

스위스憲法訴願(訴訟)에 있어서의 第3者 原告適格

丘 秉 朔

憲法裁判所 諮問委員

고려大學校 法科大學 名譽教授

- 目 次 -

I. 머리말

II. 權利·利益侵害의 被害判斷의 3基準

1. 權利·利益侵害의 概念
2. 被害의 私益性 내지 直接性
3. 利益의 現實性 내지 實際性
4. 利益의 法的 重大性

III. 授益의 行政行爲의 取消을 提訴하는 第3者의 原告適格

1. 第3者의 原告適格
2. 授益優待措置와 第3者의 原告適格
3. 侵益的 行政行爲의 경우

4. 營業許可와 既存同業者의 原告適格

5. 建築許可와 隣接人の 原告適格

IV. 團體構成員의 權利·利益과 團體의 原告適格

1. 利益團體 構成員의 原告適格

2. 政黨組織員의 原告適格

3. 地方自治團體의 原告適格

V. 一般法令取消을 提訴하는 原告適格

VI. 結 語

I. 머리말

違憲의 國家行爲에 대하여, 取消訴求하는 資格을 어떤 사람에게 부여하는가의 憲法訴願(訴訟)의 原告適格은 訴訟의 機能 내지 性格을 규정짓는데 중요한 문제가 된다.

오늘날 國家에 의한 私人的 生活領域에의 侵害의 확대와 多樣化는 司法的 救濟의 필요성을 증대시켜, 原告適格의 확대와 緩和를 促求하고 있다. 이러한 事情은 우리나라에서도 變함이 없다.

本稿는 이러한 문제를 念頭에 두면서 스위스聯邦의 憲法訴願(Verfassungsbeschwerde=憲法訴訟)을 중심으로 1960년대까지의 判例와 현재까지의 學說을 통하여 第三者의 原告適格論을 검토하고 그 特質을 약간 고찰해 보고자 한다.¹⁾ 그러나 制度와 운영이 현저하게 다른 外國의 訴願(訴訟)이론을 즉시 우리나라에서 適用하기는 어려우나 많은 참고가 될 것 같다.

本論으로 들어가기에 앞서, 스위스制度를 比較대상으로 할 때 다음 사항에 유의할 필요가 있다.

첫째, 스위스憲法訴願(訴訟)은 州(Kanton)의 行政權행사로 憲法上의 權利를 侵害당했다고 주장하는 者가, 州의 爭訟수단을 다해본 후, 聯邦단계에서 다른 爭訟수단이 없을 때, 당해 行政權행사의 取消을 청구하는 특별한 독립된 裁判절차라 한다.²⁾ 이 점에서 우리나라

1) Verfassungsbeschwerde는 憲法訴願이라 번역되고 있으나 스위스制度에서는 上級行政廳에의 不服申請이 아니라 裁判節次이다. 이런 의미에서 ‘憲法訴訟’이라 함도 적절할 것 같다. 뿐만 아니라 Verfassungsbeschwerde는 그 영역이 극히 광범위하기 때문에 이것을 憲法裁判(Verfassungsgerichtsbarkeit)이라고도 한다. Fritz. Fleiner-Zaccaria, Giacometti : Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich, 1969. S. 881, Anm. 3

2) 스위스의 경우 憲法訴願의 대상은 州의 行政行爲에 限定되어 있다. 聯邦憲法은, 聯邦議會가 제정한 法律은 法院에 의한 심사에 따르지 않으며(제113조3항), 判例도, 聯邦政府의 命令·處

라는 民事·刑事·行政事件 등 소송에서 附隨的으로 違憲심사도 하게 되어, 그 違憲여부를 최종적으로 憲法裁判所에 요청하게 된다. 그러나 스위스에서는, 訴願(訴訟)의 제기를 국가기관만이 아니라 私인에게 위임되어 있고, 또 提訴人은 자가의 일정한 권리·이익이 침해되었다는 主權訴訟으로 한다. 이러한 점은 法院에 의한 헌법해석이 당해 구체적 사건에 합당하게 이루어진다는 司法審査制度和 共通된 중요한 제도이다.

후술하는 바와 같이 스위스에서는 위와 같은 訴願절차에서 原告適格을 널리 해석하여 운용하고 있다. 특히 스위스는 獨逸의 規範的 統制의 형태를 취하지 않고, 일반法令의 違憲여부에서도 <Verfassungsbeschwerde>의 형태로 행해진다. 따라서 스위스의 <Verfassungsbeschwerde>는 獨逸 등의 規範的 統制를 核心으로 하는 憲法裁判에서의 담당領域과 역할이 상당히 다르다는 점에 유의할 필요가 있다. 이와 같은 점에서 우리나라 憲法訴願의 당면과제인 原告適格의 緩和와 訴願대상인 국가행위의 확대 등에 대하여 스위스를 比較대상으로 하는 것은 바람직한 것이라 생각된다.³⁾

둘째, 스위스制度에서 특수한 사정이기는 하나, 行政訴訟과의 관련의 문제가 있다. 스위스의 行政訴訟제도는 概括主義와 달리 列記

분의 대상에서 除外된다고 하였다. (그러나 反對해석으로는 州政府의 行爲는 심사대상이 된다고 하는 견해도 있다. Christopher, Hughes: The federal constitution of Switzerland, Oxford, 1954, p. 124)이 점은 聯邦憲法訴訟이 州에 대하여 갖고 있으나 聯邦에 의한 市民權의 침해 확대라는 사정을 배경으로 할 때, 聯邦의 行政權行爲에 대한 裁判的 統制의 필요가 있다고 한다. Zaccaria, Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes(Die Staatsrechtliche Beochwerde), Zürich, 1933 S. 89

3) 憲法訴願을 관할하는 통상法院은 聯邦法院의 公法部이다. 스위스는 憲法裁判所를 두고 違憲審査權을 集中시킨 제도가 아니라, 연방법원의 他部에서도 結審으로서 違憲심사를 부수적으로 행하는 權限을 부여받고 있다. 이에 部間의 憲法判斷의 협의는 合同會議(Gesamtgericht)를 통하여 조정하는 방식을 취하고 있다.(法源組織法 제16조), 小林 武, 스위스憲法訴訟(Verfassungsbeschwerde)における 原告適格-第3者の 原告適格を中心にして-立命館法學, 立命館大學法學會 第 115號(1974) pp. 1~4. 특히 本稿作成에서는 이 論文에서 많은 도움을 받았다.

主義를 채택하고 있다. 이에 스위스判例는 ‘憲法上の 權利侵害’의 요건을 原告의 일정한 質의 被侵害利益이 헌법상 個人權보장조항과 관련이 있으면 足하다는 緩和된 해석에 의해, 州政府에 의한 權利·利益의 침해에서 국민의 구제를 헌법소원을 통하여 이루어지게 하는데 있다. 이런 점에서 權利침해의 개념의 구체적 의미내용을 논하는 것도 우리나라의 法律上の 利益과 比較될 수 있다.

위와 같은 점에 留意하면서, 이하에서 총론적으로 헌법소원의 原告適格 여부를 판단하는 기준으로서 ‘憲法上の 權利侵害’ 내지 ‘法律上の 權利侵害’의 개념이 어떻게 理解되고 있는가를 살펴보고, 그 다음에 原告適格이 문제되는 判例上の 行政權행사와 相對者 이외의 者(제3자)에 의한 당해 行政權행위의 取消청구의 訴願과 일반法令을 대상으로 하는 訴願을 검토해 보고자 한다.⁴⁾

스위스聯邦法院은 聯邦法院과 法律에 정한 바에 의하여 民事·刑事·行政사건에 관하여 裁判함과 동시에 憲法裁判까지 한다. 聯邦法院의 裁判官은 26~28명이며, 9명의 補助裁判官이 있다. 이들은 聯邦議會에서 選出되며, (헌법 제107조). 聯邦法院 內에 憲法部 (Staatsrechtliche Abteilung)와 行政法部(Werwaltungsrechtliche Kammer)를 두고 거기에서 각10인의 裁判官이 재판한다. 이들은 원칙적으로 재판에 7인이상이 참석하여야 하며, 예외로 5인이 인정되는 경우도 있다. 그리고 判決은 투표의 절대다수로 한다.

4) 스위스憲法訴願(訴訟)에 관한 문헌으로는 覺道豊治, スイス聯邦裁判所に於ける憲法裁判, 法學論叢 第57卷 2號(1950) pp. 102~103 ; 同, 憲法訴訟の當事者適格, 大石義雄選曆記念論文集, 世界各國の 憲法制度(1966)에서는 스위스의 違憲審查制度가 이른바 美國型和 獨逸型の 「折衷型」이라고 하고 있다. ; 이외에 池田政章, 違憲審查制, 憲法講座 第4卷 p. 61(1959) ; 樋口陽一, 憲法審査制の近代型と現代型, 法律時報 第39卷 9號 p. 14(1987) ; 芦部信喜, 憲法訴訟の理論, 斐閣(1973) ; 藤田泰弘, 原告適格に關するアメリカ判例法の展開, 公法研究, 第37號(1975) pp. 140~149 ; 佐藤幸治, 憲法訴訟と司法權, 日本評論社(1984)등 참조.

II. 權利・利益侵害의 被害判斷의 3基準

1. 權利・利益侵害의 概念

스위스聯邦憲法 제113조 제1항 제3호에 「聯邦法院은…，憲法上の權利侵害(Verletzung Verfassungsmässiger Rechte)에 관한 국민의 제소…에 대하여 判決한다」고 규정하고 있다. 이 규정에 근거하여, 法源組織法 제88조에는 다음과 같이 규정하고 있다. 市民(私人)과 團體는 일반적・個人的으로 拘束하는 法令 또는 處分(allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlass oder Verfügung)에 의해 權利侵害(Rechtsverletzung)를 당한 자는 訴를 제기할 權利가 있다고 하였다.⁵⁾

여기의 ‘憲法上の 權利侵害’내지 ‘法令上の 權利侵害’는 原告適格의 인정여부에서 決定될 수 있으나, 그 구체적 의미와 내용은 制定法 자체에 규정이 없고, 判例를 통해서 형성되었다고 할 수 있다. 따라서 提訴요건으로서는 ‘憲法上の 權利’ 내지 ‘法令上の 權利’의 侵害를 엄격히 규정하지 않고 原告가 다음에 드는 일정한 利益이 침해되었거나 憲法上の 人權보장에 관련이 있으면 족하다는 것이다. 즉 原告가 「法的으로 보호된(rechtlich geschlitzt) 利益」이 침해되어 있으면, 그것이 高유의 權利가 아니더라도 提訴할 수 있다고 한

5) Bundesgesetz über die Organisation Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943. 보통 OG(Organisationsgesetz)라고 약칭한다. 최초법은 1873년에 제정되고, 1893년에 全面改正되었다. 現行法에 ‘treffen’이란 用語대신 舊法에서는 ‘betreffen’이라 쓴 것이 相異하다. Margrit, Baumann ; Die Legitimation des Gemeinwesens zur staatsrechtlichen Beschwerde, Wintertur, 1955, S. 7.

다. 특히 여기서 말하는 「法的으로 보호된 利益」이라 함은 「보호가치가 있는(schützwürdig) 利益」이라 해석하고 있다.⁶⁾ 그러기에 스위스의 몇몇 문헌에는 提訴의 요건으로서, 「權利侵害」를 논하는 경우 個人的 侵害(Persoonliche Betroffensein (od. fenheit) od. persönlich- Betroffensein)의 개념으로 쓰고 있다. 이것은 行政權行使로 利益이 침해당한 경우, 그 利益이 단지 사실적일 뿐만 아니라, 侵害를 구제할만한 가치가 있다고 보는 경우 原告는 行政權에 의해 個人的 이익이 침해되었다고 보는 것이다.

그러면 여기의 「보호가치가 있는 利益의 侵害」즉 「個人的 侵害」를 성립시키는 Merkmal은 무엇인가? 이것은 개념적으로 설정된 것이 아니라, 법 실무 면을 통하여 실제 형성된 것이라 하겠다. 그러나 이론적으로 定立되어 있지 않고, 또 判例도 不一致한 점이 있으나 重要判例의 검토를 통하여 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

즉 당해 이익이 (1) 私的 내지 個人的 특별한(privat od. persönlich, besonder) 利益이어야 하고, 침해의 형태가 直接的 (unmittelbar)이어야 한다. (2) 現實的·實際的(aktuell od. praktisch) 利益이어야 한다. (3) 또 法的으로 중대한(rechtlich erheblich) 利益이어야 한다. 다만 이들 被害판단의 3基準의 利益은 상호 영역을 달리 하는 것이 아니라 相互 의존적이고, 부분적으로 중복될 때가 있다. 그러나 公益(öffentliches Intesesse) 혹은 間接的 (mittelbar) 利益, 法的으로 중대하지 않은 利益 등은 救濟의 대상에서 제외된다는 기준이라 한다.⁷⁾

6) Hans, Marti ; Die staatsrechtliche Beschwerde, 2. unveränderte Aufl., Basel u. Stuttgart. 1971, S. 105. ; Jakob, Hinden ; Legitimation zur staatsrechtlichen Baschwerde (Art. 88 OG). Zürich.,1961, S. 149 f.

7) 小林 武, 前掲論文 pp. 329~331 및 337註 재인용.

2. 被害의 私益性 내지 直接性

(1) 被害의 私益性

原告가 침해되었다고 주장하는 利益은 私益性(私的·개인적·特別한 利益)이 요구된다. 逆으로 말하면 原告가 行政權행위의 취소로 받은 利益이 일반 市民의 이익과 구별되지 않는다면, 原告에게는 公益에 불과하다 하여 訴는 却下될 것이다. 다음 判例은 違法的으로 부여된 警察許可를 제3자가 다루는 케이스로서 흔히 볼 수 있다.

州政府가 州法律에 위반하여 申請人에게 특수한 도박장개설의 警察許可를 내 주었다. 이에 대하여, 同州의 한 市民인 原告는 州法律을 자의적으로 적용하였다면서 聯邦헌법 제4조(法の平等)에 위반한다고 하여 위 허가처분의 취소를 訴求한 사건이다. 이에 대하여 聯邦法院은 다음과 같은 이유에서 이를 却下하였다. 「法源組織法에 의하면」 市民은, 係爭처분에 의해 「個人的으로 被害를 입은 경우」, 換言하면 그 個人의 利益이 침해된 경우에만…… 訴를 제기할 權利가 있다. 따라서 本件 原告는 그가 政府의 係爭處분에 의해 現行 州法律을 자의적으로 적용하였다는 것과 聯邦헌법 제4조 「法 앞의 平等」의 原則에 違反하였다는 이유만으로는 訴를 제기할 原告適格이 본래부터 缺如되어 있다. 그 缺如는, 原告는 도박사업의 허가로 인하여 여하한 樣相으로도 個人的 權益침해를 받지 않았기 때문이다 라고 判示 하였다. (1930. 1. 31. BGE 56 I 156)⁸⁾

8) Hinden ; a. a. O., S. 148 ; 스위스 聯邦法院判例集(Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes)은 每年 1卷 3分冊(다만 初期는 分冊되어 있지 않음)으로 되어 있는데 憲法

이상은 原告가 제기한 事例이다. 이와 달리 原告가 許可처분의 상대자와 일련의 관계에 있는 경우(예컨대, 건축허가에 따른 隣接人, 營業허가에 따른 同種業者)에는, 다음과 같은 判例를 볼 수 있다.(다만 近年에 變化하고 있다. 다음 III 授益的 行政行爲의 取消를 청구하는 제3자의 原告適格에서 詳述)

隣接地의 건축에 대하여, 州政府의 違法的 許可處分으로 隣接人이 訴求한 사건이다. 이에 대하여 聯邦法院은 「위의 許可處分으로 原告소유지에 隣接한 건축은 警察的·公的 觀點에서 볼 때 하등 지장이 없다. 따라서 當該 건축계획은 州 건축법의 규정을 침해하지 않았다.」 그러므로 原告는 당해 처분의 취소訴訟을 제기할 이익이 없다고 하였다.(1948. 6. 15 BGE 74 I 167)

또 다른 判決에서는 州法律이 규정한 飲食店配置기준에 위반하여, 음식점영업자에게 新規의 營業許可를 내준 것이 違法이라 하여, 기존 음식점組合이 訴求한 사건이다. 이 사건에서 法院은 위 配置 기준을 정한 법률은 전적으로 公共복지의 실현을 목적으로 한 것이기 때문에 原告의 私益性을 否定한 것이다(1948. 11. 25, BGE 74 I 377)고 判示하였다.

(2) 被害의 直接性

이상과 같은 利益의 私的·個人的 성격의 기준은, 被侵害法規의 이익보호의 방법 내지 침해행위의 樣相이, 直接性的의 요구로서 파악하여야 한다. 즉 「法の 보호가 原告에게 직접 적용되지 않으면 안 된다.」 換言하면 「公益에 관한 法規는, 私人에게 간접적으로 영향을

訴願은 第1分冊에 수록되어 있다. 본고에서 判例에 대한 제시순서의 숫자는 卷·分冊·面이다.

미치는 경우, 당해 私人은 그 규정의 자의적 해석 내지 적용을 訴求할 자격이 없다」고 할 것이다.

다음 判例은, 한 市民이 州의 公水管理局에서 어느 電力會社에 發電사업의 특허를 내준 데 대하여 訴求한 사건인 바, 法院에서는 「官廳이 法令 내지 處分에 의해 직접 法的으로 보호된 利益을 침해받은 자」가 아닌 한 原告適格은 인정할 수 없다고 하였다.(1922. 3. 18. BGE 48 I 21 ; 1993. 6. 9. BGE 85 I 52)⁹⁾

여기서 被害의 直接性을 확인할 수 있다.

3. 利益의 現實性 내지 實際性

利益의 現實性 내지 實際性이 있어야 한다. 즉 利益의 침해가 소송제기의 시점에 존재함과 동시에, 判決시점까지 유지되어 있어야 한다. 換言하면, 係爭行政權행위에 의해 침해된 原告의 法的 利益이 그 行政權行爲가 취소됨으로써 回復할 수 있는 상태에 있음이 필요하다. 그 이유는 위와 같은 利益이 缺如된 訴를 심리할 경우, 聯邦法院에서는 「단지 理論的 問題」의 해결을 과제로 하는데 불과하기 때문이라 한다.

따라서 係爭行政權행위가 訴訟繫屬중에 취소된 경우와 原告가 任意로 승낙한 경우에는 訴는 却下된다. 다만 다음 判示와 같은 일정한 경우는, 係爭行政權행위의 대상이 訴訟繫屬중에 소멸하더라도, 原告訴求의 利益은 유지된다고 해석한다.

예컨대 자동차회사가 新型자동차를 어느 사람에게 판매하려 할

9) Hinder, a. a. O., S. 151 ; Wilhelm. Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943. Zürich, 1950, S. 374 f. 小林 前掲論文 pp. 331~333 및 338註 제인용.

때, 그 차량에 대하여 運行許可를 州의 道路交通局에 신청하였던바, 拒否되고, 새로 許可條件이 제시되었다. 이에 자동차회사는 위의 拒否처분을 提訴한 후, 州가 새로 제시한 條件에 따라 車輛을 改良하여 許可를 받았다. 따라서 앞서의 訴의 제기는 그 대상이 없게 되었으나, 聯邦法院에서는 原告가 같은 形式의 다른 車輛을 판매하는데 있어서 現實的 利益이 있다고 판단하여 事實審理에 들어갔다. (1952. 5. 14. BGE 78 I 97)

또 일반적으로 抱束하는 성격의 法令 취소를 訴求하는 경우에도, 그 係爭法令이 原告의 法的 地位를 장래 침해할 가능성이 있는 경우에는 原告適格이 인정된다. 즉 利益의 現實性·實際性이 당장 요구되지 않는다 하더라도, 原告가 法令係爭에 의해 「潛在的(virtuel 1)」¹⁰⁾으로 被害를 받을 경우이다.

4. 利益의 法的 重大性

利益이 法的으로 重大하여야 한다. 한 判例를 들어보면 旅館의 營業許可의 撤回로 제3자가 받은 利益침해는 사실적인 것으로서, 당해 旅館의 債務者, 土地所有者, 館內賣店의 經營者, 抵當權者 등이 重大한 침해를 받는다.

旅館所有者가 破産宣告를 받았고, 風紀紊亂 등 좋지 않은 평판을 받고 있는 어느 旅館에 대하여, 州政府에서는 이런 惡評을 이유로 營業許可를 撤回하였다. 이에 대하여 당해 旅館의 抵當權者는 위 撤回處分의 取消를 提訴하였다. 聯邦法院은 이에 原告適格을 認定하고, 그 이유를 다음과 같이 들었다.—경영하던 사람의 惡評을 이

10) Birchmeier, a. a. O., S. 377 ; Marti, a. a. C., S. 103 ; Hinden, a. a. O., S. 154

유로 建物을 근거로 旅館營業의 許可를 撤回당한 것은 그 建物에서 旅館영업이 장래에 향하여 인정되지 않기 때문에 「당해 建物の 抵當物件으로서의 價値, 즉 抵當權의 安全性的 상당부분이 減退하게 된다. 그러므로 原告는 撤回처분의 取消에 法的利益이 있다」고 判示하였다.(1922. 5. 27. BGE 48 I 45).

이와 같은 判決은 抵當權의 安全성을 法的으로 중대한 이익으로 본 것이다.¹¹⁾

여기에는 旅館소유자 자신이 訴를 제기할 수 없는 破産宣告를 받고 있기 때문에, 判決에서는 原告가 일정한 旅館소유자의 利益을 대변하고 있다고 하겠다. 이와 같이 法的 重大性的 기준은 事例마다 구체적인 양상을 띠고 있다.

다음의 예는, 紛爭이 이른바 私怨的인 점에서 개인적 이익밖에 없고, 法的으로 중대한 이익이라 보지 않는 判例가 있다.

州立病院의 醫師들이 州에 대하여, 同病院의 原帳을 懲戒處分 해달라고 요구하였으나 拒否당했다. 이 拒否처분을 醫師들이 提訴한 사건이다. 聯邦法院은, 原告가 주장하고 있는 「病院전체의 이익운운에 대하여...法的 利益이 아닌 단순한 사실적 성격의 개인적 利益(院長과의 個人관계)에 불과하다」고 하여 訴를 却下하였다.(1937. 10. 22. BGE 63 I 243)

또 다음과 같은 私益性的 기준과 중복되는 사례도 있다.

原告인 辯護士는, 어느 사건의 國選辯護人으로서 선임해달라고 요청했으나 州는 이를 拒否했다. 이 拒否처분을 提訴한 原告의 訴는 却下되었다. 그 이유는, 國選辯護人제도를 정한 法律은 訴訟당사자의 보호를 위한 취지이지, 國選辯護人 選任신청을 거부하였다고

11) Emil. Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, in : Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) N.F. 55, 1963, S. 168 f.

하여 原告가 입은 被侵害利益은 단지 사실적 성질의 것에 불과하다고 判示하였다.(1941. 1. 17. 判例集 未登載).

또 憲法上的의 權利와 관련이 없다는 이유로 法的 重大性의 缺如를 든 경우도 있다.¹²⁾

市議會의 決定을 州감독관청이 認定하지 않은 데 대하여, 당해 市의 한 市民이 地方自治를 侵害했다는 이유로 提訴한 사건이다. 이에 대하여 地方自治는 自治團體에 보장된 憲法上的의 보장이고, 市民에게는 이를 援用할 수 없다고 하여 却下하였다.

이상과 같이 스위스聯邦法院의 判例이론은 개인적 被害판단의 세 가지 중요기준으로서, 피해에는 반드시 私益性이 있어야 하고 직접성이 있어야 하며, 利益에는 현실성과 실제성(장래성)이 있어야 하고, 또한 法的으로 중대한 利益性이 있어야 한다고 判示하고 있다.

12) Birchmeier, a. a. O., S. 373 ; rchhofer, a. a. O., S. 170 ; Marti, a. a. O., S. 105 ; 小林, 前掲書 pp. 335~336, 338注 참조

Ⅲ. 授益的 行政行爲의 取消을 提訴하는 第3者의 原告適格

1. 第3자의 原告適格

原告適格의 범위를 어떻게 정할 것인가를 다음 두 측면서 고찰하고자 한다. 즉 여하한 質의 利益에 救濟의 價値를 인정할 것인가의 문제와 당해 行政權行爲와 여하한 관계에 있는 자에게 提訴資格을 인정할 것인가의 문제이다.

위 두 측면과 관련되는 典型的인 展開는 行政權行爲의 직접 상대자가 아닌 제3자가 그 行政權行爲의 取消을 提訴하는 경우이다. 이 경우 제3자의 提訴論義 집중대상은 收益的 行政行爲를 다루는 경우와 團體의 構成員에 대한 行政行爲로 다루는 경우를 생각해 볼 수 있다.¹³⁾

2. 收益優待措置와 第3者의 原告適格

收益的 行政行爲(Vergünstigung, 어느 사람에게 利益을 授與하는 처분 내지 法令)의 判例 동향에서 흥미있는 것은 租稅의 감면과 각종 의무면제 등 優待措置(Privilegierung)에 대하여 다루는 경우가 있다. 이 경우, 전통적인 權利概念에서 보면, 당해 優待措置를 받은 자 이외의 제3자가 이 조치를 取消함으로서 얻는 利益은 본래의 私

13) 小林前掲論文 pp. 338~339.

益成의 결여로 提訴할 수 없다고 할 것이다. 그러나 今世紀 초까지 判例에서는 위와 같은 경우 原告適格을 인정한 바 있다.

예컨대, 州政府가 主法律에 위반하여 어느 電力會社에 租稅減免 申 請한 데 대하여, 이의 취소를 이 州에 거주하는 한 市民과 優待 措置를 받지 않은 電力會社가 提訴한 사건이다. 이에 聯邦法院은 다음과 같은 이유에서 위 雙方에게 原告適格을 인정하였다. 우선 前者에 대하여 「原告는 …이 州의 有權者인 市民으로서, 立法에 參與하는 憲法上的 權利를 侵害할 지도 모른다는 이유에서 위 命令의 取消을 提訴할 資格이 있다.」

또 後者는 「위 電力會社의 租稅減免法定으로 적어도 間接的 侵害를 받고 있기 때문에…法 앞의 平等의 原則이 侵害되었다」(1904. 11. 23. BGE 30 I 709)고 判示하였다.¹⁴⁾

그런데 한 市民이 이와 같이 納稅者의 資格으로서 租稅優待措置를 提訴한 경우 위와 유사하나 原告適格을 否定하는 태도로 變하였다. 예컨대, 한 市民이 그 州에서 어느 電力會社에 租稅減免 優待措置와 함께 發電事業의 特許를 내준 데 대하여 法 앞의 平等(聯邦憲法 제4조)에 위반함을 이유로 이것의 取消을 청구한 사건인데, 訴는 却下되고 그 이유를 다음과 같이 들었다.

本件에서 原告가 주장한 것은 「法 앞의 平等의 原則」이 輕視된 것뿐이다. 그러나 이와 같은 憲法違反을 이유로 提訴할 수 있는 자는 州의 法令 내지 처분에 의해 직접 法的으로 보호된 利益이 침해된 者에게만 한한다. 本件에서는 이 전제가 결여되어 있다. 또 당해 電力會社에의 特許부여에 대하여 原告는, 同州의 全州民과 달리 특

14) 이 判示에서 두 原告에게는 모두 原告適格을 인정했으나 두 原告의 지위는 相違하다. 市民은 직접 불이익을 받고 있지 않으나, 電力會社는 경쟁관계에 있는 他電力會社에 優待 조치를 준 係爭命令이 侵益的 作用을 하고 있기 때문이다. 전자의 原告適格은 후년에 否定되었으나 후자는 近年에 이르기까지 인정되고 있다. 小林前掲論文 p. 350 注 제인용.

별한 利益의 침해가 없다. 여기서 주장되는 것은 일반社會의 利益이다 라고 하였다. (1922. 3. 18. BGE 48 I 21)

이와 같은 判例이론은, 이 시기에 共通되어 있다.

學說은 이와 같은 判例동향에 대하여 다음과 같은 비판이 있었다. 1936년 스위스法律家會議(Juristenverein)에서 보고한 Hans. Huber는 위의 判例이론을 들어 다음과 같이 비판하였다.

「최근의 이러한 判例는 문제가 없는 것이 아니다…原告適格은 認定되어야 한다. 그 이유는 他人에게 취한 違法한 授益의 措置의 취소로 얻은 原告의 利益은, 公益, 즉 일반적 규범의 定立에 의한 利益이라 볼 수 없기 때문이다. 原告의 利益은 그 고유의 私的인 (eigen, privat) 利益으로서, 平等과 法律의 준수에 의한 利益인 것이다.」라고 하였다. 이와 同旨의 비판은 다른 學者에서도 볼 수 있다. 그러나 聯邦法院에서는, 그 후에도 앞 判例의 觀點을 지속하고 있다.¹⁵⁾

예컨대, 1959. 5. 6. BGE 85 I 52의 判決에서, 州稅法 중, 당해 州에 移轉해 온 企業 내지 移住해온 自然人에게 일정기간 租稅를 감면해 주는 규정이 있었다. 이에 대하여 同州의 納稅者인 한 市民은 自然人에 대한 부분의 取消를 聯邦法院에서는 앞의(1922. 3. 18, BGE 48 I 21) 判決과 같이 利益의 직접성·특별성의 요청을 강조하고, 「自然人에게는 여하한 租稅上的 優待措置를 해 주어서는 안 된다고 주장하는 原告의 利益은, 州의 다른 납세자 모두의 利益과 구별할 성질의 것이 아니다. 그것은 稅制의 영역에서 여하한 優待措置도 강구되어서는 안 된다고 하는 公益性에 불과하다. 따라서

15) Hans, Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in : ZSR, N.F. 55, S. 184 af.; Ernst B. Eggenschwiler, Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht wegen Verletzung Verfassungsmässigen Rechte der Bürger, Bern, 1936, S. 101.

民衆訴訟의 경우에만 주장할 수 있다」고 하였다.

이 事件에서(處分이 다투어진 1922. 3. 19. BGE 48 I 21) 문제된 것은 租稅法이 일반法습이기 때문에 다음과 같은 비판이 나온다.

H. Huber는 1960년 論文에서, 「市民이 法律을 통한 授益의 조치의 취소를 청구할 資格이 없다고 한다면, 그 경우에 立法者에게 法的으로 不平等한 立法原則을 인정하게 되어 결국 聯邦憲法 제4조에 위반된 特權을 결과적으로 채택하게 된다」고 하였다.¹⁶⁾ 또 H. Marti는 1962년의 法律家會義에서 「어느 法律이 特定人들에게 免稅하는 경우, 그것이 聯邦憲法 제4조에서 보호하고 있는 다른 納稅者의 利益에 관계된다. 일정범위의 사람들에 한하여 優待措置를 하는 法습에 대해서는, 이를 부여받지 못한 모든 사람들에게 提訴할 資格이 있다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 民主主義하에서 輕視되어서는 안될 平等의 原則이 空文化되고 말기 때문이다」라고 하였다.

그러나 判例는 Huber의 비판 직후 스위스齒科技工士會판결에서, 同業者의 原告適格을 인정하면서 당해 사건을 例外로 취급하고 있다. 즉 스위스齒科技工士會判決(1960. 12. 21. BGE 86 I 281)에서는 齒科技工士에게 口腔 内の 醫療행위를 전면적으로 금지하였다. 그러나 州醫師法에는 일정범위의 醫療行爲를 試驗에 合格을 조건으로 特技한다고 하고, 아울러 종래부터 數年에 걸쳐 위의 醫療行爲를 非正規적으로 행해 온 齒科技工士에게는 試驗을 免除한다고 規定하였다. 이 規定에 의하여, 試驗을 免除받지 못한 齒科技工士가 取消請求를 제기한 사건이다.

「本件소송에서 一試驗이 特定 齒科技工士에게만 免除되고, 기타 齒科技工士는 그 法的 地位에서 被害를 받고 있다. 原告는 위 規定

16) J. Hinden, Die Legitimation ick staatsrechtlichen Beschwerden, S. 143 : H. Huber, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1960, S. 353 ff.

을 취소함으로써 他 州民과 본질적으로 相異한 보다 많은 利益이 있다. 또 原告는 위 規定을 다툼에 있어, 일반적 公益이 아니라, 聯邦憲法 제4조와 제31조(職業의 自由)가 합치하는 職業上의 法질서에 따른 특별이익의 追求이기도 하다」라고 하였다.

이 새로운 判例에 대하여, Marti는, 이제까지의 優待措置를 다투는 제3자의 訴에 대한 門戶를 폐쇄한 先行判例를 부분적으로 변경한 것이라 평가하고 있다.¹⁷⁾ 다만 留意할 점은 判決에서, 平等原則 原則을 직접 援用하여 제3자의 原告適格을 肯定한 것이지 承認한 것은 아니라 한다. 法律에 의한 優待措置의 취소를 청구할 수 있는 者는 어디까지나 직접성 ‘특별성이 있는 利益’ 換言하면, 取消함으로써 일반 市民과 本質적으로 다른 보다 많은 이익이 있는 자에 한한다.

本件은, 原告가 당해 優待措置의 대상자와 동일직업영역의 營業者인 관계로 이 조치와의 사이에 강도의 牽聯관계가 있다는 점을 고려하여 原告의 이익이 위 기준에 달한다고 인정한 判示라 하겠다.¹⁸⁾

3. 侵益的 行政行爲의 경우

이제까지의 케이스와는 달리, 利益을 침해하는 行政行爲가 행사된 경우, 이 侵益的 行使로 받은 사람 이외의 제3자가 이의 取消를 提訴한 경우 原告適格이 인정되는가의 여부문제가 있다.

여기에서는 侵益的 行政行爲의 케이스에서 논한 바 있는 제3자가 여하한 權利 내지 利益에 대하여, 여하히 침해되고 있는가와 제3자

17) H. Marti, ZSR. N.F. 81 1962, S. 555 ; H. Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, S. 114.

18) 小林, 前掲論文 pp. 340~342. 351注도 참조.

가 係爭行政行爲 내지 그 받은 사람과의 사이에 여하한 관계가 있는가의 要素외에, 侵害者 자신의 독립소송으로서, 자기의 이익구제가 실질적으로 가능한가의 요소가, 原告適格 認否의 判斷기준으로서 추가된다고 하겠다.

물론 실제면에서는, 침해받은 자가 스스로 訴訟을 제기하는 것이 통례이므로 이에 관한 사건은 그리 많지 않다. 다만 전술하는 바와 같이 旅官營業許可가 撤回된 데 대하여, 當該 旅館의 抵當權者는 그 撤回處分의 취소를 訴求하는 原告適格을 인정받았다. 그러나 旅館所有者자신은 과산선고를 받고 있었기 때문에 소송을 제기할 수가 없었다. 따라서 抵當權者는 실질적으로 위 소유자의 權利일부를 대변한 것이 되고, 그러한 要素를 인정함으로써 抵當權者가 위 處分의 취소에서 얻은 利益은 法的으로 중대하다 할 것이다.

他人의 權利를 주장하여 訴를 제기하는 것은 엄격한 主權訴訟하에서 인정하기 어렵다. 그러나 위 事例는 多少 客權訴訟인 측면을 具有한 憲法訴願의 特質을 잘 나타내고 있다 할 것이다. 그러므로 여기에 든 事例는, 반드시 典型的이라 할 수 없고, 다만 憲法訴願의 原告適格을 인정할 때 注目된다고 하겠다.

4. 營業許可와 既存同業者의 原告適格

경찰상 營業許可를 제3자(주로 許可받은 者와 경쟁관계에 있는 既存의 同業者)가 提訴하는 경우 原告適格에 대하여,¹⁹⁾ 判例는 처음에 이를 否定하였으나 곧이어 肯定하였다. 그러나 1945년 이후 다시 否定하는 태도를 취했다.

19) 芦部信喜, 「憲法訴訟における當事者適格」 憲法訴訟의 理論, 有斐閣(1973), pp. 55~116 ; 小林, 前掲論文 pp. 349~350.

初期의 判例는 州政府가 어느 申請人에게 내준 飲食店 營業許可에 대하여, 그 州內의 市議會가 위 營業許可申請에 대한 鑑定人이란 地位에서, 그 취소를 청구한 사건이 있다. 이에 대하여 聯邦法院은, 市議會는 法院組織法上的 「市民(私人)」이나 「團體」가 아니며, 係爭處分과 관계없다. 비록 市議會가 제출한 鑑定書에 反한 處分을 하여 어떠한 利益의 侵害가 있다 해도, 그것은 市議會 즉 公法人으로서 일반적 이익을 주장한 데 불과하다 라고 하여 訴를 却下하였다.(1904. 11. 20. BGE 30 I 633). 이 判例에서 명백한 점은, 公法人의 當事者能力의 문제에 두고 있다. 따라서 營業許可를 다투는 제3자의 原告適格에 대한 실질적인 論點은 1946년까지의 시기에, 營業許可를 다투는 同業者 등의 原告適格을 승인한 判例에서 찾을 수 있다. 그 代表的인 것은, 州政府가, 主法律에 규정한 要件을 갖추지 않은 飲食店營業許可의 申請을 인정한 것에 대하여, 競爭關係에 있는 飲食店業者와 州內의 市議會가 위 許可處分の 取消을 청구한 사건이다. 聯邦法院에서는 原告 중에, 市議會의 訴는 앞의 BGE 30 I 633 判旨 援用하여 却下하였으나, 飲食店業者의 原告適格은 다음과 같은 이유에서 認定하였다. 警察許可가 전제된 營業은, 許可要件이 갖추어져 있음에도 불구하고 申請이 拒否된 경우와 같이, 이를 갖추지 아니한 申請人에게 違法으로 許可處分한 경우에도, ‘法 앞의 平等의 原則’의 침해를 이유로 訴를 제기할 수 있다(1908. 7. 15 BGE 34 I 465)고 하였다.

즉 여기에서는 原告인 同業者의 개인적 法的 利益의 存否를 묻는 것이 아니라, 平等原則에서 직접 原告適格을 導出した 것이다.²⁰⁾

그러나 그후 聯邦法院은 위의 判旨를 變更하고 있다. Geneva 飲食店 組合判決(1946. 4. 15. BGE 72 I 95)에서, 州가 어느 申請人에

20) Marti, a. a. O., S. 15. ; 判例(1940. 11. 15. BGE 66 I 258 ; 1929. 12. 13. BGE 55 I 303) 참조.

게 신규의 飲食店營業許可를 내준 데 대하여, 경쟁관계에 있는 同種業者가 이것의 취소를 提訴하였던 바 法院은 原告適格이 없다고 判示하였다.

나아가 다음 判決에서는 위의 原則이 飲食店뿐만 아니라 營業 전반에 걸쳐 보편적으로 적용된다고 하여 종래의 判例를 全面的으로 변경하였다.

또한 酒類취급飲食店에 관하여, 一定地域에 허용하는 수의 제한을 정한 州法律의 條項은 原告(既存飲食店業者의 組合)가 주장하는 바와 같이 同業者의 과도한 경쟁에서 보호되는 것이 아니라 전적으로 公共의 福祉實現, 즉 「營業의 무제한의 自由로부터, 公共의 秩序·安全·良俗과 健康에 관하여 위협의 저지」를 목적으로 한 것이다. 따라서 原告는 위 조항으로부터 받는 利益은 法的 保護하에 있는 것이 아니다 라고 判決하였다.(1948. 11. 25. BGE 74 I 377)

그러나 이 이후에는 약간의 例外를 두어 原告適格을 認定한 사건이 있다.

本件에서 논해진 것은 州飲食店業法의 「營業許可는 同種의 企業數配置를 고려하여 聯邦憲法 제 31조의3과 제32조의 4 의미의 요구에 합치되는 경우 부여한다」라는 조항이 있다. 이에 聯邦法院은, 酒類취급飲食店에 위 제31조의3 「州는 호텔사업경영자격을 法律로 정하고, 경영자가 과도한 경쟁으로 각기 위협받을 경우, 同種경영자의 수를 필요에 따라 제한하는 權能을 가진다」고 하고 제32조의4에 「州는 酒類性 飲料의 營業과 小賣業의 행위를 法律에 의해 公共福祉를 위하여 制限할 수 있다」고 하였다. 이 조항을 적용함으로써, 위 州 法條項은 「營業經濟的·營業政策的 性格」뿐만 아니라, 「同業者에게 法的 保護를 보장」하는 성격도 동시에 가지고 있다고 판단하여, 同業者의 被侵害利益을 法的 利益으로 간주하여 原告

適格을 認定하였다.(1953. 5. 20. BGE 79 I 155).

附言하면, 앞서 BGE 74 I 377 飲食店組合判決의 경우—當該 州法에 聯邦憲法 제31조의3 授用的 文言은 없으나 原告는, 당해 州法이 위 聯邦憲法조항의 취지에서 해석되어야 한다고 주장한 것이다.

그러나 위 제 31조의3은 酒類를 취급하지 않는 飲食店에만 적용되어야하고, 本件과 같이 酒類를 취급하는 飲食店에서는, 전적으로 公益實現을 目的으로 하므로 제32조의4(州는 酒類性飲料의 營業과 小賣業의 行위를, 法律에 의해 公共福祉를 위하여 制限할 수 있다)만이 적용되어야 한다고 해석한다. 이런 學說의 동향을 감안하여, 위의 BGE 79 I 155 飲食店組合에 대한 判決은 제31조의3이 飲食店 營業전체에 미친다고 擴大해석함으로써 判例변경을 하게 되었다. 따라서 營業許可를 다투는 同業者의 原告適格의 緩和는, 이 飲食店 營業의 領域에 그치고, 후술하는 建築許可 분야의 隣接人의 原告適格의 확대에서는 肯定的 判決을 하고 있다. 그러나 기본적으로 營業許可에 관해서는 判例가 변경되어있지 않다고 하겠다.²¹⁾

5. 建築許可와 隣接人의 原告適格

違法한 建築許可處분에 대하여, 許可處分을 받지 아니한 隣接人이 그 取消을 提訴한 경우, 그 原告適格이 肯定되는가의 문제가 있다. 이 문제는 결국 建築許可處分の 근거법규인 建築法의 성격여하에서 판단하게 된다. 이에 대하여 聯邦法院에서는, 最近까지 建築法

21) F. B. Fleiner, Z. Giacometti, Schweizerisches Bundes- staatsrecht, S. 298 f ; 이와 같은 判例동향에 대하여 Martisms 비판적이다. 그는 優待조치에 대한 견해에서, 同業者平等취급의 원칙은, 기존영업자를 신규의 경영자와의 관계에서 불이익으로부터 보호하는 의미도 있기에 기존영업자가 위법한 신규허가처분의 취소를 訴求하는 이익은 보호할만한 가치가 있다고 하였다. 따라서 聯邦法院은 前記 스위스 齒科技工士會관결의 觀點에서 營業허가에 관한 관례를 변경해야 한다고 주장했다.

規의 목적이 일반公益實現에 있으며, 個人보호는 없다는 일관된 판단으로 隣接人의 訴를 却下하였다.

예컨대 1933. 6. 9. BGE 59 I 77 판결에서는 州가 어느 레저企業에 스케이팅링크 등을 갖춘 娛樂場의 建築許可를 부여했다. 이에 대하여, 그것은 평온하고도 건강한 居住를 위하여 일정지역에 遊興業과 工業建築物의 건설을 금지한 州都市建築法令에 위반된다고 하여, 取消을 청구한 사건이다.

이에 대하여 聯邦法院에서는, 本係爭處分에서, 原告를 그 法이 보호하는 利益에, 개인적·직접적 침해가 있는 경우에 한하여 이유있는 것으로 받아들인다.

따라서 本件은 行政上的의 건축허가문제로서, 거기에 設計된 건축물에 經濟的·公共的 観点에서 障害가 없다는 점이 확인된다. 一近隣住民은, 他住民과 같이 州政府에 公益보호가 불충분하다 하여 憲法訴願을 제기할 資格이 없다 라고 하여 訴를 却下하였다.²²⁾

또 州의 建築許可處分の 취소를 그 州內의 市가 提訴한 사건이 있다. 聯邦法院은 前記 BGE 30 I 633 判決을 援用하여, 公權力을 擔當한 市는 提訴資格이 없다 라고 하여 訴를 却下하였다.

이와 같은 判例의 태도는 그 후도 계속되었으나, 學說은 계속 批判하고 있다. 1962년 法律家會議에서 H. Marti는 「公法上の 建築規定은 일반적 公益만을 보호하는 것이 아니라, 建築物의 高度와 階層의 허용제한에 관한 規정을 통하여 이웃 隣接人도 보호함을 목적으로 하는 것이다.」²³⁾라고 하였다.

이러한 觀點에서 1962년부터 判例는 隣接人의 原告適格을 제한적으로 인정하기 시작했다. 그 예로서 州建築法規에는, 敷地境界線으

22) 小林, 前掲論文 pp. 346~347.

23) H. A. Schuler, Verfassungsbeschwerde, S. 190 ; Marti, ZSR. N. F. 81. S. 555 f.

로부터의 後退거리(Grenzabstand)와 隣接建築物의 外壁으로부터의 後퇴거리(Bauabstand)를 일정정도 維持하는 建築許可기준의 規定이 있었으나 州政府에서는, 隣接地에서의 建築許可申請을, 위 기준에 未達함에도 불구하고 許可하였다. 이에 隣接人인 原告는 이 許可處分の 取消을 提訴한 사건이었다.

이에 聯邦法院에서는 「公法上 建築法規를 어느 土地에 적용할 때, 그에 隣接한 土地에도 간접적으로 영향을 미치는 성격이 있다」라고 하여 隣接人에게 憲法訴願 제기의 原告適格이 있다고 인정하였다. (1962. 9. 26. BGE 88 I 179)

이런 判例의 취지는 類似한 事例를 통하여 한층 확대되어 갔다.

市建築令은, 外壁의 隣接建築物로부터의 後退거리를 규정하는 한편 敷地境界線으로부터의 後退거리에 대해서도 당해 건축물의 높이에 比例한—즉, 境界線으로부터의 後퇴거리는 건축물의 높이 0.6배 이상이어야 한다는 취지로 규정했다. 이 경우도 위 後퇴거리를 확보하지 않은 건축신청에 대하여 許可한 行政廳의 처분을 聯邦法院은 「隣接人은, 건축물의 높이에 관한 命令이 違憲적으로 적용됨으로써 자기 건축의 자유(Baufreiheit)에 제한받았다고 주장하여, 憲法訴願을 제기 할 수 있다」고 判斷하였다. (1963. 12. 11. BGE 89 I 513)

聯邦法院은, 이와 같은 例外的 判例를 통하여, 이웃사람의 原告適格을, 緩和하고, 1965년의(1965. 5. 26, BGE 91 I 409) 判決에서는, 일정한 建築法規는 個人權의 보호에 두어야 한다는 견해를 채택하기에 이르렀다. 이 판결은 종래의 여러 判例를 근본적으로 재검토하고, 건축법규의 성격에 관한 法院의 기본적 견해를 表明하게 되었다.

위 판결에서 建築法規를, 첫째는 특정한 법관계인의 보호를 목적

으로 하며, 私法에 속한다고 하였다. 둘째는 公共의 보호에 두고 公法的 성격의 것이라고 하였다. 셋째는 위 兩者의 混合의 性格을 가진 公益뿐만 아니라 개개 법관계, 換言하면, 廣狹兩義의 이웃사람의 相隣利益관계를 질서있게 하는 것이다 라고 하였다. 그리고 셋째에 속하는 典型으로는 外壁으로부터의 후퇴거리에 관한 규정을 들어, 이것은 「분명히, 都市의 美觀, 혹은 경우에 따라 自然보호라는 요청」 즉 公益 그 자체라고 할 수 있으나 동시에 특정의 法關係人, 換言하면 이웃사람을 고려하여 보호하는 것이다 라고 하였다. (1965. 5. 26, BGE 91 I 409)

따라서 「일련의 광범한 건축법규」는 法的으로 보호된 이익을 이웃사람에게도 부여한 것이라고 하였다.²⁴⁾

이 判決 이후 建築許可를 다투는 隣接人의 原告適格은 넓은 범위에서 인정하게 되었다.

IV. 團體構成員의 權利・利益과 團體의 原告適格

1. 利益團體 構成員의 原告適格

法院組織法 제88조에 의하면, 「團體」가 法的 利益을 침해 당한 경우 憲法訴願의 原告適格이 있음을 명백히 하였다.²⁵⁾

24) 小林, 前掲論文, pp. 348~349. 351注 참조.

25) 여기에 團體는 넓은 의미로 해석된다. 즉 法人에 限定하지 않고, 權利能力없는 社團・財團도 포함된다. 또 公法人도 일정범위에서 當事者能力을 인정한다. J. Hinder, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, S. 121 ff.

이에 判例는, 團體의 構成員이 權益침해를 받은 경우, 그 團體는 일정한 전제하에 자기 이름으로 訴를 제기할 수 있다고 해석한다. 그 예의 判例는 다음과 같다.

無資格者가 齒科醫療行爲를 하였기 때문에, 州保健部로부터 行政罰을 받은 者가 이를 州地方法院에 提訴하였던바 法院은 이 訴를 認容하였다. 이 認容判決에 대한 취소를 州齒科醫師會와 州保健部가 提訴한 사건이다.

聯邦法院은, 州保健部の 訴에 대하여, 公權力담당자임을 이유로 기각한 후, 齒科醫師會의 原告適格은 認容하여 다음과 같이 判示하였다. 「위 齒科醫師會와 같은 職業團體는, 그 會員의 職業上의 法的 利益의 실현을, 憲法訴願으로서 違憲침해에 대한 대항으로서 追求할 수가 있다. 다만 당해 團體가 法的 利益의 보장을 그 규약상 목적으로 했을 경우에 한한다. 그리고 이 경우의 전제는, 會員 自身이 係爭處分에 의해 個人的으로 被害를 받았어야 한다.」고 하였다. (1940. 11. 15. BGE 66 I 258)

특히 위 判決에서 團體構成員의 權利 내지 利益을 援用하는 團體의 原告適格을 肯定하는 경우에 두 가지 전제가 있다.

(i) 構成員 자신이 憲法訴願을 제기할 정도로 係爭行政行爲에 의해 法的 利益이 침해되어 있어야 한다. (ii) 團體가 그 構成員의 法的 利益의 옹호를 規約上 目的으로 明記되어 있어야 한다. 이 두 가지 전제는 판례에서 보는 바와 같이 構成員 자신의 被侵害利益이 救濟할 만한 가치가 있어야 하고, 없는 경우에는 당연히 그 團體의 原告適格은 否定된다.

例컨대 (1946. 4. 14. BGE 72 I 95) · (1948. 11. 25, BGE 74 I 377) · (1946. 9. 19. BGE 72 I 178) 判決에서는, 飲食店組合내지 醫師會의 原告適格을 모두 否定하였다. 그리고 각 構成員(飲食店業者

와 醫師) 자신에게도 同業者로서의 영업허가 취소를 提訴할 資格을 인정하지 아니했다.

그러나 그 반대의 事例는, 앞서의 스위스 齒科技工士會 判決과 不動產業者協會判決(1962. 9. 19. BGE 88 I 173)에서 볼 수 있다.

또 團體가 規約에 構成員의 이익보호를 목적으로 규정하지 않으면 안된다는 전제하에, 外國人勞働者(Gastarbeiter)援護協會가 外國人勞働者와 州와 체결한 居住契約違反을 이유로 訴를 제기하였던 바, 法院은 위 協會는 外國人勞働者援護라는 설립목적에 外國人勞働者의 住居보장까지 미치지 않는다는 이유로 原告適格을 否定하였다.

그러나 原告適格을 인정한 團體로는 앞서의 齒科醫師會判決(1940. 11. 15, BGE 66 I 258)외에 食料雜貨商組合, 敎員團體, 貨物自動車業組合, 스포츠團體 등 職業團體와 利益團體로 局限하며,²⁶⁾住民團體, 地域團體에 대하여는 인정하지 않고 있다.

學說은 構成員의 利益을 주장하는 團體에 原告適格을 인정한 諸判例에 대하여, 法源組織法 제88조를 엄격히 해석하는 경우에는 의문의 여지가 없지 아니하나 「合目的性」의 관점에서 理解해야 한다고 한다. 즉 「가령 法院이 團體에 대하여 原告適格을 否認하더라도, 형식상 1인의 構成員을 選拔하여 그 選拔된 사람을 原告로서 등장시킬 수 있다」고 한다.²⁷⁾

2. 政黨組織員의 原告適格

26) H. Marti, Die Staatsrechtliche Beschwerden, S. 112 ; 相關判例은 1955. 5. 17. BGE 81 I 119 ; 1938. 3. 4. BGE 64 I 16 ; 1938. 7. 4. BGE 64 I 149 ; 1962. 1. 24. BGE 88 I 18 등이 있다.

27) 小林, 前掲論文 pp. 352~353. 355의 注 제인용.

政黨도 자기의 法益이 行政行爲로 侵害되는 경우-예컨대 集會禁止措置를 提訴할 수 있음은 물론, 소속黨員의 權利·利益을 침해당한 訴도 제기할 수 있다. 이 경우 특히 注目되는 것은, 結社의 自由이다. 그러나 國民戰線(Nationale Front)에 대한 判決(1936. 11. 17, BGE 65 I 236)에서는 州議會에서, 公務員이 國家에 危險을 미칠 共產主義組織에 加入하든가, 현재 加入해 있으면 脫退하여야 한다. 만일 脫退하지 않은 公務員이 있으면 懲戒免職할 수 있다는 法律을 制定·公布했다. 이에 州政府에서는 위에 해당하는 諸團體를 지정하는 決定을 내렸다.

本件은 당해 단체의 하나로 지정된 國民戰線과 그 地區組織 및 構成員 2명(非公務員)이 聯邦憲法 제 56조(結社의 自由)와 제4조(法 앞의 平等)에 違反한다는 이유로 위 決定의 取消을 訴求하였다.²⁸⁾

聯邦法院에서는 原告 중 地區組織은, 國民戰線規約上 내부조직으로 對外的 獨立성이 없다는 이유로 當事者能力을 否認하였다. 그러나 非公務員인 構成員 2명에 대하여는 適格을 肯定하였다. 聯邦法院의 판단은 다음과 같다. 原告 2명의 구성원은 公務員이 아니므로 係爭決定에 現實的 被害는 없다 하더라도 장래 위 2명이 公務員을 지원할 가능성과 外部의 公務員이 戰線에 加入할 가능성은 있으므로 이 決定에 의한 被害는 潛在的으로 받고 있다고 하였다. 따라서 原告 중 위 兩者에게는 決定取消을 提訴할 原告適格이 認定된다고 하였다.

이 사건을 객관적으로 보면 다음과 같은 점을 지적할 수 있다. 즉 政府決定의 상대는 「危險을 미칠」組織에 속해 있는 公務員과 그 組織에 加入하려는 公務員에 대한 것이다. 그러나 실질적으로

28) 國民 戰線判決(1935. 4. 3. BGE 61 I 103)에 反하여, 政治目的만을 追求하는 憲法訴願은 인정되지 않는다고 한다. E. Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rehors, in : ZSR N. F. 55, S. 175.

관찰하면, 위와 같은 公務員이 위 政府의 決定을 다투기는 어렵다. 그것은 당해 組織의 危險을 각오하지 않고서는 提訴할 수 없다. 따라서 위 경우, 戰線의 公務員이 아닌 2명의 構成員은 결과적으로 公務員의 權利·利益을 주장하고 있다고 보아, 그들에게 提訴의 資格을 認定한 것은 충분한 이유가 있다고 할 것이다.²⁹⁾

3. 地方自治團體의 原告適格

地方自治團體(市·道·郡)(Gemeinde)가 당해 自治團體 住民 전체의 利益을 위하여 주장하는, 예컨대 環境訴訟 등 중요한 문제가 있다. 이제까지는 自治團體에 위와 같은 訴訟제기의 資格을 인정하지 아니했다.

스위스에서의 Gemeinwesen(聯邦·州·自治團體의 총칭)은 私法上的 主體로만 原告가 되며, 公權力담당자에게는 否認됨이 原則이었으나, 例外的으로, 自治團體에 일정한 경우 原告適格을 인정하였다. 즉 自治團體는 州의 行政行爲에 의해, 자기의 존립과 領域保全(Bestandegarantie) 및 自治(Gemeindeautonomie)에 침해를 받을 경우, 憲法訴願을 제기 할 수 있다.

다만 위 두 경우에만 인정하고, 다음과 같은 사건에서는 自治團體의 原告適格을 否定하였다.

某企業이 州에 대하여, A河川沿岸에 溫泉旅館의 建築許可를 申請하였던바, 그 河川沿岸의 市는 景觀보호를 이유로 이를 反對한다는 鑑定書를 州에 제출하였으나, 州政府에서는 建築을 許可하였다. 위 市는 이를 提訴하였다.

29) 芦部, 前掲書 p. 82 ; 小林, 前掲論文 pp. 353~354.

이에 聯邦法院에서는 「위 市는 自治團體라는 자격뿐만 아니라, 國家라는 자격에서 주장하고 있는 일반公益의 보호를 목적으로 행동하고 있다. 따라서 建築許可문제를 둘러싼 市와 州政府와의 爭訟은 단지 일반국가이익의 보호에 관한 견해차이에 불과하다. 그러므로 이 경우는 市가 權利보호를 위한 憲法訴願의 救濟수단을 동원할 자격이 없다」(1930. 3. 28. BGE 56 I 104)고 判示하여 却下하였다.

위 判決에서, 지적할 수 있는 것은, 自治團體의 原告適格이 肯定되는 경우에도, 그것은 私人이 國家에 대한 관계의 아닐로지(analogy)에서, 州에 대한 당해 自治團體의 權利(「自治團體의 自由(Gemeindefreiheit)」) 보장으로서 구성되어 있다. 따라서 自治團體 住民의 權利·利益의 援用이란 論理는 취하고 있지 않다.³⁰⁾

V. 一般法令取消을 提訴하는 原告適格

스위스憲法訴願에서는, 일반적으로 拘束力있는 法令은 그 執行을 기다리지 않고 訴求할 수 있으나, 이 경우 原告適格은 個別的處分을 다루는 경우와 相異한 취급을 하고 있다.³¹⁾

1. 聯邦法源에서는, 初期에는 一般法令에 대하여 모든 市民은 그

30) J. Hinden, a. a. O., S. 125 f ; Marti a. a. O., S. 169. 小林, 前掲論文 pp. 354~ 356 注 참조.

31) 係爭行政行爲를 일반 구속력있는 法令과 個別處分の 어느 것이냐의 判斷은 스위스 憲法訴願의 原告適格의 인정에 있어서 相異한 점을 들고 있다. 이 경우 가장 문제되는 것은 計劃(Planung) 특히 土地區劃整理事業計劃, 都市計劃 등이다. 이 計劃의 紛爭에서 原告適格은 個人的 피해를 받고있는 土地所有者에 限하여 인정하고 있다. 따라서 計劃 전체의 취소는 할 수 없고, 土地所有에 관계되는 한 訴求할 수 있다. H. Marti, Die staatsrechtliche Beschwerden, S. 59. 그러나(1964. 3. 14. BGE 90 I 345) 判決에서는 새로운 觀點에서, 計劃決定의 단계에서 聽問 절차를 거치지 않은 경우에는 個人的 처분의 係爭을 통하여 計劃 그 자체의 취소를 訴求할 수 있다고 판단하였다. J. Hinden, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, S. 140 ; 小林, 前掲論文 p. 356.

폐지를 요구하는 提訴를 할 수 있다고 해석하였다. 判例는 「모든 市民은 侵害되었다고 간주될 때 訴訟을 제기할 수 있다」(1885. 7. 3. BGE 11, 309). 「모든 사람은 憲法訴願을 제기할 수 있다」(BGE 23, 1565)고 하였다.

물론 이 경우 判例는, 法令의 公布로 「모든 사람이 자기의 法的地位에서 被害를 받는다」는 이해하에 原告適格의 要件을 고려한 것이다. 그러나 실체는 民衆訴訟과 구별이 안되는 취급이었다고 한다.

2. 그러나 判例는 후에, 原告適格을 제한하는 방향에서 그 인정여부의 판단기준을 설정하게 되었다. 즉 일반 法令의 취소를 提訴하는 경우, 原告는 係爭法令으로 인하여 現實的·實際적으로 被害를 입고(treffen) 있음을 要하지는 않으나, 潛在的(virtuell)으로 適用받고 있음을 要한다는 基準이다. 이를 구체적으로 전개한 判例의 代表的인 것은 다음과 같다.

州가 제정한 ‘行商人法’중에 州內에서 行商하는 者로부터 許可料를 징수한다는 條項이 있었다. 이에, 他州에 居住하는 州內 行商人이 條項의 취소를 提訴한 사건이다.

聯邦法源은 「本件인 경우, 原告는 係爭法令을 公布한 州行政權에 복종하고 있는 자가 아니므로, 이 한도에서 이 法令은 原告를 구속하고 있지 않다. 그러나 原告의 商業行爲의 성격에서 보면, 原告가 당해 州에서 商業을 할 때, 그 係爭條項으로 인하여 被害를 받지 아니한다고 볼 수 없다.

따라서 原告의 提訴자격은 충분하다고 할 수 있다」고 判示하였다.(1938. 10. 7 BGE 61 I 383)

또 州가 公布한 經濟危機緩和緊急措置法 중, 居住地 여하를 불문하고, 當州에서 勤務하는 모든 勤勞者에 대하여, 그 勤勞소득에 과

세한다는 내용의 條項을 두었다. 이에 대하여 이 주내에서 勤務하고 있는 動勞者 중 住所는 他州에 있는 動勞者가 취소를 청구한 사건이 있다.

法院은 이들 動勞者의 原告適格을 肯定하고 다음과 같이 判示하였다. 「憲法訴願의 原告適格은 違憲의 係淨法令이 原告에 대하여 구속력을 가지고 있으면 충분하다. 즉 原告의 개인적인 法的地位에 現實的 이미 實現된 侵害의 證明은 필요치 않다」(1937. 9. 24. BGE 63 I 147)고 하였다.

위의 判例에서 보는 바와 같이, 일반法令의 取消을 提訴하는 경우에는 潛在的이나마 적용을 받고 있으면 충분하다는 理解에서 長期間에 걸쳐 聯邦法院이 채택하고 있었다.³²⁾

3. 그러나 近年에 이르러 法令取消을 提訴하는 原告適格은 한층 좁게 이해하려는 경향이 있다. J. Hinden은 「일반적 추상적 규범을 다루는 경우 原告適格을 대폭 제한하는 경향을 분명히 한 判例」로서 Geneva 主義會가 Geneva 州의 女性이 州外의 男性과 結婚하면 일반적으로 州市民權을 喪失한다. 그러나 계속 市民權을 유지하겠다는 의사표시를 結婚때에 하게되면 喪失을 免除한다는 내용의 州市民權法을 제정하였다. 이에 同州의 政府는 그 施行을 연기하고 대신 州外男性과 결혼하는 Geneva 州의 女性은 예외없이 州市民權을 喪失한다는 決定을 제기한 사건이다. 이 決定의 취소를 Geneva 州市民인 男女數名이 제기한 사건이다.

聯邦法源은 原告 중 男性은 위 決定에 被害를 받지 않는다고 하여 訴를 却下하였다. 그러나 女性에 대해서는 原告適格을 인정하고 다음과 같이 判示하였다. 「係爭決定은 女性인 原告의 法的保護를 침해하고 있다. 그것은 原告가 他州스위스市民과 結婚할지도 모르

32) J. Hinden, a. a. O., S. 142 ; 小林 前掲論文 pp. 357~358.

기 때문이다—判例에 의하면 일반적으로 미치는(de portée générale) 決定에 대하여 憲法訴願의 제기자격은, 原告가 위헌이라 주장하는 조치에 장래 그 原告의 權利가 침해 될 수 있는 경우에 인정된다. 이 權利침해는 潛在的(virtuelle)이면 족하다」고 하였다. (1956. 6. 6. BGE 82 I 93).

Hinden에 의하면, 이 判例는 일반法令을 위헌이라 제기하는 原告適格을 인정하는 기준으로서, 「原告는 潛在的으로 당해 法令의 適用하에 있는(virtuell unter den Erlass fallen)것이 아니라, 당해 法令에 의해 潛在的으로 被害받은 관계에(durch den Erlass virtuell getroffen werden) 있을 것, 즉 違法이라 하는 規範에 의하여 原告가 장래 언젠가는 被害를 입을 수 있다는 경우에 요구한 것이라 이해된다. 따라서 Hinden은 결국, 原告 중 女性에 대해서는 原告適格이 인정되는데, 그것은 係爭決定으로 潛在的이나마 被害를 입은 관계(fallen)에 있고, 男性은 係爭決定에 적용되기(fallen)는 하나, 그것으로 장래에 걸쳐 被害를 입은 일은 없기 때문에 却下되었다고 하겠다. 결국 fallen과 구별되는 treffen의 요청으로 정리하고 있다.」

위 BGE 82 I 93의 判決에서의 被害(Betroffenheit) 요건은 일보 전진한 個人的被害(Persönliche Betroffenheit)에 두고, 그 被害가 潛在的으로 존재하면 原告適格을 인정한 것이다.³³⁾

VI. 結 語

이상 스위스憲法訴願(訴訟)에 있어서의 原告適格에 관한 몇가지

33) 일반法令의 위헌여부의 訴願자격은 「原告가 당해 法令의 적용 을 潛在的으로 받고있음으로서 충분하다」고 한다. 이에대한 表現의 차이점에 관하여는 小林, 前掲論文 p. 361. 注6 참조.

判例理論을 검토해 보았으나 여기서는 우리나라의 문제를 염두에 두고 정리해 볼 필요가 있다.

(1) 스위스憲法訴願(訴訟)에서, 權利·利益의 侵害를 提訴要件으로 하는 主權訴訟하에, ‘個人的被害“의 제 기준을 유연하게 해석함으로써 原告適格의 확대를 피하고 있다는 점이 확인된다.

위 제 기준에는 私益性·現實性·法的的重大性 등의 Merkmal이 거의 判例에서 채용되어 비교적 명확하다. 그리고, 제3자의 原告適格認否요건으로서, 제3자(原告)와 係爭行政行爲 내지 그 相對者와의 牽聯관계 및 係爭行政行爲의 相對者자신에 의한 獨立소송제기의 可否 등 문제도 위 제기준과 그 내용의 하나로서 이해되고 있다. 이 점은 바로, 오늘날 原告適格확대의 요청에 直面해 있고, 取消訴訟을 모두 客觀訴訟化(理論的·實際的으로 채택) 하지 못하는 이상, 확대방향의 原告適格의 기준을 명확히 하는 필수과제로 되어 있다. 따라서 우리나라의 憲法訴願 내지 行政事件訴願에 하나의 참고재료가 될 것 같다.

(2) 團體 및 自治團體에 일정한 限度의 原告適格이 인정되고 있는 점이다. 團體에 관해서는 利益團體만이 原告適格을 인정하고, 地域·市民團體는 제외된다. 自治團體가 인정받는 것은 私人和 같은 人權主體로서 파악되는 경우에 한하며, 地域住民의 利益을 代辯하지 않는 점에서 역시 主權訴訟性的의 문맥에서 이해할 수 있다고 하겠다.

우리나라에서도 環境訴訟 등 영역에서 團體와 自治團體의 原告適格의 확대가 요망되고 있어 과거의 消極的 취급을 해소하는 과제로 되고 있다.

(3) 憲法訴願의 대상이 일반法令에 미치고 있다. 즉 法令 그 자체가 合憲性 여부로 제기되는 경우, 原告자신의 權利·利益이 潛在的

이나마 侵害要件으로 하는 主權訴訟의 형태를 취하고 있다. 스위스의 경우 違憲法令과 判決의 效力은 일반과 같으나, 그 法令을 대상을 한 訴訟은 客觀的 憲法秩序의 보장이라는 기능수행이 크다고 하겠다. 따라서 獨逸의 抽象的 規範統制의 형태가 아니라 심사의 개시가 개인의 提訴에 위임되어 있는 憲法訴願을 통하여 이루어진다는 점이 스위스제도의 특징이라 하겠다. 34)

스위스聯邦의 法令은 憲法裁判의 대상이 되지 않으므로, 聯邦法의 집행과 적용하는 州政府의 행위는, 형식적 위헌성에 대해서만 심사하고, 실질적 위헌성은 심사범위로 하지 아니한다. 州主權의 일부를 위임받은 自治團體의 행위는, 州主權행위와 똑같이 憲法裁判의 대상으로 하고 있다. 그러나 聯邦의 立法行爲는 대상에서 제외하고 있다. 이것은 議會最高主義가 철저하기 때문이라 한다. 35)

34) 同旨, 小林, 前掲論文 pp. 362~363.

35) 覺道豊治, 前掲論文 pp. 106~108.

環境權考

金 哲 洙

憲法裁判所 諮問委員

서울大學校 法科大學 教授

- 目 次 -

I. 環境權의 意義·沿革

1. 環境權의 意義
2. 環境權思想의 實定法化 傾向
 - (1) 美國에서의 環境權論
 - (2) 獨逸에서의 環境權論
 - (3) 日本에서의 環境權論
 - (4) 其他 여러 나라에서의 環境權論
 - (5) 國際的인 環境保護
 - (6) 우리 나라에서의 環境權論

II. 環境權의 憲法上 根據

1. 世界各國 憲法上 環境權의 根據規定
 - (1) 美國憲法과 環境權
 - (2) 獨逸憲法과 環境權

(3) 日本憲法과 環境權

2. 韓國憲法上 環境權의 根據規定

(1) 第4共和國下의 環境權의 根據規定

(2) 韓國 第6共和國憲法上의 根據規定

III. 環境權의 法的 性格과 效力

1. 環境權의 法的 性格

(1) 學 說

1) 人格勸說

2) 財產勸說

3) 生命權說

4) 우리 나라의 學說

(2) 私 見

2. 生存權으로서의 環境權의 權利性

(1) 立法方針規定說

(2) 不完全한 抽象的 權利說

(3) 具體的 權利說

(4) 私 見

3. 環境權의 效力

(1) 對國家的 效力

(2) 對私人的 效力

IV. 環境權의 主體와 內容

1. 環境權의 主體

(1) 自 然 人

(2) 우리들의 子孫, 未來人

(3) 環境團體

2. 狹義의 環境權과 廣義의 環境權

(1) 狹義의 環境權

(2) 廣義의 環境權

(3) 우리 憲法의 環境權=廣義의 環境權

(4) 우리 憲法의 環境權法律主義

3. 環境權의 具體的 內容

(1) 快適하고 安全한 自然環境權

(2) 日照權·眺望權·景觀權

(3) 防禦權으로서의 公害排除請求權

(4) 生存權으로서의 生活環境造成請求權

(5) 快適한 住居生活權

V. 環境權의 制限

1. 環境權의 制限原理

2. 環境權의 公共福祉의 利益衡量

3. 環境權制限의 限界

VI. 環境權의 侵害와 救濟

1. 環境權의 侵害에 대한 救濟手段

2. 國家權力에 依한 被害와 救濟

3. 私인에 의한 侵害와 救濟

(1) 受忍限度論과 無過失責任主義

(2) 公害訴訟에서의 原告適格 立證責任 轉換

(3) 環境犯罪의 處罰

(4) 環境汚染被害紛爭調停

VII. 環境法制의 改善方向

1. 우리 나라 環境法制의 發展과 問題點
2. 環境權實現을 위한 訴訟法制定
3. 環境被害의 事前豫防과 事後救濟를 爲한 立法補完

I. 環境權의 意義 · 沿革

1. 環境權의 意義

環境權(environmental right, the right to habitable environment, Recht auf eine menschenwürdige Umwelt)은 人間이 健康한 生活을 營爲할 수 있고, 人格을 自由로이 發現할 수 있으며, 生存에의 良質의 生活環境을 享有할 수 있는 權利라고 定議할 수 있을 것이다. 1)

이 環境權은 어떤 思想家에 의해서 體系的으로 主張된 것이 아니고²⁾ 1960年代 以後 經濟建設에 따른 公害에 依해서 人間의 生活環

1) 環境權에 관한 外國文獻은 그다지 많지 않다. 重要な 것만 들어보면, Wiliam H. Rogers, Environmental Law, 1977 ; Robets, "The Right to a Decent Environment", 55 Corn. L. Rev. 674, 686(1970) ; Robberts, "The Right to a Decent Environment", Law and the Enbironment, 1970 ; Hanks & Hanks, "The Right to a Habitable Enbironment", The Right of Americans, pp.146~171 ; Roberts, "The Right to a decent Enbironment Progress along a Constitutional Abenuue" pp.134~165 ; Kloepfer, Umweltrecht, Achterferg/Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd.II.SS. 567ff ; Kloepfer, Umweltrecht, 1989 ; Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989 ; Kloepfer, Das Recht auf eine menschenwürdige Umwelt ; Kloepfer, M., Zum Grundrecht auf eine menschenwürdige Umwelt ; Kloepfer, M., Zum Grundrecht 및 Umweltschutz, 1978 ; Steiger, Mensch und Umwelt, 1975 ; 小林直樹, 憲法と環境政策-日本における環境政策方向, 和田英夫教授古稀記念論文集(88. 11.) ; 戶松秀典, 環境權ジュリスト増刊, 行政法の爭點(90. 6.) ; 淡路剛久, 環境權の法理と裁判, 1980 ; 原田尙彦, 環境權と裁判, 1978 ; 松本昌悅, 環境權, 法律時報, 77. 5 ; 大阪辯護士環境研究會, 環境權, 1973 ; 原田尙言, 環境權と裁判, 1977 ; 環境法研究 1~8 ; 松本昌悅, 環境破壞と基本的人權, 1975

우리나라 文獻은 다음과 같은 것이 있다. 文鴻柱, 環境權序說, 考試研究, 1977, 8/9 ; 朴一慶, 環境權, 考試研究, 1981.2 ; 金英勳, 環境權에 관한 研究, 1982 ; 權寧星, 環境權, 考試研究, 1981. 2 ; 金哲洙, 環境權, 環境法研究3, 1981 ; 金哲洙, 우리憲法上的 環境權, 司法行政, 1985. 4. ; 徐元宇, 環境權理論裁判, 考試研究, 1984.5. ; 許營, 環境權에 관한 研究, 慶熙法學 第21卷1號, 1986 ; 徐元宇, 環境權의 性質과 效力, 法學(서울대) 57號(84. 5.) p.25 以下.

2) 물론 思想家 中間에는 空氣나 물을 享受할 수 있는 權利를 主張하고 있는 사람이 있다. 例를

境이 回復不可能한 破壞를 맞이하게 되어, 人間다운 生活을 營爲할 수 있는 環境의 享受權이 主張되는 것이다.

人間은 空氣나 물, 太陽 等の 自然의 恩惠없이 하루도 生存할 수 없는 것이다. 反面에 人間은 自己의 生存을 維持하기 위하여 自然을 破壞하면서 自己에게 必要한 資料를 生産해 왔다. 生産이 增大하면 할수록 自然의 破壞도 增價하여 自然保存의 必要性이 強調되게 되었다.³⁾ 自然의 破壞는 人爲的인 開發에 의한 것과 함께 公害에 依해서도 惹起되었기 때문에 公害防止問題가 擡頭되었다. 人間이 만든 公害要素가 地球上의 人間을 絶滅시키게 될 것이라는 Rachel Carson의 Silent Spring이 1962년에 發表된 以後⁴⁾ 世界 各國에서는 公害問題의 深刻성을 인식한 뒤 公害規制法을 制定하게 되었다.⁵⁾

그러나 오늘날의 公害는 部分的·局地的인 規制나 對策으로서는 이미 解決될 수 없는 것이며, 全國的인, 나아가 世界的인 規模에서의 根本的인 解決策을 必要로 하고 있다. 大量의 産業廢棄物이나 農藥, 自動車의 排氣가스에 依하여 물과 空氣, 土地가 심하게 汚染되어 그 被害는 國民生活의 全面을 덮고 있다. 뿐만 아니라 이러한 汚染은 一時的인 것이 아니고 自然의 環境을 回復할 수 없도록 破壞하고 ecology의 危機를 招來하게 되었다. 生活의 方便을 追求하

들면 Hobbes는 Leviathan에서 「自己自身の 身體를 支配하는 權利, 空氣, 물...을 享受하는 權利」를 社會契約에 依하여 平和狀態에 들어갈 때의 自然權 拋棄에 있어서도 留保되어 他人의 侵害에서 保護되는 自然法的 權利로서 認定되고 있다. 그러나 그렇다고 하여 現代的인 環境權을 主張했다고 보기는 어려울 것이다.

3) 自然保存의 必要性을 強調한 것으로는, Douglas, William O., A Wilderness Bill of Rights, 1965; 處隆熙, 環境危機와 環境法, 檢察 第1號, 1978, pp.32~57 參照.

4) Carso, Rachel, Silent Spring, New York, 1962.

5) 公害規制法에 관해서는 韓國法學教授會論, 法과 公害, 1974 ; 法制處, 各國의 公害對策法-美, 英, 獨, 佛, 日-, 法制資料 제50집, 1971 ; 社會圖書館立法調查局編, 歐美諸國의 公害規制法, 1970; 金興東, 公害防止와 法的規制, 檢察 第1號, 1973, pp.143~154 ; 河合義和, 外國における 公害對策立法의 動向, JURIST 458號 pp.334~343 ; 特輯, 公害立法의 檢討と批判, JURIST 47號; 研究會, 公害訴訟, JURIST No. 473~502.

는 行爲에 의하여 生態界를 破壞하고, 그에 따라 人類가 스스로의 存在基盤을 허물고 있는 역리는 現代文明에 대한 根本的인 反省을 促求하고 있는 것이다. 環境權의 發祥은 環境破壞에서 人類를 救出하기 위하여 切實한 要望에서 나온 것이다.

2. 環境權思想의 實定法化 傾向

環境權思想은 世界各國에서 斷片的으로 發祥되었고, 그것이 實定法化하는 傾向에 있다.

(1) 美國에서의 環境權論

美國에서는 自然의 環境을 保全하고 適當한 recreation施設을 確保하려는 市民運動이 活潑히 展開되었다. 美國議會⁶⁾는 1872年の Yellowstone公園法制定 以後 1916年の 國立公園法制定으로 自然景觀의 保存을 위한 여러 法律을 制定하였다. 또 1892년에는 森林保護法이 制定되었고 1911년에는 東部地方의 國立森林制度를 制定하였다. 또 1935년에는 土壤保存法을 制定하였고 1937년에는 國立草地法 等を 만들어 環境保全에 努力하였다.

第2次代戰 以後 自然保護運動이 盛해져 Siera Club은 Siera國立森林과 國立公園保全運動을 일으켰고 1957年에서 1963年까지의 23ton의 깡통과 빈병을 收集處理하였다.⁷⁾ 이 Siera Club을 비롯한

6) 美國議會의 自然保存法規에 대해서는, Douglas, William O., A Wilderness Bill of Right, pp. 177~179; Rogers, Environment Law, 1977等 參照.

7) Siera Club의 年度別 作業量에 대해서는, Douglas, William O., A Wilderness Bill of Right, p.6 參照. 또 ザイルウイソン, シェラクラブの活動とカリフォルニア州立公園制度, 環境法研究 第8號, pp.127~136 參照.

自然保護團體는 公害訴訟뿐만 아니라 環境訴訟으로 自然保護運動을 벌였다.

自然保護를 目的으로 하는 團體는 그 目的을 法律的으로 달성하기 위하여 行政機關을 相對로 class action을 提起하여 行政機關의 決定의 取消나 職務執行命令을 求하는 訴訟을 提起하였다. 그 代表的인 例가 Hudson地區에 있어서의 水力發電所의 設置許可의 取消을 求한 事例⁸⁾와 Hudson高速道路建設에 反對하는 地域住民團體가 高速道路의 建設이 自然景觀上의 資源을 破壞하는 것으로서 그 執行停止를 求한 것이다.⁹⁾

이는 自然保護團體가 環境上의 權利를 主張하여 行政機關의 決定의 取消을 求한 것인데 法院은 이들 環境上의 利益의 主張에 대하여 이것이 法律上 保護할 價値가 있는 利益일 것, 또 電力·道路等이 가지는 經濟的 利益과 自然의 景觀, 歷史 또는 리크리에이션 價値 等の 非經濟的 利益이 正當히 衡量되어야 할 것을 承認하고 있다.¹⁰⁾

美國의 歷代大統領은 環境保存政策을 펴왔는데 1965年 1月 4日 Johnson大統領은 年頭教書에서 美國의 美(beauty)를 保存하고 公害·汚染을 追放하겠다고 宣言하였다.¹¹⁾ Nixon大統領도 所謂 公害白書에서 「成長의 質을 犧牲하고 成長의 量을 強調하는 從來의 傾向, 環境汚染의 社會的cost가 經濟에 充分히 計算되지 않았던 일, 環境에 대한 影響을 考慮하지 않고 生活의 便利性을 優先하는 일, 또 根本적으로 環境을 全體로 보아 人間 自身을 包含한 環境의 各

8) Scenic Hudson River Preservation Conference, F.P.C. 354 F. 2d, 608(1967).

9) Road Review League, Town of Bedford v. Boyd, 270F. Suppl. 650(1967)

10) 美國에 있어서의 環境訴訟의 動向에 대해서는 生田典久, 美國における環境權 Environmental Right)にもとづく公害訴訟の新動向, ジェリット第467號 p.41, 第468號, p.146 等 参照.

11) Johnson, State of the Union Message, January 4, 1965.

部分이 根本적으로 相互依存하고 있다는 認識이 必要하다」고 力說하고 있다.¹²⁾

1969년에는 國家環境政策法(National Environmental Policy Act, 1969)이 制定되었는데 이는 環境權利章典(Environmental Bill of Rights)이라고 할 수 있을 것이다.¹³⁾ 이 法의 目的은 「To declare a national policy which will encourage productive and enjoyable harmony between man and his environment, to promote efforts which will prevent or eliminate damage to the environment and biosphere and stimulate the health and welfare of man, to enrich the understanding of the ecological systems and natural resources important to the nation and to establish a Council on Environmental Quality」라고 明確하게 規定되어 있다.¹⁴⁾

바꿔말하면 i) ‘人間과 環境 間的 生産적이고 즐길 수 있는 造化를 增進시킬 國家政策을 宣言하는 目的’과 ii) 環境과 生物圈에 미칠 被害를 防止하거나 除去함으로써 ‘人間の 健康과 福祉를 鼓舞하는 努力을 增進하는 目的’ 등이 明確히 規定되어 있다고 하겠다. 1970년에 4月22日을 地球의 날로 정한 美國人들은 環境破壞의 深刻性을 認定하고 反公害市民運動을 벌이기도 하였다.

이밖에도 環境質改善法(Environmental Quality Improvement Act of 1970)과 全國大氣汚染基準法(National air Quality Standards Act

12) 所謂 公害教書 日驛은 板本藤良, 스타ディーグループ編譯(公害教書)ニクソン大統領教書 1970年 2月 10日, 環境汚染防止に關する教書,ジュリスト第458號 pp.344~352.

13) 具然昌, 美國國家環境政策法의 制定背景, 法的性格 및 發展, 全昌祚博士古稀記念論文, 1987, pp.97~124 ; 大韓辯護士協會, 美國環境判例의 基本原理와 最近의 傾向, (國會93) ; 서울市政開發研究院, 美國의 主要環境法, 1995.

14) 詳細한 것은 Grad, Trieties on Environmental Law 3Vol., 1978 ; Skilem, Environmental Protection, 1981 ; Rogers, Environmental Law, pp.697 以下 參照. 生田典久, 米國における環境權Environmental rightに基づく公害訴訟の新動向(上),ジュリスト第467號, pp.141~149 參照. 生田典久, 米國における環境訴訟の環境訴訟の特色(上)(中)(下), No.534, 538, 539.

of 1970) 등이 있다. 또 美國의 各 州憲法을 改正하여 「各人은 健康한 環境에 대한 權利를 가진다」고 했다. Messachusetts州憲法, New York州憲法, Pennsylvania州憲法도 環境權을 規定하고 있다.¹⁵⁾

그 밖에도 法律로 環境權法을 制定한 州가 늘어났다.

美國聯邦憲法에도 環境權의 根據規定을 두어야 한다는 主張이 있었으나 憲法改正의 困難性으로 因해 아직도 規定되지 않고 있다.

(2)獨逸에서의 環境權論

獨逸에 있어서도 環境權思想이 發達하여 Bayern州憲法에 規定되게 되었다. Bayern州憲法은 第141條 第3項에서 「個人은 國家의 自然景觀을 享受할 權利와 解放된 野外에서 餘暇를 求할 權利를 가지고 있다」고 規定하고 있다. 기타 몇 개 州도 憲法에서 自然 및 景觀을 保護하고 增進하는 것을 命令하거나 國家에 義務化하고 있다.

그런데 大氣汚染, 汚水, 騒音 등이 人間의 生存을 威脅하게 되자 環境權에 관한 理論이 登場하게 되었다. 1971년에 Mainz大學의

15) 美國各州의 環境權法으로는, The Minnesota Environmental Rights Act, Minn. Lawx, 197, ch. 952 ; Michigan Environmental Protection Acts of 1970 ; The Illinois Environment Protection Act of 1970 등이 있는 바, 이의 日譯은 生田典久, 米國における環境訴訟の特色(上)(中)(下), JURIST No.534ff. 參照. 美國의 判例들에 관해서는 Rogers, Environmental Law ; Hanks & Hanks, Environmental Policy? Cases and Materials ; U.S. Environmental Agency, Managing the Environment ; Environmental Defense Fund, Inc. v. Ruckelhaus 142 U.S. App. D.C. 88 ; Michigan Environmental Protection Acts에 관해서는 조세프 에레사크스, 環境保護의 法理論과 法的手段, JURIST No.607, 1976, pp.53~56 ; 座談會, 環境保護의 法理論과 法的手段, 사츠크스 教授와의 研究會, 1975, JURIST No.607, 1976. 3. 1, pp.51~70. 高柳信一, 미시건州環境保護法所訟의 諸相, 公害研究, 3. 1., 1973 ; (昌)山武道, 州憲法による 環境權의 保護(아메리카 環境權의 動向) 判例타임스 35卷23號(84, 10.) ; 姜在圭, 美國法上の 環境權, 自治研究3卷4號, 1993, p.66 以下 ; 同人, 美國의 州環境權法, 自治研究 4.2.(14), 1994, p.89 以下 ; 千慶松, 美國 및 日本法律上の 環境權, 法曹, 30. 2., 1981. 2. p.23 以下 ; Rodgers, Willim H. 者, 伊東研祐 譯, 아메리카 環境法理論의 諸相, 1989 ; 高橋一修, 아메리카의 環境訴訟·環境法·環境運動(1) - 시어니츱·하드슨からの 目兆め - (志林 72卷 3,4號(75. 3) 24명, 同人, 아메리카 環境法, JURIST 600號記念特集 日本法と英美法の30年(75. 11) 290면 參照.

Rupp教授는 環境保護의 憲法的 側面을 強調하는 演說을 行하였고, 基本權的 側面에서 이를 檢討하고 있었다.¹⁶⁾ 1973年 1月 18日 Brandt首相은 聯邦議會에서 人間은 모두 人間에 적합한 環境에 대한 基本的인 權利(elem entares Recht auf eine menschenwürdige Umwelt)를 가지며 이는 憲法레벨의 權利라고 말하였다. 또 1971年의 環境綱領에서 聯邦政府는 人間에 적합한 環境을 求할 基本權을 規定하도록 憲法改正을 하려는 意思를 公表하기도 했다. 그러나 이 問題가 包含하고 있는 複雜性和 여러 가지 反對 때문에 이것이 具體化되지 못했다. 學者들 中에는 環境權을 基本權章에 規定하자는 主張이 상당수 있다.

生活環境에 關聯있는 條項으로는 第75條 第3號·第4號 等の 規定이 있다. 聯邦의 原則立法(外廊立法 Rahmengesetzgebung)의 對象으로서 狩獵制度, 自然의 保護 및 景觀의 保存 및 土地의 分配, 國土計劃 및 물의 管理를 들고 있다. 聯邦과 地方의 競合的 立法事項으로서 經濟, 核에너지, 農林業, 土地法, 醫療保健制度, 食品 및 動植物 保護, 交通制度를 包含하고 있었다. 이들 規定은 立法管轄의 指定에 그치는 것이 아니라 主要한 環境保護의 部門에 대한 憲法上的 委任(Verfassungsauftrag)을 包含한다고 생각되어질 餘地가 있었다. 그런데 「藝術, 歷史 및 自然의 記念物 및 自然景觀은 國家의 保護 및 配慮를 받는다」는 바이마르憲法 第150條 第1項보다는 後退되어 있다.¹⁷⁾

16) Rupp. "Die verfassungsrechtliche seite des Umweltschutzes", JZ, 1971. Nr. 13, SS.401~404.

17) 西獨에 있어서의 環境權에 관해서는, Klein, "Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?", Festschrift für Werner Weber, 1874, S.643ff. Steiger, Mensch und Umwelt - zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts, 1975 ; Dellman, Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", Die Öffentliche Verwaltung, 1975, S.588 ; Rehbinder, "Wirtschaftsordnung und Instrumentedes Umweltschutes", Festschrift für franz Böhm, S.499 ; Kloepper, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978 ; Rausch, H., Die

1972年 4月 12日의 環境保護를 爲한 第30次 基本法改正은 競合의 立法의 對象으로서 ‘쓰레기의 除去, 空氣의 淸淨維持 및 騒音의 防止’를 追加함에 그쳤다. 이는 實效性을 가진 規定만으로 憲法을 構成하겠다는 配慮에서 나온 것이다. 環境權을 基本權의 一種으로서 憲法에 規定하려는 움직임도 있다. 立法論으로는 基本法 第2條에 「누구든지 人間다운 環境을 享受할 權利를 가진다」는 것을 追加하려는 案이 있었으나, Programm規定을 排除하려는 立法府의 態度 때문에 實現되지는 못하였다.¹⁸⁾

1984년부터 1986년까지 州憲法을 改正하여 自然保護에 관한 많은 規定을 두었다. 例를 들면 Baden-Württemberg憲法(第86條), Bayern憲法(第3條2項, 第141條), Saarland憲法(第59a條), Bremen憲法(第11a條, 第26條5號), Hamburg憲法(前文), Nordrhein-Westfalen憲法(第29a條) 등이 있다.

西獨에서는 綠色黨과 社會民主黨 등이 環境權規定에 贊成인 反面에 與黨에서는 이를 反對해 왔다. 그러나 國家目標規範으로서 國家의 環境保全義務를 規定하는 데에는 贊成이었다.

東獨憲法은 1968年 憲法 第15條 第2項에서 「市民의 權利를 위하여 國家 및 社會는 自然의 保護에 대하여 配慮한다. 湖水·河川 및 空氣의 淸淨維持 및 植物·動物界 및 郷土의 風光美의 保護는 所管의 諸機關에 依하여 保障되어져야 할 것이며 나아가 各 市民의 義務이다」고 規定하고 있다.¹⁹⁾ 이 憲法規定을 받아 1970年 5月 14日

Umweltschutz - Gesetzgebung, Aufgabe, geltendes Recht und Konzepte, Zürich, 1977 ; Budenborger, Strafrecht und Umweltschutz, Möglichkeiten und Grenzen, 1975 ; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983 ; Thieme(Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988 ; Kirichhof, Grundrecht auf Umweltschutz?, 1980, 500ff.

18) 詳細한 것은 레이빈더, 西ドイツにおける人間にふさわしい環境求むる基本權, 環境法研究 第8號, pp.99~111 ; 阿部照哉, 4月號) p.1 以下 ; 支那憲法에 있어서의 環境權立法에 관해서는 Klofer, Umweltrecht, 1989, S.39ff. ; 朴秀赫, 西도이질란트의 環境法 體系와 그 特色, 環境6卷(84. 12) 59面.

에 成立한 「國土文化法」은 그 前文에서 다음과 같이 規定하고 있다.²⁰⁾ 「獨逸民主共和國에 있어서는 自然과 그 資源은 國家에 봉사한다. 그들은 國家經濟의 발전을 위하여 및 勤勞者의 物質的·精神的·文化的 必要의 充足을 위한 重要한 基礎가 된다. 社會主義社會에 적합한 環境을 만들고 시민의 健康과 生活 즐거움을 增進하고 市民의 休養을 꾀하며, 市民의 休暇를 형성하여 가기 위하여서는 豊富한 植物이나 動物, 風土의 아름다움을 갖는 鄉土의 自然을 開發하고 育成하고 保護하는 것이 不可缺의 전제이다」 「이 法律의 對象은 自然的 環境의 有意義한 形成을 爲하여 社會의 自然的인 生活 基盤과 生産基盤(土地, 水, 空氣 및 植物, 動物界의 合體)의 維持改善 및 效率的 利用을 目的으로 하는 自然의 有效한 保護를 爲하여 社會主義鄉土의 美化를 위하여 시스템으로서 社會主義國家적 國土文化를 計劃적으로 發展시키는 일이다」 고 하고 있다.

東獨의 環境權은 包括的인 環境保護의 立場에서 있었으나 執行力의 不足으로 實現하지 못하였다. 그리하여 環境은 아주 나빴다. 이리하여 統一獨逸에서 東獨에 適用될 環境基本法(Umweltrahmengesetz)을 基草하였다. 이 草案은 1990年 6月 29日에 法律로 通過되었다. 國家條約 第16條는 人間·動物·植物·土地·物·空氣·氣候·風景·文化財 등을 有害한 環境作用에서 保護할 것을 規定하고 있다.²¹⁾ 그리하여 環境聯合을 形成하여 實效的인 環境政策을 꾀게 되었다. 統一條約은 第34條에서 環境保護에 관한 規定을 두고 있다. 그리하여 大部分의 西獨環境法이 東獨地域에서 適用되게 되

19) 詳細한 것은 Mampel, Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Text und Kommentar, SS.400~407

20) Das Gesetz über die planmäßige Gestaltung der sozialistischen Landeskultur in der Deutschen Demokratischen Republik(Landeskulturgesetz), vom 14. 5. 1970 ; Gesetzblatt 1970. S.67 in der Fassung des Wassergesetzes vom 2. 7. 1982(GBl. I. S.467)

21) Art. 16 Abs. 1 Staatsvertrag

었다.²²⁾

統一獨逸에서는 1994年 11월에 憲法을 改正하여 제20a條를 追加하여 自然的 生産基盤에 관한 保護에 관하여 規定하고 있다.²³⁾ 「國家는 來世代의 子孫들에게까지 責任을 지고 自然的 生活環境을 保護한다. 이는 適憲法的秩序의 領域 內에서 立法에 依하여 法律과 法的 尺度에 따라 執行權과 司法權에 依하여 保護된다」

(3) 日本에서의 環境權論

日本에서는 1970年 3月 東京에서 開催된 國際社會科學評議會 속의 環境破壞常置委員會가 主宰한 公害심포지움 때부터 環境權思想이 發展하기 始作하였다. 그 結論이라고 할 수 있는 東京決議에서 「특히 重要的 것은 사람인 者 누구나가 健康이나 福祉를 侵害하는 要因에 禍를 입지 않을 環境을 享有할 權利와, 將來의 世代가 남겨 주어야 할 遺産인 바의 自然美를 包含한 自然資源의 惠澤을 입을 權利를 基本的 人權의 一種으로서 가진다고 하는 原則을 法體系 中에 確立하도록 우리들이 要請하는 바이다」고 하고 있다.

또 1970年 9월에 開催된 日本辯護士聯合會 第13會 人權辯護士大會 公害심포지움에 있어서 環境破壞에 對抗하는 住民의 權利로서 環境權을 확립할 必要가 있다는 것이 強調되었다. 이와 前後하여 學界와 法曹界에서도 環境權이 活潑히 檢討되기에 이르렀다.²⁴⁾ 環

22) 詳細한 것은 Kloefer, "Umweltrecht", Achterberg/Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. SS.699~712 參照 ; Lücke, Umweltschutz und Verfassung in der DDR, Gedächtnisschrift für Martens, 1987 ; 韓獨法律學會, 韓獨環境法研究, 韓獨法學, 第9·10號 (合併號), 1991-1992.

23) GG Grundgesetz mit Verfassungsreform Gesetz §20a.

24) 大西芳雄, 公害·環境權, 生存權, 立命館法學 第90號(1970.11) ; 小林直樹, "人權としての環境權", 人間環境, 東京大學公開講座(4), p.297.

境權主張에 대하여 反論도 없지 않았으니 環境權은 直接 法院에 訴求할 수 있는 法的 權利가 아니고 第一次的으로는 立法·行政의 次元에서 具體化되어야 할 것이라고 하는 批判이 일어났다.²⁵⁾

이러한 環境權의 主張은 立法論에서도 重要な 意義를 가지게 되었다. 日本의 第64會 國會에 있어서는 野黨 3黨이 共同提案으로서 環境權保全基本法을 提案하였다. 이 法律案에 있어서는 「健康하고 文化的인 生活을 享受할 수 있다는 것은 國民의 基本的 權利이며, 「良好한 環境은 長期的인 視野下에 現在 및 將來의 國民을 위하여 舉國的인 努力에 의하여 確保되지 않으면 안된다」고 하고 있다. 또 좋은 環境이란 「i) 現在 및 將來의 國民들이 健康하고 文化的인 生活을 營爲하기 위하여 必要하고도 또한 充分한 自然環境 및 資源이 確保되어 있을 것, ii) 秀麗한 自然景觀이 保全되어 있을 것, iii) 國民의 健康하고 文化的인 生活을 營爲하기 위하여 必要하며, 또 充分한 公共的인 施設이 있을 것, IV) 重要的 歷史的·文化的인 遺産이 保存되어 있을 것 等の 各 條件이 整備되어 充足되어 있을 것을 必要로 한다」는 것이었다. 그러나 이 提案은 否決되었다.²⁶⁾

25) 代表的인 學者로는 原田尙彦, 環境權と裁判, 大阪公害訴訟一番判決에서는 環境權을 否認하고 있다. 그 根據로는 「그런데 環境權에 관해서는 實定法上 이러한 權利가 認定되어질 것인가 어떤가는 의문이다. 憲法 第13條·第25條의 規定은 어느 것이나 國家의 一般國民에 대한 義務를 規定한 綱領規定이라고 解하여야 할 것이며 同條의 趣旨는 國家의 施策으로서 立法, 行政上에 充實히 反映되지 않으면 안된다. 同條의 規定에 의하여 直接으로 箇箇의 國民에게 侵害者에 대하여 어떠한 具體的인 請求權이 認定되어 있는 것은 아니다」고 하고 있다. 學說로는 大西芳雄, 公害·環境權, 生命權, 立命館法學 第90號 卷頭言; 加藤一郎, 環境權의 概念을めぐって, 民法學의 現代的課題; 河合義和, 環境問題と公害理論 - 現代人權論의 斷面 -,ジュリスト No.629, pp.102~107.

26) 詳細한 것은 大阪辯護士會 環境研究會編, 環境權, pp.74~76 參照; 淡路剛久, 環境權訴訟의 現版と課題 - 環境權의 確立もめざして, ユリスト 710(80.2); 綿貫芳源, 環境權理論についての疑問, 今村成和教授退官記念, 1980; 戶松秀典, 環境權, 行政法の爭點, 90.6. p.248 以下; 竹中 勳, 憲法上の環境權의 法的性格と救濟方法, 判時(上)1167號(85.12), (下)1170號(86.1); 小林直樹, 憲法と環境權,ジュリスト (臨詩増刊) 特輯環境 - 公害問題と環境破壊492號(71.11), 222 面.

그러나 東京都 公害條例 등에서 環境에 대한 住民의 權利를 實定化하고 있다. 前文은 「모든 都民은 健康하고 安全 및 快適한 生活를 營爲하는 權利를 가지는 것이며, 이 權利는 公害에 의하여 함부로 侵害되어서는 안 된다. 모든 都民은 他人의 健康하고 安全하고 快適한 生活를 營爲할 權利를 尊重할 義務를 지는 것이며, 이 權利를 侵害하는 公害의 發生原因으로 되는 것 같은 自然 및 生活環境의 破壞行爲를 해서는 안 된다」고 하고 있다.

이 밖에도 古都에 있어서의 歷史的風土의 保存에 관한 特別措置法, 文化財保護法, 水道圈近郊綠地保護法, 都市計劃法, 建築基準法等 環境保護를 위한 여러 가지 法律이 있다. 이밖에도 公害對策基本法이라든가 公害防止關係法이 制定되어 있다.²⁷⁾

1993년에는 環境基本法을 制定하였다. 環境基本法은 그 目的에서 「環境의 保全에 관한 施策을 綜合적이고 計劃적으로 推進하고 그로써 現在 및 將來의 國民의 健康과 文化的인 生活의 確保에 寄與함과 함께 人類의 福祉에 貢獻할 것을 目的으로 한다」고 하고 있다.

(4) 其他 여러 나라에서의 環境權論

1972년의 유엔環境會議 以後 各國憲法에 環境權을 規定하게 되었다. 예를 들면 포르투갈憲法 第66條, 스페인憲法 第45條, 유고슬라비아憲法 第192條 1項 등이 國民의 環境에의 權利를 規定하고 있다. 이 밖에도 태국, 스위스, 그리스, 이란 등은 國民이나 國家에게

27) 詳細한 것은 日本의 環境法體系, 環境法研究, 10, 1988. pp.73~102, 朴鉉旻, 日本의 環境行政機構의 體制와 機能, 環境法研究11, 1988. pp.103~128; 淺野直人, 日本의 環境政策에 있어서 地方行政團體의 役割과 今後의 展望, 自治研究 3, 1991. 9. pp.40~48; 綿貫芳源, 日本에 있어서의 環境法の 最近의 動向, 環境法研究 7, 1985, pp.133~152.

環境保全의 義務를 賦課하고 있다. 이들 條項을 보면 다음과 같다.²⁸⁾

[포르투갈]

第66條 ① 모든 사람은 健康하고 生態學的으로 均衡된 人間的環境을 가질 權利가 있으며 이를 防禦할 義務가 있다.

[스페인]

第45條 ① 모든 國民은 人間的 發展에 適切한 環境을 享受할 權利를 가지며 保存하여야 할 義務를 진다.

② 公權力은 生活水準을 保護·改善하고 環境을 保護·復元하기 위하여 不可缺의 共同連帶感을 가지고 天然資源의 合理的利用에 留意하여야 한다.

③ 第2項의 規定에 違反한 者에 대하여 法律의 定하는 條件으로 刑事法 그리고 경우에 따라서는 行政罰, 이 밖에 損害가 發生한 경우 이의 補償義務를 設定할 수 있다.

[유고슬라비아]

第192條 ① 사람은 健康한 環境을 求할 權利를 가진다.

② 土地, 물 또는 其他의 自然財를 移用하는 者는 모두 健康한 環境속에서 사람이 勞動하고 生活할 條件을 確保하는 것과 같은 方法으로 利用하지 않으면 안된다.

[스위스]

28) 詳細한 것은 金哲洙, 立法資料教材憲法, p.394 以下 ; 法制處, 各國의 環境關係法(法制資料 158집), 1991, p.415 ; 國會事務處, 主要國의 環境法制(立法參考資料 242號), 1986, 保健法律社, 太平洋沿岸地域의 環境權과 政策, 保健法律, 19~21, 22, 23, 24, 35, 38, 1986~1987 ; 人間環境問題研究會, アジア諸國의 環境問題と法規制, 環境法研究, 6號(1976) ; 野村好弘, インド共和國의 環境法, ジュリスト936號(89.6)80面 ; R.T. Franson, 캐나다의 環境法 - 概觀, ジュリスト769號(82.6) 126面 ; 淺野直人, 中國の新環境保護法について, ジュリスト966號(90.11) 68面 ; 小眞品一, 最近のタイの環境問題と法, ジュリスト934號(89.6) 116面 ; 各國의 環境法制에 관해서는 Klopfer, Umweltrecht, SS.339~384 參照.

第24條의7 ① 聯邦은 有害 혹은 不快한 影響으로부터 人間과 그 自然環境을 保護하기 위한 規則을 制定한다. 聯邦은 特히 大氣汚染과 騒音除去에 努力한다.

② 規則의 執行은 法律에 의하여 聯邦에 留保되지 않는 한 各州에 委任한다.

[태국]

第65條 國家는 環境의 均衡을 保存·維持시키고, 國民의 健康과 衛生을 威脅하는 公害를 除去해야 한다.

[이란]

第50條 現世代와 다음 世代가 生活하여야 할 自然環境의 保護는 모든 國民의 義務이다. 環境을 돌이킬 수 없을 政道로 毀損시킬 위험이 있는 모든 經濟活動은 엄격히 禁止된다.

[그리스]

第24條 ① 自然的이고 文化的인 環境의 保護는 國家의 義務이다.

② 國家는 그 保全을 위하여 특별한 禮防 또는 鎮壓措置를 取하여야 한다. 山林(forests)과 一般的인 山林地域의 保護에 관한 事項은 法律로 정한다. 公有林地 또는 公有林地域의 土地利用 變更은 그에 대한 農業用 또는 기타 다른 用途로 使用하는 것이 國家經濟에 유익하거나 國家利益이 되지 아니하는 한 이를 禁止한다.

③ 國家의 地方行政區域의 再編成, 都市와 住宅地域의 造成(configuration), 開發, 計劃 및 擴張은 可能한 最善의 生活環境을 成就하고 이러한 住宅地域의 機能과 開發을 增進시키기 위하여 國民의 規制와 統制下에 둔다.

④ 特定地域內에 있는 財産의 所有者는 도로·廣場(squares)

및 地方自治團體의 公共建物과 敷地(communal units and spaces)의 建設을 위하여 必要한 土地를 利用할 수 있게 하고 都市計劃을 위한 基本的 公共用施設에 建築費를 充當함에 있어 當該 地域을 住宅地域으로 設定하여 發展시키기 위하여 法律이 定하는 바에 따라 地方機關으로 寄贈하여야 한다.

⑤ 住宅地로 指定된 特定地域의 土地所有者가 承認된 基本計劃에 따라 그 綜合開發計劃을 施行함에 있어 終局的으로 當該地域 内の 建築地 또는 建築物(building land or structures)로 指定되어야 할 地域 内に 包含되고 地下에까지 擴張되지 아니한 平面으로 되어 있는 不動產土地의 換地를 통하여 그에 參與(participation)할 수 있는 事項은 法律로 定할 수 있다.

⑥ 第1項 乃至 第4項의 規定은 既存住宅地域(already existing housing area)의 再開發(rehabilitation)에 대하여 이를 適用하여야 한다. 再開發에 의하여 정리된 地域은 地方自治團體의 建設敷地를 活性化하기 위하여 또는 地方自治團體의 公共建物の 建築을 爲하여 使用되거나 法律이 定하는 바에 따라 都市計劃에 의한 再開發費用을 充當하기 爲하여 賣却되어야 한다.

⑦ 遺跡과 遺跡地(monuments and historical sites)는 國家의 保護를 받는다. 이러한 保護를 위하여 必要하고 그에 대한 所有者의 權利를 制限할 수 있는 措置와 그 所有者에게 支給하 補償의 方法은 法律로 定할 수 있다.

(5) 國際的인 環境保護

環境問題에는 國境이 없으며 全世界的인 對策이 要望된다. 1972

년에 人間環境宣言이 採擇된 뒤에 國際的인 環境保護運動이 일어나고 있어 條約化되고 있다. 유엔의 1972年 人間環境宣言은 다음과 같다.

[人間環境宣言 1972]

① 사람은 環境의 創造物임과 同時에 環境의 形成者이다. 環境은 人間의 生存을 支撐해주며 知的·道德的·社會的·精神的인 成長의 機會를 주고 있다. 地球上 人類의 苦難에 充滿한 긴 進化의 過程에서 사람은 科學技術의 加速度의인 進歩에 의하여 스스로 環境을 無數한 方法과 前例없는 規模로 變革할 수 있는 힘을 얻은 段階에 達하였다. 自然 그대로의 環境과 사람에 의하여 만들어진 環境은 다같이 人間의 福祉와 基本的으로 重要 하다.

原則 ①사람은 그의 尊嚴성과 福祉를 保護함에 足한 環境으로 自由·平等 및 充分한 生活水準을 享受할 基本的 權利를 가짐과 同時에 現在 및 將來의 世代를 爲하여 環境을 保護하고 改善해야 할 嚴肅한 責任을 진다. 이에 關하여 人種隔離政策·人種差別·差別의 取扱·植民地主義 其他의 壓制 및 外國支配를 促進하거나 또는 恒久化하려는 政策은 排除되지 않으면 안된다.

② 大氣·물·大地·動植物 및 특히 自然生態界의 代表的인 것을 包含한 地球上의 天然資源은 現在 및 將來의 世代를 爲하여 注意깊은 計劃과 管理에 依하여 適切히 保護받지 않으면 안된다.

그 뒤에 많은 國際條約이 採擇되었다.²⁹⁾

UN의 下部機關으로서 유엔環境프로그램(United Nations Environment Programme : UNEP)이 設置되었고 1981년에는 그 主導하에 Montevideo環境法 프로그램이 採擇되었다. 1982년에는 自然을 위한 UN世界憲章이 UN總會決議로써 成立하였다. 이 憲章은 Stockholm 宣言의 內容을 超越했을 뿐만 아니라 實效적인 實踐要綱을 規定하였다.³⁰⁾ 그러나 이 憲章은 지나치게 理想的인 것으로 認定되어 잘 지켜지지 않고 있다.

UN의 傘下機關들이 個別的으로 環境立法에 關與하고 있다. 또 地域적으로 OECD라든가 EU들이 條約을 만들어 國際적인 環境法體系를 만들어 가고 있다.³¹⁾

Stockholm大會 後 20년이 되는 1992년에는 Rio de Janeiro에서 地球頂上會議가 열렸다. 이 環境과 開發에 관한 유엔會議(UNCED)에서는 날로 惡化되어 가고 있는 地球環境을 保全하기 爲하여 27個項의 環境과 開發에 관한 리우宣言(The Rio Declaration on Environment and Development)³²⁾과 21世紀를 爲한 細部實踐綱領이 採擇되었다.

29) 環境權, 바젤條約加入에 對備한 國際環境政策의 方向, 貿易312, 1992.8. pp.17~22 ; 李允容, 環境問題와 國際環境條約, 大邱商義, 344, 1991. 8. pp.8~17 ; 李相敦, 滅種危機에 處한 野生動植物의 國際法來에 關한 協約에 대한 研究, 環境法研究第12卷, 1990. pp.29~58.

30) T. W. Wilson, Then Human Environment and Global Political Adaptation, Global issues in Transition.

31) v. Moltke/Schmölling/Kloepfer/Kohler, Grenzüberschreitender Umweltschutz in Europa, 1984.

32) Yost, Nicolas C. 吳錫洛 譯, 리우, 그리고 그 넘어 길, 環境講演集1號(92.11), 121面 ; 朴庸秀, 리우環境會議에 대한 美議會聽聞會 會議錄, 立法217號(93.3), 109面 ; 韓宅煥, 리우環境會議와 에너지問題, 에너지2號(92.12), 67面 ; 丁相朝, Rio環境會議와 環境技術利用의 活性化, 법연3號(92.12), 157面 ; 李相敦, 리우環境會議議題의 體系的 利害와 分析, 環境講演集1輯(9.11), 9面 ; 同人, 環太平洋環境會議의 背景과 主題, 環境講演集2輯(93.7), 55면 ; 同人, 全地球的 環境問題에 대한 國際社會의 對應, 저스티스 22卷, 1989, p.178이하 ; 山村恒年, 世界の環境問題をめぐる動き - 各種環境會議의 動向と問題點, 法律時版 62. 1(90.1), p.47以下 ; 盧隆熙, 리우環境會議의 平價와 展望, 國會報, 312(92.10), pp.80~89 ; 李相敦, 環境과 開發에 關한 리우宣言, 環境法研究14(92.), pp.239~268.

이 Agenda21(議題21)은 本質的으로는 앞선 20年 동안에 이루어진 現在의 世界가 處한 環境에 관한 많은 일을 잘 다루고 있다. 支撐할 수 있는 개발을 위해서는 人口成長率의 急激한 감소에 對하여 에너지와 物質의 過度한 消費를, 그리고 廢棄物이 이 行星의 汎世界的인 公有地域, 基本的인 生物學的 體系 및 化學的 循環에 미치는 許容限界를 넘는 影響을 急進的으로 減少시키기 爲하여 工業體系의 再調節을 必要로 하게 될 것이라고 強調하고 있다. 1994年 9月 에는 Cario에서 유엔 人口 및 開發會議가 열려 環境과 開發에 관하여 論議하였다.

(6) 우리 나라에서의 環境權論

우리 나라에서는 環境問題의 深刻性이 認識되지 않다가 1972年 유엔環境會議를 前後하여 環境問題가 論議되기 始作하였다.³³⁾ 이 경우에도 주로 公害對策인 消極的인 側面에서 論議되었다. 松法學者들은 美國과 日本의 理論에 따라 環境權을 主張하게 되었다.³⁴⁾ 韓國法學教授會는 「法과 公害」에 이어 「法과 環境」이라는 冊을 刊行하고 環境權에 관하여도 考察하고 있다. 1977년에는 韓國公法學會에서도 「環境行政의 問題」라는 심포지엄을 연 바 있다.

實定法으로는 1977年 1월에 公害防止法이 制定되었다. 第1條를 보면 「이 法은 大氣汚染·水質汚染·騒音 또는 振動으로 因한 保健衛生上의 危害와 生活環境의 被害를 防止하여 國民保健의 向上과 適正한 生活環境을 造成함을 目的으로 한다」고 하고 있다. 「生活

33) 金斗憲, 人間環境의 基本問題, 學術院環境研究報告書, 1972 ; 中央日報, 人間環境 세미나, 1972.

34) 全昌祚, 環境權의 法理, 新法政 第3卷 第1號(73.1) ; 具然昌, 環境權思想, 法과 公害, 韓國法學教授會編, pp.331~377.

環境이라 함은 國民의 生活에 密接한 關係가 있는 財産과 動·植物 및 그 生育環境을 말한다」고 하고 있다.(公害防止法 第2條) 1972年 憲法은 「國土와 資源은 國家의 保護를 받으며 國家는 그 均衡있는 開發과 利用을 爲한 計劃을 樹立한다」고 規定하고 「國家는 農地와 土地 其他 國土의 效率的인 利用開發과 保全을 爲하여 法律이 定하는 바에 依하여 그에 관한 必要한 制限과 義務를 科할 수 있다.」고 規定하고 있다. 이에 따라 國土建設綜合計劃法, 國土利用管理法 등이 制定되어 있다. 公園法, 都市再開發法 등은 自然風景地의 保護라든가 都市의 健全한 發展과 公共福利의 增進 등을 規定하고 있다.³⁵⁾

1977年 年末 國會는 環境保全法을 만들어 環境保全에 關하여 規定하고 있다. 環境保全法은 「大氣汚染·水質汚染·土壤汚染·騒音·振動 또는 惡臭 등으로 因한 保健衛生上の 危害를 防止하고 環境을 適正하게 保全함으로써 國民保健向上에 寄與함을 目的으로 한다」고 하고 있다.³⁶⁾ 여기서 健康權으로서의 環境權이 認定되어 있다고 하겠다.³⁷⁾

1980년 制定된 第5共和國憲法은 環境權에 關한 規定을 두게 되었다. 第33條는 「모든 國民은 깨끗한 環境에서 生活할 權利를 가지며 國家와 國民은 環境保全을 爲하여 努力하여야 한다」고 規定하였다. 이어 第6共和國憲法은 第35條에서 「① 모든 國民은 健康하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保

35) 公害防止法을 비롯하여 輸出産業工業團地開發造成法, 工業配置法, 都市計劃法, 汚物清掃法, 水道法, 建築法, 下水道法, 河川法, 公有水面管理法, 開港秩序法, 水産業法, 水産振興法, 港灣法, 觀光業法, 水産資源保護領 등이 公害防止에 關하여 規定하고 있다.

36) 環境保全法(77. 12. 31.) 第1條는 健康權을 規定하고 있다. 健康權에 關해서는 金東煥, 健康權, 法律新聞, 健康權을めぐって特輯, JURIST No.539 參照.

37) 環境權에 關해서 憲法改正時에 特別히 規定하여야 한다는 見解로는, 盧隆熙, 環境危機와 環境法, 檢察 第1號(1978), p.55가 있다. 詳細한 것은 金哲洙, 環境權, 環境法研究3(1981), 金世忠, 憲法上 環境權에 關한 小考, 서울大學校 碩士學位論文, 1983 等 參照.

을 爲하여 努力하여야 한다. ② 環境權의 內容과 行使에 關하여는 法律로 定한다. ③ 國家는 住宅開發政策을 通하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 努力하여야 한다」라고 規定하게 되었다. 이 規定은 世界에서도 보기 드문 環境權의 實定憲法化規定이라고 하겠다.

새 憲法에 따라 環境政策基本法 等이 制定되었고 公害防止法이나 環境保全體制에서 벗어나 새로운 環境法體制가 完全히 整備되었다.³⁸⁾

地方法院이나 高等法院에서는 環境權을 인정하는 判決이 나오고 있으나 大法院은 否定的이다.³⁹⁾

II. 環境權의 憲法上 根據

1. 世界各國 憲法上 環境權의 根據規定

環境權이 새로운 基本權으로 登場하였기 때문에 世界各國 憲法에서는 그 明文規定이 없어도 解釋論으로서 環境權의 根據를 發見하려고 하고 있다.⁴⁰⁾

38) 李相敦, 環境政策基本法과 環境對策個別法, 司法行政375, 1992.3. ; 威舜銘, 環境立法에 關한 研究, 明知大博士學位論文, 1985 ; 全炳成, 우리나라環境法の 發展과 環境政策基本法の 制定, 環境法研究 第14輯(1992), pp.75~122 ; 詳細한 것은 金哲洙, 韓國에서의 環境權과 環境立法, 韓日法學研究.

39) 대법원 1995. 5. 23. 선고, 94마2218 결정 ; 부산고등법원 1995. 5. 18. 선고, 95카합5 판결 ; 대법원 1995. 9. 15. 선고, 95다23378 판결 ; 서울지방법원 1995. 9. 7. 선고, 94카합6253 판결

40) 詳細한 것은 Bothe-Klein, Das Recht auf eine gesunde Umwelt, ZaöRV, Bd.34, 1974, S.35 ; Mattes, The Right to Human Environment, A Seminar, Env. Pol & Law, 1, 1975, S.86.

(1) 美國憲法과 環境權

美國에서도 시민에게 環境權이 있다는 것은 承認하나 憲法에 明文이 規定이 없기 때문에 그 根據를 어디에서 發見할 것인가에 대해서는 學說이 對立되고 있다. 一般的으로 健康한 環境權은 修正憲法 第5條에서 由來한다고 본다. 修正憲法 第5條의 規定을 보면 「No Person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law」라고 規定하고 있는데 環境의 侵害는 國民의 生命이나 自由에 대한 侵害로 보는 發想이다. 修正憲法 第14條는 州가 適法節次에 의하지 아니하면 生命이나 自由, 財産을 剝脫할 수 없다고 規定하고 있다. 이 學說에 따르면 環境訴訟의 原告는 修正憲法條文이 列擧한 生命, 自由, 財産이 公害 등에 의하여 侵害되었다는 立證을 하지 않으면 안되게 될 것이다. 오늘날 市民의 健康 및 安全에 대한 威脅이 增大하고 있는 것을 생각할 때 修正憲法 第5條에서만 環境權을 根據 지을 수는 없을 것이다.⁴¹⁾

環境權의 根據를 修正憲法 第9條에서 發見하려는 사람도 있다. 주지하는 바와 같이 「The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people」이라고 規定하고 있다. 이 修正憲法 第9條는 國民에게 保有되어 있는 權利, 즉 自然權이 있음을 明白히 하고 있다. 새로운 基本權인 環境權은 privacy의 權利와 마찬가지로 이러한 여러 適法節次條項의 penumbra(半徑)에 包含되어 있다고 본다.⁴²⁾ Goldberg大法院判事는 Griswold v. Connecticut事件에서⁴³⁾

41) Robberts, The Right to a Decent Environment, 55 Cornell Law Review, 674.

42) Hanks & Hanks, The Right to a Habitable Environment, op. cit. ; Pettigrew, A Constitutional Right of Freedom from Ecocide, Environmental Law, Winter 1971, 1, p.5.

43) 381 U.S. 479(1965).

Warren大法院長 및 Brennan大法院判事와 共同으로 그 個別的 贊成意見 中에서 反影理論을 받아들여 修正憲法 第9條를 다른 어디에도 特記되어 있지 않는 基本的人格權(fundamental personal rights)의 獨立된 根據로 보고 있다.

(2) 獨逸憲法과 環境權

獨逸基本法에는 直接 環境權을 保障하는 規定은 없으므로 이를 補完해야한다는 主張이 많았다. 그러나 聯邦議會는 環境基本權에 관한 規定을 두는 것을 忌避하였다.⁴⁴⁾ 그럼에도 불구하고 環境權을 認定하는 見解가 많다.⁴⁵⁾ 그러나 憲法規定은 國家에게 環境保全의 義務를 부과하고 있기 때문에 客觀的秩序로서 環境保全義務를 強調하고 있을 뿐이다. 예를 들면 憲法改正을 통하여 國家의 쓰레기 청소, 空氣淨化, 騒音規制 등을 위한 聯邦立法의 可能性을 規定함으로써 環境保全을 하도록 하고 있었다.⁴⁶⁾ 1994年의 憲法改革法(Verfassungsreformgesetz, 1994)에서 第20a條를 追加하여 國家의 環境保全의 義務를 規定하고 있다. 이에서 곧 環境權이 保障되어 있다고는 할 수 없다.

44) 詳細한 것은 Klopfen, Umweltrecht ; Püttner/Achterberg, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II. S. 567 參照.

45) 西獨憲法上の 環境權에 관해서는 Ule, Umweltschutz im Verfassungsund Verwaltungsrecht, Rehbinder, Grundlagen des Umweltschutzes, 1972 ; Dahl, Bedrohtes Umwelt ; Weber, Umweltschutz im Verfassungsund Verwaltungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt, 197, S.806 ; Kriele, Umweltschutz und Umweltgestaltung, 1972 ; Klein, Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?, Festschrift für Werner Weber, 1974 ; Steiger, Mensch und Umwelt-zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts, 197 ; Dellman, "Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", Die Öffentliche Verwaltung, 1975, S.588 ; Börner(Hrsg.), Umwelt, Verfassung, Verwaltung, 1982. ; Klopfen, Umweltrecht, 1989. ; Peters -Schenk-Schlabach, Umweltverwaltungsrecht, 1990. ; Bender/ Sparwasser, Umweltrecht, 2.Aufl., 1990 ; Hoppe/ Beckmann, Umweltrecht, 1989 參照.

46) 國家의 自然保護 등에 관한 立法에 대해서는 Klopfen, "Umweltrecht", Besonderes Verwaltungsrecht ; Hoppe/Sparwasser, Umweltrecht 等 參照.

獨逸에서의 環境權의 根據로서는 人格權과 財産權 等の 憲法規定에서 이를 이끌어 내고 있다. 특히 國家의 環境侵害에 대한 防禦權으로 論議되고 있다.

첫째로는 人間의 尊嚴權에 관한 規定이다. 「人間의 尊嚴은 不可侵이다. 이를 尊重하고 또 保護하는 것은 모든 國家權力의 義務이다」고 規定하고 있다. 이 規定은 minimum의 生存配慮를 保障하는 것이나, 동시에 生態學上의 生存의 minimum(ökologische Existenzminimum)을 享受하는 權利를 包含한다고 解釋되고 있다. 그러나 人間의 尊嚴은 環境權까지 包括하는 것은 아니라는 反論도 있다.

環境權을 단순한 防禦權으로 보지 않고 環境保障請求權으로 보는 경우 이는 一種의 給付請求權(Leistungsrecht)으로서의 性格을 가진다.⁴⁷⁾

둘째로는 生命·身體不可侵에 관한 規定이다. 「누구나 生命·身體를 해치지 않을 權利를 가진다」. 人身의 自由는 不可侵이다. 이들 權利는 法律에 기해서만 이것을 侵害할 수 있다. 生命·身體에 異變을 가져올 것 같은 環境作用은 이 防禦의 權利의 侵害를 의미한다. 身體의 不毀損은 一般的으로 健康狀態와 同義語로 생각되어지고 있다. 環境權을 無害한(unschädlich) 또는 良好한 環境에 대한 權利로 보는 한 이 健康權에서 環境權을 도출할 수 있을 것이다. 이들은 基本法 第1條와의 聯關下에서 最低限度의 環境權을 規定하고 있다.(Benda).⁴⁸⁾ 聯邦憲法裁判所는 第2條 第2項의 規定을 國家行爲에 대한 防禦權으로서 뿐만 아니라 國家機關이 이들 生命權, 身

47) 예를 들면 Benda, "Verfassungsrechtliche Aspekte des Umweltschutzes", UPR, 1982, 241ff. ; Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971 ; Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974.

48) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, S. 28 ; Steiger, Mensch und Umwelt - zur frage der Einführung eines Umweltgrundrecht, 1975, A.64ff.

體不可毀損權 等を 保護하고 伸張해야 할 義務를 지는 것으로 보아 健康保護와 環境保護도 이 規定에 根據할 수 있음을 判示하고 있다.⁴⁹⁾

셋째로는 人格의 自由로운 發見에 관한 規定이다. 第2條 第1項은 「누구나 他人의 權利를 侵害하지 않고 또 憲法的 秩序 또는 道德律에 反하지 않는 한 그 人格의 自由로운 發見을 目的으로 한 權利를 가진다」고 規定하고 있다. 이 條項은 包括的 人格權을 保障하는 것으로서 아름다운 景觀의 維持에 관한 權利, 騒音, 惡臭, 汚染이 전혀 없는 環境을 누릴 權利 등은 이에 包含된다고 하겠다.⁵⁰⁾

이 權利는 一般의 行動自由權에 관한 規定이므로 第1條 第1項과 연결됨으로써 人間다운 環境에서 살 權利를 保障한다고 한다. 베를린 高等行政裁判所는 基本法 第2條 1項과 聯邦自然保存法과 聯邦基本法과 關聯하여 森林地域에 대한 特別히 重大한 侵害에 대하여는 防禦請求權이 나온다고 한다. 그러나 聯邦行政裁判所는 基本法 第2條 第1項에서 直接 環境權이 나오는 것이라고는 하지 않고 있다.⁵¹⁾

넷째로는 財產權에 관한 規定이다. 環境權의 私인에 의한 侵害는 國家의 許可나 認可, 承認 等に 의하여 行해질 수 있는데 이 때 國民은 財產權에 기하여 이에 抗議할 수 있다. 예를 들어 土地에 대한 日照侵害 등은 政府의 建築許可에 의하여 이루어지므로 이에 대하여는 土地財產權에 의한 防禦請求權이 認定된다. 또 私人の 環境權侵害에 대해서는 相隣權 等に 의하여 對抗할 수 있다.⁵²⁾

(3) 日本憲法과 環境權

49) BVerfGE 56, 54(73ff.)

50) 贊成 - Rauschnig, VVDStRL 38(1980). S. 167ff. 177. ; 反對 - Kloep

51) Urteil v. 29. 7. 1977., BVerfGE 54, 211.

52) 詳細한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, S.58 以下 參照.

日本憲法에도 環境權을 明文으로 規定한 것은 없다. 學者들은 憲法 第25條의 生存權規定과 憲法 第13條의 幸福追求權에서 그 根據을 찾고 있다. 日本憲法 第13條는 「모든 國民은 個人으로서 尊重된다. 生命·自由 및 幸福追求에 대한 國民의 權利에 관해서는 公共의 福祉에 한하지 않는 한 立法 其他의 國政上 最大의 尊重을 必要로 한다」고 하고 있다. 佐藤幸治 教授는 「環境權은 基本的으로 第13條의 問題로서 처리하고 그 豫防請求權의 側面은 第25條의 問題로서 把握하는 것이 明瞭한 것처럼 생각된다」고 하면서 第13條에 대해서는 「包括적인 生命·自由·幸福追求權을 保障하는 第13條와 個別的 基本權을 保障하는 第14條 以下와는 一般的 特別法과의 關係에 類似한 關係에 서며 個別的 基本權이 補充적으로 適用된다」고 하고 있다.⁵³⁾ 松本昌悅 教授도 이 生命 自由維持의 人權의 基本的인 性格은 극히 當然한 일로서 反公害·反環境破壞로서의 環境權의 基本的性格이 위축되어지는 것이라고 하고 있다.⁵⁴⁾

小林直樹 教授는 「憲法の 基本的人權의 全體에 담겨 있는 人間 尊重의 精神 그 自體가 여기서 말하는 環境權의 土臺를 이루고 있다고 할 것이다」고 한다.⁵⁵⁾

그러나 大阪地方裁判所는 第13條에서 人格權만 認定하고 公害의 私法的 救濟手段으로서의 環境權을 否認하고 있다. 判決理由의 一部를 보면 「그런데 環境權에 관해서는 實定法上 이러한 權利가 認定되는가 않는가는 疑問이다. …原告 等 指摘과 같이 요즈음 公害에 의한 環境破壞는 顯著하여 良好한 環境을 破壞에서 지키고 維持하

53) 佐藤幸治, 環境權としての日照權, *ジュリスト* 1971年 1月號 増刊號, p.232.

54) 松本昌悅, 環境權, *法律時報 臨時増刊*, 1977.5. p.234..

55) 小林直樹, 現代基本權の展開, p.272.

여 갈 必要가 있는 것은 그 누구도 否定할 수 없는 바이며 政府, 公共團體가 環境保全을 爲하여 公害防止의 施策을 樹立하고 實施하여야 할 것은 當然한 것이나, 이에서 바로 公害의 私法的 救濟手段으로서의 環境權이라는 것이 認定된다고 하는 것은 輕率한 것이라고 하지 않으면 안 된다」고 하고 있다.⁵⁶⁾ 이 判決은 第13條에서 人格權만 認定하고 環境權을 부인한 점에서 타당하다고는 할 수 없다.

大阪高等裁判所도 「個人的 生命・身體・精神 및 生活에 관한 利益은 各人の 人格에 本質的인 것으로서 그 總體를 人格權이라고 할 수 있으며 이러한 人格權은 누구도 함부로 이를 侵害하는 것은 許容되지 않으며 그 侵害에 대해서는 이를 排除할 權能이 認定되지 않으면 안 된다」고 하여 人格權은 認定하면서 環境權은 否定하고 있다.⁵⁷⁾

그러나 日本의 最高裁判所는 大阪空港騒音公害事件에 있어서 民事訴訟의 差止請求를 不適法하다고 하여 環境權, 人格權에는 言及을 하지 않고 있다.⁵⁸⁾

一般的으로는 環境權의 根據를 憲法 第25條에서 찾고 있다. 日本 憲法은 第25條에서 「모든 國民은 健康하고 文化的인 最低生活을 營爲할 權利를 가진다」고 하고 있는데 이 生存權은 「健全한 生活 環境을 保持할 權利를 內包하고 있는 것」이라고 보고 있다. 日本 辯護士聯合會의 ‘公害심포지엄’의 報告者들도 「環境權의 法的 位置

56) 大阪地判, 昭 49.2.27., 判時 729~4

57) 大阪高判, 昭和 50.11.27. 判時 797, p.36 以下 ; 牛山 穂, 大阪空港公訴審判法と人格權, 環境權, 法律時號 76.2, p.44 以下 ; 作問忠雄, 大阪空港公害訴訟と環境權 - 空港管理者に於ける國にたいし航空機騒音差止損害賠償請求(75.11.27 大阪高裁, 昭49(ネ)453, 473), *ジュリスト*(増刊)憲法の判例(第3版), 161面 ; 中村睦男, 環境權(2)-大阪空港公害訴訟(75.11.27 大阪高裁 昭49(ネ)453,473), *法セ(別・付)判例ハンドブック(憲法)*, 114面.

58) 最大判 昭56.12.16. 民集55卷10號, p.1397.

定立에 대해서 우선 생각되어지는 것은 憲法 第25條를 求할 權利는 憲法 第25條에서 말하는 基本的人權이라고 생각된다」고 하고 있다.⁵⁹⁾ 松本昌悅 教授도 같은 이유로 憲法 第25條에서도 環境權을 導出해내고 있다.⁶⁰⁾ 大須賀明 教授는 第25條의 生存權規定의 具體的 權利性의 論證에 있어서 公害問題와의 關聯에서 그 性格을 說明하고 그 公害問題의 國家에 의한 解決은 곧 生存權의 立法趣旨에 合致되는 것이며 이 점에서도 우선 憲法 第25條에 기하여 「國家는 公害의 防止策이나 救濟策을 講究하지 않으면 안 될 憲法上의 義務가 있다고 할 수 있다」고 하고 있다.⁶¹⁾

그러나 環境破壞에 의한 人權侵害에 對處하기 爲하여 第25條의 生存權規定에 根據함과 함께 第13條의 幸福追求權에 依據하지 않으면 안 된다는 事實이 認定되었다.⁶²⁾ 그리하여 오늘날 大部分의 學者는 環境權의 根據를 憲法 第25條와 第13條에서 찾고 있다. 小林直樹 教授는 이를 憲法 第25條와 第13條에서 ‘二重으로 包裝’하는 것이라고 보고 있다.⁶³⁾⁶⁴⁾

日本의 下級審判決은 이를 否定하는 것과 肯定하는 것이 있다. 鹿兒島地方裁判所는 「憲法 第25條 第1項, 第13條 第1項의 規定에서 바로 申請人들이 主張하는 것 같은 內容의 環境權이라는 權利를 각 個人이 가진다고 하는 것에는 각 個人의 權利의 對象이 되는 環

59) 前掲 大阪辯護士會編, 環境權, p.51 參照.

60) 松本昌悅, わがける環境權理解とその人權としての性格, 中京法學 第10卷 第1號

61) 大須賀明, 社會權の法理, 公法研究 第34號, pp.120~131.

62) 松本昌悅, 環境權, p.324.

63) 小林直樹, 現代基本權の展開, p.276.

64) 生命權과 健康權, 生活權과 環境權의 關係를 다음과 같이 보는 見解도 있다. 下山暎二, 健康權 - その概念確立の必要性と可能性 -, ジュリストNo.538, p.19. 「따라서 人間の 生存과 生命을 中心으로 하여 健康→生活→環境으로 外延을 넓혀 나간다면 健康을 保持하는 權利는 人間の 社會保持와 같은 次元에서 行해진다고 思考하는 것도 可能하며 또 環境權, 生存權 等の 概念이 成立할 수 있다고 한다면 보다 生命에 接近値를 갖는 健康의 權利를 公認하는 것은 이상할 것이 없다」고 하고 있다.

境의 範圍(環境을 構成하는 內容의 範圍 및 그 地域的 範圍), 共有者로 되는 者의 範圍의 어느 것이나 明確하지 않다는 점을 생각하면 쉽게 同調하기 어렵다」⁶⁵⁾고 하고 있다. 環境權을 정면으로 承認하지 않으면서 人格權을 認定하여 公害差止判決을 한 例는 많다.⁶⁶⁾

野中俊彦 教授는 環境權은 「健康하고 文化的인 最低限度の 生活을 維持하기 위한 必要最小의 條件이기 때문에 憲法 第25條에 의하여 根據되지 않으며 또 그것은 幸福追求의 基本條件이므로 憲法 第13條에 依하여도 根據지워진다」고 하고 있다. 여기까지는 學說이 一致되어 있다고 본다.⁶⁷⁾ 環境權은 第13條 第25條에 의하여 二重으로 保障되어 있다. 第13條에 의하여 保障되는 環境權은 生活環境破壞에 防禦權으로서 機能하고 人間에 값하는 環境을 確立하기 爲하여 國家의 積極的인 行爲를 請求하는 權利는 第25條에서 保障된다고 한다.

2. 韓國憲法上 環境權의 根據規定

(1) 第4共和國下의 環境權의 根據規定

環境權에 관한 特別한 規定이 없었던 第4共和國憲法에서는 憲法 第8條의 人間의 尊嚴과 價值條項, 第30條 第1項의 生存權規定, 第31條 第1項의 生存權規定, 第31條 第1項의 財產權規定에서 環境權의

65) 兒島地判, 昭47.5.19, 判時 676~27. 札幌地判 昭55.10.14., 東京地判, 昭62.3.27

66) 廣島地判, 昭46. 5. 20. 下民集 22-5, 6-640. 各古屋地判, 昭47. 10. 19, 判時 683-22. 大阪高判 昭50. 11. 27

67) 芦部 編, 憲法Ⅱ, p.186(阿部), 小林, 講義)上), p.561, 佐藤幸治, 憲法(新版), p.545, 野中俊彦 外 共著, 憲法Ⅰ, p.454.

根據를 찾았다.⁶⁸⁾ 어떤 사람은 第32條 第1項에서 「國民의 自由와 權利는 憲法에 列擧되지 아니하였다는 理由로 輕視되지 아니한다」는 條項에서 憲法에 列擧되지 아니한 基本權으로 環境權을 導出하려고 한 사람이 있으나 이는 注意的 權利創設的 規定으로 잘못 理解한 것이라고 하겠다.⁶⁹⁾

(2) 韓國 第6共和國憲法上的 根據規定

1987년에 制定된 現行憲法은 第35條에서 健康하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 規定하기에 이르렀다. 憲法 第35條는 「① 모든 國民은 健康하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保全을 위하여 努力하여야 한다. ② 環境權의 內容과 行使에 관하여는 法律로 정한다. ③ 國家는 住宅開發政策 등을 통하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 努力하여야 한다」고 規定하고 있다. 이밖에도 人間의 尊嚴과 價値, 幸福追求權을 糾正한 憲法 第10條와 健康에 관한 權利를 規定하고 있는 憲法 第36條 第3項 등을 環境權의 憲法上 根據라고 할 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

68) 同旨：文鴻住，環境權序說(上)(下)，考試研究，1977，9/10號。

69) 同旨：全昌祚，環境權의 確立，法과 環境，p.213. 이 當時의 環境權論에 대하여는 盧隆熙，經濟成長과 環境污染，國會報，第154號，1976.10.，同人，環境權序說(1)，環境論叢 第1卷1號，1974，文鴻住，環境權序說，考試研究，1977.8-9，朴秀赫，環境污染에 대한 行政的 規制-獨逸 環境法을 中心으로-，環境法研究 第3卷，1981，朴一慶，環境權，考試研究，1982，韓相範，健康 및 生命을 保存할 權利와 公害問題，法曹22第1號(73.1) p.16면 以下，金哲洙，環境權(上)(下)，法政，78/79(77.8-9)，同人，憲法上的 環境權，檢察69.1.(78.4) p.68 以下，安溶教，環境의 法理，建國大法經論叢 7號(72. 10)，p.70 以下，全昌祚，環境權의 法理(上)(下) 73.1-2.，김성환，公害로 인한 損害賠償과 立證責任，判例研究 第3號，서울辯護士會，1978，金容旭，環境權의 最近動向과 課題，法曹第25卷 1·2號，1976. 1-2. 金元主，水汚染의 規制，公害對策 通卷47號，1978.6.，金哲洙，環境權，公法研究 第6號，1978.

70) 現行憲法上的 環境權에 관해서는 金哲洙，環境權，環境法研究 第3卷，81.7. 5面 以下；尹明善，環境權，月刊考試 20卷8號(235號)(93.8.)，71面 以下；朴在田，環境權의 侵害救濟에 關한 研究，濟州大學法學論考 14輯，82.7. 183面 以下；安溶教，環境權의 法理，建大學術誌，25輯(81.5.)，181面 以下；徐元宇，環境權의 性質과 效力 法學(서울大) 57(84.5) 25面 以下；金哲洙，우리 憲法上的 環境權，司法行政，1985.4.；徐元宇，環境權의 性質과 效力，法學 第25卷1

Ⅲ. 環境權의 法的 性格과 效力

1. 環境權의 法的 性格

環境權의 法的 性格에 대해서는 이를 人格權으로 보는 見解와 財産權으로 보는 見解, 生存權으로 보는 見解가 對立되어 있다.

(1) 學 說

1) 人格權說

日本에서는 環境權을 憲法 第13條에 根據하는 것으로 보아 이를 人格權이라고 한다. 大阪高裁는 「무릇 個人的 生命, 身體의 安全, 精神的 自由는 人間의 生存에 가장 基本的인 事項으로서 法律上 絕對的으로 保護되어야 할 것은 疑問의 餘地가 없으며, 또 人間으로서 生存하는 이상 平穩, 自由로운 人間으로서의 尊嚴에 相應하는 生活을 營爲하는 것도 最大限 尊重되어야 할 것으로서 憲法 第13條는 그 趣旨에 立脚하는 것이며 同25條도 反面에서 이를 立證하고 있는 것으로 解釋할 수 있다. 이러한 個人的 生命, 身體, 精神 및

號, 1984.5. ; 신의순, 持續可能發展을 實現하기 爲한 環境政策의 方向, 立法調査月報, 1991.8. ; 신현덕, 環境問題에 대한 接近方法의 考察, 環境保全協會誌 第3卷 1·2號, 1982.12. ; 오대성, 集團의 被害救濟訴訟에 있어서 當事者適格에 關한 社會法學的 研究, 司法行政, 1993. 10-11. ; 洪性邦, 韓國憲法 第35條 環境權에 關한 研究, 江原法學(90.4.), pp.147-176 ; 李康赫, 環境權과 權利救濟, 徐元宇教授華甲記念論文集, 1991, pp.679-692 ; 韓相秀, 環境權의 實現手段에 關한 小考, 徐柱實博士華甲記念論文集, 1992. pp.411-438 ; 許營, 環境權에 關한 研究, 慶熙法學 21.1.(1986), pp. 157-173 ; 姜大植, 憲法上 環境權에 關한 考察, 淸州大牛岩論集, 7.1991.3. pp. 253-296. ; 韓相範, 人間으로서의 環境權의 法理, 考試研究, 1981.1. ; 韓相範, 環境權의 法哲學的·生態學的論究의 試圖, 法學, 1981.6. ; 韓昌圭, 環境行政訴訟의 研究, 公法論叢 (朴一慶博士回甲記念論文集), 1981.

生活에 관한 利益은 各人의 人格에 本質的인 것으로서 그 總體를 人格權이라고 할 수 있으며, 이러한 人格權은 누구도 함부로 이를 侵害하는 것이 許容되지 않으며 이 侵害에 대해서는 이를 排除할 機能이 認定되지 않으면 안 된다⁷¹⁾고 했다.

2) 財産權說

獨逸에서는 排氣가스, 惡臭, 騷音으로 財産權을 侵害하거나 太陽, 日光, 展望 등을 剝奪함으로써 財産權을 侵害당한다고 보아 公害排除請求權을 財産權에서 이끌어 내려고 한다. 公害排出排除請求權으로 보아 私權으로 보는 것도 一理가 없는 것은 아니다. 그러나 國家權力에 대한 防禦權은 人格權에서 이미 導出되기 때문에 財産權으로 볼 必要는 없을 것이다.⁷²⁾

3) 生命權說

環境權을 生命權의 一種으로 보는 것이 오늘날의 多數이다. 國家에 대하여 積極的으로 快適한 環境을 만들어 달라고 積極的으로 請求할 수 있는 環境權은 生命權의 하나라고 한다.

4) 우리 나라의 學說

環境權은 새로운 人權의 하나로 최근에 登場하였고 그 性格上 여러 基本權과 關聯을 가지고 있으므로 그 法的 性格에 관해서는 學者들간에 學說對立이 심하다. 즉, ① 人間의 尊嚴과 價値, 幸福追求權에서 派生된 基本權으로서 生存權의 基本權에 包含된다는 立場⁷³⁾, ② 人間의 尊嚴性 尊重을 그 理念的 基礎로 하면서 自由權,

71) 大判空港公害訴訟抗訴審判決(大阪高判 昭50.11.27)

72) 釜山高等法院은 工事中止假處分決定에서 「禁止請求權의 法的根據로서 妨害排除請求權이 인정되는 所有權 기타 物權에 근거할 수 있지만 物권을 갖지 않는 者라 하더라도 이러한 生活利益은 物權과 마찬가지로 同等하게 保護 받아야 하는 것이기 때문에 人格權에 대하여도 이에 대한 侵害를 배제할 수 있는 權能을 인정하고 人格權에 基한 禁止請求를 할 수 있다고 봄이 上當하다고 하고 있다. 부산고등법원 1995. 5. 18. 선고, 95카합5 판결)

73) 金哲洙, 憲法學概論, 540面.

請求權, 生活權 等の 여러 가지 性格을 가지는 綜合的 權利라고 보는 立場⁷⁴⁾, ③ 人間的 尊嚴性和 幸福追求權을 理念的 基礎로 하여 人間다운 生活을 할 權利의 한 內容이 되고 또한 保健權 等이 綜合된 基本權이라는 立場⁷⁵⁾, ④ 社會的 基本權과 人格權의 性質을 認定하는 立場⁷⁶⁾, ⑤ 國家와 國民의 環境保全義務를 前提로 하는 權利와 義務의 混合形態로서 基本權으로서의 性質과 基本權의 憲法的 限界로서의 性質을 同時에 가지는 綜合的 基本權이라는 立場이다.⁷⁷⁾

(2) 私 見

생각건대 環境權은 基本權으로서의 人間的 尊嚴과 價値·幸福追求權에 派生되는 人格權인 동시에 生存權的 基本權에 包含된다고 보아야 할 것이다. 즉, 環境權은 人格權으로서 自由權의 性格과 環境生存權으로서 生存權의 性格을 아울러 가진다고 보아야 할 것이다. 그리하여 自由權의 性格에서 環境侵害排除請求權이 認定된다고 할 것이다. 따라서 環境侵害排除請求權은 自由權으로서 具體的 權利이나 國家에 대하여 보다 좋은 環境을 造成해달라고 하는 環境改善·保護措置請求權은 生存權的 基本權이기 때문에 그 權利性에 많은 다툼이 있다.⁷⁸⁾

2. 生存權으로서의 環境權의 權利性

74) 權寧星, 憲法學原論, 561面.

75) 安容教, 韓國憲法, 564面.

76) 丘秉湖, 憲法學原論, 581面.

77) 許營, 韓國憲法論, 426面.

78) 金哲洙, 憲法學概論, 540面.

環境權의 法的 性格에 대해서는 이를 具體的 權利로 보는 學說과 立法方針規定으로 보는 學說이 對立되고 있다.

(1) 立法方針規定說

環境權은 個人에 대하여 一定한 環境保護措置를 구하는 請求權(unmittelbar einklagbare Ansprüche)을 保障하는 것은 아니고 立法者에 向하여 效果인 環境保護의 包括的 措置를 取하도록 義務化한 것이라고 본다.⁷⁹⁾ 立法方針規定說에도 消極的 프로그램說과 積極적 프로그램說이 對立되고 있다. 消極說은 立法權의 政治的·道義的義務를 定하고 있을 뿐이며, 法的 義務는 아니라고 한다. 그러므로 國家의 義務違反에 대해서는 그 政治的인 責任은 물을 수가 있어도 裁判에 의하여 그 法的 責任은 물을 수가 없다고 본다. 이에 대하여 積極적 프로그램說은 生存權規定은 文化的 最低限度的 生活을 營爲하는데 必要한 立法을 要求할 수 있는 法的 權利를 保障하고 있다고 본다. 그러나 이 權利는 抽象的인 것이므로 그것이 侵害되는 경우에는 憲法 第36條에 根據하여 直接 그 違憲性を 裁判을 통하여 請求할 수는 없다고 한다. 다만, 生存權이 立法에 의하여 實現되고 具體的인 請求權으로서 정해진 경우에는 그 立法에 의하여 權利侵害의 救濟를 法院에 청구할 수 있다고 본다. 大法院은 「憲法上 基本權으로서의 環境權에 관한 위 규정만으로는 그 保護對象인 環境의 內容과 範圍, 權利의 主體가 되는 權利者의 範圍등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 國民에게 直接으로 具體的인

79) Scholz, Nichtraucher contra Raucher, JuS, 1976, S.234.

私法上の 權利를 부여한 것이라고 보기는 어렵다」고 하고 있다.⁸⁰⁾

(2) 不完全한 抽象的 權利說

이 說은 抽象的 權利로서 立法에 의하여 具體化되어야 實定權이 나온다고 하였다. 立法이 없거나 不充分한 경우에 法院에 不作為 違法 確認 訴訟을 提起하는 不完全한 權利만 認定된다고 한다.⁸¹⁾

(3) 具體的 權利說

具體的 權利說은 環境權을 生存權의 一種으로 보면서 法的 權利임을 認定하려는 것이다. 憲法 第30條는 行政權을 直接으로 拘束할 수 있을 만큼 明確하고 詳細한 것은 아니나 立法權과 司法權을 拘束할 수 있는 정도로 充分히 明確한 內容을 가지고 있다고 본다. 따라서 環境權은 國民이 立法權에 대하여 그 權利의 內容에 適合한 立法을 行하도록 請求할 수 있는 具體的인 權利라고 한다. 그리하여 立法權이 義務를 履行하지 않는 것에 의하여 생기는 環境權의 侵害에 대해서는 그 不作為가 違憲인 것의 確認을 憲法裁判所에 請求할 수 있다고 본다. 나아가 環境保護 請求를 訴訟을 통하여 主張할 수 있다고 한다.⁸²⁾

(4) 私 見

80) 대법원 1995.5.23. 선고, 94마2218결정 ; 대법원 1995.9.15. 선고, 95다 23378 판결. 環境權의 이러한 Programmatic의 效力을 主張하는 見解로는 徐元宇, 環境汚染과 被害者救濟, 檢察 第1號, 1978, p.100.

81) 安裕教, 前掲書, p.568.

82) 大須賀明, 社會權의 法理, 公法研究 第34號, pp.120~131.

생각건대 環境權은 人格權과 生存權으로서 權利로서의 兩面性을 가진다고 본다. 人格權으로서의 環境에 대한 侵害排除請求權은 直接的 權利이며, 生存權으로서의 環境保護排除權은 不完全한 權利라고 본다. 따라서 國民은 國家의 環境侵害行爲에 대해서는 直接 排除請求權을 가지며⁸³⁾, 國家에 대해서 보다 좋은 環境을 造成해 달라는 環境改善·保護措置請求權은 우리憲法의 環境權法定主義에 따라 立法에 依해서만 積極的으로 保障된다고 보아야 할 것이다.

環境權을 生存權의인 側面에서만이 아니고 生命·健康에 대한 自由權의 侵害에 대한 排除請求權이라고 把握하는 경우에만 그 自體로서 國家의 侵害에 대한 防禦의 性格을 가지게 될 것이다. 그리하여 環境權의 被害者는 私法的 救濟를 請求할 수 있을 것이다. 그러나 環境行政의 分野에 있어서도 重點을 侵害行政에서 給付·保護行政으로 移行하고 있다. 따라서 國家에 대해서 環境保護·改善措置를 求한다고 하는 積極的 側面이 더욱 重視되어야 할 것이다.

環境權을 國家에 대한 環境保護·改善請求라는 生存權으로 把握하는 경우에는 國家의 不作爲에 의한 侵害에 대해서는 私法的 救濟가 一般的으로 否定되고 있다. 그러나 憲法 第10條와 第36條의 環境的 人格權, 健康權의 侵害에 대해서는 司法救濟도 請求할 수 있다고 볼 것이다.⁸⁴⁾ 國歌가 環境保護立法을 하여야 함에도 不拘하고

83) 大須賀明 教授는 生存權條項의 具體的 權利性의 理論에 公害問題와의 關聯에서 그 性格을 說明하고 있다. 大須賀明, 社會權의 法理, 公法研究 第34號, pp.120~131. 生存權의 法的 性格에 있어서 抽象的 權利說에서 具體的 權利說로 變遷하고 있는 것이 우리 나라 學說이다. 그 이유는 憲法訴訟制度가 있기 때문에 立法促求決定이나 損害賠償을 請求할 수 있다고 보기 때문이다.

84) 環境權에 基한 公害訴訟에 關해서는 ウーレ(Ule), 環境保護法における義務づけ訴訟, JURIST No.525; 生田典久, 米國 における 環境權に基づく公害訴訟の新動向, JURIST No.467~468; 同人, 米國 における環境訴訟の新動向, JURIST No.582; 全昌祚, 公害의 司法的 救濟의 法理에 關한 研究, 東亞論叢 第11輯, 1974; 이명갑, 公害의 私法 的 救濟(上,下), 司法行政, 1985. 1-2; 이용우, 公害訴訟에 있어서의 判例動向, 司法行政, 1985.3.; Beckmann,

立法을 하지 않는 경우에는 憲法訴願으로서 이를 請求할 수 있고 憲法裁判所는 立法促求決定을 할 수 있다고 하겠다.

3. 環境權의 效力

(1) 對國家的 效力

環境權의 憲法上 根據가 憲法 第10條, 第35條, 第36條 第3項 等に 있는 만큼 環境權도 對國家的 效力을 가진다. 國家는 環境保全을 위하여 努力할 責任을 지고 있다. 또 國家는 住宅開發政策 等を 통하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 努力하여야 한다. 따라서 憲法上의 環境權規定은 直接的으로 모든 國家權力을 拘束한다고 하겠다. 立法方針規定說에 의하면 立法權만 拘束한다고 하겠다. 立法方針規定說에 의하면 立法權만 拘束한다고 하겠으나 法的權利로 實定化되는 경우 環境權이 입법권, 行政權, 司法權을 直接 拘束한다는 것을 認定하여야 할 것이다. 環境權이 認定되는 결과 國民은 行政活動이 法令에 違背하여 環境을 保護하지 않고 破壞하는 경우에는 行政訴訟를 통한 救濟를 要求할 수 있다. 國民은 立法府나 行政府에 대하여 環境權을 保護해달라고 請願을 할 수 있을 것이요, 不作爲에 의한 損害에 대해서도 國家賠償을 請求하는 길이 열려야만 할 것이다.

(2) 對私人的 效力

Rechtsschutz, §1ff. ; Klpeofer, Rechtsschutz, §30ff. ; Marburger, Individual Schutz gegen Umweltbelastunge, S.16ff.

環境權도 基本權의 하나로 그 對私人的 效力이 認定된다고 할 것이다. 基本權의 第3者的 效力에 관해서는 많은 見解가 對立되고 있으나 私法上的의 公序良俗의 原則을 통한 間接適用說이 通說이다.

環境權은 私權的인 面도 强하게 가지고 있다. 環境權은 私權으로서 國民의 健康한 生活을 享受할 수 있는 權利를 保護하려는 人格權이다. 公害는 國民의 健康한 生活 自體를 破壞하고 있으며 排他的 性格을 갖는 人格權의 侵害를 하고 있으므로 私人도 이의 排除 請求訴訟을 할 수 있다고 하겠다.⁸⁵⁾

私權으로서의 環境權은 人格權으로서 또 物權的 請求權으로서 主張되고 있다. 私企業이나 私人이 國民의 環境權을 侵害하는 경우에는 損害賠償의 義務를 진다고 하겠다. 個人도 環境保全을 할 義務를 진다. 環境權은 對私人的 效力에서는 私權으로서의 役割도 한다. 環境保護團體나 自然保護團體도 私權의 保有者로서 環境侵害排除請求를 할 수 있다고 하겠다.⁸⁶⁾

IV. 環境權의 主體와 內容

1. 環境權의 主體

(1) 自然人

85) 同旨, 부산고등법원 1995.5.18. 선고, 95카합5판결(공사중지가처분); 反對: 徐元宇, 前掲論文, p.100. 美國에서는 留止請求(injunction)를 認定하고 있다.

86) 詳細한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, S.61.

環境權의 主體는 모든 사람(Jeder)이며⁸⁷⁾ 自然人이다. 權利의 本質을 人格權으로 보는 以上, 自然人만이 環境權의 主體가 되는 것은 當然하다. 基本權은 性質上 可能的 경우에는 法人에게도 適用되나, 環境權은 그 本質上 法人에게는 適用되지 않는다.⁸⁸⁾ 環境破壞를 告發하고 提訴하는 것만을 目的으로 하여 設立되는 獨立의 環境保護團體를 認定하여야 한다는 立法論이 있으나 그렇다고 하여 곧 法人에게 適用된다고는 볼 수 없을 것이다.

(2) 우리들의 子孫, 未來人

環境權의 享有者는 現在의 自然人에만 局限되는가, 未來의 自然人에게도 認定될 것인가가 問題된다. 우리 憲法前文은 「우리들과 우리들의 子孫의 自由와 安全과 幸福」을 謳歌하고 있기 때문에 우리들의 子孫의 環境保護請求權이 認定된다고 할 것이다.

環境權의 主體는 環境保護를 請求할 수 있으며 環境侵害를 防止할 수 있는 保護請求權이 있다. 環境權의 主體는 當然히 公害訴訟의 當事者適格이 認定되어야 할 것이다.⁸⁹⁾

(3) 環境團體

美國의 경우에는 環境權의 侵害를 받은 地方住民, 行政訴訟에 影響되는 地域의 自然保護團體 等に 環境訴訟에 있어서의 當事者適格

87) 自然人만이 生活維持를 위하여 이것을 主張할 수 있으며 自然人이라도 利潤追求를 위하여 이 權利를 자기는 것은 아니라고 한다.

88) 法人이나 權利能力없는 社團에게도 社會的 實在로서 環境素材의 利益을 享受할 權利가 있다는 사람도 있다. 仁藤一, 環境權의 提唱, 第492號, p.230.

89) 詳細한 것은 原告尙彦, 環境權と裁判, pp.123~211 參照.

을 認定하는 方向으로 나아가고 있다. 獨逸에서는 地方自治團體 等의 提訴權을 認定하고 있다.

2. 狹義의 環境權과 廣義의 環境權

(1) 狹義의 環境權

狹義의 環境權은 健康한 環境 속에서 살 權利(a constitutional right to healthful environment)를 말한다. 이 경우 環境權의 保護法益은 人間의 健康한 生活이다.⁹⁰⁾ 물, 大氣, 自然 等의 汚染에서 解放된 快適한 環境속에서 살 權利를 말한다.⁹¹⁾ 이에는 日照權, 淸淨한 大氣에 관한 權利, 깨끗한 물에 관한 權利들을 包含한다.

깨끗한 大氣에의 權利는 大氣汚染에서 自由로울 수 있는 權利인 同時에 公害排除抑制를 要求할 수 있는 請求權의 性格을 가지고 있다. 깨끗한 물에 관한 權利는 깨끗한 食水뿐만 아니라 海水浴이나 淡水浴을 할 수 있는 權利를 內包하고 水質汚染에의 防止請求權이 생긴다고 하겠다. 또 日照權이라든가 自然景觀에 관한 權利도 이 狹義의 環境權에 包含된다고 하겠다. 環境政策基本法은 「環境이라 함은 自然環境과 生活環境을 말한다」고 하나 生活環境을 狹義로 解釋하고 있다.(環境政策基本法 第3條).

그런데 健康하고 快適한 生活을 위한 條件은 그 時代의 科學的

90) 私法學者들은 人格權과 環境權을 구별하여 解釋하고 있다. (贊成 : 金哲洙, 前掲書, p.541. 許營, 前掲書, p.419 以下. 反對 : 權寧星, 前掲書, p.605. 生命權과 健康權 等은 이를 人格權으로 보고, 環境權은 그 周邊의인 權利로 보고 있다.

따라서 公害는 人格權의 侵害와 環境權의 侵害로 二重으로 把握되고 있다.

91) 우리 나라 自然環境保全法은 自然環境을 人爲의 毀損으로부터 保護하고 多樣한 自然生態界를 保全하며 保護할 價値가 있는 生物種의 滅種을 防止하고 이에 必要한 自然環境의 保全에 관한 基本의인 事項을 定함으로써 國民이 健康하고 快適한 삶을 누릴 수 있는 自然環境을 保全함을 目的으로 하고 있다. (自然環境保全法 第1條)

智識과 社會通念에 依하여 不變의 것은 아니다. 그것은 사람과 場所에 따라 劃一의 일 수는 없을 것이다. 그러나 人間的 最低限度의 健康하고 快適한 生活을 營爲하는데 必要한 條件은 確保되어 있어야 하며 그 最低限度의 基準은 世界的으로 共通의 일 수 있다고 하겠다.

(2) 廣義의 環境權

廣義의 環境權은 狹義의 環境權 以外에 文化的 遺産이라든가, 道路·公園·教育·醫療 等 社會的 環境을 包含한 좋은 環境 속에서 살 權利를 말한다. 環境權을 이와 같이 넓게 解釋하는 경우에는 社會的 環境에의 請求權이 생긴다고 할 것이다.⁹²⁾

社會的 環境施設로는 1) 生活을 營爲하는 手段·條件으로서 i) 生活의 最低必要條件인 住宅, 上下水道, 清掃施設, 에너지施設, ii) 保健衛生施設로서 病院, 保健所, 衛生設備, iii) 共同利用機關施設로서 道路, 電信電話施設, 市街鐵道 等이 있고, 2) 文化教養施設로는 i) 教育施設로 學校, 研究所, 幼兒園, 保育所, ii) 文化娛樂施設로서 圖書館, 劇場, 公園, 體育館, 運動施設, 3) 社會福祉施設로서는 養老院, 身體障害施設, 母子保健施設, 職業訓練施設, 職業紹介施設들을 들 수 있을 것이다.

92) 釜山高等法院은 環境權을 넓게 해석하고 있다. 「憲法上 규정된 環境權은 사람이 인간다운 생활을 영위함으로써 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필수적으로 요구되는 것이므로 인간의 생리적인 기본권의 하나로서 모든 사람에게 다 같이 보장되는 보편적인 권리로서의 성질을 가진다 할 것이고, 이러한 환경권의 내용인 環境에는 空氣, 물, 日光, 土壤, 靜穩 등 自然的環境을 비롯하여 自然的 景觀도 포함되고 이러한 自然的 環境以外에 역사적·文化的 遺産인 文化的環境 뿐만 아니라 사람이 社會的活動을 하는데 필요한 道路, 公園, 교량등과 같은 社會的施設로서 人間 生活上 必要不可缺한 社會的環境도 포함됨은 당연하고 教育環境 역시 社會的·文化的環境에 속한다 할 것이다」 (부산고등법원 1995.5.18 선고, 95카합5 판결)

이러한 좋은 社會的 環境에 대한 權利 中에는 生存權의 內包로서 教育權, 醫療權 等이 따로 規定되어 있기 때문에 이것만은 除外하는 것이 옳을 것이다. 다만, 歷史的·文化的 遺産의 保存과 같은 人格權의인 環境權은 이를 認定해야 할 것이다.

(3) 우리憲法の 環境權=廣義의 環境權

우리 憲法이 認定하는 環境權도 넓게 理解하여 自然環境 속에서 살 權利, 즉 自然的인 淸淨한 大氣에 관한 權利, 깨끗한 물에 관한 權利⁹³⁾뿐만 아니라 보다 좋은 社會的 環境에서 살 權利, 즉 教育權, 醫療權, 道路·公園利用權 等도 包含할 수 있다고 할 것이다.

우리 나라 「環境政策基本法」은 「環境이라 함은 自然環境과 生活環境을 말한다」라고 環境을 定義한 다음 「‘自然環境’이라 함은 地下·地表(海洋을 包含한다) 및 地上의 모든 物件과 이들을 둘러 싸고 있는 非生物的인 것을 包含한 自然의 狀態를 말하고, ‘生活環境’이라 함은 大氣·廢棄物·騒音·振動·惡臭 等 사람의 日常生活과 關係되는 環境을 말한다」라고 自然環境과 生活環境을 各各 定義내리고 있는데(環境政策基本法 第3條), 이 중 狹義의 環境權이란 自然環境 속에 살 수 있는 權利, 즉 自然環境權을 말한다. 또 憲法 第35條가 健康하고 快適한 環境에서 生活할 權利와 快適한 住居生活權을 規定하고 있고⁹⁴⁾ 나아가 第36條 3項에서 保健에 관한 權利

93) 大法院은 生水市販禁止를 違憲이라고 判決하면서 다음과 같이 밝히고 있다. : 「憲法 第35條 第1項은 모든 國民은 健康하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가진다고 規定하고 있으므로 (舊 憲法 第33條도 거의 같은 趣旨로 規定하고 있다.), 國民이 수돗물의 질을 의심하여 수돗물을 마시기를 꺼린다면 國家로서는 수돗물의 質을 改善하는 等の 必要한 措置를 取함으로써 그와 같은 疑心이 除去되도록 努力하여야 하고, 만일 수돗물에 대한 國民의 不安感이나 疑心이 短時日 內에 解消되기 어렵다면 國民으로 하여금 다른 飲料水를 選擇하여 마실 수 있게 하는 것이 國家의 當然한 義務이다」(大判 1994.3.8, 92누1728, 집42①특456 以下).

94) 憲法裁判所는 住居生活에 관하여 다음과 같이 判決하고 있다. 「住宅組合(地域組合과 職場組

를 規定하고 있기 때문에 이를 統合하여 廣義의 環境權이 우리 憲法上 保障되어 있다고 할 것이다.⁹⁵⁾

(4) 우리 憲法の 環境權法律主義

環境權의 內容과 行使에 관하여는 法律로 定하도록 우리 憲法은 規定하고 있다. 따라서 國家가 立法을 通하여 그 內容을 確定하거나 그 行使方法을 定할 수 있다는 解釋이 可能하다.

이러한 法律로 過去에는 環境保全法이 있었으나, 同法이 大氣·水質·騒音 等 異質的인 分野를 모두 規定하여 날로 複雜多樣해 가는 環境問題에 適切히 對處할 수 없었기에 이를 각 個別單行法으로 分離함과 同時에 國民의 環境權을 實質的으로 保障하기 爲한 國家環境保全施策의 基本理念과 方向을 提示할 必要가 있어 1990년에 「環境政策基本法」을 制定하고 過去의 環境保全法을 廢止하였다. 그리고 單行法으로 「大氣環境保全法」(1990. 8. 1 制定·公布),

合)의 組合員資格을 無住宅者로 限定하고 있는 住宅建設促進法 第3條 第9號는 우리 憲法이 前文에서 稱명한 社會國家, 福祉國家, 文化國家의 理念과 그 具現을 위한 社會의基本權條項인 憲法 第34條 1, 2項, 第35條 3項의 規定에 의하여 國家에게 賦課된 社會保障義務의 履行과 國民의 住居確保에 관한 定策施行을 위한 政黨한 考慮下에서 이루어진 것으로서 組合員資格에서 有住宅者를 排除하였다고 해서 그것이 人間의 尊嚴性이라는 憲法 理念에 反하는 것도 아니고, 우선 無住宅者를 解消하겠다는 住宅建設促進法의 目的達成을 위하여 適正한 手段이기도 하므로 이는 合理的 根據있는 差別이어서 憲法의 平等理念에 反하지 아니하고 그에 合致된 것이며, 憲法 第37條 第2項의 基本權制限過剩禁止의 原則에도 抵觸되지 아니한다.

住宅建設促進法上의 住宅組合은 住宅이 없는 國民의 住居生活의 安定을 圖謀하고 모든 國民의 生活水準이 向上을 기한다는(同法 第1條) 公共目的을 위하여 法이 構成員의 資格을 制限的으로 定해 놓은 特殊組合이어서 이는 憲法上 結社의 自由가 뜻하는 憲法上 保護法益의 對象이 되는 團體가 아니며, 또한 위 法律條項이 위 法律 所定の 住宅組合 中이 地域組合과 職場組合의 組合員 資格을 無住宅者로 限定하였다고 해서 그로 因하여 有住宅者가 위 法律과 關係없는 住宅組合의 組合員이 되는 것까지 制限받는 것이 아니므로 위 法律條項은 有住宅者의 結社의 自由를 侵害하는 것이 아니다」(憲法 1994.2.24 서고, 92헌바43, 憲裁公報 1994, 201面).

95) 丘秉洙教授도 같은 見解를 취하면서 第34條 1項의 人間다운 生活을 할 權利도 그 根據에 包含시켜야 한다고 하고 있다.(前掲書, 583面).

「騒音·振動規制法」(1990. 8. 1 制定·公布), 「水質環境保全法」(1990. 8. 1 制定·公布), 「自然環境保全法」(1991. 12. 31 制定·公布), 「有害化學物質管理法」(1990. 8. 1 制定·公布), 「土壤環境保全法」, 「海洋汚染防止法」, 「廢棄物管理法」, 汚水·糞尿 및 畜産物廢水管理에關한法律, 이 밖에도 「下水道法」, 「水道法」, 「먹는물管理法」, 「廢棄物管理法」, 「環境改善特別會計法」, 「環境技術開發및支援에關한法律」 등이 制定되어 있다. 大法院은 「私法上の 權利로서의 環境權이 인정되려면 그에 관한 明文의 法律規定이 있거나 關係法令의 規定 趣旨나 條理에 비추어 權利의 主體, 對象, 內容, 行使方法 등이 具體적으로 정립될 수 있어야 한다」고 判示하고 있다.⁹⁶⁾

3. 環境權의 具體的 內容

環境權은 自然環境을 享受하고 快適한 社會環境에서 生活할 수 있는 權利이다. 具體적으로는 環境汚染·環境破壞 등이 發生한 경우에 이의 排除請求權과 國家의 環境侵害에 대한 防禦權, 健康하고 快適한 生活環境의 造成請求權, 快適한 住居生活權 등을 그 內容으로 한다.

(1) 快適하고 安全한 自然環境權

國民은 大氣, 水, 土壤이 侵害되지 않는 狀態에서 快適한 生活할 수 있는 權利를 가진다. 國家는 自然環境保全의 義務를 지고 있

96) 대법원 1995.5.23 선고 94마2218, 대법원 1995.9.15. 선고 95다23378

다. 國家는 大氣環境保全法, 自然環境保全法, 水質環境保全法, 騒音振動規制法, 有害化學物質管理法 等を 制定하여 環境保全에 대한 國民의 權利를 保護하고 있다.⁹⁷⁾

(2) 日照權 · 眺望權 · 景觀權

日照權이라 함은 日照 즉 直射官線의 利益을 享受할 權利를 말한다. 一般的으로 人間이 健康하고 快適한 生活을 維持함에 必要한 모든 條件을 充足한 좋은 環境을 享受할 權利를 環境權이라고 한다. 따라서 環境의 素材의 하나인 日照를 利用하여 快適한 生活을 享受하는 權利인 日照權을 環境權의 一內容으로 볼 수 있다. 물론 日照權을 環境權으로부터 獨立시켜 새로운 種類의 權利로서 把握하기도 한다.⁹⁸⁾

日照權이란 自然景觀을 損傷당하지 않고 이를 볼 수 있는 權利이다. 오늘날 高層建物の 亂立으로 아름다운 自然景觀을 가리는 경우가 많기 때문에 眺望權이 要請되고 있다. 또 自然 景觀이 좋은 風景을 דם 造成으로 破壞하는 것도 眺望權을 侵害할 수 있다.⁹⁹⁾

97) 한상욱, 우리 나라의 環境保全定策 方向, 嶺南大環境研究, 11.2. 1992.3. pp.87~131 ; 김승환, 우리 나라 自然環境保全制度의 變遷과 救助에 關한 研究, 東亞大環境問題研究所研究報告, 12.1. 1989.2. pp.53~78 ; 林源明則, 아메리카에 對한 景觀保護, 雄川一郎先生獻呈論集 行政法の 諸問題(上)(90.4) 383面.

98) 日照權에 關해서는 具然昌, 日照權의 法的保護, 民事法學 第6號(1986) p.93ff. ; 趙宗植 外, 日照權에 關한 公法的 規制, 尙志大學論文集9,1988.9. pp.25-51 ; 梁三承, 日照權과 受忍程度, 民事判例研究(6), 經文社, 1983 ; 成田頼明, 西ドイツ에 對한 採光(日照)의 保護, ジュリスト(增刊) 日照權(74.1) p.315 ; 好美清光, 日照權의 法的構成, ジュリスト(增刊), 日照權 p.217 以下 ; 野村直之, 最近의 日照權裁判例とそ考察 - 日照權에 基く 建築差止를 めぐって, 判例タイムス38卷11號(630) 87.5. p.2 以下 ; 添塚昭次, 日照權의 新展開-最高判 47.6.27 判決를 契機にして, 法學 세미나200號(72.8.) p.2面 以下 ; (畠)山武道, 아메리카 環境法의 動向 · 太陽에너지의 法理論, 判タ(12·①) 37卷35號(602)(86.8)11面, (13·②)37卷47號(614)(86.10)15面 ; 佐藤幸治, 環境權としての 日照權-憲法體系上의 位置づけ..., ジュリスト(增刊)日照權(74.1)232面. 日照權 侵害로 인한 損害賠償責任에 關해서는 서울남부지원 1994.2.23 선고 91가합23326 판결 참조.

99) 大法院은 이를 所有權에 基한 妨害排除請求權으로 보고 있다.(대법원 1995.9.15. 선고 95다 23378)

(3) 防禦權으로서의 公害排除請求權

環境汚染·環境破壞 등으로 인해 生活環境의 被害나 生命·身體의 威脅을 받는 國民은 國家에 대하여 公害排除請求權 또는 損害賠償請求權을 行使할 수 있다. 이러한 점에서 環境權은 ‘自由權의 性格’을 가지고 있다. 이 權利는 相隣關係性으로 因한 利益衡量에 의해 그 保障範圍가 決定되어야 하므로 受忍의 限度를 넘는 경우에만 行使될 수 있다. 또한 環境侵害가 他人의 基本權 行使에 의해 發生하는 경우에는 그 規制는 他人의 基本權으로 尊重하는 方向으로 이루어져야 한다. 이 權利는 窮極의으로는 公共福利의 利益均衡을 通해 保障되어야 할 것이다.

(4) 生存權으로서의 生活環境造成請求權

國民이 國家에 대하여 環境破壞의 豫防, 깨끗한 環境의 回復·快適한 住居環境·文化的 遺産 나아가 社會的 環境 - 가장 넓은 意味에 있어서 ‘生活環境’ - 등이 包含된다. 그런데 快適한 環境의 造成·管理에는 經濟的 費用이 投入되고 다른 基本權의 保障과 利益衡量이 되어야 하며 環境保全義務가 充實하게 履行되어야 可能한 것이다. 또한 環境의 造成·管理가 결론 結果의으로 周邊地域住民들과 一般國民들 사이에 平等權을 侵害하지 않도록 行해져야 한다. 또 健康에 관한 權利도 環境權의 한 內容을 이루고 있다 하겠다.¹⁰⁰⁾

100) 健康權에 대해서는 鄭萬朝, 環境公害와 國民健康權, 人權과 正義, 186, 1992.2, pp.48-55 ; 金建烈, 環境公害와 國民健康權, 人權과 正義, 186, 1992, 2, pp.56~71面

(5) 快適한 住居生活權

憲法은 第35조 第3項에서 「國家는 住居開發政策 等を 통하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 努力하여야 한다」라고 하여 快適한 住居生活權을 保障하고 있다.¹⁰¹⁾

快適한 住居生活權이라 함은 人間다운 生活에 必須的인 快適한 住居生活의 確保를 위하여 國家에 대하여 一定한 配慮와 給付를 要求할 수 있는 權利를 말한다. 住居人間의 삶의 보금자리이고 社會의 基本的인 組織單位인 家庭의 根據地이며 健康하고 文化的인 生活을 營爲하기 위한 必須的인 要素이므로 快適한 住居環境이 造成되어야 한다. 이 規定은 多分히 國家의 義務規定이므로 直接 給付 請求權이 나오는가는 疑問이다. 釜山高等法院은 文化的環境權까지 인정하였다.¹⁰²⁾

V. 環境權의 制限

1. 環境權의 制限原理

廣義의 環境權은 絕對的인 基本權이 아니고 相對的인 基本權이기 때문에 基本權制限의 一般原理에 따라서 制限할 수 있을 것이다. 廣義의 環境權은 憲法 第37條 第2項에 따라 法律로써 制限하는 경우에도 國家安全保障과 秩序維持, 公共福利를 爲하여 重要的 경우

101) 吳世卓·柳至泰, 住宅權의 法理에 關한 研究, 法學研究(忠北大)2.1. 1990. pp.199~224 ; 禹成基, 프랑스의 住居基本權實現形態로서의 社會住宅에 關한 法的 考察, 서울大學校博士學位論文, 1995

102) 부산고등법원 1995.5.18. 선고,95카합5 판결

에 制限된다고 하겠다.¹⁰³⁾

國家安全保障을 위한 環境權의 制限으로는 國防을 위한 武器實驗이라든가 施設物의 設置 등을 생각할 수 있을 것이다. 海軍基地法이나 空軍基地法에 의한 其他設置라든가, 軍事施設保護法에 의한 保護區域設定 등에 의한 自然環境의 侵害하든가 騒音公害等 受忍해야 할 것이다.

秩序維持를 爲한 環境權의 制限은 別반 行해지지 않을 것이다. 왜냐하면 環境을 維持 保全하는 것이 오히려 秩序維持에 合致될 것이기 때문이다.

오늘날 環境權의 制限은 公共福利를 爲한 것이 大部分을 차지할 것이다. 後進國家에 있어서는 開發政策을 遂行하기 爲하여 環境이 破壞되는 경우가 허다하며 社會的 環境의 改善을 爲하여 自然環境이 破壞되는 경우가 많을 것이다. 國土利用管理法, 農地擴大開發促進法, 鑛業法, 國土利用管理法, 住宅建設促進法, 都市計劃法, 土地區劃整理事業法, 公園法 등에 依하여 公共福利를 爲한 自然環境의 改造가 行하여질 여지가 많다.¹⁰⁴⁾

環境權은 他人의 財産權이라든가 營業의 自由와 競合 乃至 衝突할 수 있다. 工場에 대한 지나친 騒音規制나 大氣排出物規制 등은 工場所有主의 財産權이나 營業의 自由를 侵害할 수도 있으므로 權利間의 均衡이 維持되어야 할 것이다.

2. 環境權과 公共福利의 利益衡量

103) 環境保全을 위한 法律에 관해서는, 室井力, 公害對策における法律と條例, ジュリスト臨時增刊, 1971年11月, 10號特輯, 環境 - 公害問題と環境破壞, pp.166~172.

104) 過去の 公害關係法은 生活環境의 保全에 관하여 經濟의 健全한 發展과의 消和를 攄한다는 條項을 두고 있었다. 이 經濟調和條項은 公害對策에 있어서 現實的·制約的 機能을 가지고 있었다. 詳細한 것은 富島照男·小栗孝夫, 國民의 健康保護と經濟의 發展との調和, 月刊 白治研, 138號, p.141 以下 參照.

環境權과 公共福利 中 어느 것이 優越하는가에 관하여 産業發展을 優越視하는 傾向이 있으며 産業發展을 위하여 어느 정도의 公害는 受忍해야 한다는 理論이 나오고 있다. 高速道路라든가 電鐵, 航空機 또는 發電所, 가스製造所, 石油精油所 等の 施設이 市民生活과 密接한 關係를 가지고 있기 때문에 公共福利와 環境保全利益과의 利益衡量이 問題된다. 受忍限度論者는 公害에 있어서의 被害者와 加害者의 利益, 被害의 程度나 態度, 産業의 有用性 等を 比較衡量하여 加害行爲가 社會生活上 一般의으로 受忍할 程度를 超越할 侵害를 發生한 경우에 違法性を 띠고 있다고 한다. 특히 工業化나 新都市建設, 工業團地建設이 公共의 福利로 認定되고 있는 後進國家의 경우 環境保全이라는 公共福利와의 調和가 問題된다.

3. 環境權制限의 限界

그러나 環境權 中에서도 尊嚴權의인 生命權과 健康權은 絶對的인 權利이기 때문에 이에 대한 制限은 利益衡量으로도 不可能하다고 하겠다.¹⁰⁵⁾ 그러나 狹義의 環境權은 그 本質的인 內容으로서 法律로써도 制限할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁶⁾ 環境權의 制限의 경우에도 法律留保의 原則, 明確性의 原則, 比例性의 原則이 適用된다. 過剩禁止의 原則에 따라 環境權의 過剩한 制限은 禁止된다.¹⁰⁷⁾

105) 同旨：座談會 公害法의原點に振返つて, 法律時報 No.598, pp.120~125；淺井裕, 公害防止の法理, 日本評論社, 1977；牛山積, 大販國際空港抗訴審判決と人格權・環境權, 公害裁判の展開と法理論, pp.188~198.

106) 基本權의 本質的인內容의 侵害禁止에 관해서는, Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz, 2. erg. Aufl., 1972；Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, SS.70ff.ö Kloepfer, Umweltrecht, SS.43ff.

107) 環境權의 制限에 있어서의 이러한 原則은 法治國家原理에서 나오는 것이다. Kloepfer, a.a.O., S.54ff.

VI. 環境權의 侵害와 救濟

1. 環境權의 侵害에 대한 救濟手段

環境權의 保護手段으로는 民事的保護, 行政節次에 있어서의 保護, 行政裁判의 權利保護(verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz) 등 여러 가지 方法이 있다. 이 밖에도 環境侵害를 刑事事件으로 다루는 環境刑法이 있다.

2. 國家權力에 依한 侵害와 救濟

國家權力에 依하여 環境權이 侵害되는 경우는 國家의 直接的 侵害와 認·許可에 의한 侵害發生 등을 들 수 있다. 國家가 直接的으로 國民의 環境權을 侵害하는 경우에는 國家에 대한 請願權의 行使, 行政訴訟의 提起, 憲法訴願, 國家賠償請求權 등에 의해서 救濟 받을 수 있을 것이다. 또 行政廳의 認·許可에 따라서 環境破壞 原因이 되는 事業活動·開發行爲 등이 行해지는 경우에는 環境權에 따라 그 認·許可의 取消 또는 無效確認을 求하는 行政訴訟을 提起할 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁾

108) 詳細한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, SS. 163~250. 獨逸에 있어서도 環境權의 法官의 判例法에 의하여 發展되고 있다. Kloepfer, a.a.O. S. 253 ; 千慶松, 公害訴訟에 있어서의 因果關係의 立證, 私法論集 第8輯, 法院行政處, 1977 ; 千炳泰, 美國環境訴訟에 있어서의 Standing法理의 展開, 民事法과 環境法의 諸問題(安二濬博士回甲記念論文集), 博英社, 1986; 吳錫洛, 韓國의 環境法制과 環境訴訟, 法曹春秋141號(93.10.)80面 ; 홍준형, 環境法, 1994 ; 정만조, 環境行政訴訟에 있어서의 原告適格과 本案問題, 法曹第29卷1號, 1971.1. ; 홍준형, 環境法, 994. pp.150-187 ; 禹聖基, 産業公害의 公法的救濟와 人權과 正義, 181, 1991.8. ; 金範柱, 環境權侵害에 關한 公法的保護와 救濟, 成均館大學學士學位論文, 1986.2.25. ;

그런데 立法의 不作爲에 의하여 環境權이 侵害되는 경우에도 訴訟에 依한 救濟가 可能할 것인가가 問題된다. 具體的인 立法이 없는 경우 法院에 依한 權利의 實現 乃至 救濟가 不可能하다고 보는 見解는 i) 環境保護政策의 選擇決定, 措置의 手段·基準·效果 等に 對해서는 여러 가지 意見이 있을 수 있으며, 이들에 對해서는 모든 사람 의 利益을 考慮하여 立法者만이 決定할 수 있고, ii) 環境 條件의 改善整備에는 財政的 뒷받침이 必要하며, 國家의 財政·經濟 政策의 一環으로서 決定되지 않으면 안 될 問題라는 등의 이유를 들고 있다. 그러나 이 경우에도 環境權이 直接 侵害되는 경우, 憲法 訴願을 請求할 수 있다고 보아야 할 것이다.

環境政策基本法은 「政府는 環境汚染으로 因한 被害를 원활히 救濟하기 爲하여 必要한 施策을 講究하여야 한다」(法 第30條)고 規定하여 國家義務를 規定하고 있다.¹⁰⁹⁾

3. 私인에 依한 侵害와 救濟

金元主, 環境權과 行政救濟, 韓泰淵博士回甲記念論文集, pp.549-572 ; 徐元宇, 前記論文 ; 柳至泰, 環境行政法과 環境刑法, 環境14卷(92.9.) 61面.

- 109) 環境保護를 위한 國家行政義務에 對해서는 Kloefer, Umweltrecht, S.4 ; 行政上의 留止 請求나 義務化訴訟에 對해서는 牛山積, 公害裁判의 展開と法理論, pp.153~161 ; 카를·헬만·우레, 環境保護法에 對한 義務づけ訴訟, 朱리스特No.525; 近畿辯護士聯合會, 環境汚染と義務づけ訴訟, 朱리스特No.525; 原田尙彦, 環境權と裁判, 특히 pp.126~210; 美國 에 對해서 의 環境訴訟에 對해서 의 Standing에 對해서는 Rogers, Environmental Law, pp. 23~30 ; 前揭, 生田典久의 諸論文 參照 ; 千炳泰, 美國環境行政訴訟에 對해서 의 Stating 法理의 展開, 安二濬博士回甲記念論文集, 1986, pp.669~725 ; 詳細한 것은 特轉, 福祉政策과 社會保障, 朱리스特No.502, 1972. 4. 1: 環境行政에 對해서는 日本環境廳, 昭和52年版 環境 白書-環境保全への 新たな 對應; 成田頼明, 公害行政의 法理, 公法研究 第32號 ; 室井力, 公害行政 에 對한 指導와 助成, 公法研究 第32號 ; U.S. Environmental Protection Agency, Managing the Environment, 1973 等 參照; 朴鈺炳, 日本의 環境政策機構의 體制의 機能, 環境法研究10, 1988, pp.103~128 ; 盧隆熙, 環境行政全擔機構의 位相, 國策研究20, 1990. 1. pp.142~162 ; Peters/Schenk?Schlabach, Umweltverwaltung srecht, 1990 等 參照.

(1) 受忍限度論과 無過失責任主義

私企業에 依하여 環境權이 侵害되는 것이 非一非再한데 특히 私企業이 市民의 環境을 侵害하는 것은 公害産業에 依한 경우가 많다. 私인에 의한 環境侵害에 대해서 受忍限度論者¹¹⁰⁾는 公害에 있어서의 被害者와 加害者의 利益, 被害者의 程度나 形態, 事業의 有效性 등을 比較衡量하여 加害行爲가 社會生活上 一般的으로 受忍할 수 있을 程度를 超越한 侵害가 아닌 경우에는 受忍해야 한다고 본다. 그 程度를 超越한 경우에만 不法行爲를 構成하고 損害賠償을 해야 할 義務를 지게 된다고 본다.¹¹¹⁾ 이러한 受忍限度論은 企業利益의 保護가 目的인바, 金錢的 損害賠償請求는 認定하되 企業의 操業禁止 등은 認定하지 않는 方向으로 나아가고 있다. 事業場 등에서 發生되는 環境汚染 등으로 因하여 被害가 發生한 때에는 無過失責任을 認定하여 當該 事業者는 被害를 賠償하여야 하며 事業場 등이 2個 이상 있는 경우에 어느 事業場 등에 因하여 損害가 發生한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 事業者는 連帶하여 賠償하여야 한다(環境政策基本法 第31條). 그러나 私法上の 侵害救濟方法으로는 이러한 損害賠償 以外에도 公害業所의 操業禁止 등의 訴訟이 認定되어야 할 것이다. 이와 關聯하여 環境改善事業에 所要되는 財源의 環境汚染原因者負擔制度가 導入되어 있다(環境改善費用負擔法 1991. 12. 31 制定·公布).

(2) 公害訴訟에서의 原告適格과 立證責任 轉換

110) 受忍限度論에 관해서는 木村保男, 八代紀彦, 環境權と利益衡量, 環境權, pp.131. 受忍義務(Duldungspflicht)가 있는 경우에는 訴訟을 提起할 수 없다. 受忍義務에도 私法的義務와 公法的義務가 있다.

111) 서울지방법원 남부지원 1994.2.23. 선고 91가합23326판결

公害訴訟에 있어서는 누가 原告로서 提訴할 수 있는가 하는 原告適格이 問題되는데 이는 널리 汚染된 環境權과 關係있는 者로 보아야 할 것이다. 이와 關聯하여 集團訴訟 等を 制度化하는 方案이 檢討되고 있다. 公害의 被害者는 民事訴訟에 依한 損害賠償請求權, 所有權·占有權에 기한 物權的 侵害排除請求權 等の 私法上 侵害救濟方法에 依하여서도 救濟받을 수 있다.¹¹²⁾ 公害訴訟에 있어서는 被害者가 加害者, 損害發生과의 因果關係, 損害의 程度 等の 立證에 있어서 어려운 점이 많다. 그리하여 立證責任의 轉換 等の 理論이 主張되고 있으며 判例도 이를 인정하고 있다.¹¹³⁾ 뿐만 아니라 健康被害補償이 要求된다.¹¹⁴⁾

112) 詳細한 것은 鄭權燮, 環境汚染과 私法上求濟法과 環境, pp.124-151 ; 徐元宇, 環境汚染과 被害者救濟, 檢察 第1號, 1978, pp.83-111 ; 淡路剛久, 環境權의 法理의 裁判, 1980 ; 原田尙彦, 環境權と裁判, 1978 ; 吳錫洛, 環境訴訟의 諸問題, 일신사, 1991.

113) 李載源, 美國에 있어서의 公害救濟訴訟으로서의 集團訴訟과 市民訴訟, 裁判資料2輯 79.8. ; 孫東源, 美國環境法上의 市民訴訟制度, 環境法研究, 10.1988., pp.33-72 ; 吳錫洛, 環境訴訟의 諸問題, 1991 ; 曹正煥, 環境行政訴訟에 關한 研究, 檀國大法學博士學位論文, 1991.2. ; 環境權과 差止請求에 關해서는 前記 環境權, pp.157-222. 美國에 있어서의 環境權에 의한 公害訴訟의 特色에 關해서는 生田典久, 米國 環境權 Environmental rightに基づく公害訴訟의 新動向, JURIST No.467 ; 同人, 米國에 於ける 環境訴訟의 新動向, JURIST No.502. 日本에 있어서는 原田尙彦 外 2人, 公害訴訟と環境權-新しい公害訴訟への道, 特輯環境, JURIST 臨時增刊, 197.11.10 ; 小林直樹, 環境裁判의 基本問題, 法律時報 No.553 ; 須田政勝, 公害差止請求權, 試論法律, No.563, 564 ; 特輯, 差止請求의 諸問題, 法律時報 No.564 ; 澤井 裕, 公害差止의 法理①②, 法律時報 No.564, 565 ; 文尙德, 環境權法理와 環境行政訴訟의 原告適格擴大論, 法學研究(서울대 大學院), 2, 1992.4. pp.211-220.

判例로는 대법원 1984.6.12. 선고 81다558 판결 참조. 「加害企業이 어떠한 危素한 原因物質을 배출하고 그것이 被害物件에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그것이 無害하다는 것을 主張하지 못하는 限 責任을 면할 수 없다고 보는 것이 社會衡平이 관념에 적합하다고 할 것이다.

114) 公害補償으로서의 生業補償에 關해서는 高原賢治, 公害補償として生業補償, JURIST No.532, 1973.5.15, pp.47~48 參照 ; 公害健康被害補償에 關해서는 座談會, 公害健康補償法, 法律時報 563號(1975.3) ; 韓昌奎, 公害賠償, 公害訴訟, 公法研究 第6號, pp.117-135 ; 具然昌, 環境汚染被害救濟制度의 問題點과 對策, 法曹38卷10號(397號), 1989.10., p.27 ; 全昌祚, 環境汚染健康被害補償制度에 關한 研究, 環境法研究, 1989.11., pp.109-150 ; 任明宰, 日本公害健康被害補償法의 本質的 問題點, 立法調査月報, 168, 1988.4. pp.91-101 ; 坂口洋一, 公害健康被害補償法の改正と問題點, 898號(87.12)70面

(3) 環境犯罪의 處罰

또한 오늘날 環境犯罪가 增加됨은 물론 大量化되면서 環境汚染物質 等の 不法排出을 根絶하기 위해 大氣環境保全法, 水質環境保全法 等이 處罰規定을 두고 있다.¹¹⁵⁾ 그리고 既存 環境關係法의 規定만으로 對處하기에 未洽한 特定環境犯罪에 대해 加重處罰하기 爲해 「環境犯罪의 處罰에 關한 特別措置法」 (1991. 5. 31. 制定·公布)을 制定하였다.

(4) 環境汚染被害紛爭調停

政府는 環境汚染으로 인한 紛爭이 發生한 경우에 그 紛爭이 迅速하고 公正하게 解決되도록 하기 위하여 必要한 施策을 講究하여야 한다(環境政策基本法 第29條). 環境汚染으로 因한 被害의 調査와 紛爭調停을 爲한 斡旋·調停 및 裁定의 節次 等を 公正하게 救濟하기 위해 새로이 制定한 「環境汚染被害紛爭調停法」 (1990. 8. 1. 制定·公布)은 環境汚染紛爭調停委員會를 두고 忿爭調停을 할 수 있게 하고 있다.¹¹⁶⁾ 環境紛爭調停委員會에 中央委員會와 特別市·廣域市와 道에 地方委員會를 둔다.

VII. 環境法制의 改善方向

115) 環境犯罪에 관해서는 朴陽植·權五杰, 環境侵害行爲에 대한 刑法의 考察, 慶北大 法學叢5輯 (89.12)145面 ; 申東雲, 環境犯罪의 效率的 對處方案, 法新1928號(90.4.)110面.

116) 全昌祚, 日本의 公害紛爭處理制度, 環境法研究, 13, 1991., pp.67-110 ; 南博方, 20周年を迎へた, 公害調停委員會, ジュリスト 1992/9, p.30 ; 洪天龍, 우리 나라의 環境汚染被害紛爭調停制度, 慶南法學 第6號, 1991. pp.25-42; 環境汚染被害紛爭調停法이 制定되기 전의 論文으로는 徐元宇·崔松和, 環境紛爭調停制度의 開發에 關한 研究, 環境法研究7卷(86.10)25面 ; 權龍雨, 環境紛爭調停制度의 問題와 改善策, 環境法研究10卷(89.5.)175面 等を 參照할 것.

1. 우리 나라 環境法制的 發展과 問題點

우리 나라의 環境法은 公害防止對策立法에서 自然環境保全法으로 發展하다 文民政府들어 環境政策基本法時代로 變遷하고 있다.¹¹⁷⁾ 그동안 環境關係法律도 새로이 制定되어 外國에 내 놓아도 遜色이 없을 程度로 되었다. 그러나 이러한 法律들이 裁判規範으로서의 性格이 약한 것이 흠이다.

예를 들면 環境政策基本法이 第6條에서 國民의 環境權을 規定하고 「國家 및 地方自治團體의 環境保全施策에 協力하고 環境保全을 爲하여 努力하여야 한다」고¹¹⁸⁾ 規定하고 있어 法的 規制의 根據條項이 될 수 있을지 問題이다.¹¹⁹⁾ 또 環境을 自然環境과 生活環境만으로 規定하고 生活環境도 大氣, 廢棄物, 騒音, 惡臭 等 사람의 日常生活과 關係되는 環境만을 限定하여 規定하고 있어 問題되고 이의 具現을 爲한 法的 救濟手段에 관한 規定이 없어 問題이다. 環境汚染被害紛爭調停法이 制定되어 있으나 이 法은 「國民의 健康 및 財產上의 被害」의 救濟를 目的으로 하고 있다. 여기서도 역시 보다 快適한 社會環境에 관한 規定은 없다. 또한 여러 法律들이 被害救濟의 訴訟節次에 관한 規定을 두지 않고 있어 問題이다.

117) 全炳成, 우리나라 環境法の 發展과 環境政策基本法の 制定, 環境14卷(92.9.)75面 ; 朴秀赫, 우리나라에서의 環境立法, 韓獨9·10合併號(92.12.)324面 ; 同人, 地域村時代에 있어서의 우리나라의 環境法政策, 現代法の 理論과 實際琴浪金哲洙教授華甲記念論文輯(93.10.)287面 ; 李相敦, 環境立法의 改善方向, 環境10卷(89.5.)129面 ; 曹日煥, 環境權保護의 私法的 實效化를 爲한 環境責任法制定의 必要性, 人權202號(93.6.)54面 ; 吳錫鎬, 環境規制의 問題點과 改善方向, 人權205號(93.9.)43面 ; 同人, 環境法制的 改革方案, 人權197號(93.1.) 10面.

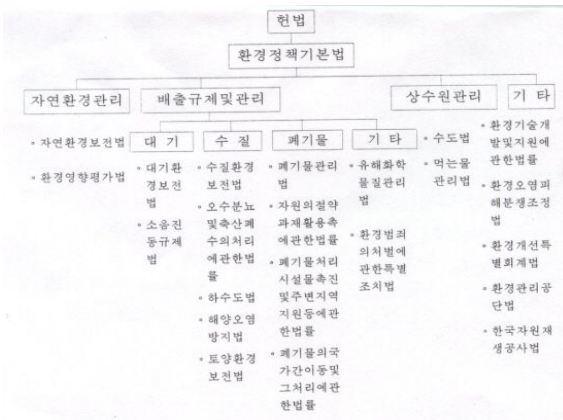
118) 國家는 環境保全에 努力하여야 한다는 義務는 國家가 ① 第3者에 의한 基本權侵害를 豫防하고 ② 豫防의 이고 計劃의 形成措置를 해야하며 ③ 그에 必要한 裁定을 確保하고 ④ 國家制度和 國家決定機能에 대한 參與의 可能性이라고 보고 있다. Hoppe/ Beckmann, a.a. O., S.66.

119) 環境法體系를 보면 다음과 같다.

물론 憲法에 根據하여 直接 裁判規範으로 認定할 수도 있으나 法 實證主義者에 의하여 環境權法定主義와 關聯하여 憲法에 立脚한 訴 訟이 否定될 可能性이 있다.

2. 環境權實現을 爲한 訴訟法定

그러므로 各種 環境法은 強制規範性을 갖도록 訴訟節次를 規定하 여 當事者適格의 緩和, 故意·過失·因果關係의 立證의 轉換, 集團 訴訟이나 懲罰的賦課金導入 等 環境訴訟 制度를 本格的으로 規定하 여야 할 것이다. 因果關係의 立證에 있어서는 高度의 專門의 知識 과 技術, 金錢을 必要로 하므로 立證責任의 被害轉嫁問題라든가, 蓋 然性理論¹²⁰⁾이 適用되도록 立法化하여야 할 것이다.



120) 判例：公害로 인한 不法行爲에 있어서 因果關係에 관하여 當該行爲가 없었더라면 結果가 發生하지 아니하였으리라는 정도의 蓋然性이 있으면 足하고 加害者는 이에 대한 反證을 한 경우만 因果關係를 否定할 수 있다고 보고 있다(大判177412.10.선고, 72다1774). 또 蓋然性 程度의 立證에 관한 具體的 基準-1984年의 義昌郡 對 鎭海化學화학(株) 事件(大判 1984. 6. 12.선고 81다558)에서 지금까지 下級審에서는 蓋然性理論을 展開하면서 ① 被告의 汚染物質의 排出 ② 汚染物質의 原告에의 到達 ③ 被害메카니즘 및 被害發生 可能한 分量의 存在

環境訴訟에 있어서의 特例가 認定되도록 環境爭訟法을 制定하거나 行政訴訟法을 改正하여 集團訴訟 等を 導入하도록 해야 할 것이다.¹²¹⁾ 獨逸의 몇 支放의 自然保護法上에서는 集團訴訟을 認定하고 있다.

3. 環境被害의 事前豫防과 事後救濟를 爲한 立法 補完

이제까지는 주로 環境이 侵害된 경우의 事後救濟에 관한 것이 焦點이 되었으나 앞으로는 環境被害의 事前豫防에 관한 法律이 많이 制定되어야 하겠다. 물론 環境保全에 관한 여러 法律이 事前豫防을 目的으로 한 것이기는 하나 處罰이나 強制處分은 環境破壞 後에 이루어지고 있기에 行政府가 環境破壞豫防에 主力할 수 있는 모든 制度的 裝置를 마련하여야 하겠다. 環境影響評價制度는 좋은 制度이나 實效성이 疑問視되고 있다.

또 日本의 公害健康被害의 補償 等に 관한 法律과 같이 우리나라도 이러한 法律을 制定하여야 하겠다.¹²²⁾ 日本의 이 法은 事後救濟뿐만 아니라 事前的 豫防에 관한 條項도 두고 있는바 例를 들면 公害健康補償豫防協會까지 두도록 하고 있다. 이 밖에도 都·道

④ 被害의 發生事實을 立證할 것을 要求하여 왔는데 이 大法院判決에서는 ①, ②, ④의 세가지만 立證하면 蓋然性程度의 立證을 다한 것으로 본다. 또 이 判決에서 被告側의 立證程度에 관하여 被告가 責任을 면하기 위하여는 ① 그의 排出物 中 汚染物質이 存在하지 않거나 ② 存在하더라도 被害메커니즘과 連結되지 아니한다는 事實을 立證할 것을 要求하고 있다. 또 이 反證의 程度는 蓋然性程度의 것이 아닌 一般不法行爲事件에서의 立證과 같은 것을 要求하고 있다. 이에 관해서는 吳錫洛, 公害訴訟의 諸問題, 일신사, 1979; 同人, 環境訴訟의 諸問題, 일신사, 1991參照.

121) 이에 관해서는 前記 吳錫洛, 環境訴訟의 諸問題 等 參照. 環境訴訟에 있어서는 獨逸에서도 消極성이 問題되고 있다. 反對 Kloepfer, a.a.O. S. 253-285.

122) 全昌祚, 環境汚染健康被害補償制度에 관한 研究, 環境法研究, 11, 1989. pp.109-150; 任明宰, 日本公害健康被害補償法の 本質의 問題點, 立法調查月報, 168, 1988. 4. pp.91-101 等 參照.

府縣指定市の 長은 公害保健福祉事業을 하도록 義務지우고 있다.

또 現在의 環境汚染被害紛爭調停法도 改正하여 中央環境委員會나 地方環境委員會의 獨立性을 보다 強化하고 그 斡旋, 調停, 裁定 等の 實效性을 確保하는 方向도 講究하여야 하겠다. 또 環境犯罪의 處罰도 보다 強化하여야 한다. 世界化해 가는 公害問題와 關聯하여 環境保護國際條約에도 加入하고 이를 誠實히 遵守하는 것도 重要할 것이다.¹²³⁾ 憲法上的 環境權規定이 그림의 떡이 되는 일이 없도록 國民과 國家는 努力하여야 한다.¹²⁴⁾

123) 環境國際法에 관해서는 Kay/Jacobson, Environmental Protection : The International Dimension, 1983. ; Barros/Johnson, International Law of Pollution, 1974 ; Kiss, Droit International de l'environnement, Paris, 1989 ; Burhenne, Internationales Umweltrecht-Multilaterale Verträge, 4Bd., 1974ff ; Kilian, Umweltschutz durch internationale Organisationen-die Antwort des Völkerrechts auf die Krise der Umweltfrage, 1987 等 參照. 日本에서의 環境問題에 관해서는 特集, 公害·環境問題と法, 法律時報, 1990. 1. 等 參照. 統一과 關聯한 環境立法에 대해서는 獨逸統一條約 第34條1項을 參照할 것. 특히 Kloepfer, "Umweltrecht" Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, SS.705ff. 유럽共同體의 環境權에 關한 論文은 無數히 많다. 그 中 重要한 것으로는 Rengeling(Hrsg.), Europäische Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, 1988.

124) 이 論文作成이후에 各給法院의 環境法에 關한 判決이 나왔는데 이를 本文에 반영 할 수 없어 註로서 약간 言及하는데 그쳤다. 讀者의 諒解를 바란다.

憲法的 視覺에서의 環境問題

李 康 燮

憲法裁判所 諮問委員

韓國외국어大學校 法科大學 教授

- 目 次 -

一. 序 說

二. 基本權으로서의 環境權

1. 環境權保全의 意義
2. 環境權의 法的 性質

三. 國家的 責務로서의 環境保全

四. 環境權의 具現

1. 環境權의 具體化
2. 權利의 具體的인 具現方法

五. 結 論

一. 序 說

人間은 누구나 生態的 環境에 의존하여 삶을 누리고 있으며, 그 環境 또는 環境이 제공하는 産物을 이용·섭취하지 아니하고서는 하루도 살아갈 수 없는 존재이다. 그럼에도 불구하고 오늘날 그 環境이 극도로 파괴·오염되어감으로 인하여 人類의 生存 그 자체가 위협을 받을 정도로 심각한 형편에 이르렀다. 사실 그와 같은 意識은 이미 23년 전인 1972년 스웨덴의 스톡홀름에서 개최된 UN人間環境會議에서 채택된 人間環境宣言(declaration on the Human Environment)에 明文으로 표명된 바 있다.¹⁾ 그 때에는 貧困의 타파가 무엇보다도 시급한 당면의 과제이기 때문에 環境保護에 대해 신경 쓸 경황이 없었던 상황이긴 하였으나, 우리 政府도 역시 그러한 국제적 조류를 무시할 수 없기 때문에 1979년 10월에 自然保護憲章을 만들어 宣布한 바 있다. 그리고 그 憲章에는 「産業文明의 발달과 人口의 팽창에 따른 空氣의 오염, 물의 오탁, 녹지의 황폐와 人間의 무분별한 훼손 등으로 自然의 平衡이 상실되어 自然環境이 악화됨으로써 人間과 모든 生物의 生存까지 위협 당하고 있다」라고 宣言하여, 제법 성숙된 環境에 대한 인식을 담고 있었다.²⁾

위와 같은 UN人間環境會議의 人間環境宣言이 채택된 이후 20여년의 세월이 흘렀고, 우리 政府의 自然保護憲章이 선포된 지 약 15년이 지난 오늘날의 國際的·國內的 環境條件은 어떠한 상태에 있

1) vgl. Starke, Stockholm Conference of 1972 on the Human Environment, in : Festschrift für H. Jahrreiß, 1974, S. 253f.

2) 우리나라에서 위 自然保護憲章이 선포되기까지의 前後의 사정 등에 관하여는 具然昌, 環境法論, 1985, 89면 이하 참조.

는가? 그동안 環境을 더 이상 파괴해서는 안 된다는 意識이 擴散되었음에도 불구하고 현실의 環境狀態는 더욱 나빠졌다는 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다. 그 점에 관해서는 1992年 6月初 UN環境開發會議가 브라질의 리오데자네이로에서 채택한 지구환경보전의 기본원칙을 규정한 「리오宣言」과 21세기를 향한 구체적 행동지침인 「실천과제(Agenda 21)」를 채택하게 된 사실. 그러한 국제적 분위기에 맞추어 우리 政府도 동년 6月 5日 「世界環境의 날」 기념식에서 「環境保全을 위한 國家宣言」을 공포하게 된 사실에 잘 나타나 있다.

各國은 이 이상 地球環境變化를 방지할 수 없다는 危機意識을 共有하면서도 이해관계의 相衝 등이 원인이 되어 그 UN環境開發會議(UNCED)의 진행이 순조롭지 않은 것으로 보인다. 1992년 4月初에 미국 뉴욕에서 끝난 제4차 준비회의에서 世界 各國은 27개항에 이르는 리오宣言의 憲章에 合意하긴 했지만, 各國의 利害가 얽혀 당초 예정됐던 지구헌장(Earth Charter)이라는 강력한 規範的 性格에서 한 걸음 후퇴, 결국 宣言(Declaration)으로 이름이 바뀌었다는 소식이다.³⁾

한편 「自然은 인간존재의 모체이며, 삶의 터전이다. 인간은 공기와 물과 흙과 같은 환경의 은혜 없이는 하루도 살 수 없다. 환경에 대한 인간의 의존성을 똑바로 인식하고 환경용량의 범위 내에서 자제하는 것은 오늘을 사는 우리의 윤리규범이다」라는 말을 서두로 시작된 우리 政府의 「環境保全 國家宣言」은 前文과 14個項의 環境保全을 위한 基本原則을 담고 있는 비교적 길고도 자세한 내용의 것이다. 간단히 말해서, 環境保全이 민족과 인류의 생존에 막중한

3) 이러한 消息에 관해서는 東亞日報의 특집 시리즈 '地球를 살리자' 1992년 5월 21일 17면 참조.

중요성을 가지고 있음을 확인하고 이를 실현하기 위한 각급 주체, 곧 政府, 企業, 社會團體 그리고 國民 개개인의 적극적 참여를 촉구하고 있음이 그의 골자이다.

그런데 위 「環境保全을 위한 國家宣言」에 대해서는, 그것이 지극히 原論的 水準에 머물고 있고, UN기구가 成案한 「리오宣言」과 비교해 볼 때 막연한 言術로 시종하고 있다는 아쉬움이 言論에 의해 지적되고 표시되어 있는 상태이다.⁴⁾ 동시에 위 言論의 社說文은 이번에 채택된 「環境保全을 위한 國家宣言」이 70年代 末에 自然保護憲章을 제정한 뒤 고작 景勝地에 미관 파괴적인 憲章碑를 세우는 전철이 되지 않아야 한다고 경고하고 있는바, 참으로 同感임을 표시하지 않을 수 없다.

모처럼의 「環境保全을 위한 國家宣言」이 言論에 의해 우려된 바와 같은 화려한 口頭禪으로 化하지 않게 하기 위해서는 어떻게 해야 할 것인가. 그 문제를 憲法的 視覺에서 살펴보려는 것이 本稿가 의도하는 바이다.

二. 基本權으로서의 環境權

1. 環境權保全의 意義

4) 조선일보 1992년 5월 22일 사설 : '환경을 국가 중대사안으로' 참조. 같은 날짜에 중앙일보도 '環境전쟁서 살아 남으려면' 제목의 社說을 싣고 있는데, "정부의 환경선언은 국내의 환경에 대한 인식과 각오를 새로이 하고, 대외적으로는 이를 해결하려는 정부의 의지와 노력을 과시하려는 효과를 기대하게 한다. 우리는 이 선언이 비단 '선언'으로 그치지 않고 실천을 이어질 것을 강력히 촉구한다"는 것이 그의 요지이다.

우리 憲法은 第35條 第1項에서 「모든 國民은 건강하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다」라고 규정하고 있으며, 또한 동조 제2항에서는 「環境權의 내용과 행사에 관하여는 法律로 정한다」라고 하고, 동조 제3항에서는 「國家는 住宅開發定策 등을 통하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 노력하여야 한다」라고 규정하고 있다. 이와 같은 내용의 環境權은 1980년 10월 27일의 憲法改正(第5共和國 憲法)을 통해 처음으로 도입되었으며, 현행헌법의 환경권에 관한 조항은 1980년 헌법에 규정된 그것을 보다 구체화하여, 환경권을 구현 내지 실현하기 위한 法律留保를 규정하고 또한 사회적 환경권까지 보장하는 규정을 신설하였다. 사실 국민의 환경권을 직접 헌법에서 基本權으로 명기하여 보장하고 있는 입법례는 외국의 헌법에서도 찾아보기 어렵다. 그러한 의미에서 그 환경권(environmental right, Recht auf Umwelt)은 우리 헌법의 특색의 하나라고 할 수 있다. 따라서 외국에서 비록 이론과 실무를 통하여 그 환경권을 거론하고 있지만, 그것은 관련조항의 해석을 통하여 그 환경권을 도출하고 있을 뿐이다. 예를 들면, 미국에서는 「누구든지 正當한 法の 節次에 의하지 아니하고는 生命·自由 또는 財產權을 박탈당하지 아니한다」라는 수정헌법 제5조를 근거로 하여 환경권을 도출하고 있고, 일본에서는 헌법 제13조⁵⁾ 또는 제25조⁶⁾를 근거로 하여 환경권을 도출하고 있다. 독일에서도 그 기본법에 환

5) 일본헌법 제13조는 다음과 같이 규정하고 있다. 「① 모든 국민은 개인으로서 존중된다. ② 생명·자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 관하여는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타의 국정에 있어서 최대의 존중을 필요로 한다.」

6) 일본헌법 제25조는 다음과 같이 규정되어 있다. 「① 모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위하는 권리를 가진다. ② 국가는 모든 생활부문에 있어서 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상과 증진에 노력하지 아니하면 아니된다.」 일본에 있어서는 학계의 다수설과 관례는 그 환경권을 기본권의 일종으로 인정하지 아니하며 단지 소수설만이 그의 기본권성을 인정한다.

경권을 명시하고 있지 않기 때문에 학자들은 기본법 제2조 제2항의 「모든 사람은 生命과 身體를 毀損당하지 않을 權利를 가진다. 人身의 自由는 不可侵이다」 하는 규정을 근거로 하여 환경권을 이론적으로 도출하고 있다. 그러나 우리 憲法은 외국의 헌법과는 달리 환경권을 명시함으로써 국민의 環境에 대한 의식을 고취하고, 그에 상응하는 國家的 義務를 각성시키는 효과를 거둘 수 있다는 점에서 긍정적 측면을 가진다. 그러나 환경권을 헌법에 규정함으로써 헌법에 규정된 餘他 基本權條項의 規範的 效力을 약화시킬 수 있는 부정적 측면에서는 좀 더 검토해야 될 것이다. 그 이유는 독일에 있어서도 한 때 환경권을 기본법에 도입하자는 논의가 제기된 때가 있었다. 즉 1970년대 초에 그와 같은 주장이 여러 政治·社會的 勢力들에 의해 제창되었을 뿐만 아니라 聯邦政府도 그러한 구상을 한 바가 있었다⁷⁾. 그러나 많은 學者들은 기본법에 환경권을 규정하여도 그것은 프로그램규정으로 될 수밖에 없고 그것을 프로그램규정으로 규정하면 오히려 헌법의 실효성을 해침으로써 유해한 결과를 가져 온다고 반대하는 주장도 강하기 때문이다.⁸⁾ 특히 독일 기본법

7) Vgl. Klorpfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, S.31ff.; Breuer, Umweltschutzrecht, in ; Besonderes Verwaltungsrecht(1981), S.659 ; Benda, Verfassungsrechtliche Aspekte des Umweltschutzes, UPR 1982/8, S.244.

8) Carl Schmidt, Erinnerungen, 1979, Dritter Band der gesammelten Werk, S. 373f. 基本權을 제정하는데 있어 크게 기여한 바 있는 정치가인 Schmidt는 상기의 회고록에서 다음과 같은 말을 강조하고 있다. “바이마르헌법에 다양하게 규정되어 있던 사회적 기본권을 기본법에 그대로 도입하자는 많은 사람의 주장에 대하여 내가 그토록 강력하게 반대한 이유는, 그 社會的 基本權이란 결국 方針規定 또는 類語反復(Tautologie)에 지나지 않으며 정치적 상황의 묘사에 불과한 것이라고 생각하였기 때문이다. 사회적 기본권은 추상적으로 또한 願望의 形式이나 當爲(Sollen)의 내용으로 구성될 수밖에 없는 것이다. 따라서 그 기본권의 구체적 내용은 상황에 따라 입법자에 의해서 결정되는 것이 마땅한 것이다. 다시 말하면 의회의 다수자가 어떤 사회적 상태를 변혁할 것을 원하는 경우 그것을 위해 필요한 법률을 조정하면 족할 것이고 반대로 다수자가 그 변혁을 원하지 않는 경우에는 - 바이마르공화국의 역사가 가르쳐 주는 바와 같이 - 헌법에서 보장하고 있는 진보적인 사회적 기본권 규정도 아무런 쓸모가 없다. 만약 후자의 경우와 같이 될 때 헌법은 오히려 국민으로부터 불신만을 받게 될 것이다. 기본법에 수용되어 있는 節次規定(Verfahrensregel)이 중요한 意義를 가지고 있는 점은 그 규정이 진보의 길(Weg zum Fortschritt)을 방해하고 있는 것이 아니라 진보에 대해 개방(öffnen)하고 있다는 점이다.” : Michael Klopfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978,

은 「다음의 基本權은 직접 적용되는 法으로서(als unmittelbar gelten des Recht) 立法, 行政 및 裁判을 羈束한다」(제1조 제3항)라고 明文으로 규정하고 있기 때문에 그 환경권을 명문화하는 문제는 더욱 신중히 다루지 않을 수 없는 실정이다. 그것은 현실적으로 실현성이 없는 것을 약속하지 않는 것은 憲法의 信用(Glaubwürdigkeit einer Verfassung)이라는 점에서 오히려 바람직한 일이라는 의미를 갖는다⁹⁾. 그러한 의미에서 독일기본법이 바이마르憲法에 있어서와 같이 많은 사회적 기본권을 규정하지 않은 이유 중의 하나가 바로 憲法의 신뢰성을 확보하는 데 있었다는 사실은 하나의 他山之石이 아닐 수 없다. 어쨌든 헌법에서 다양한 내용의 기본권을 보장하고 있는 것은 국가적으로나 사회적으로 부담이 된다는 점을 인식할 필요가 있다. 그것은 憲法에 수용된 다양한 基本權目錄은 각양각색의 의사와 이해를 가진 국민의 ‘大合意’(Grundkonsens)로서의 성격을 가지고 있기 때문이다¹⁰⁾ 뿐만 아니라 사회적 기본권은 그 내용을 구체화하기 위하여 법률의 제정, 예산의 심의와 같은 大合意 內에서의 ‘合意’를 또한 필요로 하기 때문이다.

2. 環境權의 法的 性質

現行 憲法上の 環境權은 어떠한 法的 性質 또는 效力을 갖는 것인가가 문제된다. 바로 우리 憲法에는 독일기본법 제1조 제3항과 같은 규정이 없기 때문에, 국민의 環境權은 국가기관을 직접 羈束

s. 36 ; H. Dellmann, Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt, DöV 1975, S. 589.

9) Ingo von Münch, Grundbegriffe des Staatsrechts I, 1979, S. 82.

10) 이 점에 관해서는 다음의 문헌을 참조하기 바람. 拙稿, 憲法問題로서의 合意, [月刊考試] 1981년 11월호 및 金南辰·李康麟 共著, [主題中心憲法], 769면 이하.

하는 효력을 갖는 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 그러나 이미 環境權이 憲法에 實定化되어 있는 이상, 우리의 당면과제는 그 국민의 환경권을 규범적 효력이 있는 것으로 만드는 일이 아닐 수 없다. 그러기 위해서는 먼저 環境權이 餘他 基本權과는 달리 여러 특성을 지니고 있는 점부터 파악할 필요가 있다. 이 점과 관련하여서 ① 環境 그 자체는 權利의 대상이 아닌 環境에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 實效性을 나타낼 수 있기 때문에 他基本權의 제한을 전제로 하는 기본권이라는 특성을 갖는다. ② 環境權은 다른 어느 基本權보다도 그 義務性이 강해서 環境保全의 履行, 相隣關係의 존중 등을 통해서만 비로소 실현될 수 있는 基本權이라는 특성을 갖는다. ③ 環境權은 외형상 산업발전으로 인한 環境汚染과 상극의 관계에 있는 것처럼 보이기 때문에 산업발전을 억제하거나 산업체활동을 제약하는 경제성장의 장애요인으로 기능할 수도 있다는 특성을 갖는다. ④ 環境權은 현재 살고 있는 現存世代만의 基本權이 아니라 未來世代의 基本權적인 성격도 아울러 가지고 있다는 점 등이 바로 그것이다.¹¹⁾

위와 같이 環境權이 餘他 基本權과는 달리 여러 특성을 지니고 있기 때문에 그 法的 性質을 파악함에 있어 많은 어려움이 따른다. 사실 우리나라에서도 環境權에 관한 조항이 憲法에 규정되기 이전부터 헌법상의 다른 기본권조항을 근거로 하여 국민의 환경권을 도출하려는 노력이 많은 학자에 의하여 시도되어 왔고, 또한 환경권의 법적 성질에 관해서는 그때부터 활발히 논의되어 왔다¹²⁾. 그러나 대다수의 학자는 그 環境權에 최대한 법적 효력을 부여하려고 노력하여 왔다. 그것은 다음과 같은 학자들의 論述에서도 알 수 있

11) 同旨：許營，憲法理論과 憲法(中)，1988，280면

12) 이 점에 관하여 보다 상세한 것은 拙者，前掲書 [環境權과 法的效用]，322면 참조 바람.

다.

첫째로 학자들은 환경권이라 함은 “건강하고 쾌적한 환경에서 인간다운 생활을 누릴 수 있는 생활환경의 회복·보전을 요구할 수 있는 권리¹³⁾”, “깨끗한 환경에서 건강하고 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리¹⁴⁾”, “인간다운 환경속에서 生存할 수 있는 권리¹⁵⁾”, “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리¹⁶⁾”, “좋은 환경을 향유하고 또한 이것을 지배하는 권리, 즉 인간이 건강한 생활을 유지하고 쾌적한 생활을 향유하는 권리¹⁷⁾”라고 정의하고 있다.

한편 許營 교수는 그의 力著에서 「環境權은 “건강하고 쾌적한 환경에서 公害 없는 생활을 누릴 수 있는 권리”라고 말할 수 있는데 우리 헌법은 그 내용과 행사를 법률로 정하게 하고 있어서 그것이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 그 權利의 성격과 내용 등이 뚜렷하지 않다. 그러나 環境權에 의해서 보장하려는 “건강하고 쾌적한 環境”은 우선 自然環境을 말하는 것이라고 볼 때, 자연환경은 그 權利의 客體 내지는 법적 규율의 대상으로 삼는 데는 스스로 일정한 한계가 있다. 自然環境은 자연법칙에 따라 움직이지 사람의 희망이나 국가가 제정한 法規에 따르지 않기 때문이다」라고 서술하고 있다.¹⁸⁾

둘째로 학자들은 그 환경권은 어떠한 법적 성질을 가지는가에 대하여 “그것은 국가에 대하여 쾌적한 환경을 요구할 수 있는 권리이므로 人間다운 生活을 보장하기 위한 生活權的 基本權이다”라는 견해,¹⁹⁾ “環境權은 基本權으로서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권

13) 安溶教, 韓國憲法, 1989, 563면.

14) 權寧星, 韓國憲法論, 1990, 560면.

15) 金哲洙, 憲法學概論, 1990, 497면.

16) 文鴻柱, 韓國憲法, 1990, 316면.

17) 李尙圭, 環境權의 行政法에의 適用, [고시연구] 1980년 12월호.

18) 許營, 韓國憲法論, 423면.

에서 파생된 기본권으로서 生存權의 基本權에 포함되며, 權利로서의 양면성을 가진다”라는 견해²⁰⁾, “인간의 존엄성 존중과 행복추구권 및 사회적 기본권의 성격을 아울러 가지고 있는 綜合的 基本權”이라는 견해²¹⁾, “인격권과 생존권적 기본권의 성격을 가진 權利”라는 견해²²⁾등으로 논술하고 있다.

이러한 견해와는 달리 “環境權은 많은 기본권의 실효성 확보를 위해서 그 보장이 불가피한 일종의 ‘기본권의 전제 조건의 보호’로서의 의미도 함께 가지고 있기 때문에, 법적 성격도 이를 自由權·社會權·人格權 등 획일적으로 말할 수는 없다고 생각한다… 그 뿐만 아니라 環境權은 효과적인 環境保全政策 내지는 環境立法에 의해서만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 法律制度的 보장이라는 制度的 保障의 성질도 함께 內包하고 있다.”라고 論述하고 있는 독특한 견해도 있다²³⁾.

셋째로 학자들은 그 環境權의 效力에 관하여, “環境權을 구체화·실효화하는 법률의 제정은 實定憲法상의 의무이고 그 법률의 內容形成에 있어서만 일정한 裁量を 용인한 것으로 본다… 즉 環境保全法의 제정을 立法權에 의무 지우고 그 법률의 내용형성에 일정한 立法裁量を 용인한 것으로 보아 環境權을 실현하는 立法이 없거나 立法이 불충분한 경우에는 法院에 그 不作爲違憲確認訴訟을 제기할 수 있는 具體的 權利라고 이해하여야 할 것이다²⁴⁾”. “憲法の 차원에서는 環境權은 추상적 권리로 이해되고 있으므로, 구체적이고 충분

19) 文鴻株, 前掲書 317면.

20) 金哲洙, 前掲書 498면; 李尙圭, 前掲論文 60면.

21) 權寧星, 前掲書 561면; 韓相範, 人權으로서의 環境權의 法理, [考試研究] 1981년 1월호.

22) 金元圭, 環境權과 行政上 救濟, [栗山 韓泰淵 博士 回甲記念論文集], 1977년, 558면; 이준구, 環境權, [考試研究] 1981년 2월호.

23) 許營, 前掲書 426~427면.

24) 安裕教, 前掲書 565면.

한 내용의 立法이 없는 한 現實的인 權利로서 주장할 수가 없다는 것이 지배적인 입장이었다. - 그러나 환경과피에 의한 人權의 大量侵害·大量破壞는 기존의 社會權 개념을 가지고서는 대응할 수 없음이 명백하다. - 이에 대처하기 위해서는 환경과피라는 새로운 基本權侵害에 대응할 새로운 적극적인 이론구성이 이루어지지 않으면 안된다. 그것이 바로 生命權·保健權의 財產權·營業의 自由에 대한 우위론이라고 하는 기본권의 해석론이다. 이러한 입장에서 본다면 經濟的·財政的 措置가 불필요한 環境保全權은 自由權的 基本權의 경우처럼 헌법규정만으로 法院에 提訴할 수 있는 것으로 이해하는 것이 마땅하다. 그렇게 보아야만 環境權에 관하여 구체적 입법이 없을지라도 法院에 提訴할 수 있을 것이기 때문이다.²⁵⁾”라고 하는 견해와, “環境權은 自由權的 性格에서 環境權侵害排除請求權이 있으며, 生存權的 性格에서 環境保護保障請求權이 있다고 할 것이다. 환경침해배제청구권은 自由權으로서 구체적 권리이나 국가에 대하여 보다 좋은 환경을 조성해 달라고 하는 環境개선·보호조치청구권은 立法에 의해서만 적극적으로 보장된다고 할 것이다. 따라서 環境改善請求權은 추상적 권리라고 할 수 있다.²⁶⁾” “環境權이 자유권적 성격에서는 환경보호조치청구권으로서 추상적 권리가 있다고 하겠다.²⁷⁾”라고 하는 견해가 있다. 다시 말하면 전자의 견해는 환경권은 오로지 입법·행정에 대하여 지도이념을 제공하는 프로그램적·추상적 권리에 국한시켜서는 안 되고 국민 개개인이 직접 법원에 청구할 수 있는 구체적인 법적 권리로서 확립되어야 한다고 강조하는 견해인 데 대하여, 후자의 견해는 환경권은 환경에 대한 침

25) 權寧星, 前掲書 555~556면.

26) 金哲洙, 前掲書 493면.

27) 丘秉朔, 新憲法原論, 1988, 582면.

해가 있을 때에 그 排除를 직접 청구할 수 있는 구체적인 권리로서의 측면과 건강하고 쾌적한 생활환경의 조성·유지는 입법을 기다려 비로소 청구할 수 있는 추상적 권리로서의 측면이라는 양면성을 가진다고 강조하는 견해²⁸⁾이다. 후자의 견해가 환경권의 효력에 관한 우리 학계에 있어서의 통설적 입장이라고 말할 수 있다.

위와 같은 環境權理論에 대하여 강력한 비판론이 대두하고 있는데, 그것은 바로 徐元宇 教授의 주장²⁹⁾이다. 徐 教授는 환경권의 법적 성질에 관한 우리나라 및 외국의 여러 학설을 검토한 후에 “우리나라의 多數學者들이 주장하는 바와 같이 環境權을 「生存權」·「生活權」 혹은 「社會的 基本權」의 일종으로 성격짓는 이상 環境權은 별 수없이 프로그램적 내지 추상적 권리로 해석할 수밖에 없는 것이 아닌가 생각되며 그 實效性은 어디까지나 立法·行政의 措置와 관련하여 논할 수밖에 없는 그야말로 指導理念的 權利로 이해하는 것이 현실적이며 냉정한 태도가 아닌가 생각되는 것이다.”라고 결론을 내리고 있다. 그리고 또한 “요컨대 한마디로 말해서 環境權理論의 배경에는 법원의 기능에 대한 약간 지나친 기대가 가로 놓여있는 것 같이 생각되거나와 公害 내지 環境破壞의 심각성에 대한 立法·行政의 대응부족의 현실에서 남은 것은 司法에 의한 救濟라고 하는 발상도 이해되지 않는 바 아니지만 우리나라와 같은 상황에서는 너무나도 비현실적이며 성급한 주장이 아닌가 생각된다³⁰⁾”. 라고 강조하고 있다.

三. 國家的 責務로서의 環境保全

28) 金英勳, 環境權에 관한 研究 - 公法上の 法理와 救濟를 中心으로, 法學博士 學位論文, 1981, 79면.

29) 徐元宇, 環境權 理論批判, [考試研究] 1984년 5월호, 85면.

30) 徐元宇, 前揭論文 99면.

우리 憲法은 基本權으로서의 環境權을 보장하고 있는 동시에 「環境保全」을 國家의 責務로서 규정하고 있다. 「國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다.(제35조 제1항 제2단)라고 규정하고 있는 것이 바로 그것을 말한다. 憲法은 國家와 함께 國民도 環境保全을 위하여 노력하여야 함을 규정하고 있으나 여기에서는 일단 國家의 責務에 대해서만 고찰하기로 한다.

憲法이 國家는 「環境保全을 위하여 노력하여야 한다」라고 규정하고 있는데 이 規定이 어떠한 法的 意味를 가지고 있는가 하는 것이 여기서의 關心事이다. 그것에 관하여 一說은 環境權의 內容의 하나로서 특별히 「環境權保障을 위한 國家의 努力義務」라는 항목을 설정하여 「憲法 제35조 제1항과 제3항은 각기 개인을 위한 主觀的 公權으로서 環境權과 쾌적한 住宅에서의 生活權을 보장한 規定이면서, 동시에 그에 대응하는 國家의 努力의 義務를 規定한 조항이다. 이에 따라 國家는 環境保全과 公害排除의 노력뿐 아니라 文化的 住宅을 개발하고 공급할 노력의 義務를 지고 있다. 이에 관한 법률로서 都市低所得住民의 生活環境改善을 위한 臨時措置法(1989.4.1 제정)이 있다」³¹⁾라고 설명하고 있다. 한편 다른 學說은 環境保護를 위한 立法의 문제」라는 항목을 설치하여 그 안에서 ① 環境保護에 관한 國會의 立法責任 ② 環境立法의 專門性 ③ 環境保護에 관한 委任立法의 限界 ④ 國會立法機能의 專門化方案 등에 관하여 설명하고 있는데, 이 부분을 國家의 環境保全의 責務와 관련시켜 이해하여도 좋을 것 같다.

憲法이 「環境權의 내용과 행사에 관하여는 法律로 정한다」(제

31) 權寧星, 前掲書, 563면

35조 제2항)라고 규정하고 있는 바와 같이 환경보전을 위한 國家的 責務도 법률을 통하여 具體化되어야 한다고 보지 않을 수 없기 때문이다.

국가는 위와 같은 헌법상의 책무를 이행하기 위해 많은 법률을 제정해 놓고 있다. 憲法에 환경관계조항이 설치되기 이전인 1963년에 처음으로 公害防止法을 제정하였는데, 同法은 環境保全法의 제정(1977.12.31), 시행(1978.7.1)과 더불어 폐지되었다. 그런데 그 환경보전법은 또 다시 環境政策基本法의 제정(1990.8.1), 시행(1991.3.1)과 더불어 폐지되기에 이르렀다. 환경보전법은 환경보전에 관한 종합적 법률의 성격을 가지고 있었던 법률인데 그 내용이 환경정책기본법 및 기타 법률로 발전적으로 解消되게 된 것이다. 여기에서 그 기타의 法律이란 環境汚染排除紛爭調停法, 騒音·振動規制法, 水質環境保全法, 大氣環境保全法, 오존層保護를 위한 특정물질의 製造規制 등에 관한 법률, 自然環境保全法, 海洋汚染防止法, 廢棄物管理法, 環境管理公團法, 汚水·분뇨 및 畜産廢水의 처리에 관한 法律, 합성수지폐기물처리법, 환경개선비용부담법을 지적할 수 있다. 한편 1989년 12월 30일 政府組織法의 改正을 통해 종래의 환경청을 환경처로 승격하는 동시에 환경처장을 국무위원으로서의 장관이 맡게 한 것도 역시 환경보전을 위한 국가적 노력의 일환으로 볼 수 있다.

여기에서 한가지 의문을 가지게 되는 것은 우리 憲法이 제35조에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 環境에서 생활할 권리」를 보장하고(제1항), 「環境權의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.」(제2항)라고 규정하고 있음으로써 그에 관한 법률을 제정하는 것도 또한 국가의 책무로서 볼 수 있는 것인데, 그것에 관련된 법률은 어디에서 찾을 수 있는가 하는 점이다. 여기에서 그와 같은 의문을

제기하게 되는 것은 위에서 환경과 직접 관련되는 10여개의 법률을 나열해 보았지만, 그 법률 안에서는 명칭으로 보아 직접 국민의 환경권을 보장하고 있는 것으로 볼 수 있는 법률을 발견할 수 없기 때문이다. 그러나 법률의 명칭에는 비록 나타나 있지 않지만 그 내용에 있어 국민의 환경권에 관해 규정하고 있는 법률이 있다. 그것이 바로 環境政策基本法(1990.8.19. 法律 제4257호)이다. 同法이 제1조의 目的規定에 있어서 「이 법은 環境保全에 관한 國民의 權利·義務와 國家의 責務를 명확히 하고 環境保全施策의 基本이 되는 사항을 정함으로써 環境汚染으로 인한 危害를 예방하고 자연환경 및 생활환경을 적절하게 관리·보전함을 목적으로 한다」라고 규정하고 있는 동시에, 제6조에서 「모든 국민은 健康하고 快適한 環境에서 생활할 권리를 가지며 國家 및 地方自治團體의 環境保全施策에 協力하고 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」라고 규정하고 있는 점에서 그것이 잘 나타나 있다.

그러나, 여기에서 다시 한번 의문을 가지게 되는 점은 「모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리」를 가진다고 함은 이미 헌법 제35조 제1항에서 규정하고 있음에도 불구하고 「환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다」하는 헌법규정(제35조 제2항)을 具體化하는 것으로 볼 수 있는 法律인 環境政策基本法이 헌법규정과 같이 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 함을 復唱하고 있을 뿐, 그 권리의 구체적인 내용이나 행사에 관해서는 직접적으로 규정하고 있지 않은 점이다. 또한 環境政策基本法 이외에는 특별히 국민의 환경권의 내용과 행사에 관해 직접적으로 규정하고 있는 法律이나 條項을 발견하기도 어렵다는 점이다. 앞에서 열거한 環境關係法律의 내용을 살펴보게 되면, 거의 전부가 環境保全을 위해 國家나 地方自治團體 등 行爲主體가

여러 가지 定策을 수립·집행하며, 그 과정에서 國民의 生活을 規制하며, 國民에게 여러 가지 의무와 부담을 부과하는 내용의 것이다. 特記할만한 것으로는 오직 環境汚染被害紛爭調整法 정도가 間接적으로 國民의 環境權行使를 돕는 법률로서 언급할 수 있을 정도이다.」

憲法이 「국민의 쾌적한 환경에서 생활한 權利」를 보장하고 「국가와 국민은 환경보전을 위하여 努力하여야 한다」(이상, 제35조 제1항)라고 규정하면서 국민의 環境權의 내용과 행사에 관해서만 法律留保의 규정을 설치하고 있는데(제35조 제2항), 環境關係의 行政法은 오히려 國民에 대한 規制, 의무부과 위주로 구성되어 있는 現實을 어떻게 이해할 것인가. 생각하건데 그것은 따지고 보면 環境權 그 자체의 특수성에서 유래하는 것으로 보인다. 權利란 본래 權利主體가 他方에 대해 作爲·不作爲·給付·受忍 등을 요구할 수 있는 법률상의 힘을 의미한다. 그러나, 國民의 環境權은 국가의 作爲나 不作爲·給付·受忍 등을 통해 실현될 수 있는 것이 아니고, 쾌적한 環境의 保全·造成을 통해 실현될 수 있기 때문에 그러한 내용을 중심으로 구성되어야 한다고 본다. 이렇게 생각할 때, 獨逸에서 한때 憲法에 國民의 環境權(Umweltgrundrecht)條項의 新設에 관한 논의가 중단되고 그 대신 環境保全에 관한 국가목표규정(Staatszielbestimmung Umweltschutz)의 설치 문제로 논의의 중심이 옮겨간 사정을 이해할 만 하다.

독일에서 한 때 국민의 環境權條項의 新設에 관한 문제가 논의되다가 그것이 자치 국민에게 現實 대신에 幻想(mehr Illusionen statt Realitäten)을 제공할 염려가 있고, 그러한 성질의 基本權條項을 설치함으로써 기존의 다른 基本權의 效力에 대해서까지 損傷을 줄 우려가 있다고 하여 그 環境權條項의 新設에 관한 주장이 수그러졌다

고 함은 앞에 기술해 놓은 바 있다.³²⁾

반면에, 독일에서는 環境權條項 대신에 국가목적규정을 설치하는 것에 대한 논의가 오랫동안 계속되어 왔다. 學者나 社會團體에 의한 제안만이 있는 것이 아니라 정부에 의해서도 적극적으로 검토되어 왔다. 즉, 당해 課題를 위해 1981년도에 各邦의 內務部 및 法務部長官에 의해 위촉된 專門家委員會(SachverständigenKommission)가 구성되었고, 同委員會는 憲法(基本法)에 環境保護(Umweltschutz) 및 文化(Kultur)에 관한 국가목표규정을 설치함으로써 국가에 대해 특별한 責務(Verantwortung)를 부과하는 것이 좋겠다는 내용의 보고서³³⁾를 1983년에 작성·보고한 바 있었던 것이다.³⁴⁾ 이 보고서를 계기로 筆者는 근래의 독일에서의 그 國家目的規定 設置에 대한 논의를 참고하여 필자의 견해를 피력한 내용의 논문을 타지에 기고한 바 있는데,³⁵⁾ 결국 독일에서의 이러한 논의가 1994년 10월 27일 제42차 헌법 개정을 통하여 『자연적 생활의 기초』라는 제목하에 제20조에 성문화³⁶⁾되기에 이르렀음은 주지의 사실이다.

32) 註 7)에 소개한 문헌 참조

아울러 그 밖의 문헌으로서는 vgl. H. H. Klein, Ein Grundercht auf saubere Umwelt ? in: Festschrift für W. Weber, 1974, 643f ; H. Steiger, Mensch und Umwelt - Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts, 1975 ; Kloepfer, 1979, S2 Rdnr. 22

33) Bericht der Sachverständigen - Kommission "staatszielbestimmungen / Gesetzgebungsaufträge" 1983, 9.

34) Vgl. R. Wahl, Staatszielbestimmungen im Verfassungsrecht - Bemerkungen aus der Sicht der Sicht der Bundesrepublik Deutschland, in : R. Rack, Grundrechtsreform 1985, S. 223f ; Linck/Ross, Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach vierzig Jahren Grundgesetz, VVDstRL Band 48(1989) ; Michel, Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz, 1986; Klein, Staatsziele im Verfassungsgesetz, DVBl.1991, s. 729 ff

35) 李康熾, 憲法國家와 國家目的, 考試研究, 1992, 2, 56면 이하.
鄭鍾學, 回甲記念論文集

36) 기본법 제20a조 【자연적인 생활의 기초】 「국가는 또한 장래 세대를 위하여 합헌적 질서 범위 내에서 입법을 통하여, 법률과 법에 따른 사법을 통하여 자연적인 생활의 기초를 보호할 책임을 진다.」

Art. 20a. 【natürliche Lebensgrundlagen】 Der Staat schützt auch 卜T Verantwortung Für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der

結論的으로 독일에 있어서 “國家目的 내지 國家目標規定”을 憲法에 設置하는 문제를 둘러싸고 활발히 전개되었던 논의는 우리 헌법상의 「國家의 環境保全을 위한 努力」 규정을 이해하는데 많은 도움이 될 것이라는 점을 지적해 두기로 한다.

四. 環境權의 具現

1. 環境權의 具體化

權利란 본래 ‘自己의 利益을 法律上으로 主張할 수 있는 힘’ 즉 법률상의 이익을 말한다. 그와 같은 권리의 완전한 모습은 보통 타인에게 일정한 行爲·不作爲·給付·受忍등을 요구할 수 있는 請求權(受益權)에서 발견할 수 있다. 그러나 모든 권리는 모두 동일한 내용, 동일한 성질 내지 효력을 가지는 것은 아니다. 바로 권리는 청구권 이외에도 어떠한 침해가 있는 경우에 그의 排除만을 요구하는 권리(侵害排除請求權·自由權), 參與權(參政權)등으로 분류될 수 있다.

그러면 헌법상의 환경권은 위와 같은 분류 중 어떠한 성질을 가지는 권리인가가 문제된다. 이 점에 관해서도 여러 가지 학설이 갈라져 있음은 앞에서 본 바와 같다. 우리 헌법은 다만 「모든 國民은 건강하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가지며…」라고 규정하고 있기 때문에, 그 조문만 보면 그 국민의 환경권은 자유권(侵害排除請求權)으로 볼 수도 있으며, 적극적인 청구권으로 볼 수도 있

verfassungsmäßig in Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und Recht - Sprechung.

다. 그러나 환경권은 헌법에 기본권으로 규정되어 있기 때문에 최소한 排除請求權(Abwehrrecht)의 효력을 갖는 것으로 봄이 타당하다.³⁷⁾

다른 한편 환경권은 적극적인 청구권의 성격도 갖는 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 헌법에는 「環境權의 內容과 行使에 關하여는 法律로 定한다」라고 규정하여 환경권의 구체화를 위한 法律留保條項을 두고 있다. 그러한 의미에서 오늘날 헌법상의 환경권을 구체화한 環境保全法과 같은 각종의 法律이 제정되어 있으므로 오직 헌법규정만 가지고 환경권의 법적 성질을 논의함은 그 실익이 적다고 말하지 않을 수 없다. 특히 환경보전법은 거의 모든 규정이 직접·간접으로 국민의 환경권을 구체화하고 있어서 그 환경권보장에 봉사하고 있음은 再言할 필요도 없다.

따라서 환경권의 구체화는 헌법 제35조에 규정되어 있는 환경권에 근거하여 권리구제의 방법을 강구해야 하지만 그 권리구제의 가능성과 구체적인 방법은 필수적으로 관계법규를 종합적으로 검토·분석하여 모색하여야 할 것이다.

2. 權利의 具體的인 具現方法

환경권의 침해에 대한 권리구제의 방법으로는 民事的인 방법을 통한 권리구제와³⁸⁾ 公法上의 권리구제방법으로 구별할 수 있으나,

37) 특히 本稿의 註 21)과 註 22)를 참고 바람.

38) 그러한 견해는 주로 私法學者들에 의해서 제시되고 있다. 특히 일본의 민법학자인 野村好弘 교수와 淡路剛久 교수는 환경권을 검토함에 있어서는 환경권의 헌법적 측면과 환경권의 실정법적 측면을 명백히 구분해야 한다고 강조하고 있다. 그 이유는 헌법적 측면에서 환경권은 그 보호의 실제 내지 내용이 문제가 되고, 실정법적 측면에서 환경권은 그 보호의 수단이 문제가 되기 때문이라고 한다. 따라서 兩教授는 헌법적 측면에서 환경권을 인정하는 것에 이론은 없지만 공해의 사법적 책임의 분야에 있어서는 종래의 私法理論을 발전시킴으로써 그 환경권보호의 목적을 달성할 수 있으므로 구태여 환경권이라는 實定法的 法記述概念을 사용할

憲法상의 環境權은 국민의 국가에 대한 권리 즉 공법상의 권리이기 때문에 여기에서는 공법상의 권리구제 방법만을 고찰의 대상으로 삼지 않을 수 없다. 또한 헌법상의 基本權으로서의 환경권이 私人間에 있어서 어떠한 효력을 가지는가의 문제는 基本權규정의 第3者效力(Drittwirking)의 문제로서 그것은 별도로 다루어야 할 문제이다.³⁹⁾

그러면 實定法(公法)의 전체적 구조에 입각하여 그 환경권을 어떠한 방법을 통해 구현할 수 있는가. 공법상의 권리구제에는 물론 여러 가지 방법이 있지만, 크게 國家賠償과 行政爭訟으로 나눌 수 있다.

우선 우리 憲法은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 국민은 국가 또는 공공단체에 대하여 정당한 배상을 청구할 수 있음을 명문으로 규정하고 있다(제29조). 그리고 그 공무원의 불법행위가 不作爲에 의해서도 발생할 수 있음은 多言할 필요가 없다.⁴⁰⁾ 그럼에도 불구하고 과거에는 사실 행정상의 便宜主義(tunitätsprinzip), 反射的 利益論 등에 의하여 공무원의 不作爲로 인한 손해배상청구가 거의 인정되지 않았다.⁴¹⁾ 反射的 利益論이라 함

필요가 없다고 주장한다. Vgl. 野村好弘·淡路剛久, 民事訴訟と 環境權, 「ジュリスト」 492號, 240頁.

39) 이 점에 관하여 자세한 것은 다음의 문헌을 참조하기 바람. 金南辰·李康燾 共著, 前掲書 214면 이하.

40) 행정청(공무원)의 부작위가 위법행위를 성립시킨다는 것은 국가 배상사건에서 인정되기 시작하였다. 독일에 있어서는 1921년 11월 5일의 이른바 '눈썰매 사건'(Rodefall)이 그 효시이다. 그 사건은 어느 부인이 노상에서의 '눈썰매'에 부딪혀 사망하였는데, 경찰관이 통행인에게 위험한 '눈썰매'를 금지시키는 등의 적절한 조치를 취하지 않았기 때문에 그 사망사건이 발생하였다는 이유로 책임을 인정하였다. 우리나라에서는 이른바 1.21사태 때 공비와 격투중에 있는 청년의 동거인이 경찰에 구원을 요청하였음에도 불구하고 경찰이 즉시 출동하지 않았기 때문에 그 시민이 사살된 사건에서 행정기관(공무원)의 부작위로 인한 손해에 대하여 국가배상책임을 인정하였다(大判 1971. 4. 6, 71다 124). 그밖에 공무원의 부작위로 인한 손해에 대하여 국가책임을 인정한 판례도 있다. 大判. 1968. 1. 23. 67다 2609; 大判 1968. 11. 19. 68다 1741. 한편 학설은 모두 한결같이 공무원의 '직무집행행위'에 적극적인 작위행위는 물론 부작위도 포함된다고 보고 있다. 金道稔, 前掲書 384면; 尹世昌, 前掲書 285면; 金南辰, 前掲書 460면; 朴鈞欣, 前掲書 332면; 李尙圭, 判例行政法1, 558면.

은 行政廳이 規制權을 발동함으로써 비록 주민이 어떤 이익을 향유 하여도 그것은 反射的 利益(Reflexrecht)에 지나지 않으며 公權이 아니라는 이론이다. 따라서 그것은 행정청이 규제권의 발동을 해태함으로써 주민이 어떤 불이익을 받게 되어도 그 주민에게는 규제권의 발동을 청구하는 권리와 같은 公權은 인정될 수 없다고 보고 있다. 또한 행정상의 편의주의라고 함은 행정청이 행정권을 발동할 것인가 아닌가, 또한 그 행정권을 어떻게 발동할 것인가의 문제는 원칙적으로 행정의 편의 또는 재량에 맡겨져 있는 문제라고 보는 이론이다. 따라서 그것은 행정권을 청구하는 권리는 국민에게 전혀 인정될 수 없다고 본다.

행정청의 부작위 즉 행정청이 규제권의 발동을 해태하는 것에 대한 대항수단으로서 오늘날 국민의 行政介入請求權⁴²⁾은 일반적으로

41) 전통적 反射的 利益論에 의하면 사업체 등에 대한 영업허가를 행정상의 규제는 사회공공의 이익을 실현하는 것이고, 개개의 국민의 구체적 법익을 보호하기 위한 작용이 아니다. 따라서 행정청이 적법하게 권한을 행사하지 않음으로써 국민이 손해를 입은 경우에도 그것은 反射的 利益을 侵害받은 것이기 때문에, 피해자는 국가에 대하여 법적 책임을 추궁할 수 없다고 주장하였다. 行政便宜主義는 행정청이 行政權(規制權)을 행사할 것인가 아닌가, 또한 어떻게 행사할 것인가의 문제는 재량사항이기 때문에, 행정청의 행정권(규제권)의 행사 또는 불행사로 인하여 국민이 어떤 손해를 입은 경우에도 그것은 부당 문제만이 발생되고 위법 문제는 발생되지 않으므로 국가는 어떤 법적 책임도 성립되지 않는다고 주장하였다. 따라서 우리 나라에서는 아직까지 그에 관련된 판례가 발견되지 않는다.

42) 서독에서 개인의 行政介入請求權을 처음으로 인정한 것은 2차대전 이후의 일로서, 1960년 8월 18일의 聯邦行政裁判所의 帶鋸判決(Bandsägen)이 그 효시이다. 그 판결은 주거지역으로 지정된 지역내에서 帶鋸를 사용하여 위법하게 석탄가공업용을 하고 있는 업자로 인하여 고통을 받고 있는 인근 주민이 제기한 義務化訴訟(Verpflichtungsklage)사건에 있어서 법원이 그 원고의 청구를 인용한 것을 말한다. 그 사건에서는 특히 첫째로 건축법규에 의거한 규제가 인근 주민에게 주는 이익을 공권으로 볼 수 있는가, 둘째로 건축법상의 감독권의 발동은 원칙적으로 행정청의 재량사항인데 그러한 사항과 관련하여 행정청에게 行政權(監督權)을 발동해야 할 의무가 발생할 수 있는가가 쟁점으로 되었었다. 우리 大法院도 建築法規에 주민이 받는 이익을 단순한 反射的 利益이 아니라 법률이 보호하는 이익, 즉 公權으로 인정함으로써 위법한 연탄공장에 대한 주민의 行政介入(建築許可取消) 請求權을 認容한 바 있다. 바로 우리 大法院은 그 사건의 판결에서 「住居地域 內에 居住하는 사람이 받는...保護利益은 단순한 反射的 利益이나 事實上的 利益이 아니라 바로 法律에 의하여 保護되는 利益이라 할 것이다」라고 判示하였다(大判 1975. 5. 13, 73 누 96,97 (建築許可處分取消)).

인정되고 있다. 그것은 행정청이 환경보전법 등에 규정되어 있는 규제권을 해태함으로써 주민이 입게 될 피해의 예방과 구제를 위하여 행정청에게 적극적으로 개입해 줄 것을 청구하는 권리를 말한다. 국민의 행정개입청구권은 우리나라에 있어서도 個人的 公權의 擴大化(반사적 이익론의 극복)와 ‘裁量權의 零으로서의 收縮’⁴³⁾ (Ermessens Schrumpfung auf Null)에 관한 이론을 통하여 형성되고 있다. 첫째로, 반사적 이익론에 있어서 우리 행정법이론과 판례는 점차 공권의 영역을 확대함으로써 과거에 반사적 이익으로 간주되던 것을 ‘公權’ 또는 ‘法律上 利益’으로 보는 경향이 일반화되고 있다. 둘째로, 행정편의주의와 관련하여 학설과 판례⁴⁴⁾는 裁量行爲와 羈束行爲의 구별을 상대화하고 있고, 특히 학설은 ‘裁量權의 零으로서의 收縮’의 이론에 의하여 많은 변화를 보이고 있다.⁴⁵⁾ 어떠한 국민의 행정개입청구권은 환경오염과 관련하여 국민이 구제받을 수 있는 길을 훨씬 확대시키고 용이하게 하고 있다.

아울러 헌법에서 국민의 환경권을 보장하고 환경보전법을 제정하는 등의 입법이 정비되고 또한 그 이론과 판례가 진전함에 따라 국민의 권리구제의 길은 점점 확대되어 가고 있다.⁴⁶⁾ 따라서 행정당국도 이러한 추세를 감안하여 보다 적극적으로 직무에 충실할 필요가 있음을 강조하는 바이다.

환경권의 침해에 대한 또 다른 권리구제의 방법은 바로 行政爭訟

43) 金南辰, 行政法の 基本問題, 168면 이하; 徐元宇, 國家의 부작위와 國家賠償責任, [考試研究] 1979년 3월호, 12면 이하.

44) 朴鎭旻, 最新行政法講義, 197면 이하; 大判 1954. 6. 17. 4286 行上 6(行政決定取消請求事件).

45) 金南辰, 上揭書 541면.

46) 우리나라와 비슷한 국가배상책임제도를 가지고 있는 외국에서도 국가책임을 인정하는 판례가 계속 나오고 있다. 서독의 판례에 관해서는 다음의 문헌을 참조하기 바람. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1976, S.39f; Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 177f. 한편 일본의 판례에 관해서는 다음의 문헌을 참조하기 바람. 白井皓喜, 國の 不作爲と 國家賠償責任, [自治研究] 第54卷 第5號(1979.9).

이다. 그러나 여기에서는 行政訴訟의 문제만을 고찰하기로 한다. 현행 行政訴訟法은 항고소송으로서 取消訴訟·無效 등 確認訴訟 및 不作爲違法確認訴訟만 인정하고 (동법 제4조) 있으며 義務化訴訟은 인정하지 않고 있다. 그러나 대부분의 학설은 현행법으로도 履行訴訟(義務化訴訟)이 가능하다고 보고 있다.⁴⁷⁾ 이에 대하여 판례는 부정적인 태도를 취하여 왔다.⁴⁸⁾ 이것은 현대국가에 있어서의 積極行政機能의 확대와 個人生活의 行政依存度の 提高現象에 비추어 볼 때 행정소송이 가지는 행정구제적 역할을 반감하는 것이라 하지 않을 수 없다.⁴⁹⁾ 따라서 당사자가 법률이 정하는 環境保全·改善措置

47) 우리나라에서는 履行訴訟(義務化訴訟)이 가능함에 관하여 學說은 消極說과 積極說로 대립되어 있다. 消極說에서는 “通說과 判例는 사법재판소는 행정기관 또는 행정감독기관이 아니므로 그 권한에는 일정한 한계가 있다 하여, 법원은 처분의 취소 또는 무효확인의 판결을 할 수 있을 뿐이고, 행정청을 갈음하여 직접 어떤 처분을 하거나 행정청에게 어떤 처분을 하거나 행정청에게 어떤 처분을 명할 수 없다고 하며, 행정사건의 재판에 있어서의 이른바 ‘變更’은 이러한 의미에서 소극적 변경, 즉 ‘一部取消’ (Teaufhebung)의 뜻으로 이해하는 것이 獨·佛·日 등의 통설로 되어 왔고, 우리나라에 있어서도 그러하다. 생각건대 행정권과 사법권의 분립, 그 조직과 기능의 특이성 또는 행정책임의 귀속 등의 문제를 고려할 때에, 통설의 견해는 결코 무리가 아니라 할 수 있다”라고 주장한다(金道昶, 行政法論, 43면; 同旨: 朴鈞旿, 行政法講義, 338면). 積極說에서는 “생각건대 國民의 基本權으로서 自由權만이 중시되고 行政機能도 秩序行政이 위주였던 時代에 있어서는 ‘取消訴訟’만으로써 어느 정도 行政權에 대항하는 國民의 權利救濟制度로서의 구실을 할 수 있었다고 본다.

第2次 大轉 前의 독일이나 日本의 行政訴訟法이 抗告訴訟으로서 대체로 取消訴訟만을 인정했던 것은 그러한 이유에서였다. 다른 한편 당시에 있어서의 이들 나라의 行政訴訟法이 列記主義를 채택하였던 점에 비추어 보아, 國民을 단순히 行政客體視하고, 行政主體와의 관계에 있어서의 참다운 權利主體로서의 國民의 地位를 제대로 인정하지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 2次 大轉 後에는 國家權 내지 個人의 地位에 대한 意識이 一變함으로써 그것이 行政訴訟制度에도 大轉換을 가져온 것임은 주지의 사실이다. 우리 역시 憲法上의 裁判請求權의 保障(제 27조), 行政權에 대한 司法審査制度의 導入(제177조 제2항), 社會國家原理에 따른 生存權의 保障, 그에 대응한 給付行政의 展開 등의 현실에 비추어 그에 대응한 行政救濟制度로서의 義務化訴訟類의 訴訟이 필요함은 多言을 要하지 않는다고 하겠다”라고 강조하고 있다(金南辰, 行政法의 基本問題, 358~359면; 同旨: 金世昌, 全訂版 行政法(上), 356; 李尙圭, 新行政法論, 409면).

48) 이 점에 관하여 주요한 판례는 다음과 같은 것이 있다. “行政處分을 구하는 것은 본래 司法權의 範圍에 속하지 않는 사항에 관하여 재판을 구하는 것이다”(大判 1965. 1. 26, 64 누 134). “行政訴訟을 부당한 행정처분의 取消·變更 또는 權利確認을 구할 수 있으나 給付의 정구를 할 수 없다고 할 것이다”(大判 1967. 3. 8, 4290 行上 155). “營業權登錄抹消回復請求는 결국 行政廳에 대하여 行政上의 處分の 給付를 求하는 것으로 이와 같은 給付請求는 특별한 규정이 없는 한 行政訴訟의 대상이 될 수 없다”(大判 1965. 4. 27, 64 누 105, 同旨判例: 大判 1966. 4. 6, 65 누 145). “行政訴訟에 있어서 法院은 行政廳 또는 所屬機關의 違法·不當한 處分에 대하여 원칙적으로 取消 또는 變更할 權限이 있을 따름이고 適正價格의 補償을 命할 수는 없다”(大判 1970. 7. 28, 70 누 66, 67, 68).

를 요구하였음에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우 일정한 作爲義務를 구하는 作爲義務化訴訟은 조속히 정착될 것이 요청된다.

그러나 行政審判이나 行政訴訟을 제기하기 위해서는 그 審判이나 訴訟을 제기하는 者에게 각각 「法律上の 利益」이 있어야만 하는 것이 現行法上の 要件이다. (行政審判法 제9조, 行政訴訟法 제12조 등 참조). 이와 같은 要件을 엄격히 지키고자 하는 경우 환경보호를 위해 특별히 활동하는 團體에게는 原告適格이 인정되지 않으므로 그들 團體의 活動에 많은 제약을 받게 된다. 學者 가운데에는 「經濟的·財政的措置가 불필요한 環境保護權은 自由權의 基本權이 경우처럼, 憲法規定만으로 法院에 提訴할 수 있는 것으로 이해하는 것이 마땅하다. 그렇게 보아야만 環境權에 관하여 구체적 立法이 없을지라도 法院에 提訴(住居訴訟의 方式으로)할 수 있을 것이기 때문이다」⁵⁰⁾라는 견해를 펴 보이기도 한다.

그러나 現行 行政訴訟法이 「民衆訴訟 및 機關訴訟은 法律이 정한 경우에 法律이 정한 者에 한하여 제기할 수 있다」(제45조)라고 규정하고 있는 데서 알 수 있는 바와 같이, 住居訴訟(民衆訴訟)이나 團體訴訟(Verbandsklage)이 허용되기 위해서는 특별한 立法(法律判定)을 필요로 한다고 보는 것이 一般論이다. 外國에서는 環境保護를 관철하는 一方案으로서 環境保護團體 등에게 活動의 폭을 넓혀 주기 위해 團體訴訟을 도입하였거나 도입의 문제가 활발히 논의되고 있는 것으로 알기에 우리 역시 그 문제에 대한 연구와 활동이 적극적으로 전개되기를 바라고 싶다.

헌법에 명시된 국민의 환경권과 그것을 구체화하고 있는 관련법

49) 이 문제에 관해서는 특히 李康熾, 憲法學演習, 1994, 415면.

50) 權寧星, 前掲書, 566면.

규들은 上記한 공법상의 권리규제를 위한 수단으로 활용함에 있어 매우 유리한 기반을 조성해 놓고 있다고 생각된다.

五. 結 論

헌법에서 환경권을 국민의 기본권으로서 보장하고 있다는 것은 앞에서 지적한 [自然保護憲章]의 채택과는 전혀 다른 의미를 갖는다. 헌장은 그 자체로서 아무런 법적 효과를 발생하지 않고 오직 계몽적인 역할만을 담당한다. 그러나 환경권이 헌법에 기본권으로서 보장되어 있다는 것은 국민의 환경에 관한 이익이 헌법이라고 하는 법에 의해서 보호되고 있음을 의미하는 까닭에 그 자체로서 일정한 법적 효과를 발생한다. 본래 헌법상의 기본권은 對國家的效力을 가지는 것이므로 무엇보다 국가는 국민의 환경권 즉 ‘깨끗한 環境에서 생활할 權利를 침해해서는 안 된다. 물론 그 환경권의 실체에 대해서는 논란의 여지가 있겠지만 어쨌든 국민의 환경권을 국가적 권력이 침해할 때에는 그 국민은 행정소송을 통해서 그 침해의 배제를 청구할 수 있으며(헌법 제29조), 適法한 공권력으로 인하여 침해당한 경우에는 보상을 청구할 수 있다(헌법 제23조 제3항), 行政訴訟法과 國家賠償法은 바로 그와 같은 국민의 권리를 실현할 수 있는 수단과 방법을 구체적으로 정해 놓고 있다. 특히 損失補償에 관해서는 현행 헌법에서 제23조 제3항을 直接效力規定으로 규정해 놓고 있으므로 구체적인 법률규정이 없는 경우에도 직접 헌법에 근거하여 국가(지방자치단체 포함)에 대해 보상을 청구할 수 있는 것으로 해석하고 있다.

국민의 권리가 헌법에 명문으로 보장되어 있을 때에는 적어도 국가적 권력에 의한 침해로부터 보장된다는 점, 즉 그 침해의 배제를 청구할 수 있으며 또한 그 침해로 인한 재산상의 보상(배상포함)을 청구할 수 있다는 것은 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 적극적으로 그 헌법상의 권리를 보장받기 위하여 국민이 국가의 적극적인 활동을 청구할 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 그 문제에 관하여 오늘날의 지배적인 견해는 적극적으로 헌법상의 권리를 보장받기 위해서는 법률의 제정이 필요한 것으로 보고 있다. 다행히 환경권보장에 관해서는 현재 환경보전법이 제정되어 있으므로 그 환경보전법에 입각하여 위에서 기술한 여러 권리행사가 가능한가를 살펴보고, 동시에 권리구제를 받을 수 있는 방도가 마련되어 있는가를 고찰해야 할 것이다.

憲法學論 및 憲法學 教育

崔 文 權

憲法裁判所 圖書및判例審議委員

서울大學校 法科大學 教授

- 目 次 -

I. 머리말

II. 憲法學의 目標 및 對象

III. 憲法學의 方法論

1. 憲法社會學

2. 社會學的 憲法學 : 定策學 · 立法學 · 解釋學

3. 憲法解釋學 · 憲法史學

IV. 憲法學 研究 및 憲法學 教育

참고문헌

I. 머리말

學問으로서 憲法學이란 무엇이며 어떻게 하는 것인지 그리고 憲法學을 배우고 가르친다고 할 때 무엇을 어떻게 배우며 가르쳐야 하는지에 관한 심각한 반성이나 논의 없이 그동안 憲法學을 한다고 하여 왔고 또 憲法學을 가르쳐 왔다고 생각한다. 그것도 외국의 그것을 소개하고 응용하는 수준의 헌법학을 행하여 왔고 또 가르쳐 왔다고 생각하는 것이다. 그리하는 과정에서 헌법학적 개념들에 관하여도 반드시 정확하게 혹은 옳게 사용하고 있는지 의심스러운 경우도 없지 아니하였다고 생각한다. 늦었지만 이제는 우리의 헌법학을 논하고 우리의 헌법학교육을 이야기할 때가 되었다고 생각하는 것이다. 그러므로 헌법학의 이름으로 무엇을 어떻게 하고 또 무엇을 어떻게 가르쳐야 하는지를 한번 점검해 볼 필요가 있다고 생각하게 된 것이다. 이하의 글은 이러한 목표를 가지고 전개하였다.

II. 憲法學의 目標 및 對象

憲法을 배운다고 할 때 무엇을 어떻게 한다는 것인가? 憲法이 지니는 여러 가지 意味(예컨대 고유한 의미의 헌법·형식적 의미의 헌법·실질적 의미의 헌법), 자기를 나타내는 여러 가지 모습(예컨대 憲法裁判·憲法解釋·憲法意識), 차지하는 位置(예컨대 나라의 最高法規範으로서의 위치), 수행하는 機能(예컨대 勸統制기능·社會統合기능) 등을 통틀어 憲法現像이라 부를 수 있다. 그러한 만큼

우리의 학문적 공격목표는 말할 것도 없이 憲法現像이다. 즉 우리가 행하려고 하는 헌법학의 대상은 헌법현상이다. 다만 헌법현상이라고 하더라도 구체적으로 우리가 행하려고 하는 헌법학의 대상은 무엇보다도 우리나라의 憲法現像임을 가장 먼저 지적하여 두지 않을 수 없다고 생각한다. 그것은 우리의 학문적인 관심사가 우리나라의 헌법현상을 이해하고 혹은 우리나라의 헌법실행(practice)에 기여하려고 하는 것이기 때문이다. 물론 보편적 헌법현상이나 다른 어느 나라의 헌법현상을 연구의 대상으로 삼는 것도 가능하다. 그러나 우리의 학문적 관심사가 우리나라 헌법현상의 이해에 있는 만큼 보편적 헌법현상이나 다른 나라 헌법현상의 이해는 우리나라 헌법현상의 학문적 이해를 위하여는 하나의 길잡이 내지 참고 자료일 뿐이라는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다.¹⁾

우리나라에서 法學이나 憲法學을 한다고 할 때에는 外國의 學說, 判例, 事例 등을 찾아서 摘示하고 곧바로 자기 主張이라고 하여야 할 結論에 이르는 경향을 보여주고 있다. 극단적으로 이야기하면 외국의 학설, 판례나 사례가 없으면 한 말자국도 나아가지 못하는 모습을 보여주고 있다. 외국의, 그것도 이를테면 英, 美, 獨, 佛, 日의 학설이나 판례 또는 사례를 거론하지 아니하면 아무리 논리적으로나 그밖의 논거에 의하여 치밀하게 전개한 이론을 개발하여도 믿어주거나 따라주려고 하지 아니한다. 그러한 만큼 외국의 학설, 판례 또는 사례를 연구하는 이유나 이해득실을 분명히 하여두는 것이 이 단계의 우리의 논의를 위하여 대단히 필요하다고 생각한다. 첫째로, 외국, 예컨대 독일이나 미국의 憲法을 연구한다는 것은 그들 나라에서는 어떻게 하고 있는지를 알고 싶은 知的 好奇心을 滿足시키기 위하여 혹은 우리에게 혹은 도움이 되는 것(source of

1) 崔大權, “憲法社會學 入門,” 憲法學-法社會學的 接近, (서울 : 박영사, 1989), 1-12면.

insights)이 있지 않을까 찾아보기 위하여 필요하고 또 그 한에서 유익하기도 하다고 생각한다. 나아가 수많은 외국의 학설, 판례 또는 사례의 歸納的 研究로부터 普遍的 또는 一般的으로 타당하는 理論이나 結論을 이끌어 내는 것도 가능할 뿐만 아니라 일반론의 전개를 위하여 필요할 것이다.

그러나 둘째로는 독일이 이러니까 또는 미국이 이러니까 우리도 이래야 한다는 결론은 결코 나올 수 없다는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 우리나라의 수많은 석·박사 논문 등에서 보듯이 독일이나 미국 등의 학설, 판례 및 사례의 적시에 이어 결론에 이르는 태도는 바로 이것을 보여주는 것에 지나지 않는다. 외국의 학설·판례·사례 등은 자기의 주장을 說得力있게 만드는 것 중의 하나에 불과하다. 가령 우리나라 헌법조항의 解釋論을 전개한다고 하는 경우에 우리 헌법의 理念的·哲學的 背景이라든지 우리 헌법의 體系的 理解라든지 그 조항의 法文이나 論理構造라든지 그것이 우리나라 社會에서 차지하는 意味 등이 중요한 것이지 “외국이 그러니까 우리도”라는 것은 논거일 수가 없다고 생각한다. 왜냐하면 우리 헌법조항의 의미를 우리는 따지고 있는 것이기 때문이다. 이러한 생각은 우리의 立法論, 政策論 또는 社會科學的 主張의 경우에도 전혀 동일하다. 우리의 헌법을 대상으로 하여 어떠한 헌법론을 전개한다고 하는 경우에 자기의 주장을 뒷받침하기 위하여 동원할 수 있는 논거는 歷史學的, 哲學的, 政治學的, 社會學的, 傳統的인 解釋方法論的 論據 등 자기의 學問的 想像力·創意力이 허용하는 크고 작은 논거를 포함한다. 比較法的 論據는 동원할 수 있는 수많은 논거의 하나일 뿐이라는 점을 주의할 필요가 있는 것이다. 그리고 論據로서의 價値는 그 논거가 가지는 說得力에 의하여 판별될 수 있을 뿐이다.

셋째로, 比較法的 資料가 學問的 主張의 論據로서 說得力을 가질 수 있고 또는 有用性을 가질 수 있는 것은 그것이 그 나라의 政治·經濟·社會·文化의 文脈에서 破壞되었을 때이라고 생각한다.²⁾ 이러한 문맥을 떠나서는 비교가 되지 아니하기 때문이다. 가령 소위 “制度的 保障”이라는 독일 이론을 예로 들자. 제도적 보장이란 歷史的·傳統的으로 形成된 制度를 憲法的으로 保障하는 것이라고 하면서 독일의 예를 들어 우리나라에서도 地方自治, 大學의 自治, 家族制度, 職業公務員制度, 多數政黨制度 등을 들고 있다.

그러나 이제사 지방자치, 대학의 자치, 남녀평등을 전제로한 가족제도 등을 이야기하고 있는 마당에 우리에게 그것이 어떻게 역사적으로 전통적으로 형성된 제도일 수가 있다는 말인가? 우리의 경우에는 그것은 미래지향적인 헌법적 靑寫眞이며 우리는 그 청사진 대로 우리나라 사회를 조직·구성하려고 이제 사오십년간 노력해 오고 있는 것이 아닌가? 이러한 점은 직업공무원제도나 다수정당제도 등에 관하여도 기본적으로 마찬가지라고 생각한다. 독일의 경우에는 지방자치나 대학의 자치같은 것은 중세시대까지 거슬러 올라가는 오랜 역사와 전통이 있는 것이다. 그나라의 정치·경제·사회·문화의 문맥을 떠난 비교는 便宜主義에 이르거나 대단히 危險한 結論의 導出에 이르게 되기 쉽다고 생각한다. 우리나라의 정당에 대한 국고지원제도도 그러한 예의 하나라고 생각한다. 국고에서 정당에 지원금까지 대어 준다니 정당정치인들에게는 얼마나 반가운 일인가. 그것도 독일과 같은 선진국에서 모범을 보이고 있다니. 그러나 독일 사회에서 독일의 정당이 차지하는 위치나 행하는 기능이나 의원내각제인 그 나라의 정부형태 운영에 있는 기능이나 의원내각

2) 崔大權, “比較憲法學이란 무엇인가,” 전계 憲法學, 459-470면 ; 崔大權·吳守根, 比較法(서울 : 한국방송통신대학교출판부, 1994), 3-17면 참조.

제인 그 나라의 정부형태 운영에 있어서의 정당의 존재와 우리나라 사회에서의 우리나라 정당의 위치나 기능, 그리고 대통령제 정부형태에서의 정당의 위치나 기능, 그리고 독일에서의 학자의 비판적 이론과 규제논리의 전개 및 헌법재판소의 일련의 판결에 의한 과감한 제약 노력³⁾등과 우리나라의 그러한 노력의 부재 등을 함께 비교한다면 우리가 쉽사리 정당에 대한 국고지원제도에 동의할 수 없음을 알게 된다. 미국에는 그러한 제도가 없지 않은가. 우리나라의 정당이 독일이나 미국의 정당과 어떻게 같고 어떻게 다른가. 또 옛서독의 기본법에 통일과 관련된 그들의 제23조 및 제146조가 있다고 하여 그것이 없는 우리 헌법을 이해함에 있어서도 마치 그런 것이 있는 듯이 독일식으로 이해하고 해석하여야 하는가?⁴⁾ 이러한 예들자면 한이 없을 것이다.

III. 憲法學의 方法論

이상에서 우리나라의 헌법이 우리의 연구대상이라고 하였지만 그러나 구체적으로 무슨 헌법을 또는 헌법의 어떠한 요소나 측면을 어떻게 어떠한 방법으로 연구할 것이냐 하는 문제가 있다. 이 문제는 궁극적으로는 研究者의 問題意識 내지 무엇을 爭點(issue)으로 하느냐의 문제와 이를 풀어나가는 接近方法의 문제라고 생각한다. 그리고 이것은 결국은 연구자가 받은 學問的 訓練의 문제이기도 하

3) 崔大權, “政治改革을 위한 몇 가지 생각(II)-政府形態·政黨·政治資金·選舉制度 등을 중심으로,” 서울대학교 法學, 제33권 제2호, 93-107면 및 주(25), (26); 독일 헌법재판소의 1992년의 결정 BVerfGE 85, 264 이하 참조.

4) 崔大權, “韓國 憲法の 座標- [領土條項] 과 [平等化 統一條項],” 법제연구, 제2권제1호, 5-24면(1992); 崔大權, “[南北合意書]와 관련된 제방법問題-특히 [特殊關係]의 의미를 중심으로,” 서울대학교 法學, 제34권제3·4호, 1-38면 (1993) 참조.

다. 우리나라의 헌법이라고 하더라도 위의 헌법의 정의에서 보듯이 성문헌법전을 대상으로 삼을 수도 있고 고유한 의미의 헌법이나 살아있는 헌법을 대상으로 삼을 수도 있다. 그러가 하면 예컨대 헌법의 정당조항이나 정당법이나 정당현상을 대상으로 삼을 수도 있고 헌법의 신체의 자유 조항이나 인신구속에 관련된 영장제도, 적부심제도 혹은 보석제나 인신구속의 실제 및 그 대안 제시를 대상으로 할 수도 있으며, 헌법의 기능을, 예컨대 헌법의 권력통제기능이나 통합기능이나 혹은 장식적 기능을 대상으로 할 수도 있는 것이다.

아무튼 헌법현상을 연구의 대상으로 하는 다양한 학문적 접근을 생각할 수 있다. 헌법현상을 대상으로 하는 憲法社會學, 憲法人類學, 憲法政治學, 憲法心理學, 憲法史學, 憲法哲學 등이 그것이다. 넓은 의미의 헌법학은 이러한 학문적 접근도 포섭하여 개념화할 수 있을 것이다. 그러나 헌법학을 좁게 파악하는 경우에는 학문적 연구의 대상을 헌법현상으로 한다는 것뿐이지 이들은 어디까지나 社會學, 人類學, 政治學, 心理學, 史學, 哲學일 뿐이라고 말할 수도 있다. 한편 헌법현상의 풍부한 이해를 위하여는 헌법현상에 대한 이같은 다양한 학문적 접근이 요구된다는 점을 또한 부인할 수 없다. 사실 헌법현상에 대한 이같은 다양한 학문적 접근 노력 없이 우리가 관심을 가지는 憲法解釋學이든 憲法定策學이든 혹은 그밖에 다른 關心事項 때문이든 우리가 헌법현상에 대하여 과연 의미심장하게 이야기 할 수 있을까 하는 의문을 제기할 수 있는 것이다. 연구하는 사람이 받았거나 쌓은 학문적 훈련의 한계 때문에 우리가 그것을 다할 수 없을 뿐이며 바로 그러한 까닭에 자기의 학문적 관심사와 접근방법에 따라 특정한 또는 한정된 연구대상과 접근방법을 선택할 뿐인 것이다. 그러한 의미에서 무엇보다, 예컨대 헌법해석학

만을 좁게 헌법학이라고 규정하려고 한다면 이것은 다양한 학문적 호기심을 무참히 말살시켜 버리는 잘못을 범하는 것이라고 믿는다.

다만 實用性的 要請이랄까 需要가 많은 것이 단연 憲法解釋學인 점은 부인할 수 없다. 그러나 학문적 흥미 내지 호기심으로 말한다면 憲法社會學이 훨씬 재미있다는 점을 또한 이곳에서 지적하고 싶다. 나아가 헌법사회학적 기초 위에서만 헌법정책학은 설 수 있으며, 더구나 헌법해석학도 헌법사회학에 바탕을 둘 때 좀더 풍부하고 다이나믹해질 수 있어서 사실 산업화·정보화로 인한 급속한 변화를 겪고 있는 우리나라 사회의 헌법의 의미를 규명하고 헌법해석학을 전개함에 있어서도 절대적으로 요구되는 학문이 헌법사회학이라 생각된다. 더구나 우리나라에서는 헌법해석학이 法實證主義에 입각하고 있어서 답답하게도 學問的視野를 스스로 좁게 하고 있으며 접근방법도 단조롭게 남아 있는 것이 실정이다. 헌법사회학에 바탕을 둔 헌법해석학은 접근자의 학문적 시야를 넓게 만들어 줄 뿐만 아니라 접근방법도 다양하게 만들어 준다고 생각한다. 굳이 법사회학적 접근이라는 이름을 붙이지 아니하여서 그렇지 오늘날 독일이나 미국에서 행하고 있는 법학의 주류는 이러한 것(법사회학적 접근에 의한 해석법학)이라는 사실을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그런데 우리만이 유독이 法實證主義的인 解釋法學에 집착하여 세상의 변화에도 아랑곳하지 아니하고 타학문과의 교류도 외면하고 있다. 그 결과 우리나라의 주류 법학은 주면 타학문으로부터 철저히 소외당하고 있다. 그리하여 우리나라의 지배적인 법학의 입장에서는 유일의 돌파구를 외국의 학설·판례·사례 등에서 찾다 보니까 外國 學說·判例·事例에 대한 依存度가 深化되어 獨自的인 法學思惟能力을 缺하기에 이르렀다. 이러한 독자적인 법학적 사유능력의 결핍현상은 대학원생들의 석·박사논문 작성시에 두드러지

게 표출되고 있다. 우리나라의 독자적인 법학적 사유능력의 결핍 현상이 대학원생들에게 투영되고 있다는 증거이다. 우리의 법학이 스스로 부과한 이같은 소외 및 자폐로부터 벗어나는 가장 유리한 방법론의 하나가(法)社會學的 憲法學이라고 믿는다.

법사회학적으로 접근한 (현)법학을 社會學的 (憲)法學(sociological jurisprudence) 또는 社會的·法的接近方法 (socio-legal approach) 이라고 부르기도 한다. 그러면 憲法社會學, 法社會學的으로 接近하는 (憲)法學, 그리고 우리가 알게 모르게 많이 행하며 혹은 의존하는 憲法史學에 관하여 좀더 알아보자.

1. 憲法社會學

憲法社會學은 헌법현상에 대한 (社會)科學的 理解를 목표로 한다.⁵⁾ 그러므로 헌법사회학도 科學主義를 표방하다. 사회과학 일반에 관하여 할 수 있는 이야기로서 헌법현상을 포함한 어떠한 社會現象을 놓고 그것이 사람의 (自由)意思에 의하여 決定되는 것인지 社會的인 客觀的 힘에 의하여 決定되는 것인지에 관하여 다툼이 있는 만큼 社會科學도 과연 科學일 수 있느냐 하는 질문이 오래전부터 제기되어 온 것은 사실이다. 그러나 동시에 이 문제는 과학이란 무엇이나 하는 科學의 定義의 문제이며 測定 또는 計測 方法의 문제, 證明의 문제라고 생각된다. 사실 과학의 엄밀성을 잣대로 한다면 자연과학의 경우에도 첨단과학, 예컨대 미립자의 세계에 이르게 되면 그것은 확률의 문제에 이르게 된다는 점을 들 수 있을 것이며, 사회과학에서 이용되는 계측의 방법이 계속하여 개발되고 정밀화하

5) 崔大權, 法社會學(서울대학교출판부, 1983); 崔大權, 憲法學-法社會學的 接近 (서울: 박영사, 1989); 崔大權, 法과 社會 (서울대학교출판부, 1992)등 참조.

여 왔다는 점, 그리고 사회과학에서도 제시된 假說의 檢證 과정을 통하여 그 이론이 精緻化하여 왔다는 점 등을 들어 사회과학의 科學性을 옹호할 수 있을 뿐더러 나아가 그간에 축적된 사회과학적 발견이 社會改良을 위하여 점차 광범위하게 應用되어 오고 있다는 사실은 사회과학도 과학이냐는 질문을 이제는 진부한 것으로 만들고 있다. 아무튼 사회과학에서 개발된 연구방법이 헌법현상의 이해를 위하여 유용하게 활용될 수 있으리라는 점에 대하여 의문을 제기할 수 없을 것이다. 이곳에서 우리가 헌법사회학이라고 하였지만 사실은 이것은 대표적으로 호칭한 것에 불과하고 헌법현상에 대한 다양한 사회학적 접근이 가능한 것임은 물론이다. 이렇게 함으로써 우리는 헌법현상에 대한 매우 풍부하고 정밀한 이해에 이르게 될 수 있으리라는 점에 대하여 의문을 제기하지 아니한다.

사실 그동안 우리가 알게 모르게 憲法現象의 理解를 위하여 사회과학적 접근 내지 사회과학적 발견을 널리 응용하여 온 것이 사실이다. 그렇지 않다면 현재 학생들이 읽고 있는 헌법교과서 내용의 절반은 수록될 수 없는 사항이라고 믿는다. 예컨대 헌법규범과 헌법현실의 乖離現象이니, 살아있는 헌법이니, 規範的憲法·名目的憲法·裝飾的憲法이니, 통합기능 등 憲法の 機能이니 하는 것이 그것이다. 그러한 것들은 헌법규범의 의미 파악(헌법해석)이 아니라 이를테면 사회과학적으로 파악한 헌법현상의 敍述 내지 說明이기 때문이다. 문제는 그러한 것들이 常識的인 이야기에 그치고 있다는 것이며 (사회)과학적 엄밀성을 가지는 설명을 缺하고 있다는 점이다. 쉽게 이야기하여, 헌법도 이를 실제로 움직이고 운영하는 것은 사람이다. 그러한 만큼 사람을 움직이는 사회과학적으로 검증된 사회적 힘(예컨대 체제 또는 기구, 좌경이론에 의하면 계급이익, 법문화, 헌법의식 내지 심리적 힘 등)이 이러한 현상을 일으키는 장본인

이라고 할 수 있을 것이다. Löwenstein의 분류론은 일응 수궁이 가는 분류론 내지 이론이지만 왜 그러한 차이를 내는 것인지, 어떠한 요인의 작용에 의하여 헌법규범과 헌법현실이 일치하게 되고 혹은 헌법규범과 헌법현실의 괴리현상이 사라지게 되는지에 대한 아무런 설명도 설명의 시도도 없는 것이다. 살아있는 헌법도 어떠한 메카니즘의 작용으로 그것이 실제로 살아 움직이는 것이나 마찬가지로 사회에서 작동하고 있는 것이냐의 서술이나 설명이 없는 것이다.

體制(system)로 파악한 헌법⁶⁾이 機能을 遂行하는 것이지 법전에 쓰여있는 헌법조항이 그 자체로 어떻게 기능을 수행한다고 할 수 있는가 하는 위에서 지적인 바도 바로 동일한 사회과학적 이해에 바탕을 두고 있는 것이다. 살아있는 헌법 또는 헌법의 실현을 위하여는 一群의 憲法學者와 그들이 개발하는 헌법의 學說·理論, 헌법 문제를 판단하는 判事(裁判官)와 판사로 구성된 法院(헌법재판소) 및 그들이 내놓는 憲法判例, 헌법학자와 판사를 길러내는 憲法學教育, 國民의 憲法支持 내지 憲法意識 등의 요인들을 빼 놓을 수 없을 것이라는 점은 쉽사리 이해할 수 있을 것이다. 이러한 요인들이 어떻게 어울려서 헌법을 실제로 움직이게 만드느냐를 이야기해 주는 틀이 이르면 體制理論인 것이다. 예컨대 체제론이 그 자체로 의미있는 것이 아니라 우리의 헌법현상에 대한 이해를 좀 더 풍부하게 좀 더 정밀하게 만들어 줄 수 있기 때문에 의미가 있는 것이다. 헌법 교과서적 서술에 의하면 憲法の 守護 내지 憲法保障의 서술의 말미에 으레 국민의 헌법수호의지 내지 헌법의식을 느닷없이

6) 尹明善, “憲法體系論을 위한 試論,” 한국공법학회 제37회 학술발표회에서 발표한 司法決定行態와 움부즈만制度 (1993.5.22.), 1-13면 ; 尹明善, “憲法體系論 序說”, 考試研究, 1993년 7월호, 88-106면 등 참조. 헌법을 보는 시야를 넓힐 수 있는 가능성은 보여 주었으나 다만 그래서 어쨌다는 거나, 무엇을 하기 위한 체계론이냐라는 질문은 아직도 충족되지 아니하고 있다. 그리고 Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System(Homewood, Illinois : Dorsey Press, 1968)등 참조.

등장시키는데 그것이 어찌하여 그러한 지에 관한 상식적 이해 이상의 사회과학적 서술이나 설명이 없다는 점을 지적할 수 있다. 다른 말로 표현하면 우리는 사회과학적 서술이나 설명을 통하여 국민의 헌법수호의지 내지 헌법의식에 관한 좀 더 풍부하고 정밀한 사회과학적 지식을 지닐 수 있게 되는 것이다. 국민의 헌법수호의지 내지 헌법의식은 사회심리현상인 헌법에 대한 사회적 확신 내지 사회적 지지로 환원하여 이를 사회과학(사회심리학)적으로 접근(측정)함으로써 사회적 확신 내지 사회적 지지의 확산 범위나 그 심도까지, 심지어 계량적으로까지 살펴볼 수 있게 만드는 까닭이다.

법원 판결, 특히 헌법재판소 결정의 行態學的 理解 즉 법원이나 헌법재판소를 구성하고 있는 판사 또는 헌법재판관들이 지니는 理念 내지 價値觀(예컨대 보수주의 내지 진보주의 가치관)이 합헌 또는 위헌의 결과로 나타나게 마련이라는 생각, 그러므로 판사 또는 헌법재판관들의 이념 내지 가치관의 파악을 통하여 재판의 결과를 豫測할 수 있다는 생각도 헌법현상에 대한 본격적인 사회과학적 이해 내지 설명의 한가지 예에 지나지 아니한다.⁷⁾ 미국이나 한국에서 활발하게 이루어지고 있는 법원 판결이나 헌법재판소 결정의 활발한 행태학적 연구를 통하여 종래의 법해석학적 접근에 의하여는 설명되지 못하였던 차원의 헌법현상에 대한 이해를 가지게 된 것이다. 특히 추상적·개방적인 헌법조항을 놓고 행하는 헌법재판과 관련하여 설명력이 있다는 점에서 헌법현상에 대한 우리의 이해를 심화시키고 있는 것이다. 왜냐하면 추상적·개방적 헌법조항을 놓고 그러한 결과(판결 또는 결정)를 가져오게 하는 요인을 따로 생각해 낼 수 없기 때문이다.

7) 韓尙熙, 司法決定行態에 관한 經驗的 研究, 서울대학교 법학박사 학위논문(1993); Glendon Schubert, *Judicial Policy Making*, rev.ed.,(Glenview, Illinois: Scott, Foresman, 1974); 최대권, “서평-Glendon Schubert, *Judicial Policy Making*,” 전거 憲法學, 431-458면 등 참조.

사실 사법권의 독립, 당사자주의 소송절차, 판사에 의한 판결문의 작성 및 선고 등의 모습으로 포장되어 있어서 그렇지 그곳에서 일어나고 있는 결정들은 기본적으로 대통령이나 국회 등 다른 정부기관들에서 일어나고 있는 결정들과 다름이 없고(법원의 결정도 기본적으로는 국민을 구속하는 정부기관의 결정이다) 따라서 다른 정부기관 등의 결정을 설명하고 분석하는 이론적 틀을 이용하여 이를 설명하고 혹은 분석하더라도 무방한 측면이나 요소가 있을 뿐만 아니라 우리의 사법적 결정에 대한 이해의 폭과 깊이를 오히려 더해 주는 유용성이 있다. 사법적 결정의 행태학적 연구는 그러한 대표적 예에 지나지 않는다. 이러한 행태학적 연구방법 이외에도 사회과학에서 개발된 방법론을 이용한 헌법현상의 연구가 얼마든지 가능하고 또 유용하리라는 점에 의문이 없는 만큼 헌법현상에 대한 사회과학적 접근이 활발하게 이루어져야 하리라 믿는다. 다만 이러한 사회과학적 접근이 (헌)법적으로 대단히 의미가 심장한 사법권의 독립, 당사자주의 소송절차, 판사에 의한 판결문의 작성 및 선고 등과 같은 요소(이를테면 형식적·제도적인 요소)의 의미를 간과하는 흠도 지닌다는 점을 주의할 필요가 있다.

종래의 법해석학 말고 그러한 결과(판결이나 결정 등)를 분석하는 또 하나의 시도는 헌법재판을 政策決定의 문제로 보는 생각이다. 정책결정이론도 사회과학, 특히 정치학·행정학에서 개발된 이론이다.⁸⁾ 후술하는 바와 같이 정책결정 이론은 문제를 목표설정 및 목표실현을 위한 수단이나 방법 선택이라는 시각에서 바라보기 때문에 사법적 정책결정과정에서 대한 이해의 폭과 깊이를 심화시키는

8) 鄭正估, 政策決定論(서울 : 대명출판사, 1988) ; Rita Mae Kelly and Dennis Palumbo, "Theories of Policy Making" in Encyclopedia of Government and Politics, vol.2, pp. 643-655(1992) 등 참조.

측면과 함께 효율성·효과성을 따지는 과정에서 사회과학적 지식(예컨대 효과-비용분석 등)을 응용하는 응용과학적 측면이 있다. 아무튼 사회과학에서 시도하는 서술이나 설명은 어디까지나 事實을 敍述(있는 사실을 있는 그대로 서술)하고 혹은 事實(원인·결과 관계)을 判斷하는 문제이지 결코 決定의 문제 및 規範的 判斷의 문제가 아니라는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다.

사법권에 대한 행태학적 접근이라든지 정책론적 접근은 우연히도 사법권에 대한 사회과학(정치학)적 접근의 한 가지 예로서 헌법현상(사법현상)에 대한 우리의 이해를 위하여 사회과학이 어떻게 기여하고 있으며 또 활용되고 있는지를 잘 보여주고 있다. 전혀 동일한 이야기를 행정권 및 입법권에 대하여도 할 수 있다. 헌법학 연구 그 자체라고 할 수는 없어도 동시에 헌법현상이기도 한 행정 및 입법현상 등에 대한 정치학적 연구를 비롯한 사회과학적 연구가 얼마나 활발하게 일어나고 있는 지를 우리가 알고 있다. 위의 행태학적 접근 및 정책론적 접근은 원래 행정현상 및 입법현상의 연구를 위하여 개발된 접근방법인 것이다. 그 이외에도 행정·입법현상의 이해를 위하여 사회과학에서 개발한 연구방법이나 연구결과가 우리의 헌법현상의 이해를 위하여 유용하게 활용될 수 있으리라는 점에 의문의 여지가 없다. 마찬가지로 입법·행정·사법을 포함한 헌법현상에 대한 헌법학적 연구 방법이나 결과가 동일한 현상에 대한 정치학 등 사회과학 연구를 위하여 유용하게 활용될 수 있으리라는 점에 대하여도 의문의 여지가 없다. 이것이 학제간(interdisciplinary) 연구가 필요한 이유이기도 하다. 그럼에도 불구하고 헌법학과 사회과학 사이에 학제간 연구가 이루어지고 있지 아니한 것이 우리의 실정임도 아울러 지적해 둘 필요가 있다고 생각한다.

2. 社會學的 憲法學：政策學・立法學・解釋學

그러면 社會學的 (憲)法學에 관하여 이야기하여 보자. 우선 헌법학을 위하여 법사회학을 할 수 있다고 믿는다. 즉 憲法學的 關心事를 충족시키기 위하여 법사회학을 위시한 사회과학적 발견이나 지식 또는 방법론을 應用할 수 있을 것이다. 우선 헌법현상을 目的-手段의 차원에서 관찰하고 분석하는 것도 가능할 것이다. 헌법사회학은 原因-結果의 차원에서 헌법현상을 연구하는 접근방법이라 할 수 있는데, 가령 A가 B라는 결과를 일으키는 원인이라는 사실관계를 발견하였다고 하자. 그런데 만약 B가 바람직한 상태 혹은 바람직하지 아니한 상태여서 바람직한 상태 B를 얻고 싶다 또는 바람직하지 아니한 B라는 상태를 제거하고 싶다고 하자. 그렇다면 B에 대하여 原因관계에 서는 A를 다스림으로써 그러한 결과 즉 B 또는 B가 제거된 상태를 얻을 수 있다는 결론을 얻을 수 있을 것이다. 이러한 사고방식은 이를테면 應用社會科學이라 할 수 있다. 미국헌법의 기원에 관한 연구로 미국 헌법은 당시의 資產家들이 자기들의 利益을 지키기 위하여 만든 것이라는 연구가 있다.⁹⁾ 이것은 미국헌법의 기원을 目的-수단의 차원에서 살펴 본 것이라 할 수 있음은 물론이다.

위에서 獨立變數 A와 從屬變數 B만을 가지고 단순화하여 설명하였지만 B에 대하여 原因關係 또는 影響力을 미치는 關係에 서는 變數는 多數인 경우가 보통일 것이다. 가령 헌법규범과 헌법현실이 일치하는 행복한 규범적 헌법의 상태가 바람직한 상태라고 하자. 이 상태를 가져오는데 결정적 影響力을 미치는 변수로 첫째로는 國

9) Charles A. Beard, An Economic Interpretation of the Constitution of the United States(New York ; Free Press, 1965) 참조.

民의 憲法守護意志의 形成(A1), 둘째로는 불문헌법인 경우보다는
 성문헌법이 단연 유리하다는 의미에서 成文憲法の 制定(A2), 셋째
 로 성문헌법이라고 하더라도 헌법재판제도가 없는 경우보다는 있는
 경우가 단연 유리하다는 점에서 憲法裁判制度의 導入(A3) 등 憲法
 保障制度의 導入을 우리가 상정할 수 있다. 나아가 국민의 헌법수
 호의지의 형성(A1)이라고 하더라도 學校教育을 통하여 형성되는 것
 (A1-1)도 상정할 수 있고 헌법재판을 통한 언론보도 등 홍보에 의
 한 형성(A1-2)도 상정할 수 있을 것이다. 이러한 생각을 진전시키
 면 어느 바람직한 상태인 종속변수에 영향력을 미치는 독립변수·
 매개변수에 관한 대단히 치밀하고 복잡한 공식 $\{B=f(A1, A2, A3\cdots)\}$
 을 얻을 수 있을 것이다. 그렇다면 헌법이 선언하고 있는 바(기본
 권의 보장, 권력분립의 원리 등)가 그대로 실현되고 있는 상태(규범
 적 헌법의 상태)를 얻으려는 목표를 생각할 수 있고 그리고 이 목
 표의 달성을 위하여 어떠한 수단이나 방법을 선택할 것이냐 하는
 문제가 제기됨을 알 수 있다. 이러한 目標-手段(道具)의 시각에서
 문제를 바라보는 태도를 政策學的 接近이라고 부르고 있다. 그리고
 헌법현상에 대하여 이러한 정책학적 접근을 행한다고 할 때 이러한
 접근을 憲法政策이라 할 수 있음은 물론이다.

근래에 우리나라에서도 憲法政策이니 헌법재판을 政策決定이니
 하여 政策이라는 개념을 많이 쓰고 있다. 그러나 정책이라는 개념
 을 분명하게 정의하여 정확하게 사용하는 것으로는 반드시 보이지
 아니한다. 거듭 이야기하면 정책이란 事物을 目標-手段의 視角에서
 바라보았을 때의 문제이다. 단순화하여 이야기하면 우선 目標의 設
 定에 있어서 그것이 道德的·倫理的으로 그리고 法的으로 正當하여
 야 할 것이고 物理的으로나 財政的으로 實現可能해야 하리라 생각
 되며, 둘째로 설정된 목표 실현을 위한 手段의 選擇에 있어서도 도

덕적·윤리적으로 그리고 법적으로 정당하여야 할 것이고 나아가 물리적으로나 재정적으로 실현 가능해야 할 것이고, 셋째로는 선택한 수단의 效率性 및 效果性의 문제도 따져야 하리라 생각된다. 불법·부당한 목표나 수단을 선택할 수는 없을 것이며 또 물리적·재정적으로 불가능한 목표나 수단을 선택할 수도 없을 것이다. 들인 비용에 비추어 그 효과를 따지는 경우가 효율성의 문제이고 비용의 문제와는 상관없이 효과가 크냐 어떨냐를 따지는 경우가 효과성의 문제인데, 비용을 따질 때 금전적인 비용뿐만 아니라 社會的 費用까지 문제삼는다는 것도 주의할 필요가 있다. 그리고 효과에 비하여 비용이 지나치게 든다고 하는 경우에는 그것은 실질적으로는 불가능하다고 하는 경우와 동일하게 된다는 점도 주의할 필요가 있다. 비용이니 효과니 하여 효율성·효과성을 따질 때 사회과학적 지식이 응용된다는 점은 새삼 지적할 필요도 없다.

그리고 위에서 문제를 단순화하여 순전히 목표-수단의 두가지 관계에서만 바라 보았지만 이곳에서 수단이라고 한것도 최고목표에 대한 관계에서만 그것이 수단이고 다음 차원의 관계에서는 이곳에서 말하는 수단이 목표가 된다는 사실을 주목할 필요가 있다. 위의 예에서 학교교육(A1-1) 및 헌법재판을 통한 홍보(A1-2)라는 수단의 선택에 대한 관계에 있어서는 국민의 헌법수호의지의 형성(A1)은 목표가 된다. 또 학교교육이라고 하더라도 어떠한 수단이나 방법을 선택하여 실현하느냐 하는 문제에 이르게 되면 학교교육은 그 자체가 목표이고 그리고 이 목표의 실현을 위한 수단이나 방법의 선택을 생각할 수 있는 것이다. 학교에서의 헌법교육이라고 하더라도 교과내용을 통한 교육이나 헌법재판소 견학 등 과외활동을 통하여 행할 것이냐, 이 양 방법을 모두 동원할 것이냐 등의 실행방법의 선택의 문제가 그것이다. 이처럼 여러 단계의 목표-수단의 관

계를 우리가 살펴 볼 수 있는 것이다. 그렇다면 무엇이 그리고 어디까지가 憲法政策의 문제이냐의 질문이 제기된다. 왜냐하면 예컨대 인간의 존엄과 가치의 보장이라는 목표의 실현을 위하여 성문헌법을 채택할 것이냐, 채택한다면 어떠한 내용의 헌법을 채택할 것이냐, 헌법재판제도를 둘 것이냐, 경성헌법으로 할 것이냐 연성헌법을 할 것이냐, 국민투표에 부쳐 확정할 것이냐 등의 질문이 이르면 헌법정책의 문제라고 하더라도 무방할 것이지만, 가령 헌법에 규정·선언한 인권조항의 구체적 실현을 위하여 어떠한 형법·형사소송법·경찰관직무집행법 등을 둘 것이냐의 문제는 立法政策의 문제가 되는 까닭이다. 그리고 그것이 실질적 의미의 헌법의 시각에서는 헌법정책의 문제가 되는 것은 사실이다. 그렇다면 이곳에서 헌법정책이라는 용어를 우리가 명확하게 정의하지 아니한 채 쓰고 있다는 사실을 알게된다. 입법정책 등 실질적 의미의 헌법정책의 문제는 제외하고 헌법전을 중심으로 하여 헌법전 채택여부의 문제, 기본권·정부형태·헌법재판제도 등 어떠한 내용의 헌법전을 채택할 것이냐의 문제, 헌법전 채택 및 헌법 개정의 절차나 방법의 문제 등만을 헌법정책의 문제라고 하면 어떨까하는 생각이다.¹⁰⁾ 그러므로 예컨대 南北統一의 경우에 새로운 헌법을 채택할 것이냐 혹

10) 吳虎澤, “憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할,” 憲法論叢, 제5집, 537-579면(1994)은 헌법정책의 문제를 憲法規範과 憲法現實 사이의 乖離를 줄이는 문제를 중심으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그러나 우선 헌법정책의 문제를 이 같은 괴리를 줄이는 문제에 한정된 것으로 본다면 헌법정치의 문제는 너무 좁게 또는 지나치게 한정적으로만 바라보는 것으로 보인다. 이같은 괴리를 줄이는 방법으로 새로운 제도나 내용을 담은 헌법의 채택(혹은 헌법개정)의 길을 택할 수도 있다. 그러나 둘째로 새로운 헌법의 채택이나 헌법개정의 문제가 아니라면 그리하여 현행 헌법에 손을 대지 아니한 채 이 같은 괴리를 줄이는 문제를 생각하는 것이라면 그것은 구체적으로는 입법과 헌법해석의 문제로 나타나게 되는 것이다. 따라서 그것은 실질적 헌법의 개념에서 바라볼 때에 비로소 “헌법”정책의 문제가 되는 것이라고 생각한다. 셋째로 헌법해석의 문제를 굳이 “헌법”정책의 문제라고 이름 붙여야 하는 지는 의문이지만 만약 붙이기로 한다면 논리적 일관성을 위하여 헌법해석의 문제뿐만 아니라 입법론도, 그리고 명령, 규칙, 처분 등에 관한 문제도 “헌법”정책의 문제라고 불러야 옳다. 헌법해석의 문제를 정책론의 시간에서 정책의 문제로 파악하면 충분한 것이지 헌법정책의 문제라고 불러야 할 필요는 없다고 생각한다.

은 헌법 개정의 방법으로 북한 지역을 우리 헌법의 체제에 편입할 것이냐의 문제는 헌법정책의 문제이지만 우리나라 헌법 제3조 領土條項에 비추어 기존의 우리 헌법을 북한 지역에 확대·적용하는 문제만이 있을 뿐이라는 경우에는 헌법해석의 문제 및 입법정책의 문제는 있어도 헌법정책의 문제는 없게 된다.

우리의 삶의 질을 높이기 위한 環境保護의 政策 目標를 상정하자. 이 목표를 실현하는 수단이나 방법으로 우리가 여러 가지를 생각해 낼 수 있다. 우리 헌법의 경우처럼 성문헌법에 環境條項(제35조)을 두는 방법, 國會立法으로 환경 보호의 문제를 다루는 방법, 環境教育의 문제로 다루는 방법, 매스·미디어를 통한 弘報에 의한 意識 變化의 方法등이 그것이다. 이곳에서 헌법에 환경조항을 둘 것이냐 입법으로 해결할 것이냐의 문제는 아마도 헌법정책의 문제라고 하여야 할 것이다. 이러한 헌법정책의 차원을 떠나면 환경문제는 국가의 환경정책의 문제가 되며, 이를 실현하는 수단으로 입법의 방법, 교육의 방법 및 홍보의 방법 등을 우리가 상정하였다. 그렇다면 立法은 환경 보호의 정책 목표를 실현하기 위한 대단히 중요하나 그러나 어디까지나 하나의 政策手段에 불과하게 된다. 그렇다면 환경입법은 국회의 立法權의 發揮이지만 다른 한편 그것은 國會에 의한 政策決定이 된다. 그러한 관계로 특히 정치학자들은 국회입법을 단순히 정책결정이라고만 부르는 일이 많다. 국회의 입법권의 발휘라고 하는 것하고 국회에 의한 정책결정이라고 하는 것은 엄밀히는 동일한 것은 아니라고 보아야 옳을 것이다. 국회의 입법권 행사에 의한 정책결정이라고 하는 것은 엄밀히는 동일한 것은 아니라고 보아야 옳을 것이다. 국회의 입법권 행사에 의한 정책결정은 더 큰 차원의 목표(국가목표 또는 헌법에 선언된 국가목표)에 대한 관계에서는 수단 선택의 문제로서 정책결정의 문제가 될 것이

지만 명령 등 하위입법이나 집행에 대한 관계에 있어서는 목표 설정의 문제가 된다. 그러한 의미에서 국회입법권 발휘의 문제로 보느냐 정책결정의 문제로 보느냐 하는 문제는 학문적 접근방법의 문제가 된다는 점을 주의할 필요가 있다. 입법을 정책결정의 문제로 파악하는 경우에는 정책학에서 개발된 분석방법을 활용함으로써 단순히 법학적으로만 접근하여서는 얻을 수 없는 지식을 얻을 수 있음을 물론이다. 그러므로 우리가 立法學을 전개한다고 하는 경우에는 법학적 접근만으로는, 예컨대 國會의 立法權(範圍 內)의 行使라고만 하여서는 내용이 빈, 대단히 공허한 입법학이 될 수 밖에 없을 것이며 정책학적 접근까지 포용함으로써 입법학은 의미심장하고 풍부한 학문이 될 수 있다고 믿는다.

예컨대 環境立法의 경우에 우리 헌법하에서는 바로 환경조항의 존재로 인하여 환경입법은 헌법의 환경조항이 설정한 目標의 實現을 위한 政策手段의 選擇등 정책을 결정하는 관계에 서게 되지만, 동시에 그것은 국회에 의한 헌법의 환경조항을 포함하는 憲法의 解釋을 行하는 것을 의미한다. 환경조항 등 헌법조항의 뜻을 국회가 일정한 의미로 풀이하는 것을 의미하기 때문이다. 그러므로 가령 환경입법이 헌법재판에서 그 違憲여부가 다투어진다고 하는 경우에는 國會의 憲法解釋이 다투어진다는 것을 의미하게 된다. 어느 헌법조항의 客觀的 意味와 관련하여 複數의 解釋이 가능하다고 하는 것은 헌법이 설정한 목표의 실현을 위한 정책수단의 결정에 있어서 복수의 길이 있을 수 있다는 것을 의미한다. 그러한 의미에서 헌법의 해석은 정책결정이라는 시각에서 바라 볼 수 있는 측면이 있다. 헌법재판이 정책결정의 문제가 될 수 있는 것은 이러한 뜻에서이다. 그리하여 근래에는 國會의 立法을 政策決定이라고 하듯이 憲法裁判 등 司法的 決定도 政策決定이라고 부르는 일이 많아졌다. 나

아가 헌법의 해석이 하나의 정책결정이라면 복수의 해석 가운데에서 예컨대 文理解釋·論理解釋등에 의하여 여타의 여건이 동일하다면 憲法이 設定한 目標의 實現에 더 適合한 解釋이 그렇지 아니한 다른 해석보다 說得力과 正當性을 더 지닐 수 있다고 말할 수 있을 것이다. 이처럼 전통적 해석방법의 하나인 目的的 解釋은 政策決定의 思考와 결부될 수 있는 것이다. 즉 같은 값이면 정책목표실현에 더 적합한 해석이 설득력·정당성을 지닐 수 있는 것은 당연하다. 그리고 이러한 논리는 憲法解釋에서 뿐만 아니라 法律의 解釋 등 制定法의 解釋 일반에도 타당한 논리라고 생각한다.

3. 憲法解釋學·憲法史學

憲法の 客觀的 意味를 밝히는 것을 目標로 하는 學問을 일용 憲法解釋學이라고 부를 수 있을 것이다.¹¹⁾ 아마도 해석의 문제는 전통이나 헌법관행 등 불문헌법의 경우에도 그 구체적인 뜻을 밝히려 하는 해석의 문제가 생길 수 있을 것이다. 다만 우리나라 헌법과 관련하여서는 단언 成文憲法典의 意味를 밝히려는 학문적 노력이 헌법해석학이 된다고 생각한다. 해석의 문제는 법 일반에서도 부딪치는 문제이지만 후술하는 바와 같이 헌법의 해석이 특히 주목을 받는 이유는 헌법조항들 대부분이 抽象的·開放的인 條項으로 이루어져 있기 때문이다. 헌법조항들은 국가생활을 조직·구성하는 대원리·원칙을 규정·선언하는 것이기 때문에 많은 경우에 그것들은

11) 최대권, “헌법의 해석,” 崔大權·韓尙熙·金文顯, 憲法解釋에 관한 研究, (서울: 헌법재판소, 1994) ; 桂禧悅 譯, 憲法の 解釋, (고려대학교출판부, 1993 ; Andrei Marmor, Interpretation and Legal Theory, (Oxford : Clarendon Press, 1992) ; John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff, Modern Constitutional Theory : A Reader, 2nd. ed., (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1991) 등 참조.

사실 추상적·개방적인 조항일 수밖에 없으며 바로 그러하기 때문에 헌법조항의 개정 없이 장기적인 시대적 변화를 수용할 수 있는 포용력도 지니게 되는 것이지만(憲法の變遷) 동시에 지금 현재의 우리를 규율하는 구체적인 원리·원칙 및 규칙(rules)의 문제로 작용하게 되는 경우에는 그 구체적 의미가 무엇이나의 문제를 일으킬 수밖에 없다. 말할 것도 없이 헌법의 해석은 범일반의 해석에서도 그러하듯이 (헌)법의 安定性·豫測可能性과도 결부되어 있다. (헌)법의 의미가 불분명하다든지 시시 때때로 바뀐다고 하는 경우에는 (헌)법의 속성의 하나인 안정성·예측가능성이 상실되리라는 점은 분명하다. 특히 헌법의 경우에는 위에서 언급한 憲法の勸力統制의機能과 관련하여 중대한 의미를 지니게 된다. 왜냐하면 安定性·豫測可能性의 喪失은 國家權力行使의 恣意性으로 나타날 가능성이 클 것이기 때문이다.

우리나라에서의 지배적인 헌법해석방법론은 法實證主義의 그것이라 할 수 있다. 그리하여 헌법조문만을 보면 헌법조문 이외에는 아무것도 보지 아니하는 태도를 강력하게 표출하고 있다. 거기에 더하여 헌법조문이 마치 一義的인 確定的 意味만을 가지는 듯이 곧바로 三段論法的인 法的用에 들어가 결론을 이끌어 낸다. 그리고 헌법조문의 일의적·확정적 의미를 알아내기 위하여 외국(주로 미·독·일·영·불)의 학설·판례 등을 섭렵한다. 그리고 우연히도 꼭 들어맞는 외국의 학설·판례를 발견하였다고 하는 경우에는 그것이 문제된 우리 헌법조문의 의미가 되고 이어서 그 헌법조문의 삼단논법적인 적용에 들어간다. 그리하여 우리나라에 있어서의 헌법해석은 마치 민·형사법 또는 행정법규의 해석이나 다름없게 풀이되며 적용되고 있다. 이러한 태도나 접근방법이 과연 가능하며 또 타당한 것인가?

예컨대 대통령의 임기는 5년이라고 함과 같은 그 구체적 의미가 분명하여 다툼의 여지가 없는 그러한 경우가 아닌 추상적·개방적 조항 대부분의 경우에 문제된 구체적 사건을 떠난 일의적·확정적 의미는 있을 수 없다. 그리고 법실증주의가 전제로 하고 있는 無欠缺인 完結된 體系란 특히 헌법규범과 관련하여 있을 수 없는 것이다. 헌법의 의미는 문제된 구체적 사건과 관련하여 찾아지는 것이며 선택되는 것이다. 예컨대 헌법의 財產權 條項의 의미는 해석을 요구하고 있는 문제의 구체적 사건, 이를테면 예컨대 토지공개념입법과 관련하여 찾아지며 선택되는 것이지 이 문제를 떠난 일의적·확정적인 의미를 재산권 조항에 부여하고 이 의미에 따라 재산권 조항을 토지공개념입법에 삼단논법식으로 적용할 수 있는 것은 아니며 또 그럴 수도 없다. 그러한만큼 우리나라의 구체적인 정치·경제·사회·문화적 관련 속에서 태어난 입법인 토지공개념입법에 대하여 가지는 헌법의 재산권 조항의 의미는 바로 그러한 정치·경제·사회·문화적 문맥 속에서 새롭게 발견되는 것이며 또 선택되는 것이다. 외국의 학설·판례만 하더라도 그것들의 그 나라에서의 정치·경제·사회·문화적 문맥이 혹시 우리의 그것과 거의 동일하다고 하는 경우라면 몰라도 그러하지 아니하다고 하는 경우에는 그것이 어떻게 우리에게 의미를 갖는다는 것인지 헤아리기 어렵다. 만약 그 문맥이 동일한 경우라면 실제의 문제로서 문제가 되지도 아니하였을 것이다. 사정이 이러함에도 불구하고 우리나라의 법실증주의적·외국의 학설·판례의존적 접근방법은 헌법이 살아 숨쉬는 정치·경제·사회·문화의 문맥을 보지 아니하고 마치 일의적·확정적 의미가 있는 듯이 이를 찾아 헤매고 또 삼단논법에 의존한다. 헌법이 작용하고 있는 사회를 그리고 사회의 변화를, 그리고 외국과의 관계에서는 사회의 차이를 보려고 하지 아니하고 법을

찾으려고 하는 것이다. (헌)법이 작용하고 있는 사회를 떠난 (헌)법이 있을 수 있는가?

아무튼 헌법해석이 헌법적·법적 사고의 문제인 까닭에 기본적으로는 헌법해석에도 법해석 일반에 타당한 해석방법, 예컨대 전통적 해석방법(문리해석·논리해석·체계적 해석·목적적 해석·역사적 해석 등)이 적용된다. 다만 헌법조항의 속성이 다른 법과 다른만큼 다르게 적용된다고 말할 수 있을 뿐이다. 즉 전통적 해석방법이 다른 법의 해석에서 만큼 자주 그리고 유용하게 적용되지는 아니할 뿐이다. 문자를 매개로 하여 헌법의 의미가 전달되는 것이므로 문자는 매개수단에 불과하고 헌법의 의미(뜻)가 本旨이다. 그리고 이 본지에 해당하는 헌법조항의 뜻은 구체적인 정치·경제·사회·문화의 문맥 속에서 발견되며 선택되는 것이다. 그리고 문제된 헌법조항이 적용되어야 할 구체적 사건의 정치·경제·사회·문화의 문맥을 충분히 파악하기 위하여 사회과학적 접근이 필요한 것이다. 그리하여 이렇게 파악한 구체적 사건과 관련하여 이에 타당한 헌법조항의 구체적 의미가 발견되며 선택되는 것이다. 이러한 의미의 헌법 발견·선택을 위하여 외국의 그것을 포함한 학설·판례 등이 도움을 주는 것이다. 발견한다는 것은 헌법의 法源을 매개로 하여 찾아낸다는 뜻이며 선택한다는 것은 가능한 복수의 의미 가운데에서 하나를 고른다는 뜻이다. 이러한 해석방법론을 問題 中心의 社會學的 法學方法論이라 할만 하다고 생각한다.

미국에서는 (헌)법조항의 의미를 찾기 위하여 입법자(헌법제정의 아버지)가 그 조항에 부여하려한 의미(立法意思)를 찾는 일이 많다. 이것은 해석에 있어서의 主權主義 입장이기도 하고 또 歷史的 解釋의 입장이기도 하다고 말할 수 있다. 그러나 역사적 해석의 입장인 것은 틀림없지만 반드시 주관주의의 입장인지는 의문이라는 것이

솔직한 심정이다. 헌법제정의 아버지의 이름을 빌려 문제된 조항이 현재 가지는 의미를 찾으려고 하는 것이 목적이기 때문이다. 우선 입법자의 입법의사를 구체적인 조항의 의미와 관련하여 찾아낸다는 것도 쉬운 일이 아닐 뿐더러(많은 경우에 실제로 이것은 불가능하다) 설사 발견해 낼 수 있다고 하더라도(그것도 실제로는 입법 당시 발언한 제헌의원 또는 국회의원 몇 사람의 발언에 불과하다) 그것이 (미국 같으면 200년이 지난) 지금도 타당한 의미여야 하는 지에 대하여 의문이 있는 것이다. 입법자는 문자 등을 사용하여 입법의사를 客觀的으로 表現(條文化)하는 것이며 따라서 입법의사는 이렇게 客觀化된 것으로부터 알아내어야지 의사록 등에서 발견해낸 몇 마디 발언 등으로부터 알아낸다는 것이 과연 타당하나의 질문이 제기되는 것이다. 결국 어느 조항의 의미는 이러한 의미의 탐구를 요구하고 있는 현재의 구체적인 정치·경제·사회·문화의 문맥 속에서 발견되고 동시에 선택되는 것은 아닐까 하는 것이다.

미국의 경우 같으면 200년 전의 그리고 결과적으로 몇 사람의 발언 기록으로부터 헌법조항의 의미를 밝혀낸다고 하는 경우의 문제점을 지적하려고 하는 것일 뿐 立法者의 客觀的인 立法意思를 歷史的으로 糾明하는 것이 불가능하다는 것을 의미하지는 아니한다고 믿는다. 경우에 따라서는 현재의 헌법의 의미는 역사적 조명 속에서 더 잘 파악될 수도 있다고 생각한다. 이미 지적한 바와 같이 미국의 경우에 입법의사의 역사를 따지는 것도 결국은 오늘의 의미를 찾기 위한 것이지 과거의 의사가 오늘을 지배하여야 한다고 믿기 때문이 아니라고 생각한다. 헌법의 의미를 찾기 위한 이러한 작업의 하나로 (헌)법의 法源이 되기도 하는 憲法學說이나 理論의 歷史를 따지는 것도 매우 흥미있는 주제임에 틀림없다. 立憲主義의 歷史나 헌법의 制度史도 의미있는 주제일 수 있음은 물론이다. 위에

서 본 바와 같이 헌법은 여러 가지 의미의 헌법이 있으며 또 헌법의 여러 가지 측면이나 요소나 기능이 있음을 알았거니와 그러한 각각에 대한 역사적 이해가 가능하고 또 유용할 수 있을 것이다. 헌법사를 포함하여 역사를 규명하고 배우는 이유가 여러 가지일 수 있겠지만 적어도 한 가지 이유는 현재의 헌법의 의미를 밝히기 위한 것이며 이 중에는 어느 조항이 가지는 객관적인 규범적 의미를 밝히기 위한 것도 있을 것이다.

IV. 憲法學 研究 및 憲法學 敎育

헌법을 배우는 理由는 무엇일까. 아마도 다음 네 가지 정도의 이유를 지적해 볼 수 있다고 생각한다. 첫째로는 市民으로서 갖추어야 할 素養의 하나로 헌법을 배우는 경우를 생각할 수 있고, 둘째로는 司法試驗 등 國家試驗을 위한 헌법학 지식의 습득을 생각할 수 있으며, 셋째로는 法律家 養成을 위한 헌법교육을 생각할 수 있고, 넷째로는 學問으로서의 憲法學의 研究를 지적할 수 있다고 생각한다.

民主市民으로 갖추어야 할 憲法素養은 어떠한 것이어야 하는가 하는 문제와 관련하여 종래의 중고교 사회교과서에 수록되었던 헌법에 관한 記述을 보면 할당된 페이지에 알맞게 축소했을 뿐인, 지금 현재의 헌법학교과서의 축소판이요 지식 위주의 것이니 민주시민으로서 갖추어야 할 헌법소양의 배양에 맞추어진 것이 아니었다는 비판을 할 수 있다고 생각한다. 예컨대 헌법의 체계론이나 분류론과 같은 지식위주의 것이 아니라 民主市民으로서 思考하고 行動하는데 필요한 說明과 知識이어야 하지 않겠는가 하는 생각을 가지

고 있다. 國家試驗을 위한 憲法學 知識이라고 할 때 그것은 어떻게 하면 주어진 시험문제를 잘 풀어서 높은 점수를 얻느냐 하는 점이 중요한 까닭에 시험준비를 위하여 무엇을 배울 것이냐 하는 것은 헌법시험문제의 출제 경향이나 방법과 관련될 수 밖에 없다. 그러한 만큼 헌법시험문제의 경향이나 방법은 시험을 통하여 어떠한 사람을 뽑으려고 하느냐 하는 시험의 목표 내지 성격과 관련되어야 하리라 생각된다. 그런데 종래에 우리나라에서는 학문을 하려는 사람을 뽑는 대학원시험과 실무가를 뽑으려고 하는 사법시험 등 국가 시험을 혼동하였다고 할까 아무튼 차별화 하지 아니하고 국가 시험에 대학원 시험에서나 나옴직한 문제 혹은 심지어 대학원 입시 문제로도 적절한지 의심스러운 문제를 출제하는 일이 비일비재하였다. 그러므로 사법시험제도의 폐해 가운데 하나는 그 출제문제에서 기인하는 것도 있었다고 생각한다. 사실 실무가를 뽑으려 한다는 시험의 성격에 걸맞는 출제를 함으로써 실무법률가 양성에 대한 상당한 정도의 통제력을 (헌)법학은 가질 수 있다고 생각하는 것이다.

그러면 法律家 養成을 위한 憲法教育은 어떠한 것이어야 할까. 그것은 단순히 헌법 및 헌법학 지식을 가르치고 배우는 것이 아니라 일상의 수많은 문제 가운데서 憲法的 爭點(issue)을 찾아내어 이를 分析하고 이에 대하여 헌법적 判斷을 행할 수 있는 能力을 培養시키고 習得하는 것이다. 어느 의미에서 쟁점을 찾아내어 분석하는 능력이 결론의 옳고 그름보다 더 중요하다. 이러한 점은 다른 법 분야에서도 전혀 동일하다. 법학교육의 목표는 무어니 무어니 하여도 소위 legal mind를 길러주는 것이다. 헌법학의 경우에는 憲法的으로 分析하고 思惟하는 legal mind인 것이다.¹²⁾ 미국의 경우에는

12) 崔大權, “大學과 法學教育-憲法學教育을 중심으로,” 南河 徐元宇교수회갑기념 現代行政과 公法理論(서울: 박영사, 1991), 1-16면.

先判例를 활용하여 이러한 헌법적 분석력·사유력을 길러주고 있고 독일의 경우에는 練習時間등을 활용하여 事例를 다룸으로써 결국 이러한 목표의 달성을 목표로 삼고 있을 뿐이다. 장차 (헌)법학자가 되려고 한다고 하는 경우에도 사정은 마찬가지이다. (헌)법학자이기 이전에 법률가로서의 능력과 자질을 갖추어야 하는 것이다. 이러한 점에 대한 의식이 철저하지 못한 것이 우리나라에 있어서의 문제라 생각된다.

헌법적 쟁점을 찾아내어 분석하고 판단하는 능력의 배양과 습득을 훈련과 경험을 통하여 얻어지는 技術(arts)의 문제이지 科學(science)은 아니라는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그러므로 논리정연하게 과학적으로 설명할 길은 없다. 다만 문제된 헌법사건에서 적용될 헌법조항이 마치 선형적으로 분명한 듯이 생각하는 태도, 이렇게 분명하다고 생각되는 조항을 놓고 위에서도 언급한 바와 같이 문제가 제기된 사건의 구체적 상황과 관련시킴이 없이(또는 구체적 상황을 떠나서) 헌법조항의 의미를 그 뜻이 마치 일의적이거나 한 듯이 찾으려는 태도, 그리고 이렇게 하여 찾은 뜻을 마치 민·형사 사건에서처럼 바로 사건에 대입(代入)내지 적용하려는 태도를 우선 버려야 한다. 헌법사건의 경우에 어느 헌법조항이 문제가 되고 있는지조차 문제가 되고 있는 것이 보통이다. 또 어느 헌법조항을 놓고 그 뜻이 일의적인 경우가 전혀 없는 것은 아니지만 그러한 경우란 대체로 드물다. 헌법은 추상적인 광범위한 개방적 조항으로 구성되어 있다고 말하는 바가 바로 이것을 지칭한다. 나아가 헌법적용의 대상이 되는 사항(헌법소송의 경우에 소송물)도 민·형사 사건의 경우처럼 그렇게 분명하지 아니하다. 그것은 법률·명령 등을 포함한 다양한 모습의 국가행위를 대상으로 하기 때문이다. 지방자치단체장선거연기조치에 대한 헌법소원사건의 경

우가 이것을 단적으로 보여주고 있다.¹³⁾

우선 문제된 헌법사건을 그것이 일어난 구체적 상황(구체적인 정치·경제·사회·문화적 문맥 속에서 파악하여 그 시간에서 적용될 헌법조항과 적용의 대상물(소송물)을 발견하고 그 대상물에 대하여 가지는 그 헌법조항의 의미를 찾아야 하는 것이다. 적용될 헌법조항과 적용의 대상물에 대하여 가지는 그 헌법조항의 의미가 분명하고 그리고 그 적용의 대상물이 분명하게 확정되면 비로소 여타의 민·형사사건의 경우처럼 그 적용 작업은 비교적 쉽사리 이루어질 수 있다고 생각한다. 그것은 삼단논법식 적용의 문제이기 때문이다. 그리고 특정된 대상물에 대하여 가지는 헌법조항의 의미를 찾는 작업이 구체적으로 헌법해석의 작업이 된다. 이러한 일련의 작업 능력의 문제가 헌법적인 legal mind의 문제가 되는 것이라고 생각한다.

마지막으로 憲法을 學問으로서 研究한다고 하는 것은 무엇을 의미하는 것일까. 학문적으로 연구한다고 하는 것은 해석(헌)법학, (헌)법사회학, (헌)법사학, (헌)법경제학, (헌)법철학 등 각 학문영역에 따른 學問的인 問題意識을 가진다는 것과 밀접하게 관련되어 있다고 생각한다. 도대체 학문적인 문제의식이 없이 학문을 한다, 연구논문을 쓴다고 하는 것은 있을 수 없다고 생각한다. 문제의식을 가지고 問題(issue)를 提起하고 分析하며 그 문제의 解答을 찾아 이를 위한 가장 적절한 方法을 동원하고 혹은 창안하여 問題의 解答(結論)에 이르는 能力과 資質을 기르고 訓練하는 교육이 학자로서의 교육인 것이다. 줄여서 이야기하면 학문적인 문제(또는 질문)를 제기할 줄 아는 능력이야말로 학문을 할 수 있는 능력이라 할 수

13) 崔大權, “地方自治團體長選舉 不公告에 관한 憲法訴願사건의 연구,” 서울대학교 法學, 제34권 제2호, 122-140면(1993) : 憲法裁判所 決定(1994. 8. 31. 92 헌마 126)의 재판관 최광률, 재판관 이재화의 보충의견 참조.

있는 것이다. 그런데 해석(헌)법학과 같은 경우에는 학문적인 문제를 제기할 줄 아는 능력과 법률가로서의 쟁점을 제기할 줄 아는 능력이라는 것은 기본적으로 다른 것이 아니게 된다. 그러한 의미에서 법률가로서 쟁점을 제기할 줄 아는 능력이라는 것과 학자로서 학문적인 질문을 제기할 줄 아는 능력이라는 것은 상당한 정도로 중복되며 혹은 관련되어 있다. 다만 학자의 경우에는 분석력에 있어서나 방법론을 동원하고 창안하며 결론에 이르는 능력에 있어서 그리하여 결론 내용의 질과 깊이에 있어서 현격한 차이를 보일 것이며 또 보일 수 있어야 한다고 믿는다. 이것이 학문으로 헌법학을 공부하는 궁극적인 목표라 할 수 있을 것이다. 그렇지 아니하다면 학문활동의 결과인 학설·이론이 어떻게(이차적인) 헌법 발견의 法源이 될 수 있을 것인가.

참 고 문 헌

- 가게야마 저, 이경주 역, 현대헌법학의 이론(서울 : 이성과 현실, 1989).
- John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff, Modern Constitutional Theory : A Reader, 2nd ed.,(St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1991).
- 桂禧悅 편역, 憲法の 解釋(서울 : 고려대출판부, 1993).
- 국순옥 엮음, 자본주의와 헌법(서울 : 까치, 1987).
- Max Weber 저, 최석 역, 법과 社會(서울 : 박영사, 1959).
- Charles A. Beard, An Economic Interpretation of the Constitution of the United States(New York : Free Press, 1965).
- Gledon Schubert, Judicial Policy Making, rev. ed.,(Glenview, I ll. : Scott, Foresman, 1974).
- Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System(Homewood, I ll. : Dorsey Press, 1968).
- Eugen Ehrlich 저, 張庚鶴 역, 法律社會學의 基礎理論 (Grundlegung der Soziologie des Rechts), (서울 : 原紀社, 1955).
- 鄭正佶, 政策決定論(서울 : 대명출판사, 1988).
- 崔大權, 憲法學-法社會學적 接近(서울 : 박영사, 1989).
- 崔大權, 法社會學(서울대출판부, 1983).
- 崔大權, 법과 社會(서울대출판부, 1992).
- 崔大權·韓尙熙·金文顯, 憲法解釋에 관한 研究(서울 : 헌법재판소, 1994).
- Hans Kelsen, The Pure Theory of Law, tr. by Max Knight, (Berkeley : University of

California Press, 1970).

韓尙熙, 司法決定行態에 관한 經驗的 研究, 서울대학교 법학박사학위 논문(1993).

Konrad Hesse 지, 桂禧悅 역, 西獨憲法原論(Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Auflage), (서울 : 삼영사, 1985).

原處분에 대한 憲法訴願

黃 道 洙

憲法裁判官

- 目 次 -

1. 序 論

2. 현행 憲法裁判所法 제68조 제1항 운영의 問題點과 解決可能性

가. 裁判에 대한 憲法訴願

나. 補充的인 行政裁判制度

다. 原處분에 대한 憲法訴願制度

라. 小結論

3. 原處분에 대한 憲法訴願의 理論的 成立可能性

가. 憲法訴願制度의 本質

나. 憲法 제107조 제2항, 제101조

다. 憲法裁判所法 제68조 제1항

라. 憲法裁判所法 제75조 제3항, 제4항, 제5항

마. 法院裁判의 既判力과의 衝突問題

바. 憲法裁判所決定과 法院裁判의 衝突

사. 小結論

4. 原處分에 대한 憲法訴願의 意義 및 內容

가. 意 義

나. 請 求 人

다. 審判對象

라. 審查範圍

(1) 事實認定

(2) 法律解釋

(3) 法院裁判의 節次法的 瑕疵

5. 原處分에 대한 憲法訴願審判의 實效性

가. 不平等의 深化

나. 司法에 대한 憲法裁判的 統制의 喪失

다. 裁判節次的 基本權保障의 欠缺

라. 憲法裁判所決定의 執行力 確保의 어려움

6. 結 論

1. 序 論

헌법재판소 재판관들의 새로운 구성으로 헌법재판소는 제2기를 지내고 있다. 이제 헌법재판소 제1기가 그 동안 운영해 온 헌법재판제도의 내용을 되돌아 볼 때를 맞이하였다고 본다.

전반적인 관점에서 보면, 헌법재판소가 생긴 이래 헌법재판소가 행한 헌법재판의 운용은 긍정적인 것으로 평가된다. 필자는 헌법재판소가 그 동안 공법재판분야에 이바지한 성과를, 과거 헌법재판소가 성립되기 이전의 공법재판제도의 운영상태에 비추어, ‘無血의 司法革命’이라고 인정하였었다.¹⁾ 그 동안 헌법재판소가 違憲法律審判制度를 우리 나라에 定着시켰고, 비록 변형적인 운영이었지만 憲法訴願制度를 나름대로 發展시켜 대법원의 公法裁判制度를 변화시키는데 공헌하였던 점 등을 높이 평가했던 것이다.

그러나, 具體的인 憲法裁判의 運營을 살펴보면 否定的인 評價要素가 적지 않음을 발견하게도 된다. 여기에서는 헌법재판소의 부정적인 헌법재판운용의 하나로서 憲法裁判所法 제68조 제1항 ‘法院의 裁判을 除外하고는’ 부분에 대한 해석운용을 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 “公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 자는 法院의 裁判을 제외하고는 헌법재판소에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다.”고 규정함으로써, 법원의 재판이 헌법소원심판의 대상이 될 수 없음을 명시하고

1) 토론, 헌법재판의 제도적 개선방향, 인권의 정의 1993. 12., 저자 토론 부분 참조. 따라서 이 글에서는 헌법재판소의 자세한 성과에 관한 언급은 줄인다.

있다. 憲法裁判制度 및 憲法裁判所制度를 全面的으로 認定하고 있는 現行 憲法 아래에서 헌법재판소법이 “법원의 재판”을 헌법재판의 대상에서 제외한다고 규정한 것은 매우 독특한 현상이다. 따라서 헌법재판소가 이 규정을 어떻게 운영할 것인가에 관하여 헌법재판소창설이래 귀추가 주목되었었다.

2. 현행 憲法裁判所法 제68조 제1항 운영의 問題點과 解決可能性

헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 그 동안의 헌법재판소의 運營 實態를 살펴보면, 안타깝게도 긍정적인 요소보다는 否定的인 要素가 많았음을 알 수 있게 된다.

가. 裁判에 대한 憲法訴願

헌법재판소는 헌법에 관한 包括的인 裁判機關임에도 불구하고, 헌법에 의하여 被造된 司法權에 대한 憲法的 統制를 喪失하고 있다.

헌법재판소는 제1지정재판부를 통하여 1989. 2. 14. 89헌마9 사건에서 “판결에 관한 헌법소원은 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우에 해당하므로, 더 나아가 살필 필요도 없이 부적법한 소원임을 면치 못할 것이다.”라는 결정을 함으로써 헌법재판소법 제68조 제1항 “법원의 재판을 제외하고는” 부분의 법적인

효력을 인정하기 시작하여, 1992. 6. 26. 전원재판부에서 “위 청구는 민사사건에 대한 대법원 재판의 취소를 구하는 청구로서 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원심판청구대상에서 제외한 재판을 대상으로 한 헌법소원심판청구이다. 그러므로 동 청구는 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없는 사항에 대한 헌법소원심판청구이므로 부적법하다(89헌마132)”라고 판시하여 지정재판부의 위 결정을 긍정한 이래 “헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 법원의 재판 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판은 허용될 수 없는 것임(헌법재판소 1994. 3. 18. 선고, 94헌마36 ; 1993. 7. 6. 선고, 93헌마122 및 1992. 11. 12. 선고, 90헌마229 각 결정 참조)”을 거듭 확인하고 있다.

이로써 헌법 제5장 법원의 장에서 인정되는 司法權의 行使에 대하여는 헌법소원심판이 불가능하게 되었고, 사법권의 행사로 인하여 야기된 헌법침해는 헌법재판절차를 통하여 구제될 수 없게 되었다.

일반적으로 권력통제기능으로서의 헌법재판기능에 관하여 언급할 때, 헌법재판의 기능은 ‘모든’ 국가권력의 행사 또는 불행사를 통제하는 것이라고 말하여진다. 그러나, 憲法裁判의 本領은 ‘모든’ 국가권력에 대한 전반적인 통제가 아니라, 특히 ‘立法과 司法’에 대한 統制에서 찾아볼 수 있게 된다. 입법과 사법에 대한 헌법적 통제만으로도 모든 국가권력에 대한 헌법적 통제기능을 충분히 수행할 수 있기 때문이다.

近代法治國家의 원리는 행정권, 또는 집행권에 대한 법적 통제에 주안점이 놓여 있었다. 근대법치국가의 원리에 따르면, 국가권력은 크게 입법권, 행정권, 사법권으로 구분되는 것으로 이해되었고, 국가권력행사의 형식은 ‘憲法 - 法律 - 命令·規則 - 行政處分’으로

단계화되어 있는 것으로 이해되었다. 그리고 군주로 대표되는 행정권의 행사는 입법권의 하위에서 立法에 根據하여 立法의 內容에 따라야 했고, 입법의 내용에 어긋난 행정권의 행사로 인하여 침해된 국민의 권리는 司法節次를 통하여 救濟받을 수 있었다. 이로써 행정권력이 국민의 권리를 침해하거나 국가질서를 문란케 하는 것을 방지하도록 하고 있었다. 이 때 근대법치국가에서의 입법은 국민의 대표기관(의회)을 통하여 행정권에게 전달한 국민의 의사이었고, 사법권은 입법의 실효성을 보장하기 위한 법적 권리구제장치이었다. 따라서 근대법치국가에서는 달리 입법권 내지 사법권이 국민의 권리를 침해하는 권력일 수 있다는 생각은 상상하기 힘들었다.

그러나, 獨逸의 나치時代 및 兩次 世界大戰의 經驗은 입법권과 사법권에 관한 이러한 의미에 관하여 회의를 가져다주었다. 당시의 形式化된 立法權의 濫用과 形骸化된 司法權의 運營은 인간의 존엄과 가치를 무참하게 짓밟고 있었던 행정권을 통제하기는커녕, 오히려 그 法的인 正當性만을 부여하는데 그쳤다는 각성을 가져다 준 것이었다.

이에 現代 憲法은 입법권 내지 사법권에 대한 통제의 필요성을 절감하였고, 입법이나 사법의 남용으로부터 憲法 자신의 法規性, 특히 인간의 존엄과 가치를 지키기 위하여 憲法裁判制度의 現實化를 모색하였던 것이다. 이를 위하여 헌법은 헌법재판제도를 모든 국가 권력에 대한 통제제도로 구성하지 아니하고, 기존의 일반사법권으로는 구제될 수 없었던 법적 문제, 즉 입법 및 사법에 대한 통제제도로 구성하였던 것이다. 입법 및 사법에 대한 통제만으로도 행정에 대한 헌법적 통제를 충분히 수행할 수 있기 때문이다. 즉, 행정은 이미 입법과 사법에 의하여 통제되고 있었기 때문에, 헌법이 합헌적인 입법과 합헌적인 사법을 보장할 수 있다면, 결국 행정을 포

함한 ‘모든’ 국가권력의 합헌성, 합법성을 확보한다는 결론에 도달 되기 때문이다.

이러한 헌법정책적 판단은 헌법소원제도의 도입을 결과하였다. 헌법소원제도는 심판대상에 관하여는 ‘사법에 대한 특별한 헌법재판제도’가 아닌, ‘포괄적인 헌법재판제도’로서 일반성을 가지는 대신에, 심판기준, 즉 ‘기본권의 보장’에 관하여 헌법재판제도로서의 특별성을 가지게 되었다. 기본권의 침해에 관한 한 어떠한 형태의 공권력행사에 대하여도 이를 용납하지 아니하겠다는 국민들의 강한 의지가 표현된 것이다. 여기에서 헌법소원제도의 커다란 특징을 찾아볼 수 있다. 기타의 공법재판제도가 그 제도의 적용범위를 원칙적으로 심판대상에서 찾게 되는데 반하여, 헌법소원제도는 그 제도의 적용범위를 심판기준에서 찾게 된다는 차이를 보인다. 따라서 기존의 재판제도에 관한 인식틀로서는 헌법소원제도를 체계적으로 자리매김할 수 없다는 한계를 가지게 됨은 오히려 당연한 것이다. 우선 헌법소원제도가 이미 형성된 기판력을 무시하고 행해지는 재판제도라는 점부터 기존의 인식틀은 이해할 수 없을 것이기 때문이다.

아무튼, 憲法訴願制度는 심판대상에 관한 한 欠缺없는 憲法裁判權을 보장하기 위한 헌법재판제도로서 包括的인(pauschal) 憲法裁判制度임에는 틀림없다. 헌법소원제도의 포괄성은 당연히 다른 재판제도와 관계에 관한 규정을 필요로 하게 된다. 이는 다시 다른 헌법재판제도와 관계를 정하는 규정과 기타 재판제도와 관계를 정하는 규정으로 나누어 생각해 볼 수 있다. 전자에 관하여는 헌법재판제도로서의 성질을 같이한다는 점에 의하여 심판대상에 대한 영역구분개념으로서의 보충성이 문제되고, 후자에 관하여는 재판제도의 성질을 달리한다는 점에 의하여 심판기준에 대한 특별성이 언

급되게 된다. (따라서 후자에 관하여는 헌법소원제도와 기타 재판제도가 심판대상을 같이한다는 점 및 심판대상이 된 공권력행사에 관하여 기관력이 존재한다는 사실이 절차상의 문제점으로 제기되지 않게 되며, 후자에 관하여 언급되는 보충성개념은 뒤에서 살펴보는 바와 같이 심판대상의 구분과는 상관이 없는 것이다)

헌법재판제도 상호관계에 관한 한, 헌법재판제도중 違憲法律審判制度가 立法에 대한 統制를 주요 과제로 하여 발전하였으므로, 결국 포괄적인 헌법재판제도로서의 憲法訴願制度는 司法에 대한 憲法的 統制를 본령으로 하게 됨은 당연한 귀결이다.

그런데, 위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 그 동안 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분의 명문에 따라 일반사법에 대한 헌법적 통제를 포기하였다. 이는 헌법소원제도 자체가 憲法裁判의 性質을 喪失하게 되었음을 의미함은 물론, 나아가 우리 나라의 헌법재판제도 전반에 制度的인 空白을 초래하고 있다는 것을 의미하는 것이다. 좀 극단적으로 표현하면 본래의 헌법소원사항이 모조리 없어져 버렸다는 이야기이고,²⁾ 헌법소원제도의 根本構造의 瓦解를 초래할 수도 있게 된 것이다.³⁾ 따라서 헌법재판소가 헌법의 규정에 반하여 기본권보장 및 헌법질서보장을 소홀히 하고 있다는 비난을 면하기 어렵게 된 것이다.

또한 헌법재판소가 사법통제기능을 상실하였다는 것은 단순히 헌법재판소가 법원의 재판에 대한 통제수단을 잃게 되었다는 것을 의미하지만, 동시에 憲法裁判所 자신의 決定의 執行力이 空虛化될 수 있는 위험성에 직면하게 되었다는 것도 의미하게 된다.

간단히 예를 들어, 현재의 상태에서 헌법재판소가 憲法合致的 解

2) 권영성, 한국의 헌법재판제도, 법학, 1988, P.43

3) 이육한, 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’의 문제점, 사법행정, 95. 7., P.20

釋으로 종국결정을 하는 경우(실제로 헌법재판소는 종종 이러한 결정을 한다), 헌법합치적 해석에 의한 결정이 현실적으로 집행되느냐의 여부는 일반법원이 헌법재판소의 해석을 따라 주느냐에 달려 있게 되는데, 만일 일반법원이 헌법재판소의 해석을 따르지 않는 경우, 헌법재판소가 자신의 결정을 집행할 수 있는 수단이 없는 것이 현실이다.⁴⁾

이러한 용인될 수 없는 상태는 역시 법원의 재판을 소원의 대상에서 제외시킨 헌법재판소법 제68조 제1항에서 그 연원을 찾을 수 밖에 없는 것이다. 一般法院이 행한 法律解釋에 대하여 憲法訴願을 통한 統制가 가능한 경우에만 헌법재판소가 내린 결정, 특히 헌법합치적 해석에 입각한 결정이 실질적인 기속력과 집행력을 보장받게 되며 그 경우에만 기본권보장이 안정적일 수 있는 것이다.

나. 補充的인 行政裁判制度

헌법소원제도는 헌법재판제도로서의 본질적 기능을 상실하고, 일반사법권행사의 하나인 補充的인 行政裁判制度로서의 跛行的인 機能을 수행하게 되었다.

원래 헌법의 法治國家原理와 그에 따른 行政訴訟法의 概括主義에 의하면, 국가의 공권력행사 또는 불행사로 인하여 발생한 권리침해는 一般司法權, 특히 行政裁判에 의하여 모두 구제될 수 있어야 함이 원칙이다.⁵⁾ 따라서 헌법재판제도로서의 헌법소원제도가 第1審으로서 국가의 국민에 대한 권리침해를 구제하는 경우는 없는 것이

4) 이옥환, 전계논문, P. 23

5) 이옥환, 전계논문, P. 19,20

원칙이다. 게다가 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분을 액면 그대로 받아들임으로써 헌법소원 제도가 사법에 대한 헌법적 통제기능을 상실하고 있는 상황이기 때문에, 결국 헌법재판소의 기존판례의 논리대로라면 우리의 헌법소원제도는 그 실질적인 존재의의는 무의미한 것이라는 결론에 도달하게 된다.

그러나 헌법재판소는 과거 헌법재판소가 성립되기 이전의 우리나라 법원이 법치주의 및 행정소송개괄주의를 무시하고, 行政裁判의 訴益을 엄격하게 해석함으로써 발생한 行政訴訟의 空白에 착안하여 헌법소원제도에 새로운 의미를 부여할 수 있었다. 즉 법원의 통상행정소송절차를 통하여는 다룰 수 없었던 공권력행사 또는 불행사가 많이 존재하였던 당시의 時代的 與件에 착안하여, 헌법소원제도를 일반행정재판의 빈자리에 안주시킬 수 있었던 것이다.

즉, 헌법재판소는, 법원의 통상행정소송절차를 통하여 다룰 수 없는 공권력행사 또는 불행사의 경우에, 다른 법률에 구체절차가 없는 경우(헌법재판소법 제68조 제1항 단서)로 인정하여 이에 대하여 헌법소원심판을 인정하였다. 1989. 4. 17. 선고된 88헌마3 검사의 공권력행사에 대한 헌법소원사건이나, 1989. 3. 17. 선고된 88헌마1 법무사법 시행규칙에 대한 헌법소원심판사건은 그 대표적인 예이다. 후자의 사건에서 헌법재판소는 “이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 一般法院에 법령자체의 效力을 直接 다루는 것을 訴訟物로 하여 提訴하는 길은 없어, 救濟節次가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구체절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 補充性的 例外的인 경우라고 볼 것이다”라고 해석하여, 헌법소원제도를 일반법원에서의 구체되지

아니하는 공권력행사 또는 불행사에 대한 법적 통제제도로 자리매김 하였다. 이 때 헌법재판소는 위 판시에서 보는 바와 같이 이러한 결론에 대한 이론개념으로 보충성개념을 사용하고 있음을 볼 수 있다.

그런데, 원래 헌법소원제도의 특징으로 인정되는 ‘補充性’은 헌법재판제도가이외의 다른 재판제도와 관계에 관한 ‘헌법소원제도는 법원의 재판을 모두 거친 뒤에 비로소 그 기능을 하게 된다’는 의미에서의 ‘보충성’이고, 그 예외로 인정되는 ‘보충성의 예외’는 ‘一般行政裁判節次를 거치는 동안(時間的인 겹)에 발행하게 될 不利益을 방지하기 위하여, 일방행정재판절차를 거쳐야 함에 불구하고 이를 거치지 아니하고 바로 헌법재판소의 재판을 받을 수 있다’는 의미에서의 ‘예외’인 것이다. 우리의 헌법재판소법이 헌법소원제도의 보충성에 관하여 같은 내용을 규정하고 있음은 물론이다. 즉 ‘다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다’는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서규정은 ‘그 절차를 모두 거친 후에 청구하여야 한다’는 의미이지 ‘그 절차가 있는 경우에는 청구할 수 없다’는 의미로 해석할 수 없기 때문이다.

그러나, 헌법재판소는 헌법소원제도의 보충성을 원래의 의미와는 다른 의미, 즉 ‘헌법소원제도는 一般法院에 그 效力을 直接 다투는 것을 訴訟物로 하여 提訴하는 길이 없는 경우에 비로소 그 기능을 하게 된다’는 의미로 해석·운영하였던 것이다.

이러한 해석이 긍정적으로는 헌법소원제도를 헌법재판으로서의 기능은 상실하게 하는 대신에 보충적인 행정재판제도로 기능하게 하였다는, 즉 헌법소원제도를 통하여 一般司法權(行政裁判)의 空白을 메우고 있다는 의의를 가지기도 하겠지만, 부정적으로는 헌법재판제도 전반에 치명적인 손실을 가져왔다는 평가를 피할 수 없게

된다.

헌법소원제도가 보충적인 행정재판제도로 운영됨에 따라, 헌법소원제도와 통상행정재판제도 사이에 존재하여야 할 憲法과 統治權(憲法에 의하여 被造된 권한이라는 의미에서의 統治權)의 관계는 사라지고, 統治權과 統治權의 대등한 관계가 새로 형성되게 되었다. 이에 따라 헌법소원제도는 ‘모든 공권력의 행사 또는 불행사’에 대한 헌법적 재판이 아니라, 일반사법절차의 구제대상이 되지 아니하는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 예외적으로 심판하는 보충적인 사법절차로 자리매김되었다. 통상의 사법절차에 의하여서도 구제될 수 없었던 공권력에 의한 기본권침해를 구제하겠다는 헌법소원제도의 원래의 모습은 어디에 가고, 부수적인 통상사법절차의 모습으로 다시 태어난 것이다.

헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분이 이러한 해석에 절대적인 공헌을 한 것은 두말할 나위도 없다. 만일 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분이 없었다면, 헌법재판소로서는 행정소송법의 개괄주의규정을 근거로 법원의 行政裁判運營의 違憲性을 지적(헌법에 반하여 행정소송의 소익을 한정적으로만 인정하고 있는 점을 한정위헌선언함)하여 행정재판절차의 정상화를 도모하는 한편, 헌법소원제도를 헌법재판제도의 성질에 맞게 ‘일반행정재판절차를 먼저 거쳤음에도 불구하고 기본권침해의 구제가 미흡하게 된 경우를 구제하기 위한 제도’로 해석할 수 있었을 것이기 때문이다.⁶⁾

6) 현재의 헌법재판소의 위헌법률심판제도 운영으로도 이는 아직도 가능한 상태이다. 헌법재판소는 한정합헌 내지 한정위헌의 변형결정제도를 인정하고 있는 바, ‘행정소송법의 개괄주의 규정을 일정한 공권력행사 또는 불행사에 관하여 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 위헌이다’라는 한정위헌결정을 행함으로써 현재 법원의 행정재판제도의 운영에 제동을 걸 수 있을 것으로 생각되기 때문이다.

다. 原處分에 대한 憲法訴願制度

原處分에 대한 헌법소원제도에 관하여 명확한 입장을 유보함으로써, 憲法訴願制度의 내용이 不安定하게 되었고, 國民들의 法的 不安感은 가중되게 되었다.

헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항 “재판을 제외하고는” 부분의 효력을 인정함으로써 생긴 헌법소원제도의 공허화를 방지하기 위하여 우선은 위에서 살펴본 바와 같이 헌법소원제도를 보충적 행정재판제도로 해석하는 한편, 법원의 재판을 거친 行政處分(原處分 또는 原行政處分)에 대하여 憲法訴願을 請求할 수 있지 않겠는가에 대한 미련을 결정에 남기게 되었다.

헌법재판소는 1992. 6. 26. 선고, 90헌마72 결정에서, 헌법재판소법 제68조 제1항을 근거로 “공권력행사인 행정처분에 대하여 구제절차로서 법원의 재판을 거치는 경우, 그 處分의 基礎가 된 事實關係의 認定과 評價, 단순한 一般法規의 解釋·適用의 문제는, 원칙적으로 헌법재판소 심판사항이라고 할 수 없을 것이다”라고 판시하였고, 나아가 1992. 10. 1. 선고, 90헌마139 결정에서는 ‘공권력행사인 이 사건의 행정처분에 대하여 구제절차로서 법원의 재판을 거치는 경우에는 그 처분의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 당해 사건에 적용할 단순한 일반법규의 해석·적용의 문제는, 당해 사건을 담당하는 “法院의 全屬的 權限”이라 할 수 있는 것이므로 원칙적으로 헌법재판소 심판사항이라고 할 수 없는 것이다’라고 판시한 이래로, 현재까지 같은 견해를 지속하고 있다.

그러나 원처분에 대한 헌법소원에 관한 헌법재판소의 결정례를

자세히 살펴보면, 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원에 관하여 미련만을 가지고 있을 뿐, 그 實質的인 內容, 즉 원처분에 대한 헌법소원이 可能한 것인지, 그 심사범위가 어느 範圍에 미치는 것인지, 그 효력은 어떠한 것인지에 관하여 아직 명확히 견해를 가지고 있지 아니한 것으로 생각된다.

헌법재판소의 결정례는 소극적으로 원처분에 대한 헌법소원심판이 허용되지 않는 범위에 대하여 실시하고 있을뿐, 적극적으로 나머지 부분에 관한 헌법소원심판을 할 수 있다거나, 그 원처분에 대한 헌법소원심판이 인정될 경우의 法理에 관하여는 실시하지 않고 있는 상태이다. 원처분에 대한 헌법소원이 認容된 事件이 없었음은 물론이다. 결국 원처분에 대한 헌법소원제도에 관하여 불안정한 법률상태, 未解決의 法律狀態는 지속되고 있다고 보아야 되고, 이에 관하여 국민들이 법적 불안감을 느끼는 것은 당연하다고 할 것이다.

라. 小結論

결국 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 현재의 헌법재판소 운영은 過渡期性和 危險性을 면하기 어려운 것으로 보인다.

이에 대한 해결가능성으로 두 가지의 방법이 많이 언급되고 있다. 첫째는 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항 “법원의 재판을 제외하고는” 부분을 違憲宣言하여야 한다는 방법이고, 또 다른 하나는 헌법재판소가 법원의 재판을 거친 原處分을 憲法訴願審判의 대상으로 인정하여 그 위헌여부를 심사하여야 한다는 방법이다.

첫째의 방법은 헌법재판소가 언제든지 사용할 수 있는 방법이고, 이론적으로도 어려움이 없는 것으로 보인다. 다만, 大法院과의 關係

에서 정면으로 충돌·대결하는 인상을 주게 된다는 점에서, 될 수 있으면 피하는 것이 좋겠다는 인상을 가지게 된다.

둘째의 방법은 대법원과의 관계를 상대적으로 부드럽게 형성할 수 있다는 장점을 가지는 것으로 생각된다. 즉 “모든 재판(행정재판 뿐 아니라 민사·형사재판 등을 포함)을 직접 헌법소원 대상으로 하기 보다는 즉 헌법재판소법 제68조 제1항의 재판소원금지 부분의 위헌 여부를 판단하기보다는 원처분소원을 인정하는 것이 일면 사법권에 대한 직접적 통제가 아니라는 점에서, 타면 헌법소원대상인 ‘공권력’임에도 불구하고 ‘재판소원금지규정과 보충성원칙’에 막혀 그 동안 기본권구제의 사각지대에 속하였던 행정작용에 대한 통제가능성을 확인할 수 있다는 점에서 보다 효과적일 수 있을 것이다”⁷⁾라는 논의가 있는 것이다.

둘째의 방법을 통하여 첫째의 방법으로 얻을 수 있는 효과를 얻을 수 있다면, 둘째의 방법이 선호되어야 함은 물론이다. 따라서 이 글에서는 둘째 방법의 理論的 成立可能性, 內容 및 實用性에 관하여 살펴본다.

그런데, 헌법이나 헌법재판소법은 헌법재판소가 법원의 재판을 거친 원처분에 대하여 헌법소원심판을 할 수 있는가, 할 수 있다면 그 제도의 내용은 어떠한 것인가에 관하여 직접적으로 규율하는 명문의 規定을 두고 있지 않다. 결국 원처분에 대한 헌법소원의 모든 것은 解釋에 의하게 된다.

3. 原處분에 대한 憲法訴願의 理論的 成立可能性

7) 신봉기, 원행정처분의 헌법소원심판 대상성, 고시연구, 95.6. p.97

원처분에 대한 헌법소원이 가능한 것이냐에 관하여는 그동안 여러 가지 의견이 제시되었었다. 여기에서는 편의상 그 論據에 따라 원처분에 대한 헌법소원심판의 가능성에 관하여 살펴본다.

가. 憲法訴願制度의 本質

먼저, 원처분에 대한 헌법소원제도의 이론적 성립가능성에 관한 다툼은 헌법소원제도의 본질에서부터 시작된다.

필자에 따라서는 우리 나라의 헌법소원제도를 오스트리아의 헌법소원제도와 비슷한 것으로 이해하여 우리 나라의 헌법소원제도를 補充的인 行政裁判制度로 이해하는 것이 옳바르다고 주장하기도 한다. 즉 재판을 헌법소원으로하는 제도는 독일식의 제도이고, 재판을 헌법소원으로 삼지 않는 나라가 오스트리아이므로, 재판을 헌법소원의 대상으로 할 것인가의 문제는 그 나라의 立法政策의 문제라고 보고, 우리 나라에서는 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있으므로 재판에 대한 헌법소원 및 원처분에 대한 헌법소원제도는 성립될 수 없다고 한다. 오히려 우리 나라에서는 행정소송의 대상이 되지 않으면서 사법적 통제를 가할 필요성이 있는 공권력행사 또는 불행사가 자주 일어나고 있으므로 이에 대하여 헌법소원제도를 운영하면 충분하다고 하면서, 오스트리아의 판례가 이 점에서 많은 참고가 된다(오스트리아에서 제기되는 연 340건의 헌법소원사건은 우리 나라에서도 그대로 제기될 수 있다고 보여지나 國民들의 무딘 憲法意識 때문에 소송이 제기되지 않고 있는 것 뿐이다)고 주장하는 것이다.⁸⁾

이에 대하여 우리 나라의 憲法訴願制度의 本來의 趣旨를 살리기

위하여 법원의 재판을 경유한 행정처분에 대하여 헌법소원을 인정하는 것이 타당하다거나,⁹⁾ 헌법소원제도의 본질이 欠缺없는 基本權 救濟에 있음을 뜻하는 것이므로 행정처분에 의한 기본권침해여부의 판단을 위한 制度的 空白을 남겨두는 것보다는 그 공백을 메우는 것이 바람직하고 그 해결은 원처분소원을 인정하는 것이 가장 합리적인 해결책이 될 수 있을 것이라는 견해¹⁰⁾가 있다.

생각건대, 헌법소원제도는 憲法裁判이라는 全體 體系속에서 이해되어야 한다. 헌법소원제도는 기본권보장을 위한 包括的인 憲法裁判制度이다. 헌법소원제도는 일반사법권내에 존재하는 第4審이거나 最高上告審이 아니다. 헌법소원심판권은 일반사법권의 일부가 아니다. 헌법소원제도는 헌법재판제도의 일부이다. 헌법재판은 헌법에 의한, 통치권(헌법에 의하여 피조된 국가공권력)에 대한 재판이다. 헌법은 통치권의 일부가 아니다. 헌법은 統治權의 根據規範이다. 헌법은 사법권을 포함한 모든 통치권의 근거가 되고, 이들 권한을 부여하는 상위의 권원이다. 이에 반하여 일반재판제도는 헌법에 의하여 부여된 국가사법권의 행사를 의미한다. 憲法裁判權과 一般司法權은 차원을 달리하는 것이다. 헌법재판은 헌법심사권의 행사이고, 일반사법은 통치권으로서 헌법심사의 대상이다. 헌법재판권의 행사와 일반사법권의 행사가 성질상 ‘司法’, 즉 법을 선언하여 법질서를 확립한다는 점에서는 비슷할 수 있으나, 일반사법권은 헌법의 하위에서 헌법에 의하여 被造된 權限이고, 헌법재판권은 헌법 자체의 수호를 위한 憲法內在的인 權限이다. 헌법재판권은 일반사법권에 속한 상위의 사법권이 아니다. 즉 일반사법의 최고상고시이나 제4심

8) 박일환, 재판에 대한 헌법소원, 인권과 정의 1989. 11., p.82 박일환, 헌법재판제도의 운영, 헌법재판자료 제3집, 1990., p.529

9) 김철수, 헌법소원제도의 개선방안, 헌법재판연구 제1권, 1989.

10) 신봉기, 전개논문, p.96

이 아닌 것이다.

헌법소원제도가 일반사법의 하나로서의 최고상고심이나 제4심이 아니고, 헌법재판의 하나로서 特別한 司法節次라는 점은 헌법소원제도의 내용의 곳곳에서 찾아볼 수 있다.

첫째, 헌법소원의 審判機關은 憲法裁判所이다. 헌법 제6장으로 독립된 헌법재판권의 담당자로 규정된 헌법재판소가 헌법소원을 심판하는 것이다.

둘째, 헌법소원의 審判對象은 ‘모든 公權力의 行使 또는 不行使’라는 점이다. 입법, 행정, 사법을 가리지 아니하고 헌법에 근거하여 행사되는 모든 국가공권력의 행사 또는 불행사에 관하여 헌법적으로 통제하는 것이다.

셋째, 헌법소원의 審判基準은 憲法, 특히 基本權으로 한정되어 있다. 일반법률에 의하여 규율되는 권리의 침해에 대하여 헌법소원을 청구할 수 없는 것이다. 헌법소원심판은 다툼 있는 모든 법질서의 내용을 선언하여 분쟁을 해결하는 일반사법과는 달리, 일반사법권으로는 구제 받을 수 없었던 다툼 중, 헌법에서 특별히 중시되는 기본권의 보장을 위하여만 존재하는 것이기 때문이다.

넷째, 헌법소원심판은 기본권주체인 國民만이 請求할 수 있다. 기본권에 관하여 다툼이 있다고 하여 기본권의 의무자인 公權力 主體가 기본권주체인 국민에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것은 아니다. 따라서 헌법소원심판은 도저히 제4심이나 최종상고심이 될 수 없는 것이다.

다섯째, 헌법소원의 원칙적인 모습은 法院의 裁判이 確定된 以後에 請求되게 된다. 이미 일반사법권의 행사에 의하여 형성된 일반재판의 기관력이 존재함을 전제로 하는 재판인 것이다. 일반사법을 통하여 공권력행사 또는 불행사의 내용이 명백히 밝혀진 뒤에 헌법

적인 관점에서 심판을 하기 위한 특별한 제도이기 때문이다. 즉 이미 종결된 사건에서 헌법적인 문제, 특히 기본권을 침해하는 경우를 특별히 구제하고자 함이 그 목적인 것이다. 따라서 헌법소원제도의 운영에서는 일반재판의 既判力은 전혀 문제가 되지 아니한다. 헌법소원심판의 인용결정에서 반드시 최고심법원의 재판을 파기할 이유도 없는 것이다.¹¹⁾ 기본권을 침해하고 있다고 인정되는 국가행위만의 취소로도 충분한 것이다. 기본권을 침해하고 있는 행정권행사만의 취소만으로도 헌법소원심판의 인용결정이 가능한 것이다.

결론적으로 헌법소원심판은 일반사법권의 행사와는 전혀 次元을 달리하는 特別한 裁判權 行使, 즉 憲法裁判權의 行使이다. 따라서 그 권한행사는 법원의 재판유무에 의하여 제약을 받지 않는 것이다. 헌법소원심판이 법원의 재판여부에 의하여 제약을 받는다는 생각은 헌법소원심판을 일반 사법권행사의 일종으로 이해하는데 근거하는 것이다.

우리 나라의 헌법소원심판은 憲法裁判이고, 따라서 憲法問題, 특히 基本權侵害問題에 관한 한 헌법소원은 어떠한 경우에도 청구될 수 있는 것이다. 따라서 원처분에 대한 헌법소원이 인정되는 것은 당연한 것이다. (덧붙여 말할 수 있는 것은, 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외하고 있는 憲法裁判所法 자체가 이미 違憲이라는 점이다. 현행의 헌법재판소법은 헌법재판제가 전면적으로 도입된 현행 헌법의 요청, 즉 헌법소원제도가 헌법재판으로서의 本質的 機能을 수행하여야 한다는 요청을 정면으로 방해하고 있기 때문이다).

이에 반하여 헌법소원제도를 보충적인 행정재판제도로 해석하려는 견해는 헌법재판제도의 본질을 이해하지 못하고 憲法裁判과 一般司法을 동등한 권한의 일부로 인식하는 것이다. 이러한 견해에

11) Gusy, s.25 ; BverfGE 3, 377(379) ; 20, 233(267) ; 6, 386(387)

의하면, 헌법소원제도는 행정재판제도와 동등한 지위에 있는 것으로서 특별히 헌법소원제도가 행정재판을 거친 원처분에 대하여 심판할 이유도 없고, 심판할 수도 없게 되는 것이다.

이러한 견해는 우리 나라의 헌법소원제도를 보충적인 행정재판제도로 해석하는 근거를 헌법소원제도의 구체적인 내용과 형태는 立法政策에 따라 결정될 문제이지, 헌법소원제도 자체에서 바로 도출되는 문제는 아니라는 점에서 찾고 있다. 즉 오스트리아와 독일의 헌법소원제도의 차이를 비교하면서, 이러한 차이는 결국 헌법소원제도를 행정재판제도(일반사법권의 하나)로 운영하는가, 헌법재판제도로 운영하는가 하는 입법정책의 문제에 연원한다는 주장이다.

그러나 이 견해는 法律에 대한 立法政策문제와 憲法에 대한 立法政策문제를 혼동하고 있는 것이다. 오스트리아에서는 憲法 自體에서 헌법소원제도의 本質을 특별한 행정재판제도로 規定하고 있다. 이에 반하여 독일헌법에서는 헌법에서 헌법소원제도를 헌법재판제도의 하나로 규정하고 있는 것이다. 따라서 오스트리아와 독일의 헌법소원제도가 憲法上 本質을 달리할 수밖에 없는 것이다.

헌법소원제도가 어떠한 본질을 가지는가 라는 문제는, 단순한 法律에 대한 立法政策의 문제는 아닌 것이다. 이는 憲法制定政策이나 憲法改正政策의 문제인 것이다. 일단 憲法이 헌법소원제도를 憲法裁判의 하나로 규정하고 있다면, 法律의 입법을 통하여 헌법소원제도를 일반사법의 하나인 行政裁判制度로 변경시킬 수 없는 것이다. 이는 법률의 입법정책의 범위를 벗어나는 것이다.

나. 憲法 제107조 제2항, 제101조

원처분에 대한 헌법소원의 성립가능성은 헌법 제107조 제2항의

해석과 깊은 관련이 있다. 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙 또는 처분이 헌법에 위반되는 여부에 관하여는 大法院이 이를 最終적으로 審査할 權限을 가진다고 규정하고 있어 이 조문의 해석상으로도 행정행위에 대해서는 事實上 헌법소원의 길이 막혀있다고 보아야 한다는 견해가 있기 때문이다.¹²⁾ 즉 행정처분이 있을 때에 그것의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 한은 大法院에서 最終審으로 그 처분의 위헌 여부를 판단하고, 다시 헌법재판소에서 이에 대하여 심사할 수는 없다는 것이다.¹³⁾ 이러한 견해에 따르면, 행정처분에 대하여는 행정소송을 거친 다음 다시 행정처분을 대상으로 헌법소원을 제기할 수도 있다고 해석하는 것은 헌법 제101조, 제107조에 위반되게 된다.¹⁴⁾

이에 대하여 우리 헌법이 헌법재판소를 신설하고 헌법소원제도를 새로 도입한 이후에는 헌법 제107조 제2항을 司法府 内部에서 最終적으로 심사할 수 있다는 것으로 해석하여야 하며, 우리 헌법이 헌법재판소를 별도의 장으로 규정함으로써 국가의 第4府로서의 지위를 인정하고 있기 때문에 처분의 심사권이 대법원에 있다는 것과 이를 제4부가 심사할 수 있는 것은 권력의 통제의 면에서 하등의 이상할 것이 없다거나,¹⁵⁾ 헌법 제107조 제2항이 규정한 처분에 대한 대법원의 최종적 심사권이란 구체적 소송사건에서 당해 처분의 위헌여부가 裁判의 前提가 되었을 때 법률의 경우처럼 憲法裁判소에 提請함이 없이 최종적으로 대법원이 판단한다는 의미라고¹⁶⁾ 이해함으로써 헌법 제107조 제2항이 원처분에 대한 헌법소원을 인정

12) 김종민, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989, p.210

13) 황우여(토론), 헌법재판제도의 운영, 헌법재판자료 제3집, 1990., p. 550

14) 박일환, 재판에 대한 헌법소원, 인권과 정의 1989. 11., p.82

15) 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판자료 제3집, 1990, p.361, 362

16) 이석연, 헌법소송의 이론과 실제, 1992., p.42

하는데 걸림돌이 될 수 없다는 견해도 있다.

생각건대, 헌법 제107조 제2항은 헌법 전체 체계 내에서 이해되어야 하고, 특히 같은 조 제1항과는 분리되어 이해될 수 없는 것이다.

우리 헌법은 헌법재판권과 일반재판권의 엄격한 구분을 원칙으로 하고 있다. 일반재판권에 관하여는 ‘제5장 법원’에서 규정하고, 헌법재판권에 관하여는 ‘제6장 헌법재판소’에서 규정하고 있다. 따라서 제5장 제101조에서 규정되는 ‘사법권’은 일반재판권만을 의미하는 것이지, 헌법재판권까지를 포함한 넓은 의미의 사법개념은 아닌 것이다.¹⁷⁾

第5章의 규정들은 일반사법권의 행사에 관하여 규정하고 있는 것이다. 따라서 헌법 제5장에 속한 제107조도 一般司法權의 行使方法을 정하고 있는 것으로 해석하여야 헌법전체 체계 내에서 올바르게 이해될 수 있는 것이다.

사법권은 법규범의 내용을 선언함으로써 사건을 해결한다. 그런데, 모든 법규범이 동등한 것은 아니다. 현행 헌법 질서에서의 법규범은 ‘憲法 - 法律 - 命令·規則 - 處分 - 事實行爲’의 계층구조를 가지고 있고, 하위법규범은 상위법규범에 위반될 수 없게 되어 있다. 따라서 사실행위나 하위법규범을 심판대상으로 하는 사건에서는 上位法規範의 違憲性, 違法性문제가 前提問題로 종종 등장하게 된다. 여기에서 헌법재판권과 일반사법권을 원칙적으로 구분하고 있는 헌법질서 아래에서는, 일반사법권의 행사과정에서 전제문제로 발생하는 헌법재판문제를 어떻게 처리할 것인가에 관하여 규율할

17) 독일의 판례도 헌법 제19조 제4항과 헌법소원제도와와의 관계를 해석하면서 일반사법권과 헌법재판권을 엄격하게 구분하여 해석하고 있다. 자세한 것은 Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988. p.4 및 그 인용판례 참조.

필요성이 생기는 것은 당연한 것이다.

헌법 제107조는 이러한 문제의 해결을 위한 조항인 것이다. 제107조는 법원이 일반재판권을 행사함에 있어서 憲法裁判權行使가 前提問題로 제기될 경우에 법원의 재판권한행사방법을 규정하는 것이다. 제1항에서는 법원이 일반사법권을 행사함에 있어서 ‘법률’이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원이 헌법재판소에 提請하여 그 심판에 의하여 재판하여야 할 것을 정하고 있는 것이고, 제2항에서는 ‘명령·규칙 또는 처분’이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 이를 번잡하게 헌법재판소에 제청함이 없이 일단은 大法院에서 이를 最終적으로 심사하게 함으로써 裁判節次의 中斷 없이 일반사법권을 행사할 수 있도록 정하고 있는 것이다. 제1항에서는 재판절차가 중단되는데 반하여, 제2항에서는 재판절차가 중단되지 아니한다는 차이를 보이는 것이다. 따라서 제2항에서의 ‘대법원은 이를 최종적으로’라는 표현은 헌법재판소에 위헌성여부를 심판제청함으로써 발생하게 되는 재판절차의 중단됨이 없이, 일단 일반재판권을 행사하는 법원 내에서 이에 관한 심사를 하는데, 그 법원 내에서는 대법원이 이를 최종적으로 심사한다는 것으로 이해되어야 하는 것이다. 이때 ‘최종적’이라는 표현은 ‘더 이상의 사법 절차와는 관계없이 기판력이 발생한다’는 의미에서의 최종적인 것으로 해석될 수 있는 것이다. ‘최종적’의 의미를 ‘독점적이거나, 더 이상의 다른 심판을 배제한다’는 것으로 해석하기 어려운 것이다.

헌법 제107조는 명령·규칙 또는 처분에 대한 憲法裁判權의 歸屬機關을 결정하는 규정이 아니기 때문이다. 헌법 제107조는 명령·규칙 또는 처분에 대한 헌법재판권이 대법원에 귀속됨을 정하고 있거나, 명령·규칙 또는 처분에 대한 헌법재판권을 헌법재판소로부

터 배제할 것을 정하고 있는 것으로 해석될 수 없는 것이다. 일반 사법권과 헌법재판권의 귀속에 관하여는 헌법 제101조와 제111조가 정하고 있는 것이다.

헌법 제107조가 憲法裁判權의 歸屬에 관하여 暗示하는 바가 있다면, 법률이나 명령·규칙 또는 처분의 위헌성판단문제가 모두 憲法裁判所의 權限이라는 점일 것이다. 헌법 제107조의 존재의의는 법률이나 명령·규칙 또는 처분의 위헌성판단문제가 원칙적으로 헌법재판소에 있음을 전제로 하는 경우에 발견될 수 있기 때문이다. 헌법제정권자가 이들에 관한 위헌성판단이 원래 법원에 귀속되는 것으로 생각하였다면, 즉 이들에 관한 위헌성판단이 헌법 제 101조의 일반사법권의 내용에 이미 포함되는 것으로 생각하였다면, 헌법 제 107조를 따로 別個의 規定으로 둘 필요성은 없었을 것이다. 그 위헌성문제가 재판의 전제가 되었다고, 그 전제문제의 판단권한이 이미 법원에 귀속되어 있으므로, 그 전제문제에 관하여 법원이 자신의 권한으로 스스로 판단하면 되기 때문이다. 이 전제문제의 판단권한이 다른 기관(헌법재판소)에 귀속되어 있을 경우에 비로소, 판단권한이 없는 법원이 그 전제문제에 관한 판단을 어떻게 처리할 것인가의 문제가 발생하게 된다. 여기에 헌법 제 107조의 存在意義가 있는 것이다.

따라서 헌법 제107조의 규정을 이유로 명령·규칙 또는 처분에 관한 위헌성판단권이 대법원에 전속적으로 귀속한다고 해석하는 것은, 헌법의 체계적 해석에 반하는 것이다. 헌법재판과 일반사법권의 개념을 구분하지 못한 해석인 것이다.

헌법재판소도 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178사건에서 위와 같은 맥락에서 ‘헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 大法院의 最終審査權이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부

가 裁判의 前提가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 憲法裁判所에 提請할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미(헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부 심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부 심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다)'라고 해석하고 있는 것이다.

다. 憲法裁判所法 제68조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항은 명문으로 '法院의 裁判'을 헌법소원 심판의 對象에서 除外하고 있다. 이를 근거로, 법원의 재판에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 없도록 규정하고 있으므로 행정소송절차에 의해 구제가 가능한 행정행위에 대해서는 결과적으로 헌법소원을 제기할 수 없고,¹⁸⁾ 모든 행정쟁송을 거친 후에도 자신의 기본권이 구제되지 않았을 경우 다시 원처분 자체를 헌법소원의 대상으로 하여 헌법소원심판청구를 하는 것도 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 제한을 迂廻的으로 回避하는 것으로서 이는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 동조항의 본문규정의 立法趣旨와 目的에 정면으로 반하는 것이라 아니할 수 없다¹⁹⁾고 해석하기도 한다.

그러나, 헌법재판소법 제68조 제1항이 名文으로 행정처분을 헌법소원의 대상에서 배제하고 있지 않은 이상, 행정소송을 거치고 난

18) 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989, p.210

19) 정연주, 재판에 대한 헌법소원, 고시계 1992. 6. p.186

뒤 법원의 판결이 아니라 행정처분을 대상으로 하는 헌법소원을 제기할 수는 있다는 해석도 가능한 것이다.²⁰⁾²¹⁾ 즉, 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지는 대법원의 판결 및 결정 뿐 아니라 하급법원의 판결 및 결정에 대하여도 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다는 것을 분명히 한 것에 불과하고 ‘法院의 裁判을 거친 原來의 行政處分’까지도 그 대상에서 제외하겠다는 취지는 아닌 것으로 이해할 수 있는 것이다. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 소정의 재판소원금지지는 사법작용에 대한 심사를 하지 않는다는 것이고, 그 대상이 되었던 행정작용으로서의 행정처분에 대한 심사를 하지 않는다는 것이 아니며, 그렇게 볼 때 원처분에 대하여 헌법소원을 허용하는 것은 “사법권”에 대한 통제가 아니라 “행정권”에 대한 통제를 뜻하게 되는 것이다.²²⁾ 법원의 재판을 거쳤다고 하더라도 원래의 行政處分이 公權力行使에 포함된다고 하는 점에는 의문이 없으며, 법원의 재판을 거친 공권력작용으로서의 원처분에 관하여 법원이 행한 판단이외에 憲法違反의 問題가 아직 해결되지 않은 경우에는 당연히 당해 원처분에 대하여도 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 타당하기 때문이다.²³⁾

라. 憲法裁判所法 제75조 제3항, 제4항, 제5항

때로는 헌법재판소법 제75조 제3,4항이 법률에 대한 헌법소원에 대한 결정의 내용과 효과의 법적 근거가 되면서 아울러 재판을 경

20) 김철용외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4권, 1992, p.288

21) 김학성, 전계논문, p.361

22) 신봉기, 전계논문, p.88,89

23) 신봉기, 행정처분-행정쟁송-헌법소원, in 한국공법학회, 행정소송제도의 개선과 권리구제, 1994, p.47

유한 행정처분에 대한 헌법소원의 근거가 되는 조문으로 해석되기도 한다. 사법절차를 경유한 행정처분에 대하여 헌법소원을 인정하지 않는 부정설에 따르면 재판통제를 인정치 않는 우리 법제도하에서 헌법재판소법 제75조 제5항은 전혀 가치가 없는 것이 되기 때문에 재판은 대상으로 할 수 없으며, 다툼이 된 원처분은 법원의 재판을 경유하였더라도 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 것이다.²⁴⁾

그러나, 헌법소원제도를 헌법재판소의 현재의 해석과 같이 補充的인 行政裁判制度로 운영하여도 헌법재판소법 제75조 제3항, 제4항 및 제5항의 意義는 존재하는 것이고, 그 역할은 큰 것이다. 따라서 헌법재판소법 제75조를 달리 원처분에 대한 헌법소원심판의 근거로 보기는 어렵다고 할 것이다.

마. 法院裁判의 既判力과의 衝突問題

법원의 재판을 거친 후 다시 원처분을 헌법소원의 대상으로 한다면, 필연적으로 法院의 裁判과 抵觸되는 사례가 초래되고, 이는 결국 입법자의 입법의도에 어긋나는 결과가 된다는 견해가 있다.²⁵⁾ 즉, 행정처분의 취소 등을 구하는 최소소송의 확정판결은 實體的 確定力(既判力)을 갖는 바, 그 기관력은 당해 訴訟의 原告 뿐만 아니라 法院 및 關係行政機關도 기속하는 것이므로 재심절차와 같은 별도의 절차에 의하여 위 판결의 기관력이 제거되지 않는 한 그 후 어떠한 소송절차에도 위 기관력에 반하는 내용인 행정처분의 위법성을 주장할 수 없다고 할 것이고, 憲法訴願 역시 明示的으로 법원의 確定判決의 效力을 排除시키는 내용의 規定이 없으므로 기관력

24) 김학성, 전제논문, p.365

25) 조규정, 행정작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1989, p. 467

을 배제하는 특별한 불복방법이 될 수 없다는 것이다.

그러나, 법원의 재판의 기판력으로 인하여 헌법소원심판이 배제된다는 논리는 성립될 수 없는 것이다. 憲法訴願制度는 憲法裁判制度이기 때문이다. 헌법소원제도는 원래 “이미 確定된 裁判”을 前提로 하는 特別裁判節次임은 위에서 이미 살펴본 바와 같다. 따라서 헌법소원심판은 일반사법재판의 기판력에 구속되지 아니한다. 일반사법재판에서도 예외적인 제도로서의 재심제도로 재판의 기판력을 번복할 수 있는데, 하물며 일반사법재판과는 次元을 달리하는 憲法裁判의 하나로서의 헌법소원심판절차에서 재판의 기판력을 이유로 基本權保障을 수행할 수 없다고 해석할 수는 없는 것이다.

재판의 기판력은 絕對的인 것이 아니다. 재판의 기판력에 구속되지 아니하는 例外制度가 있는 것이다. 법원재판의 기판력이 재심에 의하여 번복될 수 있음은 주지의 사실이다. 그 예외제도목록의 하나로 재심제도나 상소의 추완제도와 함께 헌법소원제도가 포함되어 있음은 물론이다.²⁶⁾

법원재판의 기판력에 헌법소원제도가 구속된다는 견해는 헌법소원제도를 헌법재판제도로 이해하는 것이 아니라, 補充的인 行政裁判制度로 이해하는데 연원하는 것이다. 현재의 헌법소원제도의 과행적 운영이 법원의 기판력을 이유로 원처분에 대한 헌법소원이 불가능하다는 논리를 불러들이고 있는 것이다. 헌법소원제도가 헌법재판제도로써의 원래 기능을 수행하였다라면, 법원의 기판력 운운의 주장은 생길 수도 없었을 것이다.

바. 憲法裁判所決定과 法院裁判의 衝突

26) Eyermann/Froehler, Verwaltungsdgerichtsordnung Kommentar, 9. Aufl., 1988, p.777 ; Redeker/von Oertzen, Verwaltungsdgerichtsordnung, 9. Aufl. 1988. p.579

오히려 문제는 법원의 기관력이 원처분에 대한 헌법소원심판의 성립을 방해하는가의 이론적인 어려움에 있다기 보다는, 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원을 인용할 경우에 事實上 發生하게 될 法院裁判과 憲法裁判所決定의 內容上 相互矛盾을 어떻게 이해할 것인가의 어려움에 있다고 보아야 한다. 헌법재판소가 법원의 재판을 헌법소원제도의 심판대상으로 인정하지 않는 이상, 거듭될 수밖에 없는 질문인 것이다.

경우를 두 가지로 나누어 생각할 수 있는데, 공권력의 행사 또는 불행사 자체를 直接 審判對象으로 하는 경우와 공권력의 행사 또는 불행사의 유·무효문제가 民·刑事裁判의 前提問題로 된 경우이다.

전자의 경우에 발생하는 법원재판과 헌법재판소결정의 모순문제는 헌법재판소가 헌법소원을 인용하는 경우, 즉 헌법재판소가 기본권주체인 청구인에게 유리한 결정을 할 경우에만 발생하게 된다는 점, 헌법소원의 보충성으로 인하여 법원재판을 모두 거친 뒤에 비로소 헌법재판소가 최종적으로 결정을 하게 된다는 점 등의 사실상의 이유와 헌법소원제도가 헌법재판으로서의 본질을 가진다는 점 및 헌법재판소의 인용결정은 헌법재판소법 제75조 제1항에 따라 ‘모든’ 國家機關을 羈束한다는 점 등의 이론상의 이유로 헌법재판소의 결정이 법원의 재판에 優先한다는 주장이 가능하게 된다. 만일, 법원이 헌법재판소결정의 내용을 따르지 아니할 경우에는 ‘위법한 조세결정을 거둬하는 국세청과 거둬하여 조세결정을 취소하는 법원’과의 관계가 법원과 헌법재판소 사이에 형성되게 될 것이다.

후자의 경우에는 법원이 문제가 된 공권력행사의 유·무효에 관하여 최종적인 결정을 하게 된다. 예를 들면, 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원을 인용하여 공권력행사를 취소 또는 무효선언한

뒤, 이를 근거로 청구인이 이미 이전된 재산권을 반환 받기 위하여 법원에 민사청구를 하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 때 법원이 헌법재판소의 결정을 무시하고, 헌법재판소의 결정 이전에 존재하였던 법원의 기판력을 존중하여 청구인의 반환청구를 기각하는 재판을 하는 경우, 헌법재판소로서는 헌법재판소결정의 집행을 강제할 수 없다는 현실적인 한계에 부딪치게 되는 것이다.²⁷⁾ 이러한 경우에도, 청구인 개인적인 입장에서는 민, 형사재판과정에서 변형결정을 목적으로 하는 위헌법률심판절차를 이용함으로써, 헌법재판소의 결정내용을 법원에 강제할 수는 있을 것이나, 이는 재판절차를 번거롭게 할뿐이다. (이러한 경우, 헌법재판소로서는 적절할 시점에 ‘헌법재판소 결정의 집행에 발생한 현실적 한계’를 이유로 과감하게 헌법재판소법 제68조 제1항의 “법원의 재판을 제외하고는” 부분을 위헌선언함으로써 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상으로 하고, 법원의 재판을 시정할 수 있을 것이다).

결론적으로, 원처분에 대한 헌법소원은 법원과 헌법재판소의 재판 사이에 발생하는 모순을 해결함에 있어서 전자의 경우에만 그 효용성을 가질 수 있고, 후자의 경우에는 독립된 기능을 발휘할 수 없다는 현실적인 한계를 지니는 것임을 알 수 있다.

이러한 현실적인 한계까지를 고려한다면, 결국 문제의 해결은 헌법소원제도의 본질적 기능, 즉 헌법재판제도로써 법원의 재판을 포함한 모든 공권력행사에 대한 통제기능을 회복시키는 방법으로 찾

27) 정연주, 전제논문, p.186 ; 법률규정을 해석·적용하는 법원이 헌법재판소의 한정합헌결정의 토대가 된 해석과 다른 해석 - 위헌적 해석 - 하에서 당해 법률규정을 적용할 경우 - 위헌적 적용 -, 이러한 법원의 위헌적 재판은 비록 그것이 청구인의 기본권을 명백히 침해한 것이라 할지라도 헌법소원의 대상이 되질 않기 때문에, 도대체 이러한 위헌적 사법작용에 대한 통제방법은 존재하지 않는 것이 된다. 이러한 결과가 위헌법률심사제도와 헌법소원제도의 이념과 본질에 반하는 것임은 두말할 나위도 없다. 따라서 위헌법률심사제도와 헌법소원제도의 실효성 확보를 위하여서도 반드시 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되어야 하는 것이다.

아야 한다고 보게 된다. 법원의 재판 자체에 대한 헌법재판이 부정되는 상태에서의 헌법재판제도는 제3자(법원)의 도움을 받아야만 일어설 수 있기 때문이다.

사. 小結論

원처분에 대한 헌법소원이 가능한가의 논의의 절반이상은 이미 무의미한 것이다. 헌법재판소가 그 동안 원처분에 대한 헌법소원의 가능성에 관하여 이미 반 이상은 인정하고 있기 때문이다. 헌법재판소결정례가 ‘일정한 경우에는 원처분에 대한 헌법소원심판이 허용되지 않는다’는 소극적인 내용의 것에 그치고 있지만, 이를 반대 해석하면 헌법재판소결정례에서 실시하는 경우 이외의 경우에는 원처분에 대한 헌법소원심판을 허용하겠다는 의지를 이미 표명한 것으로 해석할 수도 있기 때문이다.

문제는 원처분에 대한 헌법소원제도가 허용된다면, 그 제도의 내용이 무엇이고, 그 제도가 실제적으로 어떠한 의미를 가질 수 있을 것인가에 놓여 있다고 본다. 헌법재판소는 원처분에 대한 헌법소원에 관하여 적극적인 견해를 실시한 바 없다. 이하에서는 원처분에 대한 헌법소원제도의 가상적인 모습을 생각해 본다.

4. 原處분에 대한 憲法訴願의 意義 및 內容

가. 意 義

원처분에 대한 헌법소원이 인정된다면, 원처분에 대한 헌법소원 제도는 請求人이 一般行政訴訟을 통하여서는 자신의 基本權을 구제 받지 못한 경우에, 原行政處分이 기본권을 침해하고 있으므로 違憲無效라고 주장하면서 이에 관한 判斷을 헌법재판소에 청구하는 憲法訴願制度로 정의될 수 있을 것이다.

원처분에 대한 헌법소원제도는 법원의 재판권을 모두 거친 뒤에 청구된다는 점에서, 즉 법원의 재판에 의하여 형성된 既判力이 이미 存在함에도 불구하고 심판이 이루어진다는 점에서 일반사법권에 의한 재판제도와는 다른 것이다. 원처분에 대한 헌법소원제도가 인정된다는 것은 헌법소원제도가 비로소 기본권구제를 위한 例外的인 特別裁判, 즉 憲法裁判으로서의 意味를 부분적으로나마 정면으로 가지게 된다는 것을 의미한다.

나. 請求人

행정소송을 거쳤음에도 불구하고 아직 기본권침해를 구제 받지 못한 행정소송의 원고, 즉 당해 行政訴訟에서 敗訴한 原告가 원처분에 대한 헌법소원의 청구인이 될 수 있다.

그러나 行政廳은 당해 행정소송에서 패소하였다고 하여도 원처분에 대한 헌법소원을 청구할 수 없다. 헌법소원제도의 목적이 원칙적으로 기본권침해를 구제하는 데에 있지, 권리관계의 다툼을 해소하는데 있는 것이 아니기 때문이다.

법원의 행정재판이 대세적 효력을 가질 경우, 당해 행정소송의 당사자 이외의 第三者가 법원의 재판으로 인하여 기본권을 침해받는 경우가 발생하게 된다. 그렇다고 이 제3자가 원처분에 대한 헌법소

원을 청구할 수 있는 것으로는 보이지 아니한다. 제3자에게 발생한 기본권침해는 법원의 재판에 의한 것이지, 원처분에 의한 것이 아니기 때문이다.

다. 審判對象

원처분에 대한 헌법소원의 심판대상은 原行政處分이다. 이미 행정재판을 통하여 그 위헌·위법성에 관하여 다투어 졌으나 행정재판에서는 취소되거나 무효 확인되지 아니하여 아직도 효력을 가지는 모든 행정작용이 원처분에 대한 헌법소원의 심판대상이다. 행정소송의 대상이 되는 모든 행정처분은 원처분에 대한 헌법소원의 심판대상이 될 수 있다. 그 종류를 불문한다. 따라서 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원을 인정하게 된다면, 헌법소원의 심판대상은 외형상으로 대폭적으로 확장되게 될 것이다. 결과적으로 헌법소원의 폭주를 초래하게 될 수도 있을 것이다.

법원에서 청구가 인용되어 取消된 行政處分은 원처분에 대한 헌법소원심판의 대상이 될 수도 없고, 될 필요성도 없다. 이미 구제된 행정처분에 대하여 헌법소원제도를 통하여 다시 구제할 필요성이 없기 때문이다.

심판대상이 된 원처분이 法院의 裁判을 거쳤다고 하여, 법원의 재판 자체가 심판대상이 되는 것은 아니다. 따라서 법원의 재판과정에서 발생한 위헌성, 즉 법원의 사법행위자체의 잘못은 원처분에 대한 헌법소원제도를 통하여 다룰 수 없는 것이다. 또한 이를 이유로 원처분에 대한 헌법소원을 인용할 수도 없는 것이다.

라. 審査範圍

문제는 원처분에 대한 헌법소원에서의 심사범위에 있다. ‘特別한 憲法裁判’으로서의 원처분에 대한 헌법소원에서, 헌법재판소가 이미 행정소송을 거친 원처분에 관하여 어떠한 범위에서 심판을 할 수 있을 것인가의 문제는 간단한 문제가 아니다.

원처분에 대한 헌법소원은 원처분 자체를 심판대상으로 할 뿐, 법원의 재판을 심판대상으로 하지 아니한다. 따라서 헌법재판소는 원처분의 기본권침해여부에 관한 모든 實體判斷을 獨自的인 裁判節次를 통하여 새로이 하여야 함이 원칙이라고 할 것이다. 법원의 재판을 심판대상으로 하지 아니하고 원처분만을 심판대상으로 하여 그 위헌성을 인정한다는 것은, 결국 헌법재판소가 節次法的으로 欠缺없는 裁判過程을 통하여 원처분에 대한 법적 판단을 다시 함으로써 법원이 올바르게 재판하였으면 도달하였을 기본권구제에 이르는 것을 의미하기 때문이다.

그렇다고 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원심판을 위하여 모든 재판과정을 처음부터 다시 할 수는 없는 것이다.

여기에서 헌법재판소는, 원처분에 대한 헌법소원이 이미 일반사법권을 행하는 법원의 재판을 거친 뒤에 청구된다는 점에 착안하여, 이미 존재하는 一般司法權行使의 內容을 어느 정도 尊重하여 이를 援用할 것인가의 문제에 봉착하게 된다. 헌법재판소가 ‘특별한 헌법재판기관’으로서 스스로 심사할 수 있는 권한범위의 확정문제가 등장하게 되는 것이다.

재판은 크게 대전제로서의 ‘法認識부분’, 소전제로서의 ‘事實認定부분’ 및 이들 사이의 논리전개과정으로서의 ‘包攝부분’ 등의 세단

계로 나눌 수 있다. 그런데, 논리전개과정으로서의 포섭단계에서 일반행정재판이 잘못되어 청구인의 기본권구제가 소홀하게 되고, 이를 원처분에 대한 헌법소원절차에서 특별히 구제되어야 할 경우는 거의 상상하기 어렵다. 따라서 원처분에 대한 헌법소원절차에서는 일반행정재판과정중 대전제로서의 ‘법인식부분’과 소전제로서의 ‘사실인정부분’에서 소홀히 다루어졌던 헌법적 문제가 구제될 수 있는 것으로 보인다.

(1) 事實認定

행정소송절차에서 사실인정이 잘못되어 기본권침해가 구제되지 못한 경우, 헌법재판소는 원처분에 대한 헌법소원심판절차에서 스스로 심판에 필요한 사실을 인정한 뒤, 이를 바탕으로 심판함으로써 기본권침해를 구제할 수 있을 것이다. 헌법소원심판이 法律審에 한정된다는 법규범이 없고, 헌법재판소가 헌법소원심판과정에서 법원의 사실인정에 구속된다고 해석되지도 아니하기 때문이다.

그러나, 헌법재판소가 법원의 재판을 심판대상으로 하지 아니하면서 원처분에 대하여 심판하기 위하여 모든 사실을 새로이 인정한다는 것은 헌법재판소의 課題遂行에 엄청난 支障을 초래하게 된다는 것을 의미한다. 하나의 심판부를 가지는 헌법재판소에서 행정소송을 거친 수많은 원처분에 대하여 모두 다시 심판한다는 것은 상상할 수 없는 일이기 때문이다. 이는 ‘기본권 침해의 구제를 위한 특별헌법재판’이라는 헌법소원제도의 본질과도 배치되게 된다.

또한 헌법소원제도도 ‘재판’으로서의 본질을 가지는 바, 그렇다면 같은 재판으로서 일반사법에서 행한 ‘원처분에 관한 사실인정’을 헌법소원심판에서 인용할 가능성도 있다는 생각을 할 수 있다.

여기에서 헌법소원심판이 법률심에 한정된다는 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 원처분에 대한 헌법소원심판에서는 사실인정부분이 심사범위에서 제외된다고 해석하는 것이 타당하는 견해가 생기게 되는 것이다.

헌법재판소의 기존판례는 이와 같은 입장을 가지는 것으로 보인다 ; “공권력행사인 행정처분에 대하여 구제절차로서 법원의 재판을 거친 경우, 그 처분의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가…의 문제는 원칙적으로 헌법재판소의 심판사항이라고 할 수 없다(당 재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌마72 결정; 1992. 10. 1. 선고, 90헌마139 결정 ; 1993. 9. 27. 선고, 93헌마45 결정 각 참조)”(1995. 2. 15. 선고, 89헌마42 제1지정부 결정)

(2) 法律解釋

결국 원처분에 대한 헌법소원심판에서의 심사범위는 法律解釋問題로 귀착된다. 그러면, 헌법재판소는 원처분에 대한 헌법소원심판에서 어떠한 범위에서 법률해석문제를 심판할 수 있는 것일까?

법원은 一般行政裁判에서 법률을 근거로 행정처분에 대하여 재판한다. 그런데, 법률 그 자체는 완전무결한 것이 아니다. 법원은 입법부가 제정한 법률을 구체적으로 적용하기 위하여 그 법률을 解釋하게 된다. 그리고 법원은 법률 그 자체를 적용하여 재판하는 것이 아니라 스스로 解釋·確定한 法律內容을 입법부가 제정한 법률내용이라고 의제하여 이를 근거로 심판대상이 된 행정처분에 대하여 재판하게 된다.

이 때, 행정처분이 법원에 의하여 해석·확정된 법률에 위반되는 것(법률에 근거하지 아니하였거나, 법률의 정하는 제한을 넘어서서 행해진

경우)으로 인정되는 경우, 법원은 행정처분의 흠결을 인정한 뒤 행정소송원고의 청구를 인용할 것이다. 따라서 일반행정재판에서 원고의 청구가 기각되었다는 것(이러한 경우에만 원처분에 대한 헌법소원 심판이 청구된다)은, 행정처분이 법원에 의하여 해석·확정된 법률에 위반되지 아니하였음을 의미한다. 결국 원처분에 대한 헌법소원의 심판대상이 된 원처분은 모두 법원이 해석·확정한 법률내용에는 위반되지 아니하는 것이다.

따라서 일반행정재판에서 청구기각된 원처분을 대상으로 하는 헌법소원심판절차에서 기본권이 구체된다는 것은 법원이 해석·확정한 법률내용이 잘못되었음을 확인하는 과정을 전제로 하게 된다.

그런데, 법원이 해석·확정한 법률내용이 잘못되었다는 것은, 그 내용이 헌법에 위반되었다는 것을 의미할 따름이다. 대상이 法律이기 때문이다. 법률내용이 잘못된 경우는 헌법에 위반되는 경우 이외에는 상상하기 어렵기 때문이다.

법원이 해석·확정한 법률내용이 헌법에 위반되는 경우는 법원이 해석·확정한 법률內容 자체가 헌법에 위반되는 경우와 법원이 해석·확정한 법률내용이 헌법에 위반되는 여부와는 관계없이, 법원이 사법부로서 가지는 법령解釋權限의 限界를 逸脫하거나 濫用하여 법률을 解釋하는 것 자체가 헌법에 위반됨으로써 결과적으로 그 해석·확정된 법률내용이 헌법에 위반되는 것으로 인정되는 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자는 다시 두 가지의 형태로 분류될 수 있는데, 그 하나는 立法府가 정한 法律內容 자체가 위헌일 경우이고, 다른 하나는 입법부가 정한 법률은 합헌이나, 法院이 解釋·確定(대개의 경우는 보충·확장해석)한 法律內容이 위헌인 경우이다.

결국 일반행정재판에서는 기각되었으나, 원처분에 대한 헌법소원에서 구체될 수 있을 것으로 생각되는 法律問題의 경우의 수는 다

음과 같게 된다.

첫째, 원래 違憲인 法律을 법원이 합헌이라고 인정하고 적용한 경우이다. 헌법재판소 1989. 1. 25. 선고 88헌가7 사건에서 심판대상이 되었던, 소송촉진등에 관한 특례법 제6조 단서부분(다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다)을 예로 들 수 있다.

둘째, 원래 합헌인 법률에 근거하여 법원이 (확장 또는 유추) 解釋한 部分이 違憲인 경우에, 법원이 그 해석부분을 합헌이라고 인정하여 적용한 경우이다. 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 사건의 심판대상이 되었던 민법 제 764조를 예로 들 수 있다. 헌법재판소는 민법 제764조의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다고 판시하였다.

셋째, 원래 합헌인 법률을 법원이 違憲의으로 (過剩) 解釋하였으나 그 해석부분이 내용상으로는 위헌이 아닌 경우에, 법원에서 그 해석부분을 적용한 경우이다. 가상의 예로, 법원에서 그 해석부분을 적용한 경우이다. 가상의 예로, 입법상의 과오 등의 이유로 전염병예방법 제29조가 가택격리치료의 규정만을 두고 격리수용치료규정은 두지 않았다고 가정해 본다(현행 전염병예방법은 제1항 내지 제3항에서 격리수용치료와 가택격리치료에 대한 규정을 모두 두고 있다), 이러한 전염병예방법에 근거하여 시장 또는 군수가 전염병자에 대하여 격리수용치료처분을 명하고, 이 처분에 대하여 법원이 합법이라고 인정하여 재판한 경우를 상상할 수 있다. 시장 또는 군수가 행한 격리수용처분은 합목적성이 있는 것으로서 법률상 근거가 있었다면 내용상 헌법이 허용할 수 있는 것이다. 그러나, 명문의 법적 근거가 없는 이상, 위 전염병예방법 아래에서는 행하여질 수 없는 처분이다. 그럼에도 불구하고, 법원이 합목적성의 견지에서 전염병예방법

제29조가 정하는 가택격리치료규정을 확대 또는 유추해석하여 시장 또는 군수의 격리수용치료처분도 법률상 가능한 것으로 인정하고, 이에 근거하여 시장 또는 군수의 격리수용치료처분을 합헌적인 것으로 인정하였다면, 이는 법원이 합목적성만을 지나치게 고려하고 개인의 신체의 자유를 소홀히 한 재판이라는 비판이 가능하게 된다. 이러한 경우, 헌법재판소는 격리수용치료처분에 대한 헌법소원심판에서 법원의 위헌적인 법률해석을 지적하고, 격리수용치료처분의 무효를 선언함으로써 격리수용치료처분을 받은 자의 신체의 자유를 회복시킬 수 있을 것이다.

첫째, 둘째의 경우는 法律內容이 위헌인 경우이고, 셋째는 법원의 解釋權限濫用의 경우이다.

그런데, 첫째의 경우 청구인은 원처분에 대한 헌법소원심판제도를 이용하지 아니하여도 이미 다른 헌법재판제도를 통하여 기본권침해를 구제 받을 수 있다. 즉 청구인은 헌법 제107조 제1항 및 헌법재판소법 제41조 제1항에 의거하여, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에 당해 사건을 담당하는 법원에 違憲法律審判을 헌법재판소에 제청해 줄 것을 신청할 수 있고, 헌법재판소법 제 68조 제2항에 의하여 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 提請申請이 기각된 때에는 헌법재판소에 직접 헌법소원심판을 청구함으로써 당해 법률의 위헌여부를 심판 받을 수 있다. 이를 통하여 청구인은 법원이 원래 위헌인 법률을 합헌이라고 인정하고 이를 적용함으로써 청구인에 대한 기본권침해구제를 소홀히 하는 경우를 피할 수 있는 것이다.

둘째의 경우에도, 청구인은 특별히 원처분에 대한 헌법소원심판제도를 이용하지 아니하고도 기본권침해를 구제 받을 수 있다. 違憲法律審判制度의 운영을 살펴보면, 현재 헌법재판소는 단순위헌,

단순합헌의 결정뿐만 아니라, 한정합헌, 한정위헌 등의 變形決定도 위헌법률심판결정의 주문으로 인정하고 있다. 따라서, 법원이 해석한 법률내용이 위헌인 경우, 헌법재판소는 위헌법률심판제도를 통하여 ‘법원이 解釋한 內容으로 법률을 解釋하는 한, 그 법률이 위헌이다’라는 변형결정을 함으로써 기본권침해를 구제할 수 있다.

따라서 첫째, 둘째의 경우를 위하여 원처분에 대한 헌법소원을 인정한다면, 이는 원래의 違憲法律審判制度에 대하여 屋上屋이 되거나, 그 活性化를 妨害하는 기능을 하게될 우려도 있는 것이다. 즉, 청구인들은 일반행정재판과정에서 위헌법률심판제청을 신청하는 수고를 하기보다는 행정재판이 끝난 뒤에 원처분에 대한 헌법소원을 통하는 방법을 선호할 것이기 때문이다. 그렇다면, 첫째, 둘째의 경우에 발생하는 기본권침해는 위헌법률심판절차를 통하여 이미 충분히 구제 받을 수 있는 상태이므로, 달리 이를 위하여 원처분에 대한 헌법소원제도를 판례로 形成할 필요는 없다는 견해 또는 원처분에 대한 헌법소원제도를 인정한다고 하더라도, 첫째, 둘째의 경우에는 訴訟益이 없는 경우로 보아 이를 각하하는 것이 옳다는 견해가 성립되기도 하는 것이다.²⁸⁾

이에 대하여, 첫째, 둘째의 경우를 원처분에 대한 헌법소원이 가능하여야 할 주요대상으로 생각하는 견해도 있다. 즉 명백한 것은 행정처분의 전제가 된 법률이 헌법에 위반되는 데도 재판에서 간과하여 제청하지 않고 넘어간 경우는 아무리 대법원의 판결이 있었다

28) 황우여 감사위원은 법원의 재판에 대한 헌법소원문제와 관련하여 다음과 같이 말하고 있다 ; 다만 3심을 마칠 때까지 아무런 위헌주장을 하지 않고 있다가 통상절차가 마쳐진 후에야 헌법문제가 있다고 하여 다시 그 재판에 대하여 헌법소원을 제기하기 시작하고자 하는 자에 대하여는 그렇지 않아도 소송의 장기화로 시달리던 당사자가 권리 위에 잠자던 자의 권리에 대한 뒤늦은 각성 탓으로 더욱 과중한 소송부담을 가하지 않도록 하기 위하여 이를 배제한 것으로 보입니다. 황우여(토론후부분), 헌법재판의 제도적 고찰, 헌법재판자료 제3집, 1990, p.488

하여도 그 행정처분 자체를 소송물로 한 헌법소원은 허용된다²⁹⁾는 것이다.

그러나 이러한 견해는 청구인이 법원의 관련소송에서 違憲法律審判節次에 전혀 關與할 수 없을 경우에 호소력을 가지는 것이다. 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항의 해석에 의하면, 청구인은 현행의 일반행정재판절차에서 違憲法律審判提請申請權을 가지고 있음이 확실하고, 그 신청이 법원에서 기각된 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법재판소에 직접 위헌법률심판을 청구할 수 있다. 그렇다면, 일반행정재판에서 법원이 위헌인 법률에 의하여 재판을 하였다라도, 이를 단순히 법원의 책임으로만 돌릴 수는 없다고 할 것이다. 일반행정재판 과정에서 자신의 권리에 잠자고 있던 청구인들을 뒤늦게 원처분에 대한 헌법소원제도를 통하여 재차 구제해 줄 필요성이 있겠는가 라는 의구심이 생기는 것이다.

결국 셋째의 경우가 원처분에 대한 헌법소원이 고유하게(?) 기능할 수 있는 심사영역으로 남게 된다. 이 경우 법원이 법률의 해석을 합헌적으로 하였다면, 청구인의 기본권 침해는 행정재판절차에서 구제될 수 있었을 것이다. 그런데 법원이 司法的 解釋權限의 限界를 넘어서 違憲的으로 法律을 解釋함으로써 기본권침해가 법원의 재판을 통하여 구제 받을 수 없었던 것이다. 그러나, 이때 법원이 그 해석권한을 위헌적으로 남용하여 행한 법률해석부분은 內容的으로 헌법에 합치하는 것이므로, 현행의 위헌법률심판제도를 통하여서는 기본권침해가 구제될 수 없었음은 물론이다. 따라서 이러한 경우에 헌법재판소는 원처분에 대한 헌법소원심판절차에서 법원과는 다른 합헌적인 법률해석을 하고 그 법률해석에 기하여 문제된 원처분이 법률에 위반되어 기본권을 침해하고 있음을 인정하여, 청

29) 이시윤, 헌법재판개관, 1989, P.41 ;

구인의 기본권침해를 구제해 줄 수 있게 된다. 원처분에 대한 헌법소원제도는 이 경우에 고유의 기본권침해구제기능을 가지게 될 것이다.

그러나 헌법재판소의 決定例를 살펴보면, 원처분에 대한 헌법소원제도가 가지는 이러한 기능에 관하여 오히려 消極的인 立場을 보이고 있음을 볼 수 있다. 즉 헌법재판소는 “공권력행사인 행정처분에 대하여 구제절차로서 법원의 재판을 거친 경우, … 당해사건에 적용할 단순한 一般法規의 解釋·適用의 문제는 원칙적으로 헌법재판소의 심판사항이라고 할 수 없다(당 재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌마72 결정; 1992. 10. 1. 선고, 90헌마139 결정; 1993. 9. 27. 선고, 93헌마45 결정 각 참조)”(1995. 2. 15. 선고, 89헌마42 제1지정부 결정) 고 결정하고 있는데, 이 때 ‘당해사건에 적용할 단순한 일반법규의 해석·적용의 문제’는 무엇보다도 셋째의 경우를 의미하는 것으로 생각되기 때문이다.

또한, 셋째의 경우를 자세히 살펴보면, 청구인의 기본권 침해가 일반행정재판에서 구제되지 못한 이유가 法院의 裁判 自體에 있음을 알 수 있게 된다. 따라서 셋째의 경우에 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는, 헌법재판소가 비록 법원의 법률해석권에 관한 헌법적 한계를 근거로 법원의 기존 해석에 대신하여 헌법재판소 자신의 새로운 해석을 함으로써 청구인의 기본권침해를 구제한다는 실질을 가진다고 할지라도, 外形上으로는 마치 헌법재판소가 일반 법령의 해석에 관한 법원의 고유한 解釋權限을 干涉한다는 인상을 주게 될 것이다. 따라서 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원제도를 통하여 간접적으로 법원의 재판 자체를 심판대상으로 삼음으로써 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분을 迂廻的으로 回避하는 결정을 하였다는 비판을 받게

될 것이다.

나아가 헌법재판소가 셋째의 경우에 원처분에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는, 같은 법률에 관하여 서로 다른 두 개의 해석(헌법재판소해석과 법원해석)이 존재하게 된다. 그러나 이들 사이의 우선권에 관하여 문제가 있음은 이미 살펴보았다. 결국 이에 관하여 국민들이 國家機關에 대하여 가지게 될 不信은 적은 것이 아니라는 부담을 안게 될 것이다.

최근 헌법재판소는 셋째의 경우와 둘째의 경우의 교차영역에 해당되는 사건에 관하여 판시함으로써 셋째의 경우를 둘째의 경우와 같은 방법으로 해결할 수 있는 가능성이 있음을 보여주고 있다. 최근 1995. 11. 30. 선고된 94헌바40, 95헌바13(병합) 사건결정이 그 예이다. 이 사건은 당시 양도소득금액산정에 필요한 양도가액과 취득가액의 산정에 관하여 규정하고 있었던 구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서(각 1982. 12. 21. 법률 제3576호로 개정된 것)를 심판대상으로 하고 있었다. 각 법률조항의 내용은 다음과 같다 ; “양도가액은 그 자산의 양도 당시의 기준시가에 의한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 실지거래가액에 의한다”, “당해 자산의 취득당시의 기준시가에 의한 금액. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 취득에 소요된 실지거래가액”. 이 법률조항에 대하여 헌법재판소는 “이 사건 위임조항(위 각 단서부분)은 납세의무자가 기준시가에 의한 양도차익의 산정으로 말미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 하기 위하여 실지거래가액에 의한 세액이 기준시간에 의한 세액을 초과하지 않는 범위 내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 해석되므로, 위 위임의 범위를 벗어나 실지거래가액에 의하여 양도소득세의 과세표준을 산정할

경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석한다면 그 한도 내에서는 헌법 제38조, 제59조가 규정한 조세 법률주의와 헌법 제75조가 규정한 포괄위임금지의 원칙에 위반된다”라고 판시하고 있다. 이 결정의 결론은 법률조항 자체가 위헌이라거나, 법률조항을 근거로하여 해석된 ‘내용’이 위헌이라는 의미는 아니다. 다만, 일정한 법률이 주어졌을 때, 그 법률이 일정한 내용으로 해석하여 법규명령을 제정한다면, 그러한 해석은 헌법상의 위임입법규정에 반하는 것으로서 위헌이라는 것이다. 이러한 헌법재판소의 결정이 법원의 법률에 대한 해석권한을 제한하게 됨은 헌법재판소결정의 기속력에 비추어 당연할 것이다. 다만, 이와 같은 헌법재판소의 결정이 해석위헌결정제도와 헌법상의 위임입법규정의 교차영역에서 발생한 특수한 결정인지, 해석위헌결정제도의 일반화를 위한 과도기결정인지는 아직은 불분명한 상태라고 하겠다.

(3) 法院裁判의 節次法的 瑕疵

원처분에 대한 헌법소원은 법원의 재판 자체를 심판대상으로 하지 아니하므로, 법원의 節次法的 瑕疵로 인하여 발생한 기본권침해는 시정할 수 없다. 헌법재판소가 법원의 재판을 심판대상으로 하지 아니하고 오로지 원처분을 심판대상으로 하여 심판한다는 것은 단지 법원과는 별개의 재판기관으로서 원처분에 대하여 새로이 심판한다는 것을 의미할 뿐이기 때문이다. 즉 헌법재판소는 스스로 절차상의 오류 없는 재판을 함으로써 원처분의 위헌성을 시정하는 것이다. 行政裁判節次上에서 발생한 違憲性 자체에 관하여는 명시적으로 심판할 수 없는 것이다. 다만 헌법재판소로서는 올바른 재

판결차가 무엇인지만을 間接的으로 보여줄 수 있을 뿐인 것이다.

5. 原處分에 대한 憲法訴願審判의 實效性

그렇다면, 원처분에 대한 헌법소원심판절차를 통하여 특별히 구제될 수 있는 특별한 ‘憲法問題’는 기대보다 보잘것없다고 보아야 한다. 법원의 재판이 헌법소원심판의 대상에서 제외되어 있는 상태에서, 원처분에 대한 헌법소원제도가 인정된다고 하더라도, 그로 인하여 국민들이 더 구제 받을 수 있는 기본권침해의 범위는 보잘 것 없는 것이다.

게다가 현재의 헌법소원제도의 운영을 바탕으로 원처분에 대한 헌법소원만을 추가적으로 인정할 경우, 다음과 같은 問題點이 같이 발생하게 될 우려도 있는 것이다.

가. 不平等의 深化

행정처분에 대한 구제방법 사이에 不平等이 深化되게 된다. 사법적 불복절차의 관점에서 행정처분을 분류하면, 행정처분은 憲法訴願審判을 통하여 單審으로 구제 받는 행정처분과 행정소송을 통하여 審級의 利益을 받으면서 구제받는 행정처분으로 분류될 수 있다. 이미 이들 사이에는 심급의 이익이라는 불평등이 존재하고 있음은 주지의 사실이다. 그런데, 원처분에 대한 헌법소원심판을 인정하게 된다면, 행정소송을 통하여 심급의 이익을 받는 행정처분은 원처분에 대한 헌법소원심판을 통하여 다시 심급의 이익을 더 향유하게 된다. 결국 헌법소원심판을 통하여 구제 받는 행정처분과 행

정소송을 통하여 구제 받는 행정처분 사이에서의 불평등은 원처분에 대한 헌법소원제도를 통하여 더욱 심화되게 될 것이다.

생각건대, 현재의 헌법소원심판을 통하여 구제 받는 행정처분도 一般行政裁判에서 救濟받을 수 있고, 救濟받아야하는 行政處分들이다. 왜냐하면, 헌법소원심판을 통하여 구제 받는 행정처분도 권리의무의 변동에 관한 공권력행사 또는 불행사임이 인정되는 것이기 때문이다. 다만, 법원이 過去의 見解를 고집하여 이들 행정처분에 관하여 訴益을 인정하고 있지 않을 뿐인 것이다. 法治國家에서, 그것도 行政訴訟의 概括主義를 취하고 있는 현행 행정소송법 아래에서 권리의무를 변동시키는 행정처분이 행정재판의 대상이 되지 않는다고 해석하는 것은 行政訴訟法에 대한 違憲的解釋으로서 헌법에 위반되는 것이다. 이러한 위헌상태를 방치함으로써 헌법재판소는 헌법소원제도를 보충적인 행정재판제도로 운영하면서 그 심판대상을 확보한다는 이익을 얻을 수 있었고, 법원은 과거의 견해를 고집할 수 있는 이익을 가질 수 있었다. 국민들은 일부 행정처분을 다투는 과정에서 심급의 이익을 상실하고 있었다.

이제 헌법재판소는 헌법소원의 심판대상을 확대하여 그 심판대상이 된 공권력행사나 불행사를 스스로 심판하기보다는, 행정소송의 개괄주의와 법치주의를 무시하는 法院의 行政訴訟法解釋의 違憲性을 지적하여 행정소송법 제2조의 해석위헌을 선언함으로써 行政訴訟의 正常化에 기여하여할 것이다. 국민들은 일반행정소송에서 심판대상이 되지 아니한다고 부적법 각하되는 사건을 헌법소원을 통하여 헌법재판소에 심판청구하기 보다는, 당당하게 一般法院에 行政訴訟를 提起하면서, ‘행정소송법 제2조를 일정한 경우에 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다’는 내용의 違憲法律審判提請을 申請하여야 할 것이고, 헌법재판소는 이를 받아들여 행정소

송법 제2조에 관하여 一部適用違憲을 선언하여야 할 것이다.

나. 司法에 대한 憲法裁判的 統制的 喪失

원처분에 대한 헌법소원제도가 인정된다고 하더라도 원래의 憲法 訴願制度의 本質을 회복하기는 어렵다.

현재 우리 헌법소원제도가 보충적인 행정재판절차로만 기능하고 있음은 위에서 설명한 바와 같다. 여기에서 원처분에 대한 헌법소원심판이 인정된다는 것은 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’부분을 함헌적인 것으로 받아들이고 있음을 의미하는 것으로 해석될 수 있다. 이는 헌법재판소가 헌법소원제도의 原來의 憲法裁判的 機能, 즉 司法에 대한 違憲的 審判을 拋棄하겠다는 것을 의미하는 것으로 이해될 수도 있기 때문이다.

다. 裁判節次的 基本權保障의 欠缺

裁判節次的 基本權保障을 위한 헌법적 통제의 흠결을 치유할 수 없게 된다. 원처분에 대한 헌법소원을 인정한다고 하더라도, 법원의 재판 자체를 심판대상으로 하는 것은 아니므로, 헌법이 보장하는 재판절차적 기본권의 침해를 이유로 한 권리구제는 불가능한 것이다. 가사 원처분에 대한 헌법소원을 통하여 간접적으로나마 법원의 재판을 통제할 수 있다고 생각한다고 할지라도, 그 통제의 불완전성은 극복할 수 없는 것이다. 헌법이 보장하는 절차법적 기본권이 공법재판절차에만 적용되는 것은 아니기 때문이다. 헌법상의 절차

적 기본권이 民,刑事 裁判節次에서도 적용됨은 물론이다. 그런데, 원처분에 대한 헌법소원은 행정재판절차에서의 절차법적 기본권침해만을 구제할 수 있을 뿐, 기타 민,형사재판절차에서 발생하게 되는 절차법적 기본권은 구제할 수 없다는 한계를 지닌다. 헌법은 특히 刑事訴訟節次와 관련하여 많은 절차법적 기본권을 명문으로 규정하고 있는데, 원처분에 대한 헌법소원제도가 이러한 형사절차상의 기본권까지를 효과적으로 보장하기에는 미흡하다고 아니할 수 없다.

라. 憲法裁判所決定의 執行力 確保의 어려움

원처분에 대한 헌법소원으로는 憲法裁判所決定의 執行力을 확보하는데 어려움이 있다. 헌법소원제도의 본령인 재판에 대한 통제는 단순히 일반사법을 헌법적으로 통제한다는 의미를 넘어서, 헌법재판소결정의 집행을 보장함으로써, 헌법재판소결정의 기속력을 실현한다는 의미를 지닌다. 입법에 대한 헌법적 통제권한이 헌법재판소의 당연한 권한으로 인정하면서, 사법에 대한 헌법적 통제권한을 부인하는 것은 입법에 대한 헌법적 통제권한을 공허화를 초래할 수 있기 때문이다.

법원도 사법부로 헌법과 법률에 관하여 유권적 해석권한이 있음은 물론이다. 이 때 법원이 헌법재판소가 일정한 법률조항에 대하여 행한 통제의 결과로서의 헌법재판소결정에 반하여 그 법률조항을 헌법재판소의 결정과 다른 내용으로 반하여 그 법률조항을 헌법재판소의 결정과 다른 내용으로 해석하여 적용하는 경우, 헌법재판소의 결정은 공허한 것이 되고, 결과적으로 입법에 대한 헌법재판소의 통제권한마저 공허한 것으로 되게 된다.

이러한 상태에서 원처분에 대한 헌법소원제도를 도입한다면, 이러한 위험성을 어느 정도 간접적으로 감소시킬 가능성은 있으나, 그 위험성을 직접적으로 감소시키거나 제거할 수 없는 것이다. 왜냐하면, 입법에 대한 헌법적 통제문제가 공법재판절차에 한정되어 발생하는 것도 아니고, 공법문제도 결국에는 민사 내지 형사재판절차로 종결되는 것이 일반이기 때문이다. 원처분에 대한 헌법소원제도가 어느 정도 법원의 행정재판절차를 통제할 수 있다고 하더라도, 민, 형사 재판절차에 대한 통제는 전혀 불가능한 것이기 때문이다.

6. 結 論

현재의 헌법소원제도의 운영이 바람직하다고 말할 수는 없음은 위에서 살펴본 바와 같다. 또한 우리의 헌법소원제도가 本來의 機能을 상실하게 된 이유가 헌법재판소법 제68조 제1항 “法院의 裁判을 除外하고는”부분에 있음도 위에서 본 바와 같다.

이를 극복하기 위하여 제시되는 原處分에 대한 憲法訴願制度가 理論的으로는 成立可能하나, 그 實效性면에서는 보잘 것 없는 것임을 살펴보았다. 즉, 원처분에 대한 헌법소원제도는, 재판에 대한 헌법소원제도와는 달리, 헌법소원제도의 본질을 회복할 수도 없는 것이고, 헌법이 원래 상정하고 있는 일반사법권과 헌법재판권의 분리를 명확히 할 수 있는 것도 아니다. 오히려 국민의 법률생활에 혼란을 가중시킬 우려가 있는 것이다. 결국 원처분에 대한 헌법소원제도는 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’부분이 과생시킨 問題를 解決하기에 너무 未洽한 것이다. 한편, 원처분

에 대한 헌법소원제도를 살펴보는 과정에서 헌법재판소법 제68조 제1항 “법원의 재판을 제외하고는” 부분이 憲法の 規定 및 精神, 憲法 訴願 制度의 本質에 비추어 憲法에 違反되고 있음은 위에서 이미 실시하였다.

그렇다면, 憲法裁判所法 제68조 제1항 “法院의 裁判을 除外하고는”부분은 改正되거나 違憲으로 宣言되어야 한다고 본다. 입법부나 헌법재판소의 決斷만이 남아 있을 뿐이다. 立法府의 法律改正방법이 바람직하기는 하나, 憲法裁判所가 이를 直接 違憲宣言하는 방법이 배제될 이유는 없다고 본다. 이 나라의 주인은 國民이고 모든 公權力은 國民을 위하여 存在하기 때문이다.

原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考

丁 泰 鎬
秘書官

- 目 次 -

1. 問題의 提起
 - 가. 原處分의 의의
 - 나. 原處分의 訴願對象性의 문제가 갖는 의의
 - 다. 高察의 방법과 順序

2. 憲法改正上의 問題點

3. 憲法訴願과 憲法 제107조와의 關係
 - 가. 違憲法律審査制度와의 關係
 - 나. 命令, 規則의 違憲·違法性 審査에 대한 大法院의 最終的 審査權과의 關係
 - 다. 處分의 違憲·違法性에 대한 大法院의 最終的 審査權과의 關係

- (1) 동조항의 의미에 관한 기존 학설에 대한 비판
- (2) 제107조 제2항의 기초가 된 行政訴訟에 있어서의 “訴訟物の概念”
- (3) 中間結論

4. 憲法國家의 理念과 憲法訴願

가. 基本權 내지 憲法規定의 法院에 대한 拘束力

- (1) 實定憲法規定
- (2) 基本權의 放射效
- (3) 엘페스判決의 論理(Logik des Elfes-Urteils)

나. 比較法的 考察

다. 中間結論

5. 憲法裁判所法 次元의 問題

가. 憲法裁判所法 제68조 제1항

나. 제68조 제2항의 憲法訴願

다. 憲法裁判所의 決定의 羈束力과 法院判決의 既判力의 衝突의 問題

라. 憲法裁判所法 제75조 제3,4,5항

마. 中間結論

6. 結 論

1. 問題의 提起

가. 原處分의 의의

여기서 原處分(또는 原行政處分)이란 국민이 행정소송 등 法院의 權利救濟節次를 적법하게 경료하면서 그에 의한 위법한 권리침해를 다투며 그 취소 등을 구하였으나, 法院의 確定判決을 통하여 그 합법성이 확정되어 법원에의 소송을 통하여서는 더 이상 그로 인한 권리침해를 다룰 수 없게된 行政處分을 말한다. 법원이 원처분의 위헌·위법성을 인정하여 이를 취소하거나 그 무효를 확인한 경우에 原處分의 합법성을 다투는 자가 원처분에 대하여 헌법소원을 제기하여야 할 이익이 없다. 따라서 이 경우에는 처분의 소원대상성이 긍정된다고 하더라도 일반적으로 權利保護의 利益이 없어서 그 원처분에 대한 소원청구는 부적법하게 된다. 따라서 헌법소원을 통하여 원처분의 기본권 침해성을 다투어야 하는 경우는 법원이 원처분의 합법성을 인정하여 원처분에 의한 권리침해를 부인한 경우에만 한한다.

또 처분헌법소원을 제기한 자가 行政審判과 (또는) 行政訴訟 등 법원에서의 권리구제절차를 적법하게 경료하지 않은 경우에는 그러한 헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 근거를 두고 있는 憲法訴願의 補充性原則을 충족하지 못하여 그것이 적법한 소원대상의 하나인지를 살펴볼 필요도 없이 부적법한 것이 되기 때문에 그러한 유형의 처분소원은 여기서 고찰하고자 하는 문제의 대상영역에서 제외된다.

본고의 고찰대상은 기관력 있는 법원의 판결을 통하여 그 합법성이 확정된 행정처분이 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해하였다는 이유로 제기된 헌법소원이 적법한가의 문제이다.

나. 原處分の 訴願對象性の 문제가 갖는 의의

원처분에 대한 헌법소원이 가능한가에 따라 헌법소원의 審判對象의 폭은 현저한 차이를 보이게 된다. 먼저 헌법재판소법은 그 제68조 제1항의 규정을 통하여 裁判作用을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다. 그런데 현대국가는 行政國家로 불리울 만큼 國家權力作用 중에서 行政作用의 부분이 비대하고, 그 작용은 주로 행정처분의 형태로 행하여지고 있다. 따라서 행정처분이 헌법소원대상에서 제외된다면, 이는 국민의 기본권에 직접적인 영향을 미치는 2대 공권력작용의 대부분이 헌법소원의 대상에서 제외되게 된다는 것을 의미하는 것이다. 즉 처분이 헌법소원의 심판대상에서 제외되는 경우에는 헌법소원의 대상은 법령 및 입법 부작위, 검사의 불기소처분, 기타 법원의 재판의 대상이 될 수 없는 공권력의 행사 또는 불행사에 국한되게 된다.

그러나 원처분의 소원대상성이 인정되는 경우에는 소원대상이 확대되어 헌법재판소의 권한이 강화됨은 물론, 헌법재판소와 대법원간의 實質的 位相에도 큰 변동이 초래될 수 있다. 비록 헌법소원절차에서 헌법재판소는 공권력에 의한(이 경우에는 행정작용에 의한) 기본권침해의 여부만을 심판한다 하더라도 대법원이 행정사건에 대한 最終的 判斷者로서의 地位를 상실할 것이기 때문이다. 그러므로 원처분의 소원대상성의 문제는 단순히 이론적 흥미의 대상이 아니라,

헌법재판소와 대법원 내지 행정법원간의 機能分配와 관련된 機能法的 및 權限法的인 問題로서 매우 중대한 실천적 의미를 갖고 있는 것이다.

다. 고찰의 방법과 순서

전술한 바와 같은 예민한 문제에 대하여 헌법재판소도 지금까지 그 가부에 대하여 분명하고 확고한 답변을 유보하고 있다.¹⁾ 이 문제에 대한 학계에서의 논의의 수준 역시 현재로서는 만족할만한 상태는 아니라고 보여진다. 일설은 헌법 제107조 제2항 및 헌법재판소법 제68조 제1항에 비추어 볼 때 원처분은 헌법소원의 대상이 되지 못한다고 보는가 하면, 다른 설은 그 가능성을 주장하고 있으나 심도있는 논증은 없는 실정이다. 다만 최근에 이 문제를 비교적 포괄적이고 심도있게 다룬 신봉기 박사의 논문이 발표되어 주목을 끌고 있을 뿐이다.²⁾

기존의 논의들은 實定法 解釋의 문제와 (憲)法定策의 논거들을 혼동하고 있는가 하면, 타국의 입법례를 너무 무비판적으로 우리법의 해석에 수용하고 있다는 인상을 주고 있다. 본고의 주된 과제는 원처분이 헌법소원의 대상이 될 수 있는지의 문제를 둘러싸고 전개되는 각 학설의 논거들을 비판적으로 검토하여 원처분의 헌법소원대상성을 판단하는 기초를 확보하고자 하는 데 있다. 따라서 여기서는 대립하고 있는 학설들을 체계적으로 정리하는 것은 생략하고, 전술한 신봉기 박사의 논문에 그 논거들이 대체로 정리되어

1) 헌법재판소가 직접적으로 이 문제를 다룬 적은 없다. 따라서 기존의 판례들로부터 이 문제에 대한 헌법재판소의 입장을 뚜렷하게 밝혀내기는 곤란하다. 헌법재판소의 관례의 분석에 대하여는 신봉기, 원행정처분의 헌법소원심판의 대상성, 고시연구 1995. 6., 86면 이하 참조.

2) 신봉기, 전계논문, 고시연구, 1995.6, 82면 이하.

있음을 지적하는 것으로 만족하고자 한다.

본고에서는 먼저 實定憲法的 次元에서 “처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사한다”는 헌법 제107조 제2항의 규정의 의미를 추적하여, 이를 바탕으로 동조항이 원처분의 소원대상성에 대하여 갖는 의미를 밝혀 보기로 한다. 이어서 基本權理論 및 憲法訴訟法學的인 관점에서 기본권 문제가 憲法審判의 문제인가, 행정처분으로 인한 권리침해의 문제에 있어서 基本權侵害의 問題와 단순한 法律的 次元의 主權의 公權의 侵害의 問題를 확연하게 구분할 수 있는가의 문제를 다루면서 헌법정책적 논의를 비판적으로 검토하고자 한다.

나아가 법률적 차원에서는 무엇보다도 재판작용에 대한 헌법소원을 제외하고 있고, 憲法訴訟願의 補充性을 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항이 원처분의 소원대상성의 문제에 대하여 갖는 의미를 살펴보고자 한다. 이어서 헌법재판소가 헌법소원절차에서 이원처분의 기본권침해성을 인정하는 경우에 헌법재판소의 認容決定과 원처분의 합법성을 인정하고 있는 법원의 既判力있는 判決과의 관계에 관하여 헌법재판소법에 명시적인 규정이 없는바, 이를 어떻게 이해할 것인가의 문제를 다루고자 한다. 끝으로 원처분에 대한 헌법소원의 적법성에 영향을 미치는 기타의 논거를 살핀다.

2. 憲法改正上의 問題點

본래의 문제를 다루기에 앞서 먼저 제9차 헌법개정에 있어서 도입된 헌법소원제도의 헌법적 규율과 관련된 문제점을 지적하고자 한다.

1987년에 있었던 헌법 개정작업에 있어서의 중점 중의 하나는 주

지하는 바와 같이 헌법재판소의 설치를 통하여 憲法의 規範力을 提高하고 궁극적으로는 法治國家를 제도적으로 補完·強化하는 것이었다. 憲法國家의 完成을 향한 이러한 제도적인 노력은 그간 장식적인 기관에 불과했던 憲法委員會를 폐지하고 헌법 제6장 제111조 이하의 헌법위원회에 비하여 그 권한이 확대되었을 뿐만 아니라, 권한 행사를 위한 비교적 실효성있는 전제를 확보한 憲法裁判所를 설치함으로써 구체화되었다. 특히 헌법 제111조 제1항 제5호의 헌법소원에 관한 규정은 과거 獨裁體制에 의하여 자행되었던 人權蹂躪이라는 어두운 헌정사의 체험과 그에 대한 시대적 성찰을 나름대로 반영한 결과로서 오늘날 질·량 양면에서 헌법재판의 활성화에 기여하고 있다.

헌법소원제도는 통상적인 권리구제절차를 통하여 구제받지 못한, 공권력의 행사를 통하여 침해된 국민의 헌법적 권리(기본권)를 국민이 직접 청구할 수 있는 헌법재판소의 審判節次를 통하여 非常的으로 구제하여 주는 非常的 權利保護制度라고 정의할 수 있다.³⁾ 그러나 우리 憲法史에서 그 유래를 찾아 볼 수 없는 헌법소원제도를 최초로 도입함에 있어서 현행 헌법은 자체에 헌법소원제도의 대상의 내용을 확정함이 없이 입법자에게 그 구체적인 규율을 위임하고 있어서 立法論的으로 볼 때 적잖은 결함을 내포하고 있다. 다시 말해 헌법소원제도를 명시한 헌법 제111조 제1항 제5호는 우리의 헌법사적 전통속에서 이미 그 선구적 예를 발견할 수 있거나, 법률적 차원에 근거를 두고 시행되어 오던 제도에 헌법적 지위를 부여하기 위한 규정이 아니다. 헌법소원제도는 헌법개정 전에는 基本權保護

3) E. Schumann, Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, 1983, S. 158; ders., Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 23, 98 m. w. N.

制度의 일환으로 단지 講學上 독일의 “Verfassungsbeschwerde”라는 제도를 중심으로 比較法的으로 소개되어 있었을 뿐이었다.⁴⁾ 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이 헌법소원제도의 구체적 모습 역시 이 제도를 채택한 모든 나라에 있어서 공통적인 것이 아니고, 나라마다 각이하다. 이처럼 헌법 차원에서 새로이 어떤 제도를 도입하는 경우에는 - 적어도 그 제도가 어느 정도 普遍性을 띠는 것이 아닌 경우에는 - 그 대상의 내용을 확정함으로써 立法者의 形成裁量の 범위에 한계를 긋는 것이 필요했음에도 불구하고, 헌법개정시 헌법소원제도가 도대체 무엇인지, 그리고 어떠한 절차적 모습을 띌 수 있는지에 관하여 아무런 시사를 함이 없이 이를 전적으로 입법자에게 위임함으로써 이론적으로 볼 때 입법자는 헌법소원제도를 임의의 내용으로 채울 수도 있게 되었다. 우리 나라의 특유한 제도라고 할 수 있는 헌법재판소법 제68조 제2항의 소위 違憲訴願의 制度가 헌법소원이라는 이름하에 탄생할 수 있었던 것도 그러한 배경하에서 가능할 수 있었다고 사료된다.

물론 단기간에 이루어진 헌법개정시에 미답의 분야를 헌법적으로 규율하면서, 헌법개정자는 헌법소원제도와 기존의 권리구제체계와의 구체적 관계라든가 이들 상호 간의 갈등의 문제를 파악할 수 없었고, 따라서 입법자에게 헌법적으로 가능한 테두리 안에서 헌법소원제도를 형성할 것을 위임하였다고 볼 수도 있다. 그러나 이러한 해석에 의하더라도 입법자가 헌법에 의하여 그어진 한계를 유월할 수 없다는 것은 명백하다. 따라서 헌법소원심판권의 규율과 관련한 헌법개정자의 태도는 - 헌법소원제도를 도입하여 基本權의 保護와 憲法裁判의 活性化에 기여하였다는 긍정적 평가와 아울러 - 매우

4) 예를 들면 허영, 헌법이론과 헌법(중), 1984, 169쪽은 헌법소청이라는 이름하에 독일의 헌법소원제도를 헌법재판에 의한 기본권보호의 한 유형으로 설명하고 있다.

무책임한 처사였다는 비난을 면치 못할 것이다.

3. 憲法訴願과 憲法 제107조와의 관계

원처분에 대한 헌법소원의 적법성을 긍정하려는 자가 먼저 넘어야 할 實定法的 障礙는 “처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 갖는다”고 확정하고 있는 헌법 제107조 제2항이다. 동조항은 원처분이 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 보는 설(이하 긍정설)과 이를 부인하는 설(이하 부정설)이 모두 자신의 입장에 대한 헌법적 근거로 원용하고 있다. 이러한 재미있는 현상의 원인은 동조항이 부분적으로 曖昧한 文句로 구성되어 있어서 어려운 解釋의 問題를 내포하고 있다는 데 있다. 줄건으로는 동조항의 해석은 원처분의 소원대상성 여부를 결정함에 있어서 關鍵的인 문제들 중의 하나로서의 성격을 띠는다고 본다.

헌법소원제도는 기존의 헌법 제107조 제1항의 違憲法律審査制, 제107조 제2항에 규정된 대법원의 명령, 규칙, 처분의 위헌·위법성에 대한 最終的 審査權에 추가된 제도라는 점에 비추어 볼 때 본래의 문제인 처분의 위헌·위법성에 대한 대법원의 최종적 심사권과 헌법소원과의 관계를 살펴보기 전에 規範統制權의 문제를 규율하고 있는 제107조 제1항과 제2항의 관계를 간략하게 살펴볼 필요가 있다.

가. 違憲法律審査制度와의 관계

헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조 이하에 그 법적 근거를 갖고 있는 위헌법률심사제도는 개인의 기본권침해 유무가 아닌 형식적 의미의 법률(및 효력에 있어서 그에 상당하는 법규범)이 헌법 일반과 합치하는가를 통제하기 위한 제도로 “客觀”訴訟의 일종이며, 이미 구체적으로 발생한 사건을 심리하는 법원의 위헌제청에 기하여 법률의 위헌 여부를 헌법재판소가 판단한다는 점에서는 “具體的”規範統制節次로서의 성격을 갖는다. 따라서 개인의 基本權保護制度인 憲法訴願制度和 본래 規範統制制度인 違憲法律審査制度는 후자가 결과에 있어서 개인의 권리를 보호하는 효과가 있다 하더라도 그 목적과 성격을 각기 달리하는 별개의 독립된 그리고 이질적인 헌법재판제도이다.

헌법소원심판절차는 기본권침해의 원인인 공권력의 행사가 입법행위인 경우에 규범통제절차로서의 성격도 동시에 내포하고 있지만, 請求原因과 審査基準(Prüfungsmaßstab)의 면에서 위헌법률심사제도와는 다르다. 현행 법제하에서는 개인이 법률 자체에 의한 기본권침해를 訴訟物로 하여 다투는 것이 허용되는 권리구제절차는 헌법소원절차 이외에는 인정되지 아니한다. 따라서 위헌법률심사제도는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 따라 헌법소원을 적법하게 청구하기 위한 전제로서 먼저 경로하여야 하는 다른 법률의 권리구제절차에 해당하지 않는다.

나. 命令, 規則의 違憲·違法性 審査에 대한 大法院의 最終的 審査權과의 관계

헌법재판소는 일찍이 명령·규칙의 위헌 여부가 단지 本案判斷의

前提로서의 성격을 띠는 것이 아니라, 그 자체 기본권을 침해하는 경우에는 憲法訴願審判의 對象이 될 수 있다고 판시하였다.⁵⁾ 이 결정으로 인하여 벌어진 논쟁의 내용은 이미 잘 알려져 있기에 여기서는 상론하지 않는다. 이 논쟁에서의 초점도 역시 대법원이 “최종적으로” 명령, 규칙의 위헌·위법성을 심사할 수 있다고 한 헌법의 명문의 규정이라고 보여진다. 동조항에 규정된 절차는 본안을 판단하기 위한 전제가 되는 명령·규칙의 위헌·위법성을 大法院의 最終審査權의 留保下에 헌법재판소에 提請할 필요 없이 當該法院 스스로 판단할 수 있다는 점에서 “附隨的” 規範統制節次, 구체적 사건이 재판의 대상이 된 때에 한하여 당해 법원이 명령·규칙의 위헌·위법성을 심사할 수 있다는 점에서 “具體的” 規範統制節次로서의 성격을 갖는다. 따라서 이 절차가 결과에 있어서 개인의 權利保護機能을 한다 하더라도 본래의 성격은 客觀訴訟의 일종이지, 被害者訴訟 내지 主觀訴訟의 성격을 띠는 것은 아닌 것이다.

그러한 한 절차의 법적 성격의 측면에서는 개인의 기본권구제제도인 헌법소원과 헌법 제107조 제2항에 헌법적 근거가 있는 명령, 규칙에 대한 규범통제제도는 相互排他的인 關係에 있지 않다. 다만 “最終的”이라는 용어가 명령, 규칙의 위헌·위법성에 대한 대법원의 심사권이 명령·규칙을 헌법소원의 대상으로부터 제외시키는 듯한 외양을 형성하고 있으나, 이는 規範統制節次에 있어서 대법원의 최종적 심사권을 설정하고 있는 것이며, 主權的 權利救濟節次인 헌법소원의 심판대상으로부터 명령, 규칙을 배제한 것은 아니다. 즉 명령, 규칙 자체가 기본권을 직접 침해하고 있는 한, 그것이 헌법 제107조 제2항에 근거를 둔 규범통제절차와는 別個의 獨立된 訴訟物을 다루는 절차인 헌법소원의 심판대상이 될 수 있다는 헌법재판소

5) 1990. 10. 5. 89헌마178.

의 판례의 입장은 타당한 것이다.

다. 處分の 違憲·違法性에 대한 大法院의 最終的 審査權과의 關係

양자의 관계를 살피기 위해서는 먼저 “처분이 헌법 또는 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 갖는다”라는 제107조 제2항의 의미를 구체화하여야 할 필요가 있다.

(1) 동조항의 의미에 관한 기존 학설에 대한 비판

다수의 학자들이⁶⁾ 제107조 제2항 중 문제의 문언이 行政事件의 경우에도 民·刑事事件과 같이 법원이 그 재판관할권을 갖는 근거가 된다고 보고 있다. 그러나 이 설은 “처분이 헌법 또는 법률에 위배되는 여부가 재판의 전제가 된 경우”가 구체적으로 어떤 경우 인지를 명확히 함이 없이 바로 동규정이 행정사건에 관한 법원의 ‘一般的’ 管轄權을 근거 지우는 것으로 보고 있다.

헌법에서 이러한 문구는 위에서도 살펴본 바와 같이 먼저 제107조 제1항에서 법률과 관련하여, 이어 명령·규칙과 관련하여 동조 제2항에서도 사용되고 있다. 제1항에서의 재판의 전제성을 헌법재판소는 獨逸 聯邦憲法裁判所法上の “entscheidungserheblich”의 의미로 이해하면서⁷⁾ 法律의 違憲 與否에 따라 재판의 내용이 달라지

6) 예를 들면 권영성, 신판 헌법학원론, 1994, 833-834쪽 ; 김철수, 헌법학원론, 976쪽 이하 ; 허영, 한국헌법론, 1994, 961쪽.

7) 이에 대하여 자세한 것은 Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 1991, Rn. 757 ff.

는 경우로 재판의 전제성을 해석하고 있다. 이 경우에는 법률의 위헌 여부가 當該 法院의 訴訟節次의 본래의 訴訟物(Streitgegenstand)을 구성하는 것이 아니라, 그 소송물에 대하여 법원이 판단을 내리기 위한 先行的인 問題로서의 성격을 갖는다.⁸⁾

명령, 규칙의 위헌·위법 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 제107조 제2항에 의거하여 헌법재판소에 그 명령·규칙의 위헌·위법심사를 제청할 필요 없이 당해 법원 스스로 그 위헌·위법성을 판단할 수 있으나, 이에 대한 판단의 효력은 위헌·위법으로 판단된 당해 명령·규칙의 적용을 當該 事件에 한하여 배제하는 데 국한된다고 다수의견은⁹⁾ 보고 있다. 그러나 이 경우에도 명령·규칙의 위헌·위법성 자체는 當該 訴訟節次의 訴訟物을 구성하는 것이 아니라, 단지 간접적으로 그것에 영향을 미칠 뿐이다.¹⁰⁾ 따라서 제2항의 경우에도 재판의 전제성이라는 요건은 명령·규칙과 관련되는 한에서는 “entscheidungserheblich”의 의미로, 즉 명령·규칙의 위헌·위법 여부에 따라 본안에 대한 재판의 내용이나 의미가 달라지는 경우에 충족된다고 이해할 수 있다.

그러나 이와는 달리 처분의 위헌·위법이 재판의 전제가 되는 경우란 어떤 경우인지가 불분명하다. 왜냐하면 行政訴訟, 특히 取消訴訟

8) 예를 들면 所得稅賦課處分取消訴訟에서의 訴訟物은 違法한 소득세부과처분으로 자신의 권리를 침해받았다는 原告의 主張이다. 그러나 당해 법원은 헌법 제103조의 규정상 이 처분의 합법성을 판단하기 위하여 그 처분이 세법상의 근거를 갖고 있는지 여부는 물론 “附隨的으로” 그 근거가 되는 법률이 合憲인지 여부를 심사할 의무가 있다. 當該 訴訟節次의 當事者가 해당법률의 합헌성을 다투는지 여부는 무관하게 이 의무는 존재한다(헌법재판소법 제41조 참조). 그리고 그 違憲의 合理的 疑心이 존재하는 경우에는 제107조 제1항에 의거하여 헌법재판소에 해당법률의 위헌심사를 제청하여 그 결정에 따라 재판하여야 한다.

9) 김철수, 전제서, 973쪽; 권영성, 전제서, 1115쪽.

10) 이 규정을 기초했던 유진오 교수의 회고(헌법기초회고록, 1981. 242 - 243쪽)에 의하면 명령·규칙의 합법성통제와 관련하여 영미형을 염두에 두었다고 한다. 동규정의 이러한 발생사는 법원이 대법원의 최종적 심사권의 유보하에 명령·규칙의 위법성을 본안으로 하여 일반적 효력을 갖는 판결을 내릴 수 있다고 해석하는 것이 타당하지 않음을 말해 준다.

訟에 있어서는 처분이 訴訟의 對象(Angriffsgegenstand)이기 때문이다. 이 문제를 풀기 위해서는 행정소송에 있어서의 訴訟의 客體, 즉 訴訟物이 무엇인가를 명확히 할 필요가 있다. 예컨대 행정소송의 대표적 유형이라 할 수 있는 행정처분의 취소를 구하는 취소소송의 경우에 우리나라의 다수설은 그 소송의 본질상 行政處分의 違法性 與否 자체가 訴訟物을 구성한다고 보고 있다.¹¹⁾ 이러한 견해에 의하면 원고가 취소를 구하고 있는 處分의 違法性이 取消訴訟 본래의 裁判對象이며, 裁判의 前提가 아니게 된다. 따라서 헌법 제107조 제2항이 행정사건 일반에 대한 법원의 관할권의 근거가 된다고 보는 설의 입장이 타당성을 가지려면, 처분과 관련해서는 재판의 전제성이라는 개념을 다르게 이해하여 처분의 위법성이 소송물 자체를 구성하는 경우까지도 포함한다고 보아야 할 것이다. 그러나 이러한 해석은 “전제”라고 하는 말의 日常的인 語法에 반할 뿐만 아니라, 法規範과 관련하여서도 동조 제1항 및 동조 제2항에서 사용되고 있는 “재판의 전제”라는 동일한 말을 달리 해석하는 것이어서 설득력이 적다.

그렇다고 처분의 위헌·위법성이 재판의 전제가 되는 경우는 위법한 행정처분으로 인한 손해에 대하여 國家賠償을 청구하는 國家賠償請求訴訟에서 行政處分의 適法性如何가 先決問題로 떠오르는 등 예외적인 경우에 국한된다고 하면, 헌법 제107조 제2항에 처분을 포함시킨 의미를 무색하게 할 것이다.¹²⁾ 원처분이 헌법소원의

11) 우리 나라의 다수설. 예를 들면 박윤훈, 최신행정법강의(상), 1994, 882쪽 ; 김동희, 행정법 I, 1993, 503면, 그러나 유지태, 행정법신론, 1995, 454면은 독일의 학설을 좇아 취소소송의 소송물을 실제법적문제와 구분하여 취소를 구하는 대상인 처분에 회하여 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 권리주장에서 찾아야 한다고 본다.

12) 이러한 해석은 民事訴訟의 先決問題에 대한 실정법적 규정이 1985. 10. 1.부터 시행된 행정소송법에서 처음으로 명시. 되었다는 사실에 비추어 보더라도 타당성이 없다(동지 정종섭, 현행 명령·규칙위헌심사제도에 대한 비판적 검토, 고시계, 1992. 12., 74면).

대상이 된다고 보는 설은 동조항을 이처럼 해석하고 있는 듯하다. 즉 “헌법 제 107조 제2항이 규정하고 있는 대법원의 처분에 관한 최종적인 심사권이란 구체적 소송사건에서의 당해 처분의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 때 법률의 경우처럼 헌법재판소에 제청함이 없이 최종적으로 대법원이 판단한다는 의미이므로 처분 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 때 헌법재판소에 헌법소원을 청구하는 것은 헌법 제 107조 제2항과 아무런 관련이 없는 문제”라고 동설은 주장한다.¹³⁾

그러나 이러한 해석의 부당성은 동조 제2항과 제3항을 體系的인 觀點에서 바라보는 경우에 보다 분명하게 드러난다. 즉 한때 법률적 차원에서 시행되어 오던 行政審判前置主義는 行政審判作用이 그 본질상 準私法作用이기 때문에 행정 공무원이 심판관으로 임명되는 행정심판절차는 違憲성을 떨 수 있다는 주장이 제기되었고 이와 관련한 논쟁의 소지를 없애기 위하여 제헌헌법 이래¹⁴⁾ 行政裁判의 管轄權이 法院에 있음을 명확히 한 제107조 제2항¹⁵⁾에 이어 제3항에

13) 이석연, 헌법소소의 이론과 실제, 1992, 41 - 42면 ; 신봉기, 전계논문, 84, 88면 ; 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4집, 1992, 289 - 291면. 그러나 이시윤, 행정행위에 의한 기본권 침해, 헌법재판개관에 소수, 1989 (헌법재판소), 40 - 41면도 대체로 같은 논지로 행정처분이 헌법소원이 대상이 될 수 있다고 주장하지만, 헌법 제107조 제2항의 문제는 더 깊은 연구를 필요로 한다고 유보를 달고 있다.

14) 제헌헌법 제81조 제1문.

15) 이에 대하여 다른 학설은 헌법 제101조 제1항이 민·형사재판을 포함한 행정재판에 대한 법원의 관할권의 근거라고 본다(무엇보다도 정종섭, 전계논문, 75 - 76면). 그러나 이러한 학설에는 동의할 수 없다. 오늘날의 견지에서는 행정사건에 대한 관할권을 법원이 갖는다는 것은 자명할 일인지는 몰라도, 제헌헌법을 기초할 당시만 하더라도 이 문제는 명확했던 것은 아니기 때문이다. 行政裁判의 重點이 行政의 自己統制 내지 客觀的인 合法性統制에 있느냐 (대표적인 학자로는 Rudolf von Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1872), 아니면 國民의 權利救濟에 중점이 있는 것이냐(대표적인 학자로는 Otto Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1864)의 문제가 독일에서도 상당히 오래 다투어 졌다는 점을 보더라도(이에 관하여 자세한 것은 F. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, § 2 Rn. 1 ff. 참조) 헌법 제107조 제2항의 의미를 밝히는 데 동규정의 發生史的인 事實은 반드시 참작되어야 한다고 본다.

그 헌법적 근거를 마련하고 행정심판절차에는 사법절차를 준용하도록 하였다는 점에 비추어 볼 때¹⁶⁾, 전술한 해석론이 갖는 문제점이 분명해 진다. 또한 유진오 교수가 제헌헌법을 기초할 당시에 行政爭訟과 관련하여 英美形을 염두에 두고 동조항의 문언을 만들었다는 발생사적 사실에 비추어 볼 때¹⁷⁾, 행정소송의 주종을 이루고 있는 取消訴訟을 제쳐두고 재판의 전제성을 當事者訴訟이나 처분의 위헌·위법성이 先決問題가 될 때에만 충족된다고 이해하는 것은 불합리하기 때문이다. 다른 한편 동설은 법률의 구체적 執行行爲인 처분은 일반적으로 집행행위에 의하여 매개되는 법률과는 달리¹⁸⁾ 직접적으로 기본권을 비롯한 개인의 主權의 公權에 대한 제약을 가한다는 사실도 간과하고 있다.

(2) 제107조 제2항의 기초가 된 行政訴訟에 있어

또한 설사 司法權에 行政裁判權이 포함되는 것으로 보아야 할지라도, 제107조 제2항에는 최소한 이를 確認 내지 宣言해 주는 의미가 있다고 할 것이다. 또는 동조항은 一般規定인 제101조에 대한 特別規定으로서의 의미를 갖는다고 할 것이다. 그렇다면 법원의 행정재판에 대한 관할권의 근거로 제107조 제2항을 드는 것이 법논리적으로 볼 때 잘못된 것이 아니다. 반대설은 법원의 행정재판에 대한 관할권의 헌법적 근거를 제107조 제2항에서 찾게 되면, 대법원이 選舉訴訟에 대한 관할권을 갖는 것을 설명할 수 없다는 것을 유력한 논거로 제시하지만, 이 설은 입법자가 법률로 헌법이 명시한 것 이상의 재판관할권을 대법원에 부여하는 것이 금지되어 있지 않다는 점뿐만 아니라, 선거소송에 대한 관할권을 대법원에 줄 것이냐 아니면 독일처럼 헌법재판소에 줄 것이냐는 立法政策的 決定의 문제이지, 헌법 제101조 제1항의 사법권의 개념으로부터 필연적으로 대법원의 선거소송에 대한 관할권이 도출되는 것은 아니라는 점을 간과하고 있다.

- 16) 김철수, 신헌법학원론, 1981, 846쪽 참조. 행정심판전치주의는 제5공화국헌법 제108조 제3항에 의하여 최초로 헌법적 지위를 확보하게 되었다.
- 17) 국회도서관, “헌법제정회의록(제헌의회)” 헌정사료 제1집 (서울 : 국회도서관, 1967), 96면.
- 18) 국민의 기본권에 직접 타격을 가하기 위하여(즉 직접관련성을 근거 지우기 위하여) 집행행위를 필요로 하는 법규범(vollzugsbedürftige Norm)과 직접 집행력을 구비한 법규범(Vollzugsnorm bzw. selfexecuting Norm)의 구분에 관하여는 Tae-Ho Chung, Bedeutung des §90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze, 1993, Diss. Regensburg, S. 221 ff. 참조.

서의 “訴訟物の 概念”

그렇다면 헌법 제107조 제2항을 처분과 관련해서는 어떻게 이해하여야 할 것인가. 줄건으로는 처분의 위헌·위법성이 재판의 전제가 된 때라는 말은 이 조항이 유래하는 제헌헌법을 기초할 당시에 행정소송의 소송물을 다른 관점에서 이해하였기 때문에 사용된 것이 아닌가 판단된다. 민사소송법에 있어서의 소송물의 개념이 많이 다투어졌고 여전히 어려운 문제로 남아있음은 주지의 사실이다.¹⁹⁾ 행정소송의 소송물의 개념을 둘러싸고도 독일에서는 상당히 견해가 분분하다.²⁰⁾ 최근에 유지태 교수가 행정소송의 소송물의 개념에 대하여 종래의 통설적 입장을 비판하고 나섬으로써 앞으로 우리나라에서도 행정소송의 소송물의 개념규정을 둘러싼 논의가 활발해지리라 생각한다. 소송물의 개념은 民事法院과 行政法院의 管轄權判定, 행정법원의 物的·地域的 管轄權, 訴訟의 種類, 訴訟의 數와 訴의 變更, 既判力의 範圍 등과 관련하여 중대한 실천적 의미를 갖는다. 물론 여기서 이에 관한 논의전반을 일별할 필요는 없다고 생각된다. 헌법 제107조 제2항에 사용된 재판의 전제성을 처분과 관련하여 이해하기 위하여 필요한 범위 내에서 소송물의 문제를 언급하고자 한다.

예를 들면 행정소송의 대표적 소송유형인 취소소송에 있어서 訴訟物을 確定하는 데에 있어서 여러 가지 準據點이 있을 수 있다고 본다.²¹⁾ 다투어 지고 있는 行政處分 自體, 원고의 訴訟上의 請求 趣, 특정 행정처분의 취소청구, 현재 행정법학계의 다수설인 行政處

19) 이에 관하여 자세한 것은 Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., 1986, S. 563 ff.

20) 이에 관하여 Barbey, Bemerkungen zum Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, FS Menger (1985), S. 177 ff. ; Eyermann/Fröhler, VwGO, §121, Rn, 10 ff.

21) F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 1994, §10 Rn. 7 참조.

분이 違法性, 끝으로 行政處분이 違法하여 法律上的 利益 내지 자신의 權利를 침해한다는 원고의 主張(현재 독일의 다수설) 등이 그것이다. 제1의 기준은 지나치게 좁을 뿐만 아니라 불합리하다고 생각된다. 왜냐하면 행정처분의 존재 여부 자체에 대해서는 취소소송에서 다루어지지도 않고 또 그에 대하여 판결이 내려지지도 않기 때문이다. 우리 나라의 다수설이 주장하는 제3의 기준인 행정처분의 위법성은 실체법적 문제와 소송법적 청구의 문제를 명확히 구분하고 있지 않을 뿐만 아니라, 마치 취소소송이 처분의 客觀的 統制에 목적이 있는 것처럼 보이고 원고의 請求趣旨가 전혀 드러나지 않는 등 불합리하다.²²⁾ 이런 관점에서 볼 때 줄건으로는 취소소송에 있어서의 소송물의 개념은 제4의 기준에 의거하여 규정할 때 實體法的 問題와 訴訟法的 問題가 확연히 구분되고 있고, 또 처분의 違法性判斷이라고 하는 취소소송의 핵심적인 문제가 소송물을 규정함에 있어서 반영되고 있기 때문에 합리적이라고 본다.

제2의 기준도 소송물의 개념을 지나치게 좁게 해석하는 단점이 있다. 즉 제2의 기준에 의하면 행정처분의 위법성 여부에 대한 판단은 전제되어 있을 뿐 소송물개념에는 포함되어 있지 않아서 취소소송에서 결정된 핵심적 내용 중 일부만이 파악된다. 물론 취소소송의 判決注文에 다루어진 행정처분이 법률 또는 헌법에 위반되는 등의 내용은 나타나지 아니하고, 다만 원고의 청구를 기각한다든가 다루어진 행정처분을 취소한다는 식으로 주문이 구성될 뿐이다. 그렇다고 이러한 기준에 의하여 취소소송의 소송물을 규정하는 것은, 이미 지적한 바와 같이, 불합리하다.

22) 행정소송법 제12조에서 원고적격과 관련하여 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 하여 취소소송이 처분의 객관적 통제에 그 목적이 있는 것이 아니라, 주관적 권리 등의 침해에 대한 구제에 그 목적이 있음을 명확히 하고 있다.

그러나 이 제2의 기준은 헌법 제107조 제2항 중 “처분이 헌법 또는 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때”라는 법문의 의미를 비교적 뚜렷하게 드러내 준다. 행정소송의 原告의 請求 自體를 기준으로 할 때, 처분의 위헌·위법성은 재판의 핵심적 내용인 청구의 인용여부를 결정하기 위한 전제가 되기 때문에 처분과 관련하여 사용된 用語인 재판의 전제성이라는 개념이 불만스럽기는 하지만 그런대로 이해된다. 1948년 제헌헌법 이래 일관되게 헌법에 담겨져 온 동조항의 축조 시에 바로 이러한 의미로 - 어떻게 보면 법률적인 의미보다는 일상언어적인 의미로 - 처분의 위법성이 재판의 전제가 된 때라는 개념이 사용된 것이라 추정된다.

(3) 中間結論

실무나 학계는 제107조 제2항이 처분과 관련하여 안고 있는 전술한 문제점들에 대한 면밀한 검토를 거침이 없이 법원에 행정소송 일반에 대한 관할권이 있는 것으로 해석하여 왔다는 비판을 면하기 어렵다. 앞으로 헌법 제 107조 제2항의 규정방식에 대한 면밀한 재검토가 이루어야 할 것이지만, 기존의 조문을 기초로 처분의 소원대상성에 대한 동조항의 의의에 관한 줄건을 밝히고자 한다.

헌법 제107조 제2항은 전술한 바와 같이 부분적으로 불합리한 소송물이론에 기초를 두고 있다는 조문상의 문제점을 내포하고는 있지만 처분의 소원대상성을 부인하는 결정적인 근거가 된다고 본다.

23) 원처분의 소원대상성을 긍정하는 설의 논거는 먼저 동조항이

23) 동지 : 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989, 210 - 211면 ; 김남진, 헌법재판 대상의 활성화와 개선에 관한 연구, 헌법재판연구 제2권, 1991, 210면. 그러나 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판 자료 제3집, 1990, 은 헌법 제10조 제2항과 헌법재판소법의 제정자의 의사를 추정해 본다면, 일용 부정설로 귀결되기 쉽다는 것을 인정하면서도 대법원의 최종

제헌헌법이래 학설상 그리고 실무상 행정사건 일반에 대한 대법원의 최종적 심사권의 근거가 되어 왔다는 사실을 의도적으로 외면하는 것이다. 제헌헌법이래의 憲法史的 傳統을 수정하여 대법원이 갖는 처분의 위헌·위법성에 대한 ‘최종적 심사권’을 부인하고 처분이 헌법소원의 심판대상이 될 수 있다는 것이 헌법개정자의 의도였다면, 그는 동조항을 개정하였을 것이라고 보는 것이 자연스럽다. 그러나 헌법이 이에 대하여 침묵하고 있다면, 행정사건의 재판에 관한 기존의 헌법질서를 그대로 수용하였다고 보아야 할 것이다.²⁴⁾

둘째로 비록 헌법 제107조 제2항이 처분의 合法性統制를 전면에 내세우고 있는 것처럼 보이지만, 이는 명령, 규칙과 함께 처분이 한 문장 안에 결집되어 표현된 데 기인하는 것일 뿐, 동조항이 영미형의 행정소송제도를 모범으로 만들어졌다는 점을 감안하면 처분의 합법성에 대한 통제는 주로 主權의 權利救濟의 一環으로 행해져야 한다는 것을 의미한다. 즉 처분의 취소소송 등 행정소송은 개인의

적 심사권은 司法府 내에서만 타당성을 갖는다고 하여 처분의 소원대상성을 인정하고 있다.

이러한 주장은 헌법상 權利救濟體系를 통일적으로 고찰할 때 별로 설득력이 없을 뿐만 아니라, 헌법상의 條文의 效力範圍를 자의적으로 축소시키는 것이고, 동조항이 이미 憲法委員會와의 관계에서도 의미를 가졌었다는 사실을 완전히 무시하는 것이다. 그리고 그 주장은 법원이나 헌법재판소가 아닌 기관에게도 법원의 심사를 거친 행정사건에 대한 판단권을 부여할 수도 있다는 것이어서 불합리하다.

나아가 어떤 국가권력 작용이 司法作用인 여부는 헌법의 形式的인 編制에 의하여 판단할 것이 아니며, 그 작용의 특성을 기초로 하여 실질적으로 판단하여야 한다. 憲法裁判이 憲法的紛爭에 대하여 憲法規範을 척도로 독립적인 기관이 무엇이 헌법인가를 판단하여 분쟁을 종식시키는 裁判作用이라는 점에 비추어 볼 때, 비록 헌법재판에 관한 규율이 사법부에 관한 장과는 독립되어 있다든가 그 대상이나 효과가 상대적으로 높은 政治性을 띠다하더라도 본래 사법작용의 일종이라는 점을 부인할 수 없다. 학계나 실무계에 널리 퍼져 있는 제4의 작용설은 헌법재판의 본질과 그 대상이나 효과에 담긴 정치적 특성을 혼동하고 있다(이에 대하여 자세하게 다룬 국내 논문으로는 무엇보다도 이육한, 헌법재판과 법과 정치, 헌법논총 제3집, 1992, 45면 이하 참조).

24) 이는 아래에서 언급하겠지만 헌법재판소법법을 통하여 구체화된 헌법소원의 구체적 실현형태에서도 드러난다. 물론 헌법재판소법 제정과정에서도 제107조 제2항이 헌법소원의 대상에 대하여 갖는 의미는 후술하는 바와 같이 제대로 인식되지 못했다고 생각된다.

주관적 권리구제에 주안점이 있는 것이며, 行政의 合法性統制나 法秩序의 維持·形成은 권리구제절차의 본질상 과행되는 2차적인 효과이거나(기관소송이나 민중소송에 있어서 처럼) 예외적인 현상인 것이다. 뿐만 아니라 취소소송에 있어서는 위법한 처분으로 인한 권리 침해라는 원고의 주장이 소송물을 이루기 때문에 그에 대한 법원의 確定判決에는 既判力이 발생한다. 이것이 명령, 규칙의 위헌·위법성에 대한 대법원의 심사권의 문제와는 근본적으로 다른 점이다. 따라서 명령·규칙의 소원대상성을 뒷받침했던 논거들을 처분의 소원대상성을 근거지우기 위하여 그대로 수용할 수는 없다고 할 것이다.

셋째로 헌법 제107조 제2항은 처분이 “법률”에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우뿐만 아니라, 처분이 “헌법”에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우에도 대법원이 최종적 심사권을 갖는다고 명시하고 있다. 이에 따라 행정사건을 관할하는 (행정)법원이나 그 최종심인 대법원은 처분이 단지 법률에 반하여 원고의 권리를 침해하고 있는 여부에 한하지 않고, 기본권규정을 비롯한 헌법 전체에 반하는 여부를 심사할 권한이 있으므로, 법원도 처분으로 인한 기본권침해를 제거할 수 있다. 아래에서 상론하겠지만 기본권 내지 헌법위반과 법률차원의 주관적공권 내지 법률 위반을 구분하기가 용이하지 않다는 사실을 감안할 때에 處分의 違法性은 물론 그 違憲性의 最終審査權을 대법원에게 부여한 헌법 제107조 제2항이 헌법정책적으로 반드시 잘못된 규정이라고 할 수는 없다고 하겠다.

헌법 제107조 제2항의 발생사적 해석, 동조 제3항과의 체계적 해석의 결과는 원처분이 헌법소원의 대상에서 제외된다는 부정설의 입장을 뒷받침한다는 점을 결론으로 확인한다.

4. 憲法國家의 理念과 憲法訴願

原處分の 訴願對象性을 인정하는 설은 모든 국가권력은 헌법적 통제하에 있어야 한다는 憲法國家의 原理에 따라 법원재판의 대상이었던 공권력작용으로서의 原行政處分에 내재하고 있는 憲法違反의 問題가 법원의 판결을 통하여 아직 해결되지 아니한 경우 당연히 당해 원처분도 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 타당하다고 주장한다.²⁵⁾ 이 설은 基本權의 規範力이 상대적으로 취약한 우리의 현실에 비추어 볼 때, 헌법소원의 대상을 행정처분에까지 확장하는 것이 헌법소원제도가 갖는 教育的 機能을 감안한다면 행정청과 법원으로 하여금 기본권을 존중하고 관철하게 하는 작용을 할 것이라는 기대에 기반을 두고 있다고 여겨진다.

法治國家原理 내지 憲法國家의 理念的인 측면에서 볼 때 그러한 주장이 물론 타당성이 있음을 부인하지 않는다. 물론 헌법소원제도를 통하여 행정처분에 의한 기본권침해 여부를 심사할 수 있게 된다면 공권력에 의한 기본권침해의 문제 자체가 소송물이 되므로 基本權問題 내지 憲法問題가 행정소송에 있어서 본안판단을 위한 선행적 문제로만 등장하는 경우보다도 헌법의 규범력을 강화할 수 있

25) 신봉기, 행정처분 - 행정쟁송 - 헌법소원, 행정쟁송제도의 개선과 권리구제, 1994, 47면. 그 밖에도 허영, 헌법소원제도의 이론과 우리 제도의 문제점, 고시연구 1989. 4. 51면 이하도 헌법의 최고규범성으로부터 헌법소원제도가 당연히 立法權, 行政權, 司法權을 망라적으로 그 심판대상으로 삼아야 하는 것처럼 설명하고 있다. 그는 또 한국 헌법론, 1994, 823면에서 위헌적인 행정처분은 우선은 행정쟁송의 대상이 될 것이지만 提訴期間의 經過 등으로 인해서 통상적으로 더 이상 다룰 방법이 없게 된 예외적인 경우에만 헌법소원의 대상이 된다고 설명하고 있으나, 이는 수긍할 수 없는 주장이 아닐 수 없다. 왜냐하면 이 경우에는 법률이 정하는 權利救濟節次를 適法하게 經了하지 않았으므로 헌법소원의 補充性的 要件을 충족시키지 못하고 따라서 그 헌법소원의 청구는 不適法却下될 것이기 때문이다.

고 또 그 발전을 기대할 수 있을 것이다.

그러나 적어도 행정처분으로 인한 기본권침해의 문제에 있어서 헌법소원제도가 기본권을 보호하기 위하여 필연적으로 요청되는 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다. 왜냐하면 아래에서 살펴보는 바와 같이 행정소송을 관할하는 법원도 역시 - 비록 憲法問題에 관한 專門法院은 아닐지라도 - 기본권을 침해하는 처분을 제거함으로써 基本權保護의 機能을 광범위하게 수행하기 때문이다.

가. 基本權 내지 憲法規定의 法院에 대한 拘束力

이하에서는 헌법재판소와 함께 공유하는 법원의 基本權實現義務를 입증하고, 동시에 헌법재판소의 審査範圍를 憲法違反에 국한시킨다고 하는 것이 실제로 매우 어려운 문제임을 보이고자 한다.

(1) 實定憲法規定

먼저 헌법 제 103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하여 법관은 모든 재판에 있어서 법률뿐만이 아니라 헌법에도 구속됨을, 따라서 자신의 관할하에 있는 사건에 담긴 法律問題만이 아니라 憲法問題도 심사하여야 함을 밝히고 있다. 민주주의국가에 있어서 법률은 일반적으로 공권력행사의 가장 보편적인 民主的 正當性의 기초를 의미하며, 따라서 법원 역시 자신의 활동의 기초인 법률의 구속을 받는 것이지만, 그 법률은 합헌적인, 무엇보다도 기본권에 합치하는 법률이어야 하는 것이다. 이 때 발생할 수 있는 법규범들 상호간의, 그리고 처분과

법규범들 상호간의 충돌을 해소하는 절차등을 정한 것이 바로 제 107조 제1, 2항이다.

또한 헌법 제10조, 제37조는 기본권은, 특히 自由權的 基本權은 국가권력의 모든 현상형식들을 구속한다는 것을 시사하고 있다. 이에 법원이 포함된다는데 이론의 여지가 있을 수 없다. 따라서 각 법원이 기본권의 구속을 받는 한 재판의 대상이 된 처분의 헌법위반의 문제, 특히 기본권침해의 문제를 심사할 권한과 의무가 있음을 알 수 있다.²⁶⁾ 즉 법원은 자신이 적극적으로 재판작용을 통하여 소송관계자들의 기본권을 침해하지 말아야 할 뿐만 아니라, 사건이 내포하고 있는 기본권적 의미를 간과함으로써 소극적으로 기본권을 침해하지 말아야 한다. 즉 법원은 裁判의 對象(Angriffsgegenstand)의 基本權侵害的 性格을 간과하지 말아야 할 의무가 있다. 물론 행정의 法律留保의 原則, 행정의 合法律性의 原則, 각종 행정관계법령들이 기본권을 具現(Ausgestaltung) 내지 개인의 基本權領域들 相互間을 정서하고 있다는 사실 때문에 법원도 그 재판활동에 있어서 기본권 내지 헌법보다는 일반 법령에 일차적인 구속을 받는다. 그러나 이러한 법령에의 구속은, 헌법 제107조의 의미를 분석할 때도 지적한 바 있지만, 絕對的 拘束이 아니라 합헌성을 전제로 한 相對的 拘束을 의미한다. 나아가 후술하는 바와 같이, 基本權의 放射效로 인하여 법령의 해석·적용에 있어서 다시 기본권의 의미를 존중하고 또 반영하여야 하기 때문에 법령의 裁判規範으로의 確定力은 부분적으로 流動化될 수밖에 없다. 따라서 기본권이 구체적인 재판에 미치는 영향을 과소평가할 수 없다.²⁷⁾

26) Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, S. 1430 f.; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, in: Weg zum Rechtsstaat, Athenäum 1979, S. 180; Rübner, Handbuch des Staatsrechts V, §117 Rn. 30 f.; Schlaich, Bunderverfassungsgericht, 3. Aufl., Rn. 18 ff. 참조.

이처럼 헌법의 규정들은 법원이 기본권을 비롯한 헌법에 구속됨과 아울러 개별처분이 법령을 침해하고 있는지 여부뿐만 아니라, 기본권을 비롯한 헌법에 위반되는 여부를 심사할 권한과 의무가 있음을 보여 주고 있다. 즉 적어도 행정처분에 관한 한 헌법소원은 행정소송에 의한 권리구제에 추가된 重疊的인 基本權 保護手段에 불과한 것이다.

헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 기초를 두고 있는 憲法訴願의 補充性原則 역시 그 내재적 본질상 법원 등이 법률 차원의 권리뿐만 아니라, 기본권에 대한 공권력의 침해를 구제할 수 있음을 전제로 하는 것이다. 다른 관점에서 보면 이 원칙은 행정처분에 의한 기본권침해를 제거하기 위하여 반드시 그에 대한 헌법소원이 인정되어야 하는 것은 아니라는 것을 의미하는 것이다.²⁸⁾

(2) 基本權의 放射效

27) 물론 재판헌법소원이 없는 상태에서 기본권이 구체적인 재판과정에서 존중되고 관찰되도록 담보할 수 없다는 것은 인정해야 한다. 그러나 현행 憲法裁判制度의 活性化는 이미 상당한 정도 헌법이 살아 움직이도록 만들고 있고, 일선 법원의 법관들에게도 점차 헌법에 대한 문체의식이 강해지고 있기 때문에 앞으로 법원의 재판에서도 기본권은 과거에 있어서 보다 강력한 規範力을 발휘할 수 있게 되리라 생각한다.

28) 이러한 관점에서 볼 때 처분의 위헌·위법성 통제에 있어서도 법률적용을 위한 기초로서 事實關係의 認定과 評價 및 法律의 解釋과 適用은 법원의 원칙적인 專屬의 權限인데 비하여, 憲法問題는 헌법재판소의 본래의 심판사항이기 때문에 원처분의 소원대상성을 긍정해야 한다는 주장의 법논리적 문제점이 드러난다. 이는 독일연방헌법재판소가 본래 判決憲法訴願節次에서 판결에 대한 審査範圍를 한정하기 위하여 제시한 기준을 원처분의 소원대상성을 뒷받침하기 위한 논거로 끌어들이는 것이다. 즉 처분의 소원대상성이 인정되었을 때, 헌법재판소의 처분에 대한 심사범위를 한정하기 위해서 필요한 논거가, 역으로 처분이 소원대상이 됨을 증명하기 위하여 사용되고 있다. 다시 말해 이 논거는 隱蔽된 法政策的 主張에 불과한 것이며, 그 자체 實定法 解釋論이 아니다.

그 논거 자체만을 분석하여 보더라도 그것은 헌법재판소가 법원의 전속적 권한인 사실확정·평가, 법률의 해석·적용의 문제에 개입할 수는 없다는 것을 의미하는 것이지, 헌법재판소만이 기본권구제의 기능을 수행한다거나 법원이 그 재판활동에서 기본권관철의 권한과 의무를 지지 않는다는 것을 말하는 것은 아니다.

나아가 행정활동의 분야에서, 특히 행정처분이 문제되는 경우에는 법원이 기본권침해에 대한 구제의 의무를 지고 있을 뿐만 아니라, 法律問題와 憲法問題를 구분하기가 용이하지 않다는 점을 지적하여야 한다.

먼저 “行政法은 具體화된 憲法”²⁹⁾이라는 말이나, “行政裁判은 작은 憲法裁判이다”³⁰⁾라는 말은 얼마나 행정재판자체가 기본권의 구체·실현을 위한 활동이라는 것인지를 웅변하여 주는 것이다.

또한 현대적 기본권이론의 대세는 기본권규범에서 전통적인防禦權만이 아니라, 공동체의 客觀的 價値가 구현되어 있음을 확인하면서 소위 基本權의 兩面性을 인정하고 있다³¹⁾. 그리하여 기본권의 客觀的 側面으로부터 개별 법령의 해석·적용에 있어서 기본권규정에 담긴 객관적 가치로서의 기본권의 의미를 실현하고 존중하여야 한다는 소위 基本權의 放射效(Ausstrahlungswirkung der Grundrechte)를 도출하고 있다. 이에 의하면 법적용기관이 구체적 사건에 대한 법령의 해석·적용의 지침으로서의 基本權의 意味를

29) F. Werner, DVBL. 1959, S. 527 ff.

30) Seibert, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, (Hrsg.) Umbach/Clemens, S. 53. 그 밖에도 Gerontas, DÖV 1982, S. 444; Pestalozza, NJW 1978, S. 1783.

31) 독일에서는 기본권의 객관적 측면은 “實在의 自由”의 실현을 위한 도구로 다양한 기본권의 차원들이 흘러나오는 원천이 되고 있다. 기본권규범으로 표현된 客觀的 價値는 基本權의 放射效 이외에도 기본권의 保護義務, 절차 및 조직의 형성지침, 국가의 給付義務를 근거지우기 위하여 원용되고 있다. 한편 이러한 기본권의 차원들은 단순히 국가에게 客觀的 義務를 부과하는데 그치지 않고, 상당한 범위에서 국가의 객관적인 기본권적인 의무에 상응하는 개인의 主權의 請求權을 인정하는 근거로서 작용하고 있다(이에 관하여 자세한 것은 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 18. Aufl., Rn. 279 ff.; Alexy, Grundrecht als subjektive Rechte und als objektive Prinzipien, Der Staat 29 (1990), S. 49 ff.; E. W. Böckenförde, Grundrechte als Grundrechtsnormen, Der Staat 23 (1990), S. 1 ff.; H. D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 110 (1985), S. 363 ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, 1988, S. 890 ff.

看過하였다거나, 誤認하였다거나 충돌하는 法益들간의 衡量에 있어서 기본권의 비중을 잘못 測量하고 법령을 해석, 적용하였을 경우에는 그 해석·적용은 위법하다는 것이다. 이처럼 기본권이 입법자를 구속할 뿐만 아니라, 이미 기본권에 적합하게 제정된 법령의 해석·적용의 지침으로 재차 작용한다는 것은 행정처분을 발함에 있어서 행정청이 기본권의 의미를 존중해야 한다는 것을 의미하고 법원은 행정재판에 있어서 그러한 행정처분으로 인한 기본권침해를 제거해야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.

(3) 엘페스判決의 論理(Logik des Elfes-Urteils)

오늘날 독일의 학계와 실무계에서 널리 지지를 얻고 있는 엘페스 판결³²⁾의 논리에 따르면 국가 공권력은 오로지 “合憲의인 措置”에 의하여서만 기본권을 제약할 수 있다. 이 때 공권력의 기본권 제한 조치가 합헌성을 띠려면 해당조치가 實體的인 基本權 規定뿐만이 아니라 해당 기본권과 테마적으로 관련성 있는 權限規定을 포함한 形式的, 組織的 規定, 또는 客觀的인 憲法原則(예를 들면 法治國家原理), 다시 말해 객관적인 헌법규정에도 합치해야 한다는 것이다. 이 판결의 논리는 결국 公權力措置의 基本權 適合性審査를 매우 엄격한 기준에 따라 한다는 것이다.

그런데 그 논리를 일관성있게 관철하면 공권력에 의한 모든 法律 抵觸은, 따라서 행정청이나 법원에 의한 법률위반은 - 그것이 테마상 기본권과 관련성이 있는 한 - 기본권침해를 동시에 포함하게 된

32) BVerfGE 6, 32 [LS 3]. 이에 관하여 자세한 것은 Erichsen, in: HbSR(hrgg. von Isensee/Kirchhof) VI, 1989, §152 Rn. 44; Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 100(1976), S. 95 ff.; Schwabe, Mißdeutungen um das Elfes-Urteil, DÖV 1973, S. 625 ff.

다. 왜냐하면 법령에 저촉되는 조치는 그것이 행정처분이든 판결이든 법률적인 기초가 없는 것이며, 따라서 법치국가원리에 반하여 해당 기본권을 침해하기 때문이다³³⁾. 이 엘페스판결의 논리는 행정소송 및 헌법소송에 있어서도 매우 중요한 의미를 띤다. 즉 客觀的 法規定에의 저촉도, 해당 법규범이 主權的 公權을 보호하는 데 의미를 갖고 있는 한, 그 권리를 請求權的인 基礎로 하여 행정소송이나 헌법소원의 적법한 대상으로 삼을 수 있다는 것이다. 처음에 基本法 제2조 제1항으로부터 도출된 一般的 活動의 自由權과 관련하여 개발된 이 논리는 이제 기본법상의 모든 기본권에 확대적용되고 있다.

아직 엘페스판결의 논리는 우리에게는 잘 알려져 있지는 않다. 그러나 이 논리는 행정소송에 있어서 原告適格(Klagebefugnis)³⁴⁾, 헌법소원절차에 있어서의 請求人適格(Beschwerdebefugnis)³⁵⁾ 등에 용해되어 독일이론을 수입하고 있는 우리 공법학계에 알게 모르게 침투하고 있다고 보여진다. 뿐만 아니라 헌법 제10조에 보장된 幸福追求權을 우리의 학계나 실무계가 독일의 일반적 행동의 자유와 같은 包括的인 基本權으로 해석하고 있는 것도 엘페스판결의 논리가 우리 기본권이론에 침투하기에 용이한 조건을 제공하고 있다.

33) 이로 인하여 그 효과면에서 보면 엘페스판결의 논리는 法治國家原理의 主觀的 權利化의 現象을 동반하게 된다고 주장하는 학자들도 있다. 이에 관하여 Walter Schmidt, Die Freiheit vor dem Gesetz zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 91(1966). S. 42 ff. 참조.

34) 이에 관하여는 N. Achterberg, Die Klagebefugnis - eine entbehrliche Sachurteils-voraussetzung? DVBl. 1981, S. 278 ff. 참조.

35) 예를 들면 엘페스논리는 소원적격(Beschwerdebefugnis)에 다음과 같이 응용된다 : 「국민에게 부담을 주는 법규정의 수규자는 訴願適格의 요건을 충족한다. 왜냐하면 동규정은 적어도 - 다른 기본권의 보호영역을 제약하고 있지 않는 한 - 수규자의 행복추구권을 제약하고 있기 때문이다. 동규정이 합헌성을 띠는지 여부는 이유의 문제이지 적법성판단의 문제는 아니다.」 그러므로 수규자는 소원적격과 관련하여 자신이 다루고 있는 법규정의 수규자임을 주장하면 된다.

왜냐하면 위법한 공권력의 행사는 적어도(보충적으로) 개인의 행복추구권을 침해하는 것이 되기 때문이다.

그러므로 엘페스판결의 논리가 갖는 의미는 첫째, 행복추구권과 관련하여 볼 때는 基本權의 保護領域을 포괄적으로 확대한다는 의미를 갖고, 둘째, 기본권을 비롯한 주관적 공권을 다각적으로 叡敏하게 만들어(Sensibilisierung der Grundrechte) 그것들을 좀더 강력하게 보호하는 기능을 수행하며, 셋째, 주관적 권리를 내포한 규정 뿐만 아니라, - 주관적 권리의 보호와 관련이 있는 - 객관적 법규정도 권리침해를 판단하는 審査基準이 되어 기본권이 그 만큼 행정사건에 관한 법원의 재판활동에 대해서도 중대한 의미를 띠는 것을 의미하게 되며, 넷째, 궁극적으로는 법령에 반하는 모든 개별처분이나 판결은 항상 기본권을 침해하기 때문에, 그 논리는 헌법문제와 법률문제를 명확히 확정하는 문제가 지난하다는 것을 의미하는 것이다.

독일에서도 비록 “특별히 헌법을(spezifisches Verfassungsrecht) 침해한 경우에” 한하여³⁶⁾ 연방헌법재판소는 판결헌법소원을 인용할 수 있다는 공식과 “연방헌법재판소는 超上告審이 아니다(keine Superrevision)”³⁷⁾라는 논리로서 연방헌법재판소의 권한을 한정하려고 있지만, 바로 진술한 基本權의 放射效의 문제와 바로 이 엘페스판결의 논리 때문에 判決憲法訴願에 있어서 연방헌법재판소와 법원 간의 權限分配의 문제가 용이하게 풀리지 아니하는 난문이 되고 있음을 지적하고 싶다.

36) 무척 많은 문헌들이 이 문제를 다루고 있다. 이 문제와 광범위한 문헌고증에 관하여 무엇보다도 E. Schumann, Verfassungs - und Menschenrechtsbeschwerde, 1963; R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. 1988, Rn. 471 ff.

37) BVerfGE 7, 198 (207); 22, 166 (175); 53, 30 (53). 그 개념은 원래 Röhl, Zwischenbilanz der Verfassungsbeschwerde, JZ 105 (106)으로부터 유래한다.

나. 比較法的 考察

다른 나라의 기본권구제제도, 특히 헌법소원제도를 비교법적으로 살펴보다라도 원처분을 반드시 헌법소원의 대상으로 삼아야 한다는 논리는 타당성이 없음을 알 수 있다.

미국과 같이 헌법의 전문법원인 헌법재판소가 별도로 존재하지 않는 나라에서도 헌법규범을 척도로 (헌)법적 분쟁을 해결하는 실질적인 의미에서의 헌법재판은 행하여 지고 있을 뿐만 아니라, 헌법소원제도가 없음에도 불구하고 이들 국가의 기본권보장의 수준이 결코 서독이나 오스트리아 등 헌법소원제도를 갖고 있는 나라에 비하여 열악하지 않다.

모든 공권력작용을 망라적으로 소원대상으로 인정하고 있는 독일에서도 연방헌법재판소법 제정과정에서 包括的인 憲法訴願制度의 도입을 두고 격론이 벌어졌다. 그 주된 원인은 법원에 의한 포괄적인 권리보호제도가 이미 마련되어 있는데(기본법 제19조 제4항), 굳이 헌법소원제도를 추가적으로 도입하는 것은 옥상옥이 아니냐 하는 것이었다.³⁸⁾ 그러나 특기할만한 것은 그러한 와중에서도 法規憲法訴願의 도입에 대해서는 법규에 의한 기본권침해에 대한 구제에 부분적으로 흠결이 있었기 때문에 상대적으로 반발이 적었다는 점이다.³⁹⁾

오스트리아의 경우 판결에 대한 헌법소원은 인정하지 않지만, 행정처분에 대한 헌법소원의 가능성을 헌법이 명문으로 인정하고 있

38) 이에 관하여 자세한 것은 Tae-Ho Chung, 전게서, 33쪽 이하, 특히 주 41참조.

39) 이런 점에서 오늘날에도 R. Zuck, 전게서, Rn. 263 f.; ders., DVBl. 1979, S. 388; ders., MDR 1984, S. 801이 판결헌법소원만의 폐지를 입법정책적으로 주장하는 것은 이해가 간다.

다.⁴⁰⁾ 그 결과 오스트리아 연방헌법재판소는 소위 “特別行政法院”으로서의 역할을 수행하고 있다. 소원의 대상은 行政廳의 處分(Bescheid)과 소위 절차를 거칠 필요가 없는 행정행위인 私인에 대한 行政廳의 直接的인 命令權 및 強制權의 行使이다. 오스트리아 학계의 지배적인 견해에 의하면 처분은 高權의이며, 形式的인 個別的인 行政行爲(individueller, hoheitlicher, formeller Hoheitsakt)⁴¹⁾라고 한다. 우리의 흥미를 끄는 것은 경우에 따라서는 헌법재판소에 대한 소원과과는 별도로 청구인은 행정법원에 소를 제기하거나 헌법재판소는 청구인의 신청이 있는 경우에는 일정한 요건하에 행정법원에 사건을 移送할 수 있다(오스트리아 연방헌법 제144조 제3항)⁴²⁾는 점이다. 헌법소원과 행정법원에의 소송에서 각각 상이한 기준들(헌법적으로 보장된 권리 - 법률차원의 주관적 공권)의 침해가 검토되기 때문에, 물론 표면상 소송물은 동일하지는 않다. 오늘날 그러나 헌법상의 권리침해의 문제와 법률상의 권리침해의 문제가 구분하기 어렵다는 점, 헌법재판소의 지나친 부담 등을 들어 이 유형의

40) 오스트리아 헌법 제144조 제1항은 “소원청구인이 행정청의 처분에 의해서 헌법에 보장된 권리를 침해당했다고 주장하는 경우 또는 위법적인 명령 또는 위헌적인 법률 또는 위법적인 조약에 기한 행정처분에 의해서 자신의 권리를 침해당했음을 주장하는 경우에 행정청의 처분에 대한 소원에 대하여 심판한다. 동재판소는 동일한 요건하에 특정 사인에 대한 행정청의 직접적인 명령권 및 강제권의 행사에 대한 소원에 대하여서도 심판한다. 소원은 그러한 처분의 경우에는 (행정내부적인) 이의절차(Instanzenzug)를 경료한 경우에 제기 될 수 있다.”고 하여 국민이 행정청의 처분이나 절차를 거칠 필요가 없는 행정행위(verfahrensfreie Verwaltungsakte)에 대하여 직접 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있음을 명시하고 있다.

41) Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Aufl. 1992, Rn. 1023.

42) 제133조에 따라 행정법원의 관할로부터 배제된 사건이 아닌 경우에는 헌법재판소가 소원의 대상인 행정청의 처분에 의해서 또는 행정청의 직접적인 명령권과 강제권의 행사에 의해서 제1항의 의미에서의 권리가 침해되지 않았다고 보는 때에는 헌법재판소는 소원청구인의 신청이 있으면 청구인이 처분이나 행정청의 직접적인 명령권과 강제권의 행사에 의해서 여타의 권리를 침해당했는지 여부의 결정을 위하여 소원을 행정법원에 이송하여야 한다. 제2항의 기각결정에도 이를 준용한다.

헌법소원제도를 폐지하고 이 권한을 행정법원에 이양해야 한다는 소리가 나오고 있는 실정이다.

스위스의 헌법소원 역시 그 심판대상이 포괄성을 띠지 않는다는 점에 유의하여야 한다. 물론 헌법소원심판권은 스위스의 헌법재판의 가장 중대한 요소이다.⁴³⁾ 그러나 법률(1943년의 연방사법조직에 관한 법률)의 규정(제84조 제1항)에 의하여 헌법소원의 대상은 주, 즉 칸톤(Kanton)의 高權行爲에 국한되어 있다. 주의 입법행위가 심판의 대상이 되는 경우에 헌법소원은 抽象的 規範統制나 - 법적용행위에 이어서 소원이 제기되는 경우에는 - 具體的 規範統制에로 이행할 수 있게 된다. 적법한 소원대상은 주의 기관이 주법 또는 연방법의 적용과정에서 발하는 法令(Erlaß) 또는 處分(Verfügung)이다. 地方自治團體인 게마인테의 행위는 주의 행위로 본다. 국제기관의 행위에 관해서는 판례가 갈리고 있다.⁴⁴⁾ 법령 또는 처분이라는 용어는 입법행위와 법적용행위를 포함하는 개념으로, 법률, 명령, 행정행위, 법원판결, - 국민에게 직접적인 구속력을 갖는 - 空間計劃들이 모두 그에 포함된다.⁴⁵⁾ 이처럼 스위스의 헌법소원의 대상은 주의 고권행위에 국한되어 있고 연방의 고권행위를 대상으로 하고 있지 않기 때문에 주관적 권리구제의 기능을 넘어서 사실상 聯邦國家原理의 관점에서 주의 고권적 행위를 통제하는 기능을 하고 있는 것이다.

다. 中間結論

43) Giacometti/Fleiner, Schweizerisches Bundestaatsrecht, 1978, S. 881.

44) 부인한 판례 in: ZBI 76 (1975) S. 475 f.; 반면 긍정적인 판례 BGE 105 Ia 349, 351 ff.

45) 이에 관해서는 주로 Walter Haller, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: (Hrsg.) Starck/Weber, Verfassungsgericht in Westeuropa, S. 180 (201 ff.)를 참조하였음.

이상의 설명으로부터 법원도 헌법재판소와 마찬가지로 광범위하게 기본권보호의 역할을 수행하고 또 그래야 할 헌법적 의무가 존재함이 밝혀졌다. 이러한 관점에서 일부 학자들은⁴⁶⁾ 일반 법원과 헌법재판소 사이에는 기본권보호에 관한 공통적 과제를 지고 있음을 “과제의 일치(Aufgabenparalleltät)”라는 함축적인 말로 표현하고 있다.

나아가 기본권론의 성과에 비추어 보더라도 헌법심과 법률심의 구분을 근거로 원처분에 대한 헌법소원의 필요성을 강조하는 견해는 헌법문제 내지 기본권문제와 법률문제의 구분의 문제를 너무 안이하게 생각하고 있다는 것을 알 수 있다. 원처분의 소원대상성을 인정하는 경우에는 헌법재판소는 행정법분야에 있어서는 사실상 대법원 위의 超上告審으로 변질될 가능성이 매우 높다. 행정소송에서 패소한 국민은 헌법재판소를 사실상 대법원 위의 초상고심으로 활용하게 되리라는 것은 명약관화하고, 헌법재판소는 자신의 심사기준을 엄격히 헌법에 국한시켜 憲法審 본연의 역할에 충실하려고 노력할 것이지만 이를 일관성있게 유지하는 것은 지난한 일이 될 것이다. 물론 이것이 원처분의 소원대상성을 부인할 수 있는 논거는 될 수 없다고 하더라도 헌법정책적 고려의 대상이 될 수는 있다고 생각한다.

그러므로 현행 헌법이 헌법문제와 법률문제를 엄별할 필요 없이 양 영역을 자유롭게 넘나들면서 행정의 합법성을 통제할 수 있도록 대법원에게 처분의 위법성에 대한 최종적인 심사권을 부여하여 소

46) B. O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 316; F. Krauß, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das BVerfG, 1987, S. 9; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 1991, Rn. 128.

원의 대상영역을 현저히 축소한 것은 비록 최선의 선택은 아닐지라도 근본적으로 그릇된 헌법정책적 결정은 아니라고 본다.⁴⁷⁾

그리고 위에서 살펴본 바와 같이 적어도 법원에 그 재판관할권이 인정되고 있는 행정사건에 관해서는 법원 역시 실질적으로는 기본권구제의 기능을 수행하는 것이므로 원처분에 대한 헌법소원의 가능성을 부인할 경우에는 행정처분으로 인한 基本權侵害에 대한 救濟에 현행 법제하에서 空白이 발생한다든가 死角地帶가 존재하게 된다는 주장은⁴⁸⁾ 현행 헌법질서하에서의 權利救濟體系를 잘못 파악한 데서 비롯된 것이다.

요컨대 憲法國家의 理念을, 따라서 기본권을 제도적으로 어떻게 구현 내지 관철할 것인가, 이를 위하여 헌법소원제도를 설정해야 하는가, 그리고 설정한다면 헌법소원의 대상을 어떻게 정할 것인가는 憲法政策的 내지 基本權政策的인 문제이지 헌법국가의 이념으로부터 당연히 그 해답이 내려지는 것이 아님을 새삼 확인하게 된다. 따라서 헌법국가의 이념 등을 독립적으로 처분소원의 가능성을 주장하기 위한 논거로 삼는 것은 타당성이 없는 것이다.⁴⁹⁾

5. 憲法裁判所法 次元의 問題

이미 헌법적 차원에서 처분이 헌법소원의 대상이 될 수 없음을 확인한 이상 지금부터의 논의는 단순히 보론 내지 부가적인 논의에 불과하다. 왜냐하면 입법자는 자신에게 맡겨진 憲法訴願制度의 형

47) 法治國家的 嚴密性에는 法的 紛爭의 迅速한 終結이라는 관점에서 일정한 한계가 그어진다고 본다. 그렇지 않은 경우에는 그 이상을 실현하기 위해서는 無限한 審級을 설정해야 하기 때문이다. 헌법재판소의 오관으로 인한 기본권침해는 누가 감시하고 제거할 것인가.

48) 신봉기, 전계논문, 96 - 97면.

49) 그러나 신봉기, 전계논문, 83 - 84면.

성위임을 헌법의 테두리 안에서 이행하여야 하기 때문이다. 그렇지만 현행 헌법재판소법도 處分訴願의 適法性을 둘러싼 논쟁의 토대가 되고 있으므로 법률적 차원의 제반 논거들의 타당성을 정리할 필요는 있다고 본다. 이하에서는 찬반 논거들의 타당성을 차례로 살펴보기로 한다.

가. 憲法裁判所法 제68조 제1항

원처분 소원대상성을 부인하는 설이 법률적 차원에서 원용하는 법적 논거의 대표적인 것이 헌법재판소법 제68조 제1항의 “재판을 제외하고는”이라는 법문과 동조항의 단서에 근거를 두고 있는 “헌법소원의 보충성”이다.

(1) 헌법소원의 구체적 規律을 위임받은 입법자는 제68조 제1항에서 본래의 의미의 헌법소원의 대상영역을 확정함에 있어서 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”라는 표현을 사용함으로써 일단 소원대상이 포괄적이라는 인상을 자아내고 있다. 왜냐하면 공권력이라는 개념에는 입법권, 집행권, 사법권 모두가 포함되기 때문이다. 그러나 같은 문장에 “재판을 제외하고는”이라는 중대한 예외를 예정함으로써 그러한 기대는 곧바로 허물어지게 된다.

“재판을 제외하고는”이라는 예외규정은 동조항 단서의 보충성 원칙과 결합됨으로써 법원에 관할권이 있는 행정사건을 소원대상으로부터 제외시키고 있다고 해석된다. 동조항을 그렇게 해석하지 않고 원처분의 소원대상성을 인정하는 경우에는 헌법재판소가 간접적으로 재판작용을 심사하는 결과를 초래하고 사실상 동규정의 취지는 행정재판에 있어서는 무색하여지기 때문이다.⁵⁰⁾ 즉 그렇게 된다면

동 예외규정은 법원 스스로가 재판을 통하여 적극적으로 소송관계자들의 기본권을 침해하는 경우에만 그 실제적 의미를 발휘하게 될 것이다.

(2) 법무부가 주관한 憲法裁判所法制定作業의 과정에서 판결을 헌법소원대상에 포함시키는 것에 대한 법원측의 격렬한 저항의 산물이 바로 “재판을 제외하고는”이라는 예외의 설정이다.⁵¹⁾ 따라서 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원을 통하여 그 위헌성을 심사함으로써 간접적으로 원처분에 법적 하자가 없음을 인정한 법원의 판결을 심사할 수 있다고 해석하는 것은 동규정의 본래의 취지에 반하는 것이다. 다수의 학자들이 그러한 예외의 설정에 비판적인 견해를 취했던 이유 중의 하나도 소원대상에서 재판작용의 제외가 보충성원칙과 상승작용을 일으켜 법원의 재판 관할권하에 있는 행정 사건이 소원대상에서 제외된다는 해석 때문이다.

(3) 헌법재판소법 제정과정에서 입법자가 헌법 제107조 제2항의 규정에도 불구하고 헌법재판소법 제68조 제1항의 소원대상에 행정처분도 포함되는 것으로 보았을 수도 있다. 그러나 입법자는 헌법에 그어진 테두리 안에서 행동하여야 하기 때문에 설혹 그러한 입법이 행하여졌다 하더라도 그것은 헌법 제107조 제2항에 반하는 위헌적인 법률이라고 보아야 할 것이다.

헌법개정자가 헌법소원을 도입함으로써 헌법 제107조 제2항의 최종적이라는 말을 사실상 死文化시켰다고 볼 수 있고, 따라서 그러한 법률이 합헌이라고 보는 해석은 헌법이 헌법소원의 심판대상에 행정처분을 포함시켰거나 헌법소원제도가 본질상 필연적으로 행정처분을 그 심판대상으로 삼아야 하는 경우에만 가능하다. 그러나

50) 동지 : 정연주, 재판에 대한 헌법소원, 고시계 1992. 6, 186면.

51) 법무자료 제95집, 헌법재판제도, 101면 참조.

이러한 전제가 한편으로는 존재하지 않으며, 다른 한편으로는 위에서 살펴본 바와 같이 부당함은 재론을 요하지 않는다.

(4) 헌법재판소법의 보충성원칙은 複數의 權利救濟手段이 있는 경우에 있어서 이들의 活用的 先後를 정한 소위 “相對的 補充性”의 原則⁵²⁾을 의미한다. 여타의 권리구제절차를 경료한 경우에 원처분과 함께 그 절차를 관할하는 기관의 결정도 함께 후속 권리구제절차의 심판대상이 되는 것이 보통이지만, 필연적인 것은 아니다. 헌법재판소법에서도 그 유례를 찾아볼 수 있는 바, 동법 제68조 제2항의 소위 違憲訴願에 있어서 審判對象은 당해 소송절차의 당사자의 위헌소원의 심판청구이지 당사자의 위헌제청신청에 대한 당해 법원의 기각결정이 아니라는 것이 현재 국내 학계의 다수설이며, 실무상으로도 그렇게 처리하고 있다.⁵³⁾

여기서 헌법소원의 보충성원칙이 수행하는 기능⁵⁴⁾이 무엇인가를 살펴볼 필요가 있다. 일차적으로 보충성원칙의 기능은 일반법원도 기본권구제의 기능을 수행한다고 하는 기본전제 하에서 일반법원으로 하여금 먼저 그 과제를 수행토록 함으로써 헌법재판소가 직접 많은 사건들을 헌법소원의 형태로 떠맡게 되어 과중한 업무부담을 지게 되는 것을 방지함으로써 헌법재판소가 본연의 임무인 헌법수호자로서의 역할에 충실하도록 하는 데 있다고 평가되고 있다.⁵⁵⁾

52) 헌법소원의 상대적 보충성과 절대적 보충성의 개념에 관해서는 Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, 1933, S. 116 ff.; Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 889 f.; M. Imboden, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 521; E. Schumann, Verfassungsund Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 26 ff., 45 f.

53) 이에 관하여 자세한 것은 정중섭, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 대한 검토, in: 헌법재판의 이론과 실제, 헌법재판자료 제3집, 1990, 304쪽 이하. 헌법재판소 결정례로는 1991. 2. 11. 선고, 90헌바17 ; 1992. 4. 28. 선고, 90헌바27 결정 등 다수.

54) 이에 관해서는 Tae-Ho Chung, 전게서, S.148 ff. 참조.

55) BVerfGE 51, 130 (139); 69, 122 (126); 이는 독일 연방헌법재판소의 확립된 판례이다.

이 필요성은 전술한 바 있는 행정법이 구체화된 헌법으로서의 특성을 갖고 있다든가, “법령의 해석·적용에 미치는 기본권의 방사효”에 비추어 볼 때, 많은 공법적인 사건들이 궁극적으로는 헌법적인 문제로서의 성격을 띠고 있기 때문에 憲法訴願의 補充性原則에 의한 事件의 濾過가 없다면 헌법재판소는 폭증하는 사건으로 기능어마비될 우려까지 있다는 사실로부터 나온다.

그러나 무엇보다도 보충성원칙의 “본래의 기능”은 헌법소원을 일반 권리구제체계와 결합함으로써 법원, 특히 행정사건을 관장하는 법원의 권한을 유지·확보하여 주는 기능을 한다.⁵⁶⁾ 만일 보충성원칙이 존재하지 않는다면, 일반법원, 특히 행정법원의 권한은 헌법소원으로 상당한 부분 空洞化할 우려가 있다. 이처럼 보충성의 원칙은 節次法的인 規範인 동시에 權限法的 規範으로서의 성격을 보유하고 있는 것이다.⁵⁷⁾

이처럼 법원과 헌법재판소 간의 權限分配의 秩序를 유지·확보하여 주는 기능을 수행하는 보충성원칙 “자체는” 여타 권리구제절차

56) 이에 관하여 상세한 것은 Tae-Ho Chun, 전게서, 175 ff. 참조. 그밖에도 J. Leibold, Die Eingliederung der Verfassungsbeschwerde in die rechtsprechende Gewalt und die Erschöpfung des Rechtsweges, Diss. Heidelberg, 1972, S. 32 ff.; Arndt, JZ 1965, S. 807 f.; M. Bender, AöR 112 (1987), S. 173 f.; ders., Die Befugnis des BVerfG zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, 1991, S. 168.

57) 독일의 경우 판결헌법소원이 인정되기 때문에 여타 권리구제절차의 사전경료가 갖는 의미는 헌법재판소의 업무부담을 量的인 면에서 뿐만 아니라, 質的인 면에서도 덜어준다는 데도 있다고 평가되고 있다. 즉 법원들이 당해 사건과 관련하여 이미 事實調査 및 證據資料의 評價, 관련 법률의 구체적 사건에의 해석·적용은 물론 처분의 위법성 여하에 관하여 심도있고 전문적인 검토를 하였기 때문에 헌법재판소는 - 물론 동재판소의 소송물이 일반법원의 그것과는 차이가 있으며 법원의 증거조사, 사실판단, 법적 판단과는 독립적으로 헌법재판소가 이를 다시 해야하는 것이 원칙이지만 - 이미 상당히 다듬어진 審判資料를 기초로 하여 심판활동을 할 수 있으며, 그럼으로써 헌법재판활동이 사건의 구체적인 역사적, 현실적인 맥락으로부터 抽象化되어 高踏的인 論議를 기초로 이루어 지는 것을 방지하여 주는 기능을 한다는 것이다. 이에 관해서는 BVerfGE 68, 376 (380) ; vgl. BVerfGE 8, 222 (227); 9, 3 (7); 72, 39 (43); 79, 1 (2); 확립된 판례.

에서 이미 검토된 행정처분에 대한 헌법소원을 불가능하게 만드는 것은 아니라 할 것이다.

(5) 그러나 이 보충성의 원칙은 실제적으로 “재판을 제외하고는”이라는 소원대상의 예외를 정한 규정과 결부되어 법원의 관할하에 놓여 있는 공권력작용을 소원대상으로부터 제외시키는 ‘絕對的 補充性的 原則’으로 변질되고 있다.

나. 제68조 제2항의 違憲訴願

제68조 제2항의 헌법소원은 그 표현적인 명칭에도 불구하고 실제로는 제41조 이하에서 구체화되어 있는 위헌법률 심사제도의 아류로 실무상 운영되고 있으며, 학계의 다수설도 동제도의 성격을 그렇게 파악하고 있다. 이 유형의 헌법소원은 일명 違憲訴願으로 불리워 지고 있는바, 우리나라에 특유한 規範統制制度로 평가되고 있다.

동제도가 생성될 수 있었던 배경 중의 하나는 과거 법관들이 보여주었던 뿌리깊은 司法消極主義에 대한 불신이라고 할 수 있다. 유신체제 이후 제5공화국 시대가 막을 내릴 때까지 憲法裁判機關으로 憲法委員會가 설치, 운영되었으나 단 한차례의 憲法提請도 이루어지지 않았던 경험에 비추어 “jura novit curia(법률은 법원이 안다)”라는 소송법상 일반적으로 통용되는 法言에도 불구하고 당해 소송의 당사자들에게 당해 소송절차의 재판의 전제가 되는 법률의 위헌성을 직접 헌법재판소에서 다투게 할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다. 독일의 具體的 規範統制節次에서는 受訴法院의 법관이 당사자의 법률의 위헌성과 관련된 주장에 구속되지 않는다는 점에 비추어 보면, 제68조 제2항의 헌법소원제도가 갖는 각별한 의미가 드러

난다.

나아가 동조항이 재판작용을 소원대상에서 제외시킨 것에 대한 보상책으로 마련되었다는 지적도 있다. 즉 위헌소원은 법원의 판결이 위헌법률에 기초하여 내려지는 것에 대한 대책으로서의 성격을 갖는다는 것이다.

그러나 바로 그렇기 때문에 소위 위헌소원제도는, 그것이 비록 일종의 규범통제제도로 구현되었지만, 행정처분을 소원대상에서 제외시킨 것에 대한 보상으로서의 성격도 강하다고 해석된다. 그 제도는 행정처분의 기초가 되고 있는 법률의 위헌성을 행정소송의 당사자들이 직접 헌법재판소에서 다룰 수 있도록 함으로써, 기본권침해의 근원인 위헌법률과 아울러 그에 기한 행정처분을 동시에 제거하는 것을 가능하게 하기 때문이다. 헌법재판소법도 제75조 제6항에서 법률에 대한 제68조 제2항의 위헌소원이 인용된 경우에 법원의 확정판결에 대하여 再審을 청구할 수 있도록 함으로써, 행정소송절차의 대상이 되었던 원처분을 다시 다룰 수 있게 제도적 장치를 마련하고 있다. 따라서 위헌인 법률에 바탕을 두고 발해진 원처분을 處分憲法訴願으로 다투어야 할 필요성도 제68조 제2항의 헌법소원제도로 인하여 사실상 현저히 감소되고 있다.⁵⁸⁾

58) 그러나 신봉기, 전계논문, 97면 이하, 는 이점을 간과하고 있다. 만일 그와 같이 원처분에 대한 소원의 가능성을 인정하는 경우에는 무엇보다도 오스트리아 헌법재판소가 행정처분에 대한 헌법소원심판청구의 인용기준으로 개발한 관점이 참고가 되리라고 본다. 참고로 이를 소개하면 다음과 같다. 헌법상 보장된 권리와 여타의(법령적 차원에서 보장된) 공법상의 권리의 구분기준으로 오스트리아 헌법재판소는 다음과 같은 것을 제시하고 있다(이에 관해서는 Karl Korniek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: (Hrsg.) Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropaa, S. 172 참조).

- 행정행위가 법률적 기초없이 발해진 경우
- 행정행위가 위헌적인 법률에 기초하고 있는 경우
- 행정행위가 표면적으로만 법률에 기반을 두고 있는 것처럼 보일 뿐, 그러한 법률의 적용이 사실상 불가능한 경우
- 행정행위가 결과적으로 법률을 위헌으로 만들 수 있는 해석에 기초하고 있는 경우

다. 憲法裁判所의 決定의 羈束力과 法院決定의 既判力의 衝突의 問題

위에서도 이미 지적한 바 있지만 재판작용은 헌법소원의 대상에서 제외되어 있다. 그러므로 헌법소원의 청구가 법원판결에 既判力이 생기는 것을 방해하는 여부를 판단할 필요도 없다.⁵⁹⁾ 즉 현행 헌법재판소법하에서는 당연히 모든 법원의 판결에는 그것이 확정되는 경우에 판결 자체에 대한 헌법소원의 청구 - 이는 부적법한 소원청구이지만 - 에도 불구하고 판결의 대상인 공권력의 조치에 대한 헌법소원의 제기와는 무관하게 기판력이 발생한다. 행정재판의 경우에도 행정소송법에 명문의 규정은 없으나 법적 분쟁을 종식시킨다는 재판의 본래의 기능상 確定判決에 既判力(實質的 確定力)이 형성된다는 데 우리나라의 대다수의 학자들의 견해가 일치하고 있다.⁶⁰⁾

-
- 행정청이 자의적으로 행정행위를 발한 경우, 즉 행정행위가 예를 들면 결정의 전제가 되는 문제들에 대한 조사절차를 거치지 아니하고 발해진 경우처럼, 가중된 위법성을 띠는 경우
 - 행정청이 법률을 잘못 해석하여 적용된 (합헌적인) 법률에 평등원칙에 반하는 내용이 있는 것으로 생각하고 이에 기하여 행정행위를 발한 경우

이들 가운데 어느 하나도 존재하지 않는 경우에는 헌법상 보장된 권리의 침해는 존재하지 않는다고 보고 있다. 단순한 위법성의 통제는 행정법원의 관할사항이다.

59) 물론 헌법소원은 非常的 權利救濟制度(außerordentliches Rechtsmittel)인 동시에 헌법소원의 경우에는 법원의 소송절차에서와는 다른 소송물을 다루게 되기 때문에 법원판결의 기판력 형성을 막거나 행정처분 등의 집행을 정지시키는 효력을 발휘하지 못한다는 데 현재 독일의 학설은 일치하고 있다. 다만 예외적으로 假命令制度(einstweilige Anordnung)를 통하여 그로 인하여 발생할 수 있는 가혹한 경우를 규율하고 있다. 오스트리아에서 일정한 경우에는 행정심판관을 거치고 바로 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있기 때문에 독일과는 다른 규율을 하고 있다. 즉 헌법소원의 청구가 통상 停止效果를 갖지는 않지만(오스트리아 헌법재판소법 제85조 제1항), 예외적으로 불가결한 공익적 사유가 있는 경우나 소원청구인에게 현저한 불이익이 발생하는 경우에는 신청에 의하여 정지효과를 부여할 수 있다고 명시하고 있다(동 제2항).

그렇다면 행정처분의 취소소송에서 원고의 주장을 기각하는 내용의 확정판결이 내려진 경우에 원처분에 대한 헌법소원청구를 인용하는 헌법재판소의 결정이 내려지면 法院判決의 既判力과 憲法裁判所의 決定의 既判力⁶¹⁾ 및 羈束力이 상호 충돌하게 되는데, 현행 헌법재판소법에는 憲法裁判所의 認容決定이 法院의 確定棄却判決에 대한 再審事由가 되는가에 관한 明示的 規定이 존재하지 않는다. 헌법재판소법의 이같은 침묵을 입법자가 처분소원을 배제한 결과로 볼 것이냐에 관해서는 학설이 대립되고 있다.

원처분의 소원대상성을 인정하는 견해는 법원의 확정판결과 원처분에 대한 헌법소원심판청구를 인용한 결정의 충돌의 문제를 헌법재판소 認容決定의 羈束力에 優位를 부여함으로써 해결할 수 있다고 주장한다⁶²⁾⁶³⁾. 헌법상의 권리침해를 이유로 헌법소원의 청구를 통하여 헌법재판소에서 및 법률상의 권리침해를 이유로 행정소송의

60) 다만 신봉기, 전계논문, 90면은 이상규, 신행정법론(상), 1993, 888면, 의 이유제시 없는 유보적 표명을 근거로 행정재판의 기판력에 예외의 여지가 있을 수 있다고 주장하고 있다. 그러나 이는 행정재판에 기판력이 예외적으로 형성될 수 없는가의 문제라기 보다는 기판력의 효력범위에 헌법재판소도 포함되는가의 문제라고 본다. 신봉기, 전계논문, 91면은 이런 관점에서 타당성 있는 의문을 제기하고 있다고 본다.

61) 헌법재판소의 헌법소원에 대한 결정에도 명문의 규정은 없지만 재판의 본질상 形式的 確定力은 물론 既判力(實質的 確定力)이 생성된다고 보아야 한다. 헌법재판소법 제75조 제1항은 헌법재판소와 청구인 및 피청구인을 구속하는 기판력과는 별도로 헌법재판소결정의 구속법위를 모든 국가기관과 지방자치단체에까지 확장하고 있다. 기판력과 기속력 내지 구속력의 관계가 어떠한가 하는 어려운 문제가 발생하게 된다.

62) 이에 관하여 자세한 것은 신봉기, 전계논문, 90면 이하.

63) 그러나 처분소원이 가능하다고 본다면, 헌법재판소가 처분소원을 인용하는 경우에는 동결정에 부여되는 법원을 비롯한 모든 국가기관을 구속하는 제75조 제1항의 기속력에 기초하여 청구기간을 내용으로 하는 법원의 확정판결에 대한 재심사유가 발생한다고 보게 될 것이다. 행정소송법에 재심에 관한 명문의 규정은 없지만, 민사소송법을 포괄적으로 준용하는 동법 제8조 제2항에 의거 민사소송법상의 재심의 규정이 준용된다고 보아야 한다. 이론적으로 이러한 해결방식이 전혀 불가능한 것은 아니다. 그렇다면 원처분에 대한 헌법소원의 인용시에 발생하는 법원의 확정판결에 대한 재심의 문제에 관한 헌법재판소의 침묵 자체만으로는 원처분에 대한 헌법소원의 가능성을 부정할 수는 없다 하겠다.

제기를 통하여 행정법원에서 각각 행정처분을 다룰 수 있도록 제도화하고 있는 오스트리아의 경우에도 헌법재판소의 결정과 행정법원의 판결의 충돌의 문제가 발생할 수 있으나 오스트리아 헌법이나 헌법재판소법은 이에 관하여 침묵하고 있어서 이를 解釋論으로 풀고 있는 실정이다. 오스트리아에서는 행정법원의 판결의 기관력은 헌법재판소를 구속하지 않는다고 보는 설이 지배적이다.⁶⁴⁾

그러나 오스트리아의 예를 우리 헌법재판소법의 해석에 바로 적용할 수는 없다고 판단된다. 오스트리아의 경우에는 명문으로 일정한 행정처분에 대하여 행정법원을 거치지 않고 바로 헌법소원을 청구할 수 있도록 한 이상 헌법상의 권리가 아닌 법률차원의 권리만을 심사기준으로 하여 내려졌던 법원판결과의 충돌의 문제에 대한 입법자의 침묵을 해석을 통하여 보충해야 하고 또 보충할 수 있는 반면에, 우리 헌법이나 헌법재판소법에는 오히려 원처분을 헌법소원의 대상에서 제외하는 취지로 해석될 수 있는 규정들이 있다는 결정적인 차이가 있기 때문이다.⁶⁵⁾

결론으로는 현행법이 재판에 대한 헌법소원을 부인하고 있는 이상, 법원의 재판대상이었던 원처분도 헌법소원의 대상이 될 수 없으며 따라서 행정소송에서의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있는 여부의 문제에 관하여 입법자가 침묵하고 있는 것은 행정처분이 소원대상에서 제외되었다는 것을 기초로 한 消極的인 立法政策的 決定의 표출이지, 解釋을 통해 補充될 수 있는 法的 欠缺을 의

64) Groiss-Schantl-Welan, ÖJZ 1978, S. 57; Spanner, JB 1977, S. 21; Walter-Mayer, aaO, Rn. 1206.

65) 그밖에 오스트리아의 경우에는 헌법소원의 심사기준은 헌법상 보장된 개인의 권리와 행정법원에서의 심사기준은 법률상의 주관적 공권으로 각각 한정시키고 있는 반면에, 우리 나라의 경우에는 법원이 그 심사기준으로 법률은 물론 헌법도 적용할 수 있다는 중대한 차이도 있다.

미하지 않는다고 본다.⁶⁶⁾ 입법자가 헌법재판소의 인용결정에 기하여 재심을 청구할 수 있는 경우를 제75조 제7항 및 제8항에 명시한 것에 비추어 보더라도, 입법자가 처분소원을 인정하고자 했다면 처분에 대한 법원의 확정판결과 헌법재판소의 인용결정의 충돌로 야기되는 문제의 해소방안을 헌법재판소법에 명시했을 것으로 추정하는 것이 자연스럽다. 이러한 사정 역시 헌법재판소법의 침묵이立法上의不注意, 내지 無知로 인한 法的 欠缺의 結果라기 보다는 행정처분소원을 소극적으로 부인한 결과임을 뒷받침한다. 이러한 해석이 굳이 상술한 헌법적 차원의 고찰의 결과를 끌어들이지 않아도, 양 재판결과의 충돌문제에 대하여 헌법재판소법이 침묵하고 있는 것에 대한 올바른 평가라고 생각된다.

라. 憲法裁判所法 제75조 제3,4,5항

원처분의 소원대상성을 인정하는 견해는 헌법재판소법 제75조 제3항, 제4항, 제5항은 원처분에 대한 헌법소원을 인정하지 않으면, 그 의미를 현저하게 상실하는 것을 그 논거로 삼고 있다.⁶⁷⁾ 즉 이 견해는 입법자는 처분이 소원대상에 포함됨을 전제로 동조항들을 설정했다고 보고 있다.

이는 일면 타당성이 있는 지적이긴 하지만, 동조항들이 행정처분을 소원대상에서 제외하였음에도 불구하고 예컨대 감사의 불기소처분에 대한 헌법소원에서와 같이 여전히 제한된 범위에서나마 나름 대로의 의미를 발휘하고 있으므로 동조항들이 처분소원을 전제로

66) 법률의 흠결과 보충의 문제에 대하여는 C. W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1982 참조.

67) 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판자료 제3집, 1990, 65 - 66면.

하고 마련된 것이라는 주장은 별로 설득력이 없다.

마. 中間結論

헌법재판소법 차원에서든 처분소원의 가능성을 뒷받침해주는 근거들 보다는 그 가능성을 부인하는 논거들이 많이 발견되며, 또한 공·부의 논거들을 전체적으로 평가할 때도 부정설이 설득력이 있다고 본다.

6. 結 論

이상에서 살펴본 바와 같이 현행 權利救濟體系下에서는 행정처분에 대한 헌법소원은 유감스럽지만 가능하지 않다고 본다. 다만 기본권정책 내지 헌법정책론의 견지에서 보면 처분소원을 인정하는 것이 기본권을 두텁고 보다 실효성있게 보호하기 위하여 바람직하며, 따라서 독일과 같이 포괄적으로 모든 공권력의 조치에 대한 헌법소원이 가능하도록 헌법 및 헌법재판소법이 개정되어야 한다는 점을 부인할 수 없다.

그러나 처분소원이 허용되지 않는다고 하더라도, 현행 법제하에서도 행정처분으로 인한 기본권침해에 대한 구제에 사각지대가 발생하는 것은 아니라는 점을 강조하고 싶다. 법원도 비록 憲法專門의 法院은 아닐지라도 행정소송의 대상이 미치는 범위에서는 실질적으로 처분을 통한 기본권침해를 제거할 수 있기 때문이다.

끝으로 현행 헌법과 헌법재판소법의 解釋을 통하여 憲法政策的 내지 基本權政策的인 所望을 실현시키려는 노력도 높이 평가할만한

하지만, 현행 권리구제체계의 테두리 안에서 법원의 재판에서 기본권의 의미가 보다 존중되고 관철될 수 있도록 基本權論을 전개하는 한편, 대법원을 비롯한 법원의 판결을 기본권의 시각에서 비판적으로 검토하는 자세가 더욱 더 요청된다고 본다. 또 이것이 실정 헌법의 規範力을 제고시키고 관철하는 올바른 방향이라고 본다.

違憲提請型 憲法訴願

金 顯 哲

審判事務2課長

- 目 次 -

I. 序 論

II. 違憲論과 그 批判

1. 權力分立原則에 違背된다는 견해
2. 法院은 違憲提請申請을 棄却하여 排斥할 수 없다는 見解
3. 結論

III. 法的 性格 (本質論)

1. 違憲提請型 憲法訴願의 法的 性格
 - 가. 憲法訴願說
 - 나. 違憲法律審判說 (具體的 規範統制說)
 - 다. 憲法裁判所의 判例
 - 라. 結論
2. 法 제68조 제1항 憲法訴願과의 關係

IV. 請求要件

1. 違憲提請申請 棄却(또는 却下)決定
2. 審判請求의 對象
3. 裁判前提性
 - 가. 前提性의 意義
 - 나. 前提性의 要件
 - (1) 消極說
 - (2) 積極說
 - (3) 憲法裁判所의 判例
 - (4) 結論
 - 다. 提請申請人의 權利와의 關係
4. 請求期間
5. 辯護士強制主義 및 國選代理人制度

V. 審判節次

1. 審判節次의 概觀
2. 事前審査
 - 가. 却下決定
 - 나. 審判回附決定
 - 다. 指定裁判部의 合憲判斷權 問題
 - 라. 事前審査 無用論
3. 審理節次
 - 가. 書面審理 原則
 - 나. 職權審理主義
4. 假救濟制度의 許容與否
 - 가. 執行停止

- (1) 效力의 全部 또는 一部の 停止
- (2) 處分の 執行의 全部 또는 一部の 停止
- (3) 節次의 續行의 全部 또는 一部の 停止

나. 假處分

다. 違憲提請型 憲法訴願審判에의 準用與否

- (1) 問題의 提起
- (2) 學說
- (3) 憲法裁判所의 判例

라. 結論

VI. 終局決定

1. 却下 결정
2. 審判節次終了 선언
3. 合憲 결정
4. 違憲宣言不可 결정
5. 憲法不合致 결정
6. 限定合憲 결정
7. 限定違憲 결정
8. 一部違憲(포함위헌) 결정
9. 單純違憲 결정

VII. 結 論

I. 序 論

우리나라에 헌법재판소가 설립되고 헌법소원심판이 시행된 지 벌써 7년이 지났다. 우리 헌법재판소에 대한 평가, 그 중에서도 헌법소원심판에 대하여는 많은 분석과 비판·격려의 소리가 있었는데, 우리의 헌법소원제도를 말할 때 간과할 수 없는 부분이 있음을 주의해야 한다. 즉 우리나라의 헌법소원제도는 本來的 의미의 헌법소원인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 구제를 위하여 헌법재판소에 심판을 청구하는 제도(헌법재판소법 1) 제68조 제1항) 이외에 따로 법률(조항)이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된다 하여 당사자가 당해 소송법원에 그 법률(조항)을 위헌제청신청하였으나 법원에 의하여 기각(또는 각하)된 경우에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 그 법률(조항)에 대한 위헌여부심판을 직접 청구하는 제도(법 제68조 제2항)를 두고 있는 것이다.

後者は 외국의 입법례에서는 볼 수 없는 독특한 제도로서²⁾ 이에 대하여는 違憲論도 제기되었고, 그 법적 성격에 대하여 논란이 많았으나 현실적으로 동 조항에 따른 헌법소원이 그동안 개소 이래 1995. 8. 31. 까지 총 295건³⁾이 접수되어(연평균 42건), 186건이 처리되는(연평균 27건) 등 활성화되고 있고⁴⁾, 그 중에는 국가공무원법 제

1) 이하 ‘法’이라고 한다.

2) 鄭宗燮, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대한 검토, 憲法裁判資料 제3집(1990.12), 305면.

3) 제심사건 제외, 이하 같다.

4) 참고로, 같은 기간 동안 법원에 위헌제청한 위헌법률심판사건은 모두 301건이고 헌법재판소에서 처리된 사건은 모두 273건이었는데 이 중에는 구 사회보호법 제5조와 사립학교법 제5조

66조 등에 대한 합헌결정⁵⁾이나 토지초과이득세법에 대한 헌법불합치결정⁶⁾과 같은 국가정책상이나 사회·경제적으로 큰 파문을 일으킨 사건이 포함되는 등 이목을 집중시킨 바 있고, 현재 계속중인 사건(109건) 중에도 도시계획법 제21조에 관한 헌법소원사건⁷⁾과 같이 비중이 큰 사건이 적지 않게 있으므로 이제 법 제68조 제2항의 헌법소원은 정부나 법원 등 국가기관 뿐만 아니라 국민의 곁에도 가까이 와 있는 재판형식으로 자리잡고 있는 것이다. 그러므로 本稿에서는 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 論議를 정리하고 그동안 헌법재판소의 實務運營을 살펴보기로 한다.

그런데 논의에 들어가기에 앞서 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 名稱을 정리할 필요가 있다. 왜냐하면 아직까지 동 헌법소원에 대한 명칭이 확립되지 않았기 때문이다. 종래 법 제68조 제2항의 헌법소원의 명칭에 대하여는, 동조 제1항의 헌법소원을 ‘권리구제형 헌법소원’이라 하고 동조 제2항의 헌법소원을 “위헌심사형 헌법소원”이라고 부르는 견해⁸⁾, “위헌법률심판형 헌법소원”이라고 부르는 견해⁹⁾, “위헌법률심사형 헌법소원”이라고 부르는 견해¹⁰⁾, “규범통제형 헌법소원”이라고 부르는 견해¹¹⁾, “법원의 위헌제청에 같은 헌법소원”이라고 한 견해¹²⁾가 있는가 하면, 헌법재판소의 판례

등 위헌제청사건이 각 100건이 포함되어 있으므로, 실제로는 103건 접수(연평균 15건)에 75건이 처리(연평균 11건) 되었다.

5) 현재 1992. 4. 28. 선고, 90헌바27내지34, 36내지42, 44내지46, 92헌바 15 병합결정(이른바 국·공립학교교원노조사건).

6) 현재 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49·52 병합결정.

7) 이른바 그린벨트사건 (89헌마214, 90헌바16).

8) 崔光律, 헌법재판소법 해설, 公法學會세미나資料(1988.2), 37면.

權寧星, 憲法學原論(1994.4), 1174면.

헌법재판소의 ‘憲法裁判活動現況’(국회제출용)에서도 이 용어를 사용하고 있다.

9) 金雲龍, 헌법재판제도의 운영/토론, 憲法裁判資料 제3집(1990.12), 518면.

10) 金學成, 헌법소원에 관한 연구, 서울대학교대학원 博士學位論文(1989. 12), 198면.

11) 韓炳宗, 憲法裁判論(1994.7), 216면.

12) 李時潤, 헌법재판과 입법통제, 憲法裁判資料 제4집(1991.12), 9면.

에서도 “위헌소원”¹³⁾, “위헌제청성 헌법소원”¹⁴⁾, “위헌제청형 헌법소원”¹⁵⁾ 등 여러가지 용어를 사용해 왔다.

그러나 “위헌심사형 헌법소원”이라는 용어에 대하여는 審査의 對象이 나타나지 않아 무엇에 대한 위헌심사인지를 알 수 없어 개념으로서 부정확하다는 비판¹⁶⁾이 있고, “규범통제형 헌법소원”이라는 용어는 원리와 본질상 서로 다른 ‘規範統制’와 ‘憲法訴願’이라는 서로 조화될 수 없는 개념이 결합되어 있어 의미모순적 개념으로 이해될 우려가 있다는 비판¹⁷⁾이 있다. “위헌소원”이라는 명칭도 事件名에 붙이는 심판유형으로는 적절할지 모르나 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 일반명칭으로는 위 “위헌심사형 헌법소원”에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있을 것이다. 한편, 특별한 명칭을 사용하는 것을 거부하고 그냥 “법 제68조 제2항의 헌법소원”이라는 용어를 사용하는 예도 많다.¹⁸⁾

그러므로 살피건대, 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 일반법원에 소송이 계속중 당사자가 위헌제청신청을 하였으나 법원이 이를 배척한 경우에 당사자가 이에 불복하여 ‘법원의 위헌제청에 갈음하여’ 헌법재판소에 ‘헌법소원의 형태로’ 직접 그 법률(조항)의 위헌여부의 심판을 구하는 제도이므로 이를 형식상 알기 쉽게 나타낼 수 있는 용어로는 “위헌제청형(또는 위헌제청성)” 헌법소원으로 부르

13) 현재 1993. 7. 29. 선고, 92헌바34 결정 (주심 : 김문희 재판관).

헌법재판소에서는 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 사건명을 ○○법 ××조 ‘위헌소원’으로 붙이고 있다(헌법재판소사건의 접수 및 배당에 관한 내규 §12③ 참조).

14) 현재 1993. 5. 13. 선고, 90헌바22, 91헌바12·13, 92헌바3·4 병합결정(주심 : 변정수 재판관).

15) 현재 1994. 6. 30. 선고, 92헌바23 결정 (주심 : 김양균 재판관).

16) 정종섭, 전제논문, 318면.

17) Ibid.

18) Ibid ; 金南辰, 헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구, 憲法裁判研究 제2권 (1991.5), 206면 ; 金光德, 한국의 헌법소원제도에 대한 연구, 연세대학교행정대학원 碩士學位論文 (1994.6), 14면.

는 것이 이해의 편의를 위해 적당하다고 생각한다. 따라서 本稿에서는 “위헌제청형 헌법소원”이라고 부르기로 한다.

II. 違憲論과 그 批判

종래 위헌제청형 헌법소원제도를 규정한 법 제68조 제2항이 위헌 규정이 아닌가 하는 논란이 있어 왔다. 그 위헌론은 두 가지 상반된 입장에서 제기되었다.

1. 權力分立原則에 違背된다는 見解

이는 우리 헌법은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”(제101조 제1항)고 규정하였고, 헌법재판소에 의한 위헌법률심사는 헌법 제107조 제1항에 규정된 바 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”고 하였으므로, 법 제68조 제1항에 따른 法令所願에 의하여¹⁹⁾ 당해 법률을 다투는 것은 별론으로 하고 법원이 당사자의 위헌제청신청을 부적법하다 하여 각하하거나 그 이유없다하여 기각한 경우에 다시 헌법재판소가 위헌심사할 수 없다는 견해이다.²⁰⁾ 즉 헌법재판소는 司法府인 법원의 판결을 존중해야 하며 이것이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 법 제68조 제1항의 입법정신과도 맞다는 것이다.

그러나 생각건대, 위헌제청형 헌법소원제도를 규정한 법 제68조

19) 이 경우에는 헌법소원의 일반원칙에 따라 請求期間, 自己性·直接性·現在性, 補充性 등의 요건을 충족해야 한다.

20) 이는 한때 정치권 일부에서 거론되었던 견해이다.

제2항이 외국에서는 그 유례를 찾을 수 없는 우리나라의 특유한 제도임은 전술한 바 있거니와, 우리 법이 제68조 제2항을 규정한 것은 본질적으로는 헌법소원심판제도를 도입하면서 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외·배제시킨 데서 비롯된²¹⁾ 불가피한 입법으로 보아야 한다. 오히려 學界 일각에서는 이와 같이 법원의 재판을 헌법소원에서 배제한 것이 헌법소원심판제도의 헌법철학적 기초를 몰각하였거나 무시한 것으로 立憲主義 내지 憲法國家의 原理에 정면으로 배치되는 것²²⁾이라고 비판하고 있는 터에 그나마 그와 같은 결함을 다소나마 메우기 위하여 규정된 법 제68조 제2항이 위헌이라는 것은 本末이 顛倒된 견해라 하지 않을 수 없다. 더군다나 헌법재판소로서는 법원의 판결을 존중하여 위헌제청된 사건에 대하여만 심판해야 한다는 생각은 법원은 국민의 기본권을 침해할 수 없으며 위헌신청에 대한 법원의 기각(또는 각하)이 있더라도 국민들은 이를 감수해야 한다는 실로 위협하기 짝이 없는 발상이며 위헌여부심판을 헌법재판소의 최종적인 專屬管轄로 정한 헌법의 기본이념과도 상치되는 것이라 아니할 수 없다.

2. 法院은 違憲提請申請을 棄却하여 排斥할 수 없다는 見解

이 견해는 법원이 합헌결정권을 가지느냐 하는 문제와 직결된다. 이 견해에 의하면 헌법 제107조 제1항은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한만을 가질 뿐, 법률에 의한 위헌여부의 심사권

21) 정종섭, 전계논문, 327면.

22) Ibid.

(前審權)을 가지지 않는다는 것을 규정한 것으로 보아 法院의 合憲決定權은 인정되지 않으며, 당사자의 위헌제청신청이 있으면 법원은 오직 몇 가지 제한된 경우만을 제외하고는 반드시 합헌여부에 대한 판단 없이 곧바로 제청결정을 하여 헌법재판소로 보내는 것이 현행헌법에 합치되는 해석이라고 한다.²³⁾ 따라서 이러한 입장에서는 법원이 위헌여부를 예비적으로 판단하여 결정으로 기각할 수 있도록 한 법 제41조 제4항, 제68조 제2항, 제69조 제2항은 위헌조항이라고 보고 제68조 제2항의 헌법소원은 삭제되어야 하며,²⁴⁾ 또한 법원이 합헌결정권이 있음을 전제로 합헌이라 판단하면 제청신청기각, 위헌이라 판단하면 제청결정을 하던 종래의 운영태도는 지양되어야 하며 법 제43조 제3호와 제4호가 제청서의 기재사항으로 '위헌으로 해석되는 법률 또는 법률의 조항'과 '위헌이라고 해석되는 이유'를 들고 있는 것은 구 헌법위원회법 제14조 제4호를 답습한 것으로 지금은 불필요한 규정이며 법의 입법과정에서 헌법 제107조 제1항의 취지를 간과한 오류의 결과로 보고 있다.²⁵⁾ 이러한 견해는 현행헌법 제107조 제1항이 제5공화국헌법 제108조 제1항에 규정되었던 '법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때' 라는 문구를 삭제하였으며 하급법원의 위헌제청에 대한 大法院의 不送付決定權을 규정하였던 구 헌법위원회법 제15조 제2항과 헌법위원회에의 위헌법률심판제청결정에 관한 구법원조직법 제7조 제1항 제4호가 폐지되었다는 점에 기초하고 있다.²⁶⁾

그러나 생각건대, 국가의 實定法秩序는 헌법을 정점으로 하는 位

23) 이시윤, 헌법재판개관, 判例月報(1989.5), 19-20면.

24) 권영성, 헌법재판의 제도와 운영/심포지엄, 人權과 正義(1989.11), 24면. 정종섭, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권, 違法論叢 제1집 (1990.12), 357면.

25) 이시윤(註23), 20면.

26) 金鐵容·金文顯·鄭在晁, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 憲法裁判研究 제4권 (1993.6), 240면.

階秩序를 이루고 있으며 엄밀하게 이야기하면 모든 법해석은 헌법 해석문제와 연관되지 않을 수 없는 것이다. 그런 점에서 법의 해석과 적용을 임무로 하는 법원이 헌법적 판단을 전혀 할 수 없다는 것은 타당하지 않다.²⁷⁾ 우리 헌법이 헌법재판소를 두고 있고 또 제 107조 제1항의 문언에 ‘법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는’ 이라는 구절이 삭제되었다는 점에서 법원이 최종적으로 법률의 합헌성을 결정한다는 것은 타당할 수 없지만 일차적으로는 이에 대한 판단을 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 우리 헌법상으로는 일반법원의 일차적(또는 예비적) 합헌결정권은 인정될 수 있다고 할 것이다.²⁸⁾ 따라서 법원에는 합헌판단권이 없음을 전제로 한 법 제68조 제2항 위헌론은 찬성할 수 없다고 본다.

3. 結論

이상 본 바와 같이 법 제68조 제2항은 위헌이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 오히려 위헌제청형 헌법소원은 지난날 막혀 왔던 위헌법률심사를 활성화하는 좋은 제도적 장치의 기능을 하고 있다. 즉 舊法下에서는 복잡한 절차를 경유하고 대법원에게 위헌제청결정권을 줌으로써 위헌법률심사는 헌법책에서나 볼 수 있는 제도가 되었던 것을 現行法이 신청자에게 바로 헌법소원을 제기할 수 있도록 인정한 것은 그 동안 부진했던 規範統制를 활성화시켜 주는데 커다란 역할을 한 것이다. 독일은 당사자가 위헌법률심사를 신청하였을 경우 법원이 위헌이라고 확신하는 경우에만 연방헌법재판소에 청구하고 그 이외에는 당사자에게 불복의 기회를 허락하지 않고 있다. 당

27) Ibid, 244면.

28) Ibid, 245면.

사자는 3심을 다 경유한 후에 최종판결에 대한 불복으로 헌법소원을 제기하고 여기서 재판의 전제가 되는 법률의 위헌성 여부를 따지게 된다. 이에 비하면 우리 법은 무익한 절차를 거칠 필요도 없이 바로 위헌심사를 받게 함으로써 規範統制의 活性化, 訴訟經濟, 大法院의 地位維持 등 독일에 비하여 進一步된 제도로 여겨진다.²⁹⁾ 더구나 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 현재의 상황에서 헌법재판을 활성화시켜준 原動力이 되고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.³⁰⁾

Ⅲ. 法的 性格 (本質論)

1. 違憲提請型 憲法訴願의 法的 性格

위헌제청형 헌법소원의 법적 성격은 무엇인가? 다시 말하면 위헌제청형 헌법소원의 본질은 무엇인가에 대하여는 동 헌법소원의 심판대상이 무엇인가와 관련하여 종래에 두 가지 견해가 있었다.

가. 憲法訴願說

이는 위헌제청형 헌법소원은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 법 제68조 제1항의 예외로서 위헌제청신청을 기각한 법원의 棄却決定 자체에 대한 헌법소원으로 보자는 견해이다.³¹⁾ 그 이유는 만일 위헌제청형 헌법소원의 실질을 위헌법률심판이라고 한

29) 이시윤(註23), 19면.

30) 김학성, 전계논문, 197면.

31) 김운용, 전계토론, 516면.

다면 이를 헌법소원의 유형으로 규정하고 있는 법 제68조 제2항은 논리체계상 문제가 있고 提訴要件이나 決定主文形式 등에 혼선이 빚어질 우려가 있기 때문이라는 것이다. 따라서 법 제68조 제2항은 위헌법률심판제청신청에 대한 법원의 기각결정 자체에 대한 헌법소원을 의미하고, 이에 기해 법원의 기각결정 자체에 대해서 그것이 합당하나 아니나만을 판단하고 만약 그것이 인용되는 경우에는 바로 위헌법률심사로 넘어가는 것으로 보아야 한다는 것이다.³²⁾

한편 제2기 헌법재판소의 조승형 재판관께서는, “위헌법률심판사건이나 위헌제청형 헌법소원사건은 법률에 대한 위헌여부를 판단하여 줄 것을 구하는 점이나 재판의 전제성이 있어야 한다는 점에서는 동일한 성질을 가지고 있는 사건이라 함에 이의가 없으나, 전자의 경우는 일응 법원(법관)의 肯定的인 違憲所見을 거친 사건이지만 후자의 경우는 그와는 반대로 否定的인 所見을 거친 사건인 점에서, 또 전자의 청구인은 제청자인 法院이지만 후자의 경우는 청구인이 당해 사건의 당사자인 일반 國民개개인이라는 점에서 서로 다르며, 提請사건과 訴願사건이란 점에서 또 서로 다르다”는 견해를 밝힘으로써³³⁾ 헌법소원의 성격에 비중을 두고 있는 듯하다.

나. 違憲法律審判說 (具體的 規範統制說)

이는 위헌제청형 헌법소원의 심판대상은 법원의 기각결정 자체가 아니라 청구인이 법원에 위헌제청신청한 당해 법률(조항)이며 따라서 동 소원심판의 실질은 헌법소원심판이 아니라 구체적 규범통제

32) Ibid, 517면.

33) 헌재 1995. 10. 26. 선고, 92헌바45, 93헌바62, 94헌바7·8(병합), 94헌바28, 95헌바22 각 결정의 별개의견 참조.

라는 견해이다.³⁴⁾ 왜냐하면 법 제71조 제2항이 법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구서의 기재사항에 관하여 법 제43조의 규정을 준용한 것이라든가, 법 제75조 제6항이 법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우 위헌법률심판에 관한 법 제45조, 제47조를 준용하고 있는 것은 법 제68조 제2항의 헌법소원이 그 실질상 위헌법률심판이라는 데에 기초하고 있다고 보아야 하며, 이는 비록 법원이 위헌법률심판제청을 기각하였다 하더라도 법 제68조 제2항에 의해 위헌법률심판을 받을 수 있는 이상 기각결정에 의해 헌법상 기본권이 침해되었다고 볼 수는 없기 때문이며 또 제68조 제2항의 헌법소원에 의해 당사자가 구하는 것은 기각결정의 취소가 아니라 재판의 전제가 된 법률(조항)의 위헌결정이라는 점에 비추어 보아서도 그러하다는 것이다.³⁵⁾

다. 憲法裁判所의 判例

헌법재판소는 위헌제청형 헌법소원에서 청구인의 주장을 배척하는 경우에 초창기에 한 차례 “...법 제2조 제1항에 관한 부분은 이를 기각한다”라고 결정주문에 표시하고, 그 이유로서 “...법 제2조 제1항에 관한 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여...”라고 실시한³⁶⁾ 바 있으나, 그 이후로는 1990. 6. 25. 선고한 89헌마107 결정에서 “1989. 4. 1. 개정 전의 토지수용법 제46조 제2항(1971. 1. 19. 법률 제2293호 신설, 1981. 12. 31. 법률 제3534호 개정)은 헌법에 위반되지 아니한다”고 판시한 이래 일관되게 위헌법률심판제청사건의

34) 정중섭(註2), 317면. ; 김학성, 전계논문, 197면. ; 黃祐呂(註9), 549면.

35) 김철용 외 2인, 전계서, 248면.

36) 현재 1989. 9. 29. 선고, 89헌마53 결정.

경우와 같이 “...는 헌법에 위반되지 아니한다”고 표시하고 있다.³⁷⁾ 특히 1990. 9. 10. 선고한 89헌마82 결정에서는 그 이유에서 “결국 형법 제241조의 규정이 헌법에 위반된다는 청구인의 주장은 이유없다. 그런데 이 헌법소원은 법률의 위헌여부를 묻는 법 제68조 제2항에 의한 것이므로 청구인의 심판청구를 기각하는 대신에 형법 제241조가 헌법에 위반되지 아니한다는 선언을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.”고 명시적으로 밝힘으로써, 위헌제청형 헌법소원심판제도의 법적 성질에 대하여 헌법재판소가 그 견해를 분명히 정립한 것으로 보인다.³⁸⁾ 즉 위헌제청형 헌법소원은 심판청구의 主體만을 뿐 그 實質은 법 제41조의 위헌법률심판청구와 동일하게 규범통제심판으로 보고, 裁判의 前提性을 비롯하여 判決의 效力에 이르기까지 같은 유형의 사건으로 처리하여 온 것이 우리 재판소의 일관된 관례로 볼 수 있다.³⁹⁾

다만 조승형 재판관께서는 위 별개의건에서, 위헌제청형 헌법소원을 인용하지 아니할 때에 “...헌법에 위반되지 아니한다”라고 주문표시를 하는 것은, 당사자는 違憲임을 訴願하고 있는데 헌법재판소가 合憲선언을 하는 것이므로 이는 큰 잘못이며 이와 같은 경우는 당연히 “기각” 주문을 내야 할 것이라고 하면서, 위헌제청형 헌법소원의 주문은 일반형 헌법소원중 法令訴願사건의 주문례와 동일함이 합리적이라고 한다.

라. 結論

37) 현재 1991. 2. 11. 선고, 90헌바17·18 병합결정 ; 1992. 6. 26. 선고, 90헌바25 결정 ; 1993. 3. 11. 선고, 92헌바33 결정 ; 1994. 2. 24. 선고, 92헌바43 결정 ; 1995. 4. 20. 선고, 91헌바11 결정 등.

38) 정종섭. 憲法裁判研究(1) (1995. 7), 151면.

39) 한병채, 전거서, 680면.

위에서 본 바와 같이 초기의 일부 관례나 학설, 그리고 일부 재판관의 의견을 제외하면 현재는 위헌제청형 헌법소원심판의 실질은 그 명칭이나 법규정의 형식과는 관계없이 헌법소원심판이 아니라 구체적 규범통제라고 보는 것이 통설·관례라고 보아도 무방할 것이다.⁴⁰⁾ 이처럼 위헌제청형 헌법소원의 실질을 구체적 규범통제로 본다면 동 헌법소원은 補充性的의 원칙이나 法的 關聯性(自己性·現在性·直接性)의 요건이 요구되는 것이 아니고, 심판의 대상이 된 법률(조항)의 裁判前提性이 문제가 될 뿐이다. 그러므로 헌법소원심판청구인은 당해 법률이 헌법의 모든 규정·원리 등에 위반됨을 주장할 수 있는 것이며, 기본권규정의 위반만을 주장할 수 있는 것으로 한정되지 않는다. 나아가 청구인은 당해 법률이 形式的 의미의 헌법(憲法典의 明文規定) 뿐만 아니라 경우에 따라서 實質的 의미의 헌법에 위반됨을 주장할 수 있다. 따라서 憲法上的 慣例나 慣行에의 위반도 주장할 수 있고, 헌법상의 原理·原則과 헌법에 선행하면서 그것을 지도하고 있는 最高의 法原理 내지 自然法의 原理, 正義原理 등에 위반됨을 주장할 수도 있다.⁴¹⁾ 또한 심판내용도 헌법상 보장된 기본권이 침해되었느냐의 여부보다도 재판의 전제가 된 법률(조항)의 위헌성 여부가 되며 이에 대한 결정형식과 효력도 위헌법률심판의 결정형식 및 효력과 같아야 할 것이다.⁴²⁾

2. 法 第68條 第1項 憲法訴願과의 關係

40) 同旨 ; 김철용 외 2인, 전게서, 248면.

41) 정종섭, 전게서, 130-131면.

42) 김철용외 2인, 전게서, 249면.

위헌제청형 헌법소원의 본질을 위와 같이 위헌법률심판, 즉 구체적 규범통제라고 볼 때 법 제68조 제1항에 따른 일반형 헌법소원과 위헌제청형 헌법소원과의 관계는 어떠한가? 이에 대하여 헌법재판소는 1994. 4. 28. 선고한 89헌마 221 결정에서, “법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 主觀的 權利救濟의 헌법소원으로서 개별적인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자가 청구할 수 있고 이 경우 법 제75조 제2항 및 제5항에 의한 부수적 위헌심판청구도 할 수 있음에 대하여, 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 具體的 規範統制의 헌법소원으로서 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 각각된 법률의 위헌여부를 가리기 위한 헌법소원심판을 청구할 수 있는 바, 그렇다면 법 제68조 제1항과 같은 조 제2항에 규정된 헌법소원심판청구는 그 심판청구의 요건과 그 대상이 각기 다른 것임이 명백하다. 그러므로, 예컨대 이미 계속중인 법 제68조 제1항 소원사건의 ‘청구원인’과 후에 제기된 법 제68조 제2항 소원사건의 ‘위헌이라고 해석되는 이유’의 내용이 기본적으로 동일하다고 하더라도 법 제68조 제1항과 제2항의 소원은 제소의 요건이 상이하고 심판청구 요건이나 그 대상이 다르므로 重複提訴에 해당되지 않는다.”고 판시하였다.

IV. 請求要件

1. 違憲提請申請 棄却(또는 却下)決定

법 제 68조 제2항은 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 ‘棄却’된 때에는” 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러면 당해 법원이 당사자의 제청신청을 “却下”의 형식으로 배척한 경우에는 위헌제청형 헌법소원심판을 청구할 수 없는가 하는 문제점이 생긴다.

생각건대, 법 제68조 제2항이 “각하”라고 하지 아니하고 “기각”이라고 규정한 것은 일반법원이 법 제41조의 위헌여부제청신청을 형식적 요건의 불비로 각하하는 경우(법 제41조 제3항, 民事訴訟法 제231조)에 위헌여부가 재판의 전제로 된 법률에 대하여 그 위헌여부에 관한 법원의 어떠한 판단도 있을 수 없어 처음부터 헌법재판의 문제영역으로 들어올 여지가 없다고 판단했기 때문으로 보인다.⁴³⁾

그런데 실제적으로는 당해 법원이 실질적으로 헌법문제에 관한 판단을 했으면서도 당사자의 제청신청을 각하결정이라는 재판형식으로 배척하는 경우가 있으므로, 당사자의 제청신청을 배척하는 재판의 형식에 관계없이 - 즉, 기각이든 각하이든 - 위헌제청형 헌법소원심판의 청구는 인정된다고 하는 것이 타당하다. 우리 재판소에서도 위 89헌마 32·33 (병합) 사건에서 이를 인정하였다.⁴⁴⁾

법 제68조 제2항 후문의 규정에 의하면, 법 제41조 제1항의 규정에 의하여 법률에 대한 위헌여부심판제청신청을 하였으나 그 신청이 법원에 의해 기각(또는 각하)되어 위헌제청형 헌법소원심판을 청구한 자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 법 제41조 제1항에 규정된 위헌여부심판제청을 할 수 없다. 그러므로, 헌

43) 정종섭, 전거서, 127면.

44) 이 사건의 청구인들은 당해 소송법원에 제기한 위헌제청신청이 “각하”되자 위헌제청형 헌법소원심판을 청구했던 것이다.

법소원심판의 전제가 된 당해 사건의 항소심절차에서 위헌여부의 심판제청신청이 기각되었는데도 이에 대하여 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가 또다시 같은 항소심절차에서 같은 법률조항에 관하여 동일한 사유를 이유로 위헌여부의 심판제청을 하고 그것이 기각되자 헌법소원심판청구를 한 경우, 이는 법 제68조 제2항 후문의 규정에 위배되어 부적법하다.⁴⁵⁾ 그러면, 위헌제청신청이 기각된 후 소정의 청구기간내에 위헌제청형 헌법소원심판을 청구하지 않은 자라도 상급심에서는 다시 법원에 위헌제청신청을 할 수 있을까? 이러한 경우에는 각 심급마다 제청여부판단의 주체가 다르기 때문에 인정된다고 하는 견해⁴⁶⁾가 있으나, 법 제68조 제2항 후문은 “그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다”고 규정하고 있고 앞에서 본 헌법재판소의 판례에 비추어 볼 때 의문이다. 다만, 그러한 경우라도 법원에서 직권으로 당해 법률(조항)에 대하여 헌법재판소에 위헌제청하는 것은 상관이 없을 것이다.

2. 審判請求의 對象

위헌제청형 헌법소원심판청구의 대상으로서의 법률은 형식적 의미의 법률 및 그와 동일한 효력을 가진 명령이다. 따라서 大統領令인 국가유공자에우등에관한법률시행령 제17조 제1항 규정을 대상으로 한 위헌제청형 헌법소원심판청구는 부적법하고,⁴⁷⁾ 주택건설촉진법 제32조 제1항에 의거한 건설부령인 주택공급에관한규칙 제13조

45) 헌재 1994. 4. 28. 선고, 91헌바14 결정.

46) 정종섭, 전거서, 132면.

47) 헌재 1992. 10. 31. 자, 92헌바42 결정.

제1항에 근거하여 건설부장관이 정한 영구임대주택입주자선정기준 및관리지침 제5조 제3호는 법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에서 규정한 법률에 해당하지 아니한다.⁴⁸⁾ 또한 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용될 법률조항에 대하여 위헌심판제청신청을 한 것이 아니고, 법원의 구속에 관한 구체적 재판의 부당성을 주장하면서 그 裁判自體를 위헌심판제청신청의 대상으로 삼았다면 이는 법률의 위헌여부심판의 제청이 일반법원에서 기각되었음을 전제로 하는 요건을 갖추지 못한 것이다.⁴⁹⁾

긴급재정·경제명령과 긴급명령(헌법 제76조)이나 條約도 법률과 동일한 효력을 가지는 것이나 위헌제청형 헌법소원심판청구의 대상이 되는지 여부에 대한 헌법재판소의 판례는 아직 없다. 그리고 법률은 이미 公布된 것이어야 하고 원칙적으로 違憲審判時를 기준으로 效力을 가지는 법률이어야 한다. 다만 廢止된 법률이라 하더라도 청구인들의 침해된 법익을 보호하기 위하여 그 위헌여부가 가려져야 할 필요가 있는 경우에는 대상이 될 수 있다는 것이 헌법재판소의 판례이다.⁵⁰⁾

따라서 심판의 대상은 위에서 본 것과 같은 법률 또는 그와 동일한 효력을 가지는 명령이므로 결코 법 제68조 제2항의 “기각결정” 그 자체가 심판의 대상으로 되는 것이 아니다. 현행의 법은 어떤 경우에도 법원의 재판(판결·결정·명령을 포함한다)을 헌법소원심판의 대상으로 하고 있지 않기 때문이다.⁵¹⁾ 다만 청구인이 심판청구서에서 기각결정 그 자체에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있는 경우에는 어떻게 할 것이냐 하는 문제가 있을 수 있다. 이 경우에

48) 헌재 1992. 11. 12. 선고, 92헌바7 결정.

49) 헌재 1994. 9. 6. 자, 94헌바36 결정.

50) 헌재 1989. 12. 18. 선고, 89헌마32·33 병합결정.

51) 정종섭, 전게서, 133면.

는 나머지 심판청구서에서의 전체적인 주장취지를 살펴보아 법률의 위헌여부에 대하여 주장하는 점이 있다고 보이면 그렇게 받아들여질 것이므로 부적법하다고 할 것까지는 없으며, 그렇게 볼 여지가 전혀 없는 경우에도 바로 각하할 것이 아니라 보정할 수 있을 여지가 있는 때에는 재판장이 보정을 요구해야 할 것으로 생각된다(법 제28조, 제72조 제5항 참조).⁵²⁾

法院에서의 違憲提請申請의 對象이 되지 아니한 법률조항에 대한 청구부분이 追加된 경우는 어떤가? 위헌제청형 헌법소원은 법 제41조 제1항에 의한 위헌여부심판의 제청신청을 법원이 却下 또는 棄却한 경우에만 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로 심판청구를 할 수 있는 것이므로, 법원의 위헌제청신청기각결정의 대상이 되지 아니한 규정들에 대한 심판청구는 위헌제청형 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다.⁵³⁾

3. 裁判前提性

가. 前提性的의 意義

재판의 전제성이라 함은 위헌법률심판의 제청(법 제41조)이나 위헌제청형 헌법소원심판청구(법 제68조 제2항)에는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 법원(군사법원 포함)이 담당하는 당해 사건의 재판에 전제가 되어야 한다는 것이다.⁵⁴⁾

52) Ibid, 134면.

53) 현재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 결정 ; 1994. 9. 6. 자, 94헌바36 결정 ; 1995. 7. 27. 선고, 93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53 병합결정.

54) 한병채, 전게서, 343면.

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”고 규정하고 있고, 법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다”고 하고, 법 제68조 제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

그러므로 문제된 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성요건을 갖추어야 위헌법률심판제청이나 위헌제청형 헌법소원심판청구가 적법성이 있다고 한다.⁵⁵⁾ 이러한 재판의 전제성문제는 위헌제청형 헌법소원의 적법여부심사에 있어서 핵심적인 과제이며, 실제로 후술하는 바와 같이 위헌제청형 헌법소원이 각하되는 이유중 절반 이상이 바로 재판의 전제성이 결여되었기 때문이다.⁵⁶⁾

나. 前提性的 要件

재판의 전제성의 요건에 대하여는 좁게 보는 소극설과 넓게 보는 적극설이 있다.⁵⁷⁾

(1) 消極說

이는 원칙적으로 당해 법원이 심리중인 당해 사건의 재판결론인

55) Ibid, 344면.

56) 本稿, VI. 1. 참조.

57) 韓炳燾, 전게서, 344면.

판결주문에 영향을 주는 것이어야 전제성의 요건을 갖춘다는 것이다. 즉, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속중이어야 하고(구체적 규범통제), 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 만약 그 법률이 위헌으로 효력이 상실되는 위헌결정이 선고되면 그 법률이 합헌으로 효력을 유지하는 경우에 비하여 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에만 위헌법률심판을 할 수 있다고 하여 전제성의 요건을 엄격하게 보아야 한다는 것이다.

(2) 積極說

이는 법률의 위헌여부가 당해 법원이 담당하는 구체적 쟁송사건의 재판의 전제가 된다고 하여 법원의 제청이나 당사자의 청구가 있으면 재판의 전제성이 있다고 보아야 한다는 것이다. 당해 사건의 심판을 하지 않는 헌법재판소가 (소극설과 같이) 당해 사건의 재판결론에 영향을 주는 것이나 아니냐를 심리하는 것은 당해 사건을 담당하는 법원의 재판에 관여하는 결과를 가져올 위험이 있으므로 이는 부당하다는 것이다.

(3) 憲法裁判所의 判例

헌법재판소는 재판의 전제성요건을 緩和하여 가능한 한 적극적으로 규범의 위헌심사를 하여 왔다.⁵⁸⁾ 그 중 위헌제청형 헌법소원사건의 판례들을 살펴보면,

폐지된 법률이어서 위헌심판의 대상이 될 수 없다는 이유로 법원이 위헌제청신청을 각하하자 당사자가 제시한 헌법소원에서 재판의 전제성 유무에 관한 판단없이 적법성을 인정하여 본안판단을 한 예가 있다.⁵⁹⁾

58) Ibid, 347면.

59) 헌재 1991. 2. 11. 선고 90헌바17·18 병합결정.

법률에서 차별하여 취급한 부분에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 하고 그에 따라 국회가 위헌부분을 개정한다면 제청신청인이 개정된 법률에 근거하여 권리구제를 구하는 재판에서 승소를 할 수 있는 경우에도 재판의 전제성을 인정할 수 있다고 하였다.⁶⁰⁾

법원에 의하여 경매절차가 종료된 후에는 법률이 위헌으로 결정되더라도 그 법률의 遡及的 無效를 이유로 부당이득반환청구를 인정할 수 없으므로 당해 법률의 위헌여부는 재판의 전제가 되지 않는다고 법원이 판단한 경우에 있어서, 이때 법률의 소급적 무효를 이유로 부당이득반환청구를 인정할 수 없다고 할 수 있을지 속단하기 어려울 뿐만 아니라 적어도 재판의 결론을 이끌어내는 理由를 달리하는데 관련되어 있을 것이므로 재판의 전제성이 인정된다고 하였다.⁶¹⁾

청구인이 군사법원에 구속적부심사를 청구하면서 해당법률조항에 대하여 위헌제청신청을 한 사건에서는, “위헌여부심판의 제청신청을 받은 법원은 법리상 늦어도 본안사건에 대한 재판을 마치기 전까지는 제청신청에 대한 재판을 하여야 할 것인데도 이 사건의 경우는 위헌여부심판의 제청에 대하여는 결정을 하지 아니한 채 먼저 구속적부심사청구를 기각한 다음 제청신청을 기각하여 사건을 부당하게 처리⁶²⁾하였을 뿐만 아니라 헌법소원심판청구를 할 당시 청구인이

60) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 90헌바22, 91헌바12·13, 92헌바3·4 병합결정.

61) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌바7, 92헌바24·50 병합결정.

62) 한편, 이와 관련하여 大法院은 1995. 3. 3. 선고한 92다55770 판결에서 “헌법재판소법 제41조, 제42조 등에 의하면 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되어 당해 사건을 담당하는 법원이 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한 경우에만 당해 소송사건의 재판이 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지되는 것이므로, 원심이 원고들 소송대리인이 변론제개신청을 하면서 징발재산정리에관한특별조치법에 대하여 별도의 위헌심판제청신청서를 제출하였음에도 불구하고 변론제개신청을 받아들이지 아니한 채 그대로 종국판결을 선고하였다 하더라도 이를 헌법 제27조 및 헌법재판소법

계속 구속상태에 있었고 또한 새로이 구속적부심사청구를 할 수 있는 상태에 있었으므로, 헌법소원심판청구 당시 일단 구속적부심사청구가 기각되었다고 하더라도 재판의 전제성은 있다”고 보았다.⁶³⁾

(4) 結論

위헌제청형 헌법소원에 있어서도 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 한다. 우리 재판소가 밝힌 재판의 전제성이라 함은, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것 이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말하는 것으로, 여기에서 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 結論이나 主文에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 理由를 달리하는 데 관련되어 있거나 또는 裁判의 內容과 效力에 관한 法律的 意味가 전혀 달라지는 경우도 포함한다.⁶⁴⁾

그리고 위헌법률심판이나 위헌제청형 헌법소원심판에 있어서 위헌여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재

제42조에 위배된 것이라 할 수도 없다.”고 판시하였다(法律新聞 1995. 4. 27. 자, 10면 참조).

63) 현재 1995. 2. 23. 선고, 92헌바18 결정.

64) 헌재(註61) 결정례.

판소는 이를 직권으로 조사할 수 있다고 한다.⁶⁵⁾

다. 提請申請人의 權利와의 關係

재판의 전제성 문제는 헌법재판을 할 수 있는 적법요건으로서 訴訟要件의 문제이지 제청신청인 또는 헌법소원심판청구인의 권리와 관계있느냐 없느냐와는 아무런 상관이 없는 문제이다. 그러므로 법률의 위헌여부가 신청인(또는 청구인)의 권리와는 무관하므로 이와 관련시켜 전제성이 없다는 주장은 성립되지 아니한다. 즉 헌법재판소의 판단을 구하여 제청한 법률의 위헌여부에 따라 제청법원이 관련사건에 대한 중국재판을 함에 있어서 그 재판의 실질적인 효력에 영향을 준다면 그것으로서 재판의 전제성은 성립되어 제청 또는 그 소원청구는 적법한 것으로 되는 것이다.⁶⁶⁾

4. 請求期間

법 제69조 제1항의 규정에 의하면 헌법소원심판은 일정한 청구기간 안에 청구되어야 한다. 이러한 청구기간제도는 일정한 기간이 경과하면 국가공권력행사의 효력을 다룰 수 없도록 하기 위한 제도이다. 청구기간을 두는 것은 공권력행사의 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

65) Ibid.

66) 한병채, 전게서, 351면.

없게 그 길을 폐쇄시키는 것이다.⁶⁷⁾ 또한 청구기간은 헌법소원심판의 청구에 있어 訴訟要件이다. 즉 청구가 적법한 것으로 취급되기 위하여 갖추어야 하는 필요적 사항이다. 따라서 청구기간의 흠결이 있는 경우에는 헌법재판소는 본안심리에 들어가기 전단계에서 소송요건의 흠결을 이유로 청구를 不適法却下하게 된다.⁶⁸⁾

위헌제청형 헌법소원심판의 청구는 법률에 대한 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 제기하여야 한다(법 제69조 제2항). 이때의 기각된 날이란 특단위 사정이 없는 한 제청신청에 대한 기각결정을 送達받은 날을 의미한다.⁶⁹⁾ 그런데, 심판청구서를 제출하기 전에 먼저 국선대리인선임신청을 한 경우에는 청구기간은 그 신청이 있는 날을 기준으로 정한다(법 제70조 제1항 후문). 그리고 이 경우에 헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는, 신청인이 선임신청을 한 날로부터 위 결정통지를 받은 날까지의 기간은 위 청구기간에 이를 산입하지 아니한다(법 제70조 제3항).

한편 위헌여부심판 제청신청절차는 당해 소송사건과 전혀 다른 별개의 절차라기보다는 당해 사건으로부터 부수·파생하는 절차로 보아야 할 것이고 따라서 당해 소송사건의 공동소송대리인은 특별한 사정이 없는 한 위헌여부심판제청신청에 관하여도 소송대리권을 가지는 것이므로, 이들 중 1인에게 행한 위헌제청신청기각결정의 송달은 적법하게 송달된 것으로 본다.⁷⁰⁾

이러한 14일이라는 청구기간은 일반형 헌법소원심판절차에서의 청구기간(법 제69조 제1항)보다 짧은 것이 특색이다. 이렇게 청구기

67) 정종섭, 전계서, 252면.

68) Ibid, 253면.

69) 헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정 ; 1992. 1. 28. 선고, 90헌마59 결정.

70) 헌재 1993. 7. 29. 선고, 91헌마150 결정.

간이 매우 짧은 것은 행정소송의 경우(행정소송법 제20조 제1항)와 비교해 볼 때 청구인에게 매우 불리하다.⁷¹⁾ 위헌제청형 헌법소원의 청구기간은 더 길게, 예컨대 최소한 30일 정도로 개정하는 것이 타당할 것이다.

5. 辯護士強制主義 및 國選代理人制度

각종 심판절차에 있어서 당사자인 私人은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다(법 제25조 제3항). 그러므로 법 제68조 제1항에 의한 일반형 헌법소원에서와 같이 위헌제청형 헌법소원에 있어서도 국선대리인선임신청을 하지 않는 한 변호사인 대리인을 선임해야 한다.

그런데 위헌제청형 헌법소원의 경우에도 변호사강제주의를 적용하는 것이 타당한가 하는 의문이 있다. 즉 위헌제청형 헌법소원심판청구의 기초가 되어 있는 일반법원의 소송절차에서 당사자가 직접 소송을 수행하고 있는 경우에는 위헌법률심판의 제청신청을 변호사를 선임하지 않고 당사자가 직접 할 수 있는데, 이 경우 당해 법원의 신청기각이 있을 후 헌법재판소에 문제된 법률의 위헌여부 심판을 구하는 때에 법 제25조 제3항에 따라 변호사를 대리인으로 선임하게 하는 것이 타당한 것이냐 하는 문제이다. 이러한 경우에 까지 대리인 변호사 강제주의를 적용하게 되면 당사자에게 소송비용의 부담을 가중시키고 경우에 따라서는 소송비용의 과도한 부담 때문에 심판청구를 포기하게 만들며, 특히 나중에 헌법재판소의 심

71) 정종섭, 전게서, 132면.

판에 의하여 당해 법원이 당사자의 제청신청을 기각한 것이 잘못된 것으로 판명되는 경우에는, 당사자에게는 아무런 귀책사유가 없음에도 오로지 당해 법원의 판단 잘못으로 인한 제청신청기각 때문에 당사자가 대리인선임 등 소송비용을 지출해야 하는 부당한 결과를 초래하게 된다는 것이다.⁷²⁾

따라서, 위헌제청형 헌법소원의 경우에는 필요적으로 국선대리인을 선정해 주도록 입법화하자는 견해⁷³⁾는 충분히 경청할 만하다고 본다.⁷⁴⁾ 다만 이 경우에도 접수단계에서가 아니라 전원재판부의 審判에 回附하는 단계에서 국선대리인을 선정해 주어야 할 것이다. 왜냐하면, 위헌제청형 헌법소원의 본질이 비록 구체적 규범통제이기는 하지만 그 청구형식은 우리법상 엄연히 헌법소원으로 규정되어 있고 대리인 문제 뿐만 아니라 위에서 본 바와 같이 심판청구의 대상이나 재판전제성, 그리고 청구기간 등에 대한 사전심사가 필요하기 때문이다.

V. 審判節次

1. 審判節次의 概觀

위헌제청형 헌법소원의 심판절차는 일반형 헌법소원의 경우와 대체적으로 같다. 즉 청구인이 헌법재판소에 헌법소원심판청구서를

72) Ibid, 126-127면.

73) Ibid, 127면.

74) 筆者는 전에 이미 헌법소원심판절차에서 職權으로도 國選代理人을 選定할 수 있도록 법을 개정하자고 주장한 바 있다. 拙稿, 헌법소원심판의 특수성 小考, 憲法論叢 제4집(1993.12), 293면 참조.

제출하면 事件番號와 事件名이 부여되고 3인의 재판관으로 구성되는 지정재판부의 사전심사를 받게된다(법 제72조 제1항). 지정재판부의 재판장은 심판청구서를 심사하여 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 補正을 요구하여야 한다(법 제72조 제5항, 제28조). 사전심사를 통과하여 전원재판부에 회부되면 본격적인 심리에 들어가며, 헌법소원을 인용하는 결정을 하려면 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법 제113조 제1항). 즉 재판관 과반수(5인)만으로는 인용결정을 하지 못하는데 이는 법적 안정성을 고려한 제도라고 한다.⁷⁵⁾

그리고 인용결정에 있어서도 “심판청구된” 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 판단함이 원칙이며, 예외적으로 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.(법 제75조 제6항, 제45조).

2. 事前審査

헌법재판소에 접수된 헌법소원심판사건은 먼저 지정재판부의 사전심사를 거치게 되는데(법 제72조 제1항), 이러한 사전심사는 심판청구의 본안에 대한 판단이 아니라 단지 請求要件의 具備與否만을 심사하는 것이다. 그런데 지정재판부 재판장이 심판청구의 보정을 요구하면서 정한 보정기간은 법 제72조 제4항에 정하는 지정재판부의 사전심사기간에서 제외되어야 하고(법 제28조 제4항, 제72조 제5항), 재판부 忌避申請으로 인하여 심판절차가 정지된 기간(법 제24조 제6항, 민사소송법 제44조)은 위 사전심사기간에 산입하지 아니하는 것으

75) 정종섭, 전게서, 136면.

로 보아야 한다.⁷⁶⁾

가. 却下決定

사전심사 결과 다음의 각 경우에는 지정재판부 재판관전원의 일치(된 의견에 의한 결정으로 심판청구를 각하한다(법 제72조 제3항).

제1호, 다른 법률에 救濟節次가 있음에도 불구하고 그 절차를 모두 거치지 아니한 경우나 法院의 裁判에 대하여 청구된 경우

제2호, 請求期間이 經過된 경우

제3호, 辯護士를 대리인으로 선임하지 않고 청구한 경우⁷⁷⁾

제4호, 기타 헌법소원심판의 청구가 不適法하고 그 欠缺을 보정할 수 없는 경우

헌법재판소 개소이래 1995. 8. 31.까지 위헌제청형 헌법소원이 사전심사에서 각하된 경우는 모두 13건으로 이를 위 각하사유별로 나누어 보면 청구기간경과(제2호) 3건, 대리인 불선임(제3호) 7건, 기타 부적법사유(제4호) 3건 등이다.

그중 제4호의 경우를 다시 나누어 보면, 첫째 청구인이 당해 소송의 당사자(원고)적격이 없어 당해 소송자체가 부적법한 경우⁷⁸⁾와, 둘째 법률이 아닌 大統領令에 대하여 위헌제청신청을 하였다가 법원에서 각하결정되자 심판을 청구한 경우⁷⁹⁾, 셋째 法廷拘束을 당한 청구인이 법원의 법정구속조치가 위헌이라는 취지의 위헌심판제청을 하였으나 법원에 의하여 기각되자 심판을 청구한 경우⁸⁰⁾ 등이

76) 헌재 1993. 10. 29. 자, 93헌마222 결정 참조.

77) 그러나, 청구인 자신이 변호사의 자격을 가진 자인 때에는 각하사유에 해당되지 않는다 (법 § 25③단서 참조).

78) 헌재 1992. 8. 19. 자, 92헌바36 결정.

79) 헌재 1992. 10. 31. 자, 92헌바42 결정.

80) 헌재 1994. 9. 6. 자, 94헌바36 결정.

다.

나. 審判回附決定

지정재판부가 심판청구를 각하하지 아니하는 경우에는 결정으로 그 사건을 전원재판부에 회부하는 결정을 하여야 하는데, 심판청구 일로부터 30일이 경과할 때까지 각하결정이 없는 때에는 전원재판부에 회부하는 결정이 있는 것으로 본다(법 제72조 제4항).⁸¹⁾ 헌법재판소 개소이래 1995. 8. 31.까지 접수된 위헌제청형 헌법소원 총 295건 중 지정재판부에서 각하된 건수는 모두 13건이고 지정재판부 단계에서 취하된 건수는 1건이므로, 현재 지정재판부에 계류중인 1건을 제외하면 심판회부율은 95% [280/294] 이다. 법 제68조 제1항에 따른 일반형 헌법소원의 경우 심판회부율이 60% 정도이므로⁸²⁾ 위헌제청형 헌법소원의 심판회부율은 매우 높은 편이다.

다. 指定裁判部の 合憲判斷權 問題

지정재판부에서 사전심사를 한 결과 청구의 이유가 없음이 명백한 경우에 전원재판부에 심판회부하지 아니하고 지정재판부에서 합헌판단을 할 수는 없는가? 이는 일반형 헌법소원에 있어서도 마찬가지인데, 이에 대하여는 訴訟經濟를 고려하여 청구기각(합헌)의 사유가 명백한 때 이를 구태여 동일한 결론이 날 전원재판부로 회부하지 않고 실질적 이유는 기각(합헌)이지만 却下결정으로 지정재판부에서 종결할 수 있다는 견해⁸³⁾가 있으나 현행법하에서는 무리한

81) 이를 실무상 “심판회부간주”라고 부른다.

82) 拙稿(註75), 280면 참조.

해석이라고 본다. 그러므로 법을 개정하여 그와 같은 경우에는 지정재판부에서 기각(합헌)결정을 할 수 있도록 하는 것이 전원재판부의 업무부담 경감을 위하여 바람직하다고 할 것이다. 다만, 이 경우 개정법에서는 지정재판부의 구성을 4인으로 하도록 규정할 필요가 있다. 왜냐하면, 현행법과 같이 지정재판부를 3인의 재판관으로 구성할 경우 이론상으로는 그 지정재판부를 구성하는 3인의 재판관 전원이 청구의 이유가 없다고 판단하였더라도 나머지 재판관 6인이 인용의 의견을 가질 경우를 배제할 수 없기 때문이다.

라. 事前審査 無用論

위헌제청형 헌법소원에서는 사전심사절차가 불필요하다는 견해가 있다. 즉, 법리적으로 보면 위헌제청형 헌법소원심판제도의 성질과 사전심사절차 규정의 적용은 조화되기 어렵다는 것이다.⁸⁴⁾ 왜냐하면, 앞서서도 보았듯이 위헌제청형 헌법소원심판절차는 구체적 규범통제절차이고 법 제72조의 사전심사제도는 그 제도의 취지상 본래의 헌법소원심판절차인 법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에서 적용되는 것이기 때문이다. 따라서 이러한 견해에 의하면 위헌제청형 헌법소원의 심판청구가 있게 되면 이 청구는 지정재판부를 거침이 없이 바로 전원재판부에 계속되는 것으로 하고, 형식요건의 불비에 따르는 부적법여부 판단은 전원 재판부에서 하면 된다는 것이다. 이와 같은 견해는 그 법리적 측면과 함께 그동안 헌법재판소의 실무면에서도 위헌제청형 헌법소원의 경우 사전심사를 통한 스크린의 효과가 별로 없었던 점을 고려하면 경청할 만한 견해이다. 그러

83) 김학성, 전계논문, 266면.

84) 정종섭, 전계서, 135면.

나 현행법상 위헌제청형 헌법소원의 경우도 변호사강제주의가 적용되고 있고 청구기간 등 적법요건심사의 의무가 법에 규정되어 있으므로 立法論으로는 몰라도 현행법의 解釋으로는 어렵다고 본다.

3. 審理節次

가. 書面審理 原則

소송의 심리는 訴(청구)에 대하여 判決(결정)하기 위하여 그 기초가 될 소송자료를 수집하는 것으로 각종 소송절차의 가장 中核(중핵)인 것이다. 심리의 방법으로는 구술에 의하는 것(口述審理)과 서면에 의하는 것(書面審理)으로 나눌 수 있는데, 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(법 제30조 제2항). 독일연방헌법재판소의 경우도 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하며 구두변론은 예외적으로만 인정되고 있다. 다만 독일의 경우 後者, 즉 구두변론에 있어서만 소송대리인 강제주의를 채택하여⁸⁵⁾ 구두변론절차에 있어서만 변호사나 대학의 법학교수에 의해 대리되도록 하고 대리인을 선임하지 않으면 이미 문서로 제출한 사항은 유효하지만 구두변론에서 청구나 증인신문 등의 절차적 권리는 인정하지 않고 있는 점이 우리와 다르다.⁸⁶⁾

그동안 헌법재판소가 위헌제청형 헌법소원사건에 있어서 변론을 연 것은 89헌마82 형법 제241조(姦通罪) 위헌소원, 90헌마13 형법 제338조등(死刑規定) 위헌소원, 92헌마49·52 토지초과이득세법 위

85) 독일연방헌법재판소법(1993. 8. 11. 전문개정 : BGB1. I S. 1473) §22① 참조.

86) 김철용의 2인, 전게서, 28면.

헌소원, 89헌마214·90헌바16 도시계획법 제21조(그린벨트규정) 위헌소원 등이 있는데, 이들은 모두 대학교수를 비롯한 專門參考人の 陳述을 듣기 위한 것이 그 목적이었다. 전술한 바와 같이 구체적인 규범통제의 성격을 갖는 위헌제청형 헌법소원을 위한 변론이란 앞으로 이러한 형태가 될 것으로 보인다.

나. 職權審理主義

헌법소원심판을 포함한 헌법재판은 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 그런데 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 憲法規範의 解釋과 이로 인한 객관적인 憲法秩序의 保障을 위한 기능이 헌법재판에서는 중요한 의미를 가진다.⁸⁷⁾ 따라서 헌법소원심판은 다른 재판에서와는 달리 헌법재판기관, 즉 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 요구되는 정도가 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다.⁸⁸⁾ 그러므로 당사자의 변론(주장)은 헌법재판소의 직권탐지를 보완하는데 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 판결(결정)의 기초로 삼아야 한다.

헌법소원심판이 청구되면 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 다음의 證據調查를 할 수 있다(법 제31조 제1항).

- ① 당사자 본인 또는 증인을 訊問하는 일
- ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 提出을 要求하고 이를 領置하는 일

87) Ibid, 37면.

88) Ibid, 38면.

③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 鑑定을 명하는 일

④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 性狀 또는 狀況을 檢證하는 일

이때 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 위와 같은 증거조사를 하게 할 수 있는데 (법 제31조 제2항), 이와 같이 지정된 재판관을 법원의 수명법관(민사소송법 제129조 제1항)과 같이 실무상 “受命裁判官”이라고 부른다. 법 제31조는 지정재판부의 심리에 준용되므로(법 제72조 제5항) 지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 지정재판부 재판장은 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다.

그동안 헌법재판소에서는 위헌제청형 헌법소원사건에 있어서 법 제32조에 의한 사실조회나 자료제출요구를 제외한 법 제31조에 따른 증거조사는 헌법재판소 개정초기에 사회보호법 제5조 제1항 위헌소원(88헌마4호) 사건에서 1988. 12. 17. 청송보호감호소에 대한 現場檢證이 유일한 케이스였다.⁸⁹⁾ 다만, 이 사건은 그후 1989. 3. 25. 사회보호법이 개정(법률 제4089호)되어 청구인에 대하여 공소 제기된 죄가 보호감호의 대상에서 빠졌기 때문에, 위헌여부의 심판이 청구된 법률조항이 더 이상 재판의 전제가 되지 못하여 심판청구의 이익이 없다는 이유로 1989. 4. 17. 각하결정 되었다.⁹⁰⁾

4. 假救濟制度의 許容與否

89) 이에 비하여 일반형 헌법소원의 경우는 현장검증, 서증조사, 증인신문 등 다양한 형태의 증거조사가 많이 행해지고 있다.

90) 참고로, 헌법재판소는 문제된 구 사회보호법 제5조 제1항에 대한 별도의 위헌제청사건에서 동 조항에 대하여 위헌결정을 내린 바 있다 (헌재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가 5·8, 89헌가44 병합결정).

우리 법은 政黨解散심판에서의 가처분(법 제57조), 權限爭議심판에서의 가처분(법 제65조)만을 규정할 뿐, 헌법소원심판이나 위헌법률심판의 경우는 집행정지 내지 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그런데 헌법소원심판의 경우는 행정소송법과 민사소송에 관한 법령을 준용하므로(법 제40조), 여기에서 행정소송법상의 집행정지에 관한 규정(동법 제23조 등) 또는 민사소송법상의 가처분에 관한 규정(동법 제714조 이하)을 준용할 수 있지 않는가 하는 해석상의 의문이 생긴다.

가. 執行停止

집행정지결정은 本案訴訟이 종결될 때까지 處分 等の 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 정지함을 그 내용으로 한다.⁹¹⁾

(1) 效力의 全部 또는 一部の 停止

처분의 효력이란 처분의 내용적 拘束力·公定力·執行力등을 포함한다. 효력이 정지되면 잠정적이기는 하지만 이들 행정행위의 효력이 존속되지 않는 결과가 된다.

(2) 處分の 執行의 全部 또는 一部の 停止

처분의 집행이란 처분내용의 강제적 실현을 위한 집행력의 행사를 말한다. 처분의 집행정지는 執行作用을 停止시킴으로써 처분의 내용의 실현을 저지하는 것이다.

(3) 節次의 續行의 全部 또는 一部の 停止

절차의 속행의 정지란 행정처분이 단계적인 절차에 의해 행해지

91) 홍준형, 行政救濟法(1993.5), 302면.

는 경우 그 後續行爲를 停止하는 것을 말한다.

나. 假處分

일반적으로 민사소송법상의 가압류·가처분 절차는 현상을 방지하여 두면 장래의 강제집행이 불가능하게 되거나 현저하게 곤란하게 될 우려가 있는 경우에 채무자의 처분을 금하는 따위의 방법으로 現狀의 變更을 禁하고 強制執行의 保全을 하는 절차이다.⁹²⁾ 가처분에는 係爭物에 관한 가처분(민사소송법 제714조 1항)과 臨時地位를 정하는 가처분(동조 2항)이 있는바, 前者는 물건을 대상으로 청구권의 보전을 목적으로 하는 것임에 대하여 後者는 분쟁해결이 될 때까지의 법률관계의 불안정을 배제하고 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 법적 지위를 정하는 절차이다.

다. 違憲提請型 憲法訴願審判에의 準用與否

(1) 問題의 提起

헌법재판절차에서의 가처분은 형식적으로는 민사소송법에서 규정한 권리의 보전을 위하여 주어진 소송상의 강제집행수단인 가처분과 흡사하나, 실질적으로는 행정소송법에서의 집행정지를 명하는 가처분과도 유사하다. 그러나 실제에 있어서는 민사소송에서의 가압류나 가처분과도 비교될 수 없고, 행정소송에서의 집행정지제도 와도 동일하지 않다. 이는 어디까지나 憲法裁判의 本質과 헌법기관으로서 헌법재판소의 독자적 기능을 수행하는 憲法上의 地位로부터

92) 이 때문에 執行保全節次 또는 保存訴訟이라고 한다.

이시윤, 민사소송법(1995.7), 38면.

이해하여야 한다.⁹³⁾

(2) 學說

우리나라에서는 헌법소원심판절차에 있어서 집행정지나 가처분에 관하여 명문으로 규정되어 있지 아니하므로 이를 인정하고 있지 아니하다고 보아야 한다는 견해⁹⁴⁾가 없지 아니하나, 이를 인정해야 한다는 견해가 더 많다. 즉 집행정지는 차치하고라도 헌법재판소의 권한 중에서 어느 것보다도 가처분의 필요성이 큰 헌법소원에 있어 가처분에 관한 규정이 없는 것은 중대한 立法의 不備이며, 법 제40조가 행정소송법과 함께 민사소송법도 준용하도록 하고 있으므로 헌법소원심판에서 가처분제도는 허용되어야 한다는 것이다.⁹⁵⁾ 더 나아가 헌법소원심판에 있어서의 가처분은 민사소송이나 행정소송에 있어서의 그것과는 다른 특성이 인정되는 만큼 이에 대하여는 법에 明文의 規定을 두는 것이 좋은 것이라고 한다.⁹⁶⁾

(3) 憲法裁判所의 判例

지금까지 위헌제청형 헌법소원심판을 청구하면서 집행정지를 신청한 경우는 없었고, 가처분신청을 한 케이스는 모두 2건이었는데, 1건은 도중에 신청인이 취하하였고, 1건(93헌사81 소송절차정지 가처분신청)에 대하여는 우리 재판소 전원재판부에서 1993. 12. 20.자로 기각결정을 내렸다. 이 사건은 우리 재판소 93헌바12호 하천법 제2조 위헌소원사건의 심판이 있을 때까지 서울민사지방법원 90가합93568호 소유권확인 청구사건의 訴訟節次를 一時 停止한다는 결정을 구하며 신청한 사건이었는데, 위 기각결정에서는 그 이유를 說示하지 않아 그 기각결정의 이유(論據)를 알 수 없어 안타까울

93) 한병채, 전계서, 664면.

94) 金泳哲, 스페인헌법재판소의 관할과 그 운용현황, 憲法論叢 제2집((1991.12), 254면.

95) 김학성, 전계논문, 274면.

96) 김철용 외 2인, 전계서 327면.

뿐이다. 다만, 이 결정에는 이 사건 가처분신청은 인용되어야 한다는 재판관 한 분의 반대의견이 있었다. 따라서 아직은 판례가 확립되었다고 간주할 수는 없겠으나 적어도 현재까지는 우리 재판소가 위헌제청형 헌법소원사건에서 가처분을 인정할 수 없다는 입장에서 있다고 말할 수 있을 것이다. 다만, 위 결정의 주문이 “각하”가 아니고 “기각”이었기 때문에 우리 재판소가 위헌제청형 헌법소원심판에 있어서 가처분 자체를 인정하지 않은 것은 아니라는 견해도 있다.⁹⁷⁾

라. 結論

일반법원의 소송과 마찬가지로 위헌제청형 헌법소원심판도 헌법재판소의 종국결정이 있기까지 상당한 시일을 소요하는 것이 보통이다. 개소이래 1995. 8. 31.까지 처리된 186건의 처리기간을 살펴보면 6개월이내가 22건, 1년이내가 25건, 2년이내가 88건, 2년경과가 51건으로 70%이상 [139/186] 이 1년을 넘겨 처리되고 있으며, 접수된 사건의 1/4 정도는 2년이 넘어야 처리되고 있는 실정이다. 그리하여 경우에 따라서는 청구인이 헌법재판소에서 인용(승소)판결을 얻는다 하더라도 그 사이에 당해 법률조항에 근거한 係爭處분이 집행되거나 효력이 완성되어 버리면 당초 구제목적의 달성이 사실상 불가능하게 되는 때가 있을 수 있다. 물론 법 제75조 제7항에 의하면 위헌제청형 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 再審을 청구할 수 있으나, 이러한 구제방법이 집행정지나 가처분에 의한 방법보다 더 번

97) 한병채, 전게서, 678면.

거로울 것은 자명하다. 이때 중국결정이 있기 전이라도 점정적으로 처분의 집행을 정지하는 등 임시조치를 취함으로써 권리구제에 차질이 없도록 할 필요가 생긴다.

그런데 먼저 집행정지에 관하여 보건대, 위헌제청형 헌법소원의 경우에는 집행정지제도를 논할 실익이 없지 않을까 생각된다. 왜냐하면, 전술한 바와 같이 집행정지의 내용에는 3가지가 있는데 이를 법률에 대하여 적용해 볼 때 “법률의 효력의 전부 또는 일부의 정지”란 그 성격상 위헌제청형 헌법소원사건의 본안에서 판단할 사안이고, “법률의 집행의 전부 또는 일부의 정지” 그리고 법률의 규정에 따른 “절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지”를 명하는 집행정지는 위헌제청형 헌법소원의 전제가 된 일반법원의 당해 소송에서 밝아야 할 절차이기 때문이다.

그러나 한편 가처분에 대하여 살펴보면, 일반적으로 가처분에는 전술한 바와 같이 계쟁물에 관한 가처분과 임시지위를 정하는 가처분이 있는바, 後者의 경우에는 위헌제청형 헌법소원에 있어 가처분을 인정할 수 있다고 본다. 이는 위 93헌사81 가처분신청사건에 대한 기각결정의 반대의견에서도 나타난 바와 같이, 첫째 보전절차의 暫定的이고도 假定的인 성질을 감안한다면 법의 해석도 가처분을 폭넓게 받아들이는 쪽으로 적극적인 해석을 해야할 뿐만 아니라, 둘째 법원이 위헌법률심판을 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 停止되도록 한 법 제42조 제1항의 규정이나 헌법재판소의 심판절차는 민사소송을 준용하도록 한 제40조의 주체만 다를 뿐 그 실질은 법 제41조의 위헌법률심판청구와 동일하게 具體的 規定統制審判으로 보고 그와 동일한 심판절차규정에 따라 처리해 온 헌법재판소의 관례 등에 비추어 보아도 그 당위성이 인정된다 할 것이다. 그러나 헌법재판소의 가

처분은 공권력의 집행이나 다른 국가기관의 관할권을 침해해서도 안 되는 것이므로, 그 결정에는 일반법원의 가치분보다 엄격하게 그 필요성을 검토하여야 할 것이다.⁹⁸⁾

VI. 終局決定

재판부가 심리를 마친 때에는 중국결정을 한다. 중국결정은 중국 심리에 관여한 재판관의 過半數의 찬성으로 하는바, 다만 認容決定을 하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(법 제23조 2항 1호). 중국결정에는 ① 심판청구가 부적법한 경우에 하는 각하결정, ② 심판청구가 이유 없는 경우에 하는 합헌결정, ③ 심판청구가 이유 있는 경우에 하는 결정 등이 있다. 그리고 후자(③)의 결정유형으로는 헌법불합치, 한정합헌, 한정위헌, (질적)일부위헌 그리고 (단순)위헌 등이 있는바, 이는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부심판의 경우 및 법 제68조 제1항에 따른 법률에 대한 헌법소원의 경우와 동일하다.

1. 却下 決定

前述한 바와 같이 모든 헌법소원심판청구에 대하여 지정재판부에서 그 적법성을 사전심사하여 스크린하지만 전원 재판부에 회부된 사건에 대하여도 본안판단에 들어가기 전에 심판청구의 적법여부를 먼저 가리게 된다.⁹⁹⁾ 우리 재판소 개소이래 1995. 8. 31.까지 위헌제

98) Ibid, 666면.

99) 拙稿, 헌법소원의 대상에 관한 小考, 헌법논총 제1집(1990.12), 446면 참조.

청형 헌법소원에 있어 전원재판부에서도 30건의 각하결정이 있었다.¹⁰⁰⁾ 이를 사유별로 보면 재판의 전제성이 없는 경우가 26건¹⁰¹⁾으로 가장 많고, 청구기간 경과가 2건, 그밖에 법률이 아닌 행정부(건설부)의 “指針”을 심판청구의 대상으로 한 경우가 1건,¹⁰²⁾ 나머지 1건은 청구인 본인이 헌법소원심판을 청구한 후에 재판장의 보정명령에 따라 代理人(4인)을 선임하였으나 그들이 청구서나 청구이유서의 제출 등 변호사로서의 심판수행을 전혀 하지 아니하고 있다가 모두 사임한 케이스¹⁰³⁾이다. 그러므로, 前述한 지정재판부 각하 13건을 포함하여 위헌제청형 헌법소원이 각하되는 이유를 종합하면 총 43건 중 재판의 전제성 문제가 63%(27건), 대리인 문제가 18%(8건), 청구기간 문제가 12%(5건), 청구의 대상 문제가 7%(3건)이다. 즉 재판의 전제성을 충족하지 못해 각하되는 경우가 각하되는 사건의 60%를 넘고 있다.

2. 審判節次終了 宣言

한편, 本案判斷에 들어가지 않는 점에서는 각하결정과 같지만 각하결정과는 다른 성격의 것으로 심판절차종료선언이 있다. 이는 청구인의 死亡으로 절차관계의 종료를 명백히 확인하는 의미에서 하는 결정으로, 위헌제청형 헌법소원의 경우 개소이래 1건(헌재 1994. 12. 29. 선고, 90헌바13결정)의 심판절차종료선언이 있었다.¹⁰⁴⁾ 동

100) 이는 전원재판부 전체 결정건수(160건)의 19%에 해당한다.

101) 여기에는 심판의 대상이 된 법률조항이 심판계속중 개정되어 권리보호의 이익이 없어진 경우도 포함된다(예컨대, 헌재 1989. 4. 17. 선고, 88헌마4 결정 ; 1995. 2. 23. 선고, 92헌바18 결정 등). 또한 재판의 전제성 외에 다른 각하사유가 포함된 경우에도 이 항목으로 분류했음(예컨대, 헌재 1995. 7. 27. 선고, 93헌바1·8 병합결정).

102) 헌재 1992. 11. 12. 선고, 92헌바7 결정.

103) 헌재 1994. 4. 28. 선고, 92헌바16 결정.

결정의 주문은 “이 사건 심판절차는 1990. 12. 4. 청구인의 사망으로 종료되었다”로 표현되었다.

그리고 동 결정 이유에 의하면, “청구인이 이 사건 헌법 소원심판을 청구할 당시의 전제되는 재판이었던 대법원 90도310호 사건은 1990. 4. 24. 상고기각판결에 의하여 종료되었으나 헌법소원이 인용되는 경우 법 제75조 제7항에 의하여 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있으므로, 법 제40조와 민사소송법 제211조 제1항에 따라 청구인의 사망후에 재심을 청구할 수 있는 자는 이 사건 헌법소원심판절차를 受繼할 수 있지만 수계할 당사자가 없거나 수계의사가 없는 경우에는 청구인의 사망에 의하여 헌법소원심판절차는 원칙적으로 종료된다고 할 것이고, 다만 수계의사표시가 없는 경우에도 이미 결정을 할 수 있을 정도로 사건이 성숙되어 있고 그 결정에 의하여 유죄판결의 흠이 제거될 수 있음이 명백한 경우 등 특별히 유죄판결을 받은 자의 이익을 위하여 決定의 必要性이 있다고 판단되는 때에 한하여 종국결정을 할 수 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건 헌법소원심판절차에서는 청구인이 사망한지 4년이나 지났는데도 수계신청이 없을 뿐만 아니라 특별히 종국결정을 할 필요성이 있는 경우에 해당한다고 보아지도 아니하므로, 이 사건 헌법소원은 청구인의 사망으로 말미암아 그 심판절차가 종료되었다.”는 것이다.

3. 合憲 決定

우리 재판소 개소이래 1995. 8. 31.까지 위헌제청형 헌법소원에

104) 참고로, 일반형 헌법소원에서는 그 전에 역시 청구인의 사망을 이유로 하는 심판절차종료 선언이 1건 있었다(헌재 1992. 11. 12. 선고, 90헌마33 결정).

대한 합헌결정은 모두 106건¹⁰⁵⁾이 있었다. 그 중 몇 가지 예를 들어 보면, “간통죄” 규정인 형법 제241조 위헌소원(헌재 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정), “정정보도청구”제도를 규정한 정기간행물의등록등에관한법률 제16조등 위헌소원(헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정), “교원노조금지” 규정인 사립학교법 제55조등 위헌소원(헌재 1991. 11. 25. 선고, 90헌바5내지12 병합결정), “제3자 개입금지” 규정인 노동조합법 제12조의2등 위헌소원(헌재 1993. 3. 11. 선고, 92헌바33 결정), 국가안전기획부를 대통령 직속기관으로 설치하도록 규정한 정부조직법 제14조등 위헌소원(헌재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 결정), 실화책임에관한법률 위헌소원(헌재 1995. 3. 23. 선고, 93헌바4, 94헌바33 병합결정) 등이 있다.

4. 違憲宣言不可 決定

한편, 결론에 있어서는 당해 법률(조항)의 효력에 영향을 미칠 수 없다는 점에서 합헌결정과 같지만 성격상 달리 보아야 할 것으로 위헌선언불가결정이 있다.¹⁰⁶⁾ 즉 헌법 제113조 제1항 및 법 제23조 제2항 제1호의 규정에 의하면 위헌제정형 헌법소원을 인용하려면 재판관 6인의 찬성이 있어야 하므로, 심판의 대상이 된 당해 법률(조항)의 위헌 결정에 찬성하는 재판관이 과반수이더라도 違憲決定 定足數 6인에 미달하는 경우에는 위헌결정을 선고할 수 없으므로 부득이 위헌선언불가결정을 하게 되는 것이다.¹⁰⁷⁾

개소이래 1995. 8. 31.까지 위헌제정형 헌법소원에 대한 위헌선언

105) 이 숫자에는 後述하는 위헌선언불가결정 6건이 포함됨.

106) 다만, 우리 재판소의 공식통계는 이 경우도 “합헌”으로 분류하고 있다.

107) 헌재 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정 참조. 이 결정은 우리 재판소가 처음으로 위헌선언 불가결정을 한 케이스였다.

불가결정은 모두 6건이 있었는데, 그 중 5건은 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 보상대상자에 포함시키지 않은 1980년해직공무원의보상등에 관한특별조치법 제2조등 위헌소원(헌재 1993. 5. 13. 선고, 90헌바22, 91헌바12·13, 92헌바3·4 병합 결정)¹⁰⁸⁾의 경우이고, 나머지 1건은 양도담보권과 국세의 우선순위에 관한 규정인구 국세기본법 제42조 제1항 단서 위헌소원(헌재 1994. 6. 30. 선고, 92헌바23 결정)¹⁰⁹⁾의 경우이다. 前者의 결정주문은 “1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법(1989. 3. 29. 법률 제4101호) 제2조 중 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 부분과 제5조는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다”였고, 後者の 결정주문은 “구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 전의 것) 제42조 제1항 단서 중 ‘으로부터 1년’이라는 부분은 이 사건에 있어서 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다”였다.¹¹⁰⁾ 이러한 위헌선언불가결정은 당해 법률조항에 대한 (失效 등의) 영향을 미치지 않는다는 점과 재판의 評議過程은 별도의 의미를 갖지 않는다는 점에 비추어 볼 때 결과적으로는 합헌결정과 차이가 없다.¹¹¹⁾ 다만 심리(평의)에 관여한 재판관의 과반수 - 위헌결정정족수 6인에는 미달 - 가 위헌의 의견을 갖고 있다는 점에서 “宣言的”인 의미를 부여할 수 있을 것이다.

5. 違憲不合致 決定

108) 이 결정에는 “이 사건 법률조항은 재판의 전제성이 없으므로 심판정구를 각하해야 한다”는 재판관 4인(조규광·최광률·김문희·황도연)의 소수의견이 있었다.

109) 이 결정에도 재판의 전제성 결여를 이유로 각하해야 한다는 上記 4인 재판관의 소수의견이 있었다.

110) 그러므로 위헌제정형 헌법소원의 경우 위헌선언불가결정은 사건수로는 6건이나 횡수는 2회(결정문 數도 2건)이다.

111) 김철용 외 2인, 전거서, 162면.

이는 법률 또는 법률의 조항이 헌법에 합치하지 아니한다는 違憲宣言에 그치고 위헌법규라 할지라도 그 법률의 효력은 잠정적으로 지속시키는 결정형식이다.¹¹²⁾ 헌법불합치로 선고된 법률(조항)은 위헌으로 확인되지만 당분간 잠정적으로 계속 합헌적인 법률로서 유효하게 적용된다는 점에서, 즉시 그 법률의 효력이 상실되는 단순 위헌 또는 한정위헌 결정과 구별된다. 그래서 이것을 ‘규범의 완전한 공백상태로부터 法的 安定性を 보호하기 위하여 점정적인 합헌을 유보하는 일종의 違憲確認宣言의 결정주문형태’라고 한다. 그리고 이 주문의 결정은 입법자가 위헌상태를 제거하는데 여러 가지 가능한 방법을 선택하여 합헌적인 법률을 제정할 수 있도록 입법기회를 보장하는 立法促求를 전제로 재판하는 것이 가장 “헌법적”이라는 데 기초를 두고 있는 것이다.¹¹³⁾ 헌법불합치결정은 이와 같이 입법자의 立法形成의 自由를 존중함과 동시에 유효하게 존속하던 법률을 실효시킴으로써 야기되는 갑작스런 法律의 空白狀態를 防止하고 나아가 법적·사회적 혼란에 대비하여 법적 안정성과 사회질서를 유지하여야 하는 헌법적 사유가 있는 경우에 하는 것이다.¹¹⁴⁾

우리 재판소에서는 1994. 7. 29. 선고한 토지초과이득세법 위헌소원(92헌바49·52 병합결정)에서 위헌제청형 헌법소원에 대하여 처음으로 헌법불합치결정을 내렸다.¹¹⁵⁾ 위 토지초과이득세법에 대한

112) 헌법재, 전게서, 578면.

113) 다만 1995. 9. 28. 선고한 92헌가11,93헌가8·9·10 병합결정에서는 헌법재판소의 결정 선고 이전에 입법자가 스스로 심판대상 법률조항(특허법 제186조 제1항, 의장법 제75조) 및 이에 근거한 현행 特許爭訟制度에 관한 관련 법규정들을 “헌법합치적으로” 개정하였으므로(1995. 1. 5. 법률 제4892, 4894호), 立法促求 대신에 동 개정법률이 시행되는 1998. 3. 1.의 전일까지는 위 두 법률조항이 위 위헌 여부심판제청의 각 당해 사건을 포함한 모든 특허 및 의장 쟁송사건에 대하여 그대로 適用된다고 결정주문에 명시하였다.

114) 헌법재, 전게서, 579면.

115) 그 전에 우리 재판소의 다른 심판유형에서 내려졌던 헌법불합치결정의 예로는

헌법불합치결정의 주문은 “토지초과이득세법(제정 1989. 12. 30. 법률 제4177호, 개정 1993. 6. 11. 법률 제4561호, 1993. 6. 11. 법률 제4563호)은 헌법에 합치되지 아니한다”였는바, 그 결정이유에서 우리 재판소는 동법에 대한 위헌성을 확인하였으나 “국민의 기본권보장이라는 헌법재판의 기본적인 사명과 배치되지 않는 범위내에서, 단순위헌으로 선고할 경우 발생할 수 있는 부정적인 결과의 발생을 최소화하지 않을 수 없다는 관점에서 ‘이 사건에 관하여 입법자가 토지초과이득세법을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 改正 또는 廢止할 때까지는 법원·행정청 기타 모든 국가기관은 현행 토지초과이득세법을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되, 그 形式的 存續만을 暫定的으로 維持하게 하기 위하여’ 이 사건에서 토지초과이득세법에 대한 단순위헌무효결정을 선고하지 아니하고, 법 제47조 제2항 본문의 ‘효력상실’을 제한적으로 적용하는 變形決定으로서의 헌법불합치결정을 선택하지 아니할 수 없다”고 판시하였다. 동 결정은 엄청난 사회적 파장과 함께 격렬한 찬·반 논쟁을 불러일으킨 바 있다.¹¹⁶⁾ 그리고 우리 재판소는 1995. 7. 27. 선고한 같은 법률에 대한 또다른 위헌소원사건¹¹⁷⁾에서, “당재판소가 위 사건(92헌바49·52)의 주문으로서 그 각 개별조항에 대한 결정이유에서 밝힌 바대로 單純違憲宣言 또는 改正立法促求등을 선고하지 아니하고 굳이 憲法不合致라는 변형결정주문을 선택하여 위

① 위헌 제정사건에서는 1989. 9. 8. 선고한 88헌가6 결정이 있고,

② 일반형 헌법소원사건에서는 1991. 3. 11. 선고한 91헌마21 결정과 1993. 3. 11. 선고한 88헌마5 결정이 있다.

116) ① 찬성하는 견해 : 金性洙, 토지초과이득세법에 대한 현재의 헌법불합치결정 과연 잘못된 결정인가, 法律新聞 1994. 11. 10. 15면(上), 동년 11. 14. 15면(下).

② 비판하는 견해 : 石琮顯토지 공법학회 심포지엄, 法警新聞 1994.9. 5. 및 동년 9. 12. 자에 게재.

117) 93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53 병합결정.

헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 改正 혹은 廢止하는 임무를 立法者의 形成裁量에 맡긴 이상 그 당연한 논리적 결과로 위 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 소위 ‘당해사건’ 또는 ‘병행사건’에 관하여는 위 결정 이후 입법자에 의하여 개정된 법률조항이 적용되어야 할 것인바, 이는 헌법불합치결정이 의도하는 본질적인 부분의 하나이기도 하다. 왜냐하면 헌법불합치결정은 그 결정에 따라 舊法條項들 중 無效로 될 부분의 구체적인 범위의 획정을 입법자의 形成의 自由에 맡겨 두는 결과 입법자가 당재판소의 결정취지에 맞추어 해당조항을 개정할 때에야 비로소 그 결정에 의하여 무효로 될 부분을 구체적으로 확정할 수 있는 것이므로, 소위 ‘당해 사건’ 등에 관하여는 구법 조항들 중의 위헌부분이 제거된 것으로 보아야 할 개정법률(1994. 12. 22. 법률 제4807호) 조항들을 적용할 수밖에 없기 때문이다.”라고 판시하여 그동안 新·舊法 적용을 놓고 논란을 거듭해 온 토초세 論爭에 종지부를 찍은 바 있다.

6. 限定合憲 決定

한정합헌결정이란 심판의 대상이 된 법률(조항)의 형식적인 문언 자체에 대하여 위헌결정을 하는 것이 아니고 그 문언의 내용이 多義的으로 해석가능한 경우이어서 그 질적인 縮小解釋으로 한정하여 해석·적용하는 한 합헌적인 법률이 된다는 변형주문의 결정을 말한다. 이는 ‘그 법률규범이 여러 가지 의미로 법률적 해석이 될 수 있을 때 그 중 헌법에 위반되는 것으로 해석이 가능한 질적인 일부분을 제거하고 나머지 헌법에 합치되는 해석가능한 부분을 합헌적으로 보고 기존의 法律規範을 存續시키는 데’ 큰 의미가 있는 것이다.¹¹⁸⁾

그동안 우리 재판소에서 위헌제청형 헌법소원사건의 한정합헌결정은 모두 2건이었는데 그 결정주문을 보면, “상속세법 제32조의2 제1항(1981. 12. 31. 법률 제3474호 개정)은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다”(헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정)¹¹⁹⁾와 “개정전 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호) 제9조 제2항은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위협이 있을 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위배되지 아니한다”(헌재 1992. 4. 14. 선고, 90헌마23 결정)였다.

7. 限定憲法 決定

이는 ‘법률규정 자체는 곧바로 위헌이라 할 수 없으나, 만약 그 규정을 자의적으로 확대 해석한다면 위헌이라는 취지의’ 결정형식이다. 한정위헌결정과 한정합헌결정과 구별은 대단히 애매하고 어려운 문제이다.¹²⁰⁾ 이에 대하여 위 89헌마38 결정에 나타난 의견(보충의견)을 살펴보면 다음과 같다. “합헌적인 한정축소해석(한정합헌결정)은 위헌적인 해석가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제하고, 적용범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언(한정위헌결정)은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐, 본질적으로는 일종의 部

118) 한병채, 전제서, 558면.

119) 이 결정은 우리 재판소에서 이른바 “변형결정”의 주문을 낸 최초의 사례이다.

120) 다만, 主文의 형식 자체는 후술하는 바와 같이 명백히 구별된다.

分的 違憲宣言이며 그 효과를 달리하는 것이 아니다. 다만, 양자는 法文의 意味가 미치는 射程距離를 파악하는 관점, 법문의 의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판사건에서의 실무적인 適宜性 등에 따라 그 중 한 가지 방법을 선호할 수 있을 따름이거니와 헌법규범질서의 전체적인 통일성과 조화성으로 보아 의심의 여지가 있을 때에는 합헌적 해석이 우선한다는 법칙과 충격적인 위헌선언은 가급적 회피하는 것이 바람직하다는 일반적인 고려가 있을 따름이다.”

그동안 우리 재판소에서는 위헌제청형 헌법소원사건에서 6건의 한정위헌 결정을 내렸는데, 그 결정주문의 형태는 “...으로 해석하는 한, 헌법에 위반된다” 또는 “...으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다”이다. 이를 구체적인 사례로 살펴보면, 1993. 5. 13. 선고한 91헌바17 결정에서는 “구 음반에관한법률(1967. 3. 30. 법률 제1944호, 최종개정 1989. 12. 30. 법률 제4183호, 폐지 1991. 3. 8.) 제3조 제1항 및 제13조 제1항 제1호는 제3조 제1항 각호에 규정한 시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반된다”고 하였고, 1994. 6. 30. 선고한 93헌바9 결정에서는 “구 상속세법(1990. 12. 31. 법 제4283호로 개정되기 전의 법) 제7조의2 제1항 중 ‘용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령으로 정하는 경우’를 推定規定으로 보지 아니하고 看做規定으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다”고 하였으며, 1994. 12. 29. 선고한 93헌바21 결정에서는 “국가배상법 제2조 제1항 단서 중 ‘군인...이...직무집행과 관련하여...공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다’는 부분은, 일반국민이 직무집행중인 군인과의 공동불법행위로 인

한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다”라고 하였다. 그리고 1995. 7. 21. 선고한 92헌바27,94헌바6·47 병합결정에서는 “구 상속세법 (1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 법) 제7조의2 제1항 중 ‘용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우’를推定規定으로 보지 아니하고 看做規定으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”고 판시하였다.

8. 一部違憲(포함위헌) 決定

혹자¹²¹⁾는 포함위헌결정을 適用違憲결정¹²²⁾, 條件附위헌결정¹²³⁾과 함께 한정위헌결정의 한 유형으로 분류하나, 우리 재판소의 공식 통계표에서는 위 3자를 모두 “일부위헌”으로 분류하고 있다. 즉 전술한 바와 같이 한정합헌이나 한정위헌도 일종의 ‘부분적 위헌선언’인 것은 사실이나, 여기서 말하는 (質的)일부위헌결정은 法條文은 그대로 둔 채 다만 법조문에 명시적으로 표현되어 있지 않은 특정한 ‘適用例’에 대해서만 위헌선언을 하는 것이다.

그동안 위헌제청형 헌법소원사건의 일부위헌결정은 2건이 있었는데, 이들은 모두 “包含違憲”의 범주에 속하는 케이스였다. 이들 결정의 주문을 보면, 1991. 4. 1. 선고한 89헌마160 결정에서는 “민법 (1958. 2. 22. 법률 제471호) 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사회광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”고 하였고, 1991. 6.

121) 한병재, 전제서, 569면.

122) 예 ; 현재 1991. 5. 13. 선고, 89헌가97 결정.

123) 예 ; 현재 1992. 3. 13. 선고, 92헌마37·39 병합결정.

3. 선고한 89헌마204 결정에서는 “화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률(1973. 2. 6. 법률 제2482호) 제5조의 ‘특수건물’ 부분에 동법 제2조 제3호 가목 소정의 ‘4층 이상의 건물’을 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”고 하였다.

9. 單純違憲 決定

위에서 설명한 여러 결정유형 - 특히 變形決定 - 과 달리 단순위헌결정은 심판의 전제가 된 당해 법률(조항)의 전부 또는 (양적)일 부분에 대하여 단순히 “헌법에 위반된다”고 선언하는 결정주문형식이다.

그동안 우리 재판소에서는 위헌제청형 헌법소원사건에서 11건의 단순위헌결정을 내렸다. 그 중 주요 결정례를 보면, “국가보위입법회의법(1980. 10. 28. 법률 제3260호) 부칙 제4항 후단은 헌법에 위반된다”(헌재 1989. 12. 18. 선고, 89헌마 32·33 병합결정), “국세기본법(1974. 12. 21. 법률 제2679호, 개정 1984. 12. 15. 법률 제3754호) 제56조 제2항 중 괄호내인 ‘결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제81조 단서의 결정기간이 경과한 날’ 부분은 헌법에 위반된다”(헌재 1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 25 병합결정), “반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법(1977. 12. 31. 법률 제3045호, 최종개정 1987. 12. 4. 법률 제3993호) 제11조 제1항과 제13조 제1항 중 ‘제345조 내지 제348조’ 부분은 헌법에 위반된다”(헌재 1993. 7. 29. 선고, 90헌바35 결정), “지방세법 (1961. 12. 8. 법률 제827호, 개정 1984. 12. 24. 법률 제3757호) 제58조 제3항 전단 중 제2항에서 정하는 기간내에 그 결정통지가 없을 때에는 그 결정기간이 경과한 날로부터 심사청구기간을 기산하도록 규정한 부분과 그 후단 중 제5

항에서 정하는 기간내에 결정의 통지를 하지 아니한 때에는 그 결정기간이 만료한 날로부터 심사청구기간을 기산하도록 규정한 부분은 헌법에 위반된다”(헌재 1993. 12. 23. 선고, 92헌바11 결정) 등이 있다.

VII. 結 論

이상에서 고찰해 보았듯이 위헌제청형 헌법소원제도는 우리나라 특유의 심판유형이기는 하나 그 실질은 (구체적) 규범통제심판이기 때문에, 위헌제청형 헌법소원의 제도적 의의 및 헌법재판소의 운영 실무를 이해하기 위하여는 위헌법률심판제청사건과의 비교가 반드시 필요하다.

헌법재판소 개소이래 1995. 8. 31.까지의 접수 및 처리실적을 보면, 위헌제청사건은 총 301건 접수에 273건이 처리되어 현재 28건이 계속중이고 위헌제청형 헌법소원은 총 295건 접수에 186건이 처리되고 현재 109건이 계속중이다. 그러나 前述한 바와 같이 위헌제청사건에는 구 사회보호법 제5조 사건과 사립학교법 제55조등 사건이 각 100건씩이 접수되어 처리되었으므로, 실질적으로는 103건이 접수되어 75건이 처리된 셈이다. 물론 위헌제청형 헌법소원의 경우도 국가공무원법 제66조등 위헌소원은 20건, 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조등 위헌소원은 19건, 토지초과이득세법 위헌소원은 16건이 접수되는 등 중복되는 사건이 가끔 있으나 이를 감안하더라도 구체적 규범통제심판으로서 위헌제청형 헌법소원이 차지하는 比重이 얼마나 큰지 알 수 있다.

또한 이들 위헌제청형 헌법소원은 위헌제청신청이 법원에서 기각

되어 일응 一次的 合憲判斷을 받은 경우임에도 불구하고 헌법재판소에서 위헌 11건, 헌법불합치 2건, (질적)일부위헌 2건, 한정위헌 6건이 선언되는 등 規範統制의 측면에서나 當事者의 權利救濟 측면에서나 지대한 공헌을 하고 있다고 아니할 수 없다.

위헌법률심판제청사건과 위헌제청형 헌법소원사건의 接受 및 處

구 분	접수	처 리									
		계	위헌	헌법 불합치	일부 위헌	한정 위헌	한정 합헌	합헌	각하	취하	기타
위헌법률 심판제청	301	273	29	1	4	3	6	122	15	93	
위헌제청형 헌법소원	295	186	11	2	2	6	2	106	43	13	1

理類型別 비교는 아래와 같다.

여기에서 필자는 법의 개정을 전제로 위헌제청형 헌법소원심판절차에서 그동안 문제된 부분을 중심으로 몇 가지 제도의 개선을 주장하는 바이다.

첫째는 審判請求期間의 延長이다. 전술한 바와 같이 헌법소원심판청구절차에서 청구기간은 심판청구의 적법요건으로 기능을 한다. 뿐만 아니라 청구기간은 한편으로 헌법 제37조 제2항을 근거로 한 재판청구권의 제한에 해당되므로 이는 기본권제한의 문제이다.¹²⁴⁾ 그런데 우리 법에서 요구하고 있는 14일의 청구기간을 지나치게 짧아 재판청구권의 제한이라는 비판을 받아 마땅하다. 실제로 실무에서는 청구기간경과로 각하되는 사건이 많은 것은 아니나 충실한 심판청구서의 작성을 위해서라도 최소한 30일 정도로 연장되어야 할

124) 정종섭, 전게서, 249면.

것이다. 변호사강제주의가 적용되는 현행법하에서는 더욱 그 필요성이 인정된다.

둘째는 職權에 의한 國選代理人 選定制度의 채택이다. 전술한 바와 같이 당해 법원에서 위헌제청신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌제청을 한 경우에 비하여, 법원의 배척으로 직접 위헌제청형 헌법소원심판을 청구하는 자는 청구기간의 제한이 있는 데다가 변호사를 대리인으로 선임하지 않으면 안되기 때문에 큰 부담을 안게 된다. 위헌제청형 헌법소원의 본질이 구체적 규범통제라고 한다면 위헌제청형 헌법소원심판이 청구되어 지정재판부의 사전심사 결과 대리인 문제를 제외한 다른 문제가 없을 경우에는 헌법재판소에서 직권으로(필요적으로) 국선대리인을 선정해 주도록 해야 할 것이다.

셋째는 指定裁判部の 合憲決定 문제이다. 이 문제는 일반형 헌법소원에서조차 마찬가지로 청구의 이유가 없음이 명백한 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견으로 합헌(기각)결정을 할 수 있어야 한다. 다만 헌법소원을 인용할 경우의 정족수규정(헌법 제113조 제1항, 법 제23조 제2항)에 비추어 지정재판부를 4인의 재판관으로 구성하는 것이 좋을 것으로 생각한다. 즉 지정재판부에서 소송요건심사에 의한 각하결정 뿐만 아니라, 본안판단 결과 지정재판부 재판관 전원(4인)의 의견이 일치한 경우에는 합헌(기각) 결정도 할 수 있도록 지정재판부의 권한을 강화한다면 전원재판부의 업무부담을 경감하여 전원재판부에 심판회부된 사건의 심도 있는 심리는 도모할 수 있을 것이다.

그밖에 위헌제청형 헌법소원이 그 실질상 (구체적)규범통제심판이기 때문에 立法體系上 헌법재판소법에서도 위헌법률심판(법 제4장 제1절)편으로 옮겨야 한다는 견해¹²⁵⁾에 대하여는 좀더 연구해

125) 김학성, 전제논문, 198년 ; 정중섭, 전제서, 152면.

불 여지는 있으나 필자의 개인적인 생각으로는 그럴 必要性이나 實益은 크지 않다고 본다. 왜냐하면 위헌법률심판편으로 옮겨 규정할 경우 현재와 같은 변호사강제주의¹²⁶⁾를 비롯한 사전심사를 면제받을 수 있을지 모르나, 현재까지 헌법재판소의 실무상 개소 이래 1995. 8. 31.까지 7년 동안 사전심사에서 각하된 케이스가 모두 13건¹²⁷⁾으로 1년에 2건 남짓밖에 안되고 그나마 그 대부분이 심판청구의 대상이나 재판의 전제성 문제로 각하된 것이므로 이들은 어차피 전원재판부에서도 각하될 운명의 사건들이었다.

결론적으로 위헌제청형 헌법소원제도는 우리나라 헌법재판제도와 헌법재판소 실무 모두에 있어서 무시할 수 없는 위치를 차지하고 있을 뿐만 아니라, 오히려 畸形的인 일반형 헌법소원제도의 未備點을 다른 측면에서 보완해 주어 國民의 基本權保障에 이바지하는 훌륭한 제도적 장치라고 보아야 할 것이다. 따라서 이러한 위헌제청형 헌법소원제도에 대한 理論的 研究 및 헌법재판소의 判例分析 등을 부단히 계속함으로써 우리나라 헌법재판제도의 폭과 깊이를 더하여야 할 것이다.

126) 이것은 一般審判節次(법 제3장)編에 있는 법 §25③에 따른 것이므로 여기에서도 예외조항을 두어야 하는데, 이는 입법체계상 혼란의 여지도 있다.

127) 이는 전체 접수건수의 4.5%, 처리건수의 7% 수준임.

權限爭訟法 改正試論

辛 奉 起

憲法裁判研究官補

- 目 次 -

I. 序

1. 意 義

2. 權限爭訟法の 概念과 範圍

가. 權限爭訟法 概念

나. 權限爭訟法の 範圍(本稿의 對象)

II. 權限爭訟法の 內容

1. 우리나라의 權限爭訟法の 內容

가. 種類 및 當事者

(1) 權限爭議

(2) 機關訴訟

나. 節次

(1) 權限爭議審判의 節次

(2) 機關訴訟의 節次

2. 獨逸의 權限爭訟法의 內容

가. 獨逸의 權限爭訟法

(1) 特徵

(2) 이른바 機關訴訟의 認定 與否

나. 種類 및 當事者

(1) 權限爭議·聯邦爭訟

(가) 權限爭訟

(나) 聯邦爭訟

(2) 이른바 機關訴訟

(가) 抗告訴訟이 一種으로서의 地方自治團體의 機關訴訟

(나) 이른바 機關訴訟으로 爭訟이 가능한 경우

다. 節次

(1) 權限爭議 및 聯邦爭訟의 節次

(가) 權限爭議審判의 節次

(나) 聯邦爭訟의 節次

(2) 이른바 機關訴訟의 節次

III. 現行 權限爭訟法의 問題點

1. 權限爭議審判制度의 問題點

가. 國家機關의 概念

나. 憲法裁判所法 제62조 제1항 제1호 및 제2호의 違憲性

(1) 제1호의 違憲性

(2) 제2호의 違憲性

다. 憲法裁判所 스스로가 當事者인 경우

라. 地方自治團體가 當事者인 경우

마. 敎育委員會가 當事者인 경우

바. 權限爭議와 補充性的 問題

사. 權限爭議에 있어서 憲法事件과 法律事件의 區分의 不明確性

아. 辯護士強制主義의 緩和

2. 機關訴訟制度的 問題點

가. 權限爭議와의 區別의 어려움 - 調和的 訴訟體系의 要請

나. 機關訴訟事案의 制限의 問題

다. 機關訴訟의 當事者와 機關訴訟無用論

라. 裁判審級의 問題

마. 行政訴訟法 제46조의 準用規定의 問題點 - 立法의 欠缺

(1) 行政訴訟法 제46조의 “ 그 性質에 反하지 아니하는 한”
部分의 問題點

(2) 行政訴訟法 제46조의 “處分 등”과 機關訴訟對象의
不一致 問題

(3) 審理節次根據規定上의 問題點

바. 現行 自治訴訟 規定의 問題點

(1) 地方自治法 제98조 제3항 및 제159조 제3항

(가) 立法上의 問題

(나) 大法院判決의 問題點

(i) 判決의 態度

(ii) 具體的 事例

① 大法院 1995. 5. 12. 宣告, 94추28 判決

② 大法院 1995. 6. 30. 宣告, 95추49 判決

(iii) 判決의 問題點

① 法律的 根據의 未備

② 訴訟對象의 問題

(2) 地方教育自治에 관한法律 제38조 제3항

사. 機關訴訟의 特別行政訴訟으로서의 性質

IV. 具體的 改善方法

1. 機關訴訟制度를 補完하는 方法
2. 權限訴訟制度를 補完하는 方法
3. 機關訴訟制度를 廢止하는 方法

V. 結 論

I. 序

1. 意 義

현행 1987년헌법의 제정으로 우리 헌정사상 최초¹⁾로 헌법재판소가 설치된 이래 지금까지 헌법재판소는 출범 당시의 우려와는 달리 국민의 기본권보장과 객관적 헌법질서의 수호에 큰 기능을 해 왔다고 평가받고 있다. 그리고 그 평가는 헌법재판소가 갖는 권한²⁾ 가운데 헌법소원과 위헌법률심판을 중심으로 내려진 것이라 할 수 있다. 특히 통상적인 기본권침해에 대한 헌법소원뿐 아니라 이른바 법률소원³⁾이나 위헌소원⁴⁾ 및 위헌법률심판⁵⁾은 일반적 유형의 헌법소원에 비하여 적기는 하나 적극적인 위헌 내지 인용결정의 주문을 택함으로써 우리나라의 민주화와 기본권신장에 크게 기여하였다고 할 수 있다.

그런데 권한쟁의⁶⁾ 및 행정소송의 일종인 기관소송제도⁷⁾는 그 실

-
- 1) 1960년헌법에서 신설된 헌법재판소설치 근거규정(제83조의3, 제83조의4)에 따라 헌법재판소법(1961. 4. 17, 법률 제601호)이 제정되었으나 재판소의 구성이 지연되던 중 5.16에 의한 국가재건비상조치법으로 법이 폐지되었다.
 - 2) ① 법원의 제청에 의한 위헌여부심판, ② 탄핵의 심판, ③ 정당의 해산 심판, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, ⑤ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판(헌법 제111조 제1항).
 - 3) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에 포함되는 유형이다.
 - 4) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 이에 해당한다. 개소이래 1995년 6월까지 287건이 접수, 168건이 처리되고(위헌 11건, 헌법불합치 2건, 일부위헌 2건, 한정위헌 3건, 한정합헌 2건, 합헌 90건, 각하 44건, 취하 13건 등) 119건이 계류중이다.
 - 5) 개소 이래 1995년 6월까지 299건이 접수, 272건이 처리되고(위헌 29건, 헌법불합치 1건, 일부위헌 4건, 한정위헌 3건, 한정합헌 6건, 합헌 121건, 각하 15건, 취하 93건) 27건이 계류중이다.
 - 6) 1995. 9. 30. 현재까지 권한쟁의에 관한 심판청구는 3건이 제기되었으나 그 중 2건이 처리되

효성과 중요성이 대단히 큼에도 불구하고 실제에 있어 그 이용도가 전무하다시피 한 것은 대단히 아쉬울 따름이다. 특히 지방자치법의 개정 등으로 권한쟁송법에 대한 관심이 증대되었을 뿐 아니라 실제에 있어서도 권한쟁송으로 다들 사안이 빈번히 발생하고 있음에도 불구하고⁸⁾ 정부나 다른 지방자치단체와의 사이에 험겨루기 양상을 보임으로써 비법적인 해결방법에 의하고 있는 것은 우려스러운 일인 것이다. 결국 이는 양 제도에 대한 국민의 관심부족과 국가의 홍보미흡에 그치지 않고 제도적 장치의 불완전성에 더욱 근본적인 문제가 있는 것이라 할 것이다.

이제 지방자치제의 도입 후 제2기 직선제 지방의회의 출범과 민선 시·도지사의 선출 등 실질적 지방자치제도가 실시되고 있다.⁹⁾ 종래의 중앙집권적 자치제도와 달리 지방분권적 자치단체 상호간의 권한분쟁뿐 아니라 중앙정부와의 관계에서도 대등한 기관으로서 보다 적극적인 행정을 할 것이란 점에서 중앙정부와의 같등이나 국회나 법원 등 다른 국가기관과의 같등도 예상되므로 차후 이들 상호간의 권한쟁송이 적지 않게 제기될 것으로 보인다. 그런데 이러한 문제점은 현제도의 틀 안에서 해결되기란 대단히 어려운 실정에 있

있고(각하 및 취하 각 1건) 1건이 계류중이다. 이미 처리된 2건은 “국가기관 상호간”의 권한쟁의라고 할 수 있는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에 관련된 것이고(국회의원과 국회의장간), 계속중인 1건은 동조항 제2호 나목에 관련된 것이다(정부와 군간).

- 7) 1991년 지방의원선거 이후에 와서야 비로소 다소 이용되고 있는 듯하다.
- 8) 1995년 7월 민선 지방자치시대가 본격적으로 출범한 후 지방자치단체간의 분쟁발생건수는 67건으로 파악된다. 그 중 시·도간의 분쟁은 39건, 시·군·구간의 분쟁은 28건이다. 유형별로는 도로·교통 19건, 상·하수도 20건, 쓰레기 및 혐오시설 7건, 행정구역조정 3건, 비용분담 6건 등이다(동아일보 1995년 10월 6일자 11면 참조).
- 9) 지방자치법(1990. 12. 31. 법률 제4310호) 부칙 제2조 제1항은 지방의회의원선거를 1991년 6월 30일 이내에 실시하도록 규정함으로써 기초 의회의원선거는 1991년 3월 26일에, 광역의회의원선거는 1991년 6월 20일에 실시된 바 있다. 그 후 수차의 개정을 거쳐 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호) 부칙 제2조는 지방자치단체의 장 선거를 1995년 6월 30일 이내에 실시하도록 규정하였다. 이에 따라 공직선거 및 선거부정방지법 제203조에 의거 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거를 1995년 6월 27일에 동시 실시하였다.

다고 할 것이므로 현행 권한쟁송제도의 시급한 정비를 필요로 한다. 본고는 이러한 관점에서 현행 권한쟁의 및 기관소송제도를 전반적으로 살펴보고 그 문제점과 개선방안을 검토함을 목적으로 한 것이다.

2. 權限爭訟法의 概念과 範圍

가. 權限爭訟法의 概念

권한쟁송법이라 함은 넓은 의미에서 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송 및 개별법에서 인정된 조정 등 모든 제도뿐 아니라 대통령을 의장으로 하는 국무회의에서의 행정각부간의 권한의 획정(헌법 제89조 제10호)을 총칭하는 것이라 할 것이다. 이에 대하여 좁은 의미의 권한쟁송법이라 함은 권한쟁의와 기관소송을 포함하는 것이라 할 수 있다. 본고에서 다루는 권한쟁송법¹⁰⁾이란 좁은 의미의 것을 뜻한다.

권한쟁송법 = 권한쟁의 (헌법재판소법) + 기관소송 (행정소송법)

여기서 권한쟁의와 기관소송을 제외한 기타의 제도¹¹⁾는 행정부처

-
- 10) 여기서 필자가 ‘권한쟁의·기관소송’ 외에 별도로 이를 포괄하는 개념으로 ‘권한쟁송’이란 용어를 사용한 것은 ‘권한쟁송’이 현행법상 양자를 포괄할 수 있는 가장 적합한 용어라고 판단하였기 때문이고, ‘권한쟁송’이란 용어를 사용하는 한 본고에서의 권한쟁의·기관소송·권한쟁송은 엄격히 구분하여 사용되고 있음을 유의하여야 한다.
- 11) 지방자치단체 상호간에 다툼이 있는 경우에는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의로 다룰 수 있으나, 권한쟁의로 비화되기 이전에 내부부장관 또는 시, 도지사에게 분쟁조정권이 인정되고 있으므로(지방자치법 제140조), 위의 경우에도 내부부장관의 사전에 당사자의 의견을 들어 관계 중앙행정기관의 장과 협의를 거친 후에 조정할 수 있다.

내에서 그 상하계통체계 아래에서 합목적적으로 해결할 수 있는 장치가 마련되어 있으므로 본고에서는 제외하기로 한다. 권한쟁의가 무엇인가에 대하여는 헌법과 헌법재판소법이 명시적으로 규정하고 있지 않은 반면 기관소송에 대하여는 행정소송법 제3조 제4호, 제45조 및 제46조에서 명문으로 정하고 있다.

먼저 관계 법조항을 검토해 보면 권한쟁의란 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 있어서 일방(피청구인)의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 타방(청구인)의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 그 권한의 존부 또는 범위에 관하여 최종적인 심판을 구하는 제도라고 할 수 있다(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호, 제61조). 문헌에서는 “국가기관 등 상호간에 헌법적권한과 의무의 존부 또는 범위, 내용에 관하여 다툼이 발생한 경우에 제3의 독립된 기관인 헌법재판소가 이를 유권적으로 심판함으로써 그 분쟁을 해결하는 제도”¹²⁾ 또는 “둘 이상의 기관이 특정사항을 각각 자기의 권한이라고 주장하거나(적극적 권한쟁의), 또는 각각 자기의 관할에 속하지 아니한다고 주장(소극적 권한쟁의)하는 경우에 이를 최종적으로 심판하는 것”¹³⁾ 등으로 정의를 하고 있다.

이와 달리 기관소송이란 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송을 뜻하는 것이나, 다만 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 여기서

12) 권영성, 헌법학원론, 1988. 976면.

13) 김철수, 코멘탈 헌법, 1988. 614면. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 것은 오스트리아와 이탈리아의 헌법재판소법이 명문으로 채택하고 있다(오스트리아 헌법재판소법 제42조 이하, 이탈리아 헌법재판소법 제62조 이하).

제외된다(행정소송법 제3조 제4호, 헌법재판소법 부칙 제8조 제2항). 이러한 기관소송의 개념은 문헌에서도 그대로 정의되고 있다.

나. 權限爭訟法の 範圍(本稿의 對象)

앞에서 보았듯이 권한쟁송법이란 헌법 및 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송을 말하며, 이들 각 제도가 본고의 연구대상이 된다.

II. 權限爭訟法の 內容

1. 우리나라의 權限爭訟法の 內容

가. 種類 및 當事者

(1) 權限爭訟

헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호, 동법 제61조 및 제62조는 권한쟁의 심판의 종류 및 당사자들 (1) 국가기관 상호간, 즉 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판(동법 제62조 제1항 제1호), (2) 국가기관과 지방자치단체간, 즉 정부와 특별시, 직할시, 도(광역자치단체)간의 권한쟁의 심판

과 정부와 시, 군, 자치구(기초자치단체)간의 권한쟁의심판(동법 제62조 제1항 제2호), (3) 지방자치단체 상호간, 즉 특별시, 직할시, 도 상호간의 권한쟁의심판과 시, 군, 자치구 상호간의 권한쟁의심판 및 특별시, 직할시, 도와 시, 군, 자치구간의 권한쟁의심판(동법 제62조 제1항 제3호)이라 함으로써 보다 구체적으로 규정하고 있다. 교육감¹⁴⁾도 당해 지방자치단체의 교육, 학예에 관한 사무에 관한 권한쟁의가 발생한 경우에는 당사자능력이 있다(동법 제62조 제2항).

(2) 機關訴訟

기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에-헌법재판소법 제2조의 규정상 헌법재판소의 관장사항에 속하지 않는 것으로서-이에 대하여 제기하는 행정소송의 한 태양으로서, ① 법률이 특히 인정하는 경우에 한하여, ② 법률이 개별적으로 인정한 사항에 대하여, ③ 법률이 정하는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제45조). 따라서 기관소송의 종류와 당사자는 다른 개별법률에서 정하는 바에 의한다. 기관소송은 대법원을 중심으로 하는¹⁵⁾ 일반 심판절차에 해당하지만 현행법상 인정되는 기관소송의 종류는 행정소송법 제45조에 따라 극히 제한적일 수밖에 없다. 현행법상 기관소송으로 파악되고 있는 것은 지방자치법 제159조 및 지방교육자치에관한법률 제38조 등이 있다. (필자는 이를 ‘자치소송’이라 칭하고 있다)¹⁶⁾즉, 지방자

14) 이제까지는 교육위원회를 당사자로 하였었다. 아래 ‘Ⅲ. 1. 아.’ 부분 참조.

15) 법원조직법 제14조는 “대법원의 심판권”을 다음과 같이 규정하고 있다: 대법원은 다음의 사건을 중심으로 심판한다. 1. - 2. (생략) 3. 다른 법률에 의하여 대법원의 권한에 속하는 사건. 또한 행정소송법 제8조는 “법적용례”에 대하여 다음과 같이 규정한다: ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다. ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법의 규정을 준용한다.

16) ‘자치소송’이란 용어는 아직 학문적으로 정착된 것은 아니다. 본고에서는 기관소송의 예로 인정되는 지방자치법 제98조 및 제159조에 의한 소송을 ‘자치소송’으로, 지방교육자치에관한

치단체의 장(또는 내무부장관)이 지방의회의 의결이 법령위반이라고 판단하는 경우 그 지방의회의 확정된 의결사항(재의결로써 확정된 의결사항)에 대하여 제기하는 소송(지방자치법 제98조, 제159조)과 교육감이 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령위반이라고 판단하는 경우 그 확정된 의결사항(재의결로써 확정된 의결사항)에 대하여 제기하는 소송(지방교육자치에관한법률 제38조) 등이 그것이다. 이들 소송은 모두 대법원을 시심이자 종심으로 하고 있다.

이와 관련하여 종래 지방자치단체의 장의 명령·처분에 대하여 감독청(주무부장관이나 시·도지사)이 행한 시정명령이나 명령·처분의 취소·정지처분에 대하여 제기하는 소송(지방자치법 제157조)이나 교육감의 명령·처분에 대하여 감독청인 교육부장관이 행한 시정명령이나 명령·처분의 취소·정지처분에 대하여 제기하는 소송(지방교육자치에관한법률 제50조)도 기관소송에 해당된다고 보는 견해¹⁷⁾가 주장되고 있으나 이에 대하여는 항고소송으로 보는 것이 타당하다.¹⁸⁾

나. 節次

법률 제38조에 의한 소송을 ‘교육자치소송’으로 명명하기로 한다.

- 17) 전자 : 김남진, 행정법 I, 1990년, 640면 이하; 동인, 법조시론, 사법행정 1991년 4월, 13면; 김도장, 일반행정법론(상), 771면 이하; 후자 : 석중현, 일반행정법(상), 1991년, 828면 이하.
- 18) 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991. 9. 141/143면; 동지, 홍정선, 고시계 1991. 8. 105/106면. 지방자치단체의 장이 감독청에 대하여 제기하는 소송(지방자치법 제157조)이나 교육감이 감독청에 대하여 제기하는 소송(지방교육자치에관한법률 제50조)의 성질에 대하여는 기관소송이라고 보는 견해와 항고소송이라고 보는 견해로 나누어지고 있으나 다음의 점에서 항고소송으로 보아야 할 것이다. 즉, 지방자치법 제157조 소정의 지방자치단체의 장과 감독청간의 분쟁은 동일한 범주체의 기관간의 소송이 아니고(기관소송 아님)또한 헌법이나 법률이 부여한 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼이 아니라 감독청의 시정명령, 처분의 취소, 정지를 심사하는 것으로서 권한쟁의심판으로도 다룰 수 없는 것이다(권한쟁의 아님). 따라서 이 경우에 감독청의 시정명령이나 취소·정지는 행정행위로서의 성질을 가진다고 보아야 하기 때문에 이에 대하여는 항고소송으로 다루어야 하는 것이다.

(1) 權限爭議審判의 節次

이들 당사자간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의 심판을 청구할 수 있으나(헌법재판소법 제61조 제1항), 다만 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여서만 권한쟁의 심판을 청구할 수 있도록 그 청구사유를 제한하고 있다(동법 제61조 제2항).

권한쟁의심판청구를 함에 있어서 국가기관과 지방자치단체는 변호사를 선임하여야 하나 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다(변호사강제주의)(동법 제25조 제2항). 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의하고 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정한 후 당사자와 관계인을 소환하여야 한다(동법 제30조 제1, 3항). 또한 헌법재판소가 권한쟁의 심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다(동법 제65조).¹⁹⁾

권한쟁의심판의 청구는 권리침해의 작위 또는 부작위가 명백히 표현된 때부터 일정한 기간 내에 정해진 기재사항을 갖춘 서면으로 하여야 하며, 이 경우 그 사유가 있음을 ‘안 날’로부터 60일 이내, 그 사유가 ‘있는 날’로부터 180일 이내에 하여야 한다(동법 제63조, 제64조). 헌법재판소가 기관간 권한쟁의를 심판하는 경우에는 재판관 7인 이상의 출석으로 심리하고 관여한 재판관의 과반수로써 결

19) 현행 헌법재판소법은 관장사항 중 권한쟁의심판외에 정당해산심판(제57조)의 경우에만 가처분을 명시적으로 인정하고 있다.

정한다(동법 제23조).

헌법재판소가 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단함에 있어 피청구기관의 처분 또는 범위에 관하여 판단함에 있어 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다(동법 제66조). 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(동법 제67조 제1항). 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(동법 제67조 제2항). 기타 권한쟁의심판에 필요한 절차는 민사소송법과 행정소송법을 함께 준용한다(동법 제40조 제1항).

(2) 機關訴訟의 節次

기관소송의 제기와 심리 및 재판절차는 당해 소송을 인정하는 법률이 정하는 바에 따르는 것이 원칙이다. 그러나 기관소송의 제기 그 자체는 인정하면서도 제기절차에 관한 특별한 정함이 없는 때에는 그 성질에 반하지 아니하는 한도에서 당해 소송이 처분 등의 취소를 구하는 것인 때에는 취소소송의 제기절차를, 처분 등의 효력의 유무 또는 존재여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 것인 때에는 무효등확인소송 또는 부작위위법확인소송의 제기절차를 준용하고(행정소송법 제46조 제1항, 제2항), 그 이외의 소송에는 당사자소송에 관한 규정을 준용한다(동법 제46조 제3항).

2. 獨逸의 權限爭訟法の 內容

가. 獨逸의 權限爭訟法

(1) 特 徴

독일의 권한쟁송법은 우리나라와 같이 법률로써 권한쟁의와 기관소송을 엄격히 분리하여 규정하고 있지 않다. 현행 제도상 독일의 권한쟁송법은 권한쟁의, 연방쟁송 및 이른바 기관소송 등 세가지로 구분할 수 있다. 그러나 행정소송의 하나로서의 기관소송의 명칭은 독일의 소송법상 찾아보기 힘들며 다만 편의상 권한쟁의 및 연방쟁송과 구분하여 권한쟁송의 하나로서 이른바 기관소송으로 칭하기로 한다.

독일의 권한쟁송법의 특징은 기본법에서 정한 권한쟁의와 연방쟁송을 제외한 모든 행정쟁송은 행정소송법에 의하도록 하고 있지만, 동법 제40조 제1항²⁰⁾ 제1문은 “비헌법적 성질을 갖는 모든 공법상의 쟁송에 관하여는 행정소송을 제기할 수 있다.”고 함으로써 공법상 쟁송 가운데 헌법적 성질을 갖는 것은 헌법재판소의 심판대상으로 하고 행정소송의 대상에서 제외함으로써 헌법상의 권한쟁송(권한쟁의와 연방쟁송)과 기관간의 비헌법적인 행정소송(이른바 기관소송)을 구분하고 있다는 점이다.

권한쟁송 = 권한쟁의 (헌법재판소법) + 연방쟁송 (헌법재판소법)
+이른바 기관소송(판례)

(2) 이른바 機關訴訟의 認定 與否

(가) 독일에 있어서 공법상 분쟁은 그것이 헌법적 성질을 갖는

20) 행정소송법 제40조 [행정소송의 적법성] 제1항: 비헌법적 성질을 갖는 모든 공법상의 쟁송에 관하여는 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 연방법률이 명시적으로 그 쟁송을 어떤 다른 법원의 관할로 한 경우에는 예외로 한다. 주법률도 또한 주법의 영역에 있어서의 공법상의 쟁송을 어떤 다른 법원의 관할로 할 수 있다.

것인지 여부에 따라 나누어 진다고 할 수 있다. 즉, 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁은 원칙적으로 연방헌법재판소에 의한 쟁송대상이 되며, 조세·노동 등 연방특별법원의 관할에 속하지 않는 기타의 ‘모든 공법상 분쟁’은 행정소송 대상이 된다고 함은 행정소송법 제40조에서 보는 바와 같다. 그러므로 행정소송의 허용은 행정소송법 제40조 제1항에 의거 비헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁에 한정된다. 따라서 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁은 처음부터 일반 행정소송대상에서 배제된다.²¹⁾

(나) 그렇지만 “헌법적” 성질을 갖는 공법상 분쟁과 “비헌법적”인 그것과의 구별은 헌법의 실체적 개념에서만 나올 수 있는 것이라 할 것이다. 여기서 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁은 실체적 의미의 헌법에 속하는 법관계에 대한 분쟁을 말한다.²²⁾ 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁과 비헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁은 그 구별이 쉽지 않으나 확실 및 판례상 인정되고 있는 각 분쟁의 예는 다음과 같다.

먼저 ① 헌법기관과 그 일부 및 기타 헌법생활에 관련있는 기관이나 개인간의 법관계, 즉 정당 상호간이나 의회적 단체의 교섭단체 상호간(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제63조), 연방과 주간 및 주 상호간(기본법 제93조 제1항 제3호·제4호, 연방헌법재판소법 제68조, 제71조)의 경우는 권한쟁의 및 연방쟁송에 속하는 것으로 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁에 속한다. 또한 ② 정당이나 교섭단체간의 동맹협정(Koalitionsvereinbarungen)이나 그러한 동맹협상(Koalitionsverhandlungen)에 선행하는 단순한 ‘기술적’ 협정도 이에 속한다.²³⁾ 그리고 ③ 주민청원예의 참여 및 이에

21) Vgl. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 48/49.

22) OVG Münster NJW 1974, 1671; BVerfGE 42, 103ff., 110f.; BVerfGE 62, 295ff., 312f.

요청되는 절차에서 생긴 주민·관할관청간의 법관계도 헌법적 성질의 분쟁에 해당한다.²⁴⁾

그러나 ① 개인이 헌법생활에 관여되지 아니한 경우에 있어서 그 개인과 공권력주체와의 관계는 비헌법적 성질의 공법상 분쟁에 해당한다.²⁵⁾ 또한 ② 장관 등 정부대표자가 의회에서 행한 견해표명은 헌법적 성질에 속하는 것이 아니라고 보는 것이 행정법원 판례의 입장이다.²⁶⁾ 따라서 국민이 그러한 견해표명의 철회를 구하는 소송은 행정소송으로 다루어야 한다. 그리고 ③ 연방헌법재판소는 선거비용 지급에 관한 정당과 국회의장간의 법적 분쟁은, 국회의장이 헌법기관일부로서 그 기능을 행한 것이 아니라 행정관청으로서 행한 것이기 때문에 헌법상 분쟁에 해당되지 않는 것으로 보고 있다.²⁷⁾

나. 種類 및 當事者

(1) 權限爭議·聯邦爭訟

기본법 제93조 제1호, 제3호 및 제4호와 제99조에서 정한 권한쟁의 및 연방쟁송에 관한 헌법적 근거에 따라 연방헌법재판소법 제63조 내지 제75조에서 규정하고 있으며 기타의 권한쟁송은 행정소송법 제40조 제1항에 따르도록 하고 있을 뿐이다. 독일의 기본법 및 연방헌법재판소법상 인정된 권한쟁송으로는 ① 권한쟁의, ② 연방

23) 반대입장 BGHZ 29, 187ff.

24) OVG Münster NJW 1974, 1671.

25) OVG Hanburg, DVBl. 1967, 86f; 청원권 ; BVerwGE 36, 218ff. 227f.: 복무부서평가.

26) VG Köln DVBl. 1965, 882ff.; OVG Münster DVBl. 1967, 51ff. ; OVG Lüneburg NJW 1975, 76ff.

27) BVerfGE 27, 152ff. 157.

과 주간의 분쟁, ③ 연방과 주간 또는 주상호간의 공법적 분쟁, ④ 주 내의 헌법상 분쟁 등이 있다.²⁸⁾

(가) 權限爭議

권한쟁의(Organstreitigkeiten)란 연방최고기관의 권리·의무의 범위 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유의 권리를 부여받은 기타관계기관의 권리·의무의 범위에 관하여 야기되는 기본법의 해석문제에 관한 쟁송을 말한다(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호). 여기서 연방최고기관이란 연방대통령, 연방정부, 연방하원 및 연방상원 등을 뜻하고 (연방헌법재판소법 제63조²⁹⁾), 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유의 권리를 부여받은 기타 관계기관에는 연방하원의 상임위원회, 교섭단체, 소수파, 국회의원, 정당 등이 이에 해당된다고 보는 것이 판례의 입장이다.

(나) 聯邦爭訟

① 聯邦과 州간의 爭訟

연방과 주간의 분쟁(Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern)이란 연방과 주의 권리·의무에 관한 견해차이, 특히 각주에 의한 연방법의 집행 및 연방감독의 행사에 관한 연방과 주간의 견해차이

28) 필자는 독일에서의 국가기관간의 헌법적 분쟁을 권한쟁의와 연방쟁송으로 구분하여 이해하는 입장을 취하고 있다(동지, 조병륜, 독일의 헌법재판제도, 헌법재판자료 제1집 (헌법재판소), 1985년 192면 이하). 독일은 기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호 및 제63-67조에서의 기관쟁송(Organstreitigkeiten)-이것을 필자는 권한쟁의로 칭하고 있다-과 연방과 주간의 분쟁(기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문, 연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68-70조), 연방과 주간 또는 주 상호간의 공법적 법률관계(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호, 제71-72조) 및 주 내의 헌법상 분쟁(기본법 제99조, 연방헌법재판소법 제13조 제10호, 제73-75조)을 정하고 있으나, 기관쟁송(권한쟁의) 이외의 것, 즉 연방쟁송은 모두 연방국가구조에서 문제될 수 있는 것이기 때문이다.

29) 연방헌법재판소법 제63조 [청구인 및 피청구인] : 연방대통령, 연방하원, 연방상원, 연방정부 및 기본법상 또는 연방하원과 연방상원의 직무규정상 고유의 권리를 부여받은 이들 기관의 일부만이 청구인 및 피청구인이 될 수 있다.

에 관한 쟁송을 말한다(기본법 제93조 제1항 제3호, 연방헌법재판소법 제13조 제7호). 다시 말하면, 연방정부가 주정부의 연방법 집행 과정에 어떤 잘못이 있다는 것을 발견하고 주정부에 대해서 그 시정을 요구했을 때 주정부가 이에 응하지 않거나 다른 견해를 가지는 경우가 이에 해당한다. 그 밖에 주에 있어서 연방법률의 집행에 관하여 연방정부가 확인한 하자가 제거되지 아니한 경우 연방상원은 연방정부 또는 주의 청구에 의해 주가 연방법을 위반하였는지 여부를 결정할 수 있고 이 경우 연방상원의 결정에 대하여 연방헌법재판소에 제소할 수 있는 바, 이 경우의 분쟁도 연방과 주간의 분쟁에 해당한다(기본법 제84조 제4항 제2문). 연방과 주간의 쟁송에 있어 청구인이나 피청구인은 연방을 위하여서는 연방정부만이, 주를 위하여서는 주정부만이 될 수 있다(연방헌법재판소법 제68조).

② 聯邦과 州간의 公法的 紛爭으로서 非憲法的 性質의 爭訟

이 쟁송(Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art zwischen Bund und Ländern)은 다른 쟁송수단이 있는 경우를 제외하고, 연방과 주간, 주 상호간 또는 주 내부에 있어서의 기타 공법적 분쟁으로서 헌법적 성질을 갖지 아니하는 쟁송을 말한다(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호). 연방과 주 또는 여러 주 사이에 헌법 이외의 단순한 법률적인 차원에서 발생하는 분쟁이라든지 또는 이들간에 체결된 공법상의 계약에 관해서 발생하는 분쟁 등이 그 대표적인 예가 될 것이나, 이 유형의 분쟁은 대부분이 실정법에 의해 연방행정법원 등 다른 법원의 관할사항으로 되어 있어서 실제상 별로 그 예를 찾기 어렵다. 이 쟁송의 청구인 및 피청구인은 다음의 자만이 될 수 있다. 즉, 기본법 제93조 제1항 제4호에 의한 ㉠ 연방과 주간의 공법상 분쟁의 경우에는 연방정부 및 주정부, ㉡ 주 상호간의 공법상 분쟁

의 경우에는 주정부, ㉔ 주내부의 공법상 분쟁의 경우에는 주최고 기관 및 그 기관의 일부로서 주헌법상 또는 주최고기관의 직무규칙상 고유의 권리를 부여받은 기관(다만, 분쟁의 대상이 당해 기관의 권리 또는 권한에 직접 관련이 있는 경우에 한한다)이 그것이다(연방헌법재판소법 제71조 제1항).

③ 州 内部의 憲法上 爭訟

주 내부의 헌법상 쟁송(Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes)이란 예컨대 주의회나 주정부 등의 관리·의무의 범위에 관한 분쟁을 원인으로 하여 주헌법의 해석에 관하여 분쟁이 있거나 또는 주의회의 조사위원회에 대하여 주정부가 정보를 제공하여야 할 의무가 있는지 여부가 사안의 해결에 근본적인 중요성이 있는 경우 그에 대한 분쟁과 같이 주 내부에 헌법적 문제의 해결을 연방헌법재판소가 담당하는 경우를 말한다(기본법 제99조, 연방헌법재판소법 제13조 제10호). 주 내부의 헌법상 쟁송에서는 당해 주의 최고 기관 및 기관의 일부로서 주헌법상 또는 주최고기관의 직무규칙상 고유의 권리를 부여받은 자만이 당사자가 될 수 있다(연방헌법재판소법 제73조 제1항).

(2) 이른바 機關訴訟

(가) 抗告訴訟의 一種으로서의 地方自治團體의 機關訴訟

독일의 기관소송은 권한쟁의와 연방쟁송을 제외한 국가 또는 공공단체의 기관 상호간의 권한분쟁을 말한다고 할 수 있다. 그런데 기본법 및 연방헌법재판소법에서는 권한쟁의와 기타 “헌법적 성질을 갖는” 연방쟁송 외에도 특별히 “연방과 주간의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송”도 연방헌법재판소의 관장사항으로 하고 있다. 따라서 이를 제외한 “주 내부의 ‘기관 및 공공단체’의 기관 상호간에 있어 야기된 비헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁”을 이른바

기관소송의 범주에 포함시킬 수 있다. 그런데 주 내부의 기관 상호간의 분쟁은 주로 상급기관의 중재에 의한 조정을 통하여 해결되고 있으므로 독일에서의 기관소송은 지방자치단체를 중심으로 이루어지고 있다고 할 것이다. 이 경우 그 소송은 행정소송법에서 정하고 있는 기존의 취소소송이나 무효확인소송 등과 같은 항고소송의 방법으로 행하여지고 있다.

한편 연방헌법재판소법에서 권한쟁의와 연방쟁송을 구분하고 있는 것과 달리 이른바 기관소송의 형태에 대하여는 행정소송법에서 전혀 규정하고 있지 아니하다. 즉, 연방이나 주의 권한쟁송과 달리 지방자치단체의 조직에 관한 분쟁(Kommunalverfassungsstreit³⁰⁾) 즉, 기관소송에 대하여는 명문의 법규정이 없으며 그것은 판례에 의하여 생성된 개념이라고 할 수 있다.

(나) 이른바 機關訴訟으로 爭訟이 가능한 경우

독일에 있어서 국가 또는 연방이나 주 및 공공단체의 기관 상호간의 여러 문제에 대하여 그 해결을 위한 시도가 계속되어 왔지만, 아직도 외부법과 내부법의 관계를 설정함에 있어 특히 그 성질 및 사안의 다양성과 기관 상호간의 맞물린 관계 등의 점에서 깊이있는 논의가 없어 적지않은 어려움이 있다는 비판이 제기되고 있다.³¹⁾ 권한분쟁과 관련하여 Maurer교수는 다음의 두 가지 관점에서 구분하여 해결책을 찾아야 할 것이라고 보고 있다. 즉, 상하관계에 있는 기관 상호간의 분쟁과 대등기관 상호간의 분쟁을 구분하여야 한다는 것이다. 먼저 ① “행정의 계층적 구조에 속한 기관들”은 관할권 및 그 밖의 기관권리를 갖지 않으므로 권한쟁송으로 다루기 부적합

30) 또는 Kommunalverfassungsstreitigkeit라고도 한다. 이 경우에는 지방자치단체의 헌법상 분쟁이 아니라 그 조직에 관한 분쟁으로 이해함이 타당하다.

31) MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1990. S. 448.

하다는 것이다. 이 경우 관할의 충돌은 그 기관이 속한 최상급관청에 의하여 해결되어야 하는 것이고 나아가 개별 행정부처를 초월하여 범정부적 차원에서 소송이 아닌 조정의 관점에서 해결되어야 할 것이라고 한다. 그러나 ② “대표적 성격을 가지고 또한 다른 기관에 대하여 법률상 수평적 관계에서 고유한 의견을 제시하고 주장하는 기관”에게는 권한쟁송이 인정되어야 한다고 한다. 이 점은 헌법기관(의회, 정부) 뿐 아니라 지방자치단체 및 기타 자치행정단체의 기관에도 적용된다. 이들 기관은 다른 기관의 침해에 대하여도 자기 관할권을 방어하여야 하며, 따라서 쟁송으로써 관철할 수 있는 기관의 권리를 가진다. 여기서 의회·정부 등의 경우에는 권한쟁의로써 다룰 수 있으므로 그 밖의 기관은 이른바 기관소송으로써 구제를 받을 수 있는 것이다. 특히 지방자치단체의 기관과 기관일부간(지방의회와 지방의원) 및 기관일부 상호간(지방의회의장과 지방의원)에 분쟁이 있는 경우에도 기관소송으로 다투어야 한다. 또한 지방자치단체, 국·공립대학교 및 기타 공법상의 단체 영역에서도 기관소송으로 다투어야 한다는 것이 통설의 입장이다.³²⁾ 결국 기관소송은 헌법적인 성질이 아니라 행정법적인 성질을 갖는 것이기 때문에 헌법재판소가 아닌 행정법원이 관할권을 가진다. 물론 행정소송으로 다투기 위해서는 필요한 요건을 갖추어야 할 것이나 그렇지 않은 경우라 하더라도 예외적으로 행정법원의 관할에 속하도록 함으로써 구제영역을 넓히고 있다.

다. 節次

32) MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1990. S. 448.

(1) 權限爭議 및 聯邦爭訟의 節次

(가) 權限爭議審判의 節次

권한쟁의는 청구인이 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법에 의하여 부여된 청구인 또는 그가 속한 기관의 권리와 의무를 침해하였다거나 직접 위태롭게 하였다고 주장하는 경우에 한하여 청구를 할 수 있다. 여기서 기본법이 부여한 권리·의무란 다른 일반 법률이나 기타 법규에서만 근거를 둔 권리·의무의 침해나 위해에 대한 문제여서는 안되고 또한 청구인의 주관적 권리에 관련된 것이어야 한다는 것을 의미한다. 청구는 서면으로 제출하여야 하고 청구이유를 기재하여야 한다. 청구에는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 위반된 기본법의 규정을 명시하여야 한다. 청구는 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6월 이내에 제기하여야 한다. 현행 연방헌법재판소법의 시행시에 그 기간이 이미 경과한 경우에는 본법 시행 후 3월 이내에 청구를 제기할 수 있다(연방헌법재판소법 제64조 제2항 내지 제4항, 제23조).

권한쟁의의 청구권자는 당해 재판이 그들의 권한의 범위에 관하여 중요한 의의가 있는 때에는 절차의 어느 단계에서도 청구인 및 피청구인에게 참가할 수 있다. 연방헌법재판소는 권한쟁의심판절차의 개시를 연방대통령, 연방하원, 연방상원 및 연방정부에 통지하여야 한다(동법 제65조). 연방헌법재판소는 계속중인 절차를 병합하거나 병합된 절차를 분리할 수 있다(동법 제66조).

연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 규정에 위반하는지 여부를 확인하는 재판을 한다. 그리고 인용결정을 하는 경우 위헌이 확인된 규정을 주문에 명시하여야 한다. 이 경우 연방헌법재판소는 판결주문에서 그 침해의 여부를 단

순히 확인하는 것에 그치고, 피청구인인 헌법기관에게 의무를 지우거나 어떤 특정의 것을 이행하도록 명령하지는 못한다. 그 밖에 연방헌법재판소는 판결주문에서 동시에 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제 67조).

연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 모든 국가기관과 법원 및 행정관청 그리고 나아가 분쟁 또는 심판절차에 참여한 관계자를 구속한다(동법 제31조).

(나) 聯邦爭訟의 節次

① 聯邦과 州간의 爭訟節次

이 쟁송에서의 절차는 앞에서 본 권한쟁의심판절차를 준용한다(동법 제69조). 그 밖에 기본법 제84조 제4항 제1단(주에서의 연방법 시행시 연방정부가 확인한 흠결이 제거되지 않은 경우 연방상원이 행하는 그 권리 침해 여부의 결정)에 의한 연방상원의 결정에 대하여는 결정한 때로부터 1월 이내에 한하여 이의를 제기할 수 있다(동법 제70조).

② 聯邦과 州간의 公法的 紛爭으로서 非憲法的 性質의 爭訟節次

이 쟁송의 청구는 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6월 이내에 제기하여야 한다(동법 제71조 제2항). 연방헌법재판소는 그 재판에서 ㉠ 처분의 적법성 또는 부적법성, ㉡ 처분의 중지·취소·실시 또는 수인의 피청구인에 대한 의무부과, ㉢ 급부이행의무의 부과 등의 사항을 선언할 수 있다(동법 제72조 제1항). 특히 주 내부의 공법상 분쟁이 있는 경우에 연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 주헌법에 위반하는지 여부를 확인한다. 이 경우 연방헌법재판소는 위헌이 확인된 규정을 명시하여야 한다. 또한 동시에 연방헌법재판소는 판결주문에

서 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제72조 제2항).

③ 州 内部의 憲法上 爭訟節次

주의 내부에 있어서의 헌법상 쟁송은 주법에서 달리 규정하지 아니하는 한 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6월 이내에 청구를 제기하여야 한다(동법 제73조 제2항). 이 쟁송에 있어 연방헌법재판소의 재판이 어떠한 내용과 효력을 가지는가에 대하여 주법이 규정하지 아니하는 경우에는 연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 주헌법에 위반하는지 여부를 확인한다. 이 경우 연방헌법재판소는 위헌이 확인된 규정을 명시하여야 하고, 동시에 필요한 경우에는 연방헌법재판소는 판결주문에서 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제74조). 소송절차는 연방헌법재판소법 제2장의 일반 절차규정을 준용한다(동법 제75조).

(2) 이른바 機關訴訟의 節次

(가) 공공단체(특히 지방자치단체)에 있어서 공법상 분쟁이 있는 경우 즉, 공공단체의 기관이나 기관의 일부 및 그밖에 헌법생활에 관련있는 기관간에 그 관할 및 권한행사에 관하여 공법적 문제가 있어 분쟁이 있는 경우에는 원칙적으로 행정소송법상 인정된 통상의 행정소송을 통하여 구제를 받게 된다. 이 경우 비록 그 분쟁이 헌법적 성질이 있다 하더라도 기본법 및 연방헌법재판소법 소정의 연방쟁송과는 그 당사자에 차이가 있고 또 조직법상의 문제는 법률적 차원의 문제라고 할 것이므로 행정소송이 가능하다. 물론 이 때에도 독립된 특별법원으로서의 재정법원·사회법원 등에서 다룰 수 있는 때에는 연방행정법원을 중심으로 하는 행정소송은 인정되지 않는다.

지방자치단체·지방자치단체조합·기타 국가에 편입된 공공단체의 헌법기관(국가행정조직에 속하는 기관) 등이 그 권한과 관련하여 문제가 있는 경우 당해 헌법기관과 그 일부 및 기타 헌법생활에 관련있는 기관이나 개인간의 법관계는 실체적 의미의 헌법에 속하는 것이 아니라 일반 법률의 하위에 놓이는 조직 및 관할에 관한 명령 즉, 조직령·관할령(Organisations- u. Zuständigkeitsordnungen)의 적용을 받는 것이므로 헌법재판소의 권한쟁의로써 다룰 사항이 아닌 것으로 이해된다. 즉, 이러한 단체의 헌법기관(조직령·관할령에서 정한 기관) 상호간의 법관계는 헌법적 성질이 아니라 행정법적 성질을 갖는 것이므로 이에 대하여는 헌법재판소가 아니라 일반 행정법원에 의하여 구제를 받게 된다. 특히 지방자치단체의 조직법상의 분쟁은 행정법원의 심사대상으로 하고 있다.³³⁾

지방자치단체 및 기타 공공단체의 조직에 관한 분쟁에 대하여 행정소송으로 다룰 수 있는 방법이 있는 경우에는, 지방자치단체·지방자치단체조합·기타 국가에 편입된 단체의 기관·기관일부 및 기타 헌법생활에 관련있는 기관에게도 당사자능력이 인정된다. 따라서 지방의회(Gemeindeu. Kreisvertretung)의 교섭단체도 행정소송의 당사자가 될 수 있다.³⁴⁾ 하위의 지방자치단체도 자치단체통합 및 편입계약(Eingemeindungsvertrag)의 적법 여부를 다투는 분쟁에서 당사자능력이 있다. ³⁵⁾

(나) 지방자치단체 등 공공단체에 있어서 그 관할 및 권한행사에 관한 헌법적 분쟁이 있는 경우에는 행정소송법에 의거 행정소송으로 다룰 수 있으나 구체적인 행정소송의 종류를 선택함에는 각 사

33) OVG Lüneburg v. 1.9.1950; Heinrichs, DVBl. 1959, 548ff.

34) ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 103. VGH Mannheim, DÖV 1979, 605f.

35) VGH Mannheim DÖV 1979, 605f.

안에 따라 판례상 달리 인정되고 있다. 특히 공공단체에 있어서 헌법적 분쟁이 공공단체 또는 그 기관의 일방 당사자가 행한 권한행사로 야기된 때에는 그 권한행사의 성격상 행정행위에 해당되는 경우에는 취소소송(행정소송법 제42조)이나 무효확인소송(동법 제43조)으로 다룰 수 있다.³⁶⁾ 그 외에도 판례상 폐지소송(Klage auf Anfechtung)과 단체의 기관이 내린 결정(Beschluß)의 무효확인을 구하는 소송도 인정되고 있다.³⁷⁾ 여기서 취소소송 또는 확인소송으로써 다룰 수 있는지 여부의 문제는 먼저 당해 소송의 대상을 취소 또는 무효라고 확인함으로써 당해 결정(Beschluß)이 폐지될 수 있거나 무효가 되는지 여부에 달려 있다고 할 수 있다. 또한 당해 결정이 무효인 경우에는(무효인 행정행위에 대한 취소소송의 경우와 같이)무효를 구하는 취소소송도 가능하다고 보고 있다.³⁸⁾ 사안에 따라서는 일반 이행소송으로 다루는 것도 판례상 인정되고 있다.³⁹⁾

III. 現行 權限爭訟法의 問題點

현행 헌법재판소법 및 행정소송법상 인정되고 있는 권한쟁송제도는, 권한쟁의 및 기관소송제도는 제도의 도입이래 여러 가지 미흡한 점들이 지적되어 왔다.⁴⁰⁾ 그런데 권한쟁의 및 기관소송제도는

36) ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 159.

37) Vgl. OVG Lüneburg DÖV 1961, 548f.; DÖV 1979, 170ff.; OVG Münster DÖV 1962, 710ff.; NJW 1979, 1726 ff. usw.

38) Vgl. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 159.

39) OVG Münster DVBl. 1983, 53ff.

40) 그 발표순으로 보면 홍정선, 기관소송, 고시계 1991. 8. 103면; 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991. 9. 129면 ; 이기우, 기관소송, 고시계 1992. 11. 52면 ; 이광윤, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시연구 1994. 8. 99면 ; 서원우, 지방자치단체의 행정소송, 고시연구 1994. 10. 25면 ; 한건우, 기관소송의 기능확대론, 법정고시 1995. 11. 53면 등.

상호 밀접한 관련성이 있기 때문에 어느 하나의 제도에 국한하여 이를 평가하는 것은 상당한 위험성이 수반된다고 할 것이다. 따라서 여기에서는 권한쟁송제도를 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송으로 구분하여 권한분쟁에 관한 전반적인 검토를 할 필요가 있고 그렇게 하는 것이 각 제도의 긍정적·부정적인 면을 파악하기에 효과적이라고 생각된다. 이러한 관점에서 현행의 권한쟁송법을 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 權限爭議審判制度의 問題點

가. 國家機關의 概念

헌법과 헌법재판소법 소정의 국가기관의 개념이 각 달리 이해되고 있는 것은 문제라 할 것이다. 즉, 헌법 제111조 제1항 제4호는 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 규정하고 있으나, 권한쟁의심판의 종류를 정한 헌법재판소법 제62조 제1항에서 사용하는 국가기관의 개념은 한편으로는 “국회·정부·법원·중앙선거관리위원회”를, 다른 한편으로는 “정부”만을 가리키고 있고 동일한 법조항 내에서 하나의 용어를 각기 다른 의미로 사용하고 있는 것으로 입법기술상 문제가 있는 것이라 할 수 있다.

나. 憲法裁判所법 제62조 제1항 제1호 및 제2호의 違憲性

(1) 제1호의 違憲性

동 조항 제1호는 “국가기관 상호간”의 권한쟁의심판의 종류를 “국회·정부·법원·중앙선거관리위원회 상호간”으로 규정함으로써 그 범위를 크게 축소시키고 있다. 이 규정을 엄격히 문리해석하게 되면 이 유형의 권한쟁의심판은 거의 있을 수가 없게 되는 결과 제1호는 사문화될 수밖에 없고⁴¹⁾ 또한 실제에 있어서는 위에서 열거한 각 국가기관 내부에 있어서 독립된 국가기관으로서의 지위를 가지는 기관 상호간에 권한쟁의가 발생할 가능성이 높고 이러한 쟁의의 해결을 하는 것이 제1호의 본래의 기능이라고 할 수 있을 것이므로 이를 확대해석함으로써 제1호의 실효성을 확보하여야 할 것이라는 견해가 주장되고 있다.⁴²⁾

그러나 헌법재판소는 “권한쟁의제도의 목적에 비추어 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관 상호간의 권한쟁의’는 우리 헌법이 국민주권주의와 권력분립의 원칙에 따라 주권자인 국민으로부터 나온 국가권력을 나누어 상호견제와 균형을 유지하도록 권한을 분배한 대등한 권력행사기관 사이의 권한에 관한 다툼을 의미한다고 할 것이므로, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 ‘국가기관 상호간의 권한쟁의심판’을 ‘국회·정부·법원·중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’이라고 규정한 것은 그 심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로 당사자가 될 수 없는 헌법재판소를 제외하고 국가의 입법권, 행정권 및 사법권을 행사하는 국가기관인 국회, 정부 및 법

41) 최근 사법제도, 법조인양성 및 법학교육제도의 개혁을 둘러싸고 정부(국무총리)와 대법원간에 갈등을 빚고 있다(서울신문 1995년 10월 6일자 1면 등 참조). 이러한 갈등이 조정되지 않고 헌법재판소에 제소되는 경우에는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 권한쟁의사안이 될 것이다.

42) 이시윤, 헌법재판에 관한 판견 I, 헌법논총 제1집(헌법재판소), 1990. 67면 ; 신봉기, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법논총 제2집(헌법재판소), 1991. 629면 ; 신봉기, 권한쟁의심판제도 소고, - 한국과 독일의 제도를 중심으로 -, 사법행정 1991. 10. 45면 참조.

원과 선거관리사무를 담당하는 중앙의 국가기관인 중앙선거관리위원회를 열거하여 헌법의 위 규정을 명확하게 구체화한 것이라고 할 것이다.·· 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 한정하고 있으므로, 그에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다고 볼 수밖에 없다.”⁴³⁾라고 판시하여 엄격한 문리해석의 태도를 취하고 있다.

(2) 제2호의 違憲性

동 조항 제2호는 “국가기관과 지방자치단체간”의 권한쟁의심판을 “가. 정부와 특별시·직할시 또는 도간의 권한쟁의심판, 나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(자치구)간의 권한쟁의심판”으로 규정함으로써 국가기관을 정부에 한정 축소시키고 있다. 그러나 지방자치단체에 대한 국회의 국정감사권의 행사와 같이 국회와 지방자치단체간에 권한쟁의가 발생할 가능성이 적지 않다고 할 것이고 이러한 경우에는 정치적 해결이나 여론에 의한 재판을 하는 방법외에 현재로서는 전혀 해결의 가능성이 없다.⁴⁴⁾ 이러한 문제는 지방자치제의 활성화와 함께 앞으로 더욱 빈번해질 것으로 보인다. 따라서 이 경우에도 국가기관을 정부에 한정하지 않고 입법권, 행정권 및 사법권과 중앙선거관리위원회 등의 국가기관에까지 확대하는 것이

43) 헌법재판소 1995. 5. 1. 선고, 90헌라1 결정.

44) 물론 국정감사에 있어 국회가 지방자치단체의 행정에 대하여 존중하는 입장을 취하는 것은 별개의 문제이다.

바람직하다고 본다.

그 밖에 제1호의 “국가기관 상호간…”에서의 “국가기관”을 위와 같이 한정함으로써 기타의 경우를 기관소송으로 흡수할 수 있는 것 인지에 대하여도 의문이 있으나, 현행 행정소송법은 기관소송의 사안과 청구인을 법률이 정한 경우로 엄격히 규정함으로써 법적 공백이 남는 문제가 있다. 이 점과 관련하여 헌법재판소는 “행정소송법 제3조 제4호가 행정소송의 종류 중 하나인 기관소송을 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송’이라고 정의하면서 그 단서에서 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 이를 제외하고 있으며 같은 법 제45조는 기관소송을 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 규정하고 있으므로, 결국 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판은 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어 그 중 어느 국가기관의 처분 또는 부작위가 헌법과 법률에 의하여 부여받은 다른 국가기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 청구할 수 있고, 그 밖의 기관 상호간에 권한의 존부 등에 관한 다툼이 있는 때에는 그것이 법률의 규정에 의하여 행정소송법상 기관소송의 대상이 되는 경우 그 기관소송의 방법에 의하도록 제도가 마련되어 있는 것이다”⁴⁵⁾라고 판시함으로써 권한쟁의 및 기관소송으로써 불복할 수 없는 경우에는 그 구제절차가 더 이상 존재하지 않는다는 것을 확실하게 한 것으로(즉, 제1호의 열거사항 외의 기관 상호간의 권한다툼은 모두 기관소송에 속하는 것이 아니라는 점에서 그러하다) 결국 현행 권한쟁송법의 체계상 구제의 사각지대가 있다는 점에서 미흡

45) 헌법재판소 1995. 5. 1. 선고, 90헌라1 결정.

하므로 보완이 요청된다고 할 것이다.

다. 憲法裁判所 스스로가 當事者인 경우

헌법재판소가 직접 권한쟁의의 당사자가 되는 경우에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이 경우에는 국가 최고기관의 하나로서 당연히 당사자가 된다는 견해와 우리 현행법상 명시적으로 헌법재판소를 열거하고 있지 않으므로 헌법재판소의 경우에는 당사자가 될 수 없다는 견해가 대립되고 있다. 헌법재판소의 관장사항의 구체적인 범위에 대하여 논란을 빚고 있는 현재의 상황에 비추어 본다면-예컨대 헌법 제107조 제2항과 제111조 제1항 제5호의 해석을 둘러싸고 빚어졌던 헌법재판소와 대법원 사이의 법령소원의 가능성에 관한 논쟁이 경우에 따라서는 국가최고기관상호간의 권한쟁의로 발전할 수 있고 그러한 상황이 발생한 경우에는 또다시 제62조 제1항 제1호의 해석을 둘러싸고 심각한 갈등이 있을 수 있다-헌법재판소 역시 권한쟁의의 당사자가 되지 않을 것이라는 단언을 하기는 어렵다.

그런데 헌법재판소는 권한쟁의심판의 당사자로 동조항 제1호에서 “국회·정부·법원 및 중앙선거관리위원회”로 규정하고 있는 것은 “그 심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로 당사자가 될 수 없는 헌법재판소를 제외하고 국가의 입법권, 행정권 및 사법권을 행사하는 국가기관인 국회, 정부 및 법원과 선거관리사무를 담당하는 중앙의 국가기관인 중앙선거관리위원회를 열거하여 헌법의 위 규정을 명확하게 구체화한 것”⁴⁶⁾이라고 하고 있으므로 이러한 해석에 따르

46) 헌법재판소 1995. 5. 1. 선고, 90헌라1 결정.

면 헌법재판소 역시 권한쟁의를 청구할 당사자가 될 수 없다는 것으로 해석하고 있는 것이 아닌가 사료된다.

동 조항 제1호에서 헌법재판소를 제외한 것이 입법적 불비로 보아 헌법재판소를 새로이 삼입하거나(입법적 불비론)⁴⁷⁾ 또는 국가기관을 국가최고독립기관으로서의 국회·정부·법원 및 중앙선거관리위원회와 함께 헌법재판소도 포함하는 것으로 다소 확대해석하거나(제한적 확대론) 아니면 제1호에서 구체적으로 열거하고 있는 국가기관을 예시적으로 보아 제1호의 적용대상을 합리적·합헌적인 범위에서 확대해석함으로써(예시규정론) 이 문제는 해결될 수 있을 것이다.

라. 地方自治團體가 當事者인 경우

지방자치단체가 국가기관 또는 다른 지방자치단체와의 관계에서 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 자기의 권한의 침해 또는 현저한 침해위험이 있는 때에는 이를 피청구인으로 하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(동법 제61조). 그런데 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한의 존부·범위에 관한 다툼은 항고소송이나 기관소송 등 행정소송으로 구제를 받아야 할 사항이지 권한쟁의의 일종으로 보아 헌법재판소의 관장사항으로 한 것은 불합리하다는 비판적인 견해가 있으나, 독립성을 띤 국가기관과 공공단체 또는 공공단체 사이의 다툼을 권한분쟁으로 보아 권한쟁의심판대상으로 한 것은 나름대로 합리적 타당성이 있다고 할 것이다.⁴⁸⁾ 그러나 국가기관이나 지방자치단체의 권한이 헌법이

47) 오스트리아의 경우 헌법재판소 스스로가 행정법원 등과 직접 권한쟁의의 당사자가 된 때에도 헌법재판소가 관장할 수 있도록 하고 있다(연방헌법 제138조 제1항).

나 법률에 의하여 부여받은 것이라 하더라도 그 다툼이 성질상 단순한 법률적차원의 분쟁에 불과하고 헌법적 성질을 갖지 않는 것이 명백한 경우까지도 권한쟁의 사안으로 하는 것에는 의문이 있다. 즉, 비록 헌법사건과 법률사건을 구별하기가 어렵다 하더라도 명백히 비헌법적인 문제까지 헌법재판소의 관할사항으로 하고 있는 현행 입법태도는 문제가 있다고 본다.

마. 敎育委員會가 當事者인 경우

권한쟁의가 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육위원회가 당사자로 된다고 규정하고 있으나 이는 현행 지방교육자치에관한법률과 일치하지 않는다. 즉 구 교육법과 달리 1991년 3월 8일 제정된 현행 지방교육자치에관한법률에 의하면 시·도교육위원회를 심의·의결기관으로(동법 제3조), 시·도교육감을 집행기관으로 규정하고 있다(동법 제25조). 헌법재판소법 제62조 제2항의 교육위원회가 일종의 행정위원회로서의 시·도교육위원회를 가리키는 것이라면 이는 권한쟁의심판의 당사자를 잘못 설정한 것이라고 밖에 할 수 없을 것이다. 현행법상 시·도의 교육·학예에 관한 사무에 관하여 권한쟁의심판을 청구하는 경우 그 당사자는 그 집행기관인 교육감이 되는 것이 타당하다. 최근 헌법재판소법 개정법률(1995. 8. 4. 법률 제4963호로 개정)에서는 동조항 소정의 교육위원회를 교육감으로 개정하였다.

바. 權限爭議와 補充性的의 問題

48) 스페인의 경우에도 헌법재판소는 우리와 같이 국가와 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판권을 가지고 있다(헌법 제161조 제1항, 헌법재판소법 제59조).

권한쟁의심판에 있어서 보충성원칙을 준수하여야 한다는 견해가 있으나 현행 헌법재판소법은 헌법소원, 특히 제68조 제1항에 의한 권리구제형 헌법소원의 경우에서만 보충성원칙을 요구하고 있으므로 권한쟁의에 있어서는 인정되지 않는다고 보아야 한다. 또한 권한분쟁에 있어서 신속한 권한의 획정을 필요로 한다는 점에서 보충성원칙 내지 전심절차의 경로를 요구하는 것은 타당하지 않다고 보지만 궁극적으로는 권한쟁의 당사자 사이의 원만한 해결을 목적으로 한다는 점에서 사전의 조정 또는 중재절차를 두는 것이 필요하다고 할 것이다.⁴⁹⁾ 그러나 이와 같은 조정·중재절차를 의무적 경유절차로 하는 것은 타당하지 않다고 본다. 그 밖에 행정소송법 소정의 기관소송(지방자치법 제159조에 의거 지방의회의결에 대한 재의 요구를 거쳐 대법원에 제소)을 거처도록 하는 것도⁵⁰⁾ 현행 권한쟁송법의 체계와 맞지 않을 뿐 아니라 권한쟁의심판제도 자체를 무의미하게 할 우려가 있으므로 타당하지 않다고 할 것이다.

사. 權限爭議에 있어서 憲法事件과 法律事件의 區分の 不明確性

국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의의 내용을 헌법문제와 법률문제로 구분하여 이를 헌법재판소와 일반법원에 분장시켜야 한다는 주장이나 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 그 성질상 일반법원에서 담당하거나 행정법원을 설치하여 그로 하여금 전담적으로 맡도록 해야 할 것이라는 주장도 있다.

49) 권한쟁의심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 128면 참조.

50) 구병삭, 고시연구 1991. 5. 238면.

그러나 헌법사건과 법률사건을 구별하기가 대단히 어려울 뿐 아니라 현행 헌법(제111조 제1항 제4호)·헌법재판소법(제62조 제1항 제2호, 제3호)·행정소송법(제3조 제4호 단서) 등의 각 조항의 입법취지와 내용에 비추어 볼 때 현행 권한쟁송제도가 권한쟁의와 기관소송으로 다룰 수 있는 사항을 본질적 차이에 따른 분장이 아닌 단순한 입법정책적인 측면에서 구분하여 헌법재판소와 일반법원의 권한으로 하고 있다는 점에서 현행 제도를 다시 권한쟁송의 내용을 기준으로 엄격히 구분하여 각기 다른 기관으로 하여금 관장하도록 하는 것은 또 다른 문제점이 발생할 소지가 적지 않다. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 그 성질상 법률사건을 다루는 것이므로 일반법원이나 행정법원의 관장사항으로 해야 한다는 주장도 같은 이유로 문제가 있다.

아. 辯護士強制主義의 緩和

헌법재판사건은 반드시 변호사를 대리인으로 선임하지 않으면 안 된다(헌법재판소법 제25조 제2항). 그런데 헌법재판사건 가운데 불기소처분소원 등을 제외한 다수의 사건은 변호사 뿐 아니라 법학교수의 전문적인 연구에 기초한 청구가 오히려 효과적인 면이 적지 않다. 이는 변호사강제주의를 채택하고 있는 현재에도 청구서의 미비나 요건흡결로 각하되는 예가 종종 발생하고 있는 점에서도 그러하다. 따라서 법학교수나 각 분야의 전문가(예컨대 조세사건에 있어서 세무서나 공인회계사 등), 법제관 등의 소송대리를 적극적으로 허용하는 것이 타당하다고 본다.⁵¹⁾ 특히 권한쟁의의 경우는 법학자

51) 필자는 헌법소원과 변호사강제주의, 인권과 정의 1993. 2. 134면 이하에서, 현행 변호사의 적정 정원에 대한 의문과 헌법소원제도의 특수성 등을 제시하면서 현재의 여건하에서는

(공법학자)의 참여뿐 아니라 각 지방자치단체의 법률실무를 담당하는 법무담당관 등도 소송대리를 할 수 있도록 확대하는 것이 요청된다.⁵²⁾ 그로써 헌법재판소의 업무부담의 감소, 전문가의 참여확대를 통한 다양한 견해의 청취, 참고인변론을 대신하는 효과를 가져옴으로써 예산의 절감, 이론적·실제적·비교법적 검토에 의한 소송의 경제성과 전문성 확보 등의 점에서 바람직하다고 할 것이다.

2. 機關訴訟制度的 問題點

가. 權限爭議와의 區別의 어려움 - 調和的 訴訟體系의 要請

행정소송법 제3조 제4호는 “기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.”라고 규정하여 기관소송을 정의하고 있고, 다른 한편 헌법재판소법

헌법소원에서의 변호사강제주의가 합헌이라는 의견을 제시한 바 있다. 헌법재판제도가 우리 헌정사에서 최초로 도입될 당시 즉, 헌법재판소와 법학자, 법조인 및 청구인들 모두 헌법재판에 대한 연구에 매달렸던 당시 초보적 수준에서 벗어나기 어려웠던 헌법재판실무에서 그나마 변호사강제주의는 헌법재판소의 업무부담경감과 소송경제 및 전문지식의 활용 등의 점에서 비교적 많은 도움을 주었다고 할 수 있다. 그러나 7년을 넘기고 제2기 재판부를 구성한 현재로서는 일반인의 헌법재판에 대한 관심의 증대로 도입 당시에 비해 많은 상황 변화가 있다고 할 것이다. 따라서 이제는 우리나라의 절대적 변호사강제주의가 폐지 또는 완화되어도 될 시점에 이르렀다고 생각한다. 그러나 전면적인 폐지보다는 변론절차단계에서만 변호사나 법학교수등 전문가의 참여를 강제하는 이른바 제한적 변호사강제주의를 채택하는 것이 바람직하다고 본다. 이 점은 헌법소원 외의 기타의 헌법재판에서도 마찬가지이다.

52) 동지, 권한쟁의심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 133면 참조.

제61조는 “① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의 심판을 청구할 수 있다. ② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”라고 하여 권한쟁의심판의 청구사유를 규정하고 있다. 이들 각 규정에서 보듯이 기관소송과 권한쟁의는 그 당사자, 쟁송사안 및 심급 등의 점에서 큰 차이가 있으므로 양자를 구분하는 것이 쉽지가 않다. 그런데 기관소송과 권한쟁의의 차이점에 대하여는 아직도 여전히 견해가 나뉘고 있을 뿐 아니라⁵³⁾ 단순히 이러한 차이점을 가려내는 것만으로 문제를 해결하였다고 볼 수는 없을 것 같다. 왜냐하면 유사한 제도의 병존은 소송체계에 있어 법원뿐 아니라 당사자에게 혼란을 초래하기 때문에 이를 지양하는 것이 바람직하며 그럼으로써 소송실무에 있어서도 보다 정확을 기할 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 기관소송의 문제는 전체 권한쟁송 및 행정소송의 체계안에서 조화롭게 구성되어야 할 필요가 있다.

특히 우리의 행정소송법은 일본의 행정사건소송법으로부터 크게 영향을 받았다는 것은 이미 공지의 사실인바, 그러한 이유로 현행법으로의 개정 당시 행정사건소송법과는 다른 우리 고유의 행정소송체계를 확립하지 못하였다는 비판을 받고 있는 것이다. 그 후 헌

53) 지방자치법 제159조 제3항을 기관소송이 아니라 그 소송의 종류에 따라 지방의회의 조례에 대한 제소는 추상적 규범통제로, 지방의회의 처분적 의결에 대한 제소는 항고소송으로 보아야 한다는 견해(이기우, 기관소송, 고시계 1992. 11. 58면)가 있는가 하면, 동법 제 157조를 항고소송이 아닌 기관소송으로 보아야 한다는 견해(이광운, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시연구 1994. 8. 107/108면)도 있다. 후자의 경우 김남진교수께서는 이를 기관소송의 예로 드셨다가 지금은 항고소송의 일종으로 보고 계신다(김남진, 행정법 I, 1992. 792면).

법제관소법 제정시 동법에서 정한 권한쟁의와의 조정을 위하여 행정소송법을 정비할 당시에도 체계제정립을 위한 기회가 있었으나 행정소송법 제3조 제4호에 단서부분만을 새로이 삽입하는데 그치고만 것에서 지금까지 문제가 남아 있는 것이다.

나. 機關訴訟事案의 制限의 問題

기관소송은 법률이 정한 경우에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제45조). 따라서 성질상 기관소송에 해당하는 경우에도 이를 법률로서 규정하지 않는 경우에는 기관소송이 허용되지 않아 권리구제의 사각지대가 발생할 수 있다. 물론 국가의 기관 또는 공공단체의 기관 사이에 분쟁이 있는 경우에 이를 행정기능의 합리적 분장이라는 정책적 견지에서 최고 중앙행정기관의 조정 등을 통하여 해결하고자 하는 목적에서 예외적으로만 기관소송을 인정하고 있는 것이라는 점에서는 납득할 수가 있을 것이다.⁵⁴⁾ 그렇지만 지방자치단체가 당사자인 경우는 중앙의 조정기능은 큰 역할을 할 수 없고 더욱이 지방자치단체의 독립성이 강화된 현재로서는 단순한 법률문제를 쟁점으로 하여 중앙정부나 인근 지방자치단체와의 마찰이나 갈등⁵⁵⁾이 발생하여 이를 법적으로 해결해야 하는 경우가 적지 않게 예상되기 때문에 이러한 경우를 위한 해결책은 기관소송사안을 보

54) 실제로 행정부처간의 갈등도 자주 발생하고 있다. 최근의 예만 하더라도 대미자동차협상을 둘러싼 통상산업부와 외무부간, 테러·국제조직범죄·마약 등 특수범죄에 관한 수사권을 둘러싼 법무부(검찰)와 국가안전기획부간, 근로자파견제도 도입에 관한 법률안제출권을 둘러싼 통상산업부와 노동부간의 분쟁이 있다.

55) 최근만 하더라도 지방자치단체의 고유사무인 보건소의 인사와 조직을 중앙통제형으로 전환하는 것을 내용으로 한 보건소법 개정안을 마련한 보건복지부, 유선방송의 업무지도·감독권을 확보하려는 정보통신부, 예산편성지침을 통해 지방자치단체의 예산편성을 일정부분 통제하고자 하는 내무부 등과 지방자치단체 간의 마찰과 갈등이 있다.

다 법률로써 확대함으로써 보완이 가능한 것이다. 따라서 갈등을 집단적 행동이나 집단민원에 대한 행정청의 대응으로 해결한 것이 아니라 법적 제도적 보완을 통하여 완벽한 구제제도를 됨으로써 그 해결책을 찾으려 하는 것이 보다 바람직하다고 본다.

현행법상 기관소송이 인정되고 있는 예는 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항 및 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항에 그치고 있다.

다. 機關訴訟의 當事者와 機關訴訟無用論

기관소송은 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제45조). 이와 관련하여 문제가 되는 것은 기관소송을 제기할 수 있는 “국가 또는 공공단체의 기관”(동법 제3조 제4호)의 범위이다.⁵⁶⁾ 우선 “국가...의 기관”이 무엇을 뜻하는 것인지 의문이 있다. 여기서 국가의 기관이란 국가권력을 상호 견제와 균형을 유지하도록 분배한 대등한 권력행사기관인 국회·정부·법원 등뿐 아니라 그 밖에 각 국가권력의 내부에 속한 기관을 포함하는 것이라 할 것이다. 그렇다면 행정소송법 제3조 제4호 소정의 국가의 기관은 정부에 속하는 행정기관뿐 아니라 실질적 의미의 행정기관인 국회·법원 등에 속하는 기관들도 여기에 포함되는 것이라고 할 것이다. 따라서 행정각부 또는 행정각부장관 상호간이나 행정각부소속 중앙행정기관, 행정각부와 독립중앙행정기관 사이의 권한다툼 외에도, 국회 또는 법원의 각 기관들 사이에 존재하는 권한다툼도 여기서 말하는 국가의 기관 사이의 다툼으로 볼 수 있다. 그러므로 “국가의 기관”은 현

56) 김남진교수께서는 행정소송법상의 기관소송의 유형을 ① 국가기관상호간의 기관소송과 ② 공공단체의 기관 상호간의 기관소송으로 구분하고 계시다. 행정법 I, 1992. 791면.

법제관소법 소정의 국가기관보다도 범위가 넓은 것이라 할 수 있다.⁵⁷⁾ 그러나 국회·정부·법원 등의 국가기관은 헌법제관소법상 권한쟁의의 당사자로 정하고 있으므로 이를 제외한 모든 국가기관을 지칭하는 것으로 보아야 할 것이다.

또한 “공공단체의 기관” 사이에도 기관소송이 가능하다. 여기서 공공단체란 지역을 기반으로 하는 지방자치단체 외에도 공공조합, 공법상의 영조물법인이나 재단 등을 모두 포함한다. 그러나 현행법상 기관소송이 인정되는 것은 지방자치단체의 장과 지방의회 상호간에 다툼이 있는 경우에 제기하는 지방자치법 제98조, 제159조와 지방교육자치에관한법률 제38조에 불과하다.

“국가 또는 공공단체의 기관”이 기관소송을 제기하도록 행정소송법 제3조 제4호가 정하고 있다 하더라도 동법 제45조는 기관소송사안을 “법률이 정한 경우”로 하여 이를 제한하고 있다. 이 문제 역시 국가조직 상호간의 권한의 부조화는 조정의 문제이지 그 다툼을 소송의 방법으로 해결하는 것이 바람직하지 않다는 기본적 관념에서 나온 것이라고 할 수 있으나, 현재 기관소송을 정한 법규정을 보면 이를 너무 제한 규정하고 있어 기관소송을 봉쇄하는 것이라는 비판이 있다. 그러나 기관소송을 불충분하게 제한하였다 하더라도 이는 원칙적으로 입법재량권의 범위내에서 이루어진 것이므로 이를 입법불비 내지 미비로 보아 입법부작위로 다룰 수는 없기 때문에 (헌법상 작위의무가 없다) 이 부분을 개정하여 확대하는 것이 바람직하다는 지적을 하는 것에 그칠 수밖에 없다. 그러한 이유로 하여 기관소송무용론까지 주장되고 있기도 하다.⁵⁸⁾

57) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법제관의 이론과 실제, 김도장교수화갑기념논문집, 1993. 570/571면 참조.

58) 그런데 일본 행정사건소송법은 기관소송을 “국가 또는 공공단체 상호간에 있어 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 분쟁에 있어서의 소송”이라고 정의하고 있어(행정사건소송법 제2조, 제

라. 裁判審級의 問題

현행법상 기관소송에 해당하는 경우로는 지방자치단체의 장(또는 내무부장관)이 지방의회의 의결이 법령위반이라고 판단하는 경우 그 지방의회의 확정된 의결사항(재의결로써 확정된 의결사항)에 대하여 제기하는 소송(지방자치법 제98조, 제159조)과 교육감이 시·도의회 또는 교육위원회에 대하여 제기하는 소송(지방교육자치에 관한 법률 제38조) 등에 불과하며 이들 소송은 대법원에 시심이자 종심으로 제기하도록 하고 있다(대법원단심제).

그런데 예컨대 앞으로 기관소송의 예를 법률로써 확대하는 경우에 그 심급을 종래와 같이 대법원단심제로 할 것인지는 행정소송법 제45조에 의거 “법률이 정한 경우에” 따를 것이므로 각 사안에 따라 달리 평가되어 입법될 것임이 틀림없다. 그렇게 되면 기관소송의 유형으로써 심급을 달리하는 다양한 사안이 입법화될 것이고 보다 구체적인 경우에는 헌법재판소법 소정의 권한쟁의심판사항과 함께 혼란을 더욱 가속화할 우려가 없지 않다. 또한 지방자치제의 활성화와 지방자치단체의 독립적 지위확보 차원에서 처분등(재결 포함)과 관련한 소송이 급증하게 되면 심급제도를 재조정하여야 하는 문제가 발생하게 될 우려도 있다. 기관소송을 그대로 존치시키는 경우에도 그 심급의 문제는 혼란을 최소화시키는 방향에서 입법되어야 할 것이다. 이 점은 1998년부터 행정재판소가 설치되더라도

6조) 우리의 기관소송과 아주 흡사하다. 그러나 일본의 기관소송은 우리와 마찬가지로 활성화되어 있지 못할 뿐 아니라 달리 헌법재판소와 같은 권한다툼을 심사할 독립된 재판기관을 두고 있지 않으므로 이 부분에 관한 일본의 제도와 이론은 우리에게는 별로 참고가 되지 못한다고 본다. 따라서 이 점에 관한 한 일본의 현행 제도가 기관소송을 그대로 존치시키고 있다는 것은 우리나라에서의 기관소송존치론의 합당한 이유가 되지 못한다고 생각된다.

여전히 해결하여야 할 과제로 남는다고 할 것이므로 시급한 보완이 필요하다고 본다.

마. 行政訴訟法 제46조의 準用規定의 問題點 - 立法의 欠缺

행정소송법 제46조에서는 기관소송으로서 처분 등의 취소, 유·무효나 존재·부존재 또는 부작위위법 등을 구하는 경우에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각 취소소송, 무효등확인소송 또는 부작위위법확인소송 등에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 동법 제46조는 다음 세가지의 결정적인 하자가 있으므로 개선되어야 할 필요가 있다.

(1) 行政訴訟法 제46조의 “그 性質에 반하지 아니하는 한” 部分의 問題點

동조 각항에서는 기관소송으로 처분 등의 취소 등을 구하는 경우 “그 성질에 반하지 아니하는 한” 각 관계되는 소송을 준용하도록 하고 있는바, 이는 중대한 입법결함이라고 본다. 구체적인 준용규정을 열거하든지 아니면-어차피 일본의 제도⁶⁰⁾를 참조할 바에는-일본의 예와 같이 적용배제되는 규정을 명확히 표시하든지⁶¹⁾ 보다 명백

59) 행정소송법 제46조 [준용규정] ① 민중소송 또는 기관소송으로서 처분 등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다. ② 민중소송 또는 기관소송으로서 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위 위법의 확인은 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다. ③ 민중소송 또는 기관소송으로서 1항 및 2항에 규정된 소송 이외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

60) 앞의 'III. 2. 다' 주57 참조.

61) 일본 행정사건소송법 제43조 [항고소송 및 당사자소송에 관한 규정의 준용] “① 기관소송으로서 처분 또는 재결의 취소를 구하는 경우에는, 제9조 내지 제10조 제1항의 규정을 제외하고는, 취소소송에 관한 규정을 준용한다. ② 기관소송으로서 처분 또는 재결의 무효의 확인

히 정하지 않고 막연히 “그 성질에 반하지 아니하는 한”이라는 표현을 사용하는 것은 무책임한 입법태도라고 밖에 할 수 없다. 모호한 입법규정과 그 합리적 적용의 기대는 별개의 문제이기 때문이다.

(2) 行政訴訟法 제46조의 “處分 등”과 機關訴訟對象의 不一致 問題

지방자치법 제159조 제3항과 관련하여 동조를 보면, 그 소송대상이 일치되지 않는다는 점을 알 수 있다. 행정소송법 제46조 제1항은 “기관소송으로서 처분 등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다”고 하여 “처분 등의 취소를 구하는”취지의 기관소송에는 “취소소송”을 준용하도록 하고 있음을 알 수 있다(동조 제2항 및 제3항도 동일한 취지로 규정하고 있으며 각 무효등확인소송, 부작위위법확인소송 및 당사자소송을 준용하도록 하고 있다). 그러나 취소소송을 준용하는 기관소송은 그 기관소송으로써 “처분 등”의 취소를 구하는 것이어야 함에도 현행법상 인정되고 있는 기관소송에서는 그렇지 않다는 점에 문제가 있는 것이다. 이는 기관소송의 전형적인 유형으로 들고 있는 지방자치법 제159조 제3항 및 제98조 제3항에서 지방의회에

을 구하는 경우에는, 제36조의 규정을 제외하고는, 무효등확인의 소에 관한 규정을 준용한다.

③ 기관소송으로서 앞의 2개항에 규정한 소송 이외의 경우에는, 제39조 내지 제40조 제1항의 규정을 제외하고는, 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.” 일본의 기관소송에 관한 준용규정은 우리 행정소송법 제46조와 거의 흡사하지만, 우리와 달리 행정사건소송법은 기관소송으로서 취소소송·무효등확인소송 및 당사자소송을 준용하는 경우에 구체적으로 준용되는 각 소송의 종류 가운데 적용배제규정을 명확히 두고 있다는 점에서 우리 행정소송법 제46조 보다 발전된 형식을 갖추고 있다. 동조항에 의하면 취소소송을 준용하는 기관소송에는 원고적격(동법 제9조) 및 취소이유제한(동법 제10조 제1항)에 관한 규정이 적용되지 않고, 무효등확인소송을 준용하는 기관소송에는 원고적격규정(동법 제36조)이 적용되지 않으며, 당사자소송을 준용하는 기관소송에는 처분행정청에의 통지(동법 제39조) 및 출소기간(동법 제40조 제1항)에 관한 규정이 적용되지 않는다.

의하여 “재의결된 사항”을 당해 소송의 대상으로 하고 있는바(그에 대하여는 다툼이 있을 수 있다. 아래 ‘Ⅲ. 2. 바.’ 참조), 행정소송법 제46조 소정의 “처분 등”과 불일치하는 문제가 있다. 물론 이는 기관소송의 대상을 처분 등으로 하는 특별한 다른 규정을 두는 경우에는 문제가 되지 않을 것이다.

(3) 審理節次根據規定上の問題點

대법원이 기관소송을 심리함에 있어 그 심급의 문제와는 별도로, 당해 기관소송의 절차를 어떻게 할 것인가의 문제가 있다. 현행법상 인정되는 지방자치법 제159조 등의 유형과는 다른 특별한 형식의 기관소송을 두는 경우에는 당해 절차에 따르면 될 것이나, 현재로서는 다른 예를 찾기 어려우므로 지방자치법 제159조 및 제98조를 중심으로 논할 수밖에 없다. 따라서 기관소송의 심리절차는 그 대표적 유형인 지방자치법 제159조 소정의 “재의결된 사항”이 행정소송법 제46조 소정의 “처분 등”의 성격을 갖는지 여부에 따라 결정된다고 할 것이다. 즉 이는 “재의결된 사항” 가운데 처분 등의 성격을 갖는 것과 그렇지 않은 경우가 있을 수 있으며, 이를 각각 달리 판단하여야 할 필요가 있다는 것을 뜻한다. 그러나 위 “재의결된 사항”의 성질을 “처분 등”의 성격을 갖는 것으로 보는 것은 납득하기 어려우며,⁶²⁾ 결국 이는 기관소송의 절차에 관한 근거규정을 마련해 두지 않고 있다는 것 즉, 절차상 근거법률의 흠결에 해당한

62) “재의결된 사항”이 구체적으로 무엇인지를 살펴보아야 할 것이다. 즉, “재의결된 사항” 그 자체가 조례안·예산안 등이라면 이를 대상으로 한 소송은 추상적 규범통제의 형식을 띠게 되고(이 경우에는 행정소송법 제46조와 모순된다), 그것이 지방세부과·징수 등이라면 이에 대한 소송은 처분적 의결에 대한 기관소송이 된다. 후자의 경우가 전형적 기관소송이라 할 것이다. 동지, 홍정선, 권한경의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 김도장교수화갑기념논문집, 1993. 576면 참조. 그런데 “공공시설의 설치·관리”에 관한 조례(경기 가평의 두밀분교 폐교조례 사건)의 처분성을 인정하여 항고소송(무효확인소송)으로써 다툼 판례가 있다(서울고등법원 1995. 5. 16. 선고, 94구26631 판결).

다고 본다(아래 ‘Ⅲ. 2. 바.’ 참조).

바. 現行 自治訴訟 規定의 問題點

(1) 地方自治法 제98조 제3항 및 제159조 제3항

(가) 立法上의 問題

지방자치법 제159조는 “① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 내무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의의 요구를 받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다. ② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다. ④ 내무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다. ⑤ 제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다. ⑥ 내무부장관 또는 시·도지사는 제5항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.”고 규정하여 지방의회의 결에 대한 재의요구와 기관소송에 대하여 규정하고 있다. 즉, 동법

제159조에 의한 기관소송은 지방의회의 “재의결” 또는 “재의결된 사항”에 대하여 지방자치단체의 장이 제기하도록 하고 있다.

또한 1994년 3월 15일 개정된 지방자치법 제98조는 “① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. ② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 개정 전 동조의 기관소송으로의 성격에 의문이 있던 중 제3항을 신설함으로써 기관소송으로의 성격을 분명히 하였다. 동법 제98조 제3항도 제159조 제3항과 같은 형식으로 “재의결” 또는 “재의결된 사항”을 다루는 것으로 규정하고 있다.

여기서 먼저 지방의회의 의결사항을 살펴 볼 필요가 있다. 지방자치법 제35조 제1항에 의하면 지방의회는 다음의 사항을 의결한다. 즉, “1. 조례의 제정 및 폐지, 2. 예산의 심의·확정, 3. 결산의 승인, 4. 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과 징수, 5. 기본재산 또는 적립금의 설치·관리 및 처분, 6. 중요재산의 취득·처분, 7. 공공시설의 설치·관리 및 처분, 8. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산외 의무부담이나 권리의 포기 9. 청원의 수리와 처리, 10. 기타 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항” 등이 그것이다. 이 가운데 제1호 내지 제3호의 조례안(63)·예산안·결산 등은 법규의 성격을 가지고, (64) 제4호

63) 앞의 ‘주62’의 서울고등법원 1995.5.16. 선고, 94구26631 판결 참조.

64) 예산안·결산의 법적 성격에 대하여는 다름이 있다.

및 제9호의 사용료 등 부과·징수와 청원수리 등은 처분성을 띠다고 할 수 있을 것이며, 나머지 제5조 내지 제8호는 원칙적으로 사법상의 행위에 해당되는 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 지방자치법 제159조를 중심으로 살펴보면, 위 조항에서는 지방자치단체의 장이 대법원에 소송을 제기함에 있어서 무엇을 소송의 대상으로 하는 것인지가 명확하지 않다. 즉, 지방의회의 “의결”인지 아니며 “재의결”인지 그것도 아니라면 “재의결된 사항”인지 불명확하다는 것이다. 먼저 지방의회의 “의결”에 대하여는 지방자치단체의 장에 의하여 재의요구를 거쳐 이미 재의결된 이후에는 비록 그 내용이 먼저 행한 의결내용과 동일하다 할지라도 그 “재의결”을 다투는 것이 논리적이라 할 수 있으므로 “의결”을 기관소송의 대상으로 하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.⁶⁵⁾

또한 지방의회의 “재의결”은 법적 성격상 처분성을 갖는다고 할 수 없으므로 처분을 대상으로 하는 일반 행정소송으로 다룰 수 없고, 이는 행정소송법 제46조 소정의 처분에도 포함되지 않기 때문에 동조를 적용할 수 없어 결국 “재의결” 그 자체를 직접 대상으로 한 기관소송은 허용되지 않는다고 할 것이다.

마지막으로 “재의결된 사항”을 기관소송의 대상으로 하는 경우를 생각할 수 있다. 즉, 지방자치법 제159조 제3항의 문언상으로는 대법원에의 소송을 통하여 당사자가 구하고자 하는 것이 지방의회의 의결이나 재의결이 아닌 지방의회에 의하여 “재의결된 사항”의 취

65) 대법원도 지방의회의 의결은 원칙적으로 행정처분이라고 할 수 없다는 판시를 하고 있다. 즉, 『지방자치법 19조(구) 이하의 규정에 의한 지방의회의 의결은 원칙적으로 지방자치단체의 내부에 있어 법정사항에 관하여 그 집행기관인 도·시·읍·면장에게 집행권을 부여하기 위한 것이고, 직접적으로 외부에 대한 처분적 효력을 목적으로 하지 아니하는 것이므로, 이 범위에 있어서의 동 의결을 행정처분이라 할 수 없다』(대법원 1954. 9. 30. 선고, 4286행상 20 판결).

소 또는 무효확인 등으로 보는 것이 가장 타당한 것으로 보인다.⁶⁶⁾ 여기서 동법 제159조 제3항 소정의 “재의결된 사항”⁶⁷⁾이란 조례의 제정 및 개폐를 의미하는 것으로 이해함이 일반적이나 그밖에 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 지방세 등의 부과·징수 등(동법 제35조 제1항)과 함께 지방자치단체의 장에 대한 서류제출요구(동법 제35조의2), 행정사무조사(동법 제36조)등도 포함하는 것이다. 동조항에 의한 기관소송의 경우를 상정해 본다면, 지방자치단체의 장이 지방의회의 조례안제정·개폐의결, 예산안확정의결, 결산승인의결 등에 대하여 기관소송을 제기하면서 그 의결사항(즉, 확정된 조례안·예산안, 승인된 결산안)을 대상으로 하여 그 취소 또는 무효확인 등을 구하는 경우가 될 것이다. 그러나 이 경우에 행정소송법 제46조의 규정을 준용할 수 있는지에 대하여는 회의적인 것으로 생각된다. 왜냐하면 지방자치법 제159조 제3항의 기관소송으로써 다루는 “재의결된 사항”은 통상 조례안·예산안·결산안 등이 될 것인데 이들 조례안·예산안·결산 등은 행정소송법 제46조 소정의 “처분 등”에 해당되지 않으므로 동법 제46조의 규정을 적용할 수 없게 되는 결과 결국 지방자치법 제159조 제3항에 의하여 제기된 기관소송에 적용할 근거절차법규정이 전혀 없게 되기 때문이다. 물론 의결사항 중 지방자치법 제35조 제1항 제4호 또는 제8호의 “사용료·지방세 등 부과·징수”와 “청원의 수리와 처리”가 처분에 해당할 수 있을 것이므로 이 경우에는 행정소송법 제46조의 규정을

66) 김남진 교수께서도 「...감독정의 재의요구는 그 자체로서(지방의회에 대한) 최종적 판여수단이 되는 것으로서 지방자치법 제159조 제3항의 지방자치단체장이 제기하는 “재의결된 사항에 대한 소송”과는 성질을 달리한다...」고 하여, 지방자치법 제159조 제3항의 소송이 ‘재의결된 사항’에 대한 소송임을 분명히 하고 있으시다. 동인, 행정법Ⅱ, 1994. 186면 참조.

67) 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항도 시·도의회 또는 교육위원회에 의하여 “재의결된 사항”으로 규정하고 있어 이와 같다.

준용할 수는 있을 것이다. 따라서 기관소송의 절차를 정한 행정소송법 제46조를 준용할 수 없는 성질의 기관소송은 그 절차에 관한 규정의 미비로 소송절차를 진행할 수 없는 문제가 있으므로 이에 합당한 새로운 규정을 제정할 필요가 있다.

(나) 大法院判決의 問題點

(i) 判決의 態度

대법원은 비교적 최근에 지방자치법 제159조에 의한 기관소송에 관한 판결을 많이 내리고 있음을 알 수 있으며,⁶⁸⁾ 이들 판결은 모두 지방의회의 ‘재의결’에 대하여 무효 확인을 선언하고 있다. 그것이 어떠한 법적 근거에 기초하여 내려진 것인지는 정확히 알 수가 없으나, 판시태도에 비추어 보면 최소한 행정소송법 제46조에 기초한 것은 틀림이 없다. 그러나 위 판례들은 모두 그 이유에서 ① 어떠한 근거로 ‘재의결’을 소의 대상으로 하였는지 및 ② 어떠한 법률에 근거하여 위 각 기관소송의 제기와 심리 및 재판절차를 진행하였는지 등에 대한 설명이 희박한 상태에서 결론에 이르고 있음을 알 수 있다. 따라서 이 점에 대하여는 객관적으로 나타난 아래 ‘(ii) 판례의 문제점’ 부분에서 다시 살펴보기로 한다.

그런데 이와 달리 서울고등법원은 지방자치단체가 조례(개정조례)로써 특정 국민학교 분교의 폐교를 의결한 경우 원고 학생들이 제기한 조례무효확인소송에서, 위 조례의 내용은 공공시설의 설치·관리에 관한 것이고 조례에 의하여 설치된 국민학교의 폐지도

68) 대구지방법원 93년 11월 10일 선고 93구144호, 전라남도의회재의결 무효확인(1993. 3. 9. 선고, 92추116), 원주시 도시계획위원회조례중 개정조례안 무효확인(1993. 4. 27. 선고, 92추123), 전라북도행정불만처리조례안 무효확인 (1994. 4. 26. 선고, 93추175), 경기도도시계획위원회조례중 개정조례안 무효확인(1994. 5. 10. 선고, 93추144), 충청북도도시계획위원회조례중 개정조례안 무효확인(1994. 5. 10. 선고, 93추151), 전라북도공동주택입주자보호를 위한 조례안 무효확인(1995. 5. 12. 선고, 94추28), 공동구설치및점용료등징수조례안재의결 무효확인(1995. 6. 30. 선고, 95추49) 등.

원칙적으로 설치조례의 개폐에 의하여 이루어져야 할 것인바 원고 학생들이 조례에 의하여 당해 국민학교가 폐지됨으로써 직접 수업을 받을 권리 내지 학교를 이용할 이익을 상실하게 된 것이므로 위 조례는 원고 학생들과의 관계에서는 항고소송의 대상이 되는 행정 처분이라고 판시하였다.⁶⁹⁾ 이 판결은 조례의 처분성을 인정하고 있다는 점 및 자치소송사안을 조례에 대한 항고소송으로 해결할 수 있는 가능성을 열어두고 있다는 점에서 주목할 만 하다.

(ii) 具體的 事例

① 大法院 1995. 5. 12. 宣告, 94추28 判決

【사건의 경위】

피고인 전라북도의회는 1994. 9. 16. 제97회 임시회 제4차 본회의에서 전라북도공동주택입주자보호를위한조례안을 의결하여 같은 달 17. 원고(전라북도지사)에게 이송하였고, 원고는 위 조례안을 검토한 결과 법령에 위반된 사항이 있다는 이유로 지방자치법 제98조에 따라 같은 해 10. 7. 피고에게 재의를 요구하였는데, 피고는 같은 달 25. 제98회의 임시회 제2차 본회의에서 제97회 임시회에서 의결한 당초 원안과 동일하게 재의결을 하였다. 이에 원고인 전라북도 지사는 지방자치법 제159조 제3항에 따라 대법원에 제소하였다.

【판결의 요지】

① 주택의 공급조건·방법·절차 등에 관한 사항은 건설교통부장관의 고유업무인 국가사무이고 주택건설촉진법 제50조, 동법 시행령 제45조에 의한 권한위임의 경우라도 이는 기관위임사무라 할 것인바, 국가사무(기관위임사무)는 자치사무와 달리 헌법 제117조 제1항에 의하여 법령의 범위를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 조례로 제정할 수 있는 대상이라고 볼 수 없으므로, 법령에 의하여 국가사

69) 서울고등법원 1995. 5. 16. 선고, 94구26631 판결 참조.

무가 지방자치단체에게 위임된 바가 없음에도 주택건설사업승인대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택을 대상으로 하여 필요한 사항을 규정한 전라북도공동주택입주자보호를위한조례안은 지방자치법 제15조 단서, 주택건설촉진법 제1조, 제4조, 제5조, 제32조를 위반한 것으로 그 구체적 조항이 법령에 위반된 여부에 나아가 살펴 볼 필요없이 전체적으로 무효이다.

② 지방자치법 제15조는 원칙적으로 헌법 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 그 단서에서 국민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것은 위헌성이 있다고 할 수 없다.

② 大法院 1995. 6. 30. 宣言, 95추49 判決

【사건의 경위】

피고인 인천광역시 연수구의회는 1995. 3. 9. 제1회 임시회 제4차 본회의에서 연수구공동구설치및점용료등징수조례안을 의결하여 같은 달 11. 원고에게 이송하였다. 원고(인천광역시 연수구청장)는 위 조례안을 검토한 후 공동구의 설치 및 점용료부과 등에 관한 사항은 인천광역시 조례로 정할 사항이지 구조례로 정할 사항이 아니라는 이유로 지방자치법 제98조 제1항에 따라 재의를 요구하였는바, 피고는 같은 해 4. 17. 제2회 임시회 제2차 본회의에서 제1회 임시회에서 의결한 당초 연안과 동일하게 재의결하였다. 이에 원고인 인천광역시 연수구청장은 지방자치법 제159조 제3항에 따라 대법원에 제소하였다.

【판결의 요지】

공동구의 설치 및 관리주체는 시장·군수이므로, 그 관리에 필요한 사항으로서 도시계획법시행령 제55조 제2항, 제3항에 규정되지 아니한 사항을 정하도록 한 도시계획법 제16조나 제84조 소정의 ‘당해 지방자치단체의 조례’ 역시 서울특별시·광역시·시·군의 조례를 의미하는 것으로 보아야 한다.

(iii) 判決의 問題點

① 法律的 根據의 未備

현재 파악되고 있는 지방자치법 제159조 제3항에 의한 기관소송(자치소송)에 관한 그 동안의 대법원판결은 지방의회가 재의결한 “조례안” 또는 “개정조례안”의 무효확인을 구하는 것이 대다수이다. 그것은 앞의 조례자치소송에서도 마찬가지이다. 대법원은 지방의회에 의하여 “재의결된 사항”이 법령에 위반된다고 판단되어 시·도지사 또는 시장·군수·자치구청장이 재의결된 날로부터 20일 이내에 제기한 자치소송을 처리하게 되는 것이지만, 위 각 사건의 주문에서 “...조례안에 대한 재의결은 효력이 없다.”고 하고 있음을 보면 대법원은 당해 사건의 처리절차에 있어서 행정소송법 제46조 제2항의 무효확인소송준용규정에 의하여 처리하여 왔음을 추정할 수 있다. 그런데 이 점은 지방의회의 재의결 또는 재의결로 확정된 조례안을 “처분”으로 잘못 파악한데 기초한 결론으로서 행정소송법 제46조 제2항을 준용하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다(물론 처분성이 인정되는 조례도 있을 수 있겠으나, 본건 판례는 그렇다고 보기 어렵다). 따라서 위 자치소송의 심리 및 재판절차에 적용할 법률적 근거가 없다는 점에서 그 보완이 요청된다.

그 밖에 대법원판결은 위 각 조례안재의결무효확인을 구하는 자치소송에서 그 판결주문을 “...조례안에 대한 재의결은 효력이 없

다”라는 형식을 택하고 있는바, 지방자치법 제159조에 의하면 지방자치단체의 장은 지방의회의 “재의결된 사항” 즉, 조례안·예산안·결산안 등이 법령에 위반되는 경우에 그에 대하여 대법원에 제소하는 것이지 당해 지방의회의 “재의결” 그 자체에 대하여 제소하는 것이 아니라고 해석함이 타당하다고 할 것이므로 판결주문은 “…조례안은 효력이 없다”라고 하는 것이 타당하다고 할 것이다.⁷⁰⁾ 그러나 이 경우에도 “조례안”은 행정소송법 제46조 제2항의 “처분 등”에 해당하지 않는 경우가 일반적이므로 동조항을 적용할 수는 없는 것이고, 따라서 “조례안 등”을 대상으로 하는 특별행정소송절차를 새로이 두어 이에 따르도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

② 訴訟對象의 問題

위 조례자치소송에서 대법원은 “… 그러므로 피고가 재의결한 이 사건 조례안은 법령에 위반되어 그 효력이 없다고 할 것인바, 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항에 의하여 위 재의결의 효력을 다투고 있는 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 인용하고, … 주문과 같이 판결한다.”⁷¹⁾고 실시하고 있다. 대법원의 위 판시태도를 보면 우선 대법원은 ① “피고가 재의결한 이 사건 조례안은 법령에 위반되어 그 효력이 없다고 할 것인바”라고 표현을 씀으로써 ‘조례안’이 무효라고 판단하고 있음에도 불구하고, 나아가 ② “지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항에 의하여 위 재의결의 효력을 다투고 있는 원고의 이 사건 청구”라고 함으로써 원고가 다투는 사항을 ‘재의

70) 조례의 무효확인과는 별도로, 개인이 조례로 인하여 기본권침해를 받은 경우에는 헌법소원을 통하여 구제를 받을 수 있다. 즉, “조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다”(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 92헌마216; 1995. 4. 20. 선고, 92헌마264, 279 (병합)).

71) 대법원 1995. 5. 12. 선고, 94추28 판결.

결⁷²⁾로 확정하여 결론에 이르고 있음을 알 수 있다. 그런데 위 판례가 들고 있는 지방자치법 제159조 제3항에서 원고가 다루는 것은 지방의회의 ‘재의결’이 아니라 재의결로써 확정된 ‘재의결된 사항’이라고 보는 것이 논리적 및 문리적으로 타당하다고 할 것이므로 이 사건 조례자치소송의 대상을 ‘재의결’로 한 것은 잘못이라고 생각한다. 이 경우 ‘조례안’을 대상으로 하여 그 무효확인을 하는 것이 오히려 타당하였을 것이다.

(2) 地方教育自治에 관한法律 제38조 제3항

지방교육자치에관한법률 제38조⁷³⁾는 시·도의회 또는 교육위원회의 의결에 대한 재의요구 및 기관소송에 대하여 규정하고 있는바, 이 규정은 교육·학예에 관한 사항을 교육위원회에 관장시킨데 따른 특수성 외에는 실질적으로 지방자치법 제159조와 대체로 같다고 할 수 있다. 따라서 본법에 의한 기관소송에서 야기되는 “재의결된 사항”과 관련된 문제점도 마찬가지이다.⁷⁴⁾ 그 밖에 본법이 갖는 또 하나의 문제점은 동법 제13조 제1항 및 제2항이다.⁷⁵⁾ 동조항에 의

72) 여기서 재의결은 절차적 개념이지, 재의결된 사항을 뜻하는 것이 아니다.

73) 지방교육자치에관한법률 제38조[시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소] ① 교육감은 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육부장관에게 보고하고 그 의결사항을 송부받은 날부터 15일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구하게 할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 그 시·도의회 또는 교육위원회에 재의를 요구하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 재의요구가 있을 때에는 그 시·도의회 또는 교육위원회는 재의에 붙이고 재적의원 또는 재적교육위원 과반수의 출석과 출석의원 또는 출석교육위원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③ 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 이를 교육부장관에게 보고하고 재의결된 날부터 15일 이내에 대법원에 제소할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 제소를 하도록 요청받은 경우에는 대법원에 제소하여야 한다. ④ 제3항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 대법원에 제소된 때에는 그 의결의 효력은 대법원의 판결이 있을 때까지 정지된다.

74) 양자의 차이점에 대하여는 홍정선, 지방자치단체의 교육자치와 국가의 행정적 감독, 고시계 1995. 9. 91/92년 참조.

75) 동법 제13조[교육위원회의 의결사항] ① 교육위원회는 당해 지방자치단체의 교육·학예에 관한 다음 각호의 사항을 심의·의결한다. 1. 시·도의회에 제출할 조례안, 2. 시·도의회에

하면, 교육위원회의 의결사항 가운데 제1항 제4호 내지 제9호에 관한 의결은 시·도의회가 의결한 것으로 보나 제1호 내지 제3호(시·도의회에 제출할 조례안·예산안·결산 및 특별부가금 등 부과·징수사항)에 관한 의결은 교육위원회와 교육감에 의하여 확정되었다 하더라도 지방의회에 다시 제출하여 그 의결을 구하여야 하도록 하고 있는바, 이러한 이중적 의결절차는 지방교육자치의 퇴보를 가져오게 될 우려가 있다.

사. 機關訴訟의 特別行政訴訟으로서의 性質

행정소송법 제46조는 기관소송으로서 처분 등의 취소나 효력유무·존재여부 등을 구하는 경우에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송·무효등확인소송 등 항고소송과 당사자소송을 준용하도록 규정하고 있다. 그런데 동법 제46조는 지방자치법 제159조 제3항에는 적용할 수 없는 것이라는 점을 앞에서 살펴보았으므로 논외로 하고, 기관소송으로서의 고유한 형태(지방자치법 제159조 제3항)가 아닌 경우에는 원칙적으로 처분성을 인정할만한 특정 핵심사항에 대한 항고소송이나 당사자소송의 방법으로 그 구제를 구할 수 있을 것이라고 생각한다(다만 이 점에 관한 구체적인 논의는 차후로 미루기로 한다).

특히 기관소송은 그 유형 자체가 행정소송의 종류의 하나로서 행

제출할 예산안 및 결산, 3. 시·도의회에 제출할 특별부과금·사용료·수수료·분담금 및 가입금의 부과와 징수에 관한 사항, 4. 기본재산 또는 적립금의 설치·관리 및 처분, 5. 중요재산의 취득·처분, 6. 공공시설의 설치·관리 및 처분, 7. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산의 의무부담이나 권리의 포기, 8. 청원의 수리와 처리, 9. 기타 법령과 시·도조례에 의하여 그 권한에 속하는 사항. ② 제1항 제4호 내지 제9호에 관한 교육위원회의 의결은 시·도의회가 의결한 것으로 본다.

정소송법에서 규정할 것이 아니라 오히려 개별법률에서 정하는 바에 따르도록 하는 것이 바람직한 것이 아닌가 여겨진다. 즉, 현행법상 기관소송에 해당하는 것은 극히 한정되어 있고 그나마 열거주의에 입각하고 있어 그 실효성이 대단히 의문이므로 이를 행정소송법에 명문화해 두는 것보다는 오히려 행정소송법 제8조 제1항76)에 따라 ‘특별규정의 우선 적용’의 한 예로 두는 것이 옳다고 본다(이점은 민중소송에 있어서도 마찬가지이다). 기관소송으로서의 어떠한 특별한 형식의 소송을 설정할 필요 없이 전통적 행정소송유형인 항고소송과 당사자소송으로도 가능한 때에는 그로써 처리할 수 있도록 하고 그 외에 종래의 기관소송에 해당하는 사항은 대법원을 심급으로 하는 행정소송의 예외적인 특별한 한 형태로 볼 수 있을 것이기 때문이다. 이점은 현행 지방자치법 제98조 제3항 및 제159조 제3항 소정의 기관소송이 특별행정소송에 속하는 특허법77)과 해난심판법78)상의 소송과 유사한 형식을 취하고 있다는 점에서 특히 그러하다. 특별행정소송의 형식으로 한다면 그 절차와 형식은 반드시 정형화될 필요는 없을 것이고 자치소송으로서의 독특하고 효과적인 것을 제도화하면 될 것이다.

76) “행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.”

77) 특허법 제186조 제1항은 전심절차를 거친 후 법령위반의 경우에 한하여 직접 대법원에 상고할 수 있도록 하고 있으며, 동법 제186조 제2항 내지 제191조에서 소송절차에 관하여 규정하고 있다. 즉, 특허쟁송은 특허이의신청을 거쳐 특허심판 및 특허항고심판을 청구할 수 있고 그에 불복하는 경우 특허소송을 제기하는 것이다. 특허심판에는 특허무효심판·권리범위확인심판·정정심판·정정무효심판·통상실시권허여심판 등이 있다(동법 제70조, 제133조, 제135조 내지 제138조, 제167조 내지 제171조, 제186조).

78) 해난심판법 제74조 제1항은 전심절차를 거친 후 직접 대법원에 제소할 수 있도록 하고 있으며 (중앙심판원의 재결에 대한 소) 동법 제74조 제2항 내지 제77조에서 소송절차에 관하여 규정하고 있다. 즉, 위 소송은 지방심판원의 제1심 심판, 지방심판원의 재결에 대한 중앙심판원의 제2심 심판을 거친 후 중앙심판원의 재결에 대하여 제기한다. 지방심판원에서 결정을 받은 자는 제2심 재결이 있을 때까지 중앙심판원에 이의신청을 할 수 있으나 그 신청서는 지방심판원에 제출하여야 한다(동법 제21조, 제58조, 제67조, 제68조, 제74조).

대법원 판결에서 “재의결”의 무효확인을 할 수 있는 것도 행정소송의 종류의 하나로서 기관소송을 설정하지 않고 특별행정소송으로의 성질을 갖는다고 볼 때 수긍할 수 있는 것이다. 즉, 특별행정소송의 하나로서 지방자치법 제98조 제3항 및 제159조 제3항의 소송을 두고 당해 소송의 대상을 지금과 같이 “처분 등”으로 하지 않고 “지방의회의 재의결” 또는 “조례안” 등으로 특정함으로써 이 문제는 해결될 수 있기 때문이다.

IV. 具體的 改善方法

현행법상 권한쟁송제도, 즉 권한쟁의와 기관소송제도는 앞에서 본 바와 같이 많은 문제점을 가지고 있음을 알 수 있다. 그것은 한편으로는 권한쟁송의 당사자가 누구든 간에 본질적으로 권한의 존부 또는 범위(및 그 행사)에 관한 다툼이 다양하게 발생할 수 있는 것이지만 다른 한편으로는 현행 법제도상 권한쟁송의 해결을 위한 법적 장치를 헌법재판소법과 행정소송법제 분리시켜 둠으로써 야기된 것이라 할 수 있다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위한 방법으로는 대체로 다음의 3가지를 들 수 있을 것이다.

즉, ① 현행 기관소송제도를 보완하는 방법, ② 권한쟁의 및 기관소송제도를 모두 보완하는 방법 및 ③ 권한쟁송제도를 통합하는 방법 등이 그것이다.

1. 機關訴訟制度를 補完하는 方法

먼저 기관소송제도를 보완하는 방법이다. 권한쟁의심판제도는 현

법재판소법에서 명문화되어 있을 뿐 아니라 헌법재판소법 제62조의 당사자가 헌법재판소의 해석론에 의하여 엄격하게 열거규정으로 인정되었으므로 권한쟁의의 대상이 되지 않는 경우를 기관소송으로 다룰 수 있도록 그 범위를 확대하는 것이 가능할 것이다. 그 방법은 우선 행정소송법 제45조에서 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자로 하여금 기관소송을 제기할 수 있도록 한 제한적인 열거규정을 철폐하는 것이다. 그로써 권한쟁의심판제도의 흠결을 보완해 줄 수 있을 것이다. 그러나 행정소송법 제3조 제4호의 기관소송이 “국가 또는 공공단체의 기관 상호간”의 권한다툼에 관한 소송을 뜻하고, 여기서 “국가의 기관”은 국회·정부·법원·중앙선거관리위원회를 제외한 국가내부의 기관으로서 단순히 행정권 내부의 기관만이 아닌 넓은 의미의 개념으로서 실질적 의미의 행정을 수행하는 입법권 및 사법권 등에 소속된 독립성을 띤 행정기관을 포괄하기 때문에 권한쟁의의 흠결영역을 보완해 줄 수 있게 되는 이점이 있다.

2. 權限爭訟制度를 補完하는 方法

다음으로 권한쟁송제도를 보완하는 방법이다. 이는 헌법재판소법 제62조의 권한쟁의의 당사자의 범위를 개정하여 현행 열거규정적 문언표현을 완화함으로써 엄격해석론을 지양하도록 하는 것이다. 그 방법은 독일의 기본법 제93조 제1항 제1호 및 연방헌법재판소법 제63조에서 정하고 있는 “기본법 또는 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유한 권리를 부여받은 기타 관계기관”이라는 부분을 참조할 수 있을 것이다. 헌법재판소 스스로 헌법재판, 특히 권한쟁의 심판의 기능을 무의미하게 하는 규정을 헌법규정 및 이념에 비추어 적극적인 위헌선언을 하는 것이 부정되지 않기 때문에 현재로서도

헌법재판소가 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 규정을 위헌선언하는 것이 가능하다고 할 것이다. 이와 함께 기관소송에 관한 행정소송법 제45조의 제한 규정을 삭제하는 것이 바람직하다. 그러나 이 경우에는 권한쟁의와 기관소송의 범위가 더욱 넓어지기 때문에 헌법재판소와 법원 사이에 어느 기관의 관장사항이 되는지를 또 다시 확정하여야 할 어려움이 있을 뿐 아니라 경우에 따라서는 양대 기관 사이의 권한분쟁이 발생할 우려가 있게 된다.

3. 機關訴訟制度를 廢止하는 方法

이는 곧 권한쟁송사항을 재조정 한 후 그 관장기관을 헌법재판소로 하고 행정소송의 하나인 기관소송은 행정소송법에서 삭제한 후 특별행정소송의 하나로 두는 방법이다. 그동안 권한쟁의심판제도의 도입으로 행정쟁송의 하나로서의 기관소송제도가 폐지되었다거나⁷⁹⁾ 기능 축소되었다는 주장도 제기된 바 있으나, 권한쟁의와 기관소송은 앞에서 본바와 같이 특별한 규정⁸⁰⁾을 두지 않더라도 현행법상 상호간의 중첩된 영역이 없이 종래대로 인정되고 있을 뿐 아니라 행정소송법 제45조에 의하면 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 함으로써 그 기능이 축소되었다고도 할 수 없다.⁸¹⁾ 그러나 이같은 주장이 제기된 배경은 기관소송이 거의 활용되지 않고 있는 점과 행정소송법상 기관소송을 행정소송의 종류로서 규정해 놓고 있으면서도 동법 제45조 및 제46조에서 기관소송사항과 당사자를 다른 법률로 정하도록 하면서 필요

79) 김도창, 일반행정법론(상), 1988년, 772면.

80) 헌법재판소법 부칙 제8조 제2항 및 행정소송법 제3조 제4호 단서: “다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.”

81) 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991. 9. 139/140면 참조.

한 경우에는 항고소송 등의 관련규정을 준용하도록 함으로써 비정식 행정소송으로 서자취급을 하고 있다는 점 등에 있다고 할 수 있다. 따라서 차제에 현행 기관소송을 극히 제한하고 있는 입법태도는 문제가 있으므로 이를 폐지하고 기관소송사항 중 헌법적 성질을 갖는 기관간의 권한쟁송은 헌법재판소의 권한쟁의심판에 모두 편입시키고 기타 비헌법적 공법상 쟁송은 항고소송에 편입시키되 현행 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항 및 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항은 특별행정소송으로 하는 방법이 있다. 이렇게 하면 권한쟁의와 기관소송 사이의 문제점을 근본적으로 해결하는 이점이 있다. 그러나 기존 행정소송법의 체계를 재편해야 한다는 점에서 부정적 견해가 있을 수 있다. 현행 기관소송제도를 보완하는 방법도 좋은 해결책의 하나라 할 것이나 그것이 근본적인 권한쟁송제도의 문제점해소의 효과를 가져오지는 못한다고 본다. 따라서 기관소송제도를 폐지하고 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항 및 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항을 특별행정소송의 하나로 하는 것이 바람직하다고 본다.

V. 結 論

권한쟁송제도 즉, 권한쟁의와 기관소송제도는 전술한 바와 같이 그 관장범위, 관장기관, 당사자 등 많은 점에서 문제점을 내포하고 있음을 알 수 있다. 그 이유 중 하나는 기존의 행정소송법에서 행정소송의 종류의 하나로 기관소송을 두고 있는 상황에서 헌법재판소법의 제정과 함께 권한쟁의심판제도를 도입하며 기관소송과의 관계를 명확하게 설정하지 못한 데에 있다고 할 수 있다. 또 다른 이

유로 외국입법에의 종속경향을 들지 않을 수 없다. 즉, 우리의 현행 행정소송법이 일본의 행정사건소송법과 대단히 흡사하다는 점은 바로 이를 반증해 주는 것이다. 주지하듯이 현행 행정소송법은 1951년 제정된 이래 오랜 논의를 거쳐 1984년 12월에 전면개정을 보았으나 개정된 신행정소송법이 이미 오래전인 1962년에 시행된 일본의 행정사건소송법과 유사한 것인바, 어떠한 배경에서 그러한 결과에 이른 것인지 쉽게 알 수가 없다. 그렇지만 우리의 입법에서 일본의 제도를 많이 참고하고 있다는 점은 부정하기 어려운 것이 우리의 현실이다.

헌법재판소법의 제정에 있어 권한쟁의와 기관소송의 관계를 설정하기 위하여 논의한 흔적은 행정소송법 제3조 제4호 단서에서 찾을 수가 있다. 즉, 동조 제4호는 기관소송을 정의하면서 그 가운데 헌법재판소의 관장사항인 권한쟁의를 제외하도록 함으로써 양자를 적절히 구분한 듯 하고 있으나 위 단서의 규정으로 인하여 발생하는 파생적인 여러 문제점을 도외시키고 있어 결과적으로 이는 양 제도의 혼란만 더욱 가중시키고 말았다고 생각한다. 따라서 당시 관련 규정을 개정하면서 오히려 기관소송 자체의 존폐에 대한 진지한 논의가 요청되었다고 본다. 오늘날 우리의 권한 분쟁에 관한 제도는 일본의 행정소송법상의 기관소송제도에서 한걸음 더 발전된 것이라고 할 수 있으므로 행정소송법의 체계도 일본의 제도적 영향권에서 벗어나야 한다는 것이다. 즉, 행정소송의 한 종류로서 들고 있는 기관소송을 과감히 폐지하고(민중소송도 마찬가지이다) 이를 통상의 일반 항고소송에 편입시키거나 특별행정소송으로 함으로써 우리의 독자적 행정소송법의 체계를 형성해 나갈 필요가 있다고 생각된다. 이러한 관점에서 현행 권한쟁송법은 다음과 같이 개정 또는 폐지되어야 할 것이다.

(1) 먼저 권한쟁의제도는 보완되어야 한다. 특히 동일한 조항에서 범위를 달리하는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호 및 제2호 소정의 “국가기관”의 개념을 법문에서 통일시킬 필요가 있다. 물론 그렇게 하기 위해서는 권한쟁의의 당사자의 범위를 확대시켜야 하는 문제가 있으나 확대하는 것이 헌법원리에 충실하고 헌법질서를 확보하는 길이다. 따라서 동조항 제1호의 당사자에 국회의장·국회의원·정당·교섭단체 등을 포함시킬 수 있도록 하고, 제2호 각목의 경우에는 정부 외에 국회·법원 등도 포함시키도록 하여야 한다. 또한 동조항 제1호에 헌법재판소도 포함시켜야 할 것이다. 권한쟁의를 제기함에 있어 제한적 변호사강제주의를 도입하여야 한다.

(2) 그리고 기관소송은 폐지하여야 한다.⁸²⁾ 행정소송법상 기관소송의 예는 지방자치법 제98조 제3항, 제159조와 지방교육자치에 관한 법률 제38조(두 조문은 실질적으로 동일한 조문에 해당한다)에 불과하여 이들 규정만을 위하여 일반행정소송법에 수개의 조문을 두는 것은 불필요하고 더 나아가 기관소송무용론까지 주장되고 있으므로 이를 행정소송법에서 삭제하고 동법 제8조의 적용에 따르도록 하여야 할 것이다. 해난소송이나 특허소송과 같이 특별행정소송의 하나로 하는 것이 타당하다. 그렇게 되면 재판심급이나 당사자의 문제 그리고 기관소송절차준용규정의 흠결 등의 문제는 자연스럽게 해결될 수 있다. 다만, 이 경우에 당해 자치소송의 대상을 조례안 또는 지방의회의 재의결로 하도록 특별히 정한다. 그 밖의 처

82) 그러나 이것이 한건우교수가 구분한 기관소송폐지론은 아니다. 한교수가 기관소송폐지론·기관소송기능축소론·기관소송기능변론·기관소송기능확대론으로 확설을 분류한 것은(동인, 기관소송의 기능확대론, 법정고시 1995. 11. 64/71면 참조) 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송이 병존하는 것을 전제로 한 것이다. 한교수의 분류에 따르면 필자는 기능불변론에 해당하지만, 본고에서는 더 나아가 행정소송법상의 기관소송 자체를 폐지하여야 한다고 보고 있다.

분성을 갖는 사항에 대한 소송은 모두 일반 항고소송으로 편입시킴으로써 해결될 수 있다. 동법 제46조에서 기관소송에 항고소송 등을 준용하고 있는 것은 곧 기관소송을 항고소송에 포섭시킬 가능성이 크다는 것을 보여주는 것이다.

(3) 기관소송의 예인 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항 및 지방교육자치에 관한 법률 제38조는 해난소송 및 특허소송과 같은 특별행정소송으로 하고 당해 법률에서 소송절차를 규정해 두는 것이 바람직하다. 행정소송법 제8조 제1호의 “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우”로 보면 가능하다.

韓國憲法과 統一의 法的 問題

羅 仁 均

憲法研究官補

- 目 次 -

I. 머리말

II. 統一의 의의와 법적 과정

III. 統一의 법적 근거

1. 國際法主體로서의 한민족 전체국가의 존속
2. 民族自決權
3. 憲法の 統一조항

IV. 統一조항과 憲法상의 의무

1. 統一조항의 법적 성질
2. 法的 義務

V. 개별적 문제점

1. 南北韓 유엔동시가입
2. 南北合意書의 發效
3. 南北聯合

VI. 맺는말

I. 머리말

한반도에 있어서 통일 문제는 제2차 세계대전 후 일본의 식민지로서 연합국에 의하여 점령된 한반도에서 한인(조선인)으로 구성된 국가가 1948년 대한민국(한국)과 조선민주주의 인민공화국(북한)으로 재구성된 후 발생하였고, 그로부터 47년이 지난 오늘에 이르기까지 지속적으로 현실성을 잃지 않고 있다.

한국헌법에 있어서 통일에 관한 규정은 1972년 개정된 제4공화국 헌법에서 처음 도입되었다. 이는 거의 같은 시기에 이루어진 북한의 헌법 개정과 북한체제의 확립 및 한국의 대북정책의 변화에 따른 한반도 내지 남북관계의 국내법 및 국제법적 상황과 밀접한 관계가 있다.

이 글은 먼저 통일을 법적인 관점에서 이해할 때 상이한 영역인 국제법과 국내법에서 어떠한 과정을 통해서 이루어 질 수 있는가를 살펴보고, 한국헌법이 통일의 법적 근거를 어디에 두고 있는지를 검토한다. 여기에서는 무엇보다도 국제법적으로 논란이 있는 한국의 국가로서의 계속성과 동일서의 여부를 규명한다.

통일이 정치적인 목표임은 물론 헌법상 근거가 있는 원칙이라면 이로부터 국가기관에게 어떠한 구체적인 법적 의무가 파생되는가를 밝히고, 끝으로 남북한의 법적 관계, 특히 남북한의 유엔가입과 남북연합에 있어서 남북관계가 통일에 관한 헌법규정과 합치할 수 있는지를 분석하도록 한다.

II. 統一의 의의와 법적 과정

우리 헌법상 통일은 한국과 북한의 국내 또는 국제법적인 통합을 통하여 한반도에 있어서 한민족 전체국가(Gesamtstaat)를 회복하는 것으로 이해된다. 한반도의 통일은 군사분계선이라는 분단의 선을 제거하는 것이 그 전제이고, 그 법적 목표는 남북한 지역에 있어서 통합된 한민족의 국가권력을 회복하는 것이다.

분단된 한반도의 통일은 정치적, 경제적, 정신·문화적 및 인간적인 과정일 뿐만이 아니라 본질적으로 법적인 과정이다. 법적 과정으로서 통일문제는 국제법과 국내법의 상이한 범영역과 관계한다.

(가) 현재 한반도의 상황은 국제법적 사태진전의 결과이다. 즉 한반도는 1910년 한일합방조약에 의하여 일본의 식민지가 되었고, 제2차 세계대전의 종결과 동시에 연합국은 한반도를 일본의 영토의 일부로서 점령하여 분단이 시작되었으며, 일본은 1951년 연합국과의 평화조약에서 한반도에 대한 모든 권리를 공식적으로 포기하였다.¹⁾ 1950년 발발한 남북간의 무력분쟁으로부터 한국군을 포함한 국제연합군과 북한군 및 중공군간의 적대상태는 1953. 7. 27. 휴전협정의 체결 이후 중단되었으나, 한반도는 아직도 법적으로는 전쟁상태에 있다.²⁾ 한편으로 한국과 중국간에, 다른 한편으로 북한과 다른 유엔군소속국가들간에 외교관계가 이미 수립되었고, 미국을 비롯한 주요 서방국가들은 북한과 아직 공식적인 외교관계 또는 무역 및 경제관계를 갖고 있지는 않지만, 그들간에는 간헐적인 긴장관계

1) 아래 각주 13) 참조.

2) H. Ridder, Waffenstillstand, in : H.-J. Schlochauer(Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts(WVR) Bd. II, Berlin 1962, S. 791 ff.

에도 불구하고 수년이래 이미 사실상의 평시상태가 존속하고 있다. 그러나 전쟁결과의 법적 종결로서, 특히 영토 및 정치적 규율로서 공식적인 평화협정의 체결은 아직 이루어지지 않고 있다.³⁾ 이러한 국제법적인 전쟁상태는 이에 상응하는 국제법적인 행위인 한국전쟁의 당사자간의 정규의 평화협정의 체결에 의해서만 종결될 수 있다.⁴⁾ 이에 따라 한국전쟁 후 국제상황의 결과로 인하여 통일은 남북한간의 문제일 뿐만이 아니라 한반도와 이해관계있는 강대국에 대하여는 국제문제이기도 하다.

(나) 국내법적으로는 남북의 분단은 한반도의 영토 내에 한국과 북한이라는 부분국가가 실제 및 법적으로 수립된 결과에서 비롯된 것이다. 남북한은 실효적으로(effektiv) 그들의 영토 내에서 그들의 국민에 대하여 국가권력을 행사하고 있고, 국제사회의 대다수의 국가들로부터 명시적으로 국가로서 승인을 받고 있다. 남북한의 체제는 헌법상 구조와 법정책상 목적설정이 완전히 상반적으로 구성되어 있지만, 그들의 국가기관은 한반도에는 하나의 국가만이 존재하고 있다는 입장에서는 서로 일치하고 있다.

이러한 결과로 한국은 북한이 국가로서 존재한다는 것을 승인하지 않고 있으며 북한도 한국에 대하여 마찬가지다. 그러나 양측은 잠정적으로 그들의 평행적인 존재를 받아들였다.⁵⁾ 남북한은 1950년 남북간의 무력분쟁의 결과가 보여주듯이 그들의 단독존재를 국내법적인 내란⁶⁾을 통한 승리를 수단으로 하여 관철시킬 수 없었다. 또

3) 한국휴전협정 제60조에 의거하여 한국문제의 평화적 해결을 위한 정치회담이 한국과 유엔군측의 16개 참전국, 그리고 공산국측의 북한, 중공 및 소련 등 3개국이 참가한 가운데 1954년 제네바에서 개최되었으나 성과 없이 결렬되었다. D. Binschedler-Robert, Korea, in : WVR Bd. II, Berlin 1961, S. 309.

4) U. Scheuner, Friedensvertrag, in : WVR Bd. I, Berlin 1960, S. 590.

5) '남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서'(이하 '남북합의서'라 한다)의 전문 및 제1조 참조.

한 남북한은 상호간의 관계를 국제법적 관계가 아닌 통일을 지향하는 잠정적인 특수관계로 보고 있다.⁷⁾

이러한 점은 고려할 때 남북한의 관계가 국가간의 관계가 아니라고 하는 것은 내란과 비슷한 상태를 의미한다. 이러한 상황은 연합국의 점령에 의한 한반도의 분단에 의해 발생하였고, 이른바 한국전쟁에 의해 재차 확인되었으며 아직까지 지속되고 있다. 남한과 북한이라는 두 개의 통치질서가 병행하여 존재하고 있으나, 남북한이 서로 상대방의 존재를 인정하려 하지 않고 각 질서가 단순한 부분으로서 전체를 지배하려고 하는 상황은 한 정권이 자발적이든 강제적이든 다른 정권의 지배하에 들어감으로써 해소될 수 있거나, 또는 양질서에 공통적인 상위질서에 의한 통일을 이룩함으로써, 즉 분단된 남북의 모든 한민족의 자유결정에 의하여 극복될 수 있다. 일반적으로 무력에 의한 내란 또는 전쟁이 금지되고⁸⁾, 현실적으로 자발적인 영토 내지 주권의 이양을 기대할 수 없다면, 실제로 후자의 방법만이 한반도에 있어서 통일국가의 회복을 가져올 수 있을 것이다.

결국 한반도에 있어서 민족적·영토적 통일의 특수성은 법적인 전쟁상태와 사실상의 내란 상태를 동시에 제거해야 하는데 있다. 따라서 그것은 국제법 및 국내법적 행위에 의해서만 성취될 수 있는 것이다.

Ⅲ. 統一의 법적 근거

6) 남북한은 각각 6.25 동란을 국내법적인 내란으로 보았다.

7) 남북합의서의 전문은 남북관계가 “나라와 나라 사이에 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 한다.

8) 유엔헌장 제2조 제4항 참조.

1. 國際法主體로서의 한민족 전체국가의 존속

통일의 법적 근거는 먼저 한민족으로 구성된 전체국가가 국제법적 주체로서 소멸하지 않고 존속하고 있다는 데에서 출발한다.

우리 헌법은 대한민국 수립 이전에 존재했던 한민족 전체국가였던 대한제국과의 관계를 명시적으로 규정하고 있지는 않으나, 전문에서 한국이 대한민국임시정부의 법통을 계승한다고 하고, 제3조에서 영토의 범위를 대한제국의 그것과 동일하게 규정하고 있으며, 1910년의 한일합방이 무효이며 따라서 대한제국이 1910년 체결된 한일합방조약에도 불구하고 국가로서 소멸하지 않았다는 한국정부의 입장을 전제로 하여 임시정부는 국명이 대한민국으로 변경되었을 뿐 대한제국과 국가로서 계속성(Kontinuität)과 동일성(Identität)을 갖는다는 것이다(이른바 ‘동일설’(Identitätstheorie))⁹⁾.

따라서 한국은 1948년의 북한정부의 수립으로 비롯된 한반도의 분단에 의해서 그 영토가 축소되었다고 하더라도 대한제국과 동일한 국제법주체이며, 따라서 한민족 전체국가가 한국이라는 형태로

9) 한국정부는 동일설의 입장을 취하고 있음이 명백하다. 즉 서독정부가 1986. 6. 9. 口上書를 통하여 대한제국이 1910년 이전에 체결한 ‘병원선에 관한 협약’과 陸戰에 있어서의 법규와 관례에 관한 협약 및 ‘제네바 협약 원칙의 海戰에의 적용을 위한 협약’이 대한민국에 대하여 계속 유효한지의 여부를 문의해 온 데 대하여, 한국정부는 1986. 8. 4. 위 3개의 다자조약이 대한민국에 대해서도 효력이 있음을 확인하고 조약목록에 게재함과 아울러 관계 조약의 수탁국인 네덜란드와 이에 관한 문의를 해온 서독에게 이 사실을 통보하였다. <조선일보> 1986. 8. 5. 참조. 우리정부는 판보 제10409호 (1986. 8. 8.)에 대한제국이 체결한 위 3다자조약이 대한민국에 대하여 효력이 있음을 공포한다고 명시하였다. 그러나 이러한 한국정부의 조치에도 불구하고 서독 정부 또는 국제사회가 한국과 대한제국간에 법적 동일성이나 계속성이 있는 것으로 승인한 것은 아니다.

또한 1965년 체결된 한일기본조약 제2조에서 “1910년 8월 22일 및 그 이전에 대한제국과 대일본제국간에 체결된 모든 조약 및 협정이 이미 무효임을 확인한다”고 규정하는 것도 한국이 대한제국과 동일성이 있다는 것을 전제로 한다.

재수립되었다는 것이다.

한편 한국정부는 동일설을 바탕으로 하여 오랫동안 국제사회에서 단독대표권을 주장하였다. 이는 한국정부가 1948. 12. 12. 한반도에 관한 유엔총회의 결의 제195(III)호¹⁰⁾에 근거하여 1970년 초까지 대변해 온 것으로, 한국정부만이 국제적으로 유일한 합법정부이며 한민족 및 한반도 전체를 대표한다는 법적 주장이다.¹¹⁾

이와 같은 동일설과 단독대표권에 표현되어 있는 법적 견해가 실제로 헌법에 규정되고, 이에 따라 한국과 북한간의 법적관계를 규율하는 근거가 되는가를 살펴 볼 필요가 있다.

동일설은 두가지 주요 부분으로 구성되어 있다. 즉, 한민족 전체 국가로서의 대한제국의 존속의 주장과 한국은 이 존속하는 전체국가와 동일하다는 법적 주장이 그것이다. 이를 달리 표현한다면, 대한제국과 한국의 동일성에 관한 법적 주장은 1910년 한일합방에도 불구하고 대한제국이 國號가 한국으로 변경되었을 뿐 한민족 전체 국가로서 존속한다는 것을 전제로 한다.

이러한 동일설외에도 한민족 전체국가의 존속과 한국의 존재를 다른 방식으로 가능케 하는 모델을 생각할 수 있다. 예컨대 독일에서 주장되는 이른바 지붕說(Dachtheorie)¹²⁾을 한반도의 경우에 적용

10) 이 결의는 유엔 감시하에 남한지역 내에서 자유선거가 실시되었고 한국정부가 선거결과에 따른 유일한 합법정부라는 유엔 한국임시위원회의 보고를 그 내용으로 채택하고 있을 뿐이며, 유엔이 한국정부를 한반도 또는 한민족 전체를 대표하는 정부로 승인한 것도 아니고 북한의 법적 지위에 관하여 언급한 것도 아니다. L. Goodrich, Korea. A Study of United States Policy in the United Nations, New York 1956, S. 68.

또한 유엔총회의 결의는 가맹국에 대하여 권고의 효력이 있을 뿐이며 법적 구속력이 있는 것은 아니다. H. Kelsen, The Law of United Nations, London 1951, S. 63.

11) 한국정부는 1973년 이른바 '6·23 선언'을 통하여 북한의 국제기구 참여 불만대와 남북한 유엔동시가입정책 등을 천명함으로써 단독대표권의 주장을 포기하였다.

12) 지붕설 또는 부분질서설(Teilordnungslehre)에 의하면 부분적으로 국제법적 주체성을 갖춘 사실상의 부분질서인 서독과 동독의 상위질서로서 독일국가(der deutsche Staat)가 동시에 전체국가(Gesamtstaat)인 독일제국의 지붕(Dach)으로서 존속한다는 것이다. S. Krülle, Die

한다면, 권리능력은 있으나 행위능력이 없는 한민족 전체국가의 존속을 전제로 하고 그 안에 부분질서로서 한국과 북한이 수립되었다고 할 수 있을 것이다.¹³⁾

이러한 배경에서 계속성, 동일성 및 단독대표권이 우리 헌법에서 얼마나 근거가 있는가를 살펴보면, 먼저 계속성에 관하여 헌법전문에서 “우리 대한민국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 …계승하고, 조국의 …평화적 통일의 사명에 입각하여”라고 규정하여, 실제로 명백히 한민족 전체국가가 합방에 의하여나 일체의 한반도 지배기간에도 국가로서 소멸되지 않았다는 것에서 출발하고 있음을 알 수 있다. 그리고 우리 헌법은 민족적·국가적으로 조국의 통일을 완수한다는 의지의 표명뿐만 아니라, 헌법제정사에서 보는 바와 같이, 전혀 새로운 국가를 창설한 것이 아니고 국가로서 소멸하지 않고 존속되어 왔으나 일본의 강점과 한반도의 분단에 의하여 활동이 정지되고 행위능력이 없는 한민족 전체국가 내에서 새로운 질서가 성립되어야 한다는 것을 분명히 하기 위하여 의식적으로 그러한 표현을 선택한 것이다.

한편 동일설에 관하여 보건대, 한국의 법원은 통일에 관하여 직접적으로 언급하고 있지 않으나, 북한의 법적 지위에 관한 법원의

völkerrechtliche Aspekte des Oder-Neiße-Problems, Berlin 1970, S. 104.

13) 지붕설은 일본의 판례에서 주장되고 있다. 1951년 체결된 일본과 연합국과의 평화조약 제2조(a)는 “조선의 독립을 승인하고… 조선에 대한 모든 권리, 權原 및 청구권을 放棄한다”(Japan, recognizing the independence of Korea, renounces all right, title and claim to Korea…)”고 규정하고 있다. 일본재판소는 이 조항에 대하여 다음과 같은 입장을 취하고 있다. “對日평화조약에서 말하는 ‘조선’(Korea)에 관하여 대한민국과 조선민주주의인민공화국이 다같이 조선의 전역을 自國영토로서 전조선민족을 자국의 국민으로서 서로 조선을 정통으로 대표하는 정부임을 자처하고 있으므로, 이들은 조선 반도를 기반으로 하는 하나의 국가 내에 있어서의 2개의 정부로 보는 것이 타당하며, 동평화조약은 이러한 하나의 국가로서의 조선의 독립을, 그 정통정부가 어느 것인가 하는 문제에는 다치지 않고 승인한 것이라고 해석할 수밖에 없다”고 판시하여(東京地裁 1957. 5. 14. 下民集 8권 931)‘조선’을 한민족전체국가로 보는 지붕설을 따르고 있다.

판례는 한국정부만이 한반도에서 유일한 합법정부이며 북한지역은 未收復지역으로서 그 완전성이 반국가단체인 북한의 존재에 의하여 사실상 방해받고 있다는 데서 출발하는데 이는 동일설과 합치하는 것으로 보인다.¹⁴⁾ 그리고 동일설의 주장자들은 그들의 주장의 근거로 헌법 제3조의 영토조항을 들고 있다.

그러나 이러한 판례의 입장이 북한이 유엔에 가입하고 남북합의서가 발효한 현재의 상황에서도 유지될 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면 이는 한국이 북한에 대하여 국제법상 동등한 국가로서 한반도에서 동등한 부분질서(Teilordnung)를 구성한다는 국제법적 원칙과 일치할 수 없기 때문이다. 또한 그러한 입장은 상호간의 체제의 존중 및 인정을 규정하는 남북합의서(제1조 참조) 위반으로 평가될 수 있다.

그러나 판례의 입장에서 본다면 한국은 북한의 존재로 인하여 완전성이 방해받고 있는 국가이고 따라서 완전성을 추구하는 것은 당연할 것이다. 완전성의 회복이 평화적으로 이루어진다면 이는 결국 남한의 흡수에 의한 북한의 “제거”를 통하여 가능할 것이다. 이에 반하여 남북한의 통일이 국가간의 합의에 의한 통합(Verschmelzung)을 의미한다면 한국의 존재에도 영향을 미칠 수 있다. 통일국가의 새로운 조직은 한국 헌법의 원칙에 따라야 한다고 하더라도 한국이 통일 후에도 국가의 동일성을 유지할 수 있을지는 확실치 않다.

불완전성의 관념은 논리적으로 완전성을 추구하므로 이런 전제에서 출발한 평화적인 수단에 의한 완성은 그 목적이 대등한 통일이 아니라 한반도의 다른 부분을 한국에 병합시키는 것이라는 사실을 부인할 수 없다. 완성(Vervollständigung)과 통일(Wiedervereini-

14) 권영성, 헌법학원론(서울 : 법문사, 1995), 121면 이하 및 122면 각주에 인용된 판례 참조.

gung)은 용어의 의미에서 볼 때 전혀 상이한 과정을 의미한다. 통일은 둘 또는 그 이상의 부분 국가로 분열된 국가가 원상회복하는 것을 의미하는 데 반하여 완성은 단지 다른 국가가 소멸함과 동시에 한 국가가 이전의 완전성을 회복함을 의미한다.

국가가 영토를 확대할 수 있기 위해서는 편입가능성이 있는 지역의 의사와 자결권을 충분히 존중하지 않으면 안 된다. 해당지역에 거주하는 주민에게 편입의사가 없다면 완성을 위한 노력은 국제법 위반의 강제 병합(Annexion)을 목적으로 하는 정책이다. 왜냐하면 다른 국가의 생존권과 민족의 자결권이 무시되기 때문이다.

또한 영토의 불완전성을 이유로 당연히 완전을 추구할 수는 없다. 유엔가입에 의하여 동일설의 입장은 사실상 포기되었고, 한국은 모든 국가의 주권과 평등권을 존중한다는 조약상의 의무를 부담하게 되었으며 이에 북한도 포함된다. 이것은 한반도의 통일은 동등한 당사국의 합의에 기초하여서만 이루어질 수 있다는 것을 의미한다. 이로써 북한지역의 편입은 전적으로 자발적인 형식으로만 가능한 것이다¹⁵⁾. 따라서 불완전성의 관념과 이에 부합하는 완전을 위한 노력은 유엔헌장 제1조 제2항(인민의 평등권 및 자결의 원칙) 및 제2조 제1항(유엔가맹국의 주권평등 원칙) 위반으로서 간주될 수 있다.

그러므로 우리 헌법의 영토조항을 근거로 하는 법원의 북한의 법적 지위에 관한 해석은 유지될 수 없는 것으로 평가되어야 할 것이다. 만일 이러한 해석이 한국의 국가기관을 구속한다면 이들 기관은 국내법적으로 완성을 위한 노력의 원칙과 국제법적으로 북한의 주권 및 북한지역에 거주하는 주민의 자결권의 존중과의 모순에 봉

15) 독일연방헌법재판소는 독일의 통일에 있어서 동독의 편입에 관하여 이를 인정한다. Vgl. BVerfGE 36, 1(28f).

착하게 될 것이다.

현재의 남북관계의 법적 상황에서 볼 때 우리 헌법의 영토조항이 법적 擬制(Fiktion)가 아니라면, 그것은 1948년 수립된 한국의 영토가 아니라 앞으로 통일될 한민족 전체국가의 영토를 규정하고 있는 것으로 보는 것이 현재 주어진 상황에 적합하고, 통일이라는 정치적 목표에 가장 일치하는 해석이 될 것이다.¹⁶⁾

또한 위에서 동일설의 헌법상 근거에 관해 설명한 것은 단독대표권에도 그대로 적용된다. 단독대표권은 한국과 한민족 전체국가가 동일한 국제법주체라는 관념의 정치적·법적 결과이다. 동일성과 단독대표권의 개념은 정치적으로는 물론 법적으로도 중요성을 갖는다. 그러나 양 개념은 헌법에 근거하고 있지 아니하므로 단독대표권의 포기는 한국과 한민족 전체국가가 법적으로 동일하다는 주장의 포기와 마찬가지로 헌법위반이 문제될 수 없다.

따라서 계속성, 동일성 및 단독대표권의 세 개념 중에서 계속성의 개념만이 헌법상 중요하다는 것을 알 수 있다.

한편 지분설의 주장과 같이 한국과 북한이 한민족 전체 국가와 부분적으로 동일한지 아직 확실한 이론이 정립되어 있지 않다. 그러나 중요한 것은 전체국가는 원칙적으로 남북한의 통합에 의해서만 다시 행위능력을 갖게 될 수 있다는 것이다. 통일에 있어서 기존의 한국 및 북한과 국가로서의 동일성이 없는 새로운 국가수립이 될 수도 있고, 이 경우 새로이 수립되는 통일국가는 반드시 한국 또는 북한과 국가로서의 동일성을 유지해야 할 필요가 없으므로 남북통합시 최소한 묵시적으로나마 남북한이 공동으로 다시 한민족 전체국가로서 존속하려고 한다는 것이 표명되어야 할 것이다.

결국 헌법에 근거한 한민족 전체국가의 계속성은 한반도 통일의

16) 이승우, “국가보안법의 헌법적 조명”, 〈인권과 정의〉 1995. 5. 54면.

요소를 결정하고 통일조항의 내용을 부여한다. 그것은 한민족 전체 국가가 권리주체로서 존속하고 있다는 것과 북한이 전체국가의 부분질서로써 법적으로 존재할 수 있다는 것에 대한 법적 근거를 형성한다. 한민족 전체국가의 존속은 민족내부의 거래관계¹⁷⁾ 또는 국가간의 관계가 아닌 특수관계로 표현되는 남북관계를 위한 기초이기도 하다.

2. 民族自決權(Selbstbestimmungsrecht)

통일문제에 있어서 또다른 헌법상의 목표는 민족자결권의 유지와 강화이다. 우리 헌법은 독일의 기본법과는 달리 민족자결권에 관한 규정을 두고 있지 않다.¹⁸⁾ 민족자결권은 유엔헌장에서 모든 민족의 기본적인 권리로서 인정되고 있다.¹⁹⁾ 우리 민족은 다른 민족과 마찬가지로 국가의 형태를 스스로 결정하는데 이 권리를 행사할 수 있음은 물론이다. 이와 같이 민족자결권은 국제법의 일반원칙이며, 우리 헌법은 전문에서 “...동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고...”라고 규정하여 민족주의를 표방하고 있으므로 자결권을 간접적으로 헌법상의 원칙으로 포함하고 있다고 볼 것이다.

韓(조선) “민족”(Nation)의 자결권은 그것이 남북한의 全住民에 의해서 공동으로 행사되어 다수인 한국의 주민이 북한의 주민을 수적으로 압도할 수 있다는 의미로 더 이상 이해될 수는 없다. 그러

17) “세계무역기구협정의 이행에 관한 특별법” 제6조는 “남북한간의 거래는 민족내부거래로서 협정에 의한 국가간의 거래로 보지 아니한다”고 규정한다.

18) 독일 기본법 전문은 “전독일국민은 자유로운 자기결정에 의하여 독일의 통일과 자유를 완성하도록 요망되고 있다”고 규정하고 있다.

19) 유엔헌장 제1조 제2항: “사람들의 평등권 및 자결의 원칙의 존중에 기초하여 국가간의 우호관계를 발전시키며...”

한 법적 가능성은 이미 한국정부가 한반도의 유일한 합법정부임을 사실상 포기하고 한반도에 한국이외의 국가, 즉 두 개의 국가가 존재한다는 사실을 인지했을 때 더 이상 존재하지 않았다. 이제는 국제사회에서 하나의 “국가”인 북한이 존재함을 부인할 수 없게 되었고, 아직도 그 법적 지위에 관하여 논란이 있지만²⁰⁾ 북한은 한국의 관할권에 속하지 아니하므로, 북한 주민의 자결권은 오로지 그 자신에 의해서만 행사될 수 있다. 이 점에 있어서 자결권에 관한 공산주의적 또는 사회주의적 견해와 서방의 그것간에 이론이 없다.²¹⁾

한편 남북한 유엔 가입 이후 자결권의 행사는 헌법의 통일조항과 모순되는가의 여부가 문제된다. 한민족의 자결권이 남북한의 주민에 의하여 행사되어야 한다면 자결권에 관한 우리 헌법상 목표의 실현은 남북한이 유엔가맹국이라는 사실에 의하여 촉진된다. 국제법상 일반적인 자결권은 정의하기 어렵기 때문에 논란이 있는 법제도라고 하더라도²²⁾, 그것은 실정법상 유엔헌장에 규정되었다. 유엔가맹국은 이에 따라 자결권을 원용할 권리를 갖을 뿐만 아니라 그것을 보장하고 지원할 의무도 있다. 따라서 유엔가맹국으로서의 북한은 비가맹국이었을 때 보다 더욱 더 자결권에 대한 의무를 진다. 그러나 무엇보다도 유엔헌장의 자결권은 북한주민에 대하여 더 이상 일방적·사회주의적으로 해석될 수 없다는 결과가 된다. 즉, 북한정부와 사회주의적 학설에 의하면 자결권은 사회주의적 법 및 질서의 달성을 위하여 존재하는 경우에만 내용상 구속력이 있다고 한

20) 대법원은 북한이 한국과 함께 국제연합에 가입하였다거나 그 사이에 ‘화해와 교류협력에 관한 합의서’가 체결, 발효되었다 하더라도 북한을 반국가단체로 보는 국가보안법이 그 규범력을 상실하였다고 할 수 없다고 판시하고 있다. 대법원 1992. 7. 24. 선고, 92도1148판결 참조.

21) G.I. Tunkin, 소비에트 국제법이론, 이윤영 역(서울 : 대광문화사, 1985), 79면 이하.

22) G. Dahm, *Völkerrecht I*, Stuttgart 1958, S. 388 ff. ; H. Ambruster, *Selbstbestimmungsrecht*, WVR Bd.III, S. 250 ff.

다.²³⁾ 또한 자결권은 한국이 주장하는 일방적인 관점에서 북한주민을 위하여 행사될 수 없는 것이 우리 헌법이 의미하는 것이기도 할 것이다.

3. 憲法의 統一조항

남북의 평화적 통일을 이룩할 헌법상 의무는 헌법 자체에 근거하고 구체화되고 있다. 우리 헌법 전문은 “조국의 평화통일에 입각”하고 있음을 선언하고, 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하여 평화적 통일을 위한 노력이 국가의 목표임을 명시하고 있다. 이에 따라 국가기관으로서 대통령은 평화적 통일의 의무가 있으며(헌법 제66조 제3항), 그 밖에도 대통령은 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 회부할 수 있도록 하고 있다(헌법 제72조). 이러한 헌법의 규정들은 단지 정치적인 선언일 뿐만 아니라 직접적으로 법규범의 내용을 구성하고 있다.²⁴⁾

IV. 統一조항과 憲法상의 의무

1. 統一조항의 법적 성질

통일조항은 헌법 전문 및 제4조의 규정과 같이 명시적인 위임을

23) R. Arzinger, Das Selbstbestimmungsrecht im allgemeinen Völkerrecht der Gegenwart, 1966, S. 223 ff.

24) Vgl. BVerfGE 5, 85(127); 36, 1(17).

내용으로 한다. 그러나 이로써 이러한 위임에 법적인 내용, 따라서 헌법적인 관련이 있는가 또는 그것은 단지 정치적인 영역에서만 의미가 있는 프로그램규정(Programmsatz)인가의 여부가 문제된다.

헌법의 前文 및 그 밖의 통일조항은 성질상 특히 정치적 의미가 부여되는 것은 당연하다. 그것은 존속하는 한민족 전체국가의 관념에서 출발하고 이 국가에 의하여 건립된 국가질서를 전체국가권력의 행사로 보고 있다. 따라서 통일조항은 통일의 성취를 내용으로 하는 정치적인 公言(Bekanntnis)이다.²⁵⁾ 그러나 그뿐만 아니라 통일조항은 법적인 내용도 포함하고 있다. 그것은 일정한 법적으로 중요한 헌법의 해석에 있어서 고려해야 할 기준을 확정한 것에 불과한 것이 아니다. 오히려 헌법조항으로부터 한국의 모든 국가기관은 한반도의 통일을 모든 노력을 다하여 추구하고, 통일을 국가 정책의 목표로 삼아 그들의 정책의 수행이 이 목표에 적합하도록 할 법적 의무가 파생된다.²⁶⁾ 따라서 통일은 단지 정치적 목표일 뿐만 아니라 헌법상의 원칙인 것이다.²⁷⁾ 그러나 통일조항이 지향하는 민족국가의 관념은 헌법준립의 기초가 되는 기본적 규정이라 할 수 없으므로 개정금지 대상인 헌법의 핵심적인 내용에 속하지는 않는다.²⁸⁾

2. 法的 義務

25) Bgl. BVerfGE 5, 85(127).

26) 독일 기본법의 통일명제가 법적 또는 프로그램 성질을 갖는가 하는 문제에 대하여 연방헌법 재판소는 명백히 법적 성질을 갖는 것이라고 판시하였다. Bgl. BVerfGE 5, 85(127).

27) Bgl. BVerfGE 12, 45(51).

28) 독일기본법의 통일에 관한 규정의 개정은 허용된다고 보고 있다. K. Doehring, Die Wiedervereinigung Deutschlands und die europäische Integration, DVBL. 1979, S. 633. 같은 견해 권영성, 앞의 책, 60면.

통일조항의 규범적 효력을 전제로 한다면 이로써 한국의 국가기관은 구체적으로 어떠한 법적 의무를 갖는가를 살펴볼 필요가 있다. 통일에 관한 의무는 민족의 단결과 조국의 통일의 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서에서 평화적 통일을 추진하는 것이다. 통일은 자유민주적 질서에서 추진되어야 하므로 통일은 자유와 민주주의의 포기에 의하여 추진될 수는 없다.²⁹⁾ 한국의 국가기관들은 통일에 작용하는 경우에도 헌법상 국가의 기본원칙에 구속된다.

이에 따라 헌법상 통일조항은 적극적으로 대통령을 포함하여 한국의 모든 국가기관에게 모든 힘을 기울여 조국의 통일을 이룩하도록 노력할 법적 의무를 내포하고, 소극적으로 국가기관이 통일을 법적으로 저해하거나 사실상 불가능하게 하는 모든 조치를 취해서는 안 된다는 것을 의미한다.³⁰⁾ 그런데 그러한 조치가 통일을 촉진

29) 권영성, 앞의 책, 177면.

30) Vgl. BVerfGE 5, 85(127f.) ; BVerfGE 77, 137(149 ff.). 독일연방헌법재판소는 KPD판결에서 국가기관의 행위에 대한 헌법상 통제는 헌법상 통일명제의 기준에 의해 제한되어야 한다는 것을 분명히 하였다. 통일을 위하여 노력할 의무에 있어서 국가기관은 형성의 자유가 있다고 한다(BVerfGE 137(149 f.)). 왜냐하면 정치적 행위를 할 권한이 있는 국가기관에게 통일을 이룩하기 위하여 어떠한 방법이 정치적으로 정당하고 합목적적인 것인가 여부를 결정하는 것이 위임되어야 하기 때문이다(Vgl. BVerfGE 5, 85[128]) 따라서 국가기관의 이러한 통일을 위한 노력의 의무는 실제 헌법상 통제될 수 없다.

그러나 통일을 법적으로 저해하거나 사실상 불가능하게 하는 모든 조치를 취하지 않을 의무는 국가기관의 조치가 통일조항과 합치하는지 여부가 헌법상 심사될 수 있다는 결과가 된다. 그러나 바로 이러한 저해금지 또는 유지명령에 있어서 국가기관은 “일정한 합리적인 조치가 통일을 법적으로 저해하거나 사실상 불가능하게 하므로 행하여지지 말아야 하는지” 여부에 대하여 판단할 우선권을 갖는다(BVerfGE 36, 1(17)). 입법자의 형성의 자유 또는 판단의 우선권이 특히 광범하다는 것과 “연방헌법재판소는 예컨대 입법자의 조치가 법적으로 또는 사실상 통일에 명백히 반하는 경우 이에 대항할 수 있다”는 것이 강조된다(Teso결정, BVerfGE 77, 137(149)). Teso결정에서는 구체적인 행정행위와 이를 정당시한 행정법원의 판결이 헌법상의 통일조항과 불일치하므로 위헌이라 선언하였다.

통일을 위하여 적극적인 노력을 할 헌법상 의무가 실제로 아무런 헌법상의 통제를 받지 않는다는 것은 연방헌법재판소의 절차에서 비롯된다. 즉 권한쟁의나 연방과 주간의 쟁의는 문제되지 않으며, 입법부작위에 대한 규범통제도 없으며, 마찬가지로 통일조항을 근거로 헌법소원을 제기할 수 없다(입법부작위에 대한 헌법소원, BVerfGE 56, 54(70)).

하는 경우에만 통일조항과 일치하는지 또는 그 조치가 법적으로 또는 사실상 명백히 통일과 모순되지 않는 것으로 충분한지는 문제가 될 수 있다.³¹⁾ 어떤 조치가 통일을 촉진한다면 그것은 확실히 통일조항과 더욱 일치함은 물론이다. 그러나 남북관계 내지 한반도 상황의 복잡성에 비추어 볼 때 그 조치가 명백히 통일과 모순되지 않는다면 그것으로 충분하다고 하여야 할 것이다.³²⁾ 그렇지 않으면 국가기관의 조치가 경우에 따라서는 정치적 경직 상태를 벗어나지 못하게 되어 헌법이 정한 목표인 통일을 달성할 수 없게 될 것이다.³³⁾ 어떠한 경우에도 우리 헌법상 무력에 의하지 않는 평화적인 통일을 달성하는 것만이 허용된다.

그러나 헌법규범의 기능은 헌법재판적 통제를 위한 기준이라는데 한정되지 않고 국가행위가 헌법의 기준에 의하여 사법적으로 통제되지 않은 경우에도 규범으로서 역할을 담당하는 것이다.³⁴⁾ 국가기관은 국가행위를 기관 담당자의 자유로운 영감, 감정, 성향에 따라 결정할 수 없다. 이와 같이 법규범은 사전에 국가의 의사형성에 작용하므로 모든 기관에 의하여 형성되는 국가의사는 헌법에 의하여 영향을 받는다.³⁵⁾

31) Vgl. BverfGE 12, 52.

32) Vgl. W. Wengler, *Justiziabilität der Wiedervereinigungsfrage*, in : NJW 1971, S. 456 f.

33) Vgl. BVerfGE 36, 117f.

34) 독일 연방헌법재판소는 통일원칙에 따라 국가기관의 일정한 조치의 심사를 위한 기준을 다음과 같이 지적하고 있다. BVerfGE 5, 85(128) 참조.

- i) 국가기관의 모든 정치적 조치는 통일원칙의 관점에서 헌법상 심사될 수 있다.
- ii) 국가기관이 그의 조치를 통하여 분단을 최종적인 것으로 수용하는 것, 즉 통일을 단지 정치적인 목표로 한다는 인식을 갖게 하는 것은 위헌이다. 또한 모든 조치는 그것이 어떠한 의도에서 발생하였는가와 관계없이 통일을 실제로 방해하거나 단지 지연시키는 것도 위헌이다.
- iii) 국가기관의 조치의 통일에 대한 긍정적 또는 부정적 효과를 직접적으로 인식할 수 없는 영역에 있어서는 연방헌법재판소는 그 조치를 원칙적으로 위헌이라 선언하지 않는다. 연방헌법재판소의 임무는 단지 명백한 헌법침해를 경고하는 데 있기 때문이다.

이 의사형성의 기능에서 볼 때, 헌법의 통일조항은 국가기관으로 하여금 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 완성하기 위하여 어떤 행위가 이러한 기본적인 헌법의 목표를 달성하는데 기여하며, 어떻게 하여야 국가행위가 그 방법과 내용에 따라 목표를 가장 촉진시키는가에 관하여 기관의 판단에 따라 통일정책을 수립하고 추진할 의무를 지운다.³⁶⁾

또한 한국의 국가기관은 헌법상 한민족 전체국가의 존속으로부터 발생하는 상호간의 관계의 국내적 또는 민족 내부적 성격을 실제적인 발전과정에서 적용할 의무가 있으므로, 북한에 대하여 적절한 방법으로 이러한 법적 입장을 관철함으로써 우리 헌법의 위임을 실현시켜야 할 것이다.³⁷⁾

이에 필요한 국가의 행동방식은 다양하고 광범위하므로 일정한 범위를 한정할 수 없다. 특히 교육의 분야는 물론 정치적 영역에서도 한국에서의 통일 의식을 활성화하는 것이 중요하다. 그것은 북한에 있는 동포를 위한 책임의식을 갖게 하고 전체 한민족 내에서의 인간적인 유대를 유지하는 것이다. 그 밖에도 한국의 국가기관들은 북한 주민이 한민족 전체국가의 일원임을 고려하여 이들의 통일의를 강화할 의무가 있다. 우선 북한 주민에게 그들이 한민족의 구성원으로서 기대할 수 있는 바를 존중하는 정책을 수행하는 것이 이에 속한다. 이렇게 함으로써 그들이 한민족 전체의 공동성

35) D. Rauschnig, Wiedervereinigungsgebot-Willensbildungsfunktion und Kontrollfunktion, in : K. Heilbronner/G. Ress/T. Stein(Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für K. Doehring, Berlin, Heidelberg 1989, S. 796.

36) D. Rauschnig, aaO, S. 797.

37) 이에 따라 북한의 법질서를 외국의 법질서와 같이 모든 면에서 동등하게 國際私法の 원칙에 기하여 취급할 수 없을 것이다. Vgl. W. Wengler, Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment im zwischenstaatlichen Kollisionsrecht, in : NJW 1981, S. 904f. ; R. Scholz/R. Pitschas, Effektive Staatsangehörigkeit und Grundgesetz, in : NJW 1984, S. 2721ff.

활에 참여할 수 있게 될 것이다. 또한 남한지역에 거주하지 않는 북한 주민에 대하여 한국국적을 부여하도록 긍정적인 정책을 펴야 할 것이다.³⁸⁾

그러나 분단에 의한 인간적인 고통을 완화하기 위하여 한반도의 완전한 분할에 동의하고 북한을 외국으로서 다른 제3국과 같이 승인한다는 것은 남북합의서에 배치될 뿐만 아니라 그러한 조치는 통일원칙에도 위배될 것이다. 통일원칙에 의하여 한국정부는 한반도에 관련된 모든 조치가 분단을 종국적으로 하지 않도록 할 의무가 있다. 기본적 자유권에 관한 헌법조항은 모든 국가기관에게 인간의 자유로운 의사결정, 예컨대 북한에서의 인간의 표현의 자유, 이주의 자유, 출국의 자유 등에 기여하는 모든 법적 입장을 준수하고 관철하도록 하는 의무를 지운다. 북한주민의 기본적 자유권에 대한 우리의 의무는 북한에서의 인권침해가 한국에 의해 거론된다는 것으로도 증명된다.³⁹⁾

일반적으로 통일조항으로부터 국가기관은 통일국가의 정치질서를 형성하는 데 기여하는 조치를 취한 의무가 생긴다. 이러한 통일조항의 헌법상 의무는 통일과 통일국가에 대한 영향을 고려하여 행하는 모든 국가행위에 대하여 적용된다. 이는 예컨대 철도, 고속도로 등의 건설과 같은 구체적인 계획을 결정하는데에도 적용된다.⁴⁰⁾

38) 북한 주민의 법적 지위 및 국적에 관하여는 나인균, 한국헌법의 영토조항과 국적문제, 헌법논총 제5집(헌법재판소, 1994), 451면 이하 참조. 독일의 경우 기본법 제116조 제1항의 규정에 의하여 동독인을 포함한 독일민족에 대하여 독일국적을 취득할 수 있는 법적 여건을 마련함으로써 독일이 통일을 이룩하는데 크게 기여하였다. D. Rauschnig, Die Wiedervereinigung vor dem Hintergrund der Rechtslage Deutschlands, in : Juristische Schulung 1991, S. 977 f.

39) 광노명 위무장관은 1995. 9. 28. 유엔총회 연설에서 북한의 인권상황에 대한 관심을 표명하고 국제사회에 북한주민의 인권보호를 위한 호소에 호응해 줄 것을 촉구하였다. <동아일보> 1995. 9. 29. 8면 참조.

40) 1995. 10. 18. 건설교통부가 발표한 '국가 기간교통망 구축계획안'은 남북교류 및 통일을

V. 개별적 문제점

개별적으로 우리 헌법의 통일조항과 일치하는지 여부가 문제되는 경우로서는 다음과 같은 것들이 있다.

1. 南北韓 유엔동시가입

남북한 유엔동시가입은 한반도에서 한국이외의 한민족에 의한 국가질서의 존재를 확정케 하였고, 유엔가입 이후 한국은 북한의 국가로서의 성격을 의문시할 수 없게 되었다. 한국은 유엔헌장과 국제법의 원칙에 따라 무력사용의 금지와 영토보전을 존중할 의무가 있음은 물론, 조약상 법원칙을 남북한간의 실제의 관계발전에 있어서 준수해야 할 의무가 있다.

유엔헌장은 국가만이 유엔가맹국이 될 수 있다고 규정하고 있다. 41) 그러므로 남한이 북한의 유엔가입에 동의한 것은 학설에 따라서는 북한을 유엔헌장이 의미하는 국가로서 승인한다는 것을 의미할 수 있다.⁴²⁾ 그렇다면 남북한의 유엔동시가입이 한반도 통일을 저해할 수 있는지 여부가 검토되어야 할 것이고, 만약 그러하다면 유엔가입은 헌법의 통일규정과 합치하지 않을 것이다. 왜냐하면 남북한이 각각 개별적으로 유엔의 가맹국이 된 것은 한반도의 분단을 확

대비하여 남북한을 연결하는 고속철도와 고속도로를 건설한다는 청사진을 제시하고 있다. <조선일보> 1995. 10. 19. 1면 참조.

41) 유엔헌장 제3조, 4조.

42) I. von Münch, Zur Frage einer gleichzeitigen Aufnahme von Bund esrepublik und DDR in die UNO, in : ZPR 1970, S. 57ff.

정시킨다고 생각할 수 있기 때문이다.

북한의 유엔가입으로 북한은 유엔현장상 국가이나, 이에 따른 한국의 조치는 정치적 재량의 범위에 속하고 이로써 남북의 통일을 저해하지 아니하므로 통일조항과 합치한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 유엔현장은 가맹국인 남북한이 통일을 위하여 국가결합(Staaten-zusammenschluss)을 하는 경우에 다른 유엔가맹국들의 동의를 요한다고 규정하고 있지 않기 때문이다.⁴³⁾ 또한 한국과 동등한 국제법주체로서 북한을 승인하는 것이 통일을 위하여 상정할 수 있는 방법중의 하나로 본다면, 그것은 헌법과 합치한다고 할 수 있다.

나아가 위와 같은 남북관계의 발전은 헌법 제5조 제1항과의 관계에서 보더라도 헌법에 의하여 용인될 수 있다. 헌법 제5조 제1항은 한국이 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁의 부인을 규정한다. 유엔의 목표가 우리 헌법이 의미하는 바와 같이 국제평화의 유지에 있고, 유엔현장이 침략적 전쟁을 포함하는 무력사용의 금지를 선언하고 있음은 다언을 요하지 않는다.⁴⁴⁾ 한반도 통일을 위한 일정한 방법, 예컨대 북한을 동등한 국제법주체로서 승인하지 않는 것과 헌법전문 및 제5조 제1항에 나타난 국제평화유지의 원칙간에 저촉이 있는 경우, 즉 구체적인 경우에 양원칙이 서로 합치하는 지에 대하여 의문이 있는 경우에는 후자에 헌법상 우위가 인정되어야 할 것이다. 따라서 남북한 유엔가입이 북한을 국가로 승인하는 것으로 해석한다고 하더라도 이는 우리 헌법상 국제평화유지의 원칙에 비추어 위헌의 문제가 발생할 수 없다.⁴⁵⁾

43) W. Kewenig, Deutschland und die Vereinten Nationen, in : Europa-Archiv 1970, S. 344 ff. ; G. Ress, Konsequenzen der Mitgliedschaft von BRD und DDR in UNO, in : Staat 1972, S. 46 f.

44) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 24, Rn. 23.

45) Vgl. I. von Münch, aaO., S. 60 ff. 유엔 동시가입은 남북한이 국제법적 의미에서 상호 승인한 것은 아니다. 남북합의서등에 나타난 남북한의 의사내용을 고려할 때 그것은 제한적인

유엔가맹국으로서 남북한의 통일은 두 개의 국가가 결합하여 단일국가의 형성을 의미하므로 통일방식에 따라 남북한의 일방 또는 쌍방의 유엔가맹국자격의 포기가 수반될 것이다. 이 경우 유엔가맹국자격의 일방적 포기가 허용되는지 여부는 논란이 있다.⁴⁶⁾ 일방적 탈퇴를 부인하는 근거는 무엇보다도 유엔헌장의 목표에 따르면 가능한 한 최대의 평화보장을 위하여 가능한 한 최대의 보편성이 추구되어야 하고, 일방적인 가입의 포기는 이러한 목표에 모순된다는 것에서 볼 수 있다. 이에 대한 반대설은 유엔이 가맹국의 주권을 침해할 수 없으며 따라서 명시적인 탈퇴금지가 결여되어 있으므로 이 점에서 가맹국의 자유는 존중되어야 한다는 것을 강조하고 있다.

그러나 유엔가맹국이 실제로 유엔을 탈퇴한 사례가 있었음에 비추어 볼 때, 이러한 논쟁은 결국 추후 남북한 통일국가가 유엔의 단일가맹국이 될 자격이 있느냐 여부가 문제이다. 그것은 유엔헌장에 의한 신규가입 또는 국제법 원칙에 의한 국가의 승계(Sukzession)를 통하여 가능할 것이다. 아무튼 국가연합에 의한 통일은 유엔의 보편성 및 평화보장의 목표를 저해하지 아니하므로 단일가맹국의 지위를 취득하는 것을 유엔이 거부하는 것은 유엔고유의 이익에 반하는 행위이고 경우에 따라서는 재량의 남용이 될 수 있다. 따라서 한국과 북한이 유엔 등 국제기구의 가맹국이 되는 것은 법적으로 남북한의 통합을 저해하지 않고⁴⁷⁾, 개별적인 경우 가

승인이고, 한국은 한민족 전체국가의 존속과 이로부터 발생하는 결과를 북한과의 관계에서 표명하였다고 할 수 있다. 이러한 제한은 한국으로 하여금 북한과의 관계를 대외관계가 아닌 민족내부관계로써 보는 것을 가능케 한다.

46) N. Feinberg, *Unilateral Withdrawal from an International Organization*, in : BYIL 1965, S. 189 ff.

47) Vgl. Georg Röss, *Einige völkerrechtliche und staatsrechtliche Konsequenzen der Mitgliedschaft von BRD und DDR in den Vereinten Nationen und Sonderorganisationen*,

입이 통일의 금지 또는 통일은 제3국의 동의하에서만 가능하다는 것을 조건으로 하는 경우에만 헌법에 위반된다고 할 것이다.⁴⁸⁾

2. 南北合意書의 發效

한국과 북한간의 정치적인 기본문제를 다루는 남북합의서의 발효는 그것이 국제법상 국가간의 조약 발효와 같은 외관을 가지므로 통일의 원칙에 위반되는지 여부가 문제될 수 있다.⁴⁹⁾

우선 남북합의서에서 추구하는 정책이 단순히 과거 냉전시대에 있어서 대북한정책의 방식과는 전혀 다른 방식을 취한다는 이유만으로 위헌 여부가 문제시될 수는 없을 것이다. 왜냐하면 헌법은 통일규정에서 일정한 정치적인 최상의 정책, 만능의 정책(Patent-rezept)이나 통일을 위한 일정한 절차 또는 과정을 확정하고 있지 않기 때문이다.⁵⁰⁾

종래의 방식과는 상이한 정부정책의 최종목표가 남북한의 통일이 아닐 경우에는 당연히 위헌적인 성질을 갖는다고 할 것이다. 현 정부는 종래와 마찬가지로 남북한의 통일이라는 목표를 추구하고 있고 이러한 목표를 국제정치환경의 변화에 따라 새로운 수단을 통하여 더욱 효과적으로 추진할 수 있다는 것을 강조하고 있다.⁵¹⁾

그러나 북한과의 조약 또는 합의가 통일을 그 내용으로 한다고

in : Der Staatll(1972). S. 27 ff.

48) W. Kewenig, aaO., S. 344 f.

49) 남북합의서의 성격이 국제법상 條約인가 여부에 관하여 논란이 있지만, 한국정부는 통일 원칙에 입각하여 남과 북이 서로 상대방을 국가로 승인하지 않는 통일을 지향하는 과정에서의 '잠정적 특수관계'에 있고, 남북합의서는 분단국을 구성하는 두 정치 실체의 합의라 하여 그 條約性을 부인한다. 통일원, '남북기본합의서' 해설, 1992, 22면 이하.

50) K. Doehring/W. Kewenig/G. Ress, Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Deutschland- und Ostpolitik, Frankfurt/M 1971, S. 129.

51) 통일원, '남북기본합의서' 해설, (1992), 7면 이하 참조.

하더라도 반드시 통일을 추구하는 것이라고 단정할 수는 없다. 즉 이러한 조치에 있어서 그것이 결과적으로 통일을 저해하는 것인지 또는 촉진시키는 것인지 여부가 간단히 확정될 수 없는 것이다.⁵²⁾ 정치적 조약의 경우 그 자체로서 위헌성 여부를 확정하기가 어렵지만, 그 조약의 구체적인 내용이 통일의 가능성을 명백히 악화시키는 것이라면 위헌이 문제될 수 있다. 그러므로 통일원칙의 침해로 인한 헌법위반의 문제는 구체적인 조약안을 검토함에 있어서 다시 한번 조사되어야 한다.

북한에 대한 한국의 국제법적 승인 여부는 아직 논란의 대상이 되고 있지 않으나, 조약의 발효와 성격상 비슷한 남북합의서의 발효와 관련하여 한반도에서 한국이외의 다른 국가의 존재를 인지한다는 것에 대한 헌법상 문제가 제기될 수 있다. 구체적으로 이 문제는 북한이라는 국가의 존재에 대한 인지와 이러한 인식에서 출발한 남북합의서에 기초한 긴밀한 관계를 수립하려는 용의가 통일을 법적으로 저해하거나 또는 실질적으로 불가능하게 하는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다. 그러나 국가기관의 조치가 통일을 위한 과정에 있어서 긍정적 또는 부정적 효과를 직접적으로 인식할 수 없는 영역에 있어서는 그 조치를 원칙적으로 위헌이라 할 수 없을 것이다. 통일정책과 관련된 국가행위는 고도의 정치적 행위로서 그 위헌성의 여부가 명백하지 않기 때문이다.⁵³⁾

3. 南北聯合

52) 그러나 이에 대하여 독일연방헌법재판소는 행정부의 재량에 맡기고 있다. 왜냐하면 재판소는 행정부가 일정한 한계를 지키는 한 정부의 정치적 재량의 여지를 축소하는 것은 재판소의 임무로 보지 않기 때문이다. BVerfGE 5, 85(128).

53) K. Doehring/W. Kewenig/G. Ress, aaO, S. 119.

한국정부가 발표한 ‘한민족공동체 통일방안’⁵⁴⁾은 남북이 완전한 통일로 가는 과정에서 과도체제로서 ‘남북연합’의 결성을 제안하고 있다.⁵⁵⁾ 이에 의하면 남과 북은 이 체제 안에서 각자의 외교·군사권을 그대로 행사하는 독립된 주권국가로 남게 된다고 하고 있으므로, 남북연합의 법적 성격은 국제법적인 국가연합(Konföderation, Staatenbund)이라 할 수 있다.⁵⁶⁾ 국가연합의 모델은 한국의 국가기관의 재량에 따라 결정하도록 위임된 조치이나⁵⁷⁾ 공산주의 일당독재 체제의 지배하에 있는 북한과 그러한 국가연합을 결성하는 것이 통일을 촉진하는지 또는 최소한 통일에 불리하지 않은지 여부가 문제된다.

국가연합은 일정한 범위의 외교적 기능을 공동으로 행사하기 위하여 국제조약에 의하여 창설된 조직체이므로 이의 실현을 위하여 공동기관을 필요로 한다.⁵⁸⁾ 이에 따라 남북한은 각각 국가연합을 위한 남북연합의 기관에 관계 주권작용(Hoheitsrechte)을 이양할 수 있어야 한다.⁵⁹⁾ 이 방안 자체는 한국헌법의 통일조항과 모순되지 않는다. 왜냐하면 이는 국가의 목표인 통일로 향하는 조치이며, 국가연합조약에 의하여 창설되는 상태는 이전에 존재한 것보다 좀더

54) 노태우 대통령은 1989. 9. 11. 국회특별연설에서 “한민족공동체 통일방안”을 처음으로 천명하였다. 연설전문은 통일원, 앞의 책, 113면 이하 참조.

55) 김영삼 대통령은 1994. 8. 15. 광복절 기념경축사에서 ‘화해→남북연합→1민족1체제1국가’라는 한민족공동체건설을 위한 3단계통일방안을 제시하였다. <동아일보> 1994. 8. 16.

56) 北美국가연합(1776-1787)과 독일국가연합(Der Deutsche Bund, 1815-1866)과 같은 역사적인 예는 통일을 준비하기 위한 적절한 제도였다. A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl., Berlin 1984, §945.

57) 독일의 경우 연방헌법재판소는 동서독 기본조약에 관한 판결에서 명시적으로 동서독간의 국제법적인 국가연합도 허용된다고 강조하였다. BVerfGE 36, 1(17 f.). 그러나 한국정부는 통일과 대립되는 權原을 설정할 수는 없다. 따라서 한국정부 북한의 편입을 제3국(예컨대 중국)의 동의에 좌우되게 하는 조항에 합의할 수 없다.

58) I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 6. Aufl., Köln, Berlin 1987, S. 191 f.

59) 독일 기본법 제24조 제1항 참조.

통일에 가까워진 것이기 때문이다.⁶⁰⁾

그러나 통일을 위한 남북연합의 결성이라는 방안은 일정한 법적 한계가 있어야 할 것이다. 헌법 전문과 제4조에 규정된 자유민주적 기본질서의 개념은 남북연합의 범위 내에서도 유지되어야 할 것이고, 이에 따라 우리 헌법의 자유민주적 기본질서의 핵심내용과 불합치하게 작용하는 권한이 남북연합의 기관에 부여되어서는 안 된다.

한국과 북한의 헌법 질서에 있어서 정반대의 민주주의 및 기본권의 이해에서 볼 때 그러한 남북연합은 남북간에 공통적인 자유와 민주주의의 기본적 관념이 결여되어 있으므로 구조적인 어려움이 있다. 국가연합이라 할 수 있는 유럽연합(EU)의 회원국간에는 자유로운 상품교역외에도 기본적 자유권이 실현되었다. 그러나 남북관계에서는 인적·서비스 왕래의 자유, 거주이전의 자유, 자본 및 지급 유통의 자유 등 국가연합의 성립에 필요한 조건이 충족되고 있지 않다. 또한 우리 헌법질서의 법치국가적·민주주의적 핵심내용을 북한의 국가질서를 지배하는 법적 기본원칙에 점진적으로 적용케 하는 것도 우리 헌법에 의해 금지되고 통일을 완성한다는 사명에서도 정당화될 수 없을 것이다.

VI. 맺는말

60) F. Schuppert, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, Baden-Baden 1973, S. 96 ff.

그러나 이 경우 국적문제의 해결을 위한 방안이 제시되어야 할 것이다. 왜냐하면 통일을 위한 중간단계에서 일시적으로 한국의 국적을 폐기하는 것은 곤란하고, 국가연합은 역사적으로 볼 때 국가가 아니므로 고유의 국적을 갖지 않기 때문이다.

우리 헌법은 한민족 전체국가의 존속을 전제로 하고 이는 통일을 위하여 불가결한 법적 입장이다. 역사발전의 측면에서 한민족 전체 국가가 국제법적 의미에서 존속하는지에 관하여 우리 헌법에서는 아무 것도 이끌어낼 수 없다. 우리 법원은 판결을 통하여 남북한 문제에 관하여 국제법적인 차원에서 포괄적으로 판시하지 않았고 오히려 본질적으로 우리 헌법의 해석으로 만족하였다.

이러한 우리 법원의 입장은 남북한의 법적 상황과 관련된 헌법해석에 있어서 국가의 존재와 소멸에 관한 일반적으로 승인된 국제법 규범을 충분히 고려하고 있지 않다. 오늘날의 관점에서 국제법이 한민족 전체국가의 존속과 대립한다면 우리 헌법은 그 점에서 역사발전과 국내법보다 미리 주어진 국제법적 상황으로 인하여 저축이 문제될 수 있을 것이다. 이 점에서 예컨대 통일조항과 영토조항이 그럼에도 불구하고 이 경우 계속 유효할 수 있을지는 남북관계의 발전과 남북에 대한 제3국의 태도를 조금 더 지켜봐야 할 것이다. 그러나 간접적으로 통일조항의 실질적 의미에 대한 부정적인 효과는 부인할 수 없을 것이다. 이러한 평가는 남북의 법적 상황의 국제법적 판단은 오늘날의 시점에 있어서 남북의 법적 상황의 헌법적 평가뿐만 아니라 그밖의 우리 헌법의 한반도의 법적 문제와 관련된 사항에 적지 않게 중요하다는 것을 보여준다. 따라서 헌법상 입장의 관철은 국제법적 근거에도 의존하고 있다.

국제법상 의미의 국가는 국민, 영토, 주권을 요건으로 한다는 것은 이론의 여지가 없다. 우리 헌법이 한민족 전체국가의 존속을 전제로 하므로 이 전체국가의 영토가 한반도라는 것에 관하여 직접적으로 주권의 전제에 관한 의문이 제기된다. 1948년이래 거의 50년 동안 한반도를 영토로하는 국가를 위하여 행위할 권한이 있는 행위능력이 있는 한민족 전체국가의 국가기관은 존재하지 않았다. 1945

년 연합국은 한반도를 일본의 영토의 구성부분으로서 점령하였고 한국정부는 1948년이래 남한 지역에 한정하여 주권을 행사할 수 있었을 뿐이었다.

이러한 남북상황의 국제법적 특성은 그것이 오늘날 국제법 체제에서 분단국가에 유일한 것이라는 데 있다. 주권의 개념, 국가동일성의 개념, 국가의 계속성과 국가 승계에 관한 종래의 학설은 분단국가라는 예외 상황의 관점에서 발전되지 않았으므로 현재의 남북상황의 해결을 위한 분명한 가능성을 제시하지 못하고 있다. 따라서 종래의 국제법이론을 신중한 고려 없이 적용하는 것은 문제가 있다.

분단국가에 타당한 법을 적용하기 위하여는 무엇보다도 국가의 實行(즉 관계당사국 간에 행하여진 합의나 관행)이 새로이 발생하는 특수한 문제에 대하여 어떻게 언급하고, 또한 그것이 의미하는 바를 확정하여야 할 것이다. 이에 의하여 분단국가에 적용될 새로운 규범이 발생할 수 있고 그것은 국제사회의 법적 견해를 나타내는 것이다.

전체적으로 볼 때 통일을 지향하는 남북관계는 국내법적관계의 요소는 물론 국제법적 요소도 아울러 가지고 있다. 이러한 결과는 남북관계의 법적 성질에 관한 남북한 당국자간의 모순되는 견해와 일치한다. 또한 이점에서 현재의 남북의 법적 상황의 문제는 전통적인 국내법 및 국제법의 범주에서 종국적으로 파악될 수 없음을 보여준다. 이와 관련하여 남북한 합의에 의한 통일을 전제로 한다면 조약 당사국의 관계는 개별적 부분 영역에 따라 국제법 규범 및 국내법 규범의 적용을 받는다는 것은 법 논리적으로 문제가 되지 않는다. 법 실제에서 그러한 특별한 관계는 과거 식민지와 종주국간의 관계에서 인정되었다.

그러므로 한국의 국가기관이 북한을 아무런 제한 없이 외국으로 취급한다면 이는 통일을 위한 헌법상의 기본 입장과 배치될 것이다. 남북 상호관계의 발전은 헌법의 통일원칙에 입각하여 국가내부의 관계의 성격과 일치하지 않으면 아니 될 것이다. 국제법의 일반원칙도 헌법상의 입장과 대립하지 않는다. 남북한의 유엔 동시 가입과 더불어 한국은 북한의 국가성은 물론, 이에 따라 필연적으로 남북 상호간의 관계의 법적 성질에 있어서 개별적인 국제법적 요소의 존재를 인정할 의무가 있다.

그러나 남북합의서를 살펴보면 한국은 유엔가입 후에도 그의 헌법상의 기본 입장을 계속하여 주장할 수 있음을 보여주고 있다. 남북합의서는 여러 규정에서 국제법의 일반원칙과는 다르게 남북한의 한민족 전체국가가 존재한다는 결과로부터 생기는 국내법적 요소를 분명히 표명하고 있다. 결론적으로 한반도의 통일은 이와 같은 국내법 및 국제법의 요소를 내용으로 하는 남북한의 특수관계를 통하여 가능할 것이다.

憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力

- 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -

韓 秀 雄

研 究 員

- 目 次 -

I. 머리말

II. 不合致決定이 허용되는 경우와 헌법적 근거

1. 平等原則의 위반

a) 독일 決定例

b) 不合致決定의 헌법적 근거

aa) 平等原則의 본질

bb) 立法者의 形成의 자유

2. 自由權의 침해

a) 독일 決定例

b) 不合致決定의 헌법적 근거로서의 形成의 자유?

aa) 決定例에서의 不合致決定의 근거

- bb) 自由權의 침해와 形成의 자유
- 3. 立法不作爲의 위헌확인
 - a) 平等原則의 위반과 立法不作爲
 - b) 그외의 立法不作爲
- 4. 違憲法律의 잠정적 적용을 가능하게 하기 위한 경우
 - a) 독일 決定例
 - b) 不合致決定의 헌법적 근거

III. 不合致決定의 효력

- 1. 독일 決定例
- 2. 違憲法律의 존속과 立法者의 입법개선 의무
- 3. 適用禁止와 절차의 정지
 - a) 절차의 정지
 - b) 개정법률의 溯及效力
- 4. 違憲法律의 잠정적 적용
 - a) 憲法의 우위와 법적 안정성
 - b) 계속적용과 당해 사건

IV. 맺는말

I. 머리말

독일 연방헌법재판소는 초기에는 법률이 헌법에 위반되었을 경우 원칙적으로 무효라는 입장을 견지하여 위헌결정을 통하여 법률의 효력을 상실케 하였다. 그러나 그 후 점차 연방헌법재판소는, 법률의 위헌성을 인정하면서도 위헌결정으로는 헌법적인 요구를 충족시킬 수 없는 경우에는 단지 그 위헌성만을 확인하는 불합치결정을 하는 예가 늘어나게 되었다. 불합치결정은 시간이 지남에 따라 양에 있어서 뿐만이 아니라, 불합치결정의 여러 다양한 영역으로의 확장이라는 질적 측면에서도 크게 증가하였다. 이는 물론 연방헌법재판소법의 제4차 개정(1970년)으로 헌법재판소법 제31조 제2항과 제79조 제1항에 “헌법불합치선언”이라는 용어의 수용으로 헌법불합치라는 개념이 법적으로 규정된 것과 관계가 있다.¹⁾ 그러나 정작 중요한, 위헌법률의 무효선언을 규정하는 헌법재판소법 제78, 82 I, 95 III조는 전혀 불합치결정을 언급하고 있지 않으므로, 헌법재판소법은 여전히 불합치결정의 허용에 관하여 명문의 표현을 하고 있지 않고, 더욱이 어느 경우에 불합치결정이 고려되는지에 관하여는 아무런 제시를 하지 못하고 있다. 그러므로 불합치결정에 관한 이론은 결국 헌법재판소에게 그의 판결을 통하여 발전시키도록 일임되었다.

법률의 헌법위반의 경우 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 그 법률은 원칙적으로 무효로 선언되어야 한다. 무엇보다도 헌법의 우위

1) Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, §20 VI Rn.113

(Vorrang der Verfassung)는 하위법에 대한 헌법의 구속력, 관철력을 의미하고, 이로써 입법자를 모든 헌법규범에 기속한다.²⁾ 그러나 헌법의 우위는 결코, 위반된 헌법규범의 규범성 회복의 관점을 일방적으로 고려하여 위헌법률의 무조건적인 무효선언을 요구하는 것이 아니라, 헌법의 모든 규범내용을 고려하여 신속한 헌법위반의 제거를 요구할 뿐이다. 즉 헌법의 우위를 어떠한 형태로 관철하는가는, 위반된 헌법규범의 실현과 위헌결정의 예외를 요구하는 다른 헌법규범간의 긴장관계에서 법익교량과정을 통하여 매 경우 구체적으로 결정되어야 한다.³⁾ 따라서 위헌법률의 운명에 관한 대답은 헌법의 우위에 의하여 원칙적으로 그 방향이 제시되지만, 하나의 통일체로서의 헌법에 의하여 예외적으로 수정될 수 있다. 그러므로 불합치결정은 위헌법률은 무효라는 원칙에 대한 예외로서, 그를 정당화하는 특별한 헌법적 근거를 필요로 한다. 이 글에서는 연방헌법재판소의 결정을 토대로 불합치결정이 어떠한 경우에 허용되고, 불합치결정을 정당화하는 헌법적 근거는 무엇인가를 알아보고, 이어서 불합치결정은 어떠한 법적 효과를 가져오는가를 살펴보기로 한다.⁴⁾

2) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1993, Rn. 199 f.

3) Vgl. Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S. 142 f.

4) 불합치결정에 관한 문헌으로는 vgl. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das BVerfG, 1988 ; Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, S. 257 ff. ; J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S.107 ff.; Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 345 ff.; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977 ; Pestalozza, Noch Verfassungsmäßige und bloß verfassungswidrige Rechtslagen, in : BVerfG und GG, Bd. I, 1976, S.519 ff.; ders., Verfassungsprozeßrecht, 1991, § 20 Rn.8 ff., 107 ff.; Sachs, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, S.657 ff.; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn.359 ff., 한국문헌으로는 황우여, 위헌결정의 형식, 헌법재판연구 제 1권(1990), 139면 이하 ; 이석연, 헌법소원심판의 결정유형과 효력에 관한 고찰, 헌법논총 제 1집(1990), 374면 이하 ; 윤진수, 위헌법률

II. 不합치決定이 허용되는 경우와 헌법적 근거

규범이 위헌일 경우에는 위헌결정을 통하여 무효선언을 하는 것이 원칙이나, 불합치결정을 요구하는 특별한 헌법적 사유가 있을 때에는 예외적으로 불합치결정을 할 수 있다.⁵⁾ 무엇보다도 헌법재판소는, 위헌적 법률을 그냥 존속시킬 때보다도 위헌결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있을 경우에는 위헌 결정을 피하고 단지 법률의 위헌만을 확인하게 된다.⁶⁾ 또한 입법자에게 위헌적 상태를 제거하는데 있어서 여러 가지 가능성이 있을 때, 헌법재판소가 위헌결정으로 일정 의미의 새로운 법적 상태를 만듦으로써 입법자의 형성의 자유를 침해할 우려가 있을 경우에는 불합치결정을 내리게 된다.⁷⁾

1. 平等原則의 위반

a) 독일 決定例

의 효력, 헌법재판연구 I, 1993, 205면 이하 ; 한병채, 헌법재판의 결정과 변형결정, 헌법논총 제 3집 (1992), 58면 이하 ; 전광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 헌법재판연구 제2권(1991), 148면 이하

5) 최근의 결정 중에서 대표적으로 Vgl. BVerfGE 87, 178 f.

6) Vgl. BVerfGE 33, 303(305, 347 f.) ; 37,217(261); 61, 319(321, 356f.); 83, 130(154)

7) Vgl. BVerfGE 28, 227(242f.) ; 61, 43(68) ; 61, 319(356) ; 73, 40(101 f.) ; 78, 350(363) ; 82, 60(97)

평등원칙에 위배되는 법률에 대한 위헌성의 심사가, 독일 연방헌법재판소를 불합치결정이란 변형 결정으로 이끈 원래의 출발점이었다. 불합치결정에 관하여 처음으로 구체적인 입장을 표명한 법률구조 결정(Armenrecht, BVerfGE22, 349ff.)에서 헌법소원의 적법성, 특히 권리보호이익의 유무를 심사하는 과정에서 추상적으로 불합치결정의 문제에 관하여 다음과 같이 밝히고 있다 ; “규범이 평등원칙에 위반되는 경우에는, 헌법위반이 원칙적으로 여러 가지의 방법으로 치유될 수 있기 때문에, 위헌규범의 무효선언을 하여서는 아니된다. 이러한 경우에는 수혜자의 범위를 확대하거나, 또는 혜택을 전부 폐지하는 가능성을 생각해 볼 수 있고, 아니면 완전히 다른 내용의 새로운 규정도 가능하다. 이러한 여러 가지 가능성 중에서 구체적으로 어떤 방법을 선택하여야 하는가 하는 것은, 평등원칙에 합치되게 규율하는데 있어서는 광범위한 입법재량이 인정되기 때문에, 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 일임되어야 한다. 그러므로 헌법재판소에 의한 일방적인 평등원칙의 회복은 입법자의 형성의 자유에 대한 부당한 침해를 의미하게 된다.”⁸⁾

평등원칙의 위반에 근거된 또 다른 대표적인 결정으로는 가사휴일법에 관한 결정(Hausarbeitstag ; BVerfGE 52, 369ff.)을 들 수 있다. 여기서서 Nordrhein-Westfalen 주의 가사휴일법 제1조를 근거로 한 노동법원의 판결에 대한 한 남자간호원의 헌법소원의 문제인데, “주당 적어도 40시간 이상을 근무하며 독립세대를 구성하는 여성근로자는 매달 하루의 유급휴가를 가사휴일로 청구할 권리가 있다”고 규정하고 있는 법조항에 따라 노동법원은 그의 가사휴일청구를 기각하였다. 우선 연방헌법재판소는 가사휴일법의 취지를, 직장과 가사의 이중적 부담을 안고 있는 가정을 가진 여성 근로자

8) BVerfGE 22, 361f.

들의 부담을 덜어주는 데 있다고 보고, 독신근로자가 성별에 관계 없이 어느 정도 직업과 가사의 이중적 부담을 가지고 있는 한, 독신여성과 독신남성을 가사휴일이란 혜택부여의 측면에서 서로 달리 취급하여야 할 하등의 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없기에, 평등원칙의 위반을 확인하였다. 이에 따라 성별에 의한 독신근로자의 차별에 대한 불합치결정을 하였다. 불합치결정의 이유로서, 헌법적으로 요구되는 평등원칙의 회복을 입법자가 여러 가지 방법으로 실현할 수 있기 때문에, 연방헌법재판소는 그의 결정을 평등원칙의 위반만을 확인하는데 그치고 있다고 밝히고 있다.⁹⁾ 또한 노동법원이 당해 사건의 절차를 정지함으로써, 청구인이 입법개선을 통하여 가능할 수 있는 수혜자범위의 확대에 참여할 수 있는 기회를 열어놓아야 한다고 불합치결정의 법적 효과에 대해서도 언급하고 있다.

연방헌법재판소는 평등원칙에 위배되는 규범에 있어서는 원칙적으로 불합치결정을 원칙으로 하면서도, 헌법이 스스로 위헌적 상태를 일정한 방향으로 제거할 것을 요구하거나, 입법자가 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 얻어지는 결과를 규범제정 당시 분명히 의도했으리라고 간주할 수 있는 충분한 이유가 있다면, 예외적으로 무효선언을 하고 있다. 이러한 경우에는 입법자가 달리 행동할 수 없거나 달리 행동하지 않을 것이기 때문에, 위헌결정으로 인하여 입법자의 형성의 자유가 침해되지 않는다. 즉 헌법위임이 존재하여, 입법의 내용을 헌법적으로 일정한 방향으로 요구하기 때문에, 무효선언을 통하여 문제가 되는 규정의 제거 외에는 다른 선택의 여지가 없을 정도로 입법자의 형성의 자유가 제한될 때¹⁰⁾와, 헌법적 위

9) BVerfGE 52, 379

10) 법치국가원칙에서 파생하는 신뢰보호원칙에서 vgl. BVerfGE 29, 283,303 (Rentenversi-

임은 아니나 이와 유사하게 문제되는 규범이 자리하는 입법체계가 그의 통일성의 관점에서 일정한 내용의 입법을 요구함으로써 입법자의 형성의 자유가 소위 영으로 수축되는 경우¹¹⁾이다. 평등원칙의 위반에도 불구하고 예외적으로 무효선언을 하는 또다른 경우는, 입법자의 가정적 의사를 추정하여 만일 입법자가 입법 당시 문제되는 헌법적 판단을 인식하였다면, 헌법재판소가 선택한 해결책을 따랐으리라고 가정할 수 있는 분명한 이유가 있을 때¹²⁾이다.

b) 不合法決定의 헌법적 근거

aa) 平等原則의 본질

평등원칙의 위반의 경우 불합치결정을 정당화하는 헌법적 근거는, 우선 평등원칙의 특성에 있다.¹³⁾ 평등원칙은 그 본질상 상대적이다 ; 평등원칙의 위배는 하나의 규정 그 자체에서가 아니라, 서로 연관되어 비교의 쌍을 이루는 두 개의 규정간의 관계에서 나온다. 즉 각개의 규정 그 자체는 서로 독립시켜서 보면 헌법적으로 전혀 흠결이 없고, 단지 두 규정의 상호관계가 비로소 평등원칙에 위반된다. 자유권은 각각 그의 고유한 보호영역이 존재하고, 이 보호범위에 대한 국가의 부당한 침해는 배제하나, 평등권에 있어서는 그의 고유한 보호범위가 존재하지 않고, 따라서 보호범위에 대한 침해 또한 있을 수 없다.¹⁴⁾ 그러므로 고유한 보호범위의 결여로 말미

cherung) ; 55, 100, 113(Kinderzuschuß, Rentner), 전통공무원제도의 기본원칙을 고려하여 공무원의 법적관계를 규율하여야 할 Art. 33 V GG의 헌법위임에서 vgl. BVerfGE 39, 196, 204(Witwenversorgung II)

11) Bgl. BVerfGE 27, 220, 230f.(Wohngeld)

12) Vgl. BVerfGE 27, 391, 399(Kostenerstattung FG) ; 38, 187, 205 f. (Witwenversorgung I)

13) Vgl. Maurer, 주 4, S.354 f. ; Schlaich, 주 4, Rn.366 ff. ; Ipsen, 주 4, S.109 f., 213 f. ; Pestalozza, BVerfG und GG I(주 4), S.533 f. ; Moench, 주 4, S.47 f.

않아, 평등권은 자유권과 달리 국가작용 자체를 배제하지 아니하고, 국가작용이 평등원칙에 합치하는 한 모든 국가작용을 허용한다. 주관적 공권으로서의 평등권은, 원칙적으로 특정한 부담으로부터의 해방이나, 특정한 급부를 요구할 수 있는 권리가 아니라, 단지 평등원칙에 위배되는 결정을 평등원칙에 합치되는 결정으로 대체해 줄 것을 요구할 수 있는 상대적 권리이다.¹⁵⁾ 이러한 의미에서 평등권은 단지 동등한 것은 동등한 취급이라는 형식적 법적 형성을 요구할 수 있는 형식적 방어권이다.

예컨대 어떤 법조항이 A 부류를 지정하여 혜택을 부여하고 있다면, 혜택을 명문으로 규정하고 있는 이 법조항은 두 개의 규정을 내포하고 있다 ; 하나는 A 부류에 대한 혜택의 부여이고, 또 다른 하나는 B 집단에 대한 혜택의 배제이다. 평등원칙의 위배는 항시 이 두 가지 규정의 비교를 통해서만 확인이 가능하다. 평등원칙의 특성인 그의 상대성은, 자유권처럼 절대적으로 그의 보호범위를 침해하는 국가행위 자체를 배척하는 것이 아니기 때문에, A에 대한 혜택 부여, 또는 B에 대한 혜택 배제란 각각의 국가행위 그 자체가 평등원칙에 위배될 수 없고, 평등원칙의 위반은 서로 비교의 쌍을 이루는 두 대상의 상호 연관관계에서 나온다.¹⁶⁾ 평등원칙은 그 본질상 각개의 규정이 아니라 단지 규정간의 관계만을 파악하고 포착할 수 있다. 평등원칙은 두 규정의 비교를 통하여 하나의 범규범이 위헌이라는 것을 확인할 뿐, 고유 보호범위의 결여로 말미암아 합헌적인 해결책이 무엇인지에 관하여는 조금도 전달할 수 없다. 그

14) Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrechte II, 1985, Rn.495, 549

15) Vgl. Gallwas, Grundrechte, 1985, S.38

16) Vgl. J. Ipsen, 주 4, S.213f.

러므로 위헌적 법률은 무효라는 원칙은 각 규정에 대하여 개별적 판단을 내릴 수 있는 것을 전제로 하는 것이므로, 고립되어 확인될 수 있는 위헌적 규정이 존재하지 않고 단지 규정간의 관계만을 파악할 수 있는 평등원칙에 적용하기에 부적합하다.¹⁷⁾ 평등원칙의 위반의 경우 위헌성을 추출하여 합리적으로 경계지울 수 없고, 위헌성은 상대적으로 전체 범조항에 확대되어 있기 때문에 위헌성의 정확한 구분을 요구하는 부분위헌결정 또한 불가능하다. 그러한 의미에서 보면, 무효선언을 하기 위한 전제조건인 그 자체로서 위헌인 규정이 존재하지 않으므로 위헌결정이 실질적으로 불가능하다.¹⁸⁾ 이는 평등원칙에 위배되는 혜택의 배제뿐만 아니라, 평등원칙에 위배되는 세법과 같이 부담을 부과하는 경우에도 마찬가지이다¹⁹⁾ ; 평등원칙의 상대성은 모든 평등원칙에 위반되는 법률에 해당한다. 그러므로 위헌적 법률은 원칙적으로 위헌결정을 통해 그 효력을 상실케 하여야 한다는 법치국가적 요청에 대한 예외로서의 불합치결정은 바로 이러한 평등원칙의 상대성으로 정당화되는 것이다.²⁰⁾ 여기에서 헌법재판소의 권한을 제한하는 것은, 엄밀한 의미에서 헌법재판소의 사법적 자제도 아니고, 입법자의 형성권에 대한 존중도 아니며, 그보다는 바로 평등원칙의 본질인 그의 상대성이다.

bb) 立法者의 形成의 자유

평등원칙 위반의 경우, 불합치결정의 당위성이 또한 입법자의 형성의 자유에 의하여 뒷받침되고 있다. 자유권적 기본권이 침해당한 경우에는, 헌법재판소가 위헌결정을 통하여 위헌적 법률을 제거하

17) Vgl. Maurer, 주 4, S.354 ; Ipsen, 주 4, S.214

18) Vgl. Schlaich, 주 4, Rn. 365

19) Vgl. BVerfGE 33, 90, 103 ff.

20) 그러나 불합치결정이 평등원칙 위반의 경우에도 정당화될 수 없다는 견해, vgl. Schachs, NVwZ 1982, S.657ff.

고, 이로써 위헌적 법률에 의한 자유권에 대한 침해를 제거함으로써 다시 합헌적 상태를 자동으로 회복할 수 있다. 그러나 평등권이 침해된 경우에는, 헌법재판소가 위헌결정으로 단순히 위헌적 법률을 제거함으로써 합헌적 상태가 회복될 수 없다. 왜냐하면 평등원칙에 위배된 경우에는 합헌적 상태가 여러 가지 방법으로 실현될 수 있기 때문이다. 여기서 누가 평등원칙의 위반을 제거하여야 하는가 하는 것은 헌법의 권력분립체제에서의 헌법재판소와 입법자의 권한배분의 문제이다.²¹⁾ 권력분립의 원칙은 국가권력간의 견제와 균형이라는 자유보장적 측면외에, 국가의 기능을 상이한 기능주체에게 귀속시킴으로써 각 국가기관에게 독자적인 활동 및 결정영역을 분배한다는 기능적 측면을 아울러 가지고 있다.²²⁾ 이에 따라 헌법재판소와 입법자는 헌법적으로 부여된 기능에 있어서 서로 상이하다. 입법자는 헌법의 한계 내에서 정치적 결정을 통하여 공동체를 형성하는데 중심적 역할을 한다. 이에 대하여, 헌법재판소는 헌법에서 입법자의 형성권의 한계를 유출해 냄으로써, 입법자의 정치적 형성의 헌법적 한계를 제시한다. 헌법재판소는 입법자와의 관계에서 규범생산자가 아닌 단지 규범통제자로서 기능한다. 헌법재판소는 그 구조와 기능에 있어서 본질적으로 사법기능을 행사하고, 헌법재판의 사법적 기능에서 헌법재판기능의 성격과 한계가 규정된다²³⁾ ; 입법자는 입법활동을 통하여 헌법을 구체화하고 실현하는데

21) 입법자와 헌법재판소의 권한관계에 관하여 vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, 295 ff. ; von Arnim, Staatslehre der BRD, 1984, S.377 ff. ; Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Festschrift für Huber, 1981, 261 ff. ; ders., Grundzüge der Verfassungsrechts der BRD, 1993, Rn.567 ff. ; Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S.2103 ff. ; Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S.204 ; Stark, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S.34 ff. ; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn. 466 ff.

22) Vgl. Bryde, 주 21, S.333ff.

있어서 포괄적, 주도적, 형성적으로 기능하나, 헌법재판소는 그의 사법적 성격에 내재된 활동여지의 한계 때문에, 특정대상에 관련하여 국부적, 사후적, 반동적, 통제적 역할을 하게 된다.²⁴⁾

헌법재판소와 입법자 모두 헌법에 기속되나, 헌법에의 기속의 성질은 서로 다르다. 입법자나 집행부와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 헌법은-행위의 지침이자 한계인-행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 통제규범을 의미한다.²⁵⁾ 헌법의 기속에 있어서의 행위규범과 통제규범의 구분과 헌법재판소의 기능적 한계와의 연관관계를 대표적으로 잘 보여주는 것이 바로 평등원칙이다. 평등의 원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의의 금지만을 의미하게 된다 ; 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 아무런 합리적인 이유를 찾아볼 수 없을 경우에만 평등원칙의 위반을 확인하게 된다. 그러므로 행위규범과 통제규범으로서의 헌법규범의 상이한 기능이 구분되어야 하며, 헌법재판소가 그의 심사를 단지 입법자의 정치적 형성권이 헌법적 한계내에 머물고 있는가 하는 것에 국한시켜야만 입법자의 형성의 자유가, 궁극적으로 헌법의 민주국가적, 권력분립적 기능질서가 보장될 수 있다.²⁶⁾ 만일 입법자의 헌

23) Vgl. Schlaich, 주 4, Rn.474ff.

24) Vgl. Bryde, 주 21, S.337

25) Vgl. Bryde, 주 21, S.307 ; Hesse, Funktionelle Grenzen(주 21), S. 269 ; Schlaich, 주 4, Rn.480

26) Vgl. Bryde, 주 21, S.306 f. ; Hesse, Grundzüge(주 21), Rn.569

법에의 기속과 헌법재판소의 심사기준이 일치한다면, 이는 공동체의 모든 것이 헌법재판소의 지시에 따라 형성되는, 즉 헌법재판소가 유일한 통치권력이 되는 사법국가를 의미한다.

평등원칙의 위반의 경우, 헌법적으로는 단지 서로 비교의 쌍을 이루는 두 대상의 연관관계에서 위헌이라는 것을 확인만 할 수 있을 뿐, 평등원칙의 위반이 어떠한 방법으로 치유되어야 할 것인가에 관하여는 헌법적으로 규정되어 있지 않다. 예컨대 어떤 법규정이 A 부류에게만 혜택을 주고, B 부류를 평등원칙에 위배되게 그 혜택에서 제외했다면, 합헌적 상태를 다시 회복할 수 있는 방법은, 첫째 법규정이 수혜자의 범위를 확대하여, B 부류에게도 혜택을 부여하거나, 둘째 법규정이 A 부류에게 주던 혜택을 폐지하여, 아무에게도 혜택을 주지 않는지, 셋째 수혜자의 범위를 A, B 부류와 관계없이 다시 확정하는 3 가지의 방법이 있다. 그러나 이 세 가지 방법 중에서 어느 것을 선택하여야 하는가의 문제는 헌법적으로 선결되어 있지 않기에 헌법은 이에 대하여 아무런 대답을 줄 수가 없다. 이러한 경우에 헌법재판소가 단순위헌결정을 내린다면, 이 법규정은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않으므로, A 부류 또한 혜택을 받지 못하게 된다. 이는 합헌적 상태의 궁극적인 회복이 아닌, 단지 합헌적 상태를 회복할 수 있는 방법 중 하나의 선택으로, 어떻게 합헌적인 상태를 다시 회복하느냐하는 것은 헌법재판소의 권한이 아닌, 입법자의 소관인 것이다; 무엇을 같게, 또는 다르게 취급하여야 하는가에 관하여 견해의 차이가 있다면, 이에 대한 결정의 적합한 형태는 민주적 의사형성과정, 즉 정치적 논의를 통한 다수의 결정이다. 헌법재판소는 이 경우, 무효선언을 함으로써 위헌적 상태를 제거하기는 하지만, 입법자의 의사와 관계없이 헌법적으로

규정되지 않은 법적 상태를 일방적으로 형성하게 된다. 그러나 평등원칙의 위반에서 그 결과에 대하여 책임을 지고, 일정 결론을 이끌어 내어야 하는 것은 오로지 입법자의 임무이다.

자유권에 대한 침해의 경우, 위헌적인 상태가 위헌결정이라는 한 단계의 행위를 통해서 제거되는 반면, 평등원칙의 위반은 항상 헌법재판소에 의한 헌법위반의 확인과 그에 따른 입법자의 입법개선을 통한 위헌적 상태의 궁극적 제거라는 두 단계의 행위로 구성된 절차를 요구한다. 그러므로 입법자와 헌법재판소간의 헌법상의 권한·기능분배의 관점에서, 헌법재판소는 평등원칙의 위반의 경우 무효선언을 할 권한이 없다. 헌법재판소는 단지 헌법적 한계를 설정·제시할 권한만 가지고 있을 뿐, 헌법의 한계 내에서 일정 방향과 내용의 정치적 결정을 내리는 것은 입법자의 소관이다. 헌법재판소는 입법자와의 관계에서 형성적으로 활동하는 것이 아니라, 원칙적으로 규범의 과거형식으로 입법자가 넘어서는 안되는 헌법적 한계를 넘었다는 것을 상기시키게 된다. 그러나 평등의 원칙에 위배되었을 때는 헌법재판소에 의한 규범의 과거형식은 예외적으로 형성적 기능을 갖게 된다. 그러므로 법률이 평등원칙에 위배될 때에는, 헌법재판소는 불합치결정을 통해 단지 평등원칙의 위반, 즉 헌법위반만을 확인하게 된다.

2. 自由權의 침해

연방헌법재판소의 결정초기단계에서는 평등원칙의 위반으로 인하여 불합치결정을 하는 경우에 불합치결정의 논거로서 평등원칙의 위반과 함께 부가적으로 입법자의 형성의 자유를 언급하였으나, 시

간이 경과함에 따라 입법자의 형성권은 차츰 평등원칙과 분리되어 불합치결정의 근거로서 독자적인 의미를 갖게 되었다. 평등원칙의 위반을 확인할 수 있는 경우뿐이 아니라, 규범이 자유권에 위반되는 경우에도, 헌법재판소는 입법자의 형서의 자유를 이유로 불합치결정을 하고 있다. 이에 따라 입법자의 형성권은 불합치결정을 근거하기 위하여 가장 빈번하게 사용되는 개념으로 간주되고 있다. 그러나 헌법재판소가 어떠한 결정에서는 불합치선언을, 이와 유사한 결정에서는 무효선언을 하는 등 일관된 입장을 보이고 있지 못하므로, 또한 학계에서 가장 비판을 많이 받는 불합치결정의 근거로 파악되고 있다.

a) 독일 決定例

우선 직업의 자유(Art. 12 I GG)를 침해하는 범조항에 관한 결정을 살펴보면, 연방헌법재판소는 껌자동판매기에 관한 결정(Kaugummiautomaten ; BVerfGE 34, 71)에서, 다른 식료품 소매업의 경영과 마찬가지로 껌자동판매기 사업에 대하여도 전문적 지식을 요구하는 것은 비례의 원칙에 위배되기 때문에, 식품소매업의 경영에 있어서 예외 없이 전문지식의 증명을 요구한 소매업법은 헌법에 합치되지 않는다고 하였다. 그 이전의 석유비축의무에 관한 결정(BVerfGE30, 292)에서와 마찬가지로 위 결정에서도 헌법재판소는, 석유비축의 의무를 부과하거나 식료품상에 대해서 전문지식을 요구함으로써 직업의 자유를 제한하는 법률 그 자체는 합헌이나, 그 법률이-유형적인 특징에 따라 명확히 경계지울수 있는-소수의 집단에 대하여는 비례의 원칙에 위배되게 과도한 부담을 의미하는 한 직업의 자유 및 평등의 원칙과 합치하지 않는다고 판시하였다. 헌법재

판소는, 검자동판매기 사업외에 어떠한 특수한 경우가 이에 해당하는지 결정하는 것은 입법자의 소관이며 헌법위반이 여러 가지 방법으로 제거될 수 있다는 이유로 부분위헌결정을 거부하였다.²⁷⁾

임시대학법 결정(Hochschulurteil ; BVerfGE 35, 79)에서 헌법재판소는 심판의 대상이 된 임시대학법조항(Vorschaltgesetz)이 대학내 합의기관에서의 학문적으로 중요한 사항에 관한 결정을 내리는데 있어서 대학교수에게 헌법적으로 요구되는 영향력을 확보하여 주지 못하고 있고, 대학교수의 집단을 합리적인 기준으로 한정하지 못하기 때문에, 학문의 자유(Art. 5 III 1 GG) 및 평등원칙과 합치하지 아니한다고 하였다. 위헌결정을 포기한 이유로는 단지, 어떠한 방법으로 확인된 헌법위반이 제거되어야 하는 것은 입법자가 결정하여야 할 문제라고 짧게 밝히고 있다.²⁸⁾

납본의 의무에 관한 결정(Pflichtexemplar ; BVerfGE 58, 137)에서는, 인쇄물의 발행시 출판자가 1부씩을 무상으로 국립도서관에 납부하는 의무를 부과할 수 있도록 문화부장관에게 위임한 Hessen 주의 언론법 제9조에 대한 위헌법률심판절차에서, 헌법재판소는 언론법이 예외 없이 무상의 납본의무를 부과하도록 위임하는 한 재산권의 보장과 합치하지 않는다고 결정하였다. 인쇄물의 출판시 1부씩의 무상납본의무는 그로 인하여 발생하는 출판자의 재산적 부담이 크지 않은 한, 헌법적으로 허용되는 재산권의 사회적 제약이나, 발행부수가 적고 권당 큰 경비가 소요되는 인쇄물에 있어서 예외 없이 비용의 상환을 배제한 것은 재산권의 제한의 경우에도 준수되어야 하는 비례의 원칙을 위반한 위헌적 조치라 하였다. 그러나 납

27) BVerfGE 30, 332f. ; 34, 80f., 그러나 연방헌법재판소는 그 이전에 담배자동판매기에 관한 유사한 결정(BVerfGE 19, 330)에서는 위헌 결정을 하였다.

28) BVerfGE 35, 148

본의 의무를 규정하는데 여러 가지 가능성이 있으므로 위헌결정을 피하고 부분적으로 위헌만 확인하였다.

연방헌법재판소는 소득세법에 관한 결정(Einkommenssteuer ; BVerfGE 87, 153)에서, 과세대상이 되어서는 안되는 최저생계액이 과소하게 책정된 소득세법은, 납세의무자에게 소득세를 내고 난 뒤에 적어도 최저생계비가 남아야 한다는 기본권적 최저생계의 보장에 위배된다고 확인하고(S. 169f),-위헌결정의 경우 법적 공백을 초래한다는 이유외에-세법상 고려되어야 하는 최저생계액이 얼마인가 하는 것은 입법자가 헌법의 한계 내에서 재정정책적 측면 및 사회, 가정정책적 관점 등 여러 가지 여건을 참작하여 결정하여야 할 문제이며, 따라서 입법자가 위헌적 상태를 제거하는 여러 가지 방법이 있기 때문에 위헌결정을 회피하고 있다.²⁹⁾

b) 不合法決定의 헌법적 근거로서의 形成의 자유 ?

aa) 決定例에서의 不合法決定의 근거

위의 직업의 자유를 제한하는 규정(석유비축의무 ; BVerfGE 30, 292, 전문지식의 증명 ; BVerfGE 34, 71)은 그 규범수규자들에게 서로 상이하게 작용한다 ; 대부분의 규범수규자에게는 그러한 의무의 부과가 직업의 자유에 대한 합헌적인 제한이나, 소수의 일정집단에게는 비례의 원칙을 벗어나는 위헌적 부담을 의미하게 된다. 또 한편으로는 평등원칙은 의무가 부과되는 규범수규자의 이익과 그 규범을 통하여 달성하려는 공익간의 관계에서의 사익의 서로 상이한 비중을 충분히 고려할 것을, 즉 일방적인 부담을 피하도록 규정할 것

29) BVerfGE 87, 178f.

을 요구하고 있다.³⁰⁾ 그러므로 규범수규자의 고유한 상황을 고려하지 않는 일률적인 의무의 부과로 인하여 집단에 따라 상이한 부담의 결과가 발생하는 데에서 또한 평등원칙의 위반을 찾아 볼 수도 있다. 그러나 이 부담은 다른 집단에게 부과되는 부담과의 비교를 통하여서가 아니라, 이미 그 자체로서 비례의 원칙에 위배되는 직업의 자유에 대한 침해로서 위헌적이다. 이러한 부담은 그러므로 상대적이 아니라 절대적으로 위헌이다.³¹⁾ 다른 집단과의 비교는 실질적인 부담의 정도를 파악하는데 도움이 될 수도 있으나, 일단 직업의 자유에 위반되는 부담을 확인한 이후에는 평등원칙의 위배여부는 문제가 되지 않는다. 평등원칙은 이 경우 단지 보충적 성격을 갖기 때문에 위의 결정에서 평등원칙을 언급하는 것은 사실상 불필요하다.³²⁾ 자유권에 대한 위반은 절대적인 위헌이기 때문에, 입법자는 부담의 정도에 있어서의 불평등한 취급을—순수한 평등원칙의 위반과는 달리—이러한 또는 저러한 방향으로 수정할 수 있는 것이 아니라, 오로지 위헌으로 판단된 부담을 피하는 규정을 제정하여야만 한다. 그러므로 자유권의 위반이 동시에 평등권의 위반으로 나타나는 경우에는, 자유권에 대한 부당한 침해의 제거를 합헌적 상대회복의 유일한 수단으로 요구하는 자유권의 절대성으로 말미암아, 평등원칙의 상대성과 그에 기인하는 입법자의 형성권은 기능할 수 없게 된다. 물론 직업의 자유에 관한 위의 결정에서, 규범대상자의 일부에 위헌적으로 과도한 부담이 부과되었고, 그러나—청구인이 속한 집단이외에—어떠한 경우가 또는 어떠한 집단이 위헌적 부담을 받는 대상에 속하는가를 결정하는 것은 입법자의 과제라고

30) 대표적으로 Vgl. BVerfGE 58, 150f.

31) Maurer, 주 4, S.356

32) Vgl. Lerche, Das BVerfGE und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S.358, 361 f.

주장할 수도 있으나³³⁾, 만약 헌법재판소가 그러한 집단이나 경우를 스스로 확정하는 것이 불가능하다면, 헌법재판소는 단지 그 이유 때문에 헌법적으로 부과된 자유권위반의 회복을 입법자에게 미루어 기피할 필요는 없고, 헌법재판소는 결정주문을 청구인이나 당해 소송 당사자가 속한 집단에 한정하여, 심판대상인 법률이 그 집단에 게 과도하게 부담을 부과하는 한 위헌이라는 일부위헌결정을 했어야 타당했다.³⁴⁾

임시대학법 결정(BVerfGE 35, 79)에서도 이와 마찬가지로 동권규정(Paritätenregelung)이나 교수집단의 확정 등이 불평등한 취급으로 나타날 수 있으나 이는 부수적인 것이며, 결정적인 것은 심판의 대상이 된 규범이 학문의 자유에 위배되고 그 때문에 위헌이라는 것이다. 이러한 기본권위반은 이러한 또는 저러한 방법이 아닌 단지 대학교수의 투표권의 비중을 강화함으로써만 제거될 수 있다. 그러나 이 결정에서 특이한 점은 심판의 대상이 되는 법률의 위헌적요소와 합헌적 요소가 헌법재판소의 결정으로 풀 수 없을 정도로 뒤엉킨 혼합상태를 이루어 위헌부분과 합헌부분의 경계설정이 거의 불가능하다는 것이다. 이와 같이 (부분)위헌결정으로는 충분히 합리적으로 구분하여 위헌적 상태에 대처할 수 없는 때에는 불합치결정이 하나의 방편으로 정당화될 수 있다.³⁵⁾

비용반상 없는 납본의무(BVerfGE 58, 137)에서는 발행부수 몇권에, 권당 가격 얼마부터 재산권의 사회적 제약의 범주를 넘는 위헌적 규정인가의 판단에 있어서 위헌부분과 합헌부분의 구분이 불명

33) 예컨대 BVerfGE 30, 333

34) Vgl. Hein, 주 4, S.80 ; Maurer, FS Weber(주 4), S.359

35) Vgl. Maurer, FS Weber(주 4), S.359

확하여 규범의 위헌성을 위헌결정으로 적절히 파악할 수 없다 ; 특히 이러한 경우에는 청구인이나 당해 소송사건 당사자가 소속된 집단의 유형화도 불가능하기에 부분위헌결정도 할 수 없다.

또한 소득세 결정(BVerfGE 87, 153)도 마찬가지로 합헌적 부분과 위헌적 부분의 경계가 불분명하여, 헌법재판소가 (부분)위헌결정으로는 위헌적 상태에 합리적으로 구분하여 대처할 수 없는 경우의 범주에 속한다고 보아야 한다. 이러한 범주에 속하는 것으로는 일반적으로 조세와 같이 국민에게 일정부담을 부과하는 것 그 자체는 합헌이나, 조세의 세율과 같이 그 부담의 정도가 과중하여 위헌적 요소를 지니고 있는 경우로서, 이러한 경우 헌법재판소가 위헌결정의 형태로 위헌부분과 합헌부분을 명확히 구분 짓는 것이 불가능하다.

bb) 自由權의 침해와 形成의 자유

평등원칙에 위배되는 규범에 있어서는, 위헌결정이 평등원칙의 위반을 적절하게 제거할 수 없고 이러한 제거가 권력분립의 관점에서 보아 입법자의 과제이기 때문에, 위헌상태의 제거에 관한 입법자의 형성의 자유가 존중되어야 한다. 만약 이 경우 헌법재판소가 위헌결정을 한다면,—위헌적 상태를 제거하는 여러 가지 방법이 있음에도 불구하고—헌법적으로 규정되지 않은 일정 법적 상태를 스스로 일방적으로 형성함으로써 입법자의 형성의 자유를 침해하게 된다. 그러나 자유권에 위배되는 규범에 있어서는, 단지 무효선언을 통하여 위헌적 법률을 제거하고 이로써 자유권에 대한 침해를 제거함으로써만 합헌적 상태가 회복될 수 있다. 그러므로 이 경우 무효선언을 하도록 헌법적으로 이미 규정되어 있기 때문에, 위헌성의 제거에 관한 한 입법자의 형성의 자유가 존재하지 않는다.³⁶⁾ 즉 자

³⁶⁾ Maurer, FS Weber(주 4), S.356f.

유권에 위배되는 규범의 심사에 있어서는 평등원칙의 위반과는 달리, 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에 있어서 고려하여야 할 입법자의 형성권이 존재하지 않는 것이다.

헌법재판소의 결정에 의한 위헌적 상태의 제거단계에 있어서 고려될 수 있는 입법자의 형성권과 구분되어야 할 것은, 헌법재판소에 의한 위헌상태의 제거 후 존재하는 새로운 입법에 관한 입법자의 형성의 자유이다. 새로운 입법의 내용에 관한 한 입법자의 형성권은 불합치결정을 한 경우와 마찬가지로 위헌결정으로 인하여 전혀 제한되지 않는다.³⁷⁾ 위헌결정 이후 입법자는 다시 새로운 출발점에 서있고, 헌법적 한계 내에서 허용되는 그가 적합하다고 생각하는 모든 형성의 가능성이 열려 있다. 오히려 자유권의 위반의 경우에는 불합치결정으로 인하여 입법개선에 관하여 헌법재판소로부터 일정 행위지침을 받게 될 수도 있다. 그러므로 평등원칙이외의 다른 헌법위반의 경우에는 헌법재판소가 그의 결정에 있어서 고려하여야 할 입법자의 형성권이 존재하지 않고, 헌법재판소의 결정 이후에는 입법자의 형성공간이 위헌결정으로 인하여 위헌적 법률이 완전히 제거됨으로써 보장되기 때문에, 입법자의 형성의 자유에 대한 존중은 평등원칙위반이외의 다른 헌법위반의 경우에는 원칙적으로 불합치결정을 정당화할 수 없다.³⁸⁾ 자유권에 대한 위반은 상대적 위반이 아닌 절대적 위반이기 때문에, 불합치결정의 적용을 자유권을 침해하는 위헌적 법률에도 확대하는 것은 원칙적으로 배제되어야 한다. 단지규범의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재규범의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재

37) Sachs, NVwZ 1982(주 4), S.660 ; Maurer, FS Weber(주 4), S.357 ; Hein, 주 4, S.116

38) Vgl. Hein, 주 4, S.114 ff. ; Schlaich, 주 4, Rn.369

판소가 (일부)위헌결정으로 적절하게 구분하여 대처할 수 없고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주국가원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적 상태를 제거하는 여러 가지 가능성을 인정할 수 있는 경우에는, 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 형성의 자유가 불합치결정을 정당화할 수 있다.³⁹⁾

3. 立法不作爲의 위헌확인

입법자가 헌법적으로 요구되는 규율을 입법화하지 않은 경우에 불합치결정을 정당화하는 것은, 입법자의 형성의 자유나 평등원칙의 상대성과 같은 헌법적 사유가 아니라 단지 법기술적인 이유이다⁴⁰⁾ ; “규정되지 않은 것”, 아직 입법화되지 않은 것은—법기술상의 이유로—무효선언의 대상이 될 수 없다. 즉 규범자체가 존재하지 않기 때문에, 존재하는 규범을 전제로 하는 위헌결정은 입법부작위에 있어서는 불가능하기 때문에, 헌법재판소는 입법부작위가 헌법에 위반된다는 것만을 확인하게 된다. 입법부작위가 성립하기 위하여는 입법자의 작위의무, 즉 입법의무의 존재가 전제되어야 하는데, 입법의무는 그의 위반을 확인할 수 있을 정도로 헌법 스스로가 입법의무의 내용과 범위를 구체화하고 있는 경우에 인정될 수 있다. 이러한 입법의무가 인정되는 것은, 헌법이 개별규정에 의하여 입법의무의 내용과 범위를 본질적으로 규정하는 소위 헌법위임(Verfassungsauftrag)의 경우와, 명백한 헌법위임이 없는 경우라 할지라도 객관적 헌법질서의 기본결정으로부터 헌법해석을 통하여 입법자의 구체화된 행위의무나 보호의무를 도출해 낼 수 있는 경우에

39) Vgl. Maurer, FS Weber(주 4), S.359

40) Vgl. Maurer, 주 4, S.346 ; Schlaich, 주 4, Rn.374

다.⁴¹⁾

a) (묵시적인 혜택의 배제에 의한) 平等原則의 위반
과 立法不作爲⁴²⁾

규범이 평등원칙에 위배되면—평등원칙의 특수성과 입법자의 형성권 때문에—불합치결정을 하는 것이 원칙이나, 법률이 “B는 혜택에서 배제한다”는 명문의 배제조항으로 일정집단(B)을 명시적으로 혜택의 대상에서 제외하는 경우에 헌법위임의 존재로 인하여 혜택에서 제외된 집단을 수혜자범위에 포함시키는 것만이 불평등한 상태를 제거하는 유일한 방법이라면, 이 경우 입법자의 형성의 자유는 존재하지 않고, 헌법재판소는 (일부)위헌결정을 통하여 혜택의 범위를 확대함으로써 헌법위임을 실현하고 위헌적 상태를 제거하게 된다. 그러나 불평등한 취급이 명문의 배제조항의 형식이 아닌 묵시적으로 이루어지는 경우, 즉 “A에게 혜택을 부여한다”는 식으로 법률에서 일정집단(B)을 언급하지 않음으로써 혜택의 대상에서 제외되는 경우에는, 위헌결정으로 무효화시킬 수 있는 대상인 위헌적 규범이 존재하지 않기 때문에, 헌법재판소는 헌법위임이 존재하나 입법자가 이를 입법과정에서 고려하지 않음으로써 입법부작위가 존재한다는 것을 확인만 하게 된다.

41) 입법부작위에 관하여 Lerche, Das BVerfG und die Verfassungsdirektiven, AöR 90(1965), S.341 ff. ; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S.61 ff., 89 ff. ; Schumann, Die Problematik bei gesetzgeberischem Unterlassen, AöR 88(1963), S.331 ff. ; Stern, Staatsrecht, Bd.II, S.1283 ff. ; BVerfG, Vorprüfung sausschuß, NJW 1983, 2931 ; BVerfGE 56, 70f., ; 김지형, 입법부작위에 관한 헌법문제, 헌법재판소 헌법재판자료 제5집, 3면 이하

42) 자세하게 vgl. Hein, 주 4, S.57ff.

여기서 위헌결정의 회피를 정당화하는 것은 평등원칙의 위반이 아니라, 입법부작위, 즉 헌법적으로 요구되는 입법이 존재하지 않는 상태에서는 위헌결정을 통하여 실현될 수 없는 헌법위임의 존재이다. 또한 평등원칙의 위반으로 인한 당해 법률의 불완전성이 곧 입법부작위를 의미하는 것이 아니라, 평등원칙의 위반이 헌법위임과 관련되는 경우에만 입법부작위를 인정할 수 있다는 것을 유의하여야 한다 ; 만일 묵시적인 혜택의 배제가 입법부작위라면 이 부작위는 혜택부여규정의 존재에 의하여 발생된 조건적, 상대적 부작위이다. 그러므로 명문의 개별적 규정으로 또는 해석을 통하여 구체화될 수 있는 헌법위임이 존재하나, 그를 충족시키는 법적 규정을 찾아 볼 수 없을 때에야 비로소 입법부작위라 말할 수 있다. 예컨대 헌법위임에 의하여 입법의무가 부과된 입법사항을 규율하는 법률을 제정하는데 있어서, 그 규율대상 가운데에서 일부 집단만을 규율하는 법률을 제정하고 나머지 집단에 대하여는 전혀 언급을 하고 있지 않은 경우에는, 헌법위임 때문에 규율대상이 되어야 함에도 불구하고 제외된 집단을 그 대상에 포함시키지 않은 것은 헌법상 입법의무에 위반하는 입법부작위에 해당한다. 그러므로 제외된 집단을 혜택의 대상에 포함시킬 것을 요구하는 헌법위임이 존재하지 않음에도 불구하고, 단지 법률이 일정집단을 평등원칙에 위배되게 묵시적으로 혜택으로부터 배제하는 것에서 입법부작위를 인정하려는 시도는 타당하지 않다.⁴³⁾ 만일 평등원칙에 위배되는 불완전한 입법을 입법부작위라 한다면, 거의 모든 헌법위반이 입법부작위라 하여도 과언이 아니고, 결국 공권력의 행사와 불행사의 경계가 사라지

43) Vgl. Hein, 주 4, S.61 f., 74 ; Schlaich, 주 4, Rn.374. 입법부작위의 개념을 부당하게 확대하여 헌법위임이 존재하지 않는 단순한 평등원칙의 위반의 경우에도 입법부작위를 인정하려는 시도에 관하여, Pestalozza, BVerfG und GG I(주 4), S.529f.

게 된다.

이러한 평등원칙의 위반과 헌법위임의 연관관계에서 위헌결정을 포기한 예는 von Rohdichsche Legatenfonds 재단에 관한 결정⁴⁴⁾(BVerfGE 15, 46)을 대표적으로 들 수 있다. 헌법재판소는 이 결정에서 “입법자가 위 재단을 기본법 제131조에 규정한 자들의 범위에 속한다고 명시하였어야 함에도 불구하고, 기본법 제131조에 관한 법률에 의하여 규정하지 않음으로써 청구인의 평등권을 침해했다”고 청구인의 헌법소원을 인용하였다. 평등원칙과 기본법 제131조의 헌법위임의 요구를 충족시키기 위하여는, 헌법적으로 오로지 이 재단을 기본법 제131조에 관한 법률에 포함시키는 것만이 고려될 수 있을 뿐이었다.

b) 그외의 立法不作爲

연방헌법재판소는 공무원봉급에 관한 결정⁴⁵⁾(Beamtenbesoldung ; BVerfGE 8, 1)에서 “입법자가 연금수령자의 연금을 적절하게 인상하지 아니함으로써, 헌법소원 청구인의 기본법 제33조 제5항에 보장된 적절한 봉급을 청구할 권리를 침해하였다”고, 입법부작위에 의한 권리침해를 확인하였다. 기본법 제33조 제5항은 전통적인 직업공무원제도를 고려하여 공무원법을 규율하도록 규정하고 있는데, 헌법재판소는 당해 헌법소원과 관련하여 기본법 제33조 제5항이 구체적으로 공무원의 적정한 생계부양에 관하여 입법할 의무를 부과하는 헌법위임이라는 것을 확인하고, 연금규정을 변화한 현실에 적용시키지 않은 것은 이러한 헌법위임을 이행하지 못한 거이라고 판

44) 이 결정에 관한 자세한 소개에 관하여 김지형, 주 41, 44면 이하

45) 이 결정의 자세한 소개에 관하여 김지형, 주 41, 38면 이하

시하고 있다. 봉급규정 그 자체가 위헌이 아니라, 봉급규정을 현실에 적용시키지 않은 부작위가 위헌이기 때문에, 이와 같이 위헌성이 입법부작위에 한정될 수 있는 경우에는 “...규정을 입법하지 아니함으로써 청구인의 권리를 침해하였다”는 위 헌법소원의 결정주문에서와 같이, 청구인의 권리라 입법부작위로 인하여 침해되었다는 것만을 확인하는 입법부작위의 위헌선언을 할 수 있다. 따라서 입법부작위의 경우, 위헌성의 중점이 존재하는 규범의 흠결에 있느냐 아니면 단지 규범의 결여에 있느냐에 따라, 존재하는 규범에 대한 (부분)불합치결정도, 또는 부작위의 위헌선언도 할 수 있음을 유의하여야 한다.⁴⁶⁾ 즉 입법부작위로 인한 헌법위반의 경우 위헌성이 입법부작위에만 한정된다면, 불합치결정을 필연적인 결과로 가져오는 것도 아니며, 오히려 입법부작위의 위헌선언이 더욱 적절한 결정유형이라 할 수 있다.

연방헌법재판소는 세리사법(Steuerberatungsgesetz)에 관한 결정(Steuerberatung ; BVerfGE 21, 173)에서, 입법자가 세리사법 제정 당시의 기존의 납세대리인에게 세리사업무 외에 다른 영업의 행사를 가능케 하는 경과규정을 두지 않음으로써, 직업의 자유에서 발생하는 국가의 보호의무를 위반하였다고 판시하고, 결정주문에서 “입법자가 세리사법 제정에 있어서 경과규정을 두지 않음으로써 직업의 자유를 침해하였다고, 불합치결정이 아닌 부작위의 위헌만 확인하였다.

사법연수에 관한 결정(Juristischer Vorbereitungsdienst ; BVerfGE 39, 334)에서도 연방헌법재판소는, 자유민주주의 기본질서를 수호할 자세가 보장되지 않은 사법연수대상자에게—공무원법에 의하여 규율된 사법연수외에—공무원관계 이외의 관계에서 사법연수

46) Vgl. Hein, 주 4, S.57, 69 ff. ; Schlaich, 주 4, Rn.373 f.

가 가능할 수 있도록 규율하지 않은 것은, 국가의 사법연수에 관한 독점적인 지위에서 나오는 입법위임을 위반한 것이고 이로써 기본권을 침해했다고 하였다. 여기서도 역시 현존하는 규정의 합헌성을 인정하여 불합치결정 대신 부작위의 위헌만을 확인하였다.

그러나 이혼사유에 관한 결정(§ 1568 II BGB ; BVerfGE 55, 134)에서는 헌법재판소는, 부부가 5년 동안 별거한 후에는 특별히 가혹한 경우를 고려함이 없이 예외 없이 이혼을 허용하는 독일 민법 제1568조 제2항에 대하여, 이 법조항은 원칙적으로 합헌이고 단지 입법자가 가혹한 결과를 완화하는 규정(Härteklausel)을 제정하지 않음으로써 기본법 제6조 제1항(혼인과 가정의 보호)의 헌법위임을 고려하지 않은 것이 위헌임에도 불구하고 “특별히 가혹한 경우를 고려함이 없이 예외 없이 이혼이 허용되는 한, 민법 제1568조 제2항은 기본법 제6조 제1항과 합치하지 않는다”고 (부분)불합치결정을 하였다.⁴⁷⁾

그러나 근래에 다시 Hessen 주의 건축법에 관한 결정(Hessische Bauordnung ; BVerfGE 68, 272)에서는—단순건축물에 관한 설계도면의 승인권을 행사하기 위하여 과거와는 달리 일정자격을 요구하는—존재하는 규범은 합헌이고, 단지—과거에 그러한 자격 없이 승인권을 행사한 집단을 위한—경과규정이 결여되었다고 확인하고, 입법부작위가 직업의 자유에 위반된다고 부작위의 위헌 선언을 하였다. 또한 차비변상에 관한 결정(Fahrgelderstattung ; BVerfGE 68, 155)에서도 “장애자법 제60 I, IV조는 헌법과 합치한다. 그러나 결정이유에 따라 가혹한 경우를 위한 보완규정을 두어야 한다.”는 주문으로 단지 부작위의 위헌만을 확인하였다.

47) BVerfGE 57, 361에서도 마찬가지로 가혹한 경우를 완화하는 규정의 결여를 이유로 존재하는 법조항에 대하여 부분 불합치결정을 하였다.

4. 違憲法律의 잠정적인 적용을 가능하게 하기 위한 경우

a) 독일 決定例

불합치결정을 허용하는 또 다른 헌법적 사유는 위헌결정을 할 경우에 초래되는 법적 효과이다. 위헌결정으로 인한 법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는, 위헌적인 법률을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가, 위헌결정으로 인해 발생하는 규율 없는 합헌적 상태보다 예외적으로 헌법적으로 더 바람직한 상태라는 사고가 바탕이 되어 있다. 불합치결정의 초기단계에서는 일반적으로 위헌규범의 잠정적 적용을 가능케 하기 위하여 위헌결정을 피하고 불합치결정을 한다고 생각되었다. 그러므로 불합치결정과 위헌결정의 근본적인 차이를 위헌법률의 잠정적용에서 찾았으나, 헌법재판소가 자녀의 국적법에 관한 결정(BVerfGE 37, 217, 262)에서 위헌결정과 불합치결정은 위헌법률의 적용금지란 의미에서는 동일한 효력을 가지고 있다고 분명히 밝힘으로써 종전의 입장을 수정하였다. 이에 따라 법적 효과의 관점이, -다른 사유와 함께 또는 독자적으로-불합치결정을 근거하는 헌법적 사유와, -다른 사유 또는 법적 효과의 관점으로 근거된 불합치결정에 있어서-위헌법률의 잠정적용을 정당화하는 근거의 두가지 의미로 나누어져 사용되었다.

공무원봉급법에 관한 결정(Beamtenbesoldung ; BVerfGE 8, 1)에서 연방헌법재판소는, 봉급을 인상하지 않은 것은 기본법 제33조

제5항에 위반된다고 확인하고, 그러나 헌법적 질서보다 더욱 떨어진 법적 상태의 발생을 방지하여야만 하기 때문에 봉급법을 무효선언할 수 없다고 하여, 법적 효과의 관점이 불합치결정을 근거하는 사유로 언급되고 있다.

대학입학제한에 관한 결정(numerus clausus-Urteil ; BVerfGE 33, 303)⁴⁸⁾에서 헌법재판소는 다음과 같이 법적 효과의 관점을 불합치결정의 근거로서 정당화하고 있다 ; 입학허가제한의 조건과 학생선발기준을 입법자가 스스로 규정하여야 함에도 불구하고 대학에 백지위임을 한 Hamburg 주의 대학법조항은 위헌이나, 만일 이 법조항을 무효선언하여 법질서에서 제거하면 그나마 불명확한 법적 근거마저도 없어져 대학에 긴급권한을 부여하는 결과를 가져오게 된다. 이러한 상태는, 비록 불충분하나마 입학제한을 부분적으로 규율하고 있는 법률을 근거로 입학제한을 실시하는 상태보다도 더욱 헌법적 질서에서 떨어진 법적 상태라 할 수 있다. 이러한 경우 입법자의 입법시까지 위헌적 상태가 규율 없는 상태보다 우대될 수 있다.⁴⁹⁾

독일 아버지와 외국인 어머니의 혼인으로 출생한 자식은 자동으로 독일 국적을 취득하고, 독일 어머니와 외국인 아버지 사이에서 출생한 자식은 무국적의 우려가 있을 때에만 독일 국적을 취득하도록 규정한 독일 국적법 조항에 관한 결정(Staatsangehörigkeit ; BVerfGE 37, 217)에서, 연방헌법재판소는 불합치결정을 평등원칙의 위반과 입법자의 형성의 자유에 근거하고, 그러나-입법자의 새로운

48) 이 결정의 주문은 다음과 같다 ; "Hamburg의 대학법 제17조는, 신입생 입학허가제한에 있어서 학생선발에 적용할 기준의 종류와 순위관계를 입법자가 직접 규정하고 있지 않는 한, 기본법과 합치되지 않는다. 그러나 이 규정은 입법개선시까지, 길어도 1973년 여름학기 초까지 적용하여도 된다."

49) BVerfGE 33, 346f.

입법시까지 잠정적인 적용을 허용하지 않는다면 그 사이 태어난 자녀들이 아무도 국적을 취득하지 못하는 결과가 발생하기 때문에-적용의 금지가 헌법적으로 용인될 수 없는 법적 공백을 초래한다면 예외적으로 위헌법률의 잠정적 적용이 고려된다고 판시하고 있다.⁵⁰⁾

독신양육자에 대한 과세에 관한 결정(Besteuerung, Allein erziehende ; BVerfGE 61, 319)에서 불합치결정은 평등원칙의 위반에 기초되었으나, 이어서 법적 효과에 있어서 헌법적 질서에서 더욱 멀어지는 법적 상태가 발생하지 않도록 위헌규범의 잠정적 적용을 명하고 있다.⁵¹⁾

고전적 음란서적인 Mutzenbacher라는 Wien 창녀의 자서전적 소설에 관한 결정(Mutzenbacher ; BVerfGE 81, 130)⁵²⁾에서 헌법재판소는, 저작물을 청소년유해서적목록에 포함시키는 데 있어서 그 선정절차를 규정한 범조항이—서적목록에의 수용여부를 판정하는 위원회의 위원선발절차에 관한 규정을 입법자가 스스로 정하여야 함에도 불구하고 불충분하므로—본질성이론에 비추어 보아 규범의 불명확성 때문에 위헌인 경우에 규범의 무효선언을 한다면, 수권규범이 존재하지 않으므로 아동과 청소년보호관할 행정청이 더 이상 활동할 수 없는 결과를 가져오므로 헌법적으로도 보장된 청소년과 아동의 보호는 이러한 법적 흠결에도 불구하고 위헌규범의 계속적용을 요구한다고 하였다.⁵³⁾ 이와 유사한 결정으로는, 학생의 유급이나 학교의 폐지와 같은 문교 행정에서의 기본권 침해나 행정에서의 기

50) BVerfGE 37, 261f.

51) BVerfGE 61, 356f.

52) 이 결정의 주문은 다음과 같다 ; “청소년유해서적 유포에 관한 법 제9조 제2항은 범치국가 원칙과 관련하여 예술의 자유(Art. 5 III GG)와 합치하지 않는다. 그러나 이 범조항은 입법 개선시(1994. 12. 31)까지 계속 적용된다.”

53) BVerfGE 83, 130, 152ff.

본권 침해에 필요한 수권규범으로는 종래의 지배적인 견해에 의하면 하위법인 명령이나 규칙과 같은 행정입법으로도 충분하다고 생각되었으나, 헌법재판소가 “본질사항유보설”에 따라 입법부와 행정부가 규율할 수 있는 입법범위의 경계를 확정하고, 민주국가에서 국민의 기본권 행사나 실현을 위해 본질적인 문제는 국민의 대의기관인 의회에 유보되어야 하고, 의회의 법률에 의해 규율되어야 한다고 결정함으로써, 지금까지의 수권 규범이 효력을 상실하게 되었다.⁵⁴⁾ 그러나 국가의 중요한 행정이 잠시도 중단되어서는 안되기 때문에, 헌법재판소는 위헌적 규범이 잠정적으로 적용될 수 있는 경과기간을 허용하였다.

소득세법에 관한 결정(Einkommenssteuer ; BVerfGE 87,153)에서는 최저생계액의 확정에 있어서의 입법자의 형성의 자유외에, 위헌결정의 경우 입법개선시까지 조세의 부과가 불가능하기 때문에 위헌결정으로 인하여 위헌적 상태보다도 더욱 헌법적 질서에 멀어지는 법적 상태를 발생한다는 이유로 불합치결정과 함께 소득세법의 잠정적 적용을 명하고 있다. 이 결정에서 특이한 것은 헌법재판소가 또한 세법과 예산상의 특성을 위헌법률의 계속적용을 허용하는 이유로 들고 있는 점이다.⁵⁵⁾

54) BVerfGE 51, 268(287ff.)

55) Vgl. BVerfGE 87, 178 f., “불합치 결정을 하는 경우 개정법률이 아직 확정되지 아니한 위헌적 법률에 근거한 모든 공권력의 결정에 소급하여 적용되는 것이 원칙이나 신뢰에 기반을 둔 재정계획이나 예산계획이 존재하는 경우에는 개선입법의 소급효력이 허용되지 않는다. 소득세는 주기적으로 반복되는 현소득에 대한 과세로서 매년 그 회계연도의 국가재정을 충당하는 역할을 한다. 만약 불합치결정의 결과로서 입법개선시까지 몇 개 회계년도 동안 엄청난 수의 조세처분이 개정법률에 따라 다시 새로이 결정되고 소급적으로 처리되어야 한다면, 그러나 그에 반하여 과거 몇 년간의 예산은 소급하여 달리 책정하는 것이 불가능하다면, 이는 곧 현재와 미래의 국가예산과 납세자의 회생으로 과거의 조세채무자의 부담을 덜어주는 결과를 가져오게 된다. 그러므로 세제상 고려되어야 하는 최저생계액의 과소책정으로 인한 소득세의 위헌성은 소급하여 제거되기를 헌법적으로 요구하지 않는다. 이 경우 입법자가 장래효로써 입법개선을 하고, 미래의 재정계획을 수립하는데 있어서 장래효의 개정입법을

b) 不합致決定의 헌법적 근거

위에서 살펴본 연방헌법재판소의 결정을 근거로 위헌적 법률을 잠정 적용하는 상태와 법률 없는 상태를 비교하여 볼 때, 어떠한 경우에 차라리 일정기간 위헌적 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 더 가깝다고 판단되는가 하는 것을 일반화시켜보면, 우선 위헌적 법률이 잠시도 중단되어서는 안되는 국가 행정의 수권규범을 제공하고 있고, 위헌결정으로 법률이 효력을 상실할 경우, 수권규범이 더 이상 존재하지 않게 됨으로써, 중요한 국가행정의 이행이 수권규범의 결여로 불가능하게 되는 경우이다.⁵⁶⁾ 예컨대 국적, 공무원의 봉급과 같이 신분관계를 규율하는 법규범⁵⁷⁾이나 문교행정이나 행형에서의 기본권침해의 수권규범⁵⁸⁾이 위헌인 경우이다. 또한 세법이 위헌인 경우, 위헌결정으로 인한 법적 공백의 발생과 납세자와 세무관청의 법적 상태에 대한 혼란을 방지하기 위해서, 적지 않은 경우 입법개정시까지 잠정 적용을 허용하는 경과규정을 두고 있다. 세법의 경우 위헌결정은 이미 확정된 그 회계연도의 예산에 영향을 미칠 수 있으므로, 그 회계연도의 국가 재정의 확보를 위태롭게 하지 않으려는 고려도 불합치결정을 정당화하고 있다.⁵⁹⁾

기초로 하면된다.“, 그 전에 이미 판매세법(Umsatzsteuergesetz)에 관한 결정(BVerfGE 21, 12)에서 판매세법이 평등원칙에 위반되었음에도 불구하고 법적 흠결을 관용하여 합헌결정을 하고, 그 대신 입법자에게 조속한 세법개정을 촉구하였다. 입법자는 결정 만년 후 결정의 취지를 반영하여 부가가치세법(Mehrwertsteuergesetz)으로 개정하였다. 여기서도 위헌결정이 가져올 판매세의 제거가 국가재정을 위태롭게 하리라는 세법과 예산법상의 고려가 문제되었다.

56) BVerfGE 83, 130(154)

57) BVerfGE 37, 217, 261 f. ; 44, 249, 282 f.

58) Vgl. BVerfGE 51, 268, 287 ff. ; 83, 130, 152 ff.

59) BVerfGE 87, 178 f.

여기서는 합헌적 상태의 회복이 입법자의 활동에 의존해있기 때문이 아니라, 그보다는 위헌적 법률의 잠정적 적용이라는 법적 결과를 가능케 하기 위하여 헌법재판소가 불합치결정을 하게 된다. 위헌적인 법률의 잠정적인 적용은 무엇보다도 법적 안정성의 측면에서, 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여, 일정기간 동안 입법자의 새로운 입법시까지 위헌적 법률을 존속시켜야 할 필요성이 있는 경우에 인정된다. 그러므로 여기서 위헌적인 법률을 존속케 하고, 또한 잠정적으로 적용하게 하는 것은 법치국가적 요청인 “법적 안정성”의 이유이다.⁶⁰⁾

III. 不合法決定의 효력

1. 독일 決定例

불합치결정의 법적 효과에 관하여 연방헌법재판소의 결정을 크게 두 단계로 나눈다면, 초기단계에서는 불합치결정의 경우 위헌법률은 입법자의 입법개선시까지 잠정적으로 계속적용이 된다고 간주되었으며, 바로 여기에서 불합치결정을 하는 이유와 불합치결정의 위헌결정에 대한 근본적인 차이를 인정하였다. 그러나 국적법에 관한 결정(BVerfGE 37, 217, 261)에서 “위헌결과와 불합치결정은 그 효과에 있어서 차이가 없다”고 판시함으로써, 헌법재판소는 불합치결정의 효력에 있어서 근본적으로 입장을 전환하였다.

법률구조 결정(Armenrecht ; BVerfGE 22, 349, 363)에서 연방헌

60) Vgl. Heußner, 주 4, S.259 ; Moench, 주 4, S.172 ff. ; Schlaich, 주 4, Rn.385

법재판소는 처음으로 불합치결정의 법적 효과에 대하여 입장을 표명하였다 ; “위헌적 법률에 근거한 일반법원의 판결은 파기환송되어야 하며, 일반법원은 입법자의 새로운 결정시까지 절차를 정지하여야 한다. 이러한 방법으로 당해 소송사건의 원고가, 그의 청구를 기각하는 판결의 확정력이 발생함이 없이, 경우에 따라 그에게 유리할 수 있는 개정입법의 혜택을 받을 수 있는 기회가 열려져 있어야 한다.” 이 결정에서는 적어도 계기를 부여한 당해사건에 있어서의 절차정지의 의무를 뚜렷이 밝히고 있다.

국적법에 관한 결정(BVerfGE 37, 217, 261f.)에서는 불합치결정의 효력에 관하여 자세하고도 명확하게 입장을 밝히고 있다. 이 결정의 중요한 의미는 위헌적 법률의 적용금지라는 측면에서 위헌결정과 불합치결정이 근본적인 차이가 없다는 것을 분명히 밝힌 것이다. 즉 “위헌적 법률은 입법개정시까지 원칙적으로 적용되어서는 안되며, 단지 위헌규범이 규율하는 대상이 법적 공백을 허용하지 않을 때에만 예외적으로 잠정적용이 가능하다”고 판시하고 주문에서 잠정적용을 명하고 있다. 또한 당해 사건에 대한 일반법원의 절차정지의무를 다시 한번 강조하면서 절차정지의 의무를 처음으로 유사사건에도 확대시키고 있다. 입법자의 입법개선 의무에 관하여도 입법개선이 원칙적으로 소급적으로 이루어져야 하나, 소급효력이 규범의 제정시점으로부터 미칠 필요는 없고, 제한된 소급효를 규정하는 헌법재판소법 제79조의 기본정신에 따라야 한다고 판단하고 있다.

독신양육자의 과세에 관한 결정(Besteuerung, Alleinerziehende ; BVerfGE 61, 319, 356f.)에서는 위의 국적법결정에서의 입장을 다시 한번 확인, 강조하고 있다. 이 결정에서 특이할 만한 것은, 문제되는 소득세법조항의 계속적용을, 과세처분이나 판결의 확정력이 생

가지 않도록, 단지 잠정적 조세확정(vorläufige Steuerfestsetzung)의 유보하에서 허용하고, 입법자에게는 소급하여 위헌적 상태를 규율할 의무를 부여하고 있는 것이다. 이는 위헌법률의 잠정적용으로 인하여 적어도 경과기간 동안 입법자의 입법개선의 방향이 이미 일정 방향으로 결정되게끔 완성된 사실이 형성됨으로써, 불합치결정의 취지에 반하여 입법자의 형성의 자유가 다시 제한되어서는 안된다는 의도이다.

2. 違憲法律의 존속과 立法者의 입법개선의무⁶¹⁾

불합치결정과 위헌결정의 근본적인 차이는, 위헌결정의 경우 위헌적 법률이 효력을 상실함으로써 제거되는 것에 반해, 불합치결정은 위헌적 법률을 우선 형식적으로 존속케 하는 데 있다. 따라서 헌법재판소가 위헌결정을 한 경우에, 입법자가 헌법에 합치되는 형태로 다시 규율을 하려고 한다면, 입법자는 새 법을 제정해야 하나, 입법자가 더 이상 규율을 하지 않으려고 한다면, 헌법재판소가 이미 입법자를 대신하여 그 법률을 제거했기 때문에, 입법자는 법률을 폐지해야 할 필요가 없다. 이에 비해서 헌법재판소가 불합치결정을 한 경우에는, 입법자는-법률이 존속하기에-스스로 법률을 폐지하거나 아니면 보완·개선할 수 있다.

헌법재판소가 불합치결정을 통해서 위헌적 법률을 존속케 하는 근본적인 이유는, 헌법재판소가 위헌적 법률을 제거함으로써 스스로 합헌적 상태를 실현할 수 없고, 위헌적 상태의 제거는 입법자의 활동에 달려 있기 때문이다. 즉 헌법재판소는 위헌적 법률을 제거

61) Vgl. Heußner, 주 4, S.257 f. ; Hein 주 4, S.168 ff. ; Schlaich, 주 4, Rn.388 ff.

하지 않고 존속케 함으로써, 나중에 입법자가 헌법과 합치되는 방향으로 조형할 수 있는 소재를 제공하는 것이다. 그러므로 불합치결정은, 항시 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 된다.⁶²⁾ 즉 불합치결정은 항시 입법자의 입법 촉구에 관한 결정을 포함하게 된다. 입법자는 위헌적 법률을 헌법과 합치되는 방향으로 개선하든가, 또는 폐지함으로써, 위헌적 상태를 제거할 수 있다.

3. 適用禁止와 절차의 정지(행정청과 법원에 미치는 효력)

a) 절차의 정지

불합치결정의 효력은, 위헌적 법률은 소멸하지 아니하고 형식적으로 존속하나, -위헌결정에서와 마찬가지로- 원칙적으로 위헌적 법률의 적용이 금지되고, 헌법심판의 계기를 부여한 당해 사건과 법원과 행정관청⁶³⁾에 계류중인 모든 유사사건의 절차가 정지되는데 있다.⁶⁴⁾ 헌법재판소는, 입법자가 위헌적 법률을 헌법에 합치하는 규정으로 대체할 때까지, 법원과 행정청에 절차의 정지를 명하게 되고, 법원과 행정청은 헌법재판소의 불합치결정과 함께 당해 사건과

62) BVerfGE 55, 100(110) ; 86, 369(379f.)

63) 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속하므로 법원과 행정청에 계류중인 사건을 구분하여 차별대우하여야 할 하등의 합리적인 근거가 없다. 불합치결정의 경우에도 위헌법률은 적용되어서는 아니되며, 모든 국가기관은 위헌규범의 적용으로 스스로 위헌적 국가행위를 하여서는 아니되므로, 이러한 적용금지 는 법원이나 행정청에 이의를 제기한 사건에 있어서는 당연히 절차의 정지라는 형태로 나타난다.

64) Vgl. Moench, 주 4, S.170 ff. ; Hein, 주 4, S.182 ff. ; Heußner, 주 4, S.258 ; Pestalozza, BVerfGE und GG I(주 4), S.562 f. ; Maurer, 주 4, S.360 f. ; Schlaich, 주 4, Rn.378 ff.

병행 사건에서의 절차를 정지해야 할 의무가 생긴다.⁶⁵⁾ 그러므로 헌법재판소가 불합치결정을 내리면 일반법원은, 구체적 규범통제절차에서 위헌제청 이후 제청법원이 위치하는 상황과 유사한 상황에 놓이게 된다 ; 유사사건은 당해 사건과 마찬가지로 취급되어야 하며, 문제가 되는 규범은 적용되어서는 안 된다. 위헌규범의 적용금지 는 법치국가적 요청의 당연한 귀결로서, 헌법재판소가 어떠한 결정유형으로 규범의 위헌성을 확인하였던 간에 그와 관계없이 모든 국가기관은 위헌법률의 적용과 집행으로 인하여 스스로 위헌적 국가행위를 하여서는 안 된다. 그러므로 예컨대 가사휴일법결정 (BVerfGE 52, 369) 이후 독신여성근로자가 가사휴일을 청구한 소송에서 독일 연방노동법원은 “헌법재판소에 의해 불합치결정된 가사휴일법조항은 독신여성과 남성모두에게 적용될 수 없고, 이에 관한 법적 상태는 입법자에 의한 해명이 필요하기 때문에 일반법원은 입법자의 새로운 결정시까지 모든 절차를 정지하여야 한다. 이는 헌법재판소 결정의 기속력에서 나오는 당연한 결과이다. 가정을 갖고 있는 기혼여성의 가사일 청구권에 있어서는 헌법재판소의 결정이 규범의 위헌성을 명백하게 독신근로자에게 국한하고 있기 때문에, 노동법원은 그 범위내에서 가사 휴일법조항을 계속 적용할 수 있다.⁶⁶⁾고 하고 있다.

그러므로 불합치결정의 위헌결정과의 가장 본질적인 차이는, 위헌법률의 잠정적 적용에 있는 것이 아니라, 바로 적용금지로 인한 절차의 정지에 있다. 이는 입법자가 최종적으로 적용할 수 있는 합헌적인 법률을 만들거나, 또는 법을 폐지할 때까지, 법원의 결정이

65) Vgl. BVerfGE 37, 217(261) ; 52, 369(379) ; 82, 126(155)

66) Vgl. Hein, 주 4, S. 143 ; Schlaich, 주 4, Rn.379 ; Heußner, 주 4, S.259 f.

보류되어야 하며, 그것은 법원이 개정법률에 따라 판단을 함으로써 당사자가 개정법률의 결과에 따라 혜택을 받을 수 있도록 그 때까지 기회를 열어 놓아야 한다는 것을 의미한다. 위헌결정의 경우, 아직 확정되지 않은 절차에 한하여 소급효가 인정됨으로써, 위헌적 법률의 적용이 배제되고, 따라서 법원이 절차를 정지하는 것이 아니라 헌법재판소의 결정에 따라 재판을 하게 되지만, 불합치결정은 구체적인 사건에 대한 법원의 판단을, 입법자의 새로운 결정이 있을 때까지 미결상태로 보류하게 하는데 그 특징이 있다 ; 왜냐하면 위헌결정에 있어서는, 헌법재판소가 위헌결정을 통해서 법원에게 최종적이고 확정적인 판단 근거를 제공하지만, 불합치결정의 경우에는 헌법재판소 스스로가 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적인 결정을 입법자에게 미루고 있기 때문에, 법원은 당연히 입법자의 최종 결정을 기다려 그에 따라 판단을 하여야 하는 것이다.

b) 개정법률의 遡及效力

따라서 개정법률의 소급효력⁶⁷⁾은 이러한 불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소이다.⁶⁸⁾ 즉 헌법재판소가 위헌결정을 포기함으

67) Vgl. BVerfGE 81, 384 ; P. Ipsen, 주 4, S.217 f. ; Heußner, 주 4 .S.258 ; Schlaich, 주 4, Rn.392 ; Hein, 주 4, S.199

68) 한국의 경우에도 개정법률의 소급효는 다음과 같이 인정될 수 있다. 헌법재판소가 불합치 결정을 하는 경우에도, 불합치 결정은 위헌결정의 일종으로서 헌법과 법률이 규정하는 위헌 결정의 효력을 준용해야 한다 ; 헌법재판소법 제47조 제2항에서 위헌 결정의 효력은 “그 결정이 있는 날로부터”라고 하여 강제 무효를 원칙으로 하고, 헌법 제107조 제1항에 근거하여 당해 사건과 유사사건에 한하여 위헌결정의 소급효력을 인정하고 있다. 그러므로 불합치 결정 또한 원칙적으로 그 결정이 있는 날로부터 효력이 발생하고, 아직 확정되지 않은 당해 사건과 병행사건에 결정의 소급효를 인정해야 한다. 그러나 위헌결정에 있어서 헌법재판소가 무효선언을 함으로써 위헌적 상태를 직접, 최종적으로 제거하는 것과는 달리, 불합치 결정의 경우에는 헌법재판소가 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적 결정을 입법자에게 미루고 있으므로, 불합치 결정의 실체가 궁극적으로 확정되는 때는, 위헌적 법률의 운명에 대해서

로써, 대신 입법자에게는 합헌적 상태를 소급하여 회복할 의무가 발생한다. 물론 입법자의 이러한 의무는, 헌법재판소법 제79조 제2항⁶⁹⁾의 기본정신에 상응하여 아직 확정되지 않은 공권력의 결정에 제한된다. 헌법재판소가 위헌결정의 형식으로 직접 위헌규범에 대하여 최종적 결정을 내렸다면, 헌법재판소법 제79조에 따른 제한적 소급효가 자동으로 나타나나, 불합치결정에 있어서는 헌법재판소가 최종결정을 포기하고 위헌적 상태의 제거를 입법자에게 일임함으로써, 입법자에게 헌법재판소 대신 합헌적 상태를 원칙적으로 소급하여 회복하여야 할 의무가 생기는 것이다. 그러나 입법자가 개정입법을 통하여 법적 상태를 헌법재판소의 불합치결정시까지 소급하여 아니면 새로운 입법시점부터 규율해야 하는가하는 문제는, 불합치결정에 내재하는 개정법률의 소급효력 때문에 큰 의미를 가지지 못한다. 일반적으로 입법자가 입법개선을 통해서 위헌적 상태를 장래효로 제거하고, 아직 확정되지 않은 모든 절차에 대해서는 개정입법이 소급하여 적용되는 것으로 충분하다고 보아야 한다.⁷⁰⁾

4. 違憲法律의 잠정적 적용

최종적으로 결정되는 시점, 즉 새로운 입법이나 법률의 폐지를 통해서 위헌적 상태를 제거하는 입법자의 결정시기이다. 헌법재판소의 불합치 결정은, 입법자의 최종결정을 통해서 비로소 불합치 결정의 실질적 내용과 효력을 갖게 되므로, 불합치 결정의 소급효력은 당연히 입법자의 최종 결정의 소급효력을 의미하고, 따라서 당해 사건과 병행사건은 입법자의 최종 결정의 적용을 소급하여 받는다는 것을 의미한다.

69) 독일 헌법재판소법 제79조 제2항은 다음과 같다 ;

“위헌결정 당시 이미 취소할 수 없는 처분은 위헌결정에 의하여 아무런 영향을 받지 않는다.”

70) 입법자가 개정입법의 효력발생시점을 때로는 개정법률의 공포시점으로 하기도 하고, 때로는 소급하여 헌법재판소의 결정시점으로 정하기도 한다. 최근에는 빈번하게 개정법률의 효력 발생시기를 헌법재판소의 결정시점으로 선택하는 것을 살펴볼 수 있다. vgl. Schlaich, 주 4, Rn.392 f. ; Hein, 주 4, S.165 f.

a) 憲法の 優위와 법적 안정성

불합치결정의 효력으로서, 법률의 존속과 법률의 적용은 엄격히 구분되어야 한다. 불합치결정의 경우에도—위헌결정과 마찬가지로—결정 주문에서 예외적으로 법조문의 잠정적인 효력시한이나 적용시한을 명문으로 확정하지 않는 한, 위헌적인 법률이 더 이상 적용되어서는 안된다. 이는 위헌법률은 더 이상 적용되어서는 안된다는 법치국가적 요청의 당연한 귀결이다. 그러나 한편으로는 절차의 정지로 인한 위헌규범이 적용되는 영역 전반에 있어서의 법적 정지상태는 헌법과 더욱 합치하지 않는 상태를 초래할 수 있다. 헌법재판소는 종래의 법적 상태보다도 더욱 헌법적 질서에서 멀어지는 법적 상태의 발생을 방지하기 위하여 예외적으로 위헌법률의 잠정적용을 허용하고 있다. 예컨대 위헌법률의 적용금지로 인하여 공무원의 봉급이 지급되지 않는다면, 반대로 회계연도의 국가재정을 충당하는 세금을 징수할 수 없다면, 또는 자녀가 국적을 취득할 수 없다면, 절차정지로 인한 법적 정지상태는 헌법적으로 용납할 수 없는 결과를 가져올 수 있다. 언제 예외적으로 계속적용을 허용할 수 있는가의 문제는 당해 규범의 헌법적 관점에서의 특수성을 고려하여 결정하여야 한다.⁷¹⁾ 즉—위헌법률의 적용금지를 요구하는—헌법의 우위와—계속적용을 요구하는—법적 안정성이라는 두 가지의 법치국가적 법익을 교량하여, 구체적으로 당해 규범의 헌법적 측면에서의 특수성을 고려한 경우 어디에 더 우위를 부여하여야 할 것인가를 결정해야 한다.⁷²⁾ 그러므로 잠정적용에 관한 결정은 매 경우에 따

71) Vgl. Heußner, NJW 1982(주 4), S.259

72) Vgl. Pestalozza, BVerfG und GG I(주 4), S.565 f.; Hein, 주 4, S.191 ff.; Moench, 주 4, S.172 ff.

라 구체적으로 달리 결정하여야 할 법익교량의 결과로서 일반화시킬 수 없다. 또한 내용면에서도 위헌법률의 적용은 헌법적으로 꼭 필요한 범위 내에서만 허용되어야 한다⁷³⁾ ; 연방헌법재판소는 결정주문에서 위헌 법률의 잠정 적용을 명시하고, 그러한 경우에도 어떠한 범위에서(일부 또는 전부) 법률조항의 잠정적용이 허용되는지를 명문으로 확정하게 된다.

위헌법률의 잠정적용이 헌법적으로 요구되는 경우, 계속 적용은 다음과 같은 여러 가지 방법으로 허용된다. 첫째, 입법개선시까지 경과기간 중의 적용이 가능하면 임시적 성격을 갖는 것이 타당하다고 판단되면, 위헌법률(특히 세법)을 근거로 한 결정이 단지 잠정적 조세확정과 같은 가결정의 형태로 이루어짐으로써, 경과기간 동안의 법적 상태를 입법자가 최종적으로 입법개선을 통하여 소급하여 다시 규율할 수 있는 길을 열어놓는다.⁷⁴⁾ 그렇지 않은 경우 경과기간 동안의 계속적용으로 절차가 확정력을 갖게 되어 완성된 사실이 형성됨으로써 입법자의 형성의 자유가 제한을 받게 된다. 둘째, 일반적으로는 그러나 규범의 위헌성이 소급하여 제거되기를 헌법적으로 요구되지 않는다고 판단되면, 개선입법의 소급효를 허용하지 않고 단지 입법자가 장래효로써 입법개선을 할 것을 요구한다.⁷⁵⁾ 셋째, 평등원칙에 위배되는 규범에 있어서는 수혜자 집단에게는 경과기간 동안 위헌법률을 계속적용케 하고, 입법자에게 개선입법을 통하여 평등원칙에 합치되는 상태를 장래효로 회복하고, 혜택에서 배

73) Vgl. Moench, 주 4, S.173 ; Schlaich, 주 4, Rn.371, 387 ; BVerfGE 51, 291

74) Vgl. BVerfGE 61, 356 f. ; 73, 101 f., 이 결정에서는 잠정적 조세확정의 조건하에서 계속 적용을 허용하였다

75) Vgl. BVerfGE 87, 178 f.(소득세법 결정), 자세한 것은 <주 55> 참조, 마찬가지로 BVerfGE 33, 303(대학입학제한 결정), 81, 130(Mutzenbacher)

제된 집단에 관하여는 과거의 위헌적 상태를 소급하여 새로이 규율할 의무를 부과할 수 있다.⁷⁶⁾

b) 계속적용과 당해 사건

헌법재판소가 위헌법률의 계속적용을 허용하면, 법원과 행정청은 계류중인 사건을 위헌법률에 근거하여 결정하여야 한다. 위헌규범의 계속적용은 헌법소원절차나 위헌법률 심판절차에서의 당해 사건에도 해당된다.⁷⁷⁾ 당해 사건을, 결정 당시 이미 동일한 규범으로 인하여 헌법재판소에 계류중이었으나 심판의 대상이 되지 않은 사건이나 상소절차나 행정심판절차에서 규범의 위헌성에 대한 이의가 제기된 다른 유사사건과 달리 취급하여야 할 합리적인 이유를 찾아볼 수 없다. 헌법재판소가 위헌규범의 계속적용을 명한 경우 당해 규범을 그 적용에서 제외한다면, 직접 불합치결정의 계기를 제공하지 않은 다른 사건들은, 예컨대 단지 법원이 위헌제청을 조금 늦게 하였다는 이유로, 또는 기본권의 현실침해가 뒤늦게 발생하였다는 이유 등의 헌법재판소의 결정을 최우선으로 받지 못한 우연한 사정 때문에, 위헌법률의 계속적용을 받게 된다. 이는 규범의 효력범위가

76) Vgl. BVerfGE 37,217,262 ff.(국적법 결정), 이 결정에서 우선 입법자가 개선입법을 통하여 합헌적 상태를 장래효로 회복할 것을 요구하고, 이 국적법규정에 따라 독일 아버지와 외국인 어머니의 혼인으로 출생한 자식이 독일국적을 취득하는 한 위헌법률은 입법개선시까지의 계속적용을 명하고, 대신 독일 어머니에게서 출생한 자식에게는 1953년까지 소급하여 그들의 선택에 의하여 국적을 취득할 수 있는 길을 열어놓아야 한다고 입법자가 소급하여 규율할 의무를 부과하고 있다.

77) Vgl. BVerfGE 87, 180, 위헌법률이 장래효로 개선되므로써 위헌제청의 경우 당해소송사건의 당사자나 헌법소원의 경우 청구인이 개정법률의 혜택을 입지 못한다 하더라도 위헌제청의 재판의 전제성이나 헌법소원의 권리보호이익이 없어지지 않는다고 밝힘으로써, 위헌법률의 잠정적용을 명할 경우에는 당해사건에도 위헌법률이 적용되어야 하는 것을 간접적으로 시사하고 있다, 또한 Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, § 20 VI Rn.139 ; Moench, 주 4, S.174 ff.

규범 스스로에 의하여 규정되지 못하고, 규범 외적인 시간적인 우연과 규범수규자의 반응력과 법적 지식에 의하여 결정되는 불합리하고도 부당한 결과가 발생한다. 평등원칙의 측면에서나 법정정책적으로도 규범력의 범위는 일원적으로 규정되어야 한다. 당해 규범 스스로가 내포하는 차별이외에 규범 외적인 사정으로 규범수규자간의 차별이 있어서는 아니되며, 권리구제의 여부가 우연에 의하여 좌우되어서도 안다. 물론 당해 사건이 규범의 위헌성을 확인하는데 기여를 하였으므로 다른 유사사건과 달리 취급될 것을 요구할 수도 있으나, 모든 유사사건의 기여잠재성을 고려하면 이러한 기여는 결국 우연의 산물이기 때문에 당해 사건의 특별취급을 정당화할 수 없다.

또한 위헌규범의 계속적용을 당해 사건에도 확대하는 것은 당사자의 권리구제의 관점과도 모순되지 않는다. 법원의 위헌제청에 의하여 규범의 위헌성이 드러난 경우⁷⁸⁾, 구체적 규범통제절차는 처음부터 헌법질서의 유지와 관철을 목적으로 하는 객관적 절차이므로 개인의 권리구제가 문제되지 않는다.⁷⁹⁾ 헌법소원의 경우에는⁸⁰⁾, 청구인은 그가 의도하는 목적인 위헌결정, 즉 무효선언을 통한 위헌

78) Vgl. BVerfGE 33,347 f.(numerus clausus-Urteil), 당해 사건에 대한 절차정지에 관하여 아무런 언급을 하지 않음으로써, 위헌심판의 계기를 제공한 위헌제청 당해 사건에도 위헌법률을 적용케 하고 있다.

79) Vgl. BVerfGE 2, 217 ; 20, 86 ; 20, 351

80) Vgl. BVerfGE 61, 356 f.(Einkommenssteuer), 재판에 대한 헌법소원에서-잠정적 조세확정의 유보하에서-청구인에게도 위헌법률을 계속 적용케 하고 있다. 또한 BVerfGE 83, 131, 154(Mutzenbacher), 재판에 대한 헌법소원에서 행정법원의 판결을 파기하고 사건을 환송하였으나, 이는-헌법소원이 이유를 구비하고 있으므로-단지 행정소송절차에서 헌법소원 청구인이 부담한 소송비용에 대한 결정을 다시 하계끔 하기 위한 것으로, 당해 사건의 절차정지에 관하여 아무런 언급이 없으므로 당해 사건에도 위헌법률을 적용케 하고 있다, 또한 vgl. BVerfGE 87, 180

규범의 제거를, 아니면 적어도 위헌규범의 적용금지를 달성하지 못하였으므로, 헌법재판소에 의한 위헌성의 확인에도 불구하고 개인적인 권리구제를 기대할 수 없다. 이러한 경우에는 주관적인 기본권보호와 객관적인 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 두 가지 기능⁸¹⁾ 중에서 주관적 권리보호의 요소가 예외적으로 객관적 기능에 완전히 양보하게 된다. 당해사건이 위헌규범의 적용을 받는다는 것은 실질적 정의에도 위반되지 않는다. 독일헌법재판소법 제79조 제2항이 법적 안정성과 실질적 정의의 대립관계에서 실질적 정의보다도 법적 안정성을 채택하여 소급무효의 원칙을 대폭 제한한 것이 합헌인 것처럼⁸²⁾, 헌법은 실질적 정의를 절대적으로 실현하기 위하여 법적 안정성을 포기할 것을 요구하지 않는다.⁸³⁾

IV. 맺는말

법률이 헌법에 위반되었을 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 그 법률은 원칙적으로 무효로 선언되어야 한다. 그러나 특별한 헌법적 사유가 있을 때에는 예외적으로 위헌결정을 피하고 규범의 위헌성만을 확인하는 불합치결정을 할 수 있다. 무엇보다도 위헌결정으로 인한 법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있기 때문에 위헌법률의 잠정적인 적용이 요구되는 경우, 즉 위헌법률을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태와 위헌결정으로 인하여

81) Vgl. Schlaich, Das BVerfG, Rn.197

82) Vgl. Heußner, NJW 1982(주 4), S.258

83) 한국헌법재판소법에서는 역으로 법적 안정성의 견지에서 원칙적으로 장래무효를 선택하고, 실질적 정의의 입장에서 제한적으로 소급효를 인정하였으나, 소급효가 아직 확정되지 않은 절차에 미친다는 점에서는 결과적으로 독일의 경우와 다르지 않다.

발생하는 규율 없는 상태를 비교하여 볼 때, 예외적으로 차라리 일정기간 위헌적 상태를 감수하는 것이 법적 안정성의 관점에서 헌법적 질서에 더 가깝다고 판단되는 경우에는 불합치결정을 한다. 또한 입법자에게 위헌적 상태를 제거하는데 여러 가지 가능성 중에서 선택의 여지가 있을 때, 헌법재판소가 위헌결정을 한다면 입법자의 형성의 자유를 침해할 우려가 있을 경우에는 위헌결정을 피하고 단지 법률의 위헌만을 확인하게 된다. 입법자의 형성의 자유가 위헌결정으로 침해될 수 있는 것은 첫째 평등원칙의 위반의 경우이다. 평등원칙에 위배되는 규범에 있어서는, 평등원칙에 합치되는 상태가 여러 가지 방법으로 실현될 수 있기에, 헌법재판소가 위헌결정을 통해서 위헌적 법률을 단순히 제거함으로써 합헌적 상태를 자동으로 회복할 수 없고, 합헌적 상태의 회복은 입법자의 입법개선을 통하여, 즉 입법자의 활동에 의해서 비로소 가능하게 된다. 이 경우 헌법재판소의 위헌결정은 입법자의 의사와 관계없이 헌법적으로 규정되지 않은 법적 상태를 일방적으로 형성함으로써, 입법자의 형성의 자유를 침해하게 된다.

평등원칙에 위배되는 규범에 있어서는, 평등원칙의 본질인 상대성으로 말미암아 위헌결정이 평등원칙의 위반을 적절하게 제거할 수 없고 이러한 제거가 민주국가원칙과 권력분립의 관점에서 보아 입법자의 과제이기 때문에, 위헌상태의 제거에 관한 입법자의 형성의 자유가 존중되어야 하나, 자유권을 침해하는 규범에 있어서는, 단지 무효선언을 통하여 위헌적 법률을 제거하고 이로써 자유권에 대한 침해를 제거함으로써만 합헌적 상태가 회복될 수 있다. 그러므로 이 경우 무효선언을 하도록 헌법적으로 이미 규정되어있기 때문에, 위헌성의 제거에 관한 한 입법자의 형성의 자유가 존재하지 않는다. 즉 자유권에 위배되는 규범의 심사에 있어서는 평등원칙의

위반과는 달리, 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에 있어서 고려하여야 할 입법자의 형성권이 존재하지 않는 것이다. 이러한 의미에서 자유권에 대한 위반은 상대적 위반이 아닌 절대적 위반이기 때문에, 불합치결정의 적용을 자유권을 침해하는 위헌적 법률에도 확대하는 것은 원칙적으로 배제되어야 한다. 단지 규범의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소가 (일부)위헌결정으로서는 충분히 합리적으로 위헌적 상태에 대처할 수 없고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주국가원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적 상태를 제거하는 여러 가지 가능성을 인정할 수 있는 경우에는, 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성의 자유가 불합치결정을 정당화할 수 있다.

또한 입법부작위에 있어서는 규정되지 않은 것, 아직 입법화되지 않은 것은 무효선언의 대상이 될 수 없고, 존재하는 규범을 전제료 하는 위헌결정은 입법부작위에 있어서는 불가능하기 때문에, 이 경우에는 다른 특별한 헌법적 사유가 아니라 단지 법기술적인 이유로 헌법재판소는 입법부작위가 헌법에 위반된다는 것만을 확인하게 된다. 이 경우에도 불합치결정이 꼭 필연적인 것은 아니며, 존재하는 규범 그 자체는 합헌이나 일정규정의 결여가 위헌으로 위헌성이 입법부작위에만 한정된다면, 오히려 입법부작위의 위헌선언이 더욱 적절할 결정유형이라 할 수 있다.

불합치결정의 효력은 첫째, 위헌법률은 소멸하지 아니하고 형식적으로 존속하는 데 있다. 헌법재판소가 불합치결정을 통해서 위헌적 법률을 존속케 하는 근본적인 이유는, 헌법재판소가 위헌적 법률을 제거함으로써 스스로 합헌적 상태를 실현할 수 없고, 위헌적 상태의 제거는 입법자의 활동에 달려 있기 때문이다. 즉 헌법재판

소는 위헌적 법률을 제거하지 않고 존속케 함으로써, 나중에 입법자가 헌법과 합치되는 방향으로 조형할 수 있는 소재를 제공하는 것이다. 그러므로 불합치결정은, 항시 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 된다. 헌법재판소가 위헌결정을 포기함으로써, 대신 입법자에게는 아직 확정되지 않은 모든 절차에 소급하여 합헌적 상태를 회복할 의무가 발생한다. 따라서 개정법률의 소급효력은—입법자가 개정입법의 효력발생시점을 개정법률의 공포시점으로 하는가, 아니면 소급하여 헌법재판소의 결정시점으로 하는가와 관계없이—불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소이다.

둘째, 행정청과 법원에 미치는 불합치결정의 효력은,—위헌결정에 서와 마찬가지로—원칙적으로 위헌적 법률의 적용이 금지되고, 헌법심판의 계기를 부여한 당해 사건과 법원과 행정관청에 계류중인 모든 유사사건의 절차가 정지되는 데 있다. 불합치결정에 있어서의 이러한 원칙적인 적용금지는, 위헌적 법률은 “살아 숨쉬어서는 안되고 소멸해야”하는 것이 원칙이며, 불합치결정처럼 법률의 존속을 허용하더라도, 이는 나중에 입법자가 조형할 수 있는 소재를 제공할 목적으로 단지 존속케만 해야지, 잠정적인 적용을 통해 위헌적인 법률이 “살아 돌아 다니게”하는 것은 아주 예외적으로만 허용되어야 한다는 생각에 바탕되어 있다. 그러므로 불합치결정에서 주문으로 잠정적인 적용을 확정하고 있지 않는다면, 또는 적어도 결정이유에서 잠정적인 적용을 명백히 명하고 있지 않다면, 위헌법률의 적용이 금지된다고 보아야 한다. 그러나 위헌법률의 적용금지로 인하여 종래의 위헌적 상태보다도 더욱 헌법적 질서에서 멀어지는 법적 상태가 발생할 우려가 있는 경우에는, 다른 헌법적 법익을 보호하기 위하여, 무엇보다도 법적 안정성의 견지에서 예외적으로 위헌

법률의 계속적용을 허용하고 있다. 헌법재판소가 위헌법률의 계속적용을 명한다면, 위헌법률은 규범력의 일원성, 통일성의 측면에서 당해 사건에도 예외 없이 적용되어야 한다. 위헌규범의 계속적용을 당해 사건에도 확대하는 것은 당사자의 권리구제의 관점과도, 실질적 정의와도 모순되지 않는다.

憲法論叢 收錄 論文索引

第1輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宥	7
憲法裁判에 관한 管見(I)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	변 精 一	83
過剩禁止의 原則	梁 三 承	111
-특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로-		
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 種 彬	159
스페인 憲法の 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
違憲法律의 效力	尹 眞 秀	273
-憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討-		
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
違憲法律審判의 決定類型과 效力에 관한 考察	李 石 淵	359
-認容決定을 中心으로-		
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第2輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宥	7
憲法裁判에 관한 管見(II)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

論 題	筆 者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規定性考 -憲法訴訟的 實現을 위한 試論-	權 寧 星	177
違憲審查의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 -우리 制度와의 比較를 中心으로-	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 -憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權侵害 免責特權을 認定할 것인가?-	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法理	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴訟審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯性」의 判斷基準 -獨逸判例를 中心으로-	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第3輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 柄 家	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制度問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 根界 -우리 憲法判例의 내용과 문제점-	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所決定 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判의 法과 政治	李 郁 漢	445

第4輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	漢 柄 杻	7
決斷主義의 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 刑事 司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석· 적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李 明 雄	321
憲法上的 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 建	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判의 國際法規範	羅 仁 均	485

第5輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 鈞	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裴 俊 相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓 相 範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本 權 導出에 관한 研究	鄭 宗 燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例 動向	朴 洪 佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜 潤 遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛 奉 起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537