

헌법재판절차의  
개선을 위한 입법론적연구

1993. 6

헌법재판소

## 발 간 사

우리 헌법재판소는 설립된지 4년여동안 1,400여건의 사건을 처리함으로써 헌법수호와 국민의 기본권보장을 위하여 크게 기여하여 왔다고 봅니다.

1998년 우리나라 처음으로 헌법재판소제도를 도입하면서 제정된 헌법재판소법 등 헌법재판절차에 관련한 법령이나 규정 이 그간의 운용과정에서 장·단점이 나타나 이의 개정필요성 이 제기됨으로서, 우리 헌법재판소에서는 이 문제를 학문적으로 심도있게 연구하여 입법참고자료로 활용코자 '92 헌법재판 연구용역 과제명을 『헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구』로 정하여 용역의뢰하였고, 그 연구보고서를 법조계나 법학계 등에도 널리 알리는 것이 유익하다고 보아 이에 보급 판을 발간합니다.

바쁘신 중에 연구집필을 맡아주신 한국공법학회 부회장 김철용 교수를 비롯한 연구진에 깊이 감사를 드리고 발간업무를 맡아준 헌법재판소 사무처 자료과직원들의 노고를 치하하는 바입니다.

1993. 6.

헌 법 재 판 소  
사무처장 김 용 균

## 머리말

헌법재판소법은 크게 헌법재판조직법과 헌법재판절차법으로 나눌 수 있다. 본 연구는 후자를 그 대상으로 한 것이다. 1988년 8월 5일 우리나라의 헌법재판소법이 공포되고 같은 해 헌법재판소가 발족된 이래 4년여가 지난 오늘날 한국의 헌법재판이 장족의 발전을 거듭하였음은 국내외가 모두 인정하는 바이다. 그러나 다른 한편 그 동안의 재판 경험을 통하여 보면 (비록 짧은 기간이기는 하지만) 헌법재판소법에 문제점이 있음도 부인할 수 없게 되었다. 이와 같은 문제점의 주된 이유는 헌법재판소법을 입법할 당시에 절차법으로서의 고도의 학문적인 검증을 거쳐야 함에도 불구하고 그러한 입법적인 숙고를 거칠 충분한 시간적인 여유를 갖지 못하고 입법을 하였다는 데에 있을 것이다. 그렇다면 헌법재판제도를 개선하기 위한 입법론적 고찰이야말로 우리의 당면한 과제가 아닐 수 없다. 이러한 과제는 한두 사람의 일이 아니라 모든 학계와 실무계 관계자의 공동 과제라 할 것이며, 또한 충분한 시간적인 여유를 갖고 수행해야 할 일이다.

이러한 벽찬 과제를 맡은 공동연구자 김철용·김문현·정재황 세 사람은 보다 알찬 연구 결과를 기하기 위하여 또한 본 과제의 성질상 전체적으로 일관성을 유지하기 위하여 목차를 정하는 단계부터 토의를 거듭하고 집필하면서도 여러 차례 토의를 거치고 조정하는 등 최선을 다하였으나, 작업량이 방대한데다가 워낙 연구기간이 짧아 미흡한

점이 한두 가지가 아니리라고 생각한다. 다만 이 연구를 계기로 우리의 고유한 경험을 바탕으로 한 헌법소송법의 본격적 연구로 이어지길 바란다.

이 과제를 한국공법학회에 위촉하고 지원하여 준 헌법재판소에 감사를 드린다. 또한 이 자리를 빌려 이 과제를 연구하는데 직접·간접으로 도움을 주신 분들에게 감사를 드린다.

공동연구책임자 김철용

## 목 차

제 1 장 서 론 .....	15
1. 서언 .....	15
2. 연구의 목적과 범위 .....	17
제 2 장 일반심판절차의 문제점과 개선방향 .....	22
제 1 절 변호사강제주의 .....	22
1. 현행제도 .....	22
2. 입법례 .....	24
1) 독일 .....	24
2) 오스트리아 .....	25
3. 문제점과 개선방향 .....	25
1) 문제점 .....	25
2) 개선방향 .....	28
제 2 절 심판기간 .....	29
1. 문제점 .....	29
2. 입법례 .....	32
1) 독일 .....	32
2) 오스트리아 .....	32
3. 개선방향 .....	32

제3절 직권주의강화 등 .....	34
1. 헌법재판의 본질과 직권주의 .....	34
2. 강화되어야 할 직권주의의 내용과 범위 .....	35
1) 청구요건적부판단상의 직권주의.....	35
(1) 헌법재판소의 태도 .....	35
(2) 입법론 .....	36
2) 심판대상 및 심판범위에 대한 직권판단 .....	36
3) 제청되지 않은 조문에 대한 심리문제와 직권주의 .....	36
(1) 문제제기 .....	37
(2) 헌법재판소법 제45조 단서규정의 불명료성 · 37	
(3) 헌법재판소판례의 입장 .....	38
(4) 확대의 필요성 .....	40
(5) 외국의 경우 .....	42
(6) 입법론 - 헌법재판소법 제45조 단서의 개정방향 .....	44
4) 결정주문에 관한 재판관의 재량문제와 직권주의 .....	46
5) 가명령제도와 부수적 위헌법률심판권의 명문화 문제 .....	47
(1) 외국의 입법례 .....	47
(2) 개선방향 .....	47
제4절 가처분제도 .....	49

1. 문제의 소재 .....	49
2. 가처분제도에 대한 개관 .....	51
1) 의의 .....	51
2) 적용범위 .....	52
3) 요건 .....	52
(1) 본안소송과의 관계 .....	52
(2) 사유 .....	54
(3) 권리보호필요성 .....	54
4) 가처분심리절차 .....	56
(1) 신청 .....	56
(2) 신청의 형식과 기간 .....	56
(3) 심리 .....	56
5) 가처분결정 .....	57
6) 이의 .....	57
7) 가처분결정의 취소 .....	58
3 입법례 .....	58
1) 독일 .....	58
2) 오스트리아 .....	60
4. 개선방안 .....	61
제5절 결정의 형식과 효력의 문제점과 개선방향 .....	63
1. 서론 .....	63
2. 문제점 .....	64
1) 결정형식·효력에 관한 일반규정의 불충분성 .....	64
2) 결정형식·효력의 구체화 내지 분류의 필요성 .....	65

3) 기속력의 개념·범위·내용의 불명료성	65
4) 헌법소원 인용결정의 약한 집행력의 문제	65
5) 탄핵결정의 효력문제	67
6) 정당해산결정의 효력문제	68
3. 외국의 입법례	69
1) 판결형식	69
(1) 독일	69
(2) 오스트리아	76
2) 판결효력	77
(1) 독일	77
(2) 오스트리아	80
4. 개선방향	82
1) 결정형식에 관한 개선방안	82
2) 결정효력에 관한 법규정의 개선방안	83
(1) 결정효력의 헌법상 규정화의 필요성과 여부	83
(2) 기속력 등의 일반화규정의 필요성 검토	83
(3) 기속력·집행력의 범위확대 및 강화방안	83
제 3 장 특별심판절차의 문제점과 개선방향	85
제1절 위헌법률심판절차의 문제점과 개선방향	85
1. 규범통제방식의 개선방안	85
1) 사전적·예방적 규범통제 (위헌법률심사제)의 도입 문제	85
(1) 사후적 규범통제의 문제점과 사전적 심사제의	

도입필요성 .....	85
(2) 외국의 입법례-프랑스의 사전적·예방적 위헌 법률심사 .....	86
(3) 입법방안 .....	88
(4) 과도기적 대체운영 내지 보충방안 .....	93
2) 추상적 규범통제의 도입 문제 .....	94
(1) 외국의 입법례 - 독일 .....	94
(2) 도입상 검토사항 .....	96
(3) 과도기적 대체운영 내지 보충방안 .....	97
2. 위헌법률심판의 대상에 관한 문제점과 개선방향	102
1) 형식적 법률 .....	102
2) 긴급명령 등 「사실적으로 법률의 효력을 가지는 법규범」 .....	102
3) 대상여부의 명확화를 요구하는 법규범들 .....	103
(1) 입법부작위, 불충분한 입법 .....	103
(2) 폐지된 법률 .....	103
(3) 조약과 「일반적으로 승인된 국제법규」의 대 상성여부 .....	106
(4) 국민투표에 의한 입법의 가능성여부 및 심판대 상성여부 .....	106
(5) 헌법률에 대한 위헌여부심사 문제 .....	108
(6) 의무적 사전심사의 도입시 그 대상에 대한 검 토 .....	115
3. 위헌법률심판의 제청절차상의 문제점과 개선방안 .....	116

1) 법원의 제청절차상의 문제점과 개선방안	116
(1) 법원의 합헌결정권 인정여부 문제	116
(2) 개선방안	117
2) 위헌법률심판 제청요건에 관한 문제점	125
(1) 문제제기	126
(2) 재판의 전제성의 개념	126
(3) 제청신청인의 권리에의 영향유무와 제청요건	129
(4) 기본권침해를 요건으로 하는지 여부 문제	134
(5) 결어	138
4. 위헌법률심판결정의 형식에 관한 문제점과 개선방향 일변형결정의 문제	138
1) 변형결정의 문제점	138
(1) 변형결정의 개념에 관한 문제	139
(2) 변형결정의 인정근거를 둘러싼 논란	140
(3) 변형결정들의 유형에 관한 문제	143
2) 외국의 사례	155
(1) 독일	155
(2) 오스트리아	158
(3) 프랑스	158
3) 개선방향	162
(1) 변형결정권 및 변형결정형식들의 명문화 여부 문제	162
(2) 여러 변형결정의 인정기준 설정 문제	165
5. 위헌법률심판결정의 효력	168

1) 논의의 범위 .....	168
2) 현행 문제점 .....	168
(1) 불충분한 효력규정과 정효력의 내용 분류상의 문제 .....	168
(2) 기속력 문제 .....	170
(3) 변형결정의 효력 문제 .....	175
(4) 위헌결정의 소급효 문제 .....	179
3) 외국의 입법례 .....	187
(1) 독일 .....	187
(2) 오스트리아 .....	189
4) 개선방안의 검토 .....	190
(1) 결정효력에 관한 법규정의 개선방안 .....	190
(2) 변형결정의 기속력 강화방안 .....	192
(3) 위헌결정의 소급효인정에 관한 개선방안 .....	196
(4) 위헌결정·헌법불합치결정 후 국회입법 확보를 위한 제도 .....	201
(5) 판례에 의한 적극적인 해석운용노력의 강화 .....	202
제2절 헌법소원심판절차의 문제점과 개선방향 .....	204
1. 서언 .....	204
1) 우리나라 헌법소원제도의 특성과 문제 .....	204
2) 헌법소원제도의 본질과 개선방향 .....	214
(1) 헌법소원제도의 취지 .....	214
(2) 헌법소원제도의 기능 .....	214
(3) 헌법소원제도의 성격 .....	215

(4) 헌법소원제도의 비재심성 .....	216
3) 헌법소원제도에 대한 평가와 개선방향 .....	216
2. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 문제 · 224	
1) 문제의 소재 .....	224
2) 입법례 .....	225
3) 제68조 제2항의 헌법소원의 인정가능성 .....	227
4) 제68조 제2항의 헌법소원의 실질 .....	235
5) 입법론 .....	239
3. 보충성의 원칙의 예외의 인정문제 .....	243
1) 문제의 소재 .....	243
2) 보충성의 원칙의 예외의 인정여부 .....	246
3) 입법례 .....	256
(1) 독일 .....	256
(2) 오스트리아 .....	256
4) 개선방안 .....	257
4. 헌법소원의 대상 .....	261
1) 문제의 제기 .....	261
2) 헌법소원의 대상에 관한 몇 가지 문제 .....	265
(1) 법률 .....	265
(2) 명령, 규칙 .....	268
(3) 통치행위 .....	273
(4) 행정처분 .....	274
3) 외국의 입법례 .....	277
(1) 독일 .....	277
(2) 오스트리아 .....	278

4) 개선방향 .....	279
5. 권리보호이익 .....	281
1) 서언 .....	281
2) 헌법소원청구인의 관련성 .....	282
(1) 자기관련성 .....	283
(2) 현재관련성 .....	284
(3) 직접관련성 .....	287
3) 일반적 권리보호이익 .....	288
4) 문제점과 개선방향 .....	289
6. 헌법소원의 청구기간 .....	291
1) 현행제도와 그 문제점 .....	291
(1) 현행제도개관 .....	291
(2) 문제점 .....	297
2) 외국의 입법례 .....	297
(1) 독일 .....	297
(2) 오스트리아 .....	298
3) 개선방향 .....	298
7. 지정재판부 .....	300
1) 서언 .....	300
2) 현행제도개관 .....	301
3) 외국의 입법례 .....	303
(1) 독일 .....	303
(2) 오스트리아 .....	304
4) 문제점과 개선방향 .....	305
(1) 문제점 .....	305

(2) 개선방향 .....	306
8. 가처분 .....	310
1) 문제점 .....	310
2) 외국의 입법례 .....	311
(1) 독일 .....	311
(2) 오스트리아 .....	311
3) 개선방향 .....	312
 제3절 정당해산심판절차의 문제점과 개선방향—위헌정당 해산시의 소속 국회의원의 신분상실여부 .....	314
1. 현행법해석 .....	314
2. 입법례 .....	317
3. 개선방향 .....	317
 참고문헌 .....	319

# 제 1 장 서 론

## 1. 서 언

헌법재판소가 출범한지 이제 4년여가 지났다. 과거의 헌법과 비교하여 현행헌법의 가장 특징적 내용 중 하나로 지적되는 헌법재판소제도에 대해서는 한편으로는 헌법재판의 새로운 지평을 열고 민주적 입헌국가의 실현과 국민의 기본권보장을 위한 중대한 제도적 장치로 기능할 것이라는 기대와 함께 또 한편으로는 과거의 헌정사적 경험에 비추어 보나 현행 헌법재판제도의 구조적 문제에 비추어 보나 과연 헌법재판소가 제대로 기능 할 수 있을 것인가 하는 의구가 교차하고 있었다. 또한 헌법재판소제도에 대해 부정적 태도도 존재해 왔다. 그러나 헌법재판소는 점차 우리의 헌법생활에 있어서 중요한 위치를 확립해 가고 있다.

헌법재판소는 1988. 9. 1 이후 1992. 11. 30 현재에 이르기까지 사건 접수된 총 1630건 중 1249건을 처리하였다. 심판 사건 중 헌법소원심판사건이 압도적 다수를 차지하여 1189건 접수에 874건을 처리하였고 위헌법률심판사건이 254건 접수에 235건을 처리하였으며, 권한쟁의심판사건은 2건 접수에 처리된 것은 아직 없다. 그러나 탄핵심판사건



있는 것으로 평가받고 있는 것도 사실인 것이다. 물론 헌법재판소의 이러한 성과의 배경에는 소위 헌법 환경의 변화가 개재하고 있음은 부정할 수 없다. 즉 과거 정치가 제멋대로 헌법의 궤도를 이탈하고 헌법이 헌법현실과 유리되어 그 실효성을 상실하였으며 헌법재판이 헌법상 장식에 가까운 기능밖에 할 수 없었던 것은 민주적 입헌국가 경험의 일천과 권위주의적 정치환경과 의식에 기인한 바 컸던 것이다. 그에 비하면 최근 수년 권위주의 체제의 해체와 민주적 의식과 역량의 성숙은 헌법재판소가 기능할 수 있는 공간을 많이 확장해 준 것도 사실이다. 그러나 짧은 역사와 경험, 그리고 초창기의 지위의 불안정성에도 불구하고 이러한 성과를 이루어 낸 헌법재판소의 지혜와 노력을 과소평가해서도 안될 것이다.

아직 헌법재판소제도에 대한 비판적 견해가 존재하는 것도 사실이지만 이제 문제는 당면하고 있는 현행 헌법재판제도의 문제점들을 극복하고 헌법재판제도의 원활한 운영을 확보하는 것이라 할 수 있다.

## 2. 연구의 목적과 범위

그 동안 4년여의 경험을 거치면서 우리헌법재판제도는 여러 가지 문제에 직면하였다. 이 중에는 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있는 헌법재판제도상의 문제점도 있고,

헌법재판소의 역사의 일천과 경험의 부족으로 인한 운영상의 문제도 있다. 그 중에서도 특히 우리헌법재판제도상의 문제는 헌법차원에서의 구조적 문제도 있고 또 헌법재판소법 차원의 문제도 있다. 헌법재판소법은 1988년에 제정되어 1991년에 1차 개정되긴 하였지만 아직도 여러 가지 문제를 포함하고 있다. 이러한 문제는 개략적으로 다음과 같은 것으로 요약할 수 있을 것이다.

즉 원래 헌법재판소제도는 일반법원과는 독립한 헌법재판소가 헌법재판을 전담하는데 그 특색이 있는 것이다.<sup>2)</sup> 그러나 우리헌법은 독일, 오스트리아식의 헌법재판소제도를 도입하면서도 또 한편으로 미국식의 사법심사제를 부분적으로 유지함으로써 헌법재판 담당기관을 헌법재판소와 법원으로 이원화하고 있어 여러 문제를 야기하고 있다. 즉 헌법 제111조 제1항에 따라 헌법재판소는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판과 탄핵심판, 정당의 해산심판, 국가기관상호간 그리고 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 그리고 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 관장토록 하면서 한편 제107조 제2항에 따라 명령, 규칙, 또는 처분이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가지도록 하고 있는 것이다. 이로 인하여 헌법재판소와 대법원간에 권한분쟁이 생겨 심각한 갈등을 야기하고 있을 뿐 아니라 헌법해석의 혼란을 초

---

2) 김철수, 헌법재판소의 지위와 권한, 법조, 1989. 7, 5면

래할 우려가 많음에도 헌법해석의 통일성을 확보할 제도적 장치를 마련하지 않아 문제이다.

다음으로 헌법재판소법도 많은 문제를 가지고 있는 것으로 지적되고 있다. 즉 위헌법률심판의 경우 그 대상의 명확성, 재판의 전제성 등 제청요건이 명확성이 더 요구되고 결정형식의 문제에 있어서는 법적 공백이나 혼란을 막고 다양한 문제상황에 대한 신속성 있는 대응을 위해 합헌결정과 위헌결정이외의 변형결정이 필요한 경우가 있음에도 이의 근거를 마련하지 않아 문제이고 또 위헌결정의 효력에 관해서는 형벌에 관한 법률이나 법률조항의 경우를 제외하고는 장래효를 규정하고 있어 구체적 타당성이나 국민의 기본권보장이라는 관점에서 일정범위의 소급효를 인정할 필요가 있음에도 그 근거를 두지 않아 문제라 할 수 있다. 또한 헌법소원심판의 경우 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 배제하여 보충성의 원칙과 관련하여 헌법소원심판의 범위를 극히 제한하여 헌법이 헌법소원제도를 둔 취지를 왜곡하였고 보충성의 원칙의 예외도 규정하고 있지 않다. 또 가처분의 필요성이 가장 크다고 할 수 있는 헌법소원심판절차에 가처분에 관한 규정이 결여되어 있고 또 헌법소원심판에 있어 가장 큰 문제로 지적되는 남소의 폐해를 막고 헌법재판소의 부담을 덜어 줄 제도가 미흡하다는 지적도 있다. 그 밖에도 권한쟁의 심판의 경우 법률적 분쟁까지도 헌법재판소의 관할로 하고 있다든가 또 정당해산심판의 경우 정당해산 결정시 그 정당소속 국회의원의 신분상실 여부에 관한 규정이 결여되어 있다든가 하는 문

제들이 있다.

이러한 제반 문제는 한편으로는 앞으로의 헌법재판소의 경험과 판례의 축적을 통해서 해결해야 할 부문도 있고 또 이러한 운영과 해석상의 노력으로 극복되지 않는 문제는 입법상의 개정을 통해 극복해 나가지 않으면 안될 것이다.

본 연구보고서는 이와 같은 현행 헌법재판제도의 문제들 중에서 주로 제도적으로 개선해야 할 부문에 초점을 맞추어 그 문제점과 개선방향을 살펴보고자 한다. 또한 헌법재판제도상의 문제는 헌법재판소법을 구성하는 헌법재판조직법과 헌법재판절차법 양 부문에서 찾을 수 있는데 본 연구보고서에서는 헌법재판절차법만을 연구대상으로 하였다. 또한 헌법재판절차에는 위헌법률심판절차, 헌법소원심판절차, 정당해산심판절차, 권한쟁의심판절차, 탄핵심판절차가 있다. 그 중 권한쟁의심판에 관해서는 헌법재판연구 제3권에서 이미 상세하게 다룬 바 있고 또 앞에서도 보았듯이 특별심판절차 중에서도 위헌법률심판과 헌법소원심판이 가장 중요한 부문을 이루고 있다고 할 수 있다. 그런 점에 비추어 본 연구 보고서는 일반심판절차와 특별심판절차를 연구대상으로 하되 특별심판절차 중에서는 위헌법률심판과 헌법소원심판절차를 중심으로 하였다.

연구방법으로는 먼저 헌법재판소의 판례들, 사건현황에 관한 통계와 학자 및 실무가의 헌법재판제도의 문제점에 관한 지적 등을 기초로 하여 문제점을 추출하였다. 그리고 이 점에 관한 국내학자 및 실무가의 개선 방향지적과 외국의 입법례, 주로는 우리 헌법재판소의 모델이 되었고 또

오랜 경험과 역사를 축적한 바 있는 독일과 오스트리아의 헌법재판제도와 또 다른 유형으로서 프랑스의 헌법재판제도를 우리 헌법재판제도의 특수성과 관련하여 참조하여 앞으로의 개선방향을 모색, 제시하였다.

# 제 2 장 일반심판절차의 문제점과 개선방향

## 제 1 절 변호사강제주의

### 1. 현행제도

헌법재판소법 제25조 제3항은 ‘각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니한다.’고 하여 민·형사소송의 경우와는 달리 헌법재판에 있어 변호사강제주의를 규정하고 있다. 동 조항은 일반심판절차에 관한 규정이긴 하나 변호사강제주의가 문제되는 것은 헌법재판소의 결정에서 볼 수 있듯이 1) 사인이 당사자로 되는 심판청구인 탄핵심판청구와 헌법소원심판청구에 있어서라고 할 수 있으며 특히 헌법소원심판청구에서 주로 문제가 될 가능성이 많다.

변호사강제주의 채택은 본인소송주의에 비해 헌법재판소가 지적하듯이 다음과 같은 이점이 있다는 점에 기초하고 있다. 첫째 재판의 본질을 이해하지 못하고 재판자료를 제대로 정리하여 제출할 능력이 없는 당사자를 보호해 주며 사법적 정의

---

1) 현재 1990.9.3 선고, 89헌바 120, 212 (병합)

의 실현에 기여한다는 점이다. 둘째, 승소가망성이 없는 사건을 사전에 변호사를 통해 소거시키는 한편 재판자료를 법률적으로 다듬고 정리하여 재판소에 제출함으로써 보다 효율적으로 국가의 헌법재판의 운영을 기할 수 있다는 점이다. 셋째, 당사자가 스스로 소송을 수행할 때 법률보다는 감정에 복받쳐 사안을 불투명하게 할 수 있으며 선별 없는 무리한 자료의 제출로 재판자료를 산적하게 하여 심리의 부담을 가중시키는 폐해가 있는데 변호사강제주의는 이러한 폐해를 해소하는데 기여한다는 점이다. 넷째, 재판관의 관료적인 편견과 부당한 권위 의식 또는 자의로부터 당사자를 보호하고 신중한 심리를 하도록 감시함으로써 국가사법민주화에 공헌하는 바가 적지 않다는 것이다.

그러나 이러한 이점에도 불구하고 이것이 민·형사소송과 달리 유독 헌법재판에만 변호사강제주의를 채택해야 하는 논거로는 부족하고 또 후술하는 것처럼 변호사 수입료가 고액인 현실에 비추어 자력이 없는 자의 헌법재판에의 접근을 막고 따라서 헌법재판을 받을 수 있는 권리를 침해할 우려가 있다는 점을 부정할 수 없다 할 것이다. 이러한 점을 보완하기 위해 헌법재판소법 제70조는 헌법소원심판에 있어 변호사를 대리인으로 선임할 수 있는 자력이 없는 경우 헌법재판소에 국선대리인을 선임해 줄 것을 신청할 수 있도록 하고 있으나 후술하는 바와 같이 국선대리인을 선임하는 경우도 제한적이어서 이러한 문제를 해결하기에는 부족하다 할 수 있다.

## 2. 입법례

### 1) 독일

변호사 강제주의에 관한 일반적 규정은 없다. 그러나 헌법재판소법 제22조 제1항 제1단에서 관련인은 절차의 어떤 단계에 있어서도 독일 재판소에서 공인한 변호사 또는 독일 대학의 법률학교수를 소송대리인으로 할 수 있다고 하면서 이어서 연방헌법재판소의 구두변론에 있어서는 관계인은 이들 소송대리인을 대리시켜야 한다고 하여 구두변론에 있어서만은 소송대리인 강제를 규정하고 있다.

과거 일반적인 변호사 강제제도(Anwaltszwang)의 도입을 위한 제안이 있었으나 입법자가 이를 받아들이지 않았다.<sup>2)</sup> 독일에 있어서 일반적 변호사 강제제도의 도입에 대하여는 찬반의 견해가 나누인다. 찬성의 논거는 상담효과, 부담경감효과 및 질적 개선을 들 수 있고, 반대의 논거는 심판청구장해, 높은 비용부담, 재판소의 비용보조신청재판으로 인한 업무증대를 들 수 있다.<sup>3)</sup>

---

2) G. Wöhrmann, Reformvorschläge zum Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in : Fürst/Herzog/Umbach(hrsg.), Festschrift Für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin/New York, 1987, S. 1356

3) Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. , S. 302

## 2) 오스트리아

헌법재판소법 제17조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 제37조에 의한 소, 제46조, 제48조, 제50조, 제57조, 제62조와 제66조에 의한 신청 및 소원은 제24조 제1항의 규정에 해당하지 않은 한 변호사가 이를 하여야 한다.

따라서 심리에 있어서 당사자는 헌법재판소법 제17조 제2항에 저촉되지 않는 한 헌법재판에 관한 심판수행을 스스로 할 수 있고 변호사로 하여금 대리시킬 수 있다.<sup>4)</sup>

## 3. 문제점과 개선방향

### 1) 문제점

변호사강제주의의 채택 여부는 합헌이나 위헌이냐의 문제라기보다 입법정책의 문제라 할 수 있다. 일반적으로 변호사강제주의를 채택하지 않고 구두변론절차에서만 제한적으로 변호사강제주의를 채택하는 독일 같은 나라에서도 헌법재판소의 과중한 업무부담을 덜어주기 위하여 변호사강제주의를 채택하는 주장도 있는데<sup>5)</sup> 법원의 재판을 제외한 공권력을 헌법소원의 대상으로 하고 있는 우리나라에서는 보충성의 원칙에도 불

---

4) Rudolf Machacek(hrsg.), Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, 1989, Wein, S. 24

5) Zuch, aaO, S. 106

구하고 사실상 사전심리가 이루어지지 않는 경우가 많은 만큼 이러한 필요성이 더욱 크다고 할 수 있을 것이다. 그러나 변호사강제주의 앞에서 보았듯이 그 입법례도 찾아보기 어려운 것이다. 변호사강제주의가 평등권과 재판청구권의 본질적 내용을 침해하여 위헌은 아니냐 하는 문제에 대해서는 이미 헌법재판소의 결정이 있으므로 별론으로 하더라도 입법정책적으로 변호사강제주의 자체가 바람직한 것인지, 또 반드시 변호사만을 대리인으로 하는 것이 타당한지에 대해서는 의문이 있다.

첫째, 1992년 1. 30일 현재의 헌법재판소의 헌법재판활동현황에 관한 통계에 의하면 헌법소원심판사건(제68조 제1항의 헌법소원과 제2항의 헌법소원을 포함하여)의 지정재판부에 의해 각하된 총 459건 중 대리인선임이 없어 각하된 경우가 228건으로 거의 절반에 이르고 있으며, 각하사유중 압도적으로 많은 부분을 차지하고 있다. 이는 변호사강제주의로 인해 많은 헌법소원청구가 실질심리에서 배제되고 있다는 것을 의미한다.

둘째, 아직도 변호사수임료가 고액인 점에 비추어 변호사강제주의가 국민의 헌법재판을 받을 수 있는 권리에 대한 장해로 작용할 위험성이 크다. 그런 점에서 변호사강제주의를 채택하려면 무엇보다 변호사수임료에 대한 보조금지급이나 또는 국선대리인 선임의 범위확대를 전제로 하지 않으면 안된다. 그런데 현실적으로 이에 관한 예산적 뒷받침이 가능한지가 의문이며 현행 헌법재판소법 제70조 제1항이 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있게 하고 있으나 헌법재판소 국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙 제4조 제1항은 신청인이 대

리인 선임의 자력이 없음을 소명하는 서면을 제출토록 하고 있는데 생활보호대상자 증명 등이 요구되어<sup>6)</sup> 국선대리인을 선임받을 수 있는 범위는 매우 제한적이다.<sup>7)</sup>

셋째, 변호사강제주의가 주로 문제되는 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하고 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에만 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 기타 참고인의 진술을 들을 수 있도록 하고 있다(헌법재판소법 제30조 제2항).

독일의 경우에도 헌법소원절차에서 실제로 예외적으로만 인정되는 구두변론절차에 있어서만 변호사나 대학의 법학교수에 의해 대리되도록 하고 구두변론이 있어 대리인을 선임하지 않으면 이미 문서로 제출한 사항은 유효하지만 구두변론에서 청구나 증인신문 등의 절차적 권리는 인정하지 않고<sup>8)</sup> 있는 점에서 볼 수 있듯이 서면 심리에 의하는 데도 반드시 변호사강제주의를 채택할 이유가 있는지 의문이다.

넷째, 헌법재판은 민·형사재판과 같은 일반사법작용과는 그 성질을 달리한다. 헌법재판은 헌법해석을 통한 헌법적 문제의 유권적 해결을 그 내용으로 하는데 일반사법작용과는 다른 독특한 목적과 성격을 가지며 헌법해석원리도 일반법해석의 그

---

6) 자력없음을 소명하는 자료로는 예컨대 생활보호대상자증명, 미과세 증명, 지체부자유증명, 산업재해증명 등이 있다.

7) 헌법재판소 설치 이후 국선대리인선임신청 및 실제 선임현황에 의하면 1992. 12. 21 현재까지 신청 392건, 선정 131건, 기각 250건, 취하 11건, 미제 6건 등으로 나타나고 있다. 한편 국선대리인 선임에 따른 보수지급 내역을 보면 103건에 2, 920만원이 지급되어 1건당 평균 283,495원의 보수가 지급되었다.

8) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz. 1992, Rdnr. 4 zu Art.2; Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, S. 169

것과 다르다. 그런 점에서 헌법재판에 있어서의 대리인의 자격을 반드시 변호사에만 한정해야 할 것인지에 대해서는 의문이 있다.

## 2) 개선방향

(a) 먼저 국선대리인 선임을 청구할 수 있는 범위를 확대하거나 또는 변호사선임에 따른 비용에 대한 보조금 지급이 가능하다면 변호사강제주의를 채택하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 이는 헌법재판의 원활한 운영과 헌법재판소의 업무부담을 경감시키고 청구인의 권리를 보장하는데 기여할 수 있을 것이다. 그러나 현실적으로 이러한 것이 실현되기 어렵다면 변호사강제주의의 장점에도 불구하고 이를 강제할 수는 없다고 생각된다. 그런 점에서 이와 같은 전제가 이루어지지 않는다면 변호사강제주의는 폐지하거나 구두변론을 거치는 경우에만 변호사강제주의를 채택하는 것이 타당하다고 생각한다.

(b)헌법재판의 대리인의 자격은 변호사에 한정할 것이 아니라 독일의 경우처럼 공법학교수도 포함되도록 하여야 할 것이고 일정기간이상 헌법연구관경력을 가진 자도 자격을 인정하는 것이 바람직 할 것이다.

## 제2절 심판기간

### 1. 문제점

헌법재판소법 제38조는 ‘헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다’고 하여 헌법재판소의 심판기간을 심판절차의 종류와 관계없이 180일 이내로 규정하고 있다. 이는 헌법 제27조 제3항이 규정하고 있는 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 구현한 것이라 할 수 있다.

한편 이는 민사소송법 제184조가 판결의 선고는 소가 제기된 날로부터 5월내로 하고 항소심의 경우 4월, 상고심의 경우 3월내로 하면서 동법 제19조 제1항 전문은 원칙적으로 변론종결의 날로부터 2주일 이내에 하도록 하고 한 것과 대비된다. 또 소송촉진등에 관한 특례법 제21조는 형사소송에 관해 ‘판결의 선고는 제1심에서는 공서가 제기된 날로부터 6월 이내에, 항소심 및 상고심에서는 기록의 송부를 받은 날로부터 각 4월 이내에 하여야 한다고 하고 형사소송규칙 제146조는 판결선고는 원칙적으로 변론종결일로부터 14일 이내에 하여야 한다’고 규정하고 있으며 특정강력 범죄의 처벌에 관한 특례법 제13조도 특정강력범죄사건에 대한 판결의 선고는 특별한 사정이 있는 경우에도 변론종결일로부터 14일을 초과하지 못하도록 하고 있는 것과도 비교된다. 한편 외국의 경우에도 이처럼 헌법재판

에 관해 법정심리기간의 제한을 두고 있는 예는 보기 드물고 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항은 ‘결정의 선고는 구두변론의 종결로부터 3월 이내에 하여야 한다.’고 규정하고 있을 뿐이다.

그런데 이와 같은 법정 심리기간이 현실적으로 제대로 지켜지고 있지 않다는 점에 문제가 있다. 그러면 이처럼 법정심리기간을 빈번히 초과하는 이유는 무엇인가?

하나의 가능성은 법정심리기간이 비현실적이거나 또는 심판절차의 종류나 사건의 난이도를 고려하지 않고 획일적 기간을 둔데서 그 원인을 발견할 수 있지 않겠는가 하는 것이고 또 하나의 가능성은 비록 법정심리기간 자체는 적정하다 하더라도 현실적으로 헌법재판소의 업무처리능력에 비추어 업무가 지나치게 과중하여 재판이 지연되거나 아니면 헌법재판소가 재판을 태만히 하거나 정치적 고려 등에 의해 재판이 지연되는 것은 아닌가 하는 것이다.

첫째, 사실 독일의 경우를 보면 규범통제절차의 경우 평균심리기간이 약 2년이고 헌법소원절차의 경우 재판부에서 계속사건의 약 60%는 계속 후 1-2년 내에, 30%는 2-5년내에, 그리고 나머지 10%는 헌법소원이 제기된 후 6년 또는 그 이상의 기간이 걸렸다. 반면 소부(Kammer)에서의 재판은 대부분의 경우 평균 2개월 정도 소요되었다.<sup>9)</sup> 이렇게 본다면 현행 헌법재판소법 제38조가 법정심리기간을 접수한 날로부터 180일 이내로 한 것은 비현실적인 것으로 보인다.

---

9) 헌법위원회, 서독연방헌법재판소-그 제도와 기능-, 헌법재판자료 제9집, 1984, 87면

둘째, 형사소송 등에 있어서의 법정심판기간에 대해서도 사건의 성질이나 심리의 난이도를 고려하지 않고 일률적으로 판결선고기간을 정하는 것은 졸속재판을 초래할 위험이 있으므로 입법론적으로 타당하지 못하다는 지적이 있는데<sup>10)</sup> 이러한 지적은 헌법재판에도 그대로 타당하다고 생각한다. 사실 헌법재판의 다양성을 생각하면 심판의 종류나 중요성, 난이도 등을 고려하지 않고 획일적으로 법정심판기간을 두는 것은 문제가 있다고 생각된다.

셋째, 법정심판기간이 지켜지지 않는 가장 큰 이유는 역시 헌법재판소의 심판능력에 비하여 심판사건이 지나치게 많아 업무가 과중한 탓이라 생각된다. 독일연방헌법재판소 경우의 1951. 9. 9 - 1989. 12. 21간 총접수 78,596건 중 75,925건이 처리된 것에 비해 우리 헌법재판소가 1989. 1.1 - 1992. 11. 30간 총접수 1630건 중 1294건을 처리하여 평면적으로 보면 연간처리건수가 개략적으로 독일 연방헌법재판소의 1/4에 불과하지만 독일의 경우 압도적 부분을 차지하는 헌법소원의 대부분이 소부에서 결정되고 재판부가 2개의 원으로 구성된 점, 그리고 역사적 경험과 판례의 축적 등을 생각하면 우리 헌법재판소의 업무량은 매우 많은 것이라 생각된다.

넷째, 접수일자가 앞선 중대한 의미의 헌법소원심판청구를 미제로 방치하여 둔 채 그 이후에 접수된 헌법소원심판사건을 우선 처리하여 일부사건의 처리를 지연하고 이로 인해 국민의 평등권을 침해하고 있다는 지적도 있는데<sup>11)</sup> 그 이유는 사건의

---

10) 이재상, 형사소송법, 1991, 35면

11) 권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 21면

난이도 탓인 점도 있겠지만 정치적 고려에 기인한 경우도 있다고 여겨진다.

## 2. 입법례

### 1) 독일

판결의 선고는 구두변론의 종결로부터 3개월 이내에 하여야 하는데 그 기일은 연방헌법재판소의 결정으로 연기할 수 있다.  
(연방헌법재판소법 제30조 제1항)

### 2) 오스트리아

오스트리아 헌법재판소법 제2절 특별규정에서 E.명령의 합법성에 관한 다툼의 경우와 F.법률의 합헌성에 관한 다툼의 경우 각각 헌법재판소의 판결은 가능한 한 신청이 도달한 후 1개월 내에 행해져야 한다고 규정하고 있다.(제59조 제1항, 제63조 제3항)

## 3. 개선방향

법정심판기간에 관한 규정은 일반적으로 강행규정이나 효력

규정이 아니라 혼시규정에 불과하다고 보고 있다.<sup>12)</sup> 이렇게 혼시규정으로 본다면 헌법재판소법 제38조의 규정의 의미는 헌법 제27조 제3항에 따라 신속한 헌법재판을 촉구하는 정도라고 보아진다. 그러나 앞에서 보았듯이 제38조가 규정하는 법정심판기간은 현실적으로 지켜지기에는 너무 짧고 또 심판의 종류나 사건의 난이도를 고려치 않아 획일적이라는 문제를 안고 있다. 이로 인해 법정심판기간을 빈번히 초과하게 되고 헌법재판소가 국민의 비판과 불신을 사는 문제를 낳고 있다. 그리고 신속한 헌법재판의 확보는 이와 같은 법정심판기간의 규정보다는 헌법재판소의 재판처리능력을 제고토록 하는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 그런 점에서 다음 몇 가지 제도개선이 이루어져야 할 것이다.

즉 첫째, 법정심판기간 규정을 삭제하는 것이 바람직하고 신속한 재판을 촉구하는 의미에서 만약 존치하는 경우에는 지금보다 기간을 연장하는 방향으로 개정하여야 할 것이다. 이때 법정심판기간을 두지 않고 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항처럼 구두 변론 종결일로부터 일정기간 이내에 결정토록 하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

둘째, 헌법재판소의 헌법연구관의 수를 늘리고 판사나 검사의 일시적 파견에 의한 연구관 확보보다는 계속적으로 근무하는 헌법연구관의 확보를 통해 전문성을 증대토록 하여 헌법재

---

12) 앞에서 본 민사소송법규정이나 소송촉진등에 관한 특례법규정에 대해서도 혼시규정으로 보고 있다.(이시윤, 신판 민사소송법, 1991, 673-674면; 이재상, 전개서, 35면); 그러나 신속한 심판을 받을 권리를 보장해 주기 위해서 이를 강제규정으로 보아야 할 것이라는 견해도 있다.(김철수, 전개논문, 553면)

판관이 재판을 신속하게 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한 후술하는 바와 같이 지정 재판부의 권한을 확대하여 전원 재판부의 재판 부담을 덜어주도록 해야 할 것이다.

## 제3절 직권주의강화 등

### 1. 헌법재판의 본질과 직권주의

헌법재판은 주지하는대로 헌법을 보장하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 그런데 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 헌법규범의 해석과 이로 인한 객관적인 헌법질서의 보장을 위한 기능이 헌법재판에서는 중요한 의미를 가진다고 보겠다. 특히 일반적이고 추상적이며 객관성을 띠는 것이 원칙인 법률에 대한 위헌심판, 또는 법규범에 대한 합헌성 통제를 위한 헌법재판의 경우 더욱 객관적 합헌성 보장이라는 헌법재판의 본질이 전면에 부각된다고 볼 수 있겠다. 물론 구체적 규범통제를 채택하고 있는 현행 우리 법제하에서는 주관적 소송의 성격을 전혀 배제할 수 없다고도 볼 수 있으나 구체적 규범통제가 가지는 의미는 헌법재판의 발단을 법원의 재판에 둔다는 의미이고 일단 헌법재판소에 법률에 대한 위헌여부심판이 제기되면 규범에 대한 객관적 통제가 이루어진다고 볼 수 있을 것이다.<sup>13)</sup>

---

13) 규범 통제는 주관적인 권리보호의 면보다 객관적인 법질서보호의

따라서 헌법재판에 있어서는 다른 재판에서와는 달리 헌법재판기관, 즉 헌법재판소의 직권에 의한 심사가 요구되는 정도가 더 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다.

## 2. 강화되어야 할 직권주의의 내용과 범위

### 1) 청구요건적부판단상의 직권주의

#### (1) 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 위헌법률심판의 제청요건 내지 헌법소원심판의 청구요건에 대해 직권으로 심리하고 있다. 즉 위헌 법률심판의 경우의 예로서 사회보호법 제5조의 위헌법률심판<sup>14)</sup>에서 헌법재판소는 「직권으로 보건대…」라고 이유설시를 하면서 직권으로 제청요건인 재판의 전제성이 잘 갖추어졌는지에 대해 살피고 있다.

#### (2) 입법론

---

면을 중요시하는 일종의 객관적인 소송이라고 보는 견해로, 허영, 전정증보판 한국헌법, 1993, 박영사, 804면 참조.

14) 헌재 1989.4.17. 선고 88 헌가 4, 헌법재판소판례집 제1권, 27면 이하 참조.

헌법재판소가 각종 심판의 청구요건에 대해서는 직권으로 심리하는 태도를 보여주고는 있지만 요건에 대한 직권심사를 명문으로 규정함이 어떨까 하는 문제를 검토할 필요가 있다고 하겠다. 왜냐하면 헌법재판소법 제28조는 심판청구의 보정을 규정하고 있는데 이 보정을 더욱 효율적으로 하기 위해서는 직권에 의해 청구요건의 충족여부를 가려주는 과정을 명백히 하는 것이 바람직하다고 볼 수도 있기 때문이다.

## 2) 심판대상 및 심판범위에 대한 직권판단

위헌법률심판의 경우를 보면 헌법재판소가 심판의 범위를 직권으로 한정하고 있는 판례를 볼 수 있다. 예컨대 헌법재판소는 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판의 결정<sup>15)</sup>의 판단설시에서 「먼저 직권으로 심판의 범위에 관하여 판단한다」라고 하면서 국유재산에는 행정재산, 보존재산, 잡종재산으로 나누어지는바 본 결정에서 문제된 국유재산은 「잡종재산」임을 분명히 한 후 심판의 범위를 국한하여 문제된 위 법 제5조 제2항의 규정을 「법 제4조 제4항에 규정한 잡종재산에 적용하는 경우에 한정하여 위헌여부를 판단함이 합당하다고 할 것이다.」라고 밝힌 다음에 본안판단에 들어간 예를 볼 수 있다.

## 3) 제청되지 않은 조문에 대한 심리문제와 직권주의

---

15) 헌재 1991. 5. 13. 선고 89 헌가 97, 헌법재판소판례집 제3권, 202면 이하 참조.

## (1) 문제제기

심리범위의 문제와 관련하여 문제시되는 것은, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소가 제청된 법률조문에만 한정해서 심사할 수 있고 그 외 제청된 조문들과 불가분의 관계에 있는 다른 조문들, 즉 제청된 법률조문이 속한 법률의 다른 조문들 또한 심지어 제청된 법률조문이 속한 법률이 아닌 다른 법률에 대해서는 심사할 수 없는가 하는 것이다. 이 문제는 「헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌 결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.」고 규정한 헌법재판소법 제45조의 해석 문제와도 관련된다고 하겠다.

## (2) 헌법재판소법 제45조 단서규정의 불명료성

제청되지 않은 다른 법률조문에 대해서도 헌법재판소가 직권으로 심사할 수 있는가 하는 문제에 관해 헌법재판소법 제45조 단서규정의 문언이 명확하지 않은 점이 있다. 즉 동조단서는 “다만, 법률조항의 위헌 결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다”라고 규정하고 있는데 이는 법률 전부에 대한 위헌 결정이 가능할 뿐 제청대상이 아니되었으나 제청된 법률 조문과 적어도 불가분인 다른 개별 또는 일부의 조문들에 대한 위헌 결정이 가능한 것으로 명시되어 있지는 않는 것

으로 문언상 보이기 때문이다.

아울러 이 헌법재판소법 제45조 단서는 위헌결정권의 범위에 관한 것인지 심리범위에 관한 것이 아니지 않느냐 하는 반론이 제기될 수도 있겠다. 다시 말해서 헌법재판소법 제45조 단서는 「위헌」의 결정권 범위에 관한 것이므로 합헌 결정을 위한 심리에 관한 규정은 아니라는 반론도 예상될 수 있겠다.

반면 또 한가지 문제가 제기되는 것은 헌법재판소법 제45조 단서의 문언상으로는 제청이 된 법률조항의 일부 문언에 대한 위헌 결정이 가능한지, 그리고 한 조항의 일부 문언에 대해서 제청이 되었을 경우 그 조항의 다른 문언에 대해 직권으로 심사할 수 있는가 하는 여부이다. 이는 한 조항에 대해 일부의 무효선언 등을 행하고 있는 우리 헌법재판소의 결정례를 볼 때(이는 뒤에 볼 결정의 유형 중 일부 위헌의 결정 문제이다), 다시 말해서 우리 헌법재판소가 한 조항 내지 한 규정 중의 일부에 대한 무효선언을 하는 것을 볼 때 조항의 일부분언에 대한 직권심리가 실정법상 근거가 있는 것인가 하는 문제가 제기되기 때문에 특히 거론될 수 있는 문제이다.

이러한 여러 문제가 있으나 여기서는 일반적인 문제로 통일시켜 제청된 법률 조문 외의 조문에 대한 직권심리가 가능한지 여부의 문제로 살펴보고자 한다.

### (3) 헌법재판소판례의 입장

헌법재판소의 입장을 명확히 알 수 없으나 국토이용관리법

제21조의 3 제1항, 제31조의 2의 위헌심판결정<sup>16)</sup>에서 간접적으로 엿볼 수 있다. 동결정에서 제청이 된 조항은 토지거래허가제를 규정한 위법 제21조의 3 제1항과 무허가거래에 대한 처벌규정인 위법 제31조의 2였는데 토지거래허가제에 따르는 피해를 최소화하기 위하여 동법 제21조의 15가 규정하고 있는 매수청구제가 토지거래허가제와 불가분의 관계에 있다는 견해가 제시되어 헌법재판소는 이 문제에 대해 실시하게 되었다. 헌법재판소의 다수의견은 「매수청구제는 위 이의신청제와 함께 토지거래허가제에 따르는 피해를 줄이기 위한 구제의 한 방법으로 규정되어 있는 것이므로 제도의 구조 논리상 매수청구제는 토지거래허가제와 상호 관련이 있는 제도이기는 하지만 그것이 심판상 불가분의 일체관계에 있는 제도는 아니라고 할 것이다. 그렇다면 양자의 위헌요소의 유무도 각각 별도로 검토되어야 하는 것이고, 어느 일방에 위헌 요소가 있다고 하여 타방이 자동적으로 위헌으로 되는 것은 아니다」라고 실시하여 불가분의 관계에 있으면 심사 할 수도 있다는 입장에서 는 듯 이해하게 하는 실시를 하다가, 「본건의 경우 위헌제청이 된 심판의 대상은 앞서 살펴본 “심판의 대상”에서 명시된 바와 같이 토지 등의 거래계약에 대한 허가규정과 그 벌칙규정의 위헌 여부에 관해서이고 매수청구권 문제와는 직접 관련이 없으므로 장차 매수청구권과 관련하여 위헌여부 심판제청이 있다면 그때 가서 위헌 여부를 가리는 것이 구체적 규범통제절차를 채택하고 있는 우리 헌법이나 헌법재판소법의 규정

---

16) 헌재 1989. 12.22. 선고 88 헌가 13, 헌법재판소판례집 제1권, 357면 이하 참조

취지에 합당하다고 사료된다」고 실시하여<sup>17)</sup> 명확한 입장을 알기가 어렵다. 단지 「매수청구권문제와는 직접 관련이 없으므로」라는 구절에 비중을 둔다면 직접 관련이 있는 경우 심사하겠다는 입장이라고 볼 수도 있겠다.

반면 이시윤 재판관의 소수의견은 「다만 제청법원이 비록 위헌여부의 심판을 구한 법조항이 국토이용관리법 제21조의 3 및 31조의2에 국한되었지만 토지거래허가제와 밀접 불가분의 관계가 있는 국토이용관리법의 관계조문과 함께 심판범위에 포함시켜 고찰한다. 왜냐하면 헌법재판소법 제45조의 단서에 의하면 법률조항의 위헌 결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있어 이 한도에서 헌법소송에 있어서는 통상의 민사소송의 경우와 달리 처분권주의의 적용이 배제되기 때문이다.」라고 실시하여 명확한 입장을 밝히고 있다.

#### (4) 확대의 필요성

다음과 같은 이유로 제청되지 아니한 법률조항 내지 법률조항의 일부 조문, 심지어 다른 법률에 대한 심판을 할 수 있도록 헌법재판소의 그 직권의 범위를 확대하여 인정함이 필요하다고 본다.

첫째는 비록 구체적 규범통제하라고 하더라도 법률에 대한 위헌 심사는 일반적·추상적 법규범에 대한 통제라는 점에서

---

17) 헌법재판소판례집 제1권, 386-387면 참조

개인의 권리구제를 위한 다른 주관적 소송과는 다른 기능을 가진다. 따라서 제청되지 아니한 법률 내지 법률조항에 대한 직권 판단권을 인정하는 것이 필요하다.

둘째로, 헌법소원심판의 경우에 헌법재판소가 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 법률에 대한 위헌 선언을 할 경우와 균형이 맞지 않을 수도 있다. 즉 헌법재판소법 제75조 제5항은 헌법소원을 인용하는 결정을 하면서 「공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.」라고 하여 비록 헌법소원심판의 청구인이 어느 법률을 특정하여 위헌이라고 주장하지 않은 법률이라 하더라도 헌법재판소가 직권으로 판단하여 그 법률이 기본권을 침해한 공권력의 행사, 불행사의 원인이 된 경우 위헌 선언을 할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>18)</sup>

그리하여 그 동안 헌법재판소는 헌법소원심판에서 청구인의 위헌주장이 없었던 법률조항에 대해서도 직권으로 위헌선언하는 결정례를 보여주고 있다. 예컨대, 변호인이 피의자와 접견을 할 때 수사관이 입회한 것이 변호인의 조력을 받을 권리의 침해라는 이유로 위헌임을 확인하는 헌법소원결정에서 헌법재판소가 행정법 제62조에 대한 부분위헌결정을 내린 예<sup>19)</sup> 등을

---

18) 헌법재판소법 제75조 제5항에 의한 법률의 위헌선고를 「헌법소원의 재판에 부수하여 심판한다고 하여 부수적 규범통제라고도 한다」고 한다. (이시윤, 헌법재판과 입법통제, 고시연구, 1991년 8월, 22면).

19) 헌재 1992. 1.28. 선고 91 헌마111, 관보 1992. 2. 24, 45면 이하 참조. 동 결정의 주문을 보면 다음과 같다. : 「청구인이 1991년 6월

볼 수 있다. 이는 헌법재판소법 제75조 제5항에 근거한 것이고 매우 타당한 것이다. 그런데 이처럼 헌법소원에 있어서는 직권으로 위헌 결정의 대상 법률을 정할 수 있게 하면서도 법률에 대한 위헌 여부심사의 본령인 위헌법률심판에 있어서는 심사대상 확정에 있어서 직권이 거의 인정되지 아니한다면 균형이 맞지 않아 모순이라고 할 것이다.

따라서 위헌 법률심판에서의 헌법재판소의 직권심사권을 넓혀 제청되지 아니한 조항에 대한 심사가 가능하게 함이 바람직하다.

#### (5) 외국의 경우

##### ① 독일

참고로 외국의 경우를 보면, 독일의 경우 「연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제78조 제2절에 따라 심판의 대상을 확대했다.」고 하며 「연방헌법재판소는 심판대상이 된 법률의 다른 규정이 심판대상이 된 규정과 동일한 이유에서 헌법과 위반된다고 인정되는 경우에는 동시에 무효선언을 할 수가 있다」고 한다.<sup>20)</sup>

---

14일 17시부터 그날 18시경까지 국가안전기획부 면회실에서, 그의 변호인과 접견할 때 피청구인 소속직원(수사관)이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 헌법 제12조 제4항이 규정한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다. 행정법(1950.3.2. 법률 제105호, 최후 개정 1980.12.22 법률 제3289호) 제62조는 그중 행정법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분은 헌법에 위반된다.」

20) 박일환, 헌법재판 판결서 주문에 관한 연구, 헌법재판자료 제3집 (「헌법재판의 이론과 실제」), 헌법재판소, 1990. 12, 234면 참조.

## ② 오스트리아

오스트리아 헌법재판소의 법률의 위헌성에 대한 재판절차에 있어서 폐지의 심사대상이 되고 법률의 범위에 관하여 연방헌법 제140조 제3항 제1단은 「헌법재판소는 법률의 폐지가 명시적으로 신청되어 있는 경우에 한하여… 그 법률을 위헌으로 폐지할 수 있다.」 라고 하여 종래의 판례대로 신청범위 내에 한정하였다. 그러나 동조 동항 제2단은 「그러나 헌법재판소는 법률전체가 권한의 분배상 권한없는 입법기관에 의하여 제정되었거나 또는 위헌의 방법으로 공포되었다는 견해에 도달한 경우에는 그 법률전체를 위헌으로 폐지하여야 한다」 라고 하여 헌법재판소의 객관적 헌법질서의 보장기능을 명시하였다. 그런데 동조 동항 제4단은 다시 「법률전체의 폐지가 제1항 제4단에 의거하여 신청을 한 자 또는 직무상의 법률심사절차의 개시의 계기가 된 소송사건의 당사자의 법적 이익에 명백히 반할 때에는 그러하지 아니하다.」 라고 하여 헌법재판소의 개인 이익 보호기능을 강조하여 제3단과의 조화를 이루려고 노력하고 있다.

## ③프랑스

프랑스의 경우 헌법재판기관인 헌법평의회는 심사대상에 관한 직권범위는 심사대상 규범의 종류에 따라 의무적 심사인 경우도 있고 제청권자의 제청이 있어야 심사하는 임의적 심사인 경우도 있으므로 나누어 보아야 한다. 프랑스의 경우 법률은 조직법률과 일반법률로 나누어진다. 그런데 헌법 제61조 제

1항에 따라 조직법률(les lois organiques)은 의무적인 사전심사를 거쳐야 한다. 즉 조직법률은 공포 전에 반드시 헌법평의회의 심사를 거쳐야 하는 바 이러한 의무적 심사의 대상이 되는 조직법률의 경우에는 헌법평의회는 심사대상이 된 조직법률의 전체에 대해 직권으로 심사를 행하게 된다.<sup>21)</sup>

반면 일반법률은 헌법 제61조 제2항에 따라 임의적 심사, 즉 제청권자의 제청이 있을 때에만 헌법평의회의 심사가 이루어진다. 이러한 일반법률에 대한 위헌 심사의 경우에 있어서의 헌법평의회의 직권판단범위에 대해서는 시간이 흐르면서 헌법평의회의 판례가 변화된 것으로 보인다. 즉 초기에는 헌법평의회는 제청이 된 법률규정에 대해서만 심사하는 것으로 제한하는 입장을 보여오다가 1973년 12월 27일의 결정에서 보듯이 헌법평의회는 헌법평의회에 제청되지 않은 여타 규정들에 대해서도 직권으로 합헌성여부심사를 행할 수 있음을 스스로 인정하고 있다.<sup>22)</sup>

결론적으로 말해서 프랑스의 경우 조직법률이든 일반법률이든 상당히 넓은 직권을 헌법평의회 스스로 인정하고 있다.

#### (6) 입법론 - 헌법재판소법 제45조 단서의 개정방향

직권 심리범위를 제청대상 법조문과의 불가분의 관계에 있는 조문에까지 넓히는 것은 바람직하다고 하더라도 헌법재판소법

---

21) L. Favoreu et. L. Philip, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, 6<sup>e</sup>éd.,Sirey, Paris, 195면 참조

22) L.Favoreu L. Philip, 위의 책, 90-91면, 274-275면 참조

제45조 단서의 규정을 현재대로 그대로 둔 채 그 규정에 근거하여 확대하기에는 앞서 지적한대로 헌법재판소법 제45조 단서 규정의 문언이 명확하지 않은 점이 있다. 즉 동조단서는 “다만, 법률조항의 위헌 결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다”라고 규정하고 있는데 법률 전부에 대하여 위헌의 결정이 가능할 뿐 제청대상이 아니된 그러나 적어도 불가분인 다른 개별 또는 일부의 조문들에 대한 위헌 결정이 가능한 것으로 명시되어 있지는 않기 때문이다.

따라서 헌법재판소법 제45조 단서의 문언을 개정하여 법률 전부 뿐 아니라 제청된 법률 조문과 적어도 불가분의 관계에 있는 문제의 법률의 다른 조문들, 또는 조문의 일부에 대해서 직권으로 심사할 수 있다는 취지로 바꾸는 것을 고려해 볼 필요가 있겠다. 나아가 제청된 법률과 불가분의 관계에 있는 다른 법률 내지 다른 법률 조문에 대해 심사할 수 있도록 개정하는 문제도 고려해 볼 필요가 있다고 하겠다. 물론 불가분의 관계에 있지 않은 조문들에 대한 심사권도 인정할 것인지 문제가 있으나 이는 구체적 규범통제의 기능 및 한계의 문제와 연계하여 고찰해야 한다는 주장이 강할 것으로 보인다.

참고로 프랑스의 경우에도 우리 헌법재판소법 제45조 단서와 비슷한 규정을 두고 있다. 즉 프랑스 헌법평의회는 조직에 관한 1958년 11월 7일의 ordonnance 제22조는 제청된 법률 속에 헌법에 위반되는 하나의 규정이 있고 이 규정이 법률 전부와 불가분(*inséparable*)에 있다고 헌법평의회가 선언한 경우 그 법률은 공포될 수 없다고 규정하고 있다. 즉 법률 전부와 관련

을 규정하고 있을 뿐이다. 그런데 헌법평의회는 판례를 통해서 ordonnance 제22조를 확대 해석하여 법률전부가 아닌 다른 개별 규정들에 대해서도 직권으로 심사할 수 있음을 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 이 점은 우리 현행 헌법재판소법 제45조 단서의 규정을 그대로 두고도 해석으로서 직권의 범위를 넓힐 수 있음을 보여준 외국의 예라고 하겠다.

우리의 경우에도 헌법재판소법 제45조 단서를 개정하지 않더라도 이러한 해석으로서 헌법재판소의 직권범위를 넓힐 수 있으리라 본다. 물론 헌법재판소법 자체를 개정하여 명확히 하는 것이 더욱 명쾌한 해결이라고 볼 수 있다.

#### 4) 결정주문에 관한 재판관의 재량문제와 직권주의

헌법재판소는 국회의원선거법 제33조, 제34조에 대한 「헌법불합치 결정」<sup>24)</sup>에서 헌법재판소의 결정의 주문형태를 어떻게 할 것인가 하는 문제는 재판관의 재량에 속하는 문제라고 보았다. 즉 「단순위헌 결정을 하여 그 결정이 있는 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서, 문제된 법률의 효력 상실의 시기를 결정한 날로부터 곧바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 결정주문을 우리는 “헌법에

---

23) L. Favoreu et L.Philip, 위의 책, 274면 참조

24) 헌재 1989.9.8. 선고 88 헌가 6, 헌법재판소판례집 제1권, 199면 이하 참조

합치되지 아니한다”로 표현하기로 한 것이다. 재판 주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식 문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라 할 것이다.」라고 하여 재판관의 재량권에 속한다고 보았다.

문제는 재량권과 직권과는 구별될 수도 있는 개념이 아닌가 하는 의문이 제기될 수도 있다는 데 있다.

#### 5) 가명령제도와 부수적 위헌법률심판권의 명문화 문제

##### (1) 외국의 입법례

독일에 있어서 직권주의가 다른 절차에 비하여 두드러진 규정을 찾아보기 어려우나 연방헌법재판소법 제32조와 관련하여 직권에 의하여 가명령을 발할 수 있는가가 문제되며<sup>25)</sup>, 결정에 대한 헌법소원이 인정되는 경우 그 인정 이유가 폐기된 결정이 위헌의 법률에 의거한 것에 있는 때에는 연방헌법재판소는 당해 법률을 무효로 선언해야 한다 (제95조 제3항 제2단)고 규정하고 있다.

##### (2) 개선방향

---

25) Benda/Klein, S.467f

우리나라에서는 최근 위헌법률심판 외에 헌법재판소의 다른 심판절차들, 즉 탄핵심판절차, 정당해산심판절차, 기관과 권한쟁의 심판절차, 헌법소원심판절차에서 각 심판절차상 다투어지고 있는 위헌 문제의 원인이 법률의 위헌성에 있을 때 헌법재판소는 비록 이러한 심판절차들이 위헌법률심판절차는 아니라고 하더라도 각 심판절차에서 법률에 대한 위헌 결정을 부수적으로 할 수 있도록 명문화하자는 견해가 있다.<sup>26)</sup>

이러한 부수적 심사에 대해서는 헌법재판소의 직권주의를 강화하여 헌법의 보장, 국민의 기본권 보장 등에 더 한층 유리한 것이라는 점에서 찬성하는 입장이나 먼저 명백히 되어야 할 문제들이 없지 않다고 본다. 무엇보다도 먼저 여기서 의도하는 부수적 심사가 용어 그 자체의 의미대로 부수적인 심사인지 하는 의문이 제기된다. 왜냐하면, 예컨대 헌법소원의 경우 기본권 침해를 가져온 원인이 법률 자체에 있으므로 해서 헌법소원이 제기된 경우에는 부수적 심사로 보기 힘든 면이 많듯이 부수적 심사라고 보기 어려운 경우도 있을 수 있기 때문이다.

다음으로 헌법소원심판의 경우 이미 현행 헌법재판소법 제75조 제5항이 「헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에

---

26) 예컨대 대한 변호사협회에서 제안한 헌법재판소법중개정법률안 제36조의 2는 「재판부는 제2조 제2호, 제3호, 제4호, 제5호의 심판을 함에 있어서 탄핵사유, 당해산사유, 기관쟁의 사유 및 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 결정할 수 있다」라고 규정하여 부수적 위헌심판제를 규정하고 있다.

는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선언할 수 있다。」라고 규정하고 있기 때문에 이를 폐지하고 하나의 규정에 여러 심판절차 전부에서의 소위 부수적 위헌 심사를 인정하는 규정을 통일되게 두는 것이 좋을 것인가, 아니면 현행 헌법재판소법 제75조 제5항을 그대로 두고 각각의 심판절차에서 (물론 위헌법률심판절차 자체는 제외하고) 부수적 위헌심사를 할 수 있다는 규정을 해당 심판절차에 관한 장에 각각 개별적으로 두는 것이 바람직할 것인가 하는 문제가 있다.

## 제4절 가치분제도

### 1. 문제의 소재

현행헌법재판소법은 독일연방헌법재판소법이 일반심판절차 규정에 가치분에 관한 규정을 두고 있는 것과는 달리 정당해산 심판과 권한쟁의 심판에 대해서만 가치분에 관한 규정을 두고 있다. 또한 탄핵심판절차의 경우 제50조가 탄핵소추의 의결을 받은 자의 권한행사의 정지에 관해 규정하고 있다. 반면 헌법소원심판이나 위헌법률심판에 대해서는 가치분에 관한 명문 규정을 두고 있지 아니하다. 그렇다고 가치분이 인정되지 않는다는 것은 아니고 헌법재판소법 제40조가 민사소송법의 준용과 권한쟁의 심판과 헌법소원심판에 있어서의 민사소송법

과 행정소송법의 준용을 규정하고 있어 가처분 인정의 여지가 있다 하겠다.

그런데 우리 헌법재판소법상의 가처분제도는 두가지 측면에서 문제가 있다고 생각된다. 우선 첫째, 특히 가처분의 실제적 필요성이 큰 헌법소원심판에 대해<sup>27)</sup>가처분에 관한 규정을 결여하고 있다는 점이다. 중대한 입법적 불비라 할 것이며 가처분을 두는 경우 독일과 같이 일반심판절차에 규정하는 것이 타당한 것인지 아니면 현행 헌법재판소법처럼 개별심판절차에 가처분규정을 두는 것을 그대로 유지하되 헌법소원심판에 대해서는 별도로 명문의 규정을 둘 것인지가 문제라 할 것이다. 둘째, 현행 헌법재판소법 제57조와 제65조는 가처분의 요건이나 심판절차, 가처분결정의 효과 등에 관해 전혀 규정을 하고 있지 않다. 이에 따라 이에 관해서는 민사소송법이나 행정소송법을 준용하는 수밖에 없는데 헌법소송과 민사소송과의 차이로 인해 준용의 범위가 명확하지 않아 문제라 할 수 있다. 그런 점에서 가처분의 요건이나 가처분 결정의 절차와 효과 등에 관해 보다 상세한 내용을 규정할 필요가 있다고 생각된다. 이제 가처분제도에 관해 개략적으로 살펴보고 앞으로의 개선 방향을 살펴보기로 한다.

---

27) Gusy, aaO, S. 187

## 2. 가처분제도에 대한 개관

### 1) 의의

가처분은 본안판결의 실효성을 확보하기 위하여 다툼이 있는 권리 관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 정하는 것을 내용으로 하는 가구제제도이다. 원래 가처분에는 계쟁물에 대한 가처분과 쟁의 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하는 가처분이 있는데 계쟁물에 대한 가처분은 특별한 급여를 목적으로 하는 청구권의 장래의 강제집행을 보전할 필요가 있을 때 실시하는 것으로 헌법재판에서는 별로 문제되지 않고 주로 임시의 지위를 정하는 가처분이 문제된다.

가처분제도를 인정하는 취지는 본안판결이 있기까지 더 이상 회복할 수 없는 사실이 발생함으로써 본안판결이 실효성을 잃는 것을 막는데 있다 할 수 있다.<sup>28)</sup> 말하자면 헌법재판에 있어 본안결정이 있기까지 이미 있어본 바와 같이 상당한 기간이 소요되는데 그 기간동안 현상의 변화로 인해 승소하더라도 권리 보호의 목적을 달성할 수 없게 되어 본안결정의 실효성을 확보할 수 없게 될 우려가 있으므로 본안결정이 있기까지 잠정적으로 임시의 권리관계를 정하는 가구제절차가 필요한 것이다.<sup>29)</sup>

---

28) Benda/Klein, aaO, S. 467

29) 이상규, 행정소송에 있어서의 가구제, 윤세창 교수정년기념논문집, 146면

## 2) 적용범위

독일의 경우 가치분이 일반심판절차에 규정되어 있어 연방헌법재판소의 심판사건 모두에 적용된다.<sup>30)</sup> 일부 학자들 중에서 기관소송이나 구체적 규범통제에 대해서는 가치분규정의 적용을 부정하는 견해도 있으나 연방헌법재판소는 기관 소송이나 규범통제에 대해서도 가치분이 인정된다고 보고 있고<sup>31)</sup> 이렇게 적용된다고 보는 것이 가치분제도의 취지에도 적합하다고 보고 있다.

## 3) 요건

### (1) 본안소송과의 관계

① 먼저 가치분절차는 본안소송에 대한 부중성으로 인해 원칙적으로 본안소송이 계속중인 경우에만 허용된다.<sup>32)</sup> 그런 점에서 본안소송이 부적법하거나 명백하게 이유가 없는 경우나 본안소송이 계속되어 있지 않은 경우 가치분신청은 인정되지 않는다. 예컨대 청구기간이 도과하여 헌법소원을 청구할 수 없

---

30) Schlaich, aaO, S. 240

31) 이에 관해서는 ebenda. S. 241의 각주 4 참조

32) 우리나라 대법원도 행정처분의 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 계속중임을 요건으로 하므로 집행정지 기각결정후 본안소송이 취하된 경우 기각 결정에 대한 재항고는 실익이 없어 각하되어야 한다고 하였다.(대판 1980. 4.30, 79두 10)

는 경우에는 가처분 신청도 인정되지 않는다. 본안소송과 동시에 가처분신청을 하는 것은 가능하다. 그러나 독일에서는 본안소송 계속전에 가처분신청을 할 수 있다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.<sup>33)</sup> 그러나 당연히 그 뒤 본안소송이 제기되어야 한다.

② 한편 본안소송에서의 승소가능성여부가 가처분결정에 어떤 영향을 미치는지에 관해서는 독일연방헌법재판소의 판례도 명확치 않으나 가처분 신청이 인용되기 위해서 반드시 본안청구가 인용될 수 있는 것이어야 하는 것은 아니다.<sup>34)</sup> 그리고 본안판결이 이미 있는 경우에는 가처분신청은 인정되지 않는다. 가처분신청을 인정할 권리 보호필요성이 없기 때문이다.

③ 가처분신청과 본안청구는 소송물이 같아야 한다.<sup>35)</sup> 만약 본안판결이 가처분과 동일한 내용을 가질 수 없다면 소송물의 동일성은 인정될 수 없다.<sup>36)</sup> 이는 특히 헌법재판절차에서 계속될 수 없는 명령을 가처분절차에서 청구한 경우가 그러하다. 그런 점에서 헌법재판소가 본안사건에 대해 관할권이 없다면 가처분신청에 대해서도 관할권이 인정되지 아니한다. 가처분신청의 내용은 본안소송에 있어 가능한 내용을 통해 결정되고 한계지워지며 본안소송의 내용을 초과하는 것이어서는 안 된다. 가처분 신청은 임시의 권리 보호를 구하는 것이지 종국

---

33) Benda/Klein,aaO, S.468

34) BVerfGE 14, 192, 193

35) Gusy, aaO. S. 189

36) BVerfGE 7, 99; 16, 226

적인 권리보호를 구하는 것이 아니기 때문이다.

## (2) 사유

우리 행정소송법 제23조 제2항은 집행정지결정을 할 수 있는 경우로 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때를 규정하고 있다. 이 때 회복하기 어려운 손해란 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불능인 경우뿐 아니라 금전보상으로는 사회 관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유·무형의 손해를 의미하는 것으로 이해되고 있다.<sup>37)</sup> 또한 민사소송법 제714조 제2항은 임시의 지위를 정하기 위한 가처분을 할 수 있는 경우로 특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 강포를 방지하기 위하여 또는 기타 필요한 이유가 있는 경우를 들고 있다. 또 독일연방헌법 재판소법 제32조는 중대한 손실의 방지, 임박한 권력행사의 저지, 또는 기타의 원인으로 공공복리를 위하여 긴급히 요청되는 경우를 들고 있다.

## (3) 권리보호필요성

가처분 명령을 받하기 위해서는 권리보호필요성이 있어야 한

---

37) 대판 1987. 6. 23, 86두18;대판 1991.3.2, 91두1;1991.5.6,91두13

다. 즉 중대한 손해의 발생이나 권력행사가 임박하여 본안소송에 대한 판결을 기다릴만한 여유가 없을 때에만 인정된다. 따라서 본안 판결 자체가 적시에 선고될 수 있는 경우에는 권리보호필요성이 인정되지 않는다. 이 경우 본안판결 주문에 가치분 신청의 기각을 명시할 수 있다. 가치분신청이 기각된 후 다시 가치분 신청을 하는 경우에는 새로운 사유가 없는 한 권리보호 필요성이 인정되지 않는다.<sup>38)</sup> 가치분은 보충적인 것이므로 신청인은 가치분을 신청하기 전에 다른 권리구제수단을 다 거쳐야 한다. 다른 권리 구제 방법이 있는 경우에는 가치분이 인정되지 않는다.<sup>39)</sup> 다만 다른 권리구제 절차를 거치는 것이 기대 불가능한 경우에는 예외가 인정된다.<sup>40)</sup>

한편 이러한 가치분사유가 있다는 것만으로는 가치분결정의 정당근거로 부족하고 나아가 모든 관련법익의 교량이 있어야 한다. 즉 가치분에 있어 긴급성은 두가지 요소를 함유하는데 하나는 시간의 급박성이고 또 하나는 공권력의 집행의 보전을 압도할만한 법익의 중요성이 그것이다. 그런 점에서 가치분이 인정되기 위해서는 법익교량이 필요한데 가치분 신청이 기각되었는데 그 뒤 본안 판결에서 문제가 된 처분이 위헌이라 선고된 경우와 반대로 문제가 된 처분의 효력을 정지하는 가치분결정을 하였는데 나중에 합헌이라 하는 경우 교량해 보아야 한다.<sup>41)</sup>

---

38) Benda/ Klein, aaO, S. 472

39) BVerfGE 16, 236, 239; 17, 120, 122

40) BVerfGE 15, 78 ; 17, 122 ; 21, 51 ; 37, 151

41) Gusy, aaO, S. 195

#### 4) 가치분심리절차

##### (1) 신청

독일연방헌법재판소에는 명문의 규정이 없으나 연방헌법재판소는 가치분 결정은 당사자의 신청이나 직권에 의하여 발할 수 있다고 한다.<sup>42)</sup> 행정소송법 제23조 제2항도 마찬가지이다. 가치분신청을 할 수 있는 자는 모든 본안소송을 청구할 수 있는 자이며 계속중이거나 장래 계속될 본안소송의 이해관계인이 여기에 해당한다.<sup>43)</sup> 헌법소원절차의 경우 사실상 헌법소원 청구인만이 여기에 해당한다.<sup>44)</sup> 그러나 단순히 의견진술을 할 수 있는 자는 가치분신청을 할 수 없다.<sup>45)</sup>

##### (2) 신청의 형식과 기간

가치분 신청은 서면으로 신청하고 이유에 대한 설시가 있어야 할 것이다.(민사소송법 제715조 제699조)

가치분 신청은 특별한 기간제한은 없으며 본안소송을 제기할 수 있거나 계속중인 이상 신청인이 가능하다. 그러나 그것이라도 과하면 가치분 신청은 인정되지 않는다.

##### (3) 심리

---

42) BVerfGE 1, 75 ; 1, 283

43) BVerfGE 16, 237

44) Gusy, aaO, S. 189

45) Benda/Klein, aaO, S. 470

우리 민사소송법 제715조, 제700조 제1항이나 독일 연방헌법 재판소법 제32조 제2항은 가처분절차에 있어서는 반드시 구두 변론절차를 거칠 필요가 없다고 하고 있다. 이는 가처분의 긴급성에 비추어 당연하다고 생각된다.

#### 5) 가처분결정

넓은 의미에서 가처분에는 집행정지와 임시의 권리관계를 형성, 실현하는 적극적 성격의 가처분이 있는데 후자에 대해서는 행정소송에 있어서도 인정여부를 둘러싸고 논란이 있지만 헌법재판에 있어서는 행정소송에 있어서처럼 권력분립을 이유로 하여 적극적 가처분을 부정하여야 할 이유는 별로 없다고 생각되고 또 적극적 가처분의 필요성도 있다고 판단되므로 이를 인정하여야 할 것이다.

한편 가처분은 본안청구의 보전을 목적으로 하므로 본안청구의 범위를 넘어 가처분명령을 할 수는 없다.

가처분결정은 모든 국가기관을 기속하며 주문에 특별한 규정이 없는 한 본안소송에 대한 결정이 있을 때까지 기속력을 가지지만 독일의 경우 6월이 경과하면 효력을 상실토록 하고 재판관 2/3의 찬성으로 반복이 가능토록 하고 있다.

#### 6) 이의

가처분결정이나 가처분신청기각결정에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. 이의 신청은 가처분의 집행을 정지하지 아니한다

(민사소송법 제715조, 제703조). 독일의 경우 가처분 결정에 대한 이의는 정지적 효력은 없으나 헌법재판소는 가처분의 집행을 정지할 수 있도록 하고 있다.

#### 7) 가처분결정의 취소

가처분이 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 가처분사유가 없어진 때에는 직권 또는 신청에 의하여 가처분 결정을 취소한다.(행정소송법 제24조 제1항)

가처분결정을 취소하면 취소시부터 효력을 상실한다.

### 3. 입법례

#### 1) 독일

일반심판절차에서 가처분제도를 규정하고 있다. (제32조) 제32조의 규정은 다음과 같다.

① 연방헌법재판소는 쟁송사건에 있어서 중대한 불이익을 방지하기 위하여 급박한 폭력을 저지하기 위하여, 또는 다른 중대한 이유로 공공복리를 위하여 긴급한 필요가 있는 경우에는 가명령에 의하여 사태를 잠정적으로 규제할 수 있다.

② 명령은 구두변론을 거치지 않고 행할 수 있다. 특히 긴급한 경우에는 연방헌법재판소는 본안에 관한 절차의 관계인, 참가의 권리를 갖는 자 또는 의견진술의 권리를 갖는 자에게 태도표명의 기회를 주지 않을 수 있다.

③ 결정으로 가명령이 행하여지거나 또는 각하된 때에는 이의를 신청할 수 있다. 전단의 규정은 헌법소원의 절차에 있어서의 헌법소원청구인에게는 적용되지 아니한다. 이의에 대하여는 연방헌법재판소가 구두변론을 거쳐 재판한다. 구두변론은 이의의 이유가 제출될 후 2주내에 행하여야 한다.

④ 가명령에 대한 이의는 정지의 효력이 없다. 다만 연방헌법재판소는 가명령의 집행을 정지할 수 있다.

⑤ 가명령은 3개월 후에 효력을 상실한다. 가명령은 3분의 2의 다수에 의하여 갱신할 수 있다.

⑥ 소부가 결정을 할 수 없는 경우에도 특히 긴급할 때에는 최저 3인의 재판관이 출석하여 전원일치의 결정으로 가명령을 행할 수 있다. 이 가명령은 1개월 후 효력을 상실한다. 소부가 이 가명령을 추인한 경우에는 가명령이 행하여져서 6개월(원래는 3개월이었음. 제5차 개정으로 6개월이 됨) 후 그 효력을 상실한다.

연방헌법재판소법 제32조는 가명령이 반드시 신청을 전

제로 하는지가 명확하지 않다. 그 때문에 연방헌법재판소는 직권으로 가명령을 행할 수 있는지가 논의의 대상이 되고 있다.<sup>46)</sup> 본안이 계속되기 전에도 연방헌법재판소는 직권으로 가명령을 행할 수 있는가? 실제로는 헌법재판소가 행하고 있지 않지만 그 가능성은 표명된 바 있었다.<sup>47)</sup> 본안이 계속된 후에는 연방헌법재판소는 직권으로 가명령을 행할 수 있는가? 찬반이 나누이지만 긍정하는 쪽이 지배적이다.<sup>48)</sup>

## 2) 오스트리아

오스트리아 헌법재판소법(Verfassungsgerichtshofgesetz) 제2장 헌법재판소에 있어서의 절차 제 2절 일반규정에서는 가치분에 관한 규정을 두지 아니하고, 제 2절 특별규정에서도 C.권한문제에 있어서의 재판의 경우 (연방헌법 제138조) (a)권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항의 경우)에서 헌법재판소법 제42조 제5항에 의하여 헌법재판소의 재판이 있을 때까지 중단된 계속중의 절차는 그 중단 중이라 하더라도 권한 있는 재판소는 집행절차법(Exekutionsordnung)의 규정에 의하여 가치분 등을 허가할 수 있다고 규정(제44조)하고 있을 뿐 헌법재판소에 의한 가치분에 관하여 규정을 두고 있지 않다.

---

46) Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungs-Prozessrechts, 1991, S. 467f.

47) BVerfGE 42, 103, 119 f.

48) BVerfGE 1, 74, 75 ; 35, 12, 14 ; 46, 337, 338

## 4. 개선방안

먼저 가치분제도에 관해 일반심판절차에 규정을 할 것인가 아니면 특별심판절차에서 개별적으로 수정할 것인가가 문제된다. 이것은 가치분제도가 헌법재판 중 일부심판절차에만 적용된다고 볼 것이냐 아니면 모든 심판절차에 적용된다고 할 것이냐, 모든 심판절차에 대해 다 적용된다 하더라도 그 내용이나 절차, 효과 등에 있어서 각 심판절차마다 동일하게 규율할 수 없는 특성이 있느냐 하는 문제와 연관된다.

현행법은 정당해산심판과 권한쟁의 심판에서 가치분 규정을 두고 있고 탄핵심판절차에서는 권한행사정지에 관한 규정을 두고 있으므로 문제는 위헌법률심판과 헌법소원심판이다. 그런데 독일의 경우 일부 이견이 있긴 하지만 가치분제도가 모든 심판절차에 다 적용되는 것으로 이해하는 것이 연방헌법재판소의 입장이고 일반적 견해라 할 수 있다. 그래서 규범통제에 대해서도 가치분제도가 인정되고 헌법소원심판의 경우 가치분제도가 가장 많이 이용되는 부문으로 인정되고 있다. 사실 우리 헌법재판소법상 헌법소원심판에 있어 가치분제도에 관한 규정을 결여한 것은 중대한 입법의 불비로 지적되고 있는 바이며 또 위헌법률심판절차의 경우도 가치분이 인정될 수 있는 경우는 보다 제한적이긴 하겠지만 일정한 경우 가치분이 인정되어야 할

것이다. 이것은 과거 독일에 있어서 1974년 12주이내의 태아에 대한 낙태에 대해 면책을 인정한 헌법개정안에 대한 시행정지를 명한 것에서 볼 수 있는 것처럼 공공복리가 중대하게 침해될 위험이 있는 경우에는 위헌법률심판에서도 가치분을 인정하는 것이 타당하다 할 것이기 때문이다. 그리고 각 심판절차에 있어 가치분이 인정될 수 있는 구체적 상황은 다르지만 이는 법해석을 통해 해결할 수 있는 것이고 그 요건이나 절차, 그리고 효과에 있어 개별적으로 규율할 필요는 없다고 생각된다. 그런 점에서 일반심판절차에서 가치분제도에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다고 여겨진다.

다음으로 현행 헌법재판소법은 가치분제도를 규정하는 경우에도 그 구체적 요건이나, 절차, 결정, 이의, 취소 등에 관해 규정을 하고 있지 않다. 이는 구체적 절차나 요건 등은 민사소송법과 행정소송법을 준용할 것을 예정한 것으로 보여진다. 그러나 헌법재판에 있어 가치분제도는 민사소송법상의 가치분제도와는 상당히 다른 특성을 가지고 있고 행정소송법상의 그것과도 차이가 있다. 그것은 헌법재판이 민사소송이나 행정소송과는 다른 특질을 가지고 있기 때문이다. 그런 점에서 헌법재판소법에 가치분제도에 관한 보다 상세한 규정을 두는 것이 타당하다고 생각된다. 그 규정해야 할 내용에 관해 간략하게 살펴보면 다음과 같다.

(가) 가치분은 당사자의 신청에 의해서 뿐 아니라 직권에 의해서도 발할 수 있어야 한다.

(나) 가치분사유로는 헌법재판의 목적에 비추어 독일연

방헌법재판소법과 같이 피할 수 없는 중대한 손실의 방지나 임박한 권력행사의 저지뿐 아니라 기타 공공복리를 위해 긴급한 필요가 있는 경우도 포함시켜야 할 것이다.

(다) 가처분결정은 구두변론을 거치지 않고도 할 수 있도록 하여야 한다.

(라) 가처분결정이나 기각결정에 대해서 이의를 제기할 수 있도록 하고 이에 대해서는 연기적 효력을 인정할 필요는 없고 헌법재판소의 판단에 따라 가처분의 집행을 정지할 수 있도록 하여야 할 것이다.

(마) 중대한 공익적 필요가 있는 경우나 가처분결정사유가 없어진 경우 직권 또는 당사자의 신청에 의해 가처분의 취소를 인정하여야 할 것이다.

(바) 가처분의 효력기간을 두고 그 기간이 도과하면 재판부에서 반복하여 가처분결정을 할 수 있도록 하는 것이 바람직 할 것이다.

## 제5절 결정의 형식과 효력의 문제점과 개선방향

### 1. 서론

지금까지 헌법재판소의 결정의 형식과 효력문제는 주로 위헌법률심판의 결정형식과 효력, 그리고 헌법소원심판의

결정 형식과 효력문제를 주로 중심으로 하여 논의되어 왔고 또 위헌법률심판결정의 효력문제도 주로 위헌결정의 효력을 그 논의대상으로 하여 왔다.

위헌법률심판결정의 형식과 효력에 대해서는 뒤의 제3장 제1절 4·5에서 각각 자세히 살펴보기로 하고 여기서는 헌법재판소의 심판절차 전반에 걸친 효력 또는 위헌법률심판을 제외한 나머지 심판절차들에 있어서의 결정효력들에 대해 개괄적으로 언급하고자 한다.

## 2. 문제점

### 1) 결정형식·효력에 관한 일반규정의 불충분성

현행 헌법과 헌법재판소법은 모든 심판에 공통된 형식에 대한 일반규정을 두고 있지는 않다. 모든 심판절차에 공통된 결정형식을 두는 것이 반드시 바람직한 것인지에 대한 검토와 그 가능성에 대한 검토는 어느 정도 이루어질 필요가 있다고 보여진다. 그러나 물론 무리한 일반화는 곤란하다고 본다. 헌법재판소법 제36조가 중급결정에 대한 규정을 두고 있다.

현행 헌법은 헌법재판소의 결정의 효력에 대해 일반적인 규정을 두고 있지 않고 개별적 규정으로서 위헌법률심판의 경우 위헌법률심판의 제청 및 헌법재판소심판에 따른 법원

의 재판을 규정한 헌법 제107조 제1항 등을 두고 있다.

현행 헌법재판소법에는 헌법재판소의 여러 심판결정들에 공통되는 효력규정으로 제39조가 「헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다」라고 규정하여 일사부재리의 기판력을 선언하고 있는 규정이 있긴 하나 그 외 효력들에 대한 일반적인 조항이 없고 각 개별 특별절차별, 즉 위헌법률심판절차, 헌법소원 심판절차 등에서 해당 효력들을 개별적으로 규정하고 있다.

## 2) 결정형식·효력의 구체화 내지 분류의 필요성

이처럼 헌법재판소의 결정의 형식·효력에 관한 일반적인 규정의 부족으로 헌법재판소의 모든 절차상의 모든 결정에 공통되는 효력의 내용이 구체적으로 여하한지 그리고 그 분류가 어떠한지에 대해 명확하지 못하다. 따라서 그 구체화 내지 분류화가 요구된다. 국내에서 그동안 제시된 헌법재판결정의 효력분류를 보면, 기판력, 기속력, 법규적 효력으로 나누는 견해<sup>49)</sup>를 볼 수 있다.

## 3) 기속력의 개념·범위·내용의 불명료성

현행 헌법재판소법은 개별 특별심판절차에 관한 부분에

---

49) 이시운, 헌법재판개관(하), 판례월보, 제225호, 1989년 6월호, 19면 참조.

서 기속력을 개별적으로 규정하고 있다. 즉 동법 제47조 제1항은 「법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다」라고 하여 위헌 결정의 기속력을, 동법 제67조 제1항은 「헌법재판소의 권한쟁의 심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다。」라고 하여 권한쟁의심판결정의 기속력을, 동법 제75조 제1항은 「헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다」라고 하여 헌법소원 인용결정의 기속력을 명시하고 있다.

그런데 이러한 헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항의 기속력의 내용이 일반적으로 무엇인지 불명확하다. 특히 기속력의 범위문제와 관련하여 헌법재판소 결정이 가지는 기속력은 주문에만 미치는지 아니면 주문 외에 주문을 뒷받침하는 중요한 이유부분에도 미치는지 명백하지 않다. 또한 헌법재판소가 제시한 헌법적 법리에도 기속력이 미치는지 하는 등의 의문이 제기된다.

#### 4) 헌법소원 인용결정의 약한 집행력의 문제

현행 헌법재판소법 제75조 제1항은 헌법소원의 인용결정이 가지는 기속력을 명시하고 있고 또 동조 제3항은 「헌법재판소는 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다」고 규정하고 또 동조 제4항은 「헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결

정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다」고 규정하고 있다.

그런데 근래 헌법소원 인용결정의 집행력이 제대로 발휘되지 못하는 경우들이 나타나고 있어서 문제이다. 그 대표적인 것이 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정의 경우이다. 즉 검찰의 불기소처분에 대해 헌법재판소의 인용결정이 내려진 경우에도 검찰이 재수사를 하여 기소하는 경우가 드물어 제대로 집행이 되지 아니한다는 비판이 있다. 그동안 헌법재판소의 헌법소원 중 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원은 전체의 35%를 차지하는 비중이 가장 높은 사건이었음에도 불구하고 1993년 1월 현재 인용결정이 난 14건 중 단 3건만이 검찰이 재수사해서 기소한 것으로 나타났다.<sup>50)</sup>

#### 5) 탄핵결정의 효력문제

현행 헌법재판소법 제54조는 “탄핵결정에 의하면 파면된 자는 결정선고가 있는 날로부터 5년을 경과하지 아니하면 공무원이 될 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이 규정에 대해서는 위헌설과 합헌설이 있을 수 있다. 위헌설은 이 규정이 공무원임권을 침해한다는 주장일 것이나 합헌으로 보아야 할 것이다.<sup>51)</sup> 오히려 5년이라는 짧은 기간 뒤 다시 공

---

50) 한겨레신문, 1993년 1월 30일자 참조.

51) 김철수, 전정신판 헌법학개론, 박영사, 1992, 1067면 ; 권영성, 신정판 헌법학원론, 법문사, 1992, 750면.

무원이 될 수 있게 한 것이 위헌적인 요소를 안고 있다고 볼 수 있고 또한 국민의 법의식은 탄핵결정 후 5년이 아니라 더 이상 또는 영구히 종신토록 공무원이 될 수 없게 하는 것이 마땅하다고 볼지도 모른다. 그렇다면 5년 후에라도 공무원이 되게 한 이 규정의 문제점은 5년간의 공무원 피선금지에 있는 것이 아니라 5년후 공무원 피선을 허용한 데 있다고 볼 수도 있을 것이다.

#### 6) 정당해산결정의 효력문제

헌법재판소법 제59조는 「정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다」고 하여 정당해산결정의 창설효를 명시하고 있다. 그런데 해산결정을 받은 정당의 소속 국회의원의 국회의원 자격이 해산결정에 따라 자동상실되는지 여부에 관해 헌법재판소법은 명문의 규정을 두고 있지 않다. 학설은 부정설<sup>52)</sup>과 긍정설<sup>53)</sup>이 대립하고 있다.

생각건대 국회에서의 의원의 활동에 관해서는 자유위임원리가 정당규정보다 우선적으로 적용된다 할 것이고 위헌 정당해산결정의 효과가, 헌법에 특별규정도 없이, 독자적 정당성을 가지는 그리고 자유위임관계에 있는 의원의 신분상실까지 가져온다고 보기는 곤란하다고 할 것이다.<sup>54)</sup>

---

52) 김철수, 앞의 책, 1069면

53) 권영성, 위의 책, 189면 ; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1993, 818면

54) 김문현, 국회의원 정당대표성, 고시계, 1992년 5월호, 45-46면 참조.

### 3. 외국의 입법례

#### 1) 판결형식

##### (1) 독일

독일연방헌법재판소법은 판결형식에 관하여 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 위헌법률판결, 헌법소원판결, 권한쟁의 판결만에 한정하여 보면 다음과 같다.

##### ① 위헌법률판결

연방헌법재판소법이 처음부터 예정하고 있던 판결형식은 무효선언판결이다. 즉 연방헌법재판소는 위헌 법률을 다룬 절차(추상적 규범통제·구체적 규범통제 및 법률에 대한 직접적·간접적 헌법소원)에서 계쟁 법률이 헌법에 위배된다는 확신에 이르게 되면 당해 법률을 무효로 선언한다.(연방헌법재판소법 제78조 제1단, 제82조 제1항, 제95조 제3항 제1단) 이 당초무효론은 독일의 전통적 견해로 학설상으로도 거의 이론의 여지가 없다.<sup>55)</sup> 그러나 이에 대하여는 소급취소론(Vernichtbarkeitslehre)이 없는 것은 아니다. 행정청의 규범통제권한의 문제(das Problem der Normenkontrollbefugnis der Verwaltung)로 촉발된 소급취소론의 주

---

55) Schlaich, S. 202

창자들은 Heinrich Götz<sup>56)</sup>, Christoph Böckenförde<sup>57)</sup>, Hartmut Schön<sup>58)</sup>, Christoph Moench<sup>59)</sup> 등이다.

Götz에 의하면 행정청이 스스로 위헌이라고 보는 법률의 집행을 연방헌법재판소의 판결이 없더라도 거부할 수 있다고 주장하는 당초무효론은 기본법과 하위규범이 모순저촉하는 경우에 기본법의 효력이 우위에 있는 것으로 모순저촉이 해소되지 않으면 아니되고 그것이 기본법 제1조 제3항 및 제20조 제3항의 명확한 요청이라고 하지만, 그것은 잘못된 것으로 기본법의 위 규정에서 기본법이 당초무효를 취하고 있다고 할 수 없다고 하면서 오히려 기본법 제100조 제1항에 주목하여 이 문제에 관한 유일·유익한 헌법상의 접점은 기본법 제100조 제1항이라고 주장한다. 즉 기본법 제100조 제1항의 의미는 일반법원이 법률을 위헌이라고 간주하더라도 그 위헌성이 헌법재판소에 의하여 구속력을 갖고 확인될 때까지는 독자적으로 당해 법률을 무시할 수 없다는 것이며 더욱이 기본법 제1조 제1항의 취지가 입법권의 침해 및 법분열의 위험을 배제하는데 있으므로 행정청도 위헌으로 간주되는 법률에 대하여 헌법재판소의 판결없이 그 준수 의무를 거부할 수 없다고 해석하여

---

56) Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, NJW 1960,SS. 1177ff.

57) Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze—Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1966.

58) Anwendungspflicht Oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1973.

59) Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977

야 하는 바, 그렇지 않으면 입법권이 사법권에 대하여는 방어되어 있으면서 행정청에 대하여는 전혀 무방비상태에 있게 되기 때문이다. 따라서 위헌의 법률은 당연무효라고 할 수 없고 연방헌법재판소의 형성판결에 의하여 원칙적으로 소급해서 취소되는 것이다.<sup>60)</sup>

Söhn도 당초무효론 비판의 논거의 중점을 기본법 제100조 제1항에 둔다. 그에 의하면 기본법 제100조 제1항이 일반법원이 법률이 헌법에 위반된다고 생각할 때 그 절차를 중지하여 연방헌법재판소에 당해 위헌문제를 이송하도록 한 것이 당해 위헌법률이 유효하기 때문이라고 한다. 왜냐하면 당연무효의 법률은 이송을 강제할만한 구속력을 갖지 않으며, 구속력이 있다고 하는 것은 당해 법률이 현행 법질서에 속하고 있음을 전제로 하기 때문이다. 그렇기 때문에 연방헌법재판소가 이송된 법규의 합헌성을 확인한 경우에는 이송한 일반법원은 위헌이라고 확신함에도 불구하고 당해 법률을 적용하지 않으면 아니된다.<sup>61)</sup> 또한 Söhn은 소급취소론의 논거를 법적안정성에 두고 있다. 그에 의하면 위헌의 법률을 연방헌법재판소에 의한 무효판결까지 유지하려는 것은 법적 안정성의 원칙이라는 측면에서 실질적으로 인정된다는 것이다. 즉 기본법의 규범통제조항에서 묵시적으로 결정되어 명시적으로 전제되어 있는 위헌법률의 유효성은 법적 안정성이라는 원칙의 확고한 요청이다.<sup>62)</sup>

---

60) a. a. O., SS. 1177ff

61) a. a. O. , S. 14f.

62) a. a. O. , S. 41.

요컨대 소급취소론의 논거는 기본법 제100조 제1항과 법적 안정성의 요청이다.

이와 같은 위헌법률의 당초무효원칙의 수정이 학설·판례상의 논의에서 입법과정에 처음으로 등장한 것이 1970년의 연방헌법재판소법 제4차 개정의 때이다. 즉 독일정부는 연방헌법재판소법 제4차 개정을 하면서 현행 제79조를 전면 개정하려 하였다. 현행 제79조는 「① 확정형사판결(rechtskräftiges Strafurteil)이 기본법에 일치되지 아니한다고 선언되거나 제78조에 의하여 무효로 선언된 규범에 의거한 경우, 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 일치하지 아니한다고 선언된 규범해석에 의거한 경우 당해 확정형사판결에 대하여 형사소송법의 규정에 의한 재심이 허용된다. ② 그밖의 경우에는, 제95조 제2항 또는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고, 제78조에 의하여 무효로 선언된 규범에 의거한 결정 중 더 이상 취소할 수 없는 것은 그 효력에 아무런 영향을 받지 아니한다. 이와 같은 결정에 의거한 집행은 허용되지 아니한다. 민사소송법의 규정에 의하여 강제집행을 할 수밖에 없는 경우에는 민사소송법 제767조의 규정을 준용한다. 부당이득을 이유로 하는 청구는 허용되지 아니한다」고 규정하고 있는 바, 제1정부안은 위 제79조 제1항을 그대로 두고 제2항을 제3항으로 하고 제2항을 새로이 추가하려 하였다. 그 내용은 「② 연방헌법재판소가 개개의 공법상 또는 사법상 지급의무를 지우거나 확대하는 법률을 무효라고 선언하는 경우 그 판결의 효력은 다음과 같다.

1. 무효로 선언된 법률이 당사자를 보호할 가치있는 권리, 법적안정성 및 기타 중요한 공공의 이해에서 필요하다고 생각되는 경우 그 실효의 시점을 전단의 기일 이전에 정할 수 있다. 이 지정은 특별관계인 특히 헌법소원 청구인 또는 기본법 제100조 제1항에 의하여 청구를 한 법원의 절차에 관여한 자에 한한다.

2. 취소할 수 없는 결정은 변동되지 아니한다. 이 결정이 연방헌법재판소의 판결 이후의 시점에 관련하는 경우 그 집행은 허용되지 아니한다. 이 기간에 행하여진 지급은 보상된다」는 것이었다.<sup>63)</sup> 그 이 제1정부안은 연방의회의 제1독회의 단계에서 제5입법기의 종료로 폐기되었다. 이어 제6입법기에 제안된 제2정부안은 제79조 제1항을 제2항으로, 제2항을 제3항으로 하고 제1항을 새로이 신설하려는 것이었다. 그 내용은 「① 연방헌법재판소는 중대한 공익상의 이유로 판결에서 무효로 선언된 법률이 연방헌법재판소에 의하여 확정되는 시점부터 실효되는 것으로 간주함을 정할 수 있다. 이 시점은 판결의 발효시점을 넘어서는 아니된다」는 것이었다.<sup>64)</sup> 그러나 이 제2정부안도 성공하지 못하였다. 이처럼 정부안이 성공되지 않는 못하였지만, 연방정부가 개정안을 제안한 것은 당초무효론을 현실적으로 적용하는 경우에 생기는 여러 가지 불합리를 충분히 인식하고 헌법해석론으로는 해결할 수 없음을 단적으로 드러낸 것이라 할 것이다.

---

63) BT-Drucksache V/ 3816, S. 3.

64) BT-Drucksache VI/ 338, S. 3.

무효선언판결에는 전부무효선언판결 외에 일부무효선언판결도 있다.<sup>65)</sup> 일부무효선언판결은 주문에서 조, 항, 단을 표시함으로써 행한다.<sup>66)</sup>

규범의 위헌부분과 합헌부분이 가분이어서 위헌부분을 배제하여도 법률전체의, 또는 조문전체의 기본적인 의의가 상실되지 아니할 때 일부무효를 선언하는 것은 아무런 문제가 없다. 그러나 법률의 무효선언이라 하더라도 법률규범의 위헌부분이 다른 부분과 복합적인 상호의존관계를 형성하고 있는 경우 무효선언을 위헌 부분에만 한정할 것인가 그렇지 않으면 위헌이 아닌 다른 부분 내지 법률 전체에까지 미치게 할 것인가가 문제된다. 연방헌법재판소는 다음과 같은 원칙을 세워놓고 있다. 즉 「개별규정의 무효는 원칙으로 나머지 법률규정의 무효에까지 이르지 않는다. 개별 규정의 무효에서 법률전체의 무효에까지 이르게 되는 것은 헌법에 적합한 나머지 제규정이 자립적인 의미를 가지지 않는다는 것이 법률의 객관적 의의에서 명백해지는 경우뿐이다.」<sup>67)</sup>

학자(예컨대 Moench)에 따라서는 규범문언이 가분인가 불가분인가에 따라 일부무효와 한정적 무효(Soweit-Nichtigkeit)로 구분하기도 한다. 한정적 무효는 법률의 문언 자체는 존립시키면서 일정한 사례군을 당해 법률에 포섭하는 한에 있어서 위헌상태의 성립을 인정하여 한정적으로

---

65) BVerfGE 65 1(3, 71) ; 63, 181

66) K. Schlaich, S. 203.

67) BVerfGE 8, 274<301>

법률의 무효를 선언하는 것이다. 규범문언이 불가분일체임에도 불구하고 헌법재판소가 일정 사례군만을 규범영역에서 제외하는 것은 법의 흠결을 막자는 데에 있는 것이지만 입법자의사와의 관계에서 보면 입법자의사를 최대한 유지한 것이므로 그 한도 내에서는 합헌해석과 같다. 다만 합헌해석과 다른 점은 한정적 무효에서는 주문에서 무효가 선언되는 것이므로 판결 이후 규범자체는 변경되지 않더라도 규범의 의미 내용은 일반적으로 변경되는 것임에 반하여 합헌해석에 의한 규범의 의미내용의 변경은 일반효력을 갖지 않는다는 것이다. 그 밖에 합헌해석에 의한 규범의 의미내용의 변경은 축소되는 경우뿐만 아니라 확대되는 경우도 있음에 반하여 한정적 무효는 원칙으로 축소의 경우에만 인정된다는 점에 차이가 있다.

## ② 불합치선언판결

연방헌법재판소법이 처음부터 예정하고 있던 판결형식은 아니나, 법시행 이후 특수한 사안의 현실적 해결을 위하여 판례상 형성되어 온 불합치선언판결이, 비록 국부적이긴 하지만 명문화되었다. 즉 1970년 연방헌법재판소법 제4차 개정에서 헌법소원절차가 제13조 제8a호로서 일반권한조항에 삽입된 후 이를 받아 제31조 제2항 제2단을 「연방헌법재판소가 법률을 기본법에 합치 또는 불합치 또는 무효임을 선언하는 경우에는 제13조 제8a호의 경우에도 준용한다. 법률이 기본법이나 기타의 연방법에 합치 또는 불합치 또는 무효임을 선언하는 한 재판주문은 연방법무부장관이

연방관보에 게재하여야 한다. 제13조 제12호 및 제14호의 경우의 재판주문에도 이를 준용한다」로 개정하였다. 또한 제79조 제1항도 종래 「제78조에 의하여 무효로 선언된 규범에 의거한 경우」라고 했던 것을 「기본법에 불합치로 선언되거나 제78조에 의하여 무효로 선언된 규범에 의거한 경우 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법에 불합치로 선언된 규범해석에 의거한 경우」로 개정되었다. 그러나, 이것은 어디까지나 구속력 및 재심절차에 관한 규정만을 대상으로 한 것이고, 위헌의 범규범의 무효선언을 정한 연방헌법재판소법상의 제규정 (제78조, 제82조 제1항, 제95조 제3항)이 이와 동일한 취지로 개정된 것이 아니다.

### ③ 변형판결(Entscheidungsvariante)

법정판결형식인 합헌·위헌무효의 양자택일식 판결형식으로는 헌법재판소가 한편으로는 입법부의 권한을 존중하거나 헌법질서의 쓸데없는 혼란을 피하면서 다른 한편으로 법률의 위헌 부분을 배제할 수가 없다. 이러한 필요에서 헌법재판소가 새로이 창조한 판결형식이 변형판결이다. 변형판결의 분류는 학자에 따라 다르다. 또 명칭도 한결같지 않다. 위에 든 불합치선언판결 외에 판결주문에서는 청구를 배척하면서 이유에서 입법자에게 상세한 기준을 제시하는 등 당해 법률의 개정을 지적 내지 촉구하는 경고판결(Appellentscheidung) 등이 변형판결의 예에 속한다.

## (2) 오스트리아

오스트리아 헌법재판소법도 판결형식에 관하여 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 법 제2절 특별규정 F.법률의 합헌성에 관한 다툼의 경우 (Bei Anfechtung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen)에 관한 규정에 의하면 법률이 위헌인 때에는 법률폐기판결을 하도록 되어있다.(제64조) 법률폐기판결에는 일부법률폐기판결을 포함한다.(오스트리아 헌법 제140조 참조)

## 2) 판결효력

### (1) 독일

판결의 효력에 관하여 연방헌법재판소법 제31조는 제1항에서 「연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다」라고 규정하고, 제2항에서 「제13조 제6호, 제11호, 제12호 및 제14호의 경우에는 연방헌법재판소의 재판은 법률로서의 효력을 갖는다. 연방헌법재판소가 법률을 기본법과 합치 혹은 불합치 또는 무효라고 선언하는 경우에는 제13조 제8a호의 경우에도 이를 준용한다. 법률이 기본법이나 기타 연방법과 합치 혹은 불합치 또는 무효라고 선언하는 한 재판주문은 연방법무부장관이 연방관보에 게재하여야 한다. 제13조 제12호 내지 제14호의 경우에 있어서의 재판주문에도 이를 준용한다」라고 규정하고 있다. 즉 제31조 제1항에서는 일반적으로 제2

항의 재판을 포함한 모든 재판에 대하여 구속력(Bindungswirkung)을 인정하고, 제2항에서는 특정 재판에 대하여 특별히 법률로서의 효력(Gesetzeskraft)을 부여하고 있다.

연방헌법재판소의 판결도 일반법원의 판결과 마찬가지로 기판력(Rechtskraft)을 갖는다. 반대의견도 없지 않지만, 기본법이 연방헌법재판소를 재판(Die Rechtsprechung)의 장속에 편별해 놓고 있고, 연방헌법재판소도 법원의 속성을 갖추고 있으므로(기본법 제92조, 연방헌법재판소법 제1조), 연방헌법재판소의 판결도 기판력을 갖는 것으로 보며, 구속력은 기판력에 의하여 보충되는 것으로 보고 있다.<sup>68)</sup>

기판력은 대립하는 당사자문(및 그 권리승계인)에게만 작용하는 것이 원칙이다(독일 민사소송법 제325조). 연방헌법재판소법 제31조 제1항은 위에서 본 바와 같이 「연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다」라고 하여 기판력의 주관적 범위를 소송당사자가 아닌 기관까지도 포함하여 모든 국가기관에 확대하고 있다. 그러나 주관적 범위는 국가기관까지만 미치고 일반사인이나 사적단체에는 미치지 아니한다. 기판력은 판결의 주문에 표현되어 있는 판단에 대하여만 발생하는 것이 원칙이다(독일 민사소송법 제322조). 그러나 연방헌법재판소의 판결에 대하여는 W. Geiger의 주장이래 기판력은 판결의 “주문성립에 불가결한 이유 중의 판단”

---

68) Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Klein / Ulsamer, § 31 Rdnr. 1.

(tragende Gründe)에도 미치는 것으로 되어 있다. 즉 W. Geiger에 의하면 연방헌법재판소의 임무가 과거의 법침해에 대한 법현실이라기 보다는 오히려 법적 평화를 장래에 향하여 확보하는 것이라고 하면서 첫째로 판결이유 중 주문과 밀접하게 관련되어 있는 부분이 무시된 경우 주문 자체가 무시된 것과 같은 결과가 되며, 둘째로 주문의 성립에 불가결한 이유 중의 판단에도 주문과 마찬가지로 기판력을 인정해야 한다는 것이다.<sup>69)</sup> 이와 같은 W. Geiger의 견해는 많은 학자들에 의하여 지지를 받고 있을 뿐만 아니라 연방헌법재판소에 의하여 채택되고 있다.<sup>70)</sup>

끝으로 기판력의 시적 한계가 문제된다. 판결이 있는 후 재판에 있어서 중요한 사실관계(entscheidungserheblicher Sachverhalt)가 근본적으로 변화한 경우에는 기판력은 더 이상 인정되지 아니한다.<sup>71)</sup>

이미 위에서 본 바와 같이 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 의하면 특정 재판은 구속력 외에 법률로서 효력을 갖는다. 법률로서의 효력이라는 개념 자체는 바이마르헌법시대부터 이미 존재했던 것이지만 그 내용은 반드시 명확하지 않다. 학설도 통일되어 있지 않다. T. Maunz는 법률로서의 효력의 의의를 판결의 효력이 제31조 제1항의 모든 국가기관을 넘어 일반사인이나 사적단체에까지 미친다는

---

69) W. Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht von 12. März 1951, Kommentar, 1952( Berlin und Frankfurt a. M. ) S. 114f

70) BVerfGE 1, 14<36f.> 이래 일관된 판례

71) BVerfGE 39, 169.

점에서 찾고 있다.<sup>72)</sup>

판결의 효력과 구별해야 할 것으로 당해 법률의 효력이 문제된다. 즉 위헌법률은 언제부터 그 효력이 상실되는가의 문제이다. 무효선언판결에 있어서는 통설이 당초무효론을 취하고 있으므로 문제가 있을 것 같지 않다. 그러나 불합치선언판결에 있어서는 위헌법률은 개정될 때까지 유효할 것이다.

## (2) 오스트리아

법률이 헌법위반으로 폐지된 경우에는 헌법재판소의 폐지판결은 모든 법원과 행정청을 구속한다(연방헌법 제140조 제7항 제1단). 폐지 이전에 이미 실현된 사실에 대하여는 헌법재판소가 폐지판결에서 달리 판시하지 않는 한 당해 사건을 제외하고 법률이 계속 적용된다(제140조 제7항 제2단). 법률의 폐지는, 헌법재판소가 법률의 실효에 대하여 기간을 정하지 않는 한, 공고 당일부터 효력을 발생한다(제140조 제6항 제1단). 헌법재판소의 판결에 의하여 법률이 헌법위반으로 폐지된 경우에, 판결에서 달리 판시하지 않는 한, 헌법위반으로 판결될 법률에 의하여 폐지되었던 법률규정은, 폐지가 효력을 발생하는 날로, 그 효력을 회복한다(제140조 제6항 제1단).

위의 연방헌법 제140조 제7항 제1단의 규정은 너무나 당

---

72) Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, § 31 Rdnr. 33.

연한 규정이다. 따라서 이 규정은 헌법재판소의 위헌판결의 이유 또는 헌법해석의 구속력에 관한 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그렇게 본다면 이 규정은 독일 연방헌법재판소법 제31조 제1항과 극히 유사한 규정이다. 그러나 다른 점은 독일의 경우에는 연방헌법재판소의 판결에 모든 헌법기관이 구속되나, 오스트리아의 경우에는 의회가 헌법재판소의 판결의 구속에서 제외되어 있다는 것이다. 따라서 오스트리아에 있어서는 헌법재판소가 위헌으로 폐지한 법률과 동일한 것을 나중에 다시 의회에서 제정하는 것이 가능해진다. 73)

이와 같이 법률폐지의 판결효력이 일반적 효력을 갖는다는 측면과 구별되어야 하는 것이 폐지된 당해 법률의 효력의 측면이다. 즉 위헌으로 된 법률은 언제부터 그 폐지의 효력이 발생하는가 이다. 이미 위에서 본 바와 같이 연방헌법 제140조 제5항 제3단에 의하면 폐지의 효력이 발생하는 것은 원칙적으로 폐지의 판결이 공고된 날이다. 즉 폐지의 효력의 장래효(profuturo)이다. 다만 이에 대하여는 중대한 예외가 있다. 즉 구체적 규범통제제도에 있어서의 소송사건에는 예외적으로 소급효가 인정된다(연방헌법 제140조 제7항). 이 경우의 소급효는 일반적 효력이 아니고 개별적이다.

---

73) 그 이유에 관하여는 Vfslg 3961 / 1961, 4072 / 1961, 4126 / 1962참조

## 4. 개선방안

### 1) 결정형식에 관한 개선방안

모든 심판절차의 공통된 형식분류가 반드시 바람직한 것도 아닐 수 있고 그렇게 나누어 분류하는 것이 어렵거나 무리가 따를 수도 있을 것이다. 그런데 어느 정도의 범주별 분류화는 필요한가 하는 문제에 대한 논의는 있을 수 있을 것이다. 독일의 경우 독일연방헌법재판소법이 각각의 심판종류에 따라 판결형식과 절차의 허용여부에 관한 별개의 규정을 두고 있음에도 불구하고 판결형식은 당해 심판절차의 목적에 따라 결정되어지는 것이지 심판종류에 따라 결정되어지는 것은 아니고 예를 들어 규범통제에 대한 판결문은 추상적 규범통제 절차에서나 구체적 규범통제절차, 그리고 헌법소원절차에 나타나는 규범통제에서나 모두 동일하다고 한다.<sup>74)</sup>

결정형식과 관련하여 논란이 많은 변형판결권 및 변형판결형식들의 명문화 여부 문제와 명문화 내지 인정시에 각 변형결정의 인정기준 설정 문제 등이 논의되어야 할 것이라고 본다.

---

74) 박일환, 헌법재판 판결서 주문에 관한 연구, 헌법재판자료(「헌법재판의 이론과 실제」) 제3집, 1990, 226면.

## 2) 결정 효력에 관한 법규정의 개선방안

### (1) 결정효력의 헌법상 규정화의 필요성 여부

헌법재판기관의 결정이 가지는 기속력 등 일반적 효력에 대해 헌법 자신이 직접 규정을 두고 있는 외국의 입법례를 볼 수 있다. 참고로 프랑스의 경우를 보면 앞서 밝힌 대로 프랑스헌법 제62조 제2항은 “헌법평의회는 결정은 공권력과 모든 행정기관, 사법기관을 기속한다”라고 규정하여 위헌 결정뿐 아니라 일반적인 모든 결정의 효력에 관해 헌법 자신이 효력을 선언하고 있다. 우리의 경우 물론 헌법조문화는 헌법개정을 요하는 문제이다. 그러나 헌법 자체의 일반적인 효력 규정은 헌법재판소 결정이 가지는 효력을 강화하는 효과를 없지 않아 가지리라 본다.

### (2) 기속력 등의 일반화규정의 필요성 검토

현행 헌법재판소법은 앞서 언급한대로 몇몇의 특별심판 절차들의 결정에 대해 개별적으로 기속력을 명시하고 있는데 이를 헌법재판소 결정 전반에 대해 원칙적으로 기속력을 인정하는 일반적인 규정으로 두는 것은 어떨지 하는 문제를 고려해 봄직 하다.

### (3) 기속력·집행력의 범위확대 및 강화방안

기속력을 주문 뿐 아니라 주문을 뒷받침하고 있는 중요한 이유부분에 대해서까지, 그리고 헌법재판소의 헌법법리 해석에까지 확대해서 인정하려는 노력이 필요하고, 특히 집행력의 강화를 위한 구체적 방안이 모색되어야 한다. 이러한 효력 강화의 실질적인 기초가 되는 것은 사실 헌법재판소의 위상을 제고하고 앞서 살펴본 직권주의의 강화 등 그 권한을 강화하는 것이라고 본다.

# 제3장 특별심판절차의 문제점 과 개선방향

## 제1절 위헌법률심판절차의 문제점과 개선방향

### 1. 규범통제방식의 개선방안

- 1) 사전적·예방적 규범통제 (위헌법률심사제)의 도입 문제
- (1) 사후적 규범통제의 문제점과 사전적 심사제의 도입 필요성

사후적 규범통제의 경우 가장 큰 난점으로는 법률에 대한 위헌결정의 경우 법적 안정성을 파괴할 수 있다는 점인데 그 때문에 법적 안정성의 확보에 주력해야 한다. 반면에 아래에서 보듯이 사전적 심사, 즉 법률의 공포 이전에 하는 사전 심사제는 법적 안정성을 해치지 않는다는 점에서 장점을 가지고 그 예방적 기능이 주목되고 있다.

사전적 심사에도 물론 단점이 있다. 가장 두드러진 사전적 심사의 단점으로는 이미 공포가 된 법률에 대해서는 심

사가 이루어질 수 없어서 문제라는 점이 지적될 수 있다. 그러나 이 점 때문에 사전적 심사 도입을 반대할 것은 아니다. 왜냐하면 우리가 생각하는 사전적 심사제의 도입은 현행제도인 사후심사제를 폐지하고 사전심사제로 바꾸자는 것, 다시 말해서 사전 심사제만 두자는 것이 아니라 양자, 즉 사전적 심사제와 사후적 심사제를 모두 다 두자는 것이기 때문이다. 그리하여 사후심사의 단점을 사전심사가 보충하고 사전심사의 단점을 사후심사가 보충할 수 있게 하자는 것이다. 따라서 그런 점에서 사전심사의 도입을 반대할 이유가 없다.

현재 사전적·예방적 심사제의 결핍에 대한 문제제기를 볼 수 있고<sup>1)</sup> 그 도입을 주장하는 견해들도 적지 않게 나오고 있다<sup>2)</sup>.

## (2) 외국의 입법례 - 프랑스의 사전적·예방적 위헌법률심사

사전적·예방적 위헌법률심사제도를 두고 있는 대표적인 국가는 프랑스이다. 포르투갈, 칠레, 폴란드 등의 국가에서도 사전적 예방적 규범통제를 볼 수 있다. 프랑스는 법률

---

1) 이시윤, 헌법재판과 입법통제, 고시연구, 1991. 8., 23면 참조(「그러나 적어도 헌법문제를 진담하는 재판부를 별도로 두면서 국회의 입법과정에서나 대통령의 국정운영과정에서 법률의 위헌성이 문제되었을 때에 헌법재판소에 의견을 구하여 이를 국정운영의 기조로 삼는 예방적 규범통제가 전혀 배려되지 않은 것도 문제이거니와…」).

2) 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 현대공법론의 연구, 성제이규석 교수 정년기념논문집, 1991, 485면 참조.

의 공포 전에 위헌심사를 하고 의회의사규칙은 시행전에 위헌심사를 하여 위헌으로 결정된 법률규정은 공포될 수 없도록 하고 위헌인 의회의사규칙규정은 시행될 수 없도록 하고 있다(프랑스헌법 제61조, 제62조). 그리고 법률 중 조직법률(lois organiques)과 의회의사규칙(règlements des assemblées parlementaires)은 반드시 사전에 위헌심사를 거쳐야 한다.<sup>3)</sup> 위헌 심사기관은 「헌법평의회」(Conseil constitutionnel)인데 동평의회는 당연직평의원과 9인의 지명직 평의원으로 구성된다. 전자는 전직 공화국대통령이 되고 후자의 9인은 공화국대통령, 국민의회의장(하원의장)과 상원의장이 3인씩 지명한다.

위헌법률심사의 제청권자는 한정되어 있다. 즉 공화국대통령, 수상, 하원의장, 상원의장, 그리고 60인 이상의 상원 의원들과 60인 이상의 하원의원들만이 제청권을 가진다. 60인 이상의 의회의원들에게 제청권이 부여된 것은 1974년 헌법개정에 의해서부터인데 이는 큰 의미를 가진다. 왜냐하면 의회의원들이 매우 적극적으로 빈번히 제청을 함으로써 이전보다 더욱 활발한 위헌심사가 이루어진 것으로 평가되기 때문이다.<sup>4)</sup>

우리나라에서는 프랑스의 위헌법률심사제를 본래 의미의

---

3) 프랑스의 위헌법률심사제에 대해서는 정재황, 프랑스의 위헌심사제도에 관한 연구, 서울대 석사학위논문, 1983; 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사제를 통한 기본권 보장의 법리와 실제, 구병삭 교수 정년기념 논문집, 245면 이하; 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구, 제18집, 1990, 179면 이하 등 참조.

4) L. Favoreu et L. Philip, Le Conseil constitutionnel, 3<sup>e</sup>éd. ,Que sais-je? P.U.F. , Paris, 1985, 76-77면 참조

위헌심사제가 아니라거나 혹은 정치적 심사제라거나 또 프랑스의 헌법평의회를 정치적 기관이라는 등의 견해들이 눈에 띈다. 그러나 프랑스에서는 헌법평의회를 정치적 기관으로 보는 견해가 현재는 거의 없다. 헌법평의회는 평의원의 임명방식이 9인의 평의회 평의원들 중 3인은 상원의장이, 3인은 하원의장이, 3인은 공화국대통령이 임명하는 방식이어서 정치적인 임명방식이라는 이유를 들어 헌법평의회가 정치적 기관이라고 보는 견해가 1958년 헌법평의회 출범초기에 없었던 것은 아니다. 그러나 오늘날 프랑스에서는 정치기관이라고 보는 학자는 거의 없다.<sup>5)</sup>

또한 우리나라의 학설 중에는 프랑스의 사전적 위헌법률심사제를 구체적 규범통제로 보는 견해도 있는데 재판의 전제성을 요구하는 것이 구체적 규범통제라고 본다면 프랑스의 제도는 법률공포전에 행하는, 따라서 재판의 전제성이 문제될 수조차 없는 가운데 행해지는 것이어서 구체적 규범통제라고 보기 힘들다. 프랑스의 제도는 구체적 규범통제(contrôle concret)가 아니라 추상적 규범통제(contrôle abstrait)라고 한다.

### (3) 입법방안

#### ① 유의점

현행 사후적 심사제를 사전적 심사제로 바꾸자는 것이

---

5) L. Favoreu et L. Philip, Le Conseil constitutionnel, 2<sup>e</sup>éd. , Que sais-je ? P. U. F. , Paris, 1980, 5면 참조

아니라 현행 사후심사제는 그대로 둔 채 사전적·예방적 심사제를 도입하자는 것이라는 점을 분명히 해야 할 것이다.

그런데 사후적 심사제를 그대로 두고 사전적 심사제를 도입할 경우 그 선결 문제 또는 미리 검토되어야 할 문제들이 있다. 여기서 그 문제들의 전부를 빠짐없이 보기는 힘들 것이나 몇가지를 보면 다음과 같은 문제들이 있다.

## ② 사전적 심사의 제청권자

현행 사전적 심사제도에서의 제청권자는 법원이다. 만약 사전적 심사를 도입할 경우 그 제청권자들을 누구로 할 것인가 하는 문제가 있다. 사전적 심사제도를 채택하고 있는 프랑스의 경우, 공화국대통령, 수상, 상·하원의 의장, 60인 이상의 의회의원들이다. 우리의 경우에도 국회의원들의 심사제청권은 필요하다고 본다. 그 이유는 특히 법안의 통과에 반대한 소수 국회의원들의 의견을 개진할 기회를 부여할 필요가 있기 때문이다.<sup>6)</sup>

일반국민에게 제청권을 부여하는 것도 생각할 수 있겠으나 남소 등의 문제점을 생각하면 그 제청요건의 설정 등에 관해 신중히 논의되어야 할 것이다.

## ③ 의무적 사전심사제도의 창설 여부

앞서 언급한대로 프랑스의 경우 법률을 조직법률(loi

---

6) 이러한 필요성에 대해서는 정재황, 날치기입법등 국회의 졸속입법에 대한 통제, 법과 사회, 법과 사회연구회, 1991, 11월 참조

organique)과 일반법률(loi ordinaire) 두 가지로 나누어 조직 법률에 대해서는 프랑스 헌법 제61조 제1항이 그 공포 전 헌법평의회의 심사를 반드시 거치도록 하는 의무적 심사제로 하고있다. 헌법 제61조 제1항은 의회의 의사규칙(règlements des assemblées parlementaires)에 대해서도 의무적으로 사전심사를 거치도록 규정하고 있다.

우리의 경우에도 헌법재판소의 심사강화와 그 강화에 의한 헌법보장기능의 강화를 위하여 중요한 영역의 법률, 예컨대 조직법률이나 국민에게 절대불가결한 기본권에 관한 법률에 대해서는 의무적인 심사를 하도록 하는 방안을 고려해보는 것이 무익하지 않다고 할 것이다. 국회의 의사규칙에 대해서는 의무적 심사로 하는 데에 대해서는 신중을 요한다. 프랑스의 경우 제5공화국 헌법 초기에는 의회 의사규칙에 대한 심사가 의회기능이 약화를 가져올 것으로 예상되었으나 오히려 헌법평의회는 의회의 의사규칙에 대한 심사를 통하여 의회를 통제하는 반면에 의회의 자율권이나 의회위원의 권한, 나아가 의회의 대정부적인 권한을 보호하는 기능을 발휘하였다고 평가된다.<sup>7)</sup> 따라서 의회의 의사규칙에 대한 심사가 의회기능의 약화를 위해서만 존재한다고 볼 수는 없다고 한다.

#### ④ 사전적심사의 대상이 되었던 법률에 대한 사후적 심사

---

7) L. Favoreu et L. Philip, Le Conseil constitutionnel, 2<sup>e</sup>éd. , Que sais-je ? P. U. F. , Paris 1980, 56-57면 ; C. -L. Vier, Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées, R. D. P, 1972, 165면 참조.

## 의 문제

사전심사와 사후심사 양자를 모두 행하게 사전심사를 도입할 경우 사전심사를 이미 거친 법률에 대해서 사후심사를 할 수 있게 할 것인가, 또 사후심사를 인정할 경우 어느 정도의 범위내에서, 그리고 어떤 요건하에서 인정할 것인가 하는 문제가 있을 수 있다.

이 문제에 관련하여 비록 통과는 되지 않았으나 구체적·사후적 규범통제를 도입하려는 프랑스의 1990년 헌법개정논의를 참고로 하고자 한다. 현재 원칙적으로 사후적 심사는 행해지지 않고 사전적 심사만 행해지고 있는 프랑스의 경우는 사전적 심사와 사후적 심사의 도입에 있어서 그 양자의 도입 순서가 우리의 경우와는 반대가 되겠으나 현재 있는 사전심사에 사후심사를 도입하여 양자를 다 갖추게 하려는 점에서는 이 문제에 관한 한 결과적으로 우리의 도입논의에서와 같게 될 것이므로 이 문제에 관한 참고가 될 수 있다고 본다. 프랑스 정부는 1990년 구체적·사후적 규범통제 도입을 위한 헌법개정안 제출시에 그 시행을 위한 조직법률안도 함께 제출하였는데 그 조직법률안은 일반 하급법원으로 하여금 우리의 대법원격인 최고행정법원(Conseil d'Etat), 최고사법법원(Cour de cassation)에 회부(이송)하여 헌법평의회에 위헌법률심판을 제청하게 규정하고 있는데 하급법원은 그 회부(이송)요건으로 3가지 요건을 갖추었는지 여부를 심사하게 규정하고 있다.

그 3가지 요건은, 첫째, 문제의 법률조항이 당해재판의 쟁점 및 절차의 적법성에 관한 것이고 형사사건에서는 기

소의 기초를 이루는 것일 것, 둘째, 헌법평의회에 의하여 이미 그 결정의 주문과 이유 부분에서 합헌임이 선언된 것이 아닐 것, 셋째, 위헌여부문제가 명백히 근거없는 것이 아닐 것이라는 요건이다. 그런데 여기서 두번째 요건, 즉 헌법평의회에 의하여 이미 그 결정의 주문과 이유부분에서 합헌임이 선언되지 아니한 법률조항일 것이라는 요건의 의미는 사전심사에서 아무런 판단이유없이 지나친 법률조항들에 대해서는 사후심사에서 다시 심사대상으로 될 수 있음을 뜻한다.<sup>8)</sup> 그런데 이러한 1990년의 조직법률안은 헌법 개정후 그 규정을 상세화하는 것이 낫다고 판단한 정부에 의해 의회의 의사일정에서 철회한 결과 이러한 사후심사에 있어서의 재심사 등에 관한 문제는 의회의 최종단계에서 논의의 대상이 되지 않게 되었다. 그러나 프랑스의 이러한 논의에 접하면서 우리나라의 경우에 사전적 규범통제를 도입한다면 이미 사전적 심사의 대상이 된 법률이 있으나 그 법률의 모든 조항들 중 사전적 심사에서 이유설시없이 지나간 법률조항, 다시 말해서 헌법재판소의 실질적 심사대상이 되지 않았던 법률조항에 대해 사후적 심사에서 어떠한 요건하에 심사를 인정할 것인가 하는 문제가 제기될 것을 예상할 수 있겠다. 사전적 규범통제의 도입을 두고 이러한 점들이 미리 고려되어야 할 것이다.

---

8) L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, Revue française de droit constitutionnel, 1990, n°4, 591면 참조

#### ⑤ 사전적 위헌심사의 효과문제

프랑스 현행 사전심사제하에서 위헌결정의 특이한 효과를 볼 수 있다. 즉 현행 헌법평의회 조직에 관한 ordonnance 제23조는 위헌결정이 있는 경우 그 위헌결정이 된 법률조항이 법률전체와 불가분의 관련이 있는 경우가 아닌 경우에는 대통령은 그 위헌 선언된 조항을 삭제하고 그 법률을 공포하든가 아니면 의회에 대해 법률안의 새로운 독회(une nouvelle lecture) 즉 법률안에 대한 재의를 해줄 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있는데 우리나라의 경우도 사전적 위헌심사를 도입할 경우 이러한 재의제도를 두는 것도 고려해 봄직하다고 본다.

#### (4) 과도기적 대체운영 내지 보충방안

사전적·예방적 심사제가 신설되기 이전에 과도기적으로 현행체제하에서 대체적 운영방안 내지 사전적·예방적 심사의 공백에 대한 보충적 방안으로서 다음의 것들을 고려해 볼 수도 있겠다.

#### ① 헌법재판소의 자문기능(권한)등의 신설방안 검토

헌법재판소에 대해 자문권한을 부여하는 방안을 생각할 수 있다. 즉 프랑스의 최고행정법원(Conseil d'Etat)이 행정부의 법률안에 대해 자문에 응하고, 심의를 행하듯이 우리 헌법재판소도 행정부나 국회가 입법안 또는 입법을 확정짓기 전에 행정부나 국회의 자문에 응해서 의견을 제시

해 줄 수 있도록 한다면 사실상, 헌법재판소에 의한 사전적·예방적 심사의 기능을 할 수 있게 하는 효과를 가져오는 방안이 될 수도 있다.

## ② 헌법재판소의 직권심판권의 강화

앞서 살펴본바 있는 직권주의 강화를 통해서도 어느 정도 예방적 통제의 기능을 간접적으로나마 거둘 수 있으리라 본다. 즉 헌법재판소법 제45조 단서 등의 개정을 통해 제청되지 아니한 법률조항에 대한 헌법재판소의 직권심판의 범위를 확대함으로써 (이러한 직권주의 확대에 대해서는 전술참조) 현재 추상적·예방적 규범통제가 결여된 상황에서 어느 정도 임시적인 보완책이 될 수 있을 것이다.

그 외 「입법촉구결정」에 의한 개선방안도 검토해 볼만하나 입법촉구결정의 개념, 기속력 등에 있어서의 문제점 등으로 그 효과에 의문이 많이 제기될 것으로 보인다.

## 2) 추상적 규범통제의 도입 문제

### (1) 외국의 입법례 - 독일

추상적 규범통제는 기본법 제93조 제1항 제2호, 연방헌법재판소법 제13조 제6호 및 제76조 내지 제79조에 바탕을 두고 있다.<sup>9)</sup>

---

9) 아래의 설명은 K. Schlaich, S. 77ff에 의한 것임.

① 청구권자

청구권자는 기본법 제93조 제1항 제2호, 연방헌법재판소법 제76조에 의하여 연방정부, 주정부 또는 연방의회의원 3분의 1이다.

② 심사대상

이 절차의 심사대상은 연방법과 주법이다. 우선 연방법과 주법 속에는 헌법규범, 형식적 법률, 국제조약동의법률 등이 포함된다. 기본법 제93조 제1항 제2호에서 말하는 법 속에는 법규명령과 조례도 포함될 것이다.

③ 청구적격

㉠ 기본법이나 기타 연방법과 형식상·실질상 합치하지 않음을 이유로 무효라고 주장할 것(연방헌법재판소법 제76조 제1호)

㉡ 연방이나 주의 법원, 행정청이나 기관이 기본법이나 기타의 연방법과 합치하지 않는다고 적용하지 아니하였을 때 이것을 유효라고 주장할 것

④ 심사기준

심사기준은 기본법 제93조 제1항 제2호의 문면에서 보아 연방법에 대하여는 기본법, 주법에 대하여는 기본법 및 기타 연방법이다.

⑤ 심리

연방헌법재판소는 연방의회, 연방참의원, 연방정부에 대하여, 연방법의 효력에 대하여 의견의 상충이 있을 때에는 주정부에 대하여, 및 주법상의 규범의 효력에 대하여 의견의 상충이 있을 때에는 당해 규범이 공포된 주의 주의회 및 주정부에 대하여 소정의 기간내에 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다(연방헌법재판소법 제77조).

## ⑥ 판결

연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제78조, 제31조 제2항에 의거하여 규범의 합치 내지 불합치, 때로는 규범의 무효에 관하여 판결한다.

### (2) 도입상 검토사항

#### ① 제청권자

일정수의 국회의원단, 지방의회의원단에 대한 제청권 부여를 생각할 수도 있겠으나 그외 일정수의 국민집단에 대한 제청권 부여도 신중히 검토해볼 만하다고 보겠다. 참고로 벨기에의 경우 국민들 개인에 대해서도 제청권을 부여하고 있는 점이 특색인데<sup>10)</sup> 단, 국민 개인에 대한 제청에는 일정한 요건이 설정되어 있다.

---

10) F. Delpérée, La justice constitutionnelle en Belgique et le recours des particuliers, Revue française de droit constitutionnel, 1990, n°4, 676면 참조.

## ② 제청요건

추상적 규범통제이므로 독일식의 추상적 규범통제의 관념에 따르면 재판의 전제성이 없어도 될 것이다. 그러나 그 외에 제청의 요건을 부여할 수는 있을 것이다. 특히 제청 절차 등에 있어서 남소 등을 방지하기 위한 방안이 마련되어야 할 것으로 본다.

### (3) 과도기적 대체운영 내지 보충방안

전형적인 추상적 규범통제를 도입하기 전이라도 법률자체에 대한 헌법소원을 활성화하고 그 청구요건 중 특히 기본권 침해의 자기 관련성, 현재성, 직접성, 권리보호요건을 완화하여 추상적 규범통제가 없는 공백을 메꾸는 것이 바람직하다. 그런데 법률에 대한 헌법소원 등은 추상적 규범통제와 구별된다고 본다.

## ① 법률자체에 대한 헌법소원의 법적 성격 문제

법률 자체에 대한 헌법소원에 의한 위헌법률심사를 추상적 규범통제로 혼동할 여지가 없지 않다. 추상적 규범통제를 여하히 개념 정의하느냐에 따라 법률 자체에 대한 직접적 헌법소원에 의한 위헌법률심판<sup>11)</sup>을 추상적 규범통제로

---

11) 유의할 것은 이는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원, 즉 위헌법률심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 경우에 당사자가 기각결정 후 14일 이내에 헌법소원을 제기하여 행하는 헌법소원과 다른 헌법소원이라는 점이다. 이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 위헌심사형 헌법소원으로도 불리워진다.(김철수, 전정신

도 볼 수 있다. 독일식 추상적 규범통제는 위에서 본대로 재판에서 법률의 위헌여부가 전제로 되지 않고서 이루어지는 규범통제라고 보는데 이 개념에 따르면 우리나라의 법률에 대한 헌법소원도 법원의 재판에서 전제된 경우가 아니므로 추상적 규범통제라고 볼 수 있을지 모른다. 그러나 이러한 우리의 법률대상 헌법소원은 개인의 기본권구제를 위한 헌법소원이므로 독일식의 추상적 규범통제와는 다르다고 할 것이다. 또 독일의 추상적 규범통제는 제청권자가 몇몇 국가기관 등으로 한정되어 있는 만큼 그 점에서 헌법소원과 다르므로 법률에 대한 헌법소원과 추상적 규범통제는 다르다고 볼 것이다.<sup>12)</sup>

우리 헌법재판소도 법률에 대한 직접적 헌법소원의 법적 성격이 추상적 규범통제와 다른 것임을 명백히 밝히고 있다. 즉 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호·지방자치법 제33조 제1항 제6호에 대한 헌법소원결정<sup>13)</sup>에서 헌법재판소는 “이 사건과 같이 법규 때문에 기본권의 침해를 받았다고 하여 헌법소원의 형태로서 그 위헌 여부의 심판을 구하는 법규에 대한 헌법소원은 구체적인 소송사건에 전제된 경우도 아니고 법규 때문에 직접적인 기본권의 침해가

---

관 헌법학개론, 박영사, 1992, 1027면 등) 헌법소원의 일반적 요건을 우리 헌법재판소는 법률자체에 대한 헌법소원에 대해서도 요구하므로 헌법재판소법 제68조 2항의 위헌법률심판형 헌법소원과 차이 보이거나 현실적으로 그 차이를 인정하는 것이 바람직할 것인가 하는 논의가 이루어질 필요가 있겠다.

12) 헌법소원과 추상적 규범통제와의 이러한 차이점에 대한 지적으로는, 권영성, 신정관 헌법학원론, 법문사, 1992, 966면 참조.

13) 헌재 1991.3.11 선고 90 헌마 28, 헌법재판소판례집 제3권, 63면 이하 참조

있는 경우도 아닌데 단순히 어느 법규가 위헌인가의 여부에 대한 의문이 있어 제기하는 외국의 추상적 규범통제제도와는 근본적으로 다른 별개의 제도인 것이다. 이러한 법규 헌법소원은 자기 관련성, 현재성 그리고 직접성을 갖추게 되면 그것만으로 적법한 소원심판청구로 되어 허용이 된다.(당 재판소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1결정, 동 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12결정 참조)”라고 판시하고 있다.

그러나 이러한 법률자체에 대한 헌법소원에 대해 헌법소원의 청구요건, 특히 기본권침해의 자기관련성, 직접성, 현재성, 권리보호요건등을 완화시킨다면 추상적 규범통제에 가까워질수 있을 것이다. 그러나 다음과 같이 우리 헌법재판소가 인정하는 법률자체에 대한 헌법소원에는 몇몇 문제와 모순점이 없지 않으므로 그것의 해결이 과도기적 대체운용방안으로서의 법률자체에 대한 헌법소원의 활용에 전제가 될 것이기에 먼저 여기서 그 문제점들을 살펴보고 그 개선방안에 대해 간략히 언급해보고자 한다.

## ② 법률 자체에 대한 현행 헌법소원제도의 문제점과 개선 방안

첫째, 위헌법률심판의 경우에는 청구기간이 없다. 반면에 법률자체에 대한 헌법소원도 헌법소원의 하나이므로 청구기간의 요구가 있다. 이 점 위헌법률 심판과 균형이 제대로 맞지 않고 다음과 같은 모순점이 발견된다. 즉 법률에 대한 직접 헌법소원의 경우에도 헌법재판소법 제69조 제2항에 따라 문제의 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일

이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하고 만약 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구해야 한다고 하여 청구기간을 설정하고 있는 것이 우리 헌법재판소의 확립된 판례이다.<sup>14)</sup> 그런데 문제는 법률에 대해 직접 헌법소원심판청구를 하였으나 (이는 물론 현재법 제68조 제1항에 의한 청구임) 청구기간이 도과되어 각하결정을 받은 후 그 법률의 위헌 여부를 전제로 하는 재판을 법원에 제기할 수도 있는데 그 재판의 전제로서 다시 그 법률에 대한 위헌여부심판을 헌법재판소에 제청해줄 것을 법원에 신청할 수 있는 바 이때 법원이 제청을 하거나 아니면 비록 법원이 제청신청을 기각하더라도 신청인이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의해 곧바로 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있어서 결국 그 법률의 위헌여부에 관한 본안 판단을 받을 수 있게 될 것인바, 그렇다면 과연 법률에 대해 직접 헌법소원을 제기하는 경우에 청구기간의 제한, 즉 본래의미의 헌법소원에 적용되는 헌법재판소법 제69조 제2항이 적용되도록 하여 청구기간을 제한함이 타당한 것인가 하는데 있다.

이처럼 법률에 대한 헌법소원을 직접 제기했다가 청구기간의 도과를 이유로 각하결정을 받은 후 다시 법원의 재판

---

14) 현재 1990. 6.25. 선고 89 헌마 220 ; 현재 1990.10.8 선고 89 헌마 89 등 참조.

과정 중 위헌법률심판 제청신청 기각을 거쳐 헌법재판소법 제68조 제2항에 의해 다시 헌법소원을 제기하여 위헌 여부 심판을 받은 실제의 예가 있었는데 국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원사건 등이 그 예이다.<sup>15)</sup>

결국 법률 자체에 대한 헌법소원의 개선방안의 모색에 있어서 청구기간의 요건을 지금처럼 고집할 것인가에 대해 재고가 필요하다고 볼 것이다.

둘째, 개선방안으로서 법률자체에 대한 헌법소원의 청구 요건 중, 특히 기본권 침해의 자기관련성, 현재성, 직접성, 권리보호요건을 완화하여 그 기회를 가능한 한 많이 열어 주어야 할 것이다.

---

15) 제1 헌법소원(헌재법 제68조 제1항에 따른 헌법소원) : 헌재 1991. 11.25. 선고 89 헌마 99, 공립학교교원의 노동3권에 관한 헌법소원(헌법재판소판례집 제3권, 585면 이하 참조) - 결정 : 각하결정. 결정이유의 요지 : 「청구인은 1983. 3. 1. 교육공무원으로 임용된 자이고 헌법소원심판청구는 1989. 5. 19.자로 접수된 것이므로 위 법률조항에 해당되는 사유가 발생한 날 이후로서 당 헌법재판소가 구성된 1989. 9. 19.로부터 기산하여 보면 그 모두가 적법한 헌법소원심판의 청구기간인 180일이 도과한 후에 본건이 청구된 것이 명백하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.」

제2 헌법소원(헌재법 제68조 제2항에 따른 헌법소원) : 헌재 1992. 4. 28 선고 90 헌마 39, 국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원(관보 1992. 5. 30.일자, 126면 이하 참조) - 결정 : 합헌 결정.

## 2. 위헌법률심판의 대상에 관한 문제점과 개선방향

### 1) 형식적 법률

헌법재판소의 위헌법률심판절차의 제1차적이고 원칙적인 대상은 물론 국회를 통과한 형식적 의미의 법률인 것은 분명하다. 이점에 대해서는 별다른 이론이 없다.

### 2) 긴급명령 등 「사실적으로 법률의 효력을 가지는 법규범」

1988년에 헌법재판소를 창설하기 위한 입법논의시에 이에 대한 명문화를 제안한 법안이 있었는데 그것은 바로 평민, 민주, 공화 3당의 헌법재판소법안 제45조였다. 동법안 제45조 제1항은 「법률(긴급재정경제명령·긴급명령·조약 기타 법률과 동일한 효력을 갖는 법규를 포함한다. 이하 같다) 또는 법률조항이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 수소법원...은 직접 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하여야 한다.…」라고 규정하여 긴급명령 등 실질적 법률의 효력을 가지는 법규범들도 위헌법률심사의 대상이 됨을 명시하고 있었다<sup>16)</sup>

---

16) 평민, 민주, 공화당의 헌법재판소법안에 대해서는, 제143회 국회 법제사법위원회회의록, 92면 참조.

학설도 대체로 긴급명령 등에 대해서는 그 위헌 심판의 대상이 됨을 긍정하고 있다.

### 3) 대상여부의 명확화를 요구하는 법규범들

아래에서 보는 법규범들은 관례에 의해서 위헌법률심판의 대상성을 인정받고 있거나 아니면 그 대상성에 관해 논란이 있다.

#### (1) 입법부작위, 불충분한 입법

위헌법률심판에 있어서도 헌법소원에서처럼 입법부작위 내지 불충분한 입법내용에 대한 심판이 가능할 것인가의 문제가 논의 될 수 있겠다. 적어도 헌법자체가 입법의무를 부과한 경우의 입법부작위, 불충분한 입법에 대해서는 대상이 될 수 있는지 검토할 필요가 있을 것이다. 또한 입법부작위의 경우 입법 촉구결정을 내리는 것도 고려 할만 하다는 견해도 있다.<sup>17)</sup>

#### (2) 폐지된 법률

폐지된 법률도 위헌법률심판의 대상이 되는가 하는 문제가 있다. 우리나라의 경우 헌법재판소법 제47조 제2항이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효

---

17) 김철수, 전정신판 헌법학개론, 박영사, 1992. 1051면 참조.

력을 상실한다고 규정하여 위헌법률의 효력에 대해 장래효를 부여하고 있다. 그런데 이처럼 소급효가 없게 규정한 경우 위헌결정이 나더라도 당해 사건에서도 여전히 위헌법률을 적용할 수밖에 없어서 결국 위헌제청의 이익이 없지 않는가 하는 의문이 제기된다.<sup>18)</sup> 우리처럼 장래효 원칙을 채택한 오스트리아의 경우 1975년 헌법개정으로 폐지된 법률에 대한 위헌심사를 인정하고 있다.<sup>19)</sup> 그런데 우리 헌법재판소는 초기에 폐지된 법률에 대해 재판전제성이 없다고 보아 제청을 각하하곤 하였으나<sup>20)</sup> 결국 판례에 의하여 폐지된 법률에 대해서도 위헌심판

18) 이러한 문제의 지적으로, 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정에서의 변정수 재판관의 보충의견(헌법재판소판례집 제1권, 263-265면) 참조.

19) 박일환, 위헌법률의 효력상실시점, 인권과 정의, 1990년 5월호, 105면.

20) 예컨대 사회보호법 제5조의 위헌심판(헌재 1989. 4.17. 선고 88헌가 4, 헌법재판소판례집 제1권, 27면 이하 참조: 「결정이유요지」: 「직권으로 보건대 사회보호법은 제청법원이 이 사건 위헌여부의 심판을 제청한 뒤에 개정되었고,…… 이 사건 위헌법률심판의 제청은 위헌여부의 심판대상이 된 법률조항이 더이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었다 할 것이고, 피감호 청구인에 대한 관계에서 이미 폐지된 위 조항의 위헌여부를 판단해야 할 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다. 그러므로 이 사건 위헌법률심판의 제청은 심판의 대상이 된 법률조항이 재판의 전제성을 잃게 됨으로써 결국 심판제청의 이익이 없게 되어 이를 각하하여야 할 것이다.」)과 집회및시위에 관한 법률 제3조, 제14조의 위헌심판 (헌재 1989. 5.24. 선고 88헌가 12, 헌법재판소판례집 제1권 45면 이하 참조: 「결정이유요지」: 「집회 및 시위에 관한 법률은 1989. 3. 29. 법률 제4095호로 개정되었고, 개정된 법률에 의하여 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위의 금지규정이나 그와 같은 집회 및 시위의 예비, 음모, 선정 또는 선동행위 금지규정 그리고 위 각 금지규정 위반행위의 처벌규정은 모두 폐지되었으니 그 위헌여부가 더 이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었을 뿐더러, 폐지된 법률의 위헌여부를 판단해야 할만한 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다. 그러므로 위헌제청을 각하하기로 하고 주문과 같이 결정한다」)은 폐지된 법률에 대한 제청이 부적법하다는 이유로 제청을 각하한 결정례들이

을 할 수 있음을 받아들였다.<sup>21)</sup>

아무튼 「당해법률이 효력을 상실하였다 하더라도 당해사건에 대하여 효력을 비치는 경우에는 심사대상이 된다」고 한다.<sup>22)</sup>

그런데 이처럼 판례에 의한 폐지 법률의 심판대상성 인정보다는 헌법재판소법 등에 명시하는 것이 더욱 명확성을 부여하는 것이라고 보아 이를 명문화하는 입법도 고려할 수도 있다

---

다.

21) 예컨대 앞서 본대로 1989. 4. 17. 선고 88헌가 4 결정으로 각하결정이 내려졌던 사회보호법 제5조에 대해 그 후 위헌심판을 받아들였다.(헌재 1989. 7. 14. 선고 88 헌가 5, 8, 89 헌가 44(병합), 헌법재판소 판례집 제1권, 69면 이하 참조)

이 결정의 이유 설시를 보면 다음과 같다.

「헌법재판소는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 때에 법원의 제청에 따라 법률에 대한 위헌여부를 심판하게 된다. 그런데 법률이 개정된 결과 신법이 소급 적용됨으로써 구법이 더이상 적용될 소지가 없는 경우에는 구법에 대한 위헌제청은 제청대상의 소멸로 말미암아 부적법하게 되었다고 할 수 있다. 그러나 이 사건의 경우와 같이 비록 구법이 개정되었다고 하더라도 법원이 당해 소송사건을 재판함에 있어서는 행위시에도 처분의 적법한 근거 법률이 있어야 하므로 구법이 위헌이었느냐의 문제와 신 구법 중 어느 법률의 조항이 더 피감청구인에게 유리하느냐의 문제가 판단된 뒤에 비로소 결정될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급 적용될 수 있기 위한 전제문제이기도 하거니와, 제청법원인 대법원이 신법이 시행된 1989. 3. 25.부터 상당한 기간이 경과한 지금까지 위 법률의 조항의 위헌제청에 대하여 철회의 의사를 밝히지 아니하고 제청신청을 계속 유지함으로써 아직도 심판을 구하고 있는 것으로 볼 수밖에 없는 이 사건에서 헌법재판소로서는 위 법률의 조항에 대한 위헌 여부를 심판하지 않을 수 없는 것이다.」

또한 앞서 본대로 1989. 5. 24. 선고 88 헌가 12 결정으로 제청각하결정이 내려진 집회 및 시위에 관한 법률 제3조, 제14조에 대해서도 그 후 위헌심판을 받아들였다.(헌재 1992. 1. 28. 선고 89 헌가 8, 판보, 1992. 3. 2., 132면 이하 참조)

22) 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 176면.

고 본다.

(3) 조약과 「일반적으로 승인된 국제법규」의 대상성 여부

학설은 대개 조약도 위헌법률심판의 대상이 됨을 인정하는 경향이다. 문제는 조약에도 우리 국내법의 여러 단계에 대응하여 각각 다른 정도의 효력을 가지는 조약들이 있을 것인데, 즉 어떤 조약은 헌법적 효력, 어떤 조약은 법률적 효력, 어떤 조약은 명령적 효력을 가져 각기 다를 것인바 이중 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 되는 것은 원칙적으로 법률의 효력을 가지는 조약이라고 볼 것이다.<sup>23)</sup>

헌법 제6조 제1항의 「일반적으로 승인된 국제법규」도 법률적 효력을 가지는 경우 대상이 된다고 하겠다.<sup>24)</sup>

(4) 국민투표에 의한 입법의 가능성 여부 및 심판대상성 여부

만약 헌법 제72조에 의해 대통령에 대해 부여한 국민투표부 의권의 행사 중에는 대통령이 입법을 직접할 권한, 다시 말해서 헌법 제72조에 의해 법률안을 대통령이 직접 국민의 국민투표에 부의하여 통과시킬 수 있다면 그 입법에 대한 위헌심사가 가능할 것인가가 문제될 수도 있을 것이다.

학설은 헌법 제72조에 의한 입법, 즉 국민투표로 입법을 할

---

23) 김철수, 앞의 책, 1052면.

24) 최광률 재판관은 헌법 제6조 제1항의 취지를 고려한다면, 일반적으로 승인된 국제법규도 역시 제청의 대상이 된다고 보아야 할 것이라고 한다.(최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조, 1989년 7월, 66면)

수 있다는 긍정설<sup>25)</sup>과 할 수 없다는 부정설<sup>26)</sup>로 나누어 진다.

만약 긍정설에 선다면 헌법재판소가 국민투표로 통과된 법률안에 대한 위헌심판을 할 수 있을까 하는 문제가 제기된다. 참고로 보면, 프랑스에서는 국민투표에 의한 입법(*loi référendaire*)에 대한 위헌심사를 헌법평의회가 회피하고 있다. 헌법평의회는 프랑스헌법 제61조에서 그 대상으로 하는 법률은 의회에서 채택된 것들만이지 결코 국민투표의 직접적 표현(*l'expression directe de la souveraineté nationale*)인 국민투표에 의해 채택된 것은 포함되지 아니한다는 이유를 들어 심사를 회피하고 있다.<sup>27)</sup>

이러한 프랑스 헌법평의회 소극적 태도에 대해서는 일면 그 타당성을 긍정하면서도 다른 한편 대통령의 의회를 거치지 않는 입법을 가능하게 하고 또 헌법평의회 위헌심사를 회피한 채 의도대로 통과시키기 위해 국민투표를 이용할 가능성이 있다는 점이 지적되고 있다.<sup>28)</sup> 한편 프랑스헌법 제60조는 국민투표의 시행과정의 적법성을 통제할 임무를 헌법평의회에 부여하고 있는바 이에 근거하여 국민투표가 행해지기 전 준비단계에서 그 통제를 효과적으로 할 수 있는데 이로써 헌법평의회가 완전히 무기력한 것은 아니라고 본다.

---

25) 한태연 ; 헌법학, 법문사, 1983, 161면 ; 권영성, 신정관 헌법학원론, 법문사, 1992, 829 ; 구병삭, 신헌법학원론, 박영사, 1988, 917면등 참조

26) 김철수, 진정신판 헌법학개론, 박영사, 1992, 812면 참조.

27) 프랑스 헌법평의회 1962년 11월 6일 61-20 DC결정. 이 결정에 대해서는 L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 6<sup>e</sup>éd. , Sirey, Paris, 1991, 175면 이하 참조.

28) D. Rousseau, *Droit du Contentieux constitutionnel*, 2<sup>e</sup>éd. , Montchrestien, Paris, 1992, 171면 이하 참조.

우리의 경우 헌법 제72조의 국민투표에 의한 입법을 받아들이기 어려운 면이 많다. 당장 프랑스 헌법 제11조는 입법을 국민투표에 붙일 수 있음을 명시하고 있는 반면 우리 헌법 제72조는 프랑스와는 달리 입법이 가능함을 명시하지 않고 있고 또한 헌법 제72조가 신임투표로 이용될 경우를 상상 못할 바 아니기 때문이다. 만약 국민투표에 의한 입법이 인정 될 경우 그에 대한 위헌 심사는 어려운 문제를 제기해 줄 것이다.

#### (5) 헌법률에 대한 위헌여부심사 문제

헌법전의 규정들간에도 효력상 우열의 차이가 있음을 전제로 하여, 즉 헌법규정들 중에는 헌법개정으로도 변경할 수 없는 헌법핵이 있고 이 헌법핵보다 하위에 있는, 그리하여 헌법개정으로 변경을 가할 수 있는 헌법률의 규정들이 있다고 볼 경우 헌법핵에 위반되는 헌법률에 대한 위헌심판이 가능하다고 볼 것인가에 대하여 논란이 있을 수 있다.

#### ① 외국의 경우

##### ㉠ 독일

독일의 경우 판례·통설은 헌법규정도 위헌법률심판의 대상에 포함된다고 본다(하).<sup>29)</sup>

---

29) 이시윤, 헌법재판개관(하), 판례월보, 1989년 6월호, 제225호, 11면.  
그 외 독일의 경우에 대한 국내문헌으로는, 정연주, 헌법규범에 대한 위헌심사, 공법연구 제19집, 1991. 127면 이하 참조

## ㉠ 프랑스

프랑스의 경우 지금까지 헌법규정에 대한 위헌심사를 행한 적은 없다. 앞서 본 1962년 국민투표에 의한 입법에 대해 국민주권주의의 직접적 표현이라는 이유를 내세워 헌법평의회가 스스로 심사권이 없다고 한 사건에서 문제된 국민투표 입법은 바로 대통령 선거의 직선제를 위한 헌법개정법률이었다. 따라서 프랑스의 경우 헌법평의회는 심사거부의 입장을 취한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 심사를 긍정하는 견해도 상정되고 있다.

## ㉡ 부정설

부정설의 입장은 헌법률(lois constitutionnelles)은 다른 법규범들과는 차이가 있음을 강조한다. 즉 헌법은 국가의 통치조직, 국민의 기본권보장에 관한 사항들을 그 목적, 대상으로 하고 있어서 다른 법규범들과 차이가 있고 또 그 성립절차가 더욱 복잡하고 엄하며 장기에 걸친 것이라는 점, 그리고 다른 법규범의 성립주체와 달리 헌법의 성립권자는 헌법제정권자에 의해 구성된다는 점 등에서 그 차이가 있음을 들어 헌법률에 대한 심사를 부정하고 있다. 즉 그 목적대상, 절차, 성립주체라는 3가지 요소에서의 특성을 들어 헌법률에 대한 심사를 거부한다. 그런데 이중 특히 첫째와 셋째 요소 때문에 더욱 심사가 어렵다고 한다. 즉 입법자(législateur)가 준수해야 할 것은 헌법인바 바로 그 헌법을 변경할 수 있는 헌법성립권자에 대해 위헌심사의 통제를 하는 것은 조리에 맞지 않는 것이며 비논리적이라는 것이다.<sup>30)</sup>

앞서 밝힌대로 1962년 국민투표로 통과된 대통령선거 직선제를 위한 헌법개정법률에 대한 위헌심사제청에 대해 헌법평의회는 심사를 거부하여 결국 헌법률에 대한 심사거부의 입장에서 있는데 동결정에서 헌법평의회는 자신의 권한은 헌법과 자신에 관한 조직법률이 정한 범위에 한정되어 있고 헌법과 동조직법률에 정해진 권한만을 행사하는 것인데 헌법과 동조직법률의 어떤 규정도 국민투표로 채택되어 국민주권의 직접적 표현을 이루는 입법에 대해 위헌심사를 할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않다는 이유설시를 하면서 그 거부이유를 밝힌 바 있다.

그런데 이처럼 헌법평의회는 헌법률에 대한 심사거부는 국민투표에 의한 입법에 대한 헌법평의회는 무권한을 근거로 정당화하고 있는 것이라고 할 것인데 그렇다면 반대로 헌법평의회는 국민투표에 의하지 않는, 즉 의회만에 의한 헌법개정의 경우<sup>31)</sup>에는 심사할 수 있을 것이라고 볼 수도 있다. 그러나 그렇게 해석할 경우 같은 성격의 규범인 헌법률이 국민투표로 통과되었는가 아니면 의회만에 의해 확정되었느냐 하는 사실에 따라 심사대상이 되는지 안되는지의 여부가 가려져, 부당한 취급이 생기게 될 것이라는<sup>32)</sup> 지적이 있다.

---

30) 이러한 심사부정의 논거들을 소개하고 있는 문헌으로서, D. Rousseau, 앞의 책, 172-173면 참조.

31) 프랑스 헌법 제89조는 국민투표에 의하지 않더라도 의회의 상원·하원의 합동회의에서 투표한 투표수의 3/5의 찬성만으로도 헌법개정안이 통과될 수 있다고 규정하고 있다.

32) D. Rousseau, 앞의 책, 173면 참조.

㉞ 긍정설

이러한 부정설에 반하여 긍정설도 상정될 수 있다고 한다. 긍정설의 논거로서 다음과 같은 입론을 생각할 수 있다고 한다.<sup>33)</sup> 무엇보다도 먼저 헌법률도 형식적으로는 법률이다.<sup>34)</sup> 그리고 다른 한편으로 국민투표에 의한 헌법개정법률에 대한 위헌심판거부에 대한 반대해석에 의하면 헌법평의회는 의회에 의해 의결된 법률에 대해서는 심사할 권한을 가지는 바 국민투표에 의한 헌법개정안의 경우라 할지라도 그 헌법개정안은 미리 의회에 의해 통과된 것이므로<sup>35)</sup> 결국 심사대상이 된다. 결국 일반적으로 말해서 헌법평의회는 의회에 의해 의결된 법률에 대해 심사할 권한을 가지는데 헌법률도 이러한 법률의 영역에 속하므로 헌법률에 대한 심사도 가능하다고 본다.

그리고 헌법개정의 주체는 비록 법률제정자인 입법자와는 차이를 가진다 하더라도 헌법제정권자로부터 파생된 자이므로 헌법제정권자(le constituant originaire)와 동일한 정도의 자유로운 결정권을 가지는 것은 아니다. 헌법을 개정하는 것은 원천적(시원적) 헌법제정권(pouvoir constituant originaire)으로부

---

33) 긍정설의 논거에 대한 소개로는 D. Rousseau, 위의 책, 173-174면 참조

34) 이는 프랑스 헌법의 마지막 조문이 “헌 법률은 공화국과 공동체의 법률로서 집행될 것”이라고 규정하여 헌법도 법률로 성격규명을 하고 있다는 점을 들 수 있다고 한다.(D. Rousseau, 위의 책, 같은 면 참조)

35) 프랑스헌법 제89조는 헌법개정안이 반드시 의회의 의결을 그치도록 하고 통과된 헌법개정안을 공화국대통령은 국민투표에 회부하여 확정시키거나 또는 국민투표에 회부하지 않고 의회의 상원·하원 합동회의에서 투표한 투표수의 3/5의 찬성으로 확정시킬 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 국민투표를 거친 헌법개정법률도 이전에 의회를 통과한 것이다.

더 헌법개정권을 수여받은 제도화된 권한(pouvoir institué)의 행사이고 따라서 헌법개정권은 원천적 헌법제정권에 구속된다. 그리하여 결국 헌법개정권의 행사인 헌법개정에 대해서는 심사를 할 수 있다고 본다.

## ② 우리나라의 경우

우리나라의 경우에도 헌법률에 대한 심사를 받아들이는 적극설이 있다. 즉 「헌법규범 중에서 근본규범이 아닌 헌법률은 위헌심판의 대상이 된다」고 보아 「헌법핵에 위반되는 헌법률은 위헌적인 것으로 무효」라고 보는 견해가 있다.<sup>36)</sup> 또 신중한 적극설도 있다. 즉 2/3 이상의 국회의 절대다수결과 일반 국민투표에 의하여 헌법이 개정됨에 비추어 헌법제정권력의 입헌형성의 자유는 통상의 입법부의 입장보다 더 존중하여야 할 것이기 때문에 「그 대상이 된다고 하더라도 법률의 경우와는 심판의 기준을 달리 하여야 할 것」이고 「다만 모든 헌법규정은 헌법제정권력의 기본적인 헌법상의 원칙에 합치되도록 해석되어야 하기 때문에 기본적인 헌법상의 원칙과 부합되지 않는 헌법 규정은 위헌심사에서 문제될 수 있을 것이다」라는 견해가 있다.<sup>37)38)</sup>

---

36) 김철수, 앞의 책, 1053면.

37) 이시윤, 앞의 글, 같은 면.

38) 그런데 헌법핵에 위반되는 헌법률에 대해 「위헌적인 헌법규정」이라는 표현을 사용한 소수의견이 나타난 판례가 최근에 있었다. 즉 변정수 재판관은 국가공무원법 제66조 제1항에 대한 헌법소원심판결정(합헌결정, 헌재 1992. 4. 28. 선고 90헌바 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 92 헌바 15(병합)(관보 1992. 5. 30. , 126면 이하 참조)의 별개의견에서 「공무원 신분이라는 이유만으로 원칙적으로 노동3권을 박탈하고 예

그런데 앞서 본 프랑스의 경우를 참작하면 우리의 경우에도 부정설이 그 논거를 제공할 수 있을 것이다. 당장 우리 헌법재판소도 자신이 헌법에 의해 한정적 권한을 부여받고 있음을 밝히고 있는 점을 들 수 있다. 그러나 한정적 권한의 하나인 법률에 대한 심사의 「법률」에 헌법률까지 포함된다고 본다면 부정설의 논거에는 문제가 있을 것이다. 반면 긍정설 중 헌법규범의 단계구조, 즉 헌법개정권은 원천적(시원적) 헌법제정권보다 하위에 있다는 이유로 헌법률에 대한 위헌 심사를 인정하는 견해도 타당성이 있다고 본다.

### ③ 헌법률에 대한 위헌심판의 인정범위에 대한 검토

만약 헌법률에 대한 위헌심판을 인정하더라도 그 인정범위가 무한정일 것인가 아니면 일정 범위에 국한 될 것인가가 문제 될 수 있다.

프랑스에서 논의되고 있는 것을 보면 헌법개정의 경우 일반 법률의 입법절차의 준수여부를 헌법평의회가 심사하듯이 헌법

---

외적으로 법률로써 인정할 수 있도록 규정한 헌법 제33조 제2항은 그보다 상위규정이며 민주주의 헌법의 기본이념이고 헌법핵이라고 할 수 있는 헌법 제11조 제1항 소정의 평등원칙에 위배되는 조항일 뿐더러 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에도 위배되는 조항으로서 앞으로 헌법개정등을 통해 제검토되어야 할 매우 부당한 위헌적인 헌법규정이다. 헌법이 제33조 제2항과 같은 특별유보조항을 둔 것은 헌법에 근거규정만 두면 어떠한 법률을 만들어도 괜찮다는 잘못된 인식아래공무원에 대하여서는 노동3권을 무한정 제한할 수 있도록 하고 그에 대한 위헌시비를 못하게 하기 위한 지극히 권위주의적인 발상에서 나온 것이라고 아니할 수 없다.」라고 의견을 밝히고 있다. 그러나 변 재판관은 「그러나, 위 규정이 헌법 제33조 제2항의 특별유보조항에 근거하고 있기 때문에 어쩔 수 없이 합헌선언할 수밖에 없는 것」이라고 하여 합헌의견인 다수의견의 결론과 같이 하였고 헌법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정권을 인정하고 있지는 않다.

에 규정된 개정절차의 준수여부에 대해서 심사할 수 있을 것이라고 보는 견해도 있을 수 있다.<sup>39)</sup>

나아가 내용에 대한 심사도 가능하다는 견해도 있을 수 있다. 즉 파생된 헌법구성권(pouvoir constituant dérivé)은 절차규범 뿐 아니라 그 목적과 조건 그리고 원천적 헌법제정권자(le constituant originaire)에 의해 설정된 금지, 제한 등에 의해 제약되고 있다고 보는 견해도 생각할 수 있다. 그런데 예를 들어 국가영역의 통일성을 해치는 헌법개정은 금지된다든지 하는 류의 금지규정의 위반여부는 쉽게 심사될 수 있으나 「정부의 공화국형태(la forme républicaine du gouvernement)는 헌법개정의 대상이 될 수 없다는 프랑스 헌법 제89조의 개헌금지규정에서처럼 「공화국」의 개념이 무엇인지 그 식별이 어려울 경우도 있을 것이다.<sup>40)</sup> 헌법제정권자의 의도를 무시한 헌법개정은 헌법제정권자의 권력을 침해한 것으로 제재를 받을 수 있다고 볼 수도 있다.<sup>41)</sup>

한편 문제는 헌법개정과 헌법제정의 구별이 쉽지 않다는 점<sup>42)</sup>과 헌법핵과 헌법률의 구분도 반드시 명확하지 않을 것이라는 점에서 헌법개정의 대상이 되는 헌법률에 대한 심사의 한계가 그어지기 힘든 점이 있을 것이라는 데 있다고 본다. 결론적으로 헌법률에 대한 위헌심사를 인정하더라도 그 범위 설

---

39) 이러한 견해의 가능성에 대한 언급을 하고 있는 문헌으로서, D. Rousseau, 앞의 책, 174-175면 참조.

40) 이러한 지적을 하고 있는 문헌으로, D. Rousseau, 위의 책, 175면 참조.

41) D. Rousseau, 위의 책, 176면 참조.

42) D. Rousseau, 위의 책, 같은 면 참조.

정 등에 어려움이 없지 않을 것이다.<sup>43)</sup>

(6) 의무적 사전심사의 도입시 그 대상에 대한 검토

앞서 우리는 법률의 공포전에 행하는 사전적·예방적 위헌심사제도의 도입문제에 대해 검토한 바 있다. 그런데 사전적 위헌심사를 행하고 있는 프랑스의 경우 법률을 조직법률(*loi organique*)과 일반법률(*loi ordinaire*) 두 가지로 나누어 조직법률에 대해서는 프랑스 헌법 제61조 제1항이 그 공포전 헌법평의회의 심사를 반드시 거치도록 하는 의무적 심사제로 하고 있다. 헌법 제61조 제1항은 의회의 의사규칙(*règlements des assemblées parlementaires*)에 대해서도 의무적으로 사전심사를 거치도록 규정하고 있다.

우리의 경우에도 만약 사전적 위헌심사를 도입하는 것을 전제할 때 의무적인 심사를 둘 것인가 여부문제와 둘 경우 그 대상을 어떤 규범들로 할 것인가에 대한 문제를 검토할 필요성의 여지가 전혀 없지 않다고 본다.

생각건대 우리의 경우에도 중요영역의 법률, 예컨대 조직법률이나 국민에게 절대불가결한 기본권에 관한 법률에 대해서는 의무적인 심사를 하도록 하는 방안은 헌법재판소의 심사강화와 그 강화에 의한 헌법보장기능의 강화를 위하여 의미가 전혀 없지는 않다고 볼 것이다.

그런데 국회의 의사규칙에 대해 의무적 심사를 도입하는 데에 대해서는 국회의 자율권 등을 내세운 반론들이 적지 않을

---

43) 비슷한 취지로, D. Rousseau, 위의 책, 같은 면.

것으로 예상되고 신증을 요한다. 참고로 보면 프랑스의 경우 제5공화국 헌법 초기에는 의회 의사규칙에 대한 심사가 의회 기능 약화를 가져올 것으로 예상되었으나 헌법평의회는 의회의 의사규칙에 대한 심사를 통하여 의회를 통제하는 반면에 의회의 자율권이나 의회의원의 권한, 나아가 의회의 대정부적인 권한을 보호하는 기능을 발휘하였다고 평가된다.<sup>44)</sup> 따라서 의회의사규칙에 대한 심사가 의회기능의 약화를 위해서만 존재한다고 볼 수는 없다고 한다.

### 3. 위헌법률심판의 제청절차상의 문제점과 개선방안

#### 1) 법원의 제청절차상의 문제점과 개선방안

##### (1) 법원의 합헌결정권 인정여부 문제

이 문제에 대해서는 종래 논란이 많다. 이 문제에 대한 논란과 제기되는 자세한 문제들에 대해서는 그간의 선행연구<sup>45)</sup>들

---

44) L. Favoreu et L. Philip, Le Conseil constitutionnel, 2<sup>e</sup>éd. , Que sais-je ? P.U. F. , Paris, 1980, 56-57면 ; C. -L. Vier, Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées, R. D. P, 1972, 165면 참조

45) 이시윤, 헌법재판개관(상), 판례월보, 1989. 5. , 224호 19면 이하 ; 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조, 1989. 7, 57-59면 ; 황우여, 위헌심판의 제청결정, 법조, 1989. 7, 96-97면 ; 박일환 ; 법률의 잠정효와 위헌심사(하) , 법률신문, 1989. 3.13. ; 정중섭, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권, 헌법논총, 제1집, 헌법

을 참조하면 될 것이므로 여기서는 실정법률인 헌법재판소법의 관련규정상 문제점들 중 중요한 몇 가지에 대해서만 살펴보고 그 입법상 개선방안을 논의해 보고자 한다.

다만 우리는 원칙적으로 법원이 적극적으로 위헌심사를 제청하여야 할 의무를 진다는 입장에 서서 개선방안을 보기로 한다.

## (2) 개선방안

### ① 제청각하사유의 명문화문제 - 헌법재판소법 제41조 개정문제

1988년 평민, 민주, 공화 3당이 내놓은 헌법재판소법안<sup>46)</sup> 제45조는 법원이 제청하지 않아도 되는 경우로 「1. 당해 법률에 관하여 이미 헌법재판소의 위헌법률심판이 있었을 때, 2. 당해 법률이 헌법에 위반되지 아니함이 명백한 때, 3. 당사자의 제청신청이 오로지 소송지연을 목적으로 함이 명백한 때」라고 규정하고 있었는데 결국 민정당안이 통과되어 현행규정으로 굳었다.<sup>47)</sup>

---

재판소, 323면 이하 참조

46) 이 헌법재판소법안에 대해서는 제143회 국회 법제사법위원회회의록, 제3호, 85면 참조.

47) 평민, 민주, 공화3당이 제안한 법안은 문제가 있었다고 본다. 왜냐하면 제청하지 않아도 되는 경우 3가지중 제2의 경우, 즉 「2. 당해 법률이 헌법에 위반되지 아니함이 명백한 때」란 것은 결국 법원의 실질적인 위헌여부심사권을 부여하는 결과가 될 수 있기 때문이다. 이러한 문제점은 구체적·사후적 규범통제를 도입하려는 프랑스 1990년 헌법개정안의 논의시에도 문제된 바 있다. 1990년 정부가 제출한 헌법개정안과 헌법평의회의 조직 법률안은 일반 하급법원으로 하여금 최고행정법원(Conseil d'Etat), 최고사법법원(Cour de cassation)

제6공화국헌법은 법원의 합헌결정권을 없앴기 때문에 법원은 헌법재판소에 적극적으로 제청하여야 한다는 입장을 취하는 견해에서는 법원의 제청각하사유를 한정하여야 한다고 주장한다. 즉 「i) 합헌이 명백한데도 소송지연을 목적으로 한 위헌 제청신청 ii) 재판의 전제되는 법률, 즉 본안사건의 판단에 관하여 적용할 법률이 아닌 때라면 모르되, 그렇지 않은 한 법원이 합헌여부에 대한 판단없이 곧바로 제청결정을 하여 헌법재판소로 보내는 것이 신헌법에 합치되는 해석」이라는 견해<sup>48)</sup>, 「제41조 제1항을 개정하여 법원은 당사자의 위헌법률심판제청신청이 있으면 오로지 소송지연을 목적으로 한 것인 때, 계

---

에 회부(이송)(renvoi)하여 헌법평의회에 위헌법률심판을 제청하게 하는데 하급법원은 그 회부(이송)요건으로 3가지 요건을 갖추었는지 여부를 심사하게 하고 있다.

즉 현재 우리나라의 경우와 달리 일반 하급법원에서 최고행정법원 또는 최고사법법원에 회부(이송)하기 위해 하급법원 자신이 행하는 심사와 최고행정법원 및 최고사법법원에서 헌법평의회에 최종적으로 제청하기 위해 심사하는 2번의 심사를 예정하고 있다고 볼 수 있는데 파보류(L. Favoreu)교수는 이러한 이중심사경유를 “이중여과”(le double filtrage)라고 부른다. (L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, Revue française de droit constitutionnel, 1990, n 4, 589면, 592면 참조) 그런데 그 3가지 요건은 「첫째, 문제의 법률조항이 당해재판의 쟁점 및 절차의 적법성에 관한 것이고 형사사건에서는 기소의 기초를 이루는 것일 것, 둘째, 헌법평의회에 의하여 이미 그 결정의 주문과 이유 부분에서 합헌임이 선언된 것이 아닐 것, 셋째, 위헌여부문제가 명백히 근거 없는 것이 아닐 것이라는 요건」이다. 그런데 여기서 마지막 세번째 요건은 하급법원으로 하여금 법률의 위헌여부를 심사할 수 있는 권한을 부여하게 하는 효과를 가진다는 이유로 하원의 법률위원회에서 삭제된 바 있었다 <Rapport de M. Sapin sur les projets de loi constitutionnelle et de loi organique, 29면(L. Favoreu, 위의 논문(L'élargissement de la saisine ...), 591면에서 재인용).

48) 이시윤 헌법재판개관(상), 판례월보, 1989. 5. 224호, 20면 참조

속중인 재판의 전제가 되는 것이 아닌 때 또는 헌법재판소법 제39조에 어긋난 것인 때가 아니면 제청결정을 하여 헌법재판소에 제청하도록 할 필요가 있다는 주장<sup>49)</sup>등이 있다. 또한 대한 변호사협회가 제안한 헌법재판소법중개정법률안<sup>50)</sup> 제41조 제2항은 「1. 신청인이 제청신청을 하는 법률 또는 법률의 조항의 위헌여부가 당해 재판의 전제가 되지 아니함이 명백한 때, 2. 신청인이 제청신청을 하는 법률 또는 법률의 조항에 관하여 이미 헌법재판소에서 합헌이라는 심판이 있었을 때, 3. 신청인이 오로지 재판의 지연만을 목적으로 하는 위헌제청신청을 하는 것이 명백한 때」 중 하나에 해당하는 때에는 신청을 각하할 수 있고 나머지의 경우 제청하도록 규정하고 있다.

이러한 각하제한사유를 두는 것은 법원이 가능한 한 제청하도록 강제한다는 점에서는 제청신청인의 권리구제에는 바람직하다고 본다. 그러나 그 사유의 설정에는 신중을 요한다고 본다. 예컨대, 바로 앞서 인용한 대한변협의 개정안 중 제2호 소정의 사유가 있을 때, 다시 말해, 이미 헌법재판소의 합헌결정이 있었던 법률(조항)에 대한 신청의 경우를 각하사유로 하는 것은 헌법재판소의 직권주의가 심판대상법률(조항)을 헌법의 모든 관련조문에 비추어 심사한 경우라면 몰라도 앞서 이미 합헌결정이 내려졌다고 하여 반드시 앞으로 헌법재판소에서의 위헌선언이 전혀 없을 것이 확실한 것은 아닐 것이기 때문이다. 헌법재판소의 판례변경의 경우 더욱 그러한 가능성이 크다. 또한 뒤에서 살펴보게 되겠지만 법원의 각하결정이 있을

---

49) 이상규, 헌법재판제도의 운영, 월간고서, 1989. 12. 92면 참조.

50) 이 법률안에 대해서는 「인권과 정의」, 1990. 6. 123면 참조

때에 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원을 할 수 있다면 그 경우를 각하사유로 함이 타당한지 하는 의문이 더더욱 제기될 수 있을 것이다.

② 제청이유서 기재사항의 문제 - 헌법재판소법 제43조 제3호·제4호의 개정논의

헌법재판소법 제43조 제3호와 동조 제4호는 법원이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제청할 때에는 제청서에 「위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항」과 「위헌이라고 해석되는 이유」를 기재하여야 한다고 규정하여 이는 법원이 위헌이라고 판단하는 경우에만 제청할 수 있게 한 것이어서 위헌이 아니냐하는 문제를 제기하고 있다. 즉 이 헌법재판소법 제43조 제3호·제4호의 규정이 법원의 합헌결정권을 인정하는 근거가 되는 것이 아닌지 하는 문제가 제기되어 그 개정이 주장되고 있다. 즉 동조 제4호를 「위헌의 의문이 있는 이유, 다만 당사자의 신청에 의한 경우는 당사자가 주장하는 위헌이유」로 수정해야 한다는 주장<sup>51)</sup>, 동조 제4호를 「“위헌인지의 여부에 의문이 있는 이유, 다만 당사자의 신청에 의한 경우에는 당사자가 위헌이라고 주장하는 이유”로 개정하고」, 「동조 제3호를 “위헌인 여부에 의문이 있는 법률 또는 법률의 조항”으로」해야 한다는 주장<sup>52)</sup>, 동조 제3호를 “심판을 제청하는 법률 또는 법률의 조항”으로 동조 제4호를 “제청의 이유”로 개정해야 한다는 제안<sup>53)</sup>등이 있다.

51) 권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 인권과 정의, 1991. 2, 23면.

52) 이상규, 앞의 논문, 92면 참조.

이러한 논의들은 법조문의 명확성을 부여하기 위해서도 필요한 논의라고 보며, 특히 국민의 재판청구권의 하나인 헌법재판권, 그 중에서도 핵심적 헌법재판인 위헌법률심판의 활성화를 위해서 개정이 되어야 할 부분이라고 본다.

한편 위헌법률심판이 객관적 규범통제의 성격을 가져 객관적 소송의 성격이 강한 만큼 일반 민사사건 등에서의 재판청구서와는 달리 위헌법률심판의 청구서의 기재사항을 너무 엄격히 요구하지 않는 것이 바람직하다고 본다.

### ③ 제청신청에 대한 법원의 결정의무 및 결정기간의 명문화문제

현행 헌법재판소법은 제청신청에 대한 법원의 결정의무를 명시하고 있지 않고 또 신청을 받은 법원이 어느 정도의 기간내에 제청여부결정을 내려야 하는지에 대한 규정을 두고 있지 않다.<sup>54)</sup> 신청인의 권리보호의 충실을 위해서는 신청 후 최대한 일내여야 하겠지만 일정기간이 지나면 결정이 있는 것으로 간주하는 효과규정을 두는 것을 검토할 필요가 있겠다.

53) 대한변호사협회의 개정안(앞에 인용), 123면 참조

54) 최광률 재판관은 당사자의 신청에 대하여 법원은 반드시 그 가부에 대한 재판(결정)을 하여야 한다고 본다(최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조, 1989. 7, 77면). 대한변호사협회에서 제안한 헌법재판소법 중 개정법률안은 “제청신청을 한 날로부터 2월이 경과하여도 법원이 제청을 하지 아니한 때에는 그 신청한 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다”고 규정하여 제청 후 2개월이 지나도 위헌여부제청결정이 없을 때에는 바로 헌법소원을 제기할 수 있도록 하고는 있으나 제청여부에 대한 결정기간에 대해서 직접 규정을 두고 있지는 않다. 결정기간을 명시하는 헌법재판소법 제41조의 개정을 주장하는 견해로는 이상규, 헌법재판제도의 운영(앞의 논문), 92면 참조.

④ 법원의 신청기각결정 후 당사자의 헌법소원제기(헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원)에 의한 심판청구상의 문제점

이 문제는 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌론 내지 폐지론을 떠나 존속시킬 경우에 그 불합리성을 최대한 막아 보자는 의도정도에서 살펴보고자 한다.

㉠ 법원의 각하결정에 대한 헌법소원의 명문화문제

위헌법률심판의 대상 등이 되지 아니할 때나 그 외 제청요건을 갖추지 않은 때에는 법원은 신청에 대한 기각결정이 아니라 각하결정을 내려야 하는 것이 소송법의 일반원칙일 것인데 이 경우 제청신청인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의해 헌법소원을 제기할 수 있을 것인지가 문제된다. 왜냐하면 현행 헌법재판소법 제68조 제2항은 제청신청인이 법원의 결정 이후 헌법재판소에 위헌법률심판을 위한 헌법소원을 청구할 수 있게 허용하는 경우로서 「기각결정」만을 명시하고 있기 때문이다. 바로 이 규정을 들어 법원의 합헌결정권을 주장하는 견해가 있으나 법원의 적극적 제청의무가 있다고 보고 법원의 합헌결정권을 부인하는 입장에서는 이 규정의 위헌성을 주장하기도 한다.

헌법재판소는 법원의 각하결정의 경우에도 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 가능함을 인정하고 있다고 본다. 예컨대 국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원<sup>55)</sup> 등은 법원의 각하결정이 있을 후 헌법재판소법 제68조

55) 헌재 1989. 12. 18, 선고 89 헌마 32,33(병합), 헌법재판소판례집 제1

제2항에 의해 제기된 헌법소원을 헌법재판소가 받아들인 것이다. 물론 헌법재판소의 헌법소원심판 결과 역시 위헌법률심판의 대상이 되지 못하거나 요건을 갖추지 못한 경우에는 헌법재판소에서도 각하결정이 내려지는데 그 예로 영구임대주택임주자 선정기준 및 관리지침 제5조 제3호에 대한 헌법소원<sup>56)</sup>을 들 수 있다.<sup>57)</sup> 이 점을 미루어 보건대 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법원의 기각결정 뿐 아니라 각하결정의 경우에도 제기할 수 있는 것으로 보는 입장임을 알 수 있다.

이 문제는 헌법재판소법 제68조 제2항의 해석이 앞서 본대로 제청절차단계에서의 법원이 위헌여부결정권을 가지느냐 하는 문제와 관련이 된다고 본다. 생각건대 법원은 위헌의 의심이 있을 때 적극적으로 제청해야 한다고 볼 것이고 법원은 제청의 요건심사만 하는 것이 원칙적이라면 오히려 각하의 경우가 헌법소원의 제기사유의 원칙적인 경우로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

---

권, 343면 이하 참조.

56) 헌재 1992. 11. 12. 선고 92 헌바 7, 판보 1992. 12. 15, 67면 이하 참조

57) 동 헌법소원에서 당사자는 서울고등법원에 영구주택임주자선정의 기준 및 관리지침의 위헌여부를 제청해 줄 것을 신청하였으나 동 고법은 위 기준, 지침은 위헌법률심판의 대상이 되는 법률이 아니라는 이유로 각하결정을 하였는데 당사자는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의해 헌법소원을 청구하였다. 그런데 헌법재판소도 각하결정을 하였는데 헌법재판소의 각하결정의 이유는 문제의 헌법소원이 법률이 아닌 기준, 지침에 대해 제기한 점, 다시 말해서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 대상이 아닌 것이라는 점에 있지 법원의 기각결정이 아니라 각하결정이 있어서 행한 헌법소원청구이었기 때문에 각하결정을 내린 것은 아니었다.

한편 법원의 합헌결정권이 없다고 보는 입장에 선다고 하여 반드시 현행 헌법재판소법 제68조 제2항의 『기각결정』이라는 문언이 위헌이라고 볼 수밖에 없는 것은 아니라고 본다. 왜냐 하면 법원이 합헌으로 결정할 권한은 없어서 합헌으로 결정한 것은 아니나 그렇다고 위헌의 의심이 있는 경우가 아니라서 기각할 가능성도 있을 것이기에 이러한 경우에 헌법소원의 길은 열어 놓아야 한다고 본다면, 기각결정을 명시한 것이 크게 문제될 것은 아니라고 볼 수도 있을 것이기 때문이다.

어쨌든 법원의 합헌결정권의 유무에 대해 어떤 입장을 취하든 각하결정시의 헌법소원이 명시 안된 것은 어디까지나 공백이므로 현행 헌법재판소법 제68조 제2항에 각하결정도 명시하도록 하는 것이 더욱 명백하게 하는 것일 것이다.

요컨대 법원의 각하결정의 경우 등 널리 헌법소원을 인정하여 국민의 헌법재판을 받을 권리의 보장 뿐 아니라 범규범에 대한 객관적 합헌성의 확보를 위해 가능한 한 헌법재판소의 재판의 기회를 허용해야 한다는 점에서도 동규정은 개정되어야 할 것이다.<sup>58)</sup>

#### ㉠ 재판정지제도의 신설여부문제

현행 헌법재판소법 제42조는 법원이 법률의 위헌여부의 심판

---

58) 대한변호사회가 제안한 헌법재판소법중개정법률안은 법원의 제청의 각하결정의 경우와 제청신청을 한 날로부터 2월이 경과하여도 법원이 제청을 하지 아니하는 때에 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 동개정안 제41조가 예외적으로 각하결정을 내릴 수 있는 사유를 한정하여 원칙적으로 기각결정을 내리지 못하고 제청하도록 한 때문에 두게 된 것으로 보인다.(대한변협외 동 개정안에 대해서는 「인권과 정의」, 1990. 6. , 123면. 참조)

을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다고 규정하여 재판정지제도를 규정하고 있다.

반면 현행 헌법재판소법 제68조 제2항은 동법 제42조에서와는 달리 재판정지제도를 규정하고 있지 않고 동법 제75조 제6항도 동법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 경우 제45조, 제47조의 규정만을 준용하도록 할 뿐이고, 제42조는 준용 대상으로 명시하지 않고 있다.

법원에 의한 제청이 있을 경우 재판이 정지되게 함은 법원의 재판상 독립의 침해가 되지 않는다는 점과 반대로 법원의 제청 없이 당사자의 헌법소원에 의한 경우 재판을 정지함은 재판상의 재판부, 법원의 판단을 존중하지 아니하는 것으로 된다고 보아 이렇게 차이를 둔 것은 일면 이해가 되긴 한다. 그러나 재판의 정지가 헌법소원청구인이나 법원에게 번거로움을 덜어주는 것이 될 것이다. 재판정지가 되지 않으면 헌법소원이 인용되었음에도 재판이 종료되어 대신 재심등의 번거로운 절차를 거쳐 권리구제가 가능할 것이기 때문이다. 아니면 헌법소원청구인에게 예외적으로 법원에 대한 재판정지시의 신청권을 부여하고 법원의 결정에 의해 정지여부를 정하게 하는 방안도 검토할 필요가 있겠다.

## 2) 위헌법률심판 제청요건에 관한 문제점

### (1) 문제제기

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판

의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”라고 규정하고 있어서 재판의 전제가 위헌법률심판의 제청요건이 되고 있다. 따라서 재판의 전제성이 무엇인가 하는 문제가 좀 더 구체적으로 밝혀져야 한다.

한편 제청신청인의 권리침해여부 등이 제청요건의 일부로 연계되어 요구되는 것인가 하는 문제와 제청신청인의 「기본권」 침해의 사실이 청구요건으로서 요구되는가 하는 문제를 검토할 필요가 있다고 본다.

## (2) 재판의 전제성의 개념

법원이 위헌여부심판을 제청하기 위해서는 「제청당시 그 법원에 구체적 쟁송사건이 계속되어 있어야 하고, 그 사건에서 적용할 법률의 위헌여부가 그 재판의 전제가 되어야 한다」고 한다.<sup>59)</sup>

헌법재판소는 재판의 전제성에 대해 상당히 완화된 입장을 취하고 있음을 시간이 흐름에 따라 여러 판례를 거치는 가운데 점점 명확히 보여주고 있다. 즉 예컨대 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제7조의 3에 대한 위헌심판<sup>60)</sup>에서 제청된 법률조항의 위헌여부가 제청법원의 재판결론인 주문에 영향을 줄 경우 재판 전제성이 인정된다고 보았다<sup>61)</sup>.

59) 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조, 1989년 7월호, 72면.

60) 헌재 1990. 6. 25. 선고 89 헌가 98 내지 101(병합), 헌법재판소판례집 제2권, 132면 이하 참조.

61) 동결정의 해당부분 이유요지를 보면 「...제청신청인의 권리와는 무관하므로 위헌주장의 적격이 없어 이 사건 제청결정이 부적법하다는

그러나 최근의 판례에서는 헌법재판소가 재판의 전제성의 개념을 대폭 완화하고 있음을 분명히 하고 있다. 즉 형사소송법 제331조 단서규정에 대한 위헌심판결정<sup>62)</sup>에서 헌법재판소는 「재판의 전제성이라 함은, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.」라고 하여 재판의 전제성에 대한 일반적 정의를 한 다음 「법률의 위헌여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 제청법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다.」고 실시하면서 결론적으로 「따라서 제청법원의 당해사건 재판주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라 재판의 이유를 달리하게 되거나, 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미를 달리하는 경우

---

취지의 본안 진의 주장에 관하여 보건대 헌법재판소에 판단을 구하여 제청한 법률조문의 위헌여부가 현재 제청법원이 심리중인 당해사건의 재판결과 즉 재판결론인 주문에 어떠한 영향을 준다면 그것으로서 재판의 전제성이 성립되어 제청결정은 적법한 것으로 취급할 수 있는 것이고…」라고 판시하고 있다.

62) 헌재 1992. 12. 24. 선고 92 헌가 8, 판보 1993. 1. 18, 40면 참조

에도 위헌법률심판제청의 전제조건인 적법성을 갖추었다고 할 것이다。」라고 실시하고 있다.

이처럼 우리 헌법재판소는 위헌여부의 문제가 제청법원의 재판주문이 달라지는 경우 뿐 아니라 그 외 경우에도 재판의 전제성을 인정하는 입장임을 알 수 있다.

사실 형사소송법 제331조 단서규정에 대한 위헌심판결정 이전에, 그리고 위에서 본 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제7조의 3에 대한 결정 이전에 이미, 다시 말해서 헌법재판소 출범 초기부터 재판의 전제성을 완화하여 인정하려는 의견이 있었다. 예컨대, 사회보호법 제5조의 위헌심판<sup>63)</sup>의 보충의견은 제청된 법률조항의 위헌여부의 판단이 제청된 본안 판단에 영향이 없는 문제라 하더라도 당해사건을 떠나 일반적 의미가 있다면 또 공공복리를 위하여 중요한 의미가 있으면 재판의 필요성의 예외가 되어 그 위헌제청은 적법한 것이 된다고 하여 실질적으로 재판의 전제성을 확대하려는 입장을 보여주고 있다.<sup>64)</sup>

여하튼 우리 헌법재판소의 판례경향은 세계적인 경향에 동떨어져 있지 않다고 본다. 즉 「헌법재판을 하는 대륙법계 국가나 미국의 판례가 “사건성”내지 “재판의 전제성”에 관한 요건을 갈수록 완화하고 있는 것은 세계적인 추세」라고 한다.<sup>65)</sup> 독일의 경우에도 재판의 전제성이란 사건의 결론에 영향을 미칠

---

63) 헌재 1989. 7. 14. 선고 88 헌가 5,8, 89 헌가 44, 헌법재판소판례집 제1권, 69면 이하 참조.

64) 동결정에서의 이시윤 재판관의 보충의견, 헌법재판소판례집 제1권, 91면 이하 참조.

65) 박일환, 법률의 시적 효력범위, 법조, 1989년 11월호, 53면

때, 즉 주문에 영향을 미치는 경우에만 한정되는 것이지 이유에만 영향을 미치는 경우에는 전제성을 부정하여 왔으나 그 뒤 예외적인 사건에서 전제성을 다소 확대하였다고 한다.<sup>66)</sup>

### (3) 제청신청인의 권리에의 영향유무와 제청요건

제청이 적법하기 위해서는 위헌심사결과가 제청신청인의 권리에 영향을 미쳐야 한다거나 제청신청인의 권리 내지 이익의 침해가 있어야 한다는 이론이 있다.

#### ①헌법재판소의 판례이론

그러나 헌법재판소의 판례는 초기에는 재판의 전제성 여부와 판단이익을 연계시켜 제청의 요건으로 하고 제청의 적법성을 따지고 있었는가 하면 양자를 따로 제청요건으로 하고 있는 판례도 있었으나,<sup>67)</sup> 그 후 이러한 초기의 입장에서 변화하여

66) 박일환, 위의 논문, 같은면 참조.

67) 예컨대 사회보호법 제5조의 위헌심판(헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌가 4, 헌법재판소판례집 제1권, 27면 이하 참조)에서 헌법재판소는 「직권으로 보건대 사회보호법은 제청법원이 이 사건 위헌여부의 심판을 제청한 뒤에 개정되었고 개정된 사회보호법 제5조의 규정에 의하면 보호대상자가 제5조 소정의 “별표”에 규정된 죄를 범한 때에 한하여 보호감호에 처하도록 함으로써 “별표”에 규정된 죄 이외의 죄를 범한 자에 대하여는 보호감호에 처할 수 없도록 하였고, …그런데 피감호청구인에 대한 공소장의 기재내용에 의하면 피감호청구인은 사회보호법 제5조 소정의 “별표”에 규정된 죄 이외의 죄인 형법 제335조, 제334조 제1항, 제2항의 죄로 공소가 제기된 사실을 알 수 있는 바이므로 이 사건 위헌법률심판의 제청을 위헌여부의 심판대상이 된 법률조항이 더이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었다 할 것이고 피감호청구인에 대한 관계에서 이미 폐지된 위 조항의 위헌여부를 판단해야 할 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다. 그러므로 이 사건 위헌법률심판의 제청은 심판의 대상이 된 법률조항이 재

제청신청인의 권리에의 영향 여부는 제청의 요건과는 무관한 것이라는 입장을 명백히 하고 있다.<sup>68)</sup>

## ② 헌법재판소 판례이론에 대한 검토

---

판의 전제성을 잃게 됨으로써 결국 심판제청의 이익이 없게 되어 이를 각하하여야 할 것이다。」라고 판시한 바 있다. 그러나 본 결정 이후 사회보호법 제5조에 대해서 위헌심판제청이 다시 이루어졌는데 헌법재판소는 재판 전제성·판단이익을 인정한 바 있다(헌재 1989. 7. 14. 선고 88 헌가 5,8 89 헌가 44(병합)결정 참조).

마찬가지로 집회및시위에관한법률 제3조, 제14조의 위헌심판(헌재 1989. 5. 24. 선고 88 헌가 12, 헌법재판소판례집 제1권, 45면 이하 참조)에서도 「그런데 집회및시위에관한법률은 1989. 3. 29. 법률 제 4095호로 개정되었고, 개정된 법률에 의하여 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위의 금지규정이나 그와 같은 집회 및 시위의 예비, 음모, 선전 또는 선동행위 금지규정 그리고 위 각 금지규정 위반행위의 처벌규정은 모두 폐지되었으니 그 위헌여부가 더 이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었을 뿐더러, 폐지된 법률의 위헌여부를 판단해야 할만한 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다. 그러므로 위헌제청을 각하하기로 하고 주문과 같이 결정한다.」라고 판시하여 이러한 판례의 입장을 보여주고 있다. 그러나 헌법재판소는 그후 판례를 바꾸어 폐지된 법률도 위헌법률심판의 대상이 됨을 인정하고 있고 위 집회및시위에관한법률 제3조 등에 대해 위헌심판을 행한 바 있다.(헌재 1992. 1. 28. 선고 89 헌가 8, 판보 1992. 3. 2. 132면 참조.)

68) 예컨대, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제7조의 3에 대한 위헌심판(헌재 1990. 6. 25. 선고 89 헌가 98 내지 101(병합), 헌법재판소판례집 제2권, 132면 이하 참조)에서 헌법재판소는 「...제청신청인의 권리와는 무관하므로 위헌주장의 적격이 없어 이 사건 제청결정이 부적법하다는 취지의 분안 전의 주장에 관하여 보건대, 헌법재판소에 판단을 구하여 제청한 법률조문의 위헌여부가 현재 제청법원이 심리중인 당해 사건의 재판결과 즉 재판결론인 주문에 어떠한 영향을 준다면 그것으로서 재판의 전제성이 성립되어 제청결정은 적법한 것으로 취급될 수 있는 것이고 제청신청인의 권리에 어떠한 영향이 있는가 여부는 헌법소원심판사건이 아닌 위헌법률심판사건에 있어서 그 제청결정의 적법여부를 가리는데 무관한 문제라 할 것이므로 위 분안 전의 주장은 더 나아가 살필 필요없이 그 이유 없다고 하겠다.」라고 판시하여 이 점을 분명히 하고 있다.

㉠ 판례경향에 대한 분석·평가

위에서 판례의 입장이 점차적으로 명확한 입장을 띠었다고 평가하였지만 초기의 판례에서 나타나는 판단이익 내지 심판 제청이익이라는 개념이 당사자의 권리 내지 이익이라는 개념과 반드시 합치되는 개념인지 아닌지에 따라 우리는 판례의 추이에 대한 실질적인 평가를 다르게도 할 여지가 있으리라 본다. 즉 만약 제청법원에서의 『제청을 할 이익 또는 판단이익』이란 개념과 『당사자의 권리 내지 이익』이란 개념이 서로 다른 개념이라면 결국 헌법재판소의 초기 판례는 『판단이익』과 재판전제성은 연계했는지 몰라도 당사자의 권리에의 영향유무와 재판의 전제성을 연계하는 것으로 보는지를 명백히 한 것은 아니므로 헌법재판소의 판례이론이 그후 변화된 것이라고 볼 수 있을 지 의문이다.

㉡ 재판전제성에 대한 법원판단의 존중

당사자의 이익 등 소위 당사자적격문제는 사실 당해사건의 제청법원의 판단을 거치는 것이라고 볼 것이다. 그리고 「위헌법률 심판에 있어서 제청한 법률이 재판의 전제가 되느냐의 문제 즉 재판의 전제성은 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것」인데 이는 사건기록 없이 위헌여부의 쟁점만을 판단하게 되는 헌법재판소 보다는 기록을 가진 제청법원이 사건을 더 잘 알 것이라는 점 때문이다.<sup>69)</sup> 소송기록이 연방헌법

69) 사회보호법 제5조의 위헌심판(헌재 1989. 7. 14. 선고 88 헌가 5,8, 89 헌가44)에서의 이시윤 재판관의 보충의견, 헌법재판소판례집 제1

재판소에 함께 송부되는 독일의 경우에도 연방헌법재판소는 「가능한 한 법원의 견해를 존중해 주고 있다」고 한다.<sup>70)</sup>

또한 헌법재판소는 헌법문제를 다루는 기관이므로 단순한 법률문제에 너무 깊이 관여하여 법원이 내린 전제성 판단을 뒤집는 것은 바람직스럽지 못한 면이 있고 전제성 문제로 법원과 의견충돌이 있게 되면 소송절차의 혼란만 가져오기 때문에 법원의 제청이 있으면 일응 전제성이 있는 것으로 보아 위헌 여부만 심사하면 된다고 보는 견해도 있다.<sup>71)</sup>

㉔ 우리나라 규범통제의 특수성에 비추어 검토

생각건대 우리나라는 구체적 규범통제의 국가이긴 하나 미국식 규범통제 국가는 아니다. 그것은 두말할 것 없이 법원에 의한 위헌법률심판이 아니라 헌법재판소라는 법원외부의 기관에 의한 위헌법률심판이라는 이원화된 구조이므로 차이가 난다. 우리의 구체적 규범통제는 유럽식 구체적 규범통제이다. 따라서 법원이 제약을 받고 있는 사법성의 요건의 지배를 헌법재판소의 위헌심사에서도 그대로 강요함에는 문제가 있다고 본다.

따라서 제청신청인의 권리 내지 이익침해를 반드시 요구할 필요는 없다고 볼 것이다. 제청신청인의 권리 내지 이익침해를 요구하지 않는다는 우리의 견해에 대해서는 아마도 반론이 있을 수 있을 것이다. 이익침해가 없어도 제청이 가능하다면 구

---

권, 90면 참조.

70) 박일환, 법률의 시적 효력범위(앞의 논문), 54면 참조.

71) 박일환, 위의 논문, 같은 면 참조.

체적 규범통제가 민중소송 내지 추상적 규범통제로 변질될 것이라거나 또는 제청신청의 남소가 예상된다느니 하는 반론이 나올 수도 있겠다. 그러나 어디까지나 재판의 전제성이 요구되므로 추상적 규범통제는 아닌 것이고 또한 남소의 방지를 위한 다른 제도적 장치가 가능할 것이므로 단지 그러한 예상만으로 청구요건 내지 제청요건을 너무 까다로이 하여 입헌주의의 강화를 위한 구체적 규범통제의 활성화를 막는 것은 바람직하지 않다고 볼 것이다.

사법법원에 의한 헌법소송의 국가인 미국에 있어서조차도 오늘날 당사자의 이익침해요건이 완화되어 있는 경향이라고 한다. 즉 1968년 이전에는 법률상 이익의 침해를 요건으로 하였는데 1968년 이후 사실상의 이익침해를 그 요건으로 하여 완화되어 있는 경향이라고 한다.<sup>72)</sup>

#### ㉔ 헌법소송정책적 고려

또한 현행 우리의 구체적 규범통제의 활성화를 더욱 북돋우기 위한 헌법소송정책적인 고려에 의하더라도 권리 내지 이익 관련 헌법규범위반이 반드시 있을 것을 청구요건으로 하지 않는 것이 바람직함을 느낄 수 있게 한다.

일반 구체적 분쟁의 해결이라는 차원의 일반 민·형사사건의 재판과 달리 헌법소송, 특히 위헌법률심판은 법률이라는 일반적 추상적 규범을 대상으로 심사하는 것이라는 점을 고려하면, 그리하여 그 심사의 효과가 일반 민·형사재판에서와는 달리

---

72) 김홍엽, 미국 헌법소송상의 Standing 법리, 헌법논총 제2집 헌법재판소, 1991, 특히 330-331면 참조.

그 효과가 일반적임을 감안하면 가능한 한 심판의 기회를 최대한 부여하여야 한다는 헌법소송정책적인 측면에서도 위헌법률심판의 청구요건을 너무 엄격히 하지 않는 것이 타당하다고 할 것이므로 권리 내지 이익침해여부를 청구요건으로 연계하지 않는 것이 바람직할 것이다.

또한 권리 내지 이익침해를 요구하지 않음으로써 현재 추상적 규범통제가 없어 규범통제의 범위전체가 넓지 못한 면을 보충하는 효과도 유도할 수 있을 것이다.

#### (4) 기본권침해를 요건으로 하는지 여부 문제

제청신청인의 기본권침해가 있는 경우에만 위헌법률심사가 가능한가?

생각건대 현행 헌법 제107조 제1항을 보면 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우라고 규정되어 있지 법률의 헌법위반여부로 인하여 기본권의 침해가 있었음을 위헌법률심판 제청의 요건으로 규정하고 있지는 않다. 따라서 재판의 전제성이 되는 헌법위반여부문제란 반드시 헌법상의 기본권규정의 위반여부문제 뿐만 아니라 기본권침해여부와 직접 관계없는 헌법규정, 예컨대 국가조직에 관한 헌법규정에 위반하는지 여부 문제 등 모든 헌법규범위반여부문제를 모두 포함하는 것이라고 보아야 한다. 결국 이러한 결론은 헌법 제107조 제1항이라는 현행 실정헌법규정의 해석으로 끌어낸 것이다.

이처럼 실정헌법규정의 해석이 중요한데 그 중요함을 프랑스에서 구체적 규범통제 도입을 위한 헌법개정논의가 있을 때

논란이 되었던 다음의 문제에 접함으로써 간접적으로 인식할 수 있겠다. 비록 통과는 되지 않았으나 구체적·사후적 위헌법률심판제도를 도입하려는 프랑스의 1990년 헌법개정안은 법원에서 제기할 수 있는 구체적 위헌법률심판의 대상으로서 “헌법에 의해 모든 사람에게 인정된 기본권(les droits fondamentaux)에 관한 법률조항”만을 규정하여 청구사유 내지 청구요건으로서 기본권 관련 헌법규범의 위반을 규정하고 있다. 다시 말해서 프랑스의 1990년 헌법개정안에서는 기본권의 보장에 관한 헌법규정들의 위반이 있는 경우에만 심사를 청구할 수 있는 것으로 규정한 것이다. 이는 구체적·부수적 규범 통제(contrôle incident)을 행하는 유럽의 다른 여러 나라에서 모든 헌법규범들의 위반 전부의 경우에 심사를 청구할 수 있게 하고 있는 것과 차이가 난다. 이러한 프랑스 1990년 헌법개정안이 설정한 청구사유에 대해서는 문제점들이 제기된 바 있다.<sup>73)</sup>

파보류(L. Favoreu)교수에 따르면 헌법규범은 4가지 부류, 즉 절차규범, 권한규범, 제도에 관한 현실적 내용규범(règles de fond relatives aux institutions), 기본적 권리와 자유에 관한

---

73) 청구사유를 제한하고 있는 프랑스 1990년 헌법개정안의 이러한 문제점을 지적하고 그 문제점에 대해 논의하고 있는 문헌으로서는, L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n° 4, 587면 이하 ; P. Bon, *Journée d'études du 9 février 1990, Université de Louvain, Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*(sous la direction de F. Delpérée), Paris, Economica et Bruylant, 1991, 111면 이하(앞에 인용한 L. Favoreu 교수의 L'élargissement de la saisine...제하의 논문에서 재인용함) 참조.

실질적 내용 규범(règles de fond relatives aux droits et libertés fondamentaux)으로 분류할 수 있다고 하는데, 구체적 규범통제를 행하지 않는 현행 헌법하의 위헌심사제하에서 그 초창기부터 1987년까지, 환언하면 1959년부터 구체적 규범통제 도입을 위한 헌법개정안이 나오기 조금 전인 1987년까지 헌법 평의회에 의하여 내려진 위헌결정의 통계를 보면 전체 사건수를 100으로 하여 각 규범별로 환산하여, 절차규범위배로 내려진 23건, 권한규범위반 23건, 제도에 관한 실질적 내용 규범 위반 19건, 기본권에 관한 규범위반 40건으로 나타나고 있는데<sup>74)</sup> 결국 기본권관련 헌법규범의 위반을 이유로 위헌결정이 난 것은 40% 미만으로 나타나고 있다. 따라서 이러한 지나온 경험에 비추어 본다면 기본권 관련 헌법규범의 위반에 대해서만 위헌법률심판을 청구하게 하면 구체적 규범통제에 의한 위헌법률심사의 범위는 비록 기본권 관련 헌법규범의 수가 많다고 하더라도 제한된다는 결과가 된다.<sup>75)</sup>

이러한 프랑스 1990년 헌법개정안의 청구요건 제한, 즉 기본권관련 헌법규범위반의 법률에 대해서만 위헌심판제청을 신청하게 한 제한에 대해서는 적지 않은 비판이 가해졌다. 특히 현행 사전적·추상적 규범통제하에서는 일반국민들은 제청권자가 아니고 한정된 제청권자들(상원의장, 하원의장, 대통령, 60인 이상 상·하원의원들)만이 제청할 수 있게 하고 있으면서도 그 한정된 제청권자들이 기본권 관련 헌법규범위반 뿐 아니라

---

74) 이 통계는 파보류(L. Favoreu)교수가 작성한 것인데 그 자세한 통계에 대해서는 R. D. P. , 1987, n 2, 452면 이하 참조.

75) L. Favoreu, 앞의 논문 (L'élargissement...), 589면

모든 헌법규범위반을 이유로 청구할 수 있게 하고 있는 것을 보건대 하물며 국민들이 제청자가 되는 구체적 규범통제의 대상을 기본권 침해 법률에만 국한한 것이 과연 논리적이고 받아들일 수 있는 것인지 하는 의문이 제기되고 있고,<sup>76)</sup> 또한 그 청구사유 해당성여부를 식별하기가 힘들어 출발부터 힘들게 한다는 지적이 있다.<sup>77)</sup> 위에서 살펴본 프랑스의 논의를 보면서 우리는 청구요건으로서 제청신청인의 기본권침해의 존재를 요구하여야 할 것인가 하는 문제를 우리나라 현행 헌법 제107조 제1항과 제111조 제1항 제1호의 규정의 해석에서 출발하여야 함을 다시 깨닫게 한다. 결론적으로 우리 현행 헌법 제107조 제1항은 위헌법률심판을 제기할 수 있는 경우로 기본권 관련 헌법규범의 위반을 명시하지 않고 있고 단지 법률이 헌법에 위반되는지 여부라고만 규정하고 있으므로 기본권의 침해의 존재 등은 현행 위헌법률심판의 청구요건으로 볼 수 없다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

더욱이 우리나라는 기본권 침해에 대한 구제수단으로서 헌법소원제도를 두고 있으므로 위헌법률심판에 있어서 반드시 기본권 침해를 그 청구요건으로 요구하지 않음이 논리적으로도 타당하고 합헌성 통제의 확대에도 더 낫다고 할 것은 물론이다.

## (5) 결어

---

76) P. Bon, 앞의 글, 112면 (L. Favoreu, 위의 논문, 589면에서 재인용)  
77) L. Favoreu, 앞의 논문, 589면 참조

결론적으로 우리는 제청요건에 관한 현재의 헌법규정이 헌법 보장의 역할과 그것을 위한 규범통제의 기능을 최대한 활성화 하는 점에서 큰 문제가 없다고 보나 헌법재판소법상의 규정들이 좀 더 상세화 되었으면 한다. 그리고 재판의 전제성 요건에 제청신청인의 기본권이나, 권리, 이익에의 영향 유무를 반드시 연계시키지 아니하는 현재의 헌법재판소 판례도 타당한 것으로 평가할 수 있다고 본다.

#### 4. 위헌법률심판결정의 형식에 관한 문제점과 개선방향 일변형결정의 문제

##### 1) 변형결정의 문제점

그동안 우리 헌법재판소도 단순한 위헌, 단순한 합헌의 결정 외에 외국의 헌법재판 판례에서 볼 수 있는 여러 유형의 결정 형식들을 내린 바 있고 내려오고 있다. 결정형식상 단순위헌, 단순합헌의 형식에 대해서는 현재로서는 별다른 문제제기가 없으나 주로 논란이 많은 대상은 바로 이른바 변형결정의 문제라고 보겠다. 따라서 위헌법률심판의 결정형식에 대한 개선 문제로서 주로 다루어야 할 것은 변형결정의 문제라고 하겠고 아래에서 이에 대해 살펴보고자 한다.

그런데 변형결정의 형식 내지 넓게 위헌법률심판의 결정형식에 대해서는 이미 국내에서 적지 않은 선행연구들이 이루어져 있고 특히 헌법재판소의 의뢰로 이루어진 헌법재판연구시리이

즈(본연구도 이 연구시리즈의 네번째가 된다)에서 이미 두 차례 다루어진 바 있으므로<sup>78)</sup> 본 연구에서는 그 결정형식들에 대한 문제점들을 주로 지적한 뒤 변형결정의 입법에 대한 적절성 등에 대한 문제 등을 검토하고자 한다.

### (1) 변형결정의 개념에 관한 문제

변형결정이 무엇을 의미하는 것인지 하는 변형결정의 개념 자체부터 명확하지 않고 학자마다 입장이 다른 듯하다.<sup>79)</sup> 단적인 일례로 「일부위헌」 중 소위 양적인 일부위헌은 변형결정이라고 볼 수 있는지 하는 문제인데 이를 변형결정에 포함하는 학설도 있는가 하면 그렇게 보지 아니하는 학설도 있다.

변형결정을 적극적으로 정의하는 견해에 따르면 “변형판결이란 위헌판결의 원칙적인 법적 효력을 다소 제한하려고 하는 판결”이라고 한다.<sup>80)</sup> 우리 헌법재판소는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정<sup>81)</sup>에서 「헌법불합치결정」을 분명

---

78) 황우여, 위헌결정의 형식, 헌법재판연구 제2권(「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상」), 115면 이하 ; 전광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 헌법재판연구 제2권(「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구」), 111면 이하 참조.

79) 이러한 지적으로, 김철수, 전정신판 헌법학개론, 박영사, 1992, 1060면 참조.

80) 박일환, 헌법재판 판결서 주문에 관한 연구, 헌법재판자료 제3집(「헌법재판의 이론과 실제」), 헌법재판소, 1990. 12. 279면 참조. 동 문헌은 독일에서의 변형판결로 「변형판결(위헌규범에 대하여 불합치 선언만 하는 경우)」, 「변형판결 “아직은 합헌인 법률” 선언」, 「변형판결(헌법에 적합한 법률해석)」을 소개 하고 있다.

81) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6, 헌법재판소판례집 제1권, 199면

히 「변형판결」이라고 부르고 있다.

어느 특정 결정형식이 변형결정인가 아닌가 하는 데는 논란이 다소 있을 것이나 분명한 것은 변형결정이란 위헌결정으로 즉시 효력상실이 되는 단순위헌결정이 아닌 결정을 포함하거나 또는 단순위헌 결정도 아니고 단순합헌결정도 아닌 중간형식의 결정을 의미하는 것으로 이해하는 경향이 일반적이라는 점이다.

## (2) 변형결정의 인정근거를 둘러싼 논란

먼저 변형결정이 우리 현행 헌법 및 헌법재판소법상 그 근거가 있는 것인가 또는 헌법재판소의 권한 속에 변형결정을 할 권한이 포함되어 있느냐 하는 점들을 두고 논란이 있다.

이 논란은 1989년 9월 8일에 내려진 이른바 「헌법불합치결정」인 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정<sup>82)</sup>에서 헌법재판관들의 다수의견과 소수반대의견으로 표출되었다.

### ① 긍정설

동결정의 다수의견은 국선법 제33조의 고액기탁금제도와 동법 제34조의 높은 기준의 기탁금 국고귀속제도는 그 위헌성이 인정되므로, 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 위헌결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실한다고 하여야 할 것이나, 다음과 같은 이유로 이 법조항을 개정할, 늦어도 1991년 5월 말까지

---

이하 참조

82) 위의 주의 결정 참조

계속 적용될 수 있게 불합치 판결을 하는 것이 타당하다고 판단되어 주문과 같은 변형판결을 하는 것이라고 실시하면서 그 이유로서 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위해서, 그리고 국회의 동질성을 보장하고 국회의원의 선출조건에 있어서 평등성을 확보하기 위하여, 그리고 차기 총선거부터는 실질적 주권론에 부합하는 합리적인 선거제도와 평등한 참정권의 보장이 확보되는 새로운 국회의원선거법에 의하여 선출된 국회를 구성하도록 새로운 국선법에 따라 민주적 선거를 실시하기 위한 시간적 여유를 부여하기 위해서라고 밝힌 다음 헌법불합치결정의 근거를 다음과 같이 밝히고 있다.

헌법재판소법 제45조 본문의 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다.”라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌 제청된 전체사건에 관하여 사실적, 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하여야 한다. 전체사건에 관한 재판은 법원의 고유권한에 속하기 때문이다.

현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 능사로 할 수 없다. 양자 택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연 신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적공백, 법적혼란 등 법적 안정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여, 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래

할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러가지 변형재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 법률의 한정적 적용을 뜻하는 한정무효, 위헌법률의 효력을 당분간 지속시킬 수 있는 헌법불합치, 조건부위헌, 위헌성의 소지 있는 법률에 대한 경고 혹은 개정촉구 등을 들 수 있고, 이러한 변형재판은 일찍이 헌법재판제도를 도입하여 정비한 서독 등 국가에서 헌법재판소가 그 지혜로운 운영에서 얻어낸 판례의 축적에 의한 것이다. 헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제2항의 본문의 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다.”라는 규정취지도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결이다. 즉 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다.

## ② 부정설

동결정의 변정수 재판관은 「“법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”라는 헌법 제107조 제1항의 규정과 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”하는 헌법재판소법 제45조 제1항의 본문의 규정에

비추어 볼 때 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌인지, 합헌인지를 분명히 결정해야 할 의무가 있고, 위헌이라고 결정하면 그에 대한 효력은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라는 헌법재판소법 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지만 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수는 없다」고 주장하여 헌법불합치결정에 반대하였다.<sup>83)</sup>

### (3) 변형결정들의 유형에 관한 문제

변형결정들에도 여러 유형들이 있을 수 있다. 그런데 우리 헌법재판소가 그동안 내린 결정들 중 변형결정이라고 볼 수 있는 결정형식들로는 어떠한 것들이 있는지에 대해 학자들간에 견해가 일치되지 아니하고 조금씩 차이를 보여준다. 또한 변형결정의 유형에 대한 분류 내지 변형결정을 포함한 위헌법

---

83) 본결정의 또다른 반대의견을 개진한 김진우 재판관은 「장래 헌법재판소가 임의로 선택하는 시기로부터 법률 또는 법률 조항의 효력을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 법적 근거를 규정함이 없이 위헌결정일로부터 법률 또는 법률조항의 효력을 상실한다고 규정하였다(제47조 제2항)」라고 밝히면서 「국회의원선거법의 위 조항들에 다수의견이 실시한 정도의 질적 양적 위헌성이 있다면 위헌결정일로부터 그 법률조항을 실효시킬 때 국가존립에 위해가 미칠 우려가 있는 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 헌법재판소법 제47조 제2항에 명문으로 정한 위헌결정의 효력을 일시 배제하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 이상 결정일로부터 위 법률조항들의 효력을 상실케함이 위 헌법재판소법 제47조 제2항 등이 요청하는 바라고 할 것이다.」라는 전제하에서 즉시 문제의 법률조항의 효력을 상실시켜도 국가존립에 위험을 미칠 법의 공백이나 사회적 혼란이 생길 사정 등이 없다는 이유를 들어 국회의원선거법 제33조, 제34조에 대한 헌법불합치결정을 반대하였다.

률심판결정들 전체의 유형의 분류도 학자들마다 달라서<sup>84)</sup> 그동안 우리 헌법재판소가 내린 변형결정들의 분류에도 차이를 보여주고 있다.

한편 헌법재판소는 자신이 간행한 헌법재판소판례집의 색인에서 「일부위헌결정된 법률조항」, 「한정합헌으로 해석된 법률 조항」, 「헌법불합치로 해석된 조항」 등으로 분류하고 있는바<sup>85)</sup> 일단은 이에 맞추어 살펴보되 학자들마다 조금씩 차이를 보여주고 있는 견해들을 소개하고자 한다.

\* 표1: 법률에 대한 위헌심판결정 유형별 통계(헌법재판소의 「헌법재판활동현황, 1992. 11. 30.에서 인용함) \*

구 분	결 정						
	위헌	헌법 불합치	일부 위헌	한정 위헌	한정 합헌	합헌	각하
위헌법률심판	17	1	4	1	5	102	15
위헌심사형헌법소원(법 제68조 2항)	7		2		2	37	
권리구제형헌법소원(법 67조 제1항)	3	1	2				52

### ① 헌법불합치결정

#### ㉠ 개념과 그 사례

84) 예컨대, 법률의 위헌무효선언, 법률의 불합치선언, 아직도 합헌법규라는 주문, 합헌적 해석으로 나누는 견해(이시윤, 헌법재판개관(하)(앞의 논문), 20-21면 참조), 위헌여부의 결정, 불합치 결정, 입법촉구 결정, 합헌적 법률해석으로 나누는 견해(황우여, 위헌결정의 형식, 헌법재판연구 제1권(「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상」), 1989, 115면 이하 참조) 등이 있다.

85) 예컨대, 헌법재판소판례집 제1권, 421-422면 ; 헌법재판소판례집 제3권, 621면등 참조.

우리 헌법재판소가 내리는 헌법불합치결정이란, 국회의원선거법 제33조·제34조의 위헌심판결정<sup>86)</sup>의 주문 즉 「1. 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.」라는 주문과 같은 주문의 형식으로 내려지는 결정형식이라고 한다. 결국 우리 헌법재판소가 말하는 헌법불합치결정이란 헌법에 합치되지 않음을 선언하면서도 일정기간 그 효력을 지속시키는 결정형식이라고 하겠다. 이 결정형식으로 내려진 헌법재판소의 전형적인 결정례들을 보면 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판에 의한 것만은 1건이나 그외 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원에 따라 법률 자체에 대해 행해진 헌법소원의 결과 내려진 결정 중에도 1건이 있어서 모두 2건을 들 수 있다(1992. 11. 30. 현재. 위의 \*표 참조).

그 2건은 이미 언급한 국회의원선거법 제33조, 제34조의 기탁금규정에 대한 헌법불합치결정과 지방의회의원선거법 제36조 제1항의 기탁금규정에 대한 헌법불합치결정<sup>87)</sup>이다. 전자는 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판에 의한 것이고 후자는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에 의한 것이었다.

#### ㉠ 문제점

현재 우리 헌법재판소가 내리고 있는 헌법불합치결정은 그

---

86) 현재 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6, 헌법재판소판례집 제2권, 199면 이하 참조

87) 현재 1991. 3. 11. 선고 91 헌마 21, 헌법재판소판례집 제3권, 91면 이하 참조.

개념이 불명확한 점이 없지 않은데, 특히 「입법촉구결정」을 포함하는 개념인지 여부의 문제가 있다. 헌법재판소판례집 제1권 199면은 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판의 「판시사항」으로 소개한 것 중 「3. 헌법불합치결정과 입법촉구결정의 의미」라고 기재하고 있어서 국회의원선거법 결정이 헌법불합치결정이라는 것 외에 입법촉구결정이라는 점을 나타내고 있다.

그리고 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법불합치 결정에서는 다수의견이 「헌법불합치선언은 이 사건의 경우에 있어서는 당해 법률규정이 전체적으로는 헌법규정에 저촉되지만 부분적으로는 합헌적인 부분도 혼재하고 있기 때문에 그 효력은 일응 존속시키면서 헌법합치적인 상태로 개정할 것을 촉구하는 변형결정의 일종으로서…」라고 하여 헌법불합치는 「입법촉구」의 의미를 포함하는 것으로 보이는 헌법재판소의 입장임을 알 수 있다. 독일에서의 불합치 결정에는 입법자의 의무부과가 중요한 결정효과라고 한다.<sup>88)</sup> 의무를 부과하는 점에 좁은 의미의 순수한 입법촉구결정과 차이가 난다면 문제는 입법의무가 강제될 수 있는 실질적인 기속력 내지 집행력이 뒷받침되어야 할 것인데 국선법 제33조, 제34조 결정 이후 보았듯이 국회의 입법이 기한을 넘겨 문제시된 바 있다. 이 점은 뒤의 효력문제에서 다루어야 할 문제이다.

우리 헌법재판소는 이러한 헌법불합치결정의 법적 성격에 대해 스스로 밝히고 있는데 국회의원선거법 제33조, 제34조의 헌

---

88) 황우여, 위헌결정의 형식(전게논문), 145-146면 참조.

법불합치결정에서 「주문 제1,2항의 변형재판은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종이며 타국가기관에 대한 기속력이 있음은 당연한 것이다」라고 판시하여 헌법불합치결정도 「위헌결정의 일종」임을 밝히고 있다.

## ② 한정합헌결정

### ㉠ 주문형식과 사례

우리 헌법재판소가 내리는 한정합헌결정의 주문형식은 「...로 해석하는 한 (또는 ...한 해석하에), 헌법에 위반되지 아니한다」라는 것이다. 우리 헌법재판소의 한정합헌결정형식은 심판 대상이 된 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 한다고 보고 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려서 합헌적인 해석을 담아 내리는 결정형식이라고 한다.<sup>89)</sup>

그동안 우리 헌법재판소는 적지 않은 한정합헌결정들을 내린 바 있다. 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판에 의한 것만은 5건이나 그 외 헌법재판소법 제68조 제2항, 즉 위헌법률심사형 헌법소원에 의한 결정 중에도 2건이 있어서 모두 7건이다.(1992. 11. 30. 현재. 표1. 참조) 그 결정들을 보면 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판결정<sup>90)</sup>, 상속세법 제32조의 2의

89) 현재 1990. 4. 2. 선고 89헌가 113, 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판결정(헌법재판소판례집 제2권, 49면 이하 참조)의 다수의견 참조

90) 현재 1990. 4. 2. 선고 89 헌가 113(헌법재판소판례집 제2권, 49면 이하 참조)동지의 결정례들 : 현재 1990. 6. 25. 선고 90 헌가 11(헌

위헌여부에 관한 헌법소원결정<sup>91)</sup>, 도로교통법 제50조 제2항 등에 관한 위헌심판결정<sup>92)</sup>, 구 「집회및시위에관한법률」 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항에 대한 결정<sup>93)</sup>, 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 결정<sup>94)</sup>, 국가보안법 제9조 제2항에 대한 결정<sup>95)</sup>이 그것이다.<sup>96)</sup>

---

법재판소판례집 제2권, 165면 이하 참조) ; 현재 1992. 1. 28. 선고 89 헌가 8(관보 1992. 3. 2일자, 132면 이하 참조)

「주문」

“국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)은 각 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

91) 현재 1989. 7. 21. 선고 89 헌마 38 헌법재판소판례집 제1권 131면 이하 참조

92) 현재 1990. 8. 27. 선고 89 헌가 118, 헌법재판소판례집 제2권, 222면 이하 참조.

93) 현재 1992. 1. 28. 선고 89 헌가 8(관보 1992. 3. 2일자 132면 이하 참조) 「주문」

“2. 1989년 3월 29일 전문 개정전의 집회및시위에관한법률(1980. 12. 18. 법률 제 3,278호) 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 각 그 소정행위가 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

94) 현재 1992. 2. 25. 선고 89 헌가 104(관보 1992. 3. 30일자 8면 이하 참조) 「주문」

“군사기밀보호법(1872. 12.26. 법률 제2,387호) 제6조, 제7조, 제10조는 같은 법 제2조 제1항 소정의 군사상의 기밀이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

95) 현재 1992. 4. 14. 선고90 선마 23(관보 1992. 5. 4일자 38면 이하 참조) 「주문」

“개정전 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3,318호) 제9조 제2항은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위협이 있을 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

96) 그의 「한정합헌결정」을 주장한 소수의견이 있었던 결정례로는 노동쟁의조정법 제13조의 2 등에 대한 위헌심판(현재 1990. 1. 15. 선

㉔ 문제점

한정합헌결정에 대해서는 그동안 적지 않은 문제점들이 지적되어왔다.

㉕ 정당성에 대한 논란

한정합헌결정에 대해서는 헌법재판관들끼리도 찬반의 양론이 있다. 다수의견을 피력하는 헌법재판관들은 한정합헌결정의 필요성을 강조한다. 즉 예컨대 상속세법 제32조의 2 제2항에 대한 한정합헌결정에서 다수의견은 「일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌해석은 하여야 한다. 왜냐하면 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다」라고 설시하고 있다.<sup>97)</sup>또 한정합헌결정의 필요성을 인정하는 다른 견해

---

고 89 헌가 103, 헌법재판소판례집 제2권, 4면 이하 참조.)등이 있었다.

97) 또한 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판결정의 다수의견은 「어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다. 이러한 합헌적 제한해석과 주문에는 헌법재판제도가 정착된 여러 나라에 있어서 널리 활용되는 통례인 것으로 법률에 일부 합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면 위헌을 선언할 때 생길 수 있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다」라고 하여 그 정당성을 제시하고 있다.

를 보면 「법률의 헌법합치여부를 관정하는 위헌법률심판은 헌법규범이 갖는 추상성·개방성·미완성성 등의 규범구조적 특수성과 헌법재판의 본직은 사법적인 논리성과 정치적인 타당성이 공존하는 정치적 사법작용일 수밖에 없다는 당위성 때문에 일도양단식의 심판형식만을 고집하기는 어렵다」고<sup>98)</sup> 본다.

반면에 한정합헌결정에 대해 반대하는 입장의 재판관들은 우리 헌법재판소법 제47조 제1항이 위헌결정에 한하여 기속력을 인정하고 독일 등의 경우와 달리 우리 헌법재판소는 한정합헌결정의 집행을 담보할 집행권도 없고 법원의 재판도 헌법소원에서 제외하고 있는 점에서 한정합헌결정의 구속력 보장이 잘 안되어 있으므로 독일 등의 외국에서 행해진다고 하여 우리 법제에서도 바람직한 것으로 보는 데는 의문임을 표시하고 있다.<sup>99)</sup>

생각건대 한정합헌결정은 우리 법문화, 정치문화에 걸맞지 않는 점들이 적지 않고 한정해석의 문언의 의미가 명확하지 않은 점 등 때문에 우리나라에서는 그 정당성에 대한 시비가 완전히 없어지기는 당분간 어렵다고 보여진다.

#### ㉔ 개념의 불명확성

현재 우리 헌법재판소는 주문에 「한정합헌」의 문언을 넣는 경우에만 「한정합헌결정」으로 보고 있는 것 같다. 물론 주문

---

98) 최광률, 헌법재판의 운영과 절차, 인권과 정의, 1990. 2, 45면 참조

99) 상속세법 제32조의 2 제1항에 대한 결정에서의 변정수 재판관, 김진우 재판관의 반대의견 등 참조.

에 대해서 강한 기속력을 인정하려는 입장에서는 당연한 것인지 모른다.<sup>100)</sup> 그러나 판단 이유에서 이미 「한정해석」을 하는 예가 그동안 헌법재판소의 결정들 중에 있었다. 예컨대 노동쟁의의 제3자개입금지규정인 노동쟁의 조정법 제13조의 2 등에 대한 결정(헌재 1990. 1. 15. 선고 89헌가 103) 등이 그 예이다. 이 점에서 한정합헌결정의 개념이 명확하지 못하다.

### ㉔ 법적 성격의 모호성

우리 헌법재판소는 한정합헌결정의 법적 성격에 대하여 질적인 일부위헌결정으로 보는 것으로 이해된다.<sup>101)</sup> 그러나 과연 한정합헌결정의 한정해석이 일부위헌결정으로서의 기속력을 충분히 가지는지에 대해서는 의문의 여지가 많다. 이 문제에 대해서는 후술하는 결정의 효력상 문제에서 논의될 것이다.

---

100) 군사기밀보호법 제6조에 대한 한정합헌결정에서 조규광 재판장의 보충 의견은 「헌법재판소가 한정축소적 합헌해석방법을 취할 경우에 이 부분적 위헌선언이 법률해석의 지침을 제시하는데 그치지 아니하고 나아가 한정적 위헌선언을 한 경우와 마찬가지로 본질적으로 부분적 위헌선언의 효과를 부여하여 국가기관에 대한 기속력까지를 가질 수 있게 하기 위하여는 이러한 내용은 결정의 이유에 표시되는 것만으로서서는 부족하고 결정의 주문에까지 등장시켜야 한다」고 실시하고 있다.(관보 1992. 3. 30., 25면 참조).

101) 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판결정의 다수의견은 「이 사건에 있어서 관여 재판관의 평의의 결과는 단순합헌의견3, 한정합헌의견5, 전부위헌의견1의 비율로 나타났는데 한정합헌의견(5)은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 전부위헌의견(1)도 일부위헌의견의 범위내에서는 한정합헌의 의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정 정족수(6)에 도달하였다고 할 것이며 그것이 주문의 의견이 되는 것이다」라고 실시하여 (관보 1992. 3. 30, 19면 참조) 한정합헌결정이 「질적 일부위헌결정」이라고 보는 것으로 이해된다.

### ③ 조건부위헌결정

이 결정형식으로 내려진 헌법재판소의 전형적인 결정례를 보면 국회의원선거법 제55조의 3 등에 대한 헌법소원의 결정<sup>102)</sup>을 들 수 있다. 동결정의 결정요지를 보면 정당에게 그 추천후보자의 선거운동을 위한 정당연설회를 허용하는 국회의원선거법 제55조의 3과 정당은 2종의 소형인쇄물을 추가 배부할 수 있도록 규정한 제56조는 무소속후보자에게 불리한 선거운동상의 차별을 하는 것으로 무소속후보자에게도 정당연설회와 2종의 소형인쇄물의 추가배부에 준하는 선거운동의 기회를 허용하지 아니하는 한 위헌이라는 것이다. 동결정은 “국회의원선거법(1988. 3. 7. 법률 제4,003호, 개정 1991. 12. 31. 법률 제4,462호) 제55조의 3(정당연설회)의 규정 중 『정당연설회에 당해 지역구후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분』과 같은 법 제56조(소형인쇄물의 배부 등)의 규정 중 『정당이 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 따로 더 배부할 수 있도록 한 부분』은, 당해지역구에서 정당이 그와 같은 정당연설회를 개최하거나 소형인쇄물을 제작 배부하는 경우에는 무소속후보자에게도 각 그에 준하는 선거운동의 기회를 균등하게 허용하지 아니하는 한 헌법에 위반된다”라는 주문형식으로 내려졌다.

### ④ 그 외 문제되는 결정유형들

#### ㉠ 위헌부선언결정

---

102) 현재 1992. 3. 13. 선고 92 헌마 37, 39(병합), 관보 1992. 4. 13일자 22면 이하 참조.

이 결정형식은 국토이용관리법상의 토지거래허가제를 위반한 무허가거래행위에 대한 처벌규정인 동법 제31조의 2에 대해 내려진 결정<sup>102)</sup>이 그 예인데 위헌의견이 재판관 5인으로서 합헌의견보다 다수임에도 불구하고 헌법 제113조와 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정의 정족수인 6인에 미달하여 「헌법에 위반된다고 선언할 수 없다」고 하여 내린 결정형식이다.

이 결정형식은 실제적으로 합헌결정의 결과를 가져오는 것이므로<sup>103)</sup> 이 결정형식은 실질적으로 변형결정이라고 보기는 힘들 것이라고 본다. 그러나 변형결정의 하나로 분류하는 견해가 없지 않다.

#### ㉔ 한정위헌결정

허영 교수에 따르면 한정위헌결정이란 “심판의 대상이 된 법조문을 축소해석한 합헌적 법률해석의 결과라는 점에서 한정합헌결정과 같지만, 심판의 대상이 된 법조문의 해석 중에서 특히 헌법과 조화될 수 없는 내용을 한정해서 밝힘으로써 그러한 해석의 법 적용을 배제하려는 결정유형”이라고 한다.<sup>104)</sup> 이 결정유형의 명칭이 1992년 12월 현재까지 헌법재판소가 발간한 헌법재판소판례집에는 명확히 나타나지 않고 있으나 헌

102-1) 헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가 13, 헌법재판소판례집 제1권, 357면 이하 참조

103) 김철수, 전정신판 헌법학개론, 1992, 1059면. 「위헌결정에만 실효의 효과가 따른다는 점과 평결과정은 별도의 의미를 갖지 아니한다는 점에 비추어 과연 이러한 별도의 주문이 헌법에 위반되지 아니한다라는 주문과 무슨 차이가 있을지 의문이다.」라는 지적도 있다(황우여, 위헌결정의 형식(앞의 논문), 138면).

104) 허영, 한국헌법(전정증보판, 1993), 박영사, 813-1면 참조.

법재판소가 작성한 1992. 11. 30. 현재까지의 「헌법재판활동현황」에는 1건의 한정위헌결정이 내려진 것으로 표시되어 있다. 허영교수에 따르면 민법 제764조의 「명예회복에 적당한 처분」에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다는 주문의 결정<sup>105)</sup>이 이 결정형식에 속하고<sup>106)</sup> “정기간행물등록 등에 관한 법률 제7조 제1항은 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 해당시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”라는 결정주문의 정기간행물 등록 등에 관한 법률 제7조 제1항에 대한 위헌법률심판결정<sup>107)</sup>도 이에 속한다고 한다.<sup>108)</sup>

그런데 이 결정형식과 조건부결정, 한정합헌결정 등의 결정형식과의 구분이 항상 명확하지 않을 수 있어서<sup>109)</sup> 문제가 있다는 지적이 가해질 가능성이 있다고 본다.

#### ㉔ 일부위헌결정

우리 헌법재판소 자신이 작성한 통계상으로는 위헌법률심판, 헌법소원심판, 전부를 통틀어 법률에 대한 일부위헌결정은 모두 8건으로 나타나고 있다(1992. 11. 30. 현재. 위의 \*표 1. 참조).

105) 현재 1991. 4. 1. 선고 89 헌마 160, 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원, 헌법재판소판례집 제3권, 149면 이하 참조

106) 그러나 헌법재판소판례집 제3권은 민법 제764조에 대하여 「일부위헌 결정된법률조항」이라고 분류하고 있다(동 판례집, 621면 참조).

107) 현재 1992. 6. 26. 선고 90 헌가 23.

108) 허영, 앞의책, 813-1면 참조.

109) 상속세법 제32조의 2 제1항에 대한 한정합헌결정에서의 조규광 재판장의 보충의견은 한정합헌결정과 한정위헌결정과 차이가 실질적으로 없음을 지적하고 있다(헌법재판소판례집 제1권, 146-148면 참조).

그러나 일부위헌결정의 개념에 대해서는 학자들마다 견해차이를 보일 수 있을 것이고 그 개념의 명확성이 문제될 수 있다. 독일의 경우 일부위헌을 법조문의 일부가 삭제되는 효과를 갖는 경우인 「양적인 일부무효」와 법조문은 그대로 둔 채 다만 법조문에 명시적으로 표현되어 있지 않은 특정한 법조문의 적용례에 대해서 법률을 위헌선언하는 경우인 「질적인 일부무효」로 나누어진다고 한다.<sup>110)</sup> 한편 독일의 「질적 일부위헌」만을 우리의 「일부위헌결정」으로 보면서 심판의 대상이 된 법조문을 그대로 놓아둔 채 그 법조문 중 일부 문구나 표현만을 위헌이라고 선언하는 결정유형을 「부분위헌결정」으로 부르는 견해<sup>111)</sup>도 있다.

## 2) 외국의 입법례

### (1) 독일

이미 위에서 본 바와 같이(제2장 제5절 3. 참조) 연방헌법재판소법이 처음부터 규정하고 있던 위헌법률판결의 형식은 무효선언판결이다. 1970년 연방헌법재판소법 제4차 개정에서 법 시행 이후 특수한 사안의 현실적 해결을 위하여 판례상 형성되어 온 불합치선언판결이 또 다른 판결형식으로 명문화되었

---

110) 진광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 헌법재판연구 제2권 (「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구」), 1991, 135면 참조. 전자를 「일부무효」, 후자를 「규범의 규정축소 없이 이루어지는 일부무효 선언」으로 나누어 소개하는 문헌으로는, 박일환, 헌법재판의 판결서 주문에 관한 연구(앞의 논문), 233-234면 참조.

111) 허영, 앞의 책, 813-1면, 813-3면 참조.

다. 위헌선언판결, 위헌확인판결 등 다양한 이름으로 불리우는<sup>112)</sup> 불합치선언판결은 한정적으로 명문화된 것이지만 일반적으로 명문화된 것은 아니다. 무효선언판결에는 전부무효선언판결 외에 일부무효선언판결이 포함된다. 일부무효선언판결은 주문에서 조·항·단을 표시함으로써 행한다. 규범의 위헌부분과 합헌부분이 가분적이어서 위헌부분을 삭제하여도 법률전체의, 또는 조문전체의 기본적 의의가 상실되지 아니할 때에는 문제가 없지만, 규범의 위헌부분이 다른 부분과 복합적인 상호의존 관계를 형성하고 있는 경우 무효선언을 위헌부분에만 한정할 것인가 위헌이 아닌 다른 부분 내지 법률전체에 미치게 할 것인가가 문제인 바, 연방헌법재판소는 위헌부분을 제외한 나머지 제규정이 자립적인 의미를 가지지 않는다는 것이 법률의 객관적 의의에서 명백해질 경우에만 법률전체의 무효가 된다는 원칙을 세우고 있다.

연방헌법재판소법은 위헌법률판결의 형식을 무효선언판결로 고정해 놓고 있고 또한 위헌법률의 당초무효론을 전제로 하고 있을 뿐 연방헌법재판소에 위헌법률판결의 형식을 무효선언판결로 고정해 놓고 있고 또한 위헌법헌판결의 사후조치에 대하여 광범위한 재량권을 부여하는 실정법상의 규정이 없기 때문에 판결의 효력에 무관심할 수가 없다. 이 때문에 연방헌법재판소는 법률을 무효로 함으로써 발생하는 여러가지 문제를 새로운 판결형식을 창조함으로써 회피하려고 시도하고 있다. 이렇게 하여 나온 것이 이른바 변형판결이라고 부르는 새로운

---

112) K. Schlich, S. 210

판결형식이다. 이러한 새로운 판결형식으로 불합치선언판결과 경고판결이 있다. 불합치선언판결은 법률을 명확하게 무효로 선언하지 않거나 단지 위헌이라고만 선언하여 입법자에게 위헌의 제거를 요청하는 판결이다. 다만 지금까지 위헌무효판결이 원칙으로 되어왔기 때문에 불합치선언판결을 행하는 것은 예외로서 특별한 이유가 있지 않으면 아니된다. 이러한 특별한 이유로 ① 불평등한 수익배제 ② 입법자의 형성자유 ③ 과도기로 규범의 잠정계속적용 ④ 입법자의 부작위 등을 든다.<sup>113)</sup> 경고판결은 법률이 헌법상의 결함이 있다 하더라도 위헌무효라고 하면 여러 가지 폐해가 발생하고 불합치선언을 하여도 즉시 입법이 기대되지 않는 경우 판결주문에서 청구를 배척하면서 그 이유에서 입법자에게 새로운 입법조치를 지적·촉구하는 판결이다. 정확한 통계자료가 없어 위헌법률심판에 있어서 이들 새로운 판결형식이 독일에서 어느 정도의 기능을 수행하고 있는지 확실하지 않다. 판결의 내용에 따른 통계를 보면(어떤 종류의 사건에 대한 판결인지 불명) 헌법에 위반되어 무효라고 한 건수가 총 217건, 헌법에 합치하지 아니한다라고 한 건수가 총 126건이라고 한다.<sup>114)</sup>

## (2) 오스트리아

오스트리아 연방헌법재판소법이 규정한 위헌법률판결의 형식

---

113) K. Schlaich, S. 210ff

114) 양삼승, 통계로 본 독일헌법재판소, 인권과 정의 1991. 2. 96면 이하 참조.

은 법률발안판결이다. 이에 는 일부법률발안판결이 포함된다. 오스트리아의 경우에는 연방헌법재판소는 연방헌법 제140조에 의하여 위헌판결의 사후조치에 대하여 광범위한 재량권을 부여받고 있기 때문에 법률을 무효로 함으로써 발생하는 문제를 고려할 필요없이 법률의 헌법적합성에 대하여 판단할 수 있다. 이 점은 독일 연방헌법재판소가 판결의 효력에 대하여 무관심할 수 없는 것과 다르다.

### (3) 프랑스

그동안 우리나라에서는, 위에서 헌법재판소가 이제까지 내린 결정들의 형식들을 살펴보면서도 느낄 수 있었던 것처럼, 독일의 이론 및 판례들의 영향을 많이 받았고 또 독일의 이론들이 많이 소개된 바 있다. 따라서 여기서는 비교법적 고찰을 다양화시킨다는 취지에서 프랑스의 경우도 참고하고자 한다. 비록 사전적 심사라고 하여 위헌법률심판의 결정에 있어서 그 결정 형식의 유형에 대한 참고가 허용되지 아니하는 것은 아니다.<sup>115)</sup>

프랑스에서 독일이나 우리나라의 변형결정에 가까운 결정형

---

115) 프랑스학자들도 독일제도와 서로 비교하는데 주저하지 아니한다. 예컨대 기욤 드라고(G. Drago)교수는 중요한 것은 법률심사에 있어서 사용된 기법의 동질성(identité des techniques employées dans l'examen de la loi)라고 하면서 독일과 이탈리아의 한정합헌결정들과 프랑스의 합헌 해석결정들을 상호비교하고 있다.(G. Drago, L'Exécution des décisions du Conseil constitutionnel, L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Coll. Droit public positif, Economica ; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris ; Aix-en-Provence, 1991, 151면과 그 이하 면들 참조.

식으로는 소위 조건부합헌(*conformité sous réserve*) 결정들을 들 수 있겠다. 이러한 조건부결정형식으로는 건설적 해석(*interprétation constructive*)의 결정, 중성화효과적 해석(*interprétation neutralisante*)의 결정, 지침적 또는 명령적 해석(*interprétation directive* 또는 *interprétation injonctive*) 결정, 3가지로 나누어진다.<sup>116)</sup>

① 건설적 해석(*interprétation constructive*)의 결정

이 결정은 위헌의 여지가 있는 법규정에 대하여 그 의미를 헌법평의회가 상세하게 하거나 보충하여 합헌적인 결과를 가져오게 하는 해석을 담은 결정을 말한다. 이러한 결정의 예로서 “안전과 자유(*Sécurité et liberté*)의 법”에 대한 결정<sup>117)</sup>을 들 수 있다. 동법 제30조는 1845년 7월 15일의 철도치안법에 대해 다음과 같은 보충규정을 두었다. 「그 누구도 차량의 순환을 제지하거나 방해할 목적으로 그 통로에 장애가 되는 물체를 설치하거나 그 순환을 방해 내지 제지하기 위한 그 어떤 수단이라도 취하는 자는 3월 내지 2년, 그리고 100프랑 내지 3

---

116) 이 분류는 파보류(L. Favoreu)교수에 의한 것이다. L. Favoreu, La décision de constitutionnalité, R. I. D. C. , 1986, 622면 참조. 이 분류는 여러학자들에 의해 인용되고 있다.(예컨대, F. Moderne, La déclaration de conformité sous réserve, in Conseil constitutionnel et les Partis politiques, Economica ; P. U. d'Aix-Marseille, 1988, 104면 이하 ; C. Lepage Jessua, Bilan et perspectives de la jurisprudence constitutionnelle, Gaz. du Palais, 1986, 2<sup>o</sup>sem. 679면 이하 ; D. Rousseau, Droit du Contentieux constitutionnel, 2<sup>o</sup>éd. , Monchrestien, Paris, 133면 ; G. Drago, L'Exécution du Conseil constitutionnel(앞의 책) 등 참조).

117) 프랑스 헌법평의회 1981. 1. 19. -20. 결정 127 DC. 이 결정에 대해서는 L. Favoreu et L. Philip, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, 6<sup>o</sup>éd. , Sirey, Paris, 1991, 444면 이하 참조.

만프랑의 벌금형으로, 또는 그 두 형벌 중 어느 하나만으로 처벌된다。」 그런데, 이 규정에 대해서 헌법평의회에 위헌심사를 제청한 의회의원들의 위헌주장을 보면 동규정 중 「그 어떤 수단」이라 하여 이는 교통이 방해되는 모든 경우를 처벌하므로 결국 이에 는 근로자의 파업으로 인한 방해도 포함되어 처벌되게 하는 것이므로 이는 헌법상 보장되는 파업권을 침해한다는 것이었다. 헌법평의회는 이러한 주장을 받아들여 합법적으로 파업권을 행사하는 사람들에 대해서는 비록 그 파업이 차량의 소통을 방해하였다고 하더라도 이 규정은 적용되지 아니함을 명백히 선언하는 해석, 즉 동규정의 의미를 상세히 내지 보충하는 건설적 해석을 하여 위헌이 아니라 합헌으로 선언하였다.

이 결정의 직접적 효과로서 이 결정에 포함된 건설적 해석은 단순한 해석에 그치지 않고 그 해석의 중요요소가 당해결정이 내려진 법률의 한 부분으로서 규범적 요소(*élément normatif*)를 구성하게 된다는 데 있다고 한다.<sup>118)</sup>

## ② 중성화효과적 해석(*interprétation neutralisante*)의 결정

이 결정유형은 위헌의 여지가 있는 규정에 대해 그 의미와 내용을 헌법평의회가 바꾸거나, 축소 또는 그 규정의 효력이 없는 것으로 해석하면서도 위헌 선언은 회피하는 것을 말한다. 이 해석은 원래 실질적으로 위헌으로 선언해야 할 규정을, 형식적으로 합헌선언하면서 대신 그 위헌적인 규정의 원래의 의

---

118) G. Drago, 앞의 책, 235면.

미와 달라지게 해석하거나 아니면 그 문제된 규정이 효력을 가지지 않음을 선언하는 해석이란 점에서 위헌적 규정을 중성화(neutralisante) 내지는 마비시키는(paralysante) 해석이라고 지칭되는 것이다. 그런데 학자들에 따라서는 이러한 중성화 효과적 해석결과를 더불어 소위 의미축소해석(interprétation minorante) 결정을 묶어 축소해석(interprétation réductrice) 결정으로 분류하는 학자도 있다.<sup>119)</sup>

중성화 효과적 해석결정의 예는 적지 않다. 이 결정유형에 속하는 결정례를 하나 들면, 프랑스령인 누벨칼레도니아(Nouvelle Calédonie)의 발전을 위한 법률에 대해 내린 결정<sup>120)</sup>이 있다. 동결정에서 헌법평의회는 다른 상세한 사항의 규정 없이 누벨칼레도니아 주민들이 프랑스와 연합된 상태에서 독립을 스스로 결정하도록 정한 문제의 규정은 규범적 내용없는(sans contenu normatif) 하나의 의사의 선언을 규정 한 것에 불과하다고 해석함으로써 그 규정을 실질적으로는 의미없게 하면서도 위헌선언을 하지는 않는 해석을 내린 바 있다.

### ③ 지침적 또는 명령적 해석(interprétation directive 또는 interprétation injonctive)의 결정

이 결정유형은 헌법평의회가 합헌으로 선언한 법규정을 장차 타 공권력기관에서 집행하고 해석 적용함에 있어서 그 합헌

---

119) G. Drago, 위의 책, 236-241면 참조.

120) 헌법평의회 1985. 8. 8. 결정, 196 DC. 이 결정에 대해서는, L. Favoreu et L. Philip, Les Grandes Décisions du Conseil ……(앞의 책), 636면 이하 참조

선언에 표명된 법리에 부합된 상태로 적용하도록 하기 위해서 일정한 지침(directive) 또는 명령(injonctive)을 설정하여 내리는 결정이다.

이러한 지침은 주로 문제의 법률의 집행을 담당하는 행정부에, 또 그 법률을 적용하여 재판을 할 법원에, 그리고 심지어 의회가 입법을 할 경우에 의회에 대하여 부여하고 그 지침은 각 기관들을 구속한다.

### 3) 개선방향

#### (1) 변형결정권 및 변형결정형식들의 명문화 여부문제

변형결정을 내릴 권한이 헌법재판소에 있음을 입법으로 명문화할 필요가 있을까 하는 문제, 그리고 명시할 경우 여러 변형결정형식들을 세분화하여 입법으로 직접 명문화하는 것이 바람직한가 하는 문제에 대해서는 찬반의 양론이 있을 수 있을 것이다.<sup>121)</sup>

생각건대 그동안 헌법재판소가 각 변형결정들을 처음으로 내릴 때마다 헌법규범의 다양한 해석 필요성 등 그 정당성을 강조해 왔는데 사실 다양한 헌법현상에 대한 판단이라는 헌법재판의 특수성을 감안하면 변형결정의 필요성을 부정할 수는

---

121) 찬성하는 견해로, 헌법재판소법을 개정할 경우 주문의 형식 내지 결정의 유형을 정형화하여 위헌선언(위헌결정), 위헌확인(헌법불합치결정), 위헌경고(입법촉구결정), 합헌선언(합헌결정)만을 채택이 가능토록 하고 이른바 한정합헌해석(한정합헌결정)은 배제할 것을 주장하는 견해가 있다(권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 대한변호사협회 심포지엄, 1990. 12. 17. 「인권과 정의」, 1991년 2월호, 23면 참조).

없다. 그런데 그러한 필요성 때문이라면 바로 그 이유 때문이라도 변형결정의 유형을 세분화하여 헌법재판소에 그러한 변형결정형식들을 내릴 수 있는 권한이 있음을 입법으로 명시하게 되면 새로운 변형결정의 형식들을 헌법재판소가 내놓기 힘든 상황에 처할 수 있을 것이다. 즉 세분화된 변형결정형식이 명문화되어 고정되고 그로 인해 다른 새로운 변형결정형식의 채택이 허용되지 아니한다면 헌법재판소가 그토록 강조하는 다양한 헌법해석의 필요성을 충족시킬 새로운 변형결정형식이 배척될 것이기 때문이다. 물론 입법으로 세분화하여 명시하는 변형결정들을 예시적인 것으로 본다면 문제는 달라질 수 있을 것이나 그렇더라도 새로운 변형결정형식을 내릴 권한이 있느냐 하는 논란의 불씨는 새로운 변형결정형식을 내릴 때마다 여전히 남을 것이어서 문제일 것이다. 또한 변형결정의 형식들을 세분화하여 명시한다고 하더라도 명확한 기준설정이 어렵다는 점 등으로 인해 오히려 혼란이 야기될 수도 있을 것이다.

따라서 변형결정의 권한 및 그 결정유형들의 세분화된 명시를 위한 입법은 바람직하지 않은 면이 있다고 본다.

그러나 다음과 같은 몇몇 문제들에 대해서는 입법의 필요성이 인정되거나 아니면 적어도 조심스럽게 검토될 필요가 있다고 본다.

첫째는 현행 헌법재판소법 제45조에 대한 개정문제이다. 현행 헌법재판소법 제45조는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다”라고 규정

하고 있다. 이 조문은 『위헌여부』 만이라고 명시함으로써 중간형식의 변형결정을 인정하지 않은 것으로 문언상 보여질 수 있고, 그리하여 변형결정에 대한 반대근거로 제시되곤 하는 만큼 헌법재판소의 변형결정권을 인정한다면 현행 조문 그대로 두는 데에는 문제가 있다고 본다. 한편 동조문의 표제가 「위헌결정」이라고 되어 있는 것도 문제이다. 현행 조문 그대로의 내용이라면 「심판 내지 결정의 범위」라는 표제는 몰라도 「위헌결정」이라는 표제는 적합하지 않다고 본다.

둘째, 변형결정들 중 위에서 살펴본 대로 한정합헌결정형식은 많은 문제점을 안고 있는 만큼 이에 대해서는 선불리 입법을 행할 수는 없고 한정합헌결정의 형식을 인정할 것인가에 대한 문제부터 신중히 검토되어야 한다고 본다. 특히 이 문제는 뒤에서 보는 한정합헌결정의 효력문제와 더불어 그 기속력 등에 있어서 명확성을 한층 더 요하는 것이니 만큼 입법 이전에 선결적 조건들이 충족되어야 할 것이다. 한정합헌결정은 헌법재판소가 출범초기에 스스로의 위상정립이 안된 가운데 정치적 상황에서의 외풍을 막기 위한 것이었다는 지적도 없지 않아 있으므로, 이제는 초기를 지나 헌법재판소도 어느 정도 자리가 잡혔다는 점에서 자제될 수 있는 결정형식이라고 볼 수 있겠다.

결국 입법에 의한 명문화가 부정적이라면 헌법재판소에 의한 판례형성에 상당부분 맡길 수밖에 없다고 본다. 그러나 헌법재판소는 판례로 변형결정들을 내릴 때 그 한계를 명백히 밝히고, 특히 각 결정형식이 가지는 의미와 효력을 자신의 판례 자체에서 분명히 밝히는 것이 필요하다고 본다. 이는 특히 다음

에 불 위헌법률심판결정의 효력문제와 관련하여 더욱 절실하게 요구되는 것이라고 할 것이다.

## (2) 여러 변형결정의 인정기준 설정 문제

### ① 헌법불합치결정의 인정기준문제

독일의 경우 불합치 결정의 적용유형으로는 위헌심판결정권의 결여, 평등에 관한 불이익처분규정, 무효선언의 결과 나타나는 법적 공백상태의 위헌성의 경우를 들 수 있다고 한다.<sup>122)</sup> 또한 독일의 경우 헌법불합치결정의 허용영역으로는 폐지효의 흠결, 입법부작위, 명백하지 않은 헌법위반, 자의적인 시혜배제, 위협적인 입법의 공백을 들 수 있다고 한다.<sup>123)</sup> 독일에서도 헌법불합치결정에 대해서는 적지 않은 비판이 가해지고 있는 바, 예컨대, 헌법위반상태제거를 위한 새 입법과정에서의 입법자에게 재량의 여지를 주기 위해 무효선언이 포기되어야 한다는 연방헌법재판소의 자세는 근거가 없다는 비판 등이 가해지는 바<sup>124)</sup> 우리의 경우에도 그러한 비판들이 가능할 것이므로 가능한 한 그 허용기준을 최대한 엄격히 하는 것이 필요하다고 본다.

예컨대 형벌법규에 대한 장래효판결(헌법불합치결정)은 어렵

---

122) 진광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 헌법재판연구 제2권 (「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구」), 헌법재판소, 1991. 5., 149-156면 참조.

123) 황우여, 위헌결정의 형식, 헌법재판연구 제1권(「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상」), 헌법재판소 1989. 12, 142-145면 참조.

124) 박일환, 앞의 논문(헌법재판 판결서 주문에 관한 연구), 249면 참조.

다는 견해가 있는 바 이 견해는 형벌법규가 국민의 신체의 자유를 가장 구속하는 법규이므로 위헌이라면 즉시 효력을 상실하는 것이 원칙이기 때문에 형벌법규에 대한 장래효결정 허용성에 대해 회의적으로 본다.<sup>125)</sup> 이처럼 헌법불합치결정에 대해서도 그 유형을 인정하더라도 허용영역 등을 엄격히 한정하는 기준이 설정되어야 한다고 본다.

## ② 한정합헌결정의 인정기준문제

우리는 한정합헌결정의 인정에 대해 회의적인 입장을 취하지만 만약 헌법재판소가 이 결정형식을 계속해서 내릴 경우 매우 엄격한 제한하에서 내려져야 할 것이라고 보는데 따라서 그 경우에 그 인정기준의 설정을 여하히 할 것인가가 문제된다.

독일이나 프랑스에서 지적되고 있듯이 「합헌적 해석에 있어서는 어구나 의미상으로 보아 명백한 규정을 이에 의하여 그와 반대의미를 갖게 해서는 안되는 제약이 있고」,<sup>126)</sup> 「합헌적 법률해석에는 법률조항의 문구가 간직하는 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내이어야 한다는 문리적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법목적적 한계가 있다」고 한다.<sup>127)</sup> 입법목적을 벗어나 한정합헌해석을 하면 헌법재판기관은 입법자로서

---

125) 박일환, 위의 논문, 280면 참조.

126) 이시윤, 헌법재판개관(하), 판례월보, 1989년 6월호, 제225호, 21면

127) 황우여, 위헌결정의 형식, 헌법재판연구 제1권(「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상」), 헌법재판소, 1989, 165면.

행동하게 될 것이기 때문이다.<sup>128)</sup> 또한 「입법자를 어느 특정의 법률해석에 묶어 두는 것이 오히려 경우에 따라서는 무효선언을 통해 법률을 폐지하는 것보다 훨씬 더 입법자의 재량을 침해할 수가 있다」고 하고,<sup>129)</sup> 「한정합헌으로 몰고 가기 보다는 위헌선언하여 국민의 정치적 대표기관인 국회에 의해 개정이 가능하도록 함이 더 정당할 것」이라고도 한다.<sup>130)</sup>

프랑스의 경우에도 조건부결정은, 첫째, 그 법률에 대한 위헌성 판단에 필수적인 경우에만 행하여져야 하고 (그렇지 않으면 헌법평의회가 법원의 법률적용권을 침해하는 것이 되므로), 둘째, 조건부해석이 입법과정 중 표현된 입법자의 의도에 반해서는 아니되며, 셋째, 조건부 결정이 그 법률의 순전한 재창조를 가져와서는 아니된다는 한계가 지적되고 있다.<sup>131)</sup>

---

128) 이런 뜻으로 G. Drago, L'Exécution des décisions du Conseil constitutionnel, - L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Coll. Droit public positif, Economica ; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris:Aix-en-Provence, 1991, 234면 참조.

129) 박일환, 헌법재판 판결서 주문에 관한 연구, 헌법재판자료 제3집 (「헌법재판의 이론과 실제」), 1990. 12, 262면 참조.

130) 정재황, 헌법재판소의 한정합헌결정, 법과 사회, 제3호, 1990, 47면.

131) B. Genevois, La Jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs, Ed. STH, Paris, 1988, 68069면 참조.

## 5. 위헌법률심판결정의 효력

### 1) 논의의 범위

지금까지 위헌법률심판결정의 효력문제는 주로 위헌결정의 효력을 논의 대상으로 하여 왔다. 즉 위헌법률심판결정에는 앞서 본대로 여러 형식의 결정들이 있는데 지금까지는 주로 위헌결정의 효력에 대해서만 논의를 해왔다. 따라서 단순위헌결정 뿐 아니라 합헌결정과 그 외 중간결정 내지 변형결정들에 대해서도 고찰해 보아야 할 것이다.

### 2) 현행 문제점

현재 위헌법률심판결정의 효력과 관련한 문제점들로는 다음과 같은 것들이 지적될 수 있다.

#### (1) 불충분한 효력규정과 결정효력의 내용 분류상의 문제

현행 헌법재판소법은 제39조에서 모든 결정들에 공통되는 일반적 효력으로서 일사부재리의 기관력을 규정하고 있는 등 여러 심판의 결정효력으로서 공통된 일반규정을 전혀 두고 있지 않은 것은 아니나 그 외 효력들에 대한 일반적인 조항이 없고 위헌법률심판결정과 관련하여서는 동법 제47조 제1항에서 법

률의 「위헌결정」의 기속력만을 명시하고 있어서 위헌법률심판결정들 전반에 걸친 결정효력에 일반적인 조항을 두고 있지 않고 결정의 효력에 대해 세분하여 규정을 두고 있지 않다. 따라서 효력의 내용이 여하한지 그리고 그 분류가 어떠한지에 대해 명확하지 못하다.<sup>132)</sup> 또한 헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력의 내용이 무엇인지 불명확하다. 요컨대 현행 헌법재판소법의 규정들은 위헌법률심판결정의 효력에 관한 모든 문제점을 해결하기에는 불충분함을 지적하여야 할 것이다.<sup>133)</sup>

국내에서 그동안 제시된 위헌법률심판결정의 효력 내지 넓게 헌법재판결정의 효력을 보면, 기관력, 기속력, 법규적 효력으로 나누는 견해<sup>134)</sup>를 볼 수 있다. 위헌결정에 국한한 효력의 내용 분류로는, 크게 소송법적 효력과 실체법적 효력으로 나누어 소송법적 효력에는 확정력, 기속력, 일반적 효력으로 나누고 다시 확정력에는 불가변력과 형식적 확정력, 기관력으로 나누고 있는 견해가 있다.<sup>135)</sup>

헌법재판소판례는 「일반적 기속력과 대세적·법규적 효력」을 가진다고 본다.<sup>136)</sup>

---

132) 비슷한 지적으로, 황우여, 위헌결정의 효력, 동법론집 제21집, 법원행정처, 1990, 9면 참조.

133) 동지 : 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 144면 참조.

134) 이시윤, 헌법재판개관(하), 판례월보, 제225호, 1989년 6월호, 19면 참조.

135) 황우여, 위헌결정의 효력, 동법론집, 제21집, 1990, 법원행정처, 5면 이하 참조.

136) 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이루어진 헌법소원판례에 대한 헌법재판소결정에 대하여 재심이 허용되지 아니한다는 결정의 이유 설시를 하는 가운데 이러한 입장을 표명한 바 있다. 즉 「이처럼 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서 인용결정

## (2) 기속력 문제

### ① 기속력의 개념 내지 내용의 불명료성

기속력의 개념 내지 내용이 불명확하다. 규범통제소송에 있어서 헌법재판소의 결정의 기속력은 위헌결정에 부여된다고 보고, 「위헌결정이 있으면 입법자는 동일 또는 유사한 법률을 재차 입법하지 못한다는 반복금지 및 부작위의무가 주어진다」고 보는 견해가 있다.<sup>137)</sup> 헌법재판소법 제47조 제1항의 규정이 기속력의 내용을 좀더 명료하게 규정할 필요가 있다고 본다.

### ② 기속력의 범위문제

#### ㉠ 결정의 이유에도 미치는지 여부

결정이 가지는 기속력은 주문에만 미치는지 아니면 주문 외에 주문을 뒷받침하는 중요한 이유 부분에도 미치는지 명백하지 않다. 우리 헌법재판소가 여러 결정형식, 특히 변형결정을 내리면서 이유설시 중에 그 주문형식을 여하히 할 것인가에 대해 많은 비중과 부분을 할애하고 있는 점이라든지 한정합헌 결정의 기속력에 대한 보충의견 등을 통해 그 주문에 한정합헌의 해석을 담는 것이 중요하고 그로써 기속력이 강하게 인

---

은 위헌법률심판의 경우와 마찬가지로 이른바 일반적 기속력과 대세적·범규적 효력을 가진다」라고 하고 있다 (헌재 1992. 6. 26. 선고 90헌아 1, 민사소송법 제118조에 대한 헌법소원, 관보 1992. 8. 12., 32면 참조.) .

137) 황우여, 앞의 논문, 16면 참조.

정되는 것으로 실시하고 있는 결정례<sup>138)</sup>를 보건대 우리 헌법재판소는 주문에 강한 기속력을 주려는 입장에 있는 것으로 이해된다.

그러나 이는 한정합헌결정의 약화되기 쉬운 기속력의 강화를 위한 헌법재판소의 노력이라는 긍정적인 면에서 이해될 수 있다. 그런데 한정합헌결정만의 문제가 아니라 여러 결정형식들 전반에 걸쳐서 살펴본다면 주문 및 주문을 받치고 있는 중요한 이유부분에 대한 기속력도 인정하는 것이 바람직하지 않는가 하는 의문을 제기할 수 있겠다.<sup>139)</sup> 참고로 프랑스의 경우를 보면 헌법평의회는 자신의 결정의 기속력은 결정의 주문(dispositif)뿐 아니라 그 주문을 뒷받침하는 데 필요하고 그 주문의 기반을 구성하는 이유(motif)에도 미친다는 점을 자신의 판례로 확립하였다.<sup>140)</sup> 한편 프랑스에서도 우리의 한정합헌

---

138) 예컨대, 군사기밀보호법 제6조에 대한 한정합헌결정에서 조규광 재판장의 보충의견은 「헌법재판소가 한정축소적 합헌해석방법을 취할 경우에 이 부분적 위헌선언이 법률해석의 지침을 제시하는데 그치지 아니하고 나아가 한정적 위헌선언을 한 경우와 마찬가지로 본질적으로 부분적 위헌선언의 효과를 부여하여 국가기관에 대한 기속력까지를 가질 수 있게 하기 위하여는 이러한 내용은 결정의 이유에 표시되는 것만으로는 부족하고 결정의 주문에까지 등장시켜야 한다. 왜냐하면 헌법재판소법 제47조 제1항에 의하면 법률의 “위헌”결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있고 어떠한 결정이 위헌인지의 여부는 그 결정의 주문에 포함되어야 하기 때문이다.」고 실시하고 있다(관보 1992. 3. 30., 25면 참조). 이러한 의견은 한정합헌결정에 국한해서 볼 때 기속력의 강화를 위한 노력이라는 점에서 긍정적으로 받아들일 수 있다고 하겠다.

139) 주문 뿐 아니라 중요한 판결이유까지 기속력이 미친다는 견해로, 이시윤, 헌법재판개관(하), 판례월보, 제225호, 1989년 6월호, 19면; 황우여, 앞의 논문, 16-17면 참조.

140) 프랑스 헌법평의회 1962년 1월 16일. 농업기본방침법(loi d'orientation agricole)에 대한 결정(DC 62-18 L., Rec. 31)참조. 이 결정

결정에 가까운 조건부결정의 경우에는 그 조건이나 한정해석에 대한 구속력을 강화하기 위해서, 이유부분에서 실시한 그러한 엄격한 조건하에서만 합헌이라는 점을 결정주문에 명기하는 경향이 점점 강해지고 있긴 하다.(후술, 4)(2)②㉔ 참조)

㉔ 헌법법리해석에 미치는지 여부

기속력은 헌법재판소의 헌법해석에 대하여도 부여된다고 보아 입법자도 헌법재판소의 헌법해석에는 헌법개정이 없는 한 이에 구속된다고 보는 견해가 있다.<sup>141)</sup> 헌법해석의 기속력문제와 관련하여 거론될 수 있는 다른 문제로는 주문이 아닌 이유 부분에 나타난 한정합헌해석의 기속력의 문제이다.

한편 프랑스의 이론을 보면 헌법평의회가 스스로 판례를 변경하는 것은 막을 수 없다고 본다.<sup>142)</sup>

③ 현행실무에 나타난 기속력의 현실

㉔ 법원에 대한 헌법재판소결정의 기속력의 현실

명시적이지는 않으나 간접적으로 법원이 헌법재판소의 결정에 대해 그 취지를 존중하려고 노력한 예를 보면 국토이용관

---

의 사건개요 등에 대해서는, L. Favoreu et L. Philip, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, 6<sup>e</sup>éd. , Sirey, Paris, 158면 이하; 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구 제18집(1990), 189면 참조.

141) 황우여, 앞의 논문, 15면 참조.

142) L. Favoreu, Rapport présenté par délégation française, la VII<sup>e</sup> conférence des Cours constitutionnelles européennes, R. F. D. A. , 1987, 857면 참조.

리법 제21조의 3 제1항의 토지거래허가제가 헌법재판소에 의해 합헌으로 결정되었는데 문제는 동조 제7항은 허가받지 않은 거래계약을 무효로 규정하고 있어서 이의 조화로운 해석이 요구되었는 바 대법원은 유동적 무효이론으로, 즉 허가를 받지 않은 한 무효이거나 허가를 받은 이후부터는 유효로 된다는 이론으로 헌법재판소의 합헌결정의 취지를 가능한 한 살리려고 고심한 흔적을 엿볼 수 있다.<sup>143)</sup>

문제는 대법원의 유동적 무효이론으로 사실상 거래허가를 사후에 받아도 된다고 볼 수 있어서 토지거래허가제가 얼마나 실효적일 것인가 하는 데 있다.

#### ㉠ 국회에 대한 헌법재판소결정의 기속력의 현실

국회에 의해 헌법재판소의 결정취지가 제대로 존중된 경우도 있고 그렇지 못한 부정적인 사례도 있다.

후자의 사례로는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 기탁금 규정에 대한 헌법불합치결정 이후 진행된 국회의 태도 및 개정 입법의 내용에서 나타난 사실을 들 수 있다. 첫째는 본 결정에서 헌법재판소가 설정해준 개정시한인 1991년 5월말을 넘겨 국회는 1991년 12월에야 국회의원선거법의 기탁금규정을 개정하였던 바 이 사실에서 벌써 본 결정의 기속력을 의문시하게 만들었다.

둘째, 개정된 국회의원선거법의 기탁금규정의 내용과 헌법재

---

143) 국토이용관리법상의 토지거래허가제와 유동적 무효이론에 대해서는 김상용, 토지거래허가의 범리구성, 판례월보 1992. 260호, 23면 이하 참조.

판소의 본 결정의 취지와의 괴리문제이다. 즉 본 결정 이후 국회가 국회의원선거법상의 기탁금규정을 무소속후보·정당추천후보간에 차등 없이 1000만원으로 개정하였으나 헌법재판소의 본 결정 취지에 따른다면 그 1000만원이라는 개정된 기탁금액수에 대해서도 다음과 같은 이유 때문에 여전히 위헌성의 논란 여지가 있다고 본다. 즉 본 결정의 제청신청인은 무소속후보가 아니라 정당추천후보였었고 따라서 1000만원의 기탁금을 기탁한 결과 위헌제청신청을 하게 된 것이었고 비록 제청신청인이 무소속후보·정당추천후보간의 차등을 주장하고는 있어서 헌법재판소가 이를 판단하여 불평등 위헌임을 확인하긴 하였으나 그 외에 헌법재판소는 정당추천후보에 대한 1000만원의 기탁금도 과다하다 하여 헌법불합치선언한 것이다. 따라서 1000만원이 과다한 고액이란 점이 본 결정의 또다른 중요한 취지이다. 그런데도 국회는 위헌사유의 하나인 무소속과 정당공청후보자 간의 차등 금액의 문제만을 해소하고 정당추천후보자의 기탁금 금액은 변경 없이 그대로 두고 있을 뿐 아니라 1000만원이라는 또다른 위헌사유인 기탁금의 고액성을 치유하지 않은 채, 즉 금액을 인하하지 않은 채 무소속후보·정당추천후보 양자간 모두 공히 1000만원의 기탁금을 내도록 개정하는 데 그쳤는데 이러한 개정내용을 두고 과연 헌법재판소의 결정의 취지가 존중된 것으로 볼 수 있을까 의문이다.

### (3) 변형결정의 효력 문제

#### ① 헌법불합치결정의 효력 문제

㉠ 헌법불합치결정과 법원의 재판불정지의 문제점

우리 헌법재판소가 내리고 있는 헌법불합치결정이란 헌법에 합치되지 않는다는 것을 확인하면서도 법적 안정성 등을 이유로 일정 시한까지 국회가 입법을 할 의무를 부과하는 동시에 그 시한까지 효력을 지속하도록 하는 결정을 말하는데 문제는 우리 대법원이 헌법불합치결정의 경우에도 당해사건에 대해 결정의 소급효가 인정된다고 보고 있어서 (후술 참조) 이러한 법원의 소급효인정과 헌법재판소의 지속효인정(입법시까지의 특속효) 간에 부조화가 발생할 수 있다는 점이다.

그러한 문제점은 국회의원선거법 제33조, 제34조의 기탁금 규정에 대한 헌법불합치결정 이후 나온 당해 기탁금반환청구 사건(부당이득금반환청구소원)을 담당한 법원의 재판의 판결과 그 이후의 경과에서 간접적으로 엿볼 수 있다. 즉 국회의원선거법결정에서 유의해야 할 점은 헌법재판소는 「기탁금에 관한 국선법 제33조와 제34조의 규정은 기탁금제도 그 자체에 위헌성이 있는 것 보다 그 기탁금의 액수가 너무 고액이어서 재산을 가지지 못한 국민의 후보등록을 현저히 제한하여 결과적으로 국민의 참정권을 침해하는 정도에 이르러 이에 대한 위헌 여부의 문제가 제기된다 할 것이다」 라고 판시하여 헌법재판소가 기탁금제도 자체의 위헌성보다는 기탁금의 액수가

지나치게 과도한 고액이라는 점을 그 위헌의 이유로 들고 있는 것으로 보여진다는 점이다. 기탁금제도의 위헌여부에 대한 이러한 헌법재판소의 입장은 본 결정과 그 사안이 비슷하면서

본 결정 이후에 나온 「지방의회의원선거법상의 기탁금규정」에 대한 헌법불합치결정에서 더욱 선명히 나타나는데 동결정에서 헌법재판소는 「700만원의 기탁금이 과다한 것은 분명하지만 기탁금액 전체에 대하여 위헌선고를 하게 되면 헌법 제25조, 제37조 제2항, 제116조 제2항 등에 의하여 일부 합헌적으로 봐야 하는 금액도 한데 싸여 실효되게 되는 결과가 초래될 수 있기 때문에 헌법의 모든 조문을 체계적·조화적으로 해석하여야 하는 헌법재판에 있어서는 기탁금액 전부에 대하여 위헌무효를 선언하기가 어려운 것이다.……」라고 판시하고 있다.<sup>144)</sup>

그리하여 헌법재판소의 입장은 문제의 기탁금 자체가 전면 위헌이어서 기탁금제도 자체를 반드시 폐지하여야 한다는 것이 아니라 국회가 적정 금액이라면 앞으로의 개정에서도 기탁금은 둘 수 있다는 입장이라고 해석되는데 그렇다면 법원에서 인정해야 할 부당이득금의 액수도 만약 재판시법에 따르고 국회의 개정 후에 재판한다면 국회가 기탁금을 전면 폐지하는가 아니면 적정 액수로 낮추는가에 따라 달라진다고 할 것이다. 즉 기탁금 자체를 폐지하면 부당이득으로 반환되어야 할 금액은 선거경비 등을 제외한 액수일 것이고 기탁금 자체는 두되 적정 액수의 기탁금으로 하향하는 개정을 국회가 할 경우에는 그 반환해야 할 부당이득의 액수가 기탁금 전면폐지의 경우보다 줄어들 것이라고 본다. 그런데 국회가 국회의원선거법을 개정하기 전에 본 사건 국회의원선거 기탁금의 부당이득금반

---

144) <헌재 1991. 3. 11. 선고 91 헌마21, 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원, 헌법재판소판례집 제3권, 91면 이하 참조.

환청구소송을 담당한 법원은 귀속된 1000만원의 기탁금 전액과 그 이자에서 선거경비만을 제외한 금액을 부당이득금으로 보았다.<sup>145)</sup> 그 후 국회는 1991년 말 국회의원선거법을 개정하여 1000만원의 기탁금으로 바꾸었는데 이는 과거 정당추천후보자에 대해서는 변동이 없는 것이고 단지 무소속 입후보자의 경우 2000만원에서 1000만원으로 하향 조정된 것일 뿐이었다. 물론 개정된 그 금액의 액수를 적정한 것으로 보기에 문제는 없지 않을 것이나 위 법원의 판결과는 맞지 않는 결과를 가져왔다. 더욱이 당해사건의 경우 정당추천후보자가 제기한 소송인 것으로 아는데 따라서 문제된 기탁금의 액수는 1991년 국회의 법개정으로도 변동이 없는 금액이어서 그 부당이득금 액수산정에 수궁하기 힘든 모순현상이 나타난 것이다.

바로 이러한 부조화의 모순은 헌법불합치결정 이후 국회의 입법이 이루어질 때까지 법원에서의 당해 사건 내지 유사사건의 재판이 정지되지 아니하면 나타날 가능성이 클 것으로 보여진다.

독일의 경우 불합치결정의 경우 그 결정이 선고된 다음에는 문제의 법률을 원칙적으로 더 이상 적용해서는 아니되고 따라서 법원은 당해사건이나 유사사건에 대해 새로운 법률의 제정시까지 재판절차를 정지시키는 것이 원칙이라고 한다.<sup>146)</sup> 물론

---

145) 서울고등법원 1990년 7월 20일 선고 90 나 13408 판결 참조.

146) 이시윤, 헌법재판개관(하), 판례월보, 1989년 6월호, 제225호, 20-21면 ; 황우여, 위헌결정의 형식, 헌법재판연구 제1권(「법률의 위헌결과 헌법소원의 대상」), 헌법재판소, 1989, 146면 ; 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 154-156면 참조.

예외적으로 법적 안정을 위하여 적용정지시킬 수 없는 경우도 있다고 한다.

㉠ 헌법불합치결정의 기속력 내지 집행력 문제

앞서 본대로 헌법불합치결정의 법원에 대한 기속력은 재판정지의 효과를 가지지 않아서 문제가 없지 않다.

헌법불합치결정의 국회에 대한 기속력은 더욱 중요한 것이라고 할 것이다. 왜냐하면 우리 헌법재판소가 내린 헌법불합치결정은 국회에 대한 입법의무를 선언하고 있기 때문이다. 앞서 지적한대로 국회에 대한 기속력은 두가지 측면에서 문제를 제기하고 있다. 그 하나는 국회가 헌법재판소의 결정취지를 제대로 존중하지 않는 면이 없지 않다는 점이고 그 다른 하나는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 헌법불합치결정 이후에 나타난 것처럼 헌법재판소가 설정해준 개정입법시한의 준수가 이루어지지 않은 경우가 있다는 점이다.

㉡ 한정합헌결정의 기속력 내지 집행력의 문제

헌법재판소의 위헌법률심판결정이 가지는 효력문제에 있어서 현재 가장 논란이 많은 것 중 하나가 한정합헌결정의 기속력 내지 집행력의 문제라고 할 것이다.

한정합헌결정의 효력에 대한 우리 헌법재판소 자신의 판례 이론을 먼저 검토해 볼 필요가 있다. 앞서 이미 밝힌대로 헌법재판소는 한정합헌결정이 「질적일부위헌결정」이라고 보아 일종의 위헌결정이기도 한 것으로 보고 따라서 헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력을 가진다고 보는 것으로 이해된다.

그러나 한정합헌결정에 나타난 조건이나 유보가 명확하지 않은 경우 그 문제된 법률규정을 직접 적용 또는 집행하게 되는 국가기관들, 특히 법원들간에 그 해석을 달리하여 결과적으로 기관들간에 또 법원들간에 서로 다른 판결이 나온다면 문제이며 그것은 또한 헌법재판소가 내린 한정합헌결정의 구속력을 심히 의심스럽게 한다.<sup>147)</sup> 또한 설령 한정합헌결정에서의 한정 해석이 명료하다고 하더라도 그 해당 법규정의 집행·적용을 담당하는 국가기관들 또는 법원들이 헌법재판소의 해석대로 따르지 않는 경우 역시 한정합헌결정의 구속력은 사실상 약해질 위험이 적지 않다. 이는 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원 등이 인정되지 아니한 점에서 더욱 그럴 여지가 많다.

#### (4) 위헌결정의 소급효 문제

##### ① 문제의 소재

첫째, 현행 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌결정이 있는 때부터 즉시 그리고 장래를 향하여 법률의 효력이 상실되게 규정하여 위헌결정의 즉시효 내지 장래효를 규정하고 있어서 문언 그대로라면 위헌선언이 있었음에도 당해사건의 제정신청인에게 여전히 위헌인 당해 법률규정이 적용될 수밖에 없다는 데에 있다.

이 규정에 대해서는 그동안 많은 비판이 가해졌는데 「장래효

---

147) 이러한 지적으로, 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 현대 공법론의 연구, 성계 이규석 교수 정년기념논문집, 1992, 488면 ; 정재황, 헌법재판소의 한정합헌결정, 법과 사회, 제3호, 1990, 11, 법과 사회연구회 편, 43-45면 참조.

의 이론을 형식적으로 강제한다면 당해사건에도 위헌법률의 효력 상실이라는 혜택이 거부되어야겠으나 그렇다면 구체적 규범통제에 관한 한 위헌결정을 받아낼 소송의 실익이 보장되지 아니하게」 되고 나아가 「제청법원이 당해 사건에서 위헌여부가 재판의 전제로 되어 위헌제청을 하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었다 하더라도 당해 사건에는 종전의 위헌법률이 적용되어야 한다면 과연 위헌법률의 위헌성여부가 재판의 전제가 된다고 할 수 없을 것이 아니냐 하는 문제도 발생한다」 는 비판이 있다.<sup>148)</sup> 또한 즉시효의 결과 여러 소송제기자나 국민간에 불평등을 초래할 수 있으므로 또 「위헌심사를 받을 기회조차 가져보지 못하였던 당사자에게 소급효를 인정하지 않으면 평등의 원칙을 위반하는 것」 이라 할 수 있고 그러한 문제점들을 「합리적으로 해결할 방안이 강구되지 않는 한 즉시효의 규정은 헌법상의 평등권을 해치는 위헌인 규정이라는 비판을 면하지 못하게 될 것」 이라는 지적도 있다.<sup>149)</sup>

둘째, 헌법재판소법 제47조 제2항의 단서규정, 즉 「다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다」 라고 규정하여 형벌규정의 경우 그 위헌결정으로 인한 소급적 효력상실의 효과를 주고 있는데 여기서 「형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항」 의 의미를 둘러싼 해석문제이다.

## ② 헌법재판소판례의 경향

148) 황우여, 위헌결정의 효력(앞의 논문), 28면.

149) 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 175면.

헌법재판소는 위의 문제들 중 첫째 문제에 대해 직접적으로 입장을 밝힌 바는 없다. 그러나 최근의 한 판례를 통해 우리는 간접적이거나 헌법재판소의 입장을 엿볼 수 있다. 그 판례는 형사소송법 제331조 단서에 대한 위헌법률심판결정<sup>150)</sup>이다. 동 결정에서 한병채 재판관, 이시훈 재판관, 김문희 재판관은 보충의견을 통해 「다만 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하여야 하므로 이 사건 위헌결정의 법규적 효력은 이 사건 위헌법률심판을 제청한 법원이 담당하는 당해사건에는 당연히 미치는 것이고, 더 나아가 당해법률이 재판의 전제가 되어 현재 법원에 계속중인 모든 동종의 피고사건에도 위 당해사건에 준하여 구속영장의 효력이 실효되도록 하는 것이 법적 안정성과 균형성을 유지하고 조화를 이룩하는 것으로서 법치주의의 이념에 부합하는 것이 될 것이다」라고 하여 당해 사건과 동종의 사건에도 위헌결정의 효력이 미침을 인정하고 있다<sup>151)</sup>.

이러한 동결정의 보충의견은 앞서 나온 대법원의 판례와 유사한 입장이라고 볼 것이다.

다음으로 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 경우, 즉 형벌

---

150) 헌재 1992. 12. 24. 선고 92 헌가 8, 관보 1993. 1. 18. 40면 이하 참조.

151) 동결정례는 형사소송법의 조항에 대한 심판이었으므로 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의한 소급효가 당연히 미칠 것이 아닌가 하는 의문을 가질 수 있으나 본 결정의 보충의견은 먼저 문제의 형소법 제331조 단서가 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 부여하는 소급효를 받는 조항이 아님을 전제하고 실시를 하고 있으므로 결국 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 즉시효·장래효를 가지고 따라서 여기서 논하는 문제에 참고가 될 수 있는 것이다.

조항에 대한 소급효가 법적 안정성을 위하여 제한적으로 인정하여야 한다는 헌법재판소결정의 보충의견이 최근에 나왔다. 바로 위에서 본 형사소송법 제331조 단서에 대한 위헌결정에서의 보충의견이 그것이다. 그 보충의견은 소급효를 인정하는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서규정의 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이 무엇을 뜻하는가에 관하여, 「좁게 보면 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체적 법률 또는 법률의 조항이라는 의미로 해석할 수도 있고 넓게 보면 실체적인 형벌법규에 한정하지 않고 형사소송법 등 절차에 관한 법률까지 포함한다고 해석할 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있으나 우리 헌법과 헌법재판소법을 종합하여 검토하여 보면 소급하여 효력을 상실하는 법률은 좁게 해석하는 것이 타당하다고 보아야 한다」고 실시하고 있다. 보충의견은 이처럼 소급효가 적용되는 형벌조항의 개념을 한정하려는 이유로서 법적 안정성을 중시하는 우리 헌법과 헌법재판소법의 취지에서 비중을 두고 있다.

그러나 법적 안정성 못지 않게 중요한 것이 기본권 특히, 신체의 자유의 보장인 바 그것도 신체구속의 절차적 규정과 실체적 규정의 구분이 모호할 수 있고 또 절차적 인신자유의 제한도 마찬가지로 신체의 자유의 제한임을 생각하면, 과연 형벌조항의 개념을 한정하는 것이 바람직한 것인지 하는 의문이 생긴다. 이처럼 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체적 법률 또는 법률 조항이라는 의미로 좁게 해석하고 절차법에 대해 소급효를 부여되지 아니한다고 보는 것은 독일의 입장에 가깝다고 할 수 있다<sup>152)</sup>

### ③ 대법원의 판례

우리 대법원의 판례는 초기에는 위헌결정의 효력이 당해 사건에 인정된다고 하였다가<sup>153)</sup> 그 뒤 소급효인정의 범위를 넓혀 「헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건만 아니라 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 되어 있거나 법원에 위헌여부심판제청신청이 되어 있는 경우의 당해 사건과 별도의 위헌제청신청 등은 하지 아니하였으나 당해 법률 또는 법조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속된 모든 일반사건에까지 미친다」 고 하여<sup>154)</sup> 소급효의 범위를 확대하였다.

나아가 대법원은 「헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청을 한 경우에 당해 사건과 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 사건 뿐만 아니라 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 봄이 타당하다」 라고 하여<sup>154)</sup> 위헌결정의 효력이 미치는 범위를 대

---

152) 「실체법이 아닌 법원조직법이나 절차법은 소급효가 부여되지 아니한다 함이 서독의 입장」 이라고 한다(황우여, 위헌결정의 효력(앞의 논문), 32면 참조).

153) 대법원 제2부 1991. 6. 11. 선고 90 다 5450 판결. 동지의 판례 : 대법원 제3부 1991. 6. 28. 선고 90 누 9346 면적처분무효확인(법원공보 1991. 8. 15. , 제902호 2056면 참조).

154) 대법원 제3부 1992. 2. 14. 선고 91 누 1462, 법률신문 1992. 3. 12. 7면 참조.

154-1) 대법원 제3부 1993. 1. 15. 선고 92 다 12377판결.

폭확대하고 있는 것으로 보인다. 즉 위헌결정이 있는 후에 제소된 사건에 대해서도 그 효력이 미친다고 보아 확대하고 있는 것으로 보인다. 그러나 위헌결정 이후의 사건들에 미치는 효력을 반드시 모두 소급효라고 볼 수 있을지 하는 의문이 제기된다. 왜냐하면 위헌결정 이후 형성된 법률관계가 문제되어 제소된 사건의 경우 그 소송사건에서의 위헌법률의 적용배제 효과를 소급효라고 볼 수 없는 경우도 있지 않을까 하는 의문이 생기기 때문이다. 위헌결정 이후 소송사건에로의 효력 범위 확대를 밝힌 위 대법원판례의 사안에 있어서도, 문제된 국유재산의 취득시효는 국유재산법 제5조 제2항(시효취득 금지규정)에 대한 위헌결정이 내려진 다음 완성되었다.

여하튼 우리 대법원이 위헌결정 이후 소송사건에로 확대한 효력이 소급효이든 아니든 관계없이 결과적으로 위헌결정의 효력범위를 확대한 것이 당사자의 권리구제면에서 매우 타당하다고 볼 것이다.

#### ④ 소급효가 인정되는 결정 유형의 범위

헌법재판소에 따르면 단순위헌결정 뿐 아니라 소위 변형결정 중의 하나인 헌법불합치결정과 한정합헌결정도, 그리고 일부위헌결정도 위헌결정으로서의 성격과 효력을 가진다고 본다. 그렇다면 이러한 헌법불합치결정 등의 변형결정과 일부위헌결정 등에 대해서도 소급효가 인정될 것인가의 문제가 있다. 다음의 사례는 우리 대법원이 헌법재판소의 변형결정, 일부위헌결정 등이 내려진 다음 그 소급효를 인정한 예들이다.

㉠ 헌법불합치결정의 경우

헌법재판소는 헌법불합치결정도 위헌결정의 일종임을 분명히 하고 있다<sup>155)</sup>. 우리 대법원은 이러한 헌법재판소의 결정취지에 따라 헌법불합치결정의 소급효를 당해 사건에 대해서 인정하였다.<sup>156)</sup> 이 대법원의 판례를 나오게 한 하급법원의 소송사건이 바로 헌법불합치결정의 하나인 국회의원선거법 제33조, 제34조에 대한 결정이 나오게 한 당해 사건이었다.

㉡ 일부위헌결정

헌법재판소의 일부위헌선언 이후 우리 대법원이 당해 사건에서 소급효를 인정한 헌법재판소결정례의 대표적인 경우로 국유재산법 제5조 제2항에 대한 일부위헌결정<sup>157)</sup>을 들 수 있다. 동 결정의 일부위헌선언이 있고 나서 대법원 1991. 12. 24. 판결<sup>158)</sup>과 1993. 1. 15. 판결<sup>158)</sup>은 앞서 언급한대로 문제의 국유재산법 조항에 대한 위헌결정의 소급효와 효력의 범위를 넓히고 있다.

⑤ 소급효의 인정범위 문제

적어도 위헌제정이 이루어져 위헌결정이 나게 한 당해 사건

---

155) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6, 국회의원선거법 제33조, 제34조의 헌법불합치결정(헌법재판소판례집 제1권 199면 참조) ; 헌재 1991. 3. 11. 선고 91 헌마 21, 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법불합치결정(헌법재판소판례집 제3권, 91면 이하 참조).

156) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90 다 5450 참조.

157) 헌재 1991. 5. 13. 선고 89 헌가 97, 헌법재판소판례집 제3권, 202면 이하 참조.

158) 대법원 제2부 1991. 12. 24. 선고 90 다 8176 참조.

158-1) 대법원 제3부 1993. 1. 15. 선고 92 다 12377 판결.

에 대해서 위헌결정의 소급효를 인정하자는 데에는 동의하는 견해들이 많다.<sup>159)</sup> 당해 사건에 대한 소급효인정의 근거로 「우리나라에서는 장래효의 원칙을 규정하면서도 당해 사건에 대한 효력에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나 헌법의 규정과 당해 사건에 대한 재심의 규정을 종합해 보면 당해 사건에 관한 한 소급효가 미친다는 것은 입법이 당연히 예상하고 있는 것이라고 보아야 할 것」이라고 한다<sup>160)</sup>. 또 비록 헌법재판소법 제47조 제2항이 위헌결정된 법률조항은 소급적으로 효력이 상실되지 않게 규정하고 있으나 당해소송사건에 대하여 위헌결정의 효력이 소급하는지의 여부에 관하여는 헌법이나 헌법재판소법에 명문으로 규정된 바 없다는 점과 당해 사건에 있어서도 소급효를 인정하지 않는다면 위헌심판의 전제성이 흠결된다는 점, 그리고 헌법 제107조 제1항의 제정제도의 취지를 근거로 위헌결정의 효력을 당해 사건에 소급시켜야 한다고 본다<sup>161)</sup>.

문제는 당해사건 외에 소급효를 확장하여 인정할 것인가 하는 데 있다.

대법원의 판례는 앞서 본대로 처음에는 당해 사건에 소급효를 한정하는 듯 보였으나<sup>162)</sup> 그 뒤 당해 사건 뿐 아니라 위헌

---

159) 황우여, 위헌결정의 효력(앞의 논문), 28면 ; 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 179면 등.

160) 박일환, 위헌법률의 효력상실시점, 인권과 정의, 1990년 5월호, 105면.

161) 서울고등법원 1990년 7월 20일 선고 90 나 13408 판결 및 동 판결 상고심 대법원 제2부 1991. 6. 11. 선고 90 다 5450 판결 참조.

162) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90 다 5450 ; 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누 9346.

결정 있기 전의 동종의 사건들로 확대시켰고<sup>163)</sup> 지금은 위헌결정 이후의 사건들에도 위헌결정의 효력이 적용된다고 본다.<sup>163)</sup> 이러한 확대인정은 당사자 국민의 권리구제를 위해 매우 타당하다는 지적을 앞서 한 바 있다.

### 3) 외국의 입법례

#### (1) 독일

판결의 효력에 관하여 독일연방헌법재판소법 제31조는 제1항에서 모든 재판에 대하여 구속력을 인정하고 제2항에서 특정 재판에 대하여 특별히 법률로서의 효력을 부여하고 있다. 연방헌법재판소의 판결도 일반법원의 판결과 마찬가지로 기판력을 갖는가가 문제되나, 일반적으로 기본법 제92조와 연방헌법재판소법 제1조를 바탕으로 연방헌법재판소의 판결도 기판력을 갖는 것으로 보며, 구속력은 기판력에 의하여 보충되는 것으로 본다는 것은 이미 상술한 바와 같다.

#### ① 기판력의 주관적 한계

연방헌법재판소법 제31조 제1항은 「연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다」라고 하여 기판력의 주관적 범위를 소송당사자가 아닌 기관까지도 포함하여 모든 국가기관에 확대하고 있다.

---

163) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90 다 8176 ; 대법원 1992. 2. 14. 선고 91 누 1462.

163-1) 대법원 제3부 1993. 1. 15 선고 92 다 12377 판결 참조.

## ② 기판력의 객관적 한계

기판력은 판결의 주문은 물론 주문성립에 불가결한 이유 중의 판단(tragende Gründe)에도 발생한다는 것이 연방헌법재판소의 판례이다<sup>164)</sup>.

## ③ 기판력의 시적 한계

판결이 있는 후 재판에 있어서 중요한 사실관계가 근본적으로 변화한 경우에는 기판력은 더 이상 인정되지 아니한다<sup>165)</sup>.

연방헌법재판소법 제31조 제2항에 의하여 특정재판에 부여하고 있는 법률로서의 효력이라는 개념의 내용은 반드시 명확하지 않다. 학설도 일치되어 있지 않다. T. Maunz는 법률로서의 효력의 의의를 판결의 효력이 동법 제31조 제1항의 모든 국가기관을 넘어 일반 사인이나 사적 단체에까지 미친다는 점에 찾고 있는 상술한 바와 같다.

판결의 효력과 구별해야 할 당해 법률의 효력에 관하여는 무효선언판결에 있어서는 당해 법률이 당초부터 무효라는 것이 독일의 확고한 전통인 것이므로 특별히 문제될 것이 없다. 불합치선언판결에 있어서는 위헌법률은 개정될 때까지 유효할 것이다.

---

164) BVerfGE 1, 14<36f.>이래 일관된 판례.

165) BVerfGE 39, 169.

## (2) 오스트리아

법률이 헌법위반으로 폐지된 경우에는 헌법재판소의 폐지판결은 모든 법원과 행정청을 구속한다(연방헌법 제140조 제7항 제1단). 폐지 이전에 이미 실현된 사실에 대하여는 헌법재판소가 폐지판결에서 달리 판시하지 않는 한 당해 사건을 제외하고 그 법률이 계속 적용된다(제140조 제7항 제2단). 법률의 폐지는, 헌법재판소가 법률의 실효에 대하여 기간을 정하지 않는 한, 공고 당일부터 효력을 발생한다(제140조 제5항 제3단). 헌법재판소의 판결에 의하여 법률이 헌법위반으로 폐지된 경우에 판결에서 달리 판시하지 않는 한, 헌법위반으로 판시될 법률에 의하여 폐지되었던 법률규정은, 폐지가 효력을 발생한 날로 그 효력을 회복한다(제140조 제6항 제1단).

판결의 효력과 구별해야 할 당해 법률의 효력은 연방헌법 제140조 제5항 제3단의 의하여 장래에 향하여 상실되는 것이 원칙이다. 그러나 이에 대하여는 제140조 제7항에 의하여 예외로 소급효가 인정된다. 이 경우 소급효는 일반적 효력이 아니고 개별적이다.

#### 4) 개선방안의 검토

본 연구에서 모든 문제점들에 대한 개선방안을 총망라하기에는 힘들 것인지라 아래에서는 몇몇 중요한 문제점들을 살펴보는 정도에 그치고자 한다.

##### (1) 결정효력에 관한 법규정의 개선방안

###### ① 기속력 등의 일반화규정의 필요성 검토

현행 헌법재판소법 제47조 제1항은 「위헌결정」에 대한 기속력만을 규정하고 있다. 이는 과거 헌법위원회법의 유산이라고 보여진다. 즉 과거 제5공화국하에서의 헌법위원회법 제18조 제2항은 「법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관이나 지방자치단체를 기속한다」라고 규정하고 있었다.

그러나 헌법재판소의 결정이 가지는 기속력을 「위헌」결정에만 국한해서 인정할 이유가 없다고 본다.

앞서 본대로 우리 헌법재판소는 단순위헌결정 외에 헌법불합치결정에 대해서도 위헌결정의 일종이라 하여 기속력을 인정하고 있다.<sup>166)</sup> 또한 특히 잠정적이 될지 아니면 우리 헌법재판

---

166) 헌법재판소는 국회의원선거법 제33조, 제34조에 대한 헌법불합치결정(헌재 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6, 헌법재판소판례집 제2권, 199면 이하 참조)에서 「주문 제1,2항(「1. 국회의원선거법(1988년 3월 17일 법률 제4003호 전문개정) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다」)의 변형재판은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종이며 타국가기관에

소가 지속적으로 앞으로도 계속해서 내릴지 모를 한정합헌결정의 경우, 물론 우리는 한정합헌결정에 대해 회의적인 견해를 가지고 있긴 하나, 어쨌든 우리 헌법재판소는 한정합헌을 질적인 일부위헌으로 보므로<sup>167)</sup> 기속력을 인정하려는 입장이 강하다. 이처럼 변형결정들에 대해서 가급적 위헌결정의 일종임을 강조하는 것은 헌법재판소법 제47조 제1항의 문언때문이라고 하겠다.

한편 나아가 위헌결정, 변형결정 외에 합헌결정 등에 대한 기속력을 부인할 이유를 뚜렷이 찾을 수 없다.

이러한 판례의 입장과 합헌결정의 경우 등도 고려하건대 「위헌결정」이라고 못박아 명시하는 것보다는 합헌결정, 위헌결정, 변형결정 등 모든 결정을 포함하여 그 기속력을 인정하기 위해 단순히 「헌법재판소의 결정」은 국가기관을 기속한다고 일반화하여 규정하는 방안을 검토해볼 필요가 있다고 본다.

참고로 프랑스의 경우를 보면, 프랑스 헌법 제62조 제2항은 “헌법평의회의 결정에 대해서는 여하한 제소도 행해질 수 없다. 헌법평의회의 결정은 공권력과 모든 행정기관, 사법기관을 기속한다”라고 규정하여 위헌결정 뿐 아니라 일반적으로 모든 결정을 포함하여 기속력을 인정하고 있다. 또한 앞에서 밝힌대로 독일연방헌법재판소법 제31조는 제1항에서 모든 판결에 대하여 기속력을 인정하고 있다.

물론 헌법재판소의 모든 결정에 기속력을 주면서도 위헌결정 등에 대해서는 특별한 효력의 기속력을 부여하는 규정을 두는

---

대한 기속력이 있음은 당연한 것이다」라고 판시하고 있다.

167) 헌재 1992. 2. 25. 선고 89 헌가 104, 관보 1992. 3. 30., 19면 참조.

방안도 생각해 볼 수 있겠다.

## ② 결정효력에 관한 헌법규정의 필요성 여부

헌법재판기관의 위헌법률심판결정 또는 나아가 전반적인 결정에 대해 그 효력을 헌법 자신이 정하고 있는 외국의 입법례를 볼 수 있다. 즉 참고로 프랑스의 경우를 보면 앞서 밝힌 대로 프랑스 헌법 제62조 제2항은 “헌법평의회의 결정은 공권력과 모든 행정기관, 사법기관을 기속한다”라고 규정하여 위헌결정 뿐 아니라 일반적인 모든 결정의 효력에 관해 헌법자신이 효력을 규정하고 있다.

## ③ 헌법재판소법 제47조 제1항의 개정방안

헌법으로 규정하지 않고 법률로 규정할 경우 현행 헌법재판소법 제47조 제1항을 어떠한 방향으로 개정해야 할 것인지 하는 문제가 남을 것이다. 앞서 지적한 대로 현행규정처럼 「위헌결정」에 대해서만이 아니라 모든 형식의 위헌법률심판결정에 대한 기속력을 규정하는 형태로 개정하는 방안에 대해 검토할 필요가 있다.

### (2) 변형결정의 기속력 강화방안

#### ① 헌법불합치결정의 기속력 강화방안

먼저 헌법불합치결정은 헌법에 합치되지 아니하는 법률의 효력을 일정한 지속시키는 것이므로 비록 그 지속이 법적 안정성 유지, 법의 공백방지, 국회입법권의 존중을 위한 것이나 헌

법불합치결정된 법률 규정도 어디까지나 헌법에 합치되지 아니하는 법률규정이므로 헌법불합치결정을 할 수 있는 경우를 엄격히 제한해야 할 것이다. 즉 입법의 공백 등의 여지가 없는 경우에는 불합치결정을 해서는 아니된다.

앞서 지적한대로 헌법불합치결정의 경우 법원에서의 당해 재판이 국회에서의 새로운 입법이 나오기 전에 종결되어 부조화의 모순을 보일 수 있는 바 헌법불합치결정 이후 국회의 입법이 이루어질 때까지 법원에서의 당해 사건 내지 유사 사건의 재판이 정지되도록 하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다고 본다. 형벌에 관한 법률에 대해 불합치선언이 된 경우 「형사소송법 제428조에 의하여 관할법원에 대응한 검찰청검사로 하여금 형벌의 집행을 정지시키고 재심절차를 신법제정시까지 중지하여야 한다」고 본다<sup>168)</sup>.

헌법불합치결정에서 정해진 입법시한이 지난 경우 물론 무효라는 제재가 따를 것이지만<sup>169)</sup> 만약 국회가 입법의무를 이행하지 않을 경우에 대한 강제수단을 마련함이 좋을 것이나 현실적으로 그 수단을 쉽사리 찾기가 힘들다고 본다. 뒤에 언급 하듯이 헌법불합치결정이 있는 후 결정의 국회에의 이송제도와 입법을 위한 절차 등을 규정하는 것을 신중히 고려해 봄이 어떨까 한다.

## ② 한정합헌결정의 기속력 강화방안

---

168) 황우여, 위헌결정의 효력(앞의 논문), 36면 참조.

169) 독일의 경우 입법기한을 정하는 조치는 「이러한 기한이 지난 뒤에는 법률의 무효가 선언된다는 제재를 전제로 하고 있다」고 한다(황우여, 위헌결정의 형식(앞의 논문), 146면 참조).

㉠ 법원에 대한 기속력강화방안

법원에 대한 기속력의 강화를 위해서는 두말할 것 없이 헌법재판소의 한정해석을 존중하지 않은 법원의 재판에 대한 헌법재판소의 제재수단이 있어야 할 것이다. 그것을 위해서라도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되어야 할 것이다.

㉡ 국회에 대한 효력 문제

우리 헌법재판소가 한정합헌결정을 「위헌결정」의 일종으로 보는 입장인 한에서는 국회도 한정합헌해석의 취지에 따라 법조문을 개정할 의무를 지도록 제도적 장치를 입법화하는 것이 바람직하다고 볼 수도 있다. 물론 권력분립의 원칙을 들어 반대하는 입장도 있을 수 있겠는데 이러한 입장은 헌법재판의 본질 내지 존재 근거가 오히려 합헌성통제를 통한 권력분립의 유지에도 자리잡고 있음을 망각하는 것이 될 것이다.

㉢ 헌법재판소 자신에 의한 판례정책적 개선방안

헌법재판소는 가능한 한 자신이 제시한 한정해석의 내용이 존중될 수 있도록 그 한정해석의 표시에 자신의 단호한 입장을 명백히 하는 판례를 형성하는데 노력을 기울일 필요가 있다고 본다. 참고로 프랑스의 경우 헌법평의회는 우리의 한정합헌결정에 가까운 결정이라 볼 수 있는 소위 조건부합헌결정들을 내리면서 “모든 여타 해석(유보해석 외의 여타해석)은 헌법에 위반될 것이다” 또는 “위와 같은 엄격한 유보하에서”라는 문언을 결정주문에 덧붙임으로써 구속력을 강화하려는 노력을

보여주고 있다<sup>170)</sup>. 이처럼 프랑스 헌법평의회는 한정해석의 취지를 주문에 명기함으로써 한정해석결정의 법집행기관에 대한 구속력을 더욱 강하게 띠어간다는 지적이 나오고 있다<sup>171)</sup>. 또한 독일의 경우에 연방헌법재판소의 예에 의하면 합헌적 법률 해석은 이유에서 나타나지만 그러나 오늘날의 경향은 이러한 이유를 주문으로 옮기는 것이라고 하는데,<sup>172)</sup> 주문에서 판결이유를 끌어대는 표현방법은 법적 정확성을 해치기 때문에 잘못된 것이고 헌법합치적 해석의 결론을 간단 명료하게 주문에서 명기하는 것이 훨씬 바람직한 것이 될 것이라는 지적이 있다고 한다<sup>173)</sup>.

이러한 외국의 경향을 보더라도 한정합헌의 의미를 가능한 한 결정의 주문에까지 등장시켜야 한다는 조규광 재판장의 의견제시<sup>174)</sup>는 구속력 강화를 위한 중요한 노력이고 의미가 크다고 보아야 할 것이다. 이러한 주문에서의 반복은 주문 뿐 아니라 주문을 뒷받침하는 중요 이유에 대해서도 구속력을 인정

---

170) 이러한 뜻으로 F. Moderne, La déclaration de conformité sous réserve, Le Conseil constitutionnel et Les Partis politiques, P. U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1988, 100-102면 ; B. Genvevois, La Jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes dircteurs, Ed. STH, Paris, 1988, 67면 참조.

171) 이러한 뜻으로 G. Drago, L'Exécution des Décisions du Conseil constitutionnel - Effectivité du Contrôle de Constitutionnalité des Lois, Coll. Droit public positif, Economica, Paris ; P.U. d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1991, 235면 참조.

172) 황우여, 위헌결정의 형식(앞의 논문), 166면 참조.

173) 박일환, 헌법재판 판결서 주문에 관한 연구(앞의 논문), 259면 참조.

174) 헌재 1992. 2. 25. 선고 89 헌가 104, 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 한정합헌결정에서의 보충의견(관보 1992. 3. 30. 특히 24면 이하 참조).

한다면 불필요한 일로 보일지 모른다. 그러나 어느 이유설시부분이 중요이유로서 기속력이 있는 한정해석인지 그 식별이 곤란한 경우도 있을 것이므로 그러한 어려움을 없애준다는 점에서 한정해석의 내용을 주문에 포함시킴을 의의가 있다고 본다.

### (3) 위헌결정의 소급효인정에 관한 개선방안

#### ① 소급효인정범위의 확대 및 명문화 문제

위헌결정에 대한 소급효를 인정하지 않음으로써 오는 문제점은 앞서 지적하였다. 현행 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의한 예외적인 소급효로는 부족하다고 보고 그 범위를 확대하는 것이 타당하다고 볼 때, 어느 정도 확대할 것인가 하는 문제가 남는데 어려운 문제라고 하겠다. 생각건대 적어도 국민의 기본권이나 기득권 보호에 관련되는 위헌결정에 대해서는 가능한 한 소급효를 넓게 인정함이 합당하다고 하겠다.

또한 우리 대법원의 판례는 당해 사건 뿐 아니라 위헌결정이 있기 전에 법원에 계속된 동종의 사건들에 대해 소급효를 확대 인정하고 나아가 위헌결정 이후의 소송사건에도 효력을 확대시키고 있는데 그 확대의 경향은 바람직하다<sup>175)</sup>.

소급효의 인정범위 등에 대해 명문화해야 할 것인가의 문제가 있다. 그 여부를 결정하기에 앞서 먼저 명문화가 운용에 있어서 신축성을 해치지 않는지 또는 그 명문화로 오는 명확

---

175) 오스트리아의 경우 헌법재판소의 변론시 계속중인 모든 사건까지를 당해 사건으로 봄이 새로운 실무의 입장이라고 한다(황우여, 위헌결정의 효력(앞의 논문), 30면 참조).

성의 이익과 오히려 반대로 생길지 모를 역기능과의 비교형량을 해보는 등 면밀한 검토가 이루어져야 할 것이라고 본다<sup>176)</sup>.

위헌결정의 효력에 대한 논의와 실무는 세계적인 통일 내지 일반화의 경향을 띠고 있다고 보는 견해도 있다<sup>177)</sup>. 소급무효설의 전통에 입각한 독일도 입법의 공백 등을 막기 위해 불합치결정, 입법촉구결정, 합헌적 법률해석과 같은 변형판결을 이용하는 것이라든지, 반대로 장래효를 채택한 오스트리아의 경우 법률의 폐지는 장래효를 갖되 당해 사건에 대해 소급효를 인정하고 그 외 사건에 대해서도 소급효를 미치게 할 권한을 헌법재판소에 부여하는 1975년의 헌법개정이 이루어지는 등 구체적 타당성을 갖추려고 하고 미국의 경우에도 소급효를 제한하여 일정한 조건하에서의 장래효를 인정하는 등 국제적 통일의 경향을 보여주고 있다고 한다<sup>178)</sup>. 그리하여 이러한 일반적 경향의 근본적인 점은 「위헌결정의 효력을 교의적으로 해결하기보다는 헌법재판소와 대법원을 비롯한 관련 사법기관이 구체적인 사건의 정의와 형평을 고려하여 결정할 법정책적인 문제로 보는 것」이라고 한다<sup>179)</sup>.

---

176) 대한변호사협회가 제안한 헌법재판소법중개정법률안은 위헌결정의 소급효 범위를 다음과 같이 확대하여 규정하고 있다. 즉 「1. 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정, 2. 헌법상 보장된 기본권을 제한하는 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정. 그러나 이 경우에는 그 결정당시 법률 또는 법률의 조항의 적용에 관하여 쟁송 중에 있는 자와 쟁송제기의 법정기간 내에 있으면서 후에 적법한 쟁송을 제기한 자에 한한다」라고 규정하고 있다. 이 개정안에 대해서는 「인권과 정의」, 1990. 6, 121면 이하 참조.

177) 황우여, 위헌결정의 효력, 사법론집 제21집, 법원행정처, 1990, 21-23면, 36면 참조.

178) 황우여, 위의 논문, 21-23면 참조.

179) 황우여, 위의 논문, 36면.

독일의 경우 소급무효의 원칙을 고집할 때 오는 입법의 공백 등 혼란상태의 제거를 위하여 불합치선언판결이 1970년에 연방헌법재판소법에 수용되었으나 그 「불합치선언판결이 어떠한 효력을 가지고 있는지 아직 명쾌하게 해결되지 않고 있으며 이와 같은 문제는 법과 정치의 중간 영역에 속하는 어려운 문제라고 하겠다」라는 견해<sup>180)</sup>도 이러한 맥락에서 이해될 수 있겠다.

## ② 소급효인정 권한의 주체에 대한 명문화 문제

이 문제는 소급효인정여부를 개별적 사안에 따라 구체적으로 타당성 있게 그 때마다 결정해야 한다는 입장에 서는 것을 전제로 할 때 논의되어야 할 문제라고 본다. 즉 개별적 구체적 사건은 바로 법원에서의 재판사건인데 법원의 재판에서의 판결권은 법원 자신이 가지는 것이기 때문에 오는 문제이다. 헌법상 법관은 법을 해석하고 발견하여 선언하고 분쟁을 해결하는 임무, 즉 바로 사법의 임무를 지니는 것인 만큼 소급여부의 결정권도 법원 자신이 가진다고 보는 것이 타당할 것이라고 보는 견해가 있다. 그러나 우리 헌법 제107조 제1항이 「법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다」라고 규정하고 있으므로 반드시 법원의 재판권을 이유로 그러한 주장만이 타당하다고 간단히 매듭지을 문제가 아니다. 아무리 집중형사법심사제 또는 이원적 위헌심사형이라는 점을 강조한다고 하더라도 정책적인 측면에서나 헌법재판소의 집행력문제와 결

---

180) 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 146면.

부하여 고려되어야 할 문제라고 본다.

이 문제와 관련하여 우리 헌법재판소의 견해를 밝히는 직접적인 판례를 현재로서는 찾아보기 힘들다. 그러나 헌법재판소는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정(헌법불합치 결정)<sup>181)</sup>에서 자신의 위헌여부결정권과 법원의 재판권과의 관계에 대해 다음과 같이 실시한 점으로 미루어 보아 법원의 권한을 존중하는 입장이 강하다고 볼 수 있다. 즉 동결정에서 헌법재판소는 「헌법재판소법 제45조 본문의 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적, 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하여야 한다. 전제사건에 관한 재판은 법원의 고유 권한에 속하기 때문이다」라고 밝히고 있다.

참고로 보면 위헌결정의 효력에 대해 엄격한 장래효를 채택하고 있는 오스트리아의 경우에 1975년 헌법개정으로 법률의 폐지는 장래효를 갖되 당해 사건만은 소급효를 갖도록 명문을 두는 한편 폐지의 효력을 당해 사건 이외에도 소급적으로 미치게 하느냐를 결정할 권한을 헌법재판소에 부여하여 판결에서 이 점에 관하여 달리 선고할 수 있도록 하였고<sup>182)</sup> 최근 오스트리아 연방헌법재판소는 개개의 위헌법률에 대한 판결에서 소급효의 대상이 될 당해 소송사건의 범위에 관하여 구체적으

---

181) 헌재 1989. 9. 8. 선고 88 헌가 6, 헌법재판소판례집 제1권, 199면 이하 참조.

182) 황우여, 앞의 논문, 23면.

로 판시를 한다고 한다<sup>183)</sup>.

생각건대 위헌결정의 효력이 소급적으로 미칠 것인가 여부, 또 당해 사건이나 유사사건에서 그 적용이 거부되는 효과를 가질 것인가 여부 등에 대해 판단할 수 있는 권한은 법원과 헌법재판소 두 기관 중 어느 기관에 부여할 것인가의 문제는 사실 헌법정책적인 측면에서 고려될 수도 있는 문제라고 할 것이고 절대적으로 어느 한 기관이 전담하는 것이 필연적이라고 볼 수는 없다고 할 것이다. 이는 모든 국가들에서 예컨대, 위헌결정의 효력이 소급효이면 소급효, 장래효면 장래효라는 하나의 일률적인 동일한 내용의 효력만을 가지는 것이 아니라 국가마다 소급효, 즉시효, 장래효 등 달리 인정하고 있다는 점을 보더라도 그러하다<sup>184)</sup>.

끝으로 한 가지 지적되어야 할 점은 법률의 위헌여부가 법원의 재판에서 전제되지 않았으면서도 법률에 대해 위헌심사가 이루어지는 경우, 즉 현재로는 법률에 대한 직접적 헌법소원의 경우가 이 경우일텐데 이 경우에는 헌법재판소가 위헌법률과 위헌결정의 효력, 소급효 등에 대해 적극적인 판단을 행하여야 할 것이라고 본다. 왜냐하면 이 경우에는 헌법재판소가 당해 사건, 즉 헌법소원이라는 기본권 구제의 구체적 소송사건의 해결 임무를 직접 지기 때문이다.

---

183) 박일환 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 1989, 헌법재판소, 169면 참조.

184) 이러한 견지에서, 구 헌법하의 법률의 지속효 심사를 어느 기관이 해야 할 것인가 등의 문제는 헌법전체의 구조에 따른 헌법정책적 고려가 뒤따라야 할 문제라고 보는 견해(이임성, 법률의 지속효에 관한 시론, 인권과 정의, 1990년 4월호 64면)에 귀 기울일만하다고 본다.

#### (4) 위헌결정·헌법불합치결정 후 국회입법 확보를 위한 제도

특히 헌법불합치결정 등이 있을 후 국회의 입법의무의 이행을 담보하는 것이 필요한데 그 방안을 찾기가 쉽지 않을 것이다. 한 가지 보조적인 방안으로서, 프랑스에서의 제안, 즉 구체적·사후적 위헌법률심사제를 도입하고자 하는 프랑스의 1990년 헌법개정 논의시에 이루어진 제안을 참고할 만하다. 그것은 위헌결정의 의회에의 자동이송제도를 두어 의회로 하여금 일정기간 내에 위헌결정된 법률을 개정하도록 하자는 제안이었다. 즉 이는 위헌결정으로 인한 입법상의 공백을 의회가 스스로 메꿀 수 있게 하기 위한 한 방안으로서 마련된 것으로서, 그 내용을 보면 위헌결정이 있을 경우 헌법평의회의 의장은 위헌결정이 있을 후 8일 이내에 의회에 위헌결정을 이송하도록 하는 것이었다. 이러한 제안의 규정은 원래 정부가 제안한 원안에는 없었던 것이었고 상원에서 제안된 것이었는데 정부와 하원이 상원의 이 제안을 받아들여 정부안에 첨가된 것이다<sup>185)</sup>. 이러한 이송제도는 우리의 경우에도 고려해볼직 하다고 본다.

위헌결정, 헌법불합치결정의 국회에의 이송제도를 두어 국회로 하여금 가능한 한 조속한 시일 내에 위헌결정된 법률을 개

---

185) 이러한 프랑스의 입법논의에 대해서는, L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, *Revue française de Droit constitutionnel*, 1990, n°4, 593-594면 참조.

정하도록 하는 것은 입법의 공백을 빨리 메꾸게 하고 법적 안정성을 빨리 회복시키게 하며 나아가 국회의 입법권 행사에도 충실을 기하게 하여 결국 입법부의 입법권 존중에도 바람직하다고 본다. 이는 특히 우리의 경우 헌법재판소가 국회에 대해 입법의무를 부과하는 결정인 헌법불합치결정이 내려진 규정을 국회가 빨리 개정하지 않는 현실을 볼 때<sup>186)</sup> 더욱 그러하다. 이러한 이송제도가 권력분립주의에 반하는 주장이 있을 수 있으나 헌법재판의 본질을 고려하건대, 그리고 오히려 견제·균형이라는 권력분립주의의 본질을 생각하건대 권력분립주의에 위배된다고 말할 수 없을 것이다. 이러한 국회이송제도는 위헌 결정, 헌법불합치결정 등의 기속력을 실효성 있게 하는 데 긍정적인 효과를 가져올 수 있다고 보여진다.

#### (5) 판례에 의한 적극적인 해석운용노력의 강화

독일 등 헌법재판이 일찍부터 자리잡아 활발히 이루어지고 있는 국가들의 경험을 보건대 위헌법률심판의 결정효력에 대해 실정법 자체에 충분한 규정이 없는 경우 헌법재판소 자신이 스스로 그 효력에 대한 판례를 형성해 가고 있음을 볼 수 있다. 예컨대 프랑스의 경우 앞서 밝힌대로 결정효력이 주문 뿐 아니라 주문을 뒷받침하는 중요 이유에도 미친다는 법리를

---

186) 국회의원선거법 제33조, 제34조에 대한 헌법불합치결정에서 헌법재판소가 정해진 1991년 5월말의 시한을 넘긴 것이 그 예이다. 물론 예외적으로 빨리 개정한 예가 없지는 않다. 즉 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대해서는 헌법불합치결정 후 단시일 내에 국회가 개정할 바 있다.

실정법이 아니라 헌법평의회 자신이 일찍이 스스로의 관례로 확립한 것 등은 헌법재판기관의 적극성을 보여주는 것이다. 우리 헌법재판소도 그 활동 역사가 짧다는 점을 감안해 볼 때 이 점에 있어서 결코 외국의 헌법재판기관에 뒤진다고 보지는 않는다. 예를 들어 논란이 많았던 폐지법률에 대한 헌법재판허용여부문제 등에 대해 적극설의 관례를 확립한 예<sup>187)</sup> 등은 헌법재판소의 업적들 중의 하나라고 보아도 좋으리라 생각된다.

앞으로도 관례에 의해 결정효력에 관한 법리를 헌법재판소가 스스로 발전시키고 밝혀나가는 노력이 중요하다고 본다.

---

187) 헌재 1989. 7. 14. 선고 89 헌가 5,8 89 헌가 44(병합), 구 사회보호법 제5조의 위헌심판 등 참조.

## 제2절 헌법소원심판절차의 문제점과 개선방향

### 1. 서언

#### 1) 우리나라 헌법소원제도의 특성과 문제

현행헌법은 헌법재판소제도의 도입과 더불어 우리나라 헌정 사상 최초로 헌법소원제도를 규정하였다. 헌법소원제도의 도입은 공권력의 헌법상 기본권에의 기속성을 확보함으로써 기본권의 보장의 신장과 나아가 헌법질서의 유지·보장에 기여함으로써 실질적 법치주의를 실현하고 입헌주의를 확보하는 중요한 계기가 되리라 생각되고 있다. 특히 헌법이 현실에 대해 규범력을 가지지 못하고 국민의 기본권 보장도 헌법상의 공허한 약속에 지나지 않았으며 기본권 보장의 보루로서의 법원도 무력했던 과거를 경험했던 우리나라에서 헌법상 기본권보장의 실효성 있는 제도로서 헌법소원제도의 도입은 국민의 기본권 보장과 입헌국가 확립에 새로운 지평을 열어주는 계기가 되리라 기대하고 있다. 이와 같은 기대감은 헌법소원심판사건이 1992. 11. 30일 현재 헌법재판소 사건접수 총 1630건 중 1189건에 이름으로서 독일의 경우와 마찬가지로 헌법재판소의 심판사건 중 가장 많은 부분을 차지하고 있는데서도 나타나고 있다<sup>188)</sup>.

그러나 헌법소원제도가 실시된 지 5년에도 채 미치지 못함에도 헌법소원제도에 있어 많은 문제점과 헌법재판소법 해석을 둘러싸고 여러 쟁점이 제기되고 있으며 이에 관한 입장에도 많은 차이가 나타나고 있다. 특히 이러한 헌법소원제도의 운영에 있어서의 문제점에 관해서는 헌법소원제도에 관해 비교적 오랜 역사를 가지고 있는 독일에 있어서도 아직도 이에 관한 헌법재판소법의 후진적 성격이 지적되고 있는 만큼<sup>189)</sup> 일조일석에 해결될 수 있으리라고 생각되지는 않지만 우리나라의 헌법소원제도는 특히 몇가지 구조적 문제로 인하여 모처럼 도입한 헌법소원제도의 실효성 자체를 위협받고 있을 뿐 아니라 독일과 같은 나라가 과거에 겪었거나 겪고 있는 문제점도 나타나고 있다. 우리나라 헌법소원제도의 문제점은 종래 학자들이나 법조실무자들, 그리고 대한변호사협회 등의 단체의 지적이나 헌법소원에 관한 통계자료에 기초해 볼 때 다음과 같은 몇가지로 요약할 수 있을 것이라 생각된다.

첫째, 우리 헌법은 제6장에서 독일과 오스트리아와 유사한

188) 1992. 11. 3. 현재 헌법재판소에 접수, 처리된 심판사건현황은 아래 표와 같다.

구 분	접 수	처 리	계 속 중
합 계	1630	1294	336
위헌법률심판	254	235	19
탄핵심판			
정당해산심판			
권한쟁의심판	2		
헌법소원심판	1189	874	315
소원불수리	185	185	

189) Zuck, aaO, S. 94

헌법재판소제도를 도입하면서 제11조 1항 5호에서 헌법재판소의 관할사항의 하나로 헌법소원심판을 규정하고 있다. 그러나 다른 한편으로는 제107조 2항에서 구체적 사건에서 명령, 규칙, 처분의 위헌여부가 문제가 된 경우에는 대법원이 최종적으로 심사할 권한이 있다고 규정함으로써 미국식의 사법심사제도를 규정하고 있다. 또한 연방헌법재판소를 일반법원과 같이 사법에 관한 제9장에 규정하면서 연방헌법재판소를 헌법재판에 관한 한 최고의 사법기관으로 규정하고 있는 독일기본법과는 달리 우리 현행헌법의 경우 사법에 관한 제5장과는 별도로 제6장에서 헌법재판소에 관한 규정을 두고 있으며 또한 제101조 2항은 ‘법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다’고 하여 헌법재판소를 법원과 별개의 국가기관으로 규정하고 헌법재판소가 최고의 사법기관임을 인정하고 있지 않다. 이로 인하여 법원의 재판은 헌법소원의 대상으로 할 것이냐 여부에 관한 논의에 결정적 계기를 제공한 바 있으며 법무사법시행규칙에 관한 헌법소원심판사건에 관한 헌법재판소의 1990. 10. 15, 89 헌마 178 결정을 둘러싸고도 많은 분쟁을 야기한 바 있다. 또한 앞으로도 후술하는 바와 같은 보충성의 원칙에 대한 예외의 인정여부라든가 원행정처분에 대한 헌법소원의 인정여부 등의 문제를 둘러싸고 헌법재판소와 대법원간에 많은 견해차를 야기할 소지를 제공하고 있다.

둘째, 현행 헌법재판소법은 헌법소원제도의 실효성에 중대한 의문을 야기케 하는 문제점을 함유하고 있는데 이는 무엇보다도 동법 제68조 1항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는데서 연유한다. 이와 같이 법원의 재판을 헌법소원

의 대상에서 제외시킴으로써 헌법재판소법 제68조 1항 2문에서 규정하고 있는 보충성의 원칙과 관련하여 사실상 헌법소원의 대상은 사법적 구제절차가 인정되지 않는 공권력의 행사 또는 불행사에 한정되게 되었다. 이 점은 종래 독일의 경우 헌법소원의 대상의 거의 90% 이상이 법원의 재판인 점에 비추어 보면 비록 ‘공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 소송의 길이 열려 있다. 다른 관할권이 입증되지 않는 한 정규의 소송이 인정된다. 제10조 2항 2문에 관해서는 그렇지 아니다.’라고 하는 독일기본법 제19조 4항과 같은 규정을 가지고 있지 않아 사법적 구제절차가 인정되지 않는 공권력행사나 불행사의 여지가 독일의 경우보다 넓다고 한다 하더라도 사실상 헌법소원의 제기대상을 광범위하게 제한함으로써 사법통제의 의미를 강하게 가지는 헌법소원제도의 취지를 무력하게 만들고 있다.<sup>190)</sup> 이 점은 우리나라와 같이 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 하고 있지 않는 오스트리아의 경우와 비교해 보아도 그러하다. 오스트리아 헌법 제144조 1항은 ‘헌법재판소는 소원제기자가 행정관청의 처분으로 헌법상 보장된 권리가 침해되었거나 위법한 법령, 또는 조약, 위헌법률을 적용한 처분으로 그의 권리가 침해되었다고 주장하는 경우에 행정관청의 처분에 대한 헌법소원에 관해 재판한다. 헌법재판소는 또한 위와 동일한 전제하에서 특정인에 대한 행정관청의 명령 및 강제권의 행사에 대한 헌법소원에 관하여 재판한다. 헌법소원

---

190) 그런 점에서 본래의 헌법소원사상이 모조리 없어져 버려 모처럼 헌법이 규정하고 있는 헌법소원심판제도는 의미가 없는 것이 되어 버리지 않았나 하는 의구가 있었던 것도 사실이다(권영성, 한국의 헌법재판제도, 서울대학교 법학 제29권 3,4호, 1988, 44면).

은 심급을 거쳐야 하는 경우에는 심급절차를 모두 종료한 후에야만 제기할 수 있다'고 하고 있고 동조 3항은 '헌법재판소가 행정관청의 처분이나 행정관청의 명령 및 강제권의 행사로 제1항에서 말하는 권리가 침해되지 아니하였다고 인정하고, 제133조에 따라 위 헌법소원이 행정재판소의 관할로부터 배제되지 아니한 경우에, 헌법재판소는 본안에 들어가지 아니하고 소원제기자의 신청에 따라 당해처분에 의하여 기타 권리를 침해받았는가 여부를 결정받도록 하기 위하여 사건을 행정재판소에 이송하여야 한다'고 하여 우리나라 헌법과는 달리 행정처분이 헌법상 보장된 권리를 침해한 경우에는 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있도록 하고 있는 것이다. 게다가 법무사법 시행규칙에 관한 헌법소원심판사건에 대한 헌법재판소의 결정을 비판한 법원행정처 헌법연구반의 연구보고서의 주장처럼<sup>191)</sup> 행정입법에 의한 헌법상 권리의 침해의 직접성이 인정되는 경우 행정쟁송절차에서 곧바로 행정입법을 대상으로 삼아 다룰 수 있다고 한다면 사실상 헌법소원이 인정될 수 있는 영역은 극히 제한될 수밖에 없을 것이다.

셋째, 현행 헌법재판소법은 헌법소원의 청구기간을 동법 제68조 1항의 헌법소원심판의 경우는 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그리고 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하도록 하고 다른 법률에 의한 구체절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 청구토록 하였으며(제69조 1항) 동법 제68조 2항의 헌

---

191) 동보고서, 23면

법소원심판의 경우에는 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하도록 하고 있다.(제69조 2항) 그러나 이러한 헌법소원청구기간이 너무 짧지 않느냐 하는 지적이 있다. 이 점은 헌법소원심판사건의 각하사유별 현황에서도 나타나는데 청구기간이 경과함으로써 각하된 것이 1992. 11. 30 현재 총 각하건수 459건 중 95건을 차지하고 있는 점에서도 나타나고 있다<sup>192)</sup>. 또한 이러한 청구기간은 행정소송법 제20조 1항과 2항이 규정하고 있는 제소기간에 비추어 보아도 짧다. 그런 점에서 이미 1989년 당시 평화민주당의 헌법재판소법 개정안과 통일민주당의 헌법재판소법 개정안에서도 헌법소원 청구기간을 연장하려는 내용이 들어 있었다. 그런 점에서 헌법소원 청구기간의 연장문제가 검토될 필요성이 있다.

넷째, 현행 헌법재판소법 제68조 1항 단서는 ‘다만 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.’고 하여 헌법소원 제기요건으로 보충성의

192) 1992. 11. 30 현재 지정재판부에 의한 헌법소원심판사건의 각하사유별 현황은 아래와 같다.

구 분	§68①	§68②	계
계	452	7	459
○ 다른 구제절차를 모두 거치지 않은 경우 (헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 진단)	42		42
○ 법원의 재판에 대하여 청구된 경우 (동 제1호 후단)	28		28
○ 청구기간이 경과된 경우 (동 제2호)	95		95
○ 대리인 선임이 없는 경우 (동 제3호)	223	5	228
○ 기타 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우 (동 제4호)	64	2	66

원칙을 규정하고 있다. 그러나 독일 연방헌법재판소 제90조 2항이 보충성의 원칙과 함께 보충성의 원칙의 예외를 규정한 것과는 달리 보충성의 원칙에 대한 예외규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 다른 권리구제절차가 있는 경우라 하더라도 일정한 경우에는 그 구제절차를 거치지 아니하고 바로 헌법소원을 제기할 수 있는 경우가 인정될 수 있는지 여부를 둘러싸고 논란이 제기되고 있다. 즉 헌법재판소는 일관하여 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있음에 반해<sup>193)</sup> 법원행정처 헌법재판 연구보고서는 이를 부정하고 있으며<sup>194)</sup> 실무가나 학자들 사이에도 의견이 나누어지고 있다. 그런 점에서 이에 관한 명시적 입법의 필요성이 인정된다 할 수 있다.

다섯째, 현행 헌법재판소법 제25조 3항은 변호사강제주의를 규정하고 있는데 이것이 주로 문제되는 것은 헌법소원심판의 경우이다. 변호사강제주의에 관해서는 헌법재판소가 합헌이라 결정하긴 하였으나<sup>195)</sup> 헌법재판소 활동현황통계에서 볼 수 있듯이 대리인으로 변호사를 선임하지 않음으로써 각하된 사건이 제일 큰 비중을 차지하고 있는 실정이다. 헌법소원심판에 있어 변호사선임을 요구하는 것이 부당하다고 할 수는 없을 것이지만 독일이나 스위스 등의 입법례에서 보듯이 반드시 변호사선임을 강제해야 할 것인지, 특히 헌법재판의 특성에 비추어 대리인이 반드시 변호사자격을 가진 자로 하여야 하는지에

---

193) 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정한 헌법재판소의 결정의 예로는 현재 1989. 3. 17. 선고, 88헌마 1; 1989. 9. 4. 선고, 88헌마 22; 1990. 6. 25. 선고, 89헌마 220; 1990. 10. 15, 89헌마 178등이 있다.

194) 동보고서, 35면 이하

195) 현재 1990. 9. 3. 선고, 89 헌마 120, 212

대한 비판이 제기되고 있다.

여섯째, 현행 헌법재판소법 제68조 1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.’고 규정하여 헌법소원심판의 대상을 법원의 재판을 제외한 공권력을 행사와 불행사로 정하고 있다. 법원의 재판에 관해서는 앞에서 언급하였지만 그 외의 공권력의 범위도 명확하지 않다. 특히 우리 헌법재판소는 이를 인정하고 있지만<sup>196)</sup> 법률에 의한 기본권 침해시에 헌법소원을 제기할 수 있는지는 문제가 되며 이를 인정하는 경우에도 법률에 대한 헌법소원은 다른 헌법소원과 그 성질상 차이가 있으므로 이를 입법적으로 해결할 것을 주장하는 견해가 있으며 법률과 같은 효력을 가지는 긴급명령이나 긴급재정경제명령, 조약 등도 같은 맥락에서 논의되고 있다. 또한 입법부작위에 대하여 어느 범위에서 헌법소원을 제기할 수 있을는지 하는 것은 입법론적 차원보다는 법해석론적 차원에서 논의된다 할 것이다. 한편, 명령이나 규칙이 헌법소원의 대상이 될 수 있느냐 여부는 헌법 제107조 2항과 관련하여 논란의 대상이 아닐 수 없으며 이 점을 둘러싸고 이미 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원심판사건에서 첨예하게 의견의 대립이 나타난 바 있다. 또한 이미 행정소송을 거친 원 행정처분에 대한 헌법소원이 가능하냐 하는 문제도 앞으로 헌법재판소와 법원과의 관계에서 중대한 문제로 제기되고 있다.

---

196) 헌재 1989. 3. 17 선고, 88헌마 1

일곱째, 헌법소원제도의 가장 큰 문제점의 하나로 남소의 폐해를 들 수 있는데 헌법재판소가 제대로 기능을 수행할 수 있기 위해서는 이를 방지할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 무엇보다 중요하다. 이 점은 우리나라 헌법재판소의 활동현황에서도 그대로 나타나고 있는데 헌법소원제도와 그 제기요건에 대한 소원 제기자나 변호사의 오해나 무지로 인하여 헌법소원의 제기 요건을 갖추지 못하여 각하되는 경우가 대부분일 뿐 아니라 설사 제기 요건을 갖춘 경우라 하더라도 인용되는 경우는 극히 드물다. 이리하여 현행 헌법재판소법은 지정재판부 제도를 두어 헌법소원제기에 대한 사전심사를 통해 일차 제기 요건을 갖추지 못한 헌법소원을 일차 거르게 하고 있긴 하지만 지정재판부의 업무가 폭주하고 그 권한이 제한적이어서 이의 조직 보강과 권한 강화, 또는 독일 연방헌법재판소사 무규칙에서 규정하고 있는 바와 같은 소송심의관제도의 도입이 주장되고 있다.

여덟째, 현행 헌법재판소법은 독일 연방헌법재판소법 제32조와 같이 일반절차규정에서 가처분제도를 두고 있지 않고 특별심판절차에서 개별적으로 가처분에 관한 규정을 두면서 정작 가처분제도의 필요성이 큰 헌법소원심판절차에는 가처분에 관한 규정을 결여하고 있다. 그런 점에서 가처분이 인정될 수 있는 경우, 그 신청 및 심리와 이의 절차, 그리고 가처분의 내용과 효력, 가처분의 취소 등에 대한 입법을 하여야 할 것이다.

아홉째, 현행 헌법재판소법에 의하면 헌법소원은 두가지 유형으로 나누어지고 있다. 즉 헌법재판소법 제68조 1항의 헌법소원과 동조 2항의 헌법소원이 그것이다<sup>197)</sup>. 제68조 1항의 헌

법소원이 본래의 의미에서의 헌법소원을 의미하는 것으로 동조 2항의 헌법소원은 우리나라에 독특한 제도이다. 그런데 양자는 그 성질이나 내용에 있어 전혀 다르며 제68조 2항의 헌법소원은 본래의 의미의 헌법소원이라기 보다 그 실질은 위헌법률심판의 의미를 가진다. 그런 점에서 이를 헌법소원의 한 종류로 규정하는 것은 부당하다는 지적이 나오고 있다. 이에 관한 제도적 개선의 구체적 내용은 법원의 합헌결정권이 인정되느냐 여부와 연관되는 것이지만 이의 제도적 조정이 문제된다 할 수 있다.

이상과 같은 우리나라 헌법소원제도에 관한 여러 문제들 중 법원의 재판권을 헌법소원의 대상으로 할 것이냐 여부는 이미 헌법재판소법 제정당시와 그 이후에도 헌법소원제도의 가장 첨예한 쟁점으로 많은 논의를 거쳤기 때문에 본 연구보고서의 논의대상에서 제외하기로 하였고 또 첫 번째 문제도 헌법재판제도에 관한 헌법상의 기본적 구도에 관한 문제로서 본 연구의 대상으로는 부적합하다고 생각되어 제외하였다. 또한 변호사강제주의는 앞의 일반절차에서 이미 다루었다. 그런 점에서 본 연구 보고서는 주로 이들 문제를 제외한 나머지 문제를 대상으로 하기로 하였다. 그리고 이들 문제점을 중심으로 학자들이나 실무자들의 지적과 헌법재판소의 헌법소원제도의 운영현황을 중심으로 살펴보고 이에 관한 이론과 외국의 입법례를 참조하여 앞으로의 개선방향을 살펴보기로 한다.

---

197) 헌법재판소법 제68조 1항의 헌법소원을 권리구제형 헌법소원으로, 그리고 동조 2항의 헌법소원을 위헌심사형 헌법소원이라 부르고 있는데(최광률, 헌법재판제도의 제문제, 헌법재판소, 헌법재판자료 제1집, 1989, 486면) 이에 대해 반대하는 의견도 있다.

## 2) 헌법소원제도의 본질과 개선방향

우리 헌법소원제도의 문제와 개선방향을 살펴보기 위해서는 먼저 헌법소원제도의 취지나 기능, 성격 등의 고찰에서 출발하지 않으면 안된다.

### (1) 헌법소원제도의 취지

헌법소원제도의 본래의 취지는 입법, 집행, 사법을 포함하는 모든 국가권력의 기본권에의 기속성을 확보하고자 하는 데 있다. 주지하는 바와 같이 헌법 제10조에 의해 모든 직접, 간접의 국가권력은 기본권에 기속되며 국민의 기본권을 최대한 존중해야 할 의무가 있다. 헌법소원제도는 이러한 국가권력의 위헌적 행사에 의해 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 경우에 이에 대한 구제를 통해 국가권력에 대해 국민의 기본권의 실현을 확보하는데 그 제도적 의의가 있는 것이다. 이렇게 본다면 원칙적으로 기본권에 기속되는 국가권력은 모두 헌법소원의 대상이 되어야 한다고 보아야 할 것이다. 그런 점에서 후술하는 바와 같이 우리 헌법재판소법이 사실상 헌법소원의 대상을 극히 제한하고 있는 것은 헌법소원제도의 본래의 취지에 반한다고 생각되고 앞으로의 제도의 개선방향은 이러한 취지를 실현하는 방향으로 이루어져야 할 것이다.

## (2) 헌법소원제도의 기능

헌법소원제도는 이중적 기능을 가진다. 즉 헌법소원은 국민의 헌법상 보장된 기본권의 침해를 구제하는 주관적 권리의 보장수단일 뿐만 아니라 나아가 이를 통한 객관적 헌법질서의 유지, 보장 기능도 가지는 것이다. 그런 점에서 예컨대 법률에 대한 헌법소원을 통한 추상적 규범통제와 같은 것은 인정될 수 없는 반면 권리보호이익의 확대, 직권심리주의의 강화나 인용결정범위 및 효력의 확장, 보충성의 원칙의 예외 사유로서의 일반적 중요성의 인정, 헌법소원심판비용의 무상성 등이 인정되는 것이다. 따라서 권리보호이익을 지나치게 엄격하게 해석한다든가 심리의 범위를 소원청구인의 청구내용에만 한정한다든가 하는 것은 타당하지 못하다.

## (3) 헌법소원제도의 성격

헌법소원제도는 예외적이고 보충적인 특별권리구제수단이다. 그런 점에서 헌법소원제도는 다른 법률이 규정하는 권리구제수단에 의해 구제되지 않는 기본권 보장의 사각지대를 막기 위한 구제수단으로서의 의미를 가지는 것이고 헌법재판소법 제68조 제1항 후문이 규정하는 보충성의 원칙도 이러한 헌법소원제도의 본질에 비추어 당연히 나오는 것이다. 따라서 헌법소원제도가 일반적 권리구제수단으로 기능하게 하는 것은 용납될 수 없는 것이지만 또 한편으로 다른 권리구제수단이 기본권 침해에 대한 구제기능을 수행할 수 없거나 사실상 의미

가 없는 경우에는 헌법소원을 인정하여야 한다. 그렇지 않으면 헌법소원제도의 제도적 의의가 몰각되고 말 것이다. 헌법소원에 있어서의 보충성의 원칙의 예외와 같은 문제는 그러한 관점에서 이해되어야 할 것이다.

#### (4) 헌법소원제도의 비재심성

헌법소원은 일반법원의 소송에서 패소한 자가 헌법재판소에서 패소판결의 객관적 정당성을 한번 더 심사받을 수 있는 기회를 부여하는 재심제도가 아니다. 즉 법률이나 명령 등의 해석과 사실 관계의 확정 및 법령의 이에 대한 적용은 일반법원의 고유한 권한에 속하는 것이며 헌법소원을 통해 헌법재판소가 법원의 이러한 권한에 개입하는 것은 인정될 수 없는 것이다. 반면 헌법재판소가 헌법소원을 통해 공권력의 헌법위반 여부를 판단하는 것에 대해 사법권을 침해한다거나 대법원의 최고 법원성을 침해하는 것으로 보아서도 안될 것이다. 그런 점에서 예컨대 명령, 규칙, 처분이 헌법소원의 대상이 되느냐 하는 문제에 있어서도 이를 법원의 사법권과 대법원의 최고법원성 침해라는 시각에서 파악하는 것은 온당하지 못하다고 여겨진다.

#### 3) 헌법소원제도에 대한 평가와 개선방향

현행 헌법재판소법상의 헌법소원제도를 앞으로 어떻게 개선, 발전시켜야 할 것인가 하는 점은 기본적으로 헌법소원제도를

어떻게 평가하느냐 하는 문제와 관련되어 있다. 사실 현행 헌법에 의해 헌법소원제도가 최초로 도입되긴 하였으나 헌법개정 당시나 그 뒤 헌법재판소법 제정과정, 그리고 헌법재판소의 발족과 헌법소원제도의 실시 이후에도 알게 모르게 헌법소원제도를 보는 관점의 차이가 노정되고 있는 것을 볼 수 있고 앞으로의 헌법소원제도의 개선방향도 그 밑바탕에는 이러한 헌법소원제도에 대한 평가의 문제가 깔려 있게 될 것이라 생각된다. 예컨대 헌법소원의 대상을 어떻게 할 것인가, 즉 재판을 헌법소원의 대상으로 할 것인가, 그리고 명령이나 규칙, 그리고 원 행정처분은 헌법 제107조 2항과 관련하여 헌법소원의 대상이 된다 할 수 있을 것인가, 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정할 것인가, 권리보호이익을 어느 정도 인정할 것인가, 인용결정의 효력은 어느 정도 인정할 것인가 등은 이러한 헌법소원제도의 평가문제와 연관되어 있는 것이다. 그리고 이러한 헌법소원제도에 관한 평가의 배경에는 헌법소원에 관한 종래의 많은 논쟁이 그러하였듯이 헌법재판소와 법원의 권한관계와 위상의 문제가 짙게 깔려 있음도 부인할 수 없는 사실이라 할 수 있다.

헌법소원제도가 현행헌법에 규정되게 된 배경은 분명하지 아니하다. 1987년 당시 민정당의 헌법개정안이나 야당의 헌법 개정안에는 헌법소원제도가 규정되지 않았는데 국회헌법개정 특별위원회에서 그 동안 각 정당간에 이루어진 개별요강에 관한 합의 내용을 토대로 하여 기초, 성안한 헌법개정안을 1987. 9. 17 헌법개정 특별위원회안으로 채택함으로써 현행헌법에 수용되게 되었다. 이러한 과정에서 헌법소원제도가 헌법개정 특별

위원회안 속에 포함되게 된 경과는 당시 회의록에 나타나 있지 않아 그 취지나 논의의 내용 등은 알 수 없으나 헌법 제 111조 1항이 헌법재판소의 관할 사항 중 헌법소원심판에 관해 서만 ‘법률이 정하는’ 헌법소원에 관한 심판이라 하여 헌법소원제도의 도입이 헌법개정당시의 정당간의 타협적 산물임과 동시에 그에 대한 평가도 입법에 상당 부분 유보하였음을 보여주고 있다. 그 결과 헌법소원제도에 대한 평가문제는 헌법재판소법 제정을 둘러싸고 표면에 등장하게 되었다.

주지하는 바와 같이 헌법재판소법 제정 당시 가장 참여한 의견대립을 가져 온 것은 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 할 것이냐 여부의 문제였고 이 문제를 다루면서 헌법소원제도에 대한 평가의 문제가 수반되었던 것이다. 즉 당시 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외해야 한다는 측에서는 그 논거의 하나로 헌법소원제도 자체가 가지는 폐해와 부작용을 들었던 것이다. 사실 현행 헌법재판소법은 이러한 헌법소원제도에 대한 부정적 평가에 많은 영향을 받았고 헌법소원제도가 사실상 형해화할 위험에 직면하게 된 것도 이러한 결과에 다름 아닌 것이다. 이러한 태도는 법원 행정처의 헌법재판연구반보고서가 헌법소원절차가 일반사법절차에 비하여 반드시 국민권리구제를 위하여 유익한 것이 아니며 헌법소원심판권의 확대가 국민의 권리구제에 도움을 주기보다는 오히려 역작용을 초래할 수 있다는 지적에서 극명하게 나타난다<sup>198)</sup>.

헌법소원제도에 대한 부정적 평가는 다음 몇 가지 이유에 기

---

198) 법원행정처 헌법연구반, 연구보고서 명령 규칙에 대한 위헌심사권, 1990, 41면 이하

초하고 있다.

첫째, 남소의 폐해를 들 수 있다. 헌법소원제도를 시행하고 있는 독일의 경우를 예로 들어 독일 기본법 제19조의 존재로 인하여 권리보장이 충분히 이루어지고 있음에도 인용률이 1.39% 정도에 불과한 헌법소원제도를 두고 있는 것은 너무나 사치한 것이고 오히려 헌법소원제기자인 국민에게 허탈감만 가져올 뿐 아니라 연방헌법재판소의 업무부담을 가중시키고 다른 사건의 처리를 지연시켜 헌법재판소의 본질적 기능을 저해하는 역기능을 초래한다는 비판이 있다는 것이다.<sup>199)</sup>

둘째, 헌법소원은 주로 개별적인 당사자 사이에만 문제가 되는 사소한 문제를 대상으로 할 뿐 아니라 소원이 인용된 경우라 하더라도 그것이 절차법적인 의미를 가질 뿐이어서 통상법원에 환송된다 하더라도 판결의 결론에 미치는 영향이 대수롭지 않다는 것이다.<sup>200)</sup>

셋째, 독일의 헌법소원제도는 원래 히틀러 정권과 그 정권의 하수인 노릇을 하였던 그 당시의 사법권에 대한 반동으로 생성, 발전된 것으로서 효과적인 권력통제를 통하여 헌법의 규범력을 높이고 정치 생활을 헌법적 규범의 테두리 속으로 끌어들이기 위한 역사적 시대적 요청에 기하여 도입된 것이기 때문에 전세계적으로 지극히 독특하고 희소한 제도이며 따라서 정치적, 사회적 배경이 판이한 우리나라에서 이 제도를 도입하는 것은 대단히 큰 위험성을 수반할 것이라는 것이다<sup>201)</sup>.

---

199) 박일환, 헌법소원제도에 관한 연구, 인권과 정의 1989. 5, 66-67면

200) 박일환, 상계논문, 66면

201) 이강국, 헌법재판소법의 제정에 관하여, 헌법재판제도, 법무자료 제 95집, 1988, 51면

넷째, 독일의 기본법은 공권력에 의한 기본권 침해에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정되어 있지만 우리의 현행 헌법 제107조 2항은 명령, 규칙, 처분의 위헌, 위법 여부에 대해서는 대법원이 최종적으로 심판하도록 규정하고 있어 공권력행사 중 명령, 규칙, 처분에 대해서는 헌법 그 자체에 의하여 헌법소원을 허용할 수 없게 되었고 서독식으로 헌법소원을 공권력행사로 인한 기본권 침해에 대한 구제수단이라고 개념정의할 수도 없게 되어 있다는 것이다<sup>202)</sup>.

다섯째, 헌법소원은 입법, 행정, 사법에 대한 전면적 통제를 가져오는 제도이고 그것도 바로 공권력의 본질에 관한 제약으로서 이러한 공권력이 의도하는 국가목적의 실현에 커다란 제약을 줄 수 있다는 것이다. 즉 아직 개발도상국인 우리나라의 입장에서 합목적성을 위한 국가의지의 발현에 지나친 제약이 온다면 국가발전에 지장을 초래할 우려가 있고 이를 이유로 헌법기관의 반발을 초래한다면 헌법재판 자체가 명목화될 수 있다는 것이다<sup>203)</sup>.

여섯째, 국민의 기본권 신장은 법률집행자가 이를 존중하는 것도 중요하지만 기본적으로 국민 개개인이 기본권을 포함한 자유민주적 기본질서에 대한 의식이 확고하여 사회전반에 그러한 의식이 공감될 때에 비로소 실현이 가능한 것이라고 볼 때에 헌법소원의 본격적 실시는 시기 상조이며 특히 남소경향이 짙은 우리나라에서의 이의 도입으로 공권력에 대한 불신만

---

202) 이강국, 상계 발표문, 52면

203) 안대회, 헌법재판소법제정 거론사항, 헌법재판제도, 법무자료 제95집, 1988, 73-74면

조장하여 오히려 역효과를 초래할 우려가 있다는 것이다.<sup>204)</sup>

일곱째, 현재 우리나라의 사법 체계는 삼심제를 골격으로 대법원이 최고 법원의 역할을 수행하여 명실상부한 사법권을 행사하는 사법부가 있는데도 주로 사법권을 대상으로 하는 헌법소원제도는 사법권에 제약을 가져오고 따라서 재판권을 사심화하여 절차의 낭비를 초래한다는 것이다.<sup>205)</sup> 따라서 이러한 입장에서 우리 헌법상 헌법소원제도는 재판제도의 보완책으로서 법원의 재판이 허용되지 않는 아주 예외적인 경우에 이를 구제하기 위한 수단으로 인정하는 데에 그 의의가 있고, 그럼으로써 국민의 권리구제에 도움이 되는 것이지, 거기에서 나아가 기존의 재판절차와 경합하여 그 영역을 확장하려 든다면 결국에 가서는 국민권리구제에 역작용을 초래한다는 인식을 가진다.<sup>206)</sup>

그리고 이러한 인식과 평가에 기초하여 제도의 개선방향도 헌법소원의 영역을 확장하는 것보다 일반법원에의 제소의 길을 넓히는 것이 바람직하다는 입장을 가지고 있다.<sup>207)</sup>

반면 헌법소원제도에 대한 긍정적 평가는 주로 헌법소원제도의 도입이 국민의 기본권 보장과 헌법실현의 획기적 계기가 될 것이라는 점에 기초하고 있다. 그리하여 헌법소원제도를 통한 기본권의 보장에 의해 개개국민의 정치공동체내에서 인간의 존엄을 향유할 수 있게 되었다는 점에서 헌법소원제도의 도입이야말로 우리 헌법사상 가장 획기적 발전이라 할 수 있

---

204) 안대희, 상계 발표문, 74면

205) 안대희, 상계 발표문, 74면

206) 법원행정처 헌법재판연구반, 전계 보고서, 44면

207) 박일환, 전계 논문 68면

다거나<sup>208)</sup> 헌법소원제도는 헌법이 지배하는 국가사회를 이루도록 하려는 배려로서 양적으로나 질적으로 헌법재판의 꽃이라 할 수 있고 독일에 있어서도 기본권 보장의 새 장을 연 것으로 평가된다거나<sup>209)</sup> 헌법소원제도의 도입으로 우리의 법제도 내지 법체계의 해석 및 운용에 있어서 헌법적 시각의 도입이라는 일대 전환이 요구된다고 하거나<sup>210)</sup> 법치선진국에 한발짝 다가간 것으로 이해하기도 한다.<sup>211)</sup>

이와 같이 헌법소원제도가 국민의 기본권 보장과 입헌국가실현의 중대한 계기로 보는 관점에서는 당연히 헌법소원의 대상을 확대할 것과 헌법소원의 실효성의 확대를 주장하고 있다.

과거 독일에서도 헌법소원제도의 도입과정에서 이에 관한 찬반의견이 대립한 바 있었다. 즉 헌법소원제도의 도입을 반대하는 입장에서는 기본법 제19조 4항이 거의 빠짐없이 권리구제를 보장하고 있는데도 헌법소원제도를 인정하는 것은 소송을 남발하는 자(Querulant)를 고무하고 법적 분쟁을 불필요하게 연장시키는 것으로 법치국가원리를 지나치게 과도하게 적용하는 것(eine rechtsstaatliche Betreibung)이라고 주장하기도 하였고<sup>212)</sup> 지금도 총 헌법소원 제기건수 중 겨우 1.39% 정도만이 인용되는 것을 생각한다면 헌법소원제도는 완벽한 헌법상의 개인권리구제제도를 위하여 전체적 제도의 약화를 초래하

---

208) 홍성방, 헌법 제107조와 헌법소원, 한국공법학회 제12회 월례발표회, 1990. 11, 13면

209) 이시윤, 헌법소원심판에 관한 소고, 고시계 89. 12, 144면

210) 이석연, 헌법소송의 이론과 실제, 1992, 12면

211) 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대 법학박사 학위논문 1990, 1면

212) Zuck, aaO, 43

는 위협을 무릅써야 하는 법치국가적 낭비(rechtsstaatlicher Luxas)라는 지적이 있는 것도 사실이다.<sup>213)</sup>

그러나 반대로 헌법소원제도를 긍정적으로 평가하는 입장에서는 다음 몇가지 점을 들어 헌법소원제도의 도입을 주장하였다.<sup>214)</sup> 즉 첫째, 헌법소원제도의 주된 목적은 기본권 보장이며 기본권 보장의 중요성에 비추어 본다면 헌법소원제도가 권리 보호의 과잉을 초래한다고 할 수는 없다. 둘째, 기본권 보장 기능은 그 관할권이 배타적으로 귀속하는 특정법원에 의해 수행토록 하는 것이 일반법원에 의해 수행토록 하는 경우보다 더 낮게 수행된다 할 수 있다. 셋째, 이러한 기능을 하나의 법원에 집중토록 하는 것이 같은 문제에 대한 판결의 불통일성을 피할 수 있게 한다. 게다가 이로 인하여 소송진행도 촉진되게 된다. 넷째, 헌법소원의 가능성은 국가에 있어서의 신뢰형성과 민주적 참여를 촉진하며 나아가 시민의 공권력에 대한 과수꾼적 기능(Wächterfunktion)을 강화시킨다. 다섯째, 무엇보다 헌법소원제도는 빈틈없는 권리보호를 가져온다. 여섯째, 헌법소원제도는 정치적 위기 상황에서는 최후의 구제수단일 수 있다.

생각건대 우리 헌법상 헌법소원제도의 도입이 국가권력에 대한 국민의 기본권 보장과 헌법질서의 유지, 보장을 통한 입헌 국가의 확립을 의도하고 있고 과거의 인권 유린과 헌법의 현실로부터의 괴리, 그리고 종래의 사법심사제나 헌법재판제도의 무력성을 감안한다면 헌법소원제도에 대한 기대가 큰 것은 사

---

213) ebenda. , S. 97

214) 이에 관해서는 ebenda. , S. 43

실이고 최근 헌법재판소의 활동을 보면 이러한 기대가 어느 정도는 충족되고 있는 것도 사실이다. 그러나 또 한편으로 헌법소원제도는 남소의 폐해가 커서 헌법재판소의 업무를 가중시키고 헌법재판소의 다른 심판기능을 저해할 위험성이 큰 것도 부정하기 어렵다. 그런 점에서 문제는 헌법소원제도의 본래의 취지를 살리고 폐해를 막을 수 있는 방법을 강구하는 데 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 헌법소원제도의 일부 문제를 들어 사실상 헌법소원제도의 실효성을 상실케 하는 방향으로 입법을 하는 것은 정당하지 않고 헌법 제111조 제1항 제5호가 헌법소원제도를 규정하고 있는 취지에도 반한다. 또한 헌법소원에 관한 제도적 개선방향은 어떻게 하면 헌법소원제도의 본래의 취지를 살리 수 있느냐에 논의의 초점을 두어야지 대법원과 헌법재판소의 위상문제에 초점을 두어서는 안될 것이다

## 2. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 문제

### 1) 문제의 소재

우리 헌법재판소법 제68조는 두가지 유형의 헌법소원을 규정하고 있다. 즉 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 제68조 1항의 헌법소원과 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 경우에 그 신

청을 한 당사자가 청구하는 제68조 2항의 헌법소원이 그것이다.<sup>215)</sup> 그 중 전자가 본래의 의미의 헌법소원이고 후자는 우리나라에 독특한 헌법소원제도로서 그 성질과 제기요건, 제기기간 등이 전자와 다르다.

그런데 제68조 제2항의 헌법소원은 여러가지 문제가 있는 것으로 지적되고 있다. 즉 첫째, 과연 헌법 제107조 제1항의 해석상 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 인정될 여지가 있는 것인가, 인정될 여지가 있다면 어느 범위에서 인정될 수 있는 것인가, 둘째 제68조 제2항의 헌법소원의 실질은 과연 헌법소원이라 할 수 있는가, 그것이 위헌심사제청기각결정이나 법률에 대한 헌법소원이 아니라 실질적으로 위헌법률심사청구를 의미한다면 그대로 두는 것이 타당한가, 셋째 만약 제68조 제2항이 이러한 문제 때문에 개정을 해야 한다면 어떤 방향으로의 개정이 바람직한 것인가 하는 문제가 그것이다.

## 2) 입법례

215) 1992. 11. 30일 현재 헌법재판소에서의 제68조 제1항의 헌법소원과 제68조 제2항의 헌법소원의 처리현황을 보면 다음과 같다.

구 분	접 수	처 리										계 속 중	
		계	위헌	인용	헌법 불합치	일부 위헌	한정 합헌	합헌	기각	각하	기타		취하
계	1189	874	11	17	1	4	2	37	202	543	1	56	315
제68조 제1항의 헌법소원	1043	811	4	17	1	2			202	532	1	52	232
제68조 제2항의 헌법소원	146	63	7			2	2	37		11		4	83

헌법재판소법 제68조 2항의 헌법소원은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 우리나라 헌법재판소제도의 특성에서 유래하는 것이라 할 수 있다.

독일의 경우 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어 위헌법률심사제청신청이 있다 하더라도 법원은 당해 법률이 위헌이라고 확신하는 경우에만 헌법재판소에 위헌제청을 하게 된다. 즉 일반법원은 기본법 제100조 제1항 제1문에 따라 고유의 권한으로 재판의 전제가 된 법률의 합헌성은 인정할 수 있다.<sup>216)</sup> 그래서 연방헌법재판소에 위헌심판제청을 하여야 하는 경우로 ‘법률이 위헌이라고 인정하는 경우’란 법률의 위헌여부에 대해 의심(Zweifel)이나 단순한 의구심(Bedenken)만으로는 기본법 제100조에 의한 규범통제에 적합하지 않다고 한다.<sup>217)</sup> 만약 위헌의 확신에 이르지 못한 경우에는 제청신청을 기각하게 되는데 이에 대해서는 별도의 불복절차의 길을 인정하지 않고 최종심의 판결을 받은 후에야 그 재판 자체를 대상으로 하여 헌법소원을 하게 된다.

반면 오스트리아의 경우 연방헌법 제89조 제2항에 의하면 법원은 법률이 위헌의 의심이 있는 경우에는 헌법재판소에 그 폐지를 제청토록 하고 있다. 다만 위헌의 의심이 없는 경우에는 최고법원이나 행정법원도 법률의 합헌성에 대해 판단할 수 있다고 보고 있다.

---

216) BVerfGE 1, 188-189

217) BVerfGE 1, 184, 189 ; 2, 406, 411 ; 4, 214, 218 ; 7, 29, 35 ; 16, 188, 189 ; 22, 175, 177

### 3) 제68조 제2항의 헌법소원의 인정가능성

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 관한 개선과 관련 하여 우선적으로 논의해야 할 문제는 과연 현행헌법상 이러한 헌법소원이 인정될 수 있는 여지가 있느냐 하는 것이다. 이 문제는 법원이 합헌결정권을 가지느냐 하는 문제와 직결된다. 말하자면 헌법 제107조 제1항이 법원은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 반드시 헌법재판소에 제청하여야 하는 의미로 이해한다면 법원의 기각결정을 전제로 하는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 인정될 여지가 없기 때문이다.

과거 제5공화국 헌법 제108조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 하여 법원의 합헌 결정권을 인정하였다. 그리하여 당시 헌법위원회법 제12조 제1항은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건의 담당판사 또는 소송당사자의 신청에 의하여 당해 사건이 계속중인 각급법원의 합의부의 결정을 거쳐 당해 법원이 위헌 여부를 제청하도록 하고 동법 제15조는 하급법원이 위헌여부 제청을 하였을 때는 대법원을 경유하여야 하되 대법원은 하급법원의 위헌여부제청에 대하여 대법원 판사 전원의 3분의 2이상으로 구성되는 합의체에서 당해 법률의 헌법위반여부를 결정하고 헌법위반에 위반되는 것으로 인정될 때에만 그 제청서

를 헌법위원회에 송부토록 하였다. 따라서 하급법원이 위헌법률심사제청을 하더라도 대법원의 결정으로 헌법위원회에 송부하지 않을 수 있는 불송부결정권이 인정되어 있었다. 또한 하급법원의 위헌 여부의 제청에 관한 결정에 대해서는 담당판사 또는 소송당사자가 이의가 있을 때에는 항고할 수 있도록 하였었다.(동법 제12조 제2항)

그러나 현행헌법 제107조 1항은 이와 달리 '법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다'고 하여 '법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는' 이라는 문구가 들어가 있지 않다. 그런 점에서 과연 현행헌법상 법원이 합헌결정권을 가지는 것인지가 문제되게 되고 이에 따라 제68조 제2항의 헌법소원이 인정될 수 있을 것인가, 인정된다면 어느 범위까지 인정될 것인가 하는 것이 문제되지 않을 수 없다.<sup>218)</sup>

이 점에 관해 헌법 제107조 제1항은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한만을 가질 뿐, 법률에 대한 위헌여부의 심사권(전심권)을 가지지 않는다는 것을 규정한 것으로 보아 법원의 합헌결정권을 부인하고 법원이 당사자의 제청신청을 기각할 수 있는 경우를 매우 제한적으로만 인정하는 견해가 있다. 이러한 입장에서는 법원이 위헌여부를 예비적으로 판단하여 결정으로 기각할 수 있도록 한 헌법재판소법 제41조 제4

---

218) 이 문제는 그런 점에서 최광률 재판관의 지적처럼 법원의 합헌결정권 유무 위헌법률심판의 제청요건문제 - 위헌심사형의 헌법소원의 운영문제를 포함한다. (최광률, 헌법재판의 운영방향, 공법학회 제6회 월례발표회 발표문, 1990. 2, 9면)

항, 제68조 제2항, 제69조 제2항은 위헌조항이라고 보고 제68조 제2항의 헌법소원은 삭제되어야 한다고 하거나<sup>219)</sup> 또는 법원의 합헌결정권은 인정되지 않으며 당사자의 위헌제청신청사건에 있어 법원은 오직 몇가지 제한된 경우만을 제외하고는 반드시 합헌여부에 대한 판단없이 곧바로 제청결정을 하여 헌법재판소로 보내는 것이 현행헌법에 합치하는 해석이라고 한다.<sup>220)</sup> 이리하여 법원이 합헌결정권이 있음을 전제로 합헌이라 판단하면 제청신청기각, 위헌이라 판단하면 제청결정을 하던 종래의 운영태도는 지양되어야 하며 헌법재판소법 제43조 제3호와 제4호가 제청서의 기재사항으로 ‘위헌으로 해석되는 법률 또는 법률의 조항’과 ‘위헌이라고 해석되는 이유’를 들고 있는 것은 구 헌법위원회법 제14조 제4호를 답습한 것으로 지금은 불필요한 규정이며 헌법재판소법의 입법과정에서 헌법 제107조 제1항의 취지를 간과한 오류의 결과로 보고 있다.<sup>221)</sup> 이러한 견해는 현행헌법 제107조 제1항이 제5공화국헌법 제108조 제1항에 규정되었던 ‘법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때’라는 문구를 삭제하였으며 하급법원의 위헌제청에 대한 대법원의 불송부결정권을 규정하였던 구 헌법위원회법 제15조 제2항과 헌법위원회에의 위헌법률심판제청결정에 관한 구법원조직법 제7조 제1항 4호가 폐지되었다는 점에 기초하고 있다.

따라서 이러한 입장에서는 위헌법률심사제청신청에 대한 기

---

219) 권영성, 헌법학원론, 1992, 933면 ; 권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 인권과 정의 1991. 2, 20면 ; 정종섭, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권, 헌법논총 제1집, 1990, 357면

220) 이시윤, 헌법재판개관, 판례월보, 89. 5, 19-20면

221) 이시윤, 상계논문, 20면

각 또는 각하의 사유를 일부 제한적으로만 인정될 수 있다고 한다. 즉 가) 합헌이 명백한데도 소송지연을 목적으로 한 위헌 제청신청, 나) 재판의 전제가 되는 법률, 즉 본안 사건의 판단에 관하여 적용할 법률이 아닌 때에만 기각 또는 각하할 수 있다고 하거나<sup>222)</sup> 또는 가) 오로지 소송지연을 목적으로 한 것이거나, 나) 심판의 대상인 법률이 계속중인 사건에 대한 재판의 전제가 되는 것이 아닌 때, 다) 이미 헌법재판소의 위헌여부에 대한 심판을 거친 동일한 법률에 관한 것인 때를 제외하고는 그 스스로의 합헌여부에 관한 판단을 개입시킬 것 없이 바로 헌법재판소의 위헌법률심사제청을 하여야 한다고 한다.<sup>223)</sup>

한편 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정은 과거의 법원의 일차적 심사권을 완전히 부정한 것을 의미하고 따라서 당사자의 제청신청을 법원이 기각할 수 있게 하는 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌의 소지가 매우 크다고 하면서도 일반법원이 위헌여부심판 제청신청을 기각할 수 있는 경우를 제한적으로 인정하여 재판의 전제가 되는 법률이 합헌이라는 것에 대해 확신을 가지는 경우에는 기각할 수 있다는 견해도 있다.<sup>224)</sup>

---

222) 이시윤, 상계논문, 20면

223) 권영성, 전계논문, 20면 ; 이상규, 헌법재판제도의 운영, 월간고시 89. 12, 89면; 대한 변호사협회의 헌법재판소법 중 개정법률안 제41조 제2항도 법원이 당사자의 위헌제청신청을 결정으로 각하할 수 있는 경우로 1. 신청인이 제청신청을 하는 법률 또는 법률의 조항의 위헌여부가 당해 재판의 전제가 되지 아니함이 명백한 때 2. 신청인이 제청신청을 하는 법률 또는 법률의 조항에 관하여 이미 헌법재판소에서 합헌이라는 심판이 있었을 때 3. 신청인이 오로지 재판의 지연만을 목적으로 위헌제청신청을 하는 것이 명백한 때를 들고 있다.

반면 법원도 법률의 합헌결정권을 가지고 있다고 보고 위헌 법률제청신청에 대한 법원의 기각결정의 여지를 넓게 인정함으로써 그 결과 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 여지를 넓게 인정하는 견해가 있다.<sup>225)</sup> 이러한 견해는 다음과 같은 논거에 기초하고 있다.

첫째, 헌법재판소제도에 관한 오랜 경험을 갖고 있는 독일과 오스트리아의 경우 법률에 관한 위헌결정권은 헌법재판소가 독점하지만 합헌결정권은 일반법원에도 있는 것으로 해석하고 있고 그것이 바로 일반법원의 제청결정과 헌법재판소의 심판 절차의 복합적 구조로 이루어지는 구체적 규범통제의 이론적 기초가 된다고 할 수 있는 바, 그렇다면 비슷한 유럽대륙형의 헌법재판소 제도를 가지고 있는 우리나라에 있어서도 일반법원을 법률의 위헌여부에 관하여도 실질적인 심사권을 갖되 그 범위는 합헌결정권에 한정되는 것으로 해석함이 옳다는 것이다.<sup>226)</sup> 둘째, 법관의 법률심사권은 법치주의와 사법권의 본질에서 나오는 것으로 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 것이며 한시도 헌법을 법적 사고에서 제외할 수 없을 뿐만 아니라 하여서도 안된다고 한다. 그래서 당사자의 신청에도 불구하고 사실을 확정하고 법률을 적용함에 있어 그 상위법인 헌법에 비추어 그 뜻을 해석하고 이에 위배되는 여부를 검토함은 법원의 일차적인 임무이며 따라서 법관이 당해 법률이 위헌인지 직권으로 검토하였더라도 합헌

---

224) 정종섭, 전제논문, 336-337면, 348면

225) 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조, 1989. 7., 57면 이하 ; 황우여, 위헌심판의 제청결정, 법조, 1989. 7., 94면 이하

226) 최광률, 상계논문, 59면

으로 해석하게 되었다면 제청을 하지 아니함이 당연하다고 한다.<sup>227)</sup>

이리하여 이러한 입장에서는 굳이 위헌에 대한 확신까지는 필요없지만 위헌에 대한 어느 정도의 개연성이 있다고 믿는 경우에는 위헌법률심판을 제청하여야 한다고 하고 따라서 합헌에 대한 확신이 있는 때에는 제청신청을 기각할 수 있다고 한다.<sup>228)</sup> 그래서 위헌의 의심은 있으나 확신은 없을 때 즉 위헌의 확신도 합헌의 확신도 없는 때에는 제청하여야 한다고 한다.<sup>229)</sup> 헌법재판소법 제43조 3호와 4호가 제청서의 기재사항으로 ‘위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항’, ‘위헌이라고 해석되는 이유’를 들고 있는 것이나 제68조 2항이 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 ‘기각’된 때에 헌법소원을 제기하도록 한 것은 이러한 입장에 기초한 것으로 이해된다.

생각건대, 제5공화국 헌법 제108조 제1항과 현행헌법 제107조 제1항의 문구의 차이는 문리해석상 확실히 법원의 합헌결정권을 배제하는 것처럼 보인다. 특히 제4공화국과 제5공화국 때의 헌정사적 경험 즉, 대법원이 위헌법률심사제청을 하지 않음으로써 위헌법률심사제도가 사장되었던 과거를 상기하면 이러한 주장은 설득력을 가지는 것으로 생각된다. 또한 현실적으로 당사자의 위헌법률심사제청신청이 기각된 경우에도 어차피 제68조 제2항에 의해 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다면 굳이 법원의 일차적 합헌결정권을 인정하여 절차와 시간

---

227) 황우여, 전계논문, 95면

228) 최광률, 전계논문, 75-76면

229) 황우여, 전계논문, 96면

을 끌 필요가 있겠느냐 하는 의문이 있는 것도 사실이다. 그러나 첫째로 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌론에 대해서 본다면 만약 헌법재판소법이 과거 헌법위원회법 제15조처럼 대법원의 불송부결정권을 인정하고 법원의 제청이 없으면 헌법재판소가 위헌법률심판을 할 수 없는 경우에는 위헌이라 보아야 하겠지만 제68조 제2항에 의해 당사자가 헌법소원으로 사실상 위헌법률심사를 청구할 수 있는 이상(제68조 제2항의 실질에 대해서는 후술), 헌법 제107조 제1항에 위배된다고 볼 수는 없다고 생각된다. 당사자가 법원의 결정에도 불구하고 사실상 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구할 수 있는 길이 있다면 과거처럼 법원이 위헌법률심사제청을 하지 않음으로써 헌법재판소가 휴면기관화하는 일도 없을 것이다. 둘째로 주지하는 바와 같이 국가의 실정법 질서는 헌법을 정점으로 하는 위계질서를 이루고 있으며 엄밀하게 이야기하면 모든 법해석은 헌법해석문제와 연관되지 않을 수 없는 것이다. 그런 점에서 법의 해석과 적용을 임무로 하는 법원이 헌법적 판단을 전혀 할 수 없다는 것은 타당하지 않다. 헌법과 기본권의 보장은 단순히 헌법재판소만의 과제가 아니라 법원의 임무이기도 한 것이다.<sup>230)</sup> 특히 기본권이 모든 법영역에 타당하는 객관적 가치질서로서의 의미도 가진다고 본다면 1958년 Lüth판결이후 독일 연방헌법재판소가 사법에 대한 헌법의 영향을 넓게 개방한 것에서도 볼 수 있듯이 민사소송에 있어서도 법원은 범규범의 해석·적용에 있어 이러한 기본권의 영향을 고려하지 않으면

---

230) H.J. Faller, Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof, AöR 115, 1990. S. 195

안된다.<sup>231)</sup> 이는 법관이 하는 법해석과 적용은 합헌을 전제로 한다는 점에서도 그러하다. 헌법 제103조가 법관은 ‘헌법’과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다고 한 것은 이러한 표현이라 여겨진다. 셋째, 헌법 제107조 제1항은 법원의 제청에 의해 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심판토록 하고 있는데 법원의 일차적 합헌결정권을 부인하고 당사자의 제청신청이 있으면 법원은 합헌여부에 대한 판단없이 바로 제청결정을 하여야 한다면 사실상 법원의 제청절차가 형해화하게 될 것이다. 이러한 해석은 제5공화국헌법 제108조 제1항과 현행헌법 제107조 제1항의 문언상 차이만을 중시하여 헌법이 규정하는 제청절차의 의미를 과소평가한 것이라 생각된다.

이렇게 보면 우리 헌법이 헌법재판소를 두고 있고 또 제107조 제1항의 문언에 ‘법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는’라는 구절이 삭제되었다는 점에서 법원이 최종적으로 법률의 합헌성은 결정한다는 것은 타당할 수 없지만 일차적으로는 이에 대한 판단은 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 우리 헌법상으로는 일반법원에게 일차적 합헌결정권은 인정될 수 있다고 생각한다. 그런 점에서 헌법해석론상 소송지연을 목적으로 하는 것이나 심판의 대상인 법률이 계속중인 재판의 전제가 되는 것이 아닌 때 또는 이미 헌법재판소의 결정을 거친 동일한 법률에 관한 것인 때와 같은 경우를 제외하고는 반드시 심사제청을 해야 한다고 할 수는 없다.

그러면 법관이 법률의 합헌성 여부에 관해 어느 정도의 심적

---

231) ebenda, SS 196-197

상태가 되었을 때 직권으로 또는 당사자의 신청에 의해 위헌법률심사제청을 하여야 하는가, 또 어떤 경우에 당사자의 신청에 대해 기각결정을 해야 하는가? 먼저 법관이 재판의 전제가 되는 법률이 위헌이라고 확신하는 경우에는 당연히 위헌심사제청을 하여야 할 것이다. 반대로 법관이 합헌이라고 확신하는 경우에는 당사자의 신청을 기각하여야 할 것이다. 문제는 법관이 위헌이라는 확신도 합헌이라는 확신도 가지지 못하는 경우, 즉 위헌의 개연성이 있는 경우인데, 이러한 경우에는 위헌여부에 최종적 결정권을 가지는 헌법재판소에 제청을 하여야 한다고 보아야 할 것이다.

이렇게 보아 온다면 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌이라고 볼 수는 없고 또 앞에서 본 바와 같은 몇 가지 경우 즉 소송지연목적의 제청신청이나 재판의 전제성의 결여 또는 헌법재판소의 결정의 존재를 이유로 한 경우의 각하 또는 헌법재판소의 결정의 존재를 이유로 한 경우의 각하 또는 기각결정에 대한 경우에만 제68조 제2항의 헌법소원이 인정된다고 볼 수는 없고 합헌의 확신에 기초한 법원의 기각결정이 있는 경우에 제68조 제2항의 헌법소원이 인정된다 할 것이다.

#### 4) 제68조 제2항의 헌법소원의 실질

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 대한 또 하나의 중요한 비판점은 실질상 위헌법률심판을 헌법소원심판의 형태로 규정하고 있다는 점이다. 즉 헌법소원의 본질상 헌법소원으로 위헌법률심사 청구를 할 수 있게 한 것은 유례가 없

는 것으로 이는 위헌법률심사에서 규정하여야 한다는 견해가 있다.<sup>232)</sup>

사실 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 외국에서는 입법례를 볼 수 없는 특이한 제도로서 그 실질과 관련하여 의문이 제기되고 있다. 말하자면 제68조 제2항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 제68조 제1항의 예외로서 위헌법률심판 제청신청에 대한 법원의 기각결정에 대한 헌법소원으로 본래의 의미의 헌법소원이나 아니면 사실상 위헌법률심판 청구를 헌법소원으로 청구한 것으로 그 실질은 위헌법률심판이나 하는 것이 문제가 된다. 만약 그 실질이 위헌법률심판에 해당된다고 한다면 이를 헌법소원의 한 유형으로 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제2항은 논리체계상 문제가 있고 제소요건이나 결정주문 형식 등에 혼선이 빚어질 우려가 있기 때문이다.

그런데 제68조 제2항은 위헌법률심판 제청신청에 대한 법원의 기각결정 자체에 대한 헌법소원을 의미하고 이에 기해 법원의 기각결정 자체에 대해서 그것이 합당하나 아니하나 만을 판단하고 만약 그것이 인용되는 경우에는 바로 위헌법률심사로 넘어가는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>233)</sup> 이러한 주장은 위헌법률심판과 헌법소원심판은 그 의의와 효과면에서 전혀 다른데 헌법소원을 제기했음에도 법률의 위헌심판을 한다는 것은 논리에 맞지 아니하다는 점에 근거하고 있다. 말하

---

232) 김철수, 헌법재판소법 개정문제, 판례월보 89. 11. , 7면

233) 김운룡, 헌법재판제도의 운영/토론, 헌법재판의 이론과 실제, 헌법 재판자료 제3집, 1990, 516-517면

자면 헌법소원의 형식으로 사실상 위헌법률심판을 한다는 것은 논리에 맞지 아니하다는 점에 근거하고 있다. 말하자면 헌법소원의 형식으로 사실상 위헌법률심판을 청구하도록 하는 헌법재판소법 제68조 제2항의 구조에 충실하려는 해석이라 할 수 있다.

그러나 제68조 제2항의 헌법소원의 심판대상은 법원이 기각 결정 자체가 아니라 위헌법률 자체라고 보아 제68조 제2항에 기한 심판의 실질은 헌법소원심판이 아니라 구체적 규범통제라고 보는 것이 보통이다.<sup>234)</sup> 헌법재판소법 제71조 제2항이 제68조 제2항의 헌법소원의 심판청구서의 기재사항에 관하여 제43조의 규정을 준용한 것이라든가 제75조 제6항이 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우 위헌법률심판에 관한 제45조와 제47조를 준용하고 있는 것은 제68조 제2항의 헌법소원이 그 실질상 위헌법률심판이라는 데에 기초하고 있다고 보아야 할 것이다. 이는 비록 법원이 위헌법률심판 제청 신청을 기각하였다 하더라도 제68조 제2항에 의해 위헌법률심판을 받을 수 있는 이상 기각결정에 의해 헌법상 기본권이 침해되었다고 볼 수는 없기 때문이며 또 제68조 제2항의 헌법소원에 의해 당사자가 구하는 것은 기각결정의 취소가 아니라 재판의 전제가 된 법률의 위헌결정이라는 점에 비추어 보아서도 그러하다. 이렇게 본다면 제68조 제2항이 법원의 재판을 헌

---

234) 황우여, 헌법재판의 운영/토론, 헌법재판의 이론과 실제, 헌법재판자료 제3집, 1990, 549면 ; 정중섭, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대한 검토, 헌법재판자료 제3집, 1990, 317면 ; 김철수, 헌법소원제도의 개선방안, 헌법재판연구 제1권, 1990, 541면 ; 김학성, 전개논문, 197면

법소원의 대상에서 제외한 제68조 제1항의 예외라든가 양자간에 상호 논리모순이라든가 하는 지적은 엄밀히 말하자면 타당하지 않게 된다. 이처럼 제68조 제2항의 헌법소원의 실질을 구체적 규범통제로 본다면 제68조 제2항의 헌법소원은 보충성의 원칙이나 법적 관련성 즉 자기성, 현재성, 직접성의 요건이 요구되는 것이 아니고 문제가 된 법률의 재판 전제성이 문제가 될 뿐이다. 또한 심판내용도 헌법상 보장된 기본권이 침해되었느냐의 여부가 아니고 재판의 전제가 된 법률의 위헌성 여부가 되며 이에 대한 결정형식과 효력도 위헌법률심판의 결정형식과 효력과 같아야 할 것이다.

이 점에 관해 종래 헌법재판소는 결정주문형식에 있어서는 인용결정의 경우 ‘…는 헌법에 위배된다.’고 한 점<sup>235)</sup>과 법률의 재판의 전제성 유무를 심사하고 있는 점<sup>236)</sup> 등에서 제68조 제2항의 헌법소원심판이 사실상 위헌법률심판임을 인정하고 있다. 또한 당사자의 주장을 배척하는 경우에도 ‘…는 헌법에 위반되지 아니한다.’고 하는 것이 보통이다.<sup>237)</sup> 그러나 ‘…는 이를 기각한다.’는 주문 표시를 한 결정도 있고<sup>238)</sup> 또 권리보호 이익과 권리침해의 현재성에 대해 판단하고 있는 결정<sup>239)</sup>도

---

235) 헌재 1989. 12. 18. 선고, 89 헌마 32, 33(병합) ; 1991. 4. 1. 선고, 92 헌마 2, 24 (병합)

236) 헌재 1989. 4. 17. 선고, 88 헌마 4 ; 1989. 9. 29. 선고, 89 헌마 53 ; 1989. 12. 18. 선고, 헌마 32, 33(병합)

237) 헌재 1989. 7. 21. 선고, 89 헌마 38 ; 1990. 6. 25. 선고, 헌마 107 ; 1990. 9. 10. 선고, 89 헌마 82 ; 1991. 9. 16. 선고, 89 헌마 165 ; 1991. 9. 16. 선고, 89 헌마 231 ; 1992. 4. 14. 선고, 90 헌마 23 ; 1992. 4. 28. 선고, 90 헌마 27 ; 1992. 6. 26. 선고, 90 헌마 26

238) 헌재 1989. 9. 29. 선고, 89 헌마 53) 1989. 9. 29. 선고, 89 헌마 53

239) 헌재 1989. 12. 18. 선고, 헌마 32, 33(병합)

있는데 이러한 결정은 제68조 제2항의 헌법소원심판을 제68조 제1항의 헌법소원심판과 동일하게 이해하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 들게 한다.

어쨌든 제68조 제2항의 헌법소원심판이 그 실질에 있어서는 위헌법률심판이라고 한다면 이를 헌법소원의 형태를 규정하는 제68조 제2항은 논리체계상 문제가 있는 것은 사실이고 그런 점에서 이를 위헌법률심사제에 옮겨야 한다는 주장은 일응 설득력이 있어 보인다.<sup>240)</sup>

#### 5) 입법론

이상과 같은 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 문제점과 관련하여 종래 제시되었거나 생각할 수 있는 개선안은 다음 몇가지로 요약할 수 있을 것이다.

즉 첫째, 제68조 제2항을 아예 폐지하거나 그대로 두는 경우에도 제41조에 의해 일반법원이 당사자의 위헌법률심판제청신청을 각하할 수 있는 경우로 앞에서 본 것처럼 합헌이 명백한 대도 소송지연을 목적으로 하는 위헌법률심판제청신청, 재판의 전제성이 결여된 법률의 위헌법률심판제청, 동일한 법률에 대한 헌법재판소의 결정이 이미 있는 경우에 있어서의 제청신청 등만을 인정하고 그 외의 경우에는 반드시 법원이 제청토록 하자는 견해가 있다. 이러한 입장에서는 제68조 제2항의 ‘제청신청이 기각된 때에는’이라는 문구를 ‘제청신청이 각하된 때에는’으로 바꾸게 될 것이다. 대한변호사협회의 헌법재판소법

---

240) 김철수, 전계논문, 541면 ; 김학성, 전계논문, 198면

개정 건의안은 이러한 입장을 수용하여 제68조 제2항의 '제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청이 각하되거나 제청신청을 한 날로부터 2월이 경과하여도 법원이 제청하지 아니한 때에는 그 신청한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 할 수 없다.'고 개정할 것을 주장하고 있다. 이러한 개선안은 현행헌법상 일반법원에는 합헌결정권이 인정되지 않는다는 점, 법원이 합헌으로 보아 위헌제청신청의 기각결정을 하여도 헌법소원을 제기하면 헌법재판소로 옮겨 올 수 있게 된 이제 법원에 합헌결정권이 있음을 전제로 법률의 위헌여부를 실질적으로 심사한다면 절차지연만 시키는 요인이 될 것이라는 점에 기초하고 있다.

둘째 독일과 같이 법원의 기각결정에 대한 항고절차를 통해 다투도록 하고 최종적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 방안도 생각할 수 있으나 후술하는 문제 때문에 이러한 주장을 하는 사람은 없다.

셋째 제68조 제2항은 위헌법률심판을 헌법소원의 형태로 청구하는 기이한 규정이므로 이를 위헌법률심판절차에 관한 규정으로 옮기자는 주장이다. 그러나 구체적으로 어떤 내용으로 규정하자는 제안은 없는 것 같다.

생각건대 먼저 제68조 제2항을 폐지하자는 주장은 다음과 같은 문제가 있다고 생각된다. 즉 앞에서 보았듯이 법원의 합헌결정권이 일정범위에서 인정된다고 보아야 한다는 점, 이러한 주장은 법원의 제청절차를 사실상 공소화하여 헌법재판소의

부담을 가중시키고 소송경제를 저해하게 되는 문제가 있다는 점, 만약 일정 범위, 예컨대 동일한 법률의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 결정이 있는 경우 등에는 법원이 기각결정을 할 수 있다고 하고 이에 대해 헌법재판소에 심판청구를 할 수 있는 길이 열려야 한다고 한다면 이러한 경우에 어떻게 할 것인가에 대한 대안이 없다는 점이 그것이다.

다음으로 법원의 합헌결정권을 부정하고 극히 제한적인 경우에만 법원의 각하결정을 인정하여 이에 대한 제68조 제2항의 헌법소원을 인정하려는 견해도 법원의 합헌결정권을 인정한다면 받아들이기 곤란하다. 다만 법원이 합헌이라 판단하여 위헌 제청신청기각결정을 하더라도 당사자는 제68조 제2항에 의해 헌법소원을 제기할 수 있는 이상 법원이 위헌 여부를 실질적으로 심사한다면 절차지연만을 초래한다는 주장은 일응 일리가 있어 보인다. 그러나 법원의 기각결정이 있다 하여 당사자 모두가 헌법소원을 제기한다고 보기는 곤란하고 법원이 예심적 역할을 함으로써 헌법재판소의 부담을 경감시켜 줄 수 있다는 점과 법률의 위헌성 여부문제가 제기될 때마다 모두 헌법재판소에 제청하고 당해 소송사건의 재판을 정지케 한다면 소송경제나 신속한 재판을 저해한다는 점에서 반드시 정당하다고 보기는 곤란하다.

다음으로 독일식 방법에 의한 해결도 첫째 현행 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있기 때문에 이것이 개정되지 않으면 채택하기 곤란하고 둘째, 독일식 대안 자체가 현재의 제도보다 더 나은 방안이라고 볼 수 없기 때문에 굳이 이러한 방식을 채택할 필요가

없다고 생각한다. 즉 현행 헌법재판소법 제68조 제2항은 독일의 경우처럼 위헌제청신청이 기각되었을 때 항고, 재항고절차를 거치고 나서 최종적으로 그 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있도록 하는 것이 아니라 하급심의 위헌제청신청 신청기각결정이 있으면 곧바로 헌법소원을 낼 수 있어 신속하게 보호받을 수 있다는 점에서 독일의 경우보다 진일보한 것이라는 입법론적 평가를 받고 있는 만큼<sup>241)</sup> 이 방식도 대안으로 부적합하다고 생각한다.

제일 설득력 있는 개선방안은 세번째 주장인 것 같다. 그런데 문제는 제68조 제2항을 위헌법률심판절차로 옮긴다 하더라도 그 구체적 절차를 어떻게 할 것이냐 하는 점이다. 말하자면 헌법소원의 형식이 아니고 위헌법률심판을 청구할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있는가가 문제이다. 이룰 수 있는 가능성은 법원이 당사자의 위헌법률심판제청신청이 있으면 이를 모두 제청토록 하든가 아니면 기각할 수 있긴 하되 기각당한 당사자가 위헌법률심판을 직접 헌법재판소에 청구하는 방법, 두 가지이다. 먼저 전자의 부당성에 대해서는 앞에서 지적한 바 있다. 후자의 방안은 일견 현재의 제68조 제2항의 문제점이나 첫째 방안이나 둘째 방안의 문제점에 비추어 상당히 설득력이 있어 보인다. 그러나 문제는 헌법 제111조 제1항 제1호와 헌법 제107조 제1항이 법원의 제청에 의해 헌법재판소가 위헌법률심판을 하도록 하고 있는데 이처럼 위헌법률심판절차에 의하면서도 법원의 제청없이 당사자의 청구만으로 위헌법률심판절

---

241) 이시윤, 상계 논문, 19면 ; 황우여, 헌법재판자료 제3집, 488-489면

차를 시작할 수 있는나 하는 것이다. 이는 특히 헌법 제111조 제1항에 비추어 인정될 수 없다고 생각한다.

이렇게 본다면 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌법률심판을 헌법소원으로 청구하는 기이한 제도로서 형식과 실질의 차이에서 오는 혼돈이 문제되기는 하지만 앞에서 본 것처럼 헌법재판소가 이를 사실상 위헌법률심판으로 해석·운영하고 있는 만큼 이론이나 판례를 통해 합리적으로 운영되도록 하되 굳이 법개정의 필요성은 없는 것이라 판단된다.<sup>242)</sup>

### 3. 보충성의 원칙의 예외의 인정문제

#### 1) 문제의 소재

헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 ‘다만 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.’고 하여 보충성의 원칙(Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde)내지 권리구제절차소진의 원칙(Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges)을 규정하고 있다. 그러나 헌법재판소법은 독일 연방 헌법재판소법 제90조 제2항 단서와 같은 보충성의 원칙의 예외를 규정하고 있지 아니하다. 이로 인하여 과연 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정되는 것인지,

---

242) 최광률재판관도 제청신청의 기각사유와 법원의 합헌결정권문제에 관해서는 이론적인 논의나 판례에 맡길 것이지 법개정의 실제적 필요성은 없다고 한다.(최광률, 전개 헌법재판의 운영 방향, 9면)

인정된다고 하면 어느 경우에 인정될 수 있는 것인지, 그리고 입법론상 개정이 필요하다면 어떤 방향으로의 개정이 바람직한 것인지가 문제된다.<sup>243)</sup> 그런데 이 문제는 헌법재판소와 법원의 관계, 관할범위와 관련하여 어려운 문제를 제기하고 있다.

헌법소원에 있어 보충성의 원칙은 헌법소원을 제기하기 위해서는 청구인은 다른 법률에 권리 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거쳐야 한다는 것을 의미한다. 그런데 이와 같이 헌법소원에 있어 보충성의 원칙이 요구되는 것은 본래는 다음과 같은 이유 때문이다. 즉 첫째, 헌법소원은 기본권 보장을 위한 특별하고 보충적인 권리수단을 의미한다. 따라서 다른 권리구제수단이 존재함에도 바로 헌법소원을 제기하는 것은 헌법소원제도의 본질에 맞지 아니하다. 둘째 독일 연방헌법재판소도 지적하듯이 보충성의 원칙의 원래의 목적은 관할권이 있는 심급을 통해 소원사항을 적법하게 사전심사되도록 보장하고 이를 통해 헌법재판소의 업무를 경감케 하고 헌법수호라는 그 고유한 임무에 전념할 수 있도록 하는데 있다고 할 수 있다.<sup>244)</sup> 그런 점에서 헌법재판소와 다른 권리구제기관과의 업무분담의 취지도 포함하고 있다.

그러나 우리나라 헌법재판소법에 있어 보충성의 원칙은 독일에서의 그것과는 다른 의미를 가지고 있다고 보아야 한다. 이는 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원의

---

243) 보충성의 원칙의 예외가 인정될 수 있느냐 여부는 법무사법 시행규칙에 대한 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정을 둘러싸고 많이 논란된 바 있다.

244) BVerfGE 4, 193, 198

대상에서 제외함으로써 법원의 재판과 헌법소원심판을 단절시키고 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다. 말하자면 법원의 관계에 있어서는 독일의 경우처럼 보충성의 원칙을 통해 소원사항을 일반법원에서 재판토록 함으로써 헌법재판소의 재판 부담을 덜어준다든가 기본권침해의 기초사실을 일반법원에서 먼저 심리, 정리토록 하고 법원의 견해도 알아보고 심리에 임하도록 하는 취지는 없다고 보아야 한다. 오히려 보충성의 원칙이 헌법 제107조 제2항과 관련하여 헌법재판소와 법원간의 관할권의 경계를 긋는 한 기준으로 작용하는 것으로 해석할 가능성에 유의할 필요가 있다. 말하자면 법원의 재판과 헌법재판소의 헌법소원심판이 배타적 관계에 있지 않고 상호 연결되어 있는 독일의 경우와는 달리 우리나라의 헌법 제107조 제2항이 명령, 규칙, 처분이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 이를 최종적으로 결정하도록 하고 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로 인하여 법원의 재판과 헌법재판소의 헌법소원심판은 상호 배타적 관계, 즉 법원의 재판의 대상이 될 수 없는 사항만이 헌법재판소의 헌법소원심판의 대상이 된다고 할 가능성을 가지게 되었다. (이 점은 원 행정처분이 헌법소원의 대상이 되느냐 여부에서 나타나고 있는데 이 점에 관해서는 후술) 이러한 해석은 결국 법원의 재판사항은 헌법소원의 대상이 아닌 만큼 애초부터 보충성의 예외는 인정할 여지가 없다는 결론에 도달하게 되고 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항 단서와 같은 보충성의 예외에 관한 규정을 두지 않고 있는 것은 입법의 불비가

아니라 헌법상의 헌법재판제도의 당연한 결과라고 보게 될 것이다. 그러나 이러한 해석은 법원의 재판 자체는 물론이고 법원의 재판이 되는 사항까지 모두 헌법소원의 대상에서 배제할 뿐 아니라 나아가 사법적 구제절차에 의해 헌법상 기본권보장의 목적을 달성할 수 없는 경우까지도 헌법소원에서 배제하는 결과를 가져와 헌법소원제도를 두고 있는 취지를 사실상 상실케 하는 결과를 초래할 것이다. 그런 점에서 보충성의 원칙의 예외의 인정 여부는 해석론으로서 뿐만 아니라 입법론으로서도 예외 규정의 가능여부가 문제된다 할 것이다.

## 2) 보충성의 원칙의 예외의 인정여부

헌행헌법과 헌법재판소법 해석상 헌법소원에 있어 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정될 수 있을 것인가에 관해서는 찬반양 의견이 나누어지고 있다.

먼저 헌법재판소는 여러 결정을 통하여 일관하여 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있다.<sup>245)</sup> 헌법재판소가 보충성의 원칙에 대한 예외로 인정하고 있는 경우로는 다음과 같다.

첫째, 문제가 된 공권력행사나 불행사에 대한 다른 권리구제수단이 없는 경우로서 법률이나 명령, 규칙에 대한 헌법소원의 경우가 그러하다. 즉 법률에 대한 헌법소원의 경우 법률에 관한 직접적인 위헌판단이 허용되지 아니하며 우회적인 해결책

---

245) 헌재 1989. 3. 17 선고, 88 헌마 1 ; 1989. 9. 4 선고 88 헌마 22 ; 1990. 6. 25 선고, 89 헌마 220 ; 1990. 10. 15 선고, 89 헌마 178

밖에 될 수 없는 행정소송을 먼저 제기할 것을 요구함은 기대 가능성이 없는 일이거나 공권력행사의 일종이라 할 입법, 즉 법률 자체에 의한 기본권 침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야 하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우에 해당한다.<sup>246)</sup> 이는 명령이나 규칙을 직접 대상으로 하여 헌법소원을 제기하는 경우도 마찬가지이다. 즉 헌법재판소법 제68조 제1항 후단소정의 ‘다른 법률에 의한 구제절차’란 소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다투 수 있는 절차를 의미하는 것이지 최종 목적을 달성하기 위하여 취할 수 있는 모든 우회적 권리구제절차를 의미하는 것이 아닌 바 설사 우회적인 절차가 인정된다 하더라도 그러한 우회적 권리구제절차에서 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 1항 후단 소정의 구제절차에 해당하지 않고 법령 자체에 대한 직접적인 기본권 침해 여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로 이 경우에는 다른 권리구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원을 청구할 수 있다고 한다.<sup>247)</sup>

둘째, 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는

---

246) 헌재 1989. 3. 17 선고, 88 헌마 1 ; 1990. 6. 25. 선고, 89 헌마 220

247) 헌재 1990. 10. 15 선고, 89 헌마 178

정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우와 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대 가능성이 없는 경우 그 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 창설취지를 살리는 것이라 한다.<sup>248)</sup>

한편 같은 맥락에서 우리 헌법재판소법 해석론상으로 다음 몇가지 경우에 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정된다는 견해가 있다.<sup>249)</sup> 즉 첫째, 앞의 헌법재판소결정에서 본 바와 같이 법규의 위헌여부에 대해서는 일반법원에서 다투는 구제의 길이 없으므로 보충성의 예외가 인정되며, 둘째, 일반적 의미가 있는 소원의 경우, 셋째, 기대 가능성이 없는 경우도 그러하다. 따라서 권리구제절차를 밟아야 할 경우에 착오로 밟지 않은 경우라면 청구인에게 그 절차를 밟을 것을 기대할 수 있는가를 심리해야 하며 다른 구제절차가 있더라도 적법성 또는 인용가능성이 객관적으로 불확실한 경우는 그 구제절차를 거치지 않은 것은 타하여 청구를 배척해서는 안되고 또한 여러 절차 중 어느 것을 취하여야 할 것인지가 확실치 않은 때에도 절차상 기대 가능성이 없는 경우로 보아야 한다고 한다.

또한 ‘처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.’고 규정한 행정소송법 제18조 제2항을 헌법소원절차에 준용하여 사전구

---

248) 헌재 1989. 9. 4 선고, 88 헌마 22

249) 이시윤, 헌법소원심판에 관한 소고, 고시계 1989. 12, 154-155면

제절차를 모두 경유함으로써 제소자에게 중대한 손해를 줄 우려가 있는 경우에는 직접 제소할 수 있다고 해석하는 견해도 있다.<sup>250)</sup>

그러나 이에 반대하여 우리 헌법과 헌법재판소법 해석상 보충성의 원칙에 대한 예외는 인정될 수 없다는 견해가 있다.

먼저 법원행정처 헌법재판 연구반 보고서는 다음과 같은 이유에서 우리나라 헌법상의 사법체제가 독일의 그것과는 달라 보충성의 원칙에 대한 예외는 인정될 여지가 없다고 하고 있다.

즉 첫째, 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하는 명문의 근거가 없다는 것이다.<sup>251)</sup>

둘째, 우리나라의 법체계하에서는 보충성의 예외를 인정할 여지가 없다는 것이다.<sup>252)</sup> 즉, 독일과 같이 헌법재판소가 일반 법원과 같은 사법기관으로서 그 정점에 위치하며 재판에 대한 헌법소원이 인정되고 있는 나라에서는, 재판사항과 헌법소원 사항이 서로 배타적인 것이 아니므로 헌법재판소가 헌법소원으로써 재판사항에 대한 심판권을 행사하더라도 어차피 같은 사법기관 내에서의 재판작용이어서 별로 문제될 것이 없으며 다만 모든 기본권 침해사항을 직접 헌법재판소에 대한 소원으로 구제 청구하게 되면 헌법재판소의 부담이 과중하게 되므로 헌법재판소와 일반법원 간의 업무분담을 합리적으로 조정할 필요가 있고(헌법재판소의 부담경감), 또 기본권 침해의 기초

---

250) 김학성, 전계논문, 254-255면

251) 법원행정처 헌법재판연구반 연구보고서, 명령 규칙에 대한 위헌심사권, 1990, 36면

252) 상계보고서, 37-38면

사실을 일반법원으로 하여금 미리 심사 정리하도록 할 필요도 있으므로 헌법소원의 보충성을 규정하는 것이라는 것이다. 그리고 일정한 기간 내에 권리구제를 받지 못하면 권리구제의 의미가 없어지거나 막대한 경제적, 신체적 손해를 입게 되는 등 아주 시급한 경우와 당해 권리의 구제를 인정하지 않는 법원의 관례가 확립되어 있는 등의 경우에는 헌법재판소로 하여금 이왕 심판할 사항을 미리 심판하게 하는 길을 열어주는 것이 바람직한 것이라 하여 비약상고제도와 비슷한 취지(심급의 생략)에서 보충성의 예외를 인정하는 것이라 한다. 그런데 우리나라에서는 사법부와 헌법재판소가 별개 독립의 헌법기관으로 되어 있고, 헌법 제101조는 대법원을 최고법원으로 규정하고 있어서 그 재판에 대한 타기관에의 불복이란 있을 수 없으며, 헌법 제107조 제2항을 명령, 규칙, 처분에 관한 법원의 최종적인 판단권을 규정하고 있으므로 사법부에 의하여 판단된 사항은 다시 헌법소원의 대상이 될 수 없어(헌법재판소법 제68조 제1항이 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 것도 이러한 헌법의 취지의 표현이라 한다.), 사법부의 재판에 의하여 판단될 수 있는 사항과 헌법소원의 대상은 서로 배타적인 관계, 즉 사법부(일반법원)의 재판대상이 되는 사항은 헌법소원의 대상이 될 수 없고, 재판이 허용되지 않는 사항에 한하여 헌법소원의 대상이 된다고 하는 제도라는 것이다. 따라서 재판사항과 헌법소원사항이 경합되는 법체계에서는 인정되는 의미의 보충성이라는 것은 양자가 배타적인 관계에 있는 우리의 법체계에서는 개념상 있을 수 없으며 우리의 법체계에서는 양자간 재판권의 구분이 있을 뿐이라고 한다. 사정이 이러하므

로 일반법원과 헌법재판소가 심급 구조로 연결되어 있는 법체계에서 인정되는 의미의 보충성의 예외라는 것도 우리 법체계에서는 있을 수 없는 것이며 다만 사안의 성질에 비추어 재판 사항인지 아니면 재판사항에서 제외되어 헌법소원의 대상으로 될 수 있을 것인지의 준별이 있을 뿐이라는 것이다. 따라서 우리 헌법재판소법이 독일의 헌법재판소법과는 달리 이른바 보충성의 예외와 관련하여 아무런 규정을 두지 아니한 것은 우연히 그리되었거나 입법의 미비로 인한 것이 아니라 우리의 헌법재판제도를 반영하여 필연적으로 그리 될 수밖에 없다는 것이다. 그런 점에서 헌법재판소가 그 결정에 의해 보충성 원칙의 예외를 인정한 것은 우리 헌법상 헌법소원제도의 취지와 헌법재판소법 제68조 제1항의 명문규정을 완전히 무시하는 헌법적 입법을 한 것이라고 비판한다. 또한 독일 연방헌법재판소법의 명문규정에 의하여 인정되고 있는 ‘일반적 의미가 있는 경우’, 중대하고 회복할 수 없는 손해가 생길 경우’ 등 보충성의 예외 사유를 우리나라 헌법소원에 대하여도 적용하여야 한다는 주장도 마찬가지로 마치 독일의 법률을 우리나라에 적용하자는 격이어서 그 타당성이 없다고 한다.

셋째, 헌법소원절차가 일반사법절차에 비하여 반드시 국민권리구제를 위하여 유익한 것이 아니며 자칫 보충성의 원칙을 넓게 인정하면 헌법과 기본권에 관련된 사항이면 모든 행정쟁송을 헌법재판소에서 단심으로 심판할 수 있는 결과가 될 것이라는 것이다.<sup>253)</sup>

---

253) 상계보고서, 40-42면

그밖에 독일 연방헌법재판소법과 달리 보충성의 원칙에 대한 명문의 예외규정이 없고 또한 헌법 제107조 2항의 규정상 명령, 규칙, 처분이 헌법 또는 법률에 위반되는지 여부에 대해서는 대법원이 최종적으로 심사할 권한을 가지므로 보충성의 원칙에 대한 예외는 인정할 수 없다는 견해와<sup>254)</sup> 보충성의 원칙에 대한 예외규정을 두고 있지 않는 이상 비록 헌법소원심판의 활성화라는 목적에서 이를 인정하는 것은 이해가 되지만 해석상으로 가능한 것인지 의문이 있고 설사 가능하다 하더라도 한계가 있는 만큼 헌법소원의 활성화를 위해서는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 정면으로 인정하든가 또는 보충성의 예외규정을 두는 방향으로 입법개정을 하는 것이 옳다는 견해도 있다.<sup>255)</sup>

생각건대 이러한 문제의 발단은 근본적으로는 우리 헌법상 헌법재판제도의 구조적 혼란, 즉 독일-오스트리아식의 헌법재판소제도와 미국식의 사법심사제의 혼합과 이로 인한 헌법재판소와 법원과의 관계 및 관할범위의 모호성, 특히 헌법 제107조 제2항과 제111조 제1항 제5호간의 상충성에서 유래한다. 그리고 입법의 불비인지 아니면 우리 헌법상의 헌법재판제도의 필연적 결과인지 헌법재판소법 제68조 제1항은 보충성의 원칙을 규정하면서 그 예외에 대한 명문의 규정을 두지 않았다. 이리하여 해석론상 보충성의 예외의 인정 여부 및 그 범위를 설정하는 것은 어려운 문제가 아닐 수 없다. 어쨌든 그러면 현행

---

254) 김중빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989, 212면

255) 조규정, 행정 작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990, 476면

헌법과 헌법재판소법상 헌법소원에 있어서의 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정될 수 있는 것인가. 특히 법원행정처 헌법재판연구반보고서가 지적하듯이<sup>256)</sup> 현행헌법상으로는 법률에 의해서도 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정할 수 없는 것인가.

확실히 앞서서도 지적하였지만 우리 헌법재판소법상 헌법소원의 보충성의 원칙이 독일의 그것과는 같은 의미를 가진다고 할 수는 없다. 그러나 법원행정처 헌법재판연구반의 견해는 다음과 같은 몇 가지 의문점을 가진다고 생각된다.

첫째, 법원행정처 헌법재판연구반의 해석은 사실상 헌법소원의 대상을 극히 제한적으로 인정하게 됨으로써 헌법이 헌법소원제도를 규정하고 있는 취지를 거의 상실케 한다. 이러한 해석은 헌법 제107조 제2항에 대해서만 지나치게 비중을 두어 헌법 제111조 제1항 제5호의 의의를 지나치게 과소평가하고 있다고 보아진다. 이미 보았듯이 양 조항간에는 상호 충돌되는 측면이 있는데 헌법연구반의 견해는 법원에 관한 헌법규정에 대해서만 우월적 지위를 인정하고 헌법소원과 헌법재판소에 관한 헌법규정은 그 하위에 두는 결과에서 유래한다고 볼 수 있다. 말하자면 헌법 제107조 제2항에 규정된 사항에 대해서 헌법재판소에 관한 헌법규정도 불구하고 법원의 배타적 권한을 규정한 것으로 해석하고 헌법재판소는 이에 대해 일체 관할권을 가질 수 없다고 한다든가 그러한 사항에 대해서는 독립기관인 헌법재판소와의 관계에서도 대법원의 최고법원성 때문에 이에 관여할 수 없다고 해석하는 것은 그러한 태도에

---

256) 법원행정처 헌법재판연구반, 전계보고서, 38면

서 유래한 것이라 생각된다.

둘째, 보충성의 원칙의 취지나 헌법소원제도의 목적에 비추어 보면 사법적 권리구제절차를 통해 기본권 보장을 기대할 수 없거나 그로 인해 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생할 경우까지 사법적 구제절차를 거치도록 하고 이에 대한 헌법소원을 배제한다는 것은 타당하기 어렵다.

셋째, 무엇보다 이러한 문제는 어떠한 해석이 국민의 기본권 보장과 헌법질서의 통일성 확보에 충실할 수 있을 것인가 하는 관점에서 이해하여야 하지 법원과 헌법재판소의 위상이나 권한 문제라는 관점에서 파악되어서는 안될 것이다. 그런 점에서 보면 국민의 기본권이 사법적 구제절차를 통해서 보장될 것을 기대할 수 없는 예외적 경우에는 헌법소원의 제기가 인정되어야 할 것이며 또 소원사항이 헌법상 중요한 쟁점을 포함하여 일반적 중요성을 가지는 경우 헌법질서의 유지, 보장을 임무로 하는 헌법재판소가 이를 관할하는 것은 당연하다고 생각한다.

넷째, 반드시 법원의 권한사항과 헌법재판소의 권한사항을 배타적 관계로만 이해해야 하는 것이 헌법이 명하는 것이라 할 것인가. 연구반의 주장처럼 헌법재판소와 법원이 별개의 기관이라 한다면 법원의 재판사항이라 하더라도 재판 자체를 문제삼는 것이 아니라 대상 자체의 위헌성을 문제로 하는 경우 헌법재판소의 관할을 인정해야 되는 것이 헌법재판소와 헌법소원제도를 둔 취지에 맞다고 해야 하리라 여겨진다. 만약 그렇게 해석하지 않는다면 헌법소원제도를 둔 취지가 거의 무시되게 된다.

다섯째, 헌법소원을 통한 헌법재판소의 심판은 대법원의 상급심으로서 제4심이 아니다. 말하자면 법원의 사실판단이나 법률, 명령, 규칙의 해석, 적용을 재심하는 것이 아니라 헌법상 보장된 기본권이 공권력에 의해 침해되었느냐 여부를 판단하는 헌법재판을 하는 것으로 이는 심급의 문제는 아니다.<sup>257)</sup> 그런 점에서 법원의 재판을 거친 사항이라 하더라도 헌법재판소가 헌법문제에 한해 심판한다고 해서 법원의 사법권을 침해한다거나 대법원의 최고법원성을 위배한 것이라 할 수는 없다.

여섯째, 일반사법절차가 헌법소원보다 더 국민권리구제에 충실하고 보충성의 원칙을 넓게 인정하면 헌법소원에 의한 단심절차로 되는 결과가 될 것이라는 주장은 헌법소원제도가 보충적이고 특수적 권리구제수단이라는 점을 도외시한 지적이라 생각된다. 보충성의 원칙의 예외가 인정되는 경우는 일반사법절차가 권리구제절차로서 기능하지 못하고 그를 거치는 경우 당사자에게 일방적 위험부담을 주는 경우에 한정된다는 점에서 타당하지 못하다. 또한 보충성의 원칙에 대한 예외는 헌법소원의 본질상 넓게 인정될 수는 없는 것이다.

일곱째, 다른 권리구제수단이 없는 경우에는 당연히 보충성이 적용되지 않는 경우로서 바로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

이렇게 본다면 보충성의 원칙의 예외는 현행법해석론상으로도 인정될 가능성이 있고 헌법소원제도의 목적이나 보충성의 원칙의 취지에 비추어서도 인정되어야 한다고 생각한다.

---

257) 허 영, 헌법소원제도의 이론과 우리제도의 문제점, 고시연구, 89. 4, 58면

### 3) 입법례

#### (1) 독일

연방헌법재판소법 제90조 제2항은 ‘침해에 대하여 권리구제절차가 마련되어 있는 경우에는 권리구제절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원을 제기할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의의를 갖거나 권리구제절차를 미리 거치게 함으로써 헌법소원 청구인에게 중대하고 돌이킬 수 없는 불이익을 발생케 할 우려가 있는 경우에는 권리구제절차를 모두 거치지 아니하고 제기한 헌법소원에 대하여 바로 재판할 수 있다.’고 규정하고 있다. 따라서 보충서의 원칙의 예외로서 연방헌법재판소법 제90조 제2항이 들고 있는 것이 헌법소원이 일반적인 의의를 갖는 경우 헌법소원 청구인에게 중대하고 돌이킬 수 없는 불이익을 발생케 할 우려가 있는 경우이고, 이외에 판례에 의하여 예외로 된 것이 기대 가능성이 없는 경우(Unzumutbarkeit)이다.<sup>258)</sup>

#### (2) 오스트리아

연방헌법 제144조 제1항 제2단은 ‘소원은 심판(Instanzenzug)을 모두 거친 수가 아니면 제기할 수 없다’라고 규정하고 연방

---

258) BVerfGE 56, 380 ; 9, 7 f. ; 10, 308 f ; 16, 2 ; 18, 16 ; 21, 167 ; 27, 269 ; 47, 18 ; 55, 157 ; 64, 213 ; 19, 256 f. ; 21, 136 f. ; 22, 355 ; 16, 2 f ; 17, 257 ; 27, 97 ; 39, 291 ; 38, 110 ; 44, 370

헌법재판소법 제82조 제1항은 ‘연방헌법 제144조 제1항에 의거한 처분에 대한 소원은 행정적 심판을 모두 거친 후 최종심처분의 송달 수 6주내에 제기하여야 하다.’고 규정하고 있다.

#### 4) 개선방안

(1) 헌법소원에 있어서의 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하는 이유는 원칙적으로 헌법소원을 제기하기 위해서는 모든 권리구제절차를 모두 거쳐야 하는 것이지만 소원신청인에게 이러한 권리구제절차의 소진을 기대할 수 없는 일정한 경우에 까지 일반권리구제절차를 거치도록 하는 것은 일반권리구제절차를 거침에 따른 위험과 부담을 헌법소원 신청인에게만 일방적으로 부담시키는 것이 되어 부당하기 때문이다. 즉 일반권리구제절차를 거친다 하더라도 권리구제를 기대할 수 있는 가능성이 없는 경우에 이를 거치도록 한다면 이는 불필요한 절차를 거치도록 함으로써 비용과 시간을 낭비토록 한다든가 또는 그러한 권리구제절차를 다 거치도록 하는 경우에 소원신청인에게 중대하고 피할 수 없는 손해를 초래하는 절차적 긴박성이 있는 경우 등에까지 소원신청인에게 일반권리구제절차를 거치도록 하는 것은 기대가능성이 없기 때문이다. 또한 헌법소원이 기본권 보호기능 뿐 아니라 헌법질서유지, 보장기능도 가지고 있다는 점에서 헌법소원이 일반적 중요성을 가지고 있어 아직 헌법소원이 제기되지 않은 다른 유사한 사건에 대한 해결을 가져올 수 있다든가 또는 헌법상 근본적인 문제를 포함하고 있는 경우 다른 권리구제절차를 거치도록 하지 않고 헌

법재판소가 이를 직접 다룰 필요가 있다 할 것이다. 이렇게 본다면 국민의 기본권 보장과 헌법질서의 보장을 위해 일정한 경우 보충성의 예외를 인정할 필요성이 있다 할 것이고 보충성의 예외의 인정여부를 둘러싸고 해석상 논란이 제기될 가능성이 있고 또 보충성의 예외가 인정된다 하더라도 그 인정범위가 불분명하여 이를 둘러싸고 헌법재판소와 법원간에 논란이 제기될 소지가 많고 또 헌법소원 청구인에게도 보다 명확한 기준을 제공해줄 필요가 있다는 점에서 이에 대한 입법이 필요하다고 할 수 있다.<sup>259)</sup>

(2) 그러면 보충성의 예외를 인정하는 입법을 한다면 어떤 경우에 예외를 인정할 것인가가 문제된다.

이 점에 관해 우리 헌법재판소는 보충성의 원칙으로 예외로서 가) 문제가 된 공권력의 행사나 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차가 없는 경우, 나) 헌법소원 청구인이 그 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 다) 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차의 이행을 기대할 수 없는 경우를 들고 있다. 이는 독일의 연방헌법재판소법과 연방헌법재판소의 판례의 영향을 받은 것으로 보인다. 독일의 경우 물론 우리와 헌법재판소와 법원의 관계나, 헌법소원의 대상 등에서 차이가 있어 헌법소원의 보충성에 있어서도 앞에

---

259) 보충성의 예외를 입법을 통해 규정할 것을 주장하는 예로 김철수, 전계논문, 552면 ; 김학성, 전계논문, 292면

서 본 바와 같은 차이가 문제될 수 있지만 보충성의 예외에 대한 독일의 경험은 우리에게 많은 시사를 주리라 생각한다.

독일 연방헌법재판소법 제90조 제2항 2문은 보충성의 예외로서 가) 헌법소원이 일반적 의미를 가지거나, 나) 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원 제기인이 중대하고 피할 수 없는 손해를 입게 되는 경우를 규정하고 있는데 연방헌법재판소 판례는 권리구제절차를 거치는 것이 기대 불가능한 경우(착오의 경우도 포함해서)에도 예외를 인정하고 있다.

먼저 헌법소원이 일반적 중요성(allgemeine Bedeutung)을 가지는 경우란 그 소원이 근본적인 헌법적 문제를 제기하는 경우, 판결을 통해 당해 사건에 대해서 뿐 아니라 많은 유사한 사건의 법적 문제에 관한 해명을 기대할 수 있는 경우를 의미한다.<sup>260)</sup> 연방헌법재판소의 판결주문이나 판결이유가 법적으로 또는 사실상 현재나 앞으로의 사건에 대해 선결적(Präjudiziell) 의미를 가지는 경우가 여기에 해당한다.<sup>261)</sup>

다음으로 권리구제절차를 거치게 되면 소원 제기인에게 중대하고 피할 수 없는 손해(schwerer und unabwendbarer Nachteil)가 발생하는 경우로는 먼저 손해가 문제가 된 처분으로 인해서만이 아니라 다른 권리구제절차를 거치고 난 후 헌법재판소에 재판을 받을 수 있도록 함으로 인하여 발생하는 경우라야 한다.<sup>262)</sup> 또한 손해가 장래에 비로소 나타나는 것이어서는 안되고 현존하여야 하며 연방헌법재판소가 신속한 재

---

260) BVerfGE 19, 273 ; 19, 289 ; 25, 246 ; 27, 98 ; 62, 342 ; 68, 185 ; Zuck, aaO, S. 285

261) C. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988. S. 100

262) ebenda. , S. 97

판을 하더라도 손해를 피할 수 없는 경우는 해당되지 않는다.<sup>263)</sup> 또한 단순히 일반권리구제절차를 거침으로 생기는 시간상의 손해나 노동력 손실과 같은 일반적 손해는 중대한 손해에 포함되지 않으나<sup>264)</sup> 권리구제절차를 거치도록 하는 것이 기간경과로 인해 청구를 할 수 없게 한다든가 문제된 처분의 실행이 임박하였고 그로 인해 사실상 법적 손실을 초래할 경우 등은 여기에 해당한다.<sup>265)</sup>

한편 권리구제절차를 거치도록 하는 것이 기대 불가능한 경우로는 예컨대 다른 권리구제절차를 거치는 것이 비용부담만 초래할 뿐 사실상 불필요한 것을 요구하는 결과가 되는 경우, 즉 법원의 확고한 최근 판례가 소원청구인의 주장과 상반된다든가 제소를 허용하지 않는 경우<sup>266)</sup>, 또는 확립된 견해에 의하면 헌법소원청구인에게 일반권리구제절차가 없는 경우<sup>267)</sup>가 그 예이다. 또한 헌법소원청구인이 착오로 일반권리구제절차를 거치지 않고 바로 헌법소원을 제기한 경우에 그 착오가 소원청구인의 책임 없는 사유로 인한 때에는 일반권리구제절차가 허용되는지 여부에 대한 객관적 불확실성에 따른 부담을 헌법소원 청구인에게만 일방적으로 부담케 해서는 안된다는 점에서 기대가능성이 없는 경우에 속한다.<sup>268)</sup>

---

263) BVerfGE 14, 194

264) BVerfGE 1, 69 ; 38, 212

265) Gusy, aaO, S. 99

266) BVerfGE 9, 7 f ; 10, 308 f ; 16, 2 ; 18, 231 ; 20, 179 ; 21, 167 ; 27, 250 f, 269 ; 47, 18 ; 49, 51 ; 50, 75 ; 55, 157 ; 61, 341 ; 64, 213 ; 64, 260 ; 68, 152 ; 68, 380 ; 69, 296 ; 70, 186

267) BVerfGE 27, 78

268) Zuck는 권리절차소진의 예외와는 별도로 헌법소원청구인의 착오를 들고 착오에는 착오로 인해 권리구제절차를 거친 경우와 착오로 권

이상과 같은 경우는 우리의 경우에 있어서도 헌법소원제도의 취지에 비추어 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정되어야 하리라 생각한다. 즉 헌법소원이 제기된 사안이 일반적 중요성을 가지는 경우라든가 일반권리구제절차를 거치도록 하면 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생하는 경우, 그리고 일반권리구제절차를 거치도록 하는 것이 기대 불가능한 경우는 권리구제절차를 거침에 따른 위험과 부담을 헌법소원청구인에게만 일방적으로 부담시킬 수 없는 경우로서 보충성의 예외로 명문화하여야 할 것이라 생각한다.

#### 4. 헌법소원의 대상

##### 1) 문제의 제기

헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.’고 하여 법원의 재판을 제외한 공권력의 행사 또는 불행사를 헌법소원의 대상으로 하고 있다. 헌법소원제도가 국가권력의 기본권에 대한 기속성을 확보함을 본질로 하고 또한 헌법 제10조에 의해 모든 국가권력이 기본권에 기속되는 이상 원칙적으로 모든 공권력의 행사 또는 불행사가 헌법소원의 대상이 되

---

리구제절차를 거치지 않은 경우로 나누고 있다.(Zuck, aaO, S. 289)

어야 할 것이다. 그런 점에서 입법작용과 행정작용, 그리고 사법작용도 모두 헌법소원의 대상이 되고 또한 그 국가작용이 작위이든, 부작위이든, 그리고 법률행위이든, 사실행위이든 헌법소원의 대상이 되어야 할 것이다. 또한 직접적 국가권력의 발동 뿐 아니라 간접적인 국가권력의 발동도 헌법소원의 대상이 된다고 하여야 할 것이다. 따라서 공권력의 주체도 반드시 국가에 한정되지 아니하고 지방자치단체나 공법인, 국립대학교와 같은 영조물도 포함한다고 보아야 할 것이고 이러한 주체가 공적 과제를 공법적 형태로 수행하는 경우 뿐 아니라 사법적 형태로 수행하는 경우에도 기본권 기속성이 인정되고 따라서 헌법소원의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.<sup>269)</sup> 다만 국가가 공적 과제와 관계없는 순수한 사경제적 영리행위를 하는 경우에는 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 주장도 있으나<sup>270)</sup> 우리나라 헌법해석상으로는 권력작용이나 관리작용 뿐 아니라 국고작용에 대해서도 기본권이 구속력을 가진다는 것이 지배적 견해이며 국가가 비록 사경제적 영리행위를 한다 하더라도 그것은 순수한 사인의 그것과는 달라 궁극적으로는 국민의 기본권보장을 지향하지 않으면 안된다는 점에서 헌법소원의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

그러나 우리나라의 헌법소원제도는 이러한 국가권력의 기본권에의 기속성 보장이라는 헌법소원제도의 본질에 비추어 몇 가지 문제를 포함하고 있다.

첫째, 무엇보다도 헌법소원의 대상이 너무 제한적이라는 점

---

269) C. Pestalozza, aaO, S. 174

270) ebenda.

이다. 즉 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 동조 동항에서 규정하고 있는 보충성의 원칙과 관련하여 헌법소원의 대상을 기이하게도 입법작용과 법원의 재판의 대상이 되지 않는 일부 행정작용에 국한되게 하였다.<sup>271)</sup> 그 결과 헌법소원의 대상이 되는 것은 입법작용과 권력적 사실행위, 재정신청의 대상이 되지 않는 검사의 불기소처분 및 기소유예처분, 행정계획 등에 불과하게 되었다.<sup>272)</sup> 또한 헌법 제107조 제2항은 명령이나, 규칙, 처분이 헌

271) 1992. 11.30 현재 헌법재판소에 청구된 제68조 제1항의 헌법소원의 대상은 다음과 같다.

구분	접수	처					리					계속	
		계	위헌	헌법불합치	일부위헌	한정합헌	인용	합헌	기각	각하	기타		취하
계	1043	811	4	1	2	-	17	-	202	532	1	52	232
립법권	법률	125	76	3	1	2			10	52		8	49
	부작위	5	2						2				3
	결의·절차	2	-										2
행정권	행정처분등	148	107				1		2	92			41
	부작위	23	14				2		1	8			9
	불기소처분	569	479				14		188	259		12	90
	행정입법	30	16							13		3	14
	자치입법	7	3							2		17	4
사법권	재판	53	43							43		3	10
	부작위	8	6							5		1	2
	재판 이외의 처분	9	8							8			1
	사법입법	9	7							4		1	2
기타	55	50							44		6	5	

272) 허영 교수는 보충성의 원칙과 사법작용을 헌법소원의 대상에서 제외시키는 우리 제도 아래서 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것은 가) 형사소송법 제260조상 재정신청의 대상이 될 수 없는 검찰의 소극적 공소권 행사, 나) 권력적 사실행위, 다) 계획적 행정작용, 라) 통치행

법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사토록 함으로써 해석 여하에 따라서는 명령, 규칙, 처분도 헌법소원의 대상에서 제외되게 된다. 이러한 문제는 결국 여러 학자들이 지적하듯이 헌법소원제도를 도입하면서도 헌법소원제도의 실질은 사실상 배제해 버린 것을 의미한다.

둘째, 헌법소원재판소법 제68조 제1항은 헌법소원의 대상을 포괄적으로 공권력의 행사 또는 불행사로 규정하여 구체적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사의 범위가 불분명하고 헌법소원의 대상이 되느냐 여부를 둘러싸고 해석상으로 많은 논란을 빚고 있다. 이러한 문제는 헌법 제107조 제2항과 헌법 제111조 제1항 제5호 및 헌법재판소제도간에 존재하는 충돌로 인하여 야기되는 부분도 있고 또 한편으로 헌법재판소법 제75조 제4항 등에 나타나는 표현상의 혼동이나 입법적 불명확성으로 인해 야기되는 부분도 있다. 물론 많은 경우에는 입법론적 문제라기보다는 해석론상 문제로서 해결해야 할 사항이라 할 수 있다.

셋째, 헌법소원의 대상을 포괄적으로 규정하면서 국가작용 중 다른 작용에 대한 헌법소원과는 다른 특성을 가지는 경우에는 이에 대한 명문의 규정을 두어야 함에도 이러한 규정을 두지 않는 것도 문제이다. 즉 법률에 대한 헌법소원의 경우에는 처분에 대한 헌법소원의 경우와는 그 성격, 청구기간, 심리

---

위, 마) 위헌법률에 의해 직접적으로 기본권이 침해된 경우, 바) 입법권자의 부작위에 의한 기본권침해의 경우와 같은 지극히 제한된 몇가지 사항에 불과하다.(허영, 한국헌법론, 1993, 823-824면)

절차, 결정의 효과 등에 있어 차이가 있음에도 이에 대한 별도의 명문의 규정을 두지 아니함으로써 법률에 대한 헌법소원의 인정여부에 관한 논란을 야기할 뿐만 아니라 법률에 대한 헌법소원의 특성에 맞는 규율이 이루어지지 못하는 문제가 있다.

이상과 같은 헌법소원의 대상에 관한 기본 문제에 기초하여 현행법 해석상 논란이 되고 있고 또 앞으로 개선해야 할 몇 가지 헌법소원의 대상을 중심으로 그 문제점과 개선방향에 대해 살펴보고자 한다.

## 2) 헌법소원의 대상에 관한 몇 가지 문제

### (1) 법률

① 우리 헌법재판소법은 독일 연방헌법재판소법 제93조 제2항, 제94조 제4항, 제95조 제3항과 같이 법률에 대한 헌법소원에 관해 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 그래서 헌법재판소법이 제정된 후 초기에는 법률에 대한 헌법소원이 인정되지 않는다는 견해도 있었다. 이러한 주장은 독일 연방헌법재판소법과 같이 법률을 헌법소원의 대상으로 하는 명문의 규정이 없다는 점과 헌법재판소법 제75조 제4항이 제68조에서 규정하는 공권력을 처분으로 한정하고 있다는 점, 그리고 법률에 의해 기본권이 침해된 경우라 하더라도 구체적 사건으로 법원에 계속되지 아니한 경우에는 심판을 청구할 수 없다는 점 등에 근거한 것이었다. 그러나 헌법재판소의 결정은 일관하여 법률

에 대한 헌법소원을 인정하고 있으며<sup>273)</sup> 학자들의 지배적 견해도 이를 인정하고 있다.

원래 법률의 위헌성여부는 그 법률의 집행행위를 기다려 이에 대한 소송에서 그 전제가 되는 법률의 위헌심판절차를 통해 다투어야 할 것이지만 법률에 대한 헌법소원이 추상적 규범통제를 허용하는 것을 의미하는 것이 아니라 법률에 의해 집행행위의 매개없이 현실적으로 직접적으로 자기의 기본권이 침해된 경우에 한하여 이에 대한 헌법소원을 인정하는 것이며 법률도 헌법상의 기본권에 기속될 뿐만 아니라 법률에 의해 직접적으로 기본권이 침해된 경우에 법률 자체의 효력을 다룰 수 있는 소송절차가 없으므로 법률에 의한 직접적 기본권 침해가 있는 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있다고 보는 것이 정당하다고 생각된다.

다만 이처럼 법률에 대한 헌법소원이 별도의 명문규정을 두고 있지 아니하더라도 인정된다고 본다고 해도 법률에 대한 헌법소원은 처분에 대한 헌법소원과 그 성질에 있어 차이가 있으며 그에 따라 규율 내용도 달라져야 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 법률에 대한 헌법소원은 비록 헌법소원의 형식으로 제기되긴 하지만 규범통제적 성격을 가지지 않을 수 없고 그런 점에서 이에 대한 결정의 효력이나 심리절차에 있어 의회나 정부의 의견진술기회의 인정, 그리고 결정의 효력에 있어 규범통제에 관한 규정의 준용을 규정하고 있는 것이다.

---

273) 그 예로 헌재 1989. 3. 17 선고, 88 헌마 1 ; 1990. 6. 25 선고, 89 헌마 220 ; 1990. 10. 8 선고, 89 헌마 89 ; 1991. 3. 11 선고, 90 헌마 28 ; 1991. 3. 11 선고, 91 헌마 21

② 한편 입법부작위에 대한 헌법소원이 인정될 수 있을 것인  
가도 문제가 될 수 있다. 오스트리아의 경우 입법부작위에 대  
한 헌법소원을 인정하고 있지 않다. 이 점에 관해서도 우리 헌  
법재판소법은 명문의 규정은 두고 있지 않지만 일정 범위에서  
인정된다고 보는 것이 지배적 견해이고 헌법재판소의 결정  
도<sup>274)</sup> 이를 인정하고 있다. 입법권은 국회의 권한이고 입법여  
부에 대한 판단은 국회의 광범위한 재량에 맡겨져 있으며 원  
칙적으로 헌법재판소가 일정한 급부에 대한 국회의 입법의무  
를 인정할 수는 없는 것이다. 그러나 매우 제한적이긴 하지만  
헌법이 구체적 입법의무를 국회에 부과하고 있는 경우가 있다.  
즉 우리 헌법재판소가 판시하였듯이 헌법에서 기본권보장을  
위해 법률에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를  
이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기  
본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호  
의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아  
무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에는 입법부작위가 헌  
법소원의 대상이 된다고 볼 것이다. 주로 문제가 되는 것은 생  
존권적 기본권인데 우리 헌법해석론상 생존권적 기본권은 추  
상적 권리로 이해하거나 또는 구체적 권리로 보는 경우에도  
그 내용이 직접헌법규정에서 확정되어 있다기 보다는 이를 구  
체화하는 입법에 의해 정해진다고 보고 있으므로<sup>275)</sup> 입법부작  
위에 대한 헌법소원은 극히 제한적으로 인정된다고 할 것이다.

---

274) 헌재 1989. 3. 17 선고, 88 헌마 1 ; 1989. 9. 29 선고, 89 헌마 13;  
1991. 9. 16 선고

275) 권영성, 사회적 기본권의 헌법규범성고-헌법소송적 실현을 위한  
시론, 헌법논총 제2집, 1991, 202면

이렇게 본다면 법률에 대한 헌법소원에 관한 규정과 함께 입법부작위에 대한 헌법소원에 대한 근거규정도 둘 필요가 있지 않나 생각된다. 다만 그 구체적 범위 등은 판례나 이론에 맡겨 두는 것이 타당할 것이다.

## (2) 명령, 규칙

헌법소원제도를 두고 있는 나라에서는 명령이나 규칙에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 보통이지만 우리나라의 경우 헌법재판소법에 이에 관한 명문의 규정이 없을 뿐 아니라 헌법 제107조 제2항이 ‘명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.’고 하여 과연 우리 헌법상 헌법재판소의 명령, 규칙에 대한 헌법소원심판권이 있는 것인지가 문제된다. 이 점은 이미 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원사건에서 표출되어 첨예한 의견 대립을 낳았다. 명령과 규칙이 헌법소원의 대상이 되느냐 여부에 관한 찬반 양론의 주장은 다음 몇가지로 요약된다.

먼저 명령과 규칙이 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 주장은 다음과 같은 몇 가지 논거에 근거하고 있다.

첫째, 헌법 제101조는 대법원이 사법권을 담당하는 최고법원임을 규정하고 제107조 제2항은 명령과 규칙에 대한 위헌여부심사권은 대법원을 비롯한 일반법원에 전속함을 명시한 것으로 우리나라 헌법은 위헌여부심사권을 둘로 나누어 법률은 헌법재판소가, 명령, 규칙은 대법원이 심사토록 하고 있다. 그런

점에서 헌법재판소의 관장사항으로 헌법소원심판을 새로 규정하였으나 헌법소원은 헌법상 권한분배범위내에서 허용되는 것이지 헌법규정을 무시한 헌법소원의 허용은 있을 수 없다는 것이다.<sup>276)</sup>

둘째, 명령과 규칙이 국민의 권리를 직접 침해할 때에는 그 명령과 규칙을 대상으로 행정소송을 통해 다룰 수가 있으며 침해의 직접성이 인정되지 아니한다면 그 행정입법에 근거한 행정처분을 기다려 이에 대한 행정쟁송을 제기하면 되는 것으로 명령과 규칙의 위헌여부심사에 헌법소원이 끼어 들 여지는 없다는 것이다.<sup>277)</sup>

셋째, 만일 헌법재판소와 대법원이 동시에 명령, 규칙의 위헌 여부심사권을 가진다고 하면 재판권 경합으로 인해 똑같은 사항에 대한 두 기관의 판단이 다를 수 있고 또 관할기관과 상호관계에 대한 혼돈이 생겨 국민과 행정기관에 감내하기 어려운 불편을 초래한다고 한다.<sup>278)</sup>

넷째, 헌법 제107조 제2항에 있어 ‘재판의 전제가 된 경우에’라는 문구는 구체적 규범통제의 원칙을 규정한 것일 뿐 그 이상의 의미는 없다. 따라서 그 의미는 대법원이 최종적으로 심사하되 일반적 추상적으로 심사할 것이 아니라 구체적 쟁송으로 재판의 대상이 된 때에 한하여 심사한다는 취지이지 재판의 전제가 된 때에는 대법원이 심사하고 그렇지 않은 때에는 다른 기관이 심사한다든가 또는 원칙적으로 다른 기관이 심사

---

276) 법원행정처 헌법재판연구반 연구보고서, 명령, 규칙에 대한 위헌심사권, 1990, 9면이하

277) 상계보고서, 23면

278) 상계보고서, 23-25면

하되 재판의 전제가 된 때에 한하여 대법원도 심사할 수 있다는 취지는 아니라는 것이다.<sup>279)</sup>

다섯째, 명령과 규칙의 위헌심사권을 헌법이 명문으로 규정하고 있는 오스트리아나 헌법재판소가 헌법상 최고사법기관으로서 법원의 재판에 대해서도 헌법심사를 하는 독일과 달라서 헌법재판소를 사법부 밖에 별도의 헌법기관으로 병렬적으로 설치하고 재판에 대한 헌법심사를 금지하고 있을 뿐 아니라 명령, 규칙의 위헌여부심사권을 명문으로 대법원에 부여한 우리나라에서는 외국의 헌법해석과 동일하게 해석할 수는 없다고 한다.<sup>280)</sup>

한편 이에 대해서 명령과 규칙이 헌법소원의 대상이 된다는 주장은 헌법재판소의 1990. 10. 15 선고, 89 헌마 178결정과 이를 지지하는 학자들의 주장에서 나타나고 있다.<sup>281)</sup> 그 논거는 다음과 같다.

즉 첫째, 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령, 규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령, 규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것이 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이고 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위

---

279) 상계보고서, 13면

280) 상계보고서, 16-17면

281) 특히 홍성방, 헌법 제107조와 헌법소원, 한국공법학회 제12회 월례 발표회 발표문, 1990. 11, 13면 이하 ; 이석연, 헌법소원의 대상으로서의 명령, 규칙에 대한 위헌여부심사, 한국공법학회 제13회 발표회, 1990. 1230면 이하 ; 김철용, 헌법재판소 89 헌마 178결정에 대한 관견, 한국공법학회 제13회 발표회, 1990. 12, 41면 이하 ; 이시윤, 전개 논문, 14-15면 등 참조.

헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판 청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령, 규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라 볼 수 없다. 따라서 명령, 규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 헌법 제107조 제2항과는 아무런 상관이 없는 것이며 명령이나 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원의 대상이 된다는 것이다.<sup>282)</sup>

둘째, 헌법재판소법 제68조 제1항 후단이 보충성의 원칙을 규정하고 있긴 하지만 명령, 규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 때에는 그 명령, 규칙의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 없으므로 이러한 경우는 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다는 것이다. 또한 명령, 규칙에 기한 거부처분이나 부작위에 대한 행정소송이나 행정심판이 인정된다 하더라도 명령, 규칙 자체를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다퉴 수 있는 절차를 의미하지 않아 우회적 절차에 불과하고 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제절차에 해당하지 않고 따라서 그러한 절차를 거칠 필요없이 바로 헌법소원을 제기할 수 있다는 것이다.<sup>283)</sup>

---

282) 헌법재판소 상계결정

283) 헌법재판소 상계결정

셋째, 헌법 제101조가 사법권은 법원에 속하고 대법원은 최고 법원이라 규정하고 있고 헌법 제107조 제2항이 명령과 규칙이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 ‘최종적으로’ 이를 심사할 권한을 가진다고 한 것은 사법부내에서의 대법원의 위상을 명확히 한 것이지 헌법재판을 포함하는 모든 사법작용에 있어서의 대법원의 지위를 규정 한 것이라 볼 수 없다는 것이다.<sup>284)</sup>

그 밖에 명령, 규칙에 대한 대법원의 판결의 효력은 개별적 효력으로 당해 사건에서만 적용을 거부하는 것에 그치지만 명령, 규칙에 대한 헌법소원심판의 경우 헌법재판소의 결정은 일반적 효력을 가진다는 점에서 양자를 구별할 실익이 있다는 점과<sup>285)</sup> 명령과 규칙을 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 재판만을 헌법소원의 대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에도 반한다는 점 등을 들고 있다.

생각건대 이와 같은 견해의 대립은 근본적으로는 우리 헌법이 헌법재판기관으로서 헌법재판소를 두면서 또 제107조 제2항과 같은 규정을 두고 있는 데서 유래하는 것이어서 해석론으로 그 부조화를 극복하기는 상당히 어렵다고 생각된다. 그런 점에서 헌법개정을 통해 통일적 헌법재판제도를 규정하는 것이 근원적인 해결이 된다 할 것이다. 다만 헌법이 헌법소원제도를 두고 있는 이상 국가권력의 기본권 구속성의 보장이라는 제도의 취지에 비추어 명문으로 규정을 두는 경우를 제외하고는 모든 공권력의 행사 또는 불행사가 헌법소원의 대상이 된

---

284) 홍성방, 상계 발표문, 20면 ; 이석연, 상계 발표문, 33면

285) 김학성, 전계논문, 216면

다고 보아야 할 것이고 또 현행헌법이 헌법재판소를 두고 있는 이상 헌법재판은 원칙적으로 헌법재판소의 관할에 속하고 다만 명문의 규정을 두고 있는 경우에만 법원과 같은 다른 국가 기관의 권한에 속한다고 보아야 하고 이러한 규정이 있는 경우에도 이를 확장해서는 안된다고 보는 것이 타당할 것이고 그렇게 본다면 헌법 제107조 제2항이 명령과 규칙의 위헌여부 심사권이 법원에 전속한다는 것을 규정하였다고 보는 것은 제107조 제2항의 의미를 확장하여 헌법재판소의 권한제한의 의미로 이해한 것으로 부당하다고 보여 진다. 또한 그렇게 해석하는 것은 헌법 제111조 제1항 제5호의 의미를 과소평가하는 것이다. 오히려 헌법소원제도의 취지를 살리면서 헌법 제107조 제2항과의 조화적 해석을 모색한다면 제107조 제2항의 문언 그대로 명령이나 규칙의 위헌성이 재판의 전제가 된 경우에만 대법원이 헌법재판소에 제청할 필요없이 최종적으로 결정할 수 있다고 보고 명령과 규칙이 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

### (3) 통치행위

소위 통치 행위 내지 정치 문제에 대하여 사법자제나 권력분립을 이유로 사법심사를 배제하는 것이 종래의 대륙법계국가나 영미법계국가에 있어서의 일반적 경향이었고 과거 우리나라 대법원판례도 통치행위에 대한 사법심사를 부정하였다. 그러나 점차 통치행위의 범위를 제한하여 가는 것이 일반적 경향인 것도 사실이다. 이리하여 통치행위에 대해서도 헌법소원

을 제기할 수 있을 것인가, 만약 통치행위가 헌법소원의 대상이 되지 않는다면 어느 행위가 이러한 범주의 통치행위에 속하는 것인가가 문제된다.

사실 통치행위도 국민의 헌법상 보장된 기본권에 기속된다는 점에는 의문이 없지만 고도의 정치적 문제에 대해 헌법재판소가 개입, 판단하는 것이 타당하냐 하는 것은 또 다른 문제라 할 수 있다. 또한 소위 통치행위라는 범주 속에는 다양한 성질의 행위가 포함되어 있으므로 이에 대해 획일적 결론을 내리는 것도 타당하지 못하다고 생각된다. 예컨대 1962년의 뤼방테세르방스(Rubin de Servens)사건에서 프랑스 국사원이 내린 판결처럼 비상대권발동 자체는 통치행위로서 사법심사의 대상에서 제외된다 하더라도 그에 기한 개별적 조치는 사법심사의 대상이 된다고 보는 것처럼 구체적 사항에 따라 판단하는 것이 옳다고 생각된다. 이렇게 본다면 독일의 연방헌법재판소의 판결처럼 원칙적으로 소위 통치행위도 헌법소원의 대상이 된다고 보아야 하겠지만<sup>286)</sup> 고도의 정치성을 가지는 일정행위는 헌법소원의 대상에서 제외된다고 보아야 할 것이고 그에 관해서는 입법에 의해서 보다는 헌법재판소의 판례에 맡기는 것이 타당할 것이라 생각된다.

#### (4) 행정처분

원 행정처분에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있느냐 하는 문제는 헌법 제107조 제2항과 헌법재판소법 제68조 제1항과

---

286) BVerfGE 12, 354, 362

관련하여 복잡하고 미묘한 문제를 제기한다. 즉 헌법 제107조 제2항은 처분의 위헌성여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 최종적으로 심사할 권한이 있음을 규정하고 있고 또 행정처분에 대해서는 행정소송이 인정되므로 헌법재판소법 제68조 제1항 후문에 따라 헌법소원을 제기하기 위해서는 행정소송을 거쳐야 하는데 그러면 법원의 재판에 대한 헌법소원으로 귀결되게 되는데 동조 동항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있기 때문에 결국 행정처분은 헌법소원의 대상에서 제외되는 것이 아니냐 하는 의문에 생기는 것이다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제1항이 명문으로 행정처분을 헌법소원의 대상에서 배제하고 있지 않은 이상 행정소송을 거치고 나서 법원의 판결이 아니라 원 행정처분을 대상으로 헌법소원을 제기할 수는 있지 않느냐 하는 해석도 가능한 것이다. 그래서 이 점에 관해서도 찬반 양론이 존재한다.

먼저 원 행정처분에 대한 헌법소원제기는 인정될 수 없다고 보는 입장에서는 다음 몇가지 논거를 근거로 한다.<sup>287)</sup> 즉 첫째, 행정처분에 대한 헌법소원을 인정하는 것은 헌법 제107조 제2항에 위배된다는 것이다. 둘째, 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있음에도 만약 원 행정처분에 대해 헌법소원을 인정하게 되면 간접적으로 또는 우회적으로 법원의 재판에 대한 헌법재판소의 판단을 허용하는 결과가 되어 입법자의 의사에 반한다는 것이다.

그러나 이에 대해 원 행정처분에 대한 헌법소원이 인정된다

---

287) 이에 관해서는 조규정, 전게논문, 466면 ; 김종빈, 전게논문, 211면

는 주장은 다음에 근거를 두고 있다. 즉 첫째, 재판 자체에 대해서는 헌법소원이 금지되지만 원래의 행정처분은 공권력행사로써 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 것이다. 특히 헌법재판소법 제68조 제1항은 행정처분을 법원의 재판처럼 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있지 않으므로 행정처분에 의해 기본권이 침해된 경우 그 구제절차로서 법원의 재판을 거쳤다 하더라도 행정처분에 대한 헌법소원심판은 청구할 수 있다는 것이다.<sup>288)</sup> 둘째, 헌법 제107조 제2항은 대법원에 처분의 위헌여부에 대한 전속적 권한을 인정한 것이라기보다 처분이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 헌법재판소에 제청할 필요없이 대법원이 최종적으로 심판한다는 의미로 해석해야 한다는 것이다.<sup>289)</sup> 또한 동조 동항이 대법원의 최종적 심판권을 규정한 것은 사법부 내부에서 최종적으로 심사한다는 것이지 헌법재판소와의 관계에서까지 최종적으로 심리한다는 것을 의미하지는 않는다는 것이다.<sup>290)</sup> 셋째, 적어도 행정처분의 전제가 된 법률이 헌법에 위반되는데도 재판에서 간과하여 제청하지 않고 넘어간 경우는 아무리 대법원판결이 있었다 하여도 그 행정처분 자체를 소송물로 한 헌법소원은 허용된다고 보아야 하며 또 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌인 경우 구태여 행정소송을 제기함이 없이 막바로 헌법소원을 제기할 수 있을 것이라고 한다.<sup>291)</sup> 넷째, 만약 행정처분을 헌법소원의

---

288) 최광률, 헌법재판소법 해설, 한국공법학회 월례발표회 발표문, 1989. 2, 38면 ; 이시윤, 전계논문, 15면

289) 이시윤, 상계논문, 15면

290) 김학성, 전계논문, 225면

291) 이시윤, 전계논문, 15면

대상에서 제외한다면 헌법재판소법 제75조 제3, 4항은 무의미하게 되므로 제68조 제1항과 제75조 제3, 4항을 규범조화적으로 해석한다면 행정처분에 대한 헌법소원이 인정된다고 보아야 한다는 것이다.<sup>292)</sup> 다섯째, 행정처분에 대한 헌법소원을 인정하지 않는다면 헌법재판소법 제75조 제5항은 전혀 무의미한 규정이 될 것이므로 동조 동항은 행정처분이 헌법소원의 대상이 됨을 전제로 하는 것이라 한다.<sup>293)</sup>

생각건대 원 행정처분이 헌법소원의 대상이 되느냐 하는 문제도 기본적으로는 명령, 규칙에 있어서의 논쟁과 같은 맥락의 문제를 포함하고 있고 그런 점에서 헌법소원의 대상이 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 헌법 제107조 제2항의 해석에 대해서도 그러하지만 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다고 해서 보충성의 원칙과 관련하여 행정처분까지 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 헌법소원제도의 실질을 사실상 부정하는 것으로 헌법 제111조 제1항 제5호에 반하는 것이라 생각된다. 또한 원 행정처분에 대한 헌법소원을 인정한다 해서 그것이 사실관계의 확정이나 법률의 해석, 적용에 관한 법원의 재판에 대한 재심을 의미하는 것도 아니다.

### 3) 외국의 입법례

#### (1) 독일

---

292) 김학성, 전제 논문, 226-227면

293) 상계논문, 229면

연방헌법재판소법 제90조 제1항은 ‘누구든지 공권력 (dieöffentliche Gewalt)에 의하여 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 권리가 침해되었음을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.’고 규정하고 있다. 따라서 헌법소원의 대상은 공권력이다. 모든 독일의 직접 또는 간접의 국가권력의 조치가 공권력에 속한다.<sup>294)</sup> 작위와 부작위를 불문한다.<sup>295)</sup> 입법권, 사법권, 행정권의 행위가 모두 포함된다. 입법권에는 기본법의 규정, 형성적 의미의 연방법률, 주법률, 실질적 의미의 법률(법규명령, 특례) 등이 포함되며, 행정권의 행위에는 행정처분과 통치행위(BVerfGE 12, 354, 362)등도 포함된다.<sup>296)</sup>

주지하는 바와 같이 원래 기본법에는 헌법소원에 관한 규정이 없었던 것을 연방헌법재판소법이 연방헌법 제93조 제2항에 의거하여 그 권한을 추가하였던 것이다. 헌법소원에 관한 SPD의 초안은 헌법소원의 대상을 넓게 인정하였으나 연방참의원이 이에 반대하여 헌법소원의 대상을 입법권에 의한 기본권의 침해에 한정하려 하였다. 그 후 연방의회는 심의를 거치면서 지금과 같이 넓게 모든 공권력으로 확정하였던 것이다.<sup>297)</sup>

## (2) 오스트리아

---

294) K. Schlaich, aaO., S. 124

295) Chr. Gusy, aaO., S. 13

296) R. Zuck, aaO., S. 195 ff

297) 헌법소원의 연혁에 관하여는 Chr. Gusy, aaO., S. 1 ff. ; R. Zuck, aaO. 34 ff. ; F. Zacher, Die Selektion der Verfassungsbeschwerden, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, S. 404 ff. 참조.

연방헌법 제144조 제1항 제1단은 ‘헌법재판소는 헌법소원 제기자가 처분(Bescheid)으로 헌법상 보장된 권리를 침해당하거나 또는 위법한 명령, 위헌의 법률 또는 위법한 조건의 적용으로 자기의 권리를 침해당하였다고 주장하는 경우에 행정청의 처분에 대한 헌법소원을 재판한다’고 규정하고 있다.

#### 4) 개선방향

(1) 먼저 법률에 대한 헌법소원에 관해서는 명문의 규정을 두는 것이 타당하다. 법률에 대한 헌법소원이 헌법소원이기도 하지만 규범통제적 의미도 있다는 점을 감안하면 청구기간이나 심리절차, 결정의 효력 등에 관해 처분에 대한 헌법소원과 다른 규정을 둘 필요가 있는 것이다. 그런 점에서 먼저 청구기간에 관해서는 후술하는 바와 같이 청구기간의 제한을 두지 않는 것이 타당하고, 심리절차에 있어서는 헌법재판소법 제74조 제2항을 법률에 대한 헌법소원에도 적용토록 하여 청구서의 송달과 의견서 제출에 관한 제27조 제2항 및 제44조를 준용토록 하여야 할 것이다. 또한 결정의 효력에 대해서는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 경우와 마찬가지로 제45조와 제47조를 준용토록 하여야 할 것이다.

(2) 명령과, 규칙, 그리고 행정처분에 대한 헌법소원이 가능하나 하는 문제에 대한 논쟁은 애초 우리 헌법이 사법심사제와 헌법재판소제도를 혼용하여 헌법재판담당기관을 사실상 이

원화시킨 것에서 유래하는 것이므로 이의 통일적 조정이 필요하다 할 것이다. 이는 헌법해석의 통일을 위해서도 긴요한 문제라고 생각된다.

그런 점에서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석상의 차이가 있을 때 이를 조정할 수 있도록 하기 위해 헌법 제107조 제2항에 의해 대법원이 헌법재판소와 다른 해석을 통해 재판한 경우에는 헌법재판소에 최종적인 해석권을 인정해야 할 것이고 이를 위해 이러한 경우에는 법원의 재판에 대해서도 헌법소원을 제기할 수 있도록 하여야 할 것이다.<sup>298)</sup>

(3) 우리나라 헌법소원제도의 많은 문제는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 것에서 유래하는 만큼 이에 대한 개선도 있어야 하리라 여겨진다.

(4) 현행 헌법재판소법은 헌법소원의 대상을 공권력의 행사 또는 불행사로 규정하여 매우 불분명하다. 그래서 이에 관해 보다 구체적 규정을 두는 것이 타당하다 할 것이다. 다만 앞서서도 지적한 바와 같이 통치행위에 대해서는 명문의 규정을 두기보다는 관례와 이론에 맡기는 것이 좋을 것이다.

이러한 점과 관련하여 대한변호사협회의 헌법재판소법 중 개정법률안은 헌법소원의 대상에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.

즉 제68조(청구사유)(1) 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불

---

298) 황우여, 헌법재판의 제도적 고찰/토론, 헌법재판자료 제3집, 1990, 490면

행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

1. 법률, 조약, 법규명령, 조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용, 다만 이 경우에는 기본권이 침해될 현저한 위험이 있는 자를 포함한다.

2. 행정청의 처분, 부작위 등 행정작용

3. 법원의 판결, 결정, 명령, 기타 사법작용

## 5. 권리보호이익

### 1) 서언

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법재판소에 청구하는 것이다. (헌법재판소법 제68조 제1항) 그런 점에서 헌법소원을 통해 사실상 민중소송이나 추상적 규범통제를 인정하는 것과 같은 결과를 초래해서는 안되며 그런 점에서 권리구제절차로서 다른 소송절차와 마찬가지로 헌법소원을 제기할 수 있기 위해서는 권리보호이익이 있어야 한다.<sup>299)</sup> 헌법소원에 있어 권리보호이익의 개념은 명확하지 않고 학자에 따라서도 그 설명하는 내용이 같지는 않다. 그러나 권리보호이익은 넓게는 특수적 권

---

299) 우리 헌법재판소는 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제해주는 제도이므로 이 제도의 목적상 권리보호이익이 있는 경우에 비로소 제기할 수 있다고 한다.(헌재 1989. 4. 17 선고, 88 헌마 3)

리보호이익과 일반적 권리보호이익(또는 권리보호필요성)으로 나눌 수 있으며 전자에는 독일 연방헌법재판소 판례에 의해 발전되고 우리나라 헌법재판소에서도 수용되고 있는 자기 관련성(Selbstbetroffenheit)과 현재 관련성(gegenwärtige Betroffenheit), 그리고 직접 관련성(unmittelbare Betroffenheit)이 포함되는 것으로 이해할 수 있을 것이다.<sup>300)</sup>

## 2) 헌법소원청구인의 관련성

헌법소원청구인이 헌법소원을 제기하기 위해서는 공권력이 청구인 자신에 대해 현재, 그리고 직접적으로 기본권을 침해한 경우라야 한다. 이는 독일연방헌법재판소가 처음에는 법률에 대한 헌법소원제기요건으로 인정하였던 것을 그 뒤 모든 헌법소원에 확장한 것이다.<sup>301)</sup> 우리 헌법재판소도 1989. 7. 21 선고, 89 헌마 12결정에서 ‘입법자의 공권력행사 즉 법률에 대하여 바로 헌법소원을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 당해 규정에 관련되어야 할 뿐 아니라 당해 규정에 의해 현재 권리 침해를 받아야 하나 다른 집행행위를 통해서가 아니라 직접 당해 법률에 의해 권리침해를 받아야만 한다는 것을 요건으로 한다.’고 하여 자기관련성과 현재관련성, 그리고 직접관련성을 헌법소원제기요건을 인정하고 있다.

---

300) Zuck, aaO, S. 256ff

301) ebenda. S. 256

### (1) 자기관련성

헌법소원심판을 청구하기 위해서는 자기의 기본권이 침해되었음을 주장하여야 한다. 이는 Witwe-Schneeweiss사건에서 독일연방헌법재판소가 판결한 것처럼 헌법소원을 민중소송(Popularklage)으로부터 구별케 하는 것이다. 자기관련성이 인정되기 위해서는 헌법소원청구인이 공권력 작용의 상대방이어야 하는 것이 보통이다. 그러나 복효적 처분(Maßnahme mit Doppelwirkung)의 경우처럼 제3자에게는 수익을 주는 대신 헌법소원청구인에게는 손해를 주는 경우에는 자기관련성이 인정된다고 할 수 있다. 그런 점에서 자기관련성은 공권력 작용의 상대방 뿐만 아니라 공권력 작용의 효력을 받는 자에게도 인정된다 할 것이다.<sup>302)</sup>

한편 자기의 기본권이 침해되었다기보다는 헌법소원청구인이 사실상 또는 간접적으로 관련된 것에 불과하여 반사적 효과(Reflexwirkung)를 받는데 그치는 경우에는 자기관련성이 인정된다고 할 수 없다.<sup>303)</sup> 그런데 이런 경우 주로 문제가 되는 것은 평등의 원칙으로서, 헌법소원청구인이 제3자에 비해 불리한 지위에 있게 되거나 제3자가 법적으로 혜택을 받게 되는 경우가 문제된다. 그러나 제3자의 이익이 청구인의 비용에 기한 것이 아닌 경우에는 자기관련성이 인정되지 않으므로 평등원칙침해로 자기관련성이 인정되는 것은 절차상 자기에게 수

---

302) Gusy, aaO, S. 66

303) ebenda, S. 67

익이 가능한 경우라고 할 수 있다.

행정처분의 경우 비록 그 절차에 참여하지는 않았다 하더라도 그 절차나 그 절차의 대상에 대해 고유의 기본권으로 보호받을 이익을 가진 경우에는 자기관련성이 인정된다. 한편 공권력의 부작위에 대해서는 작위에 대한 청구권 가진 모든 자는 자기관련성이 인정된다.<sup>304)</sup>

우리 헌법재판소는 범죄피해자가 아닌 고발인은 검사의 불기소처분에 대해 자기관련성이 없다고 보고 있으며<sup>305)</sup> 고소의 형식으로 사건이 접수되었다 하더라도 청구인이 피해자의 지위에서 제기한 것이 아니고 단순히 국민의 일원으로서 한 것인 경우 형사피해자로서의 자기관련성을 인정할 수 없다고 보고 있다.<sup>306)</sup> 또 선거인의 자격이 인정되지 아니하고 또한 청구인이 자신이 입후보하지도 않은 경우 청구인 자신의 선거권이 나 공무담임권이 침해되었다고 보기 어려워 자기관련성이 없다고 보고 있다.<sup>307)</sup>

## (2) 현재관련성

현재관련성이란 헌법소원을 제기할 수 있기 위해서는 헌법소원청구인의 기본권이 현재 침해되어 있어야 한다는 것을 의미한다. 한때 기본권이 침해되었다든가 또는 장래에 침해될 가능

---

304) ebenda. S. 68

305) 헌재 1989. 12. 22 선고, 89 헌마 145 ; 1990. 12. 26 선고, 90 헌마 20

306) 1990. 6. 25 선고, 89헌마 90

307) 1990. 9. 3 선고, 89 헌마 90

성이 있다는 것으로는 현재성이 인정되지 않는다.<sup>308)</sup> 만약 장래의 잠재적 관련성만으로 헌법소원을 인정한다면 결과적 민중소송을 인정하는 결과가 될 것이기 때문이다.<sup>309)</sup>

이 점에 관해 독일이나 오스트리아의 경우 현재성을 요건으로 함에 반해 스위스의 경우에는 연방헌법 제113조와 관련하여 사실상 법률에 대한 헌법소원의 경우 장래에 기본권침해의 잠재적 가능성이 있는 경우에도 헌법소원을 인정하고 있다.<sup>310)</sup>

현재관련성이 인정되기 위해서는 헌법소원제기 당시 문제된 공권력작용이 효력을 가지고 있어야 한다. 그런 점에서 법률에 대한 헌법소원의 경우 입법절차가 모두 끝나야 하므로 공포되어 효력을 발한 법률에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있으나 아직 공포되지 않은 법률에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있다. 또한 법적 구속력이 없는 국가기간의 고지(Ankündigungen)나 의견표시(Meinungsaüßerung) 또는 통지(Mitteilung), 법령질의회신 등에 대해서는 기본권침해의 현재관련성이 인정되지 않는다.

현재관련성은 헌법소원 제기시에도 여전히 존재하여야 하며(Noch-Betroffenheit) 현재성이 끝나서는 안된다. 만약 공권력작용이 이미 효력을 상실한 경우에는 현재관련성을 상실하게 된다. 그러나 반복 위험이 존재하거나<sup>311)</sup> 그 작용이 추후의 부과적 효과의 사실상 또는 법적 전제가 된다거나<sup>312)</sup> 기본권의

---

308) Gusy, aaO, S. 71

309) BVerfGE 1, 97, 102

310) Zuck, aaO, S. 267

311) BVerfGE 33, 257 ; 35, 4 ; 35, 373 ; 47. 223f ; 52, 51f ; 56, 106

312) BVerfGE 15, 230 ; 22, 118 ; 48, 314f

의미 또는 공권력작용의 중요성에 비추어 추가의 심사가 요구되는 경우<sup>313)</sup>, 또는 일반법원에서의 권리구제절차의 지연으로 만약 그렇게 하지 않으면 기본권 보호가 배제될 경우<sup>314)</sup>, 그리고 근본적인 헌법문제의 해명이 요구되는 경우<sup>315)</sup> 등에는 이미 끝난 행위에 대한 현재관련성의 지속이 인정된다.

우리나라 헌법재판소도 침해행위가 이미 종료하여 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호, 유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌임을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있다고 하였다.<sup>316)</sup> 또한 이미 폐지된 법률이라 하더라도 그에 의한 권리침해가 있고 그 결과로 인하여 발생한 국민의 법익침해와 그로 인한 법률상태는 재판시까지 계속되고 있는 경우도 있을 수 있으므로 그 경우에는 현재관련성이 인정된다고 하였다.<sup>317)</sup> 그러나 재정신청의 대상을 일부 범죄에 한정하고 있는 형사소송법 제260조 제1항으로 인해 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성이 없다고 하였고<sup>318)</sup> 또한 소원청구당

---

313) BVerfGE 9, 93f ; 10, 308 ; 32, 92, ; 42, 5f ; 49, 52 ; 51, 105 ; 52, 235 ; 53, 157f

314) BVerfGE 9, 93f ; 39, 264 ; 42, 218 ; 44, 367 ; 50, 239 ; 53, 55

315) BVerfGE 33, 257 ; 47, 223f ; 49, 52

316) 현재 1992. 1. 28 선고, 91헌마 111 ; 1992. 4. 14 선고, 90 헌마 82

317) 현재 1989. 12. 18 선고, 89헌마 32, 33(병합)

318) 현재 1989. 7. 21 선고, 89헌마 12

시 이미 상고심사건이 종결되어 소송촉진 등에 관한 특례법 규정에 대해 위헌결정이 나와도 특단의 사정이 없는 한 이 결정에 의해 심판받을 여지가 없으므로 소원심판을 받을 이익이 없다고 하였다.<sup>319)</sup> 반면 앞으로 1, 2년 후에 시행될 국립대학교의 신입생선발 입학시험 요강에 대해서는 현재성을 인정하였다.<sup>320)</sup>

### (3) 직접관련성

헌법소원청구인은 문제가 된 공권력작용과 직접관련성을 가져야 한다. 직접관련성은 집행행위의 매개 없이 실현될 수 있거나 또는 매개행위의 존부에 의존하지 않는 것을 의미한다.<sup>321)</sup> 일반적으로 법률의 집행을 위해 집행행위가 필요한 것이 보통인데 이때에는 집행행위에 대한 권리구제수단이 있으므로 그 구제절차에서 법률의 위헌성 여부를 다룰 수 있기 때문에 이때에는 법률에 대한 직접적인 헌법소원은 인정될 수 없는 것이다.<sup>322)</sup> 따라서 법률이 법률 자신이나 명령, 또는 행정부의 집행행위를 통한 집행이 필요한 경우에는 직접성은 인정되지 않는다.<sup>323)</sup> 법률에 의해 직접적으로 의무부과가 있는 경우에는 직접성이 인정되는데 이는 특히 세법의 경우에 그러하다.

---

319) 헌재 1989. 9. 18 선고, 89헌마 187

320) 헌재 1992. 10. 1 선고, 92 헌마 68, 76

321) BVerfGE 68, 319, 325 ; 70, 35, 51 ; 73, 40, 68f

322) Benda / Klein, aaO, SS 208-209

323) Zuck, aaO, S. 262

법률규정이 재량의 여지가 없는 기속규정이면 직접성이 인정되지만 재량규정이면 직접성이 갖추어 졌다고 볼 수 없다고 보는 견해도 있으나<sup>324)</sup> 재량의 인정 여부에 관계없이 집행행위가 필요하나 여부에 따라 직접성 여부를 판단하여야 할 것이다.<sup>325)</sup> 왜냐하면 집행행위가 필요한 이상 그 행위가 재량행위이나, 기속행위이나에 관계없이 그 집행행위에 대한 법적 구제수단이 인정되기 때문이다. 그러나 법률에 의해 의무의 내용이 정해지는 경우에는 직접성이 인정된다고 할 것이다. 입법부 작위에 대해서는 입법을 청구할 수 있는 자는 언제나 직접관련성을 가진다.<sup>326)</sup>

우리나라 헌법재판소는 사법서사의 자격요건을 규정한 구사법서사법 규정의 직접적 기본권 침해성을 인정하였고<sup>327)</sup> 법원행정처장의 판단에 따라 법무사 시험을 실시하지 아니할 수도 있도록 한 법무사법 시행규칙의 직접성을 인정하였으나<sup>328)</sup> 사회안전법상의 보안처분에 대해서는 청구인들이 현재 사회안전법 소정의 보안처분을 받고 있다 하더라도 그것이 법무부장관의 보안 처분에 의한 것이므로 사회안전법에 의한 권리침해의 직접성을 갖추었다고 할 수 없다고 하였다.<sup>329)</sup>

### 3) 일반적 권리보호이익

---

324) BVerfGE 3, 1 ; 이시윤 전계논문, 17면

325) BVerfGE 7, 197 ; 14, 25

326) BVerfGE 1, 103f ; 8, 188 ; 56, 70f

327) 1989. 3. 17 선고, 88헌마 1

328) 1990. 10. 15 선고, 89헌마 178

329) 1989. 10. 27 선고, 헌마 105, 125, 126(병합)

일반적 권리보호이익은 소송법에서 공통으로 요구되는 요건이라 할 수 있다. 일반적 권리보호이익은 객관적 요소와 주관적 요소로 나눌 수 있다. 헌법소원에 있어서의 권리보호이익의 객관적 요소는 헌법소원이 소원청구인의 권리보장욕구(Rechtsschutzbegehren)에 대한 적합하고 필요하며 또한 기대 가능한 헌법절차적 권리보호수단임이 증명되어야 한다는 것을 의미하며 권리보호이익의 주관적 요소는 소원청구인이 권리보호욕구를 충족하는 것을 의미한다.<sup>330)</sup> 헌법소원의 적합성은 헌법소원에서 기대되는 결과가 소원청구인의 권리보장욕구를 충족시키는 것이어야 한다는 것을 의미하며 헌법소원의 필요성은 헌법소원에 의하지 않고서는 다른 권리구제절차가 존재하지 않아야 한다는 것을 의미한다. 또한 헌법소원을 제기하지 않더라도 중대하고 기대할 수 없는 손실이 발생하지 않는다는든가 또는 헌법적 문제에 대한 해명을 기대할 수 없다는가 하는 경우에는 기대가능성이 결여되게 된다.

한편 독일연방헌법재판소는 모든 헌법소원은 권리보호이익 필요성의 요건을 갖추어야 하며 이는 재판시에도 여전히 존재해야 한다고 하고<sup>331)</sup> 이 요건이 결여되면 헌법소원을 허용되지 않는다고 한다.

#### 4) 문제점과 개선방향

---

330) Zuck, aaO, SS 270-271

331) BVerfGE 9, 89, 92 ; 21, 139, 143 ; 25, 44, 53 ; 25, 88, 94 ; 27, 71, 78 ; 30, 54, 58 ; 74, 102, 115 ; 74, 163, 172f

헌법소원제도가 1차적으로 기본권구제를 목적으로 하는 것이고 그것을 통해 민중소송이나 추상적 규범통제를 허용하는 것이 아니므로 헌법소원의 제기요건으로 권리보호이익이 필요하다는 것은 의문의 여지가 없으며 이는 헌법재판소법 제68조 제1항에서도 나타나고 있다. 그러나 한편으로는 헌법소원제도는 민·형사소송이나 행정소송과 달라 헌법질서의 유지, 보장이라는 객관적 기능도 가지고 있다. 그런 점에서 개인의 기본권 보호라는 측면만을 중시하여 권리보호이익을 너무 엄격하게 해석하면 이와 같은 객관적 기능을 도외시하는 결과를 가져올 수 있다.

그런 점에서 이미 보았듯이 독일이나 오스트리아 등의 경우에도 다른 주관적 쟁송에 비하여 권리보호이익의 범위를 넓게 인정하고 있는 것이다. 그러나 우리 헌법재판소의 일부 초기결정에 대해서는 권리보호이익의 범위를 너무 좁게 인정하고 있다는 지적이 있었다.<sup>332)</sup> 예컨대 앞에서 본 것처럼 불기소처분에 관한 고발인의 권리보호이익의 부인 등은 그 예이다. 그래서 권리보호이익을 확대하여야 한다는 주장들이 있었다.<sup>333)</sup> 헌법재판소도 그 뒤 여러 결정에서 권리보호이익의 범위를 확장하여 주관적 권리구제에 별 도움이 되지 않더라도 침해행위가 반복될 위험이 있거나 분쟁해결이 헌법질서의 수호, 유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해결이 중대한 의미를 가지는 경우 권리보호이익을 인정하고 있는 것을 볼 수 있

---

332) 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 성계 이규석 교수 정년기념논문집, 현대공법론의 연구, 1992, 480면

333) 예컨대 이석연, 전거서, 154면 ; 김학성, 전계논문, 250면

다.<sup>334)</sup>

이처럼 권리보호이익의 확대는 위헌상태가 제거되었다 하더라도 반복위험이 존재하거나 근본적 헌법문제의 해명이 요구되는 경우 또는 추후의 부과적 효과의 사실상 또는 법적 전제가 된다거나 하는 경우에는 권리보호이익을 확대하여야 할 것이다. 또한 스위스의 경우 연방헌법 제113조에 의해 현재의 기본권 침해 뿐 아니라 장래의 기본권침해가능성에 대한 헌법소원이 인정하는 것처럼 장래의 기본권침해가능성에 대한 헌법소원의 인정도 검토할 수 있으나 이 점은 추상적 규범통제의 도입가능성과 관련하여 판단하여야 할 것이다.

한편 이러한 권리보호이익의 확대를 입법을 통해 해결하려는 견해도 있으나<sup>335)</sup> 오히려 구체적 판례나 이론을 통해 해결하는 것이 구체적 타당성을 확보할 수 있으리라 여겨진다.

## 6. 헌법소원의 청구기간

### 1) 현행제도와 그 문제점

#### (1) 현행제도개관

현행 헌법재판소법 제69조는 1항에서 ‘제68조 제1항의 규정

---

334) 헌재 1992. 1. 28 선고, 91 헌마 111 ; 1992. 4. 14. 선고, 90 헌마 82

335) 예컨대 이석연, 전거서, 210면 이하

에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.’고 하고 제2항에서 ‘제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.’고 규정하고 있다. 이는 헌법소원 제기기간을 제한함으로써 법적 상태의 안정성을 확보하고자 함에 그 목적이 있다 할 수 있다. 헌법소원의 청구기간에 관한 현행헌법상의 규정을 약술하면 다음과 같다.

① 제68조 제1항의 헌법소원 중 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원심판의 청구기간은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내이다. 30일의 기산점은 최종결정을 송달받은 날이다. 법원의 재판이 아닌 원 행정처분에 대한 헌법소원이 인정된다고 보면 원 행정처분에 대해서는 대법원의 판결을 통지 받은 날로부터, 불기소처분에 대한 헌법소원은 검찰항고, 재항고 절차를 밟아 대검찰청으로부터 재항고 기각결정을 송달 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 하며 재청신청을 거친 불기소처분에 대해서는 대법원으로부터 즉시 항고기각결정을 송달받은 날로부터 30일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.<sup>336)</sup>

② ㉠ 제68조 제1항의 헌법소원 중 다른 법률에 의한 구제절

---

336) 이석연, 전거서, 155면

차가 없는 경우에 있어 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있음을 안 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 행정소송의 제기기간에 대한 종래의 판례나 통설은 행정처분이 있음을 안 날로부터 180일과 처분이 있는 날로부터 1년 중 어느 쪽이든 먼저 한 쪽이 경과하면 제기기간이 도과된다고 보았으나 헌법소원의 경우 의견이 나누어지고 있다.

한편 구제절차가 없음에도 이를 간과하고 헌법소송법상 구제절차를 거쳤다 하더라도 헌법소원의 청구기간은 대법원 판결의 선고를 송달 받은 날로부터 진행되게 되는 것은 아니다.

㉔ 법률에 대한 헌법소원의 청구기간에 대해서는 헌법재판소법 제69조는 이를 명확히 규정하고 있지 아니하다. 이로 인해 두 가지 해석이 가능하다. 즉, 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간은 행정처분 등의 위헌여부가 헌법소원의 대상이 되는 경우에만 타당한 규정으로 한정적으로 해석하는 것이 타당하다는 견해<sup>337)</sup>와 법률에 대한 헌법소원에 대해서도 제69조 제1항이 적용된다는 견해가 그것인데 후자가 지배적 견해라 할 수 있다. 헌법재판소는 법률에 대한 헌법소원의 경우에도 제69조 제1항이 적용된다고 보고 제69조 제1항을 다음과 같이 해석하고 있다. 즉, 법률에 대한 헌법소원의 제소기간은 법률의 공포와 동시에 기본권 침해를 당한 자는 그 법률이 공포된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 법률공포 후 그 법률에

---

337) 최대권, 전제논문, 199면

해당하는 사유가 발생하여 비로소 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 할 것이며 ‘사유가 발생한 날’은 당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제 요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다고 하였다.<sup>338)</sup>

한편, 법률에 대한 헌법소원을 제69조 제1항 소정의 기간내에 제기하지 못하고 기간이 도과된 경우에는 그 법률에 기한 집행행위에 대하여 헌법소원을 제기함으로써 그 법률의 위헌성을 다툴 수 있다.<sup>339)</sup>

③ 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 기본권 침해가 계속되는 경우 청구기간은 경과하지 않으며 기본권 침해 상태가 계속되는 한 기간의 제한 없이 소원을 제기할 수 있다.

④ 제68조 제2항의 헌법소원의 경우 위헌법률심사제청 신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 헌법소원을 제기하여야 한다. 제청 신청이 기각된 날이란 특별한 사정이 없는 한 제청신청에 대한 기각결정을 송달 받은 날이라고 헌법재판소는 해석하고 있다.<sup>340)</sup>

---

338) 헌재 1990. 6. 25. 선고, 89 헌마 220 ; 1990. 10. 8. 선고, 90 헌마 18 ; 1990. 10. 26. 헌마 165 ; 1991. 1. 8. 선고, 90 헌마 210 ; 1992. 6. 26. 선고, 91 헌마 25 ; 이시윤, 전계논문, 146-147면

339) 이시윤, 전계논문, 155면

340) 헌재 1991. 9. 16 선고. 89 헌마 235 ; 1989. 7. 21. 선고, 89 헌마 38 결정

⑤ 헌법재판소법 제69조에는 행정소송법 제20조 제3항과 같이 청구기간이 불변기간이라는 명문의 규정을 두고 있지 아니다. 그래서 이를 불변기간으로 보는 견해<sup>341)</sup>와 불변기간은 아니라는 견해가 나누인다.<sup>342)</sup> 헌법재판소가 헌법소원청구기간을 신장하거나 단축할 수 있다고 보기는 곤란하므로 불변기간으로 보는 것이 타당할 것이다. 다만 민사소송법 제160조에 의한 추완은 허용되지 않는다고 보는 것이 보통이다.<sup>343)</sup> 독일에서도 기간만료 후 추완이 허용되지 않는다고 보는 것이 연방헌법재판소의 확립된 관례이다.<sup>344)</sup>

## (2) 문제점

헌법소원 청구기간에 관한 헌법재판소법 제69조는 다음과 같은 몇가지 문제점을 가지고 있다고 생각된다.

첫째, 청구기간이 지나치게 짧다는 점이다. 이 점은 1992. 11. 30. 현재 헌법소원심판 사건의 지정재판부의 각하 사유별 현황을 보면 459건 중 95건(헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 452건 중 95건이며 제68조 제2항의 헌법소원의 경우 청구기간 경과로 각하된 경우는 없음)에 이르러 20.7%에 달한다는 점에서도 나타나고 있다. 또한 행정소송법 제20조 제1항이 행

---

341) 김학성, 전계논문, 263면

342) 이시윤, 전계논문 155면

343) 이시윤, 전계논문, 155면 ; 김학성, 전계논문, 263면

344) BVerfGE 4, 313 ; 9, 115 ; 28, 256 ; 50, 384

정심판의 재결을 거쳐 제기하는 사건에 대한 소는 그 재결서의 정본의 송달을 받은 날로부터 60일 이내에 제기토록 하고, 제2항이 행정심판을 제기하지 아니하거나 그 재결을 거치지 아니하는 사건의 소는 처분이 있음을 안 날로부터 180일을, 처분이 있는 날로부터 1년을 경과하면(다만 정당한 사유가 있는 경우에는 그리하지 아니한다.) 제기할 수 있도록 한 것에 비추어 보아서도 훨씬 짧다.

이는 헌법재판소법 제69조가 국민의 기본권 구제나 헌법질서의 유지 보장보다는 법적 안정성에 지나치게 비중을 두고 있다는 것을 나타내 주는 것이다. 국민의 기본권의 구제라는 측면에서도 그리하지만 특히 헌법소원제도가 헌법질서의 유지·보장 기능을 하는 만큼 법적 안정성을 강조하여 그 청구기간을 너무 단기간으로 하는 것은 타당하지 않다.<sup>345)</sup>

독일연방헌법재판소법 제93조가 헌법소원제기기간을 1월로 하고 법률 또는 권리구제절차가 없는 기타의 고권행위에 대해서는 법률 시행 후 또는 고권행위를 발한 후 1년 이내에 제기토록 한 것에 대해서도 중대한 결함이 있음을 지적하고 이러한 기간은 관계인에게 사실상 거의 헌법소원제기를 어렵게 한다는 지적이 있는 것에도<sup>346)</sup> 유의할 필요가 있다.

둘째, 독일 연방헌법재판소법 제93조 제2항과 같이 법률에 대한 헌법소원 청구기간에 관해 명문의 규정을 두고 있지 않

---

345) 최대권교수는 헌법소원제도의 근본취지를 헌법질서의 보장에 둔다고 할 것 같으면 사실 청구기간의 설치는 적절치 않다고 한다.( 최대권, 법률에 대한 헌법소원의 몇 가지 문제점, 헌법재판자료 제3집, 1990, 199면)

346) Zuck, aaO. , S. 110

다. 이로 인해 법률에 대한 헌법소원에 대해서도 헌법재판소법 제69조 제1항이 적용되는 것으로 해석하는 것이 보통이지만 법률에 대한 헌법소원은 구체적 처분에 대한 헌법소원에 비추어 보면 규범통제적 성격이 강하고 또 동 조항을 적용하게 되면 사실상 헌법소원 제기가 어렵다는 점에 비추어 문제가 있다 할 수 있다. 오스트리아에서는 법령에 대한 헌법소원의 경우 청구기간의 제약이 없다.

## 2) 외국의 입법례

### (1) 독일

헌법소원의 청구기간은 헌법소원의 대상에 따라 다르다. 헌법소원의 대상이 판결인 경우에는 헌법소원은 1개월 내에 제기하여야 한다. (연방헌법재판소법 제93조 제1항 제1단) 형식을 완전히 구비한 판결의 송달 또는 형식을 묻지 않고 통지가 기준이 되는 절차상의 규정에 따라 직권에 의하여 행하여지지 않으면 아니되는 경우 기간은 이들의 송달 또는 통지에 의하여 진행한다. (제93조 제1항 제2단) 기타의 경우 기간은 판결의 언도에 의하여 또는 판결을 언도하지 아니하는 때에는 다른 방법으로 소원청구인에게 판결을 고지함으로써 진행한다. (제93조 제1항 제3단) 헌법소원의 대상이 법률 또는 달리 출소의 방법이 없는 기타의 고권행위인 경우에는 헌법소원은 당해 법률의 시행 후 또는 당해 고권행위 후 1년 내에 제기하여야

한다. (제93조 제2항) 위 기간들은 제척기간(Ausschlußfristen)이다. (BVefrGE 4, 309)

## (2) 오스트리아

행정청의 처분에 대한 소원은 최종심급에서 행하여진 처분의 송달 후 6주기간 내에 제기하여야 한다. (연방헌법재판소법 제82조 제1항)

## 3) 개선방향

먼저 헌법재판소법 제69조의 헌법소원 청구기간이 너무 짧다는 점에서 청구기간을 연장하자는 주장은 일찍부터 있어 왔다. 헌법재판소법 제69조 제1항은 헌법재판소법 제정당시 원래 평민, 민주, 공화 3당의 헌법재판소법안 중 해당부분을 채택한 것인데, 이한동 의원 등 당시 민정당 소속 의원이 발안한 헌법재판소법안 헌법소원 청구기간을 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하도록 하고 현행법 제69조 제1항 단서와 같은 규정은 두지 않았다. 그 뒤 1989. 10. 26. 당시 평화민주당 소속의원이 제안한 헌법재판소법 중 개정법률안은 헌법소원 제기기간이 너무 단기간이어서 대부분의 국민이 헌법소원을 제기함에 있어서 그 기간을 도과하고 있다는 점에서 현행 헌법재판소법의 180일, 60일, 30일을 1년, 180일, 90일로 연장하였다. 또 1989. 11. 30. 당시 통일민주당 소속의원이 발안한 헌법재판소법 중

개정법률안은 헌법소원의 청구기간을 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내로, 그리고 법률의 위헌여부심판의 제청 신청이 기각된 경우의 헌법소원심판청구는 기각된 날로부터 30일 이내로 연장하는 것을 골자로 하고 있었다. 또한 대한변호사협회가 1990년 제안한 헌법재판소법 중 개정법률안은 제68조 제1항의 헌법소원의 청구기간은 그대로 두되 제68조 제2항의 헌법소원의 청구기간은 ‘제청신청 각하 결정의 고지를 받은 날로부터 30일’로 연장하였다. 행정소송의 경우와 비교해서 단순한 법적 권리가 아니라 헌법상 보장되는 기본권의 구제라는 점과 헌법질서의 유지·보장에 관계된다는 점에서 행정소송의 제기기간보다는 헌법소원의 청구기간이 더 장기로 하는 것이 바람직하다고 생각된다.

법률에 의한 헌법소원이 경우 다음 몇가지 점에서 청구기간의 제한을 두지 않는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>347)</sup>

첫째, 법률에 대한 헌법소원의 경우 국민의 기본권 구제보다는 헌법질서의 보장이라는 측면이 더욱 강조된다고 할 수 있는데 국민이 기본권을 침해하는 위헌적 법률이 있다면 언제든지 그 위헌여부를 다투어 기본권 구제를 청구할 수 있어야 이러한 기능에 부합한다고 생각한다.

둘째, 어떤 법률의 위헌성이 문제가 되는 경우에는 그 법률의 위헌여부가 구체적 사건에서 재판의 전제가 되어 법원의 제청을 통해 위헌법률심판에서 다루어지는 때에는 그 다툼의 기간에 제한을 두지 아니하면서 그 법률이 국민의 기본권을

---

347) 최대권, 전계논문, 199면 ; 김철수, 전계논문, 542면 ; 김학성, 전계논문, 291면

직접 침해하였다하여 그 위헌성이 헌법소원을 통해 다투어 지는 경우에는 기간 제한을 둔다면 양자의 균형이 맞지 않는 문제가 생긴다고 생각한다.<sup>348)</sup>

## 7. 지정재판부

### 1) 서언

헌법소원제도에 있어서 가장 큰 문제점은 무엇보다 남소의 폐해라 할 수 있다. 헌법소원에 있어 남소의 경향은 헌법소원제도에 대한 무지와 오해, 그리고 소송광적인 태도 등에 의해 초래된다. 헌법재판 현황통계에서도 볼 수 있듯이 우리나라나 독일이나 헌법재판사건 중 헌법소원사건이 가장 많은 반면 헌법소원사건 중 인용되는 경우는 극히 희소하다.<sup>349)</sup> 그래서 1971-1983년까지 헌법재판소장을 지낸 E. Benda같은 학자는 독일 연방헌법재판소의 재판관에게 있어 항상 문제가 되는 것은 쇠도해 오는 헌법소원 사건 중 중요한 사안과 그렇지 않는 것을 어떤 방법으로 선별할 것이냐 하는 것이라 지적하고 있다.<sup>350)</sup> 그런 점에서 헌법소원심판에 있어 전원재판부에서 재판

---

348) 최대권, 전제논문, 199면

349) 독일의 경우 1951. 9. 9 - 1989. 12. 31 간 연방 헌법재판소에 접수된 총 78,596건중 75,140건이 헌법소원이며 총처리 75,925건중 72,628건이 헌법소원인데 72,628건중 1,086건만이 인용되어 인용비율은 1.5% 정도에 불과하다.

350) E. Benda / Klein, aaO, S. 129

할 만한 사건인가를 미리 선별하여 걸러 줌으로써 헌법재판소의 부담을 덜어주고 이를 통해 헌법재판소의 본래의 임무를 충실히 수행할 수 있도록 하는 것이 무엇보다 중요한 문제가 아닐 수 없다. 이러한 선별과정은 사건접수과정과 지정재판부의 결정을 거쳐 이루어진다. 우리헌법재판소법상의 이에 관한 제도를 간략히 살펴보고 그 문제점과 개선방향을 살펴보고자 한다.

## 2) 현행제도개관

(1) 현행 헌법재판소법과 헌법재판소 보조기구에 관한 규칙 등에 따라 헌법소원의 접수에서 지정 재판부의 결정에 이르는 과정을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 헌법소원을 청구하는 자는 헌법재판소법 제71조 제1항이 규정하는 사항을 기재하여 이를 헌법재판소에 제출하여야 한다. 청구서는 본인이 직접 제출하는 데 우편으로 제출할 수도 있다. 헌법소원의 접수는 헌법재판소 사무처소속의 심판사무국에서 담당한다.<sup>351)</sup> 심판사무국에서는 헌법소원청구청구서가 소정의 요건을 갖추지 못하고 단순히 민원적 성격을 가진 경우 사건접수대장에 기재하지 않고 민원사건 대장에 등재한다. 심판청구서를 접수라는 경우 사건번호를 부여하고 청구서 등본을 피청구인에게 송달한다. 헌법소원사건부에 기재된 사건은 헌법재판소법 제72조에 따라 지정재판부에 회부된다.<sup>352)</sup>

---

351) 헌법재판소 보조기관에 관한 규칙 제10조 제3항

352) 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙 제2조는 3개의 지정재판부

(2) 먼저 지정재판부는 사건을 심리하여 민원처리 할 사항은 심판사무국으로 보내어 청구인에게 회신토록 하고 나머지는 지정재판부에서 심리, 판단한다. 이 때 심판청구가 부적합하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 하며(법 제29조) 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 증거조사와 자료제출요구를 할 수 있다. (법 제31조, 제32조)

지정 재판부는 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 다음의 경우에는 심판청구를 각하한다. 즉, 1) 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우, 2) 헌법재판소법 제69조의 규정에 의한 청구기간이 경과된 후 헌법소원심판이 청구된 경우, 3) 동법 제25조의 규정에 의한 대리인의 선임 없이 청구된 경우, 4) 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우가 그것이다. (법 제72조 제3항) 이는 독일연방헌법재판소법 제93조의 b가 소부(Kammer)가 헌법소원이 승소의 가능성이 없는 경우나 부(Senat)에 의해 헌법소원이 수리하지 않으리라 기대할 수 있는 경우에도 헌법소원의 수리를 거부할 수 있고 나아가 연방헌법재판소가 기준이 되는 헌법문제를 이미 결정하였기 때문에 헌법소원이 명백하게 이유가 있는 경우에 전원일치의 결정으로 헌법소원을 허용할 수 있도록 한 것에 비하여 지정재판부의

---

를 두도록 하고 있고 동규칙 제3조에 따라 각 지정재판부의 구성원은 재판관회의의 의결을 거쳐 헌법재판소장이 편성토록 하고 있다.

권한을 제한하고 있는 것이다. 다만 지정재판부가 헌법소원심리결과 명백히 이유가 없는 경우, 예컨대 헌법재판소의 결정이 이미 있는 경우 등에 각하할 수 있다는 견해가 있으나<sup>353)</sup> 입법에 의해 해결하는 것이 논란의 소지를 없애는 것이라 할 것이다.

### 3) 외국의 입법례

#### (1) 독일

독일의 예비심사절차의 주체는 소부(Kammer)이다. 연방헌법재판소법 제5차 개정 이전에는 3인 위원회가 주체였다. 새로 신설된 제15 a조에 의하면 각부는 1 직무년의 기간 중 세명의 재판관으로 구성되는 복수의 소부를 둔다(제1단 및 제2단)고 하면서 소부의 구성은 3년 이상 같아서는 안된다(제3단)고 하고 있다. 이것은 소부의 의견형성의 경직화를 방지하기 위한 것이다. 소부는 1) 청구인이 자신에게 부과된 공탁금(제34조 제6항)을 납부하지 아니하거나 적시에 납부하지 아니한 때, 2) 헌법소원이 허용되지 아니하거나 또는 다른 이유로 승소의 가망이 없을 때, 3) 부가 제93 C조 제2단에 따라 본안 심리를 받아들여리라고 기대할 수 없을 때에는 전원일치로 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다. (제93 b조 제1항) 소부는 헌법소원이 명백히 이유 있는 경우에는 부를 대신하여 그 헌법소원을 인용할 수 있다. 종래 예비심사는 수리의 거절만이 그 임무였으

---

353) 김학성, 전제논문, 266면

나 인용까지 할 수 있도록 하여 절차가 간소화되었다. 소부에 의한 수리거부의 결정에는 이의를 제기할 수 없다.(제93 b조 제1항 제2단) 소부의 재판은 구두변론절차를 거칠 필요가 없으며 그 결정에 이유를 붙일 필요도 없다.(제93 b조 제3항, 제93 c조)

헌법소원의 수리가 거절된 경우, 기본법 제41조 제2항에 의한 항고가 각하된 경우, 그 외에 가명령의 신청이 각하된 경우에는 1000마르크까지의 패소료가 부과될 수 있다.(제34조 제2항 제1단) 경우에 따라서는 그 금액의 공탁이 요구된다.(제34조 제6항) 상당한 기간 내에 이를 행하지 아니할 경우에는 소부는 헌법소원의 수리를 거절할 수 있다. (제93조 제1항 제1단)<sup>354)</sup>

## (2) 오스트리아

오스트리아에서는 사전심사를 위한 별도의 지정재판부를 구성하지는 않으나 헌법소원이 인용될 전망이 거의 없거나 결정을 하여도 헌법적 문제의 명료한 해결이 기대되지 아니하는 경우에는 본안 심리에 들어가기 전에 결정으로 그 헌법소원을 각하할 수 있다. (연방헌법 제144조 제2항, 연방헌법재판소법 제19조 제3항 제4항) 이러한 각하결정은 추가절차 및 추가심리 없이 재판관의 신청으로 비공개재판에서 결정할 수 있다.

---

354) G. Wöhrmann, Reformvorschläge zum Verfahren des Bundesverfassungsgericht in : W. Fürst / R. Herzog / O. C. Umbach(hrsg), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, Berlin / New York, S. 1354ff 참조

(연방헌법재판소법 제19조 제3항)

#### 4) 문제점과 개선방향

##### (1) 문제점

우리나라헌법소원제도는 헌법소원의 대상이 극히 제한적이므로 헌법소원제기건수가 독일과 같은 나라와 비교하면 훨씬 적을 것으로 생각된다. 그럼에도 남소의 우려는 벌써 나타나고 있고 지정재판부와 전원재판부의 업무가 과중하다는 지적이 나오고 있다. 헌법소원의 접수와 지정재판부에 의한 심리, 결정에 있어서의 문제점으로는 다음과 같은 것을 지적할 수 있다.

우선 첫째, 헌법소원사건접수단계에서 헌법소원의 실질을 갖추지 못하거나 의미 없는 사건을 걸러 주는 것이 중요한데 현행 우리헌법소원제도는 그에 관한 제도적 장치가 없다. 현재 헌법소원사건의 접수는 심판사무국에서 행정공무원이 담당하고 있는데 접수를 담당하는 공무원의 성격상 형식상의 요건심사 이상의 역할을 수행하기 어렵다. 이로 인해 헌법소원으로서의 실질을 전혀 갖추지 못한 민원성 사건이나 전혀 인용될 가능성이 없는 헌법소원의 제기시에 이를 접수하는 과정에서 지도, 권고하는 전문성을 가진 공무원이 없어 지정 재판부의 업무부담을 과중하게 하는 문제가 있다. 355)

---

355) 독일의 경우 1988년에는 일반사건부에 기재된 사건수는 4,799건인데 소송사건부에 이기된 것은 887건이며 1989년에는 일반사건부에 4,775건, 소송사건부에 이기된 것이 869건이다.(양삼승, 전제논문, 95

둘째, 지정재판부의 권한을 너무 제한하여 헌법소원의 형식적 요건심리에만 그 심리범위를 제한함으로써 전원재판부의 업무부담이 크다는 점이다. 예컨대 1992. 11. 30 현재 우리나라 헌법재판소의 헌법소원 처리건수 874건 중 지정재판부에 의해 각하된 건수는 459건에 불과하고 취하한 건수 56건을 제외한 363건을 전원재판부에서 결정한 것인데 비해 독일 연방헌법재판소의 경우 소부가 결정한 것과 부에서 결정한 사건수를 보면 1951-1989년 동안 소부가 57,700건을 결정한 반면 부는 3,629건을 결정했을 뿐이며 1989년의 경우도 소부 2,996건, 부-26건으로 소부의 결정에 의해 대부분 스크린 되고 부에 의해 판결되는 것은 소수의 사건에 불과하다.<sup>356)</sup>

## (2) 개선방향

현행 헌법소원접수절차와 지정재판부제도에 관해서는 다음과 같은 개선방안이 고려되어야 할 것이다.

즉 첫째, 독일의 수석심의관(Präsidentialrat)제도와 비슷한 가칭 송무심의관 제도를 도입하는 것이 바람직하다고 생각된다. 즉 송무심의관으로 하여금 헌법소원심판청구서인지 단순한 민원서류에 불과한 것인지를 접수단계에서 분류하도록 하여 실질적인 심사를 하도록 하자는 것이다.<sup>357)</sup> 독일에 있어서의 수석

---

면)

356) 독일의 통계는 Schlaich, aaO, S. 51 ; 그런데 Schlaich는 같은 책 154면에서는 헌법소원의 약 97%가 소부에 의해 처리된다고 한다.

357) 같은 의견으로 김현철, 헌법소원의 대상에 관한 소고, 헌법노총 제 1집, 1990. 477면 ; 강민형, 헌법소원심판의 청구절차, 헌법재판자료 제2집, 1989, 198면

심의회 제도도 재판관에 의하지 아니한 심판을 초래한다는 비판도 있긴 하지만 헌법소원의 요건을 갖추었는지, 갖추지 못했는지를 미리 법관의 자격을 가진 수석심의회관이 스크린하고 지도, 권고해 줌으로써 지정재판부의 업무부담을 경감시켜 주고 있다. 사실 왜도하는 헌법소원심판사건 중 1차적으로 걸러야 하는 것은 헌법소원의 실질을 가지지 못하고 단순히 민원적 성격을 가지는 것들이다. 우리 헌법재판소에서도 심판사무국에서 사건을 접수할 때 헌법소원의 형식이나 실질을 갖추지 못하여 민원사항으로 보아야 할 것인지 여부에 따라 민원사건대장에 기재할 것인지, 아니면 사건 접수대장에 기재할 것인지를 판단한다. 다만 민원사건이나 아니면 헌법소원 사건이나를 무엇을 기준으로 판단할 것이냐가 문제될 것인데<sup>358)</sup> 이는 그 판단기관의 성격에 따라 달라진다고 할 것이다. 그런 점에서 지금과 같이 일반적 국가공무원이 사건접수를 담당하고 있는 이상<sup>359)</sup> 이 단계에서 형식적 심사 이상의 실질적 심사까지 할 수 있다고 판단하기는 곤란하다. 이렇게 본다면 헌법소원으로서는 형식적 요건을 갖추었으나 헌법소원의 실질을 갖추지 못하고 단순한 민원사건은 지정재판부로 넘어 가게 되어 지정재판부의 부담을 무겁게 한다. 실제로도 지정재판부에서 민원으로 분류, 처리되는 사건도 많다.<sup>360)</sup>

또 반대로 헌법소원청구서가 소정의 형식적 요건을 갖추지 못했으나 헌법소원의 실질을 갖추고 있는 경우에도 사건 접수

---

358) 이에 관해서는 김현철, 전계 논문, 442-44면

359) 헌법재판소 보조기구에 관한 규칙 제10조 제2항

360) 김현철, 전계논문, 442면

를 할 수 없는 문제가 있게 된다. 그런 점에서 헌법소원에 관한 전문지식을 가지고 있는 소송심의관으로 하여금 헌법소원 접수단계에서 문제가 된 사건이 헌법소원의 대상이 되는가, 소정의 소원제기 요건을 갖추었는가, 보완할 것은 없는가 등을 판단하여 지도, 권고하는 제도를 두는 것은 헌법소원에 관한 일반국민의 무지에서 오는 남소를 막아 지정 재판부의 부담을 경감하고 또 헌법소원의 실질을 갖추었음에도 형식적 요건의 불비로 인해 각하되거나 접수 거부되는 것을 방지하여 국민권리 구제에도 이바지할 수 있을 것으로 생각된다. 다만 소송심의관 같은 제도를 두더라도 소송심의관은 재판관은 아니므로 헌법소원 청구인에 대해 지도, 권고하는 정도를 지나 헌법소원 심판청구에 대해 각하나 기각결정을 할 수 없음은 당연하다 할 것이다.

한편 이러한 소송심의관은 독일의 경우 각 부(Senat)에 1명씩을 두고 각 원의 재판장의 지시만을 받도록 하고 있는데 독일에서도 2명의 수석심의관이 엄청나게 많은 접수서류를 제대로 심사하고 적정한 지도, 권고를 할 수 있겠는가 하는 지적이 있는데<sup>361)</sup> 우리나라는 헌법소원심판사건이 독일의 1/10정도인 것에 비추어 1 - 2인정도의 소송심의관을 두는 것이 적당하지 않을까 생각된다.

둘째, 지정재판부의 권한을 강화하고 그 권한을 적절하게 수행하게 하기 위해서 지정재판부의 조직을 강화하여야 할 것이다. 현행 헌법재판소법과 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규

---

361) Schlaich, aaO, S. 153

칙에 따라 3인의 재판관으로 구성되는 3개의 지정재판부가 있다. 지정재판부는 헌법재판소법 제72조 제3항이 정하고 있는 사유에 해당하는 경우에는 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다. 이러한 지정재판부는 독일의 소부(Kammer)에 비하여 그 권한이 약하다. 이로 인해 독일의 경우에 비해 지정재판부에 의해 처리되는 사건비율이 훨씬 낮고 따라서 전원재판부에 의해 처리되는 사건비율이 상대적으로 훨씬 높다. 그런 점에서 전원재판부의 부담을 덜어주고 신속한 심판을 위하여 독일과 같이 헌법재판소가 그에 관해 기준이 되는 헌법적 문제에 대하여 이미 결정을 하였기 때문에 헌법소원이 명백하게 이유가 있는 경우에는 전원일치의 결정으로 지정재판부가 인용결정을 할 수 있도록 하고 다만 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 법률이나 법률조항의 위헌여부에 대하여 결정하는 경우에는 반드시 전원재판부에서 결정토록 하여야 할 것이다. 또한 헌법소원이 명백하게 이유가 없는 경우에는 전원일치의 결정으로 각하할 수 있다고 하는 것이 좋을 것이다.<sup>362)</sup>

이처럼 지정 재판부의 권한을 강화하는 대신에 지정재판부가 원활한 기능을 수행 할 수 있도록 하기 위해서 재판관에 전속되는 헌법연구관의 수를 늘리고 그 전문성이 확보될 수 있도록 하여야 할 것이다.

---

362) 김철수, 전게논문, 552-553면

## 8. 가처분

### 1) 문제점

현행헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의 심판절차에 관해서만 가처분규정을 두고 헌법소원심판에 관해서는 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않다. 어느 심판절차보다 가처분제도의 필요성이 높다 할 수 있는 헌법소원심판절차에<sup>363)</sup> 가처분에 관한 규정을 두지 않은 것은 중대한 입법적 불비로 지적되고 있다. 다만 헌법재판소법 제40조가 헌법소원심판의 경우 민사소송법과 행정소송법을 함께 준용토록 하고 있으므로 민사소송법 제714조와 행정소송법 제23조를 준용하여 헌법소원심판절차에서도 가처분을 인정할 여지가 있다. 그런 점에서 헌법소원의 대상이 되는 처분을 집행정지하여도 중대한 손해가 생길 염려가 없고 집행을 하면 청구인에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있을 때에는 행정소송법 제23조에 따라 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 집행정지의 결정을 할 수 있다고 할 수 있다.<sup>364)</sup>

그러나 헌법재판에 있어서의 가처분제도는 민사사송이나 행정소송에 있어서의 그것과는 다른 특성이 인정되는 만큼 이에 대해 헌법재판소법에 명문의 규정을 두는 것이 좋을 것이다.

---

363) Gusy, aaO, S. 187

364) 이시윤, 전제논문, 19면

## 2) 외국의 입법례

### (1) 독일

연방헌법재판소법은 그 제32조에서 모든 종류의 절차에 적용되는 간략한 규정을 두고 있을 뿐 헌법소원절차에 별도의 가치분제도를 두고 있지 않다. 따라서 연방헌법재판소법 제32조는 헌법소원절차에 있어서도 적용된다.<sup>365)</sup> 현행 제도에 대하여는 헌법소원절차에 있어서 가치분제도의 실제상의 필요가 특히 크며, 연방헌법재판소법 제32조의 규정은 지나치게 개방적이며 덜 구체적이라는 지적이 있다.<sup>366)</sup>

### (2) 오스트리아

오스트리아 헌법재판소법 제2장 제1절의 일반규정에도 제2절 특별규정 J. 헌법상 보장된 권리의 침해 또는 위법한 명령, 위헌법률 또는 위법한 조건의 적용으로 인한 권리침해에 대한 소원의 경우(연방헌법 제144조)에도 가치분에 관한 규정이 없다.

## 3) 개선방향

---

365) BVerfGE 1, 75 ; 3, 36 ; 43 ; 4, 112 f . ; 11, 103 ; 308 ; 16, 226 ; 24, 72 ; 66, 56

366) Chr. Gusy, a. a. O. , S. 187참조

앞에서 보았듯이 헌법소원심판절차에 있어서 가처분을 인정하는 명문의 규정이 없다 하더라도 이것이 바로 헌법소원심판에는 가처분이 인정되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 그러나 민사소송법 제714조 제2항이나 행정소송법 제23조 제2항의 준용여부, 준용될 수 있는 범위 등에 관해 논란의 여지가 있고 또 그 내용이나 절차상 불명확한 점이 있으므로 이에 관해서 명문의 규정을 두는 것이 바람직 할 것이다. 다만 명문의 규정을 두는 경우에도 일반심판절차에서 가처분제도를 규정하고 헌법소원심판절차에서는 별도의 규정을 두지 않는 방법과 헌법소원심판에 대해서 별도의 명문규정을 두는 방법이 있을 수 있고 이 점에 관해서는 이미 앞에서 언급하였다. 그리고 이 경우에 규정해야 할 내용에 대해서도 앞에서 살펴보았다. 다만 만약 헌법소원심판절차에 관해 가처분제도를 규정하는 경우 어떤 사항에 대해 어떤 내용을 규정하여야 할 것인지에 관해 간략하게 살펴보기로 한다.

대한변호사협회의 헌법재판소법 개정법률안은 헌법소원심판절차에 있어서의 가처분제도에 관해 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제75조의 2 (가처분) (1) 재판부 또는 심판부는 공권력의 행사나 그 집행 또는 절차의 속행으로 말미암아 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 공권력의 행사나 그 집행 또는 절차속행의 전부 또는 일부를 정지하는 결정을 할 수 있다. 다만 정지로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 제1항의 결정을 한 후에 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 가처분의 필요가 없어진 때에는 당사자의 요청 또는 직권에 의한 결정으로 가처분을 취소할 수 있다.

생각건대 헌법소원심판에 관해 가처분제도를 둔다면 앞에서 보았듯이 다음과 같은 내용을 규정하여야 할 것이라 생각된다. 즉 가처분은 당사자의 신청이나 직권으로 발할 수 있도록 하고 가처분 사유로는 가처분을 인정하지 않을 경우 피할 수 없는 중대한 손실의 방지나 임박한 권력행사의 저지 뿐 아니라 기타 공공복리를 위해 긴급한 필요가 있는 경우도 포함하여야 할 것이다. 또한 가처분결정은 구두변론을 거치지 않고도 할 수 있도록 하고 가처분결정이나 기각결정에 대해서는 이의를 제기할 수 있어야 할 것이다. 이의에 대해서는 정지적 효력을 인정할 필요는 없다고 생각되며 헌법재판소의 판단에 따라 가처분의 집행을 정지할 수 있도록 하는 것이 좋을 것이다. 또한 중대한 공익적 필요가 있을 때나 가처분 결정사유가 없어진 경우에는 직권 또는 당사자의 신청으로 가처분의 취소를 인정하여야 할 것이고 가처분의 효력기간에는 제한을 두고 그 기간이 도과하면 재판부가 반복하여 가처분 결정을 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

## 제3절 정당해산심판절차의 문제점과

### 개선방향

#### - 위헌정당해산시의 소속 국회의원의 신분상실

#### 여부 -

### 1. 현행법해석

헌법 제8조는 방어적 민주주의의 한 표현으로 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 정당은 헌법재판소의 결정에 의해 해산됨을 규정하고 있다. 그러나 현행헌법이나 헌법재판소법, 국회의원선거법은 어느 것도 헌법 제8조 제4항에 의해 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 헌법재판소에 의해 해산결정을 받은 경우에 그 정당소속 국회의원의 신분상실 여부에 관해 규정을 두고 있지 아니하다. 그리하여 이에 관한 해석을 둘러싸고 의견이 나누어지고 있다. 즉 국회의원의 국민대표성을 중시하고 현행법상 무소속 입후보의 허용을 들어 소속정당이 해산되더라도 국회의원직은 상실하지 않으나 국회에서의 징계나 자격심사에 의해서 그 신분을 상실할 수도 있다고 보면서 다만 전국구위원의 경우 법률로 의원직 상실을 규정할 수는 있다고 보는 견해도 있고<sup>367)</sup> 또 원칙적으로는 같은 입장에 있으면서도 전국구위원의 경우 정당대

---

367) 김철수, 헌법학개론, 1991, 159면 및 678면

표성이 강하다는 점에서 전국구의원만이 의원신분을 상실한다는 견해도 있다.<sup>368)</sup> 반면 정당제 민주주의 원리를 중시하고 또 방어적 민주주의의 정신에 비추어 국회의원 신분을 상실한다고 보는 견해가 있다.<sup>369)</sup>

생각건대 이 문제는 우리헌법상의 자유주의적 대의제 민주주의에 기초한 국회의원의 국민 대표성 및 자유위임의 요청과 정당국가적 민주주의의 현실에 기초한 국회의원의 정당대표성 및 강제위임의 인정간에 어느 쪽에 더 비중을 둘 것이냐 하는 문제와 연관된다. 이러한 문제는 문제의 뉘앙스는 다르지만 정당해산에 의한 소속의원의 신분상실여부문제 뿐 아니라 정당강제나 cross voting의 허용여부, 당적변경시의 국회의원신분의 상실여부 등에서도 나타난다.

사실 자유주의적 대의제 민주주의는 정당국가의 발전과 더불어 획기적 변화를 맞고 있다. 이에 따라 과거 국민 전체의 대표자로서 어느 누구의 지시나 구속도 받지 않고 오로지 자신의 양심에 따라 국민을 대표하였던 국회의원이 정당국가의 발전과 더불어 소속정당의 당원으로서 사실상 정당의 규율과 지시, 통제에 구속되고 정당의 의사를 대변하는 정당의 대표자로 변화하고 있다. 뒤베르제도 지적하였듯이 정당국가로의 발전은 국회의원의 정당에 대한 예속을 가져오고 있는 것이다.<sup>370)</sup> 이

---

368) 구병삭, 신헌법원론, 1989, 1109면 및 205면

369) 권영성, 헌법학원론, 1992, 189면 및 975면 ; 문홍주, 한국헌법, 1987, 175면 ; 안용교, 한국헌법, 1989, 1044면 ; 허영, 한국헌법론, 1990, 818면

370) M. Duverger, Barbara/North(transl. ), Political Parties - Their organization and activity in Modern State-, 1955, p183

와 같은 국회의원의 지위의 변화는 국회의원상의 변화, 국회의원 선거의 의미 변화, 국회의원의 국회에서의 토론과 표결의 의미 변화, 그리고 국회의원에 대한 정당의 통제강화 등으로 나타나고 있다.<sup>371)</sup> 그리고 이러한 현상은 우리나라에서도 나타나고 있다. 그러나 우리헌법은 제40조, 제41조, 제66조 제4항, 제67조, 제101조 제1항 등에 의해 기본적으로 대의제 민주주의에 기초하고 있고 또 헌법 제44조, 제45조, 특히 제46조 제2항, 그리고 제7조에 의해 국회의원이 국민 전체대표성과 자유위임관계를 인정하고 있다. 그런 점에서 위헌정당해산시의 소속의원의 신분상실 여부의 문제에는 정당국가적 헌법현실과 대의제 민주주의에 기초한 헌법과의 조화적 해석이 중요한 과제가 아닐 수 없다. 그렇게 본다면 헌법상 대의제 민주주의에 있어서의 국회의원의 국민대표성이 사실상 정당국가적 현실에 의해 변질되고 의원의 정당에의 예속이 일반적 경향이며 정당의 목적이나 활동에 대해 국회의원이 관여하고 있다 하더라도 그것이 헌법규범상의 대의제 민주주의를 실현하는 한 모습에 그치는 것이 아니라 대의제 민주주의의 원리와 충돌되고 그 틀을 뛰어 넘는 것이어서는 안된다고 할 것이다. 그런 점에서 국회의원의 활동에 관해서는 자유위임의 원리가 정당규정보다 우선적으로 적용된다고 보아야 할 것이고 따라서 위헌정당해산 결정의 효과가 헌법의 특별규정도 없이 독자적 정당성을 가지고 또 자유위임관계에 있는 의원신분의 상실까지 가져온다고 보기는 곤란하다고 보아진다. 다만 의원의 활동이 문제되

---

371) 이에 관해서는 김문현, 국회의원의 정당대표성, 고시계 1992. 5, 36면 이하

는 경우 형법이나 국회법에 의한 제재는 당연히 인정될 수 있다 할 것이다. 그런 점에서 위헌정당의 해산결정에 의해 의원 신분 상실을 인정하려면 헌법에 명문의 규정을 두어야 한다고 생각된다.

## 2. 입법례

한편 독일의 경우 독일연방선거법 제46조 제1항 제5호가 위헌정당 해산시 의원직 상실을 규정하고 있고 연방헌법재판소도 사회주의제국당(SRP)에 대한 해산판결에서 그 소속의원의 의원직 상실을 선고한 바 있다.<sup>372)</sup> 그러나 이 점에 관해서도 의원의 자유위임관계를 중시하는 학자 중에는 의원의 국민적 정당성이 독자성을 가지기 때문에 위헌정당의 해산결정의 경우에도 의원직상실은 있을 수 없다고 보는 견해도 있다.<sup>373)</sup>

한편 정당국가적 성격을 강하게 규정했던 우리나라 제3공화국헌법은 제38조에서 국회의원은 소속정당이 해산된 경우에는 그 자격을 상실토록 하고 있었다.

## 3. 개선방향

헌법상의 대의제 민주주의원리에도 불구하고 우리나라의 정당국가적 현실에 비추어 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 위헌정당의 해산결정시에는 그 소속의원의 신분을 상

---

372) BVerfGE 2, 1, 73 ff ; 같은 취지의 판례로는 BVerfGE 5, 85, 392

373) K. 헛세, 계획열역, 서독헌법원론, 1985, 349면

실토록 하는 것이 타당하지 않을까 생각된다. 다만 이러한 결론을 아무런 명문의 근거없이 해석론상 주장하는 것은 무리라고 생각되고 또 이를 헌법재판소법이나 국회의원선거법에 규정하는 경우 위헌 여부가 문제될 소지가 있다. 그런 점에서 이를 헌법에 명문으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

## 참고문헌

### I. 국내 문헌

#### 1. 국내 서적

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1988.

국 회, 제143회 국회 법제가법위원회 회의록

권영성, 신정판 헌법학원론, 법문사, 1992.

김철수, 전정신판 헌법학개론, 박영사, 1992.

문홍주, 한국헌법, 해암사, 1987.

안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1989.

이석연, 헌법소송의 이론과 실제, 삼선, 1992.

이시윤, 신판 민사소송법, 박영사, 1991.

한태연, 헌법학, 법문사, 1983.

허 영, 전정증보판, 한국헌법, 박영사, 1993.

헌법위원회, 서독연방헌법재판소-그 제도와 기능-, 헌법  
재판자료 제9집, 1984

K. 헛세, 계획열 역, 서독헌법원론, 1985

## 2. 국내 논문

권영성, 사회적 기본권의 헌법규범성고-헌법소송적 실현  
을 위한 시론-, 헌법논총 제2집, 1991.

권영성, 한국의 헌법재판제도, 서울대학교, 법학 제29권  
3, 4 호, 1988.

권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 대한 변호사협회 심포  
지엄, 1990. 12. 17, 「인권과 정의」, 1991. 2.

김문현, 국회의원의 정당대표성, 고시계, 1992년 5월호

김상용, 토지거래허가의 법리구성, 판례월보 1992. ,  
260호.

김운룡, 헌법재판제도의 운영/토론, 헌법재판의 이론과  
실제, 헌법재판자료 제3집, 1990.

- 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989.
- 김주원, 위헌심판제청요건, 헌법재판자료 제3집 (「헌법재판의 이론과 실제」), 1990.
- 김철수, 헌법소송 제도의 문제점과 개선방안, 현대공법론의 연구, 성계 이규석교수 정년기념논문집, 1992.
- 김철수, 헌법소원제도의 개선방안, 헌법재판연구 제1권, 1990.
- 김철수, 헌법재판소법 개정문제, 판례월보 89. 11.
- 김철수, 헌법재판소의 지위와 권한, 법조, 1989. 7.
- 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대 법학박사 학위논문, 1990.
- 김홍엽, 미국 헌법소송상의 Standing 법리, 헌법논총 제2집, 헌법재판소, 1991.
- 박일환, 법률의 시적 효력범위, 법조, 1989년 11월호.
- 박일환, 법률의 잠정효와 위헌심사(하), 법원의 헌법해석권, 헌법논총 제1집, 헌법재판소

- 박일환, 위헌법률의 효력상실시점, 인권과 정의, 1990년  
5월호
- 박일환, 위헌법률의 효력, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판  
소, 1989.
- 박일환, 헌법소원제도에 관한 연구, 인권과 정의, 1989.5
- 박일환, 헌법재판 판결서 주문에 관한 연구, 헌법재판자  
료(「헌법재판의 이론과 실제」) 제3집, 1990. 12.
- 법원행정처 헌법연구반, 명령, 규칙에 대한 위헌심사권  
(연구보고서), 1990.
- 안대희, 헌법재판소법제정 거론사항, 헌법재판제도, 법무  
자료 제95집, 1988.
- 양삼승, 통계로 본 독일헌법재판소, 인권과 정의 1991. 2.
- 이강국, 헌법재판소법의 제정에 관하여, 헌법재판제도,  
법무자료 제95집, 1988.
- 이상규, 헌법재판제도의 운영, 월간고시, 1989. 12.
- 이석연, 헌법소원의 대상으로서의 명령, 규칙에 대한 위헌

- 여부심사 한국공법학회 제13회 발표회, 1990. 12.
- 이시윤, 헌법소원심판에 관한 소고, 고시계 89, 12.
- 이시윤, 헌법재판개관(상), 판례월보, 1989년 5월호, 제 224호
- 이시윤, 헌법재판개관(하), 판례월보, 1989년 6월호, 제 225호.
- 이시윤, 헌법재판과 입법통제, 고시연구, 1991년 8월
- 이임성, 법률의 지속효에 관한 시론, 인권과 정의, 1990년 4월호.
- 전광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 헌법재판연구 제2권, 1991.
- 정연주, 헌법규범에 대한 위헌 심사, 공법연구 제19집, 1991.
- 정종섭, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권, 헌법논총 제1집, 1990.
- 정종섭, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도

- 에 대한 검토, 헌법재판자료 제3집, 1990.
- 정재황, 날치기입법 등 국회의 졸속입법에 대한 통제, 법과 사회, 법과 사회 연구회, 1991. 11.
- 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구, 제18집, 1990.
- 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사제를 통한 기본권보장의 법리와 실제, 구병삭 교수 정년기념논문집.
- 정재황, 헌법재판소의 한정합헌결정, 법과 사회, 제3호, 1990.
- 조규정, 행정작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990.
- 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조, 1989. 7.
- 최광률, 헌법재판의 운영과 절차, 인권과 정의, 1990. 2.
- 최광률, 헌법재판의 운영방향, 공법학회 제6회 월례발표회 발표문, 1990. 2.
- 최광률, 헌법재판제도의 제문제, 헌법재판소, 헌법재판자

료 제1집, 1989.

최대권, 법률에 대한 헌법소원의 몇가지 문제점, 헌법재판자료 제3집, 1990.

최영, 헌법소원제도의 이론과 우리제도의 문제점, 고시연구, 1989. 4.

홍성방, 헌법 제107조와 헌법소원, 한국공법학회, 제12회 월례발표회, 1990. 11.

황우여, 위헌결정의 효력, 사법논집 제21집, 법원행정처, 1990.

황우여, 위헌심판의 제청결정, 법조, 1989. 7.

황우여, 헌법재판의 운영/토론, 헌법재판의 이론과 실제, 헌법재판자료 제3집, 1990.

## II. 외국 문헌

Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts,  
1991.

Broussole, D. Les lois déclarées inopérantes par le  
juge constitutionnel, R. D. P. , 1985

Delpéréé, F. La justice constitutionnelle en Belgique et  
le recours des particuliers, Revue française  
de droit constitutionnel, 1990, n°4.

Drago, G. L'Exécution des décisions du Conseil  
constitutionnel, L'effectivité du contrôle de  
constitutionnalité des lois, Coll. Droit public  
positif, Economica ; Presses Universitaires  
d'Aix-en-Provence, 1991.

Duverger, Barbara/North(transl.), Political Parties-  
Their Organization and Activity in Modern

State, 1995.

Faller, H. J., Bundesverfassungsgericht und  
Bundesgerichtshof, AöR 115, 1990.

Favoreu, L. La décision de constitutionnalité, R. I. D.  
C. , 1986.

Favoreu, L. Rapport présenté par délégation française  
à la VII<sup>e</sup> conférence des Cours constitutionnelles,  
européennes, R. F. D. A., 1987.

Favoreu, L. L'élargissement de la saisine du Conseil  
constitutionnel aux juridictions administratives,  
Revue française de droit constitutionnel, 1990,  
n4.

Favoreu, L. et Philip, L. Le Conseil constitutionnel,  
3<sup>e</sup>éd., Que sais-je? P. U. F.,  
Paris, 1985.

Favoreu, L. et Philip, L. Le Conseil constitutionnel,

2<sup>e</sup>éd., Que sais-je ? P. U. F.

, Paris, 1980.

Favoreu, L. et Philip, L. Les Grandes Décisions du

Conseil constitutionnel, 6<sup>e</sup>éd.,

Sirey, Paris, 1992.

Fröhlinger, M. Die Erledigung der Verfassungsbesch-

werde

Geiger, W. Gesetz, über das Bundesverfassungsgericht

von 12. März 1951, Kommentar, 1952

(Berlin und Frankfurt a. M. ) s.

Genevois, B. La Jurisprudence du Conseil constitutio-

nnel - Principes directeurs, Ed. STH,

Paris, 1988.

Gusy, Chr. Die Verfassungsbeschwerde, C. F. Müller

Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988

Lepage Jessua, C. Bilan et perspectives de la

jurisprudence constitutionnelle, Gaz.  
du Palais, 1986, 2<sup>e</sup>sem.

Maunz/Schmidt/Bleibtreu/Klein/Ulsamer,  
Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3.  
Aufl. , C. H. Beck, 1992.

Moderne, F. La déclaration de conformité sous  
réserve, in Conseil constitutionnel et  
les Partis politiques, Economica ; P. U.  
d'Aix-Marseille, 1988.

Pestalozza, C. Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. C. H.  
Beck, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft,  
1982.

Rousseau, D. Droit du Contentieux constitutionnel,  
2<sup>e</sup>éd. , Montchrestien, Paris, 1992.

Rudolf Machacek(hrsg.), Verfahren vor dem Verfassu-  
ngsgerichtshof, 1989, Wein.

Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde,  
2. Aufl. , 1988.

Schlaich, K. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge  
der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981.

Schlaich, K. Das Bundesverfassungsgericht, 2 Aufl.  
1991.

Vier, C. L. Le contrôle du Conseil constitutionnel sur  
les règlements des assemblées, R. D. P. , 1972.

Wöhrmann, G. Reformvorschläge zum Verfahren des  
Bundesverfassungsgerichts,  
in : Fürst/Herzog/Umbach(hrsg.),  
Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2,  
Berlin/New York, 1987.

Zacher, F. Die Selektion der Verfassungsbeschwerden,  
in : Bundesverfassungsgericht und Grund-  
gesetz, 1976.

## 연구자 약력

### (김 철 용)

서울대학교 법과대학졸업

서울대학교 대학원졸업

건국대학교 법과대학 교수

한국공법학회 제1부회장

한국환경법학회 부회장

법무부 법무자문위원회 위원

### (김 문 현)

서울대학교 법과대학졸업

서울대학교 대학원 법학과 수료 (법학석사)

서울대학교 대학원 법학과 수료 (법학박사)

전남대학교 법과대학, 경북대학교 법과대학 교수 역임

현 이화여자대학교 법학과 교수

### (정 재 황)

서울대학교 법과대학졸업

서울대학교 대학원졸업

프랑스 파리 제2대학교 박사과정 수료 (법학박사)

현 홍익대학교 법학과 조교수