

스위스헌법소원(소송)에 있어서의 제3자 원고적격

구 병 삭

헌법재판소 자문위원

고려대학교 법과대학 명예교수

- 목 차 -

I. 머리말

II. 권리·이익침해의 피해판단의 3기준

1. 권리·이익침해의 개념
2. 피해의 사익성 내지 직접성
3. 이익의 현실성 내지 실제성
4. 이익의 법적 중대성

III. 수익적 행정행위의 취소를 제소하는 제3자의 원고적격

1. 제3자의 원고적격
2. 수익우대조치와 제3자의 원고적격
3. 침익적 행정행위의 경우

4. 영업허가와 기존동업자의 원고적격
5. 건축허가와 인접인의 원고적격

IV. 단체구성원의 권리·이익과 단체의 원고적격

1. 이익단체 구성원의 원고적격
2. 정당조직원의 원고적격
3. 지방자치단체의 원고적격

V. 일반법령취소를 제소하는 원고적격

VI. 결 어

I. 머리말

위헌의 국가행위에 대하여, 취소소구하는 자격을 어떤 사람에게 부여하는가의 헌법소원(소송)의 원고적격은 소송의 기능 내지 성격을 규정짓는데 중요한 문제가 된다.

오늘날 국가에 의한 사인의 생활영역에의 침해의 확대와 다양화는 사법적 구제의 필요성을 증대시켜, 원고적격의 확대와 완화를 촉구하고 있다. 이러한 사정은 우리나라에서도 변함이 없다.

본고는 이러한 문제를 염두에 두면서 스위스연방의 헌법소원(Verfassungsbeschwerde=헌법소송)을 중심으로 1960년대까지의 판례와 현재까지의 학설을 통하여 제3자의 원고적격론을 검토하고 그 특질을 약간 고찰해 보고자 한다.¹⁾ 그러나 제도와 운영이 현저하게 다른 외국의 소원(소송)이론을 즉시 우리나라에서 적용하기는 어려우나 많은 참고가 될 것 같다.

본론으로 들어가기에 앞서, 스위스제도를 비교대상으로 할 때 다음 사항에 유의할 필요가 있다.

첫째, 스위스헌법소원(소송)은 주(Kanton)의 행정권행사로 헌법상의 권리를 침해당했다고 주장하는 자가, 주의 쟁송수단을 다해본 후, 연방단계에서 다른 쟁송수단이 없을 때, 당해 행정권행사의 취소를 청구하는 특별한 독립된 재판절차라 한다.²⁾ 이 점에서 우리나라

1) Verfassungsbeschwerde는 헌법소원이라 번역되고 있으나 스위스제도에서는 상급행정청에의 불복신청이 아니라 재판절차이다. 이런 의미에서 '헌법소송'이라 함도 적절할 것 같다. 뿐만 아니라 Verfassungsbeschwerde는 그 영역이 극히 광범위하기 때문에 이것을 헌법재판(Verfassungsgerichtsbarkeit)이라고도 한다. Fritz. Fleiner-Zaccaria, Giacometti : Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich, 1969. S. 881, Anm. 3

2) 스위스의 경우 헌법소원의 대상은 주의 행정행위에 한정되어 있다. 연방헌법은, 연방의회가 제정한 법률은 법원에 의한 심사에 따르지 않으며(제113조3항), 판례도, 연방정부의 명령·처

라는 민사·형사·행정사건 등 소송에서 부수적으로 위헌심사도 하게 되어, 그 위헌여부를 최종적으로 헌법재판소에 요청하게 된다. 그러나 스위스에서는, 소원(소송)의 제기를 국가기관만이 아니라 사인에게 위임되어 있고, 또 제소인은 자가의 일정한 권리·이익이 침해되었다는 주권소송으로 한다. 이러한 점은 법원에 의한 헌법해석이 당해 구체적 사건에 합당하게 이루어진다는 사법심사제도와 공통된 중요한 제도이다.

후술하는 바와 같이 스위스에서는 위와 같은 소원절차에서 원고적격을 널리 해석하여 운용하고 있다. 특히 스위스는 독일의 규범적 통제의 형태를 취하지 않고, 일반법령의 위헌여부에서도 <Verfassungsbeschwerde>의 형태로 행해진다. 따라서 스위스의 <Verfassungsbeschwerde>는 독일 등의 규범적 통제를 핵심으로 하는 헌법재판에서의 담당영역과 역할이 상당히 다르다는 점에 유의할 필요가 있다. 이와 같은 점에서 우리나라 헌법소원의 당면과제인 원고적격의 완화와 소원대상인 국가행위의 확대 등에 대하여 스위스를 비교대상으로 하는 것은 바람직한 것이라 생각된다.³⁾

둘째, 스위스제도에서 특수한 사정이기는 하나, 행정소송과의 관련의 문제가 있다. 스위스의 행정소송제도는 개괄주의와 달리 열기

분의 대상에서 제외된다고 하였다. (그러나 반대해석으로는 주정부의 행위는 심사대상이 된다고 하는 견해도 있다. Christopher, Hughesi The federal constitution of Switzerland, Oxford, 1954, p. 124)이 점은 연방헌법소송이 주에 대하여 갖고 있으나 연방에 의한 시민권의 침해 확대라는 사정을 배경으로 할 때, 연방의 행정권행위에 대한 재판적 통제의 필요가 있다고 한다. Zaccaria, Giacomettii Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes(Die Staatsrechtliche Beochwerde), Zürich, 1933 S. 89

3) 헌법소원을 관할하는 통상법원은 연방법원의 공법부이다. 스위스는 헌법재판소를 두고 위헌심사권을 집중시킨 제도가 아니라, 연방법원의 타부에서도 결심으로서 위헌심사를 부수적으로 행하는 권한을 부여받고 있다. 이에 부간의 헌법판단의 협의는 합동회의(Gesamtgericht)를 통하여 조정하는 방식을 취하고 있다.(법원조직법 제16조), 小林 武, 스위스憲法訴訟(Verfassungsbeschwerde)における原告適格-第三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 제 115호(1974) pp. 1~4. 특히 본고작성에서는 이 논문에서 많은 도움을 받았다.

주의를 채택하고 있다. 이에 스위스판례는 ‘헌법상의 권리침해’의 요건을 원고의 일정한 질의 피침해이익이 헌법상 개인권보장조항과 관련이 있으면 족하다는 완화된 해석에 의해, 주정부에 의한 권리·이익의 침해에서 국민의 구제를 헌법소원을 통하여 이루어지게 하는데 있다. 이런 점에서 권리침해의 개념의 구체적 의미내용을 논하는 것도 우리나라의 법률상의 이익과 비교될 수 있다.

위와 같은 점에 유의하면서, 이하에서 총론적으로 헌법소원의 원고적격 여부를 판단하는 기준으로서 ‘헌법상의 권리침해’ 내지 ‘법률상의 권리침해’의 개념이 어떻게 이해되고 있는가를 살펴보고, 그 다음에 원고적격이 문제되는 판례상의 행정권행사와 상대자 이외의 자(제3자)에 의한 당해 행정권행위의 취소청구의 소원과 일반법령을 대상으로 하는 소원을 검토해 보고자 한다.⁴⁾

스위스연방법원은 연방법원과 법률에 정한 바에 의하여 민사·형사·행정사건에 관하여 재판함과 동시에 헌법재판까지 한다. 연방법원의 재판관은 26~28명이며, 9명의 보조재판관이 있다. 이들은 연방의회에서 선출되며, (헌법 제107조). 연방법원 내에 헌법부(Staatsrechtliche Abteilung)와 행정법부(Werwaltungsrechtliche Kammer)를 두고 거기에서 각10인의 재판관이 재판한다. 이들은 원칙적으로 재판에 7인이상이 참석하여야 하며, 예외로 5인이 인정되는 경우도 있다. 그리고 판결은 투표의 절대다수로 한다.

4) 스위스헌법소원(소송)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 ; 동, 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 위헌심사제도가 이른바 미국형과 독일형의 「절충형」이라고 하고 있다. ; 이외에 池田政章, 違憲審査制, 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, 법률시보 제39권 9호 p. 14(1987) ; 芦部信喜, 憲法訴訟の理論, 斐閣(1973) ; 藤田泰弘, 原告適格に関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. 권리 · 이익침해의 피해판단의 3기준

1. 권리 · 이익침해의 개념

스위스연방헌법 제113조 제1항 제3호에 「연방법원은..., 헌법상의 권리침해(Verletzung Verfassungsmässiger Rechte)에 관한 국민의 제소...에 대하여 판결한다」고 규정하고 있다. 이 규정에 근거하여, 법원조직법 제88조에는 다음과 같이 규정하고 있다. 시민(사인)과 단체는 일반적 · 개인적으로 구속하는 법령 또는 처분(allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlass oder Verfügung)에 의해 권리침해(Rechtsverletzung)를 당한 자는 소를 제기할 권리가 있다고 하였다.⁵⁾

여기의 ‘헌법상의 권리침해’내지 ‘법령상의 권리침해’는 원고적격의 인정여부에서 결정될 수 있으나, 그 구체적 의미와 내용은 제정 법자체에 규정이 없고, 판례를 통해서 형성되었다고 할 수 있다. 따라서 제소요건으로서는 ‘헌법상의 권리’ 내지 ‘법령상의 권리’의 침해를 엄격히 규정하지 않고 원고가 다음에 드는 일정한 이익이 침해되었거나 헌법상의 인권보장에 관련이 있으면 족하다는 것이다. 즉 원고가 「법적으로 보호된(rechtlich geschlitzt) 이익」이 침해되어 있으면, 그것이 고유의 권리가 아니더라도 제소할 수 있다고 한

5) Bundesgesetz über die Organisation Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943. 보통 OG(Organisationsgestz)라고 약칭한다. 최초법은 1873년에 제정되고, 1893년에 전면개정되었다. 현행법에 ‘treffen’이란 용어 대신 구법에서는 ‘betreffen’이라 쓴 것이 상이하다. Margrit, Baumann ; Die Legitimation des Gemeinwesens zur staatsrechtlichen Beschwerde, Wintertur, 1955, S. 7.

다. 특히 여기서 말하는 「법적으로 보호된 이익」이라 함은 「보호 가치가 있는(schutzwürdig) 이익」이라 해석하고 있다.⁶⁾ 그러기에 스위스의 몇몇 문헌에는 제소의 요건으로서, 「권리침해」를 논하는 경우 개인적 침해(Persönliche Betroffensein (od. fenheit) od. persönlich- Betroffensein)의 개념으로 쓰고 있다. 이것은 행정권행사로 이익이 침해당한 경우, 그 이익이 단지 사실적일 뿐만 아니라, 침해를 구제할만한 가치가 있다고 보는 경우 원고는 행정권에 의해 개인적 이익이 침해되었다고 보는 것이다.

그러면 여기의 「보호가치가 있는 이익의 침해」 즉 「개인적 침해」를 성립시키는 Merkmal은 무엇인가? 이것은 개념적으로 설정된 것이 아니라, 법 실무 면을 통하여 실제 형성된 것이라 하겠다. 그러나 이론적으로 정립되어 있지 않고, 또 판례도 불일치한 점이 있으나 중요판례의 검토를 통하여 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

즉 당해 이익이 (1) 사적 내지 개인적 특별한(privat od. persönlich, besonder) 이익이어야 하고, 침해의 형태가 직접적(unmittelbar)이어야 한다. (2) 현실적·실제적(aktuell od. praktisch) 이익이어야 한다. (3) 또 법적으로 중대한(rechtlich erheblich) 이익이어야 한다. 다만 이들 피해판단의 3기준의 이익은 상호 영역을 달리 하는 것이 아니라 상호 의존적이고, 부분적으로 중복될 때가 있다. 그러나 공익(öffentliches Interesse) 혹은 간접적(mittelbar) 이익, 법적으로 중대하지 않은 이익 등은 구제의 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 Beschwerde (Art. 88 OG). Zürich.,1961, S. 149 f.

7) 小林 武, 전계논문 pp. 329~331 및 337주 재인용.

2. 피해의 사익성 내지 직접성

(1) 피해의 사익성

원고가 침해되었다고 주장하는 이익은 사익성(사적·개인적·특별한 이익)이 요구된다. 역으로 말하면 원고가 행정권행위의 취소로 받은 이익이 일반 시민의 이익과 구별되지 않는다면, 원고에게는 공익에 불과하다 하여 소는 각하될 것이다. 다음 판례는 위법적으로 부여된 경찰허가를 제3자가 다루는 케이스로서 흔히 볼 수 있다.

주정부가 주법률에 위반하여 신청인에게 특수한 도박장개설의 경찰허가를 내 주었다. 이에 대하여, 동주의 한 시민인 원고는 주법률을 자의적으로 적용하였다면서 연방헌법 제4조(법의 평등)에 위반한다고 하여 위 허가처분의 취소를 소구한 사건이다. 이에 대하여 연방법원은 다음과 같은 이유에서 이를 각하하였다. 「법원조직법에 의하면」 시민은, 계쟁처분에 의해 「개인적으로 피해를 입은 경우」, 환언하면 그 개인의 이익이 침해된 경우에만……소를 제기할 권리가 있다. 따라서 본건 원고는 그가 정부의 계쟁처분에 의해 현행 주법률을 자의적으로 적용하였다는 것과 연방헌법 제4조 「법앞의 평등」의 원칙에 위반하였다는 이유만으로는 소를 제기할 원고적격이 본래부터 결여되어 있다. 그 결여는, 원고는 도박사업의 허가로 인하여 여하한 양상으로도 개인적 권익침해를 받지 않았기 때문이다 라고 판시 하였다. (1930. 1. 31. BGE 56 I 156)⁸⁾

8) Hinden ; a. a. O., S. 148 ; 스위스 연방법원판례집(Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes)은 매년 1권 3분책(다만 초기는 분책되어 있지 않음)으로 되어 있는데 헌법

이상은 원고가 제기한 사례이다. 이와 달리 원고가 허가처분의 상대방자와 일련의 관계에 있는 경우(예컨대, 건축허가에 따른 인접인, 영업허가에 따른 동종업자)에는, 다음과 같은 판례를 볼 수 있다.(다만 근년에 변화하고 있다. 다음 III 수익적 행정행위의 취소를 청구하는 제3자의 원고적격에서 상술)

인접지의 건축에 대하여, 주정부의 위법한 허가처분으로 인접인이 소구한 사건이다. 이에 대하여 연방법원은 「위의 허가처분으로 원고소유지에 인접한 건축은 경찰적·공적 관점에서 볼 때 하등 지장이 없다. 따라서 당해 건축계획은 주 건축법의 규정을 침해하지 않았다.」 그러므로 원고는 당해 처분의 취소소송을 제기할 이익이 없다고 하였다.(1948. 6. 15 BGE 74 I 167)

또 다른 판결에서는 주법률이 규정한 음식점배치기준에 위반하여, 음식점영업자에게 신규의 영업허가를 내준 것이 위법이라 하여, 기존 음식점조합이 소구한 사건이다. 이 사건에서 법원은 위 배치기준을 정한 법률은 전적으로 공공복지의 실현을 목적으로 한 것이기 때문에 원고의 사익성을 부정한 것이다(1948. 11. 25, BGE 74 I 377)고 판시하였다.

(2) 피해의 직접성

이상과 같은 이익의 사적·개인적 성격의 기준은, 피침해법규의 이익보호의 방법 내지 침해행위의 양상이, 직접성의 요구로서 파악하여야 한다. 즉 「법의 보호가 원고에게 직접 적용되지 않으면 안 된다.」 환언하면 「공익에 관한 법규는, 사인에게 간접적으로 영향을

소원은 제1분책에 수록되어 있다. 본고에서 판례에 대한 제시순서의 숫자는 권·분책·면이다.

미치는 경우, 당해 사인은 그 규정의 자의적 해석 내지 적용을 소구할 자격이 없다」고 할 것이다.

다음 판례는, 한 시민이 주의 공수관리국에서 어느 전력회사에 발전사업의 특허를 내준 데 대하여 소구한 사건인 바, 법원에서는 「관청이 법령 내지 처분에 의해 직접 법적으로 보호된 이익을 침해받은 자」가 아닌 한 원고적격은 인정할 수 없다고 하였다.(1922.

3. 18. BGE 48 I 21 ; 1993. 6. 9. BGE 85 I 52)⁹⁾

여기서 피해의 직접성을 확인할 수 있다.

3. 이익의 현실성 내지 실제성

이익의 현실성 내지 실제성이 있어야 한다. 즉 이익의 침해가 소송제기의 시점에 존재함과 동시에, 판결시점까지 유지되어 있어야 한다. 환언하면, 계쟁행정권행위에 의해 침해된 원고의 법적 이익이 그 행정권행위가 취소됨으로써 회복할 수 있는 상태에 있음이 필요하다. 그 이유는 위와 같은 이익이 결여된 소를 심리할 경우, 연방법원에서는 「단지 이론적 문제」의 해결을 과제로 하는데 불과하기 때문이라 한다.

따라서 계쟁행정권행위가 소송계속중에 취소된 경우와 원고가 임의로 승낙한 경우에는 소는 각하된다. 다만 다음 판시와 같은 일정한 경우는, 계쟁행정권행위의 대상이 소송계속중에 소멸하더라도, 원고소구의 이익은 유지된다고 해석한다.

예컨대 자동차회사가 신형자동차를 어느 사람에게 판매하려 할

9) Hinden, a. a. O., S. 151 ; Wilhelm. Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943. Zürich, 1950, S. 374 f. 소립 전계논문 pp. 331~333 및 338주 재인용.

때, 그 차량에 대하여 운행허가를 주의 도로교통국에 신청하였던바, 거부되고, 새로 허가조건이 제시되었다. 이에 자동차회사는 위의 거부처분을 제소한 후, 주가 새로 제시한 조건에 따라 차량을 개량하여 허가를 받았다. 따라서 앞서의 소의 제기는 그 대상이 없게 되었으나, 연방법원에서는 원고가 같은 형식의 다른 차량을 판매하는데 있어서 현실적 이익이 있다고 판단하여 사실심리에 들어갔다. (1952. 5. 14. BGE 78 I 97)

또 일반적으로 포섭하는 성격의 법령 취소를 소구하는 경우에도, 그 계쟁법령이 원고의 법적 지위를 장래 침해할 가능성이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다. 즉 이익의 현실성·실제성이 당장 요구되지 않는다 하더라도, 원고가 법령계쟁에 의해 「잠재적(virtuel l)」¹⁰⁾으로 피해를 받을 경우이다.

4. 이익의 법적 중대성

이익이 법적으로 중대하여야 한다. 한 판례를 들어보면 여관의 영업허가의 철회로 제3자가 받은 이익침해는 사실적인 것으로서, 당해 여관의 채무자, 토지소유자, 관내매점의 경영자, 저당권자 등이 중대한 침해를 받는다.

여관소유자가 파산선고를 받았고, 풍기문란 등 좋지 않은 평판을 받고 있는 어느 여관에 대하여, 주정부에서는 이런 악평을 이유로 영업허가를 철회하였다. 이에 대하여 당해 여관의 저당권자는 위 철회처분의 취소를 제소하였다. 연방법원은 이에 원고적격을 인정하고, 그 이유를 다음과 같이 들었다.—경영하던 사람의 악평을 이

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

유로 건물을 근거로 여관영업의 허가를 철회당한 것은 그 건물에서의 여관영업이 장래에 향하여 인정되지 않기 때문에 「당해 건물의 저당물건으로서의 가치, 즉 저당권의 안전성의 상당부분이 감퇴하게 된다. 그러므로 원고는 철회처분의 취소에 법적이익이 있다」고 판시하였다.(1922. 5. 27. BGE 48 I 45).

이와 같은 판결은 저당권의 안전성을 법적으로 증대한 이익으로 본 것이다.¹¹⁾

여기에는 여관소유자 자신이 소를 제기할 수 없는 파산선고를 받고 있기 때문에, 판결에서는 원고가 일정한 여관소유자의 이익을 대변하고 있다고 하겠다. 이와 같이 법적 증대성의 기준은 사례마다 구체적인 양상을 띠고 있다.

다음의 예는, 분쟁이 이른바 사원적인 점에서 개인적 이익밖에 없고, 법적으로 증대한 이익이라 보지 않는 판례가 있다.

주립병원의 의사들이 주에 대하여, 동병원의 원장을 징계처분 해달라고 요구하였으나 거부당했다. 이 거부처분을 의사들이 제소한 사건이다. 연방법원은, 원고가 주장하고 있는 「병원전체의 이익운운에 대하여...법적 이익이 아닌 단순한 사실적 성격의 개인적 이익(원장과의 개인관계)에 불과하다」고 하여 소를 각하하였다.(1937. 10. 22. BGE 63 I 243)

또 다음과 같은 사익성의 기준과 중복되는 사례도 있다.

원고인 변호사는, 어느 사건의 국선변호인으로서 선임해달라고 요청했으나 주는 이를 거부했다. 이 거부처분을 제소한 원고의 소는 각하되었다. 그 이유는, 국선변호인제도를 정한 법률은 소송당사자의 보호를 위한 취지이지, 국선변호인 선임신청을 거부하였다고

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

하여 원고가 입은 피침해이익은 단지 사실적 성질의 것에 불과하다고 판시하였다.(1941. 1. 17. 판례집 미등재).

또 헌법상의 권리와 관련이 없다는 이유로 법적 중대성의 결여를 든 경우도 있다.¹²⁾

시의회의 결정을 주감독관청이 인정하지 않은 데 대하여, 당해 시의 한 시민이 지방자치를 침해했다는 이유로 제소한 사건이다. 이에 대하여 지방자치는 자치단체에 보장된 헌법상의 보장이고, 시민에게는 이를 원용할 수 없다고 하여 각하하였다.

이상과 같이 스위스연방법원의 판례이론은 개인적 피해판단의 세 가지 중요기준으로서, 피해에는 반드시 사익성이 있어야 하고 직접성이 있어야 하며, 이익에는 현실성과 실제성(장래성)이 있어야 하고, 또한 법적으로 중대한 이익성이 있어야 한다고 판시하고 있다.

12) Birchmeier, a. a. O., S. 373 ; rchhofer, a. a. O., S. 170 ; Marti, a. a. O., S. 105 ; 소림, 전
게서 pp. 335~336, 338주 참조

Ⅲ. 수익적 행정행위의 취소를 제소하는 제3자의 원고적격

1. 제3자의 원고적격

원고적격의 범위를 어떻게 정할 것인가를 다음 두 측면서 고찰하고자 한다. 즉 여하한 질의 이익에 구제의 가치를 인정할 것인가의 문제와 당해 행정권행위와 여하한 관계에 있는 자에게 제소자격을 인정할 것인가의 문제이다.

위 두 측면과 관련되는 전형적인 전개는 행정권행위의 직접 상대자가 아닌 제3자가 그 행정권행위의 취소를 제소하는 경우이다. 이 경우 제3자의 제소론의 집중대상은 수익적 행정행위를 다투는 경우와 단체의 구성원에 대한 행정행위로 다투는 경우를 생각해 볼 수 있다.¹³⁾

2. 수익우대조치와 제3자의 원고적격

수익적 행정행위(Vergünstigung, 어느 사람에게 이익을 수여하는 처분 내지 법령)의 판례 동향에서 흥미있는 것은 조세의 감면과 각종 의무면제 등 우대조치(Privilegierung)에 대하여 다투는 경우가 있다. 이 경우, 전통적인 권리개념에서 보면, 당해 우대조치를 받은 자 이외의 제3자가 이 조치를 취소함으로써 얻는 이익은 본래의 사

13) 小林 前掲論文 pp. 338~339.

익성의 결여로 제소할 수 없다고 할 것이다. 그러나 금세기 초까지 판례에서는 위와 같은 경우 원고적격을 인정하곤 하였다.

예컨대, 주정부가 주법률에 위반하여 어느 전력회사에 조세감면령 발한 데 대하여, 이의 취소를 이 주에 거주하는 한 시민과 우대 조치를 받지 않은 전력회사가 제소한 사건이다. 이에 연방법원은 다음과 같은 이유에서 위 쌍방에게 원고적격을 인정하였다. 우선 전자에 대하여 「원고는 ...이 주의 유권자인 시민으로서, 입법에 참여하는 헌법상의 권리를 침해할 지도 모른다는 이유에서 위 명령의 취소를 제소할 자격이 있다.」

또 후자는 「위 전력회사의 조세감면법정으로 적어도 간접적 침해를 받고 있기 때문에...법앞의 평등의 원칙이 침해되었다」(1904. 11. 23. BGE 30 I 709)고 판시하였다.¹⁴⁾

그런데 한 시민이 이와 같이 납세자의 자격으로서 조세우대 조치를 제소한 경우 위와 유사하나 원고적격을 부정하는 태도로 변하였다. 예컨대, 한 시민이 그 주에서 어느 전력회사에 조세감면 우대 조치와 함께 발전사업의 특허를 내준 데 대하여 법앞의 평등(연방헌법 제4조)에 위반함을 이유로 이것의 취소를 청구한 사건인데, 소는 각하되고 그 이유를 다음과 같이 들었다.

본건에서 원고가 주장한 것은 「법앞의 평등의 원칙」이 경시된 것뿐이다. 그러나 이와 같은 헌법위반을 이유로 제소할 수 있는 자는 주의 법령 내지 처분에 의해 직접 법적으로 보호된 이익이 침해된 자에게만 한한다. 본건에서는 이 전제가 결여되어 있다. 또 당해 전력회사에의 특허부여에 대하여 원고는, 동주의 전주민과 달리 특

14) 이 판시에서 두 원고에게는 모두 원고적격을 인정했으나 두 원고의 지위는 상위하다. 시민은 직접 불이익을 받고 있지 않으나, 전력회사는 경쟁관계에 있는 타전력회사에 우대 조치를 준 경쟁명령이 침익적 작용을 하고 있기 때문이다. 전자의 원고적격은 후년에 부정되었으나 후자는 근년에 이르기까지 인정되고 있다. 小林 前掲論文 p. 350 주 재인용.

별한 이익의 침해가 없다. 여기서 주장되는 것은 일반사회의 이익이다 라고 하였다. (1922. 3. 18. BGE 48 I 21)

이와 같은 판례이론은, 이 시기에 공통되어 있다.

학설은 이와 같은 판례동향에 대하여 다음과 같은 비판이 있었다. 1936년 스위스법률가회의(Juristenverein)에서 보고한 Hans. Huber는 위의 판례이론을 들어 다음과 같이 비판하였다.

「최근의 이러한 판례는 문제가 없는 것이 아니다...원고적격은 인정되어야 한다. 그 이유는 타인에게 취한 위법한 수익적 조치의 취소로 얻은 원고의 이익은, 공익, 즉 일반적 규범의 정립에 의한 이익이라 볼 수 없기 때문이다. 원고의 이익은 그 고유의 사적인 (eigen, privat) 이익으로서, 평등과 법률의 준수에 의한 이익인 것이다.」라고 하였다. 이와 동지의 비판은 다른 학자에서도 볼 수 있다. 그러나 연방법원에서는, 그 후에도 앞 판례의 관점을 지속하고 있다.¹⁵⁾

예컨대, 1959. 5. 6. BGE 85 I 52의 판결에서, 주세법 중, 당해 주에 이전해 온 기업 내지 이주해온 자연인에게 일정기간 조세를 감면해 주는 규정이 있었다. 이에 대하여 동주의 납세자인 한 시민은 자연인에 대한 부분의 취소를 연방법원에서는 앞의(1922. 3. 18, BGE 48 I 21) 판결과 같이 이익의 직접성·특별성의 요청을 강조하고, 「자연인에게는 여하한 조세상의 우대조치를 해 주어서는 안 된다고 주장하는 원고의 이익은, 주의 다른 납세자 모두의 이익과 구별할 성질의 것이 아니다. 그것은 세제의 영역에서 여하한 우대조치도 강구되어서는 안 된다고 하는 공익성에 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.

민중소송의 경우에만 주장할 수 있다」고 하였다.

이 사건에서(처분이 다투어진 1922. 3. 19. BGE 48 I 21) 문제된 것은 조세법이 일반법령이기 때문에 다음과 같은 비판이 나온다.

H. Huber는 1960년 논문에서, 「시민이 법률을 통한 수익적 조치의 취소를 청구할 자격이 없다고 한다면, 그 경우에 입법자에게 법적으로 불평등한 입법원칙을 인정하게 되어 결국 연방헌법 제4조에 위반된 특권을 결과적으로 채택하게 된다」고 하였다.¹⁶⁾ 또 H. Marti는 1962년의 법률가회의에서 「어느 법률이 특정인들에게 면제하는 경우, 그것이 연방헌법 제4조에서 보호하고 있는 다른 납세자의 이익에 관계된다. 일정범위의 사람들에 한하여 우대조치를 하는 법령에 대해서는, 이를 부여받지 못한 모든 사람들에게 제소할 자격이 있다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 민주주의하에서 경시되어서는 안될 평등의 원칙이 공문화되고 말기 때문이다」라고 하였다.

그러나 판례는 Huber의 비판 직후 스위스치과기공토회판결에서, 동업자의 원고적격을 인정하면서 당해 사건을 예외로 취급하고 있다. 즉 스위스치과기공사회판결(1960. 12. 21. BGE 86 I 281)에서는 치과기공사에게 구강 내의 의료행위를 전면적으로 금지하였다. 그러나 주의사법에는 일정범위의 의료행위를 시험에 합격을 조건으로 특기한다고 하고, 아울러 종래부터 수년에 걸쳐 위의 의료행위를 비정규적으로 행해 온 치과기공사에게는 시험을 면제한다고 규정하였다. 이 규정에 의하여, 시험을 면제받지 못한 치과기공사가 취소청구를 제기한 사건이다.

「본건소송에서 일시험이 특정 치과기공사에게만 면제되고, 기타 치과기공사는 그 법적 지위에서 피해를 받고 있다. 원고는 위 규정

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

을 취소함으로써 타 주민과 본질적으로 상이한 보다 많은 이익이 있다. 또 원고는 위 규정을 다툼에 있어, 일반적 공익이 아니라, 연방헌법 제4조와 제31조(직업의 자유)가 합치하는 직업상의 법질서에 따른 특별이익의 추구이기도 하다」라고 하였다.

이 새로운 판례에 대하여, Marti는, 이제까지의 우대조치를 다투는 제3자의 소에 대한 문호를 폐쇄한 선행판례를 부분적으로 변경한 것이라 평가하고 있다.¹⁷⁾ 다만 유의할 점은 판결에서, 평등원칙 원칙을 직접 원용하여 제3자의 원고적격을 긍정한 것이지 승인한 것은 아니라 한다. 법률에 의한 우대조치의 취소를 청구할 수 있는 자는 어디까지나 직접성 ‘특별성이 있는 이익’ 환언하면, 취소함으로써 일반 시민과 본질적으로 다른 보다 많은 이익이 있는 자에 한한다.

본건은, 원고가 당해 우대조치의 대상자와 동일직업영역의 영업자인 관계로 이 조치와의 사이에 강도의 견련관계가 있다는 점을 고려하여 원고의 이익이 위 기준에 달한다고 인정한 판시라 하겠다.¹⁸⁾

3. 침익적 행정행위의 경우

이제까지의 케이스와는 달리, 이익을 침해하는 행정행위가 행사된 경우, 이 침익적 행사로 받은 사람 이외의 제3자가 이의 취소를 제소한 경우 원고적격이 인정되는가의 여부문제가 있다.

여기에서는 침익적 행정행위의 케이스에서 논한 바 있는 제3자가 여하한 권리 내지 이익에 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. 351주도 참조.

가 경쟁행정행위 내지 그 받은 사람과의 사이에 여하한 관계가 있는가의 요소외에, 침해자 자신의 독립소송으로서, 자기의 이익구제가 실질적으로 가능한가의 요소가, 원고적격 인부의 판단기준으로서 추가된다고 하겠다.

물론 실제면에서는, 침해받은 자가 스스로 소송을 제기하는 것이 통례이므로 이에 관한 사건은 그리 많지 않다. 다만 전술하는 바와 같이 여관영업허가가 철회된 데 대하여, 당해 여관의 지당권자는 그 철회처분의 취소를 소구하는 원고적격을 인정받았다. 그러나 여관소유자 자신은 파산선고를 받고 있었기 때문에 소송을 제기할 수가 없었다. 따라서 지당권자는 실질적으로 위 소유자의 권리일부를 대변한 것이 되고, 그러한 요소를 인정함으로써 지당권자가 위 처분의 취소에서 얻은 이익은 법적으로 중대하다 할 것이다.

타인의 권리를 주장하여 소를 제기하는 것은 엄격한 주권소송하에서 인정하기 어렵다. 그러나 위 사례는 다소 객권소송인 측면을 구유한 헌법소원의 특질을 잘 나타내고 있다 할 것이다. 그러므로 여기에 든 사례는, 반드시 전형적이라 할 수 없고, 다만 헌법소원의 원고적격을 인정할 때 주목된다고 하겠다.

4. 영업허가와 기존동업자의 원고적격

경찰상 영업허가를 제3자(주로 허가받은 자와 경쟁관계에 있는 기존의 동업자)가 제소하는 경우 원고적격에 대하여,¹⁹⁾ 판례는 처음에 이를 부정하였으나 곧이어 긍정하였다. 그러나 1945년 이후 다시 부정하는 태도를 취했다.

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

초기의 판례는 주정부가 어느 신청인에게 내준 음식점 영업허가에 대하여, 그 주내의 시의회가 위 영업허가신청에 대한 감정인이란 지위에서, 그 취소를 청구한 사건이 있다. 이에 대하여 연방법원은, 시의회는 법원조직법상의 「시민(사인)」이나 「단체」가 아니며, 경쟁처분과 관계없다. 비록 시의회가 제출한 감정서에 반한 처분을 하여 어떠한 이익의 침해가 있다 해도, 그것은 시의회 즉 공법인으로서 일반적 이익을 주장한 데 불과하다 라고 하여 소를 각하하였다.(1904. 11. 20. BGE 30 I 633). 이 판례에서 명백한 점은, 공법인의 당사자능력의 문제에 두고 있다. 따라서 영업허가를 다투는 제3자의 원고적격에 대한 실질적인 논점은 1946년까지의 시기에, 영업허가를 다투 동업자 등의 원고적격을 승인한 판례에서 찾을 수 있다. 그 대표적인 것은, 주정부가, 주법률에 규정한 요건을 갖추지 않은 음식점영업허가의 신청을 인정한 것에 대하여, 경쟁관계에 있는 음식점업자와 주내의 시의회가 위 허가처분의 취소를 청구한 사건이다. 연방법원에서는 원고 중에, 시의회의 소는 앞의 BGE 30 I 633 판지 원용하여 각하하였으나, 음식점업자의 원고적격은 다음과 같은 이유에서 인정하였다. 경찰허가가 전제된 영업은, 허가요건이 갖추어져 있음에도 불구하고 신청이 거부된 경우와 같이, 이를 갖추지 아니한 신청인에게 위법으로 허가처분한 경우에도, ‘법앞의 평등의 원칙’의 침해를 이유로 소를 제기할 수 있다(1908. 7. 15 BGE 34 I 465)고 하였다.

즉 여기에서는 원고인 동업자의 개인적 법적 이익의 존부를 묻는 것이 아니라, 평등원칙에서 직접 원고적격을 도출한 것이다.²⁰⁾

그러나 그후 연방법원은 위의 판지를 변경하고 있다. Geneva 음식점 조합판결(1946. 4. 15. BGE 72 I 95)에서, 주가 어느 신청인에

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

게 신규의 음식점영업허가를 내준 데 대하여, 경쟁관계에 있는 동종업자가 이것의 취소를 제소하였던 바 법원은 원고적격이 없다고 판시하였다.

나아가 다음 판결에서는 위의 원칙이 음식점뿐만 아니라 영업전반에 걸쳐 보편적으로 적용된다고 하여 종래의 판례를 전면적으로 변경하였다.

또한 주류취급음식점에 관하여, 일정지역에 허용하는 수의 제한을 정한 주법률의 조항은 원고(기존음식점업자의 조합)가 주장하는 바와 같이 동업자의 과도한 경쟁에서 보호되는 것이 아니라 전적으로 공공의 복지실현, 즉 「영업의 무제한의 자유로부터, 공공의 질서·안전·양속과 건강에 관하여 위협의 저지」를 목적으로 한 것이다. 따라서 원고는 위 조항으로부터 받는 이익은 법의 보호하에 있는 것이 아니다 라고 판결하였다.(1948. 11. 25. BGE 74 I 377)

그러나 이 이후에는 약간의 예외를 두어 원고적격을 인정한 사건이 있다.

본건에서 논해진 것은 주음식점업법의 「영업허가는 동종의 기업수배치를 고려하여 연방헌법 제 31조의3과 제32조의 4 의미의 요구에 합치되는 경우 부여한다」라는 조항이 있다. 이에 연방법원은, 주류취급음식점에 위 제31조의3 「주는 호텔사업경영자격을 법률로 정하고, 경영자가 과도한 경쟁으로 각기 위협받을 경우, 동종경영자의 수를 필요에 따라 제한하는 권능을 가진다」고 하고 제32조의4에 「주는 주류성 음료의 영업과 소매업의 행위를 법률에 의해 공공복지를 위하여 제한할 수 있다」고 하였다. 이 조항을 적용함으로써, 위 주 법조항은 「영업경제적·영업정책적 성격」뿐만 아니라, 「동업자에게 법적 보호를 보장」하는 성격도 동시에 가지고 있다고 판단하여, 동업자의 피침해이익을 법적 이익으로 간주하여 원고

적격을 인정하였다.(1953. 5. 20. BGE 79 I 155).

부연하면, 앞서 BGE 74 I 377 음식점조합판결의 경우—당해 주법에 연방헌법 제31조의3 수용의 문언은 없으나 원고는, 당해 주법이 위 연방헌법조항의 취지에서 해석되어야 한다고 주장한 것이다.

그러나 위 제 31조의3은 주류를 취급하지 않는 음식점에만 적용되어야하고, 본건과 같이 주류를 취급하는 음식점에서는, 전적으로 공익실현을 목적으로 하므로 제32조의4(주는 주류성음료의 영업과 소매업의 행위를, 법률에 의해 공공복지를 위하여 제한할 수 있다)만이 적용되어야 한다고 해석한다. 이런 학설의 동향을 감안하여, 위의 BGE 79 I 155 음식점조합에 대한 판결은 제31조의3이 음식점영업전체에 미친다고 확대해석함으로써 판례변경을 하게 되었다. 따라서 영업허가를 다루는 동업자의 원고적격의 완화는, 이 음식점영업의 영역에 그치고, 후술하는 건축허가 분야의 인접인의 원고적격의 확대에서는 긍정적 판결을 하고 있다. 그러나 기본적으로 영업허가에 관해서는 판례가 변경되어있지 않다고 하겠다.²¹⁾

5. 건축허가와 인접인의 원고적격

위법한 건축허가처분에 대하여, 허가처분을 받지 아니한 인접인이 그 취소를 제소한 경우, 그 원고적격이 긍정되는가의 문제가 있다. 이 문제는 결국 건축허가처분의 근거법규인 건축법의 성격여하에서 판단하게 된다. 이에 대하여 연방법원에서는, 최근까지 건축법

21) F. B. Fleiner, Z. Giacometti, Schweizerisches Bundes- staatsrecht, S. 298 f ; 이와 같은 판례동향에 대하여 Martisms 비판적이다. 그는 우대조치에 대한 견해에서, 동업자평등취급의 원칙은, 기존영업자를 신규의 경영자와의 관계에서 불이익으로부터 보호하는 의미도 있기에 기존영업자가 위법한 신규허가처분의 취소를 소구하는 이익은 보호할만한 가치가 있다고 하였다. 따라서 연방법원은 전기 스위스 치과기공사회판결의 관점에서 영업허가에 관한 판례를 변경해야 한다고 주장했다.

규의 목적이 일반공익실현에 있으며, 개인보호는 없다는 일관된 판단으로 인접인의 소를 각하하였다.

예컨대 1933. 6. 9. BGE 59 I 77 판결에서는 주가 어느 레저기업에 스케이팅링크 등을 갖춘 오락장의 건축허가를 부여했다. 이에 대하여, 그것은 평온하고도 건강한 거주를 위하여 일정지역에 유흥업과 공업건축물의 건설을 금지한 주도시건축법령에 위반된다고 하여, 취소를 청구한 사건이다.

이에 대하여 연방법원에서는, 본계쟁처분에서, 원고를 그 법이 보호하는 이익에, 개인적·직접적 침해가 있는 경우에 한하여 이유있는 것으로 받아들인다.

따라서 본건은 행정상의 건축허가문제로서, 거기에 설계된 건축물에 경제적·공공적 관점에서 장애가 없다는 점이 확인된다. —근인주민은, 타주민과 같이 주정부에 공익보호가 불충분하다 하여 헌법소원을 제기할 자격이 없다 라고 하여 소를 각하하였다.²²⁾

또 주의 건축허가처분의 취소를 그 주내의 시가 제소한 사건이 있다. 연방법원은 전기 BGE 30 I 633 판결을 원용하여, 공권력을 담당한 시는 제소자격이 없다 라고 하여 소를 각하하였다.

이와 같은 판례의 태도는 그 후도 계속되었으나, 학설은 계속 비판하고 있다. 1962년 법률가회의에서 H. Marti는 「공법상의 건축규정은 일반적 공익만을 보호하는 것이 아니라, 건축물의 고도와 계층의 허용제한에 관한 규정을 통하여 이웃 인접인도 보호함을 목적으로 하는 것이다.»²³⁾라고 하였다.

이러한 관점에서 1962년부터 판례는 인접인의 원고적격을 제한적으로 인정하기 시작했다. 그 예로서 주건축법규에는, 부지경계선으

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 후퇴거리(Grenzabstand)와 인접건축물의 외벽으로부터의 후퇴거리(Bauabstand)를 일정정도 유지하는 건축허가기준의 규정이 있었으나 주정부에서는, 인접지에서의 건축허가신청을, 위 기준에 미달함에도 불구하고 허가하였다. 이에 인접인인 원고는 이 허가처분의 취소를 제소한 사건이었다.

이에 연방법원에서는 「공법상 건축법규를 어느 토지에 적용할 때, 그에 인접한 토지에도 간접적으로 영향을 미치는 성격이 있다」라고 하여 인접인에게 헌법소원 제기의 원고적격이 있다고 인정하였다. (1962. 9. 26. BGE 88 I 179)

이런 판례의 취지는 유사한 사례를 통하여 한층 확대되어 갔다.

시건축령은, 외벽의 인접건축물로부터의 후퇴거리를 규정하는 한편 부지경계선으로부터의 후퇴거리에 대해서도 당해 건축물의 높이에 비례한—즉, 경계선으로부터의 후퇴거리는 건축물의 높이 0.6배 이상이어야 한다는 취지로 규정했다. 이 경우도 위 후퇴거리를 확보하지 않은 건축신청에 대하여 허가한 행정청의 처분을 연방법원은 「인접인은, 건축물의 높이에 관한 명령이 위헌적으로 적용됨으로써 자기 건축의 자유(Baufreiheit)에 제한받았다고 주장하여, 헌법소원을 제기 할 수 있다」고 판단하였다. (1963. 12. 11. BGE 89 I 513)

연방법원은, 이와 같은 예외적 판례를 통하여, 이웃사람의 원고적격을, 완화하고, 1965년의(1965. 5. 26, BGE 91 I 409) 판결에서는, 일정한 건축법규는 개인권의 보호에 두어야 한다는 견해를 채택하기에 이르렀다. 이 판결은 종래의 여러 판례를 근본적으로 재검토하고, 건축법규의 성격에 관한 법원의 기본적 견해를 표명하게 되었다.

위 판결에서 건축법규를, 첫째는 특정한 법관계인의 보호를 목적

으로 하며, 사법에 속한다고 하였다. 둘째는 공공의 보호에 두고 공법적 성격의 것이라고 하였다. 셋째는 위 량자의 혼합적 성격을 가진 공익뿐만 아니라 개개 법관계, 환언하면, 광협양의의 이웃사람의 상린이익관계를 질서있게 하는 것이다 라고 하였다. 그리고 셋째에 속하는 전형으로는 외벽으로부터의 후퇴거리에 관한 규정을 들어, 이것은 「분명히, 도시의 미관, 혹은 경우에 따라 자연보호라는 요청」 즉 공익 그 자체라고 할 수 있으나 동시에 특정의 법관계인, 환언하면 이웃사람을 고려하여 보호하는 것이다 라고 하였다. (1965. 5. 26, BGE 91 I 409)

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

이 판결 이후 건축허가를 다루는 인접인의 원고적격은 넓은 범위에서 인정하게 되었다.

IV. 단체구성원의 권리 · 이익과 단체의 원고적격

1. 이익단체 구성원의 원고적격

법원조직법 제88조에 의하면, 「단체」가 법적 이익을 침해 당한 경우 헌법소원의 원고적격이 있음을 명백히 하였다.²⁵⁾

24) 小林, 前掲論文, pp. 348~349. 351주 참조.

25) 여기에 단체는 넓은 의미로 해석된다. 즉 법인에 한정하지 않고, 권리능력없는 사단·재단도 포함된다. 또 공법인도 일정범위에서 당사자능력을 인정한다. J. Hinder, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, S. 121 ff.

이에 관례는, 단체의 구성원이 권익침해를 받은 경우, 그 단체는 일정한 전제하에 자기 이름으로 소를 제기할 수 있다고 해석한다. 그 예의 관례는 다음과 같다.

무자격자가 치과의료행위를 하였기 때문에, 후보건부로부터 행정벌을 받은 자가 이를 주지방법원에 제소하였던바 법원은 이 소를 인용하였다. 이 인용판결에 대한 취소를 주치과의사회와 후보건부가 제소한 사건이다.

연방법원은, 후보건부의 소에 대하여, 공권력담당자임을 이유로 기각한 후, 치과의사회의 원고적격은 인용하여 다음과 같이 판시하였다. 「위 치과의사회와 같은 직업단체는, 그 회원의 직업상의 법적 이익의 실현을, 헌법소원으로서 위헌침해에 대한 대항으로서 추구할 수가 있다. 다만 당해 단체가 법적 이익의 보장을 그 규약상 목적으로 했을 경우에 한한다. 그리고 이 경우의 전제는, 회원 자신이 제정처분에 의해 개인적으로 피해를 받았어야 한다.」 고 하였다. (1940. 11. 15. BGE 66 I 258)

특히 위 판결에서 단체구성원의 권리 내지 이익을 원용하는 단체의 원고적격을 긍정하는 경우에 두 가지 전제가 있다.

(i) 구성원자신이 헌법소원을 제기할 정도로 행정행위에 의해 법적 이익이 침해되어 있어야 한다. (ii) 단체가 그 구성원의 법적 이익의 옹호를 규약상 목적으로 명기되어 있어야 한다. 이 두 가지 전제는 관례에서 보는 바와 같이 구성원 자신의 피침해이익이 구제할 만한 가치가 있어야 하고, 없는 경우에는 당연히 그 단체의 원고적격은 부정된다.

예컨대 (1946. 4. 14. BGE 72 I 95) · (1948. 11. 25, BGE 74 I 377) · (1946. 9. 19. BGE 72 I 178) 판결에서는, 음식점조합내지 의사의 원고적격을 모두 부정하였다. 그리고 각 구성원(음식점업자

와 의사) 자신에게도 동업자로서의 영업허가 취소를 제소할 자격을 인정하지 아니했다.

그러나 그 반대의 사례는, 앞서의 스위스 치과기공사회 판결과 부동산업자협회판결(1962. 9. 19. BGE 88 I 173)에서 볼 수 있다.

또 단체가 규약에 구성원의 이익보호를 목적으로 규정하지 않으면 안된다는 전제하에, 외국인노동자(Gastarbeiter)원호협회가 외국인노동자와 주와 체결한 거주계약위반을 이유로 소를 제기하였던 바, 법원은 위 협회는 외국인노동자원호라는 설립목적에 외국인노동자의 주거보장까지 미치지 않는다는 이유로 원고적격을 부정하였다.

그러나 원고적격을 인정한 단체로는 앞서의 치과의사회판결(1940. 11. 15, BGE 66 I 258)외에 식료잡화상조합, 교원단체, 화물자동차업조합, 스포츠단체 등 직업단체와 이익단체로 국한하며,²⁶⁾주민단체, 지역단체에 대하여는 인정하지 않고 있다.

학설은 구성원의 이익을 주장하는 단체에 원고적격을 인정한 재판례에 대하여, 법원조직법 제88조를 엄격히 해석하는 경우에는 의문의 여지가 없지 아니하나 「합목적성」의 관점에서 이해해야 한다고 한다. 즉 「가령 법원이 단체에 대하여 원고적격을 부인하더라도, 형식상 1인의 구성원을 선발하여 그 선발된 사람을 원고로서 등장시킬 수 있다」고 한다.²⁷⁾

2. 정당조직원의 원고적격

26) H. Marti, Die Staatsrechtliche Beschwerde, S. 112 ; 한편관계 판례는 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 등이있다.

27) 小林, 前掲論文 pp. 352~353. 355의 주 재인용.

정당도 자기의 범익이 행정행위로 침해되는 경우-예컨대 집회금지조치를 제소할 수 있음은 물론, 소속당원의 권리·이익을 침해당한 소도 제기할 수 있다. 이 경우 특히 주목되는 것은, 결사의 자유이다. 그러나 국민전선(Nationale Front)에 대한 판결(1936. 11. 17, BGE 65 I 236)에서는 주의회에서, 공무원이 국가에 위협을 미칠 공산주의조직에 가입하는가, 현재 가입해 있으면 탈퇴하여야 한다. 만일 탈퇴하지 않은 공무원이 있으면 징계면직할 수 있다는 법률을 제정·공포했다. 이에 주정부에서는 위에 해당하는 제단체를 지정하는 결정을 내렸다.

본건은 당해 단체의 하나로 지정된 국민전선과 그 지구조직 및 구성원 2명(비공무원)이 연방헌법 제 56조(결사의 자유)와 제4조(법 앞의 평등)에 위반한다는 이유로 위 결정의 취소를 소구하였다.²⁸⁾

연방법원에서는 원고 중 지구조직은, 국민전선규약상 내부조직으로 대외적 독립성이 없다는 이유로 당사자능력을 부인하였다. 그러나 비공무원인 구성원 2명에 대하여는 적격을 긍정하였다. 연방법원의 판단은 다음과 같다. 원고 2명의 구성원은 공무원이 아니므로 계쟁결정에 현실적 피해는 없다 하더라도 장래 위 2명이 공무원을 지원할 가능성과 외부의 공무원이 전선에 가입할 가능성은 있으므로 이 결정에 의한 피해는 잠재적으로 받고 있다고 하였다. 따라서 원고 중 위 양자에게는 결정취소를 제소할 원고적격이 인정된다고 하였다.

이 사건을 객관적으로 보면 다음과 같은 점을 지적할 수 있다. 즉 정부결정의 상대는 「위험을 미칠」 조직에 속해 있는 공무원과 그 조직에 가입하려는 공무원에 대한 것이다. 그러나 실질적으로

28) 국민 전선판결(1935. 4. 3. BGE 61 I 103)에 반하여, 정치목적만을 추구하는 헌법소원은 인정되지 않는다고 한다. E. Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Reheurs, in : ZSR N. F. 55, S. 175.

관찰하면, 위와 같은 공무원이 위 정부의 결정을 다투기는 어렵다. 그것은 당해 조직의 위험을 각오하지 않고서는 제소할 수 없다. 따라서 위 경우, 전선의 공무원이 아닌 2명의 구성원은 결과적으로 공무원의 권리·이익을 주장하고 있다고 보아, 그들에게 제소의 자격을 인정한 것은 충분한 이유가 있다고 할 것이다.²⁹⁾

3. 지방자치단체의 원고적격

지방자치단체(시·도·군)(Gemeinde)가 당해 자치단체 주민전체의 이익을 위하여 주장하는, 예컨대 환경소송 등 중요한 문제가 있다. 이제까지는 자치단체에 위와 같은 소송제기의 자격을 인정하지 아니했다.

스위스에서의 Gemeinwesen(연방·주·자치단체의 총칭)은 사법상의 주체로만 원고가 되며, 공권력담당자에게는 부인됨이 원칙이었으나, 예외적으로, 자치단체에 일정한 경우 원고적격을 인정하였다. 즉 자치단체는 주의 행정행위에 의해, 자기의 존립과 영역보전(Bestandegarantie) 및 자치(Gemeindeautonomie)에 침해를 받을 경우, 헌법소원을 제기 할 수 있다.

다만 위 두 경우에만 인정하고, 다음과 같은 사건에서는 자치단체의 원고적격을 부정하였다.

모기업이 주에 대하여, A하천연안에 온천여관의 건축허가를 신청하였던바, 그 하천연안의 시는 경관보호를 이유로 이를 반대한다는 감정서를 주에 제출하였으나, 주정부에서는 건축을 허가하였다. 위 시는 이를 제소하였다.

29) 호부, 전게서 p. 82 ; 소림, 전게논문 pp. 353~354.

이에 연방법원에서는 「위 시는 자치단체라는 자격뿐만 아니라, 국가라는 자격에서 주장하고 있는 일반공익의 보호를 목적으로 행동하고 있다. 따라서 건축허가문제를 둘러싼 시와 주정부와의 쟁송은 단지 일반국가이익의 보호에 관한 견해차이에 불과하다. 그러므로 이 경우는 시가 권리보호를 위한 헌법소원의 구체수단을 동원할 자격이 없다」(1930. 3. 28. BGE 56 I 104)고 판시하여 각하하였다.

위 판결에서, 지적할 수 있는 것은, 자치단체의 원고적격이 긍정되는 경우에도, 그것은 사인이 국가에 대한 관계의 아날로지(analogy)에서, 주에 대한 당해 자치단체의 권리(「자치단체의 자유(Gemeindefreiheit)」) 보장으로서 구성되어 있다. 따라서 자치단체 주민의 권리·이익의 원용이란 논리는 취하고 있지 않다.³⁰⁾

V. 일반법령취소를 제소하는 원고적격

스위스헌법소원에서는, 일반적으로 구속력있는 법령은 그 집행을 기다리지 않고 소구할 수 있으나, 이 경우 원고적격은 개별적처분을 다투는 경우와 상이한 취급을 하고 있다.³¹⁾

1. 연방법원에서는, 초기에는 일반법령에 대하여 모든 시민은 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 주 참조.

31) 계쟁행정행위를 일반 구속력있는 법령과 개별처분의 어느 것이냐의 판단은 스위스 헌법소원의 원고적격의 인정에 있어서 상이한 점을 들고 있다. 이 경우 가장 문제되는 것은 계획(Planung) 특히 토지구획정리사업계획, 도시계획 등이다. 이 계획의 분쟁에서 원고적격은 개인적 피해를 받고있는 토지소유자에 한하여 인정하고 있다. 따라서 계획전체의 취소는 할 수 없고, 토지소유에 관계되는 한 소구할 수 있다. H. Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, S. 59. 그러나(1964. 3. 14. BGE 90 I 345) 판결에서는 새로운 관점에서, 계획결정의 단계에서 청문절차를 거치지 않은 경우에는 개인적 처분의 계쟁을 통하여 계획 그 자체의 취소를 소구할 수 있다고 판단하였다. J. Hinden, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, S. 140 ; 小林, 前掲論文 p. 356.

폐지를 요구하는 제소를 할 수 있다고 해석하였다. 판례는 「모든 시민은 침해되었다고 간주될 때 소송을 제기할 수 있다」(1885. 7. 3. BGE 11, 309). 「모든 사람은 헌법소원을 제기할 수 있다」(BGE 23, 1565)고 하였다.

물론 이 경우 판례는, 법령의 공포로 「모든 사람이 자기의 법적 지위에서 피해를 받는다」는 이해하에 원고적격의 요건을 고려한 것이다. 그러나 실체는 민중소송과 구별이 안되는 취급이었다고 한다.

2. 그러나 판례는 후에, 원고적격을 제한하는 방향에서 그 인정 여부의 판단기준을 설정하게 되었다. 즉 일반 법령의 취소를 제소하는 경우, 원고는 계쟁법령으로 인하여 현실적·실제적으로 피해를 입고(treffen) 있음을 요하지는 않으나, 잠재적(virtuell)으로 적용받고 있음을 요한다는 기준이다. 이를 구체적으로 전개한 판례의 대표적인 것은 다음과 같다.

주가 제정한 ‘행상인법’중에 주내에서 행상하는 자로부터 허가료를 징수한다는 조항이 있었다. 이에, 타주에 거주하는 주내 행상인이 조항의 취소를 제소한 사건이다.

연방법원은 「본건의 경우, 원고는 계쟁법령을 공포한 주행정권에 복종하고 있는 자가 아니므로, 이 한도에서 이 법령은 원고를 구속하고 있지 않다. 그러나 원고의 상업행위의 성격에서 보면, 원고가 당해 주에서 상업을 할 때, 그 계쟁조항으로 인하여 피해를 받지 아니한다고 볼 수 없다.

따라서 원고의 제소자격은 충분하다고 할 수 있다」고 판시하였다.(1938. 10. 7 BGE 61 I 383)

또 주가 공포한 경제위기완화긴급조치법 중, 거주지 여하를 불문하고, 당주에서 동무하는 모든 동노자에 대하여, 그 동노소득에 과

제한하는 내용의 조항을 두었다. 이에 대하여 이 주내에서 동무하고 있는 동노자 중 주소는 타주에 있는 동노자가 취소를 청구한 사건이 있다.

법원은 이들 동노자의 원고적격을 긍정하고 다음과 같이 판시하였다. 「헌법소원의 원고적격은 위헌의 계정법령이 원고에 대하여 구속력을 가지고 있으면 충분하다. 즉 원고의 개인적인 법적 지위에 현실적 이미 실현된 침해의 증명은 필요치 않다」(1937. 9. 24. BGE 63 I 147)고 하였다.

위의 판례에서 보는 바와 같이, 일반법령의 취소를 제소하는 경우에는 잠재적이거나 적용을 받고 있으면 충분하다는 이해에서 장기간에 걸쳐 연방법원이 채택하고 있었다.³²⁾

3. 그러나 근년에 이르러 법령취소를 제소하는 원고적격은 한층 좁게 이해하려는 경향이 있다. J. Hinden은 「일반적 추상적 규범을 다투는 경우 원고적격을 대폭 제한하는 경향을 분명히 한 판례」로서 Geneva 주의회가 Geneva 주의 여성이 주의의 남성과 결혼하면 일반적으로 주시민권을 상실한다. 그러나 계속 시민권을 유지하겠다는 의사표시를 결혼때에 하게되면 상실을 면제한다는 내용의 주시민권법을 제정하였다. 이에 동주의 정부는 그 시행을 연기하고 대신 주외남성과 결혼하는 Geneva 주의 여성은 예외없이 주시민권을 상실한다는 결정을 제기한 사건이다. 이 결정의 취소를 Geneva 주시민인 남녀수명이 제기한 사건이다.

연방법원은 원고 중 남성은 위 결정에 피해를 받지 않는다고 하여 소를 각하하였다. 그러나 여성에 대해서는 원고적격을 인정하고 다음과 같이 판시하였다. 「계쟁결정은 여성인 원고의 법적보호를 침해하고 있다. 그것은 원고가 타주스위스시민과 결혼할지도 모르

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

기 때문이다—판례에 의하면 일반적으로 미치는(de portée générale) 결정에 대하여 헌법소원의 제기자격은, 원고가 위헌이라 주장하는 조치에 장래 그 원고의 권리가 침해 될 수 있는 경우에 인정된다. 이 권리침해는 잠재적(virtuelle)이면 족하다」고 하였다. (1956. 6. 6. BGE 82 I 93).

Hinden에 의하면, 이 판례는 일반법령을 위헌이라 제기하는 원고적격을 인정하는 기준으로서, 「원고는 잠재적으로 당해 법령의 적용하에 있는(virtuell unter den Erlass fallen)것이 아니라, 당해 법령에 의해 잠재적으로 피해받은 관계에(durch den Erlass virtuell getroffen werden) 있을 것, 즉 위법이라 하는 규범에 의하여 원고가 장래 언젠가는 피해를 입을 수 있다는 경우에 요구한 것이라 이해된다. 따라서 Hinden은 결국, 원고 중 여성에 대해서는 원고적격이 인정되는데, 그것은 계쟁결정으로 잠재적이거나 피해를 입은관계(fallen)에 있고, 남성은 계쟁결정에 적용되기(fallen)는 하나, 그것으로 장래에 걸쳐 피해를 입은 일은 없기 때문에 각하되었다고 하였다. 결국 fallen과 구별되는 treffen의 요청으로 정리하고 있다.」

위 BGE 82 I 93의 판결에서의 피해(Betroffenheit) 요건은 일보 전진한 개인적피해(Persönliche Betroffenheit)에 두고, 그 피해가 잠재적으로 존재하면 원고적격을 인정한 것이다.³³⁾

VI. 결 어

이상 스위스헌법소원(소송)에 있어서의 원고적격에 관한 몇가지

33) 일반법령의 위헌여부의 소원자격은 「원고가 당해 법령의 적용 을 잠재적으로 받고있음으로서 충분하다」고 한다. 이에 대한 표현의 차이점에 관하여는 小林, 前掲論文 p. 361. 주6 참조.

판례이론을 검토해 보았으나 여기서는 우리나라의 문제를 염두에 두고 정리해 볼 필요가 있다.

(1) 스위스헌법소원(소송)에서, 권리·이익의 침해를 제소요건으로 하는 주권소송하에, ‘개인적피해’의 제 기준을 유연하게 해석함으로써 원고적격의 확대를 꾀하고 있다는 점이 확인된다.

위 제 기준에는 사익성·현실성·법적중대성 등의 Merkmal이 거의 판례에서 채용되어 비교적 명확하다. 그리고, 제3자의 원고적격인부요건으로서, 제3자(원고)와 계쟁행정행위 내지 그 상대자와의 견련관계 및 계쟁행정행위의 상대자자신에 의한 독립소송제기의 가부 등 문제도 위 제기준과 그 내용의 하나로서 이해되고 있다. 이 점은 바로, 오늘날 원고적격확대의 요청에 직면해 있고, 취소소송을 모두 객관소송화(이론적·실제적으로 채택) 하지 못하는 이상, 확대방향의 원고적격의 기준을 명확히 하는 필수과제로 되어 있다. 따라서 우리나라의 헌법소원 내지 행정사건소원에 하나의 참고재료가 될 것 같다.

(2) 단체 및 자치단체에 일정한 한도의 원고적격이 인정되고 있는 점이다. 단체에 관해서는 이익단체만이 원고적격을 인정하고, 지역·시민단체는 제외된다. 자치단체가 인정받는 것은 사인과 같은 인권주체로서 파악되는 경우에 한하며, 지역주민의 이익을 대변하지 않는 점에서 역시 주권소송성의 문맥에서 이해할 수 있다고 하겠다.

우리나라에서도 환경소송 등 영역에서 단체와 자치단체의 원고적격의 확대가 요망되고 있어 과거의 소극적 취급을 해소하는 과제로 되고 있다.

(3) 헌법소원의 대상이 일반법령에 미치고 있다. 즉 법령 그 자체가 합헌성 여부로 제기되는 경우, 원고자신의 권리·이익이 잠재적

이나마 침해요건으로 하는 주권소송의 형태를 취하고 있다. 스위스의 경우 위헌법령과 판결의 효력은 일반과 같으나, 그 법령을 대상으로 한 소송은 객관적 헌법질서의 보장이라는 기능수행이 크다고 하겠다. 따라서 독일의 추상적규범통제의 형태가 아니라 심사의 개시가 개인의 제소에 위임되어 있는 헌법소원을 통하여 이루어진다는 점이 스위스제도의 특징이라 하겠다. 34)

스위스연방의 법령은 헌법재판의 대상이 되지 않으므로, 연방법의 집행과 적용하는 주정부의 행위는, 형식적 위헌성에 대해서만 심사하고, 실질적 위헌성은 심사범위로 하지 아니한다. 주주권의 일부를 위임받은 자치단체의 행위는, 주주권행위와 똑같이 헌법재판의 대상으로 하고 있다. 그러나 연방의 입법행위는 대상에서 제외하고 있다. 이것은 의회최고주의가 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.

환 경 권 고

김 철 수

헌법재판소 자문위원

서울대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 환경권의 의의·연혁

1. 환경권의 의의
2. 환경권사상의 실정법화 경향
 - (1) 미국에서의 환경권론
 - (2) 독일에서의 환경권론
 - (3) 일본에서의 환경권론
 - (4) 기타 여러 나라에서의 환경권론
 - (5) 국제적인 환경보호
 - (6) 우리 나라에서의 환경권론

II. 환경권의 헌법상 근거

1. 세계각국 헌법상 환경권의 근거규정
 - (1) 미국헌법과 환경권
 - (2) 독일헌법과 환경권

(3) 일본헌법과 환경권

2. 한국헌법상 환경권의 근거규정

(1) 제4공화국하의 환경권의 근거규정

(2) 한국 제6공화국헌법상의 근거규정

Ⅲ. 환경권의 법적 성격과 효력

1. 환경권의 법적 성격

(1) 학 설

1) 인격권설

2) 재산권설

3) 생명권설

4) 우리 나라의 학설

(2) 사 견

2. 생존권으로서의 환경권의 권리성

(1) 입법방침규정설

(2) 부완전한 추상적 권리설

(3) 구체적 권리설

(4) 사 견

3. 환경권의 효력

(1) 대국가적 효력

(2) 대사인적 효력

Ⅳ. 환경권의 주체와 내용

1. 환경권의 주체

(1) 자 연 인

(2) 우리들의 자손, 미래인

(3) 환경단체

2. 협의의 환경권과 광의의 환경권

(1) 협의의 환경권

(2) 광의의 환경권

(3) 우리 헌법의 환경권=광의의 환경권

(4) 우리 헌법의 환경권법률주의

3. 환경권의 구체적 내용

(1) 쾌적하고 안전한 자연환경권

(2) 일조권 · 조망권 · 경관권

(3) 방어권으로서의 공해배제청구권

(4) 생존권으로서의 생활환경조성청구권

(5) 쾌적한 주거생활권

V. 환경권의 제한

1. 환경권의 제한원리

2. 환경권의 공공복지의 이익형량

3. 환경권제한의 한계

VI. 환경권의 침해와 구제

1. 환경권의 침해에 대한 구제수단

2. 국가권력에 의한 피해와 구제

3. 사인에 의한 침해와 구제

(1) 수인한도론과 무과실책임주의

(2) 공해소송에서의 원고적격 입증책임 전환

(3) 환경범죄의 처벌

(4) 환경오염피해분쟁조정

VII. 환경법제의 개선방향

1. 우리 나라 환경법제의 발전과 문제점
2. 환경권실현을 위한 소송법제정
3. 환경피해의 사전예방과 사후구제를 위한 입법보완

I. 환경권의 의의 · 연혁

1. 환경권의 의의

환경권(environmental right, the right to habitable environment, Recht auf eine menschenwürdige Umwelt)은 인간이 건강한 생활을 영위할 수 있고, 인격을 자유로이 발현할 수 있으며, 생존에의 양질의 생활환경을 향유할 수 있는 권리라고 정의할 수 있을 것이다. 1)

이 환경권은 어떤 사상가에 의해서 체계적으로 주장된 것이 아니고²⁾ 1960년대 이후 경제건설에 따른 공해에 의해서 인간의 생활환

1) 환경권에 관한 외국문헌은 그다지 많지 않다. 중요한 것만 들어보면, Wiliam H. Rogers, Environmental Law, 1977 ; Roberts, "The Right to a Decent Environment", 55 Corn. L. Rev. 674, 686(1970) ; Robberts, "The Right to a Decent Enbironment", 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 Abenue" 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.) ; 戸松秀典, 環境權ジュリスト増刊, 行政法の争點(90. 6.) ; 淡路剛久, 環境權の法理と裁判, 1980 ; 原田尚彦, 環境權と裁判, 1978 ; 松本昌悦, 環境權, 法律時報, 77. 5 ; 大阪辯護士環境研究會, 環境權, 1973 ; 原田尚言, 環境權と裁判, 1977 ; 環境法研究 1~8 ; 松本昌悦, 環境破壊と基本的人權, 1975

우리나라 문헌은 다음과 같은 것이 있다. 문홍주, 환경권서설, 고시연구, 1977, 8/9 ; 박일경, 환경권, 고시연구, 1981.2 ; 김영훈, 환경권에 관한 연구, 1982 ; 권영성, 환경권, 고시연구, 1981, 2 ; 김철수, 환경권, 환경법연구3, 1981 ; 김철수, 우리헌법상의 환경권, 사법행정, 1985. 4 ; 서원우, 환경권이론제판, 고시연구, 1984.5 ; 허영, 환경권에 관한 연구, 경희법학 제21권1호, 1986 ; 서원우, 환경권의 성질과 효력, 법학(서울대) 57호(84. 5.) p.25 이하.

2) 물론 사상가 중에는 공기나 물을 향수할 수 있는 권리를 주장하고 있는 사람이 있다. 예를

경이 회복불가능한 파괴를 맞이하게 되어, 인간다운 생활을 영위할 수 있는 환경의 향수권이 주장되는 것이다.

인간은 공기나 물, 태양 등의 자연의 은혜없이 하루도 생존할 수 없는 것이다. 반면에 인간은 자기의 생존을 유지하기 위하여 자연을 파괴하면서 자기에 필요한 자료를 생산해 왔다. 생산이 증대하면 할수록 자연의 파괴도 증가하여 자연보존의 필요성이 강조되게 되었다.³⁾ 자연의 파괴는 인위적인 개발에 의한 것과 함께 공해에 의해서도 야기되었기 때문에 공해방지문제가 대두되었다. 인간이 만든 공해요소가 지구상의 인간을 절멸시키게 될 것이라는 Rachel Carson의 *Silent Spring*이 1962년에 발표된 이후⁴⁾ 세계 각국에서는 공해문제의 심각성을 인식한 뒤 공해규제법을 제정하게 되었다.⁵⁾

그러나 오늘날의 공해는 부분적·국지적인 규제나 대책으로서는 이미 해결될 수 없는 것이며, 전국적인, 나아가 세계적인 규모에서의 근본적인 해결책을 필요로 하고 있다. 대량의 산업폐기물이나 농약, 자동차의 배기가스에 의하여 물과 공기, 토지가 심하게 오염되어 그 피해는 국민생활의 전면을 덮고 있다. 뿐만 아니라 이러한 오염은 일시적인 것이 아니고 자연의 환경을 회복할 수 없도록 파괴하고 ecology의 위기를 초래하게 되었다. 생활의 방편을 추구하

들면 Hobbes는 *Leviathan*에서 「자기자신의 신체를 지배하는 권리, 공기, 물...을 향수하는 권리」를 사회계약에 의하여 평화상태에 들어갈 때의 자연권 포기에 있어서도 유보되어 타인의 침해에서 보호되는 자연법적 권리로서 인정되고 있다. 그러나 그렇다고 하여 현대적인 환경권을 주장했다고 보기는 어려울 것이다.

3) 자연보존의 필요성을 강조한 것으로는, Douglas, William O., *A Wilderness Bill of Rights*, 1965; 최용희, *환경위기와 환경법*, 검찰 제1호, 1978, pp.32~57 참조.

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

5) 공해규제법에 관해서는 한국법학교수회론, *법과 공해*, 1974; 법제처, *각국의 공해대책법-미, 영, 독, 불, 일-*, 법제자료 제50집, 1971; 사회도서관입법조사국편, *구미제국의 공해규제법*, 1970; 김홍동, *공해방지와 법적규제*, 검찰 제1호, 1973, pp.143~154; 河合義和, *外國における公害對策立法の動向*, *ジュリスト* 458號 pp.334~343; 特輯, *公害立法の檢討と批判*, *ジュリスト* 47號; 研究會, *公害訴訟*, *ジュリスト* No. 473~502.

는 행위에 의하여 생태계를 파괴하고, 그에 따라 인류가 스스로의 존재기반을 허물고 있는 역리는 현대문명에 대한 근본적인 반성을 촉구하고 있는 것이다. 환경권의 발상은 환경파괴에서 인류를 구출하기 위하여 절실한 요망에서 나온 것이다.

2. 환경권사상의 실정법화 경향

환경권사상은 세계각국에서 단편적으로 발상되었고, 그것이 실정법화하는 경향에 있다.

(1) 미국에서의 환경권론

미국에서는 자연의 환경을 보전하고 적당한 recreation시설을 확보하려는 시민운동이 활발히 전개되었다. 미국의회⁶⁾는 1872년의 Yellowstone공원법제정 이후 1916년의 국립공원법제정으로 자연경관의 보존을 위한 여러 법률을 제정하였다. 또 1892년에는 삼림보호법이 제정되었고 1911년에는 동부지방의 국립삼림제도를 제정하였다. 또 1935년에는 토양보존법을 제정하였고 1937년에는 국립초지법 등을 만들어 환경보전에 노력하였다.

제2차대전 이후 자연보호운동이 성해져 Siera Club은 Siera국립삼림과 국립공원보전운동을 일으켰고 1957년에서 1963년까지의 23ton의 깡통과 빈병을 수집처리하였다.⁷⁾ 이 Siera Club을 비롯한

6) 미국의회의 자연보존법규에 대해서는, Douglas, William O., A Wilderness Bill of Right, pp. 177~179 ; Rogers, Environment Law, 1977등 참조.

7) Siera Club의 년도별 작업량에 대해서는, Douglas, William O., A Wilderness Bill of Right, p.6 참조. 또 *デイルウイソン, シェラクラブの活動とカリフォルニア州立公園制度*, 환경법연구 제8호, pp.127~136 참조.

자연보호단체는 공해소송뿐만 아니라 환경소송으로 자연보호운동을 벌였다.

자연보호를 목적으로 하는 단체는 그 목적을 법률적으로 달성하기 위하여 행정기관을 상대로 class action을 제기하여 행정기관의 결정의 취소나 직무집행명령을 구하는 소송을 제기하였다. 그 대표적인 례가 Hudson지구에 있어서의 수력발전소의 설치허가의 취소를 구한 사례⁸⁾와 Hudson고속도로건설에 반대하는 지역주민단체가 고속도로의 건설이 자연경관상의 자원을 파괴하는 것으로서 그 집행정지를 구한 것이다.⁹⁾

이는 자연보호단체가 환경상의 권리를 주장하여 행정기관의 결정의 취소를 구한 것인데 법원은 이들 환경상의 이익의 주장에 대하여 이것이 법률상 보호할 가치가 있는 이익일 것, 또 전력·도로 등이 가지는 경제적 이익과 자연의 경관, 역사 또는 리크리에이션 가치 등의 비경제적이익이 정당히 형량되어야 할 것을 승인하고 있다.¹⁰⁾

미국의 역대대통령은 환경보존정책을 펴왔는데 1965년 1월 4일 Johnson대통령은 연두교서에서 미국의 미(beauty)를 보존하고 공해·오염을 추방하겠다고 선언하였다.¹¹⁾ Nixon대통령도 소위 공해백서에서 「성장의 질을 희생하고 성장의 양을 강조하는 종래의 경향, 환경오염의 사회적cost가 경제에 충분히 계산되지 않았던 일, 환경에 대한 영향을 고려하지 않고 생활의 편리성을 우선하는 일, 또 근본적으로 환경을 전체로 보아 인간 자신을 포함한 환경의 각

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) 미국에 있어서의 환경소송의 동향에 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, ジェリスト第467號제467호 p.41, 제468호, p.146 등 참조.

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

부분이 근본적으로 상호의존하고 있다는 인식이 필요하다」고 력설하고 있다.¹²⁾

1969년에는 국가환경정책법(National Environmental Policy Act, 1969)이 제정되었는데 이는 환경권리장전(Environmental Bill of Rights)이라고 할 수 있을 것이다.¹³⁾ 이 법의 목적은 「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 막연하게 규정되어 있다.¹⁴⁾

바꿔말하면 i) ‘인간과 환경 간의 생산적이고 즐길 수 있는 조화를 증진시킬 국가정책을 선언하는 목적’과 ii) 환경과 생물권에 미칠 피해를 방지하거나 제거함으로써 ‘인간의 건강과 복지를 고무하는 노력을 증진하는 목적’ 등이 명확히 규정되어 있다고 하겠다. 1970년에 4월22일을 지구의 날로 정한 미국인들은 환경파괴의 심각성을 인정하고 반공해시민운동을 벌이기도 하였다.

이밖에도 환경질개선법(Environmental Quality Improvement Act of 1970)과 전국대기오염기준법(National air Quality Standards Act

12) 소위 공해교서 일역은 板本藤良, 스타데이그룹編譯(公害敎書)ニクソン大統領敎書 1970年 2月 10日, 環境汚染防止に關する敎書,ジュリスト 제458호 pp.344~352.

13) 구연장, 미국국가환경정책법의 제정배경, 법적성격 및 발전, 전창조박사고회기념논문, 1987, pp.97~124 ; 대한변호사협회, 미국환경관리의 기본원리와 최근의 경향, (국회93) ; 서울시정개발연구원, 미국의 주요환경법, 1995.

14) 상세한 것은 Grad, Trieties on Environmental Law 3Vol., 1978 ; Skilern, Environmental Protection, 1981 ; Rogers, Environmental Law, pp.697 이하 참조. 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 제467호, pp.141~149 참조. 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 미국의 각 주헌법을 개정하여 「각인은 건강한 환경에 대한 권리를 가진다」고 했다. Messachusetts주헌법, New York주헌법, Pennsylvania주헌법도 환경권을 규정하고 있다.¹⁵⁾

그 밖에도 법률로 환경권법을 제정한 주가 늘어났다.

미국연방헌법에도 환경권의 근거규정을 두어야 한다는 주장이 있었으나 헌법개정의 곤란성으로 인해 아직도 규정되지 않고 있다.

(2)독일에서의 환경권론

독일에 있어서도 환경권사상이 발달하여 Bayern주헌법에 규정되게 되었다. Bayern주헌법은 제141조 제3항에서 「개인은 국가의 자연환경을 향수할 권리와 해방된 야외에서 여가를 구할 권리를 가지고 있다」고 규정하고 있다. 기타 몇 개 주도 헌법에서 자연 및 경관을 보호하고 증진하는 것을 명령하거나 국가에 의무화하고 있다.

그런데 대기오염, 오수, 소음 등이 인간의 생존을 위협하게 되자 환경권에 관한 이론이 등장하게 되었다. 1971년에 Mainz대학의

15) 미국각주의 환경권법으로는, 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 일역은 生田典久, 米國における環境訴訟の特色 (上)(中)(下), JURIST No.534ff. 참조. 미국의 판례들에 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 죠세프 에레사츱스, 環境保護の法理論と法的手段, JURIST No.607, 1976, pp.53~56 ; 座談會, 環境保護の法理論と法的手段, サツクス教授との研究會, 1975, JURIST No.607, 1976. 3. 1, pp.51~70. 高柳信一, ミシガン州環境保護法所訟の諸相, 公害研究, 3. 1., 1973 ; (畠)山武道, 州憲法による環境權の保護(アメリカ環境權の動向) 判例タイムス 35卷23號((84, 10.) ; 강제규, 미국법상의 환경권, 자치연구3권4호, 1993, p.66 이하 ; 동인, 미국의 주환경권법, 자치연구 4.2.(14), 1994, p.89 이하 ; 천경송, 미국 및 일본법률상의 환경권, 법조, 30. 2., 1981. 2. p.23 이하 ; Rodgers, Willim H. 자, 이동연우 역, 아메리카環境法理論的諸相, 1989 ; 高橋一修, 아메리카의環境訴訟・環境法・環境運動(1) - シーニツク・ハドスンからの目兆め - (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.

Rupp교수는 환경보호의 헌법적 측면을 강조하는 연설을 행하였고, 기본권적 측면에서 이를 검토하고 있었다.¹⁶⁾ 1973년 1월 18일 Brandt수상은 연방의회에서 인간은 모두 인간에 적합한 환경에 대한 기본적인 권리(elem entares Recht auf eine menschenwürdige Umwelt)를 가지며 이는 헌법레벨의 권리라고 말하였다. 또 1971년의 환경강령에서 연방정부는 인간에 적합한 환경을 구할 기본권을 규정하도록 헌법개정을 하려는 의사를 공포하기도 했다. 그러나 이 문제가 포함하고 있는 복잡성과 여러 가지 반대 때문에 이것이 구체화되지 못했다. 학자들 중에는 환경권을 기본권장에 규정하자는 주장이 상당수 있다.

생활환경에 관련있는 조항으로는 제75조 제3호·제4호 등의 규정이 있다. 연방의 원칙입법(외랑입법 Rahmengesetzgebung)의 대상으로서 수립제도, 자연의 보호 및 경관의 보존 및 토지의 분배, 국토계획 및 물의 관리를 들고 있다. 연방과 지방의 경합적 입법사항으로서 경제, 핵에너지, 농림업, 토지법, 의료보건제도, 식품 및 동식물 보호, 교통제도를 포함하고 있었다. 이들 규정은 입법관할의 지정에 그치는 것이 아니라 주요한 환경보호의 부문에 대한 헌법상의 위임(Verfassungsauftrag)을 포함한다고 생각되어질 여지가 있었다. 그런데 「예술, 역사 및 자연의 기념물 및 자연경관은 국가의 보호 및 배려를 받는다」는 바이마르헌법 제150조 제1항보다는 후퇴되어 있다.¹⁷⁾

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

17) 서독에 있어서의 환경권에 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 einex Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", Die Öffentliche Verwaltung, 1975, S.588 ; Rehbindler, "Wirtschaftsordnung und Instrumentedes Umweltschutes", Festschrift für franz Böhm, S.499 ; Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978 ; Rausch, H., Die

1972년 4월 12일의 환경보호를 위한 제30차 기본법개정은 경합적 입법의 대상으로서 ‘쓰레기의 제거, 공기의 청정유지 및 소음의 방지’를 추가함에 그쳤다. 이는 실효성을 가진 규정만으로 헌법을 구성하겠다는 배려에서 나온 것이다. 환경권을 기본권의 일종으로서 헌법에 규정하려는 움직임도 있다. 입법론으로는 기본법 제2조에 「누구든지 인간다운 환경을 향수할 권리를 가진다」는 것을 추가하려는 안이 있었으나, Programm규정을 배제하려는 입법부의 태도 때문에 실현되지는 못하였다.¹⁸⁾

1984년부터 1986년까지 주헌법을 개정하여 자연보호에 관한 많은 규정을 두었다. 예를 들면 Baden-Württemberg헌법(제86조), Bayern헌법(제3조2항, 제141조), Saarland헌법(제59a조), Bremen헌법(제11a조, 제26조5호), Hamburg헌법(전문), Nordrhein-Westfalen헌법(제29a조) 등이 있다.

서독에서는 녹색당과 사회민주당 등이 환경권규정에 찬성인 반면에 여당에서는 이를 반대해 왔다. 그러나 국가목표규범으로서 국가의 환경보전의무를 규정하는 데에는 찬성이었다.

동독헌법은 1968년 헌법 제15조 제2항에서 「시민의 권리를 위하여 국가 및 사회는 자연의 보호에 대하여 배려한다. 호수·하천 및 공기의 청정유지 및 식물·동물계 및 향토의 풍광미의 보호는 소관의 제기관에 의하여 보장되어야 할 것이며 나아가 각 시민의 의무이다」고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이 헌법규정을 받아 1970년 5월 14일

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) 상세한 것은 레빈더, 西ドイツにおける人間にふさわしい環境を求める基本權, 환경법연구 제8호, pp.99~111 ; 阿部照哉, 4월호) p.1 이하 ; 지방헌법에 있어서의 환경권입법에 관해서는 Klofer, Umweltrecht, 1989, S.39ff. ; 박수혁, 서도이칠란트의 환경법 체계와 그 특색, 환경6권(84. 12) 59면.

에 성립한 「국토문화법」은 그 전문에서 다음과 같이 규정하고 있다.²⁰⁾ 「독일민주공화국에 있어서는 자연과 그 자원은 국가에 봉사한다. 그들은 국가경제의 발전을 위하여 및 근로자의 물질적·정신적·문화적 필요의 충족을 위한 중요한 기초가 된다. 사회주의사회에 적합한 환경을 만들고 시민의 건강과 살 즐거움을 증진하고 시민의 휴양을 꾀하며, 시민의 휴가를 형성하여 가기 위하여서는 풍부한 식물이나 동물, 풍토의 아름다움을 갖는 향토의 자연을 개발하고 육성하고 보호하는 것이 불가결의 전제이다」 「이 법률의 대상은 자연적 환경의 유의미한 형성을 위하여 사회의 자연적인 생활기반과 생산기반(토지, 수, 공기 및 식물, 동물계의 합체)의 유지개선 및 효율적 이용을 목적으로 하는 자연의 유효한 보호를 위하여 사회주의향토의 미화를 위하여 시스템으로서 사회주의국가적 국토문화를 계획적으로 발전시키는 일이다」고 하고 있다.

동독의 환경권은 포괄적인 환경보호의 입장에서 있었으나 집행력의 부족으로 실현하지 못하였다. 그리하여 환경은 아주 나빴다. 이리하여 통일독일에서 동독에 적용될 환경기본법(Umwelttrahmengesetz)을 기초하였다. 이 초안은 1990년 6월 29일에 법률로 통과되었다. 국가조약 제16조는 인간·동물·식물·토지·물·공기·기후·풍경·문화재 등을 유해한 환경작용에서 보호할 것을 규정하고 있다.²¹⁾ 그리하여 환경연합을 형성하여 실효적인 환경정책을 펴게 되었다. 통일조약은 제34조에서 환경보호에 관한 규정을 두고 있다. 그리하여 대부분의 서독환경법이 동독지역에서 적용되게 되

19) 상세한 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⁾

통일독일에서는 1994년 11월에 헌법을 개정하여 제20a조를 추가하여 자연적 생산기반에 관한 보호에 관하여 규정하고 있다.²³⁾ 「국가는 來세대의 자손들에게까지 책임을 지고 자연적 생활환경을 보호한다. 이는 적헌법적질서의 영역 내에서 입법에 의하여 법률과 법의 척도에 따라 집행권과 사법권에 의하여 보호된다」

(3) 일본에서의 환경권론

일본에서는 1970년 3월 동경에서 개최된 국제사회과학평의회 속의 환경과피상치위원회가 주재한 공해심포지움 때부터 환경권사상이 발전하기 시작하였다. 그 결론이라고 할 수 있는 동경결의에서 「특히 중요한 것은 사람인 자 누구나가 건강이나 복지를 침해하는 요인에 화를 입지 않을 환경을 향유할 권리와, 장래의 세대가 남겨주어야 할 유산인 바의 자연미를 포함한 자연자원의 혜택을 입을 권리를 기본적 인권의 일종으로서 가진다고 하는 원칙을 법체계 중에 확립하도록 우리들이 요청하는 바이다」 고 하고 있다.

또 1970년 9월에 개최된 일본변호사연합회 제13회 인권변호사대회 공해심포지움에 있어서 환경과피에 대항하는 주민의 권리로서 환경권을 확립할 필요가 있다는 것이 강조되었다. 이와 전후하여 학계와 법조계에서도 환경권이 활발히 검토되기에 이르렀다.²⁴⁾ 환

22) 상세한 것은 Kloepfer, "Umweltrecht", Achterberg/Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. SS.699~712 참조 ; Lücke, Umweltschutz und Verfassung in der DDR, Gedächtnisschrift für Martens, 1987 ; 한독법률학회, 한독환경법연구, 한독법학, 제9·10호 (합병호),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.

경권주장에 대하여 반론도 없지 않았으니 환경권은 직접 법원에 소구할 수 있는 법적 권리가 아니고 제일차적으로는 입법·행정의 차원에서 구체화되어야 할 것이라고 하는 비판이 일어났다.²⁵⁾

이러한 환경권의 주장은 입법론에서도 중요한 의의를 가지게 되었다. 일본의 제64회 국회에 있어서는 야당 3당이 공동제안으로서 환경권보전기본법을 제안하였다. 이 법률안에 있어서는 「건강하고 문화적인 생활을 향수할 수 있다는 것은 국민의 기본적 권리이며, 「양호한 환경은 장기적인 시야하에 현재 및 장래의 국민을 위하여 거국적인 노력에 의하여 확보되지 않으면 안된다」고 하고 있다. 또 좋은 환경이란 「i) 현재 및 장래의 국민들이 건강하고 문화적인 생활을 영위하기 위하여 필요하고도 또한 충분한 자연환경 및 자원이 확보되어 있을 것, ii) 수려한 자연경관이 보전되어 있을 것, iii) 국민의 건강하고 문화적인 생활을 영위하기 위하여 필요하며, 또 충분한 공공적인 시설이 있을 것, IV) 중요한 역사적·문화적 유산이 보존되어 있을 것 등의 각 조건이 정비되어 충족되어 있을 것을 필요로 한다」는 것이었다. 그러나 이 제안은 부결되었다.²⁶⁾

25) 대표적인 학자로는 原田尚彦, 環境權と裁判, 대판공해소송일판결에서는 환경권을 부인하고 있다. 그 근거로는 「그런데 환경권에 관해서는 실정법상 이러한 권리가 인정되어질 것인가 어떠한가의 의문이다. 헌법 제13조·제25조의 규정은 어느 것이나 국가의 일반국민에 대한 의무를 규정한 강령규정이라고 해야 할 것이며 동조의 취지는 국가의 시책으로서 입법, 행정상에 충실히 반영되지 않으면 안된다. 동조의 규정에 의하여 직접으로 개개의 국민에게 침해자에 대하여 어떠한 구체적인 청구권이 인정되어 있는 것은 아니다」고 하고 있다. 학설로는 대서방웅, 공해·환경권, 생명권, 입법관법학 제90호 권두언; 加藤一郎, 環境權の概念をめぐって, 民法學の現代的課題; 河合義和, 環境問題と公害理論 - 現代人權論の斷面 -, JURIST No.629, pp.102~107.

26) 상세한 것은 대판변호사회 환경연구회편, 환경권, pp.74~76 참조; 淡路剛久, 環境權訴訟の現版と課題 - 環境權の確立もめざして, JURIST 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, 行政法の争點, 90.6. p.248 이하; 竹中勳, 憲法上の環境權の法的性格と救済方法, 관시(상)1167호(85.12), (하)1170호(86.1); 小林直樹, 憲法と環境權, JURIST (臨詩増刊) 特輯環境 - 公害問題と環境破壊492號(71.11), 222면.

그러나 동경도 공해조례 등에서 환경에 대한 주민의 권리를 실정화하고 있다. 전문은 「모든 도민은 건강하고 안전 및 쾌적한 생활을 영위하는 권리를 가지는 것이며, 이 권리는 공해에 의하여 함부로 침해되어서는 안 된다. 모든 도민은 타인의 건강하고 안전하고도 쾌적한 생활을 영위할 권리를 존중할 의무를 지는 것이며, 이 권리를 침해하는 공해의 발생원인으로 되는 것 같은 자연 및 생활환경의 파괴행위를 해서는 안 된다」고 하고 있다.

이 밖에도 고도에 있어서의 역사적풍토의 보존에 관한 특별조치법, 문화재보호법, 수도권근교녹지보호법, 도시계획법, 건축기준법 등 환경보호를 위한 여러 가지 법률이 있다. 이밖에도 공해대책기본법이라든가 공해방지관계법이 제정되어 있다.²⁷⁾

1993년에는 환경기본법을 제정하였다. 환경기본법은 그 목적에서 「환경의 보전에 관한 시책을 종합적이고 계획적으로 추진하고 그로써 현재 및 장래의 국민의 건강과 문화적인 생활의 확보에 기여함과 함께 인류의 복지에 공헌할 것을 목적으로 한다」고 하고 있다.

(4) 기타 여러 나라에서의 환경권론

1972년의 유엔환경회의 이후 각국헌법에 환경권을 규정하게 되었다. 예를 들면 포르투갈헌법 제66조, 스페인헌법 제45조, 유고슬라비아헌법 제192조 1항 등이 국민의 환경에의 권리를 규정하고 있다. 이 밖에도 태국, 스위스, 그리스, 이란 등은 국민이나 국가에게

27) 상세한 것은 일본의 환경법체계, 환경법연구, 10, 1988. pp.73~102, 박윤훈, 일본의 환경행정기구의 체제와 기능, 환경법연구11, 1988. pp.103~128 ; 淺野直人, 일본의 환경정책에 있어서 지방행정단체의 역할과 금후의 전망, 자치연구 3, 1991. 9. pp.40~48 ; 綿貫芳源, 일본에 있어서의 환경법의 최근의 동향, 환경법연구 7, 1985, pp.133~152.

환경보전의 의무를 부과하고 있다. 이들 조항을 보면 다음과 같다.²⁸⁾

[포르투갈]

제66조 ① 모든 사람은 건강하고 생태학적으로 균형된 인간적 환경을 가질 권리가 있으며 이를 방어할 의무가 있다.

[스페인]

제45조 ① 모든 국민은 인간의 발전에 적절한 환경을 향수할 권리를 가지며 보존하여야 할 의무를 진다.

② 공권력은 생활수준을 보호·개선하고 환경을 보호·복원하기 위하여 불가결의 공동연대감을 가지고 천연자원의 합리적 이용에 유의하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 위반한 자에 대하여 법률의 정하는 조건으로 형사범 그리고 경우에 따라서는 행정벌, 이 밖에 손해가 발생한 경우 이의 보상의무를 설정할 수 있다.

[유고슬라비아]

제192조 ① 사람은 건강한 환경을 구할 권리를 가진다.

② 토지, 물 또는 기타의 자연재를 이용하는 자는 모두 건강한 환경속에서 사람이 노동하고 생활할 조건을 확보하는 것과 같은 방법으로 이용하지 않으면 안된다.

[스위스]

28) 상세한 것은 김철수, 입법자료교재헌법, p.394 이하 ; 법제처, 각국의 환경관계법(법제자료 158집), 1991, p.415 ; 국회사무처, 주요국의 환경법제(입법참고자료 242호), 1986, 보건법률사, 태평양연안지역의 환경권과 정책, 보건법률, 19~21, 22, 23, 24, 35, 38, 1986~1987 ; 人間環境問題研究會, アジア諸國の環境問題と法規制, 환경법연구, 6호(1976) ; 野村好弘, インド共和國の環境法, JURIST 936號(89.6)80面 ; R.T. Franson, カナダの環境法 - 概観, JURIST 769號(82.6) 126면 ; 淺野直人, 中國の新環境保護法について, JURIST 966號(90.11) 68面 ; 小賀晶一, 最近のタイの環境問題と法, JURIST 934호(89.6) 116면 ; 각국의 환경법제에 관해서는 Kloepfer, Umweltrecht, SS.339~384 참조.

제24조의7 ① 연방은 유해 혹은 불쾌한 영향으로부터 인간과 그 자연환경을 보호하기 위한 규칙을 제정한다. 연방은 특히 대기오염과 소음제거에 노력한다.

② 규칙의 집행은 법률에 의하여 연방에 유보되지 않는 한 각 주에 위임한다.

[태국]

제65조 국가는 환경의 균형을 보존·유지시키고, 국민의 건강과 위생을 위협하는 공해를 제거해야 한다.

[이란]

제50조 현세대와 다음 세대가 생활하여야 할 자연환경의 보호는 모든 국민의 의무이다. 환경을 돌이킬 수 없을 정도로 훼손시킬 위험이 있는 모든 경제활동은 엄격히 금지된다.

[그리스]

제24조 ① 자연적이고 문화적인 환경의 보호는 국가의 의무이다.

② 국가는 그 보전을 위하여 특별한 예방 또는 진압조치를 취하여야 한다. 산림(forests)과 일반적인 산림지역의 보호에 관한 사항은 법률로 정한다. 공유임지 또는 공유림지역의 토지이용 변경은 그에 대한 농업용 또는 기타 다른 용도로 사용하는 것이 국가경제에 유익하거나 국가이익이 되지 아니하는 한 이를 금지한다.

③ 국가의 지방행정구역의 재편성, 도시와 주택지역의 조성(configuration), 개발, 계획 및 확장은 가능한 최선의 생활환경을 성취하고 이러한 주택지역의 기능과 개발을 증진시키기 위하여 국민의 규제와 통제하에 둔다.

④ 특정지역내에 있는 재산의 소유자는 도로·광장(squares)

및 지방자치단체의 공공건물과 부지(communal units and spaces)의 건설을 위하여 필요한 토지를 이용할 수 있게 하고 도시계획을 위한 기본적 공공용시설에 건축비를 충당함에 있어 당해 지역을 주택지역으로 설정하여 발전시키기 위하여 법률이 정하는 바에 따라 지방기관으로 기증하여야 한다.

⑤ 주택지로 지정된 특정지역의 토지소유자가 승인된 기본계획에 따라 그 종합개발계획을 시행함에 있어 종국적으로 당해지역 내의 건축지 또는 건축물(building land or structures)로 지정되어야 할 지역 내에 포함되고 지하에까지 확장되지 아니한 평면으로 되어 있는 부동산토지의 환지를 통하여 그에 참여 (participation)할 수 있는 사항은 법률로 정할 수 있다.

⑥ 제1항 내지 제4항의 규정은 기존주택지역(already existing housing area)의 재개발(rehabilitation)에 대하여 이를 적용하여야 한다. 재개발에 의하여 정리된 지역은 지방자치단체의 건설부지를 활성화하기 위하여 또는 지방자치단체의 공공건물의 건축을 위하여 사용되거나 법률이 정하는 바에 따라 도시계획에 의한 재개발비용을 충당하기 위하여 매각되어야 한다.

⑦ 유적과 유적지(monuments and historical sites)는 국가의 보호를 받는다. 이러한 보호를 위하여 필요하고 그에 대한 소유자의 권리를 제한할 수 있는 조치와 그 소유자에게 지급하 보상의 방법은 법률로 정할 수 있다.

(5) 국제적인 환경보호

환경문제에는 국경이 없으며 전세계적인 대책이 요망된다. 1972

년에 인간환경선언이 채택된 뒤에 국제적인 환경보호운동이 일어나고 있어 조약화되고 있다. 유엔의 1972년 인간환경선언은 다음과 같다.

[인간환경선언 1972]

① 사람은 환경의 창조물임과 동시에 환경의 형성자이다. 환경은 인간의 생존을 지탱해주며 지적·도덕적·사회적·정신적인 성장의 기회를 주고 있다. 지구상 인류의 고난에 충만한 긴 진화의 과정에서 사람은 과학기술의 가속도적인 진보에 의하여 스스로 환경을 무수한 방법과 전례없는 규모로 변혁할 수 있는 힘을 얻은 단계에 달하였다. 자연 그대로의 환경과 사람에 의하여 만들어진 환경은 다같이 인간의 복지와 기본적으로 중요 하다.

원칙 ①사람은 그의 존엄성과 복지를 보호함에 족한 환경으로 자유·평등 및 충분한 생활수준을 향수할 기본적인 권리를 가짐과 동시에 현재 및 장래의 세대를 위하여 환경을 보호하고 개선해야 할 엄숙한 책임을 진다. 이에 관하여 인종격리정책·인종차별·차별적취급·식민주주의 기타의 압제 및 외국지배를 촉진하거나 또는 항구화하려는 정책은 배제되지 않으면 안된다.

② 대기·물·대지·동식물 및 특히 자연생태계의 대표적인 것을 포함한 지구상의 천연자원은 현재 및 장래의 세대를 위하여 주의깊은 계획과 관리에 의하여 적절히 보호받지 않으면 안된다.

그 뒤에 많은 국제조약이 채택되었다.²⁹⁾

UN의 하부기관으로서 유엔환경프로그램(United Nations Environment Programme : UNEP)이 설치되었고 1981년에는 그 주도하에 Montevideo환경법 프로그램이 채택되었다. 1982년에는 자연을 위한 UN세계헌장이 UN총회결의로써 성립하였다. 이 헌장은 Stockholm 선언의 내용을 초월했을 뿐만 아니라 실효적인 실천요강을 규정하였다.³⁰⁾ 그러나 이 헌장은 지나치게 이상적인 것으로 인정되어 잘 지켜지지 않고 있다.

UN의 산하기관들이 개별적으로 환경입법에 관여하고 있다. 또 지역적으로 OECD라든가 EU들이 조약을 만들어 국제적인 환경법 체계를 만들어 가고 있다.³¹⁾

Stockholm대회 후 20년이 되는 1992년에는 Rio de Janeiro에서 지구정상회의가 열렸다. 이 환경과 개발에 관한 유엔회의(UNCED)에서는 날로 악화되어 가고 있는 지구환경을 보전하기 위하여 27개항의 환경과 개발에 관한 리우선언(The Rio Declaration on Environment and Development)³²⁾과 21세기를 위한 세부실천강령이 채택되었다.

29) 환경권, 바젤조약가입에 대비한 국제환경정책의 방향, 무역312, 1992.8. pp.17~22 ; 이윤용, 환경문제와 국제환경조약, 대구상의, 344, 1991. 8. pp.8~17 ; 이상돈, 멸종위기에 처한 야생 동식물의 국제법래에 관한 협약에 대한 연구, 환경법연구제12권, 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. 오석락 역, 리우, 그리고 그 넘어 길, 환경강연집1호(92.11), 121면 ; 박용수, 리우환경회의에 대한 미의회정문회 회의록, 입법217호(93.3), 109면 ; 한택환, 리우환경회의와 에너지문제, 에너지2호(92.12), 67면 ; 정상조, Rio환경회의와 환경기술이용의 활성화, 법연3호(92.12), 157면 ; 이상돈, 리우환경회의의 체계적 이해와 분석, 환경강연집1집(9.11), 9면 ; 동인, 환태평양환경회의의 배경과 주제, 환경강연집2집(93.7), 55면 ; 동인, 전지구적 환경문제에 대한 국제사회의 대응, 저스티스 22권, 1989, p.178이하 ; 山村恒年, 世界の環境問題をめぐる動き - 各種環境會議の動向と問題點, 법률시판 62. 1(90.1), p.47이하 ; 노용희, 리우환경회의의 평가와 전망, 국회보, 312(92.10), pp.80~89 ; 이상돈, 환경과 개발에 관한 리우선언, 환경법연구14(92.), pp.239~268.

이 Agenda21(의제21)은 본질적으로는 앞선 20년 동안에 이루어진 현재의 세계가 처한 환경에 관한 많은 일을 잘 다루고 있다. 지탱할 수 있는 개발을 위해서는 인구성장률의 급격한 감소에 대하여 에너지와 물질의 과도한 소비를, 그리고 폐기물이 이 행성의 범세계적인 공유지역, 기본적인 생물학적 체계 및 화학적 순환에 미치는 허용한계를 넘는 영향을 급진적으로 감소시키기 위하여 공업체계의 제조질을 필요로 하게 될 것이라고 강조하고 있다. 1994년 9월 에는 Cario에서 유엔 인구 및 개발회의가 열려 환경과 개발에 관하여 논의하였다.

(6) 우리 나라에서의 환경권론

우리 나라에서는 환경문제의 심각성이 인식되지 않다가 1972년 유엔환경회의를 전후하여 환경문제가 논의되기 시작하였다.³³⁾ 이 경우에도 주로 공해대책인 소극적인 측면에서 논의되었다. 송법학자들은 미국과 일본의 이론에 따라 환경권을 주장하게 되었다.³⁴⁾ 한국법학교수회는 「법과 공해」에 이어 「법과 환경」이라는 책을 간행하고 환경권에 관하여도 고찰하고 있다. 1977년에는 한국공법학회에서도 「환경행정의 문제」라는 심포지엄을 연 바 있다.

실정법으로는 1977년 1월에 공해방지법이 제정되었다. 제1조를 보면 「이 법은 대기오염·수질오염·소음 또는 진동으로 인한 보건위생상의 위해와 생활환경의 피해를 방지하여 국민보건의 향상과 적정한 생활환경을 조성함을 목적으로 한다」고 하고 있다. 「생활

33) 김두현, 인간환경의 기본문제, 학술원환경연구보고서, 1972 ; 중앙일보, 인간환경 세미나, 1972.

34) 전창조, 환경권의 법리, 새법정 제3권 제1호(73.1) ; 구연창, 환경권사상, 법과 공해, 한국법학교수회편, pp.331~377.

환경이라 함은 국민의 생활에 밀접한 관계가 있는 재산과 동·식물 및 그 생육환경을 말한다」고 하고 있다.(공해방지법 제2조) 1972년 헌법은 「국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위한 계획을 수립한다」고 규정하고 「국가는 농지와 토지 기타 국토의 효율적인 이용개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.」고 규정하고 있다. 이에 따라 국토건설종합계획법, 국토이용관리법 등이 제정되어 있다. 공원법, 도시재개발법 등은 자연풍경지의 보호라든가 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진 등을 규정하고 있다.³⁵⁾

1977년 연말 국회는 환경보전법을 만들어 환경보전에 관하여 규정하고 있다. 환경보전법은 「대기오염·수질오염·토양오염·소음·진동 또는 악취 등으로 인한 보건위생상의 위해를 방지하고 환경을 적정하게 보전함으로써 국민보건향상에 기여함을 목적으로 한다」고 하고 있다.³⁶⁾ 여기서 건강권으로서의 환경권이 인정되어 있다고 하겠다.³⁷⁾

1980년 제정된 제5공화국헌법은 환경권에 관한 규정을 두게 되었다. 제33조는 「모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」고 규정하였다. 이어 제6공화국헌법은 제35조에서 「① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보

35) 공해방지법을 비롯하여 수출산업공업단지개발조성법, 공업배치법, 도시계획법, 오물청소법, 수도법, 건축법, 하수도법, 하천법, 공유수면관리법, 개항질서법, 수산업법, 수산진흥법, 항만법, 관광업법, 수산자원보호령 등이 공해방지에 관하여 규정하고 있다.

36) 환경보전법(77. 12. 31.) 제1조는 건강권을 규정하고 있다. 건강권에 관해서는 김동환, 건강권, 법률신문, 健康權をめぐつて特輯, JURIST No.539 참조.

37) 환경권에 관해서 헌법개정시에 특별히 규정하여야 한다는 견해로는, 노용희, 환경위기와 환경법, 검찰 제1호(1978), p.55가 있다. 상세한 것은 김철수, 환경권, 환경법연구3(1981), 김세충, 헌법상 환경권에 관한 소고, 서울대학교 석사학위논문, 1983 등 참조.

전을 위하여 노력하여야 한다. ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다. ③ 국가는 주택개발정책을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다」라고 규정하게 되었다. 이 규정은 세계에서 보기 드문 환경권의 실정헌법화규정이라고 하겠다.

새 헌법에 따라 환경정책기본법 등이 제정되었고 공해방지법이나 환경보건체제에서 벗어나 새로운 환경법체제가 완전히 정비되었다.³⁸⁾

지방법원이나 고등법원에서는 환경권을 인정하는 판결이 나오고 있으나 대법원은 부정적이다.³⁹⁾

II. 환경권의 헌법상 근거

1. 세계각국 헌법상 환경권의 근거규정

환경권이 새로운 기본권으로 등장하였기 때문에 세계각국 헌법에서는 그 명문규정이 없어도 해석론으로서 환경권의 근거를 발견하려고 하고 있다.⁴⁰⁾

38) 이상돈, 환경정책기본법과 환경대책개별법, 사법행정375, 1992.3. ; 함순용, 환경입법에 관한 연구, 명지대박사학위논문, 1985 ; 전병성, 우리나라환경법의 발전과 환경정책기본법의 제정, 환경법연구 제14집(1992), pp.75~122 ; 상세한 것은 김철수, 한국에서의 환경권과 환경입법, 한일법학연구.

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) 상세한 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) 미국헌법과 환경권

미국에서도 시민에게 환경권이 있다는 것은 승인하나 헌법에 명문이 규정이 없기 때문에 그 근거를 어디에서 발견할 것인가에 대해서는 학설이 대립되고 있다. 일반적으로 건강한 환경권은 수정헌법 제5조에서 유래한다고 본다. 수정헌법 제5조의 규정을 보면 「No Person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law」라고 규정하고 있는데 환경의 침해는 국민의 생명이나 자유에 대한 침해로 보는 발상이다. 수정헌법 제14조는 주가 적법절차에 의하지 아니하면 생명이나 자유, 재산을 박탈할 수 없다고 규정하고 있다. 이 학설에 따르면 환경소송의 원고는 수정헌법조문이 열거한 생명, 자유, 재산이 공해 등에 의하여 침해되었다는 입증을 하지 않으면 안되게 될 것이다. 오늘날 시민의 건강 및 안전에 대한 위협이 증대하고 있는 것을 생각할 때 수정헌법 제5조에서만 환경권을 근거 지을 수는 없을 것이다.⁴¹⁾

환경권의 근거를 수정헌법 제9조에서 발견하려는 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 규정하고 있다. 이 수정헌법 제9조는 국민에게 보유되어 있는 권리, 즉 자연권이 있음을 명백히 하고 있다. 새로운 기본권인 환경권은 privacy의 권리와 마찬가지로 이러한 여러 적법절차조항의 penumbra(반경)에 포함되어 있다고 본다.⁴²⁾ Goldberg대법원판사는 Griswold v. Connecticut사건에서⁴³⁾

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).

Warren대법원장 및 Brennan대법원판사와 공동으로 그 개별적 찬성의견 중에서 반영이론을 받아들여 수정헌법 제9조를 다른 어디에도 특기되어 있지 않는 기본적 인격권(fundamental personal rights)의 독립된 근거로 보고 있다.

(2) 독일헌법과 환경권

독일기본법에는 직접 환경권을 보장하는 규정은 없으므로 이를 보완해야한다는 주장이 많았다. 그러나 연방의회는 환경기본권에 관한 규정을 두는 것을 기피하였다.⁴⁴⁾ 그럼에도 불구하고 환경권을 인정하는 견해가 많다.⁴⁵⁾ 그러나 헌법규정은 국가에게 환경보전의 의무를 부과하고 있기 때문에 객관적질서로서 환경보전의무를 강조하고 있을 뿐이다. 예를 들면 헌법개정을 통하여 국가의 쓰레기청소, 공기정화, 소음규제 등을 위한 연방입법의 가능성을 규정함으로써 환경보전을 하도록 하고 있었다.⁴⁶⁾ 1994년의 헌법개혁법(Verfassungsreformgesetz, 1994)에서 제20a조를 추가하여 국가의 환경보전의 의무를 규정하고 있다. 이에서 곧 환경권이 보장되어 있다고는 할 수 없다.

44) 상세한 것은 Klopfers, Umweltrecht ; Püttner/Achterberg, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd.II. S. 567 참조.

45) 서독헌법상의 환경권에 관해서는 Ule, Umweltschutz im Verfassungsund Verwaltungsrecht, Rehbinders, 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. ; Klopfers, Umweltrecht, 1989. ; Peters -Schenk-Schlabach, Umweltverwaltungsrecht, 1990. ; Bender/ Sparwasser, Umweltrecht, 2.Aufl., 1990 ; Hoppe/ Beckmann, Umweltrecht, 1989 참조.

46) 국가의 자연보호 등에 관한 입법에 대해서는 Klopfers, "Umweltrecht", Besonderes Verwaltungsrecht ; Hoppe/Sparwasser, Umweltrecht 등 참조.

독일에서의 환경권의 근거로서는 인격권과 재산권 등의 헌법규정에서 이를 이끌어 내고 있다. 특히 국가의 환경침해에 대한 방어권으로 논의되고 있다.

첫째로는 인간의 존엄권에 관한 규정이다. 「인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 또 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다」고 규정하고 있다. 이 규정은 minimum의 생존배려를 보장하는 것이나, 동시에 생태학상의 생존의 minimum(ökologische Existenzminimum)을 향수하는 권리를 포함한다고 해석되고 있다. 그러나 인간의 존엄은 환경권까지 포괄하는 것은 아니라는 반론도 있다.

환경권을 단순한 방어권으로 보지 않고 환경보장청구권으로 보는 경우 이는 일종의 급부청구권(Leistungsrecht)으로서의 성격을 가진다.⁴⁷⁾

둘째로는 생명·신체불가침에 관한 규정이다. 「누구나 생명·신체를 해치지 않을 권리를 가진다」. 인신의 자유는 불가침이다. 이들 권리는 법률에 기해서만 이것을 침해할 수 있다. 생명·신체에 이변을 가져올 것 같은 환경작용은 이 방어적 권리의 침해를 의미한다. 신체의 불훼손은 일반적으로 건강상태와 동의어로 생각되어지고 있다. 환경권을 무해한(unschädlich) 또는 양호한 환경에 대한 권리로 보는 한 이 건강권에서 환경권을 도출할 수 있을 것이다. 이들은 기본법 제1조와의 연관하에서 최저한도의 환경권을 규정하고 있다.(Benda).⁴⁸⁾ 연방헌법재판소는 제2조 제2항의 규정을 국가행위에 대한 방어권으로서 뿐만 아니라 국가기관이 이들 생명권, 신

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.

체불가 훼손권 등을 보호하고 신장해야 할 의무를 지는 것으로 보아 건강보호와 환경보호도 이 규정에 근거할 수 있음을 판시하고 있다.⁴⁹⁾

셋째로는 인격의 자유로운 발견에 관한 규정이다. 제2조 제1항은 「누구나 타인의 권리를 침해하지 않고 또 헌법적 질서 또는 도덕률에 반하지 않는 한 그 인격의 자유로운 발견을 목적으로 한 권리를 가진다」고 규정하고 있다. 이 조항은 포괄적 인격권을 보장하는 것으로서 아름다운 경관의 유지에 관한 권리, 소음, 악취, 오염이 전혀 없는 환경을 누릴 권리 등은 이에 포함된다고 하겠다.⁵⁰⁾

이 권리는 일반적행동자유권에 관한 규정이므로 제1조 제1항과 연결됨으로써 인간다운 환경에서 살 권리를 보장한다고 한다. 베를린 고등행정재판소는 기본법 제2조 1항과 연방자연보존법과 연방기본법과 관련하여 삼림지역에 대한 특별히 중대한 침해에 대하여는 방어청구권이 나온다고 한다. 그러나 연방행정재판소는 기본법 제2조 제1항에서 직접 환경권이 나오는 것이라고는 하지 않고 있다.⁵¹⁾

넷째로는 재산권에 관한 규정이다. 환경권의 사인에 의한 침해는 국가의 허가나 인가, 승인 등에 의하여 행해질 수 있는데 이 때 국민은 재산권에 기하여 이에 항의할 수 있다. 예를 들어 토지에 대한 일조침해 등은 정부의 건축허가에 의하여 이루어지므로 이에 대하여는 토지재산권에 의한 방어청구권이 인정된다. 또 사인의 환경권침해에 대해서는 상린권 등에 의하여 대항할 수 있다.⁵²⁾

(3) 일본헌법과 환경권

49) BVerfGE 56, 54(73ff.)

50) 찬성 - Rauschning, VVDStRL 38(1980). S. 167ff. 177. ; 반대 - Kloep

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

52) 상세한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, S.58 이하 참조.

일본헌법에도 환경권을 명문으로 규정한 것은 없다. 학자들은 헌법 제25조의 생존권규정과 헌법 제13조의 행복추구권에서 그 근거를 찾고 있다. 일본헌법 제13조는 「모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명·자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 관해서는 공공의 복지에 한하지 않는 한 입법 기타의 국정상 최대의 존중을 필요로 한다」고 하고 있다. 佐藤幸治 교수는 「환경권은 기본적으로 제13조의 문제로서 처리하고 그 예방청구권적 측면은 제25조의 문제로서 파악하는 것이 명료한 것처럼 생각된다」고 하면서 제13조에 대해서는 「포괄적인 생명·자유·행복추구권을 보장하는 제13조와 개별적 기본권을 보장하는 제14조 이하와는 일반적 특별법과의 관계에 유사한 관계에 서며 개별적 기본권이 보충적으로 적용된다」고 하고 있다.⁵³⁾ 松本昌悅 교수도 이 생명 자유유지의 인권의 기본적인 성격은 극히 당연한 일로서 반공해·반환경파괴로서의 환경권의 기본적인 성격이 위축되어지는 것이라고 하고 있다.⁵⁴⁾

小林直樹 교수는 「헌법의 기본적인권의 전체에 담겨 있는 인간 존중의 정신 그 자체가 여기서 말하는 환경권의 토대를 이루고 있다고 할 것이다」고 한다.⁵⁵⁾

그러나 대판지방법재판소는 제13조에서 인격권만 인정하고 공해의 사법적 구제수단으로서의 환경권을 부인하고 있다. 판결이유의 일부를 보면 「그런데 환경권에 관해서는 실정법상 이러한 권리가 인정되는가 않는가는 의문이다.···원고 등 지적과 같이 요즈음 공해에 의한 환경파괴는 현저하여 양호한 환경을 파괴에서 지키고 유지하

53) 佐藤幸治, 環境權としての日照權, *ジュリスト*1971년 1월호 중간호, p.232.

54) 松本昌悅, 環境權, *법률시보* 임시증간, 1977.5. p.234..

55) 小林直樹, 現代基本權の展開, p.272.

여 갈 필요가 있는 것은 그 누구도 부정할 수 없는 바이며 정부, 공공단체가 환경보전을 위하여 공해방지의 시책을 수립하고 실시하여야 할 것은 당연한 것이나, 이에서 바로 공해의 사법적 구제수단으로서의 환경권이라는 것이 인정된다고 하는 것은 경솔한 것이라고 하지 않으면 안 된다」고 하고 있다.⁵⁶⁾ 이 판결은 제13조에서 인격권만 인정하고 환경권을 부인한 점에서 타당하다고는 할 수 없다.

대판고등재판소도 「개인의 생명·신체·정신 및 생활에 관한 이익은 각인의 인격에 본질적인 것으로서 그 총체를 인격권이라고 할 수 있으며 이러한 인격권은 누구도 함부로 이를 침해하는 것은 허용되지 않으며 그 침해에 대해서는 이를 배제할 권능이 인정되지 않으면 안 된다」고 하여 인격권은 인정하면서 환경권은 부정하고 있다.⁵⁷⁾

그러나 일본의 최고재판소는 대판공항소음공해사건에 있어서 민사소송의 차지청구를 부적법하다고 하여 환경권, 인격권에는 언급을 하지 않고 있다.⁵⁸⁾

일반적으로는 환경권의 근거를 헌법 제25조에서 찾고 있다. 일본 헌법은 제25조에서 「모든 국민은 건강하고 문화적인 최저생활을 영위할 권리를 가진다」고 하고 있는데 이 생존권은 「건전한 생활 환경을 보지할 권리를 내포하고 있는 것」이라고 보고 있다. 일본 변호사연합회의 ‘공해심포지엄’의 보고자들도 「환경권의 법적 위치

56) 大阪地判, 昭 49.2.27., 판시 729~4

57) 大阪高判, 昭和 50.11.27. 판시 797, p.36 이하 ; 牛山 穂, 대판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), 161면 ; 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)*, 114면.

58) 最大判 昭56.12.16. 민집55권10호, p.1397.

정립에 대해서 우선 생각되어지는 것은 헌법 제25조를 구할 권리는 헌법 제25조에서 말하는 기본적인 인권이라고 생각된다」고 하고 있다.⁵⁹⁾ 松本昌悅 교수도 같은 이유로 헌법 제25조에서도 환경권을 도출해내고 있다.⁶⁰⁾ 大須賀明 교수는 제25조의 생존권규정의 구체적 권리성의 논증에 있어서 공해문제와의 관련에서 그 성격을 설명하고 그 공해문제의 국가에 의한 해결은 곧 생존권의 입법취지에 합치되는 것이며 이 점에서도 우선 헌법 제25조에 기하여 「국가는 공해의 방지책이나 구제책을 강구하지 않으면 안 될 헌법상의 의무가 있다고 할 수 있다」고 하고 있다.⁶¹⁾

그러나 환경과피에 의한 인권침해에 대처하기 위하여 제25조의 생존권규정에 근거함과 함께 제13조의 행복추구권에 의거하지 않으면 안 된다는 사실이 인정되었다.⁶²⁾ 그리하여 오늘날 대부분의 학자는 환경권의 근거를 헌법 제25조와 제13조에서 찾고 있다. 小林直樹 교수는 이를 헌법 제25조와 제13조에서 ‘이중으로 포장’하는 것이라고 보고 있다.⁶³⁾⁶⁴⁾

일본의 하급심판결은 이를 부정하는 것과 긍정하는 것이 있다. 鹿兒島지방법재판소는 「헌법 제25조 제1항, 제13조 제1항의 규정에서 바로 신청인들이 주장하는 것 같은 내용의 환경권이라는 권리를 각 개인이 가진다고 하는 것에는 각 개인의 권리의 대상이 되는 환

59) 전계 대판변호사회편, 환경권, p.51 참조.

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, 環境법학 제10권 제1호

61) 大須賀明, 社會權の法理, 공법연구 제34호, pp.120~131.

62) 松本昌悅, 환경권, p.324.

63) 小林直樹, 現代基本權の展開, p.276.

64) 생명권과 건강권, 생활권과 환경권의 관계를 다음과 같이 보는 견해도 있다. 下山暎二, 健康權 - その概念確立の必要性と可能性 -, JURIST No.538, p.19. 「따라서 인간의 생존과 생명을 중심으로 하여 건강→생활→환경으로 외연을 넓혀 나간다면 건강을 보지하는 권리는 인간의 사회복지와 같은 차원에서 행해진다고 사고하는 것도 가능하며 또 환경권, 생존권 등의 개념이 성립할 수 있다고 한다면 보다 생명에 접근치를 갖는 건강의 권리를 공인하는 것은 이상할 것이 없다」고 하고 있다.

경의 범위(환경을 구성하는 내용의 범위 및 그 지역적 범위), 공유자로 되는 자의 범위의 어느 것이나 명확하지 않다는 점을 생각하면 쉽게 동조하기 어렵다」⁶⁵⁾고 하고 있다. 환경권을 정면으로 승인하지 않으면서 인격권을 인정하여 공해차지판결을 한 예는 많다.⁶⁶⁾

野中俊彦 교수는 환경권은 「건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 유지하기 위한 필요최소의 조건이기 때문에 헌법 제25조에 의하여 근거되어지며 또 그것은 행복추구의 기본조건이므로 헌법 제13조에 의하여도 근거지워진다」고 하고 있다. 여기까지는 학설이 일치되어 있다고 본다.⁶⁷⁾ 환경권은 제13조 제25조에 의하여 이중으로 보장되어 있다. 제13조에 의하여 보장되는 환경권은 생활환경 파괴에 방어권으로서 기능하고 인간에 값하는 환경을 확립하기 위하여 국가의 적극적인 행위를 청구하는 권리는 제25조에서 보장된다고 한다.

2. 한국헌법상 환경권의 근거규정

(1) 제4공화국하의 환경권의 근거규정

환경권에 관한 특별한 규정이 없었던 제4공화국헌법에서는 헌법 제8조의 인간의 존엄과 가치조항, 제30조 제1항의 생존권규정, 제31조 제1항의 생존권규정, 제31조 제1항의 재산권규정에서 환경권의

65) 兒島地判, 昭47.5.19, 판시 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, 판시 683-22. 大阪高判 昭50. 11. 27

67) 芦部 編, 헌법Ⅱ, p.186(아부), 小林,, 講義(상), p.561, 佐藤幸治, 헌법(신판), p.545, 野中俊彦의 공저, 헌법Ⅰ, p.454.

근거를 찾았다.⁶⁸⁾ 어떤 사람은 제32조 제1항에서 「국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니하였다는 이유로 경시되지 아니한다」는 조항에서 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 환경권을 도출하려고 한 사람이 있으나 이는 주의적 권리창설적 규정으로 잘못된 것이라고 하겠다.⁶⁹⁾

(2) 한국 제6공화국헌법상의 근거규정

1987년에 제정된 현행헌법은 제35조에서 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 규정하기에 이르렀다. 헌법 제35조는 「① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다. ③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다」고 규정하고 있다. 이밖에도 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조와 건강에 관한 권리를 규정하고 있는 헌법 제36조 제3항 등을 환경권의 헌법상 근거라고 할 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

68) 동지 : 문홍주, 환경권서설(상)(하), 고시연구, 1977, 9/10호.

69) 동지 ; 진창조, 환경권의 확립, 법과 환경, p.213. 이 당시의 환경권논에 대하여는 노용희, 경제성장과 환경오염, 국회보, 제154호, 1976.10., 동인, 환경권서설(1), 환경논총 제1권1호, 1974, 문홍주, 환경권서설, 고시연구, 1977.8-9, 박수혁, 환경오염에 대한 행정적 규제-독일 환경법을 중심으로-, 환경법연구 제3권, 1981, 박일경, 환경권, 고시연구, 1982, 한상범, 건강 및 생명을 보존할 권리와 공해문제, 법조22제1호(73.1) p.16면 이하, 김철수, 환경권(상)(하), 법정, 78/79(77.8-9), 동인, 헌법상의 환경권, 검찰69.1.(78.4) p.68 이하, 안용교, 환경의 법리, 건국대법경논총 7호(72. 10), p.70 이하, 진창조, 환경권의 법리(상)(하) 73.1-2., 김성환, 공해로 인한 손해배상과 입증책임, 판례연구 제3호, 서울변호사회, 1978, 김용욱, 환경권의 최근동향과 과제, 법조제25권 1·2호, 1976. 1-2. 김원주, 수오염의 규제, 공해대책 통권47호, 1978.6., 김철수, 환경권, 공법연구 제6호, 1978.

70) 현행헌법상의 환경권에 관해서는 김철수, 환경권, 환경법연구 제3권, 81.7. 5면 이하 ; 윤명선, 환경권, 월간고시 20권8호(235호)(93.8.), 71면 이하 ; 박재진, 환경권의 침해구제에 관한 연구, 제주대학법학논고 14집, 82.7. 183면 이하 ; 안용교, 환경권의 법리, 건국대학술지, 25집(81.5.), 181면 이하 ; 서원우, 환경권의 성질과 효력 법학(서울대) 57(84.5) 25면 이하 ; 김철수, 우리 헌법상의 환경권, 사법행정, 1985.4. ; 서원우, 환경권의 성질과 효력, 법학 제25권1

Ⅲ. 환경권의 법적 성격과 효력

1. 환경권의 법적 성격

환경권의 법적 성격에 대해서는 이를 인격권으로 보는 견해와 재산권으로 보는 견해, 생존권으로 보는 견해가 대립되어 있다.

(1) 학 설

1) 인격권설

일본에서는 환경권을 헌법 제13조에 근거하는 것으로 보아 이를 인격권이라고 한다. 대판고재는 「무릇 개인의 생명, 신체의 안전, 정신적 자유는 인간의 생존에 가장 기본적인 사항으로서 법률상 절대적으로 보호되어야 할 것은 의문의 여지가 없으며, 또 인간으로서 생존하는 이상 평온, 자유로운 인간으로서의 존엄에 상응하는 생활을 영위하는 것도 최대한 존중되어야 할 것으로서 헌법 제13조는 그 취지에 입각하는 것이며 동25조도 반면에서 이를 입증하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 이러한 개인의 생명, 신체, 정신 및

호, 1984.5. ; 신의순, 지속가능발전을 실현하기 위한 환경정책의 방향, 입법고조사월보, 1991.8. ; 신현덕, 환경문제에 대한 접근방법의 고찰, 환경보전협회지 제3권 1·2호, 1982.12. ; 오대성, 집단적 피해구제소송에 있어서 당사자적격에 관한 사회법학적 연구, 사법행정, 1993. 10-11. ; 홍성방, 한국헌법 제35조 환경권에 관한 연구, 강원법학(90.4.), pp.147-176 ; 이강혁, 환경권과 권리구제, 서원우교수화갑기념논문집, 1991, pp.679-692 ; 한상수, 환경권의 실현수단에 관한 소고, 서주실박사화갑기념논문집, 1992. pp.411-438 ; 허영, 환경권에 관한 연구, 경희법학 21.1.(1986), pp. 157-173 ; 강대식, 헌법상 환경권에 관한 고찰, 청구대우암논집, 7.1991.3. pp. 253-296. ; 한상범, 인간으로서의 환경권의 법리, 고시연구, 1981.1. ; 한상범, 환경권의 법철학적·생태학적인 연구의 시도, 법학, 1981.6. ; 한장규, 환경행정소송의 연구, 공법론총 (박일경박사화갑기념논문집), 1981.

생활에 관한 이익은 각인의 인격에 본질적인 것으로서 그 총체를 인격권이라고 할 수 있으며, 이러한 인격권은 누구도 함부로 이를 침해하는 것이 허용되지 않으며 이 침해에 대해서는 이를 배제할 기능이 인정되지 않으면 안 된다⁷¹⁾고 했다.

2) 재산권설

독일에서는 배기가스, 악취, 소음으로 재산권을 침해하거나 태양, 일광, 전망 등을 박탈함으로써 재산권을 침해당한다고 보아 공해배제청구권을 재산권에서 이끌어 내려고 한다. 공해배출배제청구권으로 보아 사권으로 보는 것도 일리가 없는 것은 아니다. 그러나 국가권력에 대한 방어권은 인격권에서 이미 도출되기 때문에 재산권으로 볼 필요는 없을 것이다.⁷²⁾

3) 생명권설

환경권을 생명권의 일종으로 보는 것이 오늘날의 다수이다. 국가에 대하여 적극적으로 쾌적한 환경을 만들어 달라고 적극적으로 청구할 수 있는 환경권은 생명권의 하나라고 한다.

4) 우리 나라의 학설

환경권은 새로운 인권의 하나로 최근에 등장하였고 그 성격상 여러 기본권과 관련을 가지고 있으므로 그 법적 성격에 관해서는 학자들간에 학설대립이 심하다. 즉, ① 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 파생된 기본권으로서 생존권적 기본권에 포함된다는 입장⁷³⁾, ② 인간의 존엄성 존중을 그 이념적 기초로 하면서 자유권,

71) 대판공항공해소송항소심판결(대판고판 소50.11.27)

72) 부산고등법원은 공사중지가처분결정에서 「금지청구권의 법적근거로서 방해배제청구권이 인정되는 소유권 기타 물권에 근거할 수 있지만 물권을 갖지 않는 자라 하더라도 이러한 생활 이익은 물권과 마찬가지로 동등하게 보호 받아야 하는 것이기 때문에 인격권에 대하여도 이에 대한 침해를 배제할 수 있는 권능을 인정하고 인격권에 기한 금지청구를 할 수 있다고 봄이 상당하다고 하고 있다. 부산고등법원 1995. 5. 18. 선고, 95카합5 판결)

73) 김철수, 헌법학개론, 540면.

청구권, 생활권 등의 여러 가지 성격을 가지는 종합적 권리라고 보는 입장⁷⁴⁾, ③ 인간의 존엄성과 행복추구권을 이념적 기초로 하여 인간다운 생활을 할 권리의 한 내용이 되고 또한 보건권 등이 종합된 기본권이라는 입장⁷⁵⁾, ④ 사회적 기본권과 인격권의 성질을 인정하는 입장⁷⁶⁾, ⑤ 국가와 국민의 환경보전의무를 전제로 하는 권리와 의무의 혼합형태로서 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 동시에 가지는 종합적 기본권이라는 입장이다.⁷⁷⁾

(2) 사 견

생각건대 환경권은 기본권으로서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권에 파생되는 인격권인 동시에 생존권적 기본권에 포함된다고 보아야 할 것이다. 즉, 환경권은 인격권으로서 자유권적 성격과 환경생존권으로서 생존권적 성격을 아울러 가진다고 보아야 할 것이다. 그리하여 자유권적 성격에서 환경침해배제청구권이 인정된다고 할 것이다. 따라서 환경침해배제청구권은 자유권으로서 구체적 권리나 국가에 대하여 보다 좋은 환경을 조성해달라고 하는 환경개선·보호조치청구권은 생존권적 기본권이기 때문에 그 권리성에 많은 다툼이 있다.⁷⁸⁾

2. 생존권으로서의 환경권의 권리성

74) 권영성, 헌법학원론, 561면.

75) 안용교, 한국헌법, 564면.

76) 구병삭, 헌법학원론, 581면.

77) 허영, 한국헌법론, 426면.

78) 김철수, 헌법학개론, 540면.

환경권의 법적 성격에 대해서는 이를 구체적 권리로 보는 학설과 입법방침규정으로 보는 학설이 대립되고 있다.

(1) 입법방침규정설

환경권은 개인에 대하여 일정한 환경보호조치를 구하는 청구권 (unmittelbar einklagbare Ansprüche)을 보장하는 것은 아니고 입법자에 향하여 효과적인 환경보호의 포괄적 조치를 취하도록 의무화한 것이라고 본다.⁷⁹⁾ 입법방침규정설에도 소극적 프로그램설과 적극적 프로그램설이 대립되고 있다. 소극설은 입법권의 정치적·도의적의무를 정하고 있을 뿐이며, 법적 의무는 아니라고 한다. 그러므로 국가의 의무위반에 대해서는 그 정치적인 책임은 물을 수가 있어도 재판에 의하여 그 법적 책임은 물을 수가 없다고 본다. 이에 대하여 적극적 프로그램설은 생존권규정은 문화적 최저한도의 생활을 영위하는데 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리를 보장하고 있다고 본다. 그러나 이 권리는 추상적인 것이므로 그것이 침해되는 경우에는 헌법 제36조에 근거하여 직접 그 위헌성을 재판을 통하여 청구할 수는 없다고 한다. 다만, 생존권이 입법에 의하여 실현되고 구체적인 청구권으로서 정해진 경우에는 그 입법에 기하여 권리침해의 구제를 법원에 청구할 수 있다고 본다. 대법원은 「헌법상 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인

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

사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵다」고 하고 있다.⁸⁰⁾

(2) 불완전한 추상적 권리설

이 설은 추상적 권리로서 입법에 의하여 구체화되어야 실정권이 나온다고 하였다. 입법이 없거나 불충분한 경우에 법원에 불작위위법확인소송을 제기하는 불완전한 권리만 인정된다고 한다.⁸¹⁾

(3) 구체적 권리설

구체적 권리설은 환경권을 생존권의 일종으로 보면서 법적 권리임을 인정하려는 것이다. 헌법 제30조는 행정권을 직접으로 구속할 수 있을 만큼 명확하고 상세한 것은 아니나 입법권과 사법권을 구속할 수 있는 정도로 충분히 명확한 내용을 가지고 있다고 본다. 따라서 환경권은 국민이 입법권에 대하여 그 권리의 내용에 적합한 입법을 행하도록 청구할 수 있는 구체적인 권리라고 한다. 그리하여 입법권이 의무를 이행하지 않는 것에 의하여 생기는 환경권의 침해에 대해서는 그 부작위가 위헌인 것의 확인을 헌법재판소에 청구할 수 있다고 본다. 나아가 환경보호청구를 소송을 통하여 주장할 수 있다고 한다.⁸²⁾

(4) 사 견

80) 대법원 1995.5.23. 선고, 94마2218결정 ; 대법원 1995.9.15. 선고, 95다 23378 판결. 환경권의 이러한 Programm적 효력을 주장하는 견해로는 서원우, 환경오염과 피해자구제, 검찰 제1호, 1978, p.100.

81) 안용교, 전게서, p.568.

82) 大須賀明, 社會權の法理, 공법연구 제34호, pp.120~131.

생각건대 환경권은 인격권과 생존권으로서 권리로서의 양면성을 가진다고 본다. 인격권으로서의 환경에 대한 침해배제청구권은 직접적 권리이며, 생존권으로서의 환경보호배제권은 불완전한 권리라고 본다. 따라서 국민은 국가의 환경침해행위에 대해서는 직접 배제청구권을 가지며⁸³⁾, 국가에 대해서 보다 좋은 환경을 조성해 달라는 환경개선·보호조치청구권은 우리헌법의 환경권법정주의에 따라 입법에 의해서만 적극적으로 보장된다고 보아야 할 것이다.

환경권을 생존권적인 측면에서만이 아니고 생명·건강에 대한 자유권의 침해에 대한 배제청구권이라고 파악하는 경우에만 그 자체로서 국가의 침해에 대한 방어적 성격을 가지게 될 것이다. 그리하여 환경권의 피해자는 사법적 구제를 청구할 수 있을 것이다. 그러나 환경행정의 분야에 있어서도 중점을 침해행정에서 급부·보호행정으로 이행하고 있다. 따라서 국가에 대해서 환경보호·개선조치를 구한다고 하는 적극적 측면이 더욱 중시되어야 할 것이다.

환경권을 국가에 대한 환경보호·개선청구라는 생존권으로 파악하는 경우에는 국가의 부작위에 의한 침해에 대해서는 사법적 구제가 일반적으로 부정되고 있다. 그러나 헌법 제10조와 제36조의 환경적 인격권, 건강권의 침해에 대해서는 사법구제도 청구할 수 있다고 볼 것이다.⁸⁴⁾ 국가가 환경보호입법을 하여야 함에도 불구하고

83) 大須賀明 교수는 생존권조항의 구체적 권리성의 이론에 공해문제와의 관련에서 그 성격을 설명하고 있다. 大須賀明, 社會權の法理, 공법연구 제34호, pp.120~131. 생존권의 법적 성격에 있어서 추상적 권리설에서 구체적 권리설로 변천하고 있는 것이 우리 나라 학설이다. 그 이유는 헌법소원제도가 있기 때문에 입법촉구결정이나 손해배상을 청구할 수 있다고 보기 때문이다.

84) 환경권에 기한 공해소송에 관해서는 ウーレ(Ule), 環境保護法にわたける義務づけ訴訟, JURIST No.525; 生田典久, 米國にわたける環境權に基づく公害訴訟の新動向, JURIST No.467~468; 同人, 米國にわたける環境訴訟の新動向, JURIST No.582; 全昌祚, 공해의 사법적 구제의 법리에 관한 연구, 동아논총 제11집, 1974; 이명갑, 공해의 사법적 구제(상,하), 사법행정, 1985. 1-2; 이용우, 공해소송에 있어서의 판례동향, 사법행정, 1985.3.; Beckmann,

입법을 하지 않는 경우에는 헌법소원으로서 이를 청구할 수 있고 헌법재판소는 입법촉구결정을 할 수 있다고 하겠다.

3. 환경권의 효력

(1) 대국가적 효력

환경권의 헌법상 근거가 헌법 제10조, 제35조, 제36조 제3항 등에 있는 만큼 환경권도 대국가적 효력을 가진다. 국가는 환경보전을 위하여 노력할 책임을 지고 있다. 또 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다. 따라서 헌법상의 환경권규정은 직접적으로 모든 국가권력을 구속한다고 하겠다. 입법방침규정설에 의하면 입법권만 구속한다고 하겠다. 입법방침규정설에 의하면 입법권만 구속한다고 하겠으나 법적권리로 실정화되는 경우 환경권이 입법권, 행정권, 사법권을 직접 구속한다는 것을 인정하여야 할 것이다. 환경권이 인정되는 결과 국민은 행정활동이 법령에 위배하여 환경을 보호하지 않고 파괴하는 경우에는 행정소송을 통한 구제를 요구할 수 있다. 국민은 입법부나 행정부에 대하여 환경권을 보호해달라고 청원을 할 수 있을 것이요, 부작위에 의한 손해에 대해서도 국가배상을 청구하는 길이 열려야만 할 것이다.

(2) 대사인적 효력

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

환경권도 기본권의 하나로 그 대사인적 효력이 인정된다고 할 것이다. 기본권의 제3자적 효력에 관해서는 많은 견해가 대립되고 있으나 사법상의 공서양속의 원칙을 통한 간접적용설이 통설이다.

환경권은 사권적인 면도 강하게 가지고 있다. 환경권은 사권으로서 국민의 건강한 생활을 향수할 수 있는 권리를 보호하려는 인격권이다. 공해는 국민의 건강한 생활 자체를 파괴하고 있으며 배타적 성격을 갖는 인격권의 침해를 하고 있으므로 사인도 이의 배제 청구소송을 할 수 있다고 하겠다.⁸⁵⁾

사권으로서의 환경권은 인격권으로서 또 물권적 청구권으로서 주장되고 있다. 사기업이나 사인이 국민의 환경권을 침해하는 경우에는 손해배상의 의무를 진다고 하겠다. 개인도 환경보전을 할 의무를 진다. 환경권은 대사인적 효력에서는 사권으로서의 역할도 한다. 환경보호단체나 자연보호단체도 사권의 보유자로서 환경침해배제청구를 할 수 있다고 하겠다.⁸⁶⁾

IV. 환경권의 주체와 내용

1. 환경권의 주체

(1) 자연인

85) 同旨, 부산고등법원 1995.5.18. 선고, 95카합5판결(공사중지가처분) ; 반대 : 서원우, 전계논문, p.100. 미국에서는 유지청구(injunction)를 인정하고 있다.

86) 상세한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, S.61.

환경권의 주체는 모든 사람(Jeder)이며⁸⁷⁾ 자연인이다. 권리의 본질을 인격권으로 보는 이상, 자연인만이 환경권의 주체가 되는 것은 당연하다. 기본권은 성질상 가능한 경우에는 법인에게도 적용되나, 환경권은 그 본질상 법인에게에는 적용되지 않는다.⁸⁸⁾ 환경과피를 고발하고 제소하는 것만을 목적으로 하여 설립되는 독립의 환경보호단체를 인정하여야 한다는 입법론이 있으나 그렇다고 하여 곧 법인에게 적용된다고는 볼 수 없을 것이다.

(2) 우리들의 자손, 미래인

환경권의 향유자는 현재의 자연인에만 국한되는가, 미래의 자연인에게도 인정될 것인가가 문제된다. 우리 헌법전문은 「우리들과 우리들의 자손의 자유와 안전과 행복」을 구가하고 있기 때문에 우리들의 자손의 환경보호청구권이 인정된다고 할 것이다.

환경권의 주체는 환경보호를 청구할 수 있으며 환경침해를 방지할 수 있는 보호청구권이 있다. 환경권의 주체는 당연히 공해소송의 당사자적격이 인정되어야 할 것이다.⁸⁹⁾

(3) 환경단체

미국의 경우에는 환경권의 침해를 받은 지방주민, 행정소송에 영항되는 지역의 자연보호단체 등에 환경소송에 있어서의 당사자적격

87) 자연인만이 생활유지를 위하여 이것을 주장할 수 있으며 자연인이라도 이윤추구를 위하여 이 권리를 자기는 것은 아니라고 한다.

88) 법인이나 권리능력없는 사단에게도 사회적 실체로서 환경소제의 이익을 향수할 권리가 있다는 사람도 있다. 仁藤一, 環境權の提唱, 제492호, p.230.

89) 상세한 것은 原告尙彦, 環境權と裁判, pp.123~211 참조.

을 인정하는 방향으로 나아가고 있다. 독일에서는 지방자치단체 등의 제소권을 인정하고 있다.

2. 협의의 환경권과 광의의 환경권

(1) 협의의 환경권

협의의 환경권은 건강한 환경 속에서 살 권리(a constitutional right to healthful environment)를 말한다. 이 경우 환경권의 보호 법익은 인간의 건강한 생활이다.⁹⁰⁾ 물, 대기, 자연 등의 오염에서 해방된 쾌적한 환경속에서 살 권리를 말한다.⁹¹⁾ 이에 는 일조권, 청정한 대기에 관한 권리, 깨끗한 물에 관한 권리들을 포함한다.

깨끗한 대기에의 권리는 대기오염에서 자유로울 수 있는 권리인 동시에 공해배제억제를 요구할 수 있는 청구권의 성격을 가지고 있다. 깨끗한 물에 관한 권리는 깨끗한 식수뿐만 아니라 해수욕이나 담수욕을 할 수 있는 권리를 내포하고 수질오염에의 방지청구권이 생긴다고 하겠다. 또 일조권이라든가 자연경관에 관한 권리도 이 협의의 환경권에 포함된다고 하겠다. 환경정책기본법은 「환경이러 함은 자연환경과 생활환경을 말한다」고 하나 생활환경을 협의로 해석하고 있다.(환경정책기본법 제3조).

그런데 건강하고 쾌적한 생활을 위한 조건은 그 시대의 과학적

90) 사법학자들은 인격권과 환경권을 구별하여 해석하고 있다. (찬성 : 김철수, 전게서, p.541. 허영, 전게서, p.419 이하. 반대 : 권영성, 전게서, p.605. 생명권과 건강권 등은 이를 인격권으로 보고, 환경권은 그 주변적인 권리로 보고 있다.

따라서 공해는 인격권의 침해와 환경권의 침해로 이중적으로 파악되고 있다.

91) 우리 나라 자연환경보전법은 자연환경을 인위적 훼손으로부터 보호하고 다양한 자연생태계를 보전하며 보호할 가치가 있는 생물종의 멸종을 방지하고 이에 필요한 자연환경의 보전에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있는 자연환경을 보전함을 목적으로 하고 있다. (자연환경보전법 제1조)

지식과 사회통념에 의하여 불변의 것은 아니다. 그것은 사람과 장소에 따라 획일적일 수는 없을 것이다. 그러나 인간의 최저한도의 건강하고 쾌적한 생활을 영위하는데 필요한 조건은 확보되어 있어야 하며 그 최저한도의 기준은 세계적으로 공통적일 수 있다고 하겠다.

(2) 광의의 환경권

광의의 환경권은 협의의 환경권 이외에 문화적 유산이라든가, 도로·공원·교육·의료 등 사회적 환경을 포함한 좋은 환경 속에서 살 권리를 말한다. 환경권을 이와 같이 넓게 해석하는 경우에는 사회적 환경에의 청구권이 생긴다고 할 것이다.⁹²⁾

사회적 환경시설로는 1) 생활을 영위하는 수단·조건으로서 i) 생활의 최저필요조건인 주택, 상하수도, 청소시설, 에너지시설, ii) 보건위생시설로서 병원, 보건소, 위생설비, iii) 공동이용기관시설로서 도로, 전신전화시설, 시가철도 등이 있고, 2) 문화교양시설로는 i) 교육시설로 학교, 연구소, 유아원, 보육소, ii) 문화오락시설로서 도서관, 극장, 공원, 체육관, 운동시설, 3) 사회복지시설로서는 양로원, 신체장애시설, 모자보건시설, 직업훈련시설, 직업소개시설들을 들 수 있을 것이다.

92) 부산고등법원은 환경권을 넓게 해석하고 있다. 「헌법상 규정된 환경권은 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 환경에는 공기, 물, 일광, 토양, 정온 등 자연적환경을 비롯하여 자연의 경관도 포함되고 이러한 자연적 환경이외에 역사적·문화적 유산인 문화적환경 뿐만 아니라 사람이 사회적활동을 하는데 필요한 도로, 공원, 교량등과 같은 사회적시설로서 인간 생활상 필요불가결한 사회적환경도 포함됨은 당연하고 교육환경 역시 사회적·문화적환경에 속한다 할 것이다」 (부산고등법원 1995.5.18 선고, 95카합5 판결)

이러한 좋은 사회적 환경에 대한 권리 중에는 생존권의 내포로서 교육권, 의료권 등이 따로 규정되어 있기 때문에 이것만은 제외하는 것이 옳을 것이다. 다만, 역사적·문화적 유산의 보존과 같은 인격권적인 환경권은 이를 인정해야 할 것이다.

(3) 우리헌법의 환경권=광의의 환경권

우리 헌법이 인정하는 환경권도 넓게 이해하여 자연환경 속에서 살 권리, 즉 자연적인 청정한 대기에 관한 권리, 깨끗한 물에 관한 권리⁹³⁾뿐만 아니라 보다 좋은 사회적 환경에서 살 권리, 즉 교육권, 의료권, 도로·공원이용권 등도 포함할 수 있다고 할 것이다.

우리 나라 「환경정책기본법」은 「환경이라 함은 자연환경과 생활환경을 말한다」라고 환경을 정의한 다음 「‘자연환경’이라 함은 지하·지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 물건과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태를 말하고, ‘생활환경’이라 함은 대기·폐기물·소음·진동·악취 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말한다」라고 자연환경과 생활환경을 각각 정의내리고 있는데(환경정책기본법 제3조), 이 중 협의의 환경권이란 자연환경 속에 살 수 있는 권리, 즉 자연환경권을 말한다. 또 헌법 제35조가 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리와 쾌적한 주거생활권을 규정하고 있고⁹⁴⁾ 나아가 제36조 3항에서 보건에 관한 권리

93) 대법원은 생수시판금지를 위헌이라고 판결하면서 다음과 같이 밝히고 있다. : 「헌법 제35조 제1항은 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 규정하고 있으므로(구 헌법 제33조도 거의 같은 취지로 규정하고 있다.), 국민이 수돗물의 질을 의심하여 수돗물을 마시기를 꺼린다면 국가로서는 수돗물의 질을 개선하는 등의 필요한 조치를 취함으로써 그와 같은 의심이 제거되도록 노력하여야 하고, 만일 수돗물에 대한 국민의 불안감이나 의심이 단시일 내에 해소되기 어렵다면 국민으로 하여금 다른 음료를 선택하여 마실 수 있게 하는 것이 국가의 당연한 의무이다」(대판 1994.3.8, 92누1728, 집42①특456 이하).

94) 헌법재판소는 주거생활에 관하여 다음과 같이 판결하고 있다. 「주택조합(지역조합과 직장조

를 규정하고 있기 때문에 이를 통합하여 광의의 환경권이 우리 헌법상 보장되어 있다고 할 것이다.⁹⁵⁾

(4) 우리 헌법의 환경권법률주의

환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정하도록 우리 헌법은 규정하고 있다. 따라서 국가가 입법을 통하여 그 내용을 확정하거나 그 행사방법을 정할 수 있다는 해석이 가능하다.

이러한 법률로 과거에는 환경보전법이 있었으나, 동법이 대기·수질·소음 등 이질적인 분야를 모두 규정하여 날로 복잡다양해 가는 환경문제에 적절히 대처할 수 없었기에 이를 각 개별단행법으로 분리함과 동시에 국민의 환경권을 실질적으로 보장하기 위한 국가 환경보전시책의 기본이념과 방향을 제시할 필요가 있어 1990년에 「환경정책기본법」을 제정하고 과거의 환경보전법을 폐지하였다. 그리고 단행법으로 「대기환경보전법」(1990. 8. 1 제정·공포),

합)의 조합원자격을 무주택자로 한정하고 있는 주택건설촉진법 제3조 제9호는 우리 헌법이 전문에서 천명한 사회국가, 복지국가, 문화국가의 이념과 그 구현을 위한 사회적기본권조항인 헌법 제34조 1, 2항, 제35조 3항의 규정에 의하여 국가에게 부과된 사회보장의무의 이행과 국민의 주거확보에 관한 정책시행을 위한 정당한 고려하에서 이루어진 것으로서 조합원 자격에서 유주택자를 배제하였다고 해서 그것이 인간의 존엄성이라는 헌법 이념에 반하는 것도 아니고, 우선 무주택자를 해소하겠다는 주택건설촉진법의 목적달성을 위하여 적절한 수단이기도 하므로 이는 합리적 근거있는 차별이어서 헌법의 평등이념에 반하지 아니하고 그에 합치된 것이며, 헌법 제37조 제2항의 기본권제한과잉금지의 원칙에도 저촉되지 아니한다.

주택건설촉진법상의 주택조합은 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 생활수준이 향상을 기한다는(동법 제1조) 공공목적을 위하여 법이 구성원의 자격을 제한적으로 정해 놓은 특수조합이어서 이는 헌법상 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체가 아니며, 또한 위 법률조항이 위 법률 소정의 주택조합 중이 지역조합과 직장조합의 조합원 자격을 무주택자로 한정하였다고 해서 그로 인하여 유주택자가 위 법률과 관계없는 주택조합의 조합원이 되는 것까지 제한받는 것이 아니므로 위 법률조항은 유주택자의 결사의 자유를 침해하는 것이 아니다」(헌법 1994.2.24 서고, 92헌바43, 헌재공보 1994, 201면).

95) 구병삭교수도 같은 견해를 취하면서 제34조 1항의 인간다운 생활을 할 권리도 그 근거에 포함시켜야 한다고 하고 있다.(전계서, 583면).

「소음·진동규제법」(1990. 8. 1 제정·공포), 「수질환경보전법」(1990. 8. 1 제정·공포), 「자연환경보전법」(1991. 12. 31 제정·공포), 「유해화학물질관리법」(1990. 8. 1 제정·공포), 「토양환경보전법」, 「해양오염방지법」, 「폐기물관리법」, 오수·분뇨 및 축산물폐수관리에 관한 법률, 이 밖에도 「하수도법」, 「수도법」, 「먹는물관리법」, 「폐기물관리법」, 「환경개선특별회계법」, 「환경기술개발및지원에관한법률」 등이 제정되어 있다. 대법원은 「사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정 취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다」고 판시하고 있다.⁹⁶⁾

3. 환경권의 구체적 내용

환경권은 자연환경을 향수하고 쾌적한 사회환경에서 생활할 수 있는 권리이다. 구체적으로는 환경오염·환경파괴 등이 발생한 경우에 이의 배제청구권과 국가의 환경침해에 대한 방어권, 건강하고 쾌적한 생활환경의 조성청구권, 쾌적한 주거생활권 등을 그 내용으로 한다.

(1) 쾌적하고 안전한 자연환경권

국민은 대기, 수, 토양이 침해되지 않는 상태에서 쾌적한 생활을 할 수 있는 권리를 가진다. 국가는 자연환경보전의 의무를 지고 있

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

다. 국가는 대기환경보전법, 자연환경보전법, 수질환경보전법, 소음진동규제법, 유해화학물질관리법 등을 제정하여 환경보전에 대한 국민의 권리를 보호하고 있다.⁹⁷⁾

(2) 일조권 · 조망권 · 경관권

일조권이라 함은 일조 즉 직사관선의 이익을 향수할 권리를 말한다. 일반적으로 인간이 건강하고 쾌적한 생활을 유지함에 필요한 모든 조건을 충족한 좋은 환경을 향수할 권리를 환경권이라고 한다. 따라서 환경의 소재의 하나인 일조를 이용하여 쾌적한 생활을 향수하는 권리인 일조권을 환경권의 일내용으로 볼 수 있다. 물론 일조권을 환경권으로부터 독립시켜 새로운 중유의 권리로서 파악하기도 한다.⁹⁸⁾

일조권이란 자연경관을 손상당하지 않고 이를 볼 수 있는 권리이다. 오늘날 고층건물의 난립으로 아름다운 자연경관을 가리는 경우가 많기 때문에 조망권이 요청되고 있다. 또 자연 경관이 좋은 풍경을 댐 조성으로 파괴하는 것도 조망권을 침해할 수 있다.⁹⁹⁾

97) 한상욱, 우리 나라의 환경보전정책 방향, 영남대환경연구, 11.2. 1992.3. pp.87~131 ; 김승환, 우리 나라 자연환경보전제도의 변천과 구조에 관한 연구, 동아대환경문제연구소연구보고, 12.1. 1989.2. pp.53~78 ; 林源明則, 아메리카에 わける 景觀保護, 雄川一郎先生生誕誌念집 행정법의제문제(상)(90.4) 383면.

98) 일조권에 관해서는 구연창, 일조권의 법적보호, 민사법학 제6호(1986) p.93ff. ; 조종석 외, 일조권에 관한 공법적 규제, 상지대학논문집9,1988.9. pp.25-51 ; 양삼승, 일조권과 수인정도, 민사판례연구(6), 경문사, 1983 ; 成田頼明, 西ドイツに わける 採光(日照)の保護, JURIST(増刊)日照權(74.1) p.315 ; 好美清光, 日照權の法的構成, JURIST(増刊), 日照權 p.217 以下 ; 野村直え, 最近の日照權裁判例とそ考察 - 日照權に基く建築差止をめぐって, 判例タイムス38卷11號(630) 87.5. p.2 以下 ; 添塚昭次, 日照權の新展開-最高判 47.6.27 判決を契機にして, 法學 세미나200號(72.8.) p.2面 以下 ; (畠)山武道, 아메리카環境法の動向・太陽エネルギーの法理論, 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-憲法體系上の位置づけ..., JURIST(増刊)日照權(74.1)232面. 일조권 침해로 인한 손해배상책임에 관해서는 서울남부지원 1994.2.23 선고 91가합23326 판결 참조.

99) 대법원은 이를 소유권에 기한 방해배제청구권으로 보고 있다.(대법원 1995.9.15. 선고 95다 23378)

(3) 방어권으로서의 공해배제청구권

환경오염·환경파괴 등으로 인해 생활환경의 피해나 생명·신체의 위협을 받는 국민은 국가에 대하여 공해배제청구권 또는 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 이러한 점에서 환경권은 ‘자유권적 성격’을 가지고 있다. 이 권리는 상린관계성으로 인한 이익형량에 의해 그 보장범위가 결정되어야 하므로 수인의 한도를 넘는 경우에만 행사될 수 있다. 또한 환경침해가 타인의 기본권 행사에 의해 발생하는 경우에는 그 규제는 타인의 기본권으로 존중하는 방향으로 이루어져야 한다. 이 권리는 궁극적으로는 공공복리의 이익균형을 통해 보장되어야 할 것이다.

(4) 생존권으로서의 생활환경조성청구권

국민이 국가에 대하여 환경파괴의 예방, 깨끗한 환경의 회복·쾌적한 주거환경·문화적 유산 나아가 사회적 환경 - 가장 넓은 의미에 있어서 ‘생활환경’ - 등이 포함된다. 그런데 쾌적한 환경의 조성·관리에는 경제적 비용이 투입되고 다른 기본권의 보장과 이익형량이 되어야 하며 환경보전의무가 충실하게 이행되어야 가능한 것이다. 또한 환경의 조성·관리가 결론 결과적으로 주변지역주민들과 일반국민들 사이에 평등권을 침해하지 않도록 행해져야 한다. 또 건강에 관한 권리도 환경권의 한 내용을 이루고 있다 하겠다.¹⁰⁰⁾

100) 건강권에 대해서는 정만조, 환경공해와 국민건강권, 인권과 정의, 186, 1992.2. pp.48-55 ; 김건열, 환경공해와 국민건강권, 인권과 정의, 186, 1992, 2. pp.56-71면

(5) 쾌적한 주거생활권

헌법은 제35조 제3항에서 「국가는 주거개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다」라고 하여 쾌적한 주거생활권을 보장하고 있다.¹⁰¹⁾

쾌적한 주거생활권이라 함은 인간다운 생활에 필수적인 쾌적한 주거생활의 확보를 위하여 국가에 대하여 일정한 배려와 급부를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 주거인간의 삶의 보금자리이고 사회의 기본적인 조직단위인 가정의 근거지이며 건강하고 문화적인 생활을 영위하기 위한 필수적인 요소이므로 쾌적한 주거환경이 조성되어야 한다. 이 규정은 다분히 국가의 의무규정이므로 직접 급부청구권이 나오는가는 의문이다. 부산고등법원은 문화적환경권까지 인정하였다.¹⁰²⁾

V. 환경권의 제한

1. 환경권의 제한원리

광의의 환경권은 절대적인 기본권이 아니고 상대적인 기본권이기 때문에 기본권제한의 일반원리에 따라서 제한할 수 있을 것이다. 광의의 환경권은 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한하는 경우에도 국가안전보장과 질서유지, 공공복리를 위하여 중요한 경우

101) 오세탁·류지태, 주택권의 범리에 관한 연구, 법학연구(충북대)2.1. 1990. pp.199~224 ;
우성기, 프랑스의 주거기본권실현형태로서의 사회주택에 관한 법적 고찰, 서울대학교박사
학위논문, 1995

102) 부산고등법원 1995.5.18. 선고,95카합5 판결

에 제한된다고 하겠다.¹⁰³⁾

국가안전보장을 위한 환경권의 제한으로는 국방을 위한 무기실험이라든가 시설물의 설치 등을 생각할 수 있을 것이다. 해군기지법이나 공군기지법에 의한 기타설치라든가, 군사시설보호법에 의한 보호구역설정 등에 의한 자연환경의 침해하든가 소음공해 등 수인해야 할 것이다.

질서유지를 위한 환경권의 제한은 별반 행해지지 않을 것이다. 왜냐하면 환경을 유지 보전하는 것이 오히려 질서유지에 합치될 것이기 때문이다.

오늘날 환경권의 제한은 공공복리를 위한 것이 대부분을 차지할 것이다. 후진국가에 있어서는 개발정책을 수행하기 위하여 환경이 파괴되는 경우가 허다하며 사회적 환경의 개선을 위하여 자연환경이 파괴되는 경우가 많을 것이다. 국토이용관리법, 농지확대개발촉진법, 광업법, 국토이용관리법, 주택건설촉진법, 도시계획법, 토지구획정리사업법, 공원법 등에 의하여 공공복리를 위한 자연환경의 개조가 행하여질 여지가 많다.¹⁰⁴⁾

환경권은 타인의 재산권이라든가 영업의 자유와 경합 내지 충돌할 수 있다. 공장에 대한 지나친 소음규제나 대기배출물규제 등은 공장소유주의 재산권이나 영업의 자유를 침해할 수도 있으므로 권리간의 균형이 유지되어야 할 것이다.

2. 환경권과 공공복리의 이익형량

103) 환경보전을 위한 법률에 관해서는, 실정력, 公害對策における法律と條例, JURIST臨時增刊, 1971년11월, 10호특집, 환경 - 公害問題と環境破壞, pp.166~172.

104) 과거의 공해관계법은 생활환경의 보전에 관하여 경제의 건전한 발전과의 조화를 꾀한다는 조항을 두고 있었다. 이 경제조화조항은 공해대책에 있어서 현실적·제한적 기능을 가지고 있었다. 상세한 것은 富島照男·小栗孝夫, 國民の健康保護と經濟の發展との調和, 월간 백지연, 138호, p.141 이하 참조.

환경권과 공공복리 중 어느 것이 우월하는가에 관하여 산업발전을 우월시키는 경향이 있으며 산업발전을 위하여 어느 정도의 공해는 수인해야 한다는 이론이 나오고 있다. 고속도로라든가 전철, 항공기 또는 발전소, 가스제조소, 석유정유소 등의 시설이 시민생활과 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 공공복리와 환경보전이익과의 이익형량이 문제된다. 수인한도론자는 공해에 있어서의 피해자와 가해자의 이익, 피해의 정도나 태도, 산업의 유용성 등을 비교형량하여 가해행위가 사회생활상 일반적으로 수인할 정도를 초월할 침해를 발생한 경우에 위법성을 띠고 있다고 한다. 특히 공업화나 신도시건설, 공업단지건설이 공공의 복리로 인정되고 있는 후진국가의 경우 환경보전이라는 공공복리와의 조화가 문제된다.

3. 환경권제한의 한계

그러나 환경권 중에서도 존엄권적인 생명권과 건강권은 절대적인 권리이기 때문에 이에 대한 제한은 이익형량으로도 불가능하다고 하겠다.¹⁰⁵⁾ 그러나 협의의 환경권은 그 본질적인 내용으로서 법률로써도 제한할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁶⁾ 환경권의 제한의 경우에도 법률유보의 원칙, 명확성의 원칙, 비례성의 원칙이 적용된다. 과잉금지 원칙에 따라 환경권의 과잉한 제한은 금지된다.¹⁰⁷⁾

105) 同旨：座談會 公害法の原點に振返つて，법률시보 No.598, pp.120~125；淺井裕，公害防止の法理，일본평론사，1977；牛山積，大阪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) 기본권의 본질적내용의 침해금지에 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) 환경권의 제한에 있어서의 이러한 원칙은 법치국가원리에서 나오는 것이다. Kloepfer，a.a.O.，S.54ff.

VI. 환경권의 침해와 구제

1. 환경권의 침해에 대한 구제수단

환경권의 보호수단으로는 민사적보호, 행정절차에 있어서의 보호, 행정재판적권리보호(verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz) 등 여러 가지 방법이 있다. 이 밖에도 환경침해를 형사사건으로 다루는 환경형법이 있다.

2. 국가권력에 의한 침해와 구제

국가권력에 의하여 환경권이 침해되는 경우는 국가의 직접적 침해와 인·허가에 의한 침해발생 등을 들 수 있다. 국가가 직접적으로 국민의 환경권을 침해하는 경우에는 국가에 대한 청원권의 행사, 행정소송의 제기, 헌법소원, 국가배상청구권 등에 의해서 구제받을 수 있을 것이다. 또 행정청의 인·허가에 따라서 환경과피 원인인이 되는 사업활동·개발행위 등이 행해지는 경우에는 환경권에 따라 그 인·허가의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송을 제기할 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁾

108) 상세한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, SS. 163~250. 독일에 있어서도 환경권의 법관의 관례법에 의하여 발전되고 있다. Kloepfer, a.a.O. S. 253 ; 천경송, 공해소송에 있어서의 인과관계의 입증, 사법론집 제8집, 법원행정처, 1977 ; 천병태, 미국환경소송에 있어서의 Standing법리의 전개, 민사법과 환경법의 제문제(안이준박사회갑기념논문집), 박영사, 1986; 오석락, 한국의 환경법제와 환경소송, 법조춘추141호(93.10.)80면 ; 홍준형, 환경법, 1994 ; 정만조, 환경행정소송에 있어서의 원고적격과 본안문제, 법조제29권1호, 1971.1. ; 홍준형, 환경법, 994. pp.150-187 ; 우성기, 산업공해의 공법적구제와 인권과 정의, 181, 1991.8. ; 김범주, 환경권침해에 관한 공법적보호와 구제, 성균관대법학박사학위논문, 1986.2.25. ;

그런데 입법의 부작위에 의하여 환경권이 침해되는 경우에도 소송에 의한 구제가 가능할 것인가가 문제된다. 구체적인 입법이 없는 경우에 법원에 의한 권리의 실현 내지 구제가 불가능하다고 보는 견해는 i) 환경보호정책의 선택결정, 조치의 수단·기준·효과 등에 대해서는 여러 가지 의견이 있을 수 있으며, 이들에 대해서는 모든 사람의 이익을 고려하여 입법자만이 결정할 수 있고, ii) 환경조건의 개선정비에는 재정적 뒷받침이 필요하며, 국가의 재정·경제정책의 일환으로서 결정되지 않으면 안 될 문제라는 등의 이유를 들고 있다. 그러나 이 경우에도 환경권이 직접 침해되는 경우, 헌법소원을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

환경정책기본법은 「정부는 환경오염으로 인한 피해를 원활히 구제하기 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다」(법 제30조)고 규정하여 국가의무를 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾

3. 사인에 의한 침해와 구제

(1) 수인한도론과 무과실 책임주의

김원주, 환경권과 행정구제, 한태연박사회갑기념논문집, pp.549-572 ; 서원우, 전기논문 ; 유지태, 환경행정법과 환경형법, 환경14권(92.9.) 61면.

- 109) 환경보호를 위한 국가행정의무에 관해서는 Kloepfer, Umweltrecht, S.4 ; 행정상의 유지 청구나 의무화소송에 관해서는 牛山積, 公害裁判の展開と法理論, pp.153~161 ; 카를·ヘル만·우레, 環境保護法における義務づけ訴訟, JURIST No.525; 近畿辯護士聯合會, 環境汚染と義務づけ訴訟, JURIST No.525; 原田尙彦, 環境權と裁判, 특히 pp.126~210; 美國에 있어서의 環境訴訟에 있어서의 Standing에 관해서는 Rogers, Environmental Law, pp. 23~30 ; 前掲, 生田典久의 諸論文 参照 ; 천병태, 미국환경행정소송에 있어서의 Stating 범리의 전개, 안이준박사회갑기념논문집, 1986, pp.669~725 ; 상세한 것은 특집, 복지정책과 사회보장, JURIST No.502, 1972. 4. 1: 환경행정에 관해서는 일본환경청, 昭和52年版 環境白書-環境保全への新たな對應; 成田頼明, 公害行政の法理, 公法研究 第32號 ; 室井力, 公害行政における指導と助成, 公법연구 제32호 ; U.S. Environmental Protection Agency, Managing the Environment, 1973 등 참조; 박윤훈, 일본의 환경정책기구의 체제의 기능, 환경법연구10, 1988, pp.103~128 ; 노용희, 환경행정전담기구의 위상, 국책연구20, 1990. 1. pp.142~162 ; Peters/Schenk?Schlabach, Umweltverwaltung srecht, 1990 등 참조.

사기업에 의하여 환경권이 침해되는 것이 비일비재한데 특히 사기업이 시민의 환경을 침해하는 것은 공해산업에 의한 경우가 많다. 사인에 의한 환경침해에 대해서 수인한도론자¹¹⁰⁾는 공해에 있어서의 피해자와 가해자의 이익, 피해자의 정도나 형태, 사업의 유효성 등을 비교형량하여 가해행위가 사회생활상 일반적으로 수인할 수 있을 정도를 초월한 침해가 아닌 경우에는 수인해야 한다고 본다. 그 정도를 초월한 경우에만 불법행위를 구성하고 손해배상을 해야 할 의무를 지게 된다고 본다.¹¹¹⁾ 이러한 수인한도론은 기업이익의 보호가 목적인바, 금전적 손해배상청구는 인정하되 기업의 조업금지 등은 인정하지 않는 방향으로 나아가고 있다. 사업장에서 발생하는 환경오염 등으로 인하여 피해가 발생한 때에는 무과실책임을 인정하여 당해 사업자는 피해를 배상하여야 하며 사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 손해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다(환경정책기본법 제31조). 그러나 사법상의 침해구제방법으로는 이러한 손해배상 이외에도 공해업소의 조업금지 등의 소송이 인정되어야 할 것이다. 이와 관련하여 환경개선사업에 소요되는 재원의 환경오염원인자부담제도가 도입되어 있다(환경개선비용부담법 1991. 12. 31 제정·공포).

(2) 공해소송에서의 원고적격과 입증책임 전환

110) 수인한도론에 관해서는 木村保男, 八代紀彦, 環境權と利益衡量, 環境권, pp.131. 수인의무(Duldungspflicht)가 있는 경우에는 소송을 제기할 수 없다. 수인의무에도 사법적의무와 공법적의무가 있다.

111) 서울지방법원 남부지원 1994.2.23. 선고 91가합23326판결

공해소송에 있어서는 누가 원고로서 제소할 수 있는가 하는 원고 적격이 문제되는데 이는 널리 오염된 환경권과 관계있는 자로 보아야 할 것이다. 이와 관련하여 집단소송 등을 제도화하는 방안이 검토되고 있다. 공해의 피해자는 민사소송에 의한 손해배상청구권, 소유권·점유권에 기한 물권적 침해배제청구권 등의 사법상 침해구제 방법에 의하여서도 구제받을 수 있다.¹¹²⁾ 공해소송에 있어서는 피해자가 가해자, 손해발생과의 인과관계, 손해의 정도 등의 입증에 있어서 어려운 점이 많다. 그리하여 입증책임의 전환 등의 이론이 주장되고 있으며 판례도 이를 인정하고 있다.¹¹³⁾ 뿐만 아니라 건강피해보상이 요구된다.¹¹⁴⁾

(3) 환경범죄의 처벌

- 112) 상세한 것은 정권섭, 환경오염과 사법상구제법과 환경, pp.124-151 ; 서원우, 환경오염과 피해자구제, 검찰 제1호, 1978, pp.83-111 ; 淡路剛久, 環境權の法理の裁判, 1980 ; 原田尚彦, 環境權と裁判, 1978 ; 吳錫洛, 환경소송의 제문제, 일신사, 1991.
- 113) 이재원, 미국에 있어서의 공해구제소송으로서의 집단소송과 시민소송, 재판자료2집 79.8 ; 손동원, 미국환경법상의 시민소송제도, 환경법연구, 10.1988, pp.33-72 ; 오석락, 환경소송의 제문제, 1991 ; 조정환, 환경행정소송에 관한 연구, 단국대법학박사학위논문, 1991.2. ; 환경권과 차지청구에 관해서는 전기 환경권, pp.157-222. 미국에 있어서의 환경권에 의한 공해소송의 특색에 관해서는 生田典久, 米國 環境權 Environmental rightに基づく公害訴訟の新動向, JURIST No.467 ; 同人, 米國における環境訴訟の新動向, JURIST No.502. 日本에 있어서는 原田尚彦 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 臨時増刊, 197.11.10 ; 小林直樹, 環境裁判の基本問題, 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, 差止請求の諸問題, 법률시보 No.564 ; 澤井 裕, 公害差止の法理①②, 법률시보 No.564, 565 ; 문상덕, 환경권법리와 환경행정소송의 원고적격확대론, 법학연구(서울대 대학원), 2, 1992.4. pp.211-220.
- 판례로는 대법원 1984.6.12. 선고 81다558 판결 참조. 「가해기업이 어떠한 위대한 원인 물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그것이 무해하다는 것을 주장하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평이 관념에 적합하다고 할 것이다.
- 114) 공해보상으로서의 생업보상에 관해서는 高原賢治, 公害補償として生業補償, JURIST No.532, 1973.5.15, pp.47~48 참조 ; 공해건강피해보상에 관해서는 좌담회, 공해건강보상법, 법률시보 563호(1975.3) ; 한창규, 공해배상, 공해소송, 공법연구 제6호, pp.117-135; 구연창, 환경오염피해구제제도의 문제점과 대책, 법조38권10호(397호), 1989.10., p.27 ; 전창조, 환경오염건강피해보상제도에 관한 연구, 환경법연구, 1989.11., pp.109-150 ; 임명제, 일본공해건강피해보상법의 본질적 문제점, 입법조사월보, 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, 898호(87.12)70면

또한 오늘날 환경범죄가 증가됨은 물론 대량화되면서 환경오염물질 등의 불법배출을 근절하기 위해 대기환경보전법, 수질환경보전법 등이 처벌규정을 두고 있다.¹¹⁵⁾ 그리고 기존 환경관계법의 규정만으로 대처하기에 미흡한 특정환경범죄에 대해 가중처벌하기 위해 「환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법」(1991. 5. 31. 제정·공포)을 제정하였다.

(4) 환경오염피해분쟁조정

정부는 환경오염으로 인한 분쟁이 발생한 경우에 그 분쟁이 신속하고 공정하게 해결되도록 하기 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다(환경정책기본법 제29조). 환경오염으로 인한 피해의 조사와 분쟁조정을 위한 알선·조정 및 재정의 절차 등을 공정하게 구제하기 위해 새로이 제정한 「환경오염피해분쟁조정법」(1990. 8. 1. 제정·공포)은 환경오염분쟁조정위원회를 두고 분쟁조정을 할 수 있게 하고 있다.¹¹⁶⁾ 환경분쟁조정위원회에 중앙위원회와 특별시·광역시와 도에 지방위원회를 둔다.

VII. 환경법제의 개선방향

115) 환경범죄에 관해서는 박양식·권오걸, 환경침해행위에 대한 형법적고찰, 경북대 법학총5집(89.12)145면 ; 신동운, 환경범죄의 효율적 대처방안, 법신1928호(90.4.)10면.

116) 전창조, 일본의 공해분쟁처리제도, 환경법연구, 13, 1991., pp.67-110 ; 南博方, 20周年を迎へた, 공해조정위원회, ジュリスト 1992/9, p.30 ; 홍천용, 우리 나라의 환경오염피해분쟁조정제도, 경남법학 제6호, 1991, pp.25-42; 환경오염피해분쟁조정법이 제정되기 전의 논문으로는 서원우·최송화, 환경분쟁조정제도의 개발에 관한 연구, 환경법연구7권(86.10)25면 ; 권용우, 환경분쟁조정제도의 문제와 개선책, 환경법연구10권(89.5.)175면 등을 참조할 것.

1. 우리 나라 환경법제의 발전과 문제점

우리 나라의 환경법은 공해방지대책입법에서 자연환경보전법으로 발전하다 문민정부들어 환경정책기본법시대로 변천하고 있다.¹¹⁷⁾ 그동안 환경관계법률도 새로이 제정되어 외국에 내 놓아도 손색이 없을 정도로 되었다. 그러나 이러한 법률들이 재판규범으로서의 성격이 약한 것이 흠이다.

예를 들면 환경정책기본법이 제6조에서 국민의 환경권을 규정하고 「국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하고 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」고¹¹⁸⁾ 규정하고 있어 법적 규제의 근거조항이 될 수 있을지 문제이다.¹¹⁹⁾ 또 환경을 자연환경과 생활환경만으로 규정하고 생활환경도 대기, 폐기물, 소음, 악취 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경만을 한정하여 규정하고 있어 문제되고 이의 구현을 위한 법적 구체수단에 관한 규정이 없어 문제이다. 환경오염피해분쟁조정법이 제정되어 있으나 이 법은 「국민의 건강 및 재산상의 피해」의 구제를 목적으로 하고 있다. 여기서도 역시 보다 쾌적한 사회환경에 관한 규정은 없다. 또한 여러 법률들이 피해구제의 소송절차에 관한 규정을 두지 않고 있어 문제이다.

물론 헌법에 근거하여 직접 재판규범으로 인정할 수도 있으나 법

117) 전병성, 우리나라 환경법의 발전과 환경정책기본법의 제정, 환경14권(92.9.)75면 ; 박수혁, 우리나라에서의 환경입법, 한독9·10합병호(92.12.)324면 ; 동인, 지역촌시대에 있어서의 우리나라의 환경법정책, 현대법의 이론과 실제금량김철수교수화갑기념논문집(93.10.)287면 ; 이상돈, 환경입법의 개선방향, 환경10권(89.5.)129면 ; 조일환, 환경권보호의 사법적 실효화를 위한 환경책임법제정의 필요성, 인권202호(93.6.)54면 ; 오석락, 환경규제의 문제점과 개선방향, 인권205호(93.9.)43면 ; 동인, 환경법제의 개혁방안, 인권197호(93.1.) 10면.

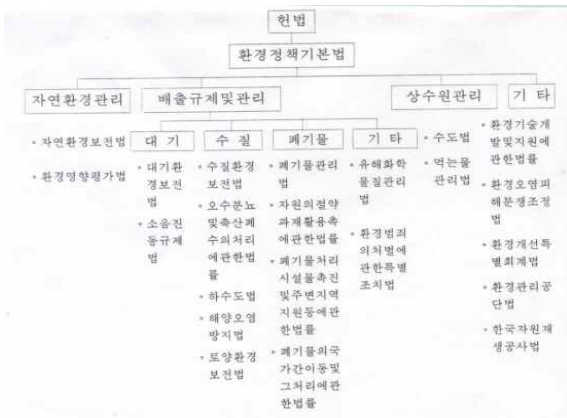
118) 국가는 환경보전에 노력하여야 한다는 의무는 국가가 ① 제3자에 의한 기본권침해를 예방하고 ② 예방적이고 계획적 형성조치를 해야하며 ③ 그에 필요한 재정을 확보하고 ④ 국가제도와 국가결정기능에 대한 참여의 가능성이라고 보고 있다. Hoppe/ Beckmann, a.a. O., S.66.

119) 환경법체계를 보면 다음과 같다.

실증주의자에 의하여 환경권법정주의와 관련하여 헌법에 입각한 소송이 부정될 가능성이 있다.

2. 환경권실현을 위한 소송법제정

그러므로 각종 환경법은 강제규범성을 갖도록 소송절차를 규정하여 당사자적격의 완화, 고의·과실·인과관계의 입증의 전환, 집단소송이나 징벌적부과금도입 등 환경소송 제도를 본격적으로 규정하여야 할 것이다. 인과관계의 입증에 있어서는 고도의 전문적 지식과 기술, 금전을 필요로 하므로 입증책임의 피해자가문제라든가, 개연성이론¹²⁰⁾이 적용되도록 입법화하여야 할 것이다.



120) 판례 : 공해로 인한 불법행위에 있어서 인과관계에 관하여 당해행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우만 인과관계를 부정할 수 있다고 보고 있다(대판177412.10.선고, 72다1774). 또 개연성 정도의 입증에 관한 구체적 기준-1984년의 의창군 대 진해화학화학(주) 사건(대판 1984. 6. 12.선고 81다558)에서 지금까지 하급심에서는 개연성이론을 전개하면서 ① 피고의 오염물질의 배출 ② 오염물질의 원고에의 도달 ③ 피해메카니즘 및 피해발생 가능한 분량의 존재 ④ 피해의 발생사실을 입증할 것을 요구하여 왔는데 이 대법원판결에서는 ①, ②, ④의 세가지만 입증하면 개연성 정도의 입증은 다한 것으로 본다. 또 이 판결에서 피고측의 입증

환경소송에 있어서의 특례가 인정되도록 환경쟁송법을 제정하거나 행정소송법을 개정하여 집단소송 등을 도입하도록 해야 할 것이다.¹²¹⁾ 독일의 몇 지방의 자연보호법상에서는 집단소송을 인정하고 있다.

3. 환경피해의 사전예방과 사후구제를 위한 입법 보완

이제까지는 주로 환경이 침해된 경우의 사후구제에 관한 것이 초점이 되었으나 앞으로는 환경피해의 사전예방에 관한 법률이 많이 제정되어야 하겠다. 물론 환경보전에 관한 여러 법률이 사전예방을 목적으로 한 것이기는 하나 처벌이나 강제처분은 환경과피 후에 이루어지고 있기에 행정부가 환경과피예방에 주력할 수 있는 모든 제도적 장치를 마련하여야 하겠다. 환경영향평가제도는 좋은 제도이나 실효성이 의문시되고 있다.

또 일본의 공해건강피해의 보상 등에 관한 법률과 같이 우리나라도 이러한 법률을 제정하여야 하겠다.¹²²⁾ 일본의 이 법은 사후구제뿐만 아니라 사전적 예방에 관한 조항도 두고 있는바 예를 들면 공해건강보상예방법협회까지 두도록 하고 있다. 이 밖에도 도·도부현지정시의 장은 공해보건복지사업을 하도록 의무지우고 있다.

정도에 관하여 피고가 책임을 면하기 위하여는 ① 그의 배출물 중 오염물질이 존재하지 않거나 ② 존재하더라도 피해메커니즘과 연결되지 아니한다는 사실을 입증할 것을 요구하고 있다. 또 이 반증의 정도는 개연성정도의 것이 아닌 일반불법행위사건에서의 입증과 같은 것을 요구하고 있다. 이에 관해서는 오석락, 공해소송의 제문제, 일신사, 1979; 동인, 환경소송의 제문제, 일신사, 1991 참조.

121) 이에 관해서는 전기 오석락, 환경소송의 제문제 등 참조. 환경소송에 있어서는 독일에서도 소극성이 문제되고 있다. 반대 Kloepfer, a.a.O. S. 253-285.

122) 전창조, 환경오염건강피해보상제도에 관한 연구, 환경법연구, 11, 1989. pp.109-150; 임명재, 일본공해건강피해보상법의 본질적 문제점, 입법조사월보, 168, 1988. 4. pp.91-101 등 참조.

또 현재의 환경오염피해분쟁조정법도 개정하여 중앙환경위원회나 지방환경위원회의 독립성을 보다 강화하고 그 알선, 조정, 재정 등의 실효성을 확보하는 방향도 강구하여야 하겠다. 또 환경범죄의 처벌도 보다 강화하여야 한다. 세계화해 가는 공해문제와 관련하여 환경보호국제조약에도 가입하고 이를 성실히 준수하는 것도 중요할 것이다.¹²³⁾ 헌법상의 환경권규정이 그림의 떡이 되는 일이 없도록 국민과 국가는 노력하여야 한다.¹²⁴⁾

123) 환경국제법에 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 등 참조. 일본에서의 환경문제에 관해서는 특집, 公害・環境問題と法, 법률시보, 1990. 1. 등 참조. 통일과 관련한 환경입법에 대해서는 독일통일조약 제34조1항을 참조할 것. 특히 Kloepfer, "Umweltrecht" Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, SS.705ff. 유럽공동체의 환경권에 관한 논문은 무수히 많다. 그 중 중요한 것으로는 Rengeling(Hrsg.), Europäische Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, 1988.

124) 이 논문작성이후에 각급법원의 환경법에 관한 판결이 나왔는데 이를 본문에 반영 할 수 없어 주로서 약간 언급하는데 그쳤다. 독자의 양해를 바란다.

헌법적 시각에서의 환경문제

이 강 력

헌법재판소 자문위원

한국의국어대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

一. 서 설

二. 기본권으로서의 환경권

1. 환경권보전의 의의
2. 환경권의 법적 성질

三. 국가적 책무로서의 환경보전

四. 환경권의 구현

1. 환경권의 구체화
2. 권리의 구체적인 구현방법

표. 결 론

一. 서 설

인간은 누구나 생태적 환경에 의존하여 삶을 누리고 있으며, 그 환경 또는 환경이 제공하는 산물을 이용·섭취하지 아니하고서는 하루도 살아갈 수 없는 존재이다. 그럼에도 불구하고 오늘날 그 환경이 극도로 파괴·오염되어감으로 인하여 인류의 생존 그 자체가 위협을 받을 정도로 심각한 형편에 이르렀다. 사실 그와 같은 의식은 이미 23년 전인 1972년 스웨덴의 스톡홀름에서 개최된 UN인간환경회의에서 채택된 인간환경선언(declaration on the Human Environment)에 명문으로 표명된 바 있다.¹⁾ 그 때에는 빈곤의 타파가 무엇보다도 시급한 당면의 과제이기 때문에 환경보호에 대해 신경 쓸 경황이 없었던 상황이긴 하였으나, 우리 정부도 역시 그러한 국제적 조류를 무시할 수 없기 때문에 1979년 10월에 자연보호헌장을 만들어 선포한 바 있다. 그리고 그 헌장에는 「산업문명의 발달과 인구의 팽창에 따른 공기의 오염, 물의 오염, 녹지의 황폐와 인간의 무분별한 훼손 등으로 자연의 평형이 상실되어 자연환경이 악화됨으로써 인간과 모든 생물의 생존까지 위협 당하고 있다」라고 선언하여, 제법 성숙된 환경에 대한 인식을 담고 있었다.²⁾

위와 같은 UN인간환경회의의 인간환경선언이 채택된 이후 20여년의 세월이 흘렀고, 우리 정부의 자연보호헌장이 선포된 지 약 15년이 지난 오늘날의 국제적·국내적 환경조건은 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 자연보호헌장이 선포되기까지의 전후의 사정 등에 관하여는 구연창, 환경법론, 1985, 89면 이하 참조.

는가? 그동안 환경을 더 이상 파괴해서는 안 된다는 의식이 확산되었음에도 불구하고 현실의 환경상태는 더욱 나빠졌다는 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다. 그 점에 관해서는 1992년 6월초 UN환경개발회의가 브라질의 리오데자네이로에서 채택한 지구환경보전의 기본원칙을 규정한 「리오선언」과 21세기를 향한 구체적 행동지침인 「실천과제(Agenda 21)」를 채택하게 된 사실, 그러한 국제적 분위기에 맞추어 우리 정부도 동년 6월 5일 「세계환경의 날」 기념식에서 「환경보전을 위한 국가선언」을 공포하게 된 사실에 잘 나타나 있다.

각국은 이 이상 지구환경변화를 방지할 수 없다는 위기의식을 공유하면서도 이해관계의 상충 등이 원인이 되어 그 UN환경개발회의(UNCED)의 진행이 순조롭지 않은 것으로 보인다. 1992년 4월초에 미국 뉴욕에서 끝난 제4차 준비회의에서 세계 각국은 27개항에 이르는 리오선언의 헌장에 합의하긴 했지만, 각국의 이해가 얽혀 당초 예정됐던 지구헌장(Earth Charter)이라는 강력한 규범적 성격에서 한 걸음 후퇴, 결국 선언(Declaration)으로 이름이 바뀌었다는 소식이다.³⁾

한편 「자연은 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 정부의 「환경보전 국가선언」은 전문과 14개항의 환경보전을 위한 기본원칙을 담고 있는 비교적 길고도 자세한 내용의 것이다. 간단히 말해서, 환경보전이 민족과 인류의 생존에 막중한

3) 이러한 소식에 관해서는 동아일보의 특집 시리즈 '지구를 살리자' 1992년 5월 21일 17면 참조.

중요성을 가지고 있음을 확인하고 이를 실현하기 위한 각급 주체, 곧 정부, 기업, 사회단체 그리고 국민 개개인의 적극적 참여를 촉구하고 있음이 그의 골자이다.

그런데 위 「환경보전을 위한 국가선언」에 대해서는, 그것이 지극히 원론적 수준에 머물고 있고, UN기구가 성안한 「리오선언」과 비교해 볼 때 막연한 언술로 시종하고 있다는 아쉬움이 언론에 의해 지적되고 표시되어 있는 상태이다.⁴⁾ 동시에 위 언론의 사실문은 이번에 채택된 「환경보전을 위한 국가선언」이 70년대 말에 자연보호헌장을 제정한 뒤 고작 경승지에 미관 파괴적인 현장비를 세우는 전철이 되지 않아야 한다고 경고하고 있는바, 참으로 동감임을 표시하지 않을 수 없다.

모처럼의 「환경보전을 위한 국가선언」이 언론에 의해 우려된 바와 같은 화려한 구두선으로 화하지 않게 하기 위해서는 어떻게 해야 할 것인가. 그 문제를 헌법적 시각에서 살펴보려는 것이 본고의 의도하는 바이다.

二. 기본권으로서의 환경권

1. 환경권보전의 의의

우리 헌법은 제35조 제1항에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한

4) 조선일보 1992년 5월 22일 사실 : 「환경을 국가 중대사안으로'참조. 같은 날짜에 중앙일보도 '환경전쟁서 살아 남으려면' 제목의 사실을 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.

환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」라고 규정하고 있으며, 또한 동조 제2항에서는 「환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다」라고 하고, 동조 제3항에서는 「국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다」라고 규정하고 있다. 이와 같은 내용의 환경권은 1980년 10월 27일의 헌법개정(제5공화국 헌법)을 통해 처음으로 도입되었으며, 현행헌법의 환경권에 관한 조항은 1980년 헌법에 규정된 그것을 보다 구체화하여, 환경권을 구현 내지 실현하기 위한 법률유보를 규정하고 또한 사회적 환경권까지 보장하는 규정을 신설하였다. 사실 국민의 환경권을 직접 헌법에서 기본권으로 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 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유 또는 재산권을 박탈당하지 아니한다」라는 수정헌법 제5조를 근거로 하여 환경권을 도출하고 있고, 일본에서는 헌법 제13조⁵⁾ 또는 제25조⁶⁾를 근거로 하여 환경권을 도출하고 있다. 독일에서도 그 기본법에 환경권을 명시하고 있지 않기 때문에 학자들은 기본법 제2조 제2항의

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 판례는 그 환경권을 기본권의 일종으로 인정하지 아니하며 단지 소수설만이 그의 기본권성을 인정한다.

「모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다. 인신의 자유는 불가침이다」하는 규정을 근거로 하여 환경권을 이론적으로 도출하고 있다. 그러나 우리 헌법은 외국의 헌법과는 달리 환경권을 명시함으로써 국민의 환경에 대한 의식을 고취하고, 그에 상응하는 국가적 책무를 각성시키는 효과를 거둘 수 있다는 점에서 긍정적 측면을 가진다. 그러나 환경권을 헌법에 규정함으로써 헌법에 규정된 여타 기본권조항의 규범적 효력을 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 정치·사회적 세력들에 의해 제창되었을 뿐만 아니라 연방정부도 그러한 구상을 한 바가 있었다⁷⁾. 그러나 많은 학자들은 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. 기본권을 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 사회적 기본권이란 결국 방침규정 또는 유어반복(Tautologie)에 지나지 않으며 정치적 상황의 묘사에 불과한 것이라고 생각하였기 때문이다. 사회적 기본권은 추상적으로 또한 원망의 형식이나 당위(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 절차규정(Verfahrensregel)이 중요한 의미를 가지고 있는 점은 그 규정이 진보의 길(Weg zum Fortschritt)을 방해하고 있는 것이 아니라 진보에 대해 개방(öffnen)하고 있다는 점이다.” : Michael Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, s. 36 ; H. Dellmann, Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt, DöV 1975, S. 589.

은 「다음의 기본권은 직접 적용되는 법으로서(als unmittelbar gelten des Recht) 입법, 행정 및 재판을 기속한다」(제1조 제3항)라고 명문으로 규정하고 있기 때문에 그 환경권을 명문화하는 문제는 더욱 신중히 다루지 않을 수 없는 실정이다. 그것은 현실적으로 실현성이 없는 것을 약속하지 않는 것은 헌법의 신용(Glaubwürdigkeit einer Verfassung)이라는 점에서 오히려 바람직한 일이라는 의미를 갖는다⁹⁾. 그러한 의미에서 독일기본법이 바이마르헌법에 있어서와 같이 많은 사회적 기본권을 규정하지 않은 이유 중의 하나가 바로 헌법의 신뢰성을 확보하는 데 있었다는 사실은 하나의 타산지식이 아닐 수 없다. 어쨌든 헌법에서 다양한 내용의 기본권을 보장하고 있는 것은 국가적으로나 사회적으로 부담이 된다는 점을 인식할 필요가 있다. 그것은 헌법에 수용된 다양한 기본권목록은 각양각색의 의사와 이해를 가진 국민의 ‘대합의’(Grundkonsens)로서의 성격을 가지고 있기 때문이다¹⁰⁾ 뿐만 아니라 사회적 기본권은 그 내용을 구체화하기 위하여 법률의 제정, 예산의 심의와 같은 대합의 내에서의 ‘합의’를 또한 필요로 하기 때문이다.

2. 환경권의 법적 성질

현행 헌법상의 환경권은 어떠한 법적 성질 또는 효력을 갖는 것인가가 문제된다. 바로 우리 헌법에는 독일기본법 제1조 제3항과 같은 규정이 없기 때문에, 국민의 환경권은 국가기관을 직접 기속하는 효력을 갖는 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 그러나 이미

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

10) 이 점에 관해서는 다음의 문헌을 참조하기 바람. 줄고, 헌법문제로서의 합의, [월간고서] 1981년 11월호 및 김남진·이강혁 공저, [주제중심헌법], 769면 이하.

환경권이 헌법에 실정화되어 있는 이상, 우리의 당면과제는 그 국민의 환경권을 규범적 효력이 있는 것으로 만드는 일이 아닐 수 없다. 그러기 위해서는 먼저 환경권이 여타 기본권과는 달리 여러 특성을 지니고 있는 점부터 파악할 필요가 있다. 이 점과 관련하여서 ① 환경 그 자체는 권리의 대상이 아닌 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 실효성을 나타낼 수 있기 때문에 타기본권의 제한을 전제로 하는 기본권이라는 특성을 갖는다. ② 환경권은 다른 어느 기본권보다도 그 의무성이 강해서 환경보전의 이행, 상린관계의 존중 등을 통해서만 비로소 실현될 수 있는 기본권이라는 특성을 갖는다. ③ 환경권은 외형상 산업발전으로 인한 환경오염과 상극의 관계에 있는 것처럼 보이기 때문에 산업발전을 억제하거나 산업체활동을 제약하는 경제성장의 장애요인으로 기능할 수도 있다는 특성을 갖는다. ④ 환경권은 현재 살고 있는 현존세대만의 기본권이 아니라 미래세대의 기본권적인 성격도 아울러 가지고 있다는 점 등이 바로 그것이다.¹¹⁾

위와 같이 환경권이 여타 기본권과는 달리 여러 특성을 지니고 있기 때문에 그 법적 성질을 파악함에 있어 많은 어려움이 따른다. 사실 우리나라에서도 환경권에 관한 조항이 헌법에 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 환경권에 최대한 법적 효력을 부여하려고 노력하여 왔다. 그것은 다음과 같은 학자들의 논술에서도 알 수 있다.

11) 동지 : 허영, 헌법이론과 헌법(중), 1988, 280면

12) 이 점에 관하여 보다 상세한 것은 졸자, 전게서 [환경권과 법적효용], 322면 참조 바람.

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 생존할 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 허영 교수는 그의 역저에서 「환경권은 “건강하고 쾌적한 환경에서 공해 없는 생활을 누릴 수 있는 권리”라고 말할 수 있는데 우리 헌법은 그 내용과 행사를 법률로 정하게 하고 있어서 그것이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 그 권리의 성격과 내용 등이 뚜렷하지 않다. 그러나 환경권에 의해서 보장하려는 “건강하고 쾌적한 환경”은 우선 자연환경을 말하는 것이라고 볼 때, 자연환경은 그 권리의 객체 내지는 법적 규율의 대상으로 삼는 데는 스스로 일정한 한계가 있다. 자연환경은 자연법칙에 따라 움직이지 사람의 희망이나 국가가 제정한 법규에 따르지 않기 때문이다」라고 서술하고 있다.¹⁸⁾

둘째로 학자들은 그 환경권은 어떠한 법적 성질을 가지는가에 대하여 “그것은 국가에 대하여 쾌적한 환경을 요구할 수 있는 권리가므로 인간다운 생활을 보장하기 위한 생활권적 기본권이다”라는 견해,¹⁹⁾ “환경권은 기본권으로서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권

13) 안용교, 한국헌법, 1989, 563면.

14) 권영성, 한국헌법론, 1990, 560면.

15) 김철수, 헌법학개론, 1990, 497면.

16) 문홍주, 한국헌법, 1990, 316면.

17) 이상규, 환경권의 행정법예의 적용, [고시연구] 1980년 12월호.

18) 허영, 한국헌법론, 423면.

19) 문홍주, 전계서 317면.

에서 파생된 기본권으로서 생존권적 기본권에 포함되며, 권리로서의 양면성을 가진다”라는 견해²⁰⁾, “인간의 존엄성 존중과 행복추구권 및 사회적 기본권의 성격을 아울러 가지고 있는 종합적 기본권”이라는 견해²¹⁾, “인격권과 생존권적 기본권의 성격을 가진 권리”라는 견해²²⁾등으로 논술하고 있다.

이러한 견해와는 달리 “환경권은 많은 기본권의 실효성 확보를 위해서 그 보장이 불가피한 일종의 ‘기본권의 전제 조건의 보호’로서의 의미도 함께 가지고 있기 때문에, 법적 성격도 이를 자유권·사회권·인격권 등 획일적으로 말할 수는 없다고 생각한다… 그 뿐만 아니라 환경권은 효과적인 환경보전정책 내지는 환경입법에 의해서만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 법률제도의 보장이라는 제도적 보장의 성질도 함께 내포하고 있다.”라고 논술하고 있는 독특한 견해도 있다²³⁾.

셋째로 학자들은 그 환경권의 효력에 관하여, “환경권을 구체화·실효화하는 법률의 제정은 실정헌법상의 의무이고 그 법률의 내용형성에 있어서만 일정한 재량을 용인한 것으로 본다… 즉 환경보전법의 제정을 입법권에 의무 지우고 그 법률의 내용형성에 일정한 입법재량을 용인한 것으로 보아 환경권을 실현하는 입법이 없거나 입법이 불충분한 경우에는 법원에 그 부작위위헌확인소송을 제기할 수 있는 구체적 권리라고 이해하여야 할 것이다²⁴⁾”. “헌법의 차원에서는 환경권은 추상적 권리로 이해되고 있으므로, 구체적이고 충분한 내용의 입법이 없는 한 현실적인 권리로서 주장할 수가 없다는

20) 김철수, 전계서 498면 ; 이상규, 전계논문 60면.

21) 권영성, 전계서 561면 ; 한상범, 인권으로서의 환경권의 법리, [고시연구] 1981년 1월호.

22) 김원규, 환경권과 행정상 구제, [울산 한태연 박사 회갑기념논문집], 1977년, 558면 ; 이근구, 환경권, [고시연구] 1981년 2월호.

23) 허영, 전계서 426~427면.

24) 안용교, 전계서 565면.

것이 지배적인 입장이었다. - 그러나 환경파괴에 의한 인권의 대량 침해·대량파괴는 기존의 사회권 개념을 가지고서는 대응할 수 없음이 명백하다. - 이에 대처하기 위해서는 환경파괴라는 새로운 기본권침해에 대응할 새로운 적극적인 이론구성이 이루어지지 않으면 안된다. 그것이 바로 생명권·보건권의 재산권·영업의 자유에 대한 우위론이라고 하는 기본권의 해석론이다. 이러한 입장에서 본다면 경제적·재정적 조치가 불필요한 환경보전권은 자유권적 기본권의 경우처럼 헌법규정만으로 법원에 제소할 수 있는 것으로 이해하는 것이 마땅하다. 그렇게 보아야만 환경권에 관하여 구체적 입법이 없을지라도 법원에 제소할 수 있을 것이기 때문이다.²⁵⁾”라고 하는 견해와, “환경권은 자유권적 성격에서 환경권침해배제청구권이 있으며, 생존권적 성격에서 환경보호보장청구권이 있다고 할 것이다. 환경침해배제청구권은 자유권으로서 구체적 권리이나 국가에 대하여 보다 좋은 환경을 조성해 달라고 하는 환경개선·보호조치청구권은 입법에 의해서만 적극적으로 보장된다고 할 것이다. 따라서 환경개선청구권은 추상적 권리라고 할 수 있다.²⁶⁾” “환경권이 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 침해가 있을 때에 그 배제를 직접 청구할 수 있는 구체적인 권리로서

25) 권영성, 전계서 555-556면.

26) 김철수, 전계서 493면.

27) 구병삭, 신헌법원론, 1988, 582면.

의 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 환경권이론에 대하여 강력한 비판론이 대두하고 있는데, 그것은 바로 서원우 교수의 주장²⁹⁾이다. 서 교수는 환경권의 법적 성질에 관한 우리나라 및 외국의 여러 학설을 검토한 후에 “우리나라의 다수학자들이 주장하는 바와 같이 환경권을 「생존권」·「생활권」 혹은 「사회적 기본권」의 일종으로 성격짓는 이상 환경권은 별 수없이 프로그램적 내지 추상적 권리로 해석할 수밖에 없는 것이 아닌가 생각되며 그 실효성은 어디까지나 입법·행정적 조치와 관련하여 논할 수밖에 없는 그야말로 지도이념적 권리로 이해하는 것이 현실적이며 냉정한 태도가 아닌가 생각되는 것이다.”라고 결론을 내리고 있다. 그리고 또한 “요컨대 한마디로 말해서 환경권이론의 배경에는 법원의 기능에 대한 약간 지나친 기대가 가로 놓여있는 것 같이 생각되거나 공해 내지 환경파괴의 심각성에 대한 입법·행정의 대응부족의 현실에서 남은 것은 사법에 의한 구제라고 하는 발상도 이해되지 않는 바 아니지만 우리나라와 같은 상황에서는 너무나도 비현실적이며 성급한 주장이 아닌가 생각된다³⁰⁾”. 라고 강조하고 있다.

三. 국가적 책무로서의 환경보전

28) 김영훈, 환경권에 관한 연구 - 공법상의 법리와 구제를 중심으로, 법학박사 학위논문, 1981, 79면.

29) 서원우, 환경권 이론비판, [고시연구] 1984년 5월호, 85면.

30) 서원우, 전계논문 99면.

우리 헌법은 기본권으로서의 환경권을 보장하고 있는 동시에 「환경보전」을 국가의 책무로서 규정하고 있다. 「국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.(제35조 제1항 제2단)라고 규정하고 있는 것이 바로 그것을 말한다. 헌법은 국가와 함께 국민도 환경보전을 위하여 노력하여야 함을 규정하고 있으나 여기에서는 일단 국가의 책무에 대해서만 고찰하기로 한다.

헌법이 국가는 「환경보전을 위하여 노력하여야 한다」라고 규정하고 있는데 이 규정이 어떠한 법적 의미를 가지고 있는가 하는 것이 여기서의 관심사이다. 그것에 관하여 일설은 환경권의 내용의 하나로서 특별히 「환경권보장을 위한 국가적 노력의무」라는 항목을 설정하여 「헌법 제35조 제1항과 제3항은 각기 개인을 위한 주관적 공권으로서 환경권과 쾌적한 주택에서의 생활권을 보장한 규정인면서, 동시에 그에 대응하는 국가적 노력의 의무를 규정한 조항이다. 이에 따라 국가는 환경보전과 공해배제의 노력뿐 아니라 문화적 주택을 개발하고 공급할 노력의 의무를 지고 있다. 이에 관한 법률로서 도시저소득주민의 생활환경개선을 위한 임시조치법(1989.4.1 제정)이 있다」³¹⁾라고 설명하고 있다. 한편 다른 학설은 환경보호를 위한 입법의 문제」라는 항목을 설치하여 그 안에서 ① 환경보호에 관한 국회의 입법책임 ② 환경입법의 전문성 ③ 환경보호에 관한 위임입법의 한계 ④ 국회입법기능의 전문화방안 등에 관하여 설명하고 있는데, 이 부분을 국가의 환경보전의 책무와 관련시켜 이해하여도 좋을 것 같다.

헌법이 「환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다」(제

31) 권영성, 전계서, 563면

35조 제2항)라고 규정하고 있는 바와 같이 환경보전을 위한 국가적 책무도 법률을 통하여 구체화되어야 한다고 보지 않을 수 없기 때문이다.

국가는 위와 같은 헌법상의 책무를 이행하기 위해 많은 법률을 제정해 놓고 있다. 헌법에 환경관계조항이 설치되기 이전인 1963년에 처음으로 공해방지법을 제정하였는데, 동법은 환경보전법의 제정(1977.12.31), 시행(1978.7.1)과 더불어 폐지되었다. 그런데 그 환경보전법은 또 다시 환경정책기본법의 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 해소되게 된 것이다. 여기에서 그 기타의 법률이란 환경오염배분쟁조정법, 소음·진동규제법, 수질환경보전법, 대기환경보전법, 오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률, 자연환경보전법, 해양오염방지법, 폐기물관리법, 환경관리공단법, 오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률, 합성수지폐기물처리법, 환경개선비용부담법을 지적할 수 있다. 한편 1989년 12월 30일 정부조직법의 개정을 통해 종래의 환경청을 환경청으로 승격하는 동시에 환경처장을 국무위원으로서의 장관이 맡게 한 것도 역시 환경보전을 위한 국가적 노력의 일환으로 볼 수 있다.

여기에서 한가지 의문을 가지게 되는 것은 우리 헌법이 제35조에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리」를 보장하고(제1항), 「환경권의 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 환경정책기본법(1990.8.19. 법률 제4257호)이다. 동법이 제1조의 목적규정에 있어서 「이 법은 환경보전에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 명확히 하고 환경보전시책의 기본이 되는 사항을 정함으로써 환경오염으로 인한 위해를 예방하고 자연환경 및 생활환경을 적정하게 관리·보전함을 목적으로 한다」라고 규정하고 있는 동시에, 제6조에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하고 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 구체화하는 것으로 볼 수 있는 법률인 환경정책기본법이 헌법규정과 같이 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 함을 복창하고 있을 뿐, 그 권리의 구체적인 내용이나 행사에 관해서는 직접적으로 규정하고 있지 않은 점이다. 또한 환경정책기본법 이외에는 특별히 국민의 환경권의 내용과 행사에 관해 직접적으로 규정하고 있는 법률이나 조항을 발견하기도 어렵다는 점이다. 앞에서 열거한 환경관계법률의 내용을 살펴보게 되면, 거의 전부가 환경보전을 위해 국가나 지방자치단체 등 행위주체가

여러 가지 정책을 수립·집행하며, 그 과정에서 국민의 생활을 규제하며, 국민에게 여러 가지 의무와 부담을 부과하는 내용의 것이다. 특기할만한 것으로는 오직 환경오염피해분쟁조정법 정도가 간접적으로 국민의 환경권 행사를 돕는 법률로서 언급할 수 있을 정도이다.」

헌법이 「국민의 쾌적한 환경에서 생활한 권리」를 보장하고 「국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」(이상, 제35조 제1항)라고 규정하면서 국민의 환경권의 내용과 행사에 관해서만 법률유보의 규정을 설치하고 있는데(제35조 제2항), 환경관계의 행정법은 오히려 국민에 대한 규제, 의무부과 위주로 구성되어 있는 현실을 어떻게 이해할 것인가. 생각하건데 그것은 따지고 보면 환경권 그 자체의 특수성에서 유래하는 것으로 보인다. 권리란 본래 권리주체가 타방에 대해 작위·부작위·급부·수인 등을 요구할 수 있는 법률상의 힘을 의미한다. 그러나, 국민의 환경권은 국가의 작위나 부작위·급부·수인 등을 통해 실현될 수 있는 것이 아니고, 쾌적한 환경의 보전·조성을 통해 실현될 수 있기 때문에 그러한 내용을 중심으로 구성되어야 한다고 본다. 이렇게 생각할 때, 독일에서 한때 헌법에 국민의 환경권(Umweltgrundrecht)조항의 신설에 관한 논의가 중단되고 그 대신 환경보전에 관한 국가목표규정(Staatszielbestimmung Umweltschutz)의 설치 문제로 논의의 중심이 옮겨간 사정을 이해할 만 하다.

독일에서 한 때 국민의 환경권조항의 신설에 관한 문제가 논의되다가 그것이 자칫 국민에게 현실 대신에 환상(mehr Illusionen statt Realitäten)을 제공할 염려가 있고, 그러한 성질의 기본권조항을 설치함으로써 기존의 다른 기본권의 효력에 대해서까지 손상을 줄 우려가 있다고 하여 그 환경권조항의 신설에 관한 주장이 수그러졌다

고 함은 앞에 기술해 놓은 바 있다.³²⁾

반면에, 독일에서는 환경권조항 대신에 국가목적규정을 설치하는 것에 대한 논의가 오랫동안 계속되어 왔다. 학자나 사회단체에 의한 제안만이 있는 것이 아니라 정부에 의해서도 적극적으로 검토되어 왔다. 즉, 당해 과제를 위해 1981년도에 각방의 내무부 및 법무부장관에 이해 위촉된 전문가위원회(SachverständigenKommissin)가 구성되었고, 동위원회는 헌법(기본법)에 환경보호(Umweltschutz) 및 문화(Kultur)에 관한 국가목표규정을 설치함으로써 국가에 대해 특별한 책무(Verantwortung)를 부과하는 것이 좋겠다는 내용의 보고서³³⁾를 1983년에 작성·보고한 바 있었던 것이다.³⁴⁾ 이 보고서를 계기로 필자는 근래의 독일에서의 그 국가목적규정 설치에 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) 주 7)에 소개한 문헌 참조

아울러 그 밖의 문헌으로는 vgl. H. H. Klein, Ein Grunderrecht 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) 이강혁, 헌법국가와 국가목적, 고시연구, 1992, 2, 56면 이하.
정종학, 회갑기념논문집

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 Verantwortung Für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der

결론적으로 독일에 있어서 “국가목적 내지 국가목표규정”을 헌법에 설치하는 문제를 둘러싸고 활발히 전개되었던 논의는 우리 헌법상의 「국가의 환경보전을 위한 노력」 규정을 이해하는데 많은 도움이 될 것이라는 점을 지적해 두기로 한다.

四. 환경권의 구현

1. 환경권의 구체화

권리란 본래 ‘자기의 이익을 법률상으로 주장할 수 있는 힘’ 즉 법률상의 이익을 말한다. 그와 같은 권리의 완전한 모습은 보통 타인에게 일정한 행위·부작위·금부·수인등을 요구할 수 있는 청구권(수익권)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 배제만을 요구하는 권리(침해배제청구권·자유권), 참여권(참정권)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 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며…」라고 규정하고 있기 때문에, 그 조문만 보면 그 국민의 환경권은 자유권(침해배제청구권)으로 볼 수도 있으며, 적극적인 청구권으로 볼 수도 있

verfassungsmäßigen 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 배제청구권(Abwehrrecht)의 효력을 갖는 것으로 봄이 타당하다.³⁷⁾

다른 한편 환경권은 적극적인 청구권의 성격도 갖는 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 헌법에는 「환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다」라고 규정하여 환경권의 구체화를 위한 법률유보조항을 두고 있다. 그러한 의미에서 오늘날 헌법상의 환경권을 구체화한 환경보전법과 같은 각종의 법률이 제정되어 있으므로 아직 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 재언할 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. 권리의 구체적인 구현방법

환경권의 침해에 대한 권리구제의 방법으로는 민사적인 방법을 통한 권리구제와³⁸⁾ 공법상의 권리구제방법으로 구별할 수 있으나,

37) 특히 본고의 주 21)과 주 22)를 참고 바람.

38) 그러한 견해는 주로 사법학자들에 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교수는 헌법적 측면에서 환경권을 인정하는 것에 이론은 없지만 공해의 사법적 책임의 분야에 있어서는 종래의 사법이론을 발전시킴으로써 그 환경권보호의 목적을 달성할 수 있으므로 구태여 환경권이라는 실정법적 법기술개념을 사용할

헌법상의 환경권은 국민의 국가에 대한 권리 즉 공법상의 권리이기 때문에 여기에서는 공법상의 권리구제 방법만을 고찰의 대상으로 삼지 않을 수 없다. 또한 헌법상의 기본권으로서의 환경권이 사인 간에 있어서 어떠한 효력을 가지는가의 문제는 기본권규정의 제3자 효력(Drittwirkung)의 문제로서 그것은 별도로 다루어야 할 문제이다.³⁹⁾

그러면 실정법(공법)의 전체적 구조에 입각하여 그 환경권을 어떠한 방법을 통해 구현할 수 있는가. 공법상의 권리구제에는 물론 여러 가지 방법이 있지만, 크게 국가배상과 행정쟁송으로 나눌 수 있다.

우선 우리 헌법은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 국민은 국가 또는 공공단체에 대하여 정당한 배상을 청구할 수 있음을 명문으로 규정하고 있다(제29조). 그리고 그 공무원의 불법행위가 부작위에 의해서도 발생할 수 있음은 단언할 필요가 없다.⁴⁰⁾ 그럼에도 불구하고 과거에는 사실 행정상의 편의주의(tunitätsprinzip), 반사적 이익론 등에 의하여 공무원의 부작위로 인한 손해배상청구가 거의 인정되지 않았다.⁴¹⁾ 반사적 이익론이라 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」 492호, 240頁.

39) 이 점에 관하여 자세한 것은 다음의 문헌을 참조하기 바람. 김남진·이강혁 공저, 전계서 214면 이하.

40) 행정청(공무원)의 부작위가 위법행위를 성립시킨다는 것은 국가 배상사건에서 인정되기 시작하였다. 독일에 있어서는 1921년 11월 5일의 이른바 '눈썰매 사건'(Rodefäll)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 격투 중에 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(대판 1971. 4. 6, 71다 124). 그밖에 공무원의 부작위로 인한 손해에 대하여 국가책임을 인정한 판례도 있다. 대판. 1968. 1. 23. 67다 2609; 대판 1968. 11. 19. 68다 1741. 한편 학설은 모두 한결같이 공무원의 '직무집행행위'에 적극적인 작위행위는 물론 부작위도 포함된다고 보고 있다. 김도창, 전계서 384면; 윤세창, 전계서 285면; 김남진, 전계서 460면; 박충훈, 전계서 332면; 이상규, 판례행정법1, 558면.

은 행정청이 규제권을 발동함으로써 비록 주민이 어떤 이익을 향유하여도 그것은 반사적 이익(Reflexrecht)에 지나지 않으며 공권이 아니라는 이론이다. 따라서 그것은 행정청이 규제권의 발동을 해태함으로써 주민이 어떤 불이익을 받게 되어도 그 주민에게는 규제권의 발동을 청구하는 권리와 같은 공권은 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 행정개입청구권⁴²⁾은 일반적으로

41) 전통적 반사적 이익론에 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 반사적 이익을 침해받은 것이기 때문에, 피해자는 국가에 대하여 법적 책임을 추궁할 수 없다고 주장하였다. 행정편의주의는 행정청이 행정권(규제권)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 부당의 문제만이 발생되고 위법의 문제는 발생되지 않으므로 국가는 어떤 법적 책임도 성립되지 않는다고 주장하였다. 따라서 우리 나라에서는 아직까지 그에 관련된 판례가 발견되지 않는다.

42) 서독에서 개인의 행정개입청구권을 처음으로 인정한 것은 2차대전 이후의 일로서, 1960년 8월 18일의 연방행정재판소의 대거판결 (Bandsägen)이 그 효시이다. 그 판결은 주거지역으로 지정된 지역내에서 대기를 사용하여 위법하게 석탄가공업을 하고 있는 업자로 인하여 고통을 받고 있는 인근 주민이 제기한 의무화소송(Verpflchtungsklage)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 행정권(감독권)을 발동해야 할 의무가 발생할 수 있는가가 쟁점으로 되었다. 우리 대법원도 건축법규에 주민이 받는 이익을 단순한 반사적 이익이 아니라 법률이 보호하는 이익, 즉 공권으로 인정함으로써 위법한 연탄공장에 대한 주민의 행정개입(건축허가취소) 청구권을 인용한 바 있다. 바로 우리 대법원은 그 사건의 판결에서 「주거지역 내에 거주하는 사람이 받는...보호이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라 할 것이다」라고 판시하였다(대판 1975. 5. 13, 73 누 96,97 (건축허가처분취소)).

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 개인적 공권의 확대화(반사적 이익론의 극복)와 ‘재량권의 영으로서의 수축’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 ‘공권’ 또는 ‘법률상 이익’으로 보는 경향이 일반화되고 있다. 둘째로, 행정편의주의와 관련하여 학설과 판례⁴⁴⁾는 재량행위와 기속행위의 구별을 상대화하고 있고, 특히 학설은 ‘재량권의 영으로서의 수축’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 행정쟁송

43) 김남진, 행정법의 기본문제, 168면 이하; 서원우, 국가의 부작위와 국가배상책임, [고시연구] 1979년 3월호, 12면 이하.

44) 박윤훈, 최신행정법강의, 197면 이하; 대판 1954. 6. 17. 4286 행상 6(행정결정취소청구사건).

45) 김남진, 상계서 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, [자치연구] 제54권 제5호(1979.9).

이다. 그러나 여기에서는 행정소송의 문제만을 고찰하기로 한다. 현행 행정소송법은 항고소송으로서 취소소송·무효 등 확인소송 및 부작위위법확인소송만 인정하고 (동법 제4조) 있으며 의무화소송은 인정하지 않고 있다. 그러나 대부분의 학설은 현행법으로도 이행소송(의무화소송)이 가능하다고 보고 있다.⁴⁷⁾ 이에 대하여 판례는 부정적인 태도를 취하여 왔다.⁴⁸⁾ 이것은 현대국가에 있어서의 적극행정기능의 확대와 개인생활의 행정의존도의 제고현상에 비추어 볼 때 행정소송이 가지는 행정구제적 역할을 반감하는 것이라 하지 않을 수 없다.⁴⁹⁾ 따라서 당사자가 법률이 정하는 환경보전·개선조치

47) 우리나라에서는 이행소송(의무화소송)이 가능한가에 관하여 학설은 소극설과 적극설로 대립되어 있다. 소극설에서는 “통설과 판례는 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 ‘변경’은 이러한 의미에서 소극적 변경, 즉 ‘일부취소’ (Teiaufhebung)의 뜻으로 이해하는 것이 독·불·일 등의 통설로 되어 왔고, 우리나라에 있어서도 그러하다. 생각건대 행정권과 사법권의 분립, 그 조직과 기능의 특이성 또는 행정책임의 귀속 등의 문제를 고려할 때, 통설의 견해는 결코 무리가 아니라 할 수 있다”라고 주장한다(김도창, 행정법론, 43면; 동지: 박윤훈, 행정법강의, 338면). 적극설에서는 “생각건대 국민의 기본권으로서 자유권만이 중시되고 행정기능도 질서행정이 위주였던 시대에 있어서는 ‘취소소송’만으로써 어느 정도 행정권에 대항하는 국민의 권리구제제도로서의 구실을 할 수 있었다고 본다.

제2차 대전 전의 독일이나 일본의 행정소송법이 항고소송으로서 대체로 취소소송만을 인정했던 것은 그러한 이유에서였다. 다른 한편 당시에 있어서의 그들 나라의 행정소송법이 열기주의를 채택하였던 점에 비추어 보아, 국민을 단순히 행정객체시하고, 행정주체와의 관계에 있어서의 참다운 권리주체로서의 국민의 지위를 제대로 인정하지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 2차 대전 후에는 국가권 내지 개인의 지위에 대한 의식이 일반함으로써 그것이 행정소송제도에도 대전환을 가져온 것임은 주지의 사실이다. 우리 역시 헌법상의 재판청구권의 보장(제 27조), 행정권에 대한 사법심사제도의 도입(제177조 제2항), 사회국가원리에 따른 생존권의 보장, 그에 대응한 급부행정의 전개 등의 현실에 비추어 그에 대응한 행정구제제도로서의 의무화소송유형의 소송이 필요함은 다인을 요하지 않는다고 하겠다”라고 강조하고 있다(김남진, 행정법의 기본문제, 358~359면; 동지: 김세창, 전정관 행정법(상), 356; 이상규, 신행정법론, 409면).

48) 이 점에 관하여 주요한 판례는 다음과 같은 것이 있다. “행정처분을 구하는 것은 본래 사법권의 범위에 속하지 않는 사항에 관하여 재판을 구하는 것이다”(대판 1965. 1. 26, 64 누 134). “행정소송을 부당한 행정처분의 취소·변경 또는 권리확인을 구할 수 있으나 급부의 청구를 할 수 없다고 할 것이다”(대판 1967. 3. 8, 4290 행상 155). “광업권등록말소회복청구는 결국 행정청에 대하여 행정상의 처분의 급부를 구하는 것으로 이와 같은 급부청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없다”(대판 1965. 4. 27, 64 누 105, 동지판례: 대판 1966. 4. 6, 65 누 145). “행정소송에 있어서 법원은 행정청 또는 소속기관의 위법·부당한 처분에 대하여 원칙적으로 취소 또는 변경할 권한이 있을 따름이고 적정가격의 보상을 명할 수는 없다” (대판 1970. 7. 28, 70 누 66, 67, 68).

를 요구하였음에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우 일정한 작위의무를 구하는 작위의무화소송은 조속히 정착될 것이 요청된다.

그러나 행정심판이나 행정소송을 제기하기 위해서는 그 심판이나 소송을 제기하는 자에게 각각 「법률상의 이익」이 있어야만 하는 것이 헌법법상의 요건이다. (행정심판법 제9조, 행정소송법 제12조 등 참조). 이와 같은 요건을 엄격히 지키고자 하는 경우 환경보호를 위해 특별히 활동하는 단체에게는 원고적격이 인정되지 않으므로 그들 단체의 활동에 많은 제약을 받게 된다. 학자 가운데에는 「경제적·재정적조치가 불필요한 환경보호권은 자유권적 기본권이 경우처럼, 헌법규정만으로 법원에 제소할 수 있는 것으로 이해하는 것이 마땅하다. 그렇게 보아야만 환경권에 관하여 구체적 입법이 없을지라도 법원에 제소(주거소송의 방식으로)할 수 있을 것이기 때문이다」⁵⁰⁾라는 견해를 펴 보이기도 한다.

그러나 현행 행정소송법이 「민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다」(제45조)라고 규정하고 있는 데서 알 수 있는 바와 같이, 주거소송(민중소송)이나 단체소송(Verbandsklage)이 허용되기 위해서는 특별한 입법(법률관정)을 필요로 한다고 보는 것이 일반론이다. 외국에서는 환경보호를 관철하는 일방안으로서 환경보호단체 등에게 활동의 폭을 넓혀 주기 위해 단체소송을 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 이강혁, 헌법학연습, 1994, 415면.

50) 권영성, 전계서, 566면.

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

五. 결 론

헌법에서 환경권을 국민의 기본권으로서 보장하고 있다는 것은 앞에서 지적한 [자연보호헌장]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 대국가적 효력을 가지는 것이므로 무엇보다 국가는 국민의 환경권 즉 ‘깨끗한 환경에서 생활할 권리를 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), 적법한 공권력으로 인하여 침해당한 경우에는 보상을 청구할 수 있다(헌법 제23조 제3항), 행정소송법과 국가배상법은 바로 그와 같은 국민의 권리를 실현할 수 있는 수단과 방법을 구체적으로 정해 놓고 있다. 특히 손실보상에 관해서는 현행 헌법에서 제23조 제3항을 직접효력규정으로 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.

헌법학론 및 헌법학 교육

최 문 권

헌법재판소 도서및판례심의위원
서울대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 머리말

II. 헌법학의 목표 및 대상

III. 헌법학의 방법론

1. 헌법사회학
2. 사회학적 헌법학 : 정책학 · 입법학 · 해석학
3. 헌법해석학 · 헌법사학

IV. 헌법학 연구 및 헌법학 교육

참고문헌

I. 머리말

학문으로서 헌법학이란 무엇이며 어떻게 하는 것인지 그리고 헌법학을 배우고 가르친다고 할 때 무엇을 어떻게 배우며 가르쳐야 하는지에 관한 심각한 반성이나 논의 없이 그동안 헌법학을 한다고 하여 왔고 또 헌법학을 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. 헌법학의 목표 및 대상

헌법을 배운다고 할 때 무엇을 어떻게 한다는 것인가? 헌법이 지니는 여러 가지 의미(예컨대 고유한 의미의 헌법·형식적 의미의 헌법·실질적 의미의 헌법), 자기를 나타내는 여러 가지 모습(예컨대 헌법재판·헌법해석·헌법의식), 차지하는 위치(예컨대 나라의 최고법규범으로서의 위치), 수행하는 기능(예컨대 권력통제기능·사회통합기능) 등을 통틀어 헌법현상이라 부를 수 있다. 그러한 만큼

우리의 학문적 공격목표는 말할 것도 없이 헌법현상이다. 즉 우리가 행하려고 하는 헌법학의 대상은 헌법현상이다. 다만 헌법현상이라고 하더라도 구체적으로 우리가 행하려고 하는 헌법학의 대상은 무엇보다도 우리나라의 헌법현상임을 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 법학이나 헌법학을 한다고 할 때에는 외국의 학설, 판례, 사례 등을 찾아서 적시하고 곧바로 자기 주장이라고 하여야 할 결론에 이르는 경향을 보여주고 있다. 극단적으로 이야기하면 외국의 학설, 판례나 사례가 없으면 한 발자국도 나아가지 못하는 모습을 보여주고 있다. 외국의, 그것도 이를테면 영, 미, 독, 불, 일의 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 헌법을 연구한다는 것은 그들 나라에서는 어떻게 하고 있는지를 알고 싶은 지적 호기심을 만족시키기 위하여 혹은 우리에게 혹시나 도움이 되는 것(source of

1) 최대권, "헌법사회학 입문," 헌법학-법사회학적 접근, (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 귀납적 연구로부터 보편적 또는 일반적으로 타당하는 이론이나 결론을 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 설득력있게 만드는 것 중의 하나에 불과하다. 가령 우리나라 헌법조항의 해석론을 전개한다고 하는 경우에 우리 헌법의 이념적·철학적 배경이라든지 우리 헌법의 체계적 이해라든지 그 조항의 범문이나 논리구조라든지 그것이 우리나라 사회에서 차지하는 의미 등이 중요한 것이지 “외국이 그러니까 우리도”라는 것은 논거일 수가 없다고 생각한다. 왜냐하면 우리 헌법조항의 의미를 우리는 따지고 있는 것이기 때문이다. 이러한 생각은 우리의 입법론, 정책론 또는 사회과학적 주장의 경우에도 전혀 동일하다. 우리의 헌법을 대상으로 하여 어떠한 헌법론을 전개한다고 하는 경우에 자기의 주장을 뒷받침하기 위하여 동원할 수 있는 논거는 역사학적, 철학적, 정치학적, 사회학적, 전통적인 해석방법론적 논거 등 자기의 학문적 상상력·창의력이 허용하는 크고 작은 논거를 포함한다. 비교법적 논거는 동원할 수 있는 수많은 논거의 하나일 뿐이라는 점을 주의할 필요가 있는 것이다. 그리고 논거로서의 가치는 그 논거가 가지는 설득력에 의하여 판별될 수 있을 뿐이다.

셋째로, 비교법적 자료가 학문적 주장의 논거로서 설득력을 가질 수 있고 또는 유용성을 가질 수 있는 것은 그것이 그 나라의 정치·경제·사회·문화의 문맥에서 파괴되었을 때이라고 생각한다.²⁾ 이러한 문맥을 떠나서는 비교가 되지 아니하기 때문이다. 가령 소위 “제도적 보장”이라는 독일 이론을 예로 들자. 제도적 보장이란 역사적·전통적으로 형성된 제도를 헌법적으로 보장하는 것이라고 하면서 독일의 예를 들어 우리나라에서도 지방자치, 대학의 자치, 가족제도, 직업공무원제도, 다수정당제도 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 청사진이며 우리는 그 청사진대로 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 편의주의에 이르거나 대단히 위험한 결론의 도출에 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) 최대권, “비교헌법학이란 무엇인가,” 전계 헌법학, 459-470면 ; 최대권·오수근, 비교법(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. 헌법학의 방법론

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 연구자의 문제의식 내지 무엇을 쟁점(issue)으로 하느냐의 문제와 이를 풀어나가는 접근방법의 문제라고 생각한다. 그리고 이것은 결국은 연구자가 받은 학문적 훈련의 문제이기도 하

3) 최대권, “정치개혁을 위한 몇 가지 생각(Ⅱ)-정부형태·정당·정치자금·선거제도 등을 중심으로,” 서울대학교 법학, 제33권 제2호, 93-107면 및 주(25), (26); 독일 헌법재판소의 1992년의 결정 BVerfGE 85, 264 이하 참조.

4) 최대권, “한국 헌법의 좌표- [영토조항] 과 [평등화 통일조항],” 법제연구, 제2권제1호, 5-24면(1992); 최대권, “ [남북합의서] 와 관련된 제반법문제-특히 [특수관계] 의 의미를 중심으로,” 서울대학교 법학, 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. 그런가 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 헌법사회학, 헌법인류학, 헌법정치학, 헌법심리학, 헌법사학, 헌법철학 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 사회학, 인류학, 정치학, 심리학, 사학, 철학일 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 헌법해석학이든 헌법정책학이든 혹은 그밖에 다른 관심사항 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 무엇보다도, 예컨대 헌법해석학

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

다만 실용성의 요청이랄까 수요가 많은 것이 단연 헌법해석학인 점은 부인할 수 없다. 그러나 학문적 흥미 내지 호기심으로 말한다면 헌법사회학이 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 법실증주의에 입각하고 있어서 답답하게도 학문적시야를 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 법실증주의적인 해석법학에 집착하여 세상의 변화에도 아랑곳하지 아니하고 타학문과의 교류도 외면하고 있다. 그 결과 우리나라의 주류 법학은 주변 타학문으로부터 철저히 소외당하고 있다. 그리하여 우리나라의 지배적인 법학의 입장에서는 유일의 돌파구를 외국의 학설·판례·사례 등에서 찾아보니까 외국 학설·판례·사례에 대한 의존도가 심화되어 독자적인 법학사유능력을 결하기에 이르렀다. 이러한 독자적인 법학적 사유능력의 결핍현상은 대학원생들의 석·박사논문 작성시에 두드러지

게 표출되고 있다. 우리나라의 독자적인 법학적 사유능력의 결핍현상이 대학원생들에게 투영되고 있다는 증거이다. 우리의 법학이 스스로 부과한 이같은 소외 및 자폐로부터 벗어나는 가장 유리한 방법론의 하나가(법)사회학적 헌법학이라고 믿는다.

법사회학적으로 접근한 (헌)법학을 사회학적 (헌)법학(sociological jurisprudence) 또는 사회적·법적접근방법 (socio-legal approach) 이라고 부르기도 한다. 그러면 헌법사회학, 법사회학적으로 접근하는 (헌)법학, 그리고 우리가 알게 모르게 많이 행하며 혹은 의존하는 헌법사학에 관하여 좀더 알아보자.

1. 헌법사회학

헌법사회학은 헌법현상에 대한 (사회)과학적 이해를 목표로 한다.⁵⁾ 그러므로 헌법사회학도 과학주의를 표방하다. 사회과학 일반에 관하여 할 수 있는 이야기로서 헌법현상을 포함한 어떠한 사회현상을 놓고 그것이 사람의 (자유)의사에 의하여 결정되는 것인지 사회적인 객관적 힘에 의하여 결정되는 것인지에 관하여 다툼이 있는 만큼 사회과학도 과연 과학일 수 있느냐 하는 질문이 오래전부터 제기되어 온 것은 사실이다. 그러나 동시에 이 문제는 과학이란 무엇이나 하는 과학의 정의의 문제이며 측정 또는 계측 방법의 문제, 증명의 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) 최대권, 법사회학(서울대학교출판부, 1983) ; 최대권, 헌법학-법사회학적 접근 (서울 : 박영사, 1989) ; 최대권, 법과 사회 (서울대학교출판부, 1992)등 참조.

여 왔다는 점, 그리고 사회과학에서도 제시된 가설의 검증 과정을 통하여 그 이론이 정치화하여 왔다는 점 등을 들어 사회과학의 과학성을 옹호할 수 있을 뿐더러 나아가 그간에 축적된 사회과학적 발견이 사회개량을 위하여 점차 광범위하게 응용되어 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 헌법현상의 이해를 위하여 사회과학적 접근 내지 사회과학적 발견을 널리 응용하여 온 것이 사실이다. 그렇지 않다면 현재 학생들이 읽고 있는 헌법교과서 내용의 절만은 수록될 수 없는 사항이라고 믿는다. 예컨대 헌법규범과 헌법현실의 괴리현상이니, 살아있는 헌법이니, 규범적헌법·명목적헌법·장식적헌법이니, 통합기능 등 헌법의 기능이니 하는 것이 그것이다. 그러한 것들은 헌법규범의 의미 파악(헌법해석)이 아니라 이를테면 사회과학적으로 파악한 헌법현상의 서술 내지 설명이기 때문이다. 문제는 그러한 것들이 상식적인 이야기에 그치고 있다는 것이며 (사회)과학적 엄밀성을 가지는 설명을 곁하고 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, 범문화, 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.

체제(system)로 파악한 헌법⁶⁾이 기능을 수행하는 것이지 법전에 쓰여있는 헌법조항이 그 자체로 어떻게 기능을 수행한다고 할 수 있는가 하는 위에서 지적한 바도 바로 동일한 사회과학적 이해에 바탕을 두고 있는 것이다. 살아있는 헌법 또는 헌법의 실현을 위하여는 일군의 헌법학자와 그들이 개발하는 헌법의 학설·이론, 헌법 문제를 판단하는 판사(재판관)와 판사로 구성된 법원(헌법재판소) 및 그들이 내놓는 헌법판례, 헌법학자와 판사를 길러내는 헌법교육, 국민의 헌법지지 내지 헌법의식 등의 요인들을 빼 놓을 수 없을 것이라는 점은 쉽사리 이해할 수 있을 것이다. 이러한 요인들이 어떻게 어울려서 헌법을 실제로 움직이게 만드느냐를 이야기해 주는 틀이 이를테면 체제이론인 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 헌법의 수호 내지 헌법보장의 서술의 말미에 으레 국민의 헌법수호의지 내지 헌법의식을 느닷없이

6) 율명선, “헌법체계론을 위한 시론,” 한국공법학회 제37회 학술발표회에서 발표한 사법결정행태와 움부즈만제도 (1993.5.22.), 1-13면 ; 율명선, “헌법체계론 서설”, 고시연구, 1993년 7월호, 88-106면 등 참조. 헌법을 보는 시야를 넓힐 수 있는 가능성은 보여 주었으나 다만 그래서 어쨌다는 거냐, 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 행태학적 이해 즉 법원이나 헌법재판소를 구성하고 있는 판사 또는 헌법재판관들이 지니는 리념 내지 가치관(예컨대 보수주의 내지 진보주의 가치관)이 합헌 또는 위헌의 결과로 나타나게 마련이라는 생각, 그러므로 판사 또는 헌법재판관들의 이념 내지 가치관의 파악을 통하여 재판의 결과를 예측할 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) 한상희, 사법결정행태에 관한 경험적 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문(1993) ; Glendon Schubert, *Judicial Policy Making*, rev.ed.,(Glenview, Illinois : Scott, Foresman, 1974) ; 최대권, “서평-Glendon Schubert, *Judicial Policy Making*,” *전국 헌법학*, 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 정책결정의 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 정책결정과정에 대한 이해의 폭과 깊이를 심화시키는

8) 정정길, 정책결정론(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 사실을 서술(있는 사실을 있는 그대로 서술)하고 혹은 사실(원인·결과 관계)을 판단하는 문제이지 결코 결정의 문제 및 규범적 판단의 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. 사회학적 헌법학 : 정책학 · 입법학 · 해석학

그러면 사회학적 (헌)법학에 관하여 이야기하여 보자. 우선 헌법학을 위하여 법사회학을 할 수 있다고 믿는다. 즉 헌법학적 관심사를 충족시키기 위하여 법사회학을 위시한 사회과학적 발견이나 지식 또는 방법론을 응용할 수 있을 것이다. 우선 헌법현상을 목적-수단의 차원에서 관찰하고 분석하는 것도 가능할 것이다. 헌법사회학은 원인-결과의 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 원인관계에 서는 A를 다스림으로써 그러한 결과 즉 B 또는 B가 제거된 상태를 얻을 수 있다는 결론을 얻을 수 있을 것이다. 이러한 사고방식은 이를테면 응용사회과학이라 할 수 있다. 미국헌법의 기원에 관한 연구로 미국 헌법은 당시의 자산가들이 자기들의 이익을 지키기 위하여 만든 것이라는 연구가 있다.⁹⁾ 이것은 미국헌법의 기원을 목적-수단의 차원에서 살펴 본 것이라 할 수 있음은 물론이다.

위에서 독립변수 A와 종속변수 B만을 가지고 단순화하여 설명하였지만 B에 대하여 원인관계 또는 영향력을 미치는 관계에 서는 변수는 다수인 경우가 보통일 것이다. 가령 헌법규범과 헌법현실이 일치하는 행복한 규범적 헌법의 상태가 바람직한 상태라고 하자. 이 상태를 가져오는데 결정적 영향력을 미치는 변수로 첫째로는 국

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

민의 헌법수호의지의 형성(A1), 둘째로는 불문헌법인 경우보다는 성문헌법이 단연 유리하다는 의미에서 성문헌법의 제정(A2), 셋째로 성문헌법이라고 하더라도 헌법재판제도가 없는 경우보다는 있는 경우가 단연 유리하다는 점에서 헌법재판제도의 도입(A3) 등 헌법보장제도의 도입을 우리가 상정할 수 있다. 나아가 국민의 헌법수호의지의 형성(A1)이라고 하더라도 학교교육을 통하여 형성되는 것(A1-1)도 상정할 수 있고 헌법재판을 통한 언론보도 등 홍보에 의한 형성(A1-2)도 상정할 수 있을 것이다. 이러한 생각을 진전시키면 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(기본권의 보장, 권력분립의 원리 등)가 그대로 실현되고 있는 상태(규범적 헌법의 상태)를 얻으려는 목표를 생각할 수 있고 그리고 이 목표의 달성을 위하여 어떠한 수단이나 방법을 선택할 것이냐 하는 문제가 제기됨을 알 수 있다. 이러한 목표-수단(도구)의 시각에서 문제를 바라보는 태도를 정책학적 접근이라고 부르고 있다. 그리고 헌법현상에 대하여 이러한 정책학적 접근을 행한다고 할 때 이러한 접근을 헌법정책이라 할 수 있음은 물론이다.

근래에 우리나라에서도 헌법정책이니 헌법재판을 정책결정이니 하여 정책이라는 개념을 많이 쓰고 있다. 그러나 정책이라는 개념을 분명하게 정의하여 정확하게 사용하는 것으로는 반드시 보이지 아니한다. 거듭 이야기하면 정책이란 사물을 목표-수단의 시각에서 바라보았을 때의 문제이다. 단순화하여 이야기하면 우선 목표의 설정에 있어서 그것이 도덕적·윤리적으로 그리고 법적으로 정당하여야 할 것이고 물리적으로나 재정적으로 실현가능해야 하리라 생각되며, 둘째로 설정된 목표 실현을 위한 수단의 선택에 있어서도 도

덕적·윤리적으로 그리고 법적으로 정당하여야 할 것이고 나아가 물리적으로나 재정적으로 실현 가능해야 할 것이고, 셋째로는 선택한 수단의 효율성 및 효과성의 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 어떠냐를 따지는 경우가 효과성의 문제인데, 비용을 따질 때 금전적인 비용뿐만 아니라 사회적 비용까지 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 헌법정책의 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 이룰테면 헌법정책의 문제라고 하더라도 무방할 것이지만, 가령 헌법에 규정·선언한 인권조항의 구체적 실현을 위하여 어떠한 형법·형사소송법·경찰관직무집행법 등을 둘 것이냐의 문제는 입법정책의 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 남북통일의 경우에 새로운 헌법을 채택할 것이냐 혹

10) 오호택, “헌법정책론에 있어서 헌법재판의 역할,” 헌법논총, 제5집, 537-579면(1994)은 헌법정책의 문제를 헌법규범과 헌법현실 사이의 괴리를 줄이는 문제를 중심으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그러나 우선 헌법정책의 문제를 이 같은 괴리를 줄이는 문제에 한정된 것으로 본다면 헌법정책의 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 생각된다.

은 헌법 개정의 방법으로 북한 지역을 우리 헌법의 체제에 편입할 것이냐의 문제는 헌법정책의 문제이지만 우리나라 헌법 제3조 령토 조항에 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 환경보호의 정책 목표를 상정하자. 이 목표를 실현하는 수단이나 방법으로 우리가 여러 가지를 생각해 낼 수 있다. 우리 헌법의 경우처럼 성문헌법에 환경조항(제35조)을 두는 방법, 국회입법으로 환경 보호의 문제를 다루는 방법, 환경교육의 문제로 다루는 방법, 매스·미디어를 통한 홍보에 의한 의식 변화의 방법등이 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 입법은 환경 보호의 정책 목표를 실현하기 위한 대단히 중요하나 그러나 어디까지나 하나의 정책수단에 불과하게 된다. 그렇다면 환경입법은 국회의 입법권의 발휘이지만 다른 한편 그것은 국회에 의한 정책결정이 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 입법학을 전개한다고 하는 경우에는 법학적 접근만으로는, 예컨대 국회의 입법권(범위 내)의 행사라고만 하여서는 내용이 빈, 대단히 공허한 입법학이 될 수 밖에 없을 것이며 정책학적 접근까지 포용함으로써 입법학은 의미심장하고 풍부한 학문이 될 수 있다고 믿는다.

예컨대 환경입법의 경우에 우리 헌법하에서는 바로 환경조항의 존재로 인하여 환경입법은 헌법의 환경조항이 설정한 목표의 실현을 위한 정책수단의 선택등 정책을 결정하는 관계에 서게 되지만, 동시에 그것은 국회에 의한 헌법의 환경조항을 포함하는 헌법의 해석을 행하는 것을 의미한다. 환경조항 등 헌법조항의 뜻을 국회가 일정한 의미로 풀이하는 것을 의미하기 때문이다. 그러므로 가령 환경입법이 헌법재판에서 그 위헌여부가 다투어진다고 하는 경우에는 국회의 헌법해석이 다투어진다는 것을 의미하게 된다. 어느 헌법조항의 객관적 의미와 관련하여 복수의 해석이 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 국회의 입법을 정책결정이라고 하듯이 헌법재판 등 사법적 결정도 정책결정이라고 부르는 일이 많아졌다. 나

아가 헌법의 해석이 하나의 정책결정이라면 복수의 해석 가운데에서 예컨대 문리해석·논리해석등에 의하여 여타의 여건이 동일하다면 헌법이 설정한 목표의 실현에 더 적합한 해석이 그렇지 아니한 다른 해석보다 설득력과 정당성을 더 지닐 수 있다고 말할 수 있을 것이다. 이처럼 전통적 해석방법의 하나인 목적적 해석은 정책결정의 사고와 결부될 수 있는 것이다. 즉 같은 값이면 정책목표실현에 더 적합한 해석이 설득력·정당성을 지닐 수 있는 것은 당연하다. 그리고 이러한 논리는 헌법해석에서 뿐만 아니라 법률의 해석 등 제정법의 해석 일반에도 타당한 논리라고 생각한다.

3. 헌법해석학·헌법사학

헌법의 객관적 의미를 밝히는 것을 목표로 하는 학문을 일용 헌법해석학이라고 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 단연 성문헌법전의 의미를 밝히려는 학문적 노력이 헌법해석학이 된다고 생각한다. 해석의 문제는 법 일반에서도 부딪치는 문제이지만 후술하는 바와 같이 헌법의 해석이 특히 주목을 받는 이유는 헌법조항들 대부분이 추상적·개방적인 조항으로 이루어져 있기 때문이다. 헌법조항들은 국가생활을 조직·구성하는 대원리·원칙을 규정·선언하는 것이기 때문에 많은 경우에 그것들은

11) 최대권, “헌법의 해석,” 최대권·한상희·김문현, 헌법해석에 관한 연구, (서울: 헌법재판소, 1994) ; 계희열 편역, 헌법의 해석, (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(헌법의 변천) 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 안정성·예측가능성과도 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 헌법의 권력통제의 기능과 관련하여 중대한 의미를 지니게 된다. 왜냐하면 안정성·예측가능성의 상실은 국가권력행사의 자의성으로 나타날 가능성이 클 것이기 때문이다.

우리나라에서의 지배적인 헌법해석방법론은 범실증주의의 그것이라 할 수 있다. 그리하여 헌법조문만을 보면 헌법조문 이외에는 아무것도 보지 아니하는 태도를 강력하게 표출하고 있다. 거기에 더하여 헌법조문이 마치 일의적인 확정적 의미만을 가지는 듯이 곧바로 삼단논법적인 법적용에 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 무흠결적인 완결된 체계란 특히 헌법규범과 관련하여 있을 수 없는 것이다. 헌법의 의미는 문제된 구체적 사건과 관련하여 찾아지는 것이며 선택되는 것이다. 예컨대 헌법의 재산권 조항의 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 그리하지 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 본지이다. 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 법원을 매개로 하여 찾아낸다는 뜻이며 선택한다는 것은 가능한 복수의 의미 가운데서 하나를 고른다는 뜻이다. 이러한 해석방법론을 문제 중심의 사회학적 법학방법론이라 할만 하다고 생각한다.

미국에서는 (헌)법조항의 의미를 찾기 위하여 입법자(헌법제정의 아버지)가 그 조항에 부여하려한 의미(입법의사)를 찾는 일이 많다. 이것은 해석에 있어서의 주권주의 입장이기도 하고 또 역사적 해석의 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 객관적으로 표현(조문화)하는 것이며 따라서 입법의사는 이렇게 객관화된 것으로부터 알아내어야지 의사록 등에서 발견해낸 몇 마디 발언 등으로부터 알아낸다는 것이 과연 타당하냐의 질문이 제기되는 것이다. 결국 어느 조항의 의미는 이러한 의미의 탐구를 요구하고 있는 현재의 구체적인 정치·경제·사회·문화의 문맥 속 옛 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 입법자의 객관적인 입법의사를 역사적으로 규명하는 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 법원이 되기도 하는 헌법학설이나 이론의 역사를 따지는 것도 매우 흥미있는 주제임에 틀림없다. 입헌주의의 역사나 헌법의 제도사도 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 그러할 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. 헌법학 연구 및 헌법학 교육

헌법을 배우는 이유는 무엇일까. 아마도 다음 네 가지 정도의 이유를 지적해 볼 수 있다고 생각한다. 첫째로는 시민으로서 갖추어야 할 소양의 하나로 헌법을 배우는 경우를 생각할 수 있고, 둘째로는 사법시험 등 국가시험을 위한 헌법학 지식의 습득을 생각할 수 있으며, 셋째로는 법률가 양성을 위한 헌법교육을 생각할 수 있고, 넷째로는 학문으로서의 헌법학의 연구를 지적할 수 있다고 생각한다.

민주시민으로 갖추어야 할 헌법소양은 어떠한 것이어야 하는가 하는 문제와 관련하여 종래의 중고교 사회교과서에 수록되었던 헌법에 관한 기술을 보면 할당된 페이지에 알맞게 축소했을 뿐인, 지금 현재의 헌법학교과서의 축소판이요 지식 위주의 것이지 민주시민으로서 갖추어야 할 헌법소양의 배양에 맞추어진 것이 아니었다는 비판을 할 수 있다고 생각한다. 예컨대 헌법의 체계론이나 분류론과 같은 지식위주의 것이 아니라 민주시민으로서 사고하고 행동하는데 필요한 설명과 지식이어야 하지 않겠는가 하는 생각을 가지

고 있다. 국가시험을 위한 헌법학 지식이라고 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 국가시험을 혼동하였다고 할까 아무튼 차별화 하지 아니하고 국가시험에 대학원시험에서나 나오직한 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 뽑으려한다는 시험의 성격에 걸맞는 출제를 함으로써 실무법률가 양성에 대한 상당한 정도의 통제력을 (헌)법학은 가질 수 있다고 생각하는 것이다.

그러면 법률가 양성을 위한 헌법교육은 어떠한 것이어야 할까. 그것은 단순히 헌법 및 헌법학 지식을 가르치고 배우는 것이 아니라 일상의 수많은 문제 가운데서 헌법적 쟁점(issue)을 찾아내어 이를 분석하고 이에 대하여 헌법적 판단을 행할 수 있는 능력을 배양시키고 습득하는 것이다. 어느 의미에서 쟁점을 찾아내어 분석하는 능력이 결론의 옳고 그름보다 더 중요하다. 이러한 점은 다른 법분야에서도 전혀 동일하다. 법학교육의 목표는 무어니 무어니 하여도 소위 legal mind를 길러주는 것이다. 헌법학의 경우에는 헌법적으로 분석하고 사유하는 legal mind인 것이다.¹²⁾ 미국의 경우에는

12) 최대권, “대학과 법학교육-헌법학교육을 중심으로,” 남하 서원우교수화갑기념 현대행정과 공법이론(서울 : 박영사, 1991), 1-16면.

선관례를 활용하여 이러한 헌법적 분석력·사유력을 길러주고 있고 독일의 경우에는 연습시간등을 활용하여 사례를 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 기술(arts)의 문제이지 과학(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 뜻이 찾으려는 태도, 그리고 이렇게 하여 찾은 뜻을 마치 민·형사 사건에서처럼 바로 사건에 대입(대입)내지 적용하려는 태도를 우선 버려야 한다. 헌법사건의 경우에 어느 헌법조항이 문제가 되고 있는지도 차이가 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 헌법을 학문으로서 연구한다고 하는 것은 무엇을 의미하는 것일까. 학문적으로 연구한다고 하는 것은 해석(헌)법학, (헌)법사회학, (헌)법사학, (헌)법경제학, (헌)법철학 등 각 학문영역에 따른 학문적인 문제의식을 가진다는 것과 밀접하게 관련되어 있다고 생각한다. 도대체 학문적인 문제의식이 없이 학문을 한다, 연구논문을 쓴다고 하는 것은 있을 수 없다고 생각한다. 문제의식을 가지고 문제(issue)를 제기하고 분석하며 그 문제의 해답을 찾아 이를 위한 가장 적절한 방법을 동원하고 혹은 창안하여 문제의 해답(결론)에 이르는 능력과 자질을 기르고 훈련하는 교육이 학자로서의 교육인 것이다. 줄여서 이야기하면 학문적인 문제(또는 질문)를 제기할 줄 아는 능력이야말로 학문을 할 수 있는 능력이라 할 수

13) 최대권, “지방자치단체장선거 불공고에 관한 헌법소원사건의 연구,” 서울대학교 법학, 제34권 제2호, 122-140면(1993) : 헌법재판소 결정(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 법원이 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).
- 계희열 편역, 헌법의 해석(서울 : 고려대출판부, 1993).
- 국순옥 엮음, 자본주의와 헌법(서울 : 까치, 1987).
- Max Weber 저, 최식 역, 법과 사회(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, Ill. : Scott, Foresman, 1974).
- Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System(Homewood, Ill. : Dorsey Press, 1968).
- Eugen Ehrlich 저, 장경학 역, 법률사회학의 기초이론 (Grundlegung der Soziologie des Rechts), (서울 : 원기사, 1955).
- 정정길, 정책결정론(서울 : 대명출판사, 1988).
- 최대권, 헌법학-법사회학적 접근(서울 : 박영사, 1989).
- 최대권, 법사회학(서울대출판부, 1983).
- 최대권, 법과 사회(서울대출판부, 1992).
- 최대권·한상희·김문현, 헌법해석에 관한 연구(서울 : 헌법재판소, 1994).
- Hans Kelsen, The Pure Theory of Law, tr. by Max Knight, (Berkeley : University of

California Press, 1970).

한상희, 사법결정행태에 관한 경험적 연구, 서울대학교 법학박사학위 논문(1993).

Konrad Hesse 저, 계희열 역, 서독헌법원론(Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Auflage), (서울 : 삼영사, 1985).

원처분에 대한 헌법소원

황 도 수
헌법재판관

- 목 차 -

1. 서 론
2. 현행 헌법재판소법 제68조 제1항 운영의 문제점과 해결가능성
 - 가. 재판에 대한 헌법소원
 - 나. 보충적인 행정재판제도
 - 다. 원처분에 대한 헌법소원제도
 - 라. 소결론
3. 원처분에 대한 헌법소원의 이론적 성립가능성
 - 가. 헌법소원제도의 본질
 - 나. 헌법 제107조 제2항, 제101조
 - 다. 헌법재판소법 제68조 제1항
 - 라. 헌법재판소법 제75조 제3항, 제4항, 제5항
 - 마. 법원재판의 기관력과의 충돌문제

- 바. 헌법재판소결정과 법원재판의 충돌
- 사. 소결론

4. 원처분에 대한 헌법소원의 의의 및 내용

- 가. 의 의
- 나. 청구인
- 다. 심판대상
- 라. 심사범위
 - (1) 사실인정
 - (2) 법률해석
 - (3) 법원재판의 절차법적 하자

5. 원처분에 대한 헌법소원심판의 실효성

- 가. 불평등의 심화
- 나. 사법에 대한 헌법재판적 통제의 상실
- 다. 재판절차적 기본권보장의 흠결
- 라. 헌법재판소결정의 집행력 확보의 어려움

6. 결 론

1. 서론

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, ‘무혈의 사법혁명’이라고 인정하였었다.¹⁾ 그 동안 헌법재판소가 위헌법률심판제도를 우리 나라에 정착시켰고, 비록 변형적인 운영이었지만 헌법소원제도를 나름대로 발전시켜 대법원의 공법재판제도를 변화시키는데 공헌하였던 점 등을 높이 평가했던 것이다.

그러나, 구체적인 헌법재판의 운영을 살펴보면 부정적인 평가요소가 적지 않음을 발견하게도 된다. 여기에서는 헌법재판소의 부정적인 헌법재판운용의 하나로서 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분에 대한 해석운용을 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 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. 헌법재판제도 및 헌법재판소제도를 전면적으로 인정하고 있는 현행 헌법 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 헌법재판소법 제68조 제1항 운영의 문제점과 해결가능성

헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 그 동안의 헌법재판소의 운영 실태를 살펴보면, 안타깝게도 긍정적인 요소보다는 부정적인 요소가 많았음을 알 수 있게 된다.

가. 재판에 대한 헌법소원

헌법재판소는 헌법에 관한 포괄적인 재판기관임에도 불구하고, 헌법에 의하여 피조된 사법권에 대한 헌법적 통제를 상실하고 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 사법권의 행사에 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, 헌법재판의 본령은 ‘모든’ 국가권력에 대한 전반적인 통제가 아니라, 특히 ‘입법과 사법’에 대한 통제에서 찾아볼 수 있게 된다. 입법과 사법에 대한 헌법적 통제만으로도 모든 국가권력에 대한 헌법적 통제기능을 충분히 수행할 수 있기 때문이다.

근대법치국가의 원리는 행정권, 또는 집행권에 대한 법적 통제에 주안점이 놓여 있었다. 근대법치국가의 원리에 따르면, 국가권력은 크게 입법권, 행정권, 사법권으로 구분되는 것으로 이해되었고, 국가권력행사의 형식은 ‘헌법 - 법률 - 명령·규칙 - 행정처분’으로 단계화되어 있는 것으로 이해되었다. 그리고 군주로 대표되는 행정

권의 행사는 입법권의 하위에서 입법에 근거하여 입법의 내용에 따라야 했고, 입법의 내용에 어긋난 행정권의 행사로 인하여 침해된 국민의 권리는 사법절차를 통하여 구제받을 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, 독일의 나치시대 및 양차 세계대전의 경험은 입법권과 사법권에 관한 이러한 의미에 관하여 회의를 가져다주었다. 당시의 형식화된 입법권의 남용과 형해화된 사법권의 운영은 인간의 존엄과 가치를 무참하게 짓밟고 있었던 행정권을 통제하기는커녕, 오히려 그 법적인 정당성만을 부여하는데 그쳤다는 각성을 가져다 준 것이었다.

이에 현대 헌법은 입법권 내지 사법권에 대한 통제의 필요성을 절감하였고, 입법이나 사법의 남용으로부터 헌법 자신의 법규성, 특히 인간의 존엄과 가치를 지키기 위하여 헌법재판제도의 현실화를 모색하였던 것이다. 이를 위하여 헌법은 헌법재판제도를 모든 국가권력에 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 포함한 ‘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 기관력을 무시하고 행해지는 재판제도라는 점부터 기존의 인식틀은 이해할 수 없을 것이기 때문이다.

아무튼, 헌법소원제도는 심판대상에 관한 한 흠결없는 헌법재판권을 보장하기 위한 헌법재판제도로서 포괄적인(pauschal) 헌법재판제도임에는 틀림없다. 헌법소원제도의 포괄성은 당연히 다른 재판제도와는 관계에 관한 규정을 필요로 하게 된다. 이는 다시 다른 헌법재판제도와는 관계를 정하는 규정과 기타 재판제도와는 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 언급되게 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 위헌법률심판제도가 입법에 대한 통제를 주요 과제로 하여 발전하였으므로, 결국 포괄적인 헌법재판제도로서의 헌법소원제도는 사법에 대한 헌법적 통제를 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 헌법재판의 성질을 상실하게 되었음을 의미함은 물론, 나아가 우리 나라의 헌법재판제도 전반에 제도적인 공백을 초래하고 있다는 것을 의미하는 것이다. 좀 극단적으로 표현하면 본래의 헌법소원사항이 모조리 없어져 버렸다는 이야기이고,²⁾ 헌법소원제도의 근본구조의 와해를 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 헌법재판소 자신의 결정의 집행력이 공허화될 수 있는 위험성에 직면하게 되었다는 것도 의미하게 된다.

간단히 예를 들어, 현재의 상태에서 헌법재판소가 헌법합치적 해석으로 중구결정을 하는 경우(실제로 헌법재판소는 종종 이러한 결정을

2) 권영성, 한국의 헌법재판제도, 법학, 1988, P.43

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

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. 일반법원이 행한 법률해석에 대하여 헌법소원을 통한 통제가 가능한 경우에만 헌법재판소가 내린 결정, 특히 헌법합치적 해석에 입각한 결정이 실질적인 기속력과 집행력을 보장받게 되며 그 경우에만 기본권보장이 안정적일 수 있는 것이다.

나. 보충적인 행정재판제도

헌법소원제도는 헌법재판제도로서의 본질적 기능을 상실하고, 일반사법권행사의 하나인 보충적인 행정재판제도로서의 파행적인 기능을 수행하게 되었다.

원래 헌법의 법치국가원리와 그에 따른 행정소송법의 개괄주의에 의하면, 국가의 공권력행사 또는 불행사로 인하여 발생한 권리침해는 일반사법권, 특히 행정재판에 의하여 모두 구제될 수 있어야 함이 원칙이다.⁵⁾ 따라서 헌법재판제도로서의 헌법소원제도가 제1심으로서 국가의 국민에 대한 권리침해를 구제하는 경우는 없는 것이 원칙이다. 게다가 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항 ‘법원의

4) 이육한, 전계논문, P. 23

5) 이육한, 전계논문, P. 19,20

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, 행정재판의 소익을 엄격하게 해석함으로써 발생한 행정소송의 공백에 착안하여 헌법소원제도에 새로운 의미를 부여할 수 있었다. 즉 법원의 통상행정소송절차를 통하여는 다룰 수 없었던 공권력행사 또는 불행사가 많이 존재하였던 당시의 시대적 여건에 착안하여, 헌법소원제도를 일반행정재판의 빈자리에 안주시킬 수 있었던 것이다.

즉, 헌법재판소는, 법원의 통상행정소송절차를 통하여 다룰 수 없는 공권력행사 또는 불행사의 경우에, 다른 법률에 구제절차가 없는 경우(헌법재판소법 제68조 제1항 단서)로 인정하여 이에 대하여 헌법소원심판을 인정하였다. 1989. 4. 17. 선고된 88헌마3 감사의 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 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없어, 구제절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다”라고 해석하여, 헌법소원제도를 일반법원에서의 구제되지 아니하는 공권력행사 또는 불행사에 대한 법적 통제제도로 자리매

김 하였다. 이 때 헌법재판소는 위 관시에서 보는 바와 같이 이러한 결론에 대한 이론개념으로 보충성개념을 사용하고 있음을 볼 수 있다.

그런데, 원래 헌법소원제도의 특징으로 인정되는 ‘보충성’은 헌법재판제도가이외의 다른 재판제도와외의 관계에 관한한 ‘헌법소원제도는 법원의 재판을 모두 거친 뒤에 비로소 그 기능을 하게 된다’는 의미에서의 ‘보충성’이고, 그 예외로 인정되는 ‘보충성의 예외’는 ‘일반행정재판절차를 거치는 동안(시간적인 겹)에 발행하게 될 불이익을 방지하기 위하여, 일반행정재판절차를 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 일반법원에 그 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 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 일반사법권(행정재판)의 공백을 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 헌법과 통치권(헌법에 의하여 피조된 권한이라는 의미에서의 통치권)의 관계는 사라지고, 통치권과 통치권의 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 행정재판운영의 위헌성을 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. 원처분에 대한 헌법소원제도

원처분에 대한 헌법소원제도에 관하여 명확한 입장을 유보함으로써, 헌법소원제도의 내용이 불안정하게 되었고, 국민들의 법적 불안감은 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 행정처분(원처분 또는 원행정처분)에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있지 않겠는가에 대한 미련을 결정에 남기게 되었다.

헌법재판소는 1992. 6. 26. 선고, 90헌마72 결정에서, 헌법재판소법 제68조 제1항을 근거로 “공권력행사인 행정처분에 대하여 구체절차로서 법원의 재판을 거치는 경우, 그 처분의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가, 단순한 일반법규의 해석·적용의 문제는, 원칙적으로 헌법재판소 심판사항이라고 할 수 없을 것이다”라고 판시하였고, 나아가 1992. 10. 1. 선고, 90헌마139 결정에서는 ‘공권력행사인 이 사건의 행정처분에 대하여 구체절차로서 법원의 재판을 거치는 경우에는 그 처분의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 당해 사건에 적용할 단순한 일반법규의 해석·적용의 문제는, 당해 사건을 담당하는 “법원의 전속적 권한”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 실질적인 내용, 즉 원처분에 대한 헌법소원이 가능한 것인지, 그 심사범위가 어느 범위에 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 법리에 관하여는 실시하지 않고 있는 상태이다. 원처분에 대한 헌법소원이 인용된 사건이 없었음은 물론이다. 결국 원처분에 대한 헌법소원제도에 관하여 불안정한 법률상태, 미해결의 법률상태는 지속되고 있다고 보아야 되고, 이에 관하여 국민들이 법적 불안감을 느끼는 것은 당연하다고 할 것이다.

라. 소결론

결국 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 현재의 헌법재판소 운영은 과도기성과 위험성을 면하기 어려운 것으로 보인다.

이에 대한 해결가능성으로 두 가지의 방법이 많이 언급되고 있다. 첫째는 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항 “법원의 재판을 제외하고는” 부분을 위헌선언하여야 한다는 방법이고, 또 다른 하나는 헌법재판소가 법원의 재판을 거친 원처분을 헌법소원심판의 대상으로 인정하여 그 위헌여부를 심사하여야 한다는 방법이다.

첫째의 방법은 헌법재판소가 언제든지 사용할 수 있는 방법이고, 이론적으로도 어려움이 없는 것으로 보인다. 다만, 대법원과의 관계에서 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 이론적 성립가능성, 내용 및 실용성에 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 규정을 두고 있지 않다. 결국 원처분에 대한 헌법소원의 모든 것은 해석에 의하게 된다.

3. 원처분에 대한 헌법소원의 이론적 성립가능성

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

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

가. 헌법소원제도의 본질

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

필자에 따라서는 우리 나라의 헌법소원제도를 오스트리아의 헌법소원제도와 비슷한 것으로 이해하여 우리 나라의 헌법소원제도를 보충적인 행정재판제도로 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 입법정책의 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 국민들의 무던 헌법의식 때문에 소송이 제기되지 않고 있는 것 뿐이다)고 주장하는 것이다.⁸⁾

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

이에 대하여 우리 나라의 헌법소원제도의 본래의 취지를 살리기 위하여 법원의 재판을 경유한 행정처분에 대하여 헌법소원을 인정하는 것이 타당하다거나,⁹⁾ 헌법소원제도의 본질이 흠결없는 기본권 구제에 있음을 뜻하는 것이므로 행정처분에 의한 기본권침해여부의 판단을 위한 제도적 공백을 남겨두는 것보다는 그 공백을 메우는 것이 바람직하고 그 해결은 원처분소원을 인정하는 것이 가장 합리적인 해결책이 될 수 있을 것이라는 견해¹⁰⁾가 있다.

생각건대, 헌법소원제도는 헌법재판이라는 전체 체계속에서 이해되어야 한다. 헌법소원제도는 기본권보장을 위한 포괄적인 헌법재판제도이다. 헌법소원제도는 일반사법권내에 존재하는 제4심이거나 최고상고심이 아니다. 헌법소원심판권은 일반사법권의 일부가 아니다. 헌법소원제도는 헌법재판제도의 일부이다. 헌법재판은 헌법에 의한, 통치권(헌법에 의하여 피조된 국가공권력)에 대한 재판이다. 헌법은 통치권의 일부가 아니다. 헌법은 통치권의 근거규범이다. 헌법은 사법권을 포함한 모든 통치권의 근거가 되고, 이들 권한을 부여하는 상위의 권원이다. 이에 반하여 일반재판제도는 헌법에 의하여 부여된 국가사법권의 행사를 의미한다. 헌법재판권과 일반사법권은 차원을 달리하는 것이다. 헌법재판은 헌법심사권의 행사이고, 일반사법은 통치권으로서 헌법심사의 대상이다. 헌법재판권의 행사와 일반사법권의 행사가 성질상 '사법', 즉 법을 선언하여 법질서를 확립한다는 점에서는 비슷할 수 있으나, 일반사법권은 헌법의 하위에서 헌법에 의하여 피조된 권한이고, 헌법재판권은 헌법 자체의 수호를 위한 헌법내재적인 권한이다. 헌법재판권은 일반사법권에 속한 상위의 사법권이 아니다. 즉 일반사법의 최고상고시이나 제4심

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

10) 신봉기, 전계논문, p.96

이 아닌 것이다.

헌법소원제도가 일반사법의 하나로서의 최고상고심이나 제4심이 아니고, 헌법재판의 하나로서 특별한 사법절차라는 점은 헌법소원제도의 내용의 곳곳에서 찾아볼 수 있다.

첫째, 헌법소원의 심판기관은 헌법재판소이다. 헌법 제6장으로 독립된 헌법재판권의 담당자로 규정된 헌법재판소가 헌법소원을 심판하는 것이다.

둘째, 헌법소원의 심판대상은 ‘모든 공권력의 행사 또는 불행사’라는 점이다. 입법, 행정, 사법을 가리지 아니하고 헌법에 근거하여 행사되는 모든 국가공권력의 행사 또는 불행사에 관하여 헌법적으로 통제하는 것이다.

셋째, 헌법소원의 심판기준은 헌법, 특히 기본권으로 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 국민만이 청구할 수 있다. 기본권에 관하여 다툼이 있다고 하여 기본권의 의무자인 공권력 주체가 기본권주체인 국민에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것은 아니다. 따라서 헌법소원심판은 도저히 제4심이나 최종상고심이 될 수 없는 것이다.

다섯째, 헌법소원의 원칙적인 모습은 법원의 재판이 확정된 이후에 청구되게 된다. 이미 일반사법권의 행사에 의하여 형성된 일반재판의 기판력이 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 기관력은 전혀 문제가 되지 아니한다. 헌법소원심판의 인용결정에서 반드시 최고심법원의 재판을 과기할 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 차원을 달리하는 특별한 재판권 행사, 즉 헌법재판권의 행사이다. 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 헌법재판이고, 따라서 헌법문제, 특히 기본권침해문제에 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 헌법재판소법 자체가 이미 위헌이라는 점이다. 현행의 헌법재판소법은 헌법재판제가 전면적으로 도입된 현행 헌법의 요청, 즉 헌법소원제도가 헌법재판으로서의 본질적 기능을 수행하여야 한다는 요청을 정면으로 방해하고 있기 때문이다).

이에 반하여 헌법소원제도를 보충적인 행정재판제도로 해석하려는 견해는 헌법재판제도의 본질을 이해하지 못하고 헌법재판과 일반사법을 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 입법정책에 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 법률에 대한 입법정책문제와 헌법에 대한 입법정책문제를 혼동하고 있는 것이다. 오스트리아에서는 헌법 자체에서 헌법소원제도의 본질을 특별한 행정재판제도로 규정하고 있다. 이에 반하여 독일헌법에서는 헌법에서 헌법소원제도를 헌법재판제도의 하나로 규정하고 있는 것이다. 따라서 오스트리아와 독일의 헌법소원제도가 헌법상 본질을 달리할 수밖에 없는 것이다.

헌법소원제도가 어떠한 본질을 가지는가 라는 문제는, 단순한 법률에 대한 입법정책의 문제는 아닌 것이다. 이는 헌법제정정책이나 헌법개정정책의 문제인 것이다. 일단 헌법이 헌법소원제도를 헌법재판의 하나로 규정하고 있다면, 법률의 입법을 통하여 헌법소원제도를 일반사법의 하나인 행정재판제도로 변경시킬 수 없는 것이다. 이는 법률의 입법정책의 범위를 벗어나는 것이다.

나. 헌법 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 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있어 이 조문의 해석상으로도 행정행위에 대해서는 사실상 헌법소원의 길이 막혀있다고 보아야 한다는 견해가 있기 때문이다.¹²⁾ 즉 행정처분이 있을 때에 그것의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 한은 대법원에서 최종심으로 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 사법부 내부에서 최종적으로 심사할 수 있다는 것으로 해석하여야 하며, 우리 헌법이 헌법재판소를 별도의 장으로 규정함으로써 국가의 제4부로서의 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 재판의 전제가 되었을 때 법률의 경우처럼 헌법재판소에 제청함이 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⁾

제5장의 규정들은 일반사법권의 행사에 관하여 규정하고 있는 것이다. 따라서 헌법 제5장에 속한 제107조도 일반사법권의 행사방법을 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 ‘헌법 - 법률 - 명령·규칙 - 처분 - 사실행위’의 계층구조를 가지고 있고, 하위법규범은 상위법규범에 위반될 수 없게 되어 있다. 따라서 사실행위나 하위법규범을 심판대상으로 하는 사건에서는 상위법규범의 위헌성, 위법성문제가 전제문제로 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 헌법재판권행사가 전제문제로 제기될 경우에 법원의 재판권한행사방법을 규정하는 것이다. 제1항에서는 법원이 일반사법권을 행사함에 있어서 ‘법률’이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원이 헌법재판소에 제청하여 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 대법원에서 이를 최종적으로 심사하게 함으로써 재판절차의 중단 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 헌법재판권의 귀속기관을 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 헌법재판권의 귀속에 관하여 암시하는 바가 있다면, 법률이나 명령·규칙 또는 처분의 위헌성판단문제가 모두 헌법재판소의 권한이라는 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 별개의 규정으로 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 존재의의가 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 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부

가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 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. 헌법재판소법 제68조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항은 명문으로 '법원의 재판'을 헌법소원 심판의 대상에서 제외하고 있다. 이를 근거로, 법원의 재판에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 없도록 규정하고 있으므로 행정소송 절차에 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 우회적으로 회피하는 것으로서 이는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 동조항의 본문규정의 입법취지와 목적에 정면으로 반하는 것이라 아니할 수 없다¹⁹⁾고 해석하기도 한다.

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

18) 김종민, 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 ‘법원의 재판을 거친 원래의 행정처분’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 행정처분이 공권력행사에 포함된다고 하는 점에는 의문이 없으며, 법원의 재판을 거친 공권력작용으로서의 원처분에 관하여 법원이 행한 판단이외에 헌법위반의 문제가 아직 해결되지 않은 경우에는 당연히 당해 원처분에 대하여도 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 타당하기 때문이다.²³⁾

라. 헌법재판소법 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 경유하였다하더라도 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 것이다.²⁴⁾

그러나, 헌법소원제도를 헌법재판소의 현재의 해석과 같이 보충적인 행정재판제도로 운영하여도 헌법재판소법 제75조 제3항, 제4항 및 제5항의 의의는 존재하는 것이고, 그 역할은 큰 것이다. 따라서 헌법재판소법 제75조를 달리 원처분에 대한 헌법소원심판의 근거로 보기는 어렵다고 할 것이다.

마. 법원재판의 기판력과의 충돌문제

법원의 재판을 거친 후 다시 원처분을 헌법소원의 대상으로 한다면, 필연적으로 법원의 재판과 저촉되는 사례가 초래되고, 이는 결국 입법자의 입법의도에 어긋나는 결과가 된다는 견해가 있다.²⁵⁾ 즉, 행정처분의 취소 등을 구하는 최소소송의 확정판결은 실제적 확정력(기판력)을 갖는 바, 그 기판력은 당해 소송의 원고 뿐만 아니라 법원 및 관계행정기관도 기속하는 것이므로 재심절차와 같은 별도의 절차에 의하여 위 판결의 기판력이 제거되지 않는 한 그 후 어떠한 소송절차에도 위 기판력에 반하는 내용인 행정처분의 위법성을 주장할 수 없다고 할 것이고, 헌법소원 역시 명시적으로 법원의 확정판결의 효력을 배제시키는 내용의 규정이 없으므로 기판력

24) 김학성, 전계논문, 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. 헌법소원제도는 헌법재판제도이기 때문이다. 헌법소원제도는 원래 “이미 확정된 재판”을 전제로 하는 특별재판절차임은 위에서 이미 살펴본 바와 같다. 따라서 헌법소원심판은 일반사법재판의 기판력에 구속되지 아니한다. 일반사법재판에서도 예외적인 제도로서의 재심제도로 재판의 기판력을 반복할 수 있는데, 하물며 일반사법재판과는 차원을 달리하는 헌법재판의 하나로서의 헌법소원심판절차에서 재판의 기판력을 이유로 기본권보장을 수행할 수 없다고 해석할 수는 없는 것이다.

재판의 기판력은 절대적인 것이 아니다. 재판의 기판력에 구속되지 아니하는 예외제도가 있는 것이다. 법원재판의 기판력이 재심에 의하여 반복될 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, 보충적인 행정재판제도로 이해하는데 연원하는 것이다. 현재의 헌법소원제도의 파행적 운영이 법원의 기판력을 이유로 원처분에 대한 헌법소원이 불가능하다는 논리를 불러들이고 있는 것이다. 헌법소원제도가 헌법재판제도로서의 원래 기능을 수행하였다더라면, 법원의 기판력 운운의 주장은 생길 수도 없었을 것이다.

바. 헌법재판소결정과 법원재판의 충돌

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 사실상 발생하게 될 법원재판과 헌법재판소결정의 내용상 상호모순을 어떻게 이해할 것인가의 어려움에 있다고 보아야 한다. 헌법재판소가 법원의 재판을 헌법소원제도의 심판대상으로 인정하지 않는 이상, 거둬들 수밖에 없는 질문인 것이다.

경우를 두 가지로 나누어 생각할 수 있는데, 공권력의 행사 또는 불행사 자체를 직접 심판대상으로 하는 경우와 공권력의 행사 또는 불행사의 유·무효문제가 민·형사재판의 전제문제로 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’ 국가기관을 기속한다는 점 등의 이론상의 이유로 헌법재판소의 결정이 법원의 재판에 우선한다는 주장이 가능하게 된다. 만일, 법원이 헌법재판소결정의 내용을 따르지 아니할 경우에는 ‘위법한 조세결정을 거둬들이는 국세청과 거둬들이 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 재판할 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 헌법재판제도로서 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. 소결론

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. 원처분에 대한 헌법소원의 의의 및 내용

가. 의 의

원처분에 대한 헌법소원이 인정된다면, 원처분에 대한 헌법소원 제도는 청구인이 일반행정소송을 통하여서는 자신의 기본권을 구제 받지 못한 경우에, 원행정처분이 기본권을 침해하고 있으므로 위헌 무효라고 주장하면서 이에 관한 판단을 헌법재판소에 청구하는 헌법소원제도로 정의될 수 있을 것이다.

원처분에 대한 헌법소원제도는 법원의 재판을 모두 거친 뒤에 청구된다는 점에서, 즉 법원의 재판에 의하여 형성된 기판력이 이미 존재함에도 불구하고 심판이 이루어진다는 점에서 일반사법권에 의한 재판제도와는 다른 것이다. 원처분에 대한 헌법소원제도가 인정된다는 것은 헌법소원제도가 비로소 기본권구제를 위한 예외적인 특별재판, 즉 헌법재판으로서의 의미를 부분적으로나마 정면으로 가지게 된다는 것을 의미한다.

나. 청구인

행정소송을 거쳤음에도 불구하고 아직 기본권침해를 구제 받지 못한 행정소송의 원고, 즉 당해 행정소송에서 패소한 원고가 원처분에 대한 헌법소원의 청구인이 될 수 있다.

그러나 행정청은 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 제3자가 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. 심판대상

원처분에 대한 헌법소원의 심판대상은 원행정처분이다. 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 취소된 행정처분은 원처분에 대한 헌법소원심판의 대상이 될 수도 없고, 될 필요성도 없다. 이미 구제된 행정처분에 대하여 헌법소원제도를 통하여 다시 구제할 필요성이 없기 때문이다.

심판대상이 된 원처분이 법원의 재판을 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. 심사범위

문제는 원처분에 대한 헌법소원에서의 심사범위에 있다. ‘특별한 헌법재판’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 실체판단을 독자적인 재판절차를 통하여 새로이 하여야 함이 원칙이라고 할 것이다. 법원의 재판을 심판대상으로 하지 아니하고 원처분만을 심판대상으로 하여 그 위헌성을 인정한다는 것은, 결국 헌법재판소가 절차법적으로 흠결없는 재판과정을 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 일반사법권행사의 내용을 어느 정도 존중하여 이를 원용할 것인가의 문제에 봉착하게 된다. 헌법재판소가 ‘특별한 헌법재판기관’으로서 스스로 심사할 수 있는 권한범위의 확정문제가 등장하게 되는 것이다.

재판은 크게 대전제로서의 ‘범인식부분’, 소전제로서의 ‘사실인정부분’ 및 이들 사이의 논리전개과정으로서의 ‘포섭부분’ 등의 세단계로 나눌 수 있다. 그런데, 논리전개과정으로서의 포섭단계에서 일

반행정재판이 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) 사실인정

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 법률심에 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 과제수행에 엄청난 지장을 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 없

음에도 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 구체절차로서 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) 법률해석

결국 원처분에 대한 헌법소원심판에서의 심사범위는 법률해석문제로 귀착된다. 그러면, 헌법재판소는 원처분에 대한 헌법소원심판에서 어떠한 범위에서 법률해석문제를 심판할 수 있는 것일까?

법원은 일반행정재판에서 법률을 근거로 행정처분에 대하여 재판한다. 그런데, 법률 그 자체는 완전무결한 것이 아니다. 법원은 입법부가 제정한 법률을 구체적으로 적용하기 위하여 그 법률을 해석하게 된다. 그리고 법원은 법률 그 자체를 적용하여 재판하는 것이 아니라 스스로 해석·확정한 법률내용을 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 행

정소송원고의 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 법률이기 때문이다. 법률내용이 잘못된 경우는 헌법에 위반되는 경우의 위에는 상상하기 어렵기 때문이다.

법원이 해석·확정한 법률내용이 헌법에 위반되는 경우는 법원이 해석·확정한 법률내용 자체가 헌법에 위반되는 경우와 법원이 해석·확정한 법률내용이 헌법에 위반되는 여부와는 관계없이, 법원이 사법부로서 가지는 법령해석권한의 한계를 일탈하거나 람용하여 법률을 해석하는 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 입법부가 정한 법률내용 자체가 위헌일 경우이고, 다른 하나는 입법부가 정한 법률은 합헌이나, 법원이 해석·확정(대개의 경우는 보충·확장해석)한 법률내용이 위헌인 경우이다.

결국 일반행정재판에서는 기각되었으나, 원처분에 대한 헌법소원에서 구체될 수 있을 것으로 생각되는 법률문제의 경우의 수는 다음과 같게 된다.

첫째, 원래 위헌인 법률을 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) 해석한 부분이 위헌인 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 위헌적으로 (과잉)해석하였으나 그 해석부분이 내용상으로는 위헌이 아닌 경우에, 법원에서 그 해석부분을 적용한 경우이다. 가상의 예로, 법원에서 그 해석부분을 적용한 경우이다. 가상의 예로, 입법상의 과오 등의 이유로 전염병 예방법 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 법률내용이 위헌인 경우이고, 셋째는 법원의 해석권한남용의 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 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청해 줄 것을 신청할 수 있고, 헌법재판소법 제 68조 제2항에 의하여 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 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. 위헌법률심판제도의 운영을 살펴보면, 현재 헌법재판소는 단순위헌, 단순합헌의 결정뿐만 아니라, 한정합헌, 한정위헌 등의 변형결정도

위헌법률심판결정의 주문으로 인정하고 있다. 따라서, 법원이 해석한 법률내용이 위헌인 경우, 헌법재판소는 위헌법률심판제도를 통하여 ‘법원이 해석한 내용으로 법률을 해석하는 한, 그 법률이 위헌이다’라는 변형결정을 함으로써 기본권침해를 구제할 수 있다.

따라서 첫째, 둘째의 경우를 위하여 원처분에 대한 헌법소원을 인정한다면, 이는 원래의 위헌법률심판제도에 대하여 옥상옥이 되거나, 그 활성화를 방해하는 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 형성할 필요는 없다는 견해 또는 원처분에 대한 헌법소원제도를 인정한다고 하더라도, 첫째, 둘째의 경우에는 소익이 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 하여도 그 행정처분 자체를 소송물로 한 헌법소원은 허용된다²⁹⁾는

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(토론부분), 헌법재판의 제도적 고찰, 헌법재판자료 제3집, 1990. p.488

것이다.

그러나 이러한 견해는 청구인이 법원의 관련소송에서 위헌법률심판절차에 전혀 관여할 수 없을 경우에 호소력을 가지는 것이다. 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항의 해석에 의하면, 청구인은 현행의 일반행정재판절차에서 위헌법률심판제청신청권을 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 하였더라도, 이를 단순히 법원의 책임으로만 돌릴 수는 없다고 할 것이다. 일반행정재판 과정에서 자신의 권리에 잠고 있던 청구인들을 뒤늦게 원처분에 대한 헌법소원제도를 통하여 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 사법적 해석권한의 한계를 넘어서 위헌적으로 법률을 해석함으로써 기본권침해가 법원의 재판을 통하여 구제 받을 수 없었던 것이다. 그러나, 이때 법원이 그 해석권한을 위헌적으로 남용하여 행한 법률해석부분은 내용적으로 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, 청구인의 기본권침해를 구제해 줄 수 있게 된다. 원처분에 대한 헌법

29) 이시윤, 헌법재판개관, 1989, P.41 ;

소원제도는 이 경우에 고유의 기본권침해구제기능을 가지게 될 것이다.

그러나 헌법재판소의 결정예를 살펴보면, 원처분에 대한 헌법소원제도가 가지는 이러한 기능에 관하여 오히려 소극적인 입장을 보이고 있음을 볼 수 있다. 즉 헌법재판소는 “공권력행사인 행정처분에 대하여 구제절차로서 법원의 재판을 거친 경우, … 당해사건에 적용할 단순한 일반법규의 해석·적용의 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 법원의 재판 자체에 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, 외형상으로는 마치 헌법재판소가 일반 법령의 해석에 관한 법원의 고유한 해석권한을 간섭한다는 인상을 주게 될 것이다. 따라서 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원제도를 통하여 간접적으로 법원의 재판 자체를 심판대상으로 삼음으로써 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분을 우회적으로 회피하는 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 국가기관에 대하여 가지게 될 불신은 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 기준시가에 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) 법원재판의 절차법적 하자

원처분에 대한 헌법소원은 법원의 재판 자체를 심판대상으로 하지 아니하므로, 법원의 절차법적 하자로 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. 행정재판절차상에서 발생한 위헌성 자체에 관하여는 명시적으로 심판할 수 없는 것이다. 다만 헌법재판소로서는 올바른 재판절차가 무엇인지만을 간접적으로 보여줄 수 있을 뿐인 것이다.

5. 원처분에 대한 헌법소원심판의 실효성

그렇다면, 원처분에 대한 헌법소원심판절차를 통하여 특별히 구제될 수 있는 특별한 ‘헌법문제’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 문제점이 같이 발생하게 될 우려도 있는 것이다.

가. 불평등의 심화

행정처분에 대한 구제방법 사이에 불평등이 심화되게 된다. 사법적 불복절차의 관점에서 행정처분을 분류하면, 행정처분은 헌법소원심판을 통하여 단심으로 구제 받는 행정처분과 행정소송을 통하여 심급의 이익을 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 행정소송을 통하여 구제 받는 행정처분 사이에서의 불평등은 원처분

에 대한 헌법소원제도를 통하여 더욱 심화되게 될 것이다.

생각건대, 현재의 헌법소원심판을 통하여 구제 받는 행정처분도 일반행정재판에서 구제받을 수 있고, 구제받아야하는 행정처분들이 다. 왜냐하면, 헌법소원심판을 통하여 구제 받는 행정처분도 권리의무의 변동에 관한 공권력행사 또는 불행사임이 인정되는 것이기 때문이다. 다만, 법원이 과거의 견해를 고집하여 이들 행정처분에 관하여 소익을 인정하고 있지 않을 뿐인 것이다. 법치국가에서, 그것도 행정소송의 개괄주의를 취하고 있는 현행 행정소송법 아래에서 권리의무를 변동시키는 행정처분이 행정재판의 대상이 되지 않는다고 해석하는 것은 행정소송법에 대한 위헌적해석으로서 헌법에 위반되는 것이다. 이러한 위헌상태를 방지함으로써 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 법원의 행정소송법해석의 위헌성을 지적하여 행정소송법 제2조의 해석위헌을 선언함으로써 행정소송의 정상화에 기여하여야 할 것이다. 국민들은 일반행정소송에서 심판대상이 되지 아니한다고 부적법 각하되는 사건을 헌법소원을 통하여 헌법재판소에 심판청구하기 보다는, 당당하게 일반법원에 행정소송을 제기하면서, ‘행정소송법 제2조를 일정한 경우에 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다’는 내용의 위헌법률심판제청을 신청하여야 할 것이고, 헌법재판소는 이를 받아들여 행정소송법 제2조에 관하여 일부적용위헌을 선언하여야 할 것이다.

나. 사법에 대한 헌법재판적 통제의 상실

원처분에 대한 헌법소원제도가 인정된다고 하더라도 원래의 헌법소원제도의 본질을 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 합헌적인 것으로 받아들이고 있음을 의미하는 것으로 해석될 수 있다. 이는 헌법재판소가 헌법소원제도의 원래의 헌법재판적 기능, 즉 사법에 대한 위헌적 심판을 포기하겠다는 것을 의미하는 것으로 이해될 수도 있기 때문이다.

다. 재판절차적 기본권보장의 흠결

재판절차적 기본권보장을 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 절차적 기본권이 민,형사 재판절차에서도 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 형사소송절차와 관련하여 많은 절차법적 기본권을 명문으로 규정하고 있는데, 원처분에 대한 헌법소원제도가 이러한 형사절차상의 기본권까지를 효과적으로 보장하기에는 미흡하다고 아니할 수 없다.

라. 헌법재판소결정의 집행력 확보의 어려움

원처분에 대한 헌법소원으로는 헌법재판소결정의 집행력을 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, 이

러한 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. 결 론

현재의 헌법소원제도의 운영이 바람직하다고 말할 수는 없음은 위에서 살펴본 바와 같다. 또한 우리의 헌법소원제도가 본래의 기능을 상실하게 된 이유가 헌법재판소법 제68조 제1항 “법원의 재판을 제외하고는”부분에 있음도 위에서 본 바와 같다.

이를 극복하기 위하여 제시되는 원처분에 대한 헌법소원제도가 이론적으로는 성립가능하나, 그 실효성면에서는 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 문제를 해결하기에 너무 미흡한 것이다. 한편, 원처분에 대한 헌법소원제도를 살펴보는 과정에서 헌법재판소법 제68조

제1항 “법원의 재판을 제외하고는” 부분이 헌법의 규정 및 정신, 헌법소원제도의 본질에 비추어 헌법에 위반되고 있음은 위에서 이미 실시하였다.

그렇다면, 헌법재판소법 제68조 제1항 “법원의 재판을 제외하고는” 부분은 개정되거나 위헌으로 선언되어야 한다고 본다. 입법부나 헌법재판소의 결단만이 남아 있을 뿐이다. 입법부의 법률개정방법이 바람직하기는 하나, 헌법재판소가 이를 직접 위헌선언하는 방법이 배제될 이유는 없다고 본다. 이 나라의 주인은 국민이고 모든 공권력은 국민을 위하여 존재하기 때문이다.

원처분의 헌법소원대상성에 관한 소고

정 태 호
비서관

- 목 차 -

1. 문제의 제기
 - 가. 원처분의 의의
 - 나. 원처분의 소원대상성의 문제가 갖는 의의
 - 다. 고찰의 방법과 순서
2. 헌법개정상의 문제점
3. 헌법소원과 헌법 제107조와의 관계
 - 가. 위헌법률심사제도와와의 관계
 - 나. 명령, 규칙의 위헌·위법성 심사에 대한 대법원의 최종적 심사권과의 관계
 - 다. 처분의 위헌·위법성에 대한 대법원의 최종적 심사권과의 관계

- (1) 동조항의 의미에 관한 기존 학설에 대한 비판
- (2) 제107조 제2항의 기초가 된 행정소송에 있어서의 “소송물의 개념”
- (3) 중간결론

4. 헌법국가의 이념과 헌법소원

가. 기본권 내지 헌법규정의 법원에 대한 구속력

- (1) 실정헌법규정
- (2) 기본권의 방사효
- (3) 엘페스판결의 논리(Logik des Elfes-Urteils)

나. 비교법적 고찰

다. 중간결론

5. 헌법재판소법 차원의 문제

가. 헌법재판소법 제68조 제1항

나. 제68조 제2항의 헌법소원

다. 헌법재판소의 결정의 기속력과 법원판결의 기판력의 충돌의 문제

라. 헌법재판소법 제75조 제3,4,5항

마. 중간결론

6. 결 론

1. 문제의 제기

가. 원처분의 의의

여기서 원처분(또는 원행정처분)이란 국민이 행정소송 등 법원의 권리구제절차를 적법하게 경로하면서 그에 의한 위법한 권리침해를 다투며 그 취소 등을 구하였으나, 법원의 확정판결을 통하여 그 합법성이 확정되어 법원에의 소송을 통하여서는 더 이상 그로 인한 권리침해를 다룰 수 없게된 행정처분을 말한다. 법원이 원처분의 위헌·위법성을 인정하여 이를 취소하거나 그 무효를 확인한 경우에 원처분의 합법성을 다투는 자가 원처분에 대하여 헌법소원을 제기하여야 할 이익이 없다. 따라서 이 경우에는 처분의 소원대상성이 긍정된다고 하더라도 일반적으로 권리보호의 이익이 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 행정심판과 (또는) 행정소송 등 법원에서의 권리구제절차를 적법하게 경로하지 않은 경우에는 그러한 헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 근거를 두고 있는 헌법소원의 보충성원칙을 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. 원처분의 소원대상성의 문제가 갖는 의의

원처분에 대한 헌법소원이 가능한가에 따라 헌법소원의 심판대상의 폭은 현저한 차이를 보이게 된다. 먼저 헌법재판소법은 그 제68조 제1항의 규정을 통하여 재판작용을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다. 그런데 현대국가는 행정국가로 불리울 만큼 국가권력작용 중에서 행정작용의 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 실질적 위상에도 큰 변동이 초래될 수 있다. 비록 헌법소원절차에서 헌법재판소는 공권력에 의한(이 경우에는 행정작용에 의한) 기본권침해의 여부만을 심판한다 하더라도 대법원이 행정사건에 대한 최종적 판단자로서의 지위를 상실할 것이기 때문이다. 그러므로 원처분의 소원대상성의 문제는 단순히 이론적 흥미의 대상이 아니라,

헌법재판소와 대법원 내지 행정법원간의 기능분배와 관련된 기능법적 및 권한법적인 문제로서 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 실정법 해석의 문제와 (헌)법정책적 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 판례의 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 실정헌법적 차원에서 “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 기본권이론 및 헌법소송법학적인 관점에서 기본권 문제가 헌법심만의 문제인가, 행정처분으로 인한 권리침해의 문제에 있어서 기본권침해의 문제와 단순한 법률적 차원의 주권적 공권의 침해의 문제를 확연하게 구분할 수 있는가의 문제를 다루면서 헌법정책적 논의를 비판적으로 검토하고자 한다.

나아가 법률적 차원에서는 무엇보다도 재판작용에 대한 헌법소원을 제외하고 있고, 헌법소원의 보충성을 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항이 원처분의 소원대상성의 문제에 대하여 갖는 의미를 살펴보고자 한다. 이어서 헌법재판소가 헌법소원절차에서 이원처분의 기본권침해성을 인정하는 경우에 헌법재판소의 인용결정과 원처분의 합법성을 인정하고 있는 법원의 기판력있는 판결과의 관계에 관하여 헌법재판소법에 명시적인 규정이 없는바, 이를 어떻게 이해할 것인가의 문제를 다루고자 한다. 끝으로 원처분에 대한 헌법소원의 적법성에 영향을 미치는 기타의 논거를 살핀다.

2. 헌법개정상의 문제점

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 헌법의 규범력을 제고하고 궁극적으로는 법치국가를 제도적으로 보완·강화하는 것이었다. 헌법국가의 완성을 향한 이러한 제도적인 노력은 그간 장식적인 기관에 불과했던 헌법위원회를 폐지하고 헌법 제6장 제111조 이하의 헌법위원회에 비하여 그 권한이 확대되었을 뿐만 아니라, 권한 행사를 위한 비교적 실효성있는 전제를 확보한 헌법재판소를 설치함으로써 구체화되었다. 특히 헌법 제111조 제1항 제5호의 헌법소원에 관한 규정은 과거 독재체제에 의하여 자행되었던 인권유린이라는 어두운 헌정사의 체험과 그에 대한 시대적 성찰을 나름대로 반영한 결과로서 오늘날 질·양 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 심판절차를 통하여 비상적으로 구제하여 주는 비상적 권리보호제도라고 정의할 수 있다.³⁾ 그러나 우리 헌법사에서 그 유래를 찾아 볼 수 없는 헌법소원제도를 최초로 도입함에 있어서 현행 헌법은 자체에 헌법소원제도의 대상의 내용을 확정함이 없이 입법자에게 그 구체적인 규율을 위임하고 있어서 입법론적으로 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 기본권보호

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.

제도의 일환으로 단지 강학상 독일의 “Verfassungsbeschwerde”라는 제도를 중심으로 비교법적으로 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 보편성을 띠는 것이 아닌 경우에는 - 그 대상의 내용을 확정함으로써 입법자의 형성재량의 범위에 한계를 긋는 것이 필요했음에도 불구하고, 헌법개정시 헌법소원제도가 도대체 무엇인지, 그리고 어떠한 절차적 모습을 띠 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 위헌소원의 제도가 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 기본권의 보호와 헌법재판의 활성화에 기여하였다는 긍정적 평가와 아울러 - 매우

4) 예를 들면 허 영, 헌법이론과 헌법(중), 1984, 169쪽은 헌법소청이라는 이름하에 독일의 헌법소원제도를 헌법재판에 의한 기본권보호의 한 유형으로 설명하고 있다.

무책임한 처사였다는 비난을 면치 못할 것이다.

3. 헌법소원과 헌법 제107조와의 관계

원처분에 대한 헌법소원의 적법성을 긍정하려는 자가 먼저 넘어야 할 실정법적 장애는 “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 애매한 문구로 구성되어 있어서 어려운 해석의 문제를 내포하고 있다는 데 있다. 줄건으로는 동조항의 해석은 원처분의 소원대상성 여하를 결정함에 있어서 관건적인 문제들 중의 하나로서의 성격을 띤다고 본다.

헌법소원제도는 기존의 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심사제, 제107조 제2항에 규정된 대법원의 명령, 규칙, 처분의 위헌·위법성에 대한 최종적 심사권에 추가된 제도라는 점에 비추어 볼 때 본래의 문제인 처분의 위헌·위법성에 대한 대법원의 최종적 심사권과 헌법소원과의 관계를 살펴보기 전에 규범통제권의 문제를 규율하고 있는 제107조 제1항과 제2항의 관계를 간략하게 살펴볼 필요가 있다.

가. 위헌법률심사제도와와의 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 “객관”소송의 일종이며, 이미 구체적으로 발생한 사건을 심리하는 법원의 위헌제청에 기하여 법률의 위헌 여부를 헌법재판소가 판단한다는 점에서는 “구체적” 규범통제절차로서의 성격을 갖는다. 따라서 개인의 기본권보호제도인 헌법소원제도와 본래 규범통제제도인 위헌법률심사제도는 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, 청구원인과 심사기준(Prüfungsmaßstab)의 면에서 위헌법률심사제도와는 다르다. 현행 법제하에서는 개인이 법률 자체에 의한 기본권침해를 소송물로 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. 명령, 규칙의 위헌·위법성 심사에 대한 대법원의 최종적 심사권과의 관계

헌법재판소는 일찍이 명령·규칙의 위헌 여부가 단지 본안판단의

전제로서의 성격을 띠는 것이 아니라, 그 자체 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원심판의 대상이 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 대법원의 최종심사권의 유보하에 헌법재판소에 제청할 필요 없이 당해 법원 스스로 판단할 수 있다는 점에서 “부수적” 규범통제절차, 구체적 사건이 재판의 대상이 된 때에 한하여 당해 법원이 명령·규칙의 위헌·위법성을 심사할 수 있다는 점에서 “구체적” 규범통제절차로서의 성격을 갖는다. 따라서 이 절차가 결과에 있어서 개인의 권리보호기능을 한다 하더라도 본래의 성격은 객관소송의 일종이지, 피해자소송 내지 주관소송의 성격을 띠는 것은 아닌 것이다.

그러한 한 절차의 법적 성격의 측면에서는 개인의 기본권구제제도인 헌법소원과 헌법 제107조 제2항에 헌법적 근거가 있는 명령, 규칙에 대한 규범통제제도는 상호배타적인 관계에 있지 않다. 다만 “최종적”이라는 용어가 명령, 규칙의 위헌·위법성에 대한 대법원의 심사권이 명령·규칙을 헌법소원의 대상으로부터 제외시키는 듯한 외양을 형성하고 있으나, 이는 규범통제절차에 있어서 대법원의 최종적 심사권을 설정하고 있는 것이며, 주권적 권리구제절차인 헌법소원의 심판대상으로부터 명령, 규칙을 배제한 것은 아니다. 즉 명령, 규칙 자체가 기본권을 직접 침해하고 있는 한, 그것이 헌법 제107조 제2항에 근거를 둔 규범통제절차와는 별개의 독립된 소송물을 다루는 절차인 헌법소원의 심판대상이 될 수 있다는 헌법재판소

5) 1990. 10. 5. 89헌마178.

의 판례의 입장은 타당한 것이다.

다. 처분의 위헌·위법성에 대한 대법원의 최종적 심사권과의 관계

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 행정사건의 경우에도 민·형사사건과 같이 법원이 그 재판관할권을 갖는 근거가 된다고 보고 있다. 그러나 이 설은 “처분이 헌법 또는 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우”가 구체적으로 어떤 경우 인지를 명확히 함이 없이 바로 동규정이 행정사건에 관한 법원의 ‘일반적’ 관할권을 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 독일 연방헌법재판소법상의 “entscheidungserheblich”의 의미로 이해하면서⁷⁾ 법률의 위헌 여부에 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 당해 법원의 소송절차의 본래의 소송물(Streitgegenstand)을 구성하는 것이 아니라, 그 소송물에 대하여 법원이 판단을 내리기 위한 선행적인 문제로서의 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 당해 사건에 한하여 배제하는 데 국한된다고 다수의견은⁹⁾ 보고 있다. 그러나 이 경우에도 명령·규칙의 위헌·위법성 자체는 당해 소송절차의 소송물을 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 행정소송, 특히 취소소

8) 예를 들면 소득세부과처분취소소송에서의 소송물은 위법한 소득세부과처분으로 자신의 권리를 침해받았다는 원고의 주장이다. 그러나 당해 법원은 헌법 제103조의 규정상 이 처분의 합법성을 판단하기 위하여 그 처분이 세법상의 근거를 갖고 있는지 여부는 물론 “부수적으로” 그 근거가 되는 법률이 합헌인지 여부를 심사할 의무가 있다. 당해 소송절차의 당사자가 해당법률의 합헌성을 다투는지 여부와는 무관하게 이 의무는 존재한다(헌법재판소법 제41조 참조). 그리고 그 위헌의 합리적 의심이 존재하는 경우에는 제107조 제1항에 의거하여 헌법재판소에 해당법률의 위헌심사를 제청하여 그 결정에 따라 재판하여야 한다.

9) 김 철수, 전게서, 973쪽 ; 권 영성, 전게서, 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.

송에 있어서는 처분이 소송의 대상(Angriffsgegenstand)이기 때문이다. 이 문제를 풀기 위해서는 행정소송에 있어서의 소송의 객체, 즉 소송물이 무엇인가를 명확히 할 필요가 있다. 예컨대 행정소송의 대표적 유형이라 할 수 있는 행정처분의 취소를 구하는 취소소송의 경우에 우리나라의 다수설은 그 소송의 본질상 행정처분의 위법성 여부 자체가 소송물을 구성한다고 보고 있다.¹¹⁾ 이러한 견해에 의하면 원고가 취소를 구하고 있는 처분의 위법성이 취소소송 본래의 재판대상이며, 재판의 전제가 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 일상적인 어법에 반할 뿐만 아니라, 법규범과 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 국가배상을 청구하는 국가배상청구소송에서 행정처분의 적법성여하가 선결문제로 떠오르는 등 예외적인 경우에 국한된다고 하면, 헌법 제107조 제2항에 처분을 포함시킨 의미를 무색하게 할 것이다.¹²⁾ 원처분이 헌법소원의

11) 우리 나라의 다수설. 예를 들면 박윤혼, 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 민사소송의 선결문제에 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 체계적인 관점에서 바라보는 경우에 보다 분명하게 드러난다. 즉 한때 법률적 차원에서 시행되어 오던 행정심판전치주의는 행정심판작용이 그 본질상 준사법작용이기 때문에 행정 공무원이 심판관으로 임명되는 행정심판절차는 위헌성을 떨 수 있다는 주장이 제기되었고 이와 관련한 논쟁의 소지를 없애기 위하여 제헌헌법 이래¹⁴⁾ 행정재판의 관할권이 법원에 있음을 명확히 한 제107조 제2항¹⁵⁾에 이어 제3항에

13) 이석연, 헌법소소의 이론과 실제, 1992, 41 - 42면 ; 신봉기, 전제논문, 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 정중섭, 전제논문, 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 것이 아니기 때문이다. 행정재판의 중점이 행정의 자기통제 내지 객관적인 합법성통제에 있느냐(대표적인 학자로는 Rudof von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1872), 아니면 국민의 권리구제에 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 발생사적인 사실은 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 행정쟁송과 관련하여 영미형을 염두에 두고 동조항의 문언을 만들었다는 발생사적 사실에 비추어 볼 때¹⁷⁾, 행정소송의 주종을 이루고 있는 취소소송을 제쳐두고 재판의 진제성을 당사자소송이나 처분의 위헌·위법성이 선결문제가 될 때에만 충족된다고 이해하는 것은 불합리하기 때문이다. 다른 한편 동설은 법률의 구체적 집행행위인 처분은 일반적으로 집행행위에 의하여 매개되는 법률과는 달리¹⁸⁾ 직접적으로 기본권을 비롯한 개인의 주권적 공권에 대한 제약을 가한다는 사실도 간과하고 있다.

(2) 제107조 제2항의 기초가 된 행정소송에 있어

또한 실사 사법권에 행정재판권이 포함되는 것으로 보아야 할지라도, 제107조 제2항에는 최소한 이를 확인 내지 선언해 주는 의미가 있다고 할 것이다. 또는 동조항은 일반규정인 제101조에 대한 특별규정으로서의 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 선거소송에 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 입법정책적 결정의 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 “소송물의 개념”

그렇다면 헌법 제107조 제2항을 처분과 관련해서는 어떻게 이해하여야 할 것인가. 결론으로는 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 민사법원과 행정법원의 관할권관정, 행정법원의 물적·지역적 관할권, 소송의 종류, 소송의 수와 소의 변경, 기판력의 범위 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 소송물을 확정하는 데에 있어서 여러 가지 준거점이 있을 수 있다고 본다.²¹⁾ 다투어 지고 있는 행정처분 자체, 원고의 소송상의 청구 즉, 특정 행정처분의 취소청구, 현재 행정법학계의 다수설인 행정처

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 위법성, 끝으로 행정처분이 위법하여 법률상의 이익 내지 자신의 권리를 침해한다는 원고의 주장(현재 독일의 다수설) 등이 그것이다. 제1의 기준은 지나치게 좁을 뿐만 아니라 불합리하다고 생각된다. 왜냐하면 행정처분의 존재 여부 자체에 대해서는 취소소송에서 다투어지지도 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 객관적 통제에 목적이 있는 것처럼 보이고 원고의 청구취지가 전혀 드러나지 않는 등 불합리하다.²²⁾ 이런 관점에서 볼 때 결론으로는 취소소송에 있어서의 소송물의 개념은 제4의 기준에 의거하여 규정할 때 실체법적 문제와 소송법적 문제가 확연히 구분되고 있고, 또 처분의 위법성판단이라고 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 판결주문에 다투어진 행정처분이 법률 또는 헌법에 위반되는 등의 내용은 나타나지 아니하고, 다만 원고의 청구를 기각한다든가 다투어진 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 원고의 청구 자체를 기준으로 할 때, 처분의 위헌·위법성은 재판의 핵심적 내용인 청구의 인용여부를 결정하기 위한 전제가 되기 때문에 처분과 관련하여 사용된 용어인 재판의 전제성이라는 개념이 불만스럽기는 하지만 그런대로 이해된다. 1948년 제헌헌법이래 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) 중문결론

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 : 김종민, 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. 제헌헌법이하의 헌법사적 전통을 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 합법성통제를 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 주권적 권리구제의 일환으로 행해져야 한다는 것을 의미한다. 즉 처분의 취소소송 등 행정소송은 개인의

적 심사권은 사법부 내에서만 타당성을 갖는다고 하여 처분의 소원대상성을 인정하고 있다.

이러한 주장은 헌법상 권리구제체계를 통일적으로 고찰할 때 별로 설득력이 없을 뿐만 아니라, 헌법상의 조문의 효력범위를 자의적으로 축소시키는 것이고, 동조항이 이미 헌법위원회와의 관계에서도 의미를 가졌었다는 사실을 완전히 무시하는 것이다. 그리고 그 주장은 법원이 나 헌법재판소가 아닌 기관에게도 법원의 심사를 거친 행정사건에 대한 판단권을 부여할 수도 있다는 것이어서 불합리하다.

나아가 어떤 국가권력 작용이 사법작용인 여부는 헌법의 형식적인 편제에 의하여 판단할 것이 아니며, 그 작용의 특성을 기초로 하여 실질적으로 판단하여야 한다. 헌법재판이 헌법적 분쟁에 대하여 헌법규범을 척도로 독립적인 기관이 무엇이 헌법인가를 판단하여 분쟁을 종식시키는 재판작용이라는 점에 비추어 볼 때, 비록 헌법재판에 관한 규율이 사법부에 관한 장과는 독립되어 있다든가 그 대상이나 효과가 상대적으로 높은 정치성을 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 이옥한, 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, 행정의 합법성통제나 법률질서의 유지·형성은 권리구제절차의 본질상 파행되는 2차적인 효과이거나(기관소송이나 민중소송에 있어서 처럼) 예외적인 현상인 것이다. 뿐만 아니라 취소소송에 있어서는 위법한 처분으로 인한 권리침해라는 원고의 주장이 소송물을 이루기 때문에 그에 대한 법원의 확정판결에는 기판력이 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 처분의 위법성은 물론 그 위헌성의 최종심사권을 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. 헌법국가의 이념과 헌법소원

원처분의 소원대상성을 인정하는 설은 모든 국가권력은 헌법적 통제하에 있어야 한다는 헌법국가의 원리에 따라 법원재판의 대상이었던 공권력작용으로서의 원행정처분에 내재하고 있는 헌법위반의 문제가 법원의 판결을 통하여 아직 해결되지 아니한 경우 당연히 당해 원처분도 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 타당하다고 주장한다.²⁵⁾ 이 설은 기본권의 규범력이 상대적으로 취약한 우리의 현실에 비추어 볼 때, 헌법소원의 대상을 행정처분에까지 확장하는 것이 헌법소원제도가 갖는 교육적 기능을 감안한다면 행정청과 법원으로 하여금 기본권을 존중하고 관철하게 하는 작용을 할 것이라는 기대에 기반을 두고 있다고 여겨진다.

법치국가원리 내지 헌법국가의 이념적인 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 기본권문제 내지 헌법문제가 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 입법권, 행정권, 사법권을 망라적으로 그 심판대상으로 삼아야 하는 것처럼 설명하고 있다. 그는 또 한국 헌법론, 1994, 823면에서 위헌적인 행정처분은 우선은 행정쟁송의 대상이 될 것이지만 제소기간의 경과 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 권리구제절차를 적법하게 경로하지 않았으므로 헌법소원의 보충성의 요건을 충족시키지 못하고 따라서 그 헌법소원의 청구는 부적법각하될 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 헌법문제에 관한 전문법원은 아닐지라도 - 기본권을 침해하는 처분을 제거함으로써 기본권보호의 기능을 광범위하게 수행하기 때문이다.

가. 기본권 내지 헌법규정의 법원에 대한 구속력

이하에서는 헌법재판소와 함께 공유하는 법원의 기본권실현의무를 입증하고, 동시에 헌법재판소의 심사범위를 헌법위반에 국한시킨다고 하는 것이 실제로 매우 어려운 문제임을 보이고자 한다.

(1) 실정헌법규정

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 법률문제만이 아니라 헌법문제도 심사하여야 함을 밝히고 있다. 민주주의국가에 있어서 법률은 일반적으로 공권력행사의 가장 보편적인 민주적 정당성의 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 자유권적 기본권은 국가권력의 모든 현상형식들을 구속한다는 것을 시사하고 있다. 이에 법원이 포함된다는 데 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 재판의 대상(Angriffsgegenstand)의 기본권침해적 성격을 간과하지 말아야 할 의무가 있다. 물론 행정의 법률유보의 원칙, 행정의 합법률성의 원칙, 각종 행정관계법령들이 기본권을 구현(Ausgestaltung) 내지 개인의 기본권영역들 상호간을 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 지적인 바 있지만, 절대적 구속이 아니라 합헌성을 전제로 한 상대적 구속을 의미한다. 나아가 후술하는 바와 같이, 기본권의 방사효로 인하여 법령의 해석·적용에 있어서 다시 기본권의 의미를 존중하고 또 반영하여야 하기 때문에 법령의 재판규범으로서의 확정력은 부분적으로 유동화될 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; Rüfner, 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 중첩적인 기본권 보호수단에 불과한 것이다.

헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 기초를 두고 있는 헌법소원의 통충성원칙 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) 기본권의 방사효

27) 물론 재판헌법소원이 없는 상태에서 기본권이 구체적인 재판과정에서 존중되고 관철되도록 담보할 수 없다는 것은 인정해야 한다. 그러나 현행 헌법재판제도의 활성화는 이미 상당한 정도 헌법이 살아 움직이도록 만들고 있고, 일선 법원의 법관들에게도 점차 헌법에 대한 문제의식이 강해지고 있기 때문에 앞으로 법원의 재판에서도 기본권은 과거에 있어서 보다 강력한 규범력을 발휘할 수 있게 되리라 생각한다.

28) 이러한 관점에서 볼 때 처분의 위헌·위법성 통제에 있어서도 법률적용을 위한 기초로서 사실관계의 인정과 평가 및 법률의 해석과 적용은 법원의 원칙적인 전속적 권한인데 비하여, 헌법문제는 헌법재판소의 본래의 심판사항이기 때문에 원처분의 소원대상성을 증명해야 한다는 주장의 법논리적 문제점이 드러난다. 이는 독일연방헌법재판소가 본래 판결헌법소원절차에서 판결에 대한 심사범위를 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 은폐된 법정책적 주장에 불과한 것이며, 그 자체 실정법 해석론이 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, 법률문제와 헌법문제를 구분하기가 용이하지 않다는 점을 지적하여야 한다.

먼저 “행정법은 구체화된 헌법”²⁹⁾이라는 말이나, “행정재판은 작은 헌법재판이다”³⁰⁾라는 말은 얼마나 행정재판자체가 기본권의 구제·실현을 위한 활동이라는 것인지를 웅변하여 주는 것이다.

또한 현대적 기본권이론의 대세는 기본권규범에서 전통적인 방어권뿐만이 아니라, 공동체의 객관적 가치가 구현되어 있음을 확인하면서 소위 기본권의 양면성을 인정하고 있다³¹⁾. 그리하여 기본권의 객관적 측면으로부터 개별 법령의 해석·적용에 있어서 기본권규정에 담긴 객관적 가치로서의 기본권의 의미를 실현하고 존중하여야 한다는 소위 기본권의 방사효(Ausstrahlungswirkung der Grundrechte)를 도출하고 있다. 이에 의하면 법적용기관이 구체적인 사건에 대한 법령의 해석·적용의 지침으로서의 기본권의 의미를

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 “실제적 자유”의 실현을 위한 도구로 다양한 기본권의 차원들이 흘러나오는 원천이 되고 있다. 기본권규범으로 표현된 객관적 가치는 기본권의 방사효 이외에도 기본권의 보호의무, 절차 및 조직의 형성지침, 국가의 급부의무를 근거지우기 위하여 원용되고 있다. 한편 이러한 기본권의 차원들은 단순히 국가에게 객관적 의무를 부과하는데 그치지 않고, 상당한 범위에서 국가의 객관적인 기본권적인 의무에 상응하는 개인의 주권적 청구권을 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.

간과하였다거나, 오인하였다거나 충돌하는 법익들간의 형량에 있어서 기본권의 비중을 잘못 측량하고 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) 엘페스판결의 논리(Logik des Elfes-Urteils)

오늘날 독일의 학계와 실무계에서 널리 지지를 얻고 있는 엘페스판결³²⁾의 논리에 따르면 국가 공권력은 오로지 “합헌적인 조치”에 의하여서만 기본권을 제약할 수 있다. 이 때 공권력의 기본권 제약조치가 합헌성을 띠려면 해당조치가 실제적인 기본권 규정뿐만 아니라 해당 기본권과 테마적으로 관련성 있는 권한규정을 포함한 형식적, 조직적 규정, 또는 객관적인 헌법원칙(예를 들면 법치국가원리), 다시 말해 객관적인 헌법규정에도 합치해야 한다는 것이다. 이 판결의 논리는 결국 공권력조치의 기본권 적합성심사를 매우 엄격한 기준에 따라 한다는 것이다.

그런데 그 논리를 일관성있게 관찰하면 공권력에 의한 모든 법률저촉은, 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(hrsg. 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 객관적 법규정의 저촉도, 해당 법규범이 주권적 공권을 보호하는 데 의미를 갖고 있는 한, 그 권리를 청구권적인 기초로 하여 행정소송이나 헌법소원의 적법한 대상으로 삼을 수 있다는 것이다. 처음에 기본법 제2조 제1항으로부터 도출된 일반적 활동의 자유권과 관련하여 개발된 이 논리는 이제 기본법상의 모든 기본권에 확대적용되고 있다.

아직 엘페스판결의 논리는 우리에게 잘 알려져 있지는 않다. 그러나 이 논리는 행정소송에 있어서 원고적격(Klagebefugnis)³⁴⁾, 헌법소원절차에 있어서의 청구인적격(Beschwerdebefugnis)³⁵⁾ 등에 용해되어 독일이론을 수입하고 있는 우리 공법학계에 알게 모르게 침투하고 있다고 보여진다. 뿐만 아니라 헌법 제10조에 보장된 행복추구권을 우리의 학계나 실무계가 독일의 일반적 행동의 자유와 같은 포괄적인 기본권으로 해석하고 있는 것도 엘페스판결의 논리가 우리 기본권이론에 침투하기에 용이한 조건을 제공하고 있다.

33) 이로 인하여 그 효과면에서 보면 엘페스판결의 논리는 법치국가원리의 주관적 권리화의 현상을 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 소원적격의 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 불 때는 기본권의 보호영역을 포괄적으로 확대한다는 의미를 갖고, 둘째, 기본권을 비롯한 주관적 공권을 다각적으로 예민하게 만들어(Sensibilisierung der Grundrechte) 그것들을 좀더 강력하게 보호하는 기능을 수행하며, 셋째, 주관적 권리를 내포한 규정뿐만 아니라, - 주관적 권리의 보호와 관련이 있는 - 객관적 법규정도 권리침해를 판단하는 심사기준이 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 헌법(spezifisches Verfassungsrecht) 침해한 경우에” 한하여³⁶⁾ 연방헌법재판소는 판결헌법소원을 인용할 수 있다는 공식과 “연방헌법재판소는 초상고심이 아니다(keine Superrevision)”³⁷⁾라는 논리로서 연방헌법재판소의 권한을 한정하려고 있지만, 바로 전술한 기본권의 방사효의 문제와 바로 이 엘페스판결의 논리 때문에 판결헌법소원에 있어서 연방헌법재판소와 법원 간의 권한분배의 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. 비교법적 고찰

다른 나라의 기본권구제제도, 특히 헌법소원제도를 비교법적으로 살펴보다도 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 포괄적인 헌법소원제도의 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 법규헌법소원의 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 “특별행정법원”으로서의 역할을 수행하고 있다. 소원의 대상은 행정청의 처분(Bescheid)과 소위 절차를 거칠 필요가 없는 행정행위인 사인에 대한 행정청의 직접적인 명령권 및 강제권의 행사이다. 오스트리아 학계의 지배적인 견해에 의하면 처분은 고권적이며, 형식적인 개별적인 행정행위(individueller, hoheitlicher, formeller Hoheitsakt)⁴¹⁾라고 한다. 우리의 흥미를 끄는 것은 경우에 따라서는 헌법재판소에 대한 소원과 별도로 청구인은 행정법원에 소를 제기하거나 헌법재판소는 청구인의 신청이 있는 경우에는 일정한 요건하에 행정법원에 사건을 이송할 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 고권행위에 국한되어 있다. 주의 입법행위가 심판의 대상이 되는 경우에 헌법소원은 추상적 규범통제나 - 법적용행위에 이어서 소원이 제기되는 경우에는 - 구체적 규범통제에로 이행할 수 있게 된다. 적법한 소원대상은 주의 기관이 주법 또는 연방법의 적용과정에서 발하는 법령(Erlaß) 또는 처분(Verfügung)이다. 지방자치단체인 게마인데의 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 - 공간계획들이 모두 그에 포함된다.⁴⁵⁾ 이처럼 스위스의 헌법소원의 대상은 주의 고권행위에 국한되어 있고 연방의 고권행위를 대상으로 하고 있지 않기 때문에 주관적 권리구제의 기능을 넘어서 사실상 연방국가원리의 관점에서 주의 고권적 행위를 통제하는 기능을 하고 있는 것이다.

다. 중문결론

43) Giacometti/Fleiner, Schweizerisches Bundestaatsrecht, 1978, S. 881.

44) 부인한 판례 in: ZBI 76 (1975) S. 475 f.; 반면 긍정한 판례 BGE 105 Ia 349, 351 ff.

45) 이에 관해서는 주로 Walter Haller, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: (Hrgg.) 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(Aufgabenparallelität)”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 초상고심으로 변질될 가능성이 매우 높다. 행정소송에서 패소한 국민은 헌법재판소를 사실상 대법원 위의 초상고심으로 활용하게 되리라는 것은 명약관화하고, 헌법재판소는 자신의 심사기준을 엄격히 헌법에 국한시켜 헌법심 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 기본권침해에 대한 구제에 현행 법제하에서 공백이 발생한다든가 사각지대가 존재하게 된다는 주장은⁴⁸⁾ 현행 헌법질서하에서의 권리구제체계를 잘못 파악한데서 비롯된 것이다.

요컨대 헌법국가의 이념을, 따라서 기본권을 제도적으로 어떻게 구현 내지 관철할 것인가, 이를 위하여 헌법소원제도를 설정해야 하는가, 그리고 설정한다면 헌법소원의 대상을 어떻게 정할 것인가는 헌법정책적 내지 기본권정책적인 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. 헌법재판소법 차원의 문제

이미 헌법적 차원에서 처분이 헌법소원의 대상이 될 수 없음을 확인한 이상 지금부터의 논의는 단순히 보론 내지 부가적인 논의에 불과하다. 왜냐하면 입법자는 자신에게 맡겨진 헌법소원제도의 형

47) 법치국가적 엄밀성에는 법적 분쟁의 신속한 종결이라는 관점에서 일정한 한계가 그어진다고 본다. 그렇지 않은 경우에는 그 이상을 실현하기 위해서는 무한한 심급을 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 처분소원의 적법성을 둘러싼 논쟁의 토대가 되고 있으므로 법률적 차원의 제반 논거들의 타당성을 정리할 필요는 있다고 본다. 이하에서는 찬반 논거들의 타당성을 차례로 살펴보기로 한다.

가. 헌법재판소법 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 규율을 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 헌법재판소법제정작업의 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 사문화시켰다고 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 복수의 권리구제수단이 있는 경우에 있어서 이들의 활용의 선후를 정한 소위 “상대적 보충성”의 원칙⁵²⁾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 위헌소원에 있어서 심판대상은 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 정종섭, 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 헌법소원의 보충성원칙에 의한 사건의 여과(濾過)가 없다면 헌법재판소는 폭증하는 사건으로 기능이 마비될 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 공동화할 우려가 있다. 이처럼 보충성의 원칙은 절차법적인 규범인 동시에 권한법적 규범으로서의 성격을 보유하고 있는 것이다.⁵⁷⁾

이처럼 법원과 헌법재판소 간의 권한분배의 질서를 유지·확보하여 주는 기능을 수행하는 보충성원칙 “자체는” 여타 권리구제절차

56) 이에 관하여 상세한 것은 Tae-Ho Chun, 전제서, 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 양적인 면에서 뿐만 아니라, 질적인 면에서도 덜어준다는 데도 있다고 평가되고 있다. 즉 법원들이 당해 사건과 관련하여 이미 사실조사 및 증거자료의 평가, 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 심판자료를 기초로 하여 심판활동을 할 수 있으며, 그럼으로써 헌법재판활동이 사건의 구체적인 역사적, 현실적인 맥락으로부터 추상화되어 고답적인 논의를 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 ‘절대적 보충성의 원칙’으로 변질되고 있다.

나. 제68조 제2항의 위헌소원

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 위헌소원으로 불리워 지고 있는바, 우리나라에 특유한 규범통제제도로 평가되고 있다.

동제도가 생성될 수 있었던 배경 중의 하나는 과거 법관들이 보여주었던 뿌리깊은 사법소극주의에 대한 불신이라고 할 수 있다. 유신체제 이후 제5공화국 시대가 막을 내릴 때까지 헌법재판기관으로 헌법위원회가 설치, 운영되었으나 단 한차례의 헌법제청도 이루어지지 않았던 경험에 비추어 “jura novit curia(법률은 법원이 안다)”라는 소송법상 일반적으로 통용되는 법언에도 불구하고 당해 소송의 당사자들에게 당해 소송절차의 재판의 전제가 되는 법률의 위헌성을 직접 헌법재판소에서 다투게 할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다. 독일의 구체적 규범통제절차에서는 수소법원의 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 재심을 청구할 수 있도록 함으로써, 행정소송절차의 대상이 되었던 원처분을 다시 다룰 수 있게 제도적 장치를 마련하고 있다. 따라서 위헌인 법률에 바탕을 두고 발해진 원처분을 처분헌법소원으로 다루어야 할 필요성도 제68조 제2항의 헌법소원제도로 인하여 사실상 현저히 감소되고 있다.⁵⁸⁾

58) 그러나 신봉기, 전제논문, 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 Westeurpoa, 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. 헌법재판소의 결정의 기속력과 법원결정의 기판력의 충돌의 문제

위에서도 이미 지적한 바 있지만 재판작용은 헌법소원의 대상에서 제외되어 있다. 그러므로 헌법소원의 청구가 법원판결에 기판력이 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 확정판결에 기판력(실질적 확정력)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 비상적 권리구제제도(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 가명령제도(einstweilige Anordnung)를 통하여 그로 인하여 발생할 수 있는 가혹한 경우를 규율하고 있다. 오스트리아에서 일정한 경우에는 행정심판만을 거치고 바로 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있기 때문에 독일과는 다른 규율을 하고 있다. 즉 헌법소원의 청구가 통상 정지효과를 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 법원판결의 기판력과 헌법재판소의 결정의 기판력⁶¹⁾ 및 기속력이 상호 충돌하게 되는데, 현행 헌법재판소법에는 헌법재판소의 인용결정이 법원의 확정기각판결에 대한 재심사유가 되는가에 관한 명시적 규정이 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 인용결정의 기속력에 우위를 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 형식적 확정력은 물론 기판력(실질적 확정력)이 생성된다고 보아야 한다. 헌법재판소법 제75조 제1항은 헌법재판소와 청구인 및 피청구인을 구속하는 기판력과는 별도로 헌법재판소결정의 구속범위를 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 청구기각을 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 해석론으로 풀고 있는 실정이다. 오스트리아에서는 행정법원의 판결의 기판력은 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⁾

출견으로는 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 소극적인 입법정책적 결정의 표출이지, 해석을 통해 보충될 수 있는 법적 흠결을 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, 우리나라의 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 입법상의 부주의, 내지 무지로 인한 법적 흠결의 결과라기 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. 헌법재판소법 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 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원에서와 같이 여전히 제한된 범위에서나마 나름대로의 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. 중간결론

헌법재판소법 차원에서조차 처분소원의 가능성을 뒷받침해주는 근거를 보다는 그 가능성을 부인하는 논거들이 많이 발견되며, 또한 궁·부의 논거들을 전체적으로 평가할 때도 부정설이 설득력이 있다고 본다.

6. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 현행 권리구제체계하에서는 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 헌법전문 의 법원은 아닐지라도 행정소송의 대상이 미치는 범위에서는 실질적으로 처분을 통한 기본권침해를 제거할 수 있기 때문이다.

끝으로 현행 헌법과 헌법재판소법의 해석을 통하여 헌법정책적 내지 기본권정책적인 소망을 실현시키려는 노력도 높이 평가할만한

하지만, 현행 권리구제체계의 테두리 안에서 법원의 재판에서 기본권의 의미가 보다 존중되고 관철될 수 있도록 기본권론을 전개하는 한편, 대법원을 비롯한 법원의 판결을 기본권의 시각에서 비판적으로 검토하는 자세가 더욱 더 요청된다고 본다. 또 이것이 실정 헌법의 규범력을 제고시키고 관철하는 올바른 방향이라고 본다.

위헌제청형 헌법소원

김 현 철

심판사무2과장

- 목 차 -

I. 서 론

II. 위헌론과 그 비판

1. 권력분립원칙에 위배된다는 견해
2. 법원은 위헌제청신청을 기각하여 배척할 수 없다는 견해
3. 결론

III. 법적 성격 (본질론)

1. 위헌제청형 헌법소원의 법적 성격
 - 가. 헌법소원설
 - 나. 위헌법률심판설 (구체적 규범통제설)
 - 다. 헌법재판소의 관례
 - 라. 결론
2. 법 제68조 제1항 헌법소원과의 관계

IV. 청구요건

1. 위헌제청신청 기각(또는 각하)결정
2. 심판청구의 대상
3. 재판전제성
 - 가. 전제성의 의의
 - 나. 전제성의 요건
 - (1) 소극설
 - (2) 적극설
 - (3) 헌법재판소의 판례
 - (4) 결론
 - 다. 제청신청인의 권리와 관계
4. 청구기간
5. 변호사강제주의 및 국선대리인제도

V. 심판절차

1. 심판절차의 개관
2. 사전심사
 - 가. 각하결정
 - 나. 심판회부결정
 - 다. 지정재판부의 합헌판단권 문제
 - 라. 사전심사 무용론
3. 심리절차
 - 가. 서면심리 원칙
 - 나. 직권심리주의
4. 가구제제도의 허용여부
 - 가. 집행정지

- (1) 효력의 전부 또는 일부의 정지
- (2) 처분의 집행의 전부 또는 일부의 정지
- (3) 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지

나. 가처분

다. 위헌제청형 헌법소원심판에의 준용여부

- (1) 문제의 제기
- (2) 학설
- (3) 헌법재판소의 판례

라. 결론

VI. 종국결정

- 1. 각하 결정
- 2. 심판절차종료 선언
- 3. 합헌 결정
- 4. 위헌선언불가 결정
- 5. 헌법불합치 결정
- 6. 한정합헌 결정
- 7. 한정위헌 결정
- 8. 일부위헌(포함위헌) 결정
- 9. 단순위헌 결정

VII. 결 론

I. 서론

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 본래적 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.

후자는 외국의 입법례에서는 볼 수 없는 독특한 제도로서²⁾ 이에 대하여는 위헌론도 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 '법'이라고 한다.

2) 정종섭, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대한 검토, 헌법재판자료 제3집(1990.12), 305면.

3) 제심사건 제외, 이하 같다.

4) 참고로, 같은 기간 동안 법원이 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 과문을 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 본 고에서는 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 논의를 정리하고 그동안 헌법재판소의 실무운영을 살펴보기로 한다.

그런데 논의에 들어가기에 앞서 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 명칭을 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 갈음한 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) 최광률, 헌법재판소법 해설, 공법학회세미나자료(1988.2), 37면.
권영성, 헌법학원론(1994.4), 1174면.
- 9) 헌법재판소의 ‘헌법재판활동현황’(국회제출용)에서도 이 용어를 사용하고 있다.
- 10) 김운용, 헌법재판제도의 운영/토론, 헌법재판자료 제3집(1990.12), 518면.
- 11) 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대학교대학원 박사학위논문(1989. 12), 198면.
- 12) 한병채, 헌법재판론(1994.7), 216면.
- 12) 이시윤, 헌법재판과 입법통제, 헌법재판자료 제4집(1991.12), 9면.

에서도 “위헌소원”¹³⁾, “위헌제청성 헌법소원”¹⁴⁾, “위헌제청형 헌법소원”¹⁵⁾ 등 여러가지 용어를 사용해 왔다.

그러나 “위헌심사형 헌법소원”이라는 용어에 대하여는 심사의 대상이 나타나지 않아 무엇에 대한 위헌심사인지를 알 수 없어 개념으로서 부정확하다는 비판¹⁶⁾이 있고, “규범통제형 헌법소원”이라는 용어는 원리와 본질상 서로 다른 ‘규범통제’와 ‘헌법소원’이라는 서로 조화될 수 없는 개념이 결합되어 있어 의미모순적 개념으로 이해될 우려가 있다는 비판¹⁷⁾이 있다. “위헌소원”이라는 명칭도 사건명에 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 살펴건대, 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, 전계논문, 318면.

17) Ibid.

18) Ibid ; 김남진, 헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구, 헌법재판연구 제2권 (1991.5), 206명 ; 김광덕, 한국의 헌법소원제도에 대한 연구, 연세대학교행정대학원 석사학위논문 (1994.6), 14면.

는 것이 이해의 편의를 위해 적당하다고 생각한다. 따라서 본고에서는 “위헌제청형 헌법소원”이라고 부르기로 한다.

II. 위헌론과 그 비판

종래 위헌제청형 헌법소원제도를 규정한 법 제68조 제2항이 위헌 규정이 아닌가 하는 논란이 있어 왔다. 그 위헌론은 두 가지 상반된 입장에서 제기되었다.

1. 권력분립원칙에 위배된다는 견해

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 법령소원에 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 사법부인 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 청구기간, 자기성·직접성·현재성, 보충성 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 학계 일각에서는 이와 같이 법원의 재판을 헌법소원에서 배제한 것이 헌법소원심판제도의 헌법철학적 기초를 몰각하였거나 무시한 것으로 입헌주의 내지 헌법국가의 원리에 정면으로 배치되는 것²²⁾이라고 비판하고 있는 터에 그나마 그와 같은 결함을 다소나마 메우기 위하여 규정된 법 제68조 제2항이 위헌이라는 것은 본말이 전도된 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 위험하기 짝이 없는 발상이며 위헌 여부심판을 헌법재판소의 최종적인 전속관할로 정한 헌법의 기본이념과도 상치되는 것이라 아니할 수 없다.

2. 법원은 위헌제청신청을 기각하여 배척할 수 없다는 견해

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, 전제논문, 327면.

22) Ibid.

(전심권)을 가지지 않는다는 것을 규정한 것으로 보아 법원의 합헌결정권은 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 대법원의 불송부결정권을 규정하였던 구 헌법위원회법 제15조 제2항과 헌법위원회에의 위헌법률심판제청결정에 관한 구법원조직법 제7조 제1항 제4호가 폐지되었다는 점에 기초하고 있다.²⁶⁾

그러나 생각건대, 국가의 실정법질서는 헌법을 정점으로 하는 위

23) 이시윤, 헌법재판개관, 판례월보(1989.5), 19-20면.

24) 권영성, 헌법재판의 제도와 운영/심포지엄, 인권과 정의(1989.11), 24면. 정종섭, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권, 위법논총 제1집 (1990.12), 357면.

25) 이시윤(주23), 20면.

26) 김철용·김문현·정재황, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4권 (1993.6), 240면.

계질서를 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. 결론

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 구 법하에서는 복잡한 절차를 경유하고 대법원에게 위헌제청결정권을 줌으로써 위헌법률심사는 헌법책에서나 볼 수 있는 제도가 되었던 것을 현행법이 신청자에게 바로 헌법소원을 제기할 수 있도록 인정한 것은 그 동안 부진했던 규범통제를 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 무의한 절차를 거칠 필요도 없이 바로 위헌심사를 받게 함으로써 규범통제의 활성화, 소송경제, 대법원의 지위유지 등 독일에 비하여 진일보된 제도로 여겨진다.²⁹⁾ 더구나 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 현재의 상황에서 헌법재판을 활성화시켜준 원동력이 되고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.³⁰⁾

Ⅲ. 법적 성격 (본질론)

1. 위헌제청형 헌법소원의 법적 성격

위헌제청형 헌법소원의 법적 성격은 무엇인가? 다시 말하면 위헌제청형 헌법소원의 본질은 무엇인가에 대하여는 동 헌법소원의 심판대상이 무엇인가와 관련하여 종래에 두 가지 견해가 있었다.

가. 헌법소원설

이는 위헌제청형 헌법소원은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 법 제68조 제1항의 예외로서 위헌제청신청을 기각한 법원의 기각결정 자체에 대한 헌법소원으로 보자는 견해이다.³¹⁾ 그 이유는 만일 위헌제청형 헌법소원의 실질을 위헌법률심판이라고 한

29) 이시윤(주23), 19면.

30) 김학성, 전계논문, 197면.

31) 김운용, 전계토론, 516면.

다면 이를 헌법소원의 유형으로 규정하고 있는 법 제68조 제2항은 논리체계상 문제가 있고 제소요건이나 결정주문형식 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 아니냐만을 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 일용 법원(법관)의 긍정적인 위헌소견을 거친 사건이지만 후자의 경우는 그와는 반대로 부정적인 소견을 거친 사건인 점에서, 또 전자의 청구인은 제청자인 법원이지만 후자의 경우는 청구인이 당해 사건의 당사자인 일반 국민개개인이라는 점에서 서로 다르며, 제청사건과 소원사건이란 점에서 또 서로 다르다”는 견해를 밝힘으로써³³⁾ 헌법소원의 성격에 비중을 두고 있는 듯하다.

나. 위헌법률심판설 (구체적 규범통제설)

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. 헌법재판소의 판례

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) 정종섭(주2), 317면. ; 김학성, 전계논문, 197면. ; 황우여(주9), 549면.

35) 김철용 외 2인, 전계서, 248면.

36) 현제 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 주체만을 뿐 그 실질은 법 제41조의 위헌법률심판청구와 동일하게 규범통제심판으로 보고, 재판의 전제성을 비롯하여 판결의 효력에 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 위헌임을 소원하고 있는데 헌법재판소가 합헌선언을 하는 것이므로 이는 큰 잘못이며 이와 같은 경우는 당연히 “기각” 주문을 내야 할 것이라고 하면서, 위헌제청형 헌법소원의 주문은 일반형 헌법소원중 법령소원사건의 주문례와 통일함이 합리적이라고 한다.

라. 결론

37) 헌재 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, 헌법재판연구(1) (1995. 7), 151면.

39) 한병채, 전게서, 680면.

위에서 본 바와 같이 초기의 일부 판례나 학설, 그리고 일부 재판관의 의견을 제외하면 현재는 위헌제청형 헌법소원심판의 실질은 그 명칭이나 법규정의 형식과는 관계없이 헌법소원심판이 아니라 구체적 규범통제라고 보는 것이 통설·판례라고 보아도 무방할 것이다.⁴⁰⁾ 이처럼 위헌제청형 헌법소원의 실질을 구체적 규범통제로 본다면 동 헌법소원은 보충성의 원칙이나 법적 관련성(자기성·현재성·직접성)의 요건이 요구되는 것이 아니고, 심판의 대상이 된 법률(조항)의 재판전제성이 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 형식적 의미의 헌법(헌법전의 명문규정) 뿐만 아니라 경우에 따라서 실질적 의미의 헌법에 위반됨을 주장할 수 있다. 따라서 헌법상의 판례나 관행에의 위반도 주장할 수 있고, 헌법상의 원리·원칙과 헌법에 선행하면서 그것을 지도하고 있는 최고의 법원리 내지 자연법의 원리, 정의원리 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. 법 제68조 제1항 헌법소원과의 관계

40) 동지 ; 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 주관적 권리구제의 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 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 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 심판청구요건이나 그 대상이 다르므로 중복제소에 해당되지 않는다.”고 판시하였다.

IV. 청구요건

1. 위헌제청신청 기각(또는 각하)결정

법 제 68조 제2항은 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 ‘기각’된 때에는” 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러면 당해 법원이 당사자의 제청신청을 “각하”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, 민사소송법 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 재판소에서 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) 정중섭, 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. 심판청구의 대상

위헌제청형 헌법소원심판청구의 대상으로서의 법률은 형식적 의미의 법률 및 그와 동일한 효력을 가진 명령이다. 따라서 대통령령인 국가유공자예우등에관한법률시행령 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, 전제서, 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 재판자체를 위헌심판제청신청의 대상으로 삼았다면 이는 법률의 위헌여부심판의 제청이 일반법원에서 기각되었음을 전제로 하는 요건을 갖추지 못한 것이다.⁴⁹⁾

긴급재정·경제명령과 긴급명령(헌법 제76조)이나 조약도 법률과 동일한 효력을 가지는 것이나 위헌제청형 헌법소원심판청구의 대상이 되는지 여부에 대한 헌법재판소의 판례는 아직 없다. 그리고 법률은 이미 공포된 것이어야 하고 원칙적으로 위헌심판시를 기준으로 효력을 가지는 법률이어야 한다. 다만 폐지된 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, 전계서, 133면.

는 나머지 심판청구서에서의 전체적인 주장취지를 살펴보고 법률의 위헌여부에 대하여 주장하는 점이 있다고 보이면 그렇게 받아들여지면 될 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⁾

법원에서의 위헌제청신청의 대상이 되지 아니한 법률조항에 대한 청구부분이 추가된 경우는 어떤가? 위헌제청형 헌법소원은 법 제41조 제1항에 의한 위헌여부심판의 제청신청을 법원이 각하 또는 기각한 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. 재판전제성

가. 전제성의 의의

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) 헌재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 결정 ; 1994. 9. 6. 자, 94헌마36 결정 ; 1995. 7. 27. 선고, 93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53 병합결정.

54) 한병채, 전제서, 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. 전제성의 요건

재판의 전제성의 요건에 대하여는 좁게 보는 소극설과 넓게 보는 적극설이 있다.⁵⁷⁾

(1) 소극설

이는 원칙적으로 당해 법원이 심리중인 당해 사건의 재판결론인

55) Ibid, 344면.

56) 본고, VI. 1. 참조.

57) 한병채, 전제서, 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) 적극설

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) 헌법재판소의 판례

헌법재판소는 재판의 전제성요건을 완화하여 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 소급적 무효를 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 이유를 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 대법원은 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 변론계개신청을 하면서 징발재산정리에관한특별조치법에 대하여 별도의 위헌심판제청신청서를 제출하였음에도 불구하고 변론계개신청을 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) 결론

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 것이어야 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 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 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(법률신문 1995. 4. 27. 자, 10면 참조).

63) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 92헌바18 결정.

64) 헌재(주61) 결정례.

판소는 이를 직권으로 조사할 수 있다고 한다.⁶⁵⁾

다. 제청신청인의 권리와 관계

재판의 전제성 문제는 헌법재판을 할 수 있는 적법요건으로서 소송요건의 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. 청구기간

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, 전계서, 351면.

없게 그 길을 폐쇄시키는 것이다.⁶⁷⁾ 또한 청구기간은 헌법소원심판의 청구에 있어 소송요건이다. 즉 청구가 적법한 것으로 취급되기 위하여 갖추어야 하는 필요적 사항이다. 따라서 청구기간의 흠결이 있는 경우에는 헌법재판소는 본안심리에 들어가기 전단계에서 소송요건의 흠결을 이유로 청구를 부적법각하하게 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 송달받은 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, 전거서, 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. 변호사강제주의 및 국선대리인제도

각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인은 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, 전거서, 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 심판에 회부하는 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. 심판절차

1. 심판절차의 개관

위헌제청형 헌법소원의 심판절차는 일반형 헌법소원의 경우와 대체적으로 같다. 즉 청구인이 헌법재판소에 헌법소원심판청구서를

72) Ibid, 126-127면.

73) Ibid, 127면.

74) 필자는 전에 이미 헌법소원심판절차에서 직권으로도 국선대리인을 선정할 수 있도록 법을 개정하자고 주장한 바 있다. 줄고, 헌법소원심판의 특수성 소고, 헌법논총 제4집(1993.12), 293면 참조.

제출하면 사건번호와 사건명이 부여되고 3인의 재판관으로 구성되는 지정재판부의 사전심사를 받게된다(법 제72조 제1항). 지정재판부의 재판장은 심판청구서를 심사하여 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 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. 사전심사

헌법재판소에 접수된 헌법소원심판사건은 먼저 지정재판부의 사전심사를 거치게 되는데(법 제72조 제1항), 이러한 사전심사는 심판청구의 본안에 대한 판단이 아니라 단지 청구요건의 구비여부만을 심사하는 것이다. 그런데 지정재판부 재판장이 심판청구의 보정을 요구하면서 정한 보정기간은 법 제72조 제4항에 정하는 지정재판부의 사전심사기간에서 제외되어야 하고(법 제28조 제4항, 제72조 제5항), 재판부 기피신청으로 인하여 심판절차가 정지된 기간(법 제24조 제6항, 민사소송법 제44조)은 위 사전심사기간에 산입하지 아니하는 것으로

75) 정종섭, 전게서, 136면.

로 보아야 한다.⁷⁶⁾

가. 각하결정

사전심사 결과 다음의 각 경우에는 지정재판부 재판관전원의 일치(된 의견에 의한 결정으로 심판청구를 각하한다(법 제72조 제3항).

제1호, 다른 법률에 구체절차가 있음에도 불구하고 그 절차를 모두 거치지 아니한 경우나 법원의 재판에 대하여 청구된 경우

제2호, 청구기간이 경과된 경우

제3호, 변호사를 대리인으로 선임하지 않고 청구한 경우⁷⁷⁾

제4호, 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 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 대통령령에 대하여 위헌제청신청을 하였다가 법원에서 각하결정되자 심판을 청구한 경우⁷⁹⁾, 셋째 법정구속을 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 § 25③ 단서 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. 심판회부결정

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. 지정재판부의 합헌판단권 문제

지정재판부에서 사전심사를 한 결과 청구의 이유가 없음이 명백한 경우에 전원재판부에 심판회부하지 아니하고 지정재판부에서 합헌판단을 할 수는 없는가? 이는 일반형 헌법소원에 있어서도 마찬가지인데, 이에 대하여는 소송경제를 고려하여 청구기각(합헌)의 사유가 명백한 때 이를 구태여 동일한 결론이 날 전원재판부로 회부하지 않고 실질적 이유는 기각(합헌)이지만 각하결정으로 지정재판부에서 종결할 수 있다는 견해⁸³⁾가 있으나 현행법하에서는 무리한

81) 이를 실무상 “심판회부간주”라고 부른다.

82) 출고(주75), 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. 사전심사 무용론

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 입법론으로는 몰라도 현행법의 해석으로는 어렵다고 본다.

3. 심리절차

가. 서면심리 원칙

소송의 심리는 소(청구)에 대하여 판결(결정)하기 위하여 그 기초가 될 소송자료를 수집하는 것으로 각종 소송절차의 가장 중핵적인 것이다. 심리의 방법으로는 구술에 의하는 것(구술심리)과 서면에 의하는 것(서면심리)으로 나눌 수 있는데, 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(법 제30조 제2항). 독일연방헌법재판소의 경우도 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하며 구두변론은 예외적으로만 인정되고 있다. 다만 독일의 경우 후자, 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(간통죄) 위헌소원, 90헌바13 형법 제338조등(사형규정) 위헌소원, 92헌바49·52 토지초과이득세법 위

85) 독일연방헌법재판소법(1993. 8. 11. 전문개정 : BGB1. I S. 1473) §22① 참조.

86) 김철용외 2인, 전게서, 28면.

헌소원, 89헌마214·90헌바16 도시계획법 제21조(그린벨트규정) 위헌소원 등이 있는데, 이들은 모두 대학교수를 비롯한 전문참고인의 진술을 듣기 위한 것이 그 목적이었다. 전술한 바와 같이 구체적 규범통제의 성격을 갖는 위헌제청형 헌법소원을 위한 변론이란 앞으로 이리한 형태가 될 것으로 보인다.

나. 직권심리주의

헌법소원심판을 포함한 헌법재판은 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 그런데 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 헌법규범의 해석과 이로 인한 객관적인 헌법질서의 보장을 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 증거조사를 할 수 있다(법 제31조 제1항).

- ① 당사자 본인 또는 증인을 신문하는 일
- ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일

87) Ibid, 37면.

88) Ibid, 38면.

③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일

④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상 또는 상황을 검증하는 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 “수명재판관”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 현장검증이 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. 가구제제도의 허용여부

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 정당해산심판에서의 가처분(법 제57조), 권한쟁의심판에서의 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. 집행정지

집행정지결정은 본안소송이 종결될 때까지 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 정지함을 그 내용으로 한다.⁹¹⁾

(1) 효력의 전부 또는 일부의 정지

처분의 효력이란 처분의 내용적 구속력·공정력·집행력등을 포함한다. 효력이 정지되면 잠정적이기는 하지만 이들 행정행위의 효력이 존속되지 않는 결과가 된다.

(2) 처분의 집행의 전부 또는 일부의 정지

처분의 집행이란 처분내용의 강제적 실현을 위한 집행력의 행사를 말한다. 처분의 집행정지는 집행작용을 정지시킴으로써 처분의 내용의 실현을 저지하는 것이다.

(3) 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지

절차의 속행의 정지란 행정처분이 단계적인 절차에 의해 행해지

91) 홍준형, 행정구제법(1993.5), 302면.

는 경우 그 후속행위를 정지하는 것을 말한다.

나. 가처분

일반적으로 민사소송법상의 가압류·가처분 절차는 현상을 방지하여 두면 장래의 강제집행이 불가능하게 되거나 현저하게 곤란하게 될 우려가 있는 경우에 채무자의 처분을 금하는 따위의 방법으로 현상의 변경을 금하고 강제집행의 보전을 하는 절차이다.⁹²⁾ 가처분에는 계쟁물에 관한 가처분(민사소송법 제714조 1항)과 임시지위를 정하는 가처분(동조 2항)이 있는바, 전자는 물건을 대상으로 청구권의 보전을 목적으로 하는 것임에 대하여 후자는 분쟁해결이 될 때까지의 법률관계의 불안정을 배제하고 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 법적 지위를 정하는 절차이다.

다. 위헌제청형 헌법소원심판에의 준용여부

(1) 문제의 제기

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 헌법재판의 본질과 헌법기관으로서 헌법재판소의 독자적 기능을 수행하는 헌법상의 지위로부터

⁹²⁾ 이 때문에 집행보전절차 또는 보존소송이라고 한다.

이시윤, 민사소송법(1995.7), 38면.

이해하여야 한다.⁹³⁾

(2) 학설

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 입법의 불비이며, 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 명문의 규정을 두는 것이 좋은 것이라고 한다.⁹⁶⁾

(3) 헌법재판소의 판례

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 소송절차를 일시 정지한다는 결정을 구하며 신청한 사건이었는데, 위 기각결정에서는 그 이유를 실시하지 않아 그 기각결정의 이유(논거)를 알 수 없어 안타까울

93) 한병채, 전계서, 664면.

94) 김영철, 스페인헌법재판소의 관할과 그 운용현황, 헌법논총 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. 결론

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 제정처분이 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 재심을 청구할 수 있으나, 이러한 구제방법이 집행정지나 가처분에 의한 방법보다 더 번

97) 한병채, 전계서, 678면.

거로울 것은 자명하다. 이때 종국결정이 있기 전이라도 점정적으로 처분의 집행을 정지하는 등 임시조치를 취함으로써 권리구제에 차질이 없도록 할 필요가 생긴다.

그런데 먼저 집행정지에 관하여 보건대, 위헌제청형 헌법소원의 경우에는 집행정지체도를 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 수행의 전부 또는 일부의 정지”를 명하는 집행정지는 위헌제청형 헌법소원의 전제가 된 일반법원의 당해 소송에서 밟아야 할 절차이기 때문이다.

그러나 한편 가처분에 대하여 살펴보면, 일반적으로 가처분에는 전술한 바와 같이 재쟁물에 관한 가처분과 임시지위를 정하는 가처분이 있는바, 후자의 경우에는 위헌제청형 헌법소원에 있어 가처분을 인정할 수 있다고 본다. 이는 위 93헌사81 가처분신청사건에 대한 기각결정의 반대의견에서도 나타난 바와 같이, 첫째 보전절차의 잠정적이고도 가정적인 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 정지되도록 한 법 제42조 제1항의 규정이나 헌법재판소의 심판절차는 민사소송을 준용하도록 한 제40조의 주체만 다를 뿐 그 실질은 법 제41조의 위헌법률심판청구와 동일하게 구체적 규정통제심판으로 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 가처분보다 엄격하게 그 필요성을 검토하여야 할 것이다.⁹⁸⁾

VI. 종국결정

재판부가 심리를 마친 때에는 종국결정을 한다. 종국결정은 종국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 하는바, 다만 인용결정을 하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(법 제23조 2항 1호). 종국결정에는 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. 각하 결정

전술한 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) 줄고, 헌법소원의 대상에 관한 소고, 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 “지침”을 심판청구의 대상으로 한 경우가 1건,¹⁰²⁾ 나머지 1건은 청구인 본인이 헌법소원심판을 청구한 후에 재판장의 보정명령에 따라 대리인(4인)을 선임하였으나 그들이 청구서나 청구이유서의 제출 등 변호사로서의 심판수행을 전혀 하지 아니하고 있다가 모두 사임한 케이스¹⁰³⁾이다. 그러므로, 전술한 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. 심판절차종료 선언

한편, 본안판단에 들어가지 않는 점에서는 각하결정과 같지만 각하결정과는 다른 성격의 것으로 심판절차종료선언이 있다. 이는 청구인의 사망으로 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 수계할 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 결정의 필요성이 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 보이지도 아니하므로, 이 사건 헌법소원은 청구인의 사망으로 말미암아 그 심판절차가 종료되었다.”는 것이다.

3. 합헌 결정

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. 위헌선언불가 결정

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 위헌제청형 헌법소원을 인용하려면 재판관 6인의 찬성이 있어야 하므로, 심판의 대상이 된 당해 법률(조항)의 위헌 결정에 찬성하는 재판관이 과반수이더라도 위헌결정 정족수 6인에 미달하는 경우에는 위헌결정을 선고할 수 없으므로 부득이 위헌선언불가결정을 하게 되는 것이다.¹⁰⁷⁾

개소이래 1995. 8. 31.까지 위헌제청형 헌법소원에 대한 위헌선언

105) 이 숫자에는 후술하는 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 위헌선언불가결정을 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. 전자의 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, 후자의 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 (실효 등의) 영향을 미치지 않는다는 점과 재판의 평의과정은 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 “선언적”인 의미를 부여할 수 있을 것이다.

5. 위헌불합치 결정

108) 이 결정에는 “이 사건 법률조항은 재판의 전제성이 없으므로 심판청구를 각하해야 한다”는 재판관 4인(조규광·최광률·김문희·황도연)의 소수의견이 있었다.

109) 이 결정에도 재판의 전제성 결여를 이유로 각하해야 한다는 상기 4인 재판관의 소수의견이 있었다.

110) 그러므로 위헌제청형 헌법소원의 경우 위헌선언불가결정은 사건수로는 6건이나 횡수는 2회(결정문 수도 2건)이다.

111) 김철용 외 2인, 전계서, 162면.

이는 법률 또는 법률의 조항이 헌법에 합치하지 아니한다는 위헌 선언에 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 법적 안정성을 보호하기 위하여 점정적인 합헌을 유보하는 일종의 위헌확인선언의 결정주문형태’라고 한다. 그리고 이 주문의 결정은 입법자가 위헌상태를 제거하는데 여러 가지 가능한 방법을 선택하여 합헌적인 법률을 제정할 수 있도록 입법기회를 보장하는 입법촉구를 전제로 재판하는 것이 가장 “헌법적”이라는 데 기초를 두고 있는 것이다.¹¹³⁾ 헌법불합치결정은 이와 같이 입법자의 입법형성의 자유를 존중함과 동시에 유효하게 존속하던 법률을 실효시킴으로써 야기되는 갑작스런 법률의 공백상태를 방지하고 나아가 법적·사회적 혼란에 대비하여 법적 안정성과 사회질서를 유지하여야 하는 헌법적 사유가 있는 경우에 하는 것이다.¹¹⁴⁾

우리 재판소에서는 1994. 7. 29. 선고한 토지초과이득세법 위헌소원(92헌바49·52 병합결정)에서 위헌제청형 헌법소원에 대하여 처음으로 헌법불합치결정을 내렸다.¹¹⁵⁾ 위 토지초과이득세법에 대한

112) 한병채, 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 특허쟁송제도에 관한 관련 법규정들을 “헌법합치적으로” 개정하였으므로(1995. 1. 5. 법률 제4892, 4894호), 입법촉구 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 적용된다고 결정주문에 명시하였다.

114) 한병채, 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 개정 또는 폐지할 때까지는 법원·행정청 기타 모든 국가기관은 현행 토지초과이득세법을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되, 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여’ 이 사건에서 토지초과이득세법에 대한 단순위헌무효결정을 선고하지 아니하고, 법 제47조 제2항 본문의 ‘효력상실’을 제한적으로 적용하는 변형결정으로서의 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 단순위헌선언 또는 개정입법촉구등을 선고하지 아니하고 굳이 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위

① 위헌 제청사건에서는 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 : 김성수, 토지초과이득세법에 대한 현재의 헌법불합치결정 과연 잘못된 결정인가, 법률신문 1994. 11. 10. 15면(상), 동년 11. 14. 15면(하).

② 비판하는 견해 : 석중현토지 공법학회 심포지엄, 법경신문 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 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 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 구법조항들 중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 획정을 입법자의 형성의 자유에 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 신·구법 적용을 놓고 논란을 거듭해 온 토초세 논쟁에 종지부를 찍은 바 있다.

6. 한정합헌 결정

한정합헌결정이란 심판의 대상이 된 법률(조항)의 형식적인 문언 자체에 대하여 위헌결정을 하는 것이 아니고 그 문언의 내용이 다의적으로 해석가능한 경우이어서 그 질적인 축소해석으로 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 법률규범을 존속시키는 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 위험이 있을 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위배되지 아니한다”(헌재 1992. 4. 14. 선고, 90헌바23 결정)였다.

7. 한정헌법 결정

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 부

118) 한병채, 진게서, 558면.

119) 이 결정은 우리 재판소에서 이른바 “변형결정”의 주문을 낸 최초의 사례이다.

120) 다만, 주문의 형식 자체는 후술하는 바와 같이 명백히 구별된다.

분적 위헌선언이며 그 효과를 달리하는 것이 아니다. 다만, 양자는 법문의 의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 법문의 의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판사건에서의 실무적인 적의성 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 위헌제정형 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 자기소유하여야 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 추정규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 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 92헌마27,94헌마6·47 병합결정에서는 “구 상속세법 (1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 법) 제7조의2 제1항 중 ‘용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우’를 추정규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”고 판시하였다.

8. 일부위헌(포함위헌) 결정

혹자¹²¹⁾는 포함위헌결정을 적용위헌결정¹²²⁾, 조건부위헌결정¹²³⁾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 (질적)일부위헌결정은 법조문은 그대로 둔 채 다만 법조문에 명시적으로 표현되어 있지 않은 특정한 ‘적용례’에 대해서만 위헌선언을 하는 것이다.

그동안 위헌제청형 헌법소원사건의 일부위헌결정은 2건이 있었는데, 이들은 모두 “포함위헌”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 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”고 하였고, 1991. 6.

121) 한병채, 진게서, 569면.

122) 예 ; 헌재 1991. 5. 13. 선고, 89헌가97 결정.

123) 예 ; 헌재 1992. 3. 13. 선고, 92헌마37·39 병합결정.

3. 선고한 89헌마204 결정에서는 “화제로인한재해보상과보험가입에 관한법률(1973. 2. 6. 법률 제2482호) 제5조의 ‘특수건물’ 부분에 동법 제2조 제3호 가목 소정의 ‘4층 이상의 건물’을 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”고 하였다.

9. 단순위헌 결정

위에서 설명한 여러 결정유형 - 특히 변형결정 - 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), “반국가행위자의처벌에관한특별조치법(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. 결 론

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 전술한 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 비중이 얼마나 큰지 알 수 있다.

또한 이들 위헌제청형 헌법소원은 위헌제청신청이 법원에서 기각

되어 일응 일차적 합헌판단을 받은 경우임에도 불구하고 헌법재판소에서 위헌 11건, 헌법불합치 2건, (질적)일부위헌 2건, 한정위헌 6건이 선언되는 등 규범통제의 측면에서나 당사자의 권리구제 측면에서나 지대한 공헌을 하고 있다고 아니할 수 없다.

위헌법률심판제청사건과 위헌제청형 헌법소원사건의 접수 및 처리유형별 비교는 아래와 같다.

구 분	접수	처 리									
		계	위 헌	헌법 불합치	일부 위헌	한정 위헌	한정 합헌	합 헌	각 하	취 하	기 타
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

여기에서 필자는 법의 개정을 전제로 위헌제청형 헌법소원심판절차에서 그동안 문제된 부분을 중심으로 몇 가지 제도의 개선을 주장하는 바이다.

첫째는 심판청구기간의 연장이다. 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 직권에 의한 국선대리인 선정제도의 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 지정재판부의 합헌결정 문제이다. 이 문제는 일반형 헌법소원에서도 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 입법체계상 헌법재판소법에서도 위헌법률심판(법 제4장 제1절)편으로 옮겨야 한다는 견해¹²⁵⁾에 대하여는 좀더 연구해

125) 김학성, 전제논문, 198면 ; 정종섭, 전제서, 152면.

불 여지는 있으나 필자의 개인적인 생각으로는 그럴 필요성이나 실익은 크지 않다고 본다. 왜냐하면 위헌법률심판편으로 옮겨 규정할 경우 현재와 같은 변호사강제주의¹²⁶⁾를 비롯한 사전심사를 면제받을 수 있을지 모르나, 현재까지 헌법재판소의 실무상 감소이래 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 기형적인 일반형 헌법소원제도의 미비점을 다른 측면에서 보완해 주어 국민의 기본권보장에 이바지하는 훌륭한 제도적 장치라고 보아야 할 것이다. 따라서 이러한 위헌제청형 헌법소원제도에 대한 이론적 연구 및 헌법재판소의 판례분석 등을 부단히 계속함으로써 우리나라 헌법재판제도의 폭과 깊이를 더하여야 할 것이다.

126) 이것은 일반심판절차(법 제3장)편에 있는 법 §25③에 따른 것이므로 여기에서도 예외조항을 두어야 하는데, 이는 입법체계상 혼란의 여지도 있다.

127) 이는 전체 접수건수의 4.5%, 처리건수의 7% 수준임.

권한쟁송법 개정시론

신 봉 기

헌법재판연구원보

- 목 차 -

I. 서

1. 의 의

2. 권한쟁송법의 개념과 범위

가. 권한쟁송법 개념

나. 권한쟁송법의 범위(본고의 대상)

II. 권한쟁송법의 내용

1. 우리나라의 권한쟁송법의 내용

가. 종류 및 당사자

(1) 권한쟁의

(2) 기관소송

나. 절차

(1) 권한쟁의심판의 절차

(2) 기관소송의 절차

2. 독일의 권한쟁송법의 내용

가. 독일의 권한쟁송법

- (1) 특징
- (2) 이른바 기관소송의 인정 여부

나. 종류 및 당사자

- (1) 권한쟁의·연방쟁송
 - (가) 권한쟁송
 - (나) 연방쟁송
- (2) 이른바 기관소송
 - (가) 항고소송이 일종으로서의 지방자치단체의 기관소송
 - (나) 이른바 기관소송으로 쟁송이 가능한 경우

다. 절차

- (1) 권한쟁의 및 연방쟁송의 절차
 - (가) 권한쟁의심판의 절차
 - (나) 연방쟁송의 절차
- (2) 이른바 기관소송의 절차

III. 현행 권한쟁송법의 문제점

1. 권한쟁의심판제도의 문제점

가. 국가기관의 개념

나. 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호 및 제2호의 위헌성

- (1) 제1호의 위헌성
- (2) 제2호의 위헌성

다. 헌법재판소 스스로가 당사자인 경우

라. 지방자치단체가 당사자인 경우

마. 교육위원회가 당사자인 경우

바. 권한쟁의와 보충성의 문제

사. 권한쟁의에 있어서 헌법사건과 법률사건의 구분의 불명확성

아. 변호사강제주의의 완화

2. 기관소송제도의 문제점

가. 권한쟁의와의 구별의 어려움 - 조화적 소송체계의 요청

나. 기관소송사안의 제한의 문제

다. 기관소송의 당사자와 기관소송무용론

라. 재판심급의 문제

마. 행정소송법 제46조의 준용규정의 문제점 - 입법의 흠결

(1) 행정소송법 제46조의 “ 그 성질에 반하지 아니하는 한”
부분의 문제점

(2) 행정소송법 제46조의 “처분 등”과 기관소송대상의
불일치 문제

(3) 심리절차근거규정상의 문제점

바. 현행 자치소송 규정의 문제점

(1) 지방자치법 제98조 제3항 및 제159조 제3항

(가) 입법상의 문제

(나) 대법원판결의 문제점

(i) 판결의 태도

(ii) 구체적 사례

① 대법원 1995. 5. 12. 선고, 94추28 판결

② 대법원 1995. 6. 30. 선고, 95추49 판결

(iii) 판결의 문제점

① 법률적 근거의 미비

② 소송대상의 문제

(2) 지방교육자치에 관한법률 제38조 제3항

사. 기관소송의 특별행정소송으로서의 성질

IV. 구체적 개선방법

1. 기관소송제도를 보완하는 방법
2. 권한소송제도를 보완하는 방법
3. 기관소송제도를 폐지하는 방법

V. 결 론

I. 서

1. 의 의

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 다툼 사안이 빈번히 발생하고 있음에도 불구하고⁸⁾ 정부나 다른 지방자치단체와의 사이에 힘겨루기 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 갈등이나 국회나 법원 등 다른 국가기관과의 갈등도 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. 권한쟁송법의 개념과 범위

가. 권한쟁송법의 개념

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 내무부장관 또는 시, 도지사에게 분쟁조정권이 인정되고 있으므로(지방자치법 제140조), 위의 경우에도 내무부장관이 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. 권한쟁송법의 범위(본고의 대상)

앞에서 보았듯이 권한쟁송법이란 헌법 및 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송을 말하며, 이들 각 제도가 본고의 연구대상이 된다.

II. 권한쟁송법의 내용

1. 우리나라의 권한쟁송법의 내용

가. 종류 및 당사자

(1) 권한쟁송

현행 헌법은 헌법재판소의 관장사항으로서 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’을 들고 있으며(헌법 제111조 제1항 제4호), 헌법재판소법 제2조 제4호에서도 이를 그대로 규정하고 있다. 나아가 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) 기관소송

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 지방교육자치에 관한 법률 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, 지방교육자치에 관한

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 중심으로 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. 절차

법률 제38조에 의한 소송을 '교육자치소송'으로 명명하기로 한다.

- 17) 전자 : 김남진, 행정법 I, 1990년, 640면 이하; 동인, 법조시론, 사법행정 1991년 4월, 13면 ; 김도창, 일반행정법론(상), 771면 이하 ; 후자 : 석종현, 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 법주체의 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) 권한쟁의심판의 절차

이들 당사자간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 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 권한쟁의심판의 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 ‘있을 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) 기관소송의 절차

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. 독일의 권한쟁송법의 내용

가. 독일의 권한쟁송법

(1) 특 징

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 기관소송의 인정 여부

(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 학설 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 주민청원에의 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. 종류 및 당사자

(1) 권한쟁의·연방쟁송

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 Hamburg, 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) 권한쟁의

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) 연방쟁송

① 연방과 주간의 쟁송

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, 조병환, 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 연방과 주간의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송

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 주 내부의 헌법상 쟁송

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 기관소송

(가) 항고소송의 일종으로서의 지방자치단체의 기관소송

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 기관소송으로 쟁송이 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 다투기 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. 절차

32) MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1990. S. 448.

(1) 권한쟁의 및 연방쟁송의 절차

(가) 권한쟁의심판의 절차

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 제67조).

연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 모든 국가기관과 법원 및 행정관청 그리고 나아가 분쟁 또는 심판절차에 참여한 관계자를 구속한다(동법 제31조).

(나) 연방쟁송의 절차

① 연방과 주간의 쟁송절차

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 결정된 때로부터 1월 이내에 한하여 이의를 제기할 수 있다(동법 제70조).

② 연방과 주간의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송절차

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 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제72조 제2항).

③ 주 내부의 헌법상 쟁송절차

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 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제74조). 소송절차는 연방헌법재판소법 제2장의 일반 절차규정을 준용한다(동법 제75조).

(2) 이른바 기관소송의 절차

(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. 현행 권한쟁송법의 문제점

현행 헌법재판소법 및 행정소송법상 인정되고 있는 권한쟁송제도 즉, 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. 권한쟁의심판제도의 문제점

가. 국가기관의 개념

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. 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호 및 제2호의 위헌성

(1) 제1호의 위헌성

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 관견 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 위헌성

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 확실히 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. 헌법재판소 스스로가 당사자인 경우

헌법재판소가 직접 권한쟁의의 당사자가 되는 경우에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이 경우에는 국가 최고기관의 하나로서 당연히 당사자가 된다는 견해와 우리 헌행법상 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 벗어졌던 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 삽입하거나(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. 지방자치단체가 당사자인 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 다름이 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. 교육위원회가 당사자인 경우

권한쟁의가 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육위원회가 당사자로 된다고 규정하고 있으나 이는 현행 지방교육자치에 관한 법률과 일치하지 않는다. 즉 구 교육법과 달리 1991년 3월 8일 제정된 현행 지방교육자치에 관한 법률에 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. 권한쟁의와 보충성의 문제

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 회복을 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 거치도록 하는 것도⁵⁰⁾ 현행 권한쟁송법의 체계와 맞지 않을 뿐 아니라 권한쟁의심판제도 자체를 무의미하게 할 우려가 있으므로 타당하지 않다고 할 것이다.

사. 권한쟁의에 있어서 헌법사건과 법률사건의 구분의 불명확성

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 다투는 것이므로 일반법원이나 행정법원의 관장사항으로 해야 한다는 주장도 같은 이유로 문제가 있다.

아. 변호사강제주의의 완화

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. 기관소송제도의 문제점

가. 권한쟁의와의 구별의 어려움 - 조화적 소송체계의 요청

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 현행 법으로의 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(이광윤, 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).

법제판소법 제정시 동법에서 정한 권한쟁의와의 조정을 위하여 행정소송법을 정비할 당시에도 체계재정립을 위한 기회가 있었으나 행정소송법 제3조 제4호에 단서부분만을 새로이 삽입하는데 그치고만 것에서 지금까지 문제가 남아 있는 것이다.

나. 기관소송사안의 제한의 문제

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 됴으로써 그 해결책을 찾으도록 하는 것이 보다 바람직하다고 본다.

현행법상 기관소송이 인정되고 있는 예는 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항 및 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항에 그치고 있다.

다. 기관소송의 당사자와 기관소송무용론

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.

법제판소법 소정의 국가기관보다도 범위가 넓은 것이라 할 수 있다.⁵⁷⁾ 그러나 국회·정부·법원 등의 국가기관은 헌법제판소법상 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 지방교육자치에 관한 법률 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, 헌법재판의 이론과 실제, 김도창교수화갑기념논문집, 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. 재판심급의 문제

현행법상 기관소송에 해당하는 경우에는 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 지위 확보 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. 행정소송법 제46조의 준용규정의 문제점 - 입법의 흡결

행정소송법 제46조에서는 기관소송으로써 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) 행정소송법 제46조의 “그 성질에 반하지 아니하는 한” 부분의 문제점

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) 행정소송법 제46조의 “처분 등”과 기관소송대상의 불일치 문제

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, 무효등확인 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 처분행정청의 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) 심리절차근거규정상의 문제점

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 해당하는

62) “재의결된 사항”이 구체적으로 무엇인지를 살펴보아야 할 것이다. 즉, “재의결된 사항” 그 자체가 조례안·예산안 등이라면 이를 대상으로 한 소송은 추상적 규범통제의 형식을 띄게 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, 권한쟁의심판의 판념, 헌법재판의 이론과 실제, 김도창교수화합기념논문집, 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. 현행 자치소송 규정의 문제점

(1) 지방자치법 제98조 제3항 및 제159조 제3항

(가) 입법상의 문제

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 20일이내에 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 기관소송으로서의 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 개폐, 2. 예산의 심의·확정, 3. 결산의 승인, 4. 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 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 조례안⁶³⁾·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 다툼이 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 관시를 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 「...감독청의 재의요구는 그 자체로서(지방의회에 대한) 최종적 관여수단이 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) 지방교육자치에 관한 법률 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) 대법원판결의 문제점

(i) 판결의 태도

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) 대구직할시 도시계획위원회조례중 개정조례안 무효확인(1993. 2. 9. 선고, 92추93), 전라남도 의회재의결 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), 공동구설치및점용료등 징수조례안재의결 무효확인(1995. 6. 30. 선고, 95추49) 등.

원칙적으로 설치조례의 폐지에 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 행정처분이라고 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) 구체적 사례

① 대법원 1995. 5. 12. 선고, 94추28 판결

【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 전라북도지사는 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 대법원 1995. 6. 30. 선언, 95추49 판결

【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) 판결의 문제점

① 법률적 근거의 미비

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 소송대상의 문제

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 설시하고 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 생각된다. 이 경우 ‘조례안’을 대상으로 하여 그 무효확인을 하는 것이 오히려 타당하였을 것이다.

(2) 지방교육자치에 관한법률 제38조 제3항

지방교육자치에 관한법률 제38조⁷³⁾는 시·도의회 또는 교육위원회의 의결에 대한 재의요구 및 기관소송에 대하여 규정하고 있는바, 이 규정은 교육·학예에 관한 사항을 교육위원회에 관장시키는데 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) 지방교육자치에 관한법률 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 제적의원 또는 제적교육위원 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. 91/92면 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. 기관소송의 특별행정소송으로서의 성질

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 점은 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 특별부가금·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. 구체적 개선방법

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. 기관소송제도를 보완하는 방법

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 범률이 정한 경우에 범률이 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. 권한쟁송제도를 보완하는 방법

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. 기관소송제도를 폐지하는 방법

이는 곧 권한쟁송사항을 재조정된 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. 결 론

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 도외시하고 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 한견우교수가 구분한 기관소송폐지론은 아니다. 한교수가 기관소송폐지론·기관소송기능축소론·기관소송기능변론·기관소송기능확대론으로 학설을 분류한 것은(동인, 기관소송의 기능확대론, 법정고시 1995. 11. 64/71면 참조) 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송이 병존하는 것을 전제로 한 것이다. 한교수의 분류에 따르면 필자는 기능변론에 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 해탄소송 및 특허소송과 같은 특별행정소송으로 하고 당해 법률에서 소송절차를 규정해 두는 것이 바람직하다. 행정소송법 제8조 제1호의 “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우”로 보면 가능하다.

한국헌법과 통일의 법적 문제

나 인 균

헌법연구관보

- 목 차 -

I. 머리말

II. 통일의 의의와 법적 과정

III. 통일의 법적 근거

1. 국제법주체로서의 한민족 전체국가의 존속
2. 민족자결권
3. 헌법의 통일조항

IV. 통일조항과 헌법상의 의무

1. 통일조항의 법적 성질
2. 법적 의무

V. 개별적 문제점

1. 남북한 유엔동시가입
2. 남북합의서의 발효
3. 남북연합

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. 통일의 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 법영역과 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 입장에서 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. 통일의 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. 국제법주체로서의 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. 구상서를 통하여 대한제국이 1910년 이전에 체결한 ‘병원선에 관한 협약’과 특전에 있어서의 법규와 관례에 관한 협약 및 ‘제네바 협약 원칙의 해진에의 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 국호가 한국으로 변경되었을 뿐 한민족 전체국가로서 존속한다는 것을 전제로 한다.

이러한 동일설외에도 한민족 전체국가의 존속과 한국의 존재를 다른 방식으로 가능케 하는 모델을 생각할 수 있다. 예컨대 독일에서 주장되는 이른바 지붕설(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 불반대와 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 헌법은 전문에서 “우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 …계승하고, 조국의 …평화적 통일의 사명에 입각하여”라고 규정하여, 실제로 명백히 한민족 전체국가가 합방에 의하여나 일제의 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) 지봉설은 일본의 판례에서 주장되고 있다. 1951년 체결된 일본과 연합국과의 평화조약 제2조(a)는 “조선의 독립을 승인하고… 조선에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 방기한 다”(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. “대일평화조약에서 말하는 ”조선“(Korea)에 관하여 대한민국과 조선민주주의인민공화국이 다같이 조선의 전역을 자국영토로서 진조선민족을 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(동경지재 1957. 5. 14. 하민집 8권 931)‘조선’을 한민족전체국가로 보는 지봉설을 따르고 있다.

판례는 한국정부만이 한반도에서 유일한 합법정부이며 북한지역은 미수복지역으로서 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 완전을 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 의제(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 포기과 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 부분질서로서 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. 민족자결권(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 “...동포에으로써 민족의 단결을 공고히 하고...”라고 규정하여 민족주의를 표방하고 있으므로 자결권을 간접적으로 헌법상의 원칙으로 포함하고 있다고 볼 것이다.

한(조선) “민족”(Nation)의 자결권은 그것이 남북한의 전주민에 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 우호 관계를 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. 헌법의 통일조항

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. 통일조항과 헌법상의 의무

1. 통일조항의 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 전문 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 공언(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. 법적 의무

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 정당화한 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 통일의식을 강화할 의무가 있다. 우선 북한 주민에게 그들이 한민족의 구성원으로서 기대할 수 있는 바를 존중하는 정책을 수행하는 것이 이에 속한다. 이렇게 함으로써 그들이 한민족 전체의 공동생

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 국제사법의 원칙에 기하여 취급할 수 없을 것이다. Vgl. W. Wengler, Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment im zwischendeutschen 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 외무장관은 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. 남북한 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 무역사용의 금지와 영토보전을 존중할 의무가 있음은 물론, 조약상 범원칙을 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 유엔헌장상 국가이나, 이에 따른 한국의 조치는 정치적 재량의 범위에 속하고 이로써 남북의 통일을 저해하지 아니하므로 통일조항과 합치한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 유엔헌장은 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, 유엔헌장이 침략적 전쟁을 포함하는 무역사용의 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 Ress, 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. 남북합의서의 발효

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. 현정부는 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 조약인가 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 조약성을 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. 남북연합

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) 북미국가연합(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 권원을 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 관시하지 않았고 오히려 본질적으로 우리 헌법의 해석으로 만족하였다.

이러한 우리 법원의 입장은 남북한의 법적 상황과 관련된 헌법해석에 있어서 국가의 존재와 소멸에 관한 일반적으로 승인된 국제법규범을 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 영토로 하는 국가를 위하여 행위할 권한이 있는 행위능력이 있는 한민족 전체국가의 국가기관은 존재하지 않았다.

1945년 연합국은 한반도를 일본의 영토의 구성부분으로서 점령하였고 한국정부는 1948년 이래 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 실행(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.

헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력

- 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -

한 수 응

연 구 원

- 목 차 -

I. 머리말

II. 불합치결정이 허용되는 경우와 헌법적 근거

1. 평등원칙의 위반

a) 독일 결정례

b) 불합치결정의 헌법적 근거

aa) 평등원칙의 본질

bb) 입법자의 형성의 자유

2. 자유권의 침해

a) 독일 결정례

b) 불합치결정의 헌법적 근거로서의 형성의 자유?

aa) 결정례에서의 불합치결정의 근거

bb) 자유권의 침해와 형성의 자유

3. 입법부작위의 위헌확인

a) 평등원칙의 위반과 입법부작위

b) 그외의 입법부작위

4. 위헌법률의 잠정적 적용을 가능하게 하기 위한 경우

a) 독일 결정례

b) 불합치결정의 헌법적 근거

III. 불합치결정의 효력

1. 독일 결정례

2. 위헌법률의 존속과 입법자의 입법개선 의무

3. 적용금지와 절차의 정지

a) 절차의 정지

b) 개정법률의 소급효력

4. 위헌법률의 잠정적 적용

a) 헌법의 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 일반적으로 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 Verfassungswidrigkeit 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, 헌법소원 심판의 결정유형과 효력에 관한 고찰, 헌법논총 제 1집(1990), 374면 이하 ; 윤진수, 위헌법률

II. 불합치결정이 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 있는 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. 평등원칙의 위반

a) 독일 결정례

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 출발점이었 다. 불합치결정에 관하여 처음으로 구체적인 입장을 표명한 법률구 조 결정(Armenrecht, BVerfGE22, 349ff.)에서 헌법소원의 적법성, 특히 권리보호이익의 유무를 심사하는 과정에서 추상적으로 불합치 결정의 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 가사휴 일법에 관한 결정(Hausarbeitstag ; BVerfGE 52, 369ff.)을 들 수 있다. 여기서는 Nordrhein-Westfalen 주의 가사휴일법 제1조를 근거로 한 노동법원의 판결에 대한 한 남자간호원의 헌법소원의 문제 인데, “주당 적어도 40시간 이상을 근무하며 독립세대를 구성하는 여성근로자는 매달 하루의 유급휴가를 가사휴일로 청구할 권리가 있다”고 규정하고 있는 법조항에 따라 노동법원은 그의 가사휴일 청구를 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) 불합치결정의 헌법적 근거

aa) 평등원칙의 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 침해를 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 법규범이 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) 입법자의 형성의 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 파기형식으로 입법자가 넘어서는 안되는 헌법적 한계를 넘었다는 것을 상기시키게 된다. 그러나 평등의 원칙에 위배되었을 때는 헌법재판소에 의한 규범의 파기는 예외적으로 형성적 기능을 갖게 된다. 그러므로 법률이 평등원칙에 위배될 때에는, 헌법재판소는 불합치결정을 통해 단지 평등원칙의 위반, 즉 헌법위반만을 확인하게 된다.

2. 자유권의 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 경우뿐만 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 결정례

우선 직업의 자유(Art. 12 I GG)를 침해하는 법조항에 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, 꺾자동판매기 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 대학 내 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) 불합치결정의 헌법적 근거로서의 형성의 자유 ?

aa) 결정예에서의 불합치결정의 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 상태회복의 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 속하는 가를 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 집단에게 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)위헌결정으로서는 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) 자유권의 침해와 형성의 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. 입법부작위의 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 경우가

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) 평등원칙의 위반 과 입법부작위⁴²⁾

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 입법부작위

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 것이라고 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 위헌법소원의 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 독립적인 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. 위헌법률의 잠정적인 적용을 가능하게 하기 위한 경우

a) 독일 결정예

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 않은 한, 기본법과 합치되지 않는다. 그러나 이 규정은 입법개시시까지, 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 행형에서의 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 부과 불가능하기 때문에 위헌결정으로 인하여 위헌적 상태보다도 더욱 헌법적 질서에 떨어지는 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 희생으로 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) 불합치결정의 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 행정에서의 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 하된다.“, 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 반년 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. 불합치결정의 효력

1. 독일 결정에

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 “위헌결정과 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 과기환송되어야 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 제정시점으로까지 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. 위헌법률의 존속과 입법자의 입법개선 의무⁶¹⁾

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. 적용금지과 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 규범통제 절차에서 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 소급효력

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 장래 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 제2항(69)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. 위헌법률의 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 최종결정의 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) 헌법의 우위와 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 서류중인 사건을 위헌법률에 근거하여 결정하여야 한다. 위헌규범의 계속적용은 헌법소원절차나 위헌법률 심판절차에서의 당해 사건에도 해당된다.⁷⁷⁾ 당해 사건을, 결정 당시 이미 동일한 규범으로 인하여 헌법재판소에 서류중이었으나 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 입법개신시까지의 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 법정책적으로도 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 하게끔 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)위헌결정으로는 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 전제로 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 적절한 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,—위헌결정에서와 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.