

第一編

헌법의 위헌결정에 관한 연구

## 머 리 말

헌법재판소제도가 도입된지도 어언 2년이 가까워온다. 그 동안 헌법재판소의 중요한 심판대상은 위헌법률심사와 헌법소원이었다. 위헌법률심사를 결정하는 동안 문제가 된 것은 위헌심사의 기준, 위헌결정의 형식, 위헌결정의 효력이었다. 이러한 난제를 풀기 위하여서는 외국의 제도연구가 필수적이었다.

이에 외국에서 다년간 연구한 학자와 실무가로 하여금 이 문제들을 분담연구하기로 하였다. 프랑스의 예방적 위헌법률심사제에 대해서는 조병윤교수가 연구하였고 위헌심사의 기준에 대해서는 미국대법원의 판례를 중심으로 양건교수가 담당하기로 하였고, 위헌결정의 형식에 대해서는 황우여부장판사가 연구하기로 하였고 위헌결정의 효력에 대해서는 계희열교수가 연구를 담당하였다. 서론부분과 결론부분은 김철수교수가 담당하였다.

연구기간이 짧았고 연구문헌이 부족하여 연구는 기대한 성과에 도달하였는지 의심스럽다. 본연구에 지원을 아끼지 않았던 헌법재판소당국에 대하여 심심한 감사를 드린다. 또 교정등 곳은 일을 맡아 준 연구원 여러분의 로고를 치하한다. 이 연구는 미완성의 것이기에 앞으로도 독자들의 질정을 받아 수정하기로 하겠다. 이 연구가 헌법재판연구에 조금이라도 도움이 된다면 다행이겠다.

1989년 12월 1일

김 철 수

## 차 례

제일장 서장-헌법재판소의 지위와 법률심사권.....김철수 .....	7
제일절 헌법재판소제도의 연혁·의의 .....	7
제이절 헌법재판소의 지위 .....	13
제삼절 헌법재판소의 위헌법률심사권 .....	22
제사절 결    어 .....	33
제이장 프랑스의 사전적·예방적 위헌법률심사.....조병운 .....	35
제일절 헌법평의회 지위와 권한 .....	35
제이절 사전적·예방적 위헌심사의 종류와 내용 .....	41
제삼절 사전적·예방적 위헌심사의 피보호규범(준거규범)·	76
제사절 여    론 .....	86
제삼장 법률의 위헌심사의 기준.....양    건 .....	89
제일절 ‘사법적 존중’의 정도에 영향을 미치는 제요인 .....	90
제이절 ‘최소한의 합리성’의 기준 .....	97
제삼절 ‘대립이익의 조정’의 기준 .....	110
제사절 ‘보다 덜 제한적인 대안’의 기준 .....	115
제오절 ‘이중기준’의 원칙 .....	120
제사장 위헌결정의 형식.....황우여 .....	134
제일절 서    론 .....	134
제이절 위헌여부의 결정 .....	147
제삼절 불합치결정 .....	166
제사절 입법촉구결정 .....	180
제오절 합헌적 법률해석 .....	191
제육절 결    어 .....	208

제오장 법률에 대한 위헌결정의 효력.....	계희열	210
제일절 개    관 .....		210
제이절 위헌법률의 법적효력에 관한 이론의 발전 .....		222
제삼절 결    어 .....		286
제육장 결장-헌법재판소법의 개정방향.....	김철수	290
제일절 헌법재판소법의 성립 .....		290
제이절 헌법재판소법의 문제점 .....		293
제삼절 헌법재판소법의 개정방안 .....		296

# 제일장 서장-헌법재판소의 지위와 위헌 법률심사권

김 철 수  
(서울법대 교수, 법박)

## 제일절 헌법재판소제도의 연혁 · 의의

### 1. 헌법재판소제의 연혁 · 발전

헌법재판소제도는 오스트리아에서 시작하여 서독에서 개  
화하였고 이탈리아, 스페인 등 유럽과 터키 한국등에서 채  
택되어 있다.<sup>1)</sup> 헌법재판소제도가 발전한 것은 미국대법원  
의 사법심사제도에 영향을 받은 것이기는 하나 제2차대전  
후 서독의 연방헌법재판소의 기여가 컸다고 할 것이다.

오스트리아의 헌법재판소는 Kelsen의 산물이라고 말하여  
진다. 1920년 헌법에 의하여 헌법보장을 목적으로 하여 설  
립된 것으로 1934년 Nazis에 의하여 일시 폐기되었으나

---

1) 국내문헌으로는 김철수, 위헌법률심사제도론, 1983. 법무부 헌법재판  
제도, 1988. 서울대학교 법학연구소, 헌법재판의 활성화방안, 1988.  
헌법재판소, 헌법재판제도의 제문제 1989. 5.와 기타 많은 잡지논문  
참조. 잡지론문의 상세는 김철수편 헌법소원의 대상에 관한 연구, 헌  
법재판소 참조.

1945년에 오스트리아가 해방되자 잠정헌법에 의하여 헌법재판소가 다시 설치되었다. 오스트리아의 헌법재판소는 ① 연방법률과 지방법률의 위헌성에 관하여 판결하고 ② 선거소송과 국민투표소송을 관장하고 ③ 탄핵심판권을 가지며 ④ 행정처분의 위헌성을 심사하고 ⑤ 국제법과 조약의 위헌성을 심사하고 ⑥ 권한쟁의를 심판하는 등 많은 권한을 가지고 있다.<sup>2)</sup>

서독의 연방헌법재판소제는 Kelsen의 이론과 미대법원의 판결의 영향이 컸다고 하겠다. Weimar 독일에는 국사재판소(Staatsgerichtshof)가 있었으나 서독에서는 오히려 오스트리아식인 헌법재판소제도를 채택하였다. 서독의 연방헌법재판소는 헌법을 해석하고, 재판절차에 따라서 헌법을 보장하는 법원이다. 연방헌법재판소는 ① 연방과 지방간의 헌법쟁송과 국가기관간의 권한쟁의를 심판하고 ② 연방법이나 지방법의 위헌성여부를 심사하며 국제법이 연방법의 일부를 이루는가를 판단하고 ③ 기본권상실, 정당해산판결, 연방대통령탄핵, 법관탄핵, 의원자격심사 ④ 헌법소원 등을 관장하고 있다.<sup>3)</sup>

1948년 이탈리아헌법에서도 헌법재판소제도가 규정되었으

---

2) 오지리의 헌법재판소에 대해서는 다음 논문저서 참조. Adamovic/Funk, österreichisches Verfassungsgerichtsbarkeit 3. Aufl. Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl. 1988.

3) 서독의 헌법재판소제도에 대해서는 다음의 문헌을 참조. 김철수, 위헌법률심사제도론, 1983. Schlaich, Das Bundesverfassungsrechts, 1985. Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 3. Bde, 1976. Häberle, (Hrsg), Verfassungsgerichtsbarkeit 1976. Starck, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 1~26.

나 1956년에 헌법재판소가 개설되어 업무를 시작하였다. 헌법재판소는 ① 국가와 지방의 법률의 효력을 가지는 행위의 합헌성에 관한 쟁송 ② 국가기관간의 권한쟁의, 국가와 지방간의 권한쟁의 ③ 공화국대통령과 장관에 대한 탄핵심판 등을 관장한다.<sup>4)</sup>

1978년의 스페인 헌법도 헌법재판소제도를 도입하고 있다. 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 판결에 따라 재판하여야 한다 헌법재판소는 ① 법률 및 법률의 효력을 가지는 규범에 대한 위헌결정 ② 헌법소원에 따른 보호구제, ③ 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의와 자치단체상호간의 권한쟁의 ④ 기타 헌법 또는 조직법에 의하여 부여된 권한을 행사한다.<sup>5)</sup>

터키도 헌법재판소를 두고 있으며 1986년에 폴란드도 헌법재판소를 두고 있다. 이들 나라의 헌법재판소도 서독연방헌법재판소제도를 모방하여 만들어진 것이다.

## 2. 우리나라의 헌법재판소제도의 발달

우리나라에서의 헌법재판소제도는 서독의 연방헌법재판소를 모방하여 제2공화국헌법과 제6공화국헌법에 규정되게 되었다. 제2공화국헌법은 제1공화국의 헌법위원회가 그 기

---

4) 이탈리아의 헌법재판소제도에 관해서는 Sandulli, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien, Max-Planck-Institut, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, S. 292~325.

5) 간단한 설명으로는 김철수, 위헌법률심사제도론 p.36~37 참조.

능을 다하지 못하였다고 하여 상설적인 헌법재판소를 규정하게 되었다. 헌법재판소의 심판관은 9인으로 하며, 대통령, 대법관, 참의원이 각각 3명씩 선출하고 임기는 6년으로 하여 상설적기구로 하였다. 심판관은 법관의 자격을 가져야 했으며 정당에 가입하거나 정치에 관여하지 못하고 일체의 공직을 겸직할 수 없었고 영업을 할 수 없게 하였다. 헌법재판소의 관할권은 ① 법률의 위헌심사뿐만 아니라 ② 헌법에 관한 최종적 해석 ③ 국가기관간의 권한쟁의에 관한 심판 및 ④ 정당해산의 결정 ⑤ 탄핵재판 ⑥ 대통령과 대법원장 및 대법관의 선거소송등을 담당하였다.<sup>6)</sup>

제6공화국헌법도 제4·5공화국헌법의 헌법위원회제도에 대한 반성에서 헌법재판소제도를 도입하고 있다. 헌법재판소는 9인의 재판관으로 구성되며 국회에서 선출하는 자 3인, 대법원장이 지명하는 자 3인, 대통령이 지명하는 자 3인을 대통령이 임명한다. 권한으로는 ① 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판 ② 탄핵의 심판 ③ 정당의 해산심판 ④ 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 ⑤ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 담당하게 하고 있다.<sup>7)</sup>

제6공화국의 헌법재판소가 제2공화국의 헌법재판소와 다른 것은 그 권한면에서 ① 헌법에 관한 최종적해석 ② 대통령·대법원장과 대법관의 선거에 관한 쟁송이 빠진 대신

6) 상세한 것은 김철수, 위헌법률심사제도론, p.83~86 참조.

7) 제6공화국의 헌법재판제도에 관해서는 많은 논문이 나와 있다. 그 중에서도 최광률, 헌법재판소법해설, 1989. 이시윤, 헌법재판소제도, 한병채, 헌법재판의 근원과 이론 등 참조.



③ 헌법소원제도를 도입하고 ④ 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 추가한 것이고 재판관임명에서 참의원을 국회로 한 것 등이라고 하겠다. 제6공화국의 헌법재판소가 국민의 기본권보장을 위하여 헌법소원제도를 도입한 것은 획기적인 것이라고 하겠다.

### 3. 헌법재판소제도의 의의

#### (1) 독립된 사법기관

이와 같이 각국에 설치된 헌법재판소제도는 일반법원과는 독립하여 헌법재판을 전담하는 기구인 점에서 특색이 있다. 미국식사법심사제도는 일반법원에서 법률의 위헌여부를 판단하고 위헌을 최종적으로 해석하는데 대하여 독일식 헌법재판소제도는 헌법재판소라는 전문법원(Fachgericht)을 두어 이에 위헌법률심사권과 위헌정당해산결정권, 탄핵결정권, 국가기관간의 권한쟁의권등을 부여하고 있는 것이 특이하다.

헌법재판제도는 헌법보장을 위한 재판적인 기관에 의한 사법적절차라고 할 수 있으나 과연 이러한 작용이 삼권분립론에 있어서의 사법작용에 포함될 것인가에 대해서는 많은 논란이 행해지고 있다. 구체적규범통제의 경우는 그 심사의 결과가 구체적사건에만 미치기 때문에 국가의 입법행

위 그 자체를 무효로 하는 것이 아닌 한 사법작용이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 추상적규범통제는 법률의 무효를 선언하는 것이기 때문에 사법작용이라고 보기 어렵다는 견해도 있다. 그러나 이것도 헌법규범의 해석적용이라고 보는 이상 입법이라고는 볼 수 없고 사법이라고 보아야 할 것이다.

## (2) 정치적 사법권

헌법재판은 재판이기는 하나 이 재판은 다른 재판과는 다른 특성을 가지고 있다고 하겠다. 즉 헌법은 정치적 타협이나 결단에 의하여 제정되고 그 자체가 정치권력구조의 반영이기 때문에 헌법문제는 대부분이 정치문제로 된다. 헌법은 근본법으로서 상세한 규정은 법률에 위임하고 그 자체는 추상적 일반적인 규정이 많고 또 다의적 개념을 사용하고 있는 경우가 많다. 그러기에 해석에 있어서도 상위한 견해가 나타나고, 그 해석을 유권적으로 확정하는 것은 동시에 중대한 정치문제를 결정하게 된다. 특히 헌법에 하등의 규정이 없던가 규정이 불명확한 경우에는 해석론으로서 이를 보충하여야 하는바, 이들 작용은 장래의 정치방향을 결정하고 입법을 억제하게 되어 일정방향으로 헌법의 변천이 행해지는 결과로 된다.

정치적 문제에 대한 재판적 해결이 바람직할 것인가, 또 헌법재판소가 어느 정도까지 정치문제에 관여하여야 할 것인가가 문제된다.

# 제이절 헌법재판소의 지위

## 1. 헌법보장기관

### (1) 최고헌법보장기관성

헌법재판소가 헌법의 보장기관이나에 대해서는 C. Schmitt와 Kelsen이래 학설이 대립되고 있다. C. Schmitt는 헌법의 보장자는 대통령이라는 정치적기관이라고 하고 사법기관은 헌법의 보장자가 될 수 없다고 하였다.<sup>8)</sup> 이에 대하여 Kelsen<sup>9)</sup>은 입법자의 자의에서 헌법을 보장하는 것은 입법자의 위헌적인 행위를 무효화하는 독립된 국가기관의 존재라고 하고 헌법재판소야말로 헌법의 보장기관이라고 하였다.

Weimar 헌법시대의 국사재판소는 스스로를 헌법보장자(Hüter der Verfassung)라고 하였고 서독의 연방헌법재판소도 스스로를 헌법의 보장기관으로 자처하고 있다. 각국의 헌법재판소들이 법률의 합헌성여부를 심사하고, 국가기관간의 헌법쟁의를 심판하며 탄핵을 결정하고 위헌정당을 해산하는 등 헌법보장기능을 다하고 있기에 헌법보장기관

---

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.

임은 틀림없다고 하겠다.

그런데 헌법의 보장기관은 헌법재판소만이 아니고, 대통령, 정부, 국회도 헌법적인 제한내에서 헌법기능을 행사하고 있기 때문에 헌법의 보장자라고 할 수 있을 것이다. 그러나 헌법의 최고보장기관 즉 최종의 헌법보장기관은 헌법재판소라고 보아야 할 것이다. Leibholz도 헌법재판소를 최고의 헌법보장자(Oberster Hüter der Verfassung)라고 하고 있다.<sup>10)</sup> 그 사유는 국회의 법률제정의 위헌성여부를 최종적으로 해석할 수 있고, 또 정부 국회의 정당해산제소에 대해서 결정할 수 있고 자유민주적 기본질서를 수호하는 기능을 가지고 있기 때문이다. 헌법재판소의 이 결정에 대해서는 어떠한 항소심도 없으므로 다른 헌법보장기구보다도 높은 최고의 헌법보장기관이라고 할 수 있겠다.

우리나라의 헌법재판소도 위헌법률심사권을 가지고 위헌 정당해산결정권을 가지며, 위헌, 위법공무원의 면직을 결정하는 탄핵심판권을 가지고, 기관쟁송심판권을 가지기 때문에 최고헌법보장기관임에는 틀림없다. 헌법보장의 방법에는 이 밖에도 권력분립제도, 긴급권제도등이 있으나 헌법재판소의 헌법보장기능이 가장 우월하다.

## (2) 사법적 헌법보장기관성

헌법재판소가 사법기관이나 아니냐에 대해서도 논쟁이 있

---

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

다. Weimar 헌법시대에는 국사재판은 정치의 사법화요 사법의 정치화라는 Guizot의 영향에 따라 Carl Schmitt는 국사재판소의 사법기관으로서의 지위를 부정하였다.<sup>11)</sup> Carl Schmitt는 국사재판소는 다소간에 사법절차의 형식을 빈입법을 하는 것이라고 하여 정치적 심급으로 보았다. 이에 대하여 Kelsen은 헌법재판은 정치적 성격을 떠나 그것이 정치적 법적 권한쟁의를 재판하는 사법기관으로서의 성격을 상실하는 것은 아니라고 하였다.<sup>12)</sup>

헌법재판소를 사법기관으로 보느냐 제4의 권력기관으로 보느냐는 헌법에 따라 다르다. 서독기본권은 헌법재판소를 사법권의 한 주체로 규정하였기 때문에 사법기관성을 부정하는 견해는 없다. Geiger는 「연방헌법재판소는 법원이다. 이는 연방에 있어 그 과업과 책임에 따라 가장 중요하고 최고의 법원의 지위에 있다. 연방헌법재판소는 법원이기는 하나 그 권한의 특수성과 그 헌법적 기능 때문에 특별한 지위를 가지고 있다」고 하고 있다.<sup>13)</sup>

헌법재판소는 정치적 법인 헌법을 판단근거로 하여 제소에 의해서만 활동하고 정치적 문제에 대해서는 사법자제하고 있는 점에서 정치적 기관이 아니라 사법기관이라고 하여야 할 것이다. 헌법재판소의 판결은 적극적인 형성판결이 아니고 객관적 질서보장의 목적을 가진 소극적인 판단

---

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.

이란 점에서 사법의 본질과도 합치된다고 할 것이다.

우리나라 헌법은 헌법재판소를 사법의 장에서가 아니라 독립된 장에서 규정하고 있기 때문에 사법기관이 아니고 제4의 독립된 국가기관이라는 설도 있을 수 있다. 헌법재판소는 정치적 사건을 사법적절차에 의하여 해결하는 것이기 때문에 일종의 정치심판기관인 것처럼 보인다. 우리나라의 헌법재판소는 사법부의 장에 규정된 사법기관은 아니나 문자 그대로 재판소이기 때문에 실질적인 의미의 사법기관이라고 할 것이다. 또 헌법재판소의 재판관은 법관의 자격이 있어야 하며 사법절차에 의하여 심판하기 때문에 헌법재판소는 정치적 헌법보장기관이 아니고 사법적 헌법보장기관이라고 보아야 할 것이다.

## 2. 국민적 대표기관으로서의 주권행사기관

### (1) 민주적 국민대표기관성

헌법재판소는 국회가 제정한 법률의 위헌무효를 선언하기 때문에 이는 의회주권주의 내지는 국민주권주의에 위배하는 것이라고 하여 많이 비판되고 있다. 또 권력분립주의에 위반된다는 비판이 있다.<sup>14)</sup>

이에 대하여 Kelsen은 국회주권주의는 개별적 국가기관에게 주권이 있다고 하는 것으로 옳지 않은 이론이며 법률

---

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

의 합헌성심사는 국민대표기관의 권한을 헌법에 합치하도록 행사하게 하는 권력통제의 요구로 보아야 하기 때문에 국민주권이론에 위배되는 것은 아니라고 한다.<sup>15)</sup> 또 헌법재판권은 권력분립에 있어 견제와 균형을 확보하기 위한 특별한 기관이기에 오히려 권력분립원리에 적합하다고 할 수 있다.

헌법재판소가 과연 비민주적인 기관인가 하는 것은 헌법재판소가 국민의 대표기관인가 하는 문제와 결부되어 있다. 서독헌법재판소는 스스로 자신을 국민대표적인 헌법기관이라고 하고 있다. 그 이유는 주권은 국민에게 있고 주권은 입법, 행정, 사법의 특별한 기관에 의하여 행사되고 있는데 연방헌법재판소도 헌법에 의하여 국민의 수임에 의하여 주권을 행사하고 있기 때문이라고 한다.

오늘날 국회는 국민이 직접 선택한 의원으로 구성되나 유일한 국민대표기관이라고 할 수 없다. 헌법상의 중요한 헌법기관은 국민대표기관으로서 주권의 행사를 수임받고 있는 것이다. 서독의 연방헌법재판소는 기본법 제20조 2항과 제92조에 따라 국민의 주권을 대표해서 행사하는 특별한 기관이며 사법권을 수탁받은 헌법기관이다. 이탈리아의 헌법재판소도 주권재민의 원칙에 따라 헌법이 정하는 형식 및 제한에 따라 이를 행사하는 헌법의 보장기관인 것이다.

우리 헌법재판소도 비록 국민에 의하여 직접선거되지는 않았더라도 국민의 헌법에서 규정된 대표기관임에는 틀림

---

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

없다. 헌법재판소가 헌법적 대표기관이기 때문에 실질적인 의미의 입법권이라고도 할 수 있는 국제법규의 국내법으로의 인정, 위헌법률의 무효선언을 하더라도 그것이 권력분립주의에 위배되지 않는다.

## (2) 주권 행사기관성

헌법재판소는 헌법제정권자인 국민의 결정인 헌법에 따라 위헌법률심사권과 위헌정당해산권, 탄핵심판권, 기관간권한쟁송심판권 등을 가지고 있다. 이들 권한은 국가에 있어서의 최고결정권의 하나이며 주권의 일부를 이루는 것이라고 하겠다.

우리 헌법 제1조 2항은 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」고 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소가 가지고 있는 헌법재판권도 국민에게서 나온 권력이며 이것은 주권의 한 내용이다. 주권은 국민에게 있으나 국민이 직접 주권을 행사하지 아니하고 헌법에 지정된 헌법기관에게 위임하여 주권을 행사하고 있는 것이다.

우리 헌법상 국민의 수임을 받아 주권의 일부를 행사하는 기관으로서는 국회, 대통령, 정부, 대법원 등을 들 수 있는데 이들을 주권행사기관이라고 한다. 헌법재판소도 이들 주권행사기관과 동격의 주권행사기관으로서 위헌법률심사권, 탄핵결정권 등 주권의 일부를 행사한다고 하겠다. 헌법재판소의 권한은 헌법에 규정된 것에 한정되고 포괄적이



아닌 점에서 다른 주권행사기관과 같다.

### 3. 최고기본권보장기관

#### (1) 기본권보장기관성

헌법재판소는 국가권력의 행사 또는 불행사에 의하여 국민의 기본권이 침해된 경우에 제기되는 헌법소원에 대한 심판권을 가지고 있으므로 기본권보장기관으로서도 중요하다. 헌법소원에는 주권적권리구제의 측면과 객관적 권리구제의 측면을 강조한 것이다.

헌법소원제도는 독일에서는 Bayern주에서 발달하였다. 헌법소원제도는 스위스와 오스트리아에서 이미 19세기에 성립 발달하였다. 1949년 서독기본법초안에는 헌법소원제도가 규정되어 있었으나 심의과정에서 탈락하였다가 1969년 개정헌법에서 비로소 기본법에 규정되게 되었다.

우리나라에서도 제6공화국헌법에서 비로소 헌법에 규정되게 된 것이다. 헌법소원은 자기의 권리가 침해된 경우에 제기할 수 있고 또 법원이 위헌법률제청을 거부한 경우에도 제소할 수 있다. 전자는 기본권보장을 위한 보완적 추가적 권리수단이라고 하겠다.

#### (2) 최종적 기본권보장기관성

헌법소원을 제기함에는 다른 법적 수단을 다한 뒤에도 구제되지 않는 경우에 한정된다. 이는 헌법소원이 최종적인 구제수단인 점을 감안하여 법률이 정한 모든 구제절차를 모두 거친 다음에야 할 수 있는 것이다. 우리 나라의 경우에는 외국과 달리 사법부의 판결에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 없게 하고 있어 최종적 기본권보장성에 문제가 될 수 있다. 법원의 판결을 제외한 법원의 명령·규칙·처분 등에 의하여 기본권이 침해된 경우에는 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## 4. 최종심판기관

### (1) 헌법재판기관성

헌법재판소는 포괄적인 재판권을 가진 사법기관이 아니고 헌법이 규정한 일정한 사안에 대한 심판권을 가지고 있다. 헌법재판소는 외국의 경우에도 포괄적인 사법권을 가지는 것이 아니라 특정한 헌법사건만을 관장하고 있다. 우리나라 헌법재판소는 위헌정당해산, 탄핵심판 및 기관간권한쟁송심판을 할 수 있는 기관이다. 그러나 이들 권한은 별로 행사될 수 없을 것으로 보인다. 그 이유는 위헌정당해산제청이나 탄핵소추는 외국에서도 거의 없고 국가기관간의 기관쟁송도 우리나라에서는 별로 없을 것이기 때문이다. 앞으로는 위헌법률심판과 헌법소원의 건수가 늘어날 것으로

보이며 이로써 헌법심판이 활성화될 것으로 보인다.

## (2) 최종심판기관성

헌법재판소는 시심이며 종심으로서 기능한다. 헌법재판소의 탄핵심판과 정당해산심판, 기관쟁송심판은 시심이며 종심이다. 위헌법률심사의 경우 법원의 제청절차가 있기 때문에 시심성에 문제가 있으나 최종심인 것만은 틀림없다.

# 5. 하나의 최고기관

## (1) 최고기관성

헌법재판소는 최고기관중의 하나이다. 헌법재판소의 국민대표기관으로서 주권을 행사하여 국회의 입법의 위헌성을 심사하고 법률의 무효를 선언할 수 있으며, 이 결정은 모든 국가기관을 구속한다. 따라서 헌법재판소는 국회에 상위하는 기관이라고 할 수 있다. 또 국회가 탄핵소추한 공무원에 대한 탄핵결정권을 가지기 때문에 국회와 행정부공무원에도 우월하다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 정부의 제소에 따라 위헌정당을 심사·결정하는 기관이기 때문에 정부와 법원에 우월하다고 할 수 있다. 따라서 헌법재판소는 최고기관이라고 할 수 있다.

## (2) 하나의 최고기관성

그러나 헌법재판소는 유일한 최고기관은 아니다. 헌법재판소의 권한은 포괄적인 것이 아니고 헌법에 규정된 권한 밖에 행사할 수 없고 그 구성이 대통령·국회·대법원장에 의존하고 있고, 법률에 의하여 조직과 활동이 규제되며 국회가 헌법재판소장과 헌법재판관에 대하여 탄핵소추를 할 수 있는 점등에서 헌법재판소가 대통령·국회·정부에 상위하는 것이라고 할 수 없다. 헌법재판소는 대통령, 국가기관으로서의 국민 등과 같은 최고기관중의 하나이지, 결코 이에 상위하는 기관이 아니다. 따라서 주권행사기관으로서의 헌법재판소는 대통령, 국가기관으로서의 국민, 국회와 동격의 헌법기관으로서 최고기관의 하나라고 하겠다.

## 제삼절 헌법재판소의 위헌법률심사권

헌법재판소의 권한은 여러 가지가 있으며 각국마다 다르다.<sup>16)</sup> 여기서는 우리나라의 헌법재판소법에 따라 위헌법률심사권만을 교과서적으로 기술해 보기로 한다.

### 1. 위헌법률심판권

---

16) 서독의 헌법재판소의 권한에 관하여서는 김철수, 독일연방헌법재판소의 지위와 권한, 서울대 법학 참조.

헌법재판소권한중 가장 중요한 것은 법률에 대한 위헌심판이다. 우리 헌법은 법원의 제청에 의하여 헌법재판소가 법률의 위헌심사를 판단하는 협의의 위헌법률심사를 규정하고 헌법재판소법은 법원의 위헌제청여부에 대하여 헌법소원의 형태로 제기하는 위헌법률심사를 규정하고 있다.

### (1) 위헌법률심판의 대상

위헌법률의 심사대상은 법률과 효력을 가진 규범이다.

① 법 률 ; 헌법재판소의 위헌심판의 대상이 되는 법률은, 첫째로는 형식적 의미에 있어서의 법률을 말한다. 이 법률은 국민대표기관인 국회의 의결을 거쳐 대통령이 공포한 법률을 말한다. 이 법률은 현행헌법제정전의 법률도 포함한다.

② 긴급명령 ; 일단 적법하게 성립한 긴급명령은 법률과 같은 효력을 가지고 있으므로 위헌심판의 대상이 된다고 하겠다.

③ 조 약 ; 그런데 조약이 위헌심판의 대상이 될 것인가는 크게 문제되고 있다. 조약은 위헌법률심판의 대상이 되지 아니한다고 보는 설이 있으나, 제60조 1항에서 국회의 동의를 얻어 비준된 조약은 국내법과 같은 효력을 가지고 있으므로 헌법재판소의 위헌심판의 대상이 된다고 하겠다.

현행 헌법재판소법은 실질적 의미의 법률이라고 할 수 있는 긴급명령이나 조약에 대한 위헌심사의 가능성에 대해서

는 규정하고 있지 않으므로 헌법재판소의 결정에 따라 좌우될 가능성이 있다. 헌법재판소법을 개정하여 그 대상을 명확히 하는 것이 요망된다.

## (2) 위헌법률심판의 기준

① 헌 법 ; 위헌법률심판의 기준은 첫째로는 형식적 의미의 헌법이다. 이에 는 헌법전문, 헌법본문, 헌법부칙이 다 포함된다. 성문헌법국가에서의 헌법적 관행이 곧 위헌심판의 기준이 된다고 보기는 어려울 것이다. 다만 이것이 헌법핵을 이루거나 자연법규범이 되는 경우에는 기준으로 될 수 있다고 할 것이다.<sup>17)</sup>

② 자연법과 정의 ; 헌법규범의 상위에 존재하는 자연법을 인정하는 경우 자연법이 위헌법률심판의 기준이 될 수 있을 것이다. 그러나 자연법을 부인하는 입장에서는 자연법이 기준이 될 수는 없을 것이다. 오늘날 실정헌법에는 자연법의 원리가 거의 다 포함되어 있으므로 별 문제가 없으나 실정헌법규범이 자연법에 위배되는 경우 자연법과 정의의 원리도 위헌법률심판의 기준이 될 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

## (3) 위헌법률심사의 제척

① 제 척 ; 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제

---

17) 상세한 것은 양건, 법률의 위헌심사의 기준, 본서 참조.

가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 법정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다(법 제41조).<sup>18)</sup> 신청서면의 심사에 관하여는 민사소송법 제231조의 규정을 준용한다.

② 제청서 ; 법원이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제청할 때에는 제청서에 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 제청법원의 표시
2. 사건 및 당사자의 표시
3. 위헌 이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항
4. 위헌이라고 해석되는 이유
5. 기타 필요한 사항

③ 제청서의 송달 ; 위헌법률심판의 제청이 있는 때에는 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 그 제청서의 등본을 송달한다.

#### (4) 위헌법률의 심사

① 심리의 방식 ; 위헌법률의 심판은 서면심리에 의한다. 다만 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 리익관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(법 제30조). 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하고 당사자와 관계인을 소환하여야 한다. 구술심리의 경우에는

---

18) 상세한 것은 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조. 1989년 7월호, p. 55~83. 황우려, 위헌심판의 제청결정, 법조. 1989년 7월호, p.84~105. 참조

심리를 공개하여야 한다.

② 소송사건당사자 등의 의견 ; 당해 소송사건의 당사자 및 법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다(법 제44조).

## (5) 위헌결정

① 위헌결정정족수 ; 헌법재판소에서 법률의 위헌결정을 할 때에는 재판관 9인중 6인 이상의 재판관의 찬성을 얻어야 한다(제113조 1항).

② 위헌결정서 ; 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다(법 제45조). 결정서에는 이유를 붙여야하고, 관여한 재판관의 의견을 첨부하여야 한다.

③ 위헌결정의 형식 ; 법률의 위헌여부 결정시에는 위헌 무효를 선언하는 형식과 위헌경고, 불합치선언, 법률개정촉구선언등 변형판결의 형식 등이 있다.<sup>19)</sup>

④ 위헌결정서의 송달 ; 헌법재판소는 결정일로부터 14일 이내에 결정서정본을 제청한 법원에 송달한다. 이 경우 제청한 법원이 대법원이 아닌 경우에는 대법원을 거쳐야 한다.

---

19) 상세한 것은 황우려, 법률에 대한 위헌결정의 형식-변형판결, 본서, 참조.



## (6) 위헌결정의 효력

① 위헌결정의 공시 ; 헌법재판소의 중국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다(법 제36조 5항).

② 위헌결정의 효력 ; 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.<sup>20)</sup>

이것을 말하여 일반적 효력이라고 한다. 사법심사제하에서는 구체적으로 적용거부밖에 할 수 없는데 대하여 헌법재판소의 결정은 일반적 효력을 가짐으로써 명확성을 부여한 것이 장점이라고 하겠다. 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다. 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다(법 제47조).

## 2. 위헌법률심사형헌법소원심판권

### (1) 의 의

---

20) 위헌법정의 효력에 관하여 상세한 것은 계획열, 법률에 대한 위헌판결의 효력, 본서, 참조.

헌법재판소법은 제68조 2항에서 법원에서 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 당사자는 헌법소원심판을 제기할 수 있게 하고 있다. 이를 위헌법률심사형헌법소원이라고 한다. 이 밖에도 법률이 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 법률에 대한 헌법소원을 할 수 있다. 이 법률에 대한 헌법소원은 기본권구제를 위한 것이기는 하나 그 본질에 있어서는 위헌법률심사라고 할 수 있다.

② 헌법소원의 법적 성격 ; 헌법소원제도는 개인의 기본권침해를 제소요건으로 하는 점에서 개인의 기본권보장제도이지만, 한편 객관적인 헌법질서유지기능도 가지고 있는 점에서 헌법보장제도로서 중요하다. 특히 우리나라에서는 헌법재판소법이 법률의 위헌제청신청이 기각된 경우에도 헌법소원을 할 수 있게 규정하여 위헌법률심사형 헌법소원은 객관적 헌법보장의 성격이 농후하다.

## (2) 헌법소원의 제기

① 헌법소원의 제기권자 ; 헌법소원은 원래 개인의 기본권을 보장하기 위한 특별한 권리구제수단으로서 인정된 것이기 때문에 헌법소원의 제기권자는 모든 피해국민이다. 국가권력의 작위에 의하여 국민의 기본권이 침해된 경우에 피해국민은 헌법소원을 제기할 수 있다.

헌법재판소법은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외

하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(법 제68조)고 규정하고 있다.

② 헌법소원의 대상 ; 사법부의 판결에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 없으나, 사법부의 결정에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있는 경우가 있다. 법률의 위헌여부심판의 제청신청 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법소원 청구를 할 수 있다. 입법부의 작위나 부작위에 의하여 국민의 기본권이 침해된 경우에도 헌법소원을 제기할 수 있고 행정부의 작위 또는 부작위에 의하여 국민의 기본권이 침해된 경우에도 헌법소원을 제기할 수 있다. 검찰권의 부적정한 행사나 불행사에 의하여 국민의 기본권이 침해된 경우에도 헌법소원을 제기할 수 있다. 통치행위에 의한 기본권침해의 경우에도 헌법소원을 제기할 수 있다.

③ 다른 구제절차의 경유 ; 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다(법 제68조 단서). 이는 헌법소원이 최종적인 구제수단인 점을 감안하여 법률이 정한 다른 구제절차를 모두 거친 뒤에야 할 수 있게 한 것이다. 이를 보충성의 원칙이라고 한다. 다른 법률에 구제규정이 없는 경우에는 직접 헌법소원을 제기할 수 있다.

④ 청구기간 ; 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다(법 제69조).

문제는 법률에 대한 위헌심판의 청구기간에 구애를 받지 않는다고 보는 것이 옳다.

⑤ 청구서의 기재사항 ; 헌법소원의 심판청구서에는 i) 청구인 및 대리인의 표시, ii) 침해된 권리, iii) 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사, iv) 청구이유, v) 기타 필요한 사항이 기재되어야 한다.

헌법소원의 심판청구서에는 대리인의 선임을 증명하는 서류 또는 국선대리인 선임통지서를 첨부하여야 한다(법 제 71조).

### (3) 헌법소원의 심판

① 서면심리의 원칙 ; 헌법소원 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·리익관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(법 제30조 2항). 이 경우에 구술심리는 공개한다.

② 대리인소송의 원칙 ; 헌법소원을 제기하는 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 청구를 할 수 없으며 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다(법 제25조).

③ 국선대리인제도 ; 헌법소원심판을 청구하고자 하는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다. 헌법재판소는 신청이 있는 때에는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 변호사 중에서 국선대리인을 선임한다

(법 제70조). 국선대리인에 대하여 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 국고에서 그 보수를 지급한다.

④ 헌법소원의 사전심사 ; 헌법소원이 헌법재판소업무를 과중하게 할 우려가 있어 그 부담을 경감시키기 위하여 사전심사를 통하여 이를 거르기 위한 지정재판부를 두고 있다. 헌법재판소장은 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다. 지정재판부에는 상임재판관 1인이상이 포함되어야 한다(법 제72조).

⑤ 심판청구각하 ; 지정재판부 재판관전원이 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다. 각하할 수 있는 경우는 i) 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 아니하거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우, ii) 청구기간이 경과된 후 헌법소원심판이 청구된 경우, iii) 대리인의 선임 없이 청구된 경우, iv) 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우이다. 지정재판부는 헌법소원을 각하한 경우, 그 법정일로부터 14일 이내에 청구인 또는 그 대리인 및 피청구인에게 그 사실을 통지하여야 한다(법 제73조).

⑥ 이해관계기관 등의 의견제출 ; 헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다. 헌법소원이 재판부에 심판회부된 때에는 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 그 제청서의 등본을 송달한다.

#### (4) 헌법소원의 인용결정

① 헌법소원인용의 결정정족수 ; 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(제 113조 1항).

② 인용결정내용 ; 공권력의 행사 또는 불행사에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에서 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다. 이 경우 헌법재판소는 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다.

③ 법률의 위헌결정 ; 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선언할 수 있다. 위헌법률심사제청이 기각되어 헌법소원을 제기한 헌법소원의 인용의 경우에는 위헌법률심판절차를 준용한다.

#### (5) 인용결정의 효력

① 헌법소원인용결정의 효력 ; 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

② 처분의무 ; 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌

법소원을 인용한, 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.

③ 재판에 대한 재심청구 ; 위헌법률제청에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다. 이 경우 형사사건에 대하여는 민사소송법의 규정을 준용한다.

## (6) 헌법소원심판의 비용

① 공탁금 ; 헌법재판소의 심판비용은 국가부담으로 한다. 헌법소원심판의 청구인에 대하여는 헌법재판소규칙으로 정하는 공탁금의 납부를 명할 수 있다. 이는 헌법소원의 람소를 예방하기 위한 것이다.

② 공탁금의 국고귀속 ; i) 헌법소원 심판청구를 각하할 경우와 ii) 헌법소원의 심판청구를 기각하는 경우에 그 심판청구가 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있다(헌재법 제37조 3항).

## 제사절 결 어

오스트리아와 서독의 헌법재판소는 그 동안의 재판활동을 통하여 헌법의 보장기구, 국민의 기본권수호기구로서 중요한 역할을 담당하여 왔다. 특히 서독의 헌법재판소는 동서

독기본조약에 관한 합헌판결 등을 통하여 국민의 관심을 집중시켰고, 국세조사판결에서 정보에 대한 자기결정권을 도출해 내는 등 기본권보장에도 중요한 역할을 하고 있다.

서독의 헌법재판소는 국민의 존경을 받고 있으며 가장 중요한 헌법기관으로 인정되고 있다. 특히 민주정치의 교육자, 감시자로서의 역할을 다하고 있어 세계 여러나라의 헌법재판소의 모범이 되고 있다.

우리나라의 헌법재판소는 성립후 2년 밖에 되지 않았으나 그 동안 소송촉진등에 관한 특례법 제6조 1항에 대한 위헌결정과 사회보호법 제5조의 위헌결정, 국회의원선거법의 기탁금몰수규정등에 대한 재판등을 통하여 그 존재의의를 밝혔다.

헌법재판소가 헌법의 규범력을 담보하여 립헌주의 보루가 될 것을 기대해 마지 않는다. 헌법에 따른 정치 즉 립헌정치의 확립을 위하여 헌법재판소가 크게 기여할 것을 믿어 마지 않으며 일천한 헌법재판소의 앞날에 보다 큰 성원을 보내야 할 것이다. 헌법재판소의 기본권보장을 위한 건투를 바라면서 자중자애하기를 바란다.

나아가 헌법재판소가 제 기능을 발휘할 수 있도록 재판도 헌법소원의 대상이 되도록 해야 할 것이며 재판소구성이나 변호사강제주의 문제 등도 전진적으로 법률을 개정해야 할 것이다.



# 제이장 프랑스의 사전적·예방적 위헌 법률심사

조 병 윤

(명지대 교수, 법박)

## 제일절 헌법평의회의 지위와 권한

### I. 헌법평의회의 지위

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

프랑스 제5공화국 헌법은 주지하는 바와 같이, 제3·4공화국의 불안정했던 의원내각제의 경험에 비추어 「드골」의 리상에 따라 국민적 지지에 의한 행정부의 안정을 기초로 국가발전과 국민주권의 현실화를 기하려는데 그 주안점이 있다. 헌법평의회는 이러한 동헌법의 기본골격을 유지·보장하기 위한 제도적장치로 고안된 것이다.

프랑스 제 5공화국 헌법의 제정자들은 헌법평의회를 동헌

법상의 정치체제 보장기관으로서 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) 헌법평의회는 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

헌법평의회 출범초기에는 정치적기관으로서 성격을 가진다는 주장이 강하였으나, 1974년 제소권자 개혁 등에 의해 많은 위헌법률심사 판례를 내었고, 그 판결은 일반 사법부와 국사원 기타 국가기관이 존중하지 않을 수 없게 구속력

을 가지게 됨으로써 오늘날은 외국의 헌법재판소와 같이 사법기관으로서의 지위를 확립하였다.

## Ⅱ. 헌법평의회 의 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 맡겨져 있다.

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

현재까지는 대통령이 지명한 3인의 헌법재판관중에서 소

---

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

장을 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, Lecourt 재판관은 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)

---

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

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

이러한 선서는 대통령이 헌법체제의 수호자로 상정되어 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 8일 내에 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 8일 내에 선택할 수 있다. 이 경우 헌법재판관이 그 직을 사임한 경우에는 새 재판관이 그 잔임임기로 임명된다.

### Ⅲ. 헌법평의회의 권한

헌법평의회의 제 권한은 여러 가지 기준에 따라 분류할 수 있으나 국가의사 결정 체제를 기준으로 하여, 자문기관으로서의 권한, 행정기관으로서의 성격을 띠는 권한, 사법기관으로서의 권한으로 나누어 볼 수 있다.

#### 1. 자문기관으로서의 권한

1. 공개자문 : 헌법16조의 비상조치권 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

## 제이절 사전적 · 예방적 위헌심사의 종류와 내용

### I . 헌법평의회의 위헌심사권의 제5공화 국 헌법상 의의

1958년 프랑스 제5공화국 헌법제정자들이 헌법평의회를 창설한 가장 중요한 목적은 헌법이 명시적으로 그리고 제한적으로 의회에 부여한 권한 이외의 권한을 의회가 행사하는 것을 방지하기 위한 것이었다. 그러나 실제에 있어서는 이러한 의회 통제는 정부에 대해서도 일정한 통제를 하도록 하는 계기가 되었다. 왜냐하면, 첫째로 대부분의 법률은 정부의 제안에 의해 제정된다는 점이다.

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

## Ⅱ. 프랑스 제5공화국 헌법상 위헌심사의 범위와 태양

위헌심사는 헌법평의회에 주된 활동이다. 헌법평의회가 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 법규범의 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 심사

### 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

법률은 공포됨으로써 확정 시행된다.

우리나라를 포함하여 각국의 위헌법률심사권은 공포된 이

후의 법률을 그 심사 대상으로 하는데 대하여, 프랑스에 있어서는 공포 이전 단계에 사전적 예방적으로 위헌심사를 하는데 그 독창성과 특색이 있다.

그것은 프랑스에서는 장작크·루소의 사상을 기초로 대혁명 이후 “법률은 일반의사의 표현이다”(La loi est l'expression de la volonté générale)라는 사상에 의해 공포된 이후의 법률이 잘못되었다는 것은 그들의 사상에 맞지 아니하였기 때문이다.

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

프랑스에 있어서도 헌법 제37조 제2항의 사후적 위헌법률심사 경우도 있지만 그것은 예외적인 특수 경우이고, 일반적으로 모든 법률의 위헌심사는 공포 이전 단계에서 행하여진다.

### Ⅲ. 법률안 제안 단계의 위헌심사(헌법 제 41조)

#### 1. 제안단계의 위헌심사의 의의

헌법 제41조는 다음과 같이 규정하고 있다.

「입법절차에 있어서 어떤 법률안(proposition : 의회제안의 법률안)이나 개정법률안이 법률의 영역이 아니거나 혹

은 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 결정한다」

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

## 2. 제안단계의 위헌심사를 하게 된 필요성

프랑스 제5공화국 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 제34조는 의회가 법률로 정할사항을 열거하고 있다. 여기에 열거된 사항이 법률사항이다. 의회는 국민대표기관이기 때문에 세계 각국은 의회의 입법권에 관하여 개괄주의를 취하고 있는 것과 다르다. 프랑스 제5공화국 헌법이 이와 같아 의회의 가장 중요하고 본질적인 입법권을 특이하게 제한하고 있는 이유는 바로 제5공화국 헌법의 제정이유에서 나오는 것이다.

프랑스 제5공화국 헌법은 한마디로 제3·제4공화국의 의원내각제하에서 의회가 지나치게 강한 권한을 행사하여 약

체 행정부는 특히 제4공화국 기간동안 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 헌법평의회 창설의 기본적 동기이기도 하다.

헌법 제37조 제1항은 의회 입법사항의 열기주의의 취지를 이어 받아 「법률의 영역이 아닌 사항은 명령 사항에 속한다」고 규정하여 오히려 명령사항을 개활적으로 확장하는 세계유례가 없는 입법과정 체제를 만들었다.

그리하여 제5공화국 헌법 발효이전의 의회제정의 법률이 이러한 명령사항에 속하는 경우에는 국사원(Conreil d'Etat)의 의견을 청취한 후 행정부의 명령(décret)에 의하여 수정된다.(헌법 제37조 제2항 전단) 제5공화국헌법 발효이후에 제정되는 법률에 대하여는 헌법평의회가 명령사항이라고 선언하는 경우에 한하여 정부의 명령(décret)에 의해 수정될 수 있다.(헌법 제37조 제2항 후단) 이 경우는 뒤에 보는 바와 같이 법률공포이후의 위헌법률심사에 해당한다. 헌법 제37조 제2항에 의한 헌법평의회 결정예는 1959년 11월 27일자 파리지역의 교통조직에 관한 결정이라 1985년 8월 8일의 사회보장 제도에 관한 제 법률에 대한 결정까지 총133건에 이른다.<sup>3)</sup>

## 2) 불가수리항변에 대한 처리

### ① 불가수리항변의 제기자.

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

### ② 불가수리항변 제기의 효과.

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

### ③ 의장의 결정의 효과.

양원중 법률안이 계류중인 의회(국민의회 또는 상원)의 의장이 정부의 불가수리항변을 받아들인느냐 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 제소하게된다.

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

---

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

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

## IV. 국회에서의 의결후 공포전의 법률에 대한 위헌심사

### 1. 당연(자동)위헌심사와 제청에 의한 위헌심사

제5공화국 헌법 제61조 제2항에 의해 일반법률은 공포전에 헌법평의회 위헌심사를 받을 수 있다. 조직법과 국회법은 그 중요성이 크기 때문에 필수적으로 헌법평의회 위헌심사를 거쳐 합헌이라는 판결을 받은 후에야 공포되고 효력을 발생하여 적용하게 되는데 대하여 일반법률(*loi ordinaire*)은 헌법평의회 위헌심사가 필수적은 아니고 일정한 제소가 있어야 된다. 제소권자의 위헌심사 제청이 없으면 그대로 공포하여 적용하게 되며, 일단 공포되고 나면 법률로 성립되므로 이후에는 예외적인 헌법 제37조 제2항의 사후적 위헌심사 경우 이외에는 위헌심사의 길이 없다. 조직법과 국회법도 합헌으로 인정되어 공포되고 나면 다시는 위헌심사의 길이 없게 된다. 공포후의 법률에 어떤 문제

가 있다면 국회에서 개정하는 수밖에 없다.

국회법과 조직법은 그 중요성에 비추어 공포전에 당연히 위헌심사를 거쳐야 하기 때문에 이를 자동적사전위헌심사 또는 당연위헌심사라고 할 수 있다.

## 2. 자동적 사전 위헌심사

국회법과 조직법(loi organique)에 대한 공포전의 자동위헌심사제는 프랑스 제5공화국 헌법제정자들이 헌법에 의해 의회를 합리적 통제범위내에 두려고 한 의지의 표현이다. 즉 의회의 입법권이 헌법이 정한 카테고리(헌법 제34조의 입법사항)내에서 행사되고 있는가를 감독하기 위한 것이다.

특히 조직법은 헌법을 보충하는 중요한 법률이기 때문에 항상 헌법평의회의 위헌심사를 자동적으로 받도록 하였다.

### (가) 조직법의 의의와 특성

조직법이라 함은 헌법에 의해 조직법이라고 정하여진 법률을 말한다. 제 3·제4공화국에 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 제안접수된 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, 헌법평의회의 합헌성심사를 필수적으로 거치게 되어 있는 조직법의 규율대상은 다양하고 중요하고 풍부한 사항에 걸쳐 있다.

1983년까지 43회 조직법위헌심사를 하였다. 조직법의 헌법평의회의 당연 위헌심사의 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 국민주권이 직접표현된 것이라는 이유로 위헌심사를 거부했다. 그러나 Burdeau는 이 판결에 반대 입장을 취하였다. Burdeau에 의하면 국민의 역할은 주권자로서의 역할과 통치자(gouvernant : 우리 나라의 주권 행사 기관으로

서의 국민)로서의 역할로 나눌 수 있고, 국민투표에 의한 조직법 제정은 후자이므로 당연히 위헌심사를 하여야 한다고 보았다.

#### (다) 위헌심사의 전제로서의 조직법의 범위확정

##### ① 범위확정의 필요성

조직법의 위헌심사에 있어서는 문제된 법률이 과연 조직법(*lois organiques*)에 속하느냐 하는 것이 가장 기본적으로 중요한 문제로 된다.

왜냐하면 조직법에 속한다면 자동위헌심사를 받게 되지만, 조직법이 아니라고 인정되는 때에는 그 법률은 일반법률(*lois ordinaires*)이므로 제소권자의 위헌심사 제청이 있어야 되기 때문이다. 따라서 조직법의 범위확정이 사전적 위헌심사 실시에 관하여 필요하다.

조직법은 다음과 같은 세가지 조건을 갖추었을 때 조직법으로 인정된다.<sup>4)</sup>

첫째 헌법이 조직법으로서의 특성을 부여한 법률이다(헌법 제46조 제1항). 이 조건은 법률의 목적(*lobjet*)에 따라 조직법여부를 판정하는 기준이 된다.

둘째, 조직법은 헌법 제46조의 여타조항에 의한 특별 절차에 따라 제정되거나 개정된 법률이다. 이 두 번째의 조건은 법률제정의 형식 내재 절차에 따라 조직법여부를 판정하는 기준이 된다.

셋째, 조직법은 헌법평의회가 합헌이라고 선언한 법률이

---

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

다.

조직법은 헌법이 조직법에 의해 규율할 것을 요구하는 제 사항에 대해서만 규정하여야 한다. 그 결과 다음과 같은 매우 중요한 점이 귀결된다. 즉 어떤 법률이 헌법 제46조의 특별입법절차(조직법 제정절차)에 따라 제정되었다 하더라도 그 규율대상인 사항(matière)에 대하여 헌법이나 조직법이라고 규정하지 아니한 법률은 조직법으로서의 특성과 특별대우를 받을 수 없다.<sup>5)</sup> 그렇다면 이러한 법률은 헌법위반(법률제정절차에 관한 헌법위반)이라고 보아야 할 것인가? 헌법평의회는 이러한 법률이 위헌무효가 아니라 일반법률(loi ordinaire)로서의 효력을 가진다고 그 합헌성을 인정하고 있다. 헌법평의회는 대통령선거법에 대한 1976년 1월 28일 결정은 이것을 잘 설명해 주는 판례이다.<sup>6)</sup>

이와 같이 헌법 제46조의 특별절차에 의해 제정된 법률은 비록 헌법상의 조직법 사항이외의 사항을 규정하고 있는 경우라도 조직법과 같이 자동위헌심사를 받게 되며, 다만 일반법률의 자격으로서(au titre de loi ordinaire) 위헌심사를 받게 된다.<sup>7)</sup>

### 3. 제소에 의한 사전위헌심사

---

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

6) François Luchaire, op.cit., p. 121

7) Ibid.

## 1) 의 의

국회법과 조직법 이외에 일반법률(les lois ordinaires)에 대하여는 제소권자의 제소가 있지 아니하면 사전적·위헌심사를 할 수 없다. 따라서 대통령은 국회를 통과한 법률을 그대로 공포하여 시행하게 된다. 일단 공포되고 나면, 프랑스에는 사후적 위헌심사는 뒤에서 보는 극히 예외적인 경우에만 인정되므로, 만약 공포이후 시행과정에 문제가 생기면 국회의 법률개정에 의해 시정할 수밖에 없다. 이러한 점에서 최근에는 공포이후에도 위헌심사를 할 수 있도록 하자는 학자들의 주장이 대두되고 있다.

사전적 예방적 위헌심사에 의한 위헌판결의 효력은 즉각적이고 철저하게 나타난다고 할 수 있다. 헌법 제62조는 “헌법평의회에서 위헌이라고 선고한 법률규범은 공포되거나 시행될 수 없다”고 규정하고 있기 때문이다.

## 2) 제소권자

일반법률의 공포전에 행하여 지는 사전적 예방적 위헌심사에 있어서는 누가 제소권을 행사할 수 있는가가 매우 중요한 관건이 된다. 1958년 위헌평의회가 창설된 이래 이 제소권자가 대통령, 수상, 국민의회(하원)의장, 상원의장으로 한정되어 있었다. 이들은 모두 이른바 집권여당에 속하는 사람들이었으므로, 자신들의 정당이 의회 다수파이기 때문에 국회를 통과한 법률을 위헌이라고 다시 다투는 일은 성질상 드물게 된다. 그러나 1974년 개정에 의해 60인 이상의 상원의원도 헌법평의회에의 위헌심사 제소권을 가

지게 되자, 이제 야당의원들이 다수당에 의해 국회를 통과한 법률의 위헌문제를 제기하는 일이 빈번하게 되었다. 이것이 프랑스의 사전적·예방적 위헌심사를 활성화하는 계기가 되었다.

1974년 이전까지는 위헌평의회의 지위에 대해서도 정치적 기관으로서의 성격을 강조하는 학자들이 많았으나, 1974년 이후에는 많은 위헌판결에 의해 법적 헌법재판기관 즉 사법적기관으로서의 성격을 강조하게 되었고, 오늘날에는 헌법평의회는 독일의 연방헌법재판소와 마찬가지로 사법적기관으로서의 지위가 확립되었다. 오늘날 헌법평의회의 판결이 일반법원과 대법원(과회원 : Cour de cassation) 및 최고행정 재판소인 국사원(Conseil d'Etat)의 판결에까지 구속력을 가지게 된 점에서 그 사법기관내지 헌법재판소로서의 지위는 확립되어 있음을 알 수 있다.

1974년 이래 60인의 국민의회 의원과 60인의 상원의원의 제소에 의한 사전적·예방적 위헌심사의 통계는 이러한 상황을 뒷받침해 주고 있다.

1974년이래 1988년까지 헌법평의회에 제소된 위헌심사사건 190건에 대한 통계를 보면 다음과 같다.

1974년이래 헌법평의회의 위헌심사 건수

년도	위헌심사제청건수	결정(판결)건수
1974 .....	1 .....	1
1975 .....	5 .....	5
1976 .....	4 .....	4
1977 .....	10 .....	8
1978 .....	11 .....	9
1979 .....	11 .....	6
1980 .....	15 .....	10
1981 .....	13(1981년 5월10일 미테랑 의 대통령 당선이후 9건)	8(5월10일이후6건)
1982 .....	24	18
1983 .....	13	9
1984 .....	22	15
1985 .....	22	15
1986 .....	23(시락의 동거체제를 출범 시킨 1986년3월16의 총선이 후 18건)	17(3월16일의총선후14 건)
1987 .....	11 .....	10
1988 .....	5 .....	4
계	190건	137건

3) 제소에 의한 사전적·예방적 위헌심사의 내용 및 판결주문 분석(1974~1988년)(60명의 의원이 제소한 사건의 분석)

헌법평의회의 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
1974년12월30일	1975년도 예산법	1974년 12월 20일 60 명의 사회당(P. S.) 의원이 제소함.	동법중 1개 조문이 헌법에 합치하 지 않는다고 선고 됨.

헌법평의회의원 결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자 와 제소자	위헌심판의 판결주문
1975년1월15일	자발적 임신중절에 관한 법률	1974년12월20~30 일 60명의 의원이 제소함.	동법률은 헌법에 위반되지 아니한 다고 선고함.
1975년7월23일	형사소송법의 특정 규정의 보충법률	1975년6월30일 60 명의 상원의원이 제소함.	1개 조문이 위헌 이라고 선고됨.
1975년7월23일	영업감찰을 폐지하 고 영업세를 심철하 는 법률	1975년 6월30일60 명의 사회당(P.S) 의원이 제소함.	동법률은 합헌이 라고 선고됨.
1975년12월30일	1976년도 예산법	1975년12월18일 60 명의 사회당의원이 제소함.	동법률은 헌법 위반이 아니라고 선고됨.
1975년12월30일	꼬모르(Comeres) 군 도의 자결에 관한 법률	1975년12월17일 60 명의 사회당의원이 제소함.	동법률은 헌법에 위반되지 아니한 다.
1976년7월15일	공무원의 일반적 지 위에 관한 1959년2 월4일자 법률명령의 수정에 관한 법률	1976년7월2일 60명 의 사회당의원이 제소함.	동법률은 합헌이 라고 선고됨.
1976년11월8일	교통사고 방지책 개 발에 관한 법률	1976년10월20일60 명의 R.P.R의원이 서명하여 1976년10 월29일헌법평의회 사무처에 접수됨.	60명의 의원의 위헌심판 제소는 그들의 서명 시 점이 동법의 의 회통과(양원의 가결)이전에 이 루어졌기 때문에 부적법 각하한다.
1976년 12월2일	교통사고 방지책 개 발에 관한 법률	1976년11월9일 60 명의 R.P.R의원이 제소 함.	동법률은 헌법평 의회가 제시한 조건하에서 헌법 에 위반하지 아 니한다.
1976년12월28일	1977년도 예산법	1976년 1월 9일 60 명의 사회당의원과 R.P.R의원이 제소함	3개조문이 위헌 이라고 선고됨.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
1977년1월12일	정부가 법률명령 (osdonance)에 의 해 Afars 및 Issas 지방 의회선거구를 재 조정할 수 있도 록 한 법률	1976년12월16일 60명의 사회당원이 제소함.	동법은 합헌이라 고 선고됨.
1977년1월12일	형사범죄수사나 방 지를 위한 자동차 수색에 관한 법률	1976년12월21일 60명의 사회당원이 위헌제소 하고, 다시 익일인 1976년12월22일 60명의 공산당원이 위헌 제 소함.	동법의 유일주문 이 헌법에 위반 된다고 선고됨.
1977년7월5일	청소년의 취업증진 을 위한 제규정을 담고 있고, 또 사회 보장제도의 일반화 를 위한 1975년7월 4일자 법률을 보완 하는 법률	1977년6월24일 60명의 사회당원이 제소함.	동법은 합헌이라 고 선고됨.
1977년7월20일	1961년 추가 경정 예산법 제4조의 소 급적 수정법률	1977년7월1일 60명의 사회당원과 1977년7 월8일 60명의 공산당 원이 제소함.	동법은 합헌이라 고 선고됨.
1977년7월20일	시·읍·면 간 협 동에 관한 지방자 치법 제규정의 보 완법률	1977년6월29일 60명의 사회당원이 제소함.	60명의 의원의 위헌심판 제소는 부적법하여 수리 할 수 없다.(각 하)
1977년11월23일	교육의 자유에 관 한 1971년 6월1일 의 법률에 의해 수 정된 1959년12월31 일의 법률에 대한 보충법률	1977년10월27일 60명의 상원의원이 제소함.	동법은 합헌이라 고 선고됨.
1977년12월30일	1977년의 추가경정 예산 최	1977년12월22일	동법은 헌법에 위



헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자 제소자	위헌심판의 판결주문
	종법률	60명의 사회당의원이 제소함.	반되지 아니한다.
1977년12월30일	1978년 예산법률	1977년12월22일60명의 사회당의원이제소함.	동 법은 헌법에 위 반되지아니한다.
1978년1월18일	시간급·일급제를 월 급제로 변경하는 법률 및 협정절차에 관한 법률	1977년12월27일60명의 사회당의원이제소함.	합헌판결
1978년1월8일	국가와 사범농업학교 와의 관계에 관한 1960년8월2일자 의 보충법률	1977년12월25일60명의 사회당의원이 위헌제 소	법률 전체의 위헌 판결
1978년4월29일	국제통화기금(IMF)에 대한 프랑스의 할당액 증액에 관한 법률	1977년12월22일60명의 사회당의원이제소함.	위헌판결
1978년7월27일	대학교육과 농업직업 교육에 관한 1960년8 월2일의 법률 제7조 제규정의 보충법률	1978년7월1일 60명의 사회당 상원의원 및 60명의 사회당 국 회(하원)의원이 제소함.	동 법률 중 2개 항 이 헌법에 위 반된다고 선 고됨. 합헌 이라고 선 고됨.
1978년7월27일	라디오나 텔레비전 방송에 관한 1974년8 월7일자 법률의 보충법 률	1978년7월7일 60명의 사회당 국회의원이 제소함.	동 법률은 합헌이 라고 선고됨.
1978년7월27일	사법경찰과 배심제에 고나한 형사소송절차 의 개혁에 관한 법률	1978년7월12일 60명의 상원의원이 제소함.	합헌판결
1978년11월22일	형사소송법 일부규정 의 개정법률	1978년10월27일 60명 의 사회당의원이 제 소함.	동 법은 합헌 이라고 선고됨.
1978년12월29일	1979년도 예산법률	1978년12월15일 60명 의 공산당의원이 제 소함.	동 법은 헌법에 위반되지 아니 한다.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자 와 제소자	위헌심판의 판결주문
	하는법률	원과 1979년12월22 일 상원의원이 제 소함.	
1980년1월9일	프랑스 입국·체류 에 관한 1945년11 월2일 법률명령 (ordonnance)을 개 정하고 국적이민국 을 설치하는 불법 적 이민 방지법	1979년12월12일 60 명의 사회당의원과 1979년12월14일 60 명의 공산당의원이 제소함.	1개조문이 헌법 에 위반된다고 선고되고, 그 외 의 규정은 헌법 위반이 아니라고 선고됨.
1980년1월9일	지방직 접교부금의 조정에 관한 법률	1979년12월28일 60 명의 공산당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.
1980년7월1일	농업진흥법	1980년6월5일 60명 의 사회당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.
1980년7월17일	1959년4월2일의 사범죄에 관한 프랑스·독일 1959년4월2일의 법협정에 대한 가협정의 기준을 허용하는 법률	형프 간사 추을 1980년6월20일 60 명의 공산당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.
1980년7월17일	1968년11월12일의 고등교육진흥법의 개정법률	1980년 6월30일 60 명의 공산당의원과 1980년7월4일의 60 명의 사회당의원이 제소함.	동법은 헌법위반 이 아니라고 선 고됨.
1980년7월22일	원자력의 보호와 통제에 관한 법률	1980년6월26일 60 명의 공산당의원과 1980년6월26일 60 명의 사회당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.
1980년7월22일	행정행위의 효력에 관한 법률	1980년6월30일 60 명의 상원의원과 1980년7월4일 60명 의 공산당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.

헌법평의회 의결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
1979년12월29일	1978년도 예산의 소금법률	1978년12월21일 60명의 사회당의원과 1978년12월22일 60명의 공산당의원이 제소함.	동법은 헌법에 위반되지 아니한다.
1979년1월17일	노사위원회에 고나한 노동법 제5편 제1장 제규정의 개정 법률	1978년12월21일 600명의 사회당의원과 1978년12월22일 60명의 공산당의원이 제소함.	2개의 문장이 헌법에 분리가능한 여타 규정은 헌법에 합치한다.
1979년5월23일	N o u v e l l e Calédonie(남태평양의 불령)의 지방의회와 지방정부의 선거법을 수정하고 국가의 기술·재정지원의 일반적 규율을 확정하는 법률	1979년5월11일 60명의 사회당의원(국민의회 : 하원), 1979년5월16일 60명의 사회당 상원의원 및 1979년5월23일 60명의 상원의원이 각각 제소함.	동법은 헌법에 합치한다.
1979년7월12일	국도나 지방도로들을 연결시키는 일정한 토목공사에 관한 법률	1979년7월1일 60명의 사회당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다.
1979년7월25일	라디오나 텔레비전 방송에 있어서 노동의 합목적 중단의 경우, 방송의 공공기능(공역무)의 계속성에 관한 1974년 8월7일자 법률 제규정의 개정법률	1979년6월28일 60명의 사회당의원과 1979년7월6일 60명의 상원의원이 제소함.	3줄의 문장이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 여타의 규정은 합헌이라고 선고됨.
1979년12월24일	1980년도 예산법률	1979년12월20일 60명의 사회당의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨.
1979년12월30일	정부로 하여금 1980년중 특별조세징수의 계속을 허용	1979년12월22일 60명의 공산당의	동법은 헌법에 합치된다고 선고됨.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자 와 제소자	위헌심판의 판결주문
			기타 조항은 헌법에 합치한다.
1981년12월16일	대륙붕의 광물자원의 탐사와 개발에 관한 법률	1981년11월26일 60명의 R.P.R.의원이 제소함.	동법을 프랑스 해외령에 적용시키게 하는 규정들은 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 기타 규정은 헌법에 합치한다.
1981년12월30일	1982년도 예산법	1981년 12월 19일 60명의 R.P.R.의원과 1981년 12월 22일 60명의 U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1981년12월31일	1981년도 예산에 대한 제4차 소급예산법	1981년 12월 23일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법중 2개 조문은 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 그외 조항은 합헌이라고 선고됨.
1981년12월31일	1981년도 예산에 대한 제4차 소급예산법	1981년12월23일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1982년1월 5일	헌법 제38조(법률명령을 위한 채권법률)에 의해 정부가 사회질서유지를 위한 조치를 취할 수 있게 한 법률	1981년12월23일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1982년1월 16일	국유화법	1981년12월18일 60명의 상원의원과 1981년12월 19일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이	동법중 6개 조문이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 그 중 3개조문은 동법전체

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
		이 제소함.	와 분리할 수 없 기 때문에 이로 공포될 수 없 었다.
1982년1월16일	국유화법(1월16일 위헌판결을 받은 조항을 헌법평의 회결의대로 수정 한 것)	1982년2월5일 60명 의 R.P.R.의원이 제 소함.	동법은 「헌법에 합치한다」고 선 고됨.
1982년2월25일	「콜시카」 지역 특별지위에 관한 법률	1982년2월5일 60명 의 R.P.R.의원과 1982년2월5일 60명 의 상원의원이 제 소함.	동법은 「헌법에 위반되지 아니 한다」고 선고됨.
1982년2월25일	시·읍·면과 도 및 광역지역 (région)의 권리와 자유에 관한 법률	1982년1월28일 과 1982년2월4일에 60 명의 R.P.R.의원과 1982년1월28일 60명 의 상원의원이 제 소함.	동법중 5개 조 항에 포함된 구 문들은 헌법에 합치한다고 선 고됨. 기타 조 항은 헌법에 합 치한다.
1982년6월28일	1982년도 예산 에 대한 소급예 산법	1982년6월18일 60명 의 R.P.R.-U.D.F.의 원이 제소함.	동법은헌법에 합치한다고 선 고됨.
1982년7월27일	방송법 -시청각방송(라 디오·TV)법률	1982년7월8일 60명 의 상원의원과 1982년7월13일 60명 의 R.P.R.-U.D.F. 의원이 제소함.	4개 그룹의 단 어들이 헌법에 합치한다고 선 고됨. 나머지 조항은 헌법에 합치한다.
1982년7월27일	국토계획의 개 척에 관한 법률	1982년7월12일 60명 의 R.P.R.-U.D.F. 의원이 제소함.	동법은헌법에 합치한다고 선 고됨.

헌법평의회의 결의 일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자 와 제소자	위헌심판의 판결 주문
1984년1월 20일	지방공공기관의 지위에 관한 법률	1983년12월23일60 명의 R.P.R.-U.D.F.의 원이 제소함.	동법중 4개의 항 과 1개의 조문이 헌법에 위반된다 고 선고됨.기타규 정은 헌법에 합치 된다.
1984년2월 28일	기업의 제난관의 방지와 우호적 규율에 관한 법 률	1984년2월10일60 명의 상원의원이 제소함.	동법중 1개조문 이 헌법에 위반된 다고 선고됨.기타 규정은 헌법에 합 치된다.
1984년6월 4일	정부가 헌법 제38조에 의해 재정상의 제 조치를 취할 수 있도록 허용한 1984년5월22일 법률적적 용(ordonnance)의 승인에 관한 법률	1984년5월11일60 명의 R.P.R.-U.D.F.의 원이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1984년7월 25일	라디오·TV방송에 관한 1982년 7월 29일의 법률 의 개정법률	1984년7월2일60명 의R.P.R.-U.D.F. 의원이 제소함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1984년7월 25일	불령 Guadeloupe, Juyane, Martinique 및 Reunion지역의 관할에 관한 법률	1984년7월2일60명 의 상원의원과 1984년7월2일60명 의R.P.R.의원이 제소함.	동법중 2개의조문 과 1개의 문장이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고 됨. 기타 조항은 헌법에 합치된다.
1984년7월 26일	유선라디오·TV방송시 설의 개발에 관한 법률	1984년7월2일60명 의 상원의원이 제 소함.	동법중 1개의 항 이 헌법에 위반된 다고 선고됨.기타 규정은 헌법에 합 치한다.
1984년7월 26일	농업경작 구조의 통제와 소	1984년6월30일,	동법은 헌법에 합

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
	의령과의 재정협약의 승인에 관한 법률	소함.	
1983년7월19일	1981년 예산에 대한 확정시행에 관한 법률	1983년7월1일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1983년7월20일	공공부문의 민주화에 관한 법률	1983년7월1일 60명의 상원의원과 1983년7월1일 60명의 R.P.R.의원이 제소함.	동법중 문장의 약간의 부분이 헌법에 위반된다고 선고됨. 기타규정은 헌법에 합치된다.
1983년12월29일	1984년도예산법	1983년1월20-21일 60명의 상원의원과 1983년12월22일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법중 2개의 문장이 헌법에 위반된다고 선고됨. 기타규정은 헌법에 합치된다.
1983년12월29일	1984년도 음료수의 가격에 관한 법률	1983년12월22일 60명의 상원의원과 1983년12월22일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1984년1월19일	금융기관의 활동과 통제에 관한 법률	1983년12월23일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1984년1월20일	고등교육(대학교육)에 관한 법률	1983년12월21일 60명의 상원의원과 1983년12월22일 60명의 U.D.F.의원이 제소함.	동법중 4개의 항과 1개의 조문이 헌법에 위반된다고 선고됨. 기타규정은 헌법에 합치된다.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상인 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
		이 제소함.	
1982년12월29일	1983년도 예산법	1982년12월20일60명 의R.P.R.-U.D.F.의원 이 제소함.	2개조문이 헌법에 위반된다고 선고 됨. 기타 조항은 헌법에 합치됨.
1982년12월30일	국내교통의 지도법 률	1982년12월18일60명 의R.P.R.-U.D.F.의원 이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1982년12월30일	1982년도 예산에 관한 소급예산법	1982년12월20~21일 60명의R.P.R.-U.D.F. 의원이 제소함.	2개조문이 헌법에 위반된다고 선고 됨. 기타 조항은 헌법에 합치됨.
1983년1월12일	「누벨·갈레도 니」섬 및 그 부속 도서와 불령「폴리 네시안」지역에 있 어서의 지방의회 선거에 관한 제규 정의 개정법률	1982년 12월 18일60 명의R.P.R.의원이 제 소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1983년1월14일	사회보장제도에 대 한 제조치에 관한 법률	1982년12월18일60명 의 상원의원과 1982 년12월18일60명의 R.P.R.의원이 제소 함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1983년5월28일	양로(노년)수당에 대한 제조치에 관 한 법률	1983년 5월11일 60명 의 상원의원이 제소 함.	1개조문이 헌법에 위반된다고 선고 됨. 기타 조항은 헌법에 합치됨.
1983년7월19일	누벨·갈레도니(남 태평양의 불령)와 그 부속도서의 해	1983년 6월30일 R.P.R.의원이 제	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.



헌법평의회 의판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판 결주문
1982년7월30 일	제상품가격과 소득에 관 한 법률	1982년7월21일60명 의R.P.R.-U.D.F.의 원이 제소함.	동 법 은 헌 법 에 합치한다고 선 고됨.
1982년10월 22일	개인의 대표기구의 개발 에 관한 법률	1982년10월15일 60 명의 상원의원이 제 소함.	동법중 1개조문 이 헌법에 합치 하지 아니한다 고 선고됨. 기타 조항은 헌법에 합치한다고 선 고됨.
1982년11월 10일	집단노동쟁의의 협상과 규율에 관한 법률	1982년10월15일 60 명의 상원의원이 제 소함.	동 법 은 헌 법 에 합치한다고 선 고됨.
1982년11월 18일	해외에서 프랑스인이 선 거인 명부에 등록하는 절차와 효과 등 지방의 회선거에 관한 선거법과 지방자치법의 개정법률	1982년10월23일60명 의R.P.R.의원이 제 소함.	동법중 1개조문 이 헌법에 합치 하지 아니한다 고 선고됨. 기타 조항은 헌법에 합치한다고 선 고됨.
1982년12월2 일	시·읍·면과 도 및 광 역지역의 권리와 자유에 관한 1982년3월2일의 법 률을 Guadeloupe, Guyane, Martinique 및 Réunion지역에 적용케 하는 법률	1982년11월23일 60 명의 상원의원과 1982년11월23일 60 명의 R.P.R.의원이 제소함.	동 법 은 헌 법 에 합치하지 아니 한다고 선고됨.
1982년12월 14일	사회보장제도의 일반적 인 조직체계의 제기구에 있어서의 집행부서의 구 성에 관한 법률	1982년11월25일60명 의 상원의원이 제소 함.	동 법 은 헌 법 에 합치한다고 선 고됨.
1982년 12월 28일	파리, 마르세이유, 리 및 시·읍·면가S의 동기구의 행정조직에 한 법률	1982년12월17일60명 의R.P.R.-U.D.F.의 원과 1982년12월 18일60명의 상원의 원	동 법 은 헌 법 에 합치한다고 선 고됨.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
	작지의 지위에 관한 법률	1984년7월4일 60 명의 상원의원이 제소함.	치한다고 선고됨.
1984년8월30일	불령 「폴리네시아」 지역의 지위에 관한 법률	1984년8월2일60명 의 R.P.R.의원과 1984년8월2일 60 명의 상원의원이 제소함.	동법중 1개의 항 이 헌법에 위반된 다고 선고됨.기타 규정은 헌법에 합 치한다.
1984년8월30일	불령 「누벨·칼레도 니」(Nouvelle Caledonie)와 그 부속 도서의 지위에 관한 법률	1984년8월2일60명 의 R.P.R.의원이 제소함.	동법중 1개의 항 이 헌법에 위반된 다고 선고됨.기타 규정은 헌법에 합 치한다.
1984년9월12일	공무원과 공공부문의 정년에 관한 법률	1984년 8월 29일, 1984년9월4일60명 의 상원의원과 1984년8월31일60 명의 R.P.R.-U.D.F.의 원이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1984년10월11일	신문기업의 집중제한 과 신문사 재정상태 와 운용의 투명성 및 언론의 다원주의 확보를 위한 법률	1984년9월12일60 명의 상원의원과 1984년9월14일60 명의 R.P.R.-U.D.F.의 원이 제소함.	동법중 6개의 조 문과 4개의 항이 헌법에 합치되지 아니한다고 선고 됨. 기타규정들은 헌법평의회가 해 석한 조건하에서 헌법에 합치한다.
1984년12월29일	1985년도 예산법	1984년12월21일60 명의 상원의원과 1984년12월22일60 명의R.P.R.의원과 1984년12월28일 60	동법중 1개의 문 장이 헌법에 합치 하지 아니한다고 선고됨. 기타 조 항은 합헌이다.

헌법평의회 결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
		명의 상원의원이 각 각 제소함.	
1984년12월29일	1984년도 예산에 관 한 소급예산법	1984년12월22일60명 의 상원의원이 제소 함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.
1985년1월18일	법률전문 행정가, 기업청산 대리인 및 기업진단 전문가에 관한 법률	1984년12월19일 60 명의 R.P.R. 의원이 제소함.	동법중 4개의 조 문과 1개의 항이 헌법에 합치되지 아니한다고 선고 됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년1월18일	기업의 재건과 법적 청산에 관한 법률	1984년12월21일60명 의 R.P.R.-U.D.F. 의 원이 제소함.	1개조문과6개의 항이 헌법에 합 치하지 아니한것 선고됨.기타규정 은 합헌이다.
1985년1월18일	국가와 지방자치단 체간의관계에 대한 제 규정에 관하여 1983년7월22일의 법 률을 보충하는 법률	1984년12월21일60명 의 상원의원과 1984 년12월21일60명의 R.P.R.-U.D.F. 의원 이 제소함.	동법중 1개조문 이 헌법에 합치 하지 아니한다고 선고됨.기타규정 은 합헌이다.
1985년1월25일	불령 Nouvelle Caledonie에 있어서 의 긴급사태에 관한 법률	1985년1월25일60명 의 R.P.R. 의원과 1985년1월25일60명 의 상원의원이 제소 함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.
1985년7월10일	경제질서와 재정질 서에 관한 법률	1985년6월28일60명 의 R.P.R.-U.D.F. 의 원이 제소함.	1개의 문장이 헌 법에 합치하지 아니한다고 선고 됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년7월17일	정비개발원칙의 정 의와 실행에 관한 법률	1985년6월20일 60명 의 상원의원	동법은 헌법에 합치한다고 선고 됨.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
		이 제소함.	
1985년7월24일	1983년도 확정예산 의 운용에 관한 법 률	1985년6월28일60명의 상원의원과 1985년6 월 28일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1985년7월24일	사회질서에 관한 제 규률에 관한 법 률	1985년6월29일60명의 상원의원과 1985년6 월 29일 60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1985년7월24일	상호부조법의 개혁 에 관한 법률	1985년5월29일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원과, 1985년6월29일60명의 상원의원이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1985년8월8일	「누벨·칼레도 니」(남태평양 상 의 불령)의 발전에 관한 법률	1985년7월26일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원과, 1985년7월7일60명의 상원의원이 제소함.	동법중 1개의 항 이 헌법에 합치하 지 아니한다고 선 고됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년8월23일	「누벨·칼레도 니」(Nouvelle Caledonie)의 발전 에 관한 법률	1985년8월20일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원과, 1985년8월20일60명의 상원의원이 제소함.	동법은 헌법에 합 치한다고 선고됨.
1985년12월13일	라디오·텔레비전 방송에 관한 1982 년7월29일의 개정법률	1985년12월5일, 1985 년11월29일60명의 상 원의원	1개의 paragraphe 가 헌법에 합치하 지 아니한다

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
		이 제소함.	고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년12월28일	상업상의 경쟁개선에 관한 법률	1985년12월17일60명의 R.P.R.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1985년12월28일	1986년도 예산법	1985년12월20일60명의 상원의원이 제소함.	동법중 1개의 항이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년12월28일	1985년도 예산에 관한 소급예산법	1985년12월21일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법중 1개의 항이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년1월16일	정년퇴직 연금과 활동소득의 중첩가능성의 제한에 관한 1982년3월30일 법률명령 및 1984년7월9일의 법률의 개정법률	1985년12월17일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원과 1985년12월22일60명의 상원의원이 제소함.	동법중 2개의 paragraphe가 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.
1985년1월16일	1983년도예산의 확정 운용에 관한 법률	1985년12월21일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법은 헌법에 합치한다고 선고됨.
1985년1월16일	사회질서에 관한 제 규률에 관한 법률	1985년12월22일60명의 상원의원과 1985년12월23일60명의 R.P.R.-U.D.F.의원이 제소함.	동법중 1개의 항이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.

1986년 3월16일 미테랑대통령(사회당)과 시락 수상(R.P.R.)의 동거체제(Cohabitation)출범.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
1986년6월26일	정부가 사회·경제 질서에 대한 조치를 취할 수 있도록 법률	1986년6월3일 60명의 사회당 의원과 1986년6월4일 60명의 상원의원이 제소함.	헌법률의회가 해석한 조건하에서 위헌법은 헌법에 위반되지 아니한다.
1986년7월1-2일	정부(시락수상)가 법률 명령(ordonnance)에 의해 선거구 재확정을 할 수 있도록 수권하는 국민의 회 의원 선거법	1986년6월4일 60명의 사회당 의원이 제소함.	헌법률의회가 해석한 조건하에서 위헌법은 헌법에 위반되지 아니한다.
1986년7월3일	1986년도 소급예산법	1986년6월25일 60명의 사회당 의원이 제소함.	동법 중 2개의 paragraphe가 헌법에 합치되지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.
1986년7월29일	신문의 법적체제 개혁을 위한 법률	1986년6월30일 60명의 사회당 의원과 1986년7월10일 60명의 상원의원이 제소함.	동법 중 2개의 조문과 1개의 항이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨. 기타규정은 합헌이다.
1986년8월26일	신분증(주민등록증)의 조사와 입증에 관한 법률	1986년7월30일 60명의 상원의원이 제소함.	동법은 헌법에 위반되지 아니한다.
1986년9월3일	테러방지와 국가 안전 침해 방지를 위한 법률	1986년8월8일 60명의 상원의원이 제소함.	동법 중 1개의 조문이 헌법에 합치하지 아니한다. 기타규정은 합헌이다.
1986년9월3일	형벌의 적용에 관한 법률	1986년8월8일 60명의 상원의원이 제소함.	동법은 헌법에 위반되지 아니한다.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
1986년9월3일	범죄와 경범죄의 방지를 위한 법 률	1986년8월8일60명의 상원의원이 제소함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1986년9월3일	외국인의 프랑 스 입국 및 체류 조건에 고나한 법률	1986년8월8일60명의 사회당의원이 제소 함.	동법중 2개의 규정 이 헌법에 합치하 지 아니한다고 선 고됨. 기타규정은 합헌이다.
1986년9월18일	통신의 자유에 관한 법률	1986년8월18일60명 의 사회당의원이 제 소함.	동법중 2개의 조문 과 3개의 규정이 헌법에 합치하지 아니한다고 선고 됨. 그 외의 규정 중 8개의 조문과 8 개의 규정이 위 위 헌조항과 불가분 이고, 기타규정은 합헌이다.
1986년11월18일	국민의회 의원 선거구의 재획정 에 관한 법률	1986년10월27일60명 의 사회당의원과 1986년10월30일60명 의 상원의원이 제소 함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1986년12월22일	특정한 국가공 무원의 정년과 임 용에 관한 법률	1986년12월16일60명 의 사회당의원이 제 소함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1986년12월29일	1987년도 예산법	1986년12월18일60명 의 사회당의원과 1986년12월19일60명 의 상원의원이 제소 함.	동법중 1개의 조문 이 헌법에 합치하 지 아니한다고 선 고됨. 기타규정은 합헌이다.
1986년12월29일	1986년도 예산에 관한 소급예산법	1986년12월22일60명 의 사회당의원이 제 소함.	동법중 1개의 조문 이 헌법에 합치하 지 아니한다.

헌법평의회 판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자 와 제소자	위헌심판의 판결주문
			기타규정은 합헌이 다.
1987년1월23일	공정거래위원회 결정에 대한 재심사 관할을 법원관할로 변경하는 법률	1986년12월24일60 명의 사회당의원 이 제소함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1987년1월23일	사회질서에 대한 제 조치에 관한 법률	1986년12월24일60 명의 사회당의원과 1986년12월24 일60명의 상원의 원이 제소함.	동법중 1개 조문 이, 헌법평의회가 해석한 조건하에서 헌법에 합치하지 아니한다. 기타규 정은 헌법에 위반 되지 아니한다.
1987년6월2일	불령 「누벨·갈레도 서」 및 그 부속도 서의 독립에 관한 주민자결 국민투표 법	1987년5월11일60 명의 사회당의원과 1987년5월11일60 명의 상원의원이 제소함.	두개의 규정이 헌 법에 합치하지 아 니한다고 선언됨. 기타규정은 합헌이 다.
1987년7월7일	마르세이유시 행정 조직과 지방선거제 도의 개정 법률	1987년6월9일60명 의 사회당의원이 제소함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1987년7월22일	국공립병원과 보건 시설에 관한 법률	1987년6월26일60 명의 상원의원이 제소함.	동법은 헌법에 위 반되지 아니한다.
1987년7월28일	사회질서에 대한 제 조치에 관한 법률	1987년7월3일60명 의 사회당의원이 제소함.	두개의 규정이 헌 법에 합치하지 아 니한다고 선언됨. 기타규정은 합헌이 다.
1987년12월30일	1988년도 예산법	1987년12월21일60 명의 사회당의원과 1987년12월22일60 명의 상원의원이 제소함.	동법중 1개의 조문 이 헌법에 합치하 지 아니한다. 기타 규정은 합헌이다.



헌법평의회의판결일자	위헌심판의 대상이 된 법률	위헌심판제소일자와 제소자	위헌심판의 판결주문
1987년12월30일	1987년도 예산에 대한 소급예산법	1987년12월22일 60명의 사회당원들이 제소함.	동법중 1개의 조문이 헌법에 합치하지 아니한다. 기타규정은 합헌이다.
1988년1월5일	면의 지방선거에 관한 법률	1987년12월11일60명의 사회당원들이 제소함.	동법제2조는 헌법에 합치하지 아니한다고 선고됨.기타규정은 합헌이라고 선고됨.
1988년1월7일	농업금융을 위한 국고의 상호융통에 관한 법률	1987년12월11일60명의 사회당 의원과 1988년1월5일60명의 상원의원이 제소함.	동법제15조가 헌법에 합치되지 아니한다고 선고됨.기타 규정들은헌법에 위반되지 아니한다.
1988년1월19일	증권거래법	1987년12월24일60명의 사회당원들이 제소함.	동법은 헌법에 위반되지 아니한다.
1988년1월19일	「누벨·칼레도니」(Nouvelle Caledonie)지역의 지위에 관한 법률	1987년12월28일60명의 사회당원들이 제소함.	동법은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 제3절 사전적 예방적 위헌심사의 피보호규범(준거규범)

#### I. 피보호규범(준거규범)의 의의와 태양

헌법 제61조는 “헌법에의 합치”여부의 심사를 규정하고 있으나, 헌법평의회는 헌법전상의 조문뿐만 아니라 헌법전문과, 직접적으로는 1789년의 인권선언, 간접적으로는 “공화국의 제법률에 의해 승인된 근본원칙(Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)과 일정한 경우의 국제법 등도 그 위헌 판단의 준거규범으로 함으로써 자신의 위헌심판의 관할을 확장하고 있다.<sup>8)</sup> 이들 준거규범들을 헌법재판의 피보호규범(les textes protegés)라고 한다.

이러한 준거규범 내지 피보호규범을 총칭하여 로익·필립(Lois Philip)과 루이·화보뢰(Louis Favokeu)는 “합헌성통제의 범위”(bloc de constitutionalité)라고 한다.

프랑스의 사전적·예방적 위헌심사에 있어서 이 준거규범 내지 피보호규범이 문제되는 이유는, 프랑스 제5공화국 헌법에 있어서는 기본권 조항을 1789년의 프랑스 인권선언과 1946년 헌법전문으로부터 원용하고 있기 때문이다. 따라서

---

8) François Luchaire, op.cit., p.120.

특히 1789년 프랑스 인권선언을 헌법평의회의 위헌판결의 중요한 준거규범으로 삼고 있다는 것은 헌법평의회의 판결에 의해 헌법상의 기본권조항의 해석을 심화하고 있다는 뜻이 된다. 이것은 독일 연방헌법재판소나 우리나라의 헌법재판소가 위헌심사를 통하여 헌법상의 제 기본권의 해석을 심화하고 있는 것과 마찬가지로이다.

그러나 프랑스에 있어서는 그동안 1789년의 인권선언에 법적효력을 명백히 주는 해석이 처음부터 확립되었던 것은 아니라는 점에서 헌법평의회가 법률의 사전적·예방적 헌법심사를 명확히 한 점은 프랑스 헌법평의회의 위헌심사의 기본권보장기구로서의 지위를 확고히 하는 가장 중요한 계기가 되었다. 이러한 점에서 이하에서는 1789년의 인권선언을 헌법상 기본권으로 해석적용시킨 헌법평의회의 판결의 추이를 살펴본다.

## Ⅱ. 인권선언의 위헌심판 준거규범성의 확립

프랑스에 있어서 헌법평의회(Conseil constitutionnel)와 1978년의 인권선언과의 관계라고 하는 주제가 다루어 질 수 있는 것은 지금부터 20년도 채 못된다. 왜냐하면 그 이전에는 그 대상자체가 존재조차 하지 않았다고 말할 수 있기 때문이다. 즉 프랑스의 헌법재판의 판사(juge

constitutionnel)<sup>9)</sup>는 1789년의 인권선언에 관하여 어떠한 판결<sup>10)</sup>(décision)도 내리지 아니하여 왔으며, 더구나 이 1789년의 인권선언이 어떤 효력, 말하자면 실정법적 효력을 가지고 있느냐 하는 것 자체가 의문시되어 왔던 것이다.

오늘날에 있어서 이에 관해 60여건의 유력한 판결이 나와 있고, 따라서 인권선언은 프랑스 헌법체제의 중심부분으로 나타나고 있다. 그러면 이러한 제 현상은 어떠한 경과에 의한 것일까?

최근 20여년 동안, 프랑스 법학에는 진정한 법적, 그리고 정치적인 이른바 “혁명”이라 할 수 있는 일이 일어났는데, 인권선언은 그 본질적 요소의 하나이다. 즉 그 혁명적이라고 부를 수 있는 일의 내용은 법률이 헌법판사(juge constitutionnel)의 위헌심사통제를 받게 된 것을 말하는데, 이 위헌통제는 헌법 명문의 제 조문에 대해서 뿐만 아니라 1789년의 인권선언에 포함된 근본규정에 대해서까지도 행하여 지게 되었다는 점이다. 이러한 새로운 변모는 대혁명이래 유지되어 오고 있던 전통과의 결별을 의미하는 것이

---

9) 프랑스에서는 헌법평의회(Conseil constitutionnel)를 juge constitutionnel(헌법재판 판사)라고 하고 국사원(Conseil d'Etat)을 administratif(행정재판판사)라고도 부른다. 이것은 이들이 각각 헌법재판, 행정재판(최종심)을 다루기 때문이다. 헌법평의회는 그동안 정치적 기관이나 사법적 기관이나 하는 그 법적지위가 많은 논란의 대상이 되었으나 최근에는 사법기관으로 인정하는 입장이 주류를 이루고 있다.

10) 헌법재판소의 본안에 대한 결정은 판결이 아니고 번역하는 것이 일반적인 법의식에 더 적합하다고 본다. 헌법재판소의 결정을 판례(Jurisprudence)라고 부르는 것도 이것을 나타낸다. 우리나라 헌법재판소의 결정도 판결이라고 해석해야 할 것이다.

다. 왜냐하면, 이 전통에 따른다면, 법률은 “일반의사의 표현”이기 때문에 어떠한 기관에 의해서도 통제를 받을 수 없는 것으로 되기 때문이다. 이와 같이 200여년 전에 기술된 인권선언조문이 의회·입법기관을 법의 규률아래로 종속되게 하였고, 지금까지 기본권의 유일한 보호자로 상정되어 오던 바로 이 입법기관에 대항하여 기본권을 보호하는데 기여하게 되었다.

이하에서는 이 인권선언이 어떻게 이와 같이 일상생활에 적용되게 되었는가 하는 것을 다음과 같은 두가지 측면에서 검사하고자 한다. 즉, 인권선언의 실정법성의 긍정(Ⅰ)과 헌법평의회에 의한 인권선언의 적용(Ⅱ)이 그것이다.<sup>11)</sup>

### Ⅲ. 헌법평의회에 의한 인권선언의 실정법성의 긍정

오랫동안, 인권선언은 국사원(Conseil d'Etat) 판례의 몇몇 다른 해석을 류보한다면 본질적으로 상징적 가치를 가지는 것으로 간주되어 왔다.

그러나 1971년 이래, 상황은 3단계에 걸쳐 전면적으로 변모되었는바, 이에 따라 인권선언은 살아 있는 유효한 법조

---

11) Louis Favoreau, La Déclaration des Droits de l'Homme et du Cityogen de 1789 et le Conseil Constitution, 1989, (필자 역, 프랑스 인권선언과 기본권보장-헌법평의회의 합헌성 통제를 중심으로), in : 기본적 인권의 보장, 한국공법학회 프랑스 인권선언 200주년 기념 국제학술대회 발표논문집, 1989. pp. 13-51. 참조

문으로 인정되게 되었고 그 효력은 매일 더욱 강화되게 되었다.

(1) 제1단계로 1971년-73년 기간에는 인권선언의 실정법적 효력이 긍정되었다.

1958년 10월 4일 헌법 전문에 의하면 “프랑스 국민(le peuple francais) 1789년 인권선언에 의해 정의되고 1946년 헌법전문에 의해 확인되고 보완된 인권(기본권)과 국민주권의 제원칙(principes de la souveraineté nationale)에 대한 고수를 엄숙히 선언한다.”

제5공화국 초기까지만 해도 이 전문규정에 대해 특별한 중요성은 부여되지 않았었고, 사실상 1970년까지만 해도 헌법평의회는 그것을 적용한 일이 전혀 없었다. 제4공화국 때와 마찬가지로 인권선언을 수용·재확인한 제5공화국 헌법전문은 본질적으로 상징적인 규정이라고 일반적으로 생각되었다. 그러나 그 후 세 개의 연속적인 판결에 있어서, 헌법평의회는 이러한 해석에 반대하게 되었다.

1. 1970년 6월 19일의 첫번째 판결(구주공동체조약 판결)<sup>12)</sup>에 있어서, 헌법평의회는 헌법전문을 목표로 삼기는 하였으나, 본안판결 내용에 있어서는 더 이상 명시적으로 이에 의거하지는 아니하였다. 그러나, 그 이후 이 판결에 대한 평석에 의하여, 동 헌법전문이 적용가능성이 이 첫번째 판결에서 이미 긍정되었다는 것을 알게 되었다.

그러나 다음 해, 1971년 7월 16일의 판결(결사의 자유판

---

12) Rec. 15, Favoreu et philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 2<sup>e</sup> ed.(1979).

결)13)에서 헌법평의회는 이 모든 애매성을 없애게 되는 바, 동 헌법전문이 재확인한 제원칙들의 획기적인 적용이 있어야 하며, 이 원칙들에 위배되는 법률은 무효라고 하였다. 이에 따라 이제는 1958년 헌법 본문의 제조항 이외에도 1978년의 인권선언, 1946년 헌법의 전문 및 1946년 헌법전문이 규정한 “공화국의 법률에 의하여 승인된 기본원칙”도 합헌성심사의 범위내에 포함되게 되었다.

비록 제5공화국 헌법이 인권선언을 헌법 본문의 조문에 포함시키지는 아니하였지만, 헌법평의회는 동 헌법전문을 근거로 일거에, 프랑스의 법제체에 이종의 인권선언을 부여하였는바, 이것은 다음에 보는 바와 같이 큰 의미를 가지게 된다. 따라서 2차대전 이후의 헌법에서 기본권보호의 임무를 맡은 헌법재판제도를 채택한 서독, 이태리, 오스트리아 등의 이른바 헌법재판에 의한 기본권보호의 진영에 합세하게 되는 일종의 판례에 의한 것이다. 이와 같이 프랑스는 초기에는 진정으로 원치 아니하였던 기본권 보장체제를 1971년 이래 향유하게 되었다.

2. 이 기본권 보호의 주요요소의 하나는, 헌법평의회가 입법기관의 행위를 통제하기 위한 근거조문으로서의 1789년의 인권선언이다. 그러나, 특히 명시적으로 인권선언을 최초로 적용하게 된 것은 1973년의 일이다.

1976년 12월 27일의 인정과세사건에 대한 판결에서 헌법평의회는 인정과세의 재정절차에 관한 법률을 인권선언 제

---

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

6조 위반이라고 판시하였다. 왜냐하면 의회는 정부(구체적으로는 재무부 장관)의 제안에 의하여, 고액납세자에 대해 차별적인 인정과세제도를 창설하였는데, 이 제도에 의하면, 고액납세자들은 다른 소액납세자들과는 달리, 법원에 대하여 이 인정과세액수에 대한 이의를 제기할 수 없도록 하였기 때문이다. 상원의장에 의하여 제소된 법앞의 평등원칙에 저촉한다고 판시하였다.

(2) 제2단계에 있어서는, 위와 같이 확인된 합헌성 심사의 범위중에서 인권선언이 인정하는 중심적 지위에 관한 것이다.

1981-82년의 국유화입법에 관하여, 전형적으로 이 문제가 제기되었는바, 일설은 인권선언이 1946년 헌법전문에 우월성을 인정하지 않으면 안 될 것이므로, 따라서 제 2차적 규정에 불과하다고 보았고, 다른 일설은 그 반대로, 인권선언의 완전한 헌법적 효력을 인정하면서 나아가 그 우월성을 주장하였다.

이 문제는 인권선언 제17조의 재산권에 관한 것으로, 위 국유화에 의해 야기되었다. 요컨대, 문제는 인권선언이 비록 200여년이란 장기간에도 불구하고 여전히 그 효력을 완전히 유지하고 있는지, 아니면 이 인권선언은 이제 그 효력이 약화되어 상대적으로 2차적인 것으로만 간주되어야 할 것인지에 관한 것이었다.

1982년 1월 16일의 획기적인 판결(국유화 입법사건)<sup>14)</sup>에

---

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



서, 헌법평의회는 인권선언의 완전한 효력을 엄숙히 확인하였고, 나아가 이 인권선언을 다음과 같은 논거로 프랑스 법체계의 핵심적 위치에 배열하였다. 즉 프랑스국민((le peuple francais)은 1789년의 인권선언이 우리의 법체계내에 유지된다는 입장에서 국민투표에 의하여 세 번이나 반복하여 인권선언에 대한 프랑스 국민의 집착을 표시하였다. 그 첫번째는 1946년 5월 5일로서, 인권선언의 적용을 배제하는 헌법을 거부한 것이고, 두번째는, 1946년 10월 13일 1789년 인권선언에 명시적으로 기초하고 있는 헌법초안을 승인한 점이고, 세 번째는, 1958년 9월 28일로서, 위에서 본 바와 같이 1789년 인권선언을 원용하는 신헌법의 채택을 대대적으로 선언한 점이다.

“프랑스 국민은 1946년 5월 5일의 국민투표에 의하여, 1789년에 선언된 제원칙과 다른 원칙들을 포함하고 있는 새로운 인권선언을 공화국의 제도에 관한 규정보다 선행시키려고 했던 헌법초안을 배격하였다는 점을 고려하고……, 또 반대로 1946년 10월 13일과 1958년 9월 28일의 국민투표에 의하여, 프랑스 국민은 1789년에 선언된 제원칙과 인권에 대하여 헌법적효력을 부여하는 헌법전을 승인하였다는 점을 고려할 때……”

헌법평의회는 인권선언을, 그것이 3차례나 반복하여 국민의 승인을 받았음을 적시함으로써, 헌법체계내에 이와 같이 뿌리를 내리게 하였을 뿐만 아니라, 나아가 1946년 헌법전문은 오늘날 특히 필요한 새로운 원칙들에 의해 1789년의 제 원칙을 단순히 보충하는데 불과하다는 점을 강조

함으로써, 1789년 인권선언의 헌법상 가장 핵심적 요체로서의 성격을 더욱 명백히 하였다. 결국 헌법평의회는 “1789년 인권선언에 의해 표명된 제원칙들은 현재 완전무결한 헌법적효력을 가지고 있다.”는 것을 강조한 것이다.

인권선언의 제원칙이 오늘날에도 완전무결한 헌법적 효력을 가진다는 문제를 넘어서, 헌법평의회 위 판결은 프랑스 제5공화국이 인권선언 특히 후술하는 사유재산제가 현재까지도 그 효력을 지속하고 있다는 점을 재확인함으로써, 일정한 사회형태를 선택하였다는 점도 또한 의미한다고 볼 수 있다. 즉 프랑스는 분명히 “사회적인” 공화국임에 틀림없지만 그것이 사회주의국가로는 될 수 없음을 의미한다. 왜냐하면, 1789년의 제원칙은 입법이 지켜야 할 발전의 한계를 제시하고 있기 때문인 바, 그것은 본질적으로 자유주의적인 이 원칙들은 헌법개정없이 사회주의국가로 나가는 이행을 거부하고 있기 때문이다.

(3) 인권선언의 실정법성 긍정의 세번째 단계는 입법가에 대한 통제(위헌법률심사)를 위한 준거규범으로서의 인권선언의 개화이다.

이것은 전술한 1971년 7월 16일의 헌법평의회 판결에 의한 “비공식적 헌법개정”에 의해 실현되었다. 그러나 또한 1974년 10월 29일의 의회에서 가결되어 즉시 발효한 공식적헌법개정에 의해 실현되었다.

즉, 동헌법개정에 의해 헌법평의회에의 위헌심사제소가 60명의 하원의원 혹은 60명의 상원의원에 의해서도 할 수 있게 되자(4개의 최고기관 즉 대통령·수상·상원의장 또

는 하원의장 중 어느 기관에 의해서만 제소가 가능하였던 개헌전의 제소방식은 사실상 더 이상 행하여지지 않게 되었다), 우리는 위헌법률심사 그리고 그에 따라 인권선언 원용의 엄청난 발전을 목격하게 되었다. 사실상 이 발전은 특히 1980-89년 기간 동안에 3회의 정권교체에 따른 4회의 다수당 변경에 이어 이루어졌다. 즉 1973-1980년 기간 동안에는 인권선언의 적용이 8건에 불과했는데 비해, 1980-1989년 기간에는 그 6배에 달하는 48건을 기록하게 되었다. 이 가속화는 따라서 상당한 것이었는데, 특히 이러한 현상이 강화된 몇 년간을 고려하면 더욱 그러하다. 인권선언 규정에 대한 위반으로 법률이 무효화된 위헌판결 사건들을 보면 같은 현상을 확인할 수 있는데, 1973-1980년 기간동안에는 2건, 그 이후에는 15건의 위헌판결이 나왔다. 인권선언 규정에 대한 저촉은 헌법본문의 제 규정 위반이외의 것으로는 가장 중심적인 위헌판결의 하나가 되었다.

이러한 양적측면 이외에도, 최근 몇 년간에 발달되고 있는 질적측면도 검토해 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 인권선언 적용의 기술이 더 완벽해지고, 더 예리하게 되었기 때문이다. 즉 이제는 인권선언의 어떤 조항에 대하여는, 헌법평의회의 해석이 담긴 여러 건의 판결이 내려졌고, 이처럼 점진적으로 추가된 해석요소들을 다 고려하지 않으면 안되기 때문이다. 이와 같이, 인권선언 제11조는 헌법적 효력의 대상이나 요청의 기준이 된다는 해석이 풍부하게 되어, 오늘날에는 이러한 헌법평의회의 해석들을 원용하지 않고서

는, 그 의미를 파악할 수조차 없게 되었다. 마찬가지로, 재산권에 관한 인권선언 제17조는 헌법평의회의 판결의 여러 가지 해석을 알지 못하고서는 그 의미를 이해할 수 없게 되었다.

결국, 70년대 초에 지지를 받을 수 있었던 입장과는 반대로, 인권선언의 전 규정은 실제로 적용가능한 것으로 되었다. 이제 인권선언은 그 조문중 어떤 것이든, 그 내용이 너무 불명확하다거나 그 효력이 상실되었다는 등의 이유로 그 적용을 배제할 수 없게 되었다. 요컨대, 현단계에 있어서는, 인권선언의 어떤 규정은 비록 효과적인 적용을 받지 못하고 있기는 하지만, 이러한 규정도 확실히 조만간 유효한 적용을 받게 될 것이라는 점은 분명하다.

## 제사절 여 론

### -공포된 법률에 대한 사후적 위헌심사-

이상에서는 프랑스 헌법평의회의 사전적 예방적 위헌심사를 살펴보았다. 법률이 공포된 이후의 사후적 위헌심사는 앞에서 본바와 같이 극히 예외적인 것이다. 이하에서는 본고를 마치면서 이 사후적 위헌심사의 개요를 보아두고자 한다. 법률이 공포된 이후에는 일반적으로는 그 위헌심사가 행하여 질 수 없다. 그러나 법률이 일단 공포된 이후에도 위헌심사가 행하여 질 수 있는 특수한 경로가 있다. 그것은 헌법 제37조 제2항에 의해, 수상이 공포된 법률이 명

령사항임을 선언해 줄 것을 헌법평의회에 제소하는 방법이다.

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 법률의 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) 사후적 위헌심사의 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 성격이 인정되고, 57건에서 명령의 성격이 인정되었고, 24건에서 부분적으로 법률의 성격이 인정되었으며, 12건에서 부분적으로 명령의 성격이 인정되었다.

# 제삼장 법률의 위헌심사의 기준

## -미국 연방대법원의 판례를 중심으로-

양 건

(한양대 법대 교수, 법박)

### 머 리 말

법률의 위헌심사의 기준이라고 말할 때, 먼저 그 ‘기준’의 의미에 대해 유의할 필요가 있다. 위헌심사의 ‘기준’이라는 말은 합헌성 문제에 관한 실체적 판단기준을 지칭하는 의미로 사용되는 것이 보통이다. 예컨대 표현의 자유의 문제에 관한 ‘명백·현존하는 위험’의 원칙 등이 그것이다. 그러나 본고에서 다루고자 하는 법률의 위헌심사의 ‘기준’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 절차적인, 방법론적인 차원의 것이라고 할 수 있다.

본고에서는 위의 문제를 미국연방대법원의 판례를 중심으로 살펴보기로 한다. 미국의 사법심사제가 우리의 헌법재판제도와 차이가 있는 것은 물론이지만, 그들의 판례와 학

설의 검토는 우리에게도 중요한 시사를 줄 수 있을 것으로 본다(본고에서의 여러 용어들도 원칙적으로 미국의 사법심사제를 전제한 것임을 밝혀둔다).

## 제일절 ‘사법적 존중’의 정도에 영향을 미치는 주요인

법률의 위헌심사의 기준은 입법자의 결정·판단에 대해 어느 정도의 존중을 해주느냐에 따라 달라진다. 입법자의 판단에 대한 이른바 ‘사법적 존중’(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 Carolene 판결<sup>2)</sup>에서 Stone대법관은 유명한 각주4에서의 부가의견(dictum)을 통해 이렇게 지적했다. “입법이 그 문면상, 법 수정 제1조부터 제10조까지의 10개 조항처럼 헌법의 명시적인 금지의 범위안에 들어오는 것으로 보이는 경우에, 합헌성 추정이

---

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.



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.

둘째, 민주적 과정의 통정성(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 대법관은 선거권 제한, 정보의 전파의 제한, 정치적 결사에의 간섭, 그리고 평화적 집회의 금지에 관한 선판례들을 인용하고 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 ‘과정’(process)에만 관여하여야 한다. 여기에서의 과정 가운데 특히 중요한 것은 모든 실제적 가치들이 확인되고 교량되어 보호를 받는 정치적 과정

---

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

이다. 사법심사는 이 정치적 과정에의 ‘참여’(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. 이같은 참가지향(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, 다수결주의적(majoritarian) 민주주의의 원리에 따라 가치의 선택은 국민이 선출한 대표들에 의해 이루어져야 하지만, 다만 대의정부가 기능장애를 일으키는 경우, 특히 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

---

4) Ely, 위의책, pp. 87-8.

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 ‘대표보강적’(representation-reinforcing) 접근은 미국의 대의민주주의의 전제들과 잘 부합된다.<sup>6)</sup>

셋째, 비사법적 구제의 유용성 여부이다. 이것은 특히 연방주의에 관한 문제에 잘 적용될 수 있다. 주법이 주간통상에 부담을 과하는 경우에 대법원이 그 효력을 거부하기를 꺼리는 까닭의 하나는, 연방의회가 원하기만 하면 얼마든 그 부담을 제거할 수 있기 때문이라고 공언되고 있다.

---

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.

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 대해서는 보호이익에 차등을 매길 근거는 무엇이며 그 지침은 어디에서 찾을 수 있느냐 하는 문제가 제기된다. 이 문제에 관하여는 이중기준론과 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 위헌 판결에서 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 ‘헌법사실’(constitutional facts)의 문제로서 다루어지고 있

---

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

다.<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 ‘정치문제’의 원칙과 관련하여 논의되고 있다.<sup>9)</sup>

아홉째, 입법자의 편파성의 여부이다. 입법자의 헌법문제를 고려함에 있어서 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 요

---

8) 이에 관하여는 P. Brest, 앞의 책, Ch. 8 참조.

9) 정치문제(political question)의 원칙에 관하여는 양건, “정당내부의 분쟁과 사법심사의 한계,” 「입법연구」 8집, 1980, P. 111이하 참조.

인은 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 통정성) 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 판단 기준의 형성능력의 결여로 인한 사법적 존중은 거의 전면적인 심사의 포기로 나타날 수 있는 반면, 대부분의 그 밖의 요인들에 근거한 사법적 존중은 ‘합헌성 추정’의 정도의 차이로 나타나는 것이 일반적이라는 점이다.

## 제이절 ‘최소한의 합리성의 기준

### (1) 의의와 주요판례

입법자에 대한 사법적 존중의 정도가 높은 경우 심사의 정도는 낮은 수준으로 나타난다. 가장 낮은 정도의 심사를 요하는 기준으로 정립되어온 것이 이른바 ‘최소한의 합리성’(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 형량을 요구하지 않으며, 서로 경쟁하는 이익들의 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.

---

10) P. Brest, 앞의 책, pp.1004-5.

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 이렇게 판시하였다.<sup>11)</sup>

“법률이 헌법과의 저촉 때문에 위헌이나 아니냐는 문제는 언제나 매우 델리케이트한 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 주당국의 토지처분에 관한 법률이 주헌법에 위반되는지의 여부가 문제된 것이었다. 위와 같은 취지의 초기의 판례의 입장은 1893년의 James B. Thayer교수의 논문에서 다음과 같이 이론적으로 정리되었다.<sup>12)</sup>

---

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 중인.



“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…… 사법적 문제는 이차적인 것이다. 입법부가 무엇을 할 것인지, 무엇을 하는 것이 합리적인지를 결정함에 있어서 입법부는 그의 의무를 재판관과 나누어 갖는 것이 아니며, 무엇이 현명한, 합리적인 입법인지에 관하여 재판관의 견해에 따라야 하는 것도 아니다. 사법적 기능은 단지 합리적 입법작용의 바깥 경계를 확정하는 것이며, 그 경계선이란, 과세권, 수용권, 경찰권 그리고 입법권 일반이 헌법적 금지 또는 허용의 선을 넘게되는 그러한 선을 말한다.“

위의 Fletcher판결 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 대

의민주주의 원리와의 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 *Carolene*판결<sup>14)</sup>에서는 이 기준이 좀 더 구체적인 이론 구조를 가지고 제시되었다.

“입법부의 판단을 뒷받침하는 사실의 존재가 추정되지 않으면 안된다. 왜냐하면, 통상적인 상업거래에 영향을 주는 규제입법은, 기지의 사실 또는 일반적으로 상정된 사실에 비추어 그것이 입법자의 지식과 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 사실의

---

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

14) 이 사건에서는 탈지우유에 우유아닌 지방을 섞은 ‘filled milk’의 중간거래를 금지한 연방법률이 헌법의 적법절차근항에 저촉되는 위헌이 아니냐는 것이 문제되었다.

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 ‘사실의 상태’(state of facts)의 존재를 의미하며, 둘째, 그러한 사실상태의 존재가 추정된다는 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 주와 의회에 맡겨져야 한다.”

그밖에도, 연방 근로기준법의 합헌성을 인정한 1941년의 U.S. v. Darby 판결,<sup>16)</sup> 노동조합에 관하여 클로드·숍 금지를 규정한 주법을 합헌이라고 판시한 Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.(1949)판

---

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

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

결,<sup>17)</sup> 선거일에 4시간의 유급 휴가시간을 주도록 규정한 법률을 합헌이라고 본 Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri판결(1952)<sup>18)</sup> 등에서 유사한 판지가 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 입법조치가 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 Black대법관에게서 뚜렷이 나타났다. 1963년의 Ferguson v. Skrupa판결<sup>20)</sup>에서

---

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

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).

는 변호사 아닌 사람이 ‘부채조정’을 하는 것을 금지한 캔자스주법이 합헌이라고 보았는데, 여기에서 Black대법관은 이렇게 밝혔다.

“우리는 ‘입법의 지혜를 평가하는 초입법부’의 자리에 앉아서 심사하는 것이 아니다…… 입법부가 아담·스미스, 허버트·스펜서, 케인즈 경, 또는 다른 누구를 자신의 교재로 삼든, 그것은 우리의 관심사가 아니다.”

이처럼 경제규제입법에 대하여는 거의 위헌심사를 포기하는 경향까지 나타나게 되었다. 다만 주류적인 판례의 흐름은 직접적으로 사법심사의 포기를 표명하는데까지는 이르지 않고, 적어도 수사적으로는 합리성의 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 조례가 문제되었는데, 이 조례에 따르면, 예외적으로 기업체의 통상적인 업무

---

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

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

에 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 비일관성여부를 따져서 하는 것이 아니다…… 평등보호의 요건은 같은 종류의 해악 전부를 제거하거나 또는 전부를 제거하지 않을 것을 요구하는 것은 아니다”

이같은 취지의 판지는 그 뒤의 일련의 판결에서 지속되었다. 예컨대 1970년의 *Dandridge v. Williams* 판결도<sup>23)</sup> 그 일례이다. 이 사건에서는 사회보장 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.

---

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

“경제와 사회복지의 분야에서 주법에 의한 일정한 차별이 완전치 못하다고 해서 그것만으로 곧 평등보호 조항 위반이 되는 것은 아니다. 그 차별이 어떤 ‘합리적 기초’(reasonable basis)를 가진 것이라면, 그것이 수학적 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 일리노이주의 환업무규제법이 문제되었는데, 환업무 업체에 대해 엄격한 규제를 가하면서 다만 ‘American Express’라는 특정회사의 환매각에 대해서만 규제대상에서 제외하였다. 대법원은 이 법률에서의 차별이 그 목적과 면 관계에 있고, 특히 특정회사를 추출하여 ‘폐쇄적 부류’(closed class)를 만들어내고 있음을 지적하면서 위헌이라고 보았다. 이에 대해 Black대법관 등의 소수의견은, 오직 ‘불쾌한 차별’(invidious discrimination)만이 금지되는 것이라고 하면서 반대하였다.

## (2) ‘합헌성의 추정’과 입증책임의 문제

---

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

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 ‘합헌성의 추정’(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 Harlan대법관은 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 사실의 불존재 및 그 무효화에 필요한 사실의 존재를 입증할 부담을 진다는 것을 뜻한다. 그런데 사실문제가 쟁점으로 되어 있지 않은 경우에도 이 용어가 보다 넓은 의미로 사용되는 경우가 적지 않다. 광의의 합헌성의 추정은 다음

---

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.



과 같은 의미, 즉 적절한 헌법해석이나 적절한 리익교량에 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 좀더 우월한 사실확정 (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 평가

---

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

이다.

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 비경험적 문제들에 대해 입법부의 판단대신에 자신의 판단을 대체시키는 것이 될 것이다. 높은 합헌성의 추정을 통해 그러한 판단은 정치적 부인 입법부에 맡겨지게 될 것이다.<sup>27)</sup>

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

---

27) P. Brest, 앞의 책, P. 1010.

### (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 인용되는 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 범기(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, ‘자의적 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 사실판단에 관한 중대한 실수를 저지를 수 있을 뿐 아니라, 사실이란 시간에 따라 변화할 수도 있다. 나아가, 힘이 약한 집단에게 부담을 가하는 입법의 가능성도 없지 않다.<sup>30)</sup>

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.

30) P. Brest, 앞의 책, p. 1005.

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

## 제삼절 ‘대립이익의 조정’의 기준

(1) 앞에서의 ‘최소한의 합리성’의 기준은 가장 높은 사법적 존중에 따른 심사기준이라고 할 수 있는데, 이에 대해 그보다 낮은 사법적 존중에 입각한 보다 엄격한 정도의 심사기준을 포괄적으로 지칭하여, ‘대립이익의 조정’(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 제정사에 비추어 비교적 명확한 답이 도출될 수 있는 경우도 있지만, 많은 경우 더 이상의 ‘조정’이 입법자에

---

31) P. Brest, 앞의 책, p. 987 이하.

게 위임되는 것이 보통이다. 이처럼 입법자에 의한 재차의 조정이 행해진 경우, 법원은 이 결정을 그대로 존중해주지는 않았으며, 특히 그 입법이 명시적인 헌법적 권리에 대해 불리하게 작용하는 경우, 법원 자신의 독자적인 조정을 행하는 것이 보통이었다.

여기에서 말하는 ‘대립이익의 조정’(이하, ‘조정’이라 약한다)의 기준은 미국 헌법판례상 특히 자유에 관해 채택되어 온 ‘이익형량’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 *Douods*판결<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 부등식으로 나타낼 수 있다.<sup>34)</sup>

---

32) *American Communications Association v. Douods*, 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.

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

( $I_c$ )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 합헌이냐 아니냐는 ( $I_c$ )( $R_c$ )가 ( $I_g$ )( $R_g$ )보다 큰가 또는 작은가에 달려있다.

조정의 기준에 의한 판결의 예로 1965년의 *Griswold v. Connecticut* 판결을 들 수 있다.<sup>35)</sup> 이 사건에서 문제된 코네티컷주법에 따르면, 피임약이나 피임기구를 사용하거나 또는 그 사용을 교사·방조하는 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, 동지의견을 쓴 대법관들의 주장에 의하면, 부부사이 이외의 성관계를 제지하려는 주의 이익은 중요하다고 보면서도, 위의 주법은 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.

---

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

(3) 앞의 부등식에서 각각의 변수에 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, 주간여행, 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 경중을 어떤 기준에 의해 평가할 수 있는가 하는 것이다. 이 문제에 관하여는 이른바 ‘이중기준’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 주법이 문제되었다. 대법원은 이를 위헌으로 보았는데, 30일의 거주요건이라면 용인될 수 있었을 것이라고 지적하였다.

---

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

한편, 정부의 규제이익( $I_g$ )에 대해서도 차등적 접근을 찾아 볼 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 성적 이용의 금지를 들 수 있다. 1982년 *New York v. Ferber* 판결<sup>38)</sup>에서는 어린이에 대한 성적 이용의 규제가 ‘주의 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

37) 이에 관하여는 후술, 5의 (4) 참조.

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



덜 제한적인 대안'의 기준과 관련하여 아래에서 다루어진다.

## 제사절 '보다 덜 제한적인 대안'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 대안적 규제에 의해서도 상당히 달성될 수 있는 경우가 있을 수 있다. 이같은 의미에서의 '보다 덜 제한적인 대안'(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 시조례가 문제되었다. 이 시조례에서는 자기 지방의 사업을 보호하기 위하여 타주의 업체에 대하여 차별적 조치를 취하였는데, 대법원은 이것이 주간통상(interstate commerce)에 대한 위헌적인 차별규제라고 보았다. 대법원

은 그 논거를 제시하는 가운데, 주민의 건강과 안전을 보호하기 위해서라고 하더라도 ‘합리적이고 비차별적인 대안이 존재한다면’ 주간통상에 대한 차별은 허용될 수 없다고 지적하였다.

위의 판결에서 시사된 대안은 기존의 규제조치와 전혀 다른 종류의 것이었는데, 다른 여러 판결에서 대안으로 시사된 것들을 보면, 같은 종류의 규제조치이되 다만 규제대상의 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. 아칸사스주 법에 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 아칸사스주가 일정한 교원에 대하여 그들의 모든 단체가입관계를 물을 수 있는냐의 여부가 아니다. 또한 주가 모든 교원에 대해 일정한 단체가입관계를 물을 수 있는냐의 여부도 아니다……

일련의 판결에서 대법원은 판시하기를, 비록 정부의 (규제)목적이 정당하고 중요하다 하더라도 그 목적이

---

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

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 기본목적 달성을 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 ‘파레토최적점’(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 세계에

서 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 규제목적은 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 ‘대립이익의 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 정부이익보다 헌법적 이익에 큰 무게를 두는 원칙으로 파악하려는

---

40) 이 후자에 해당하는 일례로 앞서 본 *New York v. Ferber* 판결(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.

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 사용되기도 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 축소하는 데에 있다. 그러한 한정적 의미에서는 이 기준이 헌법적 이익을 중시하는 입장에서 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'Brien판결<sup>42)</sup>에서의 Harlan대법관의 동지의견 속에서 그러한 취지를 찾아 볼 수 있다. 이 사건에서는 반전의 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.

---

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).

이같은 취지가 대법원의 판결의견 속에 나타난 예도 발견된다. 1978년의 *Houchins v. KQED* 판결<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 앞서서의 ‘보다 덜 제한적인 대안’의 기준과는 별개의 관점에 서있는 것이다.

## 제오절 ‘이중기준’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 ‘이중기준’(double standard)의 원칙이라는 이름 아래 전개되어 왔다. 이에 따르면, ‘문화적’, 또는 ‘비경제적’ 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

---

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

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

일련의 사회경제규제 입법이 등장하는데(예컨대, 최저임금법, 노동시간규제법, 소년노동규제법 등), 이들 법률은 계속하여 위헌 판결을 받았다. 그 주된 근거로서 제시된 것은 헌법의 적법절차(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 실체적 적법절차(substantive due process)론이다.

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

---

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

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

서는 의회와 정부에 대해 사실상 백지위임장을 부여한 반면, 비경제적 영역에서의 권리제한에 대해서는 보다 면밀한 검토를 행하는 태도를 취하였다. 이 새로운 태도는 이른바 ‘우월적 자유’(preferred freedoms)논을 중심으로 전개되었다.

우월적 자유론의 싹은 1937년의 한 판결<sup>47)</sup>에서 Cardozo 대법관이 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 각주(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 문언대로 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 제 1조에서 규정한 다섯가지 자유(종교, 언론, 출판, 집회, 청

---

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

48) 전술, 1. 참조.



원의 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 심사태도는 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 ‘합리

---

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, 동 법규의 합리적 근거의 입증만 있으면 충분하다고 보았다.

성'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.

한편, 위의 각주(4)의 의견 가운데 두 번째 경우는 '정치적 과정'의 규제법률에 대한 보다 면밀한 심사의 필요성을 주장하고 있다. 이러한 취지에 따른 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 소수종파의 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. 이에 관하여는 대체로 세가지 근거가 제시되어 왔다.<sup>62)</sup>

첫째, 비경제적, 문화적 권리가 갖는 '기본적' 자유로서의 중요성이다. 표현의 자유와 같은 기본적 권리들은 다른 모

---

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. 1(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.

든 자유의 토대가 되며, 이를 다수의 의사에 맡겨둘 수는 없다고 보는 것이다. 예컨대 국기경례거부사건에서의 판결 의견<sup>63)</sup>을 이러한 견해의 대표적 일례로 볼 수 있다. 이에 따르면, “헌법의 권리장전(Bill of Rights)의 목적은 일정한 문제를 정치적 논쟁의 부심으로부터 벗어나게 해서 이것을 다수자와 관료의 손에 미치지 않는 곳에 두고, 이를 법원이 적용할 법원칙으로 설정하는 데에 있다”고 보았다.

이러한 논거와 관련한 근래의 주목할 학설로서, 앞에서도 논급한 Ely교수의 견해를 들 수 있다. 이른바 ‘절차지향적’(process-oriented)이론이라고 불리는 그의 이론에 의하면,<sup>64)</sup> 다수결주의는 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 ‘참여지향의 대표보강적 접근’(participation-oriented, representation reinforcing approach)이라고 부르고 있다.<sup>65)</sup>

---

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

64) 전술, 1. 참조.

65) 양건, “미국의 사법심사제도와 80년대 한국의 헌법재판”, 서울대

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(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 따

---

「법학」 29권 3·4호, 1988.12., p.86 참조.

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

라서 국민의 의사를 존중하여야 할 영역 사이의 실제적 경제선으로 기여할 수는 있다.”<sup>67)</sup>

한편, 세 번째 논거는 사법부의 전문성과 관련된 것이다. 사법부는 기본적 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 문제들 까지 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, 비경제적 권리와 경제적 재산권 권리 사이에 차별성을 인정할 수 있는가 하는 의문이다. 표현의 자유를 비롯한 정신적 자유의 중요성은 누구도 부인하기 힘들지만, 그렇다고 곧 경제적 권리의 중요성

---

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.

을 낮게 평가할 근거는 못되지 않느냐는 것이다. 사람에 따라서는 직업의 자유와 같은 경제적 권리를 보다 중시할 수도 있는 것이다.<sup>71)</sup> 뿐만 아니라, 비경제적 문제가 경제적 문제에 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’(jundamental rights)에 영향을 주는 경우이다. 판례에 따르면 투표권<sup>72)</sup>, 주간이주

---

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 참조.

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

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 주요 판결이유를 보면 다음과 같다.

피상고인(Thompson)은 코네티컷주에서의 거주기간이 만1년이 안된다는 이유로 주로부터의 사회복지혜택을 받지 못하였다. 이에 그는 제소하였는데, 지방법원판결은 주의 혜택여부 거부가 위헌적인 차별이라고 보았다. 대법원은 다음과 같은 이유로 이 판결을 인용하였다.

“가난한 사람들이 자기주에 이주해 오는 것을 막으려는 목적은 헌법상 허용될 수 없는 것이다……

한 주에서 다른 주로 이주하는 헌법상 권리는…… 우리의 연방의 개념에 있어서 기본적인 위치를 차지한다……

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

---

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) 전주 73) 참조.

……절박한 정부이익의 증진을 위하여 필요하다는 것이 입증되지 않는 한, 주간이주의 권리의 행사에 대해 별을 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 주간이주라는 기본적 권리(fundamental right)에 관한 것이기 때문에, 그 합헌성 여부는 그 분류가 절박한(compelling)정부이익에 기여하는가의 여부에 따라 판단되지 않으면 안된다. 이 기준에 비추어 볼 때, 거주기간요건은 분명히 평등보호 조항에 위배된다.’

한편 1970년대 이후 미국 대법원은 전통적인 ‘최소한의 합리성’의 기준과 새로운 ‘엄격한 심사’의 기준의 중간에 해당한다고 볼 수 있는 제3의 심사기준을 개발하였다. 이른바 ‘중간심사’(intermediate scrutiny)의 기준이 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 자격,<sup>78)</sup> 운전면허 소지의 이익<sup>79)</sup>, 적정한 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 서출에 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. 오클라호마주법에 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.

이상에서 살펴본 바와 같이, 1930년대 이후 등장한 이중

---

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 동지의견) 참조.

81) U. S. Dept. of Agriculture v. Murry, 413 U. S. 508 (1973) (White 대법관의 동지의견) 참조.

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

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

기준의 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 ‘중간 심사’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 이중

---

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.

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

---

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

# 제사장 위헌결정의 형식

— 변형결정 —

황 우 려

(서울지법남부지원 부장판사, 법박)

## 제일절 서 론

### 1. 서

헌법재판소법은 그 결정의 내용과 효력에 관하여 5가지의 특별심사절차에 따라 별개의 규정을 두고 있다. 그 중 위헌법률심판의 결정에 관하여는 헌법재판소법 제 45조가 규정을 하고 있다. 그러나 헌법재판에 있어서의 결정의 형식은 이와 같은 심판의 종류에 따라 정해지는 것이라기보다는 심판의 목적에 따라 정하여지는 것이다. 따라서 헌법소원심판에 대한 결정이라 하더라도 헌법재판소법 제75조 제5항의 경우 및 제68조 제2항의 경우에는 위헌법률심판의 위헌결정규정을 준용하도록 규정하고 있다.(제75조 제6항)

또한 헌법재판소법은 각 결정의 구체적인 주문례에 관하여 충분한 규정을 두고 있지 않다. 즉, 위 제45조는 “헌법

재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다”라고 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 제75조도 “제2항의 경우 (제68조 제1항의 헌법소원을 인용하는 경우)에 헌법재판소는 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다(제3항). 제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌의 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다(제5항)”고 규정할 뿐이다. 따라서 위헌법률심판에 있어서의 주문도 결국 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하여 해결할 일이고 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용하여 헌법재판의 법리에 따라 해결할 일이다.(제40조)<sup>1)</sup>

헌법재판소의 결정주문을 헌법재판소법이 명문으로 예정한 주문형태에 국한하느냐, 그밖에 이른바 변형결정(Entscheidungsvariante)을 채택할 수 있느냐 라는 문제는 헌법재판의 본질과 헌법재판소의 권한, 특히 입법권에 대한 헌법재판소의 관할한계라는 문제와 아울러 고찰되어야 하는 헌법소송법에 있어서의 근본적인 문제중 하나이다. 우리 헌법재판소도 그 초창기부터 이에 관한 심각한 논의

---

1) 서독 연방헌법재판소법은 다른 소송법을 일반적으로 준용하는 규정을 두지 아니하고 필요한 경우에 다른 소송법의 필요한 부분을 구체적으로 준용하도록 규정하여 자족법으로서의 구조를 갖추고 있다.

가 개선되어 온 바 있었고<sup>2)</sup> 그 인정 여부와 인정범위 및 그 효력에 관한 다양한 견해차이가 노정되어 앞으로의 귀추가 주목된다. 본고는 이에 관한 기초적인 연구를 함에 그 목적이 있다.

## 2. 변형결정의 허부

헌법재판소의 다수의견은 변형결정을 전면적으로 수용하여 그간 1년여의 짧은 기간이었지만 이에 관한 이론을 발전시키어 왔다.

변형결정을 인정하는 헌법재판소의 견해는 한병채 재판관께서 실시하신 국회의원선거 기탁금사건의 다수의견에 잘 나타나고 있다.<sup>3)</sup>

즉, 첫째로, 헌법재판소법은 제45조 본문이 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라는 뜻은 헌법재판소는 결코 법원의 고유권한에 속하는 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적, 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 뜻이다.

둘째로, 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어

---

2) 헌법재판소의 결정중 변형결정의 필요성을 제시한 최초의 견해는 헌재 1989.5.24. 선고 89헌가 37.96결정에서 실시된 한병채 재판관의 반대의견이시다. “금융기관은 일반채권자와는 구별되어야 할 합리적인 이유가 있으므로 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법(법률 제 2153호, 제2570호)조항은 입법권의 한계를 자의적으로 이탈한 것이라고 할 수 없고 다만 담보공탁금의 비율이 과중하다면 그 공탁금의 비율을 조종하도록 조건부 또는 입법추구의 변형판결을 하여야 한다.”

3) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가 6결정.

볼 때 헌법재판은 심사대상법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일만을 능사로 할 수 없다. 양자택일만이 가능하다고 본다면 다양한 정치, 경제, 사회현상을 규율하는 법률의 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연 신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적 공백, 법적 혼란 등 법적 안정성을 해치고 입법자의 형성의 자유를 제약하는 등하여 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부의 판단이란 위헌아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 게재하는 중간령역으로서의 여러 가지 변형재판이 필수적으로 요청된다.

셋째로, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문도 이에 상응하여 변용해석하여야 한다. 즉, 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다. 단순위헌결정을 하여 그 결정이 있는 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서 문제된 법률의 효력상실의 시기를 결정한 날로부터 곧 바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 주문인 불합치선언이 가능하다.

넷째로, 재판의 주문을 어떻게 내느냐의 주문방식의 문제

는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이다.

다섯째, 서독에서도 법률개정으로 인한 실정법에 근거하여 여러 가지 형태의 변형재판이 나온 것이 아니라 법개정 이전부터 서독 헌법재판소가 실정법에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 변형재판을 해왔기 때문에 입법자가 이에 뒤따라 법률개정을 시도해 왔던 것에 지나지 않는다.

이에 대하여 변형결정은 부정론을 취하는 소수의견도 있다.

즉, 이 결정에서의 변정수 재판관의 반대의견에 따르면, 첫째로, 헌법 제107조 제1항의, 헌법재판소법 제45조 제1항 본문의 규정에 비추어 볼 때 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌인지, 합헌인지를 분명히 결정해야 할 의무가 있고 위헌이라고 결정하면 그에 대한 효력은 헌법재판소법 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 없다.

둘째로, 위헌결정의 방법에는 법률에 정해진 형식이 따로 없으므로 반드시 위헌이다 또는 “헌법에 위반된다”라는 표현이 아니더라도 결정문언의 내용이 위헌이라는 취지로 해석될 수 있으면 되고 표현방법이 어떠하던 간에 위헌결정이라는 취지로 해석되면 그 효력은 위 제47조에 의하여 해석되는 것이다. 다수의견의 “헌법에 합치되지 아니한다”는 말이나 “헌법에 위반된다”는 말이나, 위헌이라는 뜻에 아무런 차이가 없으므로 주문에서 위헌결정의 효력발생을 유



보시켰다 하더라도 그에 상관없이 법 제47조 제2항에 의하여 위헌결정을 한 날에 효력을 상실한다. 만약 이것이 위헌결정이 아니라면 그것에 의하여 위 국회의원선거법 조항의 효력을 상실시키는 효력이 발생할 여지가 없으므로 주문에서 효력을 일정시한까지 유보시킬 여지도 없고, 법 제47조 제1항은 법률의 위헌 결정만이 법원기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하도록 되어 있으므로 입법권자에게 일정한 시한까지 법률개정을 촉구하는 취지의 주문은 법적 패속력이 없는 것이 분명한데도 이러한 결정을 할 필요가 없다.

셋째로, 서독에서는 위헌결정의 효력에 대하여 원칙적 소급효를 인정하여 위헌결정으로 인하여 초래할 법의 공백과 사회적 혼란을 방지하기 위하여 소급효가 없는 불합치선언을 할 수 있도록 하고 있으나 우리 법제는 위헌결정의 취지로 해석되면 법 제47조에 정해진 효력이 당연히 발생하고 위헌결정의 효력에 원칙적 장래효를 인정하고 있으며, 위헌결정이 아닌 그 밖의 결정에는 기속력을 인정하고 있지 아니하고 있으므로 주문과 같은 이른바, 변형결정의 형식은 채택하여서는 아니된다고 생각한다.

다른 한편 재판관 김진우의 반대의견은 절충적 입장이다.

즉, 법원의 위헌심판 제청이 있는 경우 헌법재판소는 반드시 그 위헌여부만을 결정하게 하였고 위헌결정만에 기속력을 부여하였다. 그리고 이 위헌여부의 결정에서 위헌성 확인과 위헌성 제거를 위한 입법촉구의 부수적 결정을 배

제하는 것은 아니라고 해석된다. 그러나 그 위헌결정의 효력은 장래 헌법재판소가 임의로 선택하는 시기로부터 법률 또는 법률조항의 효력을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 법적 근거를 규정함이 없이 위헌결정일로부터 효력을 상실한다고 규정하였다. 그러므로 국가존립에 위해가 미칠 우려가 있는 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 법 제47조 제2항에 명문으로 정한 위헌결정의 효력을 일시 배제하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 이상 결정일로부터 위 법률조항들의 효력을 상실케 함이 요청된다.

물론 헌법재판소는 현대사회의 다양한 많은 사건들을 처리하여야 하고 그러자면 이에 상응한 적정한 신속성있는 처리를 하여야 할 것이고 이를 위하여는 위헌결정의 효력을 헌법재판소가 정하는 장래의 시점에서부터 생하게 함도 필요할 것이나 이점에 관한 헌법재판소법의 개정이 필요하다.

그러므로 법개정이 있을 때까지는 법률이 헌법에 전혀 합치하지 아니할 경우에는 특별한 예외적인 사정인 있는 경우가 아닌 한 가급적 원칙에 돌아가서 단순위헌결정을 하고, 위헌성이 있으되 즉시 실효시켜야 할 정도는 아니고 상당기간내에 입법개정시까지 그 효력을 지속시킬 필요가 있다고 인정되는 때는 주문에는 그 위헌성의 정도에 따라 양적 질적으로 헌법에 합치되지 아니하는 정도를 나타내어 헌법에 합치하지 않는 지를 선언하여 위헌성을 확인하는 결정을 하고 법률의 효력지속기간을 정하지 아니한 채 단

순히 상당기간 내에 위헌성제거를 위한 입법의 촉구 내지 권고결정을 첨가하던지, 주문에는 아직 헌법에 합치한다는 지위 결정만을 하고, 그 이유에서 위헌성의 정도를 실시하고 입법권자에 있어 일정기간 또는 상당한 시일 내에 그 법률을 개정함이 요망되는 점을 아울러 실시하여 법개정을 위한 입법을 촉구 내지 권고하고 그 입법은 위헌성이 없는 범위 내에서 입법권자의 고유의 권한행사에 맡기어야 한다는 것이다.

생각건대 우리 헌법재판소법은 위헌결정의 내용과 그 효력에 관하여 서독이나 오스트리아의 그것과 똑같은 구조를 취하고 있지 않다. 서독에서는 연방헌법재판소가 법률이 기본법과 일치하지 아니(unvereinbar)하다는 확신에 이르게 되면, 그 법의 무효를 선언(erklären für nichtig)하도록 하고 있고(서독 헌법재판소법 제78조 제1문), 오스트리아에서도 위헌판결에는 법률의 전부 또는 일부가 위헌으로서 말지(aufheben als verfassungswidrig)되는지 여부에 관하여 선고를 하도록 되어 있다.(오스트리아 헌법재판소법 제64조 제1항).

이에 따라 서독 연방헌법재판소는 법률이 기본법에 합치하지 아니한다는 취지와 그러므로 무효라는 취지(mit dem GG unvereinbar und nichtig)를 이중의 주문으로 선고하는 것이고 무효임을 선고하지 아니하는 한 법률이 위헌이더라도 무효는 아니라는 이론구성을 하여 이른바 불합치선언의 입지를 마련하고 있는 것이다. 그러나 우리 헌법재판소법은 재판소가 법률의 위헌여부를 결정하면 그 법률은 그 결

정이 있는 날로부터 효력을 상실한다고 규정함으로써 위헌 판결에 위헌인 여부 이외에 무효선언을 하여야 하는지에 관하여 아무런 규정이 없을 뿐만 아니라 무효선언을 주문에서 선고하는지 여부에 관계없이 위헌으로 선고만 되면 그 법률은 헌법재판소법에 의하여 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하도록 되어 있다. 이를 서독에서와 같이 구성하여 “위헌여부만을 결정한다”를 “위헌 및 무효(또는 발지)를 결정한다”로 읽고 법제47조 제2항은 그 효력상실의 시점만을 규정한 것으로 보는 것은 문면상 어려울 뿐만 아니라 별도의 무효 또는 발지선언을 하지 아니하는 현재의 헌법재판소의 주문례에도 반한다.<sup>4)</sup> 그렇다면 위헌법률의 효력상실을 보류하기 위한 이른바 변형결정은 입론의 여지가 그 기초에서부터 달라지게 된다. 즉 서독에서는 특별규정인 서독 헌법재판소법 제78조가<sup>5)</sup> 헌법재판소에 부

4) 위헌결정에 무효 또는 발지의 주문을 부가할 수 있느냐 하는 문제는 명문의 규정이 없으나 법 제47조에 반하지 아니하는 범위에서 행하여 진다면 결국 주의적 의미에 불과하게 되어 위법으로 단정할 것은 아니라 하겠다. 다만 변형결정을 필자와 같이 위헌결정의 효력규정에 대한 일부배제로 보는 한 별도로 논할 실익이 크지 않다 할 것이다.

헌법재판소가 위헌법률을 발지하는 주문을 선고할 수 있느냐의 문제는 헌법 제107조에 의한 일반법원의 위헌 명령, 규칙 심사시의 위헌인 명령규칙의 효력과도 조화되도록 해결되어야 할 것이다. 이는 별도로 위헌법률의 효력문제를 논할 때에 연구할 문제이겠으나 헌법 및 헌법재판소법이 무효 또는 발지의 선언에 관하여 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니하므로 일반적인 합헌이론에 의하여 해결될 수밖에 없다. 어쨌든 법 제47조는 특별규정일 것이다. 이 점에서 오스트리아 헌법 제140조가 위헌법률 발지효와 헌법재판소의 위헌법률의 효력에 관한 류묘한계를 헌법에서 규정하고 있는 것은 바람직한 입법례로 보인다.

5) 서독 기본법 제93조 제2항 제2호에서는 Meinungsverschiedenheiten

여한 위헌선언과 무효선언이라는 두 단계의 권한 내에서 헌법재판소가 그중 무효선언 부분을 자체 내지 보류하는 소극적인 형태이므로 크게 무리가 없다하겠으나,<sup>6)</sup> 우리는 헌법재판소에 부여된 위헌여부의 결정 외에 위헌법률에 대하여 법률상 규정된 효력상실조항을 보류하게 하는 적극적인 조치가 필요하게 되므로 헌법재판소법이 예정하는 헌법재판소의 결정권한의 일부보류가 아니라 법 제47조의 효력을 일시 또는 일부 정지하는 주문이 되는 것이다. 이는 민사법원이 주문을 어떤 형식으로 표현하여야 하는지, 또는 주문의 종류를 어떻게 나누는지와는 사안을 달리한다. 이 점에서 소수의견의 지적에 경청할 바가 있다 할 것이다. 아울러 “…… 법은 위헌이다”라는 주문과 “…… 법은 헌법에 합치하지 아니한다”라는 주문이 그 표현을 서로 달리한다 하여 해결될 문제도 아니다. 위 양 주문 외에 위헌법률의 효력상실을 유보하는 후속주문이 없다면 그 자체로는

---

od. Zweifeln über die formlich und sachliche Vereinbarkeit에 대해서만 판단하도록 하였으므로 서독 헌법재판소법이 위헌 여부의 확인에서 나아가 무효선언을 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 위헌무효선언, 불합치선언과 합헌선언사이의 효력에 관하여 위헌무효는 적용의 차단(Anwendungssperre)이 있으나 불합치선언은 위헌법률의 효력의 차단에 대한 예외라고 보면서도 경우에 따라서는 불합치선언도 위헌무효선언과 같은 차단효과 있다고 하여 어느 정도의 혼선이 있었다. 그러나 위헌무효선언은 위헌법률이 발기됨으로서 부존재의 상태로 되고 불합치선언은 무효선언이 없는 한 존재는 하나 적용이 차단되는 경우라고 하여 법률의 존부와 적용문제를 구별하는 유력한 입장이 있다. Schlaich Das Bundesverfassungsgericht, S. 177 ff. 이 이론에 의하면 위헌법률의 존부는 헌법재판소의 무효선언으로 결정된다.

전혀 그 의미의 차이를 찾을 수 없다 함이 옳을 것이다. 이는 서독에서도 불합치주문은 위헌주문에 부가된 무효선언만을 제거하는 형태를 취하지 별도의 주문예를 마련하지 아니하는 점에서도 시사를 얻을 수가 있다.

그렇다면 현재의 법체제에서 변형결정은 불가능할 것인가?(이에는 행정소송 법상의 사정판결을 준용하는 문제도 생각하여 봄직하나 이를 위헌법률심판절차에까지 막바로 준용하는 규정이 없을 뿐 아니라 구체적 규범통제에서 이를 어떻게 변형하여 준용하느냐 하는 문제가 남는다.) 이를 위한 법개정이 필수적으로 전제되어야 하는가? 아니면 위헌이더라도 합헌으로 선언하면서 이유에서만 위헌성을 지적하고 이에 따른 입법개정을 촉구하여야 하는가?

이 점을 살피기 앞서서 변형결정에 대한 헌법적인 요청에 주의하여야 한다. 우리에게 앞서 위헌법률심사제를 발전시켜 온 여러 이웃 나라들의 경험에 의하면 위헌법률심사에 있어서는 단순합헌 유효와 단순위헌 무효(소급효이던 장래효이던)의 양자택일만으로는 해결할 수 없는 헌법적 상황이 반드시 존재하는 것이다. 예컨대, 국회를 구성하는 선거법을 개정할 국회는 어떻게 구성하는가? 조세법이나 공무원 급여법이 위헌이어서 즉시 효력을 상실한다면 국가의 존립 자체가 위태롭게 되겠는데 이러한 상황을 헌법이 용인하겠는가? 아울러 불평등한 시혜입법이 위헌이라 하여 전혀 복지행정을 하지 아니하는 상황이 야기된다면 불완전하나마 종전의 상황이 덜 위헌적이라 하지 않겠는가? 우리는 비록 위헌인 법률이라도 존재하는 것이 입법의 공백보다는 덜

위헌적인 여러 가지 상황을 쉽사리 상정할 수 있다. 아울러 헌법의 수호란 헌법재판소에만 주어진 임무라기보다는 헌법에 의하여 헌법수호의 임무가 부여된 일정한 헌법기관 간의 협조와 공동작업으로 이루어지는 종합적인 헌법상황인 것이다. 따라서 이를 위한 필수적인 민주적절차를 위한 최소한의 시간은 헌법이 용인하고 요구하는 바인 것이다.

이와 같은 헌법적인 요청은 단순한 법적인 차원에서가 아니라 그 보다 상위인 헌법적 차원에서 나오는 것이므로 이와 저촉되는 헌법재판소법상의 위헌결정의 효력규정을 일부 또는 일시 유보시키고 배제하는 사유로 된다. 이러한 의미에서 법 제47조를 비롯한 위헌결정에 관한 제조문은 폐쇄적인 규정이 아니고 전체 법질서와 조화를 이루며 존재하는 조문이다. 즉 위헌결정의 효력을 전체 질서와 조화되게 조정함은 규범의 충돌이 불가피한 상황에서 보다 더 위헌적인 상황을 회피하기 위하여 비교형량에 따라 행해지는 헌법재판소의 당연한 임무인 것이다. 따라서 헌법재판소는 위헌결정으로 더 큰 위헌적인 사태가 초래케 된다고 인정되는 경우에 헌법재판소법의 규정에도 불구하고 그 위헌결정의 효력을 일부 또는 일시 배제하는 변형결정을 할 수 있고 또 하여야 한다. 이 점에서 헌법재판소의 다수 의견은 이해되고 지지되어야 한다.

위와 같은 변형결정 긍정론의 이론적인 전제 아래에서 다음과 같은 명제가 자명한 것으로 나타난다.

첫째로 변형결정은 교각살우적인 위헌결정으로 더 큰 위헌적인 상황을 막기 위한 헌법적인 요청에서 헌법재판소법

의 위헌결정의 효력에 관한 제 규정에도 불구하고 허용되는 예외적인 조치이어야 한다. 변형결정을 함이 더 현명하다는 등의 사유, 즉 법률적인 요청만으로는 이에 관한 특별규정이 없는 한 위헌결정을 회피하거나 효력 상실시기를 유보하기에 미흡하다 할 것이다. 이와 같은 헌법적인 가치형량은 정의와 형평, 기본권보호나 국가의 존립과 같은 근본적인 법익과 위헌법률을 폐기함으로써 얻어지는 법익과의 형량의 문제이기도 하다.

둘째로 변형결정의 주문은 개념상 위헌과 합헌외에 제3의 개념 영역을 창출함에 있지 아니하고 위헌법률의 효력상실 규정-소급효이던 장래효이던-을 일부 또는 일시 정지케 하는 조치가 부가된 결정형식을 취하게 된다. 따라서 위헌임에도 불구하고 이를 합헌이라고 선언하거나 제3의 형태의 주문을 선언하는 것은 옳지 않다 할 것이다. 이를 별도의 경과규정에 관한 결정으로 파악하여 그 법적근거를 찾으려는 노력도 불필요하다. 입법부작위의 경우에는 헌법재판소법의 명문(제75조 제3항)으로 위헌확인결정을 하도록 하였고 별도의 효력에 관한 규정(제4항)을 두었으므로 이를 위하여 별도의 불합치 결정을 할 필요는 없다.

셋째로 이러한 변형주문이 도출되는 규범충돌의 요건과 효과는 이유에서 명시되어야 하고 그에 관한 합헌성이 입증되어야 한다.



## 제이절 위헌여부의 결정

### 1. 원칙적인 주문형태

헌법재판소법이 위헌법률심판에 관하여 규정하는 주문형태는 제청된 법률또는 법률조항에 대한 위헌여부의 결정이다(제45조). 그리고 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 패속하고, 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 …… 효력을 상실한다.(제47조 제1항 및 제2항전문) 나아가 헌법소원심판에 있어서 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정되어 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 경우(제75조 제5항)와 제68조 제2항의 헌법소원의 경우에는 제45조와 제47조를 준용하도록 하고 있다.

이와 같이 위헌법률심판에 있어서 심판대상이 된 법률을 실효케하는 위헌결정이야 말로 헌법재판소법이 헌법재판소의 결정을 통하여 얻고자 하는 원칙적인 주문형태임을 알 수 있다. 즉, 법률의 위헌성이 확인되면 헌법재판소는 위헌결정을 하고 이에는 법률상 효력상실이라는 법적 효과가 직접 발생하게 되는 형태이다.<sup>7)</sup> 따라서 헌법재판소는 원칙

7) 물론 위헌법률심판의 주문례로서는 그 밖에도 위헌심판제청이 허용되지 아니하거나 요건흡결의 경우에 하는 각하결정이 있겠으나 헌법재판소법은 헌법소원의 사전심사의 경우에 각하하도록 규정할 뿐 그 밖의 경우를 위하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 다른 심판절차에 있어서도 각하주문을 사용함이 실무례이다.

적으로 “……법률은 헌법에 위반된다”라는 주문형태를 취하게 된다.

당해 규범은 이러한 위헌결정으로써 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 헌법재판소의 결정으로써 법률은 자동적으로 실효된다. 더 이상 실효된 법률은 적용될 수 없고 이를 적용하더라도 그에 기한 재판이나 처분은 일체 무효이다. 또한 위헌결정은 이와 같은 소극적인 효과를 가질 뿐이고 이에 적극적으로 하자를 보충하도록 하는 입법적인 하자배제(Mängelbeseitigung)의 의무가 입법자에게 부과되지 아니한다. 위헌으로 결정된 법률에 관하여 이를 대신할 새로운 법률을 제정하거나 합헌적인 법률로 보충하여 개정할 것인지, 아니면 그대로 방치할 것인지는 입법자의 입법형성권에 위임된다. 이는 입법자의 권한이지 의무가 아니다. 헌법재판소는 단지 그러한 조문이 위헌임을 결정하면 족한 것이다.<sup>8)</sup>

서독 헌법재판소법은 “헌법재판소가 연방법 또는 주법이 기본법에 위배된다고 확신하는 경우에는 그 법률을 무효로 선언한다”고 규정하고 있다. (§ 78 S. 1 BVerfGG ; § 82 I, 95 III BVerfGG) 법률이 위헌으로 확인되고 무효라고 확인적으로 선언되면 그 법률은 달리 특별한 규정이 없는 한

---

8) 다만 서독 헌법재판소에서는 입법의 테두리를 정하거나(예컨대 불평등한 시혜규정을 무효로 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.).

고전적인 공식에 따라<sup>9)</sup> 위헌의 상태가 발생한 때부터(ex tunc) 따라서 당초부터 소급하여 법률상 당연히(ipso iure) 무효이다. 이와 같이 독일에 있어서 연방헌법재판소법이 명문으로 인정한 유일한 주문형태는 위헌무효선언(Nichtigerklärung) 뿐이다.<sup>10)</sup> 이에 따라 독일 헌법재판소 판결은 기본적으로 “……법률은 위헌이고 따라서 무효이다”(mit dem GG unvereinbar und daher nichtig)라는 주문형태를 취하여 왔다.<sup>11)</sup>

오스트리아 헌법재판소법은 “판결은 법률의 전부 또는 일부가 위헌이어서 발지됨을 선언하여야 한다”고 규정하고 있다. (§64 I VfGG) 헌법재판소의 위헌발지선언으로써 법률은 선고즉시 또는 헌법재판소가 1년을 넘지 않는 범위내에서 정한 시점부터 발지효가 발생한다. 이는 당해법률을 무효로 하는 것이 아니라 원칙적으로 발지(aufheben)하는데 그친다. 따라서 오스트리아 헌법재판소 판결은 기본적으로 “……법률은 위헌으로 폐지된다”(wird als verfassungswidrig aufgehoben)라는 주문형태를 취한다.<sup>11)</sup>

## 2. 위헌결정의 태양

---

9) 서독의 소급무효설(Nichtigkeitslehre)에 대한 발지무효설(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.

## 가) 법률의 위헌결정

헌법재판소법이 규정한 일차적인 위헌결정의 태양은 입법 기술상 단일체(gesetzgebungstechnische Einheit)로서의 법률에 대한 위헌결정이다. 이는 심판의 대상인 제청된 법률의 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> 등이다.

## 나) 법률조항의 위헌결정

대부분의 위헌결정은 별도의 법적 근거없이 심판의 대상인 제청된 법률조항의 범위 내에서 위헌인 부분만을 한정하여 위헌결정을 한다. (서독의 Teilnichtigerklärung) 이 경우에 헌법재판소는 법률의 개별적인 구성단위를 위헌으로 보아 예컨대, 하나의 형법규정이 헌법에 위배되면 형법 전체가 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 재판의 전제

---

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

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

로 되는 법률의 조, 항, 문, 단, 호 등의 독립 가분의 법률의 구성단위는 모두 위헌결정의 대상이 되고 또한 그에 한정되어야 한다.<sup>14)</sup>

이와 같은 법률의 가분성(Teilbarkeit)은 대체로 법조항의 불가분성을 검토함으로써 보다 쉽게 식별할 수가 있다.<sup>15)</sup> 즉, 정상인 조항이 무효인 조항에 의존적인 관계에 있는 경우에는 가분성은 부정된다.

첫째로 일방적인 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 위헌으로 실효한다면 후자는 그와 운명을 같이 하게 되나 그 역은 성립하지 아니한다.

둘째로 쌍방적인 의존관계가 있는 경우로서 그 대표적인 경우로 서독에서 논의되는 것은 이른바 부대규정(Junktinklausel)이다. 즉 재산권의 수용규정과 손실보상규정과 사이에는 헌법상 상호의존관계가 있어서 예컨대 수용

---

14) 단서부분 : 헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌가 7결정 『소송촉진 등에 관한 특례법91981. 1. 29. 법률 제3361호) 제6조 제1항중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행선고를 할 수 없다”라는 부분은 헌법에 위반된다.』

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

이 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 헌법재판소는 수용규정 전체를 무효로 하여야 한다는 것이다.<sup>16)</sup> 이와 관련하여 우리 헌법재판소의 견해로는 국토이용관리법 제 21조의 3 제1항의 토지거래허가제와 같은 법 제21조의 15의 매수청구제와는 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 토지거래허가제의 피해를 줄이기 위한 구제의 한 방법으로 규정되어 있는 것이므로 제도의 구조논리상 매수청구제는 토지거래 허가제와 상호 관련이 있는 제도이기는 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>

---

16) BVerfGE 4, 219, 236 f.

17) 헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가 13결정 : 위 다수의견은 위헌제청이 된 심판의 대상이 토지거래허가제인 이상 장차 매수청구권과 관련하여 위헌여부심판제청이 있다면 그 때가서 위헌여부를 가리는 것이

이 경우에는 위헌결정으로 법률의 문언이 축소변경(Textreduzierung)된다. 따라서 이러한 일부위헌을 서독에서는 양적인 일부무효(quantitative Teilnichtigkeit)라고도 한다.

---

구체적 규범통제절차를 채택하는 규정취지에 합당하다고 판시한다. 이에 대하여 이시윤 재판관의 소수의견은 제정법원이 비록 위헌여부의 심판을 할 범조항이 국토이용관리법 제21조의 3 및 제31조의 2에 국한되었지만 토지거래허가제와 밀접불가분의 관계가 있는 제21조의 2, 3, 4, 5 및 15도 심판의 범위에 포함시켜 고찰하여야 하는데 왜냐하면 헌법 제45조 단서의 한도에서 헌법소송에 있어서는 통상의 민사소송의 경우와 달리 처분권주의의 적용이 배제되기 때문이라 한다.

한편 한병채, 최광률, 김문희 재판관의 소수의견은 국토이용관리법이 규정하고 있는 토지거래허가제에 관한 법률조항은 제21조의 2, 3, 4, 5, 15 및 제31조의 2이고 위 제21조의 3 제1항은 토지거래허가제의 가장 핵심이 되는 법률조항이기는 하나, 위 법률조항은 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 법률조항(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 위헌으로 하여 위 각 법률조항을 즉시 실효 시킴으로써 입법의 공백으로 인한 경제질서의 혼란을 초래하기보다는 위헌의 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 법률조항이 실효됨을 선언하는 것이 옳다고 한다.

또한, 김진우 재판관께서는 위 제21조의 3의 토지거래 허가제에 관한 규정이 같은 허가제의 내용을 이루는 같은 법률상의 제 규정과 종합할 때 위헌이라는 재판관 한병채, 최광률, 김문희의 반대의견에 같이하나 다만 같은 법조의 효력을 헌법재판소법 제47조 제2항의 명문대로 즉시 상실시킨다 하여도 국가존립에 위해가 미칠 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 것은 아니므로 입법촉구를 할 필요가 없다고 한다.

그러나 예컨대 일반조항과 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 위헌적인 규정부분만을 위헌으로 결정하여야 한다. 이 경우의 주문 형태는 흔히 “……한, 위헌이다”라는 한정문구(“Soweit“-Satz)<sup>18)</sup>를 사용한다.

이 경우에는 법률의 문언이 변경되지 아니한 채 위헌선언이 이루어진다. 이와 같은 일부위헌 또는 한정위헌을 서독에서는 규정축소 없는 질적인 일부무효(quantitative Teilnichtigkeit) 또는 문언과 관련없는 일부무효라고도 한다.

#### 다) 위헌결정의 확장

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

- ① 한정합헌의 경우 : 주문은 특정 적용례에 한정된다는 뜻에서 “……에 관한 이 사건에 있어서는”이라는 의미이다.
- ② 일부무효의 경우 : 간접화법의 형식으로 무효인 부분을 표시한다.
- ③ 규범의 규정축소없는 일부무효 : 규범의 명문규정에는 나타나지 아니하나 당해규정을 적용하면 위헌으로 되는 특정의 적용례를 의미한다.



헌법재판소법은 “법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다”고 하였다.(제45조 단서) 부분무효는 언제나 법률적 의미의 상호관련에 변화를 주게 된다. 이에 따라 위헌결정이 확장되는 경우가 발생한다.

즉 위헌인 부분과 실효 되는 부분이 일치하여 위헌으로 확인된 부분만이 실효 되는 것이 일반적인 경우이겠으나 법률에 위헌으로 되는 부분과 합헌인 부분이 혼재하는 경우라도 법률의 중요부분이 위헌이어서 나머지 합헌인 부분만으로도 독자적인 의미를 갖지 못하는 경우, 즉 위헌인 조항들이 전체 규정의 중요한 구성부분이어서 이를 제거하면 전체규정의 의미와 정당성을 상실하게 하는 경우<sup>19)</sup>에는 나머지 부분만을 잔존시킨다는 것은 무의미하므로 오히려 법률전체에 대하여 위헌결정을 하여야 할 것이다.(Gesamtnichtigerklärung) 아울러 이러한 위헌결정의 확장은 가분성이 없는 관련규정 상호간에도 타당하다. 즉 헌법재판소는 변호사법 제10조 제2항이 헌법에 위반되는 경우에는 위 조항에서 규정한 지방법원의 관할범위를 규정하는 같은 법 제10조 제2항도 독립하여 존속할 의미가 없으므로 헌법재판소법 제45조 단서에 의하여 아울러 헌법에 위반되는 것으로 인정하여 제청법원이 제청신청을 하지 아니하였지만 위 조항도 헌법에 위반된다고 주문에 선고하였다.<sup>20)</sup>

---

19) BVerfGE 53, 1, 23 f.

20) 헌재 1989. 11. 20. 선고, 89헌가 102 결정.

서독의 경우에는 이에 대한 명문의 규정 없으므로 학설상으로는 논란이 있으나<sup>21)</sup> 판례는 일찍이 이를 인정하여 법률의 중요부분이 위헌 무효로 됨으로써 나머지 합헌인 부분은 그 규정내용을 상실하게 되는 경우 부분무효만으로는 오히려 입법자의 의도가 변색되므로 법률의 전부무효를 택하여야 한다고 하였다.<sup>22)</sup>

이 곳에서 문제로 되는 것은 위헌심판의 대상이 되지 아니한 당해 법률중 다른 규정이 같은 이유로 헌법에 위반되는 경우에 그러한 다른 규정에 대하여도 아울러 위헌결정을 하여야 하느냐 하는 문제(Die Erstreckung der Nichtigerklärung)이다. 이 때에는 위헌성이 아니라 분쟁의 편파성이 광정, 확장되는 것을 문제로 한다. 서독 연방헌법재판소법에는 추상적 규범통제(제78조 제2문)와 구체적 규범통제(제82조 제1항)를 위하여는 명문의 규정이 있고 헌법소원의 경우에는 판례로 이를 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 서독의 실무례에 따르면 법률의 다른 규정이란 일체의 독립 가분의 구성요소를 말하고,<sup>24)</sup> 나아가 법률의 개정이 있는 경우

---

21) 반대설 : Ch. Gusy ; 법률의 발지는 원칙적으로 입법자의 소관이고 헌법재판소는 기본법이 부여한 범위내에서 즉 헌법에 위반되는 경우에만 법률을 발지할 수 있기 때문에 일부무효 또는 전부무효중 어느 것이 입법자의 의사에 보다 가깝냐 하는 판단은 기본법상 합당하지 않다. 헌법재판소의 권한은 법률의 합헌성을 심사하는 것이지 일부무효의 합목적성을 심사하는 것이 아니므로 합헌성심사에 국한하여야 한다. 입법자는 일부무효를 한 연후에 남는 부분에 관하여 합목적성이 결여되었다고 여긴다면 이를 발지하거나 보충할 것이다. 따라서 합헌으로 남는 부분을 무효화하는 것은 허용되지 않는다.(Parlamentarischer Gesetzgeber S. 185 f.).

22) BVerfGE 8, 274, 300 f.

23) BVerfGE 18, 300.

에는 심판의 대상인 이미 폐지된 법률뿐 아니라 심판의 대상이 아닌 같은 문언의 새로운 현행의 규정도 이에 속한다고 보아 이에 대하여도 직권으로 위헌 무효를 선언한다. 아울러 현행 법률을 심사하는 경우에 이미 폐지되었으나 계속 효력을 유지하는 구법령이 있다면 이에도 위헌 선언을 하고 있다.<sup>25)</sup>

이는 이른바 당사자 처분권주의 또는 신청주의의 예외를 이루는 것이다. 이에 대한 긍정론으로는 법안정성, 법명료성, 법의 통일을 이룰 수 있고 무익한 이중의 재판을 회피할 수 있다는 소송경제론이다.<sup>26)</sup> 긍정론을 택한다면 심판 대상은 본안절차에서 한정된 인적범위로부터 확장되어 같은 위헌사유가 있는 인적범위까지를 포함하게 된다.<sup>27)</sup> 아울러 심판의 대상이 결정 당시에 적용되는 특정법문에 국한되었다 하더라도 당해 법률의 여러 개정단계에서의 동일한 법조항은 차례로 위헌결정을 보게 된다.<sup>27)</sup> 따라서 이는 헌법재판소결정의 개별사건과의 관련성에 대한 예외를 이루게 된다. 즉 통상은 심판대상이 결정이유를 규정하는데 이 때에는 이유가 심판대상을 규정하게 되는 것이다. 서독의 실무례에서도 이 조문은 잘 활용되지 않고 심판을 간명하게 하고 여타의 관련문제를 검토하기 위하여 판단을 아

---

24) BVerfGE 17, 38, 62 : “결혼한 부인” 이 본안절차에서 문제로 되었더라도 “이혼한 부인”에 대하여도 무효선언을 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.

긴다.<sup>28)</sup> 명문이 없는 우리 법제로서는 입법론으로는 모르  
되 인정하기 어렵다.<sup>29)</sup>

그 밖의 다른 법률에 있는 같은 규정도 같은 이유로 위헌  
결정을 할 수 있는가? 예컨대 소송촉진등에 관한 특례법  
제6조 제1항중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구  
에 관하여는 가집행선고를 할 수 없다”라는 부분은 헌법에  
위반된다고 위헌결정<sup>30)</sup>이 선고되었는데 이와 같은 조문은  
행정소송법 제43조에도 존재한다. 그렇다면 위조문의 위헌  
결정을 위하여는 별도의 위헌심판이 필요한가라는 문제이  
다. 일시적이거나 야기되는 법의 불통일을 교정하기 위하  
여는 긍정하는 입장도 가능하겠으나 명문이 없이는 역시  
인정하기 어렵다.

### 3. 경과규정에 대한 결정

#### 가) 경과규정의 허용여부

---

28) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 174.

29) 다만 헌법재판소는 사회보호법사건(1989. 9. 8. 선고, 88헌가 5, 8,  
89헌가 44결정)에서 폐지된 형사법령은 신법이 더 유리하게 개정된  
경우에만 신법이 적용되므로 구법이 위헌이었느냐와 신, 구법중 어  
느 것이 더 유리하냐가 판단된 뒤에 비로소 결정할 수 있는 문제이  
므로 이 한도 내에서는 심판의 대상이 잔존하는 것으로 보았다. 여  
러 개정안이 있더라도 구법과 동일한 규정이 있다면 그 범위 내에서  
는 형식적인 개정에 불구하고 심판의 대상은 이전된다고 보아야 할  
것이고 이는 위헌결정의 확장이론과는 별도로 해결될 수 있다 할 것  
이다.

30) 헌재 1989. 1. 25. 선고 88헌가 7결정.

서독헌법재판소는 낙태판결<sup>31)</sup>에서 집행주문을 통하여 경과규정으로서의 형법규정을 발한 바 있었고 또한 양심적 병역기피에 관한 판결<sup>32)</sup>에서도 역시 경과과정을 두었다.

이를 긍정하는 이론으로서는 우선 헌법재판시 전체적인 국가생활에 대한 역효과를 경감하기 위하여 주문자체에 대한 일종의 가치분으로서 경과조치를 할 수 있다는 가치분설이 있다.<sup>33)</sup> 이로써 위헌인 규정에 새 입법시까지 계속효를 부여하거나 그 기간 동안에 다른 합헌적 규정을 찾아낼 수 있도록 하는 가치분이라 한다. 그러나 이 이론은 가치분이란 본안절차 동안에만 발하여 질 수 있다는 의문을 설

---

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.
3. 낙태가 수태 후 12주 이내에 임부의 동의 아래 의사에 의하여, 임부로서는 다른 기대할 수 있는 방법으로는 회피할 수 없는 중대한 위급상황을 피하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 형법 제218조에 의한 처벌을 도의시하여야 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 병역기피자가 위 같은 기간동안에 시민복무상 동등하다고 인정되는 다른 임무나 활동을 인수하였거나 이에 관한 구속적인 합의를 하는 승인된 병역회피자로 취급된다.”

33) Klein JZ 1966, 463.

명하지 못한다.

다음으로는 위 판례가 택하는 “서독헌법재판소는 집행방법을 정할 수 있다”는 규정(BVerfG § 33)에 기한 집행설이 있다.

집행결정에 의하여 무효로 선언된 규정들은 규범의 효력을 지속하도록 하는 조치나 헌법재판소에 의하여 창출된 독자적인 경과조치로 대체된다.<sup>34)</sup> 그러나 규범통제판결의 집행가능성에 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 헌법재판의 집행문제는 아니다. 이는 입법자가 위헌으로 선언된 법률을 또다시 같은 내용으로 입법하려는 경우에도 같다. 이때에도 헌법재판소는 직권으로 어떠한 조치를 취할 수는 없을 것이고 다시금 절차를 기다려야 할 것이다. 따라서 규범통제결정에 대한 집행은 원칙적으로 불가능하고 허용될 수 없다는 문제이다. 그러나 서독 헌법재판소는 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

---

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

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

36) BVerfGE 6, 300, 304.

헌법재판소판결의 효력을 연기하거나 그의 결정을 일정하게 정형화하고자 하는 경과규정에 대한 권능을 포함한다고 본다.<sup>37)</sup>

이에 대하여는 서독에서도 헌법재판소가 집행 이유를 위헌적인 집행을 행할 수 없다는 한계가 지적되고 있다. 즉, 이러한 경우란 헌법재판소가 입법자에게 전속되어야 하는 법률류보 사항에 대하여는 법률적 효력을 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 위헌이라는 결론이다.

우리 헌법재판소법에는 서독과 같은 집행규정이 없어 서독과 같은 유추적용은 명문상 어려울 뿐만 아니라 변형결정으로서 불합치선언을 하는 외에 (이 경우에 위헌법률의 실효를 배제 또는 일시 정지하는 주문은 헌법적인 규범충돌의 경우에 법 제47조 제2항을 배제하는 것으로서 별도의 법적근거를 필요로 하지 아니함은 전술하였다) 불합치선언을 할 수 있는 요건을 갖추지 못하여 위헌결정을 하면서 다시 경과규정을 두는 이른바 경과규정부 위헌결정을 함이 실로 헌법에 보다 가까운 상황을 창출하는 경우로 볼 실익이 있는 지가 의심스러워 헌법재판소는 그러한 권한이 없

---

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.

다고 할 것이다.

## 나) 경과적 조치

그러면 이러한 권한은 누구에게 주어 져야 하는가.

법률이 단지 헌법에 불합치 한다고 선언되었다면 입법자는 헌법에 불합치한 상태를 배제할 입법의무가 있다. 이러한 의무는 헌법재판소의 재판으로 위헌적 법상태가 계속유지 되기 때문에 과거에 연관된 사안을 규정하게 된다. 그러나 위헌결정이 있는 후에는 구법이 부활하지 아니하는 한 법의 공백상태를 야기한다. 우리 헌법재판소도 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 위헌결정으로 구법이 부활하지 아니함은 간접적으로 인정하고 있다고 보여진다.<sup>39)</sup> 이러한 입장은 사안만을 복잡하게 한다하여 서독에서도 원칙적으로 같은 입장이다.<sup>40)</sup> 위헌실효의 경우라도 경과규정의 제정이 정치적으로 요구되는 경우에는 입법자가 실효시까지 소급적인 입법을 함이 원칙이다. 이 경우라도 신뢰보호원칙에 따른 소급입법금지의 원칙은 그대로 타당하므로 시혜적인 입법만 타당하지

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.



결코 부담을 주는 규정을 소급제정할 수는 없다. 입법자는 긴급조치로서 기존의 행정명령이나 행정규칙이 합헌, 합법인 한에 있어서 이를 당분간 법률로 쓸 수도 있을 것이다.

집행부는 일반적으로 위헌결정 이후에 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 경우에는 신법제정시까지 불가능하다.

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

## 4. 합헌결정

### 가) 합헌결정

헌법재판소가 위헌법률심판을 심리한 결과 아무런 헌법위반을 확인할 수 없는 경우에 관하여 헌법재판소법은 명백한 주문형태를 규정하고 있지 않다. 다만 헌법재판소법 제 45조의 위헌여부라는 표현에 따라 헌법재판소 결정에서는 “……법률은 헌법에 위반되지 아니한다”라는 주문형식이 통용된다.<sup>42)</sup> 서독의 실무례에서는 기각 또는 합헌선언의 주문예가 혼용되고 있다.

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

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

헌법재판소는 위헌여부의 심판이 제청되면 당사자가 주장하는 이유에 불구하고 가능한 모든 면에서 그 위헌인 여부를 심사한다.<sup>43)</sup> 따라서 그럼에도 불구하고 당해 법률의 위헌성을 확인할 수 없었다면 이러한 결론에는 당해 법률의 유효성에 적극적인 의미를 부여하여야만 한다는 이유에서 서독에서는 단순한 합헌선언에 그치지 아니하고 나아가 당해법률이 합헌유효임을 확인하는 주문례가 나타난다. 이는 위헌 무효선언에 대칭되는 형태라 하겠다.<sup>44)</sup> 한번 위헌결정이 있으면 같은 사안에 대하여 다시 위헌제청이 된다 하더라도 이미 판시한 바 있어 위 법률 조항의 위헌여부는 더 이상 심판의 대상이 될 수 없다 하여 위헌심판 제청은 부적법 각하된다. 그러나 같은 사안에 대하여 합헌결정이 있었고 이를 다시 달리 판단하여야 할 별다른 사정의 변경이 있다고도 인정되지 아니하더라도 부적법 각하하거나 기각을 할 것이 아니라 “……법률은 헌법에 위반되지 아니한다”라는 합헌선언을 다시 한다.<sup>45)</sup>

## 나) 위헌불선언

헌법재판소는 불합치선언과는 다른 위헌불선언결정의 주문을 사용한 바 있다. 즉 국토이용관리법 제31조의 2벌칙

43) 헌재 1989. 93 43 선고, 88헌가 22결정.

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

45) 헌재 1989. 9. 29. 선고, 89헌가 86 결정.

규정의 위헌심사에서 합헌의견이 4인의 재판관, 위헌의견이 5인의 재판관으로서 “별칙규정은 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 헌법 제113조 및 헌법재판소법 제23조 제2항이 위헌정족수를 재판관 6인 이상의 찬성이라는 가중정족수를 채택함으로써 위헌결정을 할 수 없을 뿐만 아니라 합헌의견이 일반 의결 정족수인 과반수에 달하지 못하여 헌법에 합치한다는 결정을 할 수도 없다는 전제에서 나온 독특한 주문이다. 그러나 위헌결정에만 실효의 효과가 따른다는 점과 평결과정은 별도의 의미를 갖지 아니한다는 점에 비추어 과연 이러한 별도의 주문이 헌법에 위반되지 아니한 다라는 주문과 무슨 차이가 있을지 의문이다.<sup>47)</sup>

## 제삼절 불합치결정

### 1. 헌법재판소의 결정

---

46) 헌재 1989. 12. 22. 선고, 88헌가 86 결정.

47) 서독에서는 의결정족수에 못미치는 경우인 가부동수의 경우에 결선투표를 허용하지 아니하고 합헌판결을 한다. BVerfGE 70, 69(mit dem GG vereinbar)

서독에 있어서는 위헌무효의 재판 이외에 불합치선언(Verfassungswidrigweklarung- “nur unvereinbar”)이라는 주문형태가 오래 전부터 받아들여져서 실무관행으로 확립되어 있다.<sup>48)</sup> 이에 대한 실정법상의 근거는 1970년의 헌법재판소법 제31조 제3항의 개정<sup>49)</sup> 이전에는 서독에서도 박약하였다. 그래도 이에 관하여 지적되었던 것은 위헌무효 재판에 관한 서독헌법재판소법 제78조의 체계적 위치에서 나오는 위헌무효 결정의 적용상의 한계이다. 즉, 이 규정은 추상적 규범통제, 구체적 규범통제 및 헌법소원의 경우에만 규정되어 있지 그 밖의 각종 헌법재판의 경우에는 이에 관한 아무런 규정이 없다. 따라서 권한쟁의의 경우에는 피청구기관이 어떤 규범의 제정으로 자신의 권리의무가 침해되었는지가 문제로 되어 그 침해가 확인되더라도 위헌무효

48) 서독연방헌법재판소는 처음에는 판결주문에서 불합치선언을 하지 아니하고 다만 이유에서 무효선언을 하지 않는 이유를 밝혀 왔었다. (예컨대 BVerfGE 25, 101) 그러나 이미 BVerfGE 13, 248에서 무효선언(초기에는 nichtig로만 선고하다가 unvereinbar und nichtig로 정착됨)을 하지 아니한 채 위헌선언(verfassungswidrig)만을 한 바 있었다.

이러한 결정에 대한 용어는 각양각색이다. 예컨대 Nichtigerklarung과 verfassungswidrigerklarung으로 나누는가 하면(Maurer, Zur Verfassungswidrige erklarung, S. 345 ; Gusy, Parlamntarischer Gesetzgeber, S. 188), Nichtigerklarung과 die bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit로 나누거나(Pestalozza, “Noch Verfassungsmaige” S.519), Nichtigerklarung과 Unvereinbarerklarung으로 나눈다(Schlaich, Bundesverfassungsgericht, S. 169).

49) BGBl. IS. 1765 이와같은 입법에 대한 반응은 찬반이 반반이었다. Pestalozza, Verfassungsprozerecht, S. 177, FN 61.

선언을 할 수는 없었다. 이때에 서독에서는 판례로 이른바 불합치선언을 하여 왔다.<sup>50)</sup> 이러한 판례의 입장은 헌법재판소법의 개정을 불러와 제31조 제2항 2, 3문에 위헌무효 재판이외에 기본법에 합치, 불합치를 선언하는 경우에도 법률적 효력을 부여하도록 개정하였고, 아울러 그 결과로서 기본법에 불합치한 법률에 기한 형사재판에 대하여도 재심을 하도록 개정한 것이다. 이와 같은 입법의 개정뿐만 아니라 대체적인 학설의 입장도 이를 협동적인 위헌보호 (Kooperativer Verfassungsschutz)<sup>51)</sup>라 하여 긍정적으로 받아들이고 있으며 현재는 위헌무효재판과 불합치선언재판의 비율이 대체로 반반의 비율을 점하고 있을 정도이다.<sup>52)</sup>

헌법재판소는 국회의원 선거법 제33조, 제34조 위헌심판 사건에서 같은 법조는 “헌법에 합치되지 아니한다,<sup>53)</sup> 위 법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다”라고 선언함으로써 이른바 불합치선언을 하였다.<sup>54)</sup> 위 결정은 그 이유를 아래 3가지로 들

50) BVerfGE 20, 119, 129 이래.

51) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 107 f.

52) Ipsen, Rechtsfolgen S. 107 f.

53) 이러한 주문례에 대하여 김진우 재판관의 반대의견에는 “우리의 오랜 전통적인 언어관습과 언어감각에 비추어 위헌의 정도를 나타냄이 없이 ‘위 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다’라고 표현함은 법제 47조 제2항에 의하여 그 법률조항의 헌법을 결정일로부터 상실시키는 위헌결정으로 이해된다. 이렇게 이해되는 표현을 제1항으로 하고서, 제2항으로 위헌법률조항의 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.

고 있다.

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, 자유민주주의의 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 차제에 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 국회의원들로 구성되어 있다.

---

54) 헌재 1989. 9. 8. 선고, 88헌가 6결정 : 다수의견의 결정요지

① 국회의원선거법 제33조의 기탁금은 너무 과다하여 국민민주주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권을 침해할 뿐만 아니라 정당추천 후보자와 무소속 후보자의 기탁금에 1,000만원과 2,000만원의 차등을 둔 것은 정당인과 비정당인을 불합리하게 차별하는 것으로 헌법 제41조의 선거원칙에 반하고 헌법 제11조의 평등보호 규정에 위배된다.

② 유효투표 총수의 3분의 1을 얻지 못한 낙선자들의 기탁금을 국고에 귀속시키게 하는 것은 그 기준이 너무 엄격하여 국가존립의 기초가 되는 선거제도의 원리에 반하며, 선거경비를 후보자에게 부담시킬 수 없다는 헌법 116조에도 위반된다.

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 1년 전이 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 변정수 재판관께서 반대의견을 표시한 바 있다. 즉, 위 법률조항이 위헌이라면 위헌결정으로 그 효력을 상실시켜 앞으로 있을지 모르는 재선거나 보궐선거나마 합헌적 선거가 될 수 있게끔 해야 하는 것이지 기왕에 선출된 제13대 국회의원들이 위헌적인 기탁금제도 하에서 당선되었으니 재선거나 보궐선거에서 선출될 국회의원도 합헌적 제도하에서 당선되어서는 아니되고 똑같이 위헌적인 제도하에서 선출되어야만 한다는 다수의 이론은 더 이상 설명을 부칠것이 없이 정당하지 않다.

아울러 김진우 재판관께서도 반대의견을 표시한 바 있다. 즉, 위헌결정은 결정일로부터 효력이 생하는 것이므로 이 결정전에 당선된 국회의원의 지위나 구국회의 권위에 영향이 있다고 할 수 없다. 또 지난 선거에 기탁금조항 때문에 입후보하지 못한 실례가 있다고 나타난 것도 아니고 그 결정의 효력을 즉시 발생하게 하므로써 입후보 등록시의 기탁금제도에 차이가 있다는 점만으로 제13대 의원과 이 결정후에 있을 재선거 또는 보궐선거에서 선출될 소수의 국회의원과 의 사이에 동질성이나 평등성이 금이 간다고 할 수도 없다. 국회의 권위존중의 면에서도 단순히 위헌선언을 하고 그 후 법개정문제는

## 2. 허용령역

아직 우리 헌법재판소의 허용례를 충분히 검토할 수 있는 단계가 아니므로 서독 헌법재판소의 판례를 분석하기로 한다.<sup>56)</sup>

### <1> 발지권의 흠결

예컨대 독일적 규범인 점령국법률<sup>57)</sup>이나 유럽공동체법률<sup>58)</sup>은 위헌무효로 할 수 없더라도 합헌성심사 대상은 된다 함이 서독의 판례이다. 그러나 이와 같이 심사권과 발지권을 구분함에는 이론이 없지 않다. 즉 이러한 법영역에 대하여 서독에 관할이 없다면 그에 대한 합헌성심사의 여지도 없다는 것이다.<sup>59)</sup>

### <2> 입법부작위

이에 관하여는 우리 헌법재판소에는 명문이 있다. 즉 공권력의 불행사로 인한 헌법소원을 인용할 때에는 그 불행

---

입법권자가 위헌성이 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.



사가 위헌임을 확인할 수 있도록 하였다. (제75조 제3항) 다만 권한쟁의에 있어서 부작위가 청구인의 권한을 침해한 때에는 그 무효를 확인할 수 있다(제66조 제2항)고 하였는데 이는 위헌확인의 의미로 볼 것이다.

서독에서는 명문의 규정이 없으나 위헌적인 (전부 또는 일부의) 입법부작위에 대한 위헌무효심판은 무효로 할 대상이 애초부터 존재하지 아니하므로 선천적으로 배제된다고 보아 이 경우에는 불합치결정을 하게 된다.<sup>60)</sup> 그리고 입법자의 행위가 있었으나 그 입법이 서독에 있어서의 손실보상의 요건을 충족시키지 못한 수용과 같이 헌법적인 전제를 충족시키지 못하는 경우에는 원칙적으로 그 법률을 무효로 한다.<sup>61)</sup> 다만 그 법률이 적용되지 아니하므로 신청인에 대하여는 이를 무효로 한다 하여도 유리하게 되는 것이 없으므로 이를 무효로 하지 아니하고 그 법률의 부분적인 부작위인 흠결부분에 대하여 불합치선언 등을 한다.<sup>62)</sup> 요컨대 권리침해에 이르지 아니한 불충분한 보상이나 부담은 위헌확인에 그치고 권리침해에 이르렀을 때에 비로소 위헌무효로 선언한다.<sup>63)</sup>

이와 같은 입법부작위는 어느 범위에서는 법원의 판결로 보충될 수 있다. 법관의 법형성적 구체화 과정도 헌법이 예상하는 바이나 그 한도를 넘어 대리가 불가능한 헌법상

---

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.

의 입법의무의 영역에서는 위헌확인을 하여야 하는 것이다.

### <3> 명백하지 않은 헌법위반

입법절차상의 흠결은 중대한 경우(grober Mangel)에만 무효사유로 된다. 64)그 밖의 하자는 합헌<sup>65)</sup>으로 되거나 불합치선언<sup>66)</sup>에 그친다.

### <4> 자의적(willkürliche)인 시혜배제

일정한 집단에게만 특별한 배려를 하는 경우 이에서 제외된 제3자는 평등권위배를 주장하게 되는데 이 때 이를 배제하는 방법으로는 두 가지 가능성이 있다. 그 시혜 모두를 무효로 하거나 아니면 부분무효를 통하여 배제규정이나 부담규정을 제거하는 것이다. 그러나 첫째 가능성은 청구인에게는 아무런 도움을 주지 못한 채 수혜자에게 혜택을 박탈하고 말뿐이다. 둘째 가능성은 결국 의회의 예산편성이라는 문제에 부딪치게 된다. 서독헌법재판소는 이러한 경우에 입법자가 특정한 해결책을 분명히 의식적으로 원했다거나<sup>67)</sup> 불평등한 취급을 피할 다른 방법을 선택할 여지

---

64) BVerfGE 31, 47.

65) BVerfGE 16, 130 ff.

66) BVerfGE 34, 9 ff.

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

가 없는 경우에만<sup>68)</sup> 위헌무효판결을 하지 그 밖의 입법형성권의 범위내에서 여러 가지 선택의 가능성이 인정되는 경우에는 권력분립을 존중하여 불합치선언만을 한다. 그러나 이러한 경향에 대하여는 헌법재판소 자체가 평등한 판결을 하지 아니한다면 위헌이라는 심각한 비난이 가해지고 있다.

### <5> 위협적인 입법의 공백

법률적인 규정이 헌법상 요구되는 경우에 그 내용이 헌법적인 경우이다. 예컨대, 공무원급여법의 경우와 같이 헌법적인 요구에 못미치는 것이라 하더라도 규범의 완전한 공백(Rechts-Vakuum od. Rechtschaos)보다는 참을 만하다고 한다.<sup>69)</sup> 이는 위헌무효로 되어도 구범이 살아나지 아니하며 만일 구범이 살아난다면 법적 불안정성이 더욱 크게 될 것이라는 헌법재판소의 견해를 전제로 하는 입장이다.<sup>70)</sup> 아울러 내용상으로는 합헌적인 규정이나 요구되는 법률적 형태를 취하지 않고 있는 경우에도 법률류보에 반하는 결과로 된다.<sup>71)</sup> 나아가 법적안정성의 요청<sup>72)</sup>이나 입법자의 필수적으로 요구된다는 것<sup>73)</sup>도 그 사유로 되어 무

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

69) BVerfGE 8, 1 ff., 13, 248 ff. ; 18, 288 ff. ; 38, 1 ff 서독헌법재판소 제1부는 이 이론을 전 기본권분야로 확대하였다. BVerfGE 33, 303, 347F. ; 37, 217, 260f.

70) Pestalozza, Noch verfassungsmäßige, S. 522.

71) BVerfGE 33, 303 ff.

72) BVerfGE 37, 217 ff.

효재판을 배제한다.

이상의 유형 중에서 실제적인 법적 문제와 무관하게 위헌 무효결정이 배제되는 경우란 <4>, <5>의 두 경우로서 “입법형성권의 보장”과 “보다 헌법적(*größere Nähe zum GG*)”이라는 일반적인 사유를 들고 있다. 총체적으로 헌법 불합치선언은 가분적인 위헌 규범이 존재하지 아니하는 입법불행위의 경우에만 논리 필연적이라 할 것이다.

### 3. 법적 효과

#### <1> 입법자에 대한 의무부과

불합치선언도 헌법재판소법 제47조 제1항에서 정한 위헌 결정의 일종이며 타국가기관에 대한 패속력이 있다 함이 헌법재판소의 판례이다.<sup>74)</sup> 또한 위헌확인도 원칙적으로 과거에 대하여서나 (형사사건에 대한 재심이 가능하다, 법 제47조 제3항의 적용) 미래에 대하여(별도의 결정없이 원칙적인 적용차단 ; *Anwendungssperre*) 무효선언과 동일하다 함이 서독의 판례이다.<sup>75)</sup>

그러나 불합치선언은 서독에 있어서 위헌무효선언과 여러 점에서 구별된다. 그 중 가장 중요한 점은 후자는 헌법재

---

73) BVerfGE 35, 79 ff.

74) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가 6 결정.

75) BVerfGE 37, 217, 261 ff.

관소가 확인하고 이를 스스로 배제하는 발기적인 결정인데 반하여 전자위반확인하기는 하나 확인된 위헌상태를 가능한 한 신속하고 광범위하게 배제할 것을 입법자에게 의무 지우는 일종의 의무화 결정인 것이다.<sup>76)</sup> 따라서 헌법재판소는 입법자에게 그러한 입법의무가 있음을 상기시키는 일을 결코 소홀히 하지 않는다.<sup>77)</sup> 때로는 입법의 방향과 테두리를 제시하거나<sup>78)</sup> 대안을 제시하기도 하고,<sup>79)</sup> 때로는 입법의무를 위한 기한을 정하기도 한다.<sup>80)</sup> 이러한 조치는 이러한 기한이 지난 뒤에는 법률의 무효가 선언된다는 제재(Sanktion)를 전제로 하고 있다.<sup>81)</sup>

이러한 주문관행은 우리 헌법재판소 결정에서도 나타나고 있다. 즉, 위 국회의원선거 기탁금을 결정에서 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정 할 때까지 그 효력을 지속한다고 선고 함으로써 이를 위한 시한을 정하였다.<sup>82)</sup>

## 〈2〉 당해사건 및 유사사건의 처리

76) 이는 행정소송법상의 취소(Anfechtung)소송과 의무화(Verpflichtung)소송에 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 헌법재판소자신에 의하여 수정될 수 있다. 다만 이때에는 신뢰보호의 한계가 있다. BVerfGE 38, 386, 396 f.

81) BVerfGE 13, 326.

82) 헌재 1989. 9. 8. 선고, 88헌가 6결정.

위헌제청이나 제68조 제2항의 헌법소원을 하게 된 본안사건은 헌법재판소의 불합치선언으로 입법자가 새로운 입법을 할 때까지 당해사건(Anlaßfall)심리를 정지하여 당사자로 하여금 합헌적인 새 법률의 혜택을 받을 수 있도록 함이 서독의 관행이다.<sup>83)</sup> 법률이 무효도 아니고 그렇다고 헌법에 적합한 것도 아닌 잠정기간(Übergangsfrist) 동안에 재판은 보류되어야 한다는 것이다. 오지리에서는 위헌법률의 발지 시기는 원칙적으로 공포일이고 다만 입법의 공백을 없애고 입법자에게 개정을 위한 시간적 여유를 허용하기 위한 입법정책적인 요구에 따라 헌법재판소는 1년이내의 장래효에 대한 유예기간을 설정할 수 있도록 하였다. 이 때에도 당해사건에 소급효가 미친다고 봄이 1975. 헌법개정으로 이점을 명문화하기 전부터의 실무의 입장이었다.<sup>83)</sup> 이와 관련하여 위

83) BVerfGE 37, 217, 261, 구체적규범통제절차에 있어서 제청법원은 헌법재판소의 불합치선언이 있는 후에 당해사건의 심리를 새로이 정지하였다.

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 학설 중에는 폐지의 소급효는 그것에 설정된 기간이 초과되어 효력이 발생할 것을 전제로 한다는 입장이 있었다.

이에 따르면 헌법재판소가 폐기하는 법률에 유예기간을 설정한다면 이로써 그 법률에 기하여 유효한 명령과 법률행위의 기초가 될 수 있는 가능성을 스스로 시인한 것이고 이 기간동안에 그에게 제기된 소송에서 이 법률에 기한 행정행위를 무효로 취급한다면 스스로 모순에 빠지게 된다는 것이다. (Kelsen-Froehlich-Merkel, Kommentar, S. 261.) 이로써 당해사건에의 소급효원칙은 기간설정예 종속하게 된다. 그러나 이는 본말이 전도된 것으로서 헌법재판소의 발지판결과 이에 부가된 기간설정에서 후자에 우선을 두게되는 모순이 생기게

국회의원 선거법 위헌심판사건에 있어서의 제청법원인 서울 민사지방법원은 당해사건에 대하여 “위 조문이 헌법에 합치되지 아니하나, 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 유지한다”는 헌법재판소의 결정이 있자 본안사건의 심리를 종결하고 위 법률이 유효임을 전제로 하여 원고의 부당이득금 반환청구를 기각하였고 그 항소심인 서울고등법원에서는 이를 취소하고 위 청구를 인용하였다. 이에 대하여는 아직 대법원의 최종판결을 기다려야 하겠으나 서독의 실무례와 같이 헌법재판소가 정한 시한내에 있을 새 입법에는 경과규정을 두어 그 동안의 위헌상태에 대한 처리를 할 터이므로 일단은 새 입법시까지 기다려 소송당사자로 하여금 도노를 피하도록 하는 것도 합리적이라 할 것이나 이러한 전망이 없다면 오지리의 실무례에 따라 인용하는 것이 옳다고 본다.<sup>84)</sup>

이러한 조치는 학설상 다툼이 있으나<sup>85)</sup> 불합치선언이 된 규범의 효력문제가 재판의 전제로 되는 당해사건 이외의 법원에 계속중인 유사사건(Parallelfall)에도 타당하다 함이 서독 헌법재판소의 경향이다.<sup>86)</sup> 이는 헌법재판소의 헌법위

---

된다.

84) 서울민사지방법원 1990. 1. 25. 선고, 88가합 46330 민사제 16부 ; 서울 고등법원 1990. 7. 20. 선고 90나 13408 제1부, 부당이득금반환.

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

86) BVerfGE 39, 334 ; 7, 99 ; 8, 122. 이와 구별되는 개념으로 유사규범 사건(Parallenormfälle ; 같은 사안이나 다른 유사한 규범이 적용되는 사건)이 있으나 서독 헌법재판소법 제35조에 의한 별도의 집행조치나 법 제95조 제1항 제2문에 의한 반복금지의 주문에 의하지 않는 한 정지되지 아니한다 함은 독일의 실무이다. BVerfGE 7, 99, 100.

반여부에 관한 결정에는 패속력 및 법률적 효력이 있기 때문이라 한다.<sup>87)</sup> 오지리에서는 헌법재판소의 변론시 계속 중인 모든 사건에도 미친다고 봄이 새로운 실무의 입장이다.<sup>87)</sup> 우리 법제에서는 비단 불합치선언에서 뿐 아니라 장래효에 그치는 위헌결정 전반에 해당하는 문제이나 - 당사자의 귀착사유를 찾기 어려우므로 형평의 원칙상 헌법재판소 결정일 당시 일반법원에 계속된 사건까지도 포함시킴이 타당하다.

### <3> 불합치법률 적용여부

이 경우 법집행기관이 법률의 개정이 될 때까지 어떻게 하여야 하는지에 대하여 공백으로 남아 있다. 서독의 위헌 무효선언에 의하면 제거된 무효인 법률대신에 구법 부활하거나 - 오스트리아에서는 명문이 있다(Art. 140 Abs. 6 B-VG) - 입법의 공백상태로 된다. 그러나 불합치선언의 경우에는 원칙적으로는 무효선언의 경우와 같다고 하면서도 여러 가지 변칙적인 레외를 설정함으로써 그 결과가 통일되어 있지 않다. 서독헌법재판소는 입법의 공백을 피하기 위한 경우에는 신법제정시까지 구법이 계속 적용됨을 반드시 밝힌다. 그러나 그 밖의 경우에는 계속 적용됨을 밝히기도 하고 계속효를 결론적으로 인용하는 경우도 있으나 대체로 위헌으로 확인된 규범은 결정시로부터 주문에서

---

87) Schlaich, Bundesverfassungsgericht, S. 174.

87)-1) VfSlg. 10616.



밝혀진 범위에서 더 이상 적용될 수 없다고 한다. 또 다른 경우에는 이에 관하여 전혀 언급이 없이 불확실성을 스스로 감수하기도 한다.<sup>88)</sup>

그러나 합헌적 규범이 발령될 때까지 계속중인 절차를 중지할 의무는 원칙적으로 집행기관에게도 있다 할 것이다.<sup>89)</sup> 다만 불평등한 시혜로 해법불합치가 선언되었다 하더라도 그 법률에 의하여 수혜를 받아왔던 사람들에 대하여는 그 법률을 계속 적용하라는 헌법재판소의 결정이 없더라도 사리상 수혜집행을 계속하여야 할 것이다. 또한 헌법재판소가 법의 공백을 회피하고자 불합치선언에 그친 경우에는 잠정기간동안에 그 법이 적용되어야 할 것이다. 끝으로 이러한 정지는 모두 유예와 원상복구가 가능한 처분에 관한 것이다. 기간이 정하여진 처분은 회복이 불가능한 경우이므로 이 기간동안 실제적인 집행이 배제된다. 불합치선언으로 법적 정지상태(Rechtsstillstand)에 들어가는 것이다.

---

88) 이에 관한 서독의 학설로는 (1) 위헌인 법률은 헌법재판소의 결정과 별도로 그 자체로 무효이므로 헌법위반이라는 구속적인 확인으로 위헌인 법률은 일체의 효력을 상실한다는 설(Ipsen, Rechtsfolgen, S. 218.) ; (2) 위헌인 법은 취소가능하다는 입장에서 위헌인 법률은 적용상의 이유에서 필요한 경우에는 신법 제정시까지 효력을 지속한다는 설(Böckenförde, Nichtigkeit, S. 132 ff. ; Moench, Verfassungswidriges Gesetz, S. 172 ff.) ; (3) 위헌인 법률을 무효로 함이 오히려 법치국가에 반하게 되어 완전한 입법의 공백보다는 그래도 위헌인 법률이나마 존재하는 것이 합헌에 가까운 경우가 있다는 입장에서 법집행기관은 당해절차를 신법제정시까지 정지할 의무가 있다는 설(Hoffmann-Riem, DVBl 1971, 842 ff. ; Skouris, Teilnichtigkeit, S. 53.)이 있다.

89) Gusy, Parlamentarischer, S. 203.

어쨌든 서독헌법재판소가 불합치선언만을 하면서도 그 법적 결과에 대하여 침묵을 함으로써 법적 사생아와 같은 상태를 야기케 하는데 대하여는 비난을 면치 못 할 것이다.<sup>90)</sup> 특히 우리 헌법재판소의 불합치결정이 본질상 법 제 47조 제2항의 실효에 대한 유예라고 본다면 그 법적 상태에 관한 주문이 생략되는 것은 그 자체로 불합치결정으로서는 성립될 수 없다 할 것이다.

## 제사절 입법촉구결정

### 1. 의 의

서독 헌법재판소법에는 물론 그 밖에 어떠한 실정법상에도 헌법재판소가 헌법재판을 함에 있어서 입법자에 대하여 입법에 관한 촉구를 할 수 있다는 조문을 찾아 볼 수 없으나 서독 연방헌법재판소는 이른바 입법촉구결정(Appellentscheidung)<sup>91)</sup>이라는 주문례를 발전시켜 왔다. 이러한 주문은 서독에 있어서의 위헌무효판결이나 불합치선언판결과는 달리 아직은 합헌(noch verfassungsmäßig)이나 위헌이 될 위험이 있는 경우에 선고된다.<sup>92)</sup> 전통적이고

---

90) Gusy, BVerfG, S. 80.

91) 경고결정, 권고결정, 권유결정이라고도 번역된다. 헌법재판소 결정에서는 입법촉구결정이라는 용어를 흔히 쓴다.(예컨대 헌재 1989. 5. 24. 선고 89헌가 37. 96 결정의 한병채 재판관의 반대의견)

92) 물론 불합치결정에서도 입법부에 대한 법률의 보완을 촉구하는 이

원리적인 사고로는 어느 법률의 위헌여부는 일정한 재판시점을 기준으로 하도록 되어 있다. 따라서 법의 지속적인 합헌성을 확보하기 위하여는 각 순간마다의 끊임없는 합헌성의 심사가 불가피하다. 이러한 정태적인 관점과는 반대로 입법촉구결정은 사실적·법적 관계의 동태적인 면을 고려하는 것이다. 법률이 위헌으로 되는 것은 전통적인 합헌, 위헌의 이원론적인 선택에 있어서 시간과 결부된 류동적인 과정으로 파악된다. 따라서 입법촉구결정의 전제가 되는 임박한 위헌이란 유동적인 개념은 뒤에 위헌으로 결정될 것이 예견 가능한 합헌의 상태를 발한다. 장래에 현재와는

---

유설시가 따르는 경우가 흔히 있으나 이 경우에는 불합치결정의 효과에 따라 해결되므로 별도로 논할 실익이 없다. 따라서 통상 입법촉구결정을 논할 경우란 불합치결정도 하지 아니하나 일반적인 합헌결정이나 합헌적 법률해석을 하면서 입법촉구를 하는 경우이다.

전자의 예로서는 위 선거기탁금 위헌결정외에도 일찍이 금융기관 연체대출금의 특혜규정과 관련하여 담보공탁금의 비율이 너무 과중하여 항고권의 행사를 할 수 없도록 제한한 내용이라면 그 공탁금의 비율을 조종하도록 조건부 또는 입법촉구의 위헌결정을 내리는 변형판결이 옳다는 재판관 한병채의 소수의견이 피력된 바 있다.(헌재 1989. 5. 24. 선고 88헌가 12 결정)

아울러 토지거래허가제 위헌심판사건의 재판관 한병채, 최광률, 김문희의 위헌의견에서도 토지거래의 허가를 신청한 자에게 인정되는 당해 토지에 대한 매수청구권은 토지거래허가제로 인한 피해구제수단으로서 토지거래허가제와 불가분의 관계에 있어 그 내용을 이루는 것이므로 매수청구권의 규정이 헌법상 재산권의 보호와 정당보상의 원리를 침해하여 위헌이라면 그에 기초한 토지거래허가제 자체가 위헌성을 갖게 되는 것은 당연하다. 그러나 토지거래허가제가 의도하는 규제의 필요성을 감안한다면, 이를 위헌으로 하여 위 각 법률조항을 즉시 실효시킴으로써 입법의 공백으로 인한 경제질서의 난잡을 초래하기보다는 위헌의 직접적인 규정인 그 규제에 관한 제21조의 15 소정의 매수청구권에 관한 규정을 상당기간내 재산권의 보장과 정당보상의 원칙에 맞게 개정할 것을 추구하고, 그때까지 개정되지 아니할 때는 위 각 법률조항이 실효됨을 선언하는 것이 옳다고 되어 있다.(헌재 1989. 12. 22. 선고 89헌가 13 결정).

다른 헌법적 판단이 기대된다면 헌법재판소는 입법자에 대하여 입법촉구를 하여 이에 대비케 하는 것이다.

서독에서는 이와 아울러 통고판결(Warn- und Ankündigungsentscheidung)이라는 형태의 변형판결이 사용된다. 이는 구체적인 헌법재판이 직접적으로 도출되지 아니하나 다가올 위헌결정을 신호하는 것이다.<sup>93)</sup> 예컨대 제소가 부적법 각하되는 헌법소원에서 결정이 변경되어 위헌결정이 될 수 있음을 설사하여 간접적인 구제가 가능하게 하는 것이다.

## 2. 허용령역

우리 헌법재판소가 법률이 아직 합헌이라 하여 입법촉구판결을 한 예는 없다. 그러나 소수의견 중에는 이 점에 관한 논의가 활발하므로 이러한 변형결정의 개념이 널리 받아들여지고 있음이 분명하다. 예컨대 국토리용관리법사건<sup>94)</sup>에 있어서 이시윤 재판관께서는 국토리용관리법 제21조의 15에 규정된 불허가처분을 받은 토지소유자가 행사할 수 있는 매수청구권의 내용은 헌법 제23조 제3항 소정의 정당보상의 원리에 근본적으로 저촉되나 다만 제청사건의 청구인은 위 법조의 매수청구권을 가진 자가 아니므로 위 조문을 주문에서 위헌결정으로 실효시킨다고 하여 제청신

---

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.

청인에 대한 형사재판의 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 헌법 제23조 제3항에 합치하게 조속히 보완입법을 할 것을 촉구하는 바 이는 헌법국가의 완성과 법치주의 이상구현을 위해 당연한 요청이라는 의견이다.

#### 가. 미해결의 입법자의 임무 (unerfüllten Gesetzgebungsaufträge)

서독 헌법재판소는 입법자가 그의 헌법상의 입법임무를 수행함에 있어서 소요되는 시간적 간격을 감안하여 아직 그의 임무를 이행하지 못하여 법률이 없는 상태라 하더라도 이를 합헌으로 여기나 입법자에게 입법촉구를 하여 그의 임무를 상기케 하는 결정을 한다. 예컨대 기본법 제6조 제5항(사생자의 적출자와의 동등한 보호)의 경우에 실무상 이러한 입법촉구판결이 행하여진 바 있다.<sup>95)</sup> 이 때에 입법촉구란 입법자의 헌법적 임무와 그 이행 사이에 놓여있는 시간적 간격에 가교를 놓는 것이다. 이러한 규범을 제정할 입법자의 임무는 헌법에서 바로 나오는 것으로서 헌법재판소에 의하여 새로이 부여되거나 구체화될 필요는 없다.

---

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

아울러 이러한 입법자의 의무에는 아무런 제재수단이 없다. 헌법재판소의 입법촉구결정을 집행하는 것은 법원이 결여된 법률을 대신 입법하는 것 같아 허용되지 않는다. 따라서 입법촉구란 헌법이 입법자에게 의무지운 것을 반복하는 것에 불과하다. 다만 입법자가 이를 위헌적으로 불이행한 경우에 그러한 부작위는 위헌으로 확인되고 입법자는 이를 배제할 의무를 지게 된다. 입법부작위에 대한 입법촉구결정이라는 변형결정이 헌법재판소법 제45조에 어긋나느냐 하는 문제는 발생하지 아니한다. 왜냐하면 위헌으로 선언할 법률자체가 존재하지 아니하므로 위 조문은 구성요건상 해당되지 아니하기 때문이다.

## 나. 위헌도상의 규범

규범의 내용과 효과는 주변 법체계 특히, 상위법과의 관계의 변화 또는 그와 연관된 생활환경의 변화에 따라 문언의 변강이 없이도 변강(Normänderung ohne Normtextänderung)된다.

법률에 대한 헌법적 요구의 내용이 사실적 또는 법적 이유에서 변강되는 경우(Wandlung der Verfassungsinterpretacion)에도 당해규범은 위헌으로 되겠으나 서독 헌법재판소는 과도기적 상황을 고려하여 입법촉구판결로 그친 경우가 있었다. 예컨대, 전쟁결과의 청산,<sup>96)</sup> 즉 강제경제의 철폐에 관한 판결이 있다. 기본법 자신은 전쟁의 사실적인 결과의 청산에 관한 아무런 경과규

정을 두고 있지 않았다. 이러한 분야에서 하루 아침에 법치국가가 실현되지는 않는다. 과도기를 경과하기 위하여는 국민을 돌보고 생필품을 공급하는데 불가피한 강제경제의 규정을 기본법이 인수하였어야 하고 따라서 이러한 강제경제 규정에 관하여 그 효력의 존속을 요구하는 사실적인 상태가 존속한다면 이로써 그 법률은 합헌이다. 이 후에 주변상황이 정상화됨에 따라 각각의 규정에 대한 헌법적 요구도 변화될 것이다.

아울러 현실의 변화(Wandel der Realität)도 다른 면에서 규범의 합헌성여부에 영향을 미친다. 대표적인 예로서 평등권과 관련하여 인구변화에 따른 현실적인 선거구 획정의 필요성이 지적된다. 인구의 가변성 때문에 선거구의 인구수는 심하게 변하고 모든 투표의 결과가치의 평등이란 현실의 변천에 따라 상응하게 판단될 수밖에 없다. 또한 과부에 대한 년금의 불평등한 취급은 사실적인 관계를 이유로 일단은 합헌으로 취급되었으나<sup>96)</sup> 후일에는 변천되는 사실적 관계로 차별적이라 하여 위헌으로 취급되었다.<sup>98)</sup> 이와 같은 경우에 헌법위반은 판결시에는 존재하지 아니하였으나 충분히 예견되었다. 이와 같은 위헌도상의 법률에 관하여 서독 헌법재판소는 종종 입법자의 사후개선 의무(Nachbesserungspflicht)가 있다는 데서 출발한다. 규범은 판결시의 헌법적, 사실적 상황을 기초로 하여 “아직 합헌”이

---

96) BVerfGE 9, 63, 71 f.

97) BVerfGE 17, 1 ff.

98) BVerfGE 39, 169, 187 ff.

거나 또는 “이미 위헌”으로 판단된다. 후자의 경우에는 위헌무효선언 또는 불합치선언을 하면서 그에 따르는 경과조치를 택하겠으나, 규정이 아직 합헌이라고 판단하면 헌법재판소는 입법자에게 다가올 미래에 대두될 위헌적 상황을 제거하도록 사물에 합당한 해결을 위하여 노력할 것을 촉구한다.

이와 같은 상황에서 입법촉구를 하는 경우, 위헌상황은 판결시 이후에나 생긴다. 헌법재판소는 소송의 대상이 아니지만 스스로 진단적, 예견적 판단을 하여 위헌이 개시되는 지를 확정하는 것이다. 아울러 이러한 진단적, 예견적 판단은 원칙적으로 입법자의 관할이다. 따라서 헌법재판소가 입법촉구를 발한다는 것은 심판의 대상이 되지 아니한 법적 문제를 일차적으로 입법자의 관할에 속하는 진단에 기초하여 판단하는 것이므로 이러한 합헌이라고 판단하는 이상 이에서 더 나아간 입법촉구는 독자적인 이유를 필요로 한다는 지적이 있다.<sup>99)</sup>

#### 다. 명백성 또는 자명성의 결여(Evidenzformeln Vorhersehbar keitsformeln)

서독 헌법재판소는 몇몇의 경우에 규범에 위헌성이 존재하더라도 명백성이 결여되어 있다거나 또는 자명하지 않다는 이유로 위헌무효선언이나 불합치선언을 하지 아니하고

---

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



합헌적 입법을 하도록 입법자에게 촉구하는데 그친다. 대표적인 예로서 1961년의 서독의 선거구 구획에 대한 판결이 있다.<sup>100)</sup> 당시의 선거구 구획은 인구수에 대비하여 평등선거원칙에 위반되기는 하였으나 당해지역의 인구 변동 상황을 예측한다는 것은 불확실한 것이어서 시간의 변천에 따라서 “아직 합헌”과 “이미 위헌”이라는 법적 상태는 류동적이었다. 이러한 상황을 고려할 때 당시의 선거구획정은 이를 위헌이라 하여 실효시킬 만한 명백성이 결여되었다 하여 입법촉구판결에 그쳤다. 아울러 절차적 하자도 명백성의 결여로 무효사유로 여겨지지 않는다.<sup>101)</sup>

#### 라. 용인할 수 있는 개선도상의 위헌성

서독 헌법재판소는 중대한 것은 아니라 하더라도 “아직은 합헌”이라고 볼 수 없는데도 불구하고, 입법자가 불완전하나마 용인될 수 있는 정도로 개선도상에 있다 하여 입법촉구판결로 그치기도 한다.<sup>102)</sup>

예컨대 일정기간에 한정된 침해는 그 경과적 성격으로 인용된 적이 있고<sup>103)</sup> 비록 불완전한 해결책이라 하더라도 하루아침에 이를 수 없는 거대한 전체적인 개선책의 일환이라고 인정된다 하여 인용된 바도 있다.<sup>104)</sup> 또한 독일 통일

---

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.

에 관한 법률과 같이 보다 나은 해결책이 당장 실현될 수 없는 사정이 존재한다면 불완전한 해결책이 전체적인 개선책의 일환이 아니라 개별적인 조치에 불과 하더라도 이를 입법자의 합헌적 노력으로 인용하였다.<sup>105)</sup>

## 2. 법적 효과

서독 헌법재판소도 입법촉구결정을 원칙적인 주문형태로 채용하지는 아니한다. 오히려 주문에서는 흔히 “……법률은 이유에 적시하는 바에 따라”(Nach Maßgabe der Gründe) 위헌이 아니라는 형태로 선고한다. 그리고 이유에서 입법촉구를 주제로 삼아서 입법자는 각 규정이 위헌의 방향으로 진전됨을 막기 위하여 상황에 적합한 해결을 조속히 시행하도록 보다 집중적인 노력을 하여야 한다는 헌법재판소의 기대를 표시한다. 이와 아울러 헌법재판소는 입법자가 합당한 개정을 게을리 한다면 차후의 판결에 있어서는 당해 규범에 대한 위헌결정 또는 불합치결정이 있을 수 있다는 점을 고지한다.

이 판결의 효과는 주문에서 당장의 법적 확인이나 형성을 회피한다는 데에 주안이 있다. 입법촉구에는 더 이상의 법적 효과가 부인되어 당해 법률은 합헌인 법률로서 적용된다. 이론상 입법촉구란 판결주문을 도출하는데 필수적인 부분을 형성하는 이유(tragenden Grund)는 아니다. 따라서

---

105) BVerfGE 4, 157, 169 ff.

이는 아무리 넓게 보아도 법적 구속력을 갖지 않는다. 그러나 헌법재판소가 입법촉구를 하였는데도 입법자가 적시에 대처하지 아니한다면 당해 법률은 위헌으로 전락하게 되므로 입법자의 입법에 대한 부담을 지운다는 사실적인 효과는 상당한 것이다. 아울러 입법자에 의한 개혁이 헌법재판소를 통한 발기를 앞지르기 때문에 차후의 위헌결정을 불필요하게 한다.

### 3. 허용한계

결국 이러한 입법촉구결정의 가능성은 두 가지라 하겠는데, 첫째는 현재의 법상태가 아직 완전히 합헌이라고 판단하면서 장래의 사실상태 및 법상태를 예견하는 것이다. 이때에는 심판의 전제성이 결여되어 있으므로 그에 대한 이유의 적시가 필요하다. 둘째로 현재의 법상태가 위헌이지만 이에 대하여 위헌결정이나 불합치선언을 도외시하고 합헌으로 결정하면서 입법촉구에 그침으로서 헌법재판소법상의 주문형태를 도외시하는 것인데 이에도 역시 독자적인 이유의 적시가 필요하다.

헌법재판소가 이와 같이 주로 실제적인 이유에서 입법촉구결정을 한다면 헌법재판소가 어떠한 사건에서 입법자를 경고할 권한과 의무가 있는 지에 관하여 그 이론적인 근거를 찾아보아야 한다. 이는 결국 헌법상 국가기관간의 관할문제이다. 헌법재판소가 위헌결정을 하지 아니하고 입법촉

구에 그치는 것은 결국 헌법재판소의 헌법보장기능에 연유한다. 이에 따라 헌법재판소는 정의만을 주장하지 아니하고 자신의 결정에 있어서 이루어지는 헌법질서의 존속에 대한 정치적인 파급효과와 이로서 형성되는 국가 사회의 현실을 고려하는 것이다. 따라서 헌법보장 또는 국가보장 중에서 택일을 하는 것이 아니라 선거법이 무효로 되었을 때의 혼란이나 조세법이 무효로 되었을 때의 혼란까지를 감안하는 것이다. 이는 결국 사법자제로 일컬어 질 것이고 이에 대하여는 사법자제에 대한 일반적인 논의가 그대로 타당할 것이다. 대체로 입법촉구결정이 불가피한 경우란 선거구획정에 대한 위헌심판의 경우일 것이다. 나머지 경우란 위헌법률의 소급효가 차단되는 우리법제에서는 일반적인 장치로도 경과조치를 위한 시간획득에 지장이 없다. 다른 한 경우로는 위헌으로 할 규범이 존재하지 아니하는 경우, 즉 입법자의 임무불이행의 경우일 것이다.

그 밖에 분명히 위헌성이 잠재해 있으나 그 위헌성이 시급하지 아니한 경우도 “아직 합헌”으로서 경고판결이 허용된다고 한다. 무엇이 금지되고 무엇이 특히 허용되지 않는지 실질적으로는 분간하기 어려운 헌법적으로 불완전한 회색지대를 확인하고 이에 대한 헌법재판소의 입장을 분명히 하는데 그치는 것이다. 그러나 헌법재판소가 이러한 경우에 행하는 진단과 예보(Diagnose und Prognose)는 그것이 정당한 지를 선형적으로 판정할 수는 없고 단지 그것의 합리성을 심사할 수 있을 뿐이다. 결국 이러한 진단과 예보는 입법부의 자리를 대신하는 것이다. 그러나 입법자가 사

후에 헌법재판소에 의하여 예견된 결과를 채택할 지에 대하여 재량을 가짐은 물론이다. 따라서 입법촉구는 법적 안정성을 높이는 것이 아니라 약화시킨다. 재판의 전제성이라는 요건을 넘어서 헌법재판소에 입법촉구를 위한 관할이 있음을 긍정하려면 그 적법성의 근거는 헌법자체에서 찾아야지 결코 회색지대에서 찾을 것이 아니라 할 것이다.

## 제오절 합헌적 법률해석

### 1. 개 념

#### 가. 의 의

헌법재판소법이 이에 관한 규정을 두고 있지 아니함에도 불구하고 어느 변형결정에 못지 않게 대단한 양으로 다양하게 활용하는 것이 합헌적 법률해석(verfassungskonforme Gesetzesauslegung)이다.<sup>106)</sup> 이에

---

106) 합헌적 법률해석의 주문례

① 이 경우라도 당해 법률이 결론에 있어서 합헌이므로 “……법률은 헌법에 합치한다”라는 주문을 채택하고 이유에서 합헌적 법률해석을 하였음을 나타내는 방법이 서독의 초기 실무례이다.(BVerfGE 2, 267).

② 그 후 가장 많이 사용되었던 주문례가 “……이유에서 나타난 해석상 헌법에 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

관한 근거로는 법형식주의를 뛰어 넘는 실질적 정의, 법적 안정성과 공공복지에 기초한 이 제도의 탄력성이다. 일부 위헌과 전부합헌의 사이에서 이원론이 거절되어야 할 제3의 영역이 있다.

한 조문이 일정한 적용가능성에 있어서는 합헌이고 다른 적용가능성에 있어서는 위헌인 경우이다. 이 경우에는 합헌적인 규범은 존재하지 아니하나 또한 이를 위헌으로 합헌적인 규범영역까지도 실효로 되어서 너무 넓다. 아울러 구별할 수 있는 위헌적인 규범은 존재하지 아니하나 합헌적 법률해석에 의하여 헌법재판소가 확정한 범위내에서 위헌적인 면은 탄력적으로 배제된다. 따라서 이러한 조치는 질적 일부위헌을 필요에 따라 상응한 규제로 고치는 것이라 할 수 있다.

## 나. 한정위헌과 합헌적 법률해석

질적 일부위헌 또는 한정위헌과 합헌적 법률해석은 실제

---

형도 쓰였다. (nach Maßgabe der Gründen dieser Entscheidung mit dem GG vereinbar, BVerfGE 64, 229).

③ 그 후 서독에서는 특히 관보에 게재되는 주문에 한하여 법률효를 인정하도록 한 헌법재판소 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).

에 있어서 상호구별하기 용이하지 아니하다. 이를 동일한 것으로 보는 견해도 유력하다.<sup>107)</sup> 그러나 이론상으로는 상호 구별되는 개념으로 보고 싶다. 즉, 전자 한 규범이 적용되는 여러 경우(Auslegungsmöglichkeit)을 위헌으로 한정하는 것이다. 그러나 법률의 해석 특히 포괄적 규정의 해석 방법에는 문리적 해석 이외에도 다양한 해석방법이 가능하게 되어 예컨대 목적론적 해석이나 한정해석의 방법을 사용한다면 실제에 있어서 양자의 구별은 반드시 명확한 것만은 아니다. 따라서 이와 같은 양자가 모두 가능한 경우에는 합헌적 법률해석이 우선되고 어느 해석방법으로도 합헌적 법률해석의 한계를 넘게 되어 해석상의 구제가 불가능 할 때 이와 같이 해석을 통하여 확정된 규정개념의 영역의 범위내에서 질적인 일부위헌이 행하여진다고 할 것이다.<sup>108)</sup>

헌법재판소는 “상속세법 제32조의 2 제1항은 조세회피 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”라고 선고하여 합헌적 법률해석을 한 바 있다.<sup>109)</sup> 이

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 합헌적 법률해석에 부여되어 온 일방적인 우월성은 오늘날에 와서는 이미 극복된 이론이고 일반해석방법의 한 유형으로 해소하여 질적 일부무효와 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.

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

러한 주문이 도출되는 과정에 관하여는 조규광 헌법재판소장께서 피력하신 보충 의견에 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 해석 가능성이 가장 헌법에 합치되는 가를 가려 한정축소적 해석 방법을 통하여 합헌적인 일정한 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미라고 말할 수 있고 또, 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소해석의 타당영역 밖에 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 문귀의 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 수도 있다. 이 경우는 헌법재판소가 합헌으로

---

109) 헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마 38 결정.



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 따름이거니와 헌법규범 질서의 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. 한정합헌과 합헌적 법률해석

한편으로 한정합헌과의 구별도 문제로 된다. 서독 헌법재판소판결에서 흔히 보는 “……법률은, ……하는 한 헌법에 합치한다”라는 주문은 한정문구(Soweit-Satz)에 의하여 인도되면서 그 뜻은 단지 이와 같은 특정조건에서만 합헌이

고 그 밖의 경우에는 위헌이라는 것이 아니라 “……법률은……에 관한 이 사건에 있어서는 헌법에 합치한다”라는 뜻으로서 어떠한 적용상황에서 당해 규범이 심사대상이 되었는지를 표시하고자 하는 것이다. 이는 구체적 규범통제에서는 당해규범의 위헌여부를 재판의 전제로 되는 범위에서만 심사하기 때문에 위헌선언을 하지 아니할 때에는 기각 대신에 합헌선언을 하면서 그 심사대상을 주문에 표시하여 그 범위내에서만 헌법과의 합치여부를 선고한다는 의미인 것이다.. 이는 위헌결정과는 달리 일반적 효력을 부여할 수 없는 합헌선언의 경우이나 헌법소원의 경우에 흔히 쓰인다. 물론 위헌심사에서는 신청된 청구의 범위에 구애됨이 없이 광범위하게 직권으로 심사하여 위헌성이 인정되는 한 위헌결정을 하기 때문에 합헌결정이란 결국 위헌성을 확인할 수 없다는 의미에서 일반적효력을 인정한다 하여도 큰 무리는 없을 것이다. 그러나 헌법재판소라 하더라도 일체의 위헌성을 망라적으로 심사한다는 것은 인간으로서의 능력을 넘는 불가능한 일일뿐만 아니라 구체적 규범통제에 있어서는 필요하지도 않은 일인 것이다. 그러므로 금번에 심판대상으로 되었던 적용상황을 특히 주문에 명시하여 그 결론을 한정하고자 하는 것이다. 이러한 한정합헌은 한정해석이라는 헌법해석방법을 통하여 규범의 합헌성을 추출하는 합헌적 법률해석의 한 태양으로서의 합헌적 한정해석으로부터 구별되어야 한다.

#### 라. 헌법지향적 해석(verfassungsorientierten

## Auslegung)과 헌법합치적 해석

헌법아래 있는 어느 규범을 해석과 적용함에 있어서 해석의 여지가 있는 경우에는 헌법의 근본적인 결정을 존중하여 행하여야 한다는 헌법적 지향적 해석은 이른바, 기본권의 방사적 효과(Ausstrahlungswirkung)에 유의하여야 한다는 것과 같은 궤에 있는 원칙이다. 이는 헌법의 전 법체계에 대한 의미에서 연유하는 것으로서 전 법적용에 임하는 국가기관 모두에 타당한 원칙이다. 이를 넓은 의미에서의 합헌적 법률해석이라고도 하나 규범통제절차에 있어서의 해석방식인 헌법합치적 법률해석과는 전혀 다른 차원의 개념이다.<sup>110)</sup>

### 마. 헌법재판소의 결정에

헌법재판소가 합헌적 법률해석을 한 예는 위 상속세법위헌심판 사건외에도 국가보안법 위헌심판사건이 있다. 이시윤 재판관께서 설시하신 다수의견은 “국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 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

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

이로써 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 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’<sup>111)</sup>라 한다. 이로써 합헌적 법률해석은 헌법재판소가 애용하는 주문형태로서의 자리를 굳히고 있다.

그 밖에도 헌법재판소는 노동쟁의조정법 위헌심판사건<sup>111)</sup>에 있어서 다수의견이 제3자 개입금지의 규정은 근로3권의 범위를 넘어선 행위를 규제하기 위한 입법일 뿐 근로자가 단순한 상담이나 조력을 받는 것을 금지하고자 하는 것이 아니므로 근로자 등의 근로3권을 제한하는 것이 아니라 하여 전면 합헌선언을 하였음에 대하여 합헌적 법률해석에 기한 재판관 김진우, 재판관 이시훈의 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

---

111) 헌재 1990. 1. 15. 선고 89헌가 103 결정.

조건아래서 합헌이라고 본다. 따라서 위 조문 소정의 ‘방해’에 관한 범위에서의 제3자 개입이 처벌받게 되는 것은 적법한 쟁의행위에 대하여 방해하며 개입하는 행위에 한한다고 해석할 것이”라고 실시하신다. 아울러 재판관 김량均의 소수의견은 쟁의행위의 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>

합헌적 법률해석의 주문례는 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 한

112) 이에 대하여도 재판관 변정수의 반대의견은 한정합헌(한정 합헌적 법률해석)에 반대하며 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌이면 위헌, 합헌이면 합헌이라고 분명히 선언해야지 법률조항중 위헌적인 요소를 제거하는 방향으로 해석하는 것을 조건으로 그 한도에서 합헌이라는 식의 한정합헌결정은 우리 법제상 허용될 수 없다고 본다, 헌법합치적해석은 법률문언이 뚜렷한 한가지 뜻으로 밖에 해석할 여지가 없을 때에는 불가능하며 위 조항도 위법한 쟁의행위에 제3자가 개입한 경우에만 형사처벌하는 것으로 한정해석할 여지가 없는 법률이다, 한정합헌의견은 위헌도 아니고 합헌도 아니라는 중간형태의 애매모호한 조건부 재판형식을 주장하는 것이어서 옳지 않고 위헌선언을 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 승

다.

## 2. 요건과 한계

### 가. 요건

제1의 요건은 문언의 다양성이다. 규범의 법문이 규정의 적용가능성과 법적 효과에 관하여 다양한 결과로 도출될 여러 가지의 해석가능성의 여지가 존재한다. 법률의 문언이 명료하고 일의적이어서 하나의 적용가능성만이 고려된다고 판단한다면 헌법재판소는 곧바로 합헌 또는 위헌을 확인할 뿐이다.<sup>115)</sup> 합헌적 법률해석에 의하여 명백한 문언에 그와 상반된 의미를 부여하는 것은 허용되지 아니한다. 따라서 이 때에 문언은 두가지 기능을 하는데 그 다의성에서 합헌적 법률해석의 길을 위헌적 해석방법으로부터 구별하는 기초가 되고 반대로 합헌적 법률해석의 한계를 긋기도 한다.

합헌적 법률해석은 규범문언의 범위안에서 그어진 한계를 유지하는 해석이어야만 한다. 그러나 서독 헌법재판소는 때때로 이 한계를 무시하고 있다고 지적된다. 이러한 현상이 나타나는 근본적인 이유는 규범해석의 목표는 규범문언 전체의 의미상관아래에서 나오는 규범의 내용을 확인하는

---

소의 가능성이 있는 상고의 수리까지 불허될 수 있는 것으로 해석되지는 아니한다.”

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

것이라는 데서 찾을 수 있다. 법관은 규범의 문언에 집착할 필요는 없다. 규범본문이 아니라 체계적 목적적 해석이 중요하기 때문이다.

제2의 요건은 최소한 하나의 해석방법이 헌법에 합치하여야 한다는 것이다. 이와 같이 하나의 규범의 가능한 해석방법들의 상이한 헌법적 평가가 합헌적 법률해석의 요건과 가능성을 근거지운다.

## 나. 한계

합헌적 법률해석에는 법률 조항의 문구가 간직하는 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 범목적적 한계가 있다.<sup>116)</sup> 이러한 범위를 벗어난 합헌적 법률해석은 그것이 바로 실질적의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다.<sup>117)</sup>

---

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 : 사회보호법 제5조 제1항의 합헌적 해석의 가능성에 대하여 법률부장관은 위 법조의 규정취지는 재범의 위험성없어도 동 조항의 요건에 해당하면 반드시 보호감호를 선고하도록 한 것으로는 볼 수 없고, 동 조항에 해당되면 일응 재범의 위험성이 의제된다는 것에 불과하므로 법원은 동 조항의 요건에 해당된다고 하더라도 재범의 위험성이 인정되지 아니한 때에는 감호청구를 기각할 수 있다고 하는 합헌적 해석이 가능한 것이라고 주장하였다. 헌법재판소는 “법 제5조 제1항의 요건에 해당하는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유유무

이와 같이 이러한 해석방법은 법률의 목적과 합치되어야 한다. 적어도 법률의 일의적인 의미에서 명백히 인식될 수 있는 입법자의 의사에 반할 수는 없다. 입법자의 목표를 본질적인 점에서 상실케 하거나 변개할 수도 없다. 따라서 입법목적은 헌법재판소가 헌법합치적이라고 본 해석방법을 정당화하여야 한다. 하나의 규범에 여러 의미가 가능하다면 헌법적가치판단에 가장 합당한 것이 우선한다. 그 밖에 위헌적 해석이 입법자의 주관적 의사에 상응하더라도 헌법합치적 변형 또한 그 의사에 포함된다면 헌법합치적 해석이 허용된다.

### 3. 법적 효과

합헌적 법률해석을 한 결정이 있는 경우 해당 법조문 자체는 유지되나 일정한 헌법에 위배되는 해석들은 배제된다. 위헌결정이나 불합치결정은 고려되지 아니하고 해당 법률은 합헌으로 선언된다. 서독 헌법재판소의 예에 의하면 합헌적 법률해석은 이유에서 나타난다. 그러나 오늘날의 경향은 이러한 이유를 주문으로 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

---

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.



주문을 사용한다. 이 결정은 기판력을 갖는다. 이는 헌법에서 나오는 법률해석을 위한 척도나 한계를 구속적으로 규정한다. 헌법재판소는 범규범의 헌법합치적 해석의 범위를 정하고 이러한 규정의 그밖의 가능한 해석들을 헌법과 불합치하고 따라서 어느 절차에서나 이러한 해석가능성을 합헌적인 것으로 여길 수 없다고 선언한다. 누구도 그러한 방법으로 실행 또는 기타의 방법으로 법적 행위를 근거지울 수가 없다. 그러나 입법자는 이에 대응할 의무를 지지 아니한다. 그는 그 규정을 집행 실행 또는 기타의 방법으로 법적 행위를 근거지울 수가 없다. 그러나 입법자는 이에 대응할 의무를 지지 아니한다. 그는 그 규정을 폐지할 수도 합헌으로 된 부분만을 새롭게 규정하거나 이제까지의 규범을 존속시킬 수도 있다.

#### 4. 허용의 한계

이를 뒷받침하는 이론중 전통적인 견해는 미국 연방대법원이나 서독 연방헌법재판소가 출발점으로 삼았던 법률의 합헌성 추정의 원칙이다. 이러한 추정은 법률의 내용에 관하여서만이 아니라 그 목적에 대하여서도 부여된다. 이러한 추정이 깨질 때 즉, 입법목적이 명백히 헌법에 위반될 때, 따라서 입법자가 고의로 위헌적인 행위를 하였을 때에만 법률은 위헌으로 된다. 결국 합헌적 법률해석의 전제인 여러 가지 해석가능성중 합헌적인 것이야말로 법률이 객관적인 의도한 바로 간주된다. 즉, 목적은 이미 합헌적 해석

의 기초와 한계가 아니라 그러한 해석의 결과인 것이다.

그러나 이에 대하여는 무엇보다도 추정의 헌법적인 근거가 박약하다는 강력한 비판이 있다. 특히 헌법재판소에 의한 규범통제절차를 택하는 제도 아래에서는 입법자가 언제나 합헌적으로 입법하기를 원했다는 추정은 의회에 대한 민주적 불신위에서 성립된 헌법재판제도와 상충하는 것이라 한다. 따라서 추정이 반복될 수 있는 조건들이 밝혀져야 하고 적어도 의심없이 위헌이라는 해석이 내려진다면 이러한 추정은 더 이상 유지될 수 없어야 한다.

또한 서독 헌법재판소의 판례에 따르면 법률이 기본법상 기본권제한을 위하여 요구되는 요건을 결여한 경우라도 강제적인 헌법규정 자체에 의하여 보충되기 때문에 더 이상의 법률상의 보충은 불필요하다고 하면서 합헌적 해석을 하여 왔다.<sup>118)</sup> 불특정 규정은 헌법적 원칙에 의하여 구체화되어 필요한 특정성을 갖추게 되기도 한다.<sup>119)</sup> 이러한 경향은 점차 법률이 헌법적 요구를 만족시키는 것이 아니라 법률 외적인 요구에 따라 합헌적 법률해석을 통하여 헌법에의 합치성이 승인되는 것이다. 이에 대하여는 소극적으로 위헌법률을 폐기할 권한만을 부여받은 헌법재판소가 적극적으로 헌법합치적 규정을 세움으로써 입법권을 심각하게 침해하는 것이라는 비판이 있다.<sup>120)</sup>

다음으로 최근에 유력시되는 법질서의 통일론이 있다. 즉,

---

118) BVerfGE, 46, 43 ff.

119) BVerfGE, 46, 168, 184 ff.

120) Gusy, Parlamentarischer, S. 217

법질서는 헌법과 그에 내포된 원리에 의하여 지배되는 통일체(Einheit)를 형성하고 있기 때문에 헌법과 조화되는 법 해석만이 허용된다는 것이다. 우리 헌법재판소도 법률의 합헌적 해석이란 헌법의 최고 법규정에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다고 판시하였다.<sup>121)</sup>

이러한 입장은 체계적 해석의 변형으로서 순수법학에서 연유한 법단계설과 관련이 있다. 그러나 법단계설의 관심 대상은 형식적인 법형성의 단계이지 내용적인 법해석의 단계는 아니다. 즉, 법의 구조에 관심이 있지 법의 내용에 관심을 둔 것은 아니다. 따라서 법질서의 통일을 그 이론적인 전제로 삼으려 하더라도 내용의 일치라는 해석원리를 얻기 위하여는 헌법에 의한 내용적 구속을 도출할 수 있도록 이론의 변용을 거쳐야 한다는 지적이 있다.<sup>122)</sup> 아울러 법통일론만으로는 왜 합헌적 법률해석을 선택하여야 하는가를 설명할 수 없다는 지적도 있다. 분명히 다른 해석방법을 제쳐놓고 합헌적 법률해석을 취하여야 하는 것은 헌법이 상위규범이라는 이론적 결론이라기보다는 규범유평(fovor legis)이라는 실제적인 이익이 있기 때문이다. 국가는 이러한 해석원칙에 따라 법적 연속성을 유지하고 법의 공백을 피할 수 있으며, 법률의 개정이라는 수고를 덜게

---

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

122) Skouris, Teilnichtigkeit, S. 101 ff.

된다. 그리고 이에 대한 이론적인 설명은 소송법적인 설명이 보다 적절할 것이다. 즉, 규범통제의 대상은 여러 가지 해석 가능성 모두를 내포하는 규범자체이기 때문에 가능한 해석방법들 중에 합헌적인 것 이외에 위헌적인 것도 선택할 수 있다는 단순한 사실적인 가능성만으로 그 규범 자체에 대하여 위헌결정을 하는 것은 정당화할 수 없기 때문이다.<sup>123)</sup> 따라서 생각할 수 있는 해석영역중 합헌적인 법률해석방법과 위헌적 법률해석방법이 구존하는 경우에는 헌법규범에의 우선적 구속성은 법해석자에 대하여 합헌적 법률해석을 취할 의무를 부여하는 것이다.

법률의 합헌성이 심사되는 경우 그 통제의 대상과 통제의 척도는 대단히 광범한 해석의 여지가 있고 또 필요하다. 헌법은 입법자에게 형성의 자유영역을 부여하면서 헌법의 실행이나 집행이 아니라 입법자의 행동과 형성에 관하여 그 허용의 한계를 그을 뿐이다. 일종의 개방된 영역질서인 헌법은 한 규정에 일정한 해석만 허용되고 또한 가능하다는 구체적인 요구를 하지 아니한다. 헌법재판소는 이러한 한계의 유지 여부를 감찰하여 입법자의 한계유월이 인정되면 그 법률을 배제할 권한과 의무를 갖고 있을 뿐이다. 이때에 법률이 다른 일정한 해석에 의하면 합헌일 경우에 헌법재판소는 위헌결정을 할 전제인 분리가능한 위헌적 규범을 찾을 수 없다. 심판의 대상이 된 규정은 해석상 부분적으로만 위헌이고 헌법재판소는 이러한 범위에서만 이를 폐

---

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

기할 수 있는 것인데 바로 이 방법이 일정한 해석방법을 헌법과 합치한다고 선언하는 헌법합치적 해석이다. 이 한도에서 이 원칙은 변형된 위헌결정이기도 하다.

이와 같은 합헌적 법률해석의 경우에는 일반적인 법률해석의 경우와는 달리 헌법, 입법자의 판단, 헌법재판소의 판단이라는 세 가지 요소가 공동으로 작용한다.<sup>124)</sup> 헌법은 단지 입법에 의하여 구체적으로 판단되어질 범위만을 정하여 입법자와 그 법률의 해석을 위한 행동범위를 정립한다. 다음으로 입법자의 판단인 법률이 해석을 거치게 된다. 이러한 단계에서는 문언에 따른 해석가능성, 입법자의 역사적인 주관적 의사, 그리고 입법목적 등이 중요하다.

서독 헌법재판소는 기본권의 제3자적 효력에 관한 해석 이래 헌법의 가치 연원적인 이해에서 나온 헌법지향적 해석을 취하여 왔다. 그러나 범위확정규범으로서의 헌법은 그러한 척도를 갖고 있지 않는다는 비판이 있다.<sup>125)</sup> 그러나 어떠한 이론에 의하더라도 법률해석은 최소한 헌법에 배치될 수는 없으므로 헌법에 의한 법률해석의 교정을 통하여 논쟁의 여지가 있는 개개의 위헌적인 해석가능성은 배제된다. 그 전제는 우선 법률의 하자는 해석에 의하여 교정될 수 있다는 것이다. 합헌적 법률해석은 이 경우 헌법과 입법자의 판단으로서의 법률을 일치시키는 것이다. 그렇다 하더라도 합헌적으로 해석된 법률은 여전히 입법자의 판단을 표현하여야 하므로 규범의 문언과의 합치뿐 아

---

124) Gusy, *Parliamentarischer*. S. 220 ff.

125) Skouris, *Teilnichtigkeit*, S. 102 ff.

나라 입법자의 주관적인 의사와 일치됨이 중요하다. 즉, 입법자의 판단이 남아있다는 것만으로는 충분치 않고 합헌적 법률해석을 통하여 입법자의 요청이 완전히 실현될 수 있다는 것이 중요하다. 입법목적의 합헌성에 관한 일반적인 추정은 여지가 없고 합헌적 법률해석은 헌법에 의하여 강제되는 것이다. 합헌적 법률해석의 한계를 넘는 규범령역은 위헌결정의 대상으로 된다.

## 제6절 결 어

변형결정은 이론의 산물이라기보다는 헌법 현실적인 필요의 산물이라 할 것이다. 따라서 일종의 법관법(judge made law)이요 형평법(equity)으로서 변형결정의 모든 면을 이론으로 해명하는 것부터가 용이한 일이 아닐 뿐만 아니라 불가능하기조차 하다. 그러나 현실도 이론의 규명이 동반되지 아니한다면 비록 규범통제에서 야기되는 요청에서 이루어졌다하더라도 더 이상 규범적 설득력을 얻을 수 없고 곧 이어 혼돈의 나락으로 떨어지게 된다. 이러한 변형결정에 대하여 위헌적인 헌법재판소의 운영의 본보기라는 비판이 그치지 아니하는 것은 이 때문이기도 하다. 영욕을 함께 지닌 변형결정을 다룬 본고는 변형결정의 이론적 해명을 위한 것이었으나 이를 위하여 그에 앞서 전제되어야 할 헌법이 헌법재판소에 부여한 헌법재판관할권이 무엇인지에 대한 해명이 충분치 못하다. 이에 대한 상세한 연구가 보

태어지지 아니한 채 마쳐진 이 논문은 따라서 시급한 현실적 필요에 부응하기 위한 “변형된” 변형결정의 연구라고나 하겠다.

다만 변형결정은 그 요점이 헌법재판소 제47조제2항에서 정한 위헌결정에 따른 위헌법률의 실효를 선고시로(또는 소급적으로) 함으로써 야기되는 위헌적 상황을 배제하기 위한 조치이고 이를 위한 입법적 보완을 한다면 그 요점은 역시 위헌법률의 실효일에 관한 유예권을 헌법재판소에서 적극적으로 행사할 수 있도록 함에 있을 것이고 이는 본래 헌법사항이라는 점을 본 연구의 결어로 삼고자 한다. 그리고 일반법원의 하위 명령규칙심사권과도 조화되는 통일적인 구성에 유의하여야 할 것을 첨언하고 싶다.

## 제5장 법률에 대한 위헌결정의 효력

계 회 열

(고려대 법대 교수, 법박)

### 제1절 개 관

법질서가 그 통일성을 유지하고 법규의 단계구조를 유지하려면<sup>1)</sup> 규범통제가 불가피하다. 오늘날 국가의 업무는 다양해지고 그 양도 크게 증대함에 따라 법률의 제정이 날로 증가하고 있고 다른 한편 입법기관인 의회는 정당정치에의 영향으로 말미암아 졸속으로 입법하는 경우가 적지 않다. 규범통제의 필요성은 오늘날 여러 측면에서 점점 더 증대하고 있는 추세이다. 따라서 오늘날 어떤 형태이든 규범통제제도를 채택하지 않을 수 없는 것이 현실적 상황이다.

규범통제제도를 채택하고 있는 법질서에 있어서 또한 입법에 대한 헌법소원제도를 채택하는 경우 법률에 대한 위헌결정이 내려지면 그 법률은 효력을 상실하게 된다. 그런데 위헌판결을 받은 법률은 어떤 법적결과(Rechtsfolgen)

---

1) Th. Maunz, Das verfassungswidrige Gesetz, in : BayVBI 1980 S.513을 비교참조.



를 가져오는가, 즉 “언제부터” 그 효력을 상실하게 되는가의 문제가 제기된다.

이 문제는 위헌법률에 근거한 구체적 개별행위가 어떻게 될 것인가 또한 위헌판결을 받은 후 헌법에 부합하도록 새로 입법 또는 개정되기까지의 과도기에, 즉 법의 공백기에 행정부나 법원은 헌법법률에 해당되는 사건들을 어떻게 처리할 것인가를<sup>2)</sup> 고려하지 않고서는 충분히 논의될 수 없다.

위헌판결을 받은 법률이 언제부터 효력을 상실하게 되는가의 문제에 관하여 두 개의 견해가 이론적으로 대립되고 있는 것을 볼 수 있다. 그 하나는 무효설(Nichtigkeit)이고 다른 하나는 폐지무효설(Vernichtbarkeit)이다.<sup>3)</sup>

무효설에 따르면 헌법에 반하는 법률은 비록 그것이 법률인 것처럼 보이고 법적효력을 주장할 자격이 있는 것처럼 보이지만 애당초 법이 아니었고 법질서에 속하지도 않기 때문에 처음부터(ex tunc), 별도의 조치가 없어도 당연히(ipsa jure) 효력이 없다는 것이다.<sup>4)</sup>

---

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

3) 자세한 것은 뒤 이 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 이 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

무효설은 그렇기 때문에 특별한 법적행위(취소의 청구)에 의해서만 달성할 수 있는 효력의 상실(Unwirksamkeit)과는 반대되는 것이다.<sup>5)</sup> 헌법에 반하는 법률은 애당초 효력이 없다고 보는 무효설은 따라서 소급효(ex-tunc-Wirkung)와 불가피하게 결합되며 보통 소급무효설(ex-tunc-Nichtigkeit)이라고도 부른다. 또한 무효설에 따르면 위헌인 법률은 애당초 효력이 없기 때문에 효력을 상실시키기 위한 별도의 조치가 필요없다. 즉 효력의 상실은 스스로 (eo ipso, ipsojure) 일어난다. 따라서 무효설은 보통 당연무효설(ipso-jure-Nichtigkeit)이라고도 부른다.<sup>6)</sup> 소급무효와 당연무효는 보통 동의어로 쓰이지만 엄격하게 따지면 양자는 같지 않다.<sup>7)</sup>

무효설에 따르면 헌법판결소가 내리는 위헌결정은 이미 무효인 것을 유권적으로 확인하고 “선언하는 효력”(dekla-

---

Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5(1929) S. 44 비교참조. Kelsen에 따르면 (소급 또는 당연) 무효(Nichtigkeit)란 하나의 행위가 주관적으로 법률행위(Rechtsakt) 또는 특히 국가행위라고 주장하지만 객관적으로 그렇지 아니한 것을 말하는데 왜냐하면 그 행위가 상위의 법규정이 규정하고 있는 제조조건에 부합되지 않기 때문에 그에게서 그가 주장하는 법적성격(Eigenschaft)을 제거하는데는 별도의 법적 행위를 필요로 하지 않는다. 별도의 법률행위를 필요로 한다면 (소급 또는 당연) 무효가 아니라 폐지무효(Vernichtbarkeit)만이 있을 뿐이다.

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

6) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.150 이런 점에서 당연무효란 동의어의 반복에 지나지 않는다.

7) 소급무효(ex-tunc-Nichtigkeit)는 무효의 시기의 문제이고 당연무효(ipso-jure-Nichtigkeit)는 무효의 방법의 문제이다. 이에 관하여 J. Ipsen, aaO.(Anm. 3) S.150. 뿐만 아니라 소급무효의 법률이 반듯이 당연무효는 아니다. 왜냐하면 창설적 소급무효의 선언도 가능하기 때문이다. Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.13 Anm. 14 S. 135ff.

ratorische Wirkung)을<sup>8)</sup> 가질 뿐 아무런 창설적 효력(Konstitutive Wirkung)도 가져오지 못한다는 것이다.<sup>9)</sup> 이처럼 헌법판결소에 의해 내려진 위헌결정은 무효설에 따르면 그 위헌법률에 기초하고 있는 모든 법적효과와 법적형성이 소급하여 그 법적 근거를 상실하게 되는 작용을 한다는 것이다. 좀더 정확히 말하면 그것들은 결코 법적근거를 소유하지 못했다고 의제된다는 것이다.<sup>10)</sup>

이에 반해 폐지무효설(Vernichtbarkeit)은 학자에 따라 또한 실정법규정에 따라 그 론거가 약간 다르지만<sup>11)</sup> 헌법에 반하는 법도 일단 유효하며 사실상 법질서의 일부를 구성한다는 것이다. 따라서 특별한 취소행위에 의하여 폐지될 때까지 헌법에 반하는 법률이라도 유효하다는 것이다. 규범통제제도가 존재하는 것은 바로 이러한 위헌법률이 존재한다는 것을 전제로 하고 있기 때문이라는 것이다. 헌법에 반하는 법이라도 폐지될 때까지는 유효하다는 폐지무효설은 원칙적으로 —비록 레외적으로 소급하여 폐지하는 것이 가능하기는 하지만 —향후효(ex-nunc-Wirkung)와 결합될

8) A. Arndt, Die Nichtikeit 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 헌법재판소의 판결은 형성적 요소를 갖게 마련이며 따라서 창설적 효력을 부인하는 것은 잘못이라는 말도 옳다. 그러나 이 말은 또 다른 차원에서의 문제이다. 이 문제에 관하여 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.151ff. 참조.

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

11) 자세한 것은 뒤 이 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. Aufl. S.280ff., 275ff.

수밖에 없다.<sup>12)</sup> 향후효는 위헌결정이 있는 후 즉시 효력을 상실하는 즉시효와 판결후 일정기간이 지난후 효력을 상실케 하는 미래효(pro futuro)로 구별할 수 있다.<sup>13)</sup> 물론 폐지무효설에 있어서도 당해사건(Anlaßfall)만은 소급효가 레외적으로 인정된다.

폐지무효설에 따르면 위헌법률이라도 특별한 취소(폐지)행위, 즉 위헌판결이 있어야 비로소 효력을 상실하기 때문에 헌법재판소의 위헌판결은 창설적 효력(konstitutive Wirkung)을 갖는다는 것이다.<sup>14)</sup>

무효설이나 폐지무효설은 각기 그 나름대로 타당성을 갖고 있으나 동시에 문제점을 지니고 있다. 결국 이들은 실질적 정의와 법적 안정성 가운데서 어느 쪽에 보다 큰 비중을 두느냐의 차이가 있을 뿐이다.<sup>15)</sup>

---

12) 전통적으로 폐지무효설을 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, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1985 S.339 ; H.-U. Evers, Zur Stellung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in : DVBI 1980 S.782 r. Sp. ; P. Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen funktionen : Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen, 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.

무효설에 따르면 헌법에 반하는 법률은 처음부터 법률이 아니고 무효이기 때문에 이 법률에 해당하는 모든 사건(또는 사항)에 대해서, 즉 위헌판결이후의 사건에 대해서만이 아니라 위헌판결이전의 사건에 대해서도 소급하여 이 법률의 적용을 배제하는 것이 당연하며 공평하다는 것이다. 즉 정의와 형평의 원칙에 부합한다는 것이다.<sup>16)</sup>

전통적으로 무효설을 따르는 독일에서는<sup>17)</sup> 그렇기 때문에 위헌판결을 받은 법률은 소급하여 적용이 배제된다. 즉 당해사건만이 아니라 계류중이거나 아직 제소하지 않았지만 이 법에 해당하는 모든 사건에 까지도 소용이 배제된다. 또한 위헌판결전·후를 막론하고 집행되지 않은 사항에 더 이상 적용되지 않는다. 심지어 확정된 형사판결에 대해서까지 소급효를 인정하고 재심의 기회를 부여하고 있다(서독 헌법재판소법 제79조 1항).<sup>18)</sup> 이처럼 실질적 정의를 중

---

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 법적 정당성(=올바름, Rechtsrichtigkeit)과 법적 안정성의 문제라고 표현하고 있다. aaO. (Anm. 12) S.339.

16) 뿐만 아니라 이는 “이론적으로 자동무효라는 깨끗한 해결”(theoretisch “saubere” Lösung des Nichtigkeitsautomatismus)이 된다는 것이다. Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.97 : Ch. Böckenförde는 이론적 명백성(logische Evidenz)이라고도 표현하고 있다. aaO. (Anm. 3) S. 16.

17) 뒤 이 III 2) 및 1) 참조.

18) 이처럼 확정된 형사판결에만 소급효를 인정하는 것은 보는 각도에 따라 소급무효의 실제적 의의를 제한하는 것으로 볼 수도 있다. 가령 W. Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen : Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen.

시하여 소급효를 인정하지만 확정된 형사판결<sup>19)</sup>만이 아니라 또 다른 경우에도 소급효를 인정해야 정의와 형평에 부합하지 않겠느냐는 문제가 현실적으로 제기된다.<sup>20)</sup> 다시 말하면 실질적 정의의 실현을 위한 이러한 노력에도 불구하고 여전히 문제가 있음을 보여준다.

무효설의 본래의 문제점은 위헌판결과 더불어 해당 법률의 전부 또는 일부의 효력이 자동적으로 상실되는 경우 합헌적으로 그 법이 개정 또는 새로 제정될 때까지 적용할 법이 없다는데 있다. 즉 법의 공백상태(Rechts-lücken)<sup>21)</sup>가 발생한다는 것이다. 여기서 야기될 엄청난 혼란<sup>22)</sup>은 법치국가의 원리인 법적 안정성과 신뢰보호를 심각하게 손상시키게 될 것이다.<sup>23)</sup> 바로 이러한 사실 때문에 서독의 연

---

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 서독의 연방헌법재판소는 1962년 영업세법의 일부 조항을 위헌으로 무효판결하였다. 이 판결에 따라 구법의 집행, 즉 세금의 징수는 더 이상 불가능하게 되었다. 결국 법률을 신뢰하여 성실하게 이미 세금을 납부한 납세자만 피해를 보고 세금을 납부하지 않은 납세자만 혜택을 보는 결과가 되었다. BVerfGE 13, 291 ; 13,331 이 경우 정의와 형평의 관점에서 보면 부당하게 징수한 세금을 반환하는 소급효를 인정하거나 아니면 폐지무효설에 따라 위헌법률을 계속 적용하는 것이 옳을 것이다.

21) 법의 공백상태를 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), 재정적 혼란(finanzielles Chaos), 의회민주주의의 종말등으로 표현하고 있다. aaO. (Anm. 3) S.15, 39ff.

방헌법재판소는 사실상 무효판결을 내리는데 주저하게 되고<sup>24)</sup> 가급적 무효판결을 회피하려고 여러 가지 변형판결을 내리고 있음을 볼 수 있다.<sup>25)</sup>

폐지무효설에 따르면 헌법에 반하는 법률도 특별한 취소(폐지)행위에 의하여 폐지될 때까지 일단 유효하므로 당해 사건만을 제외하고는(구성요건이 갖추어진 모든 사건에 대해서까지) 그 법이 폐지될 때까지 계속 적용된다. 따라서 법의 공백상태를 방지하고 그로 인한 혼란을 피할 수 있다. 이렇게 해서 법적 안정성의 요청에 부응할 수 있다.

그러나 위헌법률이 폐지되기 전까지는 당해사건을 제외하고는 이미 구성요건이 충족된 모든 사건에 대하여(경우에 따라서는 당해사건보다 먼저 법적요건을 갖추고 법원에 계류중인 사건에 대해서까지)종전의 위헌법률이 계속 적용되므로 당해사건과 그 밖의 사건간에는 심한 불균형이 나타난다. 도대체 위헌인 법률이 계속 적용된다는 것도 부당한 큰 문제인데 이러한 불균형까지 인정하는 것은 정의와 형평의 관점에서 볼 때 심히 부당하다는 것이다.

---

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

24) 1961년 7월 Max-Planck 외국공법 및 국제법연구소 주최로 열린 헌법재판제도의 제문제에 관한 국제학술대회에서 서독의 연방헌법재판소재판관이었던 E. Friesenhahn은 “헌법재판관은 만약 그가 행정 등에 혼란을 일으키지 않으리라는 것을 안다면 편한 마음으로 법률의 무효를 선언할 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. : 박일환, 위헌판결의 효력, 대한변협회지. 1989 3/4월호 참조.

전통적으로 폐지무효설을 따르는 오지리는 법의 공백상태로 말미암아 발생할 혼란을 방지하기 위하여 헌법재판소의 판결로 법의 전부 또는 일부가 폐지 될 때까지 당해사건을 제외하고는 계속 종전의 법률이 적용된다는 것을 헌법적으로 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 더욱이 헌법재판소는 판결후 1년의 한도내에서 일정한 시점을 정하여 그 때부터 법률을 폐지시킬 권한을 갖고 있다.<sup>27)</sup> 이 경우 헌법재판소는 대부분 정부의 의사를 참작하여 법률의 폐지시기를 정한다.<sup>28)</sup>

이렇게 함으로써 법의 공백상태에서 오는 혼란을 피하려 한다.<sup>29)</sup> 확실히, 이렇게 하면 법적 안정성을 확보할 수 있다는 장점이 있는 것은 사실이다. 그러나 위헌적 법률, 즉 잘못된 법률을 잘못된 줄 알면서 계속 적용한다는 것은 실질적 정의의 관점에서 볼 때 부당하다. 더욱이 모두다 마찬가지로 구성요건을 갖춘 사건가운데서 당해사건만을 위

26) 오지리헌법 제140조 7항 : 법률이 위헌이라고 하여 폐지되었거나 제4항에 따라 위헌이었다고 선언되면 모든 법원과 행정기관은 헌법재판소의 판결에 기속된다. 헌법재판소가 법률을 폐지하는 판결에서 달리 판시하지 않는 한 폐지 이전에 이미 구성요건이 충족된 경우에는 당해사건을 제외하고는 여전히 종전의 법이 적용된다. 헌법재판소가 제5항의 규정에 따라 기한을 정한 경우 그 기한이 만료될 때까지 구성요건이 충족된 경우에도 당해사건을 제외하고는 여전히 종전의 법률이 적용된다.

27) 오지리헌법 제140조 5항 : 법률을 위헌이라고하여 폐지하는 헌법재판소의 판결이 있게되면 연방수장 또는 해당 주지사는 이를 지체없이 공고할 의무를 진다. 제4항에 따른 선언의 경우에도 이 규정이 준용된다. 헌법재판소가 폐지에 대한 기한을 정한 경우를 제외하고는 그 폐지는 공고한 날로부터 효력을 발생한다. 그 기한은 1년을 초과할 수 없다.

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

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



헌법률의 적용에서 배제한다는 것은 심히 부당하다 하지 않을 수 없다.<sup>30)</sup> 이러한 사실을 감안하여 최근 오지리 헌법재판소는 당해사건의 범위를 확대하는 추세를 보이고 있다. 원래 당해사건이란 구체적인 규범통제소송을 발생시킨 사건을 말한다. 그러나 최근의 판결추세에 따르면 당해사건은 헌법재판소에서 실제로 위헌법률심사를 개시한 사건만이 아니라 헌법재판소에서의 구두심리 시점까지 또는 구두심리가 시작될 때까지 계류된 모든 사건을 당해사건으로 보고 소급하여 위헌법률의 적용을 배제한다.<sup>31)</sup> 이처럼 당해사건의 범위를 확대하여 불공평을 시정해 보려고 한다.

이상에서 본 바와 같이 무효설을 따르는 독일의 경우 실질적 정의를 중시하고 이른 상당한 정도 실현하고 있으나 법적 안정성의 측면에서 문제가 있고 따라서 서독의 연방헌법재판소가 여러 가지 형태의 변형판결을 통해 법적 안정사보의 문제를 해결하려고 한다. 이에 반해 폐지효설을 따르는 오지리의 경우 법적 안정성을 확보하는데는 별 어려움이 없으나 실질적 정의의 측면에서 문제가 발생한다. 따라서 헌법재판소는 실질적 정의의 문제를 해결하려고 노력하는 것을 볼 수 있다.

---

30) 당해사건에 대한 위헌법률의 적용배제를 오지리에서는 개시자혜택(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.

이처럼 서독의 연방헌법재판소가 실질적 정의를 또한 오지리의 헌법재판소가 법적 안정성을 보다 중시하는 것은 뿌리깊은 법이론적·방법론적 견해의 차이에서 비롯되는 것을 볼 수 있다.<sup>32)</sup> 1920년의 오지리 헌법은 주지하는 바와 같이 빈학과(Wiener Schule)의 대표적 학자라고 할 수 있는 켈젠(H. Kelsen)의 작품이다.<sup>33)</sup> 이 헌법에 기초하고 있는 오지리 헌법재판제도는 그 구체적 형식(Ausgestaltung), 작용 그리고 그 지위에 있어서 1928년 헌법재판제도를 주제로 한 독일국법학자대회(=독일공법학회)에서 켈젠이 행한 발표내용<sup>34)</sup>에 의하여 결정적으로 형성되었다.<sup>35)</sup> 이에 반해 독일의 헌법재판제도에는 동대회에서 행한 트리펠(Triepel)의 발표내용<sup>36)</sup>과 토론과정<sup>37)</sup>에서 나타난 실질적 내용들이 결정적으로 영향을 주었다.<sup>38)</sup>

오지리 헌법재판제도는 형식주의적·법실증주의의 전통과 이론에 기초하고 있기 때문에 위헌판결을 받은 법률의 효력에 관한 문제에 있어서도 당연히 이런 관점에서 본다.

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 켈젠을 (1920년의) 오지리헌법의 아버지라고 부른다. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd II 1980 S. 975.

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 (헌)법학의 기본적인 문제들에 대한 입장의 차이가 분명히 드러난다. VVDStRS Heft 5 S.88ff.

38) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.39f.

즉 일단 성립된 법은 옳고 그름, 선과 악 또는 정당함과 부당함 등과 같은 내용적 가치평가와 상관없이 법이며 따라서 법으로서 존립하는 한(즉 폐지될 때까지) 효력을 갖는다는 것이다. 오지리 헌법재판소는 형식적, 실정법규에만 지나칠 정도로 엄격하게 얽매어 법규의 내용적 평가나 합목적성을 거의 무시하다 보니 매우 소극적이라는 비판을 받는다.<sup>39)</sup>

이에 반해 형식주의적 법실증주의를 극복하고 실질적(헌)법학을 건설하려는 독일법학계의 노력은 이미 바이마르시대부터 본격적으로 시작되었고 제이차대전후에는 크게 발전하여 그 주류를 이루게 되었다. 바로 이러한 실질적 법사상과 이론이 서독의 헌법재판제도에도 크게 영향을 주었다. 이러한 관점에서 볼 때 법이란 법의 내용적 평가와 상관없이 형식적 합법성만 갖추면 모두 다 법이 되는 것이 아니라 정당한 법, 옳은 법만이 법이라는 것이다. 따라서 헌법에 반하는 법, 즉 잘못된 법은 법이 아니며 따라서 가능한 한 소급하여서까지라도 효력을 갖지 못하게 하는 것이 당연하다는 것이다. 서독의 연방헌법재판소가 형식적 실정법규에만 얽매어 판결하는 것이 아니라 그 실질적 내용과 의미를 중시하여 판결하는 것이 이 때문이다. 물론 서독의 연방헌법재판소가 지나치게 적극적이며 타국가기관의 권한, 특히 입법기관의 권한을 침해한다는 비판이 있는 것도 사실이다.<sup>40)</sup>

---

39) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.39f.

40) K. Korinek, aaO. (Anm. 12) S.40, 서독의 연방헌법재판소가 이러

지금까지 위헌판결을 받은 법률이 언제부터 효력을 상실하게 되는가의 문제에 관하여 그 기본적 문제의 소재와 이론을 개관하였다. 이 문제를 좀더 상세하게 살펴보기 위하여 이하에서 위헌법률의 법적효력에 관한 이론의 반사적 발전을 고찰해 보려고 한다. 이 문제를 보다 분명하게 파악하기 위해서는 서독의 연방헌법재판소와 오지리 헌법재판소의 판결실태를 살펴보는 것이 필요하다. 그러나 여기서는 지면관계로 이를 생략할 수밖에 없다.

## 제이절 위헌법률의 법적효력에 관한 이론의 발전<sup>41)</sup>

### I. 독일에 있어서의 이론적 발전

#### 1) 립헌주의시대의 이론

##### ① 법관의 심사권과 위헌법률의 법적효력

---

한 전통을 계속 유지할런지는 두고 보아야 할 일이다. 이 문제는 재판소가 어떤 성향의 재판관으로 구성되느냐와 밀접한 관계를 갖는다. 전체적으로 볼 때 비록 소수이긴 하나 서독에 있어서도 법실증주의자의 수는 적지 않으며 최근 법실증주의적 성향의 재판관이 늘어나고 있기 때문이다.

41) 이에 관하여는 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.23-92를 요약한 것임을 밝혀둔다. 따라서 자세한 것은 이 부분을 참조할 것. 여기에 인용된 각주는 대부분 간접인용이라는 것도 밝혀둔다. 이하에서는 번거로움을 피하기 위하여 간접인용이라는 것을 생략한다.

헌법에 반하는 법률은 어떤 법적 결과(Rechtsfolgen), 즉 법적 효력을 갖게 되는가의 문제는 헌법이 실제로 제정되기 시작한 립헌주의시대부터 현실적 문제로 논의되기 시작하였다. 이 문제는 무엇보다도 위헌법률에 대한 사법적 심사의 문제와 관련하여 논의되었다. 이 문제는 무엇보다도 위헌법률에 대한 사법적 심사의 문제와 관련하여 논의되었다. 왜냐하면 법관은 —형식적이던 내용적이던—헌법에 반하는 법률을 적용해야 하느냐 적용하지 말아야 하느냐의 현실적 문제에 직면하기 때문이다.

법관이 위헌법률에 대한 심사권을 갖느냐의 문제는 이미 립헌주의시대에 이론적으로 많이 논의되었다. 비록 사법적 심사권이 실제로 행사되지 못했고 헌법적 차원의 문제에 —헷센선제국(Kur-hessen)의 헌법분쟁을 도외시하면<sup>42)</sup>— 도달하지도 못했지만 립헌주의시대의 헌법학은 거의 100년에 가까운 기간동안 지칠 줄 모르고 이 문제에 몰두하여 왔다. 이 문제가 이처럼 많이 논의된 것은 당시의 정치적 상황과 관련된다. 이 당시 군주와 의회간에는 매우 불안정한 균형이 유지되고 있었다. 이런 상황에서 법관이 위헌법률에 대한 심사권을 갖느냐 못 갖느냐의 문제는 이 균형에 매우 큰 영향을 줄 수 있었기 때문이다. 법관이 심사권을 갖는다는 것은 군주가 더욱 더 법에 구속된다는 것을 의미한다. 가령 입법에 있어서 의회의 참여권을 회피하려는 군

---

42) 이에 관하여는 뒤 이 I 1) ③ 참조 : E.R. Haber, Döutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II 1960 S.63ff., 519ff., Bd. III 1963 S.217ff. 참조.

주의 어떠한 시도도 법관의 심사권에 의해 좌절될 수밖에 없다. 군주가 법에 구속되는지를 사법적으로 통제한다는 것은 정치력학적으로 볼 때 당시의 상황에서는 의회에 유리해진다. 반대로 법관의 심사권을 부인하는 것은 군주와 의회간의 분쟁을 법의 기준에 따라 해결할 가능성을 배제하고 절대주의에로의 회귀를 의미하게 된다. 즉 정치력학상 군주에 유리해진다. 이러한 당시의 상황에서 전개된 학(론)자들의 법론리적 주장이나 해석학적 논거의 배후에는 군주주의를 지지하는지 또는 의회주의를 지지하는지의 기본적 태도가 숨겨져 있음을 엿볼 수 있다. 따라서 이러한 배경을 의식하면서 이 문제에 대한 모든 논의의 단계에서 학자들의 주장을 살펴야 한다.

법관은 적용하는 법률이 헌법에 반하는지를 심사할 권한을 가지며 오직 합헌적 법률만을 적용할 의무를 진다고 할 때 이는 곧 헌법에 반하는 법률은 효력을 갖지 못한다는 무효설을 의미한다. 의회주의를 지지하는 진보적 학자들이 이러한 주장을 하는 것은 당연하나 독일에 있어서는 압도적으로 많은 학자들이 심지어 보수적 학자들까지도 이론적으로 법관의 심사권을 인정하고 법관은 헌법에 반하는 법률을 적용할 수 없다는 주장을 펴고 있다. 물론 헌법에 반하는 법률도 법관을 구속하며 이 법관은 계속 이 법을 적용해야 한다는(=폐지무효설) 주장도 립헌주의초기부터 그 명맥을 유지해 오고 있음을 또한 볼 수 있다.

## ② 립헌주의초기의 이론

위헌법률의 법적효력에 관해 처음 견해를 밝힌 사람은 슈

미트(Karl Ernst Schmid)였다. 그는 1821년에 발간한 그의 저서<sup>43)</sup>에서 다음과 같이 주장한다. 법관은 (법과) 법률의 내(용)적 부당성(innere Unrechtsmäßigkeit)에 대해 확신하고 있더라도 그 (법과) 법률을 적용해야 한다는 것이다. 왜냐하면 사법권은 입법권의 하위에 있기 때문이라는 것이다. 그러나 법률의 존립, 외적 합법성 및 효력에 대한 판단은 법관의 사무에 속한다는 것이다. 따라서 법관은 헌법에 부합하는 형태로 제정되지 않은 법률, 둘째 일반적 규칙으로 제정되지 않은 법률을 적용해서는 안 된다는 것이다. 이 견해는 그 후 자주 인용되었다.

비슷한 주장을 요르단(Silvester Jordan)<sup>44)</sup>도 펴고 있다. 법률에 대한 판단은 무조건 법원의 임무이며 문제된 법률이 진정으로 합헌적 입법권에 근거하고 있고 그것이 헌법에 부합하는 형태로 제정되었는지를 그 심사대상으로 한다는 것이다. “법적 효력을 갖기 위해 필요한 징표들을 그 자체에 내포하고 있지 않은 모든 규범들은 무효이며 따라서 법관에 의해 적용되어서는 안 된다. 왜냐하면 그런 규범들은 법적으로 구속적인 것으로 볼 수 없기 때문이다. 그러나 법관은 법률적인 것을 적용할 의무가 있다. 따라서 비법률적인 것을 도외시할 의무를 진다”<sup>45)</sup>라고 한다. 그는

---

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, in : ACP 8(1825) S.214.

또한 법적 요건을 갖추지 못한 규범이 진정한 법률과 마찬가지로 구속력을 갖게되는 경우 질서있고 확고한 법적상태를 기대하기는 어려울 것이라고 한다.

헛센선제국의 고등항소법원판사(Overappellationsrat)인 파이퍼(B.W. Pfeiffer)는 그의 저서에서 보다 분명한 견해를 밝히고 있다. 그는 법적분쟁에서 적용할 규범이 법률의 성격을 가졌는지에 대해 결정할 권한이 법관에게 있다는 것을 당연하게 생각하고 있다. 법관이 법률적 성격을 부인할 경우 그의 이 규범을 적용해서는 안 된다는 것이다. 왜냐하면 그렇지 않으면 그의 결정은 재판이 아니라 정부권력의 자의적 명령을 집행하는 것이기 때문이라는 것이다.<sup>46)</sup> 그에 따르면 규범의 법률적 성격은 우선 외적 형태에서 나오는데 여기에는 의회(Landstände)의 동의, 규정에 따른 인증, 부서와 공포가 속한다는 것이다. 또한 그 내용에 있어서도 규범은 모든 법률의 표식을 갖추어야 하는데 여기에는 또한 일반성의 성격이나 미래적 사건지향성과 같은 것들을 들 수 있다는 것이다.<sup>47)</sup> 규범이 —형식적이던 실질적이던—헌법에 반하는 경우 발생하는 법적효력의 문제를 그는 다음과 같이 요약하고 있다 : 법원이 제기된 사건에서 원고가 법률의 형태로 발해진 법규명령에 의하여 또는 또다른 관점에서 볼 때 법률의 성격이 결여되어 있다는 것을 발견하게 되면 법원은 동법규명령의 집행에 대항하여

---

46) B.W. Pfeiffer, Prachtische Ausfuehrungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. II. 1828 S. 385f.

47) B.W. Pfeiffer, ebd. Bd. III. 1831 S.281.



피해자를 보호할 수 있다”고 한다.<sup>48)</sup>

파이퍼(Pfeiffer)의 견해는 곧 통설이 되었고 계속 새롭게 변형되면서 반복되었다. 가령 브링크만(R. Brinkmann)은 이미 법관이 법률의 효력을 심사해야 하고 그렇게 함으로써 모든 적용이 제한된다는 것을 당연한 것으로 서술하고 있다.<sup>49)</sup> 무효인 법률이나 법규범은 당사자도 당국도 구속하지 못하다는 것이다. Brinkmann의 견해에 따르면 법관이 만일 무효인 법률을 기초로 하여 판결하면 의무에 위반하여 행동하는 것이 된다는 것이다. 또한 입법자의 정당성이나 찬탈도 심사의 대상이 된다는 것이다.

미니게로데(L. Minigerode)에 따르면 법관은 분쟁당사자의 일방에 의하여 법률이라고 주장되고 재판중인 사건에 그 법률의 적용을 요구하는 것이 진실로 법률인지 그리고 여기에 적용해야 할 지에 관하여 결정해야 한다는 것이다.<sup>50)</sup> 법관이 적용하는 규범은 권한있는 국가입법권에 의해 제정되고 공포되어야 한다는 것이다. 또 하나의 흥미있는 변형은 클뤼버(J. L. Klüber)에 의해 전개되었다. 이에 따르면 “명백히” 헌법에 반하는 형태로 성립되었거나 헌법을 침해하는 법률, 명령 그리고 결정들을 —비록 합헌적 형태로 공포되었다 하더라도—재판에서 적용하는 것은 법원의 권한밖에 있다는 것이다.<sup>51)</sup> 여기서 그는 비록 별 반

---

48) B.W. Pfeiffer, ebd. Bd. III. 1831 S.281f.

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.

응을 얻지는 못했지만 명백성사상을 토론에 도입하였다.

이 당시 민사법분야의 학자들도 대체로 상술한 내용을 확인하고 있다. 이런 견해를 가진 학자들로는 배크터(C.G. Wächter)<sup>52)</sup>, 베젤러(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 명령이나 법률이 형식상 공포된 이상 법원은 이를 따르고 적용해야 한다는 것이다. 이 말은 귀납적으로 추론하면 법률의 형식적 결합이 법률의 효력을 상실하게 만든다는 것이다. 그는 또한 군주의 입법행위가 헌법과 부합하는지를 광범하게 심사하려는 법원의 주장에 반대하여 날카로운 비판을 가했다. 그러나 다른 한편 군주는 의회(Kammer)가 승인한 법률만을 공포할 수 있다는 견해를 그는 밝히고 있다. 이렇게 함으로써 그는 해석상의 구별을 암시하고 있는데 이러한 구별은 그후 많은 학자들에 의해 받아들여지고 중요성을 갖게

---

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.

된다.

이후 법관의 심사권을 인정하면서도 법률의 형식, 즉 법으로서 필요한 외적표지와 법률의 실질적 내용을 구별하여 법률의 형식에 대한 심사권만을 인정하는 경향을 발전하였다.<sup>56)</sup> 이러한 주장을 펴는 학자로는 초플(H. Zöpfl)<sup>57)</sup>, 차카리에(H.A. Zachariä)<sup>58)</sup>, 슈미트헤너(F. Schmitthenner)<sup>59)</sup> 등이 있었다.

### ③ 자유주의와 실증주의의 이론

1850년 헝센선제구의 헌법분쟁을 계기로 법관의 심사권에 관한 논의는 새로운 질적 양상을 띠게 되었다. 법관은 의회의 권리를 보호해야 하는가? 즉 의회가 동의하지 않은 법률을 적용해서는 안 되는가의 문제가 그 어느 때보다 분명하게 논의의 핵심문제로 부각되었다. 이 문제에 대해 자유주의자와 보수주의자 특히 법실증주의자의 견해는 상반되는 것을 볼 수 있다.

카셀(Kassel)에 있는 고등항소법원은 법률의 위헌심사를 자기의 권한으로 삼고 의회의 동의없이 선포된 조세와 관세의 계속징수에 관한 1850년 9월 4일의 명령에 대해 합헌성을 부인하였고 여기에서 규정하고 있는 인지세 징수도 거부하였다. 이렇게 되자 1850년 9월 7일 법관의 심사권을

56) 이에 대한 자세한 것은 J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.275. 참조

57) H. Zöpfl. Grundsätze des allgemeinen und constitutivell-monomarchischen Staatsrechts, 1. Aufl. 1841 S.230 참조

58) H.A. Zachariä, Deutsches Staats-und Bundesrecht. Zweite Abtheilung, 1. Aufl. 1842 S. 225f.

59) F. Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts 1845 (ND 1966) S. 553f.

불허하는 군주(Lamdesherr)의 명령이 선포되었다. 이에 대해 법관은 그 명령자체를 규범통제의 대상으로 삼아 1850년 10월 3일 고등항소법원 전체합의부 결정으로 이 명령을 위헌이자 구속력이 없는 것으로 선언하였다. 이로 인해 연방이 개입되고 군대가 동원되는 결과를 가져왔다.<sup>60)</sup>

이 사건이 법관의 심사권에 대한 헌법학적 논의에 끼친 영향은 대단히 컸다. 법관의 심사권한의 범위는 헌법체계에 대하여 중요한 의의를 가지며 따라서 고도의 정치적 성격을 갖는다는 의식이 립헌주의초기보다 훨씬 강해진 가운데서 학설상의 논의가 전개되었다. 당시 이 문제에 대한 일련의 광범한 연구가 전개된 것은 우연이 아니었다. 이들 가운데는 새로운 해석학적 변형이론들이 나타났다.

스탈(F.J.Stahl)은 그의 저서 “법학과 국가학”에서 부서와 공포에 근거를 두는 「법률의 존립(Existenz)」과 군주가 선택적 형식으로 법규를 제정할 수 있는가의 문제와 관련되는 「법률의 효력」을 구별하고 있다.<sup>61)</sup> 그의 견해에 따르면 법관은 그가 단순하고 확실하다고 생각하는 법률의 (형식적) 존립이 심사에 국한되고 반면 어렵고 의심스러우며 복잡한 평가를 요하는 법률의 효력에 대한 판단은 그의 권한이 되어서는 안 된다고 한다.

의회의 참여문제까지 포함하는 광범한 심사권을 주장하는

---

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. Aufl. 1856 S.670f.

것은 Stahl에 따르면 무한한 복잡성을 의미한다는 것이다. 왜냐하면 이 경우 한계는 매우 불확실한 것이며 판단과 관련되는 상당부분의 규범들이 이 한계에 놓여 있기 때문이라는 것이다.<sup>62)</sup> 다만 과도한 경우에만, 즉 합헌적 근거가 전혀 없고 헌법이나 신민의 권리를 위협하는 명령의 경우 법관은 법규의 합헌성에 대한 판단은 못하더라 재판을 거부할 수는 있다는 것이다.<sup>63)</sup>

Zöpfl도 역시 법관은 법률의 「존립」만을 심사할 권한이 있다고 본다. 물론 법률은 의회의 동의를 결여했다는 이유로 위헌이 될 수 있다는 점을 인정한다.<sup>64)</sup> 군주의 성실성에 대한 신뢰를 촉구하는 Stahl과는 달리 <sup>65)</sup>Zöpfl은 다음과 같은 이유로 심사권을 제한한다. 즉 법원은 그러한 하자가 비난을 받게 될는지 사전에 알 수 없으며 자기들의 의사에 반하는 법률을 무효선언함으로써 의회로 하여금 동 법률에 대한 심의를 새로 하도록 강요할 권한이 없다는 것이다.<sup>66)</sup>

특히 볼러트(A. Vollert)는 법률의 「존립」과 「효력」의 구별가능성에 대해 의심을 표한다. 왜냐하면 양자는 원인과 결과처럼 상호 연관되어 있기 때문이라는 것이다.<sup>67)</sup> 오

---

62) Ebd, S.673.

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.

히려 결정적인 문제는 의회의 동의를 법률의 존립조건인가 아닌가이라는 것이다. Stahl과 Zöpfl에 의해 주장된 견해, 즉 법관은 부서되고 공포된 법규범이면—그 밖의 합헌성과는 상관없이—의회가 태도를 표명할 때까지는 어쨌든 유효한 것으로 보고 적용해야 한다는데 대하여 Vollert는 위헌 법률의 무효이론(Dogma)을 가지고 다음과 같이 반대하고 있다. 즉 명령이 처음부터 유효하면 법관은 이를 판결의 근거로 삼아야 하고 그 명령이 처음부터 무효이면 법관은 이를 잠정적으로도 적용해서는 안 된다는 것이다.<sup>68)</sup>

그후 새로운 차원의 이론적 논의를 열어준 것은 몰(R. von Mohl)의 “위헌법률의 법적 의의에 대하여”라는 단행본이었다. Mohl은 모든 국가에 있어서 법률이 형식적으로는 하자가 없으나 내용적으로는 위헌일 수 있다는데서 출발한다.<sup>69)</sup>

그러나 그러한 가능성이 존재하는 경우 위헌법률에 어떤 효과를 결부시켜야 하는지가 중요하다고 하면서 다음과 같은 문제들은 논리적 또한 실제적 이유에서 의심스러운 상태로 내버려 둘 수 없다고 한다. 즉 국가의 기반을 침해하는 입법권의 행위가 형식적 이유 때문에 효력을 갖는지 또는 단순한 논리의 힘에 의해서 배제될 수 있는지(의 문제) 그리고 국민이든 관리이든 개인이 주관적 확신으로 그러한 결정을 할 권한이 있는지 아니면 특정 부류의 관리만이 일

---

68) A. Vollert, ebd. S.607.

69) R. von Mohl, Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in : Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I. 1860 S.69.

정한 한계내에서 할 수 있는지(의 문제) 헌법에 반하는 법률을 일단 감수해야 하고 단지 간접적인 방법으로, 가령 정부와 의회에 결정적 영향을 미치는 지속적이고 강력한 여론을 통하여 개선되도록 해야 하는지(의 문제)등이다.<sup>70)</sup>

Mohl에게 있어서 이 문제는 의심할 바 없는 법관의 (권한)사항이다. 다양한 법률간의 불일치를 법학의 원칙에 따라 해결하는 것은 통상 법관의 임무에 속한다는 것이다. 헌법과 법률이 일치하지 않는 경우 법관이 하위법규범에 의해 침해될 수 없는 상위법규로서의 헌법규범을 우선시키는 것도 이와 다를 바 없다는 것이다.<sup>71)</sup> 이러한 경우 법관은 법률에 대해서 판단하는 것이 아니다. 법률이 상위법규와 충돌하기 때문에 적용되지 않는다는 논리적 결론을 끌어낼 뿐이라는 것이다.<sup>72)</sup>

이로써 Mohl은 처음으로 내용적으로 립헌주의초기의 헌법학에서도 전제되었던 법규범의 단계이론을 법이론적 차원에서 표현하고 있다. Mohl은 그 이전의 학자들과는 달리 법관의 심사권을 형식적인 헌법규정에 국한하는 것이 아니라 법관은 “내용적으로 위헌인 법률의 효과”를 심사할 권한이 있다고 보았다.<sup>73)</sup> 이로써 Mohl은 위헌법률의 무효이론에 대한 전체적 의의를 파악하였다. 법률의 위헌성을 특정한 법적으로 인식할 수 있지만 사법적으로 판단할 수 없는 것으로 보는 점에서 법관의 심사권에 대한 반대론자들

---

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.

의 주장에 불일치가 있었다면 이에 반해 Mohl은 —법률과 위법의 상이한 서열을 근거로—위헌과 사법적 심사권간의 일치를 형성하였다. 이렇게 함으로써 그는 바이마르시대에 전개된 토론의 중요한 부분을 앞당겨 논의하였다.

이와 반대되는 입장을 주장한 사람은 비숍(H. Bischof)이었다.<sup>74)</sup> 그는 립헌주의초기의 헌법학이 합헌성의 개념을 좀 더 상세하게 고찰하지 않았다는 것과 법률은 의회가 참여하는 경우에는 합헌적으로 성립된다고 하는 것을 비판한다.<sup>75)</sup> Bischof는 Stahl과 Zöpfl의 론거에서 론리적 모순을 발견하고 나름대로—Mohl과는 반대되는 방향에서—가능한 헌법위반과 법관의 심사간의 불일치를 제거하려 하였다. 그의 견해에 따르면 책임있는 장관의 부서를 갖추고 군주가 제정한 모든 일반적 법규범은 합헌이라는 것이다. 부서된 규범의 내용은 그 합헌성의 기준이 되지 못한다는 것이다.<sup>76)</sup> Bischof의 주장은 본질적으로 의회의 동의가 필요없는 군주의 긴급명령권에 근거하고 있다. 국가행위는 합법성이 추정되므로 의회에 의해서 승인되지 않은 법규범도 “잠정법률”로 적용되어야 한다는 것이다.<sup>77)</sup> Stahl에게 있어서와 마찬가지로 Bischof도 헌법파괴의 범죄적 의도가 있

---

74) H. Bischof, 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.



다고 볼 수 없는 국가권력에 대하여는 신뢰를 촉구한다.<sup>78)</sup> 여기서 처음으로 실증주의가 법과 법률을 동일시하는 본래의 전제가 나타난다. 즉 국가의 합법적 행위에 대한 신뢰라는 것이 그것이다.<sup>79)</sup> Mohl과 Bischof의 상반되는 입장은 상이한 국가관, 즉 한 쪽은 국가권력이 통제되어야 한다는 것이고 또 다른 한 쪽은 국가권력에 대하여는 신뢰해야 한다는데서 비롯된다. 이것은 위헌법률의 법적 효력에 관한 논의에 있어서 오늘날까지 거의 변함없는 국가론적 수준을 의미한다.<sup>80)</sup>

이 후의 논리적 전개는 기본적으로 이러한 “통제”와 “신뢰”의 개념으로 특징지어지는 노선에 입각하고 있다.

그나이스트(R. Gneist)는 Mohl에 의해 제기된 헌법에 대한 이해를 좀 더 깊이 있게 고찰하고 있다. 헌법이란 어렵게 제정된 입법의 형태로서 현상을 일방적이고 성급하게 변경하려는데 대한 미성숙한 기회주의적 법률과 입법상의 순간적 착상에 대한 그리고 군주의 측근들이 국가에 행사하는 영향에 대한 보장이라는 것이다.<sup>81)</sup> 헌법이 입법권의 행사에 관한 규범을 내포하고 있다면 이것은 법질서의 “절대적이고 최고의 법규인 것이다. 이 질서에 있어서 그에 반하는 행위가 무효라는 것은 당연하다”는 것이다.<sup>82)</sup>

---

78) H. Bischof, ebd. S.127.

79) 이 사실은 뒷부분의 고찰에서 증명될 것이다.

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.

Gneist는 Bischof를 비난하면서 그는 의회의 모든 권리의 기초를 궤변적 방법으로 제거해 버린다고 한다.<sup>82)</sup>

야케스(H. Jaques)는 현실적으로 모든 국가권력으로부터 나오는 명령은 유효하다고 하는 Stahl의 견해를 “절대주의 적국법의 정확한 표현”이라고 본다.<sup>84)</sup> 그는 그때까지 분명히 알려지지 않았던 “상위법은 하위법에 우선한다”(lex superior derogat inferiori)는 원칙을 부각시키고 이로써—Mohl 및 Gneist와 마찬가지로 — 법관은 합헌적 법률만을 적용해야 한다는 그의 견해에 근거를 제시한다.<sup>85)</sup>

슐체(H. von Schulze)에 따르면 법관은 오직 존립하는 그리고 유효한 법만을 적용해야 하면 존립과 효력에 대하여 광심적 심사에 따라 스스로 판단해야 한다는 “의심할 바 없는 원칙”이 이미 존재한다는 것이다.<sup>86)</sup> 그에 따르면 법관은 법이라고 자칭하는 모든 임의적 규범을 따를 필요가 없고 스스로 법이라고 부르나 정말 입법의 방법으로 성립되지 않았거나 스스로를 단지 명령으로 성격규정을 하면서 명백히 입법의 영역을 침해하는 왕의 명령을 헌법규정의 위반으로 적용하지 않을 권한이 있다는 것이다.<sup>87)</sup> 그는 특히 Linde, Stahl, Zöpfl 등의 반대견해에 대하여 다음과 같

---

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.

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.

이 비난하고 있다. 그들은 헌법의 기본적 규정들을 별로 쓸모없는 또한 내용없는 규정으로 만들어 버리고 만다는 것이다. 만약 이 규정들에 대한 침해가 그 위반행위의 무효를 야기시키지 못하게 된다면 그렇다는 것이다.<sup>88)</sup>

지금까지 살펴본 바와 같이<sup>89)</sup> 법관은 법률이 합헌적으로 성립되었는지도 심사해야하며 만약 법률이 위헌이고 따라서 무효라고 밝혀지면 이를 적용해서는 안 된다는 견해가 19세기말까지 지배적이었다.

이러한 통설에 대하여 단호하게 반대한 사람은 리반트(P. Laband)였다. Laband는 Stahl 및 Bischof나 비슷하게 법률의 인증(Ausfertigung)과 공포를 합헌성의 유일한 기준이라고 하였다.<sup>90)</sup> 인증이란 Laband에 따르면 논리적 포섭에 기초한 합헌성의 확인이라는 것이다. 제국헌법이 이러한 인증의 기능을 황제에게 위임하였다면 헌법이 동시에 법관에게 황제의 명령을 심사할 권한을 부여할 수는 없다는 것이다.<sup>91)</sup> 그럼에도 불구하고 립헌주의적 공리공론(Doktrinarismus) 때문에 법관의 심사권을 고수한다면 다음과 같은 결과에 대해서도 두려워하지 않을 것이다. 즉

---

88) ders., ebd. S.45.

89) 이 밖에 중요한 학자로는 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.

91) P. Laband, ebd. S.50.

제국법령집에 수록되는 공포된 법률이—그 합헌적 성립이나 법적효력에 대하여는 황제와 재상, 연방참사원과 연방의회가 완전히 동의하고 있는 터에—민사나 형사소송사건에서 법원에 의해 위선적으로 성립되었고 따라서 아무것도 아니고 무효라고 선언될 수 있다는 사실이다.<sup>92)</sup>

법관의 심사권을 찬성하는 사람들과 보다 상세하게 논쟁을 전개한 사람은 안슈츠(G. Anschütz)였다. 그는 우선 법률제정절차에 있어서 어떤 형식상의 결함이 있어도 그 법률전체가 무효의 결과를 가져온다는데 대해 이론을 제기하면서 허용되지 않는 하나의 행위가 어느 정도까지 무효의 결과를 초래하는지에 대해 먼저 연구해야 한다는 것이다. Laband와 마찬가지로 Anschütz도 법률의 인증이 “법률이 합헌성에 대한 관청이나 신민의 모든 의심을 제거해 주며 성립의 합헌성에 대한 추정의 반박할 수 없는 근거를 제시해 준다”는 것이다.<sup>93)</sup> Anschütz는 점차 더 많이 논의되고 있는 법관의 실질적 심사권의 문제를 부인하는데 그 이유는 법률과 헌법간에는 서렬상의 차이가 없기 때문이라는 것이다. 즉 헌법이란 입법기관에 있어서는 하나의 단순한 형식적 법률 이외에 아무것도 아니며 그 이상도 아니라는 것이다. 법률이 헌법에 반하는 경우 「신법은 구법에 우선한다」(lex posterior derogat priori)는 원칙에 따라 오직 법률만이 효력을 가지며 헌법은 효력을 가지지 못한다는

---

92) Ders., ebd. S.48.

93) Meyer/Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919 S.741.

것이다. 즉 헌법은 그만큼 개정된다는 것이다.<sup>94)</sup> 입법자가 헌법개정의 특별한 형식을 준수했느냐의 문제는 전적으로 입법기관에 의해서만 해명될 문제라는 것이다. Anschütz의 표현에 따르면 “헌법 가운데서 일반법보다 높은 권력의 의사를 인정하고 그에 상응하여 법관에게 실질적으로 위헌법률을 무효로 선언할 권한을 인정하려고 하는” 견해에 대해 헌법개정은 통상의 입법기관의 권한사항이라는 말로 반박한다. 즉 헌법개정은 제국헌법(=비스마르크 헌법) 제78조 1항에 따라 “입법의 방법으로” 행해진다는 것이다.<sup>95)</sup>

#### ④ 결 어

립헌주의시대에 있어서 위헌법률의 법적 효력에 관한 문제는 법관의 심사권과 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 초기에는 위헌법률의 문제가 법률의 일반성에 그 중점을 두었고 그렇게 함으로써 절대주의적 관방사법을 공격하려는 것과 관련되었다. 그 후에는 의회의 참여권을 침해하는 것이 위헌의 근원으로 지적되었다. 1850년부터 위헌의 개념은 의회의 참여없는 입법과 동의어로 사용되었다.<sup>96)</sup>

1850년을 계기로 위헌법률의 법적 효력에 대한 기본적인

---

94) ders., ebd. S.743f.

95) ders., ebd. S.744.

96) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.36.

견해의 차이를 나타내는 싸이 보이기 시작하였다. 독일에 있어서 1850년대는 자유주의혁명이 실패하고 복고세력이 등장하던 시기이다. 이러한 정치·사회적 상황과 분위기에 서 특히 헝센선제국의 헌법분쟁을 계기로 보수적 학자들이 나타났고 또한 법실증주의적 사고가 헌법학에 도입되고 확산되기 시작하였다. 적어도 이들의 형식적 사고방식과 주장은 오늘날의 폐지무효설과 그 맥을 같이 한다. 법률의 위헌의 기준은 그 법률의 실질적 내용이 아니라 외형상의 형식이 문제되었다. 가령 Stahl, Bischof, Laband에게서 보는 바와 같이 법률의 인증과 공표를 합헌성의 절대적 기준으로 보는 것은 일단 법의 형식만 갖추면 모두가 법이라는 말과 다를 바 없다. 여기서부터 일단 성립된 법은 폐지될 때까지 유효하다는 결론에 도달하는 것은 그리 멀지 않다.

그러나 위헌법률은 무효라는 견해가 이 당시에는 지배적이었다. 물론 무효의 이론적 근거나 무효의 개념 자체는 아직 불분명한 점들이 있었다. 립헌주의시대의 헌법들이 레외없이 시민의 권리를 규정하고 있었으나 법률이 자유권을 침해하기 때문에 위헌이라는 관념은 아직 없었다. 그 이유는 간단하다. 법률이 시민의 자유와 재산의 침해로부터 시민을 보호하는 기능을 갖고 있는 한 바로 이러한 법률의 시민의 권리를 기준으로 심사한다는 것은 모순된 일로 보일 수밖에 없었다. 이에 반해 법관의 심사권은 자유를 보장해 주는 법률의 기능을 보완해 주었다. 왜냐하면 그러한 법률은 결정적으로 국민대표기관의 참여에 달려있기 때문이다. 법관이 법률의 위헌여부를 심사할 권한을 갖

고 위헌으로 판명되면 그 법률을 적용하지 말아야 한다는 말은 위헌법률은 무효라는 말과 다를 바 없다.

헌법에 반하는 법률이 무효라는 생각은 법률과 헌법의 서열이 서로 다르다는데 있었다. 립헌주의시대의 학자들은 헌법의 우위에 관해 법이론적 근거를 별로 제시하지 못하면서 이를—명시적 또는 묵시적으로—전제하고 있다. 물론 법률의 구속력은 헌법 가운데 규정된 절차규정을 준수했는지에 달려 있다는 또 다른 전제가 추가되지 않는다면 법규범의 서열질서만으로는 무효이론을 근거짓지 못했을 것이다.

무효(Nichtigkeit)의 개념도 이 당시에는 별로 사용되지 않았고 보다 자주 사용된 것은 무효(Ungültigkeit), 무구속력(Unverbindlichkeit) 또는 결함없는 법적존재( fehlende rechtliche Existenz) 등이 있다.

## 2) 바이마르 공화국시대의 이론

바이마르시대에도 위헌법률의 법적 효력의 문제는 위헌법률에 대한 법관의 심사권과 관련하여 전개되었다. 바이마르시대의 헌법학에서도 법관의 심사권의 문제는 매우 중요한 문제로 취급되었다. 그러나 위헌법률의 법적효력에 관한 문제가 모든 면에서 이미 충분히 인식되었는지는 확실치 않다.<sup>97)</sup> 실무계에서는 위헌인 규범의 적용을 배제하는

---

97) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S. 57.

것이 기존의 법률관계에 영향을 끼치는지의 문제가 제기되는 경우에 이미 내려진 판결들의 법적 효력을 참조하는 정도로 만족하였다. 이에 반해 학계에서는 —대부분 법관의 심사권에 관한 논의의 부산물로서—위헌법률의 법적 효력에 대하여 원칙적으로 상이한 입장을 나타내고 있다.

법관의 심사권을 찬성하는 사람들의 논거는 우선 초기립헌주의시대의 그것과 마찬가지로이다. 즉 헌법은 상위규범으로 간주되기 때문에 법률에 의한 헌법의 침해는 무효를 초래한다는 것이다.<sup>98)</sup> 그러나 바이마르공화국의 성립후 위헌법률의 법적 효과의 문제를 과거와는 다르게 보는 새로운 시각이 나타났다. 그 하나는 우선 종래의 형식주의적 법실증주의적 사고를 극복하고 새로운 실질적 관점에서 헌법을 이해하려는 기본적인 변화를 기초로 한 시각이며 또 다른 하나는 과거 립헌주의시대와는 달리 의회에 대한 불신을 바탕으로 하는 시각이다.

예를 들어 Triepel은 법률의 합헌성을 인증에서 찾고 있는 Labaand의 이론에 반대하면서 그 이론을 아주 명백한 부당전제라고 선언한다.<sup>99)</sup> 또한 Triepel은 사법적 심사권의 가장 중요한 기능을 과거 립헌주의시대의 학자들과는 달리 권력에 굽주린 의회에 대하여 국민의 자유를 보호하는데서

---

98) 이러한 견해는 대부분 전제되고 있다. 왜냐하면 그것은 명백히 논란의 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.



보았다.<sup>100)</sup> 의회로 하여금 스스로 제정한 법률이 헌법에 일치하는지를 결정하게 하는 것은 용납할 수 없는 일이라는 것이다. 왜냐하면 기본권의 상당한 부분이 그런 방법으로 보호를 박탈당할 것이기 때문이라는 것이다.<sup>101)</sup>

뵐러(O. Bühler)의 생각도 비슷하다. 그에 따르면 입법의 내용은 기본권에 맞게 확정되어야 하며 이(규정)들의 준수 여부는 다투어질 수 있다고 한다.<sup>102)</sup> 따라서 헌법에 반하는 법률은 효력을 갖지 못하며 법관에게는 합헌성을 심사하는 것이 허용된다는 것이다.<sup>103)</sup>

슈톨(H. Stoll)에게도 위헌법률의 무효는 법치국가리념의 직접적인 결과로 나타난다. 즉 법관은 역사적인 리익법학의 방법에 따라 헌법의 원리들을 확인해야 하고 헌법에 부합하지 않는 것은 무효라는 것이다.<sup>104)</sup>

히펠(E. von Hippel)은 립헌주의초기이래의 지배적 견해를 인상깊은 문구로 간결하게 표현하고 있다. 즉 “(올바른) 법을 말하도록 임명된 법관은 무엇보다도 먼저 그러한 (올바른) 법인지를 심사해야 한다.”는 것이다.<sup>105)</sup>

막스(F. Morstein Marx)도 (오지리와는 반대되는) 독일법

---

100) ders., ebd. S.537.

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.

학의 전통에 따라 다음과 같이 말하고 있다. 규범의 불법성(Illegalität)에 대한 사법적 확인은 이 규범이 처음부터 (von jeher) 불법이 있다는 것을 말한다는 것이다. 막스는 또한 후에 연방헌법재판소가 자주 사용한 표현을 만들어 내기도 하였다. 즉 법률은 “위헌이며 따라서 무효이다”라는 표현이다.<sup>106)</sup>

슈미트(C. Schmitt)에 따르면 의심할 바 없이 위헌인 법률의 무효는 자명하다는 것이다.<sup>107)</sup> 그러나 권력과 권력 영역의 한계설정에 대한 남다른 관심을 갖고 있는 Schmitt는 보다 중요하게 생각하는 다른 문제를 제기한다. 즉 “누가 법률의 합헌성에 대한 의심을 결정할 것인가”의 문제이다.<sup>108)</sup> 이렇게 해서 Schmitt는 법적 효력의 해석론과 권한 간의 관련을 밝히려고 한다.

놀랍게도 1932년에 “법원의 서렬”에 관한 단행본이 마슈케(H. Maschke)에 의하여 출판되었다. 여기서 그는 “헌법은 법률에 우선한다”는 원칙이 현행법으로서의 효력을 갖는다는 것을 증명하기 위하여 매우 상세한 논거를 제시하고 있다.<sup>109)</sup> 그 근거를 제시하기 위하여 Maschke는 바이마르공화국 헌법의 목표에 초점을 맞추고 있다. 바이마르공화국 헌법은 (독일)국가에게 “새로운 형태”, 즉 부분적으로는 구질서와 단절하고 또한 미래를 향하여 가능한 한 지

---

106) F. Morstein Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der rechtmäßigkeit des Gsetzes, 1927 S.126.

107) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S.196.

108) ders., ebd. S.196.

109) H. Maschke, Die Rangardnung der Rechtsquelle, 1932 S.24.

속적 효력을 가져야 할, “여러 정치적 관념(견해)에 부합하는 새로운 질서”를 부여하고 있다는 것이다.<sup>110)</sup> 법률의 효력은 이러한 헌법과 일치하는데 근거하고 있으며 이 헌법에 반하는 법률은 효력을 갖지 못한다는 것이다.<sup>111)</sup> 헌법의 우위의 이론은 이미 립헌주의 초기에 널리 인식되었고 그 후 법이론적 토대도 갖추었다. 그런데 왜 새삼스럽게 그렇게 상세한 증거제시가 필요하다고 생각하였는지는 좀 이상한 일이다. Maschke가 이런 연구를 하였다는 것은 당시 Anschütz의 이론의 핵심은 헌법이 결코 입법부의 우위에 있는 것이 아니라 입법부의 처분하에 있다는 것이다.<sup>112)</sup> 이러한 견해는 헌법개정의 범위에 관해서 — Anschütz에 따르면 공화국, 민주주의, 의회주의의 원리 등도 개정의 대상에서 제외되지 않는다고 한다.<sup>113)</sup>—그 한계를 부인할뿐만 아니라 사법적 심사의 모든 이(해석)논적 기초를 박탈하는 것이다. 따라서 Anschütz는 사법적 심사권을 부인하는데 그 이유는 헌법이 일반법률에 비해 보다 높은 서열의, 즉 법을 적용하는 기관이 법률보다 더 복종해야 할 규범이 결코 아니라는 사실 때문이다.<sup>114)</sup> 그렇기 때문에 법률과 헌법이 일정하지 않는 경우 Anschütz가 이미 1871년의 제국헌법에 대하여 설명했듯이 “신법은 구법

---

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.

114) ders., ebd. Art. 70 Anm. 4.

에 우선한다”는 원칙에 따라 해결되어야 한다는 것이다.

C. Schmitt는 이러한 견해의 문제점을 잘 지적하고 있다.<sup>115)</sup> Schmitt는 바이마르 헌법 제76조(헌법개정의 가중된 곤난성)을 순수하게 형식적으로만 보는 것은 잘못이라고 한다. 왜냐하면 그렇게 보는 것은 원인과 결과를 전도시키기 때문이라는 것이다. 즉 헌법의 내용은 개정의 가중된 곤난성 때문에 “어떤 특별한 것” 또는 “어떤 탁월한 것”이 되는 것이 아니라 오히려 헌법은 그 기본적 의의 때문에 지속적 보장을 유지해야 한다는 것이다. “형식적” 헌법개념은 전체헌법을 잠정적인 것으로, 경우에 따라서는 헌법개정규정에만 부합되면 그때그때 무엇으로 채워질 수 있는 “백지법률”로 만들게 될 것이다.

Anschütz가 1871년의 비스마르크 헌법하에서 전개한 이론을 고수하게 된 동기가 무엇인지는 분명치 않다. 원칙적으로 군주주의적 권위를 강화하는 작용을 하며 또한 개념법학적 논의방식으로 바로 그것을 목표로 하는 헌법학적 실증주의의 정치적·이데올로기적 배경은 사라졌다. 이처럼 변화된 상황하에서 헌법개념을 형식화하는 것은 일종의 의회절대주의를 초래하게 될 것이다. 즉 만일 의회의 가중다수가 어떤 헌법적 한계도 철폐할 수 있다면—Schmitt가 적절하게 지적한 바와 같이—전체헌법은 사실상 헌법개정 방식에 관한 조항으로 구성될 것이다.<sup>116)</sup> 바로 여기에 Anschütz의 이론의 맹점이 있다. 왜냐하면 최소한 가중다

---

115) C. Schmitt, aaO. (Anm. 107) S.185.

116) ders., ebd. S.19f.

수를 요구하는 바이마르 헌법 제76조에는 일반법률에 비해 보다 높은 지위가 인정되어야 하기 때문이다. 만일 그렇지 않으면 헌법은 일반법률에 의해서도 개정될 수 있을 것이다.

이렇게 Anschütz의 견해가 문제성이 있음에도 불구하고 이는 널리 퍼졌다. 이미 1922년에 하체크(J. Hatschek)는 간단명료하게 “헌법전은 다른 모든 법률보다 높은 지위를 갖지 않는다. 헌법이 그에 반하는 법률을 깨뜨린다는 원칙은 독일헌법에 따르면 전혀 부당하다”라고 확인한다.<sup>117)</sup>

샹크(F. Schack)는 사법적 심사권에 관해 폭넓게 연구한 그의 단행본에서 다음과 같이 간결하게 그의 소견을 밝히고 있다. 비록 법률이 위헌이라 하더라도 어쨌든 주관적 입법자의 명령이기 때문에 그 법률은 모두에게 유효하다는 것이다.<sup>118)</sup>

비트마이어(L. Wittmayer)는 사법적 심사권에 관한 당시의 토론에 관해 다음과 같은 풍자적 말을 하고 있는데 이는 그가 지지하고 있는 Anschütz의 이론과 실증주의적 유래를 잘 나타내 주고 있다. 즉 “최근 사람들은 그와 같이 절대적인 법률의 무효에 대하여 대단히 관대해졌다.”라는 말이다.<sup>119)</sup> 이전에는 절차에 맞게 공포된 모든 연방법률은 어떤 상황에서도 효력을 갖었던데(유효하였던데)비해 국가

---

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 Weimarer Reichsverfassung 192 S.460.

권력의 권위가 일반적으로 저하됨에 따라 변화가 나타났다는 것이다. 권위상실의 표시로서 그 연방법에 반하는 지방 법률의 무효도 들고 있다 “여기서부터 시작하여 이러한 배척은 위헌적인 연방법률에도 례외가 아니다”라고 말하고 있다.<sup>120)</sup> 법률의 이러한 위협적인 권위상실에 대하여 Wittmayer는 다음과 같은 엘리네트(W. Jellinek)의 이론을 두둔하고 있다. 즉 절차상의 결함만 있으면 국가행위가 모두 무효가 되는 것이 아니라 하자의 법적 효과는 오히려 드물게 무효가 될 뿐이라는 것이다.<sup>121)</sup>

엘리네크는 원래 이 이론을 행정행위에 대해서만 주장했다. 오히려 이 원칙을 부수적으로 위헌법률에 원용하고 있다. 즉 “일반입법과 헌법제정이 동일한 기관에 의해 행사되는 한 내용적으로 위헌인 법률도 단지 절차적 결함일 뿐이다. 이는 위헌적으로 성립된 법률이지만 그렇다고 하여 무효는 아니다”라고 한다.<sup>122)</sup>

셸커(W. Schelcher)는 Jellinek를 지지하면서 다음과 같이 말하고 있다. 비록 규정에 따르지 않고 성립되었거나 내용상 법답지 못한 입법행위라 하더라도 형식상 바르게 행해진 입법행위는, 내용상 하자가 있으나 형식상 유효한 행정행위와 마찬가지로 그것이 폐지되기까지는 유효하다”는 것이다.<sup>123)</sup> 이런 주장을 함으로써 비록 행정법에 맞춘 것이

---

120) ders., ebd. S.461.

121) ders., ebd. S.462.

122) W. Jellinek, in einer Leserzuschrift, in : DJT 1921 Sp.754.

123) W. Schelcher, Das Prüfungsrecht Der Behörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen, in : Fischers Z 59(1926) S.64.

기는 하나 폐지무효설의 첫걸음이 시작되었다. 그러나 이 주장은 아직 별다른 반응을 얻지는 못했다.

## II. 오지리에서의 이론적 발전

오지리에서는 위헌법률의 법적 효력에 관한 이론적 발전이 독일에서와는 달리 전개되었다. 독일에 있어서도 1850년대 이래 법실증주의적 사고가 헌법학에 크게 영향을 주면서 위헌법률의 법적 효력에 관한 문제에 있어서도 형식적이론이 크게 확산되었다. 그러나 이 문제에 관해 법실증주의적 입장에서 이론적으로 보다 철저하게 발전시킨 사람은 켈젠(H. Kelsen)이었다. 오지리에서는 위헌법률의 법적 효력의 문제가 일찍이 실정법규정을 통해서 확정되었는데<sup>124)</sup> 이로써 여러 가지 관련문제들이 실정법적으로 해결되었다. 이에 반해 독일에서는 이런 문제들이 아직도 학계와 실무에서 계속 논의되고 있었다. 이처럼 오지리에서 일찍이 실정법적으로 이 문제가 규정된 데에는 법이론적 영향이 컸는데 그 중에서도 Kelsen의 역할이 결정적이었다.<sup>125)</sup> Kelsen은 물론 오지리법에만 영향을 끼친 것이 아니라 그의 이론은 위헌법률이 무효이냐 폐지무효이냐에 관한 오늘날의 논의에 있어서도 중요한 역할을 하고 있다. 이러한 배경에서 볼 때 Kelsen의 위헌법률에 관한 이론만이 아니

124) 오지리헌법 제140조, 89조 참조.

125) R. Novak, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, 1967.

라 하자있는 행정행위에 관한 이론도 살펴보는 것이 필요하다.

### 1) 형식적 하자이론과 그 근거

Kelsen의 이론은 우선 “국가불법에 관하여”라는 글에서 출발하고 있다. 여기서 Kelsen은 후에 순수법학에 수용되는 방법론적 전제를 보여주고 있다. Kelsen은 여기서 모든 내용적 요소를 얻어내야 한다는 주장을 하며 그러한 인식은 모두 법질서에 해당한다는 것이다.<sup>126)</sup>

Kelsen에 따르면 국가가 법인이라고 할 경우 국가의 의사는 법질서와 동일하다는 것이다.<sup>127)</sup> 만약 국가에 귀속시킬 수 있는 행위가 법질서에 위배된다고 하면 그것은 국가가 자기자신에 위배된다는 것을 의미한다. 왜냐하면 국가가 그가 원하는 것(=법질서)의 반대되는 것(=불법적 행정행위)을 행하기 때문이다.<sup>128)</sup> 그러나 이러한 내적 모순과 더불어 통일적 국가의사 그리고 통일적 국가리념의 헌법적 구성(Staatsrechtliche Konstitution)은 파괴되고 만다는 것이다. 여기서 Kelsen은 다음과 같은 결론을 이끌어낸다. 즉 불법은 언제나 단지 국가가 의욕하는 것(Staatliches Wollen)의 전제일 뿐 그 내용이 아니라는 것이다.<sup>129)</sup>

---

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 무효인 국가행위, 무효화할 수 있는(폐지할 수 있는, Vernichtber) 국가행위, 그리고 취소할 수 있는 국가행위를 구별한다.<sup>130)</sup> 무효인 국가행위는 법론리상 “비국가행위”(Nichtstaatsakt)이다. 이런 행위에 대하여는 누구나 국가에 대한 책임을 거부할 수 있다. 그런 행위는 어떤 법적 효력도 발생시키지 못하며 그런 행위의 무효를 확인하기 위하여 특별한 절차를 요하지 않는다. 즉 무효의 문제는 법론리의 문제이다. 무효의 문제는 국가적 권위에 의해서가 아니라 판단력을 가진 개인의 사고력에 의해 결정된다는 것이다.<sup>131)</sup> 무효인 국가행위로부터 하자는 있지만 유효한 국가행위가 구별된다. 만약 그러한 국가행위가 다투어지면(취소청구되면) 그 법적 효력은 소급하여 배제될 것이다.<sup>132)</sup> 또한 오로지 향후로부터만 취소할 수 있는 국가행위가 있다. 이 경우 본래적 의미의 취소를 말할 수 있을 것이라고 한다.<sup>133)</sup>

Kelsen의 이러한—자신의 말에 따르면 법론리적이고 실정법과는 상관없는—유형을 가지고서는 어떤 방법으로 무효인 국가행위와 무효화할 수 있는(vernichtbar) 국가행위를 이론적으로 구별할 수 있는지의 결정적인 문제가 해명되지 않는다. Kelsen은 하자의 정도에 따라 차별하려는 Jellinek의 시도에 반대할 뿐만 아니라<sup>134)</sup> 사법규정으로의

---

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,

역류추를 제안하는 코르만(K. Kormann)의 이론에도 반대한다.<sup>135)</sup> Jellinek에 대한 Kelsen의 반대이유는 국가행위의 다양한 하자들을 법이론적으로 구별할 수 없다는 것과 특정한 하자에 상이한 법적 효과를 결부시키는 것은 오히려 실정법에 유보되어 있다는 것이다.<sup>136)</sup> Kormann에 대하여는 다음과 같은 이유로 반대한다. 즉 법률행위와 마찬가지로 행정행위에는 오로지 법질서에 의해서만 그 특성이 부여되기 때문에 사법의 류추적용은 금지된다는 것이다.<sup>137)</sup>

Kelsen 자신은 국가불법에 관한 자기의 이론을 일관되게 적용하면서 단호한 입장을 취한다. 형식과 내용상 법에 부합하는 행위만이 법질서와 동일시되는 국가에게 귀속된다면 그 귀속에 대한 판단이 비록 단 하나의 조건만 결여되더라도 일반적 논리적 원칙에 따라 내려질 수 없다는 것이다.<sup>138)</sup> 따라서 국가행위에 어떤 하자가 있더라도 그 행위의 무효를 야기할 것이라는 것이다. 더 정확히 말하면 국가행위는 전혀 존재하지 않을 것이라는 것이다. 왜냐하면 어떤 행위도 국가에 귀속될 수 없기 때문이라는 것이다.<sup>139)</sup> 비록 무효는 모든 하자의 —그것이 형식적 성질이든 내용적 성질의 것이든, 중하든 경하든 마찬가지로— 피할 수 없는 법론리적 결과를 의미하지만 그럼에도 불구하고

---

1908 S. 56ff.

135) K. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1920 S.217ff.

136) H. Kelsen, Über Staatsunrecht, S.745.

137) ders., ebd. S.81f.

138) ders., ebd. S.85f.

139) ders., ebd. S.86.

고 실정법질서는 다양한 법적 하자에 상이한 법적 효력을 결부시킬 수 있다는 것이다.<sup>140)</sup>

Kelsen은 그가 실제적 차원의 문제점을 잘 알고 있다는 것을 보여 주며 “만약 하자있는 국가행위의 문제를 이론적으로 취급함에 있어서 문제되는 하자가 절대적으로 확실하게 확인되거나 확인될 수 있다고 하는 묵시적 전제에서 출발한다면” 그것은 그러한 한 잘못이라고 생각하고 있다.<sup>141)</sup>

그러나 사실상의 법적 문제점을 이처럼 파악했다고 해서 Kelsen은 하자있는 행정행위에 관한 이론을 발전시키지는 않았다. 그의 견해에 따르면 실정법의 이론은 입법자의 부작위를 보정할 임무를 가질 수 없기 때문에—비록 Kelsen 자신에 의해 법적용에 있어서 부적당하다고 인식되었지만—모든 하자있는 행정행위는 무효라는데 머무르고 있다.<sup>142)</sup>

## 2) 법단계론과 법률의 위헌

Kelsen은 위헌법률의 문제를 다루는데 있어서 주목할 만한 발전을 보인다. “국가불법에 대하여”라는 글에서는 아직 간결하게 다음과 같이 말하고 있다. 왜냐하면 입법은 “국가”에 귀속시킬 수 없는 “사회”의 기능을 나타내기 때

---

140) ders., ebd. S.87f.

141) ders., ebd. S.92.

142) ders., ebd. S.89.

문이라는 것이다.<sup>143)</sup> 법률의 제정에 있어서 합헌적요건이  
결여되어 있다면 법적 의미의 불법이 존재하는 것이 아니  
고 하자있는 국가행위가 존재하는 것이 아니라 “법적으로  
전혀 아무것도” 존재하지 않는다는 것이다. 그럼에도 불구  
하고 공포된 법률이 사법적 심사권한의 결여로 인하여 적  
용되고 준수된다면 그것은 “법적으로 구성할 수 없는 헌법  
의 파괴”라는 것이다.<sup>144)</sup>

1934년 출간한 “순수법학”에서 Kelsen은 과거와는 다른  
모습을 보인다. 위헌법률에 대한 그의 생각은 주로 메르클  
(A. Merkl)에 의해 전개된 법질서의 단계구조에 관한 이론  
에 기초하고 있다.<sup>145)</sup> 즉 법은 그 제정을 스스로 규정하며  
모든 법규범은 따라서 또 하나의 다른 법규범의 규정에 따  
라 성립된다는 것이다.<sup>146)</sup> 따라서 법질서내에서는 제정하  
는(erzeugende)규범과 제정된(erzeugte)규범—Merkl의 용  
어에 따르면 정하는(조건지우는, bedingende)규범과 정해  
진(조건지워진, bedingte)규범<sup>147)</sup>—이 구별된다는 것이다.  
제정하는 규범은 제정된 규범과의 관계에서 보다 높은 지  
위를 갖는다. 이런 방식으로 단계적으로 구성된 법규범의  
제정관계는 Merkl과 Kelsen에 의하여 개별(행정)행위와 법  
률행위(개별규범)에까지 확대되므로 Merkl과 Kelsen적 단

---

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.

케이론에 따르면 법질서란 상호 조건지우는 일반적이고 개별적인 규범들의 조직체를 나타낸다.<sup>148)</sup>

위에서 본 바와 같이 “형식적 단계이론”에 따르면 하위규범이 상위규범 가운데 규정된 효력요건을 조금이라도 벗어나면(위반하면) 문제된 행위가 법적으로는 존재하지 않는다는 의미에서 무효의 결과를 초래했어야 할 것이다. 그러나 오지리 연방헌법 제140조 3항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 위헌법률은 당연무효(ipsa jure)인 것이 아니라 단지—향후(exnunc) 또는 미래로부터 (pro futuro) 효력을 갖도록—헌법재판소에 의하여 폐지될 수 있다는 것이다.<sup>149)</sup>

Kelsen에게는 상위규범의 효력만이 아니라 그에 반하는 하위규범의 효력도 헌법에 의하여 부여되었다는 것을 “론리적으로 완결된 규범체계”로서의 법질서의 통일성을 파괴할 위험이 있는 모순으로 보일 수밖에 없다.<sup>150)</sup> Kelsen은 “법질서의 무모순성”에 관한 그의 명제를 구해 주는 대담한 생각으로 이 모순을 해결한다. 그러나 그것은 다음과 같은 독특한 결과를 대가로 치룬다. 즉 위헌법률의 잠정적 효력을 인정하는 것으로부터 Kelsen은 헌법이 그에 반하는 행위도 어느 정도 “원하고 있으며” 헌법에 반하는 행위에 대하여 규범적 대안을 준비해 놓고 있다는 결론을 끌어낸다.<sup>151)</sup> 따라서 법률이 헌법에 반한다는 것은 논리적모순

---

148) H. Kelsen, aaO. (Anm. 146) S.79ff. ; A. Merkl, aaO. (Anm. 145) S.282ff.

149) 위 주27 참조.

150) H. Kelsen, aaO. (Anm. 146) S.84.

이 아니라 헌법에 의하여 규정된 폐지절차에 있어서의 조건이라는 것이다.<sup>152)</sup>

순수법학의 초판에서 개진한 이러한 생각이 오지리 헌법 재판소의 규범통제판결에 있어서 제140조가 규정한 향후효를 논리적으로 정당화하려는 거의 숨김없는 시도였다면 제이판에서는 이 생각이 이미 분명한 독자성을 갖게 되고 Kelsen은 이를 법이론적 인식이라고 말하고 있다.<sup>153)</sup>

이제는 오지리 헌법의 특성과 상관없이 Kelsen은 입법자에게 다음과 같은 선택권을 인정해 주고 있다. 즉 입법자가 헌법에 규정된 절차에 따라 법을 제정하든 “또는” 스스로가 임의로 정한 절차에 따라 법을 제정하든 아니면 위헌적 내용의 규범을 제정하든 그것은 입법자의 선택권한이라는 것이다. 어쨌든 모든 법률은 헌법상 마찬가지로 효력을 갖는다는 것이다.<sup>154)</sup> 합헌적 법률의 효력은 상위규범과 부합하는데 그 근거가 있고 이에 반해 위헌법률의 효력은 대안(선택적)규정(Alternative Bestimmungen)에서 나온다는 것이다. 왜냐하면 입법을 규율하는 직접적 헌법규정에 부합하지 않는 법률의 폐지에 관한 헌법의 규정들은 다음과 같은 의미를 갖는다는 것이다. 즉 이 규정에 부합하지 않는 법률도 그것이 헌법에 규정된 절차에 따라 폐지되지 않

---

151) ders., ebd. S.85f.

152) ders., ebd. S.87.

153) H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. S.275ff. : J. Ipsen은 Kelsen의 이러한 주장이 법이론적인 것이 아니라 법해석론적 결과일 뿐이라는 것이다. 이에 관해 자세한 것은 aaO. (Anm. 3) S.55f. 참조.

154) H. Kelsen, ebd. S.276f.

는 한 유효하다는 것이다.<sup>155)</sup> 따라서 위헌법률의 법적 효력에 관한 독일에서의 논의에서 자주 인용되는 Kelsen의 이론을 요약하면 “소위 ‘위헌’인 법률이란 합헌이지만 특별한 절차에 따라 폐지될 수 있는 법률”이라는 것이다.<sup>156)</sup>

### Ⅲ. 서독 기본법하에서의 논의

#### 1) 헌법재판소법제정과정에서의 논의

1949년에 제정된 서독의 기본법은 방대한 권한을 가진 헌법재판제도를 채택하였다. 서독의 연방헌법재판소는 구체적 규범통제권만이 아니라 추상적 규범통제권과 입법에 대한 헌법소원을 판결할 권한까지도 갖고 있기 때문에 위헌판결을 받은 법률이 언제부터 어떤 법적효력을 갖게 되는가의 문제는 당연히 상세하게 논의되어야 했다. 그러나 기본법제정회의(Parlamentarischer Rat)의 심의과정에서는 별로 문제되지 않았고 입법자에게 이 문제를 규정하도록 위임하였다. 그 이유는 무엇보다도 위헌법률은 당연히 무효라고 생각했기 때문이다.<sup>157)</sup>

헌법재판소법을 제정하기 위한 연방의회의 심의에 있어서도 위헌법률의 법적효력에 관한 문제는 전혀 문제되지 않

---

155) H. Kelsen, ebd. S.278.

156) H. Kelsen, ebd. S.278.

157) Ch. Böckenförde에 따르면 이러한 이유외에 헌법재판소만이 법률에 대한 위헌판결을 내릴 수 있게 됨으로 말미암아 발생하는 문제점을 간과한데 그 이유가 있다고 한다. aaO. (Anm. 3) S.49.

왔다. 당시 제안된 정부초안<sup>158)</sup>이나 사민당초안<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 것인가만이 문제되었다. 오랜동안 이 문제를 심의한 법률 및 헌법분과위원회는<sup>161)</sup> 위헌법률에 기초하여 이미 집행된 행정행위에 대하여는 법적안정성을 이유로 소급효력을 인정하지 않지만 더 이상 이 법률의 집행은 할 수 없다는 결론을 내렸다. 위헌법률에 기초하여 내려진 판결에 대해서도 원칙적으로 소급효를 인정하지 않지만 예외적으로 형사판결에 대해서는 정의와 형평을 고려하여 재심의 기회를 부여하였다. 이렇게 제정된 헌법재판소법 제78조와 제79조는 오늘에까지 이르고 있다. 요컨대 헌법재판소법을 제정하는데 있어서 입법자는 위헌법률은 처음부터 (extunc) 당연히(ipso jure) 무효라는데 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았고 다만 규범통제결정의 효력이 행정행위와 판결에도 미칠 것인가만을 문제삼았던 것이다.

## 2) 무효설과 그 론거

서독의 연방헌법재판소법이 이처럼 명시적으로 무효설(위

158) BT-Drucks, I /788 참조

159) BT-Drchs, I /328 참조

160) Ch. Böckenförde, aaO. (Anm. 3) S.50ff. 참조.

161) RA-Druck, I /94 Anl. VI S. 42ff. 참조.



헌법률의 무효)을 확정함에 따라 위헌법률의 법적 효력에 대해 더 이상 논의할 여지가 없어졌다. 따라서 연방헌법재판소법이나 기본법을 해설하는데 있어서도 아무런 이론없이 하나같이 이미 헌법재판소법의 심의과정에서 법률분과위원회가 주장했던 견해를 그대로 받아들였다. 이 당시에 출간된 해설서의 내용은 거의 마찬가지였다. 가령 가이거(W. Geiger)는 그의 헌법재판소법 해설서에서 “무효는 처음부터(ex tunc) 효력이 없는 것을 의미한다. 연방헌법재판소는 기본법과의 불일치를 이유로 연방법의 무효를 선언할 임무만을 갖기 때문에 그 규정의 무효가 판결과 더불어 기본법의 효력이 하위규범의 효력과 충돌되는 시점부터 확인될 뿐이다”라고 서술하고 있다.<sup>162)</sup>

레흐너(H. Lechner)도 그의 헌법재판소법 해설서에서 “헌법재판소법 제78조에 따라 확정된 일반규범의 무효는 원칙적으로 처음부터(ex tunc) 효력을 갖는다. 즉 해당 법규범에 근거하고 있는 모든 법률관계의 법적근거는 소급하여 소멸된다”라고 간결하게 말하고 있다.<sup>163)</sup> 또한 홀트코텐(H. Holtkotten)은 기본법 제93조를 해설하면서 “연방헌법재판소의 판결은 창설적인 것이 아니라 선언적이다”라고 더욱 간단하게 설명하고 있다.<sup>164)</sup> 이 밖의 헌법문헌에서도 “위

---

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.

헌법률이 무효라는 것이” 예외없이 주장되고 있다.<sup>165)</sup>

이처럼 위헌법률이 처음부터 무효라는 주장이 절대적 다수를 차지하지만 이러한 주장의 근거가 단지 법적으로 규정되었다는 데만 있다면 이는 별로 의미가 없다. 더욱이 이러한 법적 규정을 기본법적으로 확정되었다고 보고 따라서 헌법개정을 통해서만 무효설을 바꿀 수 있다는 주장이 지배적인지 모르지만 실제로는 뒤에서 보는 바와 같이<sup>166)</sup> 법률로서 이를 개정하려는 노력에 이러한 주장이 별로 쓸모없는 것으로 나타났다. 법적규정만을 반복하여 주장한다고 해서 그것이 특정의 헌법적 또는 법이론적인 근거를 정당화하지 못한다. 무효설이 통설이긴 하지만 다음의 몇사람을 제외하고는 많은 사람들이 그 논거를 제시할 필요가 없다고 생각하고 그 자명성에만 의존하고 있는 경우 무효설은 상대적으로 약한 입장에 놓일 수밖에 없다. 무효설을 주장하는 헌법적 또는 상대적으로 약한 입장에 놓일 수밖에 없다. 무효설을 주장하는 헌법적 또는 법이론적 논증형식에는 대체로 두 가지가 있다. 그 하나는 충돌(저촉)모델(Kollisionsmodell)이고 또 다른 하나는 법효력모델(Rechtsgeltungsmodell)이다.

충돌모델에 따르면 법질서는 통일성을 가지며 그 질서내에서 모순이 있을 수 없다는 가정이 전제된다.<sup>167)</sup> 단지 특

---

165) Ch. Moench, aaO. (Anm. 3) S.1 Anm. 3에 인용된 문헌들 ; 또한 Ulsamer, In : Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, aaO.(Anm. 8) §80 S.21 Anm. 3에 인용된 문헌들 참조.

166) 뒤 이 III 3) ② 참조.

167) A. Arndt, die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, in :

정된 인간이나 보통 한정된 하나의 생활실태에 관한 행정 행위에 있어서는 허용되는 것—즉 위법에도 불구하고 유효하다는 것—이 규범에 있어서는 그 일반적 효력 때문에 부인된다. 법질서는 통일성을 갖는다는 가정을 물론 이론적으로 신법은 구법에 우선한다(*lex posterior derogat priori*)는 원칙에 따라서도 규범의 충돌을 해결할 수 있기 때문에 위헌법률은 무효라는 것을 적절하게 논증하기 위하여는 헌법의 우위라는 또하나의 전제가 추가되지 않으면 안된다. 법률과 헌법의 서렬상의 차이는 보통 실정법적으로 확정된다. 서독의 경우 기본법이 입법자에 대해서도 직접적 효력을 갖게 함으로써 입법자가 위헌적 법률을 제정하지 못하도록 하고 있다.(기본법 제1조 3항)<sup>168)</sup> 법질서의 통일성의 원리가 언급되든 안되든 간에 헌법이 유효하거나 또는 헌법에 반하는 법률이 유효할 수도 있다는 양자택일적 사고도 가끔 나타난다. 헌법에 반하는 법률이 유효하다는 것은 적어도 헌법의 잠정적 효력상실을 의미하여<sup>169)</sup> 헌법의 효력상의 우위와 부합될 수 없다.<sup>170)</sup>

충돌모델의 이러한 기본사상외에도 또 다른 형태의 론거도 나타난다. 가령 무효이론의 유래는 립헌주의시대이전에 있다는 것을 지적한다든가<sup>171)</sup> 권리보호에 초점을 맞춘 론

---

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.

170) W. Weißbauer/Hesselberger, D., Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen, in : DÖV 1970 S.327.

171) H. Sigloch, aaO. (Anm. 168) S.81.

거<sup>172)</sup> 또는 기본법 제31조(연방법률은 지방법률에 우선한다)의 충돌규범을 류추하는 것 등이 그것이다.<sup>173)</sup>

다음으로 법효력모델은 충돌모델과 그 전제에 있어서도 유사하지만 그 강조점에 있어서는 분명히 구별되는 근거를 제시한다. 법질서의 통일성사상 또한 법률과 성립되려면 반드시 충족해야 할 법효력의 요건이라고 정의한다.<sup>174)</sup> 이론적으로 법의 상위(일급) 효력규범과 하위(이급) 효력규범을 구별하는 것이 가능하고 이 규범들을 충족하지 못하는 경우 각기 다른 법적 효과가 발생하게 되지만<sup>175)</sup> 그러한 구별에 대한 실정법적 근거가 없으면 모든 규범이 일급효력규범이며 이 규범에 반하는 법률은 성립되지 못한다는 것이다.<sup>176)</sup> 이와 다른 법적 효과의 질서를 만들려면 헌법개정이 필요하다는 것이다.<sup>177)</sup>

충돌모델과 법효력모델은 그 전제와 법적효과에 있어서 대부분 일치하지만 이들간에 존재하는 하나의 차이를 간과해서는 안 된다.<sup>178)</sup> 즉 법효력모델에서는 모든 형식적 실질적 법효력 요건들이 충족되지 않으면 “법률”은 도대체 성립되지 못한다는 것이 결론적으로 강조된다. 법효력모델

---

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.

에 따르면 오랜 동안 법적외관(Rechtsschein)을 가질 수 있지만 원래의 법효력을 가지고 있지는 않은 단지 외견상의 규범(Scheinnorm)이 성립될 수 있다는 것이다. 이 법효력모델의 논리적 일관성에도 불구하고 이러한 외견상의 규범은 그 가면을 벗기기가 매우 어렵고 경우에 따라서는 수년간 실제로 효력을 갖고 난 후에야 비로소 헌법재판소의 판결에 의해 외견상의 규범이라는 것을 알아차리게 된다는 불편함이 있다. 이에 반해 충돌모델은 “충돌할 수 있는” 규범이 도대체 성립되면 상위규범에 의해 배제된다는 것을 전제한다. 이로써 폐지무효설이 논의될 수 있는 첫 걸음이 시작된다.

### 3) 폐지무효설

#### ① 초기이론

위헌법률의 무효이론은 50년대 말까지 거의 이론이 없었다. 위헌법률의 당연무효에 대한 의심은 납세고지의 중지  
에 대한 연방재정법원의 두 개의 결정이 있는 후 그 결과로서 비로소 분명하게 드러났다. 조세법적 문제가 위헌법률은 무효인가 아니면 폐지가능한가에 관한 논의의 출발점을 이룬다.

연방재정법원은 1958년 12월 12일 그의 판결에서<sup>179)</sup> 세무공무원은 납세의무자가 적용된 세법이 위헌이라고 주장하

---

179) BFH BStB1 1959 III S.140f. 참조.

는 경우 조세의 집행을 중단할 의무가 없다고 결정하였다. 법원은 이 사건에서 고지의 합법성에 관한 중대한 의심이 있는 경우 중지를 허용하는 라이히 조세법 제251조 2항의 적용가능성을 부인하고 주로 다음과 같은 생각으로 자기의 견해를 근거지웠다. 즉 기본법 제100조는 법원이 스스로 법률을 위헌으로 취급하는 것을 금지하고 더욱이 행정관청이 그렇게 하는 것을 허용할 수 없다는 것이다. 헌법재판소의 판결이 있기까지 행정청은 그 법률을 오히려 합헌적인 것으로 간주해야 한다는 것이다.

연방재정법원은 1959년 2월 20일의 결정에서<sup>180)</sup> 해당 법률에 대한 규범통제절차가 연방헌법재판소에 계류중인 경우에 세무관청이 잠정적으로 세액을 사정하거나 재정법원들이 재판을 중단할 의무가 없다고 판결하였다. 그 근거로서 그러한 경우에 라이히 조세법 제100조와 제264조를 적용하면 행정과 재무법원의 기능이 마비될 것이라는 것이고 행정청과 법원은 오히려 합헌성을 갖고 있다는 데에 기초하여 활동해야 하며 따라서 해당 이의신청들이 기각된다 하더라도 법과 형평에 어긋나지 않는다는 것이다.

연방재정법원 결정은 우선 행정부의 본래적 규범통제권한의 문제를 논의하는 계기만을 제고하였다.<sup>181)</sup> 이 논의에 있어서 논증방식은 법관의 심사권에 관한 역사적논쟁에서 나타났던 것과 마찬가지로의 것이다. 행정부의 규범통제권한

---

180) BFH BStB1 III S.172f. 참조.

181) H. Michel, Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, in : NJW 1960 S.841

에 반대하는 사람은 그 강조점을 공무원은 법률, 즉 실정법에 구속된다는 데에(Gesetzgebundenheit)두는 반면<sup>182)</sup> 찬성하는 사람들은 공무원을 위헌법률의 적용을 배제하는 법, 즉 정당한 법에 구속된다는 것(Rechtsgebundenheit)을 강조한다.<sup>183)</sup> 비록 변화된 상황에서이기는 하지만 이처럼 또다시 시작된 심사권에 관한 논쟁과 관련하여 위헌법률의 법적 효력에 관한 논의도 새롭게 활성화되었다는 점을 주목할 만하다.

이 논의에 있어서 법이론적 유사성은 명백히 나타난다. 행정부의 독자적 규범통제권한을 찬성하는 사람은—립헌주의 시대에 법관의 심사권을 찬성하던 사람과 꼭 마찬가지로—주로 헌법의 효력우위에 그들의 논거를 두고 있다.<sup>184)</sup> 이러한 헌법우위의 입장은 쉽게 동요될 수 없었고 기본권

---

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.

184) A. Arndt, ebd. S.534.

은 일반법률에 대한 기본법의 우위를 의심의 여지없이 전제하고 있다. 따라서 과거 Anschütz와 같이 법률과 헌법의 동위설에 입각하여 심사권을 부인하려는 시도는 처음부터 실패할 수밖에 없었다. 따라서 행정부의 규범통제권한을 찬성하는 사람들이 이론적 근거를 제시하는 것이 쉽지 않았던 것처럼 그 반대론자들도 위헌법률이 당연무효를 문제삼을 때만 그 근거제시가 가능했다.

폐지무효설이 처음 이론적으로 형성되던 당시에는 괴츠(H. Götz)와 호프만(G. Hoffmann)의 글에서<sup>185)</sup> 나타나는 바와 같이 행정이 법률, 즉 실정법에 구속되는 것으로부터 해이해지는 것을 예방하려는 의도가 그 바닥에 깔려 있었다.

Götz와 Hoffmann은 다음과 같은 전제에서 출발하고 있다. 즉 기본법은 법률이 헌법에 반하는 경우에 발생하는 법적 효과에 관해 아무것도 규정하지 않고 있다는 것이다. 위헌법률은 무효라는 것을 명시적으로 규정하지 않았기 때문에,<sup>186)</sup> 즉 독일의 실정법은 본래 위헌인 연방법률의 법적 운명에 관해 어떠한 명시적 규정도 두고 있지 않기 때문에,<sup>187)</sup> 이 문제는 전체법질서와 관련하여 해결되어야 한다는 것이다. Götz는 더 나아가 연방헌법재판소가 자주 사용하는 “무효”라는 용어는 결코 당연무효(ipso jure Nichtigkeit)를 의미하는 것이 아니고 오히려 꼭 마찬가지로

---

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.



로 법규범의 폐지무효로 이해할 수도 있다는 것이다.<sup>188)</sup>

Götz는 기본법 제100조 1항에 위헌의 법적 효과로서 당연무효를 배제하고 있다는 것을 증명하려고 한다.<sup>189)</sup> 기본법 제110조는 법원에 대하여 한편으로 법률의 합헌성을 광범하게 심사하도록 의무를 지우지만 다른 한편 연방헌법재판소가 법률의 위헌을 구속력있게 확정하지 않는 한 위헌으로 인정된 법률의 적용을 배제하지 못하도록 한다는 것이다.<sup>190)</sup> 따라서 제청의무를 규정하고 있다는 것은 적어도 사법적 영역에 있어서 당연무효라고 하는 말 가운데는 아무런 실질적 내용이 없다는 것을 의미한다.<sup>191)</sup> Götz의 견해에 따르면 이것은 행정에 있어서도 마찬가지이다. 즉 “기본법의 의미내용”은 행정부와 시민이 위헌법률에 대하여 연방헌법재판소가 그 무효를 확인하기 전까지는 그것이 존재하지 않는 것으로 보아서는 안된다는 가정을 하지 않을 수 없게 한다는 것이다. 따라서 위헌인 법률은 당연히 무효인 것이 아니라 연방헌법재판소가 원칙적인 소급효의 형성판결을 통하여 폐지시킬 수 있다는 것이다.<sup>192)</sup> Götz는 물론 이러한 원칙에서 “명백히” 위헌인 법률을 제외시키고 있다. 그러한 법률에는 처음부터 아무런 구속력이 없다는 것이다. 왜냐하면 그러한 입법상의 잘못에 대하여 입법부는 보호받을 만 하지 못하기 때문이며 그러한 경우에 당연

---

188) H. Götz, aaO. (Anm. 182) S.1178.

189) H. Götz, ebd. S.1178.

190) H. Götz, ebd. S.1178.

191) H. Götz, ebd. S.1178.

192) H. Götz, ebd. S.1179.

무효를 인정한다 하더라도 법적 혼란이 야기될 염려는 없기 때문이라는 것이다.<sup>193)</sup>

Hoffmann도 역시 기본법 제100조를 그의 주된 논거로 삼는다. 이 규정에 따라 법관은 사건판단에 있어서 본래무효인 법률이라고 해서 무시하지 못하게 되어 있기 때문에 기본법 제100조는 위헌법률이 당연무효가 아니라는 것을 말해준다는 것이다. 즉 법관은 기본법 제100조 1항에 의해 자기가 원래 무효라고 확신하는 법률을 사건판결에서 간단하게 적용하지 않고 내버려두지 못하기 때문에 법관은 그러한 법률을 존중하지 않을 수 없다는 것이다.<sup>194)</sup>

다른 한편 제청의무는 법관에게 위헌으로 생각되는 법률의 적용을 면제해 주고 따라서 법관은 그 법을 적용해서도 안되고 무시해서도 안되기 때문에 Hoffmann에 따르면 위헌 법률은 연방헌법재판소의 결정이 있을 때까지 그 효력이 정지된다는 것이다.<sup>195)</sup>

두 사람은 수미상응하게 연방헌법재판소의 무효선언은 창설적 효력을 가지며 이러한 결정이 있기 전에는 그 누구도 법률의 무효를 주장할 수 없다는 결론에 도달한다.<sup>196)</sup>

Götz는 또한 위헌법률은 단순히 무효화할 수 있을 뿐이라고 생각하는 경우 “헌법의 불가침성”(Unverbrüchlichkeit der Verfassung)의 원칙을 문제삼게 된다는 비난에 대하여 다음과 같이 자기의 주장을 옹호한다. 즉 당연무효를 주장

---

193) H. Götz, ebd. S.1179.

194) G. Hoffmann, aaO. (anm. 182) S.197.

195) G. Hoffmann, ebd. S.196f.

196) G. Hoffmann, ebd. S.198 ; H. Götz, aaO. (Anm, 182) S.1178

하는 경우 법률의 합헌성을 계속해서 의심하지 않을 수 없는 결과를 가져오기 때문에 위헌법률을 잠정적으로 또한 제한적으로 존중하는 것보다 더 “헌법의 부가침성”을 해친다는 것이다.<sup>197)</sup> 위헌법률이 잠정적으로 효력을 갖는다는 것은 단지 “헌법이 겹쳐지는 것”(Verlagerung der Verfassung)일 뿐이며 그것은 연방헌법재판소에 의해 소급하여 제거될 수 있다는 것이다.<sup>198)</sup> Hoffmann은 물론 그가 주장하는 위헌법률의 정지를 내세우면서 이러한 Götz의 주장에 동조하지 않는다.<sup>199)</sup>

이후 위헌법률이 무효인가 폐지무효인가에 관한 논의는 처음 그 출발점을 이루었던 문제로부터 점차 멀어졌고 이처럼 독립되면서 비로소 독자적인 이론적(해석론적) 의의를 얻게 된다. 연방헌법재판소가 행정부의 규범통제권한에 관한 문제를 해결하게 되자<sup>200)</sup> 위헌법률의 법적 효력에 관한 문제는 법학계의 관심을 끌게 되었다.

뵉켄회르데(Ch. Böckenförde)는 1966년 발간한 그의 학위논문 “소위 위헌법률의 무효”에서<sup>201)</sup> 기본적으로 Götz와 Hoffmann의 견해에 따르고 있으나 새로운 점들을 많이 강조한다. 위헌법률은 당연무효라고 하는 그때까지의 통설을

---

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 Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, in : AOR Bd. 87(1962) S.7ff. 참조

201) 위 Anm. 3 참조.

반박하려는 그의 시도는 다음과 같은 무효의 정의로부터 출발한다. 즉 “일반적으로 무효란 사실적 행위에 어떠한 법적 의의도 귀속되지 않는다는 것을 말한다. 무효인 행위는 법적으로 존재하지 않으며 어느 때에도 어떤 법적효과도 가져오지 못한다. 누구나 언제든지 무효를 주장할 수 있다.”는 것이다.<sup>202)</sup>

Böckenförde는 당연무효를 법의 서렬질서이론으로부터의 추론이라고 보며 또한 “상위법은 하위법에 우선한다”는 충돌규칙의 적용사례라고 본다.<sup>203)</sup> 그는 당연무효설이 상당한 정도 “론리적 명백성”을 갖고 있다는 것도 인정한다. 그러한 명백성—헌법을 개정하지 않고 사형제도를 도입하는 것과 같은—분명한 위헌적 법률의 예에서 나타난다. 그러나 그는 명백한 헌법위반에 대해서는 더 이상 신경쓸 필요가 없다고 한다. 왜냐하면 그러한 위반은 입법과정의 여러 가지 보장을 통해서 배제되기 때문이라는 것이다.<sup>204)</sup> Böckenförde에 따르면 한 사람 또는 몇 사람의 제안자에 의해 준비되고 연방의회(와 경우에 따라서는 연방참사원)에 의해 여러 차례 심의된 후 다수의원에 의해 의결되면 연방대통령에 의해 검토되고 인증된 법률을 분명한 헌법위반이라고 말하는 것은 넌센스라는 것이다.<sup>205)</sup>

Böckenförde는 또한 법의 서렬질서이론에도 위헌법률의 법적 효력문제를 결정하는데 있어서 결정적 의의를 인정하

---

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.

지 않는다. 왜냐하면 실정헌법에 근거한 법과 헌법간의 관계는 단지 “경합되는 법제정기관들의 형식적 서열관계”로 파악되기 때문이라는 것이다.<sup>206)</sup> 사실상 문제되는 것은 법이론적이고 현실과 상관없는 추상화보다 “입법자의 침해로부터 헌법을 가장 잘 보장하는 것”이다.<sup>207)</sup> 당연무효이론은 Böckenförde에 따르면 단지 하나의 의견상 완전한 헌법보장일 뿐이다. 이 이론에 따르면 헌법에 반하는 법률은 도대체 효력을 갖지 못하기 때문에 헌법은 불가침이라고 한다. —그렇다면 헌법재판소는 처음부터 불필요한 것이다<sup>208)</sup>— 그러나 하나의 규범적 질서는 스스로 효력을 가질 수는 없는 것이다.<sup>209)</sup> 기본법은 제1조 3항 및 제79조에 규정한 헌법효력의 우위에도 불구하고 위헌법률은 당연히 무효라는 것을 규정한 것은 아니라는 것이다.<sup>210)</sup> Böckenförde도 이러한 견해의 근거를 기본적으로 기본법 제100조에 두고 있다. 기본법 제100조는 한편으로 법관에게 위헌법률을 적용하지 못하도록 하고<sup>211)</sup> 다른 한편으로는 —만약 연방헌법재판소가(헌심사)제청된 법률의 합헌성을 인정하는 경우— 위헌이라고 생각했던 법률을 적용하도록 강제한다는 것이다.<sup>212)</sup>

Böckenförde의 주장을 요약하면 : 기본법에 규정된 연방

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.

헌법재판소 규범폐기독점에서부터 위헌법률의 당연무효이론은 기본법과 부합되지 않으며 따라서 거부되는 것이 필연적이라는 것이다.<sup>213)</sup>

② 헌법재판소법의 개정론의

i) 제1차 정부개정안

1962년 연방헌법재판소가 영업세법의 일부조항을 무효로 선언하자<sup>214)</sup> 이 법의 개정이 불가피하게 되었다. 이 세법 개정 에 관한 논의에서의 심의를 계기로 재정위원회는 다음과 같은 내용의 결의안을 본회의에 제출하였다. 영업세법을 헌법재판소의 판결에 맞추는데 있어서 연방헌법재판소법 제79조 2항을 적용하는 경우 세법분야에서는 불리한 작용이 불가피하게 나타난다. 즉 제79조 2항에 따르면 동재판소의 판결결과가 조세를 납부하지 않은 사람들에게만 유리해지고 법을 신뢰하며 조세를 납부한 사람에게 오히려 불리해진다는 것이다. 따라서 연방정부는 이러한 현상을 방지할 방법을 제시하라는 내용이다.<sup>215)</sup>

이 연방의회의 결의안에 대해<sup>216)</sup> 연방정부는 이때까지만 해도 연방헌법재판소법 제79조 2항이 실질적 정의와 법적 안정성을 잘 비교형량하여 규정되었기 때문에 개선의 필요성이 없다고 대답하였다.<sup>217)</sup>

이러한 연방정부의 태도는 그후 1966년 12월 20일 연방헌

---

213) Ch. Böckenförde, ebd. S.62.

214) 위 주20 참조.

215) BT-Drucks. IV/1343 S.3 비교참조.

216) BT-Prot. IV/S.4078 비교참조.

217) BT-Drucks. IV/2126 비교참조.

법재판소의 매상세판결<sup>218)</sup>을 계기로 변화였다. 당시 매상세의 불평등에 대한 헌법소원이 많이 제기되었는데 —그 중에는 이미 1957년부터 계류된 것도 있었다— 연방헌법재판소는 주어진 상황에 따라서는 그러한 불평등한 법률이 일정기간 계속 효력을 갖더라도 완전히 부당하다고 볼 수는 없다는 이유로 모두 각하하였다.<sup>219)</sup> 그러나 연방정부는 이 판결을 통해 연방헌법재판소가 만약 위헌판결을 내리는 경우 국가재정을 완전히 마비시킬 수도 있다는 사실을 인식하게 되었다.

이를 계기로 연방정부는 1969년 2월 5일의 제사차 연방헌법재판소법 개정안<sup>220)</sup>에서 위헌법률의 법적 효력의 문제를 개혁하려 하였다. 즉 매상세판결의 경험을 살려 헌법재판소법 제79조에 금전급부의무에 관한 법률에 위헌판결을 바든 경우 특별규정을 두어 이를 보완하려 하였다.

그 내용을 살펴보면 공법상 또는 사법상 금전급부가 있는 법률이 위헌판결을 받는 경우 그 판결의 효력을 다음과 같이 정한다는 것이다. 첫째, 무효선언된 법률은 판결이 있는 전년도 말까지 효력을 가지도록 한다. 단 이 시점은 연방헌법재판소가 해당되는 사람들의 보호해야 할 권리와 법적 안정성 및 중대한 공적 관련사항을 비교형량하여 필요하다고 판단하는 경우 앞당겨질 수 있다. 그러한 결정은 특별히 해당되는 사람들, 특히 헌법소원을 제기했다가 기본법

---

218) BVerfGE 21, 12 참조.

219) BVerfGE 21, 12(40).

220) BT-Drucks, V/3816.

제100조에 따라 규범통제신청을 낸 재판절차에 참여한 사람들에게 국한되어야 한다. 둘째 위헌판결을 받은 법률이 실효되기 전에는 특별한 법적 규정이 없는 한 종래의 법이 적용된다. 셋째, 다룰 수 없는 법정은 여기에 해당되지 않는다. 그 결정이 연방헌법재판소의 판결 후의 시기와 관련되는 경우 집행은 허용되지 않는다. 이 기간에 징수한 금액은 반환된다.<sup>221)</sup>

이에 대한 연방정부의 공식론거는 다음과 같다. 연방헌법재판소가 지금까지 그 근거로 삼고 있는 위헌법률의 당연무효설은 헌법상의 원리가 아니라는 것이다.<sup>222)</sup> 명백히 Böckenförde의 견해를 받아들여 규범의 합헌성에 관한 판단을 하나의 특별법원에 부여하는 경우 더 이상 당연무효를 말할 수 없다는 것이다.<sup>223)</sup> 이미 효력을 발하던 법률이 후에 무효로 선언됨으로 말미암아 나타난 효과들이 모두 취소될 수는 없기 때문에 입법자가 사리에 맞게 소급효를 제한하는 것이 허용되어야 한다는 것이다.<sup>224)</sup> 뿐만 아니라 매상세판결을 염두에 두고 다음과 같이 말하고 있다. 헌법재판소가 내린 결정의 소급효가 미치게 될 광범한 효과는 판결자체에 영향을 주게 되고 따라서 연방헌법재판소는 판결의 결과를 비교형량해야 할 추가적 부담을 받게 된다는 것이다.<sup>225)</sup> 이 밖에도 현재의 규정은 만일의 경우에 대비

---

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.



하여 소송을 자주 제기하도록 만든다는 것이다.

연방헌법재판소 자신은 이러한 개정안에 반대하여 강력하게 이의를 제기하였다.<sup>226)</sup> 특히 초안의 규정은 더욱 더 많은 소송을 제기하도록 만들 것이라는 우려를 표하였다. 연방헌법재판소의 전체회의는 헌법재판소법 제79조 1항에 제1차 연방정부안이 추구했던 목표를 능가하는 다음과 같은 새로운 조항의 추가를 제안하였다. 즉 “연방헌법재판소는 공공복리의 중대한 이유가 있는 경우 무효로 선언된 법률이 동재판소가 정하는 시점부터 효력을 상실하게 되도록 명할 수 있다.”는 것이다. 이 제안의 근거로서 다음과 같은 이유를 들고 있다. 이 제안은 정부개정안의 단점을 피할 수 있을 뿐만 아니라 무효의 효력이 미래에 발생하는 것이 꼭 필요한 경우 그러한 사건들도 해결할 수 있다는 것이다.

정부개정안이 의도하였던 금전금부의무에 대한 특별규정은 대다수 문헌에서도 비판을 받았다.<sup>227)</sup> 연방참사원도 이

---

226) 연방헌법재판소전체회의는 1968년 9월 7일 이 개정안에 관해 논의했고 그 결과를 다음날 연방법무장관에게 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

개정안의 합헌성에 관한 의심을 표하였다.<sup>228)</sup> 이 개정안은 제2대 의회의 임기가 끝남에 따라 제1독회 이상을 넘기지 못하였다.<sup>229)</sup>

ii) 제2차 정부개정안

제6대 의회에서도 헌법재판소법의 개정은 시도되었다. 여기서 금전급부의무에 대한 특별규정은 더 이상 논의되지 않았고 연방헌법재판소의 개정제안이 논의의 기초가 되었다. 이 개정제안은 제1차 전문위원초안(담당자초안 Referentenentwurf)에서 약간 변경되었다. 즉 “연방헌법재판소는 공공복리의 중대한 이유가 있는 경우 무효로 선언된 법률이 법률에 의하여 결정될 시점부터 그러나 늦어도 결정의 효력발생과 더불어 실효된다는 것을 그 판결에서 허용할 수 있다. 이 경우 법원과 행정청은 만약 계류중인 소송의 판결이 법률로 정하게 될 시점에 달려 있으면 이를 잠정적으로 중단한다”는 것이다.<sup>230)</sup>

이 개정안의 논거를 제1차 정부개정안의 논거와 비교해 보면 눈에 띄는 차이가 나타난다. 정부개정안이 규정했던 소급효원칙의 예외가 당시에는 아직 헌법적으로 정당화되어야 했고 법률이 위헌판결을 받은 후에도 일정기간 계속

---

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. Pestalozza, Die Geltung verfassungswidriger Gesetze, in : AÖR Bd. 96(1971) S.29 Anm. 4.

230) RefE von 6. 11. 1969.

효력을 갖는 것으로 의제하는 것이 합헌성을 갖는지에 대한 의심이 분명해져야 했던데 비해 이 전문위원초안은 이러한 의심들을 모두 떨쳐 버렸다. 이 초안의 논거는 대체로 연방헌법재판소 전체회의의 제안과 다른 것들을 수공시키려는 데에 그 목표를 두고 있다. 이러한 변화는 놀라운 것이 아니었다. 이미 연방헌법재판소는 그의 개정제안에서 위헌법률의 법적 효력을 어떻게 결정하든 헌법적으로 문제가 없으며 미래효(pro-futuro)의 해결방식은 헌법정책적으로 의미있는 것으로 생각한다는 것을 인식할 수 있도록 하였다. 따라서 위헌법률의 당연무효의 원칙에서 벗어나는데 대한 헌법적 문제점이 의회차원에서 또는 문헌에서 제기되기 전에 모두 제거되었다. 이렇게 해서 위헌법률의 무효는 헌법적으로 결정된 것인가의 문제에 관한 원래 예견되었던 토론은 거치지 않았고 오로지 합목적성의 문제만이 결정되면 되었다.

전문위원초안이 실효의 시점을 법률로 정하도록 규정하고 있는데 대해 연방헌법재판소는 찬성하지 않았다. 1969년 11월 13일 연방헌법재판소의 전체회의는 미래효의 해결방식을 포기하고<sup>231)</sup> 위헌법률의 실효시점을 연방헌법재판소가 정하도록 하는 제안을 하였다. 즉 “연방헌법재판소는 공공복리의 중대한 이유가 있는 경우 무효로 선언된 법률이 동재판소에 의하여 결정될 시점부터 실효된다는 것을

---

231) 이 결정은 BT-Drucks, IV/388에 수록되었다. 연방헌법재판소는 이 결정에서 이점에 제안했던 것과는 달리 미래효의 해결방식에 반대하였다(BT-Trucks, VI/388.S.16).

그 판결에서 정할 수 있다. 이 시점은 결정의 효력발생 후가 되어서는 안된다”<sup>232)</sup>라는 것이다.

이 규정의 문구는 제이정부개정안에 그대로 채택되었고 따라서 연방헌법재판소가 작성한 개정제안이 의회에서의 심의대상이 되었다. 정부개정안의 공식론거에서는 위헌법률의 소급무효가 헌법적 차원의 지위를 갖는 것이 아니라 는 짚막한 지적이 포함되어 있고 또 다른 한편 이 개정안의 규정은 법적 관점이외의 다른 어떤 것도 동재판소의 판결에 영향을 주지 못하도록 한다는 것이 여러번 강조되고 있다.<sup>233)</sup>

연방의회의 법사위원회가 제이차 정부개정안에 대한 연방헌법재판소의 견해를 청취하는 과정에서 동재판소 스스로는 동재판소법 제79조의 개정예 별로 적극적이 아니며 현재의 규정으로도 사건을 처리할 수 있다고 생각하고 있는 사실이 확인되었다. 비록 소급무효의 규정이 연방헌법재판소를 일련의 사건에 있어서 중대한 문제에 직면하게 했다는 데에는 의견이 일치하나 개정안의 규정이 이런 문제를 해결하는 데에 적당치 않다는 견해가 압도적이었다. 위헌법률이 판결시점을 지나서 계속 효력을 갖는 것이 배제되는 경우 규범통제결정의 판결시점을 지나서 계속 효력을 갖는 것이 배제되는 경우 규범통제결정의 결과에 있어서 입법과 행정에는 아직도 대단한 어려움이 발생할 수 있다는 것이다.<sup>234)</sup> 의견의 청취에 응한 연방헌법재판소 재판관

---

232) BT-Drucks. VI/388 S.15.

233) BT-Drucks. VI/388 S.9f.

들은 대체로 한계적 사건에 있어서는 —촉구판결 (Appelentscheidung)이나, 판결지연 등의 형태로— 비공식적 해결을 선호하는 경향을 나타냈다.<sup>235)</sup> 이 밖에도 연방헌법재판소는 공공복리에 심각한 위험이 있는 경우 판결을 거부하거나 또는 적어도 입법자가 합헌적으로 규정할 때까지 소송을 중단할 권한이 부여되어야 할 것인가의 문제도 논의되었다.<sup>236)</sup> 그러나 정부개정안에 대해 청문에 응한 재판관들로부터 이 개정안이 의미있는 진전을 기대할 수 없으며 반대로 많은 문제를 제기할 것이라는 결론을 얻게 되었다.<sup>237)</sup>

기본법은 당연무효의 원칙의 변형을 허용하는가와 같은 중대한 헌법적 문제에 관하여는 단지 부수적으로 논의되었다. 가령 Geiger 재판관이 “하나의 법규정이 상위법인 기본법에 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. 법사위원회는 연방헌법재판소 전체회의의 결정에 근거하여 동재판소측에서는 위헌법률의 법적 효력을 변형

234) RA-Prot, VI/Dr. 13 S.59ff. 참조(Haager 재판관의 견해)

235) Rupp von Brünneck 재판관의 견해에 관해서는 RA-Prot. VI/Nr. 13 S.76 ; Seuffert 재판관의 견해에 관하여는 동속기록 S.66ff. ; Geiger 재판관의 견해에 관하여는 동속기록 S.67ff. 참조.

236) Geiger 재판관의 제안에 관해서는 RA-Prot. VI/Nr. 13 S.69. 여기에 관한 Leibholz 재판관의 견해는 동속기록 S.74 참조.

237) 가령 Geiger 재판관의 견해(이에 관하여는 Ra-Prot. VI/Nr. 13 S.92 참조).

238) RA-Prot. VI/Nr. 13 S.69 참조.

하는데 반대하는 원칙적인 헌법적 이의가 없다는 것을 확인하였다.<sup>239)</sup>

개정안의 규정에 반대하는 그때까지 나타난 견해들은 후로바인(J.A. Frowein)과 루프(H. H. Rupp)가 작성한 전문가의견서에 의하여 더욱 확실해졌다. 두 사람은 상이한 출발점에도 불구하고<sup>240)</sup> 결론에 있어서는 일치한다. 즉 개정안의 규정은 제기된 문제들을 기껏해야 줄이기는 하겠지만 결코 해결하지는 못할 것이라는 것이다.<sup>241)</sup> 이들은 다른 법원들에 의한 규범통제결정과의 충돌가능성을 지적하였고<sup>242)</sup> 무엇보다도 소급무효선언과 향후무효선언(ex tunc ex nunc Nichtigerklärung)을 선택할 권한을 갖는 경우 연방헌법재판소는 문제되지 않을 수 없는 정치적 형성권을 갖게 된다는 것이다.<sup>243)</sup>

결국 법사위원회는 위헌법률의 법적 효력에 관해 정부개정안이 규정한 내용의 개정을 거부하였다.<sup>244)</sup> 그러나 법사위원회의 심의가 계속되는 동안 연방헌법재판소법 제79조

---

239) Müller 재판관의 견해(이에 관하여는 RA-Prot. VI/Nr. 13 S.62ff.) 및 Seuffert 재판관의 견해(동속기록 S.92) 참조.

240) J.A. Frowein, Zur vorgeschlagenen Änderung von §79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in : DÖV 1970 S.59ff. ; H.H. Rupp, Die Nichtigkeit 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.

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.

는 정부개정안이 포함하고 있지 않았던 두 가지 내용에 있어서 개정되었다. 우선 연방법무성은 연방헌법재판소법 제31조의 개정을 제기하였다. 즉 “연방헌법재판소는 규범을 심사하는 경우 그 규범이 무효 또는 기본법과 불합치하다고만 결정할 수 있는 것이 아니라 기본법과의 불합치를 확인할 수도 있다”는 것이 고려되어야 한다는 것이다.<sup>245)</sup> 이에 따라 법무성은 다음과 같이 제안하고 있다. 즉 “제13조, 6, 11, 12 및 14호의 경우 헌법재판소의 결정은 법률의 효력을 갖는다. 연방헌법재판소가 법률을 합치 또는 불합치하다고 또는 무효라고 선언하는 경우 이것은 제13조 8a호의 경우에도 해당된다”라는 것이다.<sup>246)</sup>

이에 상응하는 표현이 헌법재판소법 제79조에 채택되었다. 헌법재판소법 제31조의 개정에 관한 법사위원회의 서면보고에 따르면 “뿐만 아니라 연방헌법재판소는 판결에 있어서 법률의 무효만이 아니라 단지 법률이 기본법 또는 기타 연방법률과 불합치 또는 합치된다는 것을 선언하는 판결이 있다는 것이 고려되어야 한다”는 것이다. 이에 상응하는 헌법재판소법 제79조 1항의 개정은 위원회보고서에 따르면 다음과 같이 그 근거를 제시하고 있다.

즉 “하나의 법규범이 연방헌법재판소에 의하여 무효로 선언되는 것이 아니라 기본법과 불합치한다고 선언되는 경우를 명시적으로 규정하는 것은 단지 명백하게 하는데 기여할 뿐이다. 이것은 예를 들어 기관쟁송과 관련을 갖는다.

---

245) RA-Prot. VI/Nr. 23 S.43.

246) RA-Prot. VI/Nr. 23 S.42.

기관쟁송에 있어서 연방헌법재판소는 제67조에 따라 법규범의 무효를 선언하는 것이 아니라 단지 기본법 규정에 위반된다는 것만을 선언할 뿐이다”라는 것이다.<sup>247)</sup>

연방헌법재판소법 제37조와 제79조에 대한 또 하나의 개정내용은 규범의 위헌적 해석에 기초하고 있는 형사판결의 경우에도 재심의 근거를 마련해 주는 것이다. 이 개정은 이미 법사위원회에서의 심의초기에 표명되었던 것이다.<sup>248)</sup>

### iii) 폐지무효설의 변형

위헌법률의 법적 효력의 문제를 개정하려는 시도는 활발한 학계의 토론을 불러 일으켰다.<sup>249)</sup> 비록 연방헌법재판소법 제79조의 개정이 대체로 좌절되기는 했지만 폐지무효설은 계속 주장될 수 있는 것으로 여겨졌다. 왜냐하면 그 초안의 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 논증형식을 따르며 기본법 제100조 1항은 위헌으로

---

247) BT-Drucks.VI/1471 S.6.

248) BT-Drucks. VI/1471 S.6.

249) 가령 W. Weißbauer/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 : DVBI 1973 S.751ff.

250) H. Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen ? 1974.



생각되는 규범의 효력을 —제청의무에 귀속시켜— 전제하고 있다는 견해에 동조한다. 즉 “당연무효인 것은 구속력을 가질 수 없고 제청을 강제하는 것은 구속력을 가지며 모든 구속작용은 이 구속적 규범이 현행법질서에 속한다는 것을 전제로 하고 있다”고 한다.<sup>251)</sup>

Söhn은 자신의 이론을 위헌법률의 단순한 폐지무효가능성으로부터 법이론적으로 구별하려고 하고 이러한 목적을 위해 Kelsen의 이론을 빌려온다. 그는 기본법상의 규범통제규정을 Kelsen적 의미의 “선택적 법효력 규범”(alternative Rechtgeltungsnormen)이라고 본다. 이 통제규범은 헌법의 기타 (“일차적”) 법효력규범에 대하여 잠정적으로 그 효력을 정지시키지만 언제라도 폐지될 수 있는 보다 낮은 질의 규범만을 제정할 수 있다는 것이다.<sup>252)</sup>

Söhn에 따르면 법규범이 잠정적으로 효력을 가지려면 몇 가지 최소한의 조건들을 충족해야 한다.<sup>253)</sup> 그런 폐지할 수 있는 법률을 명백성사상의 도움으로 당연무효인 규범과 구별할 수 있다고 하지만 그러한 기도는 오히려 이론적이라고 여기고 있다. 왜냐하면 “위헌인 법조문은 실무에 있어서 거의 레외없이 유효하며 단지 폐지할 수 있을 뿐이기 때문이다.”<sup>254)</sup> 뿐만 아니라 Söhn은 기본법에 의해 “함축적으로 규정되고 명시적으로 전제된 위헌법률의 효력을 법적 안정성의 엄격한 요청”이라고 보고 있다.<sup>255)</sup> 이에 따라 헌

---

251) H. Söhn, ebd. S.14.

252) H. Söhn, ebd. S.29f.

253) H. Söhn, ebd. S.32ff.

254) H. Söhn, ebd. S.34.

법의 불가침성(Unverbrüchlichkeit der Verfassung)이 침해된다고 하는 가능한 비판에 대해 그는 헌법 스스로가 위헌법률의 잠정적 효력을 허용하는 경우에 과연 이 헌법이 어떻게 침해되었는가고 반문한다. Söhn의 이러한 생각은 다음의 말에서 잘 나타난다. 즉 “헌법이 허용하는 것은 결코 이 헌법의 개정이나 침해일 수 없다”는 것이다.<sup>256)</sup>

끝으로 또 하나 주목할 만한 것은 뮌히(Ch. Moench)의 논문이다.<sup>257)</sup> 대체로 폐지무효설을 주장하는 사람들은 이미 본 바와 같이 법실증주의적 또는 형식주의적 사고에서 출발하고 있다. 그런데 Moench는 이들과는 달리 방법론적으로 뮐러(F. Müller)의 이론을<sup>258)</sup> 기초로 하여 규범과 현실의 상관관계에서 이 문제를 보고 있다.<sup>259)</sup> 이런 관점에서 그는 당연무효의 이론을 동떨어진 헌법해석의 산물로 본다.<sup>260)</sup> 통설인 당연무효설에 대한 그의 비판도 이 이론이 기초하고 있는 규범에 대한 이해는 규범의 사회적기초(soziale Substrat)를 등한시하고 있는 데에 있다는 것이다.<sup>261)</sup>

Moench도 이미 언급한 폐지무효설을 주장하는 사람들과 마찬가지로 기본법 제100조에서 다음과 같은 결론을 내린다. 즉 헌법은 헌법에 반하는 법률이 헌법재판소에 의해

---

255) H. Söhn, ebd. S.41.

256) H. Söhn, ebd. S.44.

257) Ch. Moench, aaO. (Anm. 3).

258) F. Müller, Normstruktur und Normativität, 1966.

259) Ch. Mäenck, aaO. (Anm. 3) S.114ff.

260) Ch. Mäenck, ebd. S.120.

261) Ch. Mäenck, ebd. S.115f.

폐지되지 않는 한 법질서에 속하는 것으로 받아들인다는 것이다.<sup>262)</sup> 더구나 당연무효설은 도대체 법적 안정성의 원칙과 부합될 수 있는지의 문제가 제기된다고 한다. 왜냐하면 이 법적 안정성이 원칙은 법의 존립에 대한 신뢰를 보호하고 보장하기 때문이라는 것이다.<sup>263)</sup> 뿐만 아니라 Moench는 헌법에 대한 어떠한 위반도 무효의 결과를 곧바로 가져온다고 하는 것은 법적 혼란을 의미함에도 불구하고 통설이 그렇게 주장하는 것은 잘못이라고 비판한다.<sup>264)</sup> 헌법의 우위는 결코 “침해된 헌법규범의 규범성을 일방적으로 극대화하는 가운데서 헌법에 반하는 법률의 무효를 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>

Moench는 타당성있는 헌법적 반론을 방어하기 위하여 Söhn과 마찬가지로 불합리한 논거를 이용하고 있다. 즉 헌법은 실무에 있어서 헌법적 이유로 수행할 수 없는 원칙을 정하지 않는다. 왜냐하면 그것은 헌법의 통일성의 원칙에 반하기 때문이라는 것이다.<sup>266)</sup>

---

262) Ch. Mäenck. ebd. S. 123.

263) Ch. Mäenck, ebd. S.128.

264) Ch. Mäenck, ebd. S.130.

265) Ch. Mäenck, ebd. S.143.

266) Ch. Mäenck, ebd. S.158.

## 제삼절 결 어

위헌판결을 받은 법률은 언제부터 효력을 상실해야 하는가의 문제에 대해 이론적으로 무효설과 폐지무효설이 대립되어 있음을 보았다. 이 이론중 어느 것도 현실적으로 제기되는 모든 문제를 만족스럽게 해결해 주지는 못한다. 이들은 각기 장점과 단점을 갖고 있을 따름이다. 즉 무효설이 실질적(구체적) 정의의 실현이라는 점에서 장점을 갖고 있으나 법적 안정성의 측면에서 문제점을 갖고 있고 폐지무효설은 법적 안정성의 확보에 있어서 장점을 갖고 있으나 실질적 정의의 측면에서 문제가 있다는 것을 보았다.

위헌법률의 법적 효력에 관한 문제를 규정함에 있어서 법적 안정성과 실질적 정의간에는 긴장관계가 형성된다. 물론 이러한 긴장관계는 라드부드흐(G. Radbruch)의 말처럼<sup>267)</sup> “실상 정의 그 자체와의 갈등, 즉 외견상의 정의와 사실상의 정의(scheinbare und wirkliche Gerechtigkeit)간의 갈등인 것이다” 왜냐하면 법적 안정성이나 실질적 정의는 모두 정의의 원리에서 나오며 상호 분리할 수 없게 결여되어 있기 때문이다.<sup>268)</sup> 사실상 진정한 법적 안정성은 실질적 정의를 무시하고 확보될 수 없으며 정의는 법적 안정성의 확보없이 실현될 수 없다. 그러나 위헌법률의 법적

267) G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946 in : Rechtsphilosophie 6. Aufl. 1963 S.353.

268) H. Scholzen, aaO. (Anm. 3) S.95 및 거기에 인용된 문헌들 참조.

효력에 관한 문제를 규정함에 있어서 법적 안정성과 실질적 정의를 모두 충분히 고려할 수 없다는 것도 사실이다. 실제에 있어서 법적 안정성은 실질적 정의를 대가로 또한 실질적 정의는 법적안정성을 대가로 실현된다.

결국 이 문제는 양자를 어떻게 조화시켜 “진정한” 법적 안정성과 실질적 정의를 실현할 수 있는가의 문제이다.

그런데 이 문제를 어떤 방법으로 조화시키고 실현할 것인가의 문제는 실제에 있어서 매우 어렵다. 전통적으로 무효설을 따르는 서독의 경우 위에서 살펴 본 바와 같이 현실적으로 문제가(즉 법적 안정성의 문제가) 제기될 때마다 일부학자들은 폐지무효설을 대안으로 제시하였고 정부와 의회도 이 방향으로 개정을 시도하였다. 그러나 학계와 관계기관의 많은 논의 끝에 폐지무효설은 대안이 되지 못한다는 결론에 이르렀고 개정도 더 이상 시도되지 않았다.

결국 서독의 연방헌법재판소는 무효설의 바탕위에서 제기되는 문제들을 해결할 수밖에 없었다. 연방헌법재판소는 판결이 가져올 실제적 결과를 고려하여 그때그때 여러 가지 형태의 변형판결을 개발하였다. 즉 법률의 전부 또는 일부의 “무효선언”<sup>269)</sup> 이외에도 법의 공백상태를 피하고 과도적으로 위헌법률의 효력을 우선 존속시키면서 입법자가 합헌적 상황이지만 곧 위헌이 될 위험이 있는 “헌법적으로 불완전한 상태의 회색시대”,<sup>270)</sup> 아직은 합헌적 상황

---

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

이지만 곧 위헌이 될 위험이 있는 “헌법적으로 불완전한 상태의 회색지대”<sup>271)</sup>를 합헌적으로 시정하도록 입법자에게 촉구하는 “아직은 합헌”이라는 판결유형<sup>272)</sup> 및 법률의 여러 가지 해석가능성 가운데서 어느 것이 헌법에 불합치하는가를 확인함으로써 가급적 무효선언을 피하고 헌법에 부합되는 해석을 하려는 “법률의 헌법합치적 해석”의 판결유형<sup>273)</sup> 등이 그것이다.

서독의 연방헌법재판소가 이러한 변형판결을 통해 소급무효의 문제점을 많이 보완하고 개선한 것은 사실이다. 그러나 연방헌법재판소가 개별적 사건에 있어서 그때그때 특별한 지시를 함으로써 문제를 해결하는 경우 연방헌법재판소가 위헌적 상황을 풀어나가는데 있어서 조정의 기능을 떠맡게 된다. 이러한 역할은 연방헌법재판소 스스로가 주장하는 해석의 원칙에 따르면 입법자의 임무인 것이다.<sup>274)</sup> 따라서 현재의 서독과 같은 상황에서는 연방헌법재판소가 입법부의 권한과 역할을 침해하지 않으면서 상호 협조하여 문제를 풀어나가는 것이 중요하다.

---

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 Bundesverfassungsgericht Bd. I 1976 S.540.

272) K. Schlaich, aaO. (Anm. 25) S.181ff. 및 거기에 인용된 문헌들 참조.

273) K. Schlaich, aaO. (Anm. 25) S.184ff. 및 거기에 인용된 문헌들 참조.

274) J. Ipsen, aaO. (Anm. 3) S.124.

우리는 서독의 경험에서 많은 것을 배울 수 있을 것이다. 그 중에서도 기본적으로 중요한 것은 폐지무효설이 문제를 해결하는 대안이 되지 못한다는 사실이다. 독일의 대다수 학자들이 폐지무효설이 문제를 해결하는 대안이 되지 못한다는 사실이다. 독일의 대다수 학자들이 폐지무효설을 반대하는 기본적인 이유중의 하나는 그것이 법실증주의적 사고의 산물이라는데 있다. 법실증주의적 관점에서는 이 문제만이 아니라 법학의 전반에 걸쳐 문제를 개선하고 발전시키는데 많은 제약을 받게 되기 때문이다.

# 제육장 결장—헌법재판소법의 개정방향

김 철 수

(서울대 법대 교수, 법박)

## 제일절 헌법재판소법의 성립

### 1. 헌법재판소법안의 기안

#### (1) 법무부안

제6공화국헌법이 효력을 발생하자 법무부는 그 부속법률로서 헌법재판소법안을 성안하게 되었다. 법무부는 법률작성팀을 만들어 헌법위원회, 법원관계자들과 재야법조인들의 자문을 얻고 공청회를 열고 공청회를 열어 안을 작성하기에 이르렀다.

법무부는 1987년 10월에 헌법재판소법제정심의사항을 확정하였는데 ① 권한 ② 조직과 구성 ③ 일반적재판절차 ④ 위헌법률심사 ⑤ 권한쟁의 ⑥ 탄핵심판, 정당해산 ⑦ 헌법소원 등에 관해서 검토하고 있다.<sup>1)</sup> 법무부는 이에 앞서 유

1) 법무부, 헌법재판소법제정심의사항, 1987, 10.



렵각국의 제도를 시찰하고 외국법률을 번역하는 등 기초작업을 마쳤다.

1988년 1월 15일에는 사법연수원에서 공청회격인 세미나를 개최하여 각계의 의견을 청취하였다.<sup>2)</sup> 이 공청회에서는 헌법소원대상에 재판권을 포함시켜야 할 것인가에 대하여 의견이 백중하였고 헌법재판소재판관을 상임으로 할 것인가 비상임으로 할 것인가 등에 논란이 많았다.

법무부는 4월에는 헌법재판소법안을 작성하여 입법예고하였다. 이에 대해서 학계나 법조계에서 상당한 비판이 있었다. 첫째로 재판관 9인중 3인만을 상임재판관으로 하려는 데에 비판이 많았고 둘째로 법원의 판결이나 결정에 대해선 헌법소원을 할 수 없는 점에 비판이 행해졌다.<sup>3)</sup> 법무부는 이 안에 대한 찬반론이 엇갈리자 정부안으로 제출할 것을 포기하고 민정당의원입법안으로 국회에 제출하였다.<sup>4)</sup>

## (2) 대한변협안

대한변호사협회에서는 「새로 헌법재판소법을 제정함에 있어서 지금까지 유명무실하였던 법률에 대한 위헌심사제청 제도를 활성화하도록 하고 헌법소원제도가 본래의 취지대

---

2) 헌법재판소법의 제정방향, 법률신문, 1988년 1월 18일호 p.10. 법무부, 헌법재판소 허용, 헌법재판소법제정에 관한 관견, 법률신문, 1988. 1. 15. 참조.

3) 예를 들면 김철수, 법무부의 헌법재판소법안을 보고, 월간고시, 1988. 6. 방순원, 헌법재판소의 발족에 붙여서, 사법행정, 1988. 7.

4) 대한변호사협회, 헌법재판소법안, 1988. 6.

로 운영되어 국민의 자유와 권리가 철저히 보장될 수 있도록 하기 위하여 소속회원의 의견을 종합하여 헌법재판소법안을 작성하였다.»<sup>5)</sup>

이 법안이 법무부안과 다른 점은 첫째로 국가 또는 지방자치단체의 모든 기관은 헌법재판소의 헌법재판에 적극 협조할 의무를 진다는 것과 둘째 소장 및 재판관은 전원 상임직으로 한다는 것 셋째로 심판참가제도를 두어 심판결과에 이해관계가 있는 제3자도 심판에 참가할 수 있도록 한 것 넷째 심판의 대상은 법률 뿐만 아니라 긴급재정경제명령, 긴급명령, 조약 기타 법률과 동일한 효력을 갖는 법규도 포함하게 했고 다섯째 탄핵소추의 대상을 행정기관의 장인 정무직공무원, 국회사무총장, 검찰총장 및 합동참모의장, 각군참모총장으로 확장한 것 여섯째 재판을 헌법소원의 대상으로 한 것이었다.

이 안은 야당안으로 되어 김봉호, 황병태, 김용환 외 163인인 국회에 제안하게 되었다.

### (3) 법사위원대안

1988년 7월 23일 법제사법위원회는 이한동외 91인이 제안한 헌법재판소법안과 김봉호의원외 163인이 제안한 헌법재판소법안을 심사한 결과 2개 법안을 통합하여 단일안을 정리, 법제사법위원회대안으로 제안하고, 양원안은 본회의에

---

5) 대한변호사협회, 헌법재판소법안, 1988. 6.

부의하지 않기로 하였다.

이 법사위대안의 특색은 첫째 헌법재판소장외에 5인의 상임재판관을 두도록 하여 여당안과 야당안을 채택한 것과 셋째 여당안보다 보다 상세히 규정한 것이다.

## 2. 헌법재판소법의 공포시행

이 대안은 국회를 통과하여 1988년 8월 5일에 법률 제 4017호로 공포되었다. 이 법률은 부칙 제1조에 따라 1988년 9월 1일부터 시행되게 되었으며, 이 법에 의한 헌법재판소장, 상임재판관 및 재판관의 임명 기타 이 법시행에 관한 준비는 이 법시행전에 할 수 있도록 하였다. 그러나 국회의 개원지연으로 헌법재판소소장과 재판관의 임명이 늦어져 9월 중순에야 임명상이 수여되어 헌법재판소는 정식출범하게 되었다.

## 제이절 헌법재판소법의 문제점

### 1. 헌법재판소의 독립성부족

헌법재판소법은 「헌법재판소장의 대우와 보수는 대법원장의 예에, 상임재판관의 대우와 보수는 대법관의 예에 준한다」 「비상임재판관은 명예직으로 한다」(법 제15조)고 하여 헌법재판소와 대법원관계에 있어서 마치 대법원이 우월

한 것처럼 보이고 있다. 또 헌법재판소재판관지명에 있어서 대법원장은 지법원장을 지명함으로써 헌법재판관이 대법관보다 하위인 것 같은 인상을 주고 있다.

또 헌법소원의 경우에도 법원의 판결에 의하여 국민의 기본권이 침해된 경우에만 헌법소원을 할 수 없도록 하여 법원의 재판이 헌법재판소의 심판에 우월한 것 같은 감을 주고 있다.

또 헌법재판소에게 헌법재판에 관한 법률제안권을 주지 않음으로써 법무부를 통해야만 법안을 제출할 수 있게 되어 헌법재판소가 법무부나 행정부의 견제와 영향을 받게 되어 있다. 또 정부추천의 헌법재판관에도 대검검사들이 들어 있어 행정부의 헌법재판소견제의도를 엿보이게 하고 있다. 또 헌법재판소의 경우 예산편성의 독립에 관한 규정이 없어 행정부의 예산편성권에 따라 많은 제약을 받게 된다.

이 점에서 헌법재판소의 독립이 부실하다는 비평이 높다.

## 2. 헌법재판소비상임재판관의 문제점

헌법재판소의 재판관은 상임이거나 비상임이거나 간에 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판할 의무가 있다. 비상임재판관도 그 업무량이 늘어나고 있어 거의 상근을 해야 할 형편인데도 이들에게 일당과 러비, 기타 수당만 주고 있는 것은 불합리하며 생계유지를 위하여 겸

직을 할 수 있게 함으로써 그에 따르는 제척·기피사유가 발생할 소지가 있다. 상임재판관에게는 겸직금지의무가 규정되어 제척사유가 별로 없는데도 비상임재판관은 변호사 등을 겸직하고 있어 제척사유인 ① 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우 ② 기타 재판관이 헌법재판소외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여하였던 경우에 해당될 가능성이 많다.

위헌법률심사나 헌법소원의 경우 인용결정이나 위헌결정이 있으려면 6인이상의 찬성이 있어야 하는 것을 생각할 때 한사람의 재판관이라도 제척되는 경우 그 인용결정이나 위헌결정이 어렵게 된다. 이 점에서 비상임재판관의 상임화가 요망된다.

### 3. 재판의 헌법소원제외에서 오는 폐단

법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 헌법소원이 활성화되지 못하고 있다. 민·형사판결 자체에 대한 소원을 인정할 경우 모든 사건의 사심화로 절차가 지연되어 혼란을 초래하고 법원의 권위를 침해한다는 반론이 있으나 기본권보장을 위해서는 민·형사사건의 판결에 대하여서는 특히 헌법소원을 인정하여야 할 것이다. 행정사건의 경우에는 명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 하여 문제가 될 수도 있

다. 이를 역으로 해석하면 명령·규칙·처분의 위헌성여부가 재판의 전제가 된 경우에만 헌법재판소가 위헌여부에 대하여 최종적으로 판단할 수 있다고 하겠다.

이 규정은 하급심인 법원은 명령·규칙·처분의 위헌성·위헌성심사에서는 대법원의 해석·결정에 따라야 한다는 것을 명시한 것이라고 보아야 할 것이다.

## 제삼절 헌법재판소법의 개정방안

### 1. 헌법재판소의 독립성강화

헌법재판소의 독립성을 강화하기 위하여 헌법재판소에 관련법률안을 국회에 직접 제출할 수 있게 하며 또 예산요구도 국회에 직접 제출하게 해야 할 것이다. 예산에 관해서는 법률이 경비의 독립을 규정하고 있으나(법 제11조) 이로써 부족하다. 헌법재판권의 독립을 강화하기 위하여서는 삼부예의 의존성은 가능한 한 적어져야 할 것이며 독자적인 법률안제안권과 예산안제안권이 요구되고 있다.

현행예산회계법은 헌법재판소의 세출예산요구액을 감액할 때에는 국무회의에서 헌법재판소장의 의견을 구하여야 한다(제29조)고 규정하고 있으나 사실 이는 유명무실한 것으로 이 법을 고쳐 헌법재판소의 예산요구안은 정부의 수정이유서와 함께 국회에 보내어 국회에서 심의하도록 하여야 할 것이요 행정부에서 수정감액해서는 안 될 것이다.

헌법재판소장의 의전상지위는 서독의 경우 대통령 다음으로 국회의장 앞이므로 우리나라에서도 의전관련법령을 고쳐 그 지위를 격상시켜야 할 것이며 헌법재판소재판관의 지위도 높게 하여야 할 것이다. 그 지위에 있어서는 대법관보다 앞서게 해야 하겠다.

## 2. 헌법재판소재판관의 전원상임제

현재 9인의 재판관중 6인만을 상임으로 하고 3인은 비상임으로 하고 있는데 6인의 상임재판관만으로 폭주하는 사건을 신속하게 처리할 수 없기에 9인전원을 상임재판관으로 하여야 한다. 현재의 비상임재판관은 변호사 등 겸직을 할 수 있게 되어 있어 재판관직과 리해충돌의 가능성이 있기 때문에 직무의 특성에서 보아 상임재판관으로 하여 겸직을 금지하도록 하여야 한다.

서독, 스페인 등 헌법재판소는 전원상임으로 되어 있으며 우리나라의 제2공화국헌법재판소법에서도 전원상임으로 하였다. 현재의 비상임재판관을 법률을 개정하여 상임재판관으로 임명하는 경우 그 퇴임기가 다른 6인의 상임재판관과 달라 6인의 상임재판관의 동시퇴직에 따른 직무상공백이나 판결의 급격한 변화를 예방할 수 있는 점에서도 좋을 것으로 생각된다.

## 3. 헌법재판소재판관자격의 다양화

현행헌법은 재판관은 법관의 자격을 가져야 한다고 하고 있는데 검사·변호사에게 자격을 확대하고 있다. 현재는 이들이 동일자격이나 앞으로 법원조직법이 개정되어 법관 자격을 검사·변호사보다 격상하는 경우에는 그 개정이 요망된다. 또 변호사의 자격이 있는 자로서 국가기관등이나 대학에서 강의한 자에게 임명자격을 주고 있는데 이것도 법관의 자격을 가진 자로 개정하여야 할 것이다.

현재의 법원조직법은 ① 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자 ② 검사 또는 변호사의 자격이 있는 자를 법관자격자로 하고 있는데(법 제42조) 법조일원화의 원칙에 따라 검사·변호사·조교수의 자격이 있는 자로서 10년이상 경력이 있는 자만 법관자격이 있도록 고치는 것이 바람직할 것이다. 독일의 법관법이나 일본의 변호사법 및 다수국가의 법관법이 교수에게 법관자격을 주고 있는 것도 본받아야 할 것이다.

헌법재판과 같이 고도의 헌법지식을 요하는 최고기관의 구성에는 헌법학이나 행정법학에 조예가 깊은 학자들의 참여가 필수적으로 요청된다. 서독의 Herzog 소장이며 Böckenförde 등 재판관이 헌법교수출신이며 오지리의 Adamovich 소장도 헌법·행정법교수이고 Badinter 프랑스 소장도 교수출신임을 감안할 때 교수의 참가로 헌법재판소 판결이유의 치밀화에 기여해야만 할 것이다.

#### 4. 헌법재판대리인의 자격의 다양화



현행헌법재판소법은 헌법재판의 대리인자격을 변호사로 한정하여 일반인의 대리나 본인소송을 막는 변호사강제주의를 채택하고 있다. 이는 헌법재판이 고도의 헌법지식을 요구하고 있기 때문에 헌법소송의 공정화 신속화를 기하기 위한 것으로 보인다. 그러나 모든 심판에서 변호사대리를 강제하고 있는 점에서 헌법소송의 무상이라는 리념에 반하고 있다. 일반법원에서는 변호사강제주의를 채택하고 있는 서독에서조차 헌법소송에서는 이를 강제하지 않고 있다. 이는 자력없는 국민의 헌법재판에의 접근을 쉽게 하기 위한 것이다.

스페인에 있어서는 헌법소원에서만 변호사강제주의를 채택하고 있는데 이는 남소를 방지하기 위한 것으로 보인다. 우리나라에서는 변호사강제주의를 채택하면서 헌법소원의 경우에만 국선대리인제도를 두고 있어 자력이 없는 사람도 구제해 주고 있다. 그러나 이 규정을 잘 몰라서 이용하지 못하고 있는 사람도 많은 것으로 보인다.

우리나라에서도 원칙적으로 변호사강제주의를 폐지하고, 심리에 있어 불편이 심하다면 직권에 의하여 국선대리인을 선임해 주도록 하여야 할 것이다. 또 변호사나 국선대리인의 자격을 완화하여 헌법에 조애가 있는 교수나 법제관 등에게도 대리자격을 인정해야 할 것이다.

## 5. 위헌법률심사의 활성화를 위한 개선

위헌법률심사에 있어서 제청한 법률 뿐만 아니라 헌법소원에 의하여 문제된 법률의 위헌여부가 문제된 경우에는 기본권 심판사건에 대한 결정을 함에 부수하여 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 대하여 위헌결정을 할 수 있도록 함이 필요할 것이다.

위헌법률심사의 대상을 확대하여 형식적의미의 법률 이외에도 실질적의미를 법률인 긴급명령, 긴급재정명령 등도 심사의 대상이 되도록 명문의 규정을 두어야 할 것이다. 또 통치행위에 근거한 계엄포고령도 같다.

위헌무효결정외에도 경고결정, 법률개정촉구결정 등 결정주문을 다양화하여 법률에 대한 위헌심사를 활성화해야 할 것이다. 이와 관련하여 예방적위헌법률심사의 가능성도 검토할 수 있을 것이다.

## 6. 위헌결정효력범위의 확대

현재는 법률의 위헌결정이 있더라도 형벌조항을 제외하고는 소급하지 않고 장래효만 인정됨으로 소송당사자를 구제 못하는 경우가 많다. 이에 위헌결정의 소급효의 범위를 확대하여 위헌결정 당시 기본권을 제한하는 법률의 적용에 관하여 계쟁중에 있거나 쟁송제기의 법정기간내에 있는 자에게도 위헌결정의 효력이 미치게 하여 구제를 받을 수 있도록 법률을 개정하여야 할 것이다. 장래효 때문에 쟁송중

에 있는 사람의 권리구제가 되지 않는다는 것은 자연적 정의에 위배하기 때문이다.

## 7. 헌법소원의 대상확대

헌법소원에 있어 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 국민은 당연히 소원을 청구할 수 있도록 되어 있다. 이에 는 사법권, 통치권도 포함됨은 물론이다. 그런데 유독 재판에 대해서만 헌법소원에 의한 구제를 배제하고 있는 것은 헌법소원의 본지에 반하는 것이라고 하겠다. 재판에 대한 헌법소원을 부정하게 되면 사실상 보충성의 원칙에 따라 헌법소원이 거의 봉쇄되게 된다. 그리하여 현재는 법률에 대한 헌법소원이나 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 주류를 이루는 경향이 없지 않다.

이에 헌법소원을 본질적으로 사법부판결에 대한 불복절차로 인정하고 있는 서독이나 스페인의 입법례에 따라 모든 법원의 판결에 대한 헌법소원을 인정하여야 할 것이다. 행정처분, 명령, 규칙, 법률, 통치행위에 대한 헌법소원을 전부 인정하도록 법률을 개정하여 명확성을 가지도록 할 것이다.<sup>6)</sup> 서독에서는 명령, 규칙, 처분 뿐만 아니라 통치행위, 긴급명령, 법률, 조약에 대한 헌법소원이 판례상 인정되고 있다.

---

6) 상세한 것은 김철수, 헌법소원제도에 관한 개선방안 참조.

## 8. 가처분제도의 신설

공권력의 행사로 인하여 국민의 기본권이 침해되어 있는 경우에 긴급을 요할 때에는 헌법재판소가 가처분을 함으로써 본안결정전이라도 임시구제할 수 있는 가처분제도를 도입하여야 할 것이다.

## 9. 위헌정당해산시 소속국회의원의 자격상실

정당해산결정의 효과에는 정당해산만 규정하고 있는데 정당해산을 명하는 결정을 하는 경우 그 소속의원이 있는 경우 그 직을 상실하도록 법률을 개정하는 것이 바람직할 것이다. 현행법에는 이에 관한 규정이 국회법이나 국회의원선거법, 정당해산의 법적효과에 대하여 의견이 대립되어 있기 때문에 이를 헌법재판소법에 명시하는 것이 바람직할 것이다.

## 10. 탄핵심판대상확대

현행헌법재판소법은 탄핵소추대상자로 ① 대통령·국무총리·국무위원 및 행정각부의 장 ② 헌법재판소재판관, 법관 및 중앙선거관리위원회위원 ③ 감사원장 및 감사위원 ④ 기타 법률이 정하는 공무원으로 되어 있는데 이에 검찰이 기소하기 어려운 공무원을 추가하자는 논의가 있다. 이

는 국회법에서 규정하는 것도 한 방법일 것이다. 예를 들면 검사, 합참의장, 각군참모총장, 차관(정무위원)들도 포함할 수 있을 것이다.

## 11. 지방자치단체상호간의 권한쟁의의 삭제

지방자치단체상호간의 권한쟁의사건은 이를 일반법원의 권한으로 하는 것이 바람직할 것이다. 특히 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의사건까지 관장할 필요가 있을지는 의문이다. 헌법재판소는 헌법사건만 담당하고 행정사건은 대법원솔하에 행정재판소를 설치하여 맡기는 것이 옳을 것이다.

## 연구자 약력

### (김 철 수)

서울대학교 법과대학 졸업

서독 München대학, 미국 Harvard 대학에서 법학연구  
법학박사(서울대학교)

한국공법학회 회장 역임

서울대학교 법학연구소장 역임

현 한국법학교수회 회장

현 서울대학교 법과대학 교수

### (조 병 윤)

서울대학교 법과대학 졸업

법학박사(서울대학교)

Paris II 대학교 졸업(법학박사)

영남대학교 교수 역임

현 명지대학교 교수

### (황 우 여)

서울대학교 법과대학 졸업

법학박사(서울대학교)

서독 Marburg대학, 미국 Harvard대학에서 법학연구

서울 민·형사 지법 판사

현 서울지방법원 남부지청 부장판사

**(양 건)**

서울대학교 법과대학 졸업

미국 Texas Austin 대학에서 법학연구

법학박사(서울대학교)

숭실대학교 교수 역임

현 법과 사회연구회 회장

현 한양대학교 교수

**(계 희 열)**

고려대학교 정경대학 졸업

서독 Freiburg대학교 법과대학(법학박사)

한양대학교 교수역임

현 고려대학교 법과대학 교수