

헌법재판 및 제도의
활성화에 관한 연구

1991. 5

헌법재판소

발행사

창립 2년 반을 넘기고 있는 헌법재판소는 헌법재판의 올바른 운영과 정착을 위하여 최선을 다하고 있습니다.

그러나 헌법소원제도의 도입과 헌법재판의 활성화 등은 우리에게 많은 연구과제를 제시하고 있어, 1990년에도 학계에 헌법재판에 관한 연구를 의뢰하였습니다.

그 연구는 헌법재판의 필요에 의한 것이었지만, 그 결과를 널리 알림이 헌법재판에 대한 이해와 관심을 제고하고 공법학의 발전에도 일조하는 길이라고 생각되어 책으로 발간하게 되었습니다.

김남진 교수를 비롯한 연구진에 감사의 뜻을 표하며 아울러 이 책의 발간업무 등을 맡아온 헌법재판소사무처 자료과 직원 등의 노고를 치하하는 바입니다.

1991. 5.

헌법재판소

사무처장 변정일

머리말

본 연구보고서는 날로 급증하고 있는 헌법상의 심판청구 사건의 심판에 도움이 되는 연구를 행함으로써 헌법재판의 활성화에 이바지하려는 목적으로 수립·작성되었다. 연구의 과제는 ① 주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교법적 연구, ②헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, ③ 헌법재판대상의 활성화와 그 개선에 관한 연구, ④헌법재판 결정례평석을 통한 헌법재판의 활성화 연구의 네 가지로 나누어져 있다.

위의 개개 연구과제의 제목이 나타내 주고 있는 바와 같이 본 보고서는 특정의 연구과제를 체계적으로 분담 연구한 것이 아니고, 2년여의 헌법재판소의 재판을 통해서 특별히 부각된 문제들에 초점을 맞추고 있다. 본 연구보고서가 그들 문제의 해결에 도움을 줌으로써 이 나라의 헌법재판제도가 더욱 발전되기를 바라는 마음 간절하다.

본 연구보고서는 짧은 기간에 놀랄 만큼 훌륭하고도 많은 재판을 행한 헌법재판소의 업적 및 이 방면의 여러 학자의 연구가 쌓임으로써 가능했다고 말하고 싶다. 헌법재판소가 발족한지 일천한 위에, 관계법령이 미비함으로써 아직도 연구·해결되어야 할 문제는 많이 남아 있다, 헌법재판의 대상을 둘러싼 헌법재판소와 대법원과의 갈등도 그 중의

하나이다.

본 연구보고서가 일조가 되어 그들 문제가 해결되고 이 나라의 헌정이 헌법의 테두리 안에 행해지며, 국민의 기본권이 더욱 신장되기를 기원하기로 한다.

끝으로, 연구과제의 위촉을 통해 본인들이 헌법재판에 대해 깊이 연구할 기회를 제공해 주신 헌법재판소 당국에 대해 감사드리기로 한다.

1990. 12.

연구책임자 김 남 진

제 1 주제

주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구

정 중 섭
(법박·헌법재판소 헌법연구원)

비교헌법학의 주된 인식목적은 갖가지 정치적·사회경제적 조건하에 있는 다양한 헌법형태 또는 헌법현상을 제시하고 그것으로부터 어떤 보편적인 것과 특수적인 것은 집약하여 헌법발전의 일반법칙성을 명백히 하는 것이다. -권 영 성

목 차

제1장 서 장	
제1절 헌법재판의 흥기와 발달	
제2절 연구의 대상 및 범위	
제2장 각국 헌법재판기관의 구성방법	
제1절 헌법재판소형의 국가	
I. 오스트리아	
II. 독 일	
III. 이탈리아	
IV. 스페인	
제2절 사법심사형의 국가	
I. 미국	
II. 일본	
제3절 특수형의 국가	
I. 프랑스	
제3장 각국 헌법재판기관의 관할사항	
제1절 헌법재판소형의 국가	
I. 오스트리아	
II. 독 일	
III. 이탈리아	
IV. 스페인	
제2절 사법심사형의 국가	
I. 미 국	

II. 일 본	
제3절 특수형의 국가	
I. 프랑스	
제4장 헌법재판제도의 유형과 정부형태와의 관계	
제5장 결 장 : 우리 나라 헌법재판제도의 개선을 위 한 탐색	

제1장 서 장

제1절 헌법재판의 흥기와 발달

하위규범은 상위규범에 종속되어야 한다는 사상은 서구의 공통된 하나의 전통이지만¹⁾ 입헌주의의 실현과 헌법의 보호를 구체화하는 제도의 하나로 헌법재판이 행해지게 된 것은 그 역사가 그리 오래된 것은 아니다. 헌법재판제도는 법률의 위헌성심사에서 출발하여 발달해 온 것이며, 법률의 위헌성 심사는 1803년 Marbury v. Madison 사건에 대한 미국연방대심원(The Supreme Court)의 판결에 그 기원을 두고 있다. 즉, 미국에서는 판례에 의하여 헌법재판이 인정되기에 이르렀던 것이다.²⁾

* 비교연구에 있어서는 연구의 목적에 따라 다양한 방법론이 있을 수 있고 연구의 대상과 범위도 정해지겠지만 제도의 비교에 있어서는 제도 그 자체 뿐 만 아니라 그 제도가 기초하고 있고, 기능을 하고 있는 환경에 대한 총체적 이해가 필수적이다. 그 환경에는 제도가 만들어지게 된 법문화적 배경, 역사, 비교대상의 제도와 관련된 여러 제도, 제도의 순기능과 역기능을 유발시키고 있는 요인, 운용의 실제 요소 등이 모두 포함된다. 이 연구는 이러한 의미에서의 비교연구는 아니다. 이제 헌법재판제도를 미비한 형태로나마 출범시켜 헌법국가라는 대양으로 나아가고 있는 우리의 형편에서는 우선 주요 국가의 헌법재판제도에 대한 이해와 그 내적인 원리의 파악으로 현재의 제도를 개선하고 발전시키는 것이 큰 과제이므로 이에 필요한 한도 내에서 살펴보고자 한다. 따라서 이 연구는 다소 평면적인 비교를 하게 되는 한계를 지닌다.

1) M.Capelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (New York : The Bobbs-Merill Company, 1971), S.24, 28ff.참조.

2) 이러한 사법심사제도를 인정하기에 이른 데는 일반 법률에 대한 헌

이러한 법률의 위헌성심사는 그후 라틴아메리카에 도입되었는데 거기에서는 판례에 의해서가 아니라 성문헌법에 의하여 인정되기에 이르렀다. 1860년 아르헨티나, 1880년 콜롬비아, 1891년 브라질, 1917년 멕시코, 1925년 칠레, 1993년 페루, 1936년 온두라스, 1967년 브라질 등이 헌법에 명문화시킨 것이 그 예이다.

유럽대륙에서 헌법재판이 헌법에 의해 인정되기 시작한 것은 제1차 세계대전 이후의 일이다. 1920년 오스트리아는 헌법재판소에 법률의 위헌성심사권을 인정하기에 이르렀고 (이는 나치에 의해 1933년 폐지되었다가 1945년에 부활되었다), 현재는 독일과 함께 풍부한 내용의 헌법재판제도를 가지고 있다. 독일의 경우는, 역사를 거슬러 올라가면 헌법재판의 맹아적인 형태로서 국사재판(*Staatsgerichtbarkeit*) 이 있었고 시행되지도 못한 1849년의 *Frankfurt* 헌법안에는 현재의 것과 유사한 관장사항도 보이지만, 현대적인 헌법재판이 행해지기 시작한 것은 1949년 헌법이 헌법재판제도를 규정하면서부터 이었다. 이탈리아는 1956년부터 헌법재판소가 업무를 개시하였고, 프랑스는 1958년 제5공화국

법우위의 사상 즉, 입헌주의사상을 처음으로 구체화한 미국헌법과 이를 수호하려는 미국 국민의 강한 의지가 있었기 때문에 가능했다. M.Capelletti(주1), 25ff., 41. 영국이나 프랑스에도 입헌주의의 기초를 형성하는 이른바 '상위법사상'("Higher Law" conception)이 존속하여 왔지만, 프랑스에서는 사법부의 부패에 따른 사법부에 대한 강한 불신감과 적대감에 의해 법률의 위헌심사가 부정되었고, 영국에서는 왕권과의 투쟁과정에서 의회가 국민의 자유와 권리의 수호에 있어서 최고의 위치를 차지하여 이른바 '의회우위의 원리'(the principle-of parliamentary supremacy)를 확립함에 따라 의회가 제정하는 법률의 상위법 내지 common law에의 위반여부의 심사문제가 문제로 되지 않았다. M. Capelletti(주1), S. 32ff., 36ff.

이 출범하면서 헌법평의회(le Conseil constitutionnel)가 창설되어 헌법재판의 업무를 담당하기에 이르렀다. 처음에는 잘 인식되지도 못하였으나 1974년 헌법개정을 하여 의회의원 60명 이상이면 그들에게도 일반법률의 위헌여부심판청구권을 인정하면서 점차 헌법재판이 활기를 띠기 시작하였고, 헌법평의회 역시 판례를 축적하고 기본권보장을 위하여 심사기준을 확대하여 오늘날에는 명실공히 헌법재판기관으로서 자리를 확고히 굳히기에 이르렀다. 1961년에는 터키가 헌법에 헌법재판소를 명문화하였으며, 1963년에는 유고슬라비아에서, 1968년에는 체코슬로바키아에서 헌법재판이 시행되었다. 포르투갈도 1976년 헌법에서 헌법재판제도를 받아들여 1982년 개정 때 정비하였고, 스페인에서는 Francos통치가 붕괴된 후인 1978년에 헌법재판이 시작되었다. 폴란드에서는 민주화의 진행과정에서 1982년 헌법에서 명문화되어 그 구체적 법률제정과 함께 1986년부터 헌법재판소가 활동하기 시작하였다. 소련의 경우도 하위 법령·법규들의 위헌성, 위법성을 심사하는 소련헌법감독위원회를 두고 있다. 물론 이 소련헌법관련위원회는 사회주의 입법원리 때문에 직접 재판을 하는 것이 아니라 법률안의 위헌여부, 법령, 법규의 위헌, 위법여부를 판단하여 그러한 법령, 법규를 발한 기관에 의견을 제시하거나, 그러한 것들의 폐지를 제안할 수 있다. 법규나 규정에 대하여 폐지할 것을 제안한 경우에는 소련 헌법과 법률에 모순되는 그 법규나 법규의 규정은 당분간 집행이 정지된다.

이와 같이 20세기 후반에 들면서 세계의 헌법체계상의 특

정은 헌법재판의 시대를 구가하며 이를 발전시켜 나가고 있으며 이러한 헌법재판은 거의가 독자의 국가최고기관인 헌법재판소에 의해 수행되고 있다.

제2절 연구의 대상 및 범위

이상과 같이 오늘날에는 헌법재판제도를 두고 있지 않는 나라는 거의 없다. 사실 우리 나라의 경우는 국가의 최대 과제인 민주화의 과정에서 그 실현방법의 하나로 종전의 헌법재판제도와는 다른 실효성있는 헌법재판제도를 도입하여 운용하고 있으므로 헌법재판제도가 민주화의 과정에서도 도입되고 그 기능을 충분히 하고 있는 나라와 비교 연구해 보는 것도 논의의 현실적합성을 높이는 것이 되겠으나 이 연구는 초점을 헌법재판에 대한 올바른 이해와 우리 나라 헌법재판제도의 개선에 맞추고 있으므로 헌법재판이 발달한 나라와 우리의 헌법재판이 실제로 영향을 받고 있는 나라를 선정하였다. 이를 다시 헌법재판제도의 유형에 따라 오스트리아, 독일, 이탈리아, 스페인을 헌법재판소형으로, 미국과 일본을 같은 제도로 보기에 많은 차이점이 있으나 편의상 사법심사형으로 구분하였고, 프랑스의 경우는 이들과는 그 배경, 기능에서 큰 차이를 가지는 헌법평의회 제도를 가지고 있으므로 특수형으로 분류하였다.

그리고 연구의 범위 즉, 비교항목으로는 ①헌법재판기관의 구성방법, ②관장사항(권한), ③정부형태와 헌법재판제도의 형태와의 관련성 여부 등을 정하였다. 이러한 사항을 선정한 이유는 첫째, 헌법재판기관의 구성방법은 어떠한 형태가 헌법원리에 합치하고 합리성이 있는 것인가를 살펴 보기 위한 것이며 둘째, 관장사항에 대한 비교는 우리의

제도가 사전적 규범통제제도와 추상적규범통제제도, 법원의 재판에 대한 헌법소원심판제도 등을 채택하고 있지 않기 때문에 그에 대하여 탐색할 필요가 있기 때문이며 셋째, 정부형태와 헌법재판제도의 유형과의 관련성 문제는, 우리의 경우 정권의 변동이나 정치의 변화에는 항상 헌법개정이 따르는 후진국의 모습을 노정하여 왔고, 헌법의 개정은 항상 통치구조의 변동과 통치기관의 권한변동을 수반하는 혼란스러운 양상을 보여왔으며, 현재에도 평화적인 정권교체와 관련하여 정부형태의 변경이 정치권의 중요한 이슈인 것처럼 부각되어 논의되고 있으므로 이를 살펴보기로 한다.

제2장 각국 헌법재판기관의 구성방법

제1절 헌법재판소형의 국가

I. 오스트리아¹⁾

1. 헌법재판소의 구성

헌법재판소는 1인의 소장, 1인의 부소장, 12인의 재판관
즉, 14인의 재판관과, 6인의 예비재판관(Ersatzmitglieder)
으로 구성된다(헌법 제147조 제1항).

소장, 부소장, 재판관 6인, 예비재판관 3인은 연방정부
(Bundesregierung)의 제청에 따라 연방대통령이 임명한다.
나머지 재판관 6인과 예비재판관 3인의 경우는, 하원
(Nationalrat)에서 재판관 3인, 예비재판관 2인을, 상원
(Bundesrat)에서 재판관 3인, 예비재판관 1인을 각 자리마

1) H. R. Klecatsky/Th. Öhlinger, Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen
Rechts(Wien : Manz, 1984); H. R. Klecatsky/S. Morscher, Das
Bundes-Verfassungsgesetz(Wien:Manz,1988);L.K.Adamovich/B.-Ch.
Funk, Österreichisches Verfassungsrecht (Wien / New York :
Springer, 1985), S. 324ff.(322ff.): R. Walter/H.Mayer, Grundriß des
österreichischen Bundesverfassungsrechts(Wien: Manz, 1988), S.
347ff. ;K. Heller, Outline of Austrian Constitutional Law(Deventer
: Kluwer, 1989).

다 3배수로 제청하고 그 중에서 연방대통령이 임명한다(헌법 제147조 제2항). 통상 연방대통령은 첫 번째로 오른 후보자를 각각 임명한다. 예비재판관은 재판관의 궐위시에 그 직을 수행한다.

2. 재판관의 자료요건 및 정년

가. 재판관의 자격요건

헌법재판소장, 부소장, 재판관, 예비재판관은 법학, 정치학의 과정을 이수하고 이러한 학력을 요구하는 직에 10년 이상 종사한 경력을 지닌 자라야 하며(헌법 제147조 제3항), 특히 연방정부가 제청하고 연방대통령이 임명하는 소장, 부소장, 6인의 재판관, 3인의 예비재판관은 적어도 법관, 행정공무원, 대학의 법학교수중에서 어느 하나의 직에 있던 자라야 한다(헌법 제147조 제2항).

나. 정년

헌법재판소 모든 재판관은 임기가 없다. 국적상실 등 기타 사유로 면직되지 아니하는 한은 70세에 달한 해의 12월 31일까지 직무를 수행한다(헌법 제147조 제6항). 즉, 임기제도는 없고 정년제도가 있는 셈이다.

다만, 사건이 배당되는 일정수의 상임재판관(Referent)이 재판관회의에서 선임되는데(헌법재판소법 제6조, 헌법재판소규칙 제7조), 이 상임재판관의 임기는 3년이다(동법 제2조). 재판관 또는 예비재판관이 심리를 위한 재판관회의에

3회 연속하여 출석하지 아니한 때에는 그 자격이 상실된다
(헌법 제147조 제7항).

3. 겸직금지

헌법재판소 재판관(예비재판관 포함)은 연방정부, 주정부
의 구성원이나, 회의의 상원·하원의원 기타 일반적 대표
기관의 구성원이 될 수 없다. 정당의 당원이나 기타 소속
원도 될 수 없다(헌법 제147조 제4항). 이러한 겸직이 금지
되는 직 중 어느 하나에라도 최근 4년 동안 종사한 사실이
있는 자는 헌법재판소장, 부소장에 임명될 수 없다(헌법
제147조 제5항).

II.독 일²⁾

1.헌법재판소의 구성

연방헌법재판소는 상호 독립한 두 개의 원(Senat)으로 조

2) Ch. Starck / A. Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in West
europa Bd. 30/II(Baden-Baden : Nomos, 1986); K.Schlaich, Das
Bundesverfassungsgericht (München : C. H. Beck, 1985) ;R. Zuck,
Das Recht der Verfassungsbeschwerde(München : C. H. Beck,
1988) ;Ch. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht (München:
C.H.Beck, 1982), S.32ff. ;H.Simon, "Verfassungsgerichtsbarkeit," in
E. Benda/W. Maihofer / H.-J. Vogel, Handbuch des
Verfassungsrechts(Berlin/New York : Walter de Gruyter, 1983), S.
1254ff. ;Th. Maunz / B. Schmidt-Bleibtreu / F.Klein / G.Ulsamer,
Bundesverfassungsgerichtsgesetz(München:C.H.Beck, 1990).

직되어 있으며 각원은 8인의 재판관으로 구성된다.(연방헌법재판소법 제2조). ‘제一원’(Der erste Senat)과 ‘제이원’(Der zweite Senat)으로 불리는 이 두 개의 원은 서로 독립된 관계에 있기 때문에 각 원은 그 구성원을 상호 교체할 수 없을 뿐만 아니라 각 원의 재판관은 타원의 재판업무를 대행할 수도 없다. 연방헌법재판소의 소장과 부소장은 각각 어느 하나의 원에 속하여야 하며, 그 소속원의 재판장이 된다(동법 제15조 제1항). 각 원은 연방헌법재판소법 제14조가 정하는 일정한 관할사항을 관장하고 있으며, ‘양원전체회의’(Plenum)의 결정으로 양원간의 관할사항을 조정하는데 그와 같은 결정의 효력은 원칙적으로 차기 업무년도부터 효력을 발생한다(동법 제14조 제4항).

이처럼 엄격한 독립의 원칙에 따라 상이한 관할사항을 관장하고 있는 두 개의 원은 각 원마다 연방헌법재판소의 기능을 수행하고 있다. 따라서 어느 하나의 원이 다시 재판할 수 없을 뿐만 아니라, 연방헌법재판소 판례의 통일성 때문에 어느 하나의 원이 다른 원에서 행한 법률해석과 다른 법률해석을 하고자 하는 경우를 위해서 ‘양원합동재판’(Plenarents-scheidung)이 이루어지도록 되어 있다.

2. 재판관의 정원 및 임기

연방헌법재판소의 재판관은 각 원이 8인의 재판관으로 구성되므로 모두 16인이다. 재판관의 임기는 12년이며, 임기

만료전이라도 법관정년이 되면 자동적으로 퇴직된다. 정년은 68세에 달하는 달의 마지막 날이다. 재판관은 연임과 중임이 모두 인정되지 않는다(동법 제4조 제1항 내지 제3항). 임기가 만료된 경우에는 전임자는 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 계속한다(동법 제4조 제4항).

그리고 재판관이 사망, 정년, 직위해직등의 이유로 인해서 그 직에서 물러나는 경우에는 그 퇴임자를 선출했던 기관에서 1개월 이내에 그 후임자를 선출하여야 하는데 그 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간이 아니고 선출된 때로부터 12년이다(동법 제5조 제3항).

3. 재판관의 선출 및 임명

가. 재판관의 자격

연방헌법재판소의 재판관으로 선출되기 위해서는 다음과 같은 요건이 필요하다. 1) 40세 이상이어야 한다. 2)연방의 회의원의 피선거권을 가지고 있고, 연방헌법재판소의 재판관이 되겠다는 의사표시를 서면으로 제시하여야 한다. 3) 연방법관법에 규정된 법관의 자격을 가지고 있어야 한다(동법 제3조). 4)재판관중에서 각원에 3명씩은 연방최고법원의 연방법관중에서 선출되어야 하는데 이 경우 그 해당 연방법관은 최소한 3년간은 어느 연방법원에서 연방법관으로 근무한 경력이 있어야 한다(동법 제2조 제3항).

나. 후보자추천명부작성

연방법무장관은 선거 일주일전까지 연방의회와 연방참사원에 제출하게 될 2종류의 후보자명부를 작성한다(동법 제 8조). 그중 하나는 연방헌법재판소 재판관의 피선거권을 갖춘 모든 연방최고법원(연방민·형사최고법원, 연방행정법원, 연방세무법원, 연방노동법원, 연방사회법원)소속의 연방법관의 명단을 수록한 것이고, 또 하나는 추천권한을 가진 연방의회의 각 교섭단체, 연방정부 또는 주정부가 추천한 후보자의 명단을 수록한 것이다. 연방헌법재판소도 임기만료 또는 임기만료전 쉼위시 후임자가 법정기간 내에 선출되지 못한 경우에는 후보자를 추천할 수 있다.

다. 선출방법

16명의 재판관은 연방의회와 연방참사원에서 각각 8명씩 선출한다. 이 경우 추천명부나 추천기관의 추천에 기속되는 것은 아니다.

연방의회에서는 먼저 원내교섭단체(Fraktion)가 가지는 의원수의 비율과 d'Hondt식 계산방법에 따라 의원 중에서 12명을 뽑아 '12인위원회'를 구성하고 이 위원회가 재적위원 2/3이상의 찬성으로 8명의 재판관을 선출한다. 일종의 간접선거방식에 의한 선출이다. 일종의 간접선거방식에 의한 선출이다. 이 위원회는 그 임기동안 독자적인 판단과 책임아래 재판관 선출의 임무를 수행한다.

연방참사원에서는 재적위원2/3이상의 찬성으로 8인의 재판관을 직접 선출한다. 재판소장과 부소장은 재판관중에서 연방의회와 연방참사원에서 상호 교대해서 선출한다(동법 제9조 제1항).

연방의회와 연방참사원에서 선출된 사람은 연방대통령에 의해서 임명된다(동법 제10조). 임명 때에 재판관은 법이 정한 선서를 한다(동법 제11조). 이 임명에 의해 재판관의 신분이 취득되고 임기도 그날부터 개시된다. 임명권행사에 있어서는 실질적 심사를 하지 못한다는 것이 통설이다.

라. 검직금지

연방헌법재판소의 재판관은 연방의회, 연방참사원, 연방정부의 물론 이에 상응하는 주의 헌법기관에 소속될 수 없고 법학교수이외에 어떠한 공·사직도 겸할 수 없다(동법 제3조 제4항).

Ⅲ. 이탈리아³⁾

1. 헌법재판소의 구성

이탈리아에서 헌법재판은 헌법재판소(Corte costituzionale)가 관장하고 있다(헌법 제134조). 헌법재판소의 장은 헌법재판소자체에서 재판관 중에서 1인을 선출하여 정하고, 소장직의 임기는 3년이며, 연임할 수 있다(헌법 제135조).

3)Ch.Starck/A.Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/II(Baden-Baden : Nomos, 1986); Th. Ritterspach, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien," in : Ch. Starck/A.Weber(Hrsg.),Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/I, (Baden-Baden : Nomos, 1986);S.225ff. ;S. Borghege, Nozioni di Diritto Costituzionale, 1965, 강부사랑, 『이탈리아헌법입문』(동경:유비각, 1969), 104면 이하 계속.

2. 재판관의 정원 및 임기

헌법재판소의 재판관 정원은 모두 15인 이다. 이 중 1/3은 대통령이 지명하고, 1/3은 의회의 합동회의에서 선출되며, 나머지 1/3은 대법원 및 최고행정법원에서 지명한다(헌법 제135조). 이러한 구성방법은 헌법재판소가 정치적 기관으로서의 성격을 함께 가지고 있음을 나타내주는 것이기도 하다. 헌법재판소의 재판관의 임기는 9년이고, 선서한 날로부터 시작된다. 재판관은 연임될 수 없다(헌법 제135조).

3. 재판관의 자격요건

헌법재판소 재판관은 상급의 재판관할권을 가진 재판기관(대법원, 최고행정법원, 회계검사원)의 전·현직 판사, 법학교수, 20년 이상 법조실무 경력을 가진 변호사 가운데서 선출되므로 그러한 자격요건이 요구된다(헌법 제135조).

4. 겸직금지

헌법재판소 재판관은 의회의원, 타지방의회의원을 겸할 수 없으며 변호사업무를 할 수 없음은 물론이고 기타 법률이 정하는 직을 겸할 수 없다(헌법 제135조).

IV. 스페인⁴⁾

1. 헌법재판소의 구성

헌법재판소는 12명의 재판관으로 구성되는데 재판업무를 수행함에 있어서 그 기구는 전원재판부(Plene)와 2개의 원(Sala)으로 나누어져 활동한다. 전원재판부는 12명의 재판관에 의해 구성되고 헌법재판소장이 주재하며 소장의 유고시에는 부소장이, 이들이 모두 유고시에는 업무경력이 가장 오래된 자가 대행한다. 직무경력이 같을 때에는 연장자가 한다(헌법재판소법 제6조).

2개의 원중 제1원의 헌법재판소장이 그 장이 되고 제2원의 부소장이 맡는다(동법 제7조). 전원재판부의 관할사항은 규범통제, 권한쟁의심판등 법정사항으로 열거되어 있다(동법 제10조). 따라서 헌법소원사건은 각 원에서 심판한다(동법 제48조). 다만, 종래의 관례를 변경할 필요가 있는 경우에는 전원재판부에 회부된다. 헌법소원심판에 대하여 사전조사를 하는 소부(Seccion)가 있는 데 이는 전원재판부와 각 원에 설치된다(동법 제8조, 제11조).

4) 스페인 헌법재판소의 구성에 관하여는 다음 문헌 참조. Ch.Starck/A.Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/II(Baden-Baden : Nomos, 1986); F.R. Llorente, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, "in : Ch. Starck/A.Weber(Hrsg.),Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/I, (Baden-Baden : Nomos, 1986); S.251ff. ; 『스페인 헌법재판소』(서울 : 헌법위원회, 1986), 13면 이하.

2. 재판관의 정원 및 임기

헌법재판소는 12명의 재판관에 의해 구성된다(헌법 제 159조 제1항), 재판관의 임기는 9년이며 3년마다 1/3씩을 경질된다(헌법 제159조 제2항). 1/3씩을 경질되는 경우 연임은 허용되지 아니하나 재판관으로 3년 이상 재직하지 않은 자의 경우에는 연임 제청될 수 있다(헌법재판소법 제16조 제2항).

3. 재판관의 임명

가. 재판관 자격요건

헌법재판소의 재판관은 법관(Magistrado), 검찰관(Fiscal), 대학교수 공무원, 변호사 중에서 임명되기 때문에 그 자격을 가지고 있어야 하고, 이들은 모두 15년이상 승인된 전문직에 법률가로써 종사한 경력을 지녀야 한다. 또한 스페인 국적을 가진 자라야 한다(헌법 제159조 제2항, 헌법재판소법 제18조).

나. 제청기관의 제청과 국왕의 임명

헌법재판소의 재판관은 국왕이 임명하는데, 국왕은 제청기관의 제청에 따른다. 재판관으로 임명될 자는 의회의 상원과 하원, 행정부, 사법부에서 각 제청한다. 상원과 하원은 각각 재적의원 3/5의 찬성에 의해 4명씩을 제청하고,

행정부와 사법부는 나머지 4명중 각 2명씩을 제청한다(헌법 제159조 제1항, 헌법재판소법 제 16조 제1항). 헌법재판소장 전원재판부에서 비밀투표로 1명을 선출하여 국왕에게 임명의 제청을 하다. 선거는 1차 투표에서 과반수의 득표로 선출한다. 최다득표자가 2인 이상일 경우에는 1회에 한해 다시 선거하되 그 경우 다시 동일한 경우에는 경력이 오래된 자가 소장으로 된다. 경력도 같은 경우에는 연장자가 소장으로 된다. 헌법재판소장의 임기는 3년이고 1차에 한하여 재선될 수 있다. 부소장도 동일한 방법으로 선출되고 임기도 3년이다(헌법재판소법 제9조).

다. 겸직금지

헌법재판소장의 재판관은 일정한 직책을 겸할 수 없다. 겸직이 금지된 직책은 다음과 같다. ①호민관(Defensor del Pueblo), ②상·하원의 의원, ③국가나 지방자치단체, 군, 기타 지방행정단위의 정치직 또는 행정직, ④법관, 검찰관 등 법률가로서의 활동, ⑤법관의 각종 직책, ⑥정당, 노동조합, 각종 단체, 직능조합의 간부 및 구성원, ⑦전문영리 활동 ⑧그 밖의 사법부의 모든 직책(헌법 제159조 제4항, 헌법재판소법 제19조 제1항).

재판관으로 제청된 자가 겸직을 금지하고 있는 직에 종사하고 있는 경우에는 재판관으로 취임하기 이전에 그 직을 떠나야 한다. 제청되어진 날로부터 10일 이내에 그 직을 떠나지 아니할 경우에는 헌법재판소의 재판관에 취임할 의사가 없는 것으로 간주된다. 임명된 후 겸직이 금지된 직에 종사한 경우에도 마찬가지이다(헌법재판소법 제19조 제

2항). 법관, 검찰관, 일반공무원이 헌법재판소의 재판관으로 임명되는 경우에는 잠정적으로 그 직을 특별 휴직하게 된다(헌법재판소법 제20조).

제2절 사법심사형의 국가

I. 미국⁵⁾

1. 연방대심원의 구성

사실 미국에 있어서 헌법문제는 일반적인 민사, 형사, 행정사건의 한 내용으로 제기되어 함께 판단되어야 하기 때문에 헌법은 결국 모든 법원에서 재판규범으로 작용하게 된다. 따라서 연방대법원(The Supreme Court of the United States)만이 헌법재판기관이라고 말하는 것은 잘못된 것이다. 단지 연방대법원은 헌법해석에 있어서 최종적

5) L.Baum, The Supreme Court(Washington, D.C. : Congressional Quarterly Press, 1981), S. 25ff. ; W.H. Rehnquist, The Supreme Court (New York : Willam Morrow and Company, 1987), S. 253ff. ; R. W. Galloway, The Rich and the Poor in Supreme Court History (Paradigm Press, 1982), 안경환(역) 『법은 누구편인가』 (서울 : 고시계, 1990) ; L.M. Friedman, American Law :An Introduction 서원자, 안경환(역), 『미국법입문』 (서울: 대한교과서 주식회사, 1987), 74면 이하 계속 ; 최대권, 『영미법』 (서울: 동성사, 1989), 191면 이하 계속 ;대한변호사협회(편역), 『미국연방법원판사 임명에 있어서의 ABA의 역할』 (대한변호사협 1988년 5월호 부록) ; 이상돈, 『미국의 헌법과 연방대법원』 (서울 : 학연사, 1983).

인 유권해석권을 가질 뿐이다. 그렇지만 이 연구에서는 각 나라의 최고기관의 수준에서 비교하는 것이므로 연방대심원에 한해서 살펴본다(흔히 우리 나라 대법원, 일본의 최고재판소, 미국의 연방대심원을 동일한 수준에 놓고 권한, 절차 규정 등을 비교하는데 이는 비교 방법상의 오류는 말할 것도 없고 이들 국가의 사법구조에 대한 인식조차도 제대로 되어 있지 못한 태도이다.).

연방대심원의 경우 사법심사를 위한 특별한 내부 조직이 있는 것은 아니고 또 사법심사에 관한 특별한 절차규정이 있는 것도 아니다. 연방대심원의 관할을 규정한 조항과 일반절차에 의해 연방대심원이 심사를 진행한다.

2. 재판관의 정원 및 임기

미국연방대심원은 1인의 연방대심원장(Chief Justice of the United States)과 8인의 재판관(eight associate Justices)으로 구성된다(Judiciary and Judicial Procedure <이하 사법부이라 번역한다>제1조).

재판관의 임기는 정해진 바가 없으므로 탄핵되어 그 직을 떠나지 않는한 종신까지 봉사한다. 따라서 정년퇴직제는 인정되지 않고 있다. 다만, 일정한 조건이 구비된 경우에는 재판관 스스로 퇴직할 수 있고 그 때에는 퇴직 후에도 퇴직당시 받던 보수를 생존하는 동안 연금으로 지급 받는다. 사법법 제371조에서 제376조까지는 법관의 퇴직에 관하여

세부적인 규정을 두고 있다. 미국에서는 판사의 승진제도나 순회보직제도가 없다.

3. 재판관의 임명

가. 재판관의 임명

연방대심원의 재판관은 대통령이 지명하여 상원(The Senate)의 의견(Advice)과 과반수찬성에 의한 동의를 얻은 후 대통령이 임명한다(헌법 제2조 제2항). 대심원장이 공식이 된 경우에 대통령은 재판관 중에서 1명을 대심원장으로 지명하면서 동시에 그 자리를 채울 재판관을 지명하기도 하고 아니면 외부에서 바로 영입하는 방법으로 대심원장을 지명한다. 대부분 후자의 경우를 취했다.

재판관의 임명절차에 있어서 공식적 규정에 의하면 대통령이 전권으로 지명하고 상원은 그 과반수로 동의여부를 결정하지만 실제적으로 보면 지명절차나 동의절차는 비공식적으로 재판관 임명에 관련된 수많은 사람들과 단체의 의견을 종합하여 행하여지므로 사실상 여러 사람의 의견이 종합된 결정이라고 해도 과언이 아니다. 그만큼 재판관의 임명 절차에는 비공식적 참여자들(unofficial participants)의 존재가 중요한 기능을 한다. 이러한 비공식적 참여자들을 크게 나누어 보면 대체로 세 부류로 나누어지는데 미국 변호사협회(The American Bar Association)와 법조인단체가 그 하나이고, 법조이외의 이익단체들이 또 하나의 부류

를 형성하고 있으며, 연방대심원 재판관들 스스로도 영향을 행사하는 참여자이다.

나. 재판관의 자격요건

재판관이 될 수 있는 자격요건은 헌법상 규정된 바가 없다. 지금까지는 재판관 중에 40여명은 법조경력 없이 왔고 과거에는 정치적인 인물이 대심원장 또는 재판관으로 임명되었으나 1970년대 이후에는 법률가들이 주로 임명되는 추세를 보이고 있다. 그렇지만 대부분이 명문의 가문 출신이고 근래에 와서는 명문대학인 Harvard, Yale, Columbia대학의 출신자들이 많아지고 있다. 결국 재판관의 자격요건은 대통령의 지명절차, 상원의 동의절차에서 사실상 심사된다고 평가할 수 있다. 이러한 법정 자격요건이 없고 사실상의 민주적 절차에 의해 재판관이 임명되기 때문에 재판관 개인의 세계관, 가치관은 재판에 큰 영향을 미치고 있다. 미국연방대심원이 보수·중도·진보세력의 배치에 따라 재판의 결과가 뒤바뀌어진 현상도 이러한 시각에서 이해할 수도 있다.

II. 일본6)

1. 최고재판소의 구성

6) 법무대신관방(편) 『현행일본법규』 1(헌법, 국회), 14(사법); 小林直樹 『헌법강의 하』 (동경:동경대학출판회, 1989), 331면 이하 계속; 衫原泰雄, 『헌법II』 (동경:유비각, 1989), 396면이하; 伊藤正己 『헌법』 (동경:홍문당, 1982), 561면이하 계속; 中谷實, “헌법소송론비판,” 中谷實(編) 『憲法訴訟の基本問題』 (동경:法曹同人, 1989), 302면 이하 계속.

일본에서는 최고재판소가 헌법재판을 담당하는데 이 경우 헌법재판은 법률, 명령, 규칙 등의 위헌여부심판에만 한정된다(헌법 제81조). 최고재판소는 사법부의 최고기관으로서 최고재판소의 장인 재판관과 법률이 정하는 수인 14인의 재판관으로 구성된다(헌법 제79조, 재판소법 제5조). 모두 15인이다. 최고재판소는 대법정과 소법정으로 나누어져 심리와 재판을 하는데 대법정은 재판관 전원으로 구성되고 소법정은 3인 이상의 재판관으로 구성된다. 각 법정이 처리하는 사건은 최고재판소가 정하는 바에 의하지만 헌법재판은 대법정에서 재판한다(재판소법 제9조, 제10조).

최고재판소의 장을 최고재판소장관이라 하고 그 외의 재판관을 최고재판소판사라고 하는데(재판소법 제5조 제1항), 최고재판소 장관은 내각의 지명에 따라 국왕인 천황이 임명하고(헌법 제6조), 나머지 재판관은 내각에서 임명한다.(헌법 제79조).

이러한 구성방법은 사법권의 독립의 측면과 헌법의 최종적 해석 권한부여의 측면에서 그 타당성에 대한 강한 비판이 제기되고 있으며 위헌심사의 소극적 현상의 원인으로 지적되고 있다. 최고재판소 제도개혁의 문제는 여러 측면에서 많은 사람들의 문제제기와 비판이 있어온 것으로서 현재 일본 사법제도개혁의 큰 이슈로 되어 있다.

2. 재판관의 정원 및 임기, 국민심사

최고재판소의 재판정원은 위에서 본 바와 같이 15인이다. 헌법재판은 대법정에서 하기 때문에 결국 15인의 재판관이 관여재판관의 정원이다. 이러한 재판관의 임기에 대하여는 정해진 바가 없다. 다만, 최고재판소 재판관의 임명은 그 임명이 있을 후 처음으로 행해지는 중의원 의원총선거 때에 국민의 심사에 붙이고, 그후 10년을 경과한 후 처음으로 행해지는 중의원 의원총선거 때에 다시 심사에 붙인다. 그후에도 마찬가지이다. 이 경우 투표자의 다수가 재판관의 파면을 가하다고 하는 때에는 그 재판관은 파면된다. (헌법 제79조). 이는 국민에 의한 직접파면의 방법이다. 물론 재판관은 국회에 의해 탄핵소추되기도 한다(헌법 제64조). 이러한 국민심사에 관한 법률로는 최고재판소재판관 국민심사법(법률 136)이 있다. 최고재판소 재판관은 법률이 정하는 연령에 달 한 때에는 퇴관한다(헌법 제79조). 최고재판소 판사의 임면은 천황이 인증한다(재판소법 제39조 제 3항).

3. 재판관의 자격요건

최고재판소의 재판관으로 임명될 수 있는 자는 식견이 높고 법률소양이 있는 자로서 40세 이상의 자이어야 한다. 그리고 그 가운데 적어도 10인은 20년 이상의 법률전문가로서 경력을 가진 자 일 것을 요구한다(재판소법 제41조).

따라서 나머지 5인의 경우에는 전문가가 아니어도 식견이 뛰어난 자중에서 임명할 수 있다는 해석이 가능하다.

4. 겸직금지

재판관은 재임중에 정치운동을 할 수 없음은 물론이고 국회 또는 지방공공단체의 의회의원이 될 수 없으며 최고 재판소의 허가가 있는 경우이외에는 보수를 받는 다른 직무에 종사할 수 없다. 상업을 경영하거나 그 외 금전상의 이익을 목적으로 하는 업무에 종사할 수 없다(재판소법 제 52조).

제 3 절 특수형의 국가

I . 프랑스⁷⁾

1. 헌법평의회의 구성

7) B. Jeanneau, droit constitutionnel et institutions politiques (Paris:dallos, 1987), S. 226ff. ; M, Prélot/J. Boulouis, institutions politiques et droit constityionnel(Paris : dalloz,1987), S. 910ff. ; G. Burdeau, droit constityionnel 21^e éd.(Paris :L.G.D.J.,1988),S.651ff.; F.Luchaire/G. Conac, La constitution de la republique francaise 2^e éd..(Paris : Economicca, 1987), S.1091ff.;M. Duverger, Le système politique français(Paris : P. U. F, 1985), S.439ff. ;野村敬造 , 『憲法訴訟と裁判の拒絶』(동경 : 성문당, 1987), 59면 이하 계속.

헌법평의회(le Conseil constitytionnel)는 당연직 재판관(membre de droit)과 선임직 재판관으로 구성된다. 당연직 재판관은 전직 대통령이었던 자가 당연히 취임하게 되는데 그는 종신제로 근무하게 된다. 지금까지 당연직 재판관으로 취임한 사람은 제4공화국 때의 대통령을 지낸 Vincent Auriol과 Rone Coty이며 De Gaulle은 취임을 거절했다. 현재는 Giscard d'Estaing 한사람만 이에 해당한다.

선임직 재판관의 임기는 9년이고 3년마다 3인씩 새로이 개선된다. 연임은 인정되지 않는다. 따라서 최초에는 임기 3년의 재판관과 임기 6년의 재판관, 임기 9년의 재판관으로 구성되었다(헌법 제 56조). 당연직 재판관도 의결권을 가지며 선임직 재판관에게 부여되는 기타의 권리·의무를 같이 부여받고 있다.

2. 재판관 선정

대통령, 상원의장, 하원의장이 3인씩을 선정한다(헌법 제 56조). 선정자에게 3인씩 선출하도록 한 것은 선출의 평온성과 헌법평의회 권위를 확립하기 위함이었다. 이러한 선출방식은 1946년 헌법의 헌법위원회와 비교하여 구성에 있어서 정치화의 경감을 의미한다.

헌법평의회는 장은 당연직과 선임직을 포함한 전 재판관들 중에서 대통령이 임명한다(헌법 제56조). 대통령은 자

신이 선정한 재판관중에서도 장을 임명할 수 있다. 지금까지는 선임직 재판관중에서 임명하는 것이 관례로 되어 있다.

의장은 가부동수인 경우에는 결정권을 행사하게 된다(헌법 제56조). 그렇지만 절대적인 과반수가 요구되는 경우에는 의미가 없다.

3. 재판관의 자격요건

당연직 재판관은 전직 대통령이 당연히(de droit)맡는 것이므로 전직대통령일 것이 자격요건이 되지만, 선임직 재판관에 있어서는 헌법이나 기타 법령에 아무런 규정이 없다. 국민들에게 일반적으로 요구되는 공직취임의 요건만 요구된다. 이와 관련하여 헌법평의회 출범초기에는 재판관들에게 요구되는 전문성, 재판의 공정성, 독립성의 측면에서 비판이 제기되었지만 그후 헌법평의회의 충실한 운영에 따라 그런 초기의 우려는 줄어들기에 이르렀다.

4. 겸직금지

헌법평의회 재판관은 각료나 의회의 의원, 경제사회평의회(Conseil économique et social)의 의원 등 그 자격과 양립할 수 없는 직무나 선거에 의해 선출되는 직에는 겸직으로 취임할 수 없다(헌법 제57조, Ordonnance N° 58-1067

de 7 novembre 1958 제4조, 제5조) . 헌법평의회의 재판관으로 임명된 각료, 국회의원, 경제사회평의회 위원이 그 임명 공표후 8일 이내에 반대 의사를 표명하지 아니하면 재판관의 직을 수락한 것으로 간주한다. 또 재판관이 각료로 임명되거나 의원으로 선출되거나 경제사회평의회의 위원으로 임명된 경우에는 재판관의 직에서 면직된다 (위 법률 제4조).

5. 재판관직의 종료

재판관으로서의 지위와 신분은 임기의 만료, 해임, 사임, 당사자의 사망에 의해서 있게 된다. 임기를 다 마치지 못하고 재판관직을 그만 두게 되는 경우 그 승계자는 전임 재판관의 잔여임기동안 재임한다. 이 경우 승계자의 재임기간이 3년 미만일 경우에는 새로이 9년 임기의 재판관으로 취임할 수 있다(위 법률 제12조), 재판관의 임기가 만료되는 경우에는 임기만료 8일 이전에 교체되어야 한다(위 법률 제8조) . 재판관이 사직하고자 할 때는 사직서를 제출하여야 하며 후임자가 임명될 때 사직의 효력이 발생한다(위 법률 제9조) . 겸직금지의 직을 겸직하거나 시민권과 정치적 권리를 보유할 수 없게 된 때 또는 재판관직을 수행할 수 없을 때는 헌법평의회가 사직을 확정한다. 이 경우 8일 이내에 후임자가 임명되어야 한다(위 법률 제10조, 제11조) . 해임은 당연직 재판관에게는 해당되지 않는 것

으로 해석된다.

이상 다양한 형태의 헌법재판기관의 구성방법을 살펴보았다. 이를 헌법재판기관의 구성에 있어서 요청되는 민주적 정당성의 요소를 염두에 두고 구성에 있어서 관여하는 관여자를 항목별로 나누어 도표로 보면 다음과 같다.

〈각국 헌법재판기관구성에 있어서 관여자〉

헌법재판유형	관여자 정부형태		국민	대통령	정부	의회	법원	비공식적 참여자
	대통령 제	의원내 각제						
헌 법 재 판 소 형	오스트 리아				○	○	○	
		독 일				○		
		이탈리 아		○		○	○	
		스페인			○	○	○	
사 법 심 사 형	미국			○		○		○
		일본	○					
특 수 형		프랑스		○		○		

제 3 장 각국 헌법재판기관의 관할사항

제 1 절 헌법재판소형의 국가

I. 오스트리아¹⁾

오스트리아의 사법제도는 삼원적 구조를 가지고 있어서 최고의 재판기관이 삼원화되어 있다. 즉 헌법재판소(Verfassungsgerichtshof), 행정재판소(Verwaltungsgerichtshof), 및 일반 민·형사사건을 취급하는 최종심인 대법원(Oberster Gerichtshof)이 그것이다.

헌법재판소는 법률, 명령, 국제조약 등의 위헌·위법성 여부를 심판하는 규범통제와 헌법소원심판, 기관쟁의심판, 탄핵심판, 선거소송, 법률해석에 있어서 국가기관간의 견해불

1) H. R. Klecatsky/Th. Öhlinger. Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts(Wien : Manz, 1984) ; H. R. Klecatsky/S. Morscher, Das Bundes-Verfassungsgesetz(Wien : Manz, 1988) ; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht(Wien/New York : Springer, 1985), S. 324ff. (332ff.) ; R. Walter/H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts(Wien : Mans, 1988), S. 254ff., 312ff., 347ff. ; K. Heller, Outline of Austrian Constitutional Law(Deventer : Kluwer, 1989) ; 김학성, “헌법소원에 관한 연구”(박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1989), 104면 이하 계속.

일치에 대한 판단, 연방소송 등에 관하여 관할권을 가지고 있다.

1. 규범통제

가. 법률에 대한 규범통제

오스트리아에 있어서 규범통제제도는 제도의 본질적 내용에 충실하려고 하는 형태를 띠고 있다. 법률의 위헌성을 다룰 수 있는 제청권자에 있어서도 그렇고 효력에 있어서도 그렇다. 제청권자의 측면에서 보면 오스트리아에서는 법률에 대한 구체적 규범통제 이외에 추상적 규범통제와 헌법소원심판을 인정하고 있다고 하겠다. 또한 법률이외에 명령, 국제조약에 대한 규범통제도 헌법재판소법이 개별적으로 상세히 규정하고 있다.

(1) . 제청권자

(가). 연방정부, 주정부, 하원의원 1/3, 주의회의원 1/3
연방정부는 주법률의 위헌성을, 주정부는 연방법률의 위헌성을 각 문제삼아 헌법재판소에 그 취소의 심판을 구할 수 있으며, 또 하원의원 1/3의 의결로 연방법률의 위헌성을, 주의회의원 1/3의 의결로 주법률의 위헌성을 각 다투면서 그 취소의 심판을 헌법재판소에 구할 수 있다(헌법 제140조) . 이는 법률에 대한 추상적 규범통제에 해당하는 것이다.

(나). 행정재판소, 대법원, 헌법재판소

헌법재판소는 최고재판기관인 행정재판소 또는 대법원의 제청에 의하여 연방법률과 주법률의 위헌여부를 심판한다. 이 경우는 그 심판청구의 대상이 되는 법률이 당해 사건에 있어서 재판의 전제가 되어야 한다. 한편 헌법재판소 자체의 재판에서 그 재판의 전제가 되고 있는 법률의 위헌여부가 문제되는 경우에는 직권으로 재판을 한다(헌법 제140조 제1항).

(다). 일반국민

일반국민이 법률에 의하여 직접 자기의 권리를 침해당하였을 경우에는 그 법률이 위헌이므로 취소하라는 심판을 헌법재판소에 직접 구할 수 있다(헌법 제140조 제2항). 승소하게 되면 소송비용도 연방정부 또는 주정부가 부담하게 된다(헌법재판소법 제65조a). 이는 법률에 대한 헌법소원심판제도에 해당하는 것이라고 하겠다.

(2). 심판의 대상

이러한 규범통제의 대상이 되는 것은 연방법률과 주법률 뿐만 아니라 연방의 헌법적 법률(Bundesverfassungsgesetz)과 주의 헌법적 법률(Landesverfassungsgesetz)도 해당된다.

(3). 위헌판결 및 효력

(가). 위헌판결선고, 기속력 및 일반적 효력문제

헌법재판소는 심판대상인 법률이 헌법에 위반된다고 인정하는 때에는 사후적으로 폐지하는 것(aufheben)을 선고한다. 그리고 이러한 위헌판결이 있게 되면 연방수상이나 당해 주지사는 지체없이 그 법률의 폐지를 공고하여야 한다

(헌법 제140조 제5항). 헌법재판소가 선고한 법률의 폐지를 공고하여야 한다(헌법 제140조 제5항). 헌법재판소가 선고한 법률의 위헌판결은 모든 법원과 행정기관을 기속한다. 다만, 헌법재판소가 폐지의 판결을 하면서 달리 판시하지 않는 한은 당해 사건을 제외한, 폐지이전에 구성요건이 성립된 사안에는 여전히 당해 법률이 효력을 지닌다(헌법 제140조 제7항).

(나). 즉시적 효력 및 미래적 효력

헌법재판소의 위헌폐지(취소)판결이 공고되면 그 폐지의 효력은 공고당일로부터 생긴다. 다만, 헌법재판소가 위헌인 법률이 폐지되는 때를 선고일로부터 일정기간까지 유예하는 경우에는 그러한 한도 내에서 그러하지 아니하다. 이러한 유예가 허용되는 기간은 1년을 넘지 못한다(헌법 제140조 제5항). 이렇게 유예기간을 둔 경우를 특히 미래적 효력(ex-post Wirkung)이라고 부르기도 한다.

(다). 종전법률의 부활

헌법재판소가 심판대상이 된 법률을 위헌이라고 하여 폐지하게 되면 헌법재판소가 달리 선고하지 아니하는 한 그 법률에 의하여 폐지되었던 종전의 법률의 효력이 다시 살아난다. 물론 이 경우 법률의 위헌폐지를 공고하는 때에 종전의 법률의 효력이 되살아나는가의 여부와 어느 법률규정이 다시 효력을 가지는지의 여부를 특정하여 함께 공고하여야 한다(헌법 제140조 제6항).

위헌판결의 효력에 있어서 이러한 특성은 오스트리아의 독특한 법문화와 H. Kelsen의 법실증주의 내지 규범주의

사상적 영향이 크게 지배하고 있음을 보여준다. 오스트리아의 헌법재판제도를 이해함에 있어서는 선결적으로 이러한 기초적 문제에 대한 충분한 지식과 이해가 요구된다.

나. 명령에 대한 규범통제

명령에 대한 규범통제에 있어서도 법률의 경우와 같이 추상적 규범통제, 구체적 규범통제가 인정될 뿐 아니라 명령에 의해 직접 자기의 권리를 침해받은 일반국민이 직접 헌법재판소에 위법을 다루며 취소를 구할 수 있다(헌법 제139조 제1항).

이 경우도 역시 헌법재판소는 그 재판의 전제가 되고 있는 명령의 위법여부가 문제가 되는 경우에는 당사자의 청구 없이 직권으로 재판을 할 수가 있다(헌법 제139조 제2항). 여기서의 명령은 연방과 주의 법규명령을 의미한다.

헌법재판소의 명령의 위법성(Gesetzwidrigkeit)을 심사함에 있어서 그 명령이 법률에 근거를 두고 있지 않거나, 권한이 없는 기관에서 발해진 것이거나 위법한 방법으로 공포된 경우는 모두 위법한 것으로 보아 폐지(취소)의 선고를 한다(헌법 제139조 제3항).

위법한 명령의 폐지판결이 있는 경우 연방 또는 주의 상급관청은 지체없이 이를 공고하여야 하며, 공고일로부터 그 위법한 명령은 효력을 상실한다. 이 경우에도 일정기간동안 유예기간을 둘 수가 있는데 그 기간은 6개월이다. 그러나 법률적인 조치가 필요한 경우에는 1년 한도 내에서 유예기간을 둘 수 있다(헌법 제139조 제5항).

다. 국제조약에 대한 규범통제

헌법재판소는 국제조약의 위헌·위법성(Rechtswidrigkeit)에 대하여도 심판한다. 심판의 대상은 헌법 제50조에 의해 하원이 승인한 조약이다. 이러한 국제조약에 대한 규범통제에는 법률에 대한 규범통제 규정인 헌법 제140조가 적용된다. 그 이외의 다른 국제법규의 위헌·위법성에 대한 규범통제에는 명령에 대한 규범통제규정인 헌법 제139조가 적용된다.

조약 및 국제법규가 위헌 또는 위법인 것이 헌법재판소에 의해 선고되면 기간을 정하지 아니하는 한 공고일로부터 적용할 수 없게 된다. 유예기간은 헌법 제50조의 조약인 경우에는 2년, 나머지 국제법규인 경우에는 1년을 각 넘지 못한다(헌법 제140조 제1항). 물론 헌법재판소가 당해 국제법규의 적용기관이 적용하지 말아야 하는가의 여부도 명시해야 한다(헌법재판소법 제66조).

2. 헌법소원심판

법령에 의해 직접 자기의 권리를 침해당한 경우는 그 법령의 위헌·위법을 직접 다투는 경우가 헌법소원심판제도에 포함되는 것은 이론이 없는 것이지만 이는 이미 위에서 보았으므로 여기서는 행정부의 행정상 처분(Bescheid der Verwaltungsbehörde)에 대한 헌법소원심판제도를 살펴본다.

가. 청구권자

행정청의 처분·강제 등이나 위법인 명령, 위헌인 법률,

위헌·위법인 국제법규의 적용에 의해 자신의 권리를 직접 침해받은 자이다. 이에 자연인은 물론이고 성질상 허용되는 범위 내에서 법인, 단체 등도 포함된다. 침해당한 권리가 반드시 헌법상 보장되는 기본권일 필요는 없고 법률상의 권리인 경우도 포함된다. 이는 위헌·위법인 법률, 명령의 취소를 구하는 경우와 동일하다.

나. 청구기간

위헌·위법인 법률, 명령의 취소를 구하는 경우와는 달리 이 경우에는 사전구제절차를 거친 후 6주 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제82조 제1항).

다. 보충성의 원칙

헌법소원심판청구는 사전권리구제 절차가 있는 경우에는 이를 거친 후에야 가능하다(헌법 제144조 제1항).

라. 심판절차

사건을 배당 받은 상임재판관은 사건을 검토한 후 재판관 회의에서 보고를 하는 데, 여기서 부적법하거나 심판청구가 승소할 가능성이 전혀 없다고 인정하는 경우 등에는 변론을 거칠 필요 없이 사건을 종결시킨다(헌법재판소법 제19조 제3항, 제4항). 헌법재판소는 당사자의 신청이 있는 경우에는 직접 가처분할 수는 없으나 해당 관청에 그 집행의 정지를 명할 수 있다(동법 제85조). 당해 헌법소원심판청구가 행정재판소의 관할인 경우에는 헌법재판소는 당해 사건을 행정재판소로 이송하여야 한다(헌법 제144조 제3항).

마. 인용판결

소원심판청구가 이유가 없는 경우에는 헌법재판소는 이를 기각하고 따라서 집행이 정지된 경우 그 정지의 효력은 상실되지만 청구가 이유 있는 경우에는 인용판결을 한다. 인용판결에는 청구인의 헌법상 보장된 권리의 침해가 있었는지 또는 위법한 명령, 위헌인 법률, 위헌·위법한 국제법규의 적용으로 권리가 침해되었는지를 선고하고, 필요한 경우에는 당해 행정행위(Verwaltungsakt)를 취소하여야 한다(헌법재판소법 제87조 제1항).

헌법재판소가 인용판결을 한 때에는 행정청은 지체없이 헌법재판소의 법적 견해(Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofes)에 합당한 법적인 조치를 취할 의무가 있다(동법 제87조 제2항).

3. 기관쟁의심판

헌법재판소는 법원과 행정부간, 행정재판소와 다른 법원, 행정재판소와 헌법재판소간의 그리고 일반법원상호간의 쟁의에 대하여 심판한다. 연방과 주간의 쟁의, 주상호간의 쟁의에 대하여도 심판한다(헌법 제138조 제1항).

한편 헌법재판소는 연방정부 또는 주정부의 청구에 의해 입법상의 행위나 집행행위가 연방의 권한인지 주의 권한인지에 대하여 확정한다(헌법 제138조 제2항). 또 헌법재판소는 연방정부나 관계되는 주정부의 청구에 의해 연방과 주사이의 협정이 체결되었는지의 여부나 그 협정에 따른 의

무가 이행되었는지의 여부에 대하여 재판한다(헌법 제139조 a). 이는 권한쟁의심판이라기 보다는 연방소송에 해당하는 성질의 것이라고 하겠다. 오스트리아의 이러한 권한쟁의심판제도는 국가기관의 권한분배의 다툼뿐만 아니라 재판기관사이의 관할권의 다툼 문제가지도 포함하고 있는 것이 주목된다. 재판기관사이의 관할의 다툼이 있는 경우 기관쟁의심판이 청구되면 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 그 재판절차는 중단된다(헌법재판소법 제42조 제5항, 제43조 제5항).

4. 탄핵심판

헌법재판소는 연방 및 주의 최고기관의 위헌적인 책임을 묻는 탄핵재판을 한다. 탄핵의결은 여러 기관에서 행하는데 헌법 제142조 제2항은 이에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 그런데 이러한 탄핵심판절차에서 헌법재판소는 당사자의 면직여부만 결정하는 것이 아니라 형사범으로 기소된 경우에는 형사재판까지 행한다. 따라서 탄핵소추된 당시 이미 일반형사법원에 계속 중에 있는 사건은 헌법재판소로 이송된다(헌법 제143조). 탄핵소추가 이유있는 경우 헌법재판소는 당사자를 그 직에서 면직시키고 특히 중요한 사안인 경우에는 일정한 기간 당사자의 정치적 권리를 상실시켜야한다(헌법 제142조 제4항). 물론 형사범으로 기소된 경우에는 형법의 규정도 적용한다(헌법 제143조).

5. 선거소송 · 국민투표에 관한 재송

헌법재판소는 선거소송에 대하여 관할권을 가진다. 즉, 연방대통령, 일반 대의기관 등의 선거, 주정부 및 권한위임을 받은 하위 행정단체기관의 선거에 대한 재판이 그것이다. 그리고 일반 대의기관의 청구에 의한 그 구성원의 자격상실여부에 대한 심판과 연방대의기관의 구성원 자격의 상실여부에 심판을 한다(헌법 제141조 제1항). 선거소송에서 헌법재판소는 선거의 취소를 선고하며(헌법재판소법 제70조 제1항), 피선거권이 없는 자가 선출된 경우에는 그 당선을 무효화시키는 판결을 선고한다(동법 제70조 제2항). 형사법원의 판결이 결과로 피선거권의 상실이 있게 된 경우에는 헌법재판소는 그 형사판결에 구속된다(동법 제71조 제2항).

헌법재판소는 연방법률로 정한 바에 따라 국민투표의 결과의 취소에 대하여 심판한다. 국민투표의 대상으로 된 법률이 그 취소의 가능성을 고려해보아 공포를 유예하는 것이 필요한 경우 어느 정도의 기간동안 유예할 것인지도 연방법률로 정할 수 있다(헌법 제141조 제3항).

6. 기타의 심판

가. 헌법재판소는 회계검사원(Rechnungshof)의 관할을 정하는 법률규정의 해석에 대하여 회계검사원과 연방정부 또

는 연방장관, 주정부 사이에 회계검사원의 권한을 규정한 법률규정의 해석에서 견해의 불일치가 생긴 경우 회계검사원 또는 연방정부, 주정부의 심판청구가 있는 때에 이에 대하여 심판한다(헌법 제126조 a).

나. 헌법재판소는 대의기관(Volksanwaltschaft)과 연방정부 또는 연방장관 사이에 대의기관의 권한을 규정한 법률규정의 해석에 대하여 견해의 불일치가 생긴 경우 연방정부 또는 대의기관의 청구가 있는 때에 이에 대하여 심판한다(헌법 제148조 f).

다. 또 통상적인 소송방법에 의하거나 행정청의 처분(Bescheid)으로도 해결할 수 없는 연방, 주, 구(Bezirke), 자치단체(Gemeinde), 자치단체조합(Gemeideverband)에 대한 재산법적인 청구가 있는 경우 헌법재판소는 이에 대하여 재판한다(헌법 제137조). 이 경우 청구인은 그러한 권리나 권리관계가 즉시 확정되어야 하는 법적이익을 가지고 있어야 한다(헌법재판소법 제38조). 위의 가, 나,의 경우는 기관쟁의심판의 성격과 연방소송의 성격을 함께 지니는 것이라고 할 것이고 다의 경우는 통상의 권리구제방법이 없는 경우 예외적으로 그 권리구제의 필요성을 충족시키기 위하여 헌법재판소가 권리구제심판을 행하는 것이라고 할 수 있다.

오스트리아의 경우는 독일과 함께 헌법재판제도의 종주국답게 매우 다양한 내용을 담은 헌법재판소제도를 운영하고 있다. 우리의 경우 이러한 권리구제제도를 채택하려면 우선 우리 사회에 팽배해 있는 기관이기주의의 벽에 부딪치

게 될 것이지만 제도개선 측면에서는 많은 시사점을 발견할 수 있다. 우선 헌법재판제도에 대한 인식이 부족한 우리 나라 법원의 비민주적이고 폐쇄적인 구조를 오스트리아나 독일처럼 개혁하는 것이 요청된다고 하겠다. 우리 나라에 있어서 헌법재판제도의 올바른 정착은 법원의 민주화와 개방화를 의미하는 법원의 개혁과 맞물려 있다. 현재 우리 나라에서는 사법부의 민주화가 진척되어지지 않은 상태에서의 사법부의 독립의 논리는 오히려 사법부의 관료주의와 독선을 강화시키는 역설적인 기능을 하게 된다는 것을 통찰할 필요가 있다.

II. 독 일²⁾

독일연방헌법재판소 제13조는 연방헌법재판소에 광범한 권한을 부여하고 있으나 연방헌법재판소의 권한에 대하여는 헌법 제93조에서 구체적으로 열거하여 규정하고 있으므로 연방헌법재판소는 헌법이 열거하고 있는 사항에 대하여

2) Ch. Starck/A. Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/II (Baden-Baden : Nomos, 1986) ; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht(München : C.H. Beck, 1985) ; R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde(München : C.H. Beck, 1988) ; Ch. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht(München : C. H. Beck, 1982), S.43ff. ; H.Simon, "Verfassungsgerichtsbarkeit," in : E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts(Berlin/New York : Walter de Gruyter, 1983), S. 1263ff. ; Th. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz(München : C. H. Beck, 1990); 김학성, "헌법소원에 관한 연구" (박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1989), 43면 이하 계속.

서만 관할권을 가진다.

그러나 연방헌법재판소의 관할권에 관한 헌법, 법률에 대한 해석은 결국에 연방헌법재판소가 행하기 때문에 정해진 권한의 범위 내에서 구체적인 관할사항을 결정하는 권한은 연방헌법재판소에 부여되어져 있다고 하겠다.

독일연방헌법재판소는 프랑스에서 채택하고 있는 사전적·예방적 규범통제만 하지 않을 뿐 가히 헌법재판의 전시장이라 할만큼 풍부한 내용의 헌법재판에 관한 관할권을 가지고 있다. 추상적 규범통제, 구체적 규범통제, 헌법소원 심판, 기관쟁의심판, 정당해산심판, 탄핵심판, 기본권실효심판, 연방소송 등이 그것이다.

1. 추상적 규범통제

가. 청구권자

연방법(Bundesrecht)이나 주법(Landesrecht)이 헌법에 위반되는지와 주법이 연방법에 위반되는지의 여부에 대하여 의견대립이 있거나 의문이 생긴 경우에 연방정부, 주정부 또는 연방의회 재적의원 1/3이상의 청구에 의하여 연방헌법재판소는 이에 대하여 심판한다(헌법 제93조 제1항 제2호).

그런데 이 경우 법률의 위헌여부에 대한 의견대립이나 의문이 청구권자에 있어서 생겨나야 하는 것은 아니고 이러한 의견대립이나 의문이 생겨난 이상 그것이 누구에 의해

서 생겨난 것이든 관계없이 청구권자가 이러한 의견대립이나 의문을 문제삼아 연방헌법재판소에 그 심판을 청구하면 된다.

나. 심판의 대상

추상적 규범통제의 심판의 대상은 연방과 주의 법이다. 따라서 예산법(Haushaltsgesetz)이나 동의법(Zustimmungsgesetz)과 같은 형식적의미의 법률이건 법규명령이나 규칙과 같이 실질적의미의 법률이건 모두 포함되고 관습법도 포함된다. 또한 기본법 제정전법률(vorkonstitutionelles Recht)이건 제정후법률(nachkonstitutionelles Recht)이건 모두 포함되나, 반드시 공포된 것이어야 한다. 그러나 효력의 발생이 그 요건은 아니다. 공포된 이상 효력발생 전이라도 심판대상이 된다. 다만, 국제조약에 대한 동의법에 대하여는 조약을 체결한 후 무효로 되는 경우에 야기될 혼란을 방지하기 위하여 동의법이 국회에서 통과한 후라면 연방대통령이 서명·공포하기 전이라도 심판대상이 된다. 이 경우 연방헌법재판소는 국제조약이 효력을 발생하기 전에 결정하여야 한다. 이러한 예외는 판례에 의해 허용된 것이다.

헌법 제79조 제1항은 헌법을 개정하는 법률을 인정하고 제3항은 그 개정을 할 수 없는 범위를 정하고 있다. 따라서 이러한 헌법개정법률도 심판의 대상이 된다. 연방헌법재판소는 “위헌인 헌법”(vdrfassungswidriges Verfassung-srecht)은 적어도 이론적으로는 심판 가능하다고 하고 있다(BverfGE 1, 14(32)).

다. 심판절차

심판절차에는 일반적인 심판절차규정(제17조 내지 제35조)이 적용되는 것은 당연하고 그 이외에도 추상적 규범통제에서는 연방법의 효력에 대하여 의견의 차이가 있는 경우에는 연방의회(Bundestag), 연방참사원(Bundesrat), 연방정부(Bundesregierung), 주정부(Landesregierung)로 하여금 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 하고, 주법규범의 효력에 대하여 의견의 차이가 있는 경우에는 그 법규범이 공포된 주의회(Landtag)와 주정부들로 하여금 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(연방헌법재판소법 제77조).

라. 위헌판결

(1). 제1원의 위헌선언

규범통제는 연방헌법재판소는 제1원(Der Erste Senat)의 소관사항이므로 각 심판대상인 연방법이 헌법과 불합치하거나 주법이 헌법 또는 연방법과 불합치할 때에는 무효(nichtig)임을 선언한다. 이 경우 같은 법률의 다른 조문의 규정이 같은 이유로 헌법 또는 그 외의 연방헌법과 합치하지 아니하면 그에 대해서도 똑같이 무효선언을 할 수 있다(연방헌법재판소법 제78조). 이러한 위헌 결정은 8인의 재판관중 6인 이상의 출석이 있어야 하고 그 출석인원의 과반수의 찬성이 있어야 한다(동법 제15조 제2항).

(2). 무효선언판결의 효력

①기속력과 일반적 효력

무효선언판결은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원, 모든 행정기관을 기속한다(연방헌법재판소법 제31조 제1항).

②법률적 효력

무효선언의 판결은 법률적 효력(Gesetzeskraft)을 가진다(동법 제31조 제2항).연방법무장관은 연방법률관보(Bundesgesetzblatt)에 이러한 판결의 선고를 게재하여 공고하여야 한다.

③원칙적으로 처음부터 무효(ex-tunc Wirkung)

무효선언된 법률은 원칙적으로 처음부터 효력이 없었던 것으로 된다(동법 제79조 제1항). 그러나 성질상 처음부터 무효라고 할 수 없는 경우(예를 들면 조세, 재정관계법 영역, 계속적 급부관계법 영역)에는 장래에 향하여 효력을 가지는 것으로 연방헌법재판소가 결정한다. 이러한 예외는 다소 넓게 인정되는 경향이지만 형사사건의 경우에는 이런 예외에 해당하지 아니한다. 따라서 연방헌법재판소법 제79조 제1항도 명문으로 형사재판이 확정된 경우에는 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

2. 구체적 규범통제

가. 협의의 구체적 규범통제

(1). 제청권자

법원은 그 재판의 전제로 된 법률이 위헌이라고 확신하는 경우에는 연방헌법재판소에 위헌심판을 제청한다(헌법 제100조 제1항). 따라서 제청권자는 법원(Gericht)이다. 당사자는 제청의 신청을 할 수 없다.

(2). 제청절차

법원이 제청을 하는 경우에는 재판의 전제가 된 법률의 위헌성에 대하여 확신을 가져야 한다. 법원이 헌법합치적 해석을 할 수 있을 때에는 헌법합치적으로 법률을 해석하여 적용하여야 한다. 이러한 의미에서 독일의 법원은 연방헌법재판소의 위헌심판권(Verwerfungskompetenz)과 구별되는 위헌심사권(Prüfungskompetenz)을 가지고 있다. 따라서 법원이 제청을 하는 때에는 법원의 재판이 당해 법규정의 효력여부에 어느 정도 좌우되는지와 어떤 규정이 어떤 상위법규와 합치되지 아니하는지에 대하여 이유를 밝혀야 한다. 제청에는 소송기록이 첨부되어야 한다(연방헌법재판소법 제80조 제2항). 법원은 제청에 있어서 소송당사자가 제기하는 법규정의 무효주장에 영향을 받지 아니한다(동법 제80조 제3항).

(3). 심판절차

연방의회 등에 진술기회를 부여하는 것은 추상적 규범통제에서와 같고(동법 제82조 제1항), 그외에 연방헌법재판소는 제청법원의 당해 소송당사자에게도 진술의 기회를 부여한다(동법 제82조 제3항). 또 연방헌법재판소는 각 연방최고법원(oberster Gerichtshof des Bundes)과 주대법원(oberster Landesgericht)에 대하여 몇 가지 사항에 관한 회신을 요청할 수 있다. 즉 다툼이 되고 있는 문제에 있어서 효력이 다투어진 규정을 최고법원들이 어떻게 적용하여 왔는지와 어떤 법적인 문제가 재판과 관련이 있는지의 여부 등이다(동법 제82조 제4항).

(4). 위헌재판 및 효력

추상적 규범통제에서 본 바와 같다(동법 제82조 제1항).

나. 국제법규의 효력에 관한 구체적 규범통제

법원이 재판을 함에 있어서 어떤 국제법규가 국내 연방법으로서 효력을 가지는지에 대해서 의문이 생기거나 그 국제법규가 국민에게 직접 권리·의무를 발생케 하는 것인지의 여부에 대해서 의문이 있는 경우 법원은 그 재판절차를 중지시키고 연방헌법재판소에 그 결정을 구하며 이에 대하여 연방헌법재판소는 결정을 하여야한다(동법 제83조, 제84조).

다. 헌법해석의 통일을 위한 구체적 규범통제

주의 헌법재판소가 구체적 사건에 대한 재판을 함에 있어서 연방헌법재판소나 다른 주의 헌법재판소에서 해석한 것과 다르게 헌법을 해석하고자 하는 경우에는 주의 헌법재판소는 그 재판절차를 중지시키고 연방헌법재판소에 이에 관하여 제청한다(동법 제85조 제1항). 이때 연방헌법재판소는 연방참사원, 연방정부에 진술할 기회를 주며, 주헌법재판소의 판례상 해석과 해석을 달리하는 경우에는 당해 주헌법재판소로 하여금 진술할 기회를 부여한다(동법 제85조 제2항). 이 사건에서 연방헌법재판소는 법적인 문제에 대해서만 판단한다(동법 제85조 제3항). 이 경우는 일반법률이 그 심사의 대상으로 되는 규범통제가 아니고 헌법의 해석 그 자체가 심판의 대상으로 되는 것이기 때문에 연방헌법재판소의 결정이 다른 규제통제에서처럼 법률적 효력을 가지지는 아니한다.

3. 헌법소원심판

독일에는 헌법소원심판제도(Die Verfassungsbeschwerde)로 ① 연방의회가 한 선거의 유효여부결정이나 의원직 상실결정에 대하여 해당 청구권자가 연방헌법재판소에 심판을 구하는 경우(헌법 제41조)와 ② 지방자치단체 또는 지방자치단체연합회가 연방이나 주의 법률(법규명령 포함)이 헌법 제28조 제2항의 자치권을 침해하였다고 주장하면서 연방헌법재판소에 심판을 구하는 경우(헌법 제93조 제1항 4b) ③ 공권력의 작용으로 기본권을 침해당한 국민이 기본권구제를 위하여 연방헌법재판소에 심판을 구하는 경우(헌법 제93조 제1항 4a)등 3종류가 있다. 이하에서는 ③의 경우를 살펴보기로 한다.

가. 청구권자

모든 사람은 공권력에 의해 자기의 기본권이나 헌법 제20조 제4항(저항권), 제33조(공직활동), 제38조(선거), 제101조(재판을 받을 권리 등), 제103조(사법절차에 관한 권리), 제104조(인신의 자유 등)에 포함된 권리를 침해당한 경우에는 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(연방헌법재판소법 제90조 제1항). 따라서 청구권자는 헌법이 보장하는 이러한 권리, 자유를 침해당한 사람인데 이 경우의 사람에는 당해 자연인 이외에도 태아의 대리인, 금전적 청구권이 침해된 경우에는 상속인, 유산관리인, 유언집행

인, 파산관재인 등이 해당되고 법인이나 권리능력없는 사단도 그 성질이 허용되는 한도 내에서 해당된다. 경우에 따라서는 정당, 원내교섭단체 등도 해당되는 경우가 있다.

나. 보충성의 원칙

헌법소원심판은 제도적으로 보장되고 있는 다른 법적인 권리구제절차를 모두 거쳐야 청구할 수 있다(동법 제90조 제2항). 다만, ① 다툼의 성격이 일반적 의미(allgemeine Bedeutung)를 가지는 경우와 ② 다른 사전절차를 경유하는 경우에는 청구인에게 중대하고도 회복할 수 없는 피해(schwerer und unabwendbarer Nachteil)를 초래하게 될 경우에는 사전구제절차를 거칠 필요없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(동법 제90조 제2항)

다. 심판의 대상

국가의 모든 공권력작용이다. 이에선 입법, 행정, 사법작용이 모두 포함되고 간접적으로 국가작용을 수행하는 기관(공법상의 사단, 영조물, 재단과 연방철도, 연방우체국 등)의 작용도 이에 포함된다. 국가로부터 권한의 위임을 받은 교회의 행위나 사법 형식을 띤 국가의 공무 수행도 이에 해당되고 예외적으로 법규(법률, 법규명령)에 대한 헌법소원심판청구도 인정된다. 입법부작위도 일정한 요건 하에 심판의 대상이 되고 법원의 최종적인 재판도 이에 해당된다. 주헌법재판소의 재판도 이에 포함된다.

라. 청구기간

헌법소원심판의 청구는 청구서의 제출이 있어야 하는데(동법 제92조), 청구기간은 1개월이다(동법 제93조 제1항).

다만 법률과 권리구제절차가 없는 고권행위(Hoheitsakt)에 대한 심판청구는 법률시행, 고권행위의 발동이 있을 때로부터 1년 이내에 제기되어야 한다(동법 제93조 제2항).

마. 사전심사절차

삼판청구는 본안심리에 들어가기 전에 2단계의 사전심사를 거치게 된다. 제1단계 사전심사는 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부(Kammer)에서 행하며, 구성된 때로부터 3년 이내에는 이러한 지정재판부의 재판관을 변경할 수 없다(동법 제15조의a 제1항).

지정재판부에서는 ① 청구인이 연방헌법재판소법 제34조 제6항 소정의 공탁금을 납부하지 아니하였거나 적시에 납부하지 아니한 경우와 ② 헌법소원심판청구가 부적법하여 허용되지 않거나(unzulässig) ③ 다른 이유로 인용에 있어 충분한 가능성이 없는 때 및 ④ 관할원이 제93조의c 제2문에 따라 본안심리로 받아들이리라고 기대할 수 없는 경우에는 원으로의 회부를 하지 아니하는 결정을 할 수 있다. 이 경우에는 3인의 재판관의 전원일치의 의견이 있어야 한다(동법 제93조의b 제1항).

제2단계의 사전심사는 제1단계 사전심사에서 지정재판부가 심판회부여부의 결정을 하지 않는 경우 관할원에서 회부 여부를 결정한다. 이 경우 2인 이상의 재판관이 연방헌법재판소의 재판에 의해 미해결의 헌법문제에 대한 해명이 기대된다거나 본안심리거부로 청구인에게 중대하고도 회복할 수 없는 피해가 초래된다고 하는 의견을 제시한 경우에는 원은 이를 보안심리에 회부한다(동법 제93조의 c)

바. 인용판결

재판부가 심판청구를 인용하는 경우에는 판결에서 침해된 헌법조항과 어떠한 작위와 부작위가 헌법조항을 침해하였는지를 특정하여야 한다. 이와 함께 연방헌법재판소는 다투어진 공권력의 작용을 계속 반복하는 것은 헌법을 침해한다는 것도 판결에서 선고할 수 있다(동법 제95조 제1항).

행정기관이나 사법기관의 결정에 대한 헌법소원심판청구가 인용된 경우에는 연방헌법재판소는 그 행위에 대하여 취소한다. 법원의 재판을 취소(파기)한 경우에는 이를 원심법원으로 환송한다(동법 제95조 제2항).

법률에 대한 헌법소원심판청구가 인용되면 연방헌법재판소는 그 법률의 무효를 선언한다.

위에서와 같이 행정작용이나 사법작용을 취소하는 경우 그러한 작용의 근거가 된 법률이 위헌이어서 그러한 행정작용이나 사법작용이 취소되는 것인 때에는 그 법률에 대하여도 무효선언을 한다. 이와 같은 법률의 무효선언의 효력은 규범통제의 경우와 같다(동법 제95조 제3항, 제79조, 제31조 제2항).

사. 가처분

연방헌법재판소는 본안의 재판선고가 있기 전에 중대한 피해를 방지하거나 위협을 초래하는 공권력행사를 저지하기 위하여 불가피하다고 인정되거나 기타 공공복리상 긴급한 필요가 있다고 인정되는 경우에는 가처분(einstweilige Anordnung)의 결정을 할 수 있다(헌법재판소법 제32조 제1항). 이러한 가처분 결정에 있어서는 본안에서의 승소가

능성이 있어야 하는 것은 아니다. 이러한 가처분결정은 구두변론 없이 할 수 있고 긴급한 경우에는 당사자, 소송참가인, 기타 이해관계인에게 진술의 기회를 주지 아니하고 할 수 있다(동법 제32조 제2항). 이러한 가처분이 결정(Beschluß)의 형식으로 이루어진 경우에는 이에 대하여 이의(Widerspruch)를 제기할 수 있다. 다만, 헌법소원심판절차의 경우에는 이의 제기할 수 없다(동법 제3항). 물론 이러한 이의가 제기되었다고 하여 가처분의 효력이 정지되는 것은 아니지만 연방헌법재판소가 그 가처분의 집행을 중지시킬 수는 있다(동조 제4항).

이러한 가처분의 효력은 6개월이 경과하면 상실된다. 다만, 연방헌법재판소는 이 경우 다시 가처분을 할 수 있다(동조 제5항).

4. 기관쟁의심판

가. 당사자

독일헌법 제93조 제1항 제1호 의하면 연방최고기관이나 헌법 및 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유한 권리가 부여된 그 밖의 기관의 권리와 의무에 관하여 분쟁이 생긴 경우 연방헌법재판소가 심판한다.

이러한 기관에 해당하는 것으로는 연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방정부, 연방의회내의 고유권한을 가진 기관 등이 이에 해당하고(헌법재판소법 제63조), 연방의회의 원

내교섭단체, 정당, 개개의 국회의원도 이에 해당된다는 것이 연방헌법재판소의 견해이다.

나. 심판청구절차

심판청구인은 우선 피청구인의 작위 또는 부작위로 인하여 그 자신이나 그가 소속된 기관의 헌법상 권한이나 의무가 침해되었거나 직접적인 위협이 있는 경우에 해당되어야 심판청구의 이익을 가지게 된다(헌법재판소법 제64조 제1항).

심판청구는 피청구인의 작위 또는 부작위가 있었음을 안 때로부터 6개월 이내에 하여야 한다(동법 제64조 제3항).

심판을 청구함에 있어서는 피청구인의 작위 또는 부작위에 의하여 침해된 헌법규정을 특정하여야 한다(동조 제2항).

다. 판결 및 효력

연방헌법재판소는 피청구인의 작위 또는 부작위가 헌법규정을 침해하였는지에 대하여 판결에서 확인한다. 그 헌법규정은 특정되어야 한다(동법 제67조). 경우에 따라서는 연방헌법재판소는 주문에서 피청구인의 작위 또는 부작위로 청구인의 권리나 의무가 침해되었음을 밝힐 수도 있다.

또 연방헌법재판소는 주문에서 그 재판의 결론이 좌우되는 헌법규정해석에 있어 중요한 법적 문제에 대해서도 판단할 수 있다(동법 제67조).

기관쟁의심판에 있어서 헌법재판소의 결정은 모든 헌법기관 및 법원, 행정청을 기속한다(동법 제31조 제1항).

5. 정당해산심판

정당의 목적이나 정당의 당원, 또는 지지세력의 정치활동이 민주적 기본질서를 침해·폐지하는 것이거나 국가의 존립을 위태롭게 하는 때에는 연방의회, 연방참사원 또는 연방정부가 연방헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고 연방헌법재판소는 그 정당의 해산여부를 심판할 수 있다(헌법제21조 제2항). 주정부는 그 조직이 그 주내에 국한된 정당에 대해서만 그 해산의 제소를 할 수 있다(연방헌법재판소법 제43조 제2항).

정당에 대한 해산이 제소된 경우에 연방헌법재판소는 우선 일정한 기간을 정해서 정당에게 의견을 진술할 기회를 주고 해산제소를 기각할 것인지 아니면 정식으로 본안심리에 들어갈 것인지를 결정한다(동법 제45조).

정당에 대한 해산제소가 이유 있다고 인정되는 경우에는 연방헌법재판소는 그 정당이 위헌정당임을 확인한다. 이러한 위헌확인인정 정당의 일부조직에 국한하여 할 수도 있다(동법 제46조 제1항, 제2항). 정당이 연방헌법재판소의 판결에 의해서 위헌정당으로 확인되면 해당 정당은 해산되고, 대체정당의 설립도 금지된다. 연방헌법재판소가 정당의 일부조직(예컨대, 청년부, 하부개별활동조직 등)의 위헌만을 확인한 경우에는 그 일부조직만 해산된다. 소속의원은 당연히 의원자격을 상실한다. 또 연방헌법재판소는 해산심판의 경우 그 정당이나 정당의 일부조직에 속하는 재산을

몰수할 수 있다 (동법 제46조 제3항).

6. 탄핵심판

연방헌법재판소는 연방대통령과 연방법관에 대한 탄핵심판을 한다.

가. 연방대통령에 대한 탄핵심판

연방대통령이 그 직무집행에 있어서 고의로 헌법이나 연방법률을 위배한 때에는 연방의회 또는 연방참사원은 그 재적의원 1/4이상의 발의와 그 재적의원 2/3이상의 찬성으로 연방헌법재판소에 탄핵소추를 의결할 수 있다(헌법 제61조 제1항). 다만, 탄핵의 소추는 연방대통령의 위헌행위의 사실을 안 때로부터 3개월 이내에 행하여야 한다(연방헌법재판소법 제50조).

연방의회나 연방참사원에서 탄핵소추가 의결된 때에는 연방의회나 연방참사원의 의장은 탄핵소추가 의결된 날로부터 1개월 이내에 탄핵소추장(Anklageschrift)을 연방헌법재판소에 송부해야 하는데 소추장에는 그 소추가 재적의원 2/3이상의 찬성에 의해서 의결되었다는 사실이 반드시 명시되어야 한다(동법 제4조). 탄핵소추장의 송부에 의해서 일단 탄핵심판절차가 연방헌법재판소에 계속된 경우에는 연방대통령의 사임, 퇴임, 의회의 해산, 의원의 임기만료 등의 사유에 의해서 그 재판절차가 영향을 받지 아니한다(동법 제51조).

탄핵소추를 의결한 연방의회나 연방참사원은 연방헌법재판소에서 탄핵심판사건에 대한 판결선고가 있을 때까지 그 재적의원 과반수의 찬성으로 탄핵의 소추를 철회할 수 있다(동법 제52조).

탄핵심판사건이 개시 진행된 경우에는 연방헌법재판소는 연방대통령의 직무집행을 정지시키는 가처분결정을 할 수 있다(동법 제53조). 심판절차에 대하여는 연방헌법재판소법 제54조, 제55조에 규정되어 있다. 연방헌법재판소는 그 판결(Urteil)에서 연방대통령이 고의로 위헌 또는 위법한 행위를 한 사실이 인정되는 경우에는 연방대통령의 해직을 선고할 수 있다. 이 판결선고와 동시에 연방대통령은 자동적으로 해직된다. 연방헌법재판소는 그 판결문 정본을 연방의회, 연방참사원, 연방정부에 송달하여야 한다(동법 제57조).

나. 연방법관에 대한 탄핵심판

연방법관(Bundesrichter)이 직무상 또는 직무집행과 관계없이 헌법의 기본원칙이나 어느 주의 헌법질서를 침해한 경우에 연방의회는 그 유효투표과반수의 찬성으로(헌법 제42조 제2항) 연방헌법재판소에 탄핵의 소추를 할 수 있고 연방헌법재판소는 전체 재판관 2/3이상의 찬성으로 당해 법관을 법관이외의 다른 직에 진출시키거나 휴직을 선고할 수 있고, 고의가 있었다고 인정되는 경우에는 파면을 선고할 수 있다(연방헌법재판소법 제59조).

주헌법이 주법관에 대한 탄핵심판을 규정하고 있는 경우에도 그 관할권은 연방헌법재판소가 가진다(헌법 제98조

제2항).

연방법원에 대한 탄핵심판에는 대체로 연방대통령에 대한 탄핵 심판절차의 규정이 준용된다(헌법 제58조).

7. 기본권실효심판

누구든지 자유민주적 기본질서(freiheitlich-demokratische Grundordnung)를 파괴할 목적으로 헌법에 의해서 보장된 언론과 보도의 자유, 학문의 자유, 집회·결사의 자유, 통신의 자유, 재산권과 망명권을 남용하는 경우에는 그 기본권이 실효된다(헌법 제18조).

기본권의 실효에 관한 심판은 연방의회, 연방정부 또는 주정부의 신청이 있어야 하는데, 기본권실효심판에 관한 신청이 있는 경우에는 연방헌법재판소가 일정한 기간을 정해서 피신청인에게 진술의 기회를 준 후 본안심리 개시 여부를 정한다(연방헌법재판소법 제37조).

연방헌법재판소는 신청이 이유있다고 인정하는 경우에는 피신청인의 특정한 기본권을 실효시키는 선고를 한다. 실효선언의 효력은 선고일로부터 장래에 향한(ex-nunc)것이고 1년 이상의 기한을 정해서 기본권실효기간을 정할 수도 있다(동법 제39조).

연방헌법재판소는 실효된 기본권이외의 타기본권을 침해하지 않는 범위 내에서 구체적인 범위와 기한을 정해서 피신청인에게 일정한 행동에 제한을 가할 수 있는 데, 이 경

우 행정관청은 별도의 법적 근거가 없이도 피신청인의 행동을 제한하는 행정처분을 할 수 있게 된다(동법 제39조 제1항).

연방헌법재판소는 기본권의 실효기간 동안 피신청인의 선거권, 피선거권, 공무담임권 등을 박탈할 수도 있으며 법인의 경우에는 그 해산을 명할 수 있다(동법 제39조 제2항).

연방헌법재판소가 처음부터 실효기간을 정하지 않았거나 1년 이상의 기간을 정해서 기본권실효를 선고한 경우에는 선고한 때로부터 2년이 경과한 때에 신청인 또는 피신청인의 청구에 의해서 기본권의 실효를 전부 또는 일부 해제하거나 그 실효기간을 단축시킬 수 있다. 이러한 기본권실효의 해제나 기간단축을 구하는 청구는 1년마다 다시 할 수 있다(동법 제40조). 지금까지 두 건의 기본권실효심판사건이 있었으나 모두 기각되었다.

8. 연방소송

연방과 주사이의 분쟁이 생긴 경우 연방헌법재판소는 그에 대하여 심판한다. 즉 연방법을 주정부가 집행·시행하는 과정이나 주정부에 대한 연방정부의 감독권 행사과정에서 발생하는 연방과 주사이의 분쟁에 대하여 연방헌법재판소는 관할권을 가질 뿐 아니라(헌법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제2항, 연방헌법재판소법 제13조 제7호) 서로 다른 주들 사이에 발생하는 공법상의 분쟁에 대하여도 관할권을

가진다(헌법 제93조 제1항 제4호, 동법 제13조 제8호). 이에 관하여 자세한 절차규정은 연방헌법재판소법 제68조에서 제72조까지에 명시되어 있다.

Ⅲ. 이탈리아³⁾

이탈리아의 헌법재판소는 규범통제, 기관쟁의, 대통령 및 장관에 대한 탄핵심판에 관하여 관할권을 가지고 있다(헌법 제134조).

1. 구체적 규범통제(Questioni di legittimità costituzionale)

헌법재판소는 국가(Stato)와 주(Regione)의 법률 및 법률적 명령이 헌법에 합치하느냐의 여부에 대하여 재판한다(헌법 제134조).

가. 제청권자 및 제청절차

일반법원의 재판절차에서 당사자나 호민관(Pubblico Mi-

3) Ch. Starck/A. Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/II (Baden-Baden : Nomos, 1986) ; Th. Ritter-spach, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien," in : Ch. Starck/A. Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. 30/ I (Baden-Baden : Nomos, 1986), S.277ff.(235) ;M. Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World(New York : The Bobbs-Merill Company, 1971), S.90f. ; S. Borgheg e, Nozioni di Diritto Costituzionale, 1965, 岡部史浪, 『イタリア憲法入門』(동경 : 유비각, 1969), 104면 이하 계속.

nistero)은 국가나 주의 법률 또는 법률적 법령이 위헌임을 주장하면서 당해 법원에 위 규범들이 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 있다. 이러한 신청이 있으면 당해 법원은 헌법재판소의 위헌여부의 재판이 없으면 사건의 결론을 내릴 수 없고 당해 사건에 적용하게 될 규범의 헌법합치성 여부에 대한 의문이 명백히 이유가 없는 것이 아니한 결정으로서 헌법재판소에 제청하다(헌법재판소법 제23조).

그리고 같은 이유로 제청신청없이 법원 또는 판사가 위헌여부심판의 제청을 할 수도 있다(1948. 2. 9. 헌법적 법률 제1호 제1조 ; 헌법재판소법 제23조). 제청을 할 때에는 당해 사건의 심판 절차를 중지한다.

제청신청이 재판의 전제성을 상실한 것이거나 명백히 이유가 없는 것일 때에는 기각하는 결정을 하는 데 법원은 그 기각결정의 이유를 밝혀야 한다. 제청신청을 기각당한 경우에 당해 심급에서는 다시 신청할 수 없지만 그 다음의 심급에서는 다시 제청을 신청할 수 있다(헌법재판소법 제24조).

제청이 있게 되면 법원은 신청자에게 그 사실을 통지하여 문제가 된 국가 또는 주의 규범이 중요한 것이라고 인정할 때에는 내각총리 또는 주지사에게 제청결정을 송달한다. 그 이외에 양원의장이나 관계되는 주의회의장에게도 통지한다(동법 제23조).

나. 심판의 대상

심판의 대상에는 법률 및 법률과 동일한 효력을 가지는 명령도 포함된다. 즉, 수권명령(*legge de legata*), 법률명령

(decreto legge), 입법명령(decreto legislativo)도 그 대상으로 된다. 주법(legge regionali)도 심판의 대상으로 된다. 다만, 헌법적 법률(legge costituzionale)은 헌법을 개정하는 힘을 가지고 있는 것이기 때문에 심판의 대상으로 될 수는 없다고 할 것이다. 그러나 헌법 가운데 절대로 개정할 수 없는 규범이 존재한다고 인정하는 경우에는 그러한 한도 내에서 심판의 대상으로 될 수 있다고 할 것이다. “공화제는 헌법개정의 대상이 되지 아니한다.”고 규정하고 있는 헌법 제139조에 비추어 볼 때 개정이 절대 불가능한 규범이 존재하는가 하는 문제는 이탈리아 헌법에서도 논의의 여지를 충분히 가지고 있다고 보인다.

다. 심판절차

법원의 제청이 있게 되면 헌법재판소장은 이를 국가의 법률관보(Gazzett Ufficiale)나 필요한 경우에 한하여 관계되는 주의 법률관보(Bollettino Ufficiale)에 공고하도록 명한다.

제청결정송달일로부터 20일 이내에 관계인은 의견을 제출할 수 있다(동법 제25조).

재판소장은 먼저 재판관 1인으로 하여금 사전심사를 하도록 한 후 20일 이내에 평의를 위하여 재판관회의를 소집한다. 이 재판관회의에서는 관계인이 없거나 제청신청이 명백히 이유가 없는 경우에는 변론을 거치지 아니하고 재판을 할 수가 있다(동법 제26조).

라. 위헌판결

(1). 위헌선언

제청이 이유 있을 경우에 헌법재판소는 인용하게 되는 데 이때 헌법재판소는 어느 법률적 규정이 위헌인지를 특정하여야 한다. 그리고 위헌판결의 경우 위헌재판의 결과 필연적으로 다른 법률적 규정이 위헌으로 될 수밖에 없는 경우에는 함께 위헌임을 선언한다(헌법재판소법 제27조).

다만, 규범심사에 있어서 정치적 성격을 지니는 가치판단이나 의회의 재량영역에 대한 사후심사는 헌법재판소의 심사범위에서 제외된다(동법 제28조).

(2). 위헌판결의 효력

(가). 장래적 효력

헌법재판소가 법률 또는 법률적 법령에 대하여 위헌이라고 선고한 때에는 판결은 공고되며, 판결공고일의 다음날부터 더 이상 적용되지 아니한다. 즉 위헌판결의 효력은 소급되지 아니하고 판결공고 다음날부터 장래에 향해서만 효력을 가진다(헌법 제136조, 헌법재판소법 제30조). 그러나 형사사건의 경우 이미 선고된 판결은 더 이상 취소할 수 없어도 그 형의 집행과 모든 형의 효과는 소멸된다(헌법재판소법 제30조)

(나). 일반적 효력

위헌판결은 당해사건의 재판에 효력을 미치는 것은 물론이고 계쟁중의 모든 재판에 대하여도 효력을 가진다. 한편 헌법재판소의 판결은 양원 및 관계되는 주의회의 통고되는데, 이 경우 양원 또는 주의회는 필요하다고 인정되는 때는 하는 헌법에 합치되는 조치를 취한다(헌법 제 136조).

2. 기관쟁의심판(Conflitti di attribuzione)

헌법재판소는 국가권력간의 쟁의 및 국가와 주 그리고 주 상호간의 권한쟁의에 대하여 최종적인 판단을 한다(헌법 제134조). 여기서의 권한쟁의는 즉‘권한분배의 다툼’(conflitto di attribuzione)을 의미하는 것이 아니며 ‘관할권의 다툼’(conflitto 야 giurisdizione)을 의미하는 것이 아니다. 따라서 법원의 관할권을 규정하고 있는 현행법령의 규정은 이와는 관계없이 효력을 가지는 것이다(헌법재판소법 제37조). 즉 법원의 관할권을 규정하고 있는 조항에 대하여 헌법재판소가 기관쟁의의 형태로 재판을 할 여지는 없게 되는 셈이다.

헌법재판소는 당사자의 구두변론 없이 결정으로 당사자의 권한에 대하여 심판한다. 다만, 그 권한의 다툼이 중요하다고 생각될 때에는 어느 기관에게 권한이 귀속되는지를 선언하고 관계기관에게 송달을 명한다(동법 제37조). 헌법재판소가 쟁의심판을 하는 때에는 어느 기관에 권한이 부당하게 지속되어 있는지를 특정하고, 이미 권한 없는 기관이 행한 행위가 있을 때에는 그에 대하여 그것이 무효임을 선언한다(동법 제38조).

국가와 주간 및 주상호간에 있어서 생기는 권한쟁의에 대하여는 헌법재판소법 제39조 내지 제40조에서 규정하고 있다.

3. 탄핵심판

헌법재판소는 헌법이 정하는 바에 따라 대통령과 장관에 대한 탄핵심판을 한다. 즉, 대통령이 반역죄 또는 헌법위반의 죄를 범한 경우와 내각총리 및 장관이 그 직무수행과 관련된 범죄를 범한 경우에 탄핵심판을 하게 된다(헌법 제 90조, 제96조).

탄핵소추장은 의회의 양원합동회의에서 의원의 과반수의 의결에 의해 의회가 제출하며 그 소추장에는 죄명과 탄핵을 근거 있게 하는 증거가 제시되어 있어야 한다. 소추장은 2일 이내에 하원의장이 헌법재판소장 앞으로 제출한다.

이러한 탄핵심판에는 의회가 선출하는 16인의 국민재판관이 추가로 참여하여 재판부를 구성한다. 이러한 국민재판관은 상원의원의 피선거격을 가진 시민가운데서 선출된다(헌법 제135조). 이러한 제도는 탄핵심판이 단순한 법원의 형사재판과는 달리 고도의 정치적성격을 가지기 때문에 탄핵심판의 민주적 정당성을 높이기 위한 것으로 보인다.

헌법재판소의 탄핵심판은 최종적인 것이므로 이에 대한 상소는 허용되지 않는다.

IV. 스페인⁴⁾

4) Ch. Starck/A. Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. 30/II(Baden-Baden ; Nomos,1986) ; F. R. Llorente, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien," in : Ch.Starck/A. Weber(Hrsg.)Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd 30/ I (Baden-Baden : Nomos, 1986), S.251ff. ; A. Weber,

스페인의 헌법재판소는 사전적·예방적 규범통제, 추상적 규범통제, 구체적 규범통제, 헌법소원심판, 기관쟁의심판 및 지방자치단체의 결정에 대한 이의절차에 관한 권한을 가지고 있다(헌법 제161조).

1. 사전적·예방적 규범통제(Del control previo de inconstitucionalidad)

국가가 동의하기 전의 상태에 있는 조약의 위헌여부에 대하여 정부, 상원 또는 하원의 심판청구가 있는 때에 헌법재판소는 그 위헌여부를 심판한다(헌법재판소법 제78조). 1985년 이전까지는 자치법 및 조직법에 대해서도 사전적 규범제도가 인정되었으나(구 헌법재판소법 제79조) 1985년 6. 7. 제정 공포된 개정법률로 이를 폐지하였다. 결국 조약에 대하여서만 사전적 규범통제가 인정되는 셈이다. 이러한 스페인의 사전적 규범통제제도는 프랑스의 사전적 규범통제제도의 영향을 받은 것으로 보인다.

2. 추상적 규범통제(Del recurso de inconstitucionalidad)

"Richterliche Normenkontrolle in Spanien," in : H.-R. Horn/A. Weber(Hrsg.) Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal(Baden-Baden : Nomos, 1989), S. 54ff. (59ff.) ; 『스페인 헌법재판소』(서울 : 헌법위원회,1986), 23면 이하 계속.

가. 청구권자

법률 또는 법률적 효력을 가진 명령·규칙에 대하여는 공포된 이후 적용되기 전이라도 그 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 청구할 수 있다(헌법재판소법 제31조). 그때의 청구권자는 다음과 같이 두 경우로 나누어진다.

① 국가가 제정한 지방자치법, 조직법 및 그 외의 법률, 명령, 규칙과 지방자치단체가 제정한 법률적 효력을 가지는 명령, 규칙 그리고 조약, 의회규칙(Reglamentos de las C-amaras y de las Cortes Generales)에 대하여 수장(Presidente del Gobierno), 호민관(Defensor del Pueblo), 50명의 하원의원(Diputados), 50명의 하원의원(Senadores)이 청구할 수 있다(헌법재판소법 제32조 제1항).

② 국가가 제정한 법률 및 법률적 효력을 가지는 명령·규칙으로서 지방자치의 고유영역을 침해할 가능성이 있는 규범에 대하여는 지방자치단체장 및 지방의회가 청구할 수 있다(헌법재판소법 제32조 제2항).

나. 청구기간

청구권자는 심판대상이 되는 법규들에 대하여 그 법규가 공포된 때로부터 3개월 내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제33조).

다. 청구, 심판절차

청구인은 청구서에 신분을 명시하여야 할 뿐 아니라 위헌여부가 문제가 된 법률등을 구체적으로 적시해야 하고 헌법의 어느 규정에 위배되는가도 정확히 기재하여야 한다

(헌법재판소법 제33조).

헌법재판소는 청구를 받아 들여 심리를 하게 되면 청구서의 사본을 상원의장, 하원의장에 송부하고 법무부를 경유하여 행정부에도 송부한다. 심판대상이 지방자치단체가 제정한 것일 경우에는 지방자치단체장과 지방의회에 송부한다(헌법재판소법 제34조 제1항).

변론기간은 15일인데 헌법재판소는 이 기간이 경과한 후 10일이내에 판결을 하여야 한다. 다만, 기간연장이 필요한 경우에 한하여 헌법재판소는 30일을 초과하지 아니하는 한도 내에서 이유를 밝혀 기간연장의 결정을 할 수 있다(헌법재판소법 제34조 제2항).

라. 위헌판결 및 효력

(1). 전원재판부의 위헌선언

규범통제는 헌법재판소 전원재판부의 관장사항이므로(헌법재판소법 제10조) 심판대상인 규범이 위헌인 때에는 전원재판부에서 위헌선언의 판결을 한다.

(2). 위헌선언판결의 효력

①기속력과 일반적 효력

위헌판결은 모든 공권력의 작용을 기속하고 관보(Boletín Oficial del Estado)에 공고된 날부터 일반적 효력(efectos generales)을 가진다(헌법재판소법 제38조 제1항).

청구가 기각된 경우에는 동일한 이유로 동일한 방법에 의하여 다시 위헌심판청구를 할 수 없다(헌법재판소법 제38조 제2항).

② 법규의 무효선언

심판대상인 법규가 위헌인 경우에는 무효로 선언된다. 심판청구대상인 법규의 조항이 무효선언되는 경우 성질상, 효과상 무효선언이 요구되는 그 법규의 다른 조항에 대해서도 무효선언이 된다.

헌법재판소는 재판의 진행과정에서 전혀 언급되지 않는 헌법규정의 침해를 이유로 하여 위헌선언을 할 수 있다(헌법재판소법 제39조). 이는 객관적 소송인 규범통제제도의 본질상 당연한 규정이다.

③ 예외적 재심허용 및 판례변경의 효력

위헌선언으로 무효로 선언된 법률 및 법률적 효력을 명령, 규칙의 경우 이미 헌법재판소의 판결이 효력을 발생하기 이전에 그 법률, 명령, 규칙을 적용하여 재판이 확정된 사건의 경우에는 재심이 허용되지 않는다. 다만, 책임의 면제, 감경 등을 가져오는 형사소송, 행정소송의 경우에는 그러하지 아니하다(헌법재판소법 제40조 제1항).

그리고 심판대상으로 된 법률, 명령, 규칙에 대한 일반법원의 판례는 헌법재판소가 선고한 판결에 따라 변경된 것으로 본다(동법 제40조 제2항).

3. 구체적 규범통제(De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales)

가. 제청권자

법관이나 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청으로 법률적 수준의 규범(norma con rango de ley)이 당해 재판에 적용가능성이 있고 당해 재판의 판결이 그 규범의 효력여부에 의하고 있는 경우 그 규정을 위헌이라고 확신하는 때에는 헌법재판소에 그 규정의 위헌여부에 대한 심판을 제청한다(헌법재판소법 제35조 제1항). 제청권자는 법관 또는 법원이며, 당사자는 직접 청구할 수 없고 제청신청만 할 수 있다.

나. 제청절차

사법기관이 제청하는 경우에는 우선 재판기한내이어야 하며, 위헌여부가 문제로 된 법규를 구체적으로 적시해야 하며 침해되는 헌법규정을 명시해야 한다. 또 문제가 되는 법규의 효력과 판결이 어느 정도로 관련성을 가지는지를 상세히 밝혀야 한다(헌법재판소법 제35조 제2항). 이 제청과정에서 사법기관은 당사자와 검찰관의 의견을 들어야 하며 그 의견을 들은 후 3일 이내에 제청여부를 결정하여야 한다. 이 결정에 대하여는 항고할 수 없다. 그러나 판결이 확정되지 아니한 한 당사자는 이와 관계없이 다음 심급에서는 새로이 제청신청을 할 수 있다(동법 제35조 제2항).

다. 심판절차

헌법재판소는 심리가 개시되면 제청서의 사본을 절차에 따라 상원, 하원, 검찰총장, 행정부에 송부해야 한다. 심판 대상이 된 법규가 지방자치단체가 제정한 것인 때에는 해당 지방자치단체장과 지방의회에 송부해야 한다. 제청서 사본을 받은 자는 모두 15일 이내에 출석하여 의견을 개진할 수 있다(헌법재판소 제37조 제 2항).

라. 위헌결정 및 효력

추상적 규범통제에서 살펴본 바와 같다. 다만, 구체적 규범통제에서는 헌법재판소는 판결을 선고한 즉시 이를 제청한 사법기관에게 통보하여야 하고, 그 사법기관은 당사자에게 헌법재판소의 판결을 통고하여야 한다. 법관이나 법원은 헌법재판소 판결의 선고내용을 알게 된 때로부터, 당사자는 통지를 받은 때로부터 그 판결에 기속된다(E1 Jues Trivunal guedara vinculado desde gue tuviere conocimiento de las entencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas). 헌법재판소법 제38조 제3항의 이 규정은 규범통제에서 위헌판결이 관보에 공고된 날부터 일반적 효력을 발생한다고 한 헌법재판소법 제38조 제1항 규정에 대하여 특별규정의 성격을 가진다.

4. 헌법소원심판(Del recurso de amparo constitucional)

가. 청구권자

헌법소원심판청구는 헌법 제14조 내지 제29조에 규정된 권리와 자유 및 제30조의 양심의 자유(평등권, 생명권, 신체의 자유, 사상의 자유, 종교·문화의 자유, 명예권, 초상권, 프라이버시권, 통신의 비밀, 주거의 자유, 학문·예술의 자유, 집회·결사의 자유, 참정권, 재판을 받을 권리, 교육을 받을 권리, 노동기본권, 청원권 등 기본권 인권)를 국가, 지방자치단체, 기타 공공단체 및 소속 공무원의 공권력의 행사(disposiciones, actos juridicos, simple via de hecho)로 인하여 침해당한 자이다(헌법재판소법 제41조). 구체적인 설명은 해당 사항에서 살펴보기로 한다.

나. 보충성의 원칙

헌법소원심판청구는 헌법 제53조 제2항에 규정된 필요한 사법적 구제절차를 모두 거친 후에야 할 수 있다(헌법재판소법 제41조 제1항, 제43조 제1항, 제44조 제1항).

다. 심판의 대상

(1). 헌법재판소법 제42조, 제45조에 규정된 일반적인 공권력의 행사에 의해 기본권이 침해되었을 때는 그 공권력 작용이 심판의 대상으로 되며, 이때 헌법소원심판의 청구인은 그 공권력작용에 직접 침해를 받은 자와 호민관, 검찰이다(헌법재판소법 제46조 제1항).

(2). 사법기관의 작위, 부작위로 직접 위에서 본 헌법상의 권리와 자유가 침해되었을 때는 그 행위가 심판의 대상으로 된다. 그때 당해 소송절차의 당사자 또는 호민관, 검찰은 심판청구를 할 수 있다(동법 제44조, 제46조 제1항).

이러한 사법작용에 대한 헌법소원심판에는 우선 사법절차상 가능한 권리구제의 소송을 모두 거쳐야 하며, 소송진행절차에서 생긴 작위, 부작위는 심판의 대상이 되지 아니한다(동법 제44조).

라. 청구기간

일반적인 공권력 작용에 의한 기본권 침해의 경우에는 사전구제절차의 결정 송달일로부터 20일 내이고, 사법기관의 작위, 부작위에 의한 기본권침해의 경우에는 판결송달일로부터 20일 내에 청구를 하여야 한다(헌법재판소법 제43조 제2항, 제44조 제3항). 헌법소원심판절차에 관한 개별적인 규정은 헌법재판소법 제49조에서 52조까지에 규정되어 있다.

마. 인용판결

소부(Seccion)에서 사전심사한 결과 본안으로 회부되면 원은 본안판결에서 기각, 인용의 판결을 한다. 법관이나 법원의 재판에 대하여 심판하는 경우에는 어떠한 권리와 자유가 침해되었는지를 구체적으로 적시하는 것에 한하며 당해 사법기관의 어떠한 행위에 대하여도 더 나아가 판단할 수 없다(헌법재판소법 제53조, 제54조).

인용결정에서는 기본권을 침해한 재판, 행위, 결정의 무효 선언을 하고 그 무효의 효력범위를 선고할 수 있다. 또 헌

법이 보장하는 내용을 가진 기본권과 자유를 인정할 수도 있으며 청구인의 권리 및 자유의 회복과 필요한 경우에는 그러한 권리와 자유의 유지에 요구되는 조치를 명할 수도 있다(동법 제55조).

특이한 것은 헌법소원심판절차에서 재판 및 공권력 행사에 적용된 법률이 권리와 자유를 침해하는 것으로 판단되는 경우에는 원은 전원재판부에 위헌심판을 제청한다는 것이다. 이 경우 전원재판부는 따로 위헌심판을 하며 그때 위헌선언된 법률의 효력은 일반적 효력을 가진다(동법 제55조 제2항).

바. 가처분

헌법소원심판절차에서 원은 직권 또는 청구인의 신청으로 공권력의 집행이 있을 경우 권리 및 자유의 구제의 가능성이 없어지는 경우에 그 집행정지를 명할 수 있다. 그러나 그 집행정지로 일반이익이나 제3자의 권리나 자유에 심한 방해가 되는 경우에는 집행정지를 명하지 아니할 수 있다(헌법재판소법 제56조 제1항). 이에 관한 구체적인 것은 헌법재판소법 제56조 제2항 내지 제58조에서 규정하고 있다.

5. 기관쟁의심판(De los conflictos constitucionales)

헌법재판소는 국가와 하나 또는 그 이상의 지방자치단체간, 지방자치단체상호간, 행정부, 하원, 사법부 상호간의 쟁

의에 대하여 심판한다(헌법재판소법 제59조).

이때 심판의 대상은 국가기관이나 지방자치단체기관이 행한 규칙, 결정, 행위(처분) 및 그러한 규칙, 결정, 행위의 부작위이다(헌법재판소법 제61조 제1항).

헌법재판소의 판결은 모든 공권력을 기속하며 일반적 효력을 가진다(동법 제61조 제3항).

이러한 기관쟁의에는 적극적 쟁의(Conflictos Positivos)와 소극적 쟁의 (Conflictos Negativos)의 2종류가 있는 데, 소극적 쟁의에서는 관계되는 자연인이나 법인도 심판을 청구할 수 있다(동법 제60조).

6. 특수한 이의절차

정부는 법률적 효력이 없는 규칙(disposiciones sin fuerza de ley)과 헌법 제161조 제2항에 규정된 지방자치단체의 결정이 공포된 때로부터 2개월 이내에, 또는 정부가 이 규칙, 결정을 안 때로부터 2개월 이내에 헌법재판소에 이의(impugnacion)를 제기할 수 있다.

이에 대하여는 적극적 쟁의절차에 의해 심판한다. 헌법재판소가 이의를 인용하면 이 규칙, 결정의 효력은 정지된다(헌법재판소법 제77조).

제2절 사법심사형의 국가

I. 미 국5)

1. 상소와 사건이송명령에 의한 재판계속

미국연방대심원은 둘 또는 그 이상의 주간의 분쟁에 관하여 전속적 1심관할권을 가지고 외국의 대사 등이 당사자인 소송, 연방과 주사이의 분쟁 등에 관하여 비전속적 1심관할권을 가지는 이외에는 상소심으로서의 관할권을 가진다(사법법 제1251조). 전자보다는 상소심관할권이 큰 비중을 가지고 있으며 사건수도 훨씬 많다. 연방헌법의 해석과 적용의 문제도 대부분 상소심사건에서 판단되어져 오고 있다.

사법심사와 관련하여 보면 하급법원에서의 당사자가 한 상소에 의해 상소심재판에서 법률, 명령 등에 대한 위헌여

5) G.R. Stone/L.M. Seidman/C.R. Sunstein/M.V. Tushnet, *Constitutional Law*(Boston : Little, Brown and Company, 1986), S. 111ff ; L. Baum, *The Supreme Court*(Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1981), S. 25ff. ; W.H. Rehnquist, *The Supreme Court*(New York : William Morrow and Company, 1987), S. 243ff. ; L.M. Fredman, *American Law : An Introduction* 서원우, 안경환(역) 『미국법입문』(서울 : 대한교과서주식회사, 1987), 74면 이하 계속 ; 최대권, 『영미법』(서울 : 동성사, 1989), 191면 이하 계속 ; 대한변호사협회(편역), 『미국연방법원판사 임명에 있어서 ABA의 역할』(대한변호사협회지 1988년 5월호 부록) ; 이상돈, 『미국의 헌법과 연방대법원』(서울 : 학연사, 1983) ; 이상돈, “미국의 사법제도,” 정만희(편) 『미국의 헌법과 권력구조』(서울 : 법문사, 1988), 179면 이하 계속 ; 김운용, “미국에서의 헌법과 재판,” 정만희(편), 위 책, 197면 이하 계속.

부를 심사하는 경우와 당사자의 신청에 의해 연방항소법원(U.S. Court of Appeals) 또는 주대법원에 대하여 사건이 송명령(certiorari)을 발부하여 직접 재심리하는 경우가 있다(동법 제1254조, 제1257조). 사건이송명령은 사건이송명령서(writ of certiorari)를 발부하는 형식에 의한다. 이러한 명령서 발부는 연방대심원의 재량에 의한다. 이송명령은 받은 당해 법원은 소송자료 일체를 연방대심원에 송부하여야 한다. 이러한 사법심사에서는 단순히 법률, 명령 등 규범의 위헌여부만 심사하는 것이 아니고 연방대심원의 재판체계가 상소심이므로 하급법원의 재판이 대상으로 되고 있음에는 의문의 여지가 없고 규칙과 처분 등의 위헌여부에 대해서도 심사가 가해지게 된다.

2. 법률 등에 대한 위헌판결의 효력

가. 실질적인 일반적 효력의 기능

연방대심원에서 어떤 법률에 대하여 헌법위반의 선고를 한 경우 그 법률은 모든 사람에게 대하여 무효의 효력이 미치는 것이 아니라 당해 사건에 한하여서만 당해 법률이 효력을 가지지 못하는 것으로 된다. 즉 개별적 효력만을 가진다. 그러나 미국의 경우에는 일반적인 선판례구속의 원칙(principle of stare decisis)이 있기 때문에 전체적으로 보면 결과적으로 일반적 효력을 가지는 것과 거의 같은 것으로 된다. 물론 이러한 평가가 미국의 경우가 위헌 판결

이 일반적 효력을 가지는 나라의 그것과 완전히 동일하다는 것을 의미하는 것은 아니다. 구체적 규범통제제도에서 위헌판결이 일반적 효력을 가지는 경우에는 그 선고 이후에는 더 이상 위헌선고된 법률은 폐지되어 적용여지가 아예 없을 뿐만 아니라 헌법재판소가 그에 대하여 다시 심사할 여지도 없게 되지만 미국의 경우에는 위헌선고된 법률이 완전히 폐지되는 것이 아니므로 사후 다른 사건에 기초하여 다시 심사하는 경우에는 종전의 견해를 바꿀 수 있는(합헌으로 판례를 변경)여지가 있게 된다.

미국에 있어서 일반적 효력을 정면으로 인정하지 못하고 이러한 위헌판결의 개별적 효력을 가지게 한 것은 사법심사제에 대한 정당성문제가 해결되지 못하고 있는 논리구조와 밀접한 관련성이 있지만 어쨌든 실질적으로는 일반적 효력을 가지는 결과를 낳고 있다. M.Cappelletti가 집중형이든 비집중형이든 효력에 있어서 일치된 현상을 보이고 있다고 평가하는 이유도 여기에 있다고 보인다.

나. 처음부터 당연 무효(ex-tunc Wirkung)

하위법이 상위법에 위반되면 절대적으로 무효가 되는 것이므로 위헌인 법률은 당연히 처음부터 무효라는 것이 된다. 이러한 것은 위헌법률심판의 재판에 의해 무효의 효력이 생기는 것이 아니라 원래 무효인 것을 재판은 단지 확인선언한 것에 불과하다는 것에 기초하고 있는 것이다. 이러한 인식태도는 전통적으로 확고한 것으로서 자리를 잡아왔지만 사안의 성격에 따라서는 처음부터 당연무효를 완고하게 고집할 수 없는 것이 생겨나자 연방대심원도 사안별

로 구체적인 판결을 하는 경향이 생겨나고 있다.

II. 일 본6)

1. 법령, 규칙, 처분의 위헌심사

가. 헌법 제81조가 규정하고 있는 헌법재판제도
일본헌법 제81조는 “최고재판소는 일체의 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한가 아닌가를 결정하는 권한을 가지는 중심재판소이다”라고 규정하고 있는데, 이 조문이 대륙형의 헌법재판소의 제도를 규정하고 있는 것인가 미국식의 사법심사제도를 규정하고 있는 것인가에 대하여는 학설상 논란이 있다. 대부분의 학설은 위의 헌법조항이 미국식의 사법심사제를 채택한 것이라고 해석한다. 이러한 입장은 최고재판소의 판례에서도 엿볼 수 있다 (1952. 10. 8. 경찰예비대위헌소송 ; 1953. 4. 25. 중의원해산무효소송).

나. 사법심사권 행사기관

06) 小林直樹, 『憲法講義 下』(동경 : 동경대학출판회, 1989), 349이하 계속; 佐藤幸治, 『憲法訴訟と司法權』(동경 : 일본평론사, 1985); 202면 이하 계속; 野中俊彦, “判決の效力,” 芦部信喜(編) 『講座 憲法訴訟』(동경 : 유비각, 1987), 109면 이하 계속(특히 113면 이하 계속); 井上典之, “憲法判決の方法,” 中谷實(編著) 『憲法訴訟と基本問題』(동경 : 법조동인, 1989), 247면 이하 계속; 衫原泰雄, 『憲法Ⅱ』(동경 : 유비각, 1989), 403면 이하 계속; 長尾一紘, 『日本國憲法』(경도 : 세계사상사, 1988), 416면 이하 계속; 佐藤幸治, 『憲法』(동경 : 청림서원, 1990), 301면 이하 계속; 伊藤正己 『憲法』(동경 : 홍문당, 1982), 599면 이하 계속

일본헌법 제81조에 규정한 심사권은 최고재판소의 독자적인 것인가 아니면 하급재판소도 가지냐에 대하여 논란이 있으나 이는 실익이 별로 없어 보인다. 일본의 제도에서는 하급심에서 재판의 전제가 된 법률에 대하여 위헌여부가 문제가 되는 경우 이를 따로 떼어내어 최고재판소에 심판을 제청하는 것이 아니고 하급심재판에서 민·형사·행정 재판을 하면서 동시에 적용 법령이나 규칙, 처분의 위헌여부를 판단하게 되기 때문이다. 따라서 헌법 제81조의 권한은 하급재판소도 행사하는 것이라고 해서 문제될 것이 없다. 최고재판소의 재판도 이를 인정하고 있으며 실제로 하급재판소도 이러한 권한을 행사하고 있다. 문제의 핵심은 오히려 위헌여부의 최종적인 결정권을 최고재판소가 가지고 있다고 하는 점에 있는 것이다.

전전인 같은 이는 하급재판소는 ‘법령심사권’을, 최고재판소는 ‘위헌·합헌 결정권’을 가진다고 하면서 이를 이원적으로 설명하기도 하지만 설득력을 지니고 있는 설명 같지는 못하다. 오히려 전전인교수가 독일의 구체적 규범통제와 일본헌법 제81조를 혼동하여 잘못 이해하고 있는 것이 아닌가하는 느낌을 준다.

다. 심사의 대상

일체의 법률, 명령, 규칙, 처분이다. 규칙에는 의원규칙, 재판소규칙이 해당함은 당연하다. 다만 지방공공단체 등의 규칙이 명령에 해당하는가 규칙에 해당하는가에 대해서는 논란이 있으나 결과에 있어서는 달라지는 바가 없다. 처분에 행정기관의 처분이외에 입법, 사법상의 처분도 해당된

다. 재판소의 판결이 해당되느냐의 여부에 대하여는 학설 상으로는 다소 의문이 제기되기도 하지만 최고재판소의 판례는 인정한다(1948. 7. 8. 형). 국제조약도 심사의 대상인가에 대하여는 논란이 분분하다.

라. 법령심사의 절차

법령의 심사는 원칙적으로 대법정에서 관장한다(재판소법 제10조). 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합하지 아니하다는 재판을 함에 있어서는 8인 이상의 재판관의 의견이 일치되지 않으면 아니 된다(최고재판소 재판사무처리 규칙 제12조).

이러한 심사권은 물론 재판의 전제로서 필요한 경우에만 행사되어야 한다. 재판소는 구체적인 사건에 관하여 소송이 행해지는 경우에 비로소 그 전제로서 필요한 법령이나 국가행위의 위헌성에 대하여 심사를 하는 것이 원칙이다. 사법심사제 경우 구체적 사건성의 요청에서 나오는 귀결이다.

마. 위헌판결의 효력

(1). 일반적 효력 문제

위헌판결이 내려진 법령의 전부 또는 일부의 효력은 일반적 효력을 가지는가 개별적효력을 가지는가에 대하여는 학설상 팽팽한 대립을 보이고 있다.

小林直樹교수는 개별적 효력을 가진다고 주장하면서 최고재판소의 견해도 실질상 개별적효력설을 취하는 것으로 생각된다고 평가한다. 그런데 일본의 경우 일반적효력설과 개별적효력설의 학설상의 대립양상을 평가함에 있어서는

현재 일본 사법부 특히 최고재판소가 매우 보수적이라는 점과 개별적효력설은 사법부에 대한 회의적인 시각에 서 있다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 오늘날 일본에서도 사법개혁의 맥락에서 헌법재판소제도의 도입에 관한 논의가 생겨나고 있는 데 헌법재판소제도의 도입에 소극적인 입장을 보이는 일부 견해는 현재와 같은 고도로 보수적인 사법부의 풍토에서 헌법재판소제도를 도입하게 되면 현재의 보수성이 더욱 강화될 우려가 있다고 하는 역설적인 주장을 펴고 있다. 즉 개혁적, 발전적 법률에 대하여 위헌판결을 내려 국가적인 일을 망치는 것보다는 입법권에 대하여 소극적 자세를 취하는 지금의 사법부가 상대적으로 안전하다는 논리이다. 아무튼 현재 일본은 우리 나라에서 헌법재판제도가 성공적으로 정착하는가에 대하여 주시하고 있으며 그들의 사법개혁에 대하여 어떤 시사점을 얻으려고 하는 태도를 보이고 있다.

(2). 소급적 효력 문제

이에 관하여도 학설은 대립되고 있다. 일반적효력설에서 소급효를 인정하는 견해도 있고, 개별적효력설에서 소급효를 인정하는 견해도 있다. 그런데 소급효를 주장하는 견해도 이를 경직되게 고집하지는 않고 원칙적으로 소급효를 가지지만 사안에 따라서는 장래에 향하여 효력을 가지는 판결도 할 수 있는 여지가 있다는 입장을 취하는 경향이 대부분인 듯하다.

제3절 특수형의 국가

I. 프랑스⁷⁾

프랑스에서는 구체제하에서 가장 부패한 특권계급이 법조계급이었음으로 인하여 1789년의 프랑스혁명 이래로 사법권력에 대한 강한 불신이 전통적으로 있어 왔고, 제4공화국에서는 입법권력이 강대해져서 입법부와 행정부간의 마찰이 심각한 상태에 이르렀다. 이러한 상황의 타개를 위하여 입법권력의 통제라는 맥락에서 헌법재판제도가 생겨났기 때문에 사전적·예방적 규범통제를 행하고 있다. 헌법

7) B.Jeanneau, droit constitutionnel et institutions politiques(Paris : dalloz, 1987), S. 226ff. ; M. Prelot/J. Boulouis, institutions politiques et droit constitutionnel(Paris : dalloz, 1987), S. 910ff.; G. Burdeau, droit constitutionnel 20^e éd(Paris : L.G.D.J., 1988), S. 651ff. ; F. Luchaire/G. Conac, La Constitution de la république française 2^e éd.(Paris : Economica, 1987), S. 1091ff. ; B. Genevois, La jurisprudence de conseil constitutionnel (Paris : S.T.H., 1988), S. 73ff., 125ff., 327ff. ; M. Duverger, Le système politique français(Paris : P.U.F., 1985), S. 439ff. ; 조병윤, “프랑스의 사전적·예방적 위헌법률심사권,” 헌법재판소, 『법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상』(서울 : 헌법재판소, 1990), 33면 이하 계속 ; 정재황, “헌법재판을 통한 필수적 법률규정사항의 확보,” 『법조』, 1990년 6월호, 60면 이하 계속 ; 정재황, “프랑스의 위헌심사제도에 관한 연구”(석사학위논문, 서울대학교 대학원, 1983) ; 한건우, “프랑스 제5공화국 헌법원의 위헌법률심사제도와 그 현황(상), (하),” 『법조』 1990. 7월호, 3면 이하 계속 ; 8월호, 3면 이하 계속 ; Ch. Starck/A. Weber(Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd. 30/II (Baden-Baden : Nomos, 1986) ; 야촌경조, 『헌법소송과 재판의 거절』(동경 : 성문당, 1987), 75면 이하 계속

재판기관인 헌법평의회는 그 이외에도 중요한 국정에 관하여 자문과 감독을 행하고 국가적 수준의 주요 선거소송에 관하여 관할권을 가지고 있다.

1. 주요 국정에 관한 자문·감독 등

가. 대통령직의 유고에 관한 판단

헌법평의회는 정부로부터 대통령이 직무를 수행함에 있어서 직무수행이 불가능한 장애가 발생하였는지에 대하여 판단의 요청이 있는 경우 이에 대하여 결정한다. 헌법평의회가 절대 과반수의 의결로 그 장애가 지속적인 성질의 것이라고 판단하면 헌법 제11조, 제12조에 규정된 대통령의 권한 이외의 권한은 상원의장(Président de Sénat)이 대행한다. 헌법평의회에서 대통령직의 수행이 결정적으로 어렵다고 선언하면 그 선언일로부터 20일에서 50일 이내에 새로운 대통령선거를 행하게 된다(헌법 제7조).

나. 대통령의 비상조치권 행사에 있어서 자문

대통령은 공화국의 제도, 국가의 독립성, 영토의 보전, 국제협약의 이행이 중대하고도 직접적으로 침해를 받는 경우와 헌법적인 공권력의 정상적인 행사가 중단되는 경우에는 연방수상, 양원의 각 의장, 헌법평의회 의장에게 공식적인 협의(Consultation officielle)를 거친 다음 상황에 필요한 조치를 취한다(헌법 제16조).

이러한 대통령의 협의요청이 있으면 지체없이 헌법평의회

가 소집된다(Ordonnance N° 58-1067 de 7 novembre 1958 제52조). 헌법평의회는 이 경우 헌법 제16조 제1항에 규정된 요건이 충족되었는지에 관하여 그 의견을 밝혀야 하며, 이러한 의견에는 이유가 명시되어야 하고 공표되어야 한다(위 법률 제53조).

또 대통령은 비상조치를 취함에 있어서 그가 취하고자 하는 조치에 대하여 헌법평의회에 알려야 하는데 이에 대하여 헌법평의회는 지체없이 헌법평의회 의견에 대통령에게 통보하여야 한다(위 법률 제54조).

다. 대통령선거에 관한 감독 등

헌법평의회는 대통령선거업무에 관하여 관리·감독하는 권한을 가진다. 즉, 대통령후보자의 등록, 입후보자명부의 확정, 선거의 실시, 개표과정을 감독한다(헌법 제58조, 위 법률 제30조, Loi N° 62-1292 du 6 novembre 1962 제3조). 이러한 대통령선거에 관한 소송에 대하여도 헌법평의회는 관할권을 가지는 데 이는 뒤에서 보기로 한다.

라. 국민투표(référendum)에 관한 권한

헌법평의회는 국민투표가 적법하게 진행되는가를 감독하며 그 결과를 공표한다(헌법 제60조). 즉, 헌법평의회는 국민투표의 실시에 있어서 정부의 자문에 응하며, 공적인 선전수단의 사용이 허용되는 조직의 명단에 관하여 이의를 제기할 수 있다(Ordonnance N° 58-1067 du 7 novembre 1958 제46조, 제47조). 또 헌법평의회는 국민투표를 감독할 감독관을 선출할 수 있고(위 법률 제48조), 투표의 결과, 즉 개표는 헌법평의회가 직접적인 통제하에 실시, 확정된

다(위 법률 제49조). 물론 모든 이의에 대하여 심판하며 투표절차상에 불법(d'irrégularité)이 있었음이 발견된 때에는 그 불법의 성격과 중대성을 참작하여 투표의 전부 또는 일부에 대하여 취소(annulatin)를 명할 것인가를 결정한다(위 법률 제50조). 헌법평의회는 국민투표의 결과를 공포하여야 한다(위 법률 제51조)

2. 사전적 · 예방적 규범통제

가. 법률안의 제안단계에서의 위헌심판

법률안이 제안되어 의결되기 전의 단계에서 그 법률안의 위헌여부를 심사하는 제도는 프랑스의 특유한 입법제도에서 기인하는 것이다. 즉 프랑스는 입법령역을 구별하여 의회제정의 법률(loi)과 행정부제정의 명령(réglement)이 규율하는 영역을 따로이 설정하고 있는 데 법률안 제안단계에서의 위헌심사는 바로 이 부분에 다툼이 생긴 경우 헌법평의회가 심판하는 제도이다(헌법 제41조).

(1). 의회의장에 대한 이의절차

제안된 법률안(proposition)이 의회가 그 권한을 행사하는 법률의 영역에 속하는 것이 아니거나 헌법 제38조에 의한 위임에 위반되는 것일 경우에 정부는 의회의장에게 그 이의를 제기할 수 있는 데, 여기에서 의장이 그 이의를 이유 있는 것으로 받아들이면 당해 법률안은 폐기되지만 이를 받아들이지 아니하는 경우에는 정부 또는 양원의 관계 의

장은 헌법평의회에 심판을 제청하게 된다(헌법 제41조).

(2). 헌법평의회에의 제청과 심판

위와 같은 절차에 의해 제청이 있게 되면 헌법평의회는 8일 이내에 심사한 후 이유를 설시하여 심판을 하여야 한다(헌법 제41조, 위 법률 제28조).

헌법평의회에서 제청의 대상으로 된 법률안이 법률이 규율하는 영역에 속하는 것이라면 의회는 그 심의절차를 계속 진행하게 될 것이지만 그러하지 아니하다고 한 경우에는 그 법률안은 폐기된다. 헌법평의회는 양원의 관련 의장과 수상에게 통지된다(위 법률 제29조).

이러한 법률안 제안단계에서의 위헌심사제도는 그 성격으로 볼 때 본래적 의미에서의 규범통제라기 보다는 기관간의 권한쟁의심판제도라고 평가할 수 있겠다.

나. 의결후 공포전 단계에서의 위헌심판

(1). 의무적 위헌여부심판 및 제청권자

(가). 의무적 위헌여부심판

법률 중에서 의회규칙과 특별한 영역을 규율대상으로 하는 조직법률(*loi organique*)은 그 중요성으로 인하여 반드시 헌법평의회에서 위헌여부의 심사를 거쳐 합헌이라는 판결을 받아야 공포되어 효력을 발생하거나 시행될 수 있다(헌법 제61조, 위 법률 제17조). 다만, 이러한 조직법률도 국민투표에 의하여 제정된 것일 경우에는 헌법평의회는 그 심판의 범위밖에 있다고 판단한 바 있다.

(나). 제청에 의한 위헌여부심판

의회규칙이나 조직법률이 아닌 일반법률(*loi ordinaire*)의

위헌여부에 대한 다툼이 있는 경우에는 반드시 제청권자의 제청이 있어야 헌법평의회는 그 위헌여부를 심판할 수 있다.

이 경우 헌법평의회에 법률의 위헌여부심판을 제청할 수 있는 제청권자에는 대통령, 수상, 상원의장, 하원의장, 60인 이상의 상원의원, 60인 이상의 하원의원이 그에 해당한다(헌법 제61조, 1974. 10. 19, 헌법적 법률).

(2). 제청절차

제청기간에 대하여는 명시적인 규정이 없으나 헌법 제10조에 정해진 공포기간내에 제청하게 될 것이다. 법률의 위헌여부심판의 제청이 있게 되면 당해 법률의 공포절차는 정지된다(헌법 제61조 제4항). 그리고 이러한 제청이 있어 헌법평의회가 이를 수리하게 되면 그 사실을 대통령, 수상, 상원의장, 하원의장에게 통지하여야 한다. 이러한 통지를 받은 상·하원의 의장은 그 사실을 당해 원의 소속의원들에게 알려야 한다(Ordonnance N° 58-1067 du 7 novembre 1958. 제18조).

(3). 심판절차

제청권자의 제청이 있게 되면 헌법평의회는 원칙적으로 1개월 내에 심판하여야 한다. 긴급한 경우에는 이 기간은 8일로 단축될 수 있다(헌법 제61조). 헌법평의회 심판의 대상은 제청된 법률전체이다. 따라서 법률의 모든 조항들이 심판기준(헌법, 인권선언, 기본원리, 국제법규 등)에 비추어 적합한 것인지를 심판한다. 관계 당사자는 의견서를 제출할 수 있다.

(4). 위헌심판 및 그 효력

(가). 공포·시행불가

헌법평의회는 제청된 법률이 헌법에 합치하는가의 여부를 심사하고 그 결과 헌법과 합치하지 아니하는 경우에는 당해 법률의 전부 또는 일부에 대하여 위헌임을 선언한다(위 법률 제22조). 헌법평의회가 위헌이라고 선고한 법률 또는 법률의 규정은 공포될 수도 없고 시행될 수도 없다(헌법 제62조).

(나). 기속력

헌법평의회는 심판은 모든 공권력과 모든 행정기관, 모든 사법기관을 기속한다(헌법 제62조).

헌법평의회는 위헌여부심판에는 이유가 실시되어야 하며 선고된 후에는 관보(Journal officiel)에 공고되어야 한다(위 법률 제20조). 법률의 일부조항만이 위헌으로 선고된 경우에는 대통령은 나머지 조항을 공포할 수 있다. 물론 이 경우 위헌인 일부조항은 전체 법률과 불가분의 관계에 있다는 확인이 없는 경우이다. 또 이러한 경우 나머지 조항을 공포하는 대신 의회가 새로운 독회(lecture)를 요구할 수 있다(위 법률 제23조).

3. 사후적 규범통제의 문제

프랑스에서는 위에서 본 바와 같이 사전적·예방적 규범통제가 원칙이지만 예외적으로 사후적 규범통제가 인정되

는 경우가 있다. 즉 헌법 제37조에 의해 공포된 법률에 대하여 수상이 그것은 의회입법, 즉 법률의 규율사항이 아니고 행정입법, 즉 명령의 규율사항이라고 주장하면서 그 여부를 가려줄 것을 헌법평의회에 청구하는 경우이다(위 법률 제24조). 이 경우 헌법평의회는 1개월 이내에 심판을 하여야 하며, 그 기간은 8일로 단축된다(위 법률 제25조).

헌법평의회는 이러한 심판청구가 있으면 당해 법률의 전부 또는 일부에 대하여 그것이 법률사항(caractère législatif)인지 명령사항(caractère réglementaire)인지를 결정하여 선고하며 그 선고에는 이유를 설시하여야 한다(위 법률 제26조).

이러한 사후적 규범통제 역시 프랑스 특유의 입법체계에 서 연유한 것인바 일종의 입법부와 행정부 간의 권한쟁의 심판의 성격을 가진다고 하겠다. 따라서 이를 ‘사후적’이라는 점만 들어 일반적인 추상적 규범통제나 구체적 규범통제를 의미하는 사후적 규범통제와 같은 수준에서 평가해서는 안된다고 할 것이다.

4. 선거소송

프랑스 헌법평의회는 대통령선거 및 상·하원 의원선거에 대하여 다툼이 있는 경우 이에 대한 재판을 할 뿐 아니라 국민투표에 관한 심판을 한다. 그러나 유럽공동체와 관련된 선거는 국사원(Conseil d'Etat)가 관할권을 가지고 있

고, 지방의회의원선거에 대한 소송은 행정재판소(tribunal administratif)가 1심 관할권을 가지고 국사원이 최종적인 심판을 하므로 이에 관하여는 헌법평의회는 관할권이 없다. 국민투표에 관한 권한에 대하여는 위에서 살펴보았으므로 여기서는 대통령선거와 의회의원선거에 관한 소송을 살펴보기로 한다.

가. 대통령선거소송

헌법평의회는 대통령선거에 있어서 그 합법성(régularité),에 대한 심판을 한다(헌법 제59조).

나. 양원의원선거소송

헌법평의회는 양원의원선거의 합법성에 대하여도 심판을 한다(헌법 제59조).

의원선거가 있게 되면 투표결과를 공표하게 되는데 이러한 공표가 있으면 그로부터 10일 이내에 그에 대한 소송을 제기할 수 있다. 선거의 합법성을 다툴 수 있는 제소권은 다해 선거구의 선거인명부에 등록된 모든 선거인과 입후보자가 가진다(위 법률 제33조).

헌법평의회는 심리결과 다툼이 이유가 있는 경우에는 당해 선거를 무효화하는 선언을 하거나 선거관리위원회가 행한 당선자의 공표를 정정하여 합법적으로 선출된 당선자를 공표할 수 있다(위 법률 제41조). 의원피선거자에 있어서 결격사유가 선거 후에 밝혀진 때에도 헌법평의회는 그 선거의 합법성에 대하여 심판한다(위 법률 제45조).

지금까지 살펴본 바를 다시 관할사항별로 분류하여 도표화 해보면 다음과 같다

《각국 헌법재판기관의 관할사항》

나라 관할사항		헌법재판소형				사법심사형		특수형
		오스트리아	독일	이탈리아	스페인	미국	일본	프랑스
국정자문, 감독등								○
규범통제	사전적				○			○
	추상적	○	○		○			
	구체적	○	○	○	○	○	○	
선거재판		○						○
탄핵재판		○	○	○				
헌법소원심판	법률에 대한	○	○					
	재판에 대한		○		○			
	기타 공권력 작용에 대한	○	○		○			
기관쟁의재판		○	○	○	○			
정당해산재판			○					
기본권실효재판			○					
기 타		○	○		○			

제 4 장 헌법재판제도의 유형과 정부형태와의 관계

1. 헌법학에 있어서 정부형태론

헌법학에 있어서 정부형태론은 곧 국가권력의 분산과 통제에 관한 법리를 통치기관의 권한배분의 문제로 구체화시키는 작업에 있어서의 논의이다. 흔히 정부형태론이라고 하면 몇 가지 형태의 정부형태 중에서 각각의 장·단점을 따져보고, 어느 것을 선택할 것인가를 결정짓는 작업이라고 이해되고 있기도 하지만 이는 잘못된 것이다. 이렇게 이해한 데 있어서 그 원인은 우리 나라의 헌정사의 전개나 정치상황과 무관하지 않다고 하겠다. 정치권력 담당자의 교체에 있어서 그 정당성을 부여하는 방편으로 항상 헌법개정 방법이 이용되었고 이 헌법개정에서는 그 핵심이 정부형태론에 있었으며 그것도 원래의 정부형태론이 아니라 당시의 정권담당세력이 어떻게 하면 통치하기에 편리한가 하는 방향에 맞추어 국가기관의 권한을 재편하는 것이었다. 따라서 때로는 대통령제를 채택하여 미국식 대통령제라고 선전하면서 당장에 미국식 민주주의가 우리 나라에도 실현될 것처럼 여론을 유도하기도 하였는가하면 때로는

국가의 위기를 과장하여 권력의 통합이 국가의 안전과 국민의 생존에 필수불가결한 것이라고 하면서 프랑스의 정부형태에 빗대어 이러한 권력통합이 선진국에서도 채택하고 있기 때문에 자유민주주의체제와 모순되지 않는다고 역설하기도 하였다. 또 독일이나 영국의 내각책임제를 들면서 이러한 내각책임제를 채택하면 독일이나 영국에 있어서처럼 우리 나라도 민주화가 될 것처럼 선동하기도 하였다. 그러나 분명한 것은 어떠한 정부형태를 취한다고 하여 바로 그러한 정부형태를 취하고 있는 선진국처럼 우리 나라가 하루아침에 바뀌는 것은 아니라는 점이다. 실제로는 정치세력간의 힘의 나누어 가짐과 기득권의 수호에 본래의 의도가 있으면서도 이것이 정부형태론의 모양을 띤 채 국민에게 선전되고 여론을 조작하는 것은 그 자체가 바로 헌법국가의 실현을 왜곡시키는 것이다.

어쨌든 정부형태는 권력분립원칙의 조직적·구조적 실현 형태이며 통치기관의 구성원리의 구체화인 것이다.¹⁾ 이러한 정부형태론에 의할 때 정부형태는 다양한 유형을 취할 수밖에 없다. 흔히 정부형태라고 하면 대통령제와 의원내각제를 대표적인 유형으로 이해하고 있으나 이는 역사적으로 형성된 그야말로 실존적인 형태이지 이것이 처음부터 어떤 선형적인 원리에 의해 형성된 것은 아니다. 사실 오늘날 세계 각국이 대통령제와 의원내각제중 어느 하나를

1) 허 영, 『헌법이론과 헌법(하)』 (서울 : 박영사, 1988), 148면 이하; 허 영, 『한국헌법론』 (서울 : 박영사, 1990), 674면 이하 ;권영성, 『비교헌법학』 (서울 : 법문사, 1982), 100면 참조.

준범으로 하면서도 그 나라에 맞게 독특한 국가기관들을 설치하고 국가권력을 다양하게 분산시키고 있는 것은 바로 이러한 것을 실증적으로 설명해주고 있다고 하겠다.

헌법재판의 권한을 어느 국가기관에게 부여할 것인가는 권력분립원칙의 구체적 실현방식으로 나타난다는 점에서 정부형태론과 무관하다고는 할 수 없지만, 그것이 대통령제나 의원내각제 또는 변형, 절충된 형태 중 어떠한 형태의 것으로 하느냐의 문제와 헌법재판의 권한을 어느 기관에 부여할 것이냐의 문제가 원리적 관련성이 있다는 것을 말해주는 것은 아니다. 오히려 헌법재판작용에 어떠한 작용을 포함시킬 것인가의 문제와 헌법재판의 권한을 어느 국가기관에게 부여할 것이며 그러한 헌법재판기관을 어떻게 구성할 것이냐의 문제는 헌법재판의 성질 그 자체에서 해답이 도출된다고 할 것이다.

2. 헌법재판의 성질과 헌법재판담당기관

헌법재판의 주를 이루는 것은 법령의 위헌여부에 대한 심판과 국민의 기본권구제이다.

먼저 법령의 위헌여부에 대한 심판을 보면 그 형식상 하위법규인 법령을 상위법규인 헌법에 비추어 서로 합치하는가를 심사하는 것이므로 단순한 사법적이 작용으로 보일지 모르나 그 과정은 결국 헌법의 해석과 법령의 해석이라는 해석작용이 주된 과정을 이룬다. 해석작용은 법문의 의미

가 명확하여 문의에 의심이 없으면 모르되 대부분의 법문은 문이의 다양성을 띠고 있고 특히 헌법은 그 추상적 규정과 헌법이 가지는 개방성, 미완성성으로 인하여 그 해석작용은 광범한 정치적, 정책적 판단이 개입될 여지를 많이 남겨놓고 있는 것이다. 물론 그러한 해석은 헌법적 가치와 헌법원리의 범위 내에서 행해져야 할 것이지만 결국 헌법 해석이란 주권자적 지위에 있는 헌법제정권자인 국민의 합의를 해석으로 밝히는 것이고 이에는 당면한 과제의 해결이라는 목적지향성도 함께 가지고 있으므로 단순한 사법작용은 아닌 것이다. 그리고 위헌판단은 현실의 법령 또는 법령의 조항을 폐기하는 것이므로 이는 입법작용으로 평가될 수 있는 측면도 가지고 있는 것이다. 국가의 입법권력이 헌법제정권자의 합의와 상충되는 방향으로 행사된 경우의 효력을 없애는 것은 국민주권주의의 실현인 동시에 입헌주의의 수호인 것이다.

이러한 것은 헌법소원심판제도에서도 분명히 드러난다. 모든 국가권력은 헌법제정권력에서 나온 것이므로 이러한 국가권력의 작용이 헌법제정권자인 국민의 기본권을 침해할 수는 없는 것이다. 바로 이러한 국가권력과 헌법제정권자인 국민이 직접 부딪치는 영역에서 최후적으로 국민의 기본권을 보장하는 것이 헌법소원심판제도이다. 일반적으로 권리구제방법에 의해서 해결이 되지 않은 헌법적 수준의 권리구제를 헌법제정권자의 진정한 합의와 의사가 무엇인가를 확정지우며 해결·실현하는 것이 헌법소원심판인 것이다. 그만큼 이는 단순한 법집행작용이 아닌 것이다.

법률적 수준의 분쟁과 헌법적 수준의 분쟁이 그 성격에서 확연한 차이를 보이는 것도 바로 이점에 있는 것이다. 이렇게 볼 때 법령의 위헌여부심판이나 헌법소원심판은 사법작용이 아니다.

이러한 헌법재판의 특성은 위헌정당해산심판의 경우에서 더욱 분명하게 부각된다. 과연 어떠한 정당이, 어느 정도의 활동을 가지고 헌법에 위반된다고 볼 것이냐는 매우 판단하기 어려우며 어느 시점에서 해산을 시킬 것이냐도 단순한 법해석에서 나오는 결론이 아니다. 여기에는 그야말로 고도의 헌법정책적 고려가 요구되고 수준 높은 정치적판단이 요구되는 것이다. 이러한 것은 탄핵심판에서도 발견할 수 있다. 이뿐만 아니라 국가기관간에 권한다툼이 생겼을 때 특정의 권한이 행정부, 의회, 법원 중 어느 국가기관에 속할 것이냐를 판단하는 것도 결국 헌법원리적 고려와 헌법정책적 판단이 개입하게 되며 국가와 지방자치단체간에 권한분쟁이 생겼을 때도 국가의 통치구조원리 및 지방자치원리를 고려한 헌법정책적 판단에 의해 결론이 도출될 것이다.

이렇듯 헌법재판은 통치권력의 작용을 전반적으로 조정하여 권력분립원리를 실현시켜 궁극에는 국민주권원리와 헌법국가원리를 실현시키는 것이다. 따라서 이러한 권한은 당사자가 되는 지위에 있는 행정부, 의회, 법원에게 부여될 수는 없는 것이다. 특히 헌법소원심판은 법원에 의한 권리구제의 권한을 인정하는데 기초하고 있다. 시민혁명기에는 의회가 국민의 자유와 권리를 수호하는 것으로 인식되었으

나 그러한 기대가 점차 무산되면서 공정한 사법기관, 즉 법원에 그 기대를 하기에 이르렀다. 한때 사법부를 인권수호의 최후보루라고까지 평가한 것도 이러한 맥락에서 나온 것이었다. 그러나 법원의 재판도 국가권력작용이므로 항상 분쟁해결에 공정성을 실현시키는 것만은 아니고 경우에 따라서는 행정작용이나 입법작용처럼 국민의 권리와 자유를 침해하기에 이르고 법원의 조직과 운용이 사법권의 독립이라는 미명하에 독선적이고 관료주의적으로 변질되어 감에 따라 그 기대가 환상이었음이 증명되기에 이르렀다. 여기에서 생겨난 것이 헌법재판을 통한 국민의 기본권보호였으며 그 담당기관으로 헌법재판소가 생겨나게 되었다. 헌법재판작용을 정치적 사법작용이라 하거나 제4의 국가작용이라 인식하고 그 담당기관을 종전의 행정부, 의회, 법원과는 별개의 제4의 국가최고기관으로 한 것은 바로 이러한 인식에 기초하고 있다.

우리 나라의 경우도 제3공화국의 경우를 제외하고는 모두 독자의 헌법재판기관에서 헌법재판을 담당하였다. 제1공화국, 제4공화국, 제5공화국의 헌법위원회나 제2공화국의 헌법재판소가 바로 그것이다. 제3공화국에서는 법령의 위헌심판을 법원에서 하였는데 구성과 권한의 관련성·비례성이라는 측면(특히 민주적 정당성의 측면)에서나 국가권력의 분산 및 통제의 원리에서 볼 때 이는 헌법이론상 근거 없는 하나의 넌센스이며 입헌민주국가에서는 찾아볼 수 없는 해프닝이었다. 흔히 이를 설명할 때 미국의 연방대심원의 경우를 들어 우리 나라의 대법원이 그러한 권한을 가질

수 있다고 했지만 우리 나라의 대법원과 유사한 기능을 하는 것은 미국의 경우 주대법원이지만 연방대심원은 아닌 것이다. 오히려 미국의 연방대심원은 헌법재판제도를 취하고 있는 나라들의 헌법재판소와 같은 지위에 있고 같은 기능을 하는 것이다. 우리 나라에서 있었던 종전의 이와 같은 인식은 근본적으로 미국의 사법제도에 대한 지식과 인식의 부족에서 기인하였던 것이지만, 본질적으로는 헌법원리와 헌법재판의 성질을 올바르게 이해하지 못한 데서 기인하는 것이다. 이러한 것은 이미 앞에서 본 바와 같이 미국을 포함한 주요 입헌민주국가의 헌법재판제도를 살펴보아도 실증적으로 뒷받침되는 것이다.

결국 헌법재판을 담당하는 기관은 행정부, 의회, 법원이외의 제4의 최고국가기관이 되지 않을 수 없는데 이는 정부형태의 유형에 따라 달라지는 것도 아니고 법원의 제도변경에 의해서 달라지는 것도 아니라고 할 것이다. 이미 본 바와 같이 헌법재판을 민·형사재판을 담당하는 일반법원에서 동시에 행하는 나라는 실제로도 없는데 이는 헌법재판의 특성에서 기인하는 것이다. 단순한 법적분쟁의 해결을 담당하는 법원이 헌법재판을 하는 것은 헌법재판의 원리에 배치되는 것은 물론이고 의회나 정부와의 관계에서 권력분립원칙에 반하며 더 나아가 그 재판의 정당성이 뒷받침되지 않는 것이다. 법률의 위헌여부심판은 물론이고 정당해산심판이나 탄핵심판을 단순한 법률기술전문가에 불과한 법원의 판사가 하였을 때는 그 재판의 정당성문제 때문에 당사자는 법원의 재판에 승복하지 아니할 것이며, 이

경우 현실적으로 보면 법원의 존립자체가 위기에 처하는 것이다. 이는 대통령제에서건 의원내각제에서건 마찬가지이다.

국가의 권력작용이나 기능에 있어서 어떠한 권한을 어떠한 기관이 담당해야하며 그러한 기관은 어떻게 구성되어야 하는가하는 문제는 어떤 ‘힘의 논리’나 단순한 ‘자리 배분’에 의해서 결정되는 것이 아니고 헌법원리와 이를 구체화시키는 통치작용의 원리 내지 통치기관의 구성원리에 의해 결정되는 것이다.

3. 각국의 정부형태와 헌법재판제도의 유형 비교

주요 나라의 정부형태와 헌법재판제도의 유형을 단순 비교해 보면 다음의 표와 같이 정리될 수 있다.

정부형태를 역사상 나타난 유형에 따라 분류해보면 미국을 그 원형으로 하는 대통령제, 영국을 그 원형으로 하는 의원내각제, 그리고 이를 각국의 사정에 알맞도록 절충·혼합한 절충형, 그 이외에 스위스와 같은 독특한 형태의 집정부제 등으로 구분할 수 있으나 여기서는 우리에게 참고가 될 수 있는 것만 관심의 범위에 포함시키므로 대통령제, 의원내각제, 절충형의 3가지 형태를 살펴보고자 한다.

그리고 절충형의 경우에도 평상시에는 대체로 의원내각제로 운용되고 있으므로 정부형태와 헌법재판제도의 상관관계를 살펴보는 데에 있어서는 따로 절충형을 설정할 필요

가 없으므로 여기서는 대별하여 대통령제와 의원내각제로 구분·설정하기로 한다. 절충형의 경우로 흔히 거론되는 나라는 프랑스인데 프랑스는 헌법재판제도에 있어서도 특수한 형태를 취하고 있다. 또 같은 유형의 정부형태를 가지는 국가라고 하더라도 그 실제의 정치상황은 서로 다르므로 정치제도나 정치메카니즘의 작동은 결코 동일하지 않으며 같을 수도 없다.

〈각국의 정부형태와 헌법재판제도〉

헌법재판제도의 유형		사법심사형	헌법재판소형	특수형
정부형태				
대통령제	미 국	○		
	오스트리아		○	
	포르투갈		○	
	폴란드		○	
의원내각제	독일		○	
	스페인		○	
	프랑스			○
	이탈리아		○	
	일본	○		

여기에서도 보듯이 정부형태와 헌법재판제도의 유형사이에는 연관성이 없음을 확인할 수 있다. 또 헌법재판을 실질적으로 시행하고 있는 나라는 거의 모두 헌법재판소를 따로이 두고 있고(미국의 연방대심원의 경우도 이에 포함된다), 오직 일본의 경우에는 법령의 위헌심사만 최고재판소

가 담당하고 있다. 그러나 일본에 있어서는 오히려 이러한 제도로 말미암아 위헌심사에 있어서 소극적인 현상을 보이고 있어 사실상 헌법재판이 그 본래의 제기능을 하지 못하고 있다. 이 점은 일본에서도 비판의 대상으로 되어 있고 법원의 개혁의 논의도 이에서 기인되고 있다. 우리 나라에서 헌법재판이 활성화되자 일본이 적극적으로 관심을 보이고 있는 것도 바로 여기에 그 깊은 연유가 있는 것이다.

우리 나라에서 헌법재판에 대한 인식의 핵심은 정부형태와의 관계에 있는 것도 아니고 법원의 권한이나 헌법재판소의 권한이나를 기관이기주의적 관점에서 판단하는 것에 있는 것도 아니다. 그 핵심은 곧 헌법의 수호와 국민의 기본권보호에 있는 것이다. 헌법의 수호자는 대통령이라는 C. Schmitt의 주장에 맞서서 헌법의 수호자는 대통령, 의회와 함께 헌법재판소임을 강조한 H. Kelsen의 주장과²⁾ 그러한 H. Kelsen의 사상적 세계에서 오스트리아의 헌법재판제도가 정착·성공한 사실이 던져주는 메시지를 깊은 통찰력으로 포착해낸다면 어느 정도 헌법재판에 대한 올바른 인식은 획득할 수 있을 것이다.

2) C. Schmitt와 H. Kelsen의 '헌법의 수호자'에 대한 논의는 다음 문헌 참조. C. Schmitt, "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung," in : C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Aufl.(Berlin : Duncker & Humblot,1985), S. 63ff. ; C. Schmitt "Der Hüter der Verfassung sein?"의 김효전 교수의 번역문 "헌법의 수호자" 및 "누가 헌법의 수호자 이어야 하는가?" 『동아법학』(동아대학교 법학연구소) 제11호 (1990), 227면 이하 계속 ; 김철수, 『헌법학개론』(서울 : 박영사, 1990), 946면.

제 5 장 결 장 : 우리 나라 헌법재판제도의 개선을 위한 탐색

지금까지 주요 7개국의 헌법재판제도를 비교하여 살펴본 것은 헌법재판제도의 제도본질적 원리와 요소를 실제의 제도로부터 이해하는 데도 도움이 되지만 더 중요한 주안점은 우리의 제도를 개선함에 있어서 그 시사점을 찾고 외국의 오래된 경험의 축적을 더 발전시켜 우리의 헌법재판에 활용하고자 함에 있다. 그러한 관점에서 다음과 같은 의견을 제시하고자 한다.

1. 추상적 규범통제제도의 도입

이미 본 바와 같이 추상적 규범통제는 공포·시행되고 있는 법률에 대하여 그 법률의 적용으로 발생하는 분쟁이 소송으로 발전하기 이전에 국가의 권위있는 기관 등에 의하여 바로 당해 법률의 위헌여부를 다룰 수 있도록 하는 방법이다. 이러한 추상적 규범통제는 첫째, 법률의 구체적인 적용으로 인하여 분쟁이 발생하기 이전에 국가대표기관 등 국가의 권위있는 기관에 의해 법률의 위헌성 문제를 제기 하여 법률의 위헌성을 제거하는 것이므로 헌법재판소의

위헌판결에 따른 현실적인 과장을 줄일 수 있어 안정된 상태에서 헌법국가를 실현시켜 나갈 수 있으며 둘째, 청구권자에 일정수의 의원을 포함시키게 되면 ‘소수자의 보호’를 실현시킬 수 있어 민주주의원리의 실현에 철저하게 된다. 셋째, 여당과 야당 사이의 기능적 권력통제 실현이라는 차원에서나 헌법재판제도에 의한 권력통제의 차원에서 볼 때 권력의 분산과 통제라는 권력분립원칙의 실현을 충실히 하게 되고, 넷째, 당해 법률의 적용을 직접 받는 당사자에 의해 위헌여부가 다투어지는 것이 아니기 때문에 그만큼 국가의 권위를 제고·유지시킬 수 있는 것이다.

현재 구체적 규범통제제도와 법률에 대한 헌법소원심판제도에 의해서만 법률의 위헌성을 재판하는 것은 문제된 법률이 이미 이해관계가 상반되는 이해당사자에게 적용이 된 후이므로 사안에 따라서는 헌법재판소의 위헌결정의 과장과 충격이 크기 때문에 헌법재판의 제기능을 제약하는 경우도 없지 않다. 따라서 사후적 규범통제의 내용을 충실히 하면서도 유연한 기능을 발휘할 수 있게 하기 위해서는 이에 더하여 추상적 규범통제제도를 채택하는 것이 바람직하다.

프랑스식의 사전적·예방적 규범통제는 그 나라 특유의 입법방식에 근거하고 있으므로 그것을 그대로 채택할 수는 없다고 할 것이다. 그러나 공포 또는 시행전의 단계에서 당해 규범의 위헌성을 제거해내는 제도는 깊이 연구해 볼 가치가 있다고 하겠다. 사전적·예방적 규범통제에서는 무엇보다도 짧은 심판기간이 문제가 되지만 우리도 헌법재판의 경험이 축적되면 언젠가는 이러한 제도를 채택하여 헌

법재판을 좀더 세련화시킬 필요가 있다고 하겠다.

2. 규범통제의 일원화

현행 구체적 규범통제에 있어서는 그 구조가 이원화되어 있다. 즉, 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되었거나 법률에 대하여 직접 다툼이 생긴 경우에는 헌법재판소가 관할권을 가지지만, 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제로 된 경우에는 대법원이 관할권을 가진다(헌법 제107조). 이는 현행 헌법재판제도를 채택할 때에 그 실무작업과정에서 헌법재판의 성질·구조에 대한 인식부족으로 과거의 규정들을 충실히 검토하지 못한 잘못으로 그대로 남겨진 것에서 비롯된 것인데 이는 헌법해석의 통일성과 최고헌법해석기관으로서의 헌법재판소의 성격·지위에 비추어 볼 때 헌법재판소의 관할로 통일시켜야 할 것이다. 독일이나 오스트리아, 이탈리아, 스페인 등의 경우에서 보았듯이 규범통제제도를 가진 경우에는 법률이든 명령이든 그 최종적인 위헌심판은 헌법재판소가 하는 것이며 그것이 규범통제의 원리에 부합하는 것이다. 법률의 위헌을 선언하면서 동시에 그에 기초한 또는 수권된 명령을 위헌선언하는 것은 불가분의 관계에 있는 것이다.

3. 위헌결정의 원칙적 소급효 인정

현행 헌법재판소법 제47조 의하면 헌법재판소가 위헌이라고 결정한 법률은 결정일로부터 효력을 상실한다고 되어 있으나 그러한 효력은 처음부터 소급하여 없었던 것으로 하는 것이 타당하며 예외적으로, 사안의 성질에 비추어 그렇게 하는 것이 타당하지 아니하는 경우에는 결정일로부터 효력을 상실케하는 것이 바람직하다. 물론 이러한 예외에는 형벌법규는 해당하지 않는다. 이런 예외적인 경우의 판단은 헌법재판소가 함이 타당할 것이다.

4. 관련법률(조항)에 대한 일괄적 위헌심판방법 채택

현행 헌법재판소법에 의하여 헌법재판소는 규범통제에 있어서 법원에 의해 제청되어 심판의 대상으로 된 법률 또는 법률조항에 대해서만 위헌여부를 결정하게 하고 있음이 원칙이고, 예외적으로 심판대상으로 된 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률을 전부 시행할 수 없다고 인정될 때에만 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있게 하고 있다(헌법재판소법 제45조).

그러나 규범통제의 본질적 성질에 비추어 볼 때 심판대상인, 제청된 법률조항과 법리상, 입법체계상 밀접불가분의 관계에 있는 조항들에 대해서도 그 위헌결정을 함께 할 수 있게 하는 것이 타당하다고 할 것이며, 이러한 법리는 심판대상으로 된 법률과 별개의 법률의 경우에도 위헌결정된 조항과 동일한 내용이 있거나 논리필연적으로 함께 위헌으

로 선언되지 않으면 안 되는 규정에 대하여는 함께 위헌결정을 할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

이러한 법리의 제도화에 있어서는 독일 연방헌법재판소법 제78조, 이탈리아 헌법재판소법 제27조, 스페인 헌법재판소법 제39조 등이 참고가 될 것이다.

5. 헌법재판소의 직권에 의한 법령의 위헌심판 방법 채택

현행 헌법재판소법에 의하면 헌법재판소가 직권으로 법령의 위헌여부를 결정할 수 있도록 하고 있는 명시적 규정은 없다. 그러나 헌법재판소가 헌법재판을 함에 있어서 그 재판의 전제가 되고 있는 법령의 위헌여부가 문제되는 경우에는 스스로 직권으로 그에 대하여 심판할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이는 헌법재판 그 자체 내에 조금이라도 스며들 위헌성을 제거하는 데 필요할 뿐 아니라 헌법재판을 법령으로 왜곡시키고 있는 경우 이를 제거함으로써 우선 헌법재판이 제 기능을 할 수 있도록 한 다음 헌법재판을 진행해나가도록 하는 데 있어서도 필요하다. 헌법재판의 원리로 볼 때 위헌인 헌법재판절차에 의해 위헌여부를 심판한다는 것은 그 자체 모순이기 때문이다. 이러한 경우는 특히 헌법재판의 절차나 적법요건 등을 규정하고 있는 법령의 조항들에 있어서 주로 문제가 될 것이다. 이에 는 오스트리아 헌법 제140조 제1항, 헌법재판소법 제65조에서

규정하고 있는 제도를 참고할 만하다.

이 문제와 관련하여 독일의 경우를 보면, 독일의 경우 역시 연방헌법재판소가 직권으로 심판할 수 있다는 명문규정은 실정법상 규정되어 있지 아니하다. 그러나 헌법이 이에 관하여 명문으로 규정하고 있지 않은 경우에는 결국 헌법소송법의 문제로 넘어 오게 되고, 헌법소송법적으로 보면 이론상 연방헌법재판소의 직권에 의한 위헌심판을 인정하는 것이 당연할 뿐 아니라 소송법에 있어서 재판관의 흠결 보충 및 범형성령역에 해당되고 실정법의 규정에 비추어 보더라도 이를 방해하는 규정은 없기 때문에 인정하지 못할 이유가 없으며 소송경제적인 측면에서도 타당하다고 한다. 다만, 이 경우 연방헌법재판소가 당해 법률의 위헌을 주문에서 선언할 것이냐 아니면 적용만 하지 아니하는 것으로 할 것이냐에 대하여는 논의의 여지가 있을 수 있다.¹⁾

이러한 헌법재판소의 직권에 의한 법률의 위헌심판에서는 법률의 위헌을 주문에서 선언할 것이냐에 관계없이 이유에서는 위헌임을 논증하여 판단하여야 하며, 관계인의 위헌 주장의 유무는 이러한 직권에 의한 심판에 아무런 영향을 미치지 못함은 물론이다.

6. 헌법재판소의 구성방법 개선

1) Th.Maunz/B.Schmidt-Blekbtreu/F.Klein/G.Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz(München : C.H.Beck,1990), Rdnr.171 zu § 80 ; BverfGE 47, 146(157ff.) 참조.

현재의 헌법재판소 구성방법에 민주적 정당성을 좀더 부여하는 방법을 모색함이 바람직하다. 일정한 자격을 갖춘 사람 중에서 국민이 직접 선출하는 방법이나, 자격요건에 연령제한을 두면서 종신제로하고 중간에 신임투표에 의해 재신임하는 방법 등도 연구해 볼 필요가 있다. 임기제로 하는 경우에는 업무의 연속성과 헌법해석의 급격한 변경의 지양을 위하여 재판관의 임기도 9년 내지 12년으로 하면서 1/3씩 교체하는 방법이 바람직하다. 일거에 재판부전체가 바뀌는 것이 분위기의 쇄신에 적합할 지는 모르나 일정한 수준의 유동성과 안정성을 동시에 가지는 헌법질서의 유지를 위해서는 바람직한 것이 아니다.

현재 헌법재판소의 구성방법은 정원 9인의 재판관중 국회에서 3인을 선출하고, 대법원장이 3인을 지명하며, 나머지 3인은 대통령이 정하되 대통령이 모든 재판관을 임명한다. 다만, 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 주에서 대통령이 임명한다(헌법 제111조).

이러한 구성방법은 헌법원리상 많은 문제점을 지니고 있다. 우선 현재 대통령은 집권여당의 당수직을 겸하고 있으므로 국회에서 선출하는 3인의 재판관까지 모두 여당에 의해 결정되는 경우에는 결국 집권여당이 6인을 모두 선정하는 결과가 된다(특히 당수의 명에 의해 일사불란하게 행동하는 한국의 정당구조에서는 이 점이 매우 두드러지게 나타날 소지가 크다.). 그리고 대법원장이 지명하는 방법은 헌법재판소 구성에서 요구되는 '전문성의 원리'를 충족시키는 한 방법으로 순기능적인 평가를 받을 수 있는 소지는

있지만 대법원장의 지명절차에서 변호사협회 등 법조전문 단체의 의견을 수렴할 수 있는 장치는 물론이고 사법부내의 의견을 수렴할 수 있는 장치조차 없으므로 헌법재판관 중 3인의 선정은 오로지 대법원장 개인의 안목에 의해 좌우되는 비민주적 결과를 초래하고 있다. 헌법재판소의 구성방법에서 요구되는 ‘민주적 정당성의 원리’와 ‘전문성의 원리’를 조화롭게 충족시키는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

7. 비상임재판관제도 폐지

우리의 경우와 유사하게 비상임재판관제도를 가지는 오스트리아에서 발견할 수 있는데, 그 제도의 취지는 업무량에 알맞게 실제 사건의 주심을 맡을 재판관의 수를 조정하는데 두고 있는 것으로 보인다. 따라서 오스트리아에서는 그 3년 임기의 상임재판관의 수를 처음부터 부동의 것으로 확정하지 아니하고 재판관회의에서 조정·확정할 수 있게 하고 있다. 우리의 경우는 현재 사건에 비하여 사건의 주심을 맡는 재판관의 수가 적으므로 비상임재판관제도를 계속 유지할 필요가 없다. 9인 정원의 모든 재판관으로 하여금 사건의 주심을 맡게 하여 신속하고도 신중하게 사건을 처리하는 것이 바람직하다. 이러한 제도의 목적을 실현함에 있어서는 현재의 비상임재판관제도는 폐지되는 것이 마땅하다.

8. 법원의 재판에 대한 헌법소원심판제도 인정

현행 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 일반법원의 재판은 헌법소원심판의 대상에서 제외되어 있다. 이는 현행의 헌법재판소제도가 헌법에 채택될 때 이에 대하여 부정적인 태도를 취했던 대법원의 집요한 로비의 결과로 나타난 것이지만, 유감스럽게도 이 부분은 헌법이론적으로 볼 때 한국식 기관이기주의에 의해 헌법원리와 헌법제도가 왜곡되어 버린 부분이다. 헌법의 기본권이 가지는 대국가적 효력의 직접적 적용성이나 통치기관의 존재근거가 국민의 기본권보장에 있음을 조금이라도 이해한다면 법원의 사법작용에 의한 국민의 기본권침해가 그대로 방치되어서는 안 되는 것이다.

민주적 정당성이 훨씬 강한 국회의 입법행위도 국민의 기본권을 직접 침해한 경우에는 그 권리구제가 인정되는데 그에 비해 민주적 정당성이 거의 없다시피한 법원이 사법권의 행사로 국민의 기본권을 침해했을 때 그 권리구제를 인정하지 않는 것은 근본적으로 헌법부정적인 태도이며 국민이 가진 헌법제정권력에 의해 생겨난 사법권력이 도리어 헌법제정권자인 국민의 통치권력(입법권, 행정권, 사법권 등)이 생겨나면 하위의 통치권력이 상위의 헌법제정권력을 침해할 수 없다는 국민주권원리(헌법 제1조 제2항)와 입헌주의 내지 헌법국가의 원리에 비추어 보거나 기본권보장의

원리 및 국가의 기본권보장의무(헌법 제10조)에 비추어 볼 때 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외시키는 것은 바로 그 자체 위헌인 것이다. 따라서 이러한 규정을 두고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 “법원의 재판을 제외하고는” 부분의 위헌이다.

헌법상의 제도를 헌법원리에 적합하게 기능적으로 이해하고, 공무원이 국가발전과 국민의 자유와 권리의 신장에 열사봉공의 자세로 임한다면 기관이기주의 형태는 생겨날 수 없는 것이다. 이러한 모든 점을 고려할 때 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한 부분은 법률의 개정에 의하든 헌법재판소의 직권에 의한 심판에 의하든 폐지되지 않으면 안 된다.

이러한 제도개선에는 독일이나 스페인에서 행해지고 있는 재판에 대한 헌법소원심판제도가 도움이 될 것이다.

9. 가처분제도의 완비

현행 헌법재판소법에 의하면 정당해산심판과 기관쟁의심판의 경우에만 가처분을 인정하고 있고 헌법소원심판의 경우에는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 헌법소원심판의 경우에는 가처분의 규정을 명시하여 이를 인정함으로써 그 제도의 원래적인 기능이 충분히 발휘하도록 하여야 할 것이다.

10. 재판기관의 전문화

이상의 점은 모두 헌법재판제도에 있어서 개선할 점이지만 이에 더하여 우리 나라 재판작용을 거시적으로 접근해 보면, 선진각국의 재판제도의 전체구조에 비추어 볼 때 재판기관의 전문화가 요구된다. 오늘날 국민의 생활영역이 다양하고도 전문적으로 분화됨에 따라 각종 사건도 매우 다양한 형태를 띠고 생겨나며 그만큼 해결에 있어서도 고도의 전문성을 요구한다. 조세사건, 의료사건, 노동사건이 그렇고 환경소송, 섭외소송이 그러하다. 이러한 경우 가능한 한 많은 영역에 전문법원을 설치하여 해결하는 것이 이상적이겠으나 전문법원을 세분화하여 설치하는 데는 그 담당 인력의 공급문제와 운영상의 재정문제가 뒤따르므로 손쉬운 일은 아니다. 그러나 현재 우리 나라와 같이 사법시험에 합격한 기초적인 수준과 지식으로 민사, 형사, 가사, 행정, 세무, 노동 사건등을 일정기간씩 돌아가며 분담, 해결하게 하는 것은 결국 전문가에 의한 분쟁해결의 요구를 충족시키지도 못할 뿐 아니라 그만큼 재판에 대한 신뢰도와 요구를 충족시키지도 못할 뿐 아니라 그만큼 재판에 대한 신뢰도와 권위를 실추시키는 결과를 가져오게 한다. 사건의 당사자들이 오히려 실무와 전문지식에 밝은 경우 그 부분에 대하여 전문지식을 가지지 못한 법관이 재판을 해 보았자 이는 설득력이 없으며 결국에는 국가권력행사 전반에 대한 불신만 초래케 한다. 국가의 공권력작용으로 재판

결과에 승복하도록 강제하는 데도 한계가 있는 것이기 때문이다. 그렇다면 독일, 오스트리아 등의 경우를 거울삼아 행정재판소라도 전문화시킬 필요가 있다. 노동사건과 조세 사건 및 일반행정사건을 관장할 행정재판소의 설립은 우리 사회에서 무엇보다 절실하게 요청된다. 이미 헌법재판소는 전문재판기관화의 일환으로 출범하여 그 기능을 잘 해가고 있음에 비추어 우리 법조계에서 행정부문에 전문적 지식을 갖춘 법조인력을 활용하면 행정재판소의 운영도 충분히 가능하다. 이러한 전문재판기관의 운영에는 결국 학계와 실무계의 일원화가 요청된다. 우리가 사법후진국의 양상을 탈피하는 작업에 있어서 요구되는 재판기관의 전문화와 법조일원화의 실행은 수레의 양쪽바퀴와 같은 관계에 있다고 하겠다.

주변의 후진국이 그 국가경영에 있어서 선진국의 경험과 역량의 축적된 결과를 잘 이용하여 자기 나라의 발전에 활용하는 것은 국가적 수준에서 요구되는 지혜이다. 이는 외교, 교역 등 역동적인 활동에서도 그러할 뿐 아니라 제도를 도입하고 운용하는 영역에서도 마찬가지이다. 따라서 제도의 도입, 운용에 있어서는 항상 가장 잘된 제도에 대하여 연구를 철저히하고 배워야 하며 그러한 제도가 자기 나라의 조건, 환경 등의 요인으로 그대로 채택할 수 없는 불가피한 사정이 있는 때에는 이를 잘 응용하여 자기나라에 맞는 제도로 정착시켜야 함은 의문이 없다. 일찍이 Seneca는 “규칙은 배우는 사람으로 하여금 가야 할 길을 멀게 만들고 실례는 그 길을 짧게 하면서도 성공적으로 만

든다.”(Rules make the learner’s path long, examples make it short and successful.)고 우리들에게 가르쳐 주기도 하였지만 오늘날 우리가 어떤 실례를 우리의 것으로 구체화함에 있어서는 무엇보다도 국가적 수준에서 최고의 지혜를 발휘하여야 할 것이다.

지금까지의 우리 헌정사의 전개를 보면, 외국의 제도를 도입한 경우 과연 선진국에서 시행착오를 거듭하며 애써 성공시킨 최선의 제도를 도입하였는가는 의문이고 더 더욱 선진국의 논의나 제도에 대한 소개라도 제대로 이루어졌는지에 대하여는 깊은 의구심을 가지지 않을 수 없도록 전개되어 왔다. 현재의 우리 헌법재판제도 역시 마찬가지이다. 현재의 제도에는 헌법원리나 헌법재판의 원리, 본질 등에 비추어 볼 때 그와는 동떨어진 요소가 많고 이를 왜곡시켜 놓은 요소도 있다. 이 연구에서는 실제의 선진 각 나라의 제도를 살펴보면서 이러한 문제점을 올바르게 인식하고 현재의 우리 헌법재판제도를 개선해 나가는 데 있어서 바람직한 방향으로의 시사점을 찾아보려고 하였다. 이제는 각 나라마다의 헌법재판제도에 대한 본격적이고도 심도 깊은 비교방법론적 연구가 요청된다고 하겠다.

제 2 주 제

헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력

-서독 연방헌법재판소의 결정유형에 관한 논의에서 무엇을 배울 것인가?-

전 광 석

(한림대학교 사회과학대학 법학과 조교수)

목 차

제 1 장 서 론	
제 1 절 서 설	
I . 문제의 제기	
II . 연구의 목적	
III . 연구의 대상확정	
IV . 연구의 진행	
제 2 절 이 글의 주제에 접근하기 위한 기초적인 문제의 제기	
I . 헌법이론적 접근	
II . 실정 헌법 및 법률해석논적 접근	
제 2 장 서독 연방헌법재판소 결정주문유형과 그 효력 에 대한 체계적 정리	
제 1 절 단순합헌결정	
I . 단순합헌결정의 형식	
II . 단순합헌결정의 적용유형	
III . 단순합헌결정의 효력	
제 2 절 위헌무효결정	
I . 위헌무효결정의 형식	
II . 위헌무효결정의 적용유형	
III . 위헌무효결정의 효력	
제 3 절 불합치결정	
I . 불합치결정의 형식	

II. 불합치결정의 적용유형	
III. 불합치결정의 효력	
제 4 절 아직은 합헌이라는 판단과 입법축구가	
결합된 결정(입법축구결정	
I. 입법축구결정의 형식	
II. 입법축구결정의 적용유형	
III. 입법축구결정의 효력	
제 5 절 합헌적 법률해석	
I. 합헌적 법률해석결정의 형식	
II. 합헌적 법률해석의 적용유형	
III. 합헌적 법률해석결정의 효력	
제 3 장 맺는 말	
제 1 절 헌법상태	
제 2 절 법률상태	
제 3 절 결정에 대한 평가	

제 1 장 서 론

제 1 절 서 설

I . 문제의 제기

1988년 출범하여, 1989년 1월 첫 결정¹⁾을 낸 이래 우리 헌법재판소는 당초의 일부의 회의적인 태도와는²⁾ 달리 활발하게 헌법수호기관으로서, 또 기본권 보장기관으로서 활동하고 있다. 그 동안 헌법재판소의 최대의 성과는 무엇보다도 헌법을 국가조직법으로서의 성격을 넘어서서 생활규범으로서 국민일반에 인식되게 한데에 있다고 하겠다.³⁾ 헌법재판의 양적 증가가 이를 대변해 주고 있다.⁴⁾ 그러나 질적인 면에 있어서, 즉 헌법재판소가 헌법상 자기에게 주어져 있는 권한과 지위를 결정을 통해서 구체화시켜 나갔는

1) 1989. 1. 25. 88헌가 7 소송촉진에 관한 특례법 제6조의 위헌결정. 헌법재판소 판례집 제1권 1990, 1면 이하.

2) 예컨대, 권 영성, “한국의 헌법재판제도”, 「월간고사」 1988. 11., 14면 이하

3) 헌법의 생활규범성에 대해서는, 허 영, 헌법이론과 헌법(상) 1988, 35면 이하.

4) 개원 후 1년 남짓 지난 1989년 12월 현재 헌법재판소에는 651건의 헌법재판사건이 접수되어, 498건이 처리되었다. 최 광률, “헌법재판의 운영 방향”, 한국공법학회 제6회 월례발표회 발표요지(미간행)1990. 2., 4면.

가 하는 질문에 접하면, 여기에는 여러 시각에서 의문이 제기되는 것이 또한 사실이다.⁵⁾ 헌법재판의 실질적인 내용, 즉 공권력에 대한 통제기능과 관련해서는 경제적인 분야와는 달리, 특히 정치적인 문제에 관한 한 소극적인 태도를 보이고 있다는 견해가 하나의 가능한 총체적인 평가이다.⁶⁾ 7) 헌법재판소의 위상정립이라는 시각에서 현재까지 약 2년의 경험에서 우리 헌법재판소가 고심하고 있는 문제를 구체적으로 들자면, 적어도 하나는 대법원과의 관계에서 미묘한 문제를 낳고 있는 행정명령의 위헌결정권에 관한 문제이고,⁸⁾ 다른 하나는 이 글의 주제인 (아직은 잠재

5) 또 기본적으로 헌법재판소의 구성 자체가 헌법재판소가 그에게 주어진 기능을 수행하기에 적합하지 않다는 지적도 있다. 이 점은 이미 헌법재판소법 제정 전 후 당시 제기된 문제점이었다. 이에 대한 대표적인 지적은 헌법재판관의 상임과 비상임구별, 그리고 재판관 임명절차에서의 민주적 정당성의 불충분함에 대한 우려 등이다. 이에 대해서는, 김 철수, “법무부의 헌법재판소 법안을 보고”, 「월간고시」 1988. 6 : 허 영, “헌법재판소법 제정에 관한 관견”, 「법률신문」 1988. 1., 25 등.

6) 예컨대, 강 경근, “한국 헌법재판소의 공권력통제기능”, 「월간고시」 1991. 1. 135면 이하

7) 이 문제는 아래 자세히 언급되겠지만 부분적으로는 결정주문의 선택과도 밀접한 관련을 가지고 있다.

8) 이 문제의 시사성은 매월 열리고 있는 공법학회의 월례발표회에서 이 문제를 촉발하는 직접적인 원인이 헌법재판소의 결정, 즉 「1990. 10. 15. 89 헌마 178 법무사법 시행규칙 제3조 1항의 위헌결정」이 있고 나서, 같은 주제에 대해서 5명이 발표한 것에서도 나타나 있다. 홍성방, “헌법 제107조와 헌법소원”, 한국공법학회 제12회 월례발표회(1990. 11. 24) 발표요지 13면 이하; 박 일환, “법규범에 대한 헌법소원과 제소요건”, 한국공법학회 제13회 월례발표회(1990. 12. 14) 발표요지 5면 이하 ; 이석연,

해 있는) 입법권과의 관계정립이라는 시각에서 (주로 헌법재판소 내부에서) 논란의 대상이 되고 있는 이른바 변형결정을 중심으로 한 헌법재판결정의 유형과 효력에 관한 문제이다.

헌법재판결정유형에 관한 한 이미 헌법재판소법 제정 이전에도 학계에서 부분적인 준비작업이 되어 있었다. 한편으로는 법률의 성격과 내용, 그리고 위헌심판의 파급효과 등 헌법의 구조와 헌법재판의 기능의 시각에서, 그리고 다른 한편으로는 서독을 중심으로한 비교법적 예를 들어 헌법재판의 결정 (위헌)무효결정과 합헌결정에 그치지 않고, 위헌확인결정, 입법개선촉구결정 등으로 다양화되어야 한다는 견해가 그것이다.⁹⁾ 다만 이 시기에는 아직 이러한 다양한 헌법재판결정유형이 어떻게 사례별로 체계화될 수 있을 것인가, 그리고 그 각각의 결정유형에는 어떠한 효력이 따를 것인가는 깊이 논의되지 않았었다. 그러나 헌법재판소가 한 결정¹⁰⁾에서 소수의견에서나마 조건부 혹은 입법촉

헌법소원의 대상으로서 명령규칙에 대한 위헌여부심사, 같은 책 30면 이하 ; 권 영성, “법무사시행규칙의 위헌결정에 대한 관건”, 첨부된 유인물 ; 김 철용, 헌법재판소 89 헌마 178결정에 대한 관건”, 같은 책 41면 이하.

9) 예컨대, 허 영, “서독에 있어서의 헌법재판-서독연방헌법재판소를 중심으로”, 「헌법재판자료」 제2집 1980, 특히 58면 이하 ; 동인. “헌법재판소법 제정에 관한 관건”, 「법률신문」 1988. 1. 25.

10) 1989. 5. 24 89 헌가 37,96(병합), 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2의 위헌심판. 헌법재판소판례집 제1권, 48면 이하, 62면.

구를 수반한 위헌결정 등의 가능성을 시사하고,¹¹⁾ 실제 국회의원선거법 제33, 34조에 대한 위헌법률심판에선 헌법불합치결정을 하자,¹²⁾ 그리고 그 불합치결정에 불합치결정이 허용되지 않는다는 헌법재판관 자신의 소수의견이 표명되자, 이 결정은 우리가 준비하지 못하고 있던 헌법재판결정이 유형과 그 효력의 문제점들을 현재화시키는 계기가 되었다. 문제를 나열하면 다음과 같다 :

첫째, 헌법재판소법 제45조는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고, 헌법재판소는 법률이 위헌 혹은 합헌이라는 결정 외에 이른바 “헌법에 불합치”한다든가 혹은 “일정한 조건하에 헌법에 합치한다”는 등의 변형된 결정주문을 채택할 수 있는가?

둘째, 헌법재판소의 결정유형에 관한 헌법재판소법 제45조를 확대 해석하여 헌법재판소가 변형결정의 주문유형을 채택하는 것이 가능하다고 하자. 그러나 위헌결정에만 국가기관에 대한 기속력을 인정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제1항의 규정, 즉 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다”는 규정을 엄격히 해석하는 입장에 서면, 변형결정으로 나타난 헌법재판소의 의사는 단순한 희망 내지는 권고일 뿐, 국가기관에 대한 기

11) 아직 이 결정에서는 변형결정의 허용 여부가 헌법재판소법 제45조 1항과 관련해서 논의되지는 않았다.

12) 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판사거, 1989. 9. 8. 88헌가 6. 헌법재판소판례집 제1권, 199면 이하.

속력은 부인될 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 변형결정은 헌법재판소의 공권력통제기능을 공동화시키는 결정유형이 되지 않을까?¹³⁾

셋째, 헌법재판소법 제45조를 확대해석하여 주문유형으로서 변형결정이 가능하고, 또 더 나아가서 같은 법 제47조 1항 역시 “변형해석”¹⁴⁾하여 변형결정에도 국가기관에 대한 기속력을 부여한다고 하자. 그러나 법률에 대한 위헌결정이 가져오는 어떠한 법적 파급효과가 그 법률에 대해서 단순위헌결정이나 단순합헌결정이 아니고, 변형결정을 하는 것을 정당화시키는가 하는 의문은 여전히 남는다. 현재 우리 헌법재판소가 그 결정의 주문유형과 효력에 관한 실무에서 어려움을 겪고 있고, 또 비판의 대상¹⁵⁾이 되고 있는 부분은 이 세 번째 문제인 듯 하다. 첫 번째 문제와 두 번째 문제에 관한 한 일부 소수의견을 제외하고는¹⁶⁾ 헌법재

13) 이상은 동시에 이 결정에 대한 재판관 변 정수의 반대의견의 논거이기도하다. 헌법재판소판례집 제1권, 265면 이하. 변 정수 재판관은 이러한 반대의견을 헌법재판소의 그 밖의 불합치결정에 일관하여 부치고 있다. 예컨대, 1989. 7.21 89 헌마 38, 상속세법 제32조의 2 위헌여부에 관한 헌법소원사건 ; 1990. 1. 15 89 헌가 103 노동쟁의조정법 제13조의 2등에 대한 위헌심판사건 ; 1990. 6. 25 90 헌가 11 국가보안법 제7조 5항에 대한 위헌심판사건 ; 1990. 8. 27 89헌가 118 도로교통법 제50조 2항에 관한 위헌심판 등.

14) 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판사건, 1989. 9. 8. 88 헌가 6. 헌법재판소판례집 제1권, 260면.

15) 예컨대 정 재황, “헌법재판소의 한정합헌결정”, 「법과 사회」 3호(1990), 27면 이하 ; 허 영, “국가보안법 제7조의 위헌여부”, 「법률신문」 1990. 4. 30.

16) 예컨대 앞의 주 13에서 지적한 변 정수 재판관의 소수의견 이

판소 내부에서는 이미 확고히 관행화되어 가고 있다. 또 학계에서도 이러한 헌법재판소의 헌법재판소법 제45조 및 제47조 1항에 대한 해석과 이에 기초한 변형결정의 실무관행에 대해 근본적인 비판이 가해지고 있지는 않다.¹⁷⁾

II. 연구의 목적

이 글은 위에 제기된 문제 중 세 번째 문제에 접근하기 위한 시론이다. 아직 헌법소송 및 헌법소송이론의 역사가 짧은 우리의 경우 이러한 문제를 우리의 문헌을 중심으로 해결하기는 원천적으로 어렵다. 따라서 이 글은 오랫동안 우리에게 영향을 미쳐왔으며, 또 비교적 성공적인 헌법재

외에도 김진우 재판관이 불합치결정에 대한 반대의견을 계속 제시하고 있다. 다만 김 재판관은 되도록 위헌결정의 원칙에 충실하고, 특별히 예외적인 경우에 입법축구를 수반하는 위헌 확인, 혹은 역시 입법축구를 수반하는 합헌결정이 바람직하다고 함으로써, 근본적으로 우리 실정법 상태에서 불합치결정이 허용되지 않는다는 변 정수 재판관의 견해와는 구별된다. 1989. 9. 8. 88헌가 6, 헌법재판소 판례집 제1권, 269면 이하 ; 그 밖에 변형결정을 원칙적으로 허용하는 견해를 나타내는 문헌으로는, 황 우러, “위헌결정의 형식-변형결정”, 헌법재판자료 제2권, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 1990., 123면 이하.

17) 다만 그렇더라도 법률관계의 명확성을 위해서 단순히 해석에 의한 운영에 만족해서는 안되고 궁극적으로 법개정을 통해 변형결정의 명백한 법적 근거를 마련해야 한다는 주장은 이유가 있다고 하겠다. 예컨대, 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌 심판사건, 1989. 9.8. 88 헌가 6. 헌법재판소판례집 제1권, 272면의 김 진우 재판관의 반대의견.

판제도로 평가되어 온 서독 연방헌법재판소에서 똑같은 주제로 논의된 사례와 같은 주제에 관한 독일의 문헌을 중심으로 비교법적 접근을 하려는 목적을 갖는다. 다시 한번 되풀이하면 변형결정의 여러 태양을 심사대상인 법률의 특성, 구조 혹은 위헌결정의 파급효과 등을 중심으로 체계화하는 것이 가능한 것인가? 그리고 서독의 문헌을 통해서 그러한 작업이 이루어질 수 있다면 그 작업의 결과는 우리 헌법 및 법률상태에 비추어 수용될 수 있는가, 혹은 적어도 어느 정도 시사점을 줄 수는 있지 않을까? 그리고 이 질문이 부분적으로나마 역시 긍정될 수 있다면 우리 헌법재판소의 판례를 평가할 수 있는, 더 나아가서는 우리 헌법재판소의 실무에 지침이 될 수 있는 잣대를 제공할 수 있지 않을까? 하는 등의 질문에 답하려는 것이 이 글을 쓰는 목적이라는 것이다.

Ⅲ. 연구의 대상확정

연구의 대상확정이라는 소 제목 하에 말하려는 것은 이 글은 우리 헌법재판소의 심판절차 중에서도 법률에 의한 직접적인 기본권 침해를 이유로 한 헌법소원(헌법재판소법 제68조 1항 및 75조 5항)과 규범통제절차(헌법재판소법 제41조 이하)에서 이루어지는 변형결정만이 연구의 대상이 될 수 있다는 것이다. 후자에는 위헌 법률심사제청을 기각하는 법원의 결정에 대한 헌법소원(헌법재판소법 제68조 2

항 및 75조 6항)이 포함된다. 그러나 그 밖의 소송절차 중 탄핵심판(헌법 제65조)과 정당해산심판(헌법 제8조 4항)은 기본적으로 변형결정의 여지는 없다. 다만 기관쟁의심판의 경우 이론적으로 변형결정의 여지가 없는 것은 아니다.¹⁸⁾ 이것은 특히 기관쟁의의 심판대상인 처분을 확대해석하여 입법적 처분으로까지 확대해할 경우 더욱 그러하다. 그러나 기관쟁의 심판절차는 위헌법률이 효력여부에 심판의 중점이 있는 것이 아니라, 기관상호간의 권한조정이 제1차적인 관심사이므로 이 글에서는 논의의 대상에서 제외하였다.

IV. 연구의 진행

이 글은 이미 언급한대로 궁극적인 비교법적 성과를 통해서 우리 법제를 보다 잘 이해하고 평가하며 나아가서 법정책적인 개선에 도움을 구하려는 의도를 갖고 있다. 이 비교법적 작업을 위해서 먼저 비교대상국인 서독의 헌법 및

18) 오히려 서독의 경우 연방헌법재판소법 제67조는 기관쟁의 결정이 규범통제와는 달리 당연무효가 아니고, 불합치확인의 형태로 내려지는 것을 예정하고 있기 때문에 위헌법률이 당연무효라는 명제는 서독 기본법에서도 처음부터 확고한 것은 아니었다는 주장이 있다. 예컨대, Christian Pestalozza, "Noch verfassungsmäßige und Bloss verfassungswidrige Rechtslagen", Christian Starck(편), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1. 1976, 521면 이하 : 이에 관한 결정으로는 BVerfGE 20, 56 ; 44, 125 ; 45, 1 ; 62, 1.

하위 설정법제와 판례, 그리고 이 주제에 관련된 문헌에 우리의 관심사를 염두에 두고 접근하는 작업이 이루어져야 한다. 즉 비교법적 작업을 위해서는 먼저 외국법에 대한 이해가 선행되어야 한다는 것이다.

위에서 제기된 문제의식을 그대로 서독의 법제에 적용하여 다음과 같은 질문을 하였다. 첫째 변형결정은 허용되는가, 그리고 허용된다면 그 종류에는 어떤 것이 있는가? 이 질문은 다시 다음과 같은 두 가지 세분화된 질문으로 나누어진다. 즉 첫째, 헌법재판의 기능에 관한 헌법이론적인 요청이 존재하는가, 그리고 그러한 명제에 입각해서 위 질문에 답하는 것이 가능한가 하는 의문이다. 이것이 가능하다면 이 대답은 서독의 헌법재판에 관한 실정법 뿐 아니라 우리 헌법재판에도 직접적인 시사를 줄 수 있을 것이다. 둘째, 실정 헌법 및 헌법재판소법의 해석론을 통해서 이 문제에 어떠한 대답이 주어지는가 하는 문제이다. 이 대답은 우리에게 직접적인 도움을 주지는 못한다. 우리는 우리의 헌법 및 헌법재판소법을 독일의 그것과 맞대고, 같고 다를 것을 견주어, 그 결과에 따라서 서독에서의 결론을 취하고 버려야 하는 우리 나름대로의 작업을 하여야 하기 때문이다. 큰 두 번째 문제는 각 변형결정은 어떠한 효력을 갖는가, 또 그 각각의 결정유형이 내려지는 대상인 사안은 어떠한 구조적, 법적 효력에 관한 특성을 갖는가, 그리고 전자는 후자를 갖대로 해서 유형화할 수 있는가? 하는 의문이다. 이 질문이 체계적으로 답해질 수 있다면 우리는 다시 우리의 헌법재판소 결정을 평가하고, 앞으로 있을 가

능한 사건의 해결에 중요한 도움을 주게 될 수 있을 것이다.

제 2 절 이 글의 주제에 접근하기 위한 기초적인 문제의 제기

I. 헌법이론적 접근

변형판결, 특히 사실상 장래효를 가지는 불합치결정이 가능한가 하는 문제는 헌법이론적으로는 헌법의 형식적 그리고 실질적 요청을 위반한 법률이 당연무효(ips*o*-iure-Nichtigkeit)가 아닌, 단순히 헌법재판기관에 의한 폐지(vernichten)의 대상일 뿐이라는 전제가 충족되면 훨씬 쉽게 이론구성이 가능하다. 물론 위헌법률이 당연무효일 경우에는 변형판결이 불가능한 것은 아니지만, 이 때에는 반드시 실정 헌법, 그리고 헌법에 근거를 갖는 실정법률에 변형결정을 정당화할 수 있는 특별한 규정이 법적 근거로 제시되어야 할 것이다.¹⁹⁾

이 문제에 관한 독일의 오랜 헌법 전통은²⁰⁾ 위헌법률은

19) 1970년 이전 서독의 헌법재판에 있어서와 같이 사법적 범형성(Rechtsfortbildung)에 의해서 변형결정이 가능할 수도 있을 것이다. 그러나 이때에는 필연적으로 법적 명확성의 기준에 비추어 비난을 면할 수 없을 것이다.

20) 이에 대해서 자세히는, 게 회열, “법률에 대한 위헌결정의 효

당연무효(ipsa-iure-Nichtigkeit)라는 것이었다. 이 결론은 크게는 다음과 같은 두 가지 논거에 기초하고 있다. 하나가 이른바 규범충돌이론(Kollisionsmodell)이고, 다른 하나가 이른바 규범효력조건이론(rechtsgeltungsmodell)이다.²¹⁾ 규범충돌이론은 다음과 같은 두 가지 전제를 그 출발점으로 하고 있다. 즉 첫째, 법질서는 하나의 통일체를 이루며, 이 통일체 내에서 규범간의 모순은 논리적으로는 존재하지 않는다는 것이다. 둘째는 헌법의 최고 법규성이다. 따라서 헌법에 모순되는, 즉 헌법질서에 형식적, 실질적으로 반하여 “성립된”하위 법규범은 당연무효라는 것이다. 규범효력조건이론 역시 헌법의 최고 법규성과 법질서의 통일성을 그 출발점으로 하고 있다. 그러나 뉴앙스의 차이이기는 하지만 규범효력조건이론은 규범충돌이론과는 달리 다음과 같은 이론구성을 한다. 즉 헌법규범은 법률이 “성립하기 위해서”충족시켜야 하는 조건이라는 것이다. 그 논거와 위헌법률의 결과에 대해서 위 두 개의 이론은 모두 같은 입장이지만 다음과 같은 중요한 차이가 있는 것이 발견된다.

력”, 헌법재판자료 제2권, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상 1990, 특히 182면 이하 ; Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt 1980, 21면 이하 참조 ; 그 밖에 독일헌법재판의 사적 발전과정에 대해서는, Ulrich Scheuner, “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert”, Christian Starck(편), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz 1976, 1면 이하.

21) 이에 대해서 자세히는, 계 희열, 위 주 20의 논문, 211면 ; Jörn Ipsen, 위 주 26의 책, 73면 이하.

즉 규범효력조건이론에 따르면 헌법에 반하는 법률은 처음부터 도대체 “존재하지 않았다”는 결론에 이른다. 반면 규범충돌이론에 따르면 상위규범과 모순되는 하위규범은 그것이 “성립된” 사실 자체가 부인되는 것은 아니다. 다만 모든 하위 규범은 잠재적으로 헌법과 모순될 가능성을 스스로 지니고 있으며, 이 경우 사후적으로 그 효력이 부인된다는 것이다. 이 두 이론이 모두 위헌법률의 당연무효의 논거이었지만 적어도 규범충돌이론은 약간의 이론변형을 하면 위헌법률은 당연무효가 아닌 폐지(vernichten)의 대상일 뿐이라는 이론으로의 발전이 가능한 것이었다.²²⁾

22) 이 점을 논리적으로 확대시킨 이가 바로 Hans Kelsen이라고 할 수 있다. Kelsen에 따르면 헌법은 헌법에 합치한 법률뿐 아니라 헌법에 반한 법률에도 그 효력을 당연히 부인하는 것은 아니라고 한다. 법률의 위헌성이란 논리적 모순이 아니라, 헌법에 따른 폐지절차의 한 요건일 뿐이라는 것이다. 따라서 위헌법률은 그것이 실정법 절차에 따라 폐지될 때까지는 효력을 가진다고 한다. 그의 상징적 표현에 따르면, “헌법에 반한 법률도 합헌적인 것이며, 단지 헌법에 제시된 절차에 따라 폐지될 운명에 있을 뿐이다”라고 한다. 서독에서도 Kelsen의 이론을 원용하면서 위헌법률의 효과로서 당연무효의 필연성을 부인하는 견해가 있다. 예컨대, Harmut Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen? 1974, 29면 이하. 오스트리아의 헌법재판에서 법률에 대한 위헌결정이 즉시효 혹은 장래효를 가지도록 된 것은 Kelsen의 영향이라고 할 수 있다. 오스트리아 헌법재판에서 위헌법률의 효력에 대해서 자세히는, 게 희열, 위주 20의 논문, 202면 이하 ; 박 일환, “위헌법률의 효력”, 헌법재판소(편), 헌법재판자료 제2집 1989, 166면 이하 ; 윤 진수, “위헌법률의 효력—헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토—”, 미발표논문 등.

그러나 이 두 이론도 그것이 보편타당한 헌법이론으로 평가되지 않았다. 즉 이 두 이론은 독일의 전통적인 당연무효론을 설명하는 도구는 될 수 있을 것이다. 그러나 그렇다고 이 두 이론이 위헌법률의 당연무효를 부인하기 위해서는 특별한 헌법적 근거를 헌법개정을 통해서 마련해야 한다는 정도의 일반성을 갖지는 않는다는 것이다. 헌법의 최고 법규성과 법질서의 통일성을 근거로 위헌법률 당연무효가 주장되지만, 이때 그 궁극적인 목적은 입법자의 횡포로부터 헌법을 보호하는 것이다.²³⁾ 그런데 이러한 목적은 헌법에 반하는 법규의 적용을 (형성적 konstitutiv으로든, 선언적 deklatorisch으로든) 배제함으로써 달성되는 것이어서, 당연무효만이 여기에 봉사한다고 할 수는 없을 것이기 때문이다.²⁴⁾

결국 여기서의 잠정적인 결론은 다음과 같다 : 즉 헌법재판결정 주문의 유형으로 변형결정이 허용되는가의 문제는 당연무효가 위헌법률의 당연한 결과인가 하는 문제와 간접적인 연관성²⁵⁾을 갖는다고 할 수 있다. 위헌법률의 결과가 당연무효를 회피하고 여러 가지 다양한 실질적, 시간적 효력의 차이를 의도하는 변형결정을 행하기 위해서는 엄격한 헌법적 근거가 존재하여야 할 것이기 때문이다. 반대로 위

23) 예컨대, Christoph Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze 1966, 32면

24) Christoph Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle 1977, 143면.

25) 위헌법률의 효과가 당연무효이면, 변형결정은 허용되지 않은다는 정도의 직접적인 인과관계가 있는 것은 아니라는 의미이다.

헌법률이 당연무효라는 것이 헌법이론적 일반성을 갖지 않는다는 변형결정을 행하기 위해서 이를 정당화하기 위한 헌법적 근거를 필요로 하는 것은 아니다. 이에 관한 입법자의 형성의 자유는 보다 넓어질 것이며, 단지 입법자는 법적 명확성의 요청을 충족시킨다는 의미에서 헌법재판소법에서 변형결정의 종류 및 그 효력을 명시하는 것이 바람직하다고 하겠다. 그런데 지금까지 살펴본 결과에 따르면 위헌법률의 효력에 관한 일반적인 헌법이론적 요청은 존재하지 않는다고 해야 할 것이기 때문에, 이제 실무의 관행을 알아보기 전에 헌법 자체의 해석과 헌법재판소법의 해석을 통해서 변형결정의 허용여부, 그리고 그 종류 및 효력을 알아보자.

II. 실정 헌법 및 법률해석론적 접근

1. 헌법해석론

서독기본법 자체는 위헌법률의 효력에 대해서 아무런 명시적인 언급을 하고 있지 않다. 따라서 이제 헌법“해석론”을 통해서 변형결정의 여부 및 효력, 그 유형화에 대한 헌법적 요청이 발견되는가를 알아보는 작업이 필요하다.

헌법해석에 대해서도 위의 위헌법률에 대한 헌법이론의 두 입장은 같은 견해의 차이를 보이고 있다. 이 두 입장은 자기의 결론을 헌법해석론으로 근거지우기 위해서 모두 구

체적 규범통제절차에서의 법관의 위헌법률 심사제청권에 관한 서독 기본법 제100조 1항을 원용하고 있다. 기본법 제100조 1항은 당해사건의 결정이 “법률의 효력여부 (Gültigkeit eines Gesetzes)”에 달려있고, 법관이 해당법률을 위헌이라고 판단하면 당해사건의 심리를 중단하고 헌법재판소에 법률의 위헌심사를 제청할 의무를 부과하고 있다. 그런데 당연무효설에는 기본법 조문이 “법률의 효력여부”운운하는 것은 결국 헌법제정권자가 위헌법률은 효력이 없다, 즉 무효라는 것을 당연한 전제로 하고 있다고 주장한다.²⁶⁾ 그러나 같은 기본법 조문에 대해서 폐지무효설에서는 해석을 달리한다. 서독 기본법이 위헌법률에 대한 헌법재판소에의 제청권을 법관에게 부여한 것은 바로 거꾸로 위헌법률이 당연무효라면 법관은 잠정적으로라도 그 법률에 기속되지 않고, 적용을 거부할 수 있어야 하며, 또 따라서 제청의무를 가지는 것도 아니어야 한다는 것이다.²⁷⁾ 그런데 기본법은 법관이 위헌법률에 대한 제청의무를 갖는다고 규정하고 있다. 그렇다면 이러한 기본법의 태도는 위헌

26) 예컨대, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 1990, Art. 100 Randnummer 26 ; Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht 1985, 162면 ; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II 1980, 1040면.

27) 폐지무효설은 바로 이러한 맥락에서 행정관청이 위헌법률에 대한 적용을 배제할 수 있는가 질문에 부정적인 대답을 하고 있다. 이에 대해서 자세히는, Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 75면 이하 ; 우리나라에서 행정관청의 법률심사에 대한 최근의 문헌으로는, 김 남진, “행정기관의 법령심사권”, 『월간고서』 1991. 1. 44면 이하.

법률이라도 위헌결정이 있을 때까지는 잠정적으로 효력을 갖고, 위헌결정에 의해서 비로소 위헌법률은 효력을 상실하는 것이라고 할 수밖에 없지 않을까 하고 반문한다.²⁸⁾ 결국 서독 기본법 제1조 3항, 제20조 3항, 그리고 제79조가 헌법규범의 효력의 우위성을 표현한 것이기는 하지만, 이로서 곧 위헌법률이 당연무효라는 결론이 이끌어내 지지는 않는다는 것이다.²⁹⁾ 그리고 위헌법률이 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 효력을 갖는다는 명제는 무엇보다도 헌법의 원칙인 법적 안정성에 비추어 필연적이라고도 한다.³⁰⁾ 법치국가원칙의 기본적 요청의 하나인 법적 안정성의 원칙은 법률의 존속에 대한 신뢰를 보호하는 내용을 갖기 때문이라는 것이다.

2. 연방헌법재판소법 해석론

서독에서도 아래에서 살펴보는 바와 같이 변형결정의 허용여부 및 효력, 그 유형화에 대해서는 이것을 입법화할 만큼 의견통일이 이루어져 있지 않다. 서독 연방헌법재판소법에서 위헌법률의 효력에 대해 어떠한 입장을 취하고 있는가를 간접적으로 나타내는 규정이 연방헌법재판소법

28) Christoph Böckenförde, 위 주 23의 책, 41면.

29) Christoph Böckenförde, 위주 23의 책, 55면 이하. 이러한 논거는 Böckenförde의 책에서는 위헌법률의 당연무효는 기본법과 합치않는다는 주장으로까지 발전한다. 같은 책, 62면 참조.

30) 예컨대, Christoph Moench, 위 주 24의 책, 123면 ; Harmut Söhn, 위 주 22의 책, 41면.

제78조이다. 이 조항에 따르면 연방법이 기본법에 반하거나 혹은 주법이 기본법이나 그 밖의 연방법에 반할 때에는 이 법은 무효로 선언된다(für nichtig erklären). 그러나 이 규정만으로는 아직 연방헌법재판소법이 위헌법률의 효력에 대해서 당연무효설을 취하고 있는지, 아니면 폐지설을 취하고 있는지 불투명하다. 보다 정확히 말하면 연방헌법재판소법이 위헌법률에 대해서 원칙적으로 무효의 효과를 부여하고 있는 것은 사실이지만, 위헌법률은 그것이 당연무효인지, 아니면 소급적으로 폐지되는 것이지는 명백치 않다는 것이다. 이러한 연방헌법재판소법 해석론은 1970년 연방헌법재판소법 제4차 개정으로³¹⁾ 그 동안 연방헌법재판소에서 관행화되어 온 변형결정의 일부, 즉 구체적으로는 불합치결정이 결정의 효력에 관한 제 31조 2항 및 79조 1항에 명문화되었더라도 큰 변화가 있었다고 할 수 없다.³²⁾ 왜냐하면 이 개정에서 입법자는 결정의 내용을 규율하는 제78조를 그대로 두고, 결정의 전제인 헌법위반상태의 태

31) 연방헌법재판소법의 개정경과에 대해서 자세히는, Jörn Ipsen, 위 주20의 책 H.82면 이하.

32) 이 외에도 위헌법률의 효력에 대한 폐지무효설의 이론전개를 위한 모습의 일단이 보인다. 예컨대 1966년 Christoph Böckenförde는 그의 저서 Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 40면 이하에서 기본적으로 폐지무효설을 주장하면서, 당시 연방헌법재판소법이 그 제78조에서 법률이 헌법에 위반했을 때 연방헌법재판소법은 위헌법률의 당연무효를 전제하고 있는 것은 아니라고 강변하고 있다. 그러나 이후 feststellen이라는 표현은 법개정을 통해서 비교적 창설적 성격이 강한 erklären이라는 표현으로 바뀌었다.

양으로 불합치결정을 언급하는 데 그쳐 변형결정을 입법적으로 수용하는 적극적인 표현을 하지는 않았기 때문이다. 여기에서 우리는 당연무효가 독일의 헌법전통이기는 하지만 엄격한 해석을 통해서 도출되는 원칙은 아니라는 것을 다시 한번 확인할 수 있다.

결국 연방헌법재판소가 위헌법률에 대해서 무효결정을 하는지, 혹은 불합치결정을 하는지, 또 나아가서 그 밖의 변형결정을 하는지에 대해서 적어도 헌법 및 헌법재판소법에 직접적인 근거규정이 있는 것은 아니다. 따라서 이제 문제는 완전히 개방되어 각 사례에 따라 어떠한 주문유형이 국민의 기본권보장, 법적 안정성, 구체적 타당성, 헌법이 허용하는 범위 내에서 입법권 존중 등을 충족시키는가 하는 문제로 귀착된다고 하겠다.

제 2 장 서독 연방헌법재판소 결정주문유형과 그 효력에 대한 체계적 정리

제 1 절 단순합헌결정

I. 단순합헌결정의 형식

위헌제청된 법률에 대해서 연방헌법재판소가 합헌이라고 판단하였을 때의 주문형식에 대해서 법률이 특별한 규정을 두고 있지는 않다. 일반적으로 헌법소원에 규정된 결정주문을 원용하여, 제청을 이유없다고(unbegründet) 기각하는(zurückweisen) 내용을 담고, 동시에 연방헌법재판소법 제 31조 2항에 간접적으로 표현되어 있는 판결내용을 원용하여 적극적으로 “기본법에 합치한다(mit dem Grundgesetz vereinbar)”는 선언을 한다.³³⁾

종종 합헌결정은 “soweit” 혹은 “insoweit”라는 접속사로 연결되는 부속(제한)절을 수반하는 경우가 있다. 예컨대 “산모보호기간 개시 시점에 소득활동을 하지 않고, 그렇다고 실업상태에 있지도 않은 산모가 산모보상금의 수혜대상에서 제외되는 한, 산모보호법(Mutterschutzgesetz)제 8 a 조 1항 2문은 기본법에 합치된다”라는 주문이 그것이다.³⁴⁾ 이러한 주문유형에는 오해의 여지가 있을 수 있다. 뒤에서 언급하는 일부위헌의 주문유형과 외관상 유사성을 지니고 있기 때문이다.³⁵⁾ 그러나 연방헌법재판소는 이러한 주문유형으로서 해당 법률이 제한절에 표현된 사례의 경우에만 합헌이고, 그 밖의 경우에는 위헌이라는 의도를 표현하고

33) Maunz/Schmidt-Bleibtru/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz 1989, §95 Randnummer 13.

34) BVerGE 65, 104.

35) 이 글 뒤 제2장 제2절 I.1 참조

있는 것은 물론 아니다. 단지 헌법사건심리에서 심사대상인 적용례(Anwendungsfälle)를 뚜렷히 하기 위해서 당해사건(Ausgangsfall)의 내용을 반복하는 의도로 이러한 표현 방법을 사용하고 있을 뿐이다.³⁶⁾

드물기는 하지만 연방헌법재판소는 단순합헌결정을 하면서, 결정이유에 심사대상이 아닌 사안에 대한 보충의견을 제시하는 경우가 있다. 예컨대 특정범죄에 대한 공소시효의 연장이 헌법에 합치하는가의 여부가 문제된 사건에서 연방헌법재판소는 이 법률의 합헌성을 주문에 밝히면서, 결정이유에서는 나아가서 특정범죄에 관한 한 공소시효를 폐지하는 조치가 있더라도 여기에 헌법적 장애가 존재하는 것은 아니라고 설시하였다.³⁷⁾

II. 단순합헌결정의 적용유형

단순합헌결정은 그 요건에 관하여 특별한 문제가 있지는 않다. 연방헌법재판소의 심리대상은 제청된 당해 사건에서

36) Michael Sachs, Teilnichtigerklärung : Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das BVerfG, 「Deutsches Verwaltungsblatt」 1979, 391면.

37) BVerfGE(GE 25, 269(293). 극히 드문 이러한 결정에 대해서는 당시 바로 특정범죄에 대한 공소시효의 폐지문제가 정치적 쟁점이었다는 것을 감안하면, 이러한 보충의견의 제시는 법원의 기능을 벗어나 연방헌법재판소가 정치적 행위를 한 것으로 비판의 대상이 되었다. 이에 대해서는 Martin Heidehain, "Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts von 26. 2. 1969", 「Juristenzeitung」 1969, 508면 이하.

그 효력에 의문이 제기된 법률에 한정되지만³⁸⁾ 연방헌법재판소의 심사기준은 제청인이 제청의 이유로서 제시한 헌법 규정 혹은 원칙에 한정되지는 않는다.³⁹⁾ 연방헌법재판소는 가능한 모든 헌법적 관점을 동원하여 헌법심리를 할 수 있다는 것이다.⁴⁰⁾

Ⅲ. 단순합헌결정의 효력

연방헌법재판소법은 단순합헌결정의 효력에 관하여 특별히 규정하고 있지 않다. 다만 문리적으로 “위헌결정”의 국가기관에 대한 기속력을 인정하고 있는 우리 헌법재판소법 제47조 1항과는 달리 서독 연방헌법재판소법은 그 제31조 1항에서 연방헌법재판소의 모든 결정은 국가기관을 기속한다고 규정하고 있다. 이때 기속력의 내용은 다음과 같다. 우선 연방헌법재판소의 당해 사건에 관한 결정은 연방헌법재판소 스스로도 취소할 수 없다.⁴¹⁾ 또 연방헌법재판소의 결정은 형식적 확정력(formelle Rechtskraft)을 갖기 때문에 다른 법원을 포함해서 다른 국가기관에 의한 결정번복이 허용되지 않는다. 이러한 내용의 형식적 확정력은 연방

38) 뒤에서 보는 바와 같이 연방헌법재판소법 제78조 2문에 따른 위헌결정의 확장과 같은 예외가 있기는 하다.

39) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §80 Randnummer 110 ; BVerGE 26, 44(58) ; 4, 260(270) ; 61, 43(62).

40) 이는 다른 종류의 헌법재판절차에서도 마찬가지다.

41) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §31 Randnummer 6.

헌법재판소의 다른 원(Senat) 및 양원전체회의(Plenum)에도 미친다.⁴²⁾ 마지막으로 연방헌법재판소의 결정에는 실질적 확정력(materielle Gesetzeskraft)이 인정되어, 결정주문 및 주문의 해석을 위하여 중요한 결정이유(tragende Gründe)는 소송당사자를 기속한다.⁴³⁾ 실질적 확정력의 주관적 범위는 청구인, 피청구인 및 그 밖의 참가자이다. 그 밖의 관련인에게 까지 실질적 확정력이 미치는가 하는 의문을 제기할 수 있으나, 이는 연방헌법재판소법 제31조 2항이 연방헌법재판소의 결정은 법률로서의 효력(Gesetzeskraft)을 갖는다고 하였기 때문에 입법적으로 해결되었다고 할 수 있다.⁴⁴⁾

실질적 확정력과 관련하여 특별히 중요성을 갖는 문제는 실질적 확정력의 시간적 범위이다. 심리의 원인이 된 사안이 그것에 적용된 법률에 대한 결정이 이루어진 후 변화하

42) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §31 Randnummer 6.

43) BVerfGE 1, 14(37) : 19,377(392) ; 20,56(87) : 40,88(93f.). 그러나 중요한 결정 이유에 기속력을 인정할 것인가의 문제에 대해서 헌법의 개방성을 유지시키기 위한 목적에서 반대하는 견해도 강력하게 대두되고 있다. 예컨대, Wolfgang Löwer, "Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts", Isensee/Kirchgor(편), Handbuch des Staatsrechts Bd. II 1987, 796면 이하 ; Klaus Schlaich, 위 주 26의 책 204면 이하 ; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II 1980, 1038면 이하.

44) Manz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §31 Randnummer 28 ; Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 1990, Art. 94 Randnummer 20.

였다면 해당 결정은 이제 더 이상 실질적 확정력을 가진다고 할 수 없을 것이기 때문이다. 이에 대해서 연방헌법재판소는 이미 결정이 이루어진 조항이라도 그 조항의 적용사안이 사실상 변화하였으면 같은 조항에 대한 위헌제청은 가능하다고 하고 있다.⁴⁵⁾ 이때 위헌심사를 제청하는 법원은 어떠한 사정의 변화 때문에 이미 합헌결정된 법률이 이제 다시 위헌상태로 변화하였는지를 명시한다.⁴⁶⁾ 이러한 새로운 제청가능성에 대해서는 되도록 개방적인 태도가 바람직할 것이다. 왜냐하면 합헌결정된 법률에 대하여 다시 자주 위헌심사제청이 이루어지는 경우, 법적 안정성, 결정의 신뢰도 등을 저해할 우려가 없는 것은 아니지만, 반대로 새로운 제청가능성을 엄격히 통제할 경우 헌법해석의 경직화를 초래할 위험이 훨씬 크게 될 것이기 때문이다.⁴⁷⁾

제 2 절 위헌무효결정

I. 위헌무효결정의 형식

1. 전체무효와 일부무효

연방헌법재판소법은 위헌법률에 대해서 원칙적으로 무효

45) BVerfGE 39, 169(173).

46) BVerfGE 39, 169(181)

47) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 203면.

선언을 예정하고 있다(연방헌법재판소법 제78조 1문 ; 추상적 규범통제, 제82조 1항 ; 구체적 규범통제, 제95조 3항 1문 ; 법률에 대한 헌법소원). 또 연방헌법재판소법 제78조 2문은 일부무효결정 시 그 무효선언의 확장을 명시적으로 규정하고 있기 때문에 이로부터 일부무효 역시 연방헌법재판소법에 근거를 갖는 주문유형에 속한다는 것을 알 수 있다.

위헌법률에 대한 원칙적으로 주문유형이 무효선언이기 때문에 연방헌법재판소는 주문에서 일반적으로 “……은 기본법에 반하고, 따라서 무효이다(mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig)”라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 불합치선언 역시 일반화됨에 따라 “……은 기본법에 반하며, 무효이다(mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig)”라는 주문의 표현이 보이기도 한다.⁴⁸⁾ 위헌선언이 필연적으로 무효는 아니라는 간접적인 표현이 아닌가 한다.

무효선언이 법률 전체에 대해서 이루어지는 경우는 드물다. 오히려 일부무효선언(Teilnichtigkeitserklärung)이 이루어지는 것이 보다 일반적이다. 이 때 일부무효의 대상은 독립된 법조문(Paragraph)일 수도 있고, 법조문 중 일정한 항(Absatz)일 수도 있으며, 혹은 일정한 문(Satz) 혹은 문의 일부(Satzteil)일 수도 있다. 이와 같은 일부무효는 다시 무효선언으로서 법조문의 일부분이 삭제되는 효과를 갖는

48) 예컨대, BVerfGE 53, 135 ; 61, 291(292).

경우가 있고, 법조문은 그대로 둔 채 다만 법조문에 명시적으로 표현되어 있지 않은 특정한 법조문의 적용례에 대해서 법률을 위헌선언하는 경우가 있다.⁴⁹⁾ 이 후자의 경우에는 법률에 대한 위헌선언 후에도 법조문의 언어적 표현 자체는 변함없이 존속한다. 전자의 무효선언을 조문의 축소변경을 결과한다는 의미에서 양적인 일부무효(quantitative Teilnichtigkeit)라고 하고, 후자를 조문의 축소를 결과하지 않는다는 의미에서 질적인 일부무효(qualitative Teilnichtigkeit ohne Normtextreduzierung)라고 한다.⁵⁰⁾ 일부무효를 표현하기 위해서 보통은 “soweit” 혹은 “insoweit”와 같은 제한접속사가 사용되고 있다.⁵¹⁾ 다만 양적인 일부무효의 경우에는 제한절을 통해서 간접화법으로 무효부분을 반복선언하는 반면, 질적인 일부무효의 경우에는 조문의 특정한 적용례가 적시되어 그러한 적용례가 헌법에 위반됨을 표현한다.⁵²⁾

2. (준)입법대체적 주문내용

49) Michael Sachs, 이 글 위 주 36의 논문, 92면 이하.

50) Wassilios Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen 1973, 92면 이하.

51) 단순 합헌결정의 주문에도 soweit 혹은 insoweit 등의 제한구가 사용됨은 이미 살펴보았다. 이 경우 심사대상인 적용례를 뚜렷히 하기 위한 방법인데, 이 때 마치 일부위헌으로서의 오페의 여지가 있음도 이미 설명하였다. 위 주 36참조.

52) 예컨대, BVefGE 61, 291(291f.).

연방헌법재판소는 법률에 대한 일부무효를 선언하면서 입법자가 새로운 법제정을 할 때까지 그 법적 공백상태를 대체하여 적용될 경과규정을 두는 경우도 있다.⁵³⁾ 일부무효의 결과인 법상태가 같은 법률의 다른 규정과 모순되는 경우 잠정적으로 조화적인 법상태를 이루려는 목적에서이다.⁵⁴⁾ 또 직접적으로 적용될 규율을 경과규정으로 두는 것은 아니지만, 무효선언과 동시에 합헌적인 상태를 예시하는 경우도 있다.⁵⁵⁾ 이 경우 연방헌법재판소는 일정한 가정적 입법례를 들고, 이러한 입법이라면 헌법에 반하지 않을 것이라고 표현한다. 예컨대 정당에 대한 국고보조의 위헌여부가 문제된 사건에서 심사대상이었던 정당에 대한 운영자금보조 자체는 위헌이라고 선언하면서, 다만 선거비용에 대한 국고보조를 지급하는 형태의 정당자금보조는 헌법에 반하지 않을 것이라는 보충의견을 제시하는 경우가 거기에 해당한다.⁵⁶⁾

3. 무효선언의 확장

연방헌법재판소법은 일부무효선언의 경우에 심사의 대상을 확장하는 가능성을 열어 놓았다. 즉 연방헌법재판소법

53) 예컨대, BVerfGE 39, 1.

54) 자세히는, 이 글 뒤 제2장 제2절 II.4. 의 인공임신중절수술에 대한 위헌심판결정 참조.

55) BVerfGE 6, 55(76f.) ; 10, 59(82ff.) ; 20, 56(113f.).

56) BVerfGE 20, 56(115). 이에 대한 비판은 위 제2장 제2절 III.3. 참조.

은 그 제78조 2문에서 심사대상인 법규정과 같은 이유로 위헌법률의 그 밖의 조항에 대해서 비록 그것이 위헌제청된 심사대상이 아니더라도 연방헌법재판소는 무효선언을 할 수 있는 근거를 마련하였다. 이 규정은 가끔은 당해사건에 관련된 인적 범위를 확대시키는 목적으로 원용되기도 한다.⁵⁷⁾ 무효선언의 확장은 법원의 재량에 따라 이루어지며, 따라서 당사자의 신청이 필요한 것도 아니다.⁵⁸⁾ 무효선언의 확장은 당사자처분주의와 신청주의를 엄격히 적용하지 않는 헌법재판의 특수한 성격을 나타내는 제도라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 그 취지는 소송경제와 법적 안정성의 확보에 있다고 할 수 있다. 그러나 실제 이 조항이 자주 사용되지는 않고 있다.⁶⁰⁾

57) 예컨대, BVerfGE 17, 38(62) 여기서 연방헌법재판소는 부인 배우자가 사망한 경우에 비해서, 부인 배우자가 사망한 경우 고아연금의 지급조건을 어렵게 한 규정을 기본법의 남녀평등조항에 반한다고 결정하면서, 동시에 이때 부에는 이혼녀도 포함된다고 하여 무효결정의 인적 대상을 확장하였다.

58) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §78 Randnummer 26.

59) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §78 Randnummer 26.

60) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 164면 ; 일반적으로 심리의 대상인 사실관계는 소송을 통해서 밝혀진다는 것을 감안하면, 이러한 인식없이 심사의 대상이 아닌 규정을 무효선언하는 것이 바람직한 것인가는 의문이라는 의미에서 이 제도에 대해서 법정책론적 문제점이 제기되고 있다. 이에 대해서는, Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 104면.

II. 위헌무효결정의 적용유형

1. 위헌무효결정과 그 밖의 주문유형

위헌무효결정은 심사대상인 법률이 실질적, 그리고 형식적으로 헌법의 요청에 반하는 경우 이루어진다. 이 면만을 기준으로 하면 위헌무효결정과 후술하는 불합치결정은 그 조건에 있어 공통점을 갖고, 후술하는 아직은 합헌이라는 결정 혹은 합헌적 법률해석의 결정과는 구별된다. 특히 일부무효는 결과론적으로는 후에 언급하는 합헌적 법률해석과의 구별이 쉽지 않다.⁶¹⁾ 그러나 이론적으로는 양자는 구별되어야 한다. 즉 합헌적 법률해석은 해당 법률에 다양한 해석가능성이 존재하고, 이 때 법원은 가능한 한 합헌적인 해석방법을 선택하여야 한다는 요청의 표현이지만, 일부무효에 있어서는 해당규정의 합헌적 해석을 통해서 이 법률의 위헌적인 적용례를 법률의 적용범위에서 제외시킬 수 없는 경우에 이루어지는 것이다.⁶²⁾

2. 독자적인 위헌상태의 존재

61) Wassilios Skouris, 위 주 50의 책, 108면 이하 : Michael Sachs, "Bindungswirkung bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht", 『Neue Juristische Wochenschrift』 1979, 346면

62) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 196면.

전체무효이든 혹은 일부무효이든 위헌무효결정이 이루어지기 위해서는 심사의 대상이 법률의 독자적인 구성요소로서 위헌상태이어야 한다. 독자적인 구성요소로는 위헌이라고 할 수 없으나, 같은 법률의 비교가능한 다른 구성요소와 비교하여 비로소, 예컨대 자의적인 차별이라는 이유로 법률이 헌법에 반하는 경우에는 뒤에서 자세히 언급하겠지만 위헌무효보다는 불합치선언이 행해지고 있다.⁶³⁾ 일부무효의 경우에는 심사대상인 법문의 언어적 혹은 의미구조가 명시적 혹은 묵시적으로라도 가분적(teilbar)이어야 한다.⁶⁴⁾ 따라서 가분성이 없는 언어 및 의미구조를 가지는 법문에 대해서는 전체무효의 결정을 할 수밖에 없을 것이다.⁶⁵⁾

3. 전체무효의 적용유형

법률이 전체적으로 위헌무효선언되는 경우는 흔치 않다. 입법권한이 결여된 국가기관에서 제정된 법률이 전체적으로 무효선언 되는 것이 대표적인 경우이다. 예컨대, 1981년 제정된 국가책임법(Staatshaftungsgesetz)은 연방에 입법권이 결여되어 있다는 이유로 전체 무효선언 되었다.⁶⁶⁾ 또

63) 자세히는 이 글 아래 제2장 제2절 II.2. 참조.

64) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 104면 ; Wolfgang Löwer, 위 주 43의 논문, 802면 ; BVerfGE 70, 251(252).

65) 가분성이 없는 법조문에 대한 일부무효를 선언한 대표적인 예로서 비판받는 결정은 예컨대, BVerfGE 30, 1(3). 이에 대해서 자세히는 이 글 아래 제2장 제3절 II.4. 참조. 그 밖에도 BVerfGE 54, 277.

66) BVerfGE 61, 149.

하나의 법률에서 위헌적인 부분이 합헌적인 부분과 밀접한 연관을 가지고 규범통일체를 형성하여 일부위헌결정을 내리는 것이 무의미하다고 판단될 때에도 이 법률은 전체로서 무효선언된다.⁶⁷⁾

4. 일부무효의 적용유형

일부무효는 이미 위에서 언급되었듯이 위헌적인 부분이 언어구조 상 분할하는 것이 가능하든가, 혹은 법조문에서 가분적인, 즉 따라서 독자적인 의미를 갖는 경우에 이루어진다.

서독 기본법 제10조 2항에 근거를 갖는 통신의 비밀의 자유에 대한 제한을 구체화하기 위하여 1968년 8월 13일 제정된 통신의 비밀 제한에 관한 법은 그 제5조 5항에서 당사자에게 제한조치를 통지할 의무를 규정하지는 않았다. 이에 대해서 연방헌법재판소는 이 법률이 전체적으로는 헌법에 반하지는 않지만, 같은 법 제5조 5항은 제한조치가 제한의 목적을 위태롭게 하지 않는 경우에도 당사자에게 제한조치를 통고하지 않는 한, 기본법 제10조 2항에 반한다는 내용의 (조문의 축소없는) 일부무효결정을 하였다.⁶⁸⁾ 그러나 이 결정의 주문이 일부무효의 형식을 취했다고 하더라도 이 결정을 과연 실질적으로 일부무효의 결정이라고

67) BVerfGE 26, 246(258); 48, 127(177) ; 57, 295(335) ; 61, 149(206)

68) BVerfGE 30, 1(31f.).

평가해야 할 것인가는 의문이다. 왜냐하면 첫째, 제5조 5항의 내용인 “당사자에게 제한조치를 고지할 의무가 존재하지 않는다”라는 문장은 위헌적인 부분과 합헌적인 부분으로 가르는 것이 가능하지 않다. 더구나 둘째, “제한의 목적을 위태롭게 하지 않는 경우에도”라는 제한절은 위 법문에서 독자적인 상태로 추출될 수 있는 내용이라고 할 수 없기 때문이다. 따라서 이러한 연방헌법재판소의 결정은 오히려 입법자의 의사를 입법자 자신은 의도하지 않았던 방향으로 보충하는 것이라고 하는 것이 보다 올바른 평가라고 할 수 있다.⁶⁹⁾ 그렇다면 이제 이러한 연방헌법재판소의 주문내용에는 다음과 같은 근본적인 의문이 제기되지 않을 수 없다. 즉 이와 같은 입법자의 의도와는 다른 법률내용의 보충이 공권력에 대한 통제기능이 부여되어 있는 연방헌법재판소의 과제일 수 있는가, 이러한 범형성적 기능은 오히려 입법자에게 맡기는 것이 연방헌법재판소의 위상에 충실한 태도가 아닐까 하는 것이다.⁷⁰⁾ 이 경우 일부무효가 아니고, 전체무효결정을 했어야 했다는 비판의 논거이기도 하다.⁷¹⁾

일부무효결정에 동시에 경과규정을 수반하는 주문유형은 인공임신중절수술에 관한 형벌개정안에 대한 위헌심사의 결정에서 나타났다. 1974년 6월 18일 이루어진 형법개정은

69) Peter Häberle, “Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970”, 「Juristenzeitung」 1971, 148면 이하.

70) Wassilios Skouris, 위 주 50의 책, 74면 이하.

71) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 105면

그 제 218a조에서 인공임신중절수술의 요건을 완화하여, 수태 후 12주 이내에 이루어지는 인공임신중절수술을 정당한 사유가 존재하는가를 묻지 않고 처벌의 대상에서 제외하였다.⁷²⁾ 연방헌법재판소는 개정 형법 제218a조는 기본법의 가치질서와 합치되는 정당한 사유가 존재하지 않음에도 불구하고 수태 후 기간(Fristen) 만을 기준으로 해서 인공임신중절수술을 처벌의 대상에서 제외하는 한, 기본법에 위반되어 일부무효하는 결정을 하였다.⁷³⁾ 이 결정은 적어도 외관상은 조문의 축소 없는 일부무효의 결정유형이라고 할 수 있다.

그러나 연방헌법재판소는 그의 결정내용을 이것으로 그친다면 그 결과는 같은 법의 그 밖의 조항의 내용과 모순되는 결과가 된다는 우려를 하였다. 왜냐하면 일부무효의 결과 이제 입법자가 형법개정으로 의도했던 기한규정은 삭제되고, 그 결과 수태 후 12주 이내에 이루어지는 인공임신중절수술은 예외 없이 처벌의 대상이 된다. 그러나 이러한 입법상태는 수태 후 12주 이후라도 정당한 사유가 존재하는 경우에는 인공임신중절수술이 허용된다고 규정하는 같은 법 제219조와는 모순된다는 것이다.⁷⁴⁾ 결국 법조문의 언어적 표현에 변함이 없는 일부무효선언을 할 경우 나타나는 법조문의 내용과 연방헌법재판소가 의도하는 인공임신중절수술에 관한 규율내용을 조화시키기 위해서 해당규

72) 인공임신중절수술규율에 관한 이른바 “Fristenlösung”.

73) BVerfGE 39. 1(2).

74) 예컨대 Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 105면.

정을 일부무효선언하고, 그 법적 공백을 보충하기 위해서 연방헌법재판소 스스로가 입법자의 새로운 법체정이 있을 때까지 잠정적으로 적용될 경과규정을 결정주문에 도입하는 방안이 채택되었다. 이때 연방헌법재판소는 이와 같은 입법자의 기능을 대체하는 형태로 경과규정을 두는 새로운 주문유형의 법적 근거로 연방헌법재판소법 제35조, 즉 집행의 방법과 종류를 명령할 연방헌법재판소의 권한을 확대 해석하여 원용하였다.⁷⁵⁾ 이에 따라 연방헌법재판소는 새로운 법률이 제정될 때까지 형법 제218b조와 219조에 규정된 정당한 사유가 존재하는 경우의 인공임신중절수술 허용규정을 수태 후 12주 이내의 인공임신중절수술에 적용하도록 하는 경과조치를 스스로 취하였다.⁷⁶⁾

그러나 이 결정에 대해서는 연방헌법재판소의 기능과 그 한계와 관련하여 여러 가지 시각에서 의문이 제기되었다. 연방헌법재판소 스스로가 명시했듯이 연방헌법재판소의 경과규정이 연방헌법재판소법 제35조의 집행절차의 하나라고 할 수 있는지는 이 곳에서 자세한 논의를 피한다. 보다 근본적인 지적은 연방헌법재판소의 경과규정은 결국 입법의 의도와는 달리 일정한 구성요건의 처벌의 대상으로 한 것이라는 점이다. 여기에는 한편으로는 독일에서의 전통적인 헌법재판소의 기능을 무시한 것이라는 비난이 가해졌다. 즉 전통적인 헌법재판소의 기능은 공권력, 특히 입법권의 남용으로부터 개인의 자유권이 침해될 때 이를 사후적으로

75) BVerfGE 39, 1(2).

76) BVerfGE 39, 1(2).

배제하는 데에 있다.⁷⁷⁾ 그런데 이 사건에서는 오히려 연방 헌법재판소가 스스로 처벌의 구성요건에 대한 정책적인 결정을 내렸다는 것이다.⁷⁸⁾ 다른 한편으로 연방헌법재판소의 결정은 법적 효력(Gesetzeskraft)을 가진다 해도 그 자체가 법(Gesetz)은 아니다.⁷⁹⁾ 그런데 법으로서의 성격을 갖지 않는 연방헌법재판소의 결정을 통해서 처벌의 구성요건이 창설되는 것이 서독 기본법 제103조 2항의 죄형법정주의 원칙을 충족시킬 수 있는가는 대단히 의문이라는 이유에서 이 결정은 연방헌법재판소 내외로부터 비판의 대상이 되었다.⁸⁰⁾

Ⅲ. 위헌무효결정의 효력

1. 위헌무효결정과 다른 주문유형

위헌무효결정은 연방헌법재판소의 결정으로 최종적으로

77) 예컨대, Hans F. Zacher, “Soziale Gleichheit”, 「Archiv des öffentlichen Rechts」 1969, 346면 ; Hans-Peter Ipsen의 표현에 따르면 “abbauende, aber nicht aufbauende Nichtigerklärung”.

78) 예컨대, Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 398면 ; Wolfgang Löwer, 위 주 43의 논문, 803면 ; Michael Sachs, 위 주 36의 논문, 392면 이하.

79) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §78 Randnummer 33.

80) 이 결정에는 연방헌법재판소 재판관 Rupp-von Brünneck와 Helmut Simmon의 반대의견이 붙어있다. BVerfGE 39, 68ff.

법률의 존속이 소급적으로 종료되는 효과를 갖는다. 이 점이 연방헌법재판소의 결정 후에도 존속하는 것은 물론 계속 적용되기도 하는 “아직은 합헌이라는 결정” 및 “합헌적 법률해석결정”과 다르다. 또 이것이 법률의 적용을 배제하는 효과를 갖는지는 몰라도 존속 그 자체에는 변함이 없으며, 최종적인 존속상실을 위해서는 입법자의 새로운 입법행위가 있어야 하는 “불합치결정”과도 다른 점이다.

2. 원칙적인 소급효과 이에 대한 실정법적 예외

위헌무효선언된 법률은 소급적으로 효력을 상실한다. 일반적으로는 심사대상인 법률이 제정된 시점에 소급하여 법률은 효력을 상실하지만, 경우에 따라서는 연방헌법재판소가 법률이 소급무효되는 중시점을 스스로 특정할 때도 있다. 법률이 제정되었을 때에는 위헌성이 없었으나, 사실관계가 변화함에 따라 법률이 위헌판단되고, 그 시점을 연방헌법재판소가 확인하는 것이 불가능할 경우가 그것이다. 이 때 연방헌법재판소는 편의상 위헌심사제청시점을 소급효의 중시점으로 선언한다.⁸¹⁾ 위헌법률은 특별한 법적조치가 없이 처음부터 효력을 갖지 않는(이른바 *ipso iure Nichtigkeit*) 것이기 때문에 위헌무효결정은 당연무효를 단순히 확인하는(*deklatorisch feststellen*) 의미를 갖는 것인지, 아니면 위헌법률에 대한 소급적인 폐지를 선언하는 창

81) 예컨대, BVerfGE 21, 292(305)

설적 성격(kontitutive erklären)을 갖는지에 대해서 아직 입법적 해결도 되어 있지 않고, 학설에도 다툼이 있다는 것은 이미 언급하였다.⁸²⁾

개정법률이 무효선언되면 구법이 이제 다시 적용되는가? 이 질문에 대해서 법률에 대한 위헌선언으로 당연무효의 법적 결과가 생긴다는 입장에 서면 긍정적인 대답을 할 수밖에 없을 것이다.⁸³⁾ 개정법률이 위헌으로 판단되어 처음부터 성립되지 않은 것으로 취급되면, 이 개정법률에 구법을 폐지하는 효력도 인정할 수는 없을 것이기 때문이다.⁸⁴⁾ 현실적인 필요성의 관점에서는 법률에 대한 위헌결정으로 새로운 입법이 있을 때까지 입법의 공백이 생기기 때문에 구법이 부활하는 것이 바람직한 듯 보인다. 또 연방헌법재판소가 명시적으로 결정의 내용에 지적한 것은 아니지만 그러한 예가 없는 것도 아니다.⁸⁵⁾ 그러나 변형결정을 하는 동기 중의 하나가 바로 위헌무효선언으로 인한 법적 공백 상태를 피하려는 데에 있다면, 위헌무효결정으로 위헌무효

82) 이 글 위 제1장 제2절 참조.

83) 그러나 위헌법률에 대한 폐지무효설에 입각하고 있는 경우, 개정법률에 대한 위헌결정으로 구법이 다시 적용되지 않는 것이 당연하다. 왜냐하면 폐지무효설에 따르면 위헌법률도 위헌결정이 있을 때 까지는 합헌적으로 성립된 것이어서, 구법은 개정법률의 적용으로 당연히 이미 폐지된 것이기 때문이다. 원칙적으로 폐지무효설을 전제로 하고 있는 오스트리아에서 개정법률에 대한 위헌결정이 있고 나서 구법을 다시 적용하기 위한 법적 근거를 헌법재판소법 제10조 4항에 명시하고 있는 것도 그 때문이다.

84) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 258면 이하 ; Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 192면 이하.

85) 예컨대, BVerfGE 61, 149(151, 208).

결정된 법률이 제정되기 전에 적용되었던 법률이 자동적으로 되살아나서 적용되어야 한다는 것은 설득력이 없다.⁸⁶⁾ 실제 연방헌법재판소는 한 결정에서⁸⁷⁾ 법률에 대한 무효선언을 하고, 이 후 구법이 다시 적용되어야 한다는 명령을 한 바가 있다. 이 결정을 반대해석하면 결국 연방헌법재판소가 특별히 구법의 부활에 대한 조치를 취하지 않으면 개정법률의 무효선언으로 구법이 부활한다는 등식은 성립하지 않는다고 해야 할 것이다. 또 위헌무효선언으로 구법이 부활한다는 것은 그 동안 적용대상인 사실상태가 변화했을 가능성을 생각하면 새로운 사실상태에는 적어도 구법을 적용하지 않으려고 했던 입법자의 의사와도 정면으로 반하는 결과가 될 것이다. 더 나아가서 구법이 위헌선언된 개정법률에 비해서 보다 악법일 경우도 상정할 수 있는데, 그럼에도 불구하고 개정법률이 위헌선언되었다고 해서 자동적으로 구법이 부합한다고 할 수도 없을 것이다.

무효선언은 법률에 기초하여 이루어진 모든 국가기관의 행위를 소급적으로 무효화하는 결과를 가져야 할 것이다. 그러나 사실상 이러한 결과는 법적 안정성을 상당한 정도로 해칠 수 있기 때문에 연방헌법재판소법은 법률의 소급 무효를 현재 계류 중인 사건과 법률관계가 종료되지 않은 사안에 한정하고 있다.⁸⁸⁾ 위헌법률을 근거로 이루어진 형

86) 예컨대, Christian Pestalozza, 위 주 18의 논문, 522, 561면.

87) BVerfGE 32, 1(37f.).

88) 이에 대해서는 연방헌법재판소 스스로가 헌법적 정당성을 인정하고 있다. BVerfGE 2, 380(404f.) ; 7, 194(195ff.) : 11, 263(265).

법판결에 대해서는 제한 없이 소급효가 인정되어, 당해 사건에 대한 재심이 허용된다(연방헌법재판소법 제79조 1항). 그러나 이미 형식적 확정력이 발생한 판결이나, 헌법소원이 제기되어 있지 않는 판결은 해당 법률의 위헌결정으로 효력에 영향을 받지 않는다. 그렇더라도 그러한 판결의 집행은 허용되지 않는다. 법률의 위헌결정으로 이 전의 행위가 부당이득이 되었다더라도 이에 대한 공법상의 보상청구권은 인정되지 않는다. 그 결과 예컨대 위헌으로 결정된 법률을 근거로 이미 조세 징수가 되었다더라도 후에 이루어진 위헌결정으로 조세가 보상되는 것은 아니다. 다만 조세의 무자가 조세부과처분에 대해서 이의신청을 하였을 때에는 그 조세부과는 효력을 상실한다(연방헌법재판소법 제79조2항). 이로써 연방헌법재판소법은 “사실상” 형사사건을 제외하고는 위헌법률의 효력을 즉시효에 한정시키고 있다. 연방헌법재판소법은 위헌선언으로 법적 안정성과 개별적 정의의 이념이 충돌하는 경우 전자에 중점을 둔 것이라는 평가를 할 수 있다.⁸⁹⁾ 예컨대 조세부과처분이 있었을 때 그 근거규정이 위헌으로 결정되었다더라도 그로부터 보호받는 것은 어떠한 형태로든 이의신청을 한 경우이며, 그렇지 않은 경우에는 위헌법률에 기초하여 조세부과 처분이 되었다더라도 구제 받지 못하는 결과가 나타난다는 것이다.

3. (준)입법대체적 주문내용의 법적 성격

89) Wolfgang Löwer, 위 주 43의 논문, 803면. Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 165면.

경과규정이 주문에 포함되었다고 해서 주문에 일반적으로 인정되어 있는 법률로서의 효력을 경과규정에도 인정할 수 있는가? 주문에 경과규정을 두는 연방헌법재판소의 태도 자체에 대한 비판은 차지하고⁹⁰⁾ 주문에 들어와 있는 이상 경과규정의 내용이 입법자의 앞으로의 입법행위를 기속하는 것은 아니다. 즉 입법자는 연방헌법재판소와는 다른 의사를 입법에 반영시킬 수 있다는 것이다. 물론 예외적으로 연방헌법재판소가 제시하는 경과규정이 헌법적 요청을 실현시키는 유일한 방법인 경우에는 여기에 입법자에 대한 기속력을 인정하지 않을 수 없을 것이다. 그러나 현재까지 입법자는 연방헌법재판소의 보충의견을 거의 예외 없이 입법에 반영하였다.⁹¹⁾ 이는 곧 연방헌법재판소의 결정은 입법대상에 대한 정책적 논의를 조기에 중단시키는 효과를 갖는다는 의미이고, 그렇기 때문에 더욱 더 연방헌법재판소는 경과규정을 두는데 신중을 기해야 한다는 의견이 개진되고 있다.⁹²⁾

연방헌법재판소가 무효선언을 하면서 단순히 앞으로의 입법방향을 표명했을 때 이것이 법적 기속력을 가질 수 없음은 물론이다. 그러나 그렇더라도 연방헌법재판소의 권고가

90) 위 주 78, 79 참조.

91) 자세한 예는, Wiltraut Rupp v. Brünneck, "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?" Festschrift für Gerhard Müller 1970, 355면 이하 참조.

92) 예컨대, Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 391면 이하.

입법작용에 대해서 갖는 사실상의 힘을 감안하면⁹³⁾ 연방헌법재판소는 입법자의 선택의 기회를 폭넓게 한다는 의미에서 권고를 해야지, 예컨대 합헌적인 하나의 가정적 입법상태를 예시하여 입법자를 사실 상 기속하고, 정책논의를 조기에 종식시키는 기능을 수행해서는 안될 것이다.⁹⁴⁾

제 3 절 불합치결정

I. 불합치결정의 형식

1. 불합치결정과 그 밖의 결정유형

불합치결정은 심사대상인 법률이 현재 상태로 위헌임을 확인하는 점에 있어서는 “위헌무효결정”과 공통점을 갖는다. 그리고 이점에서 불합치결정은 “아직도 합헌이라는 결정”과 또 “합헌적 법률해석”과는 구별된다. 다만 불합치결정은 법적 공백상태 등 위헌 무효결정의 법적 효과를 피하려는 데에 제도적 의의가 있다. 불합치결정은 주문에서 심사대상인 규범이 기본법 혹은 기본법의 특정한 조항과 합치하지 않는다고 표현된다. 그리고 결정이유에서는 심사대

93) 위 주 91 참조.

94) 대표적인 예가 정당에 대한 국고보조를 위헌선언하면서 동시에 선거자금에 대한 정당보조는 합헌일 것이라는 방론을 피력하여 정치문제에 대한 사실 상의 영향력을 행사했다는 비판을 받고 있는 BVerfGE 20, 56이다.

상인 법조문을 무효선언하는 것이 아니라, 단순히 불합치 선언을 한다는 것을 다시 한번 확실히 한다. 이 때 연방헌법재판소는 무효선언이 아니고, 불합치 선언을 하는 동기를 적시하는 것이 보통이지만, 부연설명 없이 단순히 불합치선언을 하는 경우도 보인다.⁹⁵⁾

2. 입법의무와 그 기한을 붙이는 불합치결정

불합치결정에는 입법자의 위헌상태를 제거할 의무가 동시에 선언되기도 한다.⁹⁶⁾ 입법자가 법률개선을 하여야 하는 기한이 붙여져 결정이 이루어지는 수도 있다.⁹⁷⁾ 연방헌법재판소는 잠정적으로 위헌법률이 적용된다는 것을 명시하기도 한다.⁹⁸⁾

II. 불합치결정의 적용유형

1. 위헌심판결정권의 결여

불합치결정은 서독연방공화국 초기 점령국이 점령지역의 통치를 위해서 제정한 법규정이 심사대상이 되었을 때 전

95) 예컨대, BVerfGE 59, 302(326).

96) 이미 초기의 결정에도 보인다. 예컨대 BVerfGE 6, 257(265f.).

97) 예컨대, BVerfGE 37, 317(361) ; 55, 100(110) ; 61, 319(356).

98) BVerfGE 33, 1(13) ; 33, 303(304f, 347f.) ; 37, 217(260f.) ; 41, 251(266f.).

형적으로 나타났다. 당시의 점령조약에 따르면 점령관계법은 서독의 입법부가 해당법률을 폐지 또는 개정할 때까지는 기본법에의 합치여부에 관계없이 적용되도록 되어 있었다.⁹⁹⁾ 따라서 연방헌법재판소는 점령당국이 제정한 법의 내용이 기본법, 구체적으로는 제3조 2항 및 3항의 남녀평등조항과 합치되지 않는다고 판단하였음에도 불구하고, 위헌심판결정권이 결여되어 있다는 이유로 단순히 불합치선언을 하는데 그쳤다. 다만 연방헌법재판소는 법률의 실질적인 위헌성을 명확히 하고, 입법자에게 당시 입법기가 종료되기 전에 합헌적인 법률을 제정할 의무를 부과하는 주문유형을 택하였다.¹⁰⁰⁾

2. 평등에 반한 불이익처분규정

연방헌법재판소가 본격적으로 불합치결정의 주문을 택하게 된 계기는 평등에 반한 불이익취급, 즉 정확히 말하면 소극적으로는 정당한 이유 없이 일정한 집단을 조세감면의 혜택에서 제외하거나,¹⁰¹⁾ 적극적으로는 역시 정당한 이유 없이 일정한 집단을 급부의 대상에서 제외하는 법률의 위

99) 1952년 5월 26일 점령관계를 포함한 전후문제규율을 위한 조약 제1조 1항.

100) BVerfGE 15, 337 ; 그 밖에 점령당국이 정한 법률이 그 위헌적인 내용에도 불구하고 새로운 입법이 있을 때까지 잠정적으로 계속 적용된다는 결정으로는, BVerfGE 9, 63(17f.) ; 12, 281(290) ; 18, 353(366) 등이 있다.

101) 예컨대, BVerfGE 25, 101.

헌여부가가 심사의 대상이 된 경우였다.¹⁰²⁾ 하나의 법률이 일정한 집단에 대해서는 조세감면의 혜택을 부여하면서, 본질적으로 그 성격이 다르지 않은 다른 집단을 이 혜택의 대상에서 제외한 경우 헌법상의 평등이 원칙에 합치하는 법상태의 창출은 다음과 같은 두 가지가 선택적으로 이루어 질 수 있다. 즉 기존의 혜택을 철폐하여 두 집단 모두를 조세감면의 혜택에서 제외하거나, 혹은 지금까지 조세감면의 대상이 아니었던 집단을 조세감면의 대상에 포함시키는 방법이다. 이러한 선택적인 결정은 각각 다음과 같은 두 가지의 주문유형을 통해서 이루어질 것이다. 첫째는 일정한 집단에게 조세감면의 혜택을 부여하는 것 자체를 위헌으로 판단하는 경우로, 이 때에는 해당규정이 무효선언되어야 할 것이다. 둘째는 일정한 집단을 조세감면의 대상에서 제외하는 사실 자체를 위헌으로 판단하는 경우로, 이 때에도 역시 법적상태가 무효선언될 것이다.

그러나 이 두 가지 방법은 모두 소송당사자의 권리를 보호한다거나 혹은 헌법의 객관적 가치를 실현시키는 목적에 적합한 것은 아니라는 데에 문제점이 있다.

먼저 전자의 방법, 즉 혜택규정을 무효선언하는 것이 정당한 경우는 대단히 희귀하다. 왜냐하면 이 사례에서 문제가 되는 것은 일정 집단이 다른 집단과 비교해서 조세감면의 혜택에서 제외되고 있다는 사실이지, 하나의 집단이 조세감면의 대상이 되고 있다는 사실 자체 혹은 또 하나의

102) 예컨대, BVerfGE 39, 316.

집단이 조세감면의 대상이 되고 있다는 사실 자체는 각각 독자적으로는 헌법에 반하는 상태가 아니기 때문이다.¹⁰³⁾ 산술적인 평등만을 염두에 두고 해당규정을 위헌무효선언할 경우 지금까지 혜택의 대상이었던 집단에게는 헌법적으로 요청되는 혜택부여가 폐지되는 결과를 낳을 수도 있을 것이다.¹⁰⁴⁾ 마지막으로 무엇보다도 혜택규정을 무효선언하는 것은 소송당사자의 권리보호와는 직접적인 관련이 없는 것이다.¹⁰⁵⁾

후자의 방법, 즉 지금까지 불이익취급을 받던 집단에게 조세감면혜택의 범위를 확대시키는 것도 극히 예외적으로만 가능하다. 우선 이러한 결정은 법기술적 어려움을 안고 있다. 법률에 의한 일정 집단을 조세감면의 혜택 혹은 급부의 대상에서 명시적으로 제외하고 있는 경우에는¹⁰⁶⁾ 해당 규정을 일부무효선언하여 혜택의 범위를 확대시키는 것이 법기술적으로는 가능하다.¹⁰⁷⁾ 그러나 불이익취급이 묵시적으로 이루어지는 경우, 즉 법문에서 일정한 집단이 언급되지 않음으로써 그 혜택 혹은 급부의 대상에서 제외

103) 불합치결정이 내려지는 전형적인 유형인 이른바 상대적 헌법 위반상태(relative Verfassungswidrigkeit)이다. 이에 대해서는, Harmut Maurer, "Verfassungswidrigkeit von Gesetzen", Festschrift für W. Beber 1974, 354면

104) Harmut Maurer, 위 주 103의 논문, 353면.

105) BVerfGE 22, 349(359f.).

106) Jörn Ipsen, "Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung-Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis", 「Juristenzeitung」 1983, 41면 이하.

107) BVerfGE 6, 273(274) ; 22, 163(164).

되는 경우에는 무효선언의 대상 자체가 존재하지 않기 때문에 연방헌법재판소로서는 권리보호를 위해서는 불합치결정을 선택할 수밖에 없게 된다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 그러나 명시적인 불이익취급의 경우에 무효선언을 하기 위한 법기술적인 문제가 제거되었다고 해도 실질적인 어려움은 여전히 남아 있다. 즉, 연방헌법재판소는 입법자가 헌법상태에 대한 인식이 있었더라면 조세감면혜택 혹은 급여를 부여했을 것이 명백한 경우에 한하여 입법권을 대체하는 이러한 과감한 결정을 내릴 수 있을 것이기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 또 연방헌법재판소는 혜택의 확대가 연방헌법재판소가 쉽게 예상할 수 없는 경우에 따라서는 행정부가 감당할 수 없는 재정부담을 야기 시킬 수도 있다는 것을 고려하여야 하기 때문에 위의 조건이 충족되더라도 무효선언에는 대단히 신중을 기하고 있다.¹¹⁰⁾

연방헌법재판소는 평등에 반하는 불이익처분규정에 대한 불합치결정의 한 논거였던 입법권의 존중을 일반화하여,

108) 한때 평등에 반하여 일정한 집단의 혜택의 대상으로 언급하지 않은 법상태에 대해서 무효선언을 한 사례가 있기는 하다. BVerfGE 17, 122(123). 그러나 이 후 연방헌법재판소는 이러한 사례에 대해서는 무효선언을 하는 것이 법기술적으로 불가능하다는 입장을 지키고 있다. BVerfGE 18, 288(301) ; 22, 349(360). 이러한 상황에서 연방헌법재판소가 불합치결정을 하는 것은 헌법재판소의 입법부에 대한 자기자제(self-restraint)와 국민의 기본권보장을 조화시키는 순기능적 수단이라는 지적이 있다. 예컨대, Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 394면

109) BVerfGE 21, 329. 20

110) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 110면,

이 후 평등권뿐만 아니라 다른 기본권 규정이 심사의 대상이 되었을 때에도 입법권의 존중이라는 이유를 들어 불합치결정의 유형을 확대하는 경향에 있다. 그러나 이러한 연방헌법재판소의 경향에 대해서는 불합치 결정이 결코 위헌 무효결정에 비해서 입법권의 형성의 자유를 존중하는 결정 유형이 될 수 없다는 점에서 비판의 대상이 되고 있다.¹¹¹⁾ 입법권의 존중이라는 논증방법은 평등권에 대한 불이익처분규정이 심사의 대상이 되었을 때 나타나는 특유한 논증이지 일반성을 갖는 것은 아니라는 것이다.¹¹²⁾

3. 무효선언의 결과 나타나는 법적 공백 상태의 위헌성

연방헌법재판소가 위헌법률에 대한 무효선언을 포기하고 불합치결정주문을 택하는 또 하나의 유형은 공무원급료에 관한 법규정이 위헌성판단의 심사대상인 경우였다.¹¹³⁾ 연방헌법재판소에 따르면 이 사건의 경우, 만약 무효선언을 하여 해당 규정이 대체법안 없이 효력을 상실한다면, 이 상태는 위헌법률이 잠정적으로 적용되는 경우에 비해서 보다 헌법질서에 반한다고 판단된다는 것이다. 왜냐하면 무

111) 예컨대 Jörn Ipsen, 위 주 106의 논문, 44면 : Michael Sachs, "Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", 「Die öffentliche Verwaltung」 1982, 27면

112) Harmut Maurer, 위 주 103논문, 367면 이하.

113) BVerfGE 8, 1 ; 26, 79(93) ; 29, 57(70) ; 32, 199(217) ; 34, 9 ; 43 ; 40, 296(329).

효선언의 결과 공무원 봉급을 규율하는 법조문이 존재하지 않게 되면 공무원 봉급 지급자체가 불가능해지게 되고, 이 상태는 소제기인에게는 위헌법률이라도 존재하는 경우보다, 보다 권리실현이 어렵기 때문이라는 것이다.

공무원봉급규율에 대한 법적 근거의 요구라는 기본법의 특수한 상태를 출발점으로 하는 불합치선언의 결정유형을 연방헌법재판소는 곧 일반화시켰다. 즉 공무원봉급규정에 관한 기본법 규정에 그치지 않고, 일반적으로 위헌법률을 대체법안 없이 효력상실시키어 그 결과 법적 공백상태가 위헌법률을 잠정적으로 적용하는 경우보다 헌법에 반하는 상태일 때에는 무효선언이 아니라 불합치 선언하는 논거가 될 수 있다는 것이다.^{114),115)} 이로써 불합치선언을 하는 중

114) BVerGE 31, 229 ; 56, 146 ; 56, 175 ; 62, 256(289) ; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz 1989, §95 Randnummer 41.

115) 이 논증방법은 연방헌법재판소가 사용하는 이른바 접근이론(Annäherungstheorie)과 유사한 면이 있기는 하지만, 엄밀하게 보면 그 내용에 있어 다음과 같은 차이점이 있다. 즉 접근이론은 어쩔 수 없는 현실과 규범의 차이를 인정하고, 기존의 법적 상태에 비해서 현재 법률의 상태가 헌법이 요구하는 상태에 발전적으로 접근하고 있으면, 이를 잠정적으로 헌법적으로 수인한다는 이론전개인 반면, 연방헌법재판소가 불합치선언의 근거로 삼는 논증방법은 헌법에 반하는 법률의 계속적용이 법적 공백상태보다 헌법이 요구하는 상태에서 멀지 않는 한 불합치선언을 한다는 이론이기 때문이다. 따라서 연방헌법재판소의 불합치선언이 반드시 접근이론에 의해서 정당화된다고 할 수는 없다. 접근이론에 대해서 자세히는, Peter Lerche, "Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der Annäherung an den verfassungsgewollten Zustand",

요한 요건의 하나로 헌법에 반하는 법률을 무효선언하여 해당 사안을 규율하는 법의 공백상태를 야기시키는 경우와 헌법에 합치하지 않는 법률이라도 이것을 잠정적으로 계속 적용하는 경우를 형량하여 어느 상태가 보다 헌법의 요구에 멀지 않은(nicht weiter entfernt) 것인가 하는 판단이 되었다. 예컨대 연방헌법재판소는 1969년 4월 25일 제정된 함부르크 대학법 제17조를, 그것이 대학지원자 선발에 적용될 기준을 입법적으로 정하지 않고, 특별한 입학허가규칙에 위임한 것은 헌법에 반한다고 하고, 그러나 이 법률을 무효선언하지 않고, 불합치선언하는 데 그쳤다.¹¹⁶⁾ 이 결정의 사안은 이미 위에서 언급한 불합치결정의 원인이 되었던 사안유형, 즉 일반적인 법률이 존재해야 한다는 헌법에 반하는 법률을 유지시키는 경우와는 더 이상 공통점을 가지고 있지 않다.

위헌적인 법적 공백상태라는 논증을 확대하는 연방헌법재판소의 경향에 대해서는 다음과 같은 비판이 따랐다. 즉 명시적인 헌법적인 필요성이 존재하지 않음에도 불구하고 위헌법률에 대해서 위헌무효선언이 아니라, 불합치 선언을 하는 것은 사안에 다수가 관련되어 있어 그 인적 파급효과 넓고, 또 무효결정의 결과 어떠한 법적 상태가 야기될 것인가에 대한 예측가능성이 없을 때의 편의적인 방법이 되어 가고 있다는 것이다. 이것은 헌법위반의 정도가 크면 불합치결정을 하고, 결정의 파급효과를 예측할 수 있고, 또

「Die Öffentliche Verwaltung」 1971, 721면 이하.

116) BVerfGE 33, 303.

정도가 크지 않을 경우 위헌무효선언을 한다는 역설적인 결과가 된다는 것이다.¹¹⁷⁾ 이러한 편의적인 결정유형의 선택은 불합치결정에서는 궁극적으로 새로운 입법작용으로 비로소 그 법적 상태가 종료되는 것이기 때문에 무엇보다도(헌법적 반대논거 없이) 잠정적으로 법적 불안정 상태를 낳는다는 점에서 비판의 대상이 되고 있다.

III. 불합치결정의 효력

1. 불합치결정과 그 밖의 주문유형

불합치결정도 위헌무효선언과 마찬가지로 법률이 헌법에 반한다는 점에서는 동일하다. 다만 두 결정유형의 결정적인 차이는 불합치선언의 경우에는 위헌법률이 형식적으로는 존속력을 유지한다는 것이다. 즉 위헌무효선언된 법률이 연방헌법재판소의 결정으로 즉시, 그리고 최종적으로 그 효력을 상실하는 반면, 불합치 선언의 경우에는 그 결정유형 선택의 의의가 입법자의 형성권을 존중하려는 데에 있으므로 당연히 위헌적인 상태를 궁극적으로 배제하는 입법자의 의무가 주문내용에 포함되어 있다.¹¹⁸⁾ 따라서 불합치결정에 입법자의 입법개선 의무가 명시되어 있지 않더라도 불합치선언이 입법자의 입법개선 의무와 결합되어 있다

117) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 217면 ; Harmut Maurer, 위 주 103의 논문, 367면.

118) 예컨대, BVerfGE 37, 217 ; 37, 361 ; 51, 1.

는 사실에는 변함이 없다. 이 점에 있어서 불합치 결정은 아직은 합헌이라는 결정과 정도의 차이가 있기는 하지만 결과적으로 어느 정도의 공통점을 가지고 있다. 불합치결정에 입법자의 개선의무기한이 부쳐져 있는 경우, 연방헌법재판소는 이 기한이 지나면 해당법률에 대해서 무효선언을 할 것이라는 경고를 하기도 한다. 불합치결정을 하면서 동시에 위헌법률이 계속 적용될 것을 연방헌법재판소가 명시하는 경우, “사실상” 위헌효력의 장래효를 의미한다.

2. 소급효의 문제

불합치결정의 주문유형을 선택하는 문제와 결정의 효력이 소급하는가의 문제는 별개의 문제이다. 즉 무효선언은 소급효를 갖고, 불합치선언은 즉시효 혹은 장래효를 갖는다는 명제는 성립하지 않는다는 것이다.¹¹⁹⁾

3. 당해사건 및 유사사건에의 적용문제

불합치선언이 이루어지면 우선 해당 법률은 당해 사건(Anlaßfälle)에 적용이 배제된다(Anwendungssperre). 해당 법률을 위헌제청한 법원은 제청과 동시에 당해사건을 심리 중단하지만(기본법 제100조 1항), 불합치결정이 있으면, 제

119) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책, 218면 ; Wolfgang Löwer, 위 주 43의 논문, 805면 이하 : 이 글 아래주 124 참조.

청법원은 다시 심리를 중단하여야 한다.¹²⁰⁾ 이 상태는 불합치선언의 입법자에 대한 효력으로서 입법자가 헌법에 합치하는 새로운 법률로서 헌법에 반하는 구법을 대체할 때까지 계속될 것이다. 이러한 불합치선언의 효력은 당해 사건 뿐 아니라, 심사대상인 법률이 적용되는 다른 사건(Pararellfälle)에도 미친다. 그러나 불합치선언된 법률과 그 문구와 내용에 있어서 유사한 유사규범(Pararellnorm)에도 불합치선언의 효력이 미치는 것은 아니다. 그 동일성 여부 및 불합치 선언의 효력의 확대는 새로운 제청에 의해서 개시되는 심리에서 연방헌법재판소가 독자적으로 판단할 사항이다.¹²¹⁾

4. 위헌법률의 계속적용문제

불합치선언된 법률의 무효선언과는 달리 적어도 폐지되는 것이 아니고, 입법자가 새로운 입법상태를 창출할 때까지 존속한다. 그렇다면 이제 남는 문제는 새로운 법률이 제정될 때까지 불합치 선언된 법률은 과연 계속 적용될 것인가, 아니면 적용이 배제될 것인가 혹은 잠정적으로만 적용될 것인가 하는 문제이다.¹²²⁾ 원칙적으로 불합치선언의 경

120) BVerfGE 37, 217(261).

121) BVerfGE 61, 319(356) ; Hermann Heußner, "Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung", 「Neue Juristische Wochenschrift」 1982, 260면 이하

122) 이 문제를 오스트리아의 헌법재판소법은 입법적으로 해결하였다는 것은 이미 앞에서 설명하였다. 이 글 위 주 22 참조.

우 위헌판단된 법률이 계속 적용될 법적 근거는 있지 않다.¹²³⁾ 다만 불합치선언의 취지가 위헌무효선언이 가져올 헌법적으로 유지될 수 없는 법적 효과를 피하기 위한 것이 라면 역시 예외적으로 위헌법률의 계속 적용을 인정하여야 할 것이다.¹²⁴⁾ 그렇지 않다면 불합치선언의 존재의의를 찾아볼 수 없기 때문이다.¹²⁵⁾

위에서 든 바와 같이 일정한 집단을 조세감면의 혜택에서 제외한 법률에 불합치선언이 내려진 경우, 제1회법원에서 소송당사자였던 조세감면의 혜택에서 제외되었던 집단에게는 기존의 법률이 적용배제되더라도 현실적으로는 연방헌법재판소의 결정 전후에 법적 상태에 있어서 차이가 없다. 다만 적어도 이들은 새로운 법률이 제정되어 조세감면의 혜택에 포함될 기대를 가질 수 있게 된다. 그런데 이제 문제는 해당 법조문이 불합치선언되었을 때 기존에 조세감면혜택의 대상이었던 집단의 법적 운명은 어떻게 될 것인가 하는 것이다. 이에 대해서 입법적 해결은 전혀 이

123) 예컨대, Wassilios Skouris, 위 주 50의 책, 55면 ; 반대로 불합치선언된 규정은 당연히 계속 적용된다는 주장은, Maunz/Schmidt-Bleivtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz 1989, §95 Randnummer 41.

124) 이러한 의미에서 연방헌법재판소가 불합치선언은 위헌무효선언과 같은 효력을 갖는다고 한 것은 오해의 여지가 있다. BVerfGE 37, 217(262).

125) Hermann Heußner, 위 주 121의 논문, 258면 이하 ; Jörn Ipsen, "Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung - zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis", 「Juristenzeitung」 1983, 41면.

루어져 있지 않다. 다만 연방헌법재판소가 원칙적으로 주문유형인 무효선언을 피하고 불합치선언을 하는 의도가 위헌법률의 잠정적인 계속적용이라면 불합치선언의 경우에는 위헌법률이 적어도 잠정적으로는 계속 적용된다는 것을 연방헌법재판소 스스로가 주문에서 표현하는 것이 법적 안정성의 요구에 부합하는 태도라고 할 수 있다. 연방헌법재판소가 불합치선언을 하면서 그 동기도 또 계속적용의 여부도 적시하지 않는다면¹²⁶⁾ 법적 안정성의 위험은 극도에 달하게 될 것이다. 연방헌법재판소는 간혹 위헌법률의 잠정적인 계속적용이 필요하고, 이로써 위헌법률은 예외적으로 전면적으로든 혹은 부분적으로든 계속 적용된다고 하고 있다.¹²⁷⁾ 그러나 이러한 일반적인 기준에 따라서 위헌법률의 계속 적용 여부를 판단한다면 법적 안정성에 대한 침해는 극도에 달할 것이라는 비판이 있다.¹²⁸⁾

제 4 절 아직은 합헌이라는 판단과 입법촉구가 결합된 결정(입법촉구결정)

I. 입법촉구결정의 형식

126) BVerfGE 52, 369(379) ; 59, 302(326).

127) BVerfGE 61, 319(356).

128) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 175면 : Wolfgang Löwer, 위 주 43의 논문, 807면.

헌법을 잣대로 법률을 판단함에 있어 이미 위헌이 확인되는 상태와 합헌인 상태의 중간에 현재 상태로 아직 합헌이지만, 시간의 흐름에 따라서 위헌의 여지가 예견되는 중간 지대가 존재한다는 것에 대해서 연방헌법재판소는 어떤 형태로든 대응해야 할 실천적 필요성을 갖게 되었다.¹²⁹⁾ 이때 연방헌법재판소는 주문에서는 아직은 합헌(noch verfassungsmäßig)이라는 판단을 하고, 결정 이유에서 입법자에게 법률개선의 입법촉구를 하는 결정유형이 그것이다. 이 결정은 물론 입법권을 존중한다는 사법자제의 한 표현을 마련해 주기도 하기 때문에 결과적으로는 연방헌법재판소가 입법작용에 영향을 미치는 방향으로 발전하여 비판의 대상이 되기도 한다.¹³⁰⁾

결정이유에서 입법촉구를 하는 형식은 크게 두 가지를 확인하는 방법으로 이루어진다. 먼저 주문에서는 위헌제청된 법률이 아직은 합헌이라는 선언을 한다. 다만 이러한 선언에는 제한구가 따른다. 즉 “결정이유에 지적된 바에 따라 (nach Maßgabe der Gründe)” 해당 법률은 아직 합헌이라는 것이다. 결정이유에서는 해당 법률이 장래 위헌가능성이 있다는 확인을 하고, 이어 입법자에게 그러한 잠재적인 법상태를 창설할 과제를 부여한다. 나아가서 연방헌법재판

129) Wiltraut Rupp v. Brünneck, "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", Festschrift für Gerhard Müller 1970, 377면.

130) Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 398면 ; Spiras Simitis, "Zur Aktualisierung des Art. 6 Abs. 5 GG", 「Juristenzeitung」 1969, 278면.

소는 장래 혹은 기한을 정하여 특정 시점에 법률이 위헌으로 무효가 된다는 것을 선언하기도 한다.¹³¹⁾ 또 입법자에게 기한을 정하여 입법촉구를 하는 경우도 있다.¹³²⁾ 경우에 따라서 연방헌법재판소는 입법촉구기한이 경과하면 입법위임사항은 연방헌법재판소가 직접 실현할 것이라고 경고를 하기도 한다.¹³³⁾ 또 연방헌법재판소는 법이 의도하는 효과의 추이를 관찰하면서 입법자는 적절한 시기에 (innerhalb der nach Lage der Sache gebotenen Frist)보다 적합한 법상태를 창설하여야 할 것이라는 추상적인 개선의무(allgemeine Nachbesserungspflicht)를 지적하는데 그치는 경우도 있다.¹³⁴⁾

II. 입법촉구결정의 적용유형

1. 입법촉구결정과 그 밖의 주문유형

입법촉구결정은 헌법이 예정하는 법상태와 입법상태가 불합치 한다는 점에 있어서는 이미 서술한 위헌무효와 또 불합치결정과 공통점을 갖는다. 다만 입법촉구결정은 그 불합치의 상태가 아직 현재화되지 않았다는 점에 주목하는

131) Wiltraut Rupp v. Brünneck, 위 주 125의 논문, 355면.

132) 예컨대, BVerfGE 25, 97 ; 33, , 1 ; 36, 146 ; 39, 169 ; 39, 185 ; 42, 276 ; 54, 11.

133) BVerfGE 26, 167

134) 예컨대 BVerfGE 16, 147(187f.) ; 49, 89(132).

차이가 있을 뿐이었다. 그러나 연방헌법재판소는 실제에 있어서는 위헌적인 상태가 이미 현재화되어 있는 경우에도 그것을 무효선언했을 때 나타나는 결과를 고려하여 입법촉구결정에 그치는 경우가 있는가 하면, 또 혹은 위헌상태의 제거나 합헌상태를 창설할 시간적 여유를 입법자에게 부여하는 의미에서 입법촉구결정을 하는 경우도 있어, 입법촉구결정의 유형화하는데 어려움이 있다.

2. 사실관계의 변화

법률 제정 당시에는 법률의 규율대상인 사실관계를 기준으로 볼 때 법률이 합헌이었으나, 후에 사실관계 자체가 변화함으로써 법률이 헌법에 위반되는 상태에 놓이게 될 때 연방헌법재판소는 해당 법률을 위헌으로 결정하지 않고, 입법자에게 먼저 사실관계의 변화에 맞추어 법률을 헌법에 합치하게 개정하라는 촉구를 한다. 이 때 헌법재판소는 적어도 법률을 제정할 당시에는 입법자가 헌법에 반하지 않는 법률을 제정했다는 과거상태를 존중하여 객관적으로 보면 위헌적인 현재의 상태에 대해서 위헌결정을 자제하고 기한을 붙인 입법촉구를 한다.¹³⁵⁾ 다만 이러한 연방헌법재판소의 고려에 보다 결정적인 원인이 된 것은 연방헌법재판소가 해당 법조항을 위헌결정했을 때 나타나는 결과의 심각성에 있다는 것이 보다 솔직한 결정이유가 아닌

135) BVerfGE 16, 130 ; 17, 1 ;39, 169.

가 하는 지적이 있다.¹³⁶⁾

사실관계의 변화와 관련하여 연방헌법재판소가 입법촉구 결정을 한 대표적인 사례는 선거구 불평등에 관한 사건¹³⁷⁾과 배우자 연금수급조건의 불평등에 관한 사건이다.¹³⁸⁾

1949년 선거법에 의해서 이루어진 선거구 획정은 1961년 연방의회 선거에서는 그 동안 이루어진 지역간의 인구이동 주간의 인구와 의석분포의 균형이라는 요청을 더 이상 충족시킬 수 없었다. 이러한 입법상태는 평등선거, 특히 투표의 성과가치의 평등을 침해할 우려가 있었다. 그러나 연방헌법재판소는 인구추이의 변동이라는 사실관계의 변화로 아직 선거구획정의 위헌성이 확인되지 않는다고 하면서 입법촉구결정을 하는데 그쳤다. 이 결정은 연방헌법재판소가 이미 위헌적인 입법상태가 존재한다는 것을 인정했음에도 불구하고, 그 위헌무효결정이 가져 올 결과의 심각성을 고려하여 위헌결정을 자제한 대표적인 예이다. 배우자 연금수급조건의 불평등에 대한 사건은 이와는 달리 연방헌법재판소가 스스로의 예측력(Prognose)을 기초로 입법촉구결정을 한 대표적인 사례이다. 구 제국보험법(RVO)은 배우자 연금수급조건을 그 수급권자가 부인 경우와 부인 경우 차별 규정하였다. 즉 부인 배우자가 연금수급권자인 경우에는 특별한 조건없이 연금을 수급할 수 있었지만, 부인 배우자가 연금수급권자인 경우에는 피보험자인 부가 사망

136) 그 대표적인 예가 BVerfGE 16, 130 결정이다.

137) BVerfGE 16, 130.

138) BVerfGE 39, 169.

하기 전 가계의 반 이상을 책임지고 있는 경우에만 연금이 지급될 수 있도록 하였다. 이에 대해서 연방헌법재판소는 아직은 배우자 연금의 수급조건의 차별이 합헌이지만 여성과 남성의 가정에서의 역할분담에 대한 고정관념(부 : 소득근로자, 부 : 가사노동자)이 바뀌고, 또 여성의 취업률이 남성에 버금갈 약 10년 후에는 이러한 배우자가 연금규정은 더 이상 헌법적 정당성을 가질 수 없을 것이라고 하면서 입법자에게 남녀평등에 부합하는 입법개정을 촉구하였다.¹³⁹⁾ 이 결정에 대해서도 연방헌법재판소가 스스로 예측력에 의존하여 입법촉구를 하는 것이 과연 법원의 기능에 속한다고 할 수 있는지 의심이 간다는 비판이 있다.¹⁴⁰⁾

3. 입법위임규정의 불완전수행

연방헌법재판소가 입법촉구결정을 하는 또 하나의 유형은 하나의 법률을 기본법의 입법위임규정(Gesetzgebungsaufträge)을 잣대로 평가하는 경우이다.¹⁴¹⁾ 헌법일반이 그렇

139) BVerfGE 39, 169(194f.)

140) 미래의 사실관계에 대한 예측력은 기본적으로 법원의 기능에 속하지 않고 입법자의 판단에 맡겨져야 한다는 이유에서, 연방헌법재판소의 결정을 비판하는 문헌으로는, Rainer Eckertz, "Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen", 「Der Staat」 1978, 183면 이하.

141) 자세히는, Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 395면 : Peter Lerche, "Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven", 「Archiv des öffentlichen Rechts」 1965, 341면 이하.

지만, 헌법규정 중에서도 특히 입법위임규정은 그것이 존재함으로써 곧 헌법상태가 실현되는 것이 아니고, 입법자의 적극적인 입법행위를 통해서 실현되는 것이다.¹⁴²⁾ 따라서 연방헌법재판소는 입법위임규정이 입법적으로 잠정적으로 충실히 실현되지 못한, 즉 현재 위헌적인 상태가 존재하는 경우에도 기본법의 입법위임규정을 실정법적으로 실현하기 위해서는 입법자에게 시간적 여유가 부여되어야 한다는 논거를 내세워 그 입법상태에 대한 합헌결정을 하였다. 다만 결정이유에서 해당 입법상태가 잠정적으로만 합헌상태를 유지할 것이며, 과도기가 지나면 입법자는 이제 더 이상 시간적 여유를 들어 합헌을 주장하지는 못하며, 이제 연방헌법재판소가 입법자에 대신하여 헌법의 요청을 실현시킬 것이라고 명백히 하였다.¹⁴³⁾ 헌법상태의 존재가 곧 입법적 실현을 결과하는 것은 아니라는 이유로 연방헌법재판소가 입법촉구결정을 한 대표적인 사례는 기본 제 6 조 5항의 혼인 중의 자와 혼인 외의 자의 평등취급을 요청하는 입법위임조항이 심사의 기준이 되었을 때이다.¹⁴⁴⁾ 그

142) 사회국가원리의 사회보장법적 실현과 관련하여 연방헌법재판소가 소극적인 태도를 취할 수밖에 없는 이유도 여기에 있다. 이에 대해서는, CHEON, Kwang-Seok, *Das Recht der sozialen Sicherheit und seine verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea 1990* ; 전광석, “사회보장법과 헌법의 규범력—서독의 경우—”, 「연세법학연구」, 창간호 1990 101면 이하 참조.

143) BVerfGE 25, 167(178, 184).

144) BVerfGE 25, 167 ; Spiras Simitis, " Zur Aktualisierung des

러나 이와 같은 명시적인 입법위임규정 외에도 묵시적인 입법위임규정이 심사기준이 되었을 때에도 연방헌법재판소는 입법촉구결정을 하였다. 전후복구사업조치였던 강제경제의 폐지를 위해서 입법자에게 시간적 여유가 필요하다는 이유로 입법촉구결정이 이루어진 것이 그 예이다.¹⁴⁵⁾

입법자가 현재 포괄적인 조세개혁을 준비중에 있는 경우, 기존의 세법의 헌법적 정당성에 의구심이 가는 규정이 있더라도, 세법개혁의 결과를 관망하며, 우선은 위헌선언 혹은 불합치 결정을 포기하고 입법촉구를 한 결정도 이 유형에 속한다고 하겠다.¹⁴⁶⁾ 그러나 이 결정에 대해서는 불합치 결정을 통해서도 입법의 공백을 막을 수는 있기 때문에 불합치 결정이 헌법의 실현, 특히 개인의 권리보호차원에서 보다 적합한 결정유형이었으리라는 비판이 있다.¹⁴⁷⁾

4. 학설의 변화

연방헌법재판소가 위헌결정을 자제하고 입법촉구결정에 그치는 또 하나의 유형은 심사기준인 헌법에 대한 이해가 학설의 변화에 따라 달라지는 경우이다. 특별권력관계에 있는 기본권 주체의 기본권 제한에 법률의 근거가 필요한가 하는 문제는 서독 기본법 제정 후에야 활발하게 논의

Art. 6 Abs. 5 GG", 「Juristenzeitung」 1969, 278면.

145) BVerfGE 9, 63.

146) BVerfGE 21, 12.

147) 예컨대, Christian Pestalozza, 위 주 18의 논문, 551면.

되어 긍정된 문제이다.¹⁴⁸⁾ 연방헌법재판소는 이러한 학설의 변화를 기존의 입법상태를 기본법을 기준으로 판단할 때 전면적으로 적용하는 것에 신중을 기했다. 오히려 연방헌법재판소는 일정한 과도기간 입법자에게 학설의 변화를 입법적으로 수용할 수 있는 기회를 주어야 한다는 논거로 해당 입법을 아직은 합헌이라고 하고, 다만 과도기가 지나면 입법자는 새로운 학설의 합헌이라고 하고, 다만 과도기가 지나면 입법자는 새로운 학설의 변화에 적응하여 법개정의 조치를 취하여야 한다는 입법촉구를 하였다.¹⁴⁹⁾ 이 유형에 속하는 대표적인 사건은 특별권력관계에 있는 수형자의 서신왕래의 자유와 관련된 사건이다. 특별권력관계에 있는 수형자의 서신왕래의 자유와 관련된 사건이다. 특별권력관계에 있는 수형인의 신서의 자유 역시, 그것을 제한하기 위해서는 입법적 근거가 있어야 한다는 방향으로 특별권력관계이론이 변화하였지만, 입법적 근거 없는 기존의 행정관례를 위헌으로 결정하기 위해서는, 이러한 변화를 입법자가 인식할 수 있는 일정한 유예기간이 필요하다는 것이 입법촉구결정의 논거였다.¹⁵⁰⁾

5. 명백한 위헌성의 결여

148) H.-U. Erichsen/W, Martens(편), Allgemeines Verwaltungsrecht 7판 1986, 50면 이하.

149) BVerfGE 33, 1.

150) BVerfGE 33, 1(12).

마지막으로 연방헌법재판소는 해당 입법상태가 명백한 위헌성을 결여하고 있다는 논거로 합헌입법촉구결정을 한다.¹⁵¹⁾ 현재 적극적으로 위헌적인 상태가 확인되는 것은 아니지만, 입법자의 의도가 과연 예측한 파급효과를 가질 것인가 명백하지 않은 경우에 입법촉구결정을 하는 것이 대표적인 사례이다.¹⁵²⁾ 나아가서 연방헌법재판소는 위헌의 명백성을 판단하는 중요한 기준의 하나로 입법자의 법률의 위헌성에 관한 주관적 인식가능성이 발견되지 않는다는 것을 들고 있다.¹⁵³⁾ 연방헌법재판소에 따르면 입법자가 법률 제정 당시 그 법률의 상태가 기본법에 위반한다는 비난가능성에 대한 인식을 할 수 없었다면, 사후에 연방헌법재판소가 결정을 통해서 위헌결정을 할 수는 없다는 것이다.¹⁵⁴⁾ 이러한 위헌결정에 있어서의 주관화 경향은 법률제정에 있어서의 형식적 절차요건이 준수되었는가를 평가하는 데에도 원용되었다. 즉 법률제정절차에 중대한 하자가 있는 경우에만 연방헌법재판소는 위헌결정을 하겠다는 것이다.¹⁵⁵⁾ 비교적 가치판단의 여지가 있지 않은 법률의 성립에 관한 형식적 요건의 흠결의 경우에도 연방헌법재판소는 법률에 대한 위헌판단에 객관적인 법률과 헌법과의 충돌의 문제 외에 입법자의 주관을 상당한 정도 판단에 개입

151) Christian Pestalozza, 위 주 18의 논문, 551면 이하.

152) BVerfGE 16, 147(187f) ; Wiltraut Rupp v. Brünneck, 위 주 129의 논문, 357면.

153) Jörn Ipsen, 앞 주 20의 책, 138면.

154) BVerfGE 16, 130 ; 21, 12.

155) BVerfGE 31, 47 ; 34, 9.

시켜 입법상태를 되도록 위헌판단하지 않으려는 태도를 보이고 있다.

이미 위에서 지적한 선거구불평등에 관한 입법촉구결정에서도 연방헌법재판소는 사실관계의 변화 뿐 아니라, 위헌성에 대한 입법자의 주관적 인식이 없다는 논거를 보충적으로 원용해서 아직은 합헌이라는 결정을 내렸다.¹⁵⁶⁾ 형식적 절차의 하자가 발견되는 때에도 입법자에게 헌법위반상태에 대한 명백한 인식가능성이 없었으면 위헌결정을 할 수 없고, 입법촉구를 하는 경우로 예컨대 연방헌법재판소는 연방의 입법권한 없이, 보다 정확하게도 연방법률보다 늦게 개정된 연방에 입법권을 부여하는 기본법 규정에 의해서 제정된 연방법률에 주법률이 위반되는가를 심사하는 사건에서 입법자에게 적어도 시간적으로 기본법 개정이 법률의 제정보다 늦었다는 사실을 명백히 인식하였다고 비난할 수 없기 때문에 위헌결정을 할 수 없다고 하였다.¹⁵⁷⁾

Ⅲ. 입법촉구결정의 효력

1. 입법촉구결정과 그 밖의 결정유형

합헌·입법촉구결정은 불합치 결정과는 무효선언을 피한다는 공통점이 있다. 다만 입법촉구결정의 제1차적인 법적

156) BVerfGE 16, 130(143).

157) BVerfGE 34 9.

효력은 위헌심사대상인 법률이 결정 후에도 계속 적용되고, 입법자에게는 추상적인 입법개선 의무가 부과하는 반면, 불합치 결정에서는 입법자에게 구체적인 법률개정 의무가 발생하고 위헌법률의 계속적용이 당연한 원칙은 아니라는 차이가 있다.¹⁵⁸⁾

2. 입법자에 대한 추상적 의무부여

설혹 입법촉구결정에서 연방헌법재판소가 지적한 법률개정 의무가 입법자에 대해서 존재한다 하더라도 이 때 입법자는 앞에서 살펴 본 불합치 결정에 비하여 훨씬 넓은 형성의 자유를 갖게 된다. 그래서 예컨대 입법자는 잠정적으로는 연방헌법재판소가 예정하는 입법상태가 아니고, 최종적인 법 개정에 이르는 중간형태의 법상태를 창설하여 당분간 적용하는 것도 가능할 것이다.¹⁵⁹⁾

연방헌법재판소가 결정이유에 지적하는 입법촉구의 내용이 법적 구속력을 갖고 있다고 할 수는 없다. 왜냐하면 입법촉구결정은 특히 그것이 법률의 규율대상인 장래의 사실관계의 변화를 이유로 한 것일 때에는 연방헌법재판소의 미래에 대한 예측력을 전제로 한 것인데, 그 예측력이 반드시 옳다고 할 수는 없을 것이기 때문이다.¹⁶⁰⁾ 따라서 이 경우에는

158) Christian Pestalozza, 앞 주 18의 논문, 566면.

159) Wolfgang Löwer 위 주 43의 논문, 808면.

160) Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 411면 : Rainer Eckertz, 위 주 140의 논문.

입법촉구는 입법자에게는 단순한 주의의무를 부과한 것에 불과하고, 해당 법조문이 다시 위헌제청된 시점에 연방헌법재판소가 이전의 스스로의 예측을 변경하여 다시 일정한 시점까지 합헌성이 지속되는 입법촉구결정을 하는 것은 여전히 가능하다.¹⁶¹⁾ 그러나 예컨대 헌법조항에 대한 학설의 변화로 일정한 입법상태가 입법촉구결정이 내려진 경우에는 이제는 입법자는 명백한 위헌의 상태와 합헌의 상태에 대한 인식가능성이 있기 때문에 중간상태의 입법으로서 위헌결정을 면하려는 시도는 허용될 수 없을 것이다.¹⁶²⁾

3. 입법촉구결정의 순기능과 역기능

연방헌법재판소가 발견해 낸 입법촉구결정에는 그것이 기존의 법률관계를 존중하면서 개혁의 개방성을 열어 놓으며, 동시에 입법자에게 법률관계에 대한 합목적적인 해결을 할 여지를 열어 놓는다는 의미에서 그 법적 근거가 뚜렷하지 않음에도 불구하고,¹⁶³⁾ 본질적으로 부정적인 평가가 내려지고 있지는 않다. 그렇더라도 다른 한편 입법촉구결정은 부분적으로 근거 없는 입법상태의 존중을 위한 하나의 방편이 되고 있다는 비난을 받고 있는 것 또한 사실이다.¹⁶⁴⁾ 그러나 보다 핵심적인 연방헌법재판소의 입법촉

161) Christian Pestalozza, 앞 주 18의 논문, 560면.

162) Jörn Ipsen, 위 주 20의 책 137면.

163) 특히 재판의 전제성이 결여되어 있기 때문에 헌법재판에 특유한 객관적 성격이 근거지워져야 할 것이다.

164) 예컨대, Christian Starck, "Anmerkung zum Beschluß des

구결정에 대한 비판은 그 결정의 요건에 대한 이론적 설명을 연방헌법재판소 스스로가 명백히 하지 못하고 있다는 것이다.¹⁶⁵⁾ 이것은 곧 연방헌법재판소가 (특히 입법촉구결정은 재판의 전제성이 결여되어 있기 때문에 필요로 하는) 특별한 정당성 사유를 체계화하지 못하고 있다는 것도 된다. 지금까지 연방헌법재판소가 입법촉구결정을 하면서 가장 설득력 있게 주장한 것은 위에서 이미 언급한 입법촉구결정의 요건보다는, (그 요건은 설득력이 없는 경우가 종종 발견되기 때문에) 만약 연방헌법재판소가 위헌결정했을 경우 법적 해결이 불가능한 상태가 나타난다는 것이다.¹⁶⁶⁾ 연방헌법재판소가 선거구불평등 조항을 위헌결정했을 경우가 대표적인 예이다. 이 경우 이전 선거가 무효되고, 그렇다면 연방헌법재판소의 의도에 따라 헌법에 합치한 선거구확정을 할 수 있는 입법기관 자체가 존재하지 않는 사태가 발생할 것이기 때문이다. 이와 같이 비교적 객관적 소송의 성격이 강한 경우는 그래도 입법촉구결정을 수궁할 수 있다. 그러나 개인의 기본권 침해가 문제된 사건에서 무효선언이 가져 올 헌법질서 전체에 대한 심각한 파급효과 때문에 입법촉구결정에 그친다면 이 결정으로 입게되는 소송당사자의 불이익에 대해서는 입법촉구결정이 아무런 도움이

BVerfGE vom 14.3.1972", 「Juristenzeitung」 1972, 361면.

165) 이에 대해서 자세히는, Jörn Ipsen, 앞 주 20의 책, 141면 이하.

166) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz 1989, §95 Randnummer 37 ; BVerfGE 21, 12.

되지 못한다는 점이 여전히 문제점으로 지적되고 있다.¹⁶⁷⁾

마지막으로 입법촉구결정에는 헌법재판소의 기능과 관련하여 부정적 측면이 적지 않게 지적되고 있다. 입법촉구결정은 심사대상인 법률이 아직은 합헌이라는 판단에 중점이 있는가, 아니면 입법촉구에 보다 중점이 있는가 하는 문제이다. 이 점은 연방헌법재판소가 입법촉구결정에 기한을 붙이거나, 나아가서 입법의무가 지켜지지 않을 경우 연방헌법재판소가 헌법의 요청을 스스로 실현하겠다는 결정을 추가함으로써 보다 극단화된다. 그러나 이와 같이 연방헌법재판소가 공권력의 사후적 통제에 그치지 않고, 스스로 일련의 정책결정에 참여한다면 이는 곧 법원으로서의 한계를 넘어선 것이고, 또 법원으로서의 연방헌법재판소에는 그러한 작업을 직접 담당할 만한 정책적 능력도 처음부터 갖추어진 것이 아니기 때문에 이러한 결정을 통한 입법권에 대한 직접적인 영향력의 행사는 필요하지도, 또 허용되지도 않는다는 비판이 있다.¹⁶⁸⁾

제 5 절 합헌적 법률해석

I. 합헌적 법률해석결정의 형식

167) Wiltraut Rump v. Brünneck, 위 주 129의 논문, 375면.

168) 예컨대, Martin Heidehain, "Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts v. 26.2.1969", 「Juristenzeitung」 1969, 508면 이하.

법률에 대한 합헌적 해석 우위의 원칙은 법률에 대한 합헌, 그리고 위헌적 해석의 가능성이 동시에 존재하는 경우에 연방헌법재판소로 하여금 합헌적으로 뿐만 아니라 위헌적으로 해석이 가능한 경우에도, 예컨대 일부무효의 결정을 하지 않고, 이른바 합헌적 법률해석의 결정유형을 선택하게 하였다.¹⁶⁹⁾ 합헌적 법률해석을 하는 경우에 연방헌법재판소는 일반적으로 주문에는 심사대상인 조문이 결정이유에 지적한 바와 같이 해석이 가능하기 때문에 기본법의 일정조항에 반하지 않는다는(in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar) 표현을 사용한다.¹⁷⁰⁾ 그러나 이러한 주문형태에 대해서는 연방헌법재판소가 법적 명확성의 요청에 부응한다는 의미에서 합헌적 해석의 내용을 결정이유가 아니고, 주문 자체에 표시¹⁷¹⁾해야 할 것이라는 비판이 있다.¹⁷²⁾

II. 합헌적 법률해석의 적용유형

1. 합헌적 법률해석의 주체—일반법원의 합헌적 법률해석과 연방헌법재판소의 합헌적 법률해석—

169) BVerfGE 2, 266(282).

170) 예컨대, BVerfGE 32, 373(383f.) 51, 304 ; 64, 229(242).

171) 이러한 예가 없는 것은 아니다. 예컨대, BVerfGE 54, 277.

172) 예컨대, Klasu Schlaich, 위 주 26의 책, 186면 : Maunz/Schmidt-Bleibrey/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz 1989, §95 Randnummer 38.

합헌적 법률해석이 연방헌법재판소 만의 고유한 권한은 아니다. 다만 일반 법원의 경우 연방헌법재판소에의 위헌 법률 제청의 전단계로서의 성격을 갖지는 않는다. 즉 일반 법원이 자신의 합헌적 법률해석에 일반적 구속력을 부여하기 위해서 연방헌법재판소로 하여금 자신의 결정을 확인하기 위한 제청권의 행사는 허용되지 않는다는 것이다.¹⁷³⁾ 일반 법원이 연방헌법재판소에 위헌법률심사제청을 하는 것은 오히려 스스로의 판단에 따르면 합헌적 법률해석을 통해서 위헌적인 법률상태가 피해될 수 없는 경우에 행한다. 일반법원은 합헌적 법률해석이 가능하지 않은 이유를 설시하여야 할 것이다.¹⁷⁴⁾

2. 다양한 해석가능

합헌적 법률해석은 심사대상인 법문이 그 법문의 범위 내에서 여러 가지의 해석가능성을 제공하고, 그 중에서 해석의 결과가 헌법에 반하는 상태도 존재하지만, 헌법에 합치하는 해석의 가능성이 존재하는 경우에 가능하다. 이 때 의심스런 경우에는 법적통일성과 규범유지를 통해서 이루어지는 법적 안정성과 입법권에 대한 존중에 기초한¹⁷⁵⁾ 합

173) BVerfGE 42, 91(95) 48, 40(45) ; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz 1989, §80 Randnummer 217 ; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 1 1977, 111면

174) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 184면.

175) Helmut Simon, "Verfassungsgerichtsbarkeit", Ernst Benda/

헌적 해석의 요청이라는 원칙이 적용된다.¹⁷⁶⁾ 어떠한 해석에 의하더라도 헌법에 합치하는 상태가 나타날 수 없다면 이와 같은 합헌추정의 원칙이 적용될 수 없는 것은 물론이다.¹⁷⁷⁾ 따라서 법문이나¹⁷⁸⁾ 혹은 명백히 표현된 입법목적에¹⁷⁹⁾ 반하는 방향의 합헌적 법률해석은 성립될 수 없다.¹⁸⁰⁾ 그러나 여러 해석가능성 중에서 헌법에 반하는 해석가능성이 입법자의 의사에 가깝다는 이유만으로 합헌적 법률해석이 불가능한 것은 아니다.¹⁸¹⁾ 특히 이와 같이 입법자의 본래의 의도와는 어느 정도 거리가 있는 법률에 대한 합헌적 해석은, 법률제정 이후 시간이 경과하여 입법자의 의사가 아니라, 법의사가 법률해석의 기준이 될 때 정당화될 수 있을 것이다.¹⁸²⁾

이러한 한계를 넘어서서 입법자의 원래의 의도와는 다른

Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel(편), Handbuch des Verfassungsrechts 1984, 1283면.

176) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 167면 ; Reinhold Zippelius, "Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen", Christian Starck(편), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd. 1 1976, 108면 이하.

177) BVerfGE 32, 373(383f.) ; 51, 304(232) ; 64, 229(242).

178) BVerfGE 2, 380(398) ; 18, 97(111) ; 67, 382(390).

179) BVerfGE 8, 28(34) ; 8, 71(78f.) ; 9, 109(118) 18, 97(111) ; 54, 277(299f.).

180) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 16판 1988, 31면.

181) Wolfgang Löwer, 위 주 43의 논문, 809면 : BVerfGE 49, 148(157) ; 59, 360(387) ; 69, 1(55)

182) Reinhold Zippelius, 위 주 176의 논문, 118면 ; BVerfGE 34, 288ff.

내용의 법상태가 적용된다면, 이러한 합헌적 법률해석은 무효선언보다도 오히려 더욱 입법권을 침해하는 결과가 될 것이다. 이로써 연방헌법재판소는 헌법상 자기에게 주어진 기능을 일탈하게 된다. 예컨대 1975년 제정된 독일민사소송법 제554b조 1항은 소송가가 40,000DM를 초과하는 재산 청구권에 관한 분쟁은 그 사안이 근본적인 중요성을 띠지 않는 한 상소가 제한된다고 규정하였다. 주로 평등권과 법치국가원칙이 심사기준이 되어 위헌제청된 이 사건에서 연방헌법재판소는 이 규정의 합헌적 법률해석이 가능하다고 판단하였다. 즉 연방헌법재판소에 따르면 이 규정은 “승소가능성이 있음에도 불구하고 상소가 제한되는 것은 아니라고 해석하는 한, 헌법에 반하지 않는다”는 것이다.¹⁸³⁾ 그러나 이러한 해석은 민사소송법 제554b조 1항의 문리해석에 따른 부분내용이라고도 할 수 없고, 또 입법자가 의도한 것도 아니어서 같은 조항에 완전히 새로운 내용을 부여한 것이었다. 이 사안은 결국 일부무효결정에 내려질 수 있는 사안도 아니어서 전체무효선언이 아닌 그 밖의 변형결정은 연방헌법재판소의 기능을 벗어난 것이라고 할 수밖에 없다.¹⁸⁴⁾ 따라서 이 결정에 대해서는 다음과 같은 근본원칙에 따른 비판이 가해졌다. 연방헌법재판소는 정치사건을 다루는 국가기관이기는 하지만, 전통적인 의미에서의 정치기관과는 다음과 같은 근본적인 차이가 있다. 즉 연방헌법재판소는 정치기관에서 결정된 문제를 사후에 심사하는 기

183) BVerfGE 54, 277.

184) 예컨대 Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 165면 이하.

관이지, 스스로 정책을 형성하는 기관은 아니라는 것이다.¹⁸⁵⁾ 연방헌법재판소가 입법을 통제하는 기관이기는 하지만, 그렇다고 이때 입법자의 재량을 침범해서는 않된다는 것이다.¹⁸⁶⁾

Ⅲ. 합헌적 법률해석결정의 효력

1. 일반법원의 합헌적 법률해석과 연방헌법재판소의 합헌적 법률해석

위에서 이미 연방헌법재판소와 더불어 일반법원도 합헌적 법률해석을 할 수도 있다고 하였지만 일반법원의 합헌적 법률해석과 연방헌법재판소의 합헌적 법률해석과는 그 법적 효과에서는 차이가 있다. 연방헌법재판소의 합헌적 법률해석은 연방헌법재판소법 제31조에 의해서 일반적 기속력을 갖는 반면, 일반법원의 그것에는 당사자에 대한 기속력이 있을 뿐 일반적 기속력이 있는 것은 아니어서 단순한 해석으로서의 성격을 갖는데 그친다.¹⁸⁷⁾

2. 합헌적 법률해석의 기속력

185) Brunn-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, 398면 ; 연방헌법재판소의 정치적 고려에 대한 긍정적인 평가로는, Wiltraut Rupp v. Brünneck, 위 주 129의 논문, 355면 이하.

186) Reinhold Zippelius, 위 주 182의 논문, 117면.

187) Klaus Schlaich, 위 주 26의 책, 187면.

합헌적 법률해석은 그 내용이 연방헌법재판소 초기에는 결정이유에만 적시되었기 때문에 합헌적 법률해석의 내용은 주문을 해석하기 위해서 중요한 이유(tragende Gründe)로서 기속력이 인정되었다. 그러나 1970년 이후¹⁸⁸⁾ 합헌적 법률해석은 주문에 도입되어, 합헌적 법률해석에 직접 기속력이 인정되었다. 즉 이때 합헌적 법률해석의 결과 심사대상인 법률에 대한 합헌성판단 자체 뿐 아니라, 연방헌법재판소가 택한 해석내용에도 기속력이 인정된다는 것이다.¹⁸⁹⁾

그러나 합헌적 법률해석은 당해 사건에서 연방헌법재판소가 택한 해석의 내용이 합헌이라는 의미이지, 그 이외의 모든 해석은 위헌이라는 의미는 아니다. 연방헌법재판소가 모든 해석 가능성을 검토하리라는 기대를 할 수는 없기 때문이다.¹⁹⁰⁾ 또 당해사건을 해결하기 위하여 채택한 해석이 외에, 연방헌법재판소가 방론(obiter dicta)으로서 제시한 그밖의 합헌해석 가능성, 혹은 위헌 해석가능성에는 기속력이 인정된다고 할 수 없다.¹⁹¹⁾ 이 경우에도 연방헌법재판소가 스스로 방론에 제시된 해석가능성은 주문을 해석하기 위해서 중요한 이유라고 명시했을 때에는 기속력을 인

188) 즉 BVerfGE 30, 1 이후.

189) Michael Saxe, "Bindungswirkung bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgerichts", 「Neue Juristische Wochenschrift」 1979, 345면.

190) Michael Saxe, 위 주 189의 논문, 346면.

191) Michael Saxe, 위 주 189의 논문.

정하지 않을 수 없다.¹⁹²⁾

제 3 장 맺는 말

이 글의 결과를 우리 헌법 및 헌법재판소법 운영을 둘러싼 해석론적 및 정책론적 관심사와 견주고, 줄여 매듭지으면 다음과 같다.

제 1 절 헌법상태

서독 기본법에 변형결정의 여부, 그 종류 및 효력에 대한 직접적인 근거가 될 수 있는 규정은 존재하지 않는다. 헌법이 위헌법률의 효력에 대해서 당연무효의 입장을 취하고 있는가, 혹은 폐지무효의 태도를 뒷받침하는가 라는 질문이 위 문제에 대한 간접적인 시사를 줄 수도 있겠으나, 이 질문에 대한 대답 역시 상당히 논란이 있는 부분으로 이 글에서 결론이 내리기에는 적합치 않다.

이러한 결론은 우리의 헌법상태에 대해서도 마찬가지로이다. 우리 헌법에 변형결정에 대한 어떠한 명시적인 규정도, 또 간접적인 근거규정도 존재하지 않는다. 더욱이 서독 기본법 제100조 1항에 해당하는 우리 헌법 제107조는 위헌제청의 전제로서 서독 기본법보다 보다 중립적인 표현을 사

192) 예컨대 BVerfGE 36, 1(36).

용하고 있다. 즉 법률의 (“효력여부”가 아닌) “위헌여부”가 문제될 때, 법원은 위헌심사를 제청할 수 있다고 함으로써 우리 헌법은 이 글의 주제에 대해서는 개방된 태도를 취하고 있다고 하겠다.

제 2 절 법률상태

서독에서 변형결정은 원래는 연방헌법재판소의 법형성기능에 의해서 창안되었다. 이 후 연방헌법재판소법의 개정을 통해서 변형결정의 일부, 즉 불합치결정이 결정주문유형의 하나로 연방헌법재판소법 제31조2항 및 제79조1항에, 불완전한 형태로나마 입법화되었다. 그 밖의 변형결정인 입법촉구결정, 합헌적 법률해석 결정은 입법권 존중이라는 가, 법적 안정성 등 헌법원칙에 의해서 사례별로 정당화되었다. 원칙적으로 변형결정이 허용된다는 것은 이제는 의문의 여지가 없지만, 그 각각의 변형결정이 어떠한 효력을 갖는가 하는 문제에 부딪치면 연방헌법재판소법은 전혀 구체적인 대답을 주지 않고 있다. 연방헌법재판소법 제31조2항은 결정주문이 관보에 게재되도록 규정하고 있기 때문에 주문이 법적 효력을 갖는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 그 밖에 결정이유에 나타나는 위헌 혹은 합헌적인 법상태에 대한 권고, 입법촉구의 구체적인 내용, 합헌적 법률해석 및 이에 따르는 위헌적인 해석에 대한 지적 등의 효력에 대해서는 아직 논란이 계속되고 있다. 따라서 이 문

제들이 입법적으로 해결될 가능성은 현재의 논의단계에서는 예상되지 않는다.

우리 헌법재판소는 초기의 서독 연방헌법재판소법이 그랬듯이 변형결정에 대한 어떠한 단서도 가지고 있지 않다. 오히려 헌법재판소의 일부 재판관이 주장하듯이 우리 헌법재판소법 제45조는 변형결정을 배제하는 듯한 모습을 띠고 있다. 그러나 헌법재판소법 제45조가 변형결정을 부정하는 법적 근거가 될 수는 없을 것 같다. 헌법재판소법 제45조는 헌법심판의 범위를 한정된 것으로, 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심판하지, 당해사건을 직접 심판하지 않는다는 표현이기 때문이다. 이 글에서 시도한 바와 같은 비교법적 도움을 통해서 변형결정의 가능성 및 필요성이 현실적으로 존재한다는 것을 알 수 있었다면, 헌법의 특성상 그 “허용여부”는 원칙적으로 헌법재판소의 범형성기능에 맡겨져야 하지 않을까 한다. 헌법의 실현은 내용적으로 다양한 입법적 선택의 폭이 있을 수밖에 없는데, 헌법재판소는 이에 다양하게 대응할 필요가 있을 수밖에 없는데, 헌법재판소는 이에 다양하게 대응할 필요가 있을 것이기 때문이다. 또 헌법, 적어도 헌법의 문리적 표현은 그 근본 질서규정적 성격 때문에 하위 실정법에 비해서는 시간의 흐름에 무감각할 수밖에 없다. 그렇다면 시간의 흐름에 따라서 달라지는 헌법에 대한 이해를 헌법재판에 반영하기 위해서라도 변형결정은 원칙적으로 헌법재판소의 범형성기능에 맡겨야 할 것이다. 헌법재판소법 제45조가 변형결정을 내리는 데에 법적 장애요인이 되지 않는다면, 헌법재판

소법 제47조 1항의 해석 역시 이에 맞추어 목적론적 해석을 해야 하지 않을까 한다. 즉 이 규정은 결정의 종류로서 위헌결정에만 국가기관에 대한 기속력을 인정한 것이 아니고, 어떠한 종류의 결정이든, 그 결정에 포함된 위헌성의 확인은 기속력을 갖는다는 해석이 가능할 것이다. 합헌적 법률해석과 입법촉구결정은 여기에 포함되지 않을 것이나, 이 두 결정은 이미 성립하여, 존재하는 법률의 합헌을 선언하는 것이기 때문에, 이 결정이 기속력을 갖는가 하는 질문은 실천적인 중요성을 갖는 것은 아니라고 하겠다.

따라서 이제 남은 문제는 언제, 그리고 어떤 종류의 변형결정을 하고, 그 효과는 어떤 것인지 하는 문제이다.

제 3 절 결정에 대한 평가

위에서 우리는 변형결정을 허용하는 데 법적 장애요인이 있는 것은 아니라는 확인을 하였다. 그러나 그렇더라도 위헌법률에 대해서는 위헌결정이 원칙적인 주문유형이어야 함에는 변함이 없다. 왜냐하면 위헌법률에 대한 위헌결정은 입법자에게나 국민에게나 가장 명확한 법적 상태에 선언이며, 그렇다고 입법권에 대한 존중이라는 요청에 반하는 것도 아니다. 입법권에 대한 통제는 헌법재판소의 권한이자 의무이기도 하기 때문이다. 따라서 변형결정은 위헌결정을 할 수 없는 명백한 특별한 사정이 존재할 때 비로소 예외적으로 나타나는 결정유형이어야 할 것이다. 특히

우리 헌법재판소법은 위헌법률에 대해서 원칙적으로 소급 효를 인정하지 않고 있기 때문에 위헌법률에 대한 위헌결정의 원칙은 서독의 경우보다 더욱 존중되어야 할 것이다.

서독에서 변형결정은 기본적으로 연방헌법재판소의 자기자제의 한 수단으로 이해되었다. 그리고 이 때 중요한 것은 연방헌법재판소가 그 무효선언이 낳을 결과를 중심으로 하여 변형결정의 종류와 그 효력을 선택하였다는 것이다. 그러나 이러한 자기자제의 태도가 개별적인 사안을 분석하면 반드시 타당하다고 할 수는 없다. 부분적으로 변형결정에 수반되는 특정한 위헌제거의 방법, 위헌제거의 시점, 그리고 입법자가 입법촉구를 이행하지 않으면 스스로 헌법을 실현하겠다는 경고 등으로 정치적 사건에 대한 법적 판단이 아닌, 정책적 결정을 함으로써 헌법재판소의 법원으로서의 기능에 비추어 허용되지 않는, 사법적극주의라는 비판이 따르기 때문이다. 또 변형결정의 기능에 대한 전체적인 긍정적인 평가에도 불구하고, 아직 미해결의 많은 문제를 남겨두고 있는 것도 사실이다. 구체적인 적용사례가 체계화되어 있지 않고, 또 무엇보다도 그 결정의 효력에 대해서 관례 및 학설이 아직 이에 대해 권위 있는 답을 주지 못하기 때문에 변형결정이 아직은 입법화되지 못했을 뿐더러, 적지 않은 경우 의도와는 달리 오히려 법적 안정성에 위해가 된다거나 혹은 입법권을 위헌무효선언에 비해보다 침해하고 있다는 부정적인 평가도 무시할 수 없다.

우리의 경우 서독 연방헌법재판소의 변형결정의 경험에서

무엇을 배울 수 있을까? 서독에서의 변형결정은 양면성을 가진다는 것을 우리는 알았다. 이 중 헌법재판소의 자기자제가 반드시 비판의 대상이 되는 것은 아니다. 다만 문제는 정치적 사건에 대한 법적 판단의 과제가 요구되어 있는 헌법재판소가 주로 정치적 관점에서 자제를 한다면 헌법재판소 고유의 기능은 더 이상 기대할 수 없을 것이다. 지금까지 세인의 주목을 끌었던 사건, 특히 최초의 불합치결정인 국회의원선거법 제33조, 34조에 대한 불합치결정은 허용되지 않는 사법자제의 대표적인 경우이다. 여기에는 우리가 서독의 경험을 통해서 알게 되었고, 또 충분히 적용 가능하다고 생각되는 불합치결정의 적용사례 어디에도 해당하지 않는다. 평등에 반하는 불이익취급규정도, 또 법적 공백상태를 우려할 상황도, 그리고 입법권의 존중도 전혀 여기에 어울리지 않는다. 아직 입법촉구결정은 이루어지지 않고 있으나, 이 변형결정 역시 신중하게 채택되어야 한다. 입법촉구결정은 사법자제와 헌법의 객관적 실현이라는 이념을 조화시킨 결정유형이라는 긍정적인 평가가 가능하지만, 다른 한편 헌법의 객관적 실현이라는 명분 아래에서 권리침해를 수인하여야 하는 개인의 권리보호라는 시각에서 특별한 근거로 엄격히 정당화되어야 할 것이다. 입법촉구에 종종 수반되는 헌법재판소 자신의 예측력이 옳다는 전제하에 이루어진 입법실현기한설정 및 구체적인 입법내용에 대한 지시는 “입법권”에 대한 통제가 아니고, “입법적 재량”에 대한 침해이기 때문에 자제되어야 한다는 주장, 그리고 이러한 주장을 변형결정에 나타나는 헌법재판소의

단순한 의견개진에는 법적 효력을 부인하여 순화시키려는 서독에서의 경험의 산물은 우리에게서 미래의 일이지만 경청할 만하다.

마지막으로 변형결정이 자제되어야 하는 데에는 정치적인 이유도 있다. 대부분의 변형결정은 입법부를 비롯한 국가기관의 헌법재판소에 대한 권위를 인정하는 데에 그 실천적 가능성이 존재하는 것이다. 이 점을 위에 서술한 서독의 경험이 보여주고 있으며, 오히려 의회가 연방헌법재판소의 결정 뿐 아니라, 단순한 권고에 대해서도 충실히 따르기 때문에 연방헌법재판소에서 정치적 문제에 대한 의견표명이 정치적 문제에 대한 의회에서의 토론을 조기에 종식시키는 폐단이 나타난다는 점을 지적하였다. 그러나 우리나라의 경우 이미 국회의원선거법 제33조, 34조에 대한 불합치결정이 입법부에 의해서 충실히 받아들여지지 않는다는 것이 지방의회선거법 제정과정에서 밝혀졌듯이 변형결정은 적어도 헌법재판소가 아직 권위 있는 위치를 차지하고 있지 않은 상황에서는 헌법재판소는 위헌결정과 변형결정이 선택이 가능하다면 원칙에 입각한 결정주문을 택해야 할 것이다.

제 3 주제

헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구

김 남 진

(법박·고려대학교 법과대학 교수)

목 차

제 1 장 서 언	
제 2 장 제도 및 운영의 현황	
제 1 절 현행법상의 헌법재판의 대상	
I. 헌법규정	
II. 법률을 통한 구체화	
제 2 절 제도운영의 현황	
I. 사건처리현황	
제 3 장 헌법재판대상의 확대 및 활성화안	
제 1 절 연구범위의 한정	
제 2 절 위헌법률심사제의 개선	
I. 추상적 규범심사의 관련문제	
II. 구체적 규범심사의 관련문제	
제 3 절 헌법소원심사대상의 확대	
I. 법원의 재판	
II. 명령과 규칙	
III. 행정처분	

제 1 장 서 언

헌법재판이 무엇인가는 나라에 따라 다르고, 학자에 따라 설이 다르긴 하지만, 1948년의 제헌헌법에서 이미 헌법위원회 및 탄핵재판소가 설치되었음을 생각할 때, 우리의 헌법재판은 이미 40여년의 역사를 가진다고 말할 수 있다. 물론 헌법재판의 형태 및 운영에 있어서는 그 사이 많은 변화와 기복이 있었다.

이른바 제1공화국하의 헌법위원회는 12년 동안 2건의 위헌결정¹⁾5건의 합헌결정을 행한 바 있다. 1960년의 4·19의 거로 탄생된 제2공화국은 모처럼 헌법재판소를 설치하도록 되어 있었으나 1961년의 5·16군사쿠테타로 인해 미처 구성해 보지도 못하였다.

민정복귀의 명분으로 출범하게 된 제3공화국헌법(1962. 12. 26)은 미국식의 위헌법률심사제를 채택하며, 탄핵심판위원회를 별도로 설치하였다. 이에 따라 법률의 위헌심사는 각급법원에서 구체적인 사건과 관련하여 행해지게 된 것이다(구체적 규범심사제의 채택). 이러한 제3공화국하의 위헌법률심사제하에서 하급법원에서는 비교적 활발한 법률

1) 헌법위원회 1952. 9. 9선고, 85헌위 및 185헌위결정 참조, 그 중 하나는 농지개혁법 제18조 및 제24조에 관한 것이고, 다른 하나는 비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령 제9조에 관한 것이다.

의 위헌심사가 행해졌었으나 대법원에서 대부분 합헌결정으로 번복되고, 단 2건의 위헌결정이 있었을 뿐이었다.²⁾

이른바 유신헌법(1972. 12. 17) 하의 제4공화국, 신군부집권하의 제5공화국헌법(1980. 10. 27) 하에서는 다시 헌법위원회제를 채택하였던 바, 18년간 단 1건의 위헌제청도 없었으므로 인하여 헌법위원회는 휴면기관이라는 평을 받았다. 법원에 의한 위헌제청이 있어야만 헌법위원회에 의한 위헌심사가 가능함을 생각할 때, 법률의 위헌심사제청에 관한 한 법원 역시 휴면기관이었음을 상기할 필요가 있다.

제4, 제5공화국하에서 단 1건의 위헌심사가 없었음은 결국 당시에 있어서 입헌주의가, 환언하면 국가생활에 있어서 헌법의 우위(Vorrang des Verfassungsrechts)가 관철되지 않았음을 의미한다. 결국은 그러한 사태가 1987년의 6월항쟁을 촉발하는 계기가 되었으며, 이어 또 한번의 헌법개정(198., 10. 29)을 통한 제6공화국의 탄생을 가져왔다.

제6공화국헌법은 대통령의 대통령선거인단을 통한 “간선제”를 “국민에 의한 직선제”로 바꾼 데에 최대의 의의가 있다고 하겠다. 그러나 법학도의 입장에서 볼 때, 헌법소원제를 수반한 헌법재판제도의 채택 역시 획기적 의의를 가지는 것으로 보지 않을 수 없다. 뒤에서 보는 바와 같이,

2) 대법원 1991. 6. 22선고, 71 다 1010판결 및 1972. 7. 25선고, 72 다 986판결 참조. 전자는 법원조직법 제59조 제1항 단서 및 같은 법 부칙 제3항에 대한 위헌결정이며, 후자는 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 위헌결정이다. 특히 후자의 판결이후, 동 위헌결정에 참여한 대법관이 모두 물러나는 불행한 일이 일어났음은 유명한 사실로 되어 있다.

제6공화국헌법하의 헌법재판제, 특히 헌법소원은 국민의 권리의식의 함양에 힘입어 활성화되어 가고 있기 때문이다.

오랜 기간의 권위주의체제를 무너뜨리고, 민주적 헌정을 수립하겠다는 국민 다대수의 열기를 제도화하는 과정에서 선진의 헌법재판제도, 특히 헌법소원제를 수반한 그것을 도입하긴 하였으나 그에 대한 충분한 지식없이 졸속으로 제도화한 나머지 여러 가지 미숙한 결과를 가져왔다. 그것이 즉, 미국식 위헌법률심사제의 요소와 서유럽식(독일식) 헌법재판제도적 요소의 혼재이다. 구체적으로 말하면 헌법 제107조 제2항과 헌법 제111조 제1항(특히 제5호의 헌법소원)의 경합이다. 위와 같은 헌법상의 부조화·비체계성은 헌법재판소법의 제정에도 그대로 반영됨으로써 「헌법재판소 89헌마 178결정(1990. 10. 15)」을 계기로 한 대법원과 헌법재판소간의 마찰을 불러일으키는 결과를 가져왔다.

앞에 지적한 바와 같은 헌법 및 제도상의 결함·미비로 인하여 그 대법원을 정점으로 한 일반법원과 헌법재판소간의 마찰은 어느 정도 예상된 일이었다. 그렇게 때문에 헌법재판소의 출범직후부터 “헌법재판의 활성화”에 대한 연구가 시작되었으며, 상기한 「헌법재판소 89헌마 178결정」은 현행헌법상의 헌법재판제도가 간직하고 있는 문제점을 크게 부각시키는 계기가 되었으며, 여러 가지 건설적인 연구 내지 의견을 낳는 성과를 거두기도 했다.

본 보고서 역시 헌법재판의 활성화를 기본적인 연구과제로 삼고 있는 바, 본고는 그 중에서도 「헌법재판 대상의

활성화와 그 개선에 관한 연구」를 대상으로 정하고 있다. 이러한 연구과제를 수행하기 위해서 본고는 먼저 제도의 현황을 파악하고, 그 사이 제기된 개선안을 음미한 이후, 연구자 본인의 의견을 첨가하는 방법론을 택하기로 한다.

제 2 장 제도 및 운영의 현황

제1 절 현행법상의 헌법재판의 대상

I. 헌법규정

헌법은 헌법재판소의 관장사항, 즉 헌법재판의 대상을 다음과 같이 정해 놓았다.(제111조 1항).

- (1) 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판
- (2) 탄핵의 심판
- (3) 정당의 해산심판
- (4) 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판
- (5) 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

II. 법률을 통한 구체화

헌법상의 헌법재판소의 권한을 구체화하기 위하여 헌법재판소법이 제정되었다. 무엇보다도 헌법이 헌법소원심판에 관한 사항을 법률에 위임하였으므로 인하여 그에 관한 법률제정이 시급하였으며, 헌법재판소법 제정에 있어서의 최대관심사였다. 법무부가 1988년 1월 15일에 「헌법재판소법의 제정방향」에 관한 세미나³⁾를 개최한 때에 있어서, 그

헌법소원의 심판사항에 관한 것이 최대의 쟁점이었던 사실이 그것을 용변으로 말해주고 있다.

어떻든 1988년 8월 5일 제정의 헌법재판소법은 헌법재판소의 관장사항으로서 헌법에서와 동일하게 ①법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판, ②탄핵의 심판, ③정당의 해산심판, ④국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 기관쟁의에 관한 심판, ⑤헌법소원에 관한 심판으로 정하는 동시(동법 제2조), 문제의 헌법소원의 청구에 대해서는 다음과 같이 규정해 놓았다(제68조).

「① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만 다른 법률에

3) 세미나는 사법연수원 소강당에서 개최되었으며, 참가자 및 발표 제목은 다음과 같다.

〈주제발표자〉

- 이강혁(한국외국어대학교 교수) : 헌법재판소의 헌법상의 지위와 권한
- 최광률(서울지방변호사회 변호사) : 헌법재판소법의 입법방향
- 이강국(법원행정처조사국장·부장판사) : 헌법재판소법의 제정에 관하여

〈토론참가자〉

김남진(고려대학교 교수)

이상규(서울지방변호사회 변호사)

계희열(고려대학교 교수)

이홍훈(서울고등법원 판사)

〈사회〉

안대회(법무부 검사)

한편, 위 세미나에서의 발표 및 토론내용은 1988년 2월에 발간된 법무자료과 제95집(헌법재판제도)에 수록되어 있다.

구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. ② 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.」

뒤에서 살펴보는 바와 같이 헌법소원심판에 관한 위 헌법재판소법규정은 많은 문제점을 안고 있으며 따라서 해석론 또는 법률개정을 통한 개선이 시급히 요청되고 있다.

제 2 절 제도운영의 현황

본보고서의 과제인 「헌법재판 대상의 활성화와 그 개선에 관한 연구」를 수행하기 위해서는 먼저 현행제도가 어떻게 운영되고 있으며, 거기에서 발생하고 있는 문제점이 무엇인가를 파악할 필요가 있다. 위와 같은 관점에 서서 헌법재판의 대상에 관련된 헌법재판소의 운영현황에 관해 개관해 보기로 한다.⁴⁾

4) 이하의 기술에 있어서는 다음의 문헌에 힘입은 바 크다는 점을 밝혀두기로 한다.

- ① 최광률, 헌법재판의 운영방향, 한국공법학회 제6회 월례발표회(1990. 2. 24) 요지집 3-14면.
- ② 황석려, 헌법재판소의 결정례에 대한 총계적 분석, 상기 한국공법학회, 월례발표회 요지집 15-23면.
- ③ 이상규, 헌법재판소의 운영, 대한변호사협회 주최 심포지엄(1989. 9. 28) 발표요지집 20-30면.

I. 사건처리현황

1988년 9월 헌법재판소가 발족한⁵⁾ 이후 1991년 11월 31일 현재까지 헌법재판소에 접수된 사건 총수는 1018건에 달하고, 이중 698건이 처리되고, 320건이 계속되어 있는 상태이다.

접수된 1018건 중 위헌법률심판 제청사건은 299건이고, 이중 119건이 처리되고 10건이 계속 중에 있다. 또한 접수된 788건의 헌법소원심판 청구사건 중 579건이 처리되고 209건이 계속 중에 있다. 그러나 탄핵심판 사건과 정당해산심판 사건은 단 한 건도 없으며, 권한쟁의심판 청구사건이 1건 접수되어 현재 계속 중에 있다. 이것은 매일 평균 약 25건씩을 처리한 것이 된다.

1. 위헌법률심판사건처리현황

위헌법률심판사건처리의 현황은 표1에서 보는 바와 같다.

④ 권영성, 헌법재판의 결정과 과제, 법정신문, 제91~제93호. 권영성교수의 위 논문은 본래 1990년 12월 17일 대한변호사 주최의 심포지움에서 발표한 내용이다.

5) 헌법재판소법이 1988년 9월 1일부터 시행되었으며, 재판부는 같은 달 15일에 구성되었다. 최초의 결정은 「1988. 11. 24선고, 88헌마, 9 결정」으로서, 사법서사의 헌법소원에 대한 각하결정이다.

〈표 1〉 위헌법률심판사건의 유형별처리현황(1991. 1. 31 현재)

구 분	접수	처 리							계속중
		계	위헌	헌법불합치	한정합헌	합헌	각하	취하	
계	229	119	13	1	3	4	15	83	110
법원의 직권에 의한 제청	98	96	3			1	13	79	2
당사자 신청에 의한 제청	128	22	9	1	3	3	2	4	106

표1에 나타나 있는 바와 같이 첫째, 위헌법률심판 제청 총 건수인 229건 중 법원의 직권에 의한 것이 전체의 42.9%를 차지하며, 당사자의 신청에 의한 것이 57.1%를 차지한다.

둘째, 처리된 119건 중 82.4%에 해당하는 98건이 본안에 대한 판단에 이르지 아니하고 각하 또는 취하되었다.

셋째, 본안에 대한 판단이 있는 것은 21건에 지나지 아니하고 21건 중 19%에 해당하는 4건이 기각(합헌결정)되고, 61.9%에 해당하는 13건이 인용결정(위헌결정) 되었으며, 나머지 4건은 이른바 변형결정에 해당하는 헌법불합치결정 1건과 한정합헌결정 3건으로 나타나고 있어, 인용율은 비교적 높은 편이다.

다음 위헌법률심판사건의 제청 내용을 보게 되면(1990년 10월 31일 기준) ① 구사회보호법 제5조에 관한 것이 100건, ② 사립학교법 제55조 등에 관한 것이 100건, ③ 금융

기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2 및 제7조의 3에 관한 것이 7건, ④ 국가보안법 제7조 제1항 등에 관한 것이 3건, ⑤ 변호사법 제10조 및 제15조에 관한 것이 2건, ⑥ 구집회 및 시위에 관한 법률 제3조 제1항 제4호 등에 관한 것이 2건 등으로 되어 있다. 결국, 구사회보호법과 사립학교법의 위헌재청 건수가 200건으로서 전체의 88.4%를 차지하고 있다.

2. 헌법소원심판사건 처리현황

1991년 1월 31일 현재까지의 헌법소원심판처리현황은 다음 표와 같다.

〈표 2〉 헌법소원심판사건의 유형별처리현황

가. 청구사유별현황(1991. 1. 31현재)

구 분	접수	처 리							계속중
		계	인용	한정 합헌	합헌 기각	각하	취하	기타	
계	788	579	11	1	70	306	28	163	209 (195)
권리구제형헌법소원 (법 제88조제1항)	705	568	9		67	302	27	163	137 (128)
위헌심사형헌법소원 (법 제88조제2항)	83	11	2	1	3	7	1		72 (67)

나. 청구내용별 현황(1990. 10. 31 현재)

구 분	접수	처 리							계속중
		계	인용	한정 합헌	합헌 기각	각하	취하	기타	
계	653	488	8	1	58	273	24	124	108 (157)
o검사의 공소권행사에 관 한 헌법소원(불기소, 해산 권 등)	253	198	3		51	136	8		55 (51)
o법령에 관한 헌법소원(사 회보호법, 노동쟁의조정 법 등)	119	51	4	1	7	33	6		66 (66)
o전문직의 자격 등에 관한 헌법소원(사법서사, 행정 서사, 한약업사 등)	17	12				9	3		5 (4)
o공권력에 의한 재산권 침 해에 대한 헌법소원	54	31	1			28	2		23 (21)
o수사(사법)기관에 의한 기본권침해에 대한 헌법 소원	28	20				19	1		8 (8)
o호소·진정·소원·고소 ·고발형식의 소원(민원 성)	124	124						124	
o기 타	58	52				48	4		6(5)

※출처 : 헌법재판소내부자료과

그 내역을 분석해 보면 다음과 같다. 즉 헌법소원심판청구사건 총 788건 중 처리된 사건이 579건이고, 처리된 579건 중 인용결정은 11건으로서 2%에 지나지 않는다. 기각결정(합헌결정)은 12%에 해당하는 70건이며, 각하결정은

52.9%에 해당하는 306건이다.

1990년 10월 31일까지의 헌법소원심판 사건을 청구내용별로 분석해 보면(표2—나.) 검사의 불기소처분 등 공소권 행사에 관한 것(253건)과 수사기관에 의한 인권침해에 대한 것(28건)이 전체 청구사건의 43%에 해당하는 281건으로서, 단연 수위를 차지하고 있다.

다음 사회보장법·노동쟁의조정법 등 법령에 대한 것이 18% 해당하는 54건, 전문직의 자격 등에 대한 것이 2.6%인 17건으로 나타나 있다.

한편 호소·진정·탄원·고소·고발 등 민원성소원도 전체의 18.9%에 해당하는 124건에 이르고 있다.

3. 각하결정의 현황

1990년 10월 31일 현재까지 헌법재판소가 내린 각하결정을 각하사유별로 분류하면 다음과 같다.

가. 각하의 사유별 분류

헌법재판소법 제72조 제3항은 각하사유를 다음과 같이 정해 놓고 있다.

1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우
2. 법 제69조의 규정에 의한 청구기간에 경과된 후 헌법소원심판의 청구된 경우

3. 법 제25조의 규정에 의한 대리인의 선임 없이 청구한 경우

4. 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정 할 수 없는 경우

위의 법정의 각하사유를 참고하여 그의 각하비율을 보게 되면, 1990년 10월말 현재로 ① 사전구제절차미경유가 28건으로 9.72%, ②법원의 판결을 대상으로 한 것이 15건으로 5.21%, ③청구기간이 경과가 59건으로 20.48%, ④ 대리인불선임의 경우가 118건으로 40.97%, ⑤기타 부적법한 경우가 43건으로 18.4%, ⑥ 법률의 개정으로 소의 이익이 없는 경우가 15건으로 5.21%를 차지하고 있다.

제 3 장 헌법재판대상의 확대 및 활성화안

제 1 절 연구범위의 한정

헌법은 헌법재판의 대상으로서 ① 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심사, ② 탄핵의 심판, ③ 정당의 해산 심판, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, ⑤ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판으로 정해 놓고 있다(제111조).

위의 헌법규정을 구체화한 헌법재판소법 역시 헌법재판의 대상을 헌법에 있어서와 같이 다섯 가지 사항으로 한정하고 있는 점에는 변함이 없다. 다만 헌법소원심판의 대상을 「공권력의 행사, 또는 불행사」로 정하면서도 「법원의 재판」을 그 대상에서 제외하고 있는 점은 특기 할만하다(동법 제68중 1항).

어쨌든, 위의 헌법재판소의 운영의 현황에서 살펴보았듯이, 그 사이 헌법재판의 대상은 위헌법률의 심사와 헌법소원심사에 집중되어 있다. 이것은 우리의 헌법재판제도의 모델로 볼 수 있는 독일에 있어서도 사정은 비슷하다.⁶⁾ 그

6) 자세한 수식에 관하여는 vgl. Benda, Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, in : Stark/Weber

러한 이유로 본고에서도 그 고찰의 대상을 위헌법률심사와 헌법소원심사에 한정하되, 기타의 헌법재판대상에 대하여는 부수적으로만 언급하기로 한다.

제 2 절 위헌법률심사제의 개선

I. 추상적 규범심사의 관련문제

1. 제도개선에 대한 제제안

현행헌법은 그 위헌법률심사에 관하여, 「법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제정하여 그 심판에 의하여 재판한다」(제107조 제1항)라고 규정하여 이른바 구체적 규범심사제를 명문화하고 있다. 그런데도 현행헌법의 시행이후에 있어서도 추상적 규범심사제를 채택할 것을 제안하는 의견이 있다. 다음이 그 예이다.

「먼저 위헌법률심사제도와 관련해서 헌법에서는 물론 지금 추상적 규범통제제도를 명문상으로 인정하고 있지는 않지만 이번 헌법재판소법 제정과정에서 추상적 규범통제를 도입하는 것이 좋겠다 하는 이야기입니다」⁷⁾

(Hrsg), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S. 143f.

「위에서 이미 지적하였지만 헌법재판의 가장 중요한 내용의 하나인 위헌법률심사에서 추상적 규범통제를 인정하지 않고 있다. 구체적 쟁송사건과 관련 없이 위헌법률심사를 청구할 수 있을 때, 위헌법률에 의한 권리나 자유의 침해를 예방할 수 있다. 권리가 침해된 뒤에 이를 구제하는 것보다 사전에 예방하는 것이 효과적이고 필요하다. 현실적으로 국회에서 많은 졸속입법이 속출하고 있는 상황에서 이 제도의 도입은 절실하다. 물론 이 제도가 도입되면 국회에서의 분쟁이 헌법재판소에까지 연장되고, 여·야의 합의에 의하여 통과되지 못한, 특히 정치관련 법률들이 모두 헌법재판소의 심판대상이 되리라는 것을 예상할 수 있다. 그러나 동시에 이 제도가 다수의 횡포를 막고 소수자를 보호하는 역할을 하게 될 것이다.」⁸⁾

「헌법재판을 활성화하고 헌법의 통일적 해석과 기본권보장의 만전을 기하려면…… 넷째, 추상적 규범통제제도 도입하여야 할 것이고……」⁹⁾

2. 필자의 소견

7) 전계 법무자료 제95집, 106면에서의 계획열 교수의 발언.

8) 이상은 계획열 교수가 「헌법재판의 제도적 고찰」이라는 제목 하에 1989년 9월 28일, 대한변호사회 주최 심포지엄(헌법재판의 결정과 과제)에서 발표한 내용에서 인용한 것임. 동 발표요지집 16면.

9) 이상은 권영성 교수가 「헌법재판의 결정과 과제」라는 제목하에 1980년 12월 17일 대한변호사회 주최 심포지엄에서 발표한 내용임. 법정신문, 제91호(1990. 12. 24) 8면에서 인용, 다만 권영성 교수의 이상과 같은 발표내용은 헌법개정을 전제로 한 입법론으로서 제안되고 있다.

주지하는 바와 같이, 현행헌법에는 법률에 대한 추상적 규범심사제¹⁰⁾를 명문화한 규정이 없다. 제107조 제1항에서 구체적 규범심사에 관해서만 규정하고 있을 뿐이다. 그런데도 위에 소개한 바와 같이 헌법재판의 활성화의 방법의 하나로서 법률에 대한 추상적 규범심사제를 채택할 것을 제안하는 의견이 대두되고 있다. 다만 그 중 한 분(권영성 교수)은 헌법개정을 전제로 한 제안을 하고 있는데 대하여 다른 한 분(계희열 교수)은 법률(헌법재판소법)의 제정 내지 개정을 통한 제안을 하고 있는 점에 차이를 나타내고 있다.

헌법재판의 활성화를 위해 추상적 규범심사제를 도입할 것을 제안하고 있는 두 학자 가운데 한 분이 헌법개정을 전제로 한 입법론을 전개하고 있는 데에서 알 수 있듯이, 그 추상적 위헌법률심사제의 도입이 현행헌법하에서 가능한 것인가에 대한 논쟁이 먼저 해결될 필요가 있다. 위의 두 학자 가운데, 한 분은 그것을 부정하고 있음은 발표내용을 통해서 추측할 수 있는 일이다.

생각건대, 추상적 위헌법률심사제가 도입되는 경우, 헌법재판이 보다 활성화할 것은 충분히 예상할 수 있는 일이다. 다만 현재로서는 동 제도의 도입가능성이 희박하다고 생각되므로, 여기서는 그 이상의 논의는 하지 않기로 한다.

10) 앞의 기술 내지 인용을 통해 나타나 있는 바와 같이, 독일에서 실시하고 있는 *abstrakte Normkontrolle*를 사람에 따라 “추상적 규범통제” 또는 “추상적 규범심사”로 부르고 있는 바, 필자는 평소에 후자의 용어예를 택하여 왔기에 여기에서도 그에 따르기도 한다.

II. 구체적 규범심사의 관련문제

1. 문제점과 개선에 대한 제안

위헌법률심사에 있어 구체적 규범심사에 관한 제도는 이른바 제3공화국헌법 이래 채택되어 왔으며, 헌법역시 제107조 제1항에서 명문화하고 있음은 주지의 사실에 속한다. 그리고 제4, 제5공화국헌법하에서는 단 1건의 위헌법률의 제청도 없다가 현행헌법하에서 비교적 활기를 띠고 있음은 앞에 기술해 놓은 바와 같다. 이와 같은 상황의 변화는 무엇보다도 권위주의체제의 붕괴, 제6공화국의 탄생을 가져온 민주주의의 열기에 힘입은 바 큰 것이지만, 제도의 변화에 기인한 점도 있다고 하겠다.

첫째, 구헌법(제5공화국 헌법)하에서는 「법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청」하여 그 결정에 따라 재판하게 되어 있었다(동법 제108조 제1항). 바꾸어 말하면, 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되더라도 법원이 스스로 판단하여 합헌이라고 인정하는 때에는 위헌결정에 대한 제청을 하지 않을 수 있는 것으로 해석할 여지가 있었으며, 실제로 그렇게 운영되었다. 권위주의체제하에서 법원(법관)역시 보신에 용심하던 때여서 그런지, 단 1건의 위헌법률심사의 제청도 없었음은 앞에 기술해 놓은 바와 같다.

다행히도 현행헌법은 그 위헌법률심사의 제청에 관하여 구헌법에 있어서의 「법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는」이라는 조항을 삭제함으로써, 구헌법하에서의 관행을 바꿀 수 있는 계기를 만들어 놓았다.

둘째로, 헌법재판소법이 「당사자의 위헌법률의 위법여부 심판청구에 대한 법원의 기각에 대한 헌법소원심판」¹¹⁾을 입법화함으로써(동법 제68조 제2항) 법률의 구체적 규범심사라는 헌법재판은 과거보다 활성화하는 계기가 부여되었다. 그러나 헌법재판소법이 “법원의 재판”에 대한 헌법소원심판은 명문으로 배제해 놓고서는(제68조 제1항) “법률의 위헌여부청구에 대한 기각”이라는 법원의 재판에 대해서는 헌법소원심판을 인정한다는 자가당착을 어떻게 설명내지 합리화시킬 것인가 하는 것이 당면의 숙제로 등장하고 있다고 말할 수 있다.

이하에서 그 법률의 구체적 규범심사제의 개선에 대한 여러 의견에 대해 살펴보기로 한다.

가. 「신청에 의한 위헌법률심판제청의 의무화」 안

현행헌법은 구헌법에서의 「법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는」이라는 문구를 삭제함으로써, 구헌법에서와 같은 “법원의 배타적 합헌판단”, 그에 따른 “헌법재판소에 의한 위헌법률심사의 실질적인 배제”를 차단하는 의지를 나타내고 있음은 전술한 바와 같다. 그러나

11) 이와 같은 내용의 헌법소원 내지 헌법소원심판을 무엇이라고 호칭할 것인가 하는 것이 하나의 숙제로 되어 있는바, 자세한 것은 후술하기로 한다.

헌법재판소법의 관계규정 가운데에는 현 헌법상의 그와 같은 취지와 합치되지 않는 듯한 규정이 발견된다. 법원이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제출하는 제청서에 「위헌이라고 해석되는 이유」를 기재해 하고 있는 규정(동법 제43조 4호) 같은 것이 그에 해당한다. 위와 같은 규정을 근거로, 법원이 당사자의 위헌법률심사의 제청이 있더라도, 합헌이라고 해석되는 경우에는 헌법재판소에 제청하지 않을 수 있는 것으로 새길 여지가 있는 셈이다. 바로 그와 같은 해석의 가능성을 배제하기 위한 헌법재판소법상의 관계규정의 개선안이 제기되고 있는 것이다. 다음이 그 예이다.

「아무튼 헌법의 취지에 부합되는 위헌법률심판제청제도를 확보하여야 할 것이고, 그러기 위하여는 헌법재판소법 제43조 제4호를 “위법인지의 여부에 의문이 있는 이유, 다만 당사자의 신청에 의한 경우에는 당사자의 위헌이라고 주장하는 이유”로 개정하고, 동조 제3호를 “위헌인 여부에 의문이 있는 법률 또는 법률의 조항”으로 함과 동시에, 제41조 제1항을 개정하여 법원은 당사자의 위헌법률심판제청이 있으면 ① 오로지 소송지연을 목적으로 한 것인 때, ② 계속중인 재판의 전제가 되는 것이 아닌 때, ③ 헌법재판소법 제39조에 어긋난 것인 때가 아니면 제청결정을 하여 헌법재판소에 제청하도록 하면서 결정기간을 명시할 필요가 있다고 하겠다」¹²⁾

12) 이상규, 상계 헌법재판소의 운영, 29 — 30면.

「저간의 실정을 보면, 위헌법률심판제청의 신청을 받은 법원(또는 재판부)이 스스로 위헌이지 그 여부에 대한 판단을 한 후에 「……위 규정들의 취지를 종합하여 볼 때…… 위 규정들이 헌법 제 조 들에 위반된다고는 보여 지지 아니하므로」 라고 하여 기각하는 사례가 적지 아니하였다. 지난 2년간 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이른바 위헌심판형헌법소원심판의 청구건수가 51건에 달하는데, 이 51건은 법원이 당해 법률 또는 법조항을 합헌이라 판단하고 심판제청신청을 기각한데 대한 불복을 나타내는 것이다.

하여간 당사자가 위헌법률심판제청을 신청한 경우에 법원이 그에 관하여 합헌여부를 판단한다는 것은 헌법 제107조 제1항의 취지에 위배될 뿐 아니라 그 외 같은 위헌적인 제도로 말미암아 헌법재판소법 제68조 제2항의 「위헌법률심사형헌법소원」이라는 실로 기이한 헌법소원제도가 채택되고 있는 것이다. 결론적으로 말해서 위헌법률심사형헌법소원제도는 법률에 대한 위헌심사를 헌법재판소의 고유권한을 규정한 헌법 제107조 제1항에 위배되는 것이므로, 입법론의 차원에서 볼 때 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정과 같은 법 제43조 제4호(위헌법률제청시 제청서의 기재사항으로서 「위헌이라고 해석되는 이유」를 기재하도록 한 규정)는 삭제되어 마땅하다.¹³⁾

나. 「법률에 대한 헌법소원의 위헌법률심사제도화」 안

13) 권영성, 상계 헌법재판의 결정과 과제(중), 법정신문 제92호 (1991. 1. 7), 8면.

이미 살펴 본 바와 같이, 헌법재판소법은 당사자에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있게 하고 있는 바(헌법재판소법 제68조 제2항) 이에 의하여 헌법재판소에 의해 심판받게 되는 대상은 “법률”이므로, 결국 이 제도는 헌법소원심판의 형태로 실질적으로는 법률의 위헌심사를 하는 것이 된다. 학자들이 「헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원」을 “권리구제형헌법소원”으로 부르고 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 “위헌심사형 헌법소원” 또는 “규범통제형 헌법소원” 등¹⁴⁾으로 부르고 있는 데에도 그 점이 잘 나타나 있다. 말하자면, 위 “위헌법률심사형 헌법소원”은

14) 「헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원」을 “위헌심사형 헌법소원” 또는 “규범통제형 헌법소원” 등으로 부르는 것에 대해서는 비관론이 제기되고 있다. “위헌심사형 헌법소원”의 경우, 「심사의 대상이 나타나지 않아 무엇에 대한 위헌심사인지를 알 수 없어 개념으로서 부정확」하다는 것이며, “규범통제형 헌법소원”의 경우, 「규범통제와 헌법소원」이라는 서로 조화될 수 없는 개념이 결합되어 있어 의미모순적개념으로 이해될 우려가 있을 뿐만 아니라, 나아가 일반적으로 이해되고 있는 헌법소원심판제도의 본질과 논리에 대한 이해를 왜곡시킬 우려」가 있다고 하는 것이다.(Vgl. 정종섭, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제정에 대한 검토(상), 인권과 정의, 1990. 11. 75면). 그와 같은 이유로, 정종섭 헌법연구관은 법문의 표현 그대로 “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도”라고 부르는 것이 합당하고 정확하다는 의견을 제시해 놓고 있다(상게논문 76면). 타당한 견해인 것으로 생각된다. 다만 편의상 필자는 “위헌법률심판형 헌법소원”이라는 호칭을 사용하는 경우가 있게 됨을 적어 놓기로 한다.

「헌법상의 법률에 대한 구체적 규범심사제」를 헌법소원의 형식을 빌려 우회적으로 수행하는 셈이다. 바로 이러한 이유로, 현행헌법상의 법률의 구체적 규범심사제를 정비 또는 둔화시키는 방법을 통한 제도개선을 기하려는 의견이 제시되고 있다. 다음이 대표적 예이다.

「주지하는 바와 같이 헌법소원은 특별한 국민의 기본권 구제수단인데도 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 제청권자만 다르지 실질적으로는 위헌법률심사와 같기 때문에 이는 위헌법률심사방식에 따라야 할 것이다. 위헌법률심사형헌법소원은 이를 위헌법률심판을 규정한 헌법재판법 제41조 이하에서 규정하여야 할 것이며, 그 심사방법이며 의결결정수, 효력 등을 규정하여야 할 것이다.」¹⁵⁾

다음에 소개하는 제안 역시 유사한 내용으로 볼 수 있다. 「우리 헌법은 헌법소원을 규범통제의 창구로 제도화함으로써 헌법소원제도가 규범통제의 민중소송적 수단으로 남용될 가능성이 크도록 헌법소원제도의 고유기능을 변질시키고 있다는 비난을 면할 길이 없다. 이론적으로 볼 때, 재판절차에서 소송당사자에게는 규범통제제청신청권과 그 신청을 기각하는, 법원의 결정에 대한 발언권과 이 발언의 기각에 대한 헌법소원재판청구권을 인정하는 것이 헌법소원의 보충성을 존중하는 해결책이다.」¹⁶⁾

15) 김철수, 「현행헌법소원제도의 개혁방안」, 헌법재판연구 제1권 : 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 1990, 541면.

16) 허영, 헌법소원제도의 이론과 우리 제도의 문제점, 고시연구 1989. 4. 61—62면.

2. 필자의 소견

위에서 현행법상의 법률에 대한 구체적 규범심사제의 개선에 대한 주요 제안에 관해 살펴보았다. 위와 같은 제안을 바탕으로, 이에 대한 필자의 의견(개선안)을 다음과 같이 정리해 보기로 한다.

첫째, 법률의 구체적 규범심사에 있어, 당사자의 위헌법률 여부심사에 대한 제청이 있는 경우에는 일정한 경우를 제외하고서는, 수소법원은 반드시 헌법재판소에 심사를 위한 제청을 할 의무를 지게 한다. 여기에서 「일정한 경우를 제외하고서는」에 해당하는 경우란 ① 당사자의 청구내용이 일사부재리원칙에 위반하는 경우, ② 권리보호의 필요(Rechtsschutzbedürfnis)¹⁷⁾가 없는 경우 등을 의미한다.

둘째, 위와 같은 내용의 개선이 달성되는 것을 전제로, 헌법재판소 제43조 제5호(위헌이라고 해석되는 이유)를 삭제한다.

셋째, 헌법재판소법 제41조 제4항(위헌여부심판의 제청에

17) 여기에서의 “권리보호의 필요”란, 행정소송에 있어서의 그것에 준하여 생각할 수 있다. 필자는 행정소송에 있어서 “권리보호의 필요”가 부인받게 되는 경우로서 ① 원고가 그의 제청목적보다 용이한 방법으로 달성할 수 있는 경우, ② 원고의 청구취지가 이론적인 의미는 가지고 있으나 실제적인 효용은 없는 경우, ③ 원고가 청구를 통해 특별히 비난받을 목적(spezifisch mißbilligenswerte Ziele)을 추구하는 경우 등을 들고 있다. Vgl. 김남진, 행정법 I, 제3판, 572면 이하.

관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다)을 삭제한다.

넷째, 역시 상기사항이 성취되는 것을 전제로 헌법재판소법 제68조 제2항을 삭제한다.

제 3 절 헌법소원심사대상의 확대

I. 법원의 재판

1. 「법원의 재판」 배제의 논리

주지하는 바와 같이, 헌법은 헌법재판의 대상(관장사항)의 하나로서 「법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판」(제111조 제1항 5호)에 관해 정해놓고 있다. 그와 같은 내용의 헌법규정을 구체화하는 과정에서 가장 쟁점이 된 것은 “법원의 재판”을 그 헌법소원심판의 대상에 포함시킬 것인가 하는 점에 놓아졌다. 그러나 재조법조측에서는 법원의 재판(특히 판결)을 헌법소원심판의 대상에 포함시키는 것에 극렬히 반대하는 입장을 취하였다. 대표적인 견해를 소개하면 다음과 같다.

「여기에서, 우리 나라에서도 서독식으로 판결을 헌법소원인 대상으로 하여야 한다는 주장이 있는 것으로 알고 있습니다만 그 주장의 부당성을 간단히 지적하고자 합니다.

첫째, 비교법적으로 고찰하더라도 판결을 헌법소원의 대상으로 삼고 있는 나라는 전세계에서 서독과 서독의 제도

를 그대로 이어받은 스페인 등 극히 일부분의 국가에서만 인정되고 있다는 점에 주목할 필요가 있습니다.

서독의 헌법재판제도, 특히 헌법소원은 원래 히틀러정권과 그 정권의 하수인 노릇을 하였던 그 당시의 사법권에 대한 반동으로 생성, 발전된 것으로서, 효과적인 권력통제를 통하여 헌법의 규범력을 높이고 정치생활을 헌법적규범의 테두리 속으로 끌어들이기 위한 역사적·시대적 요청에 기하여 도입된 것이기 때문에 전세계적으로 지극히 독특하고 희소한 제도가 될 수밖에 없는 것입니다. 따라서, 정치적·사회적 배경이 판이한 우리 나라에서 이 제도를 도입하는 것은 대단히 큰 위험성을 수반할 것입니다.

둘째, 서독 기본법 제92조는 헌법재판소를 사법권의 일부로 규정하고 있습니다. 즉 서독연방헌법재판소는 연방대법원, 연방행정, 연방노동, 연방사회보장법원과 더불어 서독 사법권의 일부를 이루고 있으며, 그 구성원도 연방판사로만 되어 있는 순수한 사법기관입니다. 따라서, 서독의 연방헌법재판소가 같은 사법권 내부에 있는 다른 법원의 판결에 대한 헌법소원에 대하여 심판하는 것은 사법권 내부의 문제로서 그 자체 크게 문제될 것은 없다고 볼 수 있습니다. 그러나 우리 나라의 헌법체계에 의하면 이미 위에서 말씀드린 바와 같이 사법권은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 맡겨져 있고, 새로이 창설된 헌법재판소는 법원과는 전혀 별개의 헌법기관이며 그 구성원도 법관자격만을 가지고 있을 뿐 직업적 법관을 요구하는 것도 아니어서 순수한 사법기관이 아닙니다. 따라서, 일반법원의 판결이 헌

법소원의 대상이 된다면 그것은 헌법재판소에 의한 사법권의 행사를 의미하는 것이 될 것이고 헌법상의 최고법원인 대법원위에 제4심의 재판기관을 신설한 결과가 되어 헌법정신과 실정헌법에도 반하는 결과가 될 것이며 해방이후 수십 년간 쌓아 올린 우리의 사법체계 전반을 뿌리채 뒤흔드는 결과가 될 것입니다.

셋째, 서독의 기본법은 공권력에 의한 기본권침해에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정되어 있지만 현행 헌법 제107조 제2항은 명령, 규칙, 처분의 위헌·위법 여부에 대하여는 대법원이 최종적으로 심판하도록 규정되어 있습니다. 따라서 공권력 행사 중 명령, 규칙, 처분에 대하여는 헌법 그 자체에 의하여 헌법소원을 허용할 수 없게 되었고, 서독식으로 헌법소원을 공권력행사로 인한 기본권침해에 대한 구제수단이라고 개념정의 할 수도 없게 되어 있습니다.

만일 명령, 규칙, 처분에 대하여 헌법소원을 인정하게 된다면 그것은 명백한 헌법위반이 될 것임은 자명한 이치입니다. 따라서 예를 들면, 행정처분에 의하여 기본권침해가 있는 경우 그것은 행정소송의 대상이 되어 대법원이 최종적으로 심판할 수 있을 뿐인데, 그 행정소송의 판결에 대하여 다시 헌법소원을 허용한다면 이는 헌법위반일 뿐만 아니라 헌법정신에 반하는 결과가 될 것입니다.

넷째, 서독기본법은 제93조 제1항 4a에서 헌법소원의 개념을 정의하고 있습니다. 그러나 우리 헌법은 헌법소원의 개념정의를 하지 아니하고 다만, 제111조 제1항 제5호에서

법률이 정하는 헌법소원을 헌법재판소에서 심판대상으로 규정하고 있을 뿐입니다.

우리의 헌법이 서독기본법과 같이 헌법에 개념정의를 하지 아니하고 있는 이유는 개념정의를 어려웠던 점도 없지 않았겠지만, 그 개념정의를 법률에 위임하여 우리의 헌법 현실에 맞는 헌법소원제도를 도입하려고 하는 헌법개정권력의 의지의 표현이라고도 보여줍니다.

따라서, 헌법소원의 개념 및 그 대상을 정함에 있어서 서독의 경우만을 예정하는 고정관념에서 벗어나야 할 것이고, 그것이 우리의 헌법정신에 부합하리라고 믿습니다.

다섯째, 원래 판결을 포함한 재판사항에 있어서 헌법위반 여부는 가장 중요한 불복사유로 되어 있어 재판사항은 각 심급을 거칠 때마다 직접적으로나 간접적으로 수 차례에 걸쳐 헌법적 판단을 받게 되는 것이고, 확정된 후에는 재심 또는 준재심에 의하여 구제될 수도 있습니다.

그런데 이에 대하여 다시 별도로 헌법소원을 허용하게 된다면 그 남용의 폐단이나 재판의 권위손상은 물론 헌법상 최고법원인 대법원 위에 제4심의 재판기관을 신설하는 결과가 되어 역시 헌법정신에 반하게 될 것입니다.

여섯째, 실제문제에 있어서도 헌법재판소는 이제 막 창설되는 단계에 있습니다. 처음 창설되는 기관이 너무나 광범위하고 비대한 권한을 장악·행사하려고 한다면 우선 헌법재판소 자체가 이를 감당하기 어려울 것이고 그렇게 되면 나중에는 그 존립 자체가 위협받게 될지도 모릅니다.

헌법소원에 대한 지나친 기대는 금물입니다. 서독에 있어

서도 1951년부터 1980. 12. 31까지 연방헌법재판소의 사건 총수는 도합 47,345건이었고, 그 중 헌법소원사건은 44,773건으로서 전체사건의 94.56%이었으나 인용된 비율은 1.16%에 불과하였습니다. 따라서, 우리의 헌법재판소는 감당할 수 있는 권한만을 가져야 하고, 그 범위 내에서의 권한을 유효·적절하게 행사한다면 국민의 자유와 권리보장에 상당한 기여를 하게 될 것이고 그에 따라 국민의 사랑과 존경을 받게 될 것입니다.

따라서, 결국 판결을 포함한 재판사항은 헌법소원의 대상에서 제외되어야 할 것입니다」¹⁸⁾

이상은 헌법재판소법의 제정에 즈음하여 개최된 세미나(1988. 1. 15)¹⁹⁾에서 발표된 내용으로서, 당시의 재조법조인의 의견을 집약한 것으로 볼 수 있다. 동 세미나에서는 「법원이 사법절차상의 기본권을 직접 침해하거나 위헌제청신청을 기각한 경우에 한정하여 헌법소원의 대상으로 삼는 것이 어떤가 생각한다.」²⁰⁾는 식의 절충안 및 원칙으로 재판도 헌법소원의 대상에 포함시켜야 한다는 의견²¹⁾ 등이 제시되었으나, 결국은 현행법과 같이 확정되었다. 대한변호사협회, 한국공법학회 등에서 법원의 재판도 헌법소원심판

18) 이강국, 「헌법재판소법의 제정에 관하여」, 상계 법무자료 제 95집 51—53면.

19) 이에 관한 상세는 vgl. 주 3)

20) 최광률, 헌법재판소법의 입법방향, 상계 법무자료과 제95집 44면.

21) 이강혁, 헌법재판소의 헌법상 지위와 권한, 상계 법무자료과 제 95집 28면.

의 대상에 포함시켜야 한다는 주장을 폈으나 대세를 꺾지 못했다(후술참조).

2. 「법원의 재판」 수용의 논리

헌법재판소법의 제정에 즈음하여, 법원의 재판도 헌법재판(헌법소원심판)의 대상에 포함시켜야 한다는 것이 학계의 일반적인 견해였는바, 그 대표적인 견해를 소개하면 다음과 같다.

「개정헌법은 헌법재판소를 하여금 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”만을 하도록 제한하고 있어서 어떤 사안을 헌법소원의 대상으로 삼을 것인가는 헌법재판소법에서 정할 수밖에 없다. 헌법소원의 대상 내지 범위를 둘러싸고, 지금 학계와 법조계에서 논란이 벌어지고 있는 것도 그 때문이다. 그 논란의 초점은 법원의 판결이나 결정을 헌법소원의 대상으로 삼는 것이 대법원을 최고법원으로 정한 헌법정신과 조화될 수 있겠는가의 점이다. 그러나 한 가지 분명한 사실은 헌법소원의 범위와 대상을 정하는데 있어서는 어디까지나 헌법소원 제도의 목적에 따라 기본권보호의 실효성확보라는 관점에서 문제를 풀어나가야지 어떤 헌법기관의 헌법상 지위와 권위유지라는 관점에서 출발해서는 아니 된다는 점이다. 자유민주주의를 추구하는 헌법질서에서 결코 자기목적적인 자생적 권위기관이란 존재할 수 없기 때문이다. 모든 헌법기관은 궁극적으로 기본권적 가치

의 실현에 봉사하기 위한 목적으로 설치된 것이기 때문에 원칙적으로 어떤 헌법기관도 기본권적 가치에 반하는 위헌적인 공권력행사를 정당화시킬 권능은 갖지 못한다. 따라서 비록 법원의 판결이나 결정이라 할지라도 그것이 헌법의 해석을 그르쳤거나 헌법정신에 반하는 헌법인식을 바탕으로 행해져서 국민의 기본권을 침해한 경우에는 마땅히 헌법소원의 대상이 되어 그 판결이나 결정이 헌법적인 재평가를 받아야 한다.

우리 개정헌법은 사실심리와 그에 대한 법률적용을 그 본질로 하는 순수한 사법작용에 대해서는 분명히 대법원을 최고법원으로 정하고 있다. 그러나 헌법해석을 그 본질로 하는 「정치적인 사법작용」 내지 「제4의 국가작용」에 대해서는 헌법재판소에 최종적인 심판권을 부여하고 있다. 따라서 법원의 판결이나 결정이 헌법소원의 대상이 된다 하더라도 대법원을 최고법원으로 한 헌법정신에 반한다고는 볼 수 없다. 다만 법원의 판결이나 결정을 헌법소원의 대상으로 삼는 경우에도 헌법재판소는 원칙적으로 사실심리기관이 아니고 헌법에 관한 최종적인 유권해석기관이기 때문에 법원이 내린 사실판단에 관해서는 헌법재판소가 개입해서는 안 된다. 사실심리에 관한 한 대법원이 최종심이라는 헌법상의 원칙은 반드시 존중되어야 한다. 이런 시각에서 평가할 때 헌법재판소의 헌법소원에 관한 심판기능을 순수한 사법작용이라고 보고 이를 대법원이 행하는 재판작용과 같은 차원에서 평가함으로써 대법원의 판결을 헌법소원의 대상으로 삼는 것을 또 하나의 심급의 문제로 이해하

려는 입장은 옳지 않다고 할 것이다。」²²⁾

헌행제도에 관한 다음과 같은 비판에도 귀기울일만한 하
다.

「우리의 헌법소원에 특기할 것은 첫째 헌법제도와 헌법
소원의 본질상으로 볼 때에는 소원의 대상에 입법, 행정
뿐만 아니라 법원의 판결도 반드시 포함되는 것이어야 하
는데 재판권을 제외했다는 것이다. 이것은 헌법재판제도의
근원과 이론에서는 성립되지 않는 모순된 이론인데 입법정
책상의 이유에 의하여 기형적인 헌법소원제도가 되어 버렸
다는 것에 유의할 필요가 있다.」²³⁾

3. 필자의 소견

헌법소원심판은 현헌법인 제6공화국헌법에 의해 처음으로
도입되었다. 제6공화국 자체가 1987년의 6월 항쟁에 힘입
은 민주화도정의 산물로서, 헌법소원제의 채택 역시 같은
맥락에서 이해되어야 할 것이다. 그런데도 하위법인 헌법
재판소법의 제정과정에서 헌법소원제가 왜곡되어 제도화되
었다. 본래 국민의 기본권보장을 통한 객관적인 헌법질서
의 유지·보장을 목적으로 하는 헌법소원제²⁴⁾가 기형적으

22) 허 영, 「헌법재판소법제정에 관한 관견」, 법률신문 제1721호
(1988. 1.25)

23) 한병심, 헌법재판의 근원과 이론, 1990, 167면.

24) 헌법소원제가 개인의 권리보장이라는 주관적 기능과 함께 헌
법질서 유지, 보장이라는 객관적 기능이라는 이중기능(Doppel-
funktion)을 가진다고 함은 주지의 사실이라 할 수 있다. Vgl.

로 받아들여진 것이다. 법원의 재판을 그 대상에서 제외한 때문이다. 헌법소원은 우리의 헌법재판소법(제68조 제1항)에도 명기되어 있는 바와 같이, 타 법률상의 구제절차를 모두 거친 후에 제기할 수 있는 예외적, 최종적 구제절차이므로, 법원의 재판을 그 대상에서 제외하게 되면, 동 헌법소원제 자체가 유명무실한 것이 되고 만다.²⁵⁾ 그러한 의미에서 헌법소원심판이 그 본래의 기능을 달성하고 활성화하기 위해서 법원의 재판 역시 동 헌법소원심판의 대상이 될 필요가 있다. 그 방법으로서 ① 헌법재판소상의 관계규정의 개정, ② 헌법재판소에 의한 관계규정(법원의 재판을 심판대상에서 제외한 헌법재판법 제68조 제1항)의 위헌결정을 생각할 수 있다.

법원의 재판을 헌법재판(특히 헌법소원)의 대상으로 포함시키는 경우 「4심제가 되어 대법원을 최고법원으로 하는 헌법규정(제101조 제2항)에 위반되며 사법체계가 무너진다.」 등의 주장이 오해 내지 편견임을 이미 여러 학자²⁶⁾에

특히 Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2.Aufl., 1988, S. 56f ; 한병심, 전게서 165면 ; 김학성, 헌법소원에 관한 연구(법학박사학위논문), 1989, 31면 이하.

25) 독일에서의 전체 헌법소원사건에서 법원의 재판을 대상으로 한 것이 90% 이상 차지하고 있다는 한 사실을 참고할 필요가 있다. 상세한 것은 vgl. Benda, aaO., S.146 ; 이석연, 「헌법소원의 대상으로서의 명령·규칙에 대한 위헌여부심사」, 한국공법학회 제13회 월례발표회 요지집 1990. 12. 14, 35면.

26) Vgl. 특히 허영, 「헌법소원제도의 이론과 우리 제도의 문제점」, 고시연구 1989. 4, 51면 이하 ; 김학성, 상개논문 186면 이하 ; 김효전, 「사법작용에 대한 헌법소원」, 상개 헌법재판연구 제1권, 530면이다.

의해 충분히 논증되었다고 보이므로 여기에서 반복하지 아니하기로 한다.

II. 명령과 규칙

1. 문제의 소재

헌법은 「명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」(제107조 제2항)라고 규정하고 있다. 헌법의 본조항과 관련하여 우선 문제가 되는 것은 명령·규칙의 위헌 여부에 대한 심사권은 법원(대법원 포함)에만 있는 것인지, 아니면 헌법재판소도 일정한 경우 그에 대한 심사권을 가지느냐 하는 것이다.

2. 헌재 89헌마178결정

명령과 규칙의 위헌 여부에 대한 심사와 관련하여 앞에서 지적한 문제(문제의 소재)는 잠재되어 왔던 바 드디어 1990년 10월 15일의 헌법재판소의 결정(89헌마178)을 통해서 현재화하기에 이르렀다. 이 사건에서 헌법재판소는 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 행사한 것이다. 헌법재판소의 결정요지는 다음과 같다.

주 문

법무사법시행규칙(1990. 2. 26. 대법원규칙 제1108호) 제3조 제1항은 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이므로 헌법에 위반된다.

이 유

① 청구인은 법무사사무소 사무원으로 15년, 변호사사무소 사무원으로 12년을 종사해 오면서 법무사가 되고자 법무사시험의 준비를 하여 왔는데, 법무사시행규칙 제3조 제1항은 법무사 시험을 반드시 정기적으로 실시하도록 한 법무사법 제4조 제1항 제2호의 취지에 반하여 법무사 시험의 실시여부를 전적으로 법원행정처장의 자유재량에 맡김으로써 법원행정처장이 법무사시험을 실시하지 아니할 수도 있게 하였고, 이 때문에 법원행정처장은 법정기간 이상을 근무하고 퇴직한 법원공무원이나 검찰공무원만으로도 법무사충원에 지장이 없다는 이유로 법무사 시험을 실시하지 아니하고 있는 바, 결국 법무사시행규칙 제3조 제1항은 본법인 법무사법 제4조 제1항 제2호 의하여 청구인이나 그 밖에 법무사가 되고자 하는 사람들에게 부여된 법무사시험응시의 기회를 박탈함으로써 평등권을 침해한 것이므로 이러한 시행규칙의 취소 또는 그 위헌확인을 구하고 있다.

② 법무사시행규칙 제3조 제1항이 청구인의 기본권을 침해하는 것인지에 대하여 보건대, 법무사법 제4조 제2항이 대법원규칙으로 정하도록 위임한 이른바 “법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항”이란 시험과목·합격기준·시험실시방법·시험실시시기·실시횟수 등 시험실시에 관한 구체적인 방법과 절차를 말하는 것이지 시험의 실시여부까지

도 대법원규칙으로 정하라는 말은 아니다. 그럼에도 불구하고 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 「법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다」라고 규정하였는 바, 이는 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정하면 법무사시험을 실시하지 아니해도 된다는 것으로서, 상위법인 법무사법 제4조 제1항에 의하여 청구인을 비롯한 모든 국민에게 부여된 법무사자격 취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈하고 법무사업을 법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게 독점시키는 것이 되며, 이는 결국 대법원이 규칙제정권을 행사함에 있어 위임 입법권의 한계를 일탈하여 청구인이나 기타 법무사자격을 취득하고자 하는 모든 국민의 헌법 제11조 제1항의 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이다.

③ 헌법 제107조 제2항은 「명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」라고 규정하고 있고, 법원행정처장이나 법무부장관은 이 규정을 들어 명령·규칙의 위헌여부는 대법원에 최종적 심사권이 있으므로 법무사법시행규칙의 위헌성 여부를 묻는 헌법소원은 위 헌법규정에 반하여 부적법하다고 주장한다.

그러나 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으

로 심사할 수 있다는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적 헌법해석과 규범통제를 위하여서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권의 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것이며 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다. 그러므로 법률의 경우와 마찬가지로 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다.

④ 법원행정처장과 법무부장관은, 헌법소원심판은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없도록 되어 있고, 청구인 주장과 같이 법무사법 제4조 제2항에 의하여 직접 대법원에 법무사시험실시의무가 부과된 것이라면 청구인은 먼저 행정심판법과 행정소송법에 따라 법원행정처장의 직위의무위배에 대한 행정구제절차를 밟아야지 그러한 절차를 거치지 아니하고 막바로 헌법소원심판을 청구할 것이 아니라고 주장한다. 그러나, 청구인의 궁극적 목적이 법원행정처장으로 하여금 법무사시험을 실시하게 하여 청구인 자신이 법무사시험에 응시할 기회를 얻고자 함에 있는 것이기는 하나 청구인이 이 사건에서 심판청구의 대상으로 하는 것은 법원행정처장으로 하여금 그의 재량에 따라 법무사시험을 실시하지 아니해도 괜찮다고 규정한 법무사법시행규칙 제3조 제1항이다.

⑤ 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 다른 법률에

의한 구제절차란, 소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 절차를 의미하는 것이지 최종목적 달성을 위하여 취할 수 있는 기타 모든 우회적인 구제절차를 의미하는 것이 아니며, 이 사건에서 청구인으로서 법원행정처장에게 법무사시험 실시를 요구하고 그 결과(거부처분이나 부작위)에 대하여 불복청구하는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있을런지도 모르나, 가사 그러한 구제절차가 인정된다고 하더라도 그러한 것은 우회적인 절차여서 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제절차에 해당되지 아니하고, 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해 여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로(일반법원에 명령·규칙을 직접 대상으로 하여 행정소송을 제기한 경우에 이것이 허용되어 구제된 예를 발견할 수 없다. 이 경우에는 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다.

3. 현재 89헌마178결정에 대한 반향

위에 소개한 바와 같은 헌법재판소의 결정에 대하여는 그것을 비판하는 견해와 옹호하는 견해 등 큰 반향을 일으켰다.

가. 비판론

비판론의 선두에 선 것은 법원행정처 헌법재판연구반 명의 연구보고서인 「명령·규칙에 대한 위헌심사권」(이하 연구보고서라함)이다. 그의 요지는 다음과 같다.

① 명령·규칙의 위헌 여부에 대하여는 헌법소원이 허용될 수 없다. 그 이유로서는, 첫째, 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제된 경우 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한이 있음을 명시하고 있다. 둘째, 헌법 제111조 제1항이 명령·규칙의 위헌심판에 대하여 그 절차나 효력 등에 대하여 아무런 규정을 두지 않았다.

② 헌법재판소는 본 결정의 판시에서 「다른 구제절차가 있는 경우에도 그 구제절차가 우회적인 때에는 그 구제절차를 거칠 필요가 없다」고 판시함으로써 제68조 제1항 단서에 대한 예외를 인정하였으나, 그러한 해석은 인정될 수 없다. 명문의 근거가 없으며, “우회적”이라는 모호한 개념을 내세워 재판사항에 대한 헌법소원의 허용범위를 확대하는 것은 실정법체계를 벗어나는 일이다.

③ 행정입법에 의하여 권리가 직접 침해된다면 당해 행정입법에 대하여 처분성을 인정할 수 있으므로 행정쟁송의 대상에 당연히 포함될 수 있다. 그 근거로서, 첫째 대법원 판례(1954. 8. 19, 4286행상 37)도 같은 판시를 하고 있으며, 통설도 같다. 둘째, 개정행정소송법이 처분의 개념을 확대하여서 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사와 아무런 차이가 없

거나 오히려 더 폭넓게 규정하고 있다.

④ 헌법재판소의 결정은 헌법소원의 요건인 직접성을 인정함에 있어서 종래 법원에서 행정소송의 요건으로 삼고 있던 직접성보다 훨씬 넓은 범위에서 이를 인정하고 있다. 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 시험의 실시 또는 불실시라고 하는 집행행위가 개재됨으로써 비로소 국민의 권리에 영향을 미치는 것이지 규정 자체만으로는 국민의 권리의무와 아무런 상관이 없다.

학자 가운데에도 헌법재판소의 상기 결정에 대하여 비판하는 견해가 있는 바, 헌법 제107조 제2항을 주된 논거로 삼고 있다.²⁷⁾ 한편, 박일환판사(전 헌법재판소 헌법연구관)는 한국공법학회 월례발표회에서의 발표²⁸⁾를 통해 상기 헌법재판소연구에 대한 비판론을 전개하였는데, 법원행정처의 연구보고서와 거의 같은 내용의 것으로 볼 수 있다.

나. 옹호론

상기 헌법재판소 결정에 대한 옹호론은 주로 한국공법학회의 월례발표회를 통해 공표되었다. 홍성방교수의 「헌법 제107조와 헌법소원」²⁹⁾, 이석연헌법재판소 헌법연구관의 「헌법소원이 대상으로서의 명령·규칙에 대한 위헌여부심사」³⁰⁾, 김철용교수의 「헌법재판소 89 헌마 178 결정에

27) 이상규, 「명령·규칙의 위헌심사권」, 인권과 정의, 1990. 12, 63면 이하.

28) 박일환, 법규범에 대한 헌법소원과 제소요건, 한국공법학회 제13회, 월례발표회 요지집(1990. 12. 14), 5면 이하

29) 한국공법학회 제12회 월례발표회, 요지집 3면 이하.

30) 한국공법학회 제13회 월례발표회, 요지집 30면 이하.

대한 관견」³¹⁾등이 그에 속한다.

4. 필자의 소견

명령·규칙의 위헌심사와 관련된 몇 가지 문제에 대해 필자의 소견을 적어 보기로 한다.

첫째, 현행법상 명령·규칙에 대한 위헌심사권은 오로지 대법원을 정점으로 한 일반법원에만 인정되고 헌법재판소에는 인정될 수 없는 것인가. 부정론은 헌법 제107조 제2항을 근거로 하여 그것을 부정하고, 긍정론은 헌법 제111조 제1항 5호 및 헌법재판소법 제68조 제1항을 근거로 하여 그것을 긍정한다. 긍정론의 이와 같은 논거에 대하여 부정론은 만일에 헌법재판소법 제68조 제1항의 “공권력”에 명령·규칙을 포함시키면, 그것은 상위법인 헌법 제107조 제2항에 저촉됨을 주장한다.

필자는 이 문제에 관하여, 「헌법재판소법의 제정방향」에 관한 세미나에서의 발언을 통해서 ① 조화적 헌법해석을 통해 문제를 극복해야 한다는 점, ①헌법 제107조 제2항은 헌법소원제를 채택함에 따라 당연히 손질이 되었어야 하는데 미처 행하지 못한 입법의 미비로 보아야 한다는 취지의 발언을 행한 바 있다.³²⁾ 그리고 그러한 소신에는 현재에도 변함이 없다. 결국 이 문제에 있어 필자는 긍정론에 가담하는 것이 된다.

31) 상계 요지집 41면 이하

32) 법무자료 제95집(헌법재판제도), 115면.

한편, 이 문제와 관련하여, 헌법재판소가 스스로의 임무를 수행함에 있어서의 법령의 위헌·위법에 대한 심사권(Prüfungsrecht) 및 적용배제권(Verwerfungsrecht)을 가지고 있음이 시인되어야 할 것이다. 아울러 행정기관(공무원 포함)도 일정한 한도에서 그러한 권능을 가지고 있음도 유념해 둘 필요가 있다.³³⁾

둘째, 헌법재판소가 명령·규칙에 대해 위헌심사권을 행사하는 것이 대법원의 최고법원성(헌법 제101조 2항)에 배치되는 것인가? 생각건대, 이 문제는 이미 다른 학자들이 지적하고 있는 바와 같이, 사실심과 법률심에 있어서는 대법원이 최고의 지위를 가지나, 헌법심에 있어서는 헌법재판소가 최고의 지위를 가진다고 생각함으로써 해결될 수 있는 문제이다.

셋째, 행정소송법상의 「처분」이 헌법재판소법 제68조 제1항의 「공권력의 행사 또는 불행사」와 차이가 없거나 혹은 전자가 후자 보다 넓은 것인가? 법원행정처의 연구보고서는 그것을 긍정하고 있다. 그러나 그것은 큰 오해이다. 연구보고서는 행정심판법 및 행정소송법 개정시안에서 당초 처분을 「공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용」으로 정의하였다가, 필자들의 비판을 받아 현재와 같이 크게 수정·축소된 과정을 모르고 하는 소

33) 자세한 것은 vgl. Kopp, Das Gesetzes- und Verwaltungsprüfungsrecht der Behörde, DVBl. 1983., S. 821ff ; Pietzcker, Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung, DVBl. 1986, S. 806ff ; 김남진, 「행정기관의 법령심사권」, 월간고시, 1991. 1, 44면 이하.

리다.³⁴⁾ 솔직히 말해서, 「연구보고서」의 처분개념의 몰이해에 대해 크게 실망할 정도이다.

넷째, 행정입법에 의하여 권리가 직접 침해된다면 당해 행정입법 대하여 처분성을 인정할 수 있으므로 행정쟁송(항고쟁송)의 대상에 당연히 포함되는 것인가? 「연구보고서」는 대법원의 판례 및 다수설³⁵⁾을 논거로 하여 그것을 긍정한다. 그러나 이른바 “처분의 성질을 가지는 명령(행정입법)”은 관념적으로는 성립할 수는 있어도 실제로는(특히 우리의 현행법상) 존재할 수 없는 것이다. 그리고 보통 처분법이란 독일어의 Maßnahme-Gesetz라는 용어가 가르키는 바와 같이, 법률의 형식으로 존재할 수 있는 것이지 명령의 형식으로서 존재할 수 없다고 보아야 한다. 명령형식의 처분은 우선 법률유보의 원칙에 반하기 때문이다.

다섯째, 이 사건에서 침해의 직접성 또는 기본권기관의 직접성(Unmittelbarkeit der Grundrechtsbetroffenheit)의 요건충족³⁶⁾에도 문제가 없는 것으로 보인다. 헌법소원에

34) 자세한 것은 vgl. 김남진, 행정법 I, 187면 이하 ; 신보성, 현대 행정법의 이론, 1988, 77면 이하.

35) 연구보고서는 다수설에 속하는 학자 및 문헌으로서 여섯 분의 것을 들고 있는 바(19면), 필자가 그 안에 들고 있지 않음을 다행스럽고 영예롭게 생각하는 바이다.

36) 헌법소원의 제소요건의 하나로서 침해의 직접성 또는 기본권 관련의 직접성이 요구된다고 함은 일반적으로 인정되어 있는 바라고 하겠다. 자세한 것은 vgl. Zuck, aaO., S. 261f ; 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 244면 이하 ; 박일환, 법규범에 대한 헌법소원과 제소요건(한국공법학회 제13회 월례발표회 요지집), 5면 이하.

있어서 위의 직접성의 요건은 일반적으로 집행부의 집행행위(Vollzugsakt der Exekutiv)가 있음으로써 충족된다고 말할 수 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 법률, 법규명령과 같은 법규범에 의해서도 기본권이 직접 침해될 수 있음은 일반적으로 인정되고 있는 바이다³⁷⁾. 독일의 기본법 제93조 제1항 4b에 있어서의 공권력(die öffentliche Gewalt) 및 우리의 헌법재판소법 제68조 제1항에 있어서의 공권력의 행사에 행정처분과 같은 집행행위이외에 법률, 법규명령등 법규범이 당연히 포함된다고 보아야 하는 이유도 거기에 있다.

그러면 이 사건에 있어서 헌법소원청구인은 법규명령인 법무사법시행규칙 제3조에 의하여 직접 기본권을 침해받고 있다고 볼 것인가. 이 사건에서의 헌법재판소결정에 나타나 있는 바대로 청구인은 법무사사무소 사무원으로 15년, 변호사사무소 사무원으로 12년을 종사해 오면서 법무사가 되고자 법무사시험의 준비를 해왔음에도 불구하고 법무사 시험이 실시되지 않으므로 인하여 법무사가 되지 못한 것으로 되어 있다. 그리고 그 원인 중의 하나는 법무사법시행규칙이 법무사시험의 실시여부를 법원행정처장의 재량(결정재량)으로 정해 놓은 것에 있음을 발견하고서는 동시행규칙의 위헌성(평등원칙 위반)을 주장하였으며, 헌법재

37) 상세한 것은 Vgl. Zuck, aaO., S. 262f ; H. Klein, Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, in : Festschrift für Zeidler, 1987, S.1325f ; 변정일, 입법작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990. 424면 이하.

판소는 청구인의 주장을 인용하고 있다. 즉 위 법무사법시행규칙은 상위법인 법무사법 제4조 제1항에 의하여 청구인을 비롯한 모든 국민에게 부여된 법무사자격 취득의 기회를 박탈하고, 법무사업을 법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게 독점시키는 것이 되어, 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하고 있다는 것이 헌법재판소의 판지이다. 사안에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 위 판지는 충분한 설득력을 가진다고 보지 않을 수 없다.

여섯째, 이른바 보충성의 원칙과의 관계에서도 헌법재판소의 89 헌마 178결정에는 문제점이 없는 것으로 보인다. 즉 헌법재판소법은 헌법소원심판청구는 「다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다」(제68조 제1항 단서)라고 규정하고 있는 바, 우리의 실정법에는 일반·추상적 규율로서의 명령을 직접 다룰 수 있는 행정쟁송(행정쟁송)가 존재하지 않는다는 점을 명백히 해 둘 필요가 있다³⁸⁾. 또한 대법원도 이 점을 명확히 밝힌 바 있다.

「행정소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 일반적·추상적인 법령 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닌 것은 그 대상이 될 수 없으므로 구체적인 권

38) 이러한 점에서 법원행정처의 연구보고서가 「헌법소원의 대상이 될 수 있는 행정쟁송의 대상이 될 수 있다」(25면)고 기술하고 있음은 오히려 해인 것으로 보지 않을 수 없다.

리의무에 관한 분쟁을 떠나서 재무부령 자체의 무효확인을 구하는 청구는 행정소송의 대상이 아닌 사항에 대한 것으로서 부적법하다」³⁹⁾라고 하는 판지가 이것을 말하여 준다.

헌법재판소의 89 헌마 178결정에 대하여 비판적인 입장을 취하는 측에서는 대법원의 위 판결이 처분적 성격의 명령·규칙에 대한 행정쟁송(항고쟁송)을 적극적으로 긍정적인 대법원의 판결례로서 인용하기를 즐겨한다⁴⁰⁾ 그러나 그것은 사실에 반하며, 우리의 판례상으로는 처분적 성격이 명령·규칙에 대한 행정소송이 인용된 사건은 전무함을 시인해야 할 것이다.

물론 이 사건에서의 헌법소원청구인이 법원행정처장에게 법무사시험실시의 신청을 하고 나서, 혹은 법무사시험에 대한 이행심판을 하고 나서, 행정소송(취소소송 또는 부작위위헌확인소송)을 제기하며 위 법무사법시행규칙의 위헌·위헌성을 주장하는 길이 없는 것은 아니다. 그러나 그와 같은 방법을 통해서 이 사건에서의 헌법소원청구인이 구제받을 가능성은 거의 없다고 보지 않을 수 없다. 그 법무사법시행규칙의 제정주체이며 법무사시험실시의 주체가 다름아니 대법원이기 때문이다. 일반법원에 의한 권리구제의 길이 있더라도 그러한 방법에 의한 권리구제가 기대가능한

39) 대판 1987. 3. 24., 86누 656. 동지판례 : 대판 1954. 8. 9. 19, 4286 행상 37.

40) Vgl. 법원행정처의 연구보고서, 19면 ; 박일환 상계논문(공법학회 제13회 월례발표회), 13면 ; 이상규, 상계논문(인권과 정의) 66면.

(zumutbar) 것이며 효율적인(wirkungsvoll) 것일 때 거치는 것이며, 반대로 일반법원에 의한 구제가 기대가능하지 않고 효율적인 것이 아닐 때 헌법소원심판을 청구할 수 있음은 헌법소원의 제도적 본질에 속한다고 보지 않을 수 없다⁴¹⁾.

헌법재판소는 이 사건의 결정문을 통해서, 「헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 다른 법률에 의한 구제절차란, 소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 취할 수 있는 기타 모든 우회적인 구제절차를 의미하는 것이 아니며, 이 사건에서 청구인으로서 법원행정처장에게 법무사시험 실시를 요구하고 그 결과(거부 처분이나 부작위)에 대하여 불법청구하는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있을런지도 모르나 가사 그러한 구제절차가 인정된다고 하더라도 그러한 것은 우회적인 절차여서 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어렵다」는 논리를 펴고 있다. 그러나 행정쟁송절차를 통한 구제절차가 우회적이며 신속한 권리구제를 받기를 기대하기 어렵다는 것 보다는, 법무사법시행규칙이 법무사시험실시를 재량사항으로 정하고 있음으로써 법무사시험실시를 목적으로 하는 청구인의 청구가 받아들여질 가능성이 없으며, 또한 대법원이 법무사법시행규칙의 제정주체이며 시험의 시행기관이므로 인해 그 법무사법시행규칙의 위헌·위법성의 주장이 받아들여질 기대가능성 또한 없다는 점, 따라서 이상과 같은 절차를 통한 구제절차가 실효성이 없다는 주장이 보다 설

41) 이에 관한 최근의 문헌으로서는 vgl. 특히 Detterbeck, Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde. DÖV 1990, S.559f

득력을 가질 것으로 생각된다. 아울러, 일반론으로서, 헌법소원심판에 있어서의 「다른 법률에 의한 구제절차」는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것이지 우회적·사후적·보충적 구제수단(손해배상청구·손실보상청구·재심청구·보조참가절차 등)은 포함되지 않는다고 봄이 타당시된다⁴²⁾

전체적으로 볼 때, 이 사건에서 헌법재판소는 현행법의 미비점을 보완하는 창의적인 결정을 한 것으로서 높이 평가하고 싶다.

Ⅲ. 행정처분

1. 쟁점의 소재

헌법재판소법은 「법원의 재판」을 제외한 일체의 공권력의 행사 또는 불행사를 헌법소원심판의 대상으로 정하고 있다(제68조 제1항). 그리고 그 「공권력의 행사 또는 불행사」에 행정처분 또는 행정행위가 포함되는 것에 관해서는 이론이 있을 수 없으며, 또한 현실적으로 존재하지도 않는다. 그런데 헌법재판소의 89 헌마 178결정과 관련하여 새삼 행정처분의 정의 및 범위가 문제가 되고 있어 그 점에

42) Vgl. BVerfGE 20, 162(173) ;21, 132(136) ; 42(47) ;54, 53(66) ; 현재 1989. 4. 17, 88헌마 3 ; 1989. 9. 14, 88헌마 22 ; 8 Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 187f ; Detterbeck, aaO., S.560 f ; 이석연, 「헌법소원의 보충성」, 사법행정, 1990. 10. 55면 이하.

관해서 여기에서 검토해 보기로 한다.

가. “행정처분”과 “공권력”이 동의어인가

헌법재판소의 89 헌마 178 결정에 대해 비판적인 입장은 현행의 행정심판법 및 행정소송법상의 “처분”이 헌법재판소법 제68조 제1항상의 「공권력의 행사 또는 불행사」와 같거나 오히려 더 넓은 개념이므로 인해, 명령·규칙 역시 그 안에 포함되며, 따라서 직접 행정쟁송의 대상이 되는양 설명한다.

다음이 그에 해당한다.

1984. 12. 15. 자로 개정된 행정소송법 제1조도 「행정청의 위법한 처분 그 밖의 공권력의 행사, 불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제함을 그 목적으로 한다」라고 규정하고 일방, 제2조 제1항 제1항에서 「‘처분 등’이라고 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 등을 말한다」라고 함으로써, 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원의 대상인 「공권력의 행사 또는 불행사」와 아무런 차이가 없거나 오히려 더 폭넓게 규정하고 있다」⁴³⁾.

「행정입법 즉 명령, 규칙이라도 그것이 국민의 권리를 직접 침해하는 내용의 것이면 행정쟁송의 대상이 됨은 위

43) 법원행정처 연구보고서 19면.

동지 : 박일환, 상계논문(법규범에 대한 헌법소원과 제소요건), 11면. 이곳에서 박판사는 「신 행정소송법은 행정소송의 범위를 널리 행정청의 공권력, 행사 내지 불행사(헌법소원의 경우와 같고 다만 그 주체가 행정청에 한정된 것뿐이다)로 규정하고 있으므로 직접성이 인정되면 당연히 행정쟁송의 대상이 된다」라고 기술하고 있다.

에서 충분히 논증한 바와 같다. 그런데 헌법소원에 있어서도 모든 행정입법이 다 소원의 대상이 되는 것이 아니라, 국민의 기본권을 직접 침해하는 행정입법에 한하여 소원의 대상이 될 수 있다. 행정입법을 대상으로 하는 헌법소원에 있어서도 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘헌법상 보장된 기본권을 침해받는 자’의 요건은 충족되어야 하며, 이른바 민중소송은 허용되지 않는 것이다(헌법재판소의 결정도 이점을 당연한 것으로 전제하고 있음). 이렇게 보면 헌법소원의 대상이 될 수 있는 행정입법은 모두 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 것이고, 반대로 행정쟁송의 대상이 될 수 없는 행정입법은 헌법소원의 대상도 될 수 없는 것으로 된다」⁴⁴⁾.

이상의 주장에 관련된 쟁점을 이하에서 “제1쟁점”이라고 부르기로 한다.

나. 개인의 권익을 직접 침해하는 명령의 존재여부

행정처분과 관련하여 현재 또 하나 문제되고 있는 것은 일반·추상적 규율로서 직접 개인의 권익을 침해하는 행정입법(명령·규칙·조례⁴⁵⁾등)은 존재하지 않으며, 따라서 개

44) 법원행정처 연구보고서 25면.

45) 헌법재판소의 89헌마 178결정과 관련하여, 과연 우리의 실정법상 명령·규칙과 같은 행정입법이 헌법소원심판의 대상이 되느냐 하는 것이 쟁점이 되고 있다. 그러나 지방자치단체의 조례 역시 행정입법으로서의 성질을 가진다고 보기에, 위의 논의는 “조례에 대한 헌법소원심판의 가부”의 문제로서의 의의를 아울러 가진다고 할 수 있다. 다만 지방자치단체의 조례제정권이 국가의 입법권에 견줄만한 입법권(Gesetzgebung)의 성질을 가지는 것인가 아니면 집행권(vollziehende Gewalt)의 성질을 가지는냐하는 것은 아직 쟁점의 대상이 되고 있다고 말할 수 있다. 이에 관한 최근의 문헌으로서는 vgl. Schoch, Soll das

인의 권익을 침해하는 명령·규칙은 전부 처분의 성질을 가지며 그에 따라 행정쟁송(항고쟁송)의 대상이 되느냐 하는 것이다. 이것을 긍정하는 주장도 있다. 다음이 그 예이다.

「공권력행사작용의 산물인 명령, 규칙이 별도의 집행행위를 기다릴 것 없이 그 자체로써 직접적이고 현재적으로 개인의 기본권 침해를 하게 되는 것이면 그러한 명령·규칙은 위에서 설명한 바와 같은 처분법규로서의 성질을 가지는 것으로서 행정쟁송의 대상인 처분에 해당하게 되고, 과연 그렇다면 그러한 명령·규칙의 사항에 대하여는 행정쟁송이라는 별도의 구제절차가 마련되어 있는 것이어서 바로 헌법소원의 대상으로 삼을 수는 없는 일이라고 하겠다」 46).

「다시 말하면, 일반적·추상적인 성질의 명령·규칙은 헌법소원의 요건인 기본권침해의 자기성·직접성 및 현재성으로 말미암아 그러한 명령·규칙 자체를 대상으로 하는 헌법소원방식에 의한 추상적 규범통제는 불가능하다는 것이다」 47).

「헌법소원의 대상이 될 수 있는 행정입법은 모두 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 것이고, 반대로 행정쟁송의 대상이 될 수 없는 행정입법은 헌법소원의 대상도 될 수 없는 것으로 된다」 48)

kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden ? , NVwZ 1990, S. 803f ; 김남진, 행정법 II, 114면.

46) 이상규, 명령·규칙의 위헌심판권, 인권과 정의, 1990. 12, 66면.

47) 상계논문 67면.

48) 법원행정처 연구보고서 25면.

2. 쟁점에 관한 필자의 소견

가. 제 1 쟁점에 관하여

이미 본 바와 같이, 현행의 행정심판법 및 행정소송법상의 “처분”은 헌법재판소법 제67조 제1항에 규정되어 있는 “공권력의 행사 또는 불행사”와 차이가 없으며, 따라서 명령·규칙도 그 처분에 포함될 수 있으며, 따라서 적어도 국민의 권익을 직접 침해하는 명령·규칙에 대해서는 행정쟁송(항고쟁소)을 통해 구제 받을 수 있다는 식의 주장이 있다.

위와 같은 주장에 대해서는, 혹시나 행정심판법 및 행정소송법 “시안상의 처분개념”이 현행법으로서 그대로 확정된 것으로 오해하고 있는 것이 아닌가 하는 생각을 가지게 한다는 점을 말해 두고 싶다. 위 행정쟁송법시안상의 처분개념은 실제로 헌법재판법상의 공권력의 행사 또는 불행사와 동의어로 볼 여지가 있었던 것이다.

1983년을 전후하여 법무부주관의 행정쟁송법심의회는 행정심판법 및 행정소송법의 개정을 심의하여 시안을 공표하였던 바, 그 시안은 처분을 「공권력의 행사 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용」으로 정의해 놓은 바 있다. 그와 같은 시안에 접한 필자등은, 만일에 그와 같은 시안상의 처분개념이 그대로 확정되면, 행정행위개념을 정립해 보고자 기울인 이때까지의 학문적·입법적 노력을 무위로

만들며, 실무상으로도 일대혼란을 일으킬 것이라고 맹렬히 비판한 바 있다⁴⁹⁾. 시안상의 처분개념에는 넓게 보면 입법권, 행정권, 사법권이 다 포함되며, 행정작용에 국한시키더라도 행정입법으로서의 명령, 처분, 권력적 사실행위 등의 구분이 행해질 수 없기 때문이다.

필자들의 비판이 주효한 탓인지 다행히도 그 뒤 시안상의 처분개념은 크게 수정되어 확정되기에 이르렀다⁵⁰⁾. 따라서 현행의 행정심판법 및 행정소송법상의 처분개념은 헌법재판소법상의 「공권력의 행사 또는 불행사」와 그의 범주를 같이 한다고 볼 수 없으며, 일반·추상적 규율로서의 명령은 그에 포함되지 않음이 명백하다⁵¹⁾.

나. 제 2 쟁점에 관하여

앞에서 본 바와 같이, 개인의 권익을 침해하는 명령, 규칙은 전부 처분의 성질을 가짐으로써 행정쟁송(항고쟁송)의 대상이 되며, 따라서 처분의 성질을 가지지 않으면서 개인의 권익을 침해하는 명령·규칙(일반·추상적 규율)은 존재할 수 없는 양 주장하는 설이 있다. 만일에 그와 같은 주장이 옳다면 개인의 권익을 침해하는 법규만을 대상으로는 추상적 규범심사제는 존재할 수 없는 것이 된다. 그러나 외국(독일 등)에 개인의 권익을 침해하는 법규범에 대한 추상적 규범심사제⁵²⁾가 존재하고 있는 사실 자체가 위

49) 상세는 vgl. 김남진, 행정법 I, 187면 이하 및 528면 이하.

50) 그러나 시안상의 처분개념을 여전히 타당시하는 견해가 없지는 않다. vgl. 이상규, 신행정쟁송법 전정판, 297면.

51) 자세한 것은 vgl. 김남진, 상계서 189면 이하 및 동인, 행정법의 기본문제, 증보판, 507면 이하.

주장에 대한 훌륭한 반증이 되는 것이라고 말할 수 있다.

52) 독일 기본법상의 헌법소원의 대상에 법규범이 포함되는 것에 대해서는 여기에서 구태어 말할 필요도 없는 일이다. 그 밖에 독일의 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung)이 일정한 조례(Satzungen), 법규명령(Rechtsverordnungen)에 의해 불이익(Nachteil)을 입은 개인 또는 법인에 대해 널리 추상적 규범심사를 인정하고 있는 사실(동법 제47조) 및 그 조례 등에 대한 규범심사청구가 너무 많이 제기되므로 인해 그에 대한 제약을 가해 보려는 입법적·이론적 노력이 기울여지고 있는 사실은 우리에게 하나의 좋은 참고가 된다고 말할 수 있다. 이러한 점에 관하여는 vgl. Schoch, aaO., S. 806 f ; Schmitt-Jortzig, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontroll gestärkt werden ?, DVBl. 1990, S. 924.

제4주제

헌법재판소 판결례 평석을 통한 헌법재판의 활성화 연구

강 경 근

(법박 · 숭실대학교 법과대학 교수)

목 차

제 1 장 서 론	
제 1 절 연구방법	
I. 헌법재판—법과 정치의 접점	
II. 연구방법과 대상	
제 2 절 헌법재판소 제도에 대한 회의와 극복	
I. 제도에 대한 회의	
II. 제도적 회의에 대한 극복	
제 2 장 공권력 행사주체의 통제를 통한 현재의 국민권익 실현	
제 1 절 헌법재판소에 의한 오법개폐	
I. 신체의 자유	
II. 직업공무원 제도	
III. 선거권	
IV. 5공청산의 미흡	
제 2 절 국민 개개인의 권익실현 미진	
I. 기본권의 직접효력—정보권 인정	
II. 민중생존권 보장미흡과 집단이익의 무리한 보장	
제 3 장 헌법재판소의 공권력통제 기능의 양면성	
제 1 절 경제적 성격의 공권력 통제의 엄격	
제 2 절 정치적 성격의 공권력 통제의 완화	
I. 민감한 정치적 사건	

II. 정치적 성격을 지닌 공권력에 대한 통제미흡

제 4 장	공권력행사 기관에 대한 헌재위상의 미흡
제 1 절	검찰권의 헌재결정 무시
제 2 절	한정헌법결정에 의한 공권력과 대결회피
제 3 절	헌법재판관 선출에 있어서의 위상정립 과제
제 5 장	결 론

제 1 장 서 론

제 1 절 연구방법

I. 헌법재판—법과 정치의 접점

헌법의 수호자로서의 헌법재판소는 그 결정을 통하여 헌법(Verfassung)을 국가에 있어서의 최고의 법규범으로 만든다.¹⁾ 즉 헌법학은 헌법재판의 제도와 개념에 의하여 보다 더 상세하고도 비판적인 단초를 지닌다.²⁾ 그리하여 국가권력(Staatsgewalt)은 헌법재판으로 해서 정당성을 찾으며 그 현실성을 얻을 뿐만 아니라³⁾ 재판적 통제를 받지 않을 수 없는 가능성을 지니게 된다.⁴⁾

헌법재판은 그러기에 공익과 개별적 이익의 접점을 긋는다는 것 이상으로 공동체적 과정의 중심에 있는 재판이며⁵⁾ 따라서 그 결정요소는 제도적 권력(pouvoir constitué)

1) Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Opladen : Westdeutscher Verlag, 1980, S. 13.

2) Karl Reinhard Hinkel, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik ; e. histor. Betrachtung, Herford : Maximilian-Verlag, 1984, S.9.

3) K.R. Hinkel, a.a.O., S.7.

4) K. Stern, a.a.O., S.14.

5) K.R. Hinkel, a.a.O., Vorwort.

에 의해서가 아니라 국민의 헌법제정권력과 자격다수로서의 결정적인 위치를 지니고 있는 헌법개정권자에게 달려 있다.⁶⁾ 그러한 과업에 대한 국민의 영향 없이는 헌법재판의 성과가 이루어질 수 없는 이유이기도 하다. 특히 국가생활의 안정화요소로서의 재판의 과제는 바로 정치적 통일(politische Einheit)에 달려있다.⁷⁾ 그럴 때 논의의 초점은 법과 정치의 접점에서 헌재결정을 어떻게 파악할 것인가 하는 것이다.⁸⁾ 결정되어진 하나하나의 판결과 더불어 이는 공법학자와 정치가에 대해서 뿐만 아니라 헌법재판관들에게도 논의할 수 있는 기초를 제공해 준다.⁹⁾

트리펠¹⁰⁾과 스멘트¹¹⁾가 이미 알았듯이, 헌법소송에 있어서 정치적 특질과 법적인 특질이 동시에 있는 그 가능성의 범주를 결정적으로 확립시키는 척도는 헌법적 물음에 대한 결정을 정치적 또는 법적인 범위 중에서 하나를 선택하여 정돈하는 것이다.¹²⁾

독일의 경우 특히 광범한 정치적 결과¹³⁾와 정치적인 현실

6) K. Stern, a.a.O., S.14.

7) K.R. Hinkel, a.a.O.

8) G. Leibholz, Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht, DVBI, 1974, S.396.

9) K.R. Hinkel, a.a.O., S.9.

10) H. Triepel, Steritigkeiten zwischen Reich und Ländern, Beiträge zur Auslegung der Art. 19. Weinmarer Reichverfassung, S.98.

11) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in : Staatsrechtliche Abhandlungen 1904/1954, S.214.

12) K. R. Hinkel, a.a.O., SS.14—15.

13) Roemer, Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, JZ 1951, S. 193.

적합¹⁴⁾을 유지하면서 그 기초가 되는 고려를 했지만, 1980년 초기에 이르기까지도 헌법재판을 둘러싼 그러한 논의는 활성화되지 못했다.¹⁵⁾ 다만 미국식의 사법자제(Judicial self-restraint : richterliche Selbstbeschränkung)는 일부 결정 예컨대 대학 결정¹⁶⁾이나 기본협약 결정,¹⁷⁾ 낙태 결정¹⁸⁾ 그리고 일급 결정¹⁹⁾에서 볼 수 있다.²⁰⁾ 이로서 정치적 행위는 법적인 기속을 받게 되며²¹⁾ 헌법재판을 통한 그 우월성의 보장에는 권력분립적 입장에서의 독립적인 재판이 전제되어야 함을 알 수 있다.²²⁾

프랑스의 헌법원은 1962년 대통령직선제 개헌이후 프랑스 정치제도의 실행을 규정하는 중요한 요소로서 기능해왔다. 즉 1958년 이후 그 초기에 있어서는 집행부의 옹호자로서 기능해 왔던 헌법원은 1971년 7월 16일의 Marcellin법 판결에 의해서 시민의 권리 및 자유를 보장했다. 1974년 10월 29일의 헌법개정과 다수횡포에 대한 의회소수파의 옹호는 프랑스 헌법원에²³⁾ 독일식의 법치국형태뿐 아니라 영미식

14) Arndt, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl, 1951, S.297.

15) K.R. Hinkel, a.a.O., S.10.

16) BVerfGE Bd. 35, S.79ff.

17) BVerfGE Bd. 36, S.1ff.

18) BVerfGE Bd.39, S.1ff.

19) BVerfGE Bd. 40, S.296.

20) M. Kriele, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, NJW, 1976, S.777.

21) K.Stern, a.a.O., SS.16—22.

22) Christian Starck/Albrecht Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Baden—Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, SS.27—28.

23) René de Lacharrière, Opinion dissidente, Pouvoirs, n° 13,

의 법지배라는 의미가 함께 부여되었고 이런 것들이 헌법원의 독립성을 보장하는 데도 기여한다.²⁴⁾

이때 헌법원은 단순히 인권보장을 위한 합헌성심사기관으로서 뿐만 아니라 여·야당의 대립을 정치적으로 조정하고 통합하는 기관으로도 변신했다. 즉 정부가 의회다수파를 지지하고 정부제출법안이 압도적으로 많은 경우에는 국회에서 표결된 법률을 공격하는 것은 정부에 대한 견제와도 직결된다. 이를 통하여 야당은 정부에 대한 통제 가능성이 있다. 1971년과 1974년 이후 정치성을 지니지 아니한 제소를 시작으로 합헌성심사를 고려한 헌법원은 이들 기능을 수행한 것이다.²⁵⁾

이 경우 위헌심사의 준거규범을 구성하는 시민의 기본적 자유의 내포가 헌법재판관의 자의적인 해석에 좌우되지 않도록 명확히 되려면 헌법원이 전거로 하는 규범의 내용이 불명화해서는 아니 된다.²⁶⁾ 이를 기초로 해서 헌법원이 정부, 여당이 행하는 정책의 기본적 부분에 대한 것을 승인하면 합헌성 통제의 필터를 통과하게 되어 정부는 다소 편

198, p. 143 et suiv.

24) Jean Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, 1984, p.2 et p. 120—1.

25) Gibert Knaub, *Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat*, R.D.P., 1983, p.1149—68.

26) Daniel Loschak, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés*, Pouvoirs, n° 13, 1980, p.35—49.

제5공화국의 좌과정권의 탄생에 따른 정치적 변동후 개혁에서부터 1984년 10월 11일 22건의 위헌판단(48%의 위헌율)이 있었다.

의적으로 그 권한을 행사할 수 있게 되는 등 정권교체의 보장자로서 기능한다.²⁷⁾

특히 국유화판결이 그것인데, 이 외에도 지방분권화의 개혁을 시작으로 라디오·텔레비전 방송의 국가적 독점을 약간 완화하는 개혁에 관한 4개의 판결²⁸⁾이라든지 지방의회 의원선거의 후보자 명부에 할당제를 정한 법률의 위헌이라고 한 판결²⁹⁾ 그리고 언론기업법 판결³⁰⁾등이 대개가 그러한 의미로 해석될 수 있다. 다만 이들 경우에도 헌법원에 대해서는 형식적인 사유를 원용하면서 안이한 평등원칙에 기초하여 소를 제기했는 바,³¹⁾ 이에 대하여 위헌판단도 지엽말단이나 절차문제를 대상으로 하는 것이 많아지는 등

27) L. Favoreu, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, R.F.S.P., p.1002—29.

28) Décisions 82—129 DC 30/31 OCT. 1981 ; 82—141 DC 27 juill. 1982 ; 84—176 DC 25 juill. 1984 ; 84—173 DC 26 juill. 1984.

29) Décision 82—146 DC 18 nov. 1982. 이 판결은, 후보자명부는 동일한 성에 속하는 사람을 75% 이상 포함하지 않으면 안 된다고 정하여 결국 여성에게 25%의 할당을 행하는 조치가 헌법 제3조 및 인권선언 제6조를 근거로 볼 때, 선거라는 정치과정의 근간에 관계되는 것으로서 선거인 또는 피선거인을 일정 카테고리 구분하는 것으로서 허용되지 않는다고 한다.

30) Décision 84—181 DC des 10 et 11 oct. 1984. 이는 언론기업의 제정을 확보하는 규제와 언론의 다원성을 보전하는 조치인바, 여기서는 일부를 위헌이라 하고 다른 약간의 조항에 엄격한 한정합헌해석(자세한 것은, J. P. Lebreton, *La Particularité de la juridiction constitutionnelle*, R. D. P., p.474 et suiv.)이 시행됐다.

31) L. Favoreu, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981—1982*, R. D. P., 1983, p. 391 et suiv.

액면상의 위헌판결만 증가하게 됐다는 지적이³²⁾있는 것도 사실이다.

II. 연구방법과 대상

헌법재판소법(1988. 9. 1)에 이어서 헌법재판소가 구성(9. 19)된 지 이제 2년 반이 지났다. 제6공화국 헌법이 제정(87. 1. 29)된 이후 헌법재판소에 대한 관심은 대단하여서 단편적인 논문은 말할 것도 없고, 88년 1월 15일 법무부 주최의 세미나³³⁾를 시작으로 한국공법학회에서는 「헌법재판과 지방자치」라는 주제로 춘계학술대회(88. 4. 30)를 열었으며,³⁴⁾ 기타 헌법재판소 편찬의 헌법재판자료³⁵⁾ 그리고

32) L. Philip, Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel. R. D. P., 1983, p.496 et suiv

33) 이는 법무자료 제9집 『헌법재판제도』로 88년 2월에 발간되었다. 여기서는 헌법재판소법의 제정방향이란 주제로 이강혁, 헌법재판소의 헌법상 지위와 권한 : 최광률, 헌법재판소의 입법방향 ; 이강국, 헌법재판소법의 제정에 관하여 ; 안대회, 헌법재판소법 제정 거론사항 등과 세미나토론(토론자로는 김남진, 이상규, 계획열교수, 이홍훈판사 등이 참여)이 실려있고, 입법자료로서 헌법재판에 관한 역대 헌법규정과 헌법재판소법 그리고 서독·오스트리아·스페인·프랑스의 헌법 및 법률규정, 또 참고자료로서 서독·스페인·오스트리아의 헌법재판소 방문결과 보고와 통계 자료가 수록되어 있다.

34) 배준상, 서독의 헌법재판 ; 화전영부, 헌법재판—비교법·제도적 입장에서—.

35) 제1집은 『헌법재판제도의 제문제』(1985. 5)로서 기왕에 발표된 헌법재판 관련문헌들을 헌법재판제도에 관한 일반이론(김철수·권영설·홍정선·황우여·구병삭·박규하·안용교), 서독

서울대학교 법학연구소 주최의 국제학술세미나 「헌법재판의 활성화방안」 이³⁶⁾ 헌법재판소가 구성되기 전의 여러 논의들을 담고 있었다.

헌법재판소가 구성된 9월 19일 이후 그 1년이 지난 89년 9월 28일(목) 대한변호사협회가 주최한 심포지엄이 「헌법재판의 제도와 운영」³⁷⁾이란 주제로 논의되었으며 헌법재판소 사무처에서도 89년 9월 19일 개청 1주년 기념으로 「헌법재판소—헌법수호와 기본권보장의 최후보루—」라는 국문소개책자를 그리고 90년 4월에는 영문판을 내었다. 그리고 그간 여기서 다루려고 하는 헌재 결정례에 대한 평석이 여러 헌법학 교수들에 의해서 행해졌다.

헌법이 정치적 성격을 강하게 지니고 있음³⁸⁾은 그 적용대상 자체가 정치성을 대유하고 있기에 당연한 것이다. 그러

의 헌법재판제도(황우여·허영·조병륜·배준상·안용교), 미국의 위헌법률심사제도(김운용·이승우·곽상진·이상조), 프랑스 헌법위원회제도(한상희·권형준), 우리나라의 헌법재판제도(최광률·이상규·김철수·김효진)가 실려있고, 제2집은 『헌법재판제도에 관한 참고인 진술』로서 국회의원선거법(박윤훈·계희열), 국토이용관리법(허영·김남진·조규창), 사회보호법(허영·배중대·이재상), 노동쟁의조정법(윤성천·이병태·김형배)에 관한 진술 등이 수록되었다.

36) 1988년 8월 26일(금) 개최된 이 세미나의 자료집에는 오스트리아·서독·한국의 헌법재판제도와 중국·일본·미국의 헌법재판 그리고 미국과 한국, 서독과 한국의 헌법재판의 비교에 관한 글들이, P. Moser, 허영·권영성·楊日然·長尾龍一·양건·김효진 교수 등에 의해서 쓰여져 있다. 부록으로서는 몇가지 시론들을 선택적으로 게재하고 있다.

37) 계획열, 헌법재판의 제도적 고찰 ; 이상규, 헌법재판소의 운영.

38) 구병삭, 『신헌법원론』(박영사 : 1990년 보정판), 26면.

기에 헌법재판이 투영하고 있는 정치적 사법으로서의 성격은³⁹⁾ 헌법결정들을 분석하고 그를 토대로 헌법재판의 활성화를 도모함에 있어서 특히 고려되어야만 한다. 무엇보다도 우리 헌법재판의 결정례들을 법실증적인 규범내용으로서만 보는 것은 이러한 본고의 목적에 비추어 볼 때 그 한계가 있다. 법과 정치·경제 등이 적어도 표면상으로나마 구분되는 법생활이 이루어지기 어려운 우리 헌정생활에 있어서 생동하는 헌법현실을 도그마틱한 규범으로만 평가한다면 파악되기 어려운 부분이 많음은 물론 헌재결정의 진정한 의도를 간과하기 쉽다.

본고가 분석하고자 하는 기준은 따라서 국가 권력구조의 한 부분을 이루고 있는 헌법재판소가 그 결정들을 통해서 어떻게 공권력을 통제하여 왔는가를 중심으로 살펴보고 이를 기초로 해서 앞으로의 바람직한 방향에 대해서 논술한다. 그렇지만 구체적으로 우리 헌법재판소의 결정례의 평석을 어떻게 할 것인가의 문제는 가장 어려운 부분이었다. 먼저 헌법소송의 제기요건에 관련된 사항은 제외했다. 또 결정주문의 유형과 효력에 대한 연구도 고려대상은 아니었다. 앞의 것은 보다 소송실무에 광범한 지식을 요하는 일일뿐더러 특히 위헌법률심판 및 헌법소원의 제기요건이라든지 그 대상범위, 그리고 뒤의 문제는 각각 별개의 주제로 다른 연구자에 의해 연구되는 부분이기 때문이다.

또한 그 내용에 대한 평석은 여러 형태로 분석될 수 있었다.

39) 계획열, 헌법재판의 제도적 고찰, 「월간고서」, 1989. 12, 69면.

위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우에 그 개별적 결정의 판단기준이 되는 헌법상 기본권목록의 적용정도를 체계화하여 다루는 방법은 전형적인 접근태도이긴 하였으나 이 또한 제외하였다. 거의 20여건에 가까운 위헌결정에 관련된 심판내용에 대한 개별적인 평석을 위해서는 유용한 것이겠지만 전체적인 그 활성화를 위한 접근은 어려우리라고 판단했기 때문이다. 결국 헌법재판의 정치·경제·사회적접근 방식을 택하여 그 활성화 방안을 찾기로 했다. 그런 점에서 우리의 현재결정들은 지난 시기의 과도한 공권력 행사와 오법개폐에 대한 것이 주류를 이루고 있음을 알 수 있었다.

보고에서는 헌법재판소가 구성 된지 3년여가 되는 지금 그 결정을 통하여서 본 위상이 어떠한고 그 바람직한 활성화방안이 무엇인지에 대해서 보고자 한다. 다만 지금까지 발표된 많은 문헌들과 세미나에서 이미 개별적 제도나 기능 및 결정례 등에 대해서는 상세히 다루었을 뿐 아니라 그 학문적 연구도 상당히 축적⁴⁰⁾되어 있고, 더군다나 90년 7월 19일에는 민주사회를 위한 변호사모임 주최의 토론회에서 「헌법해석과 헌법재판」을 주제로 개별 결정례 등을 비교적 비판적으로 분석하고 있다. 여기서는 개괄적으로나마 주로 우리의 헌법재판소 제도 자체가 헌정질서 내에서 확고한 뿌리를 내릴 수 있는 논의의 소재를 제공한다는 입장에 서고 싶다.

40) 김철수, 개회사, 『헌법재판의 활성화방안』, 2면.

제 2 절 헌법재판소 제도에 대한 회의와 극복

I. 제도에 대한 회의

헌법제정권자인 국민이 현행 헌법(제6장 : 제111조~113조)에 헌법재판소를 설치한 그 결단에 대해서, 예컨대 학자들은 소위 5공 당시의 헌법위원회가 단 한 건의 헌법심판도 하지 못한 휴면기간이기에 위헌심사를 보다 활성화하기 위한 것⁴¹⁾이고, 또 3공 당시의 미국식 사법심사제도가 단순히 사법권의 가상적 우위에 그친 우려⁴²⁾에 대한 반성으로 기본권보장과 권력행사에 대한 합리적인 통제방안에 대한 관심⁴³⁾을 가진다는 점이 생각될 수 있고, 그리하여 6.29선언 이후에 국민의 기본권을 신장시킨다는 측면⁴⁴⁾과 더불어서 설치된 것으로 말하고 있다. 따라서 헌법재판소가 몇 건이나마 위헌이라고 선언하여 그 법률을 위헌·무효케 한다면 그 기능을 과시할 수 있게 될 것⁴⁵⁾이라는 관측이 나오기도 했다.

이와 더불어 헌법제정시에 헌법위원으로 있던 당사자들⁴⁶⁾에 의하면

41) 김철수, 『헌법학개론』 (박영사 : 1990년 신고보정), 985—986면.

42) 김철수, 개회사, 3면.

43) 김철수, 개회사, 4면.

44) 허영, 종합토론, 위 『활성화방안』, 142면

45) 김철수, 헌법재판의 활성화론, 위의 책, 215면.

46) 임두빈, 종합토론, 위의 책, 146—147면.

“헌법을 만들 당시에 …헌법재판소에 대해서는 그리 신경을 많이 안 썼습니다. …그 당시 여야간에 이 헌법재판소를 두는 것은 옥상옥이다… 때문에 미국식 사법심사제도에 여야간 의견이 일치(민정당 개헌안 제108조, 신민당 개헌안 제102조, 대한 변협안 제102조 : 필자 주)되었다…그러나 가능하면 정치적인 사건은 …국회에서 끝내고 말아야지 사법부까지 신세질 수가 있느냐…그리고 보니까 위헌심사권 이것은 대법원에 주고, 정치적인 관계, 정당해산, 탄핵, 권한쟁의는 헌법위원회에서(민정당안 제7장 제112조 : 필자 주)하자. 그러니까, 야당에서 헌법위원회를 둘 필요가 뭐 있느냐 …모든 권한을 사법부에 주어야 한다… 그러면 구라파에 있는 소원제도를 갖다 넣는다고 하면 우리가(야당) 양보를 하겠다… 이 소원제도를 헌법재판소에다 두고 보니까”… “헌법재판소 그 자체가 어느 점에서 보면 사법부를 보호하는 것 같은데 어느 면에서 보면 사법부 불신과 입법부 불신에서 나온 겁니다”

라고 한다.

이 점에 대해서 한 참여자는⁴⁷⁾

“국민운동본부 측에서 …여당 안을 받으면서 헌법재판제도 즉 서독의 제도를 도입하는 것이 기본권 신장에 도움이 될 것이다. 이것은 헌법소원제도를 도입할 수 있기 때문이다. 이런 설명을 해서 야당이 이것을 받아들이고 그럼으로써 여야가 헌법재판소로 하자 하니까 여당에서는 이름만 헌법재판소로 하고 사실은 헌법위원회와 비슷하게 하면 될 것이다. 해서 이 타협이 합의에 이르렀던 것이다.”

라고 좀 더 상세히 설명하고 있다.

이렇게 본다면 애초에 헌법재판소가 6공 헌법에 들어간

47) 김상철, 위의 책

것은 그 적극적인 필요성에 의해서라기보다는 소극적인 대체수단으로서 생각된 것 같다. 때문에 그 장래에 대하여서도 ‘한국의 헌법재판제도는 활성화되기 어려울 것’이라는 의견이⁴⁸⁾ 많았던 것도 사실이며, 따라서 ‘법원이 헌법재판권을 행사했으므로 실패했던 것은 아니고 헌법과 직접·간접으로 관련이 있는, 헌법을 둘러싸고 있는 환경이 그럴 수밖에 없게끔 되었기 때문에 그렇게 실패했던 것’⁴⁹⁾이고 ‘헌법적 환경이 비민주적이라든가 헌법이나 헌법재판제도에 대해서 국민이 기대하는 바가 전혀 없는 경우에는 실패할 수밖에 없는 것’⁵⁰⁾이라고 한 것이다.

‘또 법원은 애초부터 독립된 기관으로서의 헌법재판소가 헌법재판권을 행사하는데 별로 호감을 갖고 있지 않았기에’⁵¹⁾ ‘헌법이 모처럼 법원으로부터 독립된 헌법재판소를 설치했지만 헌법재판제도가 장차 활성화될 그런 가능성은 희박하지 않느냐’⁵²⁾라는 견해가 많았던 것이다.

이러한 점은 ‘상당히 비관적인 생각을 가지고 있는 것이 지금 현재의 심정’⁵³⁾ 이라든지 ‘새로 채택된 헌법재판제도 아래에서 앞으로 헌법재판이 얼마나 활성화될 수 있을지는 의문’⁵⁴⁾ 이라거나 심지어는 ‘현행 헌법상의 헌법재판소는

48) 권영성, 한국의 헌법재판제도, 위의 책, 43면.

49) 위의 책 44면.

50) 위의 책 45면.

51) 위의 책 47면.

52) 위의 책 53면.

53) 김운용, 위의 책 118면.

54) 양건, 미국의 사법심사제와 80년대 한국의 헌법재판, 위의 책, 106면.

나쁘게 말한다면 일종의 정치적인 함정⁵⁵⁾이라고도 말하기까지 한 것이다.

이와 관련하여 법무부 법무심의관이 1987년 스페인과 오스트리아의 헌법재판소를 방문했을 때마다 질문한 “헌법재판소 제도를 채택한 나라를 보면 대부분이 연방국가로서 연방·주간의 기관쟁송 등에서 발생한 것으로 보는데 과연 그러한가”라는 부분도⁵⁶⁾ 헌법재판소의 탐탁치 못한 장래를 생각했던 것이 아닌가 하는 것으로 기억해 둘만 하다.

그러면서도 이에 「전적으로 동감」⁵⁷⁾하는 입장이지만 다만 「비관적이라는 말 가운데서 활성화의 가능성 또는 희망을 찾을 수 있고」⁵⁸⁾, 이는 「국민까지 포함해서 민주화하려는 의지와 노력 여하에 달려 있다」⁵⁹⁾는 의견 또한 상당한 반응을 얻었던 것으로 보였다.

II. 제도적 회의에 대한 극복

그러나 헌법재판소가 구성된지 1년여인 89년 8월 31일까지 5건 법률위헌결정과 1건의 헌법소원 인용결정이 있었고, 2년여가 되는 90년 9월 10일 현재 825건의 각종 사건이 접수되어(이 중 위헌법률심판사건이 28%인 226건, 헌법소원심판사건이 72%인 599건이고 기타 권한쟁의 심판, 정

55) 이상돈, 위의 책 124면.

56) 법무부, 위 주(1) 책, 316—317면.

57) 계획열, 위 『활성화 방안』, 55면.

58) 위의 책 55면.

59) 위의 책 56면.

당해산심판 그리고 탄핵심판사건은 접수되지 않고 있다) 561건이 처리되었다.

그리고 1991년 1월 31일 현재에는 더욱 많아져 1018건의 사건 접수에 698건이 처리되어 인용 24건, 기각 74건, 각하 321건, 소취하 111건, 기타 미지정 163건 그리고 현재 320건이 계속중에 있다. 좀 더 보면 법률위헌결정 13건 헌법 불합치 결정 1건, 한정합헌결정 3건, 권리구제형 헌법소원(헌재법 제68조 제1항)705건 접수에 9건 인용, 위헌심판형 헌법소원(제68조 제2항) 83건 접수에 2건 인용, 기타 1건의 권한쟁의가 접수되어 있다. 탄핵과 정당해산심판은 접수되지 않고 있다.

이는 그 내용을 보기 이전에 헌법재판소에 대한 처음의 불투명한 전망이 어느 정도는 기우였음을 보여주는 것이다. 이 점은 우리의 헌법재판사를 보면 보다 더 명확해진다. 즉 1공헌정시의 헌법위원회에 의한 2건의 위헌결정(농지개혁법, 비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치법)이 있었고, 3공헌정시의 대법원에 의한 2건의 위헌결정(국가배상법, 법원조직법)등을 본다면, 나아가 특히 81년부터 88년 6월까지 우리 대법원은 149건의 헌법사항에 대한 판단이 있었으나 한 건도 헌법위원회에 위헌심판을 제청하지 않았다는 점을 상기할 필요가 있는 것이다.⁶⁰⁾

60) 우리의 경우와 똑같이 비교할 수는 없으나 일본에서도 전후 지금까지 6건의 위헌결정이 있었을 뿐이고, 미국 연방대법원에서 연방법률에 대한 첫 번째 위헌판결인 Marbury case는 1803년에 나왔다. 하지만 2번째 위헌은 아마도 연방대법원이 내린 사상 최악의 판결인 Dred Scot case로서 이는 1857년의 일이라는 점

물론 5공청산이라는 전제에서의 악법개폐라는 상황도 있었겠지만 헌법재판소의 전향적인 자세를 엿볼 수 있는 대목이다. 즉 ‘헌법재판소가 설치된 지 얼마 안 되는 짧은 기간 내에 과거 어느 때보다도 활발한 것은... 아마도 민주화에 따른 변화를 확인할 수 있는 가장 좋은 예 중의 하나인 것’⁶¹⁾ 이면서 ‘민주화의 새 시대에 옳든 그르든 그 나름대로의 기능을 하고 있는 것으로 평가되는 제도⁶²⁾’라고 말할 수 있는 것이다.

90년 5월 7일부터 10일까지 터키 앙카라 헌법재판소에서 열린 「제8차 유럽헌법재판소 회의」에 옵서버 자격으로 참석한 조규광 헌법재판소장은 헌법재판소에 의한 헌법재판 건수가 「헌법재판소의 현재와 장래에 있어서 중요성을 보여주는 징표」⁶³⁾라고 하여 앞으로의 자세를 짐작케 해주고 있다.

헌법재판소는 헌법보호와 정치적 통합 그리고 국가권력의 조정과 통제 및 기본권보호 기능을 담당한다.⁶⁴⁾ 헌법재판소가 지니는 헌법보호 및 헌법재판기관으로서의 지위는 재판관을 통한 정치규율 작용에서 나오는 것이며, 때문에 헌법재판관은 사법적 지식뿐만 아니라 정치적 양식도 갖추어야

을 보면 우리 헌법재판소의 전향적 자세를 엿볼 수 있는 것이다.

61) 계획열, 헌법재판의 제도적 고찰, 「월간고시」(제16권 12호 : 1989. 12), 67면.

62) 안경환, 헌법재판의 정치적 성격과 그 의의, 「고시행정」 제15호 : 1990. 7), 115면.

63) 법정신문(1990. 6. 11, 월), 6면.

64) 계획열, 앞의 논문

한다. 헌법재판소는 특히 기본권 보장과 권력통제라고 하는 기능을 실효성 있게 수행해야 하는 바 이는 지금까지의 현재결정례 등을 보면 위헌법률심판과 헌법소원심판을 통해서 이루어졌기에, 바로 그 같은 결정례들을 통해서 이러한 기능, 특히 그 정치적 형성이 어느 정도로 수행되고 있는지 보기로 한다.

제 2 장 공권력 행사주체의 통제를 통한 현재의 국민권익 실현

제 1 절 헌법재판소에 의한 오법개폐

I. 신체의 자유

1. 사회보장법 위헌결정

대법원 형사 2부(주심 : 이회창 대법관)는 1988년 11월 17일 헌법재판소에 사회보호법 제5조에 대한 위헌심판을 제청했는데,⁶⁵⁾ 유신이후 16년 만이고 5공초 국가보위입법회의에 의해서 제정된 악법의 개폐신호인 것이다.⁶⁶⁾ 이에 대

65) 이는 사회보호법 제5조에서 정하는 바의 일정한 범죄전력의 횃수와 복역기간 등 소정요건을 갖추기만 하면 일률적으로 10년 또는 7년의 보호감호에 처하도록 한 규정을 위헌으로 본 것이다.

66) 대법원 재판부는 결정문에서 사회보호법 제5조는 행위자의 위험성과 격리의 필요성 등을 비교해 감호기간을 정할 수 있는 재량을 법원에 주지 않아 공정성과 합리성 및 상당성을 결여한 것으로 헌법 제12조 제1항 후문이 규정한 “적법절차”에 위배된다는 해석이 나올 수 있다고 밝혔다.

해서 헌법재판소는 1989. 4. 17선고로 위헌결정(88헌가 5. 8, 89헌가 44 <병합> 결정)을 내렸는바, 5공 초기 국보위가 적법절차를 무시하고 무리하게 제정한 법률에 대한 최초의 공식적인 법적 판단이라고 할 수 있다. 이에 의해서 광주지법 해남지원에서는 90년 6월 처음으로 피보호감호자의 재심청구를 받아들여 보호감호를 취소하였다.

이 결정에 대해서는 사법부가 세상이 달라지니 좀 정신을 차리는 것 같다⁶⁷⁾는 점에서 우리 사법사상·헌정사상 획기적인 사건⁶⁸⁾이면서, 나아가 이는 80년 국가보위입법회의에서 제정·개정된 법률 등에 대한 사법적 치유를 위한 구시대 법체제 청소작업⁶⁹⁾이라는 평가가 주로 언론계에서 나왔다. 다만 대법원이 보안처분과 형벌을 본질적으로 구별하고⁷⁰⁾ 따라서 형벌에 관한 죄형법정주의와 일사부재리 또는 법률불소급원칙이 보안처분에는 적용되지 않는다⁷¹⁾면서, (구)사회보호법 제5조의 보호감호는 구헌법 제11조 제1항에는 합치되나 현행헌법 제12조 제1항 2문의 『적법절차』에만 위배된다고 한 점⁷²⁾은 비판받고⁷³⁾ 있었다.⁷⁴⁾

67) 사실, 보호감호 「위헌」 당연하다, 한국일보(1988. 11. 19, 토), 2면.

68) 김주원, 대법원의 ‘두 마리 토끼잡기’, 한겨레신문(1988. 11.24, 목), 6면.

69) 사실, 인권침해 법률의 청소, 동아일보(1988. 11. 19, 토), 2면.

70) 대판 82. 12. 28 82도 2653·82 감도 561 ; 83. 6. 28, 83도 1070 83 감도 208 등

71) 사실, 사회보호법의 위헌심사제청, 법률신문(1988. 11. 24, 목), 2면.

72) 그렇지만 구법은 비록 적법절차라는 말을 쓰지 않았더라도 그것을 포함하는 법치주의는 타당한 것이기에 이를 애써 무시하는 이 결정은 법실증적(동지 : 김주원, 위의 글(68)이며 받아들일 수 없는 부분인 것이다.

73) 그렇게 해석하지 않는다면 5공시대 삼청교육대를 거쳐 계속 감호소

법무부는 이에 대한 결정이 있기 전에 법개정을 서둘면서 사회보호법의 시행과정에서 발생한 문제점은 형사정책적 차원에서의 개정에 기한 적절한 운영이 바람직스럽다는 의견서를 12월 15일에 제출하였으나,⁷⁵⁾ 헌법재판소는 1989년 4월 17일 사회보호법에 대한 위헌 결정⁷⁶⁾을 내렸던 것이다.⁷⁷⁾

가. 반대의견의 정치적 미흡성

재판관 한병채는 헌법재판의 제청요건이며 존속요건인 재판의 전제가 되는 구법이 폐지되어 유리한 신법이 적용되게 되었으므로 그 재판의 전제성이 상실되었고 판단의 필요성이 없어져 폐지된 구법에 대하여 위헌여부를 심판할

에 역류시킨 것은 합헌이고 6공에서 보호감호처분만 위헌인 셈이 되기에, 위 동아일보 사설(69)에서는 구시대 독소법률의 치유를 사법적 구제에만 의존하지 말고 입법적 청소를 하자고 주장하는 것이다.

- 74) 이전 사회보호법상 보호감호는 폐지하고 치료감호제만 존속시키자는 야당과 재야단체, 변호사단체 등의 요구와는 다른 견해를 보인 것이다. 한겨레신문(1988. 11. 19, 토) 10면, 대법원 보호감호 위헌결정의 의미, 참조.
- 75) 이 의견서 제출은 헌법재판소가 위헌심사를 할 경우 법무부의 의견을 듣도록 한 헌법재판소 운영규정에 따른 것인데, 이 의견서전문에 대해서는 법률신문(1988. 12. 22, 목), 9면과 (12. 26, 월) 9면>에 상·하로 게재되어 있다.
- 76) 사회보호법 제5조 제1호의 위헌결정문, 사건 88헌가 5, 8, 89헌가 44(병합) 사회보호법 제5조의 위헌심판, 제청법원 대법원(1988. 12. 14, 88감도 110, 1988. 12. 22, 88감도 143, 1989. 2. 14 88감도 164 보호감호), 1989. 3. 25 개정전 사회보호법(1980. 12. 18, 법률 제3286호) 제5조 제1항은 헌법에 위반된다. 같은 법 제5조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.
- 77) 「사법행정」(1989. 8), 106—115면 참조. 이 결정은 전원합의부에서 내려졌는데, 다수의견과 다수의견을 보충하는 이시윤 재판관의 보충의견, 구법은 재판의 전제성이 없으므로 각하해야 한다는 한병채, 김양균, 최광률 재판관의 소수의견, 구 사회보호법 제5조 제2항도 헌법에 위반된다는 변정수, 김진우 재판관의 소수의견도 있었다.

이유가 없어졌기에 본건은 각하되어야 한다는 반대의견을 개진한 것이다. 재판관 김양균도 그 반대의견에서 헌법재판의 필요성은 위헌심판 제청시는 물론 심판전과 진행중에도 존속해야 하며 사정의 변경으로 그 필요성이 소멸하면 위헌심판의 적격성도 소멸한다고 하였고, 재판관 최광률도 재범의 위헌성 요건을 누락한 구법 제5조 제1항 제1호가 폐지된 이상 그 법조에 대한 위헌 판단은 제청법원에 계속 중인 당해 사건의 재판에 있어서 직접적이고 절대적으로 필요한 헌법판단이 아니어서 위헌판단의 필요성이 없어졌으므로 그 심판제청을 각하하여야 한다고 반대의견을 내놓았다.⁷⁸⁾

그러나 이 의견들은 결정에 대한 정치적 접근으로서는 미흡한 것이었다.

나. 다수의견의 공권력 통제성⁷⁹⁾

다수의견은,

사회보호법 제5조가 이 사건 심리 중 개정되었고 그 개정 법률 부칙 제4조에서 개정법률 시행 당시 재판계속중인 사건에 대해서도 개정법률을 적용한다는 경과규정을 두었더라도, 죄형법정주의의 원칙에 비추어 법원에 계속 중인 당해 사건에서 개정법률인 신법이 소급적용되려면 행위시의 법률인 구법 제5조가 합헌이어야 하고 신법이 구법보다 피감호청구인에게 더 유리하여야 하므로, 법원이 당해 소송

78) 사법행정, 위의 글, 114면.

79) 사법행정, 위의 글, 109—110면 ; 사실, 절대적 보호감호는 위헌, 법률신문(1989. 7. 24, 월), 2면.

사건을 재판함에 있어서 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급적용 될 수 있기 위한 전제문제로서 당해 사건의 재판의 전제라 할 것이고, 따라서 헌법재판소는 구법 제5조에 대한 위헌여부에 대한 심판을 하지 않을 수 없다고 한 것이다.

그리하여 다수의견의 보충의견을 들은 이시윤 재판관은, 제청법원인 대법원이 제청신청을 유지하는 입장이므로 이를 존중해야 할 것이고, 본건 외에 계속중인 사회보호법 관련 헌법소원에서도 구법 제5조 제1항의 위헌성은 선결적 판단사항이어서 그 해결에 획일적인 지침을 제시해 줄 수 있다고 하여 그 타당성을 주장한 것이다.⁸⁰⁾

2. 위헌결정의 헌법적 근거

헌법재판소는 보호감호와 형벌은 비록 다 같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이기는 하나 그 목적과 기능이 다른 별개의 제도이므로 형벌과 보호감호처분을 서로 병과하여 선고한다 하여 헌법 제13조 제1항에 정한 이중처벌금지 원칙에 위반되는 것은 아니며, 따라서 헌법의 규정에 의거하여 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하고 오로지 입법권자의 형성의 자유에 속한다고 하였다.⁸¹⁾

구법 제5조 제1항은 보안처분의 본질적인 요건인 재범의

80) 사법행정, 위의 글, 114면.

81) 사법행정, 위의 글, 110—111면.

위험성을 그 요건으로 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 다른 요건을 충족하면 재범의 위험성의 존부에도 불구하고 법관에게 10년의 보호감호를 선고할 의무를 부과하고 있으므로 이는 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 법률과 적법한 절차에 위반됨은 물론 헌법 제37조 제2항에 정한 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 것이고, 나아가 법원의 판단재량의 기능을 형해화시켜 헌법 제27조 제1항에 정한 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하여 헌법에 위반된다고 하였다.⁸²⁾

법 제5조 제2항의 보호감호의 요건은 재범의 위험성이 인정되는 때로 규정하고 있고, 감호기간인 7년 기한은 단순히 집행상의 상한으로 볼 때에는 위헌이 아니라고 했다.⁸³⁾ 이에 대해서 재판관 변정수, 김진우의 반대 의견은 형벌외에 따로 보호감호제도를 둘 필요가 없을 만큼 그 본질과 집행내용에 차이가 없다고 하면서, 그렇기에 이는 헌법 제13조 제1항의 거듭처벌금지 원칙에 반하고 따라서 보호감호는 적법절차에 의한 보안처분이 될 수 없다고 한다.

3. 결정의 의미

위 결정으로 그 즉시 피감호자의 감호집행이 면제 정지되는 것은 아니었다. 즉 위헌으로 결정된 사회보호법 제5조 제1항 제1호는 그 결정이 있는 날로부터 효력도 상실하게

82) 사법행정, 위의 글 111—113면.

83) 사법행정, 위의 글, 113면.

되기에 그 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서 재심 청구만 하면 검사의 감호청구가 당연히 기각되어 감호소에서 모두가 풀려나오는 것이 아니라, 법원에 의하여 구법에 따른 재판을 받을 때 실질적 심사를 받지 못하였던 재범의 위험성에 의하여 새로 심사를 받을 이익을 향유할 뿐이었던 것이다.

그런데도 법무부에서는 재심 자체에 대해서도 법 제47조 제2항, 제3항에서 볼 때 소급적으로 그 효력이 상실되는 「형벌에 관한 법률」 속에 사회보호법은 해당되지 않으며, 보호감호처분과 형벌이 다르다는 일관된 대법원판례를 들어 이를 인정하지 않고 있음은 지적될 만한 것이다.

즉 헌법재판소의 공권력 통제기능이 아직도 미약함을 알 수 있다.

정치적인 의의로서 볼 때 어쨌든 이는 제5공화국 초기 국가보위입법회의가 적법절차를 무시하고 무리하게 제정한 법률에 있어서 5공청산을 의미하는 최초의 공식적 판단이다.⁸⁴⁾

II. 직업공무원 제도

이에 관련하여 헌법재판소는 1989년 12월 18일 89 헌마

84) 한겨레신문(1989. 7. 18), 6면.

이 결정에서는 폐지된 법률(실효된 법률)이라도 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 심판청구인들의 침해된 법익을 보호하기 위하여 그 위헌 여부가 가려져야 할 필요가 있는 때에는 심판의 대상이 된다고 하는 부분도 있다.

32, 33(병합)결정으로 국가보위입법회의 등의 위헌여부에 관한 헌법소원 인용(위헌)결정을 내렸는바, 즉 그 법 부칙 제4항 후문은 처분적 법률로서 공무원의 귀책사유 유무를 불문하고 면직시키는 규정인 점에서 헌법 제7조 제2항의 공무원 신분보장규정에 위반된다고 하여, 5공초기 공무원 대량해직의 법적 청산이라는 또 다른 면을 보였다.

즉 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단이 규정하고 있는 「……그 소속공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다」라는 내용은 행정집행이나 사법재판을 매개로 하지 아니하고 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률, 즉 법률이 직접 자동집행력을 갖는 처분적 법률의 예에 해당하는 것이며, 따라서 국가보위입법회의 의장 등의 면직발령은 위 법률의 후속조치로서 당연히 행하여져야 할 사무적 행위에 불과하다고 한 것이다. 이와 같이 위 법률 부칙 제4항은 공무원에게 귀책사유의 유무를 불문하고 면직시키는 것으로 규정하고 있는 점에서 헌법 제7조 제2항(구헌법 제6조 제2항)의 공무원의 신분보장규정에 위반된다고 했다. 헌법상 직업공무원 제도에 근거해서 소위 5공청산을 시도한 점은 눈여겨 볼만하다.

현재는 그러한 직업공무원제도가 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치국가적인 공직제도라고 하면서, 조직의 운영 및 개편상 불가피한 경우 외에는 임명권자의 자의적 판단에 의하여 직업공무원에게 면직 등 불리한 인사조치는 함부로 할 수 없음을 의미하는 것으로서 이에 어긋나는 것일 때에는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것이

라고 한다. 즉 국가보위입법회의법이라는 새로운 법률에서 공무원의 기득권을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 신뢰 보호의 원칙에 위배되는 것으로서 입법형성권의 한계를 벗어난 위헌적인 것이라고 하여 그만큼 5공 정권의 신뢰할 수 없음을 밝히고 있다.

Ⅲ. 선거권

서울민사지방법원 합의12부가 내린 국회의원선거법 제33조·제34조의 위헌심판의 제청은 대법원이 아닌 하급법원 으로서는 최초의 심판제청이다. 이에 대하여 헌법재판소는 과도한 기탁금에 대하여 정당국가보다는 실질적 국민주권 국가성을 우선시켜서 89년 9월 8일, 88 헌가 6의 결정으로 헌법불합치결정을 내렸다.

1. 논의과정

1988년 4월 26일 제3대 국회의원 총선거에서 서울의 종로 지역구에 공화당 후보로 출마하였으나 낙선하여 국회의원 선거법 제33조 및 제34조에 의하여 기탁한 금액이 국고에 귀속되었다. 이에 그 기탁금을 부당이득금으로서 반환청구 하기 위하여 국회의원 선거법 제33조가 정하는 기탁금과 정당추천후보자와 무소속후보자의 기탁금을 1천 만원과 2천 만원으로 차등을 두어 정당인과 비정당인간에 지나친

차별대우를 하는 것 그리고 당락이라는 선거결과에 따라 기탁금반환에 관해 차별대우를 받게 한 같은 법 제34조 규정은 보통·평등선거 원칙에 반하고, 헌법 제11조의 평등 보호규정이나 제25조의 공무담임권 규정에 위배된다고 위헌심판제청을 신청했다(사건 88 가합 46330 부당이득금반환).

이에 서울 민사지법은 이에 관한 위헌결정을 내리고(88년 12월 12일 선고) 그 심판을 헌법재판소에 제청했다(88 카 56572, 88년 12월 16일).⁸⁵⁾ 참고인진술로서 계획열 교수의 견해는 다음과 같았다.⁸⁶⁾

민주주의에 있어서의 선거는 국민주권의 구체적 제도로서 통치의 정당성 확보뿐 아니라 소수자가 다수자로 될 수 있는 기회균등, 특히 소수자보호와 국민의 정치의사 형성에의 참여를 실현시켜 주는데, 대중민주주의적 정당국가에서는 선거에 의한 정당교체로 구체화되기에 그만큼 개인은 무의미하게 된다. 따라서

① 기탁금제도가 평등권, 공무담임권, 선거권의 각 규정에 반하기는 하나 곧바로 위헌은 아닌 바, 그것은 다수후보자의 난립을 막는 제도적 장치이기 때문이다.

② 기탁금의 국고귀속제도, 즉 후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 당해지역구의 유

85) 이 위헌제청결정의 전문은 법률신문(1988. 12. 26, 월), 8면 참조.

86) 진술문의 전문은 『헌법재판에 관한 참고인진술집』(헌법재판자료과 제2집 : 1989. 9), 17—33면 ; 동, 국회의원선거법제33조(기탁금제도) 제34조(기탁금의 국고귀속제도의 위헌여부에 관한 문제, 고시연구(제 189호 : 1989. 8), 188—203면.

효투표 총수의 1/3을 초과하지 못한 때 그 후보자의 기탁금은 제58조 제1항의 비용을 공제한 후 국고에 귀속하도록 하는 규정은 기탁금제도의 효과적인 수행수단이면서 양당제 확립이라는 민주주의 요청을 충족시켜 주는 제도이다.

③ 정당후보자와 무소속후보자의 차별도 대중적인 정당국가적 민주주의에서 개인에 비교한 정당의 정치의사형성력 등에서 합리적이고 정당한 차별은 필요하나 어느 정도의 차별이 입법권자의 입법형성권의 한계를 벗어나지 않는가를 실제적 조화의 법칙에 비추어 볼 때, 1,000만원의 차별은 지나치다고 할 만하다고 하였다.

2. 현재 결정

1989년 9월 8일 헌법재판소는 이에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다⁸⁷⁾

그런데 이 주문형식은 1) 국회의원선거법(1988년 3월 17일 법률 제4003호 전문개정) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니하고, 2) 위 법률조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다라고 하였다.

국회의원선거법의 위 규정은 국민주권과 자유민주주의의 기본원칙, 평등보호규정에 반하고 국민의 참정권, 공무담임

87) 전문내용은 헌법재판소(주심재판관 : 한병채), 『국회의원선거법 제33조·제34조의 위헌심판청구에 관한 결정문』(1989. 9. 8), 1-85면; 법률신문((89. 9. 18, 월), 6-7면.

권, 보통·평등선거제도의 원칙을 보장한 헌법규정에 합치되지 않는다. 국민 각자가 국가의 실질적인 주인이 되는 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 헌법해석론하에서 선거법은 국민이 정부를 구성하고 국정을 심판을 할 수 있어야 하기 때문이다.

현행 선거법상의 기탁금제도는 유신(1972. 10. 17) 이후인 1973년 3월 12일(법률 제2603호)에 이를 확대한 것을 그대로 답습하여 기탁금을 더 고액으로 증액하였는데, 이는 국민의 소득, 임금, 저축수준에 비추어 볼 때 유권자의 58%나 되는 20대 30대 젊은 세대나 일반서민의 입후보 기회를 사실상 봉쇄하는 과도한 액수이어서 국민에게 입후보의 자유와 기회균등을 보장한 헌법상의 기본권을 침해하고 있다.

또 아무리 정당국가적 민주주의라고 하더라도 그 과도한 기탁금의 차등은 무소속 출마를 제한하고 입후보자의 수를 축소시키는 등 국민의 선택과 심판을 제한하는 것이어서 보통·평등선거제도의 원칙 및 평등권(§11)에 위배된다.

이는 선거제도원리 및 주권의 존엄성을 해치고 정당한 이유 없이 국민에게 재산적 부담을 지우는 것이 된다. 외국에서 기탁금을 두는 나라는 약 50%에 불과하고 금액도 극히 명목적임은 물론 특히 그 고액기탁금을 국고에 귀속하는 예는 세계 어느 나라에도 없고 이는 선거경비를 입후보자에게 부담시키는 것이 되어 헌법 제11조에 반한다.

3. 불합치결정(변동판결)

이는 국회의 권위와 동질성을 보장하고, 국회가 스스로 선거법을 개정하기 전에는 재선거나 보궐선거시에도 그 효력을 지속시켜서, 법률의 효력상실시기에 대한 형식적 논쟁보다 국민대표를 선출하는 절차와 국회의 기능이라는 헌법적 사항을 유지시킴에 있다.

변정수 재판관은 불합치결정에 대해서 위 법률조항이 위헌이라거나 위헌결정으로 그 효력을 상실시켜 앞으로 있을 지도 모를 재선거나 보궐선거나마 합헌적 선거가 될 수 있게끔 해야지, 그렇지 않은 위 결정은 결정이 있기 전후에나 똑같이 위헌적인 제도하에서 선출되게 한다고 하며, 김진우 재판관도 또한 헌법재판의 창조적 기능은 존중되어야하고 국회의원 입후보 기탁금제도 자체에는 위헌성이 없다는 점과 입법권자의 권위존중과 동질성 보장의 결과임은 이해가 되나, 이 사건의 경우 입법권자의 법개정을 기다릴 것 없이 결정일로부터 즉시 그 법률조항의 효력을 상실케 하여도 국가존립에 위협을 미칠 법의 공백이나 사회적 혼란이 생길 특별한 사정이 있는 것도 아니므로 바로 상실케 해야 하고, 또한 단순히 위헌선언을 하고 그 후 법개정 문제는 입법권자의 위헌성이 없는 범위 내에서 그 고유의 권한을 행사케 함이 가하다고 하였다.

이 결정에 대하여 야당은 환영 논평(89. 9. 8)을 했다. 찬성하는 입장은 이 결정이 건전한 정치문화 발전을 해하는

정치적 야합을 막고,⁸⁸⁾ 기본권에 바탕을 둔 실질적인 해석을 했다는⁸⁹⁾ 등 높이 평가하고 있다.⁹⁰⁾

그러나 후보자 난립이 몰고 오는 정치의 난기류 현상의 우려, 너무 낮게 책정된 기탁금은 그 제도 자체의 존재의의를 무색케 할 수도 있고, 그렇다면 수억 원이 아닌 바에야 국회의 입법재량에 맡기는 것이 옳기에 이 결정은 자칫하면 국민이 대표를 뽑아 법을 만들 수 있는 참정권의 다른 쪽의 간여일 수도 있다는 논평도⁹¹⁾ 있다.⁹²⁾

IV. 5공청산의 미흡

신체자유나 국민의 정치참여가 지난 시기에 제대로 보장되지 않았던 것에 비추어 볼 때 위 결정들은 정치적 민주화과정의 법적인 표출이며, 특히 헌법재판소에 의한 유신·5공청산의 법적 정리인 점에서 지지부진한 국회에서의 악법개폐특위의 한계는 물론 대통령의 법률안거부권 행사의 한계기준이 어떠해야 하는가를 보여주는 것이다. 헌법재판소에 의한 악법의 위헌결정과 그에 따른 효력 상실이 국회를 중심으로 한 정치적 개혁보다 더 유효할 수 있음이 반증되면서도, 다만 그렇게 때문에 헌법재판소의 정치적

88) 한겨레신문(1989. 9. 9, 토) 3면.

89) 사실, 선거기탁금 위헌결정, 법률신문(1989. 9. 18, 월), 2면.

90) 조선일보(1989. 9. 9, 토), 3면 ; 국민일보(1989. 9. 8, 금) 등.

91) 사실, 동아일보(1989. 9. 9, 토), 2면.

92) 이 입장에 근거가 줄고, 국민주권과 헌법국가, 법률신문 1989. 11, 참조.

존립이라는 그 위상이 정치권력에 의해서 위협을 받을 수도 있다는 점이 고려되어야 할 것이다.

다만 사회보호법 개정 전에 필요적 감호에 처해진 자에게 동법 개정 후에 재심에 의하여 재범의 위헌성이 인정돼 다시 보호감호를 선고하는 것이 헌법 제13조 제1항이나 개정 사회보호법 부칙 제4조에 위반된다고는 할 수 없다(대법원 제2부 1990. 8. 28 선고. 90 감도 12)는 판결이라든, 국회의 원선거법의 헌법불합치결정에서 헌법재판소가 아예 결정주문에 그 법률조항이 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다고 하는 것 등은 헌법재판소의 실질적인 권력통제기능의 한계를 보는 듯하다.

또 국회의원선거법 제33조, 제34조의 헌법불합치 결정이 있음에도 불구하고 지방의회 의원선거법 제36조에 시·도의회 의원후 보자는 700만원, 구·시·군의회 의원후보자는 200만원의 기탁금을 내도록 하고 있는 바 이 또한 위헌의 의심이 짙음에도 개정하지 않은 채로 시행될 처지에 있는 것이다. 이미 현재는 비록 국회의원에 한하는 것이긴 해도 91년 5월까지 선거법을 개정하라고 하지 않았는가.

제 2 절 국민 개개인의 권익실현 미진

I. 기본권의 직접효력—정보권 인정

헌법재판소가 89년 9·4선고한 88헌마 22결정은⁹³⁾ 실정법

에 근거하지 않고 직접 헌법규정이나 원리에 의거하여 구체적인 국민 개개인의 정보공개청구권이라는 권리를 도출했다는 점으로 해서 국민의 기본권 실현에 필수적인 법제정을 국회가 미루거나 대통령의 부당한 법률안거부권 행사에 대하여 헌법재판소는 헌법소원을 제기한 당사자에게 개별적으로나 실질적인 권리보장을 해주어 그 권력기관으로서의 틀을 마련했다는 점에 의미가 있다.

II. 민중생존권 보장미흡과 집단이익의 무리한 보장

93) 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없을 때에는 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 전심절차이해요건은 배제된다.

헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해의 유무를 직권으로 심사하여야 한다.

부동산 소유권의 회복을 입증자료 사용하고자 청구인이 문서의 열람·복사 신청을 하였으나 행정청이 이에 불응하였다 하더라도 그 불응한 행위로 인하여 청구인의 재산권이 침해당하였다고는 보기 어려우나, 청구인의 정당한 이해관계가 있는 정부보유의 정보의 개시에 대하여 행정청이 아무런 검토 없이 불응한 부작위는 헌법 제21조에 규정된 표현의 자유와 자유민주주의적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문, 제1조, 제4조의 해석상 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)로서 인정되는 “알” 권리를 침해한 것이고 위 열람·복사의 처리는 법률의 제정이 없더라도 불가능한 것이 아니다.

〈재판관 최광률의 반대의견〉

청구인은 정부공문서규정 제36조 제2항에 의하여 임야조사서 및 토지조사부의 열람·복사 청구권이 있고 이에 대한 행정청의 부작위는 행정쟁송의 대상이 되므로 헌법소원심판청구의 보충성의 원칙에 대한 예외사유가 될 수 없다.

1. 민중생존권의 보장미흡

민중의 생존권으로 부각되고 있는 교육권과 노동권에 대해서는 아직 결정을 내리지 못하고 있다. 즉, 전국공무원노동조합협의회는 공무원의 단체행동권을 전면 금지하는 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 헌법 제33조 제2항과 제3항에 위반된다고 하는 헌법 소원심판청구를 한 것, 또한 교직원의 로조 결성이 금지된다고 하는 취지의 국가공무원법 제66조 제1항, 제84조 그리고 사립학교법 제55조가 헌법 제29조 제4항, 제20조 제4항, 제20조 제1항, 제30조 제1항, 제10조 제1항에 위배된다고 전교협 등이 제기한(89년 5월 18일) 헌법소원심판청구 등에 대한 판단이 없는 것이다. 그리하여 90. 12. 24일 현재 전교조 가입을 이유로 해직된 국·공립교사 101명이 공립학교 교원의 노조결성의 금지를 규정한 국가공무원법 제66조 제1항에 대한 헌법소원을 제기하였다.

다만 대법원 제11부는 90년 4월 11일 전교조를 부정하는 취지의 국가공무원법 제66조 제1항을 위헌이 아니라고 했으며, 또한 서울민사지방법원 합의 제42부는 90년 5월 7일 사립학교 교원의 노동3권을 제한하는 사립학교법에 대한 위헌제청 신청을 기각했다. 그렇지만 국정교과서와 검정교과서 제도에 관한 교육법 제157조의 위헌을 구하는 헌법소원이 5월 10일 제기되었고 이에 대하여 9월 4일 이를 헌법

재판소가 전원재판부로 넘긴 것은 특기할 만하다.

그런데 헌재는, 90년 10월 8일 교육공무원법 제11조 제1항에서 국·공립의 교육대학, 사범대학 기타 교육양성기관의 졸업자 또는 수료자를 우선하여 채용하도록 한 것은, 평등권과 직업선택의 자유를 보장한 헌법규정에 위배된다고 하여 전원일치의 위헌결정을 내렸다.⁹⁴⁾ 비록 헌재 재학 중인 국립사범대 및 교육대생들의 기득이익이 침해될 수도 있다는 점은 있으나 무엇보다도 점차로 일반사회의 균등한 국가형성에의 참여요구가 받아들여지고 있다는 점에서 시의적절한 결정이었다고 생각된다.

94) 교육공무원법 제11조 제1항의 위헌심사(위헌결정) (헌법재판소 1990. 10. 8선고, 89헌마 89결정)

(1) 교육공무원법 제11조 제1항이 규정한 국·공립 사범대학 졸업생 우선 채용의 특혜는 사립사범대학을 졸업하거나 일반대학에서 교직과정을 이수하여 교사자격을 얻은 자에게 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 반사적으로 제한 또는 박탈하게 되어 교육공무원이 되고자 하는 자를 그 출신학교의 설립주체나 학과에 따라 차별하는 결과가 된다. 이러한 차별은 합리적인 존재이유가 있지 아니하는 한, 헌법이 규정한 직업선택의 자유와 평등의 원칙에 반하는 것이라고 할 것이다.

(2) 법 제11조 제1항이 규정한 입법목적이 아무리 정당하더라도 그것만으로는 국·공립 사범대학출신의 교사자격자에게 우선 채용의 특혜를 부여함으로써 교원자격의 본질적 요소에 있어서 아무런 차이가 없는 사립사범대학출신의 교사자격자를 차별하는데 대한 합리적인 근거가 될 수는 없다. 나아가 이러한 차별은 오히려 그 입법목적에 반하는 결과를 낳을 수도 있다.

(3) 일반대학에서 교직과정 이수한 교사자격자의 경우에는 사범대학 출신자에 비하여 교육공무원으로 채용함에 있어 그 채용비율을 다소 불리하게 배정하는 차별은 합리적인 근거가 있으나 법 제11조 제1항을 적용하여 교직과정이수자를 교육공무원의 채용에서 완전히 배제하는 현재의 상황은 그 차별의 정도가 지나치고, 입법목적 달성의 수단으로서도 심히 균형을 잃고 있어서 비례의 원칙에 어긋난다.

2. 집단적 이익의 무리한 보장

일반인의 생활에 관련된 사건으로서, 예컨대 그린벨트의 개발제한에서 보듯이 재산권 행사를 막는 도시계획법 제21조, 제54조에 대한 위헌제청이 신청되었다(89년 2월 14일). 다만 90년 5월 8일 대법원은 이에 관한 위헌제청 신청을 기각하였다. 이에 더하여 군사회생동지회가 89년 4월 10일 제기한 헌법소원인 국가배상법 제2조 제1항 단서의 2중배상 금지규정에 관련한 사안들이 있는 바, 이러한 것들을 헌법재판소가 보다 기본권 우호적으로 결정했으면 하는 것이다.

그럼에도 불구하고 특정 집단에 관계되는 사안에 대해서는 물론 그 개개 결정이 부당하다는 것은 아니지만 적극적이란 느낌을 질게 한다. 예컨대 변호사의 개업지 제한을 변호사법 제10조 제2항에 대한 헌재 89. 11. 20 선고, 89헌가 102 위헌결정에⁹⁵⁾ 의해서 변호사집단의 이익을 직업자유·거주이전자유라는 입장에서 보장해주고 있는 것이다. 헌재는 또한 1990년 11월 19일 직업선택의 자유와 적법절차 및 무죄추정의 원칙에 기하여 변호사법 제15조의 위헌

95) 변호사법 제10조 제2항이 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 자격이 있는 경찰공무원의 재직기간이 통산하여 15년에 달하지 아니한 자는 변호사의 개업지를 일정한 경우 제한함으로써 직업선택의 자유를 제한한 것은 그 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 그 목적에 적합하지 아니할 뿐 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 벗어난 것이고, 나아가 합리적 이유없이 변호사를 개업하고자 하는 공무원을 근속기간 등에 따라 차별하여 취급하고 있다.

그러므로 변호사법 제10조 제2항은 헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항에 위반된다. 또한 병역의무를 이행한 군법무관의 경우는 헌법 제39조 제2항의 경우에도 위반된다.

결정에 의해서 검사가 공소를 제기한 변호사에 대해서는 법무부장관이 판결확정시까지 변호사 업무 정지명령을 할 수 있도록 한 것은 헌법에 반한다는 것이다.

또 헌재 1990. 10. 15선고, 89헌가 178 법무사법(구 사법서사법) 시행규칙에 대한 헌법소원 인용결정⁹⁶⁾을 통하여

96) 1. 가. 헌법 제107조 제2항은 「명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」라고 규정하고 있고 법원행정처장이나 법무부장관은 이 규정을 들어 명령·규칙의 위헌여부는 대법원에 최종적 심사권이 있으므로 법무사법 시행규칙의 위헌성 여부를 묻는 헌법소원은 위 헌법 규정에 반하여 부적법하다고 주장한다. 그러나 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판 청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부 심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다. 그러므로 법률의 경우와 마찬가지로 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법 규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 「공권력」이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.

나. 이 사건에서 청구인으로서 법원행정처장에게 법무사시험 실시를 요구하고 그 결과(거부처분이나 부작위)에 대하여 불복청구하는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있을지도 모르나 가사 그러한 구제절차가 인정된다고 하더라도 그러한 것은 우회적인 절차여서 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것으로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제절차에 해당되지 아니하고 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에게 구제를

법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게만 독점적으로 부여해

구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로(일반법원에 명령·규칙을 직접 대상으로 하여 행정소송을 제기한 경우에 이것이 허용되어 구체된 예를 발견할 수 없다) 이 경우에는 다른 구체절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원 심판을 청구할 수 있는 것이다(1989. 3. 17, 선고 88헌마 1결정, 1990. 6. 25, 선고 89헌마 220결정 참조).

2. 법무사 시험에 합격한 자에게도 법무사 자격을 인정하는 취지는, 헌법 전문에서 「정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며」라고 하고 제11조 제1항에서 「모든 국민은 법 앞에 평등하다」라고 하여 천명한 기회균등 및 평등의 원칙아래 모든 국민에게 법무사 자격의 문호를 공평하게 개방하여 국민 누구나 법이 정한 시험에 합격한 자는 법률상의 결격사유가 없는 한 국민 누구나 법이 정한 시험에 합격한 자는 법률상의 결격사유가 없는 한 법무사업을 선택하여 이를 행할 수 있게 함으로써 특정인이나 특정 집단에 의한 특정직업 또는 직종의 독점을 배제하고 자유경쟁을 통한 개성신장의 수단으로 모든 국민에게 보장된 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 구현시키려는데 있는 것이다. 그러므로 법무사법 제4조 제1항 2호에서 법무사 시험에서 합격한 자에게 법무사의 자격을 인정하는 것은 법무사 시험이 합리적인 방법으로 반드시 실시되어야 함을 전제로 하는 것이고, 따라서 법무사법 제4조 2항이 대법원규칙으로 정하도록 위임한 이른바 「법무사 시험의 실시에 관하여 필요한 사항」이란 시험과목·합격기준·시험실시방법·시험실시시기·실시횟수 등 시험실시에 관한 구체적인 방법과 절차를 말하는 것이지 시험의 실시여부까지도 대법원규칙으로 정하라는 말은 아니다. 그럼에도 불구하고 법무사법 시행규칙 제3조 제1항은 「법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사 시험을 실시할 수 있다」라고 규정하였는 바, 이는 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정하면 법무사 시험을 실시하지 아니해도 된다는 것으로서 상위법인 법무사법 제4조 1항에 의하여 청구인을 비롯한 모든 국민에게 부여된 법무사 자격취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈하고 법무사업을 법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게 독점시키는 것이 되며, 이는 결국 대법원이 규칙제정권을 행사함에 있어 위임입법권의 한계를 일탈하여 청구인이나 기타 법무사자격을 취득하고자 하는 모든 국민의 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해한 것이다.

따라서 법무사법 시행규칙 제3조 제1항은 헌법재판소법 제72조 제3항에 의하여 취소되어야 하는 것이므로 이는 취소하는 의미에서 위헌선언하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 이성렬의 반대의견을 제외한 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

오던 법무사자격을 공개경쟁시험에 합격한 자에게도 개방하도록 함으로써 변호사사무소 등의 사무원, 퇴직경찰공무원, 기타 법과대학 졸업자 등에게도 법무사자격을 취득할 수 있도록 한 것이다. 그 취지에는 물론 이의가 없다. 그러나 180일이라는 재판기간을 몇 번씩 넘기면서까지 결정을 미루고 있는 다른 예민한 사건의 처리와 비교할 때 더군다나 헌법 제107조 제2항의 「규칙심사에 관한 대법원의 최종적 심사권」 규정을 좀 더 이론적으로 명확히 했었다면 설득력이 컸을 것이다. 그랬더라면, 명령·규칙의 위헌심사권에 관한 법원행정처 헌법연구반 보고서에서, 헌법재판소는 정치적 재량기관이어서 통상의 행정사건을 다루기에 부적당하고 전문성도 없다고 하는 논리에 맞지 않는 지적에 대해서, 그 정치적이란 것은 규범적인 것의 반대되는 의미가 아니라 역사적이고도 이데올로기적인 헌법의 실현과 관련하여 국민의 권리구제를 보다 실효성 있게 해야 한다는 헌법의 본질에 대한 것이며, 이를 깨닫지 못한 위 법원행정처의 무지가 더욱 더 드러날 수 있었을 것이다.

부언하고 싶은 것은 법무사법 시행규칙 제3조 제1항의 위헌결정에 대한 대법원의 강한 반발 직후부터 현재는 1달여 동안 1건도 처리하지 않고 있는 점, 음미할 만 하다.

이렇게(타당하기는 하지만) 무리한 법해석을 통해서라도 집단적 이익을 보장해 주려는 현재의 소위 진보적인 결정들과는 동떨어지게 사회적으로 민감한 문제들, 예컨대 간통죄(형법 제241조) 처벌의 합헌결정(현재 1990. 9. 10 선고, 89헌마 82결정)을⁹⁷⁾ 통해서 그것이 오히려 윤리사회의

성적 질서를 유지시켜 준다고 함으로써 다소간 보수적인 입장을 보이고 있다. 이 현재결정의 타당성 여부는 보수적인 것과는 관계없는 별개의 사항일 수도 있겠지만, 현재는 이를 통하여 인격존엄에 기초한 성적 자기 결정권보다는 강행법 규범에 의한(도덕) 사회질서유지에의 강한 의지를 보이는 것이다.

97) 헌법이 보장한 개인의 인격권, 행복추구권에는 개인의 성적 자기결정권도 내포돼 있는 것이 사실이다. ……그러나 성적 자기결정권도 국가적 사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리, 공중도덕, 사회윤리, 공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며 질서유지와 공공복리 등 공동체 목적을 위해 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로 제한할 수 있는 것이다.

간통행위가 선량한 성도덕이나 일부일처주의 혼인제도에 위반하고 배우자에 대한 성적 성실의무를 위반해 국가사회의 기초인 가정의 화합을 파괴하고 배우자와 가족의 유기, 혼외자녀문제, 이혼 등 사회에 해악을 끼치는 것이 엄연한 현실이다. 그러므로 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서는 부부간의 성적 성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여서는 배우자 있는 자의 간통행위를 규제하는 것은 불가피한 것이다.

간통죄는 피해자의 인내심이나 복수심의 다과 및 행위자의 경제적 능력에 따라 법률적용 결과가 달라지고 경제적 강자인 남자보다 약자인 여자에게 불리하게 적용되는 측면이 있으나 이는 간통죄를 친고죄로 하는 데서 오는 부득이한 현상으로서 형법상 다른 친고죄에도 나타날 수 있는 문제이지 특별히 간통죄에만 해당되는 것은 아니며, 더 나아가 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이사 간통죄의 규정이 평등권의 본질적 내용을 침해하는 법률이라고는 할 수 없다.

〈재판관 이시윤·김양균·한병채의 위헌의견〉

개인의 사생활에 대해서는 가급적 각 개인의 이성과 양식에 따른 자율에 맡기는 것이 온당하며 국가의 형벌권발동은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다. 특히 이 조항이 유독 간통죄에 대해서만 선택의 여지없이 징역형으로 다스리는 것은 개인의 사생활자율에 대한 지나친 국가개입이며 간통죄를 통해 보호하려는 공공의 이익과 제한되는 기본권 사이에 적절한 균형이 이루어졌다고 보기 어렵다.

제 3 장 헌법재판소의 공권력통제기능의 양면성

제 1 절 경제적 성격의 공권력 통제의 업격

경제적 성격을 지니는 공권력행사와 관련한 위헌법률심판사건과 헌법소원심판사건을 볼 경우 헌법재판소는 상당한 정도로 기본권 우호적인, 즉 공권력 통제적인 결정을 내리고 있음을 볼 수 있다. 그 가장 대표적인 것 토지재산권의 공개념 인정과 경제주체로서의 국가지위의 평등화 그리고 국가의 과세권행사의 적정성에 관련된 결정들이다.

즉, 소송촉진 등에 관한 특별법 제6조에 대한 위헌결정⁹⁸⁾(헌재 1989. 1. 25 선고, 88헌가 7결정)을 통하여 비록 국가

98) 비록 국가라 할지라도 권력작용이 아닌 민사소송의 대상이 되는 국고작용으로 인한 법률관계에 있어서는 사인과 동등하게 다루어져야 하고, 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도인 바, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에는 가집행의 선고를 할 수 없도록 한 소송촉진 등에 관한 특별법 제6조 제1항 후단부분은 재산권과 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 소송당사자를 차별하여 합리적 이유없이 국가를 우대하고 있는 것이 명백하므로 이는 평등의 원칙에 관한 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

라 할지라도 권력작용이 아닌 민사소송의 대상이 되는 국고작용으로 인한 법률관계에 있어서는 사인과 동등하게 다루어져야 한다고 한다. 다만 국가를 상대로 한 손해배상청구소송에서 승소한 사람들이 제1심 재판에서만 승소하면 집행에 시간이 걸리는 법무부 등 해당 기관대신 현금을 취급하는 정부기관 창구에서 집달관을 시켜 가집행해가는 사례가 많게 되는 부작용도 생기고 있다.

국세기본법 제35조 제1항 3호의 위헌결정⁹⁹⁾(헌재 1990. 9.

99) 국세기본법 제35조 제1항 3호의 위헌심판(위헌결정) (헌법재판소 1990. 9. 3 선고, 89 헌가 95 결정)

(1) 다수의견

국세기본법 제35조 제1항 3호의 규정은 재산권의 본질적인 내용을 침해 할 뿐만 아니라 나아가서 과잉금지 원칙에도 위배되어 위헌임을 면키 어렵다고 할 것이다.

그렇다면 조세채권의 우선은 담보물권에 의하여 보호되고 있는 피담보채권과의 관계에 있어서는 과잉금지 원칙에 비추어 볼 때 담보물권 설정자가 납부하여야 할 조세의 존부 및 그 범위를 담보물권 취득자가 예측할 수 있는 시기를 기준으로 한계가 그어져야 할 것이다. 그렇게 되면, 조세채권은 일반채권에 항상 우선할 수 있고 담보채권과의 관계에 있어서는 조세채권의 납부기한이 먼저 도래하면 역시 우선하는 결과가 되어 조세우선의 기본원칙이 존중됨과 동시에 담보물권자에게도 불측의 피해를 주지 않아 조세에 있어서 헌법의 대원칙인 조세의 합법률성의 원칙과 그에서 파생된 예측가능성 및 법적안정성이 보장됨과 동시에 조세의 합형평성의 원칙이 지향하는 이념도 실현될 수 있을 것이기 때문이다.

(2) 재판관 조규광, 한병채의 반대의견

국세징수의 확보라고 하는 고도의 공익적 필요성에 기하여 일정의 제한된 범위를 제외하고 국세를 저당권 등에 의하여 담보되는 채권에 우선시키는 취지의 위 규정은 저당권 등(및 피담보채권) 자체의 본질적 내용을 침해하는 것이 아닐 뿐 아니라 그 목적의 정당성 역시 쉽게 인정될 수 있을 것이다.

국세의 납부기한으로부터 1년 내에 설정된 저당권 등에 의하여 담보권 채권이 국세보다 련후관계에 서는 관계로 그 한도 내에서 저당권 등 채권자가 입게되는 손해는 국세의 우선원칙이 합헌적인 것으로 평가되는 이상 국세와 저당권 등과의 우선순위 시점조정에서 결과하

3 선고, 89헌가 95결정)에서는 국세납부기한으로부터 과거 1년 이내에는 저당권 등 담보권이 설정됐더라도 경매 등 재산정리를 할 때 피담보채권보다 국세 등을 우선 징수할 수 있도록 한 규정을 위헌이라고 하였고, 이에 따라 9월 8일 재무부는 이 규정의 개정안을 국회에 상정할 방침이라고 한다.

또 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2 위헌결정¹⁰⁰⁾(헌재 1989. 5. 24 선고, 89헌가 37, 96결정)을

는, 부득이 수인하여야 할 불이익이며 재산권의 본질적인 내용 침해로는 볼 수 없다.

국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 「납부기한으로부터 1년 전」이라는 규정의 절대적 합리성에 대한 의심은 유보한 채로 입법재량에 속하는 문제를 들어 이것이 위헌이라는 명백한 논증이 미흡한 이상 위 규정부분을 다수의견에 동조하여 위헌이라고까지 단정할 수는 없는 것이다.

100) (헌법재판소 1989. 5. 24 선고, 89 헌가 37·96 결정)

(1) 다수의견

경매법의 규정에 의한 경매절차에서 경매신청이 금융기관인 경우에 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 항고의 이유가 어떤 것이든 가리지 아니한 채 한결같이 경락대금의 10분의 5에 해당하는 현금 등을 공탁하도록 하는 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2의 규정은 비록 금융기관의 연체대출금에 관하여 신속하게 회수해야 할 공익상의 필요성이 있다 하더라도 차별목적의 정당성과 필요성이 있어서나 그 수단의 적정성에 있어서 합리적인 근거없이 금융기관에게 차별적인 우월한 지위를 부여하고 그 반면 항고를 하고자 하는 자에게 과도한 경제적 부담을 지게 함으로써 특히 자력이 없는 항고권자에게 부당하게 재판청구권인 항고권을 제한하고 있는 점에서 헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항, 제37종 제2항에 위반된다.

(2) 재판관 한병채의 소수의견

금융기관인 일반채권자와 연체채권자는 일반 사채채무자와는 각각 구별하여 다루어야 하며, 한편 공익성을 가진 금융기관과의 여신거래는 우리 경제사회에서 민사소송법상의 채무명의 못지 않게 채권채무의 존재가 확실한 것이며, 실제 악의적 채무자에 의하여 항고제도 가 남용되는 점 등을 고려할 때 위 특별조치법의 규정을 위헌으로

통하여 합리적인 근거 없이 금융기관에게 차별적으로 우월할 지위를 부여할 수 없다고 하여 경제적인 면에서의 평등 원칙을 지키고 있다. 더불어 제7조 제3항도 90년 6월 25일 위헌결정을 내렸다.

나아가 국토이용관리법 제21조의 3 제1항(토지거래허가제), 제31조의 2(벌칙)에 대한 합헌결정¹⁰¹⁾(헌재 1989. 12.

선언하는 것은 형식논리에 집착하여 현대사회에 있어서의 경제정책과 금융질서의 중요성, 금융기관의 공익성, 다수예금주의 권익 등 깊이 고려하여야 할 문제를 피상적으로만 본 것이다. 따라서 규정의 내용이 담보 공탁금의 비율을 너무 과중하게 하여 항고권의 행사를 할 수 없도록 제한한 것이라면 그 공탁금의 비율을 조종하도록 조건부 또는 입법축구의 변형결정을 내리는 것이 옳다.

101) 국토이용관리법 제21조의 3 제1항 [토지거래허가제], 제31조의 2 [벌칙]의 위헌심판(합헌결정) (헌법재판소 1989. 12. 12 선고, 88헌가 13결정)

(1) 다수의견

토지의 투기적 거래는 엄청난 불로소득을 가져와 정의롭지 못한 부의 축적과 퇴폐향락성 과소비와 연결되기 쉽고 일반근로자는 봉급이나 임금으로는 평생을 저축해도 주거를 마련하기 힘들고 물가상승의 원인이 되며 결국 국민의 건전한 근로의욕을 저해하고 계층간의 불화와 갈등을 심화시키는 것이므로 헌법 제10조, 제34조 제2항, 제35조 제1항, 제3항, 제119조 제2항, 제122조 등의 규정을 근거로 해서 규제할 수 있다.

토지소유권에 대한 제한은 토지소유권의 절대적 보장에서 배제되는 사회적 폐단을 최소화하고 사유재산제도의 기본이념을 보호하려는 것으로서 사유재산제도의 유지 존속을 위한 최소한의 자기희생 내지 양보라 할 것이다.

결국 토지거래허가제는 사유재산권의 본질을 침해하는 것도 아니고 과잉금지의 원칙, 보충의 원칙에 위배되는 것이 아니라 이에 대한 벌칙규정 역시 입법제량의 범위 내이며 과잉처벌규정이라 할 수 없다.

(2) 소수의견

토지거래허가제에 의하여 재산권의 본질적 내용이 침해되는 것은 아니라고 하더라도 토지거래 자체가 이용목적에 따른 통제와 거래가격의 제한으로 장기간 규제되게 되는데 이는 헌법상 경제의 기본질서인 시장경제의 원리에 비추어 볼 때 재산권 행사에 대한 강력한 제한이라 아니할 수 없다.

22 선고, 88 헌가 13결정)을 통하여 토지거래허가제가 사유재산권의 본질을 침해하는 과잉제한이 아니라고 하여(5:4결정) 소위 토지공개념을 결과적으로 받아들임으로써 재산권행사의 적정성을 강조하고 있다.

이에 관련하여 국가의 과세권에 대해서 서울고법 특별4부가 90. 6. 14일 상속세법 제29조의 4 제2항의 위헌심판을 제청했는데 국가나 금융기관에 갚아야 할 채무와는 달리 사채는 증여세 과세대상에서 공제할 수 없도록 한 것은 평등권을 보장한 헌법에 위배될 소지가 있다고 했는 바, 헌재의 결정이 기대된다.

제 2 절 정치적 성격의 공권력 통제의 완화

I. 민감한 정치적 사건

그럼에도 불구하고 권력상층부에 민감한 부분들에 대해서는 그 결정을 보류하는 경우가 대부분이다. 예컨대 국가안

현행 토지거래허가제는 거래불허가처분시에 정당한 가격에 의한 매수청구권도 아니고 또 수용가격에 의한 수용청구권도 아닌 정당보상의 원칙을 외면한 매수알선청구권을 인정한다 그친 불완전한 것이 되어 헌법 제23조 제1항, 제3항에 위반된다.

이처럼 불완전하며 위헌적 요소를 담고 있는 현행 토지거래허가제도를 합헌적으로 정비되지 아니한 상태에서 이의 강행을 위하여 효력규정 이외의 무거운 체형 또는 벌금형을 과할 수 있게 한 벌칙규정은 분명히 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 합치될 수 없는 것으로서 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

전기회부법은 위헌이라는 헌법소원(89. 5. 10 접수), 서울형사지법 합의21부에 의한 군사기밀보호법의 위헌심판제청(89. 9. 12)에 대한 결정이 아직 나오고 있지 않으며, 민주화의 실현에 관련된 집회 및 시위에 관한 법률(3조, 14조)의 위헌심판에 대한 각하결정(헌재 1989. 5. 24 선고, 88헌가 12결정), 서울형사지법에 정기간행물 등록등에 관한 법률의 위헌심판제청(90. 1. 20), 영화법의 제청신청(90. 4. 4)과 헌법소원 제기 등도 결정을 내렸음직하다.

II. 정치적 성격을 지닌 공권력에 대한 통제미흡

국가보안법 제7조의 한정합헌결정(헌재 1990. 4. 2 선고, 89헌가 113결정)에서는 법 제7조 제1항 및 제5항이 국가의 안전·존립을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 실질적으로 위해를 줄 위험성이 명백한 경우에만 적용되는 것으로 축소·제한 해석하는 한에서만 헌법에 위반되지 않는다고 한다. 이는 법 이론상 사실상 위헌이라고 판단하더라도 이 조항개정을 적극 반대해 온 정부·여당의 논리를 고려한 정치적 성격을 강하게 지닌 결정이다.

1. 한정합헌결정

국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 위헌법률심판사건은 1989년 1월 30일에 헌법재판소에 접수되었다. 헌법재

관법 제38조에서는 “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 1백 80일(6개월)이내에 종국결정의 신고를 하여야 한다.”고 규정했지만, 재판소측은 이를 민사소송법의 재판기간과 마찬가지로 혼시규정으로 보아 그 기간을 넘긴 경우라도 결정의 효력에는 관계가 없다고 보는 것 같다. 그래서인지 위헌심판제청은 약 11개월 만인 89년 12월 29일(금)에서야 비로소 첫 변론을 열었다.

헌법재판소 전원재판부(주심 : 이시윤 재판관)는 90년 4월 2일 마산지법 충무지원이 제청한 위헌법률심판청구 사건에 관련한 국가보안법의 조항에 대하여 한정합헌결정을 내렸다.

이는 “반국가단체등을 이롭게 한다는 것은 구체적·객관적으로 이익이 될 수 있게 하였다는 명백한 증거를 필요로 하지 않고 추상적으로 이익이 될 수 있는 개연성만 있으면 된다”는 지금까지의 대법원판례를 시정한 것이다. 즉 단순한 고무·찬양을 처벌하는 것은 국민의 표현의 자유를 침해하는 일이어서 위헌이지만 “국가의 존립과 자유민주적 기본질서를 해칠 명백한 위험”이 있는 경우에만 처벌할 수 있도록 제한적으로 법을 적용하면 합헌이라고 결정한 것이다.

가. 통제미흡

제7조 제1항의 용어(구성원, 활동, 동조, 기타의 방법, 이롭게한)가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위해 그 문언대로 해석하면, 첫째, 헌법상의 언론·출판·학문·예술의 자유를 위축시킬 염려가 있다. 즉 그 활동이 자유

민주적 민주질서에 명백한 위해를 줄 정도의 가벌성이 없더라도 북한문제에 관한 한 학술·예술활동이 일체 금지될 소지가 생긴다.

둘째, 문언 그대로 되면 법운영당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 생겨 정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용·남용될 여지가 있다.

셋째, 헌법 전문의 “평화적 통일의 사명” “민족의 단결을 공고히” 부분 및 헌법 제4조 평화통일지향 규정과 양립하기 어려운 문제점이 생길 수 있다. 6공화국 헌법이 지향하는 통일은 평화적 통일이므로 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수 없고, 자유민주적 질서에 입각한 통일을 위해 때로는 북한을 정치적 실체로 인정함도 불가피하며 그들 주장을 일부 수용할 경우도 나타날 수 있다. 그런데 현재 문언에 따르면 자유민주적 기본질서에 따른 통일정책 추구나 단순한 동포애의 발휘만으로도 처벌될 위험이 있다.

즉 법문의 다의성과 적용범위의 광범성 때문에 국가존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 해악을 줄 구체적인 위험이 없는 경우까지도 형사처벌이 확대될 위헌적 요소가 생긴다. 그러나 전면위헌으로 폐기돼서 오는 법의 공백과 긴장이 계속되는 마당에서는 그에게 오는 국가적 불이익이 이익보다 더 클 것이다. 그렇다면 문제의 조항도 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 배제하고 실질적인 해악을 끼칠 위헌성이 명백한 경우로 처벌을 축소·제한하는 것이 헌법에 합

치되는 해석일 것이다.

이 정도의 기준제시면 법운영당국이 보완해석권에 의해 제도취지를 충분히 살릴 수 있으며, 처벌범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지는 없어지고 국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책 추진의 헌법적 과제는 이룩될 수 있을 것이다. 따라서 헌법규정에 전면 위배된다는 주장은 받아들이기 어렵다.

다만 ‘국가의 존립·안전을 위태롭게 한다’함은 대한민국의 독립을 위협하고 영토를 침략하며 헌법·법률기능과 국가기관을 파괴·마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등일 것이며, ‘자유민주적 기본질서에 위해를 준다’함은 모든 폭력적·자의적 지배를 배제한, 다수의사에 의한 국민의 자치·법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것으로 이들을 구체적으로 말하면 의회제도·복수정당제도, 사유재산제, 시장경제질서 등 우리 내부체제를 파괴·변형시키려는 것으로 풀이할 수 있다.

또 제7조 제5항도 처벌할 만한 하지 않는 서적의 제작, 소지까지 처벌할 우려가 있는 등의 문제가 있다고 한다.

나. 반대의견

변정수 재판관은 그러나 반대의견으로, 이 조항은 구성요건이 불명확하고 민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해하고 있으며 죄형법정주의와 표현의 자유를 침해하고 있으므로 당연히 위헌이며, 위헌성이 뚜렷한 법률에 대해 다수의견과 같이 한정적으로 해석하는 합헌결정을 내린다 해

도 그 위헌성이 치유될 수는 없다고 한다.

2. 결정에 대한 반응—검찰권에 대한 통제 미흡

이 결정에 대해서는 법리논상 사실상 위헌이라고 판단하면서도 이 조항 개정을 적극 반대해온 정부·여당의 입장과 논리를 일부 고려한 것이며, 처벌기준으로 자유민주적 기본질서라는 불명확한 개념을 제시, 당국에 의한 자의적 해석 가능성을 남겨두고 있다. 다만 법원이 이 조항해석을 엄격히 할 경우 수사기관의 법 적용에 상당한 제동을 가할 수 있을 것이며, 형벌법규에 대한 헌법재판소의 결정은 그 효력이 소급적용되므로 이 조항위반죄로 대법원 확정판결을 받은 사람 가운데 재심신청을 하는 사례(이미 서울형사지법 항소 3부에서는 선고공판을 연기했고, 90. 10. 30. 재심신청이 서울형사지법에 제기했다)도 있게 될 것이다.

어쨌든 관건은 일선 법원과 검찰이 국민의 표현이나 양심의 자유 등의 기본권을 존중하는 방향으로 법을 운용하는데 있다. 이를 위해서는 결정을 정확히 준수하는 법운용지침을 마련해야 할 것이며(임 4월 15일 서울형사지법 합의 21부와 23부는 민중민주정부수립 추구를 이적행위라고 하여 징역형을 선고하여 보안법 전면 철폐와 주장이 나오고 있는 형편이다.) 결국에는 속히 임시국회를 소집하여 위조항의 폐지 등의 조치가 있어야 할 것이다.

그런데 이 결정직후인 4월 13일 서울형사지법(이영대 판

사)은 이적목적이 뚜렷치 않다고 하여 구속영장신청을 기각한 반면, 4월 15일 서울형사지법 합의 21부와 23부에서는 민중민주정부 수립 촉구를 이적행위라고 하여 징역형을 선고하는 등 법적용에 있어서의 혼란이 드러나고 있다.

더군다나 검찰이 “언제 우리가 헌법재판소 결정의 취지에 따르지 않은 적이 있느냐”는 식의 태도¹⁰²⁾도 보이는 등 이들이 헌법재판소의 결정취지에 잘 따라주지 못하는 것은 어느 정도 그 위상정립에 문제가 있다고 보는 것이다. 실제로 6월 8일 대법원 형사3부(주심 : 김용준 대법관)는 국가보안법 위반사건의 상고심 선고 공판에서 변호인 측이 제기한 이 법의 위헌주장을 조목별로 반박하고 모두 합헌이라고 판시할 뿐만 아니라, 8월 28일에는 제7조 제5항의 「표현물의 제작·반포」에서 이를 제작·반포함에 있어서는 반국가단체나 그 활동을 이롭게 하거나 이익이 될 수 있는 내용이 들어있는 표현물임은 「인식」하면 되지 이익이 되게 할 목적이나 그 결과를 가져오는 것까지를 요구하는 것이 아니라고 한다.¹⁰³⁾

102) 한겨레신문, 1990. 6. 6(수), 2면 사설.

103) 법률신문, 1990. 9. 17(월), 1968호 8면.

제 4 장 공권력행사 기관에 대한 헌재위상의 미흡

타국가기관이 헌법재판소의 결정을 존중하는 것은 중요한 일이다.

예컨대 프랑스의 경우 타법원들과 헌법원이 더불어서 주관적 재판기관이므로 헌법원만이 타법원보다 상위에 있다고 볼 수 없지만, 프랑스 법현실에서 타국가기관들은 헌법원의 결정을 잘 존중하고 있는 것으로 평가되고 있다.¹⁰⁴⁾

제 1 절 검찰권의 헌재결정 무시

문제되는 것은 헌재결정을 검찰권이 존중하지 않는 경우이다. 1989년 12월까지 127건이나 되는 검사의 공소권행사에 관한 소원중 각하 71, 기각 11, 취하 5건인 반면 인용은 2건밖에는 되지 않는다. 즉, 검사의 현저한 수사소홀로 인한 불기소처분은 검찰권행사에 있어서 범죄피해자인 고소인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하였기에 「검사로

104) 정재황, 프랑스에 있어서 헌법심사결정의 효력, 「공법연구」(한국공법학회 : 제18집 · 1990. 7), 204면 ; 동, 프랑스의 헌법개정 움직임(상)(하), 법률신문(1950호/1951호 : 1990. 7. 9(월)/1990. 7. 12(수), 14면 /10면 참조.

하여금 다시 수사하도록 하기 위하여 검사의 피고소인에 대한 불기소처분(혐의 없음)을 취소」(헌재 1989. 7. 14 선고, 89헌마 10결정)한다고¹⁰⁵⁾한 이후 군검찰관의 공소권 행사에 관한 헌법소원의 그 인용결정(헌재 1989. 10. 27 선고, 89헌마 56결정)에서는¹⁰⁶⁾ 자의적이고 타협적인 기소유예처분이 평등권과 행복추구권을 침해했다고 하였다.

그런데 위 재수사결정에 대해서는 그 결정 내용이 불명확하기 때문인지 검찰은 이를 검찰권행사의 신중이라는 경고

105) 검사의 공소권행사에 관한 헌법소원(인용결정) (헌법재판소 1989. 7. 14 선고, 89 헌마 10 결정)

(1) 범죄의 피해자인 고소인은 헌법 제11조 제1항에서 보장된 모든 국민의 평등권에 기하여 국가기관인 검사에 대하여 차별없는 성실한 직무수행을 요구할 권리와 헌법 제27조 제5항에서 보장된 재판절차진술권이 있으므로 검사가 어느 고소사건의 수사를 현저히 소홀히 하는 등 잘못 다룬 끝에 불기소처분하였다면 이는 검사가 검찰권의 행사에 있어 그 고소인을 차별대우하여 평등권을 침해하고 또한 재판절차진술권을 침해한 것이라고 아니할 수 없을 것이므로 이러한 검사의 불기소처분에 대하여는 고소인은 당연히 헌법소원을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이며 이는 형사소송법상 재정신청의 길이 막혀있는 범죄의 피해자 보호를 취하여도 필요한 것이다.

(2) 이 사건 수사검사는 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 소홀히 한 채 사건을 종결(불기소)하였으니 고소인인 청구인은 검사의 부당한 검찰권 행사로 인하여 평등권을 침해당한 것이 된다. 따라서 검사로 하여금 다시 수사하도록 하기 위하여 검사의 피고소인에 대한 불기소처분(혐의 없음)을 취소한다.

106) 군검찰관의 공소권행사에 관한 헌법소원에 관한 헌법소원(인용결정) (헌법재판소 1989. 10. 27 선고, 89 헌마 56 결정)

(1) 군검찰관이 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 놓고 자의적으로 타협적으로 기소유예처분을 하였다면 이는 헌법 제11조 소정의 평등권을 침해함과 동시에 헌법 제10조 소정의 행복추구권을 침해한 것으로서 헌법소원의 대상이 된다.

(2) 상관으로서의 권한 내의 명령이 아닐 뿐더러 적법절차를 무시한 무권한의 이른바 「얼차려」 명령은 항명죄의 객체인 상관의 정당한 명령이 아니므로 이러한 「얼차려」 명령을 거역한 청구인에게 군형법 소정의 항명죄의 혐의를 인정하는 것은 부당하다.

적 내지 선언적 의미로 받아들여 재수사결과 인정할 만한 자료가 없다고 기각하였다(서울지검 1989. 12. 318 기각, 서울고검 1990. 5. 8 항고 기각), 이에 당사자는 즉시 불복해 90년 8월 3일 헌법재판소에 다시 공소제기를 명령할 것을 구하는 그리고 예비적으로 검찰이 공소권을 행사하지 않음은 위헌임을 확인해 달라는 헌법소원심판 청구서를 다시 낸 것은 비록 기소편의주의 원칙의 확인이기도 하나 검찰권 등이 현재의 위상을 재인식케 해야 하는 과제가 시급한 것이다. 그럼에도 검사들은 검사의 공소권 행사가 헌법소원의 대상이 된다는 것 자체가 모순이라(법정신문, 1990. 11. 26(월), 2면) 하지만, 그러나 현재는 계속해서 1990년 11월 19일에 검찰의 무혐의 불기소처분에 대한 재수사 결정을 내리고 있다.

현재는 이미 1989. 12. 22 선고, 89 헌마 145결정¹⁰⁷⁾에 의

107) (1) 다수의견

국민의 일원으로서 국가의 수사권발동을 촉구하는 의미에 그치는 일 반범죄의 고발사건에 있어서 검사가 자의적으로 불기소처분을 하였다 고 하여 달리 특별한 사정이 없으면 고발인이 자기의 기본권의 침해가 있었음을 전제로 자기관련성을 내세워 헌법소원 심판청구를 하는 것은 허용될 수 없다.

(2) 재판관 변정수, 김진우의 소수의견

고발인이 헌법소원을 하는 경우에 있어서의 자기관련성이란 고발내 요인 범죄사실과의 관계에서가 아니라 공권력인 검찰권의 행사 또는 불행사로 인한 기본권침해와의 관계에서의 자기관련성이므로 이 사건에서와 같이 헌법소원 심판청구인이 남이 고발한 사건을 검사가 소홀히 다루었다고 하여 헌법소원을 청구하는 것이 아니고 자기가 고발한 사건을 검사가 소홀히 다루었다고 하여 헌법소원심판을 청구하는 것이라면 이는 검찰권의 행사로 인하여 직접 그리고 현재 고발인 자신의 평등권이 침해되었다는 주장이므로 그는 「공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자」에 해당되어 직접성·현재성은 물론 자기관련성도 갖추고 있는 것이다. 따라서 고발

해서 고발은 국가수사권 발동을 촉구하는 것이므로 검사가 자의적인 무혐의 · 불기소처분을 했어도 헌법소원 심판대상이 되지 않는다고 하여 비록 사건의 폭주방지라는 측면도 있지만 권력과 관련하여서는 지극히 소극적 결정이라는 비난을 피할 수 없었다.

제 2 절 한정헌법결정에 의한 공권력과 대결회피

헌법재판소가 위에서와 같은 태도를 취할 수 있는 것은 한정합헌 등의 결정유형에 의해서이다. 그 대표적 예인 국보법에 대한 결정문에서는 “합헌적 제한해석과 주문례는 헌법재판제도가 정착된 여러 나라에 있어서 널리 활용되는 통례인 것으로서 법률에 일부 합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면위헌을 선언할 때 생길 수

인도 고소인과 같이 당연히 헌법소원심판을 청구할 자격이 있다.

현행법상 고소와 고발은 다같이 수사의 단서로서 수사기관으로 하여금 범죄혐의를 갖고 수사를 개시하도록 의무를 지운다는 점에서 본질적으로 차이가 없다.

그러기에 고소인 등에의 처분고지의무를 규정한 형사소송법 제258조 제1항, 고소인 등에의 공소부제기 이유고지의무를 규정한 같은 법 제259조, 제정신청을 규정한 검찰청법 제10조 등에서도 고소인과 고발인 사이의 법적지위에 아무런 차별을 두고 있지 않다.

그럼에도 불구하고 다수의견이 고소인과 고발인을 차별하여 고발인은 검사가 잘못하더라도, 항고, 재항고 또는 재정신청에 그치고 헌법소원을 할 수 없다고 하는 것을 검찰권에 대한 헌법적 통제는 고소사건에서보다 오히려 고발사건에서 더욱 필요할지도 모르는 우리의 여러 환경에 비추어서도 부당하다고 본다.

있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안”이라고 하지만, 반대 의견(변정수 재판관)은 “위 법률조항들의 위헌성을 인정하였으면 헌법재판소로서는 마땅히 위헌을 선고하는 것이 국민에 대한 책무”로는 이는 우리 법제상 허용되지도 않을뿐더러 “한정적으로 제한·해석하여 합헌결정을 내린다 하여 그 위헌성이 치유되는 것도 아니다”라고 한다.

다만 여기서 우리 법제상 허용되지 않는다는 논리에 대해서는 “지나치게 법실증주의적인 경향을 풍기는 미시적인 해석법학의 산물”로서 이 논리를 고집하는 경우 “헌법재판소의 결정의 폭이 크게 제약”되기에 “헌법재판의 기능을 최대한 살리기 위해서는 다양한 형태의 결정유형을 스스로 개발해서 ……적어도 입헌개선촉구결정을 내리는 것이 최선책”이라는 견해¹⁰⁸⁾가 있다.

국가의 과세권행사에 대한 통제는 상당히 강한 것이 국세기본권과 타 세법관련 헌재결정 경향이건만 상속세법(32조의 2) 한정합헌결정¹⁰⁹⁾(1989. 7. 21 선고, 89헌마 38)에서도

108) 허 영, 국가보안법 제7조의 위헌여부, 법률신문, 1990. 4. 30(일), 1931호, 15.13면.

109) 상속세법 제32조의 2의 위헌여부에 관한 헌법소원(한정합헌결정) (헌법재판소 1989. 7. 21 선고, 89 헌마 38 결정)

(1) 다수의견

상속세법 제32조의 2는 명의신탁을 이용한 조세회피행위를 효과적으로 방지하기 위하여 실질과세의 원칙까지 배제하면서 증여의제도를 마련한 것이지만 명의신탁제도는 관례에 의하여 그 유효성이 인정되고 있을 뿐 아니라 사법질서의 일부로서 정착되고 있으므로 전혀 조세회피의 목적이 없이 실정법상의 제약이나 제3자의 협력거부 기타 사정으로 인하여 부득이 명의신탁의 형식을 빌린 경우에도 무차별적으로 증여세를 과세한다면 재산권보장을 전제로 한 조세법률주의 또는 평등의 원칙을 전제로 한 조세평등주의의 헌법정신에 위배되는 결과를 낳을 염려가 있다.

보이듯이 「조세회피의 목적이 없다」 또는 「조세회피의 목적이 있다」라고 하는 사인의 주관적 의도에 국가과세권 행사의 통제받는 여부가 결정된다는 것은 분명히 있는 것이다. 노동쟁의조정법 제13조의 2 제3자 개입금지¹¹⁰⁾(헌재

일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌해석을 하여야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 이 사건 심판의 대상인 위 법률조항은 조세법률주의와 조세평등주의를 규정한 헌법정신에 위배될 소지도 없지 않지만, 명의신탁을 이용한 조세회피를 방지하여야 한다는 당위성과 실질과세의 원칙에 대한 특례설정의 가능성을 고려하여 주문과 같이 상속세법 제32조의 2 제1항은 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석한다.

110) 노동쟁의조정법 제13조의 2 [제3자 개입금지조항] 등에 대한 위헌 심판(합헌결정) (헌법재판소 1990. 1. 15 선고, 89 헌가 103 결정)

(1) 다수의견

노동쟁의 조정법 제13조의 2 및 제45조의 2(벌칙조항)는 근로자들이 필요로 하는 제3자의 조언이나 조력을 차단하고자 하는 것이 아니라 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위만을 금지하고, 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위만을 금지하고, 조종·선동·방해 등 행위는 그 어느 것이나 근로자들을 조력한다는 범위를 넘어선 것으로서 노동관계당사자의 자주적 의사결정에 의한 노동쟁의의 해결을 저해하는 행위이므로 위 법률조항은 노동 3권의 범위를 넘어선 행위를 규제하기 위한 입법이지 노동 3권을 침해하는 규정이 아니다.

제3자가 개입금지조항은 근로자측으로서의 개입뿐만 아니라 사용자측으로서의 개입에 대하여도 마찬가지로 적용되는 것이므로 쟁의행위를 차등화하여 규제하는 것이 아니며, 근로자들이 변호사나 공인노무사 등 전문가의 조언이나 조력을 받는 것까지를 금지하는 취지는 아니므로 이로 인하여 근로자와 사용자 사이의 실질적 대등관계가 저해된다고 할 수 없다. 또한 위 법률조항은 헌법 제12조 제1항이 요구하는 명확성을 충족하므로 죄형법정주의에 위반되지 아니한다.

(2) 다수의견에는 다음과 같은 소수의견이 있다.

(가) 재판관 김진우, 이시윤의 소수의견(합헌합헌)

제3자 개입금지조항은 적법쟁의에 개입한 경우까지도 무차별하게 형사처벌하게 되어 있는 점에서 위헌의 소지가 있으므로 우리 헌법에 합치되지 않음 그 적용범위를 좁혀 적법한 쟁의행위에 제3자가 개입한

1990. 1. 15 선고, 89헌가 103결정)에 대해서도 소수의견은 적법한 쟁의행위에 제3자가 개입한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 한정적인 해석을 내려야 한다는 것이나 역시 이 부분도 사회적·정치적으로 민감한 사건이 아니었나 한다.

또 도로교통법 제50조 제2항, 제3호의 한정합헌결정¹¹¹⁾(헌

경우에는 적용되지 아니하는 것으로 한정적으로 해석하여야 한다.

(나) 재판관 김양균의 소수의견(한정합헌)

근로자들이 쟁의행위를 함에 있어서 자신의 힘을 보충하기 위하여 타인의 조언·조력이나 지원을 받는 것은 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 단체행동권에 당연히 포함된 근로자의 권리임에도 불구하고 제3자개입금지조항은 근로자의 쟁의행위에 관하여 타인의 조언·조력이나 지원을 받는 것을 봉쇄하여 쟁의행위를 부당하게 제한함으로써 쟁의행위를 그 핵심내용으로 하는 단체행동권의 본질적 내용을 침해하고 있다. 쟁의행위는 그것이 불법적인 것이 아닌 한 헌법이념과 정의에 합당한 행위일 뿐 아니라 국가의 적극적인 보호를 받아야 할 대상임에도 불구하고 이러한 정당한 행위를 배후에서 도와주거나 부추겼다고 해서 무조건 조종·선동이라는 이름으로 처벌의 대상으로 삼는 것은 자연적 정의와 법의 일반원리에 위배된다. 따라서 위법률조항은 헌법 제10조, 제21조 제1항, 제11조 제1항, 제12조 제1항 등에 위반된다.

111) 도로교통법 제50조 제2항은 경찰공무원으로 하여금 교통사고의 발생을 신속하게 알게 하여 사상자의 구호나 교통질서 회복에 대한 적절한 조치를 취하도록 하고 교통사고로 인하여 빚어지는 도로상의 소통장애를 제거하고 피해가 늘어나는 것을 방지하며 교통질서의 유지 및 안전을 도모한다는 교통행정사의 필요에서 불가피하게 제정된 규정이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 도 규정을 이러한 도로교통법의 취지와 목적에 한정하여 해석하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

헌법상 국민의 기본권은 보장하면서 교통질서의 혼란과 마비도 사전에 방지할 수 있어야 하는 것이므로 교통사고의 본질적 양면성을 엄격히 구분하여 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에서만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항의 신고에는 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이다.

도로교통법 제50조 제2항의 신고의무는 위에서 살핀 바와 같이 자기의 형사책임에 관련되는 사항을 신고토록 한 것이 아니므로 운전자

재1990. 8. 27 선고, 89헌가 118결정)에서는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 사항에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 하였다. 이와 관련하여 교통사고특례법 제4조가 서울형사지법(이영대)판사에 의해서 위헌제청(90. 5. 4)되었으나 제청결정에 법률상하자가 있다는 법원의 의견에 따라 그 직후 스스로 취소한 일은 위헌심판 제청권자를 법원으로만 한정하였기에 나타난 해프닝이다.

어쨌든 이러한 한정합헌결정은 꼭 필요한 것인지의 여부를 가려서 그것도 가능하면 정치관련 사건에만 적용함으로써 헌법재판소가 초창기에 입을지도 모르는 정치적 타격이

에게 자기부죄의 진술을 요구하는 범죄신고의무를 규정한 것이라고 볼 수 없는 것이다. 피해자의 구호와 교통질서의 회복을 위하여 조치를 필요로 하는 협력의무 범위 내에서 운전자 등에게 교통사고의 신고의무를 부과하는 것은 헌법 제37조 제2항의 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요하고도 합리적인 법규이며 나아가 적법절차에 의한 합헌적인 기본권 제한이라고 할 것이므로 도로교통법 제50조 제2항은 입법상 과잉제한금지의 원칙에 반하는 위헌적 규정이라 할 수 없고 따라서 헌법 제11조 평등원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

(재판관 변정수의 반대의견) 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호의 규정은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요하는 것이어서 인간의 존엄과 가치를 훼손하는 것이므로 진술거부권의 본질적 내용을 침해하는 법률이기도 하다. ……위 법률조항에 의하여 진술거부권이 침해되는 것을 막기 위하여서는 한정합헌결정으로는 불가능하고 위헌결정에 의하여 위 법률조항을 폐지할 수밖에 없는 것이다. ……한정합헌결정이라는 것은 문제점이 많을뿐더러 재판주문 명확성의 원칙에도 반한다. ……경찰공무원이나 국민들이 기본권 의식은 아직 미숙하며 더구나 진술거부권의 중요성에 대한 인식은 매우 희박한 것이 현실이어서 진술거부권에 관한 기본권 의식을 높이기 위하여서라도 진술거부권을 침해하는 위 법률조항은 위헌결정에 의하여 폐지되어야 한다고 본다.

라든지 그 존립위협성을 피해 나가면서 공권력통제기능을 수행할 수 있도록 해야 할 것이다.

제 3 절 헌법재판관 선출에 있어서의 위상정립 과제

1988년 9월 16일 신민주공화당은 헌법재판소 재판관선출의 부당성을 호소한다고 하면서 9월 15일 국회에서의 헌법재판관 선출이 민정—평민—민주당의 야합에 의한 배분식 선출이라고 지적, 이는 민주적 방식에 의한 선출정신을 유린하고 국회차원이 아닌 각 정파할당식 선출이기에 앞으로 탄핵심판, 위헌결정, 헌법소원인용 등이 불가능할 것이라고 하였다.

위 당의 지적에서 국회선출 헌법재판관 3인을 국회 전체적 차원에서의 투표를 통해야 한다는 점에서 공감의 간다. 하지만 그로 인해서 헌법재판의 여러 기능이 상실된다는 주장은 이미 보았듯이 설득력이 없다. 조규광 헌법재판소장도 “누가 지명했는지는 관계없다.”고 보며 “정파의 이익을 염두에 두고 사안을 판단하지 않으리라고 본다”고 하였다. 또 다른 견해로서 오히려 정당국가적 경향에 따른 철저한 정당추천제도 더 적실성이 있을 것이다.

제 5 장 결 론

헌법적 정의(constitutional justice)를 실현시키고자 하는 헌법적 제도인 헌법재판은 헌법국가성의 규범적 보호를 통하여 국민의 헌법에의 의지를 더욱 강하게 끌어내고 있다. 헌법의 규범적 성격 외에 그 이데올로기적·정치적 특징으로 해서 헌법재판도 정치적 사법으로서의 위상을 지니는 것이고, 또한 개개 국민도 나와 너라는 단순한 관계 이상으로 국민공동체에서의 「나」라는 존재의 행동양식을 생활규범으로서의 헌법 안에서 세워야 되겠기에, 헌법과 관련된 그 재판의 적실성과 시의성에 대한 점검은 항상 새로운 일일 것이다.

거의 모든 인간의 권리는 지금 여기에서 살고 있는 우리와 관련하여서는 정치적·이데올로기적 성격을 가질 수밖에 없는 것이며, 그것들을 포함하는 여러 헌법적 제도 등을 헌법재판을 통하여 어떻게 실현시켜 나가느냐는 지금 우리 사회의 민주화의 성격과 내용을 수용하기 위한 과제로도 되는 것이다.

헌법재판이 법률실증주의나 권력실증주의에 빠지지 않음은 물론 이데올로기적으로도 상당한 정도를 투영하면서도 거기에 함몰되지 않고 헌법국가성을 지켜나갈 때 다원화된 산업사회에서의 헌법재판소의 위상도 확실해질 것이

다. 물론 주권자인 국민의 역동적 의사가 헌법재판에 의해서 완전히 실현될 수는 없을 것이다. 오히려 보다 권력기관인 대통령이나 국회 등에 의한 형성이 현실적일런지도 모른다. 바로 그러한 점이 헌법재판소의 한계일 것이고 그 이상의 기대는 국민주권적(Nation-People) 정부형태하에서는 어려운 일이 아닌가 한다.

특히 판결에 대한 헌법소원이 인정되지 않음으로써 사법부와 사법권에 대한 통제는 기대하기 어려운 형편이고, 입법부와 입법권에 대한 통제는 우리 헌법이 법률위헌심판에 있어서 구체적 규범통제만을 채택하고 있기에—물론 그 효력상실의 일반성에도 불구하고— 일정한 한계를 지니고 있는 것이다.

제150회 임시국회(90년 7월 14일 국회 11차 본회의)에서의 절차적 졸속입법의 산출은 그러한 법률에 의한 권리나 자유의 침해가 있을 때에만 이를 구제하도록 하는 현행 제도하에서는 헌법재판소에 의한 통제의 실효성—그 가능성이 아니다—은 희박한 것이다. 33초만에 해치운 무려 25건 법률안의 가결은 8월 10일 평민당 의원(79명)의 헌법소원에로 이르렀다. 정당국가에 있어서 여·야 합의에 의하여 통과되지 못한, 특히 정치관련법률들이 헌법재판소에 의하여 통과되지 못한, 특히 정치관련법률들이 헌법재판소에 의하여 심판될 수 있는 제도적 장치의 설정—즉 사전적 규범통제는 시급한 것이다.

우리 헌법재판소로서는 따라서 직접적인 입법권 통제 이상으로 그 사건과 관련된 행정권 등의 공권력행사에 대한

통제가 보다 현실적이고 직접적으로 다가설 것이다. 공권력행사로 인한 기본권 침해에 대한 헌법소원도 실질적으로 개별적 권리보호에 중점을 두지 않을 수 없게 될 것이며 그만큼 ‘정당한 법질서’ 형성에의 기대는 어려운 것도 사실이다. 이 점은 헌법재판소가 보다 더 헌법보호·유지기관이라는 점을 염두에 두어야 그 본래의 기능을 발휘할 수 있을 것이라는 시사도 되는 것이다.

헌법재판소가 모든 헌법적 행위를 실효성 있게 해결할 수는 없다. 물론 그가 내리는 결정들이 그 본질적 부분에 있어서 기대치에 미치지 못할 때 헌법재판소의 기능정립에 경종을 울려주는 일은 필요하다. 그것이 헌법학자의 책무일런지도 모르겠다. 헌법재판소는 그 공권력 통제를 위한 권력기관으로서의 위상을 위하여 어떤 의미로는 결단자와 조정자로서의 강제력을 지녀야 할 것이다. 지난 임시국회에서의 절차적 졸속입법에 대한 통제여부는 그 시금석이 될 것이며 정치적 사법기관으로서의 그 의미확인도 기대된다.

마침 평민당의원(79명)은 그 졸속입법이 헌법과 법률이 정한 입법권한으로서의 질의·토론·표결권을 명백히 침해한 것으로서의 위헌·무효라며 『국회의원으로 이루어진 원내 교섭단체와 국회의장간의 권한쟁의』로서 심판을 청구한 것이다.¹¹²⁾ 법무사법 시행규칙과 관련한 대법원간의

112) 헌법 제50조, 국회법 제70조에 회의는 공개를 원칙으로 하고 있는 데도 제7차 국회 본회의는 사실상 비공개였다는 점, 국회법 제12조는 의장사고시 의장이 지정하는 부의장이 직무를 대리하도록 규정되어 있는데, 날치기 때는 직무대리 요건을 갖추지 않고 부의장이 직

권한여부 문제와 더불어 지켜볼 만한 일이다.

가장 정치적 성격이 강하다고 생각되는 그리고 국민주권의 표현인 선거에 관련된 소송이 법체계상 대법원에 귀속되어 있다. 또한 국민투표 소송도 법원에 귀속되어 있다. 이 부분에 대한 심판권한이 헌법재판소에 귀속될 수 있도록 헌법재판소법의 개정이 시급하다. 현재의 공권력통제기능과 연결된 것으로서 결정주문의 유형과 효력에 대한 정비 역시 시급함은 말할 필요가 없는 것이다.

때마침 지난 9월 28일 지방자치학회는 국회가 지방자치법에 규정된 지방의회의원 선거실시를 두 차례나 여기면서 선거에 필요한 지방의회 의원선거법의 개정을 미루고 있는 것은 국민의 참정권을 침해하는 명백한 헌법위반이라며 국회를 상대로 헌법재판소에 헌법소원을 제기했다. 지자체 실시는 국회정상화 뿐 아니라 이 나라 민주정의 성패를 가늠하는 일로서 핵심적인 정치적 사안이며 따라서 「국회 스스로 법률을 위반하는」 그리고 「입법개선의무도 해태하는」 공권력에 어는 정도로 그 몫을 할 수 있느냐는 현재의 위상정립에의 리정표가 되는 것이다. 또한 현재에서 위헌

무대리를 했다는점, 국회법 제86조 규정상 상임위원회에서 심사를 았한 안건은 본회의에서 제안자가 그 취지를 설명하도록 되어 있는데, 광주보상법·부동산특조법 등은 상임위심사를 거치지 았고 제안자의 설명도 았이 처리되었고, 국군조직법·방송관계법·환경관계법 등은 각 위원회에서 날치기 처리된 불법이 시정되지 았고 본 회의에서 직권회부된 점, 국회법 제78조에 심사기간을 정한 점, 속기사석 기타 의원석에서 의장의 발언내용이 청취될 수 았는 상황에서 의사 진행이 되었고, 의상정족수 및 그 확인았이 가결이 선포된 점 등은 헌법상 입법권한인 질의권·토론권·표결권을 명백히 침해한 것으로 무효이다.

결정된 7건의 법률 가운데 단 2건(소송촉진 등에 관한 특례법 제5조 제1항 〈가집행선고〉, 사회보호법 제5조 제1항 〈필요적 보호감호〉)만이 현재 결정대로 개정되었을 뿐 나머지 법률의 개정작업은 지지부진하기에 그 실효성 확보를 위한 헌법재판소법의 개정은 시급한 것이다. 정부와 국회가 해당조문에 대한 정비작업을 게을리하는 것에 대한 탄핵심판권의 개정은 시급한 것이다. 정부와 국회가 해당조문에 대한 정비작업을 게을리하는 것에 대한 탄핵심판권의 활용등 통제방법이 고려되어야 할 것이다.

연구자 약력

(정 중 섭)

서울 대학교 법과대학 법학과 졸업

제24회 사법시험합격

사법연수원 수료

법학박사(연세대학교 · 헌법학)

현 헌법재판소 헌법연구관

(진 광 석)

연세대학교 법과대학 법학과 졸업

동대학원(법학박사)

법학박사(독일 뮌헨대학교 법과대학)

현 한림대학교 사회과학대학 법학과 조교수

(김 남 진)

서울대학교 법학대학 졸업

서울대학교 대학원 수료

법학박사

독일 프라이부르크대학교 객원교수

한국공법학회 회장 역임

현 고려대학교 법과대학 교수

한국공법학회 고문

(강경근)

고려대학교 법과대학 졸업

법학박사(고려대학교)

호서대학교 교수 역임

현 숭실대학교 법과대학 교수

숭실대 법학연구소장