

# 法律의 違憲決定과 憲法所願의 對象

1989. 12.

研究責任者：金 哲 洙  
(서울大 法大 敎授)

## 發 刊 辭

制憲憲法 때부터 憲法裁判制度는 있어 왔습니다만, 그 實際的 機能이 미약하였기 때문에 그에 대한 학문적 연구도 활발하지 못하였습니다.

憲法裁判이 점차 활성화되어가고 국민의 관심이 모아지고 있는 차제에 憲法裁判所는 憲法裁判에 관한 研究를 촉진하기 위하여 사계의 권위자들에게 憲法裁判에 관한 研究를 맡김으로서 연구활동을 지원하고 나아가 憲法裁判制度의 발전과 활성화에 기여토록 계획하였습니다.

이번에는 서울대학교 법과대학 김철수 교수님께 위헌법률심판과 헌법소원에 관한 연구를 의뢰하였고, 그 연구결과를 널리 알려 憲法裁判에 관한 관심을 높이고 制度의 活用に 기여하기 위하여 本 書를 발간하게 되었습니다.

끝으로 바쁘신 가운데도 연구책임자로 많은 수고를 해주신 서울대학교 법학대학 김철수 교수님과 연구자 여러분께 감사드립니다.

1990. 10.

憲 法 裁 判 所

事務處長 邊 精一

第一編

憲法の違憲決定에 관한 研究

## 머 리 말

憲法裁判所制度가 導入된지도 어언 2年이 가까워온다. 그 동안 憲法裁判所의 중요한 審判對象은 違憲法律審査와 憲法所願이었다. 違憲法律審査를 決定하는 동안 問題가 된 것은 違憲審査의 基準, 違憲決定의 形式, 違憲決定의 效力이었다. 이러한 難題를 풀기 위하여서는 外國의 制度研究가 必須的이었다.

이에 外國에서 多年間 研究한 學者와 實務家로 하여금 이 문제들을 分擔 研究하기로 하였다. 프랑스의 豫防的 違憲法律審査制에 대해서는 趙柄倫教授가 연구하였고 違憲審査의 基準에 대해서는 美國大法院의 判例를 중심으로 梁建교수가 담당하기로 하였고, 違憲決定의 形式에 대해서는 黃祐呂部長判事가 연구하기로 하였고 違憲決定의 效力에 대해서는 桂禧悅교수가 研究를 담당하였다. 序論部分과 結論部分은 金哲洙교수가 담당하였다.

研究其間이 짧았고 研究文獻이 不足하여 研究는 期待한 成果에 도달하였는지 의심스럽다. 本研究에 支援을 아끼지 않았던 憲法裁判所當局에 대하여 深甚한 感謝를 드린다. 또 校正등 苦은 일을 맡아 준 研究員 여러분의 勞苦를 치하한다. 이 研究는 未完成의 것이기에 앞으로도 讀者들의 叱正을 받아 修正하기로 하겠다. 이 研究가 憲法裁判研究에 조금이라도 도움이 된다면 多幸이겠다.

1989년 12월 1일

金 哲 洙

# 차 례

第一章 序章-憲法裁判所の 地位와 法律審査權……金哲洙 ……	11
第一節 憲法裁判所制度의 沿革·意義 ……………	11
第二節 憲法裁判所の 地位 ……………	15
第三節 憲法裁判所の 違憲法律審査權 ……………	22
第四節 結 語 ……………	33
第二章 프랑스의 事前的·豫防的 違憲法律審査……趙柄倫 ……	33
第一節 憲法評議會의 地位와 權限 ……………	33
第二節 事前的·豫防的 違憲審査의 種類와 內容 ……………	37
第三節 事前的·豫防的 違憲審査의 被保護規範(準據規範) ……	68
第四節 餘 論 ……………	76
第三章 法律의 違憲審査의 基準……梁 建 ……	79
第一節 ‘司法的 尊重’의 정도에 영향을 미치는 諸要因 ……	80
第二節 ‘最小限의 合理性’의 기준 ……………	85
第三節 ‘對立利益의 調整’의 기준 ……………	95
第四節 ‘보다 덜 제한적인 代案’의 기준 ……………	99
第五節 ‘二重基準’의 원칙 ……………	103
第四章 違憲決定의 形式……黃祐呂 ……	115
第一節 序 論 ……………	115
第二節 違憲與否의 決定 ……………	124

第三節 不合致決定 .....	139
第四節 立法促求決定 .....	150
第五節 合憲的 法律解釋 .....	158
第六節 結    語 .....	170
第五章 法律에 대한 違憲決定的 效力.....桂禧悅	173
第一節 概    觀 .....	173
第二節 違憲法律의 法的效力에 관한 理論의 發展 .....	182
第三節 結    語 .....	230
第六章 結章-憲法裁判所法의 改正方向.....金哲洙	233
第一節 憲法裁判所法의 成立 .....	233
第二節 憲法裁判所法의 問題點 .....	235
第三節 憲法裁判所法의 改正方案	237

# 第一章 序章-憲法裁判所の地位와 違憲 法律審査權

金 哲 洙

(서울法大 教授, 法博)

## 第一節 憲法裁判所制度의 沿革·意義

### 1. 憲法裁判所制의 沿革·發展

憲法裁判所制度는 오스트리아에서 시작하여 西獨에서 開花하였고 이탈리아, 스페인 등 유럽과 터키 韓國등에서 채택되어 있다.<sup>1)</sup> 憲法裁判所制度가 발전한 것은 美國大法院의 司法審査制度에 영향을 받은 것이기는 하나 第2次大戰後 西獨의 聯邦憲法裁判所の 기여가 컸다고 할 것이다.

오스트리아의 憲法裁判所는 Kelsen의 產物이라고 말하여진다. 1920年 憲法에 의하여 憲法保障을 目的으로 하여 設立된 것으로 1934年 Nazis에 의하여 일시 폐기되었으나 1945년에 오스트리아가 解放되자 暫定憲法에 의하여 憲法裁判所가 다시 設置되었다. 오스트리아의 憲法裁判所는 ①聯邦法律과 支邦法律의 違憲性에 관하여 判決하고 ② 選舉訴訟과

---

1) 國內文獻으로는 金哲洙, 違憲法律審査制度論, 1983. 法務部 憲法裁判制度, 1988. 서울大學校 法學研究所, 憲法裁判의 活性化方案, 1988. 憲法裁判所, 憲法裁判制度의 諸問題 1989. 5.와 기타 많은 雜誌論文 참조. 雜誌論文의 상세는 金哲洙編 憲法所願의 對象에 관한 研究, 憲法裁判所 참조.

國民投票訴訟을 管掌하고 ③ 彈劾審判權을 가지며 ④ 行政處分の 違憲性を 審査하고 ⑤ 國際法과 條約의 違憲性を 審査하고 ⑥ 權限爭議를 審判하는 등 많은 權限을 가지고 있다.<sup>2)</sup>

西獨의 聯邦憲法裁判所制는 Kelsen의 理論과 美大法院의 判決의 影響이 컸다고 하겠다. Weimar 獨逸에는 國事裁判所(Staatsgerichtshof)가 있었으나 西獨에서는 오히려 오스트리아식인 憲法裁判所制度를 채택하였다. 西獨의 聯邦憲法裁判所는 憲法을 解釋하고, 裁判節次에 따라서 憲法을 保障하는 法院이다. 聯邦憲法裁判所는 ① 聯邦과 支邦간의 憲法爭訟과 國家機關間的 權限爭議를 審判하고 ② 聯邦法이나 支邦法の 違憲性與否를 審査하며 國際法이 聯邦法의 一部를 이루는가를 判斷하고 ③ 基本權喪失, 政黨解散判決, 聯邦大統領彈劾, 法官彈劾, 議員資格審査 ④ 憲法所願 등을 관장하고 있다.<sup>3)</sup>

1948年 이탈리아憲法에서도 憲法裁判所制度가 규정되었으나 1956年에 憲法裁判所가 開設되어 業務를 시작하였다. 憲法裁判所는 ① 國家와 支邦의 法律의 效力을 가지는 行爲의 合憲性에 관한 爭訟 ② 國家機關間的 權限爭議, 國家와 支邦間的 權限爭議 ③ 共和國大統領과 長官에 대한 彈劾審判 등을 관장한다.<sup>4)</sup>

1978年の 스페인 憲法도 憲法裁判所制度를 도입하고 있다. 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所に 提請하여 그 判決에 따라 裁判하여야 한다 憲法裁判所는 ① 法律 및 法

---

2) 奧地利의 憲法裁判所에 대해서는 다음 論文著書 참조. Adamovic/Funk, österreichisches Verfassungsgerichtsbarkeit 3. Aufl. Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl. 1988.

3) 西獨의 憲法裁判所制度에 대해서는 다음의 文獻을 참조. 金哲洙, 違憲法律審査制度論, 1983. Schlaich, Das Bundesverfassungsrechts, 1985. Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 3. Bde, 1976. Häberle, (Hrsg), Verfassungsgerichtsbarkeit 1976. Starck, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 1~26.

4) 이탈리아의 憲法裁判所制度에 관해서는 Sandulli, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien, Max-Planck-Institut, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, S. 292~325.



律의 效力을 가지는 規範에 대한 違憲決定 ② 憲法所願에 따른 保護救濟, ③ 國家와 地方自治團體間의 權限爭議와 自治團體相互間의 權限爭議 ④ 기타 憲法 또는 組織法에 의하여 부여된 權限을 행사한다.<sup>5)</sup>

터키도 憲法裁判所를 두고 있으며 1986년에 폴란드도 憲法裁判所를 두고 있다. 이들 나라의 憲法裁判所도 西獨聯邦憲法裁判所制度를 모방하여 만들어진 것이다.

## 2. 우리나라의 憲法裁判所制度의 發達

우리나라에서의 憲法裁判所制度는 西獨의 聯邦憲法裁判所를 모방하여 第2共和國憲法과 第6共和國憲法에 규정되게 되었다. 第2共和國憲法은 第1共和國의 憲法委員會가 그 機能을 다하지 못하였다고 하여 常設의인 憲法裁判所를 규정하게 되었다. 憲法裁判所의 審判官은 9人으로 하며, 大統領, 大法官, 參議院이 각각 3명씩 選出하고 任期는 6年으로 하여 常設的機構로 하였다. 審判官은 法官의 資格을 가져야 했으며 政黨에 加入하거나 政治에 關與하지 못하고 일체의 公職을 兼職할 수 없었고 營業을 할 수 없게 하였다. 憲法裁判所의 關轄權은 ① 法律의 違憲審查뿐만 아니라 ② 憲法에 관한 最終的 解釋 ③ 國家機關間의 權限爭議에 관한 審判 및 ④ 政黨解散의 決定 ⑤ 彈劾裁判 ⑥ 大統領과 大法院長 및 大法官의 選舉訴訟등을 담당하였다.<sup>6)</sup>

第6共和國憲法도 第4·5共和國憲法の 憲法委員會制度에 대한 反省에서 憲法裁判所制度를 도입하고 있다. 憲法裁判所는 9人의 裁判官으로 구성되며 國會에서 選出하는 者 3人, 大法院長이 指名하는 者 3人, 大統領이 指名하는 者 3人을 大統領이 任命한다. 權限으로는 ① 法院의 提請에 의한 法律의 違憲與否審判 ② 彈劾의 審判 ③ 政黨의 解散審判 ④ 國家機關相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間의 權限爭

5) 간단한 설명으로는 金哲洙, 違憲法律審查制度論 p.36~37 참조.

6) 상세한 것은 金哲洙, 違憲法律審查制度論, p.83~86 참조.

議에 관한 審判 ⑤ 法律이 정하는 憲法所願에 관한 審判을 담당하게 하고 있다.<sup>7)</sup>

第6共和國의 憲法裁判所가 第2共和國의 憲法裁判所와 다른 것은 그 權限 면에서 ① 憲法에 관한 最終的解釋 ② 大統領·大法院長과 大法官의 選舉에 관한 爭訟이 빠진 대신 ③ 憲法訴願制度를 도입하고 ④ 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體相互間의 權限爭議에 관한 審判을 追加한 것이고 裁判官任命에서 參議院을 國會로 한 것 등이라고 하겠다. 第6共和國의 憲法裁判所가 國民의 基本權保障을 위하여 憲法訴願制度를 도입한 것은 劃期的인 것이라고 하겠다.

### 3. 憲法裁判所制度의 意義

#### (1) 獨立된 司法機關

이와 같이 各國에 設置된 憲法裁判所制度는 一般法院과는 獨立하여 憲法裁判을 專擔하는 機構인 점에서 특색이 있다. 美國式司法審查制度는 一般法院에서 法律의 違憲與否를 判斷하고 違憲을 最終的으로 解釋하는데 대하여 獨逸式憲法裁判所制度는 憲法裁判所라는 專門法院(Fachgericht)을 두어 이에 違憲法律審查權과 違憲政黨解散決定權, 彈劾決定權, 國家機關間의 權限爭議權등을 부여하고 있는 것이 특이하다.

憲法裁判制度는 憲法保障을 위한 裁判의인 機關에 의한 司法的節次라고 할 수 있으나 과연 이러한 作用이 三權分立論에 있어서의 司法作用에 포함될 것인가에 대해서는 많은 論難이 행해지고 있다. 具體的規範統制의 경우는 그 심사의 결과가 具體的事件에만 미치기 때문에 國家의 立法行爲 그 자체를 無效로 하는 것이 아닌 한 司法作用이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 抽象的規範統制는 法律의 無效를 宣言하는 것이기 때문에 司法作

7) 第6共和國의 憲法裁判制度에 관해서는 많은 論文이 나와 있다. 그 중에서도 崔光律, 憲法裁判所法解說, 1989. 李時潤, 憲法裁判所制度, 韓柄宗, 憲法裁判의 根源과 理論 등 참조.

用이라고 보기 어렵다는 見解도 있다. 그러나 이것도 憲法規範의 解釋適用이라고 보는 이상 立法이라고는 볼 수 없고 司法이라고 보아야 할 것이다.

## (2) 政治的 司法權

憲法裁判은 裁判이기는 하나 이 裁判은 다른 裁判과는 다른 特性을 가지고 있다고 하겠다. 즉 憲法은 政治的 妥協이나 決斷에 의하여 制定되고 그 自體가 政治權力構造의 反映이기 때문에 憲法問題는 대부분이 政治問題로 된다. 憲法은 根本法으로서 상세한 規定은 法律에 委任하고 그 自體는 抽象的 一般的인 規定이 많고 또 多義的 概念을 사용하고 있는 경우가 많다. 그러기에 解釋에 있어서도 相違한 見解가 나타나고, 그 解釋을 有權的으로 確定하는 것은 동시에 重大한 政治問題를 결정하게 된다. 특히 憲法에 하등의 規定이 없던가 規定이 不明確한 경우에는 解釋論으로서 이를 補充하여야 하는바, 이들 作用은 장래의 政治方向을 결정하고 立法을 억제하게 되어 일 정방향으로 憲法의 變遷이 행해지는 結果로 된다.

政治的 問題에 대한 裁判的 解決이 바람직할 것인가, 또 憲法裁判所가 어느 정도까지 政治問題에 關여하여야 할 것인가가 문제된다.

## 第二節 憲法裁判所의 地位

### 1. 憲法保障機關

#### (1) 最高憲法保障機關性

憲法裁判所가 憲法의 保障機關이나에 대해서는 C. Schmitt와 Kelsen이래 學說이 대립되고 있다. C. Schmitt는 憲法의 保障者는 大統領이라는 政治的 機關이라고 하고 司法機關은 憲法의 保障者가 될 수 없다고 하였

다.8) 이에 대하여 Kelsen<sup>9)</sup>은 立法者의 恣意에서 憲法을 保障하는 것은 立法者의 違憲인 行爲를 無效化하는 獨立된 國家機關의 存在라고 하고 憲法裁判所야말로 憲法의 保障機關이라고 하였다.

Weimar 憲法時代의 國事裁判所는 스스로를 憲法保障者(Hüter der Verfassung)라고 하였고 西獨의 聯邦憲法裁判所도 스스로를 憲法의 保障機關으로 自處하고 있다. 各國의 憲法裁判所들이 法律의 合憲性與否를 審査하고, 國家機關間의 憲法爭議를 審判하며 彈劾을 決定하고 違憲政黨을 解散하는 등 憲法保障機能을 다하고 있기에 憲法保障機關임은 틀림없다고 하겠다.

그런데 憲法의 保障機關은 憲法裁判所만이 아니고, 大統領, 政府, 國會도 憲法的인 制限內에서 憲法機能을 행사하고 있기 때문에 憲法의 保障者라고 할 수 있을 것이다. 그러나 憲法의 最高保障機關 즉 最終의 憲法保障機關은 憲法裁判所라고 보아야 할 것이다. Leibholz도 憲法裁判所를 최고의 憲法保障者(Oberster Hüter der Verfassung)라고 하고 있다.<sup>10)</sup> 그 事由는 國會의 法律制定의 違憲性與否를 最終적으로 解釋할 수 있고, 또 政府 國會의 政黨解散提訴에 대해서 決定할 수 있고 自由民主的 基本秩序를 守護하는 機能을 가지고 있기 때문이다. 憲法裁判所의 이 決定에 대해서는 어떠한 抗訴審도 없으므로 다른 憲法保障機構보다도 높은 最高의 憲法保障機關이라고 할 수 있겠다.

우리나라의 憲法裁判所도 違憲法律審査權을 가지고 違憲政黨解散決定權을 가지며, 違憲, 違法公務員의 免職을 결정하는 彈劾審判權을 가지고, 機關爭訟審判權을 가지기 때문에 最高憲法保障機關임에는 틀림없다. 憲法保障의 方法에는 이 밖에도 權力分立制度, 緊急權制度 등이 있으나 憲法裁判所의 憲法保障機能이 가장 우월하다.

---

8) C.Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., Berlin 1931,

9) H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDstRL, Bd. 5(1929), S. 30~84.

10) Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, Das Bundesverfassungsgericht, S. 63.

## (2) 司法的 憲法保障機關性

憲法裁判所가 司法機關이나 아니냐에 대해서도 論爭이 있다. Weimar 憲法時代에는 國事裁判은 政治의 司法化요 司法의 政治化라는 Guizot의 영향에 따라 Carl Schmitt는 國事裁判所의 司法機關으로서의 地位를 否定하였다.<sup>11)</sup> Carl Schmitt는 國事裁判所는 다소간에 司法節次의 形式을 빈 立法을 하는 것이라고 하여 政治的 審級으로 보았다. 이에 대하여 Kelsen은 憲法裁判은 政治的 性格을 떠나 그것이 政治的 法的 權限爭議를 裁判하는 司法機關으로서의 性格을 상실하는 것은 아니라고 하였다.<sup>12)</sup>

憲法裁判所를 司法機關으로 보느냐 第4의 權力機關으로 보느냐는 憲法例에 따라 다르다. 西獨基本權은 憲法裁判所를 司法權의 한 主體로 규정하였기 때문에 司法機關性を 否定하는 見解는 없다. Geiger는 「聯邦憲法裁判所는 法院이다. 이는 聯邦에 있어 그 課業과 責任에 따라 가장 重要하고 最高의 法院의 地位에 있다. 聯邦憲法裁判所는 法院이기는 하나 그 權限의 特殊性和 그 憲法的 機能 때문에 特別한 地位를 가지고 있다」고 하고 있다.<sup>13)</sup>

憲法裁判所는 政治的 法人 憲法을 判斷根據로 하여 提訴에 의해서만 活動하고 政治的 問題에 대해서는 司法自制하고 있는 점에서 政治的 機關이 아니라 司法機關이라고 하여야 할 것이다. 憲法裁判所의 判決은 積極的인 形成判決이 아니고 客觀的 秩序保障의 目的을 가진 消極的인 判斷이란 점에서 司法의 本質과도 合致된다고 할 것이다.

우리나라 憲法은 憲法裁判所를 司法의 章에서가 아니라 獨立된 章에서 규정하고 있기 때문에 司法機關이 아니고 第4의 獨立된 國家機關이라는 說도 있을 수 있다. 憲法裁判所는 政治的 事件을 司法的節次에 의하여 解

---

11) C. Schmitt, Die Reichsgerichtspraxis im dechtsleben, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1959, S. 63~100.

12) H. Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? 1931. S. 11 ff.

13) Geiger, Ergänzungsbericht……, JöR. Bd. S. 138.

決하는 것이기 때문에 일종의 政治審判機關인 것처럼 보인다. 우리나라의 憲法裁判所는 司法府의 章에 規定된 司法機關은 아니나 문자 그대로 裁判所이기 때문에 實質의인 意味의 司法機關이라고 할 것이다. 또 憲法裁判所의 裁判官은 法官의 資格이 있어야 하며 司法節次에 의하여 審判하기 때문에 憲法裁判所는 政治的 憲法保障機關이 아니고 司法的 憲法保障機關이라고 보아야 할 것이다.

## 2. 國民의 代表機關으로서의 主權行使機關

### (1) 民主的 國民代表機關性

憲法裁判所는 國會가 制定한 法律의 違憲無效를 宣言하기 때문에 이는 議會主權主義 내지는 國民主權主義에 違背하는 것이라고 하여 많이 批判되고 있다. 또 權力分立主義에 違反된다는 批判이 있다.<sup>14)</sup>

이에 대하여 Kelsen은 國會主權主義는 個別的 國家機關에게 主權이 있다고 하는 것으로 옳지 않는 理論이며 法律의 合憲性審查는 國民代表機關의 權限을 憲法에 合致하도록 行使하게 하는 勸力統制의 要求로 보아야 하기 때문에 國民主權理論에 違背되는 것은 아니라고 한다.<sup>15)</sup> 또 憲法裁判權은 權力分立에 있어 牽制와 均衡을 확보하기 위한 特別한 機關이기에 오히려 權力分立原理에 適合하다고 할 수 있다.

憲法裁判所가 과연 非民主的인 機關인가 하는 것은 憲法裁判所가 國民의 代表機關인가 하는 문제와 결부되어 있다. 西獨憲法裁判所는 스스로 自身을 國民代表的인 憲法機關이라고 하고 있다. 그 理由는 主權은 國民에게 있고 主權은 立法, 行政, 司法의 特別한 機關에 의하여 行使되고 있는데 聯邦憲法裁判所도 憲法에 의하여 國民의 受任에 의하여 主權을 行使

---

14) Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1~45.

15) Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit. S. 79.

하고 있기 때문이라고 한다.

오늘날 國會는 國民이 直接 選擇한 議員으로 구성되나 唯一한 國民代表機關이라고 할 수 없다. 憲法上의 重要な 憲法機關은 國民代表機關으로서 主權의 行使를 受任받고 있는 것이다. 西獨의 聯邦憲法裁判所는 基本法 第20條 2項과 第92條에 따라 國民의 主權을 代表해서 行使하는 特別한 機關이며 司法權을 受託받은 憲法機關이다. 이탈리아의 憲法裁判所도 主權在民의 原則에 따라 憲法이 정하는 形式 및 制限에 따라 이를 行使하는 憲法の 保障機關인 것이다.

우리 憲法裁判所도 비록 國民에 의하여 直接選舉되지는 않았더라도 國民의 憲法에서 규정된 代表機關임에는 틀림없다. 憲法裁判所가 憲法的 代表機關이기 때문에 實質的인 意味의 立憲權이라고도 할 수 있는 國際法規의 國內法으로의 認定, 違憲法律의 無效宣言을 하더라도 그것이 權力分立主義에 違背되지 않는다.

## (2) 主權行使機關性

憲法裁判所는 憲法制定權者인 國民의 決定인 憲法에 따라 違憲法律審査權과 違憲政黨解散權, 彈劾審判權, 機關間權限爭訟審判權 등을 가지고 있다. 이들 權限은 國家에 있어서의 最高決定權의 하나이며 主權의 一部를 이루는 것이라고 하겠다.

우리 憲法 第1條 2項은 「大韓民國의 主權은 國民에게 있고, 모든 權力은 國民으로부터 나온다」고 규정하고 있다. 따라서 憲法裁判所가 가지고 있는 憲法裁判權도 國民에게서 나온 權力이며 이것은 主權의 한 內容이다. 主權은 國民에게 있으나 國民이 직접 主權을 행사하지 아니하고 憲法에 지정된 憲法機關에게 委任하여 主權을 행사하고 있는 것이다.

우리 憲法上 國民의 受任을 받아 主權의 一部를 行使하는 機關으로서는 國會, 大統領, 政府, 大法院 등을 들 수 있는데 이들을 主權行使機關이라고 한다. 憲法裁判所도 이들 主權行使機關과 同格의 主權行使機關으로서 違憲法律審査權, 彈劾決定權 등 主權의 一部를 行使한다고 하겠다. 憲法裁

判所의 權限은 憲法에 규정된 것에 限定되고 包括的이 아닌 점에서 다른 主權行使機關과 같다.

### 3. 最高基本權保障機關

#### (1) 基本權保障機關性

憲法裁判所는 國家權力の 행사 또는 불행사에 의하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에 提起되는 憲法訴願에 대한 審判權을 가지고 있으므로 基本權保障機關으로서도 중요하다. 憲法訴願에는 主權的權利救濟의 側面과 客觀的權利救濟의 側面을 강조한 것이다.

憲法訴願制度는 獨逸에서는 Bayern州에서 발달하였다. 憲法訴願制度는 스위스와 오스트리아에서 이미 19世紀에 成立 發達하였다. 1949年 西獨基本法草案에는 憲法訴願制度가 규정되어 있었으나 審議過程에서 脫落하였다가 1969年 改正憲法에서 비로소 基本法에 규정되게 되었다.

우리나라에서도 第6共和國憲法에서 비로소 憲法에 규정되게 된 것이다. 憲法訴願은 自己의 權利가 侵害된 경우에 提起할 수 있고 또 法院이 違憲法律提請을 拒否한 경우에도 提訴할 수 있다. 前者는 基本權保障을 위한 補完的 追加的 權利手段이라고 하겠다.

#### (2) 最終的 基本權保障機關性

憲法訴願을 제기함에는 다른 法的 手段을 다한 뒤에도 救濟되지 않는 경우에 限定된다. 이는 憲法訴願이 最終的인 救濟手段인 점을 감안하여 法律이 정한 모든 救濟節次를 모두 거친 다음에야 할 수 있는 것이다. 우리나라의 경우에는 外國과 달리 司法府의 判決에 대해서는 憲法訴願을 提起할 수 없게 하고 있어 最終的 基本權保障性에 문제가 될 수 있다. 法院의 判決을 제외한 法院의 命令·規則·處分 등에 의하여 基本權이 侵害된 경우에는 憲法裁判所에 憲法訴願을 提起할 수 있다고 보아야 할 것이



다.

#### 4. 最終審判機關

##### (1) 憲法裁判機關性

憲法裁判所는 包括的인 裁判權을 가진 司法機關이 아니고 憲法이 규정한 일정한 事案에 대한 審判權을 가지고 있다. 憲法裁判所는 外國의 경우에도 包括的인 司法權을 가지는 것이 아니라 특정한 憲法事件만을 管掌하고 있다. 우리나라 憲法裁判所는 違憲政黨解散, 彈劾審判 및 機關間權限爭訟審判을 할 수 있는 機關이다. 그러나 이들 權限은 別로 行使될 수 없을 것으로 보인다. 그 理由는 違憲政黨解散提請이나 彈劾訴追는 外國에서도 거의 없고 國家機關間의 機關爭訟도 우리나라에서는 別로 없을 것이기 때문이다. 앞으로는 違憲法律審判과 憲法訴願의 件數가 늘어날 것으로 보이며 이로써 憲法審判이 活性化될 것으로 보인다.

##### (2) 最終審判機關性

憲法裁判所는 始審이며 終審으로서 機能한다. 憲法裁判所의 彈劾審判과 政黨解散審判, 機關爭訟審判은 始審이며 終審이다. 違憲法律審查의 경우 法院의 提請節次가 있기 때문에 始審性에 문제가 있으나 最終審인 것만은 틀림 없다.

#### 5. 하나의 最高機關

##### (1) 最高機關性

憲法裁判所는 最高機關중의 하나이다. 憲法裁判所의 國民代表機關으로서 主權을 행사하여 國會의 立法의 違憲性を 審査하고 法律의 無效를 선언할 수 있으며, 이 決定은 모든 國家機關을 구속한다. 따라서 憲法裁判所는 國會에 上位하는 機關이라고 할 수 있다. 또 國會가 彈劾訴追한 公

務員에 대한 彈劾決定權을 가지기 때문에 國會와 行政府公務員에도 우월하다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 政府의 提訴에 따라 違憲政黨을 審査決定하는 機關이기 때문에 政府와 法院에 우월하다고 할 수 있다. 따라서 憲法裁判所는 最高機關이라고 할 수 있다.

## (2) 하나의 最高機關性

그러나 憲法裁判所는 唯一한 最高機關은 아니다. 憲法裁判所의 權限은 包括인 것이 아니고 憲法에 규정된 權限밖에 行使할 수 없고 그 構成이 大統領·國會·大法院長에 의존하고 있고, 法律에 의하여 組織과 活動이 規制되며 國會가 憲法裁判所長과 憲法裁判官에 대하여 彈劾訴追를 할 수 있는 점 등에서 憲法裁判所가 大統領·國會·政府에 上位하는 것이라고 할 수 없다. 憲法裁判所는 大統領, 國家機關으로서의 國民 등과 같은 最高機關중의 하나이지, 결코 이에 上位하는 機關이 아니다. 따라서 主權行使機關으로서의 憲法裁判所는 大統領, 國家機關으로서의 國民, 國會와 同格의 憲法機關으로서 最高機關의 하나라고 하겠다.

### 第三節 憲法裁判所의 違憲法律審査權

憲法裁判所의 權限은 여러 가지가 있으며 各國마다 다르다.<sup>16)</sup> 여기서는 우리나라의 憲法裁判所法에 따라 違憲法律審査權만을 教科書의으로 記述해보기로 한다.

---

16) 西獨의 憲法裁判所의 權限에 관하여서는 金哲洙, 獨逸聯邦憲法裁判所의 地位와 權限, 서울대 法學 참조.

## 1. 違憲法律審判權

憲法裁判所權限중 가장 중요한 것은 法律에 대한 違憲審判이다. 우리 憲法은 法院의 提請에 의하여 憲法裁判所가 法律의 違憲審查를 判斷하는 狹義의 違憲法律審查를 규정하고 憲法裁判所法은 法院의 違憲提請與否에 대하여 憲法訴願의 形態로 提起하는 違憲法律審查를 규정하고 있다.

### (1) 違憲法律審判의 對象

違憲法律의 審査對象은 法律과 效力을 가진 規範이다.

① 法律 ; 憲法裁判所의 違憲審判의 對象이 되는 法律은, 첫째로는 形式的 意味에 있어서의 法律을 말한다. 이 法律은 國民代表機關인 國會의 議決을 거쳐 大統領이 公布한 法律을 말한다. 이 法律은 現行憲法制定前의 法律도 포함한다.

② 緊急命令 ; 일단 適法하게 成立한 緊急命令은 法律과 같은 效力을 가지고 있으므로 違憲審判의 對象이 된다고 하겠다.

③ 條約 ; 그런데 條約이 違憲審判의 對象이 될 것인가는 크게 問題되고 있다. 條約은 違憲法律審判의 對象이 되지 아니한다고 보는 說이 있으나, 제60조 1항에서 國會의 同意를 얻어 批准된 條約은 國內法과 같은 效力을 가지고 있으므로 憲法裁判所의 違憲審判의 對象이 된다고 하겠다.

現行 憲法裁判所法은 實質的 意味의 法律이라고 할 수 있는 緊急命令이나 條約에 대한 違憲審查의 可能性에 대해서는 규정하고 있지 않으므로 憲法裁判所의 決定에 따라 左右될 可能性이 있다. 憲法裁判所法을 改正하여 그 對象을 明確히 하는 것이 요망된다.

### (2) 違憲法律審判의 基準

① 憲法 ; 違憲法律審判의 基準은 첫째로는 形式的 意味의 憲法이다.

이에는 憲法前文, 憲法本文, 憲法附則이 다 포함된다. 成文憲法國家에서의 憲法的 慣行이 곧 違憲審判의 基準이 된다고 보기는 어려울 것이다. 다만 이것이 憲法核을 이루거나 自然法規範이 되는 경우에는 基準으로 될 수 있다고 할 것이다.<sup>17)</sup>

② 自然法과 正義 ; 憲法規範의 上位에 존재하는 自然法을 인정하는 경우 自然法이 違憲法律審判의 基準이 될 수 있을 것이다. 그러나 自然法을否認하는 입장에서는 自然法이 기준이 될 수는 없을 것이다. 오늘날 實定憲法에는 自然法의 원리가 거의 다 포함되어 있으므로 별 문제가 없으나 實定憲法規範이 自然法에 위배되는 경우 自然法과 正義의 原理도 違憲法律審判의 基準이 될 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

### (3) 違憲法律審査의 提請

① 提請 ; 法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 때에는 당해 事件을 담당하는 法院은 職權 또는 當事者의 申請에 의한 法定으로 憲法裁判所에 違憲與否의 審判을 提請한다(法 제41조).<sup>18)</sup> 申請書面의 審査에 관하여는 民事訴訟法 第231條의 規定을 準用한다.

② 提請書 ; 法院이 法律의 違憲與否를 憲法裁判所에 提請할 때에는 提請書에 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 提請法院의 표시
2. 事件 및 當事者의 표시
3. 違憲 이라고 解釋되는 法律 또는 法律의 條項
4. 違憲이라고 解釋되는 이유
5. 기타 필요한 사항

③ 提請書의 送達 ; 違憲法律審判의 提請이 있을 때에는 法務部長官 및 당해 訴訟事件의 當事者에게 그 提請書의 謄本을 송달한다.

17) 상세한 것은 梁建, 法律의 違憲審査의 基準, 本書 참조.

18) 상세한 것은 崔光律, 違憲法律審判의 提請節次, 法曹. 1989년 7월호, p. 55~83. 黃祐呂, 違憲審判의 提請決定, 法曹. 1989년 7월호, p.84~105. 참조

#### (4) 違憲法律의 審査

① 審理의 方式 ; 違憲法律의 審判은 書面審理에 의한다. 다만 裁判部는 필요하다고 인정하는 경우에는 辯論을 열어 當事者, 利益關係人 기타 參考人의 陳述을 들을 수 있다(法 제30조). 裁判部가 辯論을 열 때에는 期日을 정하고 當事者와 關係인을 소환하여야 한다. 口述審理의 경우에는 審理를 公開하여야 한다.

② 訴訟事件當事者 등의 意見 ; 당해 訴訟事件의 當事者 및 法務部長官은 憲法裁判所에 法律의 違憲與否에 대한 意見書を 제출할 수 있다(法 제44조).

#### (5) 違憲決定

① 違憲決定定足數 ; 憲法裁判所에서 法律의 違憲決定을 할 때에는 裁判官 9인중 6인 이상의 裁判官의 찬성을 얻어야 한다(제113조 1항).

② 違憲決定書 ; 憲法裁判所는 提請된 法律 또는 法律條項의 違憲與否만을 決定한다. 다만, 法律條項의 違憲決定으로 인하여 당해 法律全部를 施行할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 違憲의 決定을 할 수 있다(法 제45조). 決定書에는 理由를 붙여야하고, 關係한 裁判官의 意見を 첨부하여야 한다.

③ 違憲決定의 形式 ; 法律의 違憲與否 決定時에는 違憲無效를 宣言하는 形式과 違憲警告, 不合致宣言, 法律改正促求宣言 등 變形判決의 形式 등이 있다.<sup>19)</sup>

④ 違憲決定書의 送達 ; 憲法裁判所는 決定日로부터 14日이내에 決定書正本을 提請한 法院에 送達한다. 이 경우 提請한 法院이 大法院이 아닌 경우에는 大法院을 거쳐야 한다.

---

19) 상세한 것은 黃祐呂, 法律에 대한 違憲決定의 形式-變形判決, 本書, 참조.

## (6) 違憲決定의 效力

① 違憲決定의 公示 ; 憲法裁判所의 終局決定은 官報에 掲載함으로써 이를 公示한다(法 제36조 5항).

② 違憲決定의 效力 ; 法律의 違憲決定은 法院 기타 國家機關 및 地方自治 團體를 羈束한다 違憲으로 決定된 法律 또는 法律의 條項은 그 決定이 있는 날로부터 效力을 喪失한다. 다만, 刑罰에 관한 法律 또는 法律의 條項은 遡及하여 그 效力을 喪失한다.<sup>20)</sup>

이것을 말하여 一般的 效力이라고 한다. 司法審査制下에서는 구체적으로 適用拒否밖에 할 수 없는데 대하여 憲法裁判所의 決定은 一般的 效力을 가짐으로써 명확성을 부여한 것이 長點이라고 하겠다. 違憲으로 決定된 法律 또는 法律의 條項에 근거한 有罪의 確定判決에 대하여는 再審을 請求할 수 있다. 再審에 대하여는 刑事訴訟法의 規定을 準用한다(法 제47조).

## 2. 違憲法律審査型憲法訴願審判權

### (1) 意 義

憲法裁判所法은 第68條 2項에서 法院에서 法律의 違憲與否審判의 提請申請이 棄却된 때에는 그 當事者는 憲法訴願審判을 提起할 수 있게 하고 있다. 이를 違憲法律審査型憲法訴願이라고 한다. 이 밖에도 法律이 직접 國民의 基本權을 侵害하는 경우에는 法律에 대한 憲法訴願을 할 수 있다. 이 法律에 대한 憲法訴願은 基本權救濟를 위한 것이기는 하나 그 本質에 있어서는 違憲法律審査라고 할 수 있다.

② 憲法訴願의 法的 性格 ; 憲法訴願制度는 個人的 基本權侵害를 提訴要

---

20) 違憲法定의 效力에 관하여 상세한 것은 桂禧悅, 法律에 대한 違憲判決의 效力, 本書, 참조.

件으로 하는 점에서 個人的 基本權保障制度이지만, 한편 客觀的인 憲法秩序維持機能도 가지고 있는 점에서 憲法保障制度로서 중요하다. 특히 우리나라에서는 憲法裁判所法이 法律의 違憲提請申請이 棄却된 경우에도 憲法訴願을 할 수 있게 규정하여 違憲法律審査型 憲法訴願은 客觀的 憲法保障의 性格이 농후하다.

## (2) 憲法訴願의 提起

① 憲法訴願의 提起權者 ; 憲法訴願은 원래 個人的 基本權을 보장하기 위한 특별한 權利救濟手段으로서 인정된 것이기 때문에 憲法訴願의 提起權者는 모든 被害國民이다. 國家權力의 作爲에 의하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에 被害國民은 憲法訴願을 제기할 수 있다.

憲法裁判所法은 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 보장된 基本權을 침해받은 者는 法院의 裁判을 제외하고는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다(法 제68조)고 규정하고 있다.

② 憲法訴願의 對象 ; 司法府의 判決에 대해서는 憲法訴願을 提起할 수 없으나, 司法府의 決定에 대해서는 憲法訴願을 提起할 수 있는 경우가 있다. 法律의 違憲與否審判의 提請申請 棄却된 때에는 그 申請을 한 當事者는 憲法訴願請求를 할 수 있다. 立法府의 作爲나 不作爲에 의하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에도 憲法訴願을 提起할 수 있고 行政府의 作爲 또는 不作爲에 의하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에도 憲法訴願을 提起할 수 있다. 檢察權의 不適正한 行使나 不行使에 의하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에도 憲法訴願을 제기할 수 있다. 統治行爲에 의한 基本權侵害의 경우에도 憲法訴願을 提起할 수 있다.

③ 다른 救濟節次의 經由 ; 憲法訴願은 다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 후가 아니면 請求할 수 없다(法 제68조 단서). 이는 憲法訴願이 最終的인 救濟手段인 점을 감안하여 法律이 정한 다른 救濟節次를 모두 거친 뒤에야 할 수 있게 한 것이다. 이를 補充性의

原則이라고 한다. 다른 法律에 拘束規定이 없는 경우에는 직접 憲法訴願을 제기할 수 있다.

④ 請求期間 ; 憲法訴願의 審判은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60日이 내에, 그 사유가 있는 날로부터 180日 이내에 請求하여야 한다. 다만, 다른 法律에 의한 救濟節次를 거친 憲法訴願의 審判은 그 最終決定을 통지받은 날로부터 30日 이내에 請求하여야 한다(法 제69조).

문제는 法律에 대한 違憲審判의 請求期間에 拘束을 받지 않는다고 보는 것이 옳다.

⑤ 請求書의 기재사항 ; 憲法訴願의 審判請求書에는 i) 請求人 및 代理人의 표시, ii) 침해된 權利, iii) 침해의 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使, iv) 請求理由, v) 기타 필요한 事項이 기재되어야 한다.

憲法訴願의 審判請求書에는 代理人의 選任을 증명하는 書類 또는 國選代理人 選任通知書를 첨부하여야 한다(法 제71조).

### (3) 憲法訴願의 審判

① 書面審理의 原則 ; 憲法訴願 관한 審判은 書面審理에 의한다. 다만, 裁判部는 필요하다고 인정하는 경우에는 辯論을 열어 當事者·利益關係人 기타 參考人的 陳述을 들을 수 있다(法 제30조 2항). 이 경우에 口述審理는 公開한다.

② 代理人訴訟의 原則 ; 憲法訴願을 提起하는 私人是 辯護士를 代理人으로 選任하지 아니하면 請求를 할 수 없으며 審判遂行을 하지 못한다. 다만, 그가 辯護士의 資格이 있는 때에는 그러하지 아니하다(法 제25조).

③ 國選代理人制度 ; 憲法訴願審判을 請求하고자 하는 者가 辯護士를 代理人으로 選任할 資力이 없는 경우에는 憲法裁判所에 國選代理人을 選任하여 줄 것을 申請할 수 있다. 憲法裁判所는 申請이 있는 때에는 憲法裁判所規則이 정하는 바에 따라 辯護士 중에서 國選代理人을 選任한다 (法 제70조). 國選代理人에 대하여 憲法裁判所規則이 정하는 바에 따라 國庫



에서 그 報酬를 支給한다.

④ 憲法訴願의 事前審査 ; 憲法訴願이 憲法裁判所業務를 過重하게 할 우려가 있어 그 負擔을 경감시키기 위하여 事前審査를 통하여 이를 거르기 위한 指定裁判部를 두고 있다. 憲法裁判所長은 裁判官 3인으로 구성되는 指定裁判部를 두어 憲法訴願審判의 事前審査를 담당하게 할 수 있다. 指定裁判部에는 常任裁判官 1인이상이 포함되어야 한다(法 제72조).

⑤ 審判請求却下 ; 指定裁判部 裁判官全員이 一致된 의견에 의한 決定으로 憲法訴願의 審判請求를 却下한다. 却下할 수 있는 경우는 i) 다른 法律에 의한 救濟節次가 있는 경우 그 節次를 모두 거치지 아니하거나 또는 法院의 裁判에 대하여 憲法訴願의 審判이 請求된 경우, ii) 請求期間이 경과된 후 憲法訴願審判이 請求된 경우, iii) 代理人의 選任없이 請求된 경우, iv) 기타 憲法訴願審判의 請求가 不適法하고 그 愾결을 補正할 수 없는 경우이다. 指定裁判部는 憲法訴願을 却下한 경우, 그 法定日로부터 14일 이내에 請求人 또는 그 代理人 및 被請求人에게 그 사실을 통지하여야 한다(法 제73조).

⑥ 利害關係機關 등의 의견제출 ; 憲法訴願의 審判에 利害關係가 있는 國家機關 또는 公共團體와 法務部長官은 憲法裁判所에 그 審判에 관한 意見書を 제출할 수 있다. 憲法訴願이 裁判部에 審判回附된 때에는 法務部長官 및 당해 訴訟事件의 當事者에게 그 提請書의 謄本을 송달한다.

#### (4) 憲法訴願의 認容決定

① 憲法訴願認容의 決定定足數 ; 憲法訴願에 관한 認容決定을 할 때에는 裁判官 6인 이상의 贊成이 있어야 한다(제113조 1항).

② 認容決定內容 ; 公權力의 行使 또는 不行使에 의한 基本權侵害에 대한 憲法訴願을 認容할 때에는 認容決定書의 主文에서 침해된 基本權과 침해의 원인이 된 公權力의 행사 또는 不行使를 특정하여야 한다. 이 경우 憲法裁判所는 基本權侵害의 원인이 된 公權力의 행사를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 확인할 수 있다.

③ 法律의 違憲決定 ; 憲法裁判所는 公權力的 行使 또는 不行使가 위헌인 法律 또는 法律의 條項에 기인한 것이라고 인정될 때에는 認容決定에서 당해 法律 또는 法律의 條項이 違憲임을 宣言할 수 있다. 違憲法律審査提請이 棄却되어 憲法訴願을 제기한 憲法訴願의 認容의 경우에는 違憲法律審判節次를 準用한다.

### (5) 認容決定의 效力

① 憲法訴願認容決定의 效力 ; 憲法訴願의 認容決定은 모든 國家機關과 地方自治團體를 羈束한다.

② 處分義務 ; 憲法裁判所가 公權力的 不行使에 대한 憲法訴願을 認容한, 決定을 한 때에는 被請求人은 決定趣旨에 따라 새로운 處分을 하여야 한다.

③ 裁判에 대한 再審請求 ; 違憲法律提請에 대한 憲法訴願이 認容된 경우에는 당해 憲法訴願과 관련된 訴訟事件이 이미 확정된 때에는 當事者는 再審을 請求할 수 있다. 이 경우 刑事事件에 대하여는 民事訴訟法の 規定을 準用한다.

### (6) 憲法訴願審判의 費用

① 供託金 ; 憲法裁判所의 審判費用은 國家負擔으로 한다. 憲法訴願審判의 請求人에 대하여는 憲法裁判所規則으로 정하는 供託金の 납부를 命할 수 있다. 이는 憲法訴願의 濫訴를 豫防하기 위한 것이다.

1. ② 供託金の 國庫歸屬 ; i) 憲法訴願 審判請求를 却下할 경우와 ii) 憲法訴願의 審判請求를 棄却하는 경우에 그 審判請求가 權利의 濫用이라고 인정되는 경우에는 憲法裁判所規則이 정하는 바에 따라 供託金の 전부 또는 일부의 國庫歸屬을 命할 수 있다(憲裁法 제37조 3항).

#### 第四節 結 語

오스트리아와 西獨의 憲法裁判所는 그 동안의 裁判活動을 통하여 憲法の 保障機構, 國民의 基本權守護機構로서 중요한 役割을 담당하여 왔다. 특히 西獨의 憲法裁判所는 東西獨基本條約에 관한 合憲判決 등을 통하여 國民의 關心을 集中시켰고, 國勢調査判決에서 情報에 대한 自己決定權을 도출해 내는 등 基本權保障에도 중요한 役割을 하고 있다.

西獨의 憲法裁判所는 國民의 尊敬을 받고 있으며 가장 중요한 憲法機關으로 인정되고 있다. 특히 民主政治의 教育者, 監視者로서의 役割을 다하고 있어 世界 여러나라의 憲法裁判所의 模範이 되고 있다.

우리나라의 憲法裁判所는 成立後 2年 밖에 되지 않았으나 그 동안 訴訟促進등에 관한 特例法 제6조 1항에 대한 違憲決定과 社會保護法 제5조의 違憲決定, 國會議員選舉法의 寄託金沒收規定등에 대한 裁判등을 통하여 그 存在意義를 밝혔다.

憲法裁判所가 憲法の 規範力을 擔保하여 立憲主義 保壘가 될 것을 期待해 마지 않는다. 헌법에 따른 政治 즉 立憲政治의 確立을 위하여 憲法裁判所가 크게 寄與할 것을 믿어 마지 않으며 日淺한 憲法裁判所의 앞날에 보다 큰 聲援을 보내야 할 것이다. 憲法裁判所의 基本權保障을 위한 健闘를 바라면서 自重自愛하기를 바란다.

나아가 憲法裁判所가 제 機能을 발휘할 수 있도록 裁判도 憲法訴願의 對象이 되도록 해야 할 것이며 裁判所構成이나 辯護士強制主義 문제 등도 前進的으로 法律을 改正해야 할 것이다.

## 第二章 프랑스의 事前的·豫防的 違憲 法律審査

趙 柄 倫

(明知大 教授, 法博)

### 第一節 憲法評議會의 地位와 權限

#### I. 헌법평의회의 지위

1. 헌법평의회는 1958년 프랑스 제 5공화국 의 특수성을 나타내는 제도이다.

프랑스 第5共和國 憲法은 周知하는 바와 같이, 第3·4共和國의 不安定했던 議員內閣制의 경험에 비추어 「드골」의 理想에 따라 國民的 支持에 의한 行政政府의 安定을 기초로 國家發展과 國民主權의 現實化를 기하려는데 그 主眼點이 있다. 憲法評議會는 이러한 同憲法의 基本骨格을 유지·보장하기 위한 制度的裝置로 考案된 것이다.

프랑스 제 5공화국 헌법의 제정자들은 헌법평의회를 同憲法上의 政治體制 保障기관으로서 국가의 네번째 기구로 상정하고 있다. 헌법평의회는 대통령, 정부(gouvernement), 국회 다음에 규정하고 사법부, 탄핵재판소 및 경제 사회위원회 보다는 앞에 규정하고 있다.

#### 2. 국가권력의 조정기관, 기본권보장기관

프랑스 제5공화국 헌법은 제3·4공화국의 의회주권의 폐단을 시정하기 위하여, 이른바 의회주의의 합리화란 이름하에 의회의 권한을 약화시키고, 정부의 지위와 권한을 강화하였는바(입법사항열기등, 34조) 헌법

평의회는 이러한 새로운 권한배분을 감독하는 기관으로 상정되었다.

그러나 헌법평의회는 그 판례의 진행과정에서 행정권의 보호자로서만 기능한 것이 아니라, 의회의 정당한 권한을 확대하는 해석을 하여(입법사항 범위 확장)의회의 지위를 강화하였을 뿐만 아니라, 기본권보장자로서의 지위(인권선언 등의 해석적용)를 확고히 하였다.

### 3. 사법적 기관

憲法評議會 출범초기에는 政治的機關으로서 性格을 가진다는 주장이 강하였으나, 1974년 提訴權者 개혁 등에 의해 많은 違憲法律審査 判例를 내었고, 그 判決은 일반 司法府와 國事院 기타 국가기관이 존중하지 않을 수 없게 구속력을 가지게 됨으로써 오늘날은 외국의 헌법재판소와 같이 司法機關으로서의 지위를 확립하였다.

## II. 헌법평의회의 조직

### 1. 헌법재판관의 구성

1) 헌법평의회는 2종의 헌법재판관으로 구성된다.

① 임명직 헌법재판관 9명

대통령이 3인, 상원의장이 3인, 하원의장이 3인을 지명한다.

② 당연직 헌법재판관 : 전직대통령은 당연직으로 헌법재판관이 되며 종신직이다. V. Auriol와 R. Coty 등 전직대통령은 참석하였으나 드골은 참석을 거부하였다.

지스카르 데스탱도 불참하고 있으나, 단 상황이 참석을 필요로 하게 될 때에는 자신이 참석하여 헌법재판관의 1인으로서의 역할을 하겠다고 공언하였다.<sup>1)</sup>

2) 소장 : 대통령이 임명하며 누구를 임명할 것인가는 대통령의 재량에

---

1) Ch. Debbasch et al., Droit conrtitutionnel et institution pollitique p. 486.

맡겨져 있다. 따라서 임명직이나 당연직(전직 대통령)중 어느 누구를 소장으로 임명할 수 있다.

현재까지는 대통령이 지명한 3인의 헌법재판관중에서 소장을 임명하였다.<sup>2)</sup>

## 2. 헌법재판관의 지위

### 1) 독립성

절대적 독립성이 보장된다는 것이 가장 기본적인 지위다.

헌법평의회는 여론을 동요시키는 정치적 운동의 소용돌이로부터 피해서 안전하게 보호되어 지지 않으면 안된다. 이를 위하여 헌법평의회는 헌법재판관 전원을 일시에 교체하지 아니하고, 3년마다 1회에 3인씩 교체하도록 하였다.

임기는 9년으로, 연임은 원칙적으로 허용되지 아니한다.

다만, 다음의 경우는 연임이 가능하다. 사임 또는 사망한 헌법 재판관의 후임으로 임명되어, 그 잔임기간이 3년미만인 경우가 그것이다.

예컨대 Joxe 재판관은 1977년 10월 Rey 재판관의 사망으로 그 후임으로 임명되었고, Lecourt재판관은 1979년 9월 Coste-Florel 재판관의 사망으로 그 후임으로 임명되어, 그 잔임기간이 만료되는 1980년 2월에 Joxe와 Lecourt는 임기 9년의 헌법재판관으로 재임명되었다.

### 2) 선 서

헌법재판관은 취임에 즈음하여 대통령 앞에서 다음의 선서를 행한다.(1958년 11월 7일의 법률명령(ordonnance 제3조 제2항)

“헌법을 수호하고 그 임무를 공정하고 성실하게 수행하고 헌법평의회와 심의 및 표결에 관한 비밀을 엄수하고 헌법평의회와 권한에 속하는 사항에 관하여 공식태도를 표명하거나 자문에 응하지 아니할 것을 선언한다.”

---

2) Ch. Debbasch et al., op. cit. p. 487.

이러한 선서는 대통령이 헌법체제의 수호자로 상징되어 있기 때문이다.

### 3) 헌법재판관의 겸직금지 의무

헌법재판관에 임명되고 나면, 헌법재판관은 외부의 영향이나 압력으로부터 벗어나게 하기 위한 의무체계에 의해 보호된다. 헌법재판관은 이러한 측면의 의무는 겸직금지를 말한다. 즉 헌법재판관의 직위는 국회의원, 경제사회위원회 및 정부의 어떤 직위(장관 등)와 양립될 수 없다는 점이다.

다만 겸직금지에 있어서는 헌법재판관의 선택의 자유가 보장된다는 점이 특이하다. 헌법재판관이 국민의회(하원)나 상원의 선거에 입후보한 경우, 선거운동기간동안 그는 휴가의 혜택을 받는다. 그리고 그가 당선된 경우, 혹은 장관 또는 경제사회위원회 위원으로 임명된 경우에는 그는 8일내에 헌법재판관의 직과 이 새로운 직 중 어느 것을 선택할 수 있다. 역으로 국회의원(하원의원, 상원의원), 장관 또는 경제사회위원회의 위원직에 있는 사람이 헌법재판관으로 지명된 경우에도 마찬가지로 그는 8일내에 선택할 수 있다. 이 경우 헌법재판관이 그 직을 사임한 경우에는 새재판관이 그 잔임임기로 임명된다.

## III. 헌법평의회의 권한

헌법평의회의 제 권한은 여러 가지 기준에 따라 분류할 수 있으나 국가의사 결정 체제를 기준으로 하여, 자문기관으로서의 權限, 行政機關으로서의 성격을 띠는 권한, 司法機關으로서의 權限으로 나누어 볼 수 있다.

### 1. 자문기관으로서의 權限

1. 공개자문 : 헌법16조의 非常措置權 발동과 국민투표시 관보게재에 의해 헌법평의회는 공개자문을 하게된다.

2. 비공개 자문 : 헌법 제16조의 특수 경우 비공개 자문도 가능하다.

## 2. 행정기관으로서의 성격을 띠는 권한

1. 국민투표와 대통령선거의 일반적 감독권
2. 국민투표와 대통령선거시 투표감시를 위해 사법부나 행정부에서 감독관을 지명파견하는 권한
3. 대통령 선거 입후보자 명부확정권
4. 대통령의 궐위 확인권

## 3. 사법기관으로서의 권한

1. 국회의원의 겸직금지의무 위반여부 판단권
2. 선거소송 판결권 : 대통령선거, 국회의원선거, 국민투표의 전부 또는 일부무효판결권
3. 위헌 심사권
  - 1) 의무적 위헌심사 - 조직법, 국회법의 위헌심사
  - 2) 제소에 의한 위헌심사 - 조약, 일반법률의 위헌심사
  - 3) 국가권력의 권한배분을 위한 위헌심사
    - a) 헌법 제37조 제2항 : 법률사항여부의심사
    - b) 헌법 제41조 - 법률법안의 불가수리항변의 심사

## 第二節 事前的·豫防的 違憲審査의 種類와 內容

### I. 헌법평의회에 의한 위헌심사권의 第5共和國 憲法上 意義

1958年 프랑스 第5共和國 憲法制定者들이 헌법평의회를 창설한 가장 중요한 목적은 헌법이 명시적으로 그리고 제한적으로 의회에 부여한 權限 이외의 權限을 의회가 행사하는 것을 방지하기 위한 것이었다. 그러나 실제에 있어서는 이러한 의회 통제는 정부에 대해서도 일정한 통제를 하도



록 하는 계기가 되었다. 왜냐하면, 첫째로 대부분의 法律은 정부의 제안에 의해 제정된다는 點이다.

둘째로, 헌법은 의회가 命令의 영역을 침범할 수 없도록 하였기 때문에 헌법 평의회는 법률의 영역과 명령의 영역을 확정하게 되고, 이에 의해 行政 府의 명령제정권을 제한하는 기능을 하기 때문이다.

## II. 프랑스 第5共和國 憲法上 위헌심사의 범위와 대양

위헌심사는 헌법평의회에 주된 활동이다. 헌법평의회에 이 권한을 여러 가지 형태로 분류가 가능할 정도로 다소 복잡하다고 할 수 있다.

### 1. 위헌심사의 개시절차를 기준으로 하여,

- 1) 의무적인 위헌심사 - 조직법 및 국회법에 대한 위헌심사는 위헌제청여부와 관계없이 의무적으로 위헌심사를 한다.(당연위헌심사, 자동위헌심사)
- 2) 조건부의 의무적 위헌심사(제37조 제2항, 제41조)
- 3) 제소에 의한 위헌심사 - 일반법률의 위헌심사(제54조)

### 2. 법체계상 위헌심사 대상이 되는 범규범의 내용에 따라,

조직법에 대한 위헌심사, 국회법에 대한 위헌심사, 조약에 대한 위헌심사, 일반법률에 대한 위헌심사, 법률명령에 대한 위헌심사

### 3. 헌법평의회 자신의 분류방법

- 1) 헌법 제45조 - 제61조에 의한 위헌심사
- 2) 헌법 제41조에 의한 법률안 불가수리항변에 대한 심사
- 3) 헌법 제37조 제2항에 의한 법률형식의 법안에 대한 심 사

#### 4. 위헌심사를 하는 구체적 목적에 따라

- 1) 하위법이 헌법을 존중토록 하기 위한 위헌심사
  - ① 의무적인 위헌심사
  - ② 제소에 의한 위헌심사
- 2) 국가권력들의 규범적 행위의 규제를 위한 위헌심사
  - ① 비법률화(délégalisation) 절차 (헌법제37조 제2항)
  - ② 법률안의 불가수항변의 심사(헌법제41조)

#### 5. 사전적 위헌심사와 사후적 위헌심사

法律은 公布됨으로써 확정 시행된다.

우리나라를 포함하여 各國의 위헌법률심사권은 公布된 이후의 法律을 그 심사 대상으로 하는데 대하여, 프랑스에 있어서는 公布 以前 단계에 사전적 예방적으로 위헌심사를 하는데 그 독창성과 特色이 있다.

그것은 프랑스에서는 장작크루소의 사상을 기초로 대혁명 이후 “法律은 一般意思의 表現이다”(La loi est l'expression de la volonté générale)라는 사상에 의해 公布된 이후의 법률이 잘못되었다는 것은 그들의 사상에 맞지 아니하였기 때문이다.

따라서 사전적으로 완벽한 법률을 만들자는 취지에서 창안된 것이 사전적 예방적 위헌심사제이다.

프랑스에 있어서도 헌법 第37조 제2항의 事後的 違憲法律審査 경우도 있지만 그것은 예외적인 특수 경우이고, 일반적으로 모든 法律의 위헌심사는 公布 이전 단계에서 행하여진다.

### Ⅲ. 法律案 제안 단계의 위헌심사(헌법第 41조)

#### 1. 제안단계의 위헌심사의 意義

헌법 제41조는 다음과 같이 규정하고 있다.

「입법절차에 있어서 어떤 法律案(proposition : 의회제안의 法律案)이나 改正法律案이 法律의 영역이 아니거나 혹은 헌법 제38조에 의한 위임에 반대되는 경우에는, 정부는 불가수리 항변(l'irrecevabilité)을 제기할 수 있다. 정부와 해당 의회(즉 국민의회 또는 상원)의장의 의견 일치가 이루어지지 아니하는 경우에는 어느 일방의 요구로 헌법평의회가 8일 이내에 決定한다」

헌법 평의회에 이 위헌심사권은 법률안의 제안 단계의 것이기 때문에 사전적, 예방적 위헌심사이다.

## 2. 제안단계의 위헌심사를 하게 된 필요성

프랑스 第5共和國 헌법의 중요한 특징의 하나는 법률의 영역과 명령의 영역에 관한 특이한 구별이다. 법안 제안단계의 위헌심사는 이 구별을 보장하기 위한 필요성에서 나온 것이다.

### 1) 법률의 영역과 명령의 영역에 대한 구별

헌법 제34條는 의회가 法律로 정할사항을 列記하고 있다. 여기에 열거된 사항이 법률사항이다. 의회는 국민대표기관이기 때문에 세계 각국은 의회의 立法權에 관하여 개괄주의를 취하고 있는 것과 다르다. 프랑스 제5공화국 헌법이 이와 같아 의회의 가장 중요하고 본질적인 立法權을 특이하게 제한하고 있는 이유는 바로 제5공화국 헌법의 제정이유에서 나오는 것이다.

프랑스 제5共和國 헌법은 한마디로 제3·제4공화국의 의원내각제하에서 의회가 지나치게 강한 권한을 행사하여 약체 행정부는 특히 제4공화국 기간 동안 평균 6개월 이상 존속하지 못하는 어려움을 겪었기 때문에, 강력한 행정부에 의해 이를 극복해 보려는 것이라 할 수 있다. 그 결과 의회주의의 합리화라는 이름으로 의회의 지위를 약화시키게 되었는데 그 대표적인 경우가 바로 여기의 헌법 제34조의 경우이다. 그리고 이러한 헌법의 뜻이 제대로 시행되는가를 감독하기 위한 제도적 장치가 바로 헌법평의회에 의한 합헌성통제이다. 이것이 憲法評議會 創設의 기본적 동

기이기도 하다.

헌법 제37條 第1항은 議會 立法事項의 列記主義의 취지를 이어 받아 「法律의 영역이 아닌 事項은 명령 사항에 속한다」고 규정하여 오히려 命令事項을 概活의으로 확장하는 世界유례가 없는 입법과정 체제를 만들었다.

그리하여 第5공화국 헌법 발효이전의 의회제정의 法律이 이러한 命令사항에 속하는 경우에는 國事院(Conreil d'Etat)의 의견을 청취한 후 행정부의 命令(décret)에 의하여 修正된다.(헌법 제37조 제2항 前단) 제5共和國憲法 발효이후에 제정되는 法律에 대하여는 憲法평의회가 命令사항이라고 선언하는 경우에 한하여 정부의 명령(décret)에 의해 修正될 수 있다.(헌법 제37조 제2항 후단) 이 경우는 뒤에 보는 바와 같이 法律公布이후의 위헌법률심사에 해당한다. 憲法 第37조 제2항에 의한 헌법평의회 결정예는 1959년 11월 27일자 파리지역의 교통조직에 관한 결정이래 1985년 8월 8일의 사회보장 제도에 관한 제 법률에 대한 결정까지 총133件에 이른다.<sup>3)</sup>

## 2) 不可수리항변에 대한 처리

### ① 不可수리항변의 제기자.

불가수리항변(l'irrecevabilité)은 首相이 하는 것이 원칙이나, 長官이나 차관에 의하여 제기되기도 한다. 이 항변의 제기시기에 관하여는 법률안이나 개정법률안이 제안된 때로부터 표결전까지 어느때나 할 수 있다.

### ② 不可수리항변 제기의 효과.

불가수리항변이 제기된 경우 그에 대한 결정권은 의장이 가진다. 의장이 회의를 주재하는 경우에는 이 항변은 즉시 처리되는 것이 일반적이나, 기타의 경우에는 의장의 결정이 있을 때까지 당해 법률안의 심의는 정지된다.

---

3) 이 133件의 내용에 대하여는 Didier Maus(rassemblés par), Notes et Etudes documentaires, Les grands texts de la pratique institutionnelle de la Ve République, 1985, p. 123 參照.

### ③ 의장의 결정의 효과.

양원중 법률안이 계류중인 의회(국민의회 또는 상원)의 의장이 정부의 불가수리항변을 받아들일지나 여부에 따라 그 효과는 매우 다르다.

의장이 정부의 불가수리항변을 이유있다고 받아들이는 경우에는 당해 법률안은 그것으로 폐기된다. 그러나 의장이 이 불가수리항변을 기각하는 경우에는, 정부 또는 관계의장은 이문제의 판단을 헌법평의회에 제소하게 된다.

헌법평의회는 8일이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다. 이것은 헌법평의회에 의한 법률의 사전적·예방적 위헌심사의 한 형태이다.

헌법평의회가 문제의 법률안을 헌법 제34조의 입법사항 이외의 사항이라고 決定하는 경우에는 그 법률안은 헌법 제37조에 위배되는 위헌의 법률안임을 선언하는 것이므로, 그 法律안은 이로써 폐기되게 된다.

## IV. 國會에서의 의결후 公布前의 法律에 대한 위헌심사

### 1. 當然(自動)違憲審査와 提請에 의한 違憲審査

第5공화국 헌법 제61조 제2항에 의해 一般法律은 公布前에 憲法평의회에 위헌심사를 받을 수 있다. 조직법과 국회법은 그 중요성이 크기 때문에 필수적으로 헌법평의회에 위헌심사를 거쳐 합헌이라는 판결을 받은 후에야 公布되고 效力을 발생하여 적용하게 되는데 대하여 一般法律(loi ordinaire)은 헌법평의회에 위헌심사가 필수적은 아니고 일정한 提訴가 있어야 된다. 제소권자의 위헌심사 제청이 없으면 그대로 公布하여 적용하게 되며, 일단 公布되고 나면 法律로 성립되므로 이후에는 例外的인 憲法 第37條 第2項의 사후적 위헌심사 경우 이외에는 위헌심사의 길이 없다. 조직법과 국회법도 합헌으로 인정되어 公布되고 나면 다시는 위헌심사의 길이 없게 된다. 公布 후의 法律에 어떤 문제가 있다면 국회에서 개정하는 수밖에 없다.

國會法과 組織法은 그 중요성에 비추어 公布前에 당연히 위헌심사를 거

처야 하기 때문에 이를 自動的事前違憲審査 또는 當然違憲審査라고 할 수 있다.

## 2. 自動的 事前 違憲審査

國會法과 組織法(loi organique)에 대한 公布前의 自動違憲審査制는 프랑스 第5共和國 憲法制定者들이 憲法에 의해 議會를 合理的 統制範圍內에 두려고 한 意志의 表現이다. 즉 議會의 立法權이 憲法이 定한 카테고리(憲法 第34조의 立法사항)內에서 행사되고 있는가를 감독하기 위한 것이다.

특히 組織法은 憲法을 보충하는 중요한 法律이기 때문에 항상 憲法評議會의 위헌심사를 自動的으로 받도록 하였다.

### (가) 조직법의 의의와 특성

조직법이라 함은 헌법에 의해 조직법이라고 정하여진 법률을 말한다. 제3제4공화국에 있어서도 조직법이 있었으나, 법규범의 단계구조에 있어서 일반법률과 하등 다른 점이 없었고, 다만 조직법이란 명칭에 의해 그 대상과 내용상의 엄숙성을 나타낼 뿐이었다. 그러나 1958년 헌법하에서는 조직법은 일반법률보다 두가지 측면에서 우월적인 성격을 가지고 있고 구별된다.

첫째로, 조직법은 헌법을 보충한다는 목적을 가지기 때문에, 헌법적 효력(valeur constitutionnelle)을 가지는 규범으로 인식된다. 이것은 헌법평의회가 조직법에 위배되는 일반법률에 대하여 위헌판결을 내리는 점에서 나타난다. 이 경우 헌법평의회는 일반법률의 헌법에의 합치뿐만 아니라 관련 조직법에 대해서도 합치되는가를 심사한다.(헌법평의회 1960년 8월 11일의 Taxe Radiophonique 사건)

둘째로 조직법은 일반법률과 다른 특수한 입법절차에 따른다. 헌법 제46조는 조직법의 입법절차에 대하여 더 엄격하고 긴 절차와 요건을 규정하고 있다.

① 조직법안은 상원 또는 하원의 사무국에 제안접수 된 이후 15일의

숙고기간을 경과한 후에야 비로소 심의와 투표가 행해질 수 있다.

② 헌법 제45조(하원단독의결)의 적용상 차이

조직법을 헌법 제45조에 의해 국민 의회(하원)가 단독 가결 할 경우에는, 재적과반수의 찬성으로 가결된다. (일반법률의 경우는 재적과반수 출석에 출석과반수 찬성).

③ 상원에 관한 조직법은 상원의 가결을 필수적 요건으로 하므로, 헌법 제45조에 따른 국민의회 단독의결은 불가능하다.

④ 조직법은 헌법평의회가 그 합헌성을 선언하기 전에는 공포될 수 없다.(당연위헌심사) (헌법평의회는 1개월내에 합헌성 여부를 선언해야 한다 : 헌법 제61조)

(나) 조직법의 규율대상

조직법의 규율대상은 대통령 선거법(헌법 제6조), 국군 및 공무원 임용법(헌법 제13조), 국회의원과 장관의 겸직에 관한 사항(헌법 제23조), 국민의회의 구성 임기 및 권한에 관한 사항, 의원의 임기와 권한에 관한 사항, 국회의원의 수당에 관한 사항, 국회의원의 투표의 예외적 위임에 관한 사항(헌법 제27조), 예산과 재정에 관한 법(헌법 제24조 472조), 법관의 자격에 관한 법률(헌법 제64조), 대법관회의 구성과 기능에 관한 사항, 사면권의 행사에 관한 사항(헌법 제652조), 탄핵재판소법(헌법 제67조), 경제사회 위원회법(헌법 제71조), 공동체의 행정위원회법(헌법 제82조), 공동체의 상원법(헌법 제83조), 공동체의 중재재판소법(헌법 제84조) 등 국가 통치조직의 기본에 관한 사항들이다. 이상에서 알 수 있는 바와 같이, 헌법평의회 합헌성심사를 필수적으로 거치게 되어 있는 조직법의 규율대상은 다양하고 중요하고 풍부한 사항에 걸쳐 있다.

1983년까지 43회 조직법위헌심사를 하였다. 조직법의 헌법평의회 당연위헌심사의 예외로서 국민투표에 의한 조직법의 제정(1962. 10. 28.의 국민투표에 의한 대통령 직선제 조직법)은 위헌심사의 대상이 되지 아니한다. 즉 동 법에 대해 상원의장 M. Monneville가 위헌제청했으나 헌법평의회는 국민투표에 의해 대통령직선제의 조직제정을 한 것은 국민주권

이 직접표현된 것이라는 이유로 위헌심사를 거부했다. 그러나 Burdeau는 이 판결에 반대 입장을 취하였다. Burdeau에 의하면 국민의 역할은 주권자로서의 역할과 통치자(gouvernant : 우리 나라의 주권 행사 기관으로서의 국민)로서의 역할로 나눌 수 있고, 국민투표에 의한 조직법 제정은 후자이므로 당연히 위헌심사를 하여야 한다고 보았다.

(다) 違憲審査의 前提로서의 組織法の 範圍確定

① 범위확정의 필요성

組織法の 違憲審査에 있어서는 문제된 法律이 과연 組織法(lois organiques)에 속하느냐 하는 것이 가장 기본적이고 중요한 문제로 된다.

왜냐하면 組織法에 속한다면 自動違憲審査를 받게 되지만, 組織法이 아니라고 인정되는 때에는 그 法律은 一般法律(lois ordinaires)이므로 提訴權者의 違憲審査 提請이 있어야 되기 때문이다. 따라서 組織法の 範圍確定이 事前的 위헌심사 실시에 관하여 긴요하다.

組織法은 다음과 같은 세가지 條件을 갖추었을 때 組織法으로 인정된다.<sup>4)</sup>

첫째 憲法이 組織法으로서의 特性을 부여한 法律이다(헌법 제46조 제1항). 이 條件은 法律의 目的(lobjet)에 따라 조직법여부를 판정하는 기준이 된다.

둘째, 조직법은 헌법 제46조의 여타조항에 의한 특별 절차에 따라 제정되거나 개정된 법률이다. 이 두 번째의 條件은 法律제정의 形式 내재 節次에 따라 조직법여부를 판정하는 기준이 된다.

셋째, 조직법은 憲法評議會가 合憲이라고 선언한 法律이다.

조직법은 憲法이 조직법에 의해 규율할 것을 요구하는 諸 事項에 대해서만 規定하여야 한다. 그 결과 다음과 같은 매우 중요한 점이 귀결된다. 즉 어떤 법률이 憲法 第46條의 特別立法節次(조직법 제정절차)에 따라

---

4) François Luchaire, Le Constitutionnel, Economica, Paris, 1980. p. 120.



제정되었다 하더라도 그 규율대상인 事項(matière)에 대하여 헌법이나 조직법이라고 규정하지 아니한 法律은 조직법으로서의 特性和 특별대우를 받을 수 없다.<sup>5)</sup> 그렇다면 이러한 法律은 憲法違反(법률제정절차에 관한 헌법 위반)이라고 보아야 할 것인가? 憲法評議會는 이러한 法律이 위헌무효가 아니라 一般法律(loi ouganique)로서의 效力을 가진다고 그 합헌성을 인정하고 있다. 憲法評議會의 大統領選舉法에 대한 1976년 1月 28日 決定은 이것을 잘 설명해 주는 判例이다.<sup>6)</sup>

이와 같이 憲法 第46조의 特別節次에 의해 제정된 법률은 비록 헌법상의 조직법 사항이외의 사항을 규정하고 있는 경우라도 조직법과 같이 自動違憲審査를 받게 되며, 다만 일반법률의 자격으로서(au titre de loi ordinaire) 위헌심사를 받게 된다.<sup>7)</sup>

### 3. 提訴에 의한 事前違憲審査

#### 1) 意 義

國會法과 組織法 以外에 一般法律(les lois ordinaires)에 대하여는 提訴權者의 提訴가 있지 아니하면 事前的·違憲審査를 할 수 없다. 따라서 大統領은國會를 통과한 法律을 그대로 公布하여 시행하게 된다. 일단 公布되고 나면, 프랑스에는 事后的 違憲審査는 뒤에서 보는 극히 예외적인 경우에만 인정되므로, 만약 公布이후 시행과정에 문제가 생기면 국회의 法律改正에 의해 시정할 수밖에 없다. 이러한 점에서 최근에는 公布이후에도 違憲審査를 할 수 있도록 하자는 학자들의 주장이 대두되고 있다.

事前的 豫防的 違憲審査에 의한 위헌판결의 效力은 즉각적이고 철저하게 나타난다고 할 수 있다. 憲法 第62條는 “憲法評議會에서 違憲이라고 宣告한 法律規範은 公布되거나 시행될 수 없다”고 규정하고 있기 때문이다.

5) François Luchaire, op.cit., p. 121.

6) François Luchaire, op.cit., p. 121

7) Ibid.

## 2) 提訴權者

一般法律의 公布前에 행하여 지는 事前的 豫防的 違憲審査에 있어서는 누가 提訴權을 행사할 수 있는가가 매우 중요한 관건이 된다. 1958年 違憲評議會가 創設된 이래 이 提訴權者가 大統領, 首相, 國民議會(下院)議長, 上院議長으로 한정되어 있었다. 이들은 모두 이른바 執權與黨에 속하는 사람들이었으므로, 自身들의 정당이 의회 다수파이기 때문에 國會를 통과한 法律을 違憲이라고 다시 다투는 일은 성질상 드물게 된다. 그러나 1974年 改正에 의해 60人 以上の 上院議員도 憲法評議會에의 違憲審査 提訴權을 가지게 되자, 이제 野黨議員들이 다수당에 의해 國會를 통과한 法律의 위헌문제를 제기하는 일이 번번하게 되었다. 이것이 프랑스의 事前的·豫防的 위헌심사를 활성화하는 계기가 되었다.

1974年 이전까지는 違憲評議會의 地位에 대해서도 政治的 機關으로서의 성격을 강조하는 학자들이 많았으나, 1974年 이후에는 많은 違憲判決에 의해 法的 憲法裁判기관 즉 司法的機關으로서의 성격을 강조하게 되었고, 오늘날에는 憲法評議會는 독일의 聯邦憲法裁判所와 마찬가지로 司法的機關으로서의 地位가 확립되었다. 오늘날 憲法評議會의 判決이 일반法院과 大法院(破毀院 : Cour de cassation) 및 최고행정 재판소인 國事院(Conseil d'Etat)의 判決에까지 拘束力을 가지게 된 점에서 그 司法機關내지 憲法裁判所로서의 地位는 확립되어 있음을 알 수 있다.

1974年 이래 60人의 國民議會 議員과 60人의 上院議員의 提訴에 의한 事前的·豫防的 違憲審査의 統計는 이러한 상황을 뒷받침해 주고 있다.

1974年이래 1988年까지 憲法評議會에 提訴된 違憲審査事件 190件에 대한 統計를 보면 다음과 같다.

1974년이래 憲法評議會의 違憲審査 件數

년도	위헌심사提請件數	決定(判決)件數
1974 .....	1 .....	1
1975 .....	5 .....	5
1976 .....	4 .....	4
1977 .....	10 .....	8
1978 .....	11 .....	9
1979 .....	11 .....	6
1980 .....	15 .....	10
1981 .....	13(1981년 5月10일 미테 량의 대통령 당선이후 9件)	8(5月10日 이후6件)
1982 .....	24	18
1983 .....	13	9
1984 .....	22	15
1985 .....	22	15
1986 .....	23(시락의 同居體制를 출범 시킨 1986년3月16의 총선 이후 18件)	17(3月16日의총선후14 件)
1987 .....	11 .....	10
1988 .....	5 .....	4
計	190件	137件

3) 提訴에 의한 事前的·豫防的 違憲審査의 內容 및 判決主文 分析(1974~1988년)(60명의 議員이 提訴한 事件의 分析)

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1974年12月30 日	1975年度 예산法	1974年 12月 20日 60명의 社會黨(P. S.) 議員이 提訴함.	同法中 1個 條文 이 憲法에 合致하 지 않는다고 宣告 됨.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1975年1月15日	自發的 임신중절에 관한 法律	1974年12月20~30日 60명의 議員이 提訴함.	同法律은 憲法에 違反되지 아니한다고 宣告함.
1975年7月23日	刑事訴訟法の 特定 規定의 補充法律	1975年6月30日 60명의 上院議員이 提訴함.	1個 條文이 違憲이라고 宣告됨.
1975年7月23日	영업감찰을 폐지하고 영업세를 심설하는 法律	1975년 6月30日 60명의 社會黨(P.S) 議員이 提訴함.	同法律은 合憲이라고 宣告됨.
1975年12月30日	1976年度 예산法	1975年12月18日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法律은 憲法에 違反이 아니라고 宣告됨.
1975年12月30日	꼬모르(Comeres) 군도의 自決에 관한  법률	1975年12月17日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法律은 憲法에 違反되지 아니한다.
1976年7月15日	공무원의  일반적 지위에 관한 1959年2月4일자  법률명령의 수정에 관한  법률	1976年7月2日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法律은 合憲이라고 宣告됨.
1976年11月8日	교통사고 방지책 개발에 관한  법률	1976年10月20日 60명의 R.P.R의원이 서명하여 1976年10月29日 헌법평정의회 사무처에 접수됨.	60명의 議員의  위헌심판 提訴는 그들의 서명時 點이 同法の 議會  통과(양원 의 가결)以前에 이루어졌기 때문에 不適法 却下한다.
1976년 12月2日	교통사고 방지책 개발에 관한  법률	1976年11月9日 60명의 R.P.R의원이  제소함.	同法律은 憲法評議會가 제시한 條件下에서 憲法에 違反하지 아니한다.
1976年12月28日	1977년도  예산법	1976年 1月 9日 60명의 社會黨의원 과 R.P.R의원 이 提訴함	3個條文이  위헌이라고 宣告됨.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1977年1月12日	정부가 법률명령 (osdonance)에 의해 Afars 및 Issas 지방 의회선거구를 재 조정할 수 있도록 한 법률	1976年12月16日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 合憲이라고 宣告됨.
1977年1月12日	형사범죄수사나 방지를 위한 자동차 수색에 관한 법률	1976年12月21日 60명의 社會黨議員이 위헌의 提訴하고, 다시 1976年12月22日 60명의 公산당의원이 위헌 提訴함.	同法의  유일條文이 憲法에 違反된다고 宣告됨.
1977年7月5日	청소년의 취업증진을 위한 제규정을 담고 있고, 또 사회보장제도의 일반화를 위한 1975年7月4日자 법률을 보완하는 법률	1977年6月24日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 合憲이라고 宣告됨.
1977年7月20日	1961年 추가 경정 예산법 제4조의 소급적 수정법률	1977年7月1日 60명의 社會黨議員과 1977年7月8日 60명의 公산당 議員이 提訴함.	同法은 合憲이라고 宣告됨.
1977年7月20日	시·읍·면 間 협동에 관한 지방자치법 제규정의 보완법률	1977年6月29日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	60명의 議員의  위헌심판 提訴는 不適法하여 受理할 수 없다.(却下)
1977年11月23日	교육의 자유에 관한 1971年 6月1日의 법률에 의해 수정된 1959年12月31日의 법률에 대한 보충법률	1977年10月27日 60명의 上원의원이 提訴함.	同法은 合憲이라고 宣告됨.
1977年12月30日	1977年の 추가경정 예산 案	1977年12月22日	同法은 憲法에 違

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
	중법률	60명의 社會黨議員이 提訴함.	反되지 아니한다.
1977年12月30日	1978年 예산법률	1977年12月22日60명 的 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.
1978年1月18日	시간금·일금제를 월금제로 변경하는 협정절차에 관한 法律	1977年12月27日60명 的 社會黨議員이 提訴함.	합헌判決
1978年1月8日	國家와 私法農學學校의 關係에 關한 1960年8月2日 자의 보충법률	1977年12月25日60명 的 社會黨議員이  위헌 제소	法律全體의 違憲 判決
1978年4月29日	국제통화기금(IMF)에 대한 프랑스의 할당액 증액증인에 관한 法律	1977年12月22日60명 的 社會黨議員이 提訴함.	違憲判決
1978年7月27日	大學敎育과 농업직업 敎育에 關한 1960年8月2日의 法律 第7條 制規定의 補充法律	1978年7月1日 60명 的 社會黨 國民議會議員(下院)議員이 提訴함.	同法律中 2個項이 憲法에 違反된다고 申告된다고 申告함.
1978年7月27日	라디오나 텔레비전 방송에 관한 1974年8月7日字 法律의 補充法律	1978年7月7日 60명 的 社會黨 國民議會議員이 提訴함.	同法律은 合憲이라고 宣告됨.
1978年7月27日	司法경찰과 배심제에 관한 刑事訴訟節次의 개혁에 관한 法律	1978年7月12日 60명 的 上院議員이 提訴함.	合憲判決
1978年11月22日	刑事訴訟法 일부규정의 改正法律	1978年10月27日 60명 的 社會黨議員이 提訴함.	同法은 合憲이라고 申告됨.
1978年12月29日	1979년도 예산법률	1978年12月15日 60명 的 公산당議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1979年12月29日	1978년도 예산의 소급법률	1978年12月21日 60명의 社會黨議員과 1978年12月22日 60명의 共產黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.
1979年1月17日	노사위원회에 고나한 노동법 제5편 제1장 제규정의 改正法律	1978年12月21日 600명의 社會黨議員과 1978年12月22日 60명의 共產黨議員이 提訴함.	2個의 文章이 憲法에 分離可能한 여타 규정은 憲法에 合致한다.
1979年5月23日	N o u v e l l e Calédonie(남태평양의 佛領)의 지방의 會와 지방정부의 선거법을 수정하고 국가의 技術·제정 支援을 規定하는  법률	1979年5月11日 60명의 社會黨議員(국민의회 : 下院), 1979年5月16日 60명의 社會黨 上院議員 및 1979年5月23日 60명의 上院議員이 各各 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다.
1979年7月12日	國道나 地方道路를  연결시키는  일정한  토목공사에  관한  法律	1979年7月1日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다.
1979年7月25日	라디오나  텔레비전 방송에 있어서  노동의  融合의  中단의  公衆의  功能(公역부)의  속성에  關한  1974年8月7日자   법률  제규정의  改正法律	1979年6月28日 60명의 社會黨議員과 1979年7月6日 60명의 上院議員이 提訴함.	3줄의 文章이 憲法에 合致하지  아니한다고  宣告됨.  여타의  규정은  合憲이라고  宣告됨.
1979年12月24日	1980년도 예산법률	1979年12月20日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致하지  아니한다고  宣告됨.
1979年12月30日	政府로  하여금  1980年中  특별조세  징수의  계속을   허용	1979年12月22日 60명의  共產黨議	同法은 憲法에 合致된다고  宣告됨.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字 와 提訴者	違憲審判의 判決主文
	하는法律	員과 1979年12月 22日 上院議員이 提訴함.	
1980年1月9日	프랑스 入國·체류에 관한 1945年11月2 日 法律命令 (ordonnance)을 改 正하고 國立이민국 을 設치하는 不法 的 이민 防止法	1979年12月12日 60명의 社會黨議員 과 1979年12月14 日 60명의 共產黨 議員이 提訴함.	1個條文이 憲法 에 委叛된다고 선고되고, 그 외 의 規定은 憲法 의 違反이 아니라고 선고됨.
1980年1月9日	지방 직접 교부금의 조정에 관한 法律	1979年12月28日 60명의 共產黨議員 이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고 됨.
1980年7月1日	농업진흥법	1980年6月5日 60 명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고 됨.
1980年7月17日	1959年4月2日의 형사범죄에 관한 프랑스·독일 間 1959年4月2日의 司法協定에 대한 추가협정의 비준을 허용하는 法律	1980年6月20日 60 명의 共產黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고 됨.
1980年7月17日	1968年11月12日의 고등교육진흥법의 改正法律	1980年 6月30日 60명의 共產黨議員 과 1980年7月4日 의 60명의 社會黨 議員이 提訴함.	同法은 憲法違反 이 아니라고 宣 告됨.
1980年7月22日	원자력의 보호와 통제에 관한 法律	1980年6月26日 60 명의 共產黨議員과 1980年6月26日 60 명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고 됨.
1980年7月22日	行政行爲의 效力에 관한 法律	1980年6月30日 60 명의 上院議員과 1980年7月4日 60 명의 共產黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고 됨.



憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1980年7月22日	佛領海外領域에 刑事訴訟法과 一定한 法律의 過用을  가능케하는 法律	1980年 7月 1日 60명의 社會黨 議員과 1980年 7月1日 60명의 共產黨 議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致하지  아니한다고 宣告됨.
1980年12月19日	강간죄와 一定한 凶속범죄의  처벌에  관한 法律	1980年 11月 21日 60명의 社會黨 議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 宣告됨
1980年12月30日	1981年 예산 法	1980年 12月 18日 60명의 社會黨 議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 宣告됨
1981年1月20日	安全強化와 個人의 自由權保護法	1980年 12月 20日 60명의 社會黨 議員과 1980年 12月 22日 60명의 社會黨 議員과 1980年 12月 24日 上院 議員이 提訴함	4個條文이 憲法에 違反되지  아니한다.
1988年1月21日	시간제 근무(파트, 타임)에  관한 法律	1980年 12月 23日 60명의 上院 議員이 提訴함	同法은 憲法에 合致한다고 宣告됨

1981年5月10日 미테랑 大統領당선으로 社會黨이 執權함

1981年10月30日	1968年11月12日의 高等교육진흥  법률을  개정한 1980年7月21日 法律의  폐지법률	1981年10月2日 60명의 上院 議員과 1981年10月7日 60명의  U.D.F.-R.P.R  議員이 提訴함	同法은 憲法에 違反되지  아니한다.
1981年 10月 30~31日	라디오방송의  국 例가독점에  대한  外에  대한  法律	1981年10月2日 60명의  U.D.F.  議員과 1981年10月6日 60명의  上院  議員이 提訴함	同法을  프랑스  海  外  領  域  에  적용  시  키  게  하  는  規  定  들  은  憲  法  에  合  致  하  지  아  니  한  다  고  宣  告  된  듯  기  타  조  항  은

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字 와 提訴者	違憲審判의 判決主文
			기타 조항은 憲法에 合致한다.
1981年12月16日	대륙붕의 광물자원의 탐사와 개발에 관한 法律	1981年11月26日 60명의 R.P.R.의원 이 提訴함.	同法을 프랑스 海外領에 적용시키게 하는 규정들은 憲法에 合致하지 아니한다고 선고됨. 기타 규정은 憲法에 合致한다.
1981年12月30日	1982年度 예산法	1981년 12월 19일 60명의 R.P.R.議員과 1981年 12月 22日 60명의 I'U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 宣告됨.
1981年12月31日	1981年度 예산에 대한 제4차 소급예산법	1981年 12월 23日 60명 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法中 2個 條文은 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 그외 조항은 合憲이라고 선고됨.
1981年12月31日	1981年度 예산에 대한 제4차 소급예산법	1981年 12月 23日 60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 宣告됨.
1982年1月5日	헌법 제38조(法律命令을 위한 採權法에 의해 社會秩序유지를 위한 조치를 취할 수 있게 한 기준지도 法律	1981年 12月 23日 60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1982年1月16日	國有化法	1981年 12月 18日 60명의 上院議員과 1981年12월 19일 60명 R.P.R.-U.D.F.의원	同法中 6個 條文이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 그中 3個條文은 同法全體

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
		이 提訴함.	와 分離할 수 없 기 때문에 이 로 하 여 同法全體 公 布될 수 없 었다.
1982年 1月 16 日	國有化法(1月 16日 違憲判決을 憲法評議會 의 決意대로 修正 한 것)	1982年 2月 5日 60명 의 R.P.R.議員이 提 訴함.	同法은 「憲法에 合致한다」고 宣 告됨.
1982年 2月 25 日	「콜시카」 지역 의 特別地位에 관한 法律	1982年 2月 5日 60명 의 R.P.R.議員과 1982年 2月 5日 60명 의 上院議員이 提訴 함.	同法은 「憲法에 違反되지 아니 한다」고 宣告됨.
1982年 2月 25 日	시·읍·면과 道 및 광역시·구의 自治權 과 自由에 관한 法律	1982年 1月 28日 과 1982年 2月 4日 에 60명 의 R.P.R.의 원과 1982年 1月 28日 60 명 의 上院議員이 提 訴함.	同法中 5個 條文 에 포함된 規定들 이 憲法에 合致하 지 아니한다고 宣 告됨. 기타 조항은 憲法에 合致한다.
1982年 6月 28 日	1982年度 예산에 대한 소급예산法	1982年 6月 18日 60명 의 R.P.R.-U.D.F.議 員이 提訴함.	同法은 憲法에 合 致한다고 宣告됨.
1982年 7月 27 日	방송법 -시청 각 방송(라디 오-TV)法律	1982年 7月 8日 60명 의 上院議員과 1982年 7月 13日 60 명 의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	4個 그룹의 單語 들이 憲法에 合 하지 아니한 조 항들이 憲法에 合 치 않는다.
1982年 7月 27 日	國土計劃의 개혁에 관한 法律	1982年 7月 12日 60 명 의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合 致한다고 宣告됨.

憲法評議會의判決日字	違憲審判의 對象이 된法律	違憲審判提訴日字와提訴者	違憲審判의 判決主文
1982年7月30日	제상품가격과 소득에 관한法律	1982年7月21日60명의R.P.R.-U.D.F.議員이提訴함.	同法은憲法에합致한다고선고됨.
1982年10月22日	個人的代表기구의 개발에 관한法律	1982年10月15日60명의上院議員이提訴함.	同法中 1個條文이憲法에합致하지 아니한다고宣告됨. 기타條項은憲法에합致한다고宣告됨.
1982年11月10日	집단노동쟁의의 협상과 규율에 관한法律	1982年10月15日60명의上院議員이提訴함.	同法은憲法에합致한다고선고됨.
1982年11月18日	海外에서 프랑스인이 선거인 명부에 등록하는 절차와 효과 등 지방의회선거에 관한 선거법과 지방자치법의 改正法律	1982年10月23日60명의R.P.R.議員이提訴함.	同法中 1個條文이憲法에합致하지 아니한다고宣告됨. 기타條項은憲法에합致한다고宣告됨.
1982年12月2日	시·읍·면과 道 및 광역지역의 권리와 자유에 관한 1982年3月2日의 법률을 Guadeloupe, Guyane, Martinique 및 Réunion지역에 적용케 하는法律	1982年11月23日60명의上院議員과 1982年11月23日60명의 R.P.R.議員이提訴함.	同法은憲法에합致하지 아니한다고宣告됨.
1982年12月14日	사회보장제도의 一般的인 조직체계의 제기구에 있어서의 집행부서의 구성에관한法律	1982年11月25日60명의上院議員이提訴함.	同法은憲法에합致한다고선고됨.
1982年 12月28日	과리, 마르세이유, 리옹 및 시·읍·면가S의 협동기구의 行政組織에 관한法律	1982年12月17日60명의R.P.R.-U.D.F.議員과 1982年이12月18日60명의上院議員	同法은憲法에합致한다고선고됨.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
		이 提訴함.	
1982年12月29日	1983年度 예산法	1982年12月20日60명의R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	2個條文이 憲法에 違反된다고 宣告됨. 기타 條項은 憲法에 合致됨.
1982年12月30日	국내교통의 지도법률	1982年12月18日60명의R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고  선고됨.
1982年12月30日	1982년도 예산에 관한 소급예산法	1982年12月20~21日 60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	2個條文이 憲法에 違反된다고 宣告됨. 기타 條項은 憲法에 合致됨.
1983年1月12日	「누벨·갈레도니」섬 및 그 부속도서와 佛領「폴리네시아」지역에 있어서의 지방의회 선거에 관한 諸規定의 改正法律	1982년 12월 18日 60명의R.P.R.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고  선고됨.
1983年1月14日	社會保障制度에 대한 諸措置에 관한 法律	1982年12月18日60명의 上院議員과 1982年12月18日60명의R.P.R.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고  선고됨.
1983年5月28日	양로(노년)수당에 대한 諸措置에 관한 法律	1983년 5月11日 60명의 上院議員이 提訴함.	1個條文이 憲法에 違反된다고 宣告됨. 기타 條項은 憲法에 合致됨.
1983年7月19日	누벨·갈레도니(남태평양의 佛領)와 그 부속도서의 海	1983年 6月30日 R.P.R.議員이 提	同法은 憲法에 合致한다고  선고됨.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
	外領과의 재정협약의 승인에 관한 法律	訴함.	
1983年7月19日	1981년에 산에 대한 확정시행에 관한 法律	1983年7月1日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1983年7月20日	公共部門의 民主化에 관한 法律	1983年7月1日60명의 上院議員과 1983年7月1日60명의 R.P.R.議員이 提訴함.	同法中 文章의 약간의 部分이 憲法에 違反된다고 宣告됨. 其他 規定은 憲法에 合致된다.
1983年12月29日	1984年度 예산法	1983年1月20-21日60명의 上院議員과 1983年12月22日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法中2個의 文章이 憲法에 違反된다고 宣告됨. 其他 規定은 憲法에 合致된다.
1983年12月29日	1984年度 음료수의 가격에 관한 法律	1983年12月22日60명의 上院議員과 1983年12月22日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1984年1月19日	금융기관과의 활동통제에 관한 法律	1983年12月23日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1984年1月20日	고등교육(대학교육)에 관한 法律	1983年12月21日60명의 上院議員과 1983年12月22日60명의 U.D.F.議員이 提訴함.	同法中 4個의 項과 1個의 條文이 憲法에 違反된다고 宣告됨. 其他 規定은 憲法에 合致된다.

憲法評議 會의 判決 日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字 와 提訴者	違憲審判의 判決 主文
1984年1 月20日	地方公共機關의 지위에 관한 法律	1983年12月23日 60명의 R.P.R.-U.D.F.議 員이 提訴함.	同法中 4個의 項 과 1個의 條文이 憲法에 違反된다 고 宣告됨.기타 규정은 憲法에 合 치된다.
1984年2 月28日	企業의 諸난관의 방지와 우호적 규율에 관한 法 律	1984年2月10日 60명의 上院議員 이 提訴함.	同法中 1個條文 이 憲法에 違反된 다고 宣告됨.기타 규정은 憲法에 合 치된다.
1984年6 月4日	政府가 憲法 第38條에 의해 財政上의 諸措置를 취할 수 있도록 허용한 1984年5月22日 法律的 適用(ordonnance)의 승 인에 관한 法律	1984年5月11日 60명의 R.P.R.-U.D.F.議 員이 提訴함.	同法은 憲法에 合 치한다고 선고됨.
1984年7 月25日	라디오·TV방송에 관한 1982년 7월 29일의 법 률의 改正法律	1984年7月2日60 명의 R.P.R.-U.D.F.議 員이 提訴함.	同法은 憲法에 違 反되지 아니한다.
1984年7 月25日	佛領 Guadeloupe, Juyane, Martinique 및 Reunion地域의 管轄에 관한 法律	1984年7月2日60 명의 上院議員과 1984年7月2日60 명의R.P.R.議員이 提訴함.	同法中 2個의條文 과 1個의 文章이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告 됨. 기타 條項은 憲法에 合치된다.
1984年7 月26日	유선라디오·TV방송시설 의 개발에 관한 法律	1984年7月2日60 명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個의 項 이 憲法에 違反된 다고 宣告됨.기타 규정은 憲法에 合 치한다.
1984年7 月26日	농업경작 구조의 통제와 소	1984年6月30日,	同法은 憲法에 合

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字 와 提訴者	違憲審判의 判決主文
	작지의 지위에 관한 法律	1984年7月4日 60명의 上院議員 이 提訴함.	致한다고 선고됨.
1984年8月30 日	佛領「폴리네시아」 地域의 지위에 관한 法律	1984年8月2日60 명의 R.P.R.議員 과 1984年8月2日 60명의 上院議員 이 提訴함.	同法中 1個의 項 이 憲法에 違反된 다고 宣告됨.기타 규정은 憲法에 合 致한다.
1984年8月30 日	佛領「누벨·칼레도 니」(Nouvelle Caledonie)와 그 부 속도서의 地位에 관 한 法律	1984年8月2日60 명의 R.P.R.議員 이 提訴함.	同法中 1個의 項 이 憲法에 違反된 다고 宣告됨.기타 규정은 憲法에 合 致한다.
1984年9月12 日	公務員과 公共部門의 정년에 관한 法律	1984年8月29日, 1984年9月4日60 명의 上院議員과 1984年8月31日 60명 의 R.P.R.-U.D.F.議 員이 提訴함.	同法은 憲法에 合 致한다고 선고됨.
1984年10月11 日	新聞企業의 集中制限 과 新聞社 財政상태 와  운용의 투명성 및 言論의 多元主義확보를 위한 法律	1984年9月12日 60명의 上院議員 과 1984年9月14 日 60명 의 R.P.R.-U.D.F.議 員이 提訴함.	同法中 6個의 條 文과 4個의 項이 憲法에 合致되지 아니한다고 宣告 됨. 기타규정들은 憲法評議會가 解 釋한 條件下에서 憲法에 合致한다.
1984年12月29 日	1985年度 예산法	1984年12月21日 60명의 上院議員 과 1984年12月 22日 60명 의 R.P.R.議員 과 1984年12月28日 60	同法中 1個의 文 章이 憲法에 合致 하지 아니한다고 宣告됨. 기타 조 항은 合憲이다.



憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
		명의 上院의원이 각각 提訴함.	
1984年12月29日	1984年度 예산에 관한 소급예산法	1984年12月22일 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1985年1月18日	法律전문 行政家, 기업청산 대리인 및 기업진단 전문가에 관한 法律	1984年12月19日 60명의 R.P.R. 議員이 提訴함.	同法中 4個의 條文과 1個의 項이 憲法에 合致되지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年1月18日	기업의 재건과 法的 청산에 관한 法律	1984年12月21日 60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	1個條文과 6個의 項이 憲法에 合致하지 아니한것을 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年1月18日	國家와 地方自治團體間의 관계에 對한 諸 規定에 對하여 1983年7月22日의 法律을 보충하는 法律	1984年12月21日 60명의 上院議員과 1984年12月21日 60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	同法中 1個條文이 憲法에 合致하지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年1月25日	佛領 Nouvelle Calédonie에 있어 서의 金급사태에 관한 法律	1985年1月25日 60명의 R.P.R. 議員과 1985年1月25日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1985年7月10日	經濟秩序와 財政秩序에 관한 法律	1985年6月28日 60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	1個의 文章이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年7月17日	정비개발원칙의 定義와 實行에 관한 法律	1985年6月20日 60명의 上院議員	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
		이 提訴함.	
1985年7月24日	1983年度 확정에 산의 운용에 관한 法律	1985年6月28日60명의 上院議員과 1985年6月28日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1985年7月24日	社會秩序에 관한 諸 規律에 관한 法律	1985年6月29日60명의 上院議員과 1985年6月29日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1985年7月24日	상호부조法の의 개혁에 관한 法律	1985年5月29日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員과, 1985年6月29日60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1985年8月8日	「누벨·칼레도니」(남태평양 上의 佛領)의 發展에 관한 法律	1985年7月26日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員과, 1985年7月7日60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個의 項이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年8月23日	「누벨·칼레도니」(Nouvelle Caledonie)의 發展에 관한 法律	1985年8月20日60명의 R.P.R.-U.D.F.議員과, 1985年8月20日60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고 선고됨.
1985年12月13日	라디오·텔레비전 방송에 관한 1982年7월29日의 法律의 改正法律	1985年12月5日, 1985年11月29日60명의 上院議員	1 個의 憲法에 合致하지 아니다

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
		이 提訴함.	고  선고됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年12月28日	상업상의  경쟁개선에 관한 法律	1985年12月17日60명의 R.P.R. 議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고  선고됨.
1985年12月28日	1986年度 예산法	1985年12月20日60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個의 項이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年12月28日	1985年度 예산에 관한 소급예산법	1985年12月21日60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	同法中 1個의 項이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年1月16日	장년퇴직 연금과 활동소득의 중첩가능성의 制限에 관한 1982年3月30日 法律命令 및 1984年7月9日의 法律의 改正法律	1985年12月17日60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員과 1985年12月22日60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 2個의 項이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.
1985年1月16日	1983年度 예산의  확정 运用到 관한 法律	1985年12月21日60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	同法은 憲法에 合致한다고  선고됨.
1985年1月16日	社會秩序에 관한 諸 規律에 관한 法律	1985年12月22日60명의 上院議員과 1985年12月23日60명의 R.P.R.-U.D.F. 議員이 提訴함.	同法中 1個의 項이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이다.

1986年 3月16日 미테랑대통령(사회당)과 시락 首相(R.P.R.)의 同居體制(Cohabitation)출범.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1986年6月26日	政府가 社會經濟秩序에 措置를 有하도록 法律	1986年6月3日 60명의 社會黨議員과 1986年6月4日 60명의 上院議員이 提訴함.	憲法律議會가 解釋한 條件下에서 違同法은 憲法에 反되지  아니한다.
1986年7月1-2日	政府(시락首相)가 法令(ordonnance)에 依해서 거구 재확정할 수 있도록 授權하는 國民議會 議員 選舉法	1986年6月4日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	憲法律議會가 解釋한 條件下에서 違同法은 憲法에 反되지  아니한다.
1986年7月3日	1986年度 소급예산법	1986年6月25日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法中 2個의 paragraphe가 憲法에 合致되지  아니한다고 宣告됨.  기타규정은 合憲이다.
1986年7月29日	新聞의 法的體制改革을 위한 法律	1986年6月30日 60명의 社會黨議員과 1986年7月10日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 2個의 條文과 1個의 項이 憲法에 合致하지  아니한다고 宣告됨.  기타규정은 合憲이다.
1986年8月26日	신분증(주민등록증)의 조사와에 관한 法律	1986年7月30日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지  아니한다.
1986年9月3日	테러防止와 國家安全 侵害防止를 위한 法律	1986年8月8日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個의 條文이 憲法에 合致하지  아니한다.  기타규정은 合憲이다.
1986年9月3日	刑罰의 適用에 관한 法律	1986年8月8日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지  아니한다.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1986年9月3日	犯罪와 輕犯罪의 防止를 위한 法律	1986年8月8日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지  아니한다.
1986年9月3日	外國人의  프랑스  入國 및  체류  案件에  關한  法律	1986年8月8日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法中 2個의 規定이 憲法에 合致하지  아니한다고 宣告됨.  其他규정은 合憲이다.
1986年9月18日	통신의 自由에  關한  法律	1986年8月18日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法中 2個의 條文과  3個의 規定이 憲法에 合致하지  아니한다고 宣告됨.  그  外의  規定中  個의  條文과  8個의  規定이  위   위  헌조항과  不可分이고,  其他규정은  合憲이다.
1986年11月18日	國民議會  議員  선거의  裁  削에  關한  法律	1986年10月27日 60명의 社會黨議員과  1986年10月30日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지  아니한다.
1986年12月22日	特定한  國家公務員의  정년과  임용에  關한  法律	1986年12月16日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지  아니한다.
1986年12月29日	1987年度  예산법	1986年12月18日 60명의 社會黨議員과  1986年12月19日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個의 條文이 憲法에 合致하지  아니한다고 宣告됨.  其他규정은  合憲이다.
1986年12月29日	1986年度  예산에  關한  소급예산법	1986年12月22日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法中 1個의 條文이 憲法에 合致하지  아니한다.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
			기타규정은 合憲이다.
1987年1月23日	公正去來委員會의 決定에 대한 裁審을 變경하는 法律	1986年12月24日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.
1987年1月23日	社會秩序에 대한 諸措置에 관한 法律	1986年12月24日 60명의 社會黨議員과 1986年12月24日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個 條文이, 憲法評議會가 解釋한 條件下에서 憲法에 合致하지 아니한다. 기타규정은 憲法에 違反되지 아니한다.
1987年6月2日	佛領「누벨·칼레도니」 및 그 부속도서의 獨立에 관한 住民自決 國民投票法	1987年5月11日 60명의 社會黨議員과 1987年5月11日 60명의 上院議員이 提訴함.	두個의 規定이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣言됨. 기타규정은 合憲이다.
1987年7月7日	마르세이유市 行政組織과 지방선거제도의 改正法律	1987年6月9日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.
1987年7月22日	國公立病院과 保健施設에 관한 法律	1987年6月26日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.
1987年7月28日	社會秩序에 대한 諸措置에 관한 法律	1987年7月3日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	두個의 規定이 憲法에 合致하지 아니한다고 宣言됨. 기타규정은 合憲이다.
1987年12月30日	1988年度 예산법	1987年12月21日 60명의 社會黨議員과 1987年12月22日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法中 1個의 條文이 憲法에 合致하지 아니한다. 기타규정은 合憲이다.

憲法評議會의 判決日字	違憲審判의 對象이 된 法律	違憲審判提訴日字와 提訴者	違憲審判의 判決主文
1987年12月30日	1987年度 예산에 대한 소급예산법	1987年12月22日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法中 1個의 條文이 憲法에 合致하지 아니한다. 기타규정은 合憲이다.
1988年1月5日	面の 지방선거에 관한 法律	1987年12月11日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法第2條는 憲法에 合致하지 아니한다고 宣告됨. 기타규정은 合憲이라고 宣告됨.
1988年1月7日	농업금융을 위한 國庫의 상호융통에 관한 法律	1987年12月11日 60명의 社會黨議員과 1988年1月5日 60명의 上院議員이 提訴함.	同法第15條가 憲法에 合致되지 아니한다고 宣告됨. 기타 규정들은 憲法에 違反되지 아니한다.
1988年1月19日	증권거래법	1987年12月24日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.
1988年1月19日	「누벨·칼레도니」(Nouvelle Calédonie)지역의 地位에 관한 法律	1987年12月28日 60명의 社會黨議員이 提訴함.	同法은 憲法에 違反되지 아니한다.

### 第3節 事前的 豫防的 違憲審查의 被保護規範(準據規範)

#### I. 被保護規範(準據規範)의 意義와 態樣

憲法 第61條는 “憲法에의 合致”여부의 심사를 규정하고 있으나, 憲法評議會는 憲法典上의 條文뿐만 아니라 憲法前文과, 直接的으로는 1789年の

人權宣言, 間接的으로는 “共和國의 提法律에 의해 承認된 根本原則(Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)과 일정한 경우의 국제법 등도 그 위헌 判斷의 準據規範으로 함으로써 자신의 위헌심판의 관할을 확장하고 있다.<sup>8)</sup> 이들 準據規範들을 헌법재판의 被保護規範(les textes protégés)라고 한다.

이러한 準據規範 내지 被保護規範을 총칭하여 로익·필립(Lois Philip)과 루이·화보뢰(Louis Favokeu)는 “合憲性統制的 範圍”(bloc de constitutionalité)라고 한다.

프랑스의 事前的·豫防的 違憲審査에 있어서 이 準據規範 내지 被保護規範이 문제되는 이유는, 프랑스 第5공화국 헌법에 있어서는 基本權 條項을 1789년의 프랑스 人權宣言과 1946년 헌법前文으로부터 원용하고 있기 때문이다. 따라서 특히 1789年 프랑스 人權宣言을 憲法評議會의 違憲判決의 중요한 準據規範으로 삼고 있다는 것은 憲法評議會의 判決에 의해 憲法上의 基本權條項의 해석을 심화하고 있다는 뜻이 된다. 이것은 독일 연방헌법 재판소나 우리나라의 헌법재판소가 違憲審査를 통하여 憲法上의 諸 基本權의 해석을 심화하고 있는 것과 마찬가지로이다.

그러나 프랑스에 있어서는 그동안 1789年의 人權宣言에 法的效力을 명백히 주는 해석이 처음부터 확립되었던 것은 아니라는 점에서 憲法評議會가 法律의 事前的·豫防的 憲法審査를 명확히 한 점은 프랑스 憲法評議會의 違憲審査의 基本權保障機構로서의 地位를 확고히 하는 가장 중요한 계기가 되었다. 이러한 점에서 以下에서는 1789年의 人權宣言을 憲法上 基本權으로 해석적용시킨 憲法評議會의 判決의 추이를 살펴본다.

## II. 人權宣言의 違憲審判 準據規範性的 確立

프랑스에 있어서 憲法評議會(Conseil constitutionnel)와 1978년의 人

---

8) François Luchaire, op.cit., p.120.



人權宣言과의 관계라고 하는 主題가 다루어 질 수 있는 것은 지금부터 20年도 채 못된다. 왜냐하면 그 以前에는 그 對象自體가 存在조차 하지 않았다고 말할 수 있기 때문이다. 즉 프랑스의 憲法裁判의 判事(juge constitutionnel)<sup>9)</sup>는 1789年의 人權宣言에 關하여 어떠한 判決<sup>10)</sup>(décision)도 내리지 아니하여 왔으며, 더구나 이 1789年의 人權宣言이 어떤 效力, 말하자면 實定法的 效力을 가지고 있느냐 하는 것 自體가 의문시되어 왔던 것이다.

오늘날에 있어서 이에 關해 60여件의 有力한 判決이 나와 있고, 따라서 人權宣言은 프랑스 憲法體制의 中心部分으로 나타나고 있다. 그러면 이러한 諸 현상은 어떠한 經過에 의한 것일까?

최근 20餘年 동안, 프랑스 法學에는 眞正한 法的, 그리고 政治的인 이른바 “革命”이라 할 수 있는 일이 일어났는데, 人權宣言은 그 本質的 要素의 하나이다. 즉 그 革命的이라고 부를 수 있는 일의 內容은 法律이 憲法判事(juge constitutionnel)의 違憲審査統制를 받게 된 것을 말하는데, 이 違憲統制는 憲法 明文의 諸 條文에 대해서 뿐만 아니라 1789年의 人權宣言에 포함된 根本規定에 대해서까지도 行하여 지게 되었다는 點이다. 이러한 새로운 변모는 大革命以來 유지되어 오고 있던 傳統과의 結別을 意味하는 것이다. 왜냐하면, 이 傳統에 따른다면, 法律은 “一般意思의 表現”이기 때문에 어떠한 機關에 의해서도 統制를 받을 수 없는 것으로 되기 때문이다. 이와 같이 200餘年 前에 記述된 人權宣言條文이 議會·立法機關을 法的 規律아래로 종속되게 하였고, 지금까지 基本權의 유일한 保護

---

9) 프랑스에서는 憲法評議會(Conseil constitutionnel)를 juge constitutionnel(憲法裁判 判事)라고 하고 國事員(Conseil d'Etat)을 administratif(行政裁判判事)라고도 부른다. 이것은 이들이 各各 憲法裁判, 行政裁判(최종심)을 다루기 때문이다. 憲法評議會는 그동안 政治的 機關이나 司法的 機關이나 하는 그 法的地位가 많은 논란의 대상이 되었으나 최근에는 司法機關으로 인정하는 입장이 주류를 이루고 있다.

10) 憲法裁判所의 本案에 대한 決定은 判決이 아니고 번역하는 것이 一般的인 法的식에 더 적합하다고 본다. 憲法裁判所의 決定을 判例(Jurisprudence)라고 부르는 것도 이것을 나타낸다. 우리나라 憲法裁判所의 決定도 判決이라고 해석해야 할 것이다.

者로 상정되어 오던 바로 이 立法機關에 對抗하여 基本權을 保護하는데 기여하게 되었다.

以下에서는 이 人權宣言이 어떻게 이와 같이 日常生活에 適用되게 되었는가 하는 것을 다음과 같은 두가지 側面에서 檢査하고자 한다. 즉, 人權宣言의 實定法性的 肯定(I)과 憲法評議會에 의한 人權宣言의 適用(II)이 그것이다.<sup>11)</sup>

### Ⅲ. 憲法評議會에 의한 人權宣言의 實定法性的 肯定

오랫동안, 人權宣言은 國史院(Conseil d'Etat) 判例의 몇몇 다른 解釋을 留保한다면 本質적으로 상징적 價値를 가지는 것으로 간주되어 왔다.

그러나 1971年 이래, 상황은 3단계에 걸쳐 全面的으로 변모되었는데, 이에 따라 人權宣言은 살아 있는 有效한 法條文으로 인정되게 되었고 그 效力은 매일 더욱 강화되게 되었다.

(1) 제1段階로 1971年-73年 기간에는 人權宣言의 實定法的 效力이 肯定되었다.

1958年 10月 4日 憲法 前文에 의하면 “프랑스 國民(le peuple francais) 1789年 人權宣言에 의해 定義되고 1946年 憲法前文에 의해 확인되고 보완된 人權(基本權)과 國民主權의 諸원칙(principes de la souveraineté nationale)에 대한 高수를 엄숙히 선언한다.”

第5共和國 초기까지만 해도 이 前文規定에 대해 特別한 重要性은 부여되지 않았었고, 事實上 1970년까지만 해도 憲法評議會는 그것을 적용한 일이 전혀 없었다. 第4共和國때와 마찬가지로 人權宣言을 수용-재확인한 第5共和國 헌법前文은 本質적으로 상징적인 規定이라고 일반적으로

---

11) Louis Favoreau, La Déclaration des Droits de l'Homme et du Cityogen de 1789 et le Conseil Constitution, 1989, (筆者 譯, 프랑스 人權宣言과 基本權保障-憲法評議會의 合憲性 統制를 中心으로), in : 基本의 人權의 保障, 韓國公法學會 프랑스 人權宣言 200周年 記念 國際學術大會 發表論文集, 1989. pp. 13-51. 參照

생각되었다. 그러나 그후 세 개의 연속적인 判決에 있어서, 憲法評議會는 이러한 解釋에 反對하게 되었다.

1. 1970年 6月 19日의 첫번째 判決(구주공동체조약 判決)<sup>12)</sup>에 있어서, 憲法評議會는 憲法前文을 目標로 삼기는 하였으나, 本案判決 內容에 있어서는 더 이상 명시적으로 이에 의거하지는 아니하였다. 그러나, 그 이후 이 判決에 대한 評釋에 의하여, 同 憲法前文의 적용가능성이 이 첫번째 判決에서 이미 肯定되었다는 것을 알게 되었다.

그러나 다음 해, 1971年 7月 16日의 判決(結社의 自由判決)<sup>13)</sup>에서 憲法評議會는 이 모든 애매성을 없애게 되는데, 同 헌법前文이 재확인한 諸원칙들의 획기적인 적용이 있어야 하며, 이 원칙들에 위배되는 法律은 無效라고 하였다. 이에 따라 이제는 1958년 憲法 本文의 諸條項 이외에도 1978년的人權宣言, 1946년 憲法의 前文 및 1946년 헌법前文이 규정한 “共和國의 法律에 의하여 승인된 基本원칙”도 合憲性審査의 範圍內에 포함되게 되었다.

비록 第5共和國 憲法이 人權宣言을 憲法 本文의 條文에 포함시키지는 아니하였지만, 憲法評議會는 同 憲法前文의 規定을 根據로 一舉에, 프랑스의 法制制에 二重의 人權宣言을 부여하였는데, 이것은 다음에 보는 바와 같이 큰 意味를 가지게 된다. 따라서 2次大戰 以後의 憲法에서 基本權保護의 임무를 맡은 憲法裁判制度를 채택한 西獨, 이태리, 오스트리아 등의 이른바 憲法裁判에 의한 基本權保護의 진영에 합세하게 되는 일종의 判例에 의한 것이다. 이와 같이 프랑스는 초기에는 진정으로 원치 아니하였던 기본권 보장體制를 1971年 이래 향유하게 되었다.

2. 이 基本權 保護의 주요요소의 하나는, 憲法評議會가 立法기관의 행위를 統制하기 위한 根據條文으로서의 1789年의 人權宣言이다. 그러나,

---

12) Rec. 15, Favoreu et philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 2° ed.(1979).

13) Les grandes décisions du Conseil constituionnel, n°20, p.239.

특히 明示的으로 人權宣言을 최초로 적용하게 된 것은 1973년의 일이다.

1976年 12月 27日의 認定課稅事件에 대한 判決에서 憲法評議會는 認定課稅의 財政節次에 관한 法律을 人權宣言 第6條 違反이라고 判示하였다. 왜냐하면 議會는 政府(구체적으로는 財務部 長官)의 提案에 의하여, 고액납세자에 대해 차별적인 인정과세제도를 창설하였는데, 이 制度에 의하면, 고액납세자들은 다른 소액납세자들과는 달리, 法院에 대하여 이 인정과세액수에 대한 異義를 제기할 수 없도록 하였기 때문이다. 上院議長에 의하여 提訴된 法 앞의 平等원칙에 저촉한다고 判示하였다.

(2) 第2段階에 있어서는, 위와 같이 확인된 合憲性 심사의 범위中에서 人權宣言이 인정하는 中心的 地位에 관한 것이다.

1981-82년의 國有化立法에 관하여, 典型的으로 이 問題가 제기되었는바, 一說은 人權宣言이 1946年 憲法前文의 우월성을 인정하지 않으면 안 될 것이므로, 따라서 第 2次的 規定에 不過하다고 보았고, 다른 一說은 그 反對로, 人權宣言의 完全한 憲法的 效力을 인정하면서 나아가 그 우월성을 주장하였다.

이 問題는 人權宣言 第17條의 財產權에 관한 것으로, 위 國有化에 의해 야기되었다. 要컨대, 問題는 人權宣言이 비록 200여년이란 장기간에도 불구하고 여전히 그 效力을 완전히 유지하고 있는지, 아니면 이 人權宣言은 이제 그 效力이 弱化되어 상대적으로 2차적인 것으로만 간주되어야 할 것인지에 관한 것이었다.

1982年 1月 16日의 획기적인 判決(國有化 立法事件)<sup>14)</sup>에서, 憲法評議會는 人權宣言의 完全한 效力을 엄숙히 확인하였고, 나아가 이 人權宣言을 다음과 같은 論據로 프랑스 法體系의 핵심적 위치에 배열하였다. 즉 프랑스국민 ((le peuple francais)은 1789년의 人權宣言이 우리의 法體系內에

---

14) Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 4<sup>e</sup>, éd, n° 35, p. 516.

유지된다는 입장에서 國民投票에 의하여 세 번이나 반복하여 人權宣言에 대한 프랑스 국민의 집착을 표시하였다. 그 첫번째는 1946年 5月 5日로서, 人權宣言의 적용을 배제하는 憲法을 拒否한 것이고, 두번째는, 1946年 10月 13日 1789年 人權宣言에 明示적으로 기초하고 있는 憲法초안을 승인한 점이고, 세 번째는, 1958年 9月 28日로서, 위에서 본 바와 같이 1789年 人權宣言을 원용하는 新憲法의 채택을 대대적으로 선언한 點이다.

“프랑스 國民은 1946年 5月 5日의 國民投票에 의하여, 1789년에 宣言된 諸原則과 다른 원칙들을 포함하고 있는 새로운 人權宣言을 共和國의 制度에 관한 規定보다 先行시키려고 했던 憲法草案을 배격하였다는 點을 고려하고……, 또 反對로 1946年 10月 13日과 1958年 9月 28日의 國民投票에 의하여, 프랑스 國民은 1789년에 선언된 諸原則과 人權에 대하여 憲法的效力을 부여하는 憲法典을 승인하였다는 點을 고려할 때……”

憲法評議會는 人權宣言을, 그것이 3차례나 반복하여 國民의 승인을 받았음을 적시함으로써, 憲法體系內에 이와 같이 뿌리를 내리게 하였을 뿐만 아니라, 나아가 1946年 憲法前文은 오늘날 特히 필요한 새로운 原則들에 의해 1789年の 제 원칙을 단순히 보충하는데 不過하다는 點을 강조함으로써, 1789年 人權宣言의 憲法上 가장 핵심적 掬體로서의 性格을 더욱 명백히 하였다. 결국 憲法評議會는 “1789年 人權宣言에 의해 표명된 諸원칙들은 현재 完全무결한 憲法的效力을 가지고 있다.”는 것을 強調한 것이다.

人權宣言의 諸원칙이 오늘날에도 完全무결한 憲法的 效力을 가진다는 문제를 넘어서, 憲法評議會의 위 判決은 프랑스 第5共和國이 人權宣言 特히 후술하는 私有財産制가 현재까지도 그 效力을 지속하고 있다는 點을 재확인함으로써, 一定한 社會形態를 선택하였다는 點도 또한 의미한다고 볼 수 있다. 즉 프랑스는 분명히 “社會的인” 共和國임에 틀림없지만 그것이 社會主義國家로는 될 수 없음을 의미한다. 왜냐하면, 1789년의 諸원칙은 立法이 지켜야 할 發展의 限界를 제시하고 있기 때문인 바, 그것은

本質的으로 自由主義的인 이 原則들은 憲法改正없이 社會主義國家로 나가는 移行을 拒否하고 있기 때문이다.

(3) 人權宣言의 實定法性 肯定的 세번째 段階는 立法家에 대한 統制(違憲法律審査)를 위한 準據規範으로서의 人權宣言의 開花이다.

이것은 前述한 1971年 7月 16日의 憲法評議會 判決에 의한 “非公式的 헌법개정”에 의해 實現되었다. 그러나 또한 1974年 10月 29日의 議會에서 可決되어 즉시 發效한 公式的憲法改正에 의해 實現되었다.

즉, 同憲法改正에 의해 憲法評議會에의 違憲審査提訴가 60명의 下院議員 혹은 60名의 上院議員에 의해서도 할 수 있게 되자(4개의 最高法院 즉 大統領·首相·上院議長 또는 下院議長 중 어느 기관에 의해서만 提訴가 可能하였던 改憲前의 提訴方式은 事實上 더 이상 行하여지지 않게 되었다), 우리는 違憲法律審査 그리고 그에 따라 人權宣言 원용의 엄청난 발전을 목격하게 되었다. 事實上 이 發展은 特히 1980-89年 期間 동안에 3회의 政權 交替에 따른 4회의 多數黨 변경에 이어 이루어졌다. 즉 1973-1980年 期間 동안에는 人權宣言의 적용이 8件에 不過했는데 비해, 1980-1989年 期間 에는 그 6배에 달하는 48件을 기록하게 되었다. 이 가속화는 따라서 상당한 것이었는데, 特히 이러한 현상이 강화된 몇 年間을 고려하면 더욱 그러하다. 人權宣言 규정에 대한 위반으로 法律이 無效化된 違憲判決事件들을 보면 같은 현상을 확인할 수 있는데, 1973-1980年 期間 동안에는 2件, 그 이후에는 15件의 違憲判決이 나왔다. 人權宣言 규정에 대한 저촉은 憲法本文의 제 규정 위반이외의 것으로는 가장 중심적인 위헌판결의 하나가 되었다.

이러한 量的측면 이외에도, 최근 몇 年間에 발달되고 있는 質的측면도 검토해 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 人權宣言 적용의 기술이 더 완벽해지고, 더 예리하게 되었기 때문이다. 즉 이제는 人權宣言의 어떤 조항에 대하여는, 憲法評議會의 解釋이 담긴 여러 件의 判決이 내려졌고, 이처럼 점진적으로 추가된 해석요소들을 다 고려하지 않으면 안되기 때문이다. 이와 같이, 人權宣言 第11條는 憲法的 效力의 대상이나 요청의 기준이

된다는 해석이 풍부하게 되어, 오늘날에는 이러한 憲法評議會의 해석들을 원용하지 않고서는, 그 意味를 파악할 수조차 없게 되었다. 마찬가지로, 財産權에 관한 人權宣言 第17條는 憲法評議會의 判決의 여러 가지 해석을 알지 못하고서는 그 意味를 이해할 수 없게 되었다.

결국, 70년대 초에 지지를 받을 수 있었던 입장과는 반대로, 人權宣言의 全 規定은 실제로 적용가능한 것으로 되었다. 이제 人權宣言은 그 條文中 어떤 것이든, 그 내용이 너무 不明確하다거나 그 效力이 상실되었다는 등의 이유로 그 適用을 배제할 수 없게 되었다. 要컨대, 현단계에 있어서는, 人權宣言의 어떤 規定은 비록 效果的인 적용을 받지 못하고 있기는 하지만, 이러한 規定도 確實히 조만간 有效한 적용을 받게 될 것이라는 점은 分明하다.

#### 第四節 餘 論

##### -공포된 법률에 대한 事後的 위헌심사-

以上에서는 프랑스 憲法評議會의 事前的 豫防的 違憲審査를 살펴보았다. 法律이 公布된 이후의 事後的 違憲審査는 앞에서 본바와 같이 극히 예외적인 것이다. 이하에서는 本稿를 마치면서 이 事後的 위헌심사의 概要를 보아 두고자 한다. 법률이 공포된 이후에는 일반적으로는 그 위헌심사가 행하여질 수 없다. 그러나 법률이 일단 공포된 이후에도 위헌심사가 행하여질 수 있는 특수한 경로가 있다. 그것은 헌법 제37조 제2항에 의해, 수상이 공포된 법률이 명령사항임을 선언해 줄 것을 헌법평의회에 제소하는 방법이 다.

헌법평의회가 동 법률을 명령사항이라고 판결하면, 이 법률은 자동적으로 폐기되는 것은 아니고, 국사원령(décret en Conseil d'Etat)에 의해 수정되거나 폐기될 수 있다. 즉 이 법률은 계속 유효하지만 더 이상 법률

의 효력을 가지지 못하고 그 지위가 떨어진 명령의 효력만을 가지게 된다.

예) 1) 1960년 8월 5일의 농업진흥법 제31조의 농산물가격 결정에 관한 규정의 심사.

2) 프랑스 방송협회(I'O.R.T.F.)의 재정에 관한 법규정의 심사.

이와 같이 헌법 제37조 제2항은 정부(수상)가 공포된 법률을 다룰 수 있는 수단이 되고 있다.

### 1) 事後的 違憲審査의 절차

이에 대해서는 헌법평의회 조직법 제3장 제24조-제26조에 규정되어 있다. 제청권자는 수상만이 제청권을 가진다. 제청기간은 법률공포후 제청기간의 제한이 없으므로, 매우 오래된 후에도 가능하다. 예) ① 공포후 1년 후에도 제청가능(1977.2.15. 및 1977.11.16. C.C. 결정)

심사기간은 1월 (정부가 긴급성 표시한 경우 8일)기간내이다.

### 2) 예비심사

담당연구관(보고자-rapporteur)은 정부가 보낸 상세한 자료를 예비심사한다.

종종 정부는 수정조문의 내용에 관해 헌법평의회에 의견을 개진한다. 이에 따라 헌법평의회는 이번에는 역으로 정부의 수정조문이 국회의 법률사항을 침해하지 않도록 상당한 조문을 붙여 판결한다.

### 3) 판 결

① 판결주문은 당해 법률의 전부 또는 일부조항이 법률사항인지 명령사항인지를 선언하고, 판결이유에서 그 근거를 상론한다. 이 결정은 수상에게 통지하고, 곧(1974년이래 5일이내)관보에 게재된다.

#### ② 통 계

1979년까지의 이 문제에 관한 104건의 판결에서, 7건에서 법률의 성



격이 인정되고, 57건에서 명령의 성격이 인정되었고, 24건에서 부분적으로 법률의 성격이 인정되었으며, 12건에서 부분적으로 명령의 성격이 인정되었다.

# 第三章 法律의 違憲審査의 基準

-미국 연방대법원의 판례를 중심으로-

梁 建

(漢陽大 法大 教授, 法博)

## 머 리 말

법률의 위헌심사의 기준이라고 말할 때, 먼저 그 ‘기준’의 의미에 대해 유의할 필요가 있다. 위헌심사의 ‘기준’이라는 말은 합헌성 문제에 관한 實體的 判斷基準을 지칭하는 의미로 사용되는 것이 보통이다. 예컨대 표현의 자유의 문제에 관한 ‘명백·현존하는 위험’의 원칙 등이 그것이다. 그러나 본고에서 다루고자 하는 법률의 위헌심사의 ‘基準’은, 일정한 헌법판단의 주체가 ‘어떻게’ 일정한 실체적 기준을 설정하거나 적용하고 있으며, 또는 설정하거나 적용하여야 하는가 하는 문제에 관한 것이다. 그러한 의미에서 여기에서의 위헌심사의 기준의 문제는 節次的인, 方法論的인 차원의 것이라고 할 수 있다.

本稿에서는 위의 문제를 미국연방대법원의 판례를 중심으로 살펴보기로 한다. 미국의 사법심사제가 우리의 헌법재판제도와 차이가 있는 것은 물론이지만, 그들의 판례와 학설의 검토는 우리에게도 중요한 시사를 줄 수 있을 것으로 본다(본고에서의 여러 용어들도 원칙적으로 미국의 사법심사제를 전제한 것임을 밝혀둔다).

## 第一節 ‘司法的 尊重’의 정도에 영향을 미치는 諸要因

법률의 위헌심사의 기준은 입법자의 결정·판단에 대해 어느 정도의 존중을 해주느냐에 따라 달라진다. 입법자의 판단에 대한 이른바 ‘司法的 尊重’(judicial deference)의 정도에 따라 사실상 심사를 포기하거나 최소한의 심사에 그칠 수도 있고, 또는 엄격한 심사를 가할 수도 있다. 여기에는 사법적 존중의 정도를 좌우하는 요인이 무엇이나 하는 문제가 제기되는데, 미국의 판례·학설을 통해 제시된 것들을 정리해 보면 다음과 같다.<sup>1)</sup>

첫째, 문제된 이익(interest)이 헌법상 명시적으로 특정화되어 있느냐의 여부이다. 1938년의 Carolene판결<sup>2)</sup>에서 Stone대법관은 유명한 脚註<sup>4</sup>에서의 부가의견(dictum)을 통해 이렇게 지적했다. “입법이 그 文面上, 법 수정 제 1조부터 제10조까지의 10개 조항처럼 헌법의 명시적인 금지의 범위안에 들어오는 것으로 보이는 경우에, 합헌성 추정이 작동하는 범위는 보다 좁아지게 될 것이다”

이 점과 관련하여, 왜 헌법의 명시적 규정에 관련되는 경우 합헌성 추정의 범위가 좁아지느냐 하는 문제가 다시 제기된다. 여기에 대해서는 특히 두가지가 지적될 수 있다. 하나는, 헌법에 명시된 이익이 그렇지 않은 경우보다 더 중요하다고 볼 수 있다는 것이고, 다른 하나는 헌법에 명시적 규정이 있는 경우, 법원의 판단에 좀 더 분명한 지침이 될 수 있다는 것이다.

---

1) Paul Brest Processes of Constitutional Decisionmaking, Little, Brown, 1975, P. 797 이하 참조.

2) U. S. v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144(1938). 이 판결에 대해서는 뒤에서 좀 더 자세히 논급된다.

둘째, 민주적 과정의 統整性(integrity)에 관련되느냐의 여부이다. 위의 Carolene 판결의 각주 4에서는 이 점과 관련하여 다음과 같이 시사되고 있다. “바람직하지 못한 입법의 폐지를 가져오리라고 통상 기대될 수 있는 정치적 과정을 제한하는 입법은, 수정 제14조의 일반적 금지의 규정에 따라, 보다 정밀한 사법심사에 따라야 한다.” 여기에 해당되는 예로서 Stone 대 법관은 선거권 제한, 정보의 전파의 제한, 정치적 결사에의 간섭, 그리고 평화적 집회의 금지에 관한 선포례들을 원용하고 있다.

이점과 관련해서도 그 논거가 역시 문제될 수 있다. 여기에 대해 주목할 이론을 제시하고 있는 것은 일리(J. Ely)교수이다.<sup>3)</sup> 그에 의하면, 불확정적인 헌법규정에 관한 재판에 있어서 법원은 오직 ‘過程’(process)에만 관여하여야 한다. 여기에서의 과정 가운데 특히 중요한 것은 모든 실체적 가치들이 확인되고 較量되어 보호를 받는 정치적 과정이다. 사법심사는 이 정치적 과정에의 ‘參與’(participation)의 문제에만 관여하여야 한다. 법원의 개입은 정치적 변동의 통로의 소제(clearing the channels of political change)와 같은 정치적 과정의 다스림(policing the political process)에 그쳐야 하며, 그럼으로써 사법심사와 대의민주주의를 조화시킬 수 있다. 이 같은 參加指向(participation-oriented)의 접근을 뒷받침하기 위해 일리교수는 다음과 같은 주장을 제시한다. 첫째, 헌법은 실체적 가치의 선택과 수용을 거의 전적으로 정치적 과정에 맡겨놓고 있으며, 그런 한편으로 정부의 절차와 분배에 대한 광범한 참여의 보장에 압도적으로 관심을 가지고 있다. 둘째, 법원은 과정과 절차의 문제의 전문가이며 또한 정치적 국외자이기 때문에 과정·절차문제를 다룸에 있어 정치적 기관들보다 적합한 기관이다.<sup>4)</sup>

요컨대 일리교수의 절차지향적 접근에 의하면, 多數決主義的(majoritarian) 민주주의의 원리에 따라 가치의 선택은 국민이 선출한 대표들에 의해 이루어져야 하지만, 다만 대의정부가 기능장애를 일으키는 경우, 특

---

3) J. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard Univ. P., 1980.

4) Ely, 위의책, pp. 87-8.

히 다수파가 정치적 변동의 통로를 봉쇄하는 경우에는 법원은 이 장애를 제거하기 위해 적극적으로 사법심사에 나서야 한다고 보는 것이다.

이같은 절차지향적 접근에 대한 비판도 없지 않다. 그 비판의 요체는 절차적 접근 역시 실질적 가치 선택으로부터 자유로울 수 없다는 것이다.<sup>5)</sup>

둘째, 소수자의 이익과의 관련 여부이다. 이 점 역시 위 Carolene 판결의 같은 부분에서 제시되고 있다. 법률이 “특정한 종교적, 민족적, 또는 인종적 소수자를 대상으로 하는” 경우, 즉, “개별적으로 고립된 소수자에 대한 편견”이 나타나는 경우, 이것은 “통상 소수자보호를 위해 기대될 수 있는 정치적 과정의 작동을 심각히 제약하는, 따라서 보다 엄중한 사법심사가 요구되는 특별한 조건이 될 수 있다.”

그 논거로서는 위의 일리교수의 절차지향의 접근론이 마찬가지로 제시될 수 있다. 다수파가 편견에 의해 소수파 보호를 거부하는 경우, 이 역시 대의정부가 기능장애를 일으키는 경우로 볼 수 있고, 법원은 이 장애를 제거하기 위해 적극적으로 사법심사에 나서야 한다고 보는 것이다.

그에 의하면, ‘소수자대표의 촉진’을 통한 ‘代表補強的’(representation-reinforcing) 접근은 미국의 대의민주주의 전제들과 잘 부합된다.<sup>6)</sup>

넷째, 非司法的 救濟의 유용성 여부이다. 이것은 특히 연방주의에 관한 문제에 잘 적용될 수 있다. 州法이 州間通常에 부담을 과하는 경우에 대법원이 그 효력을 거부하기를 꺼리는 까닭의 하나는, 연방의회가 원하기만 하면 얼마든지 그 부담을 제거할 수 있기 때문이라고 공언되고 있다.

다섯째, 문제된 이익의 중요성여부이다. 헌법적으로 보호되는 이익 가운데 어떤 것은 다른 것들보다 본래적으로 더 중요하다는 전제 위에서 그 중요성의 차이에 따라 심사기준에 차이가 생긴다고 보는 것이다. 이에 대

---

5) 특히 다음을 참조. L. Tribe, "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", 89 Yale Law Journal 1063(1980).

6) Ely, 앞의 책, 같은 부분.

해서는 보호이익에 차등을 매길 근거는 무엇이며 그 지침은 어디에서 찾을 수 있느냐 하는 문제가 제기된다. 이 문제에 관하여는 二重基準論과 관련하여 뒤에서 상론한다.

여섯째, ‘해석’이 차지하는 비중 여하이다. 법률의 위헌여부가 헌법의 조문 및 헌법제정자의 의도의 해석에 크게 좌우되는 경우, 입법자에 대한 사법적 존중은 약화되는 것이 적절하다고 할 수 있다. ‘해석’의 기능은 다른 결정자들보다 재판관 및 법원에 의해 보다 적절히 수행될 수 있다고 보기 때문이다. 반면, 문서의 해석보다 정책문제에 중점이 놓이는 경우, 사법적 존중의 필요성은 더 커질 것이다.

일곱째, 관련사실의 확인 능력 여부이다. 합헌 여부의 문제가 기술적, 경제적 또는 기타 사회과학적 데이터에 달려 있는 경우, 법원이 손쉽게 이들 자료를 수집·평가하기 어렵다면, 이러한 경우에 사법적 존중의 정도는 강화되는 것이 적절하다고 주장될 수 있다. 과거의 중요한 여러 위헌판결에서 그 논거가 사회과학적 데이터에 의거한 경우가 많았는데(예컨대 사형의 범죄 제지효과<sup>7)</sup> 등), 이 점과 관련하여 여러 논란이 있었다. 이에 관한 문제들은 이른바 ‘憲法事實’(constitutional facts)의 문제로서 다루어지고 있다.<sup>8)</sup>

여덟째, 사법판단의 기준을 형성할 능력의 여부이다. 어떤 특정한 헌법문제에 관련되는 여러 요인들이 매우 복잡하거나 또는 객관화하기 힘든 경우, 법원으로서 그 문제에 대한 일관된 사법판단의 기준을 형성·적용할 능력이 없다고 주장될 수 있다. 예컨대 선거구획정에 관한 과거의 판결에 이러한 점이 주장된 바 있다. 이에 대해서는 위헌심사의 한계로서의 ‘政治問題’의 원칙과 관련하여 논의되고 있다.<sup>9)</sup>

아홉째, 입법자의 편파성의 여부이다. 입법자의 헌법문제를 고려함에 있

---

7) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238(1972).

8) 이에 관하여는 P. Brest, 앞의 책, Ch. 8 참조.

9) 政治問題(political question)의 원칙에 관하여는 梁建, “政黨內部的 紛爭과 司法審査의 限界,” 「立法研究」 8집, 1980, P. 111이하 참조.

어서 공정한 태도를 취했다고 보기 힘든 경우, 사법적 존중의 정도는 감소되는 것이 적절하다고 볼 수 있다. 예컨대, 행정부에 속한다고 주장되는 권한을 입법부가 입법을 통해 자신의 권한이라고 주장하는 경우, 또는 입법부가 그 자신의 선거구획정안을 입법하는 경우가 여기에 해당될 것이다.

마지막으로, 입법자가 관련문제들을 ‘실제로’ 얼마나 고려했는가하는 그 정도 여하이다. 입법부가 사실 및 정책에 관한 관련문제들을 실제로 고려했다고 믿을만한 경우(예컨대 청문회나 토론회를 가진 경우), 사법적 존중의 정도가 높은 것이 적절하며, 반대로 그렇지 못한 경우에는 그 정도가 낮은 것이 적절하다고 주장될 수 있다. 이 마지막 요인은 입법부의 ‘입법과정의 실제’를 사법적 심사기준에 관한 고려사항으로 삼는다는데 특징이 있다.

위에서 사법적 존중의 정도에 영향을 미치는 여러 요인들을 정리해 보았다. 여기에서 한가지 주목할 점은, 어떤 한 사건에 하나 이상의 여러 요인이 관련될 수 있으며, 이 요인들이 서로 보강의 관계에 설 수도 있지만 서로 대립적 방향으로 작용할 수도 있다는 점이다. 예컨대 선거구획정에 대한 위헌심사의 경우, 위 요인들 가운데 둘째(민주적 과정의 統整性) 및 아홉째(입법자의 편파성)의 요인은 사법적 존중의 필요성을 약화시킬 것이나, 첫째(헌법규정의 명시) 및 여덟째(사법판단의 기준의 형성능력)의 요인은 그 반대의 방향으로 작용할 것이다.

또한 주목되어야 할 것은, 입법자에 대한 사법적 존중은 그 요인에 따라서 다른 형태로 또는 다른 정도로 나타난다는 점이다. 예컨대, 관련사실의 확인능력 또는 사법적 판단기준의 형성능력의 결여로 인한 사법적 존중은 거의 전면적인 심사의 포기로 나타날 수 있는 반면, 대부분의 그 밖의 요인들에 근거한 사법적 존중은 ‘合憲性 推定’의 정도의 차이로 나타나는 것이 일반적이라는 점이다.

## 第二節 ‘最小限의 合理性의 기준

### (1) 意義와 主要判例

입법자에 대한 사법적 존중의 정도가 높은 경우 심사의 정도는 낮은 수준으로 나타난다. 가장 낮은 정도의 심사를 요하는 기준으로 정립되어온 것이 이른바 ‘最小限의 合理性’(the minimum rationality)의 기준이다. 이 기준에 따르면, 어떤 법률이 헌법상 허용되는 일정한 목적과 ‘합리적 관련성’(rational relation)을 갖고 있으면 이 법률은 곧 합헌이라고 본다. 다시 말하면, 일정한 규제가 헌법상 보호되는 일정한 목적의 달성을 증진시키는 효과가 있는 경우, 그 규제는 그 목적과 합리적 관련성이 있는 것이고, 곧 합헌이라고 보는 것이다. 여기에서 특히 주목되는 것은, 이 기준은 일정한 규제에 따른 비용과 편익(costs and benefits)의 衡量을 요구하지 않으며, 서로 경쟁하는 利益들의 조정도 요하지 않는다는 점이다.<sup>10)</sup> 따라서 이 기준에 따르면, 어떤 규제가 일정한 사람들에게 약간의 편익을 주면서 다른 사람들에게 큰 부담을 주더라도, 그것이 정당하다고 생각되는 목적(아무리 사소한 것이라 하더라도)과 긍정적으로 관련되는 것이면(아무리 약한 정도라 할지라도) 이를 합리적인 것으로 보아 심사에 통과한 것으로 본다.

이같은 최소한의 심사만을 요하는 기준은 1937년 이후의 이른바 ‘현대법원’(the modern court)의 시대에 경제규제입법의 합헌성 심사에 널리 적용되어 왔는데, 실은 훨씬 거슬러 올라가서 초기에서부터 나타난 전통적인 심사기준이었다고 할 수 있다.

일찍이 1810년의 Fletcher v. Peck 판결에서 Marshall 대법원장은 이

---

10) P. Brest, 앞의 책, pp.1004-5.



렇게 판시하였다.<sup>11)</sup>

“법률이 헌법과의 저촉 때문에 위헌이나 아니냐는 문제는 언제나 매우 텔리케이트한 것이며, 의심이 있는 경우에 이를 무효라고 인정하는 판단은, 그것이 있을 수 있다고 하더라도 매우 드물게 행하여지지 않으면 안된다…… 입법부가 그 권한을 넘었으며 그 입법이 무효라는 결정은 단순히 사소한 암시나 막연한 추측에 의거하여 행하여져서는 안된다. 헌법과 법률과의 저촉은 재판관이 이들 서로가 양립할 수 없음을 명백하고 강하게 확신할 때에만 인정되어야 한다.

위의 사건은 州당국의 토지처분에 관한 법률이 州헌법에 위반되는지의 여부가 문제된 것이었다. 위와 같은 취지의 초기의 판례의 입장은 1893년의 James B. Thayer교수의 논문에서 다음과 같이 이론적으로 정리되었다.<sup>12)</sup>

“법원은 다음과 같은 경우, 즉 법률제정권자가 그저 단순히 잘못을 저지른 것이 아니라 매우 명백한 잘못을 저질렀기 때문에 그 잘못이 합리적 의문의 여지가 없을만큼 명백한 경우에 한하여 법률을 무효화 할 수 있다…… 헌법은 때때로 여러 상이한 해석을 허용하며 일정한 범위의 선택과 판단의 여지를 남긴다. 이같은 경우에 헌법은 입법부에 대해 어떤 특정한 견해를 부과하는 것이 아니라 그러한 선택의 범위를 남겨놓는다. 이때 어떤 선택이든 그것이 합리적인 것이면 곧 합헌적이다…… 司法的 문제는 이차적인 것이다. 입법부가 무엇을 할 것인지, 무엇을 하는 것이 합리적인지를 결정함에 있어서 입법부는

---

11) 6 Cranch 87, 3 L. Ed. 162(1810).

12) James B. Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law,” 7 Harvard L. Rev. 129(1893), P. Brest, 앞의 책, pp. 980-1에서 重引.

그의 의무를 재판관과 나누어 갖는 것이 아니며, 무엇이 현명한, 합리적인 입법인지에 관하여 재판관의 견해에 따라야 하는 것도 아니다. 司法的 기능은 단지 합리적 입법작용의 바깥 경계를 확정하는 것이며, 그 경계선이란, 과세권, 收用權, 경찰권 그리고 입법권 일반이 헌법적 금지 또는 허용의 선을 넘게되는 그러한 선을 말한다.“

위의 Fletcler판결 및 Thayer교수의 논문에서의 논지는 이른바 ‘명백한 잘못의 원칙’(the rule of clear mistake)이라고 요약될 수 있는데, 그 의미내용은 ‘최소한의 합리성’의 기준과 마찬가지로 볼 수 있다. ‘명백한 잘못의 원칙’은 법원이 국민의 대의기관이 아니라는 점에서 비추어 대의민주주의 원리와와의 조화를 꾀한 것이라고 볼 수 있고,<sup>13)</sup> 입법부에 대한 사법적 존중의 취지는 ‘최소한의 합리성’의 기준과 상통하는 것이라고 할 수 있다.

‘최소한의 합리성’의 기준이 주로 적용되어온 것은 경제규제입법의 분야였다. 일련의 경제규제입법들이 헌법상 보장된 재산권보장과 계약의 자유를 침해한 것이 아니냐는 문제가 주로 헌법의 적법절차조항 및 평등조항과 관련하여 제기되어 왔는데, 뉴딜입법에 대한 합헌판결로 전환하는 1937년 이후 미국대법원은 최소한의 기준을 널리 적용하여 왔다. 앞서 인용된 1938년의 Carolene판결<sup>14)</sup>에서는 이 기준이 좀 더 구체적인 이론 구조를 가지고 제시되었다.

“입법부의 판단을 뒷받침하는 事實의 存在가 推定되지 않으면 안된다. 왜냐하면, 통상적인 상업거래에 영향을 주는 규제입법은, 既知의 사실 또는 일반적으로 想定된 사실에 비추어 그것이 입법자의 지식과

---

13) A. Bickel, The Least Dangerous Branch, Bobbs-Merril, 1962, p.35이하 참조.

14) 이 사건에서는 脫脂우유에 우유아닌 지방을 섞은 ‘filled milk’의 州間去來를 금지한 연방 법률이 헌법의 적법절차근항에 저촉되는 위헌이 아니냐는 것이 문제되었다.

경험의 범위내의 어떤 합리적 기초에 근거하고 있다는 가정을 배제하는 성격의 것이 아닌 한, 위헌이라고 선언되어서는 안되기 때문이다…… 입법부의 판단이 문제로 되어 있는 경우,(우리의 심사는) 다음과 같은 쟁점, 즉 이미 알려지거나 또는 합리적으로 가정될 수 있는 事實의 상태가 그 판단을 지지하고 있느냐 여부의 문제에 국한되지 않으면 안된다”

위의 판결에서 최소한의 합리성의 기준이 두가지 내용으로 구성되어 있음을 알 수 있다. 첫째, ‘합리성’이란, 입법을 지지하는 ‘事實의 상태’(state of facts)의 存在를 의미하며, 둘째, 그러한 사실상태의 존재가 推定된다는 것이다.

이러한 판지는 그 뒤의 판결에서 반복되거나 보완되어 전개된다. 1941년의 Olsen v. Nebraska 사건<sup>15)</sup>에서는 직업소개소의 수수료의 상한선을 정한 법률이 문제되었는데, 대법원은 다음과 같은 이유를 제시하면서 이를 합헌이라고 보았다.

“우리는…… 입법의 지혜, 필요성, 또는 적절성에는 관심이 없다. 그것에 관한 의견의 차이가 있다면 이는 선택의 여지가 있음을 의미하는데, 그러한 선택의 여지가 헌법에 의해 남겨진 경우, 선택을 州와 議會에 맡겨져야 한다.”

그밖에도, 연방 근로기준법의 합헌성을 인정한 1941년의 U.S. v. Darby판결,<sup>16)</sup> 노동조합에 관하여 클로즈드·숍 금지를 규정한 주법을 합헌이라고 판시한 Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.(1949)판결,<sup>17)</sup> 선거일에 4시간의 유급 휴가시간을 주도록

---

15) 313 U. S.236(1941).

16) 312 U. S. 100(1941).

17) 335 U. S. 525(1949).

규정한 법률을 합헌이라고 본 Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri판결(1952)<sup>18)</sup> 등에서 유사한 判旨가 제시되었다.

1955년의 Williamson v. Lee Optical Co. 판결<sup>19)</sup>에서는 안경제작 등을 규제한 주법의 위헌여부가 논란되었는데, 대법원은 이를 합헌이라고 판시하였다.

“법률이 모든 점에서 그 목표와 논리적으로 합치되어야만 합헌이 될 수 있는 것은 아니다. 시정되어야 할 해악이 당장 존재하고, 또한 특정한 입법 조치가 그것을 시정하기 위한 합리적 수단이라고 생각될 수 있다면 그것은 충분한 것이다.”

그런데 경제분야에서의 입법자에 대한 사법적 존중의 태도는 그후 더욱 강화되어, 거의 사법심사의 포기의 단계에 이르게 되었다. 이러한 태도는 특히 Black대법판에게서 뚜렷이 나타났다. 1963년의 Ferguson v. Skrupa 판결<sup>20)</sup>에서는

변호사 아닌 사람이 ‘부채조정’을 하는 것을 금지한 캔자스州法이 합헌이라고 보았는데, 여기에서 Black대법판은 이렇게 밝혔다.

“우리는 ‘입법의 지혜를 평가하는 超立法府’의 자리에 앉아서 심사하는 것이 아니다…… 입법부가 아담스미스, 허버트스펜서, 케인즈 경, 또는 다른 누구를 자신의 교재로 삼든, 그것은 우리의

---

18) 342 U. S. 421(1952).

19) 348 U. S. 483(1955). 이 사건에서 문제된 법률에 따르면, 검안 사나 안과의사의 처방전이 없는 한, 안경장사가 렌즈를 안경테에 맞추는 행위 등을 금지하였다. 나아가 이 법률의 해석에 따르면, 쓰던 렌즈를 새 안경테에 부착하는 것도 처방전 없이는 못하도록 하였다. 연방지방법원은 판시하기를, “(이 법률에서) 선택된 특정한 수단이 그 추구하는 목적의 달성에 합리적으로 필요하지도 않고 합리적으로 관련되지도 않는다”고 하여 위헌이라고 보았다.

대법원은 이 법률에서의 규제가 그 목적과 합리적 관련성이 없다고 볼 수 없다면서 원심을 파기하였다.

20) 372 U. S. 726(1963).

관심사가 아니다.”

이처럼 경제규제입법에 대하여는 거의 위헌심사를 포기하는 경향까지 나타나게 되었다. 다만 주류적인 판례의 흐름은 직접적으로 사법심사의 포기를 표명하는데까지는 이르지 않고, 적어도 修辭的으로는 合理性의 기준을 유지하되 실제 적용에 있어서는 극히 관용적 태도를 취하여 어떤 경제규제입법도 위헌판결을 받는 예는 거의 찾아볼 수 없게 되었다.<sup>21)</sup>

한편, 최소한의 합리성의 기준은 평등보호조항에 관한 사건에서도 적용되었다. 이 기준의 적용을 통한 높은 사법적 존중의 일례로 1949년의 *Railway Express Agency v. New York*판결<sup>22)</sup>을 들 수 있다. 이 사건에서는 차량에 광고를 부착하는 것을 금지하는 뉴욕시의 條例가 문제되었는데, 이 조례에 따르면, 예외적으로 기업체의 통상적인 업무에 사용되는 운반차량에 그 기업체 자신에 관한 광고물을 부착하는 것을 허용하였다.

이 조례에 대해, 일반 차량에 부착된 광고든 기업체 차량에 부착된 그 자신에 관한 광고든 모두 보행인이나 운전사의 주의를 산만시키는 것은 마찬가지이므로, 이 차별적 규제는 교통문제와 관련없는 평등조항 위반이라는 주장이 제기되었다. 대법원은 이 규제의 합헌성을 인정하면서 이렇게 판시하였다.

“평등보호문제의 판단은 경험에 근거한 실제적 고려에 의해 하는 것이지, 이론적인 非一貫性 여부를 따져서 하는 것이 아니다…… 평등보호의 요건은 같은 종류 의 해악 전부를 제거하거나 또는 전부를 제거하지 않을 것을 요구하는 것은 아니다”

---

21) Robert McClosky. “Economic Due Process and the Supreme Court : An Exhumation and Reburial”, 1962 *Suprme Court Rebiew* 34, P. Brest, 앞의 책, p. 751  
에서 重引

22) 336 U. S. 106(1949).

이같은 취지의 判旨는 그 뒤의 일련의 판결에서 지속되었다. 예컨대 1970년의 *Dandridge v. Williams* 판결도<sup>23)</sup> 그 일례이다. 이 사건에서는 사회복지 프로그램에서 한 가구의 가족수나 구호 필요성의 정도에 관계없이 일률적으로 가구당 부조금의 일정한 상한액을 규정하는 것이 평등조항 위반이 아니냐가 문제되었다. 이 판결에서의 다수의결은 그 합헌성을 인정하며 이렇게 판시하였다.

“경제와 사회복지의 분야에서 州法에 의한 일정한 차별이 완전치 못하다고 해서 그것만으로 곧 평등보호조항 위반이 되는 것은 아니다. 그 차별이 어떤 ‘합리적 기초’(reasonable basis)를 가진 것이라면, 그것이 수확적 정확성을 갖지 못했다거나 또는 실제로 일정한 불평등을 초래했다는 이유만으로 헌법을 침해하는 것은 아니다”

위의 사례들은 헌법의 평등보호조항에 관련된 것이지만, 동시에 경제규제에 관한 것이었다. 1937년이래 기업규제에 대해 평등조항을 근거로 위헌판결을 내린 극히 드문 예외적 사례로 1957년의 *Morey v. Doud* 판결<sup>24)</sup>을 들 수 있다. 이 사건에서는 일리노이州的 換업무규제법이 문제되었는데, 換업무 업체에 대해 엄격한 규제를 가하면서 다만 ‘American Express’라는 특정회사의 換매각에 대해서만 규제대상에서 제외하였다. 대법원은 이 법률에서의 차별이 그 목적과 먼 관계에 있고, 특히 특정회사를 추출하여 ‘폐쇄적 부류’(closed class)를 만들어내고 있음을 지적하면서 위헌이라고 보았다. 이에 대해 Black 대법관 등의 소수의견은, 오직 ‘불쾌한 차별’(invidious discrimination)만이 금지되는 것이라고 하면서 반대하였다.

---

23) 397 U. S. 471(1970).

24) 354 U. S. 457(1957).

## (2) ‘合憲性的 推定’과 立證責任의 문제

입법의 규제내용이 그 목적과 ‘합리적 관련성’이 있으며 합헌으로 본다는 ‘최소한의 합리성’의 기준은 그 자체만으로 곧 입증책임의 문제를 필연적으로 결정짓는 것은 아니다. 입장에 따라서는 합리적 관련성의 입증부담을 정부측에 부과할 수도 있는 것이다. 그러나 앞서 예시한 판례(Carolene판결) 또는 이론(Thayer의 논문)에서 보는 것처럼, ‘합리적 관련성’의 기준은 이른바 ‘合憲性的 推定’(presumption of constitutionality)과 연결되어 그것과 함께 제시되어 왔다. 합헌성 추정의 원칙은 1937년 이전의 판결에서도 소수의견을 통해 명백히 제시되었다. 경제규제 입법에 대한 사법적극주의가 맹위를 떨치던 때의 대표적 판결인 1905년의 Lochner판결<sup>25)</sup>에서 Harlan 대법관은 소수의견을 통해 이렇게 밝혔다. “법률의 효력이 문제되는 경우, 이른바 입증부담은 그 법률이라고 주장하는 측에 있다.”

본래적 의미의 ‘합헌성의 추정’이란 헌법위반을 이유로 법률의 무효를 주장하는 당사자는 그 법률의 지지에 필요한 事實의 不存在 및 그 무효화에 필요한 事實의 存在를 입증할 부담을 진다는 것을 뜻한다. 그런데 事實問題가 쟁점으로 되어 있지 않은 경우에도 이 용어가 보다 넓은 의미로 사용되는 경우가 적지 않다. 광의의 합헌성의 추정은 다음과 같은 의미, 즉 적절한 헌법해석이나 적절한 利益較量에 비추어 일정한 입법이 위헌임을 법원에 대해 납득시키지 않으면 안된다는 의미로 쓰이기도 한다.

그러면, 합헌성의 추정이 인정되는 근거는 무엇인가. 여기에 대해서는 두 가지 다른 측면에서의 근거가 제시되고 있다. 그 하나는 입법부가 좀

---

25) Lochner v. New York. 198 U. S. 45(1905). 이 사건에서는 빵공장에서 노동시간을 규제한 뉴욕주의 법률이 문제되었다. 다수의견에 의하면, 헌법의 적법절차규정에 의해 보장되는 계약의 자유에 대한 침해라고 하여 위헌이라고 판시하였다.

더 우월한 事實確定(fact-finding)의 능력을 지니고 있다고 추정할 수 있다는 점이고, 다른 하나는 민주정치의 원리에 비추어 입법자의 결정에 대해 존중을 해 주어야 할 것이라는 점이다.<sup>26)</sup>

이들 근거에 관하여는 이의의 여지가 없지 않다. 예컨대, 사실확정의 능력에 관해서 보더라도 법원이 입법부보다 유리한 입장에 설 수 있는 측면도 있다. 규제입법에 관련한 경험적 문제에 관하여 입법부가 아무리 성실하게 검토한다고 하더라도 장차 일어날 법 적용상의 문제들을 모두 예견, 대비하기는 어려우며, 반면 법원은 법률 시행 이후에 매우 좁게 특정된 사실문제를 다루므로 이 점에서는 보다 유리하다고 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 강한 합헌성의 추정에는 다음과 같은 기능적 관점에서의 근거가 제시되고 있다.

대부분의 입법적 결정은 경험적 가정에 입각하고 있는데, 그 개연적 효력은 확실성에는 못 미친다. 입법과정의 가장 중요한 측면은 그러한 개연적 효력에 대한 입법부의 평가이다.

입법부가 어떤 사실이 존재하지 않을지도 모른다고 인식하면서도 그러한 판단에 기초하여 결정을 내릴 수도 있는데, 이 경우에도 입법부의 결정은 완전히 합리적일 수 있다. 예컨대 어떤 약품이나 음식첨가물이 암을 발생시킬지도 모른다는 점이 매우 약하게 정립되어 있음에 불과하다 할지라도 그 판매를 금지하는 것은 불합리한 것이 아니다. 화학물질의 금지여부에 관한 판단은 여러 가지 요인들, 즉 그 개연적 위험성이 무엇인가, 어떤 대체물질이 존재하며 그 효능과 가격은 어떤가 등에 좌우된다. 이같은 종류의 판단은 비용과 편익의 배분에 관한 판단을 포함하는 보통인데, 여기에는 높은 가치적 요소가 내포되어 있다. 만일 입증부담의 정도에 있어서 ‘합리적 의문을 넘어선’(beyond the reasonable doubt)것보다 낮은 정도의 것을 채택한다면, 이 경우 법원은 이같은 본질적으로 非경험적

---

26) 이 각각의 근거에 관하여는 Oregon v. Mitchell 판결(400 U. S. 112(1970))에서의 Brennan, White, Marshall대법관의 복수의견(plurality opinion) 및 Harlan대법관의 개별 의견을 참조.



문제들에 대해 입법부의 판단대신에 자신의 판단을 대체시키는 것이 될 것이다. 높은 합헌성의 추정을 통해 그러한 판단은 政治的 府인 입법부에 맡겨지게 될 것이다.<sup>27)</sup>

이같은 견해는 입법적 결정의 합리성에 관한 문제가 이론적 차원에서는 경험적 ‘事實’의 문제라고 할지라도 실제의 과정에서는 ‘價値’의 문제로 전환되는 것이 보통이라는 점에 주목한 것이라 할 것이다.

### (3) 기본적 문제점

최소한의 합리성의 기준에 대해 그 기본적 문제점으로 지적되는 것은, 이 기준이 사실상 심사의 포기를 의미하는 것이 아니냐 하는 점이다. 이 점과 관련하여 흔히 원용되는 것은 Felin S. Cohen의 지적이다. 그에 의하면, 최소한의 합리성의 기준은 법원을 단지 입법자의 정신상태를 판단하는 ‘정신감정위원회’(lunacy commission)로 만든다는 것이다.<sup>28)</sup> 이러한 비난에 대해 몇 가지의 반론이 제시된다.

A. Bickel에 의하면, 합리성의 기준이 사법심사의 포기로 이끄는 것은 아니다. 사법심사에서 문제가 되는 것은 합리성과 犯氣(lunacy)의 구별이 아니라, ‘합리성과 의지(will)’, 또는 ‘합리성과 통제되지 않은 감정’사이의 구별이다. 합리성의 기준은 ‘인간의 통상적 경험에서 오는, 허용될 수 있는 추론에 의거한 차분한 판단’에 근거하는 것이며, ‘恣意的 추측과 개연성의 계산을 구별하려는 것’이다.<sup>29)</sup>

또한, 입법부가 전혀 쓸데없는 입법을 할만큼 정신나간 행위는 하지 않을 것이라고 하지만, 달리 볼 측면도 있다고 지적된다. 입법부도 때때로 사실 판단에 관한 중대한 실수를 저지를 수 있을 뿐 아니라, 事實이란 시

---

27) P. Brest, 앞의 책, P. 1010.

28) L. K. Cohen ed., The Legal Conscience—Selected Papers of Felix S. Cohen, Yale Univ. P. 1960, p.44, A. Bickel, 앞의 책, p. 37참조.

29) A. Bickel, 앞의 책, p.41.

간에 따라 변화할 수도 있다. 나아가, 힘이 약한 집단에게 부담을 가하는 입법의 가능성도 없지 않다.<sup>30)</sup>

생각건대, 위의 문제를 둘러싼 논의는 기본적으로 위헌심사의 필요성과 대의민주주의의 원리를 어떻게 조화시킬 것이냐의 문제에 관한 것이라고 하겠다.

### 第三節 ‘對立利益의 調整’의 기준

(1) 앞에서의 ‘최소한의 합리성’의 기준은 가장 높은 司法的 尊重에 따른 심사기준이라고 할 수 있는데, 이에 대해 그보다 낮은 사법적 존중에 입각한 보다 엄격한 정도의 심사기준을 포괄적으로 지칭하여, ‘對立利益의 調整’(the accommodation of competing interests)<sup>31)</sup>의 기준이라고 부를 수 있다.

정부의 거의 모든 결정은 여러 차원의 대립적 이익의 조정을 포함하고 있다. 그 대립적 이익은 개인(또는 그 집단)과 다른 개인(또는 집단) 사이의 것일 수도 있고, 정부기관과 다른 정부기관 사이의 것일 수도 있고, 개인 또는 집단과 정부기관 사이의 것일 수도 있다. 헌법규정자체부터 그러한 대립적 이익의 조정의 산물이라고 할 수 있다. 여기에서 헌법해석의 중심적 과제로 등장하는 것은 한 헌법규정에 구현되어 있는 그 ‘조정’이 특정한 사실 상황에 어떻게 적용되는가를 확인하는 것이다. 헌법규정의 조문 자체나 그 制定史에 비추어 비교적 명확한 답이 도출될 수 있는 경우도 있지만, 많은 경우 더 이상의 ‘조정’이 입법자에게 위임되는 것이 보통이다. 이처럼 입법자에 의한 再次的 조정이 행해진 경우, 법원은 이 결정을 그대로 존중해 주지는 않았으며, 특히 그 입법이 명시적인 헌법적 권리에 대해 불리하게 작용하는 경우, 법원 자신의 독자적인 조정을 행하

30) P. Brest, 앞의 책, p. 1005.

31) P. Brest, 앞의 책, p. 987 이하.

는 것이 보통이었다.

여기에서 말하는 ‘대립이익의 조정’(이하, ‘조정’이라 약한다)의 기준은 미국 헌법판례상 특히 자유에 관해 채택되어온 ‘利益衡量’의 기준(balancing test)과는 구별되는 것이다. 이익형량의 기준도 헌법적 이익과 정부규제의 이익의 형량에 입각한 것이라는 점에서 ‘대립이익과 조정’의 기준에 포함된다고 볼 수 있으나, 표현의 자유의 영역에서의 이익형량의 기준은 좀 더 특수한 의미를 지니고 전개되어 왔다. 이익형량의 기준은 1950년의 Douds판결<sup>32)</sup>로부터 채택되기 시작했다고 할 수 있고, 국가 안보적 이익을 표현의 자유에 우선시키는 방향에서 적용되었다. 이 기준은 십여년간 널리 채택되었으며 처음에는 입법자의 판단을 존중하는 방향에서, 나중에는 표현의 자유를 우선시키는 방향에서 적용되었다. 1960년대 후반에 가면 이 기준이 배척되는 결과에 이른다.<sup>33)</sup>

(2) ‘조정’의 기본적 과정은 다음과 같이 양쪽에 각각 두 개의 변수를 지닌 不等式으로 나타낼 수 있다.<sup>34)</sup>

$$(I_c)(R_c) \neq (I_g)(R_g)$$

( $I_c$ )는 일정한 규제입법에 의해 영향받는 헌법적 이익(constitutional interests)을 가리키며, ( $R_c$ )는 규제입법과 헌법적 이익과의 관계(relationship), 즉 규제입법이 헌법적 이익을 침해하는 정도를 나타낸다. ( $I_g$ )는 규제입법에 의해 추구되는 정부의 이익(governmental interests)을 말하며, ( $R_g$ )는 규제입법과 정부이익과의 관계를 가리킨다. 입법이 합헌이나 아니냐는 ( $I_c$ )( $R_c$ )가 ( $I_g$ )( $R_g$ )보다 큰가 또는 작은가에 달려있다.

조정의 기준에 의한 판결의 예로 1965년의 Griswold v. Connecticut판결을 들 수 있다.<sup>35)</sup> 이 사건에서 문제된 코네티컷州法에 따르면, 피

---

32) American Communications Association v. Douds, 339 U. S. 382(1950).

33) Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression, Vintage Books, 1970, p. 717.

34) P. Brest, 앞의 책, p.988 이하.

35) 381 U. S. 479(1965).

임약이나 피임기구를 사용하거나 또는 그 사용을 교사방조하는 행위 등을 처벌하였는데, 이것이 부부간의 사생활을 침해한 위헌이 아니냐가 논란되었다. 이 판결에서 부부간의 사생활의 이익은 매우 중요한 것으로 판단되었고, 규제입법이 이 이익을 침해하는 정도도 심한 것으로 판단되었다. 즉  $I_c$  및  $R_c$  모두 중대한 것으로 판단되었다. 한편, 同旨意見を 쓴 대법관들의 주장에 의하면, 부부사이 이외의 성관계를 제지하려는 州의 이익은 중요하다고 보면서도, 위의 州法은 이 이익을 증진시키는 정도는 기껏해야 한계적인 것에 그친다고 보았다. 즉,  $R_g$ 는 적거나 없는 것으로 판단한 것이다. 결국 이같은 조정과 결과, 위 주법은 위헌이라고 판결되었다.

(3) 앞의 不等式에서 각각의 變數에 관해 좀 더 살펴볼 필요가 있다.

먼저 헌법적 이익( $I_c$ )에 관하여 많은 대법원 판결은 이를 이원적으로 취급하였다. 대부분의 재산적·경제적 이익에 대해서는 낮은 가치를 부여하였고 그 결과 이들 이익에 불리하게 작용하는 입법은 비록  $R_c$ 가 크고  $I_g$ ,  $R_g$ 가 사소하다고 하더라도 지지되었다. 반면 일정한 실체적 이익(예컨대 언론, 州間여행, 개인의 사생활, 선거권 등) 및 의심스러운 기준(suspect criteria)에 의해 차별받지 않을 이익에 대하여는 매우 높은 가치가 부여되었다. 이러한 이원적 접근에 대해 제기되는 근본문제는, 헌법적으로 보호받는 여러 이익들에 대해 그 輕重을 어떤 기준에 의해 평가할 수 있는가 하는 것이다. 이 문제에 관하여는 이른바 ‘二重基準’의 원칙과 관련하여 뒤에서 살펴본다.

다음에 규제입법이 헌법적 이익에 미치는 효과( $R_c$ )는 그 규제내용에 따라 달라지게 됨은 물론이다. 다른 사정이 동일하다면, 헌법적 이익에 작은 효과를 미치는 규제가 보다 용이하게 용인된다고 할 수 있다. 예컨대 1972년의 *Dunn v. Blumstein* 판결<sup>36)</sup>을 그 일례로 들 수 있다. 이 사건에서는 투표권자의 자격으로 1년의 거주요건을 규정한 켄터키州法이

36) 405 U. S. 330(1972).

문제되었다. 대법원은 이를 위헌으로 보았는데, 30일의 거주요건이라면 용인될 수 있었을 것이라고 지적하였다.

한편, 정부의 규제이익( $I_g$ )에 대해서도 차등적 접근을 찾아볼 수 있다. 어떤 일정한 헌법적 이익을 침해하는 입법의 경우, 그 입법이 ‘절박한(compelling) 정부의 이익’에 기여하는 것인 때에 한하여 정당화된다는 것이 판례상 확립된 원칙이라고 할 수 있다. 대표적인 예로, 평등보호조항에 대한 위반 여부가 문제된 때에, 일정한 차별조치가 ‘의심스러운 차별’(suspect classification)인 경우 및 차별의 대상이 ‘기본적 권리·이익’(fundamental rights or interests)에 관한 것인 경우에는 그 차별조치에 대해 정부의 ‘절박한 이익’이 인정되는 때에 한하여 합헌성이 인정된다고 본다.<sup>37)</sup>

그러나 문제는 헌법적으로 정당화될 수 있는 여러 정부이익들 가운데 어느 것이 보다 절박하고 또는 덜 절박한지에 대하여 어떤 지침이 있느냐인데, 이에 대해 대법원은 별로 제시한 바가 없다. 정부의 절박한 이익이 존재한다고 인정된 일례로, 어린이에 대한 性的 이용의 금지를 들 수 있다. 1982년 *New York v. Ferber* 판결<sup>38)</sup>에서는 어린이에 대한 성적 이용의 규제가 ‘州的 특별하고도 보다 절박한 이익’(the state's particular and more compelling interest)에 해당한다고 보면서, 음란 여부에 관한 일반적인 기준은 이러한 경우에 적합치 않으며 보다 엄격한 규제가 허용된다고 보았다.

마지막으로 규제입법이 정부이익에 기여하는 정도 ( $R_g$ )에 관해서도 고려해야 할 점들이 있는데, 이에 대해서는 ‘보다 덜 제한적인 代案’의 기준과 관련하여 아래에서 다루어진다.

---

37) 이에 관하여는 後術, 5의 (4) 참조.

38) 458 U. S. 747(1982).

#### 第四節 ‘보다 덜 제한적인 代案’의 기준

(1) 위에서 본 ‘대립이익의 조정’의 기본과정에는 한가지 중요한 점이 빠져 있었고, 그러한 의미에서 그 과정의 설명은 불완전한 것이었다고 할 수 있다.

즉, 일정한 규제입법이 정부이익에 기여하는 정도( $R_g$ )가 크고 중요하지만, 그 정부이익이 헌법적 이익에 대한 침해의 정도( $R_c$ )가 보다 적은 다른 代案的 규제에 의해서도 상당히 달성될 수 있는 경우가 있을 수 있다. 이같은 의미에서의 ‘보다 덜 제한적인 代案’(the less restrictive alternative)이 있다고 보는 경우, 법원은 이를 근거로 그 규제 입법을 위헌이라고 판시하여 왔다. 이같은 취지의 판결에서 사용된 용어는 다양하였으며, ‘제한적’이라는 말 이외에 ‘격렬한’(drastic) 또는 ‘차별적’(discriminatory)이라는 용어도 사용되었다. 일례로 다음과 같은 판결을 들 수 있다.

1951년의 *Dean Milk Co. v. Madison* 판결에서는 우유검사에 관한 市條例가 문제되었다. 이 시조례에서는 자기 지방의 사업을 보호하기 위하여 他州의 업체에 대하여 차별적 조치를 취하였는데, 대법원은 이것이 州間通商(interstate commerce)에 대한 위헌적인 차별규제라고 보았다. 대법원은 그 논거를 제시하는 가운데, 住民의 건강과 안전을 보호하기 위해서라고 하더라도 ‘합리적이고 非차별적인 代案이 존재한다면’ 州間通商에 대한 차별은 허용될 수 없다고 지적하였다.

위의 판결에서 시사된 代案은 기존의 규제조치와 전혀 다른 종류의 것이었는데, 다른 여러 판결에서 대안으로 시사된 것들을 보면, 같은 종류의 규제조치이되 다만 규제대상

의 측면에서 좁게 축소된 경우가 일반적이다. ‘보다 덜 제한적인 대안’의 기준의 대표적 판례로 흔히 지적되는 *Shelton v. Tucker* 판결(1960)<sup>39)</sup>도 그러한 경우에 속한다. 아칸사스州

39) 364 U. S. 479(1960).

法에 의하면 모든 공립학교 교원은 그가 과거 5년간 가입했었던 모든 단체의 이름을 매년 보고하도록 요구하였는데, 이를 거부한 교원들의 재임용이 거부됨으로써 문제가 발생하였다. 대법원 판결은 이 규제가 헌법상 결사의 자유에 대한 위헌적 침해라고 보면서 다음과 같이 판시하였다.

“본건에서의 쟁점은 아칸사스州가 일정한 교원에 대하여 그들의 모든 단체가입관계를 물을 수 있는지의 여부가 아니다. 또한 州가 모든 교원에 대해 일정한 단체가입관계를 물을 수 있는지의 여부도 아니다……

일련의 판결에서 대법원은 판시하기를, 비록 정부의(규제)목적이 정당하고 중요하다 하더라도 그 목적이 보다 좁은 규제에 의해 달성 될 수 있는 때에는 기본적인 개인의 자유를 광범하게 침해하는 수단에 의해 그 목적을 추구할 수는 없다고 하였다. 법적 제한의 범위에 대한 판단에 있어서, 동일한 기본목적을 달성하기 위한 보다 덜 격렬한 수단이 존재하느냐에 비추어 이를 판단하지 않으면 안된다……

본건에서의 법률의 규제는 무한정하고 무차별적으로 광범하며, 선례에 비추어 금지되는 것에 속한다. 이 법률은 결사의 자유에 대해 광범하게 간섭하고 있으며, 교원의 자질과 능력에 관한 정당한 조사의 범위를 넘어서고 있다……”

(2) ‘보다 덜 제한적인 대안’의 기준이 가장 명백하게 적용될 수 있는 경우는, 헌법적 이익에 대한 침해의 정도( $R_c$ )가 감소되고, 정부이익에 기여하는 정도( $R_g$ )는 변함이 없으면서, 정부나 또는 어떤 당사자에 대해서도 더 이상의 부가적 비용을 부과시키지 않는 경우일 것이다. 미시경제학의 이론을 원용하면, 보다 덜 제한적인 대안이란 곧 ‘파레토最適點’(Pareto optimality)에로의 이동을 가리킨다.

그런데 여기에서 문제는, 파레토 최적이라는 의미의 보다 덜 제한적인 대안은 가정적 세계에서는 쉽게 생각될 수 있으나 현실의 세계에서는 좀처럼 실재하기 힘들다는 점이다. 정부이익에 기여하는 정도( $R_g$ )를 감소시키지 않고 또한 더 이상의 비용을 부과하지도 않으면서 헌법적 이익에 대한 침해의 정도( $R_c$ )를 감소시킨다는 것이 현실의 세계에서 과연 얼마큼 가능하나 하는 것이다. 앞의 Shelton v. Tucker 판결에서의 반대의견들도 바로 이 점과 관련한 것들이었다.

(3) 보다 덜 제한적인 대안의 기준을 명확히 이해하기 위해서는 다음과 같은 점을 분명히 인식할 필요가 있다. 이 기준은 첫째 동일한 규제목적에 효과적으로 달성하기 위한 다른 대안이 없다고 하여 일정한 규제가 곧 합헌이 된다는 것을 의미하는 것도 아니요, 둘째 보다 덜 제한적인 대안이 존재한다고 하여 일정한 규제가 곧 위헌이 된다고 보는 것도 아니다. 다시 말하면 다른 대안으로서는 규제 목적을 달성할 수 없다고 하더라도 ( $I_c$ )( $R_c$ )가 ( $I_g$ )( $R_g$ )보다 무거울 수 있고, 다른 한편으로 헌법적 이익에 대한 침해의 정도가 적은 대안이 있다고 하더라도 ( $I_g$ )( $R_g$ )가 ( $I_c$ )( $R_c$ )보다 무거울 수 있다.<sup>40)</sup> 이렇게 파악한다면, 보다 덜 제한적인 대안의 기준은 앞서 본 ‘대립 이익의 조정’의 기준을 대체하는 별개의 기준이 아니라 그것을 보완하는 보충적 기준임을 알 수 있다.

이 기준을 이같은 의미로 이해할 때, 그것은 헌법적 이익과 정부이익을 기본적으로 대등하게 보는 것이며 어느 한 쪽에 더 무게를 두는 것은 아니다. 다만 이에 대해서는 다른 접근도 없지 않다. 즉 이 기준을 기본적으로 정부 이익보다 헌법적 이익에 큰 무게를 두는 원칙으로 파악하려는 입장인데, 이러한 입장은 특히 표현의 자유에 관하여 이 기준을 적용할 때 두드러지게 나타나고 있다. 이러한 입장에서는 용어에서부터 ‘가장 덜 제한적인 수단(the least restrictive means)의 기준이라는 말이 사용되

---

40) 이 후자에 해당하는 일례로 앞서 본 New York v. Ferber판결(1982)을 들 수 있다. 이 판결에서는 다른 대안적 규제를 검토한 후, 그것으로는 적법한 규제 목적을 충분히 달성할 수 없다고 보아, 문제된 입법을 합헌이라고 판시하였다.



기도 하며,<sup>41)</sup> 대체로 표현의 자유에 대한 일정한 규제가 위헌이라고 보기 위한 논리로 원용된다.

한편 이 기준을 기본적으로 ‘대립이익의 조정’의 기준에 대한 보완적인 것으로 파악한다고 하더라도, 기본적 관점은 어디까지나 헌법적 이익에 대한 침해의 정도를 축소하자는 데에 있다. 그러한 한정적 의미에서는 이 기준이 헌법적 이익을 중시하는 입장에서 서 있다고 할 수 있다.

그런데 권리를 규제하는 측에 대해서만 대안의 존재 여부를 물을 것이 아니라, 권리를 행사하는 측에 대해서도 그 권리행사를 위한 다른 대안의 존재 여부를 물어야 할 것이라는 견해가 판례상으로도 나타나고 있다. 일례로 U. S. v. O'Brien<sup>판결</sup><sup>42)</sup>에서의 Harlan대법관의 同旨意見 속에서 그러한 취지를 찾아 볼 수 있다. 이 사건에서는 反戰의 의사표시로 의사당 앞에서 소집영장을 불태운 행위의 처벌이 표현의 자유에 대한 위헌적 침해가 아니냐는 것이 문제가 되었는데, 판결은 이를 합헌이라고 보았다. 여기에서 Harlan대법관은 영장소각 이외에도 효과적인 의사표현수단이 있었음을 중시하였다.

이같은 취지가 대법원의 판결의견 속에 나타난 예도 발견된다. 1978년의 Houchins v. KQED<sup>판결</sup><sup>43)</sup>에서는 방송국 기자가 교도소 안에서 취재·보도할 수 있는 다른 여러 수단이 있음을 지적하였다.

이같은 논리를 ‘대안적 수단의 기준’(alternative means test)이라고 부르기도 하는데, 이것은 앞에서의 ‘보다 덜 제한적인 대안’의 기준과는 별개의 관점에 서있는 것이다.

---

41) John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, and J. Nelson Young Constitutional Law, 3rd ed., West Publ., 1986, p.848.참조.

42) 391 U. S. 367(1968).

43) 438 U. S. L(1978).

## 第五節 ‘二重基準’의 원칙

(1) 위헌법률심사에 있어서 그 심사의 기준은 문제된 권리의 내용·성격에 따라 차별적이어야 한다는 것이 오늘날 미국 연방대법원 판례에서 확립된 원칙이다. 이러한 원칙은 이른바 ‘二重基準’(double standard)의 원칙이라는 이름 아래 전개되어 왔다. 이에 따르면, ‘문화적’, 또는 ‘非경제적’ 권리의 영역에서는 ‘경제적, 재산적’ 권리의 영역에서보다 더 높은 수준의 심사(scrutiny)가 행해져야 한다는 것이다.<sup>44)</sup>

이중기준의 원칙이 형성되기 시작한 것은 대체로 1930년대라고 할 수 있다. 그 이전의 시대에 미국 연방대법원의 주된 관심은 재산권의 보호에 있었다. 19세기 말 이래로 일련의 사회경제규제 입법이 등장하는데(예컨대, 최저임금법, 노동시간규제법, 소년노동규제법 등), 이들 법률은 계속하여 위헌 판결을 받았다. 그 주된 근거로서 제시된 것은 헌법의 適法節次(due process of law)조항이다.<sup>45)</sup> 이들 규제법률은 그 실체(substance), 즉 법률내용의 성격을 보건대 적법절차에 의하지 않고 자유와 재산을 박탈한 것이 되므로 위헌이라는 것이다. 이것이 이른바 경제규제입법의 위헌성에 관한 實體的 適法節次(substantive due process)論이다.

실체적 적법절차론에 입각한 위헌판결은 1937년의 판례변경에 의한 이른바 ‘루즈벨트 법원’(Roosevelt Court)의 등장에 이르기까지 지속되었다. 특히 1934년부터 1936년 사이에는 16개의 뉴딜입법들이 위헌판결을

---

44) Henry J, Abraham, Freedom and the Court, 5th ed. Oxford Univ. P., 1988, p. 11.

45) 미국연방헌법 수정 제15조 : “.....누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유, 또는 재산을 박탈당하지 아니한다.” 동 수정 제14조 : “어떠한 州도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없다.”

받았다. 1937년의 한 사건<sup>46)</sup>에서 합헌판결로 전환하게 된 것은 대법원장 Hugles와 Owen J. Roberts대법관이 합헌론에 가담했기 때문이었다. 이 사건에서 문제된 법률은 부인 및 소년노동에 대한 워싱턴州의 최저임금법이었다. 1937년말, 새 대법관(Hugo Black)의 임명과 함께 경제규제입법에 대한 합헌판결의 흐름은 확고히 정착하게 되었다.

(2) 1937년 이후, 대법원은 위헌법률심사에 있어서 그 이전과는 전혀 다른 접근을 나타내었다. 경제규제의 영역에서는 의회와 정부에 대해 사실상 백지위임을 부여한 반면, 非경제적 영역에서의 권리제한에 대해서는 보다 면밀한 검토를 행하는 태도를 취하였다. 이 새로운 태도는 이른바 ‘優越的自由’(preferred freedoms)論을 중심으로 전개되었다.

우월적 자유론의 짝은 1937년의 한 판결<sup>47)</sup>에서 Cardozo대법관이 제시한 의견에서 찾아볼 수 있다. 여기에서 그는 이렇게 말하였다. “우리가…… 사상과 언론의 자유의 영역에 접하게 되면, 전혀 다른 차원의 사회적, 도덕적 가치에 이르게 된다…… 이 자유는 거의 모든 다른 자유의 모체이자 불가결한 조건이다.”

이같은 논리는 이미 앞에서 인용한 바 있는<sup>48)</sup> 1938년의 Carolene Products Company판결에서의 Stone대법관의 의견 가운데 그 脚註(4)에서 좀 더 구체적으로 전개되었다. 여기에서 Stone대법관이 보다 엄밀한 사법심사가 요구된다고 본 것은 다음의 세가지 경우였다. ① 헌법에서 명시적으로 규정한 기본권을 제한하는 입법, ② ‘정치적 과정’을 규제하는 입법, ③ 소수자의 권리를 규제하는 입법.

위의 첫번째 경우는 그 文言대로 보면, 마치 헌법에서 명시된 권리모두에 대해 특별한 취급을 해야 할 것이라는 취지로 해석될 수 있다. 그러나 그 뒤 곧 밝혀진 바에 따르면, Stone대법관이 일차적으로 언급하려했던 것은 수정 제1조에서 규정한 다섯가지 자유(종교, 언론, 출판, 집

46) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U. S.379(1937).

47) Palko v. Connecticut, 302 U. S. 319(1937).

48) 前述, 1. 참조.

회, 청원의 자유)에 대해서였다.<sup>49)</sup>

Stone대법관의 의견은 대법원의 다수를 형성할 수 있었고, 이후 일련의 사건에서 수정 제1조의 자유의 ‘우월적 지위’(preferred position)에 입각한 유명한 판결들이 나오게 되었다. 예컨대 Hague v. C. I. O.판결(1939),<sup>50)</sup> Bridges v. California판결(1941),<sup>51)</sup> Jones v. Opelika판결(1943),<sup>52)53)</sup> Thomas v. Collins판결(1945),<sup>54)</sup> Kovacs v. Cooper판결(1949)<sup>55)</sup>등. 이들 판결의 일부에서는 ‘우월적 지위’라는 표현이 실제로 사용되기도 하였다.<sup>56)</sup>

표현의 자유를 위시한 수정 제1조의 자유에 우월적 지위를 인정하는 심사 태도는 1930년대 이전의 대법원 판결과는 대조적인 것이다. 1930년대 이전에 대법원은 표현의 자유와 경제적 자유의 구별없이 그 위헌심사에서 단일한 심사기준을 채택했다고 볼 수 있다. 예컨대 정치적 표현의 자유에 관한 1925년의 Gitlow 판결<sup>57)</sup>에서 규제입법의 ‘합리성’여부를 심사기준으로 삼고 있는 것이 그 일례이다.

1949년에 일부 대법관의 변동이 있으면서 우월적 자유론은 그 후 수년간 후퇴하기에 이른다. 우월적 자유론에 입각한 이중기준의 원칙이 다시 빛을 보게 되는 것은 1953년, Earl Warren이 대법원장에 취임하고부터 이다.

---

49) Abraham, 앞의 책, p. 23 참조.

50) 307 U. S. 496.

51) 314 U. S. 252.

52) 319 U. S. 103.

53) 319 U. S. 624.

54) 323 U. S. 516.

55) 336 U. S. 77.

56) 예컨대 앞의 Jones v. Opelika판결 ; Thomas v. Collins 판결, Kovacs v. Cooper 판결 등.

57) Gitlow v. New York, 298 U. S.652(1925). 이 사건에서는 정치적 과업을 고취한 과격한 선언문을 인쇄, 배포한 행위가 문제되었다. 대법원은 그 처벌법규의 합헌성여부에 대해, 同 법규의 합리적 근거의 입증만 있으면 충분하다고 보았다.

한편, 위의 脚註(4)의 의견 가운데 두 번째 경우는 ‘정치적 과정’의 규제법  
률에 대한 보다 면밀한 심사의 필요성을 주장하고 있다. 이러한 취지에 따  
른 판결로서 흑인의 선거권제한에 관한 판결,<sup>58)</sup> 선거구인구불평등에 관한  
판결<sup>59)</sup>등을 들 수 있다.

위의 세 번째 경우, 즉 소수자보호를 위한 보다 철저한 심사의 필요성에  
따른 판결로서, 흑백 차별에 관한 수다한 판결을 비롯, 그밖에도 소수종파  
의 보호를 위한 판결,<sup>60)</sup> 양심적 집총거부자의 보호에 관한 판결<sup>61)</sup> 등을 들  
수 있다.

(3) 그러면 이중기준의 원칙은 어디에서 그 정당성을 찾을 수 있는가. 이  
에 관하여는 대체로 세가지 근거가 제시되어 왔다.<sup>62)</sup>

첫째, 非경제적, 문화적 권리가 갖는 ‘기본적’ 자유로서의 중요성이다. 표현  
의 자유와 같은 기본적 권리들은 다른 모든 자유의 토대가 되며, 이를 다수  
의 의사에 맡겨둘 수는 없다고 보는 것이다. 예컨대 국기경례거부사건에서  
의 판결의견<sup>63)</sup>을 이러한 견해의 대표적 일례로 볼 수 있다. 이에 따르면,  
“헌법의 권리장전(Bill of Rights)의 목적은 일정한 문제를 정치적 논쟁의  
浮沈으로부터 벗어나게 해서 이것을 多數者와 관료의 손에 미치지 않는 곳  
에 두고, 이를 법원이 적용할 법원칙으로 설정하는 데에 있다”고 보았다.

이러한 논거와 관련한 근래의 주목할 학설로서, 앞에서도 논급한 Ely교수  
의 견해를 들 수 있다. 이른바 ‘절차지향적’(process-oriented)이론

---

58) 예컨대, U. S. v. Classic, 313 U. S. 299(1941) ; Smith v. Allwright, 321 U. S.  
649(1944).

59) 예컨대 Baker v. Carr, 369 U. S. 186(1962) ; Wesberry v. Sanders, 376 U. S.  
I(1964) ; Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533(1964).

60) 예컨대 West Virginia State Board of Education v. Barnette, 316 U. S. 624(1943).

61) 예컨대 U. S. v. Seeger, 380 U. S. 163(1965).

62) Abraham, 앞의 책, p. 28 이하 참조.

63) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624(1943)

이라고 불리는 그의 이론에 의하면,<sup>64)</sup> 多數決主義는 미국 정치체제의 핵심이며 가치의 결정은 국민이 선출한 대표들에 의해 이루어져야 하는데, 그러나 모든 사람의 이익을 위해 통치하여야 할 정부가 기능장애를 일으키는 현상이 나타나게 된다.

하나는, 다수파가 소수파의 정치참여를 배제시키는 정치적 변경의 통로를 봉쇄하는 경우이고, 다른 하나는 다수파가 편견에 의해 소수파를 대표 시스템의 틀 밖에 방치하여 소수파보호를 거부하는 경우이다. 이같은 기능장애가 나타나는 경우에 법원은 이들 장애를 제거하기 위해 적극적으로 사법심사에 나서야 한다. 일리교수는 이러한 자신의 견해를 ‘參與指向의 代表補強的 接近’(participation-oriented, representation reinforcing approach)이라고 부르고 있다.<sup>65)</sup>

이중기준의 원칙의 두 번째 논거로서, 일정한 기본적 자유에 관해서는 헌법이 특히 명시적 규정으로서 그 침해금지를 분명히 밝히고 있다는 점이 제시되고 있다. 재산적 권리에 관해서는 적법절차조항에서 생명, 자유 또는 “재산”(property)을 “박탈할 수 없다”고 막연히 규정하고 있으나, 이와는 달리 다른 기본적 자유에 관해서는 그 침해금지의 뜻을 명백히 명시하고 있다는 것이다. 이러한 취지의 대표적 견해로 Black대법관의 의견을 들 수 있다.<sup>66)</sup> 그에 의하면, 특히 표현의 자유는 그 명시적 규정에 비추어 ‘절대적’ 자유라고 보고 있다.

A. Cox의 견해도 기본적 자유에 관한 헌법규정의 명료성(explicitness)을 강조하고 있다. 그는 이렇게 말한다.

“대법원은 왜 한편에서 표현의 자유 그리고 다른 한편에서 경제적 자유 및 재산과를 구별해야 하는가 하는 질문에 대하여, 이렇게 대답할 수 있다. 즉, 헌법은 수정 제1조의 보장에 관하여 상대적으로 더 명확히

---

64) 前述, 1. 참조.

65) 梁建, “美國의 司法審査制度和 80년대 韓國의 憲法裁判”, 서울대 「法學」 29권 3-4호, 1988.12., p.86 참조.

66) Morey v. Doud(354 U. S.457 [1957], 판결에서의 Black 대법관의 반대의견 참조.

(specific) 규정하고 있기 때문이다. 권리장전에 분명히 명시적으로 언급되어 있다는 그 자체가 특히 적극적인 사법적 간섭의 특허장이 되는 것은 아니라고 하더라도, 그러한 명시적 언급은, 적어도, 좋은 결과를 얻기 위해 적극주의가 필요하기 때문에 대법원이 적극적 역할을 하지 않으면 안될 영역과, 대법원의 개입이 좋은 결과보다는 나쁜 결과를 가져오기 쉽고 따라서 국민의 의사를 존중하여야 할 영역 사이의 실제적 경계선으로 기여할 수는 있다.”<sup>67)</sup>

한편, 세 번째 논거는 사법부의 전문성과 관련된 것이다. 사법부는 기본적인 자유의 보장에 관해서는 전문적인 능력을 갖추고 있지만, 경제규제입법에 관해서는 그렇지 못하다는 것이다. Fortas대법관의 표현에 따르면, “법원은 국민의 자유의 보장을 위한 주된 보호자일 수는 있다. 그러나 법원은 국민의 경제적 운명의 주된 관리자는 아니다.”<sup>68)</sup> 같은 취지로 Stewart대법관도 사회복지법률의 위헌성 여부와 관련하여 이렇게 말했다. “사회복지계획이 제기하는 매우 다루기 힘든 경제적, 사회적 문제들, 나아가 철학적 문제들까지 이 대법원의 일은 아니다.”<sup>69)</sup>

이중기준의 원칙을 정당화하기 위한 논거 가운데, 이 세 번째 논거가 가장 분명한 것이라는 견해도 제시되고 있다.<sup>70)</sup> 그러나 이같은 여러 정당화의 시도에 대해서는 비판이 없지 않다. 우선 권리의 ‘기본적 성격’(fundamentalness)에 있어서 과연 정신적, 문화적, 非경제적 권리와 경제적 재산권 권리 사이에 차별성을 인정할 수 있는가 하는 의문이다. 표현의 자유를 비롯한 정신적 자유의 중요성은 누구도 부인하기 힘들지만, 그렇다고 곧 경제적 권리의 중요성을 낮게 평가할 근거는 못되지 않느냐는 것이다. 사람에게 따라서는 직업의 자유와 같은 경제적 권리를 보다 중시할 수도 있는 것이다.<sup>71)</sup> 뿐만 아니라, 非경제적 문제가 경제적 문제에

---

67) Anchibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford Univ. P., 1976, p.51.

68) *Baltimore and Ohio Railroad Co. v. U. S.*, 386 U. S. 372(1967), at 478.

69) *Dandridge v. Williams* 397 U. S. 471(1970), at 487.

70) Abraham, 앞의 책, p. 34.

71) Robert McClosky, “Economic Due Process and the Supreme Court : An Exhumation and Reburial”, 1962 *Supreme Court Review* 34, 36. W. B. Lockhart, Y. Kamisar, and J. Choper, *Constitutional Law*, West Publ. Co. 5th., 1980, pp. 29-30

비해 덜 다루기 힘든지에 대해서는 의문이 제기된다.

그렇지만 이러한 비판과 의문에도 불구하고 이중기준의 원칙은 오늘날에 있어서도 여전히 그 기본적인 유용성과 현실적인 힘을 유지하고 있다고 할 수 있다.

(4) 근래에 특히 1960년대 후반 이후, 미국 연방대법원은 종래의 ‘이중기준’의 원칙을 더 세분화하는 방향에서 여기에 수정을 가해왔다. 즉 평등보호 및 적법절차에 관련한 일정한 사건에서 이른바 ‘엄격한 사법심사’(strict judicial scrutiny)가 요구된다고 본 것이다.

엄격한 심사가 행하여지는 경우, 법률의 합헌성에 대한 입증부담은 입법자가 지게 되며, 나아가 입법자는 일정한 입법에 대한 ‘절박한 이익’(compelling interest)이 있음을 입증하지 않으면 안된다. 그러면 어떠한 경우에 이러한 엄격한 심사가 요구되는가. 판례에 의하면 다음과 같은 두가지 경우를 들고 있다.

첫째, 일정한 입법이 ‘기본적 권리’(fundamental rights)에 영향을 주는 경우이다. 판례에 따르면 투표권<sup>72)</sup>, 州間移住의 권리<sup>73)</sup> 등이 여기에 속한다고 보고 있다.

둘째, 입법에 있어서 일정한 조치의 기준이 ‘의심스러운 분류’(suspect category)에 의거하고 있는 경우이다. 판례에 따르면, 예컨대 인종,<sup>74)</sup> 혈통<sup>75)</sup> 등이 여기에 속한다.

이같은 ‘엄격한 심사’의 기준을 확립시킨 대표적 판례의 하나로서 Shapiro v. Thompson판결(1969)<sup>76)</sup>을 들 수 있다. 이 판례의 개요와 주

---

참조.

72) 예컨대 Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U. S. 663(1966).

73) 예컨대 Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618(1969).

74) 예컨대 Loving v. Virginia, 388 U. S. 1(1967).

75) 예컨대 Graham v. Richardson, 403 U. S. 365.

76) 前註 73) 참조.



요 판결이유를 보면 다음과 같다.

피상고인(Thompson)은 코네티컷주에서의 거주기간이 만1년이 안된다는 이유로 州로부터의 사회복지혜택을 받지 못하였다. 이에 그는 제소하였는데, 지방법원판결은 州의 혜택여부 거부가 위헌적인 차별이라고 보았다. 대법원은 다음과 같은 이유로 이 판결을 認容하였다.

“가난한 사람들이 自己州에 이주해 오는 것을 막으려는 목적은 헌법상 허용될 수 없는 것이다……

한 州에서 다른 州로 移住하는 헌법상 권리는…… 우리의 聯邦의 개념에 있어서 기본적인 위치를 차지한다……

州가 사회복지에 관한 재정상태를 유지하려는 것은 타당한 이익이다. 그러나 州는 그 목적을 주민 사이의 불공평한 차별에 의해 달성할 수는 없다……

……절박한 정부이익의 증진을 위하여 필요하다는 것이 입증되지 않는 한, 州間移住의 권리의 행사에 대해 벌을 가하는 어떠한 분류도 위헌적이다……

평등 보호에 관한 전통적인 심사기준에 따르더라도, 사회복지신청자의 거주기간이 1년이 되는가의 여부에 따라 기준을 설정하는 것은 비합리적이며 위헌인 듯이 보인다. 그러나 물론 전통적인 심사기준은 본건에 적용되지 않는다. 본건에서의 분류는 州間移住라는 기본적 권리(fundamental right)에 관한 것이기 때문에, 그 합헌성 여부는 그 분류가 절박한(compelling)정부 이익에 기여하는가의 여부에 따라 판단되지 않으면 안된다. 이 기준에 비추어 볼 때, 거주기간요건은 분명히 평등보호조항에 위배된다.’

한편 1970년대 이후 미국 대법원은 전통적인 ‘최소한의 합리성’의 기준과 새로운 ‘엄격한 심사’의 기준의 중간에 해당한다고 볼 수 있는 제3의 심사 기준을 개발하였다. 이른바 ‘중간심사’(intermediate scrutiny)의 기

준이 그것이다. 이 기준은 주로 평등보호의 분야에서 적용되고 있는데, 이에 따르면, 일정한 차별이 허용될 수 있기 위해서는, 차별의 목적이 ‘중요한’(important) 정부목적에 기여하며, 또한 그 차별이 이러한 목적과 ‘실질적 관련성’(substantial relationship)이 있어야 한다고 본다.

이러한 중간심사기준이 적용되는 경우는 크게 둘로 나누어 볼 수 있다.<sup>77)</sup>

첫째, 문제된 이익(interests)이 반드시 ‘기본적’이거나 또는 ‘우월적’인 것은 아니더라도, ‘중요한’ 이익이 문제된 경우이다. 예컨대, 중요 경제부문에 고용될 가격,<sup>78)</sup> 운전면허 소지의 이익<sup>79)</sup>, 적절한 수업료로 고등교육을 받을 이익,<sup>80)</sup> 생활보조금을 받을 이익<sup>81)</sup> 등이 그러한 경우이다.

둘째, 차별에 있어서 분류의 기준이 반드시 ‘의심스러운’것은 아니라고 하더라도 적어도 ‘민감한’(sensitive)것이 경우이다. 성차별의 경우 및 그밖에 외국인 또는 庶出에 대한 일정한 차별의 경우가 여기에 해당한다.<sup>82)</sup>

중간심사의 기준이 적용된 대표적 판례의 하나로서 *Craig v. Boren* 판결(1976)<sup>83)</sup>을 들 수 있다. 이 사건에서는 술 판매에 관하여 남녀를 구별하는 규정이 문제되었다. 오클라호마州法에 의하면, 21세 미만의 남자, 18세 미만의 여자에 대한 맥주판매를 금지하였다. 대법원은 “성에 따른 차별은 중요한 정부의 목적에 기여하지 않으면 안되고, 또한 그 목적의 달성에 실질적으로 관련되지 않으면 안된다”고 보면서 위의 규정이 위헌이라고 판시하였다.

---

77) Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation P., 2nd., 1988, pp. 1610-1611.

78) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U. S. 88(1976) 참조.

79) *Bell v. Burson*, 402 U. S. 535(1971) 참조.

80) *Vlandis v. Kline*, 412 U. S. 441(1973) (White 대법관의 同旨意見) 참조.

81) *U. S. Dept. of Agriculture v. Murry*, 413 U. S. 508 (1973) (White 대법관의 同旨意見) 참조.

82) Tribe, 앞의 책, pp.1544 이하, 1553이하, 1558이하 참조.

83) 429 U. S. 190(1976).

이상에서 살펴본 바와 같이, 1930년대 이후 등장한 이중기준의 원칙은 1960년대 후반 이래로 더욱 세분화되는 경향을 보여왔다. 그 과정을 통해 기본적으로 세가지의 주요 심사기준, 즉 ① ‘최소한의 합리성’ 여부만을 심사하는 ‘최소한의 심사’(minimal scrutiny), ② ‘엄격한 심사’, ③ ‘중간심사’의 기준이 정립되어 왔다.

한편 일부 대법관, 예컨대 Marshall대법관은 보다 유연한 심사기준의 채택을 주장하기도 하였다. 그는 종래의 兩分法的인 이중기준의 원칙을 비판하고, 관련 이익의 헌법적, 사회적 중요성과 및 차별기준의 불공평성(invidiousness)에 의거한 ‘基準의 스펙트럼’(spectrum of standard)을 적용해야 한다고 보면서, 이른바 ‘유동적 척도’(sliding scale)의 접근을 주장하였다.<sup>84)</sup>

(5) 몇가지 이론적 문제점에도 불구하고 이중기준의 원칙은 미국 법원에서 여전히 유용한 심사기준으로 작동하고 있다고 할 수 있다. 그러나 이 점과 관련하여 유보되어야 할 중요한 점이 있는데, 그것은 최근에 경제적 자유를 강조하는 자유주의적(libertarian) 사회철학, 사회이론의 부활과 함께, 경제적 권리의 법적 보호를 강조하는 법이론들이 강력하게 등장하고 있다는 점이다.<sup>85)</sup> 뿐만 아니라, 경제문제의 일정한 영역에서는 이미 법원의 판례를 통해서 이중기준의 원칙이 허물어지고 있다는 분석도 나오고 있다.<sup>86)</sup>

과거의 경직된 二分法 자체를 오늘날에도 고집하는 데에는 문제가 있을 것이다. 다만, 그렇다고 해서 일반적인 기준 설정 자체를 배격하고 그때

---

84) 다음 두 판례에서의 Marshall 대법관의 반대의견 참조. *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471 (1970) ; *San Antonio Ind. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U. S. 1(1973).

85) Note, “Resurrecting Economic Rights : The Doctrine of Economic Due Process Reconsidered,” 103 *Harvard Law Rev.* 1363(1990) 참조.

86) Dennis J. Coyle, “Property and Person : The Fall of Footnote Four and its Policy Consequences”, Unpublished paper presented at the Annual Meeting of the Law and Society Association, Berkeley, California, May 31-June 3, 1990. 참조

그때 개별적인 경우마다 유동적인 기준을 채택하는 데에도 문제가 다를 것이다. 이중기준의 발상을 고려하되 좀 더 세부적인 기준설정을 모색하는 것이 중요하다고 생각된다.

## 第四章 違憲決定의 形式

— 變形決定 —

黃 祐 呂

(서울地法南部支院 部長判事, 法博)

### 第一節 序 論

#### 1. 서

憲法裁判所法은 그 결정의 내용과 효력에 관하여 5가지의 特別審査節次에 따라 별개의 규정을 두고 있다. 그 중 違憲法律審判의 결정에 관하여는 憲法裁判所法 제 45조가 규정을 하고 있다. 그러나 憲法재판에 있어서의 결정의 형식은 이와 같은 審判의 종류에 따라 정해지는 것이라기보다는 審判의 목적에 따라 정하여지는 것이다. 따라서 憲法訴願審判에 대한 결정이라 하더라도 憲法裁判所法 제75조 제5항의 경우 및 제68조 제2항의 경우에는 違憲法律審判의 違憲決定規定을 준용하도록 규정하고 있다.(제75조 제6항)

또한 憲法裁判所法은 각 결정의 구체적인 主文例에 관하여 충분한 규정을 두고 있지 않다. 즉, 위 제45조는 “憲法裁判所는 提請된 法律 또는 法律條項의 違憲與否만을 결정한다. 다만, 法律條項의 違憲결정으로 인하여 當該法律전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 違憲의 決定을 할 수 있다”라고 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 제75조도

“第2項의 경우 (제68조 제1항의 헌법소원을 인용하는 경우)에 憲法裁判所는 基本權侵害의 원인이 된 公權力의 행사를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 확인할 수 있다(제3항). 第2項의 경우에 憲法裁判所는 公權力의 행사 또는 不行使가 違憲의 法律 또는 法律의 條項에 기인한 것이라고 인정될 때에는 認容決定에서 당해 法律 또는 法律의 條項이 違憲임을 宣告할 수 있다(제5항)”고 규정할 뿐이다. 따라서 違憲法律審判에 있어서의 主文도 결국 民事訴訟에 관한 法令의 規定을 準用하여 해결할 일이고 憲法訴願審判의 경우에는 行政訴訟法을 함께 準用하여 憲法裁判의 법리에 따라 해결할 일이다.(제40조)<sup>1)</sup>

憲法裁判所의 決定主文을 憲法裁判所法이 명문으로 예정한 주문형태에 국한하느냐, 그밖에 이른바 變形決定(Entscheidungsvariante)을 채택할 수 있느냐 라는 문제는 憲法裁判의 본질과 憲法裁判所의 권한, 특히 입법권에 대한 憲法裁判所의 관할한계라는 문제와 아울러 고찰되어야 하는 憲法訴訟法에 있어서의 근본적인 문제중 하나이다.

우리 憲法裁判所도 그 초창기부터 이에 관한 심각한 논의가 개진되어 온 바 있었고<sup>2)</sup> 그 인정 여부와 인정범위 및 그 효력에 관한 다양한 견해차이가 노정되어 앞으로의 귀추가 주목된다. 本稿는 이에 관한 基礎的인 研究를 함에 그 목적이 있다.

- 
- 1) 서독 聯邦憲法裁判所法은 다른 소송법을 일반적으로 준용하는 규정을 두지 아니하고 필요한 경우에 다른 소송법의 필요한 부분을 구체적으로 준용하도록 규정하여 자족법으로서의 구조를 갖추고 있다.
  - 2) 憲法裁判所의 決定중 變形決定의 필요성을 제시한 최초의 견해는 현재 1989.5.24. 선고 89헌가 37.96결정에서 실시된 韓柄宗 裁判官의 反對意見이시다. “금융기관은 일반채권자와는 구별되어야 할 합리적인 이유가 있으므로 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법(법률 제2153호, 제2570호)조항은 입법권의 한계를 자의적으로 이탈한 것이라고 할 수 없고 다만 담보공탁금의 비율이 과중하다면 그 공탁금의 비율을 조종하도록 조건부 또는 입법촉구의 변형판결을 하여야 한다.”

## 2. 變形決定의 許否

憲法裁判所의 多數意見은 변형결정을 전면적으로 수용하여 그간 1년여의 짧은 기간이었지만 이에 관한 이론을 발전시키어 왔다.

變形決定을 인정하는 憲法裁判所의 견해는 韓柄案 裁判官께서 실시하신 國會議員選舉 寄託金事件의 多數意見에 잘 나타나고 있다.<sup>3)</sup>

즉, 첫째로, 憲法裁判所法은 제45조 本文이 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라는 뜻은 憲法裁判所는 결코 法院의 固有權限에 속하는 違憲提請된 前提事件에 관하여 事實的, 法律的 判斷을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 뜻이다.

둘째로, 현대의 복잡다양한 社會現象, 憲法狀況에 비추어 볼 때 憲法裁判은 審査對象法律의 違憲 또는 合憲이라는 양자택일만을 능사로 할 수 없다. 양자택일만이 가능하다고 본다면 다양한 政治, 經濟, 社會現象을 규율하는 法律의 合憲性을 확보하기 위한 憲法裁判所의 유연 신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 法的 空白, 法的 混亂등 法的 安定性을 해치고 立法者의 形成의 自由를 制約하는 등하여 나아가 국가사회의 질서와 국민의 基本權마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 憲法裁判所가 행하는 違憲與否의 판단이란 違憲아니면 合憲이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 게재하는 中間領域으로서의 여러 가지 變形裁判이 필수적으로 요청된다.

셋째로, 憲法裁判所法 제47조 제2항 본문도 이에 상응하여 變容解釋하여야 한다. 즉, 제45조에 근거하여 한 變形裁判에 대응하여 違憲法律의 실효 여부 또는 그 시기도 憲法裁判所가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 憲法裁判의 본질에 적합한 統一的, 調和的인 解釋을 얻을 수 있는 것이다. 單純違憲決定을 하여 그 결정이 있

3) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가 6결정.

은 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 單純合憲의 결정을 하여 法律의 效力을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서 문제된 법률의 效力喪失의 시기를 결정한 날로부터 곧 바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 주문인 不尙致宣言이 가능하다.

넷째로, 재판의 주문을 어떻게 내느냐의 주문방식의 문제는 民事訴訟에서 그러하듯 憲法裁判에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 主文을 어떻게 표시할 것인지는 裁判官의 裁量에 일임된 사항이다.

다섯째, 서독에서도 法律改正으로 인한 실정법에 근거하여 여러 가지 형태의 變形裁判이 나온 것이 아니라 법개정 이전부터 서독 憲法裁判所가 實定法에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 變形裁判을 해왔기 때문에 立法者가 이에 뒤따라 法律改正을 시도해 왔던 것에 지나지 않는다.

이에 대하여 變形決定은 否定論을 취하는 少數意見도 있다.

즉, 이 결정에서의 卞禎洙 裁判官의 反對意見에 따르면,

첫째로, 憲法 제107조 제1항의, 憲法裁判所法 제45조 제1항 본문의 규정에 비추어 볼 때 憲法裁判所는 提請된 法律이 違憲인지, 合憲인지를 분명히 결정해야 할 의무가 있고 違憲이라고 결정하면 그에 대한 效力은 憲法裁判所法 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지 憲法裁判所가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 없다.

둘째로, 違憲決定의 方法에는 法律에 정해진 형식이 따로 없으므로 반드시 違憲이다 또는 “헌법에 위반된다”라는 표현이 아니더라도 결정문언의 내용이 違憲이라는 취지로 해석될 수 있으면 되고 표현방법이 어떠한 간에 違憲決定이라는 취지로 해석되면 그 效力은 위 제47조에 의하여 해석되는 것이다. 다수의견의 “헌법에 합치되지 아니한다”는 말이나 “헌법에 위반된다”는 말이나, 違憲이라는 뜻에 아무런 차이가 없으므로 主文에서 違憲決定의 效力發生을 유보시켰다 하더라도 그에 상관없이 法 제47조 제2항에 의하여 違憲決定을 한 날에 效力을 喪失한다. 만약 이것이



違憲決定이 아니라면 그것에 의하여 위 國會議員選舉法 條項의 效力을 상실시키는 效力이 발생할 여지가 없으므로 主文에서 效力을 일정시한까지 유보시킬 여지도 없고, 法 제47조 제1항은 法律의 違憲 決定만이 法院기타 國家機關 및 地方自治團體를 기속하도록 되어 있으므로 立法權者에게 일정한 시한까지 法律改正을 촉구하는 취지의 主文은 法的 羈束力이 없는 것이 분명한데도 이러한 결정을 할 필요가 없다.

셋째로, 서독에서는 違憲決定의 效力에 대하여 原則的 遡及效를 인정하여 위헌결정으로 인하여 초래할 法의 空白과 社會的 混亂을 방지하기 위하여 遡及效가 없는 不合致宣言을 할 수 있도록 하고 있으나 우리 法制는 違憲決定의 취지로 해석되면 法 제47조에 정해진 效力이 당연히 발생하고 違憲決定의 效力에 原則的 將來效를 인정하고 있으며, 違憲決定이 아닌 그 밖의 결정에는 기속력을 인정하고 있지 아니하고 있으므로 主文과 같은 이른바, 변형결정의 형식은 채택하여서는 아니된다고 생각한다.

다른 한편 裁判官 金鎮佑의 반대의견은 절충적 입장이다.

즉, 법원의 違憲審判 提請이 있는 경우 憲法裁判所는 반드시 그 違憲與否만을 결정하게 하였고 違憲決定만에 기속력을 부여하였다. 그리고 이 위헌여부의 결정에서 違憲性 確認과 違憲性 除去를 위한 立法促求의 부수적 결정을 배제하는 것은 아니라고 해석된다. 그러나 그 違憲決定의 效力은 장래 憲法裁判所가 임의로 선택하는 시기로부터 法律 또는 法律條項의 效力을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 法的 根據를 規定함이 없이 위헌결정일로부터 效力을 상실한다고 規定하였다. 그러므로 國家存立에 위해가 미칠 우려가 있는 정도의 法의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 法 제47조 제2항에 명문으로 정한 違憲決定의 效力을 일시 배제하여야 할 극히 이례적인 특별한 事由가 있는 경우가 아닌 이상 결정일로부터 위 法律條項들의 效力을 상실케 함이 요청된다.

물론 憲法裁判所는 현대사회의 다양한 많은 사건들을 처리하여야 하고 그러자면 이에 상응한 적정한 신속성있는 처리를 하여야 할 것이고 이를 위하여는 違憲決定의 效力을 憲法裁判所가 정하는 장래의 시점에서부터

생하게 함도 필요할 것이나 이점에 관한 憲法裁判所法の 개정이 필요하다. 그러므로 法改正이 있을 때까지는 法律이 憲法에 전혀 합치하지 아니할 경우에는 특별한 예외적인 사정인 있는 경우가 아닌 한 가급적 原則에 돌아가서 單純違憲決定을 하고, 違憲성이 있으되 즉시 실효시켜야 할 정도는 아니고 상당기간내에 立法改正시까지 그 效力을 지속시킬 필요가 있다고 인정되는 때는 主文에는 그 違憲성의 정도에 따라 양적 질적으로 憲法에 합치되지 아니하는 정도를 나타내어 憲法에 합치하지 않는 지를 선언하여 違憲성을 확인하는 결정을 하고 法律의 효력지속기간을 정하지 아니한 채 단순히 상당기간 내에 위헌성제거를 위한 立法의 촉구 내지 勸告決定을 첨가하던지, 主文에는 아직 憲法에 합치한다는 지위 결정만을 하고, 그 이유에서 違憲성의 정도를 실시하고 立法權者에 있어 일정기간 또는 상당한 시일 내에 그 法律을 개정함이 요망되는 점을 아울러 실시하여 法改正을 위한 立法을 促求 내지 勸告하고 그 立法은 違憲성이 없는 범위 내에서 立法權者의 고유의 權限行使에 맡기어야 한다는 것이다.

생각건대 우리 憲法裁判所法은 違憲決定의 내용과 그 效力에 관하여 서독이나 오스트리아의 그것과 똑같은 구조를 취하고 있지 않다. 서독에서는 聯邦憲法裁判所가 法律이 基本法과 일치하지 아니(unvereinbar)한다는 확신에 이르게 되면, 그 法の 無效를 宣言(erklären für nichtig)하도록 하고 있고(서독 憲法裁判所法 제78조 제1문), 오스트리아에서도 違憲判決에는 法律의 전부 또는 일부가 違憲으로서 廢止(aufheben als verfassungswidrig)되는지 여부에 관하여 宣告를 하도록 되어 있다.(오스트리아 憲法裁判所法 제64조 제1항).

이에 따라 서독 聯邦憲法裁判所는 法律이 基本法에 合致하지 아니한다는 취지와 그러므로 無效라는 취지(mit dem GG unvereinbar und nichtig)를 二重의 主文으로 선고하는 것이고 無效임을 선고하지 아니하는 한 法律이 違憲이더라고 無效는 아니라는 이론구성을 하여 이른바 不合致宣言의 입지를 마련하고 있는 것이다. 그러나 우리 憲法裁判所法은

裁判所가 法律의 違憲與否를 결정하면 그 法律은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다고 規定함으로써 違憲判決에 위헌인 여부 이외에 無效宣言을 하여야 하는지에 관하여 아무런 規定이 없을 뿐만 아니라 無效宣言을 主文에서 선고하는지 여부에 관계없이 위헌으로 선고만 되면 그 法律은 憲法裁判所法에 의하여 그 결정이 있는 날로부터 效力을 상실하도록 되어 있다. 이를 서독에서와 같이 구성하여 “違憲與否만을 決定한다”를 “違憲 및 無效(또는 發止)를 결정한다”로 읽고 法제47조 제2항은 그 效力喪失의 시점만을 規定한 것으로 보는 것은 문면상 어려울 뿐만 아니라 별도의 無效 또는 發止宣言을 하지 아니하는 현재의 憲法裁判所의 主文例에도 반한다.<sup>4)</sup> 그렇다면 違憲法律의 效力喪失을 보류하기 위한 이른바 變形決定은 입론의 여지가 그 기초에서부터 달라지게 된다. 즉 서독에서는 特別規定인 서독 憲法裁判所法 제78조가<sup>5)</sup> 憲法裁判所에 부여한 違憲宣言과 無效宣言이라는 두 단계의 권한 내에서 憲法裁判所가 그중 無效宣言 부분을 자체 내지 보류하는 소극적인 형태이므로 크게 무리가 없다 하겠으나,<sup>6)</sup> 우리는 헌법재판소에 부여된 違憲與否의 결정 외에 違憲法律

- 
- 4) 違憲決定에 無效 또는 發止의 主文을 부가할 수 있느냐 하는 문제는 명문의 규정이 없으나 법 제47조에 반하지 아니하는 범위에서 행하여 진다면 결국 주의적 의미에 불과하게 되어 違法으로 단정할 것은 아니라 하겠다. 다만 變形決定을 필자와 같이 違憲決定의 效力規定에 대한 一部排除로 보는 한 별도로 논할 실익이 크지 않다 할 것이다. 憲法裁判所가 違憲法律을 發止하는 주문을 선고할 수 있느냐의 문제는 憲法 제107조에 의한 일반법원의 違憲 命令, 規則 審査시의 위헌인 명령규칙의 효력과도 조화되도록 해결되어야 할 것이다. 이는 별도로 違憲法律의 效力문제를 논할 때에 연구할 문제이겠지만 憲法 및 憲法裁判所法이 無效 또는 發止의 宣言에 관하여 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니하므로 일반적인 합헌이론에 의하여 해결될 수밖에 없다. 어쨌든 법 제47조는 특별규정일 것이다. 이 점에서 오스트리아 憲法 제140조가 違憲法律 發止效와 憲法裁判所의 違憲法律의 效力에 관한 留保限界를 憲法에서 규정하고 있는 것은 바람직한 입법례로 보인다.
- 5) 서독 기본법 제93조 제2항 제2호에서는 Meinungsverschiedenheiten od. Zweifeln über die formlich und sachliche Vereinbarkeit에 대해서만 판단하도록 하였으므로 서독 憲法裁判所法이 違憲 與否의 確認에서 나아가 無效宣言을 할 수 있도록 한 것은 특별규정이라 할 것이다. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Kommentar BVerfGG § 78 Rn 10.
- 6) 이점에 관하여 독일에서 발전되는 새로운 시도는 주목할 만하다. 즉 종래의 통설적 입장은 違憲無效宣言, 不合致宣言과 合憲宣言사이의 效力에 관하여 違憲無效는 적용의 차단(Anwendungssperre)이 있으나 不合致宣言은 違憲法律의 效力의 차단에 대한 예외라고 보면서도 경우에 따라서는 不合致宣言도 違憲無效宣言과 같은 차단효과 있다고 하여 어느 정도의 혼선이 있었다. 그러나 違憲無效宣言은 違憲法律이 發棄됨으로서 부존재의 상태로 되고 不合致宣言은 無效宣言이 없는 한 존재는 하나 적용이 차단되는 경우라고 하여 法律의 존부와 적용문제를 구별하는 유력한 입장이 있다. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 177 ff. 이 이론에 의하면 違憲法律의 存否는 憲法裁判所의 無效宣言으로 決定된다.

에 대하여 법률상 규정된 效力喪失條項을 보류하게 하는 적극적인 조치가 필요하게 되므로 憲法裁判所法이 예정하는 憲法裁判所의 決定權限의 일부 보류가 아니라 法 제47조의 效力을 일시 또는 일부 정지하는 主文이 되는 것이다. 이는 民事法院이 主文을 어떤 형식으로 표현하여야 하는지, 또는 主文의 종류를 어떻게 나누는 지와는 事案을 달리한다. 이 점에서 少數意見의 지적에 경청할 바가 있다 할 것이다. 아울러 “…… 法은 違憲이다”라는 주문과 “…… 法은 憲法에 合致하지 아니한다”라는 主文이 그 표현을 서로 달리한다 하여 해결될 문제도 아니다. 위 양 주문 외에 違憲법률의 效力喪失을 유보하는 후속주문이 없다면 그 자체로는 전혀 그 의미의 차이를 찾을 수 없다 함이 옳을 것이다. 이는 서독에서도 不合致主文은 違憲主文에 부가된 無效宣言만을 제거하는 형태를 취하지 별도의 主文例를 마련하지 아니하는 점에서도 시사를 얻을 수가 있다.

그렇다면 현재의 法體制에서 變形決定은 불가능할 것인가?(이에는 行政訴訟 法上의 事情判決을 준용하는 문제도 생각하여 봄직하나 이를 違憲法律 審判節次에까지 막바로 準用하는 規定이 없을 뿐 아니라 具體的 規範統制에서 이를 어떻게 變形하여 準用하느냐 하는 문제가 남는다.) 이를 위한 法改正이 필수적으로 전제되어야 하는가? 아니면 違憲이더라도 合憲으로 宣言하면서 이유에서만 違憲性을 지적하고 이에 따른 立法改正을 촉구하여야 하는가?

이 점을 살피기 앞서서 變形決定에 대한 憲法的인 요청에 주의하여야 한다. 우리에게 앞서 違憲法律 審査制를 발전시켜 온 여러 이웃 나라들의

경험에 의하면 違憲法律審査에 있어서는 單純合憲 有效와 單純違憲 無效(遡及效力인 將來效力인)의 양자택일만으로는 해결할 수 없는 憲法的 상황이 반드시 존재하는 것이다. 예컨대, 國會를 구성하는 選舉法을 개정할 國會는 어떻게 구성하는가? 租稅法이나 公務員給與法이 違憲이어서 즉시 效力을 상실한다면 국가의 存立自體가 위태롭게 되겠는데 이러한 상황을 憲法이 용인하겠는가? 아울러 불평등한 施惠入法이 違憲이라 하여 전혀 福祉行政을 하지 아니하는 상황이 야기된다면 불완전하나마 종전의 상황이 덜 違憲의이라 하지 않겠는가? 우리는 비록 違憲인 法律이라도 존재하는 것이 立法의 공백보다는 덜 위헌적인 여러 가지 상황을 쉽사리 상정할 수 있다. 아울러 憲法의 수호란 憲法裁判所에만 주어진 임무라기보다는 憲法에 의하여 憲法守護의 임무가 부여된 일정한 憲法機關간의 협조와 공동작업으로 이루어지는 종합적인 憲法狀況인 것이다. 따라서 이를 위한 필수적인 民主的 節次를 위한 최소한의 시간은 憲法이 용인하고 요구하는 바인 것이다.

이와 같은 憲法的인 요청은 단순한 法的인 차원에서가 아니라 그 보다 상위인 憲法的 次元에서 나오는 것이므로 이와 저촉되는 憲法裁判所法上的의 違憲決定의 效力規定을 일부 또는 일시 유보시키고 배제하는 사유로 된다. 이러한 의미에서 法 제47조를 비롯한 違憲決定에 관한 諸條文은 폐쇄적인 규정이 아니고 전체 法秩序와 調和를 이루며 존재하는 條文이다. 즉 違憲決定의 효력을 전체 질서와 조화되게 조정함은 規範의 충돌이 불가피한 상황에서 보다 더 위헌적인 상황을 회피하기 위하여 비교형량에 따라 행해지는 憲法裁判所의 당연한 임무인 것이다. 따라서 憲法裁判所는 違憲決定으로 더 큰 違憲의인 사태가 초래케 된다고 인정되는 경우에 憲法裁判所法의 規定에도 불구하고 그 違憲決定의 효력을 일부 또는 일시 배제하는 變形決定을 할 수 있고 또 하여야 한다. 이 점에서 憲法裁判所의 다수 의견은 이해되고 지지되어야 한다.

위와 같은 變形決定 긍정론의 이론적인 전제 아래에서 다음과 같은 명제가 자명한 것으로 나타난다.

첫째로 變形決定은 교각살우적인 違憲決定으로 더 큰 위헌적인 상황을 막기 위한 헌법적인 요청에서 憲法裁判所法의 違憲決定의 효력에 관한 제規定에도 불구하고 허용되는 예외적인 조치이어야 한다. 變形決定을 함이 더 현명하다는 등의 사유, 즉 법률적인 요청만으로는 이에 관한 特別規定이 없는 한 위헌결정을 회피하거나 效力 상실시기를 유보하기에 미흡하다 할 것이다. 이와 같은 헌법적인 가치형량은 正義와 衡平, 基本權保護나 國家의 存立과 같은 근본적인 法益과 違憲法律을 폐기함으로써 얻어지는 法益과의 형량의 문제이기도 하다.

둘째로 變形決定의 主文은 개념상 違憲과 合憲외에 제3의 개념 영역을 창출함에 있지 아니하고 違憲法律의 效力喪失規定-溯及效力-을 將來效力-을 일부 또는 일시 정지케 하는 조치가 부가된 결정형식을 취하게 된다. 따라서 위헌임에도 불구하고 이를 合憲이라고 선언하거나 제3의 형태의 主文을 선언하는 것은 옳지 않다 할 것이다. 이를 별도의 經過規定에 관한 결정으로 파악하여 그 法的根據를 찾으려는 노력도 불필요하다. 立法不作爲의 경우에는 憲法裁判所法의 명문(제75조 제3항)으로 違憲確認결정을 하도록 하였고 별도의 效力에 관한 規定(제4항)을 두었으므로 이를 위하여 별도의 不合致 決定을 할 필요는 없다.

셋째로 이러한 變形主文이 도출되는 規範衝突의 要件과 效果는 이유에서 명시되어야 하고 그에 관한 合憲性이 입증되어야 한다.

## 第二節 違憲與否의 決定

### 1. 原則적인 主文形態

憲法裁判所法이 違憲法律審判에 관하여 規定하는 主文形態는 提請된 法律 또는 法律條項에 대한 違憲與否의 決定이다(제45조). 그리고 法律의 違憲決定은 法院 기타 國家機關 및 地方自治團體를 羈束하고, 違憲으로

결정된 法律 또는 法律의 條項은 …… 效力을 상실한다.(제47조 제1항 및 제2항전문) 나아가 憲法訴願審判에 있어서 公權力의 행사 또는 不行使가 違憲인 法律 또는 法律의 條項에 기인한 것이라고 인정되어 認容決定에서 당해 法律 또는 法律의 條項이 違憲임을 宣告할 경우(제75조 제5항)와 제68조 제2항의 憲法訴願의 경우에는 제45조와 제47조를 준용하도록 하고 있다.

이와 같이 違憲法律審判에 있어서 審判對象이 된 法律을 실효케하는 違憲決定이야 말로 憲法裁判所法이 憲法裁判所의 결정을 통하여 얻고자 하는 원칙적인 주문형태임을 알 수 있다. 즉, 法律의 違憲性이 확인되면 憲法裁判所는 違憲決定을 하고 이에 法律上 效力喪失이라는 법적 효과가 직접 발생하게 되는 형태이다.<sup>7)</sup> 따라서 憲法裁判所는 원칙적으로 “……법률은 헌법에 위반된다”라는 주문형태를 취하게 된다.

당해 規範은 이러한 違憲決定으로써 그 決定이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 刑罰에 관한 法律 또는 法律의 條項은 遡及하여 그 효력을 상실한다. 憲法裁判所의 결정으로써 法律은 자동적으로 실효된다. 더 이상 실효된 法律은 적용될 수 없고 이를 적용하더라도 그에 기한 裁判이나 處分은 일체 無效이다. 또한 違憲決定은 이와 같은 소극적인 효과를 가질 뿐이고 이에 적극적으로 하자를 보충하도록 하는 입법적인 瑕疵排除(Mängelbeseitigung)의 의무가 立法者에게 부과되지 아니한다. 違憲으로 결정된 法律에 관하여 이를 대신할 새로운 法律을 制定하거나 合憲的인 法律로 보충하여 改正할 것인지, 아니면 그대로 방치할 것인지는 立法者의 立法形成權에 위임된다. 이는 立法者의 權限이지 義務가 아니다. 憲法裁判所는 단지 그러한 조문이 違憲임을 결정하면 족한 것이다.<sup>8)</sup>

---

7) 물론 違憲法律審判의 주문례로서는 그 밖에도 違憲審判提請이 허용되지 아니하거나 요건흡결의 경우에 하는 却下決定이 있겠으나 憲法裁判所法은 憲法訴願의 사전심사의 경우에 却下하도록 규정할 뿐 그 밖의 경우를 위하여는 아무런 規定을 두고 있지 아니하다. 다른 審判節次에 있어서도 却下주문을 사용함이 실무례이다.

8) 다만 서독 憲法裁判所에서는 입법의 테두리를 정하거나(예컨대 불평등한 시혜규정을 無效로 하는 경우 등 ; BVerfGE 38, 258, 276 ; 39, 1, 44 f.) 대안을 제시하기도 한다.(BVerfGE 6, 55, 76 f. ; 10; 59, 82 ff. ; 20, 97, 115 ff.).

서독 憲法裁判所法은 “憲法裁判所가 聯邦法 또는 州法이 基本法에 위배된다고 확신하는 경우에는 그 법률을 無效로 선언한다”고 규정하고 있다. (§ 78 S. 1 BVerfGG ; § 82 I, 95 III BVerfGG) 法律이 違憲으로 확인되고 無效라고 확인적으로 선언되면 그 法律은 달리 특별한 규정이 없는 한 고전적인 공식에 따라<sup>9)</sup> 위헌의 상태가 발생한 때부터(ex tunc) 따라서 당초부터 遡及하여 法律上 당연히(ipsa iure)無效이다. 이와 같이 독일에 있어서 聯邦憲法裁判所法이 명문으로 인정한 유일한 主文形態는 違憲無效宣言(Nichtigkeitsklärung) 뿐이다.<sup>10)</sup> 이에 따라 독일 헌법재판소판결은 기본적으로 “……법률은 위헌이고 따라서 무효이다”(mit dem GG unvereinbar und daher nichtig)라는 주문형태를 취하여 왔다.<sup>11)</sup>

오스트리아 憲法裁判所法은 “判決은 法律의 전부 또는 일부가 違憲이어서 發止됨을 宣言하여야 한다”고 규정하고 있다.(§64 I VfGG) 憲法裁判所의 違憲發止宣言으로써 法律은 선고즉시 또는 憲法裁判所가 1년을 넘지 않는 범위내에서 정한 시점부터 發止效가 발생한다. 이는 當該法律을 無效로 하는 것이 아니라 원칙적으로 發止(aufheben)하는데 그친다. 따라서 오스트리아 헌법재판소판결은 기본적으로 “……법률은 위헌으로 폐지된다”(wird als verfassungswidrig aufgehoben)라는 주문형태를 취한다.<sup>11)</sup>

---

9) 서독의 遡及無效設(Nichtigkeitslehre)에 대한 發止無效設(Vernichtbarkeitslehre)의 간단한 소개로는 Schlaich, Das Bundesverfassungsgerichts, S. 161 f.

10) Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, S. 183.

11) 그 최초의 예는 BVerfGE 3, 19이다.

11)-1) 예컨대 Nr 11271-Erk. vom 4. März 1987, G 165/86.



## 2. 違憲決定의 態樣

### 가) 法律의 違憲決定

憲法裁判所法이 규정한 일차적인 違憲決定의 태양은 입법기술상 단일체 (gesetzgebungstechnische Einheit)로서의 法律에 대한 違憲決定이다. 이는 심판의 대상인 提請된 法律의 전 규정이 헌법에 위배되는 경우이다. 이러한 경우란 실무상 대단히 희귀한데 대체로 법률전체에 형식적인 하자가 있는 경우이다. 서독의 판례의 예에 따르면 입법을 한 입법부에 입법관할권이 없다거나<sup>12)</sup>, 성립절차상의 흠결, 예컨대 상원의 인준이 필요한 법률에 이를 결한 경우<sup>13)</sup> 등 이다.

### 나) 法律條項의 違憲決定

대부분의 違憲決定은 별도의 법적 근거없이 심판의 대상인 提請된 法律條項의 범위 내에서 違憲인 部分만을 한정하여 違憲決定을 한다. (서독의 Teilnichtigerklärung) 이 경우에 憲法裁判所는 法律의 개별적인 구성단위를 위헌으로 보아 예컨대, 하나의 형법규정이 헌법에 위배되면 형법전체가 아니라 당해 형법규정만을 위헌으로 결정한다. 때로는 특정부분의 개정규정만이 위헌으로 될 수도 있다. 위헌적 규범이 법률안에서 조문으로 표현되어 있으면 그 조문을 위헌으로 하면 된다. 따라서 위헌여부가 裁判의 前提로 되는 法律의 條, 項, 文, 段, 號 등의 독립 가분의 法律의 構成單位는 모두 違憲決定의 대상이 되고 또한 그에 한정되어야 한다.<sup>14)</sup>

12) BVerfGE 1, 14, 34 ; 8, 104, 105.

13) BVerfGE 48, 127, 130 ; 55, 274, 297.

14) 단서부분 : 헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌가 7결정 『소송촉진 등에 관한 특례법』91981. 1. 29. 法律 제3361호) 제6조 제1항중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행선고를 할 수 없다”라는 부분은 헌법에 위반된다.』

이와 같은 法律의 可分性(Teilbarkeit)은 대체로 법조항의 불가분성을 검토함으로써 보다 쉽게 식별할 수가 있다.<sup>15)</sup> 즉, 정상인 조항이 무효인 조항에 依存的인 關係에 있는 경우에는 가분성은 부정된다.

첫째로 一方的인 의존관계가 있는 경우이다. 예컨대 법률의 실질적인 조문이 있는데 그 나머지 조문들은 그의 인적, 물적, 시적 적용범위에 관한 규정에 불과한 경우이거나 한 조문은 원칙적인 규정이고 나머지는 그의 예외적인 경우를 규정하고 있으나 그 자체로는 별도의 입법자의 의사가 규정된 바 없는 경우라면 후자는 전자에 대하여 일방적인 의존관계에 있는 경우로서 전자가 違憲으로 실효한다면 후자는 그와 운명을 같이 하게 되나 그 역은 성립하지 아니한다.

둘째로 雙方的인 의존관계가 있는 경우로서 그 대표적인 경우로 서독에서 논의되는 것은 이른바 附帶規定(Junktimklausel)이다. 즉 財產權의 收用規定과 損失補償規定과 사이에는 헌법상 상호의존관계가 있어서 예컨대 수용이 공공의 필요에 의한 것이 아니고 사적 이익을 위한 것이어서 무효라면 손실보상규정도 존재할 아무런 합리적인 이유가 없어서 역시 무효로 되고 손실보상의 규정이 예컨대 공공의 이익과 당사자의 이익이 적정하게 교량되어 있지 아니하여 무효라면 憲法裁判所는 수용규정 전체를 무효로 하여야 한다는 것이다.<sup>16)</sup> 이와 관련하여 우리 憲法裁判所의 견해로는 國土利用管理法 제 21조의 3 제1항의 土地去來許可制와 같은 법 제21조의 15의 買收請求制와는 일방적 의존관계에 불과하다 함이 다수의견이었다. 즉, “ 위 매수청구제 규정은 토지허가제의 구제방법이기는 하나 토지거래허가제는 토지 등의 거래계약에 있어서 허가의 목적과 허가의 절차 및 허가의 기준을 그 내용으로 하고 있고, 매수청구제는 토지거래허가

---

15) Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen S. 75 f. ;  
Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG § 80, Rn. 128 f.

16) BVerfGE 4, 219, 236 f.

제의 피해를 줄이기 위한 구제의 한 방법으로 규정되어 있는 것이므로 제도의 구조논리상 매수청구제는 토지거래 허가제와 상호 관련이 있는 제도 이기는 하지만 심판상 불가분의 일체관계에 있는 제도는 아니다. 따라서 토지거래허가제가 위헌이면 매수청구제가 아무리 합리적으로 규정되어 있다고 하더라도 토지거래허가제가 합헌인 것으로 치유될 수 없으며, 그 반대로 토지거래허가제가 합헌이라면 매수청구제에 어떤 하자가 있더라도 그로 인해서 토지거래 허가제까지 위헌적인 것으로 전락하는 것은 아니라고 하였다.<sup>17)</sup>

---

17) 헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가 13결정 : 위 多數意見은 위헌제청이 된 심판의 대상이 토지거래허가제인 이상 장차 매수청구권과 관련하여 위헌여부심판제청이 있다면 그 때가서 위헌여부를 가리는 것이 구체적 규범통제절차를 채택하는 규정취지에 합당하다고 판시한다.

이에 대하여 李時潤 재판관의 少數意見은 제청법원이 비록 위헌여부의 심판을 할 법조항이 國土利用管理法 제21조의 3 및 제31조의 2에 국한되었지만 토지거래허가제와 밀접불가분의 관계가 있는 제21조의 2, 3, 4, 5 및 15도 심판의 범위에 포함시켜 고찰하여야 하는데 왜냐하면 憲法 제45조 단서의 한도에서 헌법소송에 있어서는 통상의 민사소송의 경우와 달리 處分權主義의 적용이 배제되기 때문이라 한다.

한편 韓柄案, 崔光律, 金汶熙 裁判官의 少數意見은 國土利用管理法이 규정하고 있는 토지거래허가제에 관한 法律條項은 제21조의 2, 3, 4, 5, 15 및 제31조의 2이고 위 제21조의 3 제1항은 토지거래허가제의 가장 핵심이 되는 法律條項이기는 하나, 위 法律條項은 허가대상토지의 전제가 되는 규제구역의 지정요건과 그 절차, 허가의 기준 및 불허가처분에 대한 규제방법 등을 함께 따지지 아니하고서는 그 의미의 내용이 구체화되는 것이 아니기 때문에 위 제21조의 3 제 1항의 위헌여부를 가리기 위하여는 위 法律條項(제31조의 2는 별개이다)모두를 이 사건의 심판대상으로 삼지 않으면 안된다. 그런데 위 제21조의 3, 4, 5, 15는 헌법 제23조 제1항 및 제3항에 위반되고 따라서 그에 기초한 토지거래허가제 자체가 위헌성을 갖게 된다. 그러나 토지거래허가제가 의도하는 규제의 필요성을 감안한다면, 이를 違憲으로 하여 위 각 法律條項을 즉시 실효 시킴으로써 입법의 공백으로 인한 경제질서의 혼란을 초래하기보다는 違憲의 직접적인 규정인 그 규제에 관한 제21조의 15 소정의 매수청구권에 관한 규정을 상당기간내 재산권의 보장과 정당보상의 원칙에 맞게 개정할 것을 촉구하고, 그 때까지 개정되지 아니할 때는 위 각 法律條項이 실효됨을 宣言하는 것이 옳다고 한다.

또한, 金鎮佑 裁判官께서는 위 제21조의 3의 토지거래 허가제에 관한 규정이 같은 허가제의 내용을 이루는 같은 법률상의 제 규정과 종합할 때 違憲이라는 裁判官 韓柄案, 崔光律, 金汶熙의 반대의견에 같이하나 다만 같은 法條의 效力을 憲法裁判所法 제47조 제2항의 명문대로 즉시 상실시킨다 하여도 국가존립에 위해가 미칠 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 것은 아니므로 立法促求를 할 필요가 없다고 한다.

이 경우에는 違憲決定으로 法律의 文言이 縮小變更(Textreduzierung)된다. 따라서 이러한 一部違憲을 서독에서는 量的인 一部無效(quantitative Teilnichtigkeit)라고도 한다.

그러나 예컨대 一般條項과 같이 다양한 상황을 한조문에 포괄하고 있는 광범위한 규정의 경우에는 그 규범의 다발(Bündel)안에 합헌적인 부분과 위헌적인 부분의 함께 내포되어 있다. 이와 같이 위헌적인 규범이 하나의 법률적 구성단위로 구성되어 있지 아니한 경우에 당해 법률조항 전부를 위헌으로 결정하면 그 규정 안에 내포된 합헌적인 부분까지도 제거되게 된다. 이러한 부당한 결과를 피하기 위하여는 법률조항의 범문을 다시 정하여 違憲의인 規定部分만을 위헌으로 결정하여야 한다. 이 경우의 주문 형태는 흔히 “……한, 위헌이다”라는 한정문구(“Soweit”-Satz)<sup>18)</sup>를 사용한다.

이 경우에는 法律의 文言이 변경되지 아니한 채 違憲宣言이 이루어진다. 이와 같은 一部違憲 또는 限定違憲을 서독에서는 規定縮小 없는 質的인 一部無效(quantitative Teilnichtigkeit) 또는 文言과 관련없는 一部無效라고도 한다.

#### 다) 違憲決定의 擴張

憲法裁判所法은 “法律條項의 違憲決定으로 인하여 당해 法律 전부를 施行할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 違憲의 決定을 할 수 있다”고 하였다.(제45조 단서) 部分無效는 언제나 법률적 의미의 상호관련에 변화를 주게 된다. 이에 따라 違憲決定이 확장되는 경우가 발생한다.

---

18) 서독의 실무에서는 限定文句(Soweit-Satz od. Soweit-Tenorierung)는 주로 아래 3가지로 사용된다.(Schlaich, Bundesverfassungsgericht, S. 166)

- ① 限定合憲의 경우 : 주문은 특정 적용례에 한정된다는 뜻에서 “……에 관한 이 사건에 있어서”이라는 의미이다.
- ② 一部無效의 경우 : 간접화법의 형식으로 無效인 부분을 표시한다.
- ③ 규범의 규정축소없는 一部無效 : 규범의 명문규정에는 나타나지 아니하나 당해규정을 적용하면 違憲으로 되는 특정의 적용례를 의미한다.

즉 위헌인 부분과 실효 되는 부분이 일치하여 위헌으로 확인된 부분만이 실효 되는 것이 일반적인 경우가겠으나 법률에 위헌으로 되는 부분과 합헌인 부분이 혼재하는 경우라도 법률의 중요부분이 위헌이어서 나머지 합헌인 부분만으로도 독자적인 의미를 갖지 못하는 경우, 즉 위헌인 조항들이全體 規定의 중요한 構成部分이어서 이를 제거하면 전체규정의 의미와 정당성을 상실하게 하는 경우<sup>19)</sup>에는 나머지 부분만을 잔존시킨다는 것은 무의미하므로 오히려 法律全體에 대하여 違憲決定을 하여야 할 것이다.(Gesamtnichtigerklärung) 아울러 이러한 違憲決定의 擴張은 가분성이 없는 관련규정 상호간에도 타당하다. 즉 憲法裁判所는 辯護士法 제10조 제2항이 헌법에 위반되는 경우에는 위 조항에서 규정한 지방법원의 관할범위를 규정하는 같은 법 제10조 제2항도 독립하여 존속할 의미가 없으므로 憲法裁判所法 제45조 단서에 의하여 아울러 헌법에 위반되는 것으로 인정하여 提請法院이 제청신청을 하지 아니하였지만 위 조항도 헌법에 위반된다고 主文에 선고하였다.<sup>20)</sup>

서독의 경우에는 이에 대한 명문의 규정 없으므로 학설상으로는 논란이 있으나<sup>21)</sup> 판례는 일찍이 이를 인정하여 法律의 重要部分이 違憲 無效로 됨으로써 나머지 合憲인 部分은 그 규정내용을 상실하게 되는 경우 部分無效만으로는 오히려 입법자의 의도가 변색되므로 法律의 全部無效를 택하여야 한다고 하였다.<sup>22)</sup>

---

19) BVerfGE 53, 1, 23 f.

20) 헌재 1989. 11. 20. 선고, 89헌가 102 결정.

21) 반대설 : Ch. Gusy ; 法律의 廢止는 원칙적으로 입법자의 소관이고 憲法裁判所는 기본법이 부여한 범위내에서 즉 憲法에 위반되는 경우에만 法律을 廢止할 수 있기 때문에 一部無效 또는 全部無效중 어느 것이 입법자의 의사에 보다 가깝나 하는 판단은 기본법상 합당하지 않다. 憲法裁判所의 권한은 法律의 合憲性을 심사하는 것이지 一部無效의 合目的性을 심사하는 것이 아니므로 合憲性審査에 국한하여야 한다. 입법자는 一部無效를 한 연후에 남는 부분에 관하여 合目的性이 결여되었다고 여긴다면 이를 廢止하거나 補充할 것이다. 따라서 合憲으로 남는 부분을 無效化하는 것은 허용되지 않는다.(Parlamentarischer Gesetzgeber S. 185 f.).

22) BVerfGE 8, 274, 300 f.

이 곳에서 문제로 되는 것은 違憲審判의 對象이 되지 아니한 당해 法律중 다른 규정이 같은 이유로 헌법에 위반되는 경우에 그러한 다른 규정에 대하여도 아울러 違憲決定을 하여야 하느냐 하는 문제(Die Erstreckung der Nichtigerklärung)이다. 이 때에는 違憲性이 아니라 분쟁의 편파성이 광정, 확장되는 것을 문제로 한다. 서독 聯邦憲法裁判所法에는 抽象的 規範統制(제78조 제2문)와 具體的 規範統制(제82조 제1항)를 위하여는 명문의 규정이 있고 憲法訴願의 경우에는 판례로 이를 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 서독의 실무례에 따르면 법문의 다른 규정이란 일체의 독립 가분의 구성요소를 말하고,<sup>24)</sup> 나아가 法律의 개정이 있는 경우에는 심판의 대상인 이미 폐지된 法律뿐 아니라 심판의 대상이 아닌 같은 문언의 새로운 현행의 규정도 이에 속한다고 보아 이에 대하여도 직권으로 違憲 無效를 宣言한다. 아울러 現行 法律을 審査하는 경우에 이미 폐지되었으나 계속 효력을 유지하는 구법령이 있다면 이에도 違憲 宣言을 하고 있다.<sup>25)</sup>

이는 이른바 當事者 處分權主義 또는 신청주의의 예외를 이루는 것이다. 이에 대한 肯定論으로는 법안정성, 범명료성, 법의 통일을 이룰 수 있고 무익한 이중의 재판을 회피할 수 있다는 訴訟經濟論이다.<sup>26)</sup> 공정론을 택한다면 심판대상은 본안절차에서 한정된 인적범위로부터 확장되어 같은 위헌사유가 있는 인적범위까지를 포함하게 된다.<sup>27)</sup> 아울러 심판의 대상이 결정당시에 적용되는 특정법문에 국한되었다 하더라도 당해 법률의 여러 개정단계에서의 동일한 법조항은 차례로 위헌결정을 보게 된다.<sup>27)</sup> 따라서 이는 憲法裁判所決定의 개별사건과의 관련성에 대한 예외를 이루게 된다. 즉 통상은 심판대상이 결정이유를 규정하는데 이 때에는 이유가 심

23) BVerfGE 18, 300.

24) BVerfGE 17, 38, 62 : “결혼한 부인” 이 본안절차에서 문제로 되었더라도 “이혼한 부인”에 대하여도 無效宣言을 함.

25) BVerfGE 14,174, 175 ; 14, 254, 255.

26) BVerfGE 11, 30 ff.

27) BVerfGE 17, 38, 62.

27)-1) BVerfGE 17, 174f. ; 254 f.

판대상을 규정하게 되는 것이다. 서독의 실무례에서도 이 조문은 잘 활용되지 않고 심판을 간명하게 하고 여타의 관련문제를 검토하기 위하여 판단을 아낀다.<sup>28)</sup> 명문이 없는 우리 법제로서는 입법론으로는 모르되 인정하기 어렵다.<sup>29)</sup>

그 밖의 다른 法律에 있는 같은 규정도 같은 이유로 違憲決定을 할 수 있는가? 예컨대 訴訟促進等에 관한 特例法 제6조 제1항중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행선고를 할 수 없다”라는 부분은 헌법에 위반된다고 違憲決定<sup>30)</sup>이 선고되었는데 이와 같은 조문은 行政訴訟法 제43조에도 존재한다. 그렇다면 위조문의 위헌결정을 위하여는 별도의 위헌심판이 필요한가라는 문제이다. 일시적이거나 야기되는 법의 불통일을 교정하기 위하여는 긍정하는 입장도 가능하겠으나 명문이 없이는 역시 인정하기 어렵다.

### 3. 經過規定에 대한 決定

#### 가) 經過規定의 허용여부

西獨憲法裁判所는 落胎判決<sup>31)</sup>에서 執行主文을 통하여 경과규정으로서의

---

28) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 174.

29) 다만 憲法裁判所는 社會保護法事件(1989. 9. 8. 선고, 88헌가 5, 8, 89헌가 44결정)에서 폐지된 형사법령은 신법이 더 유리하게 개정된 경우에만 신법이 적용되므로 舊法이 違憲이었느냐와 신, 구법중 어느 것이 더 유리하냐가 판단된 뒤에 비로소 결정할 수 있는 문제이므로 이 한도 내에서는 심판의 대상이 잔존하는 것으로 보았다. 여러 개정안이 있더라도 구법과 동일한 규정이 있다면 그 범위 내에서는 형식적인 개정에 불구하고 심판의 대상은 이전된다고 보아야 할 것이고 이는 違憲決定의 확장이론과는 별도로 해결될 수 있다 할 것이다.

30) 현재 1989. 1. 25. 선고 88헌가 7결정.

31) BVerfGE 39, 1, 2 : “형법 제28조 a는 기본법의 가치질서상 아무런 이유가 없음에도 불구하고 낙태를 형벌로부터 배제하는 한 기본법 제1조에 관련하여 제2조 제2항 제1문에 위반하여 무효이다. 법률의 개정이 효력을 발할 때까지는 헌법재판소법 제34조에 의하여 다음과 같이 정한다.

1. 형법 제218조 b 및 제219조는 수태후 12주이내의 낙태에 대하여도 적용된다.
2. 임부의 동의 아래 의사에 의하여 수태후 12주이내에 시행된 낙태는 임부에게 형법 제176조 내지 제179조의 위법행위가 행해졌거나 수태가 범죄로 인하여 이루어졌음을 인정할 급박한 이유가 있는 때에는 형법 제218조에 의하여 벌하지 아니한다.

형법규정을 발한 바 있었고 또한 良心的 兵役忌避에 관한 判決<sup>32)</sup>에서도 역시 경과과정을 두었다.

이를 긍정하는 이론으로서는 우선 헌법재판시 전체적인 국가생활에 대한 역효과를 경감하기 위하여 주문자체에 대한 일종의 假處分으로서 경과조치를 할 수 있다는 假處分說이 있다.<sup>33)</sup> 이로써 위헌인 규정에 새 입법시까지 繼續效를 부여하거나 그 기간 동안에 다른 합헌적 규정을 찾아낼 수 있도록 하는 가처분이라 한다. 그러나 이 이론은 가처분이란 본안절차 동안에만 발하여 질 수 있다는 의문을 설명하지 못한다.

다음으로는 위 판례가 택하는 “西獨憲法裁判所는 執行方法을 정할 수 있다”는 규정(BVerfG § 33)에 기한 執行說이 있다. 집행결정에 의하여 무효로 선언된 규정들은 규범의 효력을 지속하도록 하는 조치나 憲法裁判所에 의하여 창출된 독자적인 경과조치로 대체된다.<sup>34)</sup> 그러나 規範統制判決의 執行可能性에 대한 일반적인 문제가 있다.<sup>35)</sup> 즉, 무효로 된 법규범을 계속 집행하려는 공권력이 있는 경우에는 일반적인 법적 구제절차에 따라서 구제절차를 밟거나 때로는 헌법소원이 가능할 것이지만 이는 일방적인 구제절차이지 憲法裁判의 執行問題는 아니다. 이는 입법자가 違憲으

---

3. 낙태가 수태 후 12주 이내에 임부의 동의 아래 의사에 의하여, 임부로서는 다른 기대할 수 있는 방법으로는 회피할 수 없는 중대한 위급상황을 피하기 위하여 행하여 진 경우에는 법원은 형법 제218조에 의한 처벌을 도외시하여야 한다.”

32) BVerfGE 48, 127, 184 : “병역 및 시민복무법은 기본법 제4조 제3항, 제12조 a 제 1, 2항 및 제78조, 제87조b 제2항 제1문과 관련하여 제3조 제1항에 위반하여 무효이다. 1977. 8. 1.부터 같은 해 12. 15.까지 사이의 병역기피자는 시민 복무관계가 결정되었거나 그들에게 같은 해 12. 15.까지 시민복무를 위한 연방관리의 서면접수증이 발부되었고 병역 기피자가 위 같은 기간동안에 시민복무상 동등하다고 인정되는 다른 임무나 활동을 인수하였거나 이에 관한 구속적인 합의를 하는 승인된 병역회피자로 취급된다.”

33) Klein JZ 1966, 463.

34) 예컨대 BVerfGE 39, 1, 2 ; 48, 127, 184.

35) Böckenförde, Die sog. Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, S. 132 f.



로 宣言된 法律을 또다시 같은 내용으로 입법하려는 경우에도 같다. 이때에도 憲法裁判所는 직권으로 어떠한 조치를 취할 수는 없을 것이고 다시금 절차를 기다려야 할 것이다. 따라서 規範統制決定에 대한 執行은 원칙적으로 불가능하고 허용될 수 없다는 문제이다. 그러나 西獨 憲法裁判所는 집행이라는 개념을 넓게 보아 자신이 발견한 법을 실현하기 위하여 필요한 사태(Tatsache)를 창출하는데 요구되는 일체의 수단을 내포한다고 한다.<sup>36)</sup> 따라서 결정에서 인정된 위헌상태를 가능한 한 포괄적이고도 신속하게 합헌상태로 전환하도록 하는 수권규정으로 법 제35조를 이해하여 憲法裁判所 判決의 효력을 연기하거나 그의 결정을 일정하게 정형화하고자 하는 경과규정에 대한 권능을 포함한다고 본다.<sup>37)</sup>

이에 대하여는 서독에서도 憲法裁判所가 집행을 이유로 違憲적인 執行을 행할 수 없다는 한계가 지적되고 있다. 즉, 이러한 경우만 憲法裁判所가 입법자에게 전속되어야 하는 法律留保 사항에 대하여는 法律的 效力을 갖추지 못하는 집행결정으로 대체할 수 없다고 한다.<sup>38)</sup> 이런 점에서는 죄형법정주의에 따라 입법자에 의하여 제정되어야 할 형벌법규나 기본법 제4조 제3항 제2문에 의하여 역시 의회의 권한인 병역기피자에 관하여 경과규정을 둔 것은 그 자체가 違憲이라는 결론이다.

우리 憲法裁判所法에는 서독과 같은 집행규정이 없어 서독과 같은 유추적용은 명문상 어려울 뿐만 아니라 變形決定으로서 不合致宣言을 하는 외에 (이 경우에 違憲法律의 失效를 배제 또는 일시 정지하는 主文은 헌법적인 규범충돌의 경우에 법 제47조 제2항을 배제하는 것으로서 별도의 법적근거를 필요로 하지 아니함은 전술하였다) 不合致宣言을 할 수 있는 요건을 갖추지 못하여 違憲決定을 하면서 다시 經過規定을 두는 이른바 經過規定附 違憲決定을 함이 실로 헌법에 보다 가까운 상황을 창출하는

---

36) BVerfGE 6, 300, 304.

37) Ipsen, Rechtsfolgen der verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980. S. 238.

38) Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313.

경우로 볼 실익이 있는 지가 의심스러워 憲法裁判所는 그러한 권한이 없다고 할 것이다.

## 나) 經過的 措置

그러면 이러한 권한은 누구에게 주어 져야 하는가.

法律이 단지 헌법에 不尙致 한다고 宣言되었다면 立法자는 헌법에 불합치한 상태를 배제할 立法義務가 있다. 이러한 의무는 憲法裁判所의 재판으로 위헌적 법상태가 계속유지 되기 때문에 과거에 연관된 사안을 규정하게 된다. 그러나 위헌결정이 있는 후에는 구법이 부활하지 아니하는 한 법의 공백상태를 야기한다. 우리 憲法裁判所도 금융기관 연체대출금 위헌심판에서 개정조항의 담보제공비율을 이유로 법률을 위헌이라 하면서도 개정전의 원조항의 담보비율은 문제시하지 아니하고 일반 민사소송법상의 원칙으로 돌아가는 것을 전제로 심판하고 있다. 이에 비추어 법률의 違憲決定으로 구법이 부활하지 아니함은 간접적으로 인정하고 있다고 보여진다.<sup>39)</sup> 이러한 입장은 사안만을 복잡하게 한다하여 서독에서도 원칙적으로 같은 입장이다.<sup>40)</sup> 違憲失效의 경우라도 경과규정의 제정이 정치적으로 요구되는 경우에는 입법자가 失效時까지 溯及的인 立法을 함이 원칙이다. 이 경우라도 신뢰보호 원칙에 따른 소급입법금지의 원칙은 그대로 타당하므로 시혜적인 입법만 타당하지 결코 부담을 주는 규정을 소급제정할 수는 없다. 입법자는 긴급조치로서 기존의 행정명령이나 행정규칙이 합헌, 합법인 한에 있어서 이를 당분간 법률로 쓸 수도 있을 것이다.

執行部는 일반적으로 위헌결정이후에 계속중인 개별적인 행정절차에 있어서는 계속효를 갖는 구법의 범위내에서 이를 적용할 수 있다. 그러한 구법이 없어서 무법상태에 이른다면 법적 근거를 필요로 하지 아니하는 행정행위는 별 문제가 없으나, 법적인 근거가 요구되는 자유침해와 같은

39) 헌재 1989. 5. 24. 선고 89헌가 37. 96 결정.

40) Pestalozza, "Noch verfassungsmäßige", und "bloß verfassungswidrige" Rechtslagen, in : BVerfG und GG I, 1976. s. 522.

경우에는 신법제정시까지의 불가능하다.

法院으로서의 필요한 경우에는 당해 절차를 정지하는 것으로 족하고 법관의 법제정 행위는 금지되어야 한다.<sup>41)</sup>

#### 4. 合憲決定

##### 가) 합헌결정

憲法裁判所가 위헌법률심판을 심리한 결과 아무런 헌법위반을 확인할 수 없는 경우에 관하여 憲法裁判所法은 명백한 주문형태를 규정하고 있지 않다. 다만 憲法裁判所法 제45조의 違憲與否라는 표현에 따라 憲法裁判所 決定에서는 “……법률은 헌법에 위반되지 아니한다”라는 주문형식이 통용된다.<sup>42)</sup> 서독의 실무례에서는 棄却 또는 合憲선언의 주문예가 혼용되고 있다.

憲法裁判所는 위헌여부의 심판이 提請되면 당사자가 주장하는 이유에 불구하고 가능한 모든 면에서 그 위헌인 여부를 審査한다.<sup>43)</sup> 따라서 그럼에도 불구하고 당해 법률의 위헌성을 확인할 수 없었다면 이러한 결론에는 당해 법률의 유효성에 적극적인 의미를 부여하여야만 한다는 이유에서 서독에서는 단순한 合憲宣言에 그치지 아니하고 나아가 당해법률이 合憲有效임을 확인하는 주문례가 나타난다. 이는 違憲 無效宣言에 대칭되는 형태라 하겠다.<sup>44)</sup> 한번 違憲決定이 있으면 같은 사안에 대하여 다시 違憲提請이 된다 하더라도 이미 판시한 바 있어 위 법률 조항의 위헌여부는 더 이상 심판의 대상이 될 수 없다 하여 위헌심판 제청은 不適法 却下된다. 그러나 같은 사안에 대하여 合憲決定이 있었고 이를 다시 달리 판단

---

41) 서독의 경우에 대하여는 Gusy, *Parliamentarischer*, S. 202.

42) 헌재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가 5. 8, 89헌가 44 (병합) 결정.

43) 헌재 1989. 93 43 선고, 88헌가 22결정.

44) BVerfGE 1, 14 ; 이를 뒷받침하는 이론으로는 Lange, *Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des BVerfG*, Jus 6.

하여야 할 별다른 사정의 변경이 있다고도 인정되지 아니하더라도 부적법 각하하거나 기각을 할 것이 아니라 “……법률은 헌법에 위반되지 아니한다”라는 合憲宣言을 다시 한다.<sup>45)</sup>

## 나) 違憲不宣言

憲法裁判所는 不合致宣言과는 다른 違憲不宣言결정의 주문을 사용한 바 있다. 즉 國土利用管理法 제31조의 2벌칙규정의 違憲審査에서 合憲의견이 4인의 裁判官, 違憲의견이 5인의 裁判官으로서 “벌칙규정은 위헌의견이 과반수이나 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정의 정족수에 미달되어서 헌법에 위반된다고 선언할 수 없는 것이다”라고 하여 “국토이용관리법 제31조의 2는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다”라는 주문을 선고하였다.<sup>46)</sup> 이는 우리 憲法 제113조 및 憲法裁判所法 제23조 제2항이 위헌정족수를 裁判官 6인 이상의 찬성이라는 加重定足數를 채택함으로써 違憲決定을 할 수 없을 뿐만 아니라 合憲意見이 一般 議決 定足數인 과반수에 달하지 못하여 헌법에 합치한다는 결정을 할 수도 없다는 전제에서 나온 독특한 주문이다. 그러나 違憲決定에만 실효의 효과가 따른다는 점과 평결과정은 별도의 의미를 갖지 아니한다는 점에 비추어 과연 이러한 별도의 주문이 헌법에 위반되지 아니한다라는 주문과 무슨 차이가 있을지 의문이다.<sup>47)</sup>

45) 헌재 1989. 9. 29. 선고, 89헌가 86 결정.

46) 헌재 1989. 12. 22. 선고, 88헌가 86 결정.

47) 서독에서는 議決定足數에 못미치는 경우인 가부동수의 경우에 결선투표를 허용하지 아니하고 合憲判決을 한다. BVerfGE 70, 69(mit dem GG vereinbar)

### 第三節 不合致決定

#### 1. 憲法裁判所の 決定

西獨에 있어서는 違憲無效의 재판 이외에 不合致宣言 (Verfassungswidrigweklärung- “nur unvereinbar”)이라는 주문형태가 오래 전부터 받아들여져서 실무관행으로 확립되어 있다.<sup>48)</sup> 이에 대한 실정법상의 근거는 1970년의 憲法裁判所法 제31조 제3항의 개정<sup>49)</sup> 이전에는 서독에서도 박약하였다. 그래도 이에 관하여 지적되었던 것은 違憲無效 裁判에 관한 西獨憲法裁判所法 제78조의 체계적 위치에서 나오는 違憲無效 決定의 적용상의 한계이다. 즉, 이 규정은 抽象的 規範統制, 具體的 規範統制 및 憲法訴願의 경우에만 규정되어 있지 그 밖의 각종 헌법재판의 경우에는 이에 관한 아무런 규정이 없다. 따라서 權限爭議의 경우에는 피청구기관이 어떤 규범의 제정으로 자신의 권리의무가 침해 되었는지가 문제로 되어 그 침해가 확인되더라도 違憲無效宣言을 할 수는 없었다. 이때에 서독에서는 판례로 이른바 不合致宣言을 하여 왔다.<sup>50)</sup> 이러한 판례의 입장

---

48) 西獨聯邦憲法裁判所는 처음에는 판결주문에서 不合致宣言을 하지 아니하고 다만 이유에서 無效宣言을 하지 않는 이유를 밝혀 왔었다. (예컨대 BVerfGE 25, 101) 그러나 이미 BVerfGE 13, 248에서 無效宣言(초기에는 nichtig로만 선고하다가 unvereinbar und nichtig로 정착됨)을 하지 아니한 채 違憲宣言(verfassungswidrig)만을 한 바 있었다.

이러한 決定에 대한 용어는 각양각색이다. 예컨대 Nichtigerklärung과 verfassungswidrigerklärung으로 나누는가 하면(Maurer, Zur Verfassungswidrige erklärung, S. 345 ; Gusy, Parlamntarischer Gesetzgeber, S. 188), Nichtigerklärung과 die bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit로 나누거나(Pestalozza, “Noch Verfassungsmäßige” S.519), Nichtigerklärung과 Unvereinbarerklärung으로 나눈다 (Schlaich, Bundesverfassungsgericht, S. 169).

49) BGBl. IS. 1765 이와같은 立法에 대한 반응은 찬반이 반반이었다. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 177, FN 61.

50) BVerfGE 20, 119, 129 이래.

은 憲法裁判所法의 개정을 불리와 제31조 제2항 2, 3문에 違憲無效裁判이 외에 基本法에 合致, 不合致를 선언하는 경우에도 法律的 效力을 부여하도록 改正하였고, 아울러 그 결과로서 基本法에 불합치한 법률에 기한 刑事裁判에 대하여도 再審을 하도록 改正한 것이다. 이와 같은 입법의 개정뿐만 아니라 대체적인 학설의 입장도 이를 協同的인 違憲保護(Kooperativer Verfassungsschutz)<sup>51)</sup>라 하여 긍정적으로 받아들이고 있으며 현재는 違憲無效裁判과 不合致宣言裁判의 비율이 대체로 반반의 비율을 점하고 있을 정도이다.<sup>52)</sup>

憲法裁判所는 國會議員 選舉法 제33조, 제34조 위헌심판사건에서 같은 法條는 “헌법에 합치되지 아니한다,<sup>53)</sup> 위 법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다”라고 宣言함으로써 이른바 不合致宣言을 하였다.<sup>54)</sup> 위 결정은 그 이유를 아래 3가지로 들고 있다.

---

51) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 107 f.

52) Ipsen, Rechtsfolgen S. 107 f.

53) 이러한 주문례에 대하여 김진우 재판관의 반대 의견에는 “우리의 오랜 전통적인 언어관습과 언어감각에 비추어 위헌의 정도를 나타냄이 없이 ‘위 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다’라고 표현함은 법제47조 제2항에 의하여 그 법률조항의 헌법을 결정일로부터 상실시키는 위헌결정으로 이해된다. 이렇게 이해되는 표현을 제1항으로 하고서, 제2항으로 위헌 법률조항의 효력을 장래 일정시기까지 지속시키는 결정을 첨가하는 것은 언어관습과 언어감각이 꼭 같다고 할 수 없는 외국의 헌법재판소의 주문례와 그 역사를 모르고 우리의 언어습관과 언어감각에만 젖은 일반국민으로는 논리적으로 오해하기 쉽고 쉽사리 이해하기 어려우므로 국민에 대한 봉사태도로서도 재고할 점이 있다”는 지적이 있다.

54) 현재 1989. 9. 8. 선고, 88헌가 6결정 : 多數意見의 決定要旨

① 國會議員選舉法 제33조의 寄託金은 너무 과다하여 國民主權主義와 自由民主主義의 基本原則과 관련하여 憲法 제24조의 參政權, 제25조의 公務擔任權을 침해할 뿐만 아니라 정당 추천 후보자와 無所屬候補者의 寄託金에 1,000만원과 2,000만원의 차등을 둔 것은 政黨人과 非政黨人을 불합리하게 차별하는 것으로 憲法 제41조의 선거원칙에 반하고 憲法 제11조의 平等保護 規定에 違背된다.

② 유효투표 총수의 3분의 1을 얻지 못한 낙선자들의 寄託金을 국고에 귀속시키게 하는 것은 그 기준이 너무 엄격하여 국가존립의 기초가 되는 선거제도의 원리에 반하며, 選舉經費를 候補者에게 부담시킬 수 없다는 헌법 116조에도 위반된다.

첫째는 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위하여서 라고 한다. 법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의하여 이루어지는 것이 헌법상의 권력분립의 원칙에 합치된다. 더욱이 국회의원선거법은 국민주권과 국민의 참정권, 자유민주주의 기본질서, 인간의 존엄성과 가치 및 기본권보장에 직결되고, 우리나라 민주주의 정착과 발달에 기여할 정치관계의 기본법이라는 특성이 있다. 국선법 제33조 제1항은 동조 제2항, 동 제34조와 불가분의 관계가 있고 직접 간접으로 다른 조항과 연관이 되어 있으므로 차체에 불합리한 관계규정들과 함께 정리되어야 할 선거관계법률이다. 따라서 국회가 스스로 관계조문을 체계적으로 조정하는 것이 동법의 기본성격과 국회의 본질적 기능에 맞다고 본다.

둘째는 국회의 동질성을 보장하고 선출조건에 있어서 평등성을 확보하기 위해서이다. 즉 1988년 4월 26일의 총선거에 의한 제13대 국회는 이 국선법 제33조와 제34조의 기탁금제도하에서 선출된 국회의원으로 구성되어 있다.

만약 위헌결정이 선고되면 결정이 있는 날로부터 그 효력이 상실되기 때문에 이후에 재선거나 보궐선거 등에 의해 새로이 당선되어 등원하는 의원은 기왕에 당선된 다른 의원들과 달리 위 기탁금의 제한을 받지 아니하고 선출되게 되어 제13대 국회의원 임기만료일인 1992년 5월 29일로부터 사실상 재선거, 보궐선거 등의 가능성이 없어지는 1년전이 되는 시기인 1991년 말이다.

셋째는 차기 총선거부터는 실질적 주권론에 부합하는 합리적인 선거제도와 평등한 참정권의 보장이 확보되는 새로운 국선법에 의하여 선출된 국회를 구성하는 것이 합당하다. 이를 위하여 늦어도 1991년 5월말까지는 위 기탁금 조항이 개정되어야만 하고 차기 국회의원 총선거에 있어서는 새로운 국선법에 따라 민주적 선거를 실시하기 위한 시간적인 여유가 필요하기 때문이다.<sup>55)</sup>

55) 이에 대하여는 卞禎洙 裁判官께서 反對意見を 표시한 바 있다. 즉, 위 法律條項이 違憲이라면 違憲決定으로 그 效力을 喪失시켜 앞으로 있을지 모르는 재선거나 보궐선거나마 合憲적 選舉가 될 수 있게끔 해야 하는 것이지 기왕에 선출된 제13대 國會議員들이 違憲의인 寄託金制度 하에서 당선되었으니 재선거나 보궐선거에서 선출될 國會議員도 合憲의 制度 하에서 당선되어서는 아니되고 똑같이 違憲의인 制度하에서 선출되어야만 한다는 다수의

## 2. 許容領域

아직 우리 헌법재판소의 허용례를 충분히 검토할 수 있는 단계가 아니므로 西獨 憲法裁判所의 判例를 분석하기로 한다.<sup>56)</sup>

### <1> 發止權의 欠缺

예컨대 독일적 규범인 占領國法律<sup>57)</sup>이나 유럽공동체법률<sup>58)</sup>은 違憲無效로 할 수 없더라도 합헌성심사 대상은 된다 함이 서독의 판례이다. 그러나 이와 같이 審査權과 發止權을 구분함에는 이론이 없지 않다. 즉 이러한 범영역에 대하여 서독에 관할이 없다면 그에 대한 합헌성심사의 여지도 없다는 것이다.<sup>59)</sup>

### <2> 立法不作爲

이에 관하여는 우리 憲法裁判所에는 명문이 있다. 즉 公權力의 不行使

---

理論은 더 이상 설명을 부칠것이 없이 정당하지 않다.

아울러 金鎮佑 裁判官께서도 反對意見を 표시한 바 있다. 즉, 違憲決定은 決定日로부터 效力이 생하는 것이므로 이 決定전에 당선된 國會議員의 지위나 舊國會의 권위에 영향이 있다고 할 수 없다. 또 지난 선거에 寄託金條項 때문에 입후보하지 못한 실례가 있다고 나타난 것도 아니고 그 決定의 效力을 즉시 발생하게 하므로서 입후보 등록시의 寄託金制度에 차이가 있다는 점만으로 제13대 議員과 이 결정후에 있을 재선거 또는 보궐선거에서 선출될 소수의 國회의원과의 사이에 同質性이나 平等性이 금이 간다고 할 수도 없다. 國會의 權威尊重의 면에서도 단순히 위헌선언을 하고 그 후 법개정문제는 입법권자가 違憲性이 없는 범위내에서 그 고유의 권한을 행사케함이 가하다고 생각된다.

56) Pestalozza, " Noch verfassungsmäßige" S. 523 f.

57) BVerfGE 15, 337, ff.

58) BVerfGE 37, 271 ff.

59) Gusy, Parlamentarischer, S. 189.



로 인한 憲法소원을 認容할 때에는 그 不行使가 違憲임을 확인할 수 있도록 하였다. (제75조 제3항) 다만 權限爭議에 있어서 不作爲가 請求人의 權限을 침해한 때에는 그 無效를 확인할 수 있다(제66조 제2항)고 하였는데 이는 違憲確認의 의미로 볼 것이다.

西獨에서는 명문의 규정이 없으나 違憲의인 (전부 또는 일부의) 立法不作爲에 대한 違憲無效審判은 무효로 할 대상이 애초부터 존재하지 아니하므로 선천적으로 배제된다고 보아 이 경우에는 不合致決定을 하게 된다.<sup>60)</sup> 그리고 立法者의 行爲가 있었으나 그 立法이 西獨에 있어서의 損失補償의 要件을 충족시키지 못한 收用과 같이 憲法的인 전제를 충족시키지 못하는 경우에는 원칙적으로 그 法律을 無效로 한다.<sup>61)</sup> 다만 그 法律이 適用되지 아니하므로 申請人에 대하여는 이를 無效로 한다 하여도 유리하게 되는 것이 없으므로 이를 無效로 하지 아니하고 그 法律의 부분적인 不作爲인 欠缺部分에 대하여 不合致宣言 등을 한다.<sup>62)</sup> 요컨대 權利侵害에 이르지 아니한 불충분한 保障이나 負擔은 違憲確認에 그치고 權利侵害에 이르렀을 때에 비로소 違憲無效로 宣言한다.<sup>63)</sup>

이와 같은 立法不作爲는 어느 범위에서는 法院의 判決로 보충될 수 있다. 法官의 法形成的 구체화 과정도 憲法이 예상하는 바이나 그 한도를 넘어 대리가 불가능한 憲法上的 立法義務의 영역에서는 違憲確認을 하여야 하는 것이다.

### <3> 명백하지 않은 憲法違反

立法절차상의 흠결은 중대한 경우(grober Mangel)에만 無效事由로 된다. <sup>64)</sup>그 밖의 瑕疵는 合憲<sup>65)</sup>으로 되거나 不合致宣言<sup>66)</sup>에 그친다.

60) 확립된 판례이다. BVerfGE 22, 349, 360, Abw. nur BVerfGE 17, 122, 123(134).

61) BVerfGE 4, 219 ff.

62) BVerfGE 8, 1 ff. ; 13, 248 ff.; 21, 349 ff.

63) Pestalozza, Noch verfassungsmäßige, S. 532.

64) BVerfGE 31, 47.

65) BVerfGE 16, 130 ff.

66) BVerfGE 34, 9 ff.

#### <4> 恣意的(willkürliche)인 施惠排除

일정한 집단에게만 특별한 배려를 하는 경우 이에서 제외된 제3자는 平等權違背를 주장하게 되는데 이 때 이를 배제하는 방법으로는 두 가지 가능성이 있다. 그 施惠 모두를 無效로 하거나 아니면 部分無效를 통하여 배제 규정이나 부담규정을 제거하는 것이다. 그러나 첫째 가능성은 請求人에게는 아무런 도움을 주지 못한 채 受惠者에게 혜택을 박탈하고 말뿐이다. 둘째 가능성은 결국 議會의 예산편성이라는 문제에 부딪치게 된다. 西獨憲法裁判所는 이러한 경우에 立法者가 특정한 해결책을 분명히 의식적으로 원했다거나<sup>67)</sup> 不平等한 취급을 피할 다른 방법을 선택할 여지가 없는 경우에만<sup>68)</sup> 違憲無效判決을 하지 그 밖의 立法形成權의 범위내에서 여러 가지 선택의 가능성이 인정되는 경우에는 權力分立을 존중하여 不尙致宣言만을 한다. 그러나 이러한 경향에 대하여는 憲法裁判所 자체가 平等한 判決을 하지 아니한다면 위헌이라는 심각한 비난이 가해지고 있다.

#### <5> 위협적인 立法의 空白

法律的인 規定이 憲法上 要求되는 경우에 그 내용이 憲法的인 경우이다. 예컨대, 公務員給與法의 경우와 같이 憲法的인 要求에 못미치는 것이라 하더라도 規範의 완전한 空白(Rechts-Vakuum od. Rechtschaos)보다는 참을 만하다고 한다.<sup>69)</sup> 이는 위헌무효로 되어도 구법이 살아나지 아니하며 만일 구법이 살아난다면 法的 不安定性이 더욱 크게 될 것이라는 憲法裁判所의 見解를 전제로 하는 입장이다.<sup>70)</sup> 아울러 내용상으로는 合憲

67) BVerfGE 22, 163 ff. ; 29, 1 ff.

68) BVerfGE 21, 329 ff. ; 39, 196 ff.

69) BVerfGE 8, 1 ff., 13, 248 ff. ; 18, 288 ff. ; 38, 1 ff 西獨憲法裁判所 제1부는 이 이론을 전 基本權분야로 확대하였다. BVerfGE 33, 303, 347F. ; 37, 217, 260f.

70) Pestalozza, Noch verfassungsmäßige, S. 522.

的인 九鼎이나 요구되는 법률적 형태를 취하지 않고 있는 경우에도 法律留保에 반하는 결과로 된다.<sup>71)</sup> 나아가 法的安定性的의 요청<sup>72)</sup>이나 입법자의 필수적으로 요구된다는 것<sup>73)</sup>도 그 事由로 되어 無效裁判을 배제한다.

이상의 유형 중에서 實體的인 法的 問題와 무관하게 違憲無效決定이 배제되는 경우란 <4>, <5>의 두 경우로서 “立法形成權의 保障”과 “보다 헌법적 (größere Nähe zum GG)”이라는 일반적인 事由를 들고 있다. 총체적으로 憲法不合致宣言은 가분적인 違憲 規範이 존재하지 아니하는 立法不行爲의 경우에만 논리 필연적이라 할 것이다.

### 3. 法的 效果

#### <1> 立法者에 대한 義務賦課

불합치선언도 憲法裁判所法 제47조 제1항에서 정한 違憲決定의 일종이며 타국가기관에 대한 霸束力이 있다 함이 憲法裁判所의 判決例이다.<sup>74)</sup> 또한 違憲確認은 원칙적으로

과거에 대하여서나 (刑事事件에 대한 再審이 가능하다, 법제47조 제3항의 적용) 미래에 대하여(별도의 결정없이 원칙적인 적용차단 ; Anwendungssperre) 無效宣言과 동일하다 함이 西獨의 判例이다.<sup>75)</sup>

그러나 불합치선언은 西獨에 있어서 違憲無效宣言과 여러 점에서 구별된다. 그 중 가장 중요한 점은 後者は 憲法裁判所가 確認하고 이를

---

71) BVerfGE 33, 303 ff.

72) BVerfGE 37, 217 ff.

73) BVerfGE 35, 79 ff.

74) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가 6 결정.

75) BVerfGE 37, 217, 261 ff.

스스로 배제하는 發棄的인 決定인데 반하여 前者違反確認하기는 하나 確認된 違憲狀態를 가능한 한 신속하고 광범위하게 배제할 것을 立法者에게 義務지우는 일종의 義務化 決定인 것이다.<sup>76)</sup> 따라서 憲法裁判所는 立法者에게 그러한 立法義務가 있음을 상기시키는 일을 결코 소홀히 하지 않는다.<sup>77)</sup> 때로는 立法의 방향과 테두리를 제시하거나<sup>78)</sup> 대안을 제시하기도 하고,<sup>79)</sup> 때로는 立法義務를 위한 期限을 정하기도 한다.<sup>80)</sup> 이러한 조치는 이러한 기한이 지난 뒤에는 法律의 無效가 宣言된다는 制裁(Sanktion)를 전제로 하고 있다.<sup>81)</sup>

이러한 주문관행은 우리 憲法裁判所 警正에서도 나타나고 있다. 즉, 위 國會議員選舉 寄託金を 決定에서 國會議員選舉法 제33조 및 제34조는 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정 할 때까지 그 효력을 지속한다고 宣告함으로써 이를 위한 時限을 정하였다.<sup>82)</sup>

## <2> 當該事件 및 類似事件의 처리

違憲提請이나 제68조 제2항의 憲法訴願을 하게 된 本案事件은 憲法裁判所의 不合致宣言으로 立法자가 새로운 立法을 할 때까지 當該事件(Anlaßfall) 심리를 정지하여 당사자로 하여금 合憲的인 새 法律의 혜택을 받을 수 있도록 함이 西獨의 관행이다.<sup>83)</sup> 法律이 無效도 아니고 그렇다고 憲法에 적합한 것도 아닌 暫定期間(Übergangsfrist) 동안에 재판은

76) 이는 行政訴訟法上的의 取消(Anfechtung)訴訟과 義務化(Verpflchtung)訴訟에 유사한 개념이다. Gusy, Parlamentarischer S. 191.

77) BVerfGE 55, 100, 110.

78) BVerfGE 34, 9, 26.

79) BVerfGE 37, 217, 263 f. ; 39, 334, 369 ff.

80) 즉시(BVerfGE 32, 199, 218) ; 6개월 933, 303, 304) ; 회기내에 916, 130, 142). 그러나 이러한 기간은 상황의 전개에 따라 憲法裁判所자신에 의하여 修正될 수 있다. 다만 이때에는 신뢰보호의 한계가 있다. BVerfGE 38, 386, 396 f.

81) BVerfGE 13, 326.

82) 헌재 1989. 9. 8. 선고, 88헌가 6결정.

83) BVerfGE 37, 217, 261, 具體的規範統制節次에 있어서 제청법원은 憲法裁判所의 不合致宣言이 있을 후에 當該事件의 심리를 새로이 정지하였다.

보류되어야 한다는 것이다 오지리에서는 違憲法律의 發止 時期는 원칙적으로 公布日이고 다만 입법의 공백을 없애고 입법자에게 개정을 위한 시간적 여유를 허용하기 위한 입법정책적인 요구에 따라 憲法裁判所는 1년 이내의 將來效에 대한 猶豫其間을 설정할 수 있도록 하였다. 이 때에도 당해사건에 소급효가 미친다고 봄이 1975. 헌법개정으로 이점을 명문화하기 전부터의 실무의 입장이었다. 83) 이와 관련하여

國會議員 選舉法 위헌심판사건에 있어서의 제청법원인 서울 民事地方法院은 當該事件에 대하여 “위 조문이 헌법에 합치되지 아니하나, 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 유지한다”는 憲法裁判所의 決定이 있자 본안사건의 심리를 종결하고 위 法律이 有效임을 전제로 하여 원고의 부당이득금 반환 청구를 기각하였고 그 抗訴審인 서울高等法院에서는 이를 取消하고 위 청구를 認容하였다. 이에 대하여는 아직 大法院의 최종판결을 기다려야 하겠으나 西獨의 실무례와 같이 憲法裁判所가 정한 시한내에 있을 새 立法에는 경과규정을 두어 그 동안의 위헌상태에 대한 처리를 할 터이므로 일단은 새 立法시까지 기다려 訴訟당사자로 하여금 徒勞를 피하도록 하는 것도 합리적이라 할 것이나 이러한 전망이 없다면 오지리의 실무례에 따라 認容하는 것이 옳다고 본다.84)

---

83)-1) Erk. Slg. Nr. 2197/1951 ; 4151/1962 ; 4564 ;/1963 ; Novak, Die Fehlerhaftigkeit, 199 ; 오지리에서는 1975. 헌법개정으로 종래 실무에서 인정하여 오던 당해사건의 법리를 명문으로 입법하였다. Art. 140 Abs. 7 B-VG ; 초기의 확실 중에는 폐지의 소급효는 그것에 설정된 기간이 초과되어 효력이 발생할 것을 전제로 한다는 입장도 있었다.

이에 따르면 헌법재판소가 폐기하는 법률에 유예기간을 설정한다면 이로써 그 법률에 기하여 유효한 명령과 법률행위의 기초가 될 수 있는 가능성을 스스로 시인한 것이고 이 기간 동안에 그에게 제기된 소송에서 이 법률에 기한 行政行爲를 무효로 취급한다면 스스로 모순에 빠지게 된다는 것이다. (Kelsen-Froehlich-Merkel, Kommentar, S. 261.) 이로써 당해사건에의 遡及效原則은 期間設定에 종속하게 된다. 그러나 이는 본말이 전도된 것으로서 憲法裁判所의 發止判決과 이에 附加된 期間設定에서 후자에 우선을 두게 되는 모순이 생기게 된다.

84) 서울민사지방법원 1990. 1. 25. 선고, 88가합 46330 민사제 16부 ; 서울 고등법원 1990. 7. 20. 선고 90나 13408 제1부, 不當利得金返還.

이러한 조치는 학설상 다툼이 있으나<sup>85)</sup> 不合法宣言이 된 규범의 效力問題가 裁判의 前提로 되는 當該事件 이외의 法院에 계속중인 類似事件(Parallelfall)에도 타당하다 함이 西獨 憲法裁判所의 경향이다.<sup>86)</sup> 이는 憲法裁判所의 憲法違反與否에 관한 결정에는 霸束力 및 法律的 效力이 있기 때문이라 한다.<sup>87)</sup> 오지리에서는 憲法裁判所의 辯論時 係屬중인 모든 사건에도 미친다고 봄이 새로운 실무의 입장이다.<sup>87)</sup> 우리 法制에서는 비단 不合法宣言에서 뿐 아니라 將來效에 그치는 違憲決定 전반에 해당하는 문제이나 - 당사자의 귀착사유를 찾기 어려우므로 형평의 원칙상 憲法裁判所 決定日 당시 일반법원에 계속된 사건까지도 포함시킴이 타당하다.

### <3> 不合法法律 適用與否

이 경우 法執行機關이 法律의 改正이 될 때까지 어떻게 하여야 하는지에 대하여 공백으로 남아 있다. 西獨의 違憲無效宣言에 의하면 제거된 無效인 法律대신에 구법 부활하거나 - 오스트리아에서는 명문이 있다(Art. 140 Abs. 6 B-VG) - 立法의 空白狀態로 된다. 그러나 不合法宣言의 경우에는 원칙적으로는 無效宣言의 경우와 같다고 하면서도 여러 가지 변칙적인 예를 설정함으로써 그 결과가 통일되어 있지 않다. 西獨憲法裁判所는 立法의 空白을 피하기 위한 경우에는 신법제정시까지 구법이 계속 適用됨을 반드시 밝힌다. 그러나 그 밖의 경우에는 계속 適用됨을 밝히기도 하고 계속 효를 결론적으로 認容하는 경우도 있으나 대체로 違憲으로 確認된 規範은 決定시로부터 주문에서 밝혀진 範圍에서 더 이상 適用될 수 없다고 한다. 또 다른 경우에는 이에 관하여 전혀 언급이 없이도

85) 상세한 것은 Pestalozza, "Noch Verfassungsmäßige", S. 562 ff.

86) BVerfGE 39, 334 ; 7, 99 ; 8, 122. 이와 구별되는 개념으로 類似規範 事件(Parallelnormfälle ; 같은 사안이나 다른 유사한 규범이 적용되는 사건)이 있으나 西獨 憲法裁判所法 제35조에 의한 별도의 집행조치나 法 제95조 제1항 제2문에 의한 반복금지의 주문에 의하지 않는 한 정지되지 아니한다 함은 獨逸의 實務이다. BVerfGE 7, 99, 100.

87) Schlaich, Bundesverfassungsgericht, S. 174.

87)-1) VfSlg. 10616.

確實性을 스스로 감수하기도 한다.<sup>88)</sup>

그러나 合憲의 規範이 발령될 때까지 係屬중인 節次를 중지할 義務는 원칙적으로 執行機關에게도 있다 할 것이다.<sup>89)</sup> 다만 不平等한 施惠로 憲法不合致가 宣言되었다 하더라도 그 法律에 의하여 受惠를 받아왔던 사람들에게 대하여는 그 法律을 계속 適用하라는 憲法裁判所의 決定이 없더라도 사리상 受惠執行을 계속하여야 할 것이다. 또한 憲法裁判所가 法的 空白을 회피하고자 不合致宣言에 그친 경우에는 暫定期間동안에 그 法이 適用되어야 할 것이다. 끝으로 이러한 停止는 모두 猶豫와 原狀復舊가 可能的 處分에 관한 것이다. 期間이 정하여진 處分은 회복이 불가능한 경우이므로 이 期間 동안 실제적인 執行이 배제된다. 不合致宣言으로 法的 停止狀態(Rechtsstillstand)에 들어가는 것이다.

어쨌든 西獨憲法裁判所가 不合致宣言만을 하면서도 그 法的 結果에 대하여 침묵을 함으로써 법적 사생아와 같은 상태를 야기케 하는데 대하여는 비난을 면치 못 할 것이다.<sup>90)</sup> 특히 우리 憲法裁判所의 不合致決定이 본질상 法 제47조 제2항의 失效에 대한 猶豫라고 본다면 그 法的 狀態에 관한 주문이 생략되는 것은 그 자체로 不合致決定으로서 성립될 수 없다 할 것이다.

---

88) 이에 관한 西獨의 學說로는 (1) 違憲인 法律은 憲法裁判所의 決定과 별도로 그 자체로 無效이므로 憲法違反이라는 拘束의인 확인으로 違憲인 法律은 일체의 效力을 喪失한다는 설 (Ipsen, Rechtsfolgen, S. 218.) ; (2) 違憲인 法은 取消可能하다는 입장에서 違憲인 法律은 適用上의 이유에서 필요한 경우에는 신법 제정시까지 效力을 지속한다는 설 (Böckenförde, Nichtigkeit, S. 132 ff. ; Moench, Verfassungswidriges Gesetz, S. 172 ff.) ; (3) 違憲인 法律을 無效로 함이 오히려 法治國家에 반하게 되어 완전한 立法의 空白 보다는 그래도 違憲인 法律이나마 존재하는 것이 合憲에 가까운 경우가 있다는 입장에서 法執行機關은 당해절차를 신법제정시까지 정지할 義務가 있다는 설(Hoffmann-Riem, DVBl 1971, 842 ff. ; Skouris, Teilnichtigkeit, S. 53.)이 있다.

89) Gusy, Parlamentarischer, S. 203.

90) Gusy, BVerfG, S. 80.

## 第四節 立法促求決定

### 1. 意 義

西獨 憲法裁判所法에는 물론 그 밖에 어떠한 實定法上에도 憲法裁判所가 憲法裁判을 함에 있어서 立法者에 대하여 立法에 관한 促求를 할 수 있다는 條文을 찾아 볼 수 없으나 서독 聯邦憲法裁判所는 이른바 立法促求決定 (Appellentscheidung)<sup>91)</sup>이라는 主文例를 발전시켜 왔다. 이러한 주문은 서독에 있어서의 違憲無效判決이나 不合致宣言判決과는 달리 아직은 合憲 (noch verfassungsmäßig)이나 違憲이 될 危險이 있는 경우에 宣告된다.<sup>92)</sup> 전통적이고 원리적인 사고로는 어느 法律의 違憲與否는 일정한

---

91) 警告決定, 勸告決定, 權誘決定이라고도 번역된다. 憲法裁判所 결정에서는 立法促求決定이라는 용어례를 흔히 쓴다.(예컨대 헌재 1989. 5. 24. 선고 89헌가 37. 96 결정의 韓柄案 裁判官의 反對意見)

92) 물론 不合致決定에서도 立法府에 대한 法律의 補完을 촉구하는 이유설시가 따르는 경우가 흔히 있으나 이 경우에는 不合致決定의 效果에 따라 해결되므로 별도로 논할 실익이 없다. 따라서 통상 立法促求決定을 논할 경우란 不合致決定도 하지 아니하나 일반적인 合憲決定이나 合憲의 法律解釋을 하면서 立法促求를 하는 경우이다.

前者의 예로서는 위 選舉寄託金 違憲決定외에도 일찍이 金融機關 延滯貸出金의 특혜규정과 관련하여 담보공탁금의 비율이 너무 과중하여 抗告權의 行使를 할 수 없도록 제한한 내용이라면 그 供託金의 比率을 조종하도록 條件附 또는 立法促求의 違憲決定을 내리는 변형판결이 옳다는 裁判官 韓柄案의 소수의견이 피력된 바 있다.(헌재 1989. 5. 24. 선고 88헌가 12 결정)

아울러 土地去來許可制 違憲審判事件의 裁判官 韓柄案, 崔光律, 金汶熙의 違憲意見에서도 土地去來의 許可를 申請한 자에게 인정되는 당해 토지에 대한 매수청구권은 토지거래허가제로 인한 피해구제수단으로서 토지거래허가제와 불가분의 관계에 있어 그 내용을 이루는 것이므로 매수청구권의 규정이 憲法상 재산권의 보호와 정당보상의 원리를 침해하여 違憲이라면 그에 기초한 토지거래허가제 자체가 違憲性을 갖게 되는 것은 당연하다. 그러나 토지거래허가제가 의도하는 규제의 필요성을 감안한다면, 이를 違憲으로 하여 위 각 法律조항을 즉시 失效시킴으로써 立法의 空白으로 인한 경제질서의 난잡을 초래하기보다는 違憲의 직접적인 규정인 그 규제에 관한 제21조의 15 소정의 매수청구권에 관한 규정을 상당기간내 財産權의 保障과 정당보상의 원칙에 맞게 개정할 것을 촉구하고, 그때까지 改正되지 아니할 때는 위 각 法律條項이 失效됨을 宣言하는 것이 옳다고 되어 있다.(헌재 1989. 12. 22. 선고 89헌가 13 결정).



裁判時點을 基準으로 하도록 되어 있다. 따라서 법의 지속적인 합헌성을 확보하기 위하여는 각 순간마다의 끊임없는 합헌성의 심사가 불가피하다. 이러한 靜態의인 觀點과는 반대로 立法促求決定은 事實的·法的 關係의 動態的인 면을 考慮하는 것이다. 法律이 위헌으로 되는 것은 전통적인 合憲, 違憲의 二元論的인 선택에 있어서 시간과 결부된 流動的인 過程으로 파악된다. 따라서 立法促求決定의 전제가 되는 임박한 違憲이란 유동적인 개념은 뒤에 違憲으로 決定될 것이 예견 가능한 合憲의 상태를 말한다. 장래에 현재와는 다른 憲法的 判斷이 기대된다면 憲法裁判所는 立法者에 대하여 立法促求를 하여 이에 대비케 하는 것이다.

서독에서는 이와 아울러 通告判決(Warn- und Ankündigungsentscheidung)이라는 形態의 變形判決이 사용된다. 이는 구체적인 憲法裁判이 직접적으로 도출되지 아니하나 다가올 違憲決定을 신호하는 것이다.<sup>93)</sup> 예컨대 提訴가 不適法 却下되는 憲法訴願에서 決定이 변경되어 違憲決定이 될 수 있음을 설사하여 간접적인 구제가 가능하게 하는 것이다.

## 2. 許容領域

우리 憲法裁判所가 法律이 아직 合憲이라 하여 立法促求判決을 한 예는 없다. 그러나 少數意見 중에는 이 점에 관한 논의가 활발하므로 이러한 變形決定의 概念이 널리 받아들여지고 있음이 분명하다. 예컨대 國土利用管理法事件<sup>94)</sup>에 있어서 李時潤 裁判官께서는 國土利用管理法 제21조의 15에 규정된 不許可處分을 받은 土地所有者가 행사할 수 있는 매수청구권의 내용은 憲法 제23조 제3항 소정의 正當보상의 원리에 근본적으로 저촉

93) BVerfGE 22, 349, 358 f. vgl. BVerfGE 44, 125,(181/196) ; E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, AöR Bd. 108 S. 434 f.

94) 헌재 1989. 12. 22. 선고, 89 헌가 13 결정.

되나 다만 提請事件의 請求人은 위 법조의 매수청구권을 가진 자가 아니므로 위 조문을 주문에서 違憲決定으로 실효시킨다고 하여 提請申請人에 대한 刑事裁判의 결론 즉, 주문이 달라질 까닭이 없으므로 그러한 의미에서 위 조문은 제청사건의 재판의 전제성이 없어 주문에서 위헌임을 밝힐 필요가 없고 미구에 위헌사태에 사전예방과 보다 완벽하게 합헌적인 제도로 뿌리를 내리기 위하여 헌법수호가 소임인 우리로서는 憲法 제23조 제3항에 합치하게 조속히 補完立法을 할 것을 촉구하는 바 이는 헌법국가의 완성과 법치주의 이상구현을 위해 당연한 요청이라는 意見이다.

### 가. 未解決의 立法者의 任務 (unerfüllten Gesetzgebungsaufträge)

서독 憲法裁判所는 立法者가 그의 憲法上的 立法任務를 수행함에 있어서 소요되는 시간적 간격을 감안하여 아직 그의 임무를 이행하지 못하여 法律이 없는 상태라 하더라도 이를 合憲으로 여기나 立法者에게 立法促求를 하여 그의 임무를 상기케 하는 決定을 한다. 예컨대 基本法 제6조 제5항(사생자의 적출자와의 동등한 보호)의 경우에 실무상 이러한 입법촉구판결이 행하여진 바 있다.<sup>95)</sup> 이 때에 立法促求란 立法者의 憲法的 任務와 그 이행 사이에 놓여있는 시간적 간격에 가교를 놓는 것이다. 이러한 규범을 제정할 立法者의 任務는 憲法에서 바로 나오는 것으로서 憲法裁判所에 의하여 새로이 부여되거나 구체화될 필요는 없다.

아울러 이러한 立法者의 義務에는 아무런 制裁手段이 없다. 憲法裁判所의 立法促求決定을 執行하는 것은 法院이 결여된 法律을 대신 立法하는 것 같아 허용되지 않는다. 따라서 立法促求란 憲法이 立法者에게 義務지운 것을 반복하는 것에 불과하다. 다만 立法者가 이를 違憲的으로 不履行한 경우에 그러한 不作為는 違憲으로 확인되고 立法者는 이를 배제할 의무를 지게 된다. 立法不作為에 대한 立法促求決定이라는 變形決定이 憲法

95) BVerfGE 8, 210, 216(10년 후) ; 25, 167, 173(20년 후).

裁判所法 제45조에 어긋나느냐 하는 문제는 발생하지 아니한다. 왜냐하면 違憲으로 宣言할 法律自體가 存在하지 아니하므로 위 조문은 構成要件상 해당되지 아니하기 때문이다.

## 나. 違憲途上の 規範

規範의 內容과 效果는 주변 法體系 특히, 상위법과의 관계의 변화 또는 그와 연관된 생활환경의 변화에 따라 文言의 變更이 없이도 變更(Normänderung ohne Normtextänderung)된다.

法律에 대한 憲法的 要求의 內容이 事實的 또는 法的 이유에서 變更되는 경우(Wandlung der Verfassungsinterpretacion)에도 當該規範은 違憲으로 되겠으나 西獨 憲法裁判所는 過渡期的 狀況을 고려하여 立法促求判決로 그친 경우가 있었다. 예컨대, 戰爭結果의 清算,<sup>96)</sup> 즉 強制經濟의 철거에 관한 判決이 있다. 基本法 자신은 전쟁의 사실적인 결과의 청산에 관한 아무런 經過規定을 두고 있지 않았다. 이러한 분야에서 하루 아침에 法治國家가 실현되지는 않는다. 過渡期를 경과하기 위하여는 국민을 돌보고 생필품을 공급하는데 불가피한 強制經濟의 規定을 基本法이 인수하였어야 하고 따라서 이러한 強制經濟 規定에 관하여 그 效力의 存續을 요구하는 사실적인 상태가 존속한다면 이로써 그 法律은 合憲이다. 이 후에 주변상황이 정상화됨에 따라 각각의 규정에 대한 憲法的 要求도 변화될 것이다.

아울러 現實의 變化(Wandel der Realität)도 다른 면에서 규범의 合憲性與否에 影響을 미친다. 대표적인 예로서 平等權과 관련하여 人口變化에 따른 현실적인 選舉區 劃定の 必要性이 지적된다. 人口의 可變性 때문에 選舉區의 人口數는 심하게 변하고 모든 投票의 結果價値의 平等이란 現實의 變遷에 따라 상응하게 판단될 수밖에 없다. 또한 寡婦에 대한 年金의 不平等한 취급은 사실적인 관계를 이유로 일단은 合憲으로 취급되었

---

96) BVerfGE 9, 63, 71 f.

으나<sup>97)</sup> 후일에는 變遷되는 事實的 關係로 차별적이라 하여 違憲으로 취급되었다.<sup>98)</sup> 이와 같은 경우에 憲法違反은 判決時에는 存在하지 아니하였으나 충분히 豫見되었다. 이와 같은 違憲途上의 法律에 관하여 西獨 憲法裁判所는 종종 立法者의 事後改善義務(Nachbesserungspflicht)가 있다는 데서 출발한다. 規範은 判決時의 憲法的, 事實的 狀況을 기초로 하여 “아직 合憲”이거나 또는 “이미 違憲”으로 판단된다. 後者의 경우에는 違憲無效宣言 또는 不合致宣言을 하면서 그에 따르는 經過措置를 택하겠으나, 規定이 아직 合憲이라고 판단하면 憲法裁判所는 立法者에게 다가올 미래에 대두될 違憲的 狀況을 제거하도록 死物에 합당한 해결을 위하여 노력할 것을 촉구한다.

이와 같은 狀況에서 立法促求를 하는 경우, 違憲狀況은 判決時 이후에나 생긴다. 憲法裁判所는 소송의 대상이 아니지만 스스로 診斷的, 豫見的 判斷을 하여 違憲이 개시되는 지를 確定하는 것이다. 아울러 이러한 診斷的, 豫見的 判斷은 原則적으로 立法者의 管轄이다. 따라서 憲法裁判所가 立法促求를 발한다는 것은 審判의 對象이 되지 아니한 법적 문제를 일차적으로 立法者의 管轄에 속하는 진단에 기초하여 판단하는 것이므로 이러한 合憲이라고 判斷하는 이상 이에서 더 나아간 立法促求는 獨自的인 理由를 필요로 한다는 지적이 있다.<sup>99)</sup>

#### 다. 明白性 또는 自明性的 缺如(Evidenzformeln Vorhersehbarkeitsformeln)

西獨 憲法裁判所는 몇몇의 경우에 規範에 違憲性이 存在하더라도 明白性이 缺如되어 있거나 또는 自明하지 않다는 이유로 違憲無效宣言이나

---

97) BVerfGE 17, 1 ff.

98) BVerfGE 39, 169, 187 ff.

99) Gusy, Parlamentarischer, S. 206, m. w. N.

不尙致宣言을 하지 아니하고 尙憲的 立法을 하도록 立法者에게 促求하는데 그친다. 대표적인 예로서 1961년의 서독의 選舉區 區劃에 대한 判決이 있다.<sup>100)</sup> 당시의 選舉區 區劃은 人口數에 對備하여 平等選舉原則에 違反되기는 하였으나 당해지역의 人口 變動상황을 예측한다는 것은 불확실한 것이어서 時間의 變遷에 따라서 “아직 尙憲”과 “이미 違憲”이라는 法的 狀態는 流動的이었다. 이러한 狀況을 고려할 때 당시의 選舉區 劃定은 이를 違憲이라 하여 失效시킬 만한 明白性이 缺如되었다 하여 立法促求判決에 그쳤다. 아울러 節次的 瑕疵도 明白性의 缺如로 無效事由로 여겨지지 않는다.<sup>101)</sup>

#### 라. 容認할 수 있는 改善途上의 違憲性

서독 헌법재판소는 重大한 것은 아니라 하더라도 “아직은 尙憲”이라고 볼 수 없는데도 불구하고, 立法者가 不尙全하나마 容認될 수 있는 정도로 改善 途上에 있다 하여 立法促求判決로 그치기도 한다.<sup>102)</sup>

예컨대 一定期間에 限定된 侵害는 그 經過的 性格으로 容認된 적이 있고<sup>103)</sup> 비록 不尙全한 해결책이라 하더라도 하루아침에 이를 수 없는 거대한 전체적인 改善책의 일환이라고 인정된다 하여 인용된 바도 있다.<sup>104)</sup> 또한 獨逸 統一에 관한 法律과 같이 보다 나은 解決策이 당장 실현될 수 없는 사정이 존재한다면 不尙全한 해결책이 전체적인 改善책의 일환이 아니라 개별적인 조치에 불과 하더라도 이를 입법자의 합헌적 노력으로 容認하였다.<sup>105)</sup>

---

100) BVerfGE 16, 130.

101) BVerfGE 34, 9, 21 ff.

102) BVerfGE 43, 291, 321.

103) BVerfGE 25, 1, 23 f. ; 39, 210, 235 ff.

104) BVerfGE 37, 38, 51 ff.

105) BVerfGE 4, 157, 169 ff.

## 2. 法的 效果

서독 憲法裁判所도 立法促求決定을 원칙적인 주문형태로 채용하지는 아니한다. 오히려 주문에서는 흔히 “……법률은 이유에 적시하는 바에 따라”(Nach Maßgabe der Gründe) 違憲이 아니라는 형태로 선고한다. 그리고 理由에서 立法促求를 주제로 삼아서 立法者는 각 規定이 違憲의 방향으로 진전됨을 막기 위하여 상황에 적합한 해결을 조속히 시행하도록 보다 집중적인 노력을 하여야 한다는 憲法裁判所의 期待를 표시한다. 이와 아울러 憲法裁判所는 立法者가 합당한 改正을 게을리 한다면 차후의 判決에 있어서는 당해 規範에 대한 違憲決定 또는 不合致決定이 있을 수 있다는 점을 告知한다.

이 判決의 效果는 主文에서 당장의 法的 確認이나 形成을 回避한다는 데에 주안이 있다. 立法促求에는 더 이상의 法的 效果가 否認되어 당해 法律은 合憲인 法律로서 적용된다. 이론상 立法促求란 判決主文을 도출하는데 필수적인 부분을 형성하는 理由(tragenden Grund)는 아니다. 따라서 이는 아무리 넓게 보아도 法的 拘束力을 갖지 않는다. 그러나 憲法裁判所가 立法促求를 하였는데도 立法者가 적시에 대처하지 아니한다면 當該 法律은 違憲으로 전락하게 되므로 立法者의 立法에 대한 負擔을 지운다는 事實的인 效果는 상당한 것이다. 아울러 立法者에 의한 改革이 憲法裁判所를 통한 發棄를 앞지르기 때문에 차후의 違憲決定을 불필요하게 한다.

## 3. 許容限界

결국 이러한 立法促求決定의 가능성은 두 가지라 하겠는데, 첫째는 현재의 法狀態가 아직 완전히 合憲이라고 판단하면서 장래의 事實狀態 및 法狀態를 예견하는 것이다. 이때에는 審判의 前提性이 결여되어 있으며

로 그에 대한 이유의 적시가 필요하다. 둘째로 현재의 法狀態가 違憲이지만 이에 대하여 違憲決定이나 不合致宣言을 도외시하고 合憲으로 결정하면서 立法促求에 그침으로서 憲法裁判所法상의 주문형태를 도외시하는 것인데 이에 또 역시 독자적인 理由의 적시가 필요하다.

憲法裁判所가 이와 같이 주로 실제적인 이유에서 立法促求決定을 한다면 憲法裁判所가 어떠한 사건에서 立法者를 警告할 權限과 義務가 있는 지에 관하여 그 이론적인 根據를 찾아보아야 한다. 이는 결국 憲法上 國家機關간의 管轄問題이다. 憲法裁判所가 違憲決定을 하지 아니하고 立法促求에 그치는 것은 결국 憲法裁判所의 憲法保障機能에 연유한다. 이에 따라 憲法裁判所는 正義만을 주장하지 아니하고 자신의 決定에 있어서 이루어지는 헌법 질서의 존속에 대한 정치적인 파급효과와 이로서 형성되는 국가 사회의 현실을 고려하는 것이다. 따라서 憲法保障 또는 國家保障중에서 택일을 하는 것이 아니라 選舉法이 無效로 되었을 때의 혼란이나 租稅法이 無效로 되었을 때의 혼란까지를 감안하는 것이다. 이는 결국 司法自制로 일컬어 질 것이고 이에 대하여는 司法自制에 대한 일반적인 논의가 그대로 타당할 것이다. 대체로 立法促求決定이 불가피한 경우란 選舉區劃定에 대한 違憲審判의 경우일 것이다. 나머지 경우란 違憲法律의 溯及效가 遮斷되는 우리법제에서는 일반적인 장치로도 경과조치를 위한 시간획득에 지장이 없다. 다른 한 경우로는 違憲으로 할 규범이 존재하지 아니하는 경우, 즉 立法者의 任務不履行의 경우일 것이다.

그 밖에 분명히 違憲성이 잠재해 있으나 그 위험성이 시급하지 아니한 경우도 “아직 合憲”으로서 경고판결이 許容된다고 한다. 무엇이 금지되고 무엇이 특히 허용되지 않는지 실질적으로는 분간하기 어려운 憲法的으로 불완전한 灰色地帶를 확인하고 이에 대한 憲法裁判所의 입장을 분명히 하는데 그치는 것이다. 그러나 憲法裁判所가 이러한 경우에 행하는 診斷과 豫報(Diagnose und Prognose)는 그것이 정당한 지를 선협적으로 판정할 수는 없고 단지 그것의 合理性을 審査할 수 있을 뿐이다. 결국 이러한 診斷과 豫報는 立法府의 자리를 대신하는 것이다. 그러나 立法者가 사후

에 憲法裁判所에 의하여 예견된 결과를 채택할 지에 대하여 재량을 가짐은 물론이다. 따라서 立法促求는 法的 安定性을 높이는 것이 아니라 약화시킨다. 裁判의 前提性이라는 요건을 넘어서 憲法裁判所에 立法促求를 위한 管轄이 있음을 긍정하려면 그 適法性의 根據는 憲法자체에서 찾아야지 결코 회색지대에서 찾을 것이 아니라 할 것이다.

## 第五節 合憲의 法律解釋

### 1. 概 念

#### 가. 意 義

憲法裁判所法이 이에 관한 規定을 두고 있지 아니함에도 불구하고 어느 變形決定에 못지 않게 대단한 양으로 다양하게 활용하는 것이 合憲的 法律解釋(verfassungskonforme Gesetzesauslegung)이다.<sup>106)</sup> 이에 관한

106) 合憲的 法律解釋의 주문례

① 이 경우라도 당해 法律이 結論에 있어서 合憲이므로 “……법률은 헌법에 합치한다”라는 주문을 채택하고 이유에서 合憲的 法律解釋을 하였음을 나타내는 방법이 西獨의 초기 실무례이다.(BVerfGE 2, 267).

② 그 후 가장 많이 사용되었던 주문례가 “……이유에서 나타난 해석상 憲法에 합치한다”라는 것이다.(in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung mit dem GG vereinbar, BVerfGE 49, 148).

이와 함께 “……이 판결이유의 기준에 따라 헌법에 합치한다.”라는 형도 쓰였다. (nach Maßgabe der Gründe dieser Entscheidung mit dem GG vereinbar, BVerfGE 64, 229).

③ 그 후 西獨에서는 특히 관보에 게재되는 주문에 한하여 法律效를 인정하도록 한 憲法裁判所 제31조 제2항 제3문과 관련하여 합헌적 해석부분도 주문에 표시함이 바람직한 것으로 권장되어 예컨대 “……법률에서의 병역의무자는 병역에 소집되어 비무장 근무에 종사할 수 있으므로 헌법에 합치한다.”라는 주문이 사용된다.(…ist mit … GG vereinbar, jedoch mit der Maßgabe, daß im Spannungs- und im Verteidigungsfall die in Art … genannten Wehrpflichtigen zwar zum Wehrdienst einberufen, aber nur zu einem waffenlosen Dienst herangezogen werden dürfen, BVerfGE 69, 2).



근거로는 法形式主義를 뛰어 넘는 實質的 正義, 法的 安定성과 公共福祉에 기초한 이 제도의 彈力性이다. 一部 違憲과 全部合憲의 사이에서 二元論이 거절되어야 할 제3의 영역이 있다.

한 條文이 일정한 適用可能性에 있어서는 合憲이고 다른 適用可能性에 있어서는 違憲인 경우이다. 이 경우에는 合憲의인 規範은 존재하지 아니하나 또한 이를 違憲으로 合憲的인 規範領域까지도 失效로 되어서 너무 넓다. 아울러 구별할 수 있는 違憲的인 規範은 存在하지 아니하나 合憲的인 法律解釋에 의하여 憲法裁判所가 確定한 범위내에서 違憲的인 면은 탄력적으로 排除된다. 따라서 이러한 조치는 質的 一部違憲을 필요에 따라 상응한 규제로 고치는 것이라 할 수 있다.

#### 나. 限定違憲과 合憲的 法律解釋

質的 一部違憲 또는 限定違憲과 合憲的인 法律解釋은 실제에 있어서 상호 구별하기 용이하지 아니하다. 이를 동일한 것으로 보는 견해도 유력하다.<sup>107)</sup> 그러나 이론상으로는 상호 구별되는 概念으로 보고 싶다. 즉, 전자 한 規範이 적용되는 여러 경우(Auslegungsmöglichkeit)을 違憲으로 限定하는 것이다. 그러나 法律의 解釋 특히 包括的인 規定의 해석 방법에는 文理的인 解釋 이외에도 다양한 해석방법이 가능하게 되어 예컨대 目的論的인 解釋이나 限定解釋의 방법을 사용한다면 실제에 있어서 양자의 구별은 반드

---

107) Skouris, Teilnichtigkeit, S. 105 f. ; Bogs, Die Verfassungskonforme Auslegung, S. 100 f. ; Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, S. 148 f. ; Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, S. 120 f. ; 이러한 이론에 따르면 合憲的인 法律解釋에 부여되어 온 일반적인 우월성은 오늘날에 와서는 이미 극복된 이론이고 일반해석방법의 한 유형으로 해소하여 質的 一部無效와 동일시 하여야 하므로 일반적인 위헌심사가 그대로 타당하게 되고 따라서 주문에서 일부 위헌결정이 선고되어야 하며 일반법원에서는 이에 관한 심판권한이 없게 된다. Skouris, a. a. O. S. 112 f.

시 명확한 것만은 아니다. 따라서 이와 같은 양자가 모두 가능한 경우에는 合憲的 法律解釋이 우선되고 어느 解釋方法으로도 合憲的 法律解釋의 限界를 넘게 되어 해석상의 구제가 불가능 할 때 이와 같이 解釋을 통하여 確定된 規定概念의 領域의 범위내에서 質的인 一部違憲이 행하여진다 할 것이다.<sup>108)</sup>

憲法裁判所는 “相續稅法 第32條의 2 第1項은 조세회피 목적이 없이 실질 소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”라고 선고하여 合憲的 法律解釋을 한 바 있다.<sup>109)</sup> 이러한 主文이 도출되는 과정에 관하여는 曹圭光 憲法裁判所長께서 피력하신 補充 意見에 상세히 분석되어 있다.

즉, “전제사건과의 상관관계하에서 법률의 문언, 의미, 목적을 살펴 부분적으로는 합헌이고 부분적으로는 위헌으로 판단되는 등 다양한 해석 가능성이 생길 때 헌법재판소는 일반적인 해석작용이 용인되는 범위내에서 어느 해석가능성이 가장 헌법에 합치되는 가를 가려 한정축소적 해석방법을 통하여 합헌적인 일정한 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미라고 말할 수 있고 또, 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소해석의 타당영역밖에 있는 사안례에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률의 문언자체는 그대로 둔 채 한정조항을 붙여 한정적(질적)위헌의 선언을 할 수도 있다. 주문 ‘……로 해석하는 한, 헌법의 위반되지 아니한다’라는 문구의 취지는 이유란에서 밝혀졌듯이(동조항)에 관한 다의적인 해석가능성을 한정축소 해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이며 그 의미를 넘어선 확대해석은 바로 헌법에 합치하지 아니하는 것으로서 채택될 수 없다는 뜻이다. 헌법재판소는 다른 방법으로 즉 합헌적 한정축소해석이 지닌 의미내용을 벗어난 영역에 속한 사안례에까지 법률적용의 폭을 확대하는 것을 막기 위하여 ‘…… 경우에도 적용되는 한, 헌법에 위반된다’라고 정반대의 말로 표현할

108) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 165 f.

109) 헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마 38 결정.

수도 있다. 이 경우는 헌법재판소가 합헌으로 해석하는 의미 밖의 영역에 속하는 사안례군에 까지 법률의 적용범위를 넓힐 수 없으며 그러한 뜻에서 당해 법률의 적용범위를 정당한 해석선내로 좁히는 한정적 위헌을 선언하는 것이다. (따라서) 이 사건에 관한 한 다같이 본질적으로는 일종의 부분적인 위헌선언이며 그 효과를 달리하는 것이 아니다. 다만 양자는 법문의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 법문의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판사건에서의 실무적인 적의성 등에 따라 그 중 한가지 방법을 선호할 수 있을 따름이거나와 헌법규범질서의 전체적인 통일성과 조화성으로 보아 의심의 여지가 있을 때에는 합헌적 해석이 우선한다는 법칙과 충격적인 위헌선언은 가급적 회피하는 것이 바람직하다는 일반적인 고려가 있을 따름이다. 이 사건 판단에는 ‘상속세법 제32조의 2 제1항은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에도 적용하는 한, 헌법에 위반된다’라고 할 수도 있다.” 이와 같이 비록 양자의 구별이 용이하지 않다 하여도 규범 내의 해석가능성과 해석된 규범내의 적용가능성은 구별하는 것이다.

#### 다. 限定合憲과 合憲的 法律解釋

한편으로 限定합헌과의 구별도 문제로 된다. 西獨 憲法裁判所判決에서 흔히 보는 “……법률은, ……하는 한 헌법에 합치한다”라는 주문은 限定文句 (Soweit-Satz)에 의하여 인도되면서 그 뜻은 단지 이와 같은 특정조건에서만 合憲이고 그 밖의 경우에는 違憲이라는 것이 아니라 “……법률은 ……에 관한 이 사건에 있어서는 헌법에 합치한다”라는 뜻으로서 어떠한 適用狀況에서 당해 규범이 審査對象이 되었는지를 표시하고자 하는 것이다. 이는 具體的 規範統制에서는 當該規範의 違憲與否를 裁判의 前提로 되는 범위에서만 심사하기 때문에 違憲宣言을 하지 아니할 때에는 棄却대신에 合憲宣言을 하면서 그 審査對象을 主文에 표시하여 그 범위내에서만 憲法과의 合致與否를 宣告한다는 의미인 것이다.. 이는 違憲決定과는 달리 一般的 效力을 부여할 수 없는 合憲宣言의 경우이나 憲法訴願의 경우

에 흔히 쓰인다. 물론 違憲審査에서는 申請된 請求의 範圍에 拘束됨이 없이 광범위하게 職權으로 심사하여 違憲性이 인정되는 한 違憲決定을 하기 때문에 合憲決定이란 결국 違憲性을 確認할 수 없다는 의미에서 一般의效力을 인정한다 하여도 큰 무리는 없을 것이다. 그러나 憲法裁判所라 하더라도 일체의 違憲性을 망라적으로 審査한다는 것은 인간으로서의 능력을 넘는 불가능한 일일뿐만 아니라 具體的 規範統制에 있어서는 필요하지도 않은 일인 것이다. 그러므로 금번에 審判對象으로 되었던 適用狀況을 특히 주문에 명시하여 그 결론을 한정하고자 하는 것이다. 이러한 限定合憲은 限定解釋이라는 헌법해석방법을 통하여 규범의 合憲性을 추출하는 合憲的 法律解釋의 한 태양으로서의 合憲的 限定解釋으로부터 구별되어야 한다.

#### 라. 憲法指向的 解釋(verfassungsorientierten Auslegung)과 憲法合致的 解釋

憲法아래 있는 어느 規範을 解釋과 適用함에 있어서 해석의 여지가 있는 경우에는 憲法の 근본적인 결정을 존중하여 행하여야 한다는 憲法的 指向的 解釋은 이른바, 基本權의 放射的 效果(Ausstrahlungswirkung)에 유의하여야 한다는 것과 같은 궤에 있는 원칙이다. 이는 憲法の 전 법체계에 대한 의미에서 연유하는 것으로서 전 법 적용에 임하는 國家機關 모두에 타당한 원칙이다. 이를 넓은 의미에서의 合憲的 法律解釋이라고도 하나 規範統制節次에 있어서의 해석방식인 憲法合致的 法律解釋과는 전혀 다른 차원의 개념이다.<sup>110)</sup>

#### 마. 憲法裁判所의 決定例

憲法裁判所가 合憲的 法律解釋을 한 예는 위 相續稅法違憲審判 事件외에도 國家保安法 違憲審判事件이 있다. 李時潤 裁判官께서 실시하신 多數

---

110) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 187 f. ; Stern, Staatsrecht I, S. 136. ; BVerfGE 64, 256, 160.

意見은 “國家保安法 제7조 제1항 및 제5항은 지나치게 다의적이고 그 적용 범위가 광범위한데 이와 같은 문언해석 그대로의 내용이 위 조항의 본지일 것으로는 결코 보이지 않는다. 그러나 그 다의성으로 해서 전면위헌으로 완전 폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제이지만 이로써 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익 보다는 이익형량상 더 클 것이다. 법률의 합헌적인 해석은 헌법의 일반원리이다. 이러한 합헌적 제한해석과 주문례는 법률에 일부 합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면위헌을 선언할 때 생길 수 있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다. 따라서 ‘위헌조문은 각 그 소정행위가 국가의 존립안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다’라 한다. 이로써 합헌적 법률해석은 헌법재판소가 애용하는 주문형태로서의 자리를 굳히고 있다.

그 밖에도 憲法裁判所는 勞動爭議調整法 違憲審判事件<sup>111)</sup>에 있어서 다수의견이 제3자 介入禁止의 規定은 근로3권의 범위를 넘어선 행위를 규제하기 위한 입법일 뿐 근로자가

단순한 상담이나 조력을 받는 것을 금지하고자 하는 것은 아니므로 근로자 등의 근로3권을 제한하는 것이 아니라 하여 전면 合憲宣言을 하였음에 대하여 合憲的 法律解釋에 기한 裁判官 金鎮佑, 裁判官 李時潤의 소수의견은 “위조문의 합헌성이 유지되려면 그 적용범위를 좁혀 위법한 쟁의 행위과정에 제3자가 개입한 경우에만 형사제재가 적용되는 것으로 한정적으로 해석하여야 한다고 본다. 따라서 위 조문은 한정적 합헌적 해석하에서 적법쟁의에 개입함은 그 적용이 배제될 때 비로소 합헌이라고 할 수 있으며 이러한 조건아래서 합헌이라고 본다. 따라서 위 조문 소정의 ‘방해’에 관한 범위에서의 제3자 개입이 처벌받게 되는 것은 적법한 쟁의행위에 대하여 방해하며 개입하는 행위에 한 한다고 해석할 것이”라고 실시하신다. 아울러 裁判官 金亮均의 소수의견은 쟁의

111) 헌재 1990. 1. 15. 선고 89헌가 103 결정.

행위의 적법요건은 이를 엄격하게 해석하는 반면 정당한 이유가 인정되는 개입행위는 허용하여야 하므로 위 조항은 “누구든지 정당한 이유없이 개입하는 행위를 하여 쟁의행위를 발생케 한 경우에 한하여 적용하는 것으로 해석하여야 할 것이고 그러한 조건하에서 합헌이다”라고 한다.<sup>112)</sup>

合憲的 法律解釋의 主文例는 위에서 본 바와 같이 여러 가지이다. “……법률은 ……한 경우에 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”라는 예 이외에도 “……법률은 ……경우에 적용된다 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”<sup>113)</sup>라고 하거나 막바로 “……법률은 ……로 해석되지 아니한다”<sup>114)</sup>라고 하기도 한다.

## 2. 要件과 限界

### 가. 要件

제1의 요건은 文言의 多樣性이다. 규범의 법문이 規定의 適用可能性과 法的 效果에 관하여 다양한 결과로 도출될 여러 가지의 解釋可能性의 여지가 존재한다. 법률의 문언이 명료하고 일의적이어서 하나의 적용가능성만이 고려된다고 판단한다면 憲法裁判所는 곧

---

112) 이에 대하여도 裁判官 卞禎洙의 反對意見은 限定合憲(限定 合憲的 法律解釋)에 반대하며 憲法裁判所는 提請된 法律이 違憲이면 違憲, 合憲이면 合憲이라고 분명히 宣言해야지 法律條項중 위헌적인 要素를 제거하는 방향으로 해석하는 것을 조건으로 그 한도에서 合憲이라는 식의 限定合憲決定은 우리 법제상 허용될 수 없다고 본다, 憲法合致의 解釋은 법률문언이 뚜렷한 한가지 뜻으로 밖에 해석할 여지가 없을 때에는 불가능하며 위 조항도 위법한 쟁의행위에 제3자가 개입한 경우에만 刑事處罰하는 것으로 한정해석할 여지가 없는 法律이다, 限定合憲意見은 위헌도 아니고 합헌도 아니라는 중간형태의 애매모호한 條件附 裁判形式을 주장하는 것이어서 옳지 않고 違憲宣言을 회피하는 수단으로 이용될 수 있기 때문에 특히 그것에 반대하는 것이라 하신다.

113) 헌재 1990.4.2. 선고 89헌가 113 결정.

114) BVerfGE 54,277. “민사소송법 제554조의 b 제1항은 확정적으로 승소의 가능성이 있는 상고의 수리까지 불허될 수 있는 것으로 해석되지는 아니한다.”

바로 合憲 또는 違憲을 확인할 뿐이다.<sup>115)</sup> 合憲的 法律解釋에 의하여 명백한 문언에 그와 상반된 의미를 부여하는 것은 허용되지 아니한다. 따라서 이 때에 문언은 두가지 기능을 하는데 그 다의성에서 合憲的 法律解釋의 길을 違憲的 解釋方法으로부터 구별하는 기초가 되고 반대로 合憲的 法律解釋의 限界를 긋기도 한다.

合憲的 法律解釋은 규범문언의 범위안에서 그어진 한계를 유지하는 해석이어야만 한다. 그러나 서독 憲法裁判所는 때때로 이 限界를 무시하고 있다고 지적된다. 이러한 현상이 나타나는 근본적인 이유는 규범해석의 목표는 규범문언전체의 의미상관아래에서 나오는 規範의 내용을 확인하는 것이라는 데서 찾을 수 있다. 法官은 규범의 문언에 집착할 필요는 없다. 규범본문이 아니라 체계적 목적적 해석이 중요하기 때문이다.

제2의 요건은 최소한 하나의 解釋方法이 憲法에 함치하여야 한다는 것이다. 이와 같이 하나의 규범의 가능한 해석방법들의 상이한 憲法的 評價가 合憲的 法律解釋의 要件과 可能性을 근거지운다.

## 나. 한계

合憲的 法律解釋에는 法律 條項의 문구가 간직하는 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내이어야 한다는 文義的 限界와 立法權者가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 法目的的 限界가 있다.<sup>116)</sup> 이러한 범위를 벗어난 合憲的 法律解釋은 그것이 바로 實質的意味에서의 立法作俑을 뜻하게 되어 결과적으로 立法權者의 立法權을 침해하는 것이 되기 때문이다.<sup>117)</sup>

---

115) Hopkin's Saving Ass'n v. Cleary, 269 U.S. 315,335 (1931).

116) U.S. v. UAW-CIO, 352 U.S. 569 (1956).

117) 현재 1989.7.14 선고, 88 헌가 5, 8, 89 헌가 44(병합) 결정 : 社會保護法 제5조 제1항의 합헌적 해석의 가능성에 대하여 法律部長官은 위 법조의 규정취지는 재범의 위험성없이도 동 조항의 요건에 해당하면 반드시 보호감호를 선고하도록 한 것으로는 볼 수 없고, 동 조항에 해당되면 일응 재범의 위험성이 擬制된다는 것에 불과하므로 法院은 동 조항의 요건에 해당된다고 하더라도 재범의 위험성이 인정되지 아니한 때에는 감호청구를 기각할 수 있다고 하는 합헌적 해석이 가능한 것이라고 주장하였다. 憲法裁判所는 “법 제5조 제1항의

이와 같이 이러한 해석방법은 법률의 목적과 합치되어야 한다. 적어도 法律의 一義인 意味에서 명백히 인식될 수 있는 立法者의 의사에 반할 수는 없다. 立法者의 목표를 본질적인 점에서 상실케 하거나 변개할 수도 없다. 따라서 立法目的은 憲法裁判所가 憲法合致的이라고 본 해석방법을 정당화하여야 한다. 하나의 規範에 여러 의미가 가능하다면 憲法의 價値判斷에 가장 합당한 것이 우선한다. 그 밖에 違憲的 解釋이 立法者의 主觀的 意思에 상응하더라도 憲法合致的 變形 또한 그 의사에 포함된다면 憲法合致的 解釋이 허용된다.

### 3. 법적 효과

合憲的 法律解釋을 한 決定이 있는 경우 해당 法條文 자체는 유지되거나 일정한 憲法에 위배되는 해석들은 배제된다. 違憲決定이나 不合致決定은 고려되지 아니하고 해당 法律은 合憲으로 선언된다. 서독 憲法裁判所의 예에 의하면 合憲的 法律解釋은 理由에서 나타난다. 그러나 오늘날의 경향은 이러한 理由를 主文으로 옮기는 것이다. 이때에는 주문은 이유에 나타나는 해석에 있어서(in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung) 또는 이유의 기준에 따라 (nach Maßgabe der Gründe) 기본법과 합치한다라는 主文을 사용한다. 이 決定은 既判力을 갖는다. 이는 憲法에서 나오는 法律解釋을 위한 尺度나 限界를 拘束的으로 規定한다. 憲法裁判所는 法規範의 憲法合致的 解釋의 範圍를 정하고 이러한 규정의 그밖의 가능한 해석들을 憲法과 不合致하고 따라서 어느 절차에서나 이러한 解釋可能性을 合憲的인 것으로 여길 수 없다고 宣言한다. 누구도

---

요건에 해당하는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유유무 즉, 재범의 위험성의 유무를 불문하고 반드시 감호의 선고를 하도록 강제한 것임이 위 법률의 조항의 문의임은 물론 입법권자의 의지임을 알 수 있으므로 위 조항에 대한 합헌적 해석은 문의의 한계를 벗어난 것이라 할 것이다”라고 판시하였다.



그러한 방법으로 實行 또는 기타의 방법으로 法的 行爲를 근거지울 수가 없다. 그러나 立法者는 이에 대응할 義務를 지지 아니한다. 그는 그 規定을 執行 實行 또는 기타의 방법으로 法的 行爲를 근거지울 수가 없다. 그러나 立法者는 이에 대응할 義務를 지지 아니한다. 그는 그 規定을 廢止할 수도 合憲으로 된 부분만을 새롭게 規定하거나 이제까지의 規범을 존속시킬 수도 있다.

#### 4. 許容의 限界

이를 뒷받침하는 이론중 전통적인 견해는 미국 聯邦大法院이나 서독 聯邦 憲法裁判所가 출발점으로 삼았던 法律의 合憲性 推定의 原則이다. 이러한 추정은 法律의 內容에 관하여서만이 아니라 그 目的에 대하여서도 부여된다. 이러한 추정이 깨질 때 즉, 立法目的이 명백히 憲法에 위반될 때, 따라서 立法者가 고의로 위헌적인 행위를 하였을 때에만 法律은 違憲으로 된다. 결국 合憲의 法律解釋의 전제인 여러 가지 해석가능성중 합헌적인 것이야말로 法律이 客觀的인 의도한 바로 간주된다. 즉, 目的은 이미 合憲的 解釋의 기초와 한계가 아니라 그러한 해석의 결과인 것이다.

그러나 이에 대하여는 무엇보다도 추정의 헌법적인 근거가 박약하다는 강력한 비판이 있다. 특히 憲法裁判所에 의한 規範統制節次를 택하는 제도 아래에서는 입법자가 언제나 합헌적으로 입법하기를 원했다는 추정은 의회에 대한 민주적 불신위에서 성립된 憲法裁判制度和 상충하는 것이라한다. 따라서 추정이 반복될 수 있는 조건들이 밝혀져야 하고 적어도 의심없이 위헌이라는 해석이 내려진다면 이러한 추정은 더 이상 유지될 수 없어야 한다.

또한 서독 憲法裁判所의 判例에 따르면 法律이 基本法上 基本權制限을 위하여 요구되는 요건을 결여한 경우라도 강제적인 憲法規定 자체에 의하여 보충되기 때문에 더 이상의 法律上의 보충은 불필요하다고 하면서 合憲的 解釋을 하여 왔다.<sup>118)</sup> 不特定 規定은 憲法的 原則에 의하여 具體化

---

118) BVerfGE, 46, 43 ff.

되어 필요한 특정성을 갖추게 되기도 한다.<sup>119)</sup> 이러한 경향은 점차 법률이 헌법적 요구를 만족시키는 것이 아니라 법률 외적인 요구에 따라 合憲的 法律解釋을 통하여 憲法에의 合致性이 승인되는 것이다. 이에 대하여는 소극적으로 違憲法律을 廢棄할 권한만을 부여받은 憲法裁判所가 적극적으로 憲法合致的 規定을 세움으로써 立法權을 심각하게 침해하는 것이라는 비판이 있다.<sup>120)</sup>

다음으로 최근에 유력시되는 法秩序의 統一論이 있다. 즉, 法秩序는 憲法과 그에 내포된 原理에 의하여 지배되는 統一體(Einheit)를 형성하고 있기 때문에 憲法과 조화되는 法 解釋만이 허용된다는 것이다. 우리 憲法裁判所도 法律의 合憲的 解釋이란 憲法の 最高 法規定에서 나오는 法秩序의 統一性에 바탕을 두고, 法律이 憲法에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 違憲으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 權力分立과 立法權을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다고 관시하였다.<sup>121)</sup>

이러한 입장은 체계적 해석의 변형으로서 순수법학에서 연유한 法段階說과 관련이 있다. 그러나 法段階說의 관심대상은 형식적인 法形成의 단계이지 내용적인 法解釋의 단계는 아니다. 즉, 法の 構造에 관심이 있지 法の 內容에 관심을 둔 것은 아니다. 따라서 法秩序의 統一을 그 이론적인 전제로 삼으려 하더라도 내용의 일치라는 解釋原理를 얻기 위하여는 憲法에 의한 내용적 구속을 도출할 수 있도록 이론의 변용을 거쳐야 한다는 지적이 있다.<sup>122)</sup> 아울러 法統一論만으로는 왜 合憲的 法律解釋을 선택하여야 하는가를 설명할 수 없다는 지적도 있다. 분명히 다른 해석방법을 제쳐놓고 合憲的 法律解釋을 취하여야 하는 것은 憲法이 上位規範이라는 理論的 結論이라기보다는 規範維特(favor legis)이라는 실제적인 이익이 있기 때문이다. 국가는 이러한 解釋原則에 따라 법적 연속성을 유지하고

---

119) BVerfGE, 46, 168, 184 ff.

120) Gusy, Parliametarischer, S. 217

121) 헌재 1989. 7. 14 선고, 88 헌가5, 8, 89 헌가44(병합) 결정.

122) Skouris, Teilnichtigkeit, S. 101 ff.

法の 공백을 피할 수 있으며, 法律의 改正이라는 수고를 덜게 된다. 그리고 이에 대한 이론적인 설명은 訴訟法的인 설명이 보다 적절할 것이다. 즉, 規範統制의 대상은 여러 가지 解釋 可能性 모두를 내포하는 規範自體이기 때문에 가능한 解釋方法들 중에 合憲的인 것 이외에 違憲的인 것도 선택할 수 있다는 단순한 사실적인 가능성만으로 그 規範 자체에 대하여 違憲決定을 하는 것은 正當化할 수 없기 때문이다.<sup>123)</sup> 따라서 생각할 수 있는 해석 영역중 合憲的인 法律解釋方法和 違憲的 法律解釋方法이 구존하는 경우에는 憲法規範에의 우선적 구속성은 法解釋者에 대하여 合憲的 法律解釋을 취할 의무를 부여하는 것이다.

法律의 合憲性이 심사되는 경우 그 統制의 대상과 統制의 尺度는 대단히 광범한 解釋의 여지가 있고 또 필요하다. 憲法은 立法者에게 형성의 자유영역을 부여하면서 憲法의 實行이나 執行이 아니라 立法者의 행동과 형성에 관하여 그 허용의 한계를 그을 뿐이다. 일종의 개방된 영역질서인 憲法은 한 規定에 일정한 해석만 허용되고 또한 가능하다는 구체적인 요구를 하지 아니한다. 憲法裁判所는 이러한 한계의 유지 여부를 감찰하여 立法者의 한계유월이 인정되면 그 法律을 배제할 권한과 의무를 갖고 있을 뿐이다. 이때에 法律이 다른 일정한 해석에 의하면 合憲일 경우에 憲法裁判所는 違憲決定을 할 전제인 분리가능한 違憲的 規範을 찾을 수 없다. 審判의 對象이 된 規定은 해석상 부분적으로만 違憲이고 憲法裁判所는 이러한 범위에서만 이를 폐기할 수 있는 것인데 바로 이 방법이 일정한 해석방법을 憲法과 合致한다고 宣言하는 憲法合致的 解釋이다. 이 한도에서 이 원칙은 變形된 違憲決定이기도 하다.

이와 같은 合憲的 法律解釋의 경우에는 일반적인 法律解釋의 경우와는 달리 憲法, 立法者의 判斷, 憲法裁判所의 判斷이라는 세 가지 요소가 공동으로 작용한다.<sup>124)</sup> 憲法은 단지 立法에 의하여 구체적으로 判斷되어질

---

123) BVerfGE, 3,406 ; 19,5,16 ; Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, S. 111.

124) Gusy, Parlamentarischer. S. 220 ff.

範圍만을 정하여 立法者와 그 法律의 解釋을 위한 行動範圍를 정립한다. 다음으로 立法者의 판단인 法律이 해석을 거치게 된다. 이러한 단계에서는 문언에 따른 해석가능성, 立法者의 역사적인 主觀的 意思, 그리고 立法目的 등이 중요하다.

서독 憲法裁判所는 基本權의 제3자적 효력에 관한 해석이래 憲法의 가치 연원적인 이해에서 나온 憲法指向的 解釋을 취하여 왔다. 그러나 範圍劃定 規範으로서의 憲法은 그러한 척도를 갖고 있지 않다는 비판이 있다.<sup>125)</sup> 그러나 어떠한 이론에 의하더라도 法律解釋은 최소한 憲法에 배치될 수는 없으므로 憲法에 의한 法律解釋의 교정을 통하여 논쟁의 여지가 있는 개개의 違憲的인 해석가능성은 배제된다. 그 전제는 우선 法律의 瑕疵는 해석에 의하여 교정될 수 있다는 것이다. 合憲的 法律解釋은 이 경우 憲法과 立法者의 判斷으로서의 法律을 일치시키는 것이다. 그렇다 하더라도 合憲的으로 해석된 法律은 여전히 立法者의 판단을 표현하여야 하므로 規範의 문언과의 합치뿐 아니라 立法者의 주관적인 의사와 일치됨이 중요하다. 즉, 立法者의 판단이 남아있다는 것만으로는 충분치 않고 合憲的 法律解釋을 통하여 立法者의 요청이 완전히 실현될 수 있다는 것이 중요하다. 立法目的의 合憲性에 관한 일반적인 추정은 여지가 없고 合憲的 法律解釋은 憲法에 의하여 강제되는 것이다. 合憲的 法律解釋의 限界를 넘는 規範領域은 違憲決定의 대상으로 된다.

## 第6節 結 語

變形決定은 이론의 산물이라기보다는 헌법 현실적인 필요의 산물이라 할 것이다. 따라서 일종의 法官法(judge made law)이요 衡平法(equity)으로서 變形決定의 모든 면을 이론으로 해명하는 것부터가 용이한 일이

---

125) Skouris, Teilnichtigkeit, S. 102 ff.

아닐 뿐만 아니라 불가능하기조차 하다. 그러나 현실도 이론의 규명이 동반되지 아니한다면 비록 規範統制에서 야기되는 요청에서 이루어졌다하더라도 더 이상 規範的 說得力을 얻을 수 없고 곧이어 혼돈의 나락으로 떨어지게 된다. 이러한 變形決定에 대하여 違憲的인 憲法裁判所의 運營의 본보기라는 비판이 그치지 아니하는 것은 이 때문이기도 하다. 영욕을 함께 지닌 變形決定을 다룬 본고는 變形決定의 이론적 해명을 위한 것이었으나 이를 위하여 그에 앞서 전제되어야 할 憲法이 憲法裁判所에 부여한 憲法裁判管轄權이 무엇인지에 대한 해명이 충분치 못하다. 이에 대한 상세한 연구가 보태어지지 아니한 채 마쳐진 이 논문은 따라서 시급한 현실적 필요에 부응하기 위한 “변형된” 변형결정의 연구라고나 하겠다.

다만 變形決定은 그 요점이 憲法裁判所 제47조제2항에서 정한 違憲決定에 따른 違憲法律의 失效를 선고시로(또는 遡及的으로) 함으로써 야기되는 違憲的 狀況을 배제하기 위한 조치이고 이를 위한 立法的 補完을 한다면 그 요점은 역시 違憲法律의 失效日에 관한 猶豫權을 憲法裁判所에서 적극적으로 행사할 수 있도록 함에 있을 것이고 이는 본래 憲法事項이라는 점을 본 연구의 결어로 삼고자 한다. 그리고 一般法院의 하위 명령규칙심사권 과도 조화되는 통일적인 구성에 유의하여야 할 것을 첨언하고 싶다.

## 第五章 法律에 대한 違憲決定의 效力

桂 禧 悅

(高麗大 法大 教授, 法博)

### 第1節 概 觀

法秩序가 그 統一性을 유지하고 法規의 段階構造를 유지하려면<sup>1)</sup> 規範統制가 불가피하다. 오늘날 國家의 業務는 다양해지고 그 量도 크게 증대함에 따라 法律의 制定이 날로 증가하고 있고 다른 한편 立法機關인 議會는 政黨政治의 영향으로 말미암아 졸속으로 立法하는 경우가 적지 않다. 規範統制의 必要性은 오늘날 여러 측면에서 점점 더 증대하고 있는 추세이다. 따라서 오늘날 어떤 형태이든 規範統制制度를 채택하지 않을 수 없는 것이 현실적 상황이다.

規範統制制度를 채택하고 있는 法秩序에 있어서 또한 立法에 대한 憲法 訴願制度를 채택하는 경우 法律에 대한 違憲決定이 내려지면 그 法律은 效力을 상실하게 된다. 그런데 違憲判決을 받은 法律은 어떤 法的結果(Rechtsfolgen)를 가져오는가, 즉 “언제부터” 그 效力을 상실하게 되는가의 문제가 제기된다.

이 문제는 違憲法律에 근거한 구체적 개별행위가 어떻게 될 것인가 또한 違憲判決을 받은 후 憲法에 부합하도록 새로 立法 또는 改正되기까지의 과도기에, 즉 法的 空白期에 行政府나 法院은 憲法法律에 해당되는 사

---

1) Th. Maunz, Das verfassungswidrige Gesetz, in : BayVBI 1980  
조.

S.513을 비교참조.

건들을 어떻게 처리할 것인가를<sup>2)</sup> 고려하지 않고서는 충분히 논의될 수 없다.

違憲判決을 받은 法律이 언제부터 效力을 상실하게 되는가의 문제에 관하여 두 개의 見解가 理論的으로 대립되고 있는 것을 볼 수 있다. 그 하나는 無效說(Nichtigkeit)이고 다른 하나는 廢止無效說(Vernichtbarkeit)이다.<sup>3)</sup>

無效說에 따르면 憲法에 反하는 法律은 비록 그것이 法律인 것처럼 보이고 法的效力을 주장할 자격이 있는 것처럼 보이지만 애당초 法이 아니었고 法秩序에 속하지도 않기 때문에 처음부터(ex tunc), 별도의 조치가 없어도 당연히(ipso jure) 效力이 없다는 것이다.<sup>4)</sup>

무효설은 그렇기 때문에 특별한 法的行爲(取消의 請求)에 의해서만 달성할 수 있는 效力의 喪失(Unwirksamkeit)과는 반대되는 것이다.<sup>5)</sup> 憲法에 반하는 法律은 애당초 效力이 없다고 보는 無效說은 따라서 溯及效

---

2) H. HeuBner, Folgen der Verfassungskheit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitsklärung, in : NJW 1982 S.257 비교참조.

3) 자세한 것은 뒤 二 III 2)와 3) 참조, Ch. Backenforde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966 : H. Sohn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen? 1974 : H. Scholzen, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, Kolner jur. Diss. 1977 : J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelak, 1980.

4) 자세한 것은 뒤 二 III 2) 및 1) 참조, J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S. 149f. ; H. Scholzen, aaO. (Anm. 3) S.18ff. ; Ch. Boekenförde, aaO.(Anm. 3) S.11ff. ; H. Delsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5(1929) S. 44 비교참조.

Kelsen에 따르면 (溯及 또는 當然) 無效(Nichtigkeit)란 하나의 行爲가 主觀的으로 法律行爲(Rechtsakt) 또는 특히 國家行爲라고 주장하지만 客觀的으로 그렇지 아니한 것을 말하는데 왜냐하면 그 行爲가 上位의 法規定이 規定하고 있는 諸條件에 부합되지 않기 때문에 그에게서 그가 주장하는 法的性格(Eigenschaft)을 제거하는데는 별도의 法的 行爲를 필요로 하지 않는다. 별도의 法律行爲를 필요로 한다면 (溯及 또는 當然) 無效가 아니라 廢止無效(Vernichtbarkeit)만이 있을 뿐이다.

5) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.150.

(ex-tunc-Wirkung)와 불가피하게 결합되며 보통 遡及無效設(ex-tunc-Nichtigkeit)이라고도 부른다. 또한 無效設에 따르면 違憲인 法律은 애당초 效力이 없기 때문에 效力을 상실시키기 위한 별도의 조치가 필요없다. 즉 效力의 喪失은 스스로 (eo ipso, ipsojure) 일어난다. 따라서 無效設은 보통 當然無效設(ipso-jure-Nichtigkeit)이라고도 부른다.<sup>6)</sup> 소급무효와 당연무효는 보통 동의어로 쓰이지만 엄격하게 따지면 양자는 같지 않다.<sup>7)</sup>

無效設에 따르면 憲法判決所가 내리는 違憲決定은 이미 無效인 것을 有權的으로 確認하고 “宣言하는 效力”(deklaratorische Wirkung)을<sup>8)</sup> 가질 뿐 아무런 創設의 效力(Konstitutive Wirkung)도 가져오지 못한다는 것이다.<sup>9)</sup> 이처럼 憲法判決所에 의해 내려진 違憲決定은 無效設에 따르면 그 違憲法律에 기초하고 있는 모든 法의效果와 法의形成이 遡及하여 그 법적 근거를 상실하게 되는 作用을 한다는 것이다. 좀더 정확히 말하면 그것들은 결코 法의根據를 소유하지 못했다고 의제된다는 것이다.<sup>10)</sup>

이에 반해 廢止無效設(Vernichtbarkeit)은 學者에 따라 또한 實定法規定에 따라 그 論據가 약간 다르지만<sup>11)</sup> 憲法에 反하는 法도 일단 有效하며 사실상 法秩序의 一部를 구성한다는 것이다. 따라서 특별한 取消行爲에

6) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.150 이런 점에서 當然無效란 同意異語의 반복에 지나지 않는다.

7) 遡及無效(ex-tunc-Nichtigkeit)는 無效의 時期의 問題이고 當然無效(ipso-jure-Nichtigkeit)는 無效의 方法의 問題이다. 이에 관하여 J. Ipsen, aaO.(Anm. 3) S.150. 뿐만 아니라 遡及無效의 法律이 반듯이 當然無效는 아니다. 왜냐하면 創設의 遡及無效의 宣言도 가능하기 때문이다. Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.13 Anm. 14 S. 135ff.

8) A. Arndt, Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, in : DOV 1959 S.81ff. ; Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.12 ; J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.151 ; Maunz, Schmidt/Bleibtreu, Klein, Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Rdnr. 16 zu §78.

9) 모든 憲法裁判所의 判決은 形成的 要素를 갖게 마련이며 따라서 創設의 效力을 부인하는 것은 잘못이라는 말도 옳다. 그러나 이 말은 또 다른 次元에서의 문제이다. 이 문제에 관하여 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.151ff. 참조.

10) Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.12.

11) 자세한 것은 뒤 二 III 3)참조, J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S. 149ff. : Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S. 97ff., 11ff. ; H. Kelsen, aaO. (Anm. 4) S.47ff. ; ders., Reine Rechtslehre. 2. Auf1. S.280ff., 275ff.



의하여 廢止될 때까지 憲法에 反하는 法律이라도 有效하다는 것이다. 規範 統制制度가 존재하는 것은 바로 이러한 違憲法律이 존재한다는 것을 전제로 하고 있기 때문이라는 것이다. 憲法에 反하는 法이라도 廢止될 때까지는 有效하다는 廢止無效設은 원칙적으로 -비록 例外的으로 遡及하여 廢止하는 것이 가능하기는 하지만 -向後效(ex-nunc-Wirkung)와 결합될 수밖에 없다.<sup>12)</sup> 向後效는 違憲決定이 있는 후 즉시 效力을 상실하는 即時效와 판결 후 일정기간이 지난후 效力을 상실케 하는 未來效(pro futuro)로 區別할 수 있다.<sup>13)</sup> 물론 廢止無效設에 있어서도 當該事件(Anlaßfall)만은 遡及效가 例外的으로 인정된다.

廢止無效設에 따르면 違憲法律이라도 특별한 取消(廢止)行爲, 즉 違憲判決이 있어야 비로소 效力을 상실하기 때문에 憲法裁判所의 違憲判決은 創設的 效力(konstitutive Wirkung)을 갖는다는 것이다.<sup>14)</sup>

無效設이나 廢止無效設은 각기 그 나름대로 妥當性을 갖고 있으나 동시에 문제점을 지니고 있다. 결국 이들은 實質的 正義와 法的 安定性 가운데서 어는 쪽에 보다 큰 비중을 두느냐의 차이가 있을 뿐이다.<sup>15)</sup>

12) 전통적으로 廢止無效設을 따르는 오지리에서 그 예를 볼 수 있다. R. Walter/Mayer, H., Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechtos, 6. Aufl. 1988 S.381 ; R. Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1972 S. 749f. ; Adamovich/funk, Österreichisehes Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1985 S.339 ; H.-U. Evers, Zur Stellung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in : DVBl 1980 S.782 r. Sp. ; P. Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen funktionen : Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnomen, Landesbericht Österreich auf der VII. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte. in : EuGRZ 1988 S.203f. ; K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL Heft 39 1981 S.37ff.

13) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.53f.

14) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.151 ; Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.12.

15) 여기에 관해서는 이 문제를 다루는 모든 문헌에서 지적하고 있다. 특히 다음 문헌을 참조. H. Scholzen, aaO. (Anm. 3) S.95ff. ; J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.313 und passim ; Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S. 12ff. und passim ; U. Steiner, Wirkung der Entscheidungen des bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen (ss79 BVerfGG), in : Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. I 1976 S.630ff. ; Adamovich/Funk는 法的 正當性(=옳바름, Rechtsrichtigkeit)과 法的 安定性의 문제라고 표현하고 있다. aaO. (Anm. 12) S.339.

無效設에 따르면 憲法에 反하는 法律은 처음부터 法律이 아니고 無效이기 때문에 이 法律에 해당하는 모든 사건(또는 사항)에 대해서, 즉 違憲判決以後의 사건에 대해서 만이 아니라 違憲判決이전의 사건에 대해서도 소급하여 이 法律의 適用을 배제하는 것이 당연하며 公평하다는 것이다. 즉 正義와 衡平의 原則에 부합한다는 것이다.<sup>16)</sup>

전통적으로 無效設을 따르는 독일에서는<sup>17)</sup> 그렇기 때문에 違憲判決을 받은 法律은 소급하여 適用이 배제된다. 즉 당해사건만이 아니라 계류중이거나 아직 提訴하지 않았지만 이 法에 해당하는 모든 事件에 까지도 所用이 배제된다. 또한 違憲判決前後를 막론하고 執行되지 않은 사항에 더 이상 적용되지 않는다. 심지어 확정된 刑事判決에 대해서까지 遡及效를 인정하고 再審의 기회를 부여하고 있다(서독 헌법재판소법 제79조 1항).<sup>18)</sup> 이처럼 實質的 正義를 중시하여 遡及效를 인정하지만 확정된 刑事判決<sup>19)</sup>만이 아니라 또 다른 경우에도 遡及效를 인정해야 正義와 衡平에 부합하지 않겠느냐는 문제가 현실적으로 제기된다.<sup>20)</sup> 다시 말하면 實質

---

16) 뿐만 아니라 이는 “理論적으로 自動無效라는 깨끗한 해결”(theoretische “saubere” Lösung des Nichtigkeitsautomatismus)이 된다는 것이다. Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.97 ; Ch. Böckenförde는 理論的 明白性(logische Evidenz)이라고도 표현하고 있다. aaO. (Anm. 3) S. 16.

17) 뒤 二 Ⅲ 2) 및 1) 참조.

18) 이처럼 확정된 刑事判決에만 遡及效를 인정하는 것은 보는 각도에 따라 遡及無效의 실제적 의의를 제한하는 것으로 볼 수도 있다. 가령 W. Zeidler, Dir Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen : Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland auf der VII, Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte. in : EuGRZ 1988 S.214 r. Sp.

19) 이 개념에 관해서는 Maunz, Schmidt/Bleibtren, Klein, Ulsamer, aaO. (Anm. 8) Rdnr. 10 zu §79. BVerfGG 참조.

20) 가령 西獨의 聯邦憲法裁判所는 1962년 營業稅法의 일부 조항을 違憲으로 無效判決하였다. 이 判決에 따라 舊法의 執行, 즉 稅金의 徵收는 더 이상 불가능하게 되었다. 결국 法律을 신뢰하여 성실하게 이미 稅金을 납부한 납세자만 피해를 보고 稅金을 납부하지 않은 납세자만 혜택을 보는 결과가 되었다. BVerfGE 13, 291 ; 13,331 이 경우 正義와 衡平의 觀點에서 보면 부당하게 징수한 稅金을 반환하는 遡及效를 인정하거나 아니면 廢止無效設에 따라 위헌법률을 계속 적용하는 것이 옳을 것이다.

的 正義의 실현을 위한 이러한 노력에도 불구하고 여전히 문제가 있음을 보여준다.

無效設의 본래의 문제점은 違憲判決과 더불어 해당 法律의 全部 또는 一部の 效力이 자동적으로 상실되는 경우 合憲的으로 그 法이 改正 또는 새로 制定될 때까지 適用할 法이 없다는데 있다. 즉 法의 空白狀態 (Rechts-lücken)<sup>21)</sup>가 발생한다는 것이다. 여기서 야기될 엄청난 혼란<sup>22)</sup>은 法治國家의 原理인 法的 安定性和 信賴保護를 심각하게 손상시키게 될 것이다.<sup>23)</sup> 바로 이러한 사실 때문에 서독의 연방헌법재판소는 사실상 無效判決을 내리는데 주저하게 되고<sup>24)</sup> 가급적 無效判決을 회피하려고 여러 가지 변형판결을 내리고 있음을 볼 수 있다.<sup>25)</sup>

廢止無效設에 따르면 憲法에 反하는 法律도 특별한 取消(廢止)行爲에 의하여 廢止될 때까지 일단 有效하므로 當該事件만을 제외하고는 (構成要件이 갖추어진 모든 사건에 대해서까지) 그 法이 廢止될 때까지 계속 적용된다. 따라서 法의 空白狀態를 방지하고 그로 인한 混亂을 피할 수 있

---

21) 法의 空白狀態를 보통 Rechtslücken 또는 ein gesetzloser Zustand (Th. Maunz, aaO. [Anm. 1] S.517) 또한 Zustand der Regelungslosigkeit (Ch. Moench, aaO. [Anm. 3] S.39)등으로 표현하고 있다.

22) Ch. Moench는 혼돈(Tohuwabohu), 財政的 混亂(finanzielles Chaos), 議會民主主義의 終末등으로 표현하고 있다. aaO. (Anm. 3) S.15, 39ff.

23) Ch. Maenck, aaO. (Anm. 3) S. 12 비교참조.

24) 961년 7월 Max-Planck 外國公法 및 國際法研究所 주최로 열린 憲法裁判制度의 諸問題에 관한 國際學術大會에서 西獨의 聯邦憲法裁判所裁判官이었던 E. Friesenhahn은 “憲法裁判官은 만약 그가 行政 등에 混亂을 일으키지 않으리라는 것을 안다면 편한 마음으로 法律의 無效를 宣言할 수 있을 것이다”라는 말을 하였다. 이 말 가운데서 이런 사실을 살펴볼 수 있다. Ch. Bäckenförde, aaO. (Anm. 3) S.6에서 인용. 여기에 인용된 K. Heck의 발언도 참조.

25) 이에 관하여는 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.211ff. : K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985 S. 157ff. : 朴一煥, 違憲判決의 效力, 大韓辯協會誌, 1989 3/4월號 참조.

다. 이렇게 해서 法的 安定性의 要請에 부응할 수 있다.

그러나 違憲法律이 폐지되기 전까지는 當該事件을 제외하고는 이미 構成要件이 충족된 모든 사건에 대하여 (경우에 따라서는 當該事件보다 먼저 法的要件을 갖추고 法院에 계류중인 사건에 대해서까지) 중전의 違憲法律이 계속 적용되므로 當該事件과 그 밖의 事件간에는 심한 불균형이 나타난다. 도 대체 違憲인 法律이 계속 적용된다는 것도 부당한 큰 문제인데 이러한 불균형까지 인정하는 것은 正義와 衡平의 관점에서 볼 때 심히 부당하다는 것이다.

전통적으로 廢止無效設을 따르는 오지리는 法の 空白狀態로 말미암아 발생할 混亂을 방지하기 위하여 憲法裁判所의 判決로 法の 全部 또는 一部가 폐지 될 때까지 當該事件을 제외하고는 계속 중전의 法律이 적용된다는 것을 憲法的으로 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 더욱이 헌법재판소는 판결후 1년의 한도 내에서 일정한 시점을 정하여 그 때부터 法律을 廢止시킬 權限을 갖고 있다.<sup>27)</sup> 이 경우 헌법재판소는 대부분 政府의 意思를 참작하여 법률의 廢止時期를 정한다.<sup>28)</sup>

이렇게 함으로써 法の 空白狀態에서 오는 混亂을 피하려 한다.<sup>29)</sup> 확실히, 이렇게 하면 法的 安定性을 확보할 수 있다는 장점이 있는 것은 사실이다. 그러나 違憲的 法律, 즉 잘못된 法律을 잘못된 줄 알면서 계속

---

26) 오지리헌법 제140조 7항 : 法律이 위헌이라고 하여 폐지되었거나 제4항에 따라 위헌이었다고 선언되면 모든 法院과 行政機關은 헌법재판소의 판결에 기속된다. 헌법재판소가 法律을 폐지하는 判決에서 달리 判示하지 않는 限 폐지 이전에 이미 구성요건이 충족된 경우에는 當該事件을 제외하고는 여전히 중전의 法이 적용된다. 헌법재판소가 제5항의 규정에 따라 기한을 정한 경우 그 기한이 만료될 때까지 구성요건이 충족된 경우에도 當該事件을 제외하고는 여전히 중전의 法律이 적용된다.

27) 오지리헌법 제140조 5항 : 法律을 위헌이라고하여 폐지하는 헌법재판소의 판결이 있게 되면 연방수상 또는 해당 주지사는 이를 지체없이 公告할 의무를 진다. 제4항에 따른 선언의 경우에도 이 규정이 준용된다. 헌법재판소가 폐지에 대한 기한을 정한 경우를 제외하고는 그 폐지는 公告한 날로부터 효력을 발생한다. 그 기한은 1년을 초과할 수 업산.

28) P. Oberndorfer, aaO. (Anm. 12) S. 203 r. SP.

29) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.38f.

적용한다는 것은 實質的 正義의 관점에서 볼 때 부당하다. 더욱이 모두다 마찬가지로 構成要件을 갖춘 事件가운데서 當該事件만을 違憲法律의 適用에서 배제한다는 것은 심히 부당하다 하지 않을 수 없다.<sup>30)</sup> 이러한 사실을 감안하여 최근 오지리 헌법재판소는 當該事件의 범위를 확대하는 추세를 보이고 있다. 원래 當該事件이란 具體的인 規範統制訴訟을 발생시킨 事件을 말한다. 그러나 최근의 판결추세에 따르면 當該事件은 憲法裁判所에서 실제로 違憲法律審査를 開始한 사건만이 아니라 헌법재판소에서의 口頭審理 時點까지 또는 口頭審理가 시작될 때까지 계류된 모든 사건을 當該事件으로 보고 소급하여 違憲法律의 適用을 배제한다.<sup>31)</sup> 이처럼 當該事件의 범위를 확대하여 不公平을 시정해 보려고 한다. 이상에서 본 바와 같이 無效設을 따르는 독일의 경우 實質的 正義를 重視하고 이른 상당한 정도 실현하고 있으나 法的 安定性的 측면에서 문제가 있고 따라서 서독의 연방헌법재판소가 여러 가지 형태의 變形判決을 통해 法的 安定사보의 問題를 해결하려고 한다. 이에 反해 廢止效設을 따르는 오지리의 경우 法的 安定성을 확보하는데는 별 어려움이 없으나 實質的 正義의 側面에서 문제가 발생한다. 따라서 헌법재판소는 實質的 正義의 문제를 해결하려고 노력하는 것을 볼 수 있다.

이처럼 서독의 연방헌법재판소가 實質的 正義를 또한 오지리의 憲法裁判所가 法的 安定성을 보다 重視하는 것은 뿌리깊은 法理論的·方法論的 見解의 差異에서 비롯되는 것을 볼 수 있다.<sup>32)</sup> 1920년의 오지리 憲法은 주지하는 바와 같이 빈學派(Wiener Schule)의 대표적 學者라고 할 수 있는 켈젠(H. Kelsen)의 作品이다.<sup>33)</sup> 이 憲法에 기초하고 있는 오지리

30) 當該事件에 대한 違憲法律의 적용배제를 오지리에서는 開始者惠澤(Ergreifer-Prämie)이라는 말로 정당화하려 한다. 가령 P. Oberndorfer, aaO. (Anm. 12) S.203 1. Sp. ; R. Walter, aaO. (Anm. 12) S. 750 Anm. 48.

31) P. Oberndorfer, aaO. (anm. 12) S.203 1. Sp. ; R. Walter/Mayer, H., aaO. (Anm. 12) S. 381 ; Adamovich/Funk, aaO. (Anm. 12) S. 342.

32) H.-U. Evers, aaO. (Anm. 12) S.799ff. ; K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.39f.

33) H.-U. Evers, aaO. (Anm. 12) S. 780 ; K. Stern은 Kelsen을 (1920년의) 오지리헌법의 아버지라고 부른다. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd II 1980 S. 975.

憲法裁判制度는 그 具體的 形式(Ausgestaltung), 作用 그리고 그 地位에 있어서 1928년 憲法裁判制度를 주제로 한 獨逸國法學者大會(=獨逸公法學會)에서 Kelsen이 행한 발표내용<sup>34)</sup>에 의하여 결정적으로 형성되었다.<sup>35)</sup> 이에 반해 독일의 憲法裁判制度에는 同大會에서 행한 트리펠(Triepel)의 발표내용<sup>36)</sup>과 토론과정<sup>37)</sup>에서 나타난 실질적 내용들이 결정적으로 영향을 주었다.<sup>38)</sup>

오지리 憲法裁判制度는 形式主義的·法實證主義의 傳統과 理論에 기초하고 있기 때문에 違憲判決을 받은 法律의 效力에 관한 문제에 있어서도 당연히 이런 관점에서 본다. 즉 일단 成立된 法은 옳고 그름, 善과 惡 또는 正當함과 不當함 등과 같은 內容的 價値評價와 상관없이 法이며 따라서 法으로서 存立하는 限(즉 폐지될 때까지) 效力을 갖는다는 것이다. 오지리 憲法裁判所는 形式的, 實定法規에만 지나칠 정도로 엄격하게 얽매어 法規의 內容的 評價나 合目的性을 거의 무시하다 보니 매우 消極的이라는 비판을 받는다.<sup>39)</sup>

이에 反해 形式主義的 法實證主義를 극복하고 實質的(憲)法學을 건설하려는 독일法學界의 노력은 이미 바이마르시대부터 본격적으로 시작되었고 第二次大戰後에는 크게 발전하여 그 主流를 이루게 되었다. 바로 이러한 實質的 法思想과 理論이 서독의 憲法裁判制度에도 크게 영향을 주었다. 이러한 觀點에서 볼 때 法이란 法의 內容的 評價와 상관없이 形式的 合法性만 갖추면 모두 다 법이 되는 것이 아니라 正當한 法, 옳은 法만이 法이라는 것이다. 따라서 憲法에 반하는 法, 즉 잘못된 法은 法이 아니며 따

---

34) H. Kelsen, aaO. (Anm. 4) S. 30ff.

35) H.-U. Evers, aaO. (Anm. 12) S.780 1.Sp.

36) H. Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5 1929 S.2ff.

37) 당시의 논쟁에 가까운 열띤 토론에서 (憲)法學의 기본적인 문제들 에 대한 입장의 차이가 분명히 드러난다. VVDStRS Heft 5 S.88ff.

38) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.39f.

39) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.39f.

라서 가능한 限 소급하여서까지라도 效力을 갖지 못하게 하는 것이 당연하다는 것이다. 서독의 연방헌법재판소가 形式的 實定法規에만 얽매어 판결하는 것이 아니라 그 實質的 內容과 意味를 重視하여 判決하는 것이 이 때 문이다. 물론 서독의 연방헌법재판소가 지나치게 積極的이며 他國家機關의 權限, 특히 立法機關의 權限을 침해한다는 비판이 있는 것도 사실이다.<sup>40)</sup>

지금까지 違憲判決을 받은 法律이 언제부터 效力을 상실하게 되는가의 문제에 관하여 그 기본적인 문제의 소재와 이론을 개관하였다. 이 문제를 좀더 상세하게 살펴보기 위하여 이하에서 違憲法律의 法的效力에 관한 理論의 反射的發展을 고찰해 보려고 한다. 이 문제를 보다 분명하게 파악하기 위해서는 西獨의 聯邦憲法裁判所와 오지리 憲法裁判所의 判決實態를 살펴보는 것이 필요하다. 그러나 여기서는 紙面관계로 이를 생략할 수밖에 없다.

## 第二節 違憲法律의 法的效力에 관한 理論의 發展<sup>41)</sup>

### I. 獨逸에 있어서의 理論의 發展

#### 1) 立憲主義時代의 理論

##### ① 法官의 審査權과 違憲法律의 法的效力

憲法에 反하는 法律은 어떤 法的 結果(Rechtsfolgen), 즉 法的 效力을

---

40) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.40, 西獨의 聯邦憲法裁判所가 이러 한 傳統을 계속 유지할런지는 두고 보아야 할 일이다. 이 문제는 재판소가 어떤 성향의 裁判官으로 구성되느냐와 밀접한 관계를 갖는다. 전체적으로 볼 때 비록 소수이긴 하나 西獨에 있어서도 法實 證主義者의 수는 적지 않으며 최근 法實證主義的 性向의 재판관이 늘어나고 있기 때문이다.

41) 이에 관하여는 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.23-92를 요약한 것임을 밝혀 둔다. 따라서 자세한 것은 이 부분을 참조할 것. 여기에 인용된 脚註는 대부분 간접인용이라는 것도 밝혀둔다. 이하에서는 번거로 움을 피하기 위하여 간접인용이라는 것을 생략한다.

갖게 되는가의 문제는 憲法이 실제로 制定되기 시작한 立憲主義時代부터 현실적 문제로 논의되기 시작하였다. 이 문제는 무엇보다도 違憲法律에 대한 司法的 審査의 問題와 관련하여 논의되었다. 이 문제는 무엇보다도 違憲法律에 대한 司法的 審査의 問題와 관련하여 논의되었다. 왜냐하면 法官은 -形式的이던 內容的이던 -憲法에 反하는 法律을 적용해야 하느냐 적용하지 말아야 하느냐의 현실적 문제에 직면하기 때문이다.

法官이 違憲法律에 대한 審査權을 갖느냐의 문제는 이미 立憲主義時代에 이론적으로 많이 論議되었다. 비록 司法的審査權이 실제로 行使되지 못했고 憲法的 次元의 문제에 -헛센選帝國(Kur-hessen)의 憲法紛爭을 도외시하면<sup>42)</sup>-도달하지도 못했지만 立憲主義時代의 憲法學은 거의 100년에 가까운 기간동안 지칠 줄 모르고 이 문제에 몰두하여 왔다. 이 문제가 이처럼 많이 論議된 것은 당시의 정치적 상황과 관련된다. 이 당시 君主와 議會間에는 매우 不安定한 均衡이 유지되고 있었다. 이런 상황에서 法官이 違憲法律에 대한 審査權을 갖느냐 못 갖느냐의 문제는 이 均衡에 매우 큰 영향을 줄 수 있었기 때문이다. 法官이 審査權을 갖는다는 것은 君主가 더욱 더 法에 拘束된다는 것을 의미한다. 가령 立法에 있어서 議會의 參與權을 회피하려는 君主의 어떠한 시도도 法官의 審査權에 의해 좌절될 수밖에 없다. 君主가 法에 拘束되는지를 司法的으로 統制한다는 것은 政治力學的으로 볼 때 당시의 상황에서는 議會에 有利해진다. 반대로 法官의 審査權을 否認하는 것은 君主와 議會間의 紛爭을 法的 基準에 따라 해결할 가능성을 배제하고 絶對主義에로의 回歸을 의미하게 된다. 즉 政治力學上 君主에 有利해진다. 이러한 당시의 상황에서 전개된 學(論)者들의 法論理的 主張이나 解釋學的 論據의 배후에는 君主主義를 支持하는지 또는 議會主義를 支持하는지의 기본적 태도가 숨겨져 있음을 엿볼 수 있다. 따라서 이러한 배경을 의식하면서 이 문제에 대한 모든 論議의 단계에서 學者들의 주장을 살펴야 한다.

法官은 적용하는 法律이 憲法에 反하는지를 審査할 權限을 가지며 오직

---

42) 이에 관하여는 뒤 二 I 1) ③ 참조 : E.R. Haber, Döutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II 1960 S.63ff., 519ff., Bd. III 1963 S.217ff. 참조.



合憲的 法律만을 적용할 의무를 진다고 할 때 이는 곧 憲法에 反하는 法律은 效力을 갖지 못한다는 無效設을 의미한다. 議會主義를 支持하는 進歩的 學者들이 이러한 주장을 하는 것은 당연하나 독일에서서는 압도적으로 많은 學者들이 심지어 保守的 學者들까지도 理論的으로 法官의 審査權을 인정하고 法官은 憲法에 反하는 法律을 적용할 수 없다는 주장을 펴고 있다. 물론 憲法에 反하는 法律도 法官을 구속하며 이 法官은 계속 이 法을 적용해야 한다는(=廢止無效設) 주장도 立憲主義初期부터 그 명맥을 유지해 오고 있음을 또한 볼 수 있다.

## ② 立憲主義初期의 理論

違憲法律의 法的效力에 관해 처음 見解를 밝힌 사람은 슈미트(Karl Ernst Schmid)였다. 그는 1821년에 발간한 그의 著書<sup>43)</sup>에서 다음과 같이 주장한다. 法官은 (法과) 法律의 內(容)的 不當性(innere Unrechtsmäßigkeit)에 대해 확신하고 있더라도 그 (法과) 法律을 적용해야 한다는 것이다. 왜냐하면 司法權은 立法權의 下位에 있기 때문이라는 것이다. 그러나 法律의 存立, 外的 合法性 및 效力에 대한 判斷은 法官의 事務에 속한다는 것이다. 따라서 法官은 憲法에 부합하는 형태로 제정되지 않은 法律, 둘째 一般的 規則으로 제정되지 않은 法律을 적용해서는 안 된다는 것이다. 이 見解는 그 후 자주 인용되었다.

비슷한 주장을 요르단(Silvester Jordan)<sup>44)</sup>도 펴고 있다. 法律에 대한 判斷은 무조건 法院의 任務이며 문제된 법률이 진정으로 合憲的 立法權에 근거하고 있고 그것이 憲法에 부합하는 형태로 제정되었는지를 그 審査對象으로 한다는 것이다. “法的 效力을 갖기 위해 필요한 징표들을 그 자체에 내포하고 있지 않은 모든 規範들은 無效이며 따라서 法官에 의해 적용되어서는 안 된다. 왜냐하면 그런 規範들은 法的으로 拘束的인 것으로 볼 수 없기 때문이다. 그러나 法官은 法律的인 것을 적용할 의무가 있다. 따라서 非法律的인 것을 도외시할 의무를 진다”<sup>45)</sup>라고 한다. 그는 또한 法

43) K.E. Schmid, Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts, S.125.

44) E.R Huber, aaO. (Anm. 42) Bd. II. S.399 참조.

45) S.Jordan, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte,

的 要件을 갖추지 못한 規範이 진정한 法律과 마찬가지로 拘束力을 갖게되는 경우 秩序있고 확고한 法的狀態를 기대하기는 어려울 것이라고 한다.

헛센選帝國의 高等抗訴法院判事(Overappellationsrat)인 파이퍼(B.W. Pfeiffer)는 그의 著書에서 보다 분명한 견해를 밝히고 있다. 그는 法的紛爭에서 적용할 規範이 法律의 性格을 가졌는지에 대해 결정할 권한이 法官에게 있다는 것을 당연하게 생각하고 있다. 法官이 法律的 性格을 否認할 경우 그의 이 規範을 적용해서는 안 된다는 것이다. 왜냐하면 그렇지 않으면 그의 決定은 裁判이 아니라 政府權力의 恣意的 命令을 집행하는 것이기 때문이라는 것이다.<sup>46)</sup> 그에 따르면 規範의 法律的 性格은 우선 外的 形態에서 나오는데 여기에는 議會(Landstände)의 同意, 規定에 따른 認證, 副書와 公布가 속한다는 것이다. 또한 그 內容에 있어서도 規範은 모든 法律의 標識을 갖추어야 하는데 여기에는 또한 一般性的 性格이나 未來的 事件指向性과 같은 것들을 들 수 있다는 것이다.<sup>47)</sup> 規範이 一形式的이던 實質的이던—憲法에 反하는 경우 발생하는 法的效力의 문제를 그는 다음과 같이 요약하고 있다 : 法院이 제기된 사건에서 原告가 法律의 形態로 發해진 法規命令에 의하여 또는 또다른 관점에서 볼 때 法律의 性格이 결여되어 있다는 것을 발견하게 되면 法院은 同法規命令의 執行에 對하여 被害者를 보호할 수 있다”고 한다.<sup>48)</sup>

파이퍼(Pfeiffer)의 견해는 곧 通說이 되었고 계속 새롭게 변형되면서 반복되었다. 가령 브링크만(R. Brinkmann)은 이미 法官이 法律의 效力

---

in : ACP 8(1825) S.214.

46) B.W. Pfeiffer, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, Bd. II. 1828 S. 385f.

47) B.W. Pfeiffer, *ebd.* Bd. III. 1831 S.281.

48) B.W. Pfeiffer, *ebd.* Bd. III. 1831 S.281f.

을 심사해야 하고 그렇게 함으로써 모든 적용이 제한된다는 것을 당연한 것으로 서술하고 있다.<sup>49)</sup> 無效인 法律이나 法規은 當事者도 當局도 구속하지 못하다는 것이다. Brinkmann의 견해에 따르면 法官이 만일 無效인 法律을 기초로 하여 判決하면 의무에 위반하여 행동하는 것이 된다는 것이다. 또한 立法者의 正當性이나 篡奪도 審査의 對象이 된다는 것이다.

미니게로데(L. Minigerode)에 따르면 法官은 紛爭當事者의 一方에 의하여 法律이라고 주장되고 재판중인 사건에 그 法律의 적용을 요구하는 것이 진실로 法律인지 그리고 여기에 적용해야 할 지에 관하여 결정해야 한다는 것이다.<sup>50)</sup> 法官이 적용하는 規範은 權限있는 國家立法權에 의해 제정되고 公布되어야 한다는 것이다. 또 하나의 흥미있는 變形은 클뤼버(J. L. Klüber)에 의해 전개되었다. 이에 따르면 “명백히” 憲法에 反하는 형태로 성립되었거나 憲法을 침해하는 法律, 命令 그리고 決定들을 -비록 合憲的 形態로 公布되었다 하더라도- 裁判에서 적용하는 것은 法院의 權限밖에 있다는 것이다.<sup>51)</sup> 여기서 그는 비록 별 반응을 얻지는 못했지만 明白性思想을 討論에 도입하였다.

이 당시 民事法分野의 學者들도 대체로 上述한 內容을 확인하고 있다. 이런 견해를 가진 學者들로는 배크터(C.G. Wächter)<sup>52)</sup>, 베셀러(G. Beseler)<sup>53)</sup>, 헤프터(A.W.Heffter)<sup>54)</sup> 등이 있다.

이들과 반대되는 입장을 취하는 사람으로는 린데(J.T.B. von Linde)<sup>55)</sup>가 있었다. 린데에 따르면 命令이나 法律이 形式上 公布된 이상

49) R. Brinkmann, Wissenschaftlich praktische Rechtskunde, 1831 S.1.

50) L. Minigerode, Beitrag zur Beantwortung der Frage : Was ist Justizund was ist Administrativ-Sache? 1835 S.85.

51) J.L. Klüber, Öffentliches Recht des deutschen Bundes und des Bundesstaaten, 4. Aufl. 1840 S.555.

52) C.G. Wächter, Handbuch des in Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. III. Allgemeine Lehren 1842 S.27.

53) G. Beseler, System des gemeinen deutschen privatrechts, Bd. I 1847 S.71.

54) A.W. Heffter, System des römischen und deutschen Civil-Prozeßrechts, 2. Aufl. 1843 S.108

55) J.T.B. von Linde, In Monarchien mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von den Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze (Verordnungen) einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen, in : ACP 16(1833) S.332f.

法院은 이를 따르고 적용해야 한다는 것이다. 이 말은 귀납적으로 추론하면 法律의 形式的 缺陷이 法律의 效力을 상실하게 만든다는 것이다. 그는 또한 군주의 立法行爲가 憲法과 부합하는지를 광범하게 심사하려는 法院의 주장에 반대하여 날카로운 비판을 가했다. 그러나 다른 한편 君主는 議會(Kammer)가 승인한 法律만을 公布할 수 있다는 견해를 그는 밝히고 있다. 이렇게 함으로써 그는 解釋上의 區別을 암시하고 있는데 이러한 구별은 그 후 많은 學者들에 의해 받아들여지고 중요성을 갖게 된다.

이후 法官의 審査權을 인정하면서도 法律의 形式, 즉 法으로서 필요한 外的 標識와 法律의 實質的 內容을 구별하여 法律의 形式에 대한 審査權만을 인정하는 경향을 발전하였다.<sup>56)</sup> 이러한 주장을 펴는 學者로는 최플(H. Zöpfl)<sup>57)</sup>, 차카리아(H.A. Zachariä)<sup>58)</sup>, 슈미트헤너(F. Schmitthenner)<sup>59)</sup> 등이 있었다.

### ③ 自由主義와 實證主義의 理論

1850년 헛센選帝口의 憲法紛爭을 계기로 法官의 審査權에 관한 論議는 새로운 質의 양상을 띠게 되었다. 法官은 議會의 權利를 보호해야 하는가? 즉 議會가 同意하지 않은 法律을 적용해서는 안 되는가의 문제가 그 어느 때보다 분명하게 論議의 핵심문제로 부각되었다. 이 문제에 대해 自由主義者와 保守主義者 특히 法實證主義者의 見解는 相反되는 것을 볼 수 있다.

카셀(Kassel)에 있는 高等抗訴法院은 법률의 違憲審査를 자기의 權限

---

56) 이에 대한 자세한 것은 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.275. 참조

57) H. Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und constitutinell-momarchischen Staatsrechts, 1. Auf1. 1841 S.230 참조

58) H.A. Zachariä, Deutsches Staats-und Bundesrecht. Zweite Abtheilung, 1. Auf1. 1842 S. 225f.

59) F. Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts 1845 (ND 1966) S. 553f.

으로 삼고 議會의 同意없이 선포된 租稅와 關稅의 계속징수에 관한 1850年 9月 4日의 명령에 대해 合憲性을 부인하였고 여기에서 규정하고 있는 인지세 징수도 거부하였다. 이렇게 되자 1850年 9月 7日 法官의 審査權을 不許하는 君主(Landesherr)의 命令이 선포되었다. 이에 대해 法官은 그 命令自體를 規範統制의 대상으로 삼아 1850年 10월 3日 高等抗訴法院 全體會議部 決定으로 이 命令을 위헌이자 拘束力이 없는 것으로 선언하였다. 이로 인해 聯邦이 개입되고 軍隊가 동원되는 결과를 가져왔다.<sup>60)</sup>

이 사건이 法官의 審査權에 대한 憲法學的 論議에 끼친 영향은 대단히 컸다. 法官의 審査權限의 範圍는 憲法體系에 대하여 중요한 의의를 가지며 따라서 高度의 政治의 性格을 갖는다는 의식이 立憲主義初期보다 훨씬 강해진 가운데서 學說上의 논의가 전개되었다. 당시 이 문제에 대한 일련의 광범한 연구가 전개된 것은 우연이 아니었다. 이들 가운데는 새로운 解釋學的 變形理論들이 나타났다.

스탈(F.J.Stahl)은 그의 著書 “法學과 國家學”에서 副書와 公布에 근거를 두는 「法律의 存立(Existenz)」과 君主가 선택적 형식으로 法規를 制定할 수 있는가의 문제와 관련되는 「法律의 效力」을 구별하고 있다.<sup>61)</sup> 그의 見解에 따르면 法官은 그가 단순하고 확실하다고 생각하는 法律의 (形式的) 存立이 審査에 국한되고 반면 어렵고 의심스러우며 복잡한 평가를 요하는 法律의 效力에 대한 判斷은 그의 權限이 되어서는 안 된다고 한다.

議會의 參與문제까지 포함하는 광범한 審査權을 주장하는 것은 Stahl에 따르면 무한한 複雜性을 의미한다는 것이다. 왜냐하면 이 경우 限界는 매우 불확실한 것이며 判斷과 관련되는 상당부분의 規범들이 이 限界에 놓여 있기 때문이라는 것이다.<sup>62)</sup> 다만 과도한 경우에만, 즉 合憲의 根據가

---

60) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.28f. 참조 또한 여기에서 인용한 문헌을 참조.

61) F.J. Stahl, Rechts- und Staatslehre, zweite Abtheilung : Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts, 3. Auf1. 1856 S.670f.

62) Ebd, S.673.

전혀 없고 憲法이나 臣民의 權利를 위협하는 命令의 경우 法官은 法規의 合憲性에 대한 判斷은 못하더라 裁判을 거부할 수는 있다는 것이다.<sup>63)</sup>

Zöpfl도 역시 法官은 法律의 「存立」만을 심사할 권한이 있다고 본다. 물론 法律은 議會의 同意를 결여했다는 이유로 違憲이 될 수 있다는 점을 인정한다.<sup>64)</sup> 君主의 誠實性에 대한 信賴를 추구하는 Stahl과는 달리 <sup>65)</sup>Zöpfl은 다음과 같은 이유로 審査權을 제한한다. 즉 法院은 그러한 瑕疵가 비난을 받게 될는지 사전에 알 수 없으며 자기들의 意思에 反하는 法律을 無效善言함으로서 議會로 하여금 同法律에 대한 審議를 새로 하도록 강요할 權限이 없다는 것이다.<sup>66)</sup>

특히 볼러트(A. Vollert)는 法律의 「存立」과 「效力」의 區別可能性에 대해 의심을 표한다. 왜냐하면 兩者는 原因과 結果처럼 상호 연관되어 있기 때문이라는 것이다.<sup>67)</sup> 오

히려 결정적인 문제는 議會의 同意가 法律의 存立條件인가 아닌가이라는 것이다. Stahl과 Zöpfl에 의해 주장된 견해, 즉 法官은 副書되고 公布된 法規範이면—그 밖의 合憲性과는 상관없이—議會가 態度를 表明할 때까지는 어쨌든 有效한 것으로 보고 적용해야 한다는데 대하여 Vollert는 違憲法律의 無效理論(Dogma)을 가지고 다음과 같이 반대하고 있다. 즉 命令이 처음부터 有效하면 法官은 이를 判決의 근거로 삼아야 하고 그 命令이 처음부터 無效이면 法官은 이를 잠정적으로도 적용해서는 안 된다는 것이다.<sup>68)</sup>

그후 새로운 次元의 理論的 論議를 열어준 것은 몰(R. von Mohl)의 “違憲法律의 法的 意義에 대하여”라는 單行本이었다. Mohl은 모든 國家에 있어서 法律이 形式的으로는 瑕疵가 없으나 內容的으로는 違憲일 수

---

63) Ebd, S.676.

64) H. Zöpfl, aaO. (Anm. 57) S. 629ff.

65) F.J. Stahl, aaO. (Anm.61) S.676.

66) H. Zöpfl, aaO. (Anm. 57) S. 632.

67) A. Vollert, Hat der Richter ein Gesetz anzuwenden, welches ohne die nach der Verfassung erforderliche Einwilligung der Stände erlassen worden ist ? in : ZgStW 10(1854) S.600.

68) A. Vollert, ebd. S.607.

있다는데서 출발한다.<sup>69)</sup>

그러나 그러한 가능성이 존재하는 경우 違憲法律에 어떤 效果를 결부시켜야 하는지가 중요하다고 하면서 다음과 같은 문제들은 論理的 또한 實際的 理由에서 의심스러운 상태로 내버려 둘 수 없다고 한다. 즉 國家의 基盤을 침해하는 立法權의 行爲가 形式的 理由 때문에 效力을 갖는지 또는 단순한 論理的 힘에 의해서 배제될 수 있는지(의 문제) 그리고 國民이든 官吏이든 個人이 주관적 확신으로 그러한 決定을 할 權限이 있는지 아니면 특정 부류의 官吏만이 일정한 한계내에서 할 수 있는지(의 문제) 憲法에 反하는 法律을 일단 감수해야 하고 단지 間接적인 方法으로, 가령 政府와 議會에 結정적 影響을 미치는 持續的이고 강력한 여론을 통하여 改善되도록 해야 하는지(의 문제)등이다.<sup>70)</sup>

Mohl에게 있어서 이 문제는 의심할 바 없는 法官의 (權限)事項이다. 다양한 法律間의 不一致를 法學的 原則에 따라 해결하는 것은 통상 法官의 任務에 속한다는 것이다. 憲法과 法律이 일치하지 않는 경우 法官이 下位法規範에 의해 침해될 수 없는 上位法規로서의 헌법규범을 우선시키는 것도 이와 다를 바 없다는 것이다.<sup>71)</sup> 이러한 경우 法官은 法律에 대해서 判斷하는 것이 아니다. 法律이 上位法規와 충돌하기 때문에 적용되지 않는다는 論理的 結論을 끌어낼 뿐이라는 것이다.<sup>72)</sup>

이로써 Mohl은 처음으로 內容的으로 立憲主義初期의 憲法學에서도 전제되었던 法規範의 段階理論을 法理論的 次元에서 표현하고 있다. Mohl은 그 이전의 學者들과는 달리 法官의 審査權을 形式的인 憲法規定에 국한하는 것이 아니라 法官은 “內容的으로 違憲인 法律의 效果”을 審査할 權限이 있다고 보았다.<sup>73)</sup> 이로써 Mohl은 違憲法律의 無效理論에 대

---

69) R. von Mohl, Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in : Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I. 1860 S.69.

70) R. von Mohl, ebd. S.70.

71) R. von Mohl, ebd. S.79.

72) R. von Mohl, ebd. S.80.

73) R. von Mohl. ebd. S.81.

한 전체적 의의를 파악하였다. 法律의 違憲性を 특정한 法的으로 認識할 수 있지만 私法的으로 判斷할 수 없는 것으로 보는 점에서 法官의 審査權에 대한 反對論者들의 주장에 不一致가 있었다면 이에 반해 Mohl은 一法律과 違法の 상이한 序列을 근거로 違憲과 司法的 審査權間의 一致를 形成하였다. 이렇게 함으로써 그는 바이마르시대에 전개된 토론의 중요한 부분을 앞당겨 논의하였다.

이와 반대되는 입장을 주장한 사람은 비숍(H. Bischof)이었다.<sup>74)</sup> 그는 立憲主義初期의 憲法學이 合憲性的의 概念을 좀 더 상세하게 고찰하지 않았다는 것과 法律은 議會가 參與하는 경우에는 合憲적으로 성립된다고 하는 것을 비판한다.<sup>75)</sup> Bischof는 Stahl과 Zöpfl의 論據에서 論理的 矛盾을 발견하고 나름대로—Mohl과는 反對되는 方向에서—possible한 憲法違反과 法官의 審査間의 不一致를 제거하려 하였다. 그의 견해에 따르면 책임있는 長官의 副書を 갖추고 君主가 제정한 모든 一般的 法規範은 合憲이라는 것이다. 副書된 規範의 內容은 그 合憲性的의 기준이 되지 못한다는 것이다.<sup>76)</sup> Bischof의 주장은 본질적으로 議會의 同意가 필요없는 君主의 緊急命令權에 근거하고 있다. 國家行爲는 合法性이 추정되므로 議會에 의해서 승인되지 않은 法規範도 “暫定法律”로 적용되어야 한다는 것이다.<sup>77)</sup> Stahl에게 있어서와 마찬가지로 Bischof도 憲法破壞의 범죄적 의도가 있다고 볼 수 없는 國家權力에 대하여는 信賴를 촉구한다.<sup>78)</sup> 여기서 처음으로 實證主義가 法과 法律을 同一視하는 본래의 前提가 나타난다. 즉 國家의 合法的 行爲에 대한 信賴라는 것이 그것이다.<sup>79)</sup> Mohl과

---

74) H. Bieschof, Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, in : ZCP 16(1859) S.235 ~ 294, S.385 ~ 422 ; 17(1860) S. 104 ~ 144, S.253 ~ 304, S.448 ~ 464 ; 18(1861) S.129 ~ 160, S.302 ~ 320, S.393 ~ 420.

75) H. Bischof, ZCP 16(1859) S.390.

76) H. Bischof, ebd. S.420f.

77) H. Bischof, ZCP 17(1860) S.126ff.

78) H. Bischof, ebd. S.127.

79) 이 사실은 뒷부분의 고찰에서 증명될 것이다.



Bischof의 상반되는 입장은 상이한 國家觀, 즉 한 쪽은 國家權力이 統制되어야 한다는 것이고 또 다른 한 쪽은 國家權力에 대하여는 信賴해야 한다는데서 비롯된다. 이것은 違憲法律의 法的 效力에 관한 論議에 있어서 오늘 날까지 거의 변함없는 國家論의 수준을 의미한다.<sup>80)</sup>

이 후의 論理的 展開는 기본적으로 이러한 “統制”와 “信賴”의 概念으로 특징지워지는 노선에 입각하고 있다.

그나이스트(R. Gneist)는 Mohl에 의해 제기된 憲法에 대한 이해를 좀 더 깊이 있게 고찰하고 있다. 헌법이란 어렵게 제정된 立法의 形態로서 現狀을 일방적이고 성급하게 변경하려는데 대한 미성숙한 기회주의적 法律과 立法上의 순간적 착상에 대한 그리고 君主의 側近들이 國家에 行使하는 영향에 대한 保障이라는 것이다.<sup>81)</sup> 憲法이 立法權의 行使에 관한 規範을 내포하고 있다면 이것은 法秩序의 “절대적이고 최고의 法規인 것이다. 이 秩序에 있어서 그에 反하는 行爲가 無效라는 것은 당연하다”는 것이다.<sup>82)</sup>

Gneist는 Bischof를 비난하면서 그는 의회의 모든 權利의 基礎를 靚變적 방법으로 제거해 버린다고 한다.<sup>83)</sup>

야케스(H. Jaques)는 현실적으로 모든 國家權力으로부터 나오는 命令은 有效하다고 하는 Stahl의 견해를 “絶對主義의 國法の 精確한 表現”이라고 본다.<sup>84)</sup> 그는 그때까지 분명히 알려지지 않았던 “上位法은 下位法에 우선한다”(lex superior derogat inferiori)는 原則을 부각시키고 이로써—Mohl 및 Gneist와 마찬가지로 — 法官은 合憲의 法律만을 적용해

---

80) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.33.

81) R. Gneist, Gutachten Über die Gesetzgebungsfrage : "ob der Richter auch über die Frage zu befinden hat , ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen." in : Verhandlung des 4. DJT Bd. I 1863 S.228.

82) R. Gneist, ebd. S.229.

83) R. Gneist, ebd. S.233.

84) H. Jaques, Gutachten über die Gesetzgebungfrage, in : Verhandlungen des 4. DJT Bd. I 1863 S. 245.

야 한다는 그의 見解에 근거를 제시한다.<sup>85)</sup>

슐체(H. von Schulze)에 따르면 法官은 오직 存立하는 그리고 有效한 法만을 적용해야 하면 存立과 效力에 대하여 良心的 審査에 따라 스스로 判斷해야 한다는 “의심할 바 없는 原則”이 이미 存在한다는 것이다.<sup>86)</sup> 그에 따르면 法官은 法이라고 자칭하는 모든 임의적 규범을 따를 필요가 없고 스스로 법이라고 부르나 정말 立法의 方法으로 成立되지 않았거나 스스로를 단지 命令으로 성격규정을 하면서 명백히 立法의 領域을 침해하는 王의 命令을 憲法規定의 위반으로 적용하지 않을 權限이 있다는 것이다.<sup>87)</sup> 그는 특히 Linde, Stahl, Zöpfl 등의 반대견해에 대하여 다음과 같이 비난하고 있다. 그들은 헌법의 基本的 規定들을 별로 쓸모없는 또한 內容없는 規定으로 만들어 버리고 만다는 것이다. 만약 이 규정들에 대한 침해가 그 위반행위의 無效를 야기시키지 못하게 된다면 그렇다는 것이다.<sup>88)</sup>

지금까지 살펴본 바와 같이<sup>89)</sup> 法官은 法律이 合憲적으로 成立되었는지도 審査해야하며 만약 法律이 위헌이고 따라서 無效라고 밝혀지면 이를 적용해서는 안 된다는 見解가 19세기말까지 지배적이었다.

이러한 통설에 대하여 단호하게 반대한 사람은 리반트(P. Laband)였다. Laband는 Stahl 및 Bischof나 비슷하게 法律의 認證(Ausfertigung)과 公布를 合憲成의 유일한 기준이라고 하였다.<sup>90)</sup> 認證이란

---

85) H. Jaques, ebd. S.255.

86) H. von Schulze-Gaevernitz, Das preußische Staatsrecht, Bd. III 1863(2. Aufl. 1890) S.42

87) H. von Schulze-Gaevernitz, ebd. S.42.

88) ders., ebd. S.45.

89) 이 밖에 중요한 學者로는 L. von rönne, Das Staats-Recht der Preußischen Monarchie Bd. I. 2. Aufl. 1864 S.183f. ; C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880 S.161 ; G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1885 S.507ff. ; J.C. Bluntschli, Allgemeine Staatsrecht, 6. Aufl. 1885 S.134ff. 등을 참조할 것.

90) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II. 5. Aufl. 1911 S.495.

Laband에 따르면 論理的 包攝에 기초한 合憲性的 確認이라는 것이다. 帝國 憲法이 이러한 認證의 기능을 皇帝에게 위임하였다면 헌법이 동시에 法官에게 皇帝의 命을 심사할 權限을 부여할 수는 없다는 것이다.<sup>91)</sup> 그럼에도 불구하고 立憲主義的 空理公論(Doktrinarismus) 때문에 法官의 審査權을 固守한다면 다음과 같은 결과에 대해서도 두려워하지 않을 것이다. 즉 帝國法令集에 收錄되는 公布된 法律이—그 合憲的 成立이나 法的效力에 대하여는 皇帝와 宰相, 聯邦參事院과 聯邦議會가 完全히 同意하고 있는 터에—民事나 刑事訴訟事件에서 法院에 의해 위선적으로 成立되었고 따라서 아무것도 아니고 無效라고 선언될 수 있다는 사실이다.<sup>92)</sup>

法官의 審査權을 찬성하는 사람들과 보다 상세하게 論爭을 展開한 사람은 안슈츠(G. Anschütz)였다. 그는 우선 法律制定節次에 있어서 어떤 形式上的 결합이 있어도 그 法律全體가 無效의 結果를 가져온다는데 대해 異論을 제기하면서 허용되지 않는 하나의 行爲가 어느 정도까지 無效의 結果를 초래하는지에 대해 먼저 연구해야 한다는 것이다. Laband와 마찬가지로 Anschütz도 法律의 認證이 “法律이 合憲성에 대한 官廳이나 臣民의 모든 의심을 제거해 주며 成立의 合憲성에 대한 추정의 반박할 수 없는 근거를 제시해 준다”는 것이다.<sup>93)</sup> Anschütz는 점차 더 많이 논의되고 있는 法官의 實質的 審査權의 문제를 否認하는데 그 理由는 法律과 憲法間에는 序列上의 차이가 없기 때문이라는 것이다. 즉 憲法이란 立法機關에 있어서는 하나의 단순한 형식적 法律 以外에 아무것도 아니며 그 이상도 아니라는 것이다. 法律이 憲法에 反하는 경우 「新法은 舊法에 우선한다」(lex posterior derogat priori)는 原則에 따라 오직 法律만이 效力을 가지며 憲法은 效力을 가지지 못한다는 것이다. 즉 헌법은 그만큼 改

---

91) P. Laband, ebd. S.50.

92) Ders., ebd. S.48.

93) Meyer/Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919 S.741.

正된다는 것이다.<sup>94)</sup> 立法者が 憲法改正의 특별한 形式을 준수했느냐의 문제는 전적으로 立法機關에 의해서만 해명될 문제라는 것이다. Anschütz의 표현에 따르면 “憲法 가운데서 一般法보다 높은 權力の 意思를 인정하고 그에 상응하여 法官에게 實質的으로 위헌법률을 無效로 선언할 權限을 인정하려고 하는” 見解에 대해 憲法改正은 通常의 立法機關의 權限事項이라는 말로 반박한다. 즉 헌법개정은 帝國憲法(=비스마르크 헌법) 제78조 1항에 따라 “立法의 方法으로” 행해진다는 것이다.<sup>95)</sup>

#### ④ 結 語

立憲主義時代에 있어서 위헌법률의 法的 效力에 관한 문제는 法官의 審査權과 관련하여 간접적으로 논의되었기 때문에 아직 충분하게 그 문제점들이 부각되지 못했고 논의되지도 못했다. 당시의 상황과 관련하여 그 때 그 때 위헌법률의 문제가 갖는 관심의 방향과 강조점이 달랐던 것을 볼 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 初期에는 위헌법률의 문제가 法律의 一般性에 그 중점을 두었고 그렇게 함으로써 絕對主義的 官房司法을 공격하려는 것과 관련되었다. 그 후에는 議會의 參與權을 침해하는 것이 違憲의 根源으로 지적되었다. 1850년부터 위헌의 개념은 議會의 參與없는 立法과 同義語로 사용되었다.<sup>96)</sup>

1850년을 계기로 위헌법률의 법적 효력에 대한 기본적인 견해의 차이를 나타내는 싹이 보이기 시작하였다. 독일에 있어서 1850년대는 自由主義革命이 실패하고 복고세력이 등장하던 시기이다. 이러한 政治社會的 상황과 분위기에서 특히 헷센선헌국의 헌법분쟁을 계기로 보수적 학자들이 나타났고 또한 法實證主義的 思考가 헌법학에 도입되고 확산되기 始作하였다. 적어도 이들의 형식적 사고방식과 주장은 오늘날의 廢止無效設과 그 맥을 같이 한다. 法律의 違憲의 기준은 그 法律의 實質的 內容이 아니라 外形上의 形式이 문제되었다. 가령 Stahl, Bischof, Laband에게서 보는

94) ders., ebd. S.743f.

95) ders., ebd. S.744.

96) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.36.

바와 같이 法律의 認證과 公表를 合憲性的의 絶대적 基準으로 보는 것은 일단 法의 形式만 갖추면 모두가 法이라는 말과 다를 바 없다. 여기서부터 일단 성립된 法은 廢止될 때까지 有效하다는 결론에 도달하는 것은 그리 멀지 않다.

그러나 위헌법률은 무효라는 견해가 이 당시에는 支配的이었다. 물론 無效의 이론적 근거나 無效의 概念 자체는 아직 불분명한 점들이 있었다. 立憲主義時代의 憲法들이 例外없이 市民의 權利를 규정하고 있었으나 法律이 자유권을 침해하기 때문에 違憲이라는 觀念은 아직 없었다. 그 理由는 간단하다. 法律이 市民의 自由와 財産의 침해로부터 市民을 보호하는 기능을 갖고 있는 限 바로 이러한 法律의 市民의 權利를 基準으로 심사한다는 것은 모순된 일로 보일 수밖에 없었다. 이에 反해 法官의 審査權은 自由를 보장해 주는 法律의 기능을 보완해 주었다. 왜냐하면 그러한 法律은 결정적으로 國民代表機關의 參與에 달려있기 때문이다. 法官이 法律의 違憲與否를 심사할 權限을 갖고 違憲으로 판명되면 그 法律을 적용하지 말아야 한다는 말은 違憲法律은 無效라는 말과 다를 바 없다.

憲法에 反하는 法律이 無效라는 생각은 法律과 憲法의 序列이 서로 다르다는데 있었다. 立憲主義時代의 學者들은 憲法의 優位에 관해 法理論的 根據를 별로 제시하지 못하면서 이를—明示的 또는 默示的으로—前提하고 있다. 물론 法律의 拘束力은 憲法 가운데 규정된 절차규정을 준수했는지에 달려 있다는 또 다른 前提가 추가되지 않는다면 法規範의 序列秩序만으로는 無效理論을 근거짓지 못했을 것이다.

無效(Nichtigkeit)의 概念도 이 당시에는 별로 사용되지 않았고 보다 자주 사용된 것은 無效(Ungültigkeit), 無拘束力(Unverbindlichkeit) 또는 결함없는 法的存在( fehlende rechtliche Existenz) 등이 있다.

## 2) 바이마르 共和國時代의 理論

바이마르時代에도 違憲法律의 法的 效力의 문제는 위헌법률에 대한 法官의 審査權과 관련하여 전개되었다. 바이마르時代의 憲法學에서도 法官

의 審査權의 問題는 매우 중요한 문제로 취급되었다. 그러나 위헌법률의 法的效力에 관한 問題가 모든 면에서 이미 충분히 인식되었는지는 확실치 않다.<sup>97)</sup> 實務界에서는 위헌인 규범의 적용을 배제하는 것이 기존의 法律關係에 영향을 끼치는지의 문제가 제기되는 경우에 이미 내려진 判決들의 法的效力을 참조하는 정도로 만족하였다. 이에 反해 學界에서는—대부분 法官의 審査權에 관한 論議의 副産物로서—위헌법률의 法的效力에 대하여 원칙적으로 상이한 입장을 나타내고 있다.

法官의 審査權을 찬성하는 사람들의 論據는 우선 初期立憲主義時代의 그것과 마찬가지로이다. 즉 憲法은 上位規範으로 간주되기 때문에 법률에 의한 憲法의 侵害는 無效를 초래한다는 것이다.<sup>98)</sup> 그러나 바이마르共和國의 成立후 위헌법률의 법적 효과의 문제를 과거와는 다르게 보는 새로운 시각이 나타났다. 그 하나는 우선 종래의 形式主義的 法實證主義的 思考를 극복하고 새로운 실질적 관점에서 憲法을 이해하려는 기본적인 변화를 기초로 한 視角이며 또 다른 하나는 과거 立憲主義時代와는 달리 의회에 대한 불신을 바탕으로 하는 視角이다.

예를 들어 Triepel은 法律의 合憲性을 認證에서 찾고 있는 Labaand의 理論에 반대하면서 그 이론을 아주 명백한 不當前提라고 선언한다.<sup>99)</sup> 또한 Triepel은 司法的 審査權의 가장 중요한 機能을 과거 立憲主義時代의 학자들과는 달리 權力에 굽주린 議會에 대하여 國民의 自由를 보호하는데서 보았다.<sup>100)</sup> 議會로 하여금 스스로 제정한 법률이 헌법에 일치하는지를 결정하게 하는 것은 용납할 수 없는 일이라는 것이다. 왜냐하면 基本權의 상당한 부분이 그런 방법으로 보호를 박탈당할 것이기 때문이라는

97) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S. 57.

98) 이러한 見解는 대부분 前提되고 있다. 왜냐하면 그것은 명백히 논 란의 여지가 없는 것으로 통했기 때문이다. H. Maurer, Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung, in : DÖV 1963 S. 633 참조.

99) H. Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, in : AÖR Bd. 39(1920) S. 536.

100) ders., ebd. S.537.

것이다.<sup>101)</sup>

뵐러(O. Bühler)의 생각도 비슷하다. 그에 따르면 立法의 內容은 基本權에 맞게 확정되어야 하며 이(규정)들의 준수여부는 다투어질 수 있다고 한다.<sup>102)</sup> 따라서 헌법에 반하는 法律은 效力을 갖지 못하며 法官에게는 合憲性을 심사하는 것이 허용된다는 거이다.<sup>103)</sup>

슈톨(H. Stoll)에게도 違憲法律의 無效는 法治國家理念의 직접적인 결과로 나타난다. 즉 法官은 역사적인 利益法學의 方法에 따라 憲法의 原理들을 확인해야 하고 憲法에 부합하지 않는 것은 無效라는 것이다.<sup>104)</sup>

히펠(E. von Hippel)은 立憲主義初期이래의 支配的 견해를 인상깊은 文句로 간결하게 표현하고 있다. 즉 “(올바른)法을 말하도록 任命된 法官은 무엇보다도 먼저 그러한 (올바른) 法인지를 심사해야 한다.”는 것이다.<sup>105)</sup>

막스(F. Morstein Marx)도 (오지리와는 反對되는) 독일법학의 전통에 따라 다음과 같이 말하고 있다. 規範의 不法性(Illegalität)에 대한 司法的 확인은 이 規範이 처음부터(von jeher) 不法이 있다는 것을 말한다는 것이다. 막스는 또한 후에 聯邦憲法裁判所가 자주 사용한 표현을 만들어 내기도 하였다. 즉 法律은 “위헌이며 따라서 無效이다”라는 표현이다.<sup>106)</sup>

슈미트(C. Schmitt)에 따르면 의심할 바 없이 위헌인 法律의 無效는 자명하다는 것이다.<sup>107)</sup> 그러나 權力과 權力領域의 限界設定에 대한 남다른 관심을 갖고 있는 Schmitt는 보다 중요하게 생각하는 다른 문제를 제

---

101) ders., ebd. S.537f.

102) O. Bühler, Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? in : DJZ 1921 S.581.

103) ders., ebd. S.583.

104) H. Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, in : Jhrings Jb 76 (N. F. 40, 1926) S.201.

105) E. von Hippel, Das richterliche Prüfungsrecht, in : HDStR II S.547.

106) F. Morstein Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der rechtmäßigkeit des Gsetzes, 1927 S.126.

107) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S.196.

기한다. 즉 “누가 法律의 合憲性에 대한 의심을 결정할 것인가”의 문제이다.<sup>108)</sup> 이렇게 해서 Schmitt는 法的 效力의 解釋論과 權限間의 關係를 밝히려고 한다.

놀랍게도 1932년에 “法源의 序列”에 관한 單行本이 마슈케(H. Maschke)에 의하여 출판되었다. 여기서 그는 “憲法은 法律에 優先한다”는 原則이 現行法으로서의 效力을 갖는다는 것을 증명하기 위하여 매우 상세한 논거를 제시하고 있다.<sup>109)</sup> 그 근거를 제시하기 위하여 Maschke는 바이마르共和國 憲法의 목표에 초점을 맞추고 있다. 바이마르共和國 헌법은 (독일)국가에게 “새로운 形態”, 즉 부분적으로는 旧秩序와 단절하고 또한 미래를 향하여 가능한 한 지속적 효력을 가져야 할, “여러 政治的 觀念(見解)에 부합하는 새로운 秩序”를 부여하고 있다는 것이다.<sup>110)</sup> 法律의 效力은 이러한 憲法과 一致하는데 근거하고 있으며 이 헌법에 反하는 法律은 效力을 갖지 못한다는 것이다.<sup>111)</sup> 헌법의 우위의 이론은 이미 立憲主義 初期에 널리 인식되었고 그 후 法理論的 土臺도 갖추었다. 그런데 왜 새삼스럽게 그렇게 상세한 증거제시가 필요하다고 생각하였는지는 좀 이상한 일이다. Maschke가 이런 연구를 하였다는 것은 당시 Anschütz의 理論의 核心은 憲法이 결코 立法府의 優位에 있는 것이 아니라 立法府의 處分下에 있다는 것이다.<sup>112)</sup> 이러한 見解는 憲法改正의 범위에 관해서 -Anschütz에 따르면 共和國, 民主主義, 議會主義의 原理 등도 개정의 대상에서 제외되지 않는다고 한다.<sup>113)</sup>- 그 限界를 否認

---

108) ders., ebd. S.196.

109) H. Maschke, Die Rangordnung der Rechtsquelle, 1932 S.24.

110) ders., ebd. S.24.

111) ders., ebd. S.24.

112) G. Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, 10. Aufl. 1929 Art. 76 Anm. 1.

113) ders., ebd. Art. 76 Anm. 3.



할뿐만 아니라 司法的 審査의 모든 理(解釋)論的 基礎를 박탈하는 것이다. 따라서 Anschütz는 司法的 審査權을 부인하는데 그 이유는 헌법이 일반법률에 비해 보다 높은 序列의, 즉 法을 적용하는 기관이 法律보다 더 복잡해야 할 規範이 결코 아니라는 사실 때문이다.<sup>114)</sup> 그렇기 때문에 法律과 憲法이 一致하지 않는 경우 Anschütz가 이미 1871년의 帝國憲法에 대하여 설명했듯이 “新法은 舊法에 우선한다”는 原則에 따라 해결되어야 한다는 것이다.

C. Schmitt는 이러한 見解의 問題點을 잘 지적하고 있다.<sup>115)</sup> Schmitt는 바이마르 헌법 제76조(憲法改正의 加重된 困難性)을 순수하게 形式的으로만 보는 것은 잘못이라고 한다. 왜냐하면 그렇게 보는 것은 原因과 結果를 전도시키기 때문이라는 것이다. 즉 헌법의 內容은 改正의 加重된 困難性 때문에 “어떤 특별한 것” 또는 “어떤 탁월한 것”이 되는 것이 아니라 오히려 헌법은 그 基本的 意義 때문에 지속적 保障을 유지해야 한다는 것이다. “形式的” 憲法概念은 全體憲法을 暫定的인 것으로, 경우에 따라서는 헌법개정 규정에만 부합되면 그때그때 무엇으로 채워질 수 있는 “白紙法律”로 만들게 될 것이다.

Anschütz가 1871년의 비스마르크 헌법하에서 전개한 理論을 고수하게 된 동기가 무엇인지는 분명치 않다. 원칙적으로 君主主義的 權威를 강화하는 작용을 하며 또한 概念法學的 論議方式으로 바로 그것을 목표로 하는 憲法學的 實證主義의 정치적이데올로기적 배경은 사라졌다. 이처럼 변화된 상황에서 헌법개념을 形式化하는 것은 一種의 議會絕對主義를 초래하게 될 것이다. 즉 만일 議會의 加重多數가 어떤 헌법적 限界도 철폐할 수 있다면—Schmitt가 적절하게 지적한 바와 같이—全體憲法은 사실상 헌법개정방식에 관한 조항으로 구성될 것이다.<sup>116)</sup> 바로 여기에 Anschütz의 理論의 맹점이 있다. 왜냐하면 최소한 加重多數를 요구하는

---

114) ders., ebd. Art. 70 Anm. 4.

115) C. Schmitt, aaO. (Anm. 107) S.185.

116) ders., ebd. S.19f.

바이마르 헌법 제76조에는 一般法律에 비해 보다 높은 地位가 인정되어야 하기 때문이다. 만일 그렇지 않으면 헌법은 一般法律에 의해서도 改正될 수 있을 것이다.

이렇게 Anschütz의 견해가 문제성이 있음에도 불구하고 이는 널리 퍼졌다. 이미 1922년에 하체크(J. Hatschek)는 간단명료하게 “헌법전은 다른 모든 法律보다 높은 地位를 갖지 않는다. 헌법이 그에 反하는 法律을 깨뜨린다는 원칙은 독일헌법에 따르면 전혀 부당하다”라고 확인한다.<sup>117)</sup>

샤크(F. Schack)는 司法的 審査權에 관해 폭넓게 연구한 그의 單行本에서 다음과 같이 간결하게 그의 소견을 밝히고 있다. 비록 法律이 위헌이라 하더라도 어쨌든 主觀的 立法者의 命令이기 때문에 그 法律은 모두에게 有效하다는 것이다.<sup>118)</sup>

비트마이어(L. Wittmayer)는 司法的 審査權에 관한 당시의 討論에 관해 다음과 같은 풍자적 말을 하고 있는데 이는 그가 支持하고 있는 Anschütz의 理論과 實證主義的 由來를 잘 나타내 주고 있다. 즉 “최근 사람들은 그와 같이 절대적인 法律의 無效에 대하여 대단히 관대해졌다.”라는 말이다.<sup>119)</sup> 이전에는 절차에 맞게 公布된 모든 聯邦法律은 어떤 상황에서도 效力을 갖었던데(有效하였던데)비해 國家權力의 權威가 일반적으로 저하됨에 따라 변화가 나타났다는 것이다. 權威喪失의 표시로서 그 聯邦法에 反하는 支邦法律의 無效도 들고 있다 “여기서부터 시작하여 이러한 배척은 違憲的인 聯邦法律에도 例外가 아니다”라고 말하고 있다.<sup>120)</sup> 法律의 이러한 위협적인 권위상실에 대하여 Wittmayer는 다음과 같은 엘리네트(W. Jellinek)의 이론을 두둔하고 있다. 즉 절차상의 결함만 있으면 국가행위가 모두 無效가 되는 것이 아니라 瑕疵의 法的 效果는

---

117) J. Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht, Erster Band 1922 S.27.

118) F. Schack, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung, 1918 S.319.

119) L. Wittmayer, Die Weinmayer Reichsverfassung 192 S.460.

120) ders., ebd. S.461.

오히려 드물게 無效가 될 뿐이라는 것이다.<sup>121)</sup>

엘리네크는 원래 이 理論을 行政行爲에 대해서만 주장했다. 오히려 이 原則을 부수적으로 위헌법률에 원용하고 있다. 즉 “一般立法과 憲法制定이 同一한 機關에 의해 行使되는 限 內容的으로 위헌인 法律도 단지 절차적 결함일 뿐이다. 이는 위헌적으로 성립된 法律이지만 그렇다고 하여 無效는 아니다”라고 한다.<sup>122)</sup>

셸커(W. Schelcher)는 Jellinek를 지지하면서 다음과 같이 말하고 있다. 비록 규정에 따르지 않고 成立되었거나 內容上 法답지 못한 立法行爲라 하더라도 形式上 바르게 행해진 立法行爲는, 內容上 瑕疵가 있으나 形式上 有效한 行政行爲와 마찬가지로 그것이 廢止되기까지는 有效하다”는 것이다.<sup>123)</sup> 이런 주장을 함으로써 비록 行政法에 맞춘 것이기는 하나 廢止無效設의 첫걸음이 시작되었다. 그러나 이 주장은 아직 별다른 반응을 얻지는 못했다.

## II. 오지리에서의 理論的 發展

오지리에서는 違憲法律의 法的 效力에 관한 理論的 發展이 독일에서와는 달리 전개되었다. 독일에 있어서도 1850년대이래 法實證主義的 思考가 헌법학에 크게 영향을 주면서 위헌법률의 法的 效力에 관한 문제에 있어서도 形式的 理論이 크게 확산되었다. 그러나 이 문제에 관해 法實證主義的 立場에서 理論的으로 보다 철저하게 발전시킨 사람은 켈젠(H. Kelsen)이었다. 오지리에서는 違憲法律의 法的 效力의 問題가 일찍이 實定法規定을 통해서 확정되었는데<sup>124)</sup> 이로써 여러 가지 相關문제들이 實定法的으로 해결되었다. 이에 反해 독일에서는 이런 문제들이 아직도 學界

---

121) ders., ebd. S.462.

122) W. Jellinek, in einer Leserschrift, in : DJT 1921 Sp.754.

123) W. Schelcher, Das Prüfungsrecht Der Behörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen, in : Fischers Z 59(1926) S.64.

124) 오지리헌법 제140조, 89조 참조.

와 實務에서 계속 論議되고 있었다. 이처럼 오지리에서 일찍이 실정법적으로 이 문제가 규정된 데에는 法理論的 影響이 컸는데 그 중에서도 Kelsen의 역할이 결정적이었다.<sup>125)</sup> Kelsen은 물론 오지리法에만 影響을 끼친 것이 아니라 그의 理論은 違憲法律이 無效이나 廢止無效이나에 관한 오늘날의 論議에 있어서도 중요한 역할을 하고 있다. 이러한 배경에서 볼 때 Kelsen의 違憲法律에 관한 理論만이 아니라 瑕疵있는 行政行爲에 관한 理論도 살펴보는 것이 필요하다.

### 1) 形式的 瑕疵理論과 그 根據

Kelsen의 理論은 우선 “國家不法에 관하여”라는 글에서 출발하고 있다. 여기서 Kelsen은 후에 순수법학에 수용되는 方法論的 前提를 보여주고 있다. Kelsen은 여기서 모든 內容的 要素를 얻어내야 한다는 주장을 하며 그러한 認識은 모두 法秩序에 해당한다는 것이다.<sup>126)</sup>

Kelsen에 따르면 國家가 法人이라고 할 경우 國家의 意思是 법질서와 同一하다는 것이다.<sup>127)</sup> 만약 國家에 歸屬시킬 수 있는 行爲가 法秩序에 위배된다고 하면 그것은 國家가 自己自身에 위배된다는 것을 의미한다. 왜냐하면 國家가 그가 원하는 것(=法秩序)의 反對되는 것(=不法的 行政行爲)을 행하기 때문이다.<sup>128)</sup> 그러나 이러한 內的 矛盾과 더불어 統一的 國家意思 그리고 통일적 國家理念의 憲法的 構成(Staatsrechtliche Konstitution)은 파괴되고 만다는 것이다. 여기서 Kelsen은 다음과 같은 結論을 이끌어낸다. 즉 不法은 언제나 단지 國家가 意慾하는 것(Staatliches Wollen)의 前提일 뿐 그 內容이 아니라는 것이다.<sup>129)</sup>

---

125) R. Novak, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, 1967.

126) H. Kelsen, Über Staatsunrecht, in : Grünhuts Zeitschrift 40 (1914) S.3.

127) H. Kelsen, ebd. S.7.

128) ders., ebd. S.7.

129) ders., ebd. S.16f.

여기서 Kelsen은 추상적 범주로서 無效인 國家行爲, 無效化할 수 있는(廢止할 수 있는, Vernichtber) 國家行爲, 그리고 取消할 수 있는 國家行爲를 區別한다.<sup>130)</sup> 無效인 國家行爲는 法論理上 “非國家行爲”(Nichtstaatsakt)이다. 이런 行爲에 대하여는 누구나 國家에 대한 責任을 거부할 수 있다. 그런 行爲는 어떤 法的 效力도 發生시키지 못하며 그런 行爲의 無效를 확인하기 위하여 특별한 절차를 요하지 않는다. 즉 無效의 문제는 法論理의 문제이다. 無效의 문제는 國家的 權威에 의해서가 아니라 判斷力을 가진 個人의 思考力에 의해 결정된다는 것이다.<sup>131)</sup> 無效인 國家行爲로부터 瑕疵는 있지만 有效한 國家行爲가 區別된다. 만약 그러한 國家行爲가 다투어지면(取消請求되면) 그 法的 效力은 소급하여 排除될 것이다.<sup>132)</sup> 또한 오로지 向後로부터만 取消할 수 있는 國家行爲가 있다. 이 경우 本來的 意味의 取消을 말할 수 있을 것이라고 한다.<sup>133)</sup>

Kelsen의 이러한—自身の 말에 따르면 法論理的이고 實定法과는 상관없는—類型을 가지고서는 어떤 方法으로 無效인 國家行爲와 無效化할 수 있는(vernichtbar) 國家行爲를 이론적으로 區別할 수 있는지의 결정적인 문제가 해명되지 않는다. Kelsen은 瑕疵의 정도에 따라 차별하려는 Jellinek의 시도에 반대할 뿐만 아니라<sup>134)</sup> 私法規定으로의 逆類推를 제안하는 코르만(K. Kormann)의 이론에도 반대한다.<sup>135)</sup> Jellinek에 대한 Kelsen의 반대이유는 國家行爲의 다양한 瑕疵들을 法理論的으로 區別할 수 없다는 것과 특정한 瑕疵에 相異한 法的 效果를 결부시키는 것은 오히려 實定法에 유보되어 있다는 것이다.<sup>136)</sup> Kormann에 대하여는 다음과

---

130) ders., ebd. S.54.

131) ders., ebd. S.55.

132) ders., ebd. S.55f.

133) ders., ebd. S.56.

134) W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908 S. 56ff.

135) K. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1920 S.217ff.

136) H. Kelsen, Über Staatsunrecht, S.745.

같은 이유로 반대한다. 즉 法律行爲와 마찬가지로 行政行爲에는 오로지 法秩序에 의해서만 그 特性이 부여되기 때문에 私法の 類推適用은 금지된다는 것이다.<sup>137)</sup>

Kelsen 自身은 國家不法에 관한 自己의 理論을 일관되게 적용하면서 단호한 입장을 취한다. 形式과 內容上 法에 부합하는 行爲만이 法秩序와 同一視되는 國家에게 귀속된다면 그 귀속에 대한 판단이 비록 단 하나의 조건만 결여되더라도 일반적 論理的 原則에 따라 내려질 수 없다는 것이다.<sup>138)</sup> 따라서 國家行爲에 어떤 瑕疵가 있더라도 그 行爲의 無效를 야기할 것이라는 것이다. 더 정확히 말하면 國家行爲는 전혀 존재하지 않을 것이라는 것이다. 왜냐하면 어떤 行爲도 國家에 귀속될 수 없기 때문이라는 것이다.<sup>139)</sup> 비록 無效는 모든 瑕疵의 -그것이 形式的 性質이든 內容的 性質의 것이든, 重하든 輕하든 마찬가지로-회할 수 없는 法論理的 結果를 의미하지만 그럼에도 불구하고 實定法秩序는 다양한 法的 瑕疵에 相異한 法的 效力을 결부시킬 수 있다는 것이다.<sup>140)</sup>

Kelsen은 그가 실제적 차원의 문제점을 잘 알고 있다는 것을 보여 주며 “만약 瑕疵있는 國家行爲의 문제를 이론적으로 취급함에 있어서 문제되는 瑕疵가 절대적으로 확실하게 확인되거나 확인될 수 있다고 하는 목시적 前提에서 출발한다면” 그것은 그러한 限 잘못이라고 생각하고 있다.<sup>141)</sup>

그러나 사실상의 法的 問題點을 이처럼 파악했다고 해서 Kelsen은 瑕疵있는 行政行爲에 관한 理論을 발전시키지는 않았다. 그의 견해에 따르면 실정법의 理論은 立法者의 不作爲를 補整할 임무를 가질 수 없기 때문에-비록 Kelsen自身에 의해 법적용에 있어서 부적당하다고 인식되었지만-모든 瑕疵있는 行政行爲는 無效라는데 머무르고 있다.<sup>142)</sup>

---

137) ders., ebd. S.81f.

138) ders., ebd. S.85f.

139) ders., ebd. S.86.

140) ders., ebd. S.87f.

141) ders., ebd. S.92.

142) ders., ebd. S.89.

## 2) 法段階論과 法律의 違憲

Kelsen은 違憲法律의 문제를 다루는데 있어서 주목할 만한 發展을 보인다. “國家不法에 대하여”라는 글에서는 아직 간결하게 다음과 같이 말하고 있다. 왜냐하면 立法은 “國家”에 귀속시킬 수 없는 “社會”의 機能을 나타내기 때문이라는 것이다.<sup>143)</sup> 法律의 制定에 있어서 合憲의要件이 결여되어 있다면 法的 意味의 不法이 존재하는 것이 아니고 瑕疵있는 國家行爲가 존재하는 것이 아니라 “法的으로 전혀 아무것도” 존재하지 않는다는 것이다. 그럼에도 불구하고 公布된 法律이 司法的 審査權限의 결여로 인하여 적용되고 준수된다면 그것은 “法的으로 構成할 수 없는 憲法의 破壞”라는 것이다.<sup>144)</sup>

1934년 出刊한 “순수법학”에서 Kelsen은 과거와는 다른 모습을 보인다. 違憲法律에 대한 그의 생각은 주로 메르클(A. Merkl)에 의해 전개된 法秩序의 段階構造에 관한 理論에 기초하고 있다.<sup>145)</sup> 즉 法은 그 制定을 스스로 규정하며 모든 法規範은 따라서 또 하나의 다른 法規範의 規定에 따라 성립된다는 것이다.<sup>146)</sup> 따라서 法秩序內에서는 制定하는(erzeugende)規範과 制定된(erzeugte)規範—Merkl의 用語에 따르면 定하는(조건지우는, bedingende)規範과 定해진(조건지워진, bedingte)規範<sup>147)</sup>—이 區別된다는 것이다. 제정하는 規範은 제정된 規範과의 關係에서 보다 높은 地位를 갖는다. 이런 方式으로 段階的으로 구성된 法規範의 制定關係는 Merkl과 Kelsen에 의하여 個別(行政)行爲와 法律行爲

---

143) ders., ebd. S.95.

144) ders., ebd. S.95f.

145) A. Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in : Festschrift für H. Kelsen, 1931 S.252ff.

146) H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. S.74.

147) A. Merkl, aaO. (Anm. 145) S.273.

(個別規範)에까지 확대되므로 Merkl과 Kelsen의 段階理論에 따르면 法秩序란 상호 조건지우는 一般的이고 個別的인 規範들의 組織體를 나타낸다.<sup>148)</sup>

위에서 본 바와 같이 “形式的 段階理論”에 따르면 下位規範이 上位規範 가운데 規定된 效力要件을 조금이라도 벗어나면(위반하면) 문제된 行爲가 法的으로는 存在하지 않는다는 意味에서 無效의 結果를 초래했어야 할 것이다. 그러나 오지리 연방헌법 제140조 3항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 違憲法律은 當然무효(ipso jure)인 것이 아니라 단지一向后(exnunc) 또는 未來로부터(pro futuro) 效力을 갖도록—헌법재판소에 의하여 폐지될 수 있다는 것이다.<sup>149)</sup>

Kelsen에게는 上位規範의 效力만이 아니라 그에 反하는 下位規範의 效力도 헌법에 의하여 부여되었다는 것을 “論理的으로 完決된 規範體系”로서의 法秩序의 統一性を 파괴할 위험이 있는 모순으로 보일 수밖에 없다.<sup>150)</sup> Kelsen은 “法秩序의 無矛盾性”에 관한 그의 命題를 求해 주는 대담한 생각으로 이 矛盾을 해결한다. 그러나 그것은 다음과 같은 독특한 結果를 代價로 치룬다. 즉 위헌법률의 잠정적 效力을 인정하는 것으로부터 Kelsen은 憲法이 그에 反하는 行爲도 어느 정도 “원하고 있으며” 헌법에 反하는 行爲에 대하여 規範의 代案을 준비해 놓고 있다는 結論을 끌어낸다.<sup>151)</sup> 따라서 法律이 憲法에 反한다는 것은 論理的의 矛盾이 아니라 헌법에 의하여 규정된 廢止節次에 있어서의 條件이라는 것이다.<sup>152)</sup>

순수법학의 初版에서 개진한 이러한 생각이 오지리 憲法裁判所의 規範統制判決에 있어서 제140조가 規정한 向后效를 論理的으로 正當化하려는 거의 숨김없는 시도였다면 第二版에서는 이 생각이 이미 分명한 獨自性을

---

148) H. Kelsen, aaO. (Anm. 146) S.79ff. ; A. Merkl, aaO. (Anm. 145) S.282ff.

149) 위 註27 참조.

150) H. Kelsen, aaO. (Anm. 146) S.84.

151) ders., ebd. S.85f.

152) ders., ebd. S.87.



갖게되고 Kelsen은 이를 法理論的 認識이라고 말하고 있다.<sup>153)</sup>

이제는 오지리 헌법의 특성과 상관없이 Kelsen은 立法者에게 다음과 같은 선택권을 인정해 주고 있다. 즉 立法者가 헌법에 규정된 절차에 따라 法을 제정하든 “또는” 스스로가 任意로 정한 절차에 따라 法을 제정하든 아니면 違憲의 內容의 規範을 제정하든 그것은 立法者의 選擇權限이라는 것이다. 어쨌든 모든 法律은 헌법상 마찬가지로 效力을 갖는다는 것이다.<sup>154)</sup> 合憲的 法律의 效力은 上位規範과 부합하는데 그 근거가 있고 이에 反해 違憲 法律의 效力은 代案(選擇的)規定(Alternative Bestimmungen)에서 나온다는 것이다. 왜냐하면 立法을 規律하는 직접적 헌법규정에 부합하지 않는 法律의 廢止에 관한 헌법의 규정들은 다음과 같은 의미를 갖는다는 것이다. 즉 이 規定에 부합하지 않는 法律도 그것이 헌법에 규정된 절차에 따라 廢止되지 않는 限 有效하다는 것이다.<sup>155)</sup> 따라서 違憲法律의 法的 效力에 관한 독일에서의 論議에서 자주 인용되는 Kelsen의 理論을 요약하면 “소위 ‘위헌’인 法律이란 合憲이지만 특별한 절차에 따라 廢止될 수 있는 法律”이라는 것이다.<sup>156)</sup>

### III. 西獨 基本法下에서의 論議

#### 1) 憲法裁判所法制定過程에서의 論議

1949년에 제정된 西獨의 基本法은 방대한 權限을 가진 憲法裁判制度를 채택하였다. 西獨의 聯邦憲法裁判所는 具體的 規範統制權만이 아니라 抽象的 規範統制權과 立法에 대한 憲法訴願을 判決할 權限까지도 갖고 있기 때문에 위헌판결을 받은 法律이 언제부터 어떤 法的效力을 갖게 되는가의

---

153) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. S.275ff. : J. Ipsen은 Kelsen의 이러한 주장이 法理論的인 것이 아니라 法解釋論的 結果일 뿐이라는 것이다. 이에 관해 자세한 것은 aaO. (Anm. 3) S.55f. 참조.

154) H. Kelsen, ebd. S.276f.

155) H. Kelsen, ebd. S.278.

156) H. Kelsen, ebd. S.278.

문제는 당연히 상세하게 논의되어야 했다. 그러나 基本法定會議 (Parlamentarischer Rat)의 審議過程에서는 별로 문제되지 않았고 立法者에게 이 문제를 규정하도록 위임하였다. 그 이유는 무엇보다도 違憲法律은 당연히 無效라고 생각했기 때문이다.<sup>157)</sup>

憲法裁判所法을 제정하기 위한 聯邦議會의 審議에 있어서도 違憲法律의 法的效力에 관한 문제는 전혀 문제되지 않았다. 당시 제안된 政府草案<sup>158)</sup>이나 社民黨草案<sup>159)</sup>은 모두 다 이 문제를 구체적으로 다루지 않았다. 왜냐하면 위헌법률은 처음부터 당연히 무효라는 것이 이들에게는 전제되고 있었기 때문이다.<sup>160)</sup> 다만 위헌법률에 기초하여 이미 진행된 행정행위와 이에 기초하여 내려진 판결의 효력을 어떻게 할 것인가 만이 문제되었다. 오랜동안 이 문제를 심의한 법률 및 憲法分科委員會는<sup>161)</sup> 위헌법률에 기초하여 이미 집행된 行政行爲에 대하여는 法的安定性を 이유로 溯及效力을 인정하지 않지만 더 이상 이 法律의 執行은 할 수 없다는 결론을 내렸다. 위헌법률에 기초하여 내려진 判決에 대해서도 원칙적으로 溯及效를 인정하지 않지만 例外的으로 刑事판결에 대해서는 定義와 衡平을 고려하여 再審의 기회를 부여하였다. 이렇게 제정된 憲法裁判所法 제78조와 제79조는 오늘에까지 이르고 있다. 요컨대 憲法裁判所法을 제정하는데 있어서 立法者는 違憲法律은 처음부터 (ex tunc) 당연히(ipso jure) 無效라는데 대하여 아무런 異義를 제기하지 않았고 다만 規範統制決定의 效力이 行政行爲와 判決에도 미칠 것인가만을 문제삼았던 것이다.

## 2) 無效設과 그 論據

西獨의 聯邦憲法裁判所法이 이처럼 明示的으로 無效設(위헌법률의 무

---

157) Ch. Böckenförde에 따르면 이러한 理由이외에 憲法裁判所만이 法律에 대한 違憲判決을 내릴 수 있게 됨으로 말미암아 발생하는 문제점을 간과한데 그 이유가 있다고 한다. aaO. (Anm. 3) S.49.

158) BT-Drucks, I /788 참조

159) BT-Drchks, I /328 참조

160) Ch. Böckenförde, aaO. (Anm. 3) S.50ff. 참조.

161) RA-Druck, I /94 Anl. VI S. 42ff. 참조.

효)을 확정함에 따라 違憲法律의 法的 效力에 대해 더 이상 논의할 여지가 없어졌다. 따라서 연방헌법재판소법이나 基本法을 解說하는데 있어서도 아무런 異論없이 하나같이 이미 憲法裁判所法의 심의과정에서 法律分科委員會가 주장했던 견해를 그대로 받아들였다. 이 당시에 出刊된 解說書의 내용은 거의 마찬가지였다. 가령 가이거(W. Geiger)는 그의 憲法裁判所法 解說書에서 “無効는 처음부터(ex tunc) 效力이 없는 것을 의미한다. 연방헌법재판소는 基本法과의 不一致를 이유로 聯邦法의 無効를 宣言할 任務만을 갖기 때문에 그 規定의 無効가 判決과 더불어 基本法의 效力이 下位規範의 效力과 충돌되는 時點부터 확인될 뿐이다”라고 서술하고 있다.<sup>162)</sup>

레흐너(H. Lechner)도 그의 憲法裁判所法 解說書에서 “헌법재판소법 제78조에 따라 확정된 一般規範의 無効는 원칙적으로 처음부터(ex tunc) 效力을 갖는다. 즉 해당 法規範에 근거하고 있는 모든 法律關係의 法的根據는 소급하여 소멸된다”라고 간결하게 말하고 있다.<sup>163)</sup> 또한 홀트코텐(H. Holtkotten)은 基本法 제93조를 해설하면서 “연방헌법재판소의 判決은 創設의인 것이 아니라 宣言의이다”라고 더욱 간단하게 說明하고 있다.<sup>164)</sup> 이 밖의 헌법문헌에서도 “違憲法律이 無効라는 것이” 예외없이 주장되고 있다.<sup>165)</sup>

이처럼 違憲法律이 처음부터 無効라는 주장이 절대적 다수를 차지하지만 이러한 주장의 근거가 단지 法的으로 규정되었다는 데만 있다면 이는 別로 의미가 없다. 더욱이 이러한 法的 規定을 基本法의으로 확정되었다고 보고 따라서 憲法改正을 통해서만 無効設을 바꿀 수 있다는 주장이 支

162) W. Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar 1951 §78 Anm.4.

163) H. Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1. Aufl. 1954 §79 Allg.

164) H. Holtkotten, Erstbearbeitung des Art., 93, in : Bonner Kommentar 1950.

165) Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.1 Anm. 3에 인용된 문헌들 ; 또 한 Ulsamer, In : Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, aaO.(Anm. 8) §80 S.21 Anm. 3에 인용된 문헌들 참조.

配的인지 모르지만 실제로는 뒤에서 보는 바와 같이<sup>166)</sup> 法律로서 이를 改正하려는 努力에 이러한 주장이 별로 쓸모없는 것으로 나타났다. 法的規定만을 반복하여 주장한다고 해서 그것이 특정의 헌법적 또는 法理論的인 根據를 正當化하지 못한다. 無效設이 通說이긴 하지만 다음의 몇사람을 제외하고는 많은 사람들이 그 論據를 제시할 필요가 없다고 생각하고 그 自明性에만 依存하고 있는 경우 無效設은 相對的으로 약한 立場에 놓일 수밖에 없다. 無效設을 주장하는 憲法的 또는 相對的으로 약한 立場에 놓일 수밖에 없다. 無效設을 주장하는 憲法的 또는 法理論的 論證形式에는 대체로 두 가지가 있다. 그 하나는 衝突(抵觸)모델(Kollisionsmodell)이고 또 다른 하나는 法效力모델(Rechtsgeltungsmodell)이다.

衝突모델에 따르면 法秩序는 統一性を 가지며 그 秩序內에서 矛盾이 있을 수 없다는 가정이 前提된다.<sup>167)</sup> 단지 특정된 人間이나 보통 한정된 하나의 生活實態에 관한 行政行爲에 있어서는 허용되는 것—즉 위법에도 불구하고 유효하다는 것—이 規範에 있어서는 그 一般的 效力 때문에 부인된다. 法秩序는 統一性を 갖는다는 가정을 물론 이론적으로 新法은 舊法에 優先한다 (lex posterior derogat priori)는 원칙에 따라서도 규범의 衝突을 해결할 수 있기 때문에 위헌법률은 無效라는 것을 적절하게 論證하기 위하여는 憲法的 優位라는 또하나의 前提가 추가되지 않으면 안된다. 法律과 憲法的 序列上的 차이는 보통 實定法的으로 확정된다. 西獨의 경우 基本法이 立法者에 대해서도 직접적 효력을 갖게 함으로써 立法者가 違憲的 法律을 제정하지 못하도록 하고 있다.(基本法 제1조 3항)<sup>168)</sup> 法秩序의 統一性的의 原理가 言及되든 안되든 간에 憲法이 有效하거나 또는 憲法에 反하는 法律이 有效할 수도 있다는 兩者擇一的 思考도 가끔 나타난다. 헌법에 反하는 法律이 有效하다는 것은 적어도 헌법의 잠정적 효력상실을 의미하여<sup>169)</sup> 憲法的 效力上的 優位와 不합될 수 없다.<sup>170)</sup>

166) 뒤 二 Ⅲ 3) ㉔ 참조.

167) A. Arndt, die Wichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, in : DÖV 1959 S.82.

168) A. Arndt, ebd. S.82 : H. Sigloch, Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze ? in : JZ 1958 S.81.

169) A. Arndt, ebd. S.82. 비교참조.

衝突모델의 이러한 基本思想外에도 또 다른 형태의 論據도 나타난다. 가령 無效力理論의 由來는 立憲主義時代以前에 있다는 것을 지적한다든가<sup>171)</sup> 權利保護에 초점을 맞춘 論

據<sup>172)</sup> 또는 基本法 제31조(聯邦法律은 支邦法律에 優先한다)의 衝突規範을 類推하는 것 등이 그것이다.<sup>173)</sup>

다음으로 法效力모델은 衝突모델과 그 前提에 있어서도 類似하지만 그 強調點에 있어서는 분명히 區別되는 根據를 제시한다. 法秩序의 統一性思想 또한 法律과 成立되려면 반드시 충족해야 할 法效力의 要件이라고 정의한다.<sup>174)</sup> 理論적으로 法의 上位(一級) 效力規範과 下位(二級) 效力規範을 區別하는 것이 可能하고 이 규범들을 충족하지 못하는 경우 각기 다른 법적 효과가 발생하게 되지만<sup>175)</sup> 그러한 區別에 대한 實定法的 根據가 없으면 모든 規範이 一級效力規範이며 이 規範에 反하는 法律은 성립되지 못한다는 것이다.<sup>176)</sup> 이와 다른 法的 效果의 秩序를 만들려면 憲法改正이 필요하다는 것이다.<sup>177)</sup>

衝突모델과 法效力모델은 그 前提와 法의 效果에 있어서 대부분 一致하지만 이들간에 存在하는 하나의 차이를 간과해서는 안 된다.<sup>178)</sup> 즉 法效力모델에서는 모든 形式的 實質的 法效力 要件들이 충족되지 않으면 “法律”은 도대체 成立되지 못한다는 것이 결론적으로 강조된다. 法效力모델에 따르면 오랜 동안 法的外觀(Rechtsschein)을 가질 수 있지만 원래의 法

---

170) W. Weißbauer/Hesselberger, D., Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen, in : DÖV 1970 S.327.

171) H. Sigloh, aaO. (Anm. 168) S.81.

172) ders., ebd. S.81.

173) A. Arndt, aaO. (Anm. 167) S.83.

174) H. Brinkman, die fingierte Geltung, anmerkungen zur Gesetzgebungstechnik bei Änderung von §79 BVerfGG, in : DOV 1970 S.406ff.

175) H. Brinkmann, ebd. S.407.

176) ders., ebd. S.407.

177) ders., ebd. S.407.

178) 이하에 관하여는 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.75.

效力을 가지고 있지는 않은 단지 外見上の 規範(Scheinnorm)이 成立될 수 있다는 것이다. 이 法效力모델의 論理的 一貫性에도 불구하고 이러한 外見上の 規範은 그 가면을 벗기기가 매우 어렵고 경우에 따라서는 數年間 실제로 效力을 갖고 난 후에야 비로소 憲法裁判所의 判決에 의해 外見上の 規範이라는 것을 알아차리게 된다는 불편함이 있다. 이에 反해 衝突모델은 “충돌할 수 있는” 規範이 도대체 成立되면 上位規範에 의해 배제된다는 것을 前提한다. 이로써 廢止無效設이 論議될 수 있는 첫 걸음이 始作된다.

### 3) 廢止無效設

#### ① 初期理論

違憲法律의 無效理論은 50年代 末까지 거의 異論이 없었다. 위헌법률의 當然無效에 대한 의심은 納稅告知의 中止에 대한 聯邦財政法院의 두 개의 決定이 있는 후 그 結果로서 비로소 분명하게 드러났다. 租稅法的 問題가 위헌법률은 無效인가 아니면 廢止可能한가에 관한 論議의 出發點을 이룬다.

聯邦財政法院은 1958年 12月 12日 그의 判決에서<sup>179)</sup> 稅務公務員은 納稅義務者가 적용된 稅法이 위헌이라고 주장하는 경우 租稅의 執行을 중단할 義務가 없다고 決定하였다. 法源은 이 事件에서 告知의 合法性에 관한 중대한 의심이 있는 경우 中止를 허용하는 라이히 租稅法 제251조 2항의 適用可能性을 부인하고 주로 다음과 같은 생각으로 자기의 견해를 근거지웠다. 즉 基本法 제100조는 法院이 스스로 法律을 위헌으로 취급하는 것을 금지하고 더욱이 행정관청이 그렇게 하는 것을 허용할 수 없다는 것이다. 憲法裁判所의 判決이 있기까지 行政廳은 그 法律을 오히려 合憲的인 것으로 간주해야 한다는 것이다.

聯邦財政法院은 1959年 2月 20日의 決定에서<sup>180)</sup> 해당 법률에 대한 規範

---

179) BFH BStB1 1959 III S.140f. 참조.

180) BFH BStB1 III S.172f. 참조.

統制節次가 聯邦憲法裁判所に 계류중인 경우에 稅務官廳이 잠정적으로 稅額을 査定하거나 財政法院들이 裁判을 중단할 의무가 없다고 판결하였다. 그 근거로서 그러한 경우에 라이히 租稅法 제100조와 제264조를 적용하면 行政과 財務法院의 기능이 마비될 것이라는 것이고 行政廳과 法院은 오히려 合憲性을 갖고 있다는 데에 기초하여 활동해야 하며 따라서 해당 異議申請들이 기각된다 하더라도 法과 衡平에 어긋나지 않는다는 것이다.

聯邦財政法院 決定은 우선 行政府의 本來的 規範統制權限의 문제를 論議하는 계기만을 제고하였다.<sup>181)</sup> 이 論議에 있어서 論證方式은 法官의 審査權에 관한 歷史的論爭에서 나타났던 것과 마찬가지로의 것이다. 行政府의 規範統制權限에 반대하는 사람은 그 강조점을 公務員은 法律, 즉 實定法에 拘束된다는 데에(Gesetzgebundenheit)두는 반면<sup>182)</sup> 찬성하는 사람들은 公務員을 위헌법률의 적용을 배제하는 法, 즉 正當한 法에 拘束된다는 것(Rechtsgebundenheit)을 강조한다.<sup>183)</sup> 비록 변화된 상황에서이기는 하지만 이처럼 또다시 시작된 審査權에 관한 논쟁과 관련하여 違憲法律의 法的效力에 관한 論議도 새롭게 활성화되었다는 점을 주목할 만하다.

이 論議에 있어서 法理論的 類似性은 명백히 나타난다. 行政府의 獨自

---

181) H. Michel, Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, in : NJW 1960 S.841

182) D. Rönitz, Nochmals, die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, in : NJW 1960 S.227 ; H. Götz, Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, in : NJW 1960 S.1180 ; G. Hoffmann, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, in : JZ 1961 S.199 ; W. Kopacek, Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-) Gesetz ? In : BB 1959 S.837.

183) A. Arndt, Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-) Gesetze? in : BB 1959 S. 534 ; A. hamann, aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlichen zweifelhaften Steuergesetzen, in : NJW 1957 S. 1469 ; H. Michel, aaO. (Anm. 181) S.845 ; U. Scheuner, Die Einwirkung der Nichtigkeit von rechtsnarmen auf vorgängige Hoheitsakte, in : BB 1960 S.1253.

的 規範統制權限을 찬성하는 사람은—立憲主義時代에 法官의 審査權을 찬성하던 사람과 꼭 마찬가지로—주로 憲法의 效力優位에 그들의 論據를 두고 있다.<sup>184)</sup> 이러한 憲法優位の 立場은 쉽게 동요될 수 없었고 基本權은 一般法律에 대한 基本法의 優位를 의심의 여지없이 전제하고 있다. 따라서 과거 Anschütz와 같이 法律과 憲法의 同位說에 입각하여 審査權을 부인하려는 시도는 처음부터 실패할 수밖에 없었다. 따라서 行政府의 規範統制權限을 찬성하는 사람들이 理論的 根據를 제시하는 것이 쉽지 않았던 것처럼 그 反對論者들도 違憲法律이 當然無效를 문제삼을 때만 그 근거제시가 가능했다.

廢止無效設이 처음 理論的으로 形成되던 당시에는 괴츠(H. Götz)와 호프만(G. Hoffmann)의 글에서<sup>185)</sup> 나타나는 바와 같이 行政이 法律, 즉 實定法에 拘束되는 것으로부터 解弛해지는 것을 예방하려는 의도가 그 바닥에 깔려 있었다.

Götz와 Hoffmann은 다음과 같은 前提에서 출발하고 있다. 즉 基本法은 法律이 憲法에 反하는 경우에 발생하는 法的 效果에 관해 아무것도 규정하지 않고 있다는 것이다. 違憲法律은 無效라는 것을 明示的으로 규정하지 않았기 때문에,<sup>186)</sup> 즉 독일의 實定法은 本來 違憲인 聯邦法律의 法的 運命에 관해 어떠한 明示的 規定도 두고 있지 않기 때문에,<sup>187)</sup> 이 문제는 全體法 秩序와 관련하여 해결되어야 한다는 것이다. Götz는 더 나아가 聯邦憲法裁判所가 자주 사용하는 “無效”라는 用語는 결코 當然無效(ipsa jure Nichtigkeit)를 의미하는 것이 아니고 오히려 꼭 마찬가지로 法規範의 廢止無效로 이해할 수도 있다는 것이다.<sup>188)</sup>

Götz는 基本法 제100조 1항에 違憲의 法的 效果로서 當然無效를 배제

---

184) A. Arndt, ebd. S.534.

185) H. Götz, aaO. (Anm. 182) S.1177 : G. Hoffmann, aaO. (Anm. 182) S.193.

186) H. Götz, aaO. (Anm. 182) S. 1177.

187) G. Hoffmann, aaO. (Anm. 182) S.194.

188) H. Götz, aaO. (Anm. 182) S.1178.



하고 있다는 것을 증명하려고 한다.<sup>189)</sup> 基本法 제110조는 法院에 대하여 한편으로 法律의 合憲성을 광범하게 심사하도록 의무를 지우지만 다른 한편 연방헌법재판소가 法律의 違憲을 拘束力있게 확정하지 않는 한 위헌으로 인정된 法律의 적용을 배제하지 못하도록 한다는 것이다.<sup>190)</sup> 따라서 提請義務를 규정하고 있다는 것은 적어도 司法的 領域에 있어서 當然無效라고 하는 말 가운데는 아무런 實質的 내용이 없다는 것을 의미한다.<sup>191)</sup> Götz의 見解에 따르면 이것은 行政에 있어서도 마찬가지이다. 즉 “基本法의 意味內容”은 行政府와 市民이 違憲法律에 대하여 聯邦憲法裁判所가 그 無效를 확인하기 전까지는 그것이 존재하지 않는 것으로 보아서는 안된다는 가정을 하지 않을 수 없게 한다는 것이다. 따라서 違憲인 法律은 當然히 무효인 것이 아니라 연방헌법재판소가 원칙적인 遡及效의 形成判決을 통하여 廢止시킬 수 있다는 것이다.<sup>192)</sup> Götz는 물론 이러한 원칙에서 “明白히” 위헌인 法律을 제외시키고 있다. 그러한 法律에는 처음부터 아무런 拘束力이 없다는 것이다. 왜냐하면 그러한 立法上의 잘못에 대하여 立法部는 保護받을 만 하지 못하기 때문이며 그러한 경우에 當然無效를 인정한다 하더라도 法的 混亂이 야기될 염려는 없기 때문이라는 것이다.<sup>193)</sup>

Hoffmann도 역시 基本法 제100조를 그의 주된 論據로 삼는다. 이 규정에 따라 法官은 事件判斷에 있어서 本來無效인 法律이라고 해서 무시하지 못하게 되어 있기 때문에 基本法 제100조는 위헌법률이 당연무효가 아니라는 것을 말해준다는 것이다. 즉 法官은 基本法 제100조 1항에 의해 自己가 원래 無效라고 확신하는 法律을 事件判決에서 간단하게 적용하지 않고 내버려두지 못하기 때문에 法官은 그러한 法律을 존중하지 않을 수 없다는 것이다.<sup>194)</sup>

---

189) H. Götz, ebd. S.1178.

190) H. Götz, ebd. S.1178.

191) H. Götz, ebd. S.1178.

192) H. Götz, ebd. S.1179.

193) H. Götz, ebd. S.1179.

194) G. Hoffmann, aaO. (anm. 182) S.197.

다른 한편 提請義務는 法官에게 위헌으로 생각되는 法律의 적용을 면제해 주고 따라서 法官은 그 法을 적용해서도 안되고 무시해서도 안되기 때문에 Hoffmann에 따르면 위헌 법률은 聯邦憲法裁判所의 결정이 있을 때까지 그 效力이 정지된다는 것이다.<sup>195)</sup>

두 사람은 수미상응하게 연방헌법재판소의 무효선언은 創設的 效力을 가지며 이러한 결정이 있기 전에는 그 누구도 法律의 無效를 주장할 수 없다는 결론에 도달한다.<sup>196)</sup>

Götz는 또한 위헌법률은 단순히 無效化할 수 있을 뿐이라고 생각하는 경우 “憲法の 不可侵性”(Unverbrüchlichkeit der Verfassung)의 原則을 문제삼게 된다는 비난에 대하여 다음과 같이 자기의 주장을 옹호한다. 즉 當然無效를 주장하는 경우 法律의 合憲性을 계속해서 의심하지 않을 수 없는 결과를 가져오기 때문에 違憲法律을 잠정적으로 또한 제한적으로 존중하는 것보다 더 “憲法の 斧柯沈性”을 해친다는 것이다.<sup>197)</sup> 위헌법률이 잠정적으로 효력을 갖는다는 것은 단지 “憲法이 겹쳐지는 것”(Verlagerung der Verfassung)일 뿐이며 그것은 연방헌법재판소에 의해 소급하여 제거될 수 있다는 것이다.<sup>198)</sup> Hoffmann은 물론 그가 주장하는 위헌법률의 停止를 내세우면서 이러한 Götz의 주장에 동조하지 않는다.<sup>199)</sup>

이후 違憲法律이 無效인가 廢止無效인가에 관한 論議는 처음 그 출발점을 이루었던 문제로부터 점차 멀어졌고 이처럼 독립되면서 비로소 獨自的인 理論的(解釋論的) 意義를 얻게 된다. 聯邦憲法裁判所가 行政府의 規範統制 權限에 관한 문제를 해결하게 되자<sup>200)</sup> 違憲法律의 法的 效力에 관한

---

195) G. Hoffmann, ebd. S.196f.

196) G. Hoffmann, ebd. S.198 ; H. Götz, aaO. (Anm. 182) S.1178

197) H. Götz, ebd. S.1181.

198) H. Götz, ebd. S.1181.

199) G. Hoffmann, aaO. (Anm. 182) G.196

200) BVerfGE 12, 180(186) ; O. Bachof, Die Prüfungs- und Verwertungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, in : AOR Bd. 87(1962) S.7ff.

참조

問題는 法學界의 관심을 끌게 되었다.

뵉켄회르데(Ch. Böckenförde)는 1966年 발간한 그의 學位論文 “소위 違憲法律의 無效”에서<sup>201)</sup> 기본적으로 Götz와 Hoffmann의 견해에 따르고 있으나 새로운 점들을 많이 강조한다. 違憲法律은 當然無效라고 하는 그때까지의 通說을

반박하려는 그의 시도는 다음과 같은 無效의 定義로부터 출발한다. 즉 “일반적으로 無效란 事實的 行爲에 어떠한 法的 意義도 귀속되지 않는다는 것을 말한다. 無效인 行爲는 法的으로 存在하지 않으며 어느 때에도 어떤 法的 效果도 가져오지 못한다. 누구나 언제든지 無效를 주장할 수 있다.”는 것이다.<sup>202)</sup>

Böckenförde는 當然無效를 法的 序列秩序理論으로부터의 추론이라고 보며 또한 “上位法은 下位法에 우선한다”는 衝突規則의 적용사례라고 본다.<sup>203)</sup> 그는 當然無效設이 상당한 정도 “論理的 明白性”을 갖고 있다는 것도 인정한다. 그러한 明白性—憲法을 改正하지 않고 死刑制度를 도입하는 것과 같은—분명한 위헌적 法律의 例에서 나타난다. 그러나 그는 明白한 헌법 위반에 대해서는 더 이상 신경쓸 필요가 없다고 한다. 왜냐하면 그러한 위반은 立法過程의 여러 가지 보장을 통해서 배제되기 때문이라는 것이다.<sup>204)</sup> Böckenförde에 따르면 한 사람 또는 몇 사람의 提案者에 의해 준비되고 聯邦議會(와 경우에 따라서는 聯邦參事院)에 의해 여러 차례 審議된 후 多數議員에 의해 疑結되면 聯邦大統領에 의해 검토되고 認證된 法律을 분명한 헌법위반이라고 말하는 것은 넌센스라는 것이다.<sup>205)</sup>

Böckenförde는 또한 法的 序列秩序理論에도 위헌법률의 法的 效力問題를 결정하는데 있어서 결정적 意義를 인정하지 않는다. 왜냐하면 實定

---

201) 위 Anm. 3 참조.

202) Ch. Böckenförde, aaO. (Anm. 3) S.24.

203) Ch. Böckenförde, ebd. S.27.

204) Ch. Böckenförde, ebd. S.27f.

205) Ch. Böckenförde, ebd. S.28.

憲法에 근거한 法과 憲法間의 關係는 단지 “경합되는 法制定機關들의 形式的 序列關係”로 파악되기 때문이라는 것이다.<sup>206)</sup> 사실상 문제되는 것은 法理論의이고 現實과 상관없는 抽象化보다 “立法者の 侵害로부터 憲法을 가장 잘 보장하는 것”이다.<sup>207)</sup> 當然無效理論은 Böckenförde에 따르면 단지 하나의 外見上 완전한 憲法保障일 뿐이다. 이 理論에 따르면 헌법에反하는 法律은 도대체 효력을 갖지 못하기 때문에 憲法은 不可侵이라고 한다. —그렇다면 헌법재판소는 처음부터 불필요한 것이다<sup>208)</sup>— 그러나 하나의 規範的 秩序는 스스로 效力을 가질 수는 없는 것이다.<sup>209)</sup> 基本法은 제1조 3항 및 제79조에 규정한 憲法效力의 優位에도 불구하고 위헌법률은 당연히 무효라는 것을 규정한 것은 아니라는 것이다.<sup>210)</sup> Böckenförde도 이러한 견해의 근거를 기본적으로 基本法제100조에 두고 있다. 基本法 제100조는 한편으로 法官에게 위헌법률을 적용하지 못하도록 하고<sup>211)</sup> 다른 한편으로는 —만약 연방헌법재판소가(憲審査)提請된 法律의 合憲性을 인정하는 경우— 위헌이라고 생각했던 법률을 적용하도록 강제한다는 것이다.<sup>212)</sup>

Böckenförde의 주장을 요약하면 : 基本法에 규정된 연방헌법재판소 規範廢棄獨占에서부터 위헌법률의 당연무효이론은 基本法과 부합되지 않으며 따라서 거부되는 것이 필연적이라는 것이다.<sup>213)</sup>

## ② 憲法裁判所法の 改正論議

### i) 第1次 政府改正案

1962年 聯邦憲法裁判所가 營業稅法の 一部條項을 無效로 선언하자<sup>214)</sup>

206) Ch. Böckenförde, ebd. S.31.

207) Ch. Böckenförde, ebd. S.32.

208) Ch. Böckenförde, ebd. S.35.

209) Ch. Böckenförde, ebd. S.56.

210) Ch. Böckenförde, ebd. S.55f.

211) Ch. Böckenförde, ebd. S.41.

212) Ch. Böckenförde, ebd. S.61.

213) Ch. Böckenförde, ebd. S.62.

214) 위 註20 참조.

이 법의 개정이 불가피하게 되었다. 이 稅法改正에 관한 論議에서의 審議를 계기로 財政委員會는 다음과 같은 內容의 決議案을 本會議에 제출하였다. 營業稅法을 憲法裁判所의 判決에 맞추는데 있어서 연방헌법재판소법 제 79조 2항을 적용하는 경우 稅法分野에서는 불리한 작용이 불가피하게 나타난다. 즉 제79조 2항에 따르면 同裁判所의 判決結果가 租稅를 납부하지 않은 사람들에게만 有利해지고 法을 신뢰하며 租稅를 납부한 사람에게 오히려 불리해진다는 것이다. 따라서 연방정부는 이러한 현상을 방지할 방법을 제시하라는 內容이다.<sup>215)</sup>

이 聯邦議會의 決議案에 대해<sup>216)</sup> 聯邦政府는 이때까지만 해도 연방헌법재판소법 제79조 2항이 實質的 定義와 法的 安定性を 잘 비교형량하여 規定되었기 때문에 改善의 必要性이 없다고 대답하였다.<sup>217)</sup>

이러한 聯邦政府의 態度는 그후 1966年 12月 20日 聯邦憲法裁判所의 賣上稅判決<sup>218)</sup>을 계기로 변하였다. 당시 賣上稅의 不平等에 대한 憲法訴願이 많이 제기되었는데 —그 중에는 이미 1957년부터 계류된 것도 있었다— 聯邦憲法裁判所는 주어진 상황에 따라서는 그러한 不平等한 法律이 일정기간 계속 效力을 갖더라도 완전히 不當하다고 볼 수는 없다는 이유로 모두 각하하였다.<sup>219)</sup> 그러나 聯邦政府는 이 판결을 통해 연방헌법재판소가 만약 위헌판결을 내리는 경우 國家財政을 완전히 마비시킬 수도 있다는 사실을 인식하게 되었다.

이를 계기로 聯邦政府는 1969年 2月 5日의 第四次 聯邦憲法裁判所法 改正案<sup>220)</sup>에서 위헌법률의 法的 效力의 문제를 改革하러 하였다. 즉 賣上稅判決의 경험을 살려 헌법재판소법 제79조에 金錢給付義務에 관한 法律에 違憲判決을 바든 경우 特別規定을 두어 이를 보완하러 하였다.

---

215) BT-Drucks. IV/1343 S.3 비교참조.

216) BT-Prot. IV/S.4078 비교참조.

217) BT-Drucks. IV/2126 비교참조.

218) BVerfGE 21, 12 참조.

219) BVerfGE 21, 12(40).

220) BT-Drucks, V/3816.

그 내용을 살펴보면 公法上 또는 私法上 金錢給付가 있는 法律이 違憲判決을 받는 경우 그 判決의 效力을 다음과 같이 정한다는 것이다. 첫째, 無效善言된 法律은 判決이 있는 前年度 末까지 效力을 가지도록 한다. 단 이 時點은 연방헌법재판소가 해당되는 사람들의 보호해야 할 權利와 法的 安定性 및 중대한 公的 關聯事項을 比較衡量하여 필요하다고 판단하는 경우 앞당겨질 수 있다. 그러한 決定은 특별히 해당되는 사람들, 특히 憲法訴願을 제기했다가 基本法 제100조에 따라 規範統制申請을 낸 재판절차에 참여한 사람들에게 국한되어야 한다. 둘째 위헌판결을 받은 법률이 失效되기 前에는 특별한 法的 規定이 없는 한 종래의 法이 적용된다. 셋째, 다룰 수 없는 法定은 여기에 해당되지 않는다. 그 決定이 연방헌법재판소의 판결 후의 시기와 관련되는 경우 執行은 허용되지 않는다. 이 기간에 징수한 金額은 반환된다.<sup>221)</sup>

이에 대한 聯邦政府의 公式論據는 다음과 같다. 연방헌법재판소가 지금까지 그 근거로 삼고 있는 위헌법률의 當然無效設은 憲法上的 原理가 아니라는 것이다.<sup>222)</sup> 명백히 Böckenförde의 見解를 받아들여 規範의 合憲性에 관한 判斷을 하나의 特別法院에 부여하는 경우 더 이상 當然無效를 말할 수 없다는 것이다.<sup>223)</sup> 이미 效力을 발하던 法律이 후에 無效로 宣言됨으로 말미암아 나타난 效果들이 모두 취소될 수는 없기 때문에 立法者가 事理에 맞게 遡及效를 제한하는 것이 허용되어야 한다는 것이다.<sup>224)</sup> 뿐만 아니라 賣上稅判決을 염두에 두고 다음과 같이 말하고 있다. 헌법재판소가 내린 決定의 遡及效가 미치게 될 광범한 效果는 判決自體에 영향을 주게 되고 따라서 연방헌법재판소는 判決의 結果를 比較衡量해야 할 추가적 부담을 받게 된다는 것이다.<sup>225)</sup> 이 밖에도 현재의 규정은 만일의 경우에 대비하여 소송을 자주 제기하도록 만든다는 것이다.

---

221) BT-Drucks, V/3816 S.3.

222) BT-Drucks, V/3816.

223) BT-Drucks, V/3816.

224) BT-Drucks, V/3816.

225) BT-Drucks, V/3816 S.8.

聯邦憲法裁判所 自身은 이러한 改正案에 반대하여 강력하게 異義를 제기하였다.<sup>226)</sup> 특히 초안의 규정은 더욱 더 많은 訴訟을 제기하도록 만들 것이라는 우려를 表하였다. 연방헌법재판소의 전체회의는 헌법재판소법 제79조 1항에 제1차 연방정부안이 추구했던 목표를 능가하는 다음과 같은 새로운 조항의 추가를 제안하였다. 즉 “연방헌법재판소는 公共福利의 중대한 理由가 있는 경우 無效로 宣言된 法律이 同裁判所가 정하는 時點부터 효력을 상실하게 되도록 명할 수 있다.”는 것이다. 이 제안의 근거로서 다음과 같은 이유를 들고 있다. 이 제안은 政府改正案의 단점을 피할 수 있을 뿐만 아니라 無效의 效力이 未來에 발생하는 것이 꼭 필요한 경우 그러한 사건들도 해결할 수 있다는 것이다.

政府改正案이 의도하였던 金錢給付義務에 대한 특별규정은 대다수 문헌에 서도 비판을 받았다.<sup>227)</sup> 聯邦參事院도 이 改正案의 合憲性에 관한 의심을 표하였다.<sup>228)</sup> 이 改正案은 第2代 議會의 任期가 끝남에 따라 제1독회 이상을 넘기지 못하였다.<sup>229)</sup>

ii) 第2次 政府改正案

---

226) 聯邦憲法裁判所全體會議는 1968년 9월 7일 이 改正案에 관해 論議 했고 그 결과를 다음날 聯邦法務長官에게 전달하였다.

227) 가령 K. H. Friauf, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Steuergesetzen. Zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, in : FR 1969 S.184ff. S.319ff. 특히 S.186 ; H. Brinkmann, Sonderrecht für Geldleistungspflichten? Zur geplanten Änderung des §79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in : DB 1969 S.642ff. 특히 S.643 ; E. Bungeroth, “Kleine Rückwirkung” bei der Normenkontrolle? Bedenken gegen die geplante Neufassung des §79 BVerfGG. in : ZRP 1969 S.73ff. ; W. Schick, Verfassungswidrige, aber “gültige” Steuergesetze? in : JZ 1969 S.371ff. 특히 S.33 ; H. Maurer, Nochmals : Zur geplanten Neuregelung des §79 BVerfGG, in : ZRP 1969 S.100ff. ; 찬성하는 견해를 표한 것으로는 D. Puppe, Zum Außerkrafttreten für nichtig erklärter Steuergesetze, in : DBVI 1969 S.136f.

228) BR-RA Nr. R. 112/68 S.9ff.

229) Ch. Pestaloza, Die Geltung verfassungswidriger Gesetze, in : AÖR Bd. 96(1971) S.29 Anm. 4.

第6代 議會에서도 헌법재판소법의 개정은 시도되었다. 여기서는 金錢給付義務에 대한 特別規定은 더 이상 論議되지 않았고 聯邦憲法裁判所의 改正提案이 논의의 기초가 되었다. 이 改正提案은 제1차 專門委員草案(擔當者草案 Referentenentwurf)에서 약간 변경되었다. 즉 “연방헌법재판소는 公共福利의 중대한 이유가 있는 경우 無效로 선언된 法律이 法律에 의하여 決定될 시점부터 그러나 늦어도 決定의 效力發生과 더불어 失效된다는 것을 그 판결에서 허용할 수 있다. 이 경우 法院과 行政廳은 만약 계류중인 訴訟의 판결이 法律로 定하게 될 시점에 달려 있으면 이를 잠정적으로 중단한다”는 것이다.<sup>230)</sup>

이 改正案의 論據를 第一次 政府改正案의 論據와 비교해 보면 눈에 띄는 차이가 나타난다. 政府改正案이 규정했던 遡及效原則의 例外가 당시에는 아직 헌법적으로 정당화되어야 했고 法律이 위헌판결을 받은 후에도 일정기간 계속 효력을 갖는 것으로 擬制하는 것이 合憲性을 갖는지에 대한 의심이 분명해져야 했던데 비해 이 專門委員草案은 이러한 의심들을 모두 떨쳐 버렸다. 이 草案의 논거는 대체로 연방헌법재판소 全體會議의 提案과 다른 것들을 수궁시키려는 데에 그 목표를 두고 있다. 이러한 변화는 놀라운 것이 아니었다. 이미 연방헌법재판소는 그의 改正提案에서 위헌법률의 法的效力을 어떻게 결정하든 헌법적으로 문제가 없으며 未來效(pro-futuro)의 解決方式은 헌법정책적으로 의미있는 것으로 생각한다는 것을 인식할 수 있도록 하였다. 따라서 위헌법률의 당연무효의 원칙에서 벗어나는데 대한 헌법적 문제점이 議會次元에서 또는 문헌에서 제기되기 전에 모두 제거되었다. 이렇게 해서 위헌법률의 무효는 헌법적으로 결정된 것인가의 문제에 관한 원래 예견되었던 討論은 거치지 않았고 오로지 合目的性의 문제만이 결정되면 되었다.

專門委員草案이 失效의 時點을 法律로 정하도록 규정하고 있는데 대해 연방헌법재판소는 찬성하지 않았다. 1969年 11月 13日 연방헌법재판소의

---

230) RefE von 6. 11. 1969.



全體會議는 未來效의 解決方式을 포기하고<sup>231)</sup> 위헌법률의 失效時點을 연방헌법재판소가 정하도록 하는 提案을 하였다. 즉 “연방헌법재판소는 公共福利의 重大한 理由가 있는 경우 無效로 선언된 法律이 同裁判所에 의하여 결정될 時點부터 失效된다는 것을 그 判決에서 定할 수 있다. 이 時點은 결정의 效力發生 후가 되어서는 안된다”<sup>232)</sup>라는 것이다.

이 규정의 文句는 第二政府改正案에 그대로 채택되었고 따라서 연방헌법재판소가 작성한 改正提案이 議會에서의 審議對象이 되었다. 政府改正案의 公式論據에서는 위헌법률의 溯及無效가 헌법적 차원의 地位를 갖는 것이 아니라는 鮮명한 지적이 포함되어 있고 또 다른 한편 이 改正案의 規定은 法的 觀點以外의 다른 어떤 것도 同裁判所의 判決에 영향을 주지 못하도록 한다는 것이 여러번 강조되고 있다.<sup>233)</sup>

聯邦議會의 法司委員會가 第二次 政府改正案에 대한 연방헌법재판소의 견해를 청취하는 과정에서 同裁判所 스스로는 同裁判所法 제79조의 改正에 별로 적극적으로 아니며 현재의 규정으로도 사건을 처리할 수 있다고 생각하고 있는 사실이 확인되었다. 비록 溯及無效의 規定이 연방헌법재판소를 일련의 사건에 있어서 重大한 문제에 직면하게 했다는 데에는 의견이 일치하나 改正案의 規定이 이런 문제를 해결하는 데에 적당치 않다는 견해가 압도적이었다. 違憲法律이 判決時點을 지나서 계속 效力을 갖는 것이 배제되는 경우 規範統制決定의 判決時點을 지나서 계속 效力을 갖는 것이 배제되는 경우 規範統制決定의 結果에 있어서 立法과 行政에는 아직도 대단한 어려움이 발생할 수 있다는 것이다.<sup>234)</sup> 意見의 청취에 응한 연방헌법재판소 재판관들은 대체로 限界的 事件에 있어서는 —촉구판결(Appelentscheidung)이나, 판결지연 등의 형태로— 비공식적 해결을 선호하는 경향을 나타냈다.<sup>235)</sup> 이 밖에도 연방헌법재판소는 公共福利에 심

---

231) 이 결정은 BT-Drucks, IV/388에 수록되었다. 연방헌법재판소는 이 결정에서 이점에 제안했던 것과는 달리 未來效의 해결방식에 반대하였다(BT-Drucks, VI/388.S.16).

232) BT-Drucks. VI/388 S.15.

233) BT-Drucks. VI/388 S.9f.

234) RA-Prot, VI/Dr. 13 S.59ff. 참조(Haager 裁判官의 見解)

235) Rupp von Brünneck 裁判官의 見解에 관해서는 RA-Prot. VI/Nr. 13 S.76 ; Seuffert 裁判官의 見解에 관하여는 同속기록 S.66ff. ; Geiger 裁判官의 見解에

각한 위험이 있는 경우 판결을 거부하거나 또는 적어도 立法者가 合憲적으로 規定할 때까지 訴訟을 中斷할 權限이 부여되어야 할 것인가의 문제도 논의되었다.<sup>236)</sup> 그러나 政府改正案에 대해 청문에 응한 재판관들로부터 이 改正案이 의미있는 進前을 기대할 수 없으며 반대로 많은 문제를 제기할 것이라는 결론을 얻게 되었다.<sup>237)</sup>

基本法은 當然無效의 原則의 變形을 허용하는가와 같은 중대한 헌법적 문제에 관하여는 단지 부수적으로 논의되었다. 가령 Geiger 재판관이 “하나의 法規定이 上位法인 基本法에 명백히 부합되지 않는 경우 그 규정은 처음부터 존재하지 않은 것으로 취급해야 한다”는 헌법원칙을 강조했으나<sup>238)</sup> 이 문제는 토론 과정에서 더 이상 깊이 논의되지 않았다. 法司委員會는 연방헌법재판소 전체회의의 결정에 근거하여 同裁判所側에서는 위헌법률의 法的 效力을 變型하는데 反對하는 原則적인 憲法的 異義가 없다는 것을 확인하였다.<sup>239)</sup>

改正案의 規定에 반대하는 그때까지 나타난 見解들은 후로바인(J.A. Frowein)과 루프(H. H. Rupp)가 作成한 專門家意見書에 의하여 더욱 확실해졌다. 두 사람은 相異한 출발점에도 불구하고<sup>240)</sup> 결론에 있어서는 일치한다. 즉 改正案의 규정은 제기된 문제들을 기껏해야 줄이기는 하겠지만 결코 해결하지는 못할 것이라는 것이다.<sup>241)</sup> 이들은 다른 法院들에

---

관하여는 同속기록 S.67ff. 참조.

236) Geiger 裁判官의 제안에 관해서는 RA-Prod. VI/Nr. 13 S.69. 여기에 관한 Leibhlolz 裁判官의 견해는 同속기록 S.74 참조.

237) 가령 Geiger 裁判官의 見解(이에 관하여는 Ra-Prot. VI/Nr. 13 S.92 참조).

238) RA-Prot. VI/Nr. 13 S.69 참조.

239) Müller 裁判官의 見解(이에 관하여는 RA-Prot. VI/Nr. 13 S.62ff.) 및 Seuffert 裁判官의 見解(同속기록 S.92) 참조.

240) J.A. Frowein, Zur vorgeschlagenen Änderung von §79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in : DÖV 1970 S.59ff. ; H.H. Rupp, Die Wichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts-BVerfG, NJW 1963, 947, 1243, 1600 in : JUS 1963 S.469ff. 참조.

241) Frowein의 견해 (이에 관하여는 RA-Prot. VI/Nr. 17 S.5) 및 Rupp의 견해 (이에 관하여는 RA-Prot. VI/Nr. 17 S. 14) 참조.

의한 規範統制決定과의 충돌가능성을 지적하였고<sup>242)</sup> 무엇보다도 遡及無效 宣言과 向後無效宣言(ex tunc ex nunc Nichtigerklärung)을 선택할 權限을 갖는 경우 연방헌법재판소는 문제되지 않을 수 없는 政治的 形成權을 갖게 된다는 것이다.<sup>243)</sup>

결국 法司委員會는 위헌법률의 法的 效力에 관해 政府改正案이 규정한 內容의 改正을 거부하였다.<sup>244)</sup> 그러나 法司委員會의 審議가 계속되는 동안 연방헌법재판소법 제79조

는 정부개정안이 포함하고 있지 않았던 두 가지 내용에 있어서 개정되었다. 우선 聯邦法務省은 연방헌법재판소법 제31조의 개정을 제기하였다. 즉 “연방헌법재판소는 規範을 심사하는 경우 그 규범이 無效 또는 基本法과 不尙致하다고만 결정할 수 있는 것이 아니라 基本法과의 不尙致를 確認할 수도 있다”는 것이 고려되어야 한다는 것이다.<sup>245)</sup> 이에 따라 法務省은 다음과 같이 제안하고 있다. 즉 “제13조, 6, 11, 12 및 14호의 경우 헌법재판소의 결정은 法律의 效力을 갖는다. 연방헌법재판소가 法律을 尙致 또는 不尙致하다고 또는 無效라고 선언하는 경우 이것은 제13조 8a호의 경우에도 해당 된다”라는 것이다.<sup>246)</sup>

이에 상응하는 표현이 헌법재판소법 제79조에 채택되었다. 헌법재판소법 제31조의 개정에 관한 法司委員會의 書面報告에 따르면 “뿐만 아니라 연방헌법재판소는 판결에 있어서 法律의 無效만이 아니라 단지 法律이 基本法 또는 기타 聯邦法律과 不尙致 또는 尙致된다는 것을 선언하는 판결이 있다는 것이 고려되어야 한다”는 것이다. 이에 상응하는 헌법재판소법 제79조 1항의 개정은 위원회보고서에 따르면 다음과 같이 그 근거를 제시하고 있다.

---

242) Frowein의 견해 (이에 관하여는 RA-Prot. VI/Nr. 17 S.6f.) 및 Rupp의 견해 (이에 관하여는 동속기록 S.15f.) 참조.

243) 이에 관하여는 RA-Prot. VI/Nr. 17 S.10 참조.

244) RA-Prot. VI/Nr. 23 S.52.

245) RA-Prot. VI/Nr. 23 S.43.

246) RA-Prot. VI/Nr. 23 S.42.

즉 “하나의 法規範이 연방헌법재판소에 의하여 無效로 序言되는 것이 아니라 基本法과 不尙致한다고 선언되는 경우를 明示적으로 규정하는 것은 단지 明白하게 하는데 기여할 뿐이다. 이것은 예를 들어 機關爭訟과 관련을 갖는다.

機關爭訟에 있어서 연방헌법재판소는 제67조에 따라 法規範의 無效를 선언하는 것이 아니라 단지 基本法 規定에 違反된다는 것만을 선언할 뿐이다”라는 것이다.<sup>247)</sup>

연방헌법재판소법 제37조와 제79조에 대한 또 하나의 改正內容은 規範의 違憲的 解釋에 기초하고 있는 刑事判決의 경우에도 再審의 근거를 마련해 주는 것이다. 이 改正은 이미 法司委員會에서의 審議初期에 표명되었던 것이다.<sup>248)</sup>

### iii) 廢止無效設의 變型

違憲法律의 法的 效力의 문제를 개정하려는 시도는 활발한 學界의 토론을 불러 일으켰다.<sup>249)</sup> 비록 연방헌법재판소법 제79조의 개정이 대체로 좌절되기는 했지만 廢止無效設은 계속 주장될 수 있는 것으로 여겨졌다. 왜냐하면 그 草案의 장본인은 연방헌법재판소 자체내에 있었기 때문이다.

이 방향의 헌법적 논의에 있어서 특기할 만한 것은 쾨(H. Söhn)의 저서이다.<sup>250)</sup>

Söhn은 Götz, Hoffmann 및 Böckenförde에 의해 이미 알려진 論證形式을 다르며 基本法 제100조 1항은 違憲으로 생각되는 規範의 效力을 —提請義務에 귀속시켜— 前提하고 있다는 견해에 동조한다. 즉 “당연무효인 것은 拘束力을 가질 수 없고 提請을 강제하는 것은 拘束力을 가

---

247) BT-Drucks. VI/1471 S.6.

248) BT-Drucks. VI/1471 S.6.

249) 가령 W. Weißauer/Hesselberger, D., aaO. (Anm. 170) S.325ff. ; H. Brinkmann, aaO (Anm. 174) S.406ff. ; J.A. Frowein, aaO. (Anm. 240) S.591ff. ; R. Rupprecht, Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in : NJW 1971 S.169ff. ; Ch. Pestalozza, aaO. (Anm. 229) S.27ff. ; G. Meyer-Hentschel, Zeitpunkt des Außerkrafttretens von Organisationsnormen, in : DVBl 1973 S.751ff.

250) H. Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen ? 1974.

지며 모든 拘束作用은 이 拘束的 規範이 現行法秩序에 屬한다는 것을 前提로 하고 있다”고 한다.<sup>251)</sup>

Söhn은 자신의 理論을 위헌법률의 단순한 廢止無效可能性으로부터 法理論의 으로 구별하려고 하고 이러한 目的을 위해 Kelsen의 理論을 빌려온다. 그는 基本法上의 規範統制規定을 Kelsen의 意味의 “選擇的 法效力 規範”(alternative Rechtgeltungsnormen)이라고 본다. 이 統制規範은 헌법의 기타 (“一次的”) 法效力規範에 대하여 잠정적으로 그 效力을 정지시키지만 언제라도 폐지될 수 있는 보다 낮은 質의 規範만을 제정할 수 있다는 것이다.<sup>252)</sup>

Söhn에 따르면 法規範이 잠정적으로 效力을 가지려면 몇가지 최소한의 조건들을 충족해야 한다.<sup>253)</sup> 그런 폐지할 수 있는 法律을 明白性思想의 도움으로 當然無效인 規範과 區別할 수 있다고 하지만 그러한 企圖는 오히려 이론적이라고 여기고 있다. 왜냐하면 “위헌인 法條文은 실무에 있어서 거의 例外없이 有效하며 단지 廢止할 수 있을 뿐이기 때문이다.”<sup>254)</sup> 뿐만 아니라 Söhn은 基本法에 의해 “함축적으로 규정되고 명시적으로 전제된 위헌법률의 效力을 法的 安定性的의 엄격한 要請”이라고 보고 있다.<sup>255)</sup> 이에 따라 헌

법의 불가침성(Unverbrüchlichkeit der Verfassung)이 침해된다고 하는 가능한 批判에 대해 그는 헌법 스스로가 위헌법률의 잠정적 효력을 허용하는 경우에 과연 이 헌법이 어떻게 침해되겠는가고 반문한다. Söhn의 이러한 생각은 다음의 말에서 잘 나타난다. 즉 “헌법이 허용하는 것은 결코 이 헌법의 改正이나 侵毀일 수 없다”는 것이다.<sup>256)</sup>

끝으로 또 하나 주목할 만한 것은 뮌히(Ch. Moench)의 論文이다.<sup>257)</sup>

---

251) H. Söhn, ebd. S.14.

252) H. Söhn, ebd. S.29f.

253) H. Söhn, ebd. S.32ff.

254) H. Söhn, ebd. S.34.

255) H. Söhn, ebd. S.41.

256) H. Söhn, ebd. S.44.

257) Ch. Moench, aaO. (Anm. 3).

대체로 廢止無效설을 주장하는 사람들은 이미 본 바와 같이 法實證主義的 또는 形式主義的 思考에서 출발하고 있다. 그런데 Moench는 이들과는 달리 方法論的으로 물러(F. Müller)의 이론을<sup>258)</sup> 기초로 하여 規範과 현실의 相關關係에서 이 문제를 보고 있다.<sup>259)</sup> 이런 관점에서 그는 當然無效의 理論을 동떨어진 헌법해석의 產物로 본다.<sup>260)</sup> 通說인 當然無效說에 대한 그의 批判도 이 理論이 기초하고 있는 規範에 대한 理解는 規範의 社會的基礎(soziale Substrat)를 등한시하고 있는 데에 있다는 것이다.<sup>261)</sup>

Moench도 이미 언급한 廢止無效설을 주장하는 사람들과 마찬가지로 基本法 제100조에서 다음과 같은 결론을 내린다. 즉 헌법은 헌법에 反하는 法律이 헌법재판소에 의해 폐지되지 않는 한 法秩序에 속하는 것으로 받아들인다는 것이다.<sup>262)</sup> 더구나 當然無效說은 도대체 法的 安定性의 原則과 부합될 수 있는지의 문제가 제기된다고 한다. 왜냐하면 이 法的 安定性이 원칙은 法意 存立에 대한 신뢰를 보호하고 보장하기 때문이라는 것이다.<sup>263)</sup> 뿐만 아니라 Moench는 헌법에 대한 어떠한 위반도 無效의 結果를 곧바로 가져온다고 하는 것은 法的 混亂을 의미함에도 불구하고 通說이 그렇게 주장하는 것은 잘못이라고 비판한다.<sup>264)</sup> 憲法의 優位는 결코 “침해된 憲法規範의 規範性을 一方的으로 극대화하는 가운데서 헌법에 반하는 法律의 無效를 강제적으로 직접 요구하는 것이 아니라 단지 모든 헌법적 프로그램(=헌법규범)을 존중하면서 가능한 한 빨리(가장 적합하게) 제거하는 것을 요구할 뿐이다”고 한다.<sup>265)</sup>

---

258) F. Müller, Normstruktur und Normativität, 1966.

259) Ch. Mäenich, aaO. (Anm. 3) S.114ff.

260) Ch. Mäenich, ebd. S.120.

261) Ch. Mäenich, ebd. S.115f.

262) Ch. Mäenich, ebd. S. 123.

263) Ch. Mäenich, ebd. S.128.

264) Ch. Mäenich, ebd. S.130.

265) Ch. Mäenich, ebd. S.143.

Moench는 타당성있는 헌법적 反論을 방어하기 위하여 Söhn과 마찬가지로 不合理한 論據를 이용하고 있다. 즉 헌법은 실무에 있어서 헌법적 이유로 수행할 수 없는 原則을 정하지 않는다. 왜냐하면 그것은 헌법의 통일성의 원칙에 反하기 때문이라는 것이다.<sup>266)</sup>

### 第三節 結 語

違憲判決을 받은 法律은 언제부터 효력을 상실해야 하는가의 問題에 대해 理論적으로 無效設과 廢止無效設이 대립되어 있음을 보았다. 이 理論中 어느 것도 現實적으로 제기되는 모든 문제를 만족스럽게 해결해 주지는 못한다. 이들은 각기 長點과 斷點을 갖고 있을 따름이다. 즉 無效設이 實質的(具體的) 正意의 실현이라는 점에서 長點을 갖고 있으나 法的 安定性的 側面에서 問題點을 갖고 있고 廢止無效設은 法的 安定性的 확보에 있어서 長點을 갖고 있으나 實質的 正義의 側面에서 문제가 있다는 것을 보았다.

違憲法律의 法的 效力에 관한 問題를 規定함에 있어서 法的 安定性和 實質的 正義間에는 緊張關係가 형성된다. 물론 이러한 緊張關係는 라드부르흐(G. Radbruch)의 말처럼<sup>267)</sup> “실상 正義 그 自體와의 갈등, 즉 外見上의 正義와 사실상의 正義(scheinbare und wirkliche Gerechtigkeit)間的 갈등인 것이다” 왜냐하면 法的 安定性이나 實質的 正義는 모두 正義의 原理에서 나오며 상호 分離할 수 없게 결여되어 있기 때문이다.<sup>268)</sup> 사실상 眞正한 法的 安定性은 實質的 正義를 無視하고 확보될 수 없으며 正義는 法的 安定性的 확보없이 실현될 수 없다. 그러나 違憲法律의 法的效

---

266) Ch. Mäenck, ebd. S.158.

267) G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946 in : Rechtsphilosophie 6. Auf1. 1963 S.353.

268) H. Scholzen, aaO. (Anm. 3) S.95 및 거기에 인용된 문헌들 참조.

力에 관한 문제를 규정함에 있어서 法的 安定性和 實質的 正義를 모두 충분히 고려할 수 없다는 것도 사실이다. 실제에 있어서 法的 安定性은 實質的 正義를 代價로 또한 實質的 正義는 法的 安定性을 代價로 실현된다.

결국 이 문제는 양자를 어떻게 조화시켜 “眞正한” 法的 安定性和 實質的 正義를 실현할 수 있는가의 문제이다.

그런데 이 문제를 어떤 方法으로 조화시키고 실현할 것인가의 문제는 실제에 있어서 매우 어렵다. 傳統的으로 無效설을 따르는 西獨의 경우 위에서 살펴 본 바와 같이 현실적으로 문제가(즉 法的 安定性의 문제가) 제기될 때마다 一部學者들은 廢止無效設을 代案으로 제시하였고 政府와 議會도 이 方向으로 改正을 시도하였다. 그러나 學界와 관계기관의 많은 論議 끝에 廢止無效設은 代案이 되지 못한다는 결론에 이르렀고 改正도 더 이상 시도되지 않았다.

결국 西獨의 聯邦憲法裁判所는 無效說의 바탕위에서 제기되는 문제들을 해결할 수밖에 없었다. 연방헌법재판소는 判決이 가져올 實際的 結果를 고려하여 그때그때 여러 가지 형태의 變型判決을 開發하였다. 즉 法律의 全部 또는 一部の “無效宣言”<sup>269)</sup> 이외에도 法의 空白狀態를 피하고 과도적으로 위헌법률의 效力을 우선 존속시키면서 立法者가 合憲的 狀況이지만 곧 違憲이 될 위험이 있는 “헌법적으로 不完全한 상태의 회색지대”,<sup>270)</sup> 아직은 合憲的 狀況이지만 곧 違憲이 될 위험이 있는 “헌법적으로 不完全한 상태의 회색지대”<sup>271)</sup>를 合憲的으로 시정하도록 立法者에게 촉구하는 “아직은 合憲”이라는 判決類型<sup>272)</sup> 및 法律의 여러 가지 解釋可能性 가운데서 어느 것이 헌법

---

269) 이에 관하여 자세한 것은 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.97ff. ; K. Schlaich, aaO. (Anm. 25) S.161ff. 및 거기에 인용된 문헌을 참조.

270) 이에 관하여는 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.107ff. ; K. Schlaich, aaO. (Anm. 25) S.167ff. 및 거기에 인용된 문헌들 ; 그밖에 특히 P.E. Hein, Die Unvereinbareklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988 ; H. Heußner, aaO. (Anm. 2) S.257ff.

271) Ch. Pestalozza, “Noch verfassungsmäßige und bloß verfassungswidrige” Rechtslagen, in : Festgabe Bundes verfassungsgericht Bd. I 1976 S.540.

272) K. Schlaich, aaO. (Anm. 25) S.181ff. 및 거기에 인용된 문헌들 참조.



에 不尙致하는가를 淸인함으로써 尙급적 無效宣言을 피하고 憲법에 부합되는 해석을 하려는 “法律의 憲法尙致的 解釋”의 判決類型<sup>273)</sup> 등이 그것이다.

西獨의 聯邦憲法裁判所가 이러한 變型判決을 통해 遡及無效의 問題點을 많이 補完하고 改善한 것은 사실이다. 그러나 連邦憲法裁判所가 個別的 事件에 있어서 그때그때 특별한 指示를 함으로써 문제를 해결하는 경우 連邦憲法裁判所가 違憲적 尙황을 풀어나가는데 있어서 조정의 기능을 떠맡게 된다. 이러한 역할은 連邦憲法裁判所 스스로가 주장하는 解釋의 原則에 따르면 立法者의 任務인 것이다.<sup>274)</sup> 따라서 현재의 西獨과 尙은 尙황에서는 連邦憲法裁判所가 立法府의 權限과 역할을 침해하지 尙으면서 尙호 協조하여 문제를 풀어나가는 것이 중요하다.

우리는 西獨의 經驗에서 많은 것을 배울 수 있을 것이다. 그 尙에서도 기본적으로 중요한 것은 廢止無效設이 문제를 해결하는 代案이 되지 못한다는 사실이다. 독일의 대다수 學者들이 廢止無效設이 문제를 해결하는 代案이 되지 못한다는 사실이다. 독일의 대다수 學者들이 廢止無效設을 反對하는 基本的인 理由중의 하나는 그것이 法實證主義的 思考의 產物이라는 데 있다. 法實證主義的 觀點에서는 이 問題만이 아니라 法學의 全般에 걸쳐 문제를 改善하고 發展시키는데 많은 制約을 받게 되기 때문이다.

---

273) K. Schlaich, aaO. (Anm. 25) S.184ff. 및 거기에 인용된 문헌들 참조.

274) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.124.

## 第六章 結章—憲法裁判所法の 改正方向

金 哲 洙

(서울大 法大 教授, 法博)

### 第一節 憲法裁判所法の 成立

#### 1. 憲法裁判所法案의 起案

##### (1) 法務部安

第6共和國憲法이 效力을 발생하자 法務部는 그 附屬法律로서 憲法裁判所 法案을 成案하게 되었다. 法務部는 法律作成팀을 만들어 憲法委員會, 法院 關係者들과 在野法曹人들의 諮問을 얻고 公聽會를 얻고 公聽會를 열어 案을 作成하기에 이르렀다.

法務部는 1987年 10월에 憲法裁判所法制定審議事項을 確定하였는데 ① 權限 ② 組織과 構成 ③ 一般의 裁判節次 ④ 違憲法律審查 ⑤ 權限爭議 ⑥ 彈劾審判, 政黨解散 ⑦ 憲法訴願 등에 관해서 檢討하고 있다.<sup>1)</sup> 法務部는이 에 앞서 유럽各國의 制度를 視察하고 外國法律을 번역하는 등 基礎作業을 마쳤다.

1988年 1月 15日에는 司法研修院에서 公聽會格인 세미나를 開催하여 各界의 意見을 청취하였다.<sup>2)</sup> 이 公聽會에서는 憲法訴願對象에 裁判을 包

1) 法務部, 憲法裁判所法制定審議事項, 1987, 10.

2) 憲法裁判所法の 制定方向, 法律新聞, 1988年 1月 18日號 p.10. 法務部, 憲法裁判所 許營, 憲法裁判所法制定에 관한 管見, 法律新聞, 1988. 1. 15. 참조.

숨시켜야 할 것인가에 대하여 意見이 백중하였고 憲法裁判所裁判官을 常任으로 할 것인가 非常任으로 할 것인가 등에 論難이 많았다.

法務部는 4月에는 憲法裁判所法案을 作成하여 立法豫告하였다. 이에 대해서 學界나 法曹界에서 상당한 批判이 있었다. 첫째로 裁判官 9人중 3人만을 常任裁判官으로 하려는 데에 批判이 많았고 둘째로 法院의 判決이나 決定에 대해선 憲法訴願을 할 수 없는 점에 批判이 행해졌다.<sup>3)</sup> 法務部는 이 案에 대한 贊反論이 엇갈리자 政府案으로 提出할 것을 포기하고 民正黨議員 立法案으로 國會에 提出하였다.<sup>4)</sup>

## (2) 大韓變協案

大韓辯護士協會에서는 「새로 憲法裁判所法을 制定함에 있어서 지금까지 有名無實하였던 法律에 대한 違憲審査提請制度를 活性化하도록 하고 憲法訴願制度가 本來의 趣旨대로 運營되어 國民의 自由와 權利가 철저히 保障될 수 있도록 하기 위하여 所屬會員의 意見을 종합하여 憲法裁判所法案을 作成하였다.」<sup>5)</sup>

이 法案이 法務部案과 다른 점은 첫째로 國家 또는 地方自治團體의 모든 機關은 憲法裁判所의 憲法裁判에 적극 協調할 義務를 진다는 것과 둘째로 所長 및 裁判官은 全員 常任職으로 한다는 것 셋째로 審判參加制度를 두어 審判結果에 利害關係가 있는 第三者도 審判에 參加할 수 있도록 한 것 넷째 審判의 對象은 法律 뿐만 아니라 緊急財政經濟命令, 緊急命令, 條約 기타 法律과 同一한 效力을 갖는 法規도 포함하게 했고 다섯째 彈劾訴追의 對象을 行政機關의 長인 政務職公務員, 國會事務總長, 檢察總長 및 合同參謀議長, 各軍參謀總長으로 擴張한 것 여섯째 裁判을 憲法訴願의 對象으로 한 것이었다.

---

3) 예를 들면 金哲洙, 法務部の 憲法裁判所法案을 보고, 月刊考試, 1988. 6. 方順元, 憲法裁判所의 發足에 붙여서, 司法行政, 1988. 7.

4) 李漢辯護士協會, 憲法裁判所法案, 1988. 6.

5) 大韓辯護士協會, 憲法裁判所法案, 1988. 6.

이 案은 野黨案으로 되어 金瑋鎬, 黃秉泰, 金龍換 外 163人인 國會에 提案하게 되었다.

### (3) 法司委員代案

1988年 7月 23日 法制司法委員會는 李韓東外 91人이 提案한 憲法裁判所法案과 金瑋鎬議員外 163人이 提案한 憲法裁判所法案을 審査한 結果 2個法案을 統合하여 單一案을 整理, 法制司法委員會代案으로 提案하고, 兩原案은 本會議에 附議하지 않기로 하였다.

이 法司委代案의 特色은 첫째 憲法裁判所長외에 5人의 常任裁判官을 두도록 하여 與黨案과 野黨案을 채택한 것과 셋째 與黨案보다 보다 상세히 규정한 것이다.

## 2. 憲法裁判所法の 公布施行

이 代案은 國會를 通過하여 1988年 8月 5日에 法律 第4017號로 公布되었다. 이 法律은 附則 第1條에 따라 1988年 9月 1日부터 施行되게 되었으며, 이 法에 의한 憲法裁判所長, 常任裁判官 및 裁判官의 任命 기타 이 法施行에 관한 준비는 이 法施行전에 할 수 있도록 하였다. 그러나 國會의 開院 지연으로 憲法裁判所所長과 裁判官의 任命이 늦어져 9月 中旬에야 任命狀이 수여되어 憲法裁判所는 正式出帆하게 되었다.

## 第二節 憲法裁判所法の 問題點

### 1. 憲法裁判所의 獨立性不足

憲法裁判所法은 「憲法裁判所長의 待遇와 報酬는 大法院長의 例에, 常任

裁判官의 待遇와 報酬는 大法官의 例에 準한다」 「非常任裁判官은 名譽職으로 한다」(法 제15조)고 하여 憲法裁判所와 大法院關係에 있어서 마치 大法院이 優越한 것처럼 보이고 있다. 또 憲法裁判所裁判官指名에 있어서 大法院長은 地法院長을 指名함으로써 憲法裁判官이 大法官보다 下位인 것 같은 印象을 주고 있다.

또 憲法訴願의 경우에도 法院의 判決에 의하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에만 憲法訴願을 할 수 없도록 하여 法院의 裁判이 憲法裁判所의 審判에 우월한 것 같은 感을 주고 있다.

또 憲法裁判所에게 憲法裁判에 관한 法律提案權을 주지 않음으로써 法務部를 통해야만 法案을 提出할 수 있게 되어 憲法裁判所가 法務部나 行政府의 牽制와 影響을 받게 되어 있다. 또 政府추천의 憲法裁判官에도 大檢檢事들이 들어 있어 行政府의 憲法裁判所牽制意圖를 엿보이게 하고 있다. 또 憲法裁判所의 경우 豫算編成의 獨立에 관한 規定이 없어 行政府의 豫算編成權에 따라 많은 制約을 받게 된다.

이 점에서 憲法裁判所의 獨立이 不實하다는 批評이 높다.

## 2. 憲法裁判所非常任裁判官의 問題點

憲法裁判所의 裁判官은 常任이거나 非常任이거나 間에 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 裁判할 義務가 있다. 非常任裁判官도 그 業務量이 늘어나고 있어 거의 常勤을 해야 할 形便인데도 이들에게 日當과 旅費, 기타 手當만 주고 있는 것은 不合理하며 生界維持를 위하여 兼職을 할 수 있게 함으로써 그에 따르는 除斥・忌避事由가 발생할 소지가 있다. 常任裁判官에게는 兼職禁止義務가 規定되어 除斥事由가 별로 없는데도 非常任裁判官은 辯護士등을 兼職하고 있어 除斥事由인 ① 裁判官이 事件에 관하여 當事者의 代理人이 되거나 되었던 경우 ② 기타 裁判官이 憲法裁判所외에서 職務상 또는 職業상의 이유로 事件에 관여하였던 경우에 해당될 가능성이 많다.

違憲法律審査나 憲法訴願의 경우 認容決定이나 違憲決定이 있으려면 6인이상의 贊成이 있어야 하는 것을 생각할 때 한사람의 裁判官이라도 除斥되는 경우 그 認容決定이나 違憲決定이 어렵게 된다. 이 점에서 非常任裁判官의 常任化가 요망된다.

### 3. 裁判의 憲法訴願除外에서 오는 폐단

法院의 裁判을 憲法訴願의 對象에서 除外함으로써 憲法訴願이 活性化되지 못하고 있다. 民·刑事判決 自體에 대한 訴願을 인정할 경우 모든 事件의 四審化로 節次가 지연되어 혼란을 초래하고 法院의 權威를 侵害한다는 反論이 있으나 基本權保障을 위해서는 民·刑事事件的 判決에 대하여서는 특히 憲法訴願을 인정하여야 할 것이다. 行政事件의 경우에는 命令·規則·處分이 憲法이나 法律에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院이 이를 最終적으로 審査할 權限을 가진다고 하여 問題가 될 수도 있다. 이를 逆으로 解釋하면 命令·規則·處分の 違憲性與否가 裁判의 前提가 된 경우에만 憲法裁判所가 違憲與否에 대하여 最終적으로 判斷할 수 있다고 하겠다.

이 규정은 下級審인 法院은 命令·規則·處分の 違憲性· 違憲性審査에서는 大法院의 解釋決定에 따라야 한다는 것을 明示한 것이라고 보아야 할 것이다.

## 第三節 憲法裁判所法の 改正方案

### 1. 憲法裁判所의 獨立性強化

憲法裁判所의 獨立性을 강화하기 위하여 憲法裁判所에 關聯法律案을 國

會에 직접 提出할 수 있게 하며 또 豫算要求도 國會에 직접 提出하게 해야 할 것이다. 豫算에 관해서는 法律이 經費의 獨立을 규정하고 있으나(法 제11조) 이로써 不足하다. 憲法裁判權의 獨立을 강화하기 위하여서는 三府에의 依存性은 가능한 限 적어져야 할 것이며 獨自의인 法律案提案權과 豫算案提案權이 요구되고 있다.

現行豫算會計法은 憲法裁判所의 歲出豫算要求額을 減額할 때에는 國務會議에서 憲法裁判所長의 의견을 구하여야 한다(제29조)고 규정하고 있으나 사실 이는 有名無實한 것으로 이 법을 고쳐 憲法裁判所의 豫算要求案은 政府의 修正理由書와 함께 國會에 보내어 國會에서 審議하도록 하여야 할 것이요 行政府에서 修正減額해서는 안 될 것이다.

憲法裁判所長의 儀典上地位는 西獨의 경우 大統領 다음으로 國會議長 앞이므로 우리나라에서도 儀典關聯法令을 고쳐 그 地位를 格上시켜야 할 것이며 憲法裁判所裁判官의 地位도 높게 하여야 할 것이다. 그 地位에 있어서는 大法官보다 앞서게 해야 하겠다.

## 2. 憲法裁判所裁判官의 全員常任制

現在 9人の 裁判官中 6人만을 常任으로 하고 3人は 非常任으로 하고 있는데 6人の 常任裁判官만으로 폭주하는 事件을 신속하게 처리할 수 없기에 9人全員을 常任裁判官으로 하여야 한다. 現在의 非常任裁判官은 辯護士 등 兼職을 할 수 있게 되어 있어 裁判官職과 利害衝突의 可能性이 있기 때문에 職務의 特性에서 보아 常任裁判官으로 하여 兼職을 禁止하도록 하여야 한다.

西獨, 스페인 등 憲法裁判所는 全員常任으로 되어 있으며 우리나라의 第2共和國憲法裁判所法에서도 全員常任으로 하였다. 現在의 非常任裁判官을 法律을 改正하여 常任裁判官으로 任命하는 경우 그 退任期가 다른 6人の 常任裁判官과 달라 6人の 常任裁判官의 同時退職에 따른 職務上空白이나 判決의 急激한 變化를 豫防할 수 있는 점에서도 좋을 것으로 생각

된다.

### 3. 憲法裁判所裁判官資格의 多樣化

現行憲法은 裁判官은 法官의 資格을 가져야 한다고 하고 있는데 檢事·辯護士에게 資格을 擴大하고 있다. 現在는 이들이 同一資格이나 앞으로 法源組織法이 改正되어 法官資格을 檢事·辯護士보다 格上하는 경우에는 그 改正이 요망된다. 또 辯護士의 資格이 있는 者로서 國家機關등이나 大學에서 講義한 者에게 任命資格을 주고 있는데 이것도 法官의 資格을 가진 者로 改正하여야 할 것이다.

現在의 法源組織法은 ① 司法試驗에 合格하여 司法研修院의 所定課程을 마친 者 ② 檢事 또는 辯護士의 資格이 있는 者를 法官資格者로 하고 있는데(法제42조) 法曹一元化의 原則에 따라 檢事·辯護士·助教授의 資格이 있는 者로서 10年이상 經歷이 있는 者만 法官資格이 있도록 고치는 것이 바람직할 것이다. 獨逸의 法官法이나 日本의 辯護士法 및 多數國家의 法官法이 教授에게 法官資格을 주고 있는 것도 본받아야 할 것이다.

憲法裁判과 같이 高度의 憲法知識을 요하는 最高機關의 구성에는 憲法學이나 行政法學에 조애가 깊은 學者들의 참여가 필수적으로 요청된다. 西獨의 Herzog 所長이며 Böckenförde 등 裁判官이 憲法教授出身이며 오지리의 Adamovich 所長도 憲法·行政法교수이고 Badinter 프랑스所長도 教授出身임을 감안할 때 教授의 참가로 憲法裁判所判決理由의 치밀화에 기여해야만 할 것이다.

### 4. 憲法裁判代理人의 資格의 多樣化

現行憲法裁判所法은 憲法裁判의 代理人資格을 辯護士로 限定하여 一般人の 代理나 本人訴訟을 막는 辯護士強制主義를 채택하고 있다. 이는 憲法裁判이 高度의 憲法知識을 요구하고 있기 때문에 憲法訴訟의 公正化 迅



速化를 期하기 위한 것으로 보인다. 그러나 모든 審判에서 辯護士代理를 強制하고 있는 점에서 憲法訴訟의 無償이라는 理念에 反하고 있다. 一般法院에서는 辯護士強制主義를 채택하고 있는 西獨에서조차 憲法訴訟에서는 이를 強制하지 않고 있다. 이는 資力없는 國民의 憲法裁判에의 接近을 쉽게 하기 위한 것이다.

스페인에 있어서는 憲法訴願에서만 辯護士強制主義를 채택하고 있는데 이는 濫訴를 防止하기 위한 것으로 보인다. 우리나라에서는 辯護士強制主義를 채택하면서 憲法訴願의 경우에만 國選代理人制度를 두고 있어 資力이 없는 사람도 구제해 주고 있다. 그러나 이 規定을 잘 몰라서 利用하지 못하고 있는 사람도 많은 것으로 보인다.

우리나라에서도 원칙적으로 辯護士強制主義를 폐지하고, 審理에 있어 不便이 심하다면 職權에 의하여 國選代理人을 選任해 주도록 하여야 할 것이다. 또 辯護士나 國選代理人의 資格을 완화하여 憲法에 조애가 있는 教授나 法制官 등에게도 代理資格을 인정해야 할 것이다.

## 5. 違憲法律審査의 活性化를 위한 改善

違憲法律審査에 있어서 提請한 法律 뿐만 아니라 憲法訴願에 의하여 문제된 法律의 違憲與否가 문제된 경우에는 基本된 審判事件에 대한 決定을 함에 附隨하여 違憲인 法律 또는 法律의 條項에 대하여 違憲決定을 할 수 있도록 함이 필요할 것이다.

違憲法律審査의 對象을 擴大하여 形式的意味의 法律 이외에도 實質的意味를 法律인 緊急命令, 緊急財政命令 등도 審査의 對象이 되도록 明文의 規定을 두어야 할 것이다. 또 統治行爲에 근거한 戒嚴布告令도 같다.

違憲無效決定外에도 警告決定, 法律改正促求決定 등 決定主文을 多樣化하여 法律에 대한 違憲審査를 活性化해야 할 것이다. 이와 관련하여 豫防的違憲法律審査의 可能性도 검토할 수 있을 것이다.

## 6. 違憲決定效力範圍의 擴大

現在는 法律의 違憲決定이 있더라도 刑罰條項을 除外하고는 遡及하지 않고 將來效만 인정됨으로 訴訟當事者를 救濟 못하는 경우가 많다. 이에 違憲決定의 遡及效의 範圍를 확대하여 違憲決定 당시 基本權을 制限하는 法律의 適用에 관하여 係爭中에 있거나 爭訟提起의 法定期間內에 있는 者에게도 違憲決定의 效力이 미치게 하여 救濟를 받을 수 있도록 法律을 改正하여야 할 것이다. 將來效 때문에 爭訟中에 있는 사람의 權利救濟가 되지 않는다는 것은 自然的 正義에 違背하기 때문이다.

## 7. 憲法訴願의 對象擴大

憲法訴願에 있어 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 基本權을 侵害받은 國民은 당연히 訴願을 청구할 수 있도록 되어 있다. 이에는 司法權, 統治權도 포함됨은 물론이다. 그런데 유독 裁判에 대해서만 憲法訴願에 의한 救濟를 排除하고 있는 것은 憲法訴願의 本旨에 反하는 것이라고 하겠다. 裁判에 대한 憲法訴願을 否定하게 되면 事實상 補充性的의 原則에 따라 憲法訴願이 거의 봉쇄되게 된다. 그리하여 現在는 法律에 대한 憲法訴願이나 檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願이 主流를 이루는 傾向이 없지 않다.

이에 憲法訴願을 本質적으로 司法府判決에 대한 不服節次로 인정하고 있는 西獨이나 스페인의 立法例에 따라 모든 法院의 判決에 대한 憲法訴願을 인정하여야 할 것이다. 行政處分, 命令, 規則, 法律, 統治行爲에 대한 憲法訴願을 전부 인정하도록 法律을 改正하여 明確性을 가지도록 할 것이다.<sup>6)</sup> 西獨에서는 命令, 規則, 處分 뿐만 아니라 統治行爲, 緊急命

---

6) 상세한 것은 金哲洙, 憲法訴願制度에 관한 改善方案 참조.

令, 法律, 條約에 대한 憲法訴願이 判例上 인정되고 있다.

## 8. 假處分制度의 新設

公權力의 行使로 인하여 國民의 基本權이 침해되어 있는 경우에 緊急을 요할 때에는 憲法裁判所가 假處分을 함으로써 本案決定前이라도 臨時救濟할 수 있는 假處分制度를 도입하여야 할 것이다.

## 9. 違憲政黨解散時 所屬國會議員의 資格喪失

政黨解散決定의 效果에는 政黨解散만 규정하고 있는데 政黨解散을 命하는 決定을 하는 경우 그 所屬議員이 있는 경우 그 職을 喪失하도록 法律을 改正하는 것이 바람직할 것이다. 現行法에는 이에 관한 規定이 國會法이나 國會議員選舉法, 政黨解散의 法的效果에 대하여 意見이 代立되어 있기 때문에 이를 憲法裁判所法에 明示하는 것이 바람직할 것이다.

## 10. 彈劾審判對象擴大

現行憲法裁判所法은 彈劾訴追對象者로 ① 大統領·國務總理·國務委員 및 行政各部의 長 ② 憲法裁判所裁判官, 法官 및 中央選舉管理委員會委員 ③ 監查院長 및 監查委員 ④ 기타 法律이 정하는 公務員으로 되어 있는데 이에 檢察이 起訴하기 어려운 公務員을 追加하자는 논의가 있다. 이는 國會法에서 규정하는 것도 한 方法일 것이다. 예를 들면 檢事, 合參議長, 各軍參謀總長, 次官(政務委員)들도 포함할 수 있을 것이다.

## 11. 地方自治團體相互間の 權限爭議의 削除

地方自治團體相互間の 權限爭議事件은 이를 一般法院의 權限으로 하는 것이 바람직할 것이다. 특히 市·郡 또는 自治區 相互間の 權限爭議事件까지 관장할 必要가 있을지는 의문이다. 憲法裁判所는 憲法事件만 담당하고 行政事件은 大法院率下에 行政裁判所를 설치하여 맡기는 것이 옳을 것이다.

## 研究者 略歷

### (金 哲 洙)

서울대학교 法科大學 卒業

서독 München大學, 미국 Harvard 大學에서 法學研究

法學博士(서울대학교)

한국公法學會 會長 역임

서울대학교 法學研究所長 역임

現 韓國法學教授會 會長

現 서울대학교 法科大學 教授

### (趙 炳 倫)

서울대학교 法科大學 卒業

法學博士(서울대학교)

Paris II 大學校 卒業(法學博士)

영남대학교 교수 역임

現 明知大學校 教授

### (黃 祐 呂)

서울대학교 法科大學 卒業

法學博士(서울대학교)

서독 Marburg大學, 미국 Harvard大學에서 法學研究

서울 民·刑事 地法 判事

現 서울地方法院 南部支廳 部長判事

(梁 建)

서울대학교 法科大學 卒業  
미국 Texas Austin 大學에서 法學研究  
法學博士(서울대학교)  
崇實대학교 教授 역임  
現 法과 社會研究會 會長  
現 한양대학교 教授

(桂 禧 悅)

高麗대학교 政經大學 卒業  
西獨 Freiburg대학교 法科大學(法學博士)  
한양대학교 教授역임  
現 高麗대학교 法科大學 教授



## 第二編

# 憲法訴願의 對象에 關한 研究



## 머 리 말

第6共和國憲法에 처음으로 규정된 憲法訴願制度는 오스트리아, 스위스, 西獨, 스페인 등에서 행해지고 있는 憲法保障과 權利救濟手段이다. 우리나라에서는 第6共和國憲法을 制定하면서 憲法裁判所制度를 도입하였고,<sup>1)</sup> 새로이 憲法訴願制度를 규정하였다. 이 憲法訴願制度는 우리나라

1) 새 헌법상의 헌법재판에 관한 문헌을 발표된 순서로 열거한다.

金孝全, 憲法裁判所의 憲法上 地位와 權限, 考試界 1987년 12월 60~72면; 張慶贊, 憲法裁判所, 大韓辯護士協會誌 1987년 12월호 25~28면; 李康嫻, 憲法裁判所의 憲法上 地位와 權限, 法務部, 憲法裁判制度(法務資料 제95집), 1988년 2월 7~29면; 崔光律, 憲法裁判所法の 立法方向, 위 資料 30~46면; 李康國, 憲法裁判所法の 制定에 관하여, 위 資料 47~54면; 安大熙, 憲法裁判所法制定 學論事項, 위 資料 55~93면. 이 자료집에는 기타 입법자료가 수록되어 있다. 李鎔實, 憲法裁判所法の 制定方向 法律新聞 1988년 1월 18일자; 許營, 憲法裁判所法制定에 관한 管見, 法律新聞 1988년 1월 25일자; 金哲洙, 憲法裁判所法の 制定問題, 國會報 1988년 2월호 3~6면; 金榮秀, 憲法裁判所, 月刊考試 1988년 2월호 143~154면; 朴一煥, 憲法裁判所制度(上)(下), 司法行政 1988년 4월호 32~38면 및 5월호 39~43면; 金哲洙, 違憲法律審査提請制, 考試研究 1988년 5월호 95~109면; 金哲洙, 法務部の 憲法裁判所法案을 보고, 月刊考試 1988년 6월호 12~13면; 方順元, 憲法裁判所의 發足에 붙여 司法行政 1988년 7월호 18~19면; 金哲洙, 憲法裁判의 活性化, 判例月報 1988년 9월호 5~10면; 梁建, 憲法裁判所法, 考試界 1988년 9월호 28~41면; 閔京植, 憲法裁判所의 構成과 權限, 考試研究 1988년 9월호 40~66면; 崔光律, 憲法裁判所法概觀, 司法行政 1988년 10월호 69~89면; 同人, 憲法裁判所法 解說, 1989년 2월; 李壬成, 現行憲法附則 第5條와 憲法裁判所의 違憲審査權에 關聯된 疑問들, 大韓辯護士協會誌 1989년 2월호 128~132면; 朴一煥, 違憲判決의 效力(上)(下), 大韓辯護士協會誌 1989년 3월호 8~19면 및 4월호 39~46면; 特輯: 憲法裁判의 課題/座談, 司會: 李範烈, 參席者: 權寧星-金在坤-金周元-李海鎮, 大韓辯護士協會誌 1989년 1월호 10~30면; 朴一煥, 法律의 暫定效와 違憲審査(上)(下), 法律新聞 1989년 3월 6일 및 13일자; 李時潤, 憲法裁判概觀(上)(下), 判例月報 1989년 5~6월; 憲法裁判所, 憲法裁判制度의 諸問題, 憲法裁判資料 제1집 1989년 5월 (여기에는 이미 발표되었던 22편의 논설이 다시 수록되어 있다); 丘秉溯-姜京根-金承煥共譯, 現代憲法裁判論, 法文社, 1989년 8월 (Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, 1971); 朴一煥, 違憲法律의 效力, 憲法裁判所, 憲法裁判에 관한 參考人陳述 附: 憲法裁判制度에 관한 研究, 憲法裁判資料 제2집 1989년 9월 143~186면; 憲法裁判所事務處, 憲法裁判所, 1989년 9월; 김문현, 헌법재판소의 결정례에 대한 전반적 평가, 法과 社會 장간호 1989년 5월 292~301면; 桂禮悅, 憲法裁判의 制度的 考察, 月刊考試 1989년 12월호 66~82면; 李尙圭, 憲法裁判制度의 運營, 上同 83~93면; 姜京根, 1989년 憲法裁判所의 決定과 意味-人身言論-選舉權에 대한 憲法決定을 中心으로-, 上同 94~110면; 韓炳萊, 憲法裁判의 根源과 理論, 憲法裁判所, 1990년.

(가) \* 기타 참고자료.

(나) 政府의 憲法裁判所法案, 法制 1988년 5월 10일호 및 司法行政 1988년 6월호 108~113면; 大韓辯護士協會, 憲法裁判所法案, 憲法裁判所法案에 관한 意見書 및 憲法裁判所法案의 問題點에 대한 意見書, 大韓辯護士協會誌 1988년 7월호 119~131면 및 8월호 115면; 法務部 憲法裁判所法案(全文) 및 韓國公法學會意見書, 公法研究 제16집 1988년 287~300면.

(다) \* 헌법재판에 관한 학술대회 및 세미나

(라) ① 1988년 1월 15일 法務部 주최 憲法裁判所法 세미나. 발표 내용과 토론은 앞의 法務資料 제95집 참조.

② 1988년 4월 30일 韓國公法學會 春季學術大會 憲法裁判과 地方自治. 裴俊相,

憲政史上 처음으로 도입된 制度인 만큼 이의 定着을 위하여서는 여러 가지 논의가 있다.<sup>2)</sup>

西獨의 憲法裁判 및 和田英夫, 憲法裁判—比較法·制度的 立場에서—이상 公法研究 제16집 1988년에 수록.

③ 1988년 8월 26일 서울大學校 法學研究所 주최 國際學術 세미나 「憲法裁判의 活性化 方案」에서 발표된 논문은 서울大學校 제29권 3·4호 1988년 12월에 수록되었다. 그 내용은 P. Moser, The Austrian Constitutional Court (9~22면); 許營, 西獨의 憲法裁判制度 (23~38면); 權營星, 韓國의 憲法裁判制度 (39~45면); 楊日然, The Organization and Function of the Concil of the Grand Justices in the Republic of China (60~73면); 長尾龍一, 日本에 있어서의 憲法裁判 (74~80면); 梁建, 美國의 司法審査制와 80년대 韓國의 憲法裁判 (81~94면); 金孝全, 西獨의 憲法判例와 韓國의 憲法判例의 比較 (95~108면). 이 중 權營星·許營·梁建·金孝全의 논문은 月刊考試 1988년 11월호에도 그 요지가 수록되었다.

④ 1989년 9월 28일 大韓辯護士協會 주최 심포지엄 「憲法裁判의 制度와 運營」에서는 桂禧悅, 憲法裁判 制度的 考察 및 李尙圭, 憲法裁判制度的 運營이 발표되었다. 발표내용과 토론은 大韓辯護士協會, 人權과 正義, 1989년 11월호 12~20면 및 35~40면 및 月刊考試 1989년 12월호에도 수록.

⑤ 1990년 2월 24일 韓國公法學會 第6回 月例發表會에서는 崔光律, 憲法裁判制度的 바람직한 運營方向 및 黃祐呂, 憲法裁判所의 決定例에 대한 統計的 分析이 발표되었다.

- 2) 헌법소원에 관한 서독의 기본 문헌으로는 R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. 1988 ; D. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren, 1988 ; J. Seiwerth, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1962 ; M. Fröhling, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982 ; F. Jülicher, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteil bei gesetzgeberischem Unterlassen, 1972 ; E. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963 ; S. Ott, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungstribunal, 1978 ; H. Klas, Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Tarifnormen, Diss. 1979.

裴俊相, 憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)—西獨聯邦憲法裁判所 判例를 中心으로—, 考試研究 1979년 1월호 77-84면 ; 金哲洙, 憲法訴願制度, 考試界 1979년 6월호 56-64면 ; 趙炳倫, 西獨의 規範統制와 憲法訴願, 栗崗朴一慶博士華甲紀念論文集 1981년 169~215면 ; 安溶教, 憲法訴願制度的 題問題, 1989년 243-261면에 再錄 ; 鄭永薰, 西獨의 憲法訴願制度, 서울대 석사논문, 1988년 朴承鎬, 憲法訴願制度—西獨의 경우를 中心으로—, 法과 社會研究 제7집 1988년 157-196면 ; 許營, 憲法訴願制度的 理論과 우리 制度의 問題點, 考試研究 1989년 4월호 51-62면 ; 金明圭, 憲法訴願의 理論, 考試界 1989년 6월호, 103~120면 ; 朴一煥, 憲法訴願制度에 관한 研究, 人權과 正義, 1989년 6월호 63~69면 ; 姜敏馨, 憲法訴願審判의 請求節次, 憲法裁判所, 憲法裁判에 關한 參考人陳述附 : 憲法裁判制度에 關한 研究(憲法裁判資料 第2輯), 1989년 9월 187~200면 ; 金鍾彬, 憲法訴願의 對象, 앞의 資料 第2因 201~220면 ; 金炳高, 憲法訴願制度—各國의 立法例와 憲法訴願의 對象을 中心으로—, 立法調査月報 통권 183호 1989년 12월호 144~155면 ; 金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 서울대 박사논문, 1989년 12월 309면.

일본 문헌으로는 川添利幸, 西ドイツにおける憲法訴願 Verfassungsbeschwerde 制度

우리 憲法은 憲法訴願制度를 도입하면서도 憲法訴願의 概念定義를 내리지 않고 「法律이 정하는 憲法訴願」이라고만 규정함으로써 憲法訴願의 對象과 節次 등에 관한 것을 法律에 委任하였다(憲法 제111조 1항 5호). 그 결과 憲法裁判所法이 憲法訴願의 對象을 制限하고 나아가 解釋上 많은 異義를 제공하고 있어 많은 문제점이 나타나고 있다. 그 중 중요한 몇 가지만 들면 다음과 같다.

첫째로, 法律에 대한 違憲決定機關과 命令·規則·處分の 違憲決定機關

---

の本質, 公法研究 第24號 1962年 150~157頁; 山内敏弘, 立法者の不作爲に對する憲法訴願, 一社會的 法治國家, 西ドイツにける新しい訴の形態—一橋研究 第13號 1966年 1~19頁; 長尾一紘, 立法院の不作爲に對する憲法訴願—西ドイツにわける理論と實踐—, 法學新報(中央大學) 第79卷 1號 1972年 111~164頁; 阿部照哉, 憲法訴願制度の一考察, 法學論叢(京都大學) 第106卷 3號1980年1~19頁; 田上穰治, 西ドイツの憲法裁判, 有斐閣出版サゼス, 1987年 83~126頁; 戸波江二, 立法の不作爲の違憲確認, 盧部信喜編, 講座 憲法訴訟 第1卷 有斐閣, 1987年 355~400頁.

을 二分함으로써 違憲決定機關이 二分化되어 憲法裁判所와 大法院間에 權限 爭議가 일어날 가능성이 있다. 특히 緊急命令, 條約 등의 違憲決定機構가 어느 것이냐 해석상 불명확하다.

둘째로, 命令·規則·處分에 대한 違憲決定權은 最終적으로 大法院에 있다고 命令·規則·處分에 관한 大法院의 判斷에 대해서는 憲法裁判所에서 審査할 수 없다는 해석이 가능하게 되어 憲法保障의 特別機關으로서의 憲法裁判所의 權限이 縮小되게 되었고,

셋째로, 憲法裁判所法이 裁判은 憲法訴願의 對象이 되지 않는다고 규정함으로써 司法府의 裁判에 의한 基本權侵害는 救濟될 수 없는 모순이 생겼다.

넷째로, 憲法裁判所法이 憲法訴願의 對象으로서 公權力의 行使 또는 不行使라고 하여 公權力의 概念이 무엇이며 不行使에 대해서까지 救濟가 가능한가 하는 어려운 문제점을 제기하고 있다.

이러한 문제점은 憲法과 法律의 解釋을 통하여 是正될 수도 있을 것이나 궁극적으로는 법률의 改正에 의하여 명확히 하는 수밖에 없을 것이다. 이에 研究者一同은 憲法裁判所의 決定이며 外國의 立法·判例 등을 참조하여 우리 憲法과 憲法裁判所法의 올바른 解釋을 위하여 노력하였으며, 比較法的 考察을 통하여 앞으로의 憲法裁判所法의 改正方向을 제시하려고 노력하였다.

比較法的 考察에 있어서는 오스트리아의 憲法訴願制度를 朴一煥 判事가 執筆하였고, 西獨의 憲法訴願制度는 金學成 研究員이 담당하였고, 憲法訴願의 提訴期間은 李宙興 研究官이 집필하였고, 立法作用에 대한 憲法訴願은 邊精一 處長이 담당하였고, 行政作用에 대한 憲法訴願은 金孝全 교수가 담당하였다. 전반적인 構想과 改善方向은 金哲洙가 담당하였다. 이 研究는 憲法裁判所의 研究費에 의하여 완성된 것이며, 行政的인 일과 校正 등 事務處職員과 研究員 여러분들에게 많은 신세를 졌다. 이에 憲法裁判所當局에 대하여 深甚한 感謝를 드린다. 특히 苦은 일을 도맡아준 金學成 研究員에게

勞苦를 치하한다.

이 研究는 總體的인 計劃下에 이루어진 것이 아니고 共同研究라기보다는 個別研究의 集成과 같은 性格이 짙기 때문에 중복되는 점과 미비한 점이 없지 않을 것으로 생각한다. 이 論文集이 出刊된 뒤에도 江湖諸賢의 叱正을 받아 계속 補完하기를 약속한다.

1989년 12월 1일

金 哲 洙

## 차례

第一章 憲法訴願制度的 沿革과 導入 .....	314
第一節 오스트리아의 憲法訴願制度 .....	(朴一煥) 314
第二節 西獨의 憲法訴願 制度 .....	(金學成) 371
第三節 우리나라의 憲法訴願制度 .....	(李宙興) 444
—憲法訴願의 提訴要件—	
第二章 憲法訴願의 對象 .....	497
第一節 憲法訴願의 對象에 관한 比較法的 考察 .....	(金學成) 497
第二節 立法作用에 대한 憲法訴願 .....	(邊精一) 535
第三節 行政作用에 대한 憲法訴願 .....	(趙圭政) 583
第四節 司法作用에 대한 憲法訴願 .....	(金孝全) 636
第三章 憲法訴願制度的 改善方案 .....	(金哲洙) 690
第一節 憲法訴願制度的 問題點 .....	690
第二節 現行憲法訴願制度的 改善方案 .....	691
第三節 憲法訴願制度를 규정한 法律改正運動	790

# 第一章 憲法訴願制度的 沿革과 導入

## 第一節 오스트리아의 憲法訴願制度

朴 一 煥  
(大法院 裁判研究官)

### I. 序 論

#### 1. 憲法訴願의 沿革

유럽에서는 오스트리아에서 가장 먼저 憲法裁判이 始作되었다. 오스트리아에서는 이미 1867. 12. 21.의 國家基本法(RGBI Nr 144) 제3조 제2항에 따라 帝國裁判所가 憲法上 國民에게 保障된 政治的權利가 侵害된 경우 提起되는 訴願에 대하여 審判하여 왔으며 이와 같은 事件은 法律上 行政審判節次를 먼저 거쳐야 하였다. 그 뒤 오스트리아憲法 제139조 제1항, 제140조 제1항, 제144조 제1항에 의하여 憲法裁判所가 憲法訴願에 대해 管轄권을 가지게 되었고 1975. 5. 15.의 改正憲法과 1976. 7. 1. 改正된 憲法裁判所法에 따라 憲法訴願制度는 立法的 整備 보게 되었다.

독일헌법소원제도와 달리 오스트리아에서는 오직 行政機關의 處分 등

權力作用에 대해서만 訴願을 提起할 수 있었다. 法院의 裁判이나 立法者의 立法行爲 즉 法律이나 法規命令의 制定行爲에 대해서는 憲法訴願을 提起할 수 없었다. 그러나 1975년의 憲法改正을 通하여 立法行爲에 대한 救濟의 길이 열리게 되었다. 즉 訴願提起人이 立法行爲를 通하여 直接 자신의 權利가 侵害되었다고 主張하는 경우에는 違憲法律 또는 法規命令을 對象으로 막바로 違憲審査를 請求할 수 있게 된 것이다. 독일과 달리 違憲法律審査請求의 環節로 規定되어 있으나 實質에 있어서는 독일에서 인정되는 法律에 대한 直接 憲法訴願이라 할 수 있다.

오스트리아에서 憲法訴願制度가 지니는 重要性은 國家의 行政行爲나 立法行爲가 個人의 憲法上 保障된 權利를 對象으로 하는 경우 이를 憲法裁判을 通하여 감시할 수 있도록 한데 있다. 오스트리아에서는 1951년부터 1967년 사이에 年평균 330件的 憲法訴願이 提起되었으며 독일과 달리 그 중 勝소한 事件의 비율이 매우 높다. 즉 매년 평균 17퍼센트에 상당한 사건이 勝소하였다.<sup>1)</sup> 독일의 경우 憲法訴願事件의 勝訴率이 불과 1.39퍼센트에 불과한데 비하여 오스트리아의 勝訴率이 독일보다 10배나 높은 것은 두 나라의 소원제도가 상이하기 때문이다. 독일의 경우 憲法訴願은 통상 一般法院의 裁判過程을 거쳐야 提起될 수 있는데 비하여 오스트리아에서는 法院의 裁判過程을 거치지 아니하고 바로 提起되기 때문에 勝訴率이 높을 수밖에 없는 것이다. 말하자면 訴願提起의 前提要件의 地位와 聯關되어 있다. 독일의 경우 憲法裁判所는 司法府의 最高機關으로 규정되어 있기 때문에 憲法訴願 또한 一般法院의 裁判을 거친 다음에 비로소 提起할 수 있으나 오스트리아의 경우 헌법재판소는 司法府의 한 機關으로 規定되어 있기 때문에 憲法訴願 또한 特殊한 行政裁判으로 인식되고 있고 이에 따라 行政審査節次를 거친 다음 바로 제기할 수 있도록 規定된 것이다. 말하자

---

1) Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsmar ; Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar §90, 26a면.



면 行政訴訟事件을 憲法裁判所와 行政裁判所가 나누어 관할하고 있다고 할 수 있다(오스트리아의 行政裁判制度는 行政裁判所에 의한 單審制構造이고 行政審判節次는 三審制構造로 되어 있다.<sup>2)</sup>

오스트리아에서는 憲法裁判所·行政裁判所 一般民刑事裁判所가 각기 맡은 專門分野를 통하여 專門化되어 있다고 볼 수 있다. 본 論文에서는 오스트리아 憲法訴願制度를 개괄적으로 살펴보고 아울러 憲法訴願의 범주에 포함시켜 볼 수 있는 個人에 의한 違憲法律·命令審査提請制度를 간단히 언급해 보고자 한다. 먼저 理解의 편의를 위해 憲法과 憲法裁判所法中 憲法訴願과 關聯된 實體法規定을 소개한다.

## 2. 憲法과 法律의 관련규정

### 가. 憲法規定

#### 제144조 제1항

憲法裁判所는 行政廳의 處分으로 憲法上 保障된 權利가 侵害되었거나 法律에 違反된 경우에 提起되는 憲法訴願에 대하여 審判한다. 直接的인 行政官廳의 命令權 및 強制執行權의 執行을 대상으로 하는 憲法訴願에 대해서도 같은 條件이 充足되면 審判한다. 訴願은 審判節次를 거쳐야 하는 경우에는 이를 모두 거친 다음에 提起할 수 있다.

#### 제2항

憲法裁判所는 訴願이 勝訴의 가능성이 거의 없는 경우에는 變론에 들어가기 전에 決定으로 이를 却下할 수 있다. 그러나 憲法 제133조에 따라 行政裁判所의 管轄에 속하지 아니한 事件인 경우에는 이를 却下할 수 없다.

---

2) 오스트리아헌법재판소 발간 ; Die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechtes 18면.

### 제3항

行政廳의 處分이나 直接的인 行政廳의 命令權 및 強制執行權의 執行에 따른 行政權力行使로 인하여 第1項에서 규정한 權利가 侵害되지 아니하였다 고 憲法裁判所가 判斷한 경우에는 당해 사건이 헌법 제133조에 따라 行政裁判所의 管轄에서 排除된 것이 아니한 憲法裁判所는 各各판결과 아울러 訴願提起人의 申請에 따라 訴願提起人의 其他 權利가 當該 行政處分 또는 行政廳의 命令權 및 強制執行權의 執行에 따른 行政權力行使에 의하여 侵害되었는지 여부를 行政裁判所가 裁判하도록 移送하여야 한다. 이는 위 2항에 따른 決定에 대하여도 동일하게 준용된다.

## 나. 憲法裁判所法の 規定

### 제82조 제1항

聯邦憲法 제144조 제1항에 의거하여 提起되는 處分에 대한 訴願은 行政審判上의 모든 審級順序를 다 밝은 후 最終 行政審判의 裁決을 送達받고 6 週日以內 提起할 수 있다.

### 제2항

直接的인 行政廳의 命令權 및 強制執行權의 執行에 따른 行政權力行使에 대하여 聯邦憲法 제144조 제1항에 따라 提起되는 訴願은 6 週日以內 提起할 수 있다. 위 期間은 當事者가 直接的인 行政廳의 命令權 및 強制執行權의 行使에 관하여 이를 알게 된 때로부터 進行한다. 訴願提起權의 行使가 行政廳에 의해 妨害를 받고 있는 경우에는 그 妨害가 사라진 때로부터 期間이 進行된다.

### 제3항

訴願提起時에는 訴願提起人의 憲法上 保障된 權利가 侵害되었는지 여부, 또는 法律에 違反된 法規命令·憲法에 違反된 法律 또는 條約이 適用됨으로써 그의 權利가 侵害되었는지 여부를 正確하게 主張하고 明示해야한다. 違憲 또는 違法으로 主張된 法規定이 特定되어야 한다. 제2항에 따른 訴願을 提起하는 경우에는 可能한 한 어느 機關이 直接的인 行政廳

의 命令權 또는 強制執行權을 행사하였으며 어느 官廳에 그 機關이 歸屬되는지 여부를 明示하여야 한다.

#### 제4항

取消請求된 處分은 正本, 등본, 초본 또는 사본에 의해 訴願狀에 첨부되어야 한다. 處分の 送達日字도 表示되어야 한다.

#### 제5항

訴願이 지금까지의 憲法裁判所判例에 相反된 法的 見解에 따라 提起된 경우에는 常任裁判官이 所長의 同意아래 訴願提起人에게 지금까지의 憲法裁判所 判決이나 決定을 摘示하면서 적절한 期限을 정하여 지금까지의 判例의 根據가 된 法的見解가 틀린다고 생각하는 理由를 補充하라고 要求할 수 있다. 위 期限을 해태하면 訴願取下의 效力이 생긴다.

#### 제83조 제1항

訴願書의 副本과 첨부서류는 請求된 處分을 한 行政廳과 直接的인 行政廳의 命令權과 強制執行權의 行使에 따른 行政權力行使의 歸屬主體가 되는 行政廳에 送達되어야 한다. 이 경우 최소한 3주일 이내 답변서를 提出할 수 있다는 것을 함께 通知하여야 한다.

#### 제2항

변론의 準備를 위하여 또 다른 意見書 및 反對意見書의 補充을 一定한 期間內 當事者가 임의로 할 수 있다.

#### 제3항

期間의 延長을 許한 事由가 있는 경우에만 認定될 수 있다. 이에 관하여 相對方의 同意는 必要하지도 않고 充分하지도 않다.

#### 제84조 제1항

訴願이 제19조 제3항 1호에 따라 根本的인 法律的 觀點에 대한 간단한 理由만에 의해 決定으로 却下되어 그 決定이 訴訟提起人 및 當該 官廳에 送達된 때가 아닌 경우에는, 답변서 및 더 要求받은 意見書가 提出된 후 또는 그 提出期間이 경과된 후 憲法裁判所所長이 變論기일을 정한다.

## 제2항

변론기일에는 訴願提起人, 當該官廳 및 그밖의 利害關係人이 召喚된다.

### 제85조 제1항

訴願의 提起는 執行停止의 效力이 없다.

## 제2항

憲法裁判所는 불가피하게 要求되는 公共福利에 反하지 아니하고 모든 當事者의 利害關係를 고려할 때 處分の 執行 또는 執行節次의 續行으로 인하여 訴訟提起人에게 회복하기 어려운 損害가 發生할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 訴願提起人의 申請에 따라 執行停止決定을 할 수 있다. 執行停止를 決定함에 必要한 要件이 현저히 변경된 경우에는 訴願提起人 當該官廳 또는 기타 關係 當事者의 申請에 따라 다시 決定하여야 한다.

## 제3항

제2항에 의거한 決定은 訴願提起人, 當該官廳 및 기타 關係當事者에게 送達되어야 한다. 執行停止決定이 난 경우에는 當該官廳은 取消請求된 行政處分の 執行을 停止하고 이를 위해 必要한 조치를 강구하여야 한다. 取消請求가 된 處分の 執行機關은 執行行爲를 할 수 없다.

## 제4항

憲法裁判所가 召集되지 않은 경우에는 2항에 의거한 決定은 裁判官의 申請에 따라 憲法裁判所 所長에 의하여 이루어져야 한다.

### 제86조

訴願에 관하여 變論終結전에 訴願提起人이 目的을 達成한 경우에는 憲法裁判所는 訴願提起人을 심문한 후 訴願의 對象이 없어졌음을 宣言하고 訴訟節次를 終了하여야 한다.

### 제87조 제1항

判決에는 憲法上 保障된 權利의 侵害가 있었는지 또는 法律에 違反된 法規命令·違憲法律 또는 條約의 적용으로 인하여 權利의 侵害가 있었는지 여부가 判示되어야 하며 必要한 경우에는 取消請求된 行政處分을 取消한다.

## 제2항

憲法裁判所가 訴願을 認容한 경우 行政廳은 當該事件에 대하여 憲法裁判所의 決定趣旨에 따른 處分을 하여야 한다.

## 제3항

憲法裁判所가 訴願을 棄却하거나 却下하는 경우, 訴願提起人の 申請이 동시에 行政訴訟의 目的도 포함되어 있으면 연방헌법 제144조 제3항에 따라 이를 行政裁判所에 移送하여야 한다. 다만 연방헌법 제133조에 따라 行政裁判所의 管轄사항이 아닌 경우에는 그러하지 아니하다.

## 제88조

敗訴當事者 또는 訴願提起人の 目的을 達成시켜준 當事者에게 申請에 따라 費用의 賠償을 命할 수 있다. 訴願提起人이 目的을 達成하지 아니한 裁口頭辯論에서 訴願을 取下한 경우에도 이와 같다.

## 제89조

本法의 執行은 聯邦首相에게 委任된다.

## II. 訴願制度의 內容

### 1. 訴願의 對象

헌법 제144조 제1항에 따르면 行政廳의 處分이나 特定人을 相對로 한 權力的 事實行爲로 인하여 憲法上 保障된 權利가 침해되었다는 疎韻이 提起되거나 또는 法律에 위반된 法規命令, 憲法에 違反된 法律이나 條約이 적용됨으로써 權利가 侵害되었다는 訴願이 提起된 경우 憲法裁判所가 이에 대하여 審判을 하도록 規定되어 있다.

## 가. 行政處分(Bescheid)

### (1) 意 義

行政廳의 行政處分은 規範被適用者를 相對로 外部에 表示된 個別的이고(individuelle) 權力的(hoheitlich)인 行政行爲(Verwaltungsakt)이다. 憲法의 權利保護體系에 따르면 個人의 主觀的權利에 대한 侵害는 원칙적으로 行政處分의 형태로 이루어져야 한다. 따라서 一般의인 規範과 現實의인 執行行爲 사이에는 處分이 중간에 介在되어야만 한다. 헌법에 다른 規定이 없는 한(헌법 제65조 제2항 c, d호) 處分은 오로지 法律에 근거하여서만 이루어질 수 있다(헌법 제18조 제1항).

處分에는 履行處分, 形成處分, 確認處分이 있으며 履行處分만이 執行問題를 따로 남긴다.<sup>3)</sup>

### (2) 判 例

判例에 의하면 순수한 行政廳內의 文書는 處分이 될 수 없으나 이것이 外部의으로 뚜렷이 인식될 수 있을 정도로 表示되었다면 處分으로 볼 수 있다고 한다. 行政廳에 의한 단순한 通知는 處分意思가 없기 때문에 處分이라 할 수 없다(VfSlg 3678, 4393, 4643). 權力作用이 아닌 단순한 私法的 行爲나 行政廳 內部的 指示 또는 節次規定 등은 處분에 범주에 속하지 아니한다. 處分の 存否에 관하여 의문이 있는 경우 憲法裁判所는 當事者에게 有利하게 해석하였다

(VfSlg 9247).

無形式의 解決(formlos Erledigung) 또한 이를 통하여 個別的으로 特定된 사람에게 行政事件을 規範의으로 規律하게 된다면 處分으로 볼 수 있다. 즉 이를 통하여 法律關係를 持續적으로 形成 또는 確認하는 內容을 가지게 되는 경우에는 處分性を 띠는 것이다(VfSlg 8258).

處分에서 分離될 수 없는 일부분 예를 들면 부관(Auflage) 등에 대해서만 訴願을 提起할 수는 없다(VfSlg 4913, 896, 10393). 判例는 處分の

---

3) Wlaser, Mayer ; Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 210면.

개념을 아주 넓게 해석하여 예를 들면 市長에 대한 不信任決定도 處分속에 포함시키고 있다(VfSlg 9848). 處分の 懈怠는 處分도 아니고 權力的 事實行爲도 아닌 순수한 不作爲를 意味하기 때문에 判例에 따르면 憲法訴願에 의해 取消請求를 할 수 있는 訴願 對象이 될 수가 없다고 한다(VfSlg 6470, VfGH 1981, 6.12판결 B 507/80).

## 나. 權力的 事實行爲

### (1) 意 義

權力的 事實行爲란 行政廳의 直接的인 命令 또는 強制力の 行使로서 處分の 범주안에 속하지 않는 權力作用을 의미한다. 行政廳이 細部的인 節次를 거치지 아니하고 또 處分을 할 때 지켜야 할 形式을 지키지 아니한 채(즉 先行行爲로서의 處分없이) 主觀的인 權利를 侵害할 수 있도록 規定한 法規를 여러 경우에 찾아볼 수 있다. 憲法에서는 이와 같은 權力的 事實行爲를 “行政廳의 直接的인 命令 또는 強制力の 行使”라고 規定하고 있는 바 講學上 權力的 事實行爲(faktische Amtshandlung)나 응급적인 警察強制行爲(Akte des sofortigen Polizeizwanges) 또는 節次에 구애받지 않는 행정행위(verfahrensfreie Verwaltungsakte)라고 불리워진다.

權力的 事實行爲가 法的權限없이 행해지거나 法的權限을 踰越하여(濫用하여) 행해지는 경우 違法性を 띄게 되고 이로 인해 憲法上 保障된 權利가 侵害된 경우에는 行政裁判所에, 單純히 法律上 保障된 權利가 侵害된 경우에는 行政裁判所에 權利救濟를 請求할 수 있다. 當初 權力的 事實行爲에 대하여 救濟手段으로서의 訴訟을 인정할 수 있으나에 대해 行政裁判所와 憲法裁判所 사이에 判例가 代立되어 왔다.<sup>4)</sup> 즉 行政裁判所에서는 權力的 事實行爲가 處分(Bescheid)의 범주에 속하지 아니한다고 보고 이에 대한 請求를 인정하지 아니하였으나(VwGH NF 716A/1949 4146A/

---

4) Walter ; Österreiches Bundesverfassungsrecht(1972년판)770면.

1956 등) 憲法裁判所에서는 處分の 범주에 속한다고 보아왔다(VfSlg 1542/1947 1616/1948 1628/1948 1663/1948 등). 그러나 그 뒤 1975년 改憲을 통하여 立法的으로 이 問題의 解決을 보았다. 즉 立法者는 憲法裁判所의 判例를 受容하여 權力的 事實行爲에 대해서도 行政訴訟과 憲法訴願이 可能하다고 憲法과 法律에 規定한 것이다.

## (2) 判 例

憲法裁判所와 行政裁判所의 判例에 의하면 行政廳이 公權力作用의 영역에서 一元的으로 命令을 하거나 強制力을 행사하였고 이와 같은 行爲가 個別的으로 特定된 相對方을 겨냥하였을 경우 이와 같이 行政廳의 事實上 行爲를 權力的 事實行爲로 規定하였다. 체포·구금, 自動車의 견인, 運轉免許證의 一時的 沒收, 營業廢鎖 등의 行爲가 이와 같은 의미에서의 權力的 事實行爲에 속한다. 행정행위(Verwaltungsakakt)가 있었으나 여부를 判斷함에 있어서는 職務上的 權限이 重要な 역할을 한다. 따라서 法院의 命令을 遂行하는 行政廳(警察)의 行爲 즉 체포와 가택수색·압수 등은 行政행위가 아니고 法院의 管轄에 속하는 處分에 해당된다. 그렇지만 法院의 命令에 의해 부여된 권한을 明白히 超過하는 경우, 즉 權限濫用(單純한 違憲行爲는 이에 속하지 않는다) 行爲는 判例에 따르면 行政廳이 責任져야하는 行爲에 속한다(VfSlg 8623, 10291).

刑罰權을 行使하는 行政廳의 處分이 法院의 命令없이 행해지는 경우에는 언제나 그 官廳에게 責任이 돌아간다(VfSlg 7663, 8298, 8544, 8633, 8680). 寺印이 行政官廳의 委任에 따라 執行行爲에 從事하는 경우에도 그 私人の 行爲는 行政行爲로 인정된다. 즉 私인이 自動車를 견인하여 가는 行爲 등이 이에 속한다(VfSlg 7856, VwSlg NF 9745A). 그러나 私經濟領域에 從事하는 行政官廳의 行爲는 權力的 事實行爲에 해당되지 아니한다(VfSlg 7914, 8291, 8347, VwGH 1980. 5. 22. ZI 345/79, 1982. 4. 28. ZI 82/01/0112). 直接的인 命令 또는 強制力의 行使, 즉 權力的 事實行爲의 存在는 해당 당사자의 主觀的權利가 一方的으로 侵害받은 경우에 인정되며 이와 같은 유형의 侵害行爲는 통상 物理的인 強制가



있는 경우나 特定の 命令을 따르지 않을 때 物理的인 強制가 곧 닥칠듯한 경우에 인정된다(VwGH 1982. 1. 19. ZI 81/07/0060, VfSlg 10020 VfGH 1986. 9. 25. B 186/85). 그밖에 判例가 인정한 權力的 事實行爲의 예를 들면 다음과 같다.

法院의 令狀없이 행해지는 警察機關의 체포행위는 權力的 事實行爲에 해당되며(VfSlg 7663, 7818, 7857, 8082, 8298, 8585, 8633) 구금도 이와 같다(VfSlg 8680). 그러나 法院의 委任에 따른 拘禁은 法院의 行爲에 해당되어 訴願의 對象이 되지 아니한다(Vfslg 8507). 拘禁期間中の 처우 또한 權力的 事實行爲에 포함된다. 왜냐하면 權力的 事實行爲의 개념속에는 直接的인 命令 또는 強制力의 行使有無뿐만 아니라 그것이 어떻게 行使되었느냐는 것까지 포함되기 때문이다(VfSig 8580,8627). 체포나 拘禁時 不必要한 物理的 強制力의 行使 즉 경찰관서에 호송하면서 머리털을 잡아 당기거나(VfSlg 8146) 격렬하게 떠미는 行爲(VfSlg 8145) 등도 이에 해당되며 수갑으로 구속하거나(VfSlg 8146) 나무에 결박하는 것(VfSlg 9231) 뺨을 구타하는 것(VfSlg 8296) 충기를 使用하는 것(VfSlg 8082) 등도 이에 해당한다.

法官의 令狀없이 행해진 가택수색도 權力的 事實行爲에 속한다(VfSlg 7943, 8298, 8545). 그러나 어떤 사람을 찾는 과정에서 單純히 住居에 들어간 것은 가택수색으로 볼 수 없기 때문에(VfSlg 1906, 2991, 6328, 6528) 權力的 事實行爲에 해당되지 아니한다(VfSlg 8668). 召喚決定없이 이루어지는 行政官廳의 證人出頭命令은 그 命令을 拘束力없는 召喚으로 인정할 수 있는 特別事情이 없는 한, 이에 따르지 아니할 경우 警察官들에 의한 拘引과 같이 直接的인 強制力의 行使에 의해 強制되기 때문에 權力的 事實行爲에 해당된다(VfSlg 8359). 道路交通法에 따라 物理的인 強制力의 行使에 의해 실시되는 음주측정 또한 權力的 事實行爲에 해당된다(VfSlg 7499). 그러나 憲法裁判所는 道路交通法에 따른 음주측정에 응하지 아니한다 하더라도 通常의 경우 行政秩序罰違反으로 處罰될 수 있는데 그치는 것이고 行爲者는 自身の 危險負擔아래 음주측정을 거부할 수

있기 때문에 위와 같은 경우에는 直接性的 要件이 결여되어 있다고 判示하였다(VfSlg 7509).

그러나 憲法이 改正된 이후에는 위와 같은 行爲도 憲法 제144조가 規定한 權力的 事實行爲에 해당된다고 보는 것이 당연하다. 더구나 權利保護의 측면에서 보더라도 다른 결론에 다다를 수 없다. 왜냐하면 憲法裁判所に 提訴할 수 있다하여 刑事節次를 妨害하는 것은 아니며 當事者가 飲酒측정을 거부함으로써 인하여 刑事被疑者의 地位에 놓일 위험을 결코 가볍게 볼 수 없기 때문이다. 當事者가 음주측정을 거부하면 그 사실만으로 벌써 處罰의 危險을 감수하여야 하기 때문에 權利救濟節次를 열어줄 필요가 있다 하겠다.<sup>5)</sup>

음주운전과 관련하여 운전면허증을 일시 압수당한 경우에는 소원을 提起할 수 있다. 그러나 運轉者의 同意아래 이루어지는 혈액채취는 權力的 事實行爲에 속하지 아니한다(VfSlg 8183). 警察官에 의해 음주운전을 하고 있는지 여부에 대한 質問을 받고 운전자가 이를 否認하고 自進하여 自身の 結백을 證明하기 위해 혈액채취를 제의한 경우에는 음주측정과 혈액채취가 權力的 事實行爲에 의해 이루어졌다고 주장할 수가 없다.

選舉人名簿에서 삭제하는 것은 헌법 제144조 제1항 제1절에서 말하는 處分(Bescheid)이 아니고 權力的 事實行爲에 속하며 따라서 憲法裁判所に 提訴할 수 있다(VfSlg 7669, 7823).

地方行政官廳에 의한 強制的인 精神病院에의 受容(VfSlg 8180), 生活必需品에 관한 法律에 따른 見本商品의 轉用(Entnahme)(VfSlg 8471, 9020), 같은 法律에 따른 商品의 押收(VfSlg 8466, 8469, 8476), 國境통제대에 의한 旅券의 押收(VfSlg 8051), 武器法에 의한 武器와 탄약 및 證明書의 引受(VfSlg 7633), 上同에 의한 책상의 수색과 그 속에 있는 筆記物의 압수(VfSlg 8299), 行政處分の 執行過程에 따른 것이 아닌 극장설비의 봉쇄(VfSlg 8116), 自然保護法에 의거하여 行政官廳이 선전 애드

---

5) Klecatsky, Öhlinger ; Österreichischen Gesetze 174면.

별론을 끌어내려 공기를 빼내버리는 行爲(VfSlg 7913), 市長이 묘지비석 받침대를 除去하는 行爲(VfSlg 7918)등도 權力的 事實行爲에 해당된다.

이에 반해 다음과 같은 行爲는 權力的 事實行爲에 속하지 아니한다. 즉 漁業法에 따른 어선선원증명서의 發行과 交付(VfSlg 8368), 官廳에 出入하기 위한 條件을 保安警察이 부과하는 行爲(VfSlg 8368), 官廳에 出入하기 위한 條件을 保安警察이 부과하는 行爲(VgSlg 8291), 特定人에 대한 行政官廳의 秘密調査 및 紀錄과 이것을 刑事法院에 전달하는 行爲(VfGH 1977.11.29 B 410/77), 刑事告訴行爲(오로지 檢事에게 사실을 전달하는 것에 불과하기 때문에, VfSlg 9125), 特定の 受刑者에 대하여 어떤 事實의 전달을 위해 교도소장에게 보낸 內務部長官의 書信(VfGH 1978. 9. 22. B 406/78), 單純한 사진촬영(VfSlg 9702), 法的 常態의 告知(VfSlg 9614), 當事者의 承諾을 얻어 행해진 行爲(VfSlg 7509, 8045, 8145, 8138, 8231) 등은 權力的 事實行爲에 속하지 아니하는 것이다. 行政官廳의 純粹한 不作爲(bloße Untätigkeit)는 權力的 事實行爲에 속하지 아니한다(VfSlg 9025, VwSlg NF 9461 A). 그러나 判例에 따르면 소위 말하는 訴願適格을 가진 부작위(qualifizierter Untätigkeit)의 경우는 이와 다르다. 예를 들어 어떤 사람이 무기나 文書의 檢사를 위해 行政官廳에 이를 自發的으로 넘겨주었는데 行政官廳에서 檢사를 마친 뒤에도 이를 되돌려주지 아니한 경우에는 이와 같은 不作爲를 權力的 事實行爲로 인정하고있다(VfSlg 6101, 8131, 8414).

### (3) 直接性

直接性이란 意味는 그 行爲가 어떤 行政處分(Bescheid)이나 法院의 權限授與與否에 의해 遂行된 것이 아니라는 것을 의미한다(VfSlg 10291).<sup>6)</sup>

三權分立體制 아래서 의회는 法律을 制定하고 行政府와 法院은 法律을 執行하는 역할을 한다. 行政府와 法院의 法執行行爲는 先行行爲인 意思決定行爲와 이와 같은 意思決定行爲를 前提로 이를 現實的으로 強制하는 行

6) Walter, Mayer ; 전게서 211면.

爲로 나누어 볼 수 있다. 前者에 해당되는 것이 行政處分과 判例(判決·決定·命令)이며 후자에 해당되는 것으로 行政執行과 刑執行, 強制執行 등을 들 수 있다. 후자에 해당하는 執行行爲(좁은 의미에서의)는 權力的 事實行爲와 外觀上 같은 모습을 보이고 있으나 이와 같은 先行行爲를 前提로 하고 있다는 점에서 先行行爲를 대상으로 하는 權利救濟節次(行政訴訟과 上訴制度)에 의해 救濟될 수 있기 때문에 그것 자체가 헌법소원의 대상이 되지는 아니한다(말하자면 이와 같은 좁은 의미에서의 執行行爲에 의해 權利를 侵害받더라도 直接的 侵害는 先行行爲인 行政處分이나 裁判에 의해 이루어졌다고 볼 수 있다). 또 이와 같은 좁은 의미에서의 執行行爲에 의해 이루어졌다고 볼 수 있다). 또 이와 같은 좁은 의미에서의 執行行爲 自體에 잘못이 있다 하더라도 이에 대한 救濟節次 또한 별도로 마련되어 있으므로(行政代執行에 대한 不服으로서의 行政訴訟, 執行方法에 대한 異義, 刑執行處분에 대한 異義 등) 이와 같은 執行行爲에 대해서는 憲法訴願이 인정되지 아니한다.

權力的 事實行爲에 대한 憲法訴願은 權力的 事實行爲가 이와 같은 先行行爲의 存在를 前提로 하지 아니하고 이루어지는 경우에 認定되는 것이다. 즉 이러한 경우 비로소 權力的 事實行爲에 의한 侵害의 直接性이 充足된다 할 수 있다.

判例에 의하면 行政節次에 따라 이루어지는 行爲나 행정절차에 의해 適法性이 判定되는 行爲는 헌법 제144조 제1항이 규정한 處분에 해당되지 아니하고 또 強制執行節次에 의해 이루어지는 強制力行使도 權力的 事實行爲에 속하지 아니한다고 한다(VwGH 1981. 9.10. ZI 81/10/10057).

#### 다. 訴願對象의 縮小

憲法裁判所에서 處理하는 憲法訴願事件은 수적으로 매우 많았고 따라서 최근에 이르러 憲法裁判所에 더욱 큰 부담을 초래하여 왔다. 이에 따라 憲法裁判所의 業務輕減에 관하여 많은 논의가 있어 오다가 1981년과 1984년의 改正憲法에 의해 憲法裁判所에서 憲法訴願을 却下할 수 있는 여지를 남겨놓게 되었다(이에 대하여는 뒤에 다시 설명한다).<sup>7)</sup>

憲法裁判所가 憲法訴願事件의 處理를 行政裁判所에 넘겨 주는 것이 가장 分明한 解決策이 될 수 있고 이와 같은 방안이 채택되면 憲法問題와 法律問題의 경계설정이라는 가장 어려운 憲法裁判의 難題를 제거하는 槓桿이 될 수 있다. 왜냐하면 憲法裁判所에서는 規範에 대한 통제만 하면 되고 具體的 事件에서 당해 規範이 어떻게 적용되어야 하는가라는 問題에까지 개입할 필요가 없게 되기 때문이다. 오스트리아에서는 法規命令에 대한 審査權까지 憲法裁判所에 부여되어 있으므로 行使事件도 民·刑事事件과 같이 行政裁判所에서 處理하되 그 과정에서 規範의 違憲·違法여부 問題가 나오는 경우에만 이를 헌법재판소에서 해결해 주는 것이 오히려 더 바람직스러울지도 모른다. 아무튼 헌법소원제도의 將來는 앞으로 더 두고 볼 問題라 하겠다.

## 2. 訴願의 審査

### 가. 審査의 尺度

憲法裁判所의 審査尺度는 訴願提起人의 主張에 의해 決定된다. 즉 訴願提起人은 訴願對象이 된 行爲로 인하여 憲法上 保障되는 權利가 侵害되었다거나 또는 法律에 違反된 法規命令, 憲法에 違反된 法律 또는 條約에 의해 權利가 侵害되었다고 主張하여야 한다.

오스트리아憲法裁判所는 法律에 대한 違憲審査뿐만 아니라 法規命令·條約 등에 대한 審査權까지 가지고 있으므로 이와 같은 法規範이 適用되어 國民의 權利가 侵害된 경우에는 侵害된 權利가 비록 憲法上 保障된 權利는 아니라 하더라도 憲法裁判所에서 이를 審査하도록 규정되어 있는 것이다. 오스트리아헌법 제139조에 따르면 法規命令이 法律에 違反되는지 여부는 憲法裁判所가 審査한다고 規定되어 있으나 憲法에 違反된 法規命令

---

7) Walter, Mayer ; 전게서 396면.

또한 당연히 法律에 違反되는 것으로 해석되고 있다.

訴願提起人的 어떤 主觀의 權利가 侵害되어야 한다는 表現은 해석의 문제를 남기고 있다. 어떤 法律이 憲法上 保障된 權利를 侵害하는 경우 비로소 個人은 이와 같은 法律에 의해 “自身の 權利”가 侵害될 수 있다고 통상 해석되고 있으나 이와 같은 해석에 대해서는 아직 논란의 여지가 많다.

憲法上 違憲問題가 생겨날 여지가 없는 一般法律規定을 단순히 적절하게 적용하지 못한데 그치는 경우에는 憲法上 保障된 權利가 侵害되었다고 할 수 없다. 그러나 이와 같은 法律規定이 전혀 예기치 못한 方向으로 적용됨으로써 어느 特定の 憲法上 保障된 權利가 영향을 받은 경우에는 例外로 볼 수 있다 (Vfslg 3724).

憲法訴願節次는 憲法的問題의 해결을 위한 制度이지 法律的 問題의 해결을 위한 制度는 아니다. 그러나 憲法問題와 法律問題의 경계설정은 애매하고 이에 따라 통상 法律適用이 잘못되면 이로 인해 侵害된 權利가 바로 基本權이라고 주장할 여지도 있다(違法的 租稅賦課處分이 結果的으로 財産權을 侵害하는 셈이 된다). 이렇게 논리를 전개해 나가면 通常의 行政訴訟事件이 모두 憲法訴願事件化할 우려가 있어 憲法裁判이 行政裁判이 行政裁判으로 변질되는 結果를 초래하게 된다. 이에 따라 判例는 법률適用이 전혀 예상할 수 없는 (undenkbar) 方向으로 이루어지거나 또는 恣意的(willkür)으로 이루어진 경우에만 이를 憲法問題로 파악하고 單純히 法律的用이 잘못된 경우에 불과한 때는 이를 法律問題로만 파악하고 있는 것이다.<sup>8)</sup>

處分の 結論은 옳으나 理由가 잘못된 경우에 불과하다면 특단의 事情이 없는 한 憲法上 保障된 權利가 侵害되었다고 할 수 없다(Vfslg 6136). 處分時 適用法規定을 行政官廳이 인용하지 아니한 경우에도 當該處分을 할 수 있는 法的根據가 있는 한 訴願要件이 充足된 것은 아니다(VfGH 1982.6.17, B 169/77). 그리고 헌법재판소가 訴願事件을 審査하는 경우

---

8) Adamovich, Funk ; Österreichisches Verfassungsrecht 350면.

當該訴願의 對象이 된 處分이 行해진 시점에서의 法的常態를 기준으로 심사를 한다(Vfslg 3148, 8704, 8780, 8926).

## 나. 審査의 範圍

憲法裁判所는 訴願提起人の 主張에 따라 自身の 審査能力을 다르게 行使하고 있다. 憲法上 保障된 權利가 侵害되었다는 主張이 있는 경우에는 그와 같은 權利侵害가 있는지 여부를 審査한다.

憲法裁判所는 訴願提起人이 侵害받았다고 主張하는 特定の 憲法上 保障된 權利에 拘束되지 아니하고 憲法上 保障된 어떤 權利가 侵害되었는지 여부를 폭넓게 심사한다. 즉 소원제기인이 具體적으로 特定한 權利의 侵害가 있었는지 여부만을 審査하는 것이 아니라 訴願提起人이 具體적으로 열거하지 아니한 權利라 하더라도 憲法上 어떤 權利가 侵害되었는지 여부를 심사하는 것이다(民事訴訟의 處分權主義나 辯論主義와 다르다). 訴願의 對象이 된 行爲가 근거로 삼고 있는 法規範이 上位法規에 違反된 것인지 여부를 심사하는 節次는 憲法裁判所가 스스로 이에 대해 의심을 가진 경우를 제외하고는 開始되지 아니한다.

이에 반해 上位法規에 違反된 法規範을 적용한 行政官廳의 行爲로 인하여 自身の 權利가 侵害되었다고 主張하는 訴願提起人の 請求가 있는 경우에는 오로지 當該法規範이 上位法規에 違反되는지 여부만을 심사한다(Vfslg 8814, 9447). 심사결과 그와 같은 主張이 理由있다고 인정되면 이에 상응한 부수적인 規範審査節次를 開始하며 그 節次에 의해 關聯規範이 上位法規에 違反된다는 理由로 廢止되는 경우 憲法裁判所는 訴願의 對象까지 심사하지 아니하고 항상 이를 取消한다. 심사결과 訴願提起人の 主張이 理由없다고 인정되는 경우에는 訴願提起人이 上位法規에 違反된 法規範이 適用되었다는 主張만을 하고 있는 한 더 이상 審査範圍를 넓히지 아니하며 訴願提起人에게 憲法上 保障된 權利가 侵害가 있었는지 여부까지는 심사하지 아니한다(Vfslg 9144, 9300).

오스트리아는 연방국가이므로 연방헌법과 州憲法이 따로 存在한다. 이에 따라 憲法裁判所에 대하여 權利救濟를 請求할 수 있는 憲法上 保障된 權利 즉 憲法에 의해 個人에게 保障된 主觀的 權利의 범위안에는 聯邦憲法에 나타난 主觀的 權利 특히 自由權政治的基本權들이 포함되는 것은 당연하다. 그런데 州憲法에 나타난 權利가 聯邦憲法 제144조 제 1 항에서 規定한 憲法上 保障된 權利의 범주안에 들어가는지 여부에 대해서는 疑問이 있을 수 있다. 文言上으로는 이 問題를 肯定할 수 있지만 聯邦國家의 原則과 基本權의 將來 그리고 歷史的沿革에 의하면 이와 다른 結論에 이르게 될지도 모른다. 이 문제는 특히 새로운 州憲法에 의하여 창조된 基本權과 관련하여 아주 重要性을 띠고 있는 문제라 할 수 있다.<sup>9)</sup>

#### 다. 審査의 限界

行政處分을 取消한 行政裁判所의 判決이 내려진 뒤 行政廳에 의해 이루어지는 賠償決定이 憲法的 統制의 對象이 되는지, 된다면 어느 範圍까지 統制對象이 되는지 여부에 관하여는 논란의 여지가 많다. 行政裁判所에 의해 行政事件에 대한 判決이 내려지면 行政裁判所의 法的判斷에 行政廳은 기속되어 이에 상응한 法的措置를 취하여야 한다. 그런데 이와같은 行政廳의 조치에 대해 다시 憲法裁判所에 憲法訴願을 提起하게 되면 事實上 行政裁判所의 判決에 대해 憲法訴願을 인정하는 것과 같은 결과를 招來하게 된다. 오스트리아에서는 法院의 判決을 憲法訴願의 對象으로 삼지 아니하므로 이와 같은 訴願을 인정하게 되면 憲法裁判所와 行政裁判所의 管轄권문제가 대두하게 된다.

憲法裁判所는 憲法問題를 審査對象으로 하는 기관이므로 行政裁判所에서 法律解釋을 하게 되면 이와 같은 見解에 憲法裁判所 또한 기속되어 그와 反對되는 法律解釋을 할 수 없다. 그러나 法律解釋이 單純한 法律問題에 그치는 것이 아니라 憲法問題를 야기하는 경우에는 事情이 다르다.

---

9) Walter, Mayer ; 전게서 393면.



行政裁判所가 스스로 合憲이라고 當該法律을 解釋하였는데 憲法裁判所가 이를 違憲으로 解釋하는 경우 또는 行政裁判所의 法律解釋이 憲法裁判所의 憲法合致의 解釋에 不합되지 아니하는 경우와 같이 憲法問題가 發生할 때는 規範統制權을 가진 憲法裁判所의 權限이 制限될 수 없을 터이므로 憲法裁判所는 行政裁判所의 이와 같은 法的利斷에는 基속되지 아니한다.<sup>10)</sup>

따라서 이와 같은 예외적 경우에는 行政裁判所의 判決에 따라 내려진 行政官廳의 賠償決定에 대해 憲法訴願이 제기되면 憲法裁判所는 行政裁判所의 法的判斷(合憲判斷)에 基속되지 아니하는 것이다(Vfslg 7330, 8536, 8782).

## 라. 事實問題에 관한 審査

오스트리아의 行政訴訟은 行政裁判所에 의한 單審制構造이고 行政審理節次는 3審制構造이다. 따라서 行政裁判所는 最終審으로서 事實上 上告審의 역할을 하기 때문에 事實問題에 대해서는 아주 例外的인 경우를 제외하고자 관여하지 아니한다.<sup>11)</sup>(行政裁判所法 제40조) 다만 권력적 事實행위에 대한 행정소송의 경우는 처분에 대한 행정소송의 경우와 달리 행정재판소에서 事實문제를 다시 확정한다.(법 제42조 4항) 즉 行政裁判所는 行政審判機關의 事實確定에 대해서 原則적으로 이는 審査할 수 없다. 그러나 行政審判機關이 判決의 근거로 삼은 事實關係가 의문의 여지가 없는 節次에 의해 이루어진 것인지 그리고 事實調查節次에 따라 확정된 事實關係에 대한 結論이 이에 적용된 法律과 不합하고 있는지 여부에 대해서는 審査를 한다(Vwslg NF 591A, 1178A, 1235A, 1484A, 1524A, 5050A, 5371A, 6509A등).

憲法裁判所에서의 憲法訴願 또한 行政審理節次를 거친 다음 이루어진다. 그러나 헌법재판소는 行政裁判所와 달리 審査範圍에 아무런 제한이 없다. 憲法裁判所는 行政審査機關이 確정한 事實問題에 관하여 이를 補充

10) Klecatsky, Öhlinger ; 전게서 182면.

11) Adamovich, Funk ; 전게서 331면.

하거나 解明할 必要性이 있으면 다시 事實調查를 할 수 있으므로 證人이나 鑑定人을 조사할 수도 있다(法律제20조. Vfslg 3412, 3565, 1726).

#### 마. 憲法上 保障된 權利

연방헌법 제144조는 헌법상 保障된 權利란 表現을 하고 있고 基本權이란 用語를 使用하고 있지 아니하다.<sup>12)</sup> 憲法이 國民에게 保障하는 憲法的權利를 모두 포괄하는 概念인 基本權이란 用語를 使用하고 있지 않더라도 실제 차이는 없다 할 수 있다.

“憲法上 保障된 權利”를 法學的으로 또는 政治的意味에서는 基本적권리(Grundrechte) 自由權(Freiheitsrechte) 또는 基本權自由(Grundfreiheiten) 등으로 表現하기도 하므로 法典上的 用語使用은 沿革적 의미를 지니고 있는 것뿐이다.

憲法裁判所가 保護對象으로 하고 있는 權利는 當該權利의 名稱이나 內容에 따라 區別되는 것이라기보다 憲法上 保障된 權利라는 表現에서 보듯이 憲法에 規定되어 있는지 여부에 달려 있는 것이다.

憲法上 保障된 權利라는 規定에서 가르키는 憲法에 現行 聯邦憲法이 포함됨은 너무나 당연한 일이나 오스트리아 聯邦憲法 제149조는 國民의 基本權保障과 관련된 帝國時代의 從前 法律을 聯邦憲法의 一部로 受容하고 있으므로 그와 같은 법률에 規定된 權利 또한 憲法上 保障된 權利에 속한다.

즉 帝國議會에 있어서 代表될 國王 및 各州의 國民의 一般的權利에 관한 1876년 12월 21일의 國家基本權(StGG RGBI142/1867), 身體自由의 保護를 위한 1862년 10월 27일의 法律(RGBI 87/1862), 居住權의 保護를 위한 1862년 10월 27일의 法律(RGBI 88/1862), 1918년 10월 30일의 監視國民議會의 決意(StGBI 3/1918), 합스부르크-로트링겐家の 追放 및 財産沒收에 관한 1919년 4월 3일의 法律(StGBI 209), 貴族·騎士·貴婦

12) 오스트리아헌법재판소 발간 전개서 18면.

人團 및 一定한 稱號와 爵位의 廢止에 관한 1919년 4월 3일의 法律(StGBI 211), 독일·오스트리아共和國의 紋章 및 國印에 관한 1919년 5월 18일의 法律(StGBI 257) (다만 1919년 10월 21일의 法律(StGBI 484) 제2조 제5조 제6조에 의하여 행해진 改定을 포함한다), 1919년 9월 10일의 聖게르만(Sait-Germain)條約 제3장 제5절(StGBI 303) 등이 憲法으로 간주되는 것에 속한다.

그 밖에 1955의 비인 조약, 케른텐 住民을 위한 少數民族教育法 제1장 b 제7조의 規定, 人權協定(Menschen-rechtskonvention)과 제4차 追加條約(BGBI 434/1969) 등도 이에 속한다<sup>13)</sup>

### 3. 訴願提起人

行政廳의 處分이나 權力의 事實行爲에 의하여 憲法上 保障된 權利를 스스로 侵害받았다고 主張하거나 또는 上位法律에 違反된 法規範의 적용에 의하여 權利를 스스로 侵害받았다고 主張하는 사람은 訴願을 提起할 수 있다. 訴願提起適格의 要件으로서는 이와 같은 權利侵害를 받았다는 主張만 있으면 充分하다고 할 수 있다. 그러나 判例에 의하면 적어도 이와 같은 侵害의 可能性이 存在하여야만 한다. (Vfslg 2386, 5038, 5712) 따라서 侵害의 개연성이 전혀 없음에도 侵害를 받았다고 主張하는 경우에는 訴願提起適格이 없어 却下되어야하고 侵害의 개연성이 있는 경우에만 訴願提起適格이 인정되고 그 뒤 本案 審査段階에서 侵害事實이 인정되지 아니하면 請求가 기각되는 것이다. (이 점에 관하여서는 독일에서도 判例가 이와 같은 立場을 취하고 있다. 즉 公權力에 의한 基本權侵害의 개연성이 있을 때 비로소 本案審理를 하는 것이고 개연성조차 없을 때는 비록 당사자가 基本權을 侵害받았다고 主張하더라도 이를 却下한다. 통상의 民事訴

---

13) Walter, 전게서 778면이하.

訟과는 이 점에서 區別된다.<sup>14)</sup>

行政處분에 대한 訴願의 경우에는 原則적으로 行政節次에 있어서의 當事者에게 訴願提起適格이 인정된다.

그러나 憲法裁判所는 行政節次에 있어서는 當事者의 地位에 있지 아니하지만 法律에 의하여 行政節次와 關聯性이 인정되는 사람에게도 訴願提起適格을 許容하고 있다. (Vfslg 5358, 8746, 8897)

權力的事實行爲의 경우에는 이와 같은 行爲에 의해 自身의 主觀的權利가 侵害받았다고 主張하는 사람에게 訴願提起適格이 인정된다.(VwGH 1983.2.25, 2971/80)

訴願提起人이 訴願提起後 死亡한 경우에는 相續人에 의해 節次가 受繼될 수 있다. 이와 같은 訴訟節次의 受繼가 許容되는지 여부는 訴願對象이 된 權利가 承繼될 수 있는 權利인지 여부에 따라 決定되나 一般的으로 承繼가 인정되지 않는 경우가 많다고 할 수 있다.(Vfslg 10501)

#### 4. 訴願節次

##### 가. 提訴要件

###### (1) 補充性

소원은 行政審判上의 救濟節次를 모두 거친 다음 提起되어야 한다. 行政審判上의 救濟節次를 모두 거쳤는지 여부를 行政法規에 따라 決定된다. 오스트리아의 行政審判節次는 3審制의 구조를 가지고 있기 때문에 行政審判節次上 最上級行政審判節次를 마친 뒤라야 비로소 憲法訴願을 提起할 수 있다. 行政訴訟를 거치지 아니하고 바로 憲法訴願을 提起한다는 점이 독일과 다른 점이다. 權力的事實行爲에 대해서는 行政審判上의 救濟節次를 생각할 수 없으므로 補充性的의 원리가 적용될 여지가 없다(Vfslg

---

14) Schlaich : Das Bundes Verfassungsgericht 113면.

3407, 3701, 4989).<sup>15)</sup> 만일 行政規則에서 權力的事實行爲에 대한 行政審判機關의 審査節次를 規定하고 있다면 이와 같은 審判機關의 決定自體가 憲法 訴願對象으로서의 適格을 가지게 되고 따라서 단지 이와 같은 決定만이 訴願對象으로 고려된다. 行政處分이 아무런 理由說明없이 이루어지고 더구나 이에 대한 不服節次를 알려주지 아니한 채 이루어졌다 하더라도 行政審判節次에 따라 不服을 하여야 하고 이와 같은 경우라 하여 補充性的의 원리가 도외시될 수는 없다(Vfslg 3675).

## (2) 提訴期間

提訴期間은 6週日이다.

行政處分에 대한 提訴期間은 마지막 行政審判의 判決이 送達된 때로부터 進行된다. 憲法裁判所法 제82조 제1항은 裁決이 口頭로 이루어질 수 있는 가능성에 대해서는 고려하지 아니하고 있다. 裁決이 當事者에게 送達되지 아니하는 한 提訴期間은 進行되지 아니하고 判例에 따르면 이와 같은 경우에는 언제든지 訴願을 提起할 수 있다고 한다(Vfslg 9068, 10637). 裁決이 送達된 한 當事者가 실제 이것을 읽고 그 內容을 知得하였는지 여부는 提訴期間의 進行과 아무런 관계가 없다(Vfslg 841). 提訴期間은 裁決이 送達된 때로부터 進行하지만 送達前이라 하더라도 當事者가 그 內容을 알고 미리 訴願을 提起하는 것은 무방하다.

憲法裁判所는 行政裁判所法 제26조 제2항의 規定 즉 行政審判의 裁決이 當事者에게 送達되기 전이라도 行政訴訟을 제기할 수 있다는 規定을 헌법소원에도 준용하고 있다 (Vfslg 3610).

法人이 解散된 경우 裁決의 送達對象이 아닌 法人構成員이 訴願을 提起하는 경우에는 그 構成員이 解散을 알게된 날로부터 提訴期間이 進行된다(Vfslg 6406). 權力的事實行爲에 대한 訴願의 提訴期間은 當事者가 權力的事實行爲를 알게된 날로부터 進行된다. 權力的事實行爲로 인하여 訴願을 提起할 權利가 妨害를 받은 경우에는(不法拘禁등의 경우) 그와 같은

---

15) Walter, Mayer ; 전게서 394면.

事由가 解消된 때로부터 그 期間이 進行된다. 判例에 따르면 權力的事實行爲에 대한 提訴期間은 當事者が 行政官廳의 行爲를 權力的事實行爲로 인식할 때부터 進行되는 것이지 그와 같은 行爲의 違法性에 대하여 인식을 할 때가 언제인지는 重要하지 않다고 한다. 法規에 규정된 期間以內 訴願提起에 必要한 要件을 따져 提訴要件을 充足하여야 하는 것은 當事者の 義務이기 때문에 權力的事實行爲의 違法性을 充足하여야 하는 것은 當事者の 義務이기 때문에 權力的事實行爲의 違法性을 늦게 인식하더라도 이는 當事者の 負擔으로 돌아가는 것이다(Vfslg 3692, 381, 5091, 7768).

## 나. 訴願提起方式

訴願을 提起할 때는 事實關係를 正確히 적시하여야 하고 訴願請求趣旨를 明白히 하여야 한다. 즉 憲法上 保障된 基本權이 下位法規範이 적용됨으로써 어떤 權利가 侵害되었다는 것을 違反된 下位法規範이 적용됨으로써 어떤 權利가 侵害되었다는 것을 請求原因으로 하는 것인지 明白히 表示하여야 한다. 후자의 경우에는 上位法規에 違反된 것으로 主張된 下位法規가 具體적으로 特定되어야 한다. 行政處분에 대한 憲法訴願의 경우에는 請求趣旨로서 當該處分の 取消를 구하여야 하고 權力的事實行爲에 대한 憲法訴願의 경우에는 請求趣旨로서 當該 行爲로 인해 權利가 侵害되었다는 確認을 구하는 것이어야 한다. 물론 후자의 경우에는 狀況에 따라서는 權力的事實行爲의 取消를 구할 경우도 있을 수 있다.

訴願提起時 訴願의 對象이 된 處分の 正本·등본 또는 초본·사본이 첨부되어야 하며 處分이 送達된 날도 嘯時되어야 한다.

被請求機關도 表示되어야 하고 權力的事實行爲에 대한 訴願의 경우에는 가능한 한 어느 機關이 權力的事實行爲를 하였으며 그 機關의 行爲가 어느 行政廳의 行爲로 歸屬될 수 있는지 여부를 明示하여야 한다(Vfslg 9098).

訴願狀에 必要한 기재사항이 省略된 경우에는 그 補正을 위해 訴願狀을 반환할 수도 있고(법률 제18조) 경우에 따라서는 이를 却下할 수도 있다.

그러나 憲法裁判所는 이와 같은 要件의 省略여부를 심사함에 있어 아주

너그러운 立場을 취하고 있다(Vfslg 10665).<sup>16)</sup>

#### 다. 訴願提起의 效力

訴願을 提起하더라도 原則적으로 執行停止의 效力이 없다.

그러나 處分の 執行 내지 執行節次의 續行이 당사자에게 회복하기 어려운 損害를 끼칠 우려가 있고 執行停止를 하더라도 公共福祉에 反하지 아니한다고 인정될 때는 當事者の 申請에 따라 執行停止決定을 할 수 있다. 執行停止 여부에 관한 決定을 한 이후라 하더라도 執行停止要件에 대하여 현저한 변경이 있으면 當事者들의 신청에 따라 다시 決定을 해야 한다. 긴급을 요하는 憲法裁判所裁判部를 召集할 수 없는 경우에는 裁判官의 申請에 따라 所長이 執行停止 여부를 결정한다.

執行停止決定이 나면 當該 行政官廳은 訴願對象이 된 處分の 執行을 停止하고 이를 위해 必要한 措置를 강구하여야 하며 訴願對象이 된 處分の 執行機關은 執行行爲를 할 수 없게 된다.

判例는 執行停止의 效力을 아주 광범위하게 인정하고 있다. 판례는 “憲法裁判所가 執行停止決定을 하게되면 國家機關은 當該處分の 執行을 유예하여야 하고 이를 위해 必要한 조치를 강구하여야 하는바 이것은 訴願의 對象이 된 處분이 잠정적으로 對外的 效力을 전혀 가질 수 없다는 것을 의미한다. 따라서 當該處分の 效力發生에 기여할 수 있는 措置나 憲法裁判所의 決定을 事前에 妨害할 우려가 있는 措置는 모두 中斷되어야 한다. 그렇지 않으면 執行停止決定이 아무런 效力을 가질 수 없게 되기 때문이다”라고 判示하고 있다 (Vfslg 6215, 7433, 8348).

#### 라. 辯 論

訴願狀이 提出되면 그 副本과 첨부서류를 피청구기관에 송달하여야 하며 송달시 3주일 이내 답변서를 제출할 수 있다고 通知하여야 한다. 당사

---

16) Walter, Mayer ; 전게서 394면.

자는 변론의 準備를 위하여 意見書 또는 反對意見書を 提出할 수 있고 現저한 事由가 있으면 위 기간은 延長될 수도 있다. 이 경우 相對當事者의 同意는 필요하지 아니하다.

이와 같은 事前節次를 마친 뒤 裁判長은 변론기일을 정하여 訴願提起人·被請求期間 또는 利害關係者를 召喚하여야 한다. 그리고 口頭辯論이 행해지기 전까지는 憲法 제144조 제2항의 요건이 갖추어지면 非公開審理節次에서 訴願審理를 拒否하는 決定을 할 수 있다.

形式的要件의 省略이 明白한 경우에도 口頭辯論을 거치지 아니하고 非公開審後 決定으로 却下할 수 있다.

期日의 해태를 理由로 하는 追完申請도 可能하며 이와 같은 追完申請에 대해서는 非公開審理節次에서 許否를 決定한다.

訴願審判에 대해서는 再審이 許容되며 이와 같은 訴訟行爲의 追完이나 再審에 대해서는 民事訴訟法의 關係條文이 準用된다. 判例는 訴訟行爲의 追完에 관하여 行政裁判所의 節次보다는 完화된 立場을 취하고 있다(Vfslg 9817a).

## 5. 訴願에 대한 審判

### 가. 訴願의 却下(Zurückweisung der Beschwerde)

訴願의 提訴要件이 充足되지 못하였거나 또는 訴願狀에 省略을 補正할 수 없는 省略이 있는 경우에는 非公開審理節次에 의해 却下된다. 즉 管轄위반이나 청구기간해태의 경우, 既判力이 發生한 事件에 대한 再請求의 기재에 따르면 憲法上 保障된 權利가 侵害되지 않은 것이 명백한 경우거나 이제까지의 헌법 재판소판례를 통하여 充分하게 明白히 說明된 法律問題를 지닌 事件을 對象으로 하는 訴願등의 경우가 이에 해당된다.



## 나. 訴願節次의 終了(Einstellung des Verfahrens)

訴願이 심리도중 取下되면 訴訟節次는 終了된다. 訴願이 提起된 이후 被請求機關에서 스스로 訴願의 對象이 된 處分을 取下하면 當事者는 目的을 達成하게 되고 따라서 訴訟節次도 終了되게 된다. 이 경우 憲法裁判所는 訴願提起人을 訊問한 수 訴願의 對象이 없어졌음을 宣言하고 節次를 終了한다.

憲法訴願事件을 계기로 하여 違憲法律審査節次가 開始된 경우 (Aulaßfallbeschwerdeverfahren) 行政官廳에서 違憲判決이 날 것을 두려워하여 미리 問題된 行政處分을 取消하게 되면 憲法訴願節次는 對象이 없게 되어 終了될 수밖에 없고 이에 따라 違憲法律審査節次도 더 이상 進行될 수 없게 된다. 그리하여 오스트리아에서는 行政機關에 의한 憲法裁判所의 權限行使妨害行爲를 禁止하기 위해 1975년 憲法改正時 헌법 제140조 제2항을 新設하여 憲法訴願事件을 契機로 시작된 違憲法律審査(이 경우에는 따로 제청하는 機關이 없으므로 職權으로 違憲審査節次가 開始되고 그 結果에 따라 訴願事件이 處理된다) 節次中 行政處分이 取消되어 當事者가 만족을 얻게 된 경우 (klaglosstellung)에는 계속 違憲審査節次를 進行한다고 規定하였다. 그러나 立法자가 스스로 違憲審査의 對象이 된 法律을 廢止하거나 變更하는 것은 憲法上 禁止되지 아니하였다. 다만 오스트리아의 한 判決에서는 立法者가 法律을 遡及的으로 廢止하여 失決問題性을 解消해 버린 事件에서 立法者의 意思가 憲法裁判所의 審査를 妨害할 目的이었다는 理由아래 失決性흥결을 否定하였으나(Vfslg 10091) 위 判決에 대해서는 批判的 見解가 많다.<sup>17)</sup>

## 다. 審理의 拒否(Ablehnung der Behandlung einer Beschwerde)

憲法訴願이 勝訴의 可能性의 거의 없거나 또는 당해 判決을 통해 憲法

---

17) Walter, Mayer ; 전게서 378면.

的 問題의 解決이 期待될 수 없는 경우에는 연방헌법 제144조 제2항에 따라 口頭辯論에 이르기전 決定(Beschluß)의 형식으로 訴願審査를 拒否할 수 있다. 그러나 當該訴願要件이 行政裁判所의 管轄에 속하지 아니하는 경우에는 審査를 拒否할 수 없다. 연방헌법의 위 규정은 1981년의 改憲時 비로소 나왔다가 1984년 改憲時 확대되었다. 이와 같은 규정이 나온 배경은 憲法裁判所의 업무부담을 줄여보자는데 있다. 왜냐하면 오스트리아헌법재판소는 法律을 비롯한 條約·法規命令등에 대한 規範審査를 할뿐만 아니라 聯邦制國家에서 흔히 일어나는 聯邦과 州사이, 州와 州사이의 權限爭訟 또는 國가기관 상호사이의 權限爭訟사건, 選舉訴訟, 議會나 州議會構成員의 資格喪失사건, 탄핵사건, 會計院과 政府사이의 分爭 등 여러 事件 등을 審判하도록 되어 있기 때문에 憲法訴願事件에 지나친 시간을 빼앗기게 되면 다른 業務에 큰 지장을 초래하기 때문이다. 憲法訴願事件이 行政訴訟事件과 明確히 區別되지 아니하므로 이를 차라리 行政裁判所에 맡기고 憲法裁判所로서는 보다 더 重要한 事件의 審査에 精進하는 것이 더 바람직하다고 할 수 있다.

물론 憲法裁判所와 行政裁判所는 侵害된 權利가 憲法上 保障된 權利인가 아니면 일반 法律에 의해 保障된 權利인가에 따라 管轄권이 달라지므로 엄격히 말하면 憲法訴願事件은 憲法上 保障된 權利가 侵害되었는지 여부를 심리하는 사건이어서 行政裁判所의 管轄사건이 될 수 없고 따라서 연방헌법 제144조 제2의 단선에 따라 審理를 拒否할 경우는 없다는 結論에 이르게 된다. 그러나 審理拒否를 規定하게 된 歷史的背景을 살펴보면 비록 憲法上 保障된 權利가 문제된다 하더라도 勝訴의 可能性이 訴願狀의 記載에 의하더라도 거의 없거나 또는 憲法問題의 解決을 期待할 수 없는 경우에는 憲法裁判所보다 行政裁判所에 당해 사건의 處理를 맡기는 것이 보다 합리적이라는 立法者의 태도를 알 수 있다. 이에 따라 行政裁判所는 憲法裁判所의 委任에 따라 그 管轄이 확장되는 結果가 되었다.

學說에 따르면 憲法裁判所는 基本權侵害가 一般法律의 重大한 적용 잘못으로 일어난 경우(예를 들면 전혀 생각할 수 없는 法律適用 즉 恣意的

인 法適用의 경우) 訴願이 제기되면 審理를 拒否하고 이를 行政裁判所로 하여금 處理하도록 委任할 수 있다고 한다. 이와 같은 경우에는 審理가 너무나 간단하여 憲法의 問題의 해결이 기대되지 아니하기 때문이다. 憲法裁判所의 大審査權(Grdprüfung)은 아껴져야 하고 이와 같은 사건은 行政裁判所의 小審査權(Feinprüfung)에 의해 處理되어야 한다는 것이다.

원리 法律에 따르면 當事者が 行政裁判所에 移送申請을 하거나 憲法訴願과 병행하여 行政裁判所에 行政訴訟이 提起된 경우(Parallebeschwerde)에만 行政裁判所가 審判을 할 수 있으나 이와 같은 移送申請이나 並行提訴가 없더라도 憲法裁判所는 憲法訴願의 審理를 拒否하면서 그 事件處理를 行政裁判所에 委任할 수 있게 된 것이다.

憲法裁判所의 업무경감을 위해 이와 같이 訴願의 審理를 拒否할 수 있는 길을 열어 놓은데 대해서는 立法策上 批判의 여지가 많다. 이 規定이 明確한 法的 體系를 갖추어 태어난 것도 아니며 憲法判定者는 다만 憲法裁判所의 權能에는 아무런 損傷을 입히지 않으면서 業務輕減의 길을 모색하려고 위 規定을 신설하게 된 것이다.

從來 實務에 따르면 訴願審判의 判決書에 나타난 判決理由가 너무나 千篇一律적(stereotypen Begründungen)이어서 당사자나 제3자가 이것을 이해하기가 매우 어려웠기 때문에 이와 같은 경우에는 이를 차라리 憲法裁判所의 審査對象에서 除外하기로 한 것이다.(訴願을 기각하거나 却下하는 경우의 理由說示는 아주 간단하게 千篇一律적으로 기재되어 당사자가 사실상 그 理由를 알 수 없는 경우가 대부분이었다)<sup>18)19)</sup>

## 라. 本案判決

憲法裁判所 訴願사건을 審理한 결과 憲法上 保障된 權利가 侵害되었다고 인정하거나 또는 上位法規에 違反된 下位法規가 적용됨으로서 權利

---

18) Walter, Mayer ; 전게서 396면. Adamovich, Funk ; 전게서 350면.

19) Adamovic, Funk ; 전게서 331면.

가 侵害되었다고 인정하는 경우에는 訴願決容判結을 한다. 따라서 行政處分에 대한 訴願의 경우에는 當該處分을 取消하고, 權力的 事實行爲에 대한 訴願의 경우에는 그와 같은 權力的 事實行爲가 違法이었다는 確認判決(deklaratorische Entscheidung)을 하고, 권력적 事實행위가 進行중일때는 취소판결(kassatorische Entscheidung)을 한다. 이에 반해 그와 같은 權利侵害거나 認定되지 아니하면 訴願을 기각한다. 行政政府의 行爲가 어떤 基本權地位를 侵害하였느냐에 관한 문제를 判斷함에 있어서 憲法裁判所는 行政廳의 意圖(Intentionalität)를 여러 경우 달리 고려하였다. 이 경우 물론 行政廳의 意向에 전적으로 달려있는 것은 아니고 決定的인 표준은 어디까지나 憲法上 保障된 基本權이 어느 범위까지 포섭할 수 있느냐에 달려있다. 실무상 行政廳의 意圖가 특히 문제되는 分野는 職業의 自由와 個人的 自由權분야이다.

職業의 自由에 대한 영향이 단지 行政處分에 따른 事實상의 부차적 效果(faktische Nebenwirkung)에 불과한 경우에는 그와 같은 基本權侵害가 있었다고 인정할 수 없다.<sup>20)</sup> 이와 같은 事實상의 副次的效果에 불과한 것이라고 判決한 例는 輸入許可의 拒否處分(VfSlg 9238), 또는 캠핑장 운영자에 대하여 캠핑장에 있는 家具保管所의 除去는 命한 處分에 대한 사건(VfSlg 9169)에서 찾아 볼 수 있다. 이와 유사한 事안으로 證人訊問으로 인하여 當該證人이 行動의 自由를 事實上 制約받았다 하더라도 이와 같은 行政廳의 措置意圖가 自由制約에 있는 것이 아니기 때문에 이를 가르켜 拘禁이라 할 수는 없고 이는 단지 證人의 出席義務에 따른 第二次的 結果(sekundäre Folge)에 불과하다는 判決이 있다(V8Slg 5280).

本案判決이 내려지는 경우 主文을 보면 다음과 같은 形式으로 記述되고 있다.

(1) 訴願提起人은 訴願의 對象이 된 處分으로 인하여 憲法上 保障된 權利인 法 앞의 平等權을 侵害받았다. 위 處分을 取消한다. 州는 訴願提起人

---

20) Walter, Mayer ; 전게서 457면.

이 負擔한 ○○○실링의 訴訟費用을 14일 이내 변상하여야 한다(VfSlg 9904).

(2) 訴願提起人은 訴願의 對象이 된 處分이 法律에 違反된 法規命令인 ○○○ 法施行令에 근거함으로서 權利를 侵害받았다. 위 處分을 取消한다 연방은 訴願提起人이 負擔한 ○○○실링의 訴訟費用을 14일 이내 변상하여야 한다 (VfSlg 9810).

(3) 이에 反해 訴願을 기각하는 경우의 主文은 “訴願提起人은 訴願의 對象인 處分에 上位法規에 위반된 法規가 적용됨으로 인하여 權利를 침해받지 아니 하였다. 訴願을 기각한다” 또는 “訴訟提起人은 訴願의 對象인 處分으로 인하여 憲法上 保障된 權利를 侵害받지도 아니하였고 上位法規에 違反된 法規가 적용됨으로 인하여 權利를 침해받은 것도 아니다. 訴願을 기각하고 訴願提起人이 當該處分으로 인하여 그 밖의 다른 權利를 侵害받는지 여부에 관한 審理를 위하여 이를 行政裁判所에 移送한다”라는 形式으로 記述된다(VfSlg 9769, 9588).

(4) 權力的 事實行爲에 대한 訴願의 경우에는 “訴願提起人은 1982. 2. 7. 21:30경 경찰과견대의 要員에 의해 ○○에서 체포되어 1982. 2. 8. 12:00까지 억류됨으로써 그리고 억류되는 과정과 방법으로 인하여 憲法上 保障된 權利를 侵害받지도 아니하였고 上位法規에 違反된 法規가 적용됨으로 인하여 權利를 侵害받지도 아니하였다. 이러한 범위내에서는 이 사건 訴願을 기각한다. 그러나 訴願提起人은 1982. 2. 7. 22:20경 경찰과견대 사무실내에서 自身의 意思에 反하여 注射를 맞게 됨으로서 憲法上 保障된 人間の 尊嚴과 價値를 害하는 處分을 받지 아니할 權利를 侵害받았다. 訴訟費用은 변상되지 아니한다”라는 形式으로 이루어진다(VfSlg 100051).

訴取下의 경우나 訴願對象인 處分이 行政廳에 의해 取消되어 訴願의 目的이 達成된 경우에도 當事者의 申請이 있으면 訴訟費用에 관한 裁決을 할 수 있다.

訴願이 棄却되면 訴願對象이 되었던 處分은 아무런 制限없이 效力을 發

生하고 만약 執行停止決定이 있었다면 즉시 그 效力을 喪失한다.

#### 마. 行政裁判所에의 移送

訴願을 棄却하거나 또는 審理를 거부하는 경우 當事者의 申請이 있으면 當該事件이 行政裁判所의 管轄에 속하지 아니하는 경우가 아닌 한 이를 行政裁判所에 移送한다. 當事者는 訴訟節次가 進行중인 때 또는 憲法裁判所의 判決이 送達된 후 2週日以內 移送申請을 할 수 있다. 憲法裁判所가 기각 또는 審理拒否를 하기 전에 申請이 있는 경우에는 裁判所가 決定을 하고 判決이 난 후 申請이 있으면 常任裁判官이 決定한다.

移送制度를 인정하는 理由는 憲法上 保障된 權利와 一般法規上의 權利를 엄격하게 區別하기 어렵기 때문에 當事者로 하여금 行政訴訟을 提起할 기회를 잃지 않도록 해 주기 위함이다.

憲法裁判所가 憲法 제144조 제2항에 따라 審理를 拒否하는 경우에는 申請이 없더라도 이를 移送하여 行政裁判所로 하여금 處理케 하는 것은 앞서 본 바와 같다.

### Ⅲ. 個人에 의한 違憲法律·命令審查提請(Individualantrag auf Normenkontrolle)

#### 1. 意 義

전통적인 三權分立理論에 따르면 立法機關과 執行機關은 明白히 區別되어야 하며 그 機關相互사이에는 견제와 均衡의 原理가 적용되어야 하기 때문에 立法기관이 스스로 執行行爲를 할 수는 없다. 따라서 法律은 一般的·抽象的인 規定의 형태를 취하여야 하는 것이 法治主義의 원칙에 맞는 것이다. 議會는 단지 執行行爲의 근거가 되는 抽象的·一般的 法律만 制定할 수 있을 뿐이며 行政機關과 司法機關의 執行行爲에 의해 當該 法律이

執行되는 것이고 國民은 이와 같은 執行行爲를 대상으로 訴訟의 방법으로 다  
들 수 있고 이 경우 必要하다면 當該 法律의 違憲여부가 그 過程에서 심사되  
는 것이다. 그런데 行政機關이나 司法機關이 하여야 할 執行行爲(意思表示로  
서의 執行行爲 즉 行政處分이나 裁判을 의미한다)까지 議會 스스로가 한다면  
從來의 訴訟節次는 소용없게 되므로 立法者를 相對로 하는 새로운 訴訟手段  
이 강구되지 않으면 안 될 것이다.

議會가 무한정 立法에 의한 行政處分 또는 裁判을 할 수는 없으나 예외적인  
경우 이와 같은 형식의 立法例가 나타나고 그 合憲性도 시인되고 있으므로 문  
제는 이와 같은 立法에 대한 憲法訴願을 정하여 이 문제를 해결해 왔는바 오  
스트리아에서도 독일의 이와 같은 態度를 본받아 1975年 改憲時 個人이 違憲  
法律·命令에 대한 審査를 提請할 수 있도록 하였다(헌법 제139조 제140조).  
個人에 의한 違憲審査提請은 抽象的規範統制節次의 한 態樣으로 규정되지 못  
하고 違憲審査의 한 態樣으로 規定된 것은 오스트리아의 憲法訴願制度가 行  
政權力作用을 對象으로 하고 있는데서 연유하는 것이다.

## 2. 提請要件

헌법 제139조 제140조에 의하면 個人이라 하더라도 行政處分이나 法院의  
裁判을 통하지 아니하고 法律이나 命令에 의해 直接(unmittelbar)권리를 侵害  
받은 경우에는 違憲審査를 提請할 수 있다고 規定되어 있다.

위 規定에 따른 提請要件이 과연 무엇이나에 대하여 學者들 사이에 논란이  
많다.

위 規定의 문언을 充實하게 해석하는 見解에 의하면 權利의 侵害가 直接的  
(unmittelbar)으로 이루어져야 하고 당해 規範이 적용된 行政處分이나 裁判을  
통하지 아니하고 당해 規範에 의해 막바로 侵害를 받아야

(direkte Wirksamkeit)한다고 한다. 權利侵害가 직접적(unmittelbar)이라는 의미는 당사자 스스로(selbst nicht Dritte)가 現在(gegenwärtig) 관련되어야 한다는 뜻이다. 그리고 處分이나 裁判을 통하지 않았다는 의미는 통상 國民의 權利는 法規範에 의해 곧바로(direkt) 侵害될 수 없고 法規範을 적용한 處分이나 裁判에 의해 비로소 侵害되는데 이와 같은 過程을 거침이 없이 곧바로 侵害되었다는 뜻이다. 위 見解는 法文에 充實한 해석이라는 點에서 형식적 집행행위 단계설(formales Vollzugsstufenmodell)이라 불리어진다.<sup>21)</sup>

이러한 形式的 見解에 反對하여 그 要件은 合目的的 解釋에 위해 확정되어야 한다는 견해가 나오고 있다. 이에 따르면 提請要件은 關聯性的 程度(Betroffenheitsdichte)와 다른 救濟手段을 통한 우회가능성(Umwegszumutbarkeit)의 두가지라고 한다.<sup>22)</sup>

關聯性이란 侵害가 提請人 本人에게 나타나야하고 그것이 단순히 잠재적인 것이어서는 아니되고 현실적(gegenwärtig, aktuell)인 것이어야 한다는 의미이다. 그리고 우회가능성이란 다른 權利救濟手段을 통하여서는 權利救濟가 不可能하거나 이와 버금갈 정도로 현저히 곤란한 사정이 없어야 된다는 의미이다. 여기서 關聯性은 결국 앞서 본 本人性 및 現在性과 같은 表現에 불과하므로 결국 후자의 要件만이 다르다. 전자의 경우와 같이 處分이나 裁判을 통하지 아니하고 侵害가 法規範에 의해 곧바로(direkt, unmittelbar) 이루어졌다면 이와 같은 경우에는 다른 權利救濟手段自體 생각해 볼 수 없으므로 결국 우회가능성도 없는 셈이다. 그러나 아주 예외적인 경우 즉 處分이나 裁判에 의해 침해가 이루어지지만 그와 같은 侵害가 나타난 뒤 侵害行爲인 處分이나 裁判을 對象으로 行政訴訟 또는 上訴에 의해 權利救濟를 받는 節次가 當事者에게 현저한 損害를 끼칠 우려가 있는 경우에는 兩設에 큰 차이가 난다.

다만 前說에 의하면 憲法裁判所의 管轄이 明確해지는 長點이 있는 반면

---

21) Walter, Mayer ; 전계서 366면.

22) Adamovich, Funk ; 전계서 344면.



後設에 의하면 管轄의 範圍가 流動的이 되어 法的安定性을 害할 우려가 많다.

判例는 實務上 決定的 標準을 우회가능성에서 구하는 傾向이 많다. 判例에 따르면 刑事訴訟의 우려가 있을 때나 아주 막대한 경제적 손실을 초래할 우려가 있을 때는 우회가능성이 없다고 한다(VfSlg 8386, 8432, 8464, 9285). 당사자로 하여금 그와 같은 위험을 무릅쓰고 構成要件에 해당되는 行爲를 한 후 處分을 기다려 이를 다투어보라고 하는 것은 기대할 수 없기 때문이다.

그러나 確認決定(Feststellungsbescheid)이나 예외적인가 (Ausnahmegenehmigung) 등의 可能性이 있을 때는 이와 같은 節次가 다른 구제수단의 범위에 들어간다고 한다.

個人에 의한 違憲提請의 要件은 事實上 獨逸의 法律에 대한 憲法訴願要件과 같다고 할 수 있다. 독일에서도 本人關聯性 侵害의 現在性 法律에 의한 直接的 侵害의 3要件을 두고 있으며 그 중 直接性(unmittelbar)의 要件에 대해서는 執行行爲介在 여부를 기준으로 判斷하고 있다. 다만 아주 예외적인 경우 즉 執行行爲가 있기 이전 이미 當事者의 法的狀態가 현저히 侵害되어 執行行爲가 있기 이전 이미 當事者의 法的狀態가 현저히 侵害되어 執行行爲에 의해서 는 더 이상 회복될 수 없는 상태가 事前造成된 경우에는 直接性을 인정하고 있다. 이 때는 執行行爲를 대상으로 한 權利救濟節次가 기대될 수 없기 때문이다.<sup>23)</sup> 이와 같은 두 나라의 判例태도를 비교해 보면 결국 상호 접근한 해결 방안을 모색하고 있다고 보여진다. 法律이나 命令 등에 대하여 違憲審查提請을 할 경우 侵害된 權利가 憲法上 保障된 權利일 必要는 없다. 그러나 主觀的 權利에 대한 侵害일 것이 要求되므로 단순한 經濟的 利益에 不過한 경우에는 提請할 수 없다(VfSlg 8009).

侵害는 現在의 侵害이어야 하지 未來에 예상되는 侵害만으로는 足하지 아니하다. 이 점은 독일과 같고 스위스와 다른 점이다.<sup>24)</sup> 憲法訴願節次에

---

23) Maunz등 전게서 §90, 88면 이하.

24) Maunz등 전게서 §90, 26a면.

의해 處理되는 것이 아니기 때문에 提請期限은 없다.

個人에 의해 違憲審査提請이 된 事件이 許容된 경우는 비교적 드물다(허용한 判例 VfSlg 8156, 8121, 8463, 8984, 9046, 9162, 9253 등 허용하지 않은 判例 VfSlg 8553, 8757, 8670, 8552, 9135, 9352, 8977, 8700 등). 따라서 아직까지 이 문제는 一般的인 原理를 이야기할 수 있는 단계까지 이르지 아니하였다고 할 수 있다.

#### IV. 結 論

오스트리아 憲法訴願制度의 特色을 다른 나라와 비교하여 살펴보면 다음과 같은 점을 들 수 있다.

첫째 憲法訴願制度를 裁判에 대한 違憲抗告制度로 보지 않고 特殊한 行政訴訟으로 파악하여 法院의 裁判에 대한 訴願을 인정하지 않고 있는 점이다.

독일의 憲法訴願制度는 行政訴訟의 한 類型이 아니라 裁判에 대한 不服의 한 方法이다(이런 의미에서의 Verfassungs beschwerde를 憲法訴願으로 번역하는 것 보다 違憲抗告내지 特別上告라고 부르는 것이 더 정확하다). 違憲法律에 대한 審査權이 憲法裁判所에 있으므로 裁判過程(節次的인 면과 實體的인 면을 포함하여)에 適用된 法律이 憲法에 違反된 法律이라는 實體的인 면을 포함하여)에 適用된 法律이 憲法에 違反된 法律이라는 事由로 當該裁判의 效力을 다투는 경우 最終的인 違憲法律審査權을 가진 憲法裁判所의 判斷을 받게 해 주는 制度라고 할 수 있다. 독일의 경우 裁判節次에서 비록 違憲法律이라는 主張이 나오더라도 法院에서 合憲이라고 인정하면 違憲審査提請을 하지 않고(즉 違憲의 確信이 있을 때만 提請한다) 裁判을 하기 때문에 이와 같은 不服手段은 違憲法律審査權을 最高法院이 가지고 있는 나라에서도 인정된다. 예를 들어 日本과 같이 高等法院에 上告部가 設置되었거나 또는 訴訟法上 不服이 許容되지 아니하는 裁判(예를 들어 民事訴訟法上的 異義

의 訴 提起에 따른 假處分, 行政處分の 執行停止申請棄却決定, 또는 執行停止決定을 取消하는 決定, 不在者 財産管理人選任決定 등) 이어서 最高法院에 再抗告할 수 없기 때문에 形式上 確定된 경우와 같이 違憲法律審査權을 가진 最高法院의 違憲여부에 관한 判斷을 구할 길이 막혀있는 경우 最高法院의 위와 같은 違憲審査權을 保障하기 위해 마련된 不服節次가 바로 憲法訴願과 같이 趣旨의 制度라 할 수 있다.

日本에서 인정한 特別上告, 特別抗告制度가 바로 이와 같은 경우를 예상한 구제수단인 것이다(일본 민사소송법 제409조의 2, 제419조의 2). 그런데 오스트리아에서는 法院에서 裁判을 하는 도중 違憲問題가 先決問題로 대두되면 法院에서 違憲성에 의심을 갖는 한 提請을 하도록 規定되어 있다(헌법 제99조 제2장). 이는 法院의 權利인 동시에 義務라 할 수 있다. 疑心(Bedenken)이 있는 한 제청을 하도록 規定되어 있으므로 통상의 경우는 아무런 問題를 야기하지 않으나 아주 예외적인 경우 즉 法院에서는 疑心조차 없다고 보았는데도 불구하고 當事者에게도 다른 不服手段을 마련해 주는 것이 妥當하지 않는가라는 의문이 생길 수 있다.

이와 같은 경우 독일과 같이 裁判에 대한 憲法訴願(이른바 違憲抗告)을 인정하던가 아니면 최소한 違憲提請을 棄却한 決定에 대하여 憲法裁判所에 不服을 申請하는 길을 인정하던가 하는 두가지 方案을 생각해 볼 수 있는 바 오스트리아에서는 이와 같은 제도를 모두 채택하지 아니하였다. 오스트리아에서는 비록 憲法裁判所가 違憲法律審査權을 가지고 있지만 이와 같은 範圍內에서는 一般 民刑事最高裁判所(OGH)에서도 部分的인 違憲審査權을 가지고 있다고 볼 수 있다(Nebensystem der Verfassungsrechtsprechung).<sup>25)</sup>

다만 行政法 分野에 있어서는 憲法에 違反된 法律 기타 上位法規에 違反된 下位法規가 적용된 行政處분에 대해서, 이로 인해 侵害된 權利가 憲法

---

25) Adamovich, Funk ; 전게서 399면.

上 保障된 權利인가를 묻지 아니하고 바로 憲法裁判所에 憲法訴願을 提起할 수 있기 때문에 憲法裁判所에서 포괄적인 심사권을 독점하고 있다고 할 수 있다.

이와 같은 오스트리아의 制度는 一般司法分野에 있어서는 憲法的 問題가 별로 일어날 소지가 없다는데 연유하지만(基本權 自體가 對國家的 權利이고 따라서 國家의 公權力 行使에 의해서만 侵害될 수 있다) 오늘날 憲法이 모든 國家 法規範의 最高 指導理念으로 位置하고 있고 民事法 또한 憲法이 志向하고 있는 價值體系와 연관하여 해석되어야 한다는 점에서 批判의 여지가 있다 하겠다.

그러나 實際的인 측면에서 본다면 違憲성에 疑心이 있는 한 提請을 하게 되는 것이기 때문에 違憲法律이 적용되는 判決이 나올 可能性은 거의 없고 法的 解釋을 全的으로 취급하는 法院에서 違憲성의 의심조차 없다고 判斷한 法律에 대하여 當事자가 불만을 가지는 경우는 생각하기 어렵다 하겠다. 따라서 當事자가 불만을 가지는 경우는 생각하기

어렵다 하겠다. 따라서 當事자가 違憲성에 대하여 아무런 의심조차 없는 法律에 대하여 違憲問題를 提起함으로 인하여 초래될 裁判의 지연 내지 憲法裁判所의 過重한 業務負擔을 미연에 방지할 수 있다는 측면에서 오스트리아의 제도는 사실상 큰 長點을 가지고 있다 하겠다. 다만 法院에서 너무 과도히 法律에 대한 審査를 하여 違憲提請을 삼간다면 副作用이 나타날 可能性이 있으나 실제 이와 같은 현상은 나타나지 않고 있으므로 큰 문제가 되지 아니한다 오히려 독일에서는 違憲問題의 終局的인 해결을 위해 마련한 憲法訴願 制度가 理解不足과 國民들의 과도한 기대 등으로 인하여 또 하나의 上告審으로 인식되어 濫訴로 인한 폐해가 심각한 경지에 이르고 있음은 周知하고 있는 바와 같다.<sup>26)</sup> 이것은 理論的인 측면에서 완벽한 제도가 실제

---

26) Zuck ; Das Recht der Verfassungsbeschwerde 96면이하.

Schlaich ; 전게서 131면이하 조병륜 “서독의 규범통제와 헌법소원”(공법논총 1981, 208면).

“독일의 헌법재판제도”(공법연구 9집 97면)

拙稿 “헌법소원제도에 관한 연구”(人權과 正義 1154회 拙稿 “재판에 대한 헌법소원”(人權과 正義 159호) 김종빈 “헌법소원의 대상”(헌법재판소발간 헌법재판자료 2집).

理論대로 機能하지 못할 때 오히려 더 큰 副作用을 초래한다는 것을 시사해주는 것이라 하겠다.

오스트리아에서 재판에 대한 憲法訴願을 인정하지 않음으로서 補充性的의 原則 또한 독일과 현저히 다르게 적용된다는 점은 앞서 본바와 같다. 우리나라의 現代法體系는 오스트리아와 같이 裁判에 대한 憲法訴願을 인정하지 않고 있는 바 이는 오스트리아의 立法例를 參照한 바에 의한 것이다. 오스트리아 憲法裁判所는 一般民刑事最高裁判所·行政裁判所와 同列의 位置에 있으므로 인하여 裁判에 대한 訴願이 인정되지 아니하고 따라서 그 範圍內에서는 憲法裁判所와 民刑事最高裁判所가 相互補完的으로 違憲法律審査權을 行使하고 있는 것이다. 마치 우리나라 제5공화국시대의 大法院과 憲法委員會의 關係와 비슷한 구조라 하겠다.

그러나 現行 우리 憲法裁判所法에서는 違憲法律審査請求型憲法訴願節次(法 제68조 제2항)를 따로 規定함으로써 違憲法律이 適用된 裁判이 나올 여지가 事前 봉쇄되었다는 점에서 오스트리아제도의 理論的 難點을 補完하였다고 볼 수 있다. 위 規定은 事實上 過去 違憲法律 審査制度의 運營에 대한 反省에서 나온 것이나 앞으로 法院에 의한 違憲提請이 활발하게 이루어진다면 오히려 不必要하거나 憲法裁判所의 過重한 業務負擔만을 초래할 규정으로 변하게 될 여지가 많다고 할 수 있다(憲法裁判所法 제68조 제2항의 規定에 따라 民事訴訟法이 規定한 特別抗告制度는 違憲法律에 관한 主張에 한정해서 볼 때 無意味하게 되었다고 할 수 있다. 왜냐하면 特別抗告를 提起하기 이전에 미리 違憲主張을 할 길이 열려 있기 때문이다).

둘째 立法府의 勸力救濟手段을 憲法訴願의 한 方法으로 보지 아니하고 違憲法律審査節次로 보고 있는 점이다. 이에 따라 立法不作爲에 대한 憲法訴願 또한 不可能하게 되었다.

個人이 違憲法律審査를 請求하는 오스트리아의 制度가 抽象的規範統制내지 民衆訴訟을 導入한 것은 아니고 性質上 法律에 대한 憲法訴願制度임은 앞서 본 바와 같다.

독일의 憲法訴願制度는 裁判에 대한 違憲抗告制度로서 機能하고 있을 뿐만 아니라 例外的인 경우 즉 法院에 대한 訴訟의 길이 許容되지 아니하는 國家權力行使(독일에서는 基本法 제19조로 인하여 行政府의 公權力行使 또는 不行使에 대해서 訴訟上 救濟의 길이 保障되어 있으나 特別한 高權行爲나 立法府의 公權力 行使에 대해서는 法院에 提訴할 수 없다)가 있는 경우의 救濟手段으로서도 機能하고 있다. 즉 國家機關의 行爲가 性質上 爭訟의 手段으로 해결될 수 없는 것(이른바 政治的인 問題)이 아니 한 制度未備로 인하여 國民의 權利侵害가 방지되는 것은 예방하는 制度라 할 수 있다. 이런 의미에서의 憲法訴願은 1심이면서 最終審이라 할 수 있고 따라서 이와 같은 憲法訴願은 아주 例外的인 경우에만 인정될 수 있는 것이다. 만약 이와 같은 사건이 증가한다면 立法에 의해 一般法院의 管轄로 하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 그렇게 하여야만 當事者에게 裁判의 便宜를 도모해 줄 수 있고(住所地에서 訴訟을 할 수 있다) 審級의 利益을 누릴 수 있기 때문이다. 이런 의미에서 오늘날 法律에 대한 訴願도 補充性이 적용되어야 한다는 主張이 나오고 있다.

法律에 대한 個人的 違憲審查請求 또한 이와 같은 國民의 權利救濟를 위한 쟁송수단이므로 이것을 規範統制節次로 볼 것이 아니라 憲法訴願의 한 態樣으로 보아 訴願對象을 넓히는 것이 바람직스럽다 할 수 있다(이렇게 되면 現論上 立法不作爲까지도 訴願對象이 될 수 있을 것이다).

셋째 憲法訴願節次에서 被請求機關을 인정하고 있다는 점이다.

독일에서는 憲法訴願節次에서 訴願提起人에 對應하는 被請求人의 개념이 없다. 이것은 憲法訴願이 裁判에 대한 違憲抗告節次로 인정된 것이어서 不服對象인 裁判을 한 法院이 憲法訴願의 被請求人으로 될 수 없는 것은 너무나 당연한 것이기 때문이다.<sup>27)</sup> 그러나 裁判을 對象으로하지 아니하는 그 밖의 헌법소원은 理論上 訴願提起人의 상대가 될 機關을 예상할 수 있으나 憲法裁判의 特色上 被請求人을 인정하는 대신 利害關係人의 概

---

27) schlaich ; 전게서 37면.

念을 인정하여 節次를 진행하고 있다. 사실 法律에 대한 憲法訴願을 인정하는 경우 被請求人이 議會가 될 것인지 行政府가 될 것인지 아니면 나라(國)가 될 것인지 區別하기 어렵다 왜냐하면 議會가 立法權을 가지고 있다 하여도 이를 獨占하는 것은 아니며 法律案의 提案, 公布科程에는 行政府가 주로 관여하고 있기 때문이다. 오스트리아에서는 憲法訴願을 特殊한 行政訴訟으로 파악하고 있으므로 被請求人의 개념을 인정하고 行政訴訟節次에 따라 切磋가 進行된다. (다만 세부적인 절차 특히 事實決定등에 관해서는 憲法訴願의 特性上 다른 점이 있다.) 따라서 法律에 대한 個人的 違憲法律審査提請事件을 憲法訴願事件으로 취급하게 될 경우 이에 대한 體系的인 再檢討가 필요하게 된다.

넷째 오스트리아 憲法裁判所는 독일과 같이 모든 規範에 대한 심사권을 가지고 있으므로 憲法訴願事件의 重要性은 그리 크지 않다고 볼 수도 있다 왜냐하면 憲法裁判所의 기능자체가 具體的인 事件의 處理에 있는것이 아니라 具體的인 事件處理의 基準이 될 規範에 대한 審査에 있는 것이니 만큼 憲法裁判所가 스스로 나서서 具體的인 事件을 處理하는 것은 바람직스럽지 아니하기 때문이다.

더구나 憲法問題와 法律問題의 區別이 애매하고 行政審判을 거친뒤 바로 憲法訴願을 提起할 수 있도록 되어 있으므로 憲法訴願事件으로 인하여 憲法裁判所의 다른 本質的인 機能이 저해될 우려가 많다(裁判을 거친 다음 비로소 訴願을 提起하도록 되어 있는 독일에서도 濫訴의 폐해가 심각한 사실에 비추어 보면 오스트리아에서는 이 문제가 훨씬 심각하다고 할 수 있다)

오스트리아에서 여러차례 憲法改正過程을 거쳐 이 문제의 결정책을 모색하고 있음은 앞서 본 바와 같지만 이 문제는 결국 公法上의 論爭을 憲法裁判所와 行政裁判所에 어떻게 적절히 분배할 것이며 두 裁判所의 人的·物的인 構成을 여하히 할 것이냐 하는 制度의 문제에 속하는 것이라 하겠다

그런데 우리 憲法은 命令·規則·處分에 대한 違憲·違憲審査權을 大法

院에 最終적으로 주고 있기 때문에 오스트리아식 訴願制度는 운영할 수도 없게 되었다. 命令·規則에 대한 審査權없이 어떻게 行政處分을 심사할 수 있을 것인가? 비록 그와 같은 審査權이 인정된다 하더라도 그와 같은 審査는 잠정적인 것에 불과하고 최종적으로는 命令·規則審査權을 가진 기관의 再審査를 받아야만 할 것이다. 이와 같은 憲法規定에 비추어 보면 우리 憲法은 독일이나 오스트리아와도 다른 독특한 規範審査體系를 취하고 있다고 보여지고 이에 따라 憲法訴願制度 또한 이들 두 나라와도 다른 方向으로 發展되어가야 한다고 생각된다.

우리 현행법상 생각될 수 있는 憲法訴願對象은 국가기관의 公權力行使 내지 不行使 중 性質上 爭訟의 對象이 될 수 있으나 法制度의 未備로 인하여 爭訟의 길이 막혀 있는 分野가 될 것이나 司法權의 範圍와 관련하여 一般法院에서 司法消極主義를 취하면 憲法訴願의 길이 좁아진다고 할 수 있다. 물론 이 경우에도 憲法裁判所 스스로가 司法消極主義에 빠진다면 憲法訴願制度는 공허한 것이 되고 말 것이다.

우리 현행법체계상 憲法訴願制度는 오스트리아보다 넓을 수도 있고(立法不作爲 내지 行政司法不作爲 등에 관한 한) 좁을 수도 있다(行政處分の 영역). 그러나 독일과 달리 根本體制는 오스트리아형에 가깝다고 생각되므로 앞으로 계속 이 방면에 관한 연구가 기대된다 하겠다. 다만 본 논문에서는 資料不足 등 여러 사정으로 인하여 깊이 있게 다루지 못하고 기초적인 점만 개략적으로 살펴보고 말았으므로 이 방면에 관한 깊은 연구가 계속 이어지기를 기대해 마지 않는다.

## 參 考 文 獻

- 1) Robert Walter, Heinz Mayer ; Grundriß des Österreichischen Bundesverfassungsrechts 1988년판.
- 2) Robert Walter, Österreiches Bundesverfassungsrecht 1972 년판.



- 3) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk ; Österreichisches Verfassungsrecht 제3판.
- 4) Klecatsky, Öhlinger ; Österreichischen Gesetze, 1권 Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts.
- 5) 오스트리아 헌법재판소발간, Die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechtes
- 6) Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde.
- 7) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht.
- 8) Maunz, Schmidt-Bleibtren, Klein, Ulsmar ; Bundesverfassungsgerichts gesetz Kommentar.
- 9) Horst Säcker, Bundesverfassungsgericht 1981년판.
- 10) Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht. 1982년판.
- 11) Christoph Gusy, Die Verfassungsbeschwerde 1988년판.
- 1) 조병륜, 서독의 규범통제와 헌법소원(공법논총 1981년)
- 2) 안용교, 헌법소원제도(월간고시 1983. 3월호)
- 3) 정영훈, 서독의 헌법소원제도에 관한 연구(석사학위논문)
- 4) 김종빈, 憲法訴願의 對象(헌법재판소발간 헌법재판자료 2집)
- 5) 헌법위원회발간 헌법재판자료 2집 “서독에 있어서의 헌법재판”
- 6) 許營, 서독의 헌법재판제도(헌법재판의 活性化 方案, 국제학술세미나 자료)
- 7) 權寧星 “한국의 헌법재판제도”(前記 세미나 자료)
- 8) 拙稿 “憲法訴願制度에 관한 研究”(人權과 正義, 1988. 6월호) “裁判에 대한 憲法訴願”(人權과 正義, 1988. 11월호)

## 第二節 西獨의 憲法訴願 制度

金 學 成

(憲法裁判所 研究員, 法博)

### I. 憲法訴願의 意義와 沿革

#### 1. 意 義

憲法訴願이란 國民의 憲法上的 權利가 國家權力에 의하여 侵害된 경우에 憲法裁判所에 提訴하여 救濟를 請求하는 特殊한 權利救濟制度를 의미한다.<sup>1)</sup>

憲法訴願은 基本權 制定 및 聯邦憲法裁判所法 特定時 그 導入에 관하여 많은 論議가 있었으나 憲法訴願을 인정한 후부터, 憲法訴願은 聯邦憲法裁判所의 判例에 절대적 비중을 차지하였으며, 西獨 憲法에 많은 영향을 준 것은 부인할 수 없다. 國民의 정신적 영역이나 정치적 영역에 커다란 영향을 주었고 특히 基本權 중심의 사고를 심어 주었다.<sup>2)</sup> 憲法訴願을 통하여 立法, 司法, 行政 등의 國家權力을 中央의으로 통제하게 되었고, Hesse가 적절히 지적한 바와 같이 西獨의 憲法生活과 自由民主的 意思形成 그리고 전체 法秩序를 형성함에 있어 대단히 중요한 역할을 담당하고

---

1) 金哲洙, 憲法訴願, 考試界, 1979, p.5. : 안용교, 憲法訴願, 月刊考試, 1988. 2. : 조병윤, 西獨의 規範統制와 憲法訴願, 박일경박사화갑기념논문.

2) K. Schlaich, Das Bunde-verfassungsgericht, 1985., S.101.

있다.<sup>3)</sup> 또한 憲法訴願은 個別的인 基本權保護에만 그치는 것이 아니라 客觀的 憲法을 보장하는 기능을 가지며 憲法의 해석과 발전에 기여하고 있다. 그 한도에서 憲法訴願은 客觀的 憲法의 특별한 法保護手段이 되고 있다.<sup>4)</sup>

## 2. 憲法訴願의 沿革

### (1) Bonn基本法 制定까지의 憲法訴願의 歷史

① 西獨에서 憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)의 名稱이 처음 나타난 것은 19세기 後半에 들어서이나,<sup>5)</sup> 이미 신성로마제국의 帝國裁判所(Reichskammergericht)에 前身이 있었다.<sup>6)</sup> 憲法訴願의 결정적인 動因은 Bayern에서 그 예를 볼 수 있다.<sup>7)</sup> 1814년 바이에른의 國王勅令(dier königlich bayerische Entschließung)은 憲法的 權利의 侵害에 대하여 개인의 訴訟權(Beschwerderecht)을 인정하고있었다.<sup>8)</sup> 그 결과 1818년 Bayern의 憲法은 모든 住民과 團體에게 訴願權을 인정하였다.<sup>9)</sup> 이에 따라 모든 國民은 憲法上 權利가 侵害된 경우 兩院중 一院에 提訴할 수 있고, 兩院은 왕에게 共同的 提案權(gemeinsames Vorlagerecht)을 가지고 있었다.<sup>10)</sup> 그 당시 訴願은 法院의 決定이 아닌 行政行爲에 대하여만

---

3) K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, Benda u.a.(Hrsg.), Handbuch der Verfassungsrechts, 1983, S.95.

4) BverfGE 33,247(258).

5) E. Schumann, Verfassungsbeschwerde(Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, Landesverfassungsgerichtsbarkeit II. S.154.

6) Hoke, Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, Landsverfassungsgerichtsbarkeit I. S.35.

7) Schumann, a.a.O., S.149.

8) Schmidt-Bleibtreu, in ; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, Stand 1987. Rdnr. 3 zu §90 BVerfGG.

9) 1818년 Bayern 憲法의 제7장 21조.

10) R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Auf1, 1988. S.36.

허용되었고,<sup>11)</sup> 왕에 의한 실질적인 救濟可能性을 가지고 있을 때에만 허락되었다. 더욱이 行政裁判의 성립으로 그 適用範圍는 더욱 좁은 범위내에서만 인정되었다.<sup>12)</sup> 그럼에도 불구하고 憲法訴願은 큰 호평을 받았으며, 따라서 Bayern憲法이 효력을 발생한 후 많은 수의 訴願이 나타났다. 현대적 의미의 憲法訴願의 概念에 가장 근접된 형태로는 1849년의 獨逸帝國憲法(소위 Frankfurt 憲法)이다. 동 憲法 제126g, 제126h조는 “獨逸國民은 帝國憲法이 保障한 權利가 侵害된 때에는 帝國法院에 提訴할 수 있다. 節次의 자세한 內容, 方法, 種類는 法律에 委任한다”고 규정하였다.

② 憲法訴願의 유일한 直接的인 선구자인 1919년의 Bayern憲法 제93조에서 발견된다. 동 憲法은 당해 州에 去週하는 모든 住民은 官廳의 行爲에 의하여 자기의 憲法上 權利가 違憲的으로 侵害되었다고 믿는 경우에는 國事裁判所(Staatsgerichtshof)에 提訴할 수 있도록 하였다. 行政行爲에 대한 訴願만 인정되었고, 補充性이 요구되었다.<sup>13)</sup> 1946년의 Bayern憲法도 대체로 이 전통에 따르고 있다.<sup>14)</sup> 그러나 Weimar憲法은 憲法訴願權(Verfassungsbeschwerderecht)을 알지 못했다.<sup>15)</sup> 이 憲法은 많은 기본권 目錄을 규정하고 있었으나 基本權을 방어할 個別的 法的 手段이 결여되었었다.<sup>16)</sup> Weimar憲法이 憲法訴願에 대한 부정적 입장을 취한 가장 중요한 이유는 개인은 憲法的 法律關係에 있지 못하다는 것이 가장 本質的이었다고 본다.<sup>17)</sup> 사실 獨逸 國民黨(deutschvolkischen Fraktion)은

---

11) Schumann, a.a.O., S.149. ; Schmidt-Bleibtreu, a.a.O., Rdnr. 3 zu §90 BverfGG.

12) R. Zuck(FN 10), S.36.

13) Hoke, a.a.O., S.101 ; Schumann, a.a.O., S.2.162.

14) Jeder Bewohner Bayerns, der sich durch eine Behörde in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt fühlt, kann den Schutz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes anrufen.

15) U. Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, BVerfG und G.G., S.44.

16) A.H. Sculer, Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem, deutschem und österreichischem Recht, JöR Bd. 119(1970), S.136.

17) Friesenhahn, die Staatsgerichtsbarkeit, S. 538. ; Zuck(FN 10), S.37.

1925년에 바이마르憲法 제19조의 改正을 제안했으나(高權的 行政行爲에 대한 憲法訴願을 國事裁判所に 위임하자는) 立法化되지 못하였다.<sup>18)</sup> 國家社會主義 時代에는 基本權이 그 有效性을 상실하였기 때문에 西獨에서는 더욱 더 강하게 基本權保障이 요구되었다.

## (2) 憲法訴願의 導入 및 改正過程

### ① 憲法訴願의 導入

憲法訴願이 聯邦憲法裁判所の 權限으로 規定되었으나, 基本法 審議過程에서 탈락되었다.<sup>19)</sup> 聯邦法律의 근거에 따라 憲法訴願을 聯邦憲法裁判所の 權限으로 할 것인가가 논의되었다. 헌법소원을 반대한 입장은 憲法訴願의 인정은 訴訟을 즐기는 사람(Querulanter)에게 계기를 주는 法治國家的 과장이며, 法的 紛爭을 불필요하게 연장시키는 것이라는 이유로 반대하였고, 이는 주로 聯邦參議院의 입장을 代辯하였다. 이에 반하여 憲法訴願을 認定하자는 입장은 憲法訴願은 基本權 保護가 주목적이며, 완벽하고 효과적인 權利保護 手段이며, 訴願을 憲法裁判所に 집중시킴으로서 다양한 결론을 피할 수 있으며, 民主的 參與를 보장하며, 住民의 監視機能을 강화시켜 준다는 것을 그 논거로 들었다. 이 과정에서 그 당시 Bayern 憲法裁判所 소장이던 Dr. Wintrich의 의견이 결정적인 영향을 주었다.<sup>20)</sup> 1951년 委員會는 憲法訴願의 도입을 결정하였고, 憲法裁判所가 基本權保護를 그 權限에서 제외한다면 憲法를 수호하는 그의 역할이 격감된다고 믿었기 때문이다. 1951년 4월 聯邦法律公報에 公布되었다.

### ② 改正過程

#### i) 1956년의 改正

Geiger는 聯邦헌법재판소의 제1원과 제2원의 심한 업무불균형을 지적

---

18) Zuck(FN 10), S.37.

19) 논의과정에 관하여는 金學成, 憲法訴願에 관한 研究(서울대 博士學位論文 1990.), p.12. 13. 참조.

20) Zuck(FN 10), S.43

하였고 聯邦憲法裁判所法の 改正案을 提示하였다. 兩院의 업무분담의 변경, 憲法訴願의 특별한 許可委員會(Zulassungsausschuß) 設置, 勸告的 意見(Gutachten)의 폐지 등을 주요 골자로 하였다. 이 처음 改正에서 事前審査 節次를 규정한 제91a조를 도입하였다.

ii) 1959년의 改正

1956년 改正때 한 院의 法官의 수를 12명에서 10명으로 감소시켰다. 이는 院(Senat)의 活動능력을 향상시키기 위한 것이었다. 1956년에는 다시 8명으로 감소시켰다. 이는 裁判所의 주된 업무가 중요하지 않은 憲法訴願을 각하시키는데 있었기 때문에 全體會議의 능률적 집행을 위하여는 전체 法官의 수를 줄일 필요가 있었기 때문이다. 그런 憲法裁判所에 제청되는 裁判의 수가 계속 증가하고 있으므로 法官一人당 담당하는 사건의 수가 폭주하였다. Umbach<sup>21)</sup>는 이러한 현상에 대하여 聯邦憲法裁判所에서 문제가 되는 것은 憲法이 아니라 열심과 콘베이어 벨트(Fließarbeitband)라고 하였다. 그리하여 모든 法官에게(소장의 제외) 2명씩의 裁判研究官을 배속시켰다.

iii) 1963년의 改正

聯邦憲法裁判所 제91a조의 事前審査節次에 같음하여 憲法訴願만의 受理를 위하여 요구되는 受理節次(Annahme- verfahren) 규정을 두었다(同法 제32조 역시 改正되었다). 이는 憲法裁判所의 부담을 덜어주는데 제1차적 意義가 있었다.<sup>22)</sup>

iv) 1970년의 改正

聯邦憲法裁判所法 제32조 6항과 제34의 新設 그리고 제24조, 제93a조가 改正되었다.

v) 1985년의 改正

1985년 12월에 제5차 憲法裁判所法の 改正이 있었다. 이 改正 역시 聯

---

21) Umbach u.a.(hrsg.), Das Wahre Verfassungsrecht, 1984 ; ZucK(FN 10), S.47.

22) BVerfGE 31, 87(92).

邦憲法裁判所の 기능을 보장하기 위한 것이었다. 費用法(Gebührenrechts)이 곧 그것이다. 敗訴費用이 供託金과 관련되어 도입되었고, 濫訴制裁金이 새로 규정되었다. 그리고 豫備審査委員會(Vorprüfungsausschuß)의 權限이 확대되었다. 즉 명확하게 이유있는 憲法訴願에 대하여는 이를 인용할 수 있는 權限이 부여되었다.

## II. 憲法訴願의 種類<sup>23)</sup>

### 1. 基本權侵害에 대한 一般的 憲法訴願

國家의 公권력에 의하여 基本權이나 基本權에 준한 權利가 侵害된 때에는 聯邦憲法裁判所に 憲法訴願을 제기할 수 있다. 基本權의 侵害를 이유로 하는 憲法訴願은 憲法訴願의 가장 전형적인 형태이다. 西獨에서는 聯邦次元에서 憲法訴願을 인정하고 있으며, 州의 차원에서는 모든 州가 訴願을 인정하고 있지 않으며 Bayern, Hessen 등 몇개 주에서만 憲法訴願이 인정된다. 本稿의 모든 說明은 基本權의 침해를 이유로 하는 憲法訴願이므로 여기서는 自治團體의 自治行政權의 侵害를 이유로 하는 特別 憲法訴願으로만 보기로 한다.

### 2. 自治行政權侵害에 대한 特別 憲法訴願

#### (1) 意 義

地方自治團體나 地方自治團體聯合會는 聯邦이나 州의 法律(法規命令)<sup>24)</sup>

---

23) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2. Auf1., 1982. S.231.

24) BVerfGE, 26, 228(236).

으로 인한 것도 포함된다)이 基本法 제28조 2항이 보장하고 있는 自治行政의 侵害를 이유로 憲法訴願을 제기할 수 있다(§93 ①4b G.G). 聯邦憲法裁判所의 判例에 의하면 州의 計劃高權(Planungshoheit)에 대한 法的制限<sup>25)</sup>에 대하여 또는 恣意的인 名稱變更<sup>26)</sup>에 대하여는 特別 憲法訴願을 통하여 州의 自治行政權을 보장할 수 있다고 한다.

## (2) 內 容

① 自治行政權의 侵害를 理由로 提起하는 訴願은 法律에 의하여 憲法訴願으로 불리워지고 있으나 사실 고유한 의미의 憲法訴願은 아니다. 왜냐하면 提訴權者도 地方自治團體나 自治團體聯合會이며, 審査基準도 基本權의 性質을 갖지 않는 基本法 제28조 2항의 自治行政權의 保障인 점에서 一般 憲法訴願과는 구별된다. 만일 自治團體가 基本權을 보유하고 있고 그 범위내에서 基本權이 侵害되었다면(물론 公법상 法人에게는 원칙적으로 訴願을 提起할 자격이 없지만) 당연히 일반적 憲法訴願을 제기할 수 있고 또한 제기하여만 한다.<sup>27)</sup> 또한 法律에 의한 侵害만을 그 대상으로 한다.

② 憲法訴願의 法的 性格에 관하여는 다툼이 많다.<sup>28)</sup> 憲法訴願이라는 見解, 抽象的 規範統制로 보는 견해, 獨自的 性質을 지닌 訴願權(Beschwerderecht)으로 보는 것<sup>29)</sup> 등이 그것이다. 自治行政의 侵害를 이유로 한 特別 憲法訴願은 제한된 提訴資格만이 인정된 規範統制로 봄이 타당하다.<sup>30)</sup> 일반적 憲法訴願은 國家의 外的 法領域(Außenrechtskreis)

---

25) BVerfGE, 56, 298.

26) BVerfGE, 59,216.

27) BVerfGE 61,82(100).

28) Hoppe, a.a.O., S.269.

29) Schumann은 自體行政權 侵害를 이유로 하는 憲法訴願은 첫째, 쟁송대상이 制限되어 있고, 둘째, 保護對象에 基本權 性格이 결여되었으며 셋째, 州法에 허용된 法的手段에 대한 絶對的 補充性 그리고 公권력 주체에게 基本權 保護節次나 提訴期間을 둔 점 등을 이유로 規範統制의 일종으로 보는 多數說에 반대하고 있다. 고유한 종류의 訴願이며, 전차법상 聯邦憲法裁判所法 제92조 이하가 적용될 뿐이라고 한다.

30) Stern, Staatsrecht II, S. 1024. ; Schlaich(FN 2), S.96.(規範統制의 특수한



에서의 權利保護를 위한 절차적 수단인 반면에, 基本法 제93조 1항 4b의 憲法訴願은 國家內的인 行政構造에 관한 組織的인 根本決斷(Grundentscheidung)의 보장을 위한 節次的 手段인 점에서 구별을 요한다.<sup>31)</sup>

③ 提訴權者는 地方自治團體 또는 地方自治團體聯合會이다. 自治行政權 侵害를 이유로 하는 憲法訴願에 대하여는 聯合憲法裁判所 제90조가 인정한 補充性的 例外를 인정하는 내용이 적용되지 않는다.<sup>32)</sup> 심사대상은 法律로 국한된다. 심사기준은 規範統制와 달리 명문의 규정이 없다. 聯邦憲法裁判所는 自治行政權의 侵害를 이유로 하는 憲法訴願에 있어서 審査基準을 基本法 제28조 이외에도 基本法의 모든 조항으로 확대시키고 있다.<sup>33)</sup> 特別 憲法訴願은 基本法 제93조 1항 4b호와 聯邦憲法裁判所 제91조에 따라 州憲法裁判所의 권한에 대하여 補充的인 성격을 지닌다(절차는 BVerfGG 92조 이하의 규정이 그대로 적용된다. 審判에 대한 결정은 法律的 效力을 가진다).

### Ⅲ. 憲法訴願의 要件

#### 1. 提訴權者

##### (1) 意義

聯邦憲法裁判所 訴願의 提訴能力에 대한 언급이 없다. 모든 사람은(§90 ① BVerfGG) 일정한 조건하에 憲法訴願을 제기할 수 있다.

---

형태로 보는 것이 西獨의 多數說이다).

31) R. Zuck, Das Recht der Verfassungs beschwerde, Z. Auf1., 1988. S.31.

32) Zuck(FN 10). S.32.

33) BVerfGE, 1, 167(181) : 26,228(236) : 56, 298(310).

## (2) 當事者能力

### ① 自然人

西獨에서도 大部分의 基本權이 一般的 人權의 의미로 형성되어 왔기 때문에 內·外國人을 불문하고 基本權 主體性이 인정된다.<sup>34)</sup> 外國人도 그에게 基本權이 인정되는 범위내에서는 提訴資格이 있다.<sup>35)</sup> 基本權의 享유능력은 사람의 生存期間이다.<sup>36)</sup> 이와 관련하여 胎兒의 地位와 訴願提起者가 訴訟中에 死亡한 경우에 相續人에 의하여 계속 수행될 수 있는가가 문제된다.

胎兒의 權利保障을 위하여 代理人이 있는 경우에는 그 提訴資格을 인정함이 타당하다.<sup>37)</sup> 母體에서 자라고 있는 生命體도 憲法의 保護하에 있는 權利主體이기 때문이다.<sup>38)</sup>

訴訟中에 當事者가 死亡한 경우에 소송이 계속되는가는 所의 내용이 金錢的 請求인가 여부에 따라 구별된다.

聯邦裁判所의 判例에 따르면 金錢的 請求權이 문제된 경우에는 訴願提起人의 相續人은 그 節次를 계속 수행할 수 있으며, 裁判開始時에 필요한 訴願資格 내지 權利保護必要性이 相續人에 대하여도 존재하는가는 審査할 필요가 없다고 한다.<sup>39)</sup> 그리고 相續人에 의한 새로운 訴願의 提起도 허락하고 있다.<sup>40)</sup> 승계한 相續人이 死亡한 때에는 相續人의 相續人이 訴願을 계속할 수 있다.<sup>41)</sup> 相續人 以外의 第3者에게도 訴願을 계속 수행할 수 있는 權限을 인정하고 있다.

---

34) Schlaich(FN 2), S.161.

35) BVerfGE, 63,1979(205). ; Pestalozza, Berlin ohne Verfassungs- gericht, Landesverfassungsgerichtsbarkeit I, S.96. : Schlaich(FN 2), S.103.

36) Pestalozza, (FN 23), 2. Auf1., 1982., S.81.

37) BVerfGE 1912, 1913.

38) BVerfGE 39,1(36).

39) BVerfGE 3,162(164).

40) BVerfGE 17,86(90).

41) BVerfGE 28,300(327) ; 26,327(332).

聯邦憲法裁判所の 判例는 遺産管理人,<sup>42)</sup> 遺言執行人<sup>43)</sup> 그리고 破産管理人<sup>44)</sup>에게 提訴資格을 인정하고 있다. 年金이 상속인 이외의 제3자에게 귀속에게 되어있는 경우에 年金을 수령하기로 되어 있는 자가 상속인 대신에 訴願節次를 계속 수행할 수 있으며, 원래 수령권자인 妻와 死亡時 같은 집에 살고 있는 男便에게 訴願節次를 계속 수행할 수 있음을 인정한다.<sup>45)</sup> 다만 訴願節次가 진행중에 提訴者가 다툼의 대상이 되고 있는 土地를 賣却한 경우, 買受人에 의한 節次 계속을 許諾하지 않고 있다.<sup>46)</sup>

金錢的 請求權이 關聯되지 않은 경우에 있어 初期 聯邦憲法裁判所の 判例는 提訴者가 節次中 死亡한 경우에는 訴願節次가 종결된다고 판시하고 있다. 다만 憲法訴願의 口頭辯論 종결이후 提訴者가 死亡한 경우에는 訴願에 대하여 判決할 수 있을 정도로 성숙되어 있고 그 判決 내용이 刑事 有罪判決의 破産還送이라면 判決의 宣告를 할 수 있다고 한다. 따라서 同性戀愛에 대한 法院의 有罪判決의 訴願節次에 當事者가 死亡한 때에 節次가 종결된다고 判決하였고,<sup>47)</sup> 兵役法(Wehrpflichtgesetz)상의 규정에 대한 憲法訴願에서도 節次的 종결을 宣言하고 있다.<sup>48)</sup> 그러나 이러한 경우에 憲法訴願의 客觀的 機能을 고려하여 客觀的인 憲法秩序를 보장할 만한 가치가 있거나, 개인에게 死後에도 회복할 수 없는 不名譽가 초래되는 때에는, 死亡한 提訴者의 일정한 親族에게 訴願節次를 계속 수행하도록 하는 것이 타당하다고 할 것이다. 그 후 判例는 태도를 변경하여 訴願節次中에 死亡한 男便의 妻에게 刑事判決에 대한 憲法訴願節次를 계속 수행할 자격을 인정하고 있다.<sup>49)</sup> 學說도 提訴者가 節次中 死亡한 경우에는 이들 親族에게 刑事判決에 대한 憲法訴願을 인정하여야 된다고 주장한다.<sup>50)</sup>

---

42) BVerfGE 27,326(333).

43) BVerfGE 21,139(143).

44) BVerfGE 65,182(190).

45) BVerfGE 36,102(112).

46) BVerfGE 56, 296(297) : 25,256(262).

47) BVerfGE 6,389(442).

48) BVerfGE 12,311.

49) BVerfGE 37, 201(206).

50) H. Spanner, Die Beschwerdebefugnis bei Verfassungsbeschwerde, BVerfGE und GG I, S.384. : Kröger, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, JuS 1981., S.26ff.

## ② 法人

法人도 성질상 基本權을 향유할 수 있는 범위내에서는 憲法訴願을 提起할 수 있다.<sup>51)</sup> 聯邦憲法裁判所가 法人에게도 인정하고 있는 基本權의 예를 살펴보면 다음과 같다.

法人은 經濟的 分野에서의 平等權의 侵害에 대한 訴願을 提起할 수 있고,<sup>52)</sup> 有限會社도 法律이 정한 法官의 裁判을 받을 權利와 法律上 聽聞權을 가진다고 한다.<sup>53)</sup> 또한 法人에게 結社의 自由를 인정하고 있고,<sup>54)</sup> 出版의 自由도 合資會社나 有限會社에게 있으므로 出版의 自由의 侵害에 대한 訴願資格을 인정하고 있다.<sup>55)</sup> 그리고 基本法 제2조 1항의 自由權도 法人에게 적용된다고 한다. 따라서 權利能力있는 組合(rechtsfähiger Verein)<sup>56)</sup>과 有限會社<sup>57)</sup> 그리고 株式會社<sup>58)</sup>는 이에 대한 侵害를 理由로 訴願을 提起할 수 있다.

團體가 그 構成員들의 利益을 위하여 訴願을 提起할 수 있는가가 문제된다. 基本權은 一身專屬의인 性質을 가지므로 구성원의 利益을 위하여 團體가 訴願을 提起할 수 없으며 侵害적인 高權행위를 통해서 스스로 관련된 개개의 構成員만이 訴願을 提起할 수 있다고 한다.<sup>59)</sup> 이 점에서 提訴資格을 인정하고 있는 스위스와 오스트리아와는 상당한 차이가 있다. 辯護士會도 構成員의 이익을 위하여 訴願을 제기할 當事者能力이 없으며,<sup>60)</sup> 醫師協會도 그 權限이 없다고 判決하고 있다.<sup>61)</sup>

---

51) BVerfGE 53,1(13) : 53,336(345).

52) BVerfGE 4,7(12)

53) BVerfGE 3,359(363)

54) BVerfGE 4,96(101).

55) BVerfGE 29, 162(171) : 21,271(177).

56) BVerfGE 10,221.

57) BVerfGE 19,206.

58) BVerfGE 29,260(265).

59) BVerfGE 2,292(294). (會社의 非獨立의인 支社나 營業所는 自主的인 憲法訴願을 제기할 수 없다)

60) BVerfGE 10,134.

61) BVerfGE 11,30(35).

公法上の法人에게도 基本權 향유능력이 있는가가 문제된다.<sup>62)</sup>

公法上の法人이 公的인 임무를 수행하고 있는 한 原則적으로 基本權의 향유능력이 없으며 그 범위내에서 訴願을 提起할 權利가 없다는 것이 일관된 判例의 입장이다.<sup>63)</sup> 이런 이유로 州保險廳(Landesversicherungsanstalt)의 訴願을 허락하고 있지 않다.<sup>64)</sup> 聯邦憲法裁判所는 그 이외에도 聯邦이나 各州,<sup>65)</sup> 地方自治團體,<sup>66)</sup> 지역의료보합,<sup>67)</sup> 齒科醫師協會<sup>68)</sup> 등에 의하여 訴願能力을 부인하고 있다.

公法上 法人은 원칙적으로 基本權의 保障者이지 基本權의 수범자가 될 수 없으므로, 公的인 임무가 公法的 形式으로 행해지는가, 司法的 形式으로 행해지는가를 묻지 않고서 적용된다고 본다.<sup>69)</sup> 또한 聯邦憲法裁判所는 基本法 제14조 1항의 財產權保障도 地方自治團體에게 인정하고 있지 않다. 이는 基本法 제14조는 基本權으로서 私有財產制度를 보장하는 것이 아니라 개인의 財產權을 保護하는 것이기 때문이라고 한다.<sup>70)</sup> 그리고 國家機關은 公法上 法人과 같이 基本權을 갖는 것이 아니라 權限을 가지므로 訴願을 提起할 수 없다.<sup>71)</sup> 國家機關간의 내부적인 權限分爭은 機關訴訟으로 해결된다.

法律이 정한 法官의 裁判을 받은 權利와 審問을 請求할 權利와 같은 節次的 基本權에 대하여는 이것의 侵害에 대하여 訴願을 提起할 수 있다.<sup>72)</sup>

大學과 教授會에 대하여는 基本法 제5조 3항 1문의 基本權을 승인하고

---

62) Henke, Juristische Systematic der Grundrechte, DöV 1984, S.1.

63) BVerfGE 21,362(368) : 61,82(100)-Sasbach-Entscheidung.

64) BVerfGE 1,30(35).

65) BVerfGE 21,369.

66) BVerfGE 61,82.

67) BVerfGE 39,302.

68) BVerfGE 69,193.

69) Pestalozza(FN 23), S.97.

70) BVerfGE 61,82(108).

71) BVerfGE 21,362(370).

72) BVerfGE 6,45(49) : 61,82(104).

있다.<sup>73)</sup> 公法人도 例外的으로 基本權이 보장하는 生活領域(學問의 自由, 報道的 自由)에 직접 관련될 때에는 訴願이 허용된다.<sup>74)</sup> 그러나 그 이외의 基本權, 예컨대 勞動團體를 組織하거나(§9 ③ G.G.),<sup>75)</sup> 일반적인 行動의 自由權(§2 ① G.G.) 등에 대하여는 訴願을 提起할 수 없다.<sup>76)</sup>

獨逸에서는 教會를 公法상의 法人으로 보고 있다. 다만 教會는 본질상 國家에 의하여 創設된 것이 아니고 超國家的 영역에 뿌리를 두고 있으며, 또한 國家的 任務나 勸力을 행사하는 것이 아니므로 일반적인 公法상의 法人과 달리 宗教의 自由權 이외에도 성질이 허용되는 범위내에서 無制限的으로 訴願資格이 인정된다(§140 G.G.).<sup>77)</sup>

權利能力없는 社團 자체가 基本權을 향유하는 경우에는 그 범위내에서 訴願資格이 인정된다고 보는 것이 判例의 입장이다.<sup>78)</sup> 國家의 公權力이 團體財産이나 團體의 營業行爲를 侵害할 때에만 가능하며 自己의 基本權을 보호하기 위해서는 團體構成員들의 共同行爲로서만 訴願을 提起할 수 있다.<sup>79)</sup> 權利能力없는 公法상의 團體도 그 자체로서 基本權을 향유할 수 있는 경우에는 公法상의 法人과 같은 조건하에서 例外的으로 訴願을 提起할 수 있다고 본다.<sup>80)</sup>

### ③ 政黨, 交涉團體

政黨의 訴願能力 인정여부는 政黨이 憲法生活에 參與할 權利가 있는가에 달려 있는 것이다. 자기의 憲法上 지위의 侵害와 관련된 것이냐 아니면 이러한 지위와 無關하게 자기의 法的 地位의 侵害가 문제되느냐에 따라 政黨의 提訴能力이 구별된다고 본다.<sup>81)</sup> 聯邦憲法裁判所 역시 이러한

---

73) BVerfGE 15,256(262).

74) BVerfGE 31,314(322) : 39,302(312) : 59,231(254) : 61,82(102).

75) BVerfGE a.a.O., S.103.

76) BVerfGE 59,231(254).

77) BVerfGE 21,362(374) : 53, 366(387).

78) BVerfGE 6,273(277) : 3,383(391).

79) BVerfGE 4,7(12).

80) BVerfGE 15,256(262).

81) Zuck(FN 10), S.247.

기준하에 基本法 제21조의 침해여부문제, 政黨의 機會均等權의 主張 또는 政黨補助金(Spenden)의 要求에 대한 경쟁에서<sup>82)</sup> 그리고 個人 寄附者가 寄附金分配(Geldzuwendungen)를 통하여 다른 政黨에서 영향을 미치려 하는가의 여부 및 범위의 확정<sup>83)</sup>에 대하여는 憲法訴願의 提起資格을 인정하고 있지 않다. 이 경우에는 機關訴訟에 의하여야 한다고 한다.<sup>84)</sup> 다만 機關訴訟의 경우에도 政黨의 高유의 權利를 다투어야 하므로 예컨대 聯邦議會의 行위가 基本法에 합치하는 가는 政黨이 다퉴 수 없는 것이다.<sup>85)</sup> 政黨의 高유의 權利인 경우에는 憲法訴願이 가능하다. 예컨대 補助金의 租稅賦課에 있어 不平等待遇<sup>86)</sup>나, 매스콤의 放送時間의 不平等待遇<sup>87)</sup>에 대하여는 憲法訴願을 허락하고 있다.

交涉團體의 提訴能力에 관하여는 政黨과 동일하게 해석하고 있다. 交涉團體는 議會의 權限의 侵害나 直接的 危害를 主張할 수 있으며, 이 경우에는 機關訴訟의 節次에 의하여야 한다.<sup>88)</sup> 그리고 憲法에 규정된 자기의 權利를 주장할 때에는 憲法訴願에 의하여야 한다.<sup>89)</sup>

#### ④ 國會議員

聯邦議會議員의 國家機關(예컨대 議會)과의 다툼에 있어서는 憲法訴願에 의하지 아니하고 機關訴訟에 의하여야 한다는 것이 聯邦憲法裁判所의 判例態度이다.<sup>90)</sup> 判例는 議員이 一般的 平等原則의 違背와 같은 基本權侵害를 憲法違反으로 다투려고 하는 경우에도 憲法訴願이 아닌 機關訴訟에 의하여야 한다고 한다.<sup>91)</sup> 다만 退職한 議員(ausgeschiedene Abgeordnete)<sup>92)</sup>과 當選된 議員(potentielle Abgeordnete)<sup>93)</sup>은 憲法訴

82) BVerfGE 52,63(89).

83) BVerfGE 66,197(115).

84) BVerfGE 4,27(30).

85) BVerfGE 73.1(29).

86) BVerfGE 6,273.

87) BVerfGE 7,99(103) : 13,204(205)

88) BVerfGE 45,1(28) : 67,100(125).

89) BVerfGE 70,324(351).

90) BVerfGE 32,157(162) ; 43, 142(148).

91) BVerfGE 64,301(312).

92) BVerfGE 32,157(162).

93) 平等選舉原則에 違反을 다투거나 (BVerfGE 38,326(335) : 40,296(309), 被選

願을提起할 수 있다.

### (3) 當事者適格

訴願提起者는 특정의 訴訟事件에 있어서 當事者로서 訴訟을 수해하고 本案判決을 받기에 적합한 資格(當事者適格)이 있어야 한다. 따라서 破産者는 財産冠履와 處分에 있어서 일정한 制約을 받으므로 자신의 土地가 부당한 罔가로 落札되더라도 基本法上的 所有權 侵害를 理由로 憲法訴願을提起할 수 없다.<sup>94)</sup>

訴訟法上的 第3자의 當事者適格은 허용되지 않는다.<sup>95)</sup> 土地의 買受人은 前所有者가 所有權을 양도하기 전에提起한 憲法訴願에 참여할 수 없다.<sup>96)</sup> 또한 訴願提起者가 死亡한 경우에는 相續人 및 權利承繼人은 金錢의 請求權이 문제되는 때에만 訴願을 계속 수행할 수 있으며 그 외의 경우는 원칙적으로 節次가 소멸된다.

訴訟能力은 基本權行使能力을 가진 자이다. 訴訟能力에 관한 일반적 규정은 없으나, 다른 訴訟法 규정을 그대로 적용할 수는 없다.<sup>97)</sup> 基本權行使能力은 基本權마다 다를 것이기 때문에 개개의 사건에서 개별적으로 정하여진다.<sup>98)</sup> 聯邦憲法裁判所는 辨別力을 基準으로 그 인정여부를 결정하고 있다.<sup>99)</sup> 미성년자는 원칙적으로 소송능력이 없다.<sup>100)</sup> 判例는 未成年인 軍人에게도 訴訟能力을 인정한 예가 있으며,<sup>101)</sup> 未成年인 學校新聞의 編

---

舉權을 다투는 경우 (BVerfGE 4,27(30) : 63,230 : 64,301(313)에는 訴願資格이 긍정되었다.

94) BVerfGE 51,405(407).

95) Pestalozza(FN 23), S.99. : Klein, Verfassungsproseßrecht, AöR 108(1983), S.591.

96) BVerfGE 1,87(88) : 10,302(306).

97) BVerfGE 28,243(254).

98) BVerfGE 1,87(88) : 10,302(306).

99) BVerfGE 28,243(254).

100) Robbers, Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Rechts, DVB1 1987, S.713.

101) BVerfGE 1,87(88).



輯長에게 基本法 제5조 1항의 基本權을 혼자서 유효하게 주장할 수 있음을 인정하였다.<sup>102)</sup> 訴訟行爲는 스스로 또는 代理人을 통하여 할 수 있다. 法定代理人이 아닌 계모는 어린이를 보호하기 위하여 訴願을 제기할 수 없다는 것이 判例의 입장이고,<sup>103)</sup> 精神病者와 行爲無能力者도 辨別力이 있는 한 訴訟能力이 있다.<sup>104)</sup>

## 2. 權利保護의 必要性(訴의 利益)

### (1) 基本權의 侵害

#### ① 審査基準(Prüfungsmaßstab)

憲法訴願의 審査基準이 될 수 있는 것은 聯邦憲法裁判所法이 규정하고 있는 基本權 및 基本權 類似의 個別的 權利(grundrechtsähnliche Individualrechte)들이다. 基本法 제1장에서 규정한 基本權이 이에 해당된다. 平等條項과 전통적인 自由權의 基本權에 국한되며, 소위 生存權의 基本權은 憲法的 授權委任이 있는 경우에 한한다고 본다. 基本法 제2장에 규정된 제33조(公民으로서의 平等한 地位保障)와 제38조의 聯邦議會에 대한 選舉權과 被選舉權은 憲法訴願의 保護對象에 속한다고 본다. 또 基本法이 명시하고 있는 사법절차적 基本權 예컨대 제101조(特別法院의 禁止, 法律이 정한 法官에 의해 裁判을 받을 權利), 103조(法律上 審問請求權, 罪刑法定主義, 一事不再理原則), 제104조(자유박탈의 法的 報償) 등도 憲法訴願의 保護對象이 된다. 유럽 人權規約에 규정된 權利가 침해된 경우에는 訴願이 허락되지 않는다.<sup>105)</sup> 侵害를 主張하는 權利가 위의 基本權目錄에 속하여야 하며, 속하지 않는 경우에는 訴願資格이 흠결된다

---

102) BVerfGE 1,87(88).

103) BVerfGE 19,326(329).

104) BVerfGE 10,302(306).

105) BVerfGE 64, 135(157).

(Rügefähigkeit).

② 審査基準의 基本權의 확대

i) 基本權은 憲法裁判所法이 明示的으로 규정한 것에 한하나 개인에게 조금이라도 制約을 주는 것은 일반적인 行動의 自由<sup>106)</sup>에 대한 侵害가 되므로, 명시적인 基本權侵害가 없더라도 基本法 제2조 1항을 근거로 訴願을 제기할 수가 있다고 봄이 일반적이다.<sup>107)</sup>

基本法上の 基本權 이외에 基本法의 基本原則을 侵害하였음을 理由로 訴願을 提起할 수 있는가. 이에 관하여 法律이나 그 형식이나 내용상 다른 개개의 基本法規定 혹은 일반적인 基本法上の 원칙을 侵害함으로써 基本法의 일반적인 行動의 自由를 제약하고 憲法秩序에 합치되지 않는다는 것을 理由로 訴願을 提起할 수 있다고 본다.<sup>108)</sup> 따라서 法律이 基本法 제5조 1항, 2항, 제19조 1항, 2항 그리고 제3조 1항을 違反하였음을 理由로만 訴願을 提起할 수 있는 것이 아니라, 治國國家的인 요청을(Rechtsstaatsgebot) 侵害하였음을 理由로 그리고 聯邦議會의 立法權限이 逾越되었음을 理由로도 訴願을 提起할 수 있다. Pestalozza는 審査基準으로서의 基本權의 확대를 憲法秩序 사이에 架橋(Brücke)를 놓는 것이라고 한다.<sup>109)</sup>

ii) 審査基準으로서 基本權의 확대현상은 法院의 裁判에 대한 訴願에서도 나타나는 바, 判決에 있어서 法的 根據를 전혀 고려하지 않거나, 고려하더라도 자의적으로 해석하여 客觀的으로 부당한 경우, 그리고 法을 잘못 適用한 경우에는 이는 단순한 法的 侵害를 유발한다 할지라도, 이에 상응하는 基本權 내지 基本法 제2조 1항을 侵害한 것이 된다. 왜냐하면 違法한 裁判은 違憲의 判決이 되어 基本權 侵害의 결과가 되기 때문이다

---

106) 基本法 제2조 1항은 包括的 權利(Auffanggrundrecht)이며, 모든 제한에 대하여 訴願을 提起할 수 있는 자극수단이 된다(Schlaich(FN 2), S.107).

107) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 16, Auf1., S.427. : Zuck, Staatliche Schutzpflichten, MDR 1987, S.988.

108) BVerfGE 6,32(41).

109) Pestalozza(FN 23), S.105.

며,<sup>110)</sup> 法律이 憲法秩序에 合致되어야 하는 것과 마찬가지로 裁判도 法秩序에 合致되어야 하기 때문이다.<sup>111)</sup>

사실 法院의 裁判이 法秩序에 어긋난다는 理由로 訴願을 許容한다면, 審査의 범위가 너무 확대되며 나중에는 憲法訴願 概念 자체에 혼란을 야기시킬 우려가 있는 것이다. 이에 대한 合理的인 制限이 필요하게 되는 바, 실제로 聯邦憲法裁判所는 法律의 경우와는 달리 法院의 裁判의 경우에는 基本法과 單純法 사이에 架橋를 늘 인정하고 있지 않다.<sup>112)</sup> 따라서 法官이 法이 適用과 解釋에 있어서 基本權의 영향을 전혀 고려하지 않았거나, 법의 解釋과 適用이 명백히 恣意的으로 행해졌거나, 法官의 法形成이 명백히 한계를 넘은 경우에만 인정한다.

## (2) 侵害의 主張

### ① 侵 害

i) 侵害란 訴願提起者가 일반적으로 고통받고 있는 상태를 의미하는 것으로,<sup>113)</sup> 訴願의 提起者는 自己의 基本權이 侵害되었거나 侵害될 危險이 존재함을 주장하여야 한다. 法律이 規則制定을 委任한 때에는 規則만이 제소자에게 不服利益(Beschwer)이 있는 것으로 보며, 만일 規則制定者에게 規則制定에 관한 재량의 여지를 부여한 때에는 聯邦憲法裁判所法 제90조 1항의 의미의 不服利益이 아직 주어진 것으로 볼 수 없다.<sup>114)</sup> 侵害行爲는 法的 效力을 갖고 있어야 하며 提訴者의 法律上 地位에 不利益을 주기에 적합한 것이어야 한다.<sup>115)</sup> 따라서 단순한 拘束力이 없는 意義表示나 事態에 관한 보고 또는 단순한 해석에 불과하다면 侵害行爲가 될

---

110) SSteinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht, 1976, S.52. : Bryde, Verfassungsentwicklung, S.314,317.

111) Pestalozza(FN 23), S.107.

112) 단순한 법을 違反한 것에 대하여는 訴願을 인정하고 있지 않다 BVerfGE 61,1(12).

113) BVerfGE 61,260(375).

114) Schlaich, (FN 2). S.111.

115) BVerfGE 60,360(371).

수 없다. 基本權을 侵害하였다고 主張하는 權利가 提訴者에게 속하지 않는 것이 客觀的으로 명백한 경우(예컨대 자기가 갖고 있지 않은 職業, 자기에 適用될 수 없는 조세법규 등)에는 侵害가 없으므로 訴願이 허용되지 않는다. 또한 立法의 委任도 그 자체로서 基本權을 侵害하는 것은 아니다.<sup>116)</sup> 基本權의 侵害는 事實上的의 基本權 侵害(faktische Grundrechtsverletzen)의 경우에도 “侵害”의 성격을 취득할 수 있다. 따라서 國家의 獨占을 인정하는 法律은 그것이 직접 基本權에 관련되지 않는다 할지라도 事實상 基本권을 制約하는 것이므로 侵害로 본다.<sup>117)</sup>

ii) 法律의 施行時期가 있는 경우에는 施行時期가 到來하여야만 侵害가 存在하게 된다.<sup>118)</sup> 訴願의 대상이 되는 法律은 그 內容과 構造가 基本權을 직접 侵害하기에 適合한 것이어야 한다. 따라서 聯邦會意에 대한 시기 이른 해산은<sup>119)</sup> 聯邦議會나 議員에게만 관련될 뿐 國民의 基本權에는 직접 關係가 없으므로 訴願의 대상이 될 수 없다는 것이 聯邦憲法裁判所의 입장이다. 私인에 대한 基本權 侵害는 여기서의 侵害에 해당되지 않으나, 사인간의 紛爭에 대한 法官의 裁判行爲를 통하여 間接的으로 發生하는 私人の 基本權 侵害에 대하여는 소원을 提起할 수 있다.<sup>120)</sup> 제3자에 의한 侵害가 事實上的의 基本權 侵害로 될 수 있는 것을 排除하는 것은 아니다.<sup>121)</sup>

iii) 立法者의 不作爲가 侵害와 동등히 여길 수 있는 資格이(qualifizier) 있는 경우에는 憲法訴願이 인정된다.<sup>122)</sup> 聯邦憲法裁判所도 例外的으로만 不作爲에 대한 訴願을 인정할 뿐이며 不作爲에 대한 憲法訴願의 許容여부에 대한 判斷基準에 대하여 명백한 입장을 보이고 있지 않다.<sup>123)</sup>

---

116) BVerfGE 17,331(386).

117) BVerfGE 46,120(137).

118) BVerfGE 61,260(375).

119) BVerfGE 63,73(75).

120) BVerfGE 53, 30(48) : Pestalozza, (FN 23), S.108.

121) Schlaich, (FN 2), P.111.

122) Oldiges, Die Staatshaftung bei legislativen Unrecht, Der Staat, 115(1976), S.381.

123) Schlaich(FN 2), S.112.

이제까지 不作為에 대한 憲法訴願은 憲法の 明白한 委任에 根據하여 立法義務의 內容과 範圍가 特定되어 있을 때 허락된다는 것이 判例의 입장이다.<sup>124)</sup> 이러한 委任의 예로는 基本法 제6조 5항을 들 수 있다. 그러나 基本法 제2조 2항에서 나오는 義務의 不作為에 대하여는 憲法訴願을 제기할 수 없다고 본다. 단순한 保護義務로 해석되는 경우에는 法律의 制定과 같은 立法者의 行爲가 있어야만 提起할 수 있다. 이 경우에는 그것이 不充分한 立法이라는 理由로 憲法訴願의 提起가 可能하다고 본다.

## ② 侵害의 主張

憲法訴願이 허용되기 위하여는 基本權이 侵害되었다는 主張이 있어야 한다. 侵害된 權利와 侵害行爲가 表示되어야 한다. 公權力이 자신의 基本權을 現在의으로 그리고 直接的으로 侵害하였다고 주장하여야 한다.<sup>125)</sup> 訴願의 提起者는 基本權이 侵害되었다는 事實을 납득할만한 根據를 충분히 實證하여야 하며,<sup>126)</sup> 이러한 事實開陳은 明白하여야 하며 (§38 BVerfGG)<sup>127)</sup>, 이 主張으로부터 基本權 侵害事實이 적어도 인정될 수 있어야 한다.<sup>128)</sup>

## ③ 自己에 대한 直接的이고 現在의인 侵害

訴願의 提起者는 自身の 基本權이 直接的으로 그리고 現在의으로 侵害받고 있음을 主張하여야 한다. 憲法裁判所는 直接的인 侵害와 같은 審査形式 (Prüfungsformel)은 過去에 는 法律에 대한 訴願에서만 인정하였으나,<sup>129)</sup> 그후 法院의 裁判에 대한 憲法訴願에 대해서도 인정하고 있다.<sup>130)</sup> 法律에 대한 憲法訴願은 補充性的의 原則이 (§90 ① BVerfGG) 適用되지 않으므로, 憲法裁判所는 “自己, 直接, 現在” 關聯性的의 形式을 利

---

124) BVerfGE 56,54(70) : 55,37(53) : 59,360(375).

125) BVerfGE 53,30(48) : BVerfGE 60,360(370).

126) Schlaich(FN 2), S.106.

127) BVerfGE 64,1(12).

128) BVerfGE 139(146) : 47,253(270).

129) Schlaich(FN 2), S.113.

130) BVerfGE 53,30(48). : Pestalozza(FN 23), S.108.

用함으로써, 憲法訴願의 濫訴를 방지하고 있다.<sup>131)</sup>

i) 自己性(Selbstbetroffenheit)

自己性이란 法律·判決 기타 國家의 公權力이 訴願提起者 自身에게 행해지는 것을 의미하는 바, 이는 憲法訴願의 民衆訴訟化를 방지하는 중요한 役割을 하고 있다. 따라서 提訴者가 法律의 受範者가 아닌 경우나 또는 裁判節次에서 當事者가 아닌 경우에는 訴願을 提起할 수 없으며, 團體 自身の 基本權 侵害를 理由로 할 때에만 訴願을 提起할 수 있다.<sup>132)</sup> 聯邦憲法裁判所 判例에 의하면 法院이 雙方代理禁止를 理由로 訴訟代理人인 변호사의 裁判參與를 거부한 경우에 法院의 決定이 비록 當事者에게 내려졌다 하더라도 辯護士는 그 事件에 대하여 法的 關聯性이 있기 때문에 當該事件 辯護士에게 訴願의 提起資格을 허용하고 있다.<sup>133)</sup> 또한 商店休業法(Ladenschlußgesetz)은 主人 뿐 아니라 顧客도 自己性이 있다고 하면서 同法에 대하여 顧客이 提起한 訴願을 허용하였다.<sup>134)</sup> 政治獻金の 共濟에 대한 세법개정은 納稅者 뿐만 아니라 政黨도 自己性이 있다고 한다.<sup>135)</sup> 自己에 대한 關聯性은 法的 關聯性이어야지 單純한 事實상의 間接的인 侵害 또는 經濟的 利害關係만으로는 不足하다는 것이 學說·判例의 입장이다.<sup>136)</sup> 判例는 敎授의 任命, 講義의 辭令交付를 요구하는 訴訟에서 大學이나 學部에 自己性を 인정하고 있다.<sup>137)</sup> 아울러 選舉節次에 있어서 特定 政黨을 不利하게 하는 法規는 選舉人에게도 自己關聯을 인정하고 있다.<sup>138)</sup>

---

131) Schlaich(FN 2), S.113.

132) BVerfGE 13,54(89).

133) BVerfGE 52,42(51).

134) BVerfGE 13, 230(233).

135) BVerfGE 6,273(277).

136) BVerfGE 51,386(395) : Pestalozza(FN 23), S.112.

137) BVerfGE 15,256(262).

138) BVerfGE 12,10(22).

ii) 現在性(gegenwärtig Betroffenheit)

訴願提起者는 侵害行爲와 現在の으로 關聯되어야 한다.<sup>139)</sup> 假定的이거나 潛在的인 可能性만으로는 訴願을 提起할 수 없다. 潛在的 關聯性(ein virtuelles Betroffen- werden)만으로 訴願을 提起할 수 있다고 하면 憲法訴願이 民衆 訴訟으로 될 위험성이 있기 때문이다.<sup>140)</sup> 現在性의 要件이 너무 엄격하다는 비판이 있어 聯邦憲法裁判所는 事實上 近接한 關聯性(wahrscheinlich demnächst Betroffenheit)의 基準으로 그 基準을 완화시키는 경향을 보이고 있다.<sup>141)</sup> 判例도 成年인 學生에 대하여 父母의 義務를 규정하고 있는 法律에 대한 憲法訴願에 있어서 就學義務가 있는 父라도 어린아기가 아직 成年에 달하지 않았다면 現在性이 없다고 한다.<sup>142)</sup> 다만 例外的으로 法律이 수범자로 하여금 나중에 더 이상 변경할 수 없는 裁判을 받도록 強要하거나 또는 法律의 집행 후에는 原狀回復이 不可能한 경우에는 憲法訴願을 허용하고 있다.<sup>143)</sup>

특별한 경우에는 基本權 侵害의 위험에 대하여도 訴願이 허용된다. 물론 이러한 위험은 侵害와 동등한 程度의 침해이어야 한다. 法律의 집행과정에서 매우 중대한 基本權 侵害를 야기할만한 우려가 있는 法律은 이미 그 자체로서 基本權에 위배된다고 하면서 憲法訴願을 허용하고 있다.<sup>144)</sup> 다만 聯邦憲法裁判所는 侵害危險의 重大性의 判斷基準에 대하여는 確定的인 입장을 밝히고 있지 않다. 西獨의 領域內에 核武器를 設置하는 것에 대하여 基本權 侵害의 現在性이 현저하지 않다고 하여 訴願을 허용하지 않은 예도 있다.<sup>145)</sup> 만일 現在性의 要求의 充足을 위하여 제소기간이 경과한 경우에는 法律에 대한 訴願은 提起할 수 없으며, 다만 裁判을 통한

---

139) Pestalozza(FN 23), S.553.

140) BVerfGE 60,360(375).

141) BVerfGE 29,283(295).

142) BVerfGE 59,360(375).

143) BVerfGE 60,360(372) : 65,1(37).

144) BVerfGE 53, 30(51).

145) 983. 12. 16. Beschluß

間接的인 審査節次를 통해서만 가능하다.<sup>146)</sup>

iii) 直接性(unmittelbare Betroffenheit)

訴願提起者는 侵害行爲와 直接的으로 관련되어야 한다.<sup>147)</sup> 直接性의 問題는 자기성과 구별된다. 자기성은 提訴자 立場에서 公權力에 의한 權利侵害의 직접 當事者가 제3자 아닌 本人일 것을 요구하는 것인 반면, 直接性은 公권력 그 자체가 權利侵害를 直接的으로 야기하느냐의 問題인 것으로<sup>148)</sup> 直接性의 要求는 특히 法律에 대한 憲法訴願에서 重要性을 가진다.<sup>149)</sup> 直接性은 憲法訴願의 民衆訴訟化를 막아주며, 不必要한 濫訴를 방지해 준다.<sup>150)</sup> 이와 같은 直接性의 要件은 憲法裁判所가 스스로 개발해 낸 것으로 憲法訴願의 補充性의 原則(§90 ② BVerfGG)을 대신해 주는 역할을 담당하고 있다.<sup>151)</sup> 法規가 정한 구성요건에 해당할지라도 그 法規가 適用될 때까지는 個人의 權利가 直接的으로 侵害받았다고 할 수는 없다. 그러나 法律이 執行行爲없이 이미 具體的인 處分의 性格을 갖는 경우나,<sup>152)</sup> 執行當局이 執行行爲의 行사과정에서 전혀 裁量의 餘지를 갖고 있지 않은 경우<sup>153)</sup>에는 直接性이 認定된다. 또한 判例는 人口調査法(Volkszählungsgesetz)상의 시행기일까지 2주일의 기간만 남아 있어 一般법원이 사건에 대한 本質적인 해결을 할 수 있는 시간적 여유가 없다는 理由로 人口調査法에 대한 直接的인 憲法訴願을 인정하고 있다.<sup>154)</sup> 刑法違反이나 秩序違反의 犯行은 直接性이 없다고 본다.<sup>155)</sup>

直接性이 결여되어 있으면 聯邦憲法裁判所法 제90조 2항 단서의 條件이 갖추어져 있더라

---

146) Schlaich(FN 2), S.114.

147) Zuck, Urteilsanmerkung, JZ 1985, S.1050 : BVerfGE 53 : 1(14).

148) Zacher, a.a.O., S.407 : pestalozza(FN 23), S.116.

149) Schlaich(FN 2), S.115.

150) Rauscher, Verfassungsbeschwerde gegen Rectssatxe, DöV 1976, S. 702.

151) Schlaich(FN 2), S.116.

152) BVerfGE 43,291(386).

153) BVerfGE 43,108(117) : 59,1(17).

154) BVerfGE 65,1(37).

155) BVerfGE 46,246(256).



도 憲法訴願은 不適法한 것이 된다. 다만 法律에 대하여는 補充性的 原則이 適用될 여지가 없으므로, 直接性的 要件만 갖추면 충분하다고 본다.

判例는 다음과 같은 事件에서 法律에 대한 直接性を 인정하고 있다. 手數料 減免規定(Gebührenmäßigungsvorschriften)에 대하여는 公證인에게,<sup>156)</sup> 教授稱號 使用을 規定한 大學法의 組織規定에 대하여는 教授에게,<sup>157)</sup> 大學許可規定에 대하여는 지원자에게,<sup>158)</sup> 家庭負擔調停法(Familienlastengleichsregelung)에 대하여는 父와 母에게,<sup>159)</sup> 유럽選擧法의 5%의 Sperr條項에 대한 憲法訴願,<sup>160)</sup> 共同決定法(Mitbestimmungsgesetz)에 대하여도 企業家에게,<sup>161)</sup> 學敎制度의 改革에 대하여도 父母에게<sup>162)</sup> 각각 直接性이 있음을 인정하고 있다. 그리고 重量貨物車의 通行禁止,<sup>163)</sup> 特定職業遂行의 禁止,<sup>164)</sup> 入學定員制,<sup>165)</sup> 加入強制制度,<sup>166)</sup> 選擧權의 排除<sup>167)</sup> 등에서 直接性を 인정하고 있다. 다만 建設計劃<sup>168)</sup>이나 東方條約<sup>169)</sup>에 대해서는 직접성을 허용하지 않고 있다.

### (3) 一般的 權利保護利益

權利保護利益은 主觀的 構成要素와 概觀的 構成要素로 구분할 수 있다. Schumann은 主觀的 構成要素는 權利保護意思(Rechtsschutzwillen)로 客觀的 構成要素는 權利保護根據(Rechtsschutzgrund)로 표시한다.<sup>170)</sup> 먼

---

156) BVerfGE 47,285.

157) BVerfGE 43,242(265) : 64,323(350).

158) BVerfGE 43,291(385) : 59,1(17).

159) BVerfGE 45,104(116).

160) BVerfGE 51,222(233).

161) BVerfGE 50,290(319).

162) BVerfGE 34,165(179).

163) BVerfGE 34,165(179).

164) BVerfGE 17,269(294).

165) BVerfGE 11,144(146).

166) BVerfGE 38,281(297).

167) BVerfGE 38,326(335).

168) BVerfGE 31,364(368).

169) BVerfGE 40,141(165).

170) Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen

저 權利保護根據란 憲法訴願을 提訴者의 權利保護要求를 위한 適切한(geeignet), 필요한(erforderlich) 그리고 기대할 수 있는(zumutbar) 憲法節次的 權利保護手段으로 만들 수 있는 條件을 의미한다.<sup>171)</sup> 憲法訴願이 객관적으로 權利保護의 資格이 있기 위하여는 첫째로 憲法訴願을 提起함으로써 얻어지는 예상과 결과가 提訴者의 權利保護要求와 같아야 한다(適合性). 그리고 憲法訴願 이외의 또 다른 權利保護手段이 존재하여서는 안된다(必要性). 또한 提訴가 憲法裁判所에 의한 해결이 期待可能하여야 한다(期待可能性).

權利保護意思란 提訴者가 權利保護要求(Rechtsschutz-begehren)를 主張하여야 하며 동시에 자기의 요구이어야 함을 의미한다.<sup>172)</sup> 사실 이와 같은 일반적 權利保護利益은 이미 聯邦憲法裁判所를 통하여 형성된 것이다. 다만 裁判所는 특별한 權利保護要件의 충족이 一般的 權利保護利益의 要求를 不必要하게 만드는 것이 아니라는 입장을 견지하고 있다. 즉 모든 憲法訴願에서 權利保護必要性이 前提되어야 하며, 그것은 聯邦憲法裁判所의 判決시점에서도 존속하여야 한다.<sup>173)</sup>

### 3. 補充性

#### (1) 原 則

憲法訴願은 正規의 다른 法的 救濟節次가 存在하는 경우에는 필요한 모든 節次를 모두 終了하여야만 提起할 수 있다(司法救濟前置의 原則).<sup>174)</sup> 만일 提訴者가 다른 法的 救濟節次가 存在함에도 불구하고 이를 경유하지

---

richterliche Entscheidungen, 1963, S.105.

171) Zuck(FN 10), S.290.

172) Zuck(FN 10), S.271.

173) BVerfGE 9,89(92) : 69,161(168).

174) Zuck, Die Stellung des BVerfGs im Verfassungsgefüge, DVBl 1979, S.383.

않거나 또는 提訴期間을 지체한 때에는 不適法한 것으로 訴를 却下할 수 있다.

憲法訴願을 提起함에 있어 補充性的의 原則을 채택한 것은 첫째로, 憲法裁判所의 부담을 경감시켜 주는데 있다. 司法節次를 거치게 됨으로써 一般法院의 事實的·法律的 見解를 聯邦憲法裁判所에 전달해 주는 機能을 擔當하며,<sup>175)</sup> 이로 인하여 확실치 못한 기초하에 광범위한 決定을 내려야 하는 위험을 방지해 준다.<sup>176)</sup> 둘째로, 補充性的의 原則으로 인하여 聯邦憲法裁判所와 一般法院 사이의 적절한 基本法上的 職務를 分배시켜주게 된다.<sup>177)</sup> 一般法院은 事實問題와 단순한 法律問題에 관한 한 獨占的인 憲法상의 權限을 가지게 되는 반면, 聯邦憲法裁判所는 公權力의 基本法과 合致여부를 즉 國民의 基本權侵害라는 憲法問題에 관하여만 權限을 갖게 된다.<sup>178)</sup> 확립된 最高裁判所의 裁判에 의하여 法的 救濟手段이 완전히 허용되지 않는 경우에도 이 節次를 經유할 필요 가 없다고 하였으나<sup>179)</sup> 그 후의 判決에서 判례는 변경될 가능성이 있으므로 判決에 대한 上訴를 提起하여야만 한다고 판시하고 있다.<sup>180)</sup>

## (2) 例 外

憲法訴願의 補充性的의 原則에도 불구하고 憲法訴願이 一般的 重要性을 가지고 있거나, 事實的 救濟節次를 거침으로써 訴願提起者에게 重大하고도 피할 수 없는 損害를 초래할 우려가 있는 경우에는 法的 救濟節次가 종료되기 전이라도 바로 憲法訴願을 提起할 수 있다 (§90 ② BVerfGG 但書).

---

175) BVerfGE 61,319(341).

176) BVerfGE 63,77(78).

177) BVerfGE 9,3(7).

178) BVerfGE 56, 54(69).

179) Schlaich(FN 2), S.118.

180) BVerfGE 65,1(38) : 9,3(7).

① 一般的 重要性(allgemeine Bedeutung)

一般的 重要性이란 당해사건의 해결이 다른 유사경우의 해결을 가져올 수 있는 것을 말한다. 예를 들어 教會稅令(Kirchensteuerordnung)에 대한 憲法 訴願에서 기대되는 決定이 當該事件 이상으로 많은 동일한 種類의 事件과, 다른 州의 教會稅令에 대한 類似規定에 대한 명확성을 줄 수 있으므로 즉 一般的 重要性이 있으므로 補充性的 原則이 適用되지 않는다고 하였고,<sup>181)</sup> 1982/83 豫備選舉期間에 聯邦政府의 선전활동(Öffentlichkeitsarbeit)에 대한 憲法上 限界에 있어서 이는 訴願提起者(議員, 選舉區民)의 被選舉權에만 관련된 것이 아니라, 政黨의 평등한 選舉機會 뿐 아니라 모든 選舉權者의 選舉權 被選舉權에 관련된다고 하여 一般的 重要性을 인정하고 있다.<sup>182)</sup>

② 重大한 損害

다른 法的 救濟節次를 경유함으로써 提訴者에게 重大하고도 피할 수 없는 損害를 초래할 우려가 있는 때에는 補充性的 原則이 適用되지 않는다. 聯邦憲法裁判所도 判例에서 選舉運動期間이 얼마 남지 않은 경우에 選舉運動을 위한 放送이 거절된 政黨에게 重大한 損害를 인정하고 있다.<sup>183)</sup>

(3) 非適用

法律에 대하여는 이미 설명한 대로 다른 구제수단이 없으므로 補充性 原則이 적용되지 않는다.<sup>184)</sup> 다만 民衆訴訟化를 방지하고 裁判所의 부담을 경감시키기 위하여 直接性을 요구하고 있다.<sup>185)</sup>

---

181) BVerfGE 19, 268(273).

182) BVerfGE 63,230(242).

183) BVerfGE 7,99(105).

184) Gerontas, Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, DÖV, 1982, S.443.

185) Bryde, Verfassungsentwicklung, S.388.

## IV. 憲法訴願의 對象

### 1. 公權力的 意義

憲法訴願은 모든 國家機關의 公권력에 대해서 提起할 수 있다. 國家機關은 立法·司法 등의 모든 機關을 포함한다. 國家機關은 間接的 國家行政을 담당하는 機關도 포함한다(公法上的 社團, 營造物, 財團, 聯邦鐵道, 聯邦郵便局).<sup>186)</sup>

敎會가 國家로부터 委任받은 權限을 행사하거나, 敎會의 處分이 國家行爲의 범주에 속한다면 憲法訴願의 대상이 될 수 있다. 예를 들어 公法人인 宗教團體는 각 州의 法律이 정하는 租稅基準에 따라 市民徵稅名簿(bürgerliche Steuerlisten)에 의거하여 租稅를 果하는 權利를 가지고 있다. 이 경우 敎會의 租稅公務員이 違憲的인 課稅處分을 내린다면 이에 대하여 憲法訴願을 提起할 수 있다.<sup>187)</sup> 그러나 敎會 자신의 本質적인 問題 예를 들어 敎區의 分割을 規制하는 敎會內部的 行爲에 대하여는 憲法訴願을 提起할 수 없다.<sup>188)</sup>

國家가 公法的으로 행동하는 경우에는 그 目的 여하를 불문하고 憲法訴願의 대상이 되나, 國家가 私法的인 行爲形態와 組織形態를 선택한 경우에는 憲法訴願의 대상이 되는가가 問題될 수 있다.

國家가 그의 公的인 業務를 私法形式으로 수행하더라도 公的인 業務를 수행하는 基本權에 구속되어야 하므로, 國家는 基本權의 享有자가 될 수 없으며 基本權 保障의 業務者일 수밖에 없다. 따라서 이 경우에는 憲法訴願의 對象이 될 수 있다. 그러나 公的 任務와 상관없는 經濟的 營利

---

186) BVerfGE 47,198(223).

187) BVerfGE 19, 228(289).

188) BVerfGE 18,385(385).

行爲를 하는 때에는 訴願이 될 수 없다.<sup>189)</sup>

憲法訴願을 提起할 수 있는 公權力은 西獨의 國家行爲로 國한된다. 따라서 外國의 公權力<sup>190)</sup>이나 占領軍의 行爲<sup>191)</sup>등과 같은 나라의 公權力이나 西獨의 主權이 미치지 않는 高權行爲에 대하여는 訴願을 提起할 수 없다. 더욱이 聯邦憲法裁判所의 裁判에 의하여 Berlin支邦의 行爲에 대하여도 訴願을 허락하고 있지 않으며,<sup>192)</sup> 東獨의 行爲에 대하여도 訴願을 인정하고 있지 않다.<sup>193)</sup>

## 2. 公權力의 範圍

### (1) 立法作用에 대한 憲法訴願

#### ① 法律, 憲法

法律이 특별한 執行行爲 없이 直接的으로, 그리고 現實的으로 國民의 基本權을 侵害한 경우에는 다른 節次를 經유함이 없이 바로 法律에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있다.<sup>194)</sup> 法律은 形式的 意味의 法律 이외에 實質的 意味의 法律(法規命令이나 條約)도 포함한다.

法律은 公布되어야 한다. 따라서 議決되지 않는 法案이나, 議決되어도 公布되지 않은 것은 訴願의 對象이 되지 않는다.<sup>195)</sup> 다만 法律의 公布後 그 施行前에 訴願의 提起가 가능한가에 관하여는 見解가 대립된다. 可能하다는 見解(Leibholz)와 不可能하다는 견해(Maunz)가 그것이다. 條約締結을 同意하는 法律에 대해서는 立法機關에 의한 立法節次가 終了한 후

---

189) Pestalozza(FN 23), S.101.

190) BVerfGE 6,290(295)-Nachrustung.

191) BVerfGE 15,337(346).

192) BVerfGE 55,349(363) : Pestalozza(FN 23), S.102.

193) BVerfGE 1,332(342). : Roggenmann, Rechtshilfe in Strafsachen zwischen Bundesrepublik und DDR, NJW 1974, S.1841.

194) Pestalozza(FN 23), S.103. : Zuck(FN 10). S.195.

195) BVerfGE 11,339(342).

大統領이 批准과 公布하기 전에 訴願을 提起할 수 있으며, 執行行爲를 요하는 法律은 원칙적으로 다른 法的 救濟手段을 終了한 후에만 附隨的으로 提起가 가능하다.

憲法違反의 憲法規範의 존재를 생각할 수 있으므로 正義의 原則에서 벗어난 憲法規定도 예외적으로 憲法訴願의 對象이 된다는 것이 判例의 입장이다.<sup>196)</sup> 聯邦憲法裁判所는 基本法 제117조 1항(男女平等權에 관한 경과규정)의 效力에 관한 批判에서 憲法規定 상호간에 價値의 우열이 있고, 憲法制定勸力을 拘束하는 초실정적인 自然法의 존재를 인정함으로써 이러한 입장을 취하였다.<sup>197)</sup>

## ② 法規命令

聯邦政府, 聯邦長官 또는 州政府는 法律에 따라 法規命令을 발할 수 있는 바 이 法規命令으로 인하여 직접 權利를 侵害받은 자는 憲法訴願을 提起할 수 있다. 따라서 法律의 授權規定(§80 ① G.G.)을 違反한 法規命令은 基本法 제2조 1항의 憲法秩序에 합치하지 않으므로 法規命令이 직접 國民의 基本權을 侵害한다면 憲法訴願을 提起할 수 있다.<sup>198)</sup>

## ③ 條 例

條例(Satzung)에 대하여도 訴願을 인정한 예가 있다.<sup>199)</sup>

## ④ 立法機關의 不作爲

聯邦憲法裁判所는 法律의 基本權 侵害性を 確認하고 規範의 違法無效를 宣할 수 있을 뿐이지, 그 內容의 변경을 명하거나 國家에 급부나 작위를 명할 수는 없다. 다만 일정한 조건하에서 예컨대 憲法이 명시적으로 立法義務를 부과한 경우 이를 태만히 한 경우에는 憲法訴願이 가능하다고 본다. 基本權중에서 自由權은 國家의 不作爲 義務를 前提로 하므로 問題가 없다. 問題는 生存權을 보장하기 위하여 國家에게 積極적인 作爲義務가

---

196) BVerfGE 3,223(232).

197) 이 判決에 대하여 Bachof, Lechner, Geiger 등은 判例를 지지하였으나, Scheuner, Apelt 등을 批判하고 있다.

198) BVerfGE 62,117(119) : 65,248(249).

199) BVerfGE 65,325(326)-Zweitwohnungssteuer.

있는지의 여부이다. 生存權 중 立法義務(作爲義務)의 內容과 範圍가 基本法에 의하여 本質的으로 한계지워진 것은 國民의 權利로 생각하여 立法關聯의 不作爲에 대해 訴願을 提起할 수 있다고 본다.<sup>200)</sup>

憲法이 法律의 制定을 특별히 요구하고 있는 경우(§131 G.G.)에 法律을 制定하지 않거나, 不充分하게 制定한 때에는 訴願의 대상이 된다. 이와 같은 憲法訴願은 立法機關의 不作爲에 의해 自身の 基本權이 現在, 그리고 直接 侵害 받았다고 主張함으로써 提起할 수 있으며, 주로 基本權 侵害의 確認을 구하는 方法으로 提起된다.

## (2) 行政作用에 대한 憲法訴願

行政行爲로 인한 基本權 侵害의 경우에 訴願을 提起할 수 있음은 물론이다. 訴願의 對象이 되는 行政行爲는 상대방을 拘束하는 것이어야 하므로, 非拘束的인 行政計劃이나, 상대방에게 구속력이 없는 行政指導, 그리고 단순한 通知나 解明 등은 訴願의 對象이 될 수 없다. 行政行爲에는 侵害行政 뿐 아니라 급부 행정도 포함된다. 特別權力關係도 포함되고 自由裁量行爲도 원칙적으로 배제되지 않는다. 行政處分の 취소로 權利救濟가 가능하여야 하므로 赦免權의 取消은 行政處分으로 보아 訴願의 대상이 되지 않는다.<sup>201)</sup> 그러나 赦免權의 取消은 行政處分으로 보아 訴願을 許諾하고 있다.<sup>202)</sup> 統治行爲는 憲法訴願의 대상으로 인정하고 있다.<sup>203)</sup>

憲法訴願의 補充性으로 인하여 行政行爲에 대하여는 필요한 모든 行政爭訟을 경유하여야 한다. 따라서 行政行爲에 대한 訴願은 일반적으로 事件을 審理한 終審裁判所의 裁判에 대한 訴願으로 귀착되게 된다. 만일 訴願提起者가 行政爭訟의 提訴節次를 違反하거나 또는 出訴期間을 경과함으로써 行政爭訟이 不適法하여 許容되지 않는 경우나 또는 行政訴訟을 스스

---

200) BVerfGE 11, 255(261) : 12, 139(142)

201) BVerfGE 25,352.

202) BVerfGE 30,108.

203) BVerfGE 12, 354(362) : 55, 364) : Zuck, Political question doctrine, Judicial Self-Restraint und das BVerfG, JZ 1974, S.361.



로 取下한 경우에는 事前的인 法的 救濟節次를 거치지 않았으므로 憲法訴願은 허용되지 않는다.

### (3) 司法作用에 대한 憲法訴願

一般法院도 國家의 公권력을 행사하는 機關이므로 法院의 裁判도 憲法訴願의 대상이 된다.<sup>204)</sup> 歐州法院, Berlin法院, 外國法院 등의 裁判은 그 대상이 되지 않으나, 州憲法裁判所의 裁判은 憲法訴願의 대상이 된다.

法院의 裁判은 最終審의 裁判만을 의미한다. 中間裁判은 最終裁判을 다툼으로써 違憲여부에 대한 救濟可能性이 있으면 그것만을 독립하여 訴願의 대상으로 삼을 수 없다.<sup>205)</sup> 따라서 原則적으로 最高裁判所의 裁判에 대하여만 訴願提起가 가능하다. 上告棄却의 裁判도 포함한다.

期日의 指定, 召喚, 證據決定 등과 같은 訴訟繼續中の 訴訟內部에 관한 단순한 中間裁判에 대하여는 訴願을 提起할 수 없다. 이러한 中間裁判의 基本權侵害를 理由로 하여서는 最終裁判에 대한 訴願을 提起하여야 한다.<sup>206)</sup> 中間裁判에 대한 獨立的 憲法訴願을 허용하지 않는 것은 행정처분에 대한 憲法訴願에서 단순한 準備行爲(Vorbereitungs-handlungen)를 公權力 행사로써 볼 수 없는 것과 같은 맥락에서 理解할 수 있다.<sup>207)</sup>

最終裁判에 대해서만 訴願을 提起할 수 있으나 提訴理由로는 원래의 侵害行爲 즉 行政行爲의 基本權侵害를 主張할 수도 있고 裁判(下級審이거나 上級審을 불문하다)의 基本權侵害를 주장할 수도 있다.<sup>208)</sup>

訴訟節次상의 조치가 訴訟關係人의 憲法上 權利를 侵害하였거나, 裁判의 내용이 자의적이거나, 法律의 해석이 基本權 原理에 반하거나, 基本權을 侵害하는 違憲法律의 適用, 基本權의 제3자적 效力을 오인한 경우에 憲法訴願이 허락된다. 判決理由가 基本權을 侵害한 때에는 원칙적으로 訴

---

204) Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988., S.25.

205) BVerfGE 21,319.

206) BVerfGE 21,319.

207) Gusy(FN 204), S.28.

208) Pestalozza(FN 23), S.104.

願을提起할 수 없다.209) 判決理由가 指針的 性格을 가지거나 判決을 結果的으로 유지할 수 없는 判決理由속에 나타난 違憲的인 法的 見解도 憲法訴願으로 다룰 수 없다.210) 裁判이 一部 違憲的이고 一部 合憲的인 경우에는 違憲的部分과 관련하여 憲法訴願이 허용된 경우도 있다.211) 단, 원칙적으로 主文이 기준이 된다. 그러나 판결이유가 關係자에게 獨自的인 부담을 주는 경우에 憲法訴願이 인정될 수 있다.212)

## V. 憲法訴願의 提訴節次

### 1. 提訴方式

憲法訴願의 提起는 일정한 形式을 갖춘 書面을 憲法裁判所에 제출함으로써 한다. 書面에는 몇 가지 理由가 소명되어야 한다(§92 BVerfGG). 이유소명에는 다음의 事項이 記載되어야 된다.

侵害된 基本權과 違憲의 公權力이 표시되어야 한다. 違憲으로 訴追된 高權行爲에 대한 상세한 내용과 判決의 경우에는 判決의 宣告 및 通知의 日時 등을 포함한 日字 등이 표시되어야 하며, 개개의 基本權 違反에서 認定되는 諸般事情에 대한 상세한 說明<sup>213)</sup> 등이 提訴狀에 나타나야 한다. 訴願은 스스로 提出할 수 있음이 原則이다. 다만 辯護士나 大學教授로 하여금 代理시킬 수 있다(§34. ① BVerfGG). 憲法訴願이 理由가 있는 것으로 判定될 때에는 필요한 支出의 全部 또는 一部가 補償될 수 있다(§34

---

209) BVerfGE 13,132(152).

210) BVerfGE 8,224.

211) BVerfGE 25,75.

212) BVerfGE 6,9 ; 이 裁判에서는 비록 無罪判決이 났다 하더라도 증거불충분으로 無罪가 된 경우에는 基本法 제1조 2항을 侵害하였다는 理由로 裁判理由에 대한 訴願을 인정하고 있음이 특색이다.

213) Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 3 Auf1., S.176.

④ BVerfGG). 憲法訴願의 提訴費用이 무료이기 때문에 訴提起가 남용될 우려가 있다. 訴願의 提起가 남용된 경우에는 일정한 負擔金(20 ~ 1000 D.M)을 提起者에게 부과할 수 있다(§34 ⑤ BVerfGG). 負擔金の 부과에 관하여는 提訴當時에 미리 敎示되어야 한다.<sup>214)215)</sup>

## 2. 提訴期間

訴願은 1개월 이내에 提起되어야 한다(§93 ① BVerfGG) .<sup>216)</sup> 이 期間은 判決文의 送達 또는 告知(口頭辯論 없이 행해진 決定이나 被告 不在中에 宣告된 형사판결의 경우)됨과 동시에 起算된다. 그 밖에 被告人 참석하에 宣告된 형사판결의 경우에는 判決의 宣告와 동시에 起算된다. 만일 判決文의 寫本이 送達되지 않은 때에는 判決文의 寫本을 請求할 수 있으며 이 기간동안에는 1개월의 期間의 進行이 中止된다. 法律에 대한 訴願이나 法的 救濟節次가 허용되지 않는 高權行爲의 발동 후 1년 이내에만 提起할 수 있다. 소급효가 있는 경우에는 公布時를 基準한다.<sup>217)</sup> 不作爲에 대한 憲法訴願은 그 不作爲가 存在하는 한 인정된다.

## 3. 受理節次

憲法訴願이 提起된 경우에는 그것을 正式으로 受理하기까지 3段階의 豫審節次를 거쳐야 한다.

---

214) Zuck, Die Mißbrauchsgebühr im VB-Verfahren, NJW, 1986, S.2093ff.

215) Säcker(FN 213), S.53.

216) Zuck, Die unzumutbare Monatsfrist für die VB gegen Gerichtsentscheidungen, MDR 1985, S.803.

217) BVerfGE 62, 374(382).

## (1) 首席審議官(Präsidentialrat)의 決定<sup>218)</sup>

憲法裁判所는 規則에서 首席審議官을 두고 있다(§59 ② 規則). 이 首席審議官은 폭주하는 憲法訴願으로 인한 裁判所의 부담을 덜기 위하여 憲法裁判所 規則이 인정하고 있는 制度이다. 首席審議官은 法官資格을 가진 非法官인 公務員으로 構成되며(§12 ① 規則), 裁判官職의 任務를 수행하고 있다.

訴願이 提起되면 이 首席審議官이 憲法裁判所의 裁判을 고려하여 提起된 訴願이 허용되지 않거나 명백하게 勝訴할 수 없다고 판단하면, 憲法訴願을 裁判部의 訴訟事件簿(Verfahrensregister)에 記入하지 않고 一般事件簿(Allgemeine Register)에 記入하며(§60 ①, §60 ② 規則)<sup>219)</sup> 동시에 訴願提起者에게 同訴願이 허용될 수 없거나 명백하게 勝訴할 수 없음을 指導書翰(Belehrungsschreiben)에 기재하여 告知하여야 한다. 이 경우 訴願의 提起者는 일정 기간내에 裁判部(Senat)의 裁判을 받기 원하는지를 진술할 수 있다. 裁判部の 裁判을 받기 원하면 訴訟事件部를 이송하며, 만일 진술이 없으면 종결된 것으로 간주된다.

首席審議官의 事前節次는 非法官 公務員에 의한 事前裁判은 아니며, 訴願提起者에게 訴願의 계속 수행이 法的인 觀點에서 볼 때 고려해 볼 필요가 있다는 법적상황의 指示에 불과하다고 본다.<sup>220)</sup> 그러나 首席審議官이 실질적으로는 裁判을 행하는 것이므로 憲法訴願의 1차적 심사라고 할 수 있는 一般事件簿에의 등재과정에서 신중을 기할 것이 요구된다.<sup>221)</sup> 또한

---

218) Schlink, Nochmals : Die Vorprüfung der VB durch Präsidentialrate, NJW 1984, S.2195.

219) 統計에 의하면 全體 訴의 半以上の 一般事件部에 기재된다. 1983년의 경우를 보면 10767건 중에 一般事件部에 記載되었다(Schlaich(FN 2), S.122).

220) Wand, Befugnisse der Gerichtsverwaltung und Aspekte der Vorprüfung im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW, 1984, S.952 : Schlaich(FN 2), S.123.

221) 다만 問題는 두 명의 首席審議官이 1년에 1000개가 넘는 事件에서 正確한 指針(Belehrungen)을 할 수 있는지 疑問이다(Zacher, Die Selektion der Verfassungsbeschwerde, BVerfGG und G. G. I, S.968ff.).

提訴者의 裁判請求權을 침해하지 않도록  
異議申請이 가능함을 반드시 告知하여야 한다.

## (2) 豫審委員會(Richterausschuß)의 審査

憲法裁判所안에 각 裁判部(Senat)는 訴願의 豫備審査를 위하여 豫審委員會를 둔다.<sup>222)</sup> 이 委員會는 3인의 法官으로 構成되며 任期는 1년이다. 또한 裁判部(Senat)는 수개의 委員會를 둘 수 있다.

憲法訴願이 허용될 수 없거나 (要式에 위배되거나, 出所期間의 경과, 관할위배, 事前的 權利救濟節次를 거치지 않은 경우, 權利保護利益의 결여, 基本權을 侵害하는 公權力의 不存在 등) 또는 명백하게 勝訴할 가능성이 없는 경우에는 全員一致의 決定으로 受理를 拒否할 수 있다.

豫審委員會의 不受理決定은 法官에 의한 裁判이므로 形式的 確定力을 갖는다. 따라서 取消될 수 없다. 이 不受理決定에 대한 法官訴願은 인정되지 않는다.<sup>223)</sup> 訴願의 약 97%가 이 단계에서 끝이 난다. 不受理決定은 口頭辯論없이 하며, 理由가 소명될 必要가 없다(§93a ⑤ BVerfGG). 이 決定은 提起者에게 通知되어야 한다.

不受理決定은 원칙적으로 이유 소명이 필요 없으나 當該訴願이 憲法上 특별한 意義나 重要性을 갖는 경우에는, 豫審委員會의 提案에 따라 裁判部는 상세한 理由를 기재하

여 판결집에 公告할 수 있다(§1 ② 規則). 이유소명의 公告制度는 訴願提起者에 대한 教育的 效果和 受理節次의 폐쇄성에 대한 비판을 완화시킬 수 있다. 또한 公告는 司法防禦(Justizgewähr)의 觀點에서도 重要的 節次이다. 判例에서도 가끔 判決集에 公告된 不受理決定의 理由를 引用하기도 한다.<sup>224)</sup>

---

222) Zuck, Die fünfte Norvelle zum BVerfGG NJW 1986, SS.968ff.

223) BVerfGE 19,88(90).

224) BVerfGE 64,46(62).

### (3) 裁判部(Senat)의 審査

豫審委員會가 訴願의 受理를 거부하지 않을 때 裁判部는 受理여부에 대하여 다시 裁判할 수 있다. 2명 이상의 法官이 憲法問題에 대한 解決이나, 事件을 거부함으로써 訴願提起者에게 중대하고 피할 수 없는 損害가 발생할 위험이 있음을 表明한 때에는 裁判部는 訴願을 受理하여야 한다(§93a ④ BVerfGG).

憲法問題에 대한 解決이란 憲法の 解決·形成에 있어서 당해 訴訟에 대한 裁判이 先例의 역할을 수행할 可能性이 있는 것을 意味한다. 실제로 提起된 問題에 先例가 없는 것으로 충분하며, 그것이 學說上 論點의 對象이 되어 있을 필요는 없다. 동일한 상황에 대한 聯邦憲法裁判所의 確立된 判例가 있거나, 동일한 種類의 事件에 있어 判決이 있을 때, 受理를 거부할 수 있음은 물론이다.

중대하고 피할 수 없는 損害에 관하여 判例의 입장을 보면, 客觀的·主觀的 重要性이 없는 少額事件(Begatellfällen)인 境遇에 訴願의 受理가 拒絕된다. 明白하게 理由가 있는 事件도 拒絕되는 境遇가 있다.<sup>225)</sup>

判例에 따르면 交通法規違反事件에서 40 D.M에도 달하지 않은 罰金은 重大한 損害로 보지 않았으며, 1982년 道路交通法 改正으로 80 D.M로 인상된 罰金額도 경미한 損害에 불과하다는 입장을 보이고 있다.

이상에서 본바와 같이 憲法裁判所의 審判을 받기 위하여는 3단계의 節次를 經유하여야 한다. 이와 같이 복잡한 節次에 대하여 肯定的인 측면(濫訴防止)도 있으나, 否定的인 시각(憲法訴願의 봉쇄)도 적지 않다. 憲法訴願의 기능을 잘 고려하여 提起된 事件이 憲法問題에 해당되는가의 여부에 審査의 초점을 두어야 할 것이다.

---

225) BVerfGE 46,313(314) : 47,102(104) : 61,123(125).

## VI. 憲法訴願의 審理

### 1. 審理의 內容

#### (1) 序 說

聯邦憲法裁判所는 모든 종류의 基本權 侵害를 審査할 수 있는 權限은 없다. 基本法 제19조 4항에 따라 一般法院에게도 審査權이 주어진다. 따라서 基本權 侵害의 다툼에 대한 權限은 法院과 聯邦憲法裁判所에게 병렬적으로 주어지게 된다.<sup>226)</sup> 一般法院은 事實問題나 法律問題에 관하여는 最終的인 判斷權을 가지고 있으므로 憲法裁判所는 法院의 判決이 法律을 違反하였는가의 여부를 判斷할 수 없으며 다만 특수한 憲法(spezifisches Verfassungsrecht)을 侵害하였는가의 여부만을 審査할 수 있을 뿐이다. 여기서 특수한 憲法이란 “基本法”과 區別되는 것이며<sup>227)</sup> 基本法 중에서 특정한 部分이나 質이 아니다. 이는 “단순한 法”과 대립되는 개념으로서 主張된 개인의 主觀的 권리에 대한 “實體的 憲法の 특정한 근거”<sup>228)</sup> 또는 “憲法上 保障된 範圍”<sup>229)</sup>를 말한다.

#### (2) 憲法裁判所의 非再審性

憲法訴願이 일반 司法節次에 대하여 補完的인 것이 아니라, 특별한 法的 救濟節次인 것처럼, 憲法裁判所는 一般法院의 判決을 전체적인 범위에서 그 正當性을 再審査하는 上告裁判所(Revisionsinstanz) 또는 超上告裁判所(Super-revisionsgericht)가 아니다.<sup>230)</sup> 이는 憲法裁判所가 法院의 裁判을 審査하더라도 단순한 法的 侵害는 審査할 수 없으며 憲法을 侵害하

---

226) Gusy(FN 204), S.52.

227) Gusy(FN 204), S.55.

228) BVerfGE 63,266(298).

229) BVerfGE 60,305(310).

230) BVerfGE 7,198(207) : 18,85(92).

였는가의 여부만을 審査할 수 있다. 또한 憲法의 침해만이 여부에 국한되어야 한다는 것을 의미한다.

聯邦憲法裁判所는 法院의 상위에 있는 第4審도 아니고, 基本權의 침해 여부만을 판단하는 지위에 있음이 原則이나 聯邦憲法裁判所가 超上告裁判所로서 활동하고 法律違反的인 것으로 확대시키는 경향이 있다. 이는 憲法裁判所가 단순한 法을 侵害한 法院의 判決을 基本權을 侵害한 것으로 생각하여 審査範圍를 확대시키고 있는 점에서 엿볼 수 있다. 聯邦憲法裁判所의 이러한 傾向은 Elfes-Urteil을 비롯하여 많은 판결에서 보여주고 있다.<sup>231)</sup> 판례의 내용을 보면 刑事訴訟法 제43조의 “期間은 날의 終了(Ablauf des Tages)로 만료한다”는 規定의 解釋을 24시가 아닌 勤務時間의 終了로 解釋한 區裁判所나 州法院의 判決을 基本法 제19조 4항과 제103조 1항을 侵害하였다고 判決하고 있고,<sup>232)</sup> 辯護士會 加入法 제7조의 “加入者の 憲法忠誠”이라는 價値問題에 대한 聯邦通常裁判所의 判決이 立法行爲와 같은 效果를 나타내며 立法者가 예견한 범위를 넘어서 基本權을 制約한다면 憲法에 의하여 배척되어야 한다고 判決하고 있다.<sup>233)</sup>

聯邦憲法裁判所의 이러한 태도에 대하여는 많은 비판이 가해진다.

첫째, Ossenbühl은 判決에 대한 審査範圍의 制限을 “超上告審이 아니다” 또는 “특수 憲法의 侵害”등의 形式만으로는 聯邦憲法裁判所를 超上告審으로 이전되는 것이 充分한 방지책이 될 수 없다고 하면서, 상세한 制限基準이 필요하다고 주장한다.

둘째, 聯邦憲法裁判所에 광범위한 審査權限을 부여하는 것은 다른 法院과의 관계에서 權限分配에 관한 憲法상 基本構造를 侵害하게 된다.<sup>234)</sup>

셋째, 憲法上 法律問題에 관한 한 法院이 最終的인 審査權을 가지며

---

231) BVerfGE 6,32.

232) BVerfGE 41,323(327).

233) BVerfGE 63,266(282).

234) BVerfGE 22, 93(98) : 51,130(139).



法院의 憲法尊重 및 執行의 要求를 축소할 수도 없고, 이를 聯邦憲法裁判所에게 委任할 수도 없다.<sup>235)</sup> 憲法侵害에 대한 保護義務는 모든 法院에게 동등하게 위탁되어 있고 그 범위내에서 課題의 平行性(Aufgabenparallelität)이 存在한다.<sup>236)</sup> 따라서 憲法裁判所의 機能을 유지하는 가운데 두 法院사이의 課題의 分配가 중대한 問題가 되며, 이러한 기능적 시각에서 判決에 대한 審査範圍가 制限되는 것이 바람직하다.

## 2. 審理의 範圍

聯邦憲法裁判所의 審理範圍가 어디까지로 될 것인가가 問題된다. 이를 具體的으로 살펴보면,

### (1) 事實關係의 確定 및 心證形成에 대한 審査

節次의 形成, 事實關係의 確定, 心證形成, 單純法의 解釋과 具體的 適用 등은 원칙적으로 法院의 審査對象이며 聯邦憲法裁判所의 審査對象이 될 수 없다.<sup>237)</sup> 例外的으로 事件이 매우 강한 侵害를 유발하고 있는 경우에는 憲法裁判所의 再審査가 허용된다.<sup>238)</sup>

### (2) 判決의 內容에 대한 審査

基本法은 最上位의 規範이므로 모든 法規範은 基本法에 違反되게 解釋될 수 없고,<sup>239)</sup> “規範의 解釋”은 合憲의이며 憲法指向的이어야 한다.<sup>240)</sup> 따라서 법의 解釋과 適用에는 憲法上 일정한 限界가 존재한다.<sup>241)</sup> 法律의

---

235) Schlaich(FN 2), S.135.

236) Bryde(FN 185), S.316.

237) BVerfGE 18,85(92) : 30,173(196) : 42,143(147) : 60,79(90).

238) BVerfGE 51,304(323).

239) BVerfGE 51,304(323).

240) Schlaich(FN 2), S.137.

241) BVerfGE 65,196(215).

解釋에는 基本權의 法律에 대한 放射效果(Austrahlungswirkung)을 고려하여야 하며,<sup>242)</sup> 적용에 있어서도 동일하다. 다만 法律的인 問題와 憲法的인 問題의 구별이 곤란한 경우가 많으므로 그 한계의 遵守여부에 관하여는 많은 論難이 있음을 부정할 수가 없다. 예컨대 辯護士의 刑事訴訟法上的 서류열람권과 같은 法的 權利를 制限한 法院의 判決을 審査함으로서,<sup>243)</sup> 단순한 法律상의 問題까지 判斷하고 있다는 많은 비난이 있다. 사실 聯邦憲法裁判所의 判斷基準도 매우 流動적임을 부인할 수 없다. 統制의 한계 역시 엄격하게 그어져 있지 않다. 상황에 따라서는 訴願의 認定 여부가 다르게 나타날 수도 있다.<sup>244)</sup> 이는 어떻게 보면 기준이 없는 것이다. 이러한 dilemma로부터 벗어날 길은 없다. 다만 憲法訴願의 폐지라는 高價의 댓가를 지불하는 길뿐일 것이다.<sup>245)</sup>

### (3) 裁判節次에 대한 統制

憲法訴願은 裁判節次에 의한 基本權 侵害에 대하여도 提起할 수 있다. 基本法 제101조 2항, 제103조 1항, 제19조 4항 등의 司法的 基本權(Justizgrundrechte)을 侵害한 경우에 인정된다. 裁判節次에서 발생한 基本權 侵害에 대한 憲法訴願은 모든 憲法訴願의 거의 반을 차지하고 있으며, 비교적 높은 성공률을 가지고 있다. 특히 法律問題에 대한 광범위한 審査를 하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 裁判節次에 대한 憲法訴願 事件에서는 다른 事件과 달리 많은 자제를 보이고 있지 않음이 특징이다.

聯邦憲法裁判所는 法律上的 審問請求權(§103 ① G.G.)이나 訴訟法上的 當事者의 辯論權과 같은 단순한 法律상 問題까지 統制하고 있다.<sup>246)</sup>

---

242) BVerfGE 59,231(270).

243) BVerfGE 62,328(347).

244) BVerfGE 54, 154(Eppler)와 BVerfGE, 54, 208(Boll)을 보면 人格權 侵害를 理由로한 判決에 대한 訴願에서 結果는 서로 다르게 나타나고 있다. 前者는 棄却되고, 候者는 인용되었다.

245) Schlaich,(FN 2), S.141.

246) BVerfGE 62,320(332).

그러나 聯邦憲法裁判所의 이러한 態度에 대해서는 Schlaich의 말을 빌릴 것도 없이 問題가 있다고 본다. 왜냐하면 憲法侵害가 아닌 單純한 法律의 侵害를 憲法訴願의 대상으로 하는 것은 訴願의 審査範圍를 매우 확대시키거나, 法院과의 職務상의 分配를 예정하고 있는 憲法の 基本構造에 반하며, 憲法裁判所의 과중한 부담을 야기시킬 위험이 크다고 본다. 따라서 單純한 法律의 侵害가 憲法상 保障된 法律上の 審問請求權을 重大하고 明白한 정도로 侵害한 경우에만 裁判節次에 대한 憲法訴願이 허용된다고 봄이 타당하다. 聯邦憲法裁判所는 立法者에게 “正當한 節次”를 具體化시킬 義務가 있다고 한다.<sup>247)</sup>

判例를 보면, 區裁判官(Amtrichter)가 獨逸民事訴訟法(ZPO) 제128조 3항을 잘못 適用함으로써 基本法 제103조 1항을 侵害하였다는지,<sup>248)</sup> 또는 民事訴訟法 제91a조 1항의 決定에 대한 即時抗告의 決定에는 상대방의 입장을 듣는 것이 基本法 제103조 1항이 요구하는 것이라고 判決하고 있다.<sup>249)</sup>

#### (4) 裁判의 기초가 된 法律에 대한 統制

裁判이 기초가 된 法律의 違憲性を 主張할 수 있다. 憲法訴願의 提起者는 法官이 法律의 違憲여부를 聯邦憲法裁判所에 提訴하지 않음으로써 節次가 開始되지 않은 規範統制를 最終審 裁判에 대한 憲法訴願을 통하여 規範統制를 회복시킬 수 있다.

聯邦憲法裁判所는 規範統制에 있어서와 같이 모든 범위에서 法律의 合憲性에 대해 再審査할 수 있다. 이 경우에는 規範統制의 審査範圍에 관한 모든 規定이 타당하게 된다.

---

247) BVerfGE 63,45(61).

248) BVerfGE 64,203(207).

249) BVerfGE 64,224(227).

## Ⅶ. 憲法訴願의 決定과 決定의 效力

### 1. 憲法訴願의 決定

#### (1) 序 說

聯邦憲法裁判所法은 憲法裁判所의 判決을 訴訟種類에 따른 것이 아니라 判決目的에 따라 規定하고 있음이 특징이다. 따라서 規範統制나 憲法訴願의 受理拒絶(§93a ③, §93a ④ BVerfGG)이나 即時却下(§24 BVerfGG)의 경우만을 言及하고 있다. 기타의 경우는 法院의 管轄에 따르고 있다.<sup>250)</sup>

聯邦憲法裁判所는 判決文에서 어떤 行爲 또는 不作爲가 基本法의 어느 規定을 侵害했는지를 確定해야 한다(§95 ① BVerfGG). 審査의 범위는 訴願의 提訴者가 侵害되었다고

主張하는 基本權에 한한다. 또한 이의가 提起된 處分의 반복은 違憲이 됨을 아울러 선언할 수 있다.<sup>251)</sup>

判決文에서 侵害한 決定의 廢止를 宣言한다(§95 ② BVerfGG). 侵害한 決定이란 憲法訴願의 對象이 된 公권력의 모든 處分을 의미한다. 따라서 行政處分이 訴訟를 經유하여 憲法訴願의 대상이 된 경우에는, 最終審의 判決에 나타나지 않은 모든 法院의 裁判과 行政行爲도 無效로 된다.<sup>252)</sup> 法律인 경우에는 聯邦憲法裁判所法 제95조 3항이 적용된다. 全部 또는 部分的으로 廢止하여 管轄法院에 還送한다. 경우에 따라서는 還送함과 동시에 無效를 선언하기도 한다. 이는 判決文의 주문<sup>253)</sup>에서도 또는 그 理由에서<sup>254)</sup> 行한다. 事件을 法院에 還送하지 아니하고 스스로 審判할 權

---

250) 허락되지 않는 경우에는 als solche bezeichnet(BVerfGE 65,132) : als unzulässig verworfen(BVerfGE 62,194(195))로서 却下되며, 理由가 없는 때에는 ablehnt(BVerfGE 65 101)된다.

251) BVerfGE 7,199(北獨逸放送局事件).

252) BVerfGE 6,386.

253) BVerfGE 65,116.

254) BVerfGE 63,80(88).

限度 있다.

法律에 대한 間接的인 憲法訴願에 있어서는 法院의 裁判을 廢止할 뿐 아니라 기초가 된 規範의 無效 또는 違憲의 확인을 宣言할 수 있다. 聯邦憲法裁判所는 憲法訴願에 신청대상이 아닌 法律에 대하여도 그것이 이의를 申請한 法律과 관련되어 있고 동시에 違憲이 명백한 경우에는 判決로 이 法律의 無效를 宣言할 수 있다. 規範을 無效로 宣言한 때에는 聯邦法律官保(BGBL)에 公布하며, 이는 法律的 效力을 갖는다.

## (2) 決定의 種類

### ① 無效宣言(Nichtigerklärung)

#### i) 意 義

訴願의 審理結果 法律이 基本法을 위반한 때에는 당해 法律의 無效를 宣言할 수 있다.

法律의 無效宣言은 全部無效와 一般無效로 구분된다. 聯邦憲法裁判所는 비록 명문의 규정은 없지만 法律의 一般無效를 宣言하고 있으며, 이것이 一般的인 예이다. 法律중 하나 또는 그 이상의 規定이 無效인 때에는 원칙적으로 法律全體가 無效는 아니다.<sup>255)</sup> 違憲이라고 사료되는 款(Paragraf), 項(Absatz), 文(Satz), 文의 一部(Satzteil)를 主文에서 特定하여야 한다.

判例를 보면, 1981년의 國家賠償法(Staatshaftungsgesetz)는 전체가 無效로 宣言되었고<sup>256)</sup> 1982년의 人口調査法(Volkszählungsgesetz)은 몇 개의 條項만이 무효가 되었다.<sup>257)</sup> 違憲인 條項만 따로 분리하기가 어렵거나, 당해 조항만 無效로 宣言한 경우에 法律의 存續의 의의가 없는 때에는 法律全體를 無效로 한다.

---

255) BVerfGE 65,325(358).

256) BVerfGE 61,149(173).

257) BVerfGE 65,1(3).

## ii) 효 力

違憲인 法律은 처음부터(ex tunc) 그리고 당연히(ipso iuro) 法的 效力이 없다. 效果에 대하여는 無效確認設(Nichtigkeitstheorie)과 結果除去設(Vernichtbarkeitslehre)의 대립이 있다.

### a. 無效確認設

無效確認設은 法律이 基本法에 위배된 때에는 당연히 소급하여 效力이 喪失된다는 입장이다. 따라서 聯邦憲法裁判所는 違憲인 法律을 廢止하거나, 除去하는 것이 아니라 다만 그것이 無效임을 宣言적으로 確認하는 것이 된다. 그 논거를 보면,

첫째, 基本法 제100조 1항은 有效인 法律과 無效인 法律의 구별과 그에 따른 違憲法律의 無效를 前提로 하고 있으며,

둘째, 法官에게 提訴義務를 부과한 것은 無效인 法律을 法官이 적용하지 않을 지도 모른다는 것을 前提로 하여 이를 방지하기 위한 것이다.

셋째, 無效確認설의 法的結果 및 그로 인한 法的 不安定은 聯邦憲法裁判所法 제79조의 規定과 行政行爲의 存續力과 그리고 法院判決의 確定力이 막아주고 있다.

### b. 結果除去設

이 見解는 違憲인 法律은 그것이 權限있는 機關에 의하여 有權적으로 宣言될 때까지는 效力이 있다는 입장이다. 이는 Kelsen의 영향을 많이 받은 오스트리아 憲法裁判所가 받아들이고 있다.<sup>258)</sup> 그 논거를 보면,

첫째, 基本法 제100조 1항에 提訴義務는 違憲인 法律이 當然無效가 아니라 는 것을 전제로 한 表現이라고 한다. 無效라면 이에 구속될 필요가 없고 提訴義務가 필요없게 된다.

둘째, 만일 모든 사람이 언제든지 無效를 主張할 수 있다고 하면 法的

---

258) 憲法裁判所는 違憲法律을 廢止하며 廢止는 공포할 때부터 效力을 發生한다(es tunc). 그리고 憲法裁判所는 期間(1년을 넘지 않는 期間이어야 한다)을 定하기까지 한다. 이 기간 동안은 違憲法律은 타당하게 되며, 政府와 法院은 審査할 수 없다.

안정성을 해치게 된다는 점을 들고 있다.

c. 聯邦憲法裁判所の 態度

聯邦憲法裁判所는 無效確認設의 입장을 견지하고 있으나, 엄격한 適用을 완화시키고 있다.

違憲인 法律의 소급적 無效의 論理的 結果는 違憲法律에 根據를 둔 모든 행위가 제거되어야 할 것이나, 法的 安定性의 理由로 영향을 미치지 않는다(\$79 BVerfGG). 다만, 刑事判決은 再審請求를 할 수 있고(\$79 ① BVerfGG), 執行이 아직 안된 경우에는 그 執行이 不許된다(\$79 ② BVerfGG). 取消할 수도 없고 訴願도 提起할 수 없는 것은 더 이상 영향을 받지 않는다.

② 不合致宣言(Unvereinbarkeit)

i) 意 義

不合致宣言이란 法律의 無效를 宣言할 때, 無效를 確定하지 않고 단지 法律이 基本法에 合致되지 않음을 宣言하는 것이다.<sup>259)</sup> 이는 法律의 無效宣言은 경우에 따라서는 치명적인 結果<sup>260)</sup>를 낳을 수 있기 때문에 이를 피하기 위하여 憲法裁判所가 법률의 根據없이 만들어 낸 것으로,<sup>261)</sup> 1980以後에는 無效宣言判決과 不合致의 確認判決이 均衡을 이루었다.<sup>262)</sup>

聯邦憲法裁判所가 “不合致宣言”만을 宣言하게 된 것은

첫째로, 위에서 언급한 것과 같이 無效선언으로 인한 法的空白(Rechtssvakuum)을 피하기 위함이다.

둘째로, 立法權者에게 政治的 形成의 自由를 최대한 보장하기 위함이

---

259) Pestalozza, Noch verfassungsmäßige und bloß verfassungswidrige Rechtslagen, BVerfG und GG I, 1976, S.519ff.

260) 예컨대 所得稅法을 違憲無效시킨다면 새로운 法이 제정될 때까지 租稅收入은 不可能하며, 公務員 保守法을 無效宣言한다면 새로운 規定이 制定될 때까지 保守의 支給은 不可能하게 된다.

261) 이러한 判例의 태도는 1907년 聯邦憲法裁判所法 改正에 받아들여졌다(\$31②, \$79 ① BVerfGG). 그러나 이 法은 變形된 結果의 種類는 인정하였으나 언제 이것을 행하여야 하는지에 관하여는 침묵하고 있다.

262) Schlaich(FN 2), S.169.

다. 만일 無效宣言 대신에 不合致宣言을 한 때에는 立法者가 해당 規範을 廢止할 것인지, 改善할 것인지의 또는 補充·變更할 것인지의 여부를 스스로 결정할 수 있다는 점에서 權力分立的 Mechanism에 適合하다고 본다. 聯邦憲法裁判所의 不合致宣言은 立法者에게 違憲을 제거할 可能性이 있다는 점이다.<sup>263)</sup> 立法者에게 自由를 保障한다는 점에서,<sup>264)</sup> 그리고 法律이 廢止되는 상황보다 계속 유지시키는 것이 덜 違憲的이라는 점에서<sup>265)</sup> 肯定的으로 평가되고 있다.

## ii) 效 果

### a. 立法者의 義務化

不合致宣言은 立法者에게 違憲常態의 除去를 義務化시킨다.<sup>266)</sup> 聯邦憲法裁判所가 스스로 합헌적 상태를 設定할 수는 없다. 이는 立法權者의 權限이며, 立法權者가 違憲常態를 제거하고 合憲의 상황을 만들어야 한다. 立法權者에게 期限을 정하여 주는 경우가 있다.<sup>267)</sup> 사실 立法權者에게 期間을 정해 준다는 자체가 問題가 많으나, 不合致宣言으로부터 나오는 당연한 귀결로 볼 것이다.

### b. 節次의 中止

不合致宣言이 내려진 경우에 문제가 된 답해사건(Anlaßfälle)에는 不合致宣言된 法律은 適用되지 않는다. 따라서 새로운 決定이 내려질 때까지 裁判은 保留되어야 한다.

不合致宣言된 規範이 당해 節次이외의 다른 節次에서 다투어지고 있을 때, 그 적용여부가 문제된다. 聯邦憲法裁判所의 決定은 拘束力이 있으며, 中止義務는 모든 節次에서 발생하므로 判決의 公布와 더불어 모든 類似事件(Parallelfälle)은 그 節次가 中止된다.

類似規範(Parallelnormen)이란 規範統制의 대상은 아니지만, 不合致宣

---

263) BVerfGE 55,100(112) ; 57,335(346).

264) BVerfGE 61,43(68).

265) BVerfGE 62,256(289).

266) BVerfGE 37,217(265) : 51,1(28) ; 361(388).

267) 단 無效宣言을 한 때에는 유보된다. BVerfGE. 61,319(357).



言된 規範과 事實上 또는 文字的으로 동일하다고 여겨지는 規範을 의미한다. 어떤 規範이 不合致宣言된 規範과 동일한가의 판단은 聯邦憲法裁判所의 權限이며, 이러한 判斷은 個別的으로 具體的 規範과 관련된 청구에 이하여야 한다. 일부의 견해는 不合致宣言된 規範은 類似規範에게까지 適用된다고 한다.<sup>268)</sup> 다만 聯邦憲法裁判所가 類似規範의 여부를 判斷할 수 있는 것과, 判決文에서 類似規範에게까지 效力을 확장할 수 있는가는 별개의 問題일 것이다.<sup>269)</sup>

### iii) 過渡期間동안의 適用與否

不合致宣言된 法律은 새로운 規定이 있을 때까지 適用이 可能한가, 不可能한가 아니면 일반적으로 可能한가가 問題된다. 聯邦憲法裁判所는 이에 대하여 일반적으로 언급하고 있지 않다.

이에 대한 憲法裁判所의 태도를 살펴보면, 例外的으로 適用된다는 判例<sup>270)</sup>에서 아무런 언급을 하지 않은 判例,<sup>271)</sup> 적용되지 않는다고 본 判例에<sup>272)</sup> 이르기까지 다양한 양상을 보이고 있다. 다만 判例의 주된 입장은 不合致宣言된 規範은 非適用되며(이 점에서 無效宣言과 같다), 특별한 헌법상의 理由(예컨대 法的 安定性)가 있을 때에 한하여 適用될 수 있다는 것이다. 그리고 判決文에다 適用期間을 명시하는 경우가 있다. 1984년 12월 31일까지 適用한다.<sup>273)</sup> 1973년 여름학기 시작 전까지<sup>274)</sup> 또는 새로운 規定이 制定될 때까지<sup>275)</sup> 有效하다는 등의 規定을 두고 있다. 그러나 判例는 언제 無效宣言 대신에 不合致宣言을 하여야 하는가에 관하여, 그리고 어떤 基準에 의하여 規範의 適用여부를 정할 것인가에 관한 구체적인 언급이 없다.

---

268) Pestalozza(FN 23), S.171.

269) BVerfGE 7,99(108).

270) BVerfGE 61,319(356).

271) BVerfGE 52,369(379).

272) BVerfGE 37,217(262).

273) BVerfGE 61,319(320).

274) BVerfGE 33,303(305).

275) BVerfGE 37,217(218).

聯邦憲法裁判所의 이러한 태도에 대하여는 많은 비판이 있음은 물론이다. 특히 聯邦憲法裁判所 스스로 法的 根據도 없이 不合致宣言을 내렸음에도 불구하고 그 基準에 대한 구체적인 설명이 없기 때문에 더욱더 그러하다. Schlaich는 不合致宣言된 法律은 存屬되나(이 점에서 완전히 폐지되는 無效宣言과 구별된다) 適用되지는 않는다고 하며, 適用 非適用의 여부는 반드시 判決文에서 명시를 해주어야만 法的 근거없이 聯邦憲法裁判所에 의하여 확장된 中間形態는 불합치 선언이 정당화될 수 있다고 주장한다.<sup>276)</sup> 그리고 全體 憲法體系에 비추어 보아 개별적인 憲法規範이 적용을 요구하고 있을 때에는 적용을 명하는 지시가 허락되며 또한 타당한 근거가 된다고 본다.<sup>277)</sup> 예를 들어 所得稅나 公務員의 보수 그리고 教育制度에 관한 法律이 不合致宣言된 경우에는 새로운 규정이 제정될 때까지 適用이 되지 않는 경우를 憲法은 예상 또는 기대도 하지 않았을 것이다. 그러나 BVerfGE, 52,369(379)判例<sup>278)</sup>에서와 같은 경우에는 새로운 규정이 제정될 때까지(立法자가 男性에게까지 그 범위를 확대할 지 아니면 女性의 權利를 박탈할 지는 모르지만) 당해 法律을 계속해서 적용해야 할 憲法上的 要求는 없다고 본다. 위와 같은 해석을 찬성할 수밖에 없지만 궁극적으로는 關係 規範 (§92-4 G.G. ; §32 BVerfGG)를 改正 補完하는 것이 가장 바람직할 것이다. 언제 不合致宣言을 할 수 있으며 동 宣言을 한 경우에 效果(適用여부 및 언제 適用될 수 있는가의 基準) 등의 立法措置가 일괄하여 規定될 것이 요망된다.

### ③ “아직은 合憲이라는 宣言”( noch verfassungsmäßig)

#### i) 意 義

“아직은 合憲이라는 宣言”이란 法律이 아직은 合憲이나(當然無效가 아님은 물론 基本法과 積極的으로 不合致하지도 않을 경우) 完全한 合憲

276) Schlaich(FN 2), S.178이하.

277) Schlaich(FN 2), S.180.

278) 이 事件은 女性에게만 한 달에 한 번 家事休暇(Hausarbeitstag)를 인정한 법률이 男性에 대한 平等權違反이란 理由로 不合致宣言된 것이다.

상태의 요구를 立法者에게 促求(appellieren) 할 수 있는 判決을 의미한다.<sup>279)</sup>

이 判決은 불공정한 選舉區分割로 인한 投票價値의 不平等을 다룬 事件에서 행해졌다. 위 事件에서 이미 행하여진 選舉의 시점에서의 憲法違反은 부인하였고 다만 立法者에게 다음 選舉에서 選舉區分割을 적정하게 할 것을 촉구하고 있는 것이다. 이는 이미 행하여진 選舉를 無效로 할 수도 없고 만일 選舉가 無效하면 現 議會는 正當性이 상실되어 누가 選舉法을 制定해야 할 것인가에 관한 問題가 발생하므로 이에 대한 고려가 담겨져 있음에 틀림없다. 前述한 不合致宣言은 法律의 存續여부, 法律의 適用여부(不合致宣言된 判決이 無效宣言과 어떻게 구별되며, 基本法에 合致되지 않으면서 어떻게 適用될 수 있으며, 適用된다면 어떠한 根據로 可能한가 등) 등에 관하여 많은 問題가 노출되었다. 不合致宣言은 規範에 대한 否定的인 價値判斷(Unwerturteil)인데 反하여, “아직은 합헌이라는 宣言”은 規範에 대한 肯定的인 價値判斷을 보여주는 점에서 合憲判決의 특별한 경우라 할 것이다.

#### ii) 效 果

聯邦憲法裁判所는 이러한 宣言에 있어 立法者에게 促求를 결부시키고 있다. 이 促求에는 잘못된 判斷에 대한 矯正要求나 또는 상황이 변경되었으므로 이에 대한 고려가 필요하다는 내용이 포함된다. 이 促求에는 期間<sup>280)</sup>까지 정하고 있다. 이러한 促求의 實體法的 根據에 대하여는 설명이 어렵다.<sup>281)</sup> 이 宣言은 適切한 解決을 위한 改善이 方法者에게 맡겨져 있거나,<sup>282)</sup> 복잡한 事態에 직면하여 適應餘地(Anpassungsspielraum)가 立法者에게 남겨져 있을 때<sup>283)</sup> 가능하다고 한다. 이 宣言은 그것이 짧은 期間에 過渡期的으로 나타나며 이것을 實質的인 理由가 전혀 없는 것이 아

---

279) Pestalozza(FN 23), S.540.

280) BVerfGE 39,169(194) ; 54,11(37).

281) Bryde(FN 185), S.395.

282) BVerfGE 53,257(312) ; 55,274(308).

283) BVerfGE 54,173(202) ; 56,54(81).

닌 한, 이것이 안고 있는 흠이나 마찰 등은 아직은 받아 들여질 수 있다는 것이 判例의 立場이다.<sup>284)</sup>

## 2. 憲法訴願의 判決의 效力

### (1) 假處分(einstweilige Anordnung)

#### ① 意義와 要件

聯邦憲法裁判所法은 本案判決의 實效性을 높이기 위하여 假處分을 인정하고 있다(§32 BVerfGG). 假處分이 機關訴訟規範統制에서는 適用되지 않는다는 見解가 있다.<sup>285)</sup> 그러나 이는 假處分の 원래의 목적과도 상치되며, 聯邦憲法裁判所의 위장과도 일치하지 않는다. 聯邦憲法裁判所는 機關訴訟<sup>286)</sup>에서나 規範統制<sup>287)</sup>에 대하여도 假處分을 인정하고 있다. 假處分은 處分 등의 效力이나 그 집행 또는 節次의 續行을 判決確定時까지 방치한다면 原告에게 현저한 손해를 입거나, 訴訟의 목적을 달성하기 어려우므로 잠정적으로 處分 등의 效力이나 그 執行 또는 節次의 전부 또는 일부를 停止할 것을 內容으로 保全處分이다.<sup>288)</sup>

假處分은 중대한 損害를 막기 위하여 필요한 경우에만 인정된다. 聯邦憲法裁判所도 假處分の 불허시 발생된 結果(원 處分이 執行된 후 그것이 死後에 違憲이라고 判斷될 때)와 假處分이 許諾되어 원 處分이 執行되지 않을 때 발생할지 모르는 損害를 비교 衡量하여야 한다고 판시하고 있다.<sup>289)</sup> 이 衡量은 제소자뿐 아니라 모든 이해관계가 다

고려되어야 한다.<sup>290)</sup>

聯邦憲法裁判所는 本案事件(Hauptsache)에 대한 權限이 있어야 하며,<sup>291)</sup>

---

284) BVerfGE 64,367(387).

285) Zeh, Bundestagsauflösung und Neuwahlen, Der Staat 22(1983), S.19.

286) BVerfGE 7,367(373).

287) BVerfGE 11,339(342).

288) 李尙圭, 新行政爭訟法, 法文社, p.359.

289) BVerfGE 12,276(279) ; 50,37(41).

290) BVerfGE 12,276(280).

291) BVerfGE 42,103(119).

申請은 本案訴訟을 전제로 한다. 다만 本案事件의 개시가 확실히 예상될 수 있는 때에는 本案訴의 계속 전에도 허용된다.<sup>292)</sup> 本案事件의 決定이 내려지기 전에 提起되어야 하며,<sup>293)</sup> 또한 本案訴訟이 적절하게 허락될 수 있어야 한다.<sup>294)</sup>

假處分の 申請은 權利保護利益이 있어야 한다. 다른 方法으로도 권리보호가 주어질 수 있을 때나,<sup>295)</sup> 申請者가 그의 目的을 고유한 處分에 의하여 달성할 수 있는 경우에는<sup>296)</sup> 허락되지 않는다.

假處分の 發動은 긴급하여야 할 것이 요구되므로 保安判決이 중대한 損害를 방지하기에 적절하다면 假處分 申請의 緊急性은 缺如된다.<sup>297)</sup> 本案事件이 明白히 이유가 없어 不許되거나, 다른 救濟手段이 존재하기 때문에 假處분이 許諾되지 않는 것을 緊急性의 觀點에서 說明하는 見解도 있다.<sup>298)</sup>

假處分은 原則적으로 申請에 의하여야 한다. 다만 직권으로도 發해될 수 있다.<sup>299)</sup> 本案節次에 관계될 수 있는 누구나 모두 提起할 수 있다.<sup>300)</sup>

## ② 決 定

假處분에 대한 決定은 口頭審問 없이 행하여지며, 緊急한 때에는 利害關係者의 태도표명의 기회 없이도 할 수 있다(§32 ② BVerfGG).<sup>301)</sup>

聯邦憲法裁判所는 신청의 범위내에서 판결한다. 假處分 決定은 3개월의 효력이 있다. 假處分の 허락 또는 거절에 대하여는 異義를 提起할 수 있

---

292) Schlaich, a.a.O., S.195.

293) BVerfGE 46,1(7) ; 34,160(163).

294) 聯邦議會의 시기 이른 解散에 대한 假處分事件에서 本案事件에 대한 提訴가 許諾될 수 없기 때문에 假處분이 拒絶되었다.(BVerfGE 62,397(398)).

295) BVerfGE 16,236(239) ; 17,120(122).

296) BVerfGE 3,52(57).

297) BVerfGE 7,367(371) ; 12,36(40).

298) Pestalozza(FN 23), S.185.

299) BVerfGE 1,74(75) ; 1,281(283).

300) BVerfGE 11,339(342).

301) BVerfGE 64,120(125).

다. 단 憲法訴願의 경우에는 허락되지 않는다. 假處分은 本案判決에서 내릴 수 있는 것 이상의 裁判이어서는 안 된다는 것이 判例의 입장이다.<sup>302)</sup> 이에 대한 反對見解가 있다.<sup>303)</sup> 假處分の 許諾여부는 聯邦憲法裁判所의 재량에 맡겨져 있지 않다.<sup>304)</sup> 그리고 本案의 勝訴可能性(Erfolgaussichten)은 假處分 허락에 고려되어서는 안 된다.<sup>305)</sup> 이는 假處分에서 중요한 것은 處分の 違憲 여부가 아니라 損害의 중대성에 달려있는 것이기 때문이다. 이러한 判例의 태도는 일관되게 유지되고 있지 않다. 判例에 따라서는 本案에 대한 개략적 審査를 한 경우<sup>306)</sup>가 있고 聯邦憲法裁判所에서 勝訴可能性이 고려된 경우<sup>307)</sup>도 있다.

## (2) 拘束力

### ① 既判力(Rechtskraft)

聯邦憲法裁判所는 그가 내린 決定을 다시 廢止할 수 없다.<sup>308)</sup> 그리고 확정된 決定에 대하여는 더 이상 다룰 수 없다. 이 實質的 確定力은 判決主文에 한정되며,<sup>309)</sup> 判決에 關여한 자에게만 미친다. 節次에 參與할 수 있었던 사람이나 기관에게까지 既判力을 확장할 필요는 없다고 본다. 이는 聯邦憲法裁判所법 제31조만 가지고도 法的 平和를 유지할 수 있기 때문이다.<sup>310)</sup> 既判力의 時間的 限界는 辯論이 終結된 시점을 기준한다. 合憲性이 설명된 法律에 대하여 다시 規範統制를 提起하려고 하면 聯邦憲法裁判

---

302) BVerfGE 14,192(193).

303) Schlaich(FN 2), S.195.

304) 反對 : Erichsen, Die einstweilige Anordnung, BVerfG und G.G.I, S.172.

305) BVerfGE 7,367(371).

306) BVerfGE 35,193(196) ; 46,160(164).

307) BVerfGE 7,175(179) ; 64,67(69).

308) BVerfGE 61,149.

309) BVerfGE 4,31(38).

310) Schlaich(FN 2), S.203 : K. Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen desBVerfG, BVerfG und G.G.I, S.593. : 反對 Bryde, (FN 185), S.403.

所가 내린 判決의 기초를 알고 있고, 발생한 변경사항 중에서 어떤 것이 聯邦憲法裁判所에게 다른 判決을 가능하게 할 것인가를 제시하여야 한다.<sup>311)</sup>

## ② 拘束力(Bindungswirkung)

聯邦憲法裁判所法 제31조 1항은 裁判所의 判決이 州의 憲法機關과 모든 法院 및 行政官廳을 拘束한다고 규정하고 있다. 이것이 人的 범위의 단순한 확장을 의미하는 것인지 아니면 이 확장이 法的 效力을 質的으로 변경시키는 것인가는 매우 어려운 問題이다.<sup>312)</sup> 判決의 主文이 拘束力이 있음은 물론이나 判決의 理由도 拘束力이 있는가가 問題된다. 聯邦憲法裁判所의 일관된 見解에 의하면 判決의 結論과 직접 관계없는 단순한 傍論(obiter dictum)은 구속력이 없으나 中心된(tragend) 理由는 그것이 憲法解釋에 영향을 주는 한에 있어서 拘束力이 있다고 한다.<sup>313)</sup> 이와 같은 判例의 태도에 대하여 찬성하는 입장과<sup>314)</sup> 어떤 理由가 中心的인가가 분명치 않다는 理由로 반대하는 見解<sup>315)</sup>로 나누인다.

## (3) 法律的 效果(Gesetzeskrstft)

聯邦憲法裁判所法 제31조 2항에 의하면 재판소의 判決은 法律的 效力을 가짐을 宣言하고 있다. 따라서 判決은 聯邦官報에 게재된다. 이는 法律을 無效로 宣言한 判決은 法律과 동등한 효력과 동등한 지위를 가져야 한다는 데 기인한다. 이러한 견해에 관하여 많은 비판의 소리가 있다. Schlaich는 聯邦憲法裁判所는 처음부터 無效인 법률을 확인하는 것에 불과할 뿐이므로 判決이 法律的 效力을 지닌 것이 아니라, 法的 安定性을 위하여 官報에 公布될 뿐이라고 한다.<sup>316)</sup> 또 Vogel은 聯邦憲法裁判所법 제31조 2

311) BVerfGE 33,199(203) : 65,179(181).

312) Vogel, a.a.O., S.587.

313) BVerfGE 1,14(37) ; 19,377(392) ; 20,56(87).

314) Simon, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, Benda u.a.(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.1273.

315) STern, Staatsrecht II, 1980, S.1038.

316) Schlaich(FN 2), S.210.

항은 聯邦憲法裁判所 判決의 지위나 등급을 규정한 것이 아니며, 法律에 대한 決定이 모든 國民 뿐 아니라 同法 제31조 1항에서와 같이 모든 國家機關에게도 拘束力이 있음을 보여주는 것이라고 한다.<sup>317)</sup> Klein은 法律的效力이란 빈말(leeres Wort)이며, 더 이상의 의미가 없다고 한다.<sup>318)</sup>

#### (4) 執行力

聯邦憲法裁判所法 제35조는 聯邦憲法裁判所가 執行方法과 種類를 職權으로 정할 수 있도록 규정하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 가장 적절하고, 신속하고, 함목적적이며, 단순하며, 효과있는 방법으로 目的을 달성할 수 있도록 규정할 수 있다. 同條는 聯邦憲法裁判所로 하여금 執行의 主人(zum Herrn der Vollstreckung)이 되게 하고 있다.<sup>319)</sup> 이는 憲法의 守護者로서 執行이 聯邦憲法裁判所 自身에게 맡겨지는 것은 당연하다고 본다.<sup>320)</sup> 사실 이 규정은 모든 權限規定을 뛰어넘는 一般的 授權에 가까운 규정이다.<sup>321)</sup>

---

317) Vogel, a.a.O., S.613.

318) Klein, Verfassungsprozeßrecht AöR, 1983., S.439.

319) Schlaich(FN 2), S.200.

320) BVerfGE, 6,300(304).

321) BVerfGE, 2,139.



### 第三節 우리나라의 憲法訴願制度

#### I. 우리나라 憲法訴願制度의 導入過程

제6共和國 憲法 제11조에 의하여 憲政史上 처음으로 憲法訴願이 도입되었다. 憲法裁判을 어느 機關의 權限으로 할 것인가에 관하여 憲法改正論議過程에서 나타난 각 黨의 안을 살펴보면, 民正黨은 憲法委員會를 廢止하고 대신 獨·塊식의 憲法裁判所의 新設을 規定하였고, 民韓黨·新民黨·國民黨은 憲法裁判을 大法院에 부여하고 탄핵심판만은 탄핵심판위원회에 두어 담당하도록 하였다. 각 黨의 憲法改正案으로 보면 憲法裁判所制度를 규정안 民正黨안에도 憲法訴願에 관한 언급이 없었음은 물론이다. 憲法改正特別委員會 제8차 회의록(最終合意된 것)을 보면 憲法裁判所를 채택하면서 憲法訴願이 새로이 들어간 것을 알 수 있다. 다만 憲法訴願이 어떻게 들어가게 됐는가에 관한 문헌이 남겨져 있지 않다<sup>1)</sup> 각 黨이 提出한 改正案을 비교함으로써 추측만 할 뿐이다. 憲法改正의 論議過程이 記錄으로 남아있지 않다는 것은 매우 중대한 問題가 아닐 수 없다. 짐작컨대 憲法裁判所를 新設하는(民正黨案) 條件으로 憲法訴願을 도입(野黨의 조건으로 보인다)하는 절충이 이루어진 것으로 보인다. 憲法裁判所를 新設하고 憲法訴願을 도입한 것은 대단히 잘된 것으로 보인다. 더구나 憲法裁

---

1) 民主正義黨, 統一民主黨, 新韓民主黨, 韓國國民黨이 제출한 憲法定策을 제135회 국회 憲政改正特別委員會 會議錄 제7호에 실려 있다. 1987년 8월 31일 개최된 헌법개정특별위원회가 기초한 헌법개정안을 헌법개정특별위원회안으로 채택하였다. 이 헌법개정특별위원회안이 현행헌법이 되었다. 헌법개정안기초소위원회(10인으로 구성됨)는 9월 1일부터 17일까지 8차에 걸쳐 회의를 거쳤으나, 회의의 내용이 문헌으로 보존되지 않고 있어 커다란 문제가 아닐 수 없다. 따라서 憲法訴訟이 어떻게 주장되었고, 누가 제안하였는가를 정확히 알 수가 없고, 다만 추측만 할 뿐이다.

判所를 司法府와 별개의 장에서 規定한 것은 西獨보다 더 나은 憲法體系를 구성하였다고 본다. 다만 憲法訴願을 도입하면서 憲法訴願의 概念에 관한 正義를 皮함으로서 이후 憲法裁判所法 제정에 복잡한 문제를 야기시켰고 지금까지도 論難의 대상이 되게 하는 아쉬움을 남기었다. 合意를 이루려다 보니 時間的 制約 때문에 法律에 위임한 것으로 보여진다.

改正憲法 제111조의 規定에 따라 憲法裁判所法이 制定·公布(1988. 8. 5. 法律4017)되었고, 1988년 9월 1일부터 시행되었다. 憲法裁判所法の 立法經緯를 살펴본다. 政府는 1988년 5월 憲法裁判所法案을 마련하여 立法豫告한 바 있다.<sup>2)</sup>

主要內容을 보면 憲法訴願의 대상에 法院의 裁判을 제외시켰으며(\$56 ①), 違憲法律申請의 棄却에 대하여는 憲法訴願을 하도록 하였다(\$56 ②). 提訴期間은 公權力 行使로부터 180일 이내에(\$57 ②), 다만 補充性的의 例外規定과 假處分條項은 없었고, 기타 國選代理人 및 認容決定에 관한 規定은 현 憲法裁判所法과 거의 동일하다. 이 政府案은 國會에 提出되지 않았다. 立法豫告된 政府案에 대하여 大法院,<sup>3)</sup> 大韓辯護士協會, 公法學會에서 각종 意見을 提示하였던 바, 公法學會와 辯協은 헌법소원의 대상에 法院의 裁判이 포함되어야 한다고 주장하였다. 辯協案<sup>4)</sup>을 살펴보면 憲法訴願의 대상에 法院의 裁判을 포함시켰고(\$56 ①), 法令에 대한 憲法訴願을 별도로 規定하였다(\$56 ①단서). 단 違憲法律審의 請求에 대한 憲法訴願을 인정하지 않고 있다(\$20 ①). 補充性이 원칙 및 例外規定까지 모두 規定하였다(\$66 ②). 請求期間은 事前救濟節次를 경유한 사유를 안 날로부터 60일, 있는 날로부터 180일 이내에 提起하도록(\$67 ②) 規定하고 있다. 公法學會<sup>5)</sup>도 거의 유사한 내용을 규정하였다.

---

2) 司法行政 1986. 6. p.108 이하 參照.

3) 大法院에서는 공식적으로 의견을 제시하지는 않았으나 취임기자회견에서 李一圭 大法院長은 “憲法裁判所法案에 확정판결도 소원의 대상이 된다는데 대한 논란이 있는데 이에 대한 의견은, 재판은 3심제가 타당하다고 본다. 재판의 신중을 위해 1심에서 끝날 것도 3심까지 두고 있고, 또 재심제도도 있는데 개인적으로 부당하다고 본다”는 견해를 피력하고 있다. 1988년 5월 5일자 법률신문 참조.

4) 대한변호사협회지, 1988년 7월 참조.

5) 한국공법학회관에 관하여는 公法研究 제16집 및 1988년 7월 25일자 법률신문 참조 “공법학회는 이 건의문에서 ▲헌법재판소 재판관 전원을 常任재판관으로 해야한다. ▲헌법재판소재판관에 법학교수가 참여해야 한다. ▲憲法訴願사항에는 법

그러던 중 民正黨은 1988년 7월 4일 憲法裁判所法案을 國會에 提出하였고 野黨에서는 1988년 7월 18일 野 3黨 憲法裁判所法案을 提出하였다. 民正黨 案을 보면 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에서 제외시켰고(\$68 ①). 棄却決定日부터 14일 이내에 請求하도록 규정하였다. 野 3黨 憲法裁判所法案은 辯協案과 憲法訴願의 대상(\$63 ①)과 提訴期間(\$64①)면에서는 동일하였다. 다만 違憲法律申請을 棄却한 경우에 憲法訴願을 허용하고 있음이 다르다(\$63 ①).

1988년 7월 21일 제143회 法制司法委員會 제3차 회의에서 民正黨案과 野 3黨案이 審議되었고, 法律審查小委員會는 7월 22일 法案을 審議한 결과 두 개의 法案을 本會議에 부의하지 않기로 議決하고 法制司法委員會의 代案을 提出하기로 의견의 일치를 보았다. 이 代案은 1988년 7월 23일 法制司法委員會 제5차 회의에 提出되었고, 그 날 國會 本會議에 상정되어 통과되었다. 憲法裁判所法의 審議過程과 審議期間을 살펴보면 대단히 줄속으로 만들어진 것임을 쉽게 알 수 있다. 1988년 7월 21일 法制司法委員會를 열었고, 그 다음날 小委員會를 열어 하루만에 法案을 審理하여 두 개의 法案을 폐지하고 통일된 法制司法委員會案을 만든 것이다. 憲法の 최고 수호기관인 憲法裁判所法이 하루만에 審議되었다고 하는 것은 拙速立法이라는 비난을 면하기 어렵다고 본다. 憲法訴願의 대상에 法院의 裁判을 포함시킬 것인가, 請求期間을 어떻게 정할 것인가, 補充性的의 原理 및 例外, 假處分規定, 憲法訴願의 效果 등 중요하고 어려운 문제들에 대한 깊은 論議나 研究없이 憲法裁判所法을 制定한 것은 커다란 문제임을 지적하지 않을 수 없다.

---

원의 판결도 포함되어야 한다. ▲違憲법률심판대상은 법률 외에 條約·統治行爲·緊急命令... 등 구체적으로 명시되어야 한다. ▲헌법재판의 決定定足數는 완화되어야 한다 등이다.

## II. 우리나라의 憲法訴願의 提起要件

李 宙 興  
(서울 高等法院 判事)

### 1. 머리말

제6共和國 憲法에서 신설된 憲法裁判訴의 권한 사항은 憲法 제111조 1항에서 열거되어 있는 바, 그 중 제5호에서 “法律이 정하는 憲法訴願에 관한 심판”이 規定되어 있고, 그 구체적 내용은 法律에 맡겨져 있다. 이에 따라 憲法裁判訴法은 제68조 1항에서 “公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 憲法上保障된 基本權을 侵害받은 자는 법원의 裁判을 제외하고는 憲法裁判訴에 憲法訴願 심판을 청구할 수 있다.”고 規定하고 있다. 이러한 憲法訴願은 원칙적인 憲法訴願의 형태로서 이른바, 권리구제형적 憲法訴願이라 하고, 이외에도 동조 제2항에서는 “法律의 위헌여부심판의 提請申請이 棄却된 때에는 그 신청을 한 당사자는 憲法裁判訴에 憲法訴願 심판을 청구할 수 있다.”고 하는 이른바 위헌심사형적 憲法訴願이 규정되어 있다.<sup>6)</sup> 이러한 憲法訴願은 원칙적으로 개별적 권리구제수단이므로 개인의 基本權 保障의 기능을 함과 동시에 주관적 쟁송의 형식을 통하여 개관적 헌법을 保障함으로써, 憲法守護의 維持保障의 기능도 함께 한다.<sup>7)</sup>

---

6) 이러한 分類는, 최광률 “憲法裁判所法 概觀” 憲法裁判資料科 第1集 486-8면.

7) Rüdiger, Zuck “Das Recht der Verfassungsbeschwerde”(2 Auf1. 1988) S. 18ff.

Horst, Säcker “Das Bundesverfassungsgericht”(2 Auf1. 1977) III.1. S.29. BVerfGE 33,247(258) ; 51,130(139).

이시윤, “憲法裁判概觀”(1989), 28면.

한편, 憲法裁判所法은 憲法訴願에 관하여 특별한 規定을 두지 않는 한 민사소송법, 행정소송법을 준용하도록 되어 있다.(법제40조 1항).

이러한 憲法訴願에 관한 法規定 및 그 기능, 성격 등으로부터 憲法訴願의 제소요건을 도출하여 보면 다음과 같다. 憲法訴願의 첫째 요건으로서 입법, 행정, 사법 등 公權力의 행사 또는 불행사가 있어야 한다. 憲法訴願의 둘째 요건은 이로 인한 기본권의 侵害이다. 따라서 헌법상 기본권의 침해가 아닌 일반 法律에서 보호되는 권리의 침해로는 憲法訴願을 제기할 수 없다. 이 요건에서 전술한 憲法訴願의 주관적 권리 保障 기능이 전면에 등장하여 강조된다. 憲法訴願의 셋째 요건은 다른 法律에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에야 憲法訴願을 제기하여야 한다는 것이다(憲法裁判訴法 제68조 1항 단서). 이러한 특성을 憲法訴願의 補充性(Subsidiarität)이라 일컫는다. 따라서 憲法訴願은 일반 권리구제절차와 양립할 수 없고 일반 권리구제절차가 끝나야 비로소 전제조건이 충족되는 특별권리구제수단이라고 할 수 있다. 憲法訴願의 넷째 요건은 청구기간의 준수이다. 이러한 여러 요건 외에도 訴訟法 일반 원리가 憲法訴訟에도 적용된다 하겠는바, 먼저 通常法院과의 權限分配 문제에서 사건이 憲法裁判訴의 管轄에 속하여야 한다. 사건이 헌법소송 사건이어야 하므로 行政訴訟事項이나 民事訴訟事項을 憲法裁判訴에 제소한 경우에 그 소는 부적법하다 하겠다. 그리고 청구인은 憲法訴願의 주체가 될 수 있는

訴願能力(Beschwerdefähigkeit)<sup>8)</sup>과 소원수행능력(Prozeßfähigkeit)를 갖추어야 한다.

한편, 소극적 요건으로 중복제소 여부나 일사부재리 등 訴訟要件이 審査되어야 한다. 예컨대, 憲法裁判所에서 이미 위헌 判決이 난 法律 조항에 대하여 다시 憲法訴願을 제기하는 경우 이는 부적법하여 각하되어야 할 것이다.(憲法裁判所法 제39조).

본고에서는 이러한 憲法訴願의 제소요건 중 憲法訴願의 대상을 제외한 나머지 제소요건 중 주로 訴願의 權利保護利益과 관련하여 基本權의 侵害와 權利救濟節次의 소진이라는 2가지 요건을 중점적으로 검토해 보고자 한다.

본 논제를 검토하고 풀어나가는 방법으로서 우리 실정법상 헌법소송과 구조적으로 유사하다고 볼 수 있는 행정소송에서의 소의 이익에 관한 判例와 법 이론을 헌법소송의 제소요건에 대비하여 “그 受容與否를 檢討하고 또한 比較法的方法으로서 역시 우리 法規定的 母胎가 된다고” 볼 수 있는 獨逸法에서의 判例와 이론을 우리 憲法訴訟에 收容할 수 있는지 여부를 소개 검토해 보기로 한다.

---

8) 憲法訴願은 基本權이 法人이나 法人格 없는 사단의 本質上 그에 대하여 適用될 수 있는 한 法人이나 法人格 없는 사단에 의하여서도 제기될 수 있다.

권영성, 憲法學原論(1988) 979면.

西獨基本法 제19조 3항은 內國人法에 대하여 基本權 향유의 權利主體임을 明確히 규정하고 있다.

Zuck a.a.O., s.239ff.

Säcker a.a.O., s.29f.

Seuffert a.a.O., s.160.

Theodor Maunz/Heinrich Sigloch/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franx Klein(이하 Maunz로 약함)

“Bundesverfassungsgesetz”(1972) §90 Rdnr. 29ff.

Andrea Hans Schuler “Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich”(1968) s.174ff.

## 1. 基本權 侵害의 주장

請求人은 자신의 基本權이 公權力에 의하여 현재 직접적으로 侵害되었다는 사실을 납득할 수 있을 정도의 근거를 가지고 주장하여야 한다. 憲法裁判訴法 제71조 1항 3호에서는 憲法訴願의 심판 청구에서 侵害된 權利를 구체적으로 기재하도록 되어 있다. 訴願提起의 단계에 있어서는 제소의 주장 내용으로부터 권리 침해의 사실이 명확하게 인식될 수 있으면 되는 것이고 그 이상을 요구하지는 않는다. 주장의 진실성은 그후 審理를 통하여 밝혀지면 되는 것이다. 그러나 적어도 청구인이 주장한 사실 관계로부터 權利侵害의 발생 蓋然性이 존재하지 않으면 안 된다. 청구인은 자신의 基本權侵害의 可能性을 충분히 명확하게 주장하여야 하는바, 憲法訴願節次는 다른 어떤 裁判節次보다도 오용과 남용이 위험이 크므로 基本權侵害를 방지하기 위한 것 외에 허용되어서는 안될 것이다.<sup>9)</sup> 憲法裁判訴는 請求人이 침해되었다고 주장하는 基本權의 내용에 구애되지 않고, 거기서 주장되지 않는 基本權의 侵害에 대하여도 직권으로 심사할 수 있다. 憲法裁判所訴는 그 행위를 모든 觀點으로부터 審査할 수 있고 이는 오히려 그 의무라 하겠다.<sup>10)</sup>

우리 憲法裁判訴 1989. 9. 4. 선고 88헌마 22호 결정은 “憲法訴願審判이 請求되면 憲法裁判訴로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 憲法上の 基本權侵害여부를 직권으로 심사하여야 할 것이다.”라고 하였다. 여기서의 “侵害”란 청구인이 대체

---

9) Säcker a.a.O., III.1. s.30.

Seuffert a.a.O., s.161.

Hans Spanner “Die Beschwerdebefugnis bei Verfassungsbeschwerde”  
Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz 1. Bd.(176) s.375.

Hans-Jürgen Papier “『Spezifisches Verfassungsrecht』 und 『einfaches Recht』 als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts”  
Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz 1. Bd.(1976) s.432f.

10) BVerfGE 28,10(14f).

적으로 고통받고 있는(überhaupt beschwert) 상태<sup>11)</sup> 내지 종전보다 法律상의 지위에 있어 불리한 상태에 빠진 것을 의미한다. 그리고 公權力의 침해적인 행위는 法律上の 효력을 갖고 있어야 하며 請求人의 法律상 지위에 불이익을 끼쳐야만 한다.<sup>12)</sup> 그러기 위해서는 侵害 行爲가 실질적 결정(materielle Entscheidung)과 직접적 효력(unmittelbare Auswirkung)을 갖지 않으면 안 된다. 따라서 拘束力이 없는 見解, 事態에 대한 보고, 단순한 해석 등에 대하여는 그 法的 의미를 부정할 수 있고 또한 公權力 處分으로 내부적 意思決定에 불과한 것, 斡旋勸告, 사실상의 통지 등은 法律상의 지위에 변경을 초래하지 않는 행위이므로 公權力 處分으로 볼 수 없다 하겠다. 行政訴訟의 대상으로서의 行政處分の 의미에 관하여 大法院 1989. 9. 12. 선고 88누 883判決은 行政廳의 行爲가 아무런 法的根據가 없어 국민의 權利義務에 직접 어떤 영향을 미치는 行政處分으로서의 效力을 발생할 수 없고 그 내용도 상대방에게 공법상 어떤 의무를 부여한 것으로 보이지 아니하므로 이를 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다고 하였다.

그러나 국민의 基本權的 地位에 실질적인 영향을 미치는 경우는 勸告나 通知의 형식을 취하였다 하여도 憲法訴願의 대상이 된다고 할 것이다.

## 1. 基本權 侵害의 本人 關聯性, 現在성, 直接性

### (1) 머리말

기본권은 청구인 자신(Selbst)이 직접(unmittelbar) 그리고 현재(Gegenwärtig) 침해당한 경우라야 憲法訴願을 제기할 수 있다. 憲法裁判所法 제68조 1항에서 “公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 침해 받은

11) BVerfGE 61,375.

12) BVerfGE 60,360(371).



자”로 規定되어 있고, 행정소송법 제1조에서도 “公權力的 行使, 不行使 등으로 인한 권리의 侵害”라고 표현되어 있는바 이는 憲法訴訟이나, 行政訴訟 모두 主觀的 쟁송이므로 그 제기에는 개인적 이익에 대한 주장이 필요하기 때문이다. 그런데 제소(提訴)에 대하여 본안 判決이 부여되기 위하여는 소의 내용인 당사자의 청구가 국가의 裁判제도를 이용함에 적합한 실제적인 가치 내지 필요성을 갖고 있는 것으로 인정되지 않으면 안 된다. 헌법사건 이든, 行政事件이든 단지 개인의 감정적 혹은 學問的 欲求를 만족시키기 위하여 裁判權을 발동시킬 수는 없다 하겠다. 이것이 바로 이익이 없으면 소권이 없다는 것으로 이 의미에서의 이익이 일반적으로 소의 이익이라고 불리워 진다. 行政訴訟法 제12조에서는 원고 적격으로 “처분 등의 취소를 구할 法律上 이익”을 요구하고 있는바, 이것이 바로 소의 이익이며 憲法訴訟에서도 이러한 소의 이익에 문제가 마찬가지로 발생한다 하겠다. 그런데, 어떠한 경우에 法律상의 불이익을 입고 있는가 그 기준을 정하는 것은 매우 어려운 일이라 하겠으나, 국민의 法的 地位의 安定을 기하고 裁判을 통한 국민의 權利救濟를 명확히 하기 위하여는 소의 이익에 대하여 객관적으로 예측가능한 판단기준을 제공하지 않으면 안 된다.

먼저, 行政訴訟에 관한 大法院 判決에서 나타나 있는 소의 이익에 관한 概念을 살펴보면 다음과 같다. 大法院 1962. 5. 31. 선고 4294 行상 170判決을 비롯한 일련의 判例(大法院 1958. 12. 12. 선고 4291 行상 43, 1961. 8. 7. 선고 4292 行상 19判決)는 “民衆訴訟을 제외하고는 行政處분에 의하여 “자기”의 권리 또는 이익을 침해당한 자가 아니면 처분의 취소를 구할 원고 적격이 없다”고 판시하였다.<sup>13)</sup> 대법원 1989. 10. 10. 선

13) 이병호 “大法院 判例를 중심으로 한 行政訴訟法 概說” 250-2면.

김도창 외 3인 공저 “판례교재 行政法” 416-8면.

김완섭 “運轉免許 停止期間 도과후의 取消訴訟과 소의이익” 司法行政 89. 1. 103-7면.

泉德治 “取消訴訟의原告適格 訴えの利益” 신實務民事訴訟 講座 9 行政訴訟 75-80면.

고 89누 2080判決, 1989. 5. 26. 선고 87누 119判決 역시 “원고적격이 인정되기 위하여는 法律에 의하여 保護되는 직접적이고 구체적인 이익을 요구하고 있다.

憲法訴訟과 行政訴訟은 같은 公權力의 侵害를 그 대상으로 하면서 단지 被侵害權者가 憲法上 基本權이나 혹은 公法上 權利이나 하는 점에서 차이가 있을 뿐이므로 憲法訴訟 고유의 목적이나 기능에 반하지 않는 한 行政訴訟에서의 權利保護 이익의 문제를 동일한 차원에서 생각할 수 있을 것이다.

憲法訴願의 適法要件으로 自己性, 現在性, 直接성을 갖추어야 한다는 것은 우리 憲法裁判訴의 判例에서도 이미 밝힌 바 있다(憲法裁判所 1989. 7. 21. 선고 89 헌마 12결정). 이러한 3가지 요건은 法律에 대한 訴願에서 특히 문제다.

獨逸 聯邦憲法裁判所는 초기에는 法律에 대한 직접적인 憲法訴願에 대해서만이 이러한 심사 형식을 취했지만, 후에 위 요건은 모든 公權力의 행사에 일반적인 것으로 公權力은 청구인 자신의 基本權을 현재적으로 그리고 직접적으로 침해하여야 한다고 판시하고 있다.<sup>14)</sup> 그런데, 行政府

---

14) BVerfGE 53,48.

Curt Freiherr von Stackelberg/Curt Freier von Stackelberg jun.(이하 Stackelberg로 약함) “Die Verfahren und der deutschen Verfassungsbeschwerde und der europäischen Menschenrechte” s.12f. 90ff.

Seuffert a.a.O., s.160. 權利保護利益이 憲法裁判所의 過重한 負擔을 덜어주는 중요한 요소이므로 이를 엄격하게 해석하여야 한다. Zacher a.a.O., s.409. 西獨의 憲法訴願에 관하여 우리나라에서의 소개로는, 정영훈 “서독의 憲法訴願制度에 관한 연구” 1988년 서울대학교 法學碩士學位論文.

김학성 “독일 聯邦憲法裁判所에 관한 研究” 1982년 서울대학교 法學碩士學位論文, 김학성 “憲法訴願에 관한 研究” 1989년 서울대학교 法學博士學位論文 스위스 聯邦法院도 “Persönliche Betroffenheit”를 절차전제 요건으로 요구하고 있다. BGE 741 379 ; 79 I 159 ; 83 I 245 ; 86 I 102, 149 284 ; 88 I 179 ; 89 I 279 Schuler a.a.O., s. 189. 이러한 요구조건이 오스트리아법에서는 덜 엄격하다고 한다. Schuler a.a.O., s.193, 207f.

의 行政處分은 통상 위 요건이 충족되는 것이 명확히 인식됨에 반하여, 입법부의 公權力 행사 즉 法律을 대상으로 한 소원에 있어서는 憲法裁判所法 제68조 1항 단서에 의한 사전적인 權利救濟節次의 終了라는 補充性的의 원칙이 적용되지 않고 위와 같은 요건이 충족되었는지 여부를 확실히 알 수 없는 경우가 대부분이므로 행정부의 公權力 행사에 있어서 보다 이러한 요건에 대한 더욱 상세한 검토가 필요하다.<sup>15)</sup>

## (2) 本人 關聯性

請求人은 公權力 處分에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야만 한다.

이것은 청구인이 스스로 기본권의 추상적 주체가 될 수 있음과 동시에 구체적 당해 기본권의 주체가 되어, 公權力이 바로 자신의 이러한 권리에 관련된다는 것을 전제로 한다. 이러한 경우로 먼저 청구인이 공권적 처분의 수령인(Adressat)인 경우, 즉 부담을 주는 처분이 자신에게 향하여져 있는 경우를 들 수 있다. 憲法訴訟은 民衆訴訟이 아니다. 따라서 憲法訴願은 누구나 제소할 수 있는 것이 아니라, 公權力에 의하여 헌법상 保障된 기본권이 侵害되었다고 주장하는 特定人에 의하여서만 提訴될 수 있는 것이다. 이와 같은 요건을 요구하는 이유는 憲法訴願을 민중소송화하

---

15) Christoph Gusy “Die Verfassungsbeschwerde”(1988) s.64f.

Christian Pestalozza “Verfassungsprozeßrecht”(2 Auf1. 1982) s. 109f.  
Schlaich a.a.O.

Zuck a.a.O., s.254.

지 않겠다는 것 그리고 나아가 憲法訴願의 補充性과 權利保護의 필요성이 라는 관점에서 나온 것이다.<sup>16)</sup> 누구에

게나 허용되는 민중소송은 우리나라의 憲法訴願 제도상 허용되고 있지 않 음은 우리 憲法裁判所의 결정이 명시적으로 이를 선언하고 있다(1989. 12. 22. 선고 89헌마 145결정). 주장된 基本權의 侵害가 단순히 제3자와 관련되 어 있을 때는 憲法訴願이 許容될 수 없는 것이지 이유가 없는 것은 아니다.

본인 관련성에 대한 전제조건은 다음과 같다. 먼저, 公權力 處分の 效力이 바로 基本權으로 保護되는 영역에서 請求人과 관계하고<sup>17)</sup> 또한 불리한 효 과가 侵害로서 이루어져야 한다. 그것이 예컨대 단순한 직업의 자유에 대한 경제적 효과에 지나지 않는 경우에는 해당하지 않는다.<sup>18)</sup>

법규범의 경우 개별 法律의 특정 受領人(Addressaten)인 것을 요하지는 않 으나, 법규의 단순한 반사적 효력이 미치는 것에 지나지 않는 사실상의 이 해 관계인에게까지 본인 관련성을 확대할 수 없다. 이 경우에는 청구인이 사실상 혹은 간접적으로 관계한다 하겠다.<sup>19)</sup> 그러나 무엇이 법적 이익이고, 무엇이 반사적 이익인가 하는 구분 내지 한계의 문제는 무척 어렵다 하겠 다.

우리 憲法裁判所의 결정도 전술한 바와 같이 法規나 行政行爲등 公權力의 행사가 자기 자신에 대한 것임을 憲法訴願의 적법요건으로 요구하고

---

16) 이시윤 전게서 45-6면, 구병식 신헌법원론 110면, 이동과 전계논문 7면.

Zuck a.a.O., s.257ff, Gusy a.a.O., s.66ff, Schlaich a.a.O., s.113f, Pastalozza a.a.O., s. 111f, Spanner a.a.O., s.374f, Maunz a.a.O., §90 Rdnr. 95.

Gerfard Leivhoz, Reingard Rupprecht(이하 Leibholz로 약함) “Bundesverfassungsgerichtsgesetz” §90. Rdnr. 2.

17) BVerfGE 34, 340.

18) BverfGE 46, 136.

19) BVerfGE 6, 277 ; 47, 364 ; 49, 9 ; 51, 376.

Maunz a a O. §90. Rdnr 97, Leibholz a a O. §90 Rdnr. 33.

스위스 聯邦法院 判例로서 BGE 59 I 80 ; 63 I 247 ; 66 I 263 ; 79 I 48, 155; 86 I 101, 284 ; 88 I 179 ; 89 I 239, 404, 517 ; 90 I 162, 185. Schuler a a O. s. 189f.

최근 建築許可에 대한 隣近 不動產所有權者의 권리보호이익을 인정한 판례로 BGE 91 I 414f.

있다. 먼저 1989. 7. 28. 선고 89헌마 61호 결정에서 憲法訴願의 審判은 公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害 받은 자에 한하여 청구할 수 있는 지위에 있는 데도 불구하고 군인, 공무원, 경찰공무원, 향토예비군 대원에게 국가배상 請求權을 인정하지 아니한 헌법 제29조 2항 및 국가배상법 제2조 1항의 規定 때문에 손해배상 請求權을 행사할 수 없게 된 사정이 있어야 하는 것인데 적과 교전 중 적의 포탄에 맞아 부상한 請求人으로서 특별한 사정이 없는 한 憲法 제29조 1항 소정의 “公務員의 職務上 불법 행위로 손해를 받은 국민”에 해당될 수 없고 따라서 국가 또는 공공단체에 대한 손해 배상 청구권도 없으므로 “청구인은 憲法 제29조 2항이나 국가배상법 제2조 1항에 의하여 基本權을 侵害받고 있는 자라고 볼 수 없는 것이다”라고 판시하였다.

또한, 1989. 4. 15. 선고 89헌마 51호 검사의 공소권 행사에 관한 憲法訴願 사건에서 “청구인의 이 사건 憲法訴願 審判 請求의 요지는 1985. 5. 5. 개정 선포한 대한민국 어린이 헌장은 그 내용 중 어린이에게 의무와 부담만을 요구하여 국가가 어린이를 위해 保障하고 노력해야 할 의무를 간과함으로써 어린이의 社會 保障權을 侵害하는 부분이 있어 이를 취소해 달라는 것 인바, 살피건대 어린이 헌장의 제정, 宣布 행위로 인하여 청구인 자신이 직접 基本權 侵害를 받은 사실도 없다”고 하였다.

또한, 위 89헌마 145결정에서, 다수의견은 “국민의 일원으로서 국가의 수사권 발동을 촉구하는 의미에 그치는 일반 범죄의 고발 사건에 있어서 특별한 사정이 없으면 고발인이 자기의 基本權의 侵害가 있었음을 전제로 자기 관련성을 내세워 憲法訴願의 審判請求를 하는 것은 허용될 수 없다”고 함에 대하여, 반대의견은 “고발인이 憲法訴願을 하는 경우에 있어 자기 관련성이란 고발 내용인 범죄 사실과의 관계에서가 아니라 公權力인 검찰권의 행사 또는 불행사로 인한 基本權 侵害와의 관계에서의 자기 관련성이므로 이 사건에서와 같이 청구인이 남을 고발한 사건을 검사가 소홀히 다루었다고 하여 憲法訴願을 請求하는 것이 아니고 자기가 고발한 사건을 검사가 소홀히 다루었다고 하여 憲法訴願을 審判을 請求하는 것이라

면 고발인은 자기 관련성도 갖추고 있는 것이다”라고 하였다. 1989. 12. 15. 선고 89헌마 263헌마 263결정도 “고발인인 청구인은 자신이 직접 基本權을 侵害 당하였다고 할 수 없으므로 憲法訴願 審判을 청구할 수 없다”고 하였다(1989. 12. 22. 선고 89헌마 22결정도 같은 취지임).

그러나 公權力의 행위가 자신에게 향하여지지 않더라도 바꾸어 말하면, 청구인이 法律이나 처분의 受領이 즉, 法律이나 처분으로부터 발생하는 의무에 관련되는 인적 범위에 속하지 않는다 하더라도 憲法訴願을 제기할 수 있는 예외적인 경우가 있다. 특히, 행정 작용은 私法上의 法律 行爲와는 달리 일반적으로 광범위한 사회적 작용과 영향력을 갖게 마련이어서 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 처분으로 인하여 불이익을 당하는 일이 얼마든지 있을 수 있으며 이에 대한 법적 구제를 도외시할 수 없는 것이다. 行政訴訟과 관련하여서 대법원 1965. 9. 23. 선고 65누 88전원합의체 判決은 大法院 1962. 5. 31. 선고 4294 행상 170判決 등을 변경하면서 “處分の 직접 상대방은 물론 제3자라 하더라도 그 처분의 취소 변경에 관하여 法律상의 구체적 이익이 있으면 특별한 사정이 없는 한 원고로서 소를 제기할 수 있다”고 하였다.<sup>20)</sup>

이러한 行政訴訟의 原理는 동일한 公權力의 처분을 대상으로 하는 憲法訴訟에서도 마찬가지로 적용된다고 하겠다. 이에 관한 獨逸 聯邦憲法裁判所의 判例를 보면 다음과 같다. 즉, 정치 목적 자금조성을 위한 지출(정치헌금)의 공제에 관하여 개정된 세법은 납세의무자를 그 대상으로 하나, 헌금 수령자로서의 정당 자신과도 관련성을 갖고 있고,<sup>21)</sup> 선고 절차에 있어서 어떤 정당을 불리하게 취급하는 법규는 선거인 자신에게도 관련성을 갖는 것이며,<sup>22)</sup> 폐점규제법(Ladenschlußgesetz)은 상점주인에 향하여진 法律이면서 고객 자신에게도 관련성을 가지는 것이라고 판시하였다.<sup>23)</sup>

---

20) 제3자의 原告適格에 관하여, 김시수 “取消訴訟의 原告適格” 法曹 88. 9143-62면.

21) BVerfGE 6,277.

22) BVerfGE 12,22.

23) BVerfGE 12,233.

開店規制法에 있어서는 상점주인 뿐만 아니라 고객 또한 실제로 法律 명령(Gesetzbefehl)의 수령인이고 상점 주인을 대상으로 한 규범이 고객의 구매 행위를 방해함으로써 고객을 직접 규율하는 法律 명령과 같이 효력을 발생하고 있는 것이다. 또한 기본법상 平等原則과 관련하여 단순히 제 3자의 혜택의 제거만으로는 독립된 憲法訴訟의 목적으로 할 수 없으나,<sup>24)</sup> 혜택에서 제외되는 자가 이로 인하여 경쟁 능력을 침해받았다고 확고하게 주장하는 경우에는 다른 사람에게 혜택을 주는 조세 規定을 대상으로 憲法訴訟願을 제기한 것을 허용하고 있다.<sup>25)</sup> 이러한 경우 청구인은 자신의 법적 견해가 聯邦憲法裁判所에 의해 承認되고 이의가 제기된 規定이 무효 선언됨으로써 차별적인 법적 상태의 제거를 통하여 다른 사람에게 손해를 가하는데 중점이 놓여 있는 것이 아니라 지금까지 혜택을 받은 집단과의 관계에서 청구인이 보다 더 개선된 지위를 확보하려고 한다는 것을 주장하여야 한다. 그리고 獨逸 聯邦憲法裁判所는 法院이 쌍방 대리 금지를 이유로 소송대리인인 변호사의 裁判 참여를 거부한 경우에 비록 법원의 결정이 소송대리의 위임자 즉, 소송 당사자에게 내려졌다 하더라도 당해 변호사는 위 결정과 법적인 관련성이 있기 때문에 위 결정에 대하여 憲法訴訟願을 제기할 수 있다고 判決하였다.<sup>26)</sup> 그 외에도 제3자의 법적 관

24) BVerfGE 16,25, Maunz a.a.O., Rdnr, 96, BVerfGE 17,371.

25) BVerfGE 18,1(12)

26) BVerfGE 52,42(51).

“제1 청구인의 憲法訴訟願은 許容된다. 裁判所의 결정은 그에 대한 것이 아니라 그의 委任人에 대한 것이다. 그렇지만 請求人은 스스로 그로서 직접적인 자신의 고유한 基本權 領域에 關係한다. 왜냐하면 그 決定은 그에게 問題가 된 通常 法院의 소송절차에서 代理人으로서 活動하는 權限을 拒否하였기 때문이다. 이러한 訴訟 대상 判決 節次의 기관력 있는 결정에도 불구하고 그 決定에 대하여 보호할 만한 利益이 있다. 訴訟代理를 하게 되면 다시 시의회의원이라는 이유로 거절되지 않을까 두려워할만한 그러한 내용을 가지고 있다{BVerfGE 15,226(230) ; 22,114(118) ; 38,26(29)}. 여기서는 그것이 결여되어 있다. 제2 請求人은 行政裁判所의 결정 고지시 그리고 이 결정에 대한 抗告 提起時 제1 請求人의 조합원 (Sozius)이 아니었다. 그리고 그는 原告의 訴訟代理人으로서 參加하지도 않았다. 그래서 行政裁判所의 決定으로는 제1 請求人만을 代理人으로서 제외시켰고, 高等 行政裁判所는 그의 抗告 決定에서 이 두 辯護士의 排除가 適法한지 여부에 대하여서만 審査하였던 것이다”

런성은 다음의 경우에 인정되었다. 교수의 임명에 관한 주의 의무는 대학에도 관련한다고 하였고,<sup>27)</sup> 배우자의 강제 송환 내지 추방은 다른 배우자에게 관계하며,<sup>28)</sup> 職業行使의 自由와 關聯하여 변호인의 변호권 박탈에 관한 결정에서 비록 결정이 청구인인 변호인의 위임인에 대한 것이지만, 변호인에게도 관계한다고 하였다.<sup>29)</sup> 또한 공동 결정법(Mitbestimmungsgesetz)과 관련하여 사용자 단체들이 공동 결정법의 規定에 의하여 스스로 현재 직접적으로 관련된다고 주장할 수 있다고 하였다.

즉, 사용자 단체의 구성원 기업들의 내부구조 변경을 통하여 청구인인 사용자 단체의 독자적인 내부조직이 변경되고 그로서 基本法 제9조 3항에서 보호되는 단체 행동의 자유가 침해된다고 주장한다면 이러한 배제되지 않는 가능성으로 본인 관련성과 관련하여 그가 法律의 형식적인 수

---

자치단체법상 변호사의 대리금지의 한계에 관하여, BVerfGE 41,231. 이에 대한 평석으로 Rainer Jäkel “Grenzen des Kommunalrechtlicher Vertretungsverbots für Rechtsanwälte” Jus 1979. 3. s.174ff ; Hermann Weber “Zulässigkeit und Reichweite Kommunalen Vertretungsverbote” Jus 1976. 12. s.810f.

27) BVerfGE 15, 262.

28) BVerfGE 51, 395.

29) BVerfGE 15,22.

“憲法訴願은 許容된다. 聯邦法院의 決定은 刑事節次에서의 節次的인 조치로서, 請求人의 委任人에 대하여 행하여졌다. 그러나 請求人은 그로서 동시에 자신의 고유한 基本權 保護領域이 간섭되었다. 적절한 허용은 모든 결정이 마쳐진 刑事節次가 이미 官廳의 權力을 가지고 終結되었다 하여 이와 배치되는 것은 아니다. 결정이 취소된다 하여 請求人이 그의 종전의 변호인 지위로 복귀되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 그 결정은 여전히 效力을 나타낸다. 辯護人 權利의 繼續의 形成에 대한 그의 基本的인 重要性을 제외하더라도 請求人에 대한 변호의 排除는 스스로 더욱이 그의 職業上 活動의 침해와 官廳의 干渉로 이끌 수 있는 단호한 조치인 것이다.

BVerfGE 22,114.

“憲法訴願은 許容된다. 請求人은 刑事事件에서 그의 委任人에 대하여 行하여진 聯邦法院의 決定이 그 스스로 基本權을 侵害한다고 說明한다. 請求人은 刑事節次 終了後에 그 節次에서 辯護人으로서 다시 들어갈 수는 없다. 그러나 그가 非難하는 決定의 理由에서 일반적으로 國家保護法益 事件의 辯護人으로서 不適格者로 인정되었기 때문에 그는 聯邦法院이 다른 사건에서 이 判例를 다시 받아들이고 審判 官廳이 이를 따르지 않을 까 근심하여야만 한다. 그로서 請求人의 辯護士 業務의 계속적인 妨害가 뒤따른다. 게다가 非難되는 決定은 수많은 司法官廳에 통지되었다. 더욱이 이 결정은 判例集(BGH st 15,326) 그리고 몇 개의 法律 雜誌에 公布되었다. 그리고 觀心있는 분야에서는 변호사 K 박사가 請求人이라는 것을 쉽게 알 수 있다. 請求人은 官廳의 干渉가 있는 刑罰執行의 終結 後에도 聯邦法院의 決定에 대하여 여전히 保護할 만한 利益을 갖는다.



령자인 것이 요구되지 않는다는 것이 충분히 소명된다는 것이다.<sup>30)</sup>

### (3) 現在 關聯性

請求人は公權力 처분 내지 범규범과 현재 관련이 있어야 하며 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로 憲法訴願을 제기하기에 족하지 않다. 다시 말하면 청구인이 현재 기본권을 침해당한 경우이어야 한다.

우리 憲法裁判所 1989. 9. 18. 선고 89헌 187결정은 “請求인이 違憲規定 때문에 上告에 관한 基本權이 침해되어 權利救濟를 받으려는 상고심 사건은 憲法訴願을 제기한 1989. 8. 18. 현재 이미 終結되어 그 소송 계속이 消滅되었고, 따라서 이제 청구인의 뜻대로 이 사건 憲法訴願이 인용되어 문제된 소송촉진 등에 관한 특례법 제11조 제12조의 規定에 대해 違憲결정이 나와도 이 결정에 의하여 위 規定에 대해 違憲결정이 나와도 이 결정에 의하여 위 規定들의 적용이 배제된 채 民事訴訟法 제393조, 제394조의 規定에 의거해서 청구인이 위 상고심 사건에 관하여 심판 받을 여지는 없게 되었다고 할 것이고, 달리 청구인에게 현재 이 사건 訴願審判을 받을 여지는 없게 되었다고 할 것이고, 달리 請求人에게 현재 이 사건 訴願審判을 받을 여지는 없게 되었다고 할 것이고, 달리 請求人에게 현재 이 사건 訴願審判을 받을 이익이 있다고 볼 자료가 없으며 위

---

30) BVerfGE 50,290(318).

이 判決에 대하여 Hemann Weber “Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetz” Jus 1979. 12. s.89ff. 共同決定의 合憲性에 관한 Düsseldorf 高等法院 判決에 대하여는 Perter Selmer “Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes” Jus 1978. 6.

스위스 법 실무에서는 사회 경제 단체는 구성원들의 基本權 侵害를 主張할 수 있는 例外를 認定하고 있다. 직업 단체(BGE 28 I 240 ; 33 I 16 ; 46 I 99 ; 50 I 71 ; 54 I 146 ; 56 I 266 ; 63 I 229 ; 64 I 24, 151 ; 66 I 262262 ; 76 I 312 ; 81 I 120) 부동산 소유권자 단체(BGE 56 I 266), 스포츠 단체(BGE 88 I 18), Schuler a.a.O., s.190.

와 같은 特別法의 規定으로 인하여 청구인이 장차 언젠가는 權利 侵害를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다”고 판시하였고(憲法裁判所 1989. 10. 13. 선고 89헌마 210결정도 같은 趣旨임) 또한 憲法裁判所 1989. 7. 21. 선고 89헌마 12결정 역시 “우리 憲法裁判所法 제68조에 따르면 公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해 받은 자는 憲法訴願을 제기할 수 있다고 規定되어 있는바, 입법자의 公權力 행사 즉, 法律에 대하여 바로 憲法訴願을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 당해 規定에 관련되어야 할 뿐 아니라 당해 規定에 의해 현재 權利侵害를 받아야 하며 다른 執行行爲를 통해서가 아니라 직접 당해 法律에 의해 權利侵害를 받아야만 한다는 것을 요건으로 하는바, 이 사건에서 請求人은 그 자신이 고소 또는 고발을 한 사실을 한 사실이 없을 뿐 아니라 청구인이 장차 언젠가는 위와 같은 刑事訴訟法의 規定(제260조 1항)으로 인하여 權利侵害를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 權利侵害의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 權利侵害의 現在性을 구비하였다고 할 수 없다”고 판시하였다.

독일 聯邦憲法裁判所는 Witwe Schneeweiß<sup>31)</sup> 사건이래로 法律에 대한 憲法訴願과 관련하여 현재 關聯性이라는 하는 請求人의 특별한 法的 보호이익에 속하는 訴願許容 前提條件을 發展시켰다.<sup>32)</sup> 이 判決은 후술하는 직접 關聯性과도 관계하는 중요한 선구적 判例인바, 이는 請求人인 전쟁 미망인이 聯邦 扶養法(Bundesversorgungsgesetz)에서 정한 금액보다 많은 扶養料를 請求하면서 위 法律에 의한 扶養의 不充分 및 不平等은 基本法 제1조 1항(人間의 尊嚴), 제2조 2항(生命·身體의 不可侵), 제3조 1항(法앞의 平等), 同條 2항(男女 平等), 제6조 1항(婚姻家族의 保護), 同條 2항(子の 扶養教育의 權利), 同條 4항(母의 保護)을 침해하였다고 주장한 事件에 대한 것이었다. 그 判決의 要旨는 다음과 같다. “반포된

31) BVerfGE 1,97ff.

32) Zuck a.a.O., s.267, Spanner a.a.O., s.378, Maunz a.a.O., §90 Rdnr. 96, Gusy a.a.O., s.71, Leibholz a.a.O., §90 Rdnr 34, BVerfGE 56,203.

法律에 대한 憲法訴願의 許容에 대한 條件은 請求人이 스스로 현재 직접적으로 法律에 의하여 執行行爲가 가세하지 않더라도 基本權이 侵害되었다고 하는 主張이다. 請求人이 스스로 基本權 혹은 類似 基本權이 侵害당하였다고 하는 것은 基本法上 憲法訴願을 바이에른 헌법(제98조 4항)에서 있었던 民衆訴訟으로부터 구별하는 것이다. 請求人의 현재의(실제적인) 侵害가 놓여 있는지의 與否는 個個事件에 따라 결정될 수 있다. 그러나 스위스 聯邦憲法 제133조에 관한 스위스 聯邦法院의 實務家 獨逸 憲法訴願에 반드시 通用되는 것은 아니다. 이 스위스 실무에 따르면 請求人은 그가 언제 한번 장래에(潛在的인 可能性을 갖고) 해당 法律規定에 관련될 수 있다고만 주장하면 된다. 그러나 장래 關聯性이 憲法訴願에서 긍정된다면, 이러한 實務의 수용으로 憲法訴願은 聯邦憲法裁判所에 관한 法律의 의미에 반하여 結果的으로 民衆訴訟으로 확장될 것이다.” 우리 憲法訴訟에서도 獨逸 實務에서와 같이 請求人이 장래에 언젠가(künftig) 관련될 수 있다는 潛在的인(virtuelle) 可能性만으로는 憲法訴願을 제기할 수 없다.<sup>33)</sup>

또한 거꾸로 과거의 侵害가 있는 경우에도 提訴의 要件은 充足될 수 없다 (Schon-Betroffenheit). 行政訴訟에 있어서도 장래에 유사한 事件을 예상하여 미리 일반 原則의 抽象的 宣言을 구하는 것은 오히려 立法作用에 속하는 것이고 개별적 事件의 해결을 임무로 司法作用의 한계를 일탈하는 것이라고 한다.<sup>34)</sup> 통상 法律에 대한 憲法訴願은 立法節次가 종료된 때, 즉 관보에 게재된 때에 비로소 허용된다 하겠다. 공포 후에야 비로소 規範 제정자의 의사로부터 規範의 독자성이 인정되므로 公佈는 바로

---

33) 스위스(BGE 48 I 265, 594 ; 65 I 240 ; 64 I 286) BVerfGE 1,102. Zuck a.a.O., Seuffert a.a.O., 159. 스위스 聯邦 實務도 一般的인 法律의 반포에 대하여만 潛在的인 關聯性을 인정하고 있지 개별적인 처분(Verfügung)이나 결정(Entscheidung)에 대하여는 실제적인(aktuelle) 關聯性을 要求하고 있다. Schuler a.a.O., s.191. 207f.

34) 그러나 抗告訴訟의 豫防的 機能을 이定하여 將來의 不利益 處分の 회피라든가 期待權의 보호등 장래의 利益의 주장에까지 소위 利益을 認定하자는 見解가 있다.

有效性的 최후의 조건인 것이다.<sup>35)</sup> 그러나 法律의 施行時期가 아직 도래하지 않는 경우에는 法律이 제정되어 있는 상태라도 侵害가 현존하는 것은 아니다.

法律이 이미 效力을 발생하였으나 請求人이 아직 그 構成要件을 충족하지 못한 경우라도 예외적으로 현재 關聯性이 인정되는 경우가 있을 수 있다. 獨逸 聯邦憲法裁判所가 인용한 경우로서 請求人이 아직 法律의 構成要件을 충족하지 못하였으나, 法律이 가까운 장래에 그 이행을 하여야 할 義務를 負擔시키는 경우,<sup>36)</sup> 혹은 그 이행이 상황에 따라 기대되는 경우<sup>37)</sup> 등을 들 수 있다. 한편, 法規範의 미래적인 法律效果에도 불구하고 현실적인 關聯性으로 이끌어진 경우가 있다. 聯邦憲法裁判所는 公布된 그러나 최초의 選舉에 비로소 效力을 발생하는 選舉法에 대하여 사실상 被選舉權이 배제되는 候補者의 선거 참가와 관련하여 현재 關聯性을 인정하고 있다.<sup>38)</sup> 그리고 전술한 共同 決定法과 관련하여 構成員 企業의 內部構造가

---

35) 憲法 제53조 7항에서는 “法律은 特別한 規定이 없는 한 公布한 날로부터 20일을 경과함으로써 效力을 發生한다” 法令 등 公布에 관한 法律 제12조에서는 “法令 등의 公布는 그 法令 등을 掲載閑官보 또는 新聞이 發行된 날로 한다” 제13조의 2에서는 “國民의 權利制限 또는 義務賦課와 직접 關聯되는 法律은 긴급히 시행하여야 할 特別한 事由가 있는 境遇를 제외하는 公布日로부터 30日이 경과한 날로부터 施行되도록 하여야 한다.”

36) BVerfGE 41,43.

“請求人의 아들이 아직 義務教育 대상자가 아니나, 比較的 짧은 期間후에 國民學校를 다닐 수 있도록 되어 있기 때문에 教育權에 기하여 教育關係 法律規定에 대하여 基本法 제4조, 제6조 違反의 憲法訴願을 제기할 수 있다. 그러나 BVerfGE 60,336(371f) 判決은 成年인 學生에 대한 父母의 學校 協力으로부터의 배제에 관한 規定과 關聯하여 請求人은 成年 學生의 父母가 아니기 때문에 현재 關聯性이 흠결된다고 하였다.

37) 퇴직의 연령경년(Altergrenz)에 관한 BVerfGE 1,270.

38) BVerfGE 38, 326(335).

“公布된 그러나 아직 效力이 發生되지 않고 제 6 차 主義會 選舉期間 終了의 더불어 비로소 效力을 발생하는 主義會 選舉法에 대하여 현재 關聯性을 認定한다. 위법은 다음 번 Saarland에서 실시되는 선거와 이 선거를 통하여 選出되는 議員에게 適用된다. 그로부터 請求人은 이 선거에의 참가와 관련하여 현재 直接性을 認定한다”

BVerfGE 48, 64(80).

“法規定이 당시 아직 適用되지 않는다고 하여 憲法訴願이 不許되지는 않는다. 法律 規定은 6年 任期로 새로 選出되는 1978. 5. 1차 自治團體 委員會의 選舉期間 始作으로 그 效力이 있다. 그렇지만, 自治團體 選舉(1978. 5. 5차)에 參加한 모든 候補者에게 이미 決定的인 意味를 갖는다. 여기에 請求人도 포함된다”

強行的으로 변경되기 때문에 使用者 團體에 대하여 이미 현재 관련된다고 하였다.<sup>39)</sup>

이와 같이 獨逸에서는 公權行爲가 일반적으로 效力을 발생하지 않거나 혹은 法이 정한 要件에 해당하는 事實이 발생하지 아니한 때에도 그 關聯性을 인정하고 있다.

한편, 公權力에 의한 權利侵害가 과거에 속하더라도 그 결과로서 개인의 被害常態가 계속되고 있으며 憲法裁判所는 訴願 提起前 또는 후에 있어서의 事實 또는 法 常態와 관계없이 이것을 권리 보호의 必要性의 문제로서 해결할 수 있다. 이에 관하여 우리나라 行政訴訟法 영역에서 이루어진 原則은 憲法訴訟에서도 동일하게 고려된다 하겠다. 즉, 종래의 전통적인 견해에 의하면 取消訴訟의 목적을 違法處分에 의하여 향수를 방해받고 있는 權利의 회복이라고 보고 따라서 行政廳이 處分을 취소하거나 철회한 경우에는 處分の 效力은 이미 存在하지 않기 때문에 다시 處分の 效力을 부인할 필요성을 인정하지 않으며 또 保護對象인 權利의 存續期間의 滿了등에 의하여 權利의 회복이 불가능한 경우에는 이미 권리는 회복될 수 없으므로 처분이 가령 위법이 불가능한 경우에는 이미 권리는 회복될 수 없으므로 처분이 가령 위법하더라도 이것을 取消할 實益이 인정되지 아니하였다.<sup>40)</sup> 그러나 이제는 憲法訴訟에 준용하도록 되어 있는 行政訴訟法 제12단서에 의하여 처분 등의 효과가 기간의 경과 처분 등의 執行 그 밖의 事由로 인하여 소멸된 뒤에라도 그 處分 등의 取消로 인하여 회복되는 法律上 利益이 있는 경우에는 原告適格을 認定하고 있다.<sup>41)</sup>

---

39) BVerfGE 50,290(320f).

40) 이상규 “新行政爭訟法”(前訂版) 326-7면.

41) 行政訴訟法 제12조 但書 新設前에는 大法院 判例는 行政訴訟法 10조와 관련된 특수한 경우에는 예외적으로 소의 이익을 인정하였다. 大法院 1980. 10. 21. 宣告 79누 247 判決 ; 1982. 6. 22. 선고 81누 375 판결 ; 1983. 3. 8. 선고 82누 521판결.

憲法訴訟의 주관적 權利救濟 機能외에 객관적 憲法保障 機能을 생각하여 볼 때, 국민의 基本權 侵害가 이미 끝난 경우에 따라서는 憲法訴願을 인정할 수 있다 할 것이다. 이에 관한 獨逸 聯邦憲法裁判所의 判例를 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 개인의 權利侵害가 이미 끝났다는 이유로 却下하게 되면, 憲法的인 문제의 解明이 미결로 남게 되거나,<sup>42)</sup> 또는 주장된 侵害가 특별히 중요한 基本權과 관련된 경우이다.<sup>43)</sup> 그래서 수색이 종료되었지만, 수색명령과 압수 결정의 憲法的 檢討에 관하여는 法的 利益이 있으며, 압수 물품의 일부가 아직 반환되지 않았기 때문에 현실적인 불리함, 고통이 남아있다 하여 憲法訴願을 허용한 경우가 있다.<sup>44)</sup>

둘째, 侵害行爲의 반복에 대하여 유의해야 할 필요성이 있는 경우이다. 聯邦憲法裁判所는 정신 분열증환자인 請求人이 치료감호소에 수용되었다가 訴願提起 이후 수용소로부터 나왔지만 이와 같은 조치가 자주 반복될 우려가 있다는 이유로 訴願의 요건이 구비된 것으로 보았다.<sup>45)</sup> 즉, 請求人의 憲法訴願은 현재 수용소로부터 나와 있다하여 그 對象이 소멸된 것은 아니며 만일 주장된 自由權 侵害에 대한 法官의 결정을 보장받을 권리가 수용소로부터의 퇴소에 따른 자유의 회복으로 당장 消滅된다면 이는 基本法을 통한 自由權 保護의 의미에 맞지 않는 것이고 여기서 請求人은 그가 여전히 禁治產者로 머물러 있기 때문에 언제든지 法院의 비난받는

---

42) BVerfGE 33,247(253), Spanner a.a.O., s.379.

43) BVerfGE 9,89.

44) BVerfGE 20,173. 이외에도 “Noch weitere Zuswirkung”과 관련된 判例로 BVerfGE 8,209(214).

45) BVerfGE 10,302. 그 외에도 33,247(257f) 스위스법 실무에서도 BGE 49 I 364 ; 60 I 120, 210 ; 80 I 141 ; 87 I 245 ; 89 I 264 Schuler a.a.O., s.191. BVerfGE 35,4.

“請求人은 스투트가르트 高等法院의 決定에 대한 違憲性的 確定에 대하여 法적인 保護利益이 없다. 請求人이 몇 년 동안 懲役刑의 服役後 새로이 未決 拘禁狀態에 놓여지고 비슷한 根據로부터 자신의 텔레비전의 利用에 관한 인가를 거절당할 가능성은 희박하기 때문에 반복위험{Wiederholungsgefahr 10,302(308) ; 16,119(121ff) ; 21,139(143)}은 놓여 있지 않다.”

行動의 반복을 고려에 넣어야 한다고 하였다.

셋째, 이미 取消되었거나 訴訟의 目的이 없어진 侵害行爲이지만 아직 請求人에게 영향을 미치는 경우이다. 먼저 憲法訴願 節次에서 논란의 대상이 된 法規範이 도중에 폐지되었다 하더라도 이로 인하여 과거 이미 발생하였던 基本權 侵害가 제거되지 아니하였다면 憲法訴願이 해결된 것으로 볼 수 없다고 하였고,<sup>46)</sup> 또한 憲法訴願 제기 후 請求人이 이에 대하여 인정된 형벌을 다 받았음에도 불구하고 여전히 刑事判決에 대한 憲法上的 재검토에 대한 法的 保護 利益은 존재하고, 특히 請求人에 대한 유죄 판결은 이미 받은 刑事處罰을 넘는 불리한 결과를 가져오는 것이라고 하였으며<sup>47)</sup> 또한 拘禁命令의 취소로 請求人이 공박하는 결정에 어찌면 있을지도 모를 基本法 違反性を 확고하게 확인하는 利益이 제거되지는 않았고, 만일 주장되어진 헌법 위반적인 자유박탈에 대한 法院의 선언을 청구한 권리가 자유의 회복으로 즉시 소멸된다면, 이는 基本法을 통하여 자유를 보호하려는 의미에 상응하지 않을 것이며, 여기서 請求人은 取消된 拘禁命令의 執行을 통하여 그의 辯護士 사무실에서 刑事節次의 고유목적은 넘을 만큼 충분한 不利益이 성립되었고 그것은 현실적인 不利가 되어 그 請求確定에 대한 法的 利益의 근거가 된다고 하였다.<sup>48)</sup>

마지막으로 짧은 有效期間 동안에 請求人이 構成要件을 충족할 수 없는 경우로서 만일 이 경우 訴의 利益을 부정하면 請求人의 基本權 保護는 참

---

46) 우리나라 憲法裁判所 1989. 12. 18. 선고 89헌마 32. 33(병합) 결정도 『이미廢止된 法律이라 할지라도 請求人들의 侵害된 法益을 保護하기 위하여 그 違憲與否가 가려져야 할 필요가 있는 경우 즉, 法律上 利益이 現存하는 경우에는 심판을 하여야 한다』고 하였다. 이 事件에서 請求人들이 在任用되어 소의 利益이 있느냐에 관하여는 在任用된 請求人들이 新規 任用되어 승진에 不利益을 받았음은 물론 免職處分の 無效를 전제로 한 復職이 아니기 때문에 名譽回復이 되지 않고 면직기간 중의 報酬 給與 등 經濟的 損失도 回復할 수 없어 請求의 利益은 여전히 存在한다고 하였다. 1989. 7. 14. 선고 88헌가 5. 8. 89헌가 44(병합) 결정 참조. BVerfGE 2,242.

Leibholz a.a.O., §90 Rdnr. 34.

Spanner a.a.O., s.378.

47) BVerfGE 21,379(382).

48) BVerfGE 32,92 ; 53,157.

을 수 없을 정도로 단축된다는 것이다. 權利保護 利益은 효과적인 權利保障을 위한 절차적인 수단이기 때문에 이 경우 節次期間 부가가 적절하다는 것이다. 聯邦憲法裁判所는 學校法 또는 大學校法에 대한 訴願節次에서 請求人의 아이들이 도중에 教育過程을 끝마쳤거나 또는 학교를 바꾼 경우에도 法律 條項이 基本權을 侵害한다는 점을 확인할 이익이 있다고 하였다.<sup>49)</sup> 즉, “전체 請求人들의 어린이들이 그 사이 해당 학교를 졸업하더라도 시간의 經過로 영향을 미치지 않는다. 憲法違反에 특히 민감한 宗教 世界觀的 領域에서 있을지도 모를 基本法 違反의 확정에 대한 保護利益은 이로서 제거되지 않는다. 그러한 경우 法的利益이 거절된다면 請求人의 基本權 保護는 기대하기 어려울 정도로(in unzumutbarer Weise) 단축될 것이다”라고 하였다. 도중에 정년 퇴직한 教授들에 대해서도 장기간 절차 계속을 고려하면 權利保護의 利益이 계속 維持되어야 한다고 하였다.<sup>50)</sup>

이와 같은 경우 만일 더 이상 불만이 없다는 이유로 訴願을 허용하지 않게 되면 주장된 基本權 侵害의 重要性에 비추어 이는 참을 수 없는 基本權 保護의 단축으로 이끈다는 것이다. 이와 같이 당해 사건과 관련하여 중요한 헌법적 문제를 명확히 할 필요가 있는 경우에도 權利 保護利益의 계속성을 인정하는 바, 이는 대체로 請求人이 주장된 基本權 侵害에 대한 憲法的 宣言之를 구할 권리가 사실상의 侵害 종료 후에 배제된다면 이는 基本法을 통한 自由 基本權 保護의 의미에 부응하지 않는다는 것이다.<sup>51)</sup> 특히 논란의 대상이 된 規範에 의해 직접적(direkt) 부담을 일정기간 동안 받은 當事者가 원칙적인 사무처리의 절차에 따라서는 보상을 거의 얻기 어려운 경우 더욱 그러하다.<sup>52)</sup>

---

49) BVerfGE 52,234.

스위스에서도 侵害의 期間이 짧아 대체로 그 侵害의 主張을 할 수 없는 個別的인 行政處分에 대하여 例外를 認定하고 있다. Schuler a.a.O., s.191.

50) BVerfGE 43,242.

51) BVerfGE 74,102(115).

52) BVerfGE 34,165.



獨逸에서는 이러한 持續的 關聯性(Fortdauernde Betroffenheit)의 문제를 현재 關聯性和 관련하여 다루는 입장이 있는 반면,<sup>53)</sup> 이를 일반적인 權利保護利益(allgemeine Rechtsschutzinteresse)에서 언급하는 견해가 있다.<sup>54)</sup> 즉, 請求人이 이미(Schon) 關聯하였는지 혹은 여전히(noach) 關聯하고 있는지 여부는 시간 차원에 관련된 것이고 현재 關聯性은 이러한 사실의 시간적인 발생과는 상관이 없으며 이것은 일반적인 權利保護의 利益의 문제로서 다루어야 한다는 것이다.

#### (4) 直接 關聯性

請求人은 公權力 處分으로 인하여 직접적으로 基本權이 침해되었음을 주장하여야 한다. 즉 請求人은 基本權을 침해하였다고 하는 公權力 行爲와 關聯되어야만 한다. 특히, 法律에 의한 憲法訴願에 있어서는 우리나라나 獨逸 憲法裁判所는 공히 法律에 의하여 직접 자신이 關聯된 경우에만 提訴要件이 충족된다고 한다. 우리나라 憲法裁判所는 執行機關이 재량에 달린 法 執行行爲의 개재에 관계없이 바로 그 法律에 의하여 基本權이 침해되었다면 請求人은 直接性的의 요건을 갖추었다고 한다.

즉, 憲法裁判所 1989. 3. 17. 宣告 88헌마 1결정에서 基本權 侵害의 직접성과 관련하여 이해 관계인인 法院 行政處長이 본 안전향변으로 “法令의 규정 자체가 憲法訴願의 대상이 될 수 있으려면 당해 法令의 規定에 의하여 ‘직접적으로’ 憲法上 보장된 基本權이 侵害된 경우라야 할 것인데, 現行 司法書士法 제4조 1항 1호의 규정에 의하면 司法書士 자격의 取得與否는 法院 또는 檢察에서의 일정한 실무 경력의 有無만에 의하여 결정

---

53) Gusy a.a.O., s.74.

54) Zuck a.a.O., s.277.

Pestalozza a.a.O., s.132,116.

聯邦憲法裁判所도 이 問題를 대체로 法的 保護利益의 觀點에서 다룬다. 우리나라에서도 김학성 前揭 博士學位論文 244면.

BVerfGE 53,30(54f) ; 32,87(92ff) ; 33,247(260).

되는 것이 아니고 終局的으로는 大法院長이 司法書士 業務의 수행에 필요한 法律知識과 能力이 있다고 인정하느냐, 않느냐에 따라서 결정되는 것이므로 위 司法書士法에 경합자 환산규정의 모범을 두지 않고 있다 하여 그것이 ‘직접적으로’ 請求人의 어떠한 권리를 侵害하고 있다고 볼 수 없다.”고 주장함에 대하여, 憲法裁判所는 “司法書士 資格賦與 과정에 있어서 司法書士法 제4조 1항 제1호 전단 소정의 경력 있는 자에 대하여서는 특단의 사정이 없는 한 동 후단 소정의 司法書士 業務의 修行에 필요한 지식과 능력이 있다고 인정하고 있으며, 따라서 자격부여에 있어서 大法院長의 認定行爲보다는 경력에 치중하여 운영되고 있는 것이 실정이라면 院長의 認定行爲보다는 경력에 치중하여 운영되고 있는 것이 실정이라면 基本權 侵害의 소지는 經力規定 부문에서 바로 직접 생길 수 있는 것이라고 봄이 상당할 것이고, 또 이 사건에 있어서 엄밀하게는 제4조 제1항 제1호 후단이 아니고 전단의 違憲性을 다투고 있는 것이어서 이것이 裁量規程이 아님은 規定 자체로 명백하다면 전단 規定의 執行行爲 여하에 따라 司法書士의 자격을 얻게 될 수 있는 것이 아니니 請求權에게 위 規定만에 의하여 司法書士職을 선택하여서는 안될 의무가 생기므로 이른바, 基本權 侵害의 직접성은 갖추어진 것이다”라고 판시하였다. 이에 따르면 직접성이란 法律에 의하여 自由의 制限, 義務의 賦課, 權利 또는 法的 地位의 박탈이 생긴 경우를 뜻하고 따라서 法適用 여하에 따라 基本權 侵害가 안될 수도 있으면 직접성의 요건이 缺缺되고 일의적이고 명백한 規定이기 때문에 審査와 判斷裁量 (Spielraum) 없이 일정한 執行行爲를 하여야 할 경우이면 法規에 대한 직접적인 憲法訴願이 허용된다는 것이다.<sup>55)</sup> 그런데 自由裁量으로 인정되는가, 羈束裁量으로 인정

되는가의 구별은 法律 그것으로서 스스로 직접적으로 시민의 權利에 관계하는가, 그 法律을 執行하는 行政行爲에 의하여 비로소 시민의 權利에 관계하는가의 區別과는 별개의 것이다.<sup>56)</sup> 직접성의 문제는 執行機關의 執行에 있어 裁量性 有無에 좌

55) 이시윤 전게서 48면.

56) Maunz a.a.O., §90 Rdnr. 105. Leibholz a.a.O., §90 Rdnr. 35. BVerfGE 3,1(2), Seuffert a.a.O., s.163.

우되는 것이 아니라, 執行行爲의 개재 여부에 좌우된다 할 것이다.<sup>57)</sup> 왜냐하면 行政機關의 裁量的 行爲 뿐만 아니라 羈束的 行政行爲에 대하여도 法的 救濟手段에 의하여 取消請求가 가능하기 때문이다.<sup>58)</sup> 그리고 어느 規範이 자력집행력(Self-executing)을 가진 경우 즉, 規範 被適用者에게 당해 法律을 통하여 어느 것이 강제되거나 또는 금지되는 경우 혹은 자유가 제한되는 경우 혹은 자유가 제한되는 경우 혹은 의무가 부과되거나 권리 또는 法的地位가 박탈되는 경우 直接的 侵害가 있다고 할 수 있다.<sup>59)</sup>

本人 關聯性에서는 請求人으로부터 보아 제3자가 아닌 스스로가 權利侵害의 직접적 피해자인가, 아니가 하는 것이 문제로 됨에 대하여 여기서는 당해 公權力 行爲 자체가 직접 權利侵害를 야기하였는가 어떤가가 문제된다 하겠다. 따라서 전자에서는 被侵害者(Beeinträchtigten)에, 후자에서는 侵害行爲(Beeinträchtigung)에 각각 관계한다.<sup>60)</sup> 바꾸어 말하면 직접성의 要件은 訴願의 대상이 된 법률이 請求人의 基本權을 침해하였는가, 아니면 다른 기관의 행위가 최초로 基本權을 침해하였는가에 관한 문제라 하겠다. 또한, 본인 關聯性에 대한 요건은 침해받은 자가 누구인가 하는 문제임에 반하여 직접성의 요건은 침해자가 누구인가 하는 문제라 하겠다. 침해가 직접적이라는 것은 다른 수단을 매개로 하지 아니하였다는 것을 뜻하고 다른 행위가 매개되지 아니하였으므로 當事者는 부득이 당해 法規範을 직접 상대하여 權利 救濟節次를 밟을 수밖에 없다. 따라서 法律 命令의 置換(Umsetzung)이 요구되면 그것이 法律 스스로에 의하든, 命令에 의하든, 條例에 의하든, 혹은 行政廳의 行政處分에 의하든 상관없이 憲法訴願이 허용되지 않는다.<sup>61)</sup>

憲法訴願 許容性에 관한 西獨 聯邦憲法裁判所의 判決을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 전술한 Schneeweiß Fall은 直接性和 관련하여서도 언급

---

57) 김학성 前揭 博士學位論文 246면.

58) BVerfGE 9,3.

59) Zuck a.a.O., s.265.

60) Zuck a.a.O., s.262.

61) Zuck a.a.O., s.261f.

되고 있다. 즉, 聯邦憲法裁判所는 “請求人の 실제적인 關聯性이 긍정됨에 있어서는 請求人이 聯邦扶養法(Bundesversorgungsgesetz)에 의하여 직접적으로 관련되었는지 與否에 관한 문제가 보다 상세히 검토될 필요가 있는바, 法律이 法 필요적으로 혹은 사실상의 行政慣行에 따라 그 施行에 있어 특별한 執行 權力者の 의사에 의하여 영향을 미치는 執行行爲를 전제로 한다면 個個人的 權利에 대한 직접적인 侵害로서의 執行行爲에 대하여만 憲法訴願이 제기될 수 있고 또한 憲法訴願을 제기하기 전에 請求人은 執行行爲에 대하여 주어진 權利救濟 節次를 다 마쳐야 하며, 그렇게 제한적으로 해석하여야만 憲法裁判所法 제90조 2항의 근본 사상과 憲法訴願의 목적에 합치하는 것이다. 왜냐하면 통상 法院과 行政 裁判所를 통한 광범위한 權利救濟를 고려할 때 憲法訴願은 그러한 權利救濟 외에도 선택 가능한 法律상의 救濟節次가 아니고 통상적인 절차법상 가능성을 모두 다 이용하였음에도 불구하고 基本權 侵害를 배제하기 위하여 필요한 경우에만 허용된다”고 판시하였다.<sup>62)</sup>

또한 聯邦憲法裁判所는 “請求人은 평균적인 勞動賃金の 확정을 통하여 직접적으로 관련되는 것이 아니고, 災害年金의 확정에 있어서 제국 保險法 제154조, 제1552조 이하에 따른 基本法 제3조의 基本權을 위반한 規定의 執行을 통하여서만 관련되어야 하며, 年金 계산에 있어 여성 근로자에게 보여 준 보다 낮은 平均賃金이 기초가 되었다면 請求人은 이러한 平均率의 적용으로 基本法 제3조에 따른 基本權이 침해된다는 주장을 제기할 수 있을 것이나, 무엇보다도 憲法裁判所法 제90조 2항에 따라 權利救濟 節次를 마쳐야만 하므로 먼저 제국 保險法 제1590조, 제1675조, 때에 따라서는 1699조 1700조의 訴願을 제기하여야 할 것이다”라고 하였다.<sup>63)</sup> 이러한 원칙은 稅金法律에 관한 獨逸聯邦 憲法裁判所 判決에서도

62) 註(26) 參照

63) BVerfGE 1,91ff.

“1950. 8. 9.자 社會保險에서의 年間 勞動賃金과 地域報酬에 관한 첫 번째 命令과 結付된 帝國 保險法 제933조에 의하여 組織된 農業委員會가 1950. 11. 3. 帝國 保險法 제934조의 平均率(Drchschnittssatz)에 따라 임금의 계산에 관한 결의를 채택하고 그 지역에서 權限을 갖는 바이에른주 保險國이 이를 承認 公布하였는 바, 그 決意 內容에는 男女 사이의 勞動力에 대한 相異한 平均率을 規定하였고, 災害時의 補助料는 특정기간(1950. 11. 3.부터 1952. 12. 31.) 중은 모두 이 賃金率에 따라 지불되도록 되었다. 아직 災害를 입지 않은 女子農業 勤勞者가 자신이 100ha 농지를 경작하고 있으면서 거기서 男性勤勞者와 同一한 作業을 하고 있다고 主張하면서 이 規定을 基本法 제3조 2항의 男女平等의 規定에 違反된다고 하였다. 자신이 장래 입을지도 모를 노동제해에서 女性勤勞者에게 낮게 策定된 平均率에 관한 확정 決意에 관한 것이다. 이 확정은 聯邦憲法裁判所法 제90조의 의미에서 公권력이다. 그러나 請求人이 장래 이 적용 特定期間內에 제해를 입는 여가 어떤가가 不明하기 때문에 憲法訴願 이 基本法 제3조 2항의 基本權에 관련된 것이 아니다. 이 경우 위 特定期間 스스로의 災害가 없으면 제조인은 개인적으로 관계하지 않는 것이 된다. 이 사건에서 비난받는 基本權 侵害에 대하여는 勞動災害에 있어서 憲法違反 규정에 의하여 관련되어 질 수 있는 농업여성

나타난다. 즉, “租稅는 法律에 의하여 직접 관계하는 것은 아니고 稅額사정이라고 하는 執行行爲에 의하여 비로소 提訴者의 權利에 관계한다”고 하였다. 稅法은 반드시 法律上 또는 사실 관계적 行政慣行에 따라 執行機關의 의사에 의하여 수행되는 구체적인 執行行爲 즉, 稅額 決定의 形態를 전제로 하기 때문에 憲法訴願에 의하여 직접적 공격 대상이 될 수 없다.<sup>64)</sup> 輸出要求法律(Ausfuhrforderungsgesetz) 역시 稅額의 결정에 있어 執行行爲를 전제로 하기 때문에 이에 대한 憲法訴願이 허용될 수 없다고 한다.<sup>65)</sup> 그러나 獨逸 聯邦 憲法裁判所는 投資助成法(Investitionshilfegesetz)에 대하여는 執行行爲를 전제로 하지 않는다는 이유로 직접 憲法訴願을 인정하고 있다.<sup>66)</sup>

즉, 投資 助成法에 대하여 執行行爲를 필요로 하지 않고 관련인의 法的地位가 法律에 의하여 간섭되기 때문에 직접 관련되며, 資金調達 義務者가 資金調達에 관한 意思를 표시하지 않거나 올바르게 표시하지 아니한 경우 비로소 資金調達 金額에 관한 決定處分이 행하여지기 때문에 投資

---

勤勞者만이 적법하게 憲法訴願을 제기할 수 있다.

64) Zuck a.a.O., s.266.

65) BVerfGE 14,25.

66) BVerfGE 3,34 ; 4,11.

組成法에 대한 憲法訴願을 適法한 것으로 허용하였다. 그리고 販賣稅의 納稅義務者는 당해 法律에 의하여 매월 事前 申告義務를 이행하여야 하고 그와 동시에 事前 隨時 納付分을 納入하여야 할 의무를 부담하게 되며, 따라서 이와 같은 義務는 販賣稅의 確定 決定處分과는 독립하여 賦課되는 것이기 때문에 直接性的의 요건이 충족된다고 하였다.<sup>67)</sup> 獨逸 所得稅法 제106조와 法人稅法 제9조 3호에 대하여도 직접 憲法訴願을 인정하고 있다.<sup>68)</sup> 즉, 所得稅法 제10조나, 法人稅法 제9조 제3호에서의 寄附金에 대한 세금 공제 여부에 관한 규정은 政治的 意思形成에 동등하게 참여할 請求人의 權利를 侵害한다는 것인바, 이와 같은 경우 사실상 所得稅나, 法人稅를 확정하는 課稅官廳의 결정이 바로 침해행위로 생각될 수 있으나, 높은 수입을 가진 納稅義務者의 法的 規律이 더 낮은 수입을 가진 納稅義務者의 그것보다 더 큰 침해 가능성이 열려 있고 이러한 효과는 각 執行行爲와는 독립적으로 비용지출로서 발생한다는 것이다.

또한 稅額 決定節次에 따른 課稅處分이 유발적으로 행해진 경우에는 課稅處分이라는 執行行爲가 있다 하더라도 稅法에 대한 직접적 憲法訴願이 허용된다. 즉 納稅 義務者의 권유에 따라 유발된 行政行爲(Provizierte Verwaltungsakt)는 執行行爲에 속하지 아니한다.<sup>69)</sup> 이와 같이 侵害가 직접적이라는 것은 基本權 侵害가 어떤 다른 행위에 의하여 비로소 초래되었거나 또는 그러한 행위에 의존적인 것이 아니라는 것을 의미하는 바, 특히 立法行爲가 문제가 되는 경우 法規에 정한 구성요건에 해당한다 하더라도 그 法規가 구체적으로 적용할 때까지는 개인의 權利가 직접적 侵害를 받는다고 말할 수 없다. 法規의 존재가 適用行爲의 不可缺의 前提이나 통상 中國적인 權利侵害는 適用機關에 유보되어 있는 것이다. 그리고 手數料 輕減에 관한 州立法<sup>70)</sup>과 관련하여 “직접적으로 특정 法律을 대상

67) Zuck a.a.O., s.262.

68) BVerfGE 73,40.

Zuck a.a.O., s.266.

69) BVerfGE 31,323.

Gusy a.a.O., s.78.

70) Northeim-Westfalen und Schleswig-Holstein의 비용면제 법률, 이 法律은 自治團體를 위하여 手數料 免除 範圍를 擴張하였다.

으로 한 憲法訴願 許容의 前提 條件은 이 事件에서 문제된 法規範이 기본권적으로 보호되는 請求人의 지위가 현재 직접적으로 그에게 불리하게 변경하는 것에 적합하다는 것을 주장하는 것인바, 州 法律들의 발효로써 비용법 제144조 제3항은 이전에 비하여 보다 확장된 새로운 適用 領域을 얻게 될 것이고, 이로서 기본적으로 보호되는 청구인의 지위가 그들에게 불리하게 변경되었다는 것은 충분히 소명되며, 이러한 變更이 請求人을 직접적으로 불리하게(beschwert) 하는 것이라면, 州 法律들의 발효 후 1년 이내에 직접적으로 同 法律規定에 대해 提起된 請求人들의 憲法訴願은 허용된다”고 하였다.<sup>71)</sup>

또한 共同 決定法과 관련하여 聯邦憲法裁判所는 “憲法訴願은 法律에 대한 憲法訴願의 許容性的의 特別 前提條件을 充足하여야 하는바, 共同決定法 제1조 1항(適用範圍 : 株式會社) 제7조 1항(監査會 構成), 제27조(監査會의 進行), 제29조, 제34조(選出과 解任)는 請求人에 대하여 특히 監査會의 새로운 조직에 관한 行動義務를 근거 지워지게 하고 그로서 이 規定은 이러한 의무의 현실화를 위하여 더 나아가는 執行行爲를 필요로 함이 없이 그 法律의 施行과 더불어 請求人이 私法上 法人으로서 누릴 수 있는 일반적인 行動自由를 제한하며, 이러한 제한은, 해당규정이 基本法 제14조 1항, 제9조 1항, 3항, 제12조 1항의 개별적 基本權에 합치하지 않는 한, 合憲的 질서의 領域에서는 참을 수 없는 것이므로 請求人(株式會社)은 侵害되었다고 주장하는 法律의 規定을 통하여 직접적으로 관계한다”고 하였다.<sup>72)</sup>

그 외에도 聯邦憲法裁判所는 請求人의 法規定에 따른 法的 지위의 변화가 執行行爲의 도움을 받아서 비로소 이루어지는 것은 아니고, 직접적으로 그 규정에 의하여 부과된 許可 또는 認可를 신청할 義務로부터 발생한

---

71) BVerfGE 47,307ff.

72) BVerfGE 50,318.

다고 하여 侵害의 직접성을 인정하였고,<sup>73)</sup> 또한 建築計劃에 대하여는 그 뒤의 執行行爲로 특히 請求人에 대한 建設認可 혹은 建築官廳의 命令 혹은 認定計劃 지구에 놓인 土地에 대한 建設認可 등이 고려될 수 있으나, 基本權과의 關聯性은 이러한 行爲를 통하여서 비로소 이루어지거나 혹은 그러한 行爲에 의하여 좌우되는 것이 아니므로, 請求人의 基本權은 建築計劃(Bebauungsplan)과 직접적으로 관계한다고 판시하였다.<sup>74)</sup> 이는 憲法上 보장되는 財產權이 都市計劃에 의한 執行行爲와는 무관하게 都市計劃 그 자체에 의하여 종전의 權利와는 다른 내용을 지닌 새로운 의미를 가지게 된다는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 한편, 法律 자체에 의한 基本權 侵害가 문제될 때에는 일반 法院에 法令 자체에 의한 基本權 侵害가 문제될 때에는 일반 法院에 法令 자체의 效力을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 提訴하는 길이 없어 이른바 보충성의 예외적인 경우에 해당한다(우리나라 憲法裁判所 1989. 3. 17. 선고 88헌마 1결정). 그리고 이러한 直接性은 法律의 施行을 위한 執行行爲가 필요한 경우라도 예외적으로 인용되기도 한다.

즉, 規範 被適用者의 法的 상태가 사후의 法 執行行爲에 의하여서는 더 이상 회복될 수 없거나 교정될 수 없는 상태로 어느 法律에 의하여 조성되는 때에는 法律에 의한 직접적 侵害가 行政執行 行爲가 있기 전에도 예외적으로 가능하다 하겠다. 왜냐하면 이러한 경우 救濟手段의 소진이라는 것은 當事者에게 기대할 수 없기 때문이다. 위 憲法裁判所 88헌 1결정은 “法律에 대한 憲法訴願으로 司法書士法의 違憲性을 직접 다투는 문제의 解決策을 시도하지 않고 拒否行爲를 놓고 法律에 관한 직접적인 違憲判斷이 허용되지 아니하며 우회적인 解決策 밖에 되지 않는 行政訴訟을 먼저 提起할 것을 요구함은 기대 가능성이 없는 일이다”라고 판시하였다. 獨逸 聯邦 憲法裁判所 역시 法律이 規範 受領人에게 執行行爲 후에 더 이상 교정할 수 없는 결정을 강제하거나, 혹은 法律 執行뒤에는 더 이상 개선할 수 없는 處分을 야기시키는 때에는 例外的으로 法律에 대하여 직

---

73) BVerfGE 46,135.

74) BVerfGE 70,35(52) ; 68,319(325).



접적인 憲法訴願을 인정한다고 하였다.<sup>75)</sup>

#### 4. 權利救濟 節次의 消盡—憲法訴願의 補充性

憲法裁判所法 제68조 1항 단서에서는 憲法訴願은 다른 法院에 救濟節次가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다고 되어 있다. 請求人에게 權利救濟를 위해 기대할 수 있는 것은 모두 시도해 보라는 취지이다.

行政訴訟에 있어서도 補充性 내지 이른바, 평생 訴訟禁止의 원칙으로서 處分の 取消을 구함에 대하여 보호를 할 만한 이익이 인정되더라도 그 救濟를 위하여 보다 직효적인 訴訟手段이 타에 존재하는 경우에는 取消訴訟의 訴의 이익은 부정된다. 大法院 1989. 10. 10. 선고 89누 3397판결은 “이미 형성된 위법 상태가 無效의 行政處分으로 말미암은 것인 경우에 民事訴訟에 의한 방법으로 직접 위법상태의 환원을 구할 수 있는 길이 열려 있으면 行政處分 無效確認을 獨立訴訟으로 구할 이익이 없다”고 하였다. 行政行爲에 의한 基本權 侵害의 경우는 行政審判이나 行政訴訟을 통한 救濟의 길이 있으므로 그 救濟節次를 거치고 나서 憲法訴願을 통한 救濟의 길이 있으므로 그 救濟節次를 거치고 나서 憲法訴願을 제기할 것을 요한다. 그러나 行政處分에 대하여는 憲法에 위반되는 與否를 大法院이 최종적으로 이를 심사할 권한을 가지므로(헌법 제107조 2항) 行政訴訟을 거친 후에 무엇을 憲法訴訟의 대상으로 삼을 수 있는지는 의문이라 하겠다. 憲法訴訟에서 補充性의 원리를 요구하는 근본취지는 가급적 다른 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次에 救濟를 맡김으로써 憲法裁判所의 재판 부담을 덜게하여 본질적 기능을 보다 충실하게 수행하기 위한 것이고 또한, 基本權 侵害의 기초 사실을 일반 法院에서 먼저 심사 정리토록 하자는 의도이다.

---

75) BVerfGE 60,372 ; 43,291(387).

스위스법에서도 주 절차의 소진은 결정이나, 처분에만 적용되고 일반적 法律에는 적용되지 않는다. Schuler a.a.O., s.197.

憲法訴願의 補充性은 憲法訴願과 일반 法院 사이의 權力分立的 차원의 業務 分擔이 이론적 背景이 된다고 보여진다.<sup>76)</sup> 다만, 먼저 憲法訴願을 제기하고 나서 뒤에 權利救濟 節次를 거쳤을 때에는 事前에 救濟節次를 거치지 않은 하자가 치유될 수 있다. 憲法訴願의 이러한 補充性의 원칙에 의하여 일반 法院이 우선적으로 公權力 處分行爲에 대하여 재판하여야 한다. 憲法訴願은 基本權에 대한 侵害行爲에 대해서만 제한적으로 허용되어야 하며, 憲法裁判 없이도 실질적으로 이러한 基本權 侵害를 제거할 수 있는 다른 수단을 거친 후에만 비로소 허용된다. 또한 일반 法院은 사실 문제와 法律 문제를 처리할 수 있는 權限을 갖고 있으므로 이러한 權限이 憲法裁判所에 의하여 박탈되지 않도록 하여야 한다. 헌법보다 위계상 下位인 法律의 해석과 개별사건에 있어서의 法律適用 및 사실관계의 確定, 評價는 전적으로 그에 대하여 일반적으로 관할권을 가지고 法院의 직책과 의무라 하겠다.<sup>77)</sup> 이와 같은 補充性의 原則에서의 사전적인 權利救濟 節次는 請求人에 의하여 직접 거처지지 않거나 형식상 요건 불비, 提訴期間의 도과 등의 이유로 부적법 각하되거나, 訴를 취하한 경우에는 法的 節次를 모두 종료한 것으로 인정되지 않는다. 이러한 補充性의 原理는 우리나라 憲法裁判所의 判例로서 수 차례 확인된 바 있다. 즉, 憲法裁判所 19889. 4. 17 선고 88헌마 3호 결정은 “憲法裁判所法 제68조 1항 단서에 의하면 憲法訴願은 다른 救濟節次를 거친 뒤 비로소 提起할 수 있는 것이기는 하지만 여기서 말하는 權利 救濟節次는 公權力의 行使 또는 不行使를 직접 대상으로 하여 그 效力을 다룰 수 있는 權利 救濟節次를 의미하는 것이지 사후적, 보충적 救濟手段인 損害賠償請求나, 損失報償請求權을 의미하는 것은 아니다”라고 판시하였다.

---

76) 이시윤 전게서 48면, 계획열 “憲法裁判의 制度的 考察” 심포지엄 憲法裁判의 制度와 운영(1989. 大韓 辯護士 協會) 15면. 이강혁 “憲法裁判所의 憲法上 地位와 權限” 憲法 裁判所法 세미나(1988. 法務部) 22면. 憲法裁判所는 再審이나 上級 上訴法院(Superrevision)이 아니다.

BVerfGE 7,198(207) Leibholz a.a.O., §90 Rdnr. 3. 78ff. Spanner a.a.O., s.376.

77) Säcker a.a.O., s.31.

독일 聯邦憲法裁判所法 제90조 2항 역시 명시적으로 憲法訴願의 補充性原理를 요구하고 있고,<sup>78)</sup> 이러한 補充性的 원리에 따르면 法律에 의해 이용할 수 있는 다른 法的 手段을 행사하도록 노력하여야 하며,<sup>79)</sup> 請求人은 좁은 의미에서의 救濟手段의 소진이라는 요구를 넘어 나아가 사안에 따라 憲法侵害를 교정하기 위하여 이용 가능한 모든 訴訟法的인 可能性들이 이용하여야 한다.<sup>80)</sup> 基本權 侵害를 제거할 수 있는 可能性이나 또는 聯邦憲法裁判所에 提訴하지 않더라도 사실상 같은 결과를 얻을 可能性이 있거나 있었던 경우에는 憲法訴願을 할 수 없다.<sup>81)</sup> 獨逸의 경우는 基本法 제19조에 따라 모든 行政機關의 公權力 行使에 대해 訴訟의 길이 열려 있으므로 裁判過程을 거치지 아니하고 바로 憲法訴願의 길로 오는 경우는 극히 드물다.<sup>82)</sup> 獨逸法에도 權利救濟手段은 침해된 權利 자체를 회복해 주는 수단을 말하는 바, 侵害된 권리의 회복에 갈음하는 損害賠償 請求 등은 이에 해당하지 않는다. 따라서 통상의 경우 침해된 권리 자체를 회복해 주기 위해서는 侵害의 원인이 된 公權力 行使自體를 제거해야 하기 때문에 이를 대상으로 한 訴訟을 提起하여야 할 것이다.<sup>83)</sup> 서독 聯邦憲法裁判所는 국가 賠償訴願은 權利救濟 節次가 아니라고 하였다.<sup>84)</sup> 또한 權利救濟 節次

---

78) BVerfGE 63,77.

V. Stackerlberg a.a.O., s.13ff. 92ff.

Seuffert a.a.O., s.160. 162ff.

79) BVerfGE 22,287(290).

80) BVerfGE 63,77(78).

Maunz a.a.O., §90 Rdnr. 188ff.

스위스법에서도 마찬가지이다.

Schuler a.a.O., s.195ff.

81) BVerfGE 33,247(258).

비록 주(Kantonal)의 訴訟節次 終結후 연방법의 다른 救濟節次가 더 이상 유용하지 않는 경우라도 請求人이 주의 訴訟節次 중의 연방관청에 憲法違反 行爲를 주장할 수 있는 可能性이 있는 한 더 이상 憲法訴願으로 주의 公權的 處분에 대한 憲法訴願을 후에 提起할 수 없다. Schuler a.a.O., s.196.

82) Schlaich a.a.O., s.117

83) Zuck a.a.O., s.280.

84) BVerfGE 20,162(173).

는 請求人 스스로 거치는 것이 원칙이나, 예외적으로 제3자가 權利救濟 節次를 거치더라도 請求人과 동일 결과가 예상되는 경우에는 憲法訴願이 허용되는바, 獨逸 聯邦憲法裁判所는 당해 사건의 특수사정 때문에 請求人이 원고의 訴訟 代理人으로서 추행하는 抗告節次를 넘어서 자신이 스스로 高等行政 裁判所에 權利救濟 節次를 취하도록 기대할 수는 없었고 또한, 그의 위임인을 위하여 제출된 抗告외에 자신의 이름으로 제출되는 抗告는 抗告節次에서의 法的 紛爭이 두 사건에서 동일한 것이 될 것이므로 權利救濟 節次의 소진을 요구한 의미와 목적에 비추어 볼 때 소용없는 것이며, 또한 高等行政 裁判所의 결정이 請求人의 抗告에 대하여 원고의 抗告에 대한 결정과 달리 할 것으로는 기대되지 않는다고 하여 제3자가 權利救濟 節次를 취한 憲法訴願을 허용하였다.<sup>85)</sup>

憲法訴願은 앞서 말한 바와 같이 國民에게 있어 그의 基本權을 保護하기 위한 制度일 뿐만 아니라 客觀的 憲法保護의 責務가 있기 때문에 예외적으로 權利 救濟節次의 소진전에도 즉시 憲法裁判所에 提訴할 수 있다고 보아야 할 것이다. 獨逸에서도 聯邦憲法裁判所 第90條 2項에서 위와 같은 補充性的의 原則에도 불구하고 憲法訴願이 일반적 重要性(allgemeine Bedeutung)을 지니고 있거나 法的 救濟節次를 거침으로써 請求人에게 重大하고 피할 수 없는 不利益이 초래될 우려가 있는 경우에는 그 法的 救濟節次가 終了되기 전에 提起된 訴願에 대해서 聯邦憲法裁判所가 裁判할 수 있다고 그 예외를 명문으로 인정하고 있다.<sup>86)</sup> 이것을 독일에서는 聯邦

---

85) BVerfGE 52,42ff.

이러한 “期待可能性”論은 스위스법 理論에서도 通用된다.

Schuler a.a.O., s.198.

86) Maunz a.a.O., s.90 Rdnr. 195ff. 우리나라에서도 국민의 權利救濟를 위하여 憲法訴願의 補充性的의 原理에 관한 例外節次를 認定하지 않는 것이 改善되어야 할 問題點으로 指摘되고 있다.

최광률 “憲法裁判所法の 立法方向” 憲法裁判所法 세미나(1988. 法務部) 39명. 계획열 전개 論文 16면. 김철수 “憲法裁判所法 改正問題” 判例月報 1989. 11. 8면. 스위스와 독일에서는 이러한 例外가 言及됨에 반하여 오스트리아에서는 補充性原理의 一般的 예외는 認定되지 않는다.

Schuler a.a.O., s.195.

憲法裁判所の 事前裁判(Vorabentscheidung)이라고 한다.

따라서 法的 救濟節次의 終了의 原則은 이러한 例外規定을 통하여 부분적으로 상대적인 것으로 된다. 여기서의 一般的인 重要性은 憲法訴願이 憲法上 根本的인 問題點을 提起하거나, 豫想되는 決定에서 個別事件을 넘어 여러 많은 類似한 事件에서 法的 狀況에 관한 明確性을 提供하는 것을 말한다. 예컨대 주 法律인 教會稅法 제3조는 原則적으로 憲法的 問題를 提起하였고 이 決定에서 개별 사건을 넘어 유사한 많은 事件에서 法的狀況에 관하여 그리고 다른 주의 교회 세법에 관하여 明確性을 제고하므로 이에 대한 憲法訴願은 일반적인 重要性을 지닌다고 하였다.<sup>87)</sup> 그리고 1982년과 1983년에 특별히 행해진 豫備選舉時期(Vorwahlzeit)에 관한 聯邦政府의 公告行爲(Öffentlichkeitsarbeit)의 憲法上的 限界問題는 選舉 參與 機會의 平等性과 모든 選舉權者의 選舉權(das aktive Wahlrecht)에 대해서도 중요한 關聯性이 있다고 하여 그에 대한 一般的 意味를 認定하고 있다.<sup>88)</sup> 한편 언제 重大하고 피할 수 없는 損害를 가져오는 가는 個別的 事件의 具體的 狀況에 따라 다르다.

刑場憲法裁判所法 제90조 2항에서의 重大한 損害(schwere Nachteil)는 얼마 남지 않는 選舉運動期間에 있어서 選舉運動을 위한 放送이 거절된 경우에 提起된 政黨의 憲法訴願에 대하여 認定되었다.<sup>89)</sup> 前述한 投資造成法에 관한 憲法訴願 事件에서도<sup>90)</sup> 權利 救濟節次를 마치게 하면 請求人에게 重大하고 피할 수 없는 損害를 생기게 하고 憲法上 問題에서도 일

---

87) BVerfGE 19,268(173).

Hermann Weber "Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bei erheblicher Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des angegriffenen Hoheitsakts" Jus 1978. 7. s.484f.

88) BVerfGE 7,99(105) ; 14,121(130).

Zuck a.a.O., s.285.

89) BVerfGE 7,99(1050) ; 14,121(130).

Zuck a.a.O., s.286f.

90) BVerfGE 4,11.

Leibhoz a.a.O., §90. Rdnr.73.

반적인 重要性이 있다고 하여 그 예외를 認定하고 있다. 이에 반하여 經濟的으로 사소한 事件에 관하여 그리고 請求人이 당한 基本權 侵害가 人格權을 강하게 간섭하지 않는 경우에는<sup>91)</sup> 이러한 損害가 否定된다. 重大하고 回復할 수 없는 損害가 생길 경우에 관하여는 우리 行政訴訟法에서도 行政審判의 전치주의에 대한 예외로서 이와 비슷하게 規律하고 있다. 즉, 憲法訴願 審判節次에 관하여 중요하도록 되어 있는(憲法裁判所法 제40조 1항) 行政訴訟法 제18조 2항 제2호에서는 “處分の 執行 또는 節次的 續行으로 생길 重大한 損害를 豫防하여야 할 긴급한 必要가 있는 때” 訴願 전치주의의 예외를 認定하고 있다.<sup>92)</sup>

따라서 우리 憲法訴訟節次에 있어서도 補充性的의 예외는 請求人에게 重大하고 回復할 수 없는 損害가 발생한 경우에 認定될 수 있다 할 것이다. 우리나라 憲法裁判所는 時期 可能性(Zumutbarkeit)이 없는 경우에 補充性的의 예외를 인정하였는바, 이는 前述한 바와 같이 1989. 3. 17. 宣告 88헌마 1決定에서 볼 수 있다. 그리고 憲法裁判所 1989. 9. 4. 선고 88헌마 22결정에서도 “請求人の 土地 調査簿 등에 대한 閱覽, 複寫 申請에 대하여 拒否의 意思표 시도 하지 않고 방치해 버린 事實상의 不作為가 行政爭訟의 對象이 되려면 被請求人에게 法律上 處分義務가 存在하여야 하는데, 公文書의 開始義務에 관한 法律上 明文規定은 찾아 볼 수 없고, 行政廳 내부의 事實行爲나 事實上的 不作為에 대하여 大法院은 그 行政 處分性을 否認함으로써 이를 행정爭訟에서 請求人の 主張이 받아들여진 可能性은 종래의 判例 態度를 變更하지 않는 한 매우 稀薄하고 이와 같이 事實상의 不作為에 관한 大法院의 태도가 消極的이고 아울러 學說上的 不作為에 관한 大法院의 태도가 消極的이고 아울러 學說上으로도 그 可否가 確然하다고 할 수 없는 狀況에서 法律의 전문가가 아닌 一般 國民에 대하여

---

91) BVerfGE 9,120(121).

92) 大法院 1962. 4. 26. 선고 4294 行상 168판결 ; 1969. 6. 19. 선고 69주 28판결 否定한 事例 大法院 1955. 3. 11. 선고 4287 行상 91. 정지형 “判例로 본 소원전치주의” 司法論集 11집 841-2면.

전심 절차의 예외 없는 이행을 요구하는 것이 합당하겠는가 疑問이 생기고, 憲法訴願 審判 請求人이 그의 不利益으로 돌릴 수 없는 政黨한 理由있는 錯誤로 전심절차를 밟지 않는 경우 또는 전심 절차로 權利가 구제될 가능성이 거의 없거나 權利救濟節次가 허용되는지의 與否가 客觀적으로 不確實하여 전심절차 이행의 期待 可能性이 없을 때에는 그 例外를 認定하는 것이 請求人에게 時間과 努力과 費用의 負擔을 지우지 않고 憲法訴願 審判 制度의 創設趣旨를 살리는 방법이라고 할 것이므로, 本件의 경우는 위의 예외의 경우에 해당하여 適法하다고 할 것이다”라고 하며 補充性的의 예외를 認定하고 있다.

이에 대하여 裁判官 최광률의 反對 見解는 “이 事件의 경우 請求人은 被請求人을 相對로 위 政府 公文書 規定 제36조 제2항의 規定을 根據로 이 事件에서 問題된 林野 調查書 및 土地 調查簿의 閱覽·複寫의 請求를 할 權利가 있고, 被請求人이 이에 대하여 아무런 의사표시를 함이 없이 이를 방치하는 경우에는 제1차적으로 行政審判法에 의한 義務 履行 審判을 請求하여 被請求人으로 하여금 請求人에게 위 文書의 閱覽·複寫를 하게 하는 義務履行을 구할 수 있으며, 그 審判節次에서 실패하는 경우에는 제2차적으로 行政訴訟法에 의한 不作爲違法確認訴訟을 提起하여 被請求人의 不作爲가 違法하다는 確認을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 被請求人이 不作爲違法確認 判決에도 불구하고 계속 不應하는 경우에는 間接強制的 方法으로 損害 賠償을 받을 수도 있다(行政 訴訟法 제38조 제2항, 제34조 및 제30조 제2항 參照). 그렇다면 이 事件에서 多數意見이 舊行政訴訟法 때의 大法院 判例나, 이 事件 事案에 적절하지 못한 大法院判例의 判示 內容을 根據로 이 事件의 경우 請求人이 被請求人을 상대로 不作爲에 대한 行政訴訟을 提起할 수 있는 방도가 없거나, 설사 그러한 行政爭訟을 提起하더라도 請求人의 主張이 받아들여질 可能性이 매우 희박하다는 이유로 補充性的의 原則에 대한 예외를 認定한 것은 不當하다”는 것이었다.

독일에서는 기대 가능성이 없는 경우로서 통상 일반 최고 法院의 確認된 判例로 인하여 一般 法院에 權利救濟를 期待할 수 없을 때를 든다. 聯

邦憲法裁判所는 資本財産에 대한 課稅에 있어서 貨幣 價値下落을 반영하는 문제에 대한

聯邦財政裁判所의 不變의 判例를 考慮할 때(특히 BFH 89, 42=聯邦租稅公報 1967년 권3, 690면 : BFH 112, 546=聯邦租稅公報 1974년 권2, 572면), 不許可에 대한 抗告가 成功할 展望이 전혀 없었다면 이러한 狀況下에서 權利 救濟節次의 소진은 期待될 수 없다고 하였고,<sup>93)</sup> 또한 權利 救濟節次를 마치지 않았으나 指定 裁判所가 항상 合憲的 有效한 것으로 본 確立된 統一的인 判例를 비추어 보아 이와 다른 結論이 導出되는 것이 기대될 수 없다면 權利 救濟소진을 請求人에 대하여 主觀的으로 기대할 수 없다고 하였다.<sup>94)</sup> 그리고 權利 救濟節次를 밟아야 할 경우에 錯誤로 밟지 않았다면, 請求人에게 그 節次를 밟을 것을 기대할 수 있는가를 審理하여야 한다.<sup>95)</sup> 다른 救濟節次가 있더라도 適法性 또는 認容可能性이 客觀的으로 不確實한 경우는 그 救濟節次를 거치지 않은 것을 닦하여 請求를 排斥하여서는 안 된다고 할 것이다. 여러 節次중 어느 것을 取하여야 할 것인가가 確實치 않은 때도 節次上 期待 可能性이 없는 경우로 볼 것이다.<sup>96)</sup>

---

93) BVerfGE 50,75f

94) BVerfGE 9,8.

95) BVerfGE 51,150.

96) BVerfGE 27,88(98).



## 第二章 憲法訴願의 對象

### 第一節 憲法訴願의 對象에 관한 比較法的 考察

金 學 成  
(憲法裁判所 研究員, 法博)

#### I. Swiss에서의 憲法訴願의 對象

官廳의 公權力 行使로 基本權이 침해된 경우에도 憲法訴願을 제기할 수 있다. 칸톤機觀의 行爲만이 대상이 되며, 官廳이면 立法, 司法, 行政을 불문한다.

##### 1. 官 廳

高權的 國家權力을 행사하는 機關에는 立法, 司法, 行政機關이 모두 포함되며, 合議制機關의 行爲도 訴願의 대상이 된다.<sup>1)</sup> 또한 團體, 營造物, 財團이 權力的 業務를 수행할 때에도 可能하다고 본다.<sup>2)</sup> 이와 같은 官廳에는 國內의 高權行爲만이 그 대상이 된다. 다만 組織法은 칸톤의 機關이 행한 執行作用에 대하여만 許容하며, 聯邦機關이 행한 處分이나 決定에 대하여는 認定하고 있지 않다. 이는 1974년의 憲法改正에서 憲法制定者는

---

1) Schuler, Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischen, deutschen und österreichischem Recht, JöR, 1970, S.149.

2) Giacometti, die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts, S.105, 161.

칸톤의 個人에 대한 보호에만 관심을 두었기 때문이다(聯邦憲法 제5조에 의하면 聯邦은 住民의 憲法上 權利의 保護를 칸톤에 委任하고 있다).

## 2. 公權力의 意義와 範圍

### (1) 意 義

訴願은 칸톤의 고권행위에 대하여만 許容된다.(§84 ① OG). 칸톤기관이 행한 모든 行爲가 해당된다.<sup>3)</sup> 다만 칸톤기관이 聯邦法을 適用하느냐 칸톤법을 適用하느냐는 영향을 주지 않는다.<sup>4)</sup> 칸톤의 法이나 聯邦의 法을 적용하기 위하여 制定한 命令(Erlaß)이나 處分은 訴願의 對象이 된다 (§84 ① OG). 그리고 自治團體나 칸톤間(interkantonalen) 機關이 행한 命令이나 處分도 訴願對象이 된다.<sup>5)</sup> 命令이나 處分에는 法律, 命令, 行政行爲, 法院의 裁判(Gerichts-entscheid)이 포함된다.<sup>6)</sup>

住民에게 직접 法的 拘束力있는 空間計劃(raumbe-deutsame Plan)도 포함된다. 公權力은 住民에게 拘束力있고 強制할 수 있는 提示를 하는 國家의 高勸力 行爲(Tätigwerden)에 限한다. 따라서 칸톤기관의 私法行爲는 이에 포함되지 않는다. 最近의 判例에 의하면 職務命令 역시 그것이 住民의 法的地位에 적어도 間接的으로 影響을 미칠 때에는 다투어질 수 있다고 보고 있다.

### (2) 範 圍

#### ① 立法作用

##### i) 憲 法

칸톤의 憲法을 訴願의 대상으로 할 수 있는가에 관하여 判例와 學說이

---

3) Giacometti, a.a.O., S.105.

4) BGE, 67 I 15 : 83 I 182.

5) Haller, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, S.201.

6) Haller, a.a.O., S.201 : Schuler, a.a.O., S.150.

서로 대립하고 있다.<sup>7)</sup> 學說은 組織法 제84조 1항을 根據로 하여 肯定하고 있으나, 判例는 一관되게 부정하고 있다. 즉 聯邦裁判所의 判例에 따르면<sup>8)</sup> 聯邦憲法상의 權利의 侵害를 理由로 칸톤憲法을 직접 訴願으로서 다루는 것을 許諾하고 있지 않으며, 더 나아가 聯邦憲法 제85조 7호를 理由로 칸톤憲法規定의 聯邦法과의 合致여부를 선결문제로 審査하는 것을 許容하지 않고 있다.

## ii) 法律

聯邦法律은 訴願으로 다룰 수 없다. 칸톤의 法律에 관하여는 性質에 따라 구별된다. 즉 聯邦의 承認을 얻어야 하는 칸톤의 法律은 訴願의 대상에게 제외된다. 이는 法律의 效力이 聯邦의 承認如何에 달려있기 때문에 聯邦의 立法行爲로 간주되기 때문이다.<sup>9)</sup> 그러나 聯邦政府에 의한 承認이 단순히 선언적 效力만 지니는 것일 때에는 訴願의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 왜냐하면 承認에 의하여 비로소 效力이 발생하는 것이 아니기 때문이다.<sup>10)</sup> 다만 判例는 어느 경우이든 간에 칸톤의 法律을 訴願의 대상에 포함시키고 있다.<sup>11)</sup>

## iii) 命 令(Verordnung)

法規命令은 法律의 取消와 동일하게 취급된다. 다만 行政命令은 그것이 行政内部的 性格을 지니 職務指示(Dienstanweisungen)에 불과하며 直接的·對外的 關聯性이 결여되어 있으므로 提訴할 수 없다.<sup>12)</sup> 그러나 行政命令도 외부에 效力이 나타나고 市民에게 有效한 影響을 줄 때에는 직접 訴願으로써 다룰 수 있다고 보며<sup>13)</sup> 判例도 이를 인정하고 있다.

## ② 執行作用

執行作用은 순수한 決定作用(echte Entscheidung)과 執行作用(Vollzugs-

---

7) Schuler, a. a. O., S.154.

8) BGE, 56 I 330 : 64 I 164 : 69 I 177.

9) Schuler, a. a. O., S.154.

10) Schuler, a. a. O., S.155 : Giacometti, a. a. O., S.110.

11) BGE, 52 I 162 : 71 I 253.

12) BGE, 75 I 214.

13) Schuler, a. a. O., S.155.

kt, Bestätigungsakt)으로 구분할 수 있다. 순수한 決定作用이란 일정한 상황속에서 法院이나 行政機關이 내린 法律·命令의 適用行爲를 의미하며, 執行作用이란 法院이나 行政機關의 決定을 통하여 要求되는 법상대의 直接實現을 위한 措置를 의미한다. 이에 새로운 判斷이 요구되어지지 않는다.<sup>14)</sup> 執行作用에 대한 訴願은 行政內部的 모든 法的 節次나 法院의 모든 節次를 經유하여야 하므로, 最後審級의 決定에 대하여만 許容된다. 判決·決定이건 또는 行政的 處分이건 指示건 모두 그 대상이 된다.<sup>15)</sup>

法院의 裁判에 대하여는 최후심급의 裁判만이 訴願의 대상이 되며, 원래의 違法處分을 대상으로 할 수 없는 점에서 西獨과 구별된다. 또한 節次終結의 裁判, 또는 終局裁判에 대하여 제기하여야 한다. 中間裁判에 대한 異義는 終局裁判과 함께 다루어져야 하므로<sup>16)</sup> 이에 대한 獨自的 取消은 예외적으로만 許容된다. 즉 제소자에게 避할 수 없는 損害를 야기시킬 때에만 許容된다(§87 OG).

### ③ 不作爲(Unterlassung, Untätigkeit)

基本權 侵害는 주로 積極的인 國家行爲로 이루어지는 것이 상례이나, 國家機關의 不作爲에 의하여도 可能하다. 즉 基本權은 大部分 國家의 不作爲나 不干涉(Nichteinmischung)을 요구하나, 國家의 結付나 行爲를 要求하는 것도 많다. 이 경우 國家機關이 하여야 할 行爲를 拒絕하거나 不履行하는 것도 당연히 憲法侵害가 될 것이다. 다만 몇 가지 다른 특성이 있다. 첫째로, 提訴期間의 의미가 없어지게 된다. 이는 基本權 侵害의 시점이 確定될 수 없기 때문이다.<sup>17)</sup> 둘째로, 補充成 原則의 不適用이다. 이는 事前에 法的 救濟節次를 經유하여야 하는 것이 필요없게 되기 때문이다. 스위스에서는 司法, 行政의 領域에서는 原則적으로 訴願이 認定된다.<sup>18)</sup> 이 경우 侵害가 발생하기만 하면 된다. 어떤 種類나 方法으로 기인

---

14) Schuler, a.a.O., S.156.

15) Schuler, a.a.O., S.156.

16) BGE, 69 I 16 : 777 I 226 : 87 I 177.

17) Schuler, a.a.O., S.158.

18) BGE, 19 I 109 : 32 I 494 : 41 I 189 : 89 I 402.

하였느냐는 중요하지 않다. 그러나 입법의 領域에서의 認定여부는 쉽지 않다. 스위스에서는 個人이 官廳에게 立法을 要求할 수 없다는 理由로 立法者의 不作爲에 대하여 訴願을 認定하고 있지 않다.<sup>19)</sup> 다만 立法者가 內容과 法位를 明白하게 委任받은 경우에는, 다시 말하면 立法에 대한 義務가 있는 境遇에 提訴者의 기본법상 보장된 地位를 侵害한 때에는 인정된다.<sup>20)</sup> 立法의 一部에 대하여도 허용된다고 한다. 이는 形式的으로는 不作爲에 대하여 實質的으로 입법자의 積極的 決定에 대한 것이라는 것을 根據로 한다.

## II. 오스트리아에서의 憲法訴願의 對象

訴願은 法律, 命令, 處分 등에 대하여 提起할 수 있다(§139, §140, §144 BVG). 오스트리아에서는 西獨과 달리 法院의 裁判에 대하여는 訴願을 인정하고 있지 않다. 그리고 行政官廳의 處分 등에 대하여는 法院裁判 대신에 行政的 審級을 經유하여야 한다.

### 1. 法律·命令에 대한 訴願

오스트리아는 이전에 法律이나 命令에 대한 訴願을 인정하지 않았다. 1975년 聯邦憲法律의 改正을 통하여 法律에 대한 訴願(§139 BVG)을 도입하였다.

#### (1) 法律

① 審査對象으로써의 法律은 聯邦法 뿐 아니라 州法도 포함한다.<sup>21)</sup> 違憲

---

19) BGE, 60 I 364.

20) Schuler, a.a.O., S.159.

21) VerfSlg.3153.

法律審査의 대상으로는 聯邦憲法律(Bundesverfassungsgesetz) 또는 州憲法律(Landesverfassungsgesetz)이 포함되나, 個別訴願의 대상으로는 法律에 국한된다. 이러한 法律은 공포된 것이어야 한다. 議決되지 않는 法案, 공포되지 않은 것은 訴願의 대상이 될 수 없다.<sup>22)</sup> 判例는 立法機關의 議決(Beschluß)도 法律과 같이 訴願의 대상이 된다고 하며,<sup>23)</sup> 이미 효력을 상실한 法律도 그 효력이 事案에 대하여 適用될 여지가 있는 경우에는 訴願의 대상이 될 수 있다.

② 立法의 不作爲는 憲法裁判所의 審査對象에서 제외된다.<sup>24)</sup> 오스트리아는 行政官廳의 不作爲에 대하여도 訴願을 허락치 않음이 특색인 바, 立法의 不作爲와 處分의 不作爲에 대하여 불허이유의 논거를 달리하고 있다.<sup>25)</sup>

## (2) 命 令

① 審査對象으로써의 命令은 聯邦官廳이나 州官廳의 法規命令이다(§139① BVG). 法規命令이면 충분하고 執行命令이건 法補充的(gesetzesergänzend), 法變更的(gesetzändernd)인 命令이건 불문한다. 行政命令은 단순한 일반적 提示로서의 성격 때문에(§20 ① VfGG) 聯邦憲法 제139조의 의미의 命令은 아니다.<sup>26)</sup> 命令은 公布되어야 한다.<sup>27)</sup> 法規命令의 構成要素로서의 公布가 결여된 命令은 審査對象이 될 수 없다.<sup>28)</sup> 이미 廢止된 命令도 그것이 아직 適用될 가능성이 있다면 訴願의 대상이 될 수 있다.

---

22) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 1988, S.283.

23) Walter/Mayer, a.a.O., S.283.

24) VerfSlg.3744, 4213, 7407.

25) VerfSlg.3160, 3810.

26) Walter/Mayer, a.a.O., S.278.

27) Walter/Mayer, a.a.O., S.279.

28) VerfSlg.7375.

② 命令의 形態를 취한 行政處分(소위 verschleierte Verfügung in Verordnungsform)도 訴願의 대상이 된다.<sup>29)</sup>

## 2. 處分 등에 대한 訴願

處分등에 대한 訴願은 行政官廳의 處分에 대한 訴願과 行政官廳의 事實상 職務行爲에 대한 訴願으로 대별된다.

### (1) 行政官廳의 處分에 대한 訴願

#### ① 行政官廳

##### i) 行政官廳의 概念

a. 行政官廳이란 行政에 관한 의사를 결정하고 이를 외부에 표시할 수 있는 권한을 가진 行政機關이다. 行政官廳에는 聯邦과 州의 일반적 國家行政機關이 속하며, 高權的 機能을 담당하는 地方行政團體도 이에 포함된다.<sup>30)</sup> 憲法裁判所의 裁判에 의하여 行政官廳으로 인정된 예를 보면, 辯護士, 辯護士試補(Rechtsanwaltsanwarter)의 抗訴審懲戒委員會(Berrufungs-Diziplinarkommisin),<sup>31)</sup> 特許廳<sup>32)</sup>, 公務員勤務法(Beamtendienstrechtsgesetz)上的 懲戒委員會(Diziplinarbehörde),<sup>33)</sup> 변리사의 懲戒委員會(Diziplinarsenat),<sup>34)</sup> 聯邦內務省에 있는 資格審査委員會(Qualifikationkommission),<sup>35)36)</sup> 農民仲裁所,<sup>37)</sup> 州農林廳(Landesagrarrbehörden),<sup>38)</sup> 最高農林委員會(Oberster Agrarsenat),<sup>39)</sup> 調停委

29) VerfSlg.313, 1840.

30) Ermacora, Verfassungsgericht, S.328.

31) VerfSlg.3290.

32) VerfSlg.3264.

33) VerfSlg.5896, 6764.

34) VerfSlg.8948.

35) VerfSlg.3123.

36) VerfSlg.3123.

37) VerfSlg.1886.

38) VerfSlg.633.

39) VerfSlg.873, 999, 2518.

員會(Einigungsämter) 등이다.<sup>40)</sup>

b. 行政官廳이 아니라고 한 예로서는, Wien 議會 構成員에 대한 議會的 議長, 소속議員에 대한 州議會,<sup>41)</sup> Tirol 州道路法에 따른 道路協會,<sup>42)</sup> 教會寄附(Kirchenbeiträge)를 명령한 機關,<sup>43)</sup> 警察署<sup>44)</sup>는 行政官廳이 아니라 官廳의 補助機關으로 보고 있다. 公安機關(öffentliche Sicherheitsorgane) 역시 行政官廳은 아니나, 다만 이들 機關의 사실상의 職務行爲는 訴願의 대상이 된다고 보고 있다.<sup>45)</sup>

c. 占領當局(Besatzungsmächten)에 의하여 발하여진 命令·處分에 대하여는 提訴가 허용되지 않는다. 점령당국의 승인을 기초로 하여 오스트리아의 機關이 내린 處分에 대하여도 訴願을 提起할 수 없다.<sup>46)</sup> 또한 判例는 오스트리아의 行政官廳이 직접 處分을 하건, 委任을 받아서 하건간에 차이가 없다고 하며,<sup>47)</sup> 단 節次的 하자<sup>48)</sup>나 委任의 逾越(Überschreitung) 여부는 다를 수 있다고 한다.<sup>49)</sup>

ii) 行政官廳의 행위

行政官廳의 行爲중에서 裁判행위(Akte der Gerichtsbarkeit)는 審査對象에서 제외된다.<sup>50)</sup> 判例는 다음의 행위를 裁判行爲에 속하는 것으로 보고 있다.

a. 執行業務, 法院事務局的 專門業務(Fachdienst), 法院의 強制執行業務를 행하는 公務員의 執行行爲,<sup>51)</sup> 法院의 家宅搜索命令,<sup>52)</sup> 警察官에게

---

40) VerfSlg.7912.

41) VefSlg.4864.

42) VerfSlg.8366.

43) VerfSlg.9199.

44) VerfSlg.3108.

45) VerfSlg.3847, 4346, 8180.

46) VerfSlg.1611, 1835.

47) VerfSlg.1794, 1961.

48) VerfSlg.153.

49) VerfSlg.1794.

50) VerfSlg.4210, 8627.

51) VerfSlg.6051, 8922 ; 1979. 9. 28. VfGH.

52) VerfSlg.2990.



행한 法院의 체포, 拘禁, 拘留의 口頭命令.<sup>53)</sup>

b. 區法院(Bezirksgericht)의 활동은 行政官廳의 處分이 될 수 없으나, 法院의 執行許可(Exekutionsbewilligung) 없이 行政公務員의 處分은 직접적인 命令·強制權의 행사로 본다.<sup>54)</sup>

c. 法院의 命令에 기초하더라도 警察官이 授權範圍를 유월한 경우에는 訴願의 提起가 가능하며,<sup>55)</sup> 法院의 명백하지 못한 지시에 근거한 公安 경우에는 當局의 행위는 직접적인 命令·強制權의 행사로 본다.<sup>56)</sup> 또한 法院의 사후 명령이 있더라도 이미 행하여진 監督官廳의 押留命令의 취소는 訴願의 대상이 된다.<sup>57)</sup>

d. Wien의 大教區(Erzdioze)의 財政局(Finanzkammer)의 教會寄附金 지시에 대한 異議申請의 각하는 訴願의 대상이 되는 處分이 아니다.<sup>58)</sup>

## (2) 處 分(Bescheid)

處分이란 行政法學에서 말하는 個別的, 權力的, 形式的 行政行爲를 의미하며,<sup>59)</sup> 일반적으로 개별적 權利關係를 형성하거나 확인하는 行政官廳의 處分이다.<sup>60)</sup> 이를 살펴보면,

### ① 處分の 概念的 要素

#### i) 規範性

a. 行政行爲가 行政事件을 規範的으로 규율 즉 구체적으로 權利關係를 形成·確認하여야 한다.<sup>61)</sup> 따라서 規範的 내용을 담고 있지 않은 法的救

---

53) VerfSlg.3916, 8921.

54) 1979. 9. 28. VfGH.

55) VerfSlg.5012, 7203.

56) VerfSlg.8377.

57) VerfSlg.8366.

58) VerfSlg.1794, 9119.

59) Walter/Mayer, a.a.O., S.295.

60) VerfSlg.4986.

61) VerfSlg.8744.

濟手段의 敎示(Rechts- mittelbelehrung)나<sup>62)</sup> 단순한 通知行爲는 處分이 될 수 없다.<sup>63)</sup> 處分の 형태를 취하고 있다면 일반적으로 處分으로 보나, 處分の 형태를 취하고 있더라도 權利形成的 또는 權利確認的 작용이 결여되었다면 處分으로 보지 않고 있다.<sup>64)</sup> 그러나 官廳의 告示(Enuziation)와 같이 處分の 형태를 취하지 않더라도 法的 效力있는 방법으로 특정인에게 權利創設的(rechtsbegründend)이거나 權利確認的(rechtsfeststellend)이라면 處分으로 보고 있다.<sup>65)</sup> 한편 當事者에게 형식없이 전달된 最高農林委員會(obersten Agrarsenat)의 서한(Schreiben)에 대하여 處分性を 인정하지 않은 예도 있다.<sup>66)</sup>

b. 確認處分(Feststellungsbescheid)은 法律이 明白히 許容하거나, 公共의 利益을 위하여 필요하거나,<sup>67)</sup> 또는 당사자의 이익을 위하여 權利保護의 필요한 수단이 될 때에 한하여 허용된다.<sup>68)</sup> 公的確認(Amtsbestätigung)은 規範의 내용이 없으므로 處分이 아니다.<sup>69)</sup> 通知行爲는 主觀的 權利를 형성하거나 확인하는 것이 아니므로 處分이 아니다.<sup>70)</sup> 處分과 분리할 수 없는 부분은(예컨대 附款) 그 자체만 분리하여 다룰 수 없으며,<sup>71)</sup> 處分 전체를 대상으로 하여야 한다.<sup>72)</sup>

ii) 對外的 高權行爲

a. 處分은 개별적 高權行爲이어야 하며 동시에<sup>73)</sup> 處分은 대외적 行爲이어야 한다.<sup>74)</sup> 判例에 따르면 團體協約에 규정된 懲戒節次上이 懲戒委員會

---

62) VerfSlg.4007.

63) VerfSlg.9095.

64) VerfSlg.8258.

65) VerfSlg.5804, 7599 ; Schuler, a.a.O., S.151.

66) VerfSlg.8672.

67) VerfSlg.5203.

68) VerfSlg.4197, 5130, 8406, 9105.

69) VerfSlg.4032.

70) VerfSlg.5053.

71) VerfSlg.5053.

72) VerfSlg.9225.

73) VerfSlg.3859, 4756.

74) VerfSlg.3151.

의 결정은 고권행위도 아니며, 제3자에 대한 직접적인 法的 효과가 결여되었으므로 處分이 아니라고 하며,<sup>75)</sup> 또한 財政局에 대한 것은 官廳内部의 命令이므로 處分이 될 수 없다고 한다.<sup>76)</sup> 處分은 官廳이 개인에 대하여 고권적 관계이어야 하므로 私法上 勤務關係의 사용자의 指示나,<sup>77)</sup> 行政規則(Dienstpragmatik)에 따른 職務分配는 職務委託이므로 處分이 될 수 없고,<sup>78)</sup> 社會保障廳(Sozialversicherungsträger)와 고용자 사이에 관계는 公法上的 관계가 아니므로 社會保障廳의 행위는 處分の 성격이 없다고 한다.<sup>79)</sup>

b. 行政官廳의 不作爲를 대상으로 할 수 없다. 오스트리아는 西獨이나 스위스와는 달리 立法의 不作爲는 물론 行政官廳의 不作爲에 대하여도 訴願을 인정하고 있지 않음이 특색이다. 判例는 處分の 不作爲에 대하여는 관할권이 없다는 이유로(wegen Unzuständigkeit) 訴願을 허락하고 있지 않다.<sup>80)</sup> 다만 당사자가 處分도 아니고, 직접적인 命令·強制權의 행사도 아니다.<sup>81)</sup> 다만 당사자가 處分을 요구할 수 있는 權利가 있다고 생각하면, 行政裁判所에 決定義務侵害를 이유로 憲法 제132조의 訴願을 提起할 수 있다고 본다.<sup>82)</sup>

### iii) 意 義(Wille)

處分은 行政官廳의 處分을 행한다는 의사가 있어야 한다.<sup>83)</sup> 만일 處分の 要件상 하자가 있더라도 行政官廳이 處分을 행할 의사가 있음이 분명한 경우에는 處分으로 볼 수 있다.<sup>84)</sup>

## ② 處分の 成立

---

75) VerfSlg.7578.

76) 1982. 2. 25. VfGH.

77) VerfSlg.1509.

78) VerfSlg.8450.

79) 1982. 9. 23. VfGH.

80) VerfSlg.1924, 1628, 3942.

81) VerfSlg.6470.

82) VerfSlg.4081.

83) VerfSlg.8023, 7436.

84) VerfSlg.8560.

處分은 당사자에게 송달되거나 구두로 통지되어야 한다.<sup>85)</sup> 處分은 그것이 公布되거나 송달되지 않은 때에는, 반대규정이 없는 한 변경·폐지할 수 있으며 새로운 處分을 행할 수 있다.<sup>86)</sup> 그리고 處分에 誤記가 있는 경우에도 당사자에게 송달된 내용을 표준으로 하며,<sup>87)</sup> 是正處分(Berichtigungsbescheid)은 본래의 處分과 함께 통일되게 다루어진다.<sup>88)</sup> 處分의 宣言(Spruch)과 理由提示는 일체를 형성한다.<sup>89)</sup>

③ 判例가 인정한 處分의 例 行政節次上的 區行政廳의 處分<sup>90)</sup>, 公法上的 일시적 勤務關係의 解決을 告知에 관한 便紙形態의 約定(Verständigung),<sup>91)</sup> 懲戒委員會의 懲戒節次의 開始決定,<sup>92)</sup> 市墓地의 墓地使用權의 소멸에 관한 市(Stadtgemeinde)의 서한,<sup>93)</sup>

州勞動廳의 부소장에 대한 免職決定(Abberufung),<sup>94)</sup> 州政府의 郡소유 公共病院의 移轉要請에 대한 郡의 同意拒絕,<sup>95)</sup> 上級者(Dienstvorgesetzten)의 職務秘密의 解除申請의 거절,<sup>96)</sup> Wien 建築令에 따른 基準線(Fluchtlinien)과 高度(Hohenlagen)의 公示,<sup>97)</sup> 辯護士名簿의 登載, 消滅, 削除,<sup>98)</sup> 行政罰法 제 52조 2항의 執行延期(Strafaufschub) 申請에 대한 決定,<sup>99)</sup> 財政罰法 제93조 1항의 家宅搜索命令<sup>100)</sup>과 동법 제89조 1항의 押收命令,<sup>101)</sup> 兵役法(WehrG) 제33A조의 調査를 위한 소환

---

85) VerfSlg.3087, 2116.

86) VerfSlg.7613.

87) VerfSlg.3610.

88) VerfSlg.7689, 8854.

89) 1982. 6. 17. VfGH.

90) VerfSlg.2611.

91) VerfSlg.2825.

92) VerfSlg.8686.

93) VerfSlg.2727.

94) VerfSlg.2776.

95) VerfSlg.2776.

96) VerfSlg.2846.

97) VerfSlg.3095.

98) VerfSlg.5440.

99) VerfSlg.4568.

100) 1982. 3.3. VfGH.

101) VerfSlg.9308.

(Aufforderung)<sup>102)</sup>과 동법 제6조의 軍事命令에 대한 訴願의 裁決,<sup>103)</sup> 強制手段의 예고하에 이루어지는 召還命令(Landungsbescheid)<sup>104)</sup> (다만 단순한 소환의 處分이 아니라는 것이 일관된 태도이다) 등이다.

④ 處分이 아니라고 한 예

內部的 指示,<sup>105)</sup> 단순한 通知<sup>106)</sup> 建築認可節次(Baunbewilligungsverfahren)에서 口頭審問의 기일을 정한 市長의 告示,<sup>107)</sup> 단순한 官廳의 告示,<sup>108)</sup> 租稅徵收法(AbgabeneinhebungsG) 제13조 5항에 따른 納稅告知書(Lastschriftanzeige)<sup>109)</sup> 區裁判所에 區廳長(Bezirkshauptmannschaft)이 提起한 執行申請(Exekutionsantrag),<sup>110)</sup> 團體協約法에 따라 高等勞動裁判所(Obereinigungsamt)가 制定한 規則,<sup>111)</sup> 담배小賣店契約(Trafikantenvertrag)의 締結 또는 公告,<sup>112)</sup> 下級行政機關이 행한 上級行政機關의 公布의 告示(Promulgation),<sup>113)</sup> 범죄의 보고를 한 新聞送稿(Presseaussendung),<sup>114)</sup> 辯護士<sup>115)</sup>나 獸醫師<sup>116)</sup>에 대한 懲戒節次의 開始決定<sup>117)</sup> 등이다.

⑤ 命令의 형태를 취한 은폐된 行政處分(verschleierte Verfügung im Verordnungsform)

---

102) VerfSlg.6920, 7885.

103) VerfSlg.6920, 7885.

104) VerfSlg.8263.

105) VerfSlg.9113.

106) VerfSlg.1662, 2017, 1970.

107) VerfSlg.4432.

108) 1982. 6. 11. VfGH.

109) VerfSlg.4639.

110) VerfSlg.2220.

111) VerfSlg.2316.

112) VerfSlg.2410.

113) VerfSlg.2769.

114) VerfSlg.6467.

115) VerfSlg.6899.

116) VerfSlg.4587.

117) 1983. 2. 26. VfGH.

處分은 一般規範의 형태 즉 命令의 형태로 발하여서는 안 된다. 만일 處分이 命令의 형태로 발하여진 경우에는 그것이 一般行政行爲(generell Verwaltungsakt)가 아닌 한 憲法 제144조의 訴願을 提起할 수 있다.<sup>118)</sup>

### (3) 직접적인 命令權이나 強制權의 행사

#### ① 직접적인 命令·強制權의 행사의 意義

직접적인 命令·強制權의 행사란 처분적 행위없이 행하는 行政官廳의 執行行爲를 의미한다(소위 事實上 職務行爲). 行政官廳의 이러한 사실상 職務行爲에 대한 訴願은 1946년부터 인정되었다.<sup>119)</sup> 이는 매우 다양한 형태로 나타난다. 직접적인 命令·強制權의 행사가 되기 위하여는 다음과 같은 요건을 충족시켜야 한다.

#### i) 規範性

직접적인 命令·強制權의 행사가 되기 위하여는 規範性(Normalität)이 존재하여야 한다.<sup>120)</sup> 즉 法形成的 法確認의 作用을 주어야 한다.<sup>121)</sup> 따라서 특정한 개인에 대한 個別的·規範的 내용을 지닌 사실상의 職務行爲가 이에 속한다.<sup>122)</sup> 判例에 따르면, 交通標識上의 무게제한은 命令에 속하므로 憲法 제144조의 대상이 아니며,<sup>123)</sup> 行政節次上 上訴에 의하여 다룰 수 없는 사실상 職務行爲(faktische Amtshandlung)는 憲法 제144조에 의하여 직접 憲法裁判所에 다룰 수 있다.<sup>124)</sup> 職務行爲를 명하는 處分이 職務行爲를 행한 후에도 발하여지지 않은 경우에는 職務行爲가 대상이 된다.<sup>125)</sup>

---

118) 判例는 일반의 다른 公務員에 있어서는 處分으로 본다(VerfSlg.4327, 8687).

이는 辯護士등에 있어서는 職務가 제한되지 않기 때문이다.

119) VerfSlg.1685, 3820.

120) Ermacora, a.a.O., s.319.

121) VerfSlg.4082.

122) VerfSlg.7346.

123) VerfSlg.8145, 7346.

124) 1977. 11. 29. VfGH.

125) VerfSlg.4522.

## ii) 强制性

직접적인 命令·强制權의 행사가 되기 위하여는 상대방이 命令에 불응한 때 이를 강제할 수 있어야 한다. 관례도 機關命令에 불이행이 있을 경우, 즉시 강제할 수 있는 성질의 命令이거나,<sup>126)</sup> 命令을 거절한 경우, 即時强制를 기대할 수 있는 때에는 사실상 職務行爲로서의 자격이 부여된 命令으로 보고 있다.<sup>127)</sup> 警察官署로 出頭하라는 公安公務員(Sicherheitswachebeamten)의 命令은 만일 그것을 불이행할 경우에 運轉免許證을 빼앗기거나 逮捕할 수 있는 때라면 사실상의 職務行爲가 된다.<sup>128)</sup> 行政官廳의 忠告는 직접적 命令·强制權의 행사가 아니다.<sup>129)</sup>

## iii) 고권행위

직접적인 命令 强制權의 행사가 되려면 상대방에 대하여 고권적이어야 한다.<sup>130)</sup> 따라서 判例는 道路의 新設,<sup>131)</sup> 閉鎖와 같은 私經濟行政,<sup>132)</sup> 郵便電信管理局 機關에 의한 電話附屬施設(Fernsprechzusatzeinrichtung)의 撤去,<sup>133)</sup> 聯邦의 담배가게主人에 대한 委託行爲(Vergabeakt),<sup>134)</sup> 道路協會의 指示(Vorschreibung),<sup>135)</sup> 고용주의 源泉稅의 徵收<sup>136)</sup> 등의 행위를 高權性이 결여되어 있다는 이유로 직접적인 命令·强制權의 행사로 보고 있지 않다.

## ② 判例가 인정한 예

i) 裁判官의 命令에 따른 拘留는 裁判行爲로써 訴願의 대상이 되지 않

---

126) VerfSlg.2450, 3848, 6754.

127) VerfSlg.8327, 8289.

128) VerfSlg.7516.

129) 982. 9. 24. VfGH. 예 : 無線受信施設(funkempfangsanlage)의 外國으로 호송에 관한 우체기관의 提示.

130) VerfSlg.8881.

131) VerfSlg.7914.

132) VerfSlg.8347.

133) VerfSlg.8420.

134) 978. 12 1. VfGH.

135) VerfSlg.8366.

136) VerfSlg.7975.

는다.<sup>137)</sup> 다만 法院의 逮捕命令없이 행한 聯邦警察局的 機關의 拘禁,<sup>138)</sup> 拘留,<sup>139)</sup> 外國人에 대한 強制退去를 위한 拘禁(Schubhft) 등은 직접적인 命令·強制權의 행사로 보고 있다. 그리고 逮捕는 處分이 아니고 직접적인 命令·強制權의 행사로 보는 것이 判例의 일관된 태도이다.<sup>140)</sup>

ii) 구체적인 예

당사자를 호송하면서 발생한 물리적인 警察強制行爲 구타<sup>141)</sup> 머리카락을 낚아챌(Zerr),<sup>142)</sup> 손으로 낚아채거나(Handschellen)<sup>143)</sup> 나무로 묶거나<sup>144)</sup> 하는 人身結縛 (Fesselung), 따귀를 때림(Ohrfeigen),<sup>145)</sup> 銃器使用 (Schusswaffe)<sup>146)</sup> 등은 사실상 職務行爲로 인정하였다.

未決因(Untersuchungshaftling)의 審問은 審問을 통해 被調査者의 權利를 侵害할 의사가 없는 한 訴願의 대상이 되지 않는다.<sup>147)</sup> 法院의 命令없이 행한 家宅搜索<sup>148)</sup>은 訴願의 대상으로 인정하고 있으나, 사람을 찾기 위하여 住居에 단순한 발을 들여놓음은 家宅搜索이 아니므로 대상에서 제외시키고 있다.<sup>149)</sup> 執行節次를 경유하지 않거나 送達되지 않은 채 행한 執行行爲는 사실상 職務行爲로 본다.<sup>150)</sup> 그러나 필요한 事前節次를 경유하지 않거나 送達되지 않은 채 행한 執行行爲는 사실상 職務行爲로 본다.<sup>151)</sup>

行政罰法 제53조 1항에 形執行을 위한 強制的인 拘引은 사실상 職務行

---

137) VerfSlg.5807.

138) VerfSlg.7857, 8293, 8439, 8633.

139) VerfSlg.8680.

140) VerfSlg.8038.

141) VerSlg.7983, 8016, 8041, 8044.

142) VerfSlg.8145.

143) VerfSlg.8146.

144) VerfSlg.8146.

145) VerfSlg.8231.

146) VerfSlg.8296.

147) VerfSlg.8082.

148) VerfSlg.6140, 7954.

149) Verfslg.7943, 8298, 8545.

150) VerfSlg.8668.

151) VerfSlg.7514.



爲가 아니며,<sup>152)</sup> 形執行을 위한 소환은 處分도 아니고 사실상 職務行爲도 아니며 단순한 通知에 불과하다.<sup>153)</sup> 증인으로 출두하라는 최고가 召喚處分 없이 이루어졌을 때, 그것이 非拘束의인 召喚이 아닌 命令으로 이해될 때에는 직접적인 命令·強制權의 행사이다.<sup>154)</sup>

財政罰法上的의 強制的인 물건의 押留處分은 직접적인 命令·強制權의 행사이다.<sup>155)</sup>

iii) 道路交通法(Straßenverkehrsordnung)의 執行領域

道路交通法 제5조 2항의 強制的인 알콜 測定은 사실상 職務行爲이나<sup>156)</sup> 상대방의 동의하에 이루어진 血液채취는 아니다.<sup>157)</sup> 따라서 自由意思로 이루어진 alkoholtest, 血液檢査는 직접적인 命令·強制權의 행사가 아니다.<sup>158)</sup> 알콜 濃度違反으로 運轉免許證의 收取는 訴願의 대상이 된다.<sup>159)</sup> 表紙版<sup>160)</sup> 과 入場券<sup>161)</sup>의 收取나 試運轉證<sup>162)</sup>의 一時領置, 自動車키의 留置(Verwahrung)나 除去(Abziehen) 또는 승용차의 搜索,<sup>163)</sup> 所有者의 意思에 반한 哨兵에 의한 車輛使用,<sup>164)</sup> 승용차의 急派(輸送)<sup>165)</sup> 등은 사실상 職務行爲에 속한다.

iv) 政治權의 領域

選舉人名簿에서의 삭제,<sup>166)</sup> 選舉를 위한 入場拒絶은 投票의 拒絶로써

---

152) VerfSlg.8752.

153) VerfSlg.8297, 8488.

154) 1978. 12. 20. VfGH.

155) VerfSlg.8359.

156) VerfSlg.9308.

157) VerfSlg.9308.

158) VerfSlg.7499.

159) VerSlg.8138.

160) VerfSlg.7428.

161) VerfSlg.7428, 8669.

162) VerfSlg.8294.

163) VerfSlg.8569.

164) VerfSlg.7931.

165) 1982. 10. 5. VfGH.

166) VerfSlg.8231.

사실상 職務行爲에 속하며,<sup>167)</sup> 郡議會의 召集을 위한 소속원에 대한 通知는 직접적인 命令·強制權의 행사가 아니다.<sup>168)</sup>

v) 不作爲

行政機關의 단순 不作爲는 대상이 안 된다는 것이 判例의 일관된 입장이 다.<sup>169)</sup> 따라서 判例는 集會의 방해행위에 대한 警察의 不作爲나,<sup>170)</sup> 國民議會選舉法에 의한 後援宣言(Unterstützungserklärung)의 確認拒否는 사실상 직무행위가 아니라고 한다.<sup>171)</sup> 또한 在所者(Strafgefangenen)에게 특정한 藥의 提供을 하지 않은 것이나,<sup>172)</sup> 通關節次(Verzollungsverfahren)에서 稅關員의 물건의 不引渡,<sup>173)</sup> 船空運輸當局(Luftfahrbehörde)의 비행기로의 수하물의 發送 거부 등은 사실상 職務행위가 아니라고 한다.<sup>174)</sup>

vi) 기 타

區行政當局에 의한 精神病患者의 拘束<sup>175)</sup>, 病院으로 隔離命令,<sup>176)</sup> 生活必需品法(LebensmittelG) 제39조의 見本商品의 收去,<sup>177)</sup> 물건의 押留(Beschlagnahme),<sup>178)</sup> 邊方統制機關의 通行證의 受取<sup>179)</sup> 武器法(WaffenG) 제13조의 武器·彈藥의 受取(Abnahme),<sup>180)</sup> 區農業廳(Argrarbezirksbehörde)의 隔離處分(Absperrungsmassnahmen),<sup>181)</sup> 市長의 墓石의

---

167) VerfSlg.7924, 7992, 8046, 8306.

168) VerfSlg.7669, 7823.

169) VerfSlg.7823.

170) 983. 2. 25. VfGH.

171) VerSlg.6470, 9025.

172) 1982. 3. 1. VfGH.

173) VerfSlg.7691.

174) VerfSlg.5613, 6993.

175) VerfSlg.7574, 7691.

176) VerfSlg.7848.

177) VerfSlg.3592.

178) VerfSlg.8180.

179) VerfSlg.8471, 9020.

180) VerfSlg.8476.

181) VerfSlg.8051.

墓壇(Grabsteinsockel)의 除去命令<sup>182)</sup> 등은 사실상 職務行爲로 인정하고 있다.

### III. 西獨에서의 憲法訴願의 對象

오스트리아는 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에서 제외시키고 있고 스위스는 聯邦機關의 公權力을 제외시키고 있으나 西獨은 가장 광범위하고 완벽하게 憲法訴願을 정착시키고 있다.

#### 1. 公權力의 意義

憲法訴願은 모든 國家機關의 公권력에 대해서 提起할 수 있다. 國家機關은 立法·行政·司法 등의 모든 機關을 포함한다. 國家機關은 間接的 國家行爲를 담당하는 機關도 포함한다(公法上の 社團, 營造物, 財團,<sup>183)</sup> 聯邦鐵道, 聯邦郵遞局).

#### (1) 教會

教會가 國家로부터 委任받은 權限을 행사하거나, 教會의 處分이 國家行爲의 범주에 속한다면 憲法訴願의 대상이 될 수 있다. 예를 들어 公法人인 宗教團體는 각 州의 法律이 정하는 租稅基準에 따라 市民徵稅名簿(bürgerliche Steuerlisten)에 의거하여 租稅를 課하는 權利를 가지고 있다. 이 경우 教會의 租稅公務員이 違憲的인 課稅處分을 내린다면 이에 대하여 憲法訴願을 提起할 수 있다.<sup>184)</sup> 그러나 교회 자신의 본질적인 문제 예를 들어 教區의 分割을 規制하는 教會內部的 行위에 대하여는 憲法訴願

---

182) VerfSlg.7633.

183)

184) VerfSlg.7918.

을提起할 수 없다.<sup>185)</sup>

## (2) 國家의 公權力 이외의 私法行爲

國家機關의 行爲가 公法形式 외에 私法形式으로 행해지는 경우에도 訴願의 대상이 될 수 있는가가 문제된다.

國家가 公法的으로 행동하는 경우에는 그 目的여하를 불문하고 憲法訴願의 대상이 되나, 國家가 私法的인 行爲形態를 선택한 경우에는 憲法訴願의 대상이 되는가가 問題될 수 있다.

國家가 그의 公的인 業務를 私法形式으로 수행하더라도 公的인 業務를 수행하는 한 基本權에 구속되어야 하므로, 國家는 基本權의 享有자가 될 수 없으며 基本權保障의 義務者일 수밖에 없다. 따라서 이 경우에도 憲法訴願의 對象이 될 수 있다. 그러나 公的인 任務와 상관없는 經濟的인 營利行爲를 하는 때에는 訴願의 對象이 될 수 없다.<sup>186)</sup>

## (3) 外國의 高權行爲

憲法訴願을 提起할 수 있는 公權力은 西獨의 國家行爲로 국한된다. 따라서 外國의 公權力<sup>187)</sup>이나 占領軍의 行爲<sup>188)</sup>등과 같은 다른 나라의 公權力이나 西獨의 主權이 미치지 않는 高權行爲에 대하여는 訴願을 提起할 수 없다. 더우기 聯邦憲法裁判所의 判決에 의하면 Berlin支邦의 行爲에 대하여도 訴願을 허락하고 있지 않으며,<sup>189)</sup> 東獨의 行爲에 대하여도 訴願을 인정하고 있지 않다.<sup>190)</sup>

---

185) BVerfGE 47, 198(223).

186) BVerfGE 19, 288(289).

187) BVerfGE 18, 385(386).

188) Pestalozza VerfassungsrozeBrecht, 2. Auf1., 1982, S.101.

189) BVerfGE 6, 2890(295)-Nachrustung.

190) BVerfGE 15, 337(346).

## 2. 公權力的 範圍

### (1) 法律에 대한 憲法訴願

#### ① 法律

法律이 특별한 執行行爲 없이 直接的으로, 그리고 實現的으로 國民의 基本權을 侵害할 경우에는 다른 節次를 正當함이 없이 바로 法律에 대하여 憲法訴願을 提起할 수 있다.<sup>191)</sup> 法律은 形式的 意味의 法律 이외에 實質的 意味의 法律(法規命令이나 條約)도 포함된다.

法律은 公布되어야 한다. 따라서 議決되지 않은 法案이나, 議決되어도 公布되지 않은 것은 訴願의 對象이 되지 않는다.<sup>192)</sup> 다만 法律의 公布後 그 施行前에 訴願의 提起가 가능한가에 관하여는 見解가 대립된다. 條約 체결을 同意하는 法律에 대해서는 立法機關에 의한 立法節次가 終了한 후 大統領이 批准과 公布하기 전에 訴願을 提起할 수 있으며, 執行行爲를 요하는 法律은 原則的으로 다른 法的 救濟手段을 終了한 후에만 提起가 가능하다.

法律에 대한 間接的인 訴願에 있어 具體的 規範統制가 補充性的 原則에 따른 事前에 거쳐야 하는 法的 救濟節次인가가 問題된다.<sup>193)</sup>

憲法違反의 憲法規範의 존재를 생각할 수 있으므로 正義의 原則에서 벗어난 憲法規定도 예외적으로 憲法訴願의 對象이 된다는 것이 判例의 立場이다.<sup>194)</sup> 聯邦憲法裁判所는 基本法 제117조 1항(男女平等權에 관한 경과규정)의 效力에 관한 判決에서 憲法規定 상호간에 價値의 우열이 있고, 憲法制定 勸力を 拘束하는 초실정적인 自然法의 존재를 인정함으로써 이리

---

191) BVerfGE 55, 349(363) : Pestalozza a.a.O., S.102.

192) BVerfGE 1, 332(342) : Reggemann, Rechtshilfe in Strafsachen zwischen Bundesrepublik und DDR, NJW 1974, S.1841.

193) Pestalozza a.a.O., S.103. : Zuck, S.195.

194) BVerfGE 11, 339(342).

한 입장을 취하였다.<sup>195)</sup>

## ② 法規命令

聯邦政府, 聯邦長官 또는 州政府은 法律에 따라 法規命令을 말할 수 있는 바 이 法規命令으로 인하여 직접 權利를 侵害받은 자는 憲法訴願을 提起할 수 있다. 따라서 法律의 授權規定(§80 ① G.G)을 違反한 法規命令은 基本法 제2조 1항의 憲法秩序에 합치하지 않으므로 法規命令이 직접 國民의 基本權을 侵害한다면 憲法소원을 提起할 수 있다.<sup>196)</sup> 그리고 基本權을 侵害하는 命令을 根據로 判決이 내려진 경우에도 法規命令에 대한 間接的 憲法訴願을 提起할 수 있다.

## ③ 條 例

條例(Satzung)에 대하여 訴願을 인정한 예가 있다.<sup>197)</sup>

## ④ 立法機關의 不作爲

i) 立法機關의 不作爲로 個人的 基本權이 侵害될 수 있는가가 問題된다. 聯邦憲法裁判所는 法律의 基本權侵害性を 確認하고 規範의 違憲無效를 宣할 수 있을 뿐이지, 그 內容의 변경을 명하거나 國家에 급부나 작위를 명할 수 없다. 다만 일정한 조건하에서 예컨대 憲法이 명시적으로 立法義務를 부과한 경우 이를 태만히 한 경우에는 憲法訴願이 가능하다고 본다. 基本權 중에서 自由權은 國家의 不作爲義務를 前提로 하므로 問題가 없다. 基本權 중에서 自由權은 國家의 不作爲義務를 前提로 하므로 問題가 없다. 問題는 生存權을 보장하기 위하여 國家에게 적극적인 作爲義務가 있는지의 여부이다. 生存權 중 立法義務(行爲義務)의 內容과 範圍 基本權에 의하여 本質的으로 한계지워진 것은 國民의 權利로 생각하여 立法機關의 不作爲에 대해 訴願을 提起할 수 있다고 본다.<sup>198)</sup>

### ii) 具體的인 考察

基本法 제1조 1항의 “人間的 尊嚴성은 不可侵이며, 이를 尊重하고 保護

---

195) Schlaich, a.a.O., S.118.

196) BVerfGE 3, 223(232).

197) 이 判決에 대하여 Bachof, Lechner, Geiger 등은 判例를 지지하였으나, Scheuner, Apelt 등은 批判하고 있다.

198) BVerfGE 62, 117(119) : 65, 248(249).

하는 것은 모든 國家權力の 의무이다”라는 規定에서 國家權力の 義務가 立法機關의 具體的 作爲義務를 의미한다고 볼 수 없다.<sup>199)</sup>

基本法 제20조의 社會國家의 原則과 관련하여 立法機關에는 社會的인 機能을 수행할 義務가 있으며 立法機關은 상호 대립하는 理解를 조정하며 生活條件의 개선을 위해 노력하여야 한다고 判決하고 있다. 따라서 이러한 義務를 자의적으로 實際的인 理由없이 태만히 한 경우에는 個人的 基本權이 侵害되는 結果를 가져오므로 이에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있다.<sup>200)</sup>

憲法이 法律의 制定을 특별히 요구하고 있는 경우(§131 G.G.)에 法律을 制定하지 않거나, 不充分하게 制定한 때에는 訴願의 대상이 된다. 이와 같은 憲法訴願은 立法機關의 不作爲에 의해 自身の 基本權이 現在, 그리고 直接 侵害 받았다고 主張함으로써 提起할 수 있으며, 주로 基本權 侵害의 確認을 구하는 方法으로 提起된다.

## (2) 行政行爲에 대한 憲法訴願

行政行爲로 인한 基本權侵害의 경우에도 訴願을 提起할 수 있음은 물론이다. 다만 憲法訴願의 補充性的 原則에 따라 먼저 行政爭訟節次를 경유하여야 한다. 訴願의 對象이 되는 행정행위는 상대방을 拘束하는 것이어야 하므로, 非拘束的 行政計劃이나, 상대방에게 구속력이 없는 行政指導, 그리고 단순한 通知나 解明 등은 訴願의 對象이 될 수 없다. 行政行爲에는 侵害行政뿐 아니라 금부행정도 포함된다. 特別權力關係도 포함되고 自由裁量行爲도 원칙적으로 배제되지 않는다. 또한 訴訟上の 和解나 私人사이의 契約등은 대상이 될 수 없다. 行政處分の 취소로 權利救濟가 가능하여야 하므로 赦免權의 行使와 같은 것은 訴願의 대상이 되지 않는다.<sup>201)</sup> 그러나 赦免權의 取消은 行政處分으로 보아 訴願을 許諾하고 있다.<sup>202)</sup> 統

---

199) BVerfGE 65, 325(326)-Zweitwohnungssteuer.

200) BVerfGE 11, 255(261) : 12, 139(142).

201) Maunz, G.G. Kommentar, Rdnr 1. zu §1 G.G.

202) BVerfGE 1, 105.

治行爲는 憲法訴願의 대상으로 인정하고 있다.<sup>203)</sup>

租稅·年金·建築·警察·刑執行 등의 行政行爲에 대해서는 訴願 提起에 앞서 필요한 모든 行政訴訟를 經유하여야 한다(行政裁判所, 上級行政裁判所 및 聯邦行政裁判所 모두를 經유하여야 한다). 따라서 行政行爲에 대한 訴願은 일반적으로 事件을 審理한 終審裁判所의 裁判에 대한 訴願으로 귀착되게 된다. 만일 訴願提起者가 行政爭訟의 提起節次를 違反하거나 또는 出訴期間을 스스로 取下한 경우에는 事前的인 法的 救濟節次를 거치지 않았으므로 憲法訴願은 허용되지 않는다.

그러나 憲法訴願이 一般的인 重要性을 가지고 있거나, 事前的 法的 救濟節次에 의할 경우 訴願提起者에게 重大하고 피할 수 없는 損害가 발생할 우려가 있는 경우에는 바로 訴願을 提起할 수 있다(\$93 ② BVerfGG 但書). 이 때에는 1개월 以內에 訴願이 提起되어야 한다.

### (3) 裁判에 대한 憲法訴願

一般法院도 國家의 公권력을 행사하는 機關이므로 法院의 裁判도 憲法訴願의 대상이 된다.<sup>204)</sup> 歐州法院, Berlin法院, 外國法院 등의 裁判은 憲法訴願의 대상이 안 된다.

法院의 裁判은 最終心의 裁判만을 의미한다. 中間裁判은 最終裁判을 다툼으로서 違憲여부에 대한 救濟可能性이 있으면 그것만을 독립하여 訴願의 대상으로 삼을 수 없다.<sup>205)</sup> 따라서 原則적으로 最高裁判所의 裁判에 대하여만 訴願提起가 가능하다. 上告棄却의 裁判도 포함한다.

期日의 指定, 召喚, 證據決定 등과 같은 訴訟係續中の 訴訟內部에 관한 단순한 中間裁判에 대하여는 訴願을 提起할 수 없다. 이러한 中間裁判의

---

203) BVerfGE 25, 352.

204) BVerfGE 30, 108.

205) BVerfGE 12, 354(362) : 55, 349(364) : Zuck, Political question doctrine, Judicial Self-Restraint und das BVerfG, JZ 1974, S.361.



基本權侵害를 理由로 하여서는 最終裁判에 대한 訴願을 提起하여야 한다.<sup>206)</sup> 中間裁判

에 대한 獨立的 憲法訴願을 허용하지 않는 것은 행정처분에 대한 憲法訴願에서 단순한 準備行爲(Verbereitungs- handlungen)를 公權力 행사로 볼 수 없는 것과 같은 맥락에서 理解할 수 있다.<sup>207)</sup>

最終裁判에 대해서만 訴願을 提起할 수 있으나 提訴理由로는 원래의 侵害行爲 즉 行政行爲의 基本權侵害를 主張할 수도 있고 裁判(下級審이거나 上級審을 불문한다)의 基本權侵害를 주장할 수도 있다.<sup>208)</sup>

裁判에 대한 憲法訴願에 있어서는 法の 形成이나 構成要件의 확정 및 평가 또는 法律의 解釋과 適用이 특정한 憲法規範을 侵害했다는 것은 理由로 하여야지 單純한 法律上的 조치가 訴訟關係人の 憲法上 權利를 侵害하였거나, 裁判의 내용이 자의적이거나, 法律의 해석이 基本權 原理에 반하거나, 基本權을 侵害하는 違憲法律의 適用, 基本權을 侵害한 때에는 원칙적으로 訴願을 提起할 수 없다.<sup>209)</sup> 裁判理由가 指針的 性格을 가지거나 判決을 結果의으로 유지할 수 없는 判決理由속에 나타난 違憲的인 法的 見解도 憲法訴願으로 다룰 수 없다.<sup>210)</sup> 裁判이 一部 違憲的이고 一部 合憲的인 경우에는 違憲的 部分과 관련하여 憲法訴願이 허용된 경우도 있다.<sup>211)</sup> 단, 원칙적으로 主文이 기준이 된다. 그러나 판결이유가 관계자에게 獨自的인 부담을 주는 경우에 憲法訴願이 인정될 수 있다.<sup>212)</sup>

---

206) Gusy, die Verfassungsbeschwerde 1988., S.25.

207) BVerfGE 21, 319(343)

208) BVerfGE 21, 319.

209) Gusy, a.a.O., S.28.

210) Pestalozza a.a.O., S.104.

211) BVerfGE 13, 132(152).

212) BVerfGE 8, 224.

#### IV. 憲法訴願에 관한 比較法的考察

憲法訴願을 提起할 수 있는 公權力의 範圍에 대하여 각국의 태도가 다르다.

##### 1. 憲 法

개별적 憲法規定의 違憲與否를 다룰 수 있을까?

西獨 聯邦憲法裁判所는 正義의 原則에 위반된 憲法規定도 例外的으로 憲法訴願의 對象이 될 수 있다는 입장을 보이고 있다.<sup>213)</sup>

스위스는 聯邦憲法에 대한 憲法訴願은 허락되지 않는다. 다만 칸톤憲法에 대하여는 學說과 判例가 서로 대립되고 있다. 聯邦裁判所는 聯邦憲法上的 權利侵害를 이유로 칸톤 憲法을 직접 訴願의 對象으로 하는 것을 許諾하고 있지 않으나,<sup>214)</sup> 學說은 이를 지지하고 있지 않다.

오스트리아는 違憲法律審査의 對象으로는 聯邦憲法律과 州憲法律을 포함하나, 個別訴願의 對象으로는 이를 제외하고 있다.<sup>215)</sup>

##### 2. 法 律

西獨이나 오스트리아는 法律이 直接的으로 國民의 基本權을 侵害한 때에는 憲法訴願의 提訴를 허용하고 있다. 法律은 公布되어야 한다.<sup>216)</sup> 다

---

213) BVerfGE 25, 75.

214) BVerfGE 6, 9. ; 이 裁判에서는 비록 無罪判決이 났다 하더라도 증거불충분으로 無罪가 된 경우에는 基本法 제1조 2항을 侵害하였다는 理由로 裁判理由에 대한 訴願을 인정하고 있음이 특색이다.

215) BVerfGE 3, 223(232).

216) BGE 56 I 330 ; 64 I 164.

만 西獨에서는 法律의 公布後 그 施行前에 法律에 대한 憲法訴願을 提起할 수 있는가에 대하여는 見解가 나누인다.

오스트리아는 法律·命令에 대한 憲法訴願은 인정하지 않았으나, 1975년 聯邦憲法의 改正으로 이를 憲法에 편입시켰다.

스위스에서는 聯邦法律은 憲法訴願의 對象으로 할 수 없으며, 칸톤의 法律에 대하여만 訴願의 계기가 가능하다 (§84 OG). 칸톤法律에 대하여는 判例와 學說이 서로 다른 입장을 취한다.

聯邦裁判所는 法律을 憲法訴願의 對象에 포함시키고 있으나,<sup>217)</sup> 學說은 聯邦政府의 承認의 法的 性質에 따라 憲法訴願의 對象여부를 決定하고 있다. 즉 聯邦政府의 承認을 얻어야 效力이 發生하는 칸톤法律은 憲法訴願의 對象에서 제외시키며, 承認이 단순히 選言的 효력만 지니는 것일 때에는 憲法訴願의 對象에 포함시키고 있다.<sup>218)</sup>

### 3. 命 令

西獨, 오스트리아, 스위스 모두 法規命令으로 인하여 國民의 基本權이 侵害된 때에는 憲法訴願을 提起할 수 있음을 허락하고 있다.<sup>219)</sup>

公布된 法規命令에 대하여만 인정하며, 行政内部的 指示에 불과한 行政命令에 대하여는 憲法訴願을 제기할 수 없다는 점도 共通的으로 인정된다.

### 4. 立法의 不作爲

公權力의 不作爲에 대한 訴願이 인정되느냐가 問題된다. 먼저 立法者의 不作爲에 대하여, 西獨이나 스위스는 立法義務가 憲法規定에 의하여 명백

---

217) Walter/Mayer, a.a.O., S.283.

218) BVerfGE 11, 339(342). : Walter/Mayer, a.a.O., S.283.

219) BGE 52 I 162 : 71 I 253.

한 경우에 그리고 法律이 制定된 경우에도 不充分한 立法일 때에는 憲法訴願이 허용된다고 본다.<sup>220)</sup>

다만 오스트리아는 立法의 不作爲<sup>221)</sup> 및 行政官廳의 不作爲<sup>222)</sup> 대하여 모두 憲法訴願을 허용하고 있지 않다. 이는 處分の 不作爲는 處分이 존재하지 않는다는 理由로 허용하고 있지 않다. 다만 당사자가 處分을 요구할 수 있는 權利가 있다고 생각되면, 行政裁判所에 決定義務의 侵害를 理由로 聯邦憲法 제132조의 訴願을 提起할 수 있다고 본다.<sup>223)</sup>

## 5. 行政行爲

行政官廳의 行政行爲에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있는 것은 3國의 공통된 현상이다. 西獨이나 스위스는 法院의 裁判에 대하여 憲法訴願을 허용하고 있기 때문에, 憲法訴願의 補充性 原則에 따라 行政行爲에 대한 訴訟을 먼저 提起하여야 한다. 따라서 行政行爲에 대한 憲法訴願은 거개가 法院의 裁判에 대한 憲法訴願으로 귀결된다. 다만 오스트리아는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 인정하고 있지 않기 때문에 西獨이나 스위스에 비하여 중대한 意義를 지닌다.

오스트리아에서 憲法訴願의 對象이 될 수 있는 것은 行政官廳의 處分이다. 이 處分이란 個別的·權力的·形式的 行政行爲를 의미하는 바, 處分이 되기 위하여는,

첫째, 具體的으로 權利關係를 形成·確認하여야 하며,

둘째, 對外的 高權行爲이어야 한다. 따라서 規範的 內容을 담고 있지 않은 法的救濟 手段의 敎示(Rechtsmittelbelehrung)<sup>224)</sup>나, 단순한 通知行爲,<sup>225)</sup> 또는 公證<sup>226)</sup>은 인정될 수 없다.

---

220) Giacomette, a.a.O., S.110 ; Schuer, a.a.O., S.155.

221) BVerfGE 62, 117(119) ; §139-1 B-VG ; BGE 75 I 214.

222) BVerfGE 56, 54(70) ; BGE 60 I 364 ; Schuler, a.a.O., S.159.

223) VerfSlg.3744, 4213.

224) VerfSlg.1628, 1924, 3942.

225) VerfSlg.4081.

226) VerfSlg.4007.

處分은 對外的 高權行爲이어야 하므로, 團體內部에서만 效力을 갖게 되는 懲戒委員會의 懲戒決定이나<sup>227)</sup>, 官廳內部的 命令<sup>228)</sup> 등은 處分이 될 수 없다.

그리고 오스트리아에서는 處分없이 행하는 行政官廳의 執行行爲 소위 事實上 職務行爲에 대하여도 憲法訴願을 提起할 수 있도록 規定하고 있다. 이 事實上 職務行爲에 대한 憲法訴願은 1946년부터 비로소 인정된 것이다.

## 6. 法院의 裁判

西獨이나 스위스는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 인정하고 있다. 法院의 裁判은 最終審의 裁判만을 의미하며, 中間裁判에 대하여는 終局裁判과 함께 다투어야지 獨立的으로 訴願을 提起할 수 없다.<sup>229)</sup>

西獨에서는 原行政處分の 基本權侵害를 主張하거나 또는 裁判의 基本權侵害를 主張할 수도 있는 반면에, 스위스에서는 원래의 違法한 行政處분에 대하여는 憲法訴願을 提起할 수 없고 반드시 裁判에 대하여만 憲法訴願을 提起하여야 한다는 점에서 구별된다.<sup>230)</sup>

오스트리아는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 인정하고 있지 않다.

---

227) VerfSlg.9095.

228) VerfSlg.4032.

229) VerfSlg.7578.

230) 1982. 2. 25. VfGH.

## 第二節 立法作用에 대한 憲法 訴願

邊 精 一

(憲法裁判所 事務處長)

### I. 序論的 考察

#### 1. 問題의 提起

우리의 법질서 속에 憲法訴願制度가 수용되었다고 하는 것은 “國家權力の 불가침”에서 “國民의 自由의 불가침”으로 인도되는 國家構造의 發展史上 重大한 의미가 있다. 이와 같은 기본적인 힘의 移動은 모든 國民뿐 아니라 國家權力の 擔當者에게도 중대한 변화를 가져오게 된다. 그러나 國家權力 相互間의 關係속에서 힘의 重點이 이동되었다는 사실이 아직 일반적으로는 의식되지 않고 있는 듯하다. 憲法訴願은 공권력 작용의 합헌성을 보장함으로써 國民의 自由와 權利保護의 死角地帶를 메우고 司法府에 의한 基本權 侵害를 구제하기 위하여 인정된 國家에 대한 최후의 구제수단으로 발전하여 왔다.<sup>1)</sup>

憲法訴願이 具體的 規範統制로써 해결할 수 없는 權利救濟의 死角地帶를 구제하는 면에 그 의의가 주어진 것은 사실이나, 우리나라에서는 裁判에 대한 憲法訴願을 허용하고 있지 않기 때문에 憲法訴願이 주로 立法統制에 흐르는 기이한 현상이 나타나고 있다. 立法作用에 대한 憲法訴願은

1) 金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 서울大學校 法學博士學位論文, 1990. 2. p.30.

우리에게 생소하고 어려운 문제에 속하는 것이다. 立法作用에 대한 憲法訴願은 우리나라에서는 학문적 연구가 거의 없는 상태로서, 기존의 權利救濟體系와는 부딪치는 문제가 많고, 기존의 시각으로는 이해하기가 어려운 문제가 많으며, 해결하여야 할 문제가 많은 것 또한 사실이다. 특히 立法作用에 대한 憲法訴願의 本質은 무엇이며, 기존의 具體的 規範統制와는 어떻게 구별되는가. 이러한 종류의 憲法訴願을 인정하는 實益은 무엇인가. 또한 西獨과 서로 다른 法體系를 가지고 있는 우리의 憲法體系下에서 허용될 수 있는지, 그리고 모순은 없는가가 문제되지 않을 수 없다. 그리고 현행 우리의 立法體系에서 改善해야 될 점은 없는가 등의 문제가 있다.

## 2. 立法作用의 意義

立法의 概念에 관해서는 그것이 무엇을 의미하는가에 관하여 意見이 구구하다.<sup>2)</sup> 立法을 實質的으로 이해하는 입장에 의하면 法規를 定立하는 國家作用 또는 一般的·抽象的인 法規範을 定立하는 國家作用으로 이해한다. 반면에 立法을 形式的으로 이해하는 입장에 의하면 形式的 의미의 法律을 제정하는 것으로 이해하고 있다. 오늘날은 實質的의미의 立法으로, 즉 一般的인 法規範의 定立作用으로 이해하는 견해가 有力하고, 이것이 타당하다고 본다. 따라서 本稿에서도 立法作用으로 이해코저 한다. 立法作用을 이와 같이 실질적으로 이해할 때 이에는 憲法, 法律(條約, 緊急命令, 緊急財政經濟命令 포함), 命令, 規則, 條例 등이 해당된다. 이러한 諸規範에 대하여 모두 憲法訴願을 인정할 것인가는 各國의 法體系에 따라 상이하다.

---

2) 金哲洙, 憲法學概論, p.691 ; 權寧星, 憲法學原論, p.644 이하.

### 3. 歴史的 背景

#### (1) 西 獨

##### i) Bonn 基本法 制定前

독일에 있어서 立法作用에 대한 憲法訴願의 역사는 얼마되지 않는다. 20세기에 비로서 등장된 것이다.<sup>3)</sup> 연방차원이나 주차원을 불문하고 立法作用에 대한 憲法訴願이 이루어진 것은 Bonn基本法이 만들어진 이후의 일이다. 憲法訴願이 처음으로 등장하게 된 것은 꽤 오래 전의 일이나, 立法作用에 대한 憲法訴願이 인정된 것은 극히 최근의 일이다. 憲法訴願의 효시라 볼 수 있는 1849년 Frankfurt 帝國憲法(同憲法은 비록 效力發生을 보지 못하였어도, 모든 독일國民에게 帝國憲法에 의하여 보장된 基本權의 侵害를 이유로 帝國法院에 提訴할 수 있도록 규정된 바 있다) 憲法訴願을 인정하였으나, 프랑크후르트 國民議會(Frankfurter Nationalversammlung)에서는 立法作用에 대한 憲法訴訟(Verfassungsklage)을 허락하지 않았기 때문에<sup>4)</sup> Bonn 基本法 制定까지는 立法作用에 대한 憲法訴願은 인정되지 못하였다. 이것이 立法者에 대하여 節次的으로 執行할 수 있는 請求權을 國民에게 주려는 全體 國家次元에서의 유일한 시도였다.<sup>5)</sup> 主次元에서의 현황을 보면, 1818의 Bayern 憲法, 1818의 Baden 憲法, 1819 Württemberg 憲法, 1831 Sachsen 憲法이 訴願權(Beschwerderecht)을 보장하였다.<sup>6)</sup> 그러나 여기에서도 개인에게 보장된

---

3) Kurt Büsser, Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, diss, Mainz, 1967, S.4.

4) K. Büsser, (FN3), S.4.

5) 1867 北獨逸聯盟(Norddeutschen Bund)이나 1871 帝國憲法 역시 訴願權(Beschwerderecht)을 알지 못했고, 1919 weimar 帝國憲法 역시 憲法的 權利의 侵害로 인한 個別訴願(Einzelbeschwerden)에 관하여 언급이 없다.

6) 1888년에 처음으로 Verfassungsbeschwerde라는 表現이 등장한다.K. Büsser(FN3), S.5.



基本權을 侵害한 立法機關의 行爲를 직접 다룰 수 있는 권한을 부여하지는 않았다. 현대적 의미의 憲法訴願의 효시라 할 수 있는 1919 Bayern 憲法도 제93조에서 직접적으로 憲法訴願을 규정한 바 있으나, 그 당시 法院의 判例에 의하면<sup>7)</sup> 主議會(Landtag)를 同憲法 제93조의 官廳으로 간주하지 아니하였다.<sup>8)</sup> 따라서 Bayern州議會의 立法作用에 대하여는 訴願을 提起할 수 없었다. 기타 州에서도 1945년까지는 他機關의 侵害에 대하여 議會에 憲法訴願을 제기할 수는 있어도 議會의 行爲에 대하여 議會에 訴願提起는 불가능했다.<sup>9)</sup>

#### ii) Bonn 基本法 制定後

基本法 制定以後에 聯邦次元에서는 立法作用에 대한 憲法訴願이 인정되고 있으나, 州次元에서는 Bayern, Hessen, Saarland에서만 規範制定主體에 대한 憲法訴願을 허용하고 있다. 基本法에서는 憲法訴願이 빠져있었으나, 1951년 聯邦憲法裁判所法을 制定할 때 憲法訴願의 근거를 두었고, 이후 19차 기본법개정법률을 통하여 基本法에 편입되었다. 1946년 Bayern 憲法은 제98조 4항에서 立法作用에 대한 直接的인 爭訟可能性은 民衆訴訟의 형태로 보장하고 있다. 즉 Bayern의 모든 州民은 法律·命令의 違憲性を 憲法訴願에 의하여 다룰 수 있다. 이는 抽象的 規範統制와 크게 다르지 않으며, 특별한 提訴要件이나 權利保護 必要性은 없으며 規範이 계속적으로 效力을 가지고 있을 것만을 요구한다.<sup>10)</sup> 이 民衆訴訟은 個人的 主觀的인 權利로서의 基本權 保護에 중점을 두고 있다.

1946 Hessen 憲法(同憲法 제131조 3항)도 소위 基本權訴(Grundrechtsklage)를 허용하고, 州의 法律이나 法規命令에 대하여 憲法訴願의 제기

---

7) 1921. 2. 2 BayStGHE.

8) Die geschichtlichen Grundlagen der heutigen Verfassungsschwerde, Diss. Heidelberg., 1954., S.21.

9) K. Büsser(FN 3), S.5.

10) BayVerfGHE. Bd. 5 II, S.67.

를 허용하고 있다(國事裁判所法 제45조 2항). 1947 Saarland헌법도 제98조에서 實質의 의미의 法律에 대하여 提訴를 허용하고 있다.

## (2) 오스트리아

1920년 오스트리아 聯邦憲法은 제144조에서 헌법상 보장된 基本權 侵害를 이유로 한 憲法訴願을 憲法裁判所의 權限으로 하였다. 그러나 行政官廳의 決定이나 處分만이 憲法訴願의 對象이 될 수 있었다. 裁判이나 法令은 그것이 基本權을 侵害했더라도 직접 다룰 수는 없었다. 물론 행정처분에 근거가 되는 法律이나 法令에 대한 審査가 불가능했던 것은 아니다. 行政官廳이 적용한 規範의 法令에 대한 審査가 불가능했던 것은 아니다. 行政官廳이 적용한 規範의 違憲性 審査는 行政處分을 다투면서 附隨적으로 가능하였다. 그러나 1975년 憲法改正과 憲法裁判所法 改正으로 오스트리아에서도 法律이나 命令에 대한 直接的인 憲法訴願을 인정하였다.

## (3) 스위스

스위스는 州의 行爲만을 憲法訴願으로 다룰 수 있다. 스위스는 立法權의 執行權이나 司法權에 대한 上위의 사고가 확립되어 사고가 확립되어 있었기 때문에 聯邦法律이나 일반적 구속력있는 聯邦決定(allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen) 그리고 聯邦議會가 승인한 國家條約에 대하여는 위헌여부심사가 허용되지 않는다. 다만 州의 法令에 대하여는 憲法訴願을 허용하고 있다. 이는 1943년 法院組織法(das bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege ; 이하 OG)의 개정으로 이루어졌다(法院組織法 제84조 1항). 聯邦法律에 대하여도 憲法訴願이 가능하도록 하는 시도가 두 번이나 있었으나 모두 무위로 끝나버렸다.

## II. 立法作用에 대한 憲法訴願에 대한 立法例

### 1. 西 獨

#### (1) 憲 法

헌법위반의 헌법규범의 존재를 생각할 수 있으므로 正義의 원칙에서 벗어난 헌법규정도 예외적으로 憲法訴願의 대상이 된다는 것이 判例의 입장이다.<sup>11)</sup> 聯邦憲法裁判所는 基本法 제117조 1항(남녀평등권에 관한 경과규정)의 효력에 관한 判決에서 헌법규정 상호간에 가치의 우열이 있고, 憲法制定勸力을 구속하는 초실정적인 自然法의 존재를 인정함으로써 이러한 입장을 취하였다.<sup>12)</sup>

#### (2) 法 律

法律이 특별한 집행행위없이 直接的으로, 그리고 현실적으로 국민의 基本權을 침해한 경우에는 다른 절차를 경유함이 없이 바로 法律에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있다.<sup>13)</sup> 法律은 형식적 의미의 法律 이외에 실질적 의미의 법률(法規命令이나 條約)도 포함한다.

法律은 公布되어야 한다. 따라서 의결되지 않은 法案이나, 의결되어도 공포되지 않은 것은 憲法訴願의 대상이 되지 않는다.<sup>14)</sup> 다만 法律의 公布

---

11) BVerfGE 3,223(232).

12) 이 판결에 대하여 Bachof, Lechner, Geiger등은 판례를 지지하였으나 Scheuner, Apelt등은 비판하고 있다.

13) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1982, S.103 : R. Zuck Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, S.195.

14) BVerfGE 11, 339(342).

後 그 시행 전에 憲法訴願의 제기가 가능한가에 관하여는 견해가 대립된다. 가능하다는 견해(Leibholz)와 불가능하다는 견해(Maunz)가 그것이다. 조약 체결을 同意하는 法律에 대해서는 입법기관에 의한 입법절차가 종료한 후 대통령이 批准과 公布하기 전에 憲法訴願을 제기할 수 있으며, 집행행위를 요하는 法律은 원칙적으로 다른 법적 구제수단을 종료한 후에만 부수적으로 제소가 가능하다.<sup>15)</sup>

### (3) 法規命令

연방정부, 연방장관 또는 주 정부는 法律에 따라 法規命令을 발할 수 있는 바, 이 法規命令으로 인하여 직접권리를 침해받은 자는 憲法訴願을 제기할 수 있다. 따라서 법률의 수권규정(서독 基本法 제80조 1항)을 위반한 法規命令은 기본법 제2조 1항의 헌법질서에 합치하지 않으므로 이러한 法規命令이 직접 국민의 基本權을 침해한다면 憲法訴願을 제기할 수 있다.<sup>16)</sup> 그리고 基本權을 침해하는 명령을 근거로 판결이 내려진 경우에도 法規命令에 대한 간접적 憲法訴願을 제기할 수 있다.

### (4) 條例

條例(Satzung)에 대하여도 憲法訴願을 인정할 예가 있다.<sup>17)</sup>

### (5) 立法機關의 不作爲

i) 立法機關의 不作爲로 개인의 기본권이 침해될 수 있는가가 문제된다. 연방헌법재판소는 法律의 기본권침해성을 확인하고 규범의 위헌무효를 선언할 수 있을 뿐이지, 그 내용의 변경을 명하거나 국가에 급부나 작위를 명할 수 없다. 다만 일정한 조건하에서 예컨대 헌법이 명시적으로

---

15) Zuck(FN13), S.197.

16) BVerfGE 62, 117(119) : 65, 248(249).

17) BVerfGE 65, 325(326).

입법의무를 부과한 경우 이를 태만히 한 경우에는 憲法訴願이 가능하다고 본다. 기본권 중에서 自由權은 국가의 부작위 의무를 전제로 하므로 문제가 없다. 문제는 生存權을 보장하기 위하여 국가에게 적극적인 작위의무가 있는가의 여부이다. 生存權 중 입법의무(작위의무)의 내용과 범위가 기본법에 의하여 구체적으로 규정되어 있어서 명백한 경우에는 立法機關의 不作爲에 대해 憲法訴願을 제기할 수 있다고 본다.<sup>18)</sup>

## ii) 구체적인 고찰

基本法 제1조 1항의 “인간의 존엄성은 불가침이며, 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라는 규정에서 국가권력의 의무가 입법기관의 구체적 작위의무를 의미한다고 볼 수 없다.<sup>19)</sup>

基本法 제20조의 사회국가의 원칙과 관련하여 입법기관에는 사회적 기능을 수행할 의무가 있으며 입법기관은 상호 대립하는 이해를 조정하며 생활조건의 개선을 위해 노력하여야 한다고 判決하고 있다. 따라서 이러한 의무를 실제적 합리적인 이유없이 자의적으로 태만히 한 경우에는 개인의 기본권이 침해되는 결과를 가져오므로 이에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있다.<sup>20)</sup>

헌법이 법률의 제정을 특별히 요구하고 있는 경우(서독 기본법 제131조)에 법률을 제정하지 않거나, 불충분하게 제정한 때에는 憲法訴願의 대상이 된다. 이와 같은 憲法訴願은 입법기관의 不作爲에 의해 자신의 기본권이 현재, 그리고 직접 침해받았다고 주장함으로써 제기할 수 있으며, 주로 기본권 침해의 확인을 구하는 방법으로 제기된다.

## 2. 오스트리아

憲法訴願은 法律, 命令, 處分 등에 대하여 제기할 수 있다.<sup>21)</sup> 오스트리

---

18) BVerfGE 11,235(261) : 12,139(142).

19) Maunz, G.G.Kommentar, Rdnr 1.zu §1 G.G

20) BVerfGE 1,105.

21) 연방헌법 제139조, 제140조, 제144조 참조.

아에서는 서독과 달리 法院의 裁判에 대하여는 憲法訴願을 인정하고 있지 않다. 그리고 행정관청의 處分 등에 대하여는 法院의 裁判 대신에 行政的 審級을 경유하여야 한다.

### (1) 法律·命令에 대한 訴願

오스트리아는 이전에 法律이나 命令에 대한 憲法訴願을 인정하지 않았다. 1975년 聯邦憲法의 개정을 통하여 법률에 대한 憲法訴願(연방헌법 제140조)과 命令에 대한 憲法訴願(연방헌법 제140조)과 命令에 대한 憲法訴願(연방헌법 제139조)을 도입하였다.

#### i) 法律

① 심사대상으로써의 法律은 聯邦法뿐 아니라 州法도 포함한다.<sup>22)</sup> 위헌법률심사의 대상으로는 聯邦憲法律(Bundesverfassungsgesetz) 또는 州憲法律(Landesverfassungsgesetz)이 포함되나, 個別訴願의 대상으로는 法律에 국한된다. 이러한 法律은 공포된 것이어야 한다. 의결되지 않은 법안, 공포되지 않은 것은 憲法訴願의 대상이 될 수 없다.<sup>23)</sup> 判例는 입법기관의 議決(Beschluß)도 法律과 같이 憲法訴願의 대상이 된다고 하며,<sup>24)</sup> 이미 효력을 상실한 法律도 그 효력이 어떤 事案에 대하여 적용될 여지가 있는 경우에는 憲法訴願의 대상이 될 수 있다.

② 立法의 不作爲는 憲法裁判所의 심사대상에서 제외된다.<sup>25)</sup> 오스트리아는 행정관청의 不作爲에 대하여도 憲法訴願을 허락치 않음이 특색인 바, 立法의 不作爲와 處分의 不作爲에 대하여 불허이유의 논거를 달리하고 있다. 處分의 不作爲에 대하여는 처분자체가 없음을 이유로 드나, 立法의 不作爲에 대하여는 立法의 不作爲로 인한 부당한 차별이 평등원칙에 위반되므로 허용되지 않으나, 이로부터 입법자에게 입법의무가 도출되는 것은 아니라고 한다.<sup>26)</sup>

---

22) VerfSlg 3153.

23) Walter/Mayer, Grundriß des österreich Bundesverfassungsgerichts, S.28

24) Walter/Mayer(FN23), S.283.

25) VerfSlg 3744, 4213, 7407.

26) VerfSlg 3160, 3810.

## ii) 命 令

① 심사대상이 되는 命令은 聯邦官廳이나 州官廳의 法規命令이다(연방헌법 제139조 1항). 法規命令이며 충분하고 그것이 執行命令이건 법보충적(gesetzesergänzend), 법변경적(gesetzändernd)인 명령이건 불문한다. 執行命令은 단순한 일반적 지시로서의 성격 때문에(헌법재판소법 제20조 1항) 연방헌법 제139조의 命令은 아니다.<sup>27)</sup> 命令은 공포되어야 한다.<sup>28)</sup> 법규명령의 구성요소로서의 공포가 결여된 命令은 심사대상이 될 수 없다.<sup>29)</sup> 이미 폐지된 命令도 그것이 아직 어떤 특정사안에 적용될 가능성이 있다면 憲法訴願이 대상이 될 수 있다.

② 命令의 형태를 취한 行政處分(소위 verschleierte Verfügung in Verordnungsform)도 憲法訴願의 대상이 된다.<sup>30)</sup>

## 3. 스위스

### (1) 憲 法

州의 헌법을 憲法訴願의 대상으로 할 수 있는가에 관하여 판례와 학설이 서로 대립하고 있다.<sup>31)</sup> 학설은 범원조직법 제84조 1항을 근거로 하여 긍정하고 있으나, 판례는 일관되게 부정하고 있다. 즉 聯邦裁判所의 판례에 따르면<sup>32)</sup> 연방헌법상의 권리의 침해를 이유로 州憲法을 직접 憲法訴願으로서 다루는 것은 허락하고 있지 않으며, 더 나아가 연방헌법 제85조 7호를 이유로 州헌법규정의 聯邦法과의 합치여부를 先決問題로 심사하는

27) Walter/Mayer(FN 23), S.278.

28) Walter/Mayer(FN 23), S.279.

29) VerfSlg 7375.

30) VerfSlg 313, 1840.

31) Schuler, die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem, deutschem und österreichischem recht, JöR, 1970, S.154.

32) BGE, 56 I 339 : 64 I 164 : 69 I 177.

것도 허용하지 않고 있다.

## (2) 法 律

聯邦法律은 憲法訴願으로 다룰 수 없다. 州法律이 憲法訴願의 대상이 되는  
가에 관하여 學說과 判例가 대립되고 있다. 學說은 州의 法律은 그 성질에  
따라 憲法訴願의 대상여부가 결정되어야 한다고 주장한다. 즉 연방의 승인  
을 얻어야 하는 州의 法律은 憲法訴願의 대상에 제외된다. 이는 法律의 효  
력이 연방의 승인여하에 달려있기 때문에 연방의 입법행위로 간주되기 때  
문이다.<sup>33)</sup> 그러나 연방정부에 의한 승인 단순히 선언적 효력만 지니는 것일  
때에는 憲法訴願의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 왜냐하면 승인에 의하여  
비로소 효력이 발생하는 것이 아니기 때문이다.<sup>34)</sup> 다만 판례는 어느 경우이  
든 간에 憲法訴願의 대상에 포함시키고 있다.<sup>35)</sup>

## (3) 命令(Verordnung)

法規命令은 法律의 취소와 동일하게 취급된다. 다만 行政命令은 그것이 행  
정내부적 성격을 지닌 職務指示(Dienst- anweisung)에 속하며 직접적·대  
외적 관련성이 결여되어 있으므로 제소할 수 없다.<sup>36)</sup> 그러나 行政命令도 외  
부에 효력이 나타나고 시민에게 영향을 줄 때에는 직접 憲法訴願으로써 다  
룰 수 있다고 보며<sup>37)</sup> 판례도 이를 인정하고 있다.

---

33) Schuler(FN 31), S.154.

34) Schuler(FN 31), S.155.

35) BGE, 52 I 162 : 71 I 253.

36) BGE, 75 I 214.

37) Schuler(FN 31), S.155.



### Ⅲ. 우리나라에서 立法作用에 대한 憲法 訴願

#### 1. 意 義

立法作用에 대한 憲法訴願을 인정하는 이유가 무엇인가.

#### (1) 國家權力の 基本權羈束性

基本權은 원칙적으로 모든 國家權力을 직접 拘束하는 效力을 가지고 있다는 점에는 異論이 없다. 基本權의 二重的 性格의 인정여부는 별개로 하더라도 基本權은 개인의 自由를 보장하기 위한 防禦權의 성격을 지니고 있다고 봄이 지배적인 견해이다. 또한 우리 憲法도 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本權 人權을 보장할 의무를 진다는 규정을 둠으로써 基本權의 國家權力 拘束을 뒷받침해 주고 있다. 이와 같은 基本權은 원칙적으로 國家權力을 拘束하므로, 立法作用 역시 國民의 基本權을 侵害할 수 없다. 違憲의인 法律· 命令· 規則에 대한 각종 審査制가 있으나 구체적 쟁송을 전제로 하기 때문에 違憲의 法律· 命令· 規則 등이 國民의 基本權을 직접 침해한 경우에는 이른 시정할 手段이 없게 된다. 이를 그대로 방치한다면 基本權의 國家權力 羈束化 理念에 반하게 된다. 특히 현대국가와 같이 집행작용을 매개로 하지 않고 직접 國民의 權利義務에 영향을 주는 立法作用이 많아진 이때 立法作用을 직접 대상으로 다룰 필요성은 그 어느 때보다 크다고 할 수 있다. 적극적인 立法作用으로 인한 피해구제는 違憲法律 審査로 상당히 救濟되어 왔으나, 소극적인 立法作用으로 인한 被害救濟에 대하여는 이를 소극적으로 보았던 것이 일반적 추세였다. 權力分立을 이유로 혹은 立法權의 形成의 自由를 이유로 소극적인 立法作用에 대한 權利救濟를 인정하지 않고 있다. 적극적인 立法作用으로 인한 被害를 구제해

주어야 한다면 소극적인 立法作用으로 인한 피해구제를 제외할 이유가 없는 것이다. 基本權의 國家權力羈束성이 움직일 수 없는 헌법의 기본원리라 한다면 立法作用의 적극·소극을 가릴 필요가 없다.

## (2) 權利救濟의 補完

立法作用은 一般性·抽象성을 지니므로 執行을 매개로 國民의 權利義務와 관련을 맺고 있음이 원칙이다. 그러나 國家의 任務와 課題 그리고 國家構造의 變化로 인하여 執行을 매개로 하지 않더라도 國民의 權利義務에 直接 영향을 주는 法律이 등장하였다. 國民의 生存配慮를 주된 課題중 하나로 삼고 있는 社會的 福祉國家의 時代속에서 특정인에게 국한된, 또는 특정사건에 국한된 범위내에서 직접 효력을 미치는 法律이 등장하게 되었고, 이러한 法律에 대하여는 헌법적 문제가 없는 것은 아니나, 일반적으로 일정한 한계 내에서 合憲성이 긍정되고 있는 것이 世界 憲法學界의 조류라 볼 수 있다. 法律은 執行作用이 반드시 매개되어야 한다는 傳統的인 思考에 얽매인다면, 權利救濟의 死角地帶가 발생할 여지가 있다. 法律의 違憲 여부를 판단하는 違憲法律審査는 주로 具體的 規範統制로 귀결되는 바, 具體的 規範統制는 法律의 違憲성을 바로 다룰 수 없고 法律에 기한 執行作用을 전제로 하여 執行作用을 다투면서 根據法律의 위헌여부를 다투는 것이다(附隨的 規範統制). 그러나 法律이 執行作用의 매개없이 바로 國民의 權利義務에 영향을 주거나, 또는 執行作用을 기다려서 다룰 것을 請求人에게 기대할 수 없거나, 執行作用을 전제로 할 경우 權利救濟의 가능성이 매우 희박한 경우에까지 執行作用을 전제로 하는 具體的 規範統制를 강요할 수는 없다. 바로 이곳에 規範統制의 기능적 한계가 존재하는 것이고, 立法作用에 대한 직접적인 爭訟을 허용하는 實際的 利益이 있는 것이다. 立法作用에 대한 憲法訴願은 具體的 規範統制를 補完하는 역할을 하고 있으며, 이 점이 立法作用에 대한 憲法訴願을 이해하는데 중요한 指針役割을 한다고 본다.

## 2. 本 質

立法作用에 대한 憲法訴願의 본질이 무엇인가가 문제된다. 명칭은 憲法訴願이나 그 본질이 무엇인가의 문제는 立法作用에 대한 憲法訴願에 관한 제 문제를 해결하는데 있어 대단히 중요한 역할을 하리라 본다. 立法作用에 대한 憲法訴願과 規範統制(소위 違憲法律審査制)는 어떤 관계에 있는가 그리고 소위 ‘直接性’의 要件, ‘補充性的 原則과 例外’의 해석에 差異가 있는가가 문제된다.

### (1) 抽象的 規範統制로 보는 견해<sup>38)</sup>

韓炳宗 憲法裁判所 常任裁判官은 抽象的 規範統制는 특정 政府機關에게만 위헌법률심판을 제소할 수 있도록 한 것인 반면에, 憲法訴願은 個人에게도 規範統制를 請求할 수 있도록 한 것으로 이해하면서,<sup>39)</sup> 法律에 대한 憲法訴願은 個人이 請求할 수 있는 抽象的 規範統制라 한다. 또한 ‘구체적·쟁송사건의 재판을 전제로 하는 요건이 필요없으므로, 그 法律에 대한 審判은 그 法律을 抽象적으로 規範 統制하는 것이다’<sup>40)</sup> ‘個人에게 具體的 爭訟事件과 관계없이 法律에 대한 憲法訴願을 인정하고 있고 이때에는 具體的 訴訟事件과는 관계없이 그 法律의 일반적인 抽象的 規範統制의 방식으로 그 法律 자체의 一般的 效力에 대하여 그 有效는 또는 無效를 審判하는 것이기 때문에 法律에 대한 憲法訴願은 個人이 憲法裁判所에 대하여 抽象的 規範統制를 청구하는 것이다’는 입장을 보이고 있다.

이 견해는 美國型 司法審査(소위 前提問題型審査)와 유럽型 司法審査(소위 主要問題型審査)의 구별을 전제로 하는 것 같다. 前提는 裁判의 要件으로 具體的 事件性을 전제로 하고, 審理效果에 있어서도 法律을 無效

38) 韓炳宗, 憲法裁判의 根源과 理論, 憲法裁判所, 1990. 1, p.166-171.

39) 韓炳宗(FN 38), p.170.

40) 韓炳宗(FN 38), p.169.

화시키는 것이 아니고 適用을 拒否할 따름이며, 先判例羈束性의 原則에 따라 法解釋에 통일을 기하고 있다. 특히 이 제도는 憲法裁判의 주된 목적이 구체적 사건의 解決에 있다는 것임을 강조한다. 반면에 後者는 두 가지로 나누어지는 바 具體的 規範統制와 抽象的 規範統制가 그것이다. 具體的 規範統制는 要件에 있어서는 裁判의 前提를 必要로 하나 審理效果에 있어서는 法律자체의 效力을 없애는 效力을 지니고 있고, 抽象的 規範統制는 具體的 規範統制와 審理效果는 같으나 要件에 있어서 裁判의 前提를 요구하고 있지 않은 점에서 구별된다. 따라서 이 견해는 法律에 대한 憲法訴願은 審理效果에서는 具體的 規範統制나 抽象的 規範統制와 동일하고, 그 要件에 있어서는 具體的 規範統制나 美國型 違憲審查와 같은 裁判의 前提性을 필요로 하지 않는다고 보아 抽象的 規範統制로 이해하는 것 같다. 그리고 다른 나라의 전형적인 抽象的 規範統制와 다른 점은 우리나라는 個人에게도 提訴權을 부여하고 있다는 것으로 파악하는 듯하다.

憲法裁判의 沿革을 고려해 볼 때, 그리고 美國型和 유럽型的 憲法裁判制度의 상이점을 고려해 볼 때 수긍되는 점이 없지 않으나, 찬성하기 어렵다.

## (2) 私 見

立法作用에 대한 憲法訴願이 規範統制적 機能을 하고 있음은 의문의 여지가 없으나 抽象的 規範統制와 具體的 規範統制는 立法作用에 대한 憲法訴願과 여러 가지 면에서 구별된다.

### i) 抽象的 規範統制와의 관계

抽象的 規範統制란 具體的 訴訟事件과는 관계없이 法律 그 자체의 위헌 여부를 抽象的으로 審査하고, 違憲으로 판단되면 그 法律의 效力을 상실시키는 제도를 의미한다. 抽象的 違憲審查 또는 抽象的 規範審查라고도 한다.<sup>41)</sup> 抽象的 規範統制의 본질적 요소는 ‘具體的 訴訟事件과 관계없이’

---

41) 權寧星(FN 2), p.965.

‘法律의 위헌여부’ ‘法律의 效力을 상실’의 세 가지이다. 반면에 立法作用에 대한 憲法訴願(이하 法令憲法訴願이라 한다)은 위헌의 法令에 의하여 憲法上 權利가 침해된 자가 法令의 違憲審査를 청구할 수 있는 제도이므로, 憲法訴願의 본질적 요소는 ‘基本權의 直接的 侵害’ ‘違憲의 法令’ ‘法令의 違憲與否審査’이다.

抽象的 規範統制와 法令憲法訴願은 구체적 訴訟事件과 관계없이 違憲의 法律에 대한 規範統制란 점에서는 동일하나, 첫째 前者는 個人的 利害關係와는 관계없이 規範統制가 이루어지나 後者는 基本權의 直接的 侵害를 전제로 하는 점에 있어 구별된다. 둘째 前者는 規範統制 그 자체에 중점을 두나 後者는 基本權 侵害에 대한 구제에 더 큰 중점을 둔다.

#### ii) 具體的 規範統制와의 관계

具體的 規範統制란 具體的 訴訟事件을 심리·판단함에 있어 法律의 위헌여부가 裁判의 前提가 되는 경우에 부수적으로 適用法律의 憲法適合性 여부를 심사하는 제도를 의미한다. 具體的 規範統制와 法令憲法訴願은 規範統制란 점에서 같으나, 첫째 前者는 法律 그 자체의 合憲여부의 판단에 중점을 두는 반면 後者는 侵害된 基本權의 救濟에 그 중점이 있다. 둘째 前者는 具體的 事件을 전제로 하나 後者는 規範統制 그 자체가 具體的 事件性을 띠고 있다. 주의를 요하는 것은 兩者의 관계이다.

具體的 規範統制와 法令憲法訴願은 유사점을 지니고 있으나 서로 별개의 것임은 이미 본바와 같다. 이렇게 볼 때 具體的 規範統制와 法令憲法訴願은 別個의 것으로 서로 병렬적으로 양립하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 양자는 서로 다른 制度이며 兩立하는 것으로 보기는 어렵고 法令憲法訴願은 具體的 法規統制를 보완하기 위한 보완적 성격을 지닌 것으로 보아야 한다. 즉 法令憲法訴願은 具體的 規範統制節次로서는 구제할 수 없는 권리 구제의 사각지대에 대한 구제를 주된 목적으로 하는 것이므로 具體的 規範統制와 경쟁적으로 양립하는 것이 아니다. 따라서 法令憲法訴

願은 무제한적으로(자기성, 현재성, 직접성의 요건이 갖추어져 있다고 하여) 인정되어야 하는 것이 아님을 주의할 필요가 있다. 여기에 法令憲法訴願의 특징이 주어지며 그 인정에 限界가 주어지게 된다. 이 法令憲法訴願의 특징은 法令憲法訴願의 특징은 法令憲法訴願 그 자체의 이해 뿐 아니라, 提訴要件(특히 직접성과의 관계)과 補充性的의 原則 등의 해석에 있어 매우 중요한 역할을 하게 된다.

### 3. 爭訟對象

#### (1) 憲 法

國民의 基本權을 侵害하는 憲法條文이 있는 경우 이를 다룰 수 있는가가 문제될 수 있다. 이에 찬성하는 견해<sup>42)</sup>가 있다. 이 견해에 의하면 憲法規定도 그것이 正義에 모순되는 정도가 감내할 수 없는 때, 또는 正義의 外形的 限界를 넘었을 때 憲法訴願이 된다는 積極的인 주장을 보이고 있다. 서독에서도 인정여부에 관하여 다툼이 있는 바 연방헌법재판소는 이를 허용하는 입장을 보이고 있다. 연방헌법재판소 판례에 의하면 헌법제정자가 정의의 외적한계를 유월하거나, 또는 실정법의 정의에 대한 모순이 상당한 정도에 이르거나, 憲法의 個別條項이 부당한 법으로서 정의에 굴복하여야 할 때에는 헌법규범에 대하여도 다룰 수 있다고 한다.<sup>43)</sup>

具體的 規範統制에 의하건<sup>44)</sup>, 憲法訴願에 의하건<sup>45)</sup> 불문한다. 自然法과 正義의 原則에 반하는 憲法規定에 의하여 직접 基本權이 侵害된 경우에는 憲法訴願이 가능하다고 못 볼 바 아니나 憲法制定 과정이나, 改正에 關한 헌법의 절차규정을 함께 고려해 볼 때 憲法裁判所가 憲法의 條文까지도 審査할 수 있는 民主的 正當性을 부여받았는가가 의문이 아닐 수 없다

42) 李時潤, 憲法裁判所概觀, 1989. 9, 憲法裁判所 p.34.

43) K. Büsser(FN 3), S.27.

44) BVerfGE 3,225(230).

45) BVerfGE 4,294(296).

. 憲法에 대한 憲法訴願은 어렵다고 해석함이 타당하다고 본다.

## (2) 法 律

法律에 대한 憲法訴願이 인정되는가가 문제될 수 있다.

### i) 허용여부

#### ① 否定說

否定說의 근거로는 첫째, 違憲法律審判은 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에만 효력을 다룰 수 있는 것이므로 法律에 의하여 자신의 基本權이 침해된 경우라 하더라도 그 문제가 구체적인 사건으로 법원에 계류되지 아니한 경우에는 심판을 청구할 수 없다고 보아야 한다<sup>46)</sup>

둘째, 憲法裁判所法 제75조 4항 ‘公權力의 不行事に 대한 憲法訴願을 인용하는 결정을 할 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 處分을 하여야 한다’고 규정하고 있는 바, 이는 동법 제68조에서 말하는 公權力이란 處分을 의미하는 것이므로 處分이 아닌 法律에 대한 憲法訴願은 인정되지 않는다고 한다<sup>47)</sup>.

셋째, 서독에서는 연방헌법재판소법 제93조 2항, 제94조 4항, 제95조 3항에서 다른 公權力作用과 항을 달리하여 法律에 대한 憲法訴願이라는 용어와 그에 관한 請求期間, 效果들이 언급되어 있으나, 우리 憲法裁判所法에는 法律에 대한 憲法訴願을 인정할 수 있는 명백한 근거가 없다<sup>48)</sup>는 것 등이다.

#### ② 肯定說(私見)

첫째, 公權力의 行事 또는 不行事(憲法裁判所法 §68①, §71①3호, §75②③④⑤)에 있어서 公權力 개념은 모든 國家權力으로 해석되어야 하며, 해석할 수 있다고 본다<sup>49)</sup>

---

46) 權寧星, 憲法裁判의 活性化 方案, 서울대 法學研究所, p.50.

47) 權寧星(FN 46), p.51.

48) 金學成(FN 1), p.214.

49) 同旨 李時潤(FN 42), p.32.

둘째, 憲法裁判所法 제68조 1항에서 法院의 裁判만을 제외한 모든 國家權力이 포함된다는 것이 더욱 명백해진다.

셋째, 憲法訴願이 이미 실시되고 있는 국가의 예를 보더라도 서독, 오스트리아(1975년 헌법개정시 法令에 대한 憲法訴願을 인정함), 스위스(칸톤의 法令만을 대상), 스페인(法律은 제외하고 命令에 대하여만 인정하고 있음)<sup>50)</sup> 등 모든 국가가 이를 허용하고 있는 점에 비추어 볼 때 憲法訴願의 대상에 法律이 포함되어야 한다.

넷째, 憲法裁判所法 제75조 4항에서 규정된 “새로운 處分”은 否定說의 지적대로 法律로 해석하기에 부적합한 것은 사실이나 憲法訴願의 대상이 된 法律은 그것이 그 자체로 직접 국민의 基本權을 침해한 경우에 문제되는 것이므로 “처분적 성질”이 강할 수밖에 없다. 그렇다면 “處分”속에 法律이 포함된다고 해석하여도 지장은 없으리라 본다. 사실 우리 憲法裁判所法은 형식논리적으로 보면 法律에 대한 憲法訴願을 허용하고 있는 것인지에 대하여 상당한 의문이 제기될 수 있다. 法律에 대한 憲法訴願의 請求期間, 提起節次, 決定效果에 관하여 구체적으로 이를 언급한 규정이 하나도 없다. 이는 입법자들이 憲法訴願의 개념을 잘 알지 못하고 法을 제정하였기 때문이라고 본다. 다만 우리 憲法裁判所法 제75조 3항이 “基本權 침해의 원인이 된 公權力의 行使를 취소하거나(法律에 대한 無效宣言 또는 不合致宣言) 그 不行事가 違憲임을 확인할 수 있다”고 규정하고 있으므로 이를 근거로 法律의 제정, 부제정에 대한 憲法訴願의 부가적 근거로 삼는 것이 바람직하다고 본다. 입법론적으로는 法律에 대한 憲法訴願이 가지고 있는 여러 가지 특성 때문에 서독과 같은 규정을 두는 것이 타당하다.

### ③ 憲法裁判所의 決定

우리 憲法裁判所는 1989년 3월 17일 선고<sup>51)</sup>에서 法律이 憲法訴願의 대상이 됨을 명백히 하고 있다.

---

50) 스페인 헌법재판소법 제42조 참조.

51) 헌재 88헌마 1결정.



ii) 범 위

國會에서 제정된 형식적 의미의 法律이 포함됨은 당연하다. 憲法訴願의 대상이 되는 法律은 유효한 법이어야 하며<sup>52)</sup> 아직 제정되지 않은 法律에 대하여는 다룰 수 없다<sup>53)</sup> 憲法訴願은 法律의 효력발생 전에는 허용되지 않는다<sup>54)</sup> 法律이 公布는 되었으나 아직 效力을 발생하지 않은 경우에 사실상의 침해를 예상 할 수 있으나 效力이 발생하여야만 憲法訴願이 허용된다<sup>55)</sup>.

憲法訴願은 法律이 헌법제정 전에 제정되었는가 아니면 후에 제정되었는가를 묻지 아니한다<sup>56)</sup>. 서독에서는 규범통제에 관하여 기본법 제정간에 제정된 前憲法的 法律과 기본법 제정 후에 제정된 後憲法的 法律을 구별하여 전자에 대하여는 法院의 관할로, 후자에 대하여는 聯邦憲法裁判所의 관할로 하고 있으나, 法律에 의한 직접적 기본권 침해를 이유로 하는 憲法訴願의 경우에는 제정전후를 묻지 않고 聯邦憲法裁判所의 관할로 하고 있다<sup>57)</sup>.

慣習法의 爭訟對象에 관하여 西獨 聯邦憲法裁判所는 이를 제외시키고 있으나,<sup>58)</sup> 의문의 여지가 없지 않다.

iii) 法律의 效力을 가진 기타 公權力作用

法律의 효력을 가진 대통령의 緊急命令, 緊急財政經濟命令도 憲法訴願의 대상이 된다고 본다. 憲法裁判所法 제75조 2항, 5항, 6항의 경우에는 (法律에 대하여

---

52) BVerfGE 68,143(150).

53) Zuck(FN 13), S.199.

54) BVerfGE 42,263(283).

55) Zuck(FN 13), S.200.

56) 同旨 李時潤(FN 42), p.22, 34 : 違憲法律審判에 관한 일반론으로서 憲法改正前에 제정된 法令에 대하여도 憲法裁判所가 違憲法律審判權이 있다고 밝히고 있으며, 헌법 제정권의 일체 法律에 관하여도 같은 견해이다.

57) BVerfGE 6,295 : 14,226.

58) Gusy, die Verfassungsbeschwerde, S.20 : Maunz, BVerfGG. Kommentar, Rdnr 81 zu §90 BVerfGG.

제기된 憲法訴願이 인용되거나, 집행작용의 근거 法律에 대한 위헌판단의 경우) 憲法裁判所 결정의 效力은 法類적 效力을 가지게 된다고 본다<sup>59)</sup>.

法律의 效力을 가지는 憲法裁判所 決定에 대하여는 憲法訴願을 제기할 수 없다고 본다<sup>60)</sup>. 그리고 憲法裁判所에 의하여 合憲으로 선언된 法律에 대하여도 憲法訴願을 제기할 수 없다.

### (3) 命令·規則

命令(法規命令을 의미한다)·規則(憲法機關에 부여된 規則制定權에 의한 規則과 自治團體의 規則을 말한다) 이 憲法訴願의 대상이 될 수 있는가, 우리 憲法 제107조 2항은 “命令·規則·處分이 裁判의 전제가 된 때에는 최종적으로 大法院이 제외되어야 한다는 견해가 있다<sup>61)</sup>. 이러한 부정설에 대하여 위헌인 命令·規則으로 기본권을 침해당한 피해자는 직접 憲法訴願을 제기할 수 있다는 긍정설이 있다<sup>62)</sup>. 생각건대, 우리 憲法 제107조 2항은 憲法訴願을 허용하고 있는 憲法 제111조와 체계적이고 조화적인 해석을 어렵게 하는 것은 사실이다. 다만 命令·規則에 관하여 보면

첫째, 法律에 의한 직접적인 침해를 이유로 한 憲法訴願과 法律에 대한 違憲法律審査가 구별되듯이(憲法訴願의 본질을 규범통제로 보는 견해에 의하면, 이와 같은 구별을 부인할 지 모르나, 憲法訴願의 본질이 기본권 보호에 있음은 이미 부인할 지 모르나, 憲法訴願의 본질이 기본권 보호에 있음은 이미 언급한 바 있다) 命令·規則이 재판의 전제가 된 경우의 합헌성문제와 명령·규칙 자체가 직접 국민의 基本權을 침해하는 경우는 별개의 문제로 보아야 하고,

둘째, 命令·規則에 관한 대법원의 판결의 효과는 개별적 效力으로 당해사건에서만 적용을 부인할 뿐인 반면, 命令·規則이 기본권을 직접 침

---

59) 金學成(FN 1), p.282.

60) K. Büsser(FN 3), S.26.

61) 權寧星(FN 46), p.50.

62) 李時潤(FN 42), p.39 ; 헌법 제107조 2항은 대법원에 명령, 규칙에 대한 具體的 規範統制를 인정하는 것에 불과하다고 본다.

해한 경우에 허용되는 憲法訴願에 있어 헌법재판소의 결정의 효력은 일반적 효력을 갖고 있으므로 이를 구별할 실익이 있다고 본다. 참고로 서독에서는 法規命令<sup>63)</sup> 規則<sup>64)</sup>에 대하여 憲法訴願을 허용하여야 한다. 만일 이를 허용치 않는 경우에는 법령자체의 효력을 다투는 소송이 허용되지 않기 때문에<sup>65)</sup>, 命令·規則이 직접 국민의 基本權을 侵害하는 경우에는 집행행위가 없기 때문에 이를 다투지 않고 집행행위를 기다린다면 이를 權利가 침해되었기 때문에 부당한 결과가 야기되므로 여기에 法令에 대한 憲法訴願의 의의가 빛나는 것이다. 다만 소위 行政規則(指示, 通牒, 示達)이 憲法訴願의 대상이 되는가. 원칙적으로 憲法訴願의 대상이 되지 않지만 실질적으로 대외적 효력이 있는 것으로서 국민의 기본권을 침해한다면 憲法訴願의 대상으로 보는 것이 서독의 경우 연방헌법재판소의 판례이며<sup>66)</sup> 다수설이다.<sup>67)</sup> 사실상 대외적 효력이 있고 국민의 기본권을 침해하여 부담을 과하는 것이라면 우리 헌법재판 제도하에서도 인정하여 무방할 것이다.<sup>68)</sup>

#### (4) 豫算과 國會의 議決(Beschluß)

國會의 豫決이 基本權을 침해하는 경우에 憲法訴願의 대상이 된다. 스페인의 경우에는 스페인 憲法裁判所法이 명문으로 國會나 地方議會의 議決이나 處分에 대하여 憲法訴願을 허용하고 있다(同法 §42). 국회에서 심의 확정된 豫算에 대하여 憲法訴願이 허용된다는 견해가 있으나<sup>69)</sup> 예산에

---

63) BVerfGE 3,161 : 6,277.

64) BVerfGE 12,321.

65) 代判 66.5.16, 선고 65누.

66) BVerfGE 40,237.

67) Gusy.(FN 63) S.21 : Zuck(FN 13), S.199.

68) 李時潤(FN 42), p.14.

69) 李時潤(FN 42), p.13.

대하여는 할 수 없다고 본다. 우리와 법제가 다른 서독에서는 豫算이 豫算法(Haushaltsgesetz)의 형식으로 규율되어 있기 때문에 憲法訴願의 대상이 된다고 보겠으나(사실 서독에서도 예산통제에 대한 憲法訴願이 이루어진 적은 없다)70), 우리의 경우 예산은 국가기관만 구속할 뿐이므로71) 憲法訴願의 대상에서 제외된다고 보는 것이 타당하다.

#### 4. 法令憲法訴願의 특별한 適法性要件

基本權의 節次的 保護를 위하여 憲法訴願을 허용하고 있는 바, 法令憲法訴願이 民衆訴訟으로 흐르는 것을 방지하도록 하는 일정한 장치가 필요하게 된다. 특히 立法作用에 대한 憲法訴願에 있어서 立法作用의 특성인 一般性, 抽象性 때문이다.

##### (1) 侵害의 主張

憲法訴願을 제기하려는 사람은 公權力의 行事·不行事로 기본권이 “침해” 되었다는 주장으로 그쳐서는 안되며, 그것이 “自己”의 基本權을 침해하였다는 것을 아울러 주장하여야 한다. 즉 公權力 作用으로 “自己”의 基本權이 “直接” 침해 되었음을 주장하여야 된다(사실 이와 같은 要件은 憲法訴願에만 특별한 것은 아니며 行政訴訟에도 요구되어진다). 이와 같은 要件은 聯邦憲法裁判所가 그의 판례72)를 통하여 만들어 낸 것이다. 서독의 聯邦憲法裁判所는 法律에 대한 憲法訴願을 다룸에 있어서 憲法訴願이 民衆訴訟化되는 것을 방지하고73) 憲法訴願이 抽象的 規範統制로 변질되는 것을 막기 위하여 “自己性(Selbstbetroffenheit)”, “現在性(gegenwärtig Betroffenheit)”, “直接性(unmittelbar Betroffenheit)”의

---

70) Zuck(FN 13), S.1996.

71) 權寧星(FN 2), p.735 : 金哲洙(FN 2), p.739.

72) Witwe-Scheeweiß-사건 BVerfGE 1,97.

73) BVerfGE 40,156 : 50,319.

3가지 만들어 내었고<sup>74)</sup> 그 이후 모든 관례에서 적용하여 오고 있다. 우리 憲法裁判所도 이와 같은 견해(특히 直接性)를 취하고 있다<sup>75)</sup>. 이와 같은 法的 關聯性의 요구는 法院의 裁判과 行政處分에 대하여도 전부 또는 부분적으로 적용되고 있다. 이러한 특별한 권리보호이익의 요구는 먼저 당해 公權力 作用이 법적 관련가능성 즉 不服利益(Bechwer)을 지녀야 함이 전제된다<sup>76)</sup>

## (2) 自己性

憲法訴願의 제소자는 “自己”의 基本權 즉 자기 자신이 관련되었음을 주장하여야 한다. 이는 제소자가 基本權의 추상적 주체가 될 수 있음과 동시에 구체적으로 당해 기본권의 주체가 될 수 있다는 것을 전제로 하며, 公權力 作用이 자기 자신의 기본권과 관련되어 있다는 것을 전제로 하는 것이다. 이는 제소자가 공권력 작용의 수범자(Adressat)이며, 負擔的 處分이 자기 자신에게 행해지는 것을 의미한다<sup>77)</sup>. 자기성은 공권력 작용이 제3자에게 이익을 주는 경우에도 존재할 수 있다. 다만 제소자가 손해를 주어야 한다<sup>78)</sup>. 이와 같은 復效的 行政處分(Maßnahmen mit Doppelwirkung)은 관계인에 대한 효과에 따라 상대적으로 이해되어야 하며,<sup>79)</sup> 중요한 점은 法律에 의한 수범자인가의 여부보다는 公權力 作用의 효과인 것이다. 이러한 自己성이 인정되기 위하여는,

첫째, 公權力 作用의 효과가 제소자의 기본권영역에 관한 것이어야 함은 물론이다<sup>80)</sup>.

둘째, 제소자에 대한 손해는 侵害(Eingriff)로서 이루어져야 한다. 경

---

74) BVerfGE 1,97(101).

75) 현재 88헌마 1결정.

76) Gusy, (FN 58), S.64.

77) Gusy, (FN 58), S.66.

78) Gusy, (FN 58), S.66.

79) BVerfGE 18,12.

80) BVerfGE 34,340.

쟁기업에 대한 조세부과<sup>81)</sup>등에 있어서 제3자를 자기성이 없다고 본 서독 聯邦憲法裁判所의 판례는 정당하다고 볼 것이다.

셋째, 자기성의 인정여부에 관하여 侵害와 反射의 作用이 구별되어야 한다. 反射的 作用도 제소자에게 사실상 또는 간접적으로 관련이 되나 “자기성”으로 인정되기에는 충분하지 않다<sup>82)</sup> 서독 聯邦憲法裁判所는 政黨補助金에 대한 상이한 과세에 있어서 政黨에게 自己性を 인정하고 있으며<sup>83)</sup> 店鋪閉鎖時間(Landenschlußzeit)과 관련된 고객에게 自己性を 허용하고 있다<sup>84)</sup>

이러한 自己성은 執行作用이나 裁判作用에 있어서도 문제가 되나 특히 法規範에 대하여 문제된다.

法規範에 대한 憲法訴願에 있어 문제가 되는 것은 수혜를 받지 못한 자의 自己성 인정여부이다. 즉 法規範이 수혜자를 특정하고 있을 때 이에 포함되지 못한 비수혜자는 평등권 위배를 이유로 이를 다룰 수 있는 가이다. 부당하게 비수혜가된 경우에는 평등권 위반을 이유로 憲法訴願이 가능하다고 하겠으나, 단순한 비수혜는 自己성이 없다고 본다. 이에 따라 聯邦憲法裁判所 판례도 비수혜자의 불이익과 수혜자의 이익 사이에 아무런 법적관련이 없는 경우(예컨대 국회의원에 대한 면세는 일반국민의 납세와 직접적 法的關聯性を 인정하기 어렵다)에는 自己성을 인정하지 않았다<sup>85)</sup>

또한 경쟁관계에 있는 기업들 사이에서도 수혜자에게 賦課處分을 구하거나<sup>86)</sup> 또는 수혜자의 이익제거를 구하거나<sup>87)</sup>, 경쟁기업에 대한 혜택이 자기기업에 영향을 미치는

것을 이유로 경쟁기업에 대한 조세부과처분을 대상으로 하는 憲法訴願은 제기할 수 없다고<sup>88)</sup> 본다. 만일 이를 허용한다

---

81) BVerfGE 16,27 : 17,371.

82) BVerfGE 277 : 51,376.

83) BVerfGE 6,277.

84) BVerfGE 12,333.

85) BVerfGE 49.1.

86) BVerfGE 17,371.

87) 이 경우에는 비수혜자의 법적 지위에 개선을 구하여야 한다. Gusy (FN 58), S.67.

88) BVerfGE 16,25.

면 제3자의 범위가 불분명해지고 제3자에 대한 제소기간의 산정이 어려워 지므로 法的 安定性을 해할 우려가 큰 것이고, 또한 憲法訴願이 민중소송화 될 우려가 있는 것이다.<sup>89)</sup> 이와 같은 단순한 평등위배는 제3자의 이익이 제소자에게 손해를 주는 것이 타당하다<sup>90)</sup>. 다만 수혜자의 법적 이익을 제거해야만 비수혜자의 불이익이 개선될 수 있는 경우나<sup>91)</sup> 또는 제소자에게(비수혜자) 절차적으로 자기를 위한 이익이 존재한 경우에만<sup>92)</sup> 평등원칙 위배에 의한 自己性이 인정된다고 본다.

### (3) 現在性(gegenwärtig Betroffenheit)

#### i) 의 의

제소자는 公權力의 作用으로 자기의 권리가 침해되어 있어야 한다. 권리가 침해되었다든가 앞으로 언젠가 침해될 수 있다는 것은 憲法訴願의 요건을 결하게 한다. 이와 같은 現在性은 서독 聯邦憲法裁判所가 판례를 통하여 특히 Witwe Schneeweiß 사건에서 法律에 대한 憲法訴願으로 인정된 것이다. 現在性은 공권력 작용으로 제소자의 기본권이 현실적(aktuelle)으로 침해되어야 憲法訴願이 가능하다는 것이다. 입법례에 따라서는 잠재적인 관련성 즉 장래에 언젠가 법적 관련성을 가질 수 있는 경우에도 憲法訴願을 허용하고 있는 예(스위스에서는 법률에 의하여 장래에 즉 잠재적인 관련성이 있다고 주장하는 경우에도 憲法訴願을 허용하고 있다)<sup>93)</sup>도 있으나, 서독이나 오스트리아는 “현실적” 침해를 원칙으로 하고 있다. 사실 잠재적으로 관련되어진다는 것은 언젠가 가능한 일이기 때문에 이를 허용한다면 憲法訴願을 民衆訴訟化할 우려가 있게 된다<sup>94)</sup>. 憲法

89) BVerfGE 1978. 6. 20.

90) Zuck(Fn 13), S.257 : Gusy(FN 58), S.67.

91) BVerfGE 18,16 : 43,68

92) BVerfGE 9,8.

93) BGE 48 I 265 : 65 I 240.

94) BVerfGE 1,102 : 58,104 : 60,371.

訴願은 공권력작용으로 현실적인 침해가 발생한 경우에 허용된다고 보아야 한다.

現在性은 범규범이 현실적이냐 아니면 단순히 잠재적이냐에 관한 것으로 이는 실제(Realität)나 가능성(Möglichkeit)이냐의 구별의 문제이다. 法規範이 헌법재판소의 결정기준이 아니라 결정대상이기 때문에 現在性 여부는 법률사실의 조사(Rechtstatsachlichermittlung)에 의존되게 된다<sup>95)</sup>.

ii)요 건<sup>96)</sup>

① 현실적 침해의 유무는 사건에 따라 결정되어야 한다.<sup>97)</sup> 現在性의 전제 조건으로 다툼의 대상이 된 公權力 作用이 유효하여야 한다. 즉 제정된 法規範<sup>98)</sup>만이 기본권 침해가 가능한 것이며 또한 憲法裁判所에 의하여 폐기될 수 있는 것이기 때문이다.

現在性의 충족요건을 위한 유효한 법이란 서독에서는 公布된 때를 기준으로 하여<sup>99)</sup>, 소급효를 가진 법률인 경우에도 동일하다.<sup>100)</sup> 그러나 現在性은 법률의 公布時가 아니라 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여야 한다고 본다. 효력발생요건까지 충족되어야 유효한 법으로 볼 수 있기 때문이다.

憲法訴願에 의하여 예방적 권리보호를 할 수 있는가. 불가능하다고 본다. 서독에서도 예방적 권리보호를 인정한 예를 찾아 볼 수 없다<sup>101)</sup>.

---

95) Zuck(FN 13), S.268.

96) 현재성은 법률에 대하여 문제될 뿐 行政處分에 대하여는 큰 의미가 부여될 수 없다. 서독에서는 法院의 裁判에 대하여도 現在性이 큰 역할을 하고 있으나, 우리는 法院의 裁判이 憲法訴願의 대상에서 제외되었기 때문에, 法律에 대한 憲法訴願의 문제로 한정됨은 물론이다. Zuck(FN 13), S.269.

97) BVerfGE 1,102.

98) 제정되지 않은 법은 현재성이 결여되어 있다. BVerfGE 1,140 : 3,336.

99) BVerfGE 4,218 : 1,410.

100) BVerfGE 1,416.

101) BVerfGE 70,35.



② 法律이 공포된 후 그 효력 발생전에는 現在性이 인정될 여지는 전혀 없는가. 現在性的의 요건 즉 유효한 법이어야 한다는 조건은 절대적인 것은 아니다. 만일 법률이 효력을 발생하기 전에도 이미 사전효과(Vorwirkung)가 나타나는 경우에는 憲法訴願이 허용될 수 있다는 것이 서독 聯邦憲法裁判所의 판례의 입장이다<sup>102)</sup>.

그러나 사전효과가 나타나는 경우에도 무조건 허용되는 것은 아니다. 즉 사전효과가 단순한 權利危害(bloße Grundrechtsgefährdung)에 불과한 경우에는 基本權侵害(Grundrechtsverletzungen)와 동일시 할 수 있는 경우에만 허용되고 있다. 법률의 효력이 발생하기 전에 급박한 권리변경을 목적으로 하는 경우에는 現在性이 인정된다고 본다. 따라서 選舉法의 효력이 발생되기 전에 입후보자가 제기한 憲法訴願의<sup>103)</sup>, 그것이 특별한 조건하에서 基本權侵害(Grundrechtsverletzungen)와 동일시 할 수 있는 경우에만 허용되고 있다. 법률의 효력이 발생하기 전에 급박한 권리변경을 목적으로 하는 경우에는 現在性이 인정된다고 본다. 따라서 選舉法의 효력이 발생되기전 입후보자가 제기한 憲法訴願의<sup>104)</sup> 현재성을 허용한 것은 동일한 선상에서 이해될 수 있는 것이다.

③ 法律의 효력은 발생하였으나 아직 그 법률의 적용대상이 되어 있지 아니한 경우 法律이 이미 효력은 발생하였으나 法律의 구성요건을 아직 충족하지 못한 경우에 現在性이 없음은 물론이다. 그러나 현재는 요구조건을 충족하지 못하였으나 머지 않은 장래에 요구조건을 충족을 위하여 제소자에게 의무를 지우는 경우나<sup>105)</sup> 상황에 따라 조건충족이 기대될 수 있을 때에는<sup>106)</sup> 現在性이 인정되고 있다. 전자의 경우는 義務教育法(Schulpflichtgesetz)의 강제적 규정에 따라 곧 의무교육을 받을 지위에는 있는 어린아이가 學校法에 대하여 제기한 憲法訴願을<sup>107)</sup> 들 수 있으며 후자의 경우는 자기의 職業의 정년을 인하한 法律에 대한 憲法訴願이 그것이다.

---

102) BVerfGE 40,310 : 45,118.

103) BVerfGE 51,346.

104) BVerfGE 13,11 : 38,326 : 47,271.

105) BVerfGE 34,180 : 41,43.

106) BVerfGE 1,270.

107) BVerfGE 34,180.

④ 現在性은 지속적인 관련성을 가져야 한다. 공권력 작용이 현실적으로 제소자와 관련을 가져야 함은 물론이나 계속적이고 지속적인 관련성을 지녀야 한다. “지속적 관련성”의 문제를 현재성에서 다루는 입장이<sup>108)</sup> 있으나 權利保護利益의 문제로 보는 것이 타당하다고 본다.

#### (4) 直接性(unmittelbare Betroffenheit)

##### i) 의 의

제소자는 “자기관련”, “현재관련” 이외에 공권력 작용으로 직접관련되어야 한다<sup>109)</sup>. 이는 특별한 집행행위에 의하지 않더라도 법규범에 의하여 자신의 기본권이 직접 관련될 것을 요구하는 것이다. 이와 같은 直接性은 行政處分(裁判을 포함)에서는 논의의 여지가 없으므로<sup>110)</sup> 法律에 대한 憲法訴願에서만 문제된다. 直接性은 또 다른 행위의 매개없이 관련될 수 있는 것을 의미하므로 “法律的命令(Gesetzesbefehl)의 轉換(Umsetzung)”이 요구되는 때에는 直接性이 결여된다고 본다.<sup>111)</sup> 轉換(Umsetzung)은 행정행위에<sup>112)</sup> 의하는 것이 대부분이겠으나 法律 자체에 의하건<sup>113)</sup> 명령에 의하건<sup>114)</sup> 規則에 의하건<sup>115)</sup> 관계하지 않는다.

直接性은 自己性和 구별된다. 自己性은 제소자의 관련여부에 관한 문제작용을 필요로 하는가의 문제인 것이다. 따라서 전자에서는 피침해자(Beeinträchtigen)가 문제되고 후자에서는 침해행위(Beeinträchtigung)가 문제된다.<sup>116)</sup>

---

108) Gusy(FN 58), S.74.

109) BVerfGE 1,96 : 56,203.

110) Zuck(FN 13), S.262.

111) Zuck(FN 13), S.262.

112) BVerfGE 58,104 : 65,36.

113) BVerfGE 30,17 : 43,386.

114) BVerfGE 56,389.

115) BVerfGE 61,274.

116) Pestalozza(Fn 13), S.117 : Zuck(FN 13), S.262 : Gusy(FN 58). S.76.

ii) 요 건

① 法律이 중간행위의 매개없이 제소자에게 관련되어야 한다.

直接性은 구체적인 집행행위없이 직접 관련되어야 하며 그 집행작용이 법률상 반드시 필요한가의 여부는 불문한다. 따라서 집행작용이 사실상의 행정관행에 의하여 이루어진 경우에는 法律에 대한 直接性이 부정된다.

직접관련된 경우를 보면 집행행위없이 직접 權利를 형성하는 규정<sup>117)</sup>, 選舉權과 被選舉權에 관한 선거법 규정<sup>118)</sup>, 의사와 병원, 환자사이의 법적관계 (Rechtsbeziehungen)에 관한 법률규정<sup>119)</sup> 등이며 직접적 침해의 성격을 지닌 都市計劃(Bebaungsplane)<sup>120)</sup> 해당된다고 본다.

우리나라 憲法裁判所도 사법서사법 시행규칙에 관한 憲法訴願에서 사법서사법 제4조 1항 1호의 규정이 “집행행위의 여하에 따라 사법서사의 자격을 얻게 될 수 있는 것은 아니며, 청구인에게 이 규정만으로 사법서사직을 선택하여서는 안 될 의무가 생기므로 基本權 侵害의 直接性은 갖추어진 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>121)</sup> 결국 法律을 통하여 자유를 제한, 의무를 부과, 권리와 법적 지위 등의 박탈 등이 요구되거나 금지되는 모든 수범자는 直接性이 인정된다고 하겠다.<sup>122)</sup>

② 執行行爲의 재량성여부는 필요없다.

서독의 聯邦憲法裁判所는 집행행위가 기속행위인 경우에 대해서만 憲法訴願이 허용된다고 판시한 적이 있으나<sup>123)</sup>, 그 이후 기속이나 재량의 유무에 관하여는 언급하지 아니하고, 집행행위의 필요여부에 대하여만 판단

---

117) BVerfGE 26,251 : 30,239.

118) BVerfGE 38,335 : 40,310 : 47,269.

119) BVerfGE 52,327 : 53,381.

120) BVerfGE 70,50.

121) 현재 88헌마1 결정.

122) Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum rechtsschützes Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der offen Gewalt, AöR 86(161), S.133.

123) BVerfGE 3,1.

하고 있다.<sup>124)</sup> 直接性 문제는 집행기관의 집행에 있어 재량성 유무에 있는 것이 아니라 집행행위의 존재성 유무에 있는 것이다.

### ③ 구체적 執行行爲

直接關聯性은 구체적 집행행위가 없는 경우에 인정됨은 앞에서 본 바와 같으나, 어떤 행위가 구체적 집행행위로 인정될 것인가가 문제된다.

#### (ㄱ) 세액 결정

세법은 법률상 또는 사실상 행정관행에 따라 집행기관의 구체적인 집행행위 즉 세액결정을 전제로 하는 것이 원칙이므로 소득세, 법인세, 영업세 등 수입에 따라 정해지는 세금은 처분행위를 대상으로 하여야지 法律을 직접 徵收대상으로 삼을 수 없다.<sup>125)</sup> 다만 납세결정 절차없이 징수되는 경우 즉 法律에 의하여 직접 의무지워지는 경우에는 직접관련이 인정된다.<sup>126)</sup>

#### (ㄴ) 유발된(provozierter) 行政行爲

유발된 行政行爲란 세액결정절차에 따른 과세처분에 의한 것이 아니라, 납세의무자가 납세근거와 납세액을 다툼으로써 과세처분이 행해지거나, 또는 납세의무자가 신고하지 않거나 부적법하게 신고하여 부과처분이나 결정처분을 하는 경우를 의미한다. 이와 같은 소위 유발된 행정처분은 집행행위라 볼 수 없으며 과세처분이라는 집행행위가 있더라도 법률에 대한 直接性이 인정된다고 본다.<sup>127)</sup>

#### (ㄷ) 등록거부

피선거권을 제한한 법규범에 대한 憲法訴願에서 聯邦憲法裁判所는 선거기관의 등록거부행위를 집행행위로 보지 않고 直接性을 인정하였다.<sup>128)</sup>

### ④ 구체적 집행행위가 존재한 경우에는 直接性이 언제나 부정되는가.

直接性은 구체적 집행행위가 존재한다면 부정되는 것이 원칙이나 집행

---

124) BVerfGE 7,197 : 14,25.

125) BVerfGE 6,278 : 7,194.

126) BVerfGE 16,147 : 36,329.

127) BVerfGE 31,323.

128) BVerfGE 57,47.

행위를 상대로 한 구제절차에서 구제될 수 없거나 현저히 권리구제로서의 의미가 없는 경우에는 直接性이 인정된다고 본다

즉 憲法訴願이 중대한 의미를 가지거나 직접관련이 거부됨으로써 제소자에게 중대하고 피할 수 없는 손해가 야기되는 경우 또는 직접관련이 거부되면 통상의 절차를 통한 구제가 아무런 의미가 없는 경우에는 直接性이 허용된다고 본다.

이러한 의미에서 法律에 대한 憲法訴願에 있어 直接性은 憲法訴願의 補充性과 밀접한 관련을 가지고 있다. 憲法訴願의 제소요건의 판단에 있어 자기 관련, 현재관련, 직접관련을 심사하고, 이 요건이 충족된 후에 다시 보충성의 요건을 심사하고 있는 것이 聯邦憲法裁判所의 판례의 원칙적인 입장이다. 그러나 直接性과 補充性의 요건을 하나의 범주에서 다루는 듯한 인상을 보이고 있다. 우리 憲法裁判所는 直接性을 판단한 후에 보충성 여부를 심사하는 서독 聯邦憲法裁判所의 주류적 판례의 입장을 따르고 있다.<sup>129)</sup>

## (5) 消極的 要件

立法作用에 대한 憲法訴願이 성립하기 위하여는 다른 救濟手段이 존재해서는 안 된다. 法規範은 執行을 매개로 國民의 權利義務와 관련되는 바, 執行을 다툼의 대상으로 삼을 수 있다면 執行行爲를 기다려서 이를 다투어야지 직접 法規範을 다룰 수 없다(法令憲法訴願의 規範統制에 대한 補充性). 執行行爲를 기대하기가 不可能하거나 執行行爲를 기다려서 이를 다투다면 權利救濟의 實效性을 얻을 수 없는 경우가 있다. 이 경우에는 立法作用에 대하여 直接 다툴 수 있으며, 직접 다툴 수 있도록 하는 것이 필요하다.

## (6) 提訴期間

立法作用에 대한 憲法訴願은 다른 救濟節次가 존재하지 않는 것으로서

---

129) 현재 88헌마 1결정.

憲法裁判所法 제69조 1항에 해당된다고 할 것이므로, 立法作用에 의하여 基本權侵害의 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에 또는 그 事由가 있는 날로부터 180일 이내에 請求하여야 한다(헌법재판소법 제69조 1항).

i) ‘안 날’

‘안 날’이란 法令 등이 직접·현재적으로 提訴者의 基本權을 侵害한 사실을 지시한 날로 본다

ii) ‘안 날’과 ‘있는 날’과의 관계

事由가 있는 날로부터 180일이 지나면 비록 안 날로부터 60일이 경과하지 아니 하여도 請求할 수 없다.<sup>130)</sup>

## 5. 立法不作爲에 대한 憲法訴願

### (1) 序 說

立法不作爲에 대한 憲法訴願은 司法的 형태의 기본권 보호에 있어 매우 중요한 역할을 한다. 立法不作爲는 抽象的 規範統制나 具體的 規範統制의 대상이 될 수 없기 때문에<sup>131)</sup> 憲法訴願에서 그 의의가 더욱 뚜렷해진다. 종래에는 立法의 不作爲에 대하여 憲法的 統制를 가하는 것은 있을 수 없다고 보았으나, 현재에는 立法의 不作爲로 인하여 國民의 基本權이 侵害된 경우에는 일정한 憲法的 統制가 필요하다는데 커다란 이견이 없는 것으로 보인다. 이는 立法者도 헌법에 기속되기 때문이며, 그것이 적극적 의미의 立法이건 소극적 의미의 立法이건 불문한다. 또한 법률의 제정 및

---

130) 憲法裁判所는 提訴者의 利益과 法的 安定性을 고려하여 ‘있는 날’로부터 180일을 청구기간으로 하고 있다. 請求期間이 너무 짧아 憲法裁判所法 제69조 1항은 立法論上 문제가 제기되고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 두 基準을 선택적으로 해석하는 것이 타당하다고 보는 견해가 있다. 즉 있는 날로부터 60일이 지니지 않으면 제소가 가능하도록 해석하여야 하는 견해이다. 金學成(FN 1), p.262.

131) BVerfGE 18,38(45).

형성은 입법자의 기속 재량이기 때문이다.<sup>132)</sup>

## (2) 허용여부

### i) 서독

서독의 입법례는 우리와 달리 立法不作爲에 대한 憲法訴願을 인정할 수 있는 적극적 규정이 없다.<sup>133)</sup> 단순히 ‘공권력’(öffentliche Gewalt)으로만 되어 있어 不作爲에 대하여도 憲法訴願이 가능한가가 문제된 바 있다. 서독 聯邦憲法裁判所法 제95조 2항, 3항은 行政機關 및 法院의 적극적 決定에 관한 것이므로<sup>134)</sup> 행정기관 및 法院의 不作爲에 대하여도 憲法訴願이 가능한가에 관한 의문의 여지가 있을 수 있다. 동법 제95조 1항도 단순히 ‘公權力으로 인하여’라고 규정하고 있기 때문에 허용여부가 문제될 수 있으나,<sup>135)</sup> 立法不作爲에 대한 憲法訴願을 명백히 제외하고 있지 않은 점을 이루어 볼 때 허용된다는 견해가 지배적이다.<sup>136)</sup> 따라서 立法·司法·行政의 不作爲에 대한 憲法訴願은 허용된다고 본다. 다만 이 경우에 제소자의 基本權이나 權利가 침해되었다는 것을 확인만 할 뿐이다.<sup>137)</sup> 서독에서는 모든 立法不作爲에 대하여 헌법소원을 허용하고 있지는 않다. 立法者의 行爲를 요구할 수 있고, 裁判上 追求할 수 있는 請求權이 있는 경우에만 허용된다고 본다.<sup>138)</sup>

### ii) 우리나라

우리나라의 경우를 보면 ‘公權力의 不行事로 인하여’라는 명문의 규정이 있기 때문에 立法不作爲에 대한 憲法訴願을 인정하는데 문제가 없다.<sup>139)</sup>

---

132) BVerfGE 1,275 ; 4,18 ; 6,71.

133) 서독 연방헌법재판소법 제95조 3항 참조 : BVerfGE 1,100.

134) BVerfGE 6,388.

135) Maunz(FN 58), Rdnr 107 zu §90 BVerfGG.

136) BVerfGE 6,264.

137) Maunz(FN 58), Rdnr 107 zu §90 BVerfGG.

138) BVerfGE 2,291.

139) 李時潤(FN 42), p.31 : 金學成(FN 1), p.231.

### (3) 특 성

i) 立法不作為에 대한 憲法訴願은 모든 不作為에 대하여, 그리고 모든 基本權 侵害에 대하여 다 허용될 수는 없다. 立法者는 一般的 立法義務는 없으므로 憲法이 立法者에게 특정한 立法行爲를 하도록 義務지운 경우에 즉 명백한 憲法委任이 있음에도 이에 상응하는 立法行爲가 없는 경우에만 허용될 수 있다.<sup>140)</sup> 이 경우 제소자는 立法者의 積極的 行爲를 요구할 수 있는 主觀的 權利가 있음이 明白히 밝혀져야 한다.<sup>141)</sup> 立法不作為에 대한 憲法訴願에 있어서도 不作為는 ‘아무것도 하지 않는 것’이 아니라 ‘헌법이 요구한 것을 하지 않는 것’이기 때문에 行政이나 司法의 경우와 동일하게 이해된다. 따라서 단순히 基本權이 침해된 것만으로 立法義務가 도출되는 것은 아니다.<sup>142)</sup>

立法不作為에 대한 憲法訴願의 제기는 權力分立의 原則과 關여하여 볼 때 도 예외적으로 허용되어야 하므로, 憲法訴願은 立法的 作為義務를 위반하여 基本權侵害가 있는 경우에만 허용되어야 하므로, 憲法訴願은 立法的 作為義務를 위반하여 基本權侵害가 있는 경우에만 허용된다고 보며 이것이 서독 聯邦憲法裁判所의 일관된 견해이기도 하다.<sup>143)</sup> ii) 위와 같은 憲法的 委任이 關여되어 있는 自由權은 원칙적으로 그 爭訟對象에서 제외된다고 본다. 왜냐하면 自由權은 公權力의 侵害作用으로부터 自由領域을 보호하기 위한 것이기 때문이다. 또한 立法者에게 形式的 의미의 法律을 제정토록 委任하고 있는(義務化 하지 않으면서) 基本權 역시 그 대상이 될 수 없다<sup>144)</sup>.

iii) 命令制定者의 不作為의 대한 憲法訴願의 경우에도 위의 설명이 동일하게 적용된다.<sup>145)</sup>

---

140) BVerfGE 12,139(142) ; 18,(115).

141) Maunz(FN 58), Rdnr 107 zu §90 BVerfGG.

142) BVerfGE 11,255(261).

143) BVerfGE 6,246 ; 8,20.

144) BVerfGE 12,354 ; (364).

145) BVerfGE 18.1(15).



iv) 立法不作為에 대한 憲法訴願의 경우에도 立法權行事に 대한 憲法訴願의 제소요건이 원칙적으로 동일하게 적용되나, 성질상 몇가지 예외가 주어진다. 憲法上 요구된 立法義務의 불이행이 提訴者의 基本權을 現在, 直接 침해하여야 한다. 먼저 제소자는 憲法上 요구되는 立法者의 行爲義務의 불이행에 의하여 침해되거나 수혜되는 범위에 속하여야 하며 현재 침해되어야 한다.<sup>146)</sup> 다만 侵害의 直接性에 관하여는 執行作用의 필요여부는 문제삼을 수 없다. 補充成의 原則도 적용되지 않으며,<sup>147)</sup> 不作為가 지속되는 한 請求期間은 허용된다.<sup>148)</sup>

v) 憲法裁判所는 立法의 不作為가 基本權을 侵害하였다는 것을 확인만 할 뿐이다(헌법재판소법 제75조 3항). 確認 이상의 立法者에 대한 영향력은 주어질 수 없다.<sup>149)</sup> 이에 대하여 立法者에게 헌법상 요구되는 행위를 할 것을 義務지우는 것으로 보아야 한다는 서독 聯邦憲法裁判所의 決定이 있다.<sup>150)</sup> 憲法裁判所가 立法機關에 憲法合致적으로 입법하도록 스스로 선언할 수 있다는 견해는 權力分立의 原則에서 보나 憲法裁判所에 法規制定權이 주어지지 않고 있는 憲法上 限界에 비추어 보아 타당치 않다.

---

146) Maunz(FN 58), Rdnr zu §90 BVerfGE.

147) Maunz(FN 58), Rdnr 119 zu §90 BVerfGG.

148) BVerfGE 10,308.

149) BVerfGE 6,265.

150) BVerfGE 8,20 ; 18,301

### 第三節 行政作用에 대한 憲法 訴願

趙 圭 政

(光州地檢 木浦支廳 部長檢事)

#### I. 序 說

1. 第6共和國 出帆과 함께 憲法守護機能 遂行者로서 憲法裁判所가 創設되고 國民의 權利保護의 手段의 하나로서 憲法訴願制度가 導入된 것은 周知의 事實이다. “公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 國民의 基本權이 侵害된 境遇에 侵害의 原因이 되는 公權力의 行使를 取消하거나 不行使의 違憲을 確認하는”(憲法裁判所法 第68條 第1項)<sup>1)</sup> 所謂 憲法訴願制度는 憲法裁判齋禱를 도입하고 있는 先進國에서도 모두 도입되고 있는 制度가 아님에도 不拘하고 우리나라에서 特히 이를 採擇하였음은 民主發展이라는 國民의 合意에 副應하여 이를 實現키 위한 하나의 제도적 裝置를 마련하자는 趣旨에서일 것이다.

우리나라에서 過去 지금까지 憲法이 살아있는 憲法으로서 規範的 役割을 충분히 하였다고 하기에는 많은 批判의 所持가 있었고, 또한 憲法問題를 다루었던 過去의 憲法委員會 역시 그 機能을 充分히 發揮하였다고 評

---

1) 우리나라 憲法裁判所法 第68조 第2항은 “法律의 違憲與否審判이 棄却된 때에는 그 신청을 한 당사자는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다”고 규정하여 憲法訴願制度의 하나로 하고 있으나 이는 法律에 대한 違憲審查制度로서 본래적 의미의 憲法訴願制度는 아니라 할 것이므로 本稿에서는 본래적 의미의 憲法訴願, 즉 第68조 第1항에 의한 憲法訴願制度를 중심으로 고찰코자 한다.

價하기에는 어렵다는 歷史的 經驗과 그 反省에서 새로운 制度로서의 “憲法 裁判所”와 그 活性化를 위한 方案의 하나로 “憲法 訴願”制度에 대한 國民의 期待와 興望은 至大하다 하겠다.

2. 特히 1988年 우리나라에 憲法 訴願制度가 導入된 以後 1990年 8月末 現在까지 總 549件의 憲法 訴願이 接受되어 이 制度에 대한 國民의 期待와 關心은 대단히 큰 事實을 엿볼 수 있다. 그러나 한편으로 憲法 訴願制度가 그 審判對象을 둘러싸고 그 制度 本來의 沿革의 觀點에서 본 本質 등에 비추어 外國의 運用例와 比較하여 볼 때 우리나라에 특이한 方向으로 運用되고 있지는 않는지 지난 2年間의 經驗을 바탕으로 吟味하여 볼 必要가 있지 않나 생각된다. 즉 우선 法院의 裁判을 憲法 訴願에서 除外하고 있음으로서 立法者의 政治的 決斷의 意味가 補充性 制度和 맞물려 全體的인 憲法 訴願의 對象과 그 運用方案에 外國과 다른 意味의 憲法 訴願制度가 運用되고 있다는 特異한 現像을 나타내고 있음을 指摘할 수 있다.

이러한 意味에서 本稿에서는 憲法 訴願審判의 對象의 하나인 行政作用部分에 초점을 맞춰 現況과 問題點을 살펴보기로 한다.

## II. 憲法 訴願制度의 本質과 國家公權力

憲法 訴願審判制度의 꽃을 피우고 있는 西獨을 中心으로 살펴볼 때 憲法 訴願制度는 國家에 대한 國民의 特別한 法的權利인 同時에 特別한 憲法保障 手段으로서 機能을 갖는 것으로 理解되고 있다. 즉 國家에 대한 國民의 基本權 侵害에 대한 國民의 權利의 保障과 客觀的인 憲法秩序의 保障手段으로서의 性格을 갖는 것으로 把握되고 있으며 이는 沿革的으로 살펴볼 때 國民의 基本權 保障의 擴大歷史라는 近代憲法史의 한 所産으로 볼 수 있다. 國家統治權力의 分化過程을 살펴볼 때 初期의 段階에는 恣意的인 君主 등의 公權力에 대하여 議會의 法律에 의한 制限과 行政府 內에서 어느 程度 獨立한 裁判機關인 行政裁判所制度를 통한 規制를 通하여 그

制限이 實現되리라 期待하였으나 所謂 形式的인 法律이라는 名目を 憑藉하고 代表機關이라는 國民代表性을 全面에 내세우며 “合憲性的 推定(favor legis)”의 權利를 賦與받은 立法專橫과 行政裁判所의 獨立機關性的 限界에 부딪혀 所謂 違憲法律審査制度和 獨立한 司法府를 통한 基本權 保障을 期待한 第2段階를 거치게 되었다. 그러나 그 後 違憲法律審査制度가 立法專橫을 防止한 機能을 어느 程度 修行한 反面 所謂 “權利保障의 最後의 堡壘”로서 獨立 權能을 賦與받은 司法府가 한편으로 國民의 權利保障에 至大한 役割을 遂行하여 왔던 것은 否認할 수 없는 事實이지만 司法消極主義的 立場에서 積極的 裁判을 回避하거나, 裁判을 遲延시키거나, 其他 憲法解釋適用을 잘못하는 境遇 등 實質的 權利救濟 手段에 未洽한 점이 部分的으로 있음이 指摘되면서 司法府의 裁判에 再照明의 必要性이 認識되고 여기에서 創案원 制度가 憲法訴願制度<sup>2)</sup>인 것이다. 이러한 觀點에서 볼 때 憲法訴願制度는 國家公權力에 대한 國民의 基本權 保障의 側面에서 刮目할만한 制度로 讚揚 받을 制度의 하나로 意味를 부여할 수 있는 것이다.

### Ⅲ. 憲法訴願審判의 對象

1. 우리 憲法裁判所法 第66條 第1項은 “公權力의 行使 또는 不行使”로 “憲法上 保障된 基本權을 侵害 받을 때” 憲法訴願審判請求를 할 수 있도록 規定하고 있다. 즉 基本權 侵害가 있다하여 모든 境遇에 憲法訴願의 對象이 되는 것이 아니라 “公權力 作用”에 의한 國民의 基本權 侵害가 前提되어야 하는 것이다. 公權力이란 大韓民國의 公權力으로서 單獨으로 또는 어떤 機關을 통하여 代表하는 권력(Staat in seiner Einheit, repräsentiert durch irgendein Organ)<sup>3)</sup>을 意味하며 이는 누구에 의하여

2) 許 營, 憲法訴願制度의 理論과 우리制度의 問題點, 考試研究 1984. 6.

金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 1990. 제26경.

3) 보다 具體的으로는 西獨에서는 公權力을 “國家의 獨逸의 基本法과 連結된 行爲 (Akte der staatlichen, an das Grundgesetz gebundenen öffentlichen Gewalt)”로 把握하고 있다.

어떤 機關에 의하여 國家權力이 遂行되건 또한 어떠한 形態로 遂行되건 問題가 되지 아니한다 할 것이다. 例컨대 作爲, 不作爲를 不問하며 直接的인 國家權力의 作用 뿐 아니라 間接的 國家權力의 作用도 包含된다.

이러한 의미에서 公權力의 主體는 權利主體로서 국가(das Rechtssubjekt des Staat)에 局限하지 않고 公權力을 行使하는 한 地方自治團體나 公共施設 등 非國家遂行者(nicht staatlicher Träger)<sup>4)</sup>도 包含된다 할 것이다.

2. 公權力의 形態는 行事主體에 따라 立法, 司法, 行政作用으로 分類할 수 있는 바, 西獨의 境遇 法律, 命令, 條例 등 立法作用에 대한 憲法訴願과 行政行爲에 대한 憲法訴願 뿐 아니라 司法作用인 法院의 裁判에 대하여도 憲法訴願을 認定함으로서 세계에서 가장 廣範한 憲法訴願의 對象을 認定하고 있으며, 스위스의 境遇에는 法律에 대한 헌법소원을 認定치 아니하고 있으나 行政作用과 法院의 裁判에 대하여는 憲法訴願을 認定하고 있고, 오스트리아의 境遇에는 원래 行政作用에 대한 憲法訴願을 主된 對象으로 하였고 1976. 7. 1. 改正된 憲法裁判所法을 통하여 法律에 대한 憲法訴願을 認定하고 있으나 法院의 裁判에 대하여는 이를 認定치 아니하는 態度를 취하고 있다. 우리나라의 境遇에는 法院의 裁判에 대하여서는 오스트리아와 같은 態度를 취하고 있다.

本稿에서는 行政作用의 形態를 中心으로 考察하여 보기로 한다.

---

4) 西獨 憲法裁判所는 公權力의 直接遂行者로서 聯邦政府는 勿論 州政府, 地方自治團體, 大學, 醫療保險聯合會, 宗教團體, 放送局, 辯護士協會, 社會保障取扱權者 등을 認定하고 있고 授與된 公權力을 行使하는 者로서 公證人, 公證鑑定人, 船長, 航空機長, 林山監督員 등을 認定하고 있다. 이에 대하여 職務上 國家의 任命에 의하여 公法上의 任務遂行義務만을 負擔하고 있는 破産執行人, 國選辯護人, 後見人 등은 公權力이 缺如되었다고 하고 있고 私立學校도 公權力을 遂行한다고 볼 수 없다고 한다(Christopf Gusy, die Verfassungsbeschwerde 1988. S.25, 181.).

## IV. 行政作用과 憲法訴願

### 1. 行政作用의 概念

行政作用과 關聯하여 다음과 같은 行爲를 우리는 行政作用으로 包括할 수 있다.

첫째로, 行政廳의 公權力 行使 作用을 들 수 있다. 行政廳의 公權力 行使作用이란 行政廳이 公權力의 所持者인 行政機關의 地位에서 서서 法의 執行으로 하는 權力的 活動을 意味하며 “行政廳이 法에 依據하여 優越한 意思의 發動 其他의 公權力 行使로서 私人에 대한 具體的인 事實에 關하여 權利의 設定 또는 義務의 負擔을 命하거나 기타 法律上 效果를 發生케 하는 行爲”를 指稱하며 行政訴訟의 가장 基本的 對象이 되는 類型이라 하겠다.

둘째로, 消極的 行政行爲의 하나로서 拒否處分을 들 수 있다. 이는 現在의 法律狀態에 變動을 가져오지 아니하는 內容의 行政行爲로서 一定한 積極的 行政行爲의 申請이 있는 境遇에 그 申請에 따르는 行政行爲를 할 것을 拒否하는 內容의 行政行爲를 말한다.

셋째, 公權力 行使나 그 拒否에 準하는 行政作用을 들 수 있다. 이는 위에서 說明한 公權力 行使作用이나 拒否處分은 아니더라도 行政廳의 對外的 作用으로서 個人의 權益에 具體的으로 影響을 미치는 作用을 말하는 바, 이는 現在 産業社會에 있어서 行政作用의 廣域化, 多樣化, 專門化, 積極化 傾向에 비추어 미처 豫想치 못한 새로운 類型의 行政作用을 包括할 수 있도록 하는 趣旨에서 우리 行政訴訟 體系가 認定하고 있는 것으로 이는 앞으로의 判例에 따라 그 規模가 整理될 것으로 본다.

넷째로, 行政廳의 不作爲로서 所謂 行政廳이 當事者의 申請에 의하여

相當한 期間內에 一定한 處分을 하여야 할 法律上 義務가 있음에도 不拘하고 이를 하지 아니하는 것으로 우리 行政審判法은 義務履行審判의 形態로 行政訴訟法은 不作為 違法確認訴訟의 形態로 이를 認定하고 있다.

## 2. 行政作用과 外國立法例

行政作用을 公權力의 概念에 包括시킴은 憲法訴願制度를 認定하고 있는 나라의 共通된 態度이다. 다만 이를 取扱하는 構造는 각 나라에 있어서 약간의 差異가 있다. 西獨, 스위스<sup>5)</sup> 등에서는 行政訴訟의 對象이 되는 行政作用의 境遇 行政訴訟制度라는 權利救濟手段을 모두 거친 後에 憲法訴願을 提起하도록 하고 있다. 通常 最後 權利手段을 모두 거친 後에 憲法訴願을 提起하도록 하고 있다. 通常 최후 權利手段은 法院의 裁判이 되므로 結局 法院의 裁判에 대한 憲法訴願으로 歸結이 되고 있다. 한편 오스트리아와 같이 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 認定하고 있지 아니한 나라에서는 行政作用으로 國民의 憲法上 權利가 侵害되었을 境遇에는 憲法訴願의 形態로 憲法裁判所에서 直接審查할 수 있게 하고 있고 憲法訴願의 가장 重要한 對象으로 認定하고 있으며 單純한 法律上 權利가 침해되었을 境遇 行政訴訟의 길에 의한 救濟를 받도록 하고 있다. 우리나라의 境遇 憲法訴願審判을 請求하기 위하여는 所謂 補充性的 原則을 採擇하고 있기 때문에 權利救濟 節次로서 행정소송

을 提起할 수 있는 境遇에도 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 認定하지 않는 것과 關聯하여 所謂 행정처분도 憲法訴願의 對象으로 할 것인가에 관하여 問題가 있을 수 있으나(後述), 우선 行政訴訟의 대상이 되지 아니한 行政作用으로 인하여 憲法上 基本權이 侵害된 者는 憲法訴願審判을 請求할 수 있다 하겠다.

---

5) Andrea Hans Schuler, Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem deutschem und österreichischem Recht 1970. S.130.

### 3. 行政作用의 類型別 檢討

憲法訴願의 對象으로서 우선 우리나라 憲法裁判所法이 補充性을 要求하고 있으므로 行政作用 중 司法的 救濟節次가 없는 行政作用 즉 行政訴訟의 對象이 되지 않는 行爲가 그 對象으로 되는데 이론이 없으나, 司法的 救濟節次가 있는 行政作用의 境遇 事前 救濟節次를 모두 거친 後 行政作用을 對象으로 할 때 이를 認定할 수 있느냐는 점이 問題로 되는지 여부를 檢討하여 보고, 우리 憲法訴願制度에서 가장 많이 作用되고 있는 檢察의 不起訴處分에 대하여 따로이 살펴보기로 한다.

#### 가. 司法的 救濟節次가 있는 行政行爲

行政行爲에 대한 司法的 救濟節次가 있는 境遇에는 이를 事前에 經由하여야 하므로(憲法裁判所法 第68條 第1項 但書) 결국 法院의 裁判에 대한 憲法訴願問題로 歸結이 된다. 그러나 行政處分에 대한 憲法訴願에 있어 司法的 救濟節次를 다 經由한 境遇에 裁判에 대한 憲法訴願을 提起하지 아니하고 爭訟對象이 된 行政處分을 對象으로 憲法訴願을 提起할 수 있는 지가 問題된다.

이에 관하여 否定說은 處分의 違憲, 合憲與否에 관한 大法院의 審査가 있음에도 不具하고 處分에 대한 憲法訴願을 提起하는 것은 “處分 등의 違憲與否에 대하여 大法院이 最終적으로 審査할 수 있다.”는 憲法 第107條 第2項에 違背되고 憲法裁判所法 第68條 第1項은 法院의 裁判을 除外시키고 있는 바, 處分에 대한 憲法訴願을 許容하게 되면 間接的 또는 迂廻的으로 法院의 裁判에 대한 憲法判斷을 許容하게 되는 것이므로(特히 法院의 裁判結果와 憲法裁判所의 決定이 相異한 境遇) 立法者의 意思와 矛盾된다는 것을 根據로 들고 있고, 肯定說은 裁判自體에 대하여는 憲法訴願禁止의 原則 때문에 憲法訴願이 許容되지 않는 것이지만 元來의 行政處分



은 公權力 行使이므로 憲法訴願의 대상이 될 수 있으며, 더욱이 憲法裁判所 法 第68條는 行政處分을 法院의 裁判처럼 憲法訴願의 對象에서 除外시키고 있지 않기 때문에 可能하고, 憲法 第107條 第2項의 解釋의 關係에 대하여는 處分の 違憲與否에 대한 大法院의 專屬的 權限에 屬하지 아니하고, 違憲審查는 憲法裁判所에 提請함이 없이 最終的으로는 大法院에서 審判한다는 意味로 別問題가 없을 것이라는 根據를 提示<sup>6)</sup>하고 있다.

外國의 立法例를 살펴보면 西獨의 境遇 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 許容하고 있으며 最終審級의 法院의 審判에 대하여 憲法訴願을 提起하는 것이 原則이나, 下級審 法院의 裁判이나 原行政處分에 대하여도 爭訟의 對象으로 할 것인가에 관한 選擇權<sup>7)</sup>을 주고 있고, 스위스의 境遇 最終審級의 裁判만이 訴願의 對象이 되고 原行政處分은 審判對象이 되지 아니한다<sup>8)</sup>는 態度를 취하고 있다. 생각건대 우리나라의 境遇 憲法訴願과 관련하여 法院의 裁判을 單純한 權利救濟節次 手段의 하나로서 認定하는 程度의 意味만을 賦與하고, 또한 法院의 判斷과 달리 憲法上 基本權 侵害로부터의 救濟라는 憲法裁判所 本來의 特有的 機能을 尊重하자는 立場도 一應理解가 되나, 憲法裁判所法의 立法制定 당시 法院의 裁判을 憲法訴願의 對象으로 인정할 것인지 여부에 관한 토론을 거친 과정에서 司法權遂行者로서 法院의 決斷인 裁判을 존중하여 憲法訴願의 대상으로 하지 않도록 하는 見解를 채택하여 일응 國民的 合意를 거쳐 일단 제외시켰다고 봄이 타당하므로 行政處分에 대하여 法院의 裁判을 거친 후 다시 憲法訴願의 대상으로 한다면 必然的으로 法院의 裁判과 抵觸되는 事例가 초래되고 이는 결국 立法者의 立法意圖에 어긋나는 결과가 된다 할 것이므로 이를 존중하는 立場에서 否定說의 見解가 타당하다고 사료된다.

그러나 그렇다고 하여 法院의 裁判에 대하여 憲法訴願을 인정하지 아니한 立法態度가 타당하다는 見解에는 선뜻 同意할 수는 없다. 즉 첫째로

6) 李時潤 憲法裁判所概觀 判例月報 1989. 5. 第225號 제15정.

7) C. Gusy. 前掲書, S.25.

8) BVerfGE 3. 377(379) : 20. 233(267).

國家公權力으로 인한 國民의 基本權 侵害에 司法府도 항상 올바른 判斷만을 하고 있다고 判定할 수 없고, 獨斷 또는 明白한 誤謬로 인하여 國民의 基本權을 侵害하는 경우가 있을 수 있고 더구나 이를 救濟할 수 있는 制度가 있음에도 司法府라는 形式的인 權威만을 존중하여 다른 國家公權力과 구별하여 이러한 權利救濟制度를 외면하고 이를 방치하는 것이 과연 基本權保障 尊重의 견지에서 타당한지 의심이 가고, 둘째로 憲法訴願制度가 원래 司法作用에 대한 統制手段에서 출발하였던 晝독의 沿革을 參考할 필요가 있으며, 셋째로 本質的으로 一般 法院이 法律上 權利義務의 점에 관한 判斷을 本領으로 하는데 비하여 憲法裁判所는 憲法訴願과 관련하여 憲法上 基本權 侵害問題를 다룸으로서 法院과는 다른 독자적인 領域이 있을 뿐 아니라, 넷째로 우리 憲法上 憲法裁判所를 司法權의 일부로서가 아닌 독자적인 第四의 公權力 擔當機關으로 취급하고 있음 등과 관련하여 法院의 裁判을 憲法訴願으로 인정한다고 하여 司法府의 第4審化를 초래하는 것은 아니라는 견지 등에 비추어 法院의 裁判도 憲法訴願의 대상의 하나로 취급함이 立法上 타당하다고 사료되며, 결국 本質的으로 行政處分에 대한 憲法訴願을 다룸에 있어서도 앞으로 法院의 裁判을 憲法訴願의 對象에 포함시키는 방향으로 立法改善을 함으로서 憲法訴願에 관한 本質的 問題點들이 종합적으로 정리되어야 할 것으로 사료된다.

#### 나. 行政內部行爲 · 法的效果가 없는 行爲

憲法訴願審判의 對象이 되는 處分은 直接的으로 그 權利作用 效果가 外部에 向하여져야 하며 따라서 單純한 保留處分과 같이 行政廳의 內部에 그친 行爲라던가, 行政機關 사이의 行爲, 單純한 勸告 또는 幹施行爲 등은 憲法訴願의 對象이 되지 아니한다.

이러한 立場에서 暗示(Hinweis), 單純한 敎示(bloße Belehung), 專門的 見解表示(Gutachtliche Äußerung), 拘束力 없는 當局의 告知

(Unverbindliche behördliche Auskünfte), 知識의 傳達(Mitteilung des Wissens),<sup>9)</sup> 豫想된 處分の 通告(Ankündigung)<sup>10)</sup> 등은 憲法訴願의 對象이 되지 아니하며 法的狀況에 대한 行政 各部의 形式에 따르지 않는 傳達(Formlose Mitteilung)<sup>11)</sup>, 國家當局의 法的 解釋도 單純한 高權的 行動이 아니고 기껏해야 그 前段階에 不過한 것으로 憲法訴願의 對象이 되지 아니한다.<sup>12)</sup> 權利侵害 없는 官廳의 措置, 法的狀況에 대한 官廳의 意思表示, 行政業務指針의 示達, 恩惠의 處分, 다른 官廳에의 事件의 指示<sup>13)</sup> 등도 對象이 되지 아니한다. 우리 憲法裁判所 判例는 法院行政處長의 質疑, 回示는 拘束力 없는 意見이라 하여 憲法訴願審判의 對象이 되지 아니한다고 하고 있다(憲裁 1989. 7. 28. 宣告 89헌마1決定).

#### 다. 特別權力關係에서 行爲

特別權力關係의 行爲로 國民의 基本權이 侵害된 境遇에는 憲法訴願의 對象이 된다. Weimar 共和國 時代에 풍미한 特別權力關係의 領域에서는 基本權이 適用될 수 없다는 見解는 더 이상 意味를 갖는다고 할 수 없는 바, 즉 一般權力關係와 特別權力關係의 區別 등은 憲法訴願에서 크게 重要하지 아니하며 公權力에 의하여 國民의 基本力이 侵害되었느냐 그렇지 않느냐가 主要한 意味를 갖기 때문이다. 따라서 官吏關係(Beamteverhältnis), 軍隊關係(Wehrverhältnis), 學校關係(Schulverhältnis)에서도 모두 憲法訴願의 對象이 된다 하겠다.

그러나 當局의 服務命令(Dienstbefehl)이나 指示(Weisung)가 公行政의 意思形成의 內部的 前段階에 不過하고 關聯者에게 直接的으로 接觸되지 아니하는 狀況下에서는 前述한 單純한 內部的 行爲로서 憲法訴願의 對

---

9) BVerfGE 2, 244.

10) BVerfGE 15, 263.

11) BVerfGE 3, 162[172].

12) BVerfGE 2, 140/141, 18, 14.

13) BVerfGE 25, 352.

象이 된다 할 수 없을 것이다.<sup>14)</sup> 西獨 聯邦憲法裁判所는 職業公務員制를 規定한 基本法 第33條 第33條 第5項에서 官吏의 基本權에 類似한 個人的 權利가 나올 수 있으며 이 境遇 憲法訴願을 提起할 수 있다고 한다.<sup>15)</sup> 또한 例컨대 判事는 그의 個人的인 法的 地位를 抵觸시키는 國家公權力의 處分에 대하여 憲法訴願을 提起할 수 없다. 즉 憲法訴願 制度는 國家機關間의 多數意見을 調整하는 手段이 되는 것은 아니며 權利의 實現을 위하여 個個人에게 주어진 것에 不過하다.<sup>16)</sup>

### 라. 權力的 事實行爲(Faktische Amtshandlung)

行政廳의 直接的인 命令 또는 強制力의 行使로서 具體的인 事實狀態에 變動을 가져온다거나 其他 權益侵害를 招來하는 所謂 權力的 事實行爲도 行政權의 公權力 行使의 하나로서 憲法訴願의 認定與否가 問題된다. 이에 관하여 오스트리아에서는 이러한 行爲로 憲法上 保障된 權利가 侵害된 境遇 廣範히 憲法訴願의 對象으로 許容하고 있다. 例컨대 強制隔離, 拷問行爲, 令狀없이 行한 拘禁(Verhaftung), 拘留(Anhaftung), 外國人에 대한 強制退去, 精神病院에의 強制收容, 警察이 護送하면서 행한 暴行毆打 등 物理的 強制行爲, 法院의 令狀없는 逮捕, 家宅搜索, 召喚決定없는 證人出席 強制, 알콜濃度 違反으로 인한 運轉免許證의 押收, 強制的인 物件의 押留處分(Beschlagnahme), 選舉人名簿의 削除, 選舉施 立場 拒絕措置 등을 들 수 있으며 많은<sup>17)</sup> 判例를 통하여 이를 認定하고 있다. 그러나 이는 소위 憲法上 保障된 權利를 侵害한 境遇 行政訴訟을 거치지 않고 直接 憲法訴願을 할 수 있는 오스트리아의 立法上의 特別한 狀況下에서의 모습이라 할 수 있고, 우리나라의 境遇 所謂 權力的 事實行爲도 斷續的

---

14) Maunz Schmidt-Bleibteu, Bundesverfassungsgesetz §90, Randnr 166.

15) BVerfGE 8,1 : 15,302.

16) BVerfGE 15,302.

17) Vefslg 3592. 8288. 8180. 7983. 8015. 8138. 8359. 7943. 8146.

性質을 가져 個人的 權益을 侵害할 境遇는 行政訴訟을 提起할 수 있으므로<sup>18)</sup> 結局 憲法訴願의 補充性的 一般問題로 歸結된다 할 것이다. 또한 行政廳의 權力的 事實行爲는 通常 短時間 內에 그 目的을 達成하고 消滅하는 것이 普通인 바 이 境遇 憲法訴願으로서 訴의 利益이 있는지에 관하여 앞으로 檢討를 要할 事項이라 하겠다.

#### 마. 行政組織行爲

組織行爲 즉 官廳의 設置, 開閉, 管轄區域의 變更 등의 國家行政 및 그의 行政組織에 관한 行爲는 憲法訴願의 對象이 되지 아니한다. 西獨의 境遇 法院의 管轄區域의 變更이 있다고 하여 辯護士나 公證人에 대한 憲法上 權利를 侵害한 것이라 할 수 없다하여 憲法訴願으로 認定치 아니하고 있다.<sup>19)</sup>

#### 바. 行政計劃

行政計劃에 의하여 特定人的 憲法上 基本權이 侵害될 때에는 憲法訴願의 對象이 될 수 있다 할 것이다. 다만 普通 行政計劃은 特定人的 權利義務와 關係없는 것이 普通이며 特定人的 權利義務와 關聯이 있을 때에 處分的 行爲로서 行政訴訟의 對象이 될 수 있으므로(大法 1982. 3. 9. 宣告 80누05) 憲法訴願의 補充性的 問題로 歸結되어 實際의 意味는 거의 없다하겠다.

#### 사. 統治行爲(Regierungsakt)

一般行政作用으로 볼 수는 없으나 高度의 政治性을 띤 國家行爲로서 所謂 統治行爲가 司法審査의 對象으로 될 것인가에 관하여 非常戒嚴宣布의 合憲與否에 관한 判決과 關聯하여 司法審査의 對象이 되지 아니한 것으로 宣告하고 있으나(大法 1981. 4. 28. 宣告 81도874 判決, 1981. 5. 26. 宣

18) 李尙圭 新行政爭訴法 1985, 제293정.

19) Eyemann-Fröhler Komm S.184.

告 81도1116 判決, 1979. 12. 7. 宣告 79조 70 判決) 憲法訴願審判을 請求할 수 있을 것인가가 問題된다.

西獨의 境遇 直接的으로 國民의 基本權이 侵害된다는 것이 前提되는 限에서 國法訴願의 對象이 된다고 하고 있다.<sup>20)</sup> 그러나 實際에 있어서는 例컨대 國家政策統治決定(Staatspolitischen Führungsentscheidung) 緊急節次에서의 緊急性的의 決定問題, 基本法 第65條 第1項에 의한 定策의 路線決定 같은 國家法的 統治行爲, 政治的 國家條約 締結이라든가 大統領의 勳章授與 등의 行爲는 “그 性格上 個人的 權利를 侵害하였다고 볼 수가 없기 때문에 한결 같이 憲法訴願의 對象이 되는 境遇라고는 할 수 없다고 判示하고 있다.<sup>21)</sup> 또한 國會內部的 定策決定이라든가 軍事上的 指揮行爲는 역시 直接的으로 國民의 基本權을 侵害한다고 볼 수 없기 때문에 같은 結論을 취한다. 우리나라의 境遇 이의 認定與否에 관하여 論議될 수 있으나 國民의 基本權 保障의 本來的 目的에 忠實하기 위하여 其他要件이 갖춰져 있는 한 憲法訴願의 審判對象이 된다고 봄이 妥當하다 할 것이다.

그러나 이 경우에도 一般的으로 國家機關에 廣範한 政治的 裁量權이 賦與되기 때문에 審判範圍에는 實體法的인 限界가 있음을 注意하여야 하고, 또한 高度의 國家政策的 目的下에 遂行된 行爲로서 이를 最大한 尊重하는 立場에서 慎重한 解釋을 하여야 할 것으로 思料된다.

아. 行政指導(Verwaltungsanordnung) 行政規則  
(Verwaltungsvorschrift) 行政의 指針(Sonstige Richtlinien der  
Verwaltung)

이들은 憲法訴願의 대상이 되지 아니한다. 이는 오직 公行政의 內部領域에 한하고 個人에게 直接的으로 관련되는 것이 아니기 때문이다. 그러나 이들이 직접적으로 外部에 작용할 때에는 基本權侵害가 있을 수 있고 이러한 경우 行政訴願을 제기할 수 있다 할 것이다. 그러나 이들은 法

---

20) BVerfGE 2. 354.

21) BVerfGE 55. 349(364) Maunz, §90 Randnr 168.

律은 아니기 때문에 憲法裁判所에 의하여 그것이 無效로 宣言될 수는 없다.<sup>22)</sup>

### 자. 一般處分(Allgemeinverfügung)

一般處分 즉 具體的 事實關係를 광범하게 규율하나 特定範圍의 사람들을 규율하는 처분은 그것이 개인의 基本的 權利를 직접적으로 침해할 때 憲法 訴願이 허용된다. 憲法裁判所에서는 一般處分 그 자체로서 심사될 수 있는 것이 아니며 구체적 사건에서 憲法訴願人에게 직접 작용할 때에만 심사될 수 있는 것이다.<sup>23)</sup>

### 차. 司法行政行爲

비록 法院의 裁判에 대하여는 명문의 규정에 의하여 憲法訴願의 대상이 될 수 없다 하더라도 法院의 行政에 관한 行爲는 이로 인하여 국민의 基本 權이 침해되었다고 인정된다면 行政作用의 일부로서 憲法訴願의 대상이 된다.<sup>24)</sup>

### 카. 國庫作用

國家가 權力關係에서의 작용이 아닌 소위 非權力的 關係의 작용에서 행한 행위, 즉 國庫作用으로서 행한 행위에 대하여 憲法訴願의 대상이 되는 것인가가 문제가 된다. 國庫作用은 私經濟的作用이며 一般私人과 동등한 지위에서 발생하는 관계로서 私法關係와 다를 바 없으므로 순수한 私法的 法律關係로서 규율될 수 있으므로 이에 관하여는 私法上 一般原則에 따라 규율될 수 있다고 봄이 타당하다.<sup>25)</sup> 西獨 聯邦憲法裁判所는 私經濟的 作用에 대한 憲法訴願은 허용하고 있지 않다.<sup>26)</sup>

---

22) BVerfGE 15,302.

23) Maunz, Schmidt §90 Randnr 164.

24) Maunz, Schmidt §90 Randnr 171.

25) 李時潤 前揭論文.

26) BVerfGE 3,1.

## 다. 行政不作爲와 憲法訴願

申請人의 一定한 行政行爲를 行政廳에 要求하였으나 行政廳이 이에 대하여 아무런 措置도 취하지 아니하고 放置한 所謂 事實上的 不作爲의 境遇 憲法訴願을 認定할 수 있을 것인가. 이에 관하여 우리 憲法裁判所는 “土地 調查部 閱覽 등의 要求에 대하여 行政廳 內部的 事實行爲나 事實상 不作爲에 대하여 一貫하여 行政處分性을 否認함으로써 行政爭訟 對象에서 除外시켜 와서 請求人의 主張이 받아들여질 可能性이 稀薄하고, 學說上으로도 그 可否가 確然한 狀況下에서 前審節次로 權利가 救濟될 可能性이 거의 없거나 權利 救濟節次가 許容되는 與否가 客觀적으로 不確實하여 權利救濟節次 履行의 期待可能性이 없을 때에는 그 例外를 認定하는 것이 請求人에게 時間과 效力과 費用의 負擔을 지우지 않고 憲法訴願審判 制度의 創設趣旨를 살리는 方法”이라는 見地에서(憲法裁判所 1989. 9. 4. 宣告 89헌마 22 公權力에 의한 財産權侵害에 관한 憲法訴願 決定) 憲法訴願의 適法性을 認定하고 있다. 그러나 이 見解는 事實上的 不作爲에 대하여 行政訴訟의 對象이 되는지에 관하여 分명한 態度를 表明하여 行政爭訟의 對象으로 되는 것을 宣告한다면 結局 憲法訴願에 관한 補充性的 問題로 歸着될 것이다. 西獨의 境遇에는 이와 같은 所謂 情報公開에 관한 不作爲에 관하여 行政廳이 이를 公開할 것인지 公開하지 아니할 것인지에 관하여는 當局의 裁量에 달려 있으며 이러한 裁量은 諸般利益 衡量의 比較에 다른 “所謂 瑕疵없는 裁量”(Fehlerfreie ausübung des Ermessens)을 行使하여야 하고 만일 行政廳이 이러한 決定을 함에 있어서 瑕疵가 있다면 書類閱覽에 正當한 利益이 있는 자는 (ein berechtigtes Interesse) 當局이 瑕疵없는 裁量權을 行使하도록 主張할 主觀的 權利가 있으므로 이 境遇 行政訴訟의 對象으로 다룰 수 있다고 一貫하여 判示하고 있어 憲法訴願에 관하여 補充性을 認定하고 있는 西獨의 境遇에는 憲法訴願의 前提로 行政



爭訟을 반드시 거쳐야 하는 結論에 이르고 있다.<sup>27)</sup>

#### 4. 行政作用과 補充性的의 原則 및 그 例外

우리 憲法訴願은 西獨의 立法例와 같이 “다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 거친 後가 아니면 請求할 수 없다”고 하여 소위 補充性的의 原則을 宣言하고 있다. 行政作用도 따라서 다른 救濟節次가 있을 경우에는 그 節次를 모두 거친 후 憲法訴願으로 비로소 擧論이 될 수 있다. 그러나 한편으로는 前述한 바와 같이 行政作用에 관한 대표적인 救濟節次的 하나로서 行政訴訟이 있고 이는 法院의 裁判으로 歸結되는 바 法院의 裁判은 憲法訴願의 對象이 되지 아니하므로 결국은 우리 憲法裁判所法은 憲法訴願이라는 制度를 認定하였으면서도 이를—이것이 立法者의 意圖이었던 또는 立法의 未備이었던—사실상 극도로 이를 制限하는 論理를 취하고 있다. 특히 우리나라는 獨逸에서와 같이 “訴願提起者에게 重大하고도 피할 수 없는 損害를 초래할 우려가 있는 경우에는 法的 救濟節次가 終了되기 前이라도 憲法訴願을 提起할 수 있다”는 例外規定(BVerfGG §90② 단서)을 두고 있지 아니하여 法院의 裁判의 對象이 되는 國家公權力의 경우(또한 모든 法的 紛爭解決의 基本的手段이 法院의 裁判임을 상정할 때) 理論上 憲法訴願을 否認하는 結果를 招來하고 있다. 이러한 意味에서 우리 憲法裁判所가 前述할 決定을 통하여 “審判請求人이 그의 不利益으로 돌릴 수 없는 正當한 理由인 錯誤로 前審節次를 밟지 않는 경우 또는 前審節次로 權利가 救濟될 可能性이 거의 없거나 權利救濟節次가 許容되는지 여부가 客觀的으로 不確實하여 前審節次履行의 期待 可能性이 없을 때에는 그 例外를 認定하는 것이 請求人에게 時間과 努力과 費用의 負擔을 지우지 않고 憲法訴願 審判制度의 創設趣旨을 살리는 方法”이라고 宣告한 것은 憲法訴願制度의 對象을 擴大하여 國民의 基本權保障의 趣旨을 實現하려는 부득이한 措置라 보아야 할 것이다.

---

27) BverwGE 30,154 ; 27,153 ; 67,300 ; 12,296.

앞으로 위와 같은 소위 “補充性的 例外”는 결국 憲法裁判所의 判例를 통하여 그 내용이 具體化되어질 것으로 보여지지만 그러나 獨逸에서와 같이 例外에 대한 文面 規定의 근거가 있는 것과는 달리 근본적으로 전혀 補充性的 原則의 例外를 文面上 인정치 아니하고 있는 우리 立法規定上 補充性的 例外를 憲法訴願審判의 活性化라는 目的에서 이를 認定하는 것은 일응 이해가 되지만 그 이유만으로 補充性的 原則規定을 排除하는 解釋이 法理論上 가능한 것인지 의문이 가고, 설령 가능하더라도 그 制度의 解釋에는 限界가 있는 것으로 사료된다. 결국은 憲法訴願制度의 活性化를 위하여는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 정면으로 인정하던가 또는 補充性的 例外規定을 두는 방향으로 立法改正을 통하여 憲法訴願制度를 정비하여 나가야 함이 正道가 아닌가 생각된다.

우리 行政作用에 대한 憲法訴願을 行政訴訟과 관련하여 이를 종합하면 ① 行政訴訟의 對象이 될 수 있는 行政作用의 경우 결국 위와 같이 우리 憲法裁判所 判例가 인정하는 事由가 있을 시 비로소 憲法訴願의 對象이 될 수 있고 ② 行政訴訟의 대상이 되지 아니한 行政作用으로 國民의 基本權이 직접 侵害될 때에 한하여 憲法訴願의 대상이 되는 것으로 요약될 수 있어 결국 그 範圍는 대단히 制限되고 있다고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

---

28) ○ 西獨聯邦憲法裁判所 判決에 나타난 憲法訴願의 對象이 되는 行政 作用  
 \* 공증인 임명거절 행위(Ablehnung der Bestellung Zum Anwaltsnotar) (BVerfGE 17,381 ; 73,280).  
 \* 개명신청 거절행위(Ablehnung einer Namensänderung) (BVerfGE 17,168).  
 \* 추방처분(Ausweisungsverfügung) (BVerfGE 69,220 ; 67,43).  
 \* 과료결정(Bußgeldbescheid) (BVerfGE 69,63).  
 \* 시위금지처분(Demonstrationsverbot) (BVerfGE 69,315).  
 \* 징계처분(Disziplinarverfügung) (BVerfGE 19,303).  
 \* 행형수행행위(Durchführung der Strafvollstreckung BVerfGE 1, 332(340)).  
 \* 주택공사의 수용처분(Enteignungsbescheid von Siedlungsgesellschaften BVerfGE 3,1).  
 \* 점령피해에 있어서의 보상결정(Entschädigungsbescheid bei Besetzungsschäden BVerfGE 3,4).  
 \* 청원에 대한 결정(Entscheidung über Petitionen BVerfGE

## V. 行政作用에 대한 憲法訴願의 審査

### 1. 憲法裁判所の 審判權

우리 憲法 第107條 第2項은 “命令 規則 또는 處分이 憲法이나 法律에

---

2,225(227))

\* 감식자료에 대한 경찰당국의 결정(Einscheidung der Polizeibehörden der erkennungsdienstliche Unterlagen BVerfGE 16, 89(836).

\* 금지된 헌법에 반한 단체의 설립(Feststellungverboteter verfassungswidrigen Vereinigung BVerfGE 13,174(175)).

\* 영업세 결정(Gewerbsteuerbescheid BVerfGE 69,188).

\* 연금결정(Rentenbescheid BVerfGE 20,52. 69,272).

\* 기부금결정(Spendenbescheid BVerfGE 69,92).

\* 직업수행의 금지(Untersagung der Berufsausübung BVerfGE 9, 338(341)).

\* 약국개설허가금지(Versagung der Erlaubnis zur Eröffnung einer Apotheke BVerfGE 7,377(386)).

\* 관리의 은퇴결정(Versetzung eines Beamten in den Ruhestand BVerfGE 4,294(295)).

\* 검찰청의 증거인도거부(Weigerung der Staatsanwaltschaft auf Herausgabe von Unterlagen BVerfGE 20,162(173)).

\* 선거입후보의 거부(Zurückweisung eines Wahlvorschlags BVerfGE 3,39).

○ 憲法訴願의 對象이 되지 않는 行政作用

\* 장래의 당국의 행위에 대한 예고(Ankündigung eines künftigen behördlichen Verhalten BVerfGE 29,304).

\* 검찰의 공소제기처분(Anträge der Staatsanwaltschaft BVerfGE 20,162(172)).

\* 전보에 대한 동의를 설명하는 권고(Aufforderung, sich mit einer Versetzung einverstanden zu erklären Leibholz/Rupprecht, BVerfGG Nachtrag 1971. Rz 56 zu §90 BVerfGE).

\* 수사행위(Ermittlung BVerfGE 3,1(4)).

\* 사면행위(Gnadenentscheidung BVerfGE 25,352).

\* 법의 해석(Gesetzesauslegung BVerfGE 18,1(14)).

\* 암시((Hinweis Leibholz/Rupprecht BVerfGG 1968 RZ 56 zu §90 BVerfGG).

\* 견해표명(Meinungäußerung BVerfGE 2,237(244) ; 3,162(172)).

\* 국가기관간의 견해대립(Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen).

\* 통고(Mitteillungen BVerfGE 15,256).

\* 지침(Richtlinien BVerfGE 12,370(371)).

\* 행정규정(Verwaltungsvorschriften BVerfGE 2,237(242)).

違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 境遇에는 大法院은 이를 最終적으로 審査할 權限을 가진다”라고 規定하고 있어 處分の 違憲性 與否에 關하여 大法院만이 最終인 權限을 가지고 憲法裁判所는 따라서 이에 對하여 審査할 權限이 없는지가 문제된다. 이 規定은 優先 “裁判의 前提가 된 境遇”를 想定하고 있으므로 所謂 裁判의 前提와 關聯없이 行政處分に 依하여 直接憲法上 基本權侵害를 이유로 憲法訴願을 提起한 境遇에는 問題가 되지 아니하며, 또한 裁判의 前提가 된 경우 “處分の 違憲與否에 對한 大法院의 專屬的 權限에 屬하지 아니하고 違憲審査는 憲法裁判所に 提請함이 없이 最終적으로는 大法院에서 審判하다거나”<sup>29)</sup> “第107條 第2項을 司法府 內에서 大法院이 最終적으로 審査한다는 것을 意味한다”<sup>30)</sup>는 意味로 解釋하여 憲法裁判所의 審判을 排除하지 않는 意味로 解釋할 때 憲法裁判所의 行政作用에 對한 審判權限은 認定된다 하겠다.

## 2. 審査基準, 範圍 및 限界

한편 憲法裁判所는 行政作用에 對한 憲法訴願을 審理함에 있어 請求人이 침해되었다고 主張하는 基本權에 限하여 審査할 것인가의 問題가 있으나 憲法裁判所는 請求人이 主張한 基本權이 侵害에 구애되지 않고 다른 基本權의 侵害與否를 廣範히 職權으로 이를 審査할 수 있다고 봄이 妥當하다 (BVErfGE 1. 264. 271). 이러한 觀點에서 우리 憲法裁判所도 請求人이 財産權이 侵害되었다는 主張에 對하여 이를 排斥하고 申請하지 아니한 國民의 알 權利가 侵害되었다고 職權으로 判斷 認定하여 이를 認容한 바 있다(憲法裁判所 1989. 9. 4. 宣告 88헌마 22決定 公權力에 依한 財産權 侵害에 對한 憲法訴願). 한편 行政處分이나 上位法律에 根據하고 있는 同法律은 違憲의 法律이라고 할 때 通常으로는 憲法上 基本權이 侵害되는 것인 바, 이를 同處分の 取消을 하는 것은 當然하나 同法律에 對한 違

---

29) 李時潤 前揭論文 제15정.

30) 金學成 前揭書 제225정.

憲判斷與否를 우리 憲法裁判所가 할 수 있을 것인가에 관하여 문제가 있을 수 있으나 立法으로 이를 認定하여 廣範한 權限을 賦與하고 있다(憲法裁判所法 第75條 第5項). 行政作用에 관한 審査에 관하여 憲法裁判所와 行政訴訟의 審判限界가 問題될 수 있다.

오스트리아의 경우 前述한 바와 같이 一般 行政處分이 憲法上 保障된 權利를 侵害한 境遇 一般 行政裁判所의 管轄로 가지 아니하고 直接 憲法裁判所의 管轄로 取扱하고 있는 바, 즉 行政行爲가 (i) 전혀 法的 根據없이 行하여지거나(Wenn der Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage ergangen ist) (ii) 憲法에 反한 法律에 起因하거나(auf einem Verfassungswidrigen Gesetz beruht) (iii) 外觀上으로만 法律의 支持를 받을 때(sich nur zum Schein auf ein Gesetz zu stützen)에는 憲法上 基本權이 侵害되며 行政決定이 (Bescheid [Entscheidung, Verfügungn 包含]) 憲法에 違背된 法律解釋에 起因될 때, 平等의 原則에 反하여 恣意로(Willkür) 決定을 行할 때, 憲法適用을 平等하게 反한 內容을 包含시켜 決定을 行할 때에는 바로 憲法上 權利의 侵害가 있는 것으로 憲法裁判所와 行政裁判所의 管轄의 限界를 긋고 있다. 비록 우리나라가 行政作用에 대한 紛爭에 관한 解決에서 오스트리아와 같은 行政裁判所와 憲法裁判所의 管轄構造를 취하고 있지 않다 하더라도 憲法裁判所가 所謂 憲法上 基本權 侵害 問題를 다루는 점에서 同一하고 따라서 우리 憲法裁判所의 行政作用에 대한 憲法訴訟의 審査基準과 關聯하여 위와 같은 오스트리아 態度는 우리 헌법재판소 운영에 있어서 많은 參考價値가 있다 하겠다.

## VI. 檢察의 處分

### 1. 序 言

우리나라는 傳統的으로 國家訴迫主義, 起訴獨占主義를 採擇하여 公的

任務를 遂行하는 檢事로 하여금 國家를 代表하여 訴追를 擔當케 함으로써 訴追權이 檢事の 個人的 感情이나 地域 등 여러 特殊 事情에 任意的으로 左右되지 않게 하여 公正하고 劃一的인 訴追를 擔保토록 하는 한편 起訴便宜主義를 採擇하여 刑事政策의인 考慮를 함과 동시에 具體的 正義의 實現을 도모토록 하고 있다.

그러나 새 憲法에 憲法訴願制度가 導入됨에 따라 檢察의 公訴 내지는 不起訴處分이 憲法訴願審判으로서 대상이 되느냐의 문제 등이 크게 대두되었고, 이에 따라 所謂 憲法裁判所에서는 檢事の 不起訴處分에 관하여 그 對象이 됨을 宣言하고 또한 이에 대한 認容決定까지 내린 바 있음은 周知의 事實이다. 또한 實際로 檢察의 公訴權 行使에 관한 憲法訴願이 1990. 8.末 현재 憲法裁判所에서 檢察의 不起訴處分에 대한 憲法訴願이 차지하는 比重은 至大한 實情에 이르고 있다. 特히 檢察處分에 대한 憲法訴願이 憲法訴願을 認定하고 있는 西獨, 오스트리아, 스위스 등지에서 거의 全無하고 이에 관한 문제가 크게 浮刻되지 않는 점과 對備하여 볼 때 우리나라에서만 있는 特殊한 奇現狀이라 할 수 있는바 그에 대한, 法理論的인 根據 등을 憲法裁判所 決定例를 中心으로 檢討하여 보고 앞으로의 바람직한 運營 方向 등에 관하여 살펴보고자 한다.

## 2. 不起訴處分으로 侵害되는 基本權

憲法裁判所는 不起訴處分이 憲法訴願의 對象이 된다고 하면서 이로 인하여 侵害된 基本權과 關聯하여 다음과 같이 判示하고 있다. 즉 “不起訴 처분의 實質을 살펴보면, 不起訴處分은 處分의 形式狀 被疑者를 對象으로 하는 積極的 處分이라고 할 수 있으나, 被害者를 中心으로 생각하여 보면 被害者에 대한 保護를 拋棄한 消極的인 不作爲處分이라는 實質을 함께 가지고 있다. 國家機關이 公訴權을 獨占하고 被害者에 의한 復讐를 許容하지 아니하면서 自力救濟를 아주 制限的으로만 認定하고 있는 法制度는 國

家에 의한 被害者 保護가 充分히 이루어질 때 비로소 그 存在意義가 있는 것이다. 따라서 犯罪로부터 國民을 保護하여야 할 國家의 義務가 이루어지지 아니할 때 國家의 義務違反을 國民에 대한 基本權 侵害로 規定할 수 있다. 이 경우 個人的 法益을 直接 侵害하는 것은 國家가 아닌 第三者의 犯罪 行爲이므로 위와 같은 原初的인 行爲 自體를 基本權侵害 行爲하고 規定할 수는 없으나, 이와 같은 侵害가 있음에도 不具하고 이것을 排除하여야 할 國家의 義務가 履行되지 아니한다면 이 경우 國民은 國家를 相對로 憲法 第10條, 第11條 第1項 및 第30條(이 事件과 같이 生命, 身體에 대한 被害를 받은 경우)에 規定된 保護義務 違反, 또는 法 앞에서의 平等權 違反이라는 基本權 侵害를 主張할 수 있는 것이다. 즉, 檢事의 恣意的인 修士 또는 判斷에 의하여 不起訴處分이 이루어진 경우에는 ‘같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 않게’ 處理함으로써 實現되는 憲法 第11條에 정한 法앞에서의 平等權을 侵害하게 된다 할 것이다. 또한 憲法은 第27條 第5項을 新設하여 刑事被害者의 裁判節次에서의 陳述權을 規定하고 있다. 위 規定의 趣旨는 法官이 刑事裁判을 함에 있어서 被害者의 陳述를 淸趣하여 適切하고 公評한 裁判을 하여야 한다는 것을 뜻할 뿐 아니라 이에 더 나아가 刑事被害者에게 法官으로 하여금 適切한 刑罰權을 行使하여 줄 것을 請求할 수 있는 司法節次的 基本權을 保障해 준 積極的 立場에 있는 것이라 할 것이다. 그러므로 檢事의 不起訴處分이 適切하게 行使되지 못하거나 恣意的으로 行使된 境遇에는 刑事被害者는 憲法 第27條 第5項에 規定된 위와 같은 基本權의 侵害와 아울러 第11條에 정한 平等權을 侵害했다고 主張할 수 있다 할 것이다.”(憲裁 1989. 4. 17. 宣告 88헌마 3 檢事의 公訴權 行使에 대한 憲法訴願) 이를 要約하면 憲法裁判所는 不起訴處分으로 인하여 侵害되는 基本權은 國家의 保護義務 違反, 平等權의 侵害, 刑事被害者의 裁判節次에서의 陳述權의 侵害를 들고 있음을 알 수 있는 바 여기에서는 國家의 保護義務違反과 關聯하여 살펴보고자 한다. 憲法裁判所는 同決定에서 “國家가 存立하기 위한 최소 요건은 領土와 國民의 保全이다. 國家는 이를 위해 國民에게 國防의 義務와 納稅의 義務를 賦課

함과 아울러 國民에 대하여 國家 外部에서 招來되는 外的의 侵入과 國家內部에서 招來되는 犯罪의 發生을 豫防하고 이를 물리칠 義務를 스스로 負擔하고 있는 것이다. 따라서 國家는 이미 犯罪가 發生한 경우에는 犯人을 搜查하여 刑罰權을 行使함으로써 國民을 保護하여야 할 것이고, 刑罰權을 行使하지 아니하는 경우에는 최소한 刑罰權을 行使하지 아니하는 경우에도 최소한 刑罰權을 行使하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 結果를 招來할 수 있다고 期待되는 경우에 限定되어야 할 것이다. 그런데 憲法은 위에서 본 바와 같이 犯罪로부터 國民을 保護하여야 할 國家의 義務를 이와 같은 消極的 次元에서만 規定하지 아니하고 이에 더 나아가 犯罪行爲로 인하여 被害를 받은 國民에 대하여 國家가 積極的인 構造行爲로 인하여 侵害를 받은 國民에 대하여 國家가 積極的인 構造行爲까지 하도록 (憲法 第30條) 被害者의 基本權을 生存權의 基本權의 次元으로 認定하였다.”고 判示하고 있다. 즉 憲法上 國家의 國民에 대한 犯罪行爲로부터의 豫防을 國家의 義務로 理解하며 刑罰權을 行使하지 아니하는 檢察의 不起訴處分은 이러한 憲法 第30條에 違反되는 것이라는 것이다.

(가) 憲法 第30條는 所謂 ‘犯罪被害者 補償制度’가 論議되면서 第6共和國憲法에 새로이 導入된 條項으로 犯罪로부터 被害를 받은 者에게 國家에 대하여 救助를 請求할 수 있는 規定인 바 同制度를 認定하고 있는 나라에서 이 制度의 根據를 둘러싸고 여러 見解가 있었다. 그 하나로 “國家는 國民에게 武器의 所持나 携帶를 禁止할 뿐 아니라 原則적으로 自力救濟를 認定치 않고, 國家는 犯罪豫防義務를 負擔하고 있으므로 國家가 이 義務에 違反하여 犯罪를 發生시켰을 때에는 被害者에게 이를 救助할 責任이 있다”는 所謂 國家의 犯罪防止義務를 根據로 하는 見解가 主張되었으나 實際上으로 國家의 人的 내지는 經濟的 與件의 어려움은 且置하고라도 國家가 國家內 모든 場所에서 發生 可能한 犯行을 빠짐없이 警戒를 펴 豫防해야 하는 義務까지 있는 것인지 (例컨대 家庭內에서의 犯行에까지 國家가 이를 지키고 防護해야 할 無限의 義務가 있는 것인지)에 대한 疑問과 犯罪行爲가 國家의 安全對策의 失敗만에 의하여 發生한다고도 볼 수 없는



點. 나아가 國家의 이러한 義務를 強調할 때 同義務를 過失로 履行하지 못하였을 時 國家에 대한 損害賠償責任까지 發生하여야 할 것인 바 現在의 國家賠償 理論의 現實에서 이런 義務 違反까지 賠償責任으로 지우기에는 무리라 아니할 수 없다는 點 등 여러 問題點이 指摘되어 이미 死藏된 理論<sup>31)</sup>으로 設示되고 있을 뿐이다. 이러한 視覺에서 볼 때 國家가 모든 犯罪를 빠짐없이 豫防하여야 할 義務가 存在하는 것인지 또한 犯罪가 發生하였다 하여 과연 國家가 國家內에서 發生한 모든 犯罪에 대하여 輕重을 不問하고 반드시 刑法的 評價를 하여야 할지 등 여러 疑問이 있음을 指摘치 아니할 수 없으며 犯罪防止는 國家만의 全的인 責任이 아니라 國家와 國民 모두 國家의 安危와 保存의 次元에서 서로 最善의 努力을 다 하여야 하는 義務로 생각되며 國家는 單純히 可能한 領域에서, 그리고 市民의 私的領域의 注意下에 最善을 다할 義務를 갖고 있을 뿐이라는 觀點에서 볼 때 國家의 保護義務만을 全面에 내세우는 見解는 약간의 問題點이 있지 않을까 생각된다.

(나) 西獨 憲法 第2條 第2項은 “누구든지 生命과 身體에 관한 權利를 가진다”고 規定하고 있는 바 이 規定에 依據 聯邦憲法裁判所는 立法不作爲 또는 立法改善과 關聯하여 所謂 保護義務理論(Schutzpflichttheorie)을 發展<sup>32)</sup>시켜왔다. 즉 “國家는 生命의 保存을 위하여 지키고 애써야 할 義務 즉 他人의 違法과 侵害로부터 保護해야 할 義務”가 있다는 것이다. 1977. 10. 16. 聯邦憲法裁判所 테러犯들에 의하여 拉致된 Dr. Scheyer는 辯護士인 아들을 통하여 生命에 대한 直面한 危險을 피하기 위하여 아무런 條件없이 聯邦政府에 人質犯의 要求대로 거명한 수명의 未決 또는 受刑者를 外國으로 갈 수 있도록 措置하여 달라고 憲法訴願을 提起한 事件과 關聯하여 國家의 保護義務를 認定하였지만 그 遂行의 方法에 관해 國家에 委任하였고 동 事件에서는 理由없는 것으로 憲法訴願을 棄却한 바

---

31) Ulrike Weintraud Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland 1980. S.21ff.

32) Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde 2 Auflage S.232.

있다.<sup>33)</sup> 우리 憲法裁判所는 一應 위와 같은 西獨 憲法裁判所의 保護義務理論의 原理에서 檢察의 不起訴處分の 根據로서 保護義務理論을 借用하였는지 與否는 不分明하나 만일 上記와 같은 概念을 借用하였다면 첫째, 西獨憲法과 같은 一般行動의 自由와 같은 명문의 規定이 없는 우리나라에서 이를 그대로 援用할 수 있는지 疑問이며 둘째, 本 保護義務는 同判決에서 指摘한 바와 같이 “國家機關 모두 그 特別한 任務에 따라 各其 이러한 命令에 停頓되어야 한다”는 것과 같이 어느 特定機關의 處分에만 限定되지 않는 모든 機關에 共通된 것이라 할 수 있는 憲法 一般理論을 闡明한 것으로 볼 때 檢察의 不起訴處분에 관하여만 惟獨 이 原理를 導入 憲法訴願의 根據로 하는 것은 論理의 飛躍이 아닌지 疑心이 가고(만약 모든 국가기관에 이러한 의무가 존재한다면 모든 국가기관의 처분에 대하여 보호의 무위반을 이유로 헌법소원을 청구할 수 있을 것이라는 기이한 결론에 도달할 수 있다), 가사 西獨의 一般行動의 自由를 憲法의 一般原則으로 이를 우리 憲法에서 수용한다고 가정하더라도 西獨에서도 엄밀히 말하여 그 대상이 生命, 身體에 대한 위협에 한정하고 있어 모든 犯罪의 不起訴處分과 관련하여 이러한 論理가 적용될 수 있을지도 의문으로 남는다. 이러한 관점에서 檢察의 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 根據는 公權力의 恣意的인 行使인 平等權侵害, 被害者의 法廷陳述權 侵害 등에서 根據를 찾는 것이 오히려 間명한 態度가 아닌가 생각된다.

### 3. 檢察의 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 審判基準

#### 가. 概 觀

不起訴處分은 어떠한 基準下에서 憲法訴願으로서 審査되어야 할 것인가. 이에 관하여 檢察의 不起訴處분에 관한 憲法訴願事件이 問題가 거의 되지 않는 外國의 狀況에서 外國의 立法例는 參考할 價値가 별로 없다고

---

33) BVerfGE 46,160.

一應 思料되나 여기서는 憲法訴願에 관한 理論이 가장 發達되었다고 評價되고 있는 나라 中의 하나인 西獨의 法院判決에 대한 憲法訴願審判이 어떠한 基準에 의하여 處理되는가를 살펴봄으로서 檢察의 處分에 대한 憲法訴願의 關係를 間接적으로 一應 類推하여 보고자 한다. 이러한 考察方法은 優先 檢察의 處分이 行政作用의 하나인데 反하여 法院의 裁判은 司法作用의 하나이므로 그 性格이 다른 面에서 이를 類推할 實益이 있느냐의 問題가 있으나 첫째로, 檢察의 處分도 一應 準司法의 性格을 갖고 있고 檢察의 處分과 法院의 刑事裁判 모두 實體의 眞實의 發見과 人權保障을 目的으로 하는 刑事司法正義의 實現을 위한다는데 窮極적인 目的上的 共通이 있고 둘째로, 憲法訴願은 公權力의 行使로 인한 基本權 侵害를 取扱하는 制度로서 어느 境遇에 어느 程度의 公權力의 行使 또는 不行使가 있을 때 基本權侵害로서 憲法訴願이 認定되느냐는 本質적으로는 基本의 人權保障과 憲法保障制度로서의 憲法訴願制度의 本質問題에서 派生되어 決定되는 것이지 公權力이 어느 種類의 것이냐는 그다지 重要한 問題가 아니기 때문이다.

#### 나. 西獨에서의 法院判決에 대한 憲法訴願의 基準

聯邦憲法裁判所가 法院의 裁判에 어느 範圍까지 憲法裁判所法 第90條에 의하여 保護된 權利에의 合致與否를 調査할 수 있느냐의 問題는 特別히 注意를 要하는 檢討가 必要하다. 憲法訴願의 領域에 있어서 認定된 特別한 法律救助 手段이다. 따라서 法院決定에 대한 憲法訴願의 許容은 憲法裁判所가 法律審(Rechtsmittelgericht)이라든가 超審級的(superrevisionsinstanz)<sup>34)</sup> 性格을 갖는 것을 意味하는 것은 아니라 할 것이므로 聯邦憲法裁判所는 憲法訴願 過程에서 法院의 裁判에 대하여 좁은 範圍에서만 事後 檢討될 수 있을 뿐이라는 것을 확립된 判決로서 強調하여 왔다.<sup>35)</sup> 聯邦憲法裁判所는

34) BVerfGE 7,202.

35) BVerfGE 1,8 ; 2,122 ; 3,219 ; 36,271 ; 48,112.

따라서 事實確定問題(tatsächliche Richtigkeit), 具體的 事件에서 法의 解釋과 法의 適用問題에 관하여는 컨트롤할 수 없는 것이며, 오히려 憲法訴願 節次에서 法院이 基本權이나 其他 憲法裁判所法 第90條에 의하여 保護된 憲法訴願人의 權利를 侵害될 수 있을 때에만 憲法訴願으로 請求할 수 있는 것이며 이러한 侵害는 다음 몇가지의 境遇에 나타난다고 한다.<sup>36)</sup>

첫째로, 節次上 基本權이 侵害된 境遇이다. 裁判節次는 合憲的 秩序에 의하여 進行되어야 하며 節次的 進行에 있어서 違憲的 要素가 있어서는 아니된 바 이에 優先 基本法 第101條 第1項, 第2條에 規定한 法律에 의한 法官에 의한 裁判을 받을 權利를 恣意的으로 排除한다거나 基本法 第103條 第1項에 規定한 “누구든지 法廷에 서게 되는 境遇 法律上 審問을 請求할 權利를 가진다”는 聽聞權을 侵害하여서는 아니된다는 것이다. 確立된 聯邦憲法裁判所의 見解에 따르면 “法院은 訴訟關係人의 陳述을 認識하고 이를 評價할 義務가 있으며 法院이 이 義務를 전혀 履行하지 아니할 것을 具體的사건에서 明確한 것으로 드러날 때에는 基本法 第103條 第1項의 條項에 違背된다. 따라서 만일 訴訟關係人의 事實關係의 陳述이 전형 認識되어 있지 않거나 決定에 있어서 意圖的으로 考慮되지 아니한 것이 明白한 것으로 나타난다면 基本法 第103條 第1項의 違反”으로서 憲法訴願으로 認定되어야 한다고 하고 있다.<sup>37)</sup>

둘째로, 基本權이나 憲法에 반한 規範(Grundrechtswidriger oder Verfassungswidriger Norm)을 適用한 경우거나 適用된 規範이 基本權에 背馳될 때 憲法訴願人의 憲法訴願은 허용이 된다. 法規範에 대한 憲法訴願은 모든 救濟手段을 다 거친 憲法訴願人이 직접적으로 基本權侵害와 관련이 있을 때 비로소 檢討될 수 있으므로 基本權에 반한 規範을 適用한 法院의 裁判에 대한 憲法訴願은 重要的 意味를 가지며 實際로 聯邦憲法裁

---

36) Maunz, Schmidt, §90 Randnr 141.

37) BVerfGE 42,364 ; 25,137 ; 47,187.

判所는 이러한 事由로 지금까지 法院決定을 取消한 例가 많이 있었다.<sup>38)</sup> (예를 들면 居住移轉의 自由에 반한 藥局法을 適用한 法院의 判決에 대한 違憲審判이 그것이다.)<sup>39)</sup>

셋째로, 合憲的 法律이나 그의 適用을 基本法에 반하게 하였을 때이다. 聯邦憲法裁判所는 法院의 判決에 대한 事後檢討 過程에서 上級審으로서의 役割을 할 危險性에 대하여 細心한 注意를 기울여야 하는바 法律의 解釋, 證據採擇, 事實關係의 認定은 原則으로 法院의 일이다. 즉 聯邦憲法裁判所는 法院決定에 대한 法的瑕疵를 完全한 範圍에서 檢討하는 것은 아니며(特許權의 概念, 國際條約의 解釋 및 適用이나 租稅法의 解釋은 따라서 事實審의 問題이다.<sup>40)</sup> 節次의 形成, 構成要件의 確認, 評價, 法律의 適用과 具體的인 事件에서의 그의 適用은 法院의 專屬的 權限이고, 聯邦憲法裁判所는 單純히 具體的인 事件에 대한 法的 適用에 있어서 基本權이나 基本權과 同等한 權利를 侵害하였는지 與否—法規定의 잘못 適用으로 인하여 基本權이나 基本權과 同等한 權利의 效果가 充分히 考慮되지 않았고 이로 인하여 第90條에 의하여 保護된 權利가 侵害되었는지 與否—의 事사를 實施할 수 있을 뿐이다. 이러한 基本權 侵害는 法院이 法律의 適用이나 當該節次에서 잘못이 內包되어 있다고 바로 그 侵害가 있는 것이 아니며 恣意的으로 取扱할 때 즉 “思慮깊은 評價에 있어서 더 이상 明確하지 않고 아주 이상한(Sachfrend) 評價에 起因한 結論에 이른 잘못이 있을 때” 基本權 侵害가 있게 되는 것이다.

#### 다. 不起訴處분에 대한 審査範圍

不起訴處분에 대한 審査範圍는 우리나라에서 刑事司法 正義의 실현을 위하여 檢察에 搜查와 公訴維持 權能을 賦與하고 國家訴追主義, 起訴便宜主義를 採擇한 刑事政策的 決斷의 背景과, 憲法裁判所의 本質과 關聯된

38) Maunz, Schmidt, §90 Randnr 145.

39) BVerfGE 7,444.

40) BVerfGE 18,95 ; 18,450 ; 31,178.

機能과 役割 및 不起訴處分을 憲法訴願의 對象으로 認定한 根據의 考慮下에서 그 範圍와 限界가 定하여져야 할 것으로 思料된다.

(1) 證據取舍選擇 및 事實確定問題

檢사가 一定한 事件에 대한 搜查結果 諸般證據에 의하여 事實關係를 確定하는 問題는 檢사의 專屬的 權限 事項으로 原則으로 憲法裁判所의 審判範圍에서 除外된다고 함이 相當하다. 憲法訴願審判制度는 公權力 行使 또는 不行使로 인하여 國民의 基本權이 侵害되었을 때 認定되는 制度로서 公權力行使에 대한 基本權侵害 與否에 關하여 審査하여 介入하는 制度이나, 만일 公權力行使 主體의 가장 固有한 基本的인 最小限의 本來의 權能에까지 干涉하여 審判하여 公權力行使 主體가 갖고있는 同一한 法의 效果를 나타내게 한다면 憲法裁判所는 實際上 모든 國家公權力의 統合主體로서 機能을 遂行하게 되어 民主國家에서의 權力分立 및 牽制와 均衡의 原理에 合當하지 아니할 것이라 할 것인 바, 刑事司法 制度에 關하여 私人訴追主義와 國家訴追主義, 起訴法定主義의 起訴便宜主義 가운데 우리 現實에 더욱 長點이 있다하여 刑事政策的 決斷으로 起訴便宜主義, 國家訴追主義를 採擇하여 搜查와 公訴維持 權能을 檢察에 賦與하고 있는 우리나라에서 搜查에 의한 證調查結果 이의 取舍選擇에 따른 事實確定問題에까지 制限없이 憲法裁判所가 關與한다는 것은 憲法裁判所의 第4의 檢察化를 招來하여 檢察制度를 認定한 本來의 趣旨에 반하기 때문이다. 特히 一般搜查活動은 犯罪縑衣有無를 發見키 위한 證據蒐集 등 人的, 物的 證據에 대한 直接的인 弦長 調查活動을 隨伴하는 것으로 이 過程에서 搜查活動의 全趣旨를 綜合하여 證據判斷에 의하여 事實確定을 하는 것이므로 이는 檢察活動에 特殊한 固有의 領域으로서 憲法裁判所는 所謂 憲法的 基本權侵害 與否만을 審査함으로서 그러한 檢察活動의 本來의 機能을 최소한 認定함이 檢察制度 自體를 認定한 本來의 趣旨에 合當하지 않을까 생각된다.

이와 關聯 西獨에서도 憲法裁判所의 憲法訴願審判과 關聯하여 비록 憲法裁判所를 司法權의 一部로서 最高의 司法權의 遂行者로서의 地位를 認定하고 있음에도 “證據採擇問題, 事實確定問題, 具體的 事件에서의 法의 解釋

과 法律適用問題에 관하여 이는 一般 法院의 任務로서 憲法裁判所는 컨트를 할 수 없다”는 大原則을 注目할 必要가 있다 하겠다. 그러나 事實確定이 證據關係에 비추어 顯著한 明白한 誤謬가 있다면 國民의 基本權侵害가 생길 수 있는 경우가 있음을 排除할 수 없는 바 이 境遇에는 예외적으로 審査對象이 된다고 할 수 있을 것이며 이 경우에도 다음과 같은 要件을 갖추어야 함이 相當하다 할 것이다. 우리 憲法裁判所는 檢察의 不起訴處分에 대한 憲法訴願 認定根據의 일반적인 근거의 하나로서 소위 不起訴處分이 檢事의 恣意的인 搜查 또는 判斷에 이루어진 경우 즉 “같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 않게” 處分함으로서 平等의 原則에 違背될 때 소위 憲法訴願으로서 認容된다고 하고 있는 바 이와 같은 “恣意禁止의 原則”의 合理的인 해석하에서 모든 憲法訴願審判도 基準과 限界가 이루어져야 함이 타당할 것이다. 이와 관련 西獨 憲法裁判所도 憲法訴願의 기준의 하나인 소위 恣意禁止原則과 관련하여 다음과 같이 判示하고 있다.<sup>41)</sup>

“平等한 것은 平等하게, 그리고 不平等한 것은 그 特性에 맞게 다르게 取扱한다는 一般 平等原則의 要求는 立法者에만 適用되는 것은 아니다. 이는 直接的 效力을 갖는 法으로서 執行權과 裁判을 拘束한다. (法官의 法에 羈束과 關係없이) 本質적으로 平等한 것이 恣意的으로 不平等하게 取扱된다거나 본질적으로 不平等한 것이 恣意的으로 平等하게 다뤄진다면 이 平等原則은 侵害되고 있다 할 수 있다. 어떠한 實體的 制限을 일반적인 平等원칙에 내포된 恣意禁止가 모든 國家行爲에 가하는가 하는 문제는 可能하 生活事實 關係의 多樣性에 직면하여 빠짐없이 壓縮하여 말하여질 수는 없다. 事實 自體에 內包하고 있고 共同體의 基本權인 一般正義의 觀念(allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen)이 無始되고 있다면 비로소 一般的인 平等의 侵害가 있다고 할 수 있다. 具體的인 事件에서 이 意味의 恣意的인 것으로서 인정될만한 기준은 法適用 任務者의 主觀的인 正義의 觀念에서 나오는 것이 아니라, 우선 무엇보다도 基本權에 具體화된 價値決定과 基本法의 根本秩序原則에서 나오는 것이다. 基本法의 特別한

---

41) BVerfGE 42. 72.

價値決定이 같거나 혹은 다르게 存在하여야 하는 것을 스스로 決定하는 立法者의 自由를 制限하는 것과 같이 裁判도 그의 裁量과 判斷의 領域의 遂行에 있어서 恣意禁止를 通하여 分明히 表出된 限界가 그어지고 있다. 이것은 特히 法規範의 解釋과 適用에 있어서 적합한 考慮를 爲하여 事實적으로 充分하고 明白한 理由가 더 이상 發見될 수 없다면 이 限界를 逸脫한 것이 라 할 것이다. 法院의 決定이 이러한 憲法에 반한 考慮에서 起因되었다면 基本法 第3條 第1項에 저촉되는 것으로 憲法訴願으로서 成功的으로 訴求되었다 할 수 있다. 여기에 恣意에 대한 憲法裁判所의 確認은 이와 關聯하여 主觀的인 責任非難(subjektiven Schuldvorwurf)을 意味하는 것이 아니라 客觀的인 意味(objektiven Sinne)에서 理解되어야 한다. 즉 主觀的인 恣意가 憲法違反의 確認으로 유도되는 것이 아니라 客觀的인 恣意, 다시 말하면 實際的 狀況에 비하여 處分이 事實的이고 明白히 不適合한 것을 말한다.…… 實體的 및 形式的 法の 解釋 및 適用은 原則으로 事實審의 일이며 聯邦憲法裁判所의 檢討 事項과는 關聯이 없다. 그것은 上告裁判所가 아니다. 단순한 法에 의하여 2가지의 可能的 解釋 中 어느 것을 宅할 것인지, 혹은 다른 또 하나의 擴大解釋이 可能하게 보이는 것은 憲法裁判所가 決定하여서는 아니 된다. 平等原則에 아직 合致한 法の 解釋은 다른 解釋이 보다 平等原則에 符合할 것이라는 理由만으로 憲法違反으로 宣言되어서는 아니 된다. 基本法 第3條 第1項의 恣意禁止의 侵害의 憲法裁判所의 컨트롤은 따라서 事實審이 實體的 및 形式的 法の 解釋 및 適用에 있어서 잘못이 있을 때마다 行하여지는 것은 아니다. 여기에 附加하여 오히려 단순한 법의 適用이 基本法을 支配하고 있는 思想의 思慮깊은 評價에 있어서 더 이상 明白하지 않고, 또한 전혀 이상한 考慮에서 起因된 結論이 導出되었을 때 行하여지는 것이다.”

## (2) 法律適用問題

檢察이 違憲法律을 適用하여 根據로 不起訴處分을 할 境遇 이로 인하여 바로 憲法上 基本權이 侵害된다고 할 수 있으므로 憲法訴願으로 認定될 수 없음은 明白하다. 檢察이 合憲的 法律이나 그 法律解釋 또는



適用을 잘못하였을 때 憲法訴願으로 認定할 수 있을 것인지 問題가 된다. 法律解釋에 대하여 약간의 誤謬가 있다고 하여 바로 憲法裁判所의 判斷對象으로 하여 認容된다고 볼 수 없으며 結局 憲法違反으로 볼 수 있을 정도에 이를 境遇에 限하여 비로소 認容된다고 볼 것이며 이는 結局 平等原則에서 나오는 恣意 禁止原則아래 解決될 수밖에 없을 것이다. 즉 “單純한 擴大解釋이 可能하게 보이는 것은 憲法裁判所가 決定하여서는 아니 된다. 憲法에 아직 合致한 法の 解釋은 다른 解釋이 보다 平等原則에 符合한 것이라는 理由만으로 憲法違反으로 宣言되어서는 아니된다.”<sup>42)</sup>

### (3) 搜查節次上の 瑕疵

搜查節次上の 瑕疵가 있을 時 憲法訴願의 對象이 되는가. 어느 境遇에 節次상의 瑕疵가 있다고 볼 것이며 어느 程度의 搜查節次上の 瑕疵가 있을 時 憲法訴願으로 認定될 수 있을 것인지 問題가 될 수 있다. 이와 關聯 被害者는 告訴한 告訴事實에 대하여 檢察이 不起訴處分을 함으로써 基本權이 侵害되었다고 主張하는 것이므로 節次上の 問題와 關聯하여 論議될 수 있는 것으로서 檢察이 被害者가 主張하는 告訴事實에 대하여 搜查를 함에 있어 被疑者, 參考人 등 調査를 하지 아니한 채 不起訴處分을 한 境遇 이를 節次上の 瑕疵로서 볼 수 있을지 與否이다.<sup>43)</sup> 一般的으로 搜查라 함은 犯罪의 縑衣有無를 明白히 하여 公訴提起與否를 決定하고 公訴를 維持하기 위하여 犯人을 發見, 確保하고 證據를 募集 保全하는 搜查機關의 活動을 말한다. 搜查는 公訴의 提起를 決定키 위하여 또는 公訴를 維持하기 위한 搜查機關의 活動을 말하며 이러한 搜查는 그 特性上 그 迅速성과 機動性에 對處하기 위하여 密行性, 合目的性이 強하게 要求되고 搜查記述上 法的인 規定에 따라 定型적으로 이루어질 수는 없는 特性을 갖고 있으며 이러한 意味에서 搜查는 事案糾明에 있어서 搜查機關의 裁量

---

42) BVerfGE 42. 72.

43) 우리 憲法裁判所는 88헌마 25 檢事의 公訴權 行使에 대한 憲法訴願 사건에서 被疑者調査 없는 檢察處분에 관하여 合憲性を 인정하고 있다(憲法裁判所 1990. 4. 2. 宣告 89헌마25 決定).

과 獨自的인 判斷이 강하게 性質上 要求되는 行爲라 할 수 있다. 즉 어느 정도의 眞相糾明이 公訴를 提起할 것인지, 어떠한 方法으로 眞相을 糾明하여 나갈 것인지는 原則으로 搜查機關의 裁量과 독자적인 判斷에 맡겨져 있다고 함이 妥當할 것이며 起訴獨占主義를 採擇하고 있는 우리나라에서는 이 權限은 檢事의 獨自的인 權限이라고 봄이 상당하다 할 것이다. 따라서 檢察이 일정한 被疑者나 參考人을 조사하지 아니한 채 搜查를 종결하였다 하여 그 사실만으로 바로 節次上의 瑕疵가 있다고 볼 수는 없다고 해석함이 타당하다. 搜查活動의 일환인 被疑者 조사와 관련하여 우리 刑事訴訟法 第200條 第1項은 “檢察 또는 司法警察官은 搜查에 ‘必要한’ 때에는 被疑者의 출석을 요구하며 陳述을 들을 수 있다”고 규정하고 檢事의 公訴提起 여부를 결정기 위한 수단으로서 被疑者에 대한 조사를 ‘반드시’ 하여야 하는 것은 아니며 職權에 달린 것으로 파악하는 것도 그러한 취지가 아닌가 생각된다.

이러한 의미에서 다른 증거자료에 의하여 충분히 사실관계가 입증이 된다면 檢察의 公訴提起與否를 결정기 위한 實體的 眞實 發見의 任務는 도달된 것이라 할 것이므로 被疑者 등을 조사하지 아니하였다 하여 이를 搜查節次上 瑕疵로 보기는 어렵고 이렇게 해석함이 刑事司法의 또다른 指向原理의 하나인 被疑者에 대한 基本的 人權保障의 측면에도 합당하지 않을까 생각된다. 즉 주관적으로 犯罪로 인하여 被害를 받았다고 주장하는 자는 타인을 지목하여 告訴할 수 있으므로 비록 객관적으로 전혀 근거없는 사실임이 다른 상황에 의하여 證據가 충분함에도 불구하고 어느 경우를 불문하고 반드시 지목된 타인을 반드시 搜查機關에서 절차상 調查를 하여야 한다고 한다면 단순히 被害者라고 주장하는 사실 때문에 오히려 타인의 基本權이 부당히 侵害되는 경우를 초래케 될 수 있기 때문이며 이러한 상황은 參考人으로 조사를 받는 경우에도 마찬가지라 할 것이기 때문이다. 다른 증거에 의하여 사안의 진상이 명백히 밝혀지고 그 사실에 대해 公訴提起할 수 없음이 명백한 이상 不起訴 決定을 위해서 被疑者나 參考人을 신문할 필요가 없으며, 만일 이러한 경우에도 타인을 召喚하여 신문

하는 것은 오히려 搜查는 그 目的 達成을 위한 최소한에 그쳐야 한다는 搜查比例原則에도 위배될 수 있을 것이다. 그러나 한편 檢事는 公益의 대표자로서 犯罪搜查, 公訴提起와 그 유지에 필요한 사항에 관한 職務와 權限을 가지므로(檢察廳法 제 4 조) 告訴事件에서 檢事가 犯罪嫌疑有無가 명백하지 아니한 상황에서 告訴人이 주장하는 어는 사실 자체를 조사하면 嫌疑有無를 명백히 가릴 수 있음에도 이를 고의로 忌避한 채 불명확한 상황에서 결정하거나(따라서 앞으로 조사를 하여도 불명확한 상태가 해소되지 아니할 것이 제반상황에 의하여 추론된다면 이 경우에 해당되지 아니함) 또는 告訴事實 자체를 처음부터 조사치 않기 위하여 告訴人 調査를 전혀 하지 아니한 채 不起訴決定을 하였다면 이는 搜查節次에 있어서 衡平性을 잃은 것일 뿐 아니라 檢事의 정당한 職務遂行이라고 볼 수 없어 節次上 顯著的 瑕疵로서 예외적으로 告訴人의 基本權 侵害與否가 論議될 수 있다 할 것이다.

#### 4. 憲法裁判所의 審査基準

우리 憲法裁判所는 不起訴處分에 대한 憲法訴願에 관하여 棄却時 다음과 같은 2가지 基準의 類型에 의하여 處理되고 있음을 決定例에서 發見할 수 있다.

##### 第 1 類型

請求人の 告訴事實에 대하여 被請求人이 搜查를 疎忽히 하였거나 證據判斷이나 法律適用에 있어서 重大한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하여 被請求人の 不起訴處分으로 말미암아 請求人の 基本權이 侵害되었다고 볼 수 없다.<sup>44)</sup>

---

44) 憲法裁判所 1989. 12.29 宣告. 89헌마142決定

## 第 2 類型

請求人들의 告訴事實에 대하여 被請求인들이 顯著히 正義와 衡平에 反하는 搜查를 하였거나 證據判斷, 憲法解釋 또는 法律適用에 있어서 不起訴處分の 決定에 影響을 미친 重大한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하므로, 被請求人の 不起訴處分으로 말미암아 請求人들의 基本權이 侵害되었다고 볼 수 없다.<sup>45)</sup>

생각건대 優先 첫째로 第 1 類型的의 경우 搜查를 疎忽히 한 境遇를 基本權 侵害의 類型的으로 說示하고 있으나 만일 위 搜查疎忽을 단순한 “搜查未盡”의 境遇를 包含하는 것으로 解釋한다면 結局 搜查未盡 狀態가 있다하여 바로 憲法違反이 있다는 前提에서 出發하게 되는 것이라 할 수 있는 바 과연 憲法裁判所가 檢察搜查의 搜查未盡 등 搜查疎忽에까지 個人하게 된다면 이는 어느모로 보나 憲法裁判所의 機能을 넘어선 檢察獨自의 領域까지 否認한 것이 아닌가 생각되게 되며 外國에서의 憲法裁判所의 自己限界와도 다른 立場이 아닌가 생각되게 되며 外國에서의 憲法裁判所의 自己限界와도 다른 立場이 아닌가 判斷되며 특히 搜查疎忽이 있더라도 檢察의 不起訴處분에 影響을 미치지 아니한 境遇에도 이 類型的의 것에 따르면 바로 憲法違反으로서 憲法訴願이 許容된다는 結論에 이르게 되어 더욱 이러한 誤解의 素地가 있다 하겠다.

둘째로 위 第2類型的의 境遇 “顯著히” 또는 “重大한 잘못” 등의 用語가 있는 바 그 概念 自體가 不明確 狀態에 있어 結局 이는 앞으로 憲法裁判所의 判例를 통하여 그 意味가 整理되어 갈 것으로 判斷되나 事實認定問題, 證據判斷이나 法律 適用의 問題는 前述한 바와 같이 原則으로 憲法裁判所의 管轄 事項이 아니며 “恣意의 禁止에 反하는 平等이 原則에 反할 때” 비로소 憲法 訴願으로서 認容될 수 있다는 立場에 설 때에는 結局 위 “顯著的 또는 重大한 잘못이 있는 境遇”를 “恣意의 禁止에 反할 때”의 意味로 對替하여 解釋함이 不起訴處分을 認定한 根據와도 一致한 解釋이 아

---

45) 憲法裁判所 1989. 9.29 선고. 89헌마 16, 89헌마102 決定.  
1989.10.27 宣告. 89헌마 45 決定.

닐까 생각된다.

## 5. 起訴猶豫事件에 대한 憲法訴願

檢事の 起訴猶豫處分に 대하여 無嫌疑事案을 起訴猶豫處分을 받았다고 主張하는 被疑者가 憲法訴願을 提起할 수 있느냐가 問題된다. 이에 관하여 憲法裁判所는 軍檢察官處分과 關聯 다음과 같이 判示하고 있다(憲法裁判所 1989. 10. 27. 宣告 89헌마 56決定).

“起訴猶豫處분이 憲法裁判所法 第68條 第1項 本文에 規定된 公權力의 行使에 包含되는 것이 明白한 以上 이로 인하여 基本權의 侵害가 있는 境遇에는 憲法訴願審判의 對象으로 할 수 있다 할 것인 바, 元來 檢察官이 하는 起訴猶豫處分이란 公訴提起함에 充分한 嫌疑가 있고 訴訟條件도 具備되었음에도 不具하고 檢察官이 諸般事項을 고려하여 告訴를 提起하지 않는다는 內容의 處分인 것으로 犯罪 嫌疑가 없음이 明白한 事案을 놓고 恣意的이고 妥協的으로 起訴猶豫處分을 했다면 憲法이 禁하고 있는 差別的인 公權力의 行使가 되어 그 處分을 받은 者는 憲法 第11條 所定の 平等權의 侵害를 理由로 當然히 訴願適格을 갖게 된다고 할 것이다. 나아가 檢察官이 明白한 嫌疑無 不起訴處分을 하여야 할 事案인데도 輕率하게 犯罪의 充分한 嫌疑가 있다고 보아 起訴猶豫處分을 하면 차라리 公訴提起되어 憲法 第27條 所定の 裁判을 받을 權利의 行使에 의하여 無罪判決을 받아 完全히 犯罪의 嫌疑를 벗고 그 嫌疑事實에 대해서는 搜查當局으로 하여금 앞으로 再論 못하게 하는 길만 막아버리는 結果가 되어 公訴를 提起한 것보다 더 不利할 수 있으며, 더 나아가 보면 公訴提起에 充分한 嫌疑가 있다고 認定한 起訴猶豫處분이 有罪判決에 準하는 取扱을 받아 法律이 實狀이라면 어느모로 보아도 嫌疑없고 無故함에 疑心없는 事案에 대해 軍檢察官이 恣意로 起訴猶豫處분에 이른 것은 憲法 第10條 所定の 幸福追求權을 侵害한 것으로 봄이 相當할 것이다.”

## 6. 告發事件에 대한 檢察의 不起訴處分과 憲法訴願

憲法訴願은 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 基本權의 侵害가 있음을 要件으로 하며 그 基本權은 審査請求人 自身이(Selbstbetroffenheit), 直接(Unmittelbarkeit), 그리고 現在(Gegenwärtigkeit) 侵害 당하여야 한다. 따라서 基本權의 被侵害者에게만 憲法訴願이 許容된다. 告訴나 告發 모두 搜查 開始의 端緒가 되지만 告訴는 犯罪被害의 保護가 主된 目的임에 대하여 告發은 누구든지 犯罪가 있다고 思料되는 때에 하는 것으로 國家的 利益의 保護를 主目的으로 追求하는 것으로 告訴事件의 告訴人은 犯罪被害者로서 憲法訴願의 適格이 있지만 告發人은 憲法上 保障된 基本權을 侵害당하였다고 볼 수 없으므로 즉 自己關聯性이 없으므로 憲法訴願의 適格이 없다 할 것이다.<sup>46)</sup>

## 7. 不起訴處分에 대한 憲法訴願 認容決定의 효과

憲法裁判所法 第75條 第2項은 基本權侵害의 原因이 된 公權力의 行使를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 確認할 수 있다고 규정하고 있다. 檢察의 不起訴處分은 本質적으로는 被害者를 對象으로 公訴를 提起하지 아니한다는 公權力의 行使라고 할 수 있으므로 不起訴處分 行爲가 被害자의 憲法上 基本權을 侵害하였다 하여 憲法訴願을 認容하는 境遇 同 不起訴處分을 取消하는 形式을 취하게 된다. 또한 모든 憲法訴願의 認容決定은 모든 國家機關과 地方自治團體를 羈束하게 되어 있으므로(法76條 第1項) 不起訴處分에 관한 憲法訴願이 認容된다면 同 決定은 檢察을 羈束함은 물론이다. 다만 同 認容決定과 關聯하여 處分을 取消하라는 意味가 바로 公訴提起命令의 效果가 發生하는 것을 意味하느냐의 問題가 있을 수 있으나 예컨대 無嫌疑 處分을 取消하였다 하더라도 公訴提起만의 處분이

---

46) 憲法裁判所 1989.12.22 宣告. 89헌마145 決定.

있는 것이 아니고 그 외에 起訴猶豫處分 등 또다른 類型的 不起訴處分 등의 여러 可能한 處分이 있는 점에서 바로 公訴提起命令을 뜻한다고 볼 수 없고, 또한 性質上 公訴提起命令을 할 수 있느냐의 與否가 論議될 수 있으나 公權力行使에 관한 憲法訴願制度는 公權力行使 自體의 效力을 다투는 것이므로 不起訴處分에 대한 憲法訴願은 不起訴處分 自體의 效力을 認定할 것인지 與否의 問題에 歸着되고 公訴提起命令은 行政廳으로 하여금 公訴提起라는 또다른 處分の 積極的 履行을 要求하는 것으로 憲法裁判의 性質상 許容되지 않는다고 봄이 相當하다.

## Ⅶ. 맺는 말

國家公權力行使 또는 不行使에 관한 基本權侵害에 대한 權利救濟手段으로서 우리의 憲法訴願制度는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願制度를 인정치 아니하고 있고 補充性 原則을 明文으로 規定함으로써 行政作用 가운데 憲法訴願으로 救濟될 수 있는 範圍는 극히 制限되고 있다. 이는 어느 意味에서 立法上의 不備가 아니라면 우리 憲法裁判所의 根本 機能을 憲法訴願審判보다는 違憲法律審查에 두려는 趣旨로도 해석될 수 있다.

그러나 初期段階의 우리나라 憲法訴願審判制度의 運營은 法床 制限되고 있는 것과는 달리 憲法訴願審判의 對상을 가급적 널리 認定하려는 방향으로 運營되고 있고, 外國의 어느 나라 例에서 찾아볼 수 없을 정도로 檢察의 不起訴處分에 대한 憲法訴願이 憲法訴願의 主流를 나타내고 있는 特異한 現像을 보이고 있다. 行政作用은 다른 國家權力作用 등과 비추어 國民生活에 직접적으로 관련이 많은 점에 비추어 그로 인한 國民의 基本權 侵害도 많이 발생될 수 있을 소지가 있으므로 效率的인 救濟를 위한 憲法訴願制度의 運營이 필요하나 그 運營에는 立法制度上의 範圍內에서 正當性을 발휘할 수 있을 것이므로 解釋上의 正當性을 부여받기 위하여도 빠른 時日內에 立法改正 등의 작업이 先行되어야 할 것으로 사료된다.

## 第四節 司法作用에 대한 憲法訴

金 孝 全

(東亞大學校法大교수, 法博)

### I. 序 說

이 연구의 범위는 헌법소원의 대상에 한정되며, 그 중에서도 司法權에 국한된다. 이러한 司法權 내지 司法作用을 형식적으로 이해하면 裁判作用 뿐만 아니라 司法行政權과 司法立法權까지 포괄한다. 그런데 憲法裁判所法 제 68조 1항은 司法權의 핵심인 「法院의 裁判」을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있기 때문에 여러 가지 문제가 제기된다. 따라서 이 연구에서는 憲法訴願의 對象을 둘러싼 국내에서의 논의와 아울러 裁判도 그 대상속에 포함시키는 西獨의 제도를 모델로서 검토하기로 한다.

### II. 司法權의 行使에 대한 憲法訴願

먼저 司法權에 대한 憲法訴願을 살펴보려면 司法權 내지 司法作用의 개념이나 그 범위에 대한 검토가 선행되어야 한다. 아울러 司法權의 핵심인 「法院의 裁判」에 대해서도 憲法訴願이 인정되는 서독의 학설과 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.



## 1. 司法權의 概念과 範圍

### (1) 韓國憲法

헌법 제101조 1항은 「司法權은 法官으로 구성된 法院에 속한다」고 규정하면서 계속하여 제110조까지 第 5 章 法院에 관하여 규정하고 있다. 이와는 별도로 第6章에서는 憲法裁判所를 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 그러면 헌법 제101조 1항의 「司法權」이란 무엇인가? 이 문제는 憲法訴訟의 基本前提가 된다.

司法權의 개념에 관하여는 학설상 實質說과 形式說로 나누인다. 실질적 의미의 司法이란 法 아래서 實在의 구체적인 爭訟事件에 대하여 무엇이 法人가를 審理·判斷하기 위한 法院의 國家作用, 즉 司法裁判權을 말한다.<sup>2)</sup> 이에 대하여 형식적 의미의 司法이란 國家機關 중에서 立法機關과 行政機關을 제외한 司法機關인 法院에 속하는 모든 權限을 말한다. 따라서 여기에는 司法裁判 이외에 司法行政權과 司法立法權이 포함된다. 생각건대 헌법상 特別法院이 금지되고 司法權이 法院에 귀속하는 이상 司法權을 실질적 의미로 한정할 필요는 없다.<sup>3)</sup>

헌법에 근거하여 法源組織法 제2조 1항은 「法院은 憲法에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 一切의 法律上的 爭訟을 審判하고 기타 法律

---

1) 이와 같이 헌법재판소를 사법부와는 별개의 章에서 규정함으로써 「서독보다 더 나은 憲法體系를 구성하였다」고 보기도 한다(金學成 憲法訴訟에 관한 研究, 서울대 박사논문, 1990, 23면). 또한 헌법재판소의 지위에 관하여는 司法的 憲法保障機關이라는 견해(金哲洙, 憲法學概論, 987면)과 政治的 司法作用이라는 견해(權寧星, 憲法學原論, 952면 ; 桂禧悅, 憲法裁判所의 制度的 考察, 月刊考試, 1989년 12월호, 69면)로 나누인다.

2) 權寧星, 667면 ; 金箕範, 韓國憲法, 485면 ; 尹世昌, 新憲法, 276면 ; 韓東變, 修正版憲法, 354면.

3) 金哲洙, 897면 ; 鄭德藏 執筆, 金哲洙外著, 코멘탈 憲法, 法元社, 1988, 520면 ; 文鴻柱, 韓國憲法, 海岩社, 1987, 565면 ; 朴一慶, 新憲法, 法經出版社, 1990, 546면.

에 의하여 法院에 속하는 權限을 가진다」고 규정한다. 또한 동조 3항은 「法院은 登記·戶籍·供託·執達官·法務士에 관한 事務를 管掌 또는 監督한다」라고 규정하고 있다. 이와 같이 볼 때 法院이 權限을 실질적 의미의 司法과 형식적 의미의 司法을 모두 포함하여 포괄적으로 이해하는 것이 타당할 것이다.<sup>4)</sup>

그러나 여기서는 司法權의 범위를 法院의 裁判作用에 한정하기로 한다. 왜냐하면 法院의 非裁判作用인 司法行政<sup>5)</sup>이나 司法立法에 대한 憲法訴願은 行政權이나 立法權에 대한 그것과 동일한 原理가 적용되기 때문이다.

## (2) 西獨의 基本法

서독의 基本法<sup>6)</sup>은 司法權에 관하여 제9장(제92조~제104조)에 규정하고 있다.<sup>7)</sup> 제92조는 「司法權은 法官에게 委託된다. 司法權은 聯邦憲法裁判所, 이 基本法에 규정된 聯邦裁判所 및 州裁判所に 의해서 행사된다」고 하여 憲法裁判所를 司法權에 포함시킨 점이 한국과 차이가 있다. 또한 基

---

4) 미국 헌법에서는 司法權의 본질을 「사건과 爭訟」(case and controversy)의 원리에서 찾는다. Brilmayer, The Jurisprudence of Article III : Perspectives on the "Case or Controversy" Requirement, 93 Harv. L. Rev. (1979).

일본에서의 논의는 左藤幸治, 現代國家と司法權, 有斐閣, 1988 ; 同人, 憲法訴訟と司法權, 日本評論社, 1984 ; 樋口陽一·栗城壽夫, 憲法と裁判, 法律文化社, 1988 ; 戶松秀典, 司法審査制, 勁草書房, 1989.

5) W.R. Wand, Befugnisse der Gerichtsverwaltung und Aspekte der Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde, in : NJW 1984, S.950ff.

6) 독일 연방공화국의 基本法 원문은 Beck-Texte, Grundgesetz, 24. Aufl.(Stand : 1. Mai 1988).

번역은 憲政制度研究委員會, 世界各國憲法典(I), 1986, 153~197면 ; 法制處, 現行各國의 憲法典(法制資料 제111집), 1980, 5~74면 ; 權寧星, 獨逸憲法論(上), 法文社, 1976, 275~311면 참조.

7) W. Heyde, Die Rechtsprechung, in : E. Benda·W. Maihofer·H.-J. Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.1199~1251 ; J. Leibold, Die Eingliederung der Verfassungsbeschwerde in die rechtsprechende Gewalt und die Erschöpfung des Rechtswegs, Heidelberger Diss. 1972, S.11ff.

本法 제19조 4항은 「公權力에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 訴訟의 길이 열려있다」고 하였으며,<sup>8)</sup> 제93조 1항 4호 a는 헌법재판소의 관할권으로 憲法訴願을 규정하고 있다.

이 基本法에 앞서 聯邦憲法裁判所法(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht) 제90조 1항은 「누구든지 公權力에 의하여 자기의 基本權 또는 基本法 제20조와 제104조에 내포된 權利가 侵害되었음을 주장함으로써 聯邦憲法裁判所に 憲法訴願을 제기할 수 있다」라고 규정하였다.<sup>9)</sup> 여기서 말하는 「公權力」(öffentliche Gewalt)에는 물론 司法權도 포함된다.<sup>10)</sup> 따라서 모든 法院의 決定은 원칙적으로 憲法訴願의 對象이 된다. 그러나 外國의 法院, 베를린의 法院, 東獨의 法院, 유럽 法院의 결정은 그 대상밖에 있다. 또한 聯邦憲法裁判所 자신도 제외되며, 11)헌법재판소법 제93조 a에 따른 事前審査 내지 受理委員會,<sup>12)</sup> 동법 제15조 a에 의한 小部(Kammer)의 결정, 그리고 節次違反을 이유로 한 것<sup>13)</sup>도 소원의 대상이 되지 아니한다.<sup>14)</sup>

---

8) 여기의 「公權力」에는 立法權과 司法權의 行爲는 포함되지 아니한다. 立法權에 관하여는 基本法 제100조 1항의 특별 규정이 있으며, 基本法 제19조 4항은 法官에 대해서가 아니라 法官에 의한 보호를 보장하고 있기 때문이다. W.Heyde, a.a.O. S.1219.

9) 헌법재판소법의 원문은 Beck- Texte, Grundgesetz, S.146-173. 번역은 法務部, 憲法裁判制度(法務資料 第95輯), 1988, 167-193면 참조.

10) Chr, Gusy, Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren, Heidelberg 1988, S.25 ; R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, München 1987, S.200 ; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen-, München 1985, S.105 ; T.Maunz- B. Schmidt- Bleibtreu- F. Klein - G. Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz(Stand : 1. April 1989), §90 ; Chr. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2.Auf1., 1982, S.103f.

朴一煥, 裁判에 대한 憲法訴願 -西獨의 制度- 人權과 正義, 1989년 11월호 73~82면 ; 鄭永薰, 西獨의 憲法訴願制度, 서울대 석사논문, 1988, 64면 이하.

11) BVerfGE 1, 90 ; 19,90.

12) BVerfGE 7, 243 ; 18, 440.

13) BVerfGE 7, 243.

14) 상세한 것은 Sieghart Ott, Die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, 1979 참조.

나아가 州憲法裁判所를 비롯하여 州의 모든 法院에 대해서도 그들이 基本法을 위반한 경우에는 헌법소원이 가능하다.<sup>15)</sup> 또한 選舉審査裁判所(Wahlprüfungsgericht)의 判決에 대해서도 헌법소원이 가능하다.<sup>16)</sup> 끝으로 그 밖의 모든 法院, 예컨대 職能團體의 組織이나 小部도 국가권력을 행사하는 한 소원의 대상이 된다. 또한 教會法院의 결정도 교회에 의해서 公權力의 행사에 관하여 내려진 경우에는 공격이 가능하다.<sup>17)</sup>

### (3) 오스트리아 憲法

오스트리아 헌법<sup>18)</sup>은 제3장 聯邦의 執行(Vollziehung des Bundes) 중 제2절이 司法權(Gerichtsbareit)을 규정하고 있다. 또한 동 헌법 제6장은 憲法 및 行政의 保障이라는 제목 아래 제1절 行政裁判所 제2절 憲法裁判所로 구성되어 있다.<sup>19)</sup>

헌법재판소의 관할권은 다음과 같다. 첫째 통상의 訴訟節次나 行政官廳의 處分으로도 해결되지 아니하는 財產法上의 請求에 대한 裁判, 즉 因果

---

15) BVerfGE 13, 140 ; 또한 E 6, 445 ff. ; 13, 132 ff. ; 34, 93 ff. ; 42, 323.

16) BVerfGE 34, 81(93, 95).

17) 상세한 것은 J. Gündisch, die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, in : NJW 1981, S.1813~1920 ; O.-W. Jakobs, Entscheidungen, in : JZ 1971, S.279 ff. ; J. Leibold, Die Eingliederung der Verfassungsbeschwerde in die rechtsprechende Gewalt und die Erschöpfung des Rechtsweg, Heidelberger Diss. 1972 ; G.F. Schuppert, Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgerichts, in : AöR, 103(1978), S.43 ff. ; R.Zuck, die unzumutbare Monatsfrist für die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen, in : MDR 1985, S.803 등 참조.

18) 오스트리아 연방헌법의 원문은 Bernhard Raschauer(Hrsg.), Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Wien 1979.

번역은 憲政制度研究委員會, 世界各國憲政典(II), 1986, 187~236 면 : 國際問題調査研究所, 各國憲政法資料集, 1980, 510~548면.

19) 오스트리아의 헌법재판에 관하여는 Ermacora/Klecatsky/Marcic, Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, 1968.

헌법재판소법은 憲法裁判研究會, オーストリア憲法裁判所법(1)~(4), 比較法雜誌 19卷 1~4號 1986年.

裁判(Kausalgerichtsbarkeit) (제137조), 둘째 權限爭議(제138조), 셋째 規範統制(제140조), 넷째 選舉訴訟 및 國民投票에 관한 爭訟(제141조), 다섯째 國事裁判(제142-143조), 여섯째 特別行政裁判(제144조)이다.<sup>20)</sup>

憲法訴願은 法律이나 命令에 의하여 국민의 基本權을 직접 침해한 경우에 헌법재판소에 제기할 수 있다(제139조 1항 및 제140조 1항).<sup>21)</sup> 또한 行政官廳의 處分(Bescheid)이나 직접적인 命令權·強制權(Befehls- und Zwangsgewalt)의 행사로 국민의 基本權이 침해되거나 또는 위법한 命令, 違憲인 法律, 違法の 國家條約(Staatsvertrag)의 적용으로 국민의 權利가 침해된 경우에도 소원을 제기할 수 있다(제144조 1항).<sup>22)</sup>

오스트리아에 있어서 憲法訴願의 대상이 되는 公權力은 行政處分과 法律·命令에 대해서만 인정되며, 法院의 裁判은 제외시키고 있는 점에서 서독과 구별된다. 이것은 裁判節次에 있어서 當事者는 憲法裁判所에 의한 法律의 폐지에 法院의 申請을 강제할 수 없다는 데에서 유래한다. 당사자의 이러한 신청이 法院의 決定에 의해서 거부된다면, 이러한 決定은 抗告로써 다룰 수 있다. 그러나 最終審 法院의 決定은 終局的이다. 이로서 경우에 法律, 命令 또는 憲法の 瑕疵有無의 문제는 法院에 의해서 先決問題로서 대답되어야 한다. 이와 같은 방법으로 오스트리아는 裁判의 영역에서 일종의 실질적인 規範統制가 성립하는 것이다.<sup>23)</sup>

#### (4) 스위스 聯邦憲法

스위스의 연방헌법<sup>24)</sup>상의 法院組織<sup>25)</sup>과 憲法裁判所는 다른 聯邦國家

---

20) L.K. Adamovich/B.-Chr. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht 3. Aufl., 1985, S.336 ff.

21) 헌법소원에 관하여는 A.H. Schuler, Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem, deutschem und Österreichischem Recht, in : Jahrbuch des öffentlichen Recht, Bd. 19(1970), S.129 f.

22) 金學星(주 1), 104면 이하.

23) L.K. Adamovich/B.-Chr. Funk(FN 20), S.339.

24) 스위스 연방헌법의 원문은 Schweizerische Bundeskanzlei, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern(Stand 1. März 1983).

와는 차이가 많다.<sup>26)</sup> 헌법 제64조 3항은 「法院의 구성, 裁判節次 및 裁判作用은 종래와 같이 州의 權限이다」라고 하여 헌법이나 法律이 명시적으로 聯邦에 위임한 司法課題(Rechtsprechungsaufgabe)만이 聯邦에 속한다. 모든 裁判이 聯邦次元에서 해결되는 오스트리아와 대조적이다.

헌법 제2장 「聯邦官廳」에서는 제4절에 聯邦裁判所(Bundesgericht)를 규정하고 있다(제106조 1항), 이 연방재판소의 권한은 民事裁判權, 債務·破産事件의 裁判權(법원조직법 제75조 이하),<sup>27)</sup> 刑事裁判權, 憲法裁判權, 行政裁判權, 그리고 社會保險裁判權(법원조직법 제122조 이하) 등이다. 이 중 憲法裁判權(Staatsrecht- spflege)은 憲法部(Staatsrechtliche Kammer)의 권한이며, 여기에는 憲法上の 訴와 憲法訴願이 있다. 먼저 憲法上の 訴는 聯邦과 州間의, 州相互間의, 그리고 상이한 州의 自治體 상호간 官廳·상호간의 헌법상의 爭訟을 말한다(헌법 제113조 1항 1호, 법원조직법 제83조).

다음에 憲法訴願(Staatsrechtliche Beschwerde)은 州의 法令과 處分에 대하여 헌법상의 權利의 침해 내지 州間의 協約, 契約 그리고 聯邦法上の 權限規定의 침해를 이유로 하여 그 取消을 請求하는 憲法訴訟이다

---

번역은 憲政制度研究委員會, 世界各國憲法典(II), 1986, 53~83면 ; 法制處, 現行各國의 憲法典(法制資料 第111輯), 1980, 151~192면 ; 國際問題調查研究所(주 18), 587~608면.

25) 스위스의 법원조직에 관하여는 Yvo Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I : Organisation, 1980 ; U. Häfelin/W. Haller Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Ein Grundriss, 1984.

26) 헌법재판에 관하여는 Z. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, 1933 ; M. Imboden, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in ; H. Mosler(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1962, S.525ff.

일본 문헌으로는 小林 武, 現代スイス憲法, 法律文化社, 1989, 202頁 이하 ; 同人, 違憲審査制の諸類型における『スイス型』(1)~(4-完), 南山法學 諸 2 卷 4號(1979), 83~99頁 ; 第 3 卷 1號(1979), 1~18頁 ; 3號(1979), 53~65頁 ; 第 4 卷 3號(1981), 21~30頁 참조.

27) 법원조직법의 원명은 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezembur 1943(Organisationsgesetz, in : Systematische Sammlung des Bundesgesetz 173. 110)이며, 약자는 OG이다.

(헌법 제113조 1항 3호, 2항 및 법원조직법 제84조 이하).<sup>28)</sup> 이것은 개인의 主觀的인 公權을 보호하는 동시에 地方自治 등 憲法秩序의 보장에도 기여하는 것이다.

憲法訴願의 對象은 州의 高權行爲에 한정되며 聯邦의 그것에 대한 司法審査는 허용되지 아니한다. 즉 헌법 제113조 3항은 「聯邦議會에 의하여 제정된 法律과 一般的 拘束力있는 決議와 그에 의하여 同意된 契約은 聯邦裁判所를 구속한다」고 규정하였으며, 이에 따라 法院組織法도 제84조 1항에서 「憲法訴願은 州의 法令·處分 또는 法定에 대하여…… 제기된다」라고 규정하고 있다. 聯邦裁判所의 判例는 이러한 취지를 더욱 철저하게 해석하여 聯邦法의 형식들 외에 단순한 聯邦決義, 聯邦參事會의 命令, 나아가서는 聯邦의 行政行爲도 取消의 대상이 되지 아니한다고 하였으며,<sup>29)</sup> 결국 헌법상의 權利를 침해하는 것일지라도 聯邦의 高權行爲는 전면적으로 訴의 대상에서 제외시키고 있다. 한편 州의 모든 高權行爲는 審査의 대상이 된다. 즉 一般的 規範인 法律·命令 외에 개별적 行爲인 行政處分이나 모든 法院의 裁判이 대상이 되며, 여기에는 일정한 범위의 不作爲도 포함되며 法令의 成立形式 그 자체도 문제가 된다.<sup>30)</sup>

## (5) 스페인 憲法

스페인 은 1978년의 憲法<sup>31)</sup>에서 최초로 憲法裁判制度를 도입하였다.<sup>32)</sup>

---

28) W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 1984 ; A.H.Schuler, die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, 1969.

일본 문헌은 小林 武, 스위스 憲法訴訟(Verfassungsbeschwerde)における原告適格, 立法館法學, 第115號(1974), 325~363頁 ; 同人, 憲法訴訟における自治體の地位 -스위스의制度를素材にして-, 立命館法學, 第119·120號(1975), 1~31頁.

29) W. Kälin(FN 28), S.132.

30) W. Kälin(FN 28), S.155 ff. ; 小林 武(註 26), 210頁.

31) 1978년 12월 29일의 스페인 헌법의 원문은 constitución española. Edición preparada por Luis Lopez Guerra, 4.<sup>a</sup> ed. Madrid 1988.

32) H.J. Faller, Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, in EuGRZ 1979 ; A. Weber, die Spanische Verfassung von 1978, JöR, Bd.29(1980), S.209-252 ; H.J. Faller, Das spanische Verfassungsgericht, JöR, Bd.29(1980).

헌법 제161조에 규정된 憲法裁判所(Del Tribunal Constitucional)의 權限으로서는 法律과 處分(leyes y disposiciones)에 대한 違憲審査, 法律이 정하는 헌법 제53조 2항에 규정된 權利와 自由의 침해에 대한 保護請求(del recurso de amparo), 즉 憲法訴願, 國家와 自治共同體間 또는 自治共同體 상호간의 權限爭議, 기타 헌법과 組織法(leyes orgánicas)에 의하여 헌법재판소에 부여된 사건이다.

헌법소원은 自然人이나 法人 등 모든 「정당한 이익」(legitimes Interesse)을 가진 자가 제기할 수 있으며, 護民官(Defensor del Pueblo)과 國家辯護士(Ministerio Fiscal)는 제외된다. 호민관은 스웨덴의 옴부즈만이나 오스트리아의 人權辯護士(Volksanwalt)와 유사한 제도로서 새로이 도입된 제도이다. 또한 國家辯護士는 헌법소원을 중재하는 데에 그 임무가 부여되며 刑事訴追에만 한정되는 것은 아니다.<sup>33)</sup>

헌법소원의 대상은 모든 公權力의 行爲이며 法律에 대한 訴願은 제외된다. 원칙적으로 필요한 모든 法的 救濟節次를 경유하여야 하며 補充性的의 원칙이 적용된다.<sup>34)</sup>

## (6) 이탈리아 憲法

이탈리아 共和國憲法<sup>35)</sup>은 제4장에서 司法府(La magistratura)를 규정하고 있으며, 憲法裁判所(La Corte costituzionale)는 제6장 憲法の 保障 중의 제1절로서 규정하고 있다.<sup>36)</sup> 동 헌법 제134조에 의하면 헌법재판

---

S.279-291.

33) R. Zuck, (FN 10), S.65.

34) H.J. Faller(FN 32), S.284f.

35) 이탈리아 헌법의 원문은 Costituzione Italiana. Introduzione di Giangiulio Ambrosini, Torino 1975.

번역은 憲政制度研究員會, 世界各國憲法典(I), 1986, 527~55면; 國際問題調查研究所, (주 18), 249~275면.

36) 헌법재판에 관하여는 D.P. Kommers, Judicial Review in Italy and West Germany. in : Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Bd.20 (1971), S.111~133; 일본 문헌으로는 和田英夫, 大陸型違憲審査制, 1979, 310~314頁; 同人, 西ドイツ・イタリア・フテソスの 憲法裁判官見(1)~(5), 判例時報 869~875號 1978年.



소의 권한은 ① 國家와 州의 法律과 法律의 效力을 가진 行爲의 合憲性에 관한 爭訟, ② 國家權力間의 權限爭議 및 國家와 州間이 權限爭訟, ③ 憲法의 規定에 의한 共和國大統領과 長官에 대한 彈劾의 세 가지이다.

여기서 알 수 있듯이 이탈리아에서는 憲法裁判制度를 두고 있으나 憲法訴願制度를 채택하지 않고 있다.

## 2. 司法行爲와 憲法訴願

헌법재판소법 제68조 1항은 憲法訴願의 대상에서 法院의 裁判은 제외하고 있다. 그러나 여기서는 이것을 인정하는 서독의 경우를 모델로 憲法訴願의 適格性, 審査의 대상이 되는 裁判, 그리고 判決에 대한 審査의 範圍를 살펴본다. 일반적인 서술은 생략하고 法院의 裁判에 한정한다.

### (1) 憲法訴願의 適格性<sup>37)</sup>

憲法訴願審判을 請求하는 자는 자신의 基本權이 침해된 것을 주장하여야 한다. 헌법재판소법 제68조 1항도 「基本權을 침해받은 者」라고 규정하였으며, 서독 연방헌법재판소법 제90조 1항도 이를 규정하고 있다. 이 점에서 누구에게나 허용되는 民衆訴訟과 구별된다.<sup>38)</sup> 憲法訴願의 適法要件

---

37) 헌법소원의 適格性(Beschwerdebefugnis)은 當事者適格(權寧星, 980면), 權利保護制度(李時潤, 憲法訴願審判에 관한 小考, 考試界 1989년 12월호 152면) 또는 權利侵害의 要件이라고도 한다.

개괄적인 서술은 Chr. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2.Auf1., 1982, S.104ff. ; H. Spanner, Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde, in : C. Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S.374-395.

38) 서독의 바이에른(Bayern) 州의 憲法裁判所는 民衆訴訟을 허용하난. H. domcke, Die bayerische Popularklage, in : C. Stark und K. Stern(Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbd. II, 1983, S.231-255.

내지 審査의 定式은 서독 연방헌법재판소가 밝힌 自己性, 現在性, 直接性이 그대로 적용된다.<sup>39)</sup>

### ① 自己性(Selbstbetroffenheit)

헌법소원은 자기와 관련된 것이어야 한다. 이것은 訴願請求人에게 사실상으로나 法的으로나 직접 자기 자신에게 관련을 가진 것이며, 權利侵害를 야기한 것이어야 한다는 의미이다. 直接 當事者란 항상 그 訴訟의 當事者일 것을 요구하는 것은 아니다. 예를 들면 教授의 任命과 講座에 任用하는 辭令의 交付를 州에 청구하는 訴訟에서 大學이나 關係學部에게 訴願提起의 適法性を 인정하고 있다.<sup>40)</sup> 또한 選舉審査裁判所의 判決이 裁判에 관여하지 아니한 候補者 자신에게 관련성을 인정한 판례가 있다.<sup>41)</sup> 選舉審査節次의 중점은 객관적인 성격에 있고 개인의 權利의 보호는 부차적인 것이기 때문에 審査節次의 當事者가 아닐지라도 判決에 직접 법적 관련성이 있는 자는 소원을 제기할 수 있다. 그러나 단순히 사실상 또는 경제적 이해관계를 가지는 것만으로는 불충분하다.

헌법재판소도 軍人·軍務員 등이 전투 등 직무와 관련하여 받은 損害에 대하여는 法律이 정한 報償 이외에 國家賠償法에 의한 損害賠償을 청구할 수 없게 한 헌법 제29조 1항에 대한 憲法訴願에서 請求人의 負傷이 敵에 의한 것이고 國家側에 의한 것이 아니라면 自己性이 없다고 하였다.<sup>42)</sup>

### ② 現在性(Gegenwärtige Betroffenheit)

헌법소원은 현재 절박한 것이어야 한다. 현재관련성이란 假定이나 장래의 可能性만으로는 불충분한 것을 의미한다. 반대로 이미 과거의 侵害가 된 경우에도 提訴의 要件은 충족되지 아니한다.

公權力에 의한 權利侵害가 과거의 것일지라도 그 결과 개인의 被害狀態가 계속되는 경우가 있다. 서독의 경우 權利保護의 필요성(Rechts-

---

39) 헌법재판소 1989. 7. 21 선고 89 헌마 12 결정.

40) BVerfGE 15, 256(262).

41) BVerfGE 34, 81(97).

42) 헌법재판소 1989. 7. 28 선고 89 헌마 61 결정.

schützbedürfnis)은 연방헌법재판소의 判決時에 있으면 충분하다.

法院의 決定에 대해서는 辯護人의 排除가 節次의 終結 후에도 訴願의 대상이 되며,<sup>43)</sup> 辯護의 제한이 節次繫屬 중에 撤回되었다는 이유로 訴願提起의 適格性이 부정된 예가 있다.<sup>44)</sup>

### ③ 直接性(Unmittelbare Betroffenheit)

헌법소원의 청구인은 자기의 基本權이 直接的으로 침해되었음을 주장하여야 한다. 전술한 自己性은 청구인 측에서 보아 제3자가 아닌 자기 자신의 權利侵害의 直接的인 被害者인가의 여부가 문제로 되었다. 이에 대하여 여기서는 당해 公權行爲 자체가 直接的으로 權利侵害를 야기하였는가의 여부가 문제로 된다.

立法行爲의 경우에는 미리 취해야 할 權利救濟手段이 없기 때문에 終局的인 權利侵害는 適用機關에 留保되기 마련이다. 구체적인 適用行爲를 매개로 하지 않고 직접적으로 행사, 不行使 또는 受忍義務를 발생시키는 自動執行力을 가진(self-executing) 法規로서 연방헌법재판소가 「直接性」을 긍정한 판례는 많이 있다.<sup>45)</sup>

判決理由에서 서술된 것은 權利侵害의 直接性的의 要件을 충족시키는 것은 아니며, 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되지 아니한다. 判例에서는 判決理由에서 서술한 法院의 反基本的 見解는 헌법소원의 근거가 되지 아니

---

43) BVerfGE 15, 225(230).

44) BVerfGE 38, 26(28).

45) 예를 들면, ① 일정한 行爲를 금지하거나, 특정한 방법에 의하지 아니하고는 시행할 수 없는 規制로서 重量貨物車의 通行금지(E 26, 259 [261]), ② 着拂送付금지(E 36, 47 [56]), 특정한 職業遂行의 금지(E 17, 269 [274] ; 37, 314 [318]), 직업상의 資格失効(E 1, 264 [270] ; 9, 338 [342]), 入學定員制(E 11, 144 [146 f.]), ② 就學義務와 같이 의무를 창설하는 法規(E 34, 165 [179 f.]), ③ 加入強制制度(E 10,89 [97] ; 38, 281 [297]), 運送稅(E 16, 147[1588 f.] ; 38, 61 [78]), 賣上稅-附加價值稅(E 18, 1 [12] ; 23, 12 [25] ; 36, 321 [329]-査定을 필요로 하는 소득세나 법인세는 별개이다) 등의 公課, 查察受忍義務(E 32, 54 [63]), 선거법에 의한 選舉權의 배제(38, 326 [356]), 이른바 阻止條項(E 1, 208 [237]) 등이다.

「직접성」이 부정된 것은 건설계획(E 31, 364 [368 f.], 東方條約(E 40, 141 [165 ff.])등이 있다.

한다고 하였으나,<sup>46)</sup> 無罪判決도 理由如何에 따라서는 被告人의 基本權을 침해하는 경우가 있음을 인정한다.<sup>47)</sup>

## (2) 再審査의 對象

서독 연방헌법재판소의 再審査의 대상이 될 수 있는 法院의 判決은 일반적으로 最終審의 判決만을 의미한다.<sup>48)</sup> 또한 基本權의 侵害라고 비난된 것이 以前의 審級에서 행하여진 것인가의 여부에는 관여하지 아니한다.<sup>49)</sup> 따라서 원칙적으로 最高裁判所의 裁判에 대해서만 소원의 제기가 가능하다. 上告審의 判決에는 上告棄却의 裁判도 포함한다.

最終裁判에 대해서만 訴願을 제기할 수 있으나 그 提訴理由로는 원래의 侵害行爲, 예컨대 行政行爲의 基本權侵害를 주장할 수 있으며, 또한 모든 審級の 결정들을 공격의 대상으로 할 수도 있다.<sup>50)</sup> 연방헌법재판소는 訴願請求人에게 最終審에 대해서만 제기하던가<sup>51)</sup> 下級審 내지 이전의 執行行爲까지도 포함시킬 것인가에 관하여 선택권을 부여한다.<sup>52)</sup> 소원청구인은 第1審의 決定이나 執行行爲에 한정할 수는 없다.<sup>53)</sup>

다음에 訴訟이 係屬 중인 法院의 訴訟內部에 관한 단순한 中間裁判, 예컨대 期日의 指定, 召喚, 證據決定 등에 대해서는 소원을 제기할 수 없

---

46) BVerfGE 8,222 ; 13, 132[152].

47) BVerfGE 6, 7 (9). 법원이 판결이유 속에서 피고인의 무죄가 입증되었다고 서술하고 있음에도 불구하고 증거불충분으로 무죄가 선고된 경우에는 基本法 제1조와 제2조의 권리가 침해되었다고 주장한다.

48) Merkblatt über die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. in : Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar. (Stand : 1. April 1989), §92. 憲法訴願의提起에 대한 公報, 憲法委員會, 西獨聯邦憲法裁判所—그 制度와 機能—, (憲法裁判 資料 제9집), 1984, 323 ~ 329면 참조.

49) BVerfGE 4, 56.

50) Chr. Pestalozza, (FN 10),

51) BVerfGE 4, 52 (56) ; 19, 377(393).

52) BVerfGE 3, 377(379) ; 20, 257(267) ; 6, 386(387 f.). 소원청구인의 신청은 해석력이 있다. Vgl. BVerfGE 54, 53(64 f.)

53) BVerfGE 21, 102(104). Vgl. bayVerfGJ 27, 1.

다. 이러한 中間裁判의 基本權侵害를 이유로 하여서는 最終裁判에 대한 소원을 제기하여야 한다.<sup>54)</sup> 中間裁判은 最終裁判을 다툼으로써 違憲與否에 대한 救濟可能性이 있으며 그것을 독립하여 소원의 대상으로 삼을 수 없다.<sup>55)</sup>

中間裁判에 대한 독립적인 헌법소원을 허용하지 않는 것은 執行部의 處分에 대한 헌법소원에서 단순한 準備行爲(Vorbereitungshandlung)를 公權力의 行爲로서 간주하지 아니하는 것과 마찬가지로이다.<sup>56)</sup> 따라서 하나의 處分이 하나의 독자적인 基本權侵害의 근거가 된다고 하여 바로 헌법소원을 인정한다면 이것은 「中間節次の 獨自性」이라는 이름 아래 잘못을 범하는 것이며, 그러한 判例는 濫權에 불과한 것이다.

요컨대 憲法訴願은 오직 法院의 決定 자체에 대해서만 제기할 수 있다. 즉 判決의 主文에 관한 경우이며, 원칙적으로 判決理由에 대해서는 訴願을 제기할 수 없다.<sup>57)</sup> 또한 判決理由 중의 違憲的인 法的 見解도 결과적으로 判決에 이르지 아니한 한 비난할 수는 없는 것이다.<sup>58)</sup> 이와 반대로 判決이 부분적으로 違憲이며, 부분적으로 合憲인 경우에는 違憲인 부분에 한하여 憲法訴願을 제기할 수 있다.<sup>59)</sup>

끝으로 연방헌법재판소가 판결한 개별적인 處分을 구지(Gusy)의 분류에 따라 다음에 열거한다.<sup>60)</sup>

- 法官의 忌避 : 공격 不能(E. 21, 143 ; 勞動裁判所 제의 E.24, 60 f.)
- 不在者後見人の 指定 : 공격 不能(1, 9)
- 절차상의 負擔(Auflage) : 공격 不能(1,9)
- 賃金稅輕減節次에 있어서의 결정 : 공격 가능(E 61, 341)
- 即時強制的 지정 : 공격 가능(E 13, 176)

---

54) BVerfGE 21, 319.

55) BVerfGE 21, 319(343).

56) Chr. Gusy, (FN 10), S.28.

57) O. -W. Jakobs, Verfassungsbeschwerde gegen die Art der Begründung gerichtlicher Entscheidungen, JZ 1971, S.279 ff.

58) BVerfGE 8, 224f. ; 15,286 ; 21, 101 ;38,292.

59) BVerfGE 25, 75.

60) Chr. Gusy, (FN 10), S.28 ~ 29.

- 期間의 확정 : 공격 不能(E 1,326)
- 基本法 제100조에 따른 意見提示決定 : 공격 不能<sup>61)</sup>
- 原狀回復에 관한 中間判決 : 공격 가능(E 8. 254 f. ; 14,10 ; 53,109 ; 60, 322)
- 證言拒否權에 관한 결정 : 공격 가능(E 5,14)
- 還送을 指示하는 上告審判決 : 공격 不能(E 8,225 ; E 18,231에 명백 하다). [民事裁判]
- 民事訴訟法(ZPO) 제114조에 따른 소송비용의 보조 : 공격 가능(E 7,55)
- 押留節次에서의 終局判決(§925 I ZPO) : 공격 가능(E 24, 281)
- 民事訴訟法 施行法(EGZPO) 제7조 2항에 따른 결정 : 공격 가능(E 6 ,50)
- 假處分 : 공격 가능(E 42,167)
- 費用決定 : E 33,256에 명백하다 ; 민사소송법 제91조에 따른 비용의 결정시에 공격 가능(E 17,268 概觀 포함) 그리고 카르텔법에(NJW 1987, 2569)
- 強制競賣法(ZVG) 제74조 a에 따른 결정 : 공격 가능(E 6,14)
- 민사소송법 제387조에 따른 中間紛爭에 관한 결정 : 공격 가능(E 5,14)[刑事裁判]
- 法院에 의한 기록열람의 거부 : 공격 가능(E 62,342)
- 引渡拘留(Auslieferungshaft) : 공격 가능(E 1,325)
- 中止決定의 철회 : 공격 가능(E 17, 264)
- 監護決定 : 공격 가능(E 27,77)
- 開始決定 : 第1審 : 공격 不能(E 25,336) ; 第2審 : 공격 가능(E 7,110)<sup>62)</sup>
- 수색명령 : 공격 가능(E 20, 173)
- 수사절차에 있어서의 압수결정 : 공격 가능(E 20,173)
- 체포명령 : 공격 가능(E 4,324 ; 20,45 ff. ; 144 ff.)
- 訴의 강제, 上級地方法院의 결정 : 공격 가능(E 17,360 f.)
- 신체 수색의 지시(형사소송법 제81조 a) : 공격 가능(E 16,194)
- 引渡의 許容성에 관한 결정 : 공격 가능(E 50,252)
- 刑事訴訟法 제15조에 따른 追放決定 : 공격 가능(E 12,124) 또한 刑 訴法 제354조 2항 2에 의한 것도 같다(E 20,342)
- 형사소송법 제210조에 따른 訴願決定 : 공격 가능(E 9,265)

---

61) Maunz-Schmidt=Bleibtre-Klein-Ulsamer, (FN 10), §80 Rn 305 m.w.N. ; R. Zuck, (FN 10), Rn.61.

62) 일반적인 공격가능성에 찬성하는 견해는 A. Arndt, Verfassungs- beschwerde gegen einen Eröffnungsbeschuß ? eine Erwiderung, JZ 1964, S.582. 반대하는 견해는 W. Grundmann, Verfassungsbe- schwerde gegen Eröffnungsbeschlüsse ?, JZ 1964, S.451.

-豫審의 거부 : 공격 가능(E 25, 336)

-국선번호인의 선임 : 공격 가능(E 9, 36)

[行政裁判]

-독일의 國際管轄權이 결여된 管轄法院의 결정에 대한 거부 : 공격 가능(E 58, 22 f.)

-잠정적인 직무박탈과 아울러 직무관계의 보류에 대한 指示 : 공격 가능(E 46, 25)

-假命승에 대한 결정 ; 공격 가능(E 39, 291 ;42, 167 ; 43, 41 ; 47, 64 ; 51, 138 ; 53, 52 ; 59, 82. 그러나 E 47, 224 ; 51, 86에 명백하다)

-즉시강제의 가능성에 대한 지시 : 공격 가능(結社의 禁止에 대해서 는 E 13, 176, 퇴거처분에 대해서는 E 35, 397, 원자력법상의 허가에 대해서는 E 53, 30)

-「명백하게 이유를 제시하지 아니한 것」으로서 訴의 却下(亡命節次 法 제32조 6항)(NVwZ 1987, 314).

### (3) 判決에 대한 審査範圍

연방헌법재판소가 法院의 決定을 審査하는 범위는 무엇보다도 한정되고 있다. 즉 헌법소원은 오직 「특수한 憲法」(spezifisches Verfassungsrecht)을 침해한 경우에만 제기할 수 있을 뿐이다. 따라서 裁判에 대한 憲法訴願에서는 法の 形成이나 構成要件의 확정 및 評價 또는 法律의 解釋과 適用이 「단순한 法」(einfaches Recht)상의 침해만을 가져온다면 헌법소원은 허용되지 아니한다.<sup>63)</sup>

일찍이 헌법재판소는 基本權侵害에 대한 爭訟은 一般法院과 憲法裁判所 양자에게 병렬적으로 존재하는 점을 인식하고,<sup>64)</sup> 「法院에 의해서 특수한 憲法을 침해한 경우에만 연방헌법재판소는 憲法訴願에 介入할 수 있다」<sup>65)</sup>는 定式을 전개하였다. 이 定式은 權利保護를 위하여 어떤 機關에게 權限

63) H.-J. Papier, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in : C. Starck(Hrsg.), (FN 37), S.432 ~ 457 ; U. Steinwedel, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht", 1976 ; K. Schlaich, (FN 10), S.138.

64) Chr. Gusy, (FN 10), s.52 ; K. Schlaich, (FN 10), S.135.

65) BVerfGE 18, 85(92 f.).

이 있는가를 결정해 줄 뿐이다.<sup>66)</sup> 一般法院은 事實問題나 法律問題에 관하여는 最終인 裁判權을 가지고 있다. 따라서 憲法裁判所는 法院의 判決이 法律을 위반하였는가의 여부만을 심사할 수 있을 뿐이다. 여기의 특수한 憲法이란 ‘基本法’도 아니며 ‘憲法’과도 구별되는 것이며,<sup>67)</sup> 基本權 중에서 특정한 部分이나 質도 아니다. 이것은 「단순한 法」과 대립되는 개념으로서 주장된 개인의 主觀的 權利에 대한 「實體的 憲法の 특정한 근거」<sup>68)</sup> 또는 「헌법상 보장된 範圍」<sup>69)</sup>를 말한다. 특히 法院이 단순한 法の 解釋과 適用에 있어서 헌법을 침해하였는지의 여부에 대해서 審査하며, 基本法 제 3 조 1항의 恣意의 禁止(Willkür- verbot)事項을 침해하였는지에 대해 審査한다.<sup>70)</sup> 또한 연방헌법재판소는 一般法院의 解釋結果가 基本法上的 限界를 넘어선다면 이를 바로잡는 作用을 한다.<sup>71)</sup>

그러나 이러한 定式은 判決에 대한 憲法訴願의 審査範圍에 관하여 方向을 제시해 주기는 하지만 여전히 문제는 남는다. 즉 憲法訴願의 許容이라는 엄격한 의미에서의 訴訟法上的 문제 뿐만 아니라 헌법의 단순한 法에 대한 有效範圍와 放射作用(Ausstrahlungswirkung)이라는 實體法上的 문제도 제기된다.<sup>72)</sup>

### 3. 判決內容에 대한 統制

연방헌법재판소에 의한 法院의 裁判에 대한 統制範圍는 예외적으로 事實關係의 확정이나 心證形成에 대한 審査에도 미치지만,<sup>73)</sup> 원칙적으로 判

66) Chr. Gusy, S.52 ; K. Schlaich, S.135.

67) Chr. Gusy, S.55

68) BVerfGE 63, 266(298).

69) BVerfGE 60, 305(310).

70) BVerfGE 62, 338(343).

71) BVerfGE 65, 317(322).

72) K. Schlaich, (FN 10), S.137.

73) BVerfGE 42, 143(149) ; 63, 266(297).



決의 내용과 裁判節次에 관한 것이 그 중심이 된다. 判決의 내용에 관한 憲法訴願에도 法의 解釋과 適用에 있어서 基本權의 중요성을 간과하였거나 본질적인 瑕疵가 있는 경우, 恣意的인 法院의 裁判, 法官의 法形成(Rechtsforbildung)에 있어서의 憲法的 限界의 濫用, 간접적인 規範에 대한 憲法訴願 등 여러 가지가 있다.<sup>74)</sup>

### (1) 法의 解釋과 適用에서의 基本權

먼저 개별적인 사건에서 法院이 단순한 法(einfaches Recht)의 해석과 적용을 함에 있어서 基本權을 침해한 경우에는 憲法訴願을 제기할 수 있다. 왜냐하면 「基本法은 최고의 國內法으로서 法規範의 妥當성에 대한 尺度일 뿐만 아니라 모든 法規範은 내용상 基本法에 合致외게 해석하여야 한다」.<sup>75)</sup> 이와 같이 단순한 法의 해석과 적용에는 헌법상의 한계가 있다.<sup>76)</sup> 法院은 民法規定들과 같은 法에 대한 基本權의 영향 내지 放射作用을 고려하여야 한다.<sup>77)</sup>

그러므로 法院의 裁判에 대한 憲法訴願은 다음의 두 가지 단계가 가능하다. 즉 法規가 憲法違反과 無效가 아니라는 것이 확정된 이후에, 첫 번째 단계는 法規에 대한 憲法合致的(즉 抽象的) 解釋이며, 두 번째의 단계는 개별 사건에 대한 法規의 憲法合致的인(즉 具體的) 適用인 것이다.<sup>78)</sup>

한편 헌법재판소는 상황에 따라서 審査의 범위를 달리하고 있으나, 法規의 憲法合致的인 解釋과 適用에서는 示威者와 교통경찰관, 시위자와 行人의 관계처럼 基本權衝突時의 法益衡量이나 고려가 중요하다.<sup>79)</sup> 따라서 이러한 欠缺이 있는 法院의 裁判에 대해서는 헌법소원이 가능하다.

---

74) K. Schlaich, (FN 10), S.136ff. ; 金學成, (註 1), 85면 이하.

75) BVerfGE 51, 304(323).

76) BVerfGE 65, 196(215).

77) BVerfGE 59, 231(270).

78) K. Schlaich, S.137.

79) Schneider, Die Güterabwägung des BVerfG bei Grundrechts- konflikten 1979.

또한 私法의 해석과 적용에서도 基本權의 적용과 고려는 중요한 문제이다. 왜냐하면 基本權은 基本權享有能力이 있는 私的인 權利主體間의 權利關係에서도 간접적으로 적용되기 때문이다.<sup>80)</sup> 이와 같이 연방헌법재판소는 法院에 의한 基本權志向의인 衡量에 대해서도 統制한다.

그러면 그 審査의 구체적인 基準은 무엇인가? 그것은 단순한 法의 解釋과 適用에 있어서 基本權에 대한 중대한 瑕疵이다. 유명한 「메피스토判決」<sup>81)</sup>에서 연방헌법재판소는 「民法規定들이 해석에 있어서 法院의 判決이 당해 基本權의 의미를 잘못 판단하여 訴願請求人の 基本權을 침해하였는지의 여부와 解釋結果 자체가 基本權을 침해하였는지의 여부에 대하여 審査하여야만 한다」라고 判示하였다.

이러한 원칙은 다시 다음의 두 단계로 구체화되었다. 첫 번째 단계는 法의 해석과 적용에 있어서 法官이 基本權의 영향력 내지는 상이한 基本權 領域間의 衡量이 중요하다는 사실을 인식하지 아니한 것이다. 이러한 法院의 判決에 대해서는 憲法訴願을 제기할 수 있다. 그러나 法院은 裁判過程에서 연방헌법재판소의 判決을 引用하는데에 익숙해졌기 때문에 이러한 현상은 거의 일어나지 아니한다.<sup>82)</sup>

두 번째의 단계는 法의 해석과 적용에 있어서 法官이 基本權의 의미, 특히 基本權의 效力範圍에 관하여 「원칙적으로」 잘못 判斷한 경우에는 憲法訴願을 제기할 수 있다는 것이다. 즉 基本權에 대한 評價의 誤謬를 말한다.<sup>83)</sup> 여기서 중요한 것은 「原則的」이란 말이다. 이 「원칙적」이란 말로써

---

80) 이에 관한 基本判例은 BVerfGE 7, 198(204 ff.)-뤼트 판결 ; 예컨대 E 62, 230(242)-보이코트 판결. E. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S.120, 194는 이에 관하여 「해석에 대한 헌법소원」(Interpretationsverfassungsbeschwerde)라고 한다.

81) BVerfGE 30, 173(188).

이 판결에 관하여는 桂禧悅, 메피스토-클라우스 만 決定(Mephisto-Klaus Mann Beschluf)-1971年 2月 24日 聯邦憲法裁判所 第一審判部 判決-, 判例研究(高麗大) 제2집 1983, 7~45면 참조.

82) 이에 관한 판결로는 BVerfGE 43, 130 : 59, 231(170 f.).

83) K. Schlaich, (FN 10), S.139.

의 恣意禁止(Willkürverbot)이다.

이 경우에는 비록 단순한 法에 대한 위반이 있더라도 憲法訴願은 이유있는 것이 된다. 예컨대 연방헌법재판소는 刑事訴訟法上的 辯護士의 書類閱覽權이라는 명백한 權利에 대해서 法院이 恣意的인 制約을 加하고 있다고 判決함으로써 단순한 法律上的 문제까지 審査範圍에 포함시키고 있다.<sup>89)</sup>

### (3) 法官의 法形成에 있어서의 憲法上 限界의 濫用

연방헌법재판소는 法官이 法律留保의 범위를 잘못 判斷하여 法治國家의 원칙을 침해하는 경우에 判決에 대한 憲法訴願을 인정하고 있다. 이것을 「法官의 法」(Richterrecht) 내지 「法官의 法形成(richterliche Rechtsfortbildung)」이라고 한다.<sup>90)</sup> 따라서 연방헌법재판소는 이러한 法官의 法내지 法官의 法形成이 憲法的 限界를 엄수하고 있는가의 여부를 심사한다. 물론 전술한 恣意的인 裁判과의 구별이 유동적이기는 하지만 그 헌법적 근거는 基本權을 새로이 제약하기 위해서는 明文의 法律規定이 필요함에도 불구하고 法官의 法形成으로 이를 대신할 수는 없다는 것이다.

이에 관련된 연방헌법재판소의 判決로는 慣習法의 解釋으로 辯護士를 除名한 사건에서 처음으로 나타나는데,<sup>91)</sup> 여기서 聯邦大法院(BGH)이 慣習法으로써는 제약할 수 없는 基本權에 대한 制約을 加하였다는 것이다. 그러한 聯邦大法院은 새로운 基本權에 대한 侵害狀態를 창조하였다는 것이다. 따라서 이것은 法治國家의 원리라는 점과 관련하여 基本權侵害가 문제로 된다. 왜냐하면 法院은 解釋의 방법으로 立法行爲와 같은 裁判을

---

89) BVerfGE 62, 338.

90) Steinwedel, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Rechts", 1976, s.108 ff. : Wank, die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, S.551 f.

91) BVerfGE 22, 114.

法院의 判決에 대한 연방헌법재판소의 審査範圍를 결정하기는 매우 어려운 일이다. 즉 연방헌법재판소는 法院이 개별 사건에서 基本權을 완벽하고 충분하게 고려하였는가를 심사하지는 아니한다. 왜냐하면 이것은 判決이 適法性에 대한 엄격한 審査라는 결과를 야기시키고 따라서 연방헌법재판소가 다른 法院의 위치에 들어서기 때문이다. 그러므로 연방헌법재판소는 法院이 基本權을 「원칙적으로」 정당하게 審理하였는가만을 審査한다. 이 「원칙적」이란 의미는 더 이상 명확하게 파악할 수는 없으며, 다만 연방헌법재판소는 「判決이 객관적인 헌법에 대한 침해가 문턱에 이른 경우에만 이를 심사하여야 한다」<sup>92)</sup>는 것이다.<sup>93)</sup>

이와 같이 볼 때 訴願請求人은 法院의 判決이 단순한 法律上의 문제가 아니라 基本權에 대한 중대한 침해라는 憲法上의 문제로써 주장하여야만 유효하게 憲法訴願을 제기할 수 있다. 그럼으로써 또한 헌법소원의 審査範圍를 궁극적으로 확대시키고 연방헌법재판소의 「특수한 憲法」이란 형식에 의한 심사범위의 제약을 완화시킬 수 있는 것이다. 따라서 法院의 判決에 대한 헌법소원에 있어서 연방헌법재판소의 判斷基準이 유동적이라거나 統制의 한계가 엄격하지 않다는 비난은 결국 憲法訴願制度의 廢止로 인도할 것이다.<sup>94)</sup>

## (2) 恣意的인 法院의 裁判

자의적인 法院의 裁判이란 法의 해석과 적용에서 사람들의 객관적인 支持나 評價를 받지 못하는 判決을 말한다. 한때 연방헌법재판소는 「基本法을 지배하는 思想」<sup>95)</sup>이라고 하였으나 이처럼 무의미한 定式은 그 후 없애버렸다. 연방헌법재판소는 객관적으로 지지를 받을 수 없기 때문에 자의적인 裁判이라고 말하고 있다.<sup>96)</sup> 여기서의 審査尺度는 基本法 제 3 조 1항

92) BVerfGE 61, 1(6) ; 42, 143(149) ; 18, 85(93).

93) 이에 대하여 전체적으로 비판적인 것은 Gerhardt, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, in : ZfP 95, 1982, S.475 f.

94) K. Schlaich, (FN 10), S.141. 金學星(주 1), 87면.

95) BVerfGE 64, 389(394)

96) BVerfGE 58, 163(167) ; 62, 189(192) ; 64, 389(394).의 恣意禁止

은연 중에 하게 되고, 立法者에 의해서 豫見된 범위를 넘어서 基本權을 제약하는 것은 헌법과 일치하지 않기 때문이다. 따라서 法院이 창조적인 法形式에 있어서 法과 法律에의 拘束이라는 헌법상의 원칙에 비추어 限界를 명백히 남용한 경우에 그 判決은 憲法違反이 된다.<sup>97)</sup>

#### 4. 裁判節次에 대한 統制<sup>98)</sup>

法院의 裁判에 대한 憲法訴願 중 가장 많은 것은 裁判節次에 의한 基本權侵害이다. 이 때의 審査尺度는 基本法 제101조 1항 2문, 제103조 1항, 제104조, 제19조 4항의 司法節次上的 基本權들(Justizgrundrechte)이다.<sup>99)</sup> 연방헌법재판소는 裁判節次에 대해서 제기된 憲法訴願에 있어서는 폭넓은 審査範圍를 주장하고 있으며, 一般法院에 대한 統制와 같은 自制는 거의 찾아볼 수가 없다.

##### (1) 法律上的 聽聞權

특히 基本法 제103조의 法律上的 聽聞權(rechtliches Gehör)<sup>100)</sup>은 基本法의 근본적인 내용<sup>101)</sup>일 뿐만 아니라 民事訴訟法을 비롯한 節次法 전체의

---

(Willkürverbot)이다.

97) BVerfGE 65, 182(194).

98) 상세한 것은 E. Schmann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, in : ZZP 96, 1983, S.137 ff. ; Benda/Weber, Der Einfluß der Verfassung in Prozeßrecht, ZZP 96, 1983, S.285 ff. ; Niemöller/Schuppert, Die Rechtsprechung des BVerfG zum Strafverfahrensrecht, AöR, Bd.107, 1982, S.387 ff. ; Ossenbühl, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, Festschrift für K. Eichenberger, 1982. S.183 ff. ; Heyde, Die Rechtsprechung, in : Benda u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, S.128ff. ; Schwab/ Gottwald, Verfassung und Zivilprozeß, 1984 등 참조.

99) K. Schlaich, (FN 10), S.147.

100) 法律上的 聽聞權을 「審問」이라고도 한다. 상세한 것은 Waldner, Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozeß, 1983 ; Kopp, Das rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR, Bd.106(1981), S.604 ff. ; G. Schultz, Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, MDR 8 (1982), S.628 ~ 630 참조.

支柱가 되고 있다.<sup>102)</sup> 그러나 실제로는 예상 밖으로 輕視되고 있어서<sup>103)</sup> 다음에 열거하기로 한다.

① 期限內에 제출된 答辯書(Replik)가 명확한 이유없이 불충분한 記錄으로서 法院의 고려에서 제외되었다.

② 書面節次上的 爭訟問題가 簡易改正法(Vereinfachungs-Novelle)에의 규제되었다.(民事訴訟法 제128조 2항, 3항).

③ 除權規定(Präklusionsvorschriften)에 근거하여 一方 當事者는 法律上的 聽聞權을 상실할 수 있으나, 그 규정들은 憲法에 合致되어야 한다.

④ 決定節次에서 法律上的 聽聞權이 보장되어야 하는 경우는 그것이 民事訴訟法 도처에 명문으로 규정되지 아니한 때이다.

⑤ 法院이 證據申請(Beweisantrag)을 위반한 때에는, 즉 調査를 위하여 아무런 태도도 취하지 아니한 때에는 法律上的 聽聞權을 침해한 것이다.

현재 法律上的 聽聞權에 대한 憲法訴願이 증가하는 것을 해결하기 위해서는 民事節次에서도 刑事訴訟法 제33조 a의 「聽聞의 問責」(Anhörungsrüge) 制度를 준용하는 것이 하나의 탈출구가 될 수 있다고 보는 견해도 있다.<sup>104)</sup>

## (2) 審査範圍의 문제

이상에서 보듯이 연방헌법재판소가 法律上的 聽聞權이나 訴訟法上的 當事者의 辯論權과 같은 문제를 統制하는데 대해서는 批判이 있다. 즉 단순한 法律의 侵害를 憲法訴願의 대상으로 하는 것은 審査範圍를 확대시키

---

101) Georg-Christoph von Unruh, DVB1. 1982, S.524.

102) Baumbach, Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., 1928.

103) G. Schultz, (FN 95), S.628.

104) G. Schultz, (FN 95), S.630.

거나, 法院과의 職務上的 分配를 예정하고 있는 헌법의 基本構造에 反하며,<sup>105)</sup> 그 결과 연방헌법재판소가 과중한 부담을 지게 된다는 것이다. 따라서 개별적인 경우에 단순한 法律에 대한 侵害가 헌법상 보장된 法律上的 聽聞權을 매우 중대하고 명백한 정도로 侵害한 경우에만 裁判節次에 대한 憲法訴願이 허용되는 것으로 제한적으로 해석하여야 할 것이다.<sup>106)</sup>

한편 法院도 裁判節次의 適正을 보장하기 위하여는 訴訟法規에 대한 세심한 배려를 하여야 한다. 또한 연방헌법재판소도 訴訟法規와 基本權을 同一視함으로써 法院의 裁判이 정체되지 않도록 노력하여야 한다. 왜냐하면 法院의 활동도 결국은 연방헌법재판소와 동일하기 때문이다.<sup>107)</sup> 또한 연방헌법재판소는 공정한 裁判節次에 대한 權利를 立法者는 구체화시킬 義務가 있다고 강조한다.<sup>108)</sup>

요컨대 法院의 裁判에 대한 統制에 있어서 연방헌법재판소의 審査範圍에 관한 문제는 신중하게 다루어야 한다. 연방헌법재판소는 대체로 基本法 제103조 1항의 尺度에서의 裁判節次를 매우 광범위하게 再審査하고 있다. 이에 대하여 民事法院의 判決에 대해서는 그 사안의 성격상 매우 한정적으로 統制하고 있다. 그리고 行政裁判所의 節次 내지 다른 公法이 지배하는 節次에서의 判決은 연방헌법재판소에 의해서 더욱 엄격한 統制를 받고 있다.<sup>109)</sup>

## 5. 判決의 基礎가 된 法律에 대한 統制

判決에 대한 헌법소원의 궁극적인 목표는 判決의 기초가 된 法律의 違憲性을 直接 주장하는 것이다.<sup>110)</sup> 즉 訴願請求人은 法官이 法律의 違憲與

---

105) K. Schlaich, S.149. 金學星, (주 1), 88면.

106) K. Schlaich, S. 149.

107) BVerfGE 49, 252.

108) BVerfGE 63, 45(61).

109) K. Schlaich, S.151.

110) K. Schlaich, S. 149 ff.

否를 연방헌법재판소에 提訴하지 않음으로써 節次가 開始되지 아니한 規範統制을 最終審 裁判에 대한 憲法訴願을 통하여 (具體的) 規範統制을 회복시킬 수 있다.

따라서 判決의 기초가 된 法律의 違憲性を 주장하는 헌법소원도 연방헌법재판소법 제90조 2항의 補充星의 원리에 따라서 事前的 權利救濟節 規範統制을 거쳐야 한다. 연방헌법재판소는 規範統制에 있어서처럼 모든 範圍에서 法律의 合憲星을 審査할 수 있다.<sup>111)</sup> 그 결과 연방헌법재판소는 法院과의 관계에서 결코 「超上告審裁判所」일 수 없다는 사실은 判決에 대한 憲法訴願에 내포된 規範統制에는 아무런 의미도 없는 것이다. 오히려 그러한 관계는 立法者와의 관계에서 문제가 된다.

이와 같이 法律에 대해서 間接的으로 審査하는 判決에 대한 憲法訴願에 있어서 法律에 대한 直接的인 憲法訴願이 적용되는 「1년 이내」라는 연방헌법재판소 제93조 2항의 期間은 적용되지 아니한다.<sup>112)</sup>

### Ⅲ. 司法權의 不行使에 대한 憲法訴願

憲法裁判所法 제68조 1항의 「公權力의 행사 또는 不行使」에는 당연히 司法權의 不行使도 포함된다. 여기에 해당되는 것으로는 裁判의 拒否나 지연, 그리고 法院이 違憲提請申請을 행사하지 아니하는 경우를 생각할 수 있다.

#### 1. 司法權의 不行使의 概念

##### (1) 韓國憲法

司法權의 不行使란 헌법이 司法府에게 부여한 權限을 행사하지 않거나

---

111) K. Schlaich, S. 150.

112) K. Schlaich, S.150.



또는 부분적으로만 불충분하게 행사하는 것을 말한다.<sup>113)</sup> 司法權의 不行使에 대한 憲法訴願의 경우에도 司法權의 행사에 대한 그것과 마찬가지로 憲法訴願의 適格性,<sup>114)</sup> 補充性의 원리가 그대로 적용되지만, 期待可能性이 없는 경우와 提訴期間의 요건은 엄격하게 적용해서는 안될 것이다. 따라서 司法權의 不行使가 계속되는 한 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다.<sup>115)</sup>

司法權의 不行使에 대한 憲法訴願과 관련된 憲法裁判所法의 규정은 다음과 같다. 우선 동법 제68조 1항은 「公權力의 행사 또는 不行使」로 인한 基本權의 침해를 규정하고 있는데, 여기의 公權力 속에 司法權이 포함됨은 물론이다. 그러나 法院의 裁判을 제외하고 있어서 司法權의 行使에서 살펴보았듯이 많은 문제가 제기되고 있으며, 한국에서의 憲法訴願은 立法權에 대한 소원으로 축소되고 있다.

다음에 憲法訴願의 審判請求書에는 반드시 「침해의 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使」를 기재하여야 한다(동법 제71조 1항 3호).

또한 헌법재판소가 憲法訴願을 認容함에는 「認容決定書의 主文中서 침해된 基本權과 침해의 원인이 된 公權力의 행사 또는 不行使를 특정하여야 한다」(동법 제75조 2항). 이 경우에는 헌법재판소는 「公權力의 행사 또는 不行使가 違憲인 法律 또는 法律의 條項에 기인한 것이라고 인정될 때에는 認定決定에서 당해 法律 또는 法律의 條項이 違憲임을 宣告할 수 있다」(동조 5항).

헌법재판소가 인용한 憲法訴願의 效果는 「基本權侵害의 원인이 된 公權

---

113) 公權力의 不行使를 「소극적인 不作爲行爲」라고도 한다(權寧星, 981면).

114) 期待可能性이 없는 경우로서 헌법재판소는 司法書士法 所定の 자격요건 규정에 관하여 一般 最高法院의 反對判例와 訴訟救助의 거부 때문에 一般法院에 權利救濟를 기대할 수 없는 때에 해당된다고 결정하였다(憲裁 1989. 3.17. 선고 88헌마 1). 李時潤, (주 37), 154면.

서독에 관하여는 R. Zuck, Die unzumutbare Monatsfrist für die Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, in : MDR 1985, S.803 ~ 804.

115) 李時潤, (주 37), 155면.

力の 행사를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 확인」하는 데에 있다(동조 3항)

아울러 헌법재판소가 「公權力의 不行使에 대한 憲法訴願을 認容하는 決定을 한 때에는 被請求人은 決定趣旨에 따라 새로운 處分을 하여야 한다」(동조 4항).

## (2) 西獨의 基本法

서독의 基本法 제93조 1항 4호 a와 聯邦憲法裁判所法 제90조 1항의 「公權力」(öffentliche Gewalt)에는 물론 司法權의 行使와 不行使가 포함된다.<sup>116)</sup> 이에 관하여 연방헌법재판소는 公權力의 不行使로 인한 基本權侵害의 가능성은 이미 執行權<sup>117)</sup>과 立法權<sup>118)</sup>에 대해서도 긍정되었으며, 司法權에 대해서도 달리 적용할 수는 없다고 判示하였다.<sup>119)</sup>

이러한 司法權의 不行使에 있어서 고려해야 할 점은 司法府가 基本法 제19조 4항을 行使할 義務가 있다는 사실이다.<sup>120)</sup> 따라서 不作爲로 인하여 국민의 權利가 침해될 수는 없는 것이다. 그런데 公權力에 의한 基本權의 侵害行爲는 行政官廳에 의한 것이 빈번하며, 法院의 不行使로 인한 경우는 드문 편이다.<sup>121)</sup> 특히 立法者의 不作爲로 인한 문제는 매우 중요하고 논란의 여지가 많다.<sup>122)</sup>

法院의 裁判을 비롯한 각종 措置들에 대한 憲法訴願에서도 일반적으로 적용되는 提訴要件과 節次가 그대로 타당하다. 특별히 주의할 것은 聯邦憲法裁判所法 제90조 2항, 제93조 3항, 제95조 3항, 제95조 2항이다. 이

---

116) 公權力의 不行使에 관한 서독의 문헌은 R. Zuck, (FN 10), S.227 FN 764 참조.  
117) BVerfGE 2, 287(290) ; 6, 257(263 ff.) ; 10, 302(306) ; 16, 119(121) ; 69, 161(167).

118) BVerfGE 13, 248(253).

119) BVerfGE 10, 306.

120) Chr. Gusy, (FN 10), S.29.

121) Chr. Pestalozza, (FN 10), S.111.

122) 상세한 것은 이 책에 수록된 邊精一, 立法作用에 대한 憲法疎韻 참조.

중 한국과 차이가 나는 제도는 다음과 같다. 즉 제94조 3항은 「憲法訴願이 法院의 決定에 대하여 제기된 경우 聯邦憲法裁判所는 그 決定의 受益者에게 陳述할 기회를 부여하여야 한다」고 하였으며, 제95조 2항은 「(法院의) 決定에 대한 憲法訴願이 認容되면 聯邦憲法裁判所는 決定을 破棄하고 제90조 2항 1문의 경우에는 사건을 管轄法院에 還送한다」고 규정하고 있다.

公權力의 不行使로 인한 헌법소원의 提訴期間에 관하여 연방헌법재판소법 제93조는 예정하지 않고 있으나, 不行使가 계속되는한 헌법소원은 허용되는 것이다.<sup>123)</sup> 서독에서 司法權의 不行使로 인하여 憲法訴願을 제기한 예는 많지 않기 때문에 이에 관한 연방헌법재판소의 判決도 드물다. 대표적인 것으로는 行爲無能力者와 精神病者의 後見人이 일관된 治療施設과 看護施設에 強制收容하도록 요구한 사건에 대하여 區裁判所(Amtsgericht)가 決定權을 行使하지 아니하였다는 것이다. 이에 대하여 연방헌법재판소는 「憲法訴願의 許容性은 訴願提起人들이 司法權의 決定이라는 不行使에 대해서 제기하고 있다는 사실과 대립하는 것은 아니다」<sup>124)</sup>라고 判示하였다.

### (3) 오스트리아 憲法

오스트리아에서의 憲法訴願의 대상은 法律, 命令, 處分이다(헌법 제139조, 제140조, 제144조). 서독이나 스위스에서와는 달리 法院의 裁判도 소원의 대상에서 제외시키고 있으며, 行政官廳의 處分 등에 대해서는 法院의 裁判 대신에 行政的 審級을 經由하여야 한다.<sup>125)</sup>

따라서 立法의 不行使나 行政官廳의 不行使는 물론 司法權의 不行使에 대해서도 不法訴願은 인정되지 아니한다. 오스트리아 憲法裁判所의 判例

---

123) R. Zuck, (FN 10), S.301.

여기에 관한 판례로는 BVerfGe 16, 119(121) ; 6, 257(266) ; 10, 302(308) ; 56, 54(70) 참조.

124) BVerfGE 10, 306.

125) Schuler, (FN 21), S.170.

에 의하면, 處分의 不作爲에 대하여는 權限이 없다는 이유로 訴願을 허용하지 않으며,<sup>126)</sup> 處分의 不作爲는 處分도 아니고 직접적인 命令·強制權의 行使도 아니라고 하였다.<sup>127)</sup> 다만, 當事者가 處分을 요구할 수 있는 權利가 있다고 생각하면, 行政裁判所에 決定義務의 侵害를 이유로 헌법 제132조의 訴願을 제기할 수 있다고 본다.<sup>128)</sup>

또한 行政機關의 단순한 不行爲도 訴願의 대상이 되지 아니한다는 것이 判例의 일관된 입장이다.<sup>129)</sup>

#### (4) 스위스 聯邦憲法

스위스의 憲法訴願은 전술하였듯이 州의 高權行爲에 허용된다(법원조직법 제84조 1항). 따라서 州의 機關에 근거를 둔 모든 行爲가 적용되며,<sup>130)</sup> 법원조직법 제84조 1항의 命令(Erlassen)이나 處分(Verfügungen)에는 法律, 命令, 行政行爲, 法院의 裁判(Gerichtentscheid) 등 모든 것이 포함된다.<sup>131)</sup>

여기의 處分이나 決定(Entscheid)이 聯邦法이나 州法の 적용시에 발생한 것인지 또는 國家契約法과 콘콜다트法에 의한 것인지는 중요하지 않다. 다만, 결정적인 處分(Verfügung)<sup>132)</sup>인데 行政節次法(VwVG)제5조의 處分의 개념과는 반대로 法院組織法 제84조의 處分은 公法에 근

---

126) VerfSlg. 1924, 1628, 3942.

127) VerfSlg. 6470.

128) VerSlg. 4081.

129) 金學成. 주 1., 126면.

130) Z. Giacometti, (FN 26), S.105.

131) Haller. (FN 32), S.201 ; Schuler, (FN 28), S.150.

132) 處分의 특성에 관하여 켈린은 개개인에 관한 것 내지 개별 사건을 규제하는 것, 일반적, 즉 高權的인 것, 그리고 구속력있는 강제가능한 것의 세 가지를 열거한다. W. Kälin, (FN 28), S.159.

처분의 개념에 관하여 상세한 것은 P. Saladin, Verwaltungsver- fahren, S.57 ff. ; Fleiner, Grundzüge, S.156ff. ; Gygi, Bundesver- waltungsrechtspflege, S.96ff. ; ders., Über die anfechtbare Verfü- gung, in : Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, S.517ff. 참조.

거해야만 하는 것은 아니다. 따라서 民事法院의 判決은—絶對的 補充性的 원칙이라는 留保 아래—憲法訴願의 공격대상이 되는데, 그 까닭은 民事法院들이 비록 民事法(Zivilrecht)을 적용하지만 高權의인 性格을 가지기 때문이다. 여하튼 여기의 處分과 決定은 동등한 價値가 있다. 그러나 이론과 실제에 있어서는 處分과 高權行爲로서의 第1審의 行政行爲를 行政官廳의 權利救濟手段審級에 대한 決定으로서 나타내는 것이 보편화되고 있다. 따라서 決定이나 判決은 法院의 高權行爲를 의미한다.<sup>133)</sup>

이와 같이 볼 때 公權力의 不行爲도 憲法訴願의 대상에 포함되며, 이 경우에는 提訴期間의 요건이 무의미하게 되며,<sup>134)</sup> 補充性的 원칙도 적용되지 아니한다. 스위스에서는

司法과 行政의 領域에서는 원칙적으로 訴願이 인정된다.<sup>135)</sup> 이 경우에 침해의 발생으로 충분하며 어떠한 종류나 방법에 의한 것인지는 중요하지 않다.<sup>136)</sup> 그러나 立法者의 不作爲에 대해서는 訴願을 인정하지 아니한다.<sup>137)</sup> 다만, 그 근거로서 憲法裁判의 違憲判決은 破毀的(kassatorisch) 效力을 가진다는 견해<sup>138)</sup>가 있을 뿐이며, 학설이나 판례도 이 문제에 대해 특별한 언급을 하지 않고 있다.

따라서 司法權의 不行使로 인한 헌법소원은 거의 기대할 수 없으며, 결국 法敵用的 領域, 즉 行政權의 不行使로 한정될 것이다.<sup>139)</sup>

---

133) W. Kälin, (FN 28), S.159.

134) Schuler, S.158.

135) BGE, 19 I 109 : 32 I 494 : 41 I 189 : 89 I 402.

136) 金學成, (주 1), 148면.

137) BGE, 60 I 364, ; Schuler, S.163.

138) H. Huber, Verfassungsbeschwerde, S.13.

139) 小林 武, (註 26), 210~211頁 ; 同人, (註 26)의 論文(2), 5頁, 이 논문 8頁에서 小林 武는 스위스에서 立法者의 不作爲에 대한 訴訟이 허용되지 아니하는 까닭은 이 문제가 제기되는 영역인 社會權規定이 결여된 데에 기인한다고 본다.

또한 Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung ? 1981, S. 264ff. ; ders., Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in : Böckenförde/Jekewitz/Ramm (Hrsg), Soziale Grundrechte, 1981, S.64.

## 2. 裁判의 拒否와 裁判請求權

司法權의 不行使로 인한 憲法訴願의 대표적인 경우로는 裁判의 拒否나 遲延을 생각할 수 있다.<sup>140)</sup>

國民의 裁判請求權에 관하여 헌법은 제27조 1항에서 「모든 國民은 憲法과 法律이 정한 法科에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다」라는 원칙을 선언한 후, 다시 제 3 항에서는 「모든 國民은 신속한 裁判을 받을 權利를 가진다」라고 규정하고 있다. 또 이와 관련하여 제109조는 裁判의 審理와 判決의 公開를 규정하고 있다.

이러한 憲法規定에 근거하여 「訴訟促進 등에 관한 特別法」이 제정되어 신속한 訴訟을 보장하고 있다. 그러나 刑事事件에 있어서 審理의 현저한 遲延<sup>141)</sup>이 있거나, 選舉訴訟에서 提訴한 날로부터 1년 이내에 처리하지 아니하는 경우에는(국회의원 선거법 제148조) 문제가 발생한다.

이러한 문제는 憲法裁判所法 제68조 1항에서 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에서 제외시킴으로써 國民의 裁判請求權의 侵害라는 중대한 결과를 초래한 것이다. 요컨대 소극적인 司法權의 不行使인 裁判의 遲延도 결국은 裁判의 拒否와 동일한 것이다. Justice delayed, Justice denied. 이 문제는 다시 後述하기로 한다.

---

140) 李時潤, (주 37), 152면 ; 朴一煥, (주 10), 68면.

141) 예컨대 일본의 최고재판소는 재판받을 權利는 단순한 立法上 및 司法行政上의 措置를 취할 것을 요청함에 불과한 것이 아니라, 「개개인의 刑事事件에 있어서 현실적으로 이 보장에 명백히 반하고 審理의 현저한 遲延의 결과 신속한 裁判을 받을 被告人의 權利가 침해된 경우에는 이에 대처해야 할 구체적 규정이 없더라도 이미 당해 피고인에 대한 節次的 續行을 허용하지 않으며, 그 審理를 終結한다는 非常救濟手段을 강구할 것도 인정하는 취지」라고 判示하였다(最高裁 昭和 47. 12. 20昭和 45年(あ) 第1700號).

### 3. 違憲提請申請에 대한 法院의 不行使

헌법 제107조 1항에 의해서 各級 法院과 軍事法院은 法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 憲法裁判所에 提請할 權限을 가진다.<sup>142)</sup> 이에 따라 헌법재판소법 제41조 1항은 職權 또는 當事者의 申請에 의한 決定을 규정하고 있다. 또한 동조 4항은 「違憲與否審判의 提調에 관한 決定에 대하여는 抗告할 수 없다」고 하였으며, 5항에서는 「大法院 외의 法院이 제1항의 提調을 할 때에는 大法院을 거쳐야 한다」고 규정하고 있다.

이상은 司法權을 행사하는 경우의 節次規定이며, 이와는 반대로 當事者의 申請이 있었음에도 불구하고 法院이 恣意的으로 提請決定이나 棄却決定도 행사하지 아니하는 경우에는 憲法訴願으로 다룰 수밖에는 없을 것이다.<sup>143)</sup> 물론 法院이 法律의 違憲與否審判의 提請申請을 棄却한 때에는 申請當事者는 違憲訴願을 제기할 수 있다(헌법재판소법 제68조 2항).

### 4. 法院의 裁判과 憲法訴願

憲法裁判所法の 제정 당시부터 憲法訴願의 대상 속에 法院의 裁判을 포함시킬 것인가에 관하여는 논란이 많았다. 현재 憲法訴願制度가 도입된 이유나 과정 등에 관하여 발간된 기록이 아직 없어서 유감스러우나, 문제의 발단은 憲法 제111조 1항 5호의 「法律이 정하는 憲法訴願에 관한 審判」이라는 표현 자체에서부터 비롯된다. 同條에 열거된 헌법재판소의 여러 가지 管掌事項 중 유독 憲法訴願에 대해서만 「法院이 정하는」이라는 限定的 表現<sup>144)</sup>을 첨가한 것은 憲法制定過程에서의 많은 논란과 아울러 이

142) 상세한 것은 金哲洙, 違憲法律審查提請制, 考試研究 1988년 5월호 참조.

143) 李時潤, (주 37), 152면; 金學成, (주 1), 40면.

144) 安大熙, (憲法裁判所法制定 學論事項, 法務部刊, 憲法裁判制度(法務資料 제95집), 1988, 75면)의 주 25에서는 「여기에 대하여 “法律이 정하는”의 概念은 對象의 축소가 아니라 節次를 規定하기 위한 것이라는 見解가 있다」고 하면서 座談 新憲法의 問題點과 展望, 大韓辯護士協會誌 制136號(1987. 12) 58면을 인용하고 있다.

그러나 인용한 곳을 찾아보면 權寧星 교수는 訴願의 대상이 축소될 가능성이 있다고 하였고, 朴承緒 변호사도 對象의 축소가 아니라고 발언한 것은 없다. 朴변호사는 오히려 憲法裁判所法에 헌법소원을 첨가할 것이 아니라 별도의 憲法訴願法の 제정을 촉구하고 있다.

만약 「法律이 정하는」의 개념을 「對象의 축소가 아니라 節次를 規定하기 위한 것」이라고 이해한다면, 이는 維新的 發想이며 궤변에 불과하다. 그렇다면 왜 違憲法律審判, 彈劾審判, 政黨解散審判 및 權限爭議審判에는 이러한 표현을 두지 않았는가?

제도가 어떤 妥協의 결과로서 탄생된 것임을 짐작케 한다.<sup>145)</sup>

그러나 여기서는 憲法裁判所法 제68조 1항에서 헌법소원의 대상 중 「法院의 裁判」을 제외시킨 여러 가지 論議들을 몇 개의 카테고리로 나누어 그 부당성을 지적하는 데에 그치기로 한다.

### (1) 一般的 問題點에 대한 批判

먼저 헌법소원이라는 제도 자체에 대한 비난이다. 즉 헌법소원은 公權力의 本質에 대한 制約으로서 이에 대한 지나친 制約은 「국가발전에 支障이 초래될 우려가 있고 이를 이유로 國家機關의 반발이 초래된다면 憲法裁判 자체가 名目化될 수 있다」<sup>146)</sup>는 것이다.

또한 法院의 法院의 判決을 憲法訴願의 대상으로 삼는 서독의 경우는 히틀러 政權의 하수인이었던 당시의 司法權에 대한 反動으로 생겨난 것이며, 이와 같이 「지극히 獨特하고 稀少한 制度」를 「政治的社會的 背景이 판이한 우리나라에서 이 制度를 導入하는 것은 대단히 危險한 일」<sup>147)</sup>이라는 것이

---

145) 金學成, (주 1), 23면.

146) 安大熙, (주 139), 74면과 주 23에서는 국가발전의 지장 초래와 헌법재판 자체의 名目화를 우려한 견례로서 金哲洙, 現代憲法論(1980), 873면을 들고 있으나, 그곳에는 위와 같은 표현은 없으며, 「이는 憲法裁判所가 政治的 判決을 할 可能性이 있다든가, 革命立法을 無效化시킬 수 있다든가, 立法權에 대해 優越할 수 있다는 등의 의구심 때문에 햇빛을 보지 못하게 된 것 같다」라고 적혀있다. 필자의 眞意를 곡해한 我田引水式의 引用을 경계한다.

147) 李康國, 憲法裁判所法의 制定에 관하여, 法務部(法務資料 제95집), 51면.



다.<sup>148)</sup>

따라서 헌법재판소가 憲法訴願審判權을 지나치게 행사하는 경우에는 헌법재판소 자체의 존립마저 위협을 받게 되기 때문에 그 본격적인 실시는 시기상조라는 것이다.<sup>149)</sup>

이러한 주장들은 무엇보다도 外國法制度의 導入과 繼受는 立法의 繼受보다는 學說의 繼受가 先行한다는 歷史的 事實을 간과한 데에 기인하는 것이다. 박식한 로마法の 大家 루돌프 조움(Rudolf Shm)이 확인하였듯이, 독일에서 로마법을 계수할 때에 하나의 法 그 자체를 계수하는 것이 아니라 오직 하나의 法學을 계수하는 것이 문제가 되었다는 것이다.<sup>150)</sup>

또한 憲法訴願이라는 제도는 서독을 비롯한 일부 국가의 제도에 불과하며 「憲法訴願의 概念이나 對象을 定함에 있어서는 서독의 경우만을 豫定하는 固定 觀念에서 벗어나야 한다」<sup>151)</sup>고 비판한다.

사실 독일의 法制도 특수하게 로마법에, 보편적으로는 유럽法系에 속하는 것이며, 이러한 유럽 民族이 가지는 주요한 概念이나 制度들은 기묘하게도 그 의미와 내용이란 점에서는 일치하는 것이다.<sup>152)</sup> 따라서 유럽法の 역사와 발전이란 한 마디로 상호간의 繼受의 歷史<sup>153)</sup>이며, 이 점은 같은 大陸法系에 속하는 한국이 制度도 마찬가지이며 憲法의 領域에서도 동일한 것이다.

따라서 憲法訴願의 대상 중 法院의 裁判을 제외시킨 正當性 내지 立法

---

148) 독일의 헌법소원제도는 히틀러 政權과 그 당시의 司法權에 대한 반동으로 生成 發展된 것이 아니라 그 보다 훨씬 이전으로 거슬러 올라가며, 憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde)이라는 명칭이 처음 나타난 것도 19세기 후반의 일이다.

E. Schumann, Verfassungsbeschwerde(FN 80), S.154 f.

149) 安大熙, (주 139), 74면

150) C. Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1943/44. in : ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. Auf1., 1985, S.393.(金孝全譯, 유럽法學의 狀態, 敎育科學社, 1990, 20면).

151) 金鍾彬, 憲法訴願의 對象, 憲法裁判所刊, 憲法裁判에 關한 參考人陳述一附 : 憲法裁判制度에 關한 研究(憲法裁判資料 제2집), 1989), 217면.

152) C. Schmitt, (FN 145), S.389.(역서, 14면).

153) C. Schmitt, (FN 145), S.391.(역서, 17면).

예로서<sup>154)</sup> 오스트리아 憲法을 내세우는 것은 마치 大統領制를 채택하면서 프랑스 제 5 공화국 憲法상의 國會解散權制度和 같은 變種의 大統領制의 도입을 정당화하는 維新的 發想과 동일한 것이라고 할 수 있다. 마찬가지로 스웨덴에서 발전하여 각국에 보급된 옴부즈만(Ombudsman) 제도는 특정한 국가의 제도이기 때문에 고려할 가치가 없단 말인가? 이렇게 볼 때 「한국의 실정」이니 「외국의 특수한 제도」니 하는 發想 자체가 反民主的이며 悲觀全인敗北主義에서 나온 것임을 쉽게 알 수 있다.

그러면 문제의 초점을 한국의 憲法現實에 맞추어 본다. 우선 새 憲法에서 美國式 司法審査制를 채택하지 않고 獨塊式 憲法裁判制度和 아울러 憲法訴願制까지 도입하기에 이른 배경 내지 동기는 지금까지의 憲法委員會 중심의 憲法裁判이 有名無實하였고, <sup>155)</sup> 維新憲法 이래 第 5 共和國憲法에 이르기까지 法院에 의한 국민의 基本權保障은 名目的으로 그치고, 大法院長에 대한 彈劾事態와 法官의 署名波動 등으로 이어진 결과 司法權에 대한 不信이 사회 전반에 팽배하게 된 데에 있는 것이다.<sup>156)</sup> 그러한 의미에

154) 예컨대 朴一煥, 裁判에 대한 憲法訴願(주 10), 78면.

155) 유신헌법시대의 제헌절을 맞이하여 한 일간지는 憲法委員會에 관하여 다음과 같이 보도하였다.

「維新헌법제정으로 73년 3월 발족된 憲法委員會는 지난 3년간 단1회의 공식회의 없이 매일 한 차례의 정기적인 위원간담회만을 개최.

金永千 상임위원은 17일 『헌법위원회가 행정부나 대법원의 提訴가 있어야만 비로소 기능을 발휘하기 때문에 공식회의가 없었다』면서, 『彈劾, 政黨해산, 법률의 違憲 여부를 심의하는 헌법위원회가 조용할수록 국가적으로는 좋은 일이 아니냐』고 반문.

金위원은 『최근에는 대법원의 판결이 잘못됐다는 진정서를 2건 받았으나 이를 대법원에 보냈다』고 그간의 실적(?)을 소개.

현재 6년 임기의 헌법위원은 구성 당시의 위원인 金顯哲 위원장, 金永千(상임) 朴一慶(이상 대통령 임명) 金亨根 金甲洙 文鴻柱(이상 국회선출) 李英變 金英世 金炳華(이상 대법원장 임명) 등 9명이 변동없이 재임중』. 中央日報 1976년 7월 17일자.

憲法委員會法에 관하여 金孝全, 憲法委員會法, 金哲洙 編, 政治關係法, 朴英社, 1983, 664~698면 참조.

156) 司法權의 독립이 단순한 制度의 改善으로 해결이 가능하다고 보는 견해(예컨대 朴一煥, 주 10의 81면)는 너무나 안이하고 위험한 制度萬能이 思考이다. 문제는 제

서 司法府의 관계자는 물론 憲法改正案의 草案者와 憲法裁判所法의 제정을 논의하는 사람들은 시대적 사명감을 통감하고 憲法訴願의 대상인 公權力 중에는 例外없이, 아니 무엇보다도 法院의 裁判을 포함시켰어야만 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이를 고의적으로 제외시킨 것은 裁判에 대해서는 어떠한 非難이나 批判도 허용되지 아니한다는 裁判의 全知全能함과 無欠缺性이라는 神話에 집착하는 權威主義 내지는 官僚的 思考에서 연유하는 것이다. 따라서 司法府가 시대를 앞서 주도하지는 못할지라도 새로운 시대감각과 정신, 그리고 적어도 국민의 民主化에 대한 열망 정도는 의식하고 개혁에의 의지를 보여야 할 것이다. 여기에 우리는 韓國司法府의 歷史意識의 빈곤과 司法哲學의 미약함을 한탄하는 것이다.

더구나 憲法訴願制度 자체가 公權力 중에서도 裁判의 統制를 그 주요 임무로 한다는 점을 망각하고 헌법소원제도를 논의하는 것은 하나의 궤변에 불과한 것이다.

특히 立法過程에서 학계와 여론의 충분한 논의도 없이 律士出身 國會議員 몇 명의 주도 아래 拙速處理된 점도 문제를 가중시킨 결과의 하나가 되었다.

여하튼 헌법소원제도의 도입 자체가 위험한 일이며 시기상조라는 反民主的·시대착오적인 주장에 이르러서는 아연실색할 뿐이다. 그리하고 우리는 憲法과 憲法재판에 대한 司法府 관계자의 기본적인 視覺과 發想의 轉換을 촉구하는 것이다.

## (2) 個別的 問題點에 대한 批判

첫째로, 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에 포함시키면 4審制가 되며, 그 결과 大法院을 最高法院으로 하는 憲法規定(제101조 2항)에도 違反되며 司法體系가 무너진다는 주장이 가장 강력하다.<sup>157)</sup>

---

도가 아니라 인간이다.

하나의 예로서 朴正熙 대통령이 통치한 1961년부터 1979년까지 18년 동안에 임명한 대법원판사의 수는 33명인데 반하여, 全斗煥 대통령이 통치한 1980년부터 1987년까지 8년 동안에 임명한 대법원판사의 수는 무려 24명에 달한다. 金孝全, 哲學이 있는 大法院長, 釜山日報 1988년 6월 25일자 참조.

157) 李康國, (주 142), 52면.

또한 서독의 聯邦憲法裁判所는 순수한 司法機關으로서 「같은 司法權 內部에 있는 다른 法院의 判決에 대한 憲法訴願에 대하여 審判하는 것은 司法權 內部的의 문제」<sup>158)</sup>라는 견해가 있다.

따라서 司法權을 대상으로 하는 憲法訴願制度는 司法權에制約을 가져오며, 裁判을 4審化하여 節次의 낭비를 초래한다고 지적한다.<sup>159)</sup>

이러한 주장들은 한 마디로 憲法裁判의 特殊性 내지는 憲法規範의 政治性에 대한 이해부족에서 나온 것이다. 우선 헌법은 제 5 장에서 法院을, 제 6 장에서 憲法裁判所를 별도로 규정하고 있는 점에서도 양 機關의 機能과 任務의 차이를 명확히 구분하고 있다. 즉 事實審理와 이에 대한 法律適用을 본질로 하는 순수한 司法作用에 대해서는 분명히 大法院을 最高法院으로 하고 있으며, 憲法問題 특히 憲法解釋을 그 본질로 하는 「政治的인 司法作用」 내지 「第 4의 國家作用」에 대해서는 憲法裁判所에 최종적인 審判權을 부여한 것이다.<sup>160)</sup> 이와 같이 볼 때 法院의 裁判이나 決定을 헌법소원의 대상에 포함시키더라도 大法院의 最高法院性을 침해하는 것도 아니며, 또한 헌법재판소가 超上告審이나 第 4 審이 되는 것도 아니다.<sup>161)</sup>

法院의 裁判을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 발상은 앞서 지적한 낡은 權威主義的·官僚主義的 思考 이외에도 기본적으로는 司法府 이외의 機關에 의한 憲法裁判機能의 배제 내지 無力化시키려는 음모가 숨어있다는 비난을 면할 수는 없을 것이다. 가령 法院의 裁判을 헌법소원의 대상에 포함시킨다고 하더라도 실제 운영에 있어서는 「法官의 資格을 가진」(헌법 제111조 2항) 憲法裁判官들이기 때문에 裁判에 대한 헌법소원의 認容率은 극히 저조할 것으로 보인다. 즉 法院의 裁判이 명백하고 중대하게 憲法을

---

158) 李康國, (주 142), 51~52면.

159) 安大熙, (주 139), 74면.

160) 예컨대 朴一煥, (주 10)는 「헌법재판소가 사법기관의 한 형태임은 부인할 수 없다」(78면) 또 「헌법재판소와 법원이 동질적인 성격의 기관」(79면)이라고 하면서, 바로 다음 면에서 「헌법재판은 일반재판과 성격이 다르므로……」(79면)라고 모순된 서술을 하고 있다.

161) 金哲洙, (주 1), 194면 ; 許營, 憲法訴願制度의 理論과 우리 制度의 問題點, 考試研究 1989년 4월호, 58면 ; 梁建, 憲法裁判所法, 考試界 1988년 9월호, 206면.

違反하지 아니한 限 憲法裁判所는 判斷을 自制할 것이 틀림없다. 이것은 지금까지 살펴본 서독을 비롯하여 각국에서 공통되는 현상이다.<sup>162)</sup> 이렇게 본다면 헌법소원의 대상에서 裁判을 제외시킨 것은 순전히 憲法裁判所에 대한 어떤 先入見이나 偏見 또는 裁判에 대한 立法者의 過信이나 자존심과 같은 감정적인 문제에서 비롯된 것임을 곧 알 수 있다. 국민의 基本權尊重이나 憲法保障이라는 엄숙하고 절박한 課題가 특정한 집단의 利害關係나 便宜 또는 감정의 문제 때문에 퇴색되거나 변질되어서는 안될 것이다.

또한 서독의 聯邦憲法裁判所가 司法 속에 규정되었다고 하여 이를 司法權으로만 파악하고 여기에서의 決定은 司法府 內部的 作用에 불과하다는 주장은 서독의 司法制度和 憲法裁判制度에 대한 오해에서 비롯된 것이다.<sup>163)</sup>

두 번째로 法院의 裁判에 대해서 헌법소원을 인정하면 濫訴의 우려가 있고, 헌법재판소의 業務가 폭주할 것이며, 그 결과 公權力에 대한 不信을 助長하며 오히려 逆效果를 초래할 우려가 있다고 비판한다.<sup>164)</sup>

이러한 문제점들은 이미 서독의 경험에서 해결된 것이며, 한국에서도 事前審査制度가 도입되었으며 濫訴의 경우에는 負擔金制度를 두면 해결될 것이다.<sup>165)</sup> 또한 節次의 낭비라든가 業務의 폭주와 같은 行政的인 문제는

---

162) 一般法院에게 違憲法律審査權을 부여한 미국에서도 司法權의 自制 (self-restrain)傾向은 뚜렷하며, 서독의 연방헌법재판소도 이 점에서 유사성을 보여주고 있다.

예컨대 von der Heydte, Judicial self-restrain eines Verfassungs- richts im freiheitlichen Rechtsstaat ?, in : festschrift für W. Geiger, 1974, S. 909f. ; Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S.396ff.("Selbstkontrolle") ; K. Schlaich, (FN 10), S.219ff.

牧野忠則, 西ドイツ連邦憲法裁判所の自己抑制の態度, 北大法學論集 第29卷 2號 1976年.

163) 연방헌법재판소의 재판관은 정치적 기관인 연방의회와 연방참의원에서 선출된다 (기본법 제94조 1항). 이 한가지 점만으로도 연방헌법재판소를 순수한 사법기관이라고 할 수는 없을 것이다.

164) 安大熙, (주 139), 74면.

165) 朴一煥, (주 10)은 서독에서의 헌법소원의 남소는 헌법소원제도에 대한 몰이해와 독일 국민들의 소송선호경향 등에 기인한다고 하면서 (한국) 「국민들의 무딘 헌법

헌법소원제도의 운영 결과에 따라서 개선해 나가면 되는 것이다. 헌법에서 法院 이외에 별도로 憲法裁判所를 설치한 憲法의 精神을 망각한 채 사소한 문제를 거론하여 그 機能을 위축시키려는 것은 本末이 顛倒된 처사로서 일반적인 지지를 받지 못 할 것이다.

세 번째로 헌법 제107조 2항에 의하면 命令·規則·處分의 違憲與否는 大法院이 최종적으로 審判하게 되어 있으므로 만일 命令·規則·處分에 대한 行政訴訟의 判決에 대하

여 다시 憲法訴願을 허용한다면 憲法違反이 된다는 주장이 있다.<sup>166)</sup>

확실히 이 조문은 法院의 裁判을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 것이 憲法違反이 아니라는 근거가 된다. 이것은 헌법 제111조와 제107조 2항의 문제이다. 즉 大陸式 憲法裁判所를 설치하고 거기에 憲法訴願審判權을 부여하면서 다시 헌법 제107조 2항에 과거의 英美式 司法制度를 그대로 存置시킨 자체가 모순이 되는 것이다.<sup>167)</sup> 이러한 構造的 缺陷을 補完하는 방법은 大法院에서 최종적인 審査를 받은 行政處分이 적용한 法律이 憲法違反이라고 주장되는 경우에 헌법재판소에 違憲法律審判을 청구하는 것이다. 여하튼 憲法解釋의 최종적인 權限을 헌법재판소와 대법원으로 二元化 한 데에 문제가 있다. 헌법이 一般法院에게 違憲法律審査權을 부여하지 아니하고 헌법재판소를 신설한 이상은 憲法解釋의 최종적인 권한은 헌법재판소에 있다고 할 것이다. 또한 한국헌법 제107조 1항이 憲法上의 原則規範(Grundsatznorm)이라면 2항은 憲法律(Verfassungsgesetz)로 이해하여야만 헌법제도의 구조적 결함은 어느 정도 해결될 수 있을 것이다.

넷째, 判決을 포함한 裁判事項에 있어서 憲法違反은 가장 중요한 不服

---

의식」을 지적한다. 그렇다. 그의 지적처럼 독일인이 소송을 선호하는 경향이라면 한국인은 분쟁을 법정 밖에서 해결하려는 소송기피경향을 보이며, 또 국민의 헌법의식이 무딜수록 이를 높이기 위해서는 헌법소원제도가 더욱 필요한 것이 아가?

166) 李康國, (주 142), 52면 ; 朴一煥, (주 10), 82면.

167) 權寧星 교수의 발언 座談/憲法裁判의 課題, 大韓辯護士協會誌 1989년 1월호 28~29면.

事由이기 때문에 審級마다 직접적 또는 간접적으로 수 차례에 걸쳐 憲法判斷을 받으며 확정된 후에도 再審에 의해서 救濟를 받을 수 있으므로 憲法訴願은 불필요하다는 것이다.<sup>168)</sup>

물론 各級法院은 구체적인 사건에 法을 適用하고 解釋함에 있어서 무엇보다 먼저 憲法的 判斷을 내려야 하는 것은 당연한 일이다. 현실적으로 下級審에서는 憲法解釋에 많은 노력을 기울이고 있으나, 大法院에 이르러서는 명확한 憲法問題의 判斷을 回避하거나<sup>169)</sup> 또는 憲法問題를 法律問題로 축소시키고 나아가서는 협소하고 形式論理的인 實定法解釋에 安住하는 경향이 심하다.<sup>170)</sup> 과거의 大法院判斷 중에는 외국의 最高法院에서는 그 判決理由가 무려 200 ~ 300페이지에 달하는 것이 한국에서는 타이프 용지 한 두 장으로 처리된 사건이 비일비재하다.<sup>171)</sup> 여기에 더하여 일관되지 못한 憲法解釋 내지는 判例相互間에 모순되어 公表조차 하지 못한 것이 있음을 생각할 때 大法院에서 만물 박사식으로 모든 法律問題를 審判할 것이 아니라 이 기회에 서독식으로 專門的인 特殊裁判所를 설치하고 헌법문제는 헌법재판소에 전담케하는 司法制度改革案을 검토할 필요가 있을 것이다. 요컨대 大法院의 業務能力의 限界를 고려하여 司法制度의 改善을 시도하여야 할 것이다.

#### IV. 結 語

이상으로 司法權의 行使와 不行使에 대한 憲法訴願의 문제를 比較法的

---

168) 李康國, (주 142), 53면.

169) 司法의 消極主義를 넘어서 回避主義라는 지적은 李海鎭 변호사의 발언, 憲法裁判의 課題/座談, 大韓辯護士協會誌 1989년 1월호 22면 참조.

170) 상세한 것은 金效全, 韓國憲法判例의 形式論理主義, 韓國法學教授會編, 韓國判例形成의 問題點과 그 課題, 1986, 39 ~ 48면 참조.

171) 예컨대 金效全, 西獨의 憲法判例와 韓國의 憲法判例의 比較, 서울大學教 제29권 3·4호 1988, 95 ~ 108면 참조.

인 입장에서 學說과 判例를 중심으로 살펴보았다.

여기서 알 수 있듯이 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에서 제외시킨 것은 헌법소원의 空洞化,<sup>172)</sup> 名目化<sup>173)</sup> 또는 「體系 正當性에 위배되는 제도」<sup>174)</sup>라는 비난을 면할 수 없으며, 이것을 규정한 現行 憲法裁判所法 제68조 1항은 하루 속히 改正되어야 할 것이다.

이미 지적하였듯이, 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에서 제외시킴으로써 司法權이 聖域化되고 民主化된 것이 아니라 사실은 반대로 국민으로부터 소외되고 流離된 司法府의 孤立化를 自招한 것이다.

요컨대 司法權을 행사하는 法院과 憲法保障이라는 막중한 임무를 맡고 있는 憲法裁判所는 國民의 基本權保障을 위하여 부단히 노력하여야 할 것이다.

---

172) 桂禧悅, (주 1), 79면.

173) 權寧星, (주 1), 981면 주1.

174) 許寧, (주 156), 56면.



# 第三章 憲法訴願制度的 改善方案

## 第一節 憲法訴願制度的 問題點

金 哲 洙

(서울大 教授, 法博)

앞서 여러 論文이 지적한 바와 같이 우리나라의 憲法訴願制度는 導入된지 日淺하여 立法과 學說, 判例가 아직 確立되어 있지 못하다. 그리하여 憲法訴願을 利用하려는 提訴權者와 裁判官들에게 많은 困難을 주고 있으므로 이에 대한 改善의 요망된다. 그 중에서도 중요한 것으로는 憲法訴願의 法的定義가 不明確하고 司法的 救濟手段과 憲法疎韻과의 關係가 不分明하며 所謂 權利救濟型憲法訴願과 違憲審查型憲法訴願이 混在하여 憲法訴願의 本質이 不明確한 점을 들 수 있다.<sup>1)</sup>

그러나 가장 중요한 문제는 憲法訴願의 對象이 「公權力의 行使 또는 不行使에 의한 基本權侵害」로 규정되어 있기 때문에 公權力의 範圍가 不明確하다는 점이다. 公權力의 行使不行使 중 유독 裁判만을 憲法訴願의 對象에서 除外하고 있어 문제가 되고 있다. 만약에 裁判全部를 憲法訴願의 對象에서 除外하는 경우 補充性的의 原則 때문에 사실상 憲法訴願의 對象은 극히

---

1) 상세한 각은 金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 서울大學校 大學院博士學位論文, 1990 참조.

줄어들 가능성이 있다. 이 밖에도 命令·規則·處分에 대한 違憲審査權을 大法院이 獨占하고 있다고 보는 경우 憲法訴願의 對象은 극히 줄어들 수밖에 없는 現實이다. 또 緊急命令이나 統治行爲, 條約등이 違憲審査의 對象이 되는가도 不明確하다. 이러한 문제점은 解釋論으로서 解決할 수 있겠으나 궁극적으로는 憲法の 改正이나 法律의 改正에 依存할 수밖에 없다. 따라서 이하에서는 간단하게 立法論을 중심으로 改善方案을 검토해 보기로 한다.

## 第二節 現行憲法訴願制度的改善方案

### I. 憲法訴願의 對象擴大方案

憲法訴願의 種類로서 憲法裁判所法은 소위 權利救濟型憲法訴願(제68조 1항의 憲法訴願)과 違憲審査型憲法訴願(제68조 2항의 憲法訴願)을 규정하고 있다. 그러나 權利救濟型憲法訴願만이 본래의 의미의 憲法訴願이며 違憲審査型憲法訴願은 嚴密한 意味에서의 憲法訴願은 아니다. 따라서 憲法裁判所法 제68조 2항의 憲法訴願은 憲法訴願의 아니기 때문에 이를 違憲法律審査로 해야 한다.

주지하는 바와 같이 憲法訴願은 특별한 國民의 基本權救濟手段인데도 憲法裁判所法 제68조 2항의 憲法訴願은 提請權者만 다르지 實質的으로는 違憲法律審査와 같기 때문에 이는 違憲法律審査方式에 따라야 할 것이다. 違憲法律審査型憲法訴願은 이를 違憲法律審判을 규정한 第41條 이하에서 규정하여야 할 것이며 그 審査方法이며 議決定足數, 效力등을 규정하여야 할 것이다.

다음에서는 狹義의 憲法訴願의 改善方案을 중점적으로 보기로 한다.

#### 1. 序-公權力의 概念을 明確히 해야 한다.

憲法訴願은 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 基本權이 侵害되는 경우에 만 할 수 있다. 公權力作用은 그 主體가 누구인가를 不問한다. 즉 國家는 물론 이거니와 地方自治團體도 高權을 행사하는 한 公權力作用의 主體가 됨은 물론이다. 그러나 公權力의 概念이나 內容이 무엇인가에 대해서는 不明確하기 때문에 憲法訴願의 對象이 되는 公權力이 무엇인가 確定

하기 어렵다.

이하에서는 公權力을 立法作用, 執行作用, 司法作用으로 나누어 그 對象을 알아보고 그 改善方案을 보기로 한다.

## 2. 立法作用에 관한 憲法訴願을 명확히 규정해야 한다.

(1) 立法作用에 대한 憲法訴願(특히 法律에 대한 憲法訴願)은 다른 憲法訴願과 성질이 매우 다름에도 불구하고 우리 憲法裁判所法은 하나의 條文中에서 규율하고 있기 때문에 해석상 많은 어려움을 던져주고 있다. 法律에 대한 憲法訴願을 인정할 수 있는 별도의 규정을 두는 것이 바람직하며, 要件, 對象 및 範圍 그리고 提訴期間등이 다른 憲法訴願과 별도로 규정되어야 한다.

### ① 提訴期間

특히 法律에 대한 憲法訴願에 있어 提訴期間을 별도로 規定하고 있지 않아서 憲法裁判所法 제69조의 規定은 ‘憲法訴願의 심판은 그 事由가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구’토록 되어 있는 바, 이는 法律에 대한 憲法訴願의 특성을 이해하지 못한 결과로 보여지고 있다. 이는 우리 行政訴訟法이 규율하고 있는 提訴期間을 그대로 모방한 것으로서 해석상 많은 問題點을 야기시키고 있다. 現行法 해석상 안 날로부터 60일과 사유가 있는 날로부터 180일의 관계를 어떻게 볼 것인가가 문제되는 바, 두 기간 중 어느 것 하나를 충족하기만 하면 청구기간이 초과하지 않은 것으로 해석함이 타당할 것이다. 이는 行政訴訟의 提訴期間에 대한 大法院 判決과는 반대되는 것이나, 法律에 대한 헌법소원과 行政訴訟은 그 본질과 法的 構造가 틀리기 때문에 달리 해석하는 것이 바람직하다고 하겠다. 궁극적으로는 법의 개정을 통하여 請求期間의 制限을 폐지하는 것이 타당하다고 하겠다.

### ② 法的性格

㉠ 立法에 대한 憲法訴願이 허용된다고 하는 점에는 별 다툼이 없다.

明文으로 法律을 公權力作用으로 볼 수 있는 규정은 없는 憲法裁判所法 제68조의 解釋과 各國의 立法例를 보더라도 憲法訴願의 對象에 包含되어야 한다고 하겠다. 憲法裁判所도 결정(88 헌마 1 결정)을 통하여 法律도 憲法訴願의 대상이 됨을 분명히 밝히고 있고, 이는 타당하다고 하겠다.

㉠ 다만 문제는 法律에 대한 憲法訴願과 구체적 規範統制와의 관계가 모호해질 수 있다는 점이다. 우리의 경우 法律에 대한 憲法訴願을 확대하도록 유혹되기 쉬우나 아무리 法院의 재판이 憲法訴願의 對象에서 제외되어 있더라도 法律에 대한 憲法訴願의 許容範圍를 엄격히 제한적으로 유지할 필요가 있다. 만일 法律에 대한 憲法訴願을 광범위하게 인정하게 되면 憲法訴願의 특수성이 소멸될 것이고 기존의 구체적 規範統制와의 관계가 모호해질 수 있다. 집행작용을 기다려서 다룰 수 있음에도 불구하고 法律에 대한 憲法訴願을 제기한다면 이는 우리 憲法이 예정한 바가 아니며, 憲法訴願의 본질에 비추어 보아도 타당하지 않다. 따라서 법률에 대한 憲法訴願은 구체적 규범통제의 절차로써는 救濟를 기대할 수 없는 경우에 한하여 예외적으로 보충적으로 인정되어야 한다.

(2) 法律과 동등한 효력을 가지는 대통령의 緊急命令이나 緊急財政·經濟命令 그리고 條約에 대하여도 憲法訴願의 대상이 됨을 法條文에 明示해주는 것이 필요하다. 헌법재판소법은 이를 明示하지 않고 있어 緊急命令이나 緊急財政·經濟命令과 條約에 대한 違憲決定權이 大法院에 있다는 解釋도 일응 가능할 것이다. 그러나 緊急命令·條約 등은 國會의 承認이나 同意를 얻은 경우 法律的 效力을 가지고 있으므로 憲法裁判所法에서 違憲與否를 심사할 수 있고 이에 대해서도 憲法訴願을 할 수 있도록 明示하는 것이 바람직하다.

### 3. 執行作用의 개념도 명확히 규정해야 한다.

執行作用으로 國民의 基本權이 침해된 경우에 憲法訴願이 허용됨은 물론이다. 憲法訴願의 補充性으로 인하여 執行作用에 대한 憲法訴願은 거의

모두가 재판에 대한 憲法訴願의 형태로 귀결되어지므로, 執行作用에 대하여 司法的 不服節次가 주어진 경우와 주어지지 않은 경우를 구별하여 고찰한다.

### (1) 司法的 不服節次가 주어지지 않은 경우

司法的 不服節次가 주어지지 않은 執行作用으로는 統治行爲, 檢事의 不起訴處分, 權力的 事實行爲등을 들 수 있다.

#### ① 統治行爲

高度의 政治的 性質을 지닌 國家作用이 憲法訴願의 對象에 포함될 것인가. 규정하는 見解가 다수이며, 西獨聯邦憲法裁判所도 統治行爲를 憲法訴願의 對象에 포함시키고 있다.<sup>2)</sup> 統治行爲를 제3의 독립된 憲法機關이 판단할 수 있는가는 각국의 政治現實과 憲法條件 그리고 判斷機關의 性格에 따라 다를 수밖에 없다. 그동안 우리 大法院은 統治行爲를 司法審查의 對象에서 제외시켜 왔음은 주지의 事實이다.<sup>3)</sup> 이러한 司法消極主義에 대한 비판이 많았던 것 또한 事實이다. 이제 憲法裁判所가 신설된 이상은 統治行爲를 보는 시각의 전환이 요구된다 하겠다. 法治主義의 理念, 裁判請求權의 保障 등에 비추어 볼 때 그리고 憲法裁判所는 憲法保障機關이며 최후적 基本權保障 機關이므로 통치행위라는 이유만으로 審判을 기피하는 현상은 사라져야 될 것이다. 국민의 基本權을 侵害한 때에는 憲法訴願의 대상이 된다고 보아야 하며 이를 명문으로 규정하는 것도 좋을 것이다.

#### ② 檢事의 不起訴處分

檢事의 不起訴處分(起訴猶豫處分을 포함하여)에 대한 憲法訴願을 허용하고 있는 憲法裁判所의 결정(헌재 88 헌마 3 결정)이 있으며 이는 타당하다. 이는 檢事의 不起訴處分도 公權力의 行使에 속하며, 그로 인하여 국민의 基本權이 침해되었다면 그것이 비록 準司法的 行爲에 해당되더라도 憲法訴願의 대상으로 되는 것은 당연한 논리적 귀결이기 때문이다. 檢

---

2) BVerfGE 12, 354(362).

3) 1981.9.22 大判 81도 1833.

事의 不起訴處分에 대하여 憲法訴願을 허용하는 것은 起訴獨占主義나 起訴便宜主義와 모순되며, 양립할 수 없으므로 타당하지 않다는 견해가 있을 수 있다. 현대의 權力分立은 그것을 組織的機關的意味로 파악하는 것 외에도 機能的意味로도 이해되는 것이 필요하다. ‘檢察抗告’가 존재하지만 그것은 일종의 ‘自己裁判’이므로 국민의 權利救濟에 미흡할 수밖에 없다. 起訴獨占과 起訴便宜도 憲法的 한계가 있기 때문에 檢察권의 濫用을 방지하기 위하여는 憲法에 근거한 통제가 반드시 존재하여야 한다. 다만 勸力에 의한 統制的 필요성과 그 統制가 憲法訴願의 형태로 나타나야만 勸力에 의한 統制的 필요성과 그 統制가 반드시 존재하여야 한다. 다만 勸力에 의한 統制的 필요성과 그 統制가 憲法訴願의 형태로 나타나야 하는가는 별개의 문제이다. 西獨에서는 檢事의 不起訴處分을 憲法訴願의 대상으로 삼고 있지 않은 바, 이는 우리의 경우처럼 재정신청을 일정한 범죄에 국한시키고 있지 않기 때문이다. 가장 바람직한 것은 刑事訴訟法을 개정하여 모든 刑事事件에 대하여 재정신청을 허용하는 것이다. 憲法裁判所의 역할은 주로 憲法을 보장하는 것이므로, 국민의 기본권이나 기타 권리침해에 대한 救濟는 法院이 第1次的으로 담당하도록 하는 것이 타당하다고 본다. 우리의 경우 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상에서 제외하고 있기 때문에 檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願을 심사하고 있으나(裁判을 제외시켰기 때문에 더 적극적으로 對象을 찾았다는 의미이다), 檢事의 不起訴處分에 대한 適法性 與否는 法院의 관할 하에 두는 것이 타당하다고 보며, 法院의 관할 속에서 나타난 문제는 裁判에 대한 憲法訴願의 형식으로 憲法裁判所의 統制對象으로 하는 것이 바람직하고 그것이 憲法訴願의 補充성의 原則이나, 法院과 憲法訴願의 業務分配와 관련하여 볼 때 타당하다.

### ③ 權力的 事實行爲

단순한 事實行爲는 그 자체로써 行政訴訟의 대상이 되지 않으며, 權力的 事實行爲도 그것이 단기간에 종료되는 것이 일반적이기 때문에 訴訟의 對象이 될 수 없다고 보는 것이 일반 法院의 입장이다. 權力的 事實行爲는 公權力的 행사임에 틀림없으나 일반 法院에서 救濟하고 있지 않으므로 憲法訴願의 대상이 되어야 한다는 견해가 다수의 견해인 것 같다. 또, 외

국의 立法例를 보면 오스트리아가 權力的 事實行爲에 대하여 憲法訴願을 적극적으로 허용하고 있다.<sup>4)</sup> 權力的 事實行爲는 侵害가 보통 단기간에 끝나는 것이 일반적이기 때문에 대개 訴의 利益이 결여되기 쉽다. 우리 法院도 계속적 성질을 지니 權力的 事實行爲에 대하여는 訴訟을 許容하고 있으나, 단기간에 끝나는 權力的 事實行爲에 대하여는 訴의 利益이 없음을 이유로 多를 許容하고 있지 않다.

憲法裁判所는 民·刑事事件을 담당하는 일반 법원과는 다른 기능을 가진 憲法機關이므로, 訴의 이익에 관한 문제에 있어서도 이를 같게 본 이유가 없다고 본다. 즉 국민의 基本權保障 機關으로서의 역할을 담당함은 물론 객관적 憲法規範의 유지도 주된 機能이기 때문에 訴의 이익은 좀 더 확대 해석할 필요가 있다고 본다. 따라서 違憲이었음을 확인해 주면서 동일 또는 유사한 國家作用의 반복은 違憲이라는 사실을 宣言해 주는 것도 바람직할 것으로 사료된다.

## (2) 司法的 不服節次가 주어진 경우

執行作用, 특히 行政處分에 대하여는 司法的 不服節次가 일반적으로 주어진 다. 憲法訴願의 補充性 原則에 따라 司法救濟節次를 먼저 경유하여야 한다. 우리 憲法裁判所法은 法院의 재판을 憲法訴願의 대상에서 제외하고 있으므로 行政處分에 대하여는 憲法訴願을 제기할 수 있는 길이 원칙적으로 봉쇄되어 있다. 문제는 이 경우 法院의 裁判은 다룰 수 없으나, 원 行政處分은 다룰 수 있는가가 문제될 수 있다. 원행정처분은 다룬다면 憲法裁判所法의 趣旨는 물론 헌법 제107조 2항에도 저촉된다는 견해가 있다. 생각건대 우리나라의 憲法訴願制度는 法院의 裁判을 제외하고 있기 때문에 行政處分까지도 함께 憲法訴願의 대상에서 제외되고 있으므로(憲法訴願의 補充性), 憲法訴願의 본래의 취지를 살리지 못하고 있다. 따라서 法院의 재판을 경유한 行政處分에 대하여 憲法訴願을 인정하는 것이 타당하다고 하겠다(재판을 憲法訴

4) 오스트리아 憲法 제144조 1항, 헌법재판소법 제82조.



願의 대상으로 하는 경우에는 원행정처분을 憲法訴願의 대상으로 하는 것이 타당하다는 것은 아니나 行政處分의 違憲성이 문제가 될 때 憲法裁判所에서 이를 다투도록 違憲審査를 一元化하도록 改憲하는 것은 필요하다).

#### 4. 司法作用에는 재판을 포함시켜야 한다.

##### (1) 裁 判

憲法訴願의 대상에 法院의 裁判을 포함시킬 것인가에 관하여는 많은 논의가 있었다. 유감스러운 것은 재판의 憲法訴願 포함여부의 문제가 국민의 基本權保障의 확대나 憲法의 보장차원이 아닌 기관의 위상, 권한 다툼으로 비추어진다는 것이다. 法院의 재판이 憲法訴願의 대상에 포함되는 것이 타당한가의 여부를 판단할 때 가장 중요한 전제는 어떻게 하는 것이 憲法裁判所의 부담을 줄이고 남소를 방지하면서 동시에 국민의 基本權 보장확대에 기여를 할 것인가가 중요한 기준이 되어야 한다는 것이다. 憲法訴願이 실시되고 있는 나라는 거의가 법원의 재판을 그 統制對象에 포함시키고 있음은 주지의 사실이다. 또한 憲法訴願의 본질로 보더라도 재판이 憲法訴願의 대상에서 제외되었다는 점은 憲法訴願의 실질을 도입했다고 볼 수는 없다 할 것이다. 憲法訴願制度가 도입되지 않았다면 몰라도 도입된 이상은 憲法訴願의 최소한의 본질적 내용이 유지되어야 한다.

法院의 입장은 재판이 憲法訴願의 대상이 되면 司法府의 權威가 실추될 것이라는 우려가 큰 것 같다. 국민의 대표기관인 國會가 제정한 法律도 規範統制의 대상이 되고 있으나, 規範統制機關이 국회보다 더 우위에 있다고 여기는 사고는 존재하지 않는 것처럼, 재판이 憲法訴願의 대상이 된다고 憲法裁判所가 司法府 위에 있다는 사고 역시 존재할 수 없는 것이다. 누가 더 우위에 있느냐의 문제보다는 무엇이 더 基本權保障에 기여할 것인가의 문제가 판단의 기준이 되어야 하는 것이다.

憲法訴願의 대상에 法院의 재판이 포함되어야 하는가에 관하여는 이미 많은 견해가 제시되었고 論議도 있어 왔다. 法院의 판사들은 不包舍說을 일관하여 주장하고 있고, 學界 및 在野에서는 포함설을 주장하고 있다. 또 일정한 基本權侵害에 대하여만 法院의 재판을 憲法訴願의 대상에 포함시켜야 한다는 견해도 유력하다.

생각건대 憲法訴願은 憲法 哲學的 배경속에 裁判統制를 그 본질로 하고 있다고 본다. 오스트리아가 법원의 재판을 대상에서 제외시켰다고 하여 憲法訴願의 본질이 바뀌어질 수는 없다. 憲法訴願을 채택한 다수의 나라가 모두 법원의 재판을 憲法訴願의 대상에 포함시킨 것을 보아도 알 수 있다. 또 憲法理論的으로 보아도 憲法訴願의 대상에 法院의 재판이 포함되어야 한다. 憲法訴願의 본질적 特性인 憲法訴願의 補充性 原理도 법원의 재판을 憲法訴願의 補充性은 이의없이 인정하면서 法院의 재판을 統制對象에서 제외시킨다면 이는 서로 相衝되는 것이다. 모든 司法的 救濟節次를 모두 경유한 후에도 基本權侵害現像이 완전히 제거되지 않았을 때 提起할 수 있는 것이 憲法訴願이라면 이 경우 司法的 救濟節次는 통상 裁判節次를 의미하는 것으로 이해하여야 되기 때문이다.

그리고 憲法の 發展段階에 비추어 보아도 憲法訴願은 法院의 재판을 그 대상으로 하여야 한다. 議會가 國民으로부터 불신당하였을 때 規制統制가 등장하게 되었다면 法院이 國民으로부터 불신당하였을 때 등장한 것이 憲法訴願이었기 때문이다. 司法府가 최후의 國民의 基本權 또는 權利救濟機關으로서의 지위를 제대로 감당하지 못하였을 때 그리고 자의 및 독선으로 흐르고 있다면 이에 대한 統制要求는 너무나 당연한 요청이 아닐 수 없다. 裁判統制가 역사적 발전단계에 있어 꼭 필요한 것이라면, 法院의 재판이 憲法訴願의 대상에 포함되어야 하는 것은 의문의 여지가 없다고 본다. 憲法理論的으로 보나, 沿革的으로 보나 그리고 各國의 立法例 및 우리의 憲法實現에 비추어 볼 때 法院의 재판이 憲法訴願의 대상에 포함시킬 것이 요구된다. 이를 위하여 現在의 憲法裁判所法은 改正되어야 한

다.

## (2) 司法行政

法院의 裁判은 이를 狹義로 解釋하여야 한다. 裁判이외의 法院公務員등의 處分(供託, 登記, 戶籍)등에 대하여는 憲法訴願의 當然히 포함된다. 法官의 人事, 豫算 등에 관한 것도 憲法訴願의 對象이 될 수 있다고 하겠다. 法律을 改正할 때에는 이를 명확히 하여 일체의 司法立法作用, 司法行政作用, 裁判作用이 그 對象이 되도록 할 것이다.

## II. 憲法訴願의 效率性 強化 方案

### 1. 憲法訴願의 保護法益도 擴大되어야 한다.

憲法訴願의 保護法益은 「憲法이 保障하고 있는 基本權」이다. 그런데 憲法이 규정하고 있는 모든 基本權과 制度保障이 「憲法訴願의 保護法益」이 될 수 있을 것인가 문제이다. 憲法이 규정하고 있는 人間의 尊嚴과 價値, 幸福追求權, 平等權, 請求權, 自由權, 參政權 등이 公權力의 行使나 不行使에 의하여 侵害되었을 때는 憲法訴願을 提起할 수 있는 것은 물론이다. 또 公權力의 作爲에 의하여 生存權의 基本權이 침해된 경우에도 憲法訴願을 할 수 있다. 그런데 문제는 生存權의 基本權이 公權力의 不作爲 특히 立法不作爲에 의하여 侵害된 경우 憲法訴願이 可能할 것인가는 문제이다. 生存權의 內容을 形成하는 法律의 規定이 미흡한 경우라든가 憲法에 委任規定이 있는데도 불구하고 전혀 立法을 하지 않는 경우에는 憲法訴願이 許容되어야 한다.<sup>5) 6)</sup>

5) 金哲洙, 憲法學概論, p.492.

6) 西獨의 聯邦憲法裁判所는 「原則적으로 個人에게는 立法自의 行爲에 대한 司法적으로 強調할 수 있는 請求權이 없다는 것은 死物의 本質에 속한다」(BVerfGE 1(100))고 보고 있다. 그러나 例外的으로 立法自에게 內容과 範圍에 대한 立法義務를 부과하고 있는 경우에는 立法自의 不作爲에 대해서도 憲法訴願을 할 수 있는 것을 인정하고 있다(BVerfGE 23, 242(249), 12, 139(142); 11, 255(261))등 참조. 스위스에서도 支邦의 立法不作爲에 대해서는 이 원칙이 적용되고 있다.

다만 生存權의 基本權規定이 立法方針規定으로 解釋되는 경우에는 憲法訴願의 對象으로 할 수 있는가가 문제된다. 예를 들어 快適한 住宅生活權을 理由로 住宅給付請求를 할 수 있을 것인가, 災害豫防請求權을 理由로 災害豫防措置를 청구할 수 있을 것인가 문제된다. 解釋可能하면 立法方針規定에서도 憲法이 보장한 基本權」을 발견하도록 하여야 할 것이다. 그러나 單純한 立法方針規定으로서 立法이 없는 경우 行政府에 대하여 給付請求 등 不作爲侵害救濟 등을 요구할 수 있을지는 의문이다.

憲法上 保障된 基本權이기 때문에 國際聯合人權宣言에 규정된 人權이나 國際聯合人權規約上の 人權이며 條約에 따른 人權 등의 侵害에 대해서는 憲法訴願을 할 수 있을 것인가 문제이다. 그러나 이들 人權은 대부분이 우리 憲法上 保障되어 있는 人權이기 때문에 이를 最大限 尊重하여야 한다. 우리 憲法은 憲法에서 基本權을 列舉保障한 것이 아니고 例示的으로 確認하고 있기 때문에 憲法에 규정된 基本權은 包括的이라고 하겠다. 따라서 憲法에 列舉되지 아니한 基本權도 輕視되지 아니하며(헌법 제37조 1항) 모든 基本權이 包括的으로 保障되어 있기 때문에(헌법 제10조) 國際人權條約上の 基本權도 憲法에 보장된 基本權으로 볼 수 있는 것이다.<sup>7)</sup>

---

7) 스위스의 聯邦裁判所 判例는 市民의 憲法上の 權利(die verfassungsmässige Rechte der Bürger)에는 「不文의 基本權」과 歐州人權保障條約이 保障하는 權利도 憲法上 權利와 同一하게 取扱하고 있다. Vgl. Müller, Görg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern, 1982, ; Källin, Walter, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern, 1984.

## 2. 憲法訴願의 提訴權者도 擴大되어야 한다

憲法訴願의 提訴權은 國民임이 원칙이다. 그러나 그 性格上 法人에게 인정되는 基本權의 侵害時에는 法人도 提訴할 수 있으며 外國人에게 認定되는 基本權이 侵害된 경우에는 外國人에게 提訴能力을 인정해야 할 것이다.

公法上 法人은 公的인 業務를 수행하고 있으므로 그 범위내에서는 원칙적으로 基本權의 享有能力이 없으므로 그 범위내에서 提訴能力이 否認된다. 다만 公法人에게도 司法節次上의 基本權은 인정되며 訴願能力도 인정된다.<sup>8)</sup> 일정한 公法上法人 예컨대 大學이나 放送局과 같이 일정한 基本權을 享有하고 있는 公法人은 그 限度內에서 提訴能力이 인정된다고 하겠다.

訴願能力이나 訴願遂行能力은 이를 制限的으로 解釋할 것이 아니고 胎兒나 未成年者에게 인정하고 이들에게 代理人을 強制하면 될 것이다.

## 3. 憲法訴願의 代理人의 範圍도 擴大되어야 한다.

憲法訴願의 提起에는 辯護士強制主義를 채택하고 있다. 이는 憲法訴願의 濫訴를 防止하고 憲法裁判所의 義務를 신속 公正하게 하기 위한 것으로 不得已한 것으로 보인다. 그러나 憲法訴願의 代理를 辯護士資格者에게 限定한 것은 잘못이며 辯護士資格이 없는 大學教授나 法學者 등에게 開放하여야 한다. 憲法訴願의 提起가 辯護士費用 걱정 때문에 못하게 되는 것을 막기 위하여 國選代理人制度를 도입하고 있는데 이는 좋은 制度라고 하겠다. 國選代理人도 願에 따라 大學教授, 法學者 등도 할 수 있게 하여야 할 것이다. 辯護士 費用과 관련하여 이를 法律로 정하고 國庫에서 負擔하여야만 憲法訴願의 無料化가 失效化될 수 있을 것이다. 立法論的으로

---

8) BVerfGE 21, 362 ; 66, 45.

보아 이러한 方向으로 憲法裁判所法이 改正되어야 하겠다.

#### 4. 憲法訴願의 提起에 있어 補充性 原理를 完化해야 한다.

憲法裁判所法 제68조 1항의 단서는 「法律이 정한 節次를 모두 經유한 후」에 憲法訴願을 제기하도록 규정하고 있는 바 이에 例外를 인정하지 않고 있어 문제이다. 西獨聯邦憲法裁判所法 제90조 2항에 의하면 憲法訴願이 一般의 重要性을 가지거나 事前救濟節次를 거침으로써 重大하고 避할 수 없는 損害를 야기할 우려가 있는 때에는 직접 憲法訴願을 提起할 수 있도록 규정하고 있다. 우리나라에서도 이와 같은 例外規定을 立法하여야 할 것이요 그 때까지는 憲法裁判所의 결정으로 補充性 原理를 完化해야 할 것이다.

憲法裁判所는 決定으로써 補充性的 例外를 인정하고 있으나<sup>9)</sup> 法律改正으로 明確性을 확보해야 할 것이다. 憲法裁判所法 제68조 1항 但書는 「法的節次가 주어진 경우에는 事前에 모든 節次를 經유한 후에 憲法訴願을 提起할 수 있다. 단 憲法訴願이 一般의 重要性을 가지거나, 事前節次를 거치게 되면 提訴自에게 避할 수 없는 重大한 損害가 야기될 우려가 있거나 또는 事前節次의 경우를 기대할 수 없는 사유가 있을 때에는 직접 提訴할 수 있다」고 改正함이 바람직하다고 하겠다.

#### 5. 憲法訴願의 審判을 公正 신속하게 하는 方法을 强구해야 한다.

憲法訴願의 審判은 指定裁判部에서 事前審査를 담당하게 하고 있다. 이 指定裁判部制度는 西獨의 Kammer制度를 모방한 것이나 Kammer보다는 그 權限이 弱化되고 있다. 西獨에서는 事前審査節次에서 請求가 明白히 이유없는 경우에도 却下시킬 수 있도록 규정하고 있으며(§936 ① BVerfGG), 또한 憲法裁判所가 그에 관한 憲法的 問題에 대하여 이미 決

---

9) 89헌마 22 決定.

定하였기 때문에 請求가 명백하게 理由있는 경우에는 인용할 수 있는 (§936 ② BVerfGG) 法的 根據를 부여하고 있다. 우리나라에서도 指定裁判部の 權限dfm 확대함이 바람직하다고 하겠다. 憲法訴願이 명백히 理由가 없는 경우에도 却下시킬 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 裁判官들의 業務處理를 줄이고, 事件處理를 원활히 하기 위하여 裁判官 全員을 常任으로 할 것이 필요하고 專屬되는 憲法研究官의 數를 늘림으로서 裁判官 業務遂行에 보조를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

憲法訴願은 書面審理를 원칙으로하고 있으나 憲法疎韻에서도 辯論을 거치도록 하는 것이 바람직하다. 憲法訴願에 대한 認容決定은 全員裁判部에서 6人 이상의 贊成으로써 하게 되어 있다. 終局決定은 事件을 접수한 날로부터 180日 이내에 하여야 하도록 하고 있다(法 제58조). 그러나 이 期間을 訓示規定으로 보아 잘 지키고 있지 않는데 이를 強制規定으로 보아 신속한 權利를 받을 權利를 보장해 주도록 하여야 하겠다.

憲法訴願심판에서 假處분에 관한 규정이 없는 것은 立法의 不備이다. 假處分은 當事者의 申請이나 職權으로 할 수 있도록 立法하여야 하겠다. 假處분에 대해서는 다음과 같이 立法하는 것이 바람직하겠다.

① 憲法裁判所는 현상의 변경으로 請求人의 權利를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란한 우려가 있는 때에는 假處分을 할 수 있다.

② 假處分은 職權 또는 當事者의 申請에 의한다.

③ 假處分決定은 辯論없이 행하여야 하며, 긴급한 경우에는 關係人의 意思表明의 機會없이 행할 수 있다.

④ 假處分은 6個月이 지나면 效力을 喪失하며, 裁判官 過半數의 贊成으로 期日을 延長할 수 있다.

⑤ 假處分이 公共福利에 중대한 영향을 미치게 될 우려가 있는 경우에는 憲法裁判所는 職權 또는 申請에 의하여 假處分決定을 取消할 수 있다.

⑥ 假處分決定에 대하여는 異義를 提起할 수 없다.

### 第三節 憲法訴願制度를 규정한 法律改正運動

#### I. 憲法裁判所法改正論議

憲法訴訟을 규정한 現行法으로는 憲法裁判所法이 있는데 이는 憲法裁判所組織法과 憲法訴訟法이 混在되고 있다. 이 중에서도 憲法訴訟에 관한 部分은 상당히 간단하여 不明確한 점이 많다. 따라서 이를 法源組織法과 各種訴訟法으로 分離하고 있는 司法法에 따라 이를 憲法裁判所組織法과 憲法訴訟法으로 나누는 것도 필요할 것이다. 정부득이한 경우에는 西獨과 같이 現行대로 憲法裁判所法으로 單一化한다고 하더라도 憲法訴訟法部門으로 보다 상세히 규정하는 것이 바람직하다.

#### (1) 大韓辯護士協會의 改正案

大韓辯護士協會는 1990年 4月 18日 憲法裁判所法改正建議案을 政府 및 國會, 大法院에 각각 提出하였는데 이 중 憲法訴願에 관한 部分은 다음과 같다.

제68條(청구사유) ① 다음 각호의 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 보장된 基本權을 侵害받은 자는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 청구할 수 있다.

1. 法律, 條約, 法規命令, 條例 또는 規則의 制定 등 文法作用, 다만 이 경우에는 基本權이 침해될 현저한 위험이 있는 者를 포함한다.

2. 行政廳의 處分, 不作爲 등 行政作用

3. 法院의 判決, 決定, 命令 기타 司法作用

② 제41조 제 1 항의 規定에 의한 法律의 違憲與否審判의 提請이 却下되거나 提請申請을 한 날로부터 2月이 經過하여도 法院이 提請하지 아니하



는 때에는 그 신청한 當事者는 憲法裁判所에 憲法訴願審判에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 이 경우 그 當事者는 당해 사건의 訴訟節次에서 동일한 사유를 이유로 다시 違憲與否審判의 提請을 할 수 없다.

③ 제 1 항의 憲法訴願審判은 다른 法律에 의한 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 後가 아니면 청구할 수 없다.

第69條(청구기간) 제 2 항의 「제청신청이 기각된 날로부터 14일」을 「제청신청각하결정의 고지를 받은 날로부터 30일」로 한다.

第71條(청구성의 기재사항) 제 1 항 제 3 호 중 「불행사」를 「불행사의 내용」으로 한다.

第72條(사전심사) 제 1 항중 「指定裁判部」를 「審査部」로 하고 제 2 항을 삭제하고 제 3 항 제 1 호중 「거치지 않거나 또는 법률의 재판에 대하여 헌법소원이 청구된 경우」를 「거치지 않았을 경우」로 제 3 호중 「제25조」를 「제25조 제 3 항」으로 한다. 「제 4 항 제 5 항 제 6 항」을 제 3 항, 제 4 항, 제 5 항으로 하고 그 중 「지정재판부」를 「심사부」로 한다.

第73條(각하 및 심사회부결정의 통지) 제 1 항 중 「지정 재판부」를 「심판부」로 한다.

第75條(인용결정) 제 4 항의 「새로운 처분」다음에 「이나 재판」을 삽입하고 제 7 항 중 「제68조 제 2 항」을 「재판에 대한 헌법소원 또는 제68조 2 항」으로 한다.

第75條의 2(가처분) ① 재판부 또는 심판부는 공권력의 행사나 그 집행 또는 절차의 속행으로 말미암아 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 공권력의 행사나 그 집행 또는 절차 속행의 전부 또는 일부를 정지하는 결정을 할 수 있다. 다만, 정지로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 그러하지 아니하다.

② 제 1 항의 결정을 한 후에 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 가처분의 필요가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의한 결정으로 가처분을 취소할 수 있다.

## (2) 大韓辯協改正案의 評價

大韓辯協의 이 改正案<sup>10)</sup>은 憲法訴願의 對象을 擴大하고 明確히 한 점에서 는 우리와 意見을 같이한다. 특히 法律, 條約, 法規命令, 條例, 規則의 制定 등 立法作用을 明確히 하고 있는 점에는 贊同한다.

또 假處分制度를 도입한 것은 進一步한 것이라고 하겠다. 나아가 請求期間을 연장하고 認容決定 등에 관해서 손질한 것은 評價할 만 하다.

그러나 아직도 異質的인 違憲審査型憲法訴願을 인정하고 있다든가, 立法府의 不作爲나 緊急命令, 統治行爲 등의 憲法訴願 등에 관해 明確히 규정하지 않고 있으며 補充性的의 原理에 대하여 例外措置를 취하지 않는 것 등은 옳지 않다고 하겠다.

憲法訴願의 提訴를 쉽게 하기 위한 辯護士強制制度나 國選代理制度의 完化, 代理人의 資格擴大 등을 규정하지 않는 점과 提訴權者의 擴大라든가 實質的인 無料訴願實施 등을 配慮하지 않는 것은 잘못이라고 하겠다.

## II. 憲法裁判所法改正運動과 憲法裁判所 規則制定

現在의 憲法裁判所法은 위에서 본 바와 같이 상당한 모순이 있기 때문에 하루 빨리 改正되는 것이 바람직하다. 이를 위하여 學界, 實務界와 法制處 등에서 改正案作成을 위한 共同努力을 펴야 할 것이며 公聽會 등을 열어 民意를 수렴하여야 할 것이다. 이 경우 그 內容을 가장 잘 알고 있는 憲法裁判所當局의 意見表示도 요망되며 憲法裁判所自身도 法律改正案을 만들어 이를 國會에 提出하는 것이 必要하다. 現行法上 憲法裁判所는

---

10) 이 改正案은 우리 研究가 끝난뒤에 발표된 것이기는 하나 우리 研究의 印刷가 늦어졌기에 나중에 나온 이 改正案에 대해서도 言及하기로 한다.

法律案制定權이 업으나 그 案을 國會나 政府에 送付하면 國會議員立法으로  
나 政府立法으로서 通過될 수 있을 것이다.

立法이 여의치 않는 경우 憲法裁判所는 法律의 範圍內에서라도 憲法裁判所  
規則을 制定하여 憲法訴願制度의 바람직한 定着에 努力하여야 할 것이다.

## 研究者 略歷

### (金 哲 洙)

서울대학교 法科大學 卒業  
서독 München大學, 미국 harvard大學에서 法學研究  
法學博士(서울대학교)  
한국공法學會 會長 역임  
서울대학교 法學研究所長 역임  
現 韓國法學教授會 會長  
現 서울대학교 法科大學 教授

### (朴 一 煥)

서울대학교 法科大學 卒業  
서울民事·刑事地法 判事 歷任  
憲法裁判所 憲法研究官 歷任  
現 大法院 裁判研究官

### (金 學 成)

高麗대학교 法科大學 卒業  
서울대학교 大學院 卒業  
法學博士(서울大學教)  
尙志大學 專任講師 역임  
現 憲法裁判所 研究員

### (邊 精 一)

서울대학교 法科大學 卒業  
서울大 司法大學院 卒業  
서울 民·刑事地方法院 判事  
제10대 國會議員  
現 憲法裁判所 事務處長

**(趙 圭 政)**

서울대학교 法科大學 卒業  
전북, 금산, 군산 地廳 檢事  
法務部, 수원, 서울 地方檢察廳 檢事  
광주지검 목포지청 部長檢事

**金 孝 全**

성균관대학교 法政大學 卒業  
서울大學教 大學院 卒業  
서독 Tübingen大學에서 法學研究  
法學博士(서울대학교)  
東亞大學校 法科大學 教授 및 學長 역임  
現 東亞大學校 法科大學 教授

**李 宙 興**

서울대학교 法科大學 卒業  
서울 地方法院 判事 역임  
現 서울 高等法院 判事