로 민주주의, 공화국, 연방국가구조, 의회주의적·대의제적 형태 및 기본권과 권력분립을 포함하는 시민적 법치국가를 들고 있다.

가에서는 소수인이 주권자이며, 군주국가에서는 군주가 주권자라고 한다.<sup>5)</sup> 그러나 Schmitt가 말하는 진정한 주권자란 “비상사태를 결단하는(=다스릴 수 있는) 자”를 의미한다.<sup>6)</sup> 즉 힘과 권위를 가진 실력자를 의미한다. 이 실력자가 주권자이며 헌법제정권자이다. 헌법제정권력이란 고유한 정치적 실존의 양식과 형태에 대한 구체적 근본결단을 내릴 수 있는, 즉 정치적 통일체 전체의 실존을 결정할 수 있는 힘과 권위를 가진 정치적 의지라는 것이다.<sup>7)</sup> 여기서 의지라는 말은 규범적 또는 추상적 올바름과는 아무런 관련이 없는 실존적인 것을 말하여 헌법제정권력이란 따라서 정치적 현실(Sein)에서 나온 정치적 의지, 즉 명령이라는 것이다.<sup>8)</sup> Schmitt에 따르면 헌법이란 규범에 근거하고 있는 것이 아니라 정치적 현실에서 나온 정치적 결단에 근거하고 있다는 것이다.<sup>9)</sup> 헌법이란 결국 힘과 권위를 가진 실력자의 결단을 의미한다.

이러한 근본결단을 내릴 수 있는 헌법제정권력은 “조력”(konstituierte Gewalt, pouvoir constitué)이 아니라 “조직하는 권력”(konstituierende Gewalt, Pouvoir constituant)이기 때문에 시원적이고 창조적이다. 따라서 이 헌법제정권력에 의해 내려진 결단으로서의 헌법은 이 결단에 근거해서 규범화된 다른 헌법규정들과 질적으로 다르다는 것이다.<sup>10)</sup> 즉 헌법과 헌법률은 구별

5) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 77ff., 80, 81f., 82ff. 참조

6) C. Schmitt, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934, S. 11 ;Schmitt에 따르면 비상사태를 결단하는 것이 진정한 의미의 결단이고 이러한 결단은 모든 규범적 구속에서 벗어나 있고 고유한 의미에서 절대적이다. 결단이란 규범적으로 볼 때 무에서 탄생된다. 위의 책 S. 19, 22, 42.

7) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 75f

8) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 76.

9) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S.76.

10) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 76.

되며 조직하는 권력인 헌법제정권력이 내린 근본결단으로서의 헌법은 조직된 국가권력에 의해 개정되거나 폐기될 수 없다는 것이다.

또한 헌법이 효력을 갖는 것은 그 규범의 내용이 정당하기 때문이거나 그 규범의 체계가 논리적 완결성을 갖기 때문이 아니라 그 헌법을 정립하는 실존적인 정치적 의지의 힘 때문이라고 한다.<sup>11)</sup> 즉 실력자의 힘에 의해 뒷받침되는 법만이 실효성을 가진 법이라는 것이다. 요컨대 힘이 헌법을 만들고 힘이 헌법의 효력근거가 된다는 말이다.

이 헌법개념은 많은 문제점을 지니고 있으며 오늘날과 같은 민주주의시대에는 적합하지 않다. 이 헌법개념의 문제점이 무엇인지 알기 위해서는 이러한 헌법개념이 성립하게 된 배경과 결단주의적 사고의 문제점을 살펴보아야 한다.

### Ⅲ. 결단주의적 헌법개념의 성립배경

결단주의사상이 헌법학에 도입되고 이에 기초한 헌법개념이 성립된 배경은 구체적으로는 여러 가지를 들 수 있겠으나 여기서는 크게 두 가지로 나누어 살펴보려고 한다. 그 하나는 헌법학설사적 배경이고 또 다른 하나는 제1차 세계대전 전후의 정치적·사회적 현실, 즉 역사적 배경이다.

---

11) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 22ff., 75ff.; 또한 그의 책(주6), S.44; 또한 그의 논문 Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934 S. 25.

## 1. 헌법학설사적 배경

결단주의사상이 헌법학에 도입된 중요한 동기의 하나는 형식화된 실증주의적 헌법학을 극복하고 실질적 헌법학체계를 확립하려는 데 있었다. 법실증주의가 19세기 중엽 처음으로 게르버(C. F. von Gerber)에 의해 헌법학에 도입된 이래 실증주의적 사고에 기초한 헌법학은 라반트(P. Laband)에 의해 대성되었고 그 후 엘리네크(G. Jellinek), 켈젠(H. Kelsen), 안쉬츠(G. Anschütz), 토마(R. Thoma)등 많은 사람들에 의해 계승되면서 크게 발전하였으며 20세기초까지 헌법학계를 거의 지배해 왔다. 법실증주의자들은 구체적인 문제에 있어서 견해의 차이를 나타내기도 하지만 신칸트철학을 그들의 이론적 기초로 하여 당위(Sollen)와 존재(Sein), 규범(Norm)과 현실(Wirklichkeit), 국가(Staat)와 사회(Gesellschaft)를 엄격하게 구별하고 헌법학에서 모든 존재적 요소들, 즉 역사적·정치적·철학적·윤리적 제요소들을 제거함으로써 순수하고 정확하며 엄격한 헌법학을 체계화하려고 했다는 점에서는 공통적이다. 이들의 노력이 헌법학을 어느 정도 엄격하고 정확한 학문으로 발전시키는 데 기여한 것은 사실이지만 모든 존재적 요소를 제거하고 규범만을 대상으로 하는 헌법학은 형식적이고 현실과 동떨어진 것이 될 수밖에 없었다. Kelsen은 국가를 이해하는 데 있어서도 모든 역사적·정치적·사회적 제요소를 도외시하고 마침내 국가를 형식적인 법질서와 동일시하기에 이르고 그의 완벽에 가까운 실증주의적 헌법학체계는 불합리성을 드러내기에 이르렀다.<sup>12)</sup> 물론 이러한 실

---

12) 이에 관하여 자세한 것은 참고, 실증주의적 헌법학방법론소고, 안암법학,

증주의적 헌법학은 독일이 아직 산업화되지 못한 정태적 사회와  
군주국가적 정치체제를 배경으로 한 비스마르크헌법하에서는 현  
실과 잘 부합하였고, 제1차 세계대전 이전까지도 어느 정도 부  
합하였으며 이론적 타당성도 갖고 있었다.<sup>13)</sup> 그러나 제1차 세계  
대전이 끝나면서 독일은 정치적으로 입헌군주국가에서 공화국으  
로 바뀌었고 전쟁의 대격동기를 거치면서 사회·경제적으로 대  
변혁을 겪게 되었다.<sup>14)</sup> 이처럼 변화된 새로운 여건에 실증주의  
적 헌법학은 더 이상 부합되지 않았다. 따라서 바이마르 공화국  
의 성립과 더불어, 형식화되고 추상화된 실증주의적 헌법학을  
극복하고 새로운 현실적 헌법학을 체계화하는 것이 당시 헌법학  
계의 가장 큰 당면과제였다.

새로운 실질적 헌법학을 체계화하려는 시도는 많은 사람들에  
의해 수행되었다. 무엇보다도 실질적인 헌법학의 수립을 위하여  
는 존재적 요소를 헌법학에서 도외시해서는 안된다는 데 견해가  
일치하였다. 이 대열에는 카우프만(E. Kaufmann),<sup>15)</sup> 홀스타인

---

창간호, 1993, 43면 이하 참조.

13) 당시까지만 해도 지배주체로서의 “국가”(Statt)와 지배대상으로서의 “사회  
(Gesellschaft)는 실체적 구분이 가능하였다. K. Sontheimer, Antidemokratis-  
ches Denken in der Weimarer Republik, 1968, S. 67 ; C. Schmitt도 1934년  
에 쓴 그의 글에서 실증주의적 헌법학은 19세기의 사회적 및 국가적 상황에  
맞는 것으로 이제는 극복되었고 법실증주의의 시대는 끝났다고 말한다. 위의  
논문(주 11), S. 39, 58 참조.

14) 바이마르시대의 방법론 및 방향논쟁이 전개된 원인이 이러한 정치체제의  
변화와 정치·사회적 여건 때문이었다는 데 관하여는 M. Friedrich, Der  
Methoden und Richtungsstreit, Zur Grundlagendiskussion der Weimarer  
Staats-rechtslehre, in : AöR Bd. 102(1977), S. 167f. 참조 ; 이 밖에  
Schmitt의 결단주의적 사상의 구체적 출발점에 관하여는 H. Hofmann,  
Legitimität gegen Legalität, 1964, S. 32ff. 참조.

15) 카우프만(E. Kaufmann)은 법실증주의자들이 그들의 이론적 기초로 삼고 있  
는 신칸트철학을 철저하게 비판하면서(E. Kaufmann, Kritik der neukantis-  
chen Rechtsphilosophie, <1921>, in : ders., Gesammelte Schriften, Bd. III,

(G.Holstein),<sup>16)</sup> 트리펠(H. Triepel),<sup>17)</sup> 헬러(H. Heller).<sup>18)</sup>등 많은

1960, S. 176ff ) 이에 기초한 순수한 법적 방법(rein juristische Methode)은 법학을 “사회적 및 정치적 생활의 현실에서 동떨어진 아무런 성과도 없는 자족적으로 이끌어 갔다”고 말한다.(E. Kaufmann, 위의 논문, S. 177). 그는 철학이 없는 법학이란 상상할 수도 없다고 하면서 (E. Kaufmann, 위의 논문, S. 177 ; 또한 그의 논문 Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art.109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 <1927>, S. 3 참조) 실질적 헌법학의 기초를 마련하려고 노력했으나 그의 고유한 헌법학을 체계화하지는 않았고 자연법적 내용으로 형식화된 법실증주의를 보충하고 극복하려 하였다. 즉 그의 법철학적 이론의 목표는 자연법과 실정법을 도덕적 법가치, 즉 법이념속에서 결합하는 것이었다.(F. A. Freiherr v. d. Heydte, Das rechtsphilosophische Anliegen Erich Kaufmanns- Versuch einer Deutung, in ; Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe Erich Kaufmann, 1950, 103ff. <108> ; 이와 관련하여 W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates,1945, (Neudruck 1971), S. 146ff. ; H.Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 146ff. 참조

16) 홀스타인(G. Holstein)은 1926년 독일국법학자대회(=독일공법학회)에서 처음으로 정신사적 방법(geistesgeschichtliche Methode)을 주장하였다. 즉 실정법의 해석에 있어서 이념사적 관련들을 인식원으로 활용해야한다는 것이다.(VVDStRL 3, S. 55ff. Diskussionsbeitrag) 후에 Holstein은 이 방법을 정신과학적 방법이라 불렀다.(G. Holstein, Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft, in ; AöR N. F. Bd. 11<1926>, S. 1f. ) 이 주장은 초기에는 별로 호응을 얻지 못했으나 법실증주의자들이 거부했던 역사적 해석방법을 관찰시키는 데 기여하였다. 이와 관련하여 또한 M. Friedrich, 위의 논문(주 14), S. 190ff. 참조

17) 트리펠(H. Triepel)은 규범의 성립에 있어서의 정치적 배경을 끌어들이으로써 법을 실질적으로 만들려고 하였다. 특히 헌법은 정치적 성립사를 빼고서는 이해할 수 없다고 하며 헌법이 정치법이라는 것을 강조하였다.(H. Triepel. Staatsrecht und Politik, 1927, S. 12, 32ff). Triepel은 정치적 관점을 도입하는 경우 발생하는 헌법의 자의적 해석을 목적론적 해석을 통하여 극복할 수 있다고 생각하였다.(위의 논문, S. 18ff. 특히 S. 32ff. 참조) 이와 관련하여 M. Friedrich, 위의 논문(주 14), S. 195f. 또한 M. -E. Geis, Der Methoden- und Richtungsstreit in der Weimarer Staatslehre, in : JuS 1989, S.95참조.

18) 헬러(H. Heller)는 스스로 정신과학적 방법이란 말을 사용하지는 않았지만 그 대표적 대변자라고 할 수 있다. Heller는 (소위 불가치적) 국가론과 (가치정향적) 정치를 분리하는 것은 불가능하다고 한다.(H. Heller, Staatslehre,

사람들이 참여했으나 특히 Schmitt는 그의 결단주의 사상을 통하여 큰 영향을 미쳤다. 즉 법실증주의자들이 규범만을 강조함에 대해 Schmitt는 힘(=현실)을 강조함으로써 형식화된 법실증주의적 헌법학을 극복하고 실질적 헌법학을 확립하여 하였다. 법실증주의자들이 모든 존재적 요소를 배제하고 “규범”만을 법학의 대상으로 함으로써 형식주의에 빠지고만 데 대해 Schmitt는 “현실”만을 강조함으로써 형식주의적 법실증주의를 극복하려 하였다. 이처럼 결단주의(Dezisionismus)는 법실증주의와 정반대의 입장을 취한다. 즉 Schmitt의 결단주의는 Kelsen의 형식주의적 법실증주의의 정반대의 극단이라고 하겠다.<sup>19)</sup>

---

2. Aufl. 1961, S. 51ff., 53, 56 und passim) 그에 의하면 국가란 사회적 조직체(Sozialgebilde)일 뿐만 아니라 의미조직체(Sinngebilde)이기도 하다. 왜냐하면 국가는 인간적 공동생활의 조직이 갖고 있는 객관적 목적을 위하여 존재하기 때문이라는 것이다. 이점에서 국가는 단순한 권력국가(bloßer Machtstaat)와 구별된다고 한다.(Staatslehre, S. 43f., 203) 나아가 이러한 양면성은 법도 마찬가지라고 한다. 법규범도-그것이 의미없는 것 또는 내용이 없는 것이 되지 않으려면-역사적·사회적 존재나 가치관점에서 완전히 분리될 수 없다는 것이다.(Staatslehre, S. 188ff. 참조) 이에 관해서는 M.-E Geis, 위의 논문(주 17), S. 95 또한 H. Wendenwurg, 위의 책(주 15), S. 184ff. 그리고 P. Badura, Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, 1959, S. 190ff. 참조. 최근 Heller의 50주기(1983)를 맞아 그에 대한 연구와 재평가가 활발하게 진행되었다. 이와 관련하여 특히 G. Robers, Hermann Heller : Staat und Kultur, 1983 ; Ch. Müller/ I. Staff(hrsg.), Der soziale Rechtsstaat, 1984, Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933 ; Ch. Müller/I. Staff(hrsg.), Staatslehre in der Weimarer Republik, Hermann Heller zu ehren 1985 ; 이밖에 W. Schluchter, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, 1968 ; S. Albrecht, Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung, 1983 등 참조

19) H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 16 ; Schmitt는 법실증주의가 “규범”만을 강조하는 데 대해 그 정반대의 “현실”을 강조함으로써 형식화된 법실증주의를 극복하고 실질적 헌법학을 확립하려 하였다. 그러나 Schmitt 헌법학에 “현실”을 강조하는 것 이상의 확고한 방법론이 있느냐



## 2. 정치·사회적 배경

결단사상이 성립되는 또 하나의 중요한 동기는 제1차 세계대전 패전 후 독일의 역사적 상황이다. Schmitt는 스스로 인정하고 있듯이<sup>20)</sup> 전후의 굴욕적인 베르사이유체제와 국제연맹체제 그리고 이에 적응하려는 바이마르체제에 대항하여 이를 어떻게 극복할 것인가와 패전후의 무정부상태에 가까운 무질서와 혼란을 어떻게 극복할 것인가의 현실적 과제에 직면하게 되었고 이를 극복하는 길은 강력한 힘을 바탕으로 한 국가를 재건하는 것이라고 보았다. 따라서 Schmitt에게 있어서는 정당하고 정의로운 또는 선하고 옳은 국가가 아니라 강하고 힘이 있는 국가가

---

에 대해서는 부정적이다. Stolleis는 Schmitt에게는 뚜렷한 방법론이 없다고 하면서 그에게서처럼 법기술적·정치적·철학적 및 예술적 요소가 얽혀 있는 학자는 그의 전후를 막론하고 찾아 볼 수 없다고 한다.(M. Stolleis, Carl Schmitt, in : M.J. Sattler<hrsg.>, Staat und Recht, 1972, S. 123ff. <123f. >). M.Draht는 Schmitt에게는 체계적 국가이론조차 없고 그의 사상의 개별적 발전단계도 애매하다고 말함으로써 간접적으로 그에게는 방법론이 결여되어 있음을 시사하고 있다.(M.Draht, Art. 'Staat', in : Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 2146.) Schmitt 스스로는 J.Schicken과의 대담에서 자신은 자신에게 고유한 방법을 갖고 있다고 하면서 다음과 같이 말하고 있다. 즉 현상을 다가오게 하고 기다리며 미리 정해진 기준에 의해서가 아니라 소재로부터 사고하는 것이라고 하면서 이것은 현상학적이라고 부를지 모르지만 자신은 그러한 일반적인 방법론 문제에 끼어들고 싶지 않다고 한다.(Guerilleros, Partisanen. Theorie und Praxis, Hrsg. J. Schickel, 1970, S. 11; M. Stolleis, 위의 책 S. 124에서 인용) 사전에 정해진 기준없이 소재로부터의 사고가 도대체 가능한가의 문제는 차치하더라도 Schmitt는 현실의 복잡한 문제를 간결하고 명료하게 개념화하는 놀라운 능력을 갖고 있다. 또한 비록 구체적 상황에서부터 사고하지만 다른 한편 이를 일반화하고 시간을 초월하는 해석을 시도하는 것을 볼 수 있다.(이상 Stolleis, S. 124 참조) Wendenburg는 결단주의이론을 사회 과학적 방법과 법적 방법의 결합으로 보면서 헌법현실에서부터 논거를 제시하는 방법이라고 한다.(위 주15, S. 174 ; 이와 관련하여 P. Badura, 위의 책(주18)S. 201ff. 참조)

20) C. Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, (1923-1939), 1940, 참조

문제되었다. 이런 국가만이 대내적으로는 그의 절대적(주권적)인 결단권(souveräne Entscheidungsgewalt)으로 무정부상태를 극복하고 질서를 유지할 수 있으며, 대외적으로는 유럽에서 독일의 정치적 비중을 높이고 대변할 충분한 힘을 갖게 될 것이라고 확신하였다.<sup>21)</sup> 여기서는 그의 “규범”이 아니라 “힘”(=현실)을 강조함으로써, 즉 결단주의적 사고를 통해 굴욕적인 베르사이유체제와 내란상태에 가까운 전후의 무질서를 극복하고 강력한 독일을 재건하려 하였다. Schmitt의 이론이 전반적으로 한계상황과 위기상황을 전제로 하여, 즉 구체적 현실을 기초로 하여 전개되는 것은 이와 같은 당시의 역사적 상황에 기인한다.

#### IV. 결단주의적 사고의 연원과 내용

결단주의적 사고의 핵심은 “진리가 아니라 힘이 법을 만든다”(auctoritas non veritas facit legem=Law are based on authority rather than truth)는 말 가운데서 잘 나타난다. Schmitt에 따르면 모든 규범은 그것이 규범화되기 앞서 정치적 결단이 내려진다는 것이다. 즉 힘이 법을 만들고 힘이 법의 효력근거가 된다는 것이다. Schmitt는 이 사상을 홉스(Thoams Hobbes)에게서 이끌어 낸다.<sup>22)</sup> Hobbes사상의 핵심, 즉 국가론의 기초는 자연상태의

---

21) K.Sontheimer, 위의 책(주 13), S. 82 참조.

22) C. Schmitt, Die Diktatur, (1921), 3.Aufl. 1963, S. 22f. ; 또한 그의 논문(주 11), S. 27. ; 또한 그의 논문(주 6), S.44 ; Th. Hobbes, Leviathan, Part II, Chap.26 참조. H. Rumpf, Carl Schmitt und Thomas Hobbes, Idee Beziehungen und aktuelle Bedeutung mit einer Abhandlung über : Die Frühs-

공포에서부터 국가적 상태가 가져다주는 안전의 보장이다. Hobbes가 생각하는 자연상태는 “만인의 만인에 대한 투쟁의 상태”(bellum omnium contra omnes), 즉 공포·불안·무질서의 상태이다. 이러한 상태에서 벗어나 자유와 안전 및 평화를 누리기 위하여는 국가적 상태를 건설해야 한다. 즉 리바이어던(Leviathan)과 같은 절대권력을 가진 국가(=강력한 힘을 가진 메카니즘)만이 자유와 안전 및 평화를 보장할 수 있다고 한다.<sup>23)</sup> 그러나 힘이 법을 만들고 힘이 법의 효력근거가 된다는 사상은 Hobbes 이전으로 거슬러 올라간다. 즉 이미 중세후기 주의주의적 사상(voluntaristisches Denken)에서 찾아볼 수 있다.<sup>24)</sup> 어쨌든

---

chriften Carl Schmitts, 1972 ; 좌종훈, Carl Schmitt의 결단주의와 Thomas Hobbes, 1989, 고려박사학위논문, 특히 22면 이하, 34면 참조. Schmitt가 선호한 정치사상가로는 Hobbes이외에 Machiavelli, Nietzsche, Spengler, Donoso Cortes, Hegel 등을 든다.(H. Huber, Einige Bemerkungen über die Rechtsund Staatslehre von Carl Schmitt, in : JZ 1958, S. 341 Anm. 2 참조.) Schmitt의 결단(Entscheidung)사상은 이미 1912년에 쓴 그의 논문 “Gesetz und Urteil”에서 법질서의 완결성의 문제와 관련하여 나타나고 있다. 즉 법관은 이미 주어진 법규로부터만 판결을 내릴 수는 없고-법관의 판결은 단순히 해석이나 포섭일 수 없고-결단이 불가피한 경우가 있다. 이 결단은 분쟁을 종식시키지만 내용에 대해 무관심한 자의일 수 있다. S. 48ff, 56f., 71ff ; 이에 관하여는 또한 H. Hofmann, 위의 책(주14), S. 32ff ; M. Stolleis, 위의 책(주19) S.128 ; I. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuelle Wirkung der Theorie Carl Schmitts, 1976, S. 80ff. ; 문종욱, 위의 논문(주2), 76면 이하 참조.

법이란 Schmitt에 따르면 “규범”, “결단” 또는 “구체적 질서와 형성”(Konkrete Ordnung und Gestaltung)으로 이해된다. 어떤 견해에 기초하느냐에 따라 법학의 방법은 법률적 사고(Gesetzesdenken), 결단적 사고(Entscheidungsdenken) 또는 구체적 질서와 형성의 사고(Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken)로 나타난다고 한다. 위의 논문(주11), S. 7f. 참조 ; 이에 관하여는 또한 P. Schneider, Ausnahmezustand und Norm, 1957, S. 259ff. 참조.

23) 이에 관하여 C. Schmitt, Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Decartes, in : ARSP Bd. 30(1937), S. 622ff. 참조.

24) D. Wyduckel, Ius Publicum, 1984, S. 311. 이 책에 따르면 Marsilius von Padua

Schmitt는 이 사상이 무력한 법실증주의 공론을 극복하는 데 적합할 뿐만 아니라 패전후의 무질서와 혼란을 극복하는 데도 적합하다고 생각하였다. 실제로 이 사상에 기초한 Schmitt의 이론은 바이마르공화국이 성립된 이후 극심한 무질서와 혼란가운데서 민주주의(의회주의)에 대한 회의가 팽배해 있고 또한 무정부상태를 극복할 강력한 힘을 가진 자의 결단(=독재)을 바라던 당시의 분위기에서 선풍적인 인기를 얻으며 확산되었다.

힘이 법을 만들고 힘이 법의 효력근거가 되는 것이지 힘이 법에 구속되는 것이 아니라는 사상에서 볼 때 법이란 객관적 요소가 아니라 주관적요소로 이해된다.<sup>25)</sup> 즉 객관적 진리(veritas) 또는 합리성(ratio)이 아니라 주관적 권위(auctoritas) 또는 의사(=자의, voluntas)를 의미한다. 또한 법이란 타당한 것(gelten) 또는 규율하는 것(regeln)이 아니라 명령하는 것(befehlen) 또는 지배하는 것(herrschen)을 의미한다. 즉 규범의 타당성(Geltung)이 문제되는 것이 아니라 실효성(Wirksamkeit)이 중요하다.<sup>26)</sup> 이 사상을 좀더 부연하면 법이란 의미의 세계에 속하는 것, 즉 의미내용의 속성인 당위(Sollen)가 아니라 의지, 즉 사실의 세계에 속하며 그 사실내용의 본질적 속성은 의욕(wollen), 즉 존재(Sein)이다.<sup>27)</sup>

---

의 아리스토텔레스적-합리주의적 법과 국가철학에서 이 사상을 처음 찾을 수 있는 것으로 추정된다.

25) 이하 짐재우, 결정주의적 헌법개념과 규범주의적 헌법개념, 헌법과 현대법학의 제문제, 현민 유진오선생 고회기념논문집, 1975, 108면 이하 참조; Schmitt는 물론 정치적 법률개념과 법치국가적 법률개념을 구별하는 데 전자가 후자에 비해 보다 강력하다고 한다. 왜냐하면 정치적 법률개념만이 주관적 결단을 내포하고 있기 때문이라고 한다. 그의 책(주 3), S. 146f., 150; 또한 그의 논문 Legalität und Legitimität, in : C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 274ff. 참조.

26) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 138ff., 76참조

여기서 결단주의가 법실증주의와는 정반대의 극단을 나타내고 있음을 볼 수 있다. 법실증주의는 규범만을 강조하면서 법으로부터 규범 이외의 모든 요소, 즉 정치적·사회적·역사적 제요소를 제거하고 법을 순화시키려고 한다. 이 순화된 법은 실정법 체계에서만 발견될 수 있으며 이 실정법체계는 합법성의 원리에 의하여 형식적인 논리적 통일을 이루어 완결된 실정법질서를 형성한다. 이 법은 옳거나 합리적이기 때문에 효력을 갖는 것이 아니라 실정법이기 때문에(Kelsen에 따르면 최종적으로 근본규범에 의거하여) 효력을 갖는다. 이에 대해 결단주의는 형식주의를 배격하고 현실을 강조하면서, 법으로부터 정치적·역사적 제요소를 제거하고 나면 법이란 법의 껍데기일 뿐이며 현실세계에서 실효성을 갖는 법은 될 수 없다는 것이다. 정치적 의지의 힘과 주권자의 권위에 의하여 밀받침되지 않는 법과 법질서는 하나의 허구에 지나지 않는다는 것이다. 법이란 힘과 권위를 가진 실력자의 의지의 결단이며 당위의 근원으로서의 존재의 표현이다.<sup>28)</sup> 이 의지의 힘에 의해 법은 효력을 갖는다는 것이다.

결단주의와 법실증주의는 이처럼 상반되는 것 같지만 다른 한편 많은 면에서 또한 공통점을 갖고 있다. 가령 정치적 통일체로서의 국가는 법실증주의에 있어서와 마찬가지로 Schmitt에게 있어서도 이미 형성되어 존재하는 것으로 전제되어 있다.<sup>29)</sup> 또한 법실증주의가 규범만을 강조하면서 일단 실정화된 법은 옳고 그름, 또는 선·악과 상관없이 법으로 보는 것처럼 결단주의는

---

27) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 76; 침재우, 위의 논문(주 25), 109면 참조

28) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 9.

29) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 21, 79

힘과 권위를 가진 실력자의 결단을 강조하면서 일단 내려진 결단은 옳고 그름, 또는 선·악과, 즉 그 내용과 상관없이 법으로 본다.<sup>30)</sup> 즉 결단은 일단 분쟁을 종식시키지만 어떤 내용의 결단이나에 대해서는 무관심하다.<sup>31)</sup> Schmitt에게 있어서 결단이란 결국 Ehmke가 지적하는 바와 같이<sup>32)</sup> Klesen의 근본규범에 대한 Schmitt적인 표현이라고 할 수 있다.<sup>33)</sup> 법실증주의와 결단주의는 여러 가지 형식적 차이에도 불구하고 본질적으로 동일성과 친근성(Affinität)을 갖고 있음을 볼 수 있다. 차이가 있다면 법실증주의가 규범에서 출발하였고 결단주의는 힘, 즉 현실에서 출발하였다는 것이다. 결국 하나가 “법” 실증주의(Rechtspositivismus)인데 비해 다른 하나는 “권력” 실증주의(Machtpositivismus) 또는 “사회학적” 실증주의(soziologischer Positivismus)<sup>34)</sup>일 뿐이다. 즉 실증주의라는 점에서는 마찬가지로

30) Schmitt에 따르면 헌법이 효력을 갖는 것은 위에서 본 바와 같이 그 규범의 내용이 정당하기 때문이거나 그 규범의 체계가 논리적 완결성을 갖기 때문이 아니라 그 헌법을 정립하는 실존적인 정치적 의지의 힘 때문이라고 한다. 그의 책(주 3), S. 22ff., 75ff.; M.-E. Geis가 지적하는 것처럼 “행동하는 자, 즉 결단을 내리는 자 만이 정당하게 행동한다는 명제는 강자의 힘의 논리에 도달하게 되고 여기에서 그가 그렇게 반대하고 비판한 법실증주의적 사고와 마찬가지로 결과에 이르게 된다.” 위의 논문(주17) 참조 ; 또한 K. Sontheimer, Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, ARSP Bd. 46(1960), S. 57 참조.

31) 이와 관련하여 특히 C. Schmitt, Der Wert des Stattes und die Bedeutung des Einzelnen, 1917, S. 79f. 참조.

32) H. Ehmke, 위의 책(주 19), S. 43 ; 또한 Ch. G. von Krockow. Die Entscheidung, 1958, S. 60 참조

33) 줄고, 실증주의적 헌법학방법론 소고, 안암법학 창간호, 1993, 43면 참조, 특히 주 104에 인용된 문헌참조 ; 또한 H. Hofmann, 위의 책(주 14), S. 131f. 비교참조

34) K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 7. 이 논문은 계획열역, 헌법의 기초이론, 1988(제2판) 삼영사, 26면 이하에 번역되어 수록되었다.

이다.

## V. 결단주의적 헌법개념의 문제점

이 결단주의적 헌법개념의 문제점은<sup>35)</sup> 법실증주의적 헌법개념에 있어서와 마찬가지로 정치적 통일체로서의 국가를 (이미 형성되어 존재하는 것으로) 전제하고 있다는 데 있다. 즉 Schmitt에 따르면 국가란 한 국민의 특성의 상태, 즉 정치적 통일의 상태를 말한다.<sup>36)</sup> 이러한 국민의 실존적인 정치적 통일체로서의 국가는 이미 존재해 있는 것으로 전제된다.<sup>37)</sup> 그러나 오늘날과 같은 민주주의시대 또는 다원적 산업사회에 있어서 정치적 통일체로서의 국가는 인간의 끊임없는 의식적 노력에 의하여 형성되고 유지되는 것이 현실이다.<sup>38)</sup> 즉 Hellen의 말처럼<sup>39)</sup> 국민은 실체적으로나 기술적으로나 법질서에 따라서만 무정형의 다수에서부터 결단을 내릴 수 있는 의사통일체로 될 수 있다.<sup>40)</sup> 바로 이 정치

---

35) Schmitt가 쌓아 올린 거대한 헌법학을 전체적으로 비판하는 것은 불가능한 일이다. 거기에는 너무나 많은 개별문제들이 있으며 따라서 많은 연구와 고찰을 필요로 한다. 여기서는 결단주의적 헌법개념에만 국한하여 그 기본적인 문제점을 간략히 살펴보려 한다.

36) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 3f., 205.

37) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 21, 50, 61, 63, 79, 200

38) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 18. Aufl. 1991. 이 책의 제15판은 우리말로 번역되었다. 계획열 역, 서독헌법원론, 삼영사, 1987, Rn. 6 이하 참조.

39) H. Heller, 위의 책(주 18), S. 278

40) Heller는 국민이 스스로 하나의 정치적 통일체로 구성되어 존재한다고 하는 것은 정치신학일지는 몰라도 분명히 국가론은 아니라고 비판한다.(위의 책(주18) S. 278)

적 통일의 형성과 유지는 임의적으로가 아니라 헌법이 정한 절차에 따라 수행되어야 한다는 말이다. 이는 또한 현대의 민주적 헌법이 갖는 가장 중요한 임무이다. 헌법이 정한 절차에 따라 정치적 통일이 형성되고 유지되는 것이 아니라 이미 존재하는 정치적 통일체가 내리는 결단이 헌법이라고 하는 것은 오늘날의 민주주의적 상황에 부합하지 않는다.<sup>41)</sup> 이처럼 전제된 정치적 통일체로서의 국가란 비현실적이고 추상적·형식적이다. Schmitt가 형식주의적 법실증주의를 극복하기 위해 역시 형식적 개념을 사용하였다는 비판을 받는 이유의 하나가 바로 여기에 있다.<sup>42)</sup>

결단주의적 헌법개념에 갖는 또 하나의 중대한 문제점은 그것이 힘에 기초한 결단만을 강조하고 규범성을 무시한다는 데 있다. 힘에 기초한 결단이란 철저하게 주관적이고 자의적일 수밖에 없고 모든 가치관련성을 부인할 수밖에 없다.<sup>43)</sup> 그러나 법의

---

41) H.Ehmke, 위의 책(주 19), S.41 참조. 국민이 하나의 정치적 통일체로 이미 형성되어 존재하는 것으로 전제하고 이 통일체가 결단을 내린다고 하는 것이 얼마나 형식적이고 현실에 맞지 않는가에 대해 Ehmke는 다음과 같이 말하고 있다. : “이러한 (Schmitt식의) 결단이라는 개념을 갖고 헌법국가의 정치생활을 파악할 수는 없다. 왜냐하면 헌법국가의 정치생활이라고 하는 것은 발작적으로 극단화된 일련의 ‘결단(krampfhaft zugespitzte Dezisionen)’으로 이루어지는 것이 아니라 서로 살피고, (생각을) 알아보고, 물러서는 등으로, 서로 싸우기도 하고 서로 화합하기도 하는 등으로, 자기의사를 관철시키려는 의지에 못지 않게 또한 협상하고, 양보하며 타협하려는 용의 등으로 이루어지기 때문이다.”(S.53)

42) K. Sontheimer, Grundlagenproblematik(주 30), S. 57; ders., Antidemokratisches Denken(주 13), S. 82 참조. 이 밖에도 Schmitt의 이론체계에 있어서 중요한 위치를 차지하는 “정치”의 개념은 순수하게 기능적이며 (C.Schmitt, Der Begriff des Politischen, <1927> 4. Aufl. 1963 참조) 또한 그의 결단개념 (Begriff der Dezision)은 어떠한 가치에도 구속되지 않는 주관적인 것이다. 바로 이러한 형식적 개념들로 형식주의적 법실증주의를 극복하려 하였다는 것이다.

43) 이에 관하여는 Th. Tsatsos, Zur Problematik des Rechtspositivismus, 1964, S.



속성은 결코 주관적·자의적일 수 없고 가치와 무관할 수 없다. 힘에만 의존하고 모든 가치관련성을 부인하며 철저히 주관적인 “결단”을 (헌)법이라고 할 때, 즉 옳고 그름 또는 선·악과 상관없는 힘의 결단이 법이라고 할 때 그러한 법은 진정한 법이 될 수 없으며 그러한 법에 기초한 질서는 진정한 질서가 아니다. 왜냐하면 그러한 법질서는 깡패조직이나 강도단 또는 해적단의 질서와 다를 바 없기 때문이다. 주관적이고 자의적인 결단, 즉 힘을 밑받침으로 한 질서는-어찌다가 예외일 수도 있지만-옳을 수 없다. 질서의 개념은 가치개념이며 질서의 개념 그 자체가 이미 정당성과 관련될 수밖에 없다.<sup>44)</sup> Hesse가 적절하게 지적하고 있는 것처럼<sup>45)</sup> “질서를 위한 질서”가 아니라 그 질서의

---

23ff. 참조.

44) 이와 관련하여는 특히 E. Kaufmann, Carl Schmitt und seine Schule, Offener Brief an Ernst Foesthoff, in : ders., Gesammelte Schriften, Bd. III 1960, S. 375ff. 참조. 포르스토프(E. Forsthoff)는 그의 스승인 Schmitt의 70회 생일을 맞아 ‘내란가운데서의 헌법학자 - 70세를 맞은 칼 슈미트’(Der Staat-srechtler im Bürgerkrieg - Carl Schmitt zum 70. Geburtstag)라는 제목하에 그를 옹호하는 글을 신문(1958년 7월 17일자 ‘Christ und Welt’지)에 기고하면서 결단주의적 사고는 제1차세계대전후 바이마르 당시의 혼란과 무질서, 무정부상태를 극복하는 것이 무엇보다도 긴급하다고 생각하는 데서 나오게 되었다고 하였다. 이런 내란과 같은 비극적 상황에서는 옳고 그름(recht und unrecht)을 구별할 여유가 없었다고 하면서 질서가 없이는 옳고 그름, 정당하고 정당하지 못함을 구별할 수 없으며 질서 그 자체가 곧 정당한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 Kaufmann은 올바른 질서, 정당한 질서만이 질서라는 것이다. 또한 국민에게 유익한 것이 옳은 것이 아니라, 옳은 것이 국민에게 유익하다는 것을 강조한다.

45) K. Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung des Bundesrepublik Deutschland ; Aufgabe und Funktion der Verfassung, in : E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel(hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 16. 이 글의 일부는 계획열 역, 헌법의 기초이론, 삼영사(제2판) 1988, 번역되어 16면 이하에 수록되었다.

올바른 법이라고 할 때 도대체 무엇이 올바른의 기준이 되는가의 문제가

내용이 중요하다. 즉 질서는 올바른 질서, 정당한 질서이어야 한다. 헌법은 결코 규범적 계기와 상관없는 결단일 수 없고, 헌법의 본질은 바로 규범성에 있다.<sup>46)</sup> 즉 헌법의 본질은 모든 가치관련성으로부터 자유로운 결단에 있는 것이 아니며 모든 권력조직이 헌법일 수는 없다. Ehmke의 말처럼<sup>47)</sup> 만약 헌법의 관념에서 가치관련성의 계기를 도외시하고 권력의 제한과 합리화를 동시에 생각하지 않는다면 헌법은 그 의미를 상실하고 말 것이다.

그러나 Schmitt는 이러한 입장에서 국가를 이해한다. 즉 Schmitt는 정당하고 정의로운 또는 선하고 옳은 국가가 아니라 강하고 힘있는 국가의 필요성을 확신하고 있었다.<sup>48)</sup> 국가의 가치는 결단을 통해-그 내용이 무엇이든-카오스를 극복하는 데 있

---

제기된다. 이에 대해 Hesse는 다음과 같이 말하고 있다. “모든 법이 역사성을 띠고 있음을 파악하게 된 오늘날에 있어서는 그러한 올바른의 기준으로서 더 이상 인간의 사고와 행동 밖에 놓여 있는 자연법으로 되돌아가 거기에 의거할 수는 없다. 그렇다고 권한있는 기관에 의하여 법으로 정립된 규정을 그 내용과는 상관없이 모두 ‘법’이라고 하는 회의적 실증주의에 되돌아가 거기에 의거하는 것도 마찬가지로 정당화될 수 없다. 이에 반하여 역사적인 법의 올바른의 기준은 정당한 것으로 증명된 또는 정당하지 않는 것으로 입증된 법적 전통이 제시해 준다. 즉 ‘옳지’ 않으며 따라서 법으로 간주될 수 없음이 입증된 역사적 경험들이란, 예를 들면 나치의 불법정권하에서 ‘인종적으로 가치 없는’ 또한 ‘생존의 가치가 없는’ 생명의 학살 같은 것을 말한다. 이 밖에도 그와 관련하여 여러 세대에 걸친 투쟁과 경험을 통해 형성되고 증명된 법원칙들로부터, 특히 인권들과 그 밖의 원칙들, 가령 법관의 독립이나 법적 법정진술권( rechtliches Gehör)과 같은 원칙들로부터 그 기준들이 나온다. 끝으로 현재와 미래의 형성을 위한 현세대의 지도상이 그 기준이 된다. 이러한 기준들을 채택하고 실정화하고 그렇게 함으로써 형성된 ‘올바른’ 법적 질서를 보장하는 것이 헌법의 과제이다.”

46) H. Ehmke, 위의 책(주 19), S. 52.

47) H. Ehmke, 위의 책(주 19), S. 52 참조

48) 이하 M. Stolleis, 위의 글(주 19), S. 131f., 134ff. 또한 K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken(주 13), S. 82 참조

다. 결단을 내릴 수 있고 이를 관철할 수 있는 국가, 즉 약하기 때문에 사회적 집단들에게 굴복하는 것이 아니라 이들의 위에서는 국가가 진정한 국가이다. Schmitt에 따르면 “내란을 종식시키지 못하는 국가는 국가가 아니다.”<sup>49)</sup> 이러한 강력한 국가만이 적과 동지를 구별할 수 있다.<sup>50)</sup> 이러한 의미에서 진정한 국가는 전체적 국가(totaler Staat)이다.<sup>51)</sup> 이런 국가는 의사의 분렬을 불가능하게 만드는 치자와 피치자의 동일성을 통해 나타나며 그 영도행위는 국민의 환호(Akklamation)를 통한 동의에 의해 지탱된다.<sup>52)</sup> 이렇게 해서 Schmitt는 이미 1921년에 상호 모순되는 것처럼 보이는 결론에 도달한다.<sup>53)</sup> 즉 “독재는 ‘진정한’ 민주주의에 적합한 통치형태”라는 것이다.

결단주의적 사고가 지니고 있는 많은 문제점들 가운데 무엇보다도 중요한 것은 이 사고에 따르는 경우 국가는 하나의 권력 투쟁의 장이 되고 말며 궁극적으로는 권위주의적 독재국가를 출현시킬 수밖에 없다는 점이다. 왜냐하면 힘과 권위를 가진 실력자들은 누구나 결단을 내리려 할 것이고 일단 내린 결단을 최종적인 것으로 만들려고 할 것이기 때문이다. 히틀러 독재의 출현과 이에 앞장 선 Schmitt가<sup>54)</sup> 결단주의가 가는 길을 잘 보여 주

---

49) C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1938, S. 72.

50) 이하 M. Stolleis, 위의 책(주 19), S. 135에서 인용

51) C. Schmitt, *Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland* (Januar 1933), in : *Positionen und Begriffe*(주 20), S. 186

52) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 83, 244 참조

53) C. Schmitt, *Diktatur*(주 22) 참조.

54) 히틀러의 집권 직전부터 Schmitt가 쓴 글의 제목들만 살펴 보아도 그가 얼마나 나치정권의 옹호에 앞장 섰는지 짐작할 수 있다. 그 목록은 H. Hofmann, 위의 책(주 14), S. 270ff. 참조 ; Schmitt 자신만이 아니라 그의

고 있다. Schmitt는 히틀러의 집권을 최종적으로 내려진 결단으로 보고 다른 어떤 사람들보다 일찍 이를 환영하며 이로부터 헌법적 결론을 이끌어 냈다.<sup>55)</sup> 그가 영도자국가(Führerstaat)를 주장하며 나치정권의 옹호에 앞장 선 것은 결코 우연이나 다른 목적이 있어서가 아니라 결단주의적 사고의 필연적 결과라고 하겠다.<sup>56)</sup> Schmitt는 히틀러의 권력장악으로 바이마르공화국과 의회민주주의의 온갖 문제들(분열된 여론과 정당, 사에 의한 공의 마비, 권위와 지도력의 부재 등)이 새로운 국가에서 사라진 것으로 보았다. 즉 지금까지의 비정상적 상황이 정상적인 상태로 바뀌었다고 보았다. 따라서 법학의 임무는 이 새로운 상황을 파악하는 것이었다. 즉 “이제는 국가적·민족적(Völkisch)·경제적 및 세계관적 상태의 많은 새로운 과제들과 새로운 공동체형태에 걸맞는 ‘구체적 질서와 형성의 사고(Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken)’를 필요로 한다”라고 하였다.<sup>57)</sup> 결단주의가 법실증주의와 더불어 전체주의적 독재국가의 출현과 유지에 이론적으로 크게 기여하였다는 사실은 이들이 지닌 사상을 살펴 볼

---

제자들도 나치정권의 옹호에 앞장 선 것은 우연한 일이 아니다. 가령 E. Forsthoff, *Der totale Staat*, 1933 ; E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Aufl. 1939, (가령 S. 230에서 영도자의 권력을 ‘포괄적이고 전체적 ; ... 자유롭고 독립적이며 배타적이고 무제한적인’ 것으로 기술하고 있다.)등 참조. 이와 관련하여 특히 I. Maus, 위의 책(주 22), S. 152ff. 또한 K. Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken, Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, 1978, S. 103ff. 참조

55) 이하 M. Stolleis, 위의 글(주 19), S. 139 참조.

56) 패전후 전범처리 대상이 된 Schmitt를 강단으로부터 영구 추방하면서도 그 이상의 책임을 묻지 않은 것은 그의 나치옹호활동이 출세나 영달을 위해서가 아니라 학문적 확신에 기초한 것이었다는 데 있었다.

57) C. Schmitt, *Über die drei Arten*(주 11), S. 67.

때 당연한 결과이다.<sup>58)</sup>

## VI. 결 어

Schmitt의 결단사상이 성립되는 배경과 그 내용 그리고 그것이 지니고 있는 문제점을 간략히 살펴보았다. Schmitt처럼 오늘날의 헌법학에 크게 영향을 미친 사람도 드물다. 그가 헌법학의 발전에 크게 기여했다는 사실을 부인할 사람은 아무도 없을 것이다. 그의 (헌)법학 이론과 사상은 앞으로도 계속해서 흥미하고 연구해야 할 귀중한 것이라는 데도 이의가 있을 수 없다. 그러나 그의 결단사상이-물론 이것이 그의 헌법학의 전부는 아니지만-얼마나 큰 문제점을 지니고 있고 위험한 것인가는 Schmitt 스스로 보여주었고 이미 역사적으로 증명되었다. 그런데 우리는 오랫동안 이 사상을 아무런 비판 없이 배웠고 또한 가르쳐왔다. 이러한 배움과 가르침이 최근의 우리 헌정사와 결코 무관하지 않다는 것을 부인할 수 없을 것이다. 불행하게도 우리 주변과 헌법학계에서는 아직도-확신에 의해서든 무지 또는 타성에 의해서든-이 사상을 아무런 비판 없이 전파하는 사람들이 너무나 많다. 이처럼 만연된 결단사상이 언제 또다시 현실로 나타날는지 모를 일이다.<sup>59)</sup> 결단주의사상이 법학에서 쉽게 사라지지 않을

---

58) 이에 관하여는 K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken(주 13) 참조.

59) 우리 주변에는 아직도 권력의 장악을 위해서는 어떠한 대가나 희생도 지불할 준비가 되어 있는 권력에 눈 먼 사람들이 얼마든지 많이 있는 것 같고 정당(통)성이 없는 권력에 대해-최소한 소극적으로나마-저항하기 보다는 온갖 미명하에 경쟁적으로 충성을 다하려는(출세와 영달지향형의) 지식인들로 가득 차 있다.

것은 분명하다. 아마도 범실증주의나 자연법사상처럼 영원히 사라지지 않고<sup>60)</sup> 존속할런지도 모른다. 어쨌든 중요한 것은 이 사상이 지닌 문제점을 올바르게 알고 이에 대해 항상 의식하고 있는 것일 것이다.

---

거기에다 역사적으로 타율에 길들여진 많은 수의 국민이 있다. 이들은 약간의 무질서나 혼란 또는 위기만 나타나도 이를 자율적으로 또한 능동적으로 해결하려 하기보다 누군가가 (강력한 인물) 나타나 질서를 잡아주기를 바라는 것이 현실이다.

- 60) 우리는 여기서 1926년 Münster에서 열린 독일국법학자대회(=독일공법학회)에서 범실증주의에 대한 격렬한 공격에 대해 Kelsen이 한 말을 상기해 볼 필요가 있다. “나는 아직도 또한 어떤 일이 있어도 실증주의자다. 자연법이 끝장나지 않았고 또한 끝장나지 않을 것처럼 실증주의는 끝나지 않았고 또한 결코 끝나지 않을 것이다.” VVDStRL3, 1927, S. 53. 아마도 이 말은 결단주의사상에도 마찬가지로 타당하지 않을는지 모르겠다.

# 헌법소원심판청구에 있어서의 소원기간에 관한 연구

정    종    섭

헌법연구관

건국대 법대 교수

- 목    차 -

- I. 서    론
- II. 청구기간
  - 1. 청구기간의 의의
  - 2. 청구기간의 적용
    - (1) 사전구제절차를 거치지 않은 경우
    - (2) 사전구제절차를 거치는 경우
  - 3. 청구기간의 만료점
  - 4. 청구기간의 성질
    - (1) 불변기간인가 제척기간인가
    - (2) 직권조사사항
  - 5. 국선대리인 불선정 결정시의 특례

6. 공권력의 불행사의 경우에 있어 청구기간의 비적용

### III. 법령에 대한 헌법소원심판청구에서의 청구기간

1. 청구기간의 적용여부

2. 헌법재판소 관례의 견해와 그에 대한 검토

(1) 청구기간의 적용여부

(2) ‘안 날’ 규정과 ‘있을 날’ 규정의 관계

3. 헌법재판소의 견해에 대한 검토

(1) 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에서  
‘안 날’ 규정의 적용문제

(2) 청구기간의 적용문제

4. 입법부작위의 경우

### IV. 각국의 입법례에 대한 검토

1. 독일

(1) 사전구제절차를 거치는 경우

(2) 사전구제절차를 거치지 않은 경우

(3) 청구기간의 법적성질

(4) 공권력의 불행사의 경우

(5) 평가적 검토

2. 오스트리아

(1) 사전구제절차를 거치는 경우

(2) 사전구제절차를 거치지 않은 경우

(3) 평가적 검토

### V. 결론



## I. 서론

헌법소원심판청구절차에서 청구기간은 심판청구의 적법요건으로 기능을 한다. 따라서 청구기간을 경과한 심판청구의 경우에는 헌법재판소는 사건의 본안에 대하여 심리나 결정을 할 수 없고, 해서도 안 된다. 그런데 이러한 청구기간은 한편으로 헌법 제37조 제2항을 근거로 한 재판청구권의 제한에 해당된다. 기본권제한의 문제이다. 청구기간제도는 헌법 제27조 제1항에서 보장하고 있는 재판청구권의 행사를 제한하는 것이므로 단순히 소송기술적으로만 이해되어서는 안 되는 면이 있다. 모든 절차법이 결국에는 헌법에 보장된 국민의 기본권을 실현시키기 위한 것이므로 소송법의 문제를 논의함에 있어서도 헌법의 원리를 항상 염두에 두어야 한다. 소송법의 법리를 지배하는 상위체계의 원리는 여전히 헌법원리이다.

한편 현행 헌법재판소법은 그 제정 당시에 헌법소송제도에 대한 충분한 검토가 없었고, 헌법재판제도가 도입될 당시 국내 법학계에서도 헌법소송에 대하여 충분한 검토와 연구의 실적이 축적되어 있는 상태가 아니었으므로 소송법상의 중요한 문제들에 대하여 검토할 역량이 충분하지 않았다. 결국 우리의 헌법재판은 이론적인 연구기반이 미약한 상태에서 제도부터 먼저 들어오고, 이론은 이에 따라가면서 전개된 것이었으므로 자연 헌법재판이 진행되면서 소송이론상의 문제들이 발견되었고, 그 때 그 때 해결해가는 형태를 취하게 되었다. 이러한 과정을 보면 헌법

소송에 대한 이론적 뒷받침이 미약한 상태에서 헌법재판소가 실무를 통하여 헌법소송의 법리를 개척해간 점은 높이 평가할 수 있다. 그러나 이러한 점이 곧 헌법재판소의 견해가 항상 타당하다는 것을 의미하는 것이 아니다. 그래서 헌법소송의 영역에서도 학문적 이론의 역할은 여전히 상존하고 있다. 청구기간의 문제도 전체적으로 이러한 맥락 속에 자리를 잡고 있다.<sup>1)</sup>

과연 헌법재판소법을 제정할 당시 헌법재판의 법리를 충분히 이해하고 청구기간의 규정을 두었는지는 의문이다. 그리고 헌법소원의 경우에도 헌법재판소법 제정 당시에 법령에 대한 헌법소원심판절차를 충분히 고려하였는지에 관해서는 의문이 없지 않다. 상황이 이러하다면 헌법소원절차에 적용되는 것으로 규정해 놓은 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간규정을 모든 종류의 헌법소원심판절차에 적용하는 것이 타당한지를 검토할 필요가 있고, 특히 법령에 대한 헌법소원절차처럼 고유한 특성을 가지는 절차에서는 그 제도의 법리에 비추어 더욱 세밀히 해당규정 적용의 타당성여부를 가려야 할 필요가 있다.

여기서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원심판절차에 관해서만 살펴보기로 한다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도는 실정법상의 그 명칭에도 불구하고 성질상으로는 규범통제방법에 있어 구체적규범통제절차(konkrete Normenkontrollverfahren)에 해당하기 때문에 여기서는 거론하

---

1) 헌법재판소법의 제정을 둘러싼 당시의 논의에 관하여는 법무부, 「헌법재판제도」 법무자료 제95집(서울 : 법무부, 1988)에서 그 일면을 관측할 수 있다.

지 않는다.<sup>2)</sup> 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간이 적용되는가도 문제가 된다. 헌법재판소법은 이에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에 헌법소송이론적으로 밝혀야 할 필요가 있다.

## II. 청구기간

헌법재판소법 제69조 제1항은 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

이와 같이 우리 헌법소원심판청구절차에서는 사전권리구제절차를 거치지 않은 경우와 거치는 경우가 있기 때문에 소송이론상 양 경우에 있어 청구기간은 성질과 기능이 같은 것이냐 다른 것이냐가 문제가 되고, 그에 따른 법리의 탐구도 요구된다. 또 사전권리구제절차를 거치지 않는 경우에 적용되는 ‘안 날’과 ‘있는 날’이 정확히 어느 날을 의미하는지가 명시적으로 규정되어 있지 아니하여 이에 대한 구명도 요구되고, ‘-날로부터’라고 할 때에도 해당하는 그 날을 포함시켜 계산하는지 아니면 그 다

---

2) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대하여 자세한 것은 정종섭, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대한 연구” 헌법재판연구회(편), 「헌법재판연구 1」(서울 : 한국사법행정학회, 1993), 158면 이하를 참조하기 바람.

음날부터 포함시켜 계산하는지가 문제로 된다. 아울러 ‘안 날’과 ‘있는 날’의 관계도 문제가 된다. 이러한 점을 분명히 밝히기 위해서는 먼저 소송법에 있어 청구기간의 개념을 살펴볼 필요가 있다.

## 1. 청구기간의 의의

헌법소원심판은 일정한 청구기간안에 청구되어야 한다. 여기서의 청구에는 헌법재판소법 제71조 제1항 소정의 심판청구서의 제출이 있어야 한다. 청구기간과 관련된 청구에서는 심판청구서의 형식적 기재사항에서 흠결이 없는 것으로 충분하고, 기재사항내용의 변경은 청구기간과 관련이 없다.

헌법재판소법 제69조 제1항은 이러한 청구기간에 대하여 규정하고 있다. 이러한 청구기간제도는 일정한 기간이 경과하면 국가의 공권력의 행사의 효력을 다룰 수 없도록 하기 위한 제도이다. 청구기간을 두는 것은 국가의 공권력의 행사의 효력을 오랜 기간 불확정한 상태에 둬으로써 발생하는 헌법질서 및 헌법생활에 있어 국민의 권리의무관계의 불안정을 조속히 제거하기 위한 것이다. 즉 일정기간이 경과된 후에는 소송을 통하여 공권력의 효력을 다룰 수 없게 그 길을 폐쇄시키는 것이다.

청구기간은 헌법소원심판의 청구에 있어 소송요건이다. 즉 심판청구가 적법한 것으로 취급되기 위하여 갖추어야 하는 필요적 사항이다. 이렇듯 청구기간은 심판청구의 적법요건이므로 그 흠결이 있는 때에는 헌법재판소는 본안심리나 본안결정을 하여서는 아니된다. 청구기간은 헌법소원심판결정에 있어 본안결정의

요건인 동시에 본안심리의 요건이다. 따라서 청구기간의 흠결이 있는 경우에는 헌법재판소는 본안심리에 들어가기 전단계에서 소송요건의 흠결을 이유로 청구를 부적법각하하게 된다.

이러한 청구기간제도는 소송절차에서 작용하는 절차적·형식적인 것이다. 청구기간이 경과하여도 실제적 기본권 자체는 소멸되지 않고 헌법소원심판을 청구할 수 있는 소송상의 권리만 소멸된다. 청구기간의 경과로 국가의 공권력행사에 불가쟁력(형식적확정력)이 발생하여 유효하게 확정된다. 청구기간이 경과하였다고 하여 실제적인 면에 있어 위헌인 공권력의 행사가 합헌인 것으로 전화되는 것은 아니다. 청구기간은 국가가 스스로 위헌인 공권력의 행사를 취소하는데는 아무런 영향을 미치지 못한다.

## 2. 청구기간의 적용

### (1) 사전구제절차를 거치지 않는 경우

#### 1) ‘안 날’의 의미

‘그 사유가 있음을 안 날’이란 공권력의 행사로 인하여 기본권을 침해당한 사유가 있음을 안 날이므로 기본권을 침해한 공권력의 행사가 있는 사실을 현실적으로 안 날이다.<sup>3)</sup> ‘안 날’을 사람의 인식기능만을 기준으로 하여 판단하는 경우에는 이렇게 설명할 수 있지만, 소송법적으로 환언하면 해당사유를 인식하여

---

3) 대법원 1964. 9.8 -63 누 196 「대법원판결집」 제12권 2집(이하 ‘[대]12-2’라는 방식으로 약기한다.)행정편, 18면 이하(특히 19면) 참조.

헌법소원심판을 청구하는 것이 가능해진 경우를 뜻한다. 헌법재판소도 “여기서의 ‘안 날’은 적어도 공권력의 행사에 의한 기본권침해의 사실관계를 특정할 수 있을 정도로 현실적으로 인식하여 심판청구가 가능해진 경우를 뜻한다.”라고 판시하였다.<sup>4)</sup>

이 때 ‘알았다’는 뜻은 공권력행사의 구체적인 내용을 안 것을 의미하는 것이 아니고, 통지, 공고, 공포 기타의 방법에 의하여 기본권을 침해하는 어떤 종류의 공권력의 행사가 있었다는 사실을 알았으면 족하다고 할 것이다.<sup>5)</sup> 공권력의 행사에 관한 사실을 들어서 안 것만으로는 ‘그 사유가 있음을 안’ 것이라고 할 수 없다고 할 것이다.<sup>6)</sup>

현실적으로 알았느냐를 판단함에 있어 직접적인 증거가 있으면 문제가 없겠지만, 현실에서는 이를 직접 입증할 수 있는 증거가 없을 수가 있다. 이 때에는 ‘사실상의 추정’(tatsachliche Vermutung, presumption of fact)에 의할 수밖에 없다. 따라서 현실적으로 알았을 것이라는 데 대하여 의심이 가는 특별한 사정이 있으면 그러한 추정은 성립하지 않게 된다.

## 2) ‘있을 날’의 의미

‘그 사유가 있을 날’이란 기본권을 침해한 공권력의 행사가 현

---

4) 헌법재판소 1993. 7. 29. -89 헌마 31 <관보> 제12515호, 37면 이하(이하 ‘<관> 12515, 37면 이하’라는 방식으로 약기한다.)

5) 대법원 1964. 3. 31. -63 누158 [대] 12-1 행정편, 1면 이하 참조. 대법원은 행정소송법 제20조 제2항의 ‘처분이 있음을 안 날’에 대하여 “처분의 있음을 안 날’이란 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고 구체적으로 그 행정처분의 위법여부를 판단한 날을 가리키는 것은 아니며...”라고 판시하였다. 대법원 1991. 6. 28. -90 누 6521 [대] 39-3, 470면 이하 (특히 474면)

6) 대법원 1959. 5. 22. -4290 행상 183 [대] 7-1 행정편, 9면 이하 참조

실에 효력을 발생한 날이다.<sup>7)</sup> 공권력의 행사가 외부적으로 표현되는 것만으로 효력이 발생하는 경우도 있고, 상대방의 수령을 요하는 경우도 있을 수 있다. 그리고 사실행위일 수도 있다. 각각의 경우에 따라 청구기간의 기산일이 달라질 수 있다.

### 3) 초일의 산입여부

현행 소송법상 기간계산규정을 보면, 민사소송법은 기간의 계산을 민법에 의하고 있고(민사소송법 제157조 제1항), 민법은 기간이 일로 정해진 때에는 기간의 초일은 기간의 계산에서 원칙적으로 산입되지 않는다고 규정하고 있다.(민법 제157조)

그런데 헌법재판소법 제40조 제1항은 “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.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하기 아니한다.”라고 규정하고 있다.

위 규정들을 종합해보건대, 헌법소원심판절차에서 청구기간을 계산함에 있어 우선 헌법재판소법 제40조 제2항의 사유가 없고, 헌법소원심판청구의 청구기간에서 성질상 민사소송상의 초일불산입의 원칙은 여기에서도 준용된다고 할 것이다.

### 4) ‘안 날’ 규정과 ‘있은 날’ 규정의 관계

‘안 날’ 규정(주관적 기간)과 ‘있은 날’ 규정(객관적 기간)의 관

---

7) 대법원 1977. 11. 22. -77 누195 <법원공보> 578호, 10533면 참조.

계문제는 양자 중 어느 하나에 해당하면 청구기간의 경과로 보아 심판청구를 부적법한 것으로 볼 것이냐 아니면 둘 중 어느 하나의 기간이 경과하지 않았으면 아직 청구기간이 경과되지 아니한 것으로 보아 이 기간 중에 제기된 심판청구를 적법한 것으로 볼 것이냐 하는 것이다.

먼저 이 문제를 검토하기 위해서는 청구기간제도의 제도적 취지를 살펴 볼 필요가 있다. 청구기간제도는 위에서 보았듯이 국민의 권리구제에 있어 일정한 기간이 지나면 공권력행사의 효력을 소송절차를 통하여 다룰 수 없게 하는 것인데, 이는 국가내의 법질서의 불안정을 배제하기 위한 목적에서 국민의 재판청구권을 제한하는 것이다. 즉 소송절차를 인정하는 것은 국민의 권리를 구제하기 위한 것이고, 이러한 권리구제절차에서 청구기간을 정하는 것은 권리구제의 기회를 시간적으로 무한정하게 둬므로 인하여 발생하게 될 법질서 및 권리의무관계의 불안정을 제거하기 위한 것이다. 따라서 청구기간제도는 이념적으로는 권리구제의 이념과 법질서 및 권리의무관계의 안정성확보라는 법적안정성의 이념이라는 둘 사이의 조화에 기초하고 있다. 여기서 권리구제와 법적안정성이라는 양자의 이념 중 어느 쪽에 더 많은 비중을 둘 것인가는 청구기간을 어느 정도의 기간으로 할 것인가와 청구기간을 불변기간으로 할 것이냐 아니면 제척기간으로 할 것이냐 하는 것 등으로 결정한다.

그런데 양자의 이념을 조화시켜 '있는 날'을 기준으로 청구기간을 정한 경우에도 예외적으로 청구권자에게 주관적 책임을 물어 법질서 및 권리의무관계의 불안정을 더 일찍 제거해야 할 필요가 있는 경우에는 '있는 날'의 규정과 함께 '안 날'의 규정을



둔다. ‘안 날’을 기준으로 삼을 때는 그 기간에 있어 ‘있는 날’을 기준으로 하여 정한 기간보다 단기간이 된다. 헌법재판소법 제69조 제1항에서 ‘있는 날’을 기준으로 할 때는 180일로 정하면서 ‘안 날’을 기준으로 할 때는 180일보다 짧은 60일로 정하고 있는 것에서 그 한 예를 볼 수 있다. 청구기간에서 ‘안 날’ 규정을 두는 제도적 취지는, 아직 ‘있는 날’을 기준으로 한 기간이 경과되지 않았다고 하더라도 법질서의 불안정을 조속히 제거하기 위하여 다시 중첩적으로 ‘안 날’이라는 주관적 귀책사유를 당사자에게 물어 청구기간의 수준에서 소송으로 다룰 수 있는 기회를 차단시키고자 하는 것이다. 따라서 ‘있는 날’의 규정에 중첩시키는 ‘안 날’ 규정은 이러한 목적을 실현시키기 위해서만 운용되는 제도라고 할 것이다.

청구기간에서 ‘안 날’규정의 제도적 취지가 이러하다면 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정을 함께 두고 있는 경우에는 둘 중 어느 한 경우라도 기간이 경과하면 청구기간을 경과된 것이 된다. 이것이 청구기간제도의 법리이다. 만일 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정 중 어느 하나가 경과하지 않은 경우에 제기된 심판청구를 기간내의 것으로서 적법한 것으로 보게 되면 ‘안 날’규정의 기간이 경과하지 않은 경우에는 언제나 다룰 수 있는 것이 되어 청구기간을 둔 이유가 없어지게 된다. 청구기간제도의 법리를 관철시키면서 동시에 청구기간 제도 내에서 당사자에게 유리한 방법을 모색하는 것은 ‘안 날’규정의 폐지와 청구기간을 연장하는 것에서 찾는 것이 타당하다. ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정 중 어느 하나가 경과하지 않은 경우에 제기된 심판청구를 기간내의 것으로서 적법한 것으로 보는 것이 결과에서는 청구기간을 연장하는

효과를 가져오겠지만 청구기간제도에서 ‘있는 날’ 외에 ‘안 날’을 두는 제도의 범리에는 어긋난다. 양기간 가운데 어느 하나의 기간이 경과하지 않은 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보게 되면 이는 법적안정성의 실현이라는 면에서 문제가 생겨난다. 특히 아직 ‘안 날’ 기간이 경과되지 아니한 경우를 두고 보면 이러한 점을 확연하게 드러난다. ‘안 날’ 기간의 경과여부를 확정함에 있어 직접적인 증거가 없을 경우에는 이 점은 더욱 심각하다. 청구기간을 거의 인정하지 않는 것과 동일한 양상을 초래하게 된다. 법이론이 법원리를 구명하는 것이라면 단순한 결과에 착안하여 억측을 전개하는 태도는 지양할 필요가 있다.<sup>8)</sup> 어떤 권리구제절차에서 ‘안 날’규정을 두고 있는 경우에 과연 그러한 제도에서 ‘있는 날’외에 중첩적으로 ‘안 날’을 두고 있는 것이 타당한지를 검토하는 것은 권리구제의 면에서 중요하고 필요하다.

청구기간에 관하여 대법원과 헌법재판소는, 아래에서 볼 수 있듯이 ‘있는 날’과 ‘안 날’ 규정을 함께 두고 있는 경우에는 그 둘중 어느 하나의 기간이라도 경과하면 그 심판청구는 청구기간을 초과하여 제기한 것이 되어 부적법하다는 견해를 취하고 있다. 청구기간제도의 범리와 부합하는 타당한 견해이다.<sup>9)</sup> ‘1993. 7. 29 -89 헌마 31’의 결정에서 헌법재판소는 이 점을 명확히 하고 있다.<sup>10)</sup> 즉 180일 이내에 청구된 것임을 인정하면서

---

8) 여기에서는 예컨대 Karl R. Popper의 견해를 연상하는 것도 좋을 것이다. Karl R. Popper, *Conjectures and Refutations*(London/Henley : Routledge and Kegan Paul, 1978)참조.

9) 이석연, 「헌법소송의 이론과 실제」(서울 : 삼선, 1993), 156면 이하 참조

10) 헌법재판소 1993. 7. 29. -89헌마 31 <관> 12515, 37면 이하 참조.

도 다시 안 날로부터의 60일 이내의 청구인지를 판단하고 있다. 따라서 헌법재판소는 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정의 관계문제에서는 양자 중 어느 하나의 기간이 경과하면 청구기간이 경과된 청구로 보아 심판청구를 부적법한 것으로 심판하고 있음을 확인할 수 있다. 다만, 대법원과 헌법재판소의 견해에서 나타난 문제점은 그러한 견해를 도출함에 있어 요구되는 논증이 없다는 점이다. 결론적인 견해만 표명하고 있다. 논증이 없는 주장은 재판의 법리와 조화되기 어렵다. 아무튼 해당 대법원의 판례중 한 예를 보면 아래와 같다.

「행정처분이 있는 것을 안 날로부터 1월 이내, 행정처분이 있는 날로부터 3월 이내」로 정한 취지를 감안하므로서 동법은 행정처분의 조기확정을 기하여 당사자가 처분이 있는 사실을 알지 못하였다 할지라도 소원제기의 최장기간을 처분이 있는 날로부터 3월 이내로 제한하는 일방, 당사자가 처분이 있는 것을 알았을 경우에는 위 기간 내에서 처분이 있는 것을 안 날로부터 1월 이내로 소원제기의 기간을 단축하였음을 알 수 있는 바이니...11)

---

11) 대법원 1964. 9. 8. -63 누 196 [대] 12-2 행정편, 18면 이하(특히 19면). 이 판결은 구 소원법(1951. 8. 3. 법률 제211호) 제3조 제1항에 관한 것이다. 이 법률 제3조 제1항은 “소원은 행정처분이 있는 것을 안 날로부터 1월이내, 행정처분이 있는 날로부터 3월이내에 제기하여야 한다.”라고 규정하고 있었다. 이러한 대법원판례의 견해는 “행정처분을 안 날로부터 1월이 지나서 제기한 소원은 비록 그 처분이 있는 날로부터 3월이 경과하지 아니하였더라도 부적법한 것”이라고 판시한 대법원 1971. 6. 30. -71누 61 [대] 19-2 행정편, 27면 이하에서 더욱 분명하게 나타나 있다. 그리고 연혁적으로 볼 때 구 소원법과 관련된 것으로 보이는 과거 일본국의 행정재판법(1890. 6. 30. 법률 제48호. 1947. 4. 16. 법59로 폐지되었음)과 일본국헌법의시행에반라민사소송법응급적조치에관るす법률(1947. 4. 18. 법률 제75호. 1949. 1. 1. 실효되었음. 약칭:민사소송법응급조치법), 행정사건소송특례법(1948. 7. 1. 법률 제81호 1962. 5. 16. 법139로 폐지되었음)에 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정이 있고

이 문제와 관련하여 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서는 양자 중 어느 한 기간이 경과하여도 나머지 기간이 경과하지 않았으면 이 경우에 있는 헌법소원심판청구는 적법한 것으로 보아야 할 것이라고 주장하는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 이에 관해서는 뒷부분에서 법령에 대한 헌법소원심판청구에 관하여 살펴 볼 때 자세히 검토하기로 한다.

##### 5) ‘있는 날’규정과 ‘안 날’규정의 중첩적 적용의 타당여부

청구기간제도가 헌법상 보장된 재판청구권을 제한하는 것이고 보면, 과연 헌법소원심판청구절차에서 ‘있는 날’규정이외 다시 주관적 기간을 적용하여 ‘안 날’규정을 중첩적으로 규정하는 것이 타당한 것이냐 하는 문제가 제기된다. 헌법소원심판제도가 최종적으로 국민의 기본권을 구제하는 방법이라면 여기에는 가능한 국민으로 하여금 헌법재판소에 접근하기 쉽게 길을 열어 놓는 것이 타당하다고 사료된다. 뿐만 아니라 헌법소원심판제도가 가지는 기본권보장에 있어 합헌적 범질서의 유지라는 측면에서도 그러하다. 여기에는 특히 현재 우리의 헌법소원심판절차는 재판에 대한 헌법소원심판절차로 연결되는 구조가 아니라는 점

---

이러한 형식은 현재 일본국의 행정사건소송법에도 규정되어 있다. 행정재판법 제22조는 처분 또는 재결서를 교부 또는 고지한 날로부터 60일 이내라고 규정하였고, 민사소송법응급조치법 제8조는 처분이 있는 것을 안 날로부터 6월 이내, 처분일로부터 3년 이내로 연장하였으며, 행정사건소송특별법 제5조는 처분이 있음을 안 날로부터 6월 이내, 처분일로부터 1년 이내로 단축하였다. 현행 행정사건소송법(1962. 5. 16. 법률 제139호) 제14조는 처분 또는 재결이 있는 것을 안 날로부터 3개월 또는 처분 또는 재결일로부터 1년으로 규정하고 있다. 山本知敏, “§14(출소기간),” 원부일부, 「주해행정사건소송법」(동경 : 유비각, 1989), 227면 참조.

12) 최대권, “법률에 대한 헌법소원의 몇 가지 문제점.” 「고시계」 통권 400호(1990년 6월호), 88면 ; 김학성, “헌법소원에 관한 연구”(박사학위논문, 서울대학교학원, 1989), 262면 이하

도 고려되어야 한다. 따라서 객관적인 기간인 ‘있는 날’의 규정만두는 것으로 족하다고 생각된다. 그리고 주관적인 기간인 ‘안 날’의 규정만 두는 것은 청구기간제도의 법리에 비추어 볼 때 다소 문제가 있다고 사료된다.

한편 ‘있는 날’의 규정을 두는 경우에도 지금의 기간을 더 연장하는 것이 타당하다. 행정소송절차에서 행정심판을 제기하지 아니하거나 그 재결을 거치지 아니하는 사건에 대한 취소소송을 제기하는 경우 제소기간이 주관적 기간의 경우 180일, 객관적 기간의 경우 1년으로 규정되어 있는 행정소송법 제20조 제2항에 비추어 보더라도 타당성을 가지기 어렵다고 보인다.<sup>13)</sup>

## (2) 사전구제절차를 거치는 경우

### 1) 청구기간의 계산

헌법재판소법 제69조 제1항의 단서는 “다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 헌법소원심판절차에서 보충성의 원칙이 적용되는 것을 전제로 하여 정해 놓은 것이다. 여기에서도 기간의 계산은 위에서 본 것과 같다. 기산일은 초일이 산입되지 아니하므로 청구기간의 계산은 최종결정을 현실적으로 통지 받은 다음 날부터 시작하고, 기산일로부터 30일째 되는 날이 만료일이다.

---

13) 청구기간의 연장에 관해서는 김철용/김문현/정재황, 「헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구」 헌법재판연구 제4권(서울: 헌법재판소, 1992), 315면도 같은 견해이다.

## 2) ‘통지받은 날’의 의미

여기서의 “통지 받은 날”은 통지를 사실상 받은 날을 의미한다. 결정이 서면의 형식으로 우편에 의하여 배달된 때에는 특별한 사정이 없는 한 결정서의 등본이 송달된 날이 “통지 받은 날”에 해당한다.

## 3) 청구기간의 연장문제

이 경우 청구기간을 30일로 한 것이 기본권구제의 이념에 비추어 볼 때 타당한 것이냐 하는 문제가 있다. 헌법소원심판청구 절차에서 사전구제절차를 거친 후 30일 이내에 헌법소원심판을 청구하게 하는 것은 너무 시일이 촉박한 것이 아니냐 하는 문제이다. 이는 독일의 경우 1개월로 정하고 있는 것을 연상하게 만드는데 당사자의 재판청구권을 충분히 보장한다는 측면에서 30일은 촉박하다고 생각된다. 행정소송절차에서 재결을 거쳐 소송을 제기하는 경우에는 청구기간을 60일로 정하고 있는 것도 하나의 고려사항이 된다.(행정소송법 제20조 제1항)

청구기간의 연장은 헌법재판소에 사건의 부담을 늘리는 결과를 가져오게 할 것이라는 우려가 있을 수 있다. 단순히 생각하면 연장된 기간 안에 청구된 헌법소원심판청구는 기간이 연장되지 아니하였다더라면 청구될 수 없는 것이므로 이러한 논리도 성립될 것 같으나 청구기간의 연장과 헌법재판소의 사건부담의 증가와는 필연적인 관계에 있다고는 할 수 없다고 사료된다. 왜냐하면 청구기간이 짧은 경우에는 전심절차의 결과에 대하여 충분한 고려도 없이 결과에 대한 불만만 가지고 바로 헌법소원심판을 청구할 가능성이 많은 반면 청구기간이 더 연장되면 당사자는 충분한 기간을 가지고 전심절차의 결과와 헌법소원심판에서

의 승소여부에 대하여 좀더 차근차근히 음미할 수 있으므로 쓸데없는 심판청구는 줄어 들 가능성이 있기 때문이다.

그 외에도 청구기간이 충분히 보장되는 경우에는 헌법재판소는 청구인이 진지한 검토도 없이 훗김에 청구해오는 심판청구와 같이 심판의 가치가 없는 심판청구에 대하여 일일이 심판을 하는 도노(徒勞)의 노력을 하지 않아도 되므로 국가의 기능도 회복되고, 헌법재판도 가치 있는 논증에 기초한 판례를 생산하게 될 것이므로 헌법재판의 질도 향상된다.

### 3. 청구기간의 만료점

청구기간의 만료점은 헌법재판소법 제40조에 의하여 민사소송법의 기간계산규정이 준용되고, 그 결과 민법의 규정이 준용되는 부분은 민법 제159조가 준용된다. 따라서 청구기간은 기간말일의 종료로 만료되고(민법 제159조), 기간의 말일이 일요일 기타 일반의 휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료된다.(민사소송법 제157조 제2항) 일반의 휴일에는 임시공휴일, 신정의 공휴일도 포함된다.<sup>14)</sup>

“일일이내”라는 규정은 기간의 기산일로부터 해당기간의 말일이 되는 날까지를 의미한다. 예를 들면 ‘60일 이내’란 기간의 기산일로부터 계산하여 60일에 해당되는 날까지 청구하여야 한다는 뜻이며, 만료일이 그 익일이 되는 경우에는 산술상 기산일로부터 61일에 해당하는 날까지 청구해야 한다는 의미이다.

---

14) 이시윤, 「민사소송법」(서울:박영사, 1992), 502면 참조.

## 4. 청구기간의 성질

청구기간의 성질의 문제는 결국 기간을 해태한 경우 그 효과가 어떠한지 하는 것이다. 이 문제는 청구기간이 불변기간이냐 아니면 제척기간이냐 하는 문제로 귀착된다. 그런데도 여기에서도 사전구제절차를 거치지 않는 경우에 적용되는 청구기간의 제한과 사전구제절차를 거치는 경우에 적용되는 청구기간의 제한에는 성질상 차이가 있다. 전자는 처음으로 출소하는 절차에 적용되는 것이고, 후자는 전심절차에 대한 불복의 경우에 적용되는 것이기 때문이다. 나누어 살펴본다.

### (1) 불변기간인가 제척기간인가

#### 1) 사전구제절차를 거치지 않는 경우

청구기간의 성질은 우선 청구기간이 불변기간인가 제척기간인가가 문제로 된다. 먼저 사전구제절차를 거치지 않는 경우부터 살펴본다. 첫째, 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간은 불변기간인가? 결론부터 말하자면 불변기간이 아니다. 불변기간은 법률이 불변기간이라고 명시적으로 규정하고 있어야 하는데 이에 대한 명시적 규정이 없기 때문이다. 이 점에서는 기관권한쟁의심판절차에서 헌법재판소법 제63조 제2항이 제1항의 청구기간을 불변기간이라고 명시하고 있는 것과 대조된다. 불변기간이 아니므로 민사소송법 제160조의 소송행위의 추완규정은 적용되지 아니한다.<sup>15)</sup> 둘째, 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기

---

15) 이시윤, “헌법소원심판에 관한 고찰” 성현황적인박사화갑기념논문집편찬위원회



간은 제척기간인가? 우선 불변기간이 아니기 때문에 제척기간이라고 해석할 여지가 없지 않다.<sup>16)</sup> 청구기간을 제척기간으로 보면 기간이 경과되면 어떠한 경우에도 절대적 기간도과가 되어 심판청구는 부적법한 것이 된다. 즉 청구기간을 도과한 것에 정당한 사유가 있는 경우에도 기간도과가 치유되지 아니한다. 기간의 경과로 소송행위의 가능성을 완전히 배제하는 것이다. 법적안정성에 철저를 기하는 태도이다.

그런데 헌법소원심판제도가 기본권구제에 제도의 본질적 기능이 있는 것이라면 국민으로 하여금 헌법재판소에 접근하는 것을 쉽게 해 줄 필요가 있다. 청구기간의 제도가 법적안정성을 보장하는 것이지만 거기에는 정도의 문제는 여전히 고려되는 것이므로 특별한 이유가 없으면 국민으로 하여금 소송을 통한 권리의 구제가 가능하도록 길을 열어두는 것이 헌법상의 재판청구권의 실현에 근접한다. 그렇다면 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 행정소송법 제20조 제2항을 준용하는 데는 장애를 발견할 수 없다고 할 것이고, 청구인은 청구기간을 도과하더라도 정당한 사유가 있는 경우에는 기간의 경과에도 불구하고 심판청구권이 실효되지 않는다고 할 것이다.<sup>17)</sup> 특히 오늘날 소송이론에서 불변기간과 제척기간의 엄격한 구별보다는 재판기관에의 접근가능성의 측면에서 당사자로 하여금 그 접근을 용이하게 하는 것으로 무게중심이 옮겨지고 있는 점을 고려해보면 이렇게 이해하는 것이 바람직하다고 생각한다. 청구기간은 소송요건이기 때

---

회, 「손해배상법의 제문제」(서울 : 박영사, 1990), 681면도 같은 견해이다.

16) 제척기간이라고 보는 견해로는, 허영, 「한국헌법론」(서울 : 박영사, 1993), 824면

17) 이시윤(주 15), 681면 참조.

문에 이러한 정당한 사유가 되는 사실에 대한 입증책임은 청구기간을 도과한 후에 헌법소원심판을 청구하는 심판청구인에게 있다. 정당한 사유가 되는 사실은 정당한 사유를 구성하는 사실을 말한다. 이 경우 정당한 사유의 존부 그 자체는 법률적 판단이고 사실문제가 아니기 때문에 정당한 사유 그 자체는 입증책임의 대상이 되지 못한다.

헌법재판소의 판례는 헌법소원심판청구기간에는 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 행정소송법 제20조 제2항 단서가 준용되는 것으로 보고, 정당한 사유가 있으면 청구기간의 경과를 치유되는 것으로 보고 있으며, 정당한 사유의 존부는 사안에 따라 개별적으로 판단될 것이지만 민사소송법 제160조 소정의 부귀책사유보다는 더 넓게 보고 있다. 판시내용은 다음과 같다.

헌법재판소법 제40조 제1항에 의하면 행정소송법이 헌법소원심판에 준용되는 것이므로, 정당한 사유가 있는 경우 제소기간을 도과한 행정소송을 허용하는 행정소송법 제20조 제2항 단서가 헌법소원심판에도 준용된다고 할 것이고, 따라서 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간의 도과에도 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 해석하여야 할 것이다. 그런데 여기의 정당한 사유라 함은 청구기간도과의 원인등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다고 할 것인데...(중략)...있었던 점등 심판청구권행사의 제반사정을 종합 고려할 때, 비록 이 사건 청구인이 안 날이라고 할 1988년 12월 21일부터 60일의 청구기간을 8일 도과하여 1989년 2월 27일에 제기하였다고 하여도 제소를 허용함이 사회통념상 상당할 것이다. 생각건대 심판청구의 지연이 기존의 법제도의 부지·혼선으로 인한 일반적인 경우와는 달리 생소한 새

제도의 내용불명 때문에 생긴 경우라면 정당한 사유의 존부는 원칙적으로 돌아가 사회통념에 의거하여 사안으로 보아가며 개별적을 판단하여야 할 문제라고 할 것이며, 이는 민사소송법 제160조 소정의 불귀책사유보다도 더 넓게 보아야 할 정당한 사유에 관한 해석상 당연한 것이라 하겠고, 더구나 행정소송에 비해 청구기간이 단기간이어서 입법론상 문제가 있는 헌법소원에 있어서 국민의 권리구제의 길을 넓히기 위하여 특히 필요한 것이라 하겠다.<sup>18)</sup>

그리고 행정소송법 제20조 제2항의 정당한 사유의 의미에 대하여는 이에 대한 대법원의 해석을 따르고 있다. 대법원의 견해는 다음과 같다.

“정당한 사유”란 불확정개념으로서 그 존부는 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 하나 민사소송법 제160조(소송행위의 추완)의 “당사자가 책임을 질 수 없는 사유”나 행정심판법 제18조 제2항 소정의 “천재, 지변, 전쟁, 사변 그 밖에 불가항력적인 사유”보다는 넓은 개념이라고 풀이되므로, 제소기간도과의 원인 등 여러 사정을 종합하여 지연된 제소를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할 수 있는가에 의하여 판단하여야 한다.<sup>19)</sup>

아무튼 행정소송법 제20조 제2항의 기간은 불변기간도 제척기간도 아니다. 입법자의 의사도 그러하다. 이 점은 해당조항의 개정과정을 살펴보면 알 수 있다. 대법원의 견해도 이러한 점을

---

18) 헌법재판소 1993. 7. 29. -89 헌마 31(주 10), 39면 이하 passim  
19) 대법원 1991. 6. 28. -90 누 6521 [대] 39-3, 474면. 이러한 해석은 일본국의 행정사건소송법 제14조 제3항의 “정당한 이유”에 대한 일반적인 해석과 동일하다. 山本和敏(주11), 245면 ; 南博方, 「조해행정사건소송법」(동경 : 홍문당, 1987), 492면 ; 山村恒年/阿部泰隆, 「행정사건소송법」(동경 : 삼성당, 1984), 179면 참조

고려한 것으로 보인다. 같은 규정형식을 갖춘 구 행정소송법(1951. 8. 24. 법률 제213호) 제5조 제2항의 제소기간이나 유사한 구조를 취하고 있었던 구 소원법(1951. 8. 3. 법률 제211호) 제3조 제2항의 기간은 불변기간이었다. 결국 헌법재판소의 견해도 사전구제절차를 거치지 않는 경우의 청구기간은 불변기간도 제척기간도 아닌 것으로 보고 있는 셈이다. 헌법소원심판을 청구함에 있어 국민으로 하여금 헌법재판소에 접근하는 길을 더 용이하게 마련한 것이라고 평가할 수 있다.<sup>20)</sup>

## 2) 사전구제절차를 거치는 경우

사전권리구제절차를 거치는 경우에는 30일의 청구기간이 적용된다. 이는 전심재판에 대한 항고의 성질을 가진다. 여기에는 민사소송법상의 재판에 대한 불복신청기간과 행정소송법 제20조 제1항, 제3항의 법리가 준용된다고 할 것이다.(헌법재판소법 제40조 제1항)

민사소송법은 재판에 대한 불복기간으로서 항소기간(제366조 제2항)과 상고기간(제395조), 즉시항고기간(제414조 제2항), 재심기간(제426조 제2항), 제소전 화해에서의 제소신청기간(제358조 제4항), 민사조정에서 제소신청기간(민사조정법 제36조 제6항), 제권판결에 대한 불복출소기간(제462조 제1항), 중재판정취소의 소

---

20) 이 점과 관련하여 일본국의 행정사건소송법의 규정과 비교해보고 흥미할 부분이 있다. 같은 법 제14조 제1항은 “취소소송은 처분 또는 재결이 있는 것을 안 날로부터 3개월 이내에 제기하여야 한다”라고 하고, 제2항은 이를 불변기간으로 정하고 있다. 반면 제3항은 “취소소송은 처분 또는 재결일로부터 1년을 경과한 때에는 제기할 수 없다. 다만 정당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘안 날’규정은 불변기간으로 정하고 있고, ‘있을 날’규정은 이와는 달리 정당한 이유가 있는 때에 그 예외를 인정하는 형식을 취하고 있다.

에 있어 소제기기간(중재법 제16조 제3항) 등을 불변기간으로 정하고 있다. 행정소송법 제20조 제1항은 “행정심판의 판결을 거쳐 제기하는 사건에 대한 소는 그 재결서의 정본의 송달을 받은 날로부터 60일이내에 제기하여야 한다”라고 하고 있고, 이 경우에 적용되는 제소기간은 불변기간으로 정하고 있다.(행정소송법 제20조 제3항) 양자의 규정은 그 법리에 있어 서로 저촉하지 않으므로 헌법재판소법 제40조 제2항은 적용될 여지가 없다. 따라서 사전구제절차를 거치는 헌법소원심판청구에 있어 적용되는 30일의 기간은 불변기간이라고 할 것이다.

## (2) 직권조사사항

청구기간의 준수여부는 소송성립요건이므로 직권조사사항에 해당한다고 할 것이다. 따라서 입증책임에 따른 피청구인의 본안전항변에 해당하지 아니하고, 헌법재판소는 청구인의 자백에 구속을 받지 아니하며,<sup>21)</sup> 청구기간의 준수여부를 스스로 판단하여야 한다.

## 5. 국선대리인 불선정 결정시의 특례

헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는 지체없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 신청인이 선임신청을 한 날로부터 그 통지를 받은 날까지의

---

21) 대법원 1963. 5. 15. -62 누 180 <대법원판례카드> 2666; 1963. 5. 15. -62 누 213 [대] 11-1 행정편, 114면 이하 ; 1965. 7. 27. -65 누 32 <대법원판례카드> 2506 참조

기간은 제69조의 규정에 의한 청구기간에 이를 산입하지 아니한다.(헌법재판소법 제70조 제3항) 국선대리인선임여부에 대한 판단은 본 심판사건의 절차와는 별개의 것이고, 국선대리인제도가 국민의 재판청구권의 행사를 실질적으로 보장하기 위한 것이므로 청구인이 국선대리인선임신청을 한 것이 청구기간에서 불이익을 받는 요인으로 작용해서는 안 될 것이다. 국민의 재판청구권의 보장이라는 면에서 볼 때 타당한 규정이다.

## 6. 공권력의 불행사의 경우에 있어 청구기간의 비적용

공권력의 불행사에 의해 기본권이 침해된 경우에 헌법소원심판을 청구하는 때에는 소송의 성질상 청구기간이 적용될 여지가 없다. 부작위에 의한 침해의 경우에는 작위의무에 따른 의무의 이행이 없는 한 침해의 상태가 지속되고 있기 때문이다. 따라서 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판은 기본권을 침해하는 부작위의 상태가 지속되고 있는 한 언제든지 청구할 수 있다. 부작위가 종결된 때에는 그때로부터 청구기간이 적용된다.

## Ⅲ. 법령에 대한 헌법소원심판청구에서의 청구기간

### 1. 청구기간의 적용여부

법령에 대한 헌법소원심판청구에 있어 청구기간문제는 먼저 과연 헌법재판소법 제60조 제1항이 적용되는 것인가 하는 문제

에서 출발한다. 왜냐하면 법령에 대한 헌법소원심판청구에서의 청구기간에 대하여는 헌법재판소법이 명시적으로 규정하고 있는 점이 없기 때문이다. 이 문제는 다시 헌법재판소법이 법령에 대한 헌법소원심판제도를 명시적으로 규정하지 않았는데 무엇을 근거로 이를 인정할 수 있느냐 하는 문제로 소급한다. 사실 현행 실정법상으로는 법령에 대한 헌법소원심판을 명시적으로 인정하고 있는 규정은 없으나, 국가의 공권력의 행사에 의해 침해된 기본권을 구제하는 헌법소원심판제도가 인정되는 이상 이는 부정될 수 없는 것이므로 헌법재판소법의 해석을 통하여 인정될 수 있는 것이라면 이를 인정하는 것이 타당하다.<sup>22)</sup> 여기에서 거론되는 것이 헌법소원심판의 대상을 일반적으로 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항이며, 이 규정의 “공권력”의 의미를 해석해 볼 때 법령도 여기에 포함된다고 할 여지가 있는 것이다. 그래서 헌법재판소도 해석을 통하여 위 조항의 ‘공권력’에 법률을 포함한 법령이 해당되고, 따라서 법령에 대한 헌법소원심판이 우리 헌법재판소법상으로도 인정된다는 견해를 취하고 있다.<sup>23)</sup>

---

22) 최대권(주 12), 79면 이하도 같은 견해이다.

23) 헌법재판소 1989. 3. 17. -88 헌마 1[헌] 1, 9면 이하 ; 1989. 7. 21. -89헌마 12[헌] 1, 128면 이하 이래 헌법재판소의 판례상 확립된 견해이다. 이와는 달리 “헌법재판소법 제75조 5항에서 ‘공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것’운운의 규정은 법률에 대한 소원이 허용됨을 전제한 것이다”라고 해석하면서 법률에 대한 헌법소원심판이 인정되는 근거를 헌법재판소법 제75조 제5항에서 찾고자 하는 견해도 있다. 이시윤(주 15), 670면. 이 견해는 헌법재판소법 제75조 제5항에서 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률에 기인하는 것일 때에는 당해 공권력의 행사 또는 불행사가 기인하는 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 대해서도 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다. 같은 책, 675면 이하 참조.

다음으로 문제는, 법령에 대한 헌법소원심판제도가 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석을 통하여 인정되는 것이라면, 헌법재판소법 제69조 제1항의 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은…”이라는 규정내용으로 보아 당연히 법령에 대한 헌법소원심판청구에서도 청구기간은 위 제69조 제1항이 적용되는 것이라는 논리가 도출될 여지도 없지 않다는 점이다. 그런데 과연 그러한 것이냐 하는 것이 다시 문제가 될 여지가 있으므로 이에 대하여는 더 자세히 살펴볼 필요가 있다.

헌법재판소법의 입법과정이나 규정내용으로 볼 때, 우리 헌법재판소법이 제정될 당시에는 법령에 대한 헌법소원심판절차의 문제를 깊이 고려하지 않은 것으로 보인다. 만일 당시에 법령에 대한 헌법소원심판제도를 고려했다면 그 제도의 성질에 비추어 이에 대해서는 독립된 규정을 두었지 지금과 같은 허술한 형태의 규정형식을 취했을리가 없기 때문이다. 이 점은 법령에 대한 헌법소원심판제도를 두고 있는 다른 나라의 입법례에 비추어 보더라도 수긍할 수 있을 것이다. 따라서 현재 법령에 대한 헌법소원심판제도는 입법당시에는 흠결이 되었던 것이 해석을 통하여 인정된 것이라고 이해할 수 있는 것이고, 해석을 통하여 인정되는 것은 헌법소원심판의 대상에 법령이 해당된다는 것뿐이지 흠결된 청구기간의 적용까지 같이 인정되는 것은 아니라고 이해할 수 있다. 그렇다면 청구기간의 문제는 여전히 흠결된 상태에 있고, 따라서 여기서는 다시 헌법재판소법 제69조 제1항이 적용되는 것인가 하는 문제가 다시 검토될 여지가 생기게 된다고 할 것이다.



여기서 법해석의 방법은 해석원칙에 충실하게 된다. 즉 헌법재판소법 제69조 제1항을 그대로 법령에 대한 헌법소원심판제도에 적용하여도 문제가 없는 경우에는 이 조항의 해석을 통하여 청구기간의 적용을 인정할 수 있다. 그런데 법령에 대한 헌법소원심판제도가 행정부의 처분과 같은 개별적 국가작용에 대한 헌법소원심판제도와 다른 성질을 가지고 있는 점이 확인되는 경우에는 당연히 헌법재판소법 제69조 제1항이 그대로 법령에 대한 헌법소원심판제도에 적용된다고 할 수는 없다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석을 통하여 법령을 헌법소원심판의 대상에 해당된다는 것을 도출한 경우에도 청구기간의 적용문제는 여전히 흠결의 상태로 남게 되므로 헌법재판소법 제69조 제1항이 당연히 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에도 적용된다고 할 수 없는 결론에 도달하게 된다. 문제의 핵심은 청구기간의 문제에 있어, 법령에 대한 헌법소원심판제도와 행정처분과 같은 개별적 국가작용에 대한 헌법소원심판제도가 같은 법리에 의해 작동하는가 하는 것으로 좁혀진다. 해답은 이 문제의 결론에 의하여 좌우된다. 이에 관해서는 헌법재판소가 먼저 판례를 통하여 견해를 제시한 것이 있으므로 이를 검토하면서 살펴보기로 한다.

## 2. 헌법재판소 판례의 견해와 그에 대한 검토

### (1) 청구기간의 적용여부

헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서도

헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간을 원칙적으로 적용하고 있다. 다만, 법령이라는 범규범의 특성을 고려하여 다음과 같은 특별한 이론을 구성하고 있다.

법령에 대한 헌법소원의 제소기간은, 원칙적으로 그 법령이 시행됨과 동시에 기본권의 침해가 받게 된다고 할 것이므로, 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이고,<sup>24)</sup> 여기서 기본권을 침해당하게 되었다는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다.<sup>25)</sup> 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다. 여기서 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다 할 것이다.<sup>26)</sup>

이러한 헌법재판소의 판례상의 견해가 보여주고 있는 특징은

- 
- 24) 헌법재판소 1991. 9. 16. -90 헌마 [헌] 3, 553면 이하 ; 1992. 4. 28. -91헌마 62 [헌] 4, 277면 이하 ; 1992. 7. 23. -90 헌마 201 [헌] 4, 508면 이하 ; 1992. 10. 1. -90 헌마 5 [헌] 4, 607면 이하 등에서 볼 수 있듯이 헌법재판소의 확립된 견해이다.
- 25) 헌법재판소 1991. 9. 16. -90헌마 24 [헌] 3, 553면 이하 ; 1992. 11. 21. -92헌마 257 [헌] 4, 829면 이하 등에서 볼 수 있듯이 헌법재판소의 확립된 견해이다.
- 26) 헌법재판소 1990. 6. 25. -89 헌마 220 [헌] 2, 204면 ; 1990. 10. 8. -90헌마 18 [헌] 2, 306면 이하 이래 헌법재판소의 확립된 견해이다.

헌법재판소법 제69조 제1항을 원칙적으로 적용하되, 기본권침해의 사실발생은 법령의 시행과 동시에 또는 시행이후에 있을 수 있는 점을 고려하여 이를 나누어 판단하고 있는 점이다. 이러한 견해는 법령의 시행으로 항상 기본권의 침해가 있는 것이 아니므로 청구기간의 계산을 법령의 시행시만 기준으로 삼을 경우의 모순을 해결하고자 한 것으로 보인다. 법령의 시행이후 상당한 기간이 경과된 후에 비로소 그 법령에 의해 기본권이 침해되는 경우도 발생할 수 있기 때문이다.

## (2) ‘안 날’규정과 ‘있은 날’규정의 관계

법령에 대한 헌법소원심판에 있어 ‘안 날’규정과 ‘있은 날’규정의 관계에 대하여 헌법재판소가 취하고 있는 태도를 살펴보기 위해서는 해당 판례의 판시부분을 세밀히 확인할 필요가 있다. 표현상 차이가 나는 부분이 있어 해석에 혼선을 유발시키고 있기 때문이다.

### 1) 제 1 유형

법률에 대한 헌법소원의 제소기간은 그 법률의 공포와 동시에 기본권침해를 당한 자는 그 법률이 공포된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 법률이 공포된 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 법률공포 후 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 비로소 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 할 것이며...<sup>27)</sup>

---

27) 헌법재판소 1990. 6. 25. -89 헌마 220 [헌] 2, 204면. ‘아니면’이라는 표현이

## 2) 제 2 유형

법령에 대한 헌법소원의 제소기간은, 원칙적으로 그 법령이 시행됨과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로, 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이나, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다...<sup>28)</sup>

제 1 유형의 표현을 보면 ‘아니면’이라는 문면상의 표현 때문에 ‘안 날’규정이나 ‘있는 날’규정이나 어느 하나의 기간이 아직 경과되지 아니한 경우에는 헌법소원심판청구는 청구기간내의 청구로서 적법하다고 해석할 여지가 없지 않다. 그러나 과연 헌법재판소의 견해를 이렇게 이해할 수 있을지는 의문이다. 우선 제 2 유형의 판례가 있기 때문에 제1유형의 판례만으로는 헌법재판소의 견해를 확정할 수가 없고, 오히려 제2유형의 판례가 주를 이루고 있기 때문이다. 그리고 헌법재판소가 양자를 선택적으로 보아서 처리한 경우도 찾기 어렵다. 실제로 제1유형에 해당하는 ‘1991. 9. 16. -90 헌마 24’의 심판에서도 아래에서 보는 것과 같이, ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정 중 어느 하나의 기간이 경과되었

---

있는 것으로는 헌법재판소 1991. 9. 16. -90 헌마 24 [헌] 3, 555면 ; 1992. 11. 21. -92 헌마 257(주 25), 829면 이하(특히 832면)

28) 헌법재판소 1990. 10. 8. -90 헌마 18 [헌] 2, 360면. 법률에 대한 헌법소원심판인 헌법재판소 1990. 10. 8. -89 헌마 [헌] 2, 336면 ; 1990. 10. 26. -90 헌마 165 [헌] 2, 392면도 표현이 같다. 이후 같은 표현의 판시로는 1991. 1. 8. -90 헌마 210 [헌] 3, 2면 ; 1991. 3. 11. -91 헌마 21 [헌] 3, 97면 ; 1991. 11. 25. -89 헌마 [헌] 3, 590면 등을 들 수 있다.

다는 이유로 부적법각하의 결정을 하였다. 만일 제1유형의 판례가 양규정을 선택적으로 보는 것이라고 하려면 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정 모두에 대하여 기간경과여부를 판단한 것이 발건되어야 한다. 그런데 헌법재판소의 판단은 그러하지 아니하다.

청구인에게 있어서는 1989. 4. 1. 법 시행과 동시에 기본권침해를 당하게 된 것이므로 이 헌법소원이 적법하려면 늦어도 법 시행일부터 180일 이내에 제기되었어야 한다. 그런데 청구인이 이 사건 헌법소원을 제기한 날은 1990. 2. 21. 이어서 이미 법 시행일부터 180일이 경과된 후임이 명백하므로 이 헌법소원은 청구기간 경과 후에 청구된 것으로서 부적법한 것이다.<sup>29)</sup>

결국 헌법재판소의 판례는 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서도 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정을 적용하고 있으며, 양자의 관계는 판례에 보이는 표현상 차이에도 불구하고 양쪽 모두의 기간이 경과되지 않아야만 적법한 청구로 보고 있다고 사료된다.

한편 법률에 대한 헌법소원심판절차에서 어느 하나의 청구기간이 경과하지 않은 경우에는 청구기간이 경과되지 않은 것으로 이해하는 견해도 있으나,<sup>30)</sup> 이미 위에서 살펴본 것과 같이 청구

29) 헌법재판소 1991. 9. 16. -90 헌마 24 [헌] 3, 555면.

30) 김학성, “헌법소원의 대상에 관한 개선방향,” 헌법재판연구회 (편), 「헌법재판연구 I」 (주 2), 132면. 이러한 주장의 근거에 대하여는, “이는 행정소송의 청구기간에 관한 대법원판결과는 반대가 되는 것이나, 법률에 대한 헌법소원과 행정소송은 그 본질과 법적구조가 틀리기 때문에 달리 해석하는 것이 바람직하다고 본다”라고 설명한다. 같은 책, 같은 면. 이 견해는 헌법소원과 행정소송간의 본질과 법적구조의 차이를 들고 있으나 그것이 구체적으로 어떠한 요소를 말하는 것인지는 이해하기 어렵다. 오히려 이 문제는 헌법소원과 행정소송간의 차이에서 찾을 것이 아니라 청구기간제도의 법리에서 찾는 것

기간에 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정을 함께 두는 청구기간제도의 법리에 비추어 볼 때 이러한 주장에는 찬동할 수 없다.

### 3. 헌법재판소의 견해에 대한 검토

#### (1) 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에서 ‘안 날’규정의 적용문제

헌법재판소는 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에도 헌법재판소법 제69조 제1항을 적용하여 ‘있는 날’규정과 함께 ‘안 날’규정을 적용하고 있다. 우선 법령에 대한 헌법소원 심판청구에서 청구기간을 적용하는 것이 타당한 것이냐 하는 문제를 일단 차치해두고 위 문제만 보기로 한다.

법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우는 바로 법령이 시행된 날이 ‘있는 날’이 된다. 그런데 이 경우 ‘안 날’이 무엇을 의미하는지는 의문이다. 왜냐하면 법령과 같이 일반적 효력을 가지는 규범의 경우에는 개별적인 처분과는 달리 공포라는 방법으로 국민에게 알리고, 그 공포행위에 의하여 국민은 법령의 시행을 안 것으로 보기 때문이다. 이 점은 공포일과 시행일이 다른 경우에도 마찬가지이다. 시행일이 공포일보다 후인 경우(‘법령등공포에관한법률’ 제13조의2의 규정에 비추어 볼 때 헌법소원 심판절차에서 문제가 되는 경우는 대부분 이 경우이다.)에도 당해법령에 의한 기본권의 현실적인 침해는 시행일에 있게 되므로 헌법

---

이 타당하다고 사료된다.

소원절차에서 말하는 ‘안 날’이라는 것은 공포일이 아니라 시행일을 기준으로 할 수밖에 없다. 그리고 소급효를 가지는 법령의 경우라도 효력은 과거의 사실에 대하여 미치지만 헌법소원 절차에서 말하는 ‘침해’사실은 공포시에 발생하므로 이때에는 공포일이 ‘있는 날’이 된다. 법리가 이러하다면 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우는 바로 법령이 시행된 날이 ‘있는 날’이고 동시에 ‘안 날’이 된다. 그리고 청구기간에서 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정을 함께 두는 제도의 법리를 이에 교차시켜 보면 결국 현행 헌법재판소법 제69조 제1항을 적용시키는 한 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에는 ‘있는 날’과 ‘안 날’이 일치하고 양자가 함께 적용되는 경우에는 기간이 짧은 쪽이 적용되므로 청구기간이 60일 이라는 결론에 이르게 된다.

한편 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에도 ‘있는 날’과 ‘안 날’은 일치한다. 왜냐하면 이 때에도 국민은 이미 존재하는 법령에 대하여는 공포에 의하여 침해행위가 발생한 시점에 알고 있는 것으로 간주되기 때문에 해당사유가 발생하는 시점에 기본권의 침해가 ‘있는 것’이 되고 동시에 그러한 사실을 ‘안 것’이 된다. 법령에 있어서는 그 일반적 성질과 그에 따른 공포제도로 인하여 법령의 존재를 현실적으로 알았거나 법령에 의하여 침해가 발생한 사실을 현실적으로 안 것은 고려될 여지가 없다고 할 것이다.<sup>31)</sup> 국민에게 알리는 과정에 문제가 있다면 공포제도의 개선으로 도모되는 것이다. 그렇지 아니하면 누구나 법령의 존

---

31) 현재 법령의 공포절차와 공포일, 시행일 등에 대하여는 ‘법령등 공포에 관한 법률’이 정하고 있다.

재를 알지 못하였다고 할 것이기 때문이다.

가령 이러한 점을 모두 무시하고 순전히 개념적으로만 ‘있는 날’과 ‘안 날’을 구별한다고 해도 헌법소원심판에 있어 요구되는 현재관련성(Gegenwärtige Betroffenheit)의 개념과 연결시킬 때는 모순이 발생한다. 헌법소원심판에서의 현재관련성은 순수시간개념으로서의 ‘현재’뿐만 아니라 시간적 개념으로는 아직 현실의 침해가 발생하지 않았다고 하더라도 현재와 근접해 있는 미래에 해당하는 경우에는 현재관련성이 있다고 보게 된다. 헌법재판소가 ‘사유가 발생한 날’의 개념을 ‘당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때’라고 한 것도 이 점을 고려한 것으로 보인다. 그런데 문제는, 여기에 ‘안 날’을 개입시키게 되면 기본권침해에 대하여 미리 검토해 본 사람의 경우가 아직 침해가 현실화되기까지 전혀 생각해 보지도 않은 사람에 비하여 ‘안 날’의 기산일에서 먼저 출발하게 되므로 청구기간에서 불이익을 받게 되는 모순에 이르게 된다는 점이다. 권리의식에 투철하여 법령에 의하여 자기의 기본권이 침해되었느냐 아니냐를 미리 검토하고 생각해본 사람이 권리 위에 잠자는 사람보다 재판청구권의 행사에서 앞당겨 봉쇄되는 것이라면 이는 기본권보장의 법리와 조화될 수 없다.

그리고 법령에 대한 헌법소원심판제도는 한편에서는 기본권의 구제제도이지만, 이 절차에서 당해 법령이 위헌으로 선고되면 일반적으로 효력을 상실하게 되므로 규범통제로서의 측면도 지니고 있다. 법령에 대한 헌법소원심판제도를 달리 ‘개인적 규범



통제'(individuelle Normenkontrolle)라고 보는 것이라든지, 헌법소원심판제도의 '양면적(=이중적)' 기능이 다른 대상에 대한 헌법소원심판의 경우보다도 강하게 나타나는 것은 이러한 점 때문이다. 법령에 대한 헌법소원심판제도가 가지는 규범통제로서의 측면에 비추어 보더라도 '안 날'의 적용은 타당하다고 볼 수 없다. 가령 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에 헌법소원심판을 청구하는 경우를 살펴보기로 한다. 이 경우 청구인이 '안 날'로부터 60일을 지나 청구를 하게 된 경우를 부적법각하하게 되면 언뜻 보기에는 법적안정성의 목적을 실현시킨 것 같으나 청구인이 아닌 다른 사람이 뒤에 다시 '안 날'로부터 60일 이내에 청구하는 경우에는 당해 법령은 여전히 위헌여부에 의해 효력이 좌우되므로 법적안정성이라는 것은 도모되지 않는다. 따라서 문제의 법령의 효력을 없애려면 '있는 날'로부터 180일과 '안 날'로부터 아직 60일이 지나지 않은 사람을 찾아 헌법소원심판을 청구하게 하면 된다. 예컨대 특정 영업행위를 과도하게 제한하여 위헌인 법령이 시행된 경우, 이 법령 시행 후에 해당 영업을 한 사람이 이 법령으로 인하여 영업을 할 수 없게 되어 헌법소원심판을 청구한 경우를 생각해 보면 쉽게 알 수 있다. 해당 사람이 이미 이러한 사실을 '안 날'로부터 60일이 훨씬 지나서 청구가 부적법하게 된 경우에는 같은 영업을 하는 다른 사람 중에 아직 '있는 날'로부터 180일과 '안 날'로부터 60일이 지나지 않은 사람에 의해 언제든지 청구되어 해당 법령이 효력을 상실하게 되고, 더 나아가서는 현재 이에 해당하는 사람이 없다고 하더라도 미래의 어느 시기에 이와 같은 영업을 하려고 준비를 하는 사람이

나 영업에 착수하게 된 사람에 의해 심판청구가 제기될 수 있다. 그렇다면 ‘안 날’규정을 가지고 법적안정성을 도모하고자 하는 목적은 달성되지도 아니할뿐더러 처음부터 그러한 발상이 잘못된 것임이 판명된다.<sup>32)</sup>

헌법재판소의 견해는 헌법재판소법 제69조 제1항을 바로 적용하지 않고 해석을 통하여 새로이 이론을 구성한 것이어서 외형적으로는 매우 고심한 것처럼 보이지만, 법령이 가지는 규범으로서의 특성과 이를 기초로 한 법령에 대한 헌법소원심판제도가 가지는 특성을 깊이 고려하지 않았기 때문에 위에서 본 것과 같은 모순을 그 자체에 가질 수밖에 없다. 그런데 문제는 이러한 ‘안 날’규정의 적용여부논의에서 더 나아가 과연 법령에 대한 헌법소원심판절차에 청구기간을 적용하는 헌법재판소의 태도가 타당한 것인가 하는 근본적인 물음이 제기될 수 있다는 점이다.

## (2) 청구기간의 적용문제

법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을 적용하고자 하는 주된 이유는 청구기간제도의 목적에 비추어 볼 때 역시 법적안정성이 될 것이다. 여기에서 추구되는 법적안정성이란 현재의 법령에 시행되면서 형성된 법질서에 대하여 일정기간이 지나면 조속히 법령의 효력에 대한 다툼의 길을 차단하여 현상태의 법질서를 유지시키고자 하는 것이다.<sup>33)</sup> 그런데 문제는 이러

---

32) 박종보, “법령에 대한 헌법소원의 청구기간,” 금강김철수교수화갑기념논문집간행위원회(편), 「헌법재판의 이론과 실제」(서울 : 박영사, 1993), 457면도 같은 취지이다.

33) 법학에서 말하는 법적안정성이라는 개념은 여러 가지의 의미내용을 가지고

한 법적안정성이 처음부터 청구기간의 제도로서 도모될 수 없는 것이라면 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을 적용하는 것은 잘못된 것이 된다. 이 문제를 집중적으로 살펴보기로 한다.

청구기간에서 ‘안 날’적용에 대하여는 위에서 살펴본 것과 같이 타당성이 없다. 그러면 ‘있는 날’의 적용은 타당한 것인가? 이 문제를 검토함에 있어서는 이미 위에서 지적하였듯이 법령에 대한 헌법소원심판제도가 규범통제제도로서의 측면을 가지고 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 그렇다면 우리 헌법상 인정되고 있는 규범통제의 메카니즘 속에서 이 문제를 접근할 필요가 있다.

우선 구체적 규범통제제도와 관련시켜 이 문제를 살펴본다. 사실 재판청구권의 과도한 제한이라는 점을 일단 차치해두고 순전히 법령에 대한 헌법소원심판제도만에 시야를 한정시켜 보면, 청구기간의 적용이라는 방법으로 국가의 법령시행의 영역에서 법적안정성을 도모할 수 있는 것 같이 보인다. 왜냐하면 청구기

---

기능을 할 수 있다. 따라서 여기서는 법적안정성의 의미내용을 분명하게 해둘 필요가 있다. 이 문제는 청구기간으로 재판청구권을 제한하는 방법을 법적안정성과 관련하여 검토할 때에 양자의 관련성만 검토의 대상으로 들어오는 것이냐 아니면 헌법결정의 효력범위(소급하여 무효나 장래에 향하여 무효나 하는 문제)도 같이 고려되어야 하는 것이냐 하는 것과 관련되기 때문이다. 소급효를 인정할 것이냐, 인정한다면 어디까지 인정할 것이냐(시적 범위와 사물적 범위)하는 문제에서 고려되는 법적안정성은 어디까지나 소급효의 문제와 기존의 법질서배제방지라는 법적안정성의 양자간의 문제이지 법령의 효력을 다투는 소송절차에서의 청구기간의 적용과는 직접적인 연관을 가지지 아니한다고 보인다. 따라서 법령에 대한 헌법소원절차에서 청구기간의 문제와 법적안정성을 고려할 때도 이들 둘 사이의 문제를 고려하면 족하다. 여기에 위헌결정의 효력문제를 같이 고려하여 3자간의 관련성을 논의하는 것은 문제의 영역선택에서 방법의 오류를 범하는 것이 된다.

간이 지나면 해당 법령이 위헌이라고 하더라도 국민들은 다룰 수가 없고 입법자에 의하여 개정될 때까지에는 법령의 효력에 변동이 없기 때문이다. 그런데 다른 방법에 의해 해당 법령의 효력에 변동이 발생할 여지가 있을 때는 사정이 다르다. 우리 헌법재판제도에서 규범통제의 메카니즘을 보면, 헌법소원심판이라는 방법을 통하여 효력을 다룰 수 있는 길이 당사자의 청구기간의 도과로 폐쇄되었다고 하더라도 구체적 규범통제절차에서 생겨날 여지가 있게 된다. 민사소송, 형사소송, 행정소송등의 과정에서 문제의 법령이 구체적 규범통제라는 방법을 통하여 헌법재판소에 의해 효력상실여부가 결정될 수 있다. 그리고 이러한 구체적 규범통제메카니즘에서는 그 기초가 되는 당해 법원에의 제소기간의 제한은 원칙적으로 부정되어 있기 때문에(행정상 취소소송에서는 제소기간의 제한이 예외적으로 인정된다.) 규범의 효력을 다룰 수 있는 길은 광범하게 열려져 있고 또 이러한 법리가 타당하다. 그렇다면 구체적 규범통제제도가 인정되고 있는 상태에서 법적안정성을 도모하기 위하여 법령에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간을 적용하고자 하는 것은 그 목적 자체가 타당성을 가지기 어렵다.<sup>34)</sup> 뿐만아니라 법령에 대한 헌법소원심판제도에서 강하게 나타나는 규범통제로서의 성격을 고려해 볼 때 헌법을 정점으로 하는 합헌적인 실정법질서를 형성하는데 있어 시한을 정해둔다는 것도 이해하기 어려운 발상이다.<sup>35)</sup>

그리고 이러한 점을 다른 한편으로 고려해 볼 때, 사정이 과연 이러하다면 법령에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간을

---

34) 박종보(주 32), 454면 이하도 유사한 취지로 비판하고 있다.

35) 박종보(주 32), 451면 이하도 같은 취지의 견해이다.

적용하는 것은 실체적으로도 국민의 재판청구권을 침해하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다. 제도 그 자체만으로도 위헌의 여지가 있지 않느냐 하는 문제이다.

법령에 의하여 직접 국민의 기본권이 침해되는 경우에는 그 법령이 효력을 가지고 시행되고 있는 한 침해는 지속되는 것이다. 다시 말해 계속적 침해행위가 존재하고 있다.<sup>36)</sup> 그렇다면 국민은 언제나 위헌여부를 다룰 수 있어야 한다. 여기에 어떠한 문제가 있을 수 없다. 이러한 길이 국민에게 인정된다고 하여 모든 법령에 대하여 언제나 국민이 다룰 수 있는 것은 아니다. 그래서 법령에 대한 헌법소원에서는 청구인적격을 정하는 법적 관련성의 한 요소로 직접관련성(unmittelbare Betroffenheit)을 요구하고 있다.<sup>37)</sup>

그런데 이러한 법리와는 달리 헌법재판소의 판례는 아래에서 보는 것과 같이 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간의 적용이 가능하다는 것을 분명히 하고 있어 주목된다.

청구기간의 준수문제와 관련하여 청구인은 이 사건 행정입법과 같은 적극적 입법작용에 의한 기본권의 침해는 한번에 끝나는 것이 아니라 연속적으로 계속되는 것이고, 기본권침해가 연속적으로 계속되는 경우에는 청구기간에 의한 심판청구의 제한이 없는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다. 그러나 법규정립행위(입법

---

36) 이시윤(주 15), 670면도 “통상적으로 법률은 행정처분과 같이 1회적이 아니며 계속효가 있는 것”이라고 하고 있다.

37) 직접관련성에 대한 자세한 것은 다음 문헌을 참조. 황도수, “법규범의 직접성에 관한 시론.” 「헌법재판의 이론과 실제」(주 32), 377면 이하 ; Christian Pestalozza, *Verfassungsproze recht* 제3판(M nchen : C. H. Beck, 1991), 180면 이하.

행위)는 그것이 국회입법이든 행정입법이든 막론하고 일종의 법률행위이므로 그 행위의 속성상 행위자체는 한번에 끝나는 것이고, 그러한 입법행위의 결과인 권리침해상태가 계속될 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 다시 말하자면 기본권침해의 행위가 계속되는 것이 아니라 기본권침해의 결과가 계속 남을 수 있을 뿐인 것이다. 그렇다면 기본권침해행위는 한번에 끝났음에도 불구하고 그 결과가 계속 남아 있다고 하여 청구기간의 제한을 전면적으로 배제하여야 한다는 주장은 법적 안정성을 확보하려는 청구기간의 설정취지에 반하는 것으로서 부당하다고 하여야 할 것이다. 따라서 이 점에 관한 청구인의 주장은 이를 쉽사리 받아들일 수 없다.<sup>38)</sup>

이러한 헌법재판소의 견해에는 찬동하기 어렵다. 우선 헌법재판소의 판례의 견해는 입법행위와 행정처분을 동일한 것으로 이해하는 오류를 범하고 있다고 생각한다. 행정행위는 입법행위와는 달리 범규범 그 자체가 아니라 구체적 사실에 관한 범규범의 집행행위이고, 특정한 대상에 대하여 행정주체의 의사표시로 이루어지는 것이므로 행정행위는 상대방에 대한 구체적인 의사표시로 있게 된다. 이는 행정행위의 성립요건과 효력발생요건이 갖추어진 것을 의미한다. 행정행위에서도 통상은 이러한 행정행위의 효력발생에 따른 법적 효과만 따르게 되고 따로이 ‘결과’는 없다. 침해여부도 이러한 효력발생요건의 구비에 따른 효력발생에 의해 있게 된다. 따라서 행정처분이 있게 되면 대부분의 경우에는 처분의 효력발생으로 침해가 있게 된다. 다만 예외적으로 침해적 행정처분이 취소나 무효확인으로 없어진 경우에도

---

38) 헌법재판소 1992. 6. 26. -91 헌마 25 [헌] 4, 444면 이하 (특히 450면 이하)

침해적 행정처분으로 인한 권리침해가 ‘사실’로서 남아 있는 경우(예컨대 위법한 토지수용처분이 취소소송으로 효력이 없어졌음에도 사실로서 행정주체가 그 토지를 공공용지로 계속 사용하는 경우)에는 그 남아 있는 사실 그 자체는 이른바 행정상의 ‘결과’에 해당하여 예외적으로 행정상의 ‘결과제거청구권’의 법리가 적용된다.<sup>39)</sup> 그런데 하물며 입법행위의 경우에는 그 대상이 불특정한 일반 국민을 대상으로 하는 일반적인 범규범이고, 그 형식도 추상성을 띠고 있으며 시행과 동시에 효력은 지속된다. 특히 미시적으로 들여다보면 법령과 같이 일반성을 띠는 경우에는 항상 끊임없이 구체적 효과를 생겨나게 하고 있으므로 개별성을 가지는 처분과는 다르다. 이 점은 직접성을 가지는 법률의 경우에도 같다. 그렇다면 입법행위에 의해 권리침해가 있는 경우에는 그 상태가 지속되는 것이지 권리침해이외에 어떤 결과가 따로 존재할 여지가 없게 된다.<sup>40)</sup>

또 헌법재판소가 전개한 주장에 의하면 법령에 의한 기본권침해의 경우에도 입법행위(정확히 말하자면 법령의 시행)로 기본권의 침해가 있고, 그 다음은 침해의 결과만 남는다는 것인데, 이러한 견해는 논리적으로 법령에 대한 헌법소원에서는 법령에 의

---

39) 행정상 ‘결과제거청구권’에 대하여 자세한 것은 김남진, 「행정법 I」 제4판(서울 : 법문사, 1992), 554면 이하 ; 김동희, 「행정법 I」(서울 : 박영사, 1991), 392면 이하 ; 홍정선, 「행정법원론(상)」(서울 : 박영사, 1993), 515면 이하 참조.

40) 이 문제와 관련하여 극히 예외적으로 형식은 법령의 형식을 가지지만 실질은 개별적·구체적 처분과 다르지 않는 경우를 생각해 볼 수 있다. 처분적법률에서 사람과 사항에서 특정되는 경우이다. 이 경우에 한하여는 청구기간이 적용될 여지가 있다. 그러나 이러한 형식의 처분적법률이 법치주의와 합치한다고 볼 수 있을지는 의문이다.

한 기본권침해여부만 판가름이 나고 침해된 기본권의 구제는 현재의 결과를 제거하기 위하여 다시 그에 해당하는 소송을 하여야 한다는 것으로 귀착된다. 이것은 괴이한 논리일 뿐 아니라 헌법소원심판제도가 가지는 권리구제제도로서의 법리와도 모순된다. 다시 말해 헌법재판소의 견해대로 하자면 법령에 대한 위헌여부를 판단하는 절차이외에 위헌인 기본권침해의 결과를 제거하는 헌법소송절차를 따로 마련하여야 한다는 논리에 빠지게 된다. 그리고 만일 이러한 별도의 절차를 필요로 하는 것이 아니라 한다면 처음부터 당사자가 헌법소원심판을 청구해야 할 이유가 없게 된다. 왜냐하면 법령의 위헌여부만 확인 받고 침해라는 ‘결과’를 제거하지 못하는 소송을 할 이유가 없기 때문이다. 미래의 누군가의 기본권을 보호하기 위하여 ‘시험적 소송’을 하는 것이 헌법소원심판제도는 아니기 때문이다. 이렇듯이 헌법재판소의 견해가 기존의 법학이 이루어 놓은 개념이나 법리와 좌충우돌하며 논리의 모순을 범하고 언어의 유희에 빠져 든 것은 근본적으로 행정처분과 입법행위의 본질을 혼동한 것에서 비롯된 것이라고 사료된다.<sup>41)</sup>

이치가 이러하다면 법령에 대한 헌법소원심판절차에서는 청구기간을 적용하여 헌법 제27조 제1항에 보장된 재판청구권의 한 내용인 헌법소원심판청구권을 제한하는 것은 타당하지 아니하다. 앞에서 살펴보았듯이 법령에 대한 헌법소원심판절차에서는 이 제도의 본질상의 특성에 비추어 볼 때 청구기간을 적용할 수 없다고 할 것이다.<sup>42)</sup> 이상의 이유로 헌법재판소의 판례의 견

41) 이 판례에 대한 비판으로는, 박종보(주 32), 450면 이하를 참조하기 바람.

42) 최대권(주 12), 86면 ; 김철수, “헌법소송제도의 문제점과 개선방안.” 성계 이규석



해에 대하여는 찬동하지 않는다.

#### 4. 입법부작위의 경우

국회의 입법부작위에는 단순입법부작위, 진정입법부작위, 부진정입법부작위가 있고, 국회가 입법의무를 지니고 있지 않는 단순입법부작위는 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 문제에서 처음부터 거론될 여지가 없다<sup>43)</sup> 이러한 것은 나머지 법규범에서도 동일하다고 보인다. 따라서 여기서는 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 경우를 살펴본다.

국회의 입법의무를 이행하지 아니한 진정입법부작위에 의한 기본권침해는 부작위가 현재 계속되고 있는 한 기본권의 침해도 현재 계속되고 있으므로 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판의 청구에서는 청구기간이 적용되지 아니한다고 보는 것이 타당하다. 진정입법부작위의 상태가 지속되고 있는 한 언제나 헌법소원심판을 청구할 수 있다.<sup>44)</sup>

---

교수정년기념논문집간행위원회(편), 「현대공법론의 연구」(서울 : 삼선, 1992), 490면 ; 김철용/김문현/정재황(주 13), 315면 ; 박종보(주 32), 458면 이하도 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을 적용하는 것은 타당하지 않다는 견해를 취하고 있다.

43) 국회의 입법부작위에 대한 헌법소원심판제도에 관한 필자의 견해에 대하여는 정종섭, “국회의 입법부작위에 대한 헌법소원심판제도,” 「헌법재판의 이론과 실제」(주 32), 460면 이하를 참조하기 바람.

44) 같은 견해로는 김지형, “입법부작위에 관한 헌법소원(상),” 「관례월보」 260호(1992년 6월호), 20면 이하 ; Bruno Schmidt-Bleibtreu, “§90,” in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 제3판(München: C. H. Beck, 1992), 단락번호(Randnummer) 120 ; Christoph Gusy, *Die Verfassungsbeschwerde* (Heidelberg : C. F. Müller, 1988) 133면 이하 ; Christian Pestalozza(주 37), 189면 연방헌법

부진정입법부작위는 국회의 입법 의무의 불완전이행이므로 이에 대한 헌법소원심판절차는 불완전한 입법 의무의 이행으로 나타나 있는 법률조항에 대한 헌법소원심판절차로 나타난다. 여기에서도 형태는 법률에 대한 헌법소원심판청구를 따므로 앞에서 본 것과 동일한 이유로 청구기간이 적용되지 않는다고 할 것이다. 여기서도 불완전하지만 해당 법률조항이 효력을 발휘하여 기본권을 침해하고 있는 한 언제나 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것이다.

이 점과 관련하여 현실적으로 유의할 점이 있다. 법률에 대한 헌법소원심판의 청구에서 그 법리상의 결론에도 불구하고 청구기간의 적용을 인정하는 나라에서는 어떠한 입법부작위가 양적인 것인가 아니면 질적인 것인가의 여부는 당사자의 권리구제에 결정적인 것으로 작용한다는 점이다. 왜냐하면 양적 개념인 진정입법부작위의 경우에는 청구기간이 적용되지 아니하여 언제나 헌법소원심판을 청구할 수 있는 반면에 질적 개념인 부진정입법부작위의 경우에는 청구기간의 제한을 받게 되기 때문이다. 개념적으로는 양적인 것과 질적인 것의 구별이 분명하지만 양자의 판단이 어려운 구체적인 사안에서는 어느 쪽으로 판단하느냐에 따라 소송요건의 구비여부와 관련하여 권리구제의 가능성여부가 결정된다. 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을

---

재판소법 (Gestüber das Bundesverfassungsgericht v. 12. 3. 1951 i. d. F. der Bekanntmachung vom 3. 2. 1971) 제93조 제2항에서 법률에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어 1년의 청구기간을 규정하고 있는 독일에서도 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판의 청구에서는 청구기간의 적용이 배제된다는 것이 연방헌법재판소의 관례상 확립된 견해이다. 「독일연방헌법재판소판례집」(Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht) 제6권, 266면(이하 'BverfGE 6, 266'으로 약기한.); 10, 308 ; 11, 261 ; 13, 287 ; 16, 121 참조.

적용할 수 있느냐에 대하여는 찬동하지 않지만, 현재 헌법재판소가 현실적으로 행하고 있는 것과 같이 청구기간의 적용을 인정하는 소송실무만을 고려해볼 때는 양적인 것과 질적인 것의 구별이 명확하지 아니하여 진정입법부작위로 보아야 하는지 아니면 부진입법부작위로 보아야 하는지에 대하여 도저히 판단하기가 어려운 때에는 진정입법부작위로 보아 기본권구제에 충실을 기하는 것이 타당한 태도라고 사료된다.

## IV. 각국의 입법례에 대한 검토

### 1. 독 일

#### (1) 사전구제절차를 거치는 경우

독일연방헌법재판소법 제93조 제1항 제1문은 “헌법소원심판은 1개월 이내에 청구되어야 한다.(Die Verfassungsbeschwerde ist binnen eins Monats zu erheben)”라고 하여 헌법소원심판의 청구기간을 1개월로 정하고 있다. 이른바 ‘1개월의 기간’(Monatsfrist)이다. 재판에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서도 이 규정이 적용된다. 이에 관한 기간의 기산에 대해서는 같은 항 제2문 이하에서 규정하고 있다.

이와 같은 단기의 청구기간에 대하여는 청구기간의 연장을 모색하는 견해가 제기되고 있다.<sup>45)</sup>

---

45) 예컨대 Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde 제2판( München : C. H. Beck, 1988), 110면 이하 참조.

## (2) 사전구제절차를 거치지 않는 경우

독일연방헌법재판소법 제93조 제2항은 법률이나 권리구제절차가 따로 없는 그 밖에 고권행위(Hoheitsakt)에 대한 헌법소원심판청구에 있어서는 청구기간을 1년으로 제한하여 규정하고 있다. 이른바 ‘1년의 기간’(Jahresfrist)이다. 독일에서는 헌법소원의 대상으로 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 실질적 의미의 법규범도 포함하고 있어 법규명령(Rechtsverordnung)<sup>46)</sup>과 자치법규(Satzung),<sup>47)</sup> 실질적인 행정법규(materieller Rechtssatz der Verwaltung)<sup>48)</sup>도 심판의 대상에 해당하는데, 이 경우에도 청구기간은 1년이다.<sup>49)</sup> 법률은 효력이 발생하는 시행시를 기준으로 기산하고, 고권행위는 고권행위가 발한 시점을 기준으로 기산한다. (같은 법 제93조 제2항) 소급효를 가지는 법률의 경우에는 공포시

---

46) 독일연방헌법재판소의 판례도 이를 인정하고 있다. BverfGE 3, 162(특히 171면); 3, 288(특히 299면); 6, 273(특히 277면); 26, 228(특히 236면); 39, 302 ; 51, 66 ; 53, 1 ; 56, 298(특히 309면). 다만 독일의 경우에는 그 소송구조상 법규명령에 대한 헌법소원심판을 청구하는 경우에 보충성의 원칙이 적용된다. 따라서 당해법원에서도 이 경우의 기본권침해는 구제될 수 있으므로 법규명령에 대한 헌법소원심판은 독일연방헌법재판소의 독점적인 권한은 아니라고 한다. BverfGE 1, 184(특히 189면 이하, 201면); 68, 319(특히 325면 이하) 참조.

47) 독일연방헌법재판소의 판례도 이를 인정하고 있다. BverfGE 1, 91(특히 94면 이하); 12, 319(특히 321면); 40, 187(특히 195면) 참조.

48) 독일연방헌법재판소의 판례도 이를 인정하고 있다. BverfGE 1, 82(특히 83면 이하); 2, 139(특히 141면 이하); 2, 237(특히 242면 이하); 12, 180(특히 199면); 18, 1(특히 15면) ; 33, 18(특히 21면); 41, 88(특히 105면) 참조.

49) Rüdiger Zuck(주 45), 199면 ; Ernst Benda/Eckart Klein, *Lechbuch des Verfassungsproze recht*(Heidelberg : C. F. Müller, 1991), 182면, 236면 참조.

를 기준으로 기산한다고 독일연방헌법재판소는 판시하였다.<sup>50)</sup>

독일연방헌법재판소는 예외적으로 법률을 구체적으로 실현시키는 법규명령이 늦게 발해져 1년 동안 법률이 결국 아무런 효력도 발생하지 못한 경우나<sup>51)</sup> 또는 청구인이 자기의 관련성을 청구기간이 경과된 후에 비로소 알 수 있었던 경우에는,<sup>52)</sup> 1년의 청구기간은 연장된다고 판시하였다. 내용상 규범의 개정이 있는 경우<sup>53)</sup>에도 기간은 원칙적으로 새로이 진행된다.<sup>54)</sup> 법률이 1951년 4월 1일 이전에 시행된 경우에는 이에 대한 헌법소원심판은 1952년 4월 1일까지 청구할 수 있다.(같은조 제3항)

법률에 대한 헌법소원심판의 청구에서 청구기간을 1년으로 못을 박은 것에 대한 근거로 독일연방헌법재판소는 법적안정성(Rechtssicherheit)의 요청이라고 판시하였다.<sup>55)</sup>

### (3) 청구기간의 법적성질

이러한 청구기간의 성격에 대하여 독일연방헌법재판소법은 명시적으로 규정하고 있지 않다.

독일연방헌법재판소는 “헌법재판소에 관한 법률에서는 추완이 규정되어 있지 않다. 그리고 이와 관련된 연방헌법재판소법 제

---

50) BVerfGE 1, 415(특히 416면 이하) ; 12, 81(특히 88면) ; 32, 157(특히 162면); 62, 374(특히 382면) ; 64, 367(특히 376면) ; 71, 364(특히 396면) 참조.

51) BVerfGE 34, 165(특히 178면 이하) ; 68, 319(특히 324면 이하)

52) BVerfGE 77, 170(특히 221면)

53) BVerfGE 11, 351(359) ; 12, 10(24) ; 32, 173(181) ; 74, 69(73) ; 77, 170(214)

54) BVerfGE 32, 173(특히 181면) ; 74, 69(특히 73면)

55) BVerfGE 29, 83(특히 97면 이하) 같은 취지의 판례로는 BVerfGE 23, 153(특히 164면) 참조. 이와 관련된 판례로는 BVerfGE 11, 255(특히 260면) ; 18, 1(특히 9면) ; 18 참조.

93조의 문언도 이 점을 말해주고 있다. 따라서 입법자는 추완을 허용하지 않으려고 했다고 보인다. 연방헌법재판소법 제93조는 2가지의 소송행위상의 기간을 규정하고 있다. 제1항에서는 이 사건에서 논의되고 있는 ‘1개월의 기간’(Monatsfrist)이 규정되어 있고, 제2항에서는 법률이나 사전구제절차가 열려 있지 않은 특별한 고권행위에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어 적용되는 ‘1년의 기간’(Jahresfrist)이 규정되어 있다. 이 1년의 기간이 순전한 제척기간(Ausschlußfrist)이라는 점에 의심이 제기될 여지는 전혀 없다. 만일 1년의 기간의 해태가 있음에도 추완이 허용된다고 하면 1년이 경과한 후에는 헌법소원을 통하여 직접 법률에 대하여 다투는 것을 배제한 연방헌법재판소법 제93조 제2항의 목적을 심히 수포로 돌아가게 할 뿐 아니라, 기간도과 후에 법률에 의해 바로 직접 관련될 모든 사람에게 추완이 알려져야 할 것이다. 이와 같은 생각에 견주어 보면 제1항의 기간도 제척기간이라고 생각된다.” 라고 하면서 헌법소원심판청구에서의 청구기간을 사전구제절차를 거치는 경우의 ‘1개월의 기간’이든 사전구제절차를 거치지 않는 경우의 ‘1년의 기간’이든 구별할 것 없이 추완이 허용되지 않는 제척기간이라고 판시하였다.<sup>56)</sup> 따라서 기간을 해태하면 그전의 상태로 돌아가는 것(=추완 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)이 불가능하여 심판을 청구할 수 없게 된다.

---

56) BVerfGE 4, 309(특히 313면 이하) 같은 취지의 판례로는 BVerfGE 9, 109(특히 115면 이하) ; 28, 243(특히 256면) ; 30, 112(특히 126면) ; 50, 381(특히 384면); 78, 7(특히 15면 이하) 참조. 연방헌법재판소법 제48조의 선거소송에 있어 적용되는 1개월의 청구기간도 같은 취지로 이해한다. BVerfGE 1, 430(431) 참조.

다시 말해 ‘절대적으로 위반해서는 안되는 기간(unabdingbare First)이다. 기간의 경과로 소송행위의 가능성이 완전히 배제된다.<sup>57)</sup> 이러한 점에서 일정한 요건하에 그 전의 상태로 원상회복될 수 있는, 즉 추완이 인정되는 불변기간과 다르다.<sup>58)</sup>

그러나 학설에 따라서는 이러한 관례의 견해는 독일기본법 제 103조 제1항에서 보장하고 있는 본안청문권(Gehör in der Sache)이나<sup>59)</sup> 국민의 최종적 권리구제수단(letztem Rechtsbehelf des Bürgers)인 헌법소원심판제도의 성질과도 합치하지 않으며, 나아가 통상 절차상의 문제나 형식상의 문제에서는 그 정형에 있어 엄격한 태도(förmelnde Strenge)를 견지하지 않는 법원의 경향과도 합치하지 않는다는 지적하에 비판이 제기되고 있다.<sup>60)</sup> 독일연방헌법재판소는 소송법에서는 사물의 본성상 실질적 정의(materiale Gerechtigkeit)에 대한 요구와 법적안정성(Rechtssicherheit)에 대한 요구사이에 긴장이 존재하며, 추완의 문제도 이러한 긴장 속에 놓여 있다고 보고 결국 법적안정성쪽에 손을 들어 준 것이지만<sup>61)</sup> 비판론은 실질적 정의쪽에서 서

---

57) Christian Pestalozza (주 37), 189면 ; Rüdiger Zuck(주 45), 301면 ; Bruno Schmidt-Bleibtreu, "§93," in : *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*(주 37), 3면 이하, 27면 이하 참조. 헌법소원심판절차에서의 기간해태와 추완에 관한 자세한 것은 Christian Pestalozza(주 37), 55면 ; Rüdiger Zuck(주 45), 112면 이하 참조.

58) 독일민사소송법상의 기간해태와 추완에 관하여는 Kurt Schnellhammer, *Zivilprozeß* 제4판(Heidelberg : C. F. Müller, 1980), 185면, 401면 이하 ; Othmar Jauernig, *Zivilprozeßrecht* 제21판, 김홍규(역), 「독일민사소송법」(서울 : 신원문화사, 1992), 184면 이하, 487면 이하 참조.

59) 독일연방헌법재판소는 독일기본법 제103조 제1항의 이 기본권이 헌법소송에서도 효력을 가진다고 판시하였다. BVerfGE 72, 84(특히 88면) 참조.

60) 이러한 비판론에 관한 자세한 것은 Christian Pestalozza(주 37), 55면 및 같은 면의 각주 145 참조.

61) BVerfGE 4, 309(특히 314면 이하) 참조.

있다.<sup>62)</sup>

한편 과연 독일연방헌법재판소의 선판례인 'BVerfGE 4, 309'의 논증과 견해를 그대로 따르는 것이 타당한 것인가, 사전구제절차를 거치는 경우의 '1개월의 기간'과 사전구제절차를 거치지 않는 경우의 '1년의 기간'이 성질에서 같은 것인가 등에 대하여 세밀한 검토가 필요하다는 전제하에 비판적인 태도로 접근하는 견해도 있다.<sup>63)</sup>

#### (4) 공권력의 불행사의 경우

공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서는 위 청구기간의 규정이 적용되지 아니한다. 부작위의 상태가 계속되고 있는 동안은 언제든지 헌법소원심판을 청구할 수 있다.<sup>64)</sup> 독일연방헌법재판소의 판례도 “연방헌법재판소법 제93조는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원청구에 있어서는 기간을 정하고 있지 않다. 부작위가 계속되고 있는 동안 청구된 헌법소원은 적법하다.”라고 판단하여 같은 취지의 견해를 취하고 있다.<sup>65)</sup> 청구인이

---

62) 헌법소원심판절차에서 기간의 해태가 있는 경우 추완을 인정할 것이냐에 대하여는 제4차 법률개정시 초안에서는 들어 있었다. 그러나 1969. 11. 13. 헌법재판소의 재판관전체회의에서는 반대하는 의사가 표명되었고, 연방의회법사위원회에서 표결에 의해 부정되었다. 결국 1970. 12. 21. 제4차 연방헌법재판소법의 개정에서는 인정되지 아니하였다. Bruno Schmidt-Bleibtreu, "§93," in : *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*(주 44), 단락번호 4 ; Christian Pestalozza(주 37), 55면 참조.

63) 이에 관하여 자세한 것은 Rüdiger Zuck(주 45), 112면 이하 (특히 115면 이하) 참조.

64) Rüdiger Zuck(주 45), 301면

65) BVerfGE 16, 119(특히 121면). 연방헌법재판소법 제93조가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 있어서는 기간을 정하고 있지 않다는 취지의 판례는 BVerfGE 6, 257(특히 266면) 참조. 부작위가 계속되고 있는 동안 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 취지의 판례는 BVerfGE 10, 302(특히 308면) 참조.



부작위가 종료된 것을 안 경우에는 1년의 기간이 진행된다고 하는 견해가 있다.<sup>66)</sup> 법원의 재판(gerichtliche Entscheidung)이나 관청의 행위(behördliches Handeln)에 있어 부작위가 종료된 경우에는 독일연방헌법재판소법 제93조 제1항의 1개월의 청구기간이 적용된다고 본다.<sup>67)</sup>

## (5) 평가적 검토

법령에 대한 헌법소원심판청구에 있어 청구기간의 적용을 인정하는 것은 찬성하기 어렵다. 법리와 맞지 않는다고 사료된다. 청구기간을 적용하는 한 그 근본적인 모순으로 인하여 예외를 계속 인정해나가지 않을 수 없을 것으로 보인다. 그러나 예외의 인정으로 문제가 모두 해소될 것인지는 의문이다.

그리고 청구기간을 제척기간으로 보고 있는 것은 국민의 재판청구권의 보장이라는 면에서 수긍하기 어렵다. 역시 그 예외를 인정하지 않을 수 없을 것이나, 그러한 조치로 문제가 모두 해결될 것으로 보이지 않는다. 이 점에서는 우리 헌법재판소의 기본적인 견해가 타당하다고 생각한다.

## 2. 오스트리아

### (1) 사전구제절차를 거치는 경우

---

66) Rüdiger Zuck(주 45), 301면의 각주 50) 참조.

67) Christian Pestalozza (주 37), 189면 ; BVerfGE 58, 208(특히 218면) ; Rüdiger Zuck(주 45), 301면의 각주 50) 참조.

오스트리아는 연방헌법(Bundes-Verfassungsgesetz 1929) 제140조 제1항과 제144조 제1항에서 헌법소원심판제도를 두고 있다. 먼저 헌법 제144조 제1항은 일반적으로 법규범을 집행하는 행정청의 처분(Bescheid der Verwaltungsbehörde)과 행정청이 직접 발하는 명령권과 강제권(Befehls-und Zwangsgewalt)의 행사에 대하여 헌법소원심판의 청구를 허용하고<sup>68)</sup>, 이 경우에는 사전에 권리구제절차를 거치게 하고 있다.

헌법재판소법(Verfassungsgerichtshofgesetz 1953) 제82조 제1항은 법규범을 집행하는 행정청의 처분에 대한 헌법소원심판은 행정적인 사건의 권리구제절차를 거쳐(nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges) 최종적으로 행해진 결정을 송달받은 후 6주 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다라고 규정하고 있다. 제2항은 행정청이 직접 발하는 명령권과 강제권의 행사인 행정행위에 대해서도 6주 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 하고, 이 경우에는 그 권력행사를 안 때로부터 기간이 진행되며, 그 권력행사에 의하여 심판청구권의 행사에 장애가 발생한 경우에는 그 장애가 제거된 때로부터 진행한다고 규정하고 있다.

위 법률 제33조는 이러한 헌법 제144조의 경우에 한하여 기간을 해태한 때에는 그 추완이 인정된다고 규정하고 있고, 추완신청에 대하여는 비공개회의에서 결정을 한다고 정하고 있다. 여기에는 민사소송법과 시행법규(Zivilprozeßordnung und Einführungsgesetz)의 규정이 준용되므로(헌법재판소법 제35조) 민

---

68) 이 절차에는 순전한 헌법소송이외에도 위법한 법규명령이나 위법한 국가계약의 적용으로 인한 권리침해에 대한 구제까지 포함되어 있으므로 '특별행정재판'(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)이라고 불린다. 자세한 것은 Robert Walter/Heinz Mayer, *Grundriß der österreichischen Bundesverfassungsrechts* 제7판(Wien : Manz, 1992), 420면 이하 참조.

사소송법 제146조 이하가 준용된다.<sup>69)</sup>

### (2) 사전구제절차를 거치지 않는 경우

일반 국민이 법률에 의하여 직접 자기의 권리를 침해받았을 때에는 그 법률이 위헌이므로 취소하라는 심판을 헌법재판소에 직접 청구할 수 있다.(연방헌법 제140조 제1항) 법률에 대한 헌법소원심판제도이다. 명령에 대해서도 마찬가지이다.(연방헌법 제139조 제1항) 이를 통틀어 법령에 대한 헌법소원심판제도라고 할 수 있다. 이른바 ‘개인적청구’(Individualantrag)에 의해 규범통제가 이루어지는 제도이다.<sup>70)</sup> 그런데 여기에는 청구기간의 규정이 적용되지 아니하여 헌법소원심판청구권의 행사에 있어 청구기간에 의한 제한이 없다. 국민은 청구인적격을 갖춘 경우에는 언제든지 법령에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

### (3) 평가적 검토

Hans Kelsen의 사상적 세계에서 창설된 오스트리아의 헌법재판제도는 법적안정성의 이념이 보다 강하게 지배하고 있다. 그러함에도 법령에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간의 제한을 두지 아니한 점을 유의하여 살펴 볼 필요가 있다. 여기는 법적안정성이라는 이념을 청구기간제도를 통하여 달성할 수 있는 영역이 아니라는 점을 직시했을지도 모를 일이기 때문이다. 아

---

69) Rudolf Machacek, *Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof*(Wien : Manz, 1989), 34면 참조.

70) 자세한 것은 Robert Walter/Heinz Mayer(주 68), 393면 이하, 405면 이하 참조.

무튼 법리적으로 볼 때는 오스트리아의 제도가 독일의 제도보다 이점에서는 타당한 것이라고 평가할 수 있다.

## V. 결 론

청구기간의 문제는 법철학적으로는 소송에서 실질적 정의와 법적안정성이라는 두 가지의 요구가 긴장을 이루는 장속에서 양자를 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이다. 그런 반면 헌법적으로는 재판청구권의 보장에서 어느 정도까지 보장해야 하느냐 하는 문제이며 이는 바로 재판청구권제한의 한계문제와 직결된다. 따라서 매우 세밀히 검토되어야 할 필요가 있다.

헌법소원심판절차에서도 이 점은 마찬가지이다. 현행 헌법소원심판절차에서의 청구기간의 적용문제를 검토하는 데는 우선 사전권리구제절차를 거치는 경우와 그렇지 아니한 경우를 나누어 고찰하는 것이 필요하다. 그리고 법령에 대한 헌법소원심판절차는 성질상 따로이 검토하여야 한다. 그 결과는 법령에 대한 헌법소원심판절차에서는 청구기간을 적용하지 않는 것이 법리적으로 타당하다고 생각한다. 따라서 이 점에서는 헌법재판소의 판례의 견해에 찬성하지 않는다. 그리고 독일의 입법례도 타당하다고 생각하지 않는다. 오히려 오스트리아의 제도가 타당하다고 생각한다.

청구기간의 성질에서도 사전권리구제절차를 거치는 경우에는 청구기간은 불변기간으로 보아야 할 것이다. 사전권리구제절차를 거치지 않는 경우에는 청구기간을 만연히 제척기간이라고 이해할 것은 아니다. 후자의 경우에는 헌법재판소의 판례의 견해

가 타당하다고 생각한다. 청구기간의 제한방법에서도 주관적 기간인 ‘안 날’과 객관적 기간인 ‘있는 날’은 둘 중 어느 하나의 기간만 경과하여도 청구기간은 경과한 것이 된다. 이 점에서는 헌법재판소의 판례의 견해에 찬동한다. 양자의 관계는 청구기간제도의 법리에서 도출되는 것이다.

공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판청구에서는 청구기간이 적용될 여지가 없다. 현행 청구기간의 연장문제에 있어서는 연장하는 것이 타당하다고 생각한다. 이렇게 하는 것이 국민의 기본권구제에 좀더 충실한 것이 되기 때문이다.

# 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 형사사법적 평가

이 석 연

헌법연구관

## - 목 차 -

- I. 문제의 제기
- II. 불기소처분에 대한 헌법소원에 이르기까지의 문제상황
- III. 불기소처분에 대한 헌법소원과 검찰의 수사권발동 및 공소권행사와의 관계
  - 1. 불기소처분에 대한 헌법소원의 형사사법적 의의
  - 2. 수사법정주의의 천명과 기소편의주의의 제한 내지 수정
  - 3. 검찰실무에 미친 영향
- IV. 불기소처분 취소결정의 효력범위
  - 1. 문제의 소재
  - 2. 효력범위를 둘러싼 견해의 대립
  - 3. 비판 및 사건
- V. 맺는 말

## I. 문제의 제기

현행 헌법소원제도는 기본권 우위의 현대적 법률사조를 가장 극명하게 반영하고 있는 새로운 유형의 헌법소송으로서 헌법의 재판규범 내지 생활규범화를 통하여 국민의 의식 속에 강한 “헌법에의 의지”(Wille zur Verfassung)를 심어 주고 있다.

이처럼 헌법소원의 제도화로 국가공권력 작용에 대한 헌법적 통제가 강화됨으로써 그 동안 우리의 법제도 내지 법체계를 지배하여 온 일련의 원리, 이론들이 헌법적 시각에서 재조명되어야 할 필요성에 직면하고 있는 가운데 기소독점주의와 기소편의주의라는 형사법 원리에 근거한 검사의 불기소처분도 미흡한 소송법적 차원의 규제에서 벗어나 헌법적 차원의 통제를 받게 되었다. 즉 전형적 공권력 작용인 검사의 불기소처분이 자의적으로 행하여짐으로 인하여 헌법상 보장된 기본권(평등권, 재판절차에서의 피해자진술권)을 침해받은 자는 그 구제를 구하는 헌법소원을 제기할 수 있게 된 것이다.

실제로 불기소처분을 대상으로 한 헌법소원을 그 이용률과 관련하여 “헌법소원의 꽃”으로 평가될 수 있을 만큼 국민들에게 헌법소원의 제도적 기능을 피부로 느끼게 하고 있는 바, 이는 헌법재판소 개소 이래(1988. 9.) 1993. 10. 31. 현재 헌법재판소에 심판청구된 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 총724건으로 같은 기간 전체 헌법소원사건(1329건)의 54.5%를 차지하고 있는 데에서 나타난다.<sup>1)</sup>

특히 헌법재판소는 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 인정하면서 “국가는 이미 범죄가 발생한 경우에 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 할 것이고 형벌권을 행사하지 아니하는 경우에도 최소한 형벌권을 행사하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 결과를 초래할 수 있다고 기대되는 경우에 한정되어야 할 것이다.”<sup>2)</sup>고 판시하여 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주권적 공권 즉 기본권 우위사상에 입각하여 지금까지 형사소송의 기본원리로서 견지되어 온 기소독점주의 특히 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)에 대하여 헌법적 차원에서의 통제를 시도하여 경우에 따라서는 이를 예외적, 한정적인 것으로 보고 이른바 수사법정주의를 당연시하면서 기소법정주의(Legalitätsprinzip)를 전면에 내세울 수 있음을 천명함으로써 우리 형사사법에 대한 근본적인 시각의 전환을 요구하고 있다고 하겠다.<sup>3)</sup>

이와 같이 불기소처분에 대한 헌법소원이 헌법적 형사소송의 특이한 영역을 형성하면서 실제로 검찰실무상 형사사법의 운용에 지대한 영향을 미치고 있음에도 학문적 차원에서는 단지 불기소처분에 대한 구제제도로서 재정신청을 보완하는 정도로 여기거나 아니면 인용률이 낮고 인용(취소)결정에 대하여 검찰이 다시 불기소처분을 하기 때문에 그 실효성이 별로 없다는 등의

---

1) 1993. 10. 31. 현재 불기소처분에 대한 헌법소원의 처리현황을 보면, 총 724건이 심판청구되어 이 중 618건이 처리되었으며 106건이 심판계속 중에 있다. 처리된 618건을 유형별로 보면 인용(취소) 18건, 기각 260건, 각하 314건, 취하 25건, 기타 1건으로 되어 있다.

2) 헌법재판소 1989. 4. 17 선고, 88헌마 3 결정(헌법재판소 판례집 제1권, 37면)

3) 신동운, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보 제233호 43면.



극히 피상적인 논급만이 있을 뿐 그 제도적 가치를 충분히 인식하면서 그것이 형사소송절차 전반이 미치는 영향을 진지하게 분석하여 이론화하려는 움직임이 거의 없다는 것은 학계로서의 책임회피임과 동시에 우리의 학문풍토의 척박함을 그대로 드러낸 것이 아닌가 한다.<sup>4)</sup>

이곳에서는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 형사사법의 해석, 운용에 어떠한 영향을 미쳤는가를 형사절차의 기본권리라는 제도적 측면과 검찰권 행사의 변화라는 실제적 측면에서 평가해 보고, 아울러 헌법재판소에서 불기소처분이 취소되었을 경우 그것이 검찰에 대하여 어떠한 효력을 가지는가를 검토하여 일응의 이론화를 시도함으로써 불기소처분에 대한 헌법소원의 내실화와 활성화를 기하는 계기로 삼고자 한다.

---

4) 헌법재판소 판례 중 많은 사건이 형사사건과 관련되어 있는 바, 일례로 헌법재판소가 죄형법정주의나 적법절차 등의 형사법원리에 대하여 헌법적 차원에서 수차례 걸쳐 판시하였음에도 불구하고 최근에 집필되거나 개정된 형법교과서 등에서 전혀 이를 인용하거나 이론적 검토를 하지 않고 있는 것은, 같은 글에서 외국의 판례나 우리 법원의 하급심판례까지를 장황하게 인용하고 있는 것에 비추어 볼 때 심히 유감스러운 일로서 우리의 학문적 역량의 현주소를 엿볼 수 있다고 한다. 면 과연 지나친 지적일까?

헌법재판소의 위헌 및 인용결정은 법원을 포함한 모든 국가기관을 기속하는 일반적 효력이 있다는 점에서 더욱 그렇다.(다만 서울대 신동운교수께서 최근에 발표한 여러 논문과 형사소송법 교과서 등에서 헌법재판소의 형사법관계 판례를 심도있게 분석, 비판하여 그 이론화를 시도하고 있음에 실무자의 입장에서 그나마 다행스럽게 생각한다.)

## II. 불기소처분에 대한 헌법소원에 이르기까지의 문제상황

(1) 검사의 불기소처분에 대한 견제 내지 통제의 필요성은 형사사건 중 검찰단계에서 불기소처분<sup>5)</sup>으로 종결되는 사건이 전체 사건의 과반수에 이르고 있다는 점에서 그 현실적 타당성이 주어진다.

즉 검찰의 전체 범죄처리인원에 대한 불기소 인원의 비율을 보면 1979년에 34.7%이던 것이 1982년에는 49.7%로 높아졌고 1983년 이후에는 계속 50%를 넘는 비율을 보이고 있으며 특히 1988년에는 전체처리인원 1,146,680명중 불기소인원이 622,622명으로 54.3%를 차지하였으며 1990년에는 48.6%, 1991년에는 전체처리인원 1,563,514명 중 불기소인원이 730,234명으로 46.7%에 이르고 있다.<sup>6)</sup>

(2) 검사의 불기소처분에 대한 견제수단으로서의 사법적 통제를 둘러싸고는 1954년 형사소송법 제정 당시부터 많은 논란이 야기되었다. 원래 정부가 제출한 형사소송법 초안(법전편찬위원회 초안)에는 고소인, 고발인에 의한 검찰항고제도만을 규정하고(동 초안 제249조 이하) 제정신청제도는 두고 있지 않았으나 국회심의 과정에서 격론 끝에 모든 범죄의 고소인, 고발인에게 검사

---

5) 여기서의 불기소처분은 혐의 없음, 공소권 없음, 죄가 안됨 처분뿐만 아니라 기소유예와 기소중지까지 포함하는 광의의 개념으로 본다.

6) 검찰연감, 대검찰청, 1992, 248-249면.

의 불기소처분에 대하여 재정신청에 의한 구제의 길을 허용하고 검찰항고에 관한 규정<sup>7)</sup>은 삭제하였다.(형사소송법 제260조 이하)

그러나 정부는 국회의 이러한 수정안에 대하여 대통령의 법률안거부권을 행사하여 그 불만을 표출하였으며 이에 다시 국회가 재의결하는 등 우여곡절을 겪었다.<sup>8)</sup> 이와 같은 공권력의 증추적 기능인 검찰의 소추재량권에 대한 사법적 통제에 대하여는 국가형벌권의 효율적 행사와 국민의 인권보장에 소홀함이 있어서는 아니된다는 양측면이 첨예하게 대립된 장면의 일례를 남기게 된 것이다. 아무튼 재정신청제도의 도입은 한국의 형사사법에 있어서 국민의 참여기회를 마련하였다는 점에 있어서 그 역사적 의의가 크다 하겠으며<sup>9)</sup> 그 후 재정신청제도는 불기소처분에 대한 견제수단으로서 그 중 가장 효과적인 제도로 기능하여 왔다고도 볼 수 있다.

그러나 제3차 형사소송법개정(1973. 1. 25. 법률 제2450호)에 의하여 재정신청의 대상이 수사공무원의 직권남용에 관한 형법 제123조 내지 제125조의 죄만으로 대폭 축소됨으로서 재정신청제도의 공동화현상을 초래하였다.<sup>10)</sup> 이와 같이 재정신청제도가 제

---

7) 이미 검찰항고제도는 형사소송법보다 앞서 제정된 검찰청법(1949. 12. 20. 법률 제81호) 제12조에 고소인에게 허용되어 있었으며 그 후 검찰청법 개정(1962. 8. 20. 법률 제1130호)에 의하여 고발인에게도 확대되었다.

8) 형사소송법제정과정에 대한 상세한 내용은 한국형사정책연구원 간행, 『형사소송법제정 자료집』, 1990. 참조.

9) 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대학교 법학, 제29권 제2호(1988. 9.), 50면

10) 재정신청이 공무원의 직권남용죄인 형법 제123조 내지 제125조의 죄만으로 축소된 1973년 이후 1987년까지 15년 동안 법원의 심판에 부하여 진 예는 단 한 건도 없었으며(1987년도에는 총 164명이 재정신청을 하였으나 모두 받아들여지지 않았다.), 1988년에 들어와 비로소 7명에 대하여 부심판결정이 내려진 것으로 나타났다.(법원행정처, 사법연감, 1991년판, 442면)

기능을 발휘하지 못하게 되고 검찰항고 역시 제도 자체가 지니는 제약적 요소로 말미암아 검찰의 소추재량권 특히 불기소처분에 대한 법적인 견제는 거의 형해화되다시피 되었다.(이는 외국의 정비된 견제제도에 비하면 좋은 대조가 된다.) 이러한 상황에서 특히 정치적 의혹사건이나 수사기관에 의한 인권유린사건 등에서 때때로 검찰이 기소독점주의 내지는 기소편의주의를 남용, 특정정파나 수사기관을 비호하여 불기소처분에 나아가는 상황이 전개됨으로써 부당한 불기소처분에 대한 통제 내지 구제수단 강구의 현실적 필요성이 점차 클로즈업되기에 이르렀다.

그러는 사이 민주화와 인권회복을 열망하는 국민적 욕구의 폭넓은 반영물로서 헌법재판소가 국민의 근본결단에 의하여 헌법에 의하여 창설되고, 공권력 작용으로 인하여 헌법상 보장된 기본권 침해에 대한 구제수단으로서 헌법소원제도가 새로이 도입됨으로써 이제 헌법이 국민의 법생활을 직접 규율하는 재판규범 내지 생활규범으로서 국민의 의식 속에 깊숙히 자리잡아 가게 되었으며 이에 따라 그 동안 법치주의의 사각지대에 도피하여 있던 검찰의 소추재량권 그 중에서도 특히 불기소처분이 헌법소원의 대상으로 되어 헌법적 통제를 받게 된 것은 당연하다 할 것이다.

### Ⅲ. 불기소처분에 대한 헌법소원과 검찰의 수사권발동 및 공소권행사와의 관계

#### 1. 불기소처분에 대한 헌법소원의 형사사법적 의의

이른바 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)가 우리 형사사법의 기본원리로서 지금까지 별 다른 의문 없이 학계나 실무계에 의해서 받아들여졌음은 사실이다. 기소편의주의에 의한 불기소처분이 기소편의주의의 합리적 한계를 벗어난 사안에 관하여도 대법원은, 불기소처분을 할 수 있는 재량에는 스스로 합리적 한계가 있으므로 이 한계를 초월하여 기소를 하여야 할 극히 상당한 이유가 있는 사안을 불기소처분한 경우 이는 기소편의주의에 어긋나는 부당한 처사라 하지 않을 수 없고, 이러한 처분을 시정하기 위한 방법의 하나로서 재정신청제도를 두고 있다고 보아<sup>11)</sup> 이를 어디까지나 소추재량권 일탈의 문제로서 파악하고 있을 뿐이고 기소편의주의 자체에 대한 가치판단의 문제는 제기하지 않았다. 그런데 불기소처분에 대한 헌법소원이 인정됨에 따라 기소편의주의는 헌법적 판단하에서 기소법정주의와의 가치비교를 통한 법률적 차원에서의 선택의 문제에 맡겨지게 되었다.

즉 헌법재판소는 검사의 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 인정하면서 범죄의 발생을 예방하고 이를 물리칠 의무가 국가의 의무임을 전제하고 국가는 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을

---

11) 대법원 1988. 1. 29. 고지 86모98 결정.

수사하여 형벌권을 행사함으로써(범죄로부터) 국민을 보호하여야 한다<sup>12)</sup>고 하고 한편 이러한 맥락에서 실제로 불기소처분을 취소하면서 우리 나라에서는 형사소추절차에 있어서 기소독점주의 및 기소편의주의를 채택하고 있지만 검사가 충분한 수사를 펴 보지도 않은 채 미진한 상태에서 만연히 피의자 등에게 유리한 결론을 내렸다면 이는 고소인의 기본권(평등권과 재판절차진술권) 침해이므로 이러한 검사의 불기소처분에 대하여는 헌법소원 심판절차에서 바로 잡을 수 있음을 강조한 것은<sup>13)</sup> 그 동안 기소독점주의 및 검사동일체의 원칙과 결합하여 많은 폐해를 노정시켰던 기소편의주의의 한계를 인정하고 반면 수사법정주의 및 기소법정주의(Legalitätsprinzip)의 원리를 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무라는 표현을 사용하여 이끌어 내고 있는 것이라 하겠다.

이는 국가기관이 수사 및 공소권을 독점하면서(기소독점주의) 범죄의 소추여부의 전적인 재량권을 가지는 법제도(기소편의주의)는 국가에 의한 범죄의 피해자 보호(즉, 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무)가 충분히 이루어 질 때에만 그 존재의의가 있고 국가의 이러한 의무가 충분히 이루어지지 아니할 때에는 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)이 침해되었음을 들어 헌법소원이 가능하며 따라서 기본권을 보호하기 위하여 상기한 국가의 법제도는 수정 내지 변경이 가능하다는 점을 천명한 것이다.<sup>14)</sup> 현행 헌법이 적법절차 조항 등을 통

---

12) 주 (2) 참조.

13) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고, 89헌마83 결정 ; 1990. 11. 19. 선고 89헌마116 결정 등.

14) 기소독점주의 및 기소편의주의와 기본권우위주의와의 괴리 및 조화문제에 관하여는 줄재 「헌법소송의 이론과 실제」 1993. 개정판, 78면 이하 참조.

하여 형사소송의 헌법화를 강화함으로써 지금까지 형사소송절차를 조성해 오던 원리나 일련의 행위들은 헌법적 시각에서 재조명, 재구성되어야 할 필요성에 직면하였거니와 검사의 수사권과 소추재량권에 대한 헌법소원절차를 통한 통제도 같은 시각의 일단이라 하겠다.

## 2. 수사법정주의의 천명과 기소편의주의의 제한 내지 수정

(가) 범죄의 혐의가 있을 때 범인과 범죄사실, 증거를 수사하여야 하는 것은 법의 파수자(Wachter des Gesetzes)로서의 검사의 기본적 의무이다. 법과괴의 혐의가 있음에도 불구하고 자의 또는 타의로 검찰이 수사권을 발동하지 아니하거나 또는 발동된 수사권을 정당한 이유 없이 중단하는 것은 직무유기에 해당하는 것이다.<sup>15)</sup> 기소법정주의가 검사의 자의에 의한 공소권남용을 방지하고 공소제기의 공평성과 법적 안정성을 유지하는 장점이 있는 반면 객관적 혐의가 있으면 일률적으로 공소제기가 강제되므로 형사사법에 있어서 구체적 타당성을 결할 염려가 있고 또한 형사정책적 견지에서 합목적성의 고려에 부응하지 못한다는 단점도 아울러 가지고 있는 것은 사실이나 검찰권행사의 독립성의 확보라는 관점에서 보면 기소법정주의가 그에 기여하는 바가 적지 않음을 간과해서는 아니된다. 즉, 기소법정주의는 검찰권을 법에 기속시킴으로서 외부적 세력 특히 정치적 자의로 부터 부당하게 영향받는 것을 차단하고 있기 때문이다. 기소법정주의

---

15) 심재우, 검찰권의 독립, 대한변호사협회지, 1982. 6. 13-14면.

하에서는 검찰권의 법률적 구속성을 무시하고 내려지는 상부로부터의 지시는 그 자체 구속력이 없어 아무런 기능을 발휘하지 못한다.<sup>16)</sup> 따라서 정당이나 행정부로부터의 부당한 간섭으로 인하여 자칫 정치사범(politische Justiz)으로 전락할 위험성이 도사리고 있는 기소편의주의에 물든 풍토에서는 기소법정주의의 가미 내지 채택이야말로 검찰권의 적정한 행사를 담보하는 효과적인 방안이 될 수 있음을 상기하고자 한다.

(나) 따라서 이제 검사는 기소여부의 판단에 있어서 주관에 흐르기 쉬운 형법 제51조의 사항만을 기계적으로 적용하는데 그칠 것이 아니라 공익상 필수적인 법통일의 원칙과 법앞의 평등 원칙 등 헌법상의 가치(제약)를 고려하여야 할 시점에 와 있는 것이다.<sup>17)</sup> 모든 공권력작용의 기본권기속성 내지 헌법적 통제라는 측면에서 검찰의 소추재량권을 파악할 때 형사사법의 대원칙이었던 기소독점주의 특히 기소편의주의는 그 자체 일정한 내제적 한계를 수반하고 있으며 따라서 헌법이념 내지 원리에 의한 구속을 수반하지 않는 기소편의주의는 더 이상 그 타당성의 근거를 상실하게 되며 기소편의주의를 앞세운 검찰의 주관적, 자의적인 소추재량권의 행사는 위헌적인 공권력의 행사로서 헌법소원심판을 통한 통제의 대상이 된다 할 것이다.

사실 기소편의주의의 영역에서는 정의의 문제나 형평의 원칙은 도외시되기 쉬운 반면 재량 또는 판단여지(Spielraum)가 지켜지는 한 검찰내부의 상사로부터의 지시나 법무부장관의 지시 등은 당연히 허용되는 것으로 인식되며<sup>18)</sup> 심지어 외부로부터의 당

---

16) Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und GVG, Teil I, 1964, Rn. 395.

17) BGHSt 15, 115.

18) C. Roxin Strafverfahrensrecht, 20 Aufl., S. 49 ; 기소법정주의를 채택하고 있는



과적인 지시나 압력도 기소편의주의의 너울에 가려 정당화, 합법화된다. 이는 분명히 사인소추를 금하고 국가소추주의를 확립한 근본 목적에 반할 뿐 아니라 범죄투쟁의 합목적성이라는 형사정책의 이념에도 배치되는 것이다.

기소편의주의라는 형사사법의 대원칙만을 지나치게 앞세운 나머지 검사의 소추재량권에 대한 맹신 내지 무비판적 수용은 결과적으로 모든 국민의 국가행위로부터 균등한 대우를 받을 권리(평등권) 및 범죄로부터 보호받을 권리(재판청구권, 형사피해자의 재판절차진술권, 범죄피해자구조청구권 등) 등의 헌법상의 기본가치(주관적 공권)의 훼손을 방치하는 것이 되었다. 따라서 헌법의 기본가치를 지키기 위해서 이제 많은 폐해를 노정한 기소독점주의와 기소편의주의, 그 중에서도 특히 기소편의주의에 대하여는 헌법적 차원에서의 공제를 가하지 않으면 안 될 계제에 이르렀으며 불기소처분에 대한 헌법소원은 바로 이러한 흐름(조류)의 일환이며 이는 결국 형사사법의 운용에서의 기소법정주의적 시각에로의 인식전환의 필요성으로 이어지는 것이라 하겠다.

(다) 원래 기소독점주의나 기소편의주의는 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무를 달성하기 위한 효율적인 수단으로 인정된 법률상의 원칙(헌법상의 원칙이 아니다)이며 한편 기소편의주의가 기소독점주의의 논리적 연장선상에 있는 것도 아니다. 따라서 기소법정주의를 택할 것인가 기소편의주의를 택할 것인가는 입법정책상의 문제로서 헌법적 차원의 결단(헌법개정사항)을 요하는 것은 아니다. 이런 점에서 기소편의주의, 기소법정

---

독일에서는 법무장관이나 검찰장관의 지시에도 한계(Grenzen)가 있으며, 검사가 진실과 정의에 반하여 범죄를 소추하지 아니하면 직무상 형벌포기(Strafvereitelung im Amt ; 258 StGB)의 책임을 지게 된다.(Roxin, ibid)

주의의 선택문제를 형벌권 행사에 관한 국가적 결단의 변경을 의미하는 것으로 보고 헌법소원심판절차에서 이를 좌우할 수 없다는 견해<sup>19)</sup>는 법률상의 기소독점주의 및 기소편의주의를 헌법상의 원칙으로 혼동하고 있는 오류를 범하고 있는 것이다. 헌법상의 기소독점주의 및 기소편의주의 등의 원리는 입법적 차원의 결단이므로 법률에 대한 위헌여부 판단권을 지닌 헌법재판소의 헌법적 판단에 의하여서도 일정한 요건하에 그 수정 내지 변경 가능성을 제시할 수 있는 것이다.

아무튼 불기소처분에 대한 헌법소원의 인정과 그 판시의 허용근거로 인하여 헌법재판소의 의도 여하에 불구하고 그 동안 검찰권 운용의 고정관념으로 기능하여 왔던 기소편의주의에 대한 편향된 시각을 탈피하여 적어도 수사법정주의를 확립하면서 제한된 범위에서나마 기소법정주의에로의 과감한 의식(시각)의 전환을 요구하고 있다고 보아야 할 것이다.

### 3. 검찰실무에 미친 영향

헌법재판소가 검사의 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 삼아 취소하기 시작한 1989년 이후 수사 및 사건종결과정에서 검사의 의식형성에 적잖은 영향을 미친 것으로 파악되고 있다. 사실 인정과 증거판단 등에서의 검사의 재량이 자의적으로 이루어져 불기소처분에 나아갈 때 헌법판단의 대상이 된다는 사실 자체에서 검사의 수사에 임하는 자세의 변화를 굳이 일선 수사검사들의

---

19) 헌법재판소 89헌마13 검사의 공소권 행사에 관한 헌법소원 사건에서의 법무부장관의 의견서(답변서) 참조.

토로가 아니더라도 충분히 감지할 수 있다고 하겠다.

이러한 사실은 검찰항고, 재항고제도의 운용에서도 여실히 나타나고 있다.

즉 불기소처분에 대한 검찰재항고의 경우 1988년 이전에는 매년 30-40건에 불과하던 재기수사명령이 1989년 이후에는 131건(1989년), 140건(1990년), 112건(1991년)으로 늘어난 것은<sup>20)</sup> 불기소처분의 당부에 대하여 가급적 검찰내부에서 신중히 판단하여 바로 잡겠다는 움직임을 실증하는 것이다.

논자에 따라서는 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용률이 낮음을 지적하여 제도의 가치를 폄하하려는 견해도 없지 않는 바, 인용률이 낮은 것은 사실이나(1993. 10. 31. 현재 총 인용사건 18건으로 인용률 2.5%) 헌법재판소에서 단 1건이라도 불기소처분이 취소될 가능성이 존재한다는 사실만으로도 검사로 하여금 수사의 신중을 기하고 자의적인 불기소처분의 남용을 방지하는 심리적인 견제장치의 역할을 충분히 수행하고 있다는 점을 고려할 때 인용률이 낮은 것이 오히려 바람직하다고 할 것이다.

여기서 강조하고 싶은 것은 이론적인 뒷받침의 미비와 운용상의 제약적 요소(예컨대 고발인의 청구인적격의 부인, 심판청구시 공소시효 정지효의 불인정 등)에도 불구하고 불기소처분에 대한 헌법소원이 폭주하고 있는 현상은 그 동안 검찰공권력 작용에 대한 사법적 권리구제 장치가 없었다거나 설사 유사한 제도가 있었다 하더라도 그 기능을 제대로 수행하지 못하였다는 것은 반증하고

---

20) 검찰연감, 대검찰청 1992. 378-379면, 특히 불기소처분을 처음으로 인용하기 시작한 1989년의 경우 총 재항고 접수건수(1435건)가 전년도(1449건)에 비해 줄어들었음에도 재기수사명령이 전년도 48건에서 131건으로 급격히 높아진 것으로 나타났다.

있다는 점이다. 검찰의 소추재량권에 대한 헌법적 차원에서의 통제를 바라는 이러한 현상을 이제 헌법해석론의 전개에서도 기본권침해에 대한 구제를 어느 국가기관에서 담당하느냐라는 기관중심적인 접근방법이 아닌 어떻게 하면 헌법상 보장된 국민의 기본권을 실질적으로 신장시킬 수 있는 가라는 기능중심적 사고를 요구하고 있는 것으로 보아야 할 것이며 따라서 불기소처분에 대한 헌법소원으로 표출된 국민들의 헌법의식에 대하여 종래의 기관중심의 사고에 젖은 나머지 남소유발현상으로 매도하면서 비판하거나 치지도외(置之度外)하여서는 아니되리라고 본다.

이런 점에서 우리는 불기소처분을 대상으로 한 헌법소원심판에 대하여 헌법재판소가 검찰의 감독기관 내지 상급기관의 역할을 하는 것이 된다거나 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시켰기 때문에 더 적극적으로 그 대상을 찾은 결과라거나 인용률이 낮고 검찰에 대한 기속력의 면에서 실효성이 의문시된다거나 또는 많은 시간을 불기소처분에 대한 헌법소원의 심리에 치중하여 헌법재판소 본연의 임무에 소홀한다거나<sup>21)</sup> 따라서 불기소처분의 당부에 대한 심사는 모두 일반법원에 맡기고 헌법재판소는 더 높은 차원에서의 심판만을 맡아야 할 것이라는 등의 다분히 기관중심적이고 책임회피(전가)적인 비판을 하기에 앞서 왜 많은 국민들이 헌법소원에 일말의 기대를 걸고 이를 활용하고 있는가

---

21) 마치 위헌법률심판만이 헌법재판소의 본연의 임무이고 헌법소원심판은 부차적인 것으로 생각하여 헌법소원의 제도적가치를 폄하하려는 경향이 있으나 이는 잘못된 인식이다. 헌법소원심판과 위헌법률심판은 동일하게 헌법재판의 중추적인 역할을 하는 것으로서 헌법재판제도를 이용하는 국민의 입장에서는 오히려 헌법소원제도가 훨씬 더 피부에 와 닿는 제도임을 상기하고자 한다. 이는 우리 헌법재판소나 독일연방 헌법재판소에 심판청구된 전체 헌법소송사건 중 헌법소원사건이 89-90%에 달하고 있는 것만 보아도 알 수 있다.

를 직시하여 우선 현행제도가 합리적으로 운용되어 국민들에게 확고한 헌법의식을 심어줄 수 있는 적극적 헌법판단이 가능하도록 건설적인 비판과 대안의 제시가 요구된다는 것을 강조하고 싶다.

#### IV. 불기소처분 취소결정의 효력범위

- 헌법소원이 인용되면 검찰은 당해 불기소 사건을 제소하여야 하는가?

##### 1. 문제의 소재

(가) 헌법소원의 인용결정의 기속력과 관련하여 불기소처분에 대한 헌법소원이 인용되었을 경우 당해 인용결정의 효력이 피청구인인 검찰에 대하여 어떠한 의무를 부여하는가 즉 동 인용결정과 관련하여(인용결정이 검찰을 기속함은 물론이다.) 불기소처분을 취소한다는 의미가 구체적으로 당해 피의사실에 대하여 수사를 보강한 후 공소를 제기하여야 할 의무가 있는 것으로까지 이어지느냐가 문제된다.

헌법재판소법 제76조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 규정하고 있으며, 같은 조 제3항은 헌법소원을 인용하는 경우 헌법재판소는 기본권 침해의 원인이 되는 공권력 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있으며, 이어 제4항은 “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청

구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 불소처분에 대한 헌법소원의 인용결정의 주된 내용은 고소사건에 있어서 검사가 피의자에 대하여 한 불기소처분은 청구인(고소인)의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 형식이며, 통상 이유의 결론에서는 다시 검사로 하여금 취소 사유로 적시한 수사의 미비점 내지 의문점들을 더 수사하여 즉 수사를 보강한 후에 피의자에 대하여 그 책임에 상응하는 처분을 할 수 있게 하기 위하여 당해 불기소처분을 취소한다는 취지로 판시하고 있다.

여기서 『더 수사하여(또는 수사를 보강하여) 그 책임에 상응하는 처분』을 한다는 것이 무엇을 의미하는가에 대하여는 아직 학계에서 본격적으로 논의된 바는 없지만 실무상 분류하여 본다면 일응 단순히 검찰로 하여금 수사를 다시하도록 명한 것에 지나지 않는다는 견해(재수사명령설), 기소를 전제로 한 수사의 보강이라는 견해(기소강제설) 및 인용결정된 사건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해(개별적 판단설)로 분류해 볼 수 있지 않느냐 한다. 특히 이 문제는 전형적인 공권력작용인 검찰권에 대한 실질적 통제의 차원을 넘어 헌법소원의 기속력의 범위를 어느 선에서 한계 지을 것인가의 점에서 헌법소원의 본질 내지 실효성의 확보라는 측면에서도 중요한 의미를 지닌다 하겠다.

(나) 실제로 헌법재판소에서 인용(취소)결정된 불기소사건을 검찰에서 어떻게 처리하고 있는가를 살펴봄으로써 이 문제에 대한 논의가 불기소처분에 대한 헌법소원의 실효성 확보 내지 제도적 가치를 담보하는 차원에서 중요한 의의가 있음을 상기하고자 한다.

법무부의 내부자료에 따르면 1993. 10. 31현재 헌법재판소에 의해서 취소된 총 18건의 불기소사건 중 4건은 수사를 재기하여 공소를 제기하였고, 피의자가 무혐의를 주장하면서 기소유예처분을 대상으로 하여 제기한 헌법소원심판절차에서 인용된 3건(이 중 1건은 군검찰관의 처분임)은 헌법재판소의 판시 취지대로 모두 무혐의 불기소처분을 하였으나 취소결정된 7건은 다시 수사한 결과 또 다시 무혐의 불기소처분을 하였으며 나머지 4건은 재기하여 현재 수사가 진행 중인 것으로 나타나 있다.

## 2. 효력범위를 둘러싼 견해의 대립

### (1) 재수사명령설

법무부(검찰)측의 입장에서 기본적으로 헌법재판소의 인용결정은 헌법재판소법 제75조 제3항에 의하여 공권력의 행사인 불기소처분을 취소하는데 그치는 것이므로 일단 불기소처분을 취소시킴으로써 헌법재판소의 사명을 다한 것이 되고 그 후 검사가 결정취지(취소)에 따라 새로운 수사(보강수사)를 하여 기소여부를 결정하는 것은 검찰의 재량에 속하므로 불기소처분의 인용결정은 결국 재기수사명령에 지나지 않는다는 것이다. 그리고 불기소처분에 대한 헌법소원은 불기소처분자체의 효력을 인정할 것인지의 여부에 귀착되고 기소명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극 이행을 요구하는 것이므로 헌법재판의 성질상 허용되지

않는 것으로 본다. 더 나아가 만일 헌법재판소의 기소명령에 따라 기소하여 법원에서 무죄판결이 선고될 경우 그에 따른 책임소재의 불분명과 헌법재판소의 권위의 손상이 우려된다는 것이다.

이 견해는 결국 기소독점주의와 기소편의주의를 불변의 전제로 하고, 한편 인용결정의 주문이나 이유의 어디에도 기소강제라는 취지의 표현이 엿보이지 않을 뿐만 아니라 현행 헌법재판소법의 문리해석상으로도 기소강제를 명하는 것은 무리라는 데 근거하고 있다. 이러한 입장에서 검찰은 앞서 본 바와 같이 case by case로 헌법재판소에서 취소결정한 불기소처분을 재수사한 결과 새로운 증거가 발견되지 않았다는 이유로 재차 무혐의 불기소처분하고 있다.

## (2) 제소강제설

헌법재판소의 불기소처분의 취소결정은 기소를 전제로 한 수사의 보장 내지 재수사결정이므로 검찰은 헌법재판소의 결정취지에 따라 기소를 하여야 한다는 것이다.

즉 헌법재판소의 결정에 “기속”되어 “새로운 처분”인 기소를 하여야 할 의무가 있다고 보아야 하고 그렇지 않고 헌법재판소의 결정을 단지 “새로운 수사”를 명한 것으로만 본다면 검찰의 불기소처분과 이에 대한 헌법소원이 끝없이 반복되어 헌법소원의 제도적 취지가 몰각된다는 것이다.<sup>22)</sup>

---

22) 1993. 10. 31. 현재 헌법재판소의 인용결정에 대하여 검찰이 또다시 무혐의 결정하자 검찰항고, 재항고를 거쳐 다시 헌법소원을 제기한 사건이 3건으로서 이 중 93헌마113 사건에 대하여는 재인용결정을 한 바 있다.(헌법재판소 1993. 11. 25. 선고)



이 견해는 기본적으로 기소독점주의, 기소편의주의라 하더라도 그로 말미암아 국민의 기본권보장이 철저하지 못하게 되는 결과가 초래될 때에는 그 제도의 존립근거 내지 정당성의 논거 역시 재검토될 수 있다는 이른바 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)의 우위사상에 입각해 있다고 하겠다.

### (3) 개별적 판단설

이 설은 검사의 불기소처분이 누가 보아도 지나치게 자의적이거나 편파적인 수사에 의한 것이어서 정의와 형평에 반하거나 또는 헌법판단, 법률적용 또는 증거판단 등에 있어서 중대한 잘못이 있어 명백히 헌법상 보장된 기본권을 침해하고 있음에 이유로 하여 불기소처분을 취소하는 경우에는 헌법재판소의 인용결정은 당해 피의사실에 대한 공소제기를 뜻하는 것으로 보아야 하지만 그러한 정도에 이르지 아니한 경우에 하는 불기소처분의 취소결정은 결정이유에서 적시한 의문점 등에 대하여 수사를 보장(속개)하라는 의미에 그치고 기소여부는 검찰의 재량에 맡겨야 한다는 견해이다. 결국 이는 검찰의 기소독점주의를 존중하면서 헌법재판소의 불기소처분에 대한 심판범위를 헌법문제의 판단에 엄격히 제한하려는 입장이라 하겠다.

독일의 경우 연방헌법재판소에서 인용되어 일반법원으로 환송된 재판에 대한 헌법소원사건 중 법원의 심리결과 그 중 약 20%만이 헌법재판소의 인용취지(파기환송취지)와 같은 결론을 내고 있다는 사실도 이 견해의 논거의 하나를 제공하고 있다.

### 3. 비판 및 사건

(가) 주지하다시피 검사의 불기소처분은 그 실질에 있어서 처분의 형식상 피의자를 대상으로 하는 적극적 처분의 성격을 띄고 있으나 피해자를 중심으로 하여 보면 피해자(고소인)에 대한 보호를 포기한 소극적인 부작위처분의 성격을 함께 지니고 있어 그 자체 이중적 성격을 지니고 있다고 할 것이다.<sup>23)</sup> 이러한 맥락에서 볼 때 검사의 자의적인 판단이 개재되어 당연히 행사하여야 할 공소권을 행사하지 아니한 것은 공권력의 불행사에 해당하는 것이며 헌법재판소의 불기소처분의 취소에는 이러한 공권력의 불행사에 대한 판단(위헌확인)도 포함되어 있다고 볼 것이다.

따라서 헌법재판소법 제75조 제4항에서 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 “새로운 처분”을 하도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 물론 여기의 “새로운 처분”의 범위를 둘러싸고 해석상 논란의 여지가 있을 수 있지만 적어도 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정에서는 앞서 본 바와 같이 이미 공권력의 불행사라는 소극적인 부작위처분에 대한 위헌판단이 있었으므로 이러한 판단취지에 따른 새로운 처분은 동일한 형태의 불기소처분이 아닌 즉, 기소처분을 의미한다고 보는 것이 논리적이라 하겠다. 재수사를 새로운 수사라 하여 이를 “새로운 처분”에 해당하는 것으로 보는 견해도 있을 수 있으나 수사는 결국 기소나 불기소처분의 형태로 종결되므로 재수사 자체를 새로운 처분

23) 헌법재판소1989. 4. 17. 선고, 88헌마3결정 참조.

의 범주에 포함시키기는 어렵다 할 것이다.

그렇다면 헌법재판소의 현행과 같은 형태의 주문 및 이유에서 밝힌 불기소처분의 취소결정은 결국 기소를 전제로 한 수사의 보강을 의미한다 할 것이므로 피청구인인 검사로서는 불기소처분의 전제가 된 당해 피의사실에 대하여 헌법재판소의 인용결정의 이유에서 지적한 의문점들을 더 수사하여 공소를 제기하는 것이 헌법재판소의 결정취지를 살리는 것이라고 생각된다.

한편 헌법재판소로서도 헌법재판소법에 명문의 규정은 없지만 그 입법적 불비를 보완한다는 측면에서 그리고 특히 불기소처분이 실질적으로 적극, 소극의 양면적 성격을 지닌 점에서 불기소처분의 취소와 동시에 공소제기를 명하거나 또는 공소권의 불행사가 위헌임을 확인하는 주문을 냄으로써 불기소처분에 대한 헌법소원의 실효성이 확보되도록 하여야 할 것이다. 비록 주문에서는 지금까지처럼 불기소처분의 취소를 명함에 그친다 하더라도 주요한 결정이유(tragende Entscheidungsgründe)에도 기속력이 있음을 감안하여 이유에서 기소강제의 취지를 밝힘으로서 당해 불기소처분의 취소가 기소를 전제로 한 것임을 명확히 할 수도 있을 것이다.<sup>24)</sup>

---

24) 그런 점에서 헌법재판소가 최근 헌법재판소에서 인용(취소)된 불기소처분을 검찰이 동일한 이유로 재차 무혐의 불기소처분을 하여 또다시 심판청구된 헌법소원사건을 인용한 것은 헌법소원의 실효성의 확보라는 점에서 중요한 의미를 가진다 하겠다.(1993. 11. 25. 선고, 93헌마113결정) 다만 재인용결정의 이유에서 기소강제의 취지를 명확히 밝히지 않고 단지 『(검찰이) 종전의 불기소처분의 이유와 동일한 이유를 들어 만연히 피고소인들에 대하여 다시 불기소처분을 한 것은 헌법재판소법 제75조 제1항에서 명시된 헌법소원 인용결정의 기속력을 간과하고 거듭 자의적인 증거판단을 한 것이거나 적어도 마땅히 조사하여야 할 중요한 사항을 조사하지 아니한 무성의하고 자의적인 수사임을 면치 못한다.』고 하면서 「검사의 불기소처분을 취

(나) 이에 대하여 검찰은 기소편의주의의 위배라고 주장하나 기소독점주의와 기소편의주의는 법률상의 원칙으로서 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)에 우선하는 절대적인 원칙이 아닐뿐더러 헌법재판소는 이미 앞서 살펴본 바와 같이 범죄로부터 국민을 보호하기 위하여는 수사법정주의와 기소법정주의를 전면에 내세울 수 있음을 천명하여 기소독점주의, 기소편의주의와 같은 형사법원리를 헌법적 시각에서 재조명한 바 있다.

또한 공소제기명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극적 이행을 요구하는 것이므로 헌법소원의 성질상 허용될 수 없다는 주장은 행정소송을 인용하는 경우이나 통용될 수 있을런지는 몰라도 공권력에 의한 기본권침해 상태의 제거를 통한 객관적 헌법질서의 보장이라는 헌법소원의 제도적 기능과 헌법재판소의 정책형성적 기능 등을 직시할 때 오히려 공권력행사의 취소와 동시에 새로운 처분을 병행하는 것이 헌법재판의 본질에 더 합당하다고 보아야 할 것이다. 한편 검찰은 헌법재판소의 기소명령에 따라 기소되어 법원에서 무죄판결을 받을 경우 책임을 질 사람이 불명하고 헌법재판소의 권위가 손상될 우려가 있음을 들고 있으나 이는 사실상의 문제이지 법리적 측면의 문제는 아니며, 오히려 법원의 엄격한 심리과정을 거쳐 실제적 진실을 밝히는 것은 그 자체가 기본권보장을 위한 또 다른 중요한

---

소하는 헌법재판소의 결정이 있는 때에 그 결정에 따라 불기소한 사건을 재기수사하는 검사로서는 헌법재판소가 그 결정의 주문 및 이유에 실시한 취지에 맞도록 성실히 수사하여 결정을 하여야 할 것이다」라고만 판시함으로써 아쉬움을 남기고 있다.

기능이라 할 것이므로 설사 무죄가 된다 하더라도 그로 인하여 헌법재판소의 권위가 손상된다고 볼 수 없다.<sup>25)</sup> 헌법재판소도 불기소처분에 대한 헌법소원사건의 심리과정에서 직권에 의한 증거조사제도(헌법재판소법 제31조)를 적극활용하여 증거판단이나 사실인정 등에서 검사의 자의성이 명백히 엿보이는 경우에 비로소 인용결정을 함으로써 기소 후 무죄판결의 가능성을 최소화하도록 하여야 할 것이다.

(다) 한편 개별적 판단설은 불기소처분 취소의 유형을 일용헌법위반이 현저한 경우와 그렇지 아니한 경우로 구별하는 듯한 전제에서 출발하고 있으나 결정이유 중의 “피청구인인 검사가 피의사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법해석, 법률적용 또는 증거판단에 있어 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있을 때”라는 관시에서 알 수 있듯이 불기소처분에 대한 헌법소원의 심판범위와 관련하여 이미 헌법재판소로서는 헌법판단에만 관여하고 있는 점에서(따라서 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용률이 극히 낮은 것이 실정이다) 적어도 헌법재판소에서 인용결정된 불기소처분은 모두 헌법적 오류가 개재되어 있음을 전제로 하고 있다는 점을 간과하고 있다 하겠다.

(라) 생각건대 독일형사소송법이 기소강제절차와는 별도로 검사의 공소유지의 미비점을 보완하기 위하여 일부 범죄에 대하여

---

25) 일본에서도 불기소처분의 당부를 사후심사하는 권한을 지닌 검찰심사회의 “기소상당”의 의결에 의하여(그 의결에 법적구속력은 없음) 기소된 사건에 대한 제1심판결에서의 무죄율이 높은 것으로 나타났다. 즉 검찰심사회제도가 발족하였던 소화24년에는 기소사건의 44%가 무죄였으며, 그후 소화58년까지 평균 8.6%의 무죄율을 기록하고 있다.(윤영근, 일본의 기소유예제도 운용실태에 관한 연구, 법무자료 제124집, 19-20면 참조.)

피해자의 공소절차에의 참가제도(동법 제5편)을 채택하고 있는 점을 고려할 때 우리의 불기소처분에 대한 헌법소원이 독일 형사소송법의 이러한 기능을 보완, 대체한다는 측면에서나 어렵사리 도입된 『헌법소원의 꽃』으로서 국민들의 지대한 관심과 참여를 불러 일으키고 있는 불기소처분에 대한 헌법소원의 실효성을 확보하여 헌법소원제도의 활성화와 내실화를 기한다는 측면에서도 검찰은 헌법재판소의 취소결정에 따라 수사를 보강한 후 기소하여 법원의 판단(판결)을 통하여 자신의 처분(결정)에 대한 최종적 평가를 받는 것이 바람직하다 하겠다.

더 나아가 헌법재판소의 불기소취소결정에 대하여 검사가 자의적으로 동일한 결론을 내는 것을 막기 위하여 당해 불기소처분의 대상이 된 피의사건의 수사 및 공소유지를 담당할 특별검사 내지 특별변호사제도의 도입이 요망된다 하겠다. 아울러 형사소송법상의 재정신청의 경우(형사소송법 제262조의 2)와 마찬가지로 헌법소원심판이 청구된 때로부터 아니면 전원재판부의 심판에 회부된 때로부터 결정선고가 있을 때까지 당해 불기소처분의 대상이 된 범죄(피의사실)의 공소시효의 진행을 정지하도록 하는 것이 타당하다고 본다.(그러나 헌법재판소 판례는 입법론으로서의 몰라도 해석론으로서의 형사소송법 제262조의 2의 유추해석에 의한 공소시효의 정지는 이를 인정할 수 없다는 입장에서 서 있다.)<sup>26)</sup>

---

26) 헌법재판소 1993. 9. 27. 선고, 92헌마284 결정, 이 결정에는 전원재판부 회부결정시부터 공소시효정지의 효력이 발생하는 것으로 해석하여야 한다는 3인의 재판관의 반대 의견이 있다.

## V. 맺는말

국가형사사법조직의 근간을 이루는 검찰권의 적정한 운용은 국가존립의 기반이 되는 것인 만큼, 검찰권의 행사에 자의와 부정의가 개입하게 되면 국민의 국가기관에 대한 불신이 가중되어 사회불안과 체제자체에 대한 위협 요인으로 직결된다. 특히 우리와 같이 검찰의 권한행사에 있어서 외부로부터의 감시와 통제가 철저히 배제되어 있는 상황에서는 검찰의 소추재량권 그 중에서도 불기소처분에 대한 국민적 참여의 시각에서의 통제방안이 절실히 요구되어 짐은 이미 지적한 바 있다. 이러한 점을 고려할 때 불기소처분에 대한 헌법소원제도야말로 국가공권력의 핵심기능에 대한 불신과 불만을 적절하게 수렴하고 여과하는 형사사법의 안전판 역할을 한다고도 말할 수 있을 것이다.

물론 검찰의 권한행사에 대한 통제제도가 완비되고 검찰권의 운용과정에서의 혁신이 이루어져 검찰의 소추재량권의 적정한 운용이 제도적, 현실적으로 담보된다면 불기소처분에 대하여도 헌법소원에 의한 통제에까지 나아갈 필요는 없을 것이다. 그러나 이러한 주장은 하나의 이상론에 불과하며 경험적으로 보아 오히려 우리 나라와 같은 정치문화적 풍토에서는 검찰의 소추재량권에 대한 헌법적 차원에서의 통제가 절실함을 상기할 때,<sup>27)</sup>

---

27) 이런 점에서 형사소송법상 재정신청이 허용되는 범죄에 있어서 재정신청을 거친 피의사실의 불기소처분에 대하여도 헌법소원이 가능하며 다만 이 경우 헌법소원의 보충성의 원칙상 재정신청과 재정신청(기각결정)에 대한 대법원의 즉시항고(형사소송법 제415조)를 거친 후에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다. 같은 맥락에서 재정신청이 모든 범죄에 걸쳐 확대되더라도 불기소처분에 대한 헌법소원이 가능한 것이다.

더 나아가 재정신청이 모든 범죄로 확대되고 법원의 재판이 헌법소원의

현단계에서는 불기소처분에 대한 헌법소원제도가 가장 바람직한 대안이라 하겠으며 따라서 현행 불기소처분에 대한 헌법소원제도가 원만하게 운용될 수 있도록 제도적 및 현실적 차원에서의 학계와 법조실무계의 적극적인 관심과 건설적 비판이 절실히 요망된다 하겠다.

---

대상에 포함되더라도 불기소처분 자체의 공권력적 특수성을 감안할 때, 재판(즉 재정신청기각결정) 또는 원처분인 불기소처분 자체에 대하여 선택적으로 헌법소원이 허용되어야 하리라고 생각한다.(이 문제에 관한 상세한 논의는 졸저 『검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 연구』 서울대 박사학위논문, 1991. 8. 85면 이하 참조.)



# 헌법상 평등개념의 이해

황 도 수

헌법연구원

## - 목 차 -

- I. 서 론
- II. 논의의 절위
- III. 아리스토텔레스의 평등개념
- IV. 절대적 평등개념의 어려움
- V. 평등개념 무용론
- VI. 결 론(논의의 정리)

## I. 서론

우리 헌법은 전문에서 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고……국민생활의 균등한 향상을 기하고”라고 선언하고, 제2장 국민의 권리와 의무의 장에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다(제11조 제1항 제1문)”라고 규정하여 모든 국민이 평등권을 가진다는 일반원칙을 천명하고 있다. 그러나 그 규정의 간결성<sup>1)</sup>은, ‘일반국민이 이들 규정문구를 읽고 이 규정이 무엇을 말하고 있는가를 예측하여 자신의 행위를 결정할 수 있겠는가?’라는 의구심을 일으키게 한다.

이에 우리 헌법은 평등에 관하여 위와 같은 일반규정이외에 제11조 제1항 제2문에서는 “누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”, 같은 조 제2항에서는 “사회적

---

1) 평등규정의 간결성은 여러 나라에서 살펴볼 수 있다. 미국 연방헌법 수정 제14조는 제1항에서 “any State……nor deny any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”라고 정하고 있고, 독일 기본법 제3조는 제1항에서 “All menschen sind dem Gesetz gleich”라고, 제2항에서 “Männer und Frauen sind gleichberechtigt.”라고, 제3항에서 “Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden”라고 규정하고 있고, 일본국헌법 제14조도 제1항에서 “すべて國民は、法の下の平等であつて、人種、信、性別、社會的身分又は門地により、政治的、經濟的又は社會的關係において、差別されない”라고, 제2항에서 “華族その他の貴族の制度は、これを認めない”라고, 제3항에서 “榮譽、勳章その他の 榮典の授與は、いかなる特權も伴はない。榮典の 수여は、現にこれを有し、又は將來これを受ける者の一代に限り、その效力を有する”라고 정하고 있다.

특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다”, 같은 조 제3항에서는 “훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다”라고 규정하여 평등에 관한 보다 구체적인 규정을 두는 한편, 개개 기본권들을 개별적으로 규정하면서 개개 기본권 영역에서의 평등한 대우를 규정하는 개별적인 평등규정을 들으로써(헌법 제31조, 제32조, 제36조, 제41조, 제67조, 제119조 제2항 등을 예로 들 수 있다) 헌법이 보장하는 평등의 내용을 명확히 하려는 노력을 하고 있다. 그러나 이들 개별규정들을 살펴보아도, 우리가 평등에 관한 일반규정을 보면서 받았던 규절적 미흡감은 충족되지 못함을 바로 느낄 수 있다.

그러나 헌법재판소가 그 첫 번째 인용결정<sup>2)</sup>을 평등조항에 근거하였다는 사실 및 그 이후에도 평등에 관하여 상대적으로 많은 결정을 하고 있다는 사실 등을 고려하면, 평등에 대한 국민과 국가의 관심도를 짐작할 수 있게 된다. 헌법재판소가 공판하는 헌법재판소판례집 제1권부터 제4권까지에 게재된 헌법재판소 결정(합계 209건)을 분류해 보면, 이들 결정 중 검사나 군검찰관의 공소권행사와 관련된 사건(합계 56건)과 그 이외의 사건으로서 부적각하로 종결된 사건(합계 91건)을 제외한 결정, 즉 헌법재판소가 공소권행사이외의 국가기관의 공권력행사에 대하여 본안 재판한 결정은 모두 62건인데, 그 중에서 평등권위반여부에 관하여 판단하고 있는 결정의 숫자는 그 합계가 39건에 이르는 것을 알 수 있다.(표1 참조)<sup>3)</sup> 공소권행사이외의 국가기관의 공권

---

2) 헌법재판소 1989. 1. 25. 선고, 88헌가7 소송촉진등에관한특례법 제6조의 위헌심판

3) 헌법재판소가 평등에 관하여 판단하고 있는 판례는 다음과 같다. 1989.1.25. 88헌가7;1989.3.17.88헌마1;1989.5.24.89헌가37,96;1989.7.21.헌마38;1989.9.8.88헌가6;1989.9.

<표1> 헌법재판소판례집 수록 결정예의 분석4)

	총 수 록 사 건 수	공소권행사에 대한사건 수	그밖의 사건 수		평등판단 사건수
			각하사건수	본안판단사건수	
제1권(1989)	38	8	17	13	7
제2권(1990)	36	11	12	13	10
제3권(1991)	43	11	18	14	10
제4권(1992)	92	26	44	22	12
합 계	209	56	91	62	39

력행사에 대하여 본안판단을 한 사건 중에서 평등권위반여부에 관하여 판단하고 있는 사건의 비율이 약63퍼센트에 이르고 있음이 인정된다. 위 통계에 의하면, 국민들이 국가행위에 대하여

29. 89헌마53; 1989.11.20. 89헌가102;1990.1.15. 89헌가103; 1990.4.2. 89헌가113; 1990.6.25. 89헌가98내지101; 1990.8.27. 89헌가118; 1990.10.8. 89헌가95; 1990.9.3. 89헌마120, 212; 1990.9.10.89헌가82;1990.10.8.89헌마89;1990.10.15.89헌마178;1990.11.19.90헌가48;1991.2. 11. 90헌가27; 1991.2.11. 90헌마17, 18; 1991.3.11. 90헌마28; 1991.3.11. 91헌마21; 1991.5.13. 89헌가97; 1991.6.3. 89헌마204; 1991.7.22. 89헌가106; 1991.9.16. 89헌마231; 1991.9.16. 90헌마20;1991.11.25. 91헌가6; 1992.2.25. 90헌가69, 91헌가5, 90헌마3; 1992.3.13. 92헌마37;1992.4.14.90헌마82;1992.4.28.90헌마24;1992.4.28.90헌마27,28, ……; 1992.6.26. 90헌마25; 1992.6.26. 91헌가8, 9; 1992.10.1. 92헌가6, 7; 1992.10.1. 92헌마68, 76; 1992.11.12. 91헌가2; 1992.12.24. 90헌마21; 1992.12.24. 92헌가8; 1993.3.11. 92헌마33; 1993.5.13. 90헌마22, 91헌마12, 13, 92헌마3, 4 ; 1993.5.13. 91헌마17; 1993.5.13. 92헌마 80; 1993.5.13. 92헌마32; 1993.7.29. 90헌마35. 이 이외에도 헌법재판소는 검사의 불기 소처분을 인용하는 근거로서 평등조항을 들고 있으나, 이에 대한 판례의 열거는 피한다.

4) 평등권위반여부를 판단한 사건인지의 여부를 판단하면서, 필자의 주관적 선입관이 개입할 수 있음을 부인할 수 없다. 다만, 여기에서는 단순히 평 등에 위반된다는 결정례의 문구이외에 왜 평등에 위반되는지에 관하여 최소한의 이유가 제시된 결정례만을 평등권위반여부에 관하여 판단한 사건 으로 분류하였음을 밝힌다

불평등하게 느끼는 부분이 많다는 점, 국민들이 평등문제에 관하여 헌법재판소에 크게 호소하고 있다는 점 및 헌법재판소가 헌법상 평등이 무엇인가를 밝히기 위하여 꾸준한 노력을 하고 있다는 점을 알 수 있다.

그러나 헌법재판소의 결정에서 나타나는 평등판단의 이유부분을 살펴보면, 그 결론에 이르기까지의 근거제시가 명쾌하다고 느껴지지 아니한다는 비판<sup>5)</sup>이 무의미한 것이 아님을 알 수 있게 되는데, 이는 헌법상의 평등에 관한 우리의 인식수준이 법치주의에서 요구하는 예측가능성을 가질 수준이 아님을 보여주는 것이라고 하겠다. 평등조항은 아직도 우리에게 밝혀지지 아니한 미지수의 범규범으로 남아있는 것이다.

그러면, 우리가 평등에 관한 규정을 살피게 될 때마다 느끼게 되는 이러한 일종의 공허감이나 규범적 미흡감은 어디에서 오는 것일까? 생각하건대, 헌법이 일반규정이나 개별규정을 통하여 여러 생활영역에서 국민들이 평등할 것을 규정하고는 있으나, 이 규정들의 핵심내용을 이루는 개념인 “평등” 또는 “차별”이 구체적으로 어떠한 상태를 의미하는가에 관하여 아직 공통된 인식이 자리잡지 못하고 있기 때문이 아닌가 생각하게 된다.

이 글에서는 먼저 평등개념의 일반적 의의를 정리하고, 평등개념이 헌법상의 평등조항의 해석에 미치는 영향에 관하여 살펴보고자 하는 것이다. 평등개념 자체가 본질적으로 가지고 있는 개념적 요소를 무시하고 헌법상의 평등조항을 해석하는 어리석음은 피해야겠다고 생각하기 때문이다.

---

5) 최대권, 헌법재판소의 위헌결정과 그 근거의 제시, 서울대학교 법학 제30권 제3, 4호, 1991.

## II. 논의의 절위

평등의 일반적 개념에 대한 인식이 필요하다고 하여 고대로부터 거듭되고 있는 평등논의의 전부를 이 곳에서 새롭게 논의할 수는 없다. 필자의 능력의 한계를 인정하지 않을 수 없기 때문이다. 다만, 평등의 일반적 개념을 둘러싸고 논하여지는 쟁점이 무엇이고, 그 쟁점이 헌법상의 평등조항의 해석에 어떠한 영향을 미치는가를 인식할 수 있는 정도의 논의만을 시도해 볼 수 있을 뿐이라고 생각한다.

그러한 의미에서 이 글은 최초로 평등에 관한 이론을 확립하였다고 인정되는 아리스토텔레스의 생각과 그의 생각을 둘러싸고 전개되었던 논의의 일부와 법개념으로서의 평등개념이 독자적으로 필요한 개념인가의 여부를 둘러싼 논쟁을 정리한다는 정도의 목적을 가지고 있고, 이러한 정리과정에서 일반적 평등개념이 목적을 가지고 있고, 이러한 정리과정에서 일반적 평등개념이 우리 헌법상의 평등조항의 해석에 미치게 될 효과가 무엇인지를 확인해 볼 수 있었으면 좋겠다는 욕심을 가져보는 것이다.

### III. 아리스토텔레스의 평등개념

아리스토텔레스는 옳음이란 무엇인가에 관한 질문을 통하여 평등개념에 접근하였다.

과다와 과소가 있는 온갖 행위를 부정이라고 한다면, 과다와 과소 2개의 불균등한 것들 사이에는 또한 하나의 중간의 것이 있음이 분명하고, 이것이 다름 아닌 균등이고, 따라서 만일 부정이 불균등이라고 하면, 옳음은 균등이라는 것이다. 균등이 중간적인 까닭에 옳음도 중간 것이 아닐 수 없다는 것이다.<sup>6)</sup>

그러면, 과다나 과소가 아닌 중간의 것으로서의 균등, 평등이란 구체적으로 무엇을 의미하는 것인가라는 질문이 생기게 된다.

이에 대하여 아리스토텔레스는 논리전개를 위한 기초로서 우선 그 인식대상을 명확히 하였다. 즉 옳음은 중간이요 균등이로 되, 상대적으로(즉 어떤 사람들에 대하여) 그런 것이 아닐 수 없다는 점에서 균등은 적어도 2개의 사물을 내포한다는 사실을 확인하였다. 또한 그것은 누구를 위하여 옳아야 할 터인데 그 당사자는 적어도 둘 있어야 하고, 또 그것이 나타나는 것, 즉 그것이 배분되는 사물이 둘이어야 하기 때문에, 옳음은 적어도 4개 항목으로써 성립한다고 하였다.<sup>7)</sup>이 점은 아리스토텔레스가 추구한 평등개념이 둘 이상의 사물을 단순 비교하여 이들이 동등하다는 판단을 얻어내기 위한 것이 아니라, 이들 사물과 이들 사물에게

---

6) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V,4, 1131a(최명관 역, 니코마코스 윤리학, 서광사, 1984. 이하 같다).

7) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V,4, 1131a.

분배되는 사물 사이에 있어야 할 올바른 분배여부를 판단하기 위한 것임을 잘 보여주고 있다.

평등개념의 인식을 위한 접근방법은 대개 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 두 개의 사물이 같은(또는 동등한) 것인가에 관한 판단을 평등의 문제로 인식하는 방법이다. 둘째는 두 개 이상의 다른 개체에게 다른 내용의 사물을 분배하는 경우, 그 분배가 공정한(또는 평등한) 것인가에 관한 물음을 평등의 문제로 인식하는 방법이다. 전자의 평등개념에서는 판단대상이 비교되는 사물의 향밖에 없는데 반하여, 후자의 평등개념에서는 판단대상이 분배받는 개체의 향과 분배되는 대상의 향으로 나뉘게 된다.

우리 나라 헌법 제11조는 모든 국민은 법 앞에서 평등하다고 규정하여 외견상 모든 국민이 동등하다는 판단을 선언하고 있는 것으로 보이나, 그 실질내용은 국민들에게 분배될 권리의무관계가 동등하여야 할 것을 규범화하고 있는 것으로 이해된다. 그렇다면, 우리 나라 헌법 제11조의 평등개념은 단순한 비교개념으로서의 평등개념이 아니라 분배개념으로서의 평등개념으로 이해되어야 한다. 이러한 의미에서 아리스토텔레스의 평등개념은 우리 헌법의 평등개념과 그 인식의 궤를 같이 한다고 평가되는 것이다.

그러면 분배개념으로서의 평등개념에서 그 인식대상들 사이에 존재하는 평등, 즉 과소나 과다가 아닌 중간을 어떻게 인식할 수 있겠는가 문제된다. 이에 관하여, 아리스토텔레스는 먼저 논리적, 개념적 의미에서의 균등에 관하여 생각하였다 :

“결국 옳음이란 비례적인 것이다. 비례란 비와 비의 균등성이요, 또한 적어도 4항으로 성립한다. . . . . A와 B를 사람, C와 D를 분배될 물건이라고 하자.  $A : B = C : D$ 이면 치환에 의하여 A



:C=B:D요, 또  $A:B=C:D = A+C:B+D$ 이다.  $A+C$ ,  $B+D$ 는 각각 A가 C를 얻고 B가 D를 얻은 상태를 가리킨다. 이와 같이 A와 B가 각기 C와 D를 얻기 전이나 얻은 후이나 그 비가 일정할 때 A, B에 대한 C, D의 분배가 옳은 것이다. 그리하여 A항과 C항을 결합시키고 B항과 D항을 결합시키는 것이 분배에 있어서의 옳음이요, 또 이런 종류의 옳음이 중간적인 것이며, 부정이란 이 비례를 깨뜨리는 것이다”<sup>8)</sup>

그러면, 위와 같이 수학적 논증을 통하여 성립된 수학적, 논리적, 개념적 평등개념이 사람들 사이에서 사회공공의 소유물을 분배하는데 어떠한 내용을 가지는가 라는 문제에 다다르게 된다.

이에 관하여 아리스토텔레스는 사회정의로서의 평등개념 역시 위에서 말한 수학적 비례성으로서의 평등개념이 수개념을 기준으로 하는데 반하여, 사회정의로서의 평등개념이 사회적 가치를 기준으로 한다는 점에 차이가 있을 뿐이라고 인식하였다 :

“그리고 동일한 균등성이 사람들 사이와 사물들 사이에서 존재할 것이다. 문제되는 사물들 사이에서와 같이 사람들 사이에도 동일한 균등성이 있으니 말이다. 균등하지 않은 사람들은 균등한 것을 취득해서는 안 된다. 이렇게 하는 경우- 균등한 사람들이 균등하지 않은 것을 받게 되거나, 균등하지 않은 사람들이 균등한 몫을 차지하게 되는 경우-분쟁과 불평이 생긴다.<sup>9)</sup>

“올바른 분배라는 것은 그것을 받는 사람들의 가치에 따라 주어지는 것들의 상대적인 가치가 상응하는 분배를 말한다.”<sup>10)</sup>

8) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a, b.

9) Aristoteles, ENTHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a.

10) Aristoteles, POLITICA, III, 9, 1280a. (나종일 역, 정치학, 삼성출판사, 1990. 이하 같다)

“이것은 가치에 따라 상을 주어야 한다는 생각에서 보아도 자명한 일이다. 분배에 있어서의 옳음은 어떤 의미에서의 가치를 따라야 한다면에 대해서는 누구나 동의하기 때문이다.”<sup>11)</sup>

그러나, 수학적 비례성의 판단기준으로서의 수개념과 사회적 균등성의 판단기준으로서의 가치개념 사이에는 넘어설 수 없는 차이점이 존재함을 부인할 수 없다. 수개념에서는 상대적 비교에 의한 비례성여부에 대한 명확한 인식이 가능한데 반하여, 가치개념에서는 그 내용이 무엇이고, 그 가치가 어디에서 어떻게 성립되는 것이고, 그 상대적 비교가 가능한 것인가에 관하여 그 자체로서 명확한 인식이 불가능하다는 본질적인 차이점이 인정되기 때문이다.

결국 사회정의로서의 평등개념은 가치의 상대성이라는 난문제에 봉착하게 된다. 아리스토텔레스 자신도 이 부분의 난점을 인식하여 그 어려움을 토로하였다 :

“물론 그 가치가 어떤 것이어야 하느냐에 대하여는 모든 사람이 생각을 같이 하는 것은 아니다. 민주주의[를 지지하는 사람들은] 그것을 자유민의 신분이라 하고, 과두정치를 지지하는 사람들은 그것을 부(혹은 좋은 가문)라 하고, 귀족정치를 지배하는 사람들은 그것을 덕이라고 한다.”<sup>12)</sup> “그들[민주정치를 주장하는 사람들과 과두정치를 주장하는 사람들]은 그들 자신의 입장에서 매사를 판단하는데, 원칙적으로 대부분의 사람들이 자기 자신의 이해가 관련이 되어 있는 것에 관해서는 잘못 판단하는 것이다. 정의는 사람에 따라 상대적이다.”<sup>13)</sup>

---

11) Aristoteles, ENTHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a.

12) Aristoteles, ENTHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a.

13) Aristoteles, POLITICA, III, 9, 1280a..

“정의는 두 가지 요소-사물과 이 사물들이 배정되어지는 사람들-를 포함하고 있으며, 평등한 사람은 평등하게 사물의 배정을 받아야 한다고 생각한다. 그러나 여기에서 등한히 헤서는 안 되는 문제가 제기된다. 평등한 자와 불평등한 자를 구별하는 것도 좋지만, 그러나 어떤 점에서 평등하고 불평등하다는 말인가? 이것은 몇 가지 난점을 제기하며, 우리로 하여금 정치에 관한 철학적 사고를 하도록 하는 문제이다.”<sup>14)</sup>

그러나 아리스토텔레스가 평등개념의 정립에서 가치의 상대성이라는 난점을 인식하였다고 하여, 평등개념 자체를 포기하기까지는 이르지 아니하였다. 그는 논자에 따라 평등을 달리 인식하게 되는 이유가 논자들이 주관적 정의개념에서 벗어나지 못하기 때문임을 지적하면서, 평등논의의 출발점이었던 공공의 재화에 대한 분배의 관점을 중시하여 객관적으로 평등개념을 정위하여야 함을 주장하였다 :

“민주주의자들과 과두주의자들은 사물에 있어서는 무엇이 평등을 구성하는가 하는 것에 관하여 의견이 일치하는 반면에, 사람에게 있어서는 무엇이 평등인가에 대하여는 의견의 일치를 보지 못한다. 이러한 의견 차이의 주된 이유는 방금 언급한 바로 그 이유인데, 그들은 자기 자신의 경우에 관해서는 잘못 판단을 하는 것이다. 그렇지만 이것 말고도 다른 이유가 있다. 즉 그들은 어떤 종류의 정의의 개념을 믿고 주장하는데, 그것에 너무 빠져들어서 자기들이 믿는 정의의 개념이 절대적이고 완벽한 것이라는 오류를 범하는 것이다. ……그러나 양측은 모두 진정으로 중요한 요소에, 즉 국가가 존재하는 목적의 본질에는 언급하지 못하고 있다. 만약 사람이 함께 모여서 공동체를 형성한 목적이 재

---

14) Aristoteles, POLITICA, III, 12, 1282b

산에 있다면, 국가에 사람이 참여하는 것도(즉 관직이나 명예 등) 그들의 재산상태에 비례해야 할 것이다. 이러한 경우에 있어서는 과두주의자들의 주장이-즉 100파운드의 기금에 1파운드만 낸 사람이 나머지를 모두 낸 사람과 똑같이 이 기금을 공유하거나(혹은 이 기금에서 나오는 이자를 나누어 갖거나) 하는 것은 옳지 못하다고 하는-매우 강력한 주장으로 보인다. 그러나 국가의 목적은 그저 생존만이 아니며, 좋은 생활의 질이 목적이 되어야 한다.”<sup>15)</sup>

그러나 이러한 아리스토텔레스의 주장, 즉 평등판단에서의 가치의 선택이 객관적으로 가능하다는 주장에도 불구하고, 아리스토텔레스의 평등개념은 위에서 본 바와 같이 이미 가치의 상대성을 그 본질적인 요소로 내포하고 있다는 점에서 후세의 비판의 소용돌이에 휘말릴 수밖에 없는 운명을 잉태하고 있었다고 보아야 한다.

켈젠은 사회평등과 관련하여 결정적인 문제는 ‘어떠한 다름이 적실성이 있느냐’이며 아리스토텔레스의 공식은 이에 답하고 있지 않다고 비판하고 있다. 왜냐하면, ‘만일 권리A가 개인 갑에게 주어지고 권리B가 개인 을에게 주어진다면, 이 때 가치 A와 B의 비율이 갑과 을의 가치의 비율과 같다면 분배정의는 이루어질 것이다. 만일 개인 갑과 을이 동등하다면, 그들에게 주어질 권리들 역시 동등해야 한다. 그러나 자연에는 실제로 동등한 두 개인이 없다. 왜냐하면 연령, 성별, 건강 등의 차이가 항상 존재하기 때문이다. 따라서 이러한 차이를 이유로 하여 어떠한 특권도 이[아리스토텔레스의] 공식에 의하여 합리화된다’고 아리스토텔레스의 평등개념을 비판하였다.<sup>16)</sup>

---

15) Aristoteles, POLITICA, III, 9, 1280a.

또한 별린경도 ‘구체적인 어떤 의미가 “충분한 이유”가 부여 될 때까지 이 원칙은 사소한 동어반복 tautology에 그칠 뿐이다’, “충분한 이유”라는 개념은 거의 모든 유형의 상황을 포함할 수도 있기 때문에 아리스토텔레스의 평등개념은 결국 중요한 측면에서 막연하다’라고 지적하여, 켈젠과 같은 내용의 비판을 하고 있다.<sup>17)</sup>

이들이 지적하는 바와 같은 아리스토텔레스의 평등개념의 취약성을 생각할 때, 아리스토텔레스의 상대적 평등개념에 대신할 수 있는 평등개념으로 가치세계에 대하여 단혀진 평등개념을 제시하는 이론이나, 아예 평등개념 자체가 의미가 없다는 이론의 등장은 오히려 자연스러운 현상이라고 할 수 있었다.

#### IV. 절대적 평등개념의 어려움

먼저 가치세계에 대하여 단혀진 평등개념을 제시하는 견해에 관하여 살펴본다.

가치세계에 대하여 단혀진 평등개념으로서의 절대적 평등개념의 극단적인 형태를 상상해 보면, 모든 측면에서 모든 사람을 평등하게 대우하도록 하는 것이 평등개념이라고 주장하는 견해를 상상해 볼 수 있다. 이러한 내용의 절대적 평등의 주장은 역사적으로 17, 8세기의 합리주의적 자연법의 평등관에서 그 주장의 가능성을 가질 수 있겠으나,<sup>18)</sup> 어느 누구도 모든 사람이 모든 면에

---

16) Kelsen, 'Aristotles's Doctrin of Justice, p.54, 55.

17) Berlin, Isaiah, Equality, p.303.

서 평등하게 대우되는 그러한 사회를 실제목표로 삼은 적은 없었던 것으로 보여진다.<sup>19)</sup>

일본학자 柳瀬良幹가 이와 비슷한 내용의 절대적 평등을 법규범으로 주장한 예로 인정된다. 그는 ‘각 개인 사이에 존재하는 선천적 및 후천적인 각종의 차이라는 사실에도 불구하고, 법률상의 취급에 관하여는 이를 차이 없는 것으로 생각하거나 이 차이를 무시하고, 수량적으로 동일한 권리를 부여하고 동일한 의무를 과하는 것이 평등원칙의 내용이다. 환언하면, 각 사람은 다른 사람보다 많은 권리를 가져서는 아니되고, 또 많은 의무가 부과되어져서도 아니된다. 즉 각 사람에 대하여 균일한 법적 지위를 보장하는 것이 법 앞에서의 평등이 요구하는 것이다.’<sup>20)</sup> 라는 주장을 하였다.

그러나, 각 사람의 사정이 선천적 또는 후천적으로 사실상 차이가 있음에도 불구하고, 모든 사람을 단지 사람이라는 표식 Merkmal에 의해서만 법적으로 절대적으로 평등시하는 것은 자연법상의 전제 또는 형이상학의 원리로서는 몰라도, 경험적인 실정법 질서에서는 인정되기 힘들다고 하지 않을 수 없다.<sup>21)</sup> 모든 사람이 모든 면에서 같게 대우되어야 한다는 개념이 어떠한 상태를 의미하는 것인지를 확정할 수 없기 때문이다. 간단한 예를 들어, 방금 태어난 신생아와 20대의 청년과 70대의 노인이 모든 면에서 같게 대우되어야 한다는 명제가 목표하는 결론이 무엇인지 상상할 수 없는 것과 같다고 하겠다. 모든 면에서 평등하다는 것은 ‘모든 관점에서 평등하다’는 의미인데, 평등의 관

---

18) 阿部照哉, 野中後, 平等の權利, 法律文化社, 1984, p.59.

19) J.Rees, 권만학 역, 평등(Equality), 1990, p.140.

20) 柳瀬良幹, 行政法の基礎理論, 弘文堂書房, 1940, p.81.

21) 阿部照哉, supra. N.18, p.61.

단기준이 될 수 있는 관점 모두가 통일적이고 조화적일 수는 없는 것이다. 관점 상호간에는 서로 배타적인 관계를 이룰 수도 있기 때문이다.

가령 사람이 모두 단일한 생물로 만들어졌다고 가정하더라도 여전히 엄밀한 의미의 평등한 대우를 실행하는 데는 장애가 있을 수밖에 없다. 평등하게 하여야 할 대상이 무생물들이라고 하더라도 이들이 모두 같은 시간에 같은 장소에 놓여질 수도 없고,<sup>22)</sup> 시간과 공간의 한계를 벗어날 수 없는 인간의 인식세계에서<sup>23)</sup> 시공을 초월한 평등인식이 불가능하기 때문이다. 따라서 사람을 사람이라는 이유로 평등시하는 것은 예를 들어 신의 눈과 같이 사람의 세계 밖에서 서서 사람과 동물을 비교하는 것 같은 경우 예나 가능할 수 있는 것이고, 실정법질서와 같이 사람의 세계 내부에서의 경우에는, 단지 사람이라고 하는 이유로 사람을 평등시 하는 것은 무의미하다고 할 수밖에 없는 것이다.<sup>24)</sup>

여기에서 절대적 평등개념의 극단적인 형태를 완화하여 ‘일정한 기준’에 의한 분배개념을 평등개념으로 주장하는 견해가 오히려 강한 설득력을 가지게 된다. 이러한 평등개념은 주로 정의개념을 논구하면서 평등을 정의로 제시하는 법철학이론들에서 쉽게 찾아볼 수 있으므로 이 곳에서는 그 개별적인 개념에 관한 설명은 생략한다. 이들의 대체적인 견해에 의하면, 정의란 공적(merit), 필요(needs), 노동(works), 욕망(wants) 등의 기준에 의한 공정한 분배를 의미하고, 이러한 분배가 바로 평등을 의미하게 된다.

---

22) Rees, *supra*. N.19, p.140.

23) Kant, *순수이성비판*,

24) 和田鶴藏, *日本國憲法の平等原理*, 三和書房, 1971, p.156.

분배기준은 하나로 설정되기도 하고 때로는 복합적으로 설정되기도 한다.<sup>25)</sup>

이들 견해는 ‘모든 측면에서의 평등’을 포기함으로써, 인간에게 주어진 사실상황을 평등개념 속에 반영하면서 실질적 내용을 가진 평등개념을 도출할 수 있다는 점에서 모든 면에서의 평등을 주장하는 견해보다는 비난의 여지가 줄어드는 것은 사실이다.

그러나 이들 견해는 각각의 견해들이 제시하는 평등의 분배기준으로서의 가치기준이외의 다른 가치들이 평등개념의 가치기준에서 제외되는 이유에 대한 궁극적 질문에 대답할 수 없다는 약점을 가지게 된다. 이들 견해는 평등개념의 확정을 위하여 일정한 가치를 전제할 수밖에 없게 되는데, 그 일정한 가치가 다른 가치에 비하여 우선하여 선택되는 근거에 관하여 논리적 설명을 하지 못한다는 비판을 벗어날 수 없게 된다. 인간의 주어진 상황이 다른 것 이상으로 복잡한 인간의 기호나 이익의 다양성은 어떠한 가치가 인간에게 절대적이라거나, 어떠한 가치가 일정한 면에서 상대적으로 우월하다는 개념을 확정할 수 없게 만들기 때문이다. 또한, 이러한 평등이 주장하는 것은 결국 우리 모두가 좋아하고 싫어하는 것에서 점점 더 가까져야 한다는 것을 전제로 하는 것인데, 그러한 전제가 가능성이 없음은 두말할 필요성이 없다.<sup>26)</sup> 결국 일정한 기준에 의한 평등을 주장하는 견해는 일정한 집단을 위한 구호에 불과한 것이라는 비난을 면할

---

25) P.Polyviou, The Equal Protection of the Laws, 1980, p.1-5, 7-24 (평등에 관한 3가지 기본개념) ; D.Rae,Equalities, 1981, p.133(최소한 108가지의 평등); A.Ross, On Laws and Justice, 1959, p.270-272(다섯가지의 평등); Mortimore,An Ideal of Empty, 77 MIND 222(1968), p.225-226 (7가지의 평등).

26) Rees,supra. N.19, p.141.



수 없게 되는 것이다.

우리가 평등개념의 정립에 대한 장애물로 인간 개개인의 기호의 다양성에 직면하게 될 때, 우리는 손쉽게 ‘기회의 평등’에 의한 평등개념의 정립가능성을 생각하게 된다. 그러나 기회의 평등도 역시 위에서 언급하였던 바와 같은 비난을 면할 수 없음은 물론이다.

먼저 사실의 관점에서 기회의 평등의 한계성을 살펴본다. 기회의 평등은 우선 모든 사람이 ‘같은 출발점’에서 같은 기회를 가질 것을 전제로 하게 된다. 그러나 인간이 인간을 둘러싼 환경에서 완전히 자유로울 수 없는 한, 같은 출발점에서의 출발을 전제로 한 ‘기회의 평등’은 그 자체가 이미 불평등을 의미하게 된다. 인간에게 이미 주어진 현실상황이 불평등하다는 점에 관여는 새삼스럽게 논의할 필요성이 없다고 본다. 여기서는 막스의 간단한 지적만 부가해 본다 :

“물질생활의 생산양식이 사회, 정치 및 지적 생활의 일반적 성격을 결정한다(bedingt). 모든 형태 및 단계의 교육과 매스 미디어는 부르조아 질서의 대표자들의 통제 아래에 놓여 있으며 부르조아적 전제들 안에서 운용되도록 만들어져 있다. 이러한 조건 아래서 기존질서의 거부를 추구하는 사람들과 체제의 기능을 신탁받은 사람들 사이에 정치적 평등이 있다는 것을 이야기하는 것은 스스로 체제를 방어하고 영속화시키는 신화의 희생물이 된다는 것을 의미한다. 체제의 가치를 명시하고 체제를 위해 운용되는 집합으로서의 범규들에 직면하여, 그리고 지난 수십 년에 걸친 개혁적 방법들의 실체에 비추어, 위헌적이고 폭력적인 항의의 방법에 호소하는 길 외에 달리 방도가 없다. 부르조아 질서 자체가 만들어 놓은 규칙에 따라 게임에 들어가기를 거부함에 의해서만이

혁명가는 비로소 정치적 기회의 불평등을, 압박 받는 다수의 편으로 바꾸어 놓을 수 있을 것이다.”<sup>27)</sup>

결국 인간에게 이미 주어져 있는 차이점을 전제로 하는 사회에서 기회의 평등에 관한 모든 논의는 단지 피상적인 것에 불과한 것이다.

둘째, 가치의 관점에서도 기회의 평등은 비판받게 된다. 더 능력이 있거나 집념이 강한 자질을 가졌다는 사실 또는 지위에 대한 욕구가 강하고 경쟁적인 사회에서 성공할만한 자질을 가졌다는 사실이 정말로 중요한 것인가에 관하여 명백한 대답을 하기 어렵기 때문이다. 평등을 구성하는 복합적인 이념 속에는 다른 사람들을 그들의 능력이나 공적을 불문하고 존중하여야 한다는 신념이 들어있기 때문이다. 전적인 기회평등을 열정적으로 모색하는 사람들은 인생을 경주로 보는 관점의 언어를 사용하게 되며, 그럼으로써 경쟁의 윤리와 뛰어난 선호에 빠져드는데, 이는 평등을 인도주의적 이상으로 생각하는 사람에게는 기대할 수 있는 것이 아니다.<sup>28)</sup> 결국 기회의 평등에 대한 주장 역시 여러 가치 중에 하나의 가치를 주장하는 한 측면에서의 평등을 주장하는 구호에 불과한 것이다.

결론적으로, 가치세계에 대하여 단힌 평등개념은 평등에 관하여 궁극적인 답변을 찾아내야 하는 철학에서는 별론으로 하고, 현실의 문제해결을 위하여 제정된 ‘헌법상의 평등조항’을 이해하기 위한 법해석학에서는 그 인식의 도구로 부적합한 것으로 이해된다. 가치세계에 단힌 평등개념은 아직은 설명할 수 없는 부분이 많이 남아있는 현실세계의 범주를 벗어나는 것이기 때문

---

27) K.Marx, Preface to a Contribution to the Critique of Political Economy.

28) Rees, supra. N.19, p.146, 147.

이다. 이러한 현실속에서 대중의 균질화보다는 개인적 다양성을, 단일성과 업적보다는 개인의 창조적 능력개발을 더욱 믿을 수밖에 없고, 자유가 개인의 발달의 일부인 동시에 그 조건으로 제시될 수밖에 없는 우리 헌법의 이해에서 볼 때, 우리 헌법이 정하고 있는 평등의 개념이 ‘한 측면에서의 평등’을 보장하기 위한 것이 아님은 분명하기 때문이다. 결국 인간이 무엇인가에 관한 인식이 명확해지고, 그 인식이 사회공동의 인식으로 확고해지기까지는, 우리 헌법상의 평등조항이 절대적인 내용을 가진 평등개념을 전제로 하고 있다고 해석하기는 어려운 것이다.

## V. 평등개념 무용론

아리스토텔레스의 평등개념이 가치세계에 대하여 열린 개념으로서 상대성을 가지고 있다는 점은 평등개념 자체의 존재의의에 관하여도 의문을 제기하게 하였다. 특히 현실적 명확성을 요구하는 법학적 관점에서 보면, 평등의 내용이 다른 가치세계에서 얻어지는 것이라면 구태여 평등개념을 독자적인 판단개념으로 인정하여 원래의 가치판단과 중복되는 가치판단을 거듭할 필요성이 있겠는가라는 의문이 생길 수 있기 때문이다.

이러한 의문을 바탕으로 웨스턴(WESTEN)은 평등개념이 불필요한 것임을 논리적으로 주장하고자 하였다. 그는 평등의 내용이 평등이외의 다른 가치기준, 즉 일반권리의 내용 속에 논리적으로 이미 포함되어 있는 것이므로, 이러한 권리의 내용을 다시 평등이라는 개념으로 변형하여 적용하려는 노력은 불필요한 것이고 오히

려 혼동만을 초래할 뿐이므로, 평등개념은 아무 쓸모없는 법학적 판단개념이라는 주장을 함으로써<sup>29)</sup> 미국의 법학계에 평등개념논쟁을 불러 일으켰다.

## 1. 평등개념 무용론

① 웨스턴은 아리스토텔레스의 평등개념으로 대표되는 상대적 평등개념이 완전히 동어반복이라는 점에서 논의를 시작하였다. 상대적 평등개념을 간단히 표현하면, ‘같은 것은 같게 likes should be treated alike’로 요약될 수 있는데, 이 명제는 외관상 보기에는 내용을 가지는 것처럼 보이나 그 실질은 완전히 동어반복에 불과하다는 것이다 :

“ ‘ 같은 것은 같게’라는 평등명제는 두 개의 요소를 포함하고 있다. 두 사물이 같다는 「사실적」 판단과 두 사물이 같게 취급되어야 한다는 당위적 판단이라는 요소로 분석될 수 있다. 그리고 일단 두 사물이 같다고 판단되면, 그 두 사물이 어떻게 취급되어야 한다는 것을 알 수 있게 된다는 의미에서 두 사물이 같다는 판단이 두 사물에 대한 당위적 판단에 선행함을 알 수 있다. 따라서 두 사물이 같게 취급되어야 한다는 명제를 이해하기 위하여는 두 사물이 같다는 판단이 어떠한 내용의 판단인가를 먼저 정확히 이해할 필요가 있다.…… 두 사물이 같다는 판단은 몇 가지 관점에서 이해될 수 있다. 첫째로, ‘두 사물이 같다’는 것

---

29) I try in this Article to establish two propositions: (1) that statement of equality logically entail (and necessarily collapse into) simpler statements of rights ;and (2) that the additional step of transforming simple statements of rights into statements of equality not only involves unnecessary work but also engenders profound conceptual confusion. Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982) p.542.

을 ‘모든 면에서 in every respect 두 사물이 같다’고 이해하는 것이다. 모든 면에서 똑같은 사물은 존재하지 아니한다. 모든 면에서 완전히 똑같은 사물은 수개념이나 기하학적 도형과 같은 추상적 개념이나 형식에서나 인식될 수 있는 것이다. 그러한 추상적 개념이 당위의 대상이 아님은 물론이다. 당위의 대상은 현실인 것이다. 둘째로, ‘두 사물이 같다’는 것을 모든 면에서 같을 수는 없지만, ‘어떤 면에서나마 in some respects 두 사물이 같다’고 이해하는 것이다. 그러나 모든 면에서 똑같은 사물이 존재하지도 않지만, 모든 사물은 어떤 면에서는 같은 점이 있는 것이다. 따라서 ‘두 사물이 같다’는 것을 ‘어떤 면에서나마 두 사물이 같다’고 인식하게 되면, 평등의 두 번째 요소로서의 결과는 ‘모든 사물을 무조건 똑같이 취급하여야 된다’고 하는 어색한 당위명제로 변하게 된다. 셋째, ‘두 사물이 같다’는 것을 ‘일정한 관점에서 볼 때 in a certain respect 두 사물이 규범적으로 같다’고 이해하는 것이다. 이와 같이 이해하게 되면, ‘사실’에서 ‘당위’로의 전환이라는 철학적 난제를 피할 수도 있다. 이는 규범적으로 중용한 관점에서 두 사람이 같다는 규범적 결정에서 시작하는 것이고, 두 사람이 같게 대우되어야 한다는 규범적 결론에 다다른 것이다. 이는 ‘존재is’에서 ‘당위ought’를 도출하는 것이 아니고 ‘당위’에서 ‘당위’를 도출하는 것이다. 그러나 규범적으로 같다는 사물에 대한 기준은 사실자체에 존재하지 아니한다. 규범적 동등성은 사람들이 그 기준을 정할 때 비로소 성립되는 것이다. 따라서 ‘당위적으로 두 사물이 같다’는 판단 속에는 이미 두 사물이 같고 따라서 같게 취급되어야 한다는 취급의 규범적 기준이 설정되어 있는 것이다.<sup>30)</sup>

---

30) Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982), p.543

“따라서 일정한 관점에서 같은 사물을 ‘같이 취급하여야 한다’고 말하는 것은 두 사물이 같다고 판단하는 당위적 기준, 규범에 따라 두 사물을 같이 취급하여야 한다는 것을 의미한다. … 평등명제는 완전히 ‘동어반복circular, tautology’이다. 즉 무엇이 ‘같은 사물’인가라는 질문에 대하여 ‘같이 취급되어야 하는 사물’이 그러하다는 대답을 얻게 되기 때문이다.”<sup>31)</sup>

② 나아가 웨스턴은 이러한 동어반복적 성질로 인하여 평등개념은 그 내용을 확정하기 위하여 규범적으로 ‘같다’는 판단을 할 수 있는 당위적 기준 내지 규범을 전제하는데, 그 규범적 전제는 다름 아닌 일반권리개념이라고 추론하였다. 따라서 평등하다는 것은 관련된 모든 사람들이 관련된 일반규범이 정하는 기준을 완전히 만족시키고 있다는 점을 달리 표현하는 것에 불과하다고 주장하였다:

“두 사람이 일정한 관점에서 같다는 것은 두 사람 모두를 만족시키는 규범-그들을 규율하기 위하여 규정된 기준-을 전제로 하는 것이다. 그러한 기준이 성립되기 전에는 비교의 기준도 존재하지 않는 것이다. 그러나 일단 그러한 규범이 성립된 뒤에는 그들 사이의 평등성은 이미 성립된 규범의 ‘논리적 귀결’일 뿐이다. ‘규범에 따른다는 것은 (동어 반복적으로) 그것이 적용되어야 할 사건에 그것을 적용한다’는 것을 의미하기 때문에, 그들은 또한 그 규범아래에서 평등한 대우를 받을 자격도 벌써 가지게 되는 것이다. 즉 두 사람이 ‘평등’ 하다거나 ‘평등하게’ 취급받아야 한다고 말하는 것은 그들 모두가 그 취급을 정하는 규범의 기준을 완전히 만족시킨다는 것을 말하는 것이다.”<sup>32)</sup>

“두 사람이 일정한 대우를 목적으로 하여 ‘같다’고 말하는 것은 그들 모두가 이미 성립되어 있는 규범Rules에 의하여 그러한 대우를 받도록 정하고 있는 자격 내지 요건을 가지고 있음을 의미하는 것이고, 두 사람이 ‘다르다’고 말하는 것은 그들 중 한 사람이 그러한 대우를 받기 위하여 규범이 정하고 있는 요건을 흠결하고 있음을 의미하는 것이다”<sup>33)</sup>

③ 이러한 웨스턴의 생각에 따르면, 평등은 완전히 형식적인 개념으로서, 그 실체적인 내용은 다른 곳에서 발견되는, 그 자체로서는 실체적인 내용을 가지지 않는 설명 “형식”이고,<sup>34)</sup> 그 실체적 내용에 전혀 영향을 미칠 수 없는 것이 된다.<sup>35)</sup> 또한 평등판단은 논리적으로 권리판단에 이미 포함되어 있는 것이고 평등개념으로 다시 판단하는 것은 본질적으로 족에 불과한 것으로 이해하게 된다.<sup>36)</sup> 결국 평등은 그 독자적인 개념정립의 무의미하고, 불필요한 개념이라는 것이다 :

“평등은 그 자체가 실체적인 당위적 기준을 가지고 있지 아니한 비어있는 그릇인 것이다. 우리가 어떻게 하여야 할 것인가에 관하여 아무 것도 말할 수 없는 형식에 불과한 것이다. 평등이 그러한 기준을 가진다면 그것은 쓸데없는 과잉이다. 이미 우리가 알고 있는 것을 반복하는 것에 불과하기 때문이다.”<sup>37)</sup>

## 2. 평등개념 무용론에 대한 비판

웨스턴의 논리전개는, ① 평등개념은 동어반복적circular이다.

---

32) Westen, supra. N.30, p.548,549.

33) Westen,supra. N.30, p.572.

34) Westen,supra. N.30, p.577,578

35) Westen,supra. N.30, p.592.

36) Westen,supra. N.30, p.560.

37) Westen,supra. N.30, p.547.

② 따라서 평등여부의 판단을 위하여는 그 판단의 전제가 되는 ‘같다’라는 판단을 할 수 있는 당위적 기준 내지 규범에 의존할 수밖에 없다. ③ 그 당위적 기준 내지 규범은 일반권리규범을 의미한다. ④ 따라서 일반권리개념이외의 평등개념은 중복적인 것이고, 불필요한 것이다 라고 요약 될 수 있다.

이러한 웨스턴의 주장이 그 의미를 갖기 위하여서는 위 각 명제가 타당하여야 한다. 첫 번째 명제와 두 번째 명제는 평등개념이 가치에 대하여 열려 있다는 점에서 일반적으로 받아들여질 수 있다. 그러나 세 번째 명제와 네 번째 명제는 보는 사람의 관점에 따라서 다르게 판단되어질 수 있는 것이라는 점에서 웨스턴의 주장은 비판의 여지가 있는 것이다.

세 번째 명제가 인정되기 위하여는 최소한 ‘일반 권리개념에 포함된 내용은 평등개념이 포함할 수 있다고 생각되는 가치판단 모두를 포함하고 있다’하는 명제를 입증하여야 된다. 이러한 전제가 성립되어야만, 논리적으로 평등개념이 독자적으로 존립할 만한 자리가 없어지기 때문이다. 그러나 웨스턴은 평등개념이 다른 가치개념-권리개념을 포함하는 모든 가치개념-에 의존할 수밖에 없다는 일반적인 인식에서 바로 평등개념이 불필요하다는 결론을 도출해내고 있을 뿐, ‘권리개념이 평등개념의 내용 전부를 포함할 수 있다’는 적극적인 논거를 제시하는데 성공한 것으로는 보이지 않는다.

간단한 예를 생각해 보아도, 권리개념이 평등개념의 내용 전부를 포함할 수 없음을 바로 인식할 수 있게 된다. 우리 헌법은 생존권적 또는 사회권적 기준권에 관하여 많은 규정을 두고 있다. 우리의 헌법재판소나 법원은 이들 기본권규정이 구체적인 권리를 가지는 것은 아니라는 원칙을 아직 견지하고 있다. 구체



적인 권리는 입법부의 법률제정에 의하여 비로소 형성된다고 이해되는 것이다. 그러나 우리 헌법이 교육 등 사회복지분야에 관한 이익에 대한 구체적인 권리를 부인한다고 하여, 국민들이 교육을 비롯한 사회복지분야에서 발생하는 불이익에 대하여 법적으로 구제를 받을 수 없다-법적으로 구제받는다든 것은 이미 권리로 주장할 수 있음을 전제로 하는 것이다-는 것을 의미한다고 볼 수 없다. 입법부의 법률형성에 의하여 사회복지분야에 관하여 권리를 부여받은 국민이든, 이러한 사회복지분야의 이익의 혜택에서 소외된 국민이든 그 사회복지분야의 이익에 관련되어 느끼게 되는 불이익을 법적으로 다룰 수 있어야 하기 때문이다. 이 때 불이익을 다루고자 하는 국민이 입법부의 법률형성에 의하여 사회복지분야에 관하여 권리를 부여받은 국민이라면, 그 권리를 근거로 하여, 즉 권리개념을 이용하여 사법적 구제를 받을 수 있겠으나, 불이익을 다루고자 하는 국민이 그 이익의 혜택에서 제외된 국민이라면, 어떠한 권리를 주장하여 사법적 구제를 받을 것인가라는 문제가 생기게 된다. 이들에게는 아직 헌법이 구체적으로 부여한 권리가 없기 때문이다. 판례의 입장을 견지하는 한, 이러한 경우, 이익의 혜택에서 제외된 국민이 불이익을 다루기 위하여는 평등권위반을 주장하는 방법 이외에 달리 다른 권리를 주장할 수 있다고 보기는 힘들 것이다. 평등여부의 판단은 권리개념으로 표현된 가치개념에만 의존한다고 보기보다는, 권리개념으로 표현되지 아니한 다른 사회적 가치개념에도 의존하고 있다고 보는 것이 타당한 것이다.

또한 웨스턴이 ‘일반 권리개념에 포함된 내용은 평등개념이 포함할 수 있다고 생각되는 가치판단 모두를 포함하고 있다’라는 명제를 입증하였다고 가정하더라도, 이로 인하여 네 번째 명

제, 즉 평등개념이 불필요한 것이라는 명제가 바로 인정되는 것은 아니라는 점이다. 평등개념이 권리개념에 대하여 논리적으로 독립된 내용을 가질 수는 없음이 입증되었다고 하더라도, 권리개념만 사용하는 것보다는 평등개념을 같이 사용하는 것이 현실적으로 문제를 해결하는데 있어서 효율적이라는 점이 인정된다면, 평등개념의 필요성이 인정될 수 있기 때문이다. 비록 논리적으로는 평등개념의 필요성이 인정되지 않는다고 하더라도, 현실적으로 그 유용성이 인정될 수 있기 때문이다.

사람들 사이에 존재하는 차이에 대한 비교의 문제가 반드시 평등개념으로만 해결되어야 한다는 주장은 할 수 없다고 할지라도, 사회에서 사람들 사이에 존재하는 차이에 관하여 주의를 기울여야 되고 또한 그 차이점을 없애도록 하여야 한다고 믿음을 우리가 가지는 한, 국민 전체의 약속을 위한 의사소통수단으로서의 규범에서 평등개념은 그 유용성을 부인할 수 없는 것이다. 평등개념은 일반적으로 우리로 하여금 사회가 다른 사람들과 비교하여 어떠한 대우를 하는가에 관하여 관심을 갖게 하는 개념으로 인식되는 것이고, 논자에 따라서는 사람들 사이의 다른 대우가 문제가 된다고 말해주는 유일한 개념으로 인정되기도 하는 것이기 때문이다.<sup>38)</sup> 평등은 국가가 그의 법을 공정하게 적용할 것을 요구하는 것이고, 이러한 개념은 다른 권리개념의 부분이 아니고, 평등개념에서 바로 도출되는 것으로 보아야 하기 때문이다.<sup>39)</sup>

비록 권리개념만으로도 모든 법적 문제가 해결될 수 있다고

---

38) Chemernsky, E., In Defense of Equality : A Reply to Professor Westen, 81 Mich. L. Rev. 575(1983), p.585.

39) Chemernsky, supra N.38, p.581.

하더라도, 권리개념이 자신의 내용으로 삼을 수 있는 실제적 기준의 영역과 평등개념이 그 자신의 내용으로 삼을 수 있는 실제적 기준의 영역을 나누어서 생각하는 것이 법적 논의에 유용하다면, 평등개념을 전혀 불필요한 개념으로 버려야 할 필연성은 없는 것이다.

결국 Westen은 평등을 권리라는 다른 이름속으로 숨겼을 뿐<sup>40)</sup>, 평등개념이 법학에서 불필요하다는 점을 밝히는데까지는 이르지 못한 것으로 이해되는 것이다.

## VI. 결 론(논의의 정리)

지금까지의 논의를 정리하는 것으로 결론에 대신한다.

첫째, 평등개념 그 자체는 아직 완성된 규범적, 법적 내용물 가지는 것이 아니다. 그 내용은 다른 가치세계에 대하여 열려 있는 것이다. 평등여부의 판단에는 평등개념 자체에서 도출되지 아니하는 외부적인 기준이 필요한 것이다.<sup>41)</sup>

그렇다고 일정한 가치를 성급하게 평등개념 자체에 집어넣으려는 생각은 곧 현실적 어려움에 부딪치게 되는 것이다. 실제적인 가치를 내용으로 하는 평등개념을 추구하려는 시도는 궁극적인 가치를 발견하고자 하는 철학자의 과제는 될 수 있을지언정, 현실의 '헌법상의 평등'의 개념을 파악하려는 우리에게는 큰 도움이 되지 않기 때문이다.

---

40) Chemernsky, supra N.38, p.597.

41) Chemernsky, supra N.38, p.575 n.6.

둘째, 헌법상의 평등조항이 개방적이고, 비어있는 평등개념을 규정하고 있다고 하더라도, 헌법상의 평등조항의 독자성까지 부인되는 것은 아니다. 평등개념은 권리개념에만 개방된 것이 아니라 모든 사회적 가치개념에 개방된 것으로 보아야 하기 때문이다. 가사 웨스턴의 주장과 같이 평등여부에 관한 판단이 일반 권리규정에 전적으로 의존되어 있다고 하더라도, 문제를 평등의 문제로 인식하여 해결할 것인가, 아니면 평등 이외의 다른 권리의 문제로 인식하여 해결할 것인가의 문제는 철학적 사고방식의 선택의 문제이지 논리필연적 결론이라고 볼 수 없기 때문이다.

그렇다면, 우리 헌법상의 평등조항은, 다른 권리와 양립하는 독립된 판단개념으로서 그 자체로서는 아직 가치에 대하여 비어있는 상태의 '평등개념'을 규정하고 있는 것으로 이해되는 것이다.

그러면, 내용이 개방적이고 비어있는 평등개념이 우리 헌법상의 평등조항에서 가지는 의미는 무엇인가라는 의문이 생기게 된다.

생각건대, 평등개념 자체가 실질적으로는 내용이 비어있다고 하더라도, 형식까지 비어있다고는 할 수 없는 것이다. 평등개념은 실질적인 사회적 가치를 연결하여 평등조항에 내용을 부여할 수 있는 일종의 논리적 주형으로 이해될 수 있는 것이다.<sup>42)</sup> 이러한 의미에서 아리스토텔레스의 평등개념은 우리 헌법상의 평등개념의 해석방법을 제시하는 것으로 평가될 수 있는 것이다. 아리스토텔레스의 평등개념이 비록 가치의 상대성을 그 개념에 내포함으로써 많은 비판을 받아왔으나, 평등여부의 판단에 기본틀을 제공하고 있다고 보기 때문이다.

---

42) Rees, supra N.19, p.137.

아리스토텔레스와 같이 평등개념을 단순히 사물 사이의 비교 개념이 아니라 분배개념으로 이해하는 경우, 평등개념은 평등여부의 판단에 이르기 전에 먼저 평등여부의 판단대상, 즉 누가 '분배받는 자들'이고, 무엇이 '분배되는 대상들'인가에 대한 명확한 인식을 요구하게 된다. 따라서 헌법상의 평등개념은 '헌법의 평등조항을 기준으로 심판하는 경우, 그 심판대상에서 분배받는 자와 분배대상이 무엇인지를 먼저 명확히 인식하여야 한다'는 규범적 의미를 가지는 것이다.

또한 평등개념을 분배에서의 비례성으로 이해하는 경우, 평등개념은 평등여부의 판단에서 분배받는 자와 분배대상 사이에 존재하는 비례성여부에 관한 인식을 요구하게 된다. 따라서 헌법상의 평등개념은 '헌법상의 평등여부를 판단하기 위하여는 분배받는 자와 분배대상 사이에 존재하는 비례성이 입증되어야 한다'는 것을 법적으로 요구하는 것이다.

둘째, 평등개념 자체가 실질적으로는 내용이 비어있으나, 그 평등개념의 지위가 헌법상 평등조항에 의하여 자리매김된다는 의미에서, 평등개념은 그 '실체적 가치'를 시공에 현존하는 우리 헌법에서 발견하여 헌법상의 평등조항에 연결시키는 실체적 기능을 하는 것으로 평가되는 것이다. 평등개념 자체가 가치세계에 대하여 열려 있음으로 인하여, 헌법상의 평등조항은 헌법이 처해 있는 시대와 상황을 평등조항에 반영할 수 있게 된다는 유연성과 지속성을 지니게 되는 것이다. 평등개념 자체가 공허하기 때문에, 그 개념을 요소로 하는 평등원칙이나 평등조항은 오히려 시공 속의 현실을 담아, 시공을 초월하여 생명을 가지는 것으로 이해되는 것이다.

평등개념이 그 실체적 가치의 발견을 우리 헌법에서 발견할

것을 요구하고 있다면, 이제 우리는 헌법상의 평등여부를 판단하기 위하여, 우리 헌법의 평등조항속에 규정된 평등개념이 연결하게 되는 헌법적 가치가 무엇인가를 인식하여야 한다는 어려운 문제를 안게 된다. 그에 관한 논의는 평등개념 자체의 의미를 넘어서는 것으로서 다음의 기회로 미룬다.

# 헌법소원심판의 특수성 소고

김 현 철

심판삼과장

## - 목 차 -

### I. 서 론

### II. 사전심사제도

1. 의의 및 기능
2. 사전심사제도의 유래
3. 사전심사 의 강화방안

### III. 변호사강제주의 및 국선대리인제도

1. 의 의
2. 변호사강제주의의 이점 및 문제점
3. 대안 - 국선대리인제도의 활성화

### IV. 헌법소원심판의 당사자

1. 청구인
2. 피청구인
3. 소송참가

V. 서면심리원칙 및 직권심리주의

1. 서면심리원칙
2. 직권심리주의

VI. 가구제제도의 허용여부

1. 행정소송에 있어서의 가구제
2. 집행정지
3. 가 치 분

VII. 결 론



## I. 서론

헌법소원심판은 헌법재판, 즉 헌법소송의 하나이다. 헌법재판이란 헌법을 운용하는 과정에서 헌법의 규범내용이나 기타 헌법문제에 대한 다툼이 생긴 경우에 이를 유권적으로 해결함으로써 헌법의 규범적 효력을 지키고 헌정생활의 안정을 유지하려는 헌법의 실현작용이다. 1)

우리 나라의 경우 1948년의 제헌헌법 때부터 제도상으로는 헌법재판이 있었으나 그 실적이 미비하다가 1987년 현행헌법이 시행된 이후 본격적으로 가동되고 있는바, 특히 헌법소원심판은 현행헌법에서 처음 도입되고 헌법재판소법에 의하여 구체화된 제도로서 우리 국민들은 구체적인 권리구제수단으로 이를 적극 활용하고 있다.2)

그런데 우리 헌법재판소법은 헌법소원심판의 경우 민사소송에 관한 법령의 규정과 행정소송법을 함께 준용하되, 행정소송법을 우선하여 준용하도록 하고 있다(헌재법 제40조). 따라서 헌법소송과 행정소송, 그 중에서도 헌법소원심판과 항고소송과의 관계가 문제가 된다. 헌법소송과 행정소송의 문제는 양자가 같은 공법소송으로서

- ① 그 소송의 원리와 이론이 같은 것이냐 아니냐
- ② 권리구제의 전제절차에서 이 둘 사이에 야기될 권능배분의

---

1) 허영, 한국헌법론(1993), 791면.

2) 헌법재판소, 헌법소원심판개요(1993), 3면

충돌이 없이 어떻게 체계적으로 분쟁을 해결해 낼 것인가

③ 그 나라의 통치 Mechanism상 행정과 사법의 관계에서 행정소송이 어떠한 자리매김을 하고 있는가

④ 헌법재판이 그 나라의 통치구조에서 어떠한 지위를 차지하고 있는가 하는 문제와도 관련을 가진다.<sup>3)</sup>

그러므로 헌법소원심판의 특수성을 논함에 있어서는 행정소송의 특수성을 염두에 두고 이들을 비교·검토하는 작업이 필요하다. 현행 행정소송법상 행정소송의 특수성을 반영한 것으로는 논자에 따라 약간 다르기는 하나 대체적으로 행정심판전치주의(행소법 제18조), 심급상의 특수성(이심제, 동법 제9조), 피고적격(동법 제13조), 단기제소기간(동법 제20조), 집행불정지원칙(동법 제23조), 관련청구의 병합(동법 제10조), 직권탐지 또는 직권조사(동법 제26조), 사정판결(동법 제28조), 판결의 효력(동법 제29,30조) 등을 들고 있다.<sup>4)</sup>

한편 헌법소송으로서 헌법소원심판의 특수성으로는 변호사강제주의(헌재법 제25조) 및 국선대리인제도(동법 제70조)의 채택, 심판비용의 국고부담(동법 제37조), 서면심리원칙(동법 제30조), 포괄적인 자족적 절차규정미비(민사소송에 관한 법령의 규정 및 행정소송법 준용, 동법 제40조), 직권증거조사(동법 제31, 32조), 결정의 효력(동법 제75조) 및 관보게재(동법 제36조), 심판기간(동법 제38조)등이 언급되고 있다.<sup>5)</sup> 이에 대하여 헌법재판소는 “헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면

---

3) 정종섭, 헌법소송과 행정소송, 헌법논총 3집(1992), 335면.

4) 홍준형, 행정구제법(1993), 206면.

5) 이시윤, 헌법재판개관(1989), 53~59면.

심리주의, 직권심리주의, 국가비용 등의 소송구조로” 되어 있다고 판시한 바 있다.<sup>6)</sup>

본고에서는 위와 같은 헌법소원심판의 특수성을 기초로 하여, 일반 민사소송이나 행정소송은 물론이고 헌법재판의 다른 심판 유형과도 구별되는 특징인 사전심사제도, 변호사강제주의 및 국선대리인제도와 그 밖에 헌법소원심판의 허용여부만을 살피기로 하고 심판비용, 심판기간 및 종국결정 이후의 문제는 편의상 다루지 않았다.

## II. 사전심사제도

### 1. 의의 및 기능

헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다(헌재법 제72조 1항). 이에 따라 헌법재판소는 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙(제정 1988.10.15 개정 1991.12.3.)에 의하여 헌법재판소재판관 각 3인으로 구성하는 3개의 지정재판부를 두었다. 이와 같이 사전심사란 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소 지정재판부가 하는 심사를 말하며, 지정재판부는 사전심사결과 각하결정 또는 심판회부결정을 한다.

---

6) 헌재 1993.5. 13. 선고, 91헌마190 결정.

## (1) 각하결정

지정재판부는 다음의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다(헌재법 제72조 3항).

- ① 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우
- ② 헌법재판소법 제69조의 규정에 의한 청구기간이 경과된 후 헌법소원심판이 청구된 경우
- ③ 헌법재판소법 제25조의 규정에 의한 대리인의 선임 없이 청구된 경우
- ④ 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우

## (2) 심판회부결정

지정재판부에서 전원의 일치된 의견으로 각하결정을 하지 아니하는 경우에는 헌법소원을 (전원)재판부의 심판에 회부하여야 하며, 헌법소원심판의 청구 후 30일이 경과할 때까지 각하결정이 없는 때에는 심판에 회부하는 결정이 있는 것으로 본다<sup>7)</sup> (헌재법 제72조 4항).

한편 넓은 의미에서 보면 지정재판부에 의한 사전심사의 전단계로서 헌법소원사건으로의 접수가 거부되는 이른바 헌법소원

---

7) 이를 실무상 “심판회부간주”라고 부른다.

부수리 또는 민원처리도 전원재판부에의 진입을 차단(screen)하는 역할을 한다는 점에서 이를 광의의 사전심사라 할 수 있을 것이다. 즉 헌법재판소에 접수되는 각종 소원청구 중 내용상으로나 형식상으로 도저히 헌법소원으로 볼 수 없는 것들은 접수담당공무원<sup>8)</sup>이 행정결재를 거쳐 민원처리하며 헌법소원인지의 여부가 일응 불분명한 경우에는 담당재판관의 지시를 받아<sup>9)</sup> 역시 행정결재를 거쳐 민원처리하게 되는데, 전자는 이를 일반민원처리라고 부르면 후자는 이를 헌법소원부수리라고 부른다.<sup>10)</sup>

헌법소원제도에 있어 가장 큰 문제점은 무엇보다 남소의 폐해라 할 수 있다.<sup>11)</sup> 독일연방헌법재판소의 경우 1951년 개소이래 1989.12.31. 까지 총 78,586건이 접수되었는데 그 중 헌법소원이 75,140건으로 95.6%를 점하고 있으며, 1989년 한해동안 접수된 3,758건 중 헌법소원사건이 3,693건(98.3%)이라고 한다.<sup>12)</sup>

우리 헌법재판소의 경우 1988.9. 개소이래 1993.8.31. 까지 만 4년간 총 1,725건<sup>13)</sup>이 접수되었는데 그 중 헌법소원이 1,457건으로 84.5%를 점하고 있으며, 같은 기간 동안 접수된 민원사건 936건을 포함하면 헌법소원성 사건의 비율은 89.9% [(1,457 + 936)/(1,725 + 936)]에 이르고 있다.

그리고 위 기간 동안 처리된 헌법소원 1,109건에 위 민원처리

---

8) 사건의 접수는 심판사무국장의 주관하에 심판1과장이 담당하며 심판 1과 소속공무원이 이를 보조한다(헌법재판소 보조기구에 관한 규칙 §10③, 헌법재판소사건의 접수 및 배당에 관한 내규 §8 참조).

9) 이때 헌법소원사건부로 이기되는 경우도 있다.

10) 종래에는 후자를 실무상 “사건민원”이라고 불렀었다  
줄고, 헌법소원의 대상에 한 소고, 헌법논총 제1집(1990), 441~442면.

11) 김철용 외 2인, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적연구, 헌법재판연구 제4 권 (1993), 316면.

12) 1990. 11. 26. 자 독일연방헌법재판소의 우리 헌법재판소에 대한 통계자료회보 참조.

13) 제심사건은 제외, 이하 우리 헌법재판소의 통계에서도 같다.

936건을 포함하면 헌법소원성 사건은 모두 2,045건이 처리되었는데,<sup>14)</sup> 그 중 민원처리 936건과 지정재판부의 사전심사를 통해 각하된 556건을 합하면 모두 1,492건이 이른바 광의의 사전심사를 통하여 screen된 것으로 이는 전체 헌법소원성 사건 처리의 73.0%를 점하고 있다.

이와 같이 (넓은 의미의) 사전심사는 남소의 폐단을 막고 전원 재판부의 업무부담을 경감시키는 기능을 수행하고 있는 것이다.

## 2. 사전심사제도의 유래 - 독일연방헌법재판소의 경우

독일연방헌법재판소의 경우도 우리 나라와 같이 넓은 의미의 사전심사제도를 활용하고 있으나<sup>15)</sup> 우리와는 적지 않게 다른 형태로 운용되고 있다. 독일의 경우는 연방헌법재판소법에 의한 사전심사와 연방헌법재판소 자체의 창안(연방헌법재판소법사무규칙)에 의한 의미의 사전심사제도인 소위 일반사건부제도가 별도로 또는 상호보완적으로 운용되어 왔다.<sup>16)</sup>

### (1) 연방헌법재판소상의 사전심사

#### 가. 1951. 3. 12.자 최초의 연방헌법재판소법

---

14) 이는 같은 기간 헌법재판소가 처리한 전체 2,284건(일반심판 1,348건+민원처리 936건)의 89.5%를 차지하고 있다.

15) 사실은 우리가 독일의 입법·실무례를 도입·활용하고 있다는 표현이 옳을 것이다.

16) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 3. Aufl. 중 §12(양삼승 외 5인 옮김), 헌법재판자료 제5집(1992), 404~417면.

최초의 연방헌법재판소법에는 별도의 사전심사제도가 없었고 다만 동법 제24조의 규정에 의하여 인정된 a-limine-Abweisung, 즉 본안의 심리를 요하지 않는 각하제도<sup>17)</sup>가 있었으나 그것만으로는 홍수같이 몰려드는 헌법소원사건을 적절한 시일내에 처리할 수 없었다.

#### 나. 1975. 7. 21.자 개정법률

동개정법 제91a조에서 헌법소원의 사전심사(Voprüfung)제도를 도입하였다. 동규정에 따르면 3명의 재판관으로 구성된 위원회(Dreierausschuß)가 헌법소원사건을 사전심사하는데 동 위원회는 제기된 헌법소원이 하등의 헌법상 중요한 문제점을 내포하고 있지도 않고, 또한 동 헌법소원을 각하하더라도 소원제기인에게 하등의 결정적이고 피할 수 없는 손해를 주지 않는 경우에는 전원일치의 의견에 의한 결정으로 동 헌법소원을 각하할 수 있었다.

#### 다. 1963. 8. 3. 자 개정법률

동개정법은 위 제91a조에 의한 사전심사를 폐지하고 그 대신 제93a조에서 수리절차(Annahmeverfahren)를 도입하였다. 그에 의하면 헌법소원에 대한 재판을 받으려면 동 헌법소원이 먼저 수리(Annahme)되어야 하는데, 그 수리여부는 먼저 3인의 재판관으로 구성된 위원회가 심사한다. 그리하여 헌법소원이 형식에 위배되거나, 부적법하거나, 기간이 도과되었거나, 명백한 이유 없거나<sup>18)</sup> 또는 명백히 권한 없는 자에 의하여 제기된 경우에는 전원일치의 의견에 의한 결정으로 동 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다. 그리고 위원회가 소원의 수리를 거부하지 아니한 경우

17) 이는 헌법소원 뿐만 아니라 다른 모든 절차에서도 인정된 것이다.

18) 우리 헌법재판소 지정재판부의 권한에는 없는 내용이다.

에도 당해 재판부(Senat)가 다시 수리의 여부를 심사하는데 재판부의 2인 이상의 재판관이 그 재판으로 인하여 헌법상의 문제점이 해명될 수 있다고 생각하거나 또는 그 재판을 하지 아니하면 소원제기인에게 본안에 있어서 중대하고 또한 피할 수 없는 손해가 발생할 것이라고 생각하는 경우에는 동 헌법소원을 수리해야 한다. 이와 같은 위원회 및 재판부의 수리여부에 대한 재판은 구두변론 없이 행해지고 또한 재판의 이유를 설시할 필요가 없으나 다만 수리거부사유의 어떠한 점에 해당되었는지에 관한 법률적인 관점을 기재하여야 한다.

#### **라. 1970. 12. 21자 개정법률**

동개정법에서는 위 제93a조에 의한 3인위원회의 수리거부의 사유를 명백히 규정하였다. 즉 동 개정조항 제3항에서 “헌법소원이 부적법하거나 또는 기타의 이유로 그 소원이 인용될 가능성이 희박한 경우에는, 위 위원회는 그 전원일치의 결정으로 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다”고 규정하여 종전에 “헌법소원이 이유없음이 명백할 것(Offensichtlichkeit)”이라는 불명확한 기준을 개선하였다.

#### **마. 1985. 12. 12자 개정법률**

동개정법에서는 수리절차를 더 확대시킴으로써 3인위원회<sup>19)</sup>의 권한을 강화시켜 업무부담 경감의 실효를 거두어 보려고 하였다. 즉 연방헌법재판소가 이미 기준이 될 헌법문제에 관하여 판단을 한 바 있었기 때문에 헌법소원이 이유 있음이 명백한 경우에는 소재판부가 전원일치의 결정으로 동 헌법소원을 인용할 수도 있게 하였다.

---

19) 이를 소재판부(Kammer)라고 하고 있다.



## (2) 일반사건부(Allgemeine Register)제도

연방헌법재판소가 수많은 헌법소원사건을 적절히 간편하게 처리할 수 있도록 하기 위하여 입법자들이 마련해 준 조치들은 지극히 불충분한 것이었기 때문에, 연방헌법재판소가 이에 더하여 스스로 자구조치를 강구 하였는바 이에 는 첫째, 일반사건부(AR)둘째, 헌법소원의 보류성 셋째, 심사의 범위를 “고유한 헌법률”의 침해만으로 제한하는 것 등이 있는데 여기에서는 일반사건부제도만을 살펴보기로 한다.

연방헌법재판소법사무규칙 제60조 제1항, 제2항에 의하면 ① 헌법재판소에 접수된 사건 중에서 연방헌법재판소법에서 규정한 헌법재판소의 권한사항에도 속하지 아니하고 헌법재판소의 순수한 행정에도 관계되지 아니한 사건 ②부적법하거나 헌법재판소의 기존의 판례에 비추어 승소의 가망성이 명백히 없는 사건<sup>20)</sup>은 일반사건부에 등재하도록 되어 있다. 그리고 일반사건부에의 등재여부는 헌법재판소의 소장 또는 부소장 - 즉, 2개의 재판부의 각 재판장 - 이 이를 결정하되, 위 소장 또는 부소장은 그 결정권한을 재판장의 보좌관(Präsidentialrat)<sup>21)</sup>에게 위임할 수 있다.

한편 재판장 보좌관은 ②의 경우, 즉 부적법하거나 승소의 가망이 없기 때문에 일반사건부에 기재된 소원의 제기인 에게는

20) 그밖에 ③헌법재판소의 2개의 재판부(Senat) 중에서 어느 재판부에 배당되어야 할 것인지 즉시 판가름하기 곤란한 사건도 일반사건부에 등재한다.

21) Präsidentialrat는 이를 “수석심의회관”으로 번역한 예가 있다.  
강민형, 헌법소원심판의 청구절차, 헌법재판자료 제2집(1989), 193면.  
김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문(1990), 77면.

헌법소원에 관한 지침항(Belehrungsschreiben) 및 연방헌법재판소의 판결을 고려한 그의 판단에 따라 그 소원이 허용(Die Zulässigkeit)될 수 없거나 명백히 승소의 가능성(Aussicht auf Erfolg)이 없다는 판단을 청구인에게 고지함과 아울러 청구인이 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정을 희망하는지의 여부에 관한 설명서를 송부하여야 하는데,<sup>22)</sup> 이에 대하여 소원제기인이 일정한 기간 내에 재판부(Senat)에 의한 재판을 희망하는 진술을 하면 그 사건은 소송사건부에 이기된다. 이러한 진술이 없으면 사건은 종결된 것으로 간주된다.

그런데 이 경우 거의 대부분은 실무상 마지막까지 일반사건부에 그대로 남아 있음으로써, 즉 소재판부나 재판부의 판단에 이르지 아니하는 것이 보통으로 이로써 헌법재판소의 업무부담을 경감시켜 주고 있다고 한다.

### (3) 정 리

이상과 같은 독일연방헌법재판소의 (넓은 의미의) 사전심사과정을 정리해 보면, 먼저 재판장 보좌관이 ① 헌법재판소의 권한 사항이 아닌 청구 ② 부적법한 청구 ③ 명백히 승소가능성이 없는 청구에 대하여 민원처리하고<sup>23)</sup>, 그 다음에 소재판부는 보좌관의 교시절차를 통하여 소송사건부에 넘어왔더라도 소원이 ① 부적법하거나 ② 명백히 인용가능성이 없는 경우에는 이를 전원일치에 의한 결정으로 수리를 거부-즉 각하-하며, 더 나아가 소원이 이유 있음이 명백한 경우에는 전원일치에 의한 결정으로

---

22) 이와 같은 절차를 교시절차라고 부른다.

23) 일부의 경우 교시절차를 거친다.

그 헌법소원을 인용할 수도 있다.

그러므로 독일연방헌법재판소의 사전심사는 우리 헌법재판소의 사전심사에 비하여 그 권한의 양과 질에 있어서 월등히 큰 역할을 수행하고 있다고 볼 수 있다.

### 3. 사전심사의 강화방안

우리 헌법재판소도 넓은 의미의 사전심사단계, 즉 사건의 접수에서부터 전원재판부에 심판회부하기까지는 독일연방헌법재판소의 경우와 마찬가지로 2단계를 거치고 있다. 즉 사건의 접수단계에서 헌법소원의 실질을 갖추지 못한 경우 심판사무국의 접수공무원이 이를 걸러 행정결재를 거쳐 사무처장 명의로 민원처리한다. 다만 이때 헌법소원인지의 여부가 불분명한 경우 담당재판관의 확인을 거쳐 헌법소원사건으로 바로 이송하거나 지도안내<sup>24)</sup> 또는 민원처리하게<sup>25)</sup> 되는데, 그 중 지도안내는 일종의 중간단계로 지도안내를 받는 소원인의 응답여하에 따라 헌법소원사건으로 이송되거나 또는 민원처리(간주)된다. 한편 지정재판부에 의한(좁은 의미의) 사전심사는 헌법재판소법 제72조 제3항이 규정한 바와 같이 일정한 경우에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 각하할 수 있을 뿐이다.

이와 같이 우리 나라의 경우 독일의 예와 같은 접수단계에서의 재판장보좌관(Präsidentsrat)제도를 채택하고 있지 않은바, 우리 헌법재판소의 경우도 그 동안의 실무경험에 비추어 볼 때 독일

---

24) 이는 독일연방헌법재판소의 재판장보좌관의 석명서송부와 비슷하다.

25) 이를 실무상 헌법소원부수리라고 하는바, 독일연방헌법재판소의 부수리와는 다른 개념이다.

처럼 일반사건부와 재판장보좌관 제도의 도입을 신중히 검토할 단계에 이르렀다고 본다. 왜냐하면 현재의 사건접수 및 민원처리 제도로는 (지정재판부를 포함한) 재판부의 업무부담 경감에 유효 적절하지 못한 것이 사실이기 때문이다. 일반사건부 및 재판장 보좌관 제도는 독일의 경우처럼 현행법 아래에서도 헌법재판소 규칙으로 도입이 가능하기 때문에<sup>26)</sup> 그 필요성이 더욱 절실하다고 생각한다. 그밖에 (좁은 의미의) 사전심사기능의 강화 내지 활성화 방안으로는 현재의 법 아래서의 사전심사의 생활화와 법개정을 통한 지정재판부 기능의 강화를 생각해 볼 수 있는데, 전자에 관하여는 특별히 일반소송의 재판장의 소장심사에 대응하는 재판장의 청구서심사가 문제된다.

### (1) 재판장의 청구서심사

일반 민사소송의 경우 소장이 접수되어 소송기록화된 뒤에 사법행정적 조치에 의하여 사건배당이 되면 우선 재판장은 소장이 적식(ordnungsmäßig)인가의 여부를 심사한다(민소법 제231조). 이는 우리 나라와 일본의 특유한 입법례로서, 소송심사권을 재판장의 전속적 권한으로 한 것은 판단이 비교적 간단하기 때문에 합의부원 전원이 관여할 만한 것이 못되며 수소법원일 변론에 들어가기에 앞서 (이에는 소송계속시까지라는 반대설이 있다) 소장의 명백한 하자를 재판장이 미리 시정함으로써 법원이나 피고의 소송경제 도모함에 있다.<sup>27)</sup>

이와 같은 재판장의 소장심사는 행정소송법 제8조 제2항에 의

---

26) 헌법 §113②, 현재법 §10 참조.

27) 이시윤, 민사소송법(1993), 340면.

하여 행정소송에도 준용된다. 그런데 민사소송법과 행정소송법을 준용하는 헌법소원심판의 경우에 재판장의 청구서<sup>28)</sup> 심사를 인정할 것인가?

일반소송에서의 소장심사는 소장에 인지부족등의 흠결이 있을 때 재판장이 원고에게 상당한 기간을 정하여 그 흠결을 보정할 것을 명하고(보정명령), 원고가 소장의 흠결을 보정하지 않을 때에는 재판장의 명령으로 각하하여 소송을 종료시키는 것이다. 우리 헌법재판소법은 헌법소원의 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에 재판장이 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다고 규정할 뿐(헌재법 제28조), 청구인이 재판장의 보정요구에 응하지 않은 경우의 후속조치에 대하여 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 헌법소원심판의 경우에도 재판장의 청구서심사와 그에 따른 청구서각하명령이 가능할 것인가가 문제가 된다.

#### 가. 소극설

헌법소원심판의 경우는 그 성질상 일반소송의 재판장의 소장심사와 그에 따른 소장각하에 친하지 않기 때문에 재판장의 청구서심사 및 청구서각하명령을 허용할 수 없다고 한다. 즉 민사소송법을 준용하는 행정소송에 있어서 대법원이 “행정소송법 제14조<sup>29)</sup>가 ‘이 법에 특별한 규정이 없는 사항은 민사소송법의 정하는 바에 의한다’고 하였어도 이는 특별한 규정이 없는 사항에 대하여 무제한으로 민사소송법을 적용한다는 취지가 아니라 그 성질이 허용하는 한도 내에서 그 법의 규정에 의한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이다”라고 판시한<sup>30)</sup> 바와 같이 헌법소원은 그

---

28) 일반소송의 소장에 해당한다.

29) 현행법 제8조에 해당한다.

성질상 재판장의 청구서각하명령을 허용하지 않는다고 한다.

또한 우리 헌법재판소법 제28조는 재판장의 보정명령만을 규정할 뿐이고 재판장의 청구서각하에 관한 규정이 없으며, 그 보정명령에 불응한 경우는 동법 제72조 제3항에 규정한 바 지정재판부의 각하결정으로 해결할 것이라고 한다.

## 나. 적극설

헌법소원심판에서도 일반 민사소송이나 행정소송에서와 같이 재판장의 청구서심사와 그에 따른 청구서각하명령은 가능할 뿐만 아니라 오히려 헌법소원심판에서 그 필요성이 더 크다고 한다.

즉 헌법소원의 가장 큰 문제점이 바로 남소의 폐단이라고 하는바, 지정재판부의 사전심사가 전원재판부의 업무부담을 덜어주고 있는 것은 사실이나 헌법소원심판청구사건의 심판회부율이 1993.8.31. 현재 59.0%에 이르고 있고, 전원재판부에서 부적법하다는 이유로 각하된 사건이 117건<sup>31)</sup>에 이른 등 screen적 기능이 미약한 점에 비추어<sup>32)</sup> 재판부의 업무부담<sup>33)</sup>을 줄여준다는 의미에서도 재판장의 청구서각하명령은 유효한 수단이 될 것이라고 한다.

---

30) 대법 1962.1.20. 선고, 4292행항13 판결

31) 이는 헌법소원의 전원재판부 결정 총 477건의 24.5%에 해당한다.

32) 참고로 1993.8.31. 현재 헌법재판소가 처리(취하 포함)한 헌법소원은 모두 1,109 건인데 그 중 지정재판부에서 590건, 전원재판부에서 519건이 처리되어 그 비율은 53 : 47이다. 즉 전원재판부가 47%의 사건을 처리하고 있다는 것은 그만큼 전원재판부의 업무부담이 과중하다는 뜻이기도 하다.

관련 독일연방헌법재판소의 경우 1989년 한해동안 3,511건의 헌법소원사건이 처리되었는데 그 중 재판부(Senat)가 처리한 것은 26건으로 그 비율은 0.74%에 불과했다고 한다(C. Pestalozza, 전제논문, 413면).

33) 헌법재판소 개소이래 각 연도별 미제사건은 헌법소원의 경우만 보더라도

그리고 헌법재판소법 제72조 제3항 소정의 지정재판부 각하결정이 곧 재판장의 청구서각하명령을 배제하는 것으로 볼 수는 없다고 한다.

#### 다. 사 권

민사소송법상 재판장의 소장심사의 대상으로는 ① 소장의 필요적 기재사항이 제대로 되어 있는지의 여부, 예를 들면 당사자의 동일성이 제대로 특정되어 있는지, 청구취지나 청구원인이 제대로 기재되어 있는지의 따위(탄원서와 같은 것이 아닌지) ② 소장에 소정 인지를 납부했는지의 여부(민소법 제231조 1항)와 이밖에 민사소송규칙 제49조의2에 의하여 ③ 청구원인사실에 대응하는 증거방법의 기재여부 ④ 소장에 인용한 서증의 등본의 첨부여부도 대상으로 하였다.<sup>34)</sup>

그런데 헌법소원심판의 경우 우선 탄원서 등과 같은 청구는 접수단계에서 민원처리되며, 헌법소원심판을 비롯한 헌법재판은 소송비용이 국고부담이며, 게다가 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해<sup>35)</sup> 여부를 직권으로 심사하고,<sup>36)</sup> 실무상 재판장의 보정명령의 대부분을 차지하는 대리인선임 보정명령의 경우 그 불응시 지정재판부의 각하결정의 대상이며(헌재법 제72조 3항 3호), 그밖에 청구서심사 대상의 여지가 될 수 있는 헌법재판소법 제71조 제1항<sup>37)</sup> 또는 제71조

---

1989.12.31. 현재 97건(84), 1990.12.31. 현재 200건(163), 1991.12.31. 현재 255건(238), 1992.12.31. 현재 307건(281), 1993.8.31. 현재 348건(330)으로 계속 증가하고 있다.

\*( )안은 전원재판부 미제건수.

34) 이시윤(FN27), 341면.

35) 헌재법 §71① 소정의 청구서 기재사항의 하나이다.

36) 현재 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정 ; 1992.10.1. 선고, 91헌마 31 결정.

제2항·제43조<sup>38)</sup>가 과연 심판청구서의 필요적 기재사항인지 여부도 헌법재판소의 판례상 미지수이기 때문에 이의 미비를 이유로 청구서각하명령을 할 수 있는지 여부가 의문이다.

또한 현재 헌법재판소의 실무는 적어도 지정재판부 단계에서는 주심재판관 중심의 사전심사가 이루어지고 있으며, 주심재판관은 재판장을 겸하지 않기 때문에 헌법소원심판에 재판장의 청구서심사제도를 도입할 실익은 별로 없어 보인다.

따라서 남소의 방지나 재판부의 업무부담 경감수단으로서의 재판장의 청구서심사는 별 실효성이 없으므로, 이들 문제는 접수단계에서의 민원처리의 활성화나 법개정을 통한 지정재판부의 권한강화 내지는 사전심사 강화를 통해 해결해야 할 것이다.

## (2) 법개정을 통한 사전심사 기능강화

현행법상 지정재판부에서 할 수 있는 심리절차로는 재판장의 심판청구 보정명령(헌재법 제28조), 증거조사(동법 제31조), 자료제출요구등(동법 제32조)이 있다(동법 제72조 5항). 그런데 실제로 헌법재판소의 실무에서는 재판장의 보정명령과 사실조회(청구기간의 적법여부조사 등)만이 빈번히 사용될 뿐 다른 절차는 거의 활용되지 않고 있다. 이는 지정재판부의 사전심사가 헌법재판소법 제72조 제3항 소정의 각하사유를 발견키 위한 활동으로 제한될 수밖에 없는<sup>39)</sup> 때문이기도 하고, 사전심사기간이 청구서 접수일로부터 30일 이내이기 때문에 기간이 너무 촉박한 때문이기

---

37) 헌재법 §68①에 따른 헌법소원의 경우.

38) 헌재법 §68②에 따른 헌법소원의 경우.

39) 동지, 김학성, 전계논문, 290면.



도 하다.

그러므로 독일의 경우와 같이 헌법재판소가 이미 기준이 될 헌법문제에 관하여 판단을 한 바 있기 때문에 헌법소원이 이유 있음이 명백한 경우에 지정재판부 관여재판관 전원이 일치된 의견으로 헌법소원을 인용할 수 있도록 하고, 반대로 헌법소원이 인용될 가능성이 희박한 경우에는 그 소원을 기각할 수 있도록 법을 개정할 필요가 있다고 본다.<sup>40)</sup> 설사 전자의 경우까지 나아가는 것은 어렵더라도 후자의 경우는 반드시 법개정을 통해 확보해야 할 것이다.

아울러 지정재판부의 사전심사를 활성화하기 위하여는 30일의 사전심사기간을 60일로 늘이는 것이 필요하다고 본다. 그리하여 현장검증이나 서증조사 등의 심리절차를 활성화해야 할 것이다. 또한 지정재판부에서도 수명재판관<sup>41)</sup>을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있으므로(헌재법 제31조 2항, 제72조 5항) 수명재판관을 통한 적극적인 증거조사가 요망된다.

헌법재판소의 업무부담, 특히 전원재판부의 업무부담 경감은 절대절명의 과제라고 할 것인바 모든 헌법소원사건을 다 전원재판부의 판단을 받게 하는 것이 국민의 재판청구권을 보장하는 것은 아닌 만큼 꼭 필요한 사건만을 전원재판부에 심판회부하여 그에 대하여 심도 있는 심리를 할 수 있도록 법의 개정 내지는 운영의 묘를 살리는 지혜가 필요하다고 본다.

---

40) 동지, 김철용 외 2인, 전제논문, 325면 ; 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방향, 이규석교수 정년기념논문집(1992), 552~553면.

41) 이 경우 주심재판관을 수명재판관으로 지정하는 것이 합리적이며, 헌법재판소 규칙으로 주심재판관은 별도의 지정이 없더라도 수명재판관으로 지정된 것으로 보는 규정을 도입 바람직하다고 본다.

### Ⅲ. 변호사강화주의 및 국선대리인제도

#### 1. 의 의

헌법재판소법 제25조 제3항에 의하면, 헌법소원심판절차에 있어서 당사자인 사인은 본인이 변호사의 자격이 있는 경우가 아닌 한 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 그러나 이는 헌법소원심판청구인의 헌법재판청구권을 제한하려는 데 그 목적이 있는 것이 아니므로 변호사인 대리인에 의한 헌법소원심판청구가 있었다면 그 이후 심리과정에서 대리인이 사임하고 다른 대리인을 선임하지 않았더라도 청구인이 그 후 자기에게 유리한 진술을 할 기회를 스스로 포기한 것에 불과할 뿐, 헌법소원심판청구를 비롯하여 기왕의 대리인의 소송행위가 무효로 되는 것은 아니다.<sup>42)</sup> 그리고 변호사의 자격이 없는 사인인 청구인이 한 헌법소원심판청구나 주장 등 심판수행은 변호사인 대리인의 추인한 경우만이 적법한 헌법소원심판청구와 심판수행으로서의 효력이 있고 헌법소원심판대상이 된다.<sup>43)</sup>

한편 헌법재판소법 제70조에서는 국선대리인제도를 규정하여 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 그의 신청에 의하여<sup>44)</sup> 국고에서 그 보수

---

42) 헌재 1992.4.14. 선고, 91헌마156 결정.

43) 헌재 1992.6.26. 선고, 89헌마132 결정.

44) 따라서 직권으로 국선대리인을 선정해 줄 수는 없다.

를 지급하는 국선대리인을 선정해 주도록 하고 있다. 국선대리인으로 선정된 변호사에게는 최고 100만원의 범위 안에서 심판에 관한 서류의 제출, 변론기일 또는 증거조사기일에의 참석 등의 사항을 참작하여 보수가 지급된다.<sup>45)</sup>

## 2. 변호사강제주의의 이점 및 문제점

### (1) 이 점

변호사강제주의는 본인이 스스로 심판청구를 하고 심판수행을 하는 본인소송주의에 비하여 다음과 같은 이점이 있다.<sup>46)</sup>

① 재판의 본질을 이해하지 못하고 재판자료를 제대로 정리하여 제출할 능력이 없는 당사자를 보호해 주며 사법적 정의의 실현에 기여한다.

② 승소가망성이 없는 사건을 사전에 변호사를 통해 소법시키는 한편, 재판자료를 법률적으로 다듬고 정리하여 재판소에 제출함으로써 보다 효율적인 헌법재판제도의 운영을 기할 수 있다.

③ 당사자가 스스로 소송을 수행할 때 법률보다도 감정에 복받쳐 사실을 불투명하게 할 수 있으며 선별없는 무리한 자료의 제출로 재판자료를 산적하게 하여 심리의 부담을 가중시키고 또 경직하게 하는 폐해가 생길 수 있는데, 변호사강제주의는 이와

---

45) 헌법재판소 국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙§9. 국선대리인 보수 지급에 관한 헌법재판소재판관 회의의결 참조.

46) 헌법 1990.9.3. 선고, 89헌마120·212 병합결정.  
헌법재판소판례집 제2권(1990), 293~295면 참조.

같은 문제점을 해소시키는 데 일조가 된다.

④ 재판관이나 법관과 기본적으로 공통된 자격을 갖추고 있는 변호사를 심리에 관여시키는 것이므로, 이로써 재판관의 관료적인 편견과 부당한 권위의식 또는 자의로부터 당사자가 보호될 수 있다.

## (2) 비판적인 견해

그러나 위와 같은 이점에도 불구하고 변호사강제주의에 대하여는 비판의 소리도 만만치 않다. 즉 이 이점이 민·형사소송과 달리 유독 헌법재판에만 변호사강제주의를 채택해야 하는 논거로는 부족하고, 또 변호사수임료가 고액인 현실에 비추어 자력이 없는 자의 헌법재판에의 접근을 막고 따라서 헌법재판을 받을 수 있는 권리를 침해할 우려가 있다는 것이다.<sup>47)</sup>

또한 헌법소원사건에 있어 변호사가 아니면 제소할 수 없도록 한 것은 헌법소원제도의 활성화에 제약요소가 될 것이며, 잘못하면 국민의 재판청구권을 침해하는 결과를 가져오게 될 것이라는 견해도 있다.<sup>48)</sup>

한편 변호사강제주의 자체는 헌법소원의 남소를 방지하고 헌법재판소의 심리를 신속·공정하게 하기 위한 것으로 부득이한 것으로 보면서도 대리인을 변호사 자격자에만 한정하는 것은 잘못이라는 견해가 있다.<sup>49)</sup> 즉 대학교수나 법학자 등에게도 개방해야 한다는 것이다.

---

47) 김철용 외 2인, 전계논문, 23면.

48) 김학성, 전계논문, 290면.

49) 김철수, 헌법소원제도의 개선방안, 헌법재판연구 제1권(1990), 551면.

### (3) 문 제 점

헌법소원에 있어서 변호사강제주의에 대하여는 위에서 본 바와 같이 재판업무에 분업화원리의 도입, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에 그 기여도가 크며, 더욱이 무자력자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치가 별도로 마련되어 있기 때문에 헌법에 위배된다고 할 수 없다는 합헌결정이 이미 내려진 바 있다.<sup>50)</sup>

문제는 현실적으로 변호사강제주의가 어떠한 기능을 수행하고 있는가 하는 데 있다고 본다. 우리 나라의 경우 1987년 현행 헌법이 시행된 이래 헌법재판이 본격적으로 가동되고 있음에도 아직 헌법재판에 대한 인식이 충분하지 못한 상태에 있으며<sup>51)</sup> 헌법소원이 우리 헌정사상 처음 도입되어 법률실무가에게조차 아직은 낯선 제도인 탓으로<sup>52)</sup> 대리인인 변호사들조차 심지어는 소송 위임장만을 제출하고 나서<sup>53)</sup> 아무런 후속절차(심판청구이유 보충서 또는 준비서면 제출 등)를 취하지 않은 채 종국결정에 이른 경우까지 있는 등 무성의한 예가 적잖게 있어 왔다는 데에 문제가 있다. 그 이유가 당해 변호사의 헌법재판(내지는 헌법소원)에 대한 무지의 소치인지 아니면 변호사수임료 등 의뢰인과의 신뢰관계에 금이 간 때문인지는 정확히 알 수 없으나 변호사강제주

50) 헌재 1990.9.3. 선고, 89헌마120·212 병합결정 ; 동지, 1992.12.24. 선고, 92헌마166 결정.

51) 정종섭, 전개논문, 335면.

52) 헌법재판소(FN2), 4면.

53) 이는 청구인본인이 헌법소원심판청구서를 작성·제출한 후 재판부의 보정 명령에 응하여 대리인을 선임한 경우이다.

의의 이점 내지는 그 제도적 이의를 반감시키는 처사가 아닐 수 없다.

그렇다면 일부 학자들이 지적하듯 대학교수나 법학자들<sup>54)</sup>이 헌법재판(헌법소원)의 대리인이 될 수 있도록 하는 방안은 어떤가? 이 경우 공법학교수인 대리인 선임비용이 과연 현재의 변호사인 대리인 선임비용보다 저렴할 것인지 여부가 분명치 아니며, 공법학교수들이 변호사들보다 더 성의 있고 효율적인 심판 수행을 할 것인지 여부도 단정할 수 없을 것이다. 또한 일정 기간 이상 헌법연구관 경력을 가진 자에게도 대리인 자격을 인정하자는 견해<sup>55)</sup>도 현재 헌법연구관 모두 변호사 자격이 있는 자들이며 비록 헌법재판소법(제19조)상 변호사 자격이 없는 자도 헌법연구관이 될 수는 있으나 그 수는 현실적으로 극소수<sup>56)</sup>일 것이 예상되므로 실효성 있는 대안은 못될 것으로 생각한다.<sup>57)</sup>

이와 같이 헌법재판소법에서 변호사강제주의를 규정하고 있고 이에 대해 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 상태이며, 변호사강제주의의 채택여부는 합헌이나 위헌이냐의 문제라기보다는 입법정책의 문제라고 보는 입장<sup>58)</sup>도 있는 만큼 현실적으로 동규정이 폐지되지 않는 한 변호사강제주의의 문제점을 논의하는 것은 무익한 노력이 될 수밖에 없을 것이다.

다시 말하면, 변호사들의 헌법재판에 대한 관심의 증대, 변호사 선임비용의 하향조정 등이 수반되지 않으면 국민들의 헌법재판

---

54) 이들은 법학, 특히 공법을 전공하는 대학교수를 의미하는 뜻일 것이다.

김철용 외 2인, 전계논문, 29면 참조.

55) 김철용 외 2인, 전계논문, 29면.

56) 전에 공법(헌법)을 전공한 대학교수 1명이 헌법연구관으로 근무(1989.7.1. ~ 1993.5.7.)한 적이 있었다.

57) 다만 이와 같은 비변호사의 헌법소원 대리인자격 인정문제는 후술하는 국선대리인제도와 연계될 때 그 실효성을 찾을 수도 있다고 본다.

58) 김철용 외 2인, 전계논문, 26면.

에의 접근(헌법소원심판청구)에 변호사강제주의 규정이 걸림돌이 되는 현상은 피할 수 없을 것이다.

### 3. 대안-국선대리인제도의 생활화

#### (1) 국선대리인제도의 문제점

앞에서 본 바와 같이 변호사강제주의에 대한 대상조치로서 헌법재판소법은 국선대리인제도를 두고 있다. 실제로 헌법재판소 개소 이래 1993.8.31. 현재까지 국선대리인 선임신청은 모두 462건이 접수되어 그 중 154건이 인용(국선대리인선정)되고 294건은 기각 또는 각하되었고 12건은 취하되었으며 2건은 계속중이므로 국선대리인 선정률은 34% [154/(154+294)] 정도이다.

이를 국선대리인선정의 경우만을 보면 60개월 동안 154명의 국선대리인이 선정되었으므로 1달에 3명이 채 안되는 비율이다.

그리고 헌법소원 전체사건 1,457건에 비교하면 10.6%의 사건에 국선대리인이 선정되었다. 한편 전체 국선대리인선임신청사건의 63.6%(294/462)가 기각 또는 각하되었는데 그 이유는 무자력의 소명이 부족하거나 또는 분안사건<sup>59)</sup> 자체가 청구기간의 경과 등으로 부적법한 경우 등이 대부분이다.

현행 제도상 국선대리인제도가 변호사강제주의의 대상조치로서의 기능을 다 하고 있는가? 헌법재판소 개소 이래 1993.8.31.

---

59) 국선대리인선임신청의 전제가 되는 헌법소원심판청구를 의미한다.

현재까지 지정재판부에서 각하된 총 556건 중 대리인의 선임이 없어 각하된 사건이 256건으로 가장 많은 비율(46%)을 차지하고 있는바<sup>60)</sup> 같은 기간 중의 국선대리인선정이 154건인 것을 볼 때 현실적으로 국선대리인제도가 적극적으로 활용되고 있다고는 볼 수 없을 것이다. 왜 그런가? 그 이유를 다음과 같이 설명해 보고자 한다.

첫째, 국선대리인선정의 기준이 비교적 엄격하다. 즉 현행법상 변호사인 대리인을 선임할 자격이 없다는 소명을 요구하고 있고 실무상으로도 지방세미과세 증명은 물론이고 영세민증명서, 생활보호대상자 증명서 등을 요구하고 있기 때문에<sup>61)</sup> 소위 무자격 소명부족으로 기각되는 경우가 많다.

둘째, 현행법상 직권에 의한 국선대리인선정이 불가능하다. 즉 헌법재판소법 제70조 제1항은 “헌법소원심판을 청구하고자 하는 자가 변호사를 대리인을 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다”고 규정하고, 동조 제2항은 헌법재판소는 제1항의 “신청이 있는 때”에는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 변호사 중에서 국선대리인을 선정한다고 규정하고 있기 때문에 신청에 의한 선정만이 가능하도록 되어 있다. 이로써 많은 경우에 청구인이 국선대리인선임신청 자체를 하지 않아 본안(헌법소원)이 심판 받을 기회를 상실하고 대리인선임이 없음을 이유로 각하되는<sup>62)</sup> 결과를 빚고 있다.

셋째, 국선대리인의 보수가 너무 낮다. 전술한 바와 같이 국

---

60) 두 번째는 청구기간이 경과된 경우(123건)로 22%이다.

61) 헌법재판소(FN2), 61면 참조.

62) 이 경우 물론 지정재판부 재판장의 대리인선임 보정명령이 선행한다.



선대리인으로 선정된 변호사에게는 현재 최고 100만원의 범위 내에서 보수가 지급되는데, 보통 30만원 정도가 대종을 이룬다. 이는 개소이래 1993.8.31. 현재 전원재판부에서 처리된 519건<sup>63)</sup> 중 180일 이내 처리가 129건, 1년 이내 처리가 197건, 2년 이내 처리가 146건, 2년 경과후 처리가 47건 등 75.1%[390/519]가 6개월 이상이 걸리고 있는 상황에서 50만원이 채 안 되는 보수를 받는다는 것은 현실성이 없는 것이라 아니할 수 없다.

국선대리인의 보수는 대리인 자신의 노력여하(준비서면 등 제출)에 따라 올라갈 수 있으나 상한선이 100만원이고 그나마 상한성 가까이에 이른 경우는 거의 없는, 소위 “경제성”이 없다. 이는 바로 국선대리인의 무성의로 이어져 상당수의 국선대리인이 청구인의 승소를 위해 적극적으로 노력하지 않는 경향을 보이고 있다.

실제로 헌법소원의 경우 그 동안 전원재판부에서 결정선고된 477건 중 소위 “승소”라고 부를 수 있는 인용, 위헌, 일부위헌, 한정위헌, 헌법불합치, 한정합치 등의 결정이 45건<sup>64)</sup>으로 9.4%<sup>65)</sup> 밖에 안되므로 일반적으로 대리인의 입장에서 볼 때 낮은 승소율로 인한 기대감의 저하 때문일 수도 있겠으나 국선대리인보수가 낮은 점도 국선대리인의 의욕을 떨어뜨리는 원인이 충분히 될 것이다.

---

63) 취하된 사건(42건)을 포함한 수치임.

64) 이 45건 중에는 국선대리인이 선정되어 심판수행한 사건이 3건 포함되어 있다.

65) 같은 기간 동안 헌법소원 전체 처리건수 1,109건에 대비하면 4.1%이며, 참고로 독일의 경우는 1951년 연방헌법재판소 개소이래 1989.12.31.까지 처리된 헌법소원사건의 인용률(승소율)이 1.5%라고 하므로 (C. Pestalozza, 전제논문, 413면), 우리나라는 독일에 비해 승소율이 2.7배이다.

## (2) 국선대리인제도의 활성화방안

변호사강제주의의 대상조치로서 국선대리인제도는 활성화되어야 한다. 그러기 위해서는 첫째, 국선대리인보수의 현실화(인상)가 필요하다. 헌법재판의 고도의 기술화·전문성<sup>66)</sup>에 비추어 보거나 또는 전원재판부에 심판회부된 헌법소원의 경우 심판기간이 6개월 이상 걸리는 사건이 75% 이상인 점을 고려할 때 실제 지급하는 국선대리인보수를 상한선에 근접시키는 조치가 필요하다라고 본다. 그래야 국선대리인으로 선정된 자에게 최소한의 의욕을 기대할 수 있을 것이다.

둘째, 국선대리인을 선정해 주는 요건을 완화해야 한다. 국선대리인선임신청을 하려는 자는 변호사를 선임할 자력이 없음을 소명해야(소위 무자력소명) 하는데<sup>67)</sup> 실무상 이를 엄격하게 요구하는 경향이 있다. 한편 사전심사결과 대리인 문제를 제외하면 각하사유를 발견할 수 없으나 헌법소원심판청구가 전원재판부에서 기각될 것이 충분히 예견되는 사건의 경우 신청인(청구인)의 무자력소명이 이유 있다고 하여 반드시 국선대리인을 선정해 주어야 하는가? 이에 대하여는 이러한 경우까지 국선대리인을 선정하여 보수를 지급하는 것은 국고(예산)의 낭비에 불과 할 뿐이라는 견해도 있을 수 있으나 지정재판부의 헌법소원 기각결정 권한이 없는 현행법하에서는 국민의 헌법재판에의 접근(access) 내지는 헌법재판을 받을 권리를 보장해 준다는 측면이 예산의 소요라는 측면보다 더욱 큰 이익이라고 보아야 하므로 위와 같은 경우 특단의 사정이 없는 한 국선대리인을 선정해 주어야 할

66) 위 89헌마 120·212 병합결정 이유 참조.

67) 헌재법 §70①, 헌법재판소국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙 §4 참조.

것으로 생각한다.

셋째, 재판부의 직권으로도 국선대리인을 선정할 수 있어야 한다. 지정재판부의 사전심사결과 전원재판부의 심판이 필요하다고 판단되는 사건에 있어서, 당사자의 신청이 없더라도 기록상 일응 무자력으로 추정되는 경우에는 직권으로 국선대리인을 선정할 수 있도록 헌법재판소법 제70조의 개정이 요구된다. 그러면 국선대리인제도는 훨씬 활성화될 것이다.

넷째, 국선대리인의 자격을 변호사에 한정하지 않고 대학의 공법학교수 등에게도 개방하는 문제는 어떤가? 앞서서도 본 바와 같이 그 동안 월평균 2.5명, 1년 30여명의 국선대리인<sup>68)</sup>이 선정되어 왔으므로 현재 개업중인 변호사<sup>69)</sup>의 극히 일부만이 국선대리인이 되고 있는 실정이다. 위에서 본 바와 같이 변호사들에게 있어서 헌법소원심판청구인의 국선대리인으로 선정되는 것이 매력적인 일이 아닐뿐더러, 실제로 국선대리인들이 심판수행에 소극적인 경향이 있음을 고려할 때 국선대리인의 자격을 대학의 교수 등에게 개방할 필요가 충분히 있다고 본다.<sup>70)</sup> 다만 이 경우에도 헌법재판소법의 개정이 필요하며 변호사법등 관계 법령의 정비가 뒤따르는 문제가 제기될 것이다.

#### IV. 헌법소원심판의 당사자

---

68) 이들은 모두 개업중인 변호사들이다.

69) 1993.7.12. 현재 전국의 변호사는 2,644명이고, 서울에만도 1,687명이 개업중 이라고 한다 (대한변호사협회 및 서울지방변호사협회 통보).

70) 이 경우 반드시 공법학 분야의 교수들에게만 한정할 것이 아니라 헌법소원 사건의 내용에 따라 당해 전문분야의 교수 등을 국선대리인으로 선정하여 국선대리인 제도를 활성화한다면 헌법소원심판의 질을 높일 수 있지 않을까 생각된다.

헌법소원심판에 있어서 당사자라 함은 헌법소원심판에서 자기의 이름으로 권리보호를 요구하거나(청구인) 요구받는(피청구인) 자라고 할 수 있다. 당사자는 자기 이름으로 판결(결정)을 요구하고 요구받는 자이기 때문에 미성년자의 친권자나 법인의 대표이사과 같은 법정대리인은 타인의 이름으로 판결(결정)을 요구하는 자이므로 당사자가 아니다. 헌법소원에 있어서 변호사 강제주의를 채택하고 있으나 그렇다고 하여 그 대리인이 당사자가 아님은 물론이다.

## 1. 청구인

### (1) 헌법소원능력(Verfassungbeschwerdefähigkeit)

헌법소원능력이란 헌법소원의 주체가 될 수 있는 일반적 능력, 즉 헌법소원심판절차에서 청구인·피청구인 또는 참가인이 될 수 있는 능력을 말한다. 헌법소원능력은 헌법절차법상의 권리능력이라고 불리는 것으로 헌법실체법상의 기본권보유능력과 대응된다.<sup>71)</sup>

### (2) 단체의 헌법소원심판청구능력

우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이 라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장등과 같이 성질상 법인

---

71) 김학성, 전제논문, 199면.

이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 할 것이다.

따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한 법인 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민소법 제48조 참조)<sup>72)</sup>. 다만 위와 같은 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 청구할 수는 없다.<sup>73)</sup>

## 2. 피청구인

### (1) 피청구인적격

행정소송법은 취소소송에 있어서 피고적격에 관하여 다른 법률에 특별한 규정<sup>74)</sup>이 없는 한 그 처분이나 재결을 행한 행정청(처분청·재결청)이 피고가 된다고 규정하고(동법 제13조 1항), 동규

---

72) 헌재, 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56 결정, 판례집 제3권(1991), 295~296면.

73) 위 판례집, 289면.

74) 공무원에 대한 징계 기타 불이익처분의 처분청이 대통령인 때에는 소속장관(대통령령이 정하는 기관의 장을 포함함)이 (국가공무원법 §16), 헌법재판소장이 행한 처분의 경우에는 헌법재판소사무처장이 (헌재법 §17⑤) 각 피고가 된다.

정은 무효등 확인소송과 부작위위법확인소송의 경우에 이를 준용한다(동법 제38조). 본래 처분이나 재결의 효과가 귀속되는 권리주체는 국가나 공공단체이므로 이들이 피고가 되는 것이 원칙이나 항고소송의 경우 사안의 접근성(Sachnahe)과 소송수행상의 편의를 고려하여 그 기관인 당해 행정청을 피고로 한 것이다.<sup>75)</sup>

헌법소원심판에 있어서도 이들 행정청이 피청구인이 된다(헌재법 제40조 참조). 헌법재판소는 피청구인에 대하여 “헌법소원심판은 그 특성상 청구서와 결정문에 반드시 피청구인을 특정하거나 청구취지를 지재할 필요가 없으며 청구서에 피청구인을 잘못 특정하고 있더라도 피청구인의 잘못된 표시는 헌법소원심판청구를 부적법하다고 각하할 사유가 되는 것이 아니며 소원심판대상은 어디까지나 공권력의 행사 또는 불행사인 처분자체이다. 그러므로 심판청구서에서 청구인이 처분청인 피청구인이나 청구취지를 잘못 지정한 경우에도 권리구제절차의 적법요건에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 처분(공권력)에 대하여 정당하게 책임져야 할 처분청(피청구인)을 지정하여 정정할 수도 있고 처분청을 기재하지 아니할 수도 있다. 따라서 헌법재판소는 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단해야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단해야 한다.”고 판시한 바 있다.<sup>76)</sup>

---

75) 홍준형, 전게서 277면.

76) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 91 헌바 190 결정.

## (2) 피청구인경정

피청구인경정이란 헌법소원심판 계속 중에 원래 피청구인으로 지정된 자를 다른 자로 변경하는 것을 말한다. 행정소송법은 원고가 피고를 잘못 지정한 때, 행정청의 권한변경(권한승계·기관폐지)이 있을 때, 그리고 소의 변경이 있는 때에는 원고가 불측의 손해를 입는 것을 방지하기 위하여 피고의 경정을 인정하고 있다(동법 제14조). 피고경정이 있으면 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 보며, 종전의 피고에 대한 소는 취하된 것으로 본다.

원래 행정법규나 행정조직은 매우 복잡할 뿐만 아니라 수시로 변경되기 때문에 항고소송의 피고로 할 처분행정청을 판단하기란 쉽지 아니한 경우가 많으며 그 때문에 피고의 지정을 그르치는 예가 적지 아니하다. 그런데 피고를 잘못 지정하여 제소할 경우에 피고적격을 그르친 위법한 소라 하여 각하하게 되면 원고가 뒤에 피고적격을 가지는 정당한 피고를 상대로 다시 항고소송을 제기하려 하여도 그때에는 이미 제소기간이 도과되어 적법하게 소를 제기할 수 없게 됨으로써 권리구제를 받을 수 없는 결과가 되고 만다. 이와 같은 현상은 제소기간의 제한이 없는 민사소송의 경우와는 전혀 다른 사정이다. 그러므로 행정소송법은 피고의 지정을 그르침으로 인한 원고의 불측의 손해를 막기 위하여 피고경정에 관한 명문의 규정을 둔 것이다.<sup>77)</sup>

헌법재판소는 헌법소원심판청구의 대상이 된 처분을 나중에 청구취지등정정서를 내어 다른 처분으로 교환적 변경을 한 경우에 변경에 의한 신청구는 그 청구변경서를 제출한 때에 제기한

---

77) 이상규, 신행정쟁송법(1990), 334면.

것으로 볼 것이고 따라서 이 시점을 기준으로 하여 청구기간의 준수여부를 가려야 할 것이라고 판시한<sup>78)</sup>바 있다. 그러나 이 사건은 청구취지 자체가 변경된 사안으로 청구의 기초에 변경이 있었으므로, 헌법재판소가 청구의 기초에 변경이 없는 소의 변경<sup>79)</sup>에 의한 피청구인경정을 부정했다고 볼 수는 없을 것이다.

### 3. 소송참가

널리 제3자의 소송참가라 함은 현재 계속중인 타인간의 소송에 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 것을 가리킨다. 여기에는 크게 나누어 ① 종전의 당사자 가운데 어느 일방의 승소보조자의 지위에 참가하는 보조참가 ② 종전의 당사자와는 동등한 당사자의 지위에서 참가하는 당사자참가가 있다. 보조참가에는 다시 단순히 법률상의 이해관계를 갖는 자가 참가하는 보조참가와 판결의 효력은 받으나 당사자적격이 없는 자가 참가하는 공동소송적 보조참가가 있다. 또 당사자참가도 다시 참가하는 제3자가 종전의 당사자와의 관계에서 대립견제관계에서는 독립당사자참가와 그와의 관계가 연합관계가 되는 공동소송참가로 나뉘어진다.<sup>80)</sup>

---

78) 헌재 1992. 6. 26. 선고, 91헌마134 결정.

79) 행소법 §21①, ④ 참조.

80) 이시윤(FN27), 214면



## (1) 공동소송참가

헌법소원심판에 있어서도 공동소송참가는 인정된다. 그러나 민사소송법 제76조의 공동소송참가란 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로만 확정될 경우에 그 제3자는 별소를 제기하는 대신에 계속중의 소송에 공동소송인으로 참가하는 것으로서 자기 자신도 피참가인인 당사자와 마찬가지로 소를 제기할 수 있는 당사자적격을 구비하지 않으면 안되는 것이므로, 위 규정이 준용되는 헌법소원절차에 있어서 공동소송참가 신청이 적법하기 위하여는 피참가인인 청구인과 마찬가지로 청구인적격을 가져야 한다.<sup>81)</sup>

## (2) 독립당사자참가

헌법소원절차에 독립당사자참가가 허용될 수 있을까? 아직 헌법소원사건에 독립당사자참가신청의 예가 없어 헌법재판소의 판례도 없으나, 구행정소송법하에서 대법원은 “민사소송법에 대한 특별법인 행정소송법에 있어서는 동법 제3조<sup>82)</sup>에 처분을 행한 행정청을 상대로 하여 제기하라고 규정되어 있으므로 행정청이나 그 소속기관 이외의 자는 피고로 할 수 없다. 그러므로 이 사건에서와 같이 행정청 아닌 원고를 피고로 하여 독립당사자참가를 하는 것은 허용되지 아니한다.”고 판시하여<sup>83)</sup> 항고소송에서의 독립당사자참가를 부정하는 입장을 분명히 하였다.

81) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마 163 결정. 판례집 제3권(1991), 512면

82) 현행 행소법 §13에 해당한다.

83) 대법, 1970. 8. 31. 선고, 70누70·71 판결 ; 동지, 1957. 10. 11. 선고, 4290행상 63 판결.

따라서 민사소송에 관한 법령의 규정과 행정소송법은 준용하  
되 행정소송법을 우선 준용하는(헌재법 제40조 참조) 헌법소원심  
판절차에 있어서 당사자적격, 제소요건 및 헌법소원제도의 취지  
등에 비추어 볼 때 독립당사자참가는 인정될 수 없다고 본다.

### (3) 보조참가

헌법소원심판청구사건에도 보조참가신청<sup>84)</sup>이 간혹 있으나 헌  
법재판소는 1991. 9. 16. 선고한 89헌마163호 사건에서 한약업사  
인 청구인의 승소를 보조하기 위해 참가한 대한한의사협회에 대  
하여 헌법재판소법 제74조 소정의 의견을 진술할 수 있는 이해  
관계기관에 해당된다고 보고 그 의견을 참작하였는바<sup>85)</sup> 이로 보  
건대 헌법소원절차에서 보조참가는 인정되지 않는다고 단정할  
수는 없으나 이를 인정할 실익은 없다고 본다.

### (4) 행정소송법상 제삼자의 소송참가

행정소송법은 “법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의  
침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청  
또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수  
있다”고 규정하고 있다(동법 제16조 1항). 이것은 소송당사자 이  
외의 제3자의 권익보호를 위한 제도로서, 특히 다수인에 대한  
처분이라든가 제3자효행정행위(VA mit Drittwirkung)에 있어서 제  
3자(경쟁자, 이웃 등)의 권익이 저촉되는 경우가 많다는 점을 감  
안하여 제3자로 하여금 자기의 권익을 위하여 소송상 공격·방

---

84) 주로 청구인을 위한 신청이다.

85) 판례집 제3권(1991), 511면.

어방법을 제출하여 적정한 심리·판결을 받을 수 있는 기회를 부여한 것이다.<sup>86)</sup>

이와 같이 하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 필요한 공동소송에 관한 민사소송법 제63조가 준용되고(행소법 제16조 4항), 따라서 참가인에게는 필요적 공동소송에 있어서의 공동소송인에 준하는 지위가 인정된다고 하겠으나 참가인이 당사자로서 독자적인 청구를 하는 것은 아니므로 그 지위를 공동소송적 보조참가인의 지위와 유사한 것으로 보는 것이 통설이다.<sup>87)</sup> 그러므로 헌법소원심판절차에서 보조참가를 인정할 필요가 없다는 필자의 입장에서는 행정소송법상 제3자의 소송참가도 인정할 실익이 없다고 본다.

#### (5) 행정청의 소송참가

법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다(행소법 제17조 1항). 이러한 행정청의 소송참가는 행정처분에 처분청 이외의 행정청이 관여하는 경우가 적지 않은데도 이들의 소송관여기회가 봉쇄되어 있다는 점을 고려하여, 이들로 하여금 공격·방어방법을 제출하는 등 소송에 참여할 수 있도록 함으로써 적정한 심리·판결을 보장하려는 데 그 취지를 둔 것으로 이해된다.<sup>88)</sup>

이 경우 참가행정청의 소송상의 지위는 민사소송법 제70조의

---

86) 홍준형, 전게서, 279면.

87) 홍준형, 전게서, 281면; 이상규, 전게서, 341면; 박윤훈 행정법강의(상)(1991), 867면

88) 홍준형, 전게서, 281면.

규정을 준용하고 있으므로(행소법 제17조 3항) 민사소송법상의 보조참가인에 준한다.<sup>89)</sup> 그러므로 헌법소원심판절차에서 보조참가를 인정하지 않는 입장에 서면 위와 같은 행정청의 소송참가도 인정할 이유가 없다고 본다.

## V. 서면심리원칙 및 직권심리주의

### 1. 서면심리원칙

소(청구)가 제기되면 법원(헌법재판소)은 심리하지 않으면 안 된다. 소송의 심리는 소(청구)에 대하여 판결(결정)하기 위하여 그 기초가 될 소송자료를 수집하는 것으로 각종 소송절차의 가장 중핵적인 것이다. 심리의 방법으로는 구술에 의하는 것(구술심리)과 서면에 의하는 것(서면심리)으로 나눌 수 있는데, 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(헌재법 제30조 2항).

독일연방헌법재판소의 경우도 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하여 구두변론은 예외적으로만 인정되고 있다. 다만 독일의 경우 후자, 즉 구두변론에 있어서만 소송대리인 강제주의를 채택하여<sup>90)</sup> 구두변론절차에 있어서만 변호사나 대학의 법학교수에 의해 대리되도록 하고 대리인을 선임하지 않으면 이미

---

89) 홍준형, 전게서, 281면 ; 이상규, 전게서, 342면; 박윤훈, 전게서, 867면.

90) 독일연방헌법재판소법 §22① 참조.

문서로 제출한 사항은 유효하지만 구두변론에서 청구나 증인신문 등의 절차적 권리는 인정하지 않고 있는 점이 우리와 다르다.<sup>91)</sup>

## 2. 직권심리주의

### (1) 의 의

사적자치의 원칙이 지배되는 민사소송에서는 소송절차의 개시, 심판의 범위 및 절차의 종결에 대하여 처분의 자유를 인정하여 이른바 처분권주의(민소법 제188조) 아래 진행되고 소송자료의 수집책임도 당사자에게 부과시키는 변론주의에 의하여 지배됨이 원칙이다. 그러나 공적인 국민의 권리구제와 아울러 행정목적의 달성과 행정법규의 정당한 적용을 그 목적으로 하는 행정소송에 있어서는 공익성의 요청에 따라 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있도록 이른바 직권심리주의를 택하고 있다(행소법 제26조).<sup>92)</sup>

헌법재판(헌법소원심판)은 주지하는대로 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 그런데 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 헌법규범의 해석과 이로 인한 객관적인 헌법질서의 보장을 위한 기능이 헌법재판에서는 중요

---

91) 김철용 외 2인, 전게논문, 28면.

92) 법원행정처, 법원실무제요(행정·소년·비송), 183면.

한 의미를 가진다.<sup>93)</sup> 따라서 헌법소원심판은 행정소송법을 우선하여 준용하기도 하거니와(헌재법 제40조) 다른 재판에서와는 달리 헌법재판기관, 즉 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 요구되는 정도가 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다.<sup>94)</sup>

직권심리주의의 내용으로는 사실의 직권탐지와 직권증거조사가 있다.

## (2) 사실의 직권탐지

당사자의 변론(주장)은 법원(헌법재판소)의 직권탐지를 보완하는데 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 판결(결정)의 기초로 삼아야 한다. 다만 직권에 의한 사실의 수집은 무제한인 것이 아니라 기록에 나타난 사실에 한한다는 것이 대법원의 판례이다.<sup>95)</sup> 또한 대법원은 “행정소송법 제26조는 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다’고 규정하고 있기는 하나, 이는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의·변론주의의 일부 예외규정일 뿐, 법원은 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 않는 사실을 판단할 수 있다는 것은 아니다.”라고 판시하여<sup>96)</sup> 행정소송법의 위 규정은 원고의 청구범위를 유지하면서 공익상 필요한 경우에는 그 범위 내에서 청구 외의 사실에 대하여도 판단할 수 있다는 뜻, 즉 필

---

93) 김철용 외 2인, 전개논문, 37면.

94) 김철용 외 2인, 전개논문, 38면.

95) 대법 1981. 3. 24. 선고, 80누493 판결; 1989. 8. 8. 선고, 88누3604 판결.

96) 대법 1986. 6. 24. 선고, 85누321 판결.

요한 그 범위 내에서의 직권탐지의 뜻으로 해석하고 있다.<sup>97)</sup>

그러나 헌법재판소는 헌법소원심판이 청구되면 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상 기본권침해의 유무를 직권으로 심사한다.<sup>98)</sup> 나아가 헌법재판소는 “헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다”고 판시한 바 있다.<sup>99)</sup>

### (3) 직권증거조사

헌법소원심판이 청구되면 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 다음의 증거조사를 할 수 있다.(헌재법 제31조 1항)

- ① 당사자 본인 또는 증인을 신문하는 일
- ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일
- ③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일
- ④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상 또는 상황을

---

97) 이상규, 전게서, 397면.

98) 헌재 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정; 1992. 10. 1 선고, 91헌마31 결정.

99) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190 결정.

## 검증하는 일

그밖에 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 또는 민사소송법상의 다른 증거조사, 예컨대 서증조사도 가능함은 물론이다. 그리고 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관중 1인을 지정하여 위와 같은 증거조사를 하게 할 수 있는데(헌재법 제31조 2항), 이와 같이 지정된 재판관을 법원의 수명법관(민소법 제129조 1항)과 같이 실무상 “수명재판관”이라고 부른다. 헌법재판소법 제31조는 지정재판부의 심리에 준용되므로(헌재법 제72조 5항) 지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다.

그 동안 헌법재판소의 대심판정 외에서 행한 증거조사의 예를 들어보면 1988.12.17. 현장검증(88헌마 4호), 1989.6.2. 현장검증 및 증인·당사자본인신문(89헌마 5호), 1989.6.23. 현장검증(89헌마 46호), 1989.7.11. 당사자본인신문(89헌마 61호), 1989.8.16. 증인신문(89헌마 181호), 1989.11.17. 서증조사(89헌마 31호), 1990.7.31. 현장검증(89헌마 99호), 1991.2.8. 서증조사 및 증인 신문(90헌마 115호), 1993.8.24. 녹음테이프등 검증(90헌마 125호)등이 있는바, 이들은 최후자를 제외하고는 모두 수명재판관을 지정하여 행한 경우이다. 사실상 헌법재판소는 One-bench system으로서 심판정에서 하는 변론기일의 증거조사 외에 9인의 재판관 모두가 참여하는 증거조사는 매우 어렵다. 한편 지정재판부의 사전심사단계에서의 증거조사는 사실조회를 제외하면 실무상 거의 행해지고 있지 않다. 또한 헌법재판소에서 감정인을 선정하여 감정을 명한 경우는 1993.8.31. 현재 없다.



## VI. 가구제 제도의 허용 여부

우리 헌법재판소법은 정당해산심판에서의 가처분(동법 제57조), 권한쟁의심판에서의 가처분(제65조)만을 규정할 뿐, 헌법소원심판이나 위헌법률심판의 경우는 집행정지 내지 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그런데 헌법소원심판의 경우는 집행정지 내지 가처분의 필요성이 클 뿐만 아니라 행정소송법과 민사소송에 관한 법령을 준용하므로(헌재법 제40조), 여기에서 행정소송법상의 집행정지에 관한 규정(동법 제23조등) 또는 민사소송법상의 가처분에 관한 규정(동법 제714조 이하)을 준용할 수 있지 않는가 하는 해석상의 의문이 생긴다.

### 1. 행정소송에 있어서의 가구제

사법작용은 그 본질상 신중한 절차를 필요로 한다. 민사소송과 마찬가지로 행정소송도 판결을 통하여 종결되기까지 상당한 시일을 소요하는 것이 보통이다. 그리하여 경우에 따라서는 원고가 승소판결을 얻는다 하더라도 그 사이에 계쟁처분이 집행되거나 효력이 완성되어 버리면 당초 구제목적의 달성이 사실상 불가능하게 되는 때가 있을 수 있다. 이때 판결이 있기 전이라도 잠정적으로 차질이 없도록 할 필요가 생긴다. 행정소송에 있어 가구제란 이와 같이 정상적인 권리구제절차에 의해서는 구제 목적을 달성할 수 없는 경우 원고에게 일정한 요건하에 잠정적인 권리보호(Vorläufiger Rechtsschutz)를 부여하는 절차를 말한다.

즉 계쟁처분이나 공법상의 권리관계에 관하여 임시의 효력관계나 지위를 정함으로써 본안판결이 확정될 때까지 잠정적으로 권리구제를 도모하는 제도이다. 행정소송, 특히 취소소송에 있어 가구제는 공권력행사로서의 처분의 집행보장에 대한 행정목적과 권리구제의 실효성에 대한 사익의 요구를 적절히 조화시키기 위한 제도적 방법이다. 행정소송상 가구제의 내용은 각국의 입법정책에 따라 일정하지 않으나, 대체로 집행정지와 가처분이 문제되고 있다. 전자는 행정심판 및 행정소송의 제기 또는 법원에 의한 별도의 집행정지결정에 집행정지효를 결부시키는 제도인데 비하여, 후자는 일반 민사소송상의 가처분제도를 행정소송에 원용하는 방식이라 할 수 있다.<sup>100)</sup>

행정소송법은 취소소송에 있어 집행정지에 관한 규정(동법 제23조)을 두고 있으나 가처분에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 위 행정소송법 제23조는 무효등확인소송에 준용되며(동법 제38조 1항), 부작위위법확인소송이나 그밖에 당사자소송, 민중소송 및 기관소송에는 준용되지 아니한다.

이하에서는 헌법소원심판에 있어서 집행정지와 가처분의 인정 여부를 각 살펴보기로 한다.

## 2. 집행정지

### (1) 집행정지결정의 내용

---

100) 홍준형, 전계서, 296면.

집행정지결정은 본안소송이 종결될 때까지 처분등의 효력이  
나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 정지함을 그  
내용으로 한다.<sup>101)</sup>

#### 가. 효력의 전부 또는 일부의 정지

처분의 효력이란 처분의 내용적 구속력·공정력·집행력 등을  
포함한다. 효력이 정지되면 잠정적이기는 하지만 이들 행정행위  
의 효력이 존속되지 않는 결과가 된다. 처분(예컨대 외국인 강제퇴  
거명령 또는 체납처분으로서의 압류)의 효력정지는 처분의집행(예컨  
대 강제퇴거조치) 또는 절차의 속행(예컨대 체납처분으로서의 매각)  
을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 않  
는다(행소법 제23조 2항 단서). 이것은 일종의 비례원칙적 고려에  
의한 것이라 할 수 있다.

#### 나. 처분의 집행의 전부 또는 일부의 정지

처분의 집행이란 처분내용의 강제적 실현을 위한 집행력의 행  
사를 말한다. 예컨대 과세처분에 따르는 징세나 영업정지처분에  
따른 휴업 등이 그것이다. 처분의 집행정지는 이러한 집행작용  
을 정지시킴으로써 처분의 내용의 실현을 저지하는 것이다.

#### 다. 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지

절차의 속행의 정지란 행정처분이 단계적인 절차에 의해 행해  
지는 경우 그 후속행위를 정지하는 것을 말한다. 예컨대 토지수  
용법에 의한 사업인정을 다투는 행정심판이 제기된 경우나, 대  
집행영장에 의한 통지를 다투는 경우 대집행을 정지하는 경우를  
말한다.

---

101) 홍준형, 전계서, 302면.

## (2) 헌법소원심판에의 준용여부

행정소송법상의 집행정지제도를 헌법소원심판에도 준용할 것인지에 대해 학설은 이를 인정하는 견해<sup>102)</sup>만 있을 뿐 아직 명시적으로 부정하는 견해는 없으나 명문의 규정이 없으므로 인정하지 않아야 할 것이라는 견해가 있을 수 있다.<sup>103)</sup>

### 가. 처분소원의 경우

공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 공권력행사의 취소를 구하는<sup>104)</sup> 소위 처분소원은 행정소송법상 취소소송과 여러 면에서 유사한 구조를 갖고 있기 때문에 헌법재판소법 제40조의 해석상 이를 부인하여야 할 이유가 없다.

따라서 처분소원에 있어서는 행정소송법상의 집행정지가 준용된다고 해석할 수 있다.

### 나. 부작위소원의 경우.

공권력의 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 공권력불행사의 위헌확인을 구하는 소위 부작위소원은 행정소송법상 부작위위법확인소송과 유사한 구조를 갖고 있다.<sup>105)</sup> 그리고 공권력의 부작위(불행사)에 대하여는 그 성질상 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지하는 집행정지제도는 맞지 아니하며 행정소송법상 부작위위법확인소송에도 집

---

102) 이시윤, 한국의 헌법재판, 헌법재판자료 제3집(1990), 86면; 김학성, 전계논문, 274면; 김철용 외 2인, 전계논문, 327면.

103) 김영철, 스페인헌법재판소의 관할과 그 운용현황, 헌법논총 제2집(1992), 254면 참조.

104) 헌재법 §68①, §75③ 참조.

105) 헌재 1989. 9.4. 선고, 88헌마22 결정의 소수의견 참조. 판례집 제1권(1989), 193~196면.

행정지체도는 인정되지 않고 있다(동법 제38조 2항). 그러므로 부작위소원에는 집행정지체도가 준용되지 않는다고 본다. 입법 부작위소원도 마찬가지이다.

#### 다. 법령소원의 경우

법령소원에 있어서 집행정지를 인정할 것인지에 대하여는 처분소원이나 부작위소원의 경우와 달리 좀더 어려운 문제가 존재한다. 즉 ① 원래 행정소송법상 집행정지체도는 행정처분에 관한 것으로 법령의 효력을 정지시키는 제도가 아니고 ② 이 문제는 위헌법률심판에 있어서도 집행정지를 허용할 것인지의 문제와 통일적인 해석이 필요한데, 위헌법률심판에는 행정소송법이 준용되지 않으며(헌재법 제40조 1항) ③ 법령에 대한 집행정지를 허용할 경우에 행정소송법의 규정만으로는 해결할 수 없는 많은 문제들이 발생할 수 있기 때문이다.

외국의 입법례를 보면, 오스트리아연방헌법재판소법은 법령에 대한 집행정지를 인정하지 않고 있으며 판례도 위법명령심사(VfSlg 8717) 및 위헌법률심사(VfSlg 7915) 등에 있어서 집행정지를 부인하였다. 스페인헌법재판소조직법(동법 제30조)도 지방자치단체의 법령을 제외하고는 법령에 대한 집행정지를 허용하고 있지 않다.

그러나 독일연방헌법재판소법상 가치분제도(동법 제32조)는 동법상의 모든 절차규정에 적용되는 일반절차규정으로 봄으로<sup>106)</sup> 소극적 가치분으로서의 집행정지가 법령소원에서도 허용되고 있다.<sup>107)</sup> 또한 미국에서는 어떤 법률의 위헌여부가 문제가 된 경우에 예외적인 사정이 존재한다면 당해 본안소송이 계속중

---

106) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 427.

107) BVerfGE 1,74 ; 3,34 ; 4,110 등 참조.

인 동안에 법원이 그 법률의 시행 등을 임시로 정지할 것을 명령할 수 있는데, 이에 temporary restraining order와 preliminary injunction(against enforcement of statute)가 있다.<sup>108)</sup>

그러므로 법령에 대하여 집행정지를 허용할 것인지는 입법정책의 문제라고 할 수 있는바, 우리 헌법재판소법에는 집행정지에 관한 명문의 규정이 없으나 행정소송법상의 집행정지제도가 법령에 대한 헌법소원에도 준용된다고 보아야 할 것이다. 다만 전술한 바와 같이 집행정지의 내용에는 3가지가 있는바 이를 법령에 대해 적용해 볼 때 “법령의 효력의 전부 또는 일부의 정지”란 그 성격상 상정하기 어렵고, “법령의 집행의 전부 또는 일부의 정지” 그리고 법령의 규정에 따른 “절차의 수행의 전부 또는 일부의 정지”를 명하는 집행정지는 현행법상 가능한 해석이라고 본다.

### (3) 헌법재판소의 판례

우리 재판소에서는 아직까지 헌법소원심판에 있어 집행정지제도의 허용여부에 대하여 판단한 사례가 없다. 다만 지방의회 의원선거법 및 지방자치법의 규정에 의하여 서울특별시의회의원의 직에서 퇴직된 자가 위법 규정의 위헌결정을 구하는 헌법소원<sup>109)</sup>을 제기하면서 관계법규정에 따른 보궐선거를 실시하지 않도록 하거나 상당기간 미루도록 하는 조치를 구하는 신청사건

---

108) 미국연방민사소송규칙 §65 참조.

109) 93헌마23 지방의회의원선거법 제12조 제3호 위헌확인.  
동 사건은 1993.7.29. 전원재판부에서 기각결정되었다.

(93헌사16)이 있었는바, 이는 전술한 집행정지의 내용 중 절차의 속행의 정지에 해당한 사건이었다. 동 신청사건은 당해 보궐선거의 실시기한(1993.8.18)<sup>110)</sup> 50여일 전인 1993.6.25. 기각되었는데, 동 기각결정문에서 집행정지제도의 허용여부에 대한 판단은 없었으나 결정주문이 “각하”가 아니고 “기각”이었다는 데서 집행정지제도의 허용여부에 대한 여운을 남기고 있다.

### 3. 가 처 분

#### (1) 의 의

일반적으로 민사소송법상 가압류·가처분절차는 현상을 방지하여 두면 장래의 강제집행이 불가능하게 되거나 현저하게 곤란하게 될 우려가 있는 경우에 채무자의 처분을 금하는 따위의 방법으로 현상의 변경을 금하고 강제집행의 보전을 하는 절차이다.<sup>111)</sup>

가처분에는 계쟁물에 관한 가처분(민소법 제714조 1항)과 임시지위를 정하는 가처분(동조 제2항)이 있는바, 전자는 물건을 대상으로 청구권의 보전을 목적으로 하는 것임에 대하여 후자는 분쟁해결이 될 때까지의 법률관계의 불안정을 배제하고 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 법적 지위를 정하는 절차이다.

---

110) 동 사건에 대한 서울특별시장의 의견서(1993.5.17.자) 참조.

111) 이 때문에 집행보전절차 또는 보전소송이라고 한다.  
이시윤(FN27), 38면.

## (2) 행정소송에 있어서 가처분의 가능성

행정소송법은 가처분에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아, 가처분에 관한 민사소송법의 규정이 준용될 수 있는지에 대하여 견해가 대립되고 있다.<sup>112)</sup>

### 가. 소극설

소극설은 권력분립의 원칙에 입각한 견해로서, 법원은 구체적 사건에 대한 법적용을 보장하는 기능을 가질 뿐이므로 행정처분의 위법여부는 판단할 수 있으나 이에 앞서 가처분을 하는 것은 사법권의 한계를 벗어나는 것이라고 한다. 또한 행정소송법 제 23조 제2항이 집행정지를 허용하고 있는 것은 민사소송법상의 가처분에 대한 특별규정으로 보아야 하므로 민사소송법의 규정이 준용될 수는 없다고 한다.<sup>113)</sup>

### 나. 적극설

반면 적극설은 가처분 등과 같은 가구제제도는 본안판결의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 가구제조치를 통하여 권익구제의 실효를 도모하는 것은 사법권의 본질에 반하지 않는다고 한다. 또한 가처분을 배제하는 명문의 규정이 없는 이상 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 의당 가처분에 대한 민사소송법의 규정이 준용될 수 있다고 본다.<sup>114)</sup>

### 다. 판례

판례는 구법하에서 “행정소송법에 대한 민사소송법의 준용규정

---

112) 홍준형, 전계서, 303 ~ 304면.

113) 다만 집행정지의 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 가처분에 관한 규정이 준용될 수 있을 것이라는 견해도 있다.

김도창, 일반행정법론(상)(1992), 794면; 김남진, 행정법 I (1992), 731면.

114) 홍준형, 전계서, 304면; 이상규, 전계서, 391 ~ 392면.



은 이를 무제한으로 적용할 것이 아니라 그 성질이 허용되는 한도에서만 적용된다고 볼 것이므로, 항고소송에 대하여는 민사소송법 중 가처분에 관한 규정이 적용되지 않는다”고 하였다.<sup>115)</sup> 그러나 적극적 처분에 대한 취소소송 이외의 경우 이를 긍정하는 취지의 판례가 있다. 예컨대 서울특별시의회 의장·부의장의 당선결정을 가처분으로 정지하여 그 직권행사를 저지한 경우<sup>116)</sup> 라든지 전입학자에 대한 등교거부처분을 가처분으로 정지시켜 학생들의 등교를 계속할 수 있도록 한 사례<sup>117)</sup>가 그것이다.

### (3) 헌법소원심판에의 준용여부

우리 나라에서는 헌법소원심판절차에 있어서 가처분에 관하여 명문으로 규정되어 있지 않으므로 이를 인정하고 있지 아니하다고 보아야 한다는 견해<sup>118)</sup>가 없지 아니하나, 가처분을 인정해야 한다는 견해가 더 많다. 즉 헌법재판소의 권한 중에서 어느 것보다도 가처분의 필요성이 큰 헌법소원에 있어 가처분에 관한 규정이 없는 것은 중대한 입법의 불비이며, 헌법재판소법 제40조가 행정소송법에서 가처분제도는 허용되어야 한다는 것이다.<sup>119)</sup> 더 나아가 헌법소원심판에 있어서의 가처분은 민사소송이나 행정소송에 있어서의 그것과는 다른 특성이 인정되는 만큼 이에 대하여는 헌법재판소법에 명문의 규정을 두는 것이 좋을 것이라고 한다.<sup>120)</sup>

---

115) 대법 1961.11.20. 선고, 4292행항2 판결; 1980.12.22. 선고, 80두5 판결.

116) 서울고법 1958.9.20. 자, 4191행선60 결정.

117) 서울고법 1964.11.9. 자, 64부90 결정.

118) 김영철, 전계논문, 254면.

119) 김학성, 전계논문, 274면.

120) 김철용 외 2인, 전계논문, 327면.

가처분에 관한 외국의 입법례를 보면, 현재 헌법재판제도를 채택하고 있는 대부분의 선진외국은 헌법소원에도 가처분을 인정하는 명문규정을 두거나 판례로 인정하고 있다.<sup>121)</sup> 전술한 바와 같이 독일연방헌법재판소법은 제2장 일반소송절차규정의 제32조에서 “연방헌법재판소는 쟁송사건에 있어서 중대한 손실의 방지를 위하여, 급박한 폭력의 저지를 위하여 또는 공공복리를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급한 필요가 있는 경우에는 가처분으로써 사태를 잠정적으로 규제할 수 있다”고 규정하고 있다(동조 제1항). 스위스의 경우 연방재판소조직법 제94조는 “각부의 장은 당사자의 신청에 의하여 예방적 처분(vorsorglichen Verfügungen)을 할 수 있다. 이러한 가처분은 현재상태를 유지하는 것이 필요한 경우이거나 혹은 법적 이익을 일반적으로 보장하기 위하여 행사된다”고 규정하고 있으며, 선거소원에 있어서도 연방재판소의 결정 전에 선거나 투표를 시행하는 것이 칸톤에게 거절된 때에도 가처분을 행할 수 있다.<sup>122)</sup> 스페인헌법재판소의 경우도 소재판부(SALA)<sup>123)</sup> 나 전원재판부(PLENO)<sup>124)</sup>가 헌법소원을 심리함에 있어 일정한 조건하에 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 가처분을 발할 수 있다.<sup>125)</sup> 오스트리아는 연방헌법재판소의 판례로 가처분을 인정하고 있다고 한다.

생각건대 헌법소원심판에서 가처분제도의 인정 및 그 요건의 문제는 헌법소원의 객관적 헌법질서보장과 국가체계상 헌법재판소의 지위라는 차원에서 일반소송이나 행정소송상의 가처분

---

121) 법률신문, 1993.7.1. 자, 1면 참조.

122) 김학성, 전계논문, 153면.

123) 6명의 재판관으로 구성된다.

124) 12명의 재판관으로 구성된다.

125) 김학성, 전계논문, 158면.

결정 기준(요건)과는 다르게 접근해야 할 것으로 본다. 일반적으로 가처분에는 전술한 바와 같이 계쟁물에 관한 가처분과 임시지위를 정하는 가처분이 있는바 헌법소원에 있어서는 후자가 주로 문제될 것이다.<sup>126)</sup> 그리고 이에 는 처분소원이나 부작위소원, 그리고 법령소원의 구별이 없다고 본다.

## VII. 결 론

헌법소원에 대한 평가는 논자에 따라 다를 수 있다. 독일의 경우 기본법 제정 및 연방헌법재판소법 제정시 헌법소원의 도입에 관하여 많은 논의가 있었으나 헌법소원은 연방헌법재판소의 판례에 절대적 비중을 차지하였으며, 국민의 정신적 영역이나 정치적 영역에 커다란 영향을 주었고 특히 기본권 중심의 사고를 심어주었다고 한다.<sup>127)</sup> 또한 헌법소원은 양적으로, 질적으로 헌법재판의 꽃이라는 견해도 있다.<sup>128)</sup>

반면에 주로 헌법소원의 남소의 폐단을 이유로 헌법소원제도의 폐지만이 궁극적인 유일한 해결방안이라고 생각한다거나<sup>129)</sup> 헌법소원제도를 운영하고 있는 나라의 실무가들의 충고는 한결같이 헌법소원에 대한 지나친 기대는 금물이라고 한다는 견해<sup>130)</sup>는 헌법소원제도에 대하여 부정적인 입장도 만만치 않음을

---

126) 김철용 외 2인, 전계논문, 56면.

127) 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권(1989), 300면.

128) 이시윤(FN5), 28면.

129) C. Pestalozza, 전계논문, 412면.

130) 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집(1989), 220면.

보여 준다.

그러므로 문제는 그 동안 우리 헌법재판소가 실제로 어떠한 실적을 남겼으며 국가기관이나 국민들의 기본권의식 내지는 법생활에 어떠한 영향을 끼쳤는가 하는 점에서 찾아야 할 것이다. 그 동안 헌법재판소가 헌법소원심판에서 내린 위헌 내지는 인용결정을 일일이 열거하지 않는다 하더라도 헌법재판소는—헌법소원심판을 포함한—헌법재판을 통하여 기왕에는 법전 속에만 있던 가사상태의 헌법 또는 기본권규정이 우리 주위에, 우리의 삶속에 살아 있음을 일깨워 주었다고 말한다면 지나친 표현일까?

물론 위헌 내지는 인용결정보다 각하 또는 기각결정이 압도적으로 많은 것은 사실이나 그것은 헌법재판, 특히 헌법소원심판의 특성 속에 이미 내포되어 있는 현상일 뿐이다. 또한 위헌(인용)결정 못지 않게 각하(기각)결정도 그 나름대로 중요한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에<sup>131)</sup> 그와 같은 규범 내지 지침에 어긋나는 청구는 각하 또는 기각되어야 마땅하며, 그 판단을 통해서 위와 같은 규범 내지 지침의 기준 또는 근거를 추출할 수도 있기 때문이다.

그러므로 남소의 폐단이나 낮은 인용률(승소율)을 빙자하여 헌법소원제도의 폐지 내지 무용론을 주장함은 교각살우의 우를 범하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이제 우리는 헌법소원제도의 유·무용론에서 떠나 동제도를 잘 다듬고 손질하여 헌법과 그 기본권규정이 우리 곁에 살아 있는 재판규범으로서 기능하게 하여, 동 제도가 우리의 자유와 권리를 지켜주는 우리사회 공동체

---

131) 헌재 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정. 판례집 제1권(1989), 205면 참조.

의 상징이 되도록 가꾸고 격려해야 할 것이다.

그러한 의미에서 헌법소원심판의 특수성에 대한 심도 있는 연구가 필요하다고 보며, 본고가 그 작업의 아주 작은 일부분에라도 참여하는 것이라면 나름대로 의의가 있다고 생각한다.

# 법률의 해석 · 적용과 기본권

- 사법작용에 대한 헌법적 통제의 필요성 -

이 명 응

헌법연구관보

- 목 차 -

## I. 서론

1. 헌법의 규범력, 헌법의 우위
2. 기본권의 대국가적 효력
3. 사법권 행사와 기본권

## II. 비교법적 고찰

1. 비교법학 방법론
2. 독일의 재판소원 제도
3. 오스트리아의 경우

## III. 우리나라의 문제상황 및 개선방법

1. 개 관

## 2. 재판에 대한 헌법소원의 필요성

- (1) 이론적, 비교법적 관점
- (2) 헌법재판소 실무상의 필요성
- (3) 몇가지 선결문제
- (4) 결 론

# I. 서론

## 1. 헌법의 규범력, 헌법의 우위

현대의 헌정국가에서, 헌법은 국가권력 자체를 창설하고, 견제와 균형의 매카니즘을 통해서 그 행사를 적절히 통제하며 이로써 국민의 자유와 권리가 국가권력에 의하여 침해되는 것을 방지한다. 그러므로 **‘국민의 인권’이라는 공동체의 최고의 규범화된 가치질서**를 담고있고 국가권력의 창설과 행사범위를 규정하고 있는 ‘헌법’은 한 국가 내에서 최고의 우위성을 가지는 법규범이라 할 것이다.<sup>1)</sup>

## 2. 기본권의 대국가적 효력

기본권은 헌법의 핵심내용으로서 오늘날 모든 국가권력은 기

---

1) 그런데 논의되어야 될 것은 최고 법규범으로서의 이러한 헌법적 ‘당위’는 결국 그에 의하여 규정된 상태가 현실속에서 실현되는 것만큼만 규범력을 가진다는 것이다. 즉 헌법은 그 자체만으로는 아무런 작용도 하지 못하여, 다만 항상 하나의 과제를 설정 할 뿐이다. 그러나 헌법적 과제가 인식되는 경우, 헌법에 의해 규정된 질서에 따라 스스로 행동할 준비가 되어있는 경우, 그리고 그 질서를 일시적인 유용성의 견지에서 문제삼고 공격하는 모든 시도에도 불구하고 관찰시킬 결의가 존재하는 경우, 또한 일반의식속에 특히 헌법생활에 책임을 지는 사람들의 의식속에 권력에의 의지 뿐만 아니라 무엇보다도 ‘헌법에의 의지’가 생생하게 살아있는 경우에 헌법은 실제로 작용하는 힘이 된다. K.Hesse, "Die normative Kraft der Verfassung" in : Recht und Staat, Helt 222, 1959, 계획열 역, 헌법의 기초이론 (삼영사, 1985), 31-36면.

과거 서구헌정제도를 도입한 우리나라는 오랫동안 사실적 힘에 의한 헌법규범의 훼손이라는 불행한, 그러나 가치있는 경험을 거쳐왔다고 생각되며, 오늘날은 민주적 정부의 구성·운영과 헌법재판제도를 중심으로 쇠약해진 공동체의 기본질서를 바로 세워나가는 과정에 있다고 생각된다.



본권을 관철시키고 보호할 헌법적 의무를 지는 것이다.

즉 기본권은 ‘효력을 갖는 법규범으로서’ 모든 국가권력을 기속한다.<sup>2)</sup> 그러므로 (주권을 가진 국민들의 자기구속적 질서형태인) 법률을 만들고(입법), 집행하고(집행), 판단하는(사법) 국가기관들 역시 헌법상의 기본권에 직접 혹은 간접적으로 기속되어야 하는 것이다.<sup>3)</sup>

기본권의 대국가적 기속력이 강화될수록 공동체의 기본질서는 확고해지고 인간의 존엄성을 추구하기 위한 국민주권주의와 실질적 법치주의가 그 효력을 발휘하게 된다. 종래에는 이러한 헌법적 가치질서를 구현해 가는 도정에서 주로 입법의 합헌성 여부가 주로 쟁점이 되어왔다. 그러나 오늘날 헌법의 우위 및 헌법의 규범력을 실천하기 위해서는 행정권<sup>4)</sup> 뿐만 아니라 사법

---

2) 독일기본법은 이에 대해 명문으로 다음과 같이 규정하고 있다 : “뒤따르는 기본권들은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행권 및 사법을 기속한다”(제1조 제3항)

3) 이러한 기본권의 기속력과 헌법의 우위는 헌법제판제도를 통하여 효과적으로 실천된다. 이강혁, “헌법의 우위에 관한 고찰”, 금강 김철수교수화합기념, 현대법의 이론과 실천 (박영사, 1993), 52면 이하 참조.

4) 행정권 행사의 경우, 행정행위, 행정입법, 행정강제, 종래의 특별권력관계 등에서 기본권 규범의 기속력이 강화되어야 할 것이다. 오늘날 행정작용에 있어서의 평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호의 원칙 등이 강조 되는 것은 기본권의 대행정권 기속력의 강화와 밀접한 관련이 있는 것으로 보인다. F.Ossenbühl, “Die Quellen des Verwaltungsrechts”, in : Erichsen/Marens 편, Allgemeine Verwaltungsrecht, 9판, 1992, 116면. 전반적으로 광범위한 행정재량의 영역은 오늘날 더 이상 헌법적 가치질서와 무관한 부분이 아니며 오히려 그 반대여야 할 것이다. 헌법재판소가 판시한, 평등권에서 파생된 자의금지의 원칙이 감사의 불기소처분시에도 적용되어야 한다는 요청은 한 작은 예에 불과할 것이다. 다음과 같은 표현이 주목된다 : “행정재량과 특히 그 한계를 어떻게 결정하는가 하는 것은 입헌주의와 그 이론에 있어 기본적인 중요성을 갖고 있다. 왜냐하면 입헌주의의 정통성이 바로 이 점과 관련 있기 때문이다”. C. J.Friedrich, Limited Government : A Comparison, 1974, 박남규 역, 헌법의 기본정신(법문사,1987), 168면.

기본권의 이러한 기속력을 통하여 구체화된 헌법으로서의 행정법이 실현될 것이다. 그러나 기본권의 대행정권 기속력의 보장여부는 결국 행정재판에서의 기본권의 규범력 문제에 연결되므로, 결국 이 부분 논의의 상당부분은 다음주제에 귀착된다(그러므로 사법작용에 대한 헌법적 통제의 문제는 사실상 사법작용자체의 위헌성만을 문제삼고자 하는 것이 아님을 - 즉 행정권 행사에 대한 간접적 헌법통제 방법의 일환임을-주시할 필요가 있다).

권의 행사에서도 헌법적 가치질서를 투영시키는 문제가 필수불가결한 과제로 등장하게 된다.

이러한, 국가에 의한 국민의 일정 불가침의 권리의 보장을 통해 법적 정의를 넘어서 헌법적 정의(Constitutional Justice)가 구현될 수 있으며, 이는 오늘날 우리시대의 발전적인 특징인 것이다.<sup>5)</sup>

### 3. 사법권 행사와 기본권

법원의 일차적 권한은 법률의 해석·적용이다. 그러나 법원은 또한 헌법상의 기본권을 보호할 의무를 지닌다.<sup>6)</sup> 따라서 법률의 해석·적용은 상위법인 기본권 조항에 위배될 수 없다. 그렇다면 법관에 의한 법률해석이 기본권에 합치되느냐의 문제는 또 하나의 관점에서 검토되어야만 한다. 즉, 국가권력작용의 측면에서 보았을 때 사법권행사 역시 헌법적 통제를 받아야만 할 것이다. 그것은 헌법재판의 영역에 속한다. 그런데 문제는 이러한 헌법재판을 법원에 전적으로 맡길 것이냐 아니면 독립된 헌법재판소가 다시 취할 것이냐에 있다.

우리 법제에 따르면 헌법위반은 모든 사건에 대해 상고이유가

---

5) 헌법적 정의의 강조에 관해서는, M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*(1971), 구병석 외 2인 역, *현대헌법재판론*(법문사, 1989), 19, 64-64면 참조

6) 헌법은, “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하고 있다(제103조). 한편 독일 기본법 제1조 제3항은 위에서 본 바와 같고, 미국헌법은 “이 헌법은 국가최고의 법이다...각주 법관은...이 헌법에 구속된다”(제6조 제2항)고 명문화하고 있다.

또한 다음과 같은 (독일 연방헌법재판소의) 보편적인 헌법해석이 주목된다 : 기본권은 법규범의 효력의 기준일 뿐만 아니라 적용과 해석의 기준이다(BverfGE 51, 304(323)). 따라서 규범의 해석은 헌법에 맞게 또는 헌법지향적으로 행해져야 하므로 단순한 개별법의 해석과 적용에는 헌법상의 한계가 있는 것이다(BverfGE 65, 196(215)).

되고 있다. 이러한 법제도에 따르면 법률의 해석·적용단계에서의 위헌여부는 심급제도상 충분히 다루어질 여지가 있으므로 이외에 독립된 기관으로 하여금 이를 다시 심사케 하는 것은 불필요할 수도 있다. 그러나 위에서 보았듯이(주1)참조), (헌)법규범의 규범력은 조문자체에서 나오는 것이 아니며, 현실적 제조건과 법관의 헌법수호의식이 그 규범력의 실천조건이 된다고 볼 것이므로 헌법적 정의의 실천(기본권의 충실한 보장)을 위해서는 이러한 변수들이 검토되어야 할 것이다. 한편 만일 독립된 헌법재판소로 하여금 법률의 해석·적용작용의 위헌성을 심사케 하는 제도를 만든다 해도(이 경우 헌법소원이 중심이 될 것이다) 여전히 소송절차상 복잡한 문제가 파생된다. 즉, 헌법과 법률의 상관관계, 심사범위, 심사정도, 법원과 헌법재판소간의 법체계적 관계, 소송의 남용 등 다양한 문제점이 있다.

**그러나 어떠한 제도를 취하건 그것은 헌법상의 기본권의 효력을 극대화하는 쪽에서 고려되어야 마땅할 것이다.**

본고는 헌법재판(헌법소원)의 대상에 법원의 사법작용의 위헌성 여부를 포함시키는 쪽이, 모든 국가작용의 우위에 서는 헌법의 규범력을 실천하는데 더 적절하며 효율적이라고 평가한다. 이와 관련하여 다음과 같은 논의가 필요하였다. 우선, 이 문제에는 비교법적 검토가 필요하다고 판단하고 그 대상국가로서 독일, 오스트리아를 선택해 관련제도를 본고의 관점에서 검토하였고, 그 취사선택의 조건으로서 어떤 요소들이 보다 '보편적'이고 체계적인가를 비교하였으며, 이를 토대로 우리 나라의 문제상황 및 개선점을 두 가지 관점 즉, 헌법이론적·헌법재판실무적 관점에서 검토한 후, 그러한 결론을 도출하게 되었다.

## II. 비교법적 고찰

### 1. 비교법학방법론

전반적으로 볼 때 서구법제도의 토착화 과정을 겪고 있는 우리 나라 법질서의 상황에서 외국제도의 소개·도입 문제는 큰 비중을 차지해 왔다. 그러나 법의 발전은 시행과 경험의 지나간 과정<sup>7)</sup>이라 할 것이므로, 이 작업은 연구자의 주관적 편견이나 이해를 떠나 가능한 한 객관적 진리에 가깝게 가기 위해 우선 비교에 앞서서 ‘비교법학방법’ 자체에 대한 관심이 선행되어야 할 것이다.<sup>8)</sup> 종래 우리의 법학·법실무는 외국의 제도·이론·판례라는 실적 존재의 검토에서 우리 법질서로의 도입(변형시킨 도입을 포함)이라는 당위의 채택이 너무 비약적으로 이루어 졌으며, 그러한 사실적 존재의 설명방법도 너무 비체계적이고 여러 문헌에서 중복된 요소가 많았다고 생각되는바 이는 개선되어야 할 문제라고 판단된다.<sup>9)</sup>

7) H. Coing, 최종고/정종휴 역, 독일법제사(박영사, 1982), 3면.

8) 견주어 보아 좋은 것을 택한다는 것은 인간의 기본적 욕구이다. 그러나 비교의 객관화를 위한 과학적 방법론이 추구되지 않을 때 법의 해석과 운용에 있어서 주관적 자의를 억제 내지 배제하기 어렵다. “방법론이란 개념은 결국 주관적 편견이나 이해를 떠나 객관적 진리에 도달할 수 있게끔 도와주는 것에 다름 아니다.” 최대권, 헌법학(박영사, 1989), 461면 참조.

일반적으로 한 체계의 어떤 개념과 다른 체계의 유사한 개념을 들어 어떤면에서 비슷하고 어떤 면에서 다른지 비교 대조해 보는 방법만으로는 양자의 공통성과 상이성이 충분히 드러날 수 없다. 즉 각국의 제도, 판례 등의 단순한 기술적 비교(descriptive compare)를 지양해야 한다. 권영성, “비교헌법학의 영역과 연구방법”, 법학, 제20권 2호(1980), 223면. 또한 대부분의 경우 비교법학의 연구는 그 심도가 깊어지면 깊어질수록 비교하는 대상사이에 상이점이 더욱 드러나 보이게 마련이며 원래 발견하고자 했던 유사점은 상대적으로 수그러져 보이는 경향이 있다. 이상면, “비교법학적 방법론”, 법학, 제24권 1호(1983), 64면 참조.

외국의 법제도를 어떻게, 어느 범위에서 고찰하고 우리에게 적실성 있는 결론을 어떻게 내릴 것인가의 문제에 대해 여러 접근방법이 있을 것이나, 본고에서는 다만 아래와 같은 인식에서 출발하고자 한다.

즉, **외국의 법제도를 비교할 때에는 그 제도의 역사적 동기, 법체계속에서의 위상, 그 나라의 다른 제도들과의 상관관계 등이 고찰되어야** 하며, 그 나라의 법체계의 기본틀과 우리나라의 법체계의 기본틀 사이의 공통합수를 찾아 이를 바탕으로, 외국의 해당제도의 ‘보편성’과 ‘특수성’을 규명한다. 그리하여 우리 제도의 개선, 신제도의 도입에 외국의 제도에서 탐구된 보편적인 요소를 우리법체계의 법적·사회적 환경에 적용시켜 가는 것이다. 서구적 법이론이 아직도 주도적인 우리의 법학·법실무에서 이러한 취사선택의 관점은 매우 중요하다고 생각된다. 한편 이러한 접근방법이 종래의 연구방법과 그 어떤 질적인 차이가 있다고 보지는 않지만, 인권에 바탕을 둔 헌법학의 영역에서 가능한 한 보편적 정의를 모색하는 것은 적절하고도 필요한 접근방법론이라고 생각된다.

이러한 관점하에 본고에서는 독일, 오스트리아의 관련제도를 (기타 국가에서도 ‘법률의 적용에 대한 헌법적 통제’라는 접근방법이 다양하게 시도될 수 있을 것이나 여기서는 이에 국한하고자 한다) 관찰해 보고자하며, 이를 토대로 다음 장에서 본격적인 주제에 관한 우리나라의 문제상황을 검토하고자 한다.

---

9) 그러므로 무엇보다도 주어진 소여와 선택은 질적으로 다른 문제임을 인식하고, 우리의 문제를 심층적으로 치밀하게 자아준거적입장에서 파악하여 법획득 추론력을 강화하므로써 적실성있는 법질서를 구현하고자 하는 노력이 좀더 필요하다고 생각된다.

## 2. 독일의 재판소원 제도

서술의 범위는 본고의 주제와 관련하여 문헌상의 평가, 독일 헌법체계에서의 지위(특히 다른 헌법재판제도와와의 관련성), 일반재판과의 경합문제(초기의 도입과정 논의) 및 시도된 해결방법 등을 중심으로 하고자 한다.

### (1) 법체계상의 지위 및 평가

① 헌법의 우위적인 규범력을 전제할 때 모든 국가권력이 헌법(기본권)을 중시하여야 하는 것은 자명하다. 이러한 전제하에 기본법은, 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 삼권을 기속한다고 규정하였으며(제1조 제3항), 한편 그러한 기본권의 침해시 쟁송절차를 철저히 보장하기 위해서 헌법소원제도를 두고(제93조 제1항4a)있고 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정도 법률, 행정청의 결정, 법원의 재판에 대하여 각각 이루어진다(연방헌법재판소법 제95조). 따라서 이러한 쟁송절차(헌법소원)는 헌법의 우위, 즉 기본권의 실효성 있는 보장과 정비례 관계에 있다고 보여진다.

이러한 제도적 취지에 따를 때 기본권을 심사척도로 한 그러한 쟁송절차에서, 그 대상으로 입법작용, 행정작용과 함께 사법작용(즉, 헌법상 부여된 사법권의 행사) 역시 포함되는 것은 논리 필연적인 것으로 보인다. 즉 법원의 재판에 대한 헌법적 통제제도(재판소원)까지 인정되어야 헌법재판제도의 체계적 정당성과 법논리상의 무오류성이 충족되는 것이다.<sup>10)</sup>

---

10) Michael Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung

② 한편 법논리 뿐만 아니라 실제상의 제도적 필요성도 다음과 같은 상관관계로 표현될 수 있을 것이다. 즉, 법률에 대한 위헌심사를 인정하는 이상 법률의 해석·적용을 주된 기능으로 하는 재판에 대해서도 위헌심사를 하는 것이 기본권의 기속력을 강화하게 되며(일례로, 법률상의 불확정개념 등은 재판에 의해 충족되므로 법률 자체는 위헌이 아니더라도 재판에 따라 기본권이 침해될 수 있는데 이를 방지하는 것은, 기본권의 기속력 뿐만 아니라 법률에 대한 위헌심사의 목적까지 약화시키는 결과가 나타날 수 있다), 행정작용에 대한 위헌심사를 인정하는 이상, 헌법소원에 필요한 보충성의 원칙에 따라 때, 행정작용에 대한 법원의 권리구제절차를 동시에 문제삼지 않는다면 국가 사법작용상의 중복성, 모순성 등의 여러 문제 때문에 행정작용에 대한 위헌심사가 장벽에 봉착하게 될 것이다(따라서 이러한 경우 재판소원은 재판 그 자체에 대한 통제목적 보다는 재판소원이라는 수단을 통하여 행정작용을 통제하려는 목적이 앞선다고 말할 수 있다). 또한 구체적 규범통제절차에서 일차적으로 법원에 합헌해석권이 부여된 이상<sup>11)</sup> 헌법재판소에 의한 위헌법률심사제를 활성화시키기 위해서는 적용법률의 위헌성을 내용으로 하는 재판소원제도를 두는 것이 반드시 필요하다. 또한 연방헌제는 법률심사 후 다양한 변형판결을 하고 있는 바, 특히 한정합헌, 한정위헌 해석은 결국 그 판결의 주된 집행자가 법원이므로, 그러한 변형판결은 결국 재판소원제도를 두었을 때만 실질적인 규범력을 갖게 되는 것이므로, 이러한 유형의 변형판결들은 재판소원제도가 전제조건이 된다는 상관관

---

gerichtlicher Entscheidungen(C.F.Müller,1991), 1면 참조. 또한 헌법재판제도를 위한 대중적 소개서인 H.Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 제4판, 1989. 47면은 헌법소원의 대상을 다음과 같이 도식화하고 있다.

11) 법원은 법률의 위헌성에 대한 확신(überzeugung)이 있는 때에 위헌제청을 할 수 있다. Maunz/Dürig, Kommentar z. GG, 제100조 단락번호(Rn.) 35.

계를 가지고 있다. 마지막으로, 오늘날 기본권은 사인간에도 효력을 미친다고 할 것인데, 이러한 기본권 효력은 재판소원제도를 통해서만이 확실히 담보될 수 있다고 할 것이다.

③ 재판소원제도는 독일의 법체계에서 위와 같이 중요한 기능을 지니고 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 광범위한 대상설정을 통해 **기본권 이념의 (법적)중요성을 강조**하게 되었고, 따라서 기본권이 더 이상 단순한 프로그램규정이 아님을 명백히 했으며, 더구나 개개의 소원절차를 국민의 관심(관여)속에 맡겨 둬으로써 **국민들의 헌법의식 고양에 놀라운 교육적 효과**를 가져온 한편(소위, Edukationseffekt), 각 국가기관에게 헌법의 규범력, 헌법의 우위를 확실히 지키도록 하게 됨으로써 국가 법체계상 가장 중요한 목적인 ‘인간의 인권’중심의 전통을 강화하는데 중요한 공헌을 하였다고 말해진다.<sup>12)</sup>

일례로, 헌법재판소가 민사법원을 포함한 모든 국가기관에 기본권의 효력이 발산된다는 이론을 전개한 이후(BverfGE 7, 198Lüth판결의 기본권의 방사효(Ausstrahlungswirkung)이론), 현재 민사법 해석에 있어서 기본권을 침해하는 법률행위는 민법 제138조 제1항의, “선량한 풍속(guten sitten)을 침해하는 법률행위” 해석에 포함되어 무효로 판단되며,<sup>13)</sup> 행정작용에 있어서도 개개의 법집행자는 직접 헌법을 그의 판단기준으로 삼아야 하며, 특히

---

12) R.Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2판, 1988, 29면 ; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, VerfGG, 3판, 1992, §90 30면 ; K.Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2판, 1992, 120면 ; Umbach/Clemens, BverfGG, 1992, 1160면 ; Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, 140-141면 ; U.Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht, 1976, 21면 ; J.Gündisch, "Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidung", NJW (1981), 1816, 1820면 등 참조. 특히 Gündisch는 “이러한 3번째 권력(사법부)을 인간화(humanisieren)하는 것은 자유를 위한 중대한 보장책이며, 이는 헌법재판소의 중요한 과제”라고 표현하고 있다.

13) F. J. Säcker 편, Münchener kommentar zum BGB, Band I, 2판, 1984, 1016면 참조.



헌법구체화된 법률이 없는 영역에서 그러한 것으로 인식되고 있는 것이다.<sup>14)</sup>

오늘날 재판에 대한 소원은 방대한 양이 청구되고, 인용률도 2%이내 이지만,<sup>15)</sup>위에서 지적인 제도적 가치, 또한 헌법소원의 객관적 기능에 의해서 당해사건을 넘어서서 파생효과가 발생되어 헌법을 해석하고 그 구체적인 내용을 확정하게 되는 헌법재판의 가치를 염두에 둔다면, 적어도 인용률이 1.39%라는데 제약된 재판소원에 대한 비판론은 충분하지가 않다고 할 것이다.<sup>16)</sup>

## (2) 일반재판과 헌법소원의 경합문제

①독일의 경우 기본권에 대한 철저한 보장수단을 위해서 헌법소원제도를 두고, 따라서 그러한 헌법소원의 체계상 재판소원제도는 필수적인 것임을 보았다. 그러나 모든 법관에게 법률 뿐만 아니라 기본권의 존중의무까지 당연히 존재한다. 그렇다면 기본권을 재판규범으로 삼아 사법작용을 하는 기관은 결국 일반법원과 헌법재판소가 경합된다. 따라서 극단적인 경우 일반재판

---

14) F. Ossenbühl, 위의 논문, 116면.

15) 1989년을 예로 들면 총접수 3,693건 중 재판소원이 3,413건(92%)이고, 총접수량 중 인용은 83건에 불과하다. 그러나 3인의 소부(Kammer)에 의해 약 83%가 처리되고 있으며, 기타방법으로는 약 13%이므로, 실제로 부(Senat)에 의한 처리는 매우 소수(약 1%)에 불과하다. 양삼승, “통계로 본 독일헌법재판소”, 인권과 정의, 91.2, 99면 참조. 그런데 부에 의한 처리건수가 적다는 것은 한편으로는 헌법재판소의 업무경감이 이루어지고 있다는 측면을 간과해서는 않될 것이다. 또한 헌재판례집 1권부터 40권까지의 내용에서 볼 때 헌재에 의해 법원판결이 취소된 예는 노동법원 3, 재정법원 11, 정규의 법원 150, 사회법원3, 행정법원 22건 이라 한다. Gündisch, 위의 논문, 1817면.

16) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 28면 참조. 또한 그는 헌법소원의 객관적기능에 관련된 판결례로 Elfes-Urteil(BverfGE(이하 E라고만 표시한다) 6, 32- 일반적행동의 자유), E 6, 55(혼인과 가족에 관한 기본권).Lüth-Urteil(E 7, 198- 의사표현의 자유), Apotheken-Entscheidung(E 7, 377-직업의 자유), Gleichberechtigungs-Entscheidung(E 10, 59-남녀평등권)을 들고 있다.

절차에서 사실상 기본권규범이 충분히 보장된다면 헌법재판소가 다시 법원의 재판을 심사하는 것은 실상실(室上室)이 될 것이다.

② 이러한 관점에서 기본법 제정당시 헌법기초위원회(Herrenchiessee)는 기본권의 주관적 공권적 성격을 충분히 관철하고자 전반적인 헌법소원제도를 구상하였으나(제정안 제98조 제8호), 한편 행정소송의 개괄적 관할을 인정하려 하면서(제정안 제138조)헌법소원제도와 의 관계가 문제되었다. 제헌회의(Parlamentarische Rat)는 결국 논의 끝에 헌법소원제도를 채택하지 않았다.<sup>17)</sup> 당시의 쟁점은 헌법소원이 인정된다면 기본법 제19조 제4항(공권력에 의한 권리침해의 구제절차 보장)과 관련하여 헌법소원과 나머지 소송제도들간의 관계가 어떻게 설정될 것인가에 있었다.<sup>18)</sup>

그런데 그후 연방헌법재판소법 제정과정에서 정부안은 바이에른 헌법소원제도를 참조하여 기본권침해에 대한 국민들의 마지막 도피처가 될 헌법소원제도를 구상하여 공권력의 기본권침해에 대해서 사전구제절차를 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있도록 하였다. 또한 SPD에서도 법원의 재판을 포함한 공권력의 기본권침해에 대한 헌법소원제도안을 내놓았다. 그런데 연방참사원에서는 헌법소원의 목적과 필요성을 논의한 끝에 법규소원만을 인정하는 쪽으로 기울어졌다. 그러나 정부측은(연방법무부) 기본권보호는 무조건이어야 한다면서, 모든 국가권력(입법, 사법 혹은 행정)의 침해에 대하여 통일적으로(einheitlich) 헌법소원이 보장되어야 한다고 주장하였으며, 당시 Arndt의원이 이를 지지하면서 헌법소원의 커다란 법정책적 의미를 지적하고, 헌법소원제도가 개개의 국민들에게 처음으로 살아있는 헌법관계(ein

---

17) Maunz 외 3인, BverfGG, §90 11a-12면 참조.

18) K. Schlaich, Das BverfG, 117-120면 참조.

lebendige Verhältnis zur Verfassung)를 만들어 주게 될 것이라고 주장하였다. 결국 법사위원회는 사안의 결정을 위해 청문회를 개최하여 당시의 바이에른주 헌법재판소장인 Wintrich의 의견을 듣고, 무엇보다도 **법치국가적 동기에서 포괄적인 헌법소원제도를 두기로 결정**하였다.<sup>19)</sup> 그리하여 연방헌법재판소법에 오늘날과 같은 입법·행정·사법을 포괄하는 헌법소원제도가 탄생하였던 것이다(그후 기본법에는 1969.1.29.의 개정시에 명문화 되었다).

③ 한편 헌법소원과 기타의 법적구제수단과의 관계에 대하여는 그 이후 판례에 의해 보충성 원칙이 확립되었으며, 헌법소원이 상고심이나 초상고심이 아니라 비정규적인(außerordentlich)기본권 구제절차임이 강조되었고,<sup>20)</sup> 또한 기본법 제19조 제4항과의 관계에 대하여는, 이 조항은 공권력의 처분에 대한 행정소송의 확보 규정임에 반하여 헌법소원제도는 행정청의 공권력에 의한 기본권침해 뿐만 아니라 입법, 사법권에 의한 침해의 경우에도 적용되는 것으로 분류되어<sup>21)</sup> 학설상 지지되고 있다.<sup>22)</sup>

그러나 그럼에도 불구하고 **일반재판과 헌법소원의 중복성 문제**는 명쾌하게 풀리지 않는다.

현재는 헌법소원을 개인의 고유한 기본권영역을 보호하여 기본권과 기본권 유사권리들을 보장하게 되며, 이는 따라서 행정법원들을 포함한 일반법원들의 구제절차에 부수적인(zusätzlich) 구제절차가 아닌 비정규적인 구제수단이고(E 18, 325; 49, 257; 57, 170), 따라서 효력을 지닌 법원의 판결들을 단지 예외적으로만

19) Maunz 외 3인, BverfGG, §90 12-14면 참조.

20) 현재의 일관된 판례이다. Zuck, 위의 책, 7-8면.

21) E 31, 364(367f) ; 49, 329(340) 등.

22) Schlaich, 119면 ; Maunz 외 3인, §90 29a면 ; Umbach/Clemens, 1157면 ; W. Löwer, "Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts" in : Isensee/Kirchhof 편, Hanbuch des Staatsrechts, Band II, 1987, 826면.

심사하며(E 22, 287(290f.), 68, 376(379f.)), 헌법소원 제기 이전에 권리구제수단이 있다면 이를 경로하여야 한다고 판시하였다. 한편 행정소송과의 관계에서 행정소송법 제40조 제1항이 행정소송 관할을 개괄적으로 인정하면서도 헌법소송에 대한 관할을 제외하고 있기 때문에 헌법소원에 관한 규정은 행정소송법의 위 규정의 논리적 보완책이라는 의견도 있다.<sup>23)</sup>

헌법소원제도의 ‘목적’, 즉 쟁송절차를 통한 국가권력작용에 대한 기본권의 관철(Durchsetzung)<sup>24)</sup> 및 국민들에게(입법, 사법 및 행정에 대하여 그들의 헌법적 권리를 보호해 줌으로써) 민주주의의 본질적인 요소인 개인의 자유의 주체 및 수호자로서 국가에 맞서 나갈 수 있는 국민의식을 강화시켜 주는 것<sup>25)</sup>을 위해서 재판소원이 제외될 수 없다는 것은 매우 설득력이 있으나, 한편 그러한 목적을 달성하는 ‘수단’에서, 재판소원을 인정함으로써, 일반재판과 헌법재판의 경합문제가 야기되어 법적 구제절차체제의 효율성이 떨어질 수도 있다는 문제가 좀더 명확하게 답변되어야 할 것이다. 이러한 문제점은 앞서 본대로 기본법, 연방헌법재판소 제정시에 중점적으로 논의되었던 바로 그러한 쟁점인 것이다.

**④ 다음과 같은 가설이 있을 수 있을 것이다 : 즉, 일반법원에서 기본권을 충분히 고려할수록 재판소원제도는 효율성이 떨어진다.** 그런데 이러한 가설은 그리 어렵지 않게 입증될 수

---

23) Umbach/Clemens, 위의 책, 1157면. 그러나 행정소송법 제40조 제1항에서 말하는 헌법재판에 헌법소원은 포함되지 않는다. Redeker/von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 9판, 1988, 88-89면 ; Eyer mann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 9판, 1988, 165-167면. 그렇다면 위 의견은 비정규적 구제수단으로서 기본권 보장을 위해 입법, 사법권까지 대상이 되는 헌법소원 제도의 성격상, 행정소송제도가 존재하므로 헌법소원이 필요없다는 것은 결코 아니다 라는 주장의 다른 표현으로 받아들여 진다.

24) BverfGE 1, 4(5)

25) Maunz 위 3인, 위의 책. §90 30면.

있을 것 같다. 즉 재판소원제도의 목적 자체가 일반사법작용 전반에 걸친 견제장치로서가 아니라, 압축하면 ‘기본권의 관철’에 있다고 보여지기 때문이다. 그러므로 **역으로 일반법원에서 기본권을 충분히 고려하지 아니할수록 재판소원제도는 필요성이 높다고 할 수 있을 것이다.**

⑤ 이러한 관점에서 볼 때, 연방헌재가 그 동안 많은 판례들로 다른 국가 권력기관들에게 기본권 우호적인 권한을 행사하도록 충분히 영향을 주어왔기 때문에, 현재의 과중한 업무부담 등을 고려할 때 특수한 기본권 보호절차인 헌법소원제도는 시험적으로라도 폐지해 보자는 - 비록 그러한 생각을 하는 사람이 전혀 없을 것이라는 주장자 자신의 확신에도 불구하고 - Pestalozza의 주장은<sup>26)</sup> 적어도 적절한 이유(즉, 심사권한의 중복성 예방)에 근거한 것으로 보인다. 또한 Zuck 역시 일반법원에 기본권을 보호하고 관철시킬 의무가 있기 때문에, 또한 불과 1.39%의 헌법소원만이 인용된다는 실제적인 관점에서 볼 때 법체계상의 효율성이 손상될 수 있기 때문에, 그리고 헌재만이 헌법의 수호자는 아니기 때문에 다음과 같은 예외를 제외하고는 재판소원을 제한하자고 주장한다. 즉, 법원의 최종심에서 처음 발생하는 기본법 제101, 103조 침해 등과 같은 경우, 적절한 기본권침해 주장이 불가능했던 경우 및 새로운 법률판단 이유 등장시 등과 같은 예외적 경우를 제외하고는 재판소원을 제한하자고 주장한다.<sup>27)</sup> 그러나 이러한 개선책 역시 예외적 경우의 판단 자체가 어렵기 때문에 업무량 경감의 관점에서는 별 지지를 받지 못할 것이라고 자인하고 있다.<sup>28)</sup>

---

26) C. Pestalozza, VerfassungsprozeBrecht, 3판, 1991, 164면.

27) Zuck, 위의 책, 96-97면.

그런데 이러한 헌법소원 전반 혹은 재판소원을 폐지 내지 축소자는 주장에 앞서의 전제, 즉 일반법원 혹은 전반적인 타 국가기관이 이제는 충분히 헌법의 규범력을 실천하여 기본권 수호 및 관철의무를 잘 이행할 수 있을 것이라는 낙관을 바탕으로 하여 기본권 보호권한의 경합 문제에 접근하고 있다는 점이 간과되어서는 안될 것이다. 즉, 그들은 모두 재판소원이 그 동안(유명무실했던 것이 아니고) 법원 등 타국가기관에 철저한 기본권 존중의식을 심어주는 기능을 해왔다는 점에 관해서는 충분히 긍정하고 있기 때문이다.

한편 재판소원제도에 대한 개선의견들을 좀더 살펴보면, 이들은 대체적으로 헌법재판소가 초상고심이 되는 것을 우려하고 있다.<sup>29)</sup> Zweigert는 초기에(1952년) 심사권의 한계에 대하여 재판소원은 기본권제한 법률들의 잘못된 해석으로 기본권의 본질이 침해된 경우로 축소할 것을 주장하였고,<sup>30)</sup> H. Klein(1971년) 역시 같은 의견인데, 법관 역시 기본권의 효력을 고려해야 하기 때문에 헌재가 스스로 초상고심 법원으로서 기능행사를 하려고 할 필요가 없기 때문이라고 한다.<sup>31)</sup> Klein의 주장에 대해 Steinwedel은 이는 재판소원의 실질적인 폐지를 뜻하며 이로서 헌재의 업무경감에도 크게 기여하지 못할 뿐 아니라, 기본법 제1조 제3항에 따라 국가권력은 기본권에 기속된다는 명제가 있고, 기본법에 의하여 이러한 기본권의 기속력에 대한 통제가 연방헌재에 의무지워져 있으며, 연방헌재는 국가권력의 기본권경시에 대하여 관련된 국가의 행위를 취소(Aufhebung)시키는 제재

---

28) Ibid.

29) Gündisch, 위의 논문(주 12), 1814면.

30) Ibid .

31) U.Steinwedel, 위의 책(주 12), 43-44면.

(Sanktion)를 가함으로써 이 의무를 이행하는 것인데, 이러한 제재가 탈락될수록 기본권의 기속력의 실효성도 탈락될 것이라고 비판하였다.<sup>32)</sup> Erichsen은(1972) 헌재가 판시한(Lüth 판결; E 7, 198) 기본권의 가치질서(Wertordnung) 및 모든 국가기관에 대한 이의 준수의무부여는 결국 모든 민사재판을 재판소원의 대상으로 이끌 것이라고 하였다.<sup>33)</sup> Hesse는 헌재에 의한 기본법 제2조 제1항(일반적 행동자유권)의 확대해석을 반대한다. 왜냐하면 그럴 경우 일반재판작용에 대한 관여폭이 넓어지기 때문이다.<sup>34)</sup>

한편 Gündisch의 논문에 나타난 재판소원의 옹호자로서는 Steinwedel과 Ossenbühl을 들 수 있다. Steinwedel은 문제를 도그마틱이 아닌 헌재의 실제작용(실무례)에서 파악한다. 그는 기본권간의 비교형량 실무에 관한 헌재의 판단이 적절하며, 또한 헌재의 예외적인 사실관계 심사 역시 필요하다고 하였다.<sup>35)</sup>

Ossenbühl은 헌법재판소의 기능은, 일반법원의 기본권의식의 결핍과 기본권적인 가치를 소송절차에서 실천하지 못하는 흠결있는 권한행사를 메꾸어 주는 것이어야 한다고 말한다.<sup>36)</sup> Gündisch 역시 국민과 일반법원에게 헌법정신과 자유의 보장의 중요성을 고취시켜 왔다는 관점에서 재판소원제도가 필수적임을 강조하고 있다.<sup>37)</sup>

---

32) Ibid., 44-45면.

33) Gündisch, 위의 논문, 1815면.

34) Ibid.; Steinwedel, 위의 책, 47-48면.

35) Gündisch, 위의 논문, 1816면.

36) Ibid., 1816면에서 재인용 (원문은 Ossenbühl, Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in : FS. f. Ipsen., 1977, 140면).

37) Ibid., 1820면. 심지어 그는 헌재의 심사범위에 관해서, 일정한 법적안정성과 예견가능성을 희생하더라도, 헌재의 설득력있는 논의(Argument)에 바탕을 둔 재량적 판단 방법을 지지한다. 또한 변호사인 그는, “우리 변호사들은 헌재의 연방헌재의 재판소원심사권한, 심사범위를 지지하여야 할 것이다. 또다른 심급의 탄생으로 소송절차가 더 늘어나서가 아니라, 헌법의 정신을 우리의 법원과 법률이 항상 강하게 관통시켜 나가게 하기 위해서 그러한 것이다”라고 말하고 있는 것이 주목된다.

⑥ 일반법원 역시 기본권 실현의무를 갖고 있는 한 현재의 재판소원심사권은 이러한 의무이행에 대한 통제라는 측면도 있지만, 한편으로는 기본권 실현의무에 대한 일반재판과의 경합이라는 측면이 존재한다. 현재는 이러한 법체제의 효율성 문제에 따른 예상되는 비판을 의식하여 재판소원제도를 상고심 혹은 상고심이 아닌 비정규적이고 특수한 기본권보호제도로 규정하면서,<sup>38)</sup> 한편 보충성의 원칙이라는 판례를 발전시키고, 또한 심사범위를 가능한 한 논리적이고 구체적으로 확정하려고 하는 등 대체로 자신의 권한을 자제하려고 노력해 왔다고 보여진다.

**법률의 해석·적용에 관한 현재의 심사범위**는 판례를 종합해 볼 때 크게 세 가지 관점에서 접근할 수 있다.<sup>39)</sup>

첫째는, **기본권 문제와 단순한 법문제를 분리**해서 보는 관점이다. 즉, 소송절차의 형성, 구성요건의 확정과 평가, 단순한 법(einfaches Recht)의 해석은 이를 위해 일반적 관할권을 갖고 있는 법원의 일이므로 연방헌법재판소에 의하여 심사되지 않는다는 것이다.<sup>40)</sup> 오직 법원에 의한 특별한 헌법(spezifisches Verfassungsrecht)의 침해의 경우만 재판소원이 제기될 수 있다는 것이다. 예를 들면 단순한 법의 해석·적용에서 기본법 제3조 제1항의 자의금지를 잘못 고려했을 경우,<sup>41)</sup> 제103조 제1항의 재판절

38) 그러나 제4심 혹은 초상고심이라는 비판이, 위에서 본 재판소원의 축소를 주장하는 일부 의견들의 전제로서 존재한다. Steinwedel, 위의 책, 44, 48면.

39) Michael Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidung(주 10), 408면.

40) BverfGE, 418(420) ; 18, 85(92) 등. 다수 판례.

41) 기본법 제3조 제1항(평등의 원칙)은 국가의 통일성을 위한 근본가치이며(E 2, 1(12)), 이는 명문의 규정을 넘어서 모든 영역에서 자명한 불문의 헌법적 기본원칙인 바(E 6, 84(91), 평등의 원칙은 자유계약적인 국가의 행위가 이루어지는 모든 영역에서 국민의 자유의 자의적인(willkürlich) 제약에 대한 가장 높은 보호척도이다(E 12, 281(296)). 연방헌재가 발행한 판례권람(Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1991. 11.)에 따르면 이 조항이 적용된 헌법판례는 가장 많아 1053경에 이르고 있어 그 중요성을 실감케 한다.



차상의 청문권 침해<sup>42)</sup>등의 경우이다. 한편 일반법원의 법률해석 결과가 기본권의 정해진 한계를 넘어서면 헌재가 교정적으로 관여할 수 있다고 하고 있다.<sup>43)</sup> 특별한 헌법은<sup>44)</sup> 단순한 법의 적용에 있어 객관적으로 흠결이 있더라도 침해된 것이 아니다. 단순한 법의 추론관정은 법관의 재량에 속하며 어느 정도의 활동영역이 있기 때문이다. 따라서 이러한 관점에서 헌법재판소의 심사범위의 한계 역시 명확하게 경계지을 수 없다.<sup>45)</sup>

헌법소원으로 심사되어질 법률의 위헌성 여부를 매우 광범위하게 — 즉, 법률이 합헌적이기 위해서는 실질적으로 광범한 헌법규범, 헌법원리를 조금이라도 침해하지 않아야 한다는—심사하고, 기본법 제2조 제1항(일반적 행동자유권)의 침해를 넓게 본다 면,<sup>46)</sup> 또한 기본권의 객관적 가치질서를 강조하고—이는 결국

---

재판소원에 적용되는 자의금지의 원칙은“실질적으로 받아들이기 어려워 객관적으로 자의적인 재판”에 대해서 판단된다(E 58, 163(167f.))등). 따라서 법관은 고유한 재량영역과 판단영역이 있으나 자의금지원칙은 그 외부적 한계를 구성하고 구체적 사실관계에 나타난 객관적 자의성을 기준으로 판단된다.(E 42, 64(73)). 일례로, 형사소송법 제147조에 규정된 형사피고인의 변호인의 기록열람권은 규정의 내용상 명백하여 다른 해석이 가능하지 않는데도, 그러한 해석하에 기록열람을 거절한 판결은 열람권의 자의적인 제약에 해당된다(E 62, 338(347)).

- 42) 기본법 제103조 제1항의 법적 청구권(“누구든지 법정에서 법적 청문권(rechtliches Gehör)을 가진다”)에 관하여 헌재는 법원의 소송절차에 대한 법치국가사상의 요구라고 하며(E 9, 89(95)), 또한 절차적 기본권으로서 당사자의 소송관계에 대한 부적절한 인식, 고려에 따른 절차흡결(판결)을 방지하는 역할을 수행한다(E 53,219(222)). 이러한 관점하에 헌재는 매우 광범위한 심사를 행하고 있고, 이에 관한 소원은 전체 헌법송 거근의 반에 이르고 있는 실정이다. Schlaich, 위의 책, 185면. 한편 이러한 절차적 기본권 침해에 관한 소원은 보충성의 예외도 매우 확대하고 있다.(일례로 E 64, 203(206)).
- 43) E 65, 317(322).
- 44) 여기서 ‘특별한 헌법’이란 그 문리적 자구와는 달리, 보통 단순한 법이나 기본권이외의 권리에 대치되는 헌법 혹은 기본권을 말하며, 헌법은 일부 특정부분이나 특별한 성질을 의미하는 것이 아니라 “실질적 헌법의 특수한 근거” 및 그때 그때의 타당하게 주장된 주관적 권리의 “특별히 헌법적으로 보장되는 범위”를 의미한다고 하며, 오늘날 현재의 제1부(Der 1. Senat)는 이 개념을 쓰지 않으나, 제2부는 여전히 사용하는 경향이 있다고 한다. Schlaich, 위의 책, 167면.
- 45) 소위 Petent-Beschluß, E 18, 85(92f.) .
- 46) Elfes 판결, E 6, 32(41) 이 판결이 일반적인 법 적용 잘못이 기본권 침해에 이를 수 있는 것으로, 따라서 현재의 심사권한을 매우 넓힌 것으로 보는 문헌들이 많으나, 판시내용은 법률의 합헌성 조건들을 엄격하게 나열한 것에 지나지 않는 것이라고 판단된다.

기본권효력의 강화를 뜻한다—법해석에 있어서도 모든 사법해석에 이러한 정신이 반영되어야 한다는 것을 강조한다면,<sup>47)</sup> 현재의 심사범위는 넓게 설정되어 있는 것이다. 한편 법원이 관련된 기본권영역을 고려해서 판결을 하는 한—그것이 특별히 기본권의 의미나 범위에 대해 옳지 않은(unrichtig) 관점에 서있지 않는 한—헌법재판의 관할이 아니라고 한다면<sup>48)</sup> 상대적으로 심사범위는 축소된다.

헌재는 필요한 경우 자신이 직접 사실관계를 재확정할 수 있는 것으로 간주하고 있으며,<sup>49)</sup> 이는 E 22, 267(273); 27, 248(251) 등에서 행해지고 있다.

헌법과 법률의 구분은 적어도 현재의 심사권한과 범위를 개략적으로 정하는 표준은 될 수 있으나, 사실상 개별법률이 구체화된 헌법규정에 의존하고 있는 경우—특히 절차적 기본권의 경우—구분상 어려움이 있고, 또한 자의금지의 원칙 역시 명확한 한계설정에 장애가 될 수 있다.<sup>50)</sup>

**둘째, 헌법재판의 기능적 관점에서 헌법재판소는 공동체의 원칙적인(Grundsätzlich)문제들만 심사한다는 경향이다.**<sup>51)</sup> 따라서 일반법원의 판결이 기본권의 의미에 대하여 원칙적으로 잘못된(unrichtig) 견해에—특히 기본권의 보호영역에 관해서—기인하고 있는 경우에 심사대상이 된다(E 18, 85(92f.) ; 42, 143(148)). 이러한 원칙성(Grundsätzlichkeit) 논의는 절차적으로도 권리보호의

---

47) Lüth 판결, E 7, 198(205).

48) Mephisto 판결, E 30, 173(187).

49) Lebach 판결, E 35, 202(219). 침해강도가 극단적인 경우 개별사안의 평가가 직접 행해진다. E 42, 143(149).

50) 헌법과 하위법의 구분문제 및 헌법재판소의 심사범위에 관해서, 박승호, 헌법재판의 본질과 한계, 고대 박사학위 논문, 1991.7., 164-182면 참조.

51) Bender, 위의 책(주 10), 134면 이하.

필요성을 규정짓게 되며, 이는 민사소송법, 행정소송법상의 상고 이유와 유사한 맥락이다(민소법 제546조 제1항 제2문 제1호, 행정소송법 제132조 제2항 제1호 : 사건이 원칙적인 의미를 지니고 있을 때). 현재는 법원이 기본권을 완전히 실현하였는지를 심사하지는 않는다(E 65, 317(322)). 이러한 경우 판결의 적법성에 대한 지나친 심사가 될 수 있어 현재가 또 다른 상고심의 위치에 서게 되는 것이므로, 법원이 기본권을 ‘원칙적으로’ 올바르게 재판했는지 여부만을 심사하는 것이다.<sup>52)</sup> 그러나 그 한계 역시 명백하지 않다.<sup>53)</sup>

**셋째, 실용주의적 관점**에서 법원의 재량(Ermessen)에 대한 심사경향과 일반법원의 법인식에 현재가 구속된다고 인정하는 경향이 있다.

전자는<sup>54)</sup> 행정재판소의 재량행정에 대한 심사와 유사하게, 현재는 일반법원의 (헌법하위법에 의한) 재판상의 재량을 인정하며 다만 그러한 재량의 흠결(본질적으로 재량행사에 중요한 관점들이 중시되지 않는 경우), 즉 재판이 하나 또는 여럿의 기본권의 중요영역에서 작용되지 않았다는 것과 이러한 흠결이 재판결과에 중요할 수 있다는 것이 인식되지 못한 경우에 심사된다는 주장이다(W.R.Schenke, G.Roellecke 등). 일례로 Blinkfüer 판결(E 25, 256(263))을 들 수 있으며, 그러나 재량이 수축되는 경우는, 즉 기본권영향의 의의가 증가함에 따라 법원의 결정여지가 기본적으로 제한되는 경우는, 현재의 심사권이 강화된다고 한다.

후자는, 일반법원과 현재의 관할경합 문제에서 출발하여, 현재

---

52) Schlaich, 위의 책, 174-175면. E 30, 173(188) ; 34, 238(249) ; 60, 348(357) ; 70, 297(317) 참조.

53) Schlaich, 위의 책, 174면.

54) 박승호, 위의 논문, 179-181면의 설명 참조.

는 일반법원의 단순한 법의 해석, 특히 상급법원의 확립된 판례에 구속되어야 한다는 주장이다(J. Burmeister 등). 이 견해는 E 72, 155(170) 등을 그 사례로 들고 있다.<sup>55)</sup>

이상의 3가지 경향을 연방헌재는 교대로, 명백한 상관관계의 제시 없이 채택하고 있다고 한다.<sup>56)</sup>

### (3) 요약

우리의 주제와 관련해 볼 때 독일의 경우 법률의 해석·적용에 대해 헌법재판소가 비록 불명료하지만 나름의 척도를 제시하면서—특히 초상고심법원이 아님을 누차 강조하고 있다— 재판소원제도를 통하여 상당한 정도로 기본권의 효력을 관철시키고 있다고 보인다.

앞서 제시한 가설에 따를 때, 현재 독일의 재판소원제도의 존재의의를 밝히려면 일반법원에 있어서 기본권 효력이 어느 정도로 존중, 고려되고 있는가를 살펴보아야 할 것이다. 그 구체적인 연구는 본고에서는 생략되나 문헌상의 헌법소원제도에 대한 평가에서 나타나는 바로는 상당한 정도로 이루어지고 있는 것으로 보인다.

그렇다면 관할상의 경합이 있고—따라서 소송량도 이 때문에 더욱 증가한 것으로 보인다—, 위에서 본 바대로 문헌상의 비판도 있고, 일반법원의 기본권 실현의무도 잘 이행되며, 현재의

---

55) Bender, 위의 책, 184면 이하.

56) Ibid., 410면. 한편 Bender는 위 세 가지 견해가 모두 불충분하다고 지적하면서 재판에 적용되는 법률의 성격—즉 헌법구체화 법률인가 여부—에 따라 심사범위가 결정되어야 한다고 주장하며, 특히 일반재판상의 법률의 적용에 있어서 헌법과 법률은 동순위(gleichrangig)에 있다고 주장한다. 413-415면 참조.

심사척도의 명확한 기준이 제시되지 않고 있음에도 불구하고 현재도가 유지되는 것은 결국 헌법상 ‘기본권 효력의 중요성’에 대한 공통의 인식 및 현재의 기능수행의 신뢰감 때문이라고 간추려 말할 수 있을 것이다.

문헌상 재판소원제도의 전면폐지를 주장하는 극소수의 의견도 있으나, 그 이유는 기본법 제19조 제4항(일반적 권리구제 수단의 보장)이 있고, 또한 연방헌재의 오랜 기간에 걸친 판례로 국민의 기본권을 보장하는 국가권력작용의 관행이 확립되었음을 들고 있다는 것은 위에서 본 바와 같다.<sup>57)</sup> 그러나 헌법소원(재판소원)의 폐지는 너무 큰 희생일 것이라고 평가된다.<sup>58)</sup> 또한 그것은 헌법(기본법)개정사항이기도 하다.

### 3. 오스트리아의 경우

#### (1) 머리말

오스트리아의 경우 독일식의, 재판에 대한 헌법재판적 통제제도(재판소원제도)는 없다. 그렇다면 우리의 주제와 관련하여, 여기서는 ‘법률의 해석·적용에 대한 헌법적 통제’는 실제로 어떻게 이뤄지고 있는가 라는 관점에서, 가능한 한 그 나라의 법체계성을 주목하면서 간략하게 접근해 보고자 한다.

오스트리아에는 민·형사사건에 대한 최고법원, 행정재판소, 헌법재판소 3개의 최고법원이 있으며 이들은 동례적 지위를 갖고 있다.<sup>59)</sup> 헌법소원제도에 속하는 유형으로는, 헌법재판소가 행

---

57) Pestalozza, 위의 책, 164면.

58) Schlaich, 위의 책, 175면.

정청의 처분 및 권력적 사실행위가 헌법상 보장된 권리를 침해하였을 때 제기된 소원을 심사하며, 또한 개인이 직접 신청한 법률, 명령에 대한 권리침해소청(Individualantrag)을 심사한다.

현재에 제기되는 행정처분(Bescheide라 표현된다), 권력적 사실행위에 대한 소원은 **특별행정재판**이라고 표현된다.<sup>60)</sup>

따라서 편의상 행정사건에 대한 법률의 해석과 민·형사 사건에 대한 법률해석에 있어서의 기본권의 효력 문제를(즉, 본고에서 말하는 헌법적 통제문제) 나누어 살펴보고자 한다.

## (2) 행정사건의 사법판단과 기본권

독일의 경우 헌법소원에 있어서 보충성의 원칙은 한편으로는 헌법소원은 보통 최종심 법원의 판결에 대하여 제기될 것을 전제한다.<sup>61)</sup> 이 말은 또한 일반재판과 헌법재판이 관할의 경합을 갖고 있다는 뜻이 된다. 즉 헌법소원 제기자가 요구하는 권리구제는 일반재판 과정에서 보통 헌법구체화 법률의 해석, 헌법상의 기본권이 고려되어야 할 법률 일반조항의 해석, 혹은 직접 해당기본권의 해석·적용 등으로 실질상 같은 내용의 권리구제

59) 법무부 편, 헌법재판제도, 법무자료 제95집, 1988, 318면.

60) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7판, 1992, 419면. 따라서 행정재판소는 법률상의 권리침해 문제를, 현재는 헌법상 보장된 권리(이를 기본권이라 표현해도 큰 차이는 없는 것으로 보인다)를 관할하므로 형식상 경합은 없다. 그럼에도 불구하고 당사자는 동시에 양쪽에 소를 제기할 수도 있다. 이 경우 현재가 주도적으로 심사권한을 판단하게 된다. 그러나 현재의 심사척도에 있어서는 사실상 경합관계를 조정하여야 하므로, 왜냐하면 여전히 헌법문제와 법률문제의 경계설정 어렵고 (특히 자의금지의 원칙문제), 따라서 행정소송 사건이 헌법재판사건화할 경향을 현재가 판례를 통해서 조절하거나, 이송절차를 통해 조절하는 것이 필요하고, 현재 그 조절은 무리없이 이루어지고 있는 것으로 보인다.

박일환, “오스트리아의 헌법소원제도”, 헌법재판소, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판연구 제1권, 1990. 217-275면 참조.

61) Umbach/Clemens, 위의 책(주 12), 836면.

가 이루어질 수 있으므로, 헌재는 당연히 보충성의 원칙을 요구할 수 있고 또 하여야만 하는 것이다. 그런데 결국 사전구제절차를 경료한 후 제기된 헌법소원(재판소원)은 사실상 일반재판과정에 서 판단한 헌법문제, 혹은 판결결과로 나타난 헌법문제를 다시 헌재가 판단하게 된다. 따라서 심사범위, 심사척도와 관련하여 여러 문제점이 나타나게 되며 그 개략적 설명은 앞서 본 바와 같다.

한편 재판소원을 인정할 때(즉 기본권 적용을 일반법원에만 맡기지 아니하고 독립적 헌법재판소가 다시 그에 대해 헌법적 통제를 할 때) 행정작용의 사법판단에 대한 심사의 종류는 크게 세 가지라고 할 수 있다. 즉, 재판을 통해 나타난 원처분 자체의 기본권침해(이 경우 보충성 원칙에 의해 최종심 판결의 취소여부가 같이 심사될 것이다), 위헌 법률을 적용한 판결 및 재판절차상의 기본권침해에 대한 심사이다.

그런데 오스트리아의 경우 헌재가 직접 제1심 내지 최종심 법원으로서 행정처분의 위헌성 심사(위헌법률을 적용한 경우 포함)를 하게 되므로 사실상 행정작용에 대해서는 우리의 일반적 논의인 '법원에의 법해석상의 기본권 효력 확대' 문제는 '자연스럽게' 헌재의 활동을 통해서 결국 그 '목표'를 달성하게 된다고 판단된다. 왜냐하면 위 논의의 목표가 법원의 법해석권력(사법권)에 의한 기본권 침해의 방지인데, 오스트리아의 경우 행정작용에 관한 한 법원의 법해석에 의한 기본권침해 상황 자체가 존재하지 않으므로,<sup>62)</sup> 헌재가 바로 위헌적 행정처분을 심사함으로써 — 헌

62) 헌재는 법률적용이 자의적(willkür)으로 이루어질 경우까지 헌법문제도 파악하고 있으며(박일환, 위의 논문, 272면에서 재인용), 문제된 처분이 법률적 근거가 없거나(gesetzlos)(Vfslg 5917, 1969), 예상할 수 없는 경우(denkunmöglich)(Vfslg 6098, 1969; 6166, 1970), 단순한 개별법률의 침해가 기본권의 침해로 받아들여질 때에는 (Vfslg 6095, 1969; 6099, 1969; 6156, 1970; 6352, 1970) 심사하고 있다.

재의 헌법수호기능을 의심하지 않는다면 —결국 같은 종류의 결과(즉, 기본권의 효력보장의 극대화)가 초래되는 것이라고 보는 것이다. 환언하면 **오스트리아에서는 행정작용에 관한 한 사법권에 의한 기본권 침해가 문제되지 않는다**(행정재판소는 헌법문제를 판단할 수 없다). 그러므로 ‘오스트리아에서는 재판소원이 금지되어 있다’라는 형식적 결론은 적절하지 않다. 오히려 오스트리아의 경우 행정작용에 대해 기본권은 매우 강하게 작용한다고 할 수 있어, 이 경우 재판소원이 인정되는 것 이상으로 기본권 효력이 보장될 수 있기 때문이다. 부연할 것은 여기서 행정청의 직접적인 명령 또는 강제력의 행사 — 즉 관례에 의하면 위헌적 체포, 구금, 물리력의 강제, 수색, 몰수, 영업폐쇄, 음주측정 등 —까지 효과적으로 직접 헌법재판소에 의한 권리구제대상에 포섭되고 있는 것이다.<sup>63)</sup>

### (3) 일반사건의 사법판단과 기본권

일반법원의 법해석·적용은 헌법상의 기본권과 연관되어 이루어져야 하는 것이다. 따라서 사안에 관련된 기본권이 필요한 정도로 보장되지 않았다면 사법권에 의한 기본권침해가 발생한다. 앞서 우리는 독일의 일반재판과 헌법재판의 관할경합 문제를 지켜보면서, 일반재판에 의한 기본권 효력의 실천이 많이 일어날수록 헌법재판에 의한 통제는 법체계상 효율성이 떨어질 것이라고 규정지은 바 있다.

오스트리아의 경우 행정사건을 제외한 일반사건에 대한 사법

---

U. Steinwedel, 위의 책, 31면.

63) 박일환, 위의 논문, 266-270면에 소개된 관례 참조.



작용에서의 기본권 문제는, 이 경우 재판소원이 인정되지 않으므로, 전적으로 현재의 우리의 경우와 같이 법원들의 자체적 실현과정 혹은 자율적(심급제도 포함) 통제에 놓여있다고 하겠다.<sup>64)</sup> 여기서 법원들이 얼마나 그러한 작업을 잘하고 있는가는 구체적으로 검토하기는 어려우나 몇 가지 긍정적인 요인들이 파악된다.

첫째, 민사문제에 있어서 기본권의 제3자적 효력문제가 최고법원의 관례에 의해서, 사법상의 일반조항을 통해 근본적인 법질서에 정착된 가치질서가 고려되어야 하는 것으로 결정되었고(OGH 1.3.1979, 70b 555/79, EvBl 1979/100), 정보보호법에는 명문화되었으며(DSG 제1조 제6항), 평등취급법(GleichbehandlungsG)에 따라 성에 의한 사법적 고용관계차별은 금지되고, 행정절차법을 위한 도입법(EGVG) 제9조 제1항 제6호에도 타인을 차별하는 자를 처벌하는 조항이 들어가 평등원칙의 제3자효가 입법화되었다. 또한 국가의 사경제적 작용에 대한 기본권보호를 인정한 최고법원 법원판례가 있다.(OGH 10.9. 1991, 4Ob538, 539/91, ecolex 1992, 18).<sup>65)</sup>

둘째, 민·형사 등에 대한 사법작용의 공통요인으로 들 수 있는 것으로, 오스트리아의 경우 법률에 대한 위헌심사가 매우 광범하게 개시될 수 있다는 것이다. 오스트리아의 법역사, 법체계에서 볼 때 사법부는 행정부와 함께 입법부에 대비하여 법의 집행(Vollziehung) 기관으로 인식되어 법치주의의 원칙상 엄격히 법

---

64) 그런 의미에서, 만일 일반법원들의 기본권 준수 의무가 불성실하게 행해지고 있다면, 이는 헌법의 우위, 규범력의 측면에서 매우 부적절한 제도인 것이다. 따라서 소원제도를 재판소원까지 확대하자는 주장도 있다. Marcic의 개정의견(Marcic, FS.f.G. Müller, 217면 이하). Steinwedel, 위의 책, 31면 참조

65) Walter/Mayer, 위의 책, 466-467면.

에 종속된다.<sup>66)</sup> 그런데 오스트리아의 구체적 규범통제절차는 법원이 법률의 위헌성에 의심(Bedenken)이 있으면 헌재에 제청하도록 되어있다(헌법 제99조 제2항). 또한 법률에 의해 법집행자에게 일정한 재량영역을 인정하지만, 법률규정과 실제 행사된 재량사이의 한계가 문제되면 이런 문제는 헌법 제139, 140, 140a 조에 의한 헌법재판절차에 따라 헌법재판소가 결정하게 된다.<sup>67)</sup>

한편 헌재는 당해법률이 자체 판결의 전제가 될 때 직권에 의하여 위헌심사하며, 그 밖에도 위헌법률심사제청은 연방정부, 주정부, 국회 및 주의회의원 3분의 1에 의해서도 할 수 있고 기간 제한도 없으며, 또한 헌재는 행정명령의 위법성에 대한 판단권도 가지고 있다.(헌법 제139조, 제140조, 제144조, 연방헌재법 제62조 제2항).

이렇게 볼 때 법률의 해석·적용작용의 기준이 되는 법률 자체에 대한 사법심사의 확대는, 결국 — 대부분의 법률이 헌법을 구체화시키는 속성을 가지는 법률임을 염두해 둘 때 — 법 해석·적용 단계에서 기본권침해를 줄일 수 있는 간접적인 보장책이라고 말할 수 있을 것이다.

#### (4) 요약

오스트리아의 헌법재판제도는 지금까지 계속 확대돼가는 추세에 있는 것으로 보인다.<sup>68)</sup> 특수한 행정소송절차로서의 소원제도는 행정명령에 대한 심사권과 더불어 행정작용에 관한 한 기본권

---

66) Ibid., 208-210면.

67) Ibid., 211 면

68) Peter Doser, "The Austrian constitutional Court", 법학, 제29권 3·4호, (1988.12), 14면

보장에 철저한 것으로 평가된다. 일반 사법작용에 있어서는 위헌법률심사절차가 효율적으로 제기될 수 있게 구성되어 있으며, 법원도 사법관계에서 기본권효력을 인정하는 점 등을 고려할 때 기본권의 효력을 자체적으로 강화해 나가려는 경향이 있다고 생각된다.<sup>69)</sup>

이렇게 볼 때 오스트리아의 기본권 보호장치는 일반사건에서는 법원 스스로에 의하여, 행정작용쪽에 대해서는 헌법재판소에 의하여 철저하게 마련되어 있으며 이 경우 기본권 보호범위도 독일보다 더 넓은 측면이 있다.<sup>70)</sup>

### Ⅲ. 우리나라의 문제상황 및 개선방법

#### 1. 개 관

헌법의 규범력은 오늘날 우리사회에 필수불가결하게 요청되고 있다. 행정권력이 방만해지고 의회의 입법기능이 형해화되고 사법부 역시 혼잡하고 급변하는 현실 속에서 전문성과 설득력을 갖지 못하고, 국민들은 대소의 이기적인 동기를 앞세워, 공동체의 공통가치와 통일성이 저해되고 있다며 **근본질서의 기준**

---

69) 한편 시민의 대리인(Peopel's attorneys)이라 불리는 3인의 옵부즈만이 있으며 이들은 위법한 행정명령 심사제청권도 가진다. Ibid., 11-12, 16면 참조.

70) 기본권 보호범위에 대하여는 Maunz 외 3인, BverfGG, §90 20a면. 한편 오스트리아의 (비행정사건에 대한) 사법작용 자체내의 기본권보호문제에 있어서, 독일과의 비교점의 하나로서, 독일의 경우 전체 헌법소원의 1/2이상을 차지하는 재판절차상의 기본권침해 문제가 오스트리아의 경우 일반재판상 어떻게 나타나고 있는 지 등이 연구되어 양국의 제도적 기능이 좀더 정확히 비교되어야 할 것이나 본고에서는 생략하기로 한다.

으로서의 ‘헌법’은 무엇인가라는 지속적인 물음이 절실하게 요청되는 것이다. 또한 헌법의 규범력과 기본적인 가치가 좀더 명확해지고 그 효력을 관통해 나갈 때 우리사회는 좀더 원칙이 확립된 공동체로서, 개개인에 대한 존엄과 가치 존중되게 될 것이다.

그러므로 우선 국가의 법질서에 있어서 기본권 가치를 좀더 고양시켜 실질적으로 우위에 두게 하여야 한다. 그렇게 하기 위한 최선책의 하나는 국민의 생활관계에 구체적, 직접적으로 적용되는 법의 해석·적용 단계에서 기본권의 효력을 강화해 나가는 일이다. 위헌법률심사제도도 중요하지만 법적용 단계의 위헌심사 없이는 위헌법률심사 자체도 완성될 수 없다. 아무리 법을 구체적으로 만든다 해도 적용·해석자의 재량여지를 인정하지 않을 수 없고, 특히 일반조항의 충족은 전적으로 해석자의 권한에 달려있기 때문이다.

그러므로 법률의 해석·적용단계, 특히 사법작용에서의 헌법의 기속력을 관철시킬 필요성이 인정되며, 이에는 위에서 본 것처럼 두 가지 관점이 있다.

첫째는 사법부 자체에서(심급제도활용 포함) 헌법과 법률에 따른 재판을 하는 것을 외부적 통제 없이 맡겨두는 것이다. 행정작용을 제외한 타분야에 대한 오스트리아의 제도가 그러하며 다만 그곳에서는 재판규범, 즉 법률, 명령의 위헌심사가 효율적으로 이루어지고 있음은 위에서 본 바와 같다.

둘째는 독립된 기관이 다시 법원의 재판을 헌법이라는 기준으로 재는 것이다. 이는 필연적으로 일반재판과 헌법재판의 심각할 수도 있는 위상대립, 관할 경합의 문제가 발생되며 아직 명확한 해답은 존재하지 않는다(그러나 헌법재판 결과와 학설상의 비

판과 법원의 재심사 절차라는 과정(Process)을 통해서 변증법적인 헌법적 정의의 발견이 가능하다). 독일의 재판소원제도가 이에 해당된다. 그 제도적 가치는 타국가기관, 특히 일반법원에 대한 광범위한 기본권 고려의무를 현실화시켰다는 긍정적인 평가를 받고 있음은 위에서 본 바와 같다.

그렇다면 우리의 상황은 어떠한가. 현재의 시스템은 사법작용에 대한 기본권의 기속력을 전적으로 사법부에 맡기면서 오스트리아와도 달리 위헌적 행정처분 자체도 헌법재판소가 관할권을 갖고 있지 아니하다. 그렇다면 이렇게 하는 것이 바람직한가.

즉, 현재의 법원의 관례관행에 비추어 볼 때 기본권의 효력이 충분히 고려되고 있는가. 즉, **기본권은 사법권을 기속하고 있는가?** 만약 그렇다면 상대적으로 또 다른 국가기관이 법원의 판결의 위헌성을 심사하는 것은 그 정도에 비례하여 비효율적일 수 있을 것이다. 만약 그렇지 않다면, 또한 장래에도 쉽게 그러할 가능성이 약하다면, 그때에는 우리는 헌법재판소에 어떤 형태로든 재판에 대한 위헌심사제도를 고려해야만 할 것이다. 그것은 헌법재판소를 위해서가 아니라, 기본권의 기속력, 헌법의 규범력, 즉 헌법의 우위를 실현하기 위해서 그러한 것이다.

## 2. 재판에 대한 헌법소원의 필요성

### (1) 이론적, 비교법적 관점

입법, 사법, 행정권은 헌법으로부터 창설된 국가권력 체계이

다. 헌법은 권력의 제약과 그 합리화를 추구하는 것을 기본 이념(Constitutionalism)으로 삼고 있으며 이러한 입헌주의는 결국 공동사회의 권력을 구축하는 특수한 방법이며 그 제약에 대한 과학인 것이다.<sup>71)</sup> 근대 헌법의 변할 수 없는 이러한 근본이념이 오늘날에도 희석되어서는 아니될 것이며, 따라서 국가의 모든 작용은 권력행사의 측면에서 헌법적 통제를 받지 않을 수 없는 것이다. 따라서 사법작용은 결국 헌법이 부여한 사법권의 행사이므로, 이로서 헌법상 보장된 기본권을 침해할 수 없고 오히려 적극적으로 기본권을 확인하고 보장할 의무를 지닌다. 그러나 그렇다 하더라도 입법형성권을 가진 입법자에 의해 제정된 법률 또한 사법권을 기속하므로, 법관의 단순한 개별법 적용에 하자가 있더라도 이로서 바로 기본권의 침해로 연결될 수는 없는 것이다. 다만 주어진 사례에서 요청되는 기본권 고려의무를 정당하게 실행하지 않은 예외적인 경우에만 관련된 기본권이 침해되었다고 할 것이다.

재판작용에 대한 외부의 기본권적 통제의 필요성은 재판 작용상 나타나는 일반법원의 기본권 실무관행에 비례한다고 할 수 있다. 그런데 우리 나라 일반법원의 법률의 해석·적용과정에서 기본권은 어떻게 적용되었는가? 다음 몇 가지 점들을 고려하면 대체로 법원은 매우 소극적이었다고 평가된다. 첫째, 과거 헌법위원회 제도하에 대법원은 법률에 대한 위헌제청신청을 한 예가 거의 없었다. 이는 당시의 정치적 상황을 감안하더라도, 당시의 법률들의 비민주적 성격을 고려할 때, 사법작용의 근거가 되는 재판규범에 대한 헌법적 가치의 고려를 소홀히 한 것이므로 결

---

71) Neol Reynolds, "Constitutionalism and the Rule of Law", Harvard Journal of Law and Policy 8(1985), 90면 ; 최대권, 헌법학(주 8), 74-81면; 이명웅, 권력의 통제와 합리화 장치로서의 한국헌법-헌법재판소의 기능을 중심으로-, 헌법논총, 제3집, 428-431면 참조.

국 재판작용에 있어 기본권의 효력 구현에 의욕이 없었다는 비난을 면하기 어렵다. 둘째, 법률이 해석에 있어서도 국민의 기본권을 고려하지 않은 예가 적지 않았다고 생각된다. 특히 국가보안법의 해석에 그러한 경향이 심하였다.<sup>72)</sup> 셋째, 기본권의 사인적 효력을 (간접적으로) 인정하는 것이 학계의 통설임에도 불구하고 이 시점까지 민사법 사건 등에서 기본권을 고려한 판례를 찾아보기 어렵다. 넷째, 헌법재판소가 생긴 이래 구체적 규범통제에 대한 법원의(당사자의 신청을 제외한) 직권 위헌제청신청 건수를 보면 첫째인 1989년에는 총 96건(이 중 사회보호법 제5조, 사립학교법 제55조 등 사건들이 중복된 것이 많았다)에 이르러 적극적인 면모를 보여주었으나 그 이후부터는 90년 2건, 91년 2건, 92년 2건이고 93년 9월말 현재 1건이다.<sup>73)</sup> 참고로 평면적이거나 직권 제청만이 인정되는 독일의 경우는 1981년부터 1989년까지 매년 32, 77, 81, 33, 21, 32, 34, 87, 27건인 것을 비교하면,<sup>74)</sup> 또한 약법개폐논의가 아직까지도 논의되는 것을 감안하면, 여러 변수가 있더라도 이는 너무나 적은 숫자인 것이다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도가 있더라도, 또한 헌법해석상 위헌의 확신이 있을 때 제청한다 해도 위 수치는 법원이 사법작용에 있어서의 헌법적 가치구현의무를 제대로 이행하지 않았다는 것을 보여준다고 생각된다. 93.10.말 현재 헌재법 제68조 제2항에 대한 헌재의 심사결과는 처리사건 78건 중 위헌결정이 15건이었다

72) 박원순, 국가보안법 연구 3, 역사비평사, 1993, 31-38면 참조. 특히 찬양, 고무, 국가기밀 등의 구성요건 해석에서 사상과 양심, 표현의 자유 등을 충분히 고려하지 않았다. 이러한 경향은 심지어 헌재가 1990.4. 한정합헌 결정을 내린 이후에도 거의 변화가 없다. 대판 90.6.8, 90도646; 90.7.24, 90도1161 등 참조. 또한 최윤수, 한국 헌법재판소의 한정합헌결정 연구, 서울대 석사논문, 1992, 75-77면.

73) 김종서, "헌법재판의 실상에 대한 통계적 분석", 헌법재판의 이론과 실제, 금강 김철수 교수 화갑기념, 1993, 620면.

74) 양삼승, "통계로 본 독일헌법재판소"(주 15), 94면.

(일부위헌 2, 한정위헌 1, 한정합헌 2건 포함). 이러한 몇가지 정황을 종합해 볼 때 우리 나라 법원은 기본권 존중의 경향이 매우 약한 것으로 판단된다.<sup>75)</sup>

한편 대륙법계의 소송절차를 많이 받아들인 우리의 경우, 법원이 주도적으로 헌법판단을 충실히 하기를 바라기는 어려운 구조적인 문제가 있다고 생각된다.

첫째, 일반법원의 과중한 업무부담 때문에 필요한 헌법해석을 철저하게 하기는 어려우므로 전문화된 헌법재판기관의 헌법해석 작용을 참고하여 제도적 개선을 추진해 나가는 것이 바람직하다. 왜냐하면 헌법은 일반법률과 매우 다른 개방적 규범구조를 갖고 있으며, 다른 특성들을 가지고 있기 때문에 헌법해석과 법률해석은 명백한 방법상의 차이가 있다.<sup>76)</sup>

즉, 헌법은 개방적인 규범이므로 헌법에 의도된 해석의 ‘목표’는 미리 존재하지 않는다. 그러므로 규범의 내용이 미리 확정되었음을 전제로 하는 3단계법적 도그마는 가능할 수도 없다. 헌법의 해석자는 따라서 규범의 내용을 해석자 자신이 처해있는 구체적 역사적 상황으로부터 출발해야 한다. 그는 규범의 역사적 생성과정 등에 대한 선이해(이의 근거제시는 헌법이론의 임무이다)와 더불어 해결하고자 하는 구체적 문제에 접근해 가야한다. 한편 헌법의 통일성을 유지하면서 보호법익의 실제적 조화가 추구되도록 하여야 한다.<sup>77)</sup> 그러므로 헌법의 해석은 법률의 해석과 이런 점에서 차이가 있으므로 일반 법률사건속에 혼재되어 행해지기에는 어려움이 있다.

---

75) 동지, 김효전, “서독의 헌법판례와 한국의 헌법판례의 비교”, 법학 제29권 3·4호, (1988), 108면.  
76) 계획열, “헌법의 해석”, 공법연구, 제20집, 1992, 149면 이하.  
77) K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BDR, 16판, 21-27면 참조.



둘째, 대륙법계의 전통에 대한 M.Cappelletti의 다음의 언급은 유사한 전통 속에 있는 우리에게도 타당성이 있다고 생각된다.

“ 유럽의 사법부의 대부분은 사법심사에 포함되어 있는 가치판단적·준정치적기능을 수행하는 데 심리적으로 무능력한 것같이 생각된다. 대륙의 법관은 일반적으로 직업법관으로서 아주 젊어서부터 사법부에 들어와 주로 연공서열에 따라 승진하게 되어 있다. 그들이 받는 전문훈련은 제정법의 정책적 적용능력보다는 그 기계적 적용기술을 기르게 한다. 그런데 사법심사권의 행사는 법적용이라고 하는 일반사법기능과는 매우 다른 것이다. 근대적 헌법은, 무엇이 법장인가에 대한 고정된 관념에 자신을 한정시키지 않고, 장래의 행위를 위한 프로그램을 포함하고 있다. 그러므로 헌법해석의 일은 오로지 일반법률을 해석하는 경우보다도 고도의 재량판단력을 종종 요구하고 있다. 이것이 바로 켈젠이나 칼라만드레이 등이 헌법해석은 순수한 사법적 활동이라기보다 입법적 활동이라고 말한 한 가지 이유였던 것이다.”<sup>78)</sup>

이상의 논의를 종합해 볼 때 우리 나라에서 사법작용에서 기본권을 실현시키기 위해서는 우리는 사법작용에 대한 외부적, 헌법적 통제제도를 채택하는 것이 필요하다고 생각된다. 이를 위해서는 독일의 재판소원제도가 지닌 다음과 같은 보편적인 요소가 참고가 될 수 있다고 생각된다.

즉, 오늘날 기본권은 직접효력을 갖는 법으로서 모든 국가권력을 기속하므로, 따라서 사법권은 법률뿐만 아니라 기본권을 재판규범으로 삼아야 하며 이러한 의무이행이 미흡할 때는, 헌법상의 기본권의 효력의 관철을 위해서 헌법자체를 재판규범으로 삼아 사헌법(司憲法)하는 국가작용이 필요하다. 다만 법체제

---

78) M. Cappelletti, 구병삭 외 역, 현대헌법재판론, 85-86면.

상의 효율성을 위해 그러한 국가작용은 엄격히 한계지워져야 할 것이다. 기본권을 통한 공동체의 법적 안정성과 예측 가능성을 판례상의 법논리로 확보해갈 때, 국가기관의 권력행사에 대한 합리적 통제가 이루어져 국가기관과 국민들의 헌법의식을 고양시키며, 따라서 기본권의 주체인 국민들의 자아신장과 인간으로서의 존엄성이 확립될 것이다.

이러한 관점에 입각하여 운영되므로 독일의 재판소원제도는 업무량의 폭주와 타국가기관의 활동을 부당하게 제약할 위험성에도 불구하고 대체로 긍정적인 평가를 받고 있는 것이다. 또한 오스트리아 제도보다 전반적으로 기본권의 효력을 보장하는데 더 체계적이다. 물론 오스트리아의 경우 행정권력에 대한 기본권 기속력은 매우 강한 것으로 보이나, 소원제도를 특별한 행정구제수단으로 보는 이러한 방식은 ‘보편적’으로 다른 국가에서 받아들이기 어려운 자신의 역사적 경험과 논리를 가지고 있다고 생각된다. 따라서 헌법논리적, 헌법체계적 관점에서 우리는 오스트리아 제도보다는 독일의 헌법소원제도가 지닌, 헌법적 정의의 실천을 위한 ‘보편성’에 좀더 관심을 가져야 할 것이다.

‘기본권의 대국가적 기속력’이라는 헌법체제에 기반한 독일의 위와 같은 국가작용은 20세기가 끝나가는 이 시점에서 근대헌법 이래의 서구 입헌주의 전통에 편승한 하나의 보편적이고 발전적인 법제도라 아니할 수 없다. 그렇다면 최근에 새롭게 그러한 입헌주의적 전통에 뛰어든 한국의 헌법재판제도는, ‘인간이 인권의 존중’이라는 인류의 보편사적 경험의 발전적 산물인 그러한 제도를 과감하게 받아들여야 할 것이다. 우리의 소송문화와 법제도 등 현실적인 여러 장벽들이 존재하지만 적어도 우리는 현실론보다는 이상론, 즉, 무엇이 더 바람직한 제도이나 라는 관점에

서 줄기를 찾아 나머지 문제점들을 포섭해 나가야 할 것으로 생각된다. 이 경우 늦게 탄생된 제도가 더욱 발전적인 성장을 할 수 있다는(즉, 경제학적인 vintage가 있는) 가능성을 살리려면 헌법재판소는 독일의 경우보다도 더욱 명확하게-어쩔 수 없는 중대한 기본권 침해만을 교정하려는-, 그리고 일반예방의 관점에서(즉, 헌법소원의 객관적 기능을 충분히 고려하는) 최소한의 심사권한만을 행사하도록 해야 할 것이다.

그러한 권한을 행사한다 해도 헌법재판소는 제4심, 혹은 초상고심이 아니다. 상소의 일반적 효력으로 간주되는 확정차단의 효력(Suspensiveeffekt)이나 이심의 효력(Devolutiveffekt)<sup>79)</sup>이 재판소원제기로 발생하지는 않는다.<sup>80)</sup> 현재는 비정규적, 특수한 기본권 구제수단으로서 그 목적은 이 경우 기본권의 중대성에 입각한 기본권 효력의 관철에 있는 것으로 자리매겨져야 할 것이다. 나아가 그렇다면 현재는 결코 더 높은 심급의 법원(eine höhere Instanz)이 아니며, 다만 예외적인 경우 법에 의하여 판결의 취소권을 가진 견제기관일 뿐이라고 해야 할 것이다.<sup>81)</sup>

## (2) 헌법재판소 실무상의 필요성

현재 헌법소원제도에 재판소원이 제외되어 있다는 상황은 단순히 현재의 축소된 관할문제에 그치지 않고 다른 헌법재판기능 수행까지 방해하고 있는 측면이 있다.

첫째, 재판소원이 아닌 다른 헌법소원사건에서, 만일 심판의

---

79) 이시윤, 민사소송법, 신판, 1991, 744-745면.

80) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 7-8면.

81) 또한 현행 제도하에서는 대법원장이 3인의 재판관을 지명하도록 되어있으나, 이는 법원에 의한 (매우 강력한) 헌법재판소 견제장치인 것이다.

대상과 유사한 사건이 법원의 (확립된) 관례에 구속받는다면, 비록 그 관례내용이 헌법적 측면에서 받아들이기 힘들어도, 현재는 본안의 심판대상에 대해 새로이 법적 판단을 하는 것을 회피할 위험성이 있다. 예를 들어, 현재 93.5.13. 선고, 91헌마190 교수재임용추천거부 등에 대한 헌법소원 사건에서, 심판의 대상으로 확정된 것은, 세무대학장이 청구인의 조교수 재임용추천을 하지 아니한 공권력 불행사의 위헌여부이므로, 사안의 성격상 추천행위의 법적성질을 헌법적 관점에서 규명했어야 했을 것이다.<sup>82)</sup>

둘째, 현재는 여러 형태의 변형결정을 하고 있는 바, 그 필요성은 인정된다 할지라도, 그러한 변형결정의 모국인 독일의 경우, 우리와는 현재의 지위가 다르고, 특히 법원에 대해 해석을 한정시켜주는 변형판결(한정합헌, 한정위헌)을 자유롭게 할 수 있는 바탕은 역시 재판소원제도가 있기 때문이라 할 것인데(기속력의 사후확보), 재판소원제도가 없는 우리의 경우 한정합헌(90.4.2, 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판), 한정위헌(91.4.1, 89헌마160 민법 제764조의 위헌여부) 결정은 그 물적 토대가 약할 수밖에 없다. 즉, 한정합헌결정에 대한 기속력을 사후적으로 확보하기 위해서는 재판소원제도가 전제되어야 할 것이다.<sup>83)</sup> 또 한 위 한정위헌 사건과 같은 경우(주문 : 민법 제764조(1958.2.22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은

---

82) 당시 재판관 변정수의 반대이견은 다음과 같다 : “...세무대학장의 교원재임용추천이나 그 철회행위가 자유재량행위나 기속재량행위의 여부 및 인사위원회의 동의 없이 재임용추천을 철회할 수 있는 것인지의 여부는 이 사건 교원재임용추천철회행위의 적법 여부를 판단하는데 있어서의 전제 내지는 핵심부분이므로 위 행정소송에서 일반 법원이 그에 대하여 판단하였건 상관없이, 또한 그에 대한 청구인의 주장이 있건 없건 상관없이 헌법재판소로서는 반드시 그러한 점에 대하여 직권으로 판단하여야 할 것이고 또한 당연히 판단할 수 있는 헌법사항이다...”

83) 정제황, “헌법재판소 한정합헌결정”, 법과 사회, 제3호, 1990, 44면.

헌법에 위반된다) 역시 사실상 법원의 법률해석·적용 범위를 한정하는 의미를 가지므로, 이러한 결정유형이 가능하려면 재판소원제도가 전제되는 것이 바람직할 것이다. 특히 법률의 해석·적용범위의 일정한 제한(축소)를 구하는 형태의 법규헌법소원 등 헌법재판청구가 남용된다면 사실상 법원의 법률·해석에 대한 헌법소원을 상당부분 허용하는 결과가 되어 갈등의 소지가 생길 우려도 있는 것이다.

셋째, 재판소원이 제외되었다는 것은 규범통제절차에도 영향을 끼칠 수 있다. 우선 법원은 직권 위헌제청을 해야 할 경우에도 이를 회피하여 하지 않을 수 있다. 왜냐하면 통제수단이 없기 때문이다. 앞서 본 직권제청수치(90년 이후 매년 2건에 불과) 및 현재의 헌재법 제68조 제2항 헌법소원사건 처리결과가 이러한 위험성을 반증하고 있다. 법원이 기본권에 기속된다 함은, 적용법률이 위헌성이 있을 때에는(혹은 위헌성을 확신할 때는) 반드시 재판절차를 중지하고 현재의 결정을 기다려야 함을 뜻하는 것이다. 또한 재판소원이 제외됨으로써 탄생한 헌재법 제68조 제2항의 절차는 그 성격 및 소송물이 헌법소송의 체계성에 맞지 않는다(즉, 굳이 따지자면 절차의 성격은 헌법소원이고 소송물은 법원의 위헌제청신청기가 결정이 되었어야 했을 것이다. 현재 학설·실무의 대체적인 경우는 그 성격을 이렇게 보지 않고 있다. 헌재법 제68조 제2항의 절차는 결국 재판소원을 제외하자 최소한의 헌법재판을 보장하기 위해 궁여지책으로 입법화되었다. 그러나 이러한 절차의 개시로 법원의 소송절차가 정지되지 않으므로 현재의 결정이 늦어진다면 극단적인 경우 법원의 청구인은(형사법 사건의 경우) 잘못된 법률·법해석 때문에 이미 형기를 가능성마저 있게 된다).

넷째, 보충성 원칙의 왜곡이 나타난다. 보충성의 원칙은 결국

일반구제절차를 통해 사안에 대한 선행의 구제효과를 전제하는 것이며, ‘보충성’이란 말이 뜻하듯이 최종적으로는 헌재가 (마지막 심급의 재판을 대상으로) 구제절차를 개시하겠다는 것을 전제하고 있는 것이다. 그런데 구제절차란 대부분 법원에 의한 구제절차를 말하는 것이므로, 재판을 대상에서 제외함은 결국 ‘보충성의 원칙’ 개념의 왜곡을 초래하여 모순된다. 따라서 보충성의 원칙 위배를 이유로 사건을 각하함은 헌재결정의 신뢰성을 침해하게 되며, 나아가 다시 일반구제절차로 나아갈 기간이 도과할 수도 있다. 더욱 심각한 것은 ‘보충성의 예외’라는 인식들이다. 이는 독일의 경우와는 상이하게 그 인정여부는 헌재의 심사여부를 최종적으로 결정하게 된다. 따라서 현실의 헌법소원제도와 타구제절차와의 심각한 긴장관계가 초래되고, 청구인의 입장에서는 이러한 인식들에 해당되느냐 여부에 따라 종국적으로 헌법소원 청구권의 유무가 결정되게 되므로, 청구인간의 불평등 문제도 일으킬 수 있는 한편, 헌재로서는 심각하게 오히려 본안보다도 요건심사에 가까운 정력을 쏟아야 하는 비효율이 있게 된다. 전반적으로 재판을 대상에서 제외했기 때문에 헌법소원의 요건심사는 매우 에너지가 많이 드는 민감한 문제로 등장할 수 밖에 없어 외부에서 보면 헌재에 대한 신뢰성에 상처를 줄 수가 있는 것이다.

다섯째, 중요한 쟁점의 하나가 법원의 재판을 거친 후 청구한 원처분에 대한 심사문제이다. 헌재로서는 국민들이 기대와 자신의 무력감 사이에 갈등을 겪을 수 있다. 사실상 행정작용이라는 공권력에 의한 기본권 침해가 헌법소원의 주된 대상일 수 있는데, 재판을 제외하였기 때문에, 결국 헌법재판의 입장에서 볼 때 위헌적인 행정처분 등 행정작용에 손을 못댄다면 모순이 초래된

다. 그러나 그렇다고 현행 쟁송체계상 쉽게 이를 받아들이기도 어려운 한편, 현행 제도상 행정소송 대상이 되지 않는 공권력은 헌재에 의하여 구제 받을 수 있고 그 보다 훨씬 침해의 강도가 높은 공권력은 — 만일 행정재판에서의 기본권 고려가 약하여 — 구제 받을 수 없다면 법체계상의 정당성이 훼손될 수도 있다.

여섯째, 제도의 연혁상 헌재의 실무는 독일이 판례·학설을 상당수 도입하고 있다. 그러나 양국 제도의 체계가 부조화되고 있으므로 인하여 여러 문제가 생길 수 있다. 예를 들어, 헌재는 재판을 거쳐 청구된 행정처분 사건에 대한 각하이유로서, “사실관계의 인정과 평가 또는 단순한 일반법규의 해석과 적용의 문제는 원칙적으로 헌법소원의 심판대상이 될 수 없는 것이어서.. .” (92.6.26, 90헌마73 등) 라고 실시하고 있으나, 이러한 표현은 위에서 보았듯이 독일의 재판소원에서 단순한 법률문제와 헌법문제를 구분하는 표현이므로, 이러한 표현에 의하면 언젠가는 헌법문제로 인식될 때는 헌재가 심사한다 라는 것이 전제된 것인데, 재판소원이 제외된 상황에서는 이러한 표현의 효용성은 미지수인 것이다. 그러나 문제는, 그러한 표현자체는 헌법재판소가 사용할 수밖에 없는 심사범위의 원칙이라는데 있는 것이다. 따라서 헌법소원제도의 모형에 해당되는 독일제도와는 달리 체계적 정당성이 결여된 현실의 제도운영의 난이 는 쉽게 그 깊이가 결정되지 않고 있는 것이다. 왜곡된 제도하에 가능한 해결책을 모색하려는 시도는 잘못하면 더 깊은 왜곡으로 빠져들 수도 있는 것이라 생각된다.

이러한 여러 문제점들을 볼 때 재판에 대한 소원은 헌법재판의 효율성과 기본권의 규범력을 위해 열려져야 할 것이다.

### (3) 몇 가지 선결문제

그러나 재판소원제도가 받아들여지기 위해서는 다음과 같은 문제들이 해결되어야 할 것이다. 첫째, 헌법 제107조 제2항의 ‘최종적’이란 개념은 헌법소원제도와 기본권의 효력확대를 위해 법원내부의 최종적이란 의미로 규범조화적 해석이 이루어지는 것이 바람직하다.<sup>84)</sup> 둘째, 현재의 연구진들이 대폭 증가하여야 하며 학계와의 교류가 더욱 많아지는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 헌법규범의 개방성을 고려할 때 현재는 지금껏 그래왔듯이 학계와 실무가 공존하는 공간인 것이다. 셋째, 남소방지를 위해 제도개선이 이루어져야 하며, 예를 들어 현행의 변호사 강제주의를 잘 활용하고, 지정부 권한을 늘리며, 불기소처분 사건도 대부분 지정부사건에서 다루도록 한다(그러나 법원에 의한 재정신청사건의 범위를 넓히는 것이 더욱 바람직하다). 또한 무엇보다도 현재가 심사범위에 대한 확실한 경계선을 설정해야 할 것이다. 넷째, 대법원과 현재는 동열의 지위를 가져야 하며, 다만 현재가 예외적으로 판결의 취소권을 갖게된다. 대법원장은 헌법재판관 3인을 지명할 수 있으므로 현재로서는 서로 견제와 균형의 관계를 설정한다. 다섯째, 헌법재판소법의 관련조항들의 개정이 필요할 것이다.

---

84) 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대 박사논문, 1989. 12, 225면 등 참고. 또한 통일적인 법해석 등을 위하여 명령·규칙의 위헌심사를 현재가 관할 하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 정중섭, “헌법소송과 행정소송 : 현행명령·규칙에 대한 위헌심판절차의 문제점과 그 해결 방안”, 헌법논총, 제3집, 1992, 367-371면 참고.



#### (4) 결 론

재판소원의 인정여부는 하나의 헌법문제이다. 학계의 압도적인 찬성의견이 있는 반면,<sup>85)</sup> 법원의 실무가들은 반대하고 있다.<sup>86)</sup> 대체로 실무가들은 독일과 달리 헌재가 사법부 최고기관이 아니고, 남소문제, 사실상의 제4심화, 능력론, 헌법 107조 제2항해석론 등을 들고 있다. **최고 사법기관이나 아니냐는 문제의 본질이 아니다.** 헌재는 법률에 의하여 판결의 취소권을 예외적으로 가질 뿐이라고 보아야 한다.

독일과는 달리 선거소송, 중요한 권한쟁의는 대법원 관할이다. 독일 헌재와 같이 연방문제를 다루는 위상을 가진 것도 아니다. 실무가들은 우리의 헌법현실에 맞는 제도가 도입되어야 한다고 일치하여 주장하는데, 본고는 바로 우리의 현실에서 기본권의 가치를 고양시키기 위해, 기본권의 이름으로, 재판소원의 인정이 절실하다고 주장한다. **견제와 균형의 원리**는 사물의 본성에서 나오며 또한 국가조직과 권한의 원리이다.<sup>87)</sup> 견제받으면서 각각의 기능을 수행할 때 양자는 모두 효율적일 수 있으며, 법원과 헌재의 주된 관심사는 사실상 입법권까지 가지고 있는 행정권력 작용의 통제일 수 있는 것이다.

---

85) 김철수, “헌법소원제도의 개선방안”, 헌법재판소, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판연구 제1권, 1990, 547-549면 ; 허 영, “헌법소원제도의 이론과 우리제도의 문제점”, 고시연구, 1989.4, 61면 등 참조.

86) 법무부, 헌법재판제도, 법무자료 제95집 ; 법학, 제29권, 3·4호(1988.12.)의 “헌법재판의 활성화 방안” 토론내용 ; 박일환, “재판에 대한 헌법소원”, 인권과 정의, 1989.11, 78-82면 등 참조.

87) 줄고, 견제와 균형의 원리에 관한 연구, 서울대 석사논문, 1987, 40-42면 참조. 또한 헌법소원에 있어서 국가기관에 대한 기본권적 통제권을 가진다고 해서 그러한 통제기관이 초입법자(Über-Gesetzgeber), 초행정기관(Über-behörde)이나 초상급법원(Über-Instanzgericht) 혹은 초상고기관(Super-revisionsinstanz)이 되는 것은 아닌 것이다. U. Steinwedel, 위의 책(주12), 22면.

# 헌법상의 재산권 개념과 정당보상의 내용

최재건

전 비서관

## - 목 차 -

- I. 서
- II. 헌법과 재산권
  - (1) 서
  - (2) 재산권개념의 변천과정과 『헌법을 기초로한 재산권』
- III. 헌법을 기초로한 재산권보장
  - (1) 재산권의 자유보장기능
  - (2) 재산권보장에 있어서의 다원성
- IV. 정당한 보상의 내용
  - (1) 서
  - (2) 정당한 보상
- V. 결

## I. 서

우리헌법 제23조에는 『① 모든 국민은 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.』라고 규정되어 있다. 위 1, 2항은 사유재산은 그것을 박탈할 수 없다는 원칙을 규정한 것이며 이에 대하여 제3항은 『...공공필요...』가 있는 경우에는 그 원칙을 과기한다고 하는 특수한 경우를 규정하고 있다. 이것은 그정도 만으로도 커다란 희생인 것으로서 이것과 더불어 재산손실의 사후처리를 그대로 방치한다면 제1, 2항의 원칙은 완전히 공허한 문장으로 된다. 여기에 헌법은 재산박탈중에 재산불가침의 원칙을 관철하기 위하여 손실부분을 화폐가치의 형태로 전보하기로 한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 헌법현실을 보면 위와 같은 헌법규정이 없는 경우가 있는가 하면 각개 법률에 보상금액의 산정기준이 명규되어있기는 하나 이것이 곧 헌법 제23조 3항의 정당보상에 해당한다고 볼것인가의 문제가 발생하는 경우가 있을 것이다. 이러한 경우 그러한 법률은 과연 헌법적 판단을 어떻게 받아야하는지. 물론 헌법적 판단을 하기 위하여는 심판의 대상이 되는 법률이 특성되어야 하는 것이지만 헌법적 판단의 대전제인 헌법은 하나인 것이므로 앞으로 발생할 각종 재산권관계 법률위헌여부심판을 위한 이론적 기초로서 헌법상의 재산권

이란 어떠한 것이며 어느 정도 보장되는 것인지. 따라서 어느 정도의 어떠한 내용의 보상이 필요한것인지를 분명히 할 필요성이 있다. 이러한 과제를 해결하기 위한 방법론으로는 비교법적고찰·목적론적고찰·법사회학적고찰 및 기능론적고찰방법등이 있을수 있으나 여기서는 우리헌법의 재산권규정이 Bonn 기본법 제14조의 규정을 계수한 것으로 볼 수 있을 것이므로 Bonn 기본법 제14조에 대한 판례와 사고방법에 대한 논의를 중심으로하여 역사적발전과정에 따라 사회과학적으로 재산권개념을 인식(기능론적 접근) 함으로써 위 과제를 검토하고자 한다.

## II. 헌법과 재산권

### (1) 서

우선 독일의 1952년의 판례<sup>1)</sup>를 보면 『기본법은 그 14조에 있어서 민법및 사회에서 형성되어온 재산권을 보장하는 것이다.』라고 하여 일견 민법 및 사회의 기존질서를 기초로 하여 재산권개념을 설명해온 것으로 보인다. 한편 독일에 있어 1981년 나온 판결<sup>2)</sup> 『헌법에 의하여 보장된 재산권의 개념은 헌법 자체로부터 파악되어야한다.』라고 하여 재산권개념을 「헌법을 기초로한 재산권」 즉 헌법상의 재산권개념을 별도로 인정하고 이를 기초로 하여 재산권보장을 실현하여야 한다는 것으로 보인다. 이

---

1) BverfGE 1,264(278)

2) BverfGE 58,300(335)

와 같이 독일 연방헌법재판소의 재산권에 대한 사고방법의 변화(즉 「재산권의 헌법화」 내지는 「민법전의 사유재산으로부터 헌법적 의미에 있어서 개인재산의 해방」)<sup>3)</sup>의 배경에는 헌법규정의 변화에 따라 수용개념(특히 수용의 대상인 재산권개념)이 변화되었다는 점에 있는 것으로 보인다. 즉 고전적의미의 수용개념에 있어서 수용의 대상은 토지 기타 물권에 한정되었으나 Weimar헌법 제153조아래에서는 수용의 대상이 채권을 포함하는 재산적 가치 있는 사권일반으로 확대되었다. 이어서 탄생된 Bonn기본법하에서는 법규정의 변화가 있었는데, 연방통상재판소는 수용에 관한 위 기본법규정을 운용함에 있어 부대조항<sup>4)</sup>(기본법 제14조 ③항 2문 : ...그것은 보상의 방법과 정도를 규정하는 법률에 의해서만 또는 법률의 근거위에서만 행하여진다...)을 무시하여 수용여부의 결정을 스스로 행하여 수용임에도 불구하고 부대조항이 준수되지 않는 경우에는 수용법률을 무효로 하지 않고 보상하는 방법을 택하는 등 기존의 재산권질서를 고정화하는 취지의 판결을 선고했으나 연방헌법재판소는 초기의 판례와 달리 최근의 판례<sup>5)</sup>에 있어서는 기본법을 기준으로 하여 재산권을 파악하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 기본법을 기준으로 하여 재산권을 파악한다는 것 즉 「헌법을 기초로한 재산권」이란 무엇을 말하는지 이하 이점에

3) vgl. P. Häberle, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, in ... Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 109(1984), S.58.

4) 재산권조항인 기본법 제14조가 Weimar 헌법상의 재산권조항인 153조와 구별되는 가장 큰 특징은 14조 3항 2문이 새로이 첨가 된것으로서 이를 부대조항(Junktimklausel)이라한다.

기본법 제14조 : 『①소유권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 제한은 법률로서 정한다.

②소유권은 의무를 포함한다. 그 행사는 동시에 공공의 복리에 이바지 함이 필요하다.

③수용은 공공의 복리를 위하여서만 허용된다. 그것은 보상의 방법과 정도를 규정하는 법률에 의해서만 또는 법률의 근거위에서 만 행하여 진다. 보상은 공공및 관계자의 이해를 공정히 고려하여 결정하여야 한다. 보상금액에 관하여 분쟁이 있을 때는 통상재판소에 제소한다.』

5) BVerfGE 58,300(355)

관하여 고찰하기로 한다.

## (2) 재산권개념의 변천과정과 「헌법을 기초로한 재산권」

### 1) 생래의 권리로서의 재산권(19세기적 재산권)

18·9세기를 지배한 자유주의, 개인주의사상은 개인을 이기적인 원자론적 존재로 보아 개인을 가치의 중심에 놓으므로써 국가는 개인의 자유와 생명 그리고 재산을 보호하는 데 그 목적이 있는 것으로 이해되었다. 이와 같은 사상을 배경으로 제정된 인권선언의 선구자라 할 수 있는 1976년의 Virginia권리장전 제1조는 「모든 인간은 나면서부터 자유를 갖고 독립되어 있으며 일정한 미래의 권리를 소유하고 있는 것이다. ...이러한 권리란 재산을 취득하고 행복과 안녕을 추구 획득하는 수단을 동반하고 생명과 자유를 형수하는 권리이다.」 라고 하여 기본권의 초국가성을 실정적으로 명기하고 있으며 1780년 의 Masathussets헌법 제1조도 「모든 인간은 ...생래의 본질적이며 양도할 수 없는 일정한 제권리를 가지고 있다. 이 권리중에는 ...재산을 획득하고 소유하고 보호하는 권리...들이 당연히 포함되어 있다.」 라고 하여 기본권의 자연권성을 명기하고 있으며 또한 1789년의 프랑스 인권선언 제17조도 「소유권은 하나의 신성하고 불가침의 권리이며, 법률이 규정한 공공의 필요가 있을 때에만 정당한 보상을 조건으로 그것이 침해될 수 있다.」 뿐만 아니라 동2조는 「모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이며 불가양의 권리를 보장함에 있다. 그 권리란 자유, 재산, 안전, 그리고 압제에 대한 저항이다.」 라고하여 생명(Life) 자유(Liberty) 재산(Property)

이라고 하는 기본권의 성삼위 일체(heilige Trinität)<sup>6)</sup> 적인 자연권 성<sup>7)</sup>을 인정하고 있다. 즉 미국 독립당시의 사람들이나 프랑스시 민혁명 당시의 사람들에게 있어서 재산권은 천부불가양의 자연 권으로 생각되어서 자유 평등 행복 안전이라는 추상적인 권리의 보장과 더불어서 구체성이 강한 재산권의 보장이 근대국가존립의 목적이 된다고 생각되었다. 이와 같이 자유주의 개인주의에 입각한 고전적 경제질서 아래서는 재산과 자유 그리고 무재산(Nichteigentum)과 부자유(Unfreiheit)는 경제가 우리의 존재의 기초를 의미하는한, 언제나 동일한 것으로 간주되어 왔다.<sup>8)</sup> 즉 근대 시민사회는 상품교환사회였으며 시민들은 상품소유자로서 상품의 교환을 통해서 경제적 생존을 유지확보하였다. 그러므로 근대초기에 있어서 인간의 생존권은 상품을 소유하고 있다는 재산적 가치에 의하여 기초지워져 있었다. 그리고 소유와 노력이 일치되는 자영업자 소시민의 경우에는 재산권의 보장이 동시에 생존권의 보장이라는 관계가 성립된 것이다. 이리하여 재산권의 보장은 실로 자본주의와 그에 기반을 두는 입헌주의의 근본원칙이 되어 있는 것이며<sup>9)</sup> 사유재산권을 전적으로 부인하거나 광대

6) Hans-Christoph Schröden, Das Eigentumsproblem in den Auseinandersetzungen um die Verfassung von Massachusetts, 1775-1787, in, Eigentum und Verfassung, Zur Eigentumasaiskussion im ausgehenden 18. Jahrhundert, 1972, S. 11.

7) 여기서 주의할 것은 기본권의 자연권성이 인정된다하여 사회적 구속성이 전혀 인정되지 않은 것은 아니다. 즉 위 인권선언 제4조는 여타의 인권과 같이 재산권의 경우에도 사회의 다른 구성원에게 같은 권리의 형유를 보장한다. 고하여 제한을 가하고 있으며 이에 기초한 프랑스 민법은 제545조에서 『소유권은 법령에 반하지 않는 한 가장 절대적 방법으로 물건을 사용 처분하는 권리를 의미한다.』 기본적으로는 기본권의 절대성을 인정하면서도 법령에 의한 소유권의 제한을 인정하고 있다. 이러한 입장은 당시 프랑스가 지배한 제국가의 법령에서도 나타나는데, 베네룩스 3국 · 모나코 · 미국의 루이지애나 민법과 1885년의 이태리 민법 · 1889년의 스페인 민법등이 그 예이다.

8) Val, Heinz Pentzlin, Die Urasachen der Revolten fegen die Marktwirtschaft, in, Marktwirtschaft und soziale Verantwortung, 1973, S. 257.

9) 미국헌법 수정제5조 참조

한 범위에서 제한하는 것은 곧 자본주의 및 입헌주의 그 자체를 파괴하는 것이라고 간주되는 것이다. 그러한 의미에서 사유재산제에 대한 헌법적 결단은 그 헌법의 전체적 성격을 규정하는 하나의 가치결단(Qwertentscheidung)을 의미하였다고도 말할 수 있는바, 그것은 정치적 결단은 경제적 결단에 종속케되는 이른바 『경제의 범위안에 있어서의 헌법』(Verfassung im Rahmen der Wirtschaft)을 의미하였다.<sup>10)</sup>

그러나 20세기에 들어서자 자본주의의 발달에 수반한 부의 편차는 무산계급과 유산계급간의 심각한 계급대립을 초래하여 극도의 사회적 불안상태를 조성하였으며, 따라서 개인주의적 재산권의 개념은 수정을 받게 될 수밖에 없게 되었다. 여기에 소위 『20세기에 있어서의 재산권의 보장』이란 관념이 도출된다.

## 2) 20세기에 있어서의 재산권의 보장

위에서 말한바와 같이 19세기의 시민방위적·자유주의적 국가에 있어서 국가의 최대임무는 국민의 자유 평등 행복 안전이라는 추상적인 권리의 보장과 더불어서 구체성이 강한 재산권을 보호하기 위하여 국가가 국민의 생활에 간섭을 하지 않는 것이었으며 이것이 곧 국민의 생활권을 보호하는 것이었다. 그러나 오늘날 20세기의 국가는 국민의 생활에 대한 소극적인 방관자적 태도를 버리고 적극적으로 개입하여 추상적인 자유권 및 구체적

---

Amendment v [1791]

..., nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ; nor shall private proterty be taken for public use, without just compensation.(..., 법의 정당한 절차에 의하지 않고는 생명 자유 또는 재산은 박탈되지 않는다. 사유재산은 정당한 보상 없이 공공의 사용을 위하여 수용당하지 아니한다.)

10) Jürgen Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 3, Aufl., 1973, S.38.



인 재산권을 보호하고 생활권을 보호함으로써 국민의 생활을 윤택하게 해야 할 시대적 역사적 상황<sup>11)</sup>에 직면하게 되었다. 즉 정치적 자유주의 시대와 궤를 같이하는 경제적 상업자본주의 시대의 재산권의 개념은 전공업적 개념으로서 여기서의 재산이란 기업인이나 지주 또는 사인등의 물적 소유권 그 자체를 의미하였다. 그러나 이어서 등장한 산업자본주의 시대에 있어서의 주식 소유권은 생산수단의 소유자의 사회적 지위를 지배적 지위로 까지 고양시켰고 공장 근로자의 탄생은 새로운 사회적 문제를 야기 시키기에 이르렀다. 이의 해결을 위하여 국가는 정치 경제적으로 방관적인 태도를 지양하고 적극적으로 간여하여 사회적 개혁의 시도를 하기에 이르렀다. 물론 헌법적 이념에 있어서도 그 예외는 아니다. 그 이념의 변화라 할 수 있는 것이 사회정의에 입각한 이른바 사회적 법치국가(sozialen Rechtsstaat)의 이념이다. 이러한 역사적 상황에 직면하여 제정된 20세기적 모델의 대표적인 것이 1919년의 바이마르 헌법으로서 같은법 제153조는 『① 소유권은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 공용수용은 공공의 복리를 위하여, 그리고 또한 법률에 의하여서만 행할 수 있다. 수용은 국가의 법률에 어떤 특별한 규정이 없는 한 상당한 보상으로써 행한다...③ 소유권은 의무를 포함한다. 소유권의 행사는 동시에 공공의 복리를 위할 것을 요한다.』 라고 규정하여 19세기적 헌법에서 『신성불가침의 권리』로 인식되던 국민의 기본권이 자유권내지는 재산권의 사

---

11) 1·2 차대전이라는 역사적 상황을 계기로하여 종래의 시민적 법치국가적 헌법은 그 기본권의 성격에 있어서 다음과 같은 몇가지의 변화가 있었다. 첫째, 18·9세기를 지배한 자유주의, 개인주의사상의 퇴조. 둘째, 천부적 절대적 인권으로 상정되온 기본권이 상대적 권리로 인식되었다는 점. 셋째, 개인적 자유가 사회 내지는 국가에 의존하게 되었다는 점. 넷째, 인권개념의 기초가 되는 이데올로기의 변화를 들 수 있다.

회적 의무화와 같이 이른바 사회적 구속(sozialen Bindung)을 헌법적으로 인정하게 되었다.<sup>12)</sup> 2차 대전후의 각국의 헌법규정도 대체로 이를 모델로 하여 규정하고 있는바, 특히 독일 Bonn기본법은 제14조에서 『① 소유권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 소유권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다. ③ 공용수용은 공공복리를 위하여만 허용된다. 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야 한다. 보상액 때문에 분쟁이 발생할 경우에는 정규법원에 제소할 길이 열려져 있다.』라고 규정하고 있다. 이는 바이마르 헌법 제153조의 규정을 확대 승계함으로써 사유재산권의 보호를 더욱 완전하게 한 특색이 있는 것으로 보인다. 즉 바이마르 헌법하에서 판례로 인정되었던 보상을 전제로 하는 입법에 의한 제한의 가능성이 기본법에서는 입법자가 보상규정없는 수용법률을 제정하는 것을 헌법에서 원천적으로 봉쇄함으로써 사유재산권의 보호에 더욱 만전을 기한 것으로 보인다.<sup>13)</sup> 또한 제1조 2항은 『그렇기 때문에 독일국민은 침해할 수가 없고 또한 양도할 수도 없는 인권을…인정한다』라고 하여 기본권을 불가양 불가침적인 인간의 권리로 선언하고 있으며 제19조 2항은 『기본권의 본질적

---

12) 그러나 당시의 확실과 판례의 경향은 헌법의 이러한 규정에도 불구하고 재산권보장에 있어서 그 의미내용을 확대 강화하는 방향으로 해석하였음을 알 수 있다. 즉 일견 바이마르 헌법 제153조의 전단과 후단 의 규정은 서로 모순되는 규정으로 보인다. 전단은 재산권을 자연법적 절대적권리(absolute Grundrechte)로 인정하는데 대하여 후단은 비절대적 권리로 규정되어 있기 때문이다. 이 경우 전 의 규정은 사유재산제를 전제로 하는한 명목상의 Programm적 규정이 아니라 오히려 시민적 법치국가원리의 적극적인 확인을 의미한다고 한다. Carl Schmitt, Verfassungslehre, SS 166. p.171-2

13) BVerfGE 4,219 230

내용(Wesensgehalt)은 어떤 경우에도 침해되어서는 안 된다.』고 하여 기본권의 자연권성을 인정하고 있고 제15조는 재산권의 사회화를 규정하고 있지만 그 구체적인 종류는 한정되어 있으며 이에 대한 보상 역시 수용의 경우와 같은 원칙에 의한 보상이 요구되고 있는 등으로 미루어 볼 때 기본적으로 기본법은 재산권개념의 존재이유를 『모든사람』의 인권보장에 있다고 설명하는 근세자연법론을 이념적 기초로 하고 있음을 알 수 있다.

3) 위와 같이 재산권개념을 역사적 발전과정에 비추어 볼 때 19세기적 재산권개념과 20세기적 재산권개념은 그 어느 것이나 재산권개념의 존재이유가 『모든사람』의 인권보장에 있다고 설명하는 근세자연법론을 이론적 기초로 하고 있다는 점에 있어서는 동일하다고 생각된다. 이러한 자연법론이 근대 시민계급에 의하여 주장되고 지지되어 그 실현을 위한 운동이 이루어져 근대적 의미에 있어서의 헌법으로서 구체화되고 실정법화되었기 때문에 그 해석·운용을 위하여 개념구성·이론구성이 이루어질 경우에 자연법이론의 입장에 서서 이루어지는 것은 당연하다. 그러나 자연법론에서 말하는 것이 헌법으로 구체화·실정법화되었다고 하여도 헌법이 제정된 이상은 자연법론에서 말하는바와 같은 것이 직접 실현되는 것은 아니고 헌법 독자적인 논리가 움직이고 있다는 것을 인정해야하지 않을까 생각된다. 이점과 관련하여 P. Häberle도 연방헌법재판소의 재산권관계 판례중에서 주목할 것은 「헌법적 의미에 있어서의 재산권」이라고 하는 용어가 자주 사용되고 있으며<sup>14)</sup>, 「헌법적 의미에 있어서의 재산권이 인격의 자유를 중핵으로하여 규정되어있다」<sup>15)</sup>고 함으로써

---

14) vgl. P. H. berle, a.a.O., S.38.

15) vgl. P. H. berle, a.a.O., S.67.

헌법독자적인 논리가 움직이고 있다는 것을 인정하고 있음을 알 수 있다.

여기서 헌법 독자적인 논리를 인정하는 입장<sup>16)</sup>과 인정하지 않는 입장<sup>17)</sup>이 양분되는 것으로 보인다.

4) 그렇다면 헌법독자적인 논리란 어떠한 것인가? 이것은 위에서 살펴본바와 같이 20세기적 헌법규정이 자연법론을 기초로 하여 생성된 것이고 또한 자연법론으로부터 나오는 논리적 귀결이라하여도 직접 법적 효력이 인정되는 것이 아니고 일단은 헌법이 헌법제정권력자의 「의사」에 의하여 탄생된 것임을 고려한다면 이미 탄생된 헌법 구조 내에서 「모든사람의 의사」가 관철되도록 재산권의 실효성을 확보하는 사고 방법을 말한다고 생각된다. 따라서 헌법독자의 논리는 비재산권자를 포함하는 『모든 인간』의 국정참가를 요청한다는 의미로 민주정원리를 요청하고 또한 비재산권자를 포함하는 『모든 인간』의 인권의 실효적형수 · 행사를 요청한다고 하는 의미로 사회국가원리를 요청한다고 말하게 된다. 따라서 결국 헌법독자의 논리는 재산권보장을 논함에 있어서 재산권을 천부불가침의 인권이라고 하는 자연법론을 중시하면서도 민주정원리 · 사회국가원리를 바탕으로 하여 이해하는 것이며, 민주정원리 · 사회국가원리와 재산권과의

---

16) 이 입장에 속하는 판결로는 BVerfGE 24, S.367(389)을 들 수 있는바, 위 판례는 “재산권은 인격적자유(persönlich Freiheit)와 내면적연관을 갖는 필수적인 기본권이다. 재산권의 전체구조 가운데에서 기본권주체에게 재산법의 분야에 있어서 자유영역을 보장하고 그것에 의하여 기본권주체에게 자기책임에 기한 생활형성을 가능하게 하는 임무를 갖고 있다.”라고 하여 재산권을 기본권의 전체구조가운데에서 헌법독자의 논리에 따라 해석하고 있는 것을 볼 수 있다.

17) 이 입장에 속하는 판결로는 BGHZ 6, S.270(276)을 들 수 있는바, 위 판례는 “자유민주적 헌법의 지도현상에 속하는 것은 특히 재산권과 인격적 자유(Personale Freiheit)와의 결합이다. 국가에 존재하는 개인은 각각 개인간에는 인격으로서 즉 자유로운 자기책임으로 생존하기 위하여 또 강대한 국가권력의 단순한 객체로 되지 않기 위하여 따라서 자유와 존엄을 위하여 재산이라고 하는 법적으로도 엄격하게 보장된 영역을 필요로 한다.” 고하여 재산권의 무제약을 원칙으로하고 있다.

관계에 있어서는 전자가 후자를 외부로부터 제약하는 것이 아니라 재산권보장 가운데에 원시적으로 함유되어있는 것으로서 이해하는 것이라 생각된다. 결국 헌법을 기초로 하여 재산권을 생각한다고 하는 것(즉 헌법상의 재산권개념을 인정하는 것)은 재산권에 관하여 헌법상 독자적인 논리가 움직이는 것을 인정하는 것 즉, 인권으로서의 재산권과 민주정원리·사회국가원리와의 조화적공존을 추구하는 것에 귀착한다고 생각된다.

5) 그렇다면 그 구체적인 조화점은 무엇인가? 이를 고찰하기 위하여는 재산권이 다른 기본권과 어떠한 특수성이 있는가를 염두에 두고 생각하여야 한다고 생각된다. 즉 재산권은 재산권의 객체에 대한 지배를 통하여 그 재산권의 객체의 이용에 의존하고 있는 타자를 지배하는 가능성을 갖고 따라서 그러한 타자의 부자유를 초래할 가능성(인격적 부자유)을 갖고 있으며, 가사 지배관계가 아닌 경우라고 하여도 각인간에 특별히 커다란 경제적 격차를 발생케하고 따라서 사회생활·정치생활상 커다란 격차를 발생케하며 그러한 결과 의미있는 국정운영을 곤란하게할 가능성을 갖고 있다. 이와 같이 재산권이 본질적으로 타인의 인격적 부자유를 초래할 가능성을 갖고 있는 것이라면 결국 양자의 조화점으로써 인격적자유를 위한 불가결의 전제로서의 재산권이 헌법적 의미에 있어서의 재산권으로 된다고 할 수 있을 것이다.<sup>18)</sup>

6) 결국 헌법을 기초로 하여 재산권을 생각한다고 하는 것 즉 헌

---

18) 환언하면 재산권을 인격적자유를 위한 불가결의 전제로서 생각하는 자연법론의 입장에서 보더라도 재산권이 무제한성의 원리가 적용되는 것은 인격적자유를 위하여 필요불가결한 범위내라고 보는 것이 이치에 합당하다할 것이고 다른 한편 인격적자유 의 실효적보장을 강조하는 민주정원리·사회국가원리에서 볼 때 인격적자유 의 실현을 위하여 불가결하다고 생각되는 한도까지는 재산을 승인하는 것이 이치에 합당하다고 할 수 있을 것이므로 인권으로서의 재산권과 민주정원리·사회국가원리와의 구체적 조화점은 인격적자유를 이한 불가결의 전제로서의 재산권인지의 여부에 따라 판단된다고 할 수 있을 것이다.

법상의 재산권의 개념을 인정한다고 하는 것은 재산권에 관하여 헌법상 독자적인 논리가 움직이는 것을 인정하는 것에 귀착하고 그것은 환언하면 천부불가침의 인권으로서의 재산권과 민주정원리·사회국가원리와 의 조화적공존을 추구하는 것에 귀착한다고 생각된다. 구체적으로 양자가 조화되는 재산권은 「인격적자유를 위한 불가결의 전제로서의 재산권」에 한정될 것이므로 이러한 재산권은 입법·행정·사법 등 모든 공권력적 행위로부터 강력히 보호되어야 하는 재산권으로 보인다.<sup>19)</sup>

### Ⅲ. 헌법을 기초로한 재산권보장

#### (1) 재산권의 자유보장기능

1) 위와 같이 헌법상 강하게 보장되어야 할 재산권(헌법상의 재산권 개념)이 인격적자유와 실현을 위한 수단적 성격을 갖는 것에 한정된다면 결국 헌법상의 재산권개념은 본질적으로 인격적 자유의 보장내지 실현의 기능을 갖고 있다고 할 수 있을 것이다. 이와 같은 기능은 다음과 같이 사적생활·정치·경제의 제분야<sup>20)</sup>에서 나타나는 것으로 보인다.

---

19) 이상을 특히 입법자와의 관계에서 고찰하면 헌법은 우선 재물이 특정한 사적주체에 귀속하는 상태를 실현하는 것을 입법자에게 위임한다고 할 수 있는바, 이와같이 입법자위에게 위임함에 있어서 개인의 인격적자유와 불가결의 관계를 갖는 것과의 귀속관계의 확정과 관련하여 그것을 헌법상 존중될 만한 것으로서 엄격한 태도를 갖고 입할 것을 명하고, 그것 이외의 것의 귀속관계의 확정과 관련하여는 헌법상 허용되고 있는 것으로서 광범한 제약을 갖고 입할 것을 명한다고 할 수 있을 것이다.

20) Vgl. G. Müller, Privateigentum heute, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 100(1981), S.66-78

## ① 사적생활 분야에서 나타나는 재산권의 자유보장·실현 기능

사적생활의 분야에서 나타나는 재산권의 자유보장·실현기능<sup>21)</sup>은 소위 소재산에서 나타나는 기능으로서 안전한 생활을 보장하는 기능, 처분 및 결정기능, 프라이버시(확보)기능 등이 포함되는 것으로 보인다. 본래적 의미의 소재산에는 일상생활의 수요를 충족시키는 재산·스스로 자신이 거주하기 위한 주거·택지·자동차·저금통장·소규모의 영업·자기자신이 경작하는 농지등이 포함된다고 생각할 수 있는바, 이와 같이 종래부터 재산권이라고 할 수 있는 것 이외에 이에 대신하여 자유보장기능(특히 안전한 생활을 보장하는 기능)을 과한다고 생각하는 것 예컨대 봉급청구권·연금청구권·사회부조청구권등 공법상의 권리가 포함된다고 생각된다. 물론 현대사회에 있어서 이러한 「소재산」은 봉급 및 사회보험을 보완하는 지위를 강하게 갖고 있는 것으로 볼 수도 있으며 따라서 「소재산」의 소유자인 대다수의 국민에게는 그 보장이 현실적으로 그 의의가 별로 없는 것이 아닌가 하는 생각을 자아내게 하는 측면도 부인할 수 없을 것이나 이러한 측면의 이면에는 개인의 인격적자유와 직접적으로는 무관한 재산권(그러한 의미에 있어서의 대재산)이 대다수의 다른 비재산권자의 인격적 자유를 방해하고 있다는 점을 간과 할 수 없을 것이다. 이렇게 본다면 현대사회에 있어서도 「소재산」의 헌법적보장의 의미는 그대로 존속한다고 할 수 있을것인바, 인격적 자유를 영위하지 못하는 자에게 있어서 그러한 재산권은 재산권이라 부르던 또는 사회권이라고 부르던 단지 생활보장이 이루어지고 있다는데 특색이 있는 것이며 대재산의 경우에는 그것이 단지 헌법상 허용된 것에 지나지

---

21) Vgl. G. Müller, a.a.O., S.66ff.

않는것이므로 다른 비재산권자의 자유실현을 촉진하기 위하여 강한 제한이 가하여질 수 있다고 생각된다.

### ② 정치생활 분야에서 나타나는 재산권의 자유보장·실현 기능<sup>22)</sup>

정치생활 분야에서 나타나는 재산권의 자유보장·실현기능은 주로 대재산<sup>23)</sup>에서 나타나는 것으로 보인다. 이러한 대재산은 그 특성상 국민의 정치의미형성을 부당하게 왜곡할 목적 및 방법으로 투입될 가능성을 갖고 있다. 따라서 한편으로는 선거운동의 규제 및 정치자금의 규제를 통하여 재산권의 부당한 영향력 행사에 대처할 필요가 있고 다른 한편 국민의 정치의사형성을 촉진키위하여 국민간의 재산상의 격차를 될 수 있는 한 좁히는 동시에 국민의 재산형성을 촉진할 필요가 있다. 왜냐하면 비재산권자의 경우는 자기의 생활을 자기책임을 갖고 형성하는 기회가 적기 때문에 자유롭게 판단할 가능성이 거의 없으며 타자의 의견에 의하여 조작되기 용이한 것이 현실정임에 비추어 볼 때 비재산권자도 정치적으로 독립된 판단을 할 수 있도록 국민간에 일정정도의 동질성을 확보하는 것이 필요하다고 생각되기 때문이다.

### ③ 경제생활 분야에서 나타나는 재산권의 자유보장·실현 기능

경제생활 분야에서 나타나는 재산권의 자유보장·실현기능도 주로 대재산에서 나타나는 것으로 보인다. 이러한 대재산을 그 객체로 하는 재산권은 경제의 분야에 있어서 다른 제 요소와 함께 시장경제체제의 구성요소를 생성하고 각각의 경제활동에 대

---

22) Vgl. G. Müller, a.a.O., S.73ff.

23) 예컨대, 재산권에 기하여 국가로부터 자유인 신문을 간행하는 것이 가능하고 일정의 재산을 기반으로 하여 선거운동등의 정치운동을 효과적으로 행할 수가 있다.



한 자극적 촉진적 기능 및 물건의 생산 배분에 관한 결정권한을 분산하는 기능을 갖고 있으며 따라서 경제체제를 자유롭게 하는 기능을 갖고 간접적으로 자유를 보장하는 기능을 갖고 있는 것으로 보인다.<sup>24)</sup> 이와 관련된 독일연방헌법재판소의 공동결정법에 관한 1979.3.19.의 판결을 보면 『결정권한분산 및 권력·기회·위험·지배의 배분에 입각하는 경제체제의 작용능력에 있어서 중요한 의의를 갖고 있는 주주권인 재산권의 객관법적 기능이 헌법상의 보장을 받고 있다』고 하면서도 『이 보장은 개인의 재산권의 보장에서부터 단절되어 그에 대하여 독립된 것은 아니고 이 보장은 인권으로서의 재산권보장의 제일차적 의미에 대하여 부수적인적에 지나지 않는다<sup>25)</sup>』고 판시하고 있는바, 이것은 개개인권의 기능의 헌법적 정당성은 기본적으로는 인격적 자유에 의하여만 근거지워지고 재산권의 경제조직적 기능 혹은 경제적 효율성 촉진 기능도 헌법상 그 자체로서 독립하여 정당성을 갖는 것이 아니라 인격적 자유의 실현에의 기여에 의하여 비로소 헌법상의 정당성을 갖게 된다는 것을 언급한 대표적 판결이라고 생각된다.

위와 같이 재산 특히 대재산이 결정권한분산기능을 갖고 나아가서는 사회적 권력분립기능을 갖는다고 말할 수 있으나 실제로는 국가와 기업이 결합하는 경우가 많고 대재산 상호간의 권력분립이라고 하여도 사회적으로 동질의 것 상호간의 분립에 지나지 않는 것이기 때문에 재산권에 의한 사회적 권력분립도 현실적으로는 기대할 수 있다고 생각되지는 않는다. 따라서 이상의 것을 고려하면 재산권에 내포하는 결정권한분산기능을 존중하고 그

---

24) G. Müller, a.a.O., S.76ff.

25) BVerfGE 50, S.290(344)

것에 기대하여 재산권 특히 기업에의 국가적 개입을 억제하는 것보다는 오히려 재산권의 사회적권력으로서의 기능에 주목하여 다른 비재산권자의 인격적자유의 실현을 위하여 재산권의 제한을 강화하는 방향으로 결정적 weight를 둘만하다고 생각된다.

## (2) 재산권보장에 있어서의 다원성

### 1) 서

헌법에 의한 재산권의 보장의 방법에 존중과 허용, 인격적자유를 위한 불가결의 전제를 생성하는 것으로서의 보장과 그 이외것으로서의 보장이 있다고 한다면, 재산권의 대상의 성질 및 기능에 응하여 서로 다른 취급을 할 필요가 있고 또한 재산권의 존중 제한의 방향에도 여러 방향이 있다면, 재산권의 권리로서의 성격에도 각종의 것이 있다고 생각하는 것이 필요하고 재산권의 핵심이 인격적자유에 있다면 재산과의 결합관계에서 볼 때 통상의 재산권자 이외에 자기의 인격적자유의 실현을 위하여 재산과 밀접한 관계를 갖는 자도 어느 의미에서는 재산권자로 보아 재산의 운용을 이러한 2종류의 재산권자의 합의에 기초할 수 있는 것이 필요하다고 생각된다. 재산권의 보장은 이러한 각종의 관계에 임하여 다원적으로 이루어져야한다고 생각된다. 이하 재산권의 대상에 있어서의 다원성, 권리로서의 성격에 관한 다원성 및 재산권의 대상에 관계되는 재산권자의 다원성에 관하여 간단히 살펴본다.

## 2) 재산권의 대상에 있어서의 다원성

가) 이에 관한 대표적 판결로는 독일 연방헌법재판소의 공동 결정법에 관한 판결을 들 수 있는바, 동 판결은 『재산권이 개인의 인격적 자유의 보장의 요소로서의 기능을 과하고 있는 경우 재산권은 특히 넓은 범위의 보호를 받는다. 이에 대하여 재산권의 대상이 사회적 관련을 갖고 사회적 기능을 영위하는 것이 크면 클수록 입법자의 내용·한계 확정 권한은 크게 된다. 그 근거는 제14조 2항중에 표현되어 있는 관점 즉 이 경우에 있어서의 이용과 처분이 재산권자의 영역 내에 있는 것이 아니고 재산권의 대상의 이용을 필요로 하는 타인의 이익에 관계된다는 관점이다. 이 전제의 바탕에는 재산권을 공공복리에 적합하게 이용하도록 한 기본법의 명령은 자기의 자유의 보장과 책임있는 생활형성을 위하여 재산권의 이용을 필요로 하는 비재산권자를 고려한다고 하는 명령을 포함하고 있는 것이다.』<sup>26)</sup>고 하고 있다. 따라서 재산권 제한 입법을 함에 있어서 보장의 강도(환언하면 재산권 제한의 강도)를 판단하는 기준은 재산권의 대상인 재산이 개인적인 기능(즉 인격적 자유의 보호기능)을 갖고 있는가 또는 사회적 기능을 갖고 있는가의 여부에 의하여 결정 될 수 있으리라 생각된다. 이러한 고찰 방법은 일본의 경우에도 일찍부터 존재하여왔는바, 대표적이 학자로는 고원현치교수를 들 수 있다. 동 교수는 일본헌법상의 재산권 보장 규정과 관련하여 다음과 같은 요지의 기술을 하고 있다. 즉 『사유재산권이 그 성립의 당초부터 내장하고 있던

---

26) BVerfGE 50, S.290(240f.) ; 재산권의 대상이 다원적이라는 관점에서 재산권보장의 범위를 인격적 자유의 전제로서의 「생존의 보장」을 위하여 공법상의 주관적권리 내지 청구권(예컨대, 복지수급권)에 까지, 혹은 본인의 노력이나 그것과 동일시되는 것에 기초하여 획득된 것까지 확장하여야 한다는 취지의 판결로는 BVerfGE 53, S.257 참조.

이기적 측면과 사회적 측면을 어떻게 조화시키느냐하는 문제가 사회국가에서 재산권의 제한 및 보장을 논할 경우에 가장 중요한 문제일 것이다. 그리고 이 경우에 잊어서는 안될 것은, 「사회국가(사회적 법치국가)는, 사유재산권이 공공성이 강한 사회적 존재임에도 불구하고 이것을 무시 혹은 경시하였기 때문에 발생하게 된 경제적 약자에게 인간다운 생활을 하게 하기 위하여 탄생된 것이다」는 점이다. …결국 한마디로 재산권이라 하지만 그 권리의 객체인 재산은 극히 다양하며 따라서 이와 같은 다양한 재산을 일괄하여 법적처리를 한다는 것은 불가능에 가깝다고 할 수 있을 것인바, 그 이유는 예컨대 특허의 소유권과 토지의 소유권과 동일한 재산이지만 사회에 주는 영향의 정도는 크게 다르다고 생각되기 때문이다. 아마도 이와 같은 사실은 정도의 차이는 있을지라도 모든 재산권에 공통된 사실일 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 다양한 재산을 일괄해서 파악하고 이러한 재산에 대한 권리를 추상적으로 재산권이라고 부르는 것은 재산권의 제한을 생각할 때 그리고 또한 그 보장 즉 손실보상을 생각할 때 극히 곤란한 문제를 도처에서 제공케 한다. 사회국가가 재산권의 사회성을 중시하고 있다면 이러한 다양한 재산에 관해서 그 재산의 사회성의 강약에 따라 배열을 하고 그 배열에 의하여 법적 취급을 달리하는 것도 혹은 허용되는 것은 아닐까 생각한다. 왜냐하면 극히 사회성이 강한 재산임에도 불구하고 그것을 이기적으로 사용했다면 사회성이 비교적 약한 재산을 이기적으로 사용했을 때에 비하여 그 사회에 주는 폐해는 훨씬 크다고 생각되기 때문이다. 따라서 사회국가에 있어서는 강한 재산은 대폭 제한 되지만 사회성이 비교적 약한 재산은 제한의 필요가 없을 것이다. 그렇다면 사회성이 강한 재산이란 무엇이며

사회성이 약한 재산이란 무엇인가』 문제로 된다고 한다.<sup>27)</sup> 요컨대, 헌법상 「인권으로서의 재산권」이라는 표현이 사용될 경우에 그것은 다음과 같은 두 개의 서로 다른 의미를 갖고 있음을 주의할 필요가 있다. 하나는 재산권을 그 전범위에 걸쳐 인권으로서 파악하는 것이고 다른 하나는 재산권내의 인격적자유를 위한 불가결의 전제를 갖는 것만을 인권으로서 파악하는 것인바, 전자의 입장은 경제적 보수주의를 바탕으로 하고 있고 개인주의적 자유주의를 바탕으로하여 개인의 자유와 사회의 자율성을 강조하고 있으며 국가가 입법형성권의 행사에 의하여 인위적으로 재산법질서의 변화를 의도하는 것에 소극적이며 재산권이 사회적 불평등과 갈등을 야기한다는 측면보다는 인간의 자유와 자기책임적 삶을 위해 그리고 사회전체의 효율을 위하여 필요하다는 측면을 중시하는 입장에 있다고 할 수 있다. 그러나 오늘날 현대 사회적법치국가에 있어서의 재산권이란 그 개념적요소인 재산의 종류가 극히 다양하여 재산권또한 다양할 수밖에 없고 따라서 이를 일괄해서 파악하여 이러한 재산에 대한 권리를 추상적으로 재산권이라고 부르고 법적처리를 한다고 하는 것을 재산권제한을 생각할 때 특히 곤란한 문제를 발생시킨다. 따라서 국가는 이들 문제를 해결키위하여 입법형성권의 적극적행사에 의하여 이들 재산권의 내용과 한계를 구체적으로 설정하여야 할

---

27) 高原賢治교수는 그의 저서 財産權と損失補償에서 다음과 같은 요지의 진술을 하고 있다. 『사회적법치국가(사회국가)에 있어서 손실보상문제를 생각함에 있어 침해의 대상인 재산은 그 종류가 극히 다양하므로 재산권또한 다양하며 따라서 이에 대한 올바른 법적 처리를 하기 위하여는 재산자체를 구분할 필요가 있는바, 그 구분지는 『대재산』과 『소재산』이며 구분근거는 사용가치를 주목적으로 하는 재산인가 혹은 교환가치를 주목적으로 하는 재산인가의 여부이다. 「대재산」은 교환가치를 주목적으로 하는 재산으로서 이 경우에는 대폭제한하여도 무방하지만(물론 재산권의 본질을 침해하지 않는 한에 있어서의 제한) 「소재산」인 경우에는 국민의 생존과 관련된 비교적사회성이 약한 재산이므로 사회국가에서도 강하게 존중되어야만 하는 재산이다』.

것인바, 이렇게 함으로써 재산권 개념의 외연의 확대에 따른 산업사회에서의 계급갈등을 해소시키고 사회적 정의를 실현 시킬 수 있다고 생각된다. 이렇게 본다면 우리 나라와 같은 사회적법치국가(사회국가)에 있어서는 사회성이 극히 강한 재산은 대폭 제한 되지만 사회성이 비교적 약한 재산은 제한의 필요가 없을 것인바, 「대재산」은 교환가치를 주목적으로 하는 재산으로서 비교적 사회성이 강한 재산이므로 대폭 제한하여도 무방하지만(물론 재산권의 본질을 침해하지 않는 한에 있어서의 제한) 「소재산」인 경우에는 국민의 생존과 관련된 비교적 사회성이 약한 재산이므로 사회국가에서도 강하게 존중되어야만 하는 재산이라 할 수 있을 것이다.

### 3) 재산권의 권리로서의 성격에 관한 다원성<sup>28)</sup>

위에서 언급한바와 같이 헌법상 독자적인 논리가 움직이는 것을 인정 — 천부불가침의 인권으로서의 재산권과 민주정원리·사회국가원리가 헌법상 조화롭게 공존하는 것을 인정 — 한다면 재산권의 권리로서의 성격은 천부불가침의 인권으로부터 나오는 방어권적 성격 및 민주정원리로부터 나오는 참여권적 성격이 있다고 생각된다. 방어권적 성격이란 재산권에의 국가의 개입을 배제하는 권리이며 참여권적 성격이란 재산권의 절차면<sup>29)</sup>에서의 구성 즉 재산권의 규제과정에서의 참가의 권리를 의미한다. 이와 같이 재산권을 절차면에서의 참여권으로 구성하는 경우의 장점은 자기의 생존에 필요불가결한 것(예컨대 토지)을 요구하는 자

28) Val. P. Häberle, a.a.O., S.66ff

29) 여기서는 재산권을 절차면에서 구성했지만 실제면에서의 구성도 가능하다고 생각된다. 실제적의미의 참여권은 본원적권리로서는 성립곤란하다고 하여도 파생적권리로서는 성립가능하고 이미 제도화된 사회보험·사회보장상의 급부청구권을 재산권으로서 이해하는 경우에 나타난다.

가 그 규제에 참가할 수 있다고 하는데 있고 따라서 예컨대 토지의 생존에 적합한 토지의 형태에 관심을 갖는 국민이 더욱 조기에 참가할 수 있다는데 있다.

#### 4) 재산권의 대상에 관계되는 재산권자의 다원성

위에서 언급한바와 같이 헌법에 의한 인권으로서의 재산권의 보장이 인격적자유와 보장을 위하여 행하여진다고 생각된다면 재산권자의 인격적자유와 직접관계되는 것이 아닌 재산이라 할지라도 재산권자이외의 다른 사람의 인격적자유와 강한 관련을 갖고있다면 그 재산을 이용하는 자에게 대하여도 일종의 재산권자로서의 지위를 인정하고 그와 같은 재산에 있어서는 소유권자인 재산권자와 이용자로서의 재산권자와의 사이의 합의에 기하여 그 운용이 이루어져야하지 않나 생각된다. 예컨대, 소유자인 재산권자와 차가인·차지인과의 관계 및 기업의 경영을 둘러싸고 있는 자본가와 노동자와의 관계가 그것이다. 특히 자본가와 노동자와의 기업운영에 대한 공동의 의사결정은 결과적으로 기업의 소유자인 자본가의 독자적인 기업운영을 제약한 것이라는 의미에서 사회적권력 분립의 효과를 갖는다고 할 수 있을 것이다. 이와 동일한 맥락에서 토지의 경우에도 토지소유자만이 아니고 이용자혹은 이용의 가능성을 갖는 모든 자가 일종의 재산권자로서 국가에 필요하다고 생각된다. 결국 소유권자 아닌 재산권자도 인격적자유와 강한 관련을 갖는 재산을 이용하고 있다면 그에게도 일종의 재산권자로서의 지위를 인정하여 소유권자인 재산권자와 이용자로서의 재산권자와의 사이에 합의에 기하여 그 운용이 이루어져야한다고 생각된다.

## 5) 결

이상과 같이 재산권의 대상·성질·주체가 다원적인 성격을 갖고 있다면 재산권보장의 문제를 생각함에 있어서도 구체적인 경우에 즉응하여 다원적으로 생각하여야 할 것인바, 이상에서 언급한 것을 간단히 요약하면 다음과 같다.

① 사회적법치국가(사회국가)에 있어서 손실보상문제를 생각함에 있어 침해의 대상인 재산은 그 종류가 극히 다양하므로 재산권 또한 다양하며 따라서 이에 대한 올바른 법적 처리를 하기 위하여는 재산자체를 구분할 필요가 있는바, 그 구분지는 「대재산」과 「소재산」이며 구분근거는 사용가치를 주 목적으로 하는 재산인가 혹은 교환가치를 주 목적으로 하는 재산인가의 여부이다. 「대재산」은 교환가치를 주 목적으로 하는 재산으로서 이 경우에는 대폭제한하여도 무방하지만(물론 재산권의 본질을 침해하지 않는 한에 있어서의 제한) 「소재산」인 경우에는 국민의 생존내지는 인격적 자유와 관련된 비교적 사회성이 약한 재산이므로 사회국가에서 강하게 존중되어야만 하는 재산이다.

② 재산권의 권리로서의 성격은 천부불가침의 인권으로부터 나오는 방어권적 성격 및 민주정원리로부터 나오는 참여권적 성격이 있다고 생각된다. 방어권적 성격이란 재산권에의 국가의 개입을 배제하는 권리이며 참여권적 성격이란 재산권의 절차면에서의 구석 즉 재산권의 규제과정에서의 참가의 권리를 의미한다.

③ 헌법에 의한 인권으로서의 재산권의 보장이 인격적 자유의 보장을 위하여 행하여진다고 생각된다면 재산권자의 인격적 자유와 직접 관계되는 것이 아닌 재산이라 할지라도 재산권자이외의 다른 사람의 인격적 자유와 강한 관련을 갖고 있다면 그 재산을



이용하는 자에게 대하여도 일종의 재산권자로서의 지위를 인정하고 그와 같은 재산에 있어서는 소유권자인 재산권자와 이용자로서의 재산권자와의 사이의 합의에 기하여 그 운용이 이루어져야 한다고 생각된다.

## IV. 정당한 보상의 내용

### (1) 서

이상과 같이 재산권의 대상·성질·주체가 다원적인 성격을 갖고 있다면 재산권보장의 문제 — 그 이면으로서 손실보상의 문제 — 를 생각함에 있어서도 구체적인 경우에 즉응하여 다원적으로 생각하여야 하리라 생각된다. 그러나 보상에 관한 실정법적 규정은 각국의 입법태도에 따라 상이하게 발현되고 있음을 알 수 있는바, 보통은 『정당한 보상<sup>30)</sup>』 또는 『상당한 보상<sup>31)</sup>』이란 용어를 사용하여 일반 추상적으로 기준을 정하고 있다. 이하(2)에서는 우리헌법이 규정한 정당한 보상의 성질과 내용을 어떻게 이해해야 하는지 그리고 그러한 이해를 바탕으로 한 구

---

30) ① 1789년의 France인권선언 제17조, 『소유권은...사건의 정당한 보상조건하 가 아니면 이것을 빼앗기는 일이 없다.』  
② 1791년 America헌법 수정 제5조, 『...또 정당한 보상없이는 사유재산을 공공 용도를 위해 수용되지 않는다.』  
③ Bonn기본권 제14조, 『...사익과의 정당한 형량(Gerechter-Abw gung)에 의거하여 정하여야 한다.』  
④ 일본 헌법 제29조 3항, 『사유재산권은 정당한 보상하에...』  
31) 1919년 Weimer헌법 제 153조 2항. 『공용수용은...경우를 제외하고는 상당한 보상(Angemessen Entschädigung)으로써 이를 하여야한다.』

체적 보상내용으로서 어떠한 것이 존재하는지를 예시적으로 살펴보고자 한다.

## (2) 정당한 보상

### 1) 서

우리 나라 제헌헌법은 『상당한 보상』이란 용어를 사용하였으며, 제3공화국 헌법은 제20조 3항에서 『정당한 보상』이란 용어를 사용하였고, 제4공화국 헌법에서는 완전히 법률에 위임하였다. 제5공화국 헌법은 제2조 3항에서 『...정당하게 형량하여 법률로 정한다.』라고 하여 독일 기본법 제14조 3항 3문의 예에 따른 일반적인 보상의 기준으로 정당하게 형량한 보상을 규정한바있으며, 현행 제6공화국 헌법은 제23조 3항에서 『1..., 정당한 보상을 지결하여야 한다.』라고 하여 보상의 기준으로 정당한 보상을 규정하고 있다. 따라서 『정당한 보상』의 판명문제가 발생한다.

『정당한 보상』이란 정당한 보상액이란 용어 이외의 의미를 가지고 있지는 않다. 그러나 일정한 보상액이 정당한가 또는 비정당한가를 계산하는 데에 결코 객관적인 기준이 없는 것은 아니라고 보여지는데, 그 기준은 헌법이 수용등에 대하여 보상을 인정할 이유중에 포함되어 있다고 보여진다.<sup>32)</sup>

### 2) 보상의 이유

---

32) 일본, 공법연구 제 11호, 1954, 유비각, 84頁 참조.

우리 헌법 제23조에는 『 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.』 라고 규정되어 있다. 위 1,2항은 사유재산은 그것을 박탈할 수 없다는 원칙을 규정한 것이며 이에 대하여 제3항은 『...공공필요...』가 있는 경우에는 그 원칙을 파기한다고 하는 특수한 경우를 규정하고 있다. 이것은 그 정도만으로도 커다란 희생인 것으로서 이것과 더불어 재산손실의 사후처리를 그대로 방치한다면 제1, 2항의 원칙은 완전히 공허한 문장으로 된다. 여기에 헌법은 재산 박탈 중에 재산불가침의 원칙을 관철하기 위하여 손실부분을 화폐가치의 형태로 전보하기로 한 것이다. 이것이 헌법이 보상을 인정한 합리적 이유인 것이다.

### 3) 「정당」의 의미

이와 같이 생각하면 상기한바와 같은 이유에 적합한 정도의 보상 즉 정당한 보상<sup>33)</sup>이라고 하는 것은 수용재산을 『객관화』한 화폐가치』 그것을 가지고 보상한다고 할 수밖에 없을 것이다. 결국 완전보상에 이르게 되는 것이다. 문제는 여기서의 『완전』이란 용어를 과연 어떻게 이해할 것인가이다. 완전보상설을 지지하는 입장의 대표적 학자로는 유리양간, 결성광태량 등이 있

---

33) 이에 관한 대표적 학설로는 종래부터 완전보상설과 상당보상설이 존재하여 왔음은 주지의 사실이다.

는바, 이들의 주장내용은 각기 상이하다. 즉, 유죄양간은 손실보상의 생존근거는 평등의 원칙에 있다는 전제하에 보통 발생하는 손실의 전부보상(부대적 손실 포함)을 완전보상<sup>34)</sup>이라 파악하는데 비하여 결성광태량은 피침해재산의 시가거래가격(market value)에 의한 객관적 가치(부대적 손실 불포함)의 완전한 보상을 완전보상<sup>35)</sup>이라 한다. 한편 상당보상이란 일반적으로 완전보상을 원칙으로 하면서도 공익상의 합리적 사유가 있으면 그것을 하회할 수 있다는 견해로서 이 입장은 재산권의 의무성을 선언한 『Weimar』 헌법 제153조의 해석 및 이를 계승한 『Bonn』 기본법 제14조 제3항 3문의 『공익과 관계자의 이익의 정당한 형량(gerechte Abwägung)』에 의한 보상이라는 표현에 의하여 계승되고 있다. 따라서 상당보상설은 일견 완전보상설에 입각한 보상의 액보다 적은 듯 보인다. 그러나 상당성이라는 개념은 그 자체가 매우 추상적인 것으로서 상당보상을 위한 전제조건인 피침해재산의 가치를 평가함에 있어 그 재산이 예컨대, 극히 적은 재산을 갖고 있는 자의 재산이고 당해 재산이 그 사람의 생활의 터전이 되었다면 적어도 다른 장소에서 동종의 생활을 하는데 필요한 액수의 보상을 하여야하는 것이 사회국가의 이념에 합치하는 것이고 이러한 것이 오늘날 우리사회의 법감정상 타당한 『상당』한 보상이라고 생각한다면 이 경우에는 완전보상설에서 말하는 수용재산의 시가 거래가격에 의한 보상의 액보다 상회하는 결과를 낳을 것이다. 그리고 또한 이러한 형태의 보상을 보는 관점에 따라서는 완전보상이라고 하지만 구체적인 경우에 즉응하여

---

34) 柳瀬良幹, 『憲法と補償』, 자치연구, 25권 9호, 1968.11항 ; 柳瀬良幹, 『공용부담법』 법률학전집 14권, 유비각, 1971, 280頁.

35) 結城光太郎, 『正當な補償の意味』 공법연구, 11호 1960, 84頁.

서는 개명료성 추상성등으로 말미암아 이들 학설의 대립이 별로 유용하지 않음을 알 수 있다.

그렇다면 이러한 사태가 발생하는 근본적인 이유는 무엇일까. 생각건대 이는 기본권관 또는 재산권관의 차이(즉 헌법상의 재산권개념을 인식함에 있어서 『헌법독자적인 논리를 인정』 하는 입장에 서는가 또는 인정하지 않는 입장에 서는가의 차이)에 기인한다고 생각된다. 전자의 입장에서 정당한 보상의 개념을 인식하면 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다. 즉 위에서 언급한바와 같이 헌법상 재산권보장을 생각함에 있어 인격적자유를 위한 불가결의 전제로서 기능하는 재산권의 보장과 그 이외의 것으로 기능하는 재산권의 보장이 있다고 한다면 재산권의 대상의 성질 및 기능에 응하여 서로 다른 법적처리(기능론적 접근)를 할 필요가 있다고 생각된다. 이와 같이 재산권개념을 기능론적으로 접근<sup>36)</sup>할 때 현대의 자본주의국가에 있어서 재산권이 가지는 기능에는 다음 두 가지가 있는 것으로 생각된다. 그 하나는 사적소유하에 있는 자본재<sup>37)</sup>로서의 기능이고 다른 하나는 개인의 생활기반을 구성하는 물적수단<sup>38)</sup>으로서의 기능이다. 이러한 기능은 역사적 기능에 불과한 것이기는 하지만 자본재로서의 기능을 가지는 사유재산에 대한 무상의 침해는 합리적 계산으로 꾸려지는 자본주

---

36) 재산권개념을 이해함에 있어 이 이외에 대표적인 것을 자적론적 접근방법이 있다. 자적론적 사고방법에 의하는 경우에는 위 상당보상설과 완전보상설은 동일한 특성의 사안에 염두에 두고서 연역적·일반추상적으로 양설의 우열을 가리는 형태로 나타날것이나, 기능론적사고방법에 의하는 경우에는 귀납적으로 재산권이 구체적으로 인격적 자유의 보장 내지 실현의 기능을 갖고 있는지의 여부에 따라 손해진보를 하는 것이므로 후술하는 바와 같이 경우에 따라서는 위 자적론적 사고방법하에서의 완전보상액보다 상회하는 결과가 발생할 수도 있을 것이다.

37) 이러한 재산 즉 대재산의 경우에는 정치·경제생활분야에서 자유보장 및 실현기능을 갖는 경우가 많은 것으로 보인다. : 본 논문 『Ⅲ. 헌법을 기초로한 재산권보장』 참조.

38) 이러한 재산 즉 소재산의 경우에는 사적생활분야에서 자유보장 및 실현기능을 갖는 경우가 많은 것으로 보인다. : 본 논문 『Ⅲ. 헌법을 기초로한 재산권보장』 참조.

의 경제의 존립기초를 박탈하게 될 것이다. 그러나 그 반면에 있어서 자본주의 경제법칙에 따른다면 재산권의 보장은 궁극적으로 그의 교환가치의 보장만으로 족한 것이므로 손실보상제도는 이른바 재산가치의 보장(Eigentumswerts garantie)으로서 재산권 보장의 실질을 거둘 수 있을 것이다. 다른 한편 개인의 생활 수단으로서의 재산권에 대한 침해의 경우에는 그의 보상은 개인의 생활기반의 붕괴를 방지하기 위해서도 필요하다. 따라서 이 경우에는 재산권의 보장에 그치지 않고 생존권의 보장에도 연관되는 문제가 특히 손실보상의 범위를 통하여 일어나게 된다. 이러한 경우에는 단순한 재산의 교환가치는 물론이고 사용가치까지도 보상하는 것을 정당한 보상이라할 수 있을 것이다.

위와 같은 사고방법은 독일의 판례에서도 쉽게 발견할 수 있는바, BVerfGE 24, S.367(389)는 『재산권은 인격적자유(persönlich Freiheit)와 내면적관련을 갖는 필수적인 기본권이다. 재산권은 기본권의 전체구조가운데에서 기본권주체에게 재산법 분야에 있어서 자유영역을 보장하고 그것에 의하여 기본권주체에게 자기책임에 기한 생활형성을 가능하게 하는 임무를 갖고 있다.』라고 하여 재산권을 기본권의 전체구조가운데에서 헌법독자의 논리에 따라 해석하고 있는 것을 볼 수 있다. 여기서 인격적자유와의 내면적관련이라고 하는 것은 재산권의 중핵을 이루는 것으로서 중핵에 상당하는 기능을 하는 부분에 있어서는 보장을 강제하는 근거로 되고 중핵에 상당하지 않는 부분에 있어서는 입법자에 의한 대폭적인 규제를 허용하는 근거로 되는 것으로 보인다. 물론 중핵에 해당하는 기능을 하는 부분이 구체적으로 어떠한 것인지의 여부가 문제로 되기는 하지만 BVerfGE 42 S.64(77)가 『사회적 법치국가에 있어서 재산권의 보호는 사

회적 약자를 위하여도라기 보다는 오히려 사회적약자를 위하여 관철되어야한다. 왜냐하면 이러한 시민들(필자주 : 사회적약자)은 그들의 자유로운 의사를 위하여 우선 이러한(재산권)보호를 필요로 하기 때문이다.』라고 판시하고 있는 점에 비추어볼 때 사회적 약자가 갖는 재산권 즉 생존에 필요한 최소한의 재산을 갖을 권리가 아닌가 생각된다. 이렇게 생각한다면 중핵에 상당하지 않는 부분 즉 비생존적 재산권에 대하여는 BVerfGE 31,S.275(285)가 말하는 바와 같이 『입법자는 특히 이미 설정되어있는 권리에 개입하여 이것에 새로운 용어를 사용하여 새로운 내용을 부여할 수 있다. 즉 권리의 귀속관계를 유지하면서 새로이 권한과 의무를 규정할 수 있다. 재산권보장과 구체적인 재산권과는 개정의 필요성이 명확한 경우에 입법권력을 초월할 수 없는 한계를 생성하는 것은 아니다. (필자주 : 입법권력을 초월하여 개정할 수 있다.)』고 생각된다. 따라서 이러한 견지에서는 『재산권의 적정한 보장』이라는 입장 — 이것을 보상의 측면에서 보면 『상당한 보상의 입장』 — 이 도출된다. 따라서 상당한 보상이란 재산권을 생존적재산과 비생존적 재산으로 양분하여 전자의 침해가 있는 경우에는 생활권보장의 측면에서 침해대상인 재산의 재산적가치(교환가치) 이상은 보상을 요하고 비생존적재산의 침해가 있는 경우에는 재산적가치를 하회할 수도 있다고 생각된다.

이렇게 본다면 재산권관에 기초하지 않고 논하는 완전보상설과 상당보상설은 그 설득력을 잃을 것인바, 법개념이 기본적으로는 사회분쟁을 해결하기 위한 수단적 성격이 있음을 감안하여 기능론적사고 방법에 따라 해결하는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 본다면 목적론적 입장<sup>39)</sup>에서 논하여지는 종래의 완전보

상설 · 상당보상설은 별로 유용한 학설이 아님을 알 수 있다. 이상과 같이 기본권을 기능론적으로 이해하는 본인의 입장에서 볼 때 재산권의 대상 · 권리로서의 성격 · 재산권자를 각각 다원적으로 이해한다면 사회국가적 입장에서 재산권 보장을 생각하는 상당보상설(합리적 보상설)이 타당하리라 생각한다. 결국 『정당』한 보상이란 기능론적 입장에서 주장되는 『정당』한 보상을 의미한다고 할 수 있을 것이다.

#### 4) 사회국가에 있어서 정당한 「보상의 내용과 정도」 (생활권보상)<sup>40)</sup>

39) 자적론적 접근방법이라함은 헌법해석의 궁극적 거점을 헌법제정권력자의 의사의 내용내지는 입법취지에 두고 이를 탐구하는 사고방법인바, 근대 자유주의 시민혁명에 의하여 이루어진 근대헌법에 있어서 헌법제정권력자란 실질적으로는 시민혁명의 주체 즉 자연법적 기득권을 주장하는 재산권자에 한정된다 할 것이므로 이 학설에 의하면 재산권규정의 해석이란 이들 기득권자의 의사내용의 탐구가 될 것이다. 따라서 이러한 견지에서는 국가권력에 의한 사유재산권의 침해가 있는 경우에는 연역적으로 입법취지에 따라 그 전보액을 결정할 것이므로 기득권적 『재산권의 최대한 보장』—완전한 보상—이라는 입장이 도출된다. 이와같은 입장에 있다고 볼 수 있는 판례로는 BGHZ 6, S.270(276)을 들 수 있는바, 위 판례는 “자유민주적 헌법의 지도형상에 속하는 것은 특히 재산권과 인격적 자유(Personale Freiheit)와의 결합이다. 국가에 존재하는 개인은 각각 개인간에는 인격으로서 즉 자유로운 자기책임적으로 생존하기 위하여 또 강대한 국가권력의 단순한 객체로 되지 않기 위하여 따라서 자유와 존엄을 위하여 재산이라고 하는 법적으로도 엄격하게 보장된 영역을 필요로한다.”고하여 재산권의 무제약을 원칙으로하고 있다.

40) 문헌에 따라 「생활권보상」의 정의는 일정치아니하나 「생활권보상」이라는 것이 개인의 생활기반의 침해에 대하여 생존권보장의 이념에 기하여 지급되는 보상을 말한다는 점에는 대체로 일치한다. 단지 위와 같이 일치가 인정된다고 하여도 이것은 일반적 추상적인 정의이기 때문에 이것에 어떤 내용이 포함되어있는가는 논자에 따라 다르고 또한 사용하는 용례에 따라 다르게 나타난다. 그러나 대별하면 다음과 같은 3가지 용례가 있게 된다.

첫째, 최광의설; 『생활권보상은 그 적용범위가 넓고 토지등의 대물보상, 이전과등의 대인보상등의 생활보상 및 협의의 생활보상등 모든 것이 포함된다고 생각해도 좋고 이러한 각종의 보상을 포함해서 종전에 생활의 재현이 실현되도록하는 것』이라는 견해. [이에 관하여 자세한 것은 高原賢治, 財産權と損失補償, 유비각, 1978.158-180頁 참조 ; 이러한 입장에서 생활권보상을 설명한 국내논문으로는 최계건, 행정상 손실보상의 원인과 범위, 박사학위논문집(성대), 1992 참조.]

둘째, 광의설;이것은 최광의설로부터 재산권보상(부수적손실의 보상을 포함한다)과 정신적손실의 보상을 제외한 잔여의 손실보상이라는 견해. 종래의 생활권보상이라는 것은 이러한 의미의 것을 말하는 것이 보통이다. [木村實, 「生活圏補償の性格」 行政法の争點,



i) 위와 같이 『정당』한 보상의 개념을 기능론적 입장에서 주장되는 『상당』한 보상으로 파악한다면 정당한 『보상의 내용』은 재산가치에 대한 보상(교환가치의 보상, 대물보상)을 기준으로 하고 생활가치에 대한 보상(사용가치의 보상, 생활보상)을 상함으로써 한 탄력적 내용이라고 생각되는바, 이러한 형태의 보상을 생활보상이라한다. 이와 같이 대물보상에서 생활보상으로의 변천<sup>41)</sup>으로 가장 큰 역할을 한 것은 보상이론에 대한 사회국가적

1980. 272頁 참조] 소수잔재자보상 이직자보상 생활재건조치가 그 대표적인 것이다.

셋째, 협의설; 이 설은 수물보상을 예로 들면 「수물된 유형무형의 재산 및 권리를 대상으로하는 것은 아니고 수물된 자가 수물지에 있어서 종래와 같은 생활을 하고 싶다는 사실에 대하여 지불되는 보상」이다. 생활비보상이 그 예이다.

위 3개의 학설중 셋째의 학설을 지지하는 학자는 오늘날 눈에 띄지 않는다. 다만 위 최광의설과 광의설중 어느 학설이 더욱 현실적으로 합리적인가(실익이 있는가)라는 점에서 보건대, 이 문제는 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상이란 어느정도의 보상인가를 확정하는 문제와 직결되어있다고 생각된다. 위에서 언급한바와 같이 정당한 보상의 범위 확장의 문제와 관련하여 완전보상설과 상당보상설이 있는바, 이 두가지의 기준에는 개념상 많은 문제점(위 본문의 예 참조)이 있는 것으로 보이므로 『완전보상설』이나 『상당보상설』의 논의를 지양하고 법개념이 기본적으로는 사회분쟁을 해결하기위한 수단적 성격이 있음을 감안하여 기능론적사고 방법에 따라 해결하는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 본다면 자적논적 입장에서 논하여지는 종래의 통설적 견해였던 광의설은 별로 유용한 학설이 아님을 알 수 있다. 결국 보상이란 종전의 생활의 재원이 실현되도록하는 것이라 할 수 있을 것이므로 재산권이 구체적으로 어떠한 기능을 하는가를 전제로 그 기능의 여하에 따라 손해를 전보하여야 할 것이다. 최광의설에서 주장되는 생활권보상이 바로 이런 형태의 보상인 것으로서 이의 타당함은 다언의 여지가 없다고 보여진다. 여기의 생활권 보상에는 종래의 대인보상 대물보상(재산권보상)등을 포함하는 상위개념으로서 보상액 산정이 객관화되어 있다는데 특징이 있으며 따라서 기능론적 입장에서 주장되는 이런 형태의 보상을 생활(권)보상이라 부르는 것이 합당하리라 생각된다.

41) 보상대상의 변천과정을 요약하면 『인에서 물, 물에서 생활에의 변천』이라 할 수 있을 것인바, 이를 약술하면 다음과 같다.

① 대인보상 : 영국 및 일본의 보상 역사를 살펴볼 때 초기현상은 대인보상의 사고방식이다. 여기서는 수용의 대상과 보상의 대상이 다르며, 수용은 토지등의 재산을 그 대상으로 하지만 보상은 재산소유자의 만족도에 대하여 이루어지는 것이다. 이러한 시기가 지나서 재산에 대한 보상, 즉 대물보상의 시대가 왔다고 말할 수 있겠다. ② 대물보상 : 대물보상의 특징은 다음과 같이 두 개로 요약된다. 첫째로, 수용의 대상과 보상의 대상이 대개의 경우 일치한다는 점이다. 이러한 점에서 가장 철저한 곳이 미국이다. 일본에서 보통 인정하고 있는 이른바 「통상받을 손실의 보상」의 대부분은 수용의 대상과 보상의 대상이 상이하며 수용의 대상이 아닌 것에 보상이 지불되고 있지만, 이러한 것은 미국의 경우 거의 인정되지 않는다. 단 미국에서도 잔치보상이 인정되어 수용의 대상과 보상의 대상이 불일치하는 경우도 있지만 이것은 상기한 바의 유일한 예외이며 이 잔치보상을 제외한 대부분의 보상에서는 수용의 대상과 보상의 대상이 일치한다. 이에 대하여 영국

이념의 도입<sup>42)</sup>이라고 할 수 있다. 영국의 「주거의 총체가치의 보상」이나 일본의 「이직자보상」 혹은 「소수잔존자보상」 만해도 종래의 보상이론에 대해서 사회국가적 배려가 이루어지고 있다고 볼 수도 있다. 그러나, 정당보상의 내용인 생활보상은 재산보상의 항목에서 빠졌지만 이를 보충한다는 의미에 있어서의 생활보상은 아니다. 결국 보상의 목적은 사회국가적 입장에 입각해서 생각하면 수용이 없었던 것과 같은 재산상태를 만들바에는 차라리 수용이 없었던 것과 같은 생활상태를 만드는 것이 되어야 한다. 따라서 보상에 임해서는 피수용자 및 관계인의 종래와 같은 생활의 안정<sup>43)</sup>을 먼저 생각해야 하며 재산보상도 중국에는 생활보상을 목적으로 하는 것이다. 재산보상은 생활보상의 그 일부분으로서 생활보상의 내부에 존재한다고 생각된다.

이와 같은 입장에서 정당보상의 문제를 생각한다면 침해의 대상인 재산은 그 종류가 극히 다양하므로 재산권또한 다양하며 따라서 이에 대한 올바른 법적 처리를 하기 위하여는 재산자체를 구분할 필요가 있는바, 그 구분지는 「대재산」 과 「소재산」 이며 구분근거는 사용가치를 주 목적으로 하는 재산인가 혹은

---

에서는 1919년의 법률에서 대물보상의 원칙이 채택되었으나 그 이전의 대인보상적 잔재가 많이 남아있다. 둘째로, 대물보상의 제도에서는 많은 점에서 피수용자 및 관계인에게 불만을 야기하는 경향이 있다는 사실이다. 즉 미국의 손실보상은 이론적으로 수미일관해있으며 그 의미는 명확하지만 보상의 실제에 있어서는 많은 점에서 부족한 것이 사실이다.

③ 생활보상 : 이와같은 대물보상의 부족을 보완하는 것으로 새로 발생한 방법이 생활보상이다. 이것은 피수용자로 하여금 수용이 없었던 것과 같은 생활상태를 만들어 주기 위한 보상 이고, 피수용자라는 인간에게 종전과 같은 생활의 회복(즉 인격적 자유의 회복)을 갖게 하려는데 특색이 있다. 따라서 인격적자유의 회복을 위한 불가결의 재산권이 아닌 이른바 「대재산」 에 대하여는 시가 거래가격보다 하회하는 보상이 가능하다는 결론에 도달한다.

42) 高原賢治, 전계서, pp.162-163 참조.

43) 일본, 1952년 12월 23일에 행하여진 『水資源の開発に伴ら補償處理に關する勸告』는 보상의 기본적 방법으로서 『補償の終局的な目的は被害者・被害産業等の原狀回復 乃至安定でなければならない』라고 하고 있다.

교환가치를 주 목적으로 하는 재산인가의 여부이다. 「대재산」은 교환가치를 주 목적으로 하는 재산으로서 이 경우에는 대폭 제한하여도 무방하지만(물론 재산권의 본질을 침해하지 않는 한에 있어서의 제한을 의미한다.)<sup>44)</sup> 「소재산」인 경우에는 국민의 생존내지는 인격적 자유와 관련된 비교적 사회성이 약한 재산이므로 사회국가에서도 강하게 존중되어야만 하는 재산이므로 실질적 의미의 보상<sup>45)</sup>을 요한다할 것이다.

이상과 같이 사회국가적 입장에서 재산권의 보장을 생각한다면 『사회관념』 내지는 『사회관념』이란 용어를 개입시켜 그때 그때의 사회관념에 비추어 객관적으로 합리적(reasonable)이고 공정타당한 보상을 하여야한다는 상당보상설(합리적 보상설)이 타당하다고 생각된다. 이것은 종래 상당보상설과 완정보상설이 동일한 특징의 사안을 염두에 두고서 연역적·일반추상적으로 양설의 우열을 가리던 형태에서 벗어나 귀납적으로, 재산권이 구체적으로 어떠한 기능을 하는가를 전제로 그 기능의 여하에 따라 완전한 보상<sup>46)</sup> 또는 이를 하회하는 보상을 하여도 좋다는 의미로서 이들 보상의 형태가 구체적 사안<sup>47)</sup>에 따라 그때 그때의 사회개

44) 따라서 대재산의 경우라하더라도 재산권의 본질적 침해가 있는 경우에는 보상이 필요하  
다할 것인바, 그 보상의 정도는 피침해재산의 객관적 가치를 기준으로하여 이를 하회하  
는 보상도 가능하다고 생각된다.

45) 여기서 말하는 실질적의미의 완전보상이란 『객관적 가치의 완전보상(대물보상, 협의의  
완전보상)+보상액산정이 객관화된 개인적 가치의 보상(부대적 손실의 보상)』을 의미한  
다.

46) 이경우의 완전한 보상이란 결단주의 입장에서 말하는 시가 거래가격에 의한 재산가치의  
완전한 보상은 물론이고 여기에 객관화된 피수용자의 주관적 가치를 포함하여 완전히 보  
상한다는 의미이다.

47) 예컨대, 완전보상설은 토지수용의 경우에 있어서 재산가치의 증감이 있는지 또는 여기에  
피수용자의 주관적 가치를 포함할 것인지의 문제로 논의(일본 최고재, 판결 소화 48.  
10. 18민집 27권 9호 1210頁, 행정관례백선Ⅱ, 제2판 324頁 참조)되는 것이 보통이지만 상  
당보상설은 농지매수 및 전염병에 오염의 보상을 염두에 두고 있다.(田中二郎郎 『신판행  
정법 상』 217頁 참조)

념에 비추어 합리적(reasonable)이고 공정타당한 보상을 하는 것이므로 편의상 상당보상설이라고 하는데 지나지 아니한바, 개념의 혼동을 막기 위하여는 이들의 내용을 포괄적으로 포함하는 생활권 보장설이 타당하지 않은가 생각된다.

ii) 정당보상의 의미를 위와 같이 생활보상의 의미로 생각한다면 결국 생활보상을 명문상 또는 해석상 방해하지 않는 각종의 법률은 적어도 헌법과 합치될 것이라고 생각된다.<sup>48)</sup> 그렇다면 헌법과 합치하는 법률등은 어떠한 것이 있는지 예시적으로 간단히 살펴보기로 한다. 이것이 헌법상의 정당한 보상의 구체적 내용이 될 것이기 때문이다.

가) 첫째, 수용·사용에 관하여 본다면 우리 나라는 현행법상 손실보상에 관한 일반법은 없고 각단행법이 산재 할 뿐인바, 토지수용법은 토지 기타 물건과 광업 어업 물에 관한 재산권의 수용·사용을 규정하는 일반법이고 가장 대표적이라 생각되므로 토지수용법을 중심으로 정당보상의 내용을 살펴보면 같은법제47조의 잔지보상, 제49조 1항의 이전과보상, 제51조의 「기타 토지를 수용 또는 사용함으로 인하여 토지소유자 또는 관계인이 받는 손실」의 보상 및 제56조의 「...수용 또는 사용할 토지및 잔여지 이외의 토지에...」 발생한 손실의 보상은 위 정당보상의 그 한 내용이 된다고 생각된다. 이하 이들과 토지수용법 이외의 법규가 규정한 정당보상의 내용을 간단히 살펴본다.

① 잔지보상 ; 잔지보상이라함은 동일한 토지에 속하는 일단의 토지의 일부를 수용 또는 사용함으로 인하여 잔여지의 가격이 감소되거나 기타의 손실이 있을 때, 또는 잔여지에 통로, 구

---

48) 환언하면 생활보상을 명문상 또는 해석상 방해하는 각종의 법률은 적어도 헌법과 불합치한다는 말이 된다.

거, 장책, 등의 신설 기타의 공사가 필요한 때에는 그 손실이나 공사의 비용을 보상하여야 한다<sup>49)</sup>는 보상항목이다.

잔지보상은 수용의 대상이 아닌 잔지에 보상이 지불된다. 따라서 이는 원칙적으로 대물보상은 아니다, 그렇다면 대인보상인가. 생활보상인가. 대인보상적 사고방식에 의하면 잔지가 받는 손실을 독립해서 계산하는 것이 아니고 피수용지의 가치중에서 잔지의 손실이 포함되어 일체가 되어서 피수용지의 이용가치가 보상되는 것이다. 즉 피수용자의 잔지의 손실을 포함한 당해토지의 주관적인 사용가치가 보상되는 것이다.<sup>50)</sup> 그런데 토지수용법 제47조의 규정에 의하면 잔지가 받는 손실을 독립해서 계산하는 것이다. 따라서 동법 제47조의 잔지보상은 생활보상(정당보상)의 일종이다.

② 이전과보상 ; 이전과보상이라함은 수용 또는 사용할 토지에 정착하였거나 또는 공익사업에 공용되는 기업자소유의 토지에 정착한 타인의 입목 · 건물 기타의 물건은 이전과를 보상하고 이전하여야 한다<sup>51)</sup>는 보상항목이다.

이전과보상은 직접수용의 대상이 아닌 것에 보상을 하는 것이다. 따라서 이는 대물보상은 아니다. 즉 재산권에 대한 보상이라기 보다는 피수용자 자신에 대해서 평등원칙의 입장에서 지불되는 것이며 이것은 인(人)에 대한 보상이라 할 수 있다.<sup>52)</sup> 인에 대한 보상이란 결국 개인적 가치를 고려한 보상을 의미함으로 보상액 산정을 위하여는 개인적 가치의 객관화가 필요하다 할 것인바, 생활보상은 종래의 대인보상에 비해서 객관적 기준으로

---

49) 토지수용법 제47조.

50) 高原賢治, 전계서, p.166 참조.

51) 토지수용법 제49조1항 참조.

52) 今村成和, 損失補償制度の研究, 1968, p.39 참조

보상이 이루어진다는데 특색이 있으므로 이전과보상도 결국은 생활보상(정당보상)의 일종이다. 이상을 다른 측면에서 살펴보면 손실보상은 결국 수용이 없었던 것과 같은 생활상태를 재현하는 것이며 토지등의 재산에 대한 보상이 적정하게 이루어진 후는 같은 생활이 영위되도록 토지상의 건물등의 이전과도 보상하는 것이 바람직할 것이다.<sup>53)</sup> 이렇게 볼 때 이전과보상은 생활보상<sup>54)</sup>의 그 한 내용이다.

③ 영업상 손실의 보상 ; 토지수용법 제51조는 영업상 손실의 보상을 인정하고 있는바, 영업상 손실이란 예컨대 현재 가동중인 공장의 수지가 수용되어 그 공장을 이전하게 됨으로써 일정기간 공장의 생산을 중지하지 않을 수 없게 되어 생기는 손실<sup>55)</sup>과 같이 경영을 하지 못함으로 인하여 발생하는 손실이다. 즉, 영업상 손실은 토지 등의 수용과 인과관계있는 영업상의 손실을 말하는 것으로서, 이는 영업폐지의 보상과 영업휴지의 보상을 포함한다. 여기서 영업폐지의 보상이란 전업에 통상 필요로 하는 기간중의 종전의 소득상당액(법인의 경우는 수익상당액)을 보상한다는 의미이며 영업금지의 보상이란 통상휴지하는 것을 필요로 하는 기간중의 소득의 감소액(법인의 경우는 수익의 감소액)을 보상한다는 의미<sup>56)</sup>이다.

영업상 손실의 보상은 수용의 대상인 토지등의 재산과는 별개

---

53) 高原賢治, 전계서, p.168 참조.

54) 高田賢造 교수는 『이전과 는 합리적인 이전방법에 의하여 합리적인 장소에 물건을 이전하여 수용전과 동일한 생활환경속에서 생활할 수 있도록 하는데 필요한 모든 비용을 포함한다 할 합리적인 이전장소를 새로이 조성하여 그곳으로 이전할 수밖에 없는 객관적인 상당한 사정이 있는 경우에는 그 조성비 도 이전비에 포함시켜야 할 것이다』고 하여 이전과보상이 생활보상의 그 한 내용임을 밝히고 있다.(高田賢造, 正當な補償, pp.235-236 참조.)

55) 일본 행판 대정 3, 5, 6 제25집, p.167

56) 高原賢治, 전계서, p.171 참조.

로 사업이윤을 일정기간 보상하는 것이므로 대물보상이 아님은 확실하다. 그렇다면 대인보상인가? 생활보상인가? 생각건대, 영업상 손실보상은 일정기간동안 사업을 하지 않아도 리윤이 지결된다는 것이므로 그것은 전업이 되기까지 또는 휴업하고 있는 동안의 사업주등의 생활을 지탱하게 하기 위한 것이며 따라서 생활보상(정당보상)의 그 한 내용이라 할 수 있다.

④ 이작과보상 ; 우리 나라 토지수용법에 이작과보상이란 명문의 규정은 없다. 따라서 비교적법 설명을 할 수밖에 없는 바, 일본의 토지수용법 제88조는 토지등에 대한 보상 · 잔지보상 · 이전과의 보상등외에 통상받는 손실로서 이작과 · 영업상 손실의 보상등을 예시하고있다. 이작과란 토지(농지)의 수용에 의해서 농업이 계속 불능하게 된 경우의 농업폐지보상과 농업의 일시적으로 휴지한 경우의 농업휴지보상을 말한다.<sup>57)</sup> 이작과보상도 전술한 영업상 손실에 대한 보상의 법리가 그대로 적용되며 따라서 이작과보상도 생활보상(정당보상)의 그 한 내용이다.

우리 나라 토지수용법 제51조의 「...기타 토지를 수용 또는 사용함으로 인하여 토지소유자 또는 관계인이 받은 손실」의 보상중 그 한 내용이 여기서 말하는 이작과보상이라 할 것이다.

⑤ 토지수용법이외의 법규가 규정한 생활보상의 내용 ; 생활보상의 내용을 직접적으로 인식할 수 있는 토지수용법이외의 법규로는 『공공용지의 취득및 손실보상에 관한 특례법 시행규칙』을 들 수 있다. 즉 법10조 5항은 『제4항의 규정에 의한 건물중 주거용건물의 경우에는 그 이전보상시에 가족수에 따라 2월분의 주거비(경제기획원장관이 조사 발표하는 도시근로자 평균 가

---

57) 일본의 『建設省の直轄の公共事業施行に伴ら損失補償基準』1963년 건설성 훈령 5호 참조.

계지출비를 기준으로 산정한다.) 를 지결하여야 한다. . . . 』 고하여 주거가치를 보상하고 있고 같은법 5조의 9는 『공공사업에 관한 계획의 고시등이 있는날 현재의 기준 (주거용건물에 딸린 축사 · 퇴비사 · 변소등 부대시설을 포함한다.)로서 제10조의 규정에 의하여 평가한 평가액이 100만원 미만일 경우의 보상액은 100만원으로 한다.』 라고 하여 주거용건물의 최저보상액을 보장하고 있고 같은법 6조의 3에서는 『공공사업에 관한 계획의 고시등이 있는날 현재의 그 공공사업에 편입되는 토지에 관한 제 6조의 규정에 의한 평가액과 당해 토지의 소유자가 그 공공사업시행지역외의 지역에 소유하고 있는 토지( . . . )의 과세시가 표준액을 합한 금액이 1천만원 미만인 토지소유자에 대하여는 그 평가액에 다음의 산식에 의하여 산출된 금액을 가산하여 보상한다. . . . 』 라고 하여 영세토지에 대한 가산금제도를 둬으로써 영세토지소유권자의 생활권을 보장하고 있으며 같은법 29조1항은 『농어촌에서 이항하는 농어민에 대하여는 가족수에 따라 3월분의 평균생계비(농림수산부장관이 조사 발표하는 농촌평균생계비를 말한다. 이하 이 조에서 같다)를 이농비로서 지급한다. 』 라고 규정하여 이농비 보상을 하고 있으며 같은법 30조의 2는 『공공사업을 위한 관계 법령에 의한 고시등이 있는날 현재 당해 지역 안에서 3월 이상 거주한 자로서 공공사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 주거용건물의 세입자에 대하여는 가족수에 따라 3월분의 주거대책비( . . . )를 지급한다. . . . 』 라고 하여 세입자에 대한 주거대책비를 보상하고 있는 같은법 25조의 3의 2항은 『허가를 받거나 신고를 하여야 할 어업을 허가 또는 신고 없이 하는 자가 공공사업의 시행으로 인하여 폐업하는 경우에는 . . . 폐업보상 . . . 을 지급할 수 있다. 』 라고 하여 무허가 또는 무신고어업자에 대한 주거대



책비를 보상하고 있는바, 이들이 생활권보상의 법적근거가 됨은 물론이다.

나) 둘째, 공용제한에 관하여 본다면 공용제한도 일방적인 공권력행사에 의하여 과하여 지는 것이므로 부대적 손실이 발생한 경우에는 그 손실도 보상하여야 함은 수용의 경우와 같다. 따라서 공용제한의 경우에도 보상의 범위에 관한 한 토지 수용법의 내용을 중심으로 고찰할 수도 있다. 그러나 공용제한에 관하여는 여러 가지 문제점이 있고 따라서 여러 가지 학설의 대립이 있으므로 별도의 항목으로 다루기로 한다.

① 서 ; 공용제한(öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung)이란 특정한 공익사업의 수요 또는 공익상 필요한 특정한 물건의 효용을 확보한다는 내용의 공익목적에 위하여 특정한 재산권에 과하여지는 공법상의 제한으로서의 부담을 의미하는바, 이러한 공용제한에는 지역지정등에 의하여 당연히 효과가 발생하는 것과 행정청의 행정처분 예컨대, 허가등이 있는 경우에 구체적인 행위를 할 수 있음에도 불구하고 행정청이 당해처분을 하여주지 아니함으로 말미암아 국민이 피해를 입는 경우가 있다(불허가보상, 부관보상 또는 부명보상이라고도 한다).

이와 같이 공용제한에 의하여 발생한 손실에 대한 보상의 범위에 있어서, 법률은 처음부터 보상에 관한 규정을 두지 않거나 설사 두었다하더라도 일반 추상적인 규정을 두는 것<sup>58)</sup>이 보통이기 때문에 구체적인 개개 사례의 경우에는 결국 보상의 범위에 관하여 해석론적 접근을 할 수밖에 없는바, 아래와 같은 해석상 생활보상을 방해하지 않는 각종의 법률은 적어도 헌법과 합치되리라 생각된다. 공용제한 법규를 해석함에 있어 대표적 학설로

---

58) 도로법 제79조 · 철도법 제 76조 · 사방사무법 제 10조 · 산림법 제63조등 참조.

는 원전상언<sup>59)</sup>등이 예시한 상당인과관계설 지가저락설 적극적인 손실 등의 대립이 있다. 이하에서는 이들 학설과 판례에 관하여 간단히 살펴본 후 생활보상의 관점에서 해석의 기준을 마련해 보기로 한다. 이것이 곧 헌법상보장된 정당보상의 내용을 판단하는 기준이 되기 때문이다.

② 학설 ; ㉠ 상당인과관계설 ; 상당인과관계설이라함은 토지의 이용방법의 한정으로 인하여 토지소유자가 손실을 입은 경우에 이용제한행위와 상당인과관계가 있는 것으로 인정되는 모든 손실을 보상하여야 한다는 견해이다. 즉 적극적으로 들어간 비용(예컨대, 가옥의 증개축금지의 결과 종전의 영업을 계속할 수 없기 때문에 발생한 이전비 또는 폐업비등의 손해와 허가 신청을 위하여 실시한 측량이나 설계비용)뿐만 아니라 지가저락 및 계획중의 장래에 얻을 수 있는 이익의 상실도 상당인과관계의 범위에서는 보상의 대상이 된다고 하여 보상의 범위를 가장 폭 넓게 해석하고 있다. 불급심판결중에는 이러한 입장을 지지한 판결예가 나타나고 있다. 예컨대 도시계획구역내에 있음을 이유로 건축을 거부한 사례가 있어서 대체지를 임대하기 위한 비용상당액의 보상을 명한 판례<sup>60)</sup> 및 장래 누릴 수 있는 임대과나 권리금을 보상액에 포함시킨 판례<sup>61)</sup>가 있다. 그러나 이 견해는 보상액이 소유자의 주관적 의도나 사욕에 의하여 변동하기 때문에 객관적 사정이 곤란하며 또한 통상발생하는 객관적인 재산권의 손실을 전보한다고 하는 통손보상의 원칙에도 위반된다고 한다. 연방최고재판소는 위 불급심판결을 파기하고 『손실보상은 손해배상은 아

59) 原田尙彦, 『公用制限における補償基準』— 古都保存法 · 自然公園法の補償を中心として —, 공법연구 제29호, 1967.

60) Oberlandesgericht Karlsruhe, Zivilsenat in Freiburg(BGHZ, 30, 339).

61) Kammergericht Berlin(BGHZ, 37, 271).

니기 때문에 침해의 결과 발생한 경제적 손실전부를 보상할 필요는 없고 침해에 의하여 가하여진 재산적 기초의 상실(Substanzverlust)만을 보상하면 족하다한다.<sup>62)</sup> ㉠ 지가저락설 ; 지가저락설이라 함은 토지의 이용제한으로부터 발생한 토지 이용가치의 객관적 저하를 지가의 저락으로 파악하고 이러한 지가의 저락(Minderung des Bodenswertes)<sup>63)</sup>분을 보상하여야 한다는 견해이다. 손실보상제도의 인정이유는 앞의 손실보상의 근거에서 살펴봐왔는바, 역시 주가 되는 인정취지는 재산권보장의 사상에 입각하고 있다고 할 것이다. 그렇다면 그 보상은 이용제한에 의하여 토지소유권 그 자체에 갖게 되는 침해 즉 토지가치의 하락에 대하여 지불되는 것이 상당하다고 생각된다.<sup>64)</sup> ㉡ 적극적실손설 ; 적극적실손설이라 함은 공용제한에 의해 현실적으로 지출된 비용(예컨대, 가옥의 증·개축금지의 결과 종전의 영업을 계속할 수 없기 때문에 발생한 이전비 또는 폐업비등의 손해와 허가 신청을 위하여 실시한 측량이나 설계비용)등만 보상하면 되며 지가의 저락분이라던가 일실이익은 보상의 대상에서 제외된다는 견해이다. 이 견해는 종래의 행정실무에서 채택한 것이기는 하나 다음과 같은 점에 있어서 비판을 받는다. 즉 일본의 현행법은 『지정하였을 때 이미 착수하고 있는 행위』에 대하여는 제한을 받지 않는다. 라는 명문의 규정<sup>65)</sup>이 있기 때문에 현실적으로 지출된 비용 즉

62) BGHZ, 37, 274.

63) Vgl. BGH, 1959.6.25. (BGHZ, 30,338), BGH, 1962.6.4(BGHZ, 37,269).

64) 파생적이고 부대적인 실손만을 보상의 대상으로 한다면 이는 도저히 토지소유권의 침해에 대한 보상이라고는 할 수 없을 것이며 각기의 토지의 형상 및 위치등에서 당해 토지의 객관적 개발 가능성을 개별적으로 인정하고 이용제한에 의하여 야기되는 지가의 하락을 합리적으로 계산하여 그 것을 보상할 수밖에 없을 것인바, 이는 독일의 통설적 견해인 것이다. 독일 현행의 연방건축법 41조도 기본적으로는 이러한 입장에 서있다. Vgl. Knaup/Ingenstau, Bundesbaugesetz mit Kommentar, S. 97. 뿐만아니라 영국에서도 기본적으로는 동일하다. See. D. Heap, An Outline of Planning Law, eighthed.,(1986), p.142.

65) 일본 자연공원법 17조 3항 단서 참조.

실손은 매우 드물었으며 따라서 그러한 이례적인 손실을 통손으로 하는 것은 이론적 모순일 수밖에 없다.

③ 판례의 태도 ; ㉠ 이에 관하여는 판례가 대단히 적다. 그러나 전석이나 토석의 채취의 불허가 처분을 받은 자가 일실이익의 보상을 청구한 사안의 다음 두건이 판결이 의미가 있다고 생각된다. ㉡ 동경지재 소오이(ワ) 오육0육호, 소 57.5.31. 민이부판결요지.(기각)<sup>66)</sup> ; 자연공원법의 제한도 태양여하에 따라서는 특정한 재산권의 본질을 침해할 수도 있을 것이고 특정한 재산권의 효용과는 무관계하게 우연히 과하여진 것도 있을 수 있으므로 동법상의 이용제한을 모두 재산권의 내재적 제약이라고 보는 것은 적당하지 않으며 권리의 박탈이나 종래의 이용방법을 변경시키는 경우에 한하여 보상을 필요로 한다는 식으로 협의로 해석할 것은 아니다. 다만 본사건에 있어서는 불허가 처분에 의하여 지가가 저락한 증거가 없고 대량의 전석을 채취하여 자연을 파괴하기 위한 신청인 것으로 보여지므로 이는 신청권의 남용으로서 도저히 인정될 수 없는 것이다. 따라서 본 판결은 일견 상기한바 원전상언의 지가저락설을 채택하고 있음을 알 수 있다. ㉢ 동경지재 소오육(행ウ)이구호, 소 61.3.17. 민이부판결요지.(기각)<sup>67)</sup> 자연공원법의 제한은 당해 토지소유권자체에 내재하는 사회적 제약의 구체화이며 통상발생하는 손실이란 이 내재적 제약을 넘어서 특별한 희생으로서 당해 재산권에 가해진 제한에 의하여 발생하는 손실 예컨대 첫째, 자연공원으로서 지정되기 이전의 당해토지의 용도와 연속성을 가지며 혹은 그 종전의 용도에서보아 예측하는 것이 가능한 듯한 당해 토지의 이용행위

---

66) 판례시보 1047호 73頁 참조.

67) 행정판례집 37권 3호 294頁 ; 판례시보 1191호 68頁 ; 공무월보 32권 10호 2304頁.

를 제한 받았음으로써 발생하는 손실 둘째, 당해 이용행위에 따른 현상의 변경이 그 토지가 자연공원으로서 지정되어 있는 취지와 조화시키는 것이 기술로 가능함에도 불구하고 그 이용행위를 제한 당함으로 인하여 발생한 손실 셋째, 그 밖에 이작과 물건 이전비등 예기치 못한 비용을 현실적으로 지불할 수밖에 없었던 경우에 있어서의 그 적극적이고 현실적인 비용 지출에 의한 손실을 지적하는 것이다. 따라서 본 판결은 적극적손실을 채택하고 일실이익설을 배척하고 있음을 알 수 있다.

㉔ 상기한바 양 판결의 평가 위 두건이 판결은 일견 대립하는 것으로 보여진다. 즉 ㉓의 경우에는 내재적 제약설을 취하지 않는 반면 ㉔의 경우에는 내재적 제약설을 취하고 있기 때문이다. 그러나 ㉔의 경우를 보면 사실상 지불한 비용(실손)의 보상을 인정하고 있음을 알 수 있으며 ㉓의 경우를 보면 일실이익이 있는 경우에 이것이 보상의 대상으로 되지 아니할 뿐 아니라 이 사건에 있어서 결국은 신청권의 남용이라는 재산권 내재적 제약설에 가까운 논법을 취한다고 생각되기 때문에 그 차이는 그렇게 크다고는 생각되지 아니한다. 단지, 접근방법의 차이만 있는 것이 아닌가 생각된다.

④ 결 ; ㉓ 지가저락설의 타당성 ; 생각건대, 공용제한의 대상인 재산권개념을 어떻게 이해하느냐가 보상범위의 관건인 것으로 보인다. 즉 재산권개념을 역사의 발전법칙에 근거하여 사회과학적으로 인식하는 본인의 입장에서 볼 때 재산권제한의 결과 그 시대 그 사회에 존재하는 국민의 재산권에 미칠 사실상의 효과(예컨대, 재산권의 제한의 결과 재산권의 본질을 이룬다고 생각되는 사적이용성내지는 사용가치와 처분기능 교환가치를 침해하였는지의 여부) 및 그러한 공용제한행위가 조리법상의 제원칙(신

의 원칙내지는 신의칙 : 비례의 원칙 : 평등의 원칙등)을 위배하는 지의 여부를 종합적으로 검토하여 공익과 사익을 비교 형량하여야 할 것으로 생각되는바, 이러한 판단하에 적법하게 가하여지는 재산권의 공권적침해행위는 그것이 곧 광의의 수용인 것으로서 이러한 수용의 결과 발생한 희생은 특별한 희생에 해당한다 할 것이며 따라서 이러한 경우에는 헌법 제23조 2항 또는 각 개별법규에 의하여 정당한 보상을 지급하여야 할 것으로 생각된다. 결국 위 상당인과관계설은 손해배상적 학설이기 때문에 불합리하며, 지가저락설은 침해대상인 재산의 주된 가치가 교환가치인 경우에는 타당하다고 하겠으나 주된 가치가 사용가치인 경우에는 문제가 있다고 할 것이다. 한편 적극적실손설은 경험칙에 의하면 현실적으로 지출된 비용 즉 실손은 매우 드물었으며 따라서 그러한 이례적인 손실을 통손(통상발생할 수 있는 손실)으로 하는 것은 논리적 모순일 수밖에 없을 것이므로 이 또한 불합리하다고 할 수 있다. 그러므로 원칙적으로 지가저락설의 입장에서 보상을 하되 침해된 재산이 『소재산(사용가치를 주된 내용으로 하는 재산)』인 경우에는 생존권보장의 측면에서 보상(생활보상)을 해야 할 것으로 생각된다. ㉔ 손실보상방법 ; 위와 같이 지가저락설의 입장에서 생활권을 고려하여 현금보상을 하는 것이 원칙이라고 할 수 있으나 다음의 『사회국가에 있어서의 보상의 방법』에서 밝히는바와 같이 현물보상, 매수보상<sup>68)</sup>, 국채 · 증권에 의한 보상등<sup>69)</sup>이 있을 수 있을 것이다.

68) 이러한 보상방법은 일본(도시계획법 제52조의 4참조)이나 독일(건축법전 제40조 9항 참조)등에서도 널리 인정되는 제도이다. 한편 미국의 경우에는 『역수용(Inverse Condemnation)제도』가 인정되고 있는바, 역수용(Inverse Condemnation)이라 함은 수용기관이 공식적으로 어떠한 종류의 공용수용권을 행사하지 않았더라도 정부의 금지조치에 대하여 행하는 일종의 소송행위를 말한다[United States v. Clarke, 445 U.S., 253,257(1980)]. 우리나라의 경우에도 이러한 제도를 참고할 바 있다고 할 것이다.

## 5) 사회국가에 있어서의 「보상의 방법」

가) 서—우리헌법 제23조 3항은 『보상은 법률로써 하되...』라고 규정하여 보상의 방법을 법률에 위임하고 있다. 따라서 우리가 상정할 수 있는 법률상의 보상의 방법으로는 현금보상 현물보상 매수보상 국채·증권에 의한 보상등이 있을 수 있을 것 인바, 이러한 여러 방법중 손실보상이 『금전』의 형태로 되는 것은 자본주의의 사회에 있어서는 어느 정도 필연적<sup>70)</sup>이라 할 것이므로 사회국가에 있어서도 현금보상이 원칙이라하는 데는 의문의 여지가 없을 것이다. 이하 그 밖의 방법에 대하여 살펴보기로 한다.

나) 현물보상 — 「현물보상이라 함은 금전에 대신하여 기업자가...손실 또는 손해를 현실적으로 전보하거나 기능을 회복<sup>71)</sup>케 하는 것이다. 현물보상으로 인한 기업자의 출비는 원칙적으로 금전에 의한 보상의 범위내의 것」이다. 그러나 현실이 손해에 대한 원상회복이기 때문에 금전보상의 범위내의 것이 이상적이지만 그렇지 않은 경우에도 과당보상이 되지 않는 경우라면 허용된다.<sup>72)</sup>

다) 매수보상 — 매수보상은 현금보상의 변형으로 볼 수 있는

---

69) 그밖에 미국의 경우에는 개발권양도(Transferable Development Rights)가 공용제한 특히 토지이용규제의 혁신적인 보상방법으로 등장하고 있음을 주시할 필요가 있다. [이에 대하여 자세한 것은 Selected Checklist on Development Rights Transfer, 32 Record(1977) ; 박윤훈, 『미국의 개발권 양도제도』, 현대행정과 공법이론, 남하서원우 교수화갑기념논문, pp. 731-753 ]

70) 下山瑛二, 국가보상법, 현대법학전집 13, 422頁, 1973.

71) 이와 같이 현물보상이란 기본적으로 손실 또는 손해를 전보하거나 기능을 회복하는 즉 원상회복적 성격을 갖는 보상방법이므로 사회국가적원리를 전제로한 생활보상의 입장에서는 지극히 원칙적인 보상방법이라 할 수 있을 것이다.

72) 下山瑛二, 국가보상법, 현대법학전집 13, 424頁, 1973.

것으로서, 물건의 사용 기타의 이용제한이 있음으로 인하여 당해 물건의 소유자가 그 물건을 종래의 사용목적에 제공하는 것이 현저히 곤란한 경우에 그 물건의 소유자에게 매수등의 청구권<sup>73)</sup>을 인정하고 이에 따라 기업자가 그 물건을 매수케 함으로써 실질적인 정당한 보상을 도모하려는 보상방법이다. 이러한 보상방법도 한편으로는 현금보상의 변형된 한 태양이며 다른 한편으로는 사회국가원리를 전제로한 생활보상의 입장에서 주로 강조되는 재산권의 사용가치내지는 이용가치를 보장키위하여 인정되는 보상방법이라고 할 수 있을 것이므로 이 또한 사회국가에서 인정되는 극히 원칙적인 보상방법이라고 할 수 있을 것이다.

라) 국채 · 증권에 의한 보상 — (ㄱ) 위에서 언급한바와 같이 자본주의 사회에 있어서는 현금보상이 원칙이라하는 데는 의문의 여지가 없다. 현금이라 함은 「통화 즉 강제통용력을 갖는 화폐」를 의미하며 따라서 「수표 어음 공채 주권등의 유가증권」은 포함되지 않으므로 일견 국채 증권에 의한 보상은 문제가 있는 것으로 보이는바, 이 경우 보상형태의 문제는 단순한 보상종류의 문제가 아니라 보상의 본질적<sup>74)</sup> 문제로 제기되어야 할 것으로 생각된다. 보상의 본질을 위에서 언급한 바와 같은 사회국가적 이념을 전제로한 생활권보장설로 파악하는 본인의 입장에서 볼 때 현행 토지수용법 제45조 제5항, 제6항 및 같은 취지의 공공용지의 취득및 손실보상에 관한 특별법 제3조의2는 대단히 합리적인 입법이라고 생각된다. 이에 대하여 구체적으로 살펴본다.

---

73) 토지수용법 제48조 1항 2항, 같은 법 제49조 2항 내지 4항, 항공법 제82조 4항등.

74) 下山瑛二, 국가보상법, 현대법학전집 13, 422頁 참조, 1973.



(ㄴ) 토지수용법 제45조 5항은 『...기업자가 국가 지방자치단체 한국토지개발공사 기타 대통령령이 정하는 정부투자기관및 공공단체인 경우로서 다음 각호의 1에 해당되는 경우에는 당해 기업자가 발행하는 채권으로 지급할 수 있다. 1. 토지소유자 및 관계인이 원하는 경우 2. 대통령령이 정하는 부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지로서 보상금이 대통령령으로 정하는 일정금액을 초과하는 경우 그 초과하는 금액에 대하여 보상하는 경우』라고 규정하고 있으며 6항은 『제5항의 규정에 의하여 채권으로 지급할 경우에는 정당한 보상이 될 수 있도록 채권의 상환기한 이율 등을 정하여야 한다. 이 경우 상환기한은 5년을 넘지 아니하는 범위내에서 정하여야 하며, 이율은 채권발행 당시 1년 만기 정기예금 금리수준 이상이어야 한다.』라고 규정하고 있다. 이 조항의 채권보상규정이 헌법상의 정당보상의 원칙에 부합되는가. 위 조항의 헌법적 가치판단을 함에 있어서는 기본권제한 입법의 합헌성판단이하는 일반론(헌법 제37조 2항)과 정당보상의 원칙을 규정한 헌법 제23조 3항 및 사회국가원리라는 헌법의 기본이념을 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것인바, 구체적으로는 다음의 3가지 점에서 논의 될 수 있을 것이다. 첫째, 재산권제한 입법의 목적 ; 위 법 제45조 5항 2호및 6항에 의하면 재산권제한의 대상이 「부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지」인 경우에 한정하여 일정한 요건하에 채권보상이 인정되고 있음을 알 수 있는바, 「부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지」에 대하여 사회과학적으로 현실적인 인식을 함에 있어 토지재산권을 역사적 발전법칙에 따라 이해하면 오늘날의 토지재산권이란 사회성이 강한 대재산과 사회성이 약한 소재산으로 구분이 가능할 것이므로 위 「부채부동산소유자의 토지 또는

비업무용토지」가 대재산(교환가치만을 주 목적으로 하는 재산)에 포함됨은 자명할 것이다. 그렇다면 이러한 토지 재산권은 수용의 결과 지급된 보상금이 투기자금화하여 토지시장의 교란요소로 작용할 가능성이 매우 크다고 봄이 상당할 것이므로 이를 방지하기 위하여 제정한 위 제도는 공공복리를 지향한 합리적 제도로 볼 수 있을 것이다. 둘째, 재산권제한의 대상(「부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지」의 명확화문제) ; 위 토지 재산권은 수용의 결과 지급된 보상금이 투기자금화하여 토지시장의 교란요소로 작용할 가능성이 큰 대재산인바, 이들을 범위를 확정키 위하여는 지방설법 시행령 제79조의3 제2항을 원용하여 「사업인정일 현재 당해 지역에 1년이상 거주하지 않는자를 부채부동산소유자」로 볼 수 있고 법인설법상의 비업무용판정기준에 따라 기업의 비업무용토지를 특정할 수 있을 것이므로 「부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지」의 개념은 명확하다고 할 수 있을 것이다. 셋째, 정당보상원칙의 준수여부 ; 위 부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지는 대재산이므로 사회국가에 있어서는 강한 사회성이 요구되는 재산이다. 따라서 이러한 경우에는 그 보상의 정도뿐만 아니라 보상의 방법에 있어서도 사회성이 요구된다고 할 수 있을 것인바, 그 사회성이 요구되는 정도는 자본주의국가에서의 보상방법이 원칙상 현금보상임을 비추어 볼 때 대재산에 대한 보상의 경우에는 현실적인 현금보상이 아닐지라도 쉽게 현금화가 가능할 것을 그 상한으로 한다고 할 수 있을 것이다. 이러한 종류로는 유가증권을 들 수 있을 것인바, 특히 채권에 관하여 본다면 이는 오늘날 자본주의경제유통의 특색을 이루고 있는 일종의 유가증권으로서 자유롭게 처분이 가능(예컨대, 자유롭게 양도가 가능하고 담보를 통하여 사실상 현금화

가 가능하다)하므로 대재산의 수용에 대한 보상방법으로는 합리적이라 할 수 있을 것이다. 다만 문제가 되는 것은 채권의 실질가치의 하락이 있을 수 있음을 고려할 때 일정한 기한경과후의 채권의 현금화가 상실된 재산권의 동종 동가치의 회복이라는 정당보상의 이념에 부합되는가하는 점인바, 이점에 관하여 위 법 제45조 5항 2호 및 6항은 보상금의 지결방법으로서 『...부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지로서 보상금이 대통령령으로 정하는 일정금액을 초과하는 경우 그 초과하는 금액에 대하여 보상하는 경우』에는 『...정당한 보상이 될 수 있도록 채무의 상환기한 이율등을 정하여야 한다. 이 경우 상환기한은 5년을 넘지 아니하는 범위내에서 정하여야 하며, 이율은 채권발행 당시 1년 만기 정기예금 금리 수준 이상이어야 한다.』라고 하여 수용의 대상이 대재산인 경우 그 보상액이 일정액을 초과하는 경우라면 이는 사회성이 강하게 요구되는 재산으로서 채권보상이 가능하되 정당보상이 될 수 있도록 정기예금 금리수준 이상의 이율을 정하여야 한다고 규정하고 있으므로 사회국가의 보상방법으로는 대단히 합리적이라 할 수 있을 것이다. (c) 결국 현행 토지수용법 제45조 제5항 · 제6항 및 같은 취지의 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 제3조의2는 합헌적인 입법이라고 생각된다.

## V. 결

1. 우리 헌법 제23조는 『① 모든 국민의 재산권은 보장된다.

그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하도, 정당보상을 지급하여야 한다.』라고 하여 사유재산권을 보장하고 있다. 그러나 헌법현실을 보면 위와 같은 헌법규정이 있음에도 불구하고 재산권을 침해하는 규정만 있을 뿐 보상규정이 없는 경우가 있는가 하면 각개 법률에 보상금액의 산정기준이 명규되어 있기는 하나 이것이 곧 헌법 제23조 3항의 정당보상에 해당한다고 볼 것인가의 문제가 발생하는 경우가 있을 것이다. 이러한 경우 그러한 법률은 과연 헌법적 판단을 어떻게 받아야 하는지. 물론 헌법적 판단을 하기 위하여는 심판의 대상이 되는 법률이 특정되어야 하는 것이지만 헌법적 판단의 대전제인 헌법은 하나인 것이므로 앞으로 발생할 각종 재산권관계 법률의 위헌여부심판을 위한 이론적 기초로서 헌법상의 재산권이란 어떠한 내용의 보상이 필요한 것인지를 분명히 할 필요성이 있다. 이러한 과제를 해결하기 위한 방법론으로는 비교법적고찰·목적론적고찰·법사회학적고찰 및 기능론적고찰방법등이 있을 수 있으나 여기서는 우리 헌법의 재산권규정이 Bonn 기본법 제14조의 규정을 계수한 것으로 볼 수 있을 것이므로 Bonn 기본법 제14조에 대한 판례와 사고방법에 대한 논의를 중심으로 하여 역사적발전과정에 따라 사회과학적으로 재산권개념을 인식(기능론적 접근)함으로써 위 과제를 검토하였다.

2. 위와 같은 방법론에 따라 검토할 때 헌법을 기초로 하여 재산권을 생각한다고 하는 것 즉 『헌법상의 재산권』의 개념을 인정한다고 하는 것은 재산권에 관하여 헌법상 독자적인 논리가 움직이는 것을 인정하는 것에 귀착하고 그것은 환언하면 천부불

가치의 인권으로서 재산권과 민주정원리 · 사회국가원리와의 조화적공존을 추구하는 것에 귀착한다고 생각된다. 구체적으로 양자가 조화되는 재산권은 「인격적자유를 위한 불가결의 전제로서의 재산권」에 한정될 것이므로 이러한 재산권은 입법 · 행정 · 사법등 모든 공권력적 행위로부터 강력히 보호되어야 하는 재산권으로 보인다.

3. 위와 같은 재산권은 다음과 같이 대상 · 성질 · 주체가 다원적인 성격을 갖고 있는 것으로 보이며 따라서 재산권보장의 문제를 생각함에 있어서도 구체적인 경우에 적응하여 다원적으로 생각하여야 할 것으로 보인다.

① 사회적법치국가(사회국가)에 있어서 손실보상문제를 생각함에 있어 침해의 대상인 재산은 그 종류가 극히 다양하므로 재산권 또한 다양하며 따라서 이에 대한 올바른 법적 처리를 하기 위하여는 재산자체를 구분할 필요가 있는바, 그 구분지는 「대재산」과 「소재산」이며 구분근거는 사용가치를 주목적으로 하는 재산인가 혹은 교환가치를 주목적으로 하는 재산인가의 여부이다. 「대재산」은 교환가치를 주목적으로 하는 재산으로서 이 경우에는 대폭 제한하여도 무방하지만(물론 재산권의 본질을 침해하지 않는 한에 있어서의 제한) 「소재산」인 경우에는 국민의 생존내지는 인격적 자유와 관련된 비교적 사회성이 약한 재산이므로 사회국가에서도 강하게 존중되어야만 하는 재산이다.

② 재산권의 권리로서의 성격은 천부불가침의 인권으로부터 나오는 방어권적 성격 및 민주정원리로부터 나오는 참여권적 성격이 있다고 생각된다. 방어권적 성격이란 재산권에의 국가의 개입을 배제하는 권리이며 참여권적 성격이란 재산권의 절차면에서 구성 즉 재산권의 규제과정에의 참가의 권리를 의미한다.

③ 헌법에 의한 인권으로서의 재산권의 보장이 인격적자유의 보장을 위하여 행하여진다고 생각된다면 재산권자의 인격적자유와 직접관계되는 것이 아닌 재산이라 할지라도 재산권자이외의 다른 사람의 인격적자유와 강한 관련을 갖고 있다면 그 재산을 이용하는 자에게 대하여도 일종의 재산권자로서의 지위를 인정하고 그와 같은 재산에 있어서는 소유권자인 재산권자와 이용자로서의 재산권자와의 사이의 합의에 기하여 그 운용이 이루어져야 한다고 생각된다.

4. ① 사회국가적 입장에서 재산권의 보장 — 즉 정당보상의 문제 — 을 생각한다면 『사회통념 내지는 사회개념이란 용어를 개입시켜 그때 그때의 사회관념에 비추어 객관적으로 합리적이고 공정타당한 보상을 하여야 한다는 상당보상설(합리적 보상설)이 타당하다고 생각된다. 이것은 종래 상당보상설과 완전보상설이 동일한 특성의 사안을 염두에 두고서 연역적 일반추상적으로 양설의 우열을 가리던 형태에서 벗어나 귀납적으로 재산권이 구체적으로 어떠한 기능을 하는가를 전제로 하여 그 기능의 우열에 따라 생존적재산과 비생존적 재산으로 양분하여 전자의 침해가 있는 경우에는 생활권보장의 측면에서 침해대상인 재산의 재산적가치(교환가치) 이상의 보상을 요하고 비생존적재산의 침해가 있는 경우에는 재산적가치를 하회할 수도 있다는 생각방법이다.

② 정당보상의 의미를 위와 같이 생활보상의 의미로 생각한다면 결국 생활보상을 명문상 또는 해석상 방해하지 않는 각종의 법률은 적어도 헌법과 합치될 것이라고 생각된다.<sup>75)</sup> 그렇다면

---

75) 환언하면 생활보상을 명문상 또는 해석상 방해하는 각종의 법률은 적어도 헌법과 불합치한다는 말이 된다.

헌법과 합치하는 법률등은 어떠한 것이 있는지 예시적으로 간단히 살펴보면 다음과 같다. 토지수용법상의 잔지보상(같은법 47조) 이전과보상(같은법 49조1항) 영업상손실의 보상(같은법 51조) 및 『공공용지의 취득및 손실보상에 관한 특례법 시행규칙』상의 주거가치의 보상(같은법 10조 5항) 주거용건물의 최저보상(같은법 5조의 9) 영세토지에 대한 가산금제도(6조의 3) 이농비보상(같은법 29조 1항) 세입자에 대한 주거대책비보상(같은법 30조의 2) 무허가 또는 무신고어업자에 대한 주거대책비보상(같은법 25조의 3의 2항) 과 현행 토지수용법 제45조 제5항 · 제6항 및 같은 취지의 공공용지의 취득및 손실보상에 관한 특례법 제3조의2 등이 적어도 헌법과 합치하는 법률로 보인다. 특히 『공공용지의 취득및 손실보상에 관한 특례법 제3조의2』는 채권보상에 관한 규정으로서 생활보상을 인정한 대표적인 합헌적법률로 볼 수 있을 것인바, 이러한 내용의 보상등이 헌법상의 정당보상의 내용이 되리라 생각된다.

# 시청자의 법적 지위와 권리

김 중 서

연구원

## - 목 차 -

### I. 머 리 말

### II. 시청자의 개념과 법적 지위

1. 시청자의 개념
2. 시청자의 법적 지위

### III. 시청자의 권리=시청자권

1. 시청자권의 법적 근거
2. 시청자권의 법적 성격
3. 시청자권의 주체
4. 시청자권의 내용

### IV. 맺 는 말-시청자권의 실현을 위한 운동과 규범의 결합



## I. 머리말

자유민주주의의 기본원칙의 하나는 사람들이 자유롭게 말하고 들을 수 있는 언론 자유를 보장해야 한다는 것이다. 따라서 정부의 언론정책은 당연히 국민의 언론자유를 신장하는 방향으로 이루어져야 한다. 그러나 유감스럽게도 자유민주주의를 헌법의 기본원리로 선언하고 있는 우리 나라에서 역대 정권의 언론정책은 언론자유를 신장이라는 면보다는 언론기관의 통제에 항상 중점을 두었다.<sup>1)</sup>

이러한 국가권력의 언론통제는 헌법학의 차원에서는 그 반작용으로서 언론자유와 그 제한 및 한계에 관한 이론들을 발전시켰고 언론자유와 절대성을 옹호하는 사상들을 중시하는 결과를 낳는 등 이론적 발전을 가져오기도 하였다. 그러나 언론자유 이론은 국민의 언론자유에 대한 국가권력의 통제를 주된 대상으로 하는 것이었고 그 초점은 국민의 의사를 대변하는 것으로 상정된 대중매체의 자유를 회복하는데 맞추어진 까닭에<sup>2)</sup> 사회 내에서 대중매체의 위상을 한층 드높였지만, 상대적으로 대중매체와 국가권력의 밀착상태라는 새로운 문제는 간과하고 말았다.<sup>3)</sup> 이제 언론의 자유는 오로지 언론매체와, 그에 접근할

- 
- 1) 이효성, 『한국사회와 언론』, 아침, 1993, 49~53쪽; 한국사회언론연구회, 「1980년대 한국 언론정책의 성격」, 학술단체협의회 편, 『1980년대 한국사회와 지배구조』(제2회 학술단체 연합 심포지엄), 풀빛, 1989, 179~181쪽 참조.
  - 2) 따라서 여기서는 대중매체와 시민은 일체가 되어 국가에 의한 언론탄압과 맞설 수 있었다고 한다. 堀部政男, 「マス・メディアと市民」, 『言論とマスコミ』(法學セミナー増刊), 일본평론사, 1978, 194~195쪽.
  - 3) 방송에 대한 규제는 차차 탈규제 쪽으로 나아가고 있는데 대표적인 사례로는 미국에서 방송규제의 대원칙으로 자리잡았던 '공정성의 원칙'(Fairness Doctrine)이 폐기된 것을 들 수 있다. 공정성의 원칙의 폐기 과정과 탈규제의 현황에 대해서는 Sterling, C. H., *Stay*

수 있는 일부 가진 자들만의 전유물로 전락하고 만 것이다.

언론의 자유가 곧 대중매체의 자유가 되어 버린 이런 상황에서 국민은 국가권력과 대중매체가 내놓는 정보를 수동적으로 받아들일 수밖에 없는 단순한 정보수령자로 전락하고 말았다.<sup>4)</sup> 이런 현상은 헌법이론의 차원에서는 고전적인 사상의 자유시장이 사상의 독과점시장 이론으로 변질되었음을 의미하며<sup>5)</sup> 이제 주권자인 국민은 그 시장에 참여할 길이 봉쇄되어<sup>6)</sup> 극단적인 행동 즉 불법적인 행동으로써만 자신의 의사를 외부에 전달할 수 있게 되었다. 언론자유에 관한 무수한 이론들은 결국 대중매체에만 유용한 것이 되고 말았고 국민들의 주체적 의사표현행위는 범법행위로 처벌을 받는 모순된 상황이 계속되고 있다. 게다가 20세기 과학 · 기술의 발전은 대중매체의 독점과 집중을 더욱 가속화시켜 이제 대중매체가 단순히 권력과 밀착하는 단계를 넘어서서 그 자체가 하나의 권력으로 전화되는 양상이 나타나게 되었다.<sup>7)</sup> 바꿔 말하자면 국민으로서는 자유를 억압할 위험이 있

---

*Tuned. A Concise History of American Broadcasting.* 2nd ed.(Belmont : Wardsworth Publishing Company, 1990), 521~525쪽 참조.

- 4) 20세기 자본주의사회가 고도로 발전하면서 미디어의 집중화 및 독점화가 강화되었고 이에 따라 국민의 미디어로부터 소외되는 현상이 나타나 국민과 미디어 사이에 입장의 호환성이 사라지게 되었다고 한다. 그리하여 이제 미디어와 국민은 각각 정보송신자와 정보수령자가 되고 양자 사이의 분리현상이 현저해져서 마침내 송신자와 수령자라는 두 계층이 생겨나게 되었다고 한다. 그 결과 미디어와 국민 사이에는 자본가와 노동자의 관계에서 볼 수 있는 바와 같은 일정한 대항관계가 나타나게 되었고 이에 따라 이제 언론의 자유를 둘러싼 상황도 '미디어= 시민 대 국가'라는 2극구조로부터 '국민 대 미디어 대 국가'라는 3극구조로 이행되는 특징이 나타나게 되었다고 한다. 박형상, 「언론으로부터의 자유와 법적 대응」, 김동민 편, 『언론법제의 이론과 현실』, 한나래, 1993, 194쪽 ; 산전실, 「マス・メディアへのアクセス権」, 稲葉三千男 편, 『メディア, 勸力, 市民』, 청목, 1981, 231~232쪽 ; 堀部政男 「マス・メディアと市民」, 195쪽.
- 5) Barron은 “언론의 자유에 대한 우리들의 접근은 사상의 시장이 자유롭게 접근될 수 있리라라는 낭만적인 환상에 의해 운영되어 왔다”고 한탄하면서 사상의 자유시장에 대한 홈즈의 웅변적 서술은 현실이 아닌 이상을 묘사한 것이라고 하였다. Jerome A. Barron, 김병국 역, 『누구를 위한 언론자유인가』, 고시계, 1989, 328쪽.
- 6) 김동민, 「편집권과 언론에 대한 국민의 권리」, 『언론법제의 이론과 현실』, 220쪽.
- 7) 松井茂記, 『「マス・メディアと法」入門』, 홍문당, 1988, 317쪽. 여기서는 매스 미디어 산

는 또 하나의 권력 앞에 직면하게 된 것이다.<sup>8)</sup>

이와 같은 국민의 지위변화 즉 주권주체이자 언론자유 의 주체였던 국민이 단순하고 수동적인 정보소비자로 바뀌었다는 사실은 언론자유 이론에 일대 수정을 요구하는 것이다. 그러나 이에 대한 헌법학의 대응은 여전히 대중매체를 언론의 자유의 중심점에 두고 「명백하고 현존하는 위협의 원칙」이니 「우월적 지위의 이론」이니 하는 낭만적 구호에만 매달려 있는 형편이다.<sup>9)</sup>

새로운 언론자유 이론의 필요성은 방송<sup>9)</sup>의 경우에 특히 크다. 우선 방송은 주파수의 영향을 받기 때문에 인쇄 미디어와 같이 어느 특정 소수인이 이를 소유할 수 없는 성질의 것이다. 마치 물과 공기가 국민 전체에 속하는 것과 마찬가지로 주파수를 이용하는 방송도 국민의 공유물로 보는 것이 타당하다.<sup>10)</sup> 즉 방송은 이러한 기술적 특수성으로 인하여 그에 대한 공익적 요구도 더 커지는 것이다.

한편 방송은 일반 기업의 형태로 운영되면 따라서 당연히 경쟁과 이윤동기의 지배를 받는다. 특히 상업방송의 경우에

---

업은 말하자면 '사회적 권력'으로서 국민 앞에 나타나며, 매스미디어가 입법·행정·사법과 나란히 제4의 권력이라고 불리는 것이 이를 잘 보여준다고 한다.

- 8) 대중매체는 시민들의 여론과는 무관하게, 더러는 목살하면서 일방적으로 여론을 조성(작)하여, 대중매체는 더 이상 시민의 표현수단이 아니며, 지배계급의 이데올로기적 도구요, 헤게모니 기구가 되어 버렸다고도 한다. 김동민, 「언론법제연구의 새로운 관점」, 『언론법제의 이론과 현실』, 17쪽.
- 9) 물론 이러한 이론들이 전혀 무용한 것은 아니며 국가권력에 의한 표현의 자유 침해가 이루어지고 있는 상황에서는 여전히 중요한 의미를 갖는다. 그러나 적어도 시민과 권력화 된 대중매체의 관계를 해명하는 데에는 거의 기여하지 못한다고 할 수 밖에 없다.
- 9)-1) 이 글에서 방송이라 할 때에는 오로지 TV방송만을 뜻하며, 라디오 방송과 교육방송 등의 특수방송, 그리고 종합유선방송(CATV)이나 직접위성방송(DBS) 등 이른바 뉴미디어(New media)에 의한 방송은 그 대상으로 하지 않는다. 즉 우리가 매일 시청하는 KBS, MBC, SBS TV만을 대상으로 한다.
- 10) 주파수의 유한성에 비롯되는 방송의 이러한 공공성은 일반 인쇄매체와는 달리 방송에 대한 국가의 통제를 더욱 강하게 요구하는 요인이 된다. 이상철, 「방송규제의 이론적 근거」, 『언론중재』, 1984. 6, 8쪽 ; Barron, 「누구를 위한 언론 자유인가」, 149쪽.

는 인쇄매체와는 달리 수입의 전부 혹은 대부분을 광고에 의존하며 이는 시청률 경쟁과 이에 따른 전반적 방송내용의 저속화를 가져오게 되며, 방송의 상업성을 지배하는 것은 자본의 목소리다. 그런데 사회의 대부분 정보는 국가와 언론기관에 독점되어 있으므로 ‘사상의 자유시장’은 ‘사상의 자본독과점시장’으로 전화되고 방송은 자신의 뛰어난 정보력을 무기로 하여 여론을 지배하려 한다. 즉 방송의 상업성은 권력화를 낳는다. 상업성을 매개로 한 방송의 권력화는 민주정치에 핵심이 되는 여론의 왜곡을 낳는 까닭에 여론의 주체인 국민의 통제가 필요해진다.<sup>11)</sup>

또한 방송은 시청자에게 집단적으로 동시에 전달되고 화면을 통하여 훨씬 생생하게 전달되는 까닭에 일반 인쇄매체에 비하여 그 효과나 영향력이 비할 바 없이 크며<sup>12)</sup> 시청자들로서는 TV를 끄거나 다른 곳으로 채널을 돌리는 방법 이외에는 이를 회피할 방법이 없다는 점에서 시청자의 선택의 폭이 그만큼 좁아진다. 즉 좋은 싫든 시청자는 일단 TV를 켜 이상에는 그것으로부터 전혀 자유로울 수 없는 것이다. 요컨대 방송은 누구에게나 무차별적으로 전달되며 특히 보도의 경우 그 영향은 거의 절대적이므로<sup>13)</sup> 방송에는 인쇄매체에 비하여 더 큰 공익적 요구가 작용한다.

- 
- 11) 방송규제의 근거에 관한 이론으로는 전파 공공소유론(public ownership), 희소성이론(scarcity theory), 매체특성론(media difference concept) 그리고 공공신탁론 또는 대리론(fiduciary or proxy theory) 등이 있다. 이상에 대한 논의는 W.E. Francois, *Mass Media Law and Regulation*, 4th ed.(New York : Macmillan Publishing Co., 1986), 523~525쪽 참조.
- 12) 이러한 방송의 영향력은 그 광역성, 신속성, 용이성 등에서부터 나오는 것이다. 한편, 「텔레비전 프로그램 내용의 다양화 분석」, 『방송연구』, 1990 여름, 207쪽.
- 13) 석간으로 발행되던 동아일보가 1993. 4. 1부로 조간으로 전환한 가장 큰 이유는 텔레비전 방송의 영향으로 석간으로는 도저히 독자를 확보할 수 없다는 것이며 이는 텔레비전 방송이 시작된 후에는 다른 매체는 거의 영향력을 발휘할 수 없음을 단적으로 보여준다.

대중매체가 언론자유에 중요한 주체임은 두말할 필요도 없이 자명한 것이지만 그것은 대중매체가 국민의 의사를 전파하는 통로, 즉 매체로서 기능할 때에 한하는 것이며, 이미 그것이 권력화하였을 때에는 대중매체의 자유를 언론자유로 보는 것은 언론자유와 본질과 부합되지 않는다. 권력화한 언론에게 언론의 자유를 주는 것은 권력자에게 또 하나의 칼자루를 쥐어주는 것이나 다를없기 때문이다. 이제 대중매체는 언론자유를 주체로서가 아니라 언론자유를 대립물 즉 하나의 권력으로 다루어져야 한다. 이 새로운 권력과 대립점에 서는 것은 '생태적' 표현 주체인 인간, 그 집합체로서 시민과 국민이 될 수밖에 없고 여기에서 국민의 대중매체 통제는 그 정당성을 획득하게 된다.

이 글은 이러한 인식을 바탕으로 방송에 대한 시청자의 통제권을 확립하기 위한 전제로서 시청자의 법적 지위와 권리를 밝히는 것을 목적으로 한다.

## II. 시청자의 개념과 법적 지위

### 1. 시청자의 개념

시청자라는 용어는 일반적으로 “TV방송을 보고 듣는 사람”이라고 정의할 수 있다. 통상 신문방송학에서는 관객과 독자와 청취자 그리고 시청자를 총칭하는 ‘수용자’라는 용어를 사용하면서, 이를 대중이라는 의미에서, 혹은 공중 또는 사회집단이라는 의미에서 또는 시장이라는 의미로 파악하고 있지만,<sup>14)</sup> 여기서는

우리 방송법에서 사용하고 있는 시청자라는 용어를 사용하기로 한다. 그리고 시청자라는 용어를 이렇게 일반적인 의미에서 사용하게 되면, 그 개념은 TV수상기 보유나 등록 여부와는 직접적인 연관성이 없다. 그러나 이 글에서는 논의의 편의를 위하여 시청자라는 개념을 좀더 좁은 의미로, 즉 지속적으로 TV방송을 시청할 수 있는 가능성을 보유한 사람으로 한정하고자 한다. 그리고 그러한 가능성을 가진 사람이란 TV수상기를 보유한 사람과 그와 가구를 함께 하는 사람이라고 할 수 있을 것이다.

한편 각국 실정법을 개관해 보면 어떤 법도 시청자에 대한 개념규정을 명문으로 하고 있지는 않다. 단지 방송의 개념을 정의하면서 시청자를 그 본질적 요소의 하나로 규정하고 있는 것이 일반적이다. 이는 시청자가 방송에서 필수적인 구성요소이면서도 그에 대한 독자적인 지위를 부여하고 있지 않다는 것을 의미하며, 방송을 국민의 의사표현의 매체로서 파악한 고전적 언론자유 이론의 입장이 여기에 그대로 반영되어 있다고 할 수 있다. 즉 방송이라는 서비스의 수령자 내지는 소비자라고 하는 것이 각국 실정법이 시청자를 바라보는 기본적 입장이라 할 수 있다. 이러한 시각에는 방송이 하나의 권력이라는 현대적 상황은 전혀 고려되어 있지 않다고 할 수 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 시청자의 법적 지위

### (1) 논의의 필요성

---

14) 권혁남, 「수용자개념의 변화와 효과이론」, 『방송연구』, 1991 여름, 4~7쪽.

15) 각국의 방송법에 관한 자료로는 방송위원회, 「외국방송법제자료집」, 1989 참조.

방송규제의 경향은 규제에서 탈규제로, 탈규제 중에서도 다시 자율규제 쪽으로 가고 있다.<sup>16)</sup> 그리고 이를 언론자유와 주체라는 측면에서 파악하면 언론자유와 주체의 중심이 국민 대중(시청자)에서 방송사 쪽으로 옮겨지고 있는 것이라 할 수 있다. 고도정보화사회라고 일컫는 현대사회에서 대중매체 특히 그 중에서도 방송의 중요성은 더 이상 말할 필요도 없는 것이고 따라서 일반 국민 이외에 방송을 의사표현 주체로서 인정하는 것은 당연한 것이지만 이러한 입장에서는 중요한 점이 간과되고 있다. 즉 대중매체인 방송이 더 이상 '대중'의 매체가 되지 못하고 있다는 사실이다.<sup>17)</sup>

여기에서 우리가 생각해야 하는 것은 누가 표현자유와 진정한 공극적 주체이냐 하는 문제이다. 위에서 언급한 방송 등 대중매

16) 이러한 탈규제경향의 주된 근거는 이른바 '다매체 다채널' 시대의 도래이다. 즉 공영방송과 다양한 민간상업방송 그리고 외국 지상파방송 등 지상파 방송 자체가 다양해 질 뿐 아니라 종합유선방송, 직접위성방송 등 이른바 뉴 미디어가 발전함에 따라서 방송규제의 핵심적 근거가 되었던 '주파수의 희소성'이 사라졌다는 것이다. 물론 이러한 다매체 다채널의 등장은 시청자에게 선택의 폭을 넓힌다는 점에서 긍정적인 것이며 그만큼 방송의 권력분립이 가능해졌다는 의미 부여를 할 수도 있다. 그리고 실제로도 외국의 경우 다매체 다채널에 대응하여 시청자들의 시청이 늘어난 채널이나 매체로 분산되는 현상이 나타나고 있다고 한다. 방송위원회, 「'92방송편성정책연구위원회 종합보고서」, 1993, 80~88쪽 참조.

그러나 이러한 다매체 다채널 시대의 도래가 지상파 텔레비전에 미친 영향은 결코 바람직한 것이 아니다. 외국의 사례에 비추어 볼 때 다매체 다채널 시대의 도래로 인하여 지상파 텔레비전에서 나타나는 현상은 프로그램의 오락화에 따른 질적 저하, 외국 프로그램의 무차별 침입, 경영수지의 악화와 그 결과로 나타나는 공공방송의 붕괴의 위험성 등이라고 한다. 위 책 89~95쪽. 이는 방송의 가장 중요한 목표가 다양하고 객관적인 정보의 전달을 통한 건전한 여론형성이라는 사실과는 완전히 배치되는 것이다. 그렇다면 결코 다매체 다채널시대의 도래가 방송이라는 권력을 통제할 필요성을 감소시키지는 못한다고 하겠다. 오히려 방송통제의 대상이 현재의 지상파 방송을 넘어서서 뉴 미디어로까지 확장되어야 한다고 하는 것이 옳을 것이다.

17) 이런 상황에서 대중매체에 접근할 수 있는 사람은 돈있고 힘있는 자일 뿐이고, 결국 일반 국민은 극적 효과를 가지는 과격한 전달수단을 선택할 수 밖에 없게 되고 이는 주로 위법행위의 형태로 나타나게 된다. 미국에서 편레이론으로 형성되었던 상징적 표현은 이의 한 예라 할 수 있다. 상징적 표현이론에 관해서는 김종서, 「상징적표현이론에 관한 고찰」, 서울대법학석사학위논문, 1986 참조.

체와 대중의 대립은 결국 어느 쪽이 진정한 표현자유 의 주체나 하는 문제로 환원할 수 있기 때문이다.

방송은 시청자가 없이는 존립할 수 없다. 또한 방송은 시청자의 의견 수렴을 통한 민주적 여론 형성에 이바지할 것을 목표로 한다. 곧 시청자는 방송 자체의 존립기반이요 그 원천이다. 즉 방송의 세계에서는 시청자가 진정한 표현자유 의 주체인 것이다. 이는 바로 방송의 영역에서 시청자가 그 주인이 되어야 함을 말하는 것이 아닌가? 그리고 이것이야말로 방송의 영역에서 가질 수 있는 최고의 규범일 것이다.

그러나 오늘날 어떤 나라의 방송법제에서도 시청자에게 어떤 고유한 법률상의 지위나 권리가 인정되어 있지는 않은데 이는 극히 비규범적이다. 아니 아예 규범 자체가 존재하지 않는 상황이다. 그리고 방송의 권력화가 거의 완성된 지금, 따라서 시청자가 극히 열악한 지위에 처해 있는 지금은 더 이상 이러한 규범 부재 상태를 방치할 수 없게 하고 있다. 시청자가 방송의 주인이 되게 하는 일, 구체적으로 시청자의 법적 지위를 인정하고 그에 합당한 권리를 부여하는 일, 요컨대 규범상태를 회복시키는 일을 바로 현 시대는 요구하고 있다.<sup>18)</sup>

## (2) 기존의 논의들

우선 일반방송사업자, 즉 민영방송의 경우 무선국(방송국)의

---

18) 국민주권원리에 따르면 방송과 시청자와의 관계는 양자가 동반자일 때 즉 방송이 시청자의 의사를 대변하는 '매체'일 때에는 모두가 국가권력과 대비되는 개념에서 그 권력의 원천으로 대등한 지위에 서지만, 방송이 시청자위에 군림하는 '권력'으로 전화될 때 이제 시청자는 그 권력=정보권력의 원천이 된다. 그렇다면 시청자의 법적 지위와 권리를 확인하고 인정하는 것은 국민주권의 회복이라고 말할 수 있다.



허가를 받아 전파법 및 방송법의 규제하에서 사업경영을 행하고, 방송이 공중이라는 수신자를 직접의 수령자로 하고 있다는 것, 달리 말하자면 서비스의 수급관계가 적어도 사실상은 존재하지만, 그 법률관계에 관해서는 양자 사이에 민법상의 계약이 체결되었다고 볼 수는 없다고 한다. 이는 방송의 시청이 수상기를 설치하기만 하면 가능하고 따라서 어떤 반대급부를 획득하는 것이 실제상 곤란하다는 것, 그리고 민영방송은 광고방송에 의한 수입에 의하여 사업을 경영할 수 있다고 하는 전제가 존재하기 때문이라고 한다. 결국 시청자는 민영방송이 방송국허가인으로서의 권한에 기하여 행하는 방송을 사실상 시청하고 있는데 지나지 않는다는 것이 된다. 따라서 시청자는 계약법상 일반방송사업자에 대하여 당연히 어떠한 청구권도 가질 수 없다고 한다.<sup>19)</sup>

또한 방송은 기술적 측면 때문에 필연적으로 서비스가 정형화되고 따라서 개개 시청자들마다, 서비스의 내용을 다르게 한다는 의미의 법적 지위를 인정하는 것은 불가능하고, 시청자에게 방송프로그램에 대한 실체적 청구권을 인정하는 경우에는 통상의 서비스의 경우와는 달리 방송프로그램의 편성의 자유라고 하는 방송법상의 문제가 생기는 것도 고려해야 한다고 한다. 해석론적으로 시청자에게 실체적 청구권을 인정하는 것은 실질적으로는 프로그램 편성의 자유에 대한 타율적인 개입을 의미하며 이 점에서는 행정적 개입과 똑같은 형태의 한계가 존재하기 때문이라는 것이다.<sup>19)</sup>

---

19) 팽원순, 「메스커뮤니케이션법제이론」, 법문사, 1983, 416쪽; 鹽野宏, 「放送制度の課題」, 유비각, 1991, 220쪽

19)-1) 鹽野宏, 위의 책, 220~223쪽.

한편 공영방송의 경우는 시청자와의 법적 관계가 제정법으로 직접 규율되고 있어 다소 문제가 달라진다. 그러나 방송법상 시청자와 공영방송의 관계의 내용은 오로지 수신료에 한정되고 있어 이것만으로는 시청자의 법적 지위는 사실상 공영방송을 시청하고 있는(또는 그 가능성을 보유하고 있는)자로서 수신료의 지불의무를 갖는 자 이상은 아니다. 그러나 수신료는 공영방송 시청의 양에 관계없이 정액이며 공영방송의 업무에 관한 경비는 원칙적으로 수신료 이외에는 없는 점 등에 비추어보면, 실질적으로 수신료는 단순한 대가지불의 의미가 아니라 공영방송의 유지경영을 위하여 충족되는 비용분담적 성격을 갖는 것이라고 할 것이므로 이로부터 시청자의 지위가 도출될 수 있는지가 문제된다고 한다. 그러나 이로부터 바로 일정한 법개념이 해석론적으로 도출될 수 있는 것은 아니며, 단지 방송사업의 특수성에 비추어 공영방송에게 시청자의 의향을 적극적으로 수렴케 하거나 또는 어떤 방법에 의하든 그 참가를 인정할 의무가 있음을 전면적으로 부정해서는 안된다는 것이다.<sup>20)</sup>

이상과 같은 설명에 따르면 시청자는 적어도 방송국과의 관계에서는 어떠한 법적 지위도 갖지 못한다고 볼 수 있다. 단지 허가절차에서 일반행정절차법에 따른 일정한 지위가 인정될 수 있지만 그 경우에도 청문절차 참여권 등이 보장되는데 그치며 직접 허가의 취소 등을 청구할 수 있는 지위는 없다고 한다.<sup>20)</sup>

---

20) 鹽野宏, 위의 책, 226~228쪽.

20)-1) 이 점에 관해서는 염야평, 위의 책, 230~232쪽 참조. 한편 미국에서는 시청자가 연방통신위원회(FCC)의 제허가처분을 다투어, 이에 원고적격(standing)이 인정된 예가 있다. Office of Communication of United Church of Christ v. FCC, 359 F. 2d 994, 1005(1966). 이 판결에 관해서는 D.H.Ginsburg, *Regulation of Broadcasting. Law and Policy Towards Radio, Television and Cable Communications*(St. Paul, Minnesota : West Publishing Co., 1979), 239쪽과 藤田泰弘, 「米合中國において行政訴訟原告適格の法理」, 『公務月報』 19권 5호, 1973, 136쪽 이하 참조.

또한 시청자의 권리는 국민의 알 권리로도 표현할 수 있을 것이지만 그런 경우의 알 권리는 개개인의 특정의 정보를 받을 수 있는 권리가 아니라 다양한 정보를 공정하게 제시하도록 요구할 수 있는 국민 전체의 권리라고 해석함이 마땅하다고 한다. 결국 시청자의 이익보호를 더 철저히 하려면 방송국을 감독하고 그 자문에 응하도록 되어 있는 방송위원회를 비롯한 각 기관의 대표성을 실질적으로 강화하면서 그 권한을 확대시키는 것이 현실적으로 가장 적합한 방법이고, 또 시청자로서 기대할 수 있는 것은 그것밖에 다른 도리가 없다고 말한다.<sup>21)</sup>

그러나 근년에 언론의 자유에 관한 논의에 있어 주된 관심이 송신자의 자유에서 수신자의 자유로 옮겨가는 경향을 보이고 있다고 지적하면서 시청자의 법적 지위 논의의 필요성을 언급한다. 즉 방송제도의 본질적 요소를 구성하고 있는 수용자로서의 시청자가 어떤 법적 지위를 차지하고 있으며, 또 차지해야 하느냐 하는 문제를 법이론적으로 분석하는 것은 방송법제론의 정립을 위해서도 필요한 것이고, 시청자의 지위에 관한 법이론상의 설명이 없이는 어떠한 방송법제론도 완전할 수는 없는 것이 분명하기 때문이라고 하여 그 설명의 불충분함을 인정하고 있다.<sup>22)</sup>

이러한 문제의식에 동감하면서 시청자의 법적 지위와 권리의 문제를 검토해 보기로 한다.

---

21) 팽원순, 위의 책, 420~421쪽. 또한 미국의 판례도 시청자 개개인에게는 법률상 방송국에 대해서 특정 프로그램의 방송이나 그 변경을 요구할 수 있는 아무런 권리도 없다는 판단을 내리고 있다. FCC v. WNCN Listeners Guild, 450 U.S.582(1981) ; Muir v. Alabama Educational Television, Commission, 688 F토 2nd 1033(5th Cir., 1982).

22) 팽원순, 위의 책, 426쪽.

### (3) 시청자의 법적 지위

위의 학설들은 주로 방송과 시청자의 표면적 관계만을 강조하여 계약관계의 부재라든가, 시청자가 불특정다수라는 점을 강조하여 시청자의 법적 지위를 부정하고 있다. 그러나 여기에는 중요한 결함이 발견된다. 즉 시청자의 법적 지위를 인정할 필요성은 전파의 유한성과 그에서 비롯되는 방송의 공공성에 연유하고 있는데, 막상 시청자의 지위 논의에서는 이 부분에 관한 논의가 완전히 배제되고 있다는 점을 발견할 수 있다. 방송의 공공성이 부정되고 있는 나라는 없는데, 왜 이를 시청자의 지위 논의에서 배제하고 있는지는 이해하기 힘들다. 이하에서는 방송의 공공성을 계기로 하여 시청자의 법적 지위에 관한 이론구성을 시도해보기로 한다.

#### ① 방송의 주권자

현대의 보편적 이데올로기는 민주주의이고 민주주의는 ‘국민에 의한 통치’를 그 내용으로 하기 때문에 현대민주국가에서 주권의 주체는 마땅히 국민이 아니면 안된다. 즉 현대민주국가의 지도원리는 국민주권주의이다. 그리고 현대의 보편적 이데올로기인 민주주의를 바탕으로 하는 현대 민주국가에서는 민주주의가 국가와 사회의 모든 영역에서 철저히 관철되지 않으면 안된다. 그리고 이는 방송에서도 마찬가지다.

시청자는 방송의 필수적 구성부분이다. 또한 방송은 공공재—즉 시청자의 공유재산—인 전파를 사용하며, 전파의 독점적 사용권은 궁극적으로는 국민(시청자)의 위임을 받은 국가권력의 허가를 받아서만 부여된다는 점에서 시청자는 방송의 존립근거이자 그 실현대상이다. 이는 하나의 국가를 상징할 때 국가권력과

국민과의 관계와 흡사하다. 국민의 국가의 필수적 구성부분이며 국가권력의 원천이요 궁극적 주체이며, 국가권력의 행사는 국민을 위한 것일 때에만 그 정당성이 인정된다. 특히 이러한 현상적 유사성은 방송의 세계에서 국가를 지배하는 지도원리가 그대로 관철될 것을 요구한다.

요컨대, 대한민국의 지도원리가 민주주의를 의미하는 국민주권주의인 이상 방송의 세계에서 민주주의의 원리는 관철되는 것이며, 이는 시청자주권주의<sup>22)</sup>로 나타난다. 결국 시청자는 전파소유자이자 주권자로 설명할 수 있다. 그리고 이를 시청자 주권의 원리라 부른다면 시청자 주권은 '시청자에 의한, 시청자를 위한 시청자의 방송'이라는 형태로 구체화된다.

주권자로서의 국민의 지위를 논할 때 우리는 다음과 같이 이야기한다.

---

22)-1) 그러나 통상 신문방송학자나 방송국 또는 시청자단체에서 사용하고 있는 시청자주권이란 용어가 헌법상 논의되는 주권개념과 엄밀한 의미에서 동일한 것으로는 보이지 않는다. 주권이라 함은 국가의사를 전반적으로 또 최종적으로 결정할 수 있는 최고권력을 의미하는데( 권영성, 『헌법학원론』(신정판), 법문사, 1991 103쪽; 김철수, 『헌법학원론』(전정신판), 박영사, 1992, 119쪽) 그들이 이런 의미에서 시청자주권이란 말을 사용한다고는 보기 힘들다. 단지 시청자가 방송이라는 영역에서 가장 중심적인 위치를 점해야 하며, 방송에 관한 모든 의사결정은 시청자의 의사와 합치하는 한도에서 그 정당성을 인정할 수 있다는 것을 헌법상의 주권개념을 원용하여 강조하고 있는 선언적 표현이라고 볼 수 있다. 예컨대 소비자주권이라고 할 때 그 의미는 소비자가 국가권력의 원천이라는 주권의 본래적 개념이 아니라 상품생산 및 유통관계에서 상품생산 및 유통절차 자체가 소비자 중심으로 하여 전제되어야 한다는 의미에서 사용되는 것과 같은 의미이다.

그러나 본문에서 논한 바와 같이 전파소유자인 시청자와 전파관리자인 방송국의 관계를 생각한다면 시청자주권은 다른 중요한 의미를 갖게 된다. 즉 시청자가 가지는 전파소유권은 그들이 가지는 주권자로서의 지위로부터 비롯되는 것이므로 시청자가 방송의 세계에서 주권을 가진다는 것은 최고의 독립된 권리를 갖는다는 법적인 의미를 가지게 되는 것이다. 따라서 시청자가 방송의 세계에서 주권자의 지위를 가진다는 것은 결국 방송의 공공성의 궁극적 귀착점이 시청자라는 의미에서, 방송국의 공공성 준수 여부에 대한 감독권과 통제권, 그리고 그 관리운영권이 최종적으로는 시청자에게 귀속된다는 것을 의미한다.

“국민주권의 원리를 바탕으로 하는 민주국가의 국민은 국가의사와 국가적 질서에 관하여 최고의 결정권을 가진다.”<sup>23)</sup>

이를 방송에 적용한다면 다음과 같이 바꿀 수 있을 것이다.

“시청자주권의 원리를 바탕으로 하는 방송의 시청자는 방송에 대한 의사와 방송의 기본질서에 관하여 최고의 결정권을 가진다.”

국민주권의 원리가 구현되는 방식으로는 대의제, 직접민주제, 기본권보장 등을 들 수 있는데<sup>24)</sup>, 마찬가지로 시청자주권의 원리도 대의제(시청자대표제), 직접민주제, 기본권으로서 시청자권리의 보장 등에 의하여 구현될 것이다.

요컨대, 방송의 세계에서는 시청자가 주권자로서의 지위를 차지며<sup>25)</sup> 방송이 하나의 권력으로 전화된 이상에는 그 권력의 행사는 시청자의 의사에 합치되지 않으면 안된다. 그리고 시청자는 주권자로서 방송에 대한 최고의 결정권을 가진다.<sup>26)</sup> 그리고

---

23) 권영성, 위의 책, 107쪽; 김철수, 위의 책, 119쪽; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1991, 139쪽

24) 국민주권의 실현원리로서 권영성 교수는 대의제, 직접민주제, 정당제도, 기본권보장, 지방자치제를 (『헌법학원론』, 108~109쪽), 김철수 교수는 국민대표제, 직접민주제, 정당제도, 지방자치제, 직업공무원제, 기본권보장, 권력분립 및 법치주의를(『헌법학원론』, 124~125쪽), 허영 교수는 통치권의 기본권기속성, 자유민주주의원리, 법치주의원리를 들고 구체적인 제도들로서 국민투표제도, 대의제도, 선거제도, 복수정당제도, 지방자치제도, 기본권보장제도, 권력분립제도 등을 들고 있다.(『한국헌법론』, 139~149쪽.)

25) 우리가 국민주권주의를 논할 때 일반적으로 상정하는 국민이란 개념은 “이념적 통일체로서의 국민”이다. 그러나 시청자주권을 논할 때는 이와 같은 국민 개념 즉 시청자 개념에 입각할 수는 없다. 왜냐하면 국회와 같이 시청자를 대표할 만한 헌법기구가 별도로 존재하지 않기 때문에 위와 같은 해석은 궁극적으로 시청자주권을 인정하지 않는 것과 동일한 결과를 초래하기 때문이다. 그러므로 시청자는 개별적으로 자신의 주권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

26) 방송국과 시청자와 정부의 관계를 삼각형으로 표시한다면 시청자는 마땅히 정점에 가야 하고 국민이익을 대표하여, 감시기관으로서의 정부의 위치는 방송국보다 시청자에 가까워야 한다고 한다. 김규, 「공영방송과 시청자」, 『방송연구』, 1986 가을, 24쪽.

이러한 시청자의 주권자적 지위는 공행정의 주체인 공영방송에 대해서 뿐만이 아니라 공공성을 매개로 할 때에는 사영방송에 대해서도 마찬가지로 인정되는 지위이다.<sup>27)</sup>

## ② 정보소비자의 지위

시청자는 방송을 통하여 많은 정보를 얻는데 이러한 정보의 취득은 하나의 상품을 소비하는 행위이다. 이와 같은 방송국과 시청자의 관계는 소비자보호법상의 사업자와 소비자의 관계로 설명할 수 있다. 즉 시청자는 일반 상품소비자와 같은 지위를 가진다.

소비자의 지위와 권리는 소비자보호운동의 보호를 규정하고 있는 헌법 제124조에 의하여 간접적으로 보장된다. 그러나 학설에서는 소비자권리를 새로운 유형의 기본권으로 이론구성하고 있다. 소비자권리는 자유권과 경제적 기본권 및 청구권적 기본권 그리고 사회적 기본권의 성격을 아울러 가진 총합적 기본권이라 하여 그 법적 성격을 밝히고 있다.<sup>28)</sup> 그리고 그 권리의 구체적 내용에 대해서는 현행 소비자보호법상의 권리를 든다.<sup>29)</sup>

소비자보호법 제2조 2호는 소비자를 “사업자가 제공하는 물품 및 용역을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령이 정하는 자”를 말한다고 하여 그 개념을 정의하고, 이어 제3조에서 소비자가 스스로의 안전과 권익을 위하여 향유하는 “기본적인 권리”들을 규정하고 있다. 따라서 소비자는 이러한 권리를 실현하기 위하여 소비자보호법 소정의 보호를 받는다.

---

27) 그러나 이것이 주권의 궁극적 귀속주체가 공영·사영에 관계없이 시청자임을 의미할 뿐 공영방송과 사영방송에 대해서 시청자가 동일한 지위와 권리를 가진다는 것을 의미하지는 않으며, 주권 실현에서는 어느 정도의 차이가 나타난다.

28) 권영성, 위의 책, 473~474쪽.

29) 권영성, 위의 책, 474~475쪽.

소비자에게 이러한 법적 지위와 권리를 인정하는 것은 현대사회에서 사업자와 소비자는 정보·기술조작·부담전가·조직력과 시장지배력에서 대등한 지위에 있지 않기 때문에, 사법관계를 지배하는 사적 자치의 원칙을 그대로 적용하게 될 경우 결국 사업자와 소비자의 관계는 지배종속관계로 전락하고 만다는 것을 근거로 한다.<sup>30)</sup> 그런데 이러한 상황은 방송시청자에게도 그대로 적용할 수 있다.

시청자는 방송사업자가 행하는 방송이라는 서비스를 이용하는 자이므로 소비자에 해당한다는 데에는 의문이 없다. 그런데 방송은 주파수의 희소성이라는 그 특정상 독점사업의 형태를 띠 수밖에 없으므로 시청자에게는 방송의 선택권이라는 것 자체가 매우 제한될 수밖에 없다. 단적으로 말한다면 시청자에게는 채널을 ‘돌릴 권리’와 텔레비전을 ‘끄 권리’밖에 없다고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 그리고 그것으로 충분하다고 말할 수도 있다. 그러나 오늘날과 같은 고도정보화사회에서 많은 정보를 가장 신속하게 전달하는 매체로서 텔레비전 이상 가는 것을 발견하기는 어려운 까닭에 텔레비전을 끄다는 것은 사실상 사회에서 도태된다는 것을 의미할 수도 있다는 점에서 끌 권리는 사실상 실행될 수 없는 권리다. 채널을 돌릴 권리 즉 채널선택권의 경우에도 마찬가지다. 신문과 같은 인쇄매체와는 달리 시청자가 선택할 수 있는 채널 자체가 많을 수 없다는 것은 사실상 채널선택권을 유명무실하게 만들기 때문이다. 특히 상업성이 강하게 지배하여 시청률경쟁과 이에 따른 대응편성 등이 일반화되어 있는 방송현실<sup>32)</sup>

30) 황적인/권오승(공저), 『경제법』 (신정판), 법문사, 1991, 413~414쪽.

31) 이는 텔레비전으로부터의 ‘탈출권’이라고 부를 수 있을 것이다.

32) 대응편성이나 중복편성 등에 관한 실증적 분석으로는 한진만, 「텔레비전 프로그램 내용의 다양화 분석」, 207~233쪽과 안정임/송현경/전경란, 「공민영 방송제도 이후의



을 감안한다면 어떤 채널을 선택하더라도 거의 동일한 유형의 프로그램밖에는 시청할 수 없다. 채널 선택권은 이미 권리가 아닌 것이다.

그런데 방송은 대중매체의 하나라는 이유로 정보의 수집 처리에 관한 다양한 특권을 향유하고 있는데 반하여 시청자에게는 그러한 특권이 없고 보유하는 정보의 양이나 정보전달능력, 조직력 등에서 방송과는 비교도 안될 만큼 열악하다. 나아가 방송은 그 정보능력을 이용하여 여론을 지배하게 된다. 즉 방송과 시청자 사이의 관계는 비대등관계이며, 방송이 일방적으로 여론을 지배하고 시청자가 이를 받아들일 수밖에 없다는 점에서는 지배복종관계라고 할 수 있다. 그렇다면 방송과 시청자의 관계를 사법상의 법률관계에서 적용되는 사적 자치의 원칙에 의하여 해결할 수는 없는 것이고 시청자에게는 일반 상품소비자와 마찬가지로 법적 지위가 인정되어야 한다.

그러나 시청자의 지위를 일반 상품소비자의 지위와 동일한 정도로 한정할 수는 없다. 그것은 일반 상품과는 다른 정보라는 상품의 특성 때문이다. 즉 정보는 그 자체 내에 이미 일정한 가치 판단을 내포하고 있는 경우가 많기 때문에 시청자는 정보의 소비 자체를 통하여 일정한 가치를 형성당하게 되며 이는 매우 지속적인 것이 될 수도 있다. 그리고 정보에 의한 피해라는 것은 생명·신체·재산에 대한 것이 아니라 사상이나 의견의 형성에 대한 정신적인 것이다. 즉 일반 상품소비자는 특정의 상품을 소비함으로써 경제생활의 일부분인 소비생활에 영향을 받는데 그침에 비해서, 정보수령자는 정보를 수령함으로써 사회생활

---

TV중복편성 현황분석 — sbs 개국을 전후하여 —, 『방송연구』, 1992 겨울, 321~354쪽 참조.

이 모든 부문에 걸쳐 좋은 싫든 자신의 의사표현에 일정한 영향을 받게 된다.<sup>33)</sup> 특히 방송을 시청함으로써 얻게 되는 정보가 왜곡되고 불공정한 것이어서 자신의 의사표현에 부정적으로 기능하는 경우에는 자신의 의사표현에 커다란 장애를 느끼게 되기까지 한다.<sup>34)</sup> 방송은 전국—일정한 경우에는 특정 지역—에 동시에 전달되고 그 효과는 매우 큰 까닭에, 자기 자신의 방송매체를 갖지 못한 시청자가, 일단 방송을 통하여 이미 왜곡된 정보를 수령한 다른 시청자에게 자신의 정당한 의사표시를 전달하기 위해서는, 방송이 되지 않은 상태에서보다 훨씬 더 많은 노력이 요구되기 때문이다. 물론 이 경우에 방송에서 전달되는 정보가 반드시 왜곡된 것이라는 법은 없지만 적어도 이런 경우가 발생할 수 있으리라는 추측은 충분히 정당한 것이다.

따라서 이런 경우에는 방송사측의 의사표현의 자유—정보의 송신—와 시청자의 의사표현 사이에 충돌이 생겨나게 되고 이는 곧 기본권의 충돌문제로 귀결된다. 그러나 방송사 측에는 방송의 자유가 인정되지만 시청자에게는 아무런 법적 지위도 없고 따라서 아무런 법적 권리도 없다고 한다면 사실상 시청자의 표현의 자유는 거의 유명무실한 것이 되고 만다. 그러므로 어떤 식으로든 정보수령로서의 시청자에게는 이러한 기본권 충돌문제를 해결할 수 있는 최소한의 법적 지위가 보장되지 않으면 안 될 것이다. 그러나 이 경우에 일반 상품소비자와 같은 정도의 지위와 권리만을 보유한다고 하게 되면, 그 이익형량에서 시청

---

33) 한상범, 「표현의 자유와 경제적 기본권」, 『동국대 논문집』, 1977.12. 73쪽.

34) 김동환 변호사는 정보의 하자를 두가지로 나누고 있다. 첫째, 정보의 누락과 착오, 즉 소비자가 통상적으로 기대할 수 있는 뉴스가 빠짐으로 인하여 소비자가 정세를 정확하게 보지 못하는 경우이며, 두 번째는 보도된 기사의 내용이 사실과 달라 소비자가 행동을 그르친 경우이다. 김동환, 「정보소비자의 권리」, 『언론중재』, 1988 가을, 153~155쪽

자는 절대적으로 불리해지고 만다. 일반적인 상품소비자의 지위에서는 방송에 의하여 시청자가 당하는 정신적 피해에 대해서는 아무런 주장도 할 수 없게끔 되어 있기 때문이다.

한편 정보소비자인 시청자가 일반 상품소비자와 구별되어야 하는 또 다른 이유는 시청자는 단순한 정보의 ‘소비자’만이 아니라라는 사실이다. 우선 방송을 통하여 전달되는 정보는 실제로는 시청자들의 일상생활에서 나온 것이기 때문에 시청자들은 사실상 정보 생산과정이 한 주체이며, 따라서 어떤 의미에서는 방송이란 이러한 생활을 적절한 기술과 전문성을 통하여 가공하여 전달하는 과정에 지나지 않는 것으로도 이해할 수 있다. 또한 시청자는 방송이 전달하는 정보를 자신의 생활에 직접 이용하는 소비자인 한편으로 이를 다른 사람들에게 적극적으로 전파하는 매체의 역할도 수행하고 있다. 즉 어떤 의미에서는 시청자 자체가 하나의 매체이기도 하다.<sup>35)</sup>

정보소비자로서 시청자가 가지는 이러한 특징은 그 지위를 일반 소비자와 다르게 규정할 것을 요구한다. 그런데 헌법을 포함한 실정법에서 시청자의 법적 지위를 규정하고 있지 않다면 시청자가 처해 있는 열악한 상황을 전제로 헌법의 기본원리, 특히 국민주권 원리에 입각하여 새로운 지위를 이론구성하지 않으면 안된다. 물론 이는 해석론의 차원을 넘어서는 것이지만 실정법의 존재 여부에 앞서 헌법을 지배하는 지도원리는 엄연히 존재하는 것이고 이들 규정의 현실적 의미를 되새겨 봄으로써 새로운 이론구성을 하는 것 자체가 불가능하다고 생각되지는 않는다.<sup>36)</sup> 과연 헌법의 지도원리로부터 시청자에게 정보수령자라는

---

35) 호현찬 교수는 이 점을 “시청자가 있고 소제가 있으며 마지막으로 제작자가 있다”고 표현하고 있다. 호현찬, 「시청자참여프로그램의 개발」, 『방송연구』, 1986 가을, 48쪽.

데에서 나오는 특별한 법적 지위와 권리를 끌어낼 수 있는가?

우선 정보라는 상품 자체가 가지는 공익적 성격에 주목할 필요가 있다. 정보는 여론형성이라는 공익이 실현에서 핵심적인 요소가 된다. 그렇다면 시청자가 정보를 소비하는 행위(정보의 수령=시청) 자체가 공익을 실현하는 행위(여론형성을 준비하는 행위)로 파악되며, 여기서 시청자에게는 일반소비자와는 다른 공공행위의 담당자라는 독특한 지위가 인정된다. 그리고 이러한 지위에서부터 시청자가 건전한 여론 형성이라는 공익을 실현하기 위하여 그 요소인 정보 자체의 공익성을 요구할 수 있는 권리가 나온다. 나아가 시청자는 이러한 지위에서 정보의 공공성 즉 방송의 공공성을 확립하기 위한 제반 수단을 취할 수 있다는 결론까지 끌어낼 수 있다.<sup>37)</sup>

다음으로 방송이 가지는 독과점적 성격에서 오는 공공성에 주목할 필요가 있다. 방송국이 방송을 행하는 것은 일정한 조건에 의하여 전파를 임대하여 사용하는 것이고 그 조건에는 공익적 목적의 방송이라는 방송의 공공성이 포함되어 있다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 시청자는 단순한 상품 소비자가 아니라 그 상

---

36) 만약 헌법의 지도원리로부터 시청자의 지위와 권리를 이끌어내는 것이 가능하다면 실정법규정의 부재는 위헌적인 상태를 방치하고 있는 것이라 할 수도 있다.

37) 만약 시청자도 역시 정보라는 상품의 소비자에 불과하므로 소비자 일반이 가지는 권리 밖에 가지지 못한다고 할 때에는 다음과 같은 문제점이 생긴다. 시청자도 소비자 보호법이 규정하는 바와 같이 일반 상품소비자와 같은 정도의 지위밖에 가지지 못한다고 하게 되면, 우선 동법 제3조에서 규정하는 여러 권리 중 1호 소정의 권리는 시청자에게는 해당될 수 없다. 방송이라는 서비스의 특성상 그로 인하여 입을 수 있는 피해란 것은 항상 정신적 피해가 될 수 밖에 없으므로, 생명·신체·재산상의 위해로부터 보호받을 권리란 것은 아무런 의미도 없는 것이 되고 말기 때문이다. 따라서 당연히 “피해에 대하여 신속·공정한 절차에 의하여 적절한 보상을 받을 권리”를 규정하고 있는 5호의 규정도 그 피해가 결국 생명·신체·재산상의 피해를 의미하는 것이기 때문에 시청자에게는 적용이 없게 된다. 또한 방송이 전파를 독점적으로 사용하고 방송시간은 국가의 규제를 받는다는 점에서 거래의 상대방·구입장소·가격·거래조건 등을 자유로이 선택할 권리는 사실상 방송에서는 허용될 수 없는 것이므로, 이를 규정한 제3호도 시청자에게는 무용지물이 되고 만다.

품의 제조 및 유통과정 전체에 대하여 공공성이 준수되는가를 감시하고 통제할 수 있는 지위에 있다고 보는 것이 타당하다. 물론 이러한 감시와 통제는 주로 국가권력을 통하여 이루어지겠지만 그 범위 밖에서 통제감시권을 가지는 것은 물론 국가권력의 통제나 감독범위 내에서도 시청자는 국가의 적극적인 감시통제의 이행을 요청할 수 있는 지위에 있다고 보아야 한다.

방송이 단순한 하나의 기업으로서 영위되고 있는 것이 아니라 사영이든 공영이든 이미 하나의 공적 제도로 운영되고 있는 이상 시청자는 그야말로 ‘공적인’ 서비스를 받을 수 있는 지위에 있다고 해야 할 것이다. 요컨대, 시청자는 적어도 방송이 공적 제도로 운영되는 것을 정당화할 정도의, ‘공적인 서비스로서의 정보’를 받을 수 있는 지위에 있다고 보아야 할 것이다.<sup>38)</sup>

### ③ 방송운영주체의 지위

한편 텔레비전수상기를 소지한 시청자는 수상기 등록과 함께 텔레비전방송수신료(이하 “수신료”)라는 명목의 금전을 납부하고 있다(한국방송공사법 제35조). 즉 시청자는 수신료납부의무자의 지위를 가진다. 일반적으로 일정한 의무에는 반드시 일정한 권리가 상응한다. 예컨대 기업에서 그 운영자금을 공급하는 자본주는 일정한 권리를 취득하게 된다. 대표적인 것이 주식회사의 주주이다. 주주들은 주식회사운영과 관련한 의결권의 행사와 더불어 그로부터 나오는 이익분배에 참여할 권리를 가진다. 즉 주주는 주식회사의 주인이다. 그러나 마찬가지로 공영방송의 운영자금을 부담할 의무가 있는 시청자에게는 주주와 같은, 아니 비

---

38) 공적 서비스로서 방송의 특성에 관해서는 Gibbon, T., *Regulating the Media*(London: Sweet and Maxwell, 1991), 32쪽; Scannel, P., “Public Service Broadcasting : The History of a Concept,” Goodwin, A/Whannel, G,(ed), *Understanding Television*(London and New York : Routledge, 1990), 26쪽 참조.

숫하기나마 한 권리조차 없다.<sup>39)</sup>그저 수상기를 가졌다는 이유만으로 수신료를 납부해야 하면서도 그 수신료로 운영되는 방송에 대해서 어떠한 지위도 갖지 못한다. 이는 방송의 민주화, 국민주권주의를 논하기에 앞서 법률관계로서의 최소한의 요건조차 갖추지 못한 비법적인 것이다. 즉 범규범에 의해 규율되는 방송제도에서 가장 규범적이지 못한 상태가 인정되고 있는 것이다.<sup>40)</sup>

방송이 시청자를 전제로 하지 않으면 존재할 수 없고 또 그 방송이 시청자가 내는 돈으로 운영되고 있다면 시청자는 그 방송의 운영에 대하여 주인으로서의 지위를 가진다. 공영방송이라도 순전히 수신료만으로 운영되는 것이 아니라 광고방송에 의해 운영비의 상당부분이 충당된다는 주장은 이에 대한 적절한 반론이 될 수 없다. 시청자가 수신료로써 방송 운영경비의 상당부분을 부담하고 있는 이상 그에 상응하는 권리는 인정해야 하는 것이다.<sup>41)</sup> 또한 광고수입 역시 상품가격의 형태로 시청자에게 전가된다는 점도 이 주장의 설득력을 반감시킨다. 주식회사에서 소액주주도 주주인 것에는 대주주와 아무런 차이가 없는 것처럼 시청자가 납부하는 수신료가 극히 소액이라 할지라도 방송의 주체임에는 아무런 지장이 없다. 이와 같이 공영방송의 경우 시청

---

39) 물론 공영방송에 대해서는 정부에서 자본금의 전액을 출자하지만 그 자본금에서 운영경비까지 나오는 것은 아니므로 정부만이 운영에 개입할 수 있다는 논리는 성립하지 못한다. 즉 독자적인 자금운영—주식의 상장 등—으로 재원을 조달할 수 있는 길이 전혀 없는 상황에서는 역시 별도의 운영재원을 수신료라는 명목으로 부담하고 있는 시청자가 운영에 관여할 수 있어야 한다.

40) 어떠한 이유에서건 비용을 부담하는 시청자측에서 방송국에 대하여 권익을 주장할 수 있는 근거가 될 범조항이 하나도 없음은 특기할 일이며, 특히 KBS의 경우 수신료와 광고수입이라는 이원적 재원으로 시청자에게 이중부담을 주고 있음에도 불구하고 시청자의 법적인 권리주장은 아무데서고 찾아볼 수 없다는 지적도 있다. 오택섭/김우룡, 「방송커뮤니케이터와 시청자—한국·일본을 중심으로—」, 『방송연구』, 1986 겨울, 171쪽.

41) 일본의 경우 NHK가 수신료에 의하여 성립하는 공공기업체라면 수신료를 지불하는 수신자로서는 사업방향에 관하여 일정한 발언권, 참가권을 갖는 것은 당연하다고 한다. 奥平康弘, 「放送法の現状と課題」, 『法律時報』 50권 10호, 1978. 10.15쪽.

자에게는 정보소비자의 지위 이외에 수신료 납부를 부담하는 방송운영주체로서의 지위가 추가로 인정된다. 그렇다면 시청자가 공영방송에 대해서는 더 많은 권리를 향유한다고 하는 것은 필연적이다.

그러면 사영방송에 대해서는 시청자에게 이와 같은 방송운영의 지위가 인정되지 않는가? 순수한 사영방송제를 채택하고 있는 나라는 없고 또 그러한 제도가 인정된다 해도 방송이라는 특수성 때문에 시청자는 일정한 지위를 갖게 되지만, 사영방송의 경우 방송운영에 필요한 재원은 공영방송과 달리 수신료가 아니라 광고수입으로 충당한다는 점에서 시청자에게 과연 방송운영자의 지위가 인정될 것인가는 문제이다. 여기서 핵심적인 문제는 시청자가 사영방송에 대해서 과연 아무런 재원도 부담하지 않는가 하는 점이다.

이 문제를 해결하기 위해서는 우선 수신료의 성격을 살펴 볼 필요가 있다. 수신료의 성격에 대해서는 공영방송의 운영과 사업에 필요한 경비를 시청자인 국민이 분담하도록 하는 비용분담적 성격을 갖는다는 주장<sup>42)</sup>, 공영방송방송 수신료의 대가로 지불되는 이용료라는 주장<sup>43)</sup>, 공영방송이라는 기본적 급부를 보장하기 위한 특별공과금<sup>44)</sup>이란 주장 등이 대립하고 있지만 여러 가지 조건으로 볼 때 공영방송의 운영과 사업에 필요한 비용분담이 수신료라는 주장이 가장 타당하다.<sup>45)</sup>

---

42) 평원순, 위의 책, 385쪽; 鹽野宏, 위의 책, 227쪽.

43) BVwGE 29, 214.

44) Münch, I. von, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Berlin & New York: Walter de Gruyter, 1988, 916쪽.

45) 鹽野宏, 위의 책, 266쪽. 그러나 1987 언론기본법이 폐지되고 새로 제정된 방송법(1987.11.28 법률 제3978호)에서는 수신료의 결정과 정수가 방송위원회의 권한으로 되어 있었는데(제25조), 이는 방송—공영, 사영을 불문하고—제도 전체를 관장하는 방송위원회의 성격에 비추어 수신료의 성격도 방송제도 전반에 관한 것으로 이해했다고 생각

수신료의 성격을 이와 같이 규정하게 되면 시청자가 사영방송에 대해서는 운영주체의 지위를 가질 수 없다고 해야 할 것이다. 그러나 사영방송의 방송운영 재원이 되는 광고수입은 형식적으로 광고주가 부담하지만 실질적으로는 광고의 대상이 되는 상품의 가격을 통해서 시청자에게 전가되고 있다.<sup>46)</sup> 즉 시청자는 광고료를 통해서 간접적으로 사영방송의 운영재원을 부담하고 있는 것이다. 그렇다면 광고수입을 매개로 하여 시청자에게 사영방송 운영주체의 지위가 인정될 수 있지 않은가 하는 의문도 제기 될 수 있다. 하지만 만약에 상품가격의 형태로 전가되는 광고료를 시청자가 부담한다고 해서 바로 시청자에게 운영주체의 지위를 인정한다면, 일반 기업의 경우는 모든 소비자가 그 기업의 운영주체가 되어야 할 것이다. 이런 점을 감안해 볼 때 시청자는 사영방송에 대해서는 운영주체의 지위를 가질 수 없는 것이 아닐까 생각할 수 있다.

그러나 수신료가 단지 간접적으로만 사영방송의 운영에 도움이 된다면 광고료를 통한 간접적인 재원부담을 시청자가 하고 있다는 점 이외에 사영방송 역시 유한자원인 전파를 사용한다는 점, 즉 방송의 공공성을 아울러 고려한다면 사영방송에 대해서도 시청자가 그 운영에 대한 일정한 참여권을 가짐은 부인할 수 없다. 이는 기업의 사회적 책임론을 생각해 보면 쉽게 알 수 있다. 사회적 책임론은 일반 주식회사의 경우 회사의 사회적 책임을 확보하기 위해서 회사의 경영결정구조에 대한 규제적 요소를 강화해야 한다는 주장이다. 이 이론은 대기업은 이미 하나의 독

---

된다.

46) 이효성, 「시청자위원회의 역할과 운용과제」, 『방송연구』, 1991 여름, 27쪽; 서규석, 「시청자불만 처리와 방송의 질 향상」, 『방송연구』, 1991 여름, 51쪽.



자적인 사회제도이지 사적 계약이 아니며, 오히려 정부에 비견할 수 있는 공적 존재라고 하고, 그 사회적 책임을 확보하기 위한 실천적 방안으로서 이사회를 이해관계자 대표들로 구성해야 한다는 제안을 제시한다. 이해관계인 이사는 종업원은 물론 소비자 · 지역주민 · 정부 등에게도 이사선출권을 보장함으로써 구성된다고 한다.<sup>47)</sup>

방송의 경우 원래의 공공성으로 인하여 일반 주식회사보다 그 사회적 책임이 더욱 큰 말할 필요도 없다. 그렇다면 이와 같은 기업의 사회적 책임론에 비추어 방송사 경영조직에 대한 시청자의 참여와 통제는 당연히 가능하다고 할 수 있고 이것이 사영방송이라고 배제될 수는 없다.<sup>48)</sup> 즉 시청자는 사영방송에 대해서도 운영주체의 지위를 가지며, 이러한 지위는 공영방송에 대해서보다 다소 제약될 수는 있을지언정 전면적으로 부인될 수는 없다고 하겠다.

### Ⅲ. 시청자의 권리=시청자권<sup>49)</sup>

#### 1. 시청자권의 법적 근거

---

47) 사회적 책임론에 대한 상세한 논의는 광노현, 「주식회사 대기업의 내부지배구조에 대한 규제방향 : 경제민주주의적 관점」, 『민주법학』 제6호, 관악사, 1993. 129~133쪽을 참조.

48) 최대권, 「인론과 법」, 『법학』(서울대) 제28권 2호, 1987, 116쪽도 같은 취지이다.

49) 여기서 말하는 시청자권은 국민이라는 지위로부터가 아니라 시청자라는 독립된 지위로부터 나올 수 있는 고유한 권리를 말하는 것으로, 방송에 의하여 명예훼손을 당하였다거나 초상권 침해를 당한 경우 그에 대한 손해배상을 청구할 권리와 같이 방송으로부터 피해를 입었기 때문에 생기는 권리와는 다른 것이다.

## (1) 헌법상의 근거

### ① 국민주권주의 · 권력분립원리

우리 헌법은 그 최고의 지도원리로서 국민주권주의를 선언하고 있다. 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 국민주권주의에서는 주권자인 국민은 적극적으로 국정에 참여할 권리와 책임을 지게 된다. 그러한 권리행사와 책임의 완수를 위해서는 국정에 관한 의견의 형성, 즉 여론의 형성이 가장 중요하며 이는 민주정치가 곧 여론정치라는 말에서도 잘 나타난다. 그리고 방송은 신속성, 동시공개성 등 그 특유의 장점으로 인하여 이러한 여론의 형성 과정에서 가장 큰 역할을 수행하게 된다.

그런데 이와 같은 역할을 하는 방송의 내용이 불공정하고 편파적이거나 비객관적이라면 그것에 의하여 형성되는 여론이란 것도 결국 국민의 진정한 의사와는 동떨어진 것으로 나타나기 마련이고, 대중매체, 특히 방송이 하나의 권력으로 전화한 현대 고도정보화사회에서 이러한 가능성이 구체적 현실로 전화하기에 이르렀음은 이미 지적한 바와 같다. 국민주권주의에서는 권력화된 방송도 하나의 권력으로서 그 근원은 국민일 수밖에 없으며 이는 방송이 단순한 기업으로서가 아니라 이미 하나의 제도로서 운영되고 있다는 점에서도 잘 나타난다.

그런데 방송이라는 권력도 항상 일반 국가권력과 마찬가지로 집중과 남용의 위험을 그 자체 내포하고 있으므로, 이에 대한 통제가 필요하다. 특히 국민 각계각층의 다양한 의사를 표현해야 하는 방송은 다양성원리에 의거하지 않을 수 없는데 이를 확보하기 위해서는 일정한 통제가 필요하다. 특히 방송의 권력화

경향을 고려할 때 방송계의 권력분립과 상호견제의 체제가 유지되어야 한다. 헌법상 권력분립의 원리는 국가권력을 그 전제로 하고 있으나 사회적 권력인 방송의 통제 필요성을 감안할 때 권력분립의 원리를 원용할 수 있을 것이다.<sup>50)</sup>

방송통제의 필요성을 감안할 때 일차적으로 생각해 볼 수 있는 것은 국가권력에 의한 통제, 즉 국가권력과 방송권력의 상호 견제이다. 그러나 방송권력의 통제가 국가권력에 전적으로 맡겨질 수는 없다. 왜냐하면, 방송이라는 하나의 사적권력도 국가권력과 관계에서 볼 때에는 국민의 일부분으로 볼 수밖에 없는 의사표현의 주체이며, 입법권과 사법권과 행정권에 맞설 만큼의 권력을 방송이 갖고 있다고는 할 수 없기 때문이다. 즉 국가권력이 방송을 통제하도록 한다는 것은 국민의 표현활동을 국가권력에 의하여 억제되도록 맡겨 둔다는 중대한 문제를 발생시키게 되므로, 방송에서 권력분립은 국가권력과 분립이라는 차원에서 해결될 수 없는 문제이다.

그렇다면 다른 권력분립과 상호견제 방안을 강구해야 하는데 이러한 권력분립의 형태로서는 ① 인쇄매체와 전파매체의 분립(겸영금지, 방송법 제7조), ② 라디오와 텔레비전 사이의 권력분립, ③ 중앙국과 지방국간의 독립 경영, ④ 여러 개의 방송국 사이의 권력분립 등이 거론되고 있다.<sup>51)</sup> 그 각각의 실효성을 검토해 볼 때 ①, ②의 방안은 불충분한 것으로 생각된다. 인쇄매체와

---

50) 최대권 교수는 권력집중이 제기하는 문제에 못지 아니한 문제를 언론기업의 집중이 제기한다고 하고, 언론기업의 집중이 제기하는 문제로, 언론의 경제적 이익에 대한 종속, 이로 인한 대중취향에 대한 지나친 영합, 자기에 불리한 의견의 언론에 대한 접근 거부, 공정한 정책적 비판기능의 상실등을 나열하고 보다 근본적인 구조적 문제는 자유 경쟁의 메카니즘을 통한 자기조정능력의 상실이라고 하고 있다. 최대권, 「언론과 법」, 90쪽.

51) 박용상, 「언론기본법」, 김철수 편, 『정치관계법』, 박영사, 1983, 182~183쪽.

전파매체의 분립, 그리고 라디오와 텔레비전의 분립은 그 특성의 차이와 상호경쟁을 생각할 때 매우 유용한 방식으로 보이나, 텔레비전의 영향력이 라디오나 인쇄매체에 비하여 비교할 수 없을 만큼 크다는 점을 고려하면 효과적인 통제장치로 가능할 수 없다고 생각된다. 반면 ③과 ④의 경우는 동일매체 상호간의 경쟁을 통한 통제를 의미하는데, 이는 그 영향력이 대등한 몇 개의 다른 방송국들을 존립케 함으로써 상호경쟁을 통하여 견제하는 방식으로서 사상의 자유시장론을 연상해 보더라도 매우 적절한 방식으로 보인다. 그러나 여기에는 결정적인 문제가 있다. 방송은 기업의 성격을 띠므로 필연적으로 상업적으로 흐를 수밖에 없는 동인을 가지고 있다는 점이다.<sup>52)</sup>

이는 방송운영 재원의 전부 또는 상당부분은 광고수입으로 충당될 수밖에 없다는 사실에 기인한다. 따라서 광고수입확보를 위한 시청률경쟁이 일어나게 되고,<sup>53)</sup> 그 결과 방송프로그램은 공영방송이고 사영방송이고 할 것 없이 오락프로그램 위주로 편성되는 현상이 나타난다. 그리고 채널간의 다양성원리는 사실상 폐기되며, 그 과정 속에서 방송 자체가 가지는 공공성은 희석되

52) 이는 실제 우리 방송현실이 잘 입증해 주고 있다. 즉 SBS의 신규허가 이후 결코 방송의 다양성이 증대되지 않았으며 오히려 상업적 시청률 경쟁이 극심해졌고 급기야 TV끄기 운동까지 전개된 사실은 방송국 사이의 권력분립론의 설득력을 크게 떨어뜨린다. 입법 정책적으로는 방송국의 신규허가를 통한 상호경쟁체제의 도입도 고려해 볼 만하지만 현실적으로 방송국간의 상호견제를 기대할 수 없다고 보는 것이 옳을 것이다. 이 글과 비슷한 주장을 하고 있는 미국의 글로는 Barron, J. A., "An Emerging First Amendment Right of Access to the Media?" *The George Washington Law Review*, vol. 37, no.2(1969), 19쪽 참조.

53) 사영방송 분 아니라 공영방송인 KBS의 경우도 그 재원의 60% 이상이 광고수입이므로 그 수입확보를 위한 시청률경쟁은 공영체제나 사영체제나 관계없이 전개되는 필연적인 현상이다. 한편 미국의 경우 네트워크 시청률1%는 897,000가구를 말하며 6,000만 달러의 이익을 좌우한다고 하니 방송사들이 시청률경쟁에 집착할 수 밖에 없을 것이다. 이은미, 「시청률경쟁 지양을 위한 질적 조사의 필요성에 관한 연구」, 『방송연구』, 1991 여름, 75쪽.

기 싶상이다. 다시 말하여 서로 다른 방송국의 존재가 결국은 상호견제가 아니라 함께 오락방송으로 흐르는 결과를 가져오는 것이다. 그리고 지방국에서도 이러한 광고수입에 대한 유혹은 마찬가지로이므로 중앙국과 지방국의 독립경영이 지역방송의 특수성을 살릴 수 있는 등의 장점은 있으나 권력분립의 측면에서는 방송국간의 분립론과 똑같은 한계를 가진다.

그렇다면 이제 남는 것은 모든 권력의 원천인 국민이 스스로 나서서 길 밖에 없다. 즉 국민주권주의는 애초부터 방송에 대한 권력통제를 국민들, 구체적으로는 방송제도에 편입된 시청자에게 맡겨두고 있다고 해석된다. 즉 여론의 진정한 주체인 국민이 공정하고 객관적인 방송을 요구함으로써 방송권력을 통제하는 것은 국민주권주의의 당연한 귀결인 것이며, 이는 시청자의 방송에 대한 권리라는 형태로 구체화된다.

## ② 양심의 자유

헌법 제19조는 모든 국민은 양심의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 양심의 자유는 양심형성·결정의 자유와 양심을 지키는 자유가 포함되며, 학자에 따라서는 양심실현의 자유까지를 포함시키기도 한다. 한편 헌법상의 양심의 자유에는 통상 사상의 자유가 포함되는 것으로 이해하고 있다.<sup>54)</sup>

양심의 자유는 인간의 내심에 들어 있는 세계관·인생관·정치적 신조의 자유라고도 말한다. 양심이 내심에 머무르지 않고 외부에 표현될 때 언론·출판·집회·결사의 자유로 나타나고, 신앙의 문제와 함께 문제될 때에는 종교의 자유 나타나며 진리

---

54) 권영성, 위의 책, 389쪽; 김철수, 위의 책, 423쪽. 단 허영 교수는 양심을 의사와 구분하여 인간의 사고작용 중 그 도덕적·윤리적 판단에 속하는 부분을 의미하는 것이라고 본다. 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』(전정관), 박영사, 1988. 210-211쪽.

구명의 문제가 될 때에는 학문이 자유로 나타난다. 이렇듯, 양심의 자유는 모든 정신적·자유 의 원리적 기초이며 기본 권 중의 기본권이라고 할 수 있다.<sup>55)</sup>

그런데 양심의 자율적 형성·결정을 위해서는, 특히 그것이 사상의 자유를 의미할 때에는 다양한 정보가 필요하다.<sup>56)</sup> 즉 시청자가 방송을 통하여 얻는 다양한 정보는 양심(사상) 형성을 위한 불가결의 조건이라고 할 수 있다.

이렇게 볼 때 만약 방송에서 다양하고 객관적인 정보를 제공해 주지 못하고 왜곡되거나 일방적인 정보만을 제공한다면<sup>57)</sup> 이를 접하는 시청자들의 양심(사상) 형성에 중대한 장애가 발생하게 된다. 그런데 양심의 자유는 모든 자유의 원리적 기초를 이루는 것이므로 결국 잘못된 방송은 국민이 가지는 기본권 전체의 의미를 제한시키는 결과를 초래하게 된다. 따라서 시청자의 올바른 양심(사상) 형성을 위해서는 방송의 공공성이 확보되어야 한다. 물론 방송의 공공성을 확보하여 다양한 정보를 얻는 것은 사상의 자유가 아니라 정보수집권으로 표현되는 언론출판의 자유에 속하는 것이지만 양심의 자유, 특히 사상의 자유는 그 전체가 된다는 점에서 양심의 자유를 시청자권의 한 근거로 삼을 수 있을 것이다.

### ③ 표현의 자유

---

55) 조국, 「사상의 자유에 대한 제검토」, 『인권과 정의』, 1992. 8, 83쪽.

56) 허영 교수는 양심은 쉽게 변할 수 없는 것인 반면에 사람의 사상은 다른 사람이 그 사항에 대해서 가지는 사상 등과 마주치고 서로 대화적인 접촉을 하는 과정에서 그 내용이 동화되거나 변질될 수 있는 포용성향을 내포할 수 있다고 한다. 허영, 『한국헌법론』, 376쪽. 이에 따르자면 사상은 다양한 정보의 수렁에 따라서 동화·변질될 수 있는 것이므로 정보의 중요성은 매우 크다고 하겠다.

57) 비단 편파적이고 불공정한 정보만을 의미하는 것이 아니라 지나친 오락방송이나 교양방송의 부족도 여기에 포함된다.

i) 정보수령 및 의사전달의 자유

우리 헌법은 제21조 1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다”고 하고, 이어 제2항에서 “통신·방송의 시설 기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 이 두 조항의 관계는 제1항이 표현의 자유의 대원칙을 선언하고 있는 것이라면 제2항은 제1항 소정의 언론·출판의 개념 속에 통신·방송·신문 등이 당연히 포함된다는 것을 규정하였다고 해석할 수 있다. 이와 같이 표현의 자유를 헌법으로 규정하고 있는 것은 여론정치를 그 핵심으로 하고 있는 민주정치에서 여론 형성의 전제가 되는 것은 국민들 각자의 목소리이기 때문이다. 국민들의 언로가 막혀 있을 때 전개되는 정치란 폐쇄정치요, 공포정치며, 일방적 정치일 것이다.

이와 같은 언론의 자유의 중요성은 대중매체의 언론의 자유보장으로 이어진다. 복잡화되고 다양화된 현대사회에서 모든 국민이 자신의 의사를 표현하여 타인에게 이를 전달한다는 것은 물리적으로 불가능하다. 따라서 국민은 자신의 의사를 타인에게 효과적으로 전달하기 위하여 타인에게 쉽게 다가갈 수 있는 도구를 필요로 하게 되고 이를 위하여 등장한 것이 바로 대중매체이다. 신문에서 출발하여 각종 잡지와 출판물 그리고 라디오와 텔레비전을 거쳐 뉴미디어로 나아가는 이 모든 매체들은 바로 국민의 언론의 자유의 효과를 극대화시키고 이를 통하여 형성된 여론이 지배하는 민주정치를 실현하기 위한 도구들인 것이다. 그리고 바로 그러한 한에서만 매체들에게는 자유가 인정된다.

그리고 대중매체 자체가 권력화되고 국민들의 입장을 외면하기 시작할 때 더 이상 대중매체는 자유의 주체가 아니며 이를

통제의 대상으로 되어야 한다. 즉 헌법상의 언론의 자유는 대중매체가 그야말로 국민대중들 상호간을 잇는 매개체의 역할을 할 것을 예정하고 있는 것이며, 대중매체가 누리는 자유란 것도 기실 따지고 보면 국민대중의 언론의 자유와 합치될 때에 한하여 인정되는 것이다.

논의를 방송에 국한하여 살펴보자면 헌법 제21조 2항의 규정은 우선 모든 국민이 일정한 시설기준을 갖추면 누구나 방송국을 설립하여 방송을 송신할 수 있음을 뜻한다고 해석할 수 있을 것이다. 그러나 이 조항을 이와 같이 방송국설립을 중심으로 한 자유라는 의미로만 좁게 해석하는 것은 많은 문제를 내포하고 있다. 왜냐 하면 방송은 신문과는 달리 그 자체가 전파라는 공동의 유한자원을 특정방송국이 배타적으로 사용할 것을 예정하고 있기 때문이다. 전파라는 공공재를 이용하지 않고는 방송 자체가 불가능함으로 인하여 방송을 인정한다는 것은 곧 그 방송이 공공적이어야 함을 전제로 하는 것이고, 바로 이러한 사실이 헌법의 규정 속에 포함되어 있는 규범적 요구이다. 즉 헌법 제21조가 방송에 대해서 규정하려는 것은 누구나 방송국을 설립하여 자유롭게 보도할 권리가 있지만 그러한 권리와 자유는 방송의 공공성이라는 한계 속에서만 보장된다는 것이다. 그리고 이와 같은 방송의 공공성은 시청자의 의사표현의 자유의 전제조건이다. 왜냐 하면 방송의 공공성이 준수되지 않는 것은 곧 시청자의 의사표현의 자유에 대한 침해를 이루기 때문이다. 모든 국민은 누구의 방해도 받지 않고 자유롭게 정보를 수령할 자유가 있고 이를 타인에게 전달할 자유를 가지는데 공공성을 상실한 방송은 의사전달에 장애가 되며, 나아가(올바른) 정보수령에 대한 방해 행위가 되는 것이다. 요컨대 의사표현의 자유가 실효적인



것이 되려면 시청자권이 인정되지 않으면 안된다고 할 수 있다.

ii) 여론형성과 인격형성을 위한 알 권리

여론 형성에서 가장 중요한 것은 객관적이고 공정한 정보이고, 표현의 자유의 한 내용으로 알 권리가 보장되는 이유도 바로 여기에 있다. 또한 이러한 알 권리의 실현을 통하여 비로소 자유로운 인격형성도 가능하게 된다.<sup>58)</sup> 즉 국민은 스스로가 속해 있는 사회와 국가로부터 필요한 정보를 취득할 권리가 있고 이는 언론의 자유가 구체화되기 위한 필수불가결한 전제조건이며, 이러한 정보를 가장 효과적으로 제공해 주는 것은 대중매체이다. 그런데 대중매체는 국민의 언론자유를 등에 업고 크나큰 자유를 누리고 있으므로 당연히 자신의 정보취득능력을 국민과 나누어야 하는 것이고, 반대로 국민의 입장에서서는 대중매체에 대하여 여론형성의 가장 중요한 근거가 되는 올바른 정보의 제공을 요구할 권리가 있는 것이다.<sup>59)</sup> 그리고 대중매체가 정보의 공유를 거부할 때, 정보의 공유는커녕 오히려 취득한 정보를 왜곡하여 전달하고 다양한 정보들 중 스스로의 기호에 맞는 정보만 편파적으로 전달할 때, 이미 대중매체는 그 자유의 존립근거를 상실한다. 이제 국민들은 자신의 알 권리를 충족시키기 위하여 대중매체에 압력을 가하여 올바른 정보, 다양한 정보, 공정한 정보를 전달하도록 하지 않을 수 없는 것이고, 이러한 국민의 대중매체 통제는 대중매체의 자유의 근거가 되는 국민의 언론의 자유와 그 구체적 내용인 알 권리를 실현하기 위한 행위로서 정

---

58) 알 권리의 근거에 대한 견해로는 김철수, 위의 책, 329, 453쪽; 권영성, 위의 책, 412쪽 참조.

59) 물론 이와 같은 알 권리를 실현시켜 주는 대표적인 제도는 정보공개제도일 것이지만 정보공개제도가 인정된다고 하더라도 대중매체의 힘은 일반 개인의 힘과는 비할 바 없이 큰 것이다

당한 헌법적 근거를 갖는다.

그런데 이러한 국민의 권리는 신속하고 동시에 광범위하게 정보를 전달할 능력을 갖춘<sup>60)</sup> 방송에 대하여 특히 강하게 요구된다. 그리고 이러한 국민의 알 권리는 방송의 세계에서는 구체적으로 그 체계 속에 편입되어 있는 시청자의 알 권리로 구현된다. 요컨대 방송의 영역에서는, 헌법상 모든 국민에게 보장되는 표현의 자유의 주체가 시청자로 구체화될 뿐 그 실질은 그대로임을 알 수 있다. 즉 시청자권이란 곧 시청자로서의 국민이 가지는 표현의 자유를 말한다.<sup>61)</sup> 이는 시청자들이 방송이라는 제도의 필수적 구성부분으로서 방송을 통하여 여론형성의 주체로서 참여할 권리를 갖기 때문이다.<sup>62)</sup>

#### ④ 소비자보호운동의 보호

앞서 본 바와 같이 시청자는 방송이라는 공적 서비스를 수령하는 정보소비자이므로 시청자권의 근거는 소비자운동의 보호를 규정하고 있는 헌법 제124조에서도 찾을 수 있다. 이에 따르면 결국 시청자권은 일반적인 표현의 자유 이외에 소비자권까지 포함하는 폭넓은 것이 될 것이다. 특히 시청자권의 근거를 헌법 제124조에서 찾을 수 있다는 것은 매우 큰 의미를 갖게 된다. 헌법 제124조의 소비자운동의 보호 규정은 현대 사회에서 사업자와 소비자 사이의 관계를 불평등관계로 전제하고 있는 것이기

---

60) 방송의 강한 영향력을 언급한 논문으로 김규, 「미국시민과 방송」, 『방송연구』, 1982 겨울, 16쪽; 이경자, 「TV기능과 영역의 재평가—「이산가족 찾기 방송」을 중심으로—」, 『방송연구』, 1983 가을, 41쪽; 부정남, 「사회계층과 프로그램 편성」, 『방송연구』, 1984 가을, 59쪽 참조.

61) 김동민도 시청자 권리의 근거를 표현의 자유와 알 권리 등에서 찾고 있다. 김동민, 「편집권과 언론에 대한 국민의 권리」, 232~233쪽.

62) 헌법이 보장하고 있는 언론출판의 자유에는 일단 방송을 **통한** 국민의 사상의사표현의 자유가 포함되어 있다고 한다. 이강혁, 「정보매체의 자유와 기속—방송을 중심으로—」, 『고시연구』, 1983.10, 26쪽.

때문이다. 즉 오늘날의 소비자는 그가 원하는 상품을 원하는 가격이나 거래조건에 따라 제공하도록 기업에게 명령하는 「왕」의 지위에 있는 것이 아니라, 기업이 자기의 계획에 따라 제공하는 상품을 그가 요구하는 가격이나 조건으로 구입해서 쓰지 않을 수 없는 「종속자」의 지위에 놓여 있다. 그런데 오늘날은 모든 인간이 싫든 좋든 소비자가 되지 않을 수 없고,<sup>63)</sup> 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하여야 할 임무를 띠는 국가는 종속자의 지위에 놓인 소비자를 보호하지 않으면 안된다는 것이 헌법 제124조의 규정취지이다.

이와 같이 시청자권의 근거를 헌법 제124조에서 찾는다는 것은 바로 방송과 시청자 사이의 관계도 불평등관계임을, 즉 방송의 권력성을 확인하는 것이라는 점에서 큰 의미를 가진다.<sup>64)</sup> 즉 시청자권은 종속자인 시청자의 지위를 방송과 대등하게 함으로써 결국 시청자의 인간다운 생활을 보장한다는 의미를 가진다. 따라서 헌법 제124조를 근거로 하는 시청자권은 표현의 자유라는 개인적 권리의 측면을 넘어서서 사회권적 요소를 강하게 내포하는 시청자단체의 권리로 격상되는데, 이는 독점과 집중이 고도로 진전된 현대 자본주의사회에서 일어나는 권리의 사회화 현상과도 그 맥을 같이 하는 것이다.

### ⑤ 행복추구권 또는 열거되지 아니한 권리

시청자권의 근거는 헌법 제10조 소정의 행복추구권과 제37조

---

63) 황적인/권오승, 『경제법』, 417쪽.

64) 현실적으로 수용자들은 널리 분산되어 있고 이들간에 어떤 조직을 갖추기가 어려운 반면 상대적으로 송신자인 매스 미디어는 조직화되어 있을 뿐만 아니라 사회의 권력 중심부에 밀착되어 수용자들보다 우월한 힘을 소유하고 있다. 또한 미디어 채널과 내용의 다양성 부족으로 수용자들이 주체적으로 특정 채널과 내용을 자유롭게 선별할 수 없는 미디어 환경이 미디어와 수용자간의 평등한 관계를 일방적이고 종속적인 관계로 만들어 놓았다고 한다. 권혁남, 「수용자 개념의 변화와 효과이론」, 3쪽.

1항에서 규정하고 있는 ‘헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리’에서도 찾을 수 있다.

헌법 제37조 1항이 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 보장하거나 부여하는 규정이 아니라 문제 그대로 주의적(주의적) 규정이라고 이해하는 경우에는 헌법 제10조가 기본권의 포괄적인 자연권성을 선언하고 있다고 보게 된다.<sup>65)</sup> 이러한 입장에 따르면 인간의 존엄과 가치 · 행복추구권을 주관적 공권으로 인정하면서, 알 권리도 그 하나의 내용으로 파악하고 있으므로 결국 이 경우에는 시청자권은 알 권리를 포함하는 행복추구권을 근거로 하고 있다고 할 수 있게 된다.

반면 인간의 존엄성 존중에 관한 헌법 제10조 1문 전단을 모든 기본권보장의 목적조항으로 보고 제11조—제36조를 이를 실현하기 위한 수단조항이라고 보면서 인간의 존엄과 가치는 제11조—제36조의 기본권만의 보장으로는 완전무결하게 실현되지 않으므로, 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 헌법 제37조 1항에 의하여 넓은 의미의 기본권으로 보장된다고 보는 입장에서는<sup>66)</sup> 시청자권의 근거를 알 권리 이외에 직접 헌법 제37조 1항에서 찾을 수 있다. 즉 헌법 제37조 1항에서 말하는 헌법에 열거되지 아니한 것으로서 경시되어서는 아니될 자유와 권리란 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 것이면 모두가 경시되어서는 아니될 자유와 권리를 말한다고 할 것이므로,<sup>67)</sup> 시청자가 방송을 통하여 올바른 정보를 얻고 이러한 정보는 인간의 존엄과 가치를 위한 전제가 된다는 점에서

---

65) 김철수, 위의 책, 233~234쪽.

66) 권영성, 위의 책, 252쪽.

67) 위와 같음.

헌법 제37조 1항에서 시청자권의 근거를 찾을 수 있다.

이른바 고도 정보화 사회에서 정보는 생활필수품이며 적절한 정보의 수령은 국민이 그 행복을 추구하는데 불가결의 요소가 되었다. 사회생활을 해 나가는데 필요한 적절한 정보를 수령할 수 없다는 것은 어쩌면 사회에서 도태를 의미할 수도 있으며 방송은 가장 효과적으로 정보를 얻을 수 있는 수단이다. 더구나 그것이 전파라는 유한한 자원을 사용한다는 점에서 방송을 통한 정보의 수령과 다시 이를 이용한 행복추구는 국민의 당연한 권리라고 하지 않을 수 없다. 그런데 방송을 통하여 정보를 얻는 주체는 바로 시청자이며 따라서 이 범위에서 볼 때에는 행복추구권의 실체는 곧 시청자권이라 할 수 있다.

## (2) 방송법상의 근거

방송법은 시청자권을 직접적으로 규정하고 있지 않다. 방송법의 이러한 태도는 시청자에게는 아무런 권리도 없다는 것을 선언한 것인가? 그러나 방송법의 전체계를 고려할 때 이러한 해석은 매우 부당한 것이다. 우선 방송법 제1조는 ‘방송의 자유’와 ‘방송의 공적 기능’을 모두 보장한다고 규정하고 있는데, 이는 헌법상의 표현의 자유에 관한 규정이 방송의 영역에서 어떻게 구체화되어야 하는지를 단적으로 나타낸 것이라 할 수 있다. 즉 방송에는 자유의 영역과 공적 책임의 영역이 병존한다는 것이 방송법의 대전제로 되고 있는 것이다. 그리고 이 두 영역은 각각 방송의 독립성과 중립성에 대한 요청으로,<sup>68)</sup> 실정법상으로는 방송의 자유를 선언하고 있는 방송법 제3조와 방송의 ‘공적 책

---

68) 박용상, 위의 글, 183~186쪽 참조.

임’과 ‘공정성과 공공성’을 선언하고 있는 제4, 5조로 나타난다.

방송의 독립성 원칙은, 독립적인 사기업으로 출발하여 국가권력과 관계에서도 검열로부터의 해방이 주요 논점이 되어 온 신문과는 달리 방송은 그 연혁상 국영 또는 공영의 체제를 취하였으며 국가권력에 의한 정치적 이용의 관행이 보다 일반적이었다는 사실에서 출발하고 있다.<sup>69)</sup> 반면에 중립성 원칙은 방송이 그 기술적 특성상 독과점된 언론을 의미하는 까닭에 특정 사상이나 이익을 옹호해서는 안되고 각계각층의 이익을 균형 있게 반영해야 한다는 인식에서 비롯된 것이며, 이 원칙은 방송의 공공성과 공정성이라는 윤리적 차원이 아닌 법적 의무로 구체화된다.<sup>70)</sup> 간단히 말하자면 방송의 독립성 원칙이 주로 국가권력과 방송의 관계에서 논의되는 원칙이라면 방송의 중립성은 방송의 사회적 영향력을 감안한 그것과 시청자의 관계에서 논의되는 원칙인 것이다.

따라서 방송의 자유를 선언한 방송법 제3조의 규정도 주로 국가권력과 관계에서 방송의 독립성을 보장하기 위한 조항이지 이것이 시청자와 방송 사이의 관계까지 규율하는 것이라고 해석하기는 어려우며, 오히려 시청자와 방송의 관계를 규율하는 것은 방송법 제4조나 5조의 규정이라고 하는 것이 옳다.

이 두 범주의 규정의 효력에 관해서 살펴보면 법 제1조가 직접 방송의 ‘공적기능’을 보장하고 있는 것으로 볼 때 제3조에서 보장하고 있는 방송의 자유는 이러한 공적기능의 테두리 안의 보장으로 이해하는 것이 타당하리라고 본다. 즉 방송의 자유란 그러한 자유가 방송이 가지는 공적 기능을 원활히 수행할 수 있

---

69) 박용상, 위의 글, 184쪽

70) 박용상, 위의 글, 185~186쪽.

도록 하기 위한 필수적인 조건임을 의미하는 것이지 반대로 방송의 자유라는 이름 아래서 그 공적 기능이 희생되어도 좋다는 의미는 아니라고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>71)</sup>

이는 동법 제4조와 5조에서 방송의 공적 책임과 공정성 및 공공성을 특별히 규정하고 있는 것에 비추어 보면 더욱 명백해진다. 즉 이들 규정은 방송의 공적 기능이란 다른 아닌 인간의 존엄과 가치를 비롯한 제반 헌법가치의 실현에 있음을 선언하고 있는데, 이러한 가치의 실현을 위하여 헌법상의 기본권들도 일정한 사유에 의하여 제한될 수 있음을 규정하고 있는 우리 헌법의 태도로 보아서는 방송의 자유도 절대적인 것이 아님은 명백하기 때문이다. 물론 방송이 공공성과 방송의 자유라는 두 가치가 충돌할 때에는 양자 모두가 가장 잘 실현될 수 있도록 하는 규범조화적 해석<sup>72)</sup>이 필요한 것이지만, 그러한 해석이 불가능할 때에는 방송이 공공성을 본래적 특성으로 하고 있는 이상 공공성이 우선되어야 한다는 것은 자명하다.<sup>73)</sup>

한편 양자가 궁극적인 규율대상을 달리 한다는 사실은 결코 간과할 수 없는 중요한 의미를 포함하고 있다. 즉 국가와의 관

---

71) 박용상 판사는 우리 헌법상 방송의 자유는 자유주의적 요소(독립성원칙)와 민주주의적 요소(다양성 및 중립성원칙)를 포괄하는 기본권으로서 그 공적 기능을 보호하기 위한 제도가 헌법적으로 보장되는 것, 다시 말해서 독립적인 지위에서 다양한 사상과 이익을 중립적으로 대변하여 자유롭고 공개적인 여론형성에 기여하는 방송이 제도적으로 보장됨을 의미하는 것이라고 하면서, 방송의 자유라는 인습적 표현보다는 공공적 방송의 제도가 기본권으로서 보장된다고 함이 더 적절한 표현일 것이라고 하고 있다. 박용상, 위의 글, 187쪽.

72) 이에 대해서는 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』, 113~117쪽 참조.

73) 최대권 교수는 언론기본법에도 있던 이들 조항이 사회적 책임이나 의무를 구체성없이 강조한 나머지 차라리 언론 자유의 본질적 내용에 반하는 입법이나 관례 성립이 근거가 될 우려가 있으므로, 언론의 사회적 책임론이나 제도적 보장론이 제시하는 최소한의 구체적인 법적 장치나 규정을 두어 언론의 또는 언론인의 사회적 책임의 내용과 한계를 좀 더 구체화하고 분명히 하여야 할 것이라고 비판하고 있다. 구체화는 추상적 규정의 남용 여지를 줄이는 수단이라고 하면서 ! 최대권, 『언론과 법』, 117쪽.

계에서 방송의 공공성을 강조하는 것은 방송의 독립성, 즉 방송의 자유를 해치는 작용을 하게 되듯이, 시청자와의 관계에서 방송의 자유를 강조하는 것은 방송의 공공성을 포기하는 것이나 다름없다는 사실이다. 방송과 시청자와의 관계에서는 양자 모두 방송에 관한 자유의 향유자라는 입장이 전제되어야 하는 것이지, 여기서 방송국에는 방송의 자유가 있으므로 시청자는 방송의 자유를 침해할 수 없다는 논리를 적용할 수는 없다.<sup>74)</sup> 만약 시청자와의 관계에서도 여전히 방송의 자유 논리가 지배한다고 보게 되면 이는 방송을 통한 여론형성의 직접적인 주체인 시청자를 바로 그 과정에서 배제하는 것을 정당화시키는 논리로 기능하게 될 뿐이며, 이 속에서 방송의 공공성이라는 것은 사라지고 만다는 점에 유의하여야 한다.<sup>75)</sup>

이제 우리는 방송의 자유가 방송과 시청자의 관계를 지배하는 논리가 될 수 없음을 확인하였다. 그리고 또한 여기서 우리는 고도정보화사회에서 방송이 권력화하였음을 다시 한번 상기할 필요가 있다. 국가권력이 방송에 대해서 영향력을 발휘하기 위

74) 편집권이라는 것은 권력과 자본의 부당한 간섭과 통제를 물리치고자 하는 권리개념이지, 시민의 정당한 비판까지 묵살할 수 있는 천부적인 권리는 아니며, 또한 신문방송의 제작을 '자본의 구미에 맞는 방향으로 통일하려고 하는 다양한 방책과 욕구의 합법성, 정당성의 논거로서 구체화된 것'이 편집권, 편성권이라고 한다. 김동민, 「언론법제연구의 새로운 관점」, 21쪽; 塚本三夫, 「편집권·편성권이란 무엇인가」, 김동민 편역, 『언론민주화의 논리』, 한울, 1991, 115쪽.

75) 이는 환경보전과 경제개발의 관계와 매우 유사하다. 즉 이제까지 환경권 제한을 위해서 사용된 논리는 '경제개발을 이루는 기업활동의 결과로 나온 환경오염에 대하여 국민은 원칙적으로 수인할 의무가 있다'는 것이었는데, 이는 바로 국가권력과 결합한 독점자본업이 보호논리이며 국민의 환경권 배제논리라고 한다. 그리고 특히 신도시 건설, 공업단지 건설이 공공복리로 인정되고 있는 후진국, 개발도상국의 경우 이런 현상은 특히 두드러진다고 한다. 석인선, 「환경기본권론」, 『민주법학』 6호, 관악사, 1993, 214쪽 참조. 마찬가지로 시청자와의 관계에서 방송의 자유를 적용하려는 것은 결국 '특정 프로그램의 방송이 방송국이 누리는 방송의 자유의 일환으로 행사되는 것인 이상 시청자들은 이를 수인할 의무가 있다'는 논리이며, 이는 결국 방송권력의 보호논리이자 시청자의 표현의 자유 배제논리라 할 수 있다.



하여 들먹이는 것이 방송의 공공성인 것과 마찬가지로 이제는 권력화한 방송이 여론형성의 독점적 주체가 되기 위하여 바로 방송의 자유를 되뇌이고 있음이 엄연한 현실임을 직시하여야 한다. 그리하여 이제 방송이라는 거대한 사적 권력 앞에서 시청자가 기댈 수 있는 유일한 버팀목이 바로 방송의 공공성임을 잊어서는 안된다.

그러나 방송법 제3조의 방송의 자유와 방송법 제4조, 제5조의 방송의 공공성원칙과의 관계를 이와 같이 이해한다고 하더라도 이들 규정이 시청자권을 직접 규정하고 있는 것은 아니므로 여전히 해명해야 할 문제는 남아있다. 그런데 앞에서 우리는 방송의 공정성이나 공공성의 의무가 단순히 윤리적 의무가 아닌 법적 의무라고 하였다. 그러나 그러한 의무가 순전히 방송국 측에서 자율적으로 준수해야 할 의무에 그치고 그 이행을 누군가 강제하지 않는다면 그것은 결코 법적 의무로서의 실질을 갖지 못할 것이다. 그런데 그러한 의무는 방송과 시청자와의 관계에서 비롯되는 것이므로 국민 일반, 구체적으로는 시청자 일반에 대한 의무라 할 수 있다. 그렇다면 당연히 그러한 강제의 주체도 시청자가 되어야 할 것이고, 바로 그러한 강제는 곧 시청자가 자신의 표현의 자유를 실현하는 행위이다. 즉 방송법은 방송의 공정성과 공공성 원칙을 선언함으로써 간접적으로 이러한 권리를 확인하고 있다고 하는 것이 방송법에 대한 올바른 해석이라.76) 요컨대, 방송법은 방송의 공정성과 공공성이라는 원칙을

---

76) 이와 같은 강제를 담당하는 법정기구가 존재하더라도 그것은 시청자의 권리를 실현하기 위한 하나의 수단이 될 뿐이지 그 자체가 시청자의 권리를 대체하는 기구가 될 수는 없다. 법정기구가 시청자권이 실현을 완전히 담보하는 것이 아닌 한 그것과 별도로 시청자의 권리가 인정된다 하더라도 이상할 것은 없으며 오히려 이는 법정기구의 활동을 강화하는 측면도 있다. 사정부(사정부)에 대한 통제 문제에서 공정부의 사정부에 대한 규제 기능과는 별도로 또는 상호보완적으로 시민이 사정부에 대하여 직접적으로 일정한 발언

선언함으로써 앞서 본 시청자의 표현의 자유를 확인하고 있는 것이고,<sup>77)</sup> 구체적으로 시청자에게 어떠한 권리가 있는지를 규정하지 않고 있는 것은 입법의 불비라고 밖에 생각할 수 없다.

## 2. 시청자권의 법적 성격

시청자권은 시청자가 누구의 방해도 받지 않고 방송을 통하여 자유롭게 의사를 표현하고 전달 및 수령할 수 있는 자유를 의미한다는 점에서 자유권적인 성격을 가지고 있다. 이는 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있을 것인데 우선 국가와 관계에서 볼 때 시청자는 국가권력의 방해를 받지 않고 방송에서 제공되는 정보를 수령할 자유를 가진다. 따라서 국가권력이 방송의 경영이나 편성에 대하여 간섭하는 행위는 방송국의 자유와는 별도로 시청자권에 대한 침해가 된다. 다른 한편으로는 시청자는 방송을 통하여 자신의 의사를 표현하고 전달하는 권리를 가지므로 방송국이 공공성 준수 의무를 위반하여 불공정 프로그램 등을 방송하는 경우에는 이 역시 시청자권에 대한 침해를 이룬다. 물론 이는 방송국이 누리는 방송의 자유와 시청자의 권리 사이의 기본권충돌의 문제로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 방송의 상업화와 그에 따른 권력화의 현실은 이를 단순한 기본권충돌의 문제로 파악하는 것을 어렵게 한다. 일반적으로 자유권은 국가

---

또는 참여의 요구나 권리를 가질 수 있어야 하며 영향력을 미칠 수 있어야 한다는 주장도 이와 같은 취지의 것이라고 할 수 있다. 최대권, 『헌법학—법사회학적 접근—』, 박영사, 1989, 179~180쪽.

77) 김기태 교수도 시청자의 권리가 보장되어야 할 근거로 방송운영경비의 국민부담, 전파자원의 제한 및 전파의 공공소유적 성격, 소비자주의(consumerism), 인간이 부여받은 천부적 표현의 자유를 열거한 후에 법적 권리로서 방송의 공적 책임을 규정한 방송법 규정을 들고 있다. 김기태, 「시청자교육의 영역 및 방법 연구—실천과제의 제시를 중심으로—」, 『방송연구』, 1991 여름, 94~95쪽.

권력으로부터의 자유라는 대국가적 방어권으로 설명되고 있는데, 방송이 이미 권력으로 전화하였고 그 권력의 행사(반공공적 프로그램의 방송)로 인하여 시청자의 권리가 침해되고 있는 상황에서는 그러한 권력으로부터 시청자의 표현이 자유로워야 함은 자명한 것이다. 그렇다면 시청자권은 국가권력으로부터의 자유라는 대국가적 방어권일 뿐 아니라 방송권력으로부터의 자유라는 ‘대방송적 방어권’으로도 이해할 수 있다.

이와 같이 시청자권은 방송국의 반공공적 방송으로부터 자유로워야 한다는 측면에서 자유권적 성격을 갖는 것이지만 동시에 올바른 정보를 제공하도록 할 것을 방송국 측에 적극적으로 요구한다는 의미에서<sup>78)</sup> 청구권적 성격을 아울러 가지고 있다. 아래에서 보듯이 반공공적 방송 자체가 올바른 정보의 차단으로 이어지는 것이니 만큼 반공공적 방송으로부터 자유롭다는 의미 자체가 이미 올바른 정보의 청구라는 요소를 포함하고 있는 것이다.

한편 이러한 시청자권의 보장은 곧 공공성을 이념으로 하는 방송에 대한 제도적 보장이기도 하다. 누차 설명한 바와 같이 고유의 특성상 공적 성격을 가지는 방송의 최고의 목표는 민주적 여론형성에 이바지하는 것이며 여론의 주체는 바로 국민, 구체적으로 시청자이므로 시청자권을 보장하는 것은 곧 여론형성 제도의 하나인 방송제도를 보장하는 것이 된다.

시청자권을 헌법상 보장되는 표현의 자유의 일종인 기본권으로 구성하는 데 무리가 있다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 여기서 나는 환경권을 기본권으로 구성하는 이론을 원용할 수 있다고 생각한다. 환경권을 기본권으로 구성하는 법이테올로기는

---

78) 이는 일반국민의 알 권리와 동일한 맥락에서 이해할 수 있는 것이다.

환경공유론이다. 그러나 환경공유의 이념은 반독점의 방향을 가진다는 점에서 적극적으로 평가될 수 있지만 곧바로 헌법상의 기본권으로 전화하는 정도까지는 이르지 못하며 이 전화를 매개할 계기가 필요한데, 환경공유의 이념은 국민과 국가 사이의 관계, 즉 신탁과 수탁의 이념을 통하여 비로소 헌법상의 기본권이 될 수 있다고 한다.<sup>79)</sup>

환경권의 근거가 되는 이러한 공공신탁론은 방송에서도 매우 적절한 것이라 할 수 있다.<sup>80)</sup> 전파란 유한자원을 수탁 받고 있는 방송사로서는 이를 그 신탁의 목적, 즉 방송의 공공성이라는 목적을 위하여 사용할 의무가 있는 것이고 이에 대해 시청자는 시청자권이라는 헌법상의 기본권을 가진다고 이론구성할 수 있다. 다음으로 시청자권은 소비자권과 유사한 그러나 그보다는 한걸음 나아간 권리라고 하였다. 이렇게 보면 시청자권은 표현의 자유와 같은 성격을 가지는 이외에도 소비자권과 마찬가지로 사회경제적 기본권의 성격을 가진다.

요컨대, 시청자권은 방송을 통한 시청자의 표현의 자유와 정보소비자권의 성격을 갖는 동시에 여론형성을 위한 공공적 방송체도의 보장이라는 성격도 아울러 가진다고 하겠다. 그렇다면 표현의 자유로서의 성격을 가진 시청자권은 결국 개개 시청자를 위한 현실적이고 구체적인 권리인 주관적 공권을 의미한다고 하겠다. 반면 시청자권을 소비자권의 측면에서 볼 경우에는 이를 프로그램적 권리 또는 추상적 권리에 지나지 않는다고도 할 것이나 소비자보호법이라는 실정법이 마련되어 있다는 점에서 시

---

79) 석인선, 「환경권에 관한 연구—수오염을 중심으로—」, 이화여대법학박사학위청구논문, 1991, 122쪽.

80) 공공신탁론은 이미 방송규제의 근거로도 채택되고 있다.

청자권은 어느 모로 보나 완전한 구체적 권리로 전화되었다고 하겠다.

### 3. 시청자권의 주체

한편 시청자권의 법적 근거나 성격과 관련해서 생각해 볼 때 시청자권의 주체는 시청자 개개인과 시청자단체라고 할 수 있다. 시청자권이 갖는 표현의 자유라는 성격을 강조해서 본다면 이 권리의 주체는 시청자 개개인이라 할 수 있을 것이다. 물론 방송은 불특정 다수인 공중, 시청자를 대상으로 하는 것이고 시청자 개개인의 편차는 매우 커서 그 각각의 방송에 대한 시각이나 의견을 크게 다를 것이므로, 그들의 공통점을 묶어 하나의 권리로 구성한다는 것은 매우 어려울 것이고 그렇게 되면 결국 그 권리의 내용이라는 것도 극히 협소해질 수밖에 없을 것이다. 또한 시청자 개개인이 방송으로 인하여 입는 피해란 것은 매우 불확실한 것이고 또 사람마다 다르게 파악될 수 있는 것이므로 이를 특정하여 실현하기란 매우 어려울 것이다. 특히 사법적 실현, 즉 법원의 재판을 통하여 이 권리를 실현한다는 것은 거의 불가능에 가깝다고 할 수 있다.<sup>81)</sup> 그러나 민주정치에서 표현의 자유가 갖는 중요성에 비추어 볼 때 개별 시청자에게 이 권리의 주체성을 부인할 수는 없을 것이다.

한편 시청자권의 소비자권적 성격은 그 주체를 개별 시청자가 아닌 시청자단체로까지 확장시킨다. 시청자단체가 권리의 주체

---

81) 다만, 시청자 개개인의 권리가 실체법상의 권리로 인정되고 이에 대한 침해 및 그에 따른 손해가 확정될 수만 있다면, 주관적 권리 구제 위주의 소송제도하에서는 그 실현은 오히려 쉬울 수도 있다.

로 된다는 것은 이 권리의 실효성이 매우 높아진다는 것을 의미한다는 점에서 매우 바람직하다. 시청자는 일반 상품소비자와 마찬가지로 서로 분산되어 있을 뿐만 아니라 연계성이 없기 때문에 방송이라는 권력에 대항하여 개별 시청자가 스스로의 권익을 옹호하기는 대단히 어렵다. 따라서 효과적인 권리 실현을 위해서는 시청자의 조직화가 보장되고 조직된 시청자단체에 개별 시청자와 마찬가지로, 또는 그 이상의 권리가 인정되어야 한다. 그리고 시청자권의 소비자권적 성격은 이를 가능하게 한다.

요컨대 시청자권은 개별 시청자의 권리인 동시에 이를 실현하기 위하여 조직되는 시청자단체의 권리이기도 하다. 그리고 이는 시청자권의 내용에도 반영된다.

#### 4. 시청자권의 내용

그렇다면 시청자가 가지는 권리, 즉 시청자권은 구체적으로 어떤 것을 내용으로 하는가? 방송에서 공공성이 포기되거나 일정한 요인들에 의하여 공공성이 침해되는 경우 시청자권도 침해된다. 즉 시청자로서의 국민이 가지는 표현의 자유이자 소비자권인 시청자권은 ‘공공적인 방송을 보장받을 권리’라는 형태로 구체화된다. 이는 구체적으로 무엇을 의미하는가, 즉 방송이 공공성이란 구체적으로 시청자에게 무엇을 의미하는가?

우선 시청자가 보장받아야 할 방송의 공공성은 기본적으로 진실한 방송으로 나타난다. 방송을 통하여 전달되는 정보 자체가 객관적 사실과 동떨어진 것이라면 방송은 존립할 이유가 없다. 대중매체에게 진실보도의 의무가 인정되는 것은 이를 잘 보여준다.<sup>82)</sup>

둘째, 시청자는 공정방송을 보장받을 권리가 있다. 즉 시청자는 특정 정당이나 집단이나 종교에 치우치지 않은 객관적이고 공평무사한 정보를 보장받을 권리를 갖는다. 또한 사회의 각계각층의 의견을 골고루 반영하는 방송을 보장받을 권리를 가진다. 따라서 공적인 문제를 다루면서 어느 일방의 의사만을 방송하는 편파방송, 객관적인 사실관계를 자의적으로 다루는 왜곡방송이나 사회 각계각층에서 분출하는 다양한 요구들을 적절하게 반영하지 못하는 방송은, 이 권리에 대한 직접적인 침해가 된다.

셋째, 시청자는 다양한 정보를 보장받을 권리를 가진다. 오늘날은 고도정보화사회라고 불릴 만큼 각종의 정보가 넘쳐나는 사회이고 이러한 정보의 범람을 ‘제3의 물결’이라고 표현한 학자도 있다. 이러한 정보를 한 개인이 모두 수집하고 정리하여 자기 것으로 한 다음 또 타인에게 알려 준다는 것은 사실상 불가능하다. 그리고 방송은 이러한 정보의 전달에서 일반 인쇄매체와는 다른 신속성과 광범성을 가지고 있고, 주파수 제한으로 인한 본래적 독과점성 때문에 각 채널 간에서만뿐만 아니라 한 채널 내에서도 다양성을 이루어내야 한다.<sup>82)</sup> 그리고 시청자는 각각의 방송으로부터 다양한 정보를 신속하게 제공받을 권리가 있다. 따라서 특정 유형의 정보에 지나치게 치우친 방송은 이러한 시청

82) 물론 신속한 보도의 필요성 때문에 일반적인 진실보도의무는 인정되지 않으나 언론은 공표사항의 진실성, 내용, 출처에 관하여 상당한 주의로써 심사할 의무가 있음은 분명하다. 이와 같은 주의의무는 폐지된 언론기본법 제9조에 명시되어 있던 것으로 현재는 없어졌지만 진실의 전달자인 대중매체에게 당연히 요구되는 조리상의 의무라 하겠다.

83) 개인의 자유와 개인의 존엄을 헌법의 중핵적인 가치로 보장하는 헌법체계에서는 표현내용도 다양성, 다원성을 보장하는 것이 기본적인 관점이다. 그러나 이러한 다양성, 다원성도 정보기업의 집중화·독점화·계열화로 인하여 일원화하는 경향을 보인다. 정보기업에 대해서는 특히 동질·균일적인것의 양적 다원성 뿐만 아니라 이질적이고 다양한 질적 다양성이 요청된다고 한다. 石村善治, 「表現の自由の問題狀況」, 『公法研究』(日本公法學會) 50호, 1988, 46쪽.

자권에 대한 침해가 된다.<sup>84)</sup>

넷째, 시청자는 유익한 방송을 보장받을 권리를 가진다. 유익이란 개념은 매우 추상적이기는 하지만 주로 방송의 질과 관계된 것이다. 다시 말하자면 시청자는 질 높은 방송을 수신할 권리를 가진다. 외설성, 폭력성 등으로 흔히 표현되는 저질 프로그램들은 이러한 시청자권에 대한 직접적인 침해이고, 이러한 방송의 질의 문제는 주로 오락방송에 집중되어 나타나고 있으며, 방송의 상업성과 직결된 문제이기도 하다. 요컨대, 시청자권은 진실하고 공정하며, 다양하고 유익한 방송을 시청할 권리로 집약된다.<sup>85)</sup>

그런데 이러한 권리는 시청자권이 갖는 표현의 자유라는 측면에서 본 내용들이다. 그러면 시청자권이 가지는 사회적 성격은 어떠한 내용으로 구체화되는가? 그것은 소비자권과 마찬가지로 시청자들이 시청자단체를 구성하여 활동할 권리고 나타난다. 그리고 이러한 시청자단체에 대하여 소비자보호법상 소비자단체에게 인정되는 권리가 그대로 인정된다. 즉 시청자단체는 국가 및 지방자치단체에 대하여 시청자보호시책에 관한 건의를 할 수 있고 방송에 대한 조사를 실시하며, 시청자문제에 관한

---

84) 국민주권원리에서 정치적 민주주의의 실현을 위해서는 주권자인 국민에게 다종다양한 정보가 전달되는 것이 불가결한 전제임은 말할 필요도 없다. 따라서 오늘날 최대의 정보송신자인 대중매체에게도 의견정보의 다양성이 확보될 것이 요청된다. 그리고 방송에서 이러한 다양성이 확보될 것이 요청된다. 그리고 방송에서 이러한 다양성을 확보하기 위해서 필요한 것이 방송의 독점배제를 위한 규제와 프로그램에 대한 규제이다. 浦部法穂, 「放送における情報の多様性と公共放送」, 『法律時報』 제50권 10호, 1978.10, 36~40쪽.

85) 이러한 시청자의 권리는 방송사의 측면에서 보자면 그 사명으로 이해할 수 있다. 이와 관련하여 경실련의 서경석 사무총장은 현 시기에 방송이 해야 할 일을 다섯가지로 요약하고 있는데, 사회개혁의 의지, 사회통합의 기능, 방송 프로그램의 전문성 제고, 저질화 경쟁의 극복, 국적있는 문화의 육성인 것이다. 서경석, 「방송제작인에게 바란다」, 『좋은 방송을 위한 방송제작인과 시청자와의 만남』(방송현장을 위한 대토론회 ② 자료집), 1993.8.26, 13~26쪽.



조사 또는 연구를 실시하고 시청자를 교육 또는 계몽하며, 시청자의 불만이나 피해구제를 위하여 노력한다(소비자보호법 제18조 제1항 참조). 그리고 시청자단체가 조사를 실시한 결과 방송국이 관계법률(방송법 등)이 규정한 의무를 위반한 경우 등에는 이를 발표할 수 있다(제18조 제3항). 그밖에 소비자대표 참여권(제22조, 제25조) 등도 적절한 형태로 준용될 것이다.

#### IV. 맺는 말 - 시청자권의 실현을 위한 운동과 규범의 결합

이상에서 우리는 시청자의 권리가 국민의 표현의 자유의 특수한 모습이며 그 구체적인 모습은 “공공적인 방송을 보장받을 권리”라는 것을 알았다. 그렇다면 이러한 권리 자체는 반공공적 방송에 대한 대항개념이므로, 이는 궁극적으로 반공공적 방송을 통제함으로써 실현될 것이다. 반공공적 방송에는 다양한 유형이 있을 것이나 크게는 편성순서의 반공공성과 편성내용의 반공공성으로 나누어볼 수 있다. 편성순서의 반공공성으로는 필수적인 방송사항을 방송하지 않는 경우, 시간대를 자의적으로 편성하는 경우, 법정편성비율을 위반하는 경우 그리고 광고방송시간 기준을 위반하는 경우 등이 있고, 편성내용의 반공공성이란 프로그램의 구체적 내용이 지나친 선정성, 폭력성 및 외설성을 보여주는 경우이다.<sup>86)</sup>

---

86) 이러한 분류는 방송위원회 산하의 시청자불만위원회에 제기된 시청자들의 불만의 유형에서도 일단이 드러난다. 방송위원회, 『1992년도 연차보고서』, 78~79쪽과 『1993년도

이와 같은 반공공적 방송을 통제하는 데에는 다양한 방식이 있을 수 있다. 방송국의 자율규제기구나 방송위원회와 같은 법정기구에 호소하는 방안이 있고, 민사소송, 행정소송 혹은 헌법재판을 통하여 해결하는 방안을 생각해 볼 수 있으며, 입법적인 해결을 기대할 수 있고 궁극적으로는 시청자들의 자발적인 조직화를 바탕으로 한 시청자운동에 의하여 실현될 수도 있다. 그러나 국가권력에 의한 강제력이 뒷받침된다는 점에서 현실적으로 가장 효과적인 것은 역시 사법적 해결방식이다. 반공공적 방송에 의하여 시청자가 당하는 손해가 얼마인지, 방송사가 행정청에 해당하는지, 또 방송이 공권력의 행사인지 하는 어려운 문제들이 산적해 있어 현행법제 하에서 소송의 가능성을 단언하기에는 많은 어려움이 있다. 그러나 방송이 여론형성과정에서 수행하는 크나 큰 역할이나 방송 자체가 가지는 공공성을 감안할 때에는 보다 적극적인 해석에 의하여 소송을 인정할 수 있는 이론이 개발되어야 할 것이다. 이는 지면관계상 이 글에서는 다룰 수 없다.

한편 방송의 공공성 확보를 위한 입법을 할 때에는 시청자의 지위를 최우선적으로 고려해야 한다. 이러한 전제에 서면 새로운 입법에는 적어도 1) 시청자주권 원칙이 선언, 2) 시청자대표단의 구성, 3) 반공공적 방송의 명확한 기준설정, 4) 방송관련기구의 권한 및 지위 확립, 5) 효과적인 절차규정, 6) 시청자의 참여장치, 7) 방송사내 공공방송담당기구의 법정, 8) 방송의 내부적 자유, 9) 자율규제의 최대한 보장 등이 포함되어야 한다.

그러나 무엇보다 중요한 것은 현행법의 적극적인 해석과 장래의 입법을 강제하는 시청자 스스로의 조직된 힘, 즉 시청자운동

이다. 최근에 제기된 TV끄기운동은 이런 의미에서 시청자운동사에 한 획을 그은 것으로 평가되지만 운동의 지속적 발전을 위해서는 방송의 세계에서 시청자가 곧 주인이라는 의식, 즉 방송이라는 세계에서 진정한 권력자는 바로 시청자 자신이라는 인식을 가지고 이를 잃지 않도록 스스로 노력하는 한편 그러한 인식을 갖지 못한 시청자를 대상으로 한 지속적인 설득작업이 필요하다. 보다 많은 시청자가 주권의식을 갖고 방송에 대한 비판의 눈길을 거두지 않을 때 이는 조직된 힘으로써 방송사를 강제하며 또 한편으로는 방송사에 대한 설득의 가능성도 열어 놓는 것이다. 특히 권리의 문제는 규범적 인식을 절대적으로 요청하는 까닭에 이제 신문방송학자와 깨어난 시민들에 의해 주도되어 왔던 시청자운동에 법률가들이 나설 때이다. 그리고 이러한 시청자운동이 그것에 그치지 않고 여타의 사회운동단체들과 유기적 관계를 맺고 진행되어야 한다는 점은 결코 빠뜨릴 수 없다. 방송의 민주화와 사회의 민주화는 결코 뗈 수 없는 관계이기 때문이다.

현실의 장벽은 매우 높지만 그렇다고 이러한 장벽들이 결코 넘을 수 없는 장벽들인 것만은 아니다. 시청자권을 공식적으로 확인하지도 선언하지도 않고 있는 우리 방송관계법의 열악한 조건 속에서도 제한된 방법으로나마 시청자권을 실현할 수 있는 단초는 마련되어 있다. 반공공적 방송에 대한 사법적 실현가능성의 모색은 그 하나에 불과하다. 지속적인 문제제기, 가능한 대안의 적극적 제시, 이를 뒷받침할 조사와 연구, 이러한 시도들이 실효성을 갖도록 할 실천적 운동들이 있다면 이러한 장벽들은 언젠가 무너지게 마련이다. 암울한 시대를 거쳐왔던 우리 역사였지만 결국에는 역사는 올바른 방향으로 나아갔음이 이를

증명하며 역사는 앞으로도 그렇게 될 것이라는 믿음을 가져도 좋으리라.

여기서 우리가 확인할 수 있는 것은 끊임없는 시청자운동이 전개되지 않고서는 시청자권의 확보가 매우 어렵지만, 그럼에도 불구하고 시청자운동의 수준이 현재와 같은 방송에 대한 호소차원이 아니라 법적인 대응과 적절하게 결합된다면 상당한 수준까지 목표를 달성할 수 있다는 사실이다. 요컨대, 규범과 운동의 결합만이 진정한 시청자권의 확립을 가져올 수 있다.

# 헌법재판과 국제법규범

나 인 균

연구원

## - 목 차 -

### I. 머 리 말

### II. 국제법과 국내법의 기본적 관계

1. 일원론
2. 이원론
3. 이론대립의 상대화

### III. 국제법의 국내수용의 방법

1. 문 제 점
2. 수용방식
  - 가. 채 용 설
  - 나. 변 형 설
  - 다. 집 행 설

3. 실제적 의미

IV. 국제법규범의 효력과 집행력 또는 직접적용가능성

1. 국내적 효력과 집행력
2. 국내적 효력과 집행력과의 관계
3. 국제법규범의 순위문제

V. 헌법재판의 대상으로서의 국제법규범

1. 일반적으로 승인된 국제법규
  - 가. 일반적으로 승인된 국제법규의 개념
  - 나. 일반적으로 승인된 국제법규의 일반성과 승인여부
  - 다. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력
  - 라. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법질서에서의 순위
  - 마. 일반적으로 승인된 국제법규를 근거로 한 헌법재판
2. 조약
  - 가. 조약의 집행력 또는 직접적용가능성
  - 나. 집행력이 없는 조약규정
  - 다. 조약의 국내법에서의 순위
  - 라. 조약의 해석
  - 마. 조약에 대한 헌법재판
3. 국제기구의 결의
  - 가. 구속력없는 결의
  - 나. 구속력있는 결의
  - 다. soft law의 문제

VI. 결 어

## I. 머리말

우리 인간은 일련의 법질서에서 살고 있다. 우리 나라에서 개인의 권리와 의무는 국내법에 따라 결정된다. 이러한 국내법 이외에 다른 법질서도 또한 개인의 권리와 의무에 관하여 규정한다. 즉 국제법질서가 그러하다. 현대 국제사회가 여러 영역에 있어서 상호의존이 증가함에 따라 국제법은 점점 그 규제대상을 넓히고 있다. 오늘날 인간생활의 거의 모든 영역은 국제법규범, 특히 조약에 의하여 파악되고 있다. 이로써 국제법은 국내법의 규율대상이기도 한 영역에도 관계하게 되었다.

국제법은 원칙적으로 국가간의 관계를 규율하는 법질서이므로 국내법적용의 경우와는 달리 국내에서 국제법규범의 적용에 있어서는 국제법과 국내법의 관계에 관한 일련의 근본적인 문제들이 제기된다. 특히 헌법재판에 의한 국제법규범의 적용은 국가의 국제법사회로의 편입의 문제에서 발생하는 것이다. 헌법재판에 의한 결정은 국내사법 영역에 효력을 미칠 뿐만 아니라 대외적으로 국가의 국제법적 책임을 그 결과로서 동반할 수 있다. 따라서 본고는 먼저 국제법과 국내법이 통일적인 법질서에 속하는지 또는 상이한 2개의 법질서의 일부분인지를 살펴보는 데에서 시작한다. 이 문제는 국제법이 어떠한 방식으로 국내법으로 수용내지는 편입될 수 있는가와 관계가 있다. 다음으로 국내법에 있어서 국제법의 적용, 즉 어떤 조건하에서 국내의 법적용기관은 국제법규범을 그의 결정에 있어서 기초로 할 수 있는가의

문제가 대두된다. 끝으로 이와 같은 국내법과 국제법간의 기본 관계가 우리 헌법의 국제법규범과 이를 대상으로 하는 헌법재판에서 어떻게 적용될 수 있는지를 살펴보기로 한다.

## II. 국제법과 국내법의 기본적 관계

국제법과 국내법의 관계에 관하여는 국제법학의 핵심적인 문제의 하나로 오랫동안 논쟁의 대상이 되고 있다. 문제는 충돌의 경우 양 법체계 중 어느 것이 우선하느냐에 있다. 양 법질서의 관계는 통일법질서의 2구성부분이냐 또는 2개의 분리된 법질서이냐에 따라 일원론적으로 또는 이원론적으로 결정될 수 있다.

### 1. 일원론(Monismus)

일원론은 모든 법을 통일적인 체계로 파악하려고 한다. ‘법적 세계상의 통일’(Einheit des rechtlichen Weltbildes)이라는 명제에서 출발하여 이 이론은 국제법질서와 국내법질서를 서로 관계되는 포괄적인 법체계의 부분으로서 간주한다.<sup>1)</sup> 이에 의하면 국제법과 국내법간의 충돌은 불가능하다. 특히 Wein학파(Kelsen, Verdross, Merk)의 입장에 의하면 국제법규범은 국내법에 우선하고, 각국의 국내법은 국제법에 근거하므로 포괄적인 국제법질서의 부분질서라 한다. 국제법은 국가를 정의하고 국가의 생성과

---

1) Verdross, Völkerrecht, Wien 1964, S.111ff. ; Ipsen, Völkerrecht, München 1990, S.1072f.



소멸의 법적요건을 규정하여 국가의 공간적·인적·물적 권한을 결정한다는 것이다.<sup>2)</sup>

## 2. 이원론(Dualismus)

이에 대하여 이원론에 의하면 국제법질서와 국내법질서는 서로 독립하여 존재한다. 이 양 법질서가 국가관계의 새로운 발전에 따라 부분적으로 동일한 영역을 대상으로 한다고 하더라도 이들은 상이한 법원에서 출발한다. 국내법의 경우 헌법이 최고의 법 규범이고, 여기에서 모든 다른 국내법이 파생한다고 한다. 다른 한편으로 국제법도 독자의 법질서이므로 그 효력은 국내법질서에 의하여 좌우되지 않는다.<sup>3)</sup>

## 3. 이론대립의 상대화

그러나 오늘날 일원론과 이원론은 위와 같이 엄격하게 주장되지 않고 상호간의 비판을 수용함으로써 그 입장을 완화하여 양 이론의 출발점은 상이하지만 그 법률효과는 본질적으로 유사하게 되었다. 법률효과에 관한 다툼은 주로 국가기관이 국제법을 특별한 절차 없이 국내에서도 적용할 수 있느냐와 개별적인 경우에 국제법과 국내법간의 충돌을 어떻게 해결하느냐에 관한 것이다. 절충적 일원론(gemäßigter Monismus)<sup>4)</sup>은 모든 국제법은 국

---

2) Verdross/ Simma, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, Berlin 1984, S.53ff. ; Lehrbuch des Völkerrecht Bd. I , München 1975, S.94f. ; Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht Bd. I/1, Berlin/New York 1989, S.99ff. ; Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Tübingen 1967, S. 130ff.

3) Berber, a.a.O., S.94; Ipsen, a.a.O., S.1074f.; Schweitzer,Staatsrecht/ Völkerrecht/ Europarecht, Heidelberg 1986, S.9; Rudolf, a.a.O., S.139ff.

내적으로 준수되어야 하며 이와 저촉하는 국내법은 국제법이 국내규정에 따라 수용되고 국제법위반의 국내법이 국내절차의 규정에 의하여 배제될 때까지는 잠정적으로 유효하다고 한다. 절충적 이원론(gemäßigter Dualismus)<sup>5)</sup>도 마찬가지로 국제법과 저촉하는 국내법은 국가가 국내적으로 국제법과 일치하는 법적 상태를 확립할 의무가 있기 때문에<sup>6)</sup> 잠정적으로만 효력이 있다는 입장을 취한다. 이와 같이 결론에 있어서 절충적 일원론 및 이원론은 서로 접근하고 있으므로 양 이론에 대립은 상대화되었다고 볼 수 있다.

### Ⅲ. 국제법의 국내수용의 방법

#### 1. 문제점

오늘날 일원론과 이원론은 국가가 국제법적 의무를 회피하기 위하여 이와 대립되는 국내법을 원용할 수 없다는 데 일치하고 있다.<sup>7)</sup> 그러나 국가가 어떻게 국내법이 그의 국제법적 의무를 위반하지 않도록 하느냐는 그의 재량에 속한다. 또한 국제법위반의 국내법이 단순히 무효는 아니라는 데에 대해서도 이론이 없다. 그러나 국가는 국내적으로 국제법과 일치하는 상태를 확립할 의무가 있다.

---

4) Verdross/ Simma, a.a.O., S.54ff.; Schweitzer, a.a.O., S.8; Ipsen, a.a.O., S.1073f

5) Schweitzer, a.a.O., S.9; Ipsen, a.a.O., S.1075.

6) 1980. I. 27. 조약법에 관한 비엔나협약 제27조 : “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용하여서는 아니된다...”

7) 조약법에 관한 비엔나협약 제27조 참조.

국가들은 통상 그들을 구속하는 국제법과 그들이 국내법이 일치하도록 노력한다. 이러한 목적을 위하여 충돌을 회피하거나 충돌을 해결하기 위한 국내규칙이 있다. 예컨대 국제법 존중주의에 입각한 해설의 원칙, 특히 일정한 범위의 국제법이 국내법으로 수용되고 그 결과 국제법규범의 내용이 국내법으로서 존중되거나 국내법과 같이 적용될 수 있다는 것이 이에 속한다. 이러한 수용절차가 필요한 이유는 국제법이 그 자체로서 직접적으로 국내에서 유효하지 않기 때문이다. 즉 국제법은 그 집행을 의무가 있는 국가에 위임하고 그 국가는 그의 기관에 의하여 국제법을 적용하지 않으면 안된다.<sup>8)</sup> 이 경우 일반국제법에 의하면 어떤 방식으로 국가가 그의 의무를 이행하는지는 개개국의 결정에 맡겨진다. 보통 국가는 국제법규범의 발현형식에 따라 수용의 방식을 달리한다. 즉, 예컨대 조약과 국제관습법간에 이들의 수용을 상이하게 규정하는 것이다. 구체적으로 국제법규범의 수용은 세 가지 방식이 있다.

## 2. 수용방식

### 가. 채용설 (Adoptionstheorie)<sup>9)</sup>

채용설에 의하면 국제법규범이 국내적으로 유효하기 위하여 국가의 집행행위가 요구되지 않는다. 국제법규범은 직접적으로

---

8) Verdross/ Simma, a.a.O., S.37f., 539f.; Geiger, a.a.O., S.181f.

9) 채용설에 관하여는 Schweitzer, a.a.O., S.110f.; Ipsen, a.a.O., S.1078; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.105f; Rudolf a.a.O., S.151ff.

국내에서 유효하고 행정기관이나 법원에 의하여 직접 적용되며, 그로 인하여 국제법은 국내법으로 변형되는 것이 아니고 국제법으로서의 성격을 잃지 않는다.<sup>10)</sup>

그러나 채용설에 의해서 국제법규범이 국내에서 구속성을 갖기 위하여 국가행위가 요구되는 경우에도 그것은 선언적인 의미만 있을 뿐이다.

채용(Adoption)에 의하여 국제법은 동시에 국내법질서에도 수용이 인정된다. 국제법규범은 그 자체로서 국내적으로 유효하고 그의 국제법적 성격을 잃지 않았기 때문에 국내적으로 유효한 국제조약의 발효, 종료 및 해석은 국제법규범을 기준으로 한다. 예컨대 어느 조약이 어떤 이유로 종료되면 이것은 국제법적으로만이 아니라 직접 국제적으로도 영향을 미친다. 채용설은 통상 일원론과 연관되어 있다. 왜냐하면 이원론에서 출발하여 국제법과 국내법을 원칙적으로 상이하게 발생하고, 상이한 법주체를 대상으로 하고, 상이한 내용을 규정하는, 이개의 상이한 법질서로 본다면 어떻게 국제법이 그 자체로서 국내에서 적용될 수 있는가를 설명할 수 없기 때문이다.

## 나. 변형설(Transformationstheorie)<sup>11)</sup>

---

10) 채용설은 영미법계통의 국가에서 채택하고 있는데 Blackstone이 그의 Commentarie on the Law of England(1765)에서 “국제법은 국내법의 일부분이다”(“International Law is Part of the law of the land”)라고 표현한 데 그 기원을 두고 있다. 미국의 헌법 제6조 제2항도 이와 비슷한 조항을 두고 있는데 이에 의하면 미국의 헌법, 법률 및 조약은 “국가의 최고법”(“Supreme law of the land”)이다. 조약이 그 내용에 있어서 국내적용에 적당하면(Self-executing treaties) 미국의 법에 의해 특별한 절차없이 국내에서 준수된다. Ipsen, a.a.O., S.1078; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.107, 110f.

11) 변형설에 관하여는 Schweitzer, a.a.O., S.111ff.; Ipsen, a.a.O., S.1078ff.; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.105ff, 107f; Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Karlsruhe 1964, S.14ff.; Rudolf, a.a.O., S.158ff.

변형설에 의하면 국제법규범은 그 자체로서 국내에서 적용될 수 없다. 왜냐하면 국제법과 국내법은 2개의 분리된 법질서이기 때문이다. 이와 같이 이원론의 관념에 기초를 둔 변형설은 국제법규범이 국내에서 유효하기 위해서는 국내법으로 변형(Transformation)될 것을 요구한다. 따라서 각국의 입법자는 국제법규범의 내용과 동일한 국내법을 제정하여야 하고 국제법 및 국내법 영역에서 내용상 동일한 규범이 존재하게 되나 그 효력의 근거와 범위는 상이하다. 국제법규범이 국제법법원에 근거를 두는 반면 동문의 국내법규범은 국내법에 그 효력의 근거가 있다. 그 결과 국내법으로 변형된 조약은 국내의 규범대상자에 대하여 그 발효, 효력, 해석, 종료등에 있어서 국내법을 기준으로 한다. 그러므로 예컨대 어느 조약이 어떤 이유에서 종료하면 그것은 단지 국제법적인 문제이지 국내적으로는 아무런 영향이 없다. 조약과 동문의 국내법은 그것이 폐지될 때까지 계속 유효하다. 이 점에 있어서 채용설 및 집행설과 본질적으로 구별된다.

그러나 이 설을 엄격히 적용할 경우 국제법규범이 국내법으로 변형됨으로써 국제법 규범과 국내법간에 아무런 관계가 없게 되어, 예컨대 조약이 국제법적으로 실효되었다 하더라도 국내법적으로 아무런 효과가 없다는 결과가 되는데 이러한 양 규범간의 엄격한 분리는 법현실에서 찾아볼 수 없는 것이다.

그리하여 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘절충적 변형설’<sup>12)</sup>이 등장하였다. 이 설은 국가의 적용명령에 의하여 국제법규범이 내용상 규범대상자의 변경과 함께 국내법으로 변형되지만 변형된 규범과 국제법간의 본래의 관계는 배제되지 않는데서 변형

---

12) Schweitzer, a.a.O., S.114f. Rudolf, a.a.O., S.167ff.

의 법적 의미를 찾고 있다.

국제법의 변형은 특수변형과 일반변형의 두 형식으로 가능하다.<sup>13)</sup>

i) 특수변형(spezielle Transformation)에 의하면 모든 국제법규범은 입법자의 특별한 시행행위(법률, 명령 등)에 의하여 국내법으로 변하게 된다. 국제조약의 경우 각 조약의 국내규정과 일치하는 국가의 특별한 법률행위가 요구된다.<sup>14)</sup>

ii) 이에 반하여 일반변형(generelle Transformation)은 특별한 법률행위를 요하지 않고 국제법규범 전체를 국내법의 일부로 선언한다. 각국의 입법례에서 보는 바와 같이 국제관습법과 관련하여 일반변형이 많이 채택되고 있다.<sup>15)</sup> 이와 반대로 국제조약에 대하여는 통상 일반변형이 적용되지 않는다. 조약의 경우는 보통 변형의 기능을 갖는 법률의 형식으로 의회의 동의라는 국가행위가 필요하다.

### 3. 집행설(Vollzugslehre)<sup>16)</sup>

집행설도 변형설과 마찬가지로 국제법의 법원에서 유래한 법규가 국내에서 구속성을 갖기 위하여는 국가의 법률행위가 필요하다는 데에서 출발한다. 즉, 국내에서 국제법의 적용은 국내의

---

13) Ipsen, a.a.O., S.1079; Schweitzer, a.a.O., S.113f.

14) 예컨대 영국은 집행력이 있는 조약이라 하더라도 조약이 국제법적으로 발효된 후 입법자가 조약의 내용을 특별한 국내법의 제정·공포 또는 특정 법률의 개정에 의하여 변형하여야 비로소 국내에서 구속력을 갖게 된다. 따라서 영국에서는 유럽경제공동체가입시 유럽경제공동체 조약문이 아니라 특별한 '유럽공동체법'(European-Community-Act)을 공포하였다. Mössner, Einführung in das Völkerrecht, München 1977, S.57.

15) 독일기본법 제25조 참조.

16) 집행설에 관하여는 Schweitzer, a.a.O., S.111; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.105f. 118; Ipsen, a.a.O., S.1080; Partsch, a.a.O., S.19ff.; Rudolf a.a.O., S.164ff.

집행명령(Vollzugsbefehl)에 의하여 국제법의 집행이 국내적으로 가능하게 되는 것이라 한다. 그러나 이러한 국내적 집행에 의하여 국제법규범은 국내법으로 변형되지 않고 본래의 법적성격을 보유한다. 단지 집행명령에 의하여 국내의 법적용기관은 국내법질서 내에서 국제법규범을 적용할 수 있는 권한이 부여되는 것이다. 따라서 집행명령은 독립된 실체적 내용을 갖지 않고 국내에서 국제법규범의 적용 요건을 충족시킬 뿐이다. 그 결과 이설은 채용설과 같이 국내에서 적용되는 국제법 규범의 발효, 효력, 해석, 종료 등에 있어서 국제법을 기준으로 한다. 집행설 역시 주로 일원론의 입장에서 주장되고 대체로 채용설에 근사하다.

### 3. 실질적 의미

실질적인 효과의 면에서 볼 때 위 세 가지 이론 모두 본질적인 점에서는 일치하고 있다. 즉, 국제법규범의 국내로의 수용에 의하여 국제법규범과 국내법간의 관계가 단절되는 것은 아니다. 그 결과 국제법규범이 국내법규로 변형된 후에도 그 해석에 있어 국내법의 해석규칙이 아니라 국제법의 해석규칙이 적용된다. 국제법적 차원에서 실효된 국제법규범은 국내적으로도 더 이상 효력이 없게 된다. 이에 반하여, 국제법규범은 국가의 법률행위라는 매개가 없으면 국내법질서 내에서 직접적인 효력이 없다.

## IV. 국제법규범의 효력과 집행력 또는 직접적용가능성

## 1. 국내적 효력과 집행력

국제법의 국내적 편입에 관하여 어떠한 이론을 취하든 이와는 독립하여 국제법의 국내적 효력과 이 규범이 집행력이 있는가 또는 직접 적용할 수 있는가 여부의 문제가 제기된다. 변형설에서는 이것을 변형가능한 또는 변형불가능한 국제법이라 한다.

국제법규범의 국내적 효력은 그것이 국내에서 유효한 법이라는 것을 의미한다. 국제법규범은 이제는 국제법질서의 일부분으로서 국가를 구속할 뿐만 아니라 그 규범내용이 채용 또는 집행 명령에 기하거나 변형을 통하여 동시에 국내법의 일부분을 형성한다.

원칙적으로 모든 국제법규범이 국가로 하여금 국제법규범에 국내적 효력을 부여함으로써 그것을 국내적으로 집행해야 하는 의무를 부과하는 것은 아니다. 왜냐하면 어떤 국제법규범은 일정한 국가기관 또는 개인<sup>17)</sup>을 대상으로 하는 것이 아니라 전체로서의 국가만을 대상으로 하기 때문이다. 따라서 이러한 규범은 국내적 집행이 전혀 불가능하다.<sup>18)</sup>

국제법규범이 국내적 집행이 가능하기 위해서는 그것이 집행력이 있거나 또는 변형 될 수 있어야 한다. 즉 규범이 “직접적으로 적용할 수 있는 법”(“unmittelbar anwendbares Recht”)<sup>19)</sup>이어

---

17) 직접 개인에 관계된 법률효과를 규정하는 국제법규범은 예컨대 자국에 의한 외교적 보호법과 같은 것이 있다(Vgl. BVerfGE 43, 209). 이러한 법규는 동시에 개인에게 권리와 의무를 발생시킨다고 할 것이다. 개인에게 적용될 수 없는 것은 예컨대 국가에게 자위권을 인정하는 법규를 들 수 있다. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2.Aufl., München 1984, S.492.

18) 예컨대 대한민국과 미합중국간의 상호방위조약(1954.11.18. 조약 제34호) 제1조.



야한다. 따라서 국제법규범은 그 내용과 목적이 더 이상의 국제법적 또는 국내적 법률행위를 요하지 않고 국내법적 효력을 실제로 발생할 수 있도록 구성되어야 한다. 이러한 규범은 규범집행에 있어 국내법규범을 요함이 없이 국가기관을 구속하거나 그에게 권한을 부여한다. 국제법규범이 이러한 요건을 갖추었다면 이를 집행력이 있다거나(self-executing) 직접 적용할 수 있다고 한다.<sup>20)</sup>

이에 반하여 국제법규범이 그 내용이나 관계국가의 의사에 따라 국가고권행위에 의한 상세한 규정을 요한다면 이를 집행력이 없다고(non-self-executing)한다. 집행력이 없는 규범은 국가의 특별한 시행규정(Durchführungsvorschriften)을 요한다.<sup>21)</sup> 이 경우 국제법규범이 국내에서 효력을 갖게 되었다면 이 규범은 단지 시행규정을 공포해야 할 해당 법제정기관을 대상으로 할뿐이다. 이 점에서 국제법규범은 법제정의 위임을 내포하고 있다.

집행력은 흔히 보듯이 개인에 대한 주관적 권리의 부여와 동일시 할 수 없다. 집행력이 있는 규범이 주관적 권리를 설정하느냐의 여부는 그 규범의 내용에 따라 결정되는 것이다.<sup>22)</sup>

그러므로 문제되는 국제법규범이 집행력이 있는가 여부는 개

---

19) BVerfGE 6, 309, 334.

20) 예컨대 1950. 11. 4. 인권과 기본적 자유권 보호를 위한 협약(유럽 인권협약) 제5조 제1항은 집행력이 있다. Schweitzer, a.a.O., S.115f.

각국의 헌법은 이러한 국제법규를 직접적용하기 위하여 상이한 방법을 규정하고 있다. 독일, 오스트리아, 스위스 등의 헌법에 의하면 일정한 조약에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz)의 공포 내지는 공포기관에서의 조약 또는 행정협정의 공포는 자동적으로 해당 국제법규가 국내에서도 직접적용할 수 있게 된다. 그러나 조약이 의회의 동의에도 불구하고 국제법적으로 성립하지 않는 경우(예컨대 조약상대국이 조약의 비준을 거부하였을 때) 조약을 국내법으로 변형시킨 동의법률은 법적효력이 없다. SeidlHohenveldern, Völkerrecht, b. Aufl, Köln/Berlin/Bonn/München 1987 a.a.O., S.58, 137.

21) Vgl. BVerfGE 29, 348ff., 360.

22) Geiger, Grundgesetz lund Völkerrecht, München 1985, S. 184.

별적으로 조사되지 않으면 안된다. 이에 관하여 의문의 여지가 있는 경우 국내의 사법기관에 의하여 해결되어야 할 해석의 문제이다.<sup>23)</sup>

## 2. 국내적 효력과 집행력과의 관계

각국의 국제법규범의 국내적 효력과 집행력(직접적용가능성)과의 관계를 상이한 방식으로 설정하고 있다. 미국법에 의하면 국제조약의 직접적용가능성은 국내적 효력의 전제조건이다. ‘자동적 집행력이 있는 조약’(self executing treaty)만이 미국헌법의 규정에 따라 채용되고 ‘국가법’(law of the land)이 된다.<sup>24)</sup> 자동적 집행력이 없는 조약은 이에 필요한 집행행위가 취해져야 비로소 국내에서 효력을 가질 수 있게 된다.

국내적으로 유효하지만 직접적용가능성이 없는 조약규범은 국내적으로 결코 무의미하다고 할 수 없다. 그의 국내적 효력은 관할 국가기관이 국내법에 기하여 국가에 의해 조약규범이 준수 되도록 하고, 특히 대외적으로나 대내적으로 규범의 이행에 필요한 조치를 취하도록 하는 데 그 의미가 있다.<sup>25)</sup>

## 3. 국제법규범의 순위문제

국제법규범이 국내법으로 수용됨과 함께 국제법규범이 국가의 규범서열에서 어떤 순위를 갖는가 하는 문제가 제기된다. 통상

---

23) Vgl. BVerfGE 46, 214ff., 220f.

24) Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.102, 110.

25) Geiger, a.a.O., S.184.

헌법이 최고의 순위를 차지하고, 헌법에서 출발하여 효력이 낮은 규범들은 충돌의 경우 그 보다 더 낮은 순위의 규범이 배제되도록 구성되어 있다.

그러므로 국내법으로 수용된 국제법규범과 국내법규범간에 실제적 충돌이 발생한 경우 국제법규범이 국내에서 어떤 순위를 차지하는가는 큰 의미가 있다.<sup>26)</sup> 각국은 국내적으로 국제법과 일치하는 상태를 조성할 국제법적 의무가 있지만 국제법규범의 순위에 관하여 국제법은 침묵하고 있으므로 이에 관하여 어떤 규정을 두느냐는 각국의 재량에 달려 있다. 이와 관련하여 두 가지 방법이 있다. 하나는 변형된 규범 자체가 국제법규범의 순위를 결정할 수 있을 것이고, 다른 하나는 헌법과 일반법률이 그러한 순위결정을 할 수 있을 것이다.<sup>27)</sup>

많은 국가의 헌법들은 순위조항을 두고 있는데 일부는 조약과 국제관습법을 구분하기도 한다.<sup>28)</sup> 또한 특히 국제법을 존중하는 국가에서는 특정한 국제법규범을 헌법과 동위 또는 헌법보다 우위에 두는 경우도 있다.<sup>29)</sup>

국제법규범이 국내법으로 수용된 후 국제법규범의 국내법에 대한 관계는 원칙적으로 그 순위에 따라 좌우된다. 하위법, 선법 또는 일반법은 예외 없이 배제되는 반면(상위법 · 후법 및 특별법 우선의 원칙)동위법간에는 어떻게 해결할 것인가 하는 문제가 제기된다. 국내법의 시각에서는 국내법과 모순되는 국제법규범은

---

26) Pigorsch, Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1959, S.4f.

27) Geiger, a.a.O., S.185.

28) 독일기본법 제25조는 일반적 국제법규의 우위조항을 두고 있고, 미국 헌법 제4조 제2항은 국제조약이 국가 최고법이라고 규정한다.

29) 예컨대 미국헌법 제6조 제2항 참조. 이에 관하여는 Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.110. 또한 네덜란드헌법에 의하면 국제조약은 결과적으로 헌법에 우위한다. Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, Berlin 1975, S.279f.

개뜨릴 수 있다고 볼 수 있겠지만 이는 그러한 국내법을 제정한 국가의 국제법적 책임을 불러일으킨다. 따라서 다수의 국가들은 국내법을 국제법적 의무와 모순되도록 해석하여서는 안된다는 해석규칙을 두고 있는 것이다.

## V. 헌법재판의 대상으로서의 국제법규범

국제법은 국제법 주체간의 법률관계만을 규율하므로, 국제법 규범이 헌법재판의 대상이 되려면 우선 국내 법질서로 수용 내지는 편입되어야 하고 수용을 위해서는 이를 명령하는 헌법규범을 요한다. 우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라는 수용규정을 두어 국제법규범을 국내법으로 수용하는 데 있어서 일반적으로 승인된 국제법규와 조약을 구분하고 있다. 그 밖에도 보충적 또는 예외적으로 국제법규범으로서 고려될 수 있는 것으로는 국제기구의 구속력 있는 법률행위(예컨대 UN총회의 결의안)가 있다.

우리 헌법은 상술한 국제법규범이 국내수용에 관하여 헌법 제6조 제1항의 자구내용상 변형설을 채택한 것으로 볼 수도 있다. 그러나 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 “국내법과 같은 효력”을 가진다는 것은 그것이 필연적으로 국내법으로 변형되어야 한다는 것을 의미하지 않는다.<sup>30)</sup> 국내법과 같은 효력을 갖는

---

30) 독일연방행정재판소의 결정에 의하면 어떤 조약규정에 의하여 특정의 청구권을 가지느냐의 문제에 있어서 그 규정은 국제법적인 조약규정으로서의 성질이 아니라 그와는 별개로

법은 반드시 국내에서 제정된 법으로만 구성되어야 하는 것은 아니고 국내에서 수용된 국제법도 그에 해당하며 국제법의 성격을 보유한다. 따라서 위 헌법규정의 설명은 변형설은 물론 집행설에 의해서도 가능하다고 볼 것이다.<sup>31)</sup>

## 1. 일반적으로 승인된 국제법규

### 가. 일반적으로 승인된 국제법규의 개념

헌법 제6조 제1항이 규정하는 일반적으로 승인된 국제법규와 관련하여 문제가 되는 것은 국제법의 법원인 규범들, 즉 국제조약, 국제관습법 및 문명국에 의하여 인정된 법의 일반원칙<sup>32)</sup>이 위 규정이 의미하는 국제법규로 이해될 수 있느냐 하는 것이다.

첫째로, 보편적인 국제관습법이 일반적으로 승인된 국제법규라는 데는 학설이 일치한다.<sup>33)</sup>

---

존재하는 변형된 독일 국내법으로서의 효력이 기준이 된다고 한다. 독일 국내법으로서의 조약규정은 변형과정을 통하여 조약의 성격을 상실하였다고 판시하였다(Vgl. BVerwGE 35, 265f.).

- 31) 이 문제에 관하여 독일에서는 변형설 내지 절충적 변형설이 우세하나 집행설도 유력하게 주장되고 있다. 독일연방헌법재판소의 판례도 초기의 결정을 제외하고는 특정한 이론을 채택하였다고 볼 수 없다. 위 재판소는 처음에는 명시적으로 변형의 개념을 사용하여(BVerfGE 1, 396ff., 411; 6, 309ff., 363) 변형설을 채택한 것 같았으나 그 후 이를 포기하였다(BVerfGE 18, 411ff., 448; 27, 253ff., 274; 46, 342ff., 360) 어떤 결정에서는 집행설을 이용하고 있음을 볼 수 있다(BVerfGE 18, 411ff., 448; 27, 253ff., 274; 46, 342ff., 363). 그러나 특히 조약의 해석에 관한 결정은 위 양 설 어느 것에 의해서도 설명이 가능함을 보여 주고 있다. 이와 관련하여 독일헌법재판소는 조약의 해석에 있어서 항상 국제법적 해석규칙이 적용되어야 한다는 데서 출발한다. 집행설은 물론 절충적 변형설에 의해서도 국제법과 국내에서 적용되는 법의 관계가 단절되지 않으므로 양 설은 모두 위 재판소에 의하여 이론적 근거가 될 수 있다(예컨대 BVerfGE 46, 342ff., 361).
- 32) 국제사법재판소규정 제38조 제1항. 이 규정은 국제법규범에 관한 중요한 국제조약으로서의 위 규정은 국제법의 전통적인 발현형식의 표현으로 간주되고 있다. Schweitzer, aa.O., S. 24f.

둘째로, 조약의 규범이 일반적으로 승인된 국제법규에 포함되느냐의 여부는 논란이 있다.

특히 제2차 세계대전 이래 일정한 “일반성” 또는 보편성을 보이는 국제조약들이 드물지 않게 되었다. 이와 관련하여 우선 이미 국제관습법의 구성부분인 규범과 단지 보편적 또는 준보편적인 경향을 띤 규범은 구별되어야 한다.<sup>34)</sup> 전자의 경우는 관습규범이 조약에 의하여 확정되었고 이에 의하여 관습규범은 이중적 법성격을 갖게 된다. 이에 반하여 후자의 경우는 관습법의 성질을 갖지 않은 조약규범인 것이다.<sup>35)</sup> 이러한 구별을 기준으로 할 때 전적으로 조약의 성격을 띤 국제법규범, 즉 일반적 국제관습법의 구성부분이 아닌 규범은 일반적으로 승인된 국제법규에 속하지 않는다.<sup>36)</sup>

그러나 이러한 입장은 실제에 있어서 큰 의미는 없다. 왜냐하면 “일반적”조약은 대체로 일반적 국제관습법을 성문법전화하였거나 국제관습법의 형성의 기초가 되므로 일반적 국제관습법의 규범을 포함하고 있기 때문이다. 제2차 세계대전 후 UN의 기구를 통하여<sup>37)</sup> 일반적 국제관습법규범의 성문법전화가 수행되었고 많은 성과를 거두었다.<sup>38)</sup> 이러한 과정을 통하여 해당규범은 그

---

33) Geiger, a.a.O., S.186; Schweitzer, a.a.O., S.129; Pigorsch, a.a.O., S.8f.; Rudolf, a.a.O., S.246ff.; Papadimitriu, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Berlin 1972, S.69ff. 국제사법재판소의 입장에 의하면 국제관습법은 한 국가가 이에 대하여 항의(Protest)를 표시하였을 때에만 그를 구속하지 않는다. 따라서 한국과 법규가 적용될 관계가 있는 국가가 이러한 국제법규에 대하여 항의를 하였는가를 조사한 후 그 중 어느 한 국가라도 항의를 한 경우에는 그 국제법규는 이들 상호간의 관계에서 적용될 수 없다. Bleckmann, a.a.O., S.293.

34) Rudolf, a.a.O., S.253.

35) Papadimitriu, a.a.O., S.81

36) Rudolf, a.a.O., S.253.

37) UN헌장 제13조 제1항 : “총회는 다음의 목적을 위하여 연구를 발의하고 아울러 권고한다.

a. ... 국제법의 점진적 발달과 법전화를 장려하는 것.”

의 관습법적 성격을 잃지 않고 이중적인 법적성격을 갖게 되어 동시에 조약의 구성부분이 되고 있다. 결론적으로 조약은 그것이 UN헌장과 같이 세계의 모든 국가에 대하여 구속력이 있고 “일반적”이라 하더라도 일반적으로 승인된 국제법규에 속하지 않는다. 예외적으로 국제관습법의 규범을 성문법전화한 조약은 단지 선언적인 의미가 있을 뿐이므로 일반적 국제법규에 속한다고 할 것이다.<sup>39)</sup>

셋째로, 법의 일반원칙(allgemeine Rechtsgrundsätze)도 일반적으로 승인된 국제법규에 해당한다는 견해가 있으나<sup>40)</sup> 수긍하기 어렵다.

법의 일반원칙을 국제법질서 또는 국제사회의 구조에서 파생된 원칙으로 이해한다면 그것은 집행력이 없고 따라서 헌법 제6조 제1항의 일반적인 국제법규의 적용범위에 속하지 않거나(예컨대 국제법주체의 평등원칙), 국제관습법의 일부분으로서 당연히 일반적인 국제법규에 속하게 된다. 그러나 국내법질서와 공통된 법원칙(예컨대 법남용의 금지)으로 이해한다면 그것은 우리 나라의 법질서에 이미 존재하고 있고 이러한 국제 법규의 국내집행이 가능하므로 헌법 제6조 제1항에 의한 수용절차가 불필요할 것이다.<sup>41)</sup> 또한 법의 일반원칙은 통상 국제법 주체인 국가간의 상호관계를 규정하므로 집행력이 없는 것이다.

---

38) Kägi, Kodifikation, in : Strupp/Schlochauer(Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, 2.Aufl., Berlin 1961, S.228ff.

39) 예 : 외문관계에 관한 비엔나협약(1961), 영사관계에 관한 비엔나협약(1963)등. Bleckmann, a.a.O., S.292 ; Papadimitriu, a.a.O., S.84f. 독일기본법 제25조와 관련하여 독일에서는 이러한 입장이 다수설이다. Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, Karlsruhe 1957., S.39ff. ; Rudolf, a.a.O., S.250ff.

40) 독일연방헌법재판소는 기본법 제25조와 관련하여 “국제법의 일반원칙은 주로 유효한 국제관습법이고 승인된 법의 일반원칙에 의하여 보충된다”고 판시하였다. BVerfGE 15, 25ff., 33ff., ; 23. 288ff., 317; 31, 145ff., 177f.

41) Schweitzer, a.a.O., S.135.

## 나. 일반적으로 승인된 국제법규의 일반성과 승인여부

국제법규가 일반적으로 효력이 있는지 여부는 그 인적효력범위에 따라 판단할 것인지 그 규율대상에 따라 판단할 것은 아니다. 국제법규가 대다수의 국가에 의해 승인되었다면 일반성이 있다.<sup>42)</sup> 모든 국가가 이 법규를 승인할 것이 요구되지는 않고 준보편성으로 충분하다.

우리 나라가 스스로 관계 국제법규범을 승인하였어야 하는가, 즉, 그 승인이 불가결한 것인가의 문제는 다툼이 있다. 독일연방헌법재판소는 어느 규범이 필연적으로 독일에 의해서 승인되지 않았다 하더라도 다수의 국가에 의하여 승인되었다면 기본법 제25조에 규정한 의미의 “일반적”이라는 견해를 취하였다.<sup>43)</sup>

우리 헌법의 국제법존중주의의 관점에서 볼 때 어떤 국제법규가 우리 나라에 의해서 승인되지 않는지만 다수의 국가에 의하여 승인되었다면 우리 나라가 해당 법규에 구속됨을 배제하지 않는다. 이 경우 우리 나라는 일반적 국제관습법에 구속됨을 저해하지 않는 ‘침묵의 소수’(schweigende minderheit)에 속한다고 할 수 있다. 이러한 구속을 배제하기 위하여는 처음부터 인식할 수 있게 해당 법규에 대하여 반대의사를 표시하여야 할 것이다.<sup>44)</sup>

42) BVerfGE 15, 25(34)

43) BVerfGE 16, 27(35). 해당 국제법규에 대한 승인이 필수적인가 하는 문제는 독일 기본법 제25조의 자구와 이에 해당하는 Weimar헌법 제4조 규정의 차이에서 살펴 볼 수 있다. Weimar헌법 제4조는 “일반적으로 승인된 국제법규”(allgemeine anerkannte Regeln des Völkerrechts) 라고 규정하는 반면, 기본법 제25조는 단지 “일반적인 국제법규”(allgemeine Regeln des Völkerrechts)라고 하고 있다. 학자들은 기본법이 Weimar헌법과 상이하게 규정한 것은 Weimar헌법 제4조를 국제법규범은 독일도 그것을 승인하는 경우에만 일반적으로 승인된 것이라고 해석한 당시의 지배적인 견해를 거부하였기 때문이라 한다. Geiger, a.a.O., S.187.

44) Geiger, a.a.O., S.103; Vgl. BVerfGE 46, 342.



이 경우 일반적으로 승인된 국제법규라도 수용하지 않게 된다.

#### 다. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력

헌법 제6조 제1항에 의하여 국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖게 된다. 그 결과 국제법규의 내용은 국제법주체로서의 국가만을 구속하지 않고 동시에 국내법의 일부분이 되고, 나아가 이에 기하여 국가기관을 구속하게 되는 것이다. 당연히 집행력 있는 국제관습법만이 이러한 국제법규에 속한다.<sup>45)</sup> 즉 국내에서 법률 효과의 발생을 목적으로 하거나 직접적으로 개인의 권리와 의무를 설정하는 규범이 그러하다.<sup>46)</sup> 그러나 국제법규가 국가를 대상으로 하고 있기는 하나 그 적용에 있어서 간접적으로 개인의 법적지위에 효력을 갖는 것도 그러한 규범에 속한다고 할 수 있다.<sup>47)</sup>

#### 라. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법질서에서의 순위

일반적으로 승인된 국제법규가 국내법질서에서 어떠한 순위

---

45) Rudolf, a.a.O., S.172.

46) 이러한 규범은 독일연방헌법재판소의 판결에서 알 수 있듯이 극히 적다. 왜냐하면 이제까지 독일법으로 편입된 일반적 국제법규는 단 하나에 불과하기 때문이다(BVerfGE 46, 342 참조). 따라서 일반적 수용규범으로서 국제법규에 관한 헌법 제6조 제1항의 법적 의미는 미미하다. 그러나 이와 같이 국제법규의 범위를 제한하지 않고 집행력이 없는, 즉 국가 상호간의 권리와 의무를 설정하는 규범도 국내법에 수용할 수 있다는 견해가 있다. 이에 의하면 국내법에 수용함으로써 그러한 규범(예컨대 국제법상의 간섭금지)의 준수를 보장할 수 있고, 또한 관계국가기관은 국내법적으로 해당국가가 이 규정을 대외적으로 존중하는 의무가 부과된다고 한다. Geiger, a.a.O., S.197f.

47) 예컨대 국가면제(Staatenimmunität)에 관한 일반적 국제법규는 집행력이 있다. BVerfGE 46, 342ff., 362f.

그러나 외국의 명예존중관한 국제관습법적 의무 또는 “조약준수의 원칙”(“pacta sunt servanda”)은 집행력이 없다. Schweitzer, a.a.O., S.131.

를 차지하는가에 관하여 견해가 일치하지 않는다. 다수설은 일반적으로 승인된 국제법규는 법률과 같은 효력을 가진다고 하나,<sup>48)</sup> 소수설에 의하면 일반적으로 승인된 국제법규에도 단계구조가 있으므로 그 중에는 우리 나라의 헌법에는 하위이나 국내헌법률과 같은 효력을 가지며, 일반적인 법률에는 상위라고 볼 수 있는 것도 있다고 한다.<sup>49)</sup>

그러나 국제법규 중 강행법규(jus cogens)가 다른 국제법 법원에 우선한다는 것을 제외하고 그 밖의 모든 국제법규범간에 순위의 우열은 없다.<sup>50)</sup> 따라서 국제법규간에 충돌이 있다면 그것은 선법과 후법, 일반법과 특별법의 관점만이 문제가 된다.<sup>51)</sup> 그러므로 일반적으로 승인된 국제법규는 우리 헌법의 해석상 법률과 동위라고 할 것이다.<sup>52)</sup>

그렇다면 일반적으로 승인된 국제법규와 법률이 충돌하는 경우 이를 어떻게 해결할 것인가가 문제된다.<sup>53)</sup> 일반적으로 승인된 국제법규가 법률보다 상위라면 양 규범간의 순위는 형식적(formell)으로 결정되었으므로 실체적(materiell) 순위를 결정하는 원칙을 고려할 필요가 없다.

이에 반하여 일반적으로 승인된 국제법규가 법률과 동위라면 형식적 순위외에 실체적 순위도 관계가 있다. 먼저 입법자는 국내법을 국제법합치적으로 형성하고 법적용기관은 발생할 수 있

---

48) 문홍주, 제6공화국 한국헌법(1987), 149면; 구병삭, 신헌법원론(1989), 240면; 권영성, 헌법학원론(1989), 170면.

49) 김철수, 헌법학개론(1993), 213면.

50) Verdross/Simma, a.a.O., S.333.

51) Mössner, a.a.O., S. 54.

52) 독일에서는 기본법 제25조가 일반적 국제법규는 연방법의 구성부분이고 법률에 우선한다고 명문으로 규정하고 있으므로 일반적 국제법규는 헌법에는 하위이나 일반 법률에는 상위라는 견해가 다수설이다. Partsch, a.a.O., S. 61ff.

53) Papadimitriu, a.a.O., S.94.

는 양 규범간의 충돌을 국제법합치적인 해석과 적용으로 해결하여야 할 것이다. 이로써 형식적인 순위를 초월하여 실체적인 순위가 정하여진다.<sup>54)</sup> 이것은 일반적으로 승인된 국제법규가 법률과 동위인 경우 이러한 국제법규의 국내적 효력과 적용은 국제법합치적 형성과 해석의 원칙에 의하여 우회적으로 보장될 수 있음을 보여주고 있다.<sup>55)</sup>

#### 마. 일반적으로 승인된 국제법규를 근거로 한 헌법재판

일반적으로 승인된 국제법규의 위반에 대한 헌법재판에 의한 통제는 헌법소원심판제도에 의하여 가능할 것이다.<sup>56)</sup> 헌법재판소는 헌법 제6조 제1항이 규정한 일반적으로 승인된 국제법규에 관하여 제기되는 모든 법적문제들을 결정하지 않으면 안된다.<sup>57)</sup> 헌법재판소는,

(1) 어떤 국제법규(예컨대 보편적 국제법, 국제법의 일반원칙, 국지적 국제관습법, 국제사회 전체가 비준한 조약등)가 헌법 제6조 제1항의 의미의 국제법규에 속하는가를 결정한다.

---

54) Papadimitriu, a.a.O., S.94f.

55) 우리나라와 같이 일반적 국제법이 법률과 같은 효력을 갖는다고 규정하고 있는 벨기에 및 그리스의 학설과 판례는 이러한 견해를 취하고 있다. Papadimitriu, a.a.O., S.91ff.

56) 독일연방헌법재판소는 일반적 국제법규를 대상으로 헌법소원을 제기할 수 있는나 하는 문제에 대하여 처음에는 명백한 입장을 취하지 않았으나(BverfGE 6, 290(300)), 그 후 이를 부인하였다.(BverfGE 6, 389(440)). 그렇다고 하여 이로써 일반적 국제법규의 위반에 대하여 헌법소원을 제기할 가능성이 실제로 축소된 것은 아니다. Elfes 결정(BverfGE 6, 32) 이래 기본법 제25조 의미의 국제법위반의 법규는 헌법질서의 일부일 수 없다는 이유에서 기본법 제2조(생명 및 신체불가침의 자유)의 침해를 주장하는 경우에만 일반적 국제법규를 대상으로 하는 헌법소원은 가능하다고 할 수 있다. (BverfGE 23, 288(300, 313)은 명시적으로 헌법소원의 제기를 인정한다).

Geck, Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd II., Tübingen 1976, S.147.

57) Bleckmann, a.a.O., S.252f.

(2) 해석이나 범위의 확정을 통하여 이러한 국제법규를 구체화하는 권한을 갖는다.<sup>58)</sup>

(3) 헌법 제6조 제1항의 규정에 의하여 국제법규가 국내법으로 편입되었는지 여부를 결정한다.

(4) 위 국제법규를 직접 적용할 수 있는지, 즉 집행력이 있는지에 관하여 결정하고,

(5) 위 국제법규의 순위문제도 헌법재판소의 권한에 속한다.

## 2. 조 약

조약이란 일정한 국제법적 효과를 목적으로 하는 국제법주체간의 합의라고 할 수 있다.<sup>59)</sup> 결정적인 것은 국제법주체간의 국제법적 효과에 관한 합의이므로 형식(구두, 서면), 당사국의 수(양자, 다자) 또는 명칭(조약, 협약, 협정, 선언, 합의, 의정서, 헌장 등)은 중요하지 않다. 국내법에서 조약의 집행은 조약이 일반적으로 편입되거나(예, 미국헌법 제6조 제2항), 국내규범이 개별적으로 조약의 국내적용을 규정함으로써 보장될 수 있다. 우리 헌법은 제6조 제1항에서 모든 조약에 동등하게 해당되는 일반적 적용명령을 두고 있다.<sup>60)</sup>

### 가. 조약의 집행력 또는 직접적용가능성

---

58) Vgl. BVerfGE 15, 31f.; 16, 32.

59) Ipsen, a.a.O., S.98ff.; Schweitzer, a.a.O., S.26.

60) 독일의 경우 연방의 정치적 관계를 규율하거나 연방입법의 대상과 관련된 조약은 연방 법률, 즉 동의법률(Zustimmungsgesetz)의 형식에 의하여 국내적으로 적용된다. 독일기본법 제59조 제2항 참조.

조약도 상술한 일반적으로 승인된 국제법규와 마찬가지로 그 내용상 집행력이 있는(직접적용이 가능한) 조약규정, 즉 직접적으로 국가의 법적용기관이나 개인을 대상으로 하는 조약규정만이 국내법으로 수용될 수 있다.<sup>61)</sup> 조약의 집행력은 다음의 기준에 의하여 결정된다고 볼 수 있다.<sup>62)</sup>

(1) 조약이 그 시행과 효력에 있어서 별도의 국내적 집행행위를 필요로 하지 않아야 한다.

(2) 조약이 명백하고 상세하게 규정되어 있어 그로부터 구체적인 법률효과를 도출할 수 있어야 한다. 조약상대국이 조약규정의 집행에 있어서 광범위한 결정의 권한이 있다면 이에 해당하지 않는다.

(3) 조약이 자구, 목적 및 내용에 의하여 개인에게 권리 또는 의무를 부여하여야 한다. 단지 국가를 대상으로 하고 국가에게 작위 또는 부작위 및 용인의 의무를 부여하는 규정은 이러한 요건이 결여되어 있다.<sup>63)</sup>

그러나 조약 중에는 그 내용상 국가 그 자체를 대상으로 하는 것이 있다.<sup>64)</sup> 이러한 조약규정은 규범의 목적을 명백히 인식할 수 있다 하더라도 국내에서 집행력이 없으므로 헌법재판의 기초가 되지 못한다.<sup>65)</sup> 이러한 규범에 대한 헌법재판은 조약당사국

---

61) Rudolf, a.a.O., S.173ff. 이에 반하여 Geiger, a.a.O., S.197은 국내법으로 편입된 조약은 전체로서의 조약과 관련되는 것이고, 그 중에서 '직접적용이 가능한' 규정만이 관련된 것은 아니라고 한다. 전체규정 중에서 일부분만이 조약취지의 심사대상이 된다면 조약규정이 의미하는 해석을 기초로 하는 조약의 적용은 불가능하기 때문이라 주장한다.

62) Ipsen, a.a.O., S.1090f.

63) 일정한 국제기구(예컨대 유럽공동체)의 설립조약은 제2차법(sekundäres Recht)에 의한 보충을 규정하고 있는데(예, 유럽경제공동체조약 제 189조) 이러한 규정은 강령조항(Programmartikel)으로서 가맹국들이 이에 따라 국내법을 제정·공포하기 전까지는 집행력이 없다. Seidl-Hohenveldern, a.a.O., S.136.

64) 예컨대 1929. 7. 27. 제네바 적십자 협약 제28조 : “ ... 조약당사국의 정부는 적십자표식의 보호를 위하여 필요한 조치를 취하거나 그들의 입법기관에 제안할 것이다.”

의 정부 또는 의회가 필요한 조치를 취하여야만 가능하다. 즉 조약이 국내에서 효력을 갖기 위해서는 조약당사국의 국내조치에 의한 보충을 요한다. 따라서 이러한 조약은 직접 적용할 수 없다.

그러나 조약을 직접 적용할 수 없더라도 조약의 국내편입에 의하여 국가는 편입된 조약에 의거하여 조약이 이행되도록 해야 할 의무가 있다.<sup>66)</sup> 즉 조약에 의하여 이러한 집행력이 없는 의무를 부담하게 된 국가는 상당한 기간 내에 국내법을 제정하여야 하며, 입법부작위에 대하여는 책임을 지게 된다.<sup>67)</sup>

#### 나. 집행력이 없는 조약규정

집행력이 없는 조약의 규정은 국내에서 직접 적용할 수 없고 간접적으로 적용할 수 있는데 조약이 직접 또는 간접적용가능성이 있는지 조약에 명시적으로 규정될 수 있다.<sup>68)</sup>

그 밖에 조약규정이 간접적으로 적용되는 경우는 조약당사국이 조약의 실현을 위하여 국내적으로 특별한 조치를 취할 의무가 있다는 점에서 흔히 알 수 있다. 또한 그러한 명시적인 의무가 없더라도 조약규정이 국내법에 따라 부가적인 법률행위(예컨대 국가기관의 관할 또는 준수절차에 관한 규정)없이도 집행될 수 없다면 간접적으로 적용될 수 있는 경우에 속한다. 조약이 그 집

---

65) Seidl-Hohenveldern, a.a.O. S.136.

66) BVerfGE 6, 290(294).

67) Seidl-Hohenveldern, a.a.O. S.136. 356.

68) 예 : 1957. 10. 10. 선주책임에 관한 브류셀협정은 합의규정을 직접 수용하거나 또는 특별법에 의하여 각국의 법질서에 편입하도록 명시적으로 조약 당사국에 위임하고 있다. 독일은 후자의 방법을 택하여 조약이 아니라 특별법(즉 1972. 6. 21. 해양법 중 개정법률)에 의하여 독일의 상법이 이와 일치하게 개정되었다. Geiger, a.a.O., S.198.

행을 법규명령에 의하여 유보한 경우에도 마찬가지다.

그러나 조약규정이 직접 또는 간접적으로 적용될 수 있는나의 문제는 대체로 실체규정의 해석을 통하여 해결될 수 있다. 따라서 조약규정의 내용과 목적에 의하여 조약의 집행을 위하여 국제법적 및 국내법적 행위를 요하는지가 중요하다.<sup>69)</sup>

조약규정이 직접 적용할 수 있다고 하더라도 그 규정이 개인의 주관적 권리와 의무를 발생시키느냐 하는 문제와는 구별하지 않으면 안된다. 이 문제는 조약의 명시적 규정에 의하거나, 묵시적인 규정인 경우에는 해석에 의하여 해결될 수 있다.<sup>70)</sup>

끝으로 조약이 ‘고도의 정치적 성질’(hochpolitische Natur)을 띤 경우에는 해석에 있어서 그 밖의 조약과는 다른 취급이 요구된다. 이러한 조약에서 구체적인 법적행위 및 행동의 의무를 설정하는 조약당사국들의 합치된 의사는 조약문이 이를 명시적으로 표현하는 경우에만 인정될 수 있다. 조약에서 사인을 위하여 법적의무를 규정하는 것은 일반적으로 예외이므로 조약문에 명백한 근거가 없으면 합의된 것으로 볼 수 없을 것이다.<sup>71)</sup>

#### 다. 조약의 국내법에서의 순위

조약이 국내영역에서 다른 국내법과의 관계에서 어떠한 순위를 차지하느냐의 문제는 조약의 국내법으로의 편입방식에 관하여 어떤 이론을 취하느냐와는 독립하여 객관적으로 결정된다.

---

69) BGHZ 11, 135(138) ; 52, 371(383f.).

70) 예컨대 범인인도조약에 정치범의 인도금지가 규정되어 있다 하더라도 정치범에게 불인도의 주관적 권리를 부여하지는 않는다. BVerfGE 46, 214.

71) 독일연방헌법재판소는 동구사회주의국가들과의 조약(Ostverträge)에 대한 헌법소원에 관한 결정에서 이와 같은 해석의 원칙을 확립하였다. BVerfGE 40. 141(164); 43. 203(209).

우리 헌법의 해석상 조약 중 국회의 동의를 얻은 조약은 법률과 같은 효력을 갖고 그 밖에 행정협정과 같은 것은 명령·규칙의 효력을 가진다는 것이 다수설이다.<sup>72)</sup>

이에 따라 조약에 저촉되는 후법과의 관계는 후법우선의 원칙(Lex-posterior-Regel)이 적용된다. 그러나 우리 나라의 조약위반을 야기하는 이러한 법적 결과는 극단의 경우에만 인정되어야 할 것이다. 국제법존중주의라는 헌법의 명제에서 출발한다면 조약규범의 국내적 효력을 유지하는 해석에 우선권을 부여할 것이 요구된다. 이는 이를테면 조약규범을 특별법(lex specialis derogat legigenerali)으로 취급함으로써 가능할 것이다.<sup>73)</sup>

## 라. 조약의 해석

헌법재판에서 조약의 해석은 특히 국내기관에 의하여 일방적으로 결정될 수 없는 국제법적 원칙과 국내법 질서간의 조화가 추구되어야 한다. 이에 따라 국제법이 규정하는 원칙들, 즉 조약에 관한 비엔나 협약과 국제재판소의 판결에 나타나 있는 국제법해석규칙이 기준이 된다.<sup>74)</sup> 국제법규칙에 의하여 명백한 결과

---

72) 김철수, 전거서 215면; 권영성, 전거서 172면 등.

73) Geiger, a.a.O., S.199f. 조약과 법률은 흔히 특별법과 일반법의 관계에 있다. 예컨대 조약에 의하여 조약상대국의 국민이 외국인에 관한 일반법률보다 유리한 지위를 차지한다면, 이 조약규정은 조약이 유효하는 동안 일반법률에서 우선한다.

Mosler, a.a.O., S.26.

74) 국제법적 개념과 규칙은 국내법질서가 이를 전제로 하거나 명시적 또는 묵시적으로 수용하여 기준으로 삼는 경우에 작용한다. 예컨대 외국과 관련된 규정에 있어서 국가는 국제법적 개념을 전제로 한다. 외국의 국가기관의 보호(한국 형법 제107조 이하) 또는 외국 화폐와 관련되는 화폐위조의 방지를 위한 형법규정(형법 제207조)에서도 마찬가지다. 침략적 전쟁의 개념(헌행헌법 제5조 1항)은 묵시적으로 국제법을 고려할 것을 전제로 한다. Vgl. BVerfGE 4, 157(168) ; Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.II, Tübingen 1976, S.185; Mosler, a.a.O., S.25.



에 도달하지 못한 경우에 비로소 합헌적 해석(verfassungskonforme Interpretation)이 가능하다. 이것은 국제법적 의무와 국내에서의 조약의 효력을 가능한 한 일치시키고자 하는 우리 헌법의 국제법준중주의의 결과이다. 또한 조약의 준수를 국내적으로 보장하려는 것이 조약의 목적이기도 하다.<sup>75)</sup>

어떤 조약문이 표준이 되느냐의 문제도 국제법적 차원에서 결정된다. 조약의 정본이 다수의 조약어로 작성되었고 그 중 한국어본이 있을 경우 반드시 한국어본이 표준이 되는 것은 아니다. 국제법은 오히려 모든 정본들을 고려한 조화있는 해석을 요구한다(조화해석의 원칙).<sup>76)</sup>

조약정본이 한국어로 작성되지 않았다면 조약에 대한 한국어 번역본을 첨부하여 관보에 게재하는 것이 법치국가의 원칙과 부합한다. 이 번역본은 조약의 대상자로 하여금 조약의 내용을 그들이 이해할 수 있는 언어로 인지시키는 것을 보장하기 때문이다. 그러나 번역본은 조약의 해석에 있어서 실제로 해당조약의 어의확인을 위한 보조적인 역할을 담당할 뿐이다. 아무리 한국어 번역본에 의하여 명백하게 보이는 것이라도 조약의 정문에 의한다면 불분명할 수 있는 것이다. 이와 관련하여 조약이 정문인 언어로 관보에 게재되었는가의 여부는 중요하지 않다. 조약에 어느 언어가 조약의 정문인가를 규정해 놓은 것으로 충분하다. 조약의 내용에 관하여 생기는 의문은 국제법적으로 요구되는 해석방법을 적용하여 해소되어야 할 것이다.<sup>77)</sup>

---

75) Hilf, Die Auslegung mehrsprachiger Verträge, Berlin/Heidelberg/New York 1973, S.143ff.; Bernhardt, a.a.O., S.185.

76) Geiger, a.a.O., S.315; 조약법에 관한 비엔나협약 제33조 제4항.

77) 국제조약의 해석에 관하여는 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 이하에서 상세히 규정하고 있다. Vgl. Hilf, a.a.O., s.199ff.

## 마. 조약에 대한 헌법재판

### (1) 조약의 사법적 심사

조약이 사법적 심사의 대상이 될 수 있는가에 관하여 논란이 있다. 조약의 사법적 심사를 부정하는 견해는 대외정책은 유연해야 하기 때문에 원칙적으로 행정부의 핵심영역에 속하며(권력분립의 원칙), 국내법적 구속에서 자유스러워야 하므로 법관은 이러한 대외정책의 영역에 관여할 수 없다는 데에서 출발한다.<sup>78)</sup> 또한 대외정책의 복잡성과 기밀의 유지는 정부만이 이를 판단하기 때문에 법관은 이 분야에서 대체로 충분한 지식이 결여되어 있다. 게다가 조약의 심사에 의하여 경우에 따라서는 주권에 기하여 외국의 사법기관에 의한 통제를 받지 않는 조약상대국의 행위도 통제된다. 끝으로 사법적 심사는 조약의 국내적 효력이 상실 될 수 있을 뿐이지 국제법적 구속력까지 상실되는 것은 아니다. 즉 사법적 심사는 결과적으로 국제법과 국내법이 더 이상 일치하지 않게 되고 국제법은 헌법개정이 이루어지지 않는 한 국내적으로 집행할 수 없게 된다.

이러한 이유에서 프랑스에서는 조약이 법관에 의하여 심사될 수 없는 통치행위라는 입장을 보이고 있고, 영국과 미국에서도 일정한 범위 내에서 조약의 심사를 배제하는 견해가 지배적이다 (act of State, political acts).<sup>79)</sup>

---

78) Schuppert, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, Baden-Baden 1973, S.33ff.

79) Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.110. 129, 487ff.; Ipsen, a.a.O., S.335f., 619f.

조약의 사법적 심사문제는 조약의 본질에 관한 국가이론의 주장이나 외국헌법의 비교법적 검토에 근거하여 해결될 수 없고 헌법 자체에서 그 해답을 찾아야 할 것이다. 조약의 특수성은 아무튼 헌법해석의 범위 내에서 고려될 수 있다.

우리 헌법은 법치주의의 원칙에 입각하여 국가권력 상호간의 관계에 관한 기본 입장을 규정하고 있다. 이에 의하면 행정권을 포함하는 모든 국가행위는 헌법과 법률에 구속된다. 그러나 법이 국가행위의 기초라는 것이 법치주의의 원칙이라고 볼 때 이 원칙의 실현은 법을 제정한 자에게도 대항하는 독립기관이 존재하는 경우에만 보장되는 것이다. 이 점에서 법치국가는 실제로 있어서 입법부와 행정부를 통제하는 사법권에 의하여 비로소 완성한다고 할 수 있다.<sup>80)</sup>

이는 사법부에게 조약과 관련된 외교정책을 결정하도록 허용함을 의미하는 것은 아니다. 법치주의의 원칙은 다른 국가권력에 의하여 제정되어 이미 존재하는 법규범을 기준으로 하는 심판을 요구한다.<sup>81)</sup>

조약이 얼마나 사법적 통제의 대상이 되는가는 실체적 규범이 행정부에게 허용하는 정책형성의 범위와 행정부의 작용에 대한 소송상의 가능성에 좌우된다. 따라서 사법기관은 “고도의 정치적인”(Hochpolitischen) 영역에 속하는 결정이라는 이유로 심판을 거부할 수 없다.<sup>82)</sup>

---

80) Stern. a.a.O., S.841f.

81) Stern. a.a.O., S.843.

82) 우리나라는 조약이 법원과 헌법재판소의 심사대상이 된다는 것이 다수설이다. 구병삭, 전게서 251면 각주 23 참조. 독일에서는 조약이 사법적 통제를 받는다는 데에 관하여 다툼이 없다. 그러나 조약체결의 권한이 있는 국가기관에 많은 제약이 인정되는데 이것은 대외관계의 특수성으로서 정당화되고 있다(BVerfGE 55, 349ff., 365). 그 밖에도 독일연방 헌법재판소는 조약의 통제에 있어서 자제하였고(예, BVerfGE 55, 349ff., 367f). 이러한 태도를 스스로 '사법적 자제'(judicial self-restraint)라고 한다(BVerfGE 35, 257ff., 262; 36.

## (2) 헌법재판상의 심판절차

조약은 원칙적으로 심사의 대상이 되므로 헌법재판상 심판을 청구하기 위하여 헌법과 법률에 규정된 절차의 요건을 갖추어야 함은 물론이다.

먼저 법원의 제청에 의한 구체적 규범통제는 조약의 규정이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 문제된다.<sup>83)</sup>

공권력으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 누구나 헌법소원을 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제68조), 조약도 헌법소원의 대상이 될 수 있다.<sup>84)</sup> 조약에 대한 헌법소원의 요건은 청구인 자신이 현재 직접적으로 조약에 의하여 기본권이 침해받아야 한다. 그 밖에 해당조약이 그 구조와 내용으로 보아 기본권을 침해하기에 적당하여야 한다. 즉 조약이 직접적으로 기본권상 보장되는 청구인의 지위를 그에게 불이익이 되도록 변경시키거나, 개인의 직접적인 작위의무를 규정하는 등 다른 방법으로 개인의 기본권을 침해한다면 그 조약은 헌법소원 심판의 요건을 갖춘 것이다.<sup>85)</sup>

헌법재판에 있어서 심사의 기준은 헌법이다. 일반적으로 승인된 국제법규도 판결에 관련된 선결문제로서 심사기준의 구성부분이 될 수 있다.<sup>86)</sup> 그러나 헌법재판소는 그의 심판권의 범위

---

1ff., 14f.). 그리하여 독일에서 조약의 규정이 위헌이라고 선언된 경우는 한번 뿐이다(BVerfGE 30, 272ff.). 이러한 자제의 구체적 결과는 국제법질서와 국내법질서를 일치시키려는 헌법재판소의 노력에서 비롯된다(BVerfGE 4, 157ff., 168).

그러나 예컨대 미국에서는 “정치적 문제”(political question)에 대한 사법권 심사가 거부된다.

83) Vgl. BVerfGE 12, 281(288) ; 52, 187(199ff.).

84) Vgl. BVerfGE 6, 290.

85) BVerfGE 40, 141(177).

내에서 다른 국가기관에 의한 국제법규범의 불존중 또는 흠 있는 적용에 기하여 우리 나라의 국제법적 책임이 돌아갈 수 있는 국제법 위반을 가능한 한 저지하거나 배제하도록 특별한 주의가 요구된다.<sup>87)</sup>

### (3) 기본권보장의 한계

기본권은 모든 국가작용, 따라서 조약에 기한 공권력의 행사도 구속함은 의심의 여지가 없다. 그러나 일반적으로 국가간의 협력을 위하여 또는 공공복리를 위하여 어느 정도 기본권을 제한할 수 있는가는 아직 밝혀지지 않고 있다. 조약에 기하여 외국의 조치에 협력하는 것은 그 조치가 법치주의에 대한 최소한의 요구를 충족시킨다면 헌법에 위반되지 않을 것이다. 국제기구의 조직에 협력하는 것도 마찬가지이다. 독일기본법 제24조 제1항에 의하면 국제기구에 고권작용을 이양할 수 있는데 이 경우 연방헌법재판소는 헌법상 포기할 수 없는 기본원칙이 침해되지 않는 한 위헌은 아니라고 판시하였다.<sup>88)</sup> 또한 범인인도협정에 기하여 형사범을 인도하는 경우 연방헌법재판소는 외국의 조치를 법치국가원칙에서 결과하는 헌법상 보장된 최소한의 요구와 일치하는가를 기준으로 판단하였다.<sup>89)</sup> 이와 같이 독일연방헌법재판소는 기본권 보장의 의무를 헌법에 기한 구체적인 국가간

---

86) BVerfGE 63, 343(368f.).

87) BVerfGE 58, 1(34f.); 59, 63(89).

88) BVerfGE 59, 63(89ff.).

89) 범인인도협정에 기한 특정인에 관한 인도합의의 경우 한계를 지어 이러한 합의의 범인 인도와 그에 기한 행위가 일반적 국제법규의 구속력있는 최소 기준에 위반되지 않고, 헌법상 불가결한 공공질서의 원칙에 위반되지 않는 한 허용된다고 한다. BVerfGE 63, 332(337f.).

의 협력에 있어서 독일의 이익과 대비하여 판단하였다.

#### (4) 위헌결정의 효과

조약을 대상으로 하는 헌법재판에 있어서 먼저 조약을 합헌적으로 해석하도록 노력하고, 그것이 불가능하여 조약이 위헌임이 확정되면 이 조약은 국내적으로 무효이므로 국내법에서 더 이상 적용될 수 없다. 그러나 조약은 위헌결정에 의하여 국제법적으로는 무효가 되지 않으므로 해당국가는 조약위반을 범하지 않기 위하여 그의 국제법적 의무의 이행이 가능하도록 법률의 개정등을 통하여 국내의 법적상태를 변경하지 않으면 안된다.<sup>90)</sup>

### 3. 국제기구의 결의

#### 가. 구속력 없는 결의

우리 헌법은 국제기구의 결의를 어떠한 방식으로 실현시킬 것인가에 관하여 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않다. 일반적으로 국제기구의 결의는 집행력이 없고 주로 국가 그 자체를 대상으로 하며 보통 권고적인 성격을 갖고 있다. 따라서 이로부터 개인에 권리나 의무가 발생할 수 없다.

UN의 결의도 마찬가지로 국제법으로 간주될 수 없음을 잊어서는 않된다. UN총회의 결의는 대부분 “선언”(Deklarationen)이라 불리는데 그 자체로서 국제법의 범위에 속하지 않는다.<sup>91)</sup> UN헌

---

90) Seidl-Hohenveldern, a.a.O. S.67.

91) Ipsen, a.a.O., S.197. 헌법재판소 1991.7.22. 선고, 89헌가106, 헌법재판소 판례집 제

장은 총회에 법규범을 공포할 수 있는 권한이 아니라 단지 “권고”(Empfehlungen)할 권한을 부여할 뿐이다.<sup>92)</sup>

## 나. 구속력있는 결의

국제기구의 구속력 있는 결의는 국내에서 집행되기 위하여 상술한 일반적으로 승인된 국제법규나 조약의 경우와 같은 방법으로 국내법에 편입될 수 있다. 국제기구 또는 국제재판소와 같은 기관이 우리 나라가 가입하고 있는 조약에 의하여 가맹국을 구속하는 결정의 권한이 있다면, 이러한 결정은 그것이 국내에서의 집행이 필요한 경우에는 국내에서 그에 관하여 권한이 있는 국가기관의 특별한 법률행위를 요한다.<sup>93)</sup>

## 다. soft law의 문제

국제기구의 결의와 관련하여 soft law의 문제가 제기된다. soft law의 개념은 예컨대 비준되지 않은 조약의 규정이나 국제회의또는 국제기구의 결의, 선언, 최종의정서 등으로서 국제법적 구속력이 결여된 것으로 파악된다.<sup>94)</sup> 이러한 soft law에 의한 일정한 견해의 표시는 유효한 법규범은 아니더라도 어떠한 방식으로 문제를 해결하는 것이 바람직한지, 또한 어떠한 결정이 다른 해결의 방식보다 우선하는지에 관한 구체적인 평가를 포함하고

---

3권(1991), 425면 이하 참조.

92) UN헌장 제10조, 제11조, 제13조, 제14조 참조.

93) 예컨대 로테시아에 대한 일반적 경제제재에 관한 1966. 12. 16의 UN안보리결의 제232호. 독일은 이 결의를 이행하기 위하여 대외경제법 제7조 제1항에 의거하여 대외경제 명령을 개정하였다. Geiger, a.a.O., S.200. Verdross/Simma, a.a.O., S.554ff.

94) Ipsen, a.a.O., S.221; Verdross/Simma, a.a.O., S.342ff.

있기 때문에 국제법원칙의 해석에 있어서 무관하지 않은 것이다.<sup>95)</sup> 독일연방재판소의 일관된 판례와 같이 헌법재판에 있어서 외국과 관련된 사안에서 “선량한 풍속”(gute Sitten)<sup>96)</sup>의 개념을 구체화하는 경우 국제법적 사정뿐만이 아니라 soft law의 내용인 “국제적 일반이익”(internationale Allgemeininteresse)도 참작되어야 할 것이다.<sup>97)</sup>

그러나 soft law의 적용에 있어서 특히 주의할 것은 국제기구의 임의의 결의나 비준되지 않은 조약규정이 당연히 국제적 일반이익의 표현으로 간주될 수는 없다는 점이다. soft law의 발생 연혁과 특히 다른 국가의 표결행태가 고려되지 않으면 안된다.<sup>98)</sup>

## VI. 결 어

헌법재판소의 국제법에 관한 결정은 극히 적어 아직 일반적인 평가를 하기는 어려우나, 종래의 판례에 의하면 조약 등 국제법

---

95) 헌법재판소 1991.7.22. 선고, 89헌가106, 헌법재판소 판례집 제3권(1991), 425면 이하 참조.

96) 예를 들면 독일 민법, 제138조 제1항.

97) 나이지리아 문화재취득(Nigerianischer-Kulturgut-Fall)에서 독일연방재판소(BGH)는 나이지리아 문화재취득에 관한 사인간에 체결된 계약은 원래의 장소에 문화재를 보존하려는 모든 민족의 이익을 침해하기 때문에 선량한 풍속에 반한다고 하였다. 위 재판소는 이에 상응하는 일반적 국제법규는 없으나 민족문화재에 관한 UNESCO협약을 통하여 이에 상응하는 규정에 대한 국제적 일반이익을 인식할 수 있다고 판시하였다. BGHZ 59, 82.

98) Geiger, a.a.O., S.211.



규도 헌법에 구속되고 헌법재판에 의한 심판의 대상으로 하고 있음을 알 수 있다.

우리 헌법이 국제사회와 국제법질서의 존중을 지향하고 있음은 헌법재판에 있어서 헌법을 국제법에 합치되고 대외개방적으로 해석하는 것을 허용할 뿐만 아니라 그것을 요구하고 있다고 볼 수 있다.

국가간의 교류와 국제협력이 강화되고 더 많은 분야가 조약에 의하여 규율될수록 국제법규범, 특히 조약이 헌법재판에서 차지하는 의미가 점점하리라는 것을 부인할 수 없다. 이에 따라 헌법재판에 있어서 국제법규범의 특수성 및 독자성을 고려한 적절한 해석이 요구된다. 헌법재판소는 국제법존중원칙의 관점에서 세계법질서와 우리 헌법 질서간의 연결체로서 국내법질서와 국제법질서의 조화에 기여하여야 할 것이다.