

第 1 章 憲法裁判所 決定의 效力에 관한 一般的 考察

田 正 煥

(韓國放送開發院 先任研究員)

第 1 節 序 說

I. 研究의 目的

헌법이 국가의 최고규범으로서 실질적 우위성을 확보하고 현실속에서 그 규범력을 관철하는 것은 제도적 측면에서 볼 때 헌법재판을 통하여 가장 직접적으로 실현된다. 헌법재판은 헌법재판소가 내린 결정을 통하여 헌법수호와 권력통제 그리고 국민의 기본권보장이라는 본래의 목적에 도달하게 된다. 반면에 헌법재판소의 본래의 목적에 도달하기 위해서는 헌법재판소의 헌법수호의지와 함께 헌법재판소가 내린 결정이 헌법현실속에서 그 효력을 발휘함으로써 실제적으로 헌법생활을 주도할 수 있어야 한다.

헌법재판소의 결정은 적용되는 헌법규범의 특성, 즉 개방성, 불완전성, 정치성, 역사성 등으로 말미암아 재판의 형성적 성격이 상대적으로 강하게 나타난다. 그리고 헌법재판이 객관적 법질서

를 보호하는 경향 때문에 다른 국가기관에게는 인정되지 아니하는 기속력과 법규적 효력과 같은 특수한 효력이 인정된다. 따라서 헌법재판소의 결정은 당해사건이나 소송당사자에 국한되지 아니하고 광범위하게 그리고 향후에도 존중되도록 하고 있다. 즉 모든 국가기관과 경우에 따라서 일반국민은 헌법재판소가 결정을 선고하면 그 결정을 존중 또는 준수하여야 할 법적 부담을 부과받는다. 따라서 헌법재판소의 결정은 입법자 및 법원을 포함한 모든 국가기관, 지방자치단체뿐만 아니라 소송당사자는 물론 일반국민들도 준수하고 존중하여야 하며, 헌법재판소 스스로도 자신이 내린 결정을 존중하여야 한다. 다만 헌법재판의 본질은 법을 정립하는 작용이 아니고 법을 적용하는, 특히 헌법적 분쟁을 해결하기 위한 사법작용이다. 그러므로 헌법규범의 특성에서 나오는 헌법재판절차의 특수성은 상대적 의미를 가진다고 할 것이다.

헌법재판소 결정은 헌법재판소가 국가의 최고규범인 헌법의 최종구속적인 해석기관으로서 국정을 주도해 나가는 지위에 있기 때문에 대단한 파급효과를 가진다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소 결정의 효력에 관하여 우리 헌법은 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 다만 헌법 제113조 제3항에 헌법재판소에 관한 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 포괄적 위임규정을 두고 있다. 이에 따라 헌법재판소법은 헌법재판소 결정의 효력에 관하여 개별적 심판절차규정에 분산시켜 규율하고 있다. 그렇지만 세부적으로 규정하고 있지 않기 때문에 이에 대한 상세한 검토가 요구된다. 헌법재판소 결정에는 여러 형태의 효력이 인정된다. 그 대표적인 유형으로는 불가변력, 형식적 기판력 및 실질적 기판력을

포괄하는 확정력과 기속력 및 법규적 효력 등이 거론된다. 본고에서는 이들 헌법 재판소 결정의 효력 일반에 대한 문제들, 즉 효력 일반의 구체적인 종류와 내용 그리고 효력의 한계 등을 체계적으로 고찰하고자 한다.

II. 研究의 範圍

헌법재판소 결정의 효력 일반을 검토하고자 하는 본고에서는 헌법재판소 결정의 효력, 그 중에서도 절차법적 효력을 중심으로 살펴보고, 절차법적 효력 가운데에서도 통상 논의되고 있는 확정력과 기속력 및 법규적 효력을 그 논의의 대상으로 한다. 물론 그 이외에도 내부적 기속력, 형성적 효력, 집행력 및 구성요건적 효력 등이 논의되기도 하나¹⁾ 여기에서는 논의의 대상에서 제외하기로 한다.

헌법재판은 국가의 최고규범인 헌법에 관한 분쟁을 그 대상으로 하고 또 일반소송절차와는 다르게 대립당사자 구조를 취하지 않은 경우도 있다. 그에 따라 일반 재판절차와는 달리 특수한 효력을 가지며 또 일반소송법이론을 준용하는 경우에도 일정한 한계가 있다.

따라서 본고에서는 헌법재판소 결정의 효력으로서 확정력, 기속력 및 법규적 효력에 대한 내용을 밝히고, 그 효력범위를 객관적 범위, 주관적 범위 및 시적 범위로 구분하여 고찰한다. 또한

1) 여기에 대하여는 Chr. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, §20 Rdnr.7, 11-18, 49, 71, 72; 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1993.12, 120쪽 이하 참조.

여러 심판절차가운데 규범통제절차(위헌법률심판절차, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 규범통제적 헌법소원심판 및 헌법소원심판)를 중심으로 고찰하되 결정형식의 종류(단순합헌, 단순위헌, 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 헌법합치적 해석)에 따라 미치는 효력을 각각 분류하여 검토하고자 한다. 뿐만 아니라 확정력과 기속력 및 법규적 효력 상호간의 관계에 대하여도 고찰하고자 한다.

Ⅲ. 研究의 方法

본고는 헌법재판소 결정의 효력을 분석하여 그 내용을 규명하는데 중점이 있다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 우리 헌법에는 헌법재판소 결정의 효력에 관한 명문의 규정을 두고 있지 아니하고 헌법재판소법의 개별심판절차에 몇 개의 조문이 있을 뿐이다. 따라서 그 내용을 규명하는데 있어서는 해석론적 접근이 불가피하다. 이를 위하여 본 연구에서는 우선적으로 비교법적인 접근을 시도하고자 한다. 우리나라와 유사하게 독일연방헌법재판소법 제31조 1항 및 2항에서 기속력과 법규적 효력에 관하여 규정하고 있고, 그와 관련하여 연방헌법재판소의 많은 판결과 풍부한 논의가 있었기 때문에 독일의 예를 살펴보고자 한다. 뿐만 아니라 국내의 학설과 그 동안의 우리 헌법재판소의 결정례들을 참고하고자 한다.

第 2 節 確 定 力

I. 序

헌법재판소 결정의 효력가운데 확정력에 관한 명문의 규정은 없으나 헌법재판소법 제39조에서 “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다”고 하여 일사부재리원칙에 관한 규정을 두고 있고, 제40조 제1항에서는 헌법재판소의 심판절차에 대하여 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하고 있기 때문에 헌법재판소의 결정에 확정력을 인정하는 데는 별다른 이론이 없다.²⁾³⁾ 이 확정력에는 소송법상으로 불가변력, 형식적 확정력(불가쟁력) 및 실질적 확정력(기관력)이 있다. 따라서 여기에서는 이들 확정력의 내용과 범위를 중심으로 고찰하기로 한다.

2) 황우려, 위헌결정의 효력, 금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 헌법재판의 이론과 실제, 1993, 302; 남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 1996.6. 한양대학교 박사학위논문, 58쪽; 김지형, 헌법재판소결정의 기관력 - 특히 독일에서의 논의를 중심으로, 헌법논총(제3집), 1992, 헌법재판소, 277-278쪽; 이성환, 전개논문, 54쪽 이하 참조.

3) 확정력에 관한 명문의 규정을 두고 있지 아니한 독일에서도 연방헌법재판소는 확정력을 예전부터 인정하고 있다(Vgl. 4, 31(38); 77, 84(103f.)). 학설에서도 이에 대한 근본적인 의의가 제기된 것은 아니나(K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991, S.248), 특히 규범통제절차에 대해서만은 연방헌법재판소의 결정에 대한 확정력을 부인하려는 학자도 있다(이에 대하여는 K. Schlaich, a.a.O., S. 248, Fn.64 참조).

II. 不可變力

민사소송법상 판결의 효력발생시점은 선고시이기 때문에⁴⁾ 판결에 해당되는 헌법재판소의 결정도 선고시부터 효력이 발생한다고 할 것이다.⁵⁾ 따라서 헌법재판소는 결정이 선고(Verkündung)되면 명백한 오식을 정정하는 것을 제외하고는⁶⁾ 동일한 소송에서 자신이 내린 결정(Entscheidungen)을 더 이상 취소하거나 변경할 수 없고, 그 결정에 따른 법적 효력은 동일한 소송에서의 자기의 다른 결정에 대한 기초가 되어야 한다.⁷⁾ 이것을 불가변력(Unwiderruflichkeit)이라 하며, 위와 같이 헌법재판소 자신에게도 불가변력이 작용하게 된다.⁸⁾ 헌법재판소가 자기의 종국결정에 구속되는 것은 물론이다. 그 뿐만 아니라 우리나라에서 실체관계에 관한 중간결정이 민사소송법 이론상 인정되고 있으며⁹⁾, 헌법소송에서 이것을 배제할 이유가 없기 때문에 중간결정¹⁰⁾에 대하여도 구속된다고 할 것이다.¹¹⁾

4) 민사소송법 제190조.

5) 이성환, 전계논문, 56쪽; Vgl. auch K. Rennert, §31 Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar(Hrsg. Dieter C. Umbach/ Thomas Clemens), S.538.

6) 남복현, 전계논문, 59쪽 (주8) 참조.

7) Vgl. E. Benda, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrecht, 1991, S.501.

8) Vgl. Vogel, Rechtskraft and Gesetzeskraft in: Festgabe BVerfG 1976, S.583 m.w.N.; a.A. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, §20 Rdnr.48.

9) 이시윤, 민사소송법, 1990, 662쪽 참조.

10) 물론 중간판결이 단지 임시적이어서 상세한 심판을 유보하고 있는 경우라면 구속되지 않을 수 있을 것이다(Vgl. E. Benda, a.a.O., S.501, Fn.4).

11) E. Benda, a.a.O., S.501; 이에 반대되는 견해로는 Chr. Pestalozza, a.a.O., S.297; 이성환, 전계논문, 58쪽에서도 중간결정의 경우 절차적인 사항에 관계되는 것이므로 불가변력이 발생하지 않는다고 한다.

불가변력은 동일한 소송에서 헌법재판소 자신이 내린 결정에 직접 구속된다는 측면에서 후소와의 관계에서 문제되는 기관력과는 구별된다.

Ⅲ. 形式的 確定力

1. 形式的 確定力の 意義와 內容

형식적 확정력(formelle Rechtskraft)은 재판에 대한 불가쟁력(Unanfechtbarkeit)을 의미한다. 즉 재판에 대하여 통상의 불복방법으로는 같은 소송절차에서 더 이상 다룰 수 없게 된 상태를 말한다. 재판에 이러한 형식적 확정력을 인정하는 것은 헌법상의 법치국가원리에서 파생되는 법적 안정성의 요청에 따른 당연한 것이다.¹²⁾

헌법재판소의 결정에 대해서는 더 이상의 상급심이 존재하지 아니하기 때문에 불복신청을 할 수 없고, 헌법재판소의 어떤 재판부에 의하여도 재심사될 수도 없다. 따라서 재판관전체회의가 상급심에 해당되지 아니하며¹³⁾, 헌법소원심판에서 지정재판부의 결정에 대하여 전원재판부에 상소할 길은 막혀있다. 즉, 지정재판부의 전원합의에 의하여 헌법소원심판에의 회부를 각하하였을 경우에도 불가쟁력이 발생하며¹⁴⁾, 지정재판부가 헌법소원심판회부

12) 헌재결정 1989.7.24 선고 89 헌마 141; 김지형, 전계논문, 281쪽; 이성환, 전계논문, 61쪽.

13) Vgl. BVerfGE 1, 89(90f.); 7, 17f.

14) 1990.10.12 선고, 90 헌마 170.

결정을 한 경우에도 마찬가지이다. 지정재판부의 결정은 재판부의 결정과 동일한 효력을 가지기 때문이다. 우리 헌법재판소도 헌법소원심판청구인이 헌법재판소의 헌법소원심판결정에 대하여 재차 헌법소원심판청구형식으로 불복신청한 사건에서 헌법재판소의 결정은 형식적 확정력이 있음을 명백히 하였다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 결정에 대해서는 더 이상 상급심이 존재하지 아니하기 때문에 선고함으로써 형식적 확정력이 발생한다.¹⁶⁾

2. 形式的 確定力の 限界

일반 소송법상 인정되는 상소의 추완¹⁷⁾이나 재심청구¹⁸⁾가 헌법재판소 결정에도 준용될 수 있는지가 문제된다. 그러나 이미 언급한 것처럼 헌법재판소의 결정에 대해서는 상급심이 존재하지 아니하므로 불복신청을 할 수 없고 따라서 일반소송법상의 상소의 추완은 준용될 수 없다.¹⁹⁾

또한 헌법재판소 결정의 재심과 관련하여 우리 헌법재판소법에는 명문의 규정을 두고 있지 아니하나 헌법재판소법 제40조의 준

15) 헌재결정 1990.5.21 선고, 90 헌마 78; 동지 헌재결정 1989.7.24 선고 89 헌마 141; 1990.10.12 선고, 90 헌마 170.

16) 김지형, 전게서, 281쪽; K. Rennert, a.a.O., S.538; E. Benda, a.a.O., S.501; W. Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß (1981), S.26; Maunz, in: BVerfGG-Kommentar, §31 Rn.7; K. Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, S.2.

17) 민사소송법 제 160조, 행정소송법 제8조 제2항 및 형사소송법 제345조.

18) 민사소송법 제422조 이하, 행정소송법 제8조 제2항, 제31조, 제38조 및 형사소송법 제420조 이하.

19) 황우려, 전게서, 303쪽; 김지형, 전게서, 283쪽; 이성환, 전게논문, 61쪽.

용규정이 헌법재판소 결정의 재심에 대한 근거규정이 될 수 있는지 문제된다. 그러나 헌법재판의 경우 그 본질이나 기능 및 효력에 있어서 일반소송과는 다른 특수성이 있고, 특히 헌법재판소의 결정에는 고도의 책임성 및 법적 안정성이 요구되는 만큼 일반소송법상의 재심제도를 헌법재판소의 결정에 그대로 적용할 수는 없다 할 것이다.²⁰⁾ 우리 헌법재판소도 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판절차에서 헌법재판소가 내린 결정에 대하여 재심을 허용하지 않음으로서 얻는 법적 안정성이 재심을 허용함으로써 얻는 구체적 타당성의 이익보다 크다 할 것이므로 위헌법률을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소 결정에는 재심에 의한 불복방법이 허용될 수 없다고 하고 있다.²¹⁾ 이에 대하여 독일 연방헌법재판소는 중대한 절차상의 불법이 있는 경우에 기판력의 변경이 허용되는 것으로 보고 있다.²²⁾

IV. 既判力

1. 概 念

기판력이라 함은 재판에 형식적 확정력이 발생하면, 소송당사자는 확정된 당해소송은 물론이고 후소에서 동일한 사항에 대하여 다시 소를 제기하지 못하고 또한 헌법재판소도 확정재판의 판

20) 황우려, 전계논문, 303; 이성환, 전계논문, 62쪽.

21) 헌재결정 1992.6.26. 선고, 90 헌마 1; 김지형, 전계논문, 287쪽에서는 동헌법재판소 결정의 내용을 법적 안정성과 구체적 타당성에 대한 법익균형의 판단에 따라서는 재심을 허용할 수 있는 것으로 해석하고 있다.

22) Vgl. BVerfGE 72, 84; E. Benda, a.a.O., S.507.

단내용에 구속되는 것을 의미한다. 따라서 소송당사자는 동일한 소송물에 대하여 새로운 소송을 제기하여 되풀이하여 다룰 수 없고, 헌법재판소는 소송물이 다른 새로운 소송이 제기된 경우라도 종결된 소송의 확정된 내용과 모순되거나 저촉되는 판단을 하여서는 안된다.²³⁾ 따라서 기판력은 동일한 소송물에 대하여 새로운 심판청구를 허용하지 아니하기 때문에 소송장애물(Prozeßhindernis)에 해당된다.²⁴⁾ 물론 결정 후에 일어난 상황이 다른 재판을 허용할 경우에는 그러하지 아니하다. 이러한 내용을 가진 기판력은 법적 안정성과 법적 평화에 기여한다.²⁵⁾ 기판력을 실질적 확정력(materielle Rechtskraft)이라고도 한다.

이러한 기판력의 내용을 검토해 보건대, 기판력은 확정된 재판내용에 대해 당해 소송보다는 후소에서 소송당사자 및 헌법재판소를 구속한다는 측면에서 재판을 행한 헌법재판소 자신과의 관계에서 논의되는 불가변력이나 당해소송에서 소송당사자의 관계를 논의하는 형식적 확정력과는 구별된다.

2. 法的 根據

우리 헌법재판소법 제39조의 일사부재리원칙과 제40조의 준용규정에 의하여 헌법재판소가 선고한 모든 결정에 대하여 기판력이 인정된다. 설령 이러한 규정이 없다고 하더라도 기판력을 부

23) K. Rennert, a.a.O., S.540.

24) E. Benda, a.a.O., S.503.

25) Vgl. BVerfGE 47, 146 (165); H.G. Rupp, in: FS Kern(1968), S.403f.

인할 수는 없을 것이다. 그것은 헌법재판소가 특별한 지위에도 불구하고 소송절차나 소송대상 그리고 재판방식에 있어서 일반법원의 그것과 다르지 아니한 사법기관임을 감안한다면 헌법재판소의 결정도 기관력에 종속된다 할 것이기 때문이다.²⁶⁾

다만 독일에서는 규범통제에 대하여 견해가 나뉘어져 있다. 독일에서는 규범통제를 사법기관에 의하여 행한다 하더라도 원칙적으로 입법이라고 주장하는 견해가 있다. 특히 독일 연방헌법재판소법 제31조 2항이 이 점을 보여준다고 한다.²⁷⁾ 그에 따르면 재판소는 규범을 심사할 때 법적 추론행위(Subsumtionakt)를 하지 않는다고 한다.²⁸⁾ 심사받아야 할 규범은 결코 어떤 “사실관계(Sachverhalt)”가 아니며, 그 때 심사기준이 될 규범도 이에 마땅히 적용되어야 할 “법규(Rechtssatz)”가 아니라고 한다.²⁹⁾ 따라서 이러한 규범통제재판에서의 헌법재판소의 결정에 대하여는 기관력이 인정되지 않는다는 것이다. 그러나 규범통제는 바로 司法機關에 맡겨졌으며, 이에 따라 규범통제는 司法(Rechtsprechung)의 고유한 형식과 한계에 종속된다고 할 것이다. 따라서 규범통제절차에서 내린 헌법재판소의 결정이 기관력 적용의 예외가 될 수 없다 할 것이다.³⁰⁾

26) Vgl. BVerfGE 4, 31(38f.); 20, 56 (86ff.), 69, 92 (103), 78, 320 (328) 확립된 판례.

27) Vgl. insb. Wenig, Zur Zulässigkeit einer erneuten Vorlage im Normenkontrollverfahren, DVBl. 1973, 346

28) BayVerfGHE 20 II, 101(107)

29) Vgl. schon Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S.42

30) 동지, 이성환, 전계논문, 63-64쪽; 김지형, 전계논문, 290쪽; E. Benda, a.a.O., S.503.

3. 既判力の 審判對象

1) 審判對象과 先決問題

기판력은 소송당사자(Beteiligten) 그리고 경우에 따라서는 기판력에 복종해야 하는 다른 제3자와의 관계에서 동일한 심판의 대상에 관하여는 구속적인, 즉 장래를 향한 이 문제에 대한 최종적인 재판으로서의 효력으로 작용한다.³¹⁾ 이로써 어떠한 재판소도 이미 확정된 객관적 및 주관적 한계내에서는 동일한 대상을 새로이 또는 중전과 달리 재판해서는 안된다.³²⁾ 즉 모든 재판소가 이에 구속된다. 판결을 내린 헌법재판소 자신도 다른 모든 법원과 마찬가지로 동일 심판대상을 재판하면, 그것이 선결문제인 경우에도 이에 구속된다. 물론 판결에 전형적인 사정변경원칙이 적용되며, 기판력의 효력은 시간적인 한계에 의해 제한된다. 여기에서 기판력이 미치는 범위를 구체화하기 위해서는 우선적으로 헌법재판에 있어서 심판의 대상³³⁾과 선결문제가 무엇인지를 고찰하는 것이 중요하다. 헌법재판의 경우 당사자주의보다는 직권주의가 채택되고, 특히 객관적 법질서보호라고 하는 관점에서 헌법재판의 심판의 대상(Streitgegenstand)을 정의하는데 있어서는 실체법과는 분리된

31) Unklar Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, §20 Rdnr.63

32) Vgl. allgemein Leipold, in: Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 20. Aufl. 1977, §322 Anm.III m.w.N.

33) Vgl. Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, §31 Rdnr.12; Hoffmann-Riem, in: Der Staat 13(1974), S.335(362f.); Sachs, Die Bindung des BVerfG an seine Entscheidungen, 1977, S.38f.; E. Klein, in: AöR 108(1983), S.410ff., 561ff.(563, 571f., 576ff. usw.).

순수 소송법적 관점이 중시되어야 할 것이다. 따라서 헌법재판에서의 심판의 대상(Streitgegenstand)이라 함은 심판청구서(Antrag)에서 어떤 내용의 결정을 구하는가 하는, 즉 심판에서 달성하려고 하는 목적을 말하는 것으로 소의 법률효과를 적는 심판의 결론부분이다.³⁴⁾ 따라서 심판대상의 동일성여부는 심판청구를 기준으로 판정되어야 할 것이다.³⁵⁾ 이런 관점에서 볼 때 헌법재판에서 심판의 대상은 심판청구의 목적물인 계쟁물, 즉 심사의 대상 그 자체와는 구분된다. 헌법재판소의 결정이 확정되어 기판력이 생기면 후소와 전소의 심판의 대상이 동일하지 아니하여도 전소의 기판력있는 판단내용이 후소의 선결문제(Vorfrage)로 된 경우에는 그 판단내용과 달리 또는 새로이 재판해서는 안된다. 반면에 전소에서 재판의 결론을 내리기 위한 선결문제로만 된 사항이 후소의 직접적 심판대상이 된 경우라도 그것은 전소의 기판력이 미치는 범위에서 제외되어 후소와 선결관계에 있지 않게 되며, 후소에 아무런 영향을 미치지 못하게 된다.³⁶⁾ 따라서 전소인 규범통제절차에서 심사된 법률이 합헌으로 선고되고 나서 동일한 소송당사자가 그 법률에 근거한 행정행위를 대상으로 헌법소원심판을 청구하였다면 전소의 기판력의 작용을 받기 때문에 헌법재판소는 후소인 헌법소원심판절차에서 행정행위의 근거가 된 법률에 대하여 전소의 합헌결과와 달리 또는 새로이 결정할 수 없다. 반면에 전소에서 법률에 근거한 행정행위에 대한 헌법소원심판에서 헌법재판소가 근거

34) 이성환, 전계논문, 28쪽.

35) K. Rennert, a.a.O., S.541; 이성환, 전계논문, 28-29쪽.

36) 김지형, 전계논문, 304쪽; 이성환, 전계논문, 68쪽.

법률이 합헌임을 전제로 해당 행정행위의 위헌성여부를 선고하였다 하더라도 후소에서 그 근거법률 자체가 규범통제절차에서 위헌성여부의 심판대상이 된 경우 헌법재판소는 전소의 행정행위에 대한 위헌성여부의 결정에 따른 기관력에 영향을 받지 아니한다.³⁷⁾

2) 審判對象의 具體的 內容

규범통제의 경우³⁸⁾ 심판의 대상은 “법률 또는 다른 규범이 헌법과 합치되는가”의 문제이다. 따라서 헌법재판소가 법률 또는 다른 규범의 위헌성여부를 심사할 때에 소송당사자에 의하여 구체적인 헌법조항이 위헌의 근거로 제시되었다 하더라도 이것은 단순한 헌법적 관점의 하나에 불과하므로 그것에 구속되지 아니한다. 여기에서 법률 또는 다른 규범은 심판청구의 목적물로서 심판의 대상과는 구별된다. 규범통제의 경우 심판의 대상은 2분되어 있지 아니하다(eingliedrig). 구체적인 규범통제절차에서도 원심절차(Ausgangsverfahren)의 소송당사자(Beteiligte)가 자기의 주관적권리를 침해당했느냐의 문제가 논점인 것은 아니기 때문이다.

다만 권한쟁의절차에서 문제의 ‘처분’에는 입법기관의 입법행위도 포함되는데, 이런 입법기관에 대한 권한쟁의의 심판대상은 ‘입법기관의 법률제정이라는 행위(입법절차와 입법내용을 포함)가 헌법에 위배되는 것인가’ 하는 것과 ‘그 법률제정 행위를 통해서

37) 선결문제에 대한 상세한 예는 김지형, 전제논문, 304-305쪽 참조.

38) 규범통제의 종류로는 위헌법률심사절차(헌법재판소법 제41조 제1항), 규범통제적 헌법소원심판절차(헌법재판소법 제68조 제2항), 법률에 대한 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항) 및 통상의 헌법소원심판절차에서 부수적 규범통제(헌법재판소법 제75조 제2항) 등이 있다.

다른 기관의 헌법상의 입법권한을 침해하였는가’ 하는 것이 심판의 대상이 될 것이다. 따라서 입법기관의 법률제정행위가 헌법이 정한 다른 기관의 입법권한의 침해여부가 문제되는 권한쟁의심판은 ‘법률 그 자체가 헌법에 위반되는지의 여부’가 심판의 대상인 규범통제와는 구별된다.

3) 審判對象의 擴大問題

심판의 대상은 위헌심판청구서에 의해 정해진다. 규범통제의 경우 보통 심사의 대상물은 법률전부가 아니라 단지 몇개의 개별조항 또는 경우에 따라서는 한 조문의 일부(문장의 일부분)이다. 그렇다면 헌법재판소는 심사의 대상으로서 위헌심판청구서에 기재된 규범이외에 심사의 범위를 확대할 수는 없는 것인지, 그리고 확대할 수 있다고 한다면 얼마만큼 확대할 수 있는지가 문제될 수 있다.

우리나라의 경우 헌법재판소의 사법기관성을 지나치게 강조하여 심사대상의 확대를 반대하고 있는 것 같다.³⁹⁾ 물론 헌법재판소가 사법기관이란 점을 감안하면 원칙적으로 청구된 심사의 범위를 넘을 수 없다는 원칙이 적용되는 것이 타당할 것이다. 그러나 규범통제절차의 경우 심판절차의 개시를 위한 수단으로서 위헌심판제청을 제외하고는 직권주의가 채택되고 있으며, 주관적 권리보호가 아닌 객관적 법질서의 보호가 주된 목적이고 뿐만 아니라 원심의 법적 분쟁을 구체적으로 종식시킬 것이 예상되고, 특히 예상되는 후속문제에서 새로운 제청을 피하는 것이라면 규범

.39) 이성환, 전계논문, 71쪽; 김지형, 전계논문, 295-296쪽.

통제절차에서 원칙적으로 헌법재판소는 직권으로 심사대상을 확대할 수 있다고 하여야 할 것이다.

이와 관련하여 우선 우리 헌법재판소법 제45조 본문에 「헌법재판소는 ‘제청된 법률 또는 법률조항’의 위헌여부만을 결정한다」고 규정하고, 단서에 「다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다」라고 하여 예외적으로 헌법재판소에 의한 심사대상의 확대를 규정하고 있다. 문제는 제45조 단서조항의 의미이다. 즉 위 단서조항의 의미를 위헌선언된 법규정으로 인해 문제된 경우 법률전부에 대해서만 위헌결정을 할 수 있고, 개별조항과 관련해서는 그렇게 할 수 없다고 해야 할 것인지 문제된다. 위 단서조항에 대하여 필요한 경우 법률전부에 대해서만 위헌결정을 할 수 있다는 것으로 좁게 해석할 필요는 없다고 본다. 심사의 대상인 법규정이 위헌결정이 다른 규정과 불가분의 관계(untrennbare Rechtseinheit)에 있는 경우 문제된 다른 규정도 당연히 심사의 대상에 포함시켜 위헌결정을 하는 것은 법논리상으로 당연히 인정되어야 하기 때문이다.⁴⁰⁾ 따라서 위헌선언된 법규범 없이는 다른 규정이 독립된 의미를 갖지 못한다던가 또는 위헌선언된 규정과 다른 규정이 별개로 나뉘어 질 수 없는 경우 헌법재판소는 문제된 다른 규정도 심사의 대상에 포함시켜 위헌결정을 할 수 있다고 할 것이다.⁴¹⁾

40) Vgl. BVerfGE 8, 274,(301) ; 57, 295(334) ; 73, 118(151) ; vgl. auch Stern, Art. 93 Rn. 300, 301 ; Chr. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2 Aufl, S. 50.

41) 동지, 남북현, 박사학위논문, 93쪽; 관련 헌법재판소 결정례에 대해서는 헌재 결정 89.12.22. 선고 88헌가13, 헌재결정 89.11.20 선고 89헌가102결정, 헌재결정 91.11.25 선고 91헌가6 참고.

심사대상의 확장이 다른 법률에서 규정하고 있는 유사규범(Parallelnorm)에까지 미칠 수 있는지 문제될 수 있다. 물론 유사한 법규정이라도 규제의 맥락이 다르고 사회적 배경이 다를 수 있어서, 본문 자체가 같다 하더라도 본문의 내용이 다를 수 있기 때문에 그 내용의 동일성여부를 판별하는 것은 쉬운 일은 아니다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 문제된 법규의 내용과 유사규범이 동일한 사정하에서 동일한 규제내용을 가진다고 판단되면 이 유사규범에 대해서도 위헌결정을 할 수 있다고 하여야 할 것이다.⁴²⁾

또한 독일 연방헌법재판소법 제78조 제2항과 같이 문제된 동일 법률 내에서 제청의 대상이 아닌 규정이라도 심사의 대상인 규정과 같은 이유로 헌법에 위반된다면 위헌으로 선언할 수 있는지 문제될 수 있다.⁴³⁾ 독일 연방헌법재판소법 제78조 2문에 따르면 「동일한 법률의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정을 무효로 선언할 수 있다」라고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 이것을 연방헌법재판소는 규범통제적 헌법소원(Normenkontroll-Verfassungsbeschwerde)의 경우에도 마찬가지로 적용하고 있으며, 분쟁발생을 효과적으로 저지하기 위해서는 구체적 규범통제절차에서도 직권으로 심판의 대상을 확대할 수 있다고 한다.⁴⁵⁾

42) 아래 단원 제 2절 III. 3. 2) 참조.

43) 독일에서 추상적인 규범통제의 심사범위에 관해서는 줄고, 독일에서의 추상적 규범통제(하), 사법행정 1994.9. 19-10쪽 참조.

44) Vgl. BVerfGE 22, 387 <404ff.>; 69, 96 <102ff.>

45) BVerfGE 78, 132 (143).

그러나 우리나라의 경우 독일 연방헌법재판소법 제78조 제2항과 같은 명문의 규정이 없는 상태에서 문제된 동일 법률 내에서 제청의 대상이 아닌 규정에 대하여 심사의 대상인 규정과 위헌이유가 같다 하여 위헌결정을 할 수 있다고 한다면, 이는 규범통제절차에서의 헌법재판소의 직권주의와 사법절차적 성격이 조화되지 않은 것으로서, 직권에 의해 심사범위를 지나치게 확대한 것이라 할 것이다.

4) 決定型式

헌법재판소가 법규범에 관하여 합헌으로 확인하면, 그 조항은 계속 효력을 유지하고 적용된다. 헌법재판소의 이러한 합헌결정은 기판력(rechtskräftig)이 생기며, 그 결정이 효력을 미치는 한 기판력의 영향권내에 있는 자(Rechtskraftunterworfenen)에 의해서는 더 이상 위헌의 의심을 받지 아니한다.⁴⁶⁾ 따라서 헌법재판소는 동일한 상황이 유지되는 한 그 합헌선언된 규범을 반복하여 심판할 수 없고, 제청법원이 제기한 새로운 헌법소송은 허용되지 아니한다. 따라서 헌법재판소는 기판력있는 법규범에 대하여 새로이 제기된 위헌심판청구를 부적법하므로 각하하여야 한다. 이러한 합헌결정에 대한 기판력의 인정은 위헌심판절차의 반복으로 인하여 재차 논란이 되는 것을 차단함으로써 법적 안정성의 유지에 기여한다.⁴⁷⁾

헌법재판소가 법규범에 대하여 위헌결정을 선고하면, 그 때부

46) 황우려, 전개논문, 305쪽; 남북현, 헌법재판소결정의 확정력, 한양법학 제3집, 1992, 224쪽.

47) 남북현, 한양법학 제3집, 224쪽.

터 그 규범은 효력이 상실되며, 그 법규범에 대한 적용은 종료된다. 따라서 헌법 재판소는 위헌선언된 규범을 재차 심판대상으로 삼을 수 없으며, 제정법원도 반복하여 제청할 수 없다.⁴⁸⁾ 물론 여기에도 사정변경의 원칙의 적용을 받는다.⁴⁹⁾ 합헌결정과 위헌결정에 모두 기판력이 인정되므로 그 중간에 위치한 헌법불합치 결정, 한정합헌·한정위헌, 헌법합치적 해석 등 변형결정의 경우에도 같은 범위에서 기판력이 인정된다고 할 것이다.

4. 既判力の 範圍

1) 客觀的 範圍

(1) 決定主文만의 既判力

기판력은 모든 심판청구에 따른 결정에 부여된다. 기판력은 원칙적으로 결정주문에 포함된 사항에만 인정되며, 결정이유는 독자적으로는 기판력을 갖지 못한다.⁵⁰⁾ 다만 주문만으로는 기판력의 범위를 확정할 수 없을 때 결정주문을 해석하고 그 내용을 확정하는데 결정이유가 참조가 된다.⁵¹⁾

48) BVerfGE 69, 112 <117>

49) 황우려, 전계논문, 306쪽

50) 황우려, 전계논문, 306쪽; 남복현, 전계학위논문, 60쪽; 김지형, 전계논문, 321쪽; E. Benda, a.a.O., S.503; BVerfG, 1991년 11월 19일자 결정 - 1 BvR 1425/90 - 인쇄본 6쪽; 이에 대하여 Vogel은 결정이유에서의 판단내용도 일정한 범위내에서는 독자적으로 기판력을 갖는다고 하여 기판력의 확장을 주장한다(Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Festgabe Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd.I, 1976, S.584ff.)

51) Vgl. BVerfGE 22, 387 <404ff> ; 69,96 <102ff> ; 78,320 <328>

(2) 審判對象의 同一性和 既判力

기판력은 전소와 동일한 심판대상이 후소에 제기되었을 때에만 그 효력이 미친다. 따라서 기판력은 심판대상이 동일할 것을 전제로 한다. 법적 문제가 본질적으로 같다는 것만으로는 충분하지 아니다.⁵²⁾

기판력은 심사범위 안에서만 그 효력이 미친다. 심사범위는 관련 소송절차의 종류에 따라 부여되는 헌법재판소의 특별한 과제로부터 정해지며, 다른 한편으로는 구체적인 개개의 결정내용에 따라 정해진다. 일반적으로 통용되는 것은 헌법재판소의 규범심사나 행위심사가 가지는 기판력은 이 규범이나 다른 행위들이 헌법규정에 합치하는가 하는 문제에 국한된다.⁵³⁾ 그 규범이나 그 이외의 행위는 다른 관점에서는 심사를 받지 않은 것이다.

규범을 위헌으로 선언할 때에, 헌법재판소는 원칙적으로 하나 혹은 몇 개의 헌법위반을 확인(Feststellung)하는 것에 그치고, 그 밖의 규범에 대해서는 심사한 것이 아니다. 따라서 기판력은 헌법재판소가 규범을 위헌으로 선언한 부분에만 미치게 하므로, 심사되지 아니한 부분을 심사의 대상으로 하여 위헌심판제청을 하는 것은 기판력에 의한 제한을 받지 않는다. 이 점은 특히 장래에 발생할 이와 유사한 행위와 관련하여 의미가 있다.

반대로 헌법과 합치된다고 결정된 경우에 이 합헌확인인 헌법의 모든 규정과 관련된다. 다만 헌법재판소가 규범통제절차에서

52) 황우려, 전계논문, 306쪽; 남복현, 전계논문, 226쪽; BVerfGE 4, 39.

53) BVerfGE 1, 14 <15, 64>; 40, 88 <93f.>; 60, 175 <208f.>; 69, 112 <117>

일정한 심사기준을 참작하지 않은 채 어떠한 법률을 합헌이라고 선고하였다면, 위 합헌결정의 기관력은 실제로 적용된 재판규범과 결부된 범위, 즉 심사범위내에서만 그 효력이 미친다고 할 것이므로 참작하지 않은 심사기준을 들어 위헌심판청구가 가능하다 할 것이다.⁵⁴⁾ 또한 하나의 법률조문이 두개의 구성부분으로 되어 있어서 하나의 구성부분에 대하여 합헌이라고 선고된 경우라도 결정이유상으로 나머지 다른 구성부분은 심사되지 않았다면 심사되지 않은 구성부분과 관련하여 같은 법률조문이 후소에서 심판될 수 있다.⁵⁵⁾

통상의 헌법소원심판절차의 경우에는 각 사건마다 그 헌법소원심판 청구자가 가진 기본권에 바탕을 두고 있지만 규범통제적-헌법소원심판절차에서는 소원심판 청구자의 기본권이 침해가 된 것을 전제로 하되, 직·간접적으로 다투어지고 있는 규범에 대한 심사는 헌법규정 전부를 기준으로 하여 거기에 위배되었는지 여부에 대하여 광범위한 심사가 이루어진다. 이것은 특히 헌법을 보호하고 관철시켜야 한다는 규범통제절차의 객관적 기능으로부터 도출된다.⁵⁶⁾

54) M. Sachs, BayVBl 1980, 654; 이성환, 전계논문, 72쪽; 김지형, 전계서, 325. 이에 대하여는 학설의 다툼이 있다. 독일 연방헌법재판소는 합헌결정의 경우에는 결정이유에서 헌법의 개개조항에 관하여 언급한 일이 없다 하더라도 헌법의 모든 규정과 관련하여 기관력이 발생한다고 한다(BVerfGE 26, 44 <56>; K. Rennert, a.a.O., S.543).

55) 황우려, 전계논문, 306쪽; 남복현, 전계논문, 226쪽.

56) K. Rennert, a.a.O., S.543.

2) 主觀的 範圍

(1) 一般論

기판력은 이미 재판이 선고된 문제가 새로운 소송의 대상이 되지 않게 하는데 그 의미가 있다. 기판력이 후소에 효력을 미치기 위해서는 객관적 관점에서 심판 대상이 동일할 것을 요구할 뿐만 아니라 또한 주관적 측면의 동일성요건도 충족할 것이 요구된다. 기판력의 주관적 범위에 관하여는 헌법재판소 결정의 기속력⁵⁷⁾과 법규적 효력⁵⁸⁾과의 관계 등으로 문제점이 제기된다.

주관적 관점에서 보면 기판력은 원칙적으로 당사자 사이(inter partes)에만 효력을 미친다.⁵⁹⁾ 즉 일반소송법의 원칙에 따른 권리의 승계인(Rechtsnachfolger)을 포함하여⁶⁰⁾ 소송당사자(Verfahrensbeteiligten) 상호간에만 기판력의 효력이 미친다. 다만 규범통제절차의 위헌결정과 관련하여서는 일반 제3자에 대해서도 기판력이 미친다는 기판력의 대세적 효력(Rechtskraft inter omnes)을 인정하려는 견해가 있다.⁶¹⁾ 그 논거를 보면 우선 규범통제절차의 본래의 의미는 객관적인 법질서의 보호에 있다는 것이다. 둘째로 법률에 대한 위헌결정의 기판력은 법률이 불특정다수인을 대상으로 하기 때문에 그 법률의 적용을 받은 모든 사람에 대하여 미친다고 한다. 그러나 헌법재판이 객관적인 법질서의

57) 헌법재판소법 제47조 제1항.

58) 헌법재판소법 제47조 제2항.

59) 황우려, 전계논문, 307쪽; 남복현, 전계논문, 225쪽.

60) 황우려, 전계논문, 307쪽; 남복현, 전계논문, 228쪽.

61) C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S.231; K. Vogel, a.a.O., S.592ff.

보호에 있다고 하더라도 기관력의 효력에 대세적 효력을 인정하는 것은 심판절차와 전혀 관계가 없는 일반 제3자에게 기관력의 효력을 강요하는 것으로 기관력의 본질에 반한다 할 것이다. 또한 위헌선언으로 인한 법률의 효력상실은 위헌결정에 따른 결과적인 효력에 따른 것이고 기관력의 작용에 의한 것은 아니다.⁶²⁾ 따라서 위헌결정에 대한 대세적 효력은 법규적 효력(Gesetzeskraft)의 일반구속성에 의한 것으로 볼 것이다.⁶³⁾

헌법재판소법 제44조의 법무부장관과 같이 소송참가의 권한이 있는 자(Beitrittsberechtigte)가 절차에 정해진 바에 따라 헌법재판소로부터 통지를 받은 경우에는 이들이 심판절차에 당사자로 참가했든 아니했든 상관없이 이들에게도 기관력이 미친다.⁶⁴⁾ 그러나 단순한 의견진술권한만 있는 자(Äußerungsberechtigte), 예컨대 헌법재판소법 제30조 2항·3항의 변론에 참여한 단순 이해관계인이나 참고인 또는 소환받은 관계인에게는 기관력의 효력이 미치지 아니한다.⁶⁵⁾

이러한 주관적 범위에 관한 내용에도 불구하고 헌법재판의 특성상 그 중요목적 이 주관적 권리구제 보다는 객관적 법질서를 보

62) 황우려, 전계논문, 30쪽; 남북현, 전계논문, 229쪽; 이성환, 전계논문, 78쪽; 김지형, 전계논문, 309쪽.

63) 남북현, 전계논문, 230; 참고 황우려, 전계서, 307쪽.

64) 동지 남북현, 전계서, 229쪽; K. Rennert, a.a.O., S.543. 이견 황우려, 전계 논문, 307쪽: 그는 이것에 대하여 기관력은 미치지 아니하고 위헌결정에 관해 서만 기속력이나 일반적 효력의 문제로 해결할 것이라고 한다; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3 Aufl. 1991, §20 Rdnr.63.

65) 황우려, 전계서, 307쪽 주22; 이성환, 전계논문, 79쪽; BVerfGE 78, 320 <328> Vgl. auch Vogel, in: Festgabe BVerfG 1976, S.568(592f.).

호하는데 있으며, 심판절차에 따라서는 대립적 구조를 취하지 않고 재판부가 직권에 의하여 일방적으로 절차를 진행시킴으로서 당사자의 개념에 혼란이 있다.

(2) 違憲法律審判節次

위헌법률심판절차에서 우선 위헌심판의 제청법원이 당사자가 될 수 있는지가 문제된다. 독일의 판례⁶⁶⁾와 다수설⁶⁷⁾은 구체적 규범통제절차에서 당사자는 존재하지 않는다고 한다. 따라서 제청법원을 당사자로 보지 아니한다. 그 이유로는 제청법원은 위헌법률심판과 관련하여 직접적인 이해관계를 갖지 아니하며, 또한 제청법원은 헌법재판소의 결정내용에 당해 사건을 재판해야 하는 등 위헌여부의 결정에 구속되지만, 이것은 기판력에 의한 것이 아니고 소송절차내적인 기속력(innerprozessuale Bindungswirkung)에 의한 것이라고 한다. 그러나 헌법재판소에 대한 제청법원의 위헌제청은 위헌심판절차의 개시를 구하는 심판청구의 성격을 가진다.⁶⁸⁾ 따라서 일반소송절차와는 달리 객관적 법질서의 보호가 목적인 위헌법률심판절차의 경우 당사자의 개념을 위헌심판절차의 개시를 ‘요구’(Begehren)한다는 의미에서 심판청구를 할 수 있는 지위에 있는 자로 해석할 수 있을 것이다.⁶⁹⁾ 이

66) BVerfGE 2, 213(217); 3, 225(228f.).

67) Chr. Pestalozza, a.a.O., S.45.

68) 김지형, 전계논문, 313: 또한 위헌법률심판절차가 헌법재판소에 계류중일 때에도 제청의 요건이 후발적으로 흠결되거나 다른 사정변경이 있는 경우에는 법원법원은 제청을 철회하거나 변경할 수 있다고 할 것이므로, 이것 또한 제청법원이 당사자의 지위를 갖는 간접적 요인이 된다고 한다.

69) 김지형, 전계논문, 313쪽.

렇게 볼 경우 당해 제청법원은 위헌법률심판절차의 당사자에 해당되어 기관력이 미친다고 할 것이다.⁷⁰⁾ 따라서 헌법재판소의 위헌결정 뿐만 아니라 합헌결정이 선고된 경우에도 기관력이 작용하므로 제청법원은 새로운 위헌심판제청을 할 경우 부적법하여 각하처분을 받게 된다.⁷¹⁾

위헌법률심판절차에서 위헌제청을 위한 신청인은 당해 법원을 통하지 않고 직접 위헌법률심판절차의 개시를 청구할 권한이 없기 때문에 위헌법률심판절차의 당사자는 아니다.⁷²⁾ 다만 당해사건의 당사자에게도 기관력의 효력이 미친다고 볼 경우 다른 심판이나 소송절차에서 이미 합헌결정된 법률에 대한 재차의 위헌소송을 막을 수 있어서 무익한 절차의 반복을 피할 수는 있을 것이다. 이와 관련하여 독일의 일부 학설은 위헌법률제청의 문제는 당해사건의 법원과 당사자들을 위한 선결문제에 해당하고 헌법재판소의 판결을 중간확인판결의 성격을 갖는다고 하여 당사자의 개념에 포함시켜야 한다고 주장한다.⁷³⁾ 그러나 당해법원이 아닌 다른 재판소의 재판을 중간확인재판으로 보기는 어렵고⁷⁴⁾, 헌법재판소법 제44조에 의하여 헌법재판소에 법률의 위헌여부에 대해

70) 헌재결정 1993.5.13 선고, 92헌마25(?); 김지형, 전계논문, 313쪽; 이성환, 전계논문, 75쪽; 황우려, 전계논문, 307쪽; 남복현, 전계논문, 228쪽.

71) 제청법원이 아닌 다른 법원은 기관력의 효력을 받지 아니하며, 기속력의 적용을 받는 것은 별개의 문제이다. 단지 김지형은 우리 헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력 조항에서 위헌결정에 대한 기속력만 규정하고 있어서 합헌결정에 대한 기속력은 인정하지 않으므로 다른 법원은 기속력에도 구속되지 않고 새로운 위헌제청을 할 수 있다고 보고 있다(전계논문, 315쪽).

72) 김지형, 전계논문, 315; 이성환, 전계논문, 75쪽.

73) Vogel, a.a.O., S.618.

74) 이성환, 전계서, 77쪽.

여 의견서를 제출할 수는 있으나 위헌심판제청서나 답변서를 제출할 권리도 없어서 당사자가 아닌 것은 명백하다. 또한 위헌제청을 하는 제청법원을 제3자의 소송담당으로 보아서 당해사건의 당사자에게 기관력을 미치게 하려는 견해가 있다.⁷⁵⁾ 그러나 위헌제청을 위한 신청은 당해 법원의 직권에 의한 제청을 촉구하는 의미를 가질 뿐이고 법원의 제청을 강제하는 효과는 없기 때문에 제청법원은 신청인의 위헌제청을 위한 신청에 전혀 구속받지 않는다. 또한 당해사건의 당사자를 권리의익의 귀속주체와 결부시킴으로서 객관적 법질서의 보호라는 위헌법률심판제도의 본질을 너무 도외시하였다고 할 것이다. 따라서 당해사건의 당사자는 위헌법률심판절차의 당사자는 아니다.

이에 반하여 당해사건의 당사자는 헌법재판소법 제44조에 의한 의견서를 제출할 수 있는데, 이것은 동 조항의 법무부장관과 마찬가지로 위헌법률심판절차에 참가할 권한이 있는 자로 볼 수 있을 것이다. 이것은 독일 연방헌법재판소법 제82조 제2항⁷⁶⁾의 규정이 국가기관만을 규정한 것과는 다르다고 할 것이다. 따라서 당해사건의 당사자는 위헌법률심판절차에 참가할 권한이 있는 자로써 헌법재판소의 통지가 있어서 참가한 경우이든, 임의로 참가한 경우이든 모두 기관력의 적용을 받는다고 할 것이다.

75) 이성환, 전제논문, 77쪽.

76) 독일 연방헌법재판소법 제82조 제2항: 제77조에서 열거된 헌법기관(연방의회, 연방참사원, 연방정부, 경우에 따라서 주정부, 주의회)은 절차의 어느단계에도 참가할 수 있다.

(3) 規範統制的 憲法訴願審判과 法律에 대한 憲法訴願審判

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 규범통제적 헌법소원심판절차에서는 소원심판청구인이 당사자가 된다. 다만 규범통제적 헌법소원심판절차는 위헌법률심판절차와 동일한 기능을 수행함으로써 대립적 구조를 취하지 않기 때문에 상대방당사자는 존재하지 아니한다. 이것은 법률에 대한 헌법소원심판절차에서도 마찬가지이다.

3) 詩的 範圍

(1) 既判力의 標準時

헌법재판소의 모든 결정(gerichtliches Erkenntnis)은 선고당시에 존재하는 사실관계와 법적 상태를 근거로 하여 이루어진다. 헌법재판소가 법률에 대한 위헌심판을 할 경우 선고당시에 존재하는 관련법률의 규제조건인 생활관계나 예측가능한 생활관계의 변화를 전제로 하여 위헌성여부를 판단한다. 헌법재판의 심사기준인 헌법에 대하여도 선고당시의 헌법해석에 관한 일반적인 법적 견해에 근거한 것이다. 따라서 기판력은 항상 헌법재판소의 결정이 선고된 시점을 기준으로 하여 발생한다. 이것은 다시 말하면 헌법재판소의 결정이 선고된 후에 일어난 변화에 대하여는 기판력이 미치지 못한다는 것이다. 사정변경이 있는 경우 전소와 후소의 심판대상이 전혀 달라지기 때문에 기판력은 그 결정이후에 비로소 발생한 새로운 사실에 대하여 원용(Berufung)하는 것을 막을 수 없다.⁷⁷⁾ 헌법재판소의 결정에 있어서 필수적인 요소인

77) BVerfGE 33, 199 <203>; 39, 169 <181ff.>; 65, 179 <181>; 70, 242 <249f.>.

시간에 구속되는 것은 당연하다.⁷⁸⁾

(2) 詩的 限界의 事由

헌법재판소의 결정이후에 새로운 사정이 객관적으로 존재한다면 기판력은 더 이상의 효력을 미치지 못한다. 이와 같은 사정변경에는 법률개정도 포함되며⁷⁹⁾, 생활환경이나 일반지식이 달라짐에 따라 헌법과 법률에 대한 지배적인 해석이 변경된 경우 등이 포함된다 할 것이다.⁸⁰⁾ 또한 일반적인 법적 견해(allgemeine Rechtsauffassung)가 변천하게 되어 - “학자의 견해(Professorenmeinung)”가 변천한다는 정도를 넘어서서 일반인의 영역에서 확실히 알 수 있는 정도일 때 - 이것을 바탕으로 하여서도 새로운 규범심사가 가능한 것인지에 관해서 독일연방 헌법재판소 제1재판부는 판단을 유보하였으나,⁸¹⁾ 이 경우도 사정변경으로 인정할 수 있을 것이다.⁸²⁾ 이와 같이 결정선고시점을 중심으로 다양한 사정변경이 발생하여 기판력이 종료되면 새로운 위헌심판제청이 가능하게 될 것이다. 제청법원이나 당사자가 새로운 제청을 하고자 할 때에는 헌법재판소가 내린 종전결정의 이유를 전제로 해야 하며, 종전의 헌

78) K. Rennert, a.a.O., S.

79) Vgl. BVerGE 33, 199 <204>; Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, §31 Rdnr.12.

80) BVerfGE 39, 169 <181ff.>; 65, 179. Vgl. etwa VGH Bad.-Württ., GewArchiv 1990, 321(324)

81) BVerfGE 33, 199 <204>

82) 이성환, 전계논문, 85쪽; Lange, JuS 1978, S.3; Vogel, in: Festgabe BVerfG 1976, S.594ff.; Brox, in: Festschrift Geiger 1974, S.822f.

법재판소의 결정을 변경하기에 합당한 새로운 사실(Tatsachen)을 입증하여야 한다.⁸³⁾ 물론 제정법원이나 당사자가 결정근거를 반박할 수 있는 엄격한 논거를 제시해야 하는 것은 아니다.

第 3 節 羈束力

I. 序 說

헌법재판소 결정의 기속력과 관련하여 우리 헌법재판소법에는 위헌법률심판절차에 대하여는 헌법재판소법 제47조 제1항에서 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다”라고 규정하고 있고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 규범통제적 헌법소원에 대하여는 동법 제75조 제5항에서 “제68조 제2항의 헌법소원을 인용할 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용”하도록 하고 있으며, 또한 법률에 대한 헌법소원과 관련하여서는 제75조 제1항에서 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”라고 규정함으로써 규범통제절차에 기속력에 대한 법적 근거를 명시하고 있다.⁸⁴⁾

헌법재판소 결정의 기판력은 원칙적으로 당사자사이에만 미치는 데 반하여 기속력은 모든 국가기관을 구속한다는 점 등에서 기속력은 일반법원의 재판에서는 통상적으로 볼 수 없는 헌법소

83) BVerGE 33, 199 <204>; 70, 242, <249>; 78, 38 <48>

84) 이 외에도 권한쟁의심판결정에 대한 기속력에 대하여는 헌법재판소법 제67조 제1항에서 명문으로 규정하고 있다. 또한 동 법 제75조 제4항은 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인(국가기관)은 결정취지에 따라 새로운 처분을 할 것을 규정하고 있다.

송상의 특이한 효력이다. 그런데 기관력과 기속력의 관계를 어떻게 이해하느냐에 따라 그리고 헌법재판소의 본질을 어떻게 보느냐, 즉 순수한 사법작용으로 보느냐 아니면 비사법작용으로 보느냐에 따라 기속력의 법적 성격뿐만 아니라 기속력이 미치는 객관적 범위와 주관적 범위의 문제가 달라질 수 있다. 따라서 기속력과 관련한 헌법재판소의 본질을 검토하고 기속력과 기관력의 관계를 고찰하기로 한다.

기속력의 객관적 범위와 관련하여 헌법재판소의 결정주문에 대해서만 기속력을 인정할 경우 주문에는 결정의 배경이나 취지가 충분히 설명되지 않기 때문에 헌법재판소의 본래의 결정의도와는 다르게 적용될 여지가 있는데, 따라서 결정이유에 대하여도 기속력을 부여할 것인지의 여부가 문제된다. 또한 기속력은 주관적 측면에서 모든 국가기관을 구속하기 때문에 입법자 또한 예외가 될 수 없다. 여기에서 법률이 위헌선언된 경우 입법자에게는 동일한 법률이나 그와 유사한 법률을 반복하여 제정하는 것이 금지되는데, 여기에서 무엇이 동일한 법률이고 유사한 규범인지 검토할 필요가 있다. 또한 우리 헌법재판소법상의 기속력의 효력 규정에는 위헌결정 혹은 헌법소원의 인용결정⁸⁵⁾에 대한 기속력만을 명문화하고 있는데 이에 대한 의미를 검토하기로 한다.

II. 羈束力の 概念

헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속한다. 이런 기속력

85) 이에 대하여 독일 연방헌법재판소법의 경우에는 제31조 제1항에서는 심판유형 및 위헌결정여부의 구분없이 기속력을 인정하고 있다.

은 일반법원의 재판에서는 통상적으로 볼 수 없는 헌법소송상의 고유한 특성을 지닌 효력이다.

기속력은 모든 국가기관이 헌법재판소의 구체적인 결정에 따라야 한다는 것과 그들이 장래에 어떤 처분을 행할 때 헌법재판소의 결정을 존중할 것을 요구한다. 따라서 다른 어떤 국가기관도 위헌으로 선언된 규범을 헌법에 합치된다고 하거나 합헌으로 선언된 규범을 위헌이라고 간주하여서도 아니된다. 뿐만 아니라 기속력은 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정에서 문제된 심판대상 뿐만 아니라 동일한 사정하에서 동일한 이유에 근거한 동일내용의 고권행위를 금지한다.⁸⁶⁾ 즉 기속력은 국가기관이 유사사건(gleichgelagerte Fälle)과 관련해서도 헌법재판소의 결정에 구속되어야 할 것을 의무 지운다. 이 점에서 기속력은 행위반복금지(Aktwiederholungsverbot)를 내포하고 있으며, 이런 측면에서 기판력을 넘어서서 제3의 고권행위자도 기속의 범주에 포함하고 있다. 또한 기속력은 결정주문 뿐만 아니라 중요한 결정이유에 대하여도 미친다고 할 것이므로 객관적 범위에도 관여한다.

기속력이 미치는 대상과 관련하여 소위 유사규범(Parallelnormen)에 대한 기속력을 인정할 것인가 하는 문제에 관하여 다툼이 있으나, 원칙적으로 인정되지 않는다고 할 것이다.

Ⅲ. 羈束力의 特徵과 內容

1. 既判力과의 關係

86) 이성환, 전제논문, 97쪽.

헌법재판소 결정의 기속효는 헌법재판소의 결정이 당해 헌법소송의 당사자나 심판대상에 국한되지 아니하고 광범위하게 준수되도록 하고, 향후에도 존중되도록 하는 데 있다. 그러한 의미에서 기속력은 기관력의 문제에 관한 사항을 포함하고 있다. 물론 기속력과 기관력의 관계에 대해서 견해가 일치되어 있지는 않다. 그러나 이것을 두개의 부류로 나누어 보면 기속력과 기관력이 본질적으로는 동일하지만 주관적 범위에서만 기관력을 확장한다는 견해⁸⁷⁾가 있고, 또 하나는 기속력은 기관력을 주관적인 범위에서만 아니라 객관적인 범위에서도 확장하는 것이라는 견해⁸⁸⁾가 있다.

그러나 기속력을 기관력과 별도로 규정하고 있는 것은 각각의 효력이 동일하지 않다고 하는 것을 입증한다. 또한 헌법재판소가 자기가 내린 결정의 준수효과를 확보하기 위해서는 헌법소송이 갖는 특수성 때문에 헌법재판소 결정의 기관력이 드러내는 결함을 보완하는 것이 문제이다. 이 기관력에 대한 보완은 무엇보다 주관적인 측면에서도 중요시 되지만 객관적인 측면의 보완도 마찬가지로 중요하다. 따라서 기속력은 객관적 측면에서 결정주문에 한정되는 효력을 갖는 것이 아니고, 뒤에서 설명한 바와 같이 헌법해석과 관련되는 중요한 결정이유에까지 확장된다고 할 것이다. 주관적 범위 및 객관적 범위에서 헌법재판소의 결정에 대한 준수효과를 확보하는 것에서 기속력의 의의를 발견할 수 있게 된다.

87) K. Rennert, a.a.O., S.551; Chr. Pestalozza, a.a.O., S.325.

88) Maunz, a.a.O., §31 Rn.5; 황우려, 전계논문, 331-312쪽; 남복현, 전계논문, 222쪽.

이렇게 볼 때 기속력과 기관력이 동일한 것은 아니며, 기속력은 주관적 범위와 객관적 범위에서 기관력이 드러내는 결함을 보완하는 주관적 및 객관적 범위의 확장된 효력이라고 볼 것이다. 따라서 기속력과 기관력은 헌법재판에서 병존한다.⁸⁹⁾ 즉 어떤 효력이 다른 효력과 동일시되지 않으며, 어느 것도 다른 효력을 위협하지 아니한다.⁹⁰⁾

2. 羈束內容

1) 決定遵守義務

제47조 제1항 및 제75조 제1항에 따른 기속력은 국가기관이 헌법재판소의 결정 일로부터 장래적으로 헌법재판소의 결정내용에 따라 임무를 수행하도록 의무를 부과한다. 이것은 위헌으로 확정된 상태는 지체없이 - 어떤 다른 명령이 없는 한 - 합헌적인 상태로 만들어야 한다는 것을 의미한다.⁹¹⁾ 헌법의 완전한 원상회복원칙과는 별도로 장래에도 헌법재판소의 판결에 따를 의무가 발생한다. 즉 위헌으로 선언된 사항은 중단하고 합헌으로 선언된 범위안에서 이행하여야 한다. 헌법재판소에 의하여 확인된 위헌사항은 시간적으로 광범위하게 치유할 것이 요구된다.⁹²⁾ 법규범이 위헌으로 선언된 경우 입법자는 헌법과 불합치한 법적 상태가 없도록 해야 할 근거가 직접 기속효로부터 도출된다.

89) 남북현, 헌법재판소 결정의 확정력, 한양법학 제3집, 1992, 222; vgl. auch

BVerfGE 24, 289; 40, 88.

90) 남북현, 전제논문, 222쪽.

91) Chr. Pestalozza, a.a.O., S.321.

92) BVerfGE 81, 363(384)

2) 反復禁止義務

제47조 제1항 및 제75조 제1항은 이미 심사된 그리고 합헌으로 결정된 법규범과 관련하여 일반적으로 모순된 행위는 금지(Zu widerhandlungsverbot)된다. 물론 위헌으로 선언된 행위의 반복금지도 포함한다.⁹³⁾ 이것은 소송당사자 자신뿐만 아니라 입법자를 포함한⁹⁴⁾ 모든 기속수범인에게도 해당되는데,⁹⁵⁾ 소송당사자에 관한 한 반복금지는 이미 헌법재판소 결정의 기관력으로부터 발생한다.⁹⁶⁾ 그러나 여기서 기속력조항은 기관력의 시간적 한계에 비하여 부가적으로 반복사건이거나 혹은 상위한 사건에서 위헌심판청구자가 법적 견해를 달리한 것에 대한 강화된 이유를 필수적으로 제시하도록 하기 때문에 의미가 있다.

3. 羈束對象

1) 憲法解釋

헌법재판에서 헌법재판소는 오직 헌법에 대해서만 기속력을 가지고 해석하고 적용할 수 있느냐 하는 문제가 제기된다. 이것은 소송절차의 종류에 따라 헌법뿐만 아니라 일반법률도 심사의 기준이 될 수 있을 것이다.⁹⁷⁾ 예컨대 권한쟁의심판에 관한 헌법재판

93) Pestalozza, a.a.O., S.321f.; Chr. Gusy, a.a.O., S.235.

94) K. Rennert, a.a.O., S.550; A.A. Chr. Pestalozza, a.a.O., §20 Rn.66. 입법자의 규범반복금지에 대하여는 뒤에서 설명한다.

95) BVerfGE 8, 122(141).

96) K. Vogel. a.a.O., S.589.

97) 기속력은 헌법해석에만 미친다고 하는 견해로는 황우려, 전계논문, 309쪽; 남북현, 한양법학 제4·5(통합)집, 153쪽.

소법 제61조 제2항에 따르면 “피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에”라고 규정한 것이 그 예이다. 그러나 본 연구의 범위상 규범통제에 국한하여 논의하기로 한다. 규범통제의 경우에는 “규범의 헌법에의 합치여부”가 심판의 대상이 되므로 이 경우에는 헌법해석에 대해서만 기속력이 미친다고 할 것이다.⁹⁸⁾ 일반법률에 대한 해석권한은 통상 일반법원에 있으므로 헌법재판소도 법원의 확립된 법률해석을 존중하여야 한다.⁹⁹⁾ 다만 헌법재판소가 법률에 대하여 헌법합치적 해석을 한 경우 법률속에 구현되어 있는 헌법적 원리를 해석을 통해 발견하는 것이기 때문에 법원을 기속한다.¹⁰⁰⁾ 따라서 법률에 대한 헌법합치적 해석을 한 경우에 헌법재판소가 위헌으로 해석한 법률의 내용을 일반법원이 합헌으로 해석한다거나, 반대로 합헌으로 해석한 것을 위헌으로 해석할 수 없다. 입법자가 헌법재판소의 헌법해석에 기속된 것은 물론이고, 위와 같은 법률해석에 대해서도 법률개정이나 혹은 폐지를 하지 않는 한 당연히 구속된다고 할 것이다. 물론 기속력의 경우도 기관력과 마찬가지로 실제로 심사권한이 미친 부분에 대하여 그 효력이 미친다고 할 것이다.¹⁰¹⁾

98) 이성환, 전게서, 105쪽.

99) 황우려, 전계논문, 309쪽.

100) 남북현, 전계논문, 154쪽; 황우려, 전계논문, 309쪽.

101) 이성환, 전계논문, 105쪽; BVerfGE 40, 88(93f.); 60, 175(208f).

2) 類似規範

규범통제절차에서 헌법재판소 결정의 기속력은 심판의 목적물인 법률 그 자체에는 당연히 미치지만, 유사규범에 대하여도 기속력이 미치는가 하는 문제를 제기할 수 있다. 유사규범은 심사된 법률과는 다른 법률이면서 내용은 같지만 적용대상을 달리하는 경우, 특히 유사한 규율내용이 사회법영역에서 급부를 받거나 사회보장혜택을 받을 다른 집단을 대상으로 할 때 그런 예를 볼 수 있을 것이다. 행정관청이나 법원은 그런 유사규범을 적용하지 않을 어떤 의무나 권한도 없다. 그 때마다 입법자들은 문제된 유사규범을 헌법재판소가 제시한 시각에서 최대한 정확하게 심사하는데 충분히 그 역할을 다하고자 할 것이지만, 그렇다고 그들에게 법적으로 그런 의무가 있는 것은 아니다. 유사성이 정확하게 판별될 수 있다는 보장만 있다면 유사규범에 대한 기속력을 주장할 수 있을런지도 모르겠지만, 그렇게 할 수가 있다고 하기에는 문제가 있다. 더구나 규제 맥락이 다르고 사회적 배경이 다르기 때문에 다양한 법률이 존재하는 것이며, 심지어 본문 자체가 같은 때라 할지라도 보통은 그 뜻이 그대로 일치하지는 않는다 할 것이다.¹⁰²⁾ 따라서 유사규범에 대해서는 어떤 기속력도 미치지 않는다.¹⁰³⁾ 다만 헌법재판소가 심판된 법률과 유사규범의 내용 및 목적 등의 상황을 참작하여 동일성이 인정된 경우 결정대상을 확장하여 해당 유사규범에 대하여 위헌성을 결정하는 것이 바람직

102) Chr. Pestalozza, in: Festgabe BVerfG 1976, S.565; Heußner, Folgen der Verfassungseidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, 260ff.; Hoffmann-Riem, Der Staat 13 (1974), S.335ff.

103) K. Rennert, a.a.O., S.550.

할 것이다.¹⁰⁴⁾ 그렇지 아니하고 유사규범에 대하여 기속력을 인정할 경우 헌법 재판소이외의 타국가기관에 위헌심사를 맡기는 결과가 될 것이다.¹⁰⁵⁾

3) 反復된 規範

헌법재판소가 합헌으로 선언한 법률을 개정하거나 폐지하는 것은 입법자의 권한에 속한다. 반면에 위헌으로 선언된 법률을 입법자가 반복하여 혹은 새로이 제정하는 것을 허락할 것인가가 문제된다.

여기에 대하여 독일 연방헌법재판소에서는 재판부의 견해가 일치되어 있지 아니다. 동 재판소의 제2재판부에 따르면 헌법재판소의 위헌결정은 결정의 중요한 이유와 함께 국가기관을 기속한다고 하고, 따라서 동일한 내용의 법률이 더 이상 입법기관에 의하여 논의, 의결될 수 없고 그리고 대통령이 공포할 수 없다고 한다.¹⁰⁶⁾ 이에 대하여 제1재판부는 이 견해를 취하지 않고, 입법권자는 헌법재판소가 규범을 위헌으로 결정했다고 해서 동일하거나 혹은 유사한 내용의 새로운 규정을 제정하는 것이 방해되지 않는다고 단호히 선언하였다.¹⁰⁷⁾ 제1재판부는 “이런 판단은 변화된 사회적 요구와 변화된 질서관에 법질서가 부응하기 위하여 민

104) 앞 단원 第 2 節 IV. 3. 3) 참조.

105) 유사규범에 대하여도 기속력을 인정하는 견해로는 황우려, 전계논문, 311 쪽: “한 법률의 특정조항이 위헌 또는 합헌으로 결정된 경우에는 동일한 법적 관점에 놓이는 다른 법률안에 있는 이에 상응하는 규정들도 폐지되거나 유효한 것으로 시인되어야 한다.”

106) BVerfGE 1, 14(37); 69, 112(115); 69, 112(115).

107) BVerfGE 77, 84(103).

주적으로 정당한 입법권자에게 부여된 특별한 책임에 상응한 것이다. 동시에 이런 판단은 헌법재판소에 의한 권리의 보호에 대한 기능적 제도적 한계를 고려한 것이다. 즉 헌법재판소는 입법권자의 행위를 헌법에 따라 측정하고 헌법재판소의 선결례에 따라 측정하지 말아야 하며, 헌법재판소의 판결은 입법권자의 고유한 법률제정권을 수정할 수 없다는 상황을 고려한 것이다. 따라서 그것은 헌법에 대한 범기속적 해석을 위한 헌법재판소의 과제와 권한 및 헌법재판소에 의한 효과적인 권리보호의 보장을 위태롭게 함이 없이 법치국가적, 사회국가적 민주주의와 불합치한 법발전의 경직화를 예방한다.”¹⁰⁸⁾고 하고 있다. 물론 이런 양 재판부의 상반된 견해는 부수적 견해에서 실시한 것이다.¹⁰⁹⁾

그러나 우리 헌법재판소법의 기속력조항은 입법권자에 대하여 어떤 특별한 취급을 하고 있지 않기 때문에¹¹⁰⁾ 입법권자에게 헌법재판소의 결정을 존중하도록 의무를 부과한다.¹¹¹⁾ 따라서 기속력조항은 입법권자에게 위헌으로 선언된 규범을 반복하여 제정하지 않을 의무를 부담한다. 다만 기속력의 시간적 한계로서 사정변경이 발생한 경우 입법자는 예전과 동일한 내용의 규범을 새롭게 제정할 수 있을 것이다.¹¹²⁾ 이것은 심판의 대상이 달라진 경우로서 기속력의 문제가 발생되지 아니한다. 그런 관점에서 독일 연

108) BVerfGE 77, 84(104); K. Schlaich, a.a.O., Rn.448.

109) 긍정하는 제2재판부: BVerfGE 1, 14 <15, 37>; BVerfGE 69, 112 <115> 도 참조; 부정하는 제1재판부: BVerfGE 77, 84 <103f.>.

110) Zeidler, Die Verfassungsrechtsprehung im rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, S.215.

111) K. Rennert, a.a.O., S.550; A.A. Chr. Pestalozza, a.a.O., §20 Rn.66.

112) 남북현, 한양법학 제4·5집, 177쪽; 이성환, 전개논문, 109쪽.

방헌법재판소 제1재판부가 기속력조항을 이유로 입법권자에 대하여 규범반복을 금지해서는 안된다고 한 주장은 기속력의 시간적 한계를 고려한 상태에서만 그 논리의 타당성을 유지할 수 있을 것이다.

4) 類似事件과 反復된 事件

기속력조항은 향후 소청구자를 상대로 하는 것뿐만 아니라 모든 국가기관이 일반 국민에 대하여 헌법재판소의 구체적인 결정을 존중하도록 의무를 지우는 규정이다.¹¹³⁾ 이것은 유사사건(Parallelfälle)도 기속한다. 항상 헌법재판소의 결정만이 기속력을 가지는데, 이 때 구체적인 고권행위가 헌법에 합치되는가 하는 문제에 대한 답변이 기속력을 지니게 된다.¹¹⁴⁾ 이 기속력은 진정한 반복사건이나 유사사건(echte Wiederholungs- und Parallelfälle)에만 미친다.¹¹⁵⁾

다만 진정한 반복사건이나 유사사건이 무엇인지에 대한 최종적인 판단은 헌법재판소의 몫이라 할 것이다.¹¹⁶⁾

5) 本案判斷과 適法性判斷

제47조 1항에 의하면 헌법재판소의 결정은 국가, 지방자치단체 및 모든 법원을 기속한다. 이것으로부터 도출된 결론, 즉 헌법재판소의 모든 결정은 기속효를 가진다고 한다면 헌법재판소의 지

113) BVerfGE 7, 97 <100f., 108f.> 참조

114) BVerfGE 24, 289 <297>; 722, 119 <121>

115) K. Vogel in: Festgabe BVerfG 1976, S.589f.; vgl. auch Hoffmann-Riem, Der Staat 13(1974), S.335 (344ff., 348).

116) 이성환, 전개논문, 96쪽.

위 및 임무와 밀접한 관계에 있는 기속력의 목적을 오해한 것이다. 이것은 “헌법의 최종적 해석자 및 수호자로서의 헌법재판소의 기능이 이것을 요구한 경우에 한하여” 기속효가 존재한다는 것을 의미한다.¹¹⁷⁾

기속효는 적법성과는 관련이 없고, 본안판단에만 미치기 때문에 기속효가 미치는 대상의 범위는 제한된다.¹¹⁸⁾ 따라서 헌법재판소가 적법성에 관한 이유로 심판청구를 각하할 경우에 그 이유에서 실시한 법적 견해도 기속력을 가지지 아니한다.¹¹⁹⁾ 따라서 헌법소원심판절차에서의 지정재판부(Kammern)의 결정에도 기속력이 없다.¹²⁰⁾ 더구나 지정재판부의 각하권(Kassationsbefugnis)에 대한 근거는 문제된 고권행위가 기속력조항에 따라 헌법재판소가 예전에 결정을 선고해서 발생한 기속력을 무시했다는데 있다. 지정재판부의 인용결정(der stattgebende Kammerbeschluß)도 이런 기속성을 참조한 것이며, 원심절차에서 종전 재판의 기속력을 향후 존중할 것을 강제한 것이다. ¹²¹⁾

재판관전체회의(Plenum)의 결정도 기속력을 가지지 아니한다. 재판관전체회의의 결정은 독립된 소송절차를 거쳐서 나온 것이

117) BVerfGE 40, 88(93); vgl. auch Lange, a.a.O., S.5.

118) 남북현, 전계논문, 153; Maunz, in: BVerfGG-Kommentar, §31 Rn.18.; E. Benda, a.a.O., S.512; A.A. Chr. Pestalozza, a.a.O., S.324.

119) BVerfGE 78, 320(328).

120) BVerfGE 23, 191 <206f.>; 53, 336 <348>.

121) 이에 대하여 E. Benda는 헌법소원심판절차에서 지정재판부의 심판회부결정에 대하여는 물론 기속효가 인정되어야 한다고 한다. 이것은 지정재판부의 결정이 재판부의 결정과 명백히 동등하다는 것을 암시한 것이다. 그러나 지정재판부의 심판회부각하결정과 관련하여는 의문이 있다고 한다. 이것은 적법성에 관한 이유 때문에 야기된 것인데, 이 경우 기속효가 발생하지 아니한다고 한다(a.a.O., S.512.).

아니므로, 외적 효력(Außenwirkung)이 없으며, 순수하게 재판소내부에서 진행되는 다른 소송절차의 독립되지 않은 일부에 지나지 않기 때문이다.

6) 憲法裁判所 決定에 대한 評釋과 批判

헌법재판소의 결정에 대하여 학문에서나 여론에서의 비판은 당연히 허용된다. 기속력조항은 그것을 방해하지 않는다. 그 규정이 학문의 자유를 침해하여서는 안 되기 때문이다. 그러나 국가기관에 의한 비판도, 가혹한 형태의 판례평석도 기속력조항에 의하여 금지된 것은 아니다.¹²²⁾ 결정적인 것은 법적 복종인 것이다. 물론 그것은 표현방식의 문제이지만, 정도가 너무 지나쳐서 국가기관의 상호 존중 의무를 침해하게 된다면 문제의 소지가 있을 수도 있다.¹²³⁾

4. 決定類型

헌법재판소가 어떤 법률을 위헌으로 결정한 경우 그 위헌결정에 대하여 기속력이 부여된다. 다만 위헌무효로 결정된 법률은 어떤 집행행위를 필요로 함이 없이 폐지되기 때문에 그 법률에 근거한 어떤 행위도 할 수 없다. 이 위헌결정의 기속효는 위에서 언급한 바와 같이 물론 입법자에게도 미치며 사정변경이 없는 한 규범반복금지원칙이 적용된다.

122) H. G. Rupp, in: FS Kern, 1968, S.403f.

123) 황우려, 전계논문, 310; Schenke, Die Verfassungsorgantreu, 1977, 115ff.

합헌으로 선언된 법률(verfassungsgemäß erachtete Gesetze)은 장차 그 합헌성여부에 관한 다툼이 없이 유효한 것으로 인정되고 적용된다.¹²⁴⁾ 기속력은 기판력의 결합된 부분만을 보완하게 되며, 새로운 규범통제소송이나 제청을 막을 수 있는 차단효과를 준다. 이것은 물론 사정변경의 원칙의 적용을 받는다. 여기에 반하여 우리 헌법재판소법상의 기속력 조항에 "법률의 위헌결정" 혹은 "헌법소원의 인용결정" 등으로 규정하고 있어서 법률에 대한 합헌결정이나 헌법소원의 기각결정은 기속효를 가지지 않는 것인가 하는 의문을 제기할 수 있다. 그러나 합헌결정에 기속력을 부여하지 않을 경우 동일한 법적 사안에 대하여 반복적인 위헌심판이 제기될 것이고, 이 경우 헌법재판소는 반복된 재판을 거듭하여야 하는 문제점이 발생한다. 무엇보다 헌법재판소의 결정은 그것이 위헌결정이든 합헌결정이든 기존의 법적 상태를 확인하는 의미를 가진다.¹²⁵⁾ 따라서 한번 내려진 헌법재판소의 결정에 대하여는 사정변경이 발생하지 않은 한 새로이 혹은 재차 위헌심판의 대상이 될 수 없다 할 것이다. 따라서 우리 헌법재판소법의 기속력조항에 위헌결정에 대해서만 언급을 했다고 합헌결정을 배제한 것은 아니라 할 것이다.¹²⁶⁾

특히 변형결정에 의해서도 행정관청과 법원 그리고 입법자에게도 특별한 의무가 발생한다. 헌법재판소가 어떤 법률을 헌법과 불합치한다고(unvereinbar mit dem Grundgesetz)고 선언한 경

124) 합헌인 법률의 기속효는 이미 법규적 효력(Gesetzeskraft)에 의해서도 같은 효과에 도달한다.

125) 남북현, 한양법학 제4·5집, 181쪽.

126) 동지 남북현, 전계논문, 182쪽; 이성환, 전계논문, 97쪽.

우를 생각해 볼 수 있다. 우리 헌법재판소는 헌법불합치결정을 내리면서 통상적으로 기간의 설정을 한다든가 혹은 법률의 외형은 유지하되 그 법률을 더 이상 적용하지 말고 설정된 기간까지 문제된 법률을 개정할 것을 촉구하는 형태 등을 취하고 있다.¹²⁷⁾ 법률이 헌법과 합치되지 아니한다고 선언된 경우 입법자는 이런 법률의 규율내용을 즉시 혹은 설정된 기간 안에 문제성이 없는 법률로 대체하여야 하며, 행정관청과 법원은 그들에게 계류된 절차를 개선입법이 있을 때까지 중지하여야 한다(aussetzen).¹²⁸⁾

또한 한정위헌·한정합헌결정의 경우 모든 국가기관은 위헌법률에 근거한 국가행위를 중지하고 합헌으로 인식되는 범위내에서 행동해야 한다는 부작위의무가 부여된다.¹²⁹⁾

헌법재판소가 어떤 법률을 “아직은 합헌(noch verfassungsgemäß)”이라고 선언하면서, 입법자에게 법률을 개선하라고 위임(Nachbesserungsauftrag)하는 내용—통상 기간을 설정하여—재판내용에 포함시키는 경우, 법원이나 행정관청들은 일단 이 법률을 계속 적용하여야 한다.¹³⁰⁾ 이 기간이 지나면 비로소 법원이나 행정관청들은 그들이 다루는 절차를 적절하게 중단하여야 하며(다툼있음), 경우에 따라서는 그 법률을 위헌선언 시킬 목적으로 다시 제청하거나 혹은 새로운 규범 통제를 시도하여야 한다. 이 모든 사례에서 헌법재판소의 결정에 대한 준수(Entschei-

127) 헌재결정 93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53(병합), 선고 1995.7.27.

128) Vgl. BVerfGE 22, 349 <363>; 37, 217 <261>; 39, 316 <333>; 52, 369 <379>; 55, 100 <110>.

129) 황우려, 전계논문, 310쪽.

130) BVerfGE 39, 169 <187ff., 191> 참조

dungsbefolgung)의무가 부과되고 있다.

IV. 羈束力の 範圍

1. 客觀的 範圍

1) 問題의 提起

우리 헌법재판소법의 기속력조항에 따르면 헌법재판소의 결정에 기속력이 부여되는데, 문제는 헌법재판소 결정의 어느 부분에 기속력이 인정되는가 하는 것이다. 헌법재판소의 결정은 통상 결정주문과 결정이유의 두 부분으로 구성되어 있고, 결정이유는 다시 중요한 이유와 부수적 의견 등으로 구성되어 있다. 기술한 바와 같이 기관력이 그들의 객관적 범위와 관련하여 단지 결정주문에만 그 효력이 미친다고 하는데 대하여 다툼이 없으며, 단지 결정주문의 의미를 명확히 하기 위해서만 결정이유가 참조될 뿐이다. 이에 대하여 기속력이 인정되는 객관적인 범위가 기관력과 마찬가지로 결정주문에 국한된 것인지 또는 주문과 부수적 의견을 포함한 모든 결정이유까지 확대되는 것인지 아니면 주문과 결정이유의 일부로서 중요한 이유까지를 포함한 것인지가 문제된다. 다는 것에는 이론이 없다.¹³¹⁾ 또한 결정이유 중에서도 심판대상과

2) 主文과 決定理由

결정주문은 심판대상에 관한 결정으로서 여기에 기속력이 미친

131) 황우려, 전계논문, 312쪽; 남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1994, 81쪽; 이성환, 전계논문, 100쪽.

직접적인 관계가 없는 부수적 의견(*obita dicta*)에는 간접사실의 판단에 대해서는 기속력이 미치지 않는다고 할 것이다.¹³²⁾

여기에서 문제가 되는 것은 결정주문에만 기속력을 인정하고, 결정이유에 대하여는 그것이 중요한 이유라 할지라도 이를 부인하는 견해가 있다.¹³³⁾ 그들이 주장하는 중요한 논거로서 다음과 같다. 즉 결정이유에 기속력을 인정할 경우 결정이유가 규범화(*Kanonisierung*)되고, 그로부터 헌법의 경직화의 위험성이 발생될 뿐만 아니라 그런 규범력에 입법권자도 기속되어야 하기 때문에 헌법이 입법권자에게 부여한 형성의 자유를 약화 내지 침해한다는 것이다. 이는 권력분립의 원칙에도 반한다고 한다.¹³⁴⁾ 또한 헌법은 사회형성적인 역할을 민주적 절차를 바탕으로 하여 수행할 것을 요구하였다고 하고, 민주적 정당성의 관점에서 볼 때 입법자가 구속되게 하는 것은 헌법적 요청에 배치된다는 것이다.¹³⁵⁾ 결정이유에 기속력을 거부하는 또 다른 이유로는 어떤 것이 중요한 이유인지를 구분하기가 어렵다는 것이다.¹³⁶⁾ 그 외에 중요한 이유에 법적 기속력이 인정되는 것은 아니지만 사실상의 기속력이 인정된다고 하고, 사실상의 기속력이라 하여 규범화된 것보다 소홀

132) 황우려, 전계논문, 312쪽; 이성환, 전계논문, 100쪽.

133) Schlaich, BVerfG, Rn. 449 ff.; Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979, S.51ff.; Hoffmann-Riem, Der Staat 13, 1974, S. 349 ff; Löwer, S.797; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S.238 f.; Stern, in: BK, Art.94 Rn.129.

134) Gusy, a.a.O., 238; Wischermann, a.a.O., S.118f.

135) Gusy, a.a.O., 239; Wischermann, a.a.O., S.116f.

136) Gusy, a.a.O., S.243.

하게 취급해서는 안된다는 견해도 있다.¹³⁷⁾

위와 같이 결정이유에서 기속력을 부인하는 논거에 대하여 다음과 같은 반론을 제기할 수 있을 것이다. 우선 헌법재판소에 의해서도 존중되어야 할 것이다. 따라서 입법권자의 사회형성권이 헌법이 정한 한계내에 존재하는 경우, 즉 헌법상 허용된 입법형성권에 속한 경우까지 중요한 결정이유를 통하여 헌법재판소가 통제하려는 것은 아니다. 더구나 결정이유 전부에 기속력을 인정하는 것이 아니고, 중요한 이유에 국한하되 중요한 이유를 일반적이고 추상적인 법원칙이 아닌 문체된 심판대상과 동일하거나 유사한 사안에서의 구체적인 헌법해석에 한정할 경우 입법형성권에 대한 침해는 문제되지 않을 것이다.¹³⁸⁾ 또한 중요한 이유를 위와 같이 볼 경우 결정이유의 규범화로 인한 헌법의 고정화 및 경직화는 문제가 되지 않으며, 더구나 기속력에도 시간적 한계가 있으므로 헌법의 변천을 억제하여 고정화할 이유도 없다.

둘째로 민주적 정당성이 있는지 여부가 헌법재판소에 의한 입법권자의 통제를 제약하는 논거가 되기에는 취약하다. 헌법국가에서의 헌법기관의 정당성은 국민이 제정한 헌법에 의하여 부여되기 때문이다.¹³⁹⁾

셋째로 결정이유에 기속력을 거부하는 이유로 어떤 것이 중요한 이유인지를 구분하기가 어렵다는 것이다. 물론 중요한 이유라 함은 결정주문에 실시된 결과에 대하여 필수적인 논거의 버팀목

137) Gusy, a.a.O., S.245.

138) 이성환, 전개논문, 102쪽

139) 줄고, 사법행정, 1994.9. 21쪽 참조.

으로 사용되는 그런 이유를 말한다고 적절하게 개념정의를 한다고 할지라도 중요한 이유와 중요하지 않은 이유(부수적 의견: obita dicta)를 구분하는 것이 쉬운 일은 아니다.¹⁴⁰⁾ 그렇다고 중요한 이유가 어떤 것인지 구분할 수 없다는 것을 의미한 것은 아니다. 우선 헌법을 증명하는 사슬(Kette)은 일부 필연적으로 가치가 계재된 논거로 구성되기 때문에, 중요한 이유는 전개된 논리의 과정과 연관시켜 알아내야 할 것이다. 따라서 무엇이 중요한 이유인가하는 것은 구체적 사건과 관련하여 철저히 조사될 수 있을 것이다.¹⁴¹⁾ 이와 관련하여 독일 연방헌법 재판소도 초기의 결정내용에서 판시하기를, 헌법재판소의 결정은 중요한 결정이유와 함께(mit den tragenden Entscheidungsgründen) 기속력이 있다¹⁴²⁾고 하고, 이것을 그후에 이 기속력은 결정주문과 중요한 결정이유에서 드러난 헌법해석에 대한 기본원칙(Grundsätze)에도 미친다¹⁴³⁾고 하였다. 물론 이러한 내용이 마치 헌법재판소가 헌법을 해석하면서(Ausdeutung) 얻은 모든 추상적인 원칙(Rechtssätze in abstracto)에 기속력을 주장한 것은 아니다. 여기서 전제한 것은 중요한 결정이유도 구체적인 심판의 대상을 염두해 두고 그리고 장래의 유사한 사건과 관련해서만, 다시 말하자면 구체적인(in concreto) 결정이유가 기속력을 가진다는 것이다.¹⁴⁴⁾

140) W. Geiger, §31 Anm.6; obiter dicta의 역할에 대하여는 Chr. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG (1985), S.230f.

141) E.Benda, a.a.O., S.513.

142) BVerfGE 1, 14 <15, 37>

143) Vgl. BVerfGE 40, 88 <93>; 19,377 <391 f.>

144) BVerfGE 24, 289 <297>; 72, 119 <121>. Geiger, Beziehungen zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde aufgrund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, DRiZ 1951, 173; ders.Die Grenzen der Bindung der verfassungsgerichtlicher Entscheidungen(§31 BRerfGG), NJW 1954, 1058ff.; H.G. Rupp, in: Festschrift E. Kern (1968), S.406; Bullinger, DVBl. 1958, 10ff.; Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, §31 Rdnr. 12; Hoffmann-Riem, Der Staat 13 (1974), S.349ff.; ähnlich wie hier Vogel, in: Festgabe BVerfG 1976, S.568ff. (599ff.); Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991. §20 Rdnr.90ff.

그렇다면 구체적인 결정에서 문제가 된 결정이유의 어떤 요소가 중요한(tragen) 것인가가 문제된다. 헌법재판소의 결정은 헌법해석을 위한 기본원칙(Grundsätze für die Auslegung der Verfassung)에 의해 지탱이 된다.¹⁴⁵⁾ 여기서 해석상 필요한 원칙(Grundsätze)의 문제, 말하자면 방법상의 원칙(Methodensätze)의 문제가 아니라는 점이다. 방법상의 원칙은 법원칙(Rechtssätze)이 아니다. 또한 헌법 조문을 해석하는 과정에서 얻어지고, 자주 결정요지(Leitsätze einer Entscheidung)에서 언급된 추상적인 원칙(abstrakte Sätze)을 의미하는 것도 아니다. 오히려 구체적인 결정원칙(die konkreten Entscheidungssätze)이 구속력을 갖는다. 이 구체적인 결정원칙은 일반적인 헌법원칙(Verfassungssatz)과 개별적으로 심사되고 있는 고권행위(Hoheitsakt)를 매개하며, 이런 의미에서 하나 하나의 고권행위를 고려하여 적용할 수 있도록 일반적인 헌법원칙을 서술한다. 구체적인 결정원칙(die konkreten Entscheidungssätze)은 개별사건에서 헌법적으로 중요한 사항을 도출하고, 그렇게 함으로써 동시에 어떤 다른 개별사건이 진정한 유사사건 내지 반복사건이라고 주장할 수 있는지를 확정시켜준다.¹⁴⁶⁾ 바로 이러한 유사사건이나 반복사건에 대해서만 구속력이 있으며, 그 범위를 넘으면 구속력은 없다고 할 것

145) BVerfGE 19, 277(391f.); 40, 88(93)

146) K. Vogel, in: Festgabe BVerfG 1976, S.602

이다.¹⁴⁷⁾

넷째로 결정이유에서 법적 기속력을 인정하는 대신 사실상의 기속력을 인정함으로써 결정이유에 기속력을 부인하는 자들이 주장하는 입법형성권이나 민주적 정당성의 문제 등 입법권자와 관계를 해결할 수 있다고 주장할지 모른다. 그러나 사실상의 기속력은 직접적인 법적 제재를 가할 수 없고, 따라서 그것을 기속수범인이 준수하지 않는다고 하더라도 책임추궁이 불가능하여 그 한계가 쉽게 노정된다.¹⁴⁸⁾

이처럼 결정의 중요한 이유에 기속력을 부인하는 견해는 받아들이기 어렵다 할 것이다.

3) 重要한 理由에 羈束力 認定의 必要性

무엇보다도 중요한 결정이유에 기속력을 인정하여야 할 필요성이 있음을 간과할 수 없다. 결정주문은 결정이 내려져서 이미 해결된 심판대상만을 언급한다.¹⁴⁹⁾ 이런 주문에만 기속력을 인정할 경우 헌법재판소 결정의 실효성을 확보할 수가 없다. 즉 헌법재판소의 결정이 있었다 하더라도 그 다음에 국가기관이 동일하거나 유사한 처분을 반복하여도 법적으로 문제가 되지 않을 것이기 때문이다. 그러나 이것은 헌법을 수호하고 국민의 기본권보호가 목적인 헌법재판의 본질에 합치되지 아니한다. 반면에 결정이유에는 의도된 고권행위가 이미 심판되어 기속력을 가진 고권행위와 유사하거나 동일

147) BVerfGE 72, 119 <121>.

148) 남복현, 전계학위논문, 76쪽; 이성환, 전계논문, 101쪽 참조.

149) K. Rennert, a.a.O., §31 Rn.72.

하여 헌법에 합치하거나 헌법에 위반된다고 보아야 하는지의 여부 또는 어느 정도 그렇게 보아야 하는지를 알 수 있다.¹⁵⁰⁾ 따라서 헌법재판소 결정의 실효성을 확보하기 위해서는 중요한 결정이유에 기속력을 부여하지 않으면 안된다. 그리하여 헌법재판소의 결정을 장래의 동일하거나 유사한 사건에 적용함으로써 문체의 고권행위가 헌법과 합치되는지 또는 헌법에 위반되는지를 사전에 판단하도록 하여야 한다.¹⁵¹⁾ 즉 결정이유에 기속효를 인정하여야만 장래의 유사사건이나 반복 사건¹⁵²⁾의 발생을 예방할 수 있다는 것이다.

2. 主觀的 範圍

1) 一般論

우리 헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항 및 제75조 제1항에 의하면 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 수범인의 범위는 “법원 기타 국가기관 및 지방자치단체”이다. 기속력은 법규적 효력과는 달리 일반적 효력(erga omnes:대세적 효력)은 없으며, 단지 공권력의 주체에 대하여만 그 효력이 미친다. 이러한 관점에서 본다면 기속력은 기관력의 주관적 범위를 확장하고 있다고 볼 수 있다.¹⁵³⁾ 또한 기속력은 공권력의 주체가 소송당사자인 경우뿐만 아니라 소송당사자가 아닌 경우에도 미친다. 따라서

150) K. Rennert, a.a.O., §31 Rn.72.

151) 이성환, 전계논문, 104쪽; 남복현, 전계박사학위논문, 81쪽.

152) 헌재결정 91헌바111, 선고92.1.28; 90헌마82, 선고 92.4.14. 참조.

153) K. Rennert, a.a.O., S.554; Maunz, in: BVerfGG-Kommentar, §31, Rn.19.

공권력의 주체는 헌법재판소가 이미 결정한 사안과 동일한 경우뿐만 아니라 유사한 경우에도 동일한 법적 문제가 제기되면 헌법재판소의 결정을 존중하고 유사 혹은 반복된 행위를 하지 않아야 할 의무가 발생한다. 여기에서 공권력의 주체는 입법부, 사법부, 행정부 및 지방자치단체 모두를 포함하며, 국가적 공권을 부여받은 사인(공무수탁사인)도 해당된다고 할 것이다. 다만 기속력조항이 헌법재판소를 직접적으로 기속하는 것은 아니다.

2) 憲法裁判所에 대한 羈束力

기속력조항은 직접적으로는 헌법재판소 자신을 기속하지 못하고 간접적으로만 기속한다.¹⁵⁴⁾ 헌법재판소 결정의 변경은 기속력조항이 있다 해도 피할 수 없기 때문이다.¹⁵⁵⁾ 우리 헌법재판소법 제23조 제2항 2호에도 헌법재판소 결정의 변경 가능성을 열어놓고 있다. 따라서 헌법재판소는 전소에서 제시 법적 견해를 후소에서 포기하거나 취소할 수 있다.¹⁵⁶⁾

또한 고권행위자가 금지의무에 위반하여 새로이 반복행위나 유사행위를 행한 경우 기속력의 적용을 받음에 따라 그런 고권행위들은 더 이상 헌법에 따른 본안 문제에 대해 심사(Sachprüfung)받지 아니하고, 헌법재판소는 처음부터 헌법재판소법상의 기속력조항에 위배하였다 하여 각하결정(Aufhebung)을 한다.¹⁵⁷⁾

154) Vgl. BVerfGE 4, 31 <38f.>; BVerfGE 77, 84 <103f.>. 다툼이 있다; A.A. insb. M. Sachs, Die Bindung des BVerfG an seine Entscheidungen (1977)

155) K. Rennert, a.a.O., S.554.

156) 남북현, 한양법학 제 4·5집, 172쪽.

157) BVerfGE 40, 88 <94>; 42, 258 <260>.

이 때에도 물론 사실관계(Sachlage)에 변경이 있는 경우 기속력이 미치지 못하는 것은 당연하다.

기속력조항이 이미 헌법에 합치된다고 판단된 법률에 대하여 새로운 제청을 금하고 있는지의 문제는 소송이나 제청의 이유가 있는가<Begründetheit>의 여부를 묻는 문제(헌법재판소가 기속력의 적용을 받느냐 하는 문제)가 아니고, 소송이나 제청의 적법성<Zulässigkeit> 여부를 묻는 문제(소송청구자나 제청법원의 기속력의 문제)이다.¹⁵⁸⁾

3) 立法權者에 대한 羈束

헌법재판소 결정의 기속력은 물론 입법권자에게도 적용된다. 따라서 규범이 위헌으로 선언된 경우에 규범반복금지의 원칙이 적용되므로 입법권자는 동일 또는 동일유형의 규범을 반복하여 또는 새로이 제정하지 않아야 한다.¹⁵⁹⁾ 이 경우에도 사정변경이 있는 경우 기속력은 더 이상 미치지 아니한다. 이에 대하여 입법권자로 하여금 형성의 자유를 보장하고 변화하는 사회적 요구와 달라진 규범의 식에 맞추어 법규를 조화시켜야 할 책임을 수행하는 것을 막지 못한다하여 규범반복금지를 배제하는 견해¹⁶⁰⁾가 있으나, 이는 기속력의 시간적 한계문제로 해결해야 할 사항이다.¹⁶¹⁾ 위헌결정된 내용과 유사한 규범에 대한 개정의무가 입법자에게 있는 것은 아니다. 위헌결정된 규범과 동일 또는 유사한지의 여

158) K. Rennert, a.a.O., S.555.

159) 위헌결과와 입법권자의 규범반복금지에 대해서는 앞단원 “기속의 대상 중 반복된 규범”을 참조.

160) BVerfGE 77, 84(103f.).

161) 이성환, 전제논문, 109쪽.

부는 헌법재판소가 판단해야 할 사항이다. 입법권자의 입법부작위에 대하여 헌법재판소가 위헌확인결정을 내린 경우 그 효과가 확인에 그치는 것이 아니라 기속력으로 인해 입법권자는 헌법재판소의 결정내용에 따른 적극적인 입법의무를 부담한다.

규범이 합헌으로 선언된 경우 입법권자는 그 규범을 존속시켜야 할 의무는 없으므로 입법권자는 그것을 개정하거나 폐기할 수 있다. 합헌결정이 심사받은 규범에 대하여 그 효력을 강화하는 기능을 하는 것은 아니어서 그 규범의 개·폐의 장애요인이 되지 않기 때문이다.¹⁶²⁾

헌법재판소의 변형결정에도 입법자는 기속력의 적용을 받는다. 한정합헌·한정위헌결정의 경우에 위헌적인 부분에 대하여는 재차 또는 새로운 입법이 금지된다. 헌법불합치결정¹⁶³⁾은 단순위헌처럼 규범을 위헌무효로 한 것이 아니며 대체로 법적 안정성을 고려하여 형식적인 위헌상태를 존속하게 한다.¹⁶⁴⁾ 이 경우 원칙적으로 국가기관은 문제의 규범을 더 이상 적용하지 않아야 하며, 입법자는 위헌적인 규범을 개정하고 향후 동일한 규범을 반복제정할 수 없다. 그러나 헌법불합치결정의 경우 헌법재판소의 결정형식에 따라서는 제한된 시간안에 법개정이 불가능하고 대체법률이 없이 법의 적용을 금지할 경우 사실상의 법의 공백으로 인한 법적 안정성의 문제가 발생할 우려가 있는 때에는 기간을 설정하

162) 남북현, 한양법학 제4·5(통합)집, 174쪽; BVerfGE 8,122.

163) 헌재결정 1989.9.8 선고 88헌가6: 헌법부합치결정은 “헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종이며 타국가기관에 대한 기속력이 있음은 당연한 것이다“.

164) 헌재결정 93헌마1,3,8,13,15,19,22,37,38,39,52,53(병합) 선고 1995.7.27.참고.

여 그 기간동안은 위헌적이지만 종전의 법을 적용하도록 하는 경우도 있다.¹⁶⁵⁾

4) 法院과 執行機關에 대한 氣速

기속력은 헌법재판소를 제외한 모든 법원과 집행기관에 미친다. 법원과 집행기관이 의도했던 고권행위나 절차적행위(Verfahrensverhalten)가 헌법에 일치하는지 여부에 대해 헌법재판소가 이미 결정한 경우, 그들은 헌법재판소의 결정내용과 다르게 판결 또는 집행하지 못하도록 방해된다.¹⁶⁶⁾ 법원도 자기에게 취소소송으로 제기된 집행기관의 고권행위가 기속력에 위배하여 행해진 것인 한, 기속력에 위배된 행정관청의 행위라는 이유때문에도 그렇지만 법원 자신에게도 미치는 기속력때문에 더 이상의 다른 고려없이 파기해야만 한다. 기속력에 위배되는 재판은 동시에 헌법침해를 의미한다.¹⁶⁷⁾

법률이 헌법불합치선언(mit der Verfassung unvereinbar, aber nicht nichtig erklärte Gesetze)된 경우에도 기속력이 미

165) 헌재결정 1989.9.8. 선고 88헌가6; 헌재결정 1991.3.11. 선고 91헌마21; 헌재결정 1993.3.11 선고 88헌마5.

166) Vgl. BVerfGE 69, 112 <116f.>.

167) BVerfGE 40, 88 <94>.

치므로 그 법률을 적용해서는 안되며, 소송절차는 보통 중지되어야 한다 (aussetzen). 다만 불합치결정의 내용에 따라서는 일정기간까지 문제의 법률을 계속 적용해야하는 경우도 있다. 이에 반하여 “아직은 합헌(noch mit der Verfassung vereinbar)”이라는 결정이 내려진 법률은 계속 적용되어야만 한다. 헌법재판소가 법규범을 합헌으로 선언한 경우 그 규범이 구체적 규범통제절차에서 새롭게 혹은 재차 헌법재판소에 위헌심사를 제청할 수 있는지 여부에 따른 문제가 제기된다. 여기에 대하여 헌법 제107조 1항에 따라 제청권한이 있는 법원은 규범이 합헌이라는 헌법재판소의 견해에 근거를 두어야 할 의무가 있다. 따라서 종래에 합헌선언된 법률에 대한 새로운 위헌심판제청은 부적법하다.¹⁶⁸⁾ 헌법재판소가 이미 선고한 사건의 헌법내용과 일치하게 향후의 국가기관의 행위를 조정하는 것은 기속력조항의 과제이다.¹⁶⁹⁾ 헌법재판소법의 기속력조항은 사정변경이 있는 경우가 아니라면 헌법재판소의 결정을 존중하도록 의무를 부과한다. 기속력의 시간적 한계가 반복위헌심사를 허용할 것인지의 여부에 대하여 결정적이다. 기속력은 심판제청을 하지 못하도록 방해하는 성질을 가지는데, 기속력의 독자적인 의미는 동 조항이 심판제청자에게 반복위헌심판제청이나 혹은 다시 제청(Zweitevorlage)을 할 때 종래의 헌법재판소의 결정에 근거하도록 의무를 지운다는 데 있다.¹⁷⁰⁾ 따라서 제청법원이 헌법재판소의 종래의 결정을 헌법심사의 출발점으로 하지 않거나, 헌법재판소의 종래의 결정을 기초

168) BVerfGE 26, 44(56); 33, 199(203f.); 65, 179(181).

169) E. Bends, a.a.O., S.517.

170) E. Benda, a.a.O., S.517.

로 하여 볼 때 그 동안에 발생된 사정변경은 이미 심판결정된 제청문제에 대하여 헌법재판소의 새로운 심사를 야기시킨다는 것을 언급하지 않고서는 그 제청은 보통 부적법하다.¹⁷¹⁾

심판제청된 규범심사가 이미 합헌으로 선언된 것과는 다른 규범과 관련되는 경우 반복심사의 문제는 나타나지 아니한다.¹⁷²⁾ 또한 심사된 규범이 그 동안에 본질적으로 변경되었고, 그래서 먼저 심사된 규범과는 더 이상 동일하지 아니한 경우에도 마찬가지로 새로운 위헌제청신청은 허용된다고 할 것이다.¹⁷³⁾

3. 詩的 範圍

기속력은 시적인 면에서 기관력의 한계를 넘지 못한다. 사정변경이 되면 기속력은 더 이상 그 효력을 미치지 못한다. 유사사건이나 반복사건을 살펴보면 이 점은 명백해 진다. 사정변경이 된 경우 유사한 사건이란 더 이상 존재하지 않기 때문이다. 다만 사정변경이 발생하였는지의 여부는 헌법재판소가 최종적으로 판단할 것이다.¹⁷⁴⁾ 심판의 대상이라는 면에서 보아도 그에 복종해야 할 의무(Befolgungspflicht)는 없다. 그러므로 기속력의 시적 한계는 기관력에 준하여 설명될 수 있을 것이다. 기속력의 시적 한계의 의미는 기속력을 주문뿐만 아니라 결정이유에도 미치고, 입법자의 규범반복을 금지하며 또한 합헌결정에 대한 법원의 새

171) BVerfGE 65, 179(181).

172) BVerfGE 20, 56(89); 60, 253(266); 79, 256(264); vgl. Chr. Pestalozza, a.a.O., S.322.

173) BVerfGE 41, 360(369).

174) 남북현, 한양법학 제4·5집, 179쪽.

로운 위헌심판제정을 금지하는 입장에서는 헌법의 경직성을 방지하는 중요한 역할을 하는 데 있다.¹⁷⁵⁾

第 4 節 法規의 效力

I. 序 說

우리 헌법은 헌법재판소 결정의 효력에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않고, 다만 헌법재판소법 제47조 제2항¹⁷⁶⁾에서 위헌으로 결정된 법률은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다고 규정하고 있을 따름이다. 더구나 헌법재판소 결정의 법규적 효력을 명문으로 직접 언급한 헌법규정이나 헌법재판소법의 규정은 없다. 이에 반하여 독일의 경우 기본법 제94조 제2항에서 어떠한 경우에 연방헌법재판소의 판결이 법규적 효력(Gesetzeskraft)을 가지는지에 대하여 연방법률이 정하도록 위임함에 따라 연방헌법재판소법 제31조 제2항에서 법규적 효력에 대하여 규정하고 있다.¹⁷⁷⁾

175) 남북현, 전계논문, 178쪽; 이성환, 전계논문, 111쪽.

176) 헌법재판소법 제75조 제6항에서도 통상의 헌법소원심판절차와 규범통제적 헌법소원심판절차(헌법재판소법 제68조 제2항)에서 법률이 위헌이라는 인용결정을 하는 경우에는 제47조 제2항을 준용하도록 규정하고 있다.

177) 독일에서의 법규적 효력규정의 연원을 찾아 보자면 바이마르 제국헌법 제13조 2항에 관한 1920년 4월 8일자 제국법률 제3조 3항이다. 20세기 벽두에는 법률에 대한 법원의 심사권은 인정되지 않았다. 바이마르 공화국시대가 도래되어 유지되면서 비로소 그리고 바이마르 공화국 이후에 이르기까지 법원의 심사권은 차츰차츰 자리잡게 되었다. 그에 따르면 규범을 거부하는 법원의 판결(ein normverwerfendes Gerichtsurteil)이란 아주 이상한 것이었다. 그런 판결은 자신이 거부한 법률에 대하여 자신을 관철시키기 위해서 그 반대행위(actus contrarius)로서 거부된 법률과 같이 법규적 효력(Gesetzeskraft)을 가져야만 한다고 인정되기에 이르렀다. “법규적 효력”이 여기서 가지는 의미란 판결(Richterspruch)은 법률을 적용하기만 하는데 그치는 것은 아니어서 예외적으로 판결은 법률을 무효라고 선언하고 그 효력을 상실시키기 위하여 그에 필요한 힘이 주어졌다는 것이다(K. Rennert, a.a.O., S.558-559). 따라서 법규

여기에서 문제되는 것은 독일과 같이 법규적 효력이 명문화되어 있지 않은 상태에서 우리 헌법재판소법 제47조 제2항의 「위헌으로 결정된 법률은 효력을 상실한다」고 한 규정이 법규적 효력의 법적 근거가 될 수 있는 것인지 문제된다. 또한 그것이 인정된다면 법규적 효력은 무엇인가, 즉 법규적 효력이란 헌법재판소의 결정에 법률적 속성을 부여하는 것인가 또는 위헌심사의 대상인 법규범의 종류에 관계없이 법률적 효력을 인정할 것인가가 문제된다.

뿐만 아니라 법규적 효력은 제47조 제2항의 문구대로 위헌으로 결정된 법률에 대해서만 인정되는 효력인지 아니면 합헌결정이나 일부의 변형결정에도 부여되는 것인지를 결정유형에 따른 문제가 있다. 그 외에도 법규적 효력은 결정의 주문에만 인정할 것인지 결정이유에도 인정할 것인지, 수범인의 대상은 어디까지 해당되는 것인지 그리고 시적 한계에 따른 문제 등이 제기된다.

II. 法規的 效力의 概念과 法的 根據

1. 概 念

적 효력에 대한 개념의 이면에는 외관상의 권위문제가 내재되어 있다 (Bettermann, in: BVerfG und GG, I (1976), S.366).

헌법재판소가 법규범의 위헌여부를 심판하여 선고한 결정에는 법규적 효력¹⁷⁸⁾이 부여된다.¹⁷⁹⁾ 물론 여기서의 법규적 효력의 의미가 헌법재판소의 결정이 법률적 속성을 가져서 일반구속적인 법규성을 발생하거나 포함하는 것을 의미하는 것이 아니다. 헌법재판소의 결정은 헌법상 규정된 입법절차에 따라 제정된 입법기관에 의한 입법행위가 아니기 때문에 형식적 의미의 법률이 아니며, 또한 그것은 실질적인 법관계에는 관여하지 아니하고, 이 법관계를 어떻게 판단해야 하는가에 관하여 일반적 구속력이 있는 명령을 내릴 뿐이어서 실질적 의미의 법률도 아니다.¹⁸⁰⁾ 헌법재판소의 결정은 헌법에 준수하여 어떤 법률이 유효냐 무효냐의 문제에 관하여 최종구속력(Letzverbindlichkeit)이 있는 재판에 지나지 아니하다.¹⁸¹⁾ 이런 이유때문에 헌법재판소의 결정이 재차 법률

178) 법규적 효력이란 용어를 사용하는 견해로는 남복현, 법률에 관한 위헌여부 결정의 법규적 효력, 공법연구 제21집, 1993, 313쪽; 이시운, 한국의 헌법재판 제도, 헌법재판자료 제3집(헌법재판소), 1990, 87쪽; 이석연, 헌법소원심판의 결정유형과 효력에 관한 고찰, 헌법논총 제1집(헌법재판소), 1990, 386쪽; 최광률, 헌법재판소법개관, 헌법재판자료 제1집(헌법재판소), 1989, 491쪽. 법률적 효력이란 용어를 사용한 경우로는 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 박사학위논문, 1989, 282쪽. 물론 법규적 효력의 용어에 대한 논란이 있다. 헌법재판소의 결정은 법률이 아니고 재판일 따름이기 때문에 법률적 효력을 사용하기 보다는 일반적 효력이란 용어를 사용하는 견해도 있고(황우려, 전계논문, 313쪽), 일반효라고 하는 견해도 있다(정재황, 헌법재판소와 국회·법원과의 관계, 헌법재판자료집 제5집, 98쪽). 또한 법률적 효력에 관하여 우리 실정법상 아무런 근거가 없고, 혼란을 야기할 뿐만 아니라 법리상으로 타당하지도 않다고 하여 형성력으로 표현하는 견해도 있다(이성환, 전계논문, 124쪽).

179) 남복현, 공법연구 제21집, 315쪽.

180) Vgl. Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, §31 Rdnr. 28 m.w.N.

181) 황우려, 전계논문, 313; 남복현, 공법연구 제21집, 316쪽.

에 대한 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 즉 헌법위반으로 인한 법률의 유효·무효에 관한 다툼은 헌법재판소에 집중되어 있고, 헌법재판소는 이에 대하여 일반구속적(allgemeinverbindlich)으로 그리고 최종구속적(letztverbindlich)으로 재판할 뿐이다.

법규적 효력은 심사의 목적물인 규범의 단계구조(Normhierarchie)에 근거한 규범서열(Rang)에 따라 정해진다. 즉 헌법재판은 헌법을 적용하는 분쟁이지만 그 결정의 효력은 헌법적 서열(Verfassungsrang)을 갖는 것이 아니고,¹⁸²⁾ 그 심사의 목적물이 법률일 경우 법률적 서열을 가지며, 명령이나 규칙이 그 대상인 경우 그와 동등한 서열을 갖는다¹⁸³⁾는 것을 의미한다.¹⁸⁴⁾

내용적으로 보면 법규적 효력은 모든 사람에 대한 최종적 구속성을 뜻한다.¹⁸⁵⁾ 어느 누구도 더 이상 위헌으로 선언된 법률의 유효성을 법적근거로 원용할 수 없으며, 어느 누구도 더 이상 헌법에 합치한다고 선언된 법률의 유효성에 대하여 의심을 제기할 수 없다. 다른 고권행위자가 스스로 헌법재판소의 결정에 기속된다고 보기 때문에(헌법재판소법 제47조 제1항), 헌법재판소 결정이 갖는 법규적 효력은 간접적인 것이 아니라 오히려 결정 자체

182) Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, §31 Rdnr.35; Pestalozza, a.a.O., S.334.

183) K. Rennert, a.a.O., S.560. 규범의 등급과 관계없이 법률적 효력을 갖는다는 견해 Chr. Pestalozza, a.a.O., S.334.

184) 따라서 독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항 1문에서의 Gesetzeskraft를 법률적 효력으로 하지 않고 법규적 효력이란 용어를 사용하기로 한다.

185) BVerfGE 69, 112 <117>: 무효라고 선언된 법규범은 “최종적으로 더 이상 법적으로 존재하지 아니한다(endgültig nicht mehr rechtlich existent)”.

에서 직접적으로 도출된다.¹⁸⁶⁾

결국 법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌심판결정에 대하여 일반구속력을 가지고 일반사인(대세적 효력)에게도 그 효력이 미치는 것을 의미한다.¹⁸⁷⁾

2. 法的 根據

독일의 경우 기본법 제94조 제2항에서 연방헌법재판소 판결의 법규적 효력에 대하여는 연방법률에 위임하였고, 연방헌법재판소법 제31조 제2항은 법규적 효력에 관한 내용을 규정하고 있다.¹⁸⁸⁾ 헌법재판소 결정의 법규적 효력을 명문에서 직접 언급한 헌법규정이나 헌법재판소법의 규정은 없다, 다만 헌법재판소법 제47조 제2항에서 위헌으로 결정된 법률은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다고 규정하고 있을 따름이다.

여기에서 문제되는 것은 독일과 같이 법규적 효력이 명문화되어 있지 않은 상태에서 우리 헌법재판소법 제47조 제2항의 위헌으로 결정된 법률은 효력을 상실한다고 한 규정이 법규적 효력의 법적 근거가 될 수 있는 것인지 문제된다.

우리 헌법재판소 결정의 법규적 효력을 부인하는 논거는 우리 실정법상 법규적 효력에 대한 아무런 근거가 없고, 법이론상으로도 타당하지 않기 때문이라고 한다.¹⁸⁹⁾ 그러나 앞에서 보는 바와 같이 “법규적 효력을 헌법재판소가 법규범의 위헌여부를 심판하여 선고한 결정에 부여하는 일반적인 구속력”¹⁹⁰⁾이라고 개념 정의할 경우 내용적으로 헌법재판소법 제47조 제2항과 어긋나지 않는다. 따라서

186) K. Rennert, a.a.O., S.561.

187) BVerfGE 69, 112(117)

188) 독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항 1문: “제13조 제6호, 제11호, 제12호 및 제14호의 사건에서 연방헌법재판소법의 재판은 법규적 효력을 가진다.”

189) 이성환, 전게논문, 124쪽.

190) 남북현, 공법연구 제21집, 315쪽.

헌법재판소법 제47조 제2항이 법규적 효력의 법적 근거가 되기에 부족함이 없다고 할 것이다.¹⁹¹⁾

Ⅲ. 法規的 效力의 特徵과 內容

1. 既判力 및 羈束力과의 關係

법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 소송당사자나 국가기관뿐만 아니라 모든 사람에게 대하여 구속적이라는 것에 있다.¹⁹²⁾ 구속성은 단지 내용적으로 기관력과 같다고 할 수 있는 결정내용에 대한 것만 관련되므로 법규적 효력은 그 효력이 모든 사람에게 확장된다는 의미에서 기관력의 주관적 효력에 대한 확장을 의미한다(erga omnes).¹⁹³⁾ 물론 이것이 법규적 효력과 기관력이 같다는 것을 의미한 것은 아니다.

기관력을 확장할 경우 무엇보다 일반개인이 관련된다. 국가기관은 이미 판결주문에서 정한 기관력작용을 포함한 헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력의 영향하에 놓이기 때문이다. 기속력은 성격상 기관력작용과는 다르다고 볼 때, 법규적 효력을 통하여 개인에게 기속력(Bindungswirkung)이 확대된다고 하는 것은 타당하지 아니하다. 따라서 법규적 효력이 기관력과는 결부되지만, 기속효와는 결부되지 않는다고 할 것이다.¹⁹⁴⁾

191) 제47조 제2항을 법규적 효력의 근거로 보는 견해 남복현, 공법연구 제21집, 313쪽 이하,

192) H.H. Klein, Problem der Bindung des "einfachen Richters" an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1977, S.698.

193) Brox, in: FS Geiger (1974), S.818; Badura, in: Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht(1985), S.71.

194) E. Benda, a.a.O., S.510.

2. 一般的 拘束性

법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌심판결정에 대하여 소송당사자를 수범인으로 하는 기관력의 주관적 범위뿐만 아니라 국가기관을 기속수범인으로 하는 기속력의 주관적 범위를 능가하여 일반사인(대세적 효력)에게도 그 효력이 미치는 일반적 구속성을 가진다.¹⁹⁵⁾

따라서 국가기관과 마찬가지로 일반국민은 헌법재판소가 위헌으로 선언된 법규범을 더 이상 적용할 수 없으며¹⁹⁶⁾, 헌법에 합치된다고 선언한 법규범의 유효성에 대하여 의문을 제기할 수 없다.¹⁹⁷⁾ 합헌선언된 헌법재판소의 결정에 법규적 효력을 부인할 경우 이미 합헌으로 확인된 법규범에 대한 반복제청이 가능하기 때문에 헌법재판이 지니는 고유한 효과를 충분히 달성할 수 없을 것이다. 또한 합헌결정에 대한 법규적 효력을 인정한다 하더라도 헌법재판이 경직화되는 것은 아니다. 법규적 효력도 기관력이나 기속력 마찬가지로 시적 한계의 적용을 받기 때문에 사정변경이 있는 경우 그 효력을 상실하기 때문이다.¹⁹⁸⁾

법규적 효력은 기관력과 마찬가지로 심판대상이 동일한 경우에만 그 효력이 미치며¹⁹⁹⁾, 심사의 대상물인 법규범에 대하여는 심사된 규범과 규범의 부분에만 그 효력이 미칠 것이므로 법규적

195) 황우려, 전계논문, 314쪽; 남북현, 공법연구 제21집, 328쪽.

196) 위헌결정에 대한 대세적 효력에 대하여는 다툼이 없다.

197) 동지 남북현, 공법연구 제21집, 328쪽. 위헌결정에 대해서만 일반기속성을 인정한 견해 황우려, 전계논문, 314쪽.

198) K. Rennert, a.a.O., S.562.

199) Vgl. BVerfGE 78, 320(328).

효력으로 인해 일반국민이 헌법재판소에 새로운 위헌심판을 청구할 수 없는 것도 이 범위에 국한된다고 할 것이다.²⁰⁰⁾

3. 審判對象과 審判類型

법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 결정에 일반적 구속성을 인정하는 것이다. 따라서 법규범의 위헌성여부를 심사의 대상으로 하는 모든 심판유형에서의 결정에 법규적 효력이 부여된다. 따라서 구체적 규범통제절차, 헌법재판소법 제68조 2항에 따른 규범통제적 헌법소원심판과 법규에 대한 헌법소원심판 및 통상의 헌법소원심판 중 문제된 법규에 대하여 부수적인 규범통제에서 행한 헌법재판소의 결정들이 법규적 효력을 가진다.²⁰¹⁾ 그 외에도 탄핵심판, 정당해산심판 및 권한쟁의심판절차에서도 심사의 대상이 법규범인 경우, 그에 대한 헌법재판소의 결정에도 법규적 효력이 인정되어야 할 것이다.

4. 決定類型

우리 헌법재판소법 제47조 제2항에 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다”고 규정하고 있어서, 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 법규적 효력이 부여되는 것은 당연하다. 따라서 위헌선언된 법규범은

200) 남복현, 공법연구 제21집, 326쪽.

201) 물론 그 성질상 헌법소원심판절차에서 입법부작위에 대하여 인용결정한 경우까지 법규적 효력이 인정되는 것은 아니다.

그 결정이 있는 날로부터 효력이 상실되고,²⁰²⁾ 소송당사자와 국가기관뿐만 아니라 일반국민도 그 규범을 더 이상 유효하다고 주장할 수 없다. 즉 위헌결정은 대세적 효력을 가지므로 모든 자를 구속한다.

그렇다면 다른 유형의 결정에 대하여는 법규적 효력이 인정되지 않는 것인지가 문제된다. 이와 관련하여 독일 연방헌법재판소법 제32조 제2항 2문에서는 “법률이 기본법에 합치 혹은 불합치하다거나 무효라고 선언한 경우에” 법규적 효력을 인정하고 있다. 그러나 이런 실정법규의 규정에도 불구하고 규범통제대상에 관한 위헌선언에 대해서 뿐만 아니라 규범확인적 결정(normbestätigende Entscheidung)에 대하여도 법규적 효력을 부여하는 것이 논리적으로 타당하다고 할 것이다.²⁰³⁾ 즉 헌법재판소의 결정은 위헌으로 결정된 법규의 효력을 상실시키는 힘을 가지고 있을 뿐만 아니라, 합헌으로 결정한 경우 기존의 합헌상태를 확인하는 힘을 가진다고 할 것이다. 따라서 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 물론이고 일부의 변형결정과 합헌결정에 대하여도 법규적 효력이 부여된다고 할 것이다.

위헌인 법률을 위헌으로 선언하지 아니하고 단지 헌법에 불합치하다고 확인(Feststellung der Unvereinbarkeit)하는 데 그친 경우 법규적 효력을 부여할 것인지 문제될 수 있다. 헌법불합치결정은 위헌적인 법질서로 보아야 하는 것을 궁극적으로 확인

202) 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다 (헌법재판소법 제47조 제2항 단서).

203) K. Rennert, a.a.O., S.559; 비판적인 견해로는 K. Vogel, in: Festgabe BVerfG 1976, S.611f.

하지 아니하고 유동적인 상태로 두는 것이기 때문이다.²⁰⁴⁾ 이 결정은 위헌선언을 함으로서 기존의 법질서에 중대한 장애가 초래되는 것을 방지할 목적으로 도입된 변형결정이다. 어쨌든 이런 유동적인 상태는 모든 사람에게 유효하며, 따라서 이에 대하여 새로운 위헌심판제청은 할 수 없다. 이 경우 단지 새로운 법률이 제정되어야만 이 유동적인 상태를 벗어날 수 있다. 결국 헌법불합치결정에 대하여도 법규적 효력이 인정된다.²⁰⁵⁾

법규범에 대한 합헌결정에도 법규적 효력이 인정된다.²⁰⁶⁾

헌법재판소가 기존의 합헌상태를 확인하는 결정은 사정변경이 있기 전까지는 그 힘을 유지하고 있기 때문이다. 더구나 합헌결정에 법규적 효력을 인정하지 않을 경우, 일반적 구속성의 부인되기 때문에 일반국민은 이미 합헌확인된 법규범에 대하여 반복된 심판청구가 가능해지고, 헌법재판소는 거듭하여 동일한 법규범에 대한 합헌확인을 계속해야 하는 문제가 발생할 것이다. 이는 객관적인 법질서보호를 그 임무로 하는 헌법재판소의 기능에도 커다란 장애요인이 될 것이다. 따라서 합헌결정에도 위에서 언급한 것처럼 법규적 효력이 인정되며, 또한 인정되어야 할 것이다.²⁰⁷⁾ 소수설에 따르면 법규적 효력과 기판력은 결부되기 때문에 일반개인에 대한 구속은 규범을 합헌으로 선언한 규범통제재판에 의해서는 발생할 수 없다는 견해를 피력한다. 헌법재판소의 결정은 단지 소송에 참가할 수 있는 자에게만 기판력이 미칠 수 있기 때

204) Puppe, DVBl. 1970, 317 (319 fuBn. 16)는 이런 경우 명백히 법규적 효력을 인정하지 않아야 한다고 주장한다.

205) 동지 남북현, 공법연구 제21집, 320쪽; K. Rennert, a.a.O., S.559.

206) 이견 황우려, 전개논문, 314쪽.

207) 동지 남북현, 공법연구 제21집, 320쪽; E. Benda, a.a.O., S.508.

문이라고 한다.²⁰⁸⁾ 그러나 법규적 효력은 그의 내용적·시간적 한계내에서 기관력과 관계가 있지만, 바로 기관력의 주관적 한계는 모든 사람에 대한 구속이라는 관점속에 용해된다는 것을 이 견해는 간과하고 있다.²⁰⁹⁾

헌법합치적 해석(verfassungskonforme Auslegung)의 경우에도 법규적 효력이 인정된다.²¹⁰⁾ 심판청구된 법규범이 재판이유의 상세한 기준에 따르면 헌법과 일치한다고 하면서 헌법재판소가 헌법합치적 해석을 선고하는 경우이다. 그러나 헌법합치적 해석을 다른 면에서 보면 문제의 법규범을 다르게 해석할 가능성, 즉 헌법과 불합치하고, 그 규범이 방법론적으로 헌법합치적 해석이 가능하지 않은 경우 전체적으로 보아 위헌이 된다는 것을 내포하고 있다. 즉 위헌선언과 합헌선언의 요소가 결합되어 있다. 이 두가지 경우 모두에 법규적 효력이 인정된다.²¹¹⁾ 따라서 위헌인 부분을 더 이상 적용하지 말아야 하며, 합헌으로 선언된 부분에 근거하여야 할 책임이 부과된다.

IV. 法規的 效力의 範圍

1. 客觀的 範圍

법규범에 대한 헌법재판소 결정이 법규적 효력을 부여받기 위

208) K. Vogel, in: BVerfG und GG, I(1976), S.614f.; Chr. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG (1985), S.230f.

209) E. Benda, a.a.O., S.510.

210) K. Rennert, a.a.O., S.561.

211) K. Rennert, a.a.O., S.561.

해서는 결정주문에 표시되어야 한다. 즉 법규적 효력은 결정주문에만 부여되고, 결정이유에는 부여되지 않는다.²¹²⁾ 여기에 대해서는 이론이 없다. 물론 주문의 내용을 명확히 하기 위하여 결정이유가 참작되어야 할 필요성이 있는 경우가 있으나, 그렇다 하더라도 결정이유가 주문을 대처할 수는 없다. 단지 결정이유에 의한 해석은 결정주문의 명문이 해석을 허용하는 한도에서만 고려된다.²¹³⁾ 결정이유와 관련하여 헌법합치적 해석이 자주 거론된다. 헌법합치적 해석의 경우 앞에서도 언급한 바와 같이 위헌결정과 합헌결정의 내용을 동시에 내포하고 있는데 이들이 법규적 효력을 인정받기 위해서는 결정주문에 모두 수용되어야 한다. 따라서 결정주문에서 합헌결정을 하고 결정이유에서는 헌법합치적 해석을 한 경우 합헌결정에 대해서만 법규적 효력을 인정한다는 것이다.²¹⁴⁾ 우리 헌법재판소법 제36조 제5항에 헌법재판소의 중국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다고 규정하고 있는데, 결정주문 및 결정이유를 포함한 결정문 전부를 공시하고 있다고 하여 결정이유에까지 법규적 효력이 인정되는 것은 아니다.²¹⁵⁾ 법규적 효력이 인정되는 헌법재판소의 결정은 또한 본안판단(Sachentscheidung)만을 말하는데, 즉 결정주문에서 본안판단 내

212) 황우려, 전제논문, 314쪽; 남북현, 공법연구 제21집, 324쪽; K. Rennert, a.a.O., S. 561; E. Benda, a.a.O., S.508.; Maunz, a.a.O., §31, Rn.34.; M. Sachs, Bindung des BVerfG an seine Entscheidungen, 1977, S.315f.

213) 남북현, 공법연구 제21집, 324쪽.

214) 남북현, 공법연구 제21집, 324쪽. vgl. auch Sachs, S.344; Lange, JUS 1978, S.7.

215) 남북현, 공법연구 제21집, 321쪽.

용을 담고 있는 결정에 대해서만 법규적 효력이 부여된다.²¹⁶⁾ 따라서 위헌심판 청구가 부적법하여 각하된 경우 등은 법규적 효력이 부여되지 아니한다.²¹⁷⁾

또한 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌여부심판결정에서 법규적 효력은 심사의 대상이 된 법규범 또는 법규범의 일부에 대해서만 그 효력이 미친다. 따라서 유사규범이나 유사사건에 대해서는 법규적 효력이 인정되지 아니한다. 또한 법규적 효력은 입법자가 장래에 동일한 내용의 법률제정을 저지하는 것은 아니다. 이러한 규범반복금지 는 기속력의 작용을 통해서 해결된다.

2. 主觀的 範圍

법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 결정이 당사자나 국가기관뿐만 아니라 모든 사람에게 대하여 그 효력이 미친다. 따라서 법규적 효력은 소송당사자나 이들과 특별한 관계에 있는 자에게만 효력이 미치는 기관력이나 모든 국가기관에게 그 효력이 미치는 기속력에 비하여 대세적 효력이 있다.

헌법재판소의 결정, 특히 법규범에 대한 헌법재판소의 결정에 대세적 효력이 인정되고, 인정되어야 할 필요성은 헌법재판의 목적과도 결부된다. 즉 헌법재판은 개인의 권리구제라는 측면도 배제하지는 않지만, 무엇보다 객관적인 법질서보호에 그 목적이 있다. 이 경우 헌법재판소의 결정효력이 미치는 주관적 범위가 일부에 한정되어서는 통일적인 법률관계나 법률상태의 확보가 어려

216) Maunz, a.a.O., §31 Rn.34; Lange, JUS 1978, S.2.

217) Vgl. Chr. Pestalozza, a.a.O., S.333f.; E. Benda, a.a.O., S.508.

을 것이다. 여기에 헌법재판소 결정에 대한 대세적 효력의 필연성이 제기된다.²¹⁸⁾

3. 詩的 範圍

법규적 효력도 시적 한계를 가지며, 기판력과 기속력의 시적 한계와 동일한 기준에 따라 판단된다.²¹⁹⁾ 법규적 효력이 있는 헌법재판소의 결정도 본질적으로 사법적 판결에 지나지 않을 뿐만 아니라 끝까지 재판으로 남으며, 재판의 본질적 요소(essentialia) 중의 하나가 시간에 의한 구속이다.²²⁰⁾ 그러므로 법규적 효력을 가지고 헌법에 합치한다고 선언된 법률이라 해도, 언제나(für alle Zeiten) 꼭 합헌이라고 보아야 하는 것은 결코 아니다. 오히려 사정변경이 발생하면 새로운 규범통제심판을 제기하거나 새로운 위헌심판청구가 가능하다고 할 것이다.

218) 이성환, 전계논문, 126쪽 참조.

219) K. Rennert, a.a.O., S.562.

220) BVerfGE 33, 199 <203>.

제2장 헌법재판소 변형결정의 유형과 문제점

문 광 삼
(益山大學校 法學大學 教授)

제 1 절 서 설

헌법재판제도는 헌법의 최고규범성을 확보하고 국민의 기본적 인권을 보장하기 위하여 제헌헌법 당시부터 우리 헌법에 자리하게 되었으나 그간의 정치적, 시대적 상황으로 말미암아 그 업적은 실로 미미한 것이었다. 그러나 헌법재판제도가 제대로 기능하는데 장애가 되었던 여러 사회적 상황이 달라지고 국민의 정치적 의식이 성숙됨과 아울러 각자가 자신의 기본권에 대한 관심이 높아진 이제는 우리의 현실에서 살아 활동하는 헌법재판소를 과거의 그것과 같이 생각하는 사람은 아무도 없게 되었다. 이러한 기대에 부합하여 제6공화국에 들어서면서 새로운 업무를 시작한 헌법재판소는 그간의 헌법재판기관과는 달리 많은 업적을 이룩하였다.¹⁾

1) 제6공화국의 경우 1988년 9월 15일 헌법재판소가 구성된 이래 1995년 8월 31일까지 총 2521건의 헌법재판사건이 접수되어 이 중 2108건이 처리되어 우리나라의 헌법재판은 활발히 운영되고 있다. 이를 유형별로 보면 위헌법률심판이 301건 접수되어 273건이 처리되었는바, 이 중 37건의 법률에 대하여 위헌결정(헌법불합치와 일부위헌 및 한정위헌 포함)이 내려졌으며, 헌법소원심판사건 중 헌법재판소법 제68조 1항에 의한

이러한 사실은 헌법이 이제는 국민 사이에서 살아 숨쉬는, 생활하는 법으로 존재하게 되었다는 것을 의미하는 것이다.

당초의 회의적인 시각과의 달리²⁾ 이렇게 헌법재판제도가 활성화되면서 헌법재판을 통하여 분쟁을 해결하려는 시도가 많아지고 결과적으로 그 결정의 수가 증가함에 따라, 이제는 단지 그 양적인 측면에서의 증가뿐만 아니라, 질적인 측면에서의 발전이 이루어져 이제는 어느 정도 스스로 독자적으로 이론을 정립하고 체계화시킬 수 있을 단계에 가지 이르게 되었다.

그러나 그간 헌법재판소가 행한 여러 결정을 살펴보면 기존의 법체계 아래에서는 의문의 여지가 있을 수도 있는 몇가지 결정, 특히 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는지를 헌법재판소가 결정할 수 있는지의 여부³⁾와 헌법재판소법 제45조와

이른바 권리구제형 헌법소원은 1919건이 접수되어 1543건이 처리되었으며 이 중 32건이 인용되었는 바, 처리건수 중 1013건은 헌법소원의 제기요건을 갖추지 못하여 각하되었다. 헌법재판소법 제68조 2항에 의한 이른바 위헌심사형의 헌법소원은 298건이 접수되어 이 중 21건의 법률에 대하여 인용결정(헌법불합치, 일부위헌, 한정위헌 포함)을 한 바 있으며 1995.8.31현재 384건이 계류중에 있다. 권한쟁의심판은 3건만이 제기되었고 1건은 아직 계류중에 있고 1건은 취하되었다. 탄핵심판정당해산심판사건은 아직까지 한 건도 접수되지 않고 있다.

- 2) 권영성, 한국의 헌법재판제도, 월간고시 1998.11., 14면 이하.
- 3) 헌법 제107조 제2항은 「명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사하는 권한을 가진다」라고 규정하여, 행정명령의 위헌결정을 최종적으로 대법원이 하도록 규정하고 있으나 헌법재판소는 법무사법 시행규칙 제3조 제1항에 대하여 스스로 위헌결정(1995.10.15. 89헌마 178)을 내렸다.

관련하여 헌법재판소는 그 결정주문의 형식을 단지 「합헌」 또는 「위헌」의 형식으로만 결정하여야 하는지 아니면 그 밖으로도 각종의 변형결정이 허용되는지에 대하여⁴⁾ 논의가 그치지 않고 있다. 그러나 본 장에서는 그간에 헌법재판소가 행하여 온 판결 중에 변형결정에 논의의 초점을 두어 현행법체계 아래에서도 변형결정이 가능한지, 그리고 변형결정이 가능하다면 어떠한 경우에 어떠한 결정을 하게 되는지 검토하여 보고자 한다.

이와 같은 시도는 헌법재판소의 결정은 헌법재판소가 국가의 최고법인 헌법의 최종구속적인 해석기관으로서의 지위에서 행해지고, 그 결정에는 법원 기타 국가기관을 기속하는 효력이 주어지므로, 그 결정이 가지는 파급효과는 다른 기관의 그것과 비교할 수 있는 것이 아닐 것인 바, 구체적으로는 헌법재판소의 결정이 어느 기관을 향해서 발하여졌는지, 그리고 그 결정은 어느 범위에까지 효력을 끼치게 되는 것인지는 그 결정의 주문을 통하여 확정되어야 할 것이므로, 개개의 결정에서 주문의 형식을 확정하는 것은 이와 같은 측면에서 실로 중요한 의미를 가진다 할 것이다.

4) 반대의견이기는 하지만 이러한 변형결정의 필요성이 최초로 등장하게 된 것은 「금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2의 위헌여부(89.5.24. 89헌가 37,96(병합) 헌법재판소판례집 제1권 48면 이하)」에 관한 헌법재판소의 결정에서 재판관 한병채의 의견에서 였다. 즉 “위헌심판이 제청된 법률이 최고가치규범인 헌법의 이념과 정신에 반하고 입법권의 한계를 명백하게 자의적으로 이탈한 경우에 한하여 그 법률의 무효를 선언하는 결정을 할 것인 바, 금융기관은 일반채권자와는 구별되어야 할 합리적인 이유가 있으므로 위 특별법 조항은 입법권의 한계를 자의적으로 이탈한 것이라 할 수 없고, 다만 담보공탁금의 비율이 과중하다면 그 공탁금의 비율을 조정하도록 조건부 또는 입법촉구의 위헌결정을 내리는 변형판결을 하는 것이 옳을 것이다.”

또한 우리의 헌법재판소법은 제4장에서 5가지의 특별심판절차를 규정하면서 각각을 따로이 결정의 내용과 효력에 관하여 규정하고 있지만 여기에서는 위헌법률심판과 헌법소원사건에서 법률에 대하여 헌법재판소가 행하게 되는 결정에 국한하여 기술하고자 한다.

제 2 절 변형결정의 의의와 허용 여부

I. 헌법재판소 결정의 주문형식

헌법재판소는 위헌법률심판에서 그리고 헌법소원심판에서 심판청구된 사안에 대하여 본안판단을 하기에 앞서 절차적 요건의 판단을 먼저 행하는 바, 이러한 요건을 충족하지 못하여 부적합한 경우에는 심판청구의 각하결정을 선고하고, 이러한 절차적 요건을 모두 갖추어 적합하게 심판이 청구된 경우에 비로소 본안에 대한 판단을 하게된다.

이러한 과정을 거쳐 헌법재판소는 심판제청된 본안에 대하여 최종적인 판단을 하게 되는데, 이 때 본안에 대한 헌법재판소의 의사는 결정문(결정주문)을 통하여 외부적으로 표현하게 되는 것이다.

우리 헌법재판소법은 위헌법률심판이 청구된 사안에 대하여 결정을 함에 있어서 구체적으로 어떠한 형식으로 그 결정문(결정주문)을 작성하여야만 하는가에 관하여 충분한 규정을 두지 않고 있다. 다만, 헌법재판소법 제45조에서는 「헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 『위헌여부』만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될

때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다」라고만 규정하고 있고, 헌법소원심판의 경우에 헌법소원이 인용된 경우 당해 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌임을 선고할 수 있고 이 경우에도 제45조 및 제47조의 규정을 준용하도록(헌법재판소법 제75조 제5항, 제6항) 명시하고 있다. 그리고 구체적인 경우에 헌법재판소법에 특히 규정하고 있는 경우를 제외하고는 위헌법률심판의 경우에는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 그리고 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 준용하도록(헌법재판소법 제40조) 하고 있다.

그리하여 헌법재판소가 낼 수 있는 주문은 헌법재판소법 제45조에 따라 『헌법에 위반된다』 또는 『헌법에 위반되지 아니한다』는 단순위헌결정 또는 단순합헌결정만을 할 수 있는 것인지 아니면 「재판주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라 할 것」⁵⁾으로 사안에 따라서는 그와는 다른 주문형식을 취하는 변형결정도 가능할 것인지 논의되고 있다.

II. 변형결정의 의의

변형결정이라 함은 이렇게 사안에 대하여 헌법재판소가 결정을 할 때 그 결정문의 형식을 헌법재판소법 제45조에서 명문으로 규

5) 현재 89.9.8. 선고 88 헌가 6 결정. 헌판집 제1권 260면.

정하고 있는 바에 따라 『……조는 헌법에 위반된다』, 혹은 『……조는 헌법에 위반되지 아니한다』라는 형식을 취하지 않고 그 밖의 형식으로 주문을 작성하여 내린 결정을 말한다.

헌법재판소가 심판대상이 된 법률조항 내지 법률의 위헌성 여부를 심사한 결과 단순히 위헌이라고 결정하게 되면 그 법률 또는 법률의 조항은 일순간에 효력을 상실하게 되므로, 법률생활의 안정성을 유지하려는 의도에서 그리고 국회입법권을 존중하려는 의도에서 단순위헌결정을 하지 않고 일정기간 그 법률의 효력을 지속시키거나 개정을 촉구하거나 한정적으로 합헌임을 선언하는 등의 변형결정을 하게되는 것이다.⁶⁾

그간 우리 헌법재판소는 법률에 관한 위헌여부의 결정을 함에 있어서 단순히 위헌 혹은 합헌의 결정뿐만 아니라 여러 가지 형태의 변형결정을 선고하고 있는 바, 헌법재판소가 제시하고 있는 변형결정의 유형으로는 일부위헌결정, 헌법불합치결정, 한정합헌결정, 한정위헌결정 및 위헌불선언결정을 들 수 있다.⁷⁾

본장에서는 변형결정의 유형을 우선은 그간의 헌법재판소의 결정을 통하여 이미 공식적으로 유형화시켰던 각종의 변형결정과 이에 더하여 아직 정규의 결정형식으로까지는 이르지 못하였지만 반대의견에서 제시된 바 있는 입법촉구결정⁸⁾만을 한정하여 검토하고자 한다.

6) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1995, 1082면.

7) 국내학자들이 변형결정의 유형화에 대하여는 남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 박사학위논문, 한양대학교, 1994. 48면 참조.

8) 앞의 주4의 결정에서 재판관 한병채의 반대의견. 헌판집 제1권 62면 참조.

Ⅲ. 변형결정의 허용여부

변형결정의 가능성이 소수의견이기는 하였지만 처음으로 제기된⁹⁾ 뒤 곧바로 헌정합헌의 결정이 내려지고¹⁰⁾ 이어서 헌법재판소가 국회의원선거법 제33조 및 제34조에 관한 위헌심판사건에서 헌법불합치결정¹¹⁾을 내리자 변형결정의 허용여부에 대한 논의가 본격적으로 제기되게 되었다. 이러한 논의의 출발점이 된 것은 물론 기존의 헌법재판소법 제45조와 관련하여, 당해 조항의 근본취지는 헌법재판소는 단지 합헌결정과 위헌결정을 선고하도록 한 것이지 그 밖의 변형결정은 예정하고 있는 것이 아닌가, 아니면 헌법재판제도의 특성상, 그리고 타국의 예이기는 하지만 헌법재판소가 걸어온 그간의 행적을 더듬어 볼 때, 그 조항에도 불구하고 헌법재판소는 헌법재판소법 제45조가 명시적으로 예정하고 있지 않은 다른 그 밖의 변형결정을 할 수 있을 것인지에 관한 논의이다.

그러면 여기에서는 그간에 헌법재판소가 변형결정을 선고하면서 그 가능성의 근거로 제시하였던 내용을 중심으로 변형결정의 허용여부를 검토하여 보고자 한다.

9) 위 주4의 결정참조.

10) 헌재 89.7.21 선고 89헌마 38, 상속세법 제32조의 2의 위헌여부에 관한 헌법소원. 헌판집 제1권 131면 이하.

11) 헌재 89.9.8. 선고 88 헌가 6 결정, 헌판집 제1권 199면 이하.

1. 변형결정을 인정하는 논거

변형결정을 인정하는 논거는 첫째로 헌법재판의 특성에서 그 근거를 찾는다. 즉 헌법재판이라는 것은 단지 헌법문언의 형식적 해석을 통하여 본안에 대하여 사법적 판단을 하는 것이 아니라 헌법의 기본원리에 따라 헌법적 가치질서를 유지하는 헌법해석으로 법규의 합헌성유무를 다루는 준입법적 기능에 의한 헌법적 판단을 하는 것이기 때문에 단지 구체적 사건에 적용하는 법률의 해석을 기본으로 하는 일반 사법기능과는 다른 것이고, 그러므로 헌법재판소법의 해석에 구애되어 형식논리만으로 헌법문제를 풀어갈 수 없다¹²⁾고 한다. 우리 헌법재판소가 헌법재판소법 제45조 본문의 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 결정한다”라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적, 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하는 것이나, 아울러 헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제2항 본문의 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결일 것으로, 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 있다고 이해하는 것은 그 취

12) 한병채, 헌법재판론, 고시계, 1994. 527면 이하.

지가 같다고 할 것이다.¹³⁾

두번째의 논거는 현실적인 측면에서 그 근거를 찾는다. 즉 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 할 수 없다는 것이, 만약 이렇게 양자택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연 신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적공백, 법적혼란 등 법적인정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여, 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있으므로, 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러가지 변형재판이 필수적으로 요청된다고 한다.

세번째의 논거는 권력분립의 원칙에서 그 근거를 찾는다. 즉 우리 헌법은 제40조에서 「입법권은 국회에 속한다」고 규정하여 입법작용은 원칙적으로 국회의 권한임을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라 법률의 내용도 국민의 권리·의무와 직접 관련이 있는 사항에 국한하지 않고 있으므로 어떠한 사항이든 헌법에 의하여 금지되지 아니하고 또 그 사항이 입법의 내용이 될 수 있는 것이면 국회에 의한 입법의 대상이 되는 것으로 하고 있다.¹⁴⁾ 그러므로 어떠한 법률을 제정할 것인가 그리고 입법권자의 한계를 어떻게 볼 것인가 하는 것은 원칙적으로 입법권자의 재량에 속한다고 할 것

13) 헌재 89.9.8. 선고 88 헌가 6 결정. 헌판집 제1권 199(259).

14) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994, 797면.

인 바, 이에 대한 헌법재판소의 규범통제 권한은 입법부가 제정한 법률이 명백하게 헌법규범에 위배되느냐 또는 입법권을 자의적으로 남용하였느냐의 여부를 심사하는 것으로 위헌심판이 제청된 법률이 최고가치규범인 헌법의 이념과 정신에 반하고 입법권의 한계를 명백하게 자의적으로 이탈한 경우에 한하여 헌법재판소는 그 법률의 무효를 선언하는 결정을 할 수 있다고 볼 것이므로,¹⁵⁾ 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며, 그것은 국민의 대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라 할 것이므로 위헌이나 합헌이냐의 결정 이외에 중간영역의 주문형식을 취할 필요가 있다¹⁶⁾는 것이다.

네번째 논거로는 비교법적으로 서독의 경우 실정법에 근거하여 여러 가지 형태의 변형재판이 나온 것이 아니라 법개정 이전부터 서독 헌법재판소가 실정법에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 불합치주문 등 변형재판을 해왔기 때문에 입법자가 이에 뒤따라 판례에 어느 정도나마 부합키 위한 노력으로서 법률개정을 시도하여 왔던 것에 지나지 않는다.

다섯번째의 논거는 주문을 확정하는 것을 재판관의 재량으로 보는 것이다. 즉 재판 주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것

15) 헌재 89.5.24. 선고 89 헌가 37,96(병합) 결정, 헌판집 제1권 48(64-65)

16) 헌재 91.3.11. 선고 91 헌마 21 결정, 헌판집 제3권 91(115)면.

인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라 할 것¹⁷⁾이라고 한다.

2. 변형결정을 부정하는 논거

변형결정을 부정하는 논거의 첫번째는 우선 현행법 규정에서 그 근거를 찾는다. 즉 우리 헌법 제 107조 제1항의 규정과 헌법재판소법 제45조 제1항 본문의 규정은 헌법재판소에게 제청된 법률이 위헌인지, 합헌인지를 분명하게 결정하도록 요구하고 있다는 것이다.¹⁸⁾

그리고 이에 따라 위헌이라고 결정되면 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 것이지 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 없다고 한다. 그리하여 법률의 위헌결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하도록 되어 있는 헌법재판소법 제47조 제1항의 규정취지에 비추어 볼 때 입법권자로 하여금 일정한 시한까지 법률개정을 촉구하는 취지의 주문은 아무런 법적 기속력도 없는 것이고,¹⁹⁾ 우리 헌법재판소법은 위헌결정에 대하여 형벌법규에 대한 것을 제외하고는 장래효만을 인정하고 있기 때문에 위헌선언으로 인한 과거의 법

17) 헌재 89.9.8 선고 88 헌가 6 결정. 헌판집 제 1권 199(260)면.

18) 헌재 89.9.8. 선고 89 헌가 6 결정에서의 변정수재판관의 반대의견. 헌판집 제1권 265면 이하.

19) 헌재 91.3.11. 선고 91 헌마 21결정에서의 반대의견, 헌판집 제3권 91(121)면 참조.

률관계의 붕괴나 혼란을 우려할 필요가 없으므로 위헌선언을 회피하고 입법촉구 형식의 재판을 할 필요성은 없다고 보여지며, …… 처벌법규는 신체의 자유를 직접적으로 침해하는 법률이기 때문에 구성요건이 불명확한 경우는 물론이고 조금이라도 위헌성이 인정되면 마땅히 위헌선언을 하여야 한다. 처벌법규의 위헌성을 인정하면서도 한정합헌이나 입법촉구 등의 결정을 하여 그 효력을 지속시킨다는 것 자체가 죄형법정주의에 위배되는 처사²⁰⁾로 되므로, 헌법재판소가 한정합헌결정 등 이른바 변형결정을 하려면 먼저 현행 헌법재판소법에 대한 전반적인 개정이 이루어져 이에 대한 근거규정이 마련되어야 할 것이며, 그렇지 아니하는 한 지금의 법제하에서는 헌법재판소가 한정합헌결정 등 이른바 변형결정을 할 권한도 없고 그러한 결정을 내린다 하더라도 그러한 결정에 법원이나 기타 국가기관이 기속될 리도 없는 것이다²¹⁾라고 한다.

두번째 논거는 헌법재판소의 결정문 그 자체의 형식에 관계없이 그 내용에 착안하여, 변형결정을 부인하는 것이다. 즉 위헌결정의 표현방법에는 법률에 정해진 형식이 따로 없으므로 반드시 “헌법에 위반된다”라는 표현이 아니더라도 결정문의 내용이 위헌이라는 취지로 해석될 수 있으면 되고, 그 표현방법이 어떠한 간에 위헌결정이라는 취지로 해석되면 그 효력은 헌법재판소법 제47조에 의하여 발생하는 것이다. 따라서…… “헌법에 합치

20) 현재 93.3.11. 선고 88 헌마 5 결정에서의 반대의견, 헌판집 제5권제1집 59(89)면.

21) 현재 1990.6.25. 선고 90 헌가 11 결정의 반대의견, 헌판집 제2권 165(174-175)면.

되지 아니한다.”라는 표현을 사용하고 있을지라도 여기서의 “헌법에 함치되지 아니한다.”는 말이나 “헌법에 위반된다.”는 말이나 위헌이라는 뜻에 아무런 차이가 없²²⁾다고 하여 따로이 변형결정을 인정할 필요가 없다고 한다.

세번째 논거로는 비교법적 측면에서 그 근거를 찾는다. 즉 한정합헌결정 등 이른바 변형결정형식은 서독연방헌법재판을 본뜬 것으로 아나 서독연방헌법재판소는 우리 헌법재판소와는 제도에 있어 큰 차이가 있으므로, 다시 말하면 서독연방헌법재판소는 우리의 경우와는 달리 위헌법률심사에 있어 구체적 규범통제기능만 가지는 것이 아니라 추상적 규범통제기능도 가지며, 또한 연방헌법재판소의 판결이나 결정 등 모든 재판은 연방 및 주의 모든 헌법기관과 모든 법원 및 행정기관을 구속하며, 그 결정에는 법률적 효력을 인정하고 있고 법원의 재판도 헌법소원의 대상으로 하고 있는 등 우리 헌법재판소와는 제도에 있어서 큰 차이가 있으므로 서독연방헌법재판소의 재판형식을 함부로 본떠서는 아니될 것²³⁾이라 하여 현행 법체계 아래에서의 변형결정의 가능성을 부인하고, 특히 이(한정합헌결정 등 이른바 변형결정)를 삼가해야 하는 것은 이러한 재판형식이 자칫 명백한 위헌법률에 대하여 위헌결정을 회피하는 수단으로 이용되기 십상이기 때문²⁴⁾이라고 한다.

또한 변형결정의 가능성을 현실적으로는 인정할 필요성은 느끼지만 그러나 현행의 법제도 아래에서는 특히 특별한 사정이 있는

22) 현재 91.3.11. 선고 91헌마 21결정에서 반대의견, 헌판집 제3권 91(120)면

23) 현재 90.6.25. 선고 90 헌가 11 결정에서의 반대의견, 헌판집 제2권 165(174)면 참조.

24) 현재 90.6.25. 선고 90 헌가 11결정의 반대의견, 헌판집 제3권 175면.

예외적인 경우가 아닌 한 가급적 원칙에 돌아가서 단순히 위헌결정만을 하자는 견해가 있었다. 이는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판에서 반대의견으로 김진우재판관이 제시한 견해인 바,²⁵⁾ 우리 헌법재판소법 제45조는 법원의 위헌심판제청이 있는 경우 헌법재판소는 반드시 그 위헌여부만을 결정하게 하였고 위헌결정만에 기속력을 부여하였는 바(제47조 제1항), 이 위헌여부의 결정은 위헌성 확인과 위헌성 제거를 위한 입법촉구의 부수적 결정을 배제하는 것은 아니라고 해석된다고 하지만, 그러나 그 위헌결정의 효력은 형벌법규에 대한 것이 아닌 경우는 그 소급효를 인정하고 있지 아니함으로 장래 헌법재판소가 임의로 선택하는 시기로부터 법률 또는 법률 조항의 효력을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 법적근거가 없다고 한다. 다만 헌법재판소는 현대사회의 다양한 많은 사건들을 처리하여야 하고 그러자면 이에 상응한 적정한 신속성 있는 처리를 하여야 할 것이고 이를 위하여는 위헌결정의 효력을 헌법재판소가 정하는 장래의 시점에서부터 생하게 함이 타당한 사건도 많을 것인데 그러한 사건처리에 있어서 그렇게 못한다면 헌법재판소가 맡은 바 역할을 다 하지 못하는 어려움이 있을 것으로 생각되므로 이 점에 관한 헌법재판소법의 개정이 요망된다고 하면서, 이렇게 법개정을 할 때까지는 단순히 위헌결정만을 하고 법률이나 법률조항이 위헌성이 있으되 그 정도가 그 법률 또는 그 법률조항을 즉시 실효시켜야 할 정도는 아니고 상당기간내에 입법권자가 그 법

25) 하지만 김진우대판관의 견해는 이후 더 이상 제시되지는 않았지만 학계에서는 오히려 이 견해의 타당성이 주장되기도 한다.(이현환, 김철수교수화갑논문집, 288면 이하.)

를 또는 그 법률조항을 개정할 때까지 그 효력을 지속시킬 필요가 있다고 인정 될 때는, 주문에는 그 위헌성의 정도에 따라 양적, 질적으로 헌법에 합치되지 않는 정도를 나타내어 위헌성을 확인하는 결정을 하고 여기에 위헌성 있는 법률 또는 법률조항의 효력지속 기간을 정하지 아니한 채 단순히 상당기간내에 위헌성 제거를 위한 입법의 촉구 내지 권고결정을 첨가하던지, 주문에는 아직 헌법에 합치한다는 뜻의 결정만을 하고, 그 이유에서 위헌성의 정도를 실시하고 입법권자에 있어 일정기간 또는 상당한 시일 내에 그 법률을 개정함이 요망되는 점을 아울러 실시하여 법개정입법을 촉구 내지 권고하고 그 입법은 위헌성이 없는 범위 내에서의 입법권자의 고유의 권한행사에 맡겨야 한다고 한다.²⁶⁾

3. 변형결정은 허용되는가

이상에서 현행 법체계 아래에서 변형결정을 함에 있어 제기되는 여러가지 문제점과 이를 극복하기 위한 다양한 논의들을 살펴보았다. 이러한 논의들은 우리보다는 헌법재판의 역사가 더 길고 따라서 경험의 축적이 많은 서독 등 외국에서 이미 논의가 되었던 것일 수도 있겠으나 현행의 법제도는 그들의 그것과 같은 것도 아니므로 반드시 그들의 기준에 맞추어 논의해야 할 것도 아니다. 또한 제시되는 각각의 견해들은 모두가 저마다의 논리에 기하여 타당성이 있고 또한 큰 이론적인 모순도 발견되지 않는다. 그

26) 헌재 89.9.8. 선고 88헌가 6 결정에서 재판관 김진우의 반대의견, 헌판집 제1권 269-273면 참조.

러므로 여기에서는 각각의 견해에 대하여 구체적으로 검토하기보다는 변형결정을 긍정하는 견해를 지지하면서 평소에 가지고 있던 나름대로의 견해를 덧붙이고자 한다.

우선 권력분립의 원칙과의 관계에서 과연 헌법재판소는 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률을 헌법에 위반한다고 하여 단순위헌으로만 결정하여야 하는가 하는 점이다. 당해 법률이 헌법재판소에서 위헌으로 결정되면 그 결정이 있는 날로부터, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 효력을 상실하게 된다. 그러나 앞서서도 지적하였듯이 우리 헌법은 국회에게 광범한 입법형성의 재량권을 부여하고 있고 따라서 법률을 새로이 제정하거나 개정하거나 아니면 당해 법률을 폐지하는 것 등등은 모두가 이런 재량권의 범위 안에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 헌법재판소가 당해 법률이나 법률의 조항을 심사하여 그 위헌성이 내재하고 있음을 탐지하였다고 하더라도 바로 위헌의 결정을 하여 그 날로부터 그 효력을 상실하게 하는 것 보다는 그 위헌성이 내재하고 있음을 확인하고 입법기관인 국회로 하여금 그 위헌성을 제거하도록 하는 것이 오히려 더 권력분립을 규정하고 있음과 아울러 헌법재판제도를 인정하고 있는 우리 헌법의 취지와 합당하지 않을까 생각한다. 또한 비록 위헌적인 법률이라도 존재하는 것이 그와 같은 법률이 존재하지 않는 경우보다는 덜 위헌적인 여러가지 상황을 쉽사리 상정할 수 있는 바, 이러한 경우에 당해 법률이 위헌의 소지가 있다고 하여 바로 위헌의 결정을 할 것이 아니라, 위헌의 법률이기는 하지만 당분간 존속하게 하고 추후에 입법부로 하여금 이를 시정하도록 하는 내용의 결정을 하는 것이 더욱 정의에 부합할 것이다.

다음으로는 헌법재판이 갖는 본질적인 특성에서 변형결정의 가능성은 추출할 수 있다. 헌법재판은 헌법을 해석하여 이를 제정된 법률에 적용함으로써 그 모순을 시정하여 법질서가 전체적으로 통일되고 상호 조화되도록 하는 일련의 과정인바, 이 때 헌법재판소가 행하는 헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞는 실질적 국민주권의 실현을 보장하려는 것이므로 헌법의 해석과 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아닐 때에는, 헌법재판소는 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 하는 것이다.²⁷⁾ 이렇게 볼 때 헌법재판의 과정은 단지 법적인 과정일 수만은 없고 또 경우에 따라서는 헌법재판소의 결정은 법률의 제정과도 같은 의미²⁸⁾를 갖는다는 것이다. 이것은 달리 말하면 헌법재판은 단지 법적인 과정만 일 수는 없고 어느 정도 정치적인 과정이라는 것을 의미한다. 특히 독일의 경우에는 연방헌법재판소는 그 기능이나 구성을 미루어 볼 때, 법원(Gericht)이라기 보다는 오히려 하나의 ‘정치적 기관’(Politisches Gremium)으로서의 특성을 강하게 갖는다.²⁹⁾

27) 헌재 89.9.8. 선고 88 헌가 6 결정, 헌판집 제1권 207면.

28) 물론 우리의 경우에는 독일의 경우와는 달리 헌법재판소의 결정에 법률적인 효력을 인정하고 있지는 않지만 헌법재판소의 결정은 타 국가기관을 기속하는 기속력이 인정되고 있으므로 결과적으로는 같은 의미를 갖는다고 보아도 좋을 것이다.

29) 허영, 서독에 있어서의 헌법재판, 서독연방헌법재판소를 중심으로, 헌법재판자료, 제2집, 1980, 14면 이하.

이렇게 볼 때 헌법재판소에게는 규범의 통일성을 위하여 그리고 규범과 현실간의 괴리가 있을 때는 이것을 메꾸기 위하여³⁰⁾ 일반사법기관에게 주어지는 것보다 훨씬 더 넓은 재량권이 주어져야 하는 것이다. 그리하여 현실의 규정이 헌법재판소의 기능을 충분하게 발휘할 수 있도록 규정되어 있지 않은 경우에는, 헌법재판제도의 본질적인 부분을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한, 보다 포괄적인 행동의 자유가 헌법재판소에게 주어져야만 한다. 이것이 우리 헌법이 헌법재판제도를 헌법에 수용하여 헌법을 수호하도록 하고 그 하위법으로 그 내용을 규정하고 있는 근본취지일 것이다. 그러므로 헌법재판제도의 근본취지에 부합하지 못하는 규정이나, 이에 충분치 못한 규정은 헌법재판제도의 본질적인 기능을 수행하는데 유익한 방향으로 해석되어야만 하고 또 그렇게 할 수 있어야 한다. 그러므로 헌법재판소법 제45조나 제47조의 규정도 전체 법질서와 조화되게 해석되어야 한다. 명문의 규정에 절대적으로 구속되어 단순히 위헌으로만 결정하여야 한다면 이는 상위법에 성립의 근거를 가지고 있는 제도가 하위의 법에 의하여 그 기능이 제한되는 결과로 되어 전체법질서와는 모순되는 결과가 될 것이다. 헌법재판소는 그러므로 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정에도 불구하고, 아니 오히려 이를 전체법질서와 조화되게 해석함으로써, 단지 '위헌'이나 '합헌'의 결정형식뿐만 아니라 그밖의 결정형식도 취할 수 있다 할 것이다.

30) Michael J. Perry, *The Constitution in The Courts*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1994, P.6.

제3절 변형결정의 유형

I. 헌법불합치결정

1. 헌법불합치의 결정에

우리 헌법재판소는 서울민사지방법원이 제정한 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정에서, 합리적인 선거제도가 의회정치의 이상을 실현하는 유일한 최선의 수단이고 국민은 오직 선거에 의해서만 국정에 참가하는 것이며 선거를 통하여 여론정치가 행해지므로 민주정치에 있어서의 선거는 가장 중요한 국가적 행사의 하나이며 국법질서의 기초가 됨을 전제로 하고,³¹⁾ 입후보할 자격을 제한하고 있는 기탁금제도의 입법적 타당성을 검토하면서, 입후보할 권리를 여러 조건으로 제한하는 것은 선거를 효과적으로 공정하게 운영하고 입후보의 난립과 과열선거를 방지하고 당선자에게 다수표를 획득하도록 제도적으로 보완함으로써 선거의 신뢰성과 정치적 안정성을 확보하기 위한 것이라고 긍정하고, 다만 왜 기탁금제도에 대해서 위헌성의 문제가 제기되는 것인가에 관해서는, 기탁금에 관한 국선법 제33조와 제34조의 규정은 기탁금제도 그 자체에 위헌성이 있는 것 보다 그 기탁금의 액수가 너무 고액이어서³²⁾ 재산을 가지지 못한 국민의 후보등록

31) 헌재 89.9.8. 선고 88 헌가 6 결정, 헌판집 213-214 참조.

32) 우리나라 국민 일반의 소득수준, 임금수준, 저축수준과 비교하여 볼 때 지나치게 과다한 금액이어서 그 액수가 평균적인 일반국민의 경제력으로는 손쉽게 조달할 수 없는 액수임이 명백하여 대다수 국민들에게 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하고 있음.(헌판집 제1권 22면 참조).

을 현저히 제한하여 결과적으로 국민의 참정권을 침해하는 정도에 이르렀기 때문으로 보고, 다만 국선법 제33조의 고액기탁금 제도와 동법 제34조의 높은 기준의 기탁금 국고귀속제도는 위에서 본 바와 같이, 그 위헌성이 인정되므로, 위헌결정을 하여 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 위헌결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실한다고 하여야 할 것이나 (1) 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관의 본질적 기능을 보장하기 위하여, (2) 국회의 동질성을 보장하고 선출조건에 있어서 평등성을 확보하기 위해서, (3) 차기 총선거부터는 실질적인 주권론에 부합하는 합리적인 선거제도와 평등한 참정권의 보장이 확보되는 새로운 국회의원 선거법에 의하여 선출된 국회를 구성하는 것이 합당하기 때문에 이 법조항의 개정을, 늦어도 1999년 5월말까지 계속 적용될 수 있게 불합치 판결을 한다³³⁾고 하여 헌법불합치결정을 하였다.

이와 같이 헌법불합치결정이라 함은 당해 법률규정이 전체적으로는 헌법규정에 저촉되지만 부분적으로는 합헌적인 부분도 혼재하고 있기 때문에 그 효력을 일응 존속시키면서 헌법합치적인 상태로 개정할 것을 촉구할 필요가 있을 때³⁴⁾ 혹은 법률 또는 법률의 조항이 헌법에 위반한다는 위헌성을 인정하면서도 그 법을 당장 무효화시킬 수 없는 특별한 사유가 있어 일정기간³⁵⁾ 그 법률의 효력을 잠정적으로 지속시킬 필요가 있을 때 대상 법률 또는

33) 헌판집 제1권, 256-258면 참조.

34) 헌재 91.3.11. 선고 91 헌마 21 결정, 헌판집 제3권 115면.

35) 지금까지 우리 헌법재판소는 5건의 헌법불합치결정을 하였는데 그 때 제시된 기간은 다음과 같다. “재선거, 보궐선거 등의 가능성이 없어지는 1년 전이 되는 시기인 1991년 5월 말일을 시한으로(헌재 89.9.8 선고 88 헌가 6 결정)”, “위법률시행 후 최초로 실시하는 사.도의회의원 선거일 공고일을 시한으로(헌재 91.3.11. 선고 91 헌마 21 결정)”, “1995년 12월 말을 시한으로(헌재 93.3.11. 선고 88 헌마 5 결정)” 입법자가 개정할 때까지, “위 두 법률조항은 특허법 중 개정 법률(1995. 1. 5. 개정, 법률 제4892호)이 시행되는 1998. 3. 1의 전일까지(헌재 95. 9. 28. 선고 92 헌가11, 93헌가8, 9, 10(병합)결정)”. 그러나 헌재 94.7.29. 선고 92 헌바 49, 52 (병합)결정에서는 입법시한이 제한되지 아니하였다.

법률조항의 효력상실만을 잠정적으로 유보하는 변형결정이다.³⁶⁾

2. 주문 형식

헌법불합치결정은 앞서서도 살펴본 바와 같이 일단 당해 법률 또는 법률의 조항이 헌법에 위반된다는 사실은 긍정하면서도 특단의 사정으로 위헌으로 즉시 당해 조항의 효력을 정지시킬 수 없을 때, 행하는 결정이므로 주문에서는 『……조는 헌법에 합치하지 아니한다』라는 내용을 밝히고 당해 법률이 그럼에도 불구하고 일정기간 동안 시한을 정하여 『입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다』는 효력지속의 뜻을 주문에 신는다. 그리고 이 때 헌법에 위반하는 사유 및 그럼에도 불구하고 위헌결정을 하지 않고 헌법불합치결정을 하면서 이유에서 향후 헌법불합치의 상태를 제거하기 위한 방안이 제시되기도 하고³⁷⁾ 잠기간 동안에 형식적인 존속력을 가지고 있는 법률을 당해 기간 동안 법집행기관들이 이를 적용할 것인지의 여부에 관하여 헌법재판소의

36) 헌재 94.7.29. 선고 92 헌바 49,52 (병합)결정, 헌판집 제6권2집, 118면.

37) 우리 헌법재판소는 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 “국가지방자치단체에 종사하는 노동자”에 관한 부분의 위헌여부의 헌법소원결정에서 입법자에게 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 헌법 제33조 제2항의 규정과 불합치하는 상태를 하루 속히 제거하여 헌법의 규정대로 법질서를 정립하는 것이 의무임을 밝히고, 헌법불합치의 상태를 제거하기 위해 일정한 범위의 공무원에게 단체행동권을 부여할 수 있는 방안을 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째로, 공무원 가운데 사실상 노무에 종사하는 공무원인 근로자에게 그 범위를 한정하여 단순하게 단체행동권을 부여하는 방안, 둘째로 사실상 노무에 종사하는 공무원인 근로자에게 단체행동권을 부여하되 헌법 제33조 제1항, 제37조 제2항에 입각하여 그 행사요건과 절차를 구체적으로 설정하는 입법방안, 셋째로, 이상 본 방안과는 달리 국가공무원이나 지방공무원 중 단체행동권을 부여할 자를 사실상 노무에 종사하는 자에게 기준을 찾지 않고 이와는 다른 기준, 즉 종사하는 업무가 경찰·군인·교도 관소·방관과 같은 직접적인 국가안정보장이나 질서의 유지와의 관련성, 국민경제와 국민의 정상생활에 미치게 될 해악의 정도, 환자치료나 간호와 같은 공중보건과의 직접성, 수도·에너지·생필품·쓰레기청소 등 국민의 생존권 문제와 관계되는 본질적인 것인가의 여부 등을 표준으로 하는 방안(헌판집 제5권 1집, 72-73면)이 그것이다.

의견을 표하기도 한다.³⁸⁾

3. 불합치결정을 하게 되는 사유

1) 국회입법형성권 존중

헌법재판소는 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위하여 해당법률에 대하여 위헌의 결정을 하지 않고 헌법불합치결정을 한다. 즉 우리 헌법은 국가권력의 집중과 남용을 방지함으로써 국민의 자유와 권리를 확보할 목

38) 헌법재판소는 토지초과이득세법 제10조 등에 대한 위헌소원심판에서는 토지초과이득세법 전체에 대하여 헌법불합치결정을 내리고 법원, 행정청 기타 모든 국가기관은 입법자가 토초세법을 개정 또는 폐지할 때까지 토초세법의 시행 또는 적용을 중지하여야 한다고 결정했고(헌판집 제6권2집, 64(121)), 특허법 제 186조 제1항 등에 관한 위헌 결정(헌재 95.9.28. 선고 92헌가11, 93헌가8,9 (병합)결정)에서는 잠정기간 동안에도 모든 특허 및 의장쟁송사건에 대하여 이를 그대로 적용하도록 하였다.

적으로 국가작용을 입법·집행·사법작용으로 분할하고, 이들 작용을 각각 분리·독립된 별개의 기관에게 담당시킴으로써 기관상호간에 억제와 균형을 유지하게 하는 것을 그 내용으로 하는 권력분립의 원칙³⁹⁾을 우리 헌법을 지배하는 하나의 원칙으로 수용하고 있는데, 이러한 권력분립의 원칙은 우선 각 권력의 주체가 자신의 독자적인 판단으로 그 권력을 행사할 수 있음이 보장되고 또 그와 같은 독자적인 판단에 의하여 행사된 권력에 권위가 인정될 때 달성할 수 있는 것인 바, 우리 헌법은 입법에 관한 권한을 국회에 부여하고 있음으로 법률을 제정하거나 개정하거나 혹은 폐지하는 것에 관하여서는 가능한 한 입법부인 국회의 고유의 의사에 맡기는 것이 헌법이 요구하는 권력분립의 원칙에 합당할 것이므로 헌법재판소는 스스로 위헌의 결정을 하여 당해 법률을 즉시로 무효화시킴으로써 헌법이 채용하고 있는 권력분립의 원칙에 반하기보다는 오히려 그렇게 법률을 개폐할 권한이 처음부터 부여된 국회로 하여금 그와 같은 고유의 권한을 행사할 수 있는 여지를 마련해 주기 위하여 위헌결정을 피하고 헌법불합치결정을 하게되는 것이다. 우리 헌법재판소가 법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의하여 이루어지는 것이 헌법상의 권력분립 원칙에 합치되는 것⁴⁰⁾으로 보아서, 또한 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며, 그것은 국민의 대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고

39) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994, 9면.

40) 헌관집 제1권 256면.

배려⁴¹⁾라 하여, 그리고 위헌으로 인정한 현행 토초세는 불확실성을 불식할 수 없는 과세표준을 고려할 때 그 세율이 지나치게 고율인 점과 수평적·수직적 평등에 반하여 누진적 구조를 채택하고 있지 아니한 점에 위헌성이 있다고 보는 것이지만 그와 같은 위헌적인 규정을 다시 합헌적으로 조정하는 임무는 어디까지나 입법자가 그 결정의 취지에 따른 범위 내에서 행사할 수 있는 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 또한 임대토지 조항에 관하여도 그 규정형식이 위임입법의 한계를 넘었다는 것과 임대토지라 하여 그 전부를 원칙적으로 과세대상인 유희토지로 인정하는 것은 위헌이라는 취지일 뿐 임대토지라 하여 무조건 유희토지로 보아서는 아니된다는 취지는 아니므로 그와 같은 위헌적인 요소가 제거되는 이상 구체적으로 어떠한 범위 내의 임대토지를 유희토지로 한 것인가의 여부 역시 합리적인 입법자의 형성재량에 속하는 문제⁴²⁾라 하여 불합치결정을 한 경우가 이에 해당한다.

2) 신구법의 부조화

헌법재판소는 심판제청된 법률이 그 법률의 모범이 되는 헌법규정이 개정되었음에도 불구하고 구법의 취지에 따라 제정된 하위법이 여전히 통용되어, 이제는 그 하위법이 그 모범으로 된 신헌법의 취지와 조화를 이룰 수 없을 때, 해당법률에 대하여 헌법불합치결정을 하였다. 즉 헌법재판소는 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 “국가지방자치단체에 종사하는 노동자”에 관한 부분의 위헌여부에 관한 헌법소원결정에서 1987. 11. 28. 법률 제

41) 현재 91.3.11. 선고 91 헌마 21결정, 헌판집 제3권 91(115).

42) 현재 94.7. 29. 선고 헌바 49,52 (병합)결정, 헌판집 제6권2집 119면.

3967호로써 개정된 현행 노동쟁의조정법 제12조 제2항⁴³⁾은 현행헌법이 개정되기 이전의 헌법인 1980. 10. 27. 소위 제5공화국헌법에는 부합하지만 노동3권을 크게 신장시키고 있는 현행 헌법의 입법취지를 도외시한 규정이므로 현행 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 정한 쟁의행위금지 규정 중 “국가지방자치단체에 종사하는 근로자”에 관한 부분은 헌법 제33조 제2항의 규정에 어긋나는 헌법불합치의 규정이라고⁴⁴⁾하여 헌법불합치결정을 하였다. 즉 헌법재판소는 다음과 같은 청구인의 주장 『(1) 현행 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하였는데, 하위법인 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서 특정공무원 즉, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동권마저 전면금지한 것은 위헌이고, (2) 또한 현행 헌법에서는 구 헌법 제31조 제3항의 국가지방자치단체·국영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 제한 규정을 삭제하고, 오직 법률이 정하는 중요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 제한규정(헌법 제33조 제3항)만을 남긴 것으로 보아 노동쟁의조정법에 의한 전공무원의 단체행동권의 전면금지 조치는 헌법위반이며, …… (4) 현행헌법 제33조 제1항은 구 헌법 제31조 제1항과 달리 법률유보의 제한 없이 노동3권을 완전 보장하고 있는 바, 그것은 구 헌법 제31조 제1항 단서에서는 “단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다”고 규정하

43) 국가지방자치단체 및 방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.<개정 1987.11.28>

44) 헌재 93.3.11. 선고 88 헌마 5 결정, 헌판집 제5권1집, 59(78)면.

였는데, 현행 헌법은 구 헌법의 단서규정을 삭제함으로써 법률유보의 가능성을 배제하고 있는 점으로 보아 분명하게 헌법에 위반한다』는 장에 대하여, 공무원의 경우는 국민전체의 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 근무하고 직무집행에 있어서 전념의무가 있는 것이 공무원의 신분상의 지위인 것으로 보나, 국가기능의 계속성의 확보를 위하여도 부득이한 것이기 때문에, 또한 특히 공무원의 경우는 그 근로조건은 헌법상 국민전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률예산의 형태로 결정되는 것이고, 노사간의 자유로운 단체교섭에 기한 합의에 기하여 결정될 수 있는 것도 아니기 때문에 일반 사기업의 경우처럼 단체교섭의 일환으로서의 쟁의권이 헌법상 일반적으로 당연히 보장된다고는 단정할 수 없고 또한 현행 헌법 제33조 제2항도 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 모든 공무원에게 노동3권을 준다는 취지는 아니므로 공무원에게 단체행동권을 제한할 수 있음을 긍정하면서도, 그러나 단체행동권을 구체화한 법률이며, 현행 헌법이 제정·공포된 뒤이지만 시행되기 바로 전인 1987.11.28. 법률 제3967호로써 개정된 현행 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 노동삼권을 크게 신장시키고 단체행동권의 제한대상을 법정 주요방위산업체 종사자에 국한시킨 현행 헌법 제33조의 입법취지를 고려하지 않고 현행 헌법 이전의 구 헌법 제31조의 규정에는 부합되는⁴⁵⁾ “국가·지방자치단체……에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.”는 규정을 그대로 놓아 둬으로써, 문면의 해석상으로는 일응 모든 공무원에게 단체행동권 즉, 쟁의권을 근본적으로 일률적으로 부

45) 1980.10.27. 전문개정되어 공포된 구 헌법 제31조 제1항은 “근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다.”고 규정하고, 동조 제2항에서 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동을 가질 수 없다.”고 규정하여, 공무원인 근로자의 경우에 이른바 노동3권을 원칙적으로 부인하였으며, 나아가 동조 제3항에서는 “국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.”고 규정하여 국가공무원이나 지방공무원 등의 단체행동권을 법률에 의하여 제한하거나 부정할 수 있게 되어 있었다. 1989.10.29.에 전문개정·공포되고, 1988.2.25.부터 시행하게 된 이른바 제6공화국 헌법인 현행 헌법에서는 이와는 달리 제22조 제2항에서 “근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고만 규정하여 단체행동권의 행사에 관해 개별적인 유보조항을 삭제함으로써 이른바 노동3권을 크게 신장시켰고, 동조 제2항에서는 공무원에 대하여도 일부 긍정하는 형태로 바꾸어, “공무원인 근로자는 법률이 정하는 바에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 개정하였으며, 제3항에서는 구 헌법과 달리 단체행동권의 제한 내지 금지 대상자를 대폭적으로 축소시켜서 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자를 제외시키고 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.”고 규정하여 그 대상을 법정 주요방위사업체 종사자에 국한시켰다.(헌판집 제5권1집 68-69면)

인하고 있으며, 이로 인하여 헌법 제33조 제2항이 예정하는 일정범위의 공무원
까지 쟁의권이 제한·금지당하게 되는 것이므로, 이와 같은 측면에서는 현행 헌법
이전의 구 헌법 제31조의 규정에는 부합된다 하여도 확실히 현행 헌법 제33조
제2항의 규정과는 충돌이 되고 저촉된다⁴⁶⁾하여 헌법불합치결정을 하였다.

3) 위헌결정으로 인한 법적 혼란 내지 법적 공백의 우려
헌법재판소는 토지초과이득세법 제10조 등 위헌소원, 토지초과

46) 헌관집 제5권 1집 64-72 참조.

이득세법 제8조 등 위헌소원(병합)결정⁴⁷⁾에서 어느 법률에 대하여 단순한 위헌 결정이 선고되면 그 법률은 그 때부터 그 효력을 상실하게 되고 더 이상 유효한 법률로서 존재할 수 없게 됨이 원칙인 바, 토지초과이득세법은 개발이익환수에 관한 법률과 밀접한 관계를 가지고 있고, 여타 세법과의 사이에도 구조적·내용적인 연계를 지니고 있으므로, 세법질서상 당장 이것을 무효로 한다면 법제 및 재정 양면에 걸쳐 국정상 적지 않은 법적 혼란 내지는 공백을 초래할 우려가 있다고 하여 헌법불합치결정을 하였다. 즉 토지초과이득세법상의 기준시가는 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로 이를 대강이나마 토초세법 자체에서 직접 규정해두었어야 함에도 불구하고 토초세법 제11조 제2항이 그 기준시가를 전적으로 대통령령에 맡겨두고 있는 것은 헌법상의 조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정하도록 한 헌법 제75조의 취지에 위반되고, 토지초과이득 계측수단의 구조적인 미비점으로 인하여, 토초세가 이득에 대한 과세가 아니라 원본에 대한 과세가 되어버릴 위험부담이 높아져 결국 헌법이 보장하고 있는 국민의 재산권을 부당하게 침해할 개연성이 크고, 토초세는 그 계측의 객관성 보장이 심히 어려운 미실현이득을 과세대상으로 삼고 있는 관계로 토초세 세율을 현행법과 같이 고율로 하는 경우에는 자칫 가공이득에 대한 과세가 되어 원본잠식으로 인한 재산권침해의 우려가 있고, 또한 적어도 토초세와 같은 이득에 대한 조세에 있어서는 과세의 수직적 공평을 이루어 소득수준이 다른 국민들 사이

47) 헌재 94.7.29. 선고 92 헌바 49,52(병합)결정, 헌관집 제6권2집, 64면 이하.

의 실질적인 평등을 도모하여야 할 뿐만 아니라, 토초세는 어느 의미에서 양도소득세의 예납적 성격을 띠고 있음에도 불구하고 굳이 토초세의 세율체계를 단일 비례세로 한 것은 소득이 많은 납세자와 소득이 적은 납세자 사이의 실질적인 평등을 저해하는 것이고, 토초세법 제8조 제1항 13호는 임대토지를 원칙적으로 유휴토지 등에 해당하는 것으로 규정하면서 아무런 기준이나 범위에 관한 제한도 없이 “대통령령이 정하는 토지”를 유휴토지 등이 범위에서 제외할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 국민에 대한 납세의무의 부과 여부 자체가 입법권에 의한 아무런 통제 없이 행정권에 의하여 좌우되도록 한 것으로서 헌법상의 위임원칙 및 조세법률주의와 충돌되고, 토초세는 양도소득세와 같은 取得稅의 일종으로서 그 과세대상 또한 양도소득세 과세대상의 일부와 완전히 중복되고, 양세의 목적 또한 유사하여 어느 의미에서는 토초세가 양도소득세의 예납적 성격을 가지고 있다고 봄이 상당한데도 토초세법 제26조 제1항과 제4항이 토초세액 전액을 양도소득세에서 공제하지 않도록 규정한 것은 조세법률주의상의 실질과세의 원칙에 반하는 것이라 하여 그 위헌성을 인정하면서, 또한 위 각 위헌적 규정들 중 제11조 제2항은 토초세의 과세표준을 정하는 지가에 관한 규정이고, 제12조는 토초세의 세율에 관한 규정인데, 이들 두 규정은 모두 토초세제도의 기본요소로서 그중 한 조항이라도 위헌 또는 헌법불합치결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 토초세법 전부를 시행할 수 없게 될 것이고, 또한 헌법재판소법은 위헌법률심판의 대상에 관하여 원칙적으로 제청법원으로부터 제청된 법률조항에 대하여서만 결정하도록 하되, 예외적으로 제청된 법률조항이 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전

부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 법률 전부에 대하여도 결정할 수 있도록 하고 있음으로(헌법재판소법 제45조) 이 사건에 관하여는 나머지 심판대상조문들에 대하여 더 따져 볼 것도 없이 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 토초세법 전부에 대하여 위헌 또는 헌법불합치결정을 선고하여야 할 경우이나, 어느 법률에 대하여 단순한 위헌결정이 선고되면 그 법률은 그 때부터 그 효력을 상실하게 되고 더 이상 유효한 법률로서 존재할 수 없게 됨이 원칙인 바, 단순위헌으로 발생할 수 있는 부정적인 결과의 발생⁴⁸⁾을 최소화하지 않을 수 없기 때문에,⁴⁹⁾ 그 주문형식으로써 위헌결정의 형식을 취하지 않고 성질상 위헌결정의 일종으로서 대상 법률 또는 법률조항의 효력상실만을 잠정적으로 유보하는 우리 헌법재판소의 확립된 판례에 의하여 인정되고 있는 “헌법불합치결정”을 선고하였다.⁵⁰⁾

48) 법적 혼란 내지는 법적 공백, 그리고 당장 토지초과이득세법에 대한 단순위헌결정을 선고한다면 이 사건 청구인들 기타 토초세부과와 관련한 소송을 제기하고 있거나 하려는 사람들은 이른바 “당해사건” 당사자로서 이 결정의 효력이 미치게 되는 결과로 위헌결정의 이익을 받게 될 것이나, 상대적으로 현행법에 따른 기발생 토초세를 전부 납부하고도 이에 대해 아무런 이익을 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래하게 됨.(헌관집 제6권 2집, 118-120)

49) 헌재 94.7.29. 선고 92 헌바 49,52 (병합)결정, 헌관집 제6권 2집, 64(118-121)면.

50) 헌재 94.7.29. 선고 헌바 49,52 (병합)결정, 헌관집 제6권 2집, 64(118)면. 또한 이와 같은 의미에서 단순위헌결정을 하지 않고 불합치결정을 한 예로는 특허법 제186조 제1항 등에 관한 위헌결정(헌재 95.9.28. 선고 92헌가11, 93헌가8,9,10 (병합)결정)이다. 이 결정에서 헌법재판소는 심판대상 법률조항에 기초한 현행 특허쟁송제도는 앞서 본 바와 같은 위헌성에도 불구하고 1964년 이래 지금까지 거의반세기에 이르도록 지속적으로 시행되어 온 제도이고, 특허법 제186조 제1항은 상표법(제 86조 제2항), 의장법(제75조) 및 실용신안법(제35조)에도 준용되고 있고, 따라서 위 심판대상 법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌선언은 바로 위와 같이 장기간 유효하게 존속하여 온 산업재산권 관계의 쟁송절차에 대한 전반적인 일대변혁을 의미하는 것이므로 그로 인한 충격과 혼란이 매우 심각하고 또 광범위할 것으로 예상되어 이러한 충격과 혼란을 가능한 최소화하기 위한 필요에서 헌법불합치결정을 하였다고 하고 있다.

II. 일부위헌결정

1. 단순위헌결정과의 관계

헌법재판소는 법률에 관한 위헌심판의 제청이 있어야만 그에 관한 심판을 할 수 있다. 즉 법원은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하는데, 이 심판제청에 의하여 비로소 헌법재판소의 심판절차는 개시되는 것이다. 위헌법률심판의 신청은 서면에 의하여야 하는 바, 그 제청서에는 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항, 위헌이라고 해석되는 이유 등을 기재하여야 한다(헌법재판소법 제43조). 이에 따라 심판대상은 확정되는 바, 이 때 그 심판대상은 전체법률 또는 조항 전체일 수도 있고 또한 그 법조문의 문, 단, 호만으로 될 수도 있고 독립가분될 수 있는 경우에는 당해 조문의 한구절 또는 한어구 등이 될 수 있다.

우리 헌법재판소법은 제45조에서 “제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부”만을 결정하도록 하고 있고, 또 예외적으로 “법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다”고 하여 위헌결정은 원칙적으로 심사제청된 법률조항 전체 혹은 해당 법

를 전체에 대하여 이루어 질 것을 예정하고 있다. 그러나 위헌결정이 법률 전체에 대하여⁵¹⁾ 혹은 해당 법률조항 전체⁵²⁾에 대하여 이루어지는 경우보다는 오히려 법조문 중 일정한 項 또는 文, 段, 號만에, 그리고 그 조문의 한 구절 또는 한 어구 등에 대하여서도 독립가분될 수 있는 경우에는 그 법률의 구성단위에 위헌결정이 내려지는 경우가 대부분이다.⁵³⁾

이와 같이 심판대상에 따라 해당 법률 전체 혹은 해당 법률조항 전체에 위헌의 소지가 있어 그 전체에 대하여 위헌결정이 내려지는 경우가 단순위헌결정이라면 이에 대하여, 일부위헌결정은

51) 우리 헌법재판소는 토지초과이득세법 제10조, 제8조 등 위헌소원심판결정에서 “…… 위헌적인 규정들 중 11조 제2항은 토초세의 과세표준을 정하는 지가에 관한 규정이고, 제12조는 토초세의 세율에 관한 규정인데 이들 두 규정은 모두 토초세제도의 기본요소로서 그 중 한 조항이라도 위헌 또는 헌법불합치결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 토초세법 전부를 시행할 수 없게 될 것이므로, ……헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 토지초과이득세법전부에 대하여 위헌 또는 헌법불합치결정을 선고하여야 할 경우” 라고 보고 전체에 대하여 헌법불합치결정을 하였다.(헌재 94.7.29. 선고 92헌바 49,52 (병합)결정, 헌판집 제6권2집 117-118 참조)

52) 헌재 89.5.24. 선고 89 헌가 37,96 (병합)결정; 헌재 90.6.25. 선고 89 헌가 98 내지 101 (병합)결정; 헌재 90.11.19. 선고 90 헌가 48 결정.

53) 헌법재판소 판례집 제7권제1집이 발간되기까지 이 유형으로 결정된 헌법재판소의 결정에는 다음과 같다. 민법 제764조 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것(헌재 91.4.1. 선고 89 헌마 160 결정), 국유재산법 제5조 제2항을 동법의 국유재산 중 잠중재산에 대하여 적용하는 것(헌재 91.5.13. 선고 89 헌가 97결정), 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 “특수건물”부분에 동법 제2조 제3호 가목 “4층 이상의 건물”을 포함시키는 것(헌재 91.6.3. 선고 89 헌마 204 결정), 국회의원 선거법 제55조의 3 중 “정당연설회의 당해 지역구 후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분”과 제56조 중 “정당의 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 따로 더 배부할 수 있도록 한 부분”(헌재 92.3.13. 선고 92 헌마37,39 (병합)결정), 국가안보법 제19조 중 제7조 및 제10조의 죄에 관한 구속기간연장부분(헌재 92.4.14. 선고 헌마 82 결정), 지방재정법 제74조 제2항을 같은 법 제72조 제2항에 정한 “잠중재산”에 대하여도 이를 적용하는 것(헌재 92.10.1. 선고 92 헌가 6,7, (병합) 결정), 1980년 해직 공무원의 보상등에 관한 특별조치법 제2조 제1항 제2호의 “차관급 이상의 보수를 받는 자”에 법관을 포함시키는 것 (헌재 92.11.22. 선고 91헌가2결정), 구 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호로 전문개정, 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거 및 선거부정방지법으로 폐기되기 전의 것) 제35조 제1항 제6호의 “정부투자기관관리기본법시행령(1984.3.20. 공포 대통령령 제11395호) 제13조 제1항에서 정하는 집행간부”가 아닌 직원을 포함시키는 것(헌재 95.5.25. 선고 91 헌마 67 결정).

당해 법률 또는 당해 조문 그 자체는 합헌이나 심판대상이 된 법률조항 중의 일부분만에 위헌의 소지가 있어 그 부분만에 위헌결정을 할 필요가 있는 경우에, 그 위헌적인 부분이 하나의 법률조항에서 언어구조상 분할하는 것이 가능하고, 그러므로 그 부분이 위헌무효로 되어 없어진다고 하더라도 그로 인하여 그 법률조항의 효력이 전체적으로 무효가 되는 결과를 초래하지 않을 경우, 그 부분에 한해서만 위헌결정을 하는 경우이다.⁵⁴⁾

그럼으로 주문에 그 특정하는 내용과 규정에 대하여 가분적으로 적용의 범위와 한계를 명확하게 구분하여 그 상대적인 법률규정이나 그 법률효과와의 관계에서 혼동되지 않도록 주문에서 이를 특정하고 명시하여야 한다.⁵⁵⁾

54) 전광석, 헌법재판 단순합헌결정과 단순위헌결정, 헌법재판자료 제5집, 1992.12. 헌법재판소, 55면.

55) 한병채, 헌법재판론, 고시계, 1994, 545면 참조.

2. 주문형식

일부위헌결정은 당해 법률 그 자체는 합헌이나 심판대상으로 된 법률조항 중의 일부분만에, 혹은 특정한 사항에 당해 법률조항이 적용되는 것으로 보는데, 혹은 특정한 사항을 당해 법률조항이 예정하고 있는 요건에 해당하는 것으로 보는 것에 위헌의 소지가 있어 이에 대하여 위헌의 결정을 하는 주문형식이므로 그 주문에서는 구체적으로 그 “위헌되는 부분”이나 혹은 “특정한 사항”을 명문에 포함시킴으로써, 혹은 적용함으로써 위헌으로 된다는 뜻을 분명하게 밝힌다.

헌법재판소가 형사소송법 제97조 제3항에 관한 위헌제청에 대하여 『형사소송법 (1954.9.23. 법률 제341호 ; 개정 1973.1.25. 법률 제2450호) 제97조 제3항 중 “보석을 허가하는 결정” 부분은 헌법에 위반한다.』⁵⁶⁾라고 한 결정이나, 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원결정에서 그 주문을 『민법 제764조 (1958.2.22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 「사죄광고」를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다.』⁵⁷⁾라고 한 결정이 이에 해당하는 전형적인 주문형식이다.

3. 적용영역

1) 법문의 일부분이 위헌인 경우

이 경우는 당해 법률조항 그 자체는 합헌이나 그 조항의 일부

56) 헌재 93.12.23. 선고 93 헌가 2 결정, 헌판집 제5권2집, 581.

57) 헌재 91.4.1. 선고 89헌마 160 결정, 헌판집 제3권 150.

분에 위헌의 소지가 있어 일부위헌의 결정을 하는 경우이다. 국회의원선거법 제 55조의 3 중 “정당연설회에 당해 지역구후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분”과 제56조 중 “정당이 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 따로 더 배부할 수 있도록 한 부분”,⁵⁸⁾ 국가보안법 제19조 중 제7조 및 제10조의 죄에 관한 “구속기간연장부분”,⁵⁹⁾ 등은 헌법에 위반한다고 결정한 경우가 바로 조항의 일부분에 위헌결정을 한 일부위헌결정의 예이다. 이렇게 법조문의 일부에 일부위헌의 결정이 내려지게 되면 당해 조항은 위헌결정을 받지 않은 부분만으로 잔존하게 되어 결정의 전후 그 법문의 내용이 변하게 된다. 이를 양적일부무효라고도 한다.⁶⁰⁾

2) 법조문의 일정한 적용예 혹은 특정한 사항을 법률조항이 예정하고 있는 요건에 포함시키는 것이 위헌인 경우

이 경우는 특정한 사항을 법률조항이 예정하고 있는 요건에 포함시키는 것 혹은 일정한 사실을 당해 법률의 적용범위에 포함시키는 것 그 자체에 대하여 위헌결정을 하는 경우로, 민법 제746조의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것,⁶¹⁾ 국유재산법 제5조 제2항을 동법의 국유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것,⁶²⁾ 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률

58) 헌재 92.3.13. 선고 92 헌마 37,39 9병합)결정, 헌판집 제4권 137(140).

59) 헌재 92.4.14. 선고 90 헌마 82결정, 헌판집 제4권, 199면.

60) 전광석, 헌법재판 단순합헌결정과 단순위헌결정, 헌법재판자료 제5집, 1992.12. 51면 참조.

61) 헌재 91.4.1. 선고 89 헌마 160 결정, 헌판집 제3권, 149(150).

62) 헌재 91.5.13. 선고 89 헌가 97 결정, 헌판집 제3권, 202(203).

제5조의 “특수건물” 부분에 동법 제2조 제3호 가목 소정의 “4층 이상의 건물”을 포함시키는 것,⁶³⁾ 지방재정법 제74조 제2항은 같은 법 제72조 제2항에 정한 “잡종재산”에 대하여도 이를 적용한 것,⁶⁴⁾ 1980년해직공무원의보상에관한특별조치법 제2조 제2항 제1호의 “차관급 상당 이상의 보수를 받은 자”에 법관을 포함시키는 것,⁶⁵⁾ 구 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제6호의 “정부투자기관의 임·직원” 중 “직원” 부분에 “정부투자기관관리기본법시행령 제13조 제1항에서 정하는 집행간부”가 아닌 직원을 포함시키는 것⁶⁶⁾은 헌법에 위반된다 라고 결정한 경우가 이에 해당된다. 이 경우는 당해 법조문은 결정의 전후를 통하여 변화를 겪지는 않지만 다만 당해 위헌결정의 주문에서 밝혀진 일정한 적용례나 일정한 사항을 당해 법률조항을 해석함에 있어서 선택의 대상이 될 수가 없게 된다.

Ⅲ. 한정합헌, 한정위헌결정

1. 한정합헌, 한정위헌결정의 의의

헌법재판소는 법원이 법률에 관하여 위헌여부심판을 제청하면 이에 관해 심판하고 결정을 선고한다. 그러나 제청된 법률 또는 법률의 조항이 다양하게 해석될 여지가 있어 일정한 적용가능성에 있어서는 합헌이고 다른 적용가능성에 있어

63) 현재 91.6.3. 선고 89 헌마 204 결정, 헌판집 제3권, 268(272).

64) 현재, 92.10.1. 선고 92 헌가 6,7, (병합)결정, 헌판집 제4권, 585(589).

65) 현재 92.11.12. 선고 91 헌가 2 결정, 헌판집 제4권,713(715).

66) 현재 95.5.25. 선고 91 헌마 67 결정, 헌판집 제7권1집, 722(726).

서는 위헌인 경우⁶⁷⁾가 있을 수 있다. 그리하여 전제사건의 사실관계에 대하여 적용하게 될 법률의 합헌성 여부가 헌법재판소의 심사대상이 되었을 경우, 전제 사건과의 상관관계하에서 법률의 문언, 의미, 목적을 살펴 부분적으로는 합헌이고 부분적으로는 위헌으로 판단되는 등 다의적인 해석 가능성이 생길 때, 헌법재판소가 일반적인 해석작용이 용인되는 범위내에서 어느 해석 가능성이 가장 헌법에 합치되는가를 가려 한정축소적 해석방법을 통하여 합헌적인 일정한 범위내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위 내에 있어서는 합헌임을(따라서 그 이외의 해석가능성은 위헌임을 지시) 선언하는 것이 한정합헌결정이고,⁶⁸⁾ 위와 같은

67) 예컨대 법률의 적용범위가 과도하게 광범위하고 불명확하기 때문에 법운영 당국에 의한 자의적 집행이 소지가 있어 집회시위의 주체자에 따라서는 법규문언 그대로 적용하여 합헌적 행위까지도 단속·처벌하여 집회의 자유, 표현의 자유를 침해할 수 있는가 하면, 역으로 경우에 따라서는 가능한 한 축소해석을 하여 위헌성을 띠는 행위마저 단속·처벌에 변제시키는 결과를 초래할 수 있는 경우.(헌재 92.1.28. 선고 89 헌가 8 결정, 헌판집 제4권, 4(18) 참조)

68) 헌법재판소가 국가보안법 제7조 등에 관한 헌법재판소결정에서 「그러나 한편 민주 체제 전복을 시도하는 집회·시위나 공공의 질서에 관한 법의 침해의 명백한 위험 있는 집회·시위까지 집회의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닌 것이며, 대중집회는 뜻밖의 자극에 의하여 군중의 흥분을 야기시켜 불특정 다수인의 생명·신체·재산 등의 위해를 줄 위험성이 내재되어 있는 것으로 이를 막자는 테도 위조문의 취의가 있다고 할 것인즉 위 조문의 합헌적이고 긍정적인 면도 간과해서는 안될 것이므로, 헌법과의 조화, 다른 보호해야 할 법익과의 조정에 해석상 긍정적인 면을 살리는 것이 마땅할 것인바, 이러한 견지에서 합헌적 규제의 대상으로서의 집회·시위는 어디까지나 동 규정 소정의 집회·시위 가운데서 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 한정할 것이고, 이에 직접적인 위협이 될 것이 명백하지 아니한 것은 배제시켜야 할 것으로, 이처럼 적용범위를 국한시키면 위 조문이 평화적이고 비폭력적인 집회·시위에 장애요인이 될 수 없으며, 또한 이와 같은 제약을 붙여 제한해석 한다면 규제기준의 불명확 또는 광범성 때문에 생기는 집회·시위의 자유의 부당한 제한이나 그 본질적 내용의 침해 문제가 없어질 것이므로, 이러한 해석하에서 헌법에 위반하지 아니한다」는 한정합헌결정을 하였다.(헌재 92.1.28. 선고 89 헌가8 결정, 헌판집 제4권, 4(17-19).)

합헌적인 한정축소 해석의 타당영역 밖에 있는 사안례에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률의 문언자체는 그대로 둔 채 한정조항을 붙여 결정하는 것이 한정위헌결정이다.⁶⁹⁾ 즉 한정합헌결정은 전제사건의 사실관계에 대하여 적용하게 될 법률의 합헌성 여부가 심사대상이 되었을 경우 전제사건과의 상관관계하에서 당해 법률의 문언, 의미, 목적을 합헌적인 한정축소해석을 통하여 위헌적인 해석가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제하여야 할 경우에 행하는 결정형식이고, 한정위헌결정은 전제사건과의 상관관계하에서 당해 법률의 적용범위의 축소를 통하여 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 적극적으로 배제할 경우에 행하는 결정형식인 것이다.⁷⁰⁾

그러므로 양자는 본질적으로는 일종의 부분적 위헌선언이며 그 효과를 달리하는 것은 아니지만 다만, 법문의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 법문의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판 사건에서의 실무적인 적의성 등에 따라 그 중 한가지 방법이 선호될 수 있는 것이다.⁷¹⁾

69) 헌재 89.7.21. 선고 89헌마 38 결정, 헌판집 제1권, 131(146-147); 헌재 92.2.25. 선고 89헌가104 결정, 헌판집 제4권 64(112).

70) 따라서 이 경우는 합헌으로 해석하는 의미 밖의 영역에 속하는 사안례군에까지 법률의 적용범위를 넓힐 수 없으며 그러한 뜻에서 당해 법률의 적용범위가 정당한 해석선 내로 좁아드는 결과가 된다.

71) 헌재 89.7.21. 선고 89헌마38 결정, 헌판집 제1권, 131(146-148).

2. 주문형식

1) 한정합헌결정

한정합헌결정은 그 법률규정의 문이나 의미해석상 여러 가지로 해석할 수 있어서 그 중 헌법에 위배되는 부분을 제거하여 합헌을 선언하는 것이므로 법의 집행과 적용에 있어서 이를 남용하거나 악용할 소지가 없도록 주문에서 구체적이고 명확하게 그 법률의 해석상의 한계를 명시하여야 한다. 우리 헌법재판소가 「상속세법 제32조의 2 제1항은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다.»⁷²⁾라고 결정하거나, 「도로교통법 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련된 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.»⁷³⁾라고 결정한 것이 이에 해당한다.⁷⁴⁾

72) 헌재 89.7.21. 선고 89헌마38 결정, 헌판집 제1권, 131(133).

73) 헌재 90.8.27. 선고 89 헌가113 결정, 헌판집 제2권, 222(225).

74) 지금까지 이와 같은 형식을 취한 결정을 다음과 같다. 상속세법 제32조의 2의 위헌 여부에 관한 헌법소원결정(헌재 89.7.21. 선고 89헌마38결정, 헌판집 제1권, 131), 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판(헌재 90.4.2. 선고 89 헌가113결정, 헌판집 제2권, 49), 국가보안법 제7조 제5항의 위헌심판(헌재 90.6.25. 선고 90헌가11 결정, 헌판집 제1권, 165), 도로교통법 제50조 제2항 등에 관한 위헌심판(헌재 92.1.28. 선고 89헌가8 결정, 헌판집 제4권, 4), 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판(헌재 92.2.25. 선고 89헌가 104 결정, 헌판집 제4권, 64), 국가보안법 제9조 제2항에 대한 헌법소원(헌재 92.4.14. 선고 90 헌바23, 헌판집 제4권, 162), 지방세법 제31조에 대한 위헌심판(헌재 94.8.31. 선고 91헌가 결정, 헌판집 제6권2집, 153)

2) 한정위헌결정

한정위헌결정은 합헌적 한정 축소해석이 지닌 의미내용을 벗어난 영역에 속하는 사안례에까지 법률적용의 폭을 확대하는 것을 막기 위하여 이러한 영역에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 결정을 하는 유형이므로 이 결정의 주문 내에는 그러한 적용을 적극적으로 배제하는 뜻이 포함된다. 우리 헌법재판소가 「정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제7조 제1항은 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호 규정에 의한 해당시설을 자기소유하여야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.»⁷⁵⁾라고 결정한 것이 바로 이에 해당한다.⁷⁶⁾

3. 한정합헌, 한정위헌결정의 적용영역

한정합헌, 한정위헌결정은 심사대상인 법문에 여러가지 해석가능성이 존재하여, 당해 법률의 규정을 넓게 해석하면 위헌의 소지가 있지만, 또한 이들 중에는 헌법에 합치하는 해석가능성이 동시에 존재하는 경우에 행해진다. 즉 당해 법률을 어떻게 해석하여도 헌법에 합치하는 결과로 될 수 없는 경우이거나 혹은 법률의 문언이 명료하고 일의적이어서 하나의 해석가능성만이 인정

75) 헌재 92.6.26. 선고 90헌가23 결정, 헌판집 제4권, 300(302).

76) 지금까지 이 유형으로 분류되는 결정을 다음과 같다. 음반에 관한 법률 제3조 등에 대한 헌법소원결정(헌재 93.5.13. 선고 91 헌바 17 결정, 헌판집 제5권1집, 275), 국가배상법 제2조 제1항 단서 위헌소원(헌재 94.12.29. 결정 93헌바21 결정, 헌판집 제6권2집, 379).

되는 경우에는 이와 같은 결정유형은 취할 수 가 없다. 그리하여 당해 법률의 규정을 넓게 해석하면 위헌의 의심이 생길 경우에, 이를 좁게 한정하여 해석하는 것이 당해 규정의 입법목적에 부합하여 합리적 해석이 되고 그와 같이 해석하여야 비로소 헌법에 합치하게 될 때 행하는 헌법재판의 한가지 형태인 것이다. 이것은 헌법재판소가 위헌심사권을 행사할 때 심사제청된 당해 법률이 해석여하에 따라서는 위헌이 될 부분을 포함하고 있는 광범위한 규정의 의미를 한정하여, 위헌이 될 가능성을 제거하는 해석기술이다.⁷⁷⁾ 즉 심사대상인 법문이 그 법문의 범위 내에서 여러 가지의 해석가능성이 있어서, 그 중에서 어느 해석의 결과는 헌법에 반하고, 또 다른 해석은 헌법에 합치하는 해석의 가능성이 동시에 존재하는 경우에 규정의 의미를 한정하여 위헌이 될 가능성을 제거하는 것이다. 이와 같이 결정유형은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요할 뿐만 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기보다는 그 효력을 되도록 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고, 또한 법률에 일부 위헌요소가 있을 때에 합헌적 해석으로 문제를 수습하는 길이 없다면 일부 위헌요소 때문에 전면위헌을 선언하는 길밖에 없을 것이며, 그렇게 되면 합헌성이 있는 부분마저 폐기되는 충격일 것으로 이는 헌법재판의 한계를 벗어날 뿐더러 법적안정성의 견지에서도 감내할 수 없는⁷⁸⁾ 결과를 초래할 것이므로 이를 극복하기 위한 방안으로 제시된 결정유형이다.

77) 헌재 90.6.25. 선고 90헌가11 결정, 헌판집 제2권, 165(170).

78) 헌재 90.6.25. 선고 90 헌가11 결정, 헌판집 제2권, 165(170-171).

IV. 입법촉구결정

1. 입법촉구결정의 의의

입법촉구결정은 독일 연방헌법재판소가 현실적인 정치적 및 사회적 상황을 고려하여 창출한 변형결정으로서 시간의 흐름에 따라 위헌의 소지가 있을 것으로 예견되는 경우, 즉 장래에는 현재와는 다른 헌법적 판단이 예견되는 경우에, 그래서 헌법재판소가 결정할 지금의 시점에서는 아직은 합헌이나 시간의 경과로 인하여 위헌으로 될 것이 되는 경우에 입법자로 하여금 이에 대하여 적극적으로 대처하도록 촉구하는 결정이다. 즉 헌법재판소는 입법기관이 아니기 때문에 능동적으로 법률을 제정하거나 그 내용을 임의로 개정할 수는 없으므로 그 법률의 제정과 개정 및 폐기를 할 수 있는 헌법상 권한을 가진 입법자에게 위헌상태를 제거하여야 할 의무가 있음을 선언하고 입법자에게 헌법에 합치하지 않는 부분에 대하여 합헌적으로 법률개정을 촉구하는 것이다.⁷⁹⁾ 우리 헌법재판소의 결정 중에서는 순수한 의미에서의 입법촉구결정⁸⁰⁾을 행한 경우는 없고,⁸¹⁾ 반대의견에

79) 헌병채, 헌법재판론, 고시계, 1994, 595면 참조.

80) 입법촉구결정은 스스로 독립하여 결정될 수는 없는 것으로 합헌결정이나 합헌적 법률해석을 하면서 혹은 헌법불합치결정에 병기하여 입법촉구를 하게 되는데 순수한 의미에서의 입법촉구결정은 합헌결정이나 합헌적 법률해석을 하면서 이에 병기하는 경우이다.

81) 다만 우리 헌법재판소에서는 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원결정에서의 보충의견으로, 특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제의 인간과 인간, 인간과 사회의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정할 수밖에 없는 것으로 전제하고, 그러나 우리 사회의 구조와 국민의식이 커다란 변화에도 불구하고 우리 사회에서는 고유의 정절관념 특히 혼인한 남녀의 정절관념은 전래적 전통윤리로서 여전히 뿌리깊게 자리잡고 있으며, 일부일처제의 유지와 부부간의 성에 대한 성실의무는 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있어서 우리 국민의 상당부분의 법의식이 “아직은” 간통에 대한 형사처벌을 성에 관한 사항을 스스로 결정할 수 있는 개인의 권리의 본질적 내용을 침해한 것으로 여길 정도로 변화되었다고 단정하기는 어려울 것이므로, 따라서 우리 형법 제241조에 규정한 간통죄가 사회상황·국민의식의 변화에 따라 그 규범력이 약화되었음에도 불구하고 “아직은” 범죄적 반사회성을 띄고 있는 것으로 보고 있기 때문에 『형법에 규정된 간통죄에 대한 조항이 “아직은 헌법에 위반되지 아니한다.”』라 판단하고, 그리고 다만 이에 대하여 형사적 제재를 할 것인지의 여부는 입법권자의 의지 즉 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형성의 자유에 속한다고 하여 직접적으로 입법자에게 입법을 촉구하지는 않았지만 그러나 간접적으로는 그 규정이 향후 국민의식이 바뀌면 위헌으로 될 수 있으니 입법형성권력을 가진 입법자는 국민의식이 변화되었다고 사료되는 시점에서 즉시 그에 맞는 입법형성을 하도록 환기시키는 효과가 있을 것이므로 그러한 의미에서의 입법촉구결정이 아닐까 한다.(헌재 90.9.10 선고 89 헌마 82 결정, 헌판집 제2권, 306.)

서 최초로 그 가능성이 제시되어,⁸²⁾ 불합치결정을 선고하면서 그 이유에 입법촉구의 뜻을 아울러 밝힌 경우가 있다.⁸³⁾

2. 주문유형

1) 합헌결정과 병행하여 선언하는 경우

우리 헌법재판소의 결정유형으로는 그간 순수한 의미에서의 입법촉구결정이 행해진 바가 없다. 다만 그러한 유형의 가능성이

82) 현재 89.5.24. 선고 89헌가37,96 (병합)결정, 헌판집 제1권, 48(62).

83) 현재 89.9.8. 선고 88헌가6 결정, 헌판집 제1권, 199; 현재 91.3.11.선고 91헌마21 결정, 헌판집 제3권, 91.; 현재 93.3.11. 선고 88헌마5 결정, 헌판집 제5권1집, 59.

제시된 경우는 있다. 즉 국토이용관리법 제21조의 3 제1항, 제31조의 2의 위헌 심판결정에서 재판관 이시윤은 국토이용관리법 제21조의 3에 대한 보충의견 및 같은 법률 제31조의 2에 대한 위헌의견에서 국토이용관리법 제21조의 2 내지 4의 규정에 의하여 규제구역으로 지정된 곳에서 소정 허가기준에 의하여 토지 등의 거래계약에 대하여 관할도지사의 허가를 받아야 하게되어 있

는 내용의 토지거래허가제는 비록 토지에 관한 소유권 등의 임의처분권 내지 임의취득권의 제한이지만 공공복리에의 해당성이 있고 또 재산권의 본질적 내용의 침해금지의 원칙에 저촉되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니하나, 같은 법률 제21조의 15에 규정된 불허가처분을 받은 토지소유자가 행사할 수 있는 매수청구권의 내용은 헌법 제23조 제3항 소정의 정당보상의 원리에 근본적으로 저촉되나, 이 사안 제청사건의 제청신청인은 토지거래허가를 받음이 없이 토지를 미등기 매매하여 상당한 전매차익을 취득한 혐의로 기소된 자이며 토지거래허가신청을 하였다가 불허가처분을 받은 토지소유자로서 같은 법률 제21조 15에 의한 매수청구권을 가진 자가 아니므로 위 조문 주문에서 위헌결정으로 실효시킨다고 하여 제청신청인에 대한 형사재판의 결론 즉, 주문이 달라질 까닭이 없음으로 그러한 의미에서 위 조문은 제청사건의 재판의 전제성이 없어 주문에서 위헌임을 밝힐 필요까지는 없고, 또한 위 제21조의 15가 아직은 위헌의 사태로 현실화되지 않았지만 토지거래허가제에 의한 구성부분을 이루는 매수청구권의 내용에는 분명히 위헌성을 내포하고 있는 이상 미구에 위헌사태에 직면한 것이 명약관화하여 이를 엄숙히 경고하고 이에 관한 위헌사태의 사전예방과 보다 완벽하게 합헌적인 제도를 뿌리 내리기

위하여 입법권자에게 위 제21조의 15를 헌법 제23조 제3항에 합치하게 조속히 보완입법할 것을 촉구한다라고 하여 이와 같이 순수한 형태의 입법촉구결정의 가능성을 제시하고 있다. 그러므로 이러한 형태의 결정유형은 그 주문에서 당해 법률이 “심판당시에는 합헌”임을 밝히고 이유에서 구체적인 예를 들어 위헌으로 될 것임을 밝히고 그에 대한 보완입법을 촉구하는 형식을 취할 것이다.

2) 불합치결정과 병행하여 선고한 경우

우리 헌법재판소는 그간 5차례에 걸쳐 헌법불합치결정을 선고하였는바, 그 때마다 그 이유에서 입법촉구를 병행하였다. 우리 헌법재판소는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정에서 그 주문을 『1. 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.』라고 하고 그 이유에서 “그러므로 국회는 차기 총선거부터는 이와 같이 불합리하게 국민의 참정권을 제한하는 선거법을 마땅히 늦어도 1991년 5월말을 시한으로 현실에 맞게 합헌적인 선거법으로 개정하여야 한다.⁸⁴⁾”라고 하여 입법을 촉구하였다. 그리고 이와 같이 입법 촉구를 함에는 시한을 설정하기도 하며⁸⁵⁾ 경우에 따라서는 대안을

84) 현재 98.9.8. 선고 88헌가6 결정, 헌판집 제1권, 199(262).

85) “위 법률시행 후 최초로 실시하는 시·도의회의원 선거일 공고일을 시한으로”(현재 91.3.11. 선고 91헌마21 결정, 헌판집 제3권, 91(116)), “1995년 12월말을 시한으로”(현재 93.3.11. 선고 88헌마5 결정, 헌판집 제5권1집, 59(77-78)), “특허법 중 개정법률(1995.1.5. 개정, 법률 제4892호) 및 의장법 중 개정법률(1995.1.5. 개정, 법률 제4894호)이 시행되는 1998.3.1.의 전일까지”(현재 95.9.28. 선고 92헌가11, 93헌가8,9, (병합)결정).

제시하기도 한다.⁸⁶⁾

V. 위헌불선언결정

우리 헌법재판소는 재판관 9인으로 구성되어 있고, 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 관장하며(헌법재판소법 제22조 제1항), 재판부는 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리한다. 이 때 재판부는 일반사항에 대해서는 중국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로, 그리고 법률의 위헌결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항). 그러나 심판의 결과 위헌의 의견이 재판관의 과반수 이상이라 하더라도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인에 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없는 경우가 발생할 수 있는데, 이 경우 위헌의견이 다수인데도 불구하고 위헌결정을 할 수가 없어 이를 합헌으로 결정한다면 합헌의 다수의견이 있었던 것으로 받아들여질 염려가 있음으로 이를 단순합헌결정과 구분하기 위하여 우리 헌법재판소가 창안해낸 결정방식이다. 그리하여 이런 경우에는 그 주문을 “……는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.”라는 방식으로 하여 그 사건심리에 참석한 재판관의 과반수 이상이 위헌의 의견을 가졌지만 위헌결정 정족수에는 미치지 못하였음을 외부에 표한다.

86) 헌재 93.3.11. 선고 88헌마5 결정, 앞의 주37 참조.

우리 헌법재판소가 국토이용관리법 제21조의 3 제1항, 제31조의 2의 위헌심판 결정에서 토지거래허가제규정(국토이용관리법 제21조의 3 제1항)에 대하여는 5인이 합헌의견을, 그리고 그 벌칙규정(같은 법률 제31조의 2)에 대하여는 5인이 위헌의견을 제시하여 『1. 국토이용관리법(1972.12.30. 법률 제2408호, 1978.12.5. 개정 법률 제3139호, 1982.12.31. 개정 법률 제3642호) 제21조 3 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다. 2. 같은 법률(1989.4.1. 개정 법률 제4120호) 제31조의 2는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.』⁸⁷⁾라고 결정하였다. 이 결정의 법적 효과는 실정법상으로는 합헌으로 추정이 되나 그 법률의 내용은 다수의견에 의하여 위헌으로 확인되었다는 선언적 효력과 헌법의 유권적 해석을 국민에게 선언하는 의미가 있다고 할 것이다.⁸⁸⁾

제 4 절 변형결정의 한계

변형결정은 단순위헌의 결정을 하여 그 결정이 있는 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극으로부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서 문제된 법률의 효력 상실의 시기를 결정한 날로부터 곧바로가 아니라 일정기간 뒤로 미루어서,⁸⁹⁾ 그 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 소위 “당해 사건” 또는 “병행사건”에 관하여

87) 현재 89.12.22. 선고 88헌가 결정, 헌판집 제1권, 357(363).

88) 한병채, 헌법재판론, 고시계, 1994, 606.

89) 현재 89.9.8. 선고 88 헌가 6 결정, 헌판집 제1권, 199(260).

개정된 법률조항이 적용되도록 하기 위하여⁹⁰⁾ 혹은 당해 법률의 규정이 위헌의 소지가 있는 부분과 합헌적인 부분이 혼재하고 있어 당해 규정은 그대로 존속하도록 하되 그 위헌인 부분만을 제거하거나 위헌으로 해석될 수 있는 여지를 제거할 목적에서,⁹¹⁾ 그리고 장차 위헌의 위험성이 있어 이를 경고하고 또 그 보정을 촉구하기 위해서 행해지는 것이다. 그러므로 이하에서는 변형결정이 도입되게 된 배경과 결부하여 그 한계를 기술하고자 한다.

I. 불합치결정의 한계

헌법불합치결정은 단순위헌결정을 해야함에도 불구하고 단순위헌으로 인하여 발생할 수 있는 여러 가지 역기능을 보완하기 위하여 도입된 결정유형이다. 그러므로 단순위헌결정을 하는 것이 원칙이나, 그러한 원칙을 충실히 지키지 못할 특별한 사유, 바꾸어 말하면 불합치결정을 정당화하는 사유가 있는 경우에만 불합치결정을 하여야 한다는 것이다. 불합치결정을 정당화하는 사유로 우

90) 토지초과이득세법 제8조 등에 관한 위헌소원결정, 헌재 95.7.27. 선고 93헌바 1,3,8,13,15,19,22,37,38,39,52,53 (병합)결정, 헌법재판공보 제11호, 95.10.2., 582면.

91) 헌법재판소는 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판결정에서 「평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄로는 우리가 처한 국가의 자기안전.방어에는 다소 미흡하므로 제7조 제1항은 이와 별도로 그 존재의의가 있다고 할 것이며 또 침략행위나 민주체제 전복을 부추기는 내용의 언동까지도 표현의자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없는 것으로 다만 위헌적인 요소가 있어서 정비되어야 할 불완전한 규정이므로 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면을 살려야 한다는 것이 헌법의 일반법리」라 하였다.(헌재 90.4.2. 선고 89헌가113 결정, 헌판집 제2권, 49(62)).

리 헌법재판소가 특히 들고 있는 것으로는 국회의 입법권형성권의 보장,⁹²⁾ 법적 공백의 우려,⁹³⁾ 통일적인 법질서형성⁹⁴⁾ 등을 들고 있다. 따라서 헌법재판소는 이러한 불합치결정을 정당화하는 사유가 특히 존재하는 경우에만 이러한 유형의 주문을 선택하여야 할 것이지만, 불합치결정을 선고할 때마다 들고 있는 이유가 반드시 이에 합당한 것인지는 논의의 대상으로 될 수 있다.⁹⁵⁾

92) 특히 고도의 정치적 성격을 갖는 문제, 예컨대 국회의원선거 등에서 기탁금을 얼마로 정할 것인지, 선거유세는 몇 회가 합당한지, 그리고 선거구는 어떻게 획정하여야 하는지, 아니면 선거연령은 현재의 20세가 합당한지 등의 문제는 단지 헌법재판소의 위헌 결정만으로는 해결할 수 없고 입법자의 판단이 필수적으로 요구되는 문제들이다. 또한 우리 헌법재판소는 토지초과이득세법의 위헌소원결정에서 불합치결정을 선택하는 이유로서 다음과 같은 이유를 들고 있다. 즉 「여기서 당장 토초세법에 대한 단순위헌결정을 선고한다면 이사건 청구인들 기타 토초세부과와 관련한 소송을 제기하고 있거나 하려는 사람들은 이른바 “당해사건” 당사자로서 이 결정의 효력이 미치는 결과로 위헌결정의 이익을 받게 될 것이나, 상대적으로 현행법에 따른 기발생 토초세를 전부 납부하고도 이에 대해 아무런 이익을 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래하는 것이다. 이와 같은 결과는 위헌결정의 장래효 원칙상 부득이한 것이라고 치부하면 그만이지만 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 줌이 옳다고 본다.」(헌재 94.7.29. 선고 92헌바49,52 (병합)결정, 64(120))

93) 국회의원선거법에 위헌의 소지가 있어 당해 법률을 무효화시키면 그 무효를 바로잡을 국회 그 자체를 형성할 수 없게 되는 절망적인 경우, 그리고 대체법안 없이 당해 법률에 대하여 위헌으로 결정하여 그 결과로 빚어지는 법적공백상태가 위헌이라도 잠정적으로 존재하는 것이 덜 헌법에 반하는 상태인 경우.(전광석, 헌법재판에 있어서의 결정 주문의 유형과 효력, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소, 1990.12. 154면 참조)

94) 헌재 91.3.11. 선고 91헌마21 결정, 헌판집 제3권, 91(115).

95) 전광석, 지방의회선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원, 법률신문, 1991.5.6.

II. 한정합헌, 한정위헌의 결정

한정위헌, 한정합헌결정은 심사대상이 된 법률 또는 법률의 규정이 다의적인 해석가능성을 가지고 있어서 해석 여하에 따라서는 위헌으로 또는 합헌으로 될 수 있는 경우, 입법권을 존중하여 또한 법조문의 문구는 전체법률체계와 상호연관성을 가지면서 체계적으로 해석되어야 한다는 것을 전제로 하는 합헌적 법률해석을 통하여 일반적인 해석작용이 용인되는 범위내에서 그 법률의 본래의 의미를 확정하거나 또는 위헌적인 법 적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 배제하기 위하여 도입된 결정유형이므로 우선은 심사대상이 된 법률규정이 다양한 해석가능성을 가지고 있는 경우에만 선택될 수 있는 유형이다. 따라서 당해 법규정의 문구가 명료하고 일의적이어서 하나의 적용가능성만이 인정되는 경우에는 합헌적인 법률해석은 허용되지 않으며 따라서 이 경우에는 합헌, 위헌의 결정만이 가능하게 된다.⁹⁶⁾ 또한 당해 법조문의 의미가 합헌적 법률해석의 결과로 원래의 법조문이 가지고 있던 본래의 의미와는 다른 의미로 변질되거나 또는 법률제정권자가 당해 법률의 제정에 의하여 추구하고 있는 명백한 입법목적을 헛되이 하는 결과를 초래하게 되는 경우에는 합헌적 법률해석은 허

96) 이와 같은 뜻은 상속세법 제32조의 2의 위헌여부에 관한 헌법소원결정 중에서 재판관 변정수의 반대이견 속에 제시되어 있다. 즉 「법률은 될 수 있으면 헌법에 합치하는 것으로 해석하여야 하는 점에는 이론의 여지가 없지만, 그러나 헌법 합치적 해석은 그 법률문언의 뜻이 분명하지 아니하여 다의적으로 해석될 수 있는 경우에 가능한 것이 법률문언이 뚜렷하여 한가지 뜻으로밖에 해석할 여지가 없는 경우에는 헌법 합치적 해석은 불가능하며 이 때에는 입법기관이 법률을 개정함으로써만이 위헌 요소를 없앨 수 있는 것이다.」(헌재 89.7.21. 선고 89헌마38결정, 헌판집 제1권, 131(151))

용되지 않는다. 또한 심사대상이 된 당해 법률의 효력을 지속시키기 위하여 그 법률의 합헌성 심사의 기준이 되는 헌법규범의 내용을 지나치게 확대해석함으로써 헌법규범이 가지는 정상적인 수용한계를 넘는 것도 허용되지 않는다.⁹⁷⁾

III. 입법촉구결정의 한계

입법촉구결정은 결정을 행하는 시점에서는 아직 헌법에 위반되지는 아니하지만 시간의 경과로 위헌의 소지가 확실히 예견되는 경우에 행하는 결정유형이므로 헌법위반의 상태가 확실히 도래할 것으로 예견되는 경우에만 가능하다. 우리 헌법재판소가 “간통죄에 대한 오늘날 세계각국의 입법례를 보면 이를 폐지해 가는 것이 그 추세이고, 우리 사회가 빠른 속도로 산업사회화가 진행됨에 따라 개인주의적, 성개방적인 사고방식과 사회적 환경에 따라 우리 국민의 성에 관한 법의식에도 많은 변화가 있었고”, “간통죄가 사회상황·국민의식의 변화에 따라 그 규범력이 약화되었으나 아직은 범죄적 반사회성을 띄고 있다.”⁹⁸⁾라 하여 그 예견가능성을 결정에 도입하였다.

그리고 입법촉구결정이 채택되는 또 하나의 경우로는 현재의 법상태는 위헌이지만 위헌결정으로는 해결될 수 있는 사안이 아니던가 위헌의 결과 위협적인 법적 공백, 법적 혼란이 예상되어 당장은 불합치결정을 하고 이에 입법개선을 촉구하는 경우인데 이와 같은 경우에는 헌법재판소가 당해 법률을 위헌결정하지 않고

97) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1993, 83-84.

98) 현재 90.9.10. 선고 89헌마82 결정, 헌판집 제2권, 306(315).

입법촉구하는 뜻을 분명히 밝혀야 할 것이다. 입법권자의 입법형성권을 보호하기 위하여 도입된 취지가 이 결정유형이 남용될 경우에는 오히려 입법권자의 입법형성의 자유를 침해할 수도 있기 때문이다.

제 5 절 변형결정의 문제점

이상에서 우리 현행의 법제도 내에서 헌법재판소가 채택하여 활용하고 있는 몇 가지의 소위 변형결정에 대하여 기술하여 보았다. 변형결정 그 자체를 우리 현행의 법하에서도 도입하는 것이 가능할 것인가의 논의는 그에 관한 명문의 근거규정이 마련되기까지는 논의가 계속될 것이지만, 다만 이러한 변형결정은 당초부터 위헌결정이 갖는 일반적인 효과를 시간적으로 일부 제한하기 위하여,⁹⁹⁾ 그리고 위헌결정의 심판범위를 일부 제한하기 위하여 도입된 결정유형이므로 각 결정이 그 도입취지에 합당하게 행하여졌는지 그리고 과연 그 범위는 정당하게 확정되었는지 문제가 된다. 이 문제는 바로 앞부분의 변형결정의 한계와 같은 맥락에서 논의될 것이므로 반복되는 인상은 있지만 기술하기로 하겠다.

I. 헌법불합치결정

헌법불합치결정은 단순위헌결정이 갖는 효과를 시간적으로 제한하여 결정이 있는 날로부터 즉시로 그 효력을 상실하게 하지

99) 헌재 89.9.8. 선고 99헌가6 결정, 헌관집 제1권, 199(260).

않고 그 결정한 날로부터 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 그 효력을 존속시키고 입법자로 하여금 헌법에 부합하는 법률로 개정할 것을 촉구하는 결정인 바, 그러한 결정을 선택하게 된 동기로 헌법재판소에서 제시하고 있는 이유들이 과연 합당할 것인가¹⁰⁰⁾,

100) 다수의견은 주문과 같은 변형결정을 하는 주된 이유로서, 1988.4.26.의 총선거에 의한 제13대 국회는 국회의원선거법 제33조, 제34조의 기탁금제도하에서 선출된 의원들로 구성되어 있는데 만약 위 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 결정이 있는 날로부터 그 효력이 상실되기 때문에 앞으로 있을지 모르는 재선거나 보궐선거 등에 의하여 새로이 당선된 의원들은 기왕에 당선된 다른 의원들과는 달리 기탁금제도의 제한을 받지 아니하고 선출되게되어 제13대 국회의 구성원간에 동질성이 문제가 될 것이므로 제13대 국회의 구성원인 국회의원들간의 동질성과 그 선출조건 내지 지위에 있어서의 평등성 확보를 위하여 제13대 국회의 재선거나 보궐선거의 가능성이 사실상 없어지는 시점(1991년 5월말)까지는 위 법률조항이 위헌이라면 위헌결정으로 그 효력을 상실시켜 앞으로 있을지도 모르는 재선거나 보궐선거나 합헌적 선거가 될 수 있게끔 해야하는 것이지 기왕에 선출된 제13대 국회의원들이 위헌적인 기탁금 제도하에서 당선되었으니 재선거나 보궐선거에서 선출될 국회의원도 합헌적 제도하에서 선출되어서는 아니되고 똑같이 위헌적인 제도하에서 선출되어야만 한다는 다수의견의 논리는 더 이상 설명을 붙일 것 없이 정당하지 않다.(헌재 89.9.8. 선고 88헌가6 결정에서 변정수 재판관의 반대의견, 헌판집 제1권, 268-269) 또한 헌법불합치결정은 위헌결정의 효력에 대하여 원칙적 소급효를 인정하고 있는 독일 등의 국가에서 단순위헌결정으로 인하여 초래될 법의 공백과 사회적 혼란 등을 방지하기 위한 필요성에서 생상발전되어 온 유래를 보아서도 알 수 있듯이 헌법불합치 및 입법촉구의 변형결정을 하려면 당해 법률이 위헌이기는 하지만 그 효력을 일정기간 지속시키지 않으면 아니될 공익상의 부득이한 필요성이 있어야만 하는 것이다. 그런데 이 사건의 경우 단순위헌결정을 하여 지방의회의원선거법 제36조 제1항의 위 부분을 당장 실효시키더라도 그로 인하여 법률공백상태로 인한 정치·사회적 혼란을 야기시키는 것도 아닐 뿐더러, 국회가 다가올 시도의회의원 선거일 공고일까지 기탁금액을 적절히 하향조정하여 새로운 입법을 하면 되는 것이어서 주문 2.3.항과 같은 헌법불합치 및 입법촉구결정을 하여야 할 아무런 공익상의 필요성이 없다.(헌재 91.3.11. 선고 91헌마21 결정에서 변정수 재판관의 반대의견, 헌판집 제3권 121) 그리고 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 “국가·지방자치단체에 종사하는 노동자”에 관한 부분의 위헌여부에 대한 헌법소원결정에서, 다수의견의 요지는 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 모든 공무원에 대하여 단체행동권을 근본적으로 일률적으로 부인하는 2항이 모든 공무원에 대하여 단체행동권을 인정하도록 규정한 헌법 제33조 제2항과 충돌하고 저촉되는 것이지만 헌법 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원에게는 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합헌적인 면도 포함되어 있음으로, 위 법률조항은 위헌선언을 하여 무효화시킬 법률이 아니고 앞으로 현행법과 충돌됨이 없이 합헌상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이라 할 것이지만, 다만 어느 범위의 공무원에 대하여 쟁의행위를 허용할 것인가는 헌법재판소에서 정할 수 있는 사항이 아니므로 위 법률조항에 대하여 우선 헌법불합치선언만을 하여 위 법률조항의 효력을 지속시키고 1995년 말까지 국회가 법을 개정하여 위헌부분을 제거하도록 촉구한다는 것이나, 이것은 우선 공무원(사실상 노무에 종사하는 자로서 노동운동이 허용되는 자)의 단체행동권을 박탈할 수 있는 헌법적 근거는 앞서 ‘바’항에서 언급한 바와 같이 1987.10.27.자로 공포 시행된 제6공화국헌법에 의하여 완전히 사라졌기 때문에 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 공무원에 대한 부분을 일부위헌 또는 헌법불합치가 아니라 전부위헌이며, 이처럼 개정할 여지없이 완전히 위헌인 법률에 대하여 헌법재판소가 위헌선언을 회피하고 법 개정을 촉구하는 것은 매우 잘못된 일이다.(헌재 93.3.11. 선고 88헌마5 결정에서 재판관 변정수의 반대의견 중 ‘사’항목 참조, 헌판집

또한 불합치결정을 하면서 입법개선의 방안이 제시되는 경우가 있는데¹⁰¹⁾ 이것이 오히려 입법자의 입법형성권을 침해하는 것이 아닌가, 그리고 불합치결정을 함에는 개정입법시한이 있는 경우가 있는데¹⁰²⁾ 이 경우 그 시한이 갖는 의미는 어떠한가 등이 문제로 될 수 있다. 그러나 불합치결정에서 더욱 문제가 되는 것은 불합치결정을 받은 그 법률이 새로운 법이 제정될 때까지 어떠한 의미를 가지고 존재하는가 하는 것이다.

제5권1집, 85-90면 참조)

101) 헌재 93.3.11. 선고 88헌마5 결정, 59(72-75).

102) 헌재 89.9.8. 선고 88 헌가 6결정, 91.3.11. 선고 91헌마 21 결정, 93.3.11. 선고 88헌마5 결정, 헌재 95.9.28. 선고 92헌가11, 93헌가8,9,10 (병합)결정.

헌법불합치결정은 헌법재판소가 법적공백, 법적혼란 등 법적안정성을 고려하여, 그리고 입법자의 건전한 입법형성의 자유를 보장하기 위하여 단순위헌결정을 하여 법률의 효력을 즉시 상실시키지 아니하고 그 효력상실의 시기를 결정한 날로부터 일정기간 뒤로 미루기 위하여 행하는 결정이므로 당해 법률이 헌법불합치의 결정을 받았다고 하더라도 그 형식적인 존속만은 잠정적으로 유지되게 된다. 이에 따라 형식적으로 존속하고 있는 당해 법률을 법집행기관이 어떻게 대처하여야 할 것인가에 관하여 의문이 있을 수 있다. 특히 헌법재판소가 결정을 함에 있어 그 적용여부에 관한 언급이 없는 경우에는 더욱 그러하다.

국회의원선거법 제33조, 제34조에 대한 위헌심판사건에서¹⁰³⁾ 헌법불합치결정이 내려지자 그 제청법원이었던 서울 민사지방법원은 당해 사건에 대하여 “위 조문이 헌법에 합치하지 아니하나, 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 유지한다”는 헌법재판소의 결정을 당해 법률조항이 그 시한동안은 유효한 것으로 이해하고 원고의 부당이득금 반환청구를 기각하였는바,¹⁰⁴⁾ 이에 대한 항소심에서는 위 법조항(국회의원선거법 제33조, 제34조)들은 헌법의 기본이념인 국민주권주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권, 제41조의 보통, 평등, 직접, 비밀선거의 원칙 및 제11조의 평등보호규정에 반하고, 헌법 제116조, 제37조에도 위반한 규정이라 아니할 수 없고, 또 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에서 정한 위헌결정의 일종이라고 그 결정이유에서 밝히고 있는바, 헌법재판소법

103) 헌재 89.9.8. 선고 88헌가6 결정, 헌판집 제1권, 199.

104) 서울민사지방법원 90.1.25. 선고 88 가합 46330 민사제16부.

제45조 본문에서 ‘헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 결정한다’라고 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때 헌법재판소의 위 결정은 헌법재판소법 제45조 본문, 제47조 제1항의 위헌결정과 다름이 없다고 판단하고, 위헌제청이란 결국 그 전제가 되는 당해사건에서 위헌법률의 적용을 배제받으려는 데에 그 목적이 있으므로 피고 산하 선거관리위원회는 원고가 기탁한 10,000,000원 중 선거비용 금1,920,360원을 공제한 나머지 금8,079,640원을 반환할 의무가 있다고 판결하였다.¹⁰⁵⁾ 이에 대한 상고심에서도¹⁰⁶⁾ 항소심의 위와 같은 취지가 그대로 받아들여져 법률의 위헌여부의 심판제청은 결국 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용받지 않으려는 데에 그 목적이 있고, 헌법불합치결정은 헌법재판소가 실질적인 위헌결정을 하면서도 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시기만을 일정기간 뒤로 미루는 결정이므로 위헌여부의 심판대상이 되었던 위 법률 조항들은 당해사건에 있어서는 그 적용이 배제되어야 한다고 판결하였다.¹⁰⁷⁾

105) 서울고등법원 90.7.20. 선고 90 나 13408 판결.

106) 대판 91.6.11. 선고 90 다 5450 제2부판결.

107) 그러나 이에 의문이 있다. 이와 같은 절차의 진행은 실질적으로 위헌결정이 내려진 것과 전혀 결과를 달리하는 것이 아니므로 불합치결정을 한 취지가 전혀 발휘될 수 없겠기 때문이다. 불합치결정은 위헌의 소지를 제거함을 헌법재판소가 순수 하지 아니하고 입법에 대한 고도의 재량권과 형성의 자유를 가지고 있는 입법부로 하여금 개입하게 하여 그에 따라 사안을 해결하도록 함에 그 나름대로의 의미가 있을 것인데 이 경우에는 전혀 그와 같은 기회가 주어지지 않는다. 다시 말해서 단순위헌결정을 하지 않고 불합치결정을 하는 주된 이유는 그 결정의 소급효가 미치는 당해사건 또는 병행사건에 입법자에 의한 헌법재판소의 결정의 취지에 따른 개선입법을 기다려 그 개정입법에 따라 판단하도록 함인데 이와 같은 의미가 발현되지 못하였다는 것이다. 따라서 위와 같은 경우 특히 당해 법조항의 적용여부에 관한 명쾌한 헌법재판소의 의사가 없는 경우에는 합헌적인 법률이 제정되기까지 절차를 중지함에 타당할 것이다.

그리하여 이러한 혼선을 막기 위하여 최근의 결정에서는 당해법률의 적용에 관하여 구체적인 언급을 하고 있다. 헌법재판소가 토지초과이득세법 등에 관한 병합결정에서 108) 불합치결정을 선택하는 이유를 적시하고 “이상과 같은 이유로 토초세법은 헌법에 합치되지 아니한다고 선고하고, 법원, 행정청 기타 모든 국가기관은 입법자가 토초세법을 개정 또는 폐지할 때까지 토초세법의 시행 또는 적용을 중지하여야 한다.”라고 하였거나 혹은 가장 최근의 판결인 의장법 제75조 중 특허법 제186조 제1항을 준용하는 부분에 대한 불합치결정에서는 이유에서 법적용에 관한 항목을 새로이 두고 그 적용여부에 관하여 구체적으로 기술하여 적용에 혼선을 피하고 있다.109)

108) 헌재 94.7.29. 선고 92헌바49,52 (병합)결정, 헌판집 제6권2집, 1994,64.

109) 불합치결정을 하였으므로 재판의 전제가 된 사건 및 병행사건 모두에 대하여 결정이 선고됨과 동시에 불합치로 선언된 법률의 적용의 배제되어야 할 것이나 이 경우에는 그와 같이 하여서는 헌법재판소가 심판대상 법률조항의 위헌성을 인정하면서도 굳이 위헌선언을 피하고 헌법불합치선언을 선택한 목적의 달성이 어렵게 될 것이므로 심판대상 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 선언하면서도 합헌적인 개정법률이 시행될 때까지는 이를 잠정적으로 그대로 계속 적용할 것을 명함과 동시에, 헌법불합치선언이 당해 사건 등에 미칠 효과로 인한 법률적 혼란과 충격을 막기 위하여 이 사건 위헌 여부심판제청의 당해사건을 포함한 모든 특허 및 의장쟁송사건에 대하여 이 심판대상 법률조항의 적용을 명하였다.

II. 한정합헌, 한정위헌결정

한정합헌, 한정위헌의 결정은 법률의 합헌성추정을 전제로 하여 법문에 위헌의 소지에 대한 의심이 있을 때에는 가급적인 위헌선언을 회피하기 위하여¹¹⁰⁾ 도입된 것인바, 이러한 결정유형인 실질적으로는 당해 법률에 대한 사법심사에서 위헌결정의 회피수단으로 사용됨으로써 당해 법조문의 뜻을 완전히 달리 해석하거나 혹은 당해 법률로 추구하고자 하였던 입법자의 의도를 본질적으로 박탈하거나 변질시키거나 하여¹¹¹⁾ 오히려 헌법재판소가 무효선언을 하는 것보다 더욱 강력한 방법으로 입법권자의 입법형성권에 대한 통제를 가하는 결과를 초래할 수 있다는 문제점이 지적되고 있다.¹¹²⁾

또한 한정합헌결정의 경우에는 때로 사안에 대한 헌법재판소의 결정이 또다른 해석의 여지를 남기는 불충분한 결과를 남길 수 있는 여지가 있다. 즉 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판결정에서¹¹³⁾ 헌법재판소는 주문에 “대한민국의 안전존립을 위태롭게 하거나 자유민주주의적 기본질서에 위해를 줄 경우”라는 극히 애매한 표현을 하고 있는데, 이것은 그렇지 않아도 불명확하고 광범위한 구성요건에다 또다시 불명확한 구성요건을 보태는 것이 규범통제의 기능을 가지고 있는 헌법재판소가 실질적으로는 해당사안에 대하여 어떠한 기여도 할 수 없는 결과에 이르게 될 수

110) 현재 89.7.21. 선고 89헌마38 결정, 헌판집 제1권, 131(148) 참조.

111) 현재 92.1.28. 선고 89헌가 8결정, 헌판집 제4권 4(22-25)면 참조.

112) 이승우, 합헌적 법률해석-한정합헌과 한정위헌-, 헌법재판자료 제5집, 헌법재판소, 1992.12., 81-82.

113) 현재 90.4.2. 선고 89헌가113 결정, 헌판집 제1권, 49.

있다는 것이다.

Ⅲ. 입법촉구결정

입법촉구결정은 결정을 행할 당장은 아직 위헌은 아니지만 장차 위헌으로 될 소지가 있어 입법형성권자에게 그 뜻을 지적하고 또한 시의적절하게 개정할 것을 요구하는 결정이다. 물론 헌법재판소의 결정, 특히 합헌의 결정을 제외한 그 밖의 결정은 입법개선의 뜻을 문언으로 기술하든 그렇지 않든, 입법개선의 취지는 당연히 전제되는 것이라고 할 때, 이에 시한을 설정하거나 혹은 적절한 입법대체 방안 등을 제시하는 것이 때로는 입법부에게 부당한 압력으로 작용하지는 않을까, 또한 입법자의 입법형성권을 침해하는 것은 아닐까 하는 문제가 되고 지적하고 있다.¹¹⁴⁾

제 6 절 결 론

지금까지 우리 헌법재판소가 본안을 심사하여 그에 대한 결정을 함에 있어서 행하여 왔던 일련의 결정유형을 검토하여 보았다. 원칙적으로 위헌 아니면 합헌을 결정해야 함에도 불구하고 변형결정을 하게 되는 특별한 동기에 대하여도 살펴 보았다. 변형결정을 할 때마다 그러한 결정을 하도록 하는 특별한 사유로 헌법재판소에서 제시하고 있는 사유들이 과연 외부적으로도 당해

114) 오히려 헌법재판소의 기능을 최대한 살리기 위하여 입법개선촉구결정을 적극적으로 활용하자는 견해로는 허영, 국가보안법 제7조의 위헌여부, 법률신문, 1990.4.30.

사건에서 그러한 결정을 하도록 하는 합당한 사유로 인정될 수 있는지는 별론으로 하더라도 이러한 변형결정이 실질적으로 헌법재판소의 운용의 폭을 확대시키는 결과를 가져올 것이라는 것은 쉽게 예측할 수 있다.

그러나 원칙적인 형태는 위헌 아니면 합헌이어야 한다. 우리 헌법재판소법의 문언규정을 고려함에서 뿐만이 아니라 이 형태의 결정만이 보다 분명하게 당해 법률 규정의 법적 상태를 객관적으로 표시해 줄 수 있는 결정형태이기 때문이다. 이에 따라 입법자는 당해 규정이 위헌인지 아니면 합헌인지를 분명히 인식하게 될 것이고 그에 따라 보다 더 적극적으로 또는 더 광범위하게 입법할 수 있는 형성의 자유를 가지게 될 것이고, 또한 국민의 입장에서는 더욱 확신을 가지고 당해 법률과 관련되어있던 생활관계를 형성해 나갈 수 있을 것이기 때문이다. 그러므로 변형결정은 헌법재판소가 위헌결정을 할 수 없는 특별한 사정이 존재하는 예외적인 경우에만 선택되어야 할 것이다. 이러한 의미에서 정치적 성격을 띄는 사안에 대한 다수의 변형결정이 과연 합당하였는지, “문제의 소재는 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범위성에 있으며 이 때문에 국가존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 해악을 줄 구체적인 위험이 없는 경우까지도 형사처벌이 확대될 위험적 요소가 생기게 되어 있는 점이며 이는 단순한 입법 정책의 문제를 떠난 것이다.”¹¹⁵⁾ 깊이 음미해 볼 필요가 있다.

115) 헌재 90.4.2. 선고 89헌가113 결정, 헌판집 제2권, 49(61). 라고 하여 그 위헌성을 인정하면서도 단순위헌결정을 하지 않았는데 이것과 과연 합당한 것이었는지(헌재 90.4.2. 선고 89헌가113 결정, 헌판집 제2권, 49(61)), 그리고 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판결정(헌재 89.9.8. 선고 88 헌마37 결정, 헌판집 제1권, 199)과 지방의회의원선거법 제36조제1항에 대한 헌법소원(헌재 91.3.11. 선고 91헌마21 결정, 헌판집 제3권, 91) 등.

또한 변형결정이 허용된다고 하여 문제가 다 해결된 것은 아니다. 특히 헌법불합치결정과과의 관계에서는 결정의 효력을 전제사건과 관련하여 어떻게 이해하여야 하는지 또 성실한 법 준수자는 어떻게 보호할 것인지 아직도 명쾌한 해답이 나와있지 않다.¹¹⁶⁾

또한 입법권준중이라는 측면에서도 과연 이러한 변형결정들이 실질적으로 그러한 측면에 기여를 하는지, 특히 합헌적 법률해석이라는 미명하에 실질적으로는 단순위헌결정 보다도 더욱 입법권을 침해하는 것이 아닌지, 또한 입법촉구결정을 통하여 입법기한이라든가 합헌적인 방안을 제시함으로써 실질적으로는 입법형성의 자유를 침해하는 것이 아닌지 심히 의문이다.

그러나 이러한 염려에도 불구하고 나는 다음과 같은 이유로 헌법재판소가 향후에도 다양한 유형의 변형결정을 행하는 것에 반대하고 싶지 않다.

우선은 헌법재판소의 공권력통제 기능과 관련하여서이다. 그간의 우리 정치사를 돌이켜 보면 공권력의 자기 권한한계의 이탈에

116) 일반적으로 위헌결정의 효과는 이미 확정력이 발생한 사건에 대해서는 아무런 영향력도 발휘할 수 없다. 그러나 헌법재판소가 토지초과이득세법에 대한 불합치결정을 선고하면서 그러한 불합치결정을 선고하게 된 사유로서 『여기서 당장 토초세법에 대한 단순위헌결정을 선고한다면 이 사건 청구인들 기타 토초세부과와 관련한 소송을 제기하고 있거나 하려는 사람들은 이른바 “당해사건” 당사자로서 이 결정의 효력이 미치게 되는 결과로 위헌결정의 이익을 받게 될 것이나, 상대적으로 현행법에 따른 기발생 토초세를 전부 납부하고도 이에 대해 아무런 이익을 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래할 것이다. 이와 같은 결과는 위헌결정의 장래효 원칙상 부득이한 것이라고 치부하면 그만이지만, 일률적·장기적으로 다수 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여지를 좁히 옳다고 본다.』(헌재 94.7.29. 선고 92헌바49,52 (병합)결정)고 하여 입법권자로 하여금 향후 개정입법을 함에 있어 이와 같은 상황을 정책적으로 고려하도록 요구하고 있다.

대하여 적극적으로 대응하여 오지 못하였다. 그와 같은 경우에 대외적으로 공신력을 가진 기관이 그 권력의 한계를 일깨워주어서 스스로 자제하도록 계도할 수 있다면 정치발전이 일천한 우리의 경우에 있어서는 더없이 소망스러울 것이며, 이러한 역할을 기대할 수 있는 기관은 결국 헌법재판소일 수 밖에 없을 것이기 때문이다. 그 다음으로는 우리의 헌법재판소가 활성화된 것이 극히 최근의 일이라는 것이다. 이러한 시기는 오히려 스스로 자제하기를 기대하기 보다는 오히려 적극적으로 활동하게 함으로써 당초에 기대했던 헌법재판소의 기능들을 충실히 발휘할 수 있도록 보장해 주는 것이 절실할 것이기 때문이다. 이와 같은 취지에서 앞으로도 헌법재판소는 그 기능을 최대한 살리도록 스스로 자신의 활동영역을 확장시켜 나가기를 희망한다.

第3章 憲法裁判所の 決定의 效力에 관한 爭點 및 解決方案

南 福 鉉

(全北産業大學校 法學科 助教授)

第 1 節 序 論

I. 問題의 提起

우리는 흔히 헌법재판소를 국가의 최고헌법기관이고, 국민의 기본권보장기관이며, 헌법보장기관이라고 한다. 그리고 헌법에 관한 최종적인 유권해석기관이라고도 한다. 그런가 하면 헌법재판소가 사법기관으로서의 성격을 지니고 있는지, 아니면 제4의 국가기관으로서의 성격을 지니고 있는지에 대해서는 많은 논란을 제기하고 있다.

그렇지만 이러한 논의에 있어 헌법재판소에 대해 그러한 기관으로서의 성격을 규정짓는 실체적인 효과가 어디서 나타나는지에 관해서는 간과하고 있는 것은 아닌가 한다. 헌법재판소가 국가의 최고헌법기관 중에 하나라고 할 때, 그러한 지위를 갖게 되는 요인은 어디에서 찾을 수 있는 것인가 하는 점이다.

견해에 따라서는 국민이 직접 선출하여 구성된 국회에서 제정한 법률을 헌법재판소가 위헌여부를 심판한다는 점에서 찾기도 한다. 단순히 여기서 그것을 심판한다고 하는 점에 의미가 있는 것은 아니다. 법률에 대해 위헌여부를 심판하여 위헌이라고 판단될 경우 그 법률에 대해 위헌으로 결정함으로써 그 법률은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하게 되고, 또 그러한 결정은 국회는 물론이고 법원이나 행정청 및 지방자치단체까지 기속하는 힘을 갖게 된다.

그런가 하면 헌법재판소는 국가기관에 권한의 분쟁이 있을 경우 이를 조정하는 역할을 수행한다. 헌법재판소는 또 모든 국가권력의 행사 또는 불행사로 인해 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 자가 헌법소원의 심판을 청구하면 그러한 국가작용이나 부작위가 국민의 기본권을 침해하였는지의 여부를 심판하고 결정으로 의견을 제시한다. 이러한 결정은 법률의 위헌결정과 마찬가지로 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 힘을 가진다.

헌법재판소가 최종적인 헌법의 해석기관이고 국가의 최고헌법기관이라고 하는 기능적 지위를 부여하는 까닭은 궁극적으로는 그들의 활동이 결정의 형태로 대외적으로 제시되고, 그 결정에 어떠한 국가기관도 반발할 수 없는 최종적인 힘으로서의 기속력이 부여되어 있기 때문이라 할 것이다.

현재 우리나라는 헌법재판소를 설치하고 운영한지 만 7년에 지나지 않는다. 그렇지만 그 나름대로 많은 결정례가 쌓여 있다고 보여진다.

그러나 인식의 미흡으로 인해 결정의 효력 전반에 관해 체계화되어 있다고까지는 할 수 없는 상태가 아닌가 한다. 바로 이러한

시각에서 헌법재판소 결정의 효력을 쟁점별로 분석·검토하고, 그 대안을 제시하고자 한다.

II. 研究의 對象과 範圍

헌법재판소가 최고헌법기관으로서 기능을 할 수 있게 하는 구체적인 힘으로서의 결정의 효력에 관해 전반적으로 재검토한다고 하는 것은 대단히 중요한 작업이라고 할 것이다.

헌법재판소 결정의 효력은 대체로 절차법적인 시각과 실체법적인 시각으로 나누어 검토될 수 있다. 전자와 관련해서는 확정력, 기속력 및 법규적 효력 등이 논의될 수 있고, 후자와 관련해서는 계쟁물의 형태에 따라 달리 논의되어야 할 것이다. 이것이 특히 문제가 되는 분야는 헌법소원심판에 따라 헌법재판소가 결정을 선고하였을 경우 그 결정의 효력에 관한 것이다. 이러한 점에서 실체법적 효력을 일반화시켜 논술하기는 공통적인 속성을 찾기가 대단히 어렵다는 현실적인 한계성을 노정한다. 물론 이것은 예컨대 기속력이나 법규적 효력과 같은 절차법적 효력에서도 나타나기도 한다. 그렇지만 그것의 의미는 실체법적 효력에서 나타나는 정도와는 비교될 수 없을 정도라고 하겠다.

그렇지만 본고에서는 연구의 대상을 원칙적으로 법률을 계쟁물로 하는 결정유형을 중심으로 해서 고찰하기로 한다. 물론 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판절차에 있어 그 결정의 효력도 나름대로 중요하다고 할 것이다. 예컨대 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정이 있음에도 불구하고, 검찰은 기소하지 않고 거듭 불기소처분을 하는 경우도 있다. 이

에 대한 해명도 필수적이라고 보여진다. 그러나 이러한 문제는 그 나름의 고유한 영역에서 별도로 다루어져야 할 필요성이 큰 사안이라고 하겠다. 이러한 점에서 본고에서는 생략하고 다른 기회에 상론하고자 한다.

본고에서는 법률에 관한 위헌여부 결정형식에 따라 유형화하고, 각각의 결정유형에서 핵심적인 쟁점으로 부각되고 있는 사항에 대해 집중적으로 검토하기로 한다. 구체적으로 제시하면 다음과 같다.

첫째로는 절차법적 효력에 있어 쟁점으로 등장하는 것은 무엇인가 하는 점이다.

둘째로는 실체법적인 효력에 있어서는 보다 세부적으로 유형화하여 다루고자 한다.

셋째로는 각각의 결정유형이 지닌 본질적 성격이 무엇인가를 제시함과 아울러 그에 대한 헌법재판소나 대법원은 어떠한 태도인지를 살펴본다.

넷째로는 각각의 결정유형이 지닌 법적 효과를 제시한다.

다섯째로는 현재 논의가 분분한 분야로서 헌법재판소의 결정이 선고된 법률에 근거한 국가작용에 대한 처리방안은 별도로 항목을 나누어 다루기로 한다. 사실이 부분은 네 번째 항목에 포함되어 논의되어야 하지만, 집중적인 검토대상으로 삼기 위해 별도로 다루고자 한다.

그리고 여섯째로는 형벌법규에 관한 헌법재판소 결정은 어떠한 효력을 가지는가 하는 점이다. 이것이 별도로 다루어져야 할 필요성은 비형벌법규에 대한 위헌결정은 장래효가 원칙이지만, 형벌법규에 관한 결정은 소급효가 원칙이라는 점과 재심절차가 명

문으로 보장되어 있다는 점에서 찾을 수 있다.

법률에 관한 위헌여부의 결정에 있어 논의의 핵심은 역시 법률의 위헌결정이라고 할 것이다. 그로 인해 이에 대해 집중적인 관심을 기울이기로 한다. 그리고 변형결정에 있어서는 그 자체 고유한 쟁점에 대해서만 다루기로 한다.

Ⅲ. 研究의 方法

이러한 점에서 연구방법은 3단계로 나누어 접근하고자 한다.

우선, 비교법적인 접근방법이다. 여기서 가장 핵심적인 연구대상은 독일의 운영 사례에 관한 것이 될 것이다. 독일의 경우 연방헌법재판소법 제31조 제1항과 제2항에 기속력과 법규적 효력을 명문으로 규정하고 있음은 물론이고, 제78조에서는 위헌법률의 무효를, 그리고 제79조에서는 위헌법률에 근거한 각종 국가작용의 처리방향을 규정하고 있기 때문이다. 그 이외에도 오스트리아나 이탈리아도 검토대상이 될 것이다. 그런가 하면 사법심사제를 채택하고 있는 미국의 경우 법률상 명문의 규정없이 관례법으로 선례구속력의 원칙이 인정되고 있는데, 이것과 기속력과는 어떠한 차이점이 있는지도 논의의 대상이 되어야 할 것이다. 그런가 하면 우리나라 제3공화국헌법 당시의 사법심사제나 일본의 사법심사제에서는 법률상 명문으로 기속력이나 법규적 효력이 인정된 것도 아니었고 또 관례법국가도 아니었기 때문에 야기되었던 문제점도 아울러 지적될 것이다.

이러한 비교법적 접근방법은 단순히 외국의 법체계를 소개하는 것으로 그치는 것이 아니고, 외국의 운영실제에서 법률에 관한

위헌여부 결정의 효력이 어떠한 위상을 차지하고 또 헌법재판소 결정의 법적 효과를 어떻게 관철시키는지를 검토함으로써, 우리의 운영실제에서 나타나는 문제점을 극명하게 부각시키고, 앞으로 야기될 수도 있는 논란에 대해 미리 대안을 마련한다는 효과를 가지게 될 것이다.

둘째, 판례분석적 접근방법이다. 이 대상은 주로 우리 헌법재판소의 결정례와 대법원 판례가 될 것이지만, 경우에 따라서는 외국의 판례에 대해서도 검토의 대상으로 삼기로 한다.

셋째, 이상의 접근방법을 통해 현재 헌법재판소 결정의 효력에 있어 나타나고 있는 우리의 제도와 그 운영에 있어서의 문제점을 적출하고 해결방안을 제시하는 것이다. 그런데 본고에서는 논술의 편의상 법률에 관한 위헌여부 결정형식에 따라 유형화하고, 각각의 결정유형에서 핵심적인 쟁점으로 부각되고 있는 사항에 대해 집중적으로 검토한다. 이러한 논술방법의 약점은 항목 상호간에 논리의 일관성이 결여되는 것처럼 보인다는 점이다. 이것은 쟁점별 접근방법에서 나타나는 필연적인 한계로 보아야 할 것이다.

第 2 節 法律의 違憲決定

우리 헌법재판소법은 제47조에서 법률에 관한 위헌결정의 효력에 대해 규정함과 아울러 위헌으로 결정된 법률의 운명과 위헌결정된 법률에 근거한 각종 국가작용의 처리방안에 대해 규정하고 있다. 그런가 하면 제45조에서는 법률의 위헌여부심판에 있어 심판의 범위를 규정하고 있다.

대체로 이들 조항을 통해서 법률의 위헌결정과 관련한 제반 효력의 문제가 검토되어야 한다. 물론 법률에 대한 위헌결정도 헌법재판소의 결정유형에 있어 중요한 요소중의 하나이기 때문에 헌법재판소 결정이 지닌 일반적인 효력을 전제로 해서 검토되지 않으면 안된다.

그러면 여기서 우선적으로 절차법적 효력을 검토하고, 이어 법률이 위헌으로 결정되었을 때 위헌법률의 운명은 어떻게 파악되어야 하는지가 논의되어야 한다. 아울러 위헌결정된 법률에 근거한 각종 국가작용이 당해 법률에 대해 위헌결정이 이루어지기 전에 행해졌을 경우 이에 대해서는 어떻게 처리되어야 하는지의 문제, 즉 이른바 위헌법률에 기한 처분의 효력문제를 살펴보지 않으면 안된다. 넷째로는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따르면 형벌법규가 위헌으로 결정되면 형벌법규는 소급적으로 그 효력을 상실하게 되고, 위헌인 형벌법규에 근거하여 이루어진 확정판결에 대해 같은 조 제3항은 재심을 허용하고 있다. 이 조항에 관해 단지 형사확정판결의 재심이라는 시각에만 접근하려 하지만, 그러나 형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어졌을 당시 재판이 진행되고 있거나 공소가 제기된 상태에서는 어떻게 처리되어야 하는가 하는 문제등도 논란의 여지가 상당하다고 할 것이다. 따라서 여기서는 이상의 순서로 검토하기로 하자.

I. 節次法的 效力

헌법재판소 결정은 헌법재판소가 사법기관으로서의 성격을 지니고 있음을 부인할 수 없는 이상, 다른 일반법원의 판결에 인정

되는 효력이 마찬가지로 인정된다. 그러한 반면에 다른 한편으로는 일반법원의 판결에는 인정되지 않는 독특한 효력이 허용된다.¹⁾

전자에 해당하는 것이 바로 확정력이다. 그리고 후자에 해당하는 것으로는 헌법재판소법이 특별히 허용하고 있는 기속력과 법규적 효력을 들 수 있다. 헌법재판소 결정의 효력은 심판의 대상이 된 부분에 대해서만 그 영향을 미친다. 그리고 헌법재판소가 수행하는 각종 심판활동은, 물론 주관적 소송으로서의 성격을 지닌 것도 있지만,²⁾ 객관적 소송으로서의 특성이 강조되지 않을 수 없다. 특히 이것은 권한쟁의심판과 법규범을 계쟁물로 하는 심판절차에서는 중요한 의미를 지니게 된다. 이로 인해 심판대상의 확장 필요성이 아울러 논의되지 않을 수 없다고 하겠다.

1. 節次法的 效力의 類型과 爭點

1) 確定力

(1) 確定力の 類型과 概念

일반적으로 소송법이론에 따르면, 확정력을 불가변력, 불가쟁력

1) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 憲法裁判所 決定의 確定力, 漢陽法學(漢陽法學硏究會) 제2집, 1992. 2. 213면 이하; 拙稿, 法學의 違憲與否 決定의 法規的 效力, 公法硏究 제21집, 1993., 313면 이하; 拙稿, 憲法裁判所 決定의 羈束力, 漢陽法學(漢陽法學硏究會) 제4·5(통합)집, 1994. 2. 151면 이하; 拙稿, 法律의 違憲決定의 效力에 關한 硏究, 博士學位論文集(漢陽大 大學院), 1994. 6., 57면 이하 참조.

2) 헌법소원절차가 이에 해당된다고 할 것이다.

(형식적 확정력) 및 기판력(실질적 확정력)으로 구분하고 있다.

不可變力이라 함은 확정력이 발생하자마자 判決을 宣告한 法院은 자신이 스스로 선고한 재판에 羈束되는 것을 말한다. 결정이 선고되면 헌법재판소는 스스로 그 결정을 더 이상 취소하거나 변경시킬 수 없다. 이것은 主文에 선고된 법적 효과가 더이상 헌법재판소의 조치에 놓이지 않음을 의미한다.³⁾ 따라서 헌법소송에 있어 절차를 종결하는 결정은 최소한 불가변적인 것이다.

불가쟁력(形式的 確定力)이라 함은 계속중인 절차에 있어 裁判의 不可爭性(Unanfechtbarkeit)을 의미한다.⁴⁾ 그것은 또 헌법재판소의 결정이 선고되었을 경우 그로 인해 그에 대해 일반법원에서 다투어 권리구제를 받을 가능성이 종료되었음을 의미한다.⁵⁾ 헌법재판소가 결정을 선고하면 그 결정에 대해서는 어떠한 법적 구제수단도 존재하지 않게 된다. 여기서 法的 救濟手段이라 함은 상급법원에 소송을 제기하여 제정된 재판의 결과를 뒤바꿀 수 있는 다른 구제수단을 말한다.⁶⁾ 그러나 헌법재판소의 결정에 대해서는 上級審이 존재하지 않는다. 따라서 소송당사자는 不服節次를 밟을 수 없을 뿐만 아니라, 헌법재판소내의 다른 재판부에 의

3) Theodor Maunz, in: Theodor Maunz/ Bruno Schmidt-Bleibtreu/ Franz Klein/ Gerhard Ulsamer, Bundesverfassungserichtsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 1992, § 31, Rn.6; Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2.Aufl., 1991, S.248f.

4) Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1984, S.225; 黃祐呂, 違憲決定의 效力, 司法論叢(法院行政處) 제21집, 1990. 12., 11면.

5) 이것은 헌법재판소 결정의 校訂과는 구별되어야 한다. 즉 誤算, 誤記 및 이와 유사한 명백한 誤謬는 당연히 修正된다. Vgl. Christian Pestalozza, VerfassungsprozeBrecht, 3.Aufl., 1991, S.298.

6) Pestalozza, VerfassungsprozeBrecht, S.299.

해서도 再審査되지 아니한다. 이것은 헌법재판소 指定裁判部の 決定⁷⁾에도 적용된다.⁸⁾ 이와 같이 어떠한 법적 구제수단도 허용되지 않는다는 점에서 헌법재판소의 결정은 그 裁判의 宣告時에 形式的 確定力을 발생하게 된다.⁹⁾

기관력(실질적 확정력)이라 함은 종결된 當該訴訟은 물론이고 특히 나중의 訴訟節次(後訴)에서도 形式的으로 確定된 判決에 當事者が 羈束되는 것을 말한다.¹⁰⁾

따라서 동일한 소송물에 대한 새로운 소송은 허용되지 않는다.¹¹⁾ 또

상이한 소송물에 대해 새로운 소송절차가 진행될 경우에도 헌법재판소는 기존절차의 확정된 결

7) 指定裁判部の 却下決定에 대한 不服申請은 헌법재판소법상 허용되지 않는다. 헌재 90.10.5.선고 90헌마170결정(제1지정재판부); 90.10.17.선고 90헌마 171결정(제2지정재판부).

8) 지정재판부의 결정에 대해 전원재판부나 다른 지정재판부도 이를 재심사할 수 없다. Schlaich, BVerfG(1991), S.248, fn.66; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S.299; 黃祐呂, 司法論叢 제21집, 11면. 反對; 金學成, 憲法訴訟에 관한 研究, 博士學位論文(서울大 大學院), 1989. 12, 129면 참조.

9) Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgerichts und Gesetzgeber, Bd.1, 1976, S.622f. ; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber S.225; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.7; Schlaich, BVerfG(1991), S.248; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S.299.

10) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 6.Aufl., 1975, S.243; Vogel, BVerfG und GG, S.584.

11) 후소의 사건이 전소의 사건과 동일한지의 여부는 後訴의 事件과 관련하여 판단될 수 있다. 즉 전소의 사안과 상이한 판단을 정당화할 수 있는 어떠한 표지도 후소의 사안이 제시할 수 없을 때, 바로 그 때에만 후소의 사안은 전소와 동일한 것이다. Vgl. Kriele, 218 StGB nach dem Urteil des BVerfGs, ZRP 1975, S.73(75). 이와 거의 유사하지만 전소에 토대를 둔 具體的인 裁判規範에 의거하여 파악하여야 한다는 견해가 있다. 그 논거에 관한 상세한 내용은 Vgl. Vogel, BVerfG und GG, S.590f., 597.

과에 기속된다.¹²⁾ 기관력을 발생하려면 재판은 확정된 내용을 가져야 한다는 전제조건을 충족시켜야 한다. 소송법일반이론에 따르면 이것은 제소상대방에 대한 제소자의 청구에 관해 재판하는 경우에 나타난다.¹³⁾ 즉 민사소송에서는 소에 제기된 청구에 관한 재판과 행정소송에서는 소송물에 관한 재판이 기관력을 가진다. 마찬가지로 그러한 범위에서 헌법재판도 기관력을 가지지만 헌법재판절차의 특성 때문에 논란의 여지가 없지 않다.¹⁴⁾

(2) 違憲決定과 既判力の 인정여부

법률의 위헌결정에도 기관력을 인정할 것인지가 문제 될 수 있다. 왜냐하면 기관력을 인정하지 않는다 할지라도, 그로 인해 특별히 문제되는 영역이 발생할 여지가 없다는 점 때문이다. 즉 법률의 위헌결정에는 후술하는 바와 같이 헌법재판소법 제47조 제1항과 제2항에 따라 기속력과 법규적 효력이 인정되기 때문이다. 그렇지만 기관력의 문제는 헌법재판이 사법작용적 속성을 지니는 한, 당연히 인정되는 효력이다. 그렇기 때문에 별도로 인정하여야 한다는 차원에서의 논의의 대상은 아니라고 보여진다.¹⁵⁾

그러나 법률의 다른 결정, 즉 변형결정이나 합헌결정, 그리고 다른 심판유형에서의 결정에서는 논란의 여지가 있다고 하겠다.

12) Vogel, BVerG und GG, S.584; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.225.

13) Vogel, BVerG und GG, S.584; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.225.

14) Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.225.

15) 그렇다고 해서 법률의 위헌결정에 관한 既判力を 부인하는 것은 아니다.

(3) 違憲決定과 既判力の 時的 限界

위헌결정에 있어 기관력의 시적 한계는 논의의 여지가 있다. 위헌결정에 있어 기관력의 표준시는 다른 결정유형과 마찬가지로 결정시점이다.

위헌결정의 기관력의 시적 한계는 법적용자와 관련해서는 크게 논의의 대상이 되지 않는다. 왜냐하면 법률에 관해 위헌결정이 선고되면 당해 법률 또는 법률의 조항은 결정할 날로부터 그 효력을 상실하기 때문이다. 이로 인해 더 이상 심판 대상이 될 수 없고 또 더 이상 적용해서도 안된다. 물론 헌법재판소법 제47조 제2항에 규정된 효력상실의 의미를 어떻게 보는가에 따라 문제가 될 수는 있을 것이다.

효력상실을 폐지로 보는 견해¹⁶⁾라든가 당연무효설¹⁷⁾의 입장에서 접근한다면, 문제의 소지가 없다. 위헌결정된 법률은 법의 존재영역에서 이미 소멸된 것이기 때문이다. 그러나 효력상실을 실정법의 시적 효력영역의 종료로 이해하는 견해¹⁸⁾에 있어서는 비록 법률에 관해 위헌결정이 이루어졌다 할지라도 당해 법률은 단지 시적 효력영역만이 종료된 것이지 존재영역까지 종료된 것은 아니기 때문에 경우에 따라서는 사정변경의 법리를 적용함으로써 전소에 의해 위헌결정된 법률이 후소에서는 합헌으로 결정될 가

16) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 違憲決定의 效力에 있어 廢止無效說의 理論的 展開, 心泉桂禧悅教授華甲紀念論文集, 公法學的 現代의 地坪, 1995., 博英社, 391면 이하 참조.

17) 이에 상세한 내용은 拙稿, 憲裁法 제47조의 제2항의 解釋과 適用에 관한 批判的 考察, 法學論叢(漢陽大 法學研究所) 제12집, 1995.10.(미발간) 참조.

18) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 桂禧悅教授華甲紀念論文集, 399면 이하 참조.

능성도 배제할 수 없을 것이다. 그러나 현재 이 견해를 취하는 학자는 없는 것으로 보인다.

시적 한계문제는 주로 입법권자와 관련해서 논의가 된다. 이미 위헌결정된 법률과 동종의 법률을 반복하여 제정할 수 있는가 하는 점이다. 위헌결정의 효력이 사정변경으로 인해 시적 한계가 종료되었다면, 이것은 가능하다고 할 것이다. 그런데 입법권자가 판단한 사정변경이 실제로 발생하였는지에 관한 판단은 최종적으로는 헌법재판소의 몫으로 보아야 할 것이다. 후소에서 헌법재판소는 입법권자가 주장한 사정변경의 사유가 발생한 것으로 인정한다면, 헌법재판소는 반복제정된 법률을 합헌으로 결정할 것이다. 그 때에서야 비로소 기관력이 시적 한계가 종료하였음을 권위적으로 확인하는 것이 된다. 그렇지만 사정변경의 사유가 발생하지 않는한, 반복제정된 법률은 거듭 위헌으로 결정될 것이다.

2) 羈束力

헌법재판소법 제47조 제1항은 법률의 위헌결정은 법원을 비롯한 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있다. 법률에 관한 위헌결정의 기속력과 관련해서 논의의 여지가 있는 부분은 몇 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 결정주문 뿐만 아니라 결정이유중 중요한 부분에 대해서도 기속력을 인정할 수 있는가 하는 점이다. 이것은 법 적용자와 관련해서 당연히 인정되어야 함이 주장되지만, 입법권자의 입법형성권침해와 관련하여 심각하게 논의될 수 있는 부분이다. 다음, 주관적 범위는 법률이 명문으로 규정하고 있기 때문에 문제되지

않고, 또 시적 한계문제 역시 논의의 대상이 되지 않는다. 셋째, 법적용자, 특히 법원과의 관계에서 기속력과 관련하여 실효성을 확보할 수 있는 방안이 문제된다고 하겠다.

그러면 이상에 관해 쟁점별로 검토하기로 한다.

(1) 重要な理由의 羈束력과 憲法解釋

決定理由라 함은 통상 결정의 결론에 해당하는 주문이 도출되게 된 과정을 제시하는 부분을 말한다. 決定理由는 이유의 일부로서 傍論(附隨的 理由), 重要な理由 및 羈束的인 重要な理由등으로 구분지을 수 있다고 한다.¹⁹⁾ 重要な理由는 결정이유중 핵심적인 부분으로 개개의 결정에서 제시된 法的 理由를 말한다. 중요한 이유가 없이는 주문을 도출할 수 없을 때, 그 이유는 주문에 중요한 것이라고 할 것이다. 다시 말하면 그 이유가 없었더라면 결정이 다르게 선고되지 않으면 안될 정도라는 의미에서 결정에 중요한 것임을 의미한다.

그런데 구체적인 사건의 결정에서 어떠한 것이 실제로 결정주문에 중요한 것인지에 관해 논란이 제기되고 있다. 또 결정에 중요한 이유이지만, 그 어떤 것에 기속력을 부여할 수 있는지는 쉽사리 확정될 수 있는 것이 아니다. 이러한 점에서 헌법재판소의 결정에 기속력이 부여된다고 할 때, 어디까지 인정될 것인지에 관해 논란이 된다.²⁰⁾ 또 중요한 이유에 기속력을 인정함에 따라

19) Vgl. Pestalozza, Verwaltungsprozeßrecht, S.288ff.

20) 중요한 이유에 기속력을 인정할 수 있는 구체적인 기준제시에 관한 상세한 내용은 vgl. ebd.

야기될 수 있는 문제점을 중시하여 그 효과를 다른 방법을 통해 달성될 수 있는 지에 대해서도 마찬가지로이다.

① 認定說과 論據

이 견해는 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항은 기관력의 主觀的 한계를 확장할 뿐만 아니라 규범적인 기관력(nomalen Rechtskraftwirkung)과 구별되는 객관적 한계도 확장한다는 입장에서 논리를 전개한다. 이 견해에 따르면, 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항의 기속력은 주문 뿐만 아니라, 그 이상으로 결정의 重要的 理由에도 부여되어 있다고 한다.²¹⁾ 또 모든 국가기관에게 이유에 진술된 법적인 견해를 존중할 책임을 부과한다는 것이다.²²⁾ 이 견해는 헌법재판이 違憲解釋과 관련된 한도에서 重要的 理由는 기속력을 가진다²³⁾는 것으로, 독일연방헌법재판소²⁴⁾의 일관된 입장이다. 이 견해는 학자들²⁵⁾ 뿐만

21) 李石淵, 憲法所願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察, 憲法論叢(憲法裁判所) 제1집, 1990.12., 388면; 李石淵, 憲法訴訟의 理論과 實際, 초판, 1992, 圖書出版 三善, 200면; 金光錫, 憲法裁判所に 있어서의 決定主文의 類型과 效力, 憲法裁判研究(憲法裁判所) 제2권. 憲法裁判 및 制度의 生活化에 관한 研究, 1991.5., 133면; 鄭在晁, 憲法裁判所와 國會法院의 關係, 考試研究 1992.1., 46면.

22) Vgl. Schlaich, BVerfG(1991), S.253.

23) BVerfG 1, 14(37) - 南西國家判決. Vgl. Willi Geiger, Die Grenzen der Bindungswirkung der verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1954, S.1058.

24) BVerfGE 1, 14(37); 4, 31(38); 5, 34(37); 19, 377(392); 20, 56(86); 24, 289(294); 33, 199(203); 40, 88(93).

25) 「決定主文을 뒷받침해 주는 主要論據」라는 표현으로 인해 불명확하기는 하지만, 이러한 범주에 포함시킬 수 있는 견해로는 許營, 韓國憲法論, 신정판, 1995, 博英社, 812면 참조.

아니라 헌법재판관들²⁶⁾ 및 실무자들²⁷⁾ 사이에서 그리고 각급법원²⁸⁾ 에서도 폭넓은 지지를 받고 있다.

이 견해에 따르면, 헌법재판소의 결정이 선고되면 헌법재판소법 제47조의 제1항이나 제75조의 제1항으로 인해 결정에 내포된 구체적인 사건의 法的 效果는 확정된다고 한다.²⁹⁾ 그 효과는 모든 국가기관과 지방자치단체에게 결정에 배치되는 행위를 금지하는 의미를 내포할 뿐만 아니라, 그 이상으로 一般的인 行動準則으로서 向後의 活動에서 尊重하여야 한다는 명령적 의미도 지닌다는 것이다. 즉 어떠한 법적용기관도 독자적인 심사를 별도로 해서는 안되며, 헌법재판소가 행한 憲法解釋을 자신의 행동척도로 삼아야 한다. 다시 말하면 구체적인 사건과 분리하여, 결정에 중요한 憲法解釋은 기속력을 발생한다는 것이다.³⁰⁾ 헌법재판소는 憲法の 有權解釋機關이고 憲法の 守權者이며 憲法問題에 있어 最終審이라는 점³¹⁾에서 나타나는 것이라고 한다. 이 견해는 헌법재판소가 憲法的 立法에 참여할 수 있음을 궁극적으로 시인하는 것이라고

26) 이를 支持하는 裁判官들로는 Geiger, Leibholz, Friesenhahn, Rupp 등을 들 수 있고, 反對하는 裁判官으로는 Hoffman-Riem을 들 수 있다. 우리의 경우 李時潤재판관이 이를 支持하였다. 李時潤, 韓國의 憲法裁判制度, 憲法裁判資料(憲法裁判所) 제3집. 憲法裁判의 理論과 實際, 1990.12., 86면 참조.

27) 張潤基, 憲法裁判所에서 違憲으로 決定된 法律의 效力, 司法行政 1993.6., 57면.

28) 독일에서는 聯邦行政裁判所와 聯邦財政裁判所가 지지하고 있다. Vgl. BVerwGE 18, 177(179); 29, 1(6ff.); BFHE 92, 188.

29) Vgl. Nobert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979, S.45.

30) 이 입장의 대표적인 판례로는 니더작센州 大學判決을 들 수 있다. Vgl. BVerfGE 33, 303.

31) 이 점은 독일연방헌법재판소가 BVerfGE 40, 88(93)에서 스스로 주장하였다. Vgl. Schlaich, BVerfG(1991), S.253.

한다.³²⁾

헌법을 최종적으로 유권해석하는 헌법재판소의 권한은 被羈束 國家機關의 權限 喪失과 밀접한 관련성이 있다.³³⁾ 이들 국가기관은 헌법에 따라 기본권에 구속되며 법과 법률에 기속된다. 그 뿐 아니라 헌법적 영역에서 헌법재판소의 결정선고에도 기속된다. 다시 말하면 국가기관은 헌법재판소의 결정이 그 내용을 구속적으로 확인하지 않은 한도에서만, 헌법적 기속의 범위를 독자적으로 확인할 권한을 가진다는 것이다.

이 견해는 결국 헌법재판소법상에 규정된 기속력조항을 擴張解釋한 것이다.³⁴⁾ 즉 헌법재판소의 결정은 위헌여부 결정의 계기를 제공한 當該事件은 물론이고, 一般的抽象的 效力을 가진다는 점에서 그러한 한도에서 類似事件(Parallelfälle)과 後續事件(Folgefälle)에도 구속적일 수 밖에 없게 된다는 결론에 도달한다.³⁵⁾ 그 뿐 아니라 헌법재판소가 행한 憲法解釋은 法律類似的인 효력을 가지게 된다.³⁶⁾

이와 같이 기속력을 중요한 이유로 확장시키게 된 요인은 몇가지를 들 수 있다. 우선, 다른 국가기관으로 하여금 오직 주문에

32) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S.2099, fn.113; Ernst Benda, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt, DöV 1979, S.469; Schlaich BVerfG(1991), S.253.

33) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.46.

34) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.45f.; Schlaich BVerfG(1991), S.253.

35) Wolfgang Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation, Zur Bindungswirkung vverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Der Staat 13(1974), S.335.

36) Ebd., S.341.

만 기속하도록 하는 경우 그것은 憲法裁判의 目的實現에 충분치 못하다는 점이다.³⁷⁾ 만약 폐기된 조치와 관련하여 원래부터 중요한 결정이유의 기속력에서 反復禁止(Wiederholungsverbot)가 배제되었다면,³⁸⁾ 결정이유의 효력은 계속된 일련의 판례에서 주문과 분리되어 별도로 취급하였을 것이다. 그런가 하면 「모든 행정청과 법원은 장래의 모든 사건에서 헌법해석에 관해 주문과 중요한 결정이유가 제시한 원칙」을 존중하여야 한다고 한다.³⁹⁾ 이것은 모든 행정청과 법원이 헌법재판소 결정을 준수할 책임을 결정이유에서 도출하고자 한 것이다. 둘째, 法的安定性を 창출한다는 점이다.⁴⁰⁾ 즉 헌법재판소가 헌법을 유권해석할 수 있다면, 개별사건에서 아무런 제약도 받지 않고 헌법재판소는 침해된 법질서를 회복시킬 수 있게 된다. 여기서 헌법재판소는 미래평화적인 작용을 하고, 법적인 명료성을 창출하며, 동일한 유형의 분쟁의 반복을 방지하고, 그리고 분쟁의 소지도 없앨 수 있다. 바로 이러한 점에서 중요한 결정이유에 기속력을 부여할 필요성이 추론된다.⁴¹⁾ 반복의 위험성이 예견될 경우, 기속력에 의해 폭넓게 배제될 수 있을 것이다. 이 이외에도 독일에서는 주헌법재판소가 연방헌법재판소의 憲法解釋과 그것을 달리 하는 경우를 규정한 기

37) Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.236f.

38) BVerfGE 36, 36.

39) BVerfGE 19,377(392); 40, 88(93).

40) Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.242.

41) Geiger, NJW 1954, S.1058; Klaus Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, S.5.

본법 제100조 제3항을 기속력의 확장근거로 제시하고 있다.⁴²⁾

獨逸聯邦行政裁判所の 경우, 중요한 이유의 기속력을 인정하고 무엇이 중요한 이유인가에 관해 입장을 정리하고 있다. 즉 연방헌법재판소가 예견할 수 있는 권위적인 검토와 심사를 하였을 경우, 연방헌법재판소 스스로에 의해 유형화되고 공시된 결정요지에 특별한 의미를 부여할 수 있다고 한다. 決定要旨는 헌법재판소가 결정의 핵심으로 파악하여야 하고 기속력을 부여할 수 있는 근거라고 한다.⁴³⁾ 이러한 입장은 Maunz의 입장을 그대로 답습한 것처럼 보인다. Maunz⁴⁴⁾는 「중요한 결정이유와 결정요지가 동일한 것은 아니며, 또 그에 따라 요지에 기속력이 부여되지 않음」을 인정한다. 그러나 「무엇이 중요한 이유인지를 확정하지 않을 경우 불확실성과 그에 따른 혼란을 야기하므로,⁴⁵⁾ 헌법재판소가 스스로 유형화하고 공시한 결정에 요지가 첨부되는 점을 중시하여」 이러한 요지에 특별한 의미를 부여하자고 한다. 다시 말하면, 要旨는 결정의 중요한 이유이며 결정의 핵심에 해당하므로, 그것에 기속력을 인정한다는 것이다.

42) 이에 관한 상세한 내용은 Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.242f.

43) BVerfWG, Urt. vom 29. 10. 1981, NJW 1982, S. 779(780) - 憲法에의 忠誠. Vgl. Schlaich, BVerfG(1991), S.255.

44) Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.16.

45) Maunz는 헌법재판소가 스스로 명백하게 특정한 사고과정을 권위적으로 인식하고, 그리고 그것이 숙고한 결과 가장 근접한 것일 때, 그런 경우에 한해서 決定理由의 羈束力을 인정하여야 한다고 한다. 또 주문에 類型化되어 있는 결론을 修正하지 않고는, 헌법재판소의 추론을 더 이상 상상할 수 없게 되는 決定根據의 部分은 주문에 권위적인 것이라고 한다. Vgl. ebd.

② 否定說과 그 論據

이 견해는 헌법재판소 결정의 主文만이 기속력을 가질 뿐 그 어느 것도 기속력을 갖지 않는다고 한다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

獨逸聯邦最高裁判所 民事合議體가 이 입장을 취하고 있다.⁴⁸⁾ 결정의 주문에는 헌법재판의 추론결과인 고유한 決定命題(Enstschcheidungssatz)만이 포함될 수 있기 때문이라고 한다. 따라서 기속력은 구체적으로 결정된 법적 분쟁에 관련해서만 발생한

46) 이러한 입장에 동조하는 학자와 재판관으로는 다음과 같다. Vgl. Dietrich Jesch, Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden, JZ 1954, S.528; Hoffmann-Riem, Der Staat 13(1974), S.335; Ernst Kadenbach, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, AöR 80(1995/1956), S.404ff.; Rolf Schäfer, Gesetzeskraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1954, S.1468f.; Ulrich Scheuner, Das Bundesverfassungsverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, DöV 1954, S.646f.; Bundesverfassungsgerichts, JZ 1954, S.525.; Wischermann, Rechtskraft, S.121f.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.236ff.; Schlaich, BVerfG(1991), S.253ff.

47) 「헌법재판소가 限定縮小的 合憲解釋方法을 취할 경우에 ... 본질적으로 部分的 違憲宣言의 效果를 국가기관에 대한 羈束力까지를 가질수 있게 하기 위하여는 이러한 내용은 결정의 理由에 표시되는 것만으로는 부족하고 결정의 主文에까지 등장시켜야 한다. 왜냐하면 헌법재판소법 제47조 제1항에 의하면, 法律의 “違憲”決定만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 羈束한다고 규정하고 있고 어떠한 결정이 위헌인지의 여부는 그 결정의 주문에 포함되어야 하기 때문이다.」 헌재 92.2.25.선고 89헌가104결정에서 曁圭光재판관의 보충의견 참조.

48) BGHZ 13, 265(271ff., 277ff.).

다. 이 견해는 헌법재판소의 司法的 性格을 전제로 하여 헌법재판소의 지위와 기능을 확정하고 있다. 헌법재판소의 활동과 일반법원의 그것을 비교할 때, 개별사건에 관한 헌법재판소의 결정은 그의 고유한 임무의 핵심을 수행하는 것이며, 그때마다 주문의 한도에서만 절차에 참가하지 아니한 국가기관까지도 법적인 기속을 가할 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 예컨대 소원제기인이 기본권을 부당하게 침해받았음을 이유로 헌법소원을 제기하였을 경우, 헌법소원의 인용결정으로 인해 계쟁된 구체적인 조치의 위헌성은 헌법재판소법 제75조 제1항에 따라 모든 국가기관과 지방자치단체에게 기속적인 것으로 확인된다. 그러나 여기서 訴訟當事者와 訴訟物⁵⁰⁾에 기속력을 결부시킨다고 해서, 이른바 類似事件(Parallelfälle), 즉 내용이 동일한 조치가 다른 사안에 대해서도 발동되는 경우에까지 기속력을 확장하는 것은 아니라고 한다.⁵¹⁾ 그런가 하면 헌법재판소가 위헌성을 명시적으로 확인했다고 해서 위헌성이 확인된 조치가 새롭게 행해지는 것을 차단하는 것은 아니라는

49) Hoffmann-Riem, Der Staat 13(1974), S.335; Wischermann, Rechtskraft, S.43. 그 외에도 여기서 Hoffmann-Riem은 연방헌법재판소의 특수한 권위에 의거한다고 할지라도, 事實上 羈束의 개연성과는 무관하다고 주장한다. 그에 반해, Wischermann과 Gusy등은 事實上의 羈束力을 重要한 理由에 인정하고 있다. Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.121f.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.245. 그리고 Lechner는 주문은 強行規定, 이유는 當爲規定(Sollvorschrift)으로 파악하여, 主文과 理由의 羈束程度를 구별하고 있다. Vgl. Hans Lechner, Nochmals zur bindenden Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1956, S.445.

50) 이 견해는 訴訟物의 개념을 民事訴訟法上的의 그것과 동일하게 파악한다.

51) Hoffmann-Riem, Der Staat 13(1974), S.335f.; Wischermann, Rechtskraft, S.44.

입장이다.⁵²⁾

이 견해는 헌법재판소의 지위와 기능을 제한적으로 이해함을 전제로 한다. 즉 일반법원에 대비되는 헌법재판소의 특성을 본질적으로 다음과 같이 구별짓고 있다.⁵³⁾ 우선, 헌법재판소는 특정한 헌법적 내용을 통제규범으로 삼아 계쟁된 법률관계의 판단을 제시해야 하는 法的 紛爭의 決定을 排他的으로⁵⁴⁾ 또는 최소한 最終拘束的으로⁵⁵⁾ 행사한다고 한다. 둘째, 헌법재판소는 헌법의 수호자이긴 하지만, 구체적인 憲法違反을 除去할 任務가 憲法裁判所에 歸屬되는 限度에서만 수행할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾

이 견해는 결정이유(또는 중요한 결정이유)에 기속력을 賦與할 수 없는 論據를 理論的, 實際運營의 측면에서 제시하고 있다.⁵⁷⁾

우선, 法體系的인 根據를 든다. 중요한 이유에 기속력을 인정하는 것은 독일의 경우 기본법규정의 해석에 重要的 法的 問題의 判斷을 규정한 연방헌법재판소법 제67조 제3절(국가기관간 기관쟁송)⁵⁸⁾과 反復禁止를 규정한 동법 제95조 제1항 제2절(헌법소

52) 그러나 여기서 독일의 경우 연방헌법재판소법 제95조 제1항 제2절에는 특정한 경우 反復禁止를 명할 수 있도록 규정되어 있으므로, 연방헌법재판소가 특별히 수권한 바를 이용하지 않을 때에는, 당연히 이것이 적용된다는 것이다. Vgl. Hoffmann-Riem, Der Staat 13(1974), S.335f; Wischermann, Rechtskraft, S.44.

53) 상세한 내용은 拙稿, 漢陽法學 제4·5(통합)집, 161면 이하 참조.

54) 헌법재판소에 提訴가 직접 허용되어 있는 모든 節次에 適用된다.

55) 節次의 開始可能性이 통상적인 權利救濟節次가 終了되었는지의 여부에 의존하는 憲法 訴訟節次를 대표적인 예로 들 수 있다.

56) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.45.

57) 상세한 내용은 Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.116ff.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.237ff.; Schlaich, BVerfG(1991), S.254ff.

58) 이 규정은 동법 제69조(연장과 주의 권한쟁송), 제72조 제2항(연방과 주의 공법상 분쟁) 및 제74조(주내부의 헌법쟁송) 등에 준용되고 있다.

원)에 법체계적으로 배치된다는 것이다.⁵⁹⁾

둘째로는 權力分立의 構造上 憲法裁判所의 地位를 들고 있다.⁶⁰⁾ 헌법은 개방적이고 불완전한 규범임에 따라, 헌법은 사회의 형성과 발전을 직접 떠맡는 것이 아니라 단지 일반적인 권한질서를 규율할 뿐이라고 한다. 그에 관해 헌법은 국가 기관에게 위임하고 있다. 그 중에서도 특히 입법권자에게 많은 과제를 부과하고 있다. 이것은 어떠한 국가기관도 헌법해석과정에서 흠결을 방치하는 활동을 해서는 안됨을 의미한다. 그런가 하면 결정이유는 구체적 사건의 결정과 추상적 규범을 매개하고, 결정은 당연한 사안의 규율필요성을 고려하여 법을 구체화한다. 이 점은 결국 결정이유가 결정에 중요한 구체적 사건의 성격과 그 때마다 적용하여야 할 법의 내용에 의해 확정지워짐을 의미한다. 그러나 결정이유는 구체적인 심판대상과 무관하게 추상적 효력을 포함하는 경우가 적지 않다. 이것은 결정이유가 규범적 효력을 지님을 의미한다. 이러한 규범적 효력에 입법권자는 기속되어야 하고, 만약 규범을 위반할 경우 이것은 결정이유의 기속력에 대한 위반이 된다. 이러한 점은 헌법이 입법권자에게 부여한 사회형성과 발전기능을 약화 내지는 침해하는 것이고, 권력분립의 원리에 반하는 것이라고 한다.

59) Vgl. Schlaich, BVerfG(1991), S.252. 반대; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.237f.

60) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.118f.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.238.

셋째로는 國家機關의 民主的 正當性⁶¹⁾을 들고 있다.⁶²⁾ 헌법재판소의 민주적 정당성은 재판관의 선출절차와 헌법재판의 헌법에의 기속을 통해서 확보된다. 이러한 측면에서 볼 때, 헌법재판소가 사법적인 형식으로 類似憲法的 立法(eine gerichtsförmige Quasi-Verfassunggebung)을 할 어떠한 근거도 헌법은 부여하지 않았다는 것이다. 또 입법은 단순한 헌법의 집행이 아니라 獨自의인 社會形成인 것이라고 한다. 헌법은 이러한 역할을 민주적 절차를 바탕으로 해서 수행할 것을 요구하고 있다. 입법권자가 헌법재판소보다 민주적 정당성에 있어 우위에 있음은 명백하다는 것이다. 따라서 결정이유에 의한 입법권의 통제는 헌법적 요청에 배치된다는 것이다.⁶³⁾

넷째로는 헌법재판소의 決定節次 自體가 지닌 脆弱性을 들고 있다.⁶⁴⁾ 헌법재판소가 어떠한 사안을 담당하기 위해서는 절차적 피동성으로 인해 提訴權者에 의한 提訴가 있어야만 한다. 또 과거에 행한 자신의 결정을 수정하거나 변경하려 한다 할지라도 헌법재판소에 새로운 법적 분쟁이 제소되지 않으면 안된다. 물론 그렇다고 해서 기속력이 憲法裁判所의 自己羈束을 의미하는 것은 아니다. 그렇지 만 잠재적인 제소권자인 제삼자로서의 국가기관은

61) 이에 관한 상세한 내용은 Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.132ff.; 拙稿, 憲法裁判의 民主的 正當性, 論文集(全北産業大學校) 제13집, 1991., 431면이하.

62) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.116f.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.239.

63) Wischermann, Rechtskraft, S.116f.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.239. 反對; Schlaich, BVerfG(1991), S.256.

64) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.119.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.239f.; Schlaich, BVerfG(1991), S.258.

전소의 기속력에 의해 제소가 차단되게 된다. 또 일반국민은 결정의 법규적 효력으로 인해 구속된다. 이러한 점은 변화되는 현실에 신속하게 대처할 수 있는 여지가 아주 제한되는 것이고, 그로 인해 헌법의 경직위험성을 초래하게 된다고 한다.

다섯째로는 決定의 正當性과 憲法의 規範性을 동시에 약화시킨다는 것이다.⁶⁵⁾ 결정이유에 기속력을 부여함으로써 결정이 지닌 의미가 구체적인 사건을 능가할 경우, 결정이유는 그 자체가 지닌 고유한 성격을 일탈한다는 것이다. 이 경우 결정이유는 구체적 사건에 관련된 규범의 구체화기능을 수행하는 것이 아니라, 오히려 구체적 사건을 주도하고 미래에 발생하는 사회형성에 기여한다. 이로 인해 헌법재판소는 정치적 욕구의 소용돌이에 휩싸이게 된다. 이것은 헌법재판 결정의 정당성과 헌법의 규범성을 오히려 약화시키는 방향으로 작용한다는 것이다.

여섯째로는 지난 30여년간의 독일연방헌법재판소의 결정례를 살펴볼 때, 어떠한 이유가 중요한 것인지가 不明確하다는 점이다.⁶⁶⁾ 그렇다고 해서 헌법재판소가 그에 관해 명확하게 입장을 정리한 적도 없다는 것이다. 그리고 중요한 이유라고 할 때, 중요하다는 의미는 결정에 전제된 구체적 事件의 判斷에 관한 것이지, 一般的으로 重要함을 의미하는 것은 아니라는 점이다.⁶⁷⁾

일곱째로는 결정이유를 제시한 실체를 살펴보면, 개별적인 헌법원칙을 일탈하고, 그 대신에 支配的인 法的 概念, 즉 正義, 比例

65) Vgl. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.241.

66) Vgl. Schlaich, *BVerfG(1991)*, S.254f.

67) Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.249. 反對; Schlaich, *BVerfG(1991)*, S.254.

의 原則, 恣意 등을 제시하고 있다고 한다.⁶⁸⁾ 그런가 하면 헌법소원심판에 있어 주문에서 침해된 기본권을 특정하는 것이 아니라, 社會國家原理나 法治國家原理를 결합시킨 기본권 일반에 초점을 맞추거나 간단히 기본법과의 불합치성만을 확인하곤 한다는 것이다.⁶⁹⁾ 이러한 점은 헌법명문의 어의와 내용에 따라 임무를 수행하여야 하는 헌법재판소의 역할에 어긋난다는 것이다.⁷⁰⁾

여덟째로는 결정이유 중에 어느 부분이 중요한지의 여부를 區別하기란 좀처럼 쉽지 않다는 것이다.⁷¹⁾ 이러한 문제점을 해소하기 위해서 학자에 따라서는 要旨를 중요한 이유로 제시하고 있지만,⁷²⁾ 요지와 중요한 이유를 동일시 할 수는 없으며, 또 요지는 헌법적으로 권위있는 기관에 의해 확정된 것이 아니라는 비판을 가하고 있다.⁷³⁾ 따라서 경우에 따라서는 헌법재판소가 기속기관으로서 기속의 범위를 확정하는 것이 아니라, 오히려 被羈束機關 스스로 규범적 명령의 인식을 결여하면서 확정지를 위험성도 배제할 수 없다는 것이다.⁷⁴⁾

그리고 認定說이 중요한 이유에 기속력을 부여함으로써 法的安定性이 창출된다는 주장을 하는데 대응하여, 否定說은 批判을 가

68) Schlaich, BVerfG(1991), S.256.

69) Ebd. S.257.

70) Ebd. S.256.

71) Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.243.

72) Vgl. Maunz, in : Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.16.

73) Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.243.; Schlaich, BVerfG(1991), S.255.

74) BGH, NJW 1954, S.1074.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.243.

하고 있다.⁷⁵⁾ 무엇이 중요한 이유인지는 결정실체에 있어서는 개방되어 있다고 한다. 게다가 기속을 확장하여 헌법을 철저히 보장하면 할수록, 결정례의 수정이나 변경을 통해서 헌법실제와 조화를 이루어야 할 필요성은 가중된다고 한다. 다시 말하면 법적안정성을 중시한 나머지 具體的 妥當性이 훼손될 우려가 있다는 것이다.

이상에서는 重要的 理由의 기속력을 부인하는 논거에 관해 살펴보았다. 그러나 否定說이 통일된 입장에서 전면적으로 重要的 理由에의 기속 모두를 부인하는 것은 아니다. 견해⁷⁶⁾에 따라서는 기속력을 法的 기속력과 事實的 기속력으로 구분하여, 主文에는 法的 기속력이 인정되지만, 重要的 理由에는 단지 사실상의 기속력이 인정될 뿐임을 주장한다. 즉 法院과 行政廳은 항상 다른 국가기관의 입장을 尊重해야할 義務가 있지만, 그렇다고 해서 그 기관에 대해 법적으로 책임을 지는 것은 아니라고 한다. 이렇게 구별짓고 사실상의 힘을 인정하는 것은 重要的 理由에 형성적인 요소가 존재함을 긍정하는 것이다. 이러한 구별의 실익은 法規 違反으로 취급되는지의 여부에 있으며, 사실상의 기속력이라 해서 규범화된 것보다 결코 경미하게 취급해서는 안된다고 한다.⁷⁷⁾ 그러나 決定理由에 사실상의 기속력만을 부여한다는 견해는 입법권자와의 관계를 해결할 수 있을지 모른다. 그러나 법원의 재판이 헌법소원의 심판대상에서 제외되어 있음에 따라 법 적용자와의

75) Val.Gusy, *Parliamentarism Gesetzgeber*, S.242.

76) Vgl. Wischermann, *Rechtskraft*, S.120f.; Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.244f.

77) Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.245.

관계에 있어서는 중대한 문제점을 초래하게 된다.⁷⁸⁾

그리고 重要한 理由의 기속력을 부인하는 견해가 우리나라의 실제에 적용되기 어려운 점은 독일연방헌법재판소법 제95조 제1항 제2절과 같은 反復禁止宣告의 規정이 없다는 점이다. 즉 헌법재판소가 주문에서 當該事件에 관련된 內容의 확정과 더불어 계쟁된 措置의 反復이 헌법에 위반되는 것임을 동시에 선고할 수 있다고 한다면, 重要한 決定理由에 기속력을 부여할 필요성은 훨씬더 줄어들 수 있을 것이다. 이와 관련하여 우리 헌법재판소는 헌법소원심판에 관한 결정⁷⁹⁾에서 주문에서는 公權力의 行使가 「違憲임을 確認」하고 그리고 이유에서 는 「取消되어야 할 公權力行使는 이미 終了되었으니 이를 취소하는 대신, 違憲的인 公권력행사가 또다시 反復될 수 있는 違憲性を 除去하기 위하여 … 피청구인 의 公권력행사가 위헌인 것임을 선언적 의미에서 확인」한다고 실시하였다. 이때 違憲確認에 있어서의 기속력의 內容은 公권력으로 하여금 同一事實關係아래 에서 동일당사자에 대하여 동일한 內容의 事實행위를 반복해서는 아니됨을 의미한다.⁸⁰⁾

다시 말하면 헌법재판소가 의도하는 違憲確認을 통한 違憲的인 公權力行使의 反復危險性防止는 동일당사자에게 그 의미를 지닐 것이다. 그러나 기속력의 客觀的 範圍를 확장하지 않는 한, 결정이 의도한 實體的인 효과는 달성하기 어려울 것이다.

78) 拙稿, 漢陽法學 第 45(통합)집, 165면 참조.

79) 헌재 92.1.28.선고 91헌마111결정 - 헌판집 4,51(62).

80) 金南辰, 行政法 I, 第5판, 1995, 法文社, 765면 이하 참조.

③ 折衷說과 그 論據

折衷說은 전술한 인정설과 부정설의 양 극단사이에서, 즉 한편으로는 主文에 포함된 本案決定에의 기속과 다른 한편으로는 憲法解釋의 法規類似的인 拘束性사이에 타협적인 해결책을 찾으려고 한다.⁸¹⁾ 결과적으로 이 견해는 헌법재판소가 법정립기관으로서 기능할 수 있는 소지를 제공하는 「決定理由에의 羈束力賦與」를 否認하려고 하는 점에서 부정설에 동조하고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정은 구체적 사건, 즉 當該事件 뿐만 아니라 類似한 事件(ähnliche Fälle)에서도 구속적이어야 함을 주장하고 있다.⁸²⁾ 절충설은 단지 양 극단을 회피하고자 할 따름이지, 주장하는 학자들 사이에서 어떠한 통일적인 견해를 형성하고 있는 것은 아니다. 이에 해당하는 학자들로는 Vogel, Kriele 그리고 Bachof 등을 들 수 있다.

Vogel⁸³⁾은 이에 관해서 주문이 포함된 본안결정 이외에도 이유에서 명백히 된 구체적인 法領域에 기속이 발생하며,⁸⁴⁾ 주문에서의 선고 이외에도 이유와 관련된 具體的인 裁判規範의 확인도 기관력이 있다.⁸⁵⁾고 한다. 여기서 具體的인 裁判規範(konkrete Entscheidungsnorm)이라 함은 아주 일반적으로 유형화되어 구체적으로 판단된 결정 이외에도 동일한 유형의 사건에서 이미 행해진 決定主文이 동일하게 선고될 수 있는 그와 같은 法的인 前

81) Vgl. Wischermann, Rechtskraft. S.46f.

82) Ebd.

83) Vogel, BVerfG und GG. S.587ff.

84) Ebd., S.589.

85) Ebd.

提(Rechtsannahme)로 이해하고 있다.⁸⁶⁾

Vogel은 具體的인 裁判規範의 구조를 重要한 理由라는 개념과 同等한 位相으로 파악하고 있다.⁸⁷⁾ 그는 重要한 理由라는 개념 자체가 지닌 용어상의 둔중함과 실무상 중요한 이유를 서로 다르게 취급함으로 인하여 중요한 이유가 어느 부분 인지를 정확하게 제시하여야 하는 데 이 점에 있어 실패하였음을 지적하였다. 또 그는 절차당사자는 구체적으로 결정된 사건, 즉 當該事件 이외에도 동일한 유형의 사건에 기속되어야 한다고 하여, 重要한 理由에의 기속을 주장하는 입장과 유사한 견해를 개진하였다. 그는 또 결정에 토대가 된 具體的인 裁判規範 이상의 어떠한 포괄적인 기속도 필요치 않다고 한다.⁸⁸⁾ 그는 결국 重要한 理由를 具體的인 裁判規範으로 용어를 수정하여 重要한 理由가 지닌 문제점을 해소시키려 시도하였다고 하겠다.⁸⁹⁾

Kriele⁹⁰⁾는 헌법재판소 결정의 기속력문제를 전혀 다른 입장에서 접근하고 있다. 그에 따르면, 모든 법적용자의 較量과 決定의 餘地는 입법권자와 헌법제정자의 決斷의 拘束力에 의해 제한될 뿐만 아니라, 先例의 確定的인 拘束力(einer präsumptiven Verbindlichkeit von Präjudizien)을 승인함에 의해서도 제한된다고 한다.⁹¹⁾ 선례의 일반적인 유지기능은 헌법재판소 결정이 모든 일반법원에게 추정적일 뿐만 아니라, 연방헌법재판소법 제31

86) Ebd., S.589, S.590.

87) Ebd., S.599ff.

88) Ebd., S.601.

89) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.47.

90) Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1.Aufl., 1967, S.291ff.

91) Ebd., S.312 Leitsatz 10.

조 제1항에 따라 다른 모든 국가기관에게 一般的인 先例로서 拘束力을 가짐에 의해 헌법상 강화된다고 한다.⁹²⁾ 이러한 입장은 대륙법적인 전통보다는 英美法上的의 先例拘束力의 原則에 의해 해결하려고 시도한 것처럼 보인다.⁹³⁾

Bachof⁹⁴⁾는 헌법소원절차를 類似事件에서의 拘束力이라는 측면에서 파악하려고 시도한다. 즉 그는 헌법소원절차에서 소원제기인이 그의 기본권을 침해당하였음을 이유로 소원을 제기하였다 할지라도, 헌법재판소는 여기서 특정한 소원제기인의 기본권 침해여부만을 심판하는 것이 아니라, 一般化시켜 不特定한 一般人(Jemand)의 기본권 침해여부에 관해 심판하는 것으로 간주한다. 이 견해는 결국 審判의 對象을 擴張함에 의하여 기속력의 客觀的 範圍문제를 해소시키려는 것이라고 한다.

그러면 이상의 입장에서 왜 기속력을 類似한 事件(ähnliche Fälle)으로 확장하려 하는 것인가? 국가기관이 동일한 사안이나 유사한 사안에서 헌법재판소와 다르게 결정할 경우, 그것은 헌법의 수호자로서의 헌법재판소의 기능을 적절하게 발휘하지 못한 것으로 본다. 또 헌법재판소의 憲法解釋이 다른 국가기관의 그것과 상충될 경우, 그것은 궁극적으로는 헌법재판소에게 불필요한 과중한 부담을 지우는 것으로 파악한다. 이러한 점을 해소하기 위해서는

92) Ebd., S.312 Leitsatz 13.

93) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.48.

94) Otto Bachof, Anm. zum Beschu des BGH v. 29. 12. 1953 - 4ARs 47/53, NJW 1954, S.511; ders., Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 87(1962), S.25. Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.48.

기속력의 擴張이 必須的이라는 점을 강조하지 않을 수 없다고 한다.⁹⁵⁾ 헌법재판소는 순수한 사법기관이든 또는 정치적 사법기관이나 제4의 국가기관이든 간에 司法的 性格을 일부 지니고 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 또 헌법재판소는 憲法保障을 담당하는 특별한 헌법기관으로서의 임무도 지고 있다. 이러한 이중적인 헌법재판소의 지위와 기능에서 야기되는 문제점을 최소한으로 줄이고 나름대로의 解決策을 提示하려고 노력한 점은 이 견해와 관련하여 높이 평가할 만하다.⁹⁶⁾ 그러나 이 견해는 論理의 前提에 있어 法體系에 違背된다는 비난을 면할 수 없다고 한다.⁹⁷⁾ 主文은 訴訟物에 관한 決定인 것이다. 제소에 포함된 法的 效果의 청구(Rechtsfolgebegehren)에 의해 그리고 당사자소송과 그것을 모방한 기관쟁송절차에 있어서는 법적 분쟁에 참가한 當事者 내지 機關 등에 따라 주문은 개별적으로 유형화된다. 그러나 審判對象등이 소송절차의 참가인에 의해 특정될 때, 決定에의 羈束은 단지 審判對象의 物的, 人的 範圍내에서만 발생할 수 있다. 또 그 기속은 단지 訴訟當事者들사이에서 존재하는 법률관계에서만 거론될 수 있다.

헌법재판소 결정의 주문만이 구속적이라는 견해를 지지할 경

95) Vgl. Hans Georg Rupp, Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S.408; Wischermann, Rechtskraft, S.48.

96) Wischermann, Rechtskraft, S.49.

97) 이러한 비난에 관해서는 Vgl. Jesch, JZ 1954, S.531; Kadenbach, AöR 80, S.418; Heinz Schrag, Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Tübingen 1958, S.94; Wischermann, Rechtskraft, S.49.

우, 물질, 인적 범위에 따라 확정된 審判對象概念에 있어 그 개념의 한정적인 기능을 拋棄할 때, 그 때에만 기속력은 類似한 事件에서도 허용될 수 있다.⁹⁸⁾ Bachof가 기속력의 제한에 관해 헌법소원절차의 當事者適格을 拋棄하고, 不特定한 一般人(Jemand)을 대상으로 삼으려 할 때, 실제로 Bachof는 이러한 입장에서 접근하려는 것처럼 보인다.⁹⁹⁾ 그러나 그러한 一般的인 客觀化는 개별적인 헌법 재판절차, 특히 개인의 권리보호에 주안점을 둔 헌법소원절차의 특정한 주관적 범위와 비교할 때, 결코 타당한 것이 아니다.¹⁰⁰⁾ 또 그런 방법은 그 때마다 구체적인 사건과 결합되어 제시되는 헌법재판소의 主文實際와는 부합되지 않는다. 이 견해는 결국 이제까지 논급한 다른 견해가 決定理由의 기속력확장을

98) Wischermann, Rechtskraft, S.49.

99) Bachof, NJW 1954, S.511.

100) 그러나 우리 헌법재판소는 憲法所願에 있어 訴의 利益을 擴張하여 실제로는 審判對象의 擴張을 통해 反復禁止의 문제를 해결하려는 듯하다. 즉 「侵害行爲 이미 終了하려고 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 反復될 危險이 있거나 당해 분쟁의 해결이 憲法秩序의 守護維持를 위하여 긴급한 사항이어서 그 해명이 憲法的으로 重要的 意味를 지니고 있는 경우에는 憲法所願의 利益을 인정하여야 할 것이다.」 현재 92.1.28.선고 91헌마111결정 - 헌판집 4, 51(56 이하); 92.4.14.선고 90헌마82결정 - 헌판집 4, 194(204) 참조. 특히 「국가보안법 제19조에 의한 拘束期限延長은 앞으로도 繼續 反復될 것이고, 수사기관에서의 구속기간영장은 피의자의 신체자유에 대한 중대한 제약으로서 그에 대한 위헌여부의 해명은 비록 청구인들의 권리 구제에는 직접 도움을 주지 못한다 할지라도 … 매우 중요한 의미를 지니고 있는 일이므로 … 이 사건 헌법소원은 審判請求의 利益이 있는 것이다. 더구나 … 만약 이미 피구속자가 공소제기되었다는 이유로 헌법소원 심판청구의 이익이 없다고 한다면 인신구속에 관한 중요한 사항에 대하여 적용될 法律의 違憲與否를 判斷받을 機會는 喪失되고 만다.」 현재 92.4.14.선고 90헌마82결정 - 헌판집 4, 194(204 이하)참조.

통해 해결하려고 함과는 달리, 審判對象의 擴大¹⁰¹⁾를 통한 접근을 시도하였다고 하겠다.¹⁰²⁾

④ 私見

헌법재판소의 결정은 주문과 주문을 도출하게 된 法的 根據를 제시하는 이유로 구성되어 있다. 法律에 관한 違憲決定에 있어 決定主文에 기속력을 인정함에 대해서는 논란의 여지가 없다. 다만 기속력을 當該事件으로 한정하여 기관력과 동일한 관념으로 파악하려 하거나, 헌법재판소법 제47조 제2항에 결부된 관념으로 파악하려는 시도¹⁰³⁾가 나타나고 있을 따름이다.

헌법재판소 결정의 重要的 理由에 기속력을 인정할 경우 법적용자와 관련해서는 憲法解釋의 統一性和 法適用의 一貫性을 확보할 수 있다는 커다란 장점을 지니고 있다고 하겠다. 그렇지만 문제는 입법권자와의 관계에서 노정된다. 이 점은 否認說과 折衷說이 認定說에 대해 가하는 일관된 비판이며, 실제로 문제의 여지가 있음이 인정되어야 할 것이다. 즉 重要的 理由에 기속력을 인정하게 되면, 헌법재판소에 의한 憲法解釋에 입법권자의 立法形成權이 실질적으로 통제받게 되고, 그로 인해 民主的 正當性의

101) 구사회보호법 제5조제1항의 「違憲與否의 判斷은 개별사건을 떠나 一般的인 意味가 있으며 또 公共福利를 위하여 중요한 의미가 있어 당해 사건 裁判의 前提性 즉 재판의 必要性의 例外에 해당되어 이 사건 위헌제청의 適法性은 인정된다.」 헌재 89.7.14.선고 88헌가5-87,89헌가44(병합)결정에서 李時潤재판관의 보충의견 - 헌판집 1, 69(93 이하) 참조.

102) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.50.

103) 그 대표적인 사례로는 孫容根, 違憲決定의 遡及效가 미치는 範圍에 관한 批判的考察. 寺法論集(法院行政廳) 제24집, 1993.12., 78면 참조.

측면에서 또다른 논란이 제기될 수도 있게 된다는 것이다.

그렇지만 이러한 이론적 약점이 있음에도 불구하고 重要한 理由에 기속력을 인정하지 않으면 안될 현실적인 필요성이 있음을 간과해서는 안된다.

첫째로는 法院의 裁判이 憲法訴願의 審判對象에서 제외되고 있음으로 인해 법적용자와의 관계에서 헌법재판소 결정이 지닌 實質的 效果를 전혀 담보할 수 없다는 측면에서 그 보완책으로 작용할 수 있다는 점이다.

둘째, 違憲決定이 이루어진 공권력작용에 대한 同種行爲의 反復이 이루어질 경우 이에 대한 통제방안으로서 고려될 수 있다는 점이다. 실제로 우리 헌법재판소는 同種行爲의 反復禁止를 決定理由에서 실시한 바 있다.¹⁰⁴⁾ 그러나 이것이 法的인 기속력을 갖고 법원이나 행정청을 기속하기 위해서는 重要한 理由의 기속력이 인정되지 않으면 불가능하게 된다.

셋째, 헌법재판소가 法律에 관해 違憲決定을 선고함에 있어 決定理由 전반에 기속력을 인정하는 것이 아니고, 결정에 있어 主文을 도출하게 된 理由중 重要한 부분에 대해서만 인정하는 것이다. 여기서 決定理由중에 제시된 구체적인 立法方向이나 立法指針과 같은 實質的인 立法機能에 대해서까지 重要한 理由로 파악되어야 하는 것은 아니다.¹⁰⁵⁾ 다시 말하면 違憲決定이 선고됨으로써 法秩序에서의 위헌법률의 除去로 인해 야기되는 法的 틈새를

104) 헌재 92.1.28.선고 91헌바11결정 - 헌판집 4,51(62); 92.4.14.선고 90헌마 82결정 - 헌판집 4, 194(204) 참조.

105) 헌재 90.9.3.선고 89헌가95결정에서 다수의견 - 헌판집 2, 245(274)과 헌재 91.11.25.선고 91헌가6결정에서 曹圭光·韓炳燾재판관의 별도의견- 헌판집 3, 569(582)의 비교 참조.

입법권자가 補充立法을 통해 메꾸어야 할 때, 重要한 理由의 기속력은 특정한 憲法解釋은 배제되어야 한다는 소극적인 의미를 지닐 따름이다. 그렇지 않고 헌법상 허용된 헌법의 범위내에서 행해지는 입법권자의 立法形成權까지 重要한 理由의 기속력을 통해 헌법재판소가 통제를 가하는 것은 아니다.

(2) 憲裁法에 규정된 羈束과 다른 法律에 규정된 羈束의 關係

헌법재판소법에서는 「기속」이라는 용어를 법률의 위헌결정(제47조 제1항), 권한쟁의심판의 결정(제67조 제1항) 그리고 헌법소원의 인용결정(제75조 제1항) 등에서 세차례 사용하고 있다. 그와 아울러 기속대상을 모든 국가기관과 지방자치단체로 규정하고 있다.

「기속」이라는 용어는 다른 법률에서도 사용되고 있다. 예컨대 법원조직법 제8조에서는 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해사건에 관하여 하급심은 기속한다고 한다. 민사소송법 제406조 제2항은 「환송이나 이송을 받은 법원은 다시 변론에 의하여 재판하여야 한다. 이 경우 상고법원의 파기이유로 한 사실상과 법률상의 판단에 기속을 받는다.」고 규정하고 있다. 그리고 행정소송법 제30조 제1항, 제38조, 제44조 제1항, 제46조 등에 의해 행정소송상의 모든 확정판결에 대해 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다고 규정하고 있다. 그리고 행정심판법 제37조 제1항에서는 「재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다」고 한다.

기속대상기관이 법원조직법이나 각종 소송법에 규정된 기속력

에 따르지 않고 또 이를 준수치 않을 때, 법원의 확정판결은 아무런 의미도 없게 될 것이다. 이 점을 간과해서는 안된다. 이것은 헌법재판소 결정에 관해 규정된 기속에도 동일하게 적용될 것이다. 그리고 헌법재판소법에 규정된 기속에도 동일하게 적용될 것이다. 그리고 헌법재판소법에 규정된 기속은 다른 법률에 규정된 기속과 동일한 의미로 파악할 수 있다. 어느 국가기관이 자신의 확정된 국가작용에 대해 다른 기관이 준수할 것을 법적으로 강제하면서도, 그 자신은 다른 국가기관의 국가작용을 준수하여야 함에도 불구하고 준수하지 않는다는 것은 어떻게 이해해야 할 것인지 의문이다.

(3) 法的 羈束力과 事實上 羈束力

전술한 바와 같이 헌법재판소 결정에는 다른 국가기관의 국가작용에 대비되는 아주 특징적인 효력이 인정되고 있다. 이러한 효력은 국가기관이 준수하고 싶으면 준수하고, 그렇지 않으면 무시할 수도 있는 훈시규정이 아니고 강행규정인 것이다. 그렇다면 헌법재판소가 구체적으로 결정을 선고하였을 경우 그것을 준수하지 않는 것은 헌법재판소 결정의 효력에 관해 규정하고 있는 각종 근거규정의 위반이 된다고 할 것이다.

그런데 왜 현실적으로 국가기관이 헌법재판소의 결정을 준수하지 않는 사태가 야기되며,¹⁰⁶⁾ 또 그것을 통제하지 않고 방치하는가 하는 점이다. 이와 관련해서는 법적인 기속과 사실상의 기속의 관계가 검토되어야 그에 대한 해명이 가능하게 된다.

106) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 憲法裁判所 決定의 實效性 確保方案, 論文集(全北産業大學校) 제18집, 1996.3.(발간예정), 참조.

그러면 실제로 국가기관이 헌법재판소 결정을 준수하지 않거나 왜곡할 경우 그에 대한 적절한 통제방법이 없는가 하는 점이다. 국가기관이 결정취지를 준수하지 않을 경우 법적인 제재가 가능하다고 할 것이다. 좀더 구체적으로 말하면 국가기관을 구성하는 공무원에 대한 탄핵소추가 가능하다. 왜냐하면 국가기관으로 하여금 헌법재판소 결정을 준수하도록 헌법재판소법이 규정하고 있고, 결정을 준수하지 않았을 경우 그것은 법률위반에 해당하기 때문이다.

그러나 이것에 있어서도 그 의미를 확보하는데 있어 한계가 있다고 보여진다. 첫째로는 합의제 국가기관에 있어서는 기관을 구성하는 공무원의 책임을 확정하기 어렵다는 점이다. 둘째, 탄핵소추의 대상에 국회의원과 검사가 제외되어 있다는 점이다. 셋째로는 탄핵심판이 가능하기 위해서는 국회에 의한 탄핵소추가 전제되어야 하는데, 이것이 가능할 것인가 하는 점이다. 이상의 점에서 볼 때, 법이론적으로는 가능하겠지만, 그 실효성을 확보하기는 어려움이 있다 하겠다.

헌법재판소의 결정취지를 준수하도록 하는 법적 기속은 당연히 인정되지만, 그것을 사실상 강제하는 방법이 없다는 점에 문제의 핵심이 놓여져 있다고 할 것이다. 즉 헌법재판소의 결정을 국가기관이 준수하지 않았을 때, 그에 대해 사후적인 통제를 가능케 하는 제도적 장치가 없는가 하는 점이다. 이 문제가 바로 사실상의 기속문제라고 하겠다.

이와 관련해서는 두가지 점이 지적될 수 있다. 그 하나는 영미법계에서 인정되는 선례구속력의 원칙과 같은 법리가 있다면, 법적 기속과 사실상 기속을 통해 준수를 강제할 수 있을 것이라는

점이다. 그러나 우리나라는 불문법국가도 아니고 그러한 판례법 체계가 확립된 것도 아니다. 다른 하나로는 우리나라의 대법원판결은 법원조직법 제8조에 따라 당해사건에 한해 하급심을 기속하는 효력을 갖지만, 실제로는 대법원의 판결은 사후 유사사건에 대한 엄청난 파급효과를 지니게 된다. 그것은 대법원의 판결취지를 하급법원이나 행정청이 준수하지 않았을 경우 재차 대법원에서 심판대상이 되면 그에 대한 파기판결이나 행정청의 처분이 부인될 것이기 때문이다. 대법원 판결은 이러한 사실상의 기속력을 담보로 하고 있다고 하겠다.

그러나 헌법재판소의 결정에는 불행하게도 그러한 사실상의 기속을 담보할 수 있는 방안이 없다는 점이다. 즉 현행법상 재판소원이 제외되어 있음에 따라 그러한 통제가 불가능해진다는 점이다. 각종 국가기관이 헌법재판소 결정취지와 다르게 사후적으로 국가작용을 수행하였고, 이들 국가작용에 대해 헌법재판소가 반복하여 또는 또다른 절차유형에 따라 심판할 수 있다고 한다면, 국가기관은 헌법재판소의 결정취지를 준수하지 않고는 안될 것이기 때문이다.

예컨대 법률의 위헌심판절차에서 헌법재판소가 심판대상인 법률을 한정합헌으로 결정하였으면, 헌법재판소법 제47조 제1항에 따라 그 결정은 기속력을 발생하고 법원은 이를 준수하여야 한다. 그런데 한정합헌결정된 법률을 결정취지에 부합하게 법원이 재판과정에서 적용하지 않았다면, 소송당사자는 법원의 판결이라는 공권력행사에 대해 헌법상 보장된 자신의 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원 심판을 청구할 것이다. 헌법재판소는 헌법소원심판을 결정하는 과정에서 종전의 결정에 대한 실효성을 확

보할 수 있게 된다.

3) 法規的 效力

(1) 法規的 效力의 概念과 認定根據

법규적 효력이라 함은 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심판하여 선고한 결정에 부여된 힘을 말한다. 우리 헌법재판소법은 법률의 위헌결정에 위헌으로 결정된 법률의 효력을 상실시키는 힘을 부여하고 있다. 원래 법규적 효력이란 용어는 바이마르시대 국법학에서 유래하였다. 그 당시에는 법률의 유효성에 관한 재판은 법률의 효력을 필수적으로 가져야만 한다고 하였다.¹⁰⁷⁾

법규적 효력이란 의미가 法律의 屬性과 일치하는 것은 아니다. 법규적 효력의 개념을 파악하기 위해서는 법률의 효력자체가 어디서 나오는지 부터 검토하여야 한다. 법률은 입법기관에 의한 입법절차를 거쳐 공포·시행됨으로써 그 효력을 발생한다. 그러나 헌법재판소의 결정은 형식적 의미에서의 법률이 아니다. 다시 말하면 헌법상 규정된 형식적인 입법절차에 따라 제정된 입법기관의 입법행위가 아니기 때문이다. 그것은 또 실질적 의미의 법률도 아니다. 즉 一般拘束的인 法規性을 발생하거나 포함하는 행위가 아니라, 오히려 현행법을 수정함이 없이 단지 현행법을 합헌 또는 위헌으로 선언하는 것이기 때문이다. 따라서 헌법재판소의 결정은 형식적 의미의 법률도, 실질적 의미의 법률

107) 이에 관한 상세한 내용은 Vgl. Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.29.

도 아니다.¹⁰⁸⁾ 決定은 法律과 類似하지만, 裁判에 지나지 않는다.¹⁰⁹⁾

헌법재판소 결정의 법규적 효력은 헌법재판소에서 법규범을 심판대상으로 하는 경우에 인정되는 특수한 효력이다. 이에 관한 법적 근거가 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 독일의 경우 연방 헌법재판소법 제31조의 제2항에 명시하고 있지만, 우리의 경우 그러한 직접적인 명문의 근거가 없음이 지적될 수 있다.

우리 헌법재판소법 제47조 제2항은 법률이 위헌으로 결정되면 그 법률은 효력을 상실하도록 규정하고 있다. 여기서 그 근거를 도출할 수 있다. 즉 헌법재판소의 결정은 법률의 효력을 상실시키는 힘을 가진다는 것이다. 위헌결정의 법률효력상실력, 이것은 법규적 효력의 가장 핵심적인 내용이라고 하겠다.

(2) 法規的 效力의 法的 性格

견해에 따라서는 「법규적 효력(Gesetzeskraft)」이라는 의미를 법률의 효력(Gesetz-Kraft)으로 이해하는 시각도 없지 않다. 이에 관해서는 두가지 점이 지적되어야 할 것이다. 그 하나는 헌법재판소의 결정의 성격문제이고, 다른 하나는 그 결정이 지닌 법

108) 후술하는 바와 같이 憲法裁判所의 決定은 法律과는 달리 違憲審判의 對象도 憲法訴願審判의 對象도 되지 않는다.

109) BVerfGE 2, 79ff.; Rudolf Pohle, Bemerkungen über Verfassungsbeschwerde und Normenkontrolle nach Bundes - und Landesrech aus Anlaßdes hessischen Sozialisierungsstreits, 1953, S. 25; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.246; Theodor Maunz, in: Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz/ Lerche/ Papier/ Randelzhofer/ Schmidtassmann, Grundgesetz Kommentar, 1989, Rn.20 zu Art. 94.; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.29.

규범적 등급의 문제이다.

① 法規的 效力은 法規範의 效力이 아니다.

법률에 관한 헌법재판소의 위헌여부 결정은 법률의 효력을 상실시키는 힘을 가진다. 그러나 헌법재판소 결정은 사법작용¹¹⁰⁾일뿐이지, 입법작용이 아니다. 결정은 재판에 지나지 않고 법률을 소극적으로라도 제정하는 것이 아니다. 헌법재판소의 위헌결정으로 인해 법률의 효력이 상실된다 할지라도, 그 결정은 법률을 개폐하는 것이 아니라 단지 기존의 법률의 법적 상태가 무효임을 확인함에 불과하다.¹¹¹⁾ 만약 결정이 법률을 개폐하는 것이라고 한다면, 그것은 헌법재판소가 비록 소극적으로나마 입법권자인 국회를 대신하는 것이 된다고 하겠다. 이렇게 볼 경우 헌법재판을 사법작용으로 보기 보다는 입법작용으로 보아야 할 것이다.

법률의 위헌여부에 관한 헌법재판소의 결정은 법률에 유사하지만 법률 그 자체는 아니다. 결정의 효과는 두가지로 나타난다. 우선, 결정 그 자체는 규범통제나 헌법소원의 심판대상이 아니라는 점이다. 그리고 결정의 형식적 확정력에 따라 한번 선고된 결정은 어떠한 다른 절차로도 다시 심판되지 않는다.¹¹²⁾ 둘째, 입법권

110) 그렇다고 해서 헌법재판의 본질을 순수한 司法作用으로 보는 것은 아니다.

111) 廢止無效說에 의한다면, 위헌결정에 의해 법률의 효력상실이 이루어지므로, 다시 말하면 위헌결정이 형성효를 가지게 되므로, 위헌결정에 의한 법률의 改廢라는 주장도 가능하다고 할 것이다.

112) Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.246; Maunz, in: Maunz u.a., GG, Rn.21 zu Art.94; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.30.

자는 자신이 제정한 법률을 스스로 폐지할 수 있다. 그렇지만 헌법재판소는 심판 제청이나 심판청구가 있어야만 절차를 개시할 수 있으므로, 기준에 제시된 헌법 재판소의 결정을 법률의 형태로 입법권자가 폐지할 수 있는 것은 아니다.¹¹³⁾

② 法規的 效力의 規範等級上 位階

법규적 효력을 가진 결정이 법규범이 단계적 구조내에서 차지하는 등급에 관해서 논란이 있다.¹¹⁴⁾ 즉 한편으로 헌법재판소 결정은 헌법재판소가 적용한 규범의 등급과 동일하다는 견해가 있고, 다른 한편으로는 유효성여부가 심판된 규범의 등급과 동일하여야 한다는 견해가 있다.¹¹⁵⁾ 전자의 견해는 다른 법규범이 헌법에 의해 판단된다는 점에서 결정은 헌법적 등급을 가져야 한다는 것으로 귀착된다. 그렇지만 이러한 견해는 더이상 주장되지 않고 있다.¹¹⁶⁾ 법률의 하위법규에 대해 위헌결정이 이루어졌을 경우 이

113) Maunz, in: Maunz u.a., GG, Rn.21 zu Art. 94; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.31; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.246.

114) 이에 관한 상세한 내용은 Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.249ff.; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.35; Pesta lozza, Verfassungsprozeßrecht, S.335.; Klaus Schlaich, BVerfG (1991), S. 261ff.

115) 이에 관한 상세한 내용은 Vgl. Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.35.

116) 이 견해는 전통적으로 바이마르시대에 이르기까지 주장되었다. 특히 군주와 국민사이에서 타협의 형태로 이루어진 이른바 協約憲法 하에서 양세력간에 헌법의 내용에 관해 의견의 상충이 있을 경우 이를 國事裁判所가 재판하도록 하였었다. 이것은 오늘날의 관념으로 표현하면 機關爭議라 할 수 있는 것으로 이 때의 有權解釋은 憲法改正에 준하는 것이었다. 여기서 國事裁判所의 裁判은 憲法的 等級을 차지하였고, 憲法律의 效力으로 파악하였던 것이다. 이러한 입장은 Carl Schmitt에 의해서도 유지되었었다 (Vgl. Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, 1929, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S.81ff.) Vgl. Schlaich, BVerfG(1991), S.262f.

결정의 법규적 효력은 헌법적 등급에 해당하게 되고 그에 따라 상위법규와의 상충관계가 제기될 수 있기 때문이다. 따라서 규범의 계층구조에서 법규적 효력을 가진 결정의 등급은 심판의 대상에 따른 것이지 심판의 기준에서 기원한 것은 아니다.¹¹⁷⁾

다음, 심판의 대상이 된 규범이 법률의 하위규범일 경우, 결정의 법규적 효력으로 인해 새로이 법률의 효력을 부여받는 것은 아니다. 결정의 등급은 단지 심판 대상규범의 그 때마다의 등급에 기원한 것이다. 즉 법률을 심판대상으로 한 결정은 법률에 해당하는 등급을, 명령¹¹⁸⁾을 대상으로 한 결정은 명령에 해당하는 등급을 부여받을 따름이다. 그리고 법규적 효력을 가진 법률의 위헌결정은 법률에 유사할 따름이지 법률 그 자체는 아니라는 점이다.

117) Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.249; Maunz, in: Maunz u.a., *BVerfGG*, § 31, Rn.35; Schlaich, *BVerfG*(1991), S.263.

118) 命令에 관한 違憲審判權은 裁判의 前提가 되었을 경우 大法院이 최종적으로 행사하도록 헌법 제107조 제2항에서 규정하고 있다. 이에 따라 命令이 違憲審判의 對象이 되어 憲法裁判所에서 심판을 받는 경우는 헌법재판소법 제41조와 제68조 제2항에 근거해서는 존재 하지 않는다. 헌재 92.11.12.선고 92헌바7결정; 대법 92.11.24.선고 92부14결정 참조. 다만 동법 제68조 제1항에 따라 命令이 憲法訴願의 審判對象이 될 수 있다. 헌법재판소가 이에 대해 결정하는 경우 동 법 제47조 제2항의 적용을 받게 된다. 헌재 90.10.15.선고 89헌마178 결정도 이러한 취지로 이해할 수 있다.

(3) 法規範의 法規的 效力의 否認은?

헌법재판소의 일부 결정문과 문헌에서는 법규범의 「법규적 효력의 부인」¹¹⁹⁾이라든가 「일반적 효력의 부인」 또는 「개별적 효력의 부인」¹²⁰⁾이라는 표현을 사용하고 있다. 이것은 부적절한 것으로 보여진다. 법규적 효력, 일반적 효력 또는 개별적 효력 등은 헌법재판소 결정이나 법원의 판결에 부여된 효력으로 논의되고 있는 것이지, 심판대상이 된 법규범의 효력을 의미하거나 지칭하는 것은 아니다.

물론 헌법재판소가 법률에 관해 위헌결정을 선고함으로써 위헌결정된 법률은 그 법률이 지닌 일반적 구속성을 상실하게 된다. 그러나 헌법소송에서 통상적으로 사용되는 법규적 효력이나 일반적 효력 또는 개별적 효력 등은 헌법재판소의 결정이나 법원의 판결에 인정되는 효력유형중 하나임을 의미하는 데 지나지 않는다.

(4) 一般的 效力과 個別的 效力

전술한 바와 같이 대법원의 판결은 당해사건에 한해 하급심을 기속한다. 이러한 효력은 기관력을 통해 형성된 관념이다. 이를 통상 개별적 효력이라 지칭하는 것이다. 그러나 헌법재판소의 결정은 그러한 개별적 효력 뿐만 아니라 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 기속력과 제2항에 규정된 법규적 효력으로 인해 대

119) 헌재 93.3.11.선고 88헌마5결정 - 헌판집 5의1, 59(78) 참조.

120) 權寧星, 憲法學原論, 신판, 1995, 法文社, 1030면 참조.

세적인 일반적 구속성을 확보할 수 있게 된다.

법원조직법 제8조는 대법원 판결이 당해사건에 한해 하급심을 기속하는 효력을 갖도록 규정하고 있다. 이것은 일본과 우리 나라에서 나타난 독특한 현상이다. 독일의 경우에는 이를 입법적으로 해결하였다. 그리고 미국의 경우에는 선례구속력의 원칙이라고 하는 불문법상 일반원칙을 전제로 하고 있다.

헌법재판소 결정은 그것이 갖는 일반적 효력으로 인해 대세적으로 미치는 파급효과가 대단히 크므로 결정유형을 선고함에 있어 유의하지 않으면 안되는 부담으로도 작용할 수 있게 된다.

그러나 대법원 판결은 단지 개별적 효력만이 인정된다. 그로 인해 일종의 실험적인 형태로 판결을 선고할 수도 있고 그로 인해 야기되는 파급효를 조정할 수도 있게 된다고 하겠다. 이러한 모습은 후술하는 바와 같이 위헌결정의 장래효원칙에 대한 예외적인 소급효의 허용범위에 관한 판례형성의 과정¹²¹⁾이라든가 위헌법률에 기한 처분의 효력과 관련하여 위헌법률에 근거하였다는 사정(또는 상위법에 위반한 하위법률에 근거하였다는 사정)을 취소사유로 파악하는 일련의 판례형성과정¹²²⁾은 그러한 점을 적절하

121) ① 대법 91.6.11.선고 90다5450판결 - 법공 제901호, 91.8.1.자, 1895 면; 91.6.28.선고 90누9346판결 - 법공 제902호, 91.8.15.자, 2056면, ② 대법 91.12.24.선고 90다8176판결 - 법공 제914호, 92.2.15.자, 640면; 92.2.14.선고 91누1462판결 - 법공 제917호, 92.4.1.자, 1065면, 및 ③ 대법 93.1.15.선고 92다12377판결 - 법공 제939호, 93.3.1.자, 698면 등 의 비교 참조.

122) ① 대법 94.10.25.선고 93다42470판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3076면; 94.10.28.선고 92누9463판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3139 면; 94.10.28.선고 93다41860판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3109면; 95.3.3.선고92다55770판결 - 법공 95.4.15.자, 1550면 등과 ② 대법 95.7.11.선고 94누4615판결, - 법공 제997호, 95.8.1.자, 2633면 이하의 비교 참조.

계(?) 활용하고 있는 것은 아닌가 한다.

(5) 法規的 效力의 發生時點

법규적 효력을 포함한 헌법재판소 결정의 각종 효력이 발생하는 시기와 법률에 관한 위헌결정의 효과, 즉 위헌으로 결정된 법률의 효력상실시기는 구별되어야 한다. 전자는 결정의 선고일로부터 효력을 발생한다. 여기의 결정에는 法律의 違憲決定은 물론이고 合憲決定 및 變形決定도 포함된다. 그러나 위헌결정의 효과로서의 효력상실시기는 결정유형과 심판대상인 법률의 성격에 따라 다르게 나타난다.

이와 관련하여 지적할 것은 비형벌법규에 관한 위헌결정의 장래효원칙과 예외적 소급효의 문제이다. 견해에 따라서는 위헌결정의 효과가 예외적으로 소급하는 것이 아니고, 위헌결정 자체가 소급하는 것으로 보는 듯하기도 하다. 이러한 현상이 나타나는 것은 위헌결정의 효력발생시점과 위헌결정의 효과가 효력을 발생하는 시점을 구분하여 파악하지 않기 때문이라고 하겠다.¹²³⁾

다음, 독일의 경우 헌법재판소의 결정은 연방헌법재판소법 제31조 제2항 제3절에 따라 연방법무장관이 그 주문만을 연방법률공보에 공시하도록 규정하고 있다. 이에 비해 우리 나라의 경우 헌법재판소법 제36조 제5항에 종국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다고 규정하고 있다. 이에 따라 결정주문만이 아니라 이유까지도 헌법재판소장의 이름으로 관보에 공시되고 있다.

123) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 桂禧悅教授華甲論文集, 387면 이하 참조.

양자를 비교할 때, 公示의 範圍와 主體가 서로 다르다. 특히 公示의 범위는 법규적 효력의 一般的 拘束性과 관련하여 논의의 여지가 없지 않다. 즉 독일의 경우 결정이유중 일부에 법규적 효력을 부여하려 한다 할지라도, 公示되지 아니한 점을 부인의 논거로 들 수 있을 것이다. 그렇지만 우리나라의 경우 주문 및 이유를 포함하는 결정문 전체를 公示하고 있다. 그러나 독일의 경우 결정이유의 일부에 기속력을 인정할 것인지 조차 논란의 대상이 되고 있다.¹²⁴⁾ 결정이유에 법규적 효력을 부여하려는 견해는 소수설에 지나지 않는다. 우리나라의 경우 결정이유까지 관보에 公示된다는 점에서 이유의 일부에 기속력을 인정하는 근거로 삼을 수 있을 것이다. 그렇지만 법규적 효력까지 부여할 수 있다고 하긴 어려울 것이다. 그리고 결정주문이나 결정 그 자체를 연방법률공보나 관보에 公示하도록 규정하고 있음에 따라 결정이 법규적 효력을 발생하는 시점이 문제가 된다. 결정의 효력은 그 선고일에 발생하는 것이지, 송달이나 나중에 별도로 발생하는 것은 아니다.¹²⁵⁾ 결정의 법규적 효력은 연방헌법재판소법 제31조 제2항의 관념에 따른 연방법률공보에의 公示와는 무관하다.¹²⁶⁾ 그러나 이것은 법치주의원리의 측면에서 재고하여야 한다고 한다.¹²⁷⁾ 법률이 효력을 발생하려면 특별한 규정이 없는 한, 공포후 일정기간이 경과하여야

124) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 公法研究 제21집, 321면 이하 참 조.

125) Pestalozza, Verfassungsproze recht, S.296.

126) 이 조항은 법률에 관한 慣例的인 公布機關에게 그러한 지침에 따 르도록 하는 強行 規定에 지나지 않는다. Vgl. Hans Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 1973, 31 II Anm.4.

127) Pestalozza, Verfassungsproze recht, S.295.

한다(헌법 제53조 제7항). 이에 비해 결정은 선고일로부터 효력을 발생한다. 이러한 점은 법률에 대해 주지기간을 두어 법적안정성을 확보하려는 점과 비교할 때 부당하게 보일 수도 있을 것이다. 그렇지만 공시나 송달이라는 유예기간을 두고 결정의 효력을 차후에 발생시킬 경우에는 또 다른 문제점이 야기될 것으로 보인다. 현행법상 전술한 바와 같이 중국결정을 관보에 공시하도록 하는 것은 결정의 효력발생에 있어서의 필수조건은 아니다.¹²⁸⁾ 단지 선언적 효과에 불과하다.

2. 節次法的 效力의 相互關係

1) 既判力과 羈束力의 關係

기관력과 기속력의 관계를 살펴보기 위해서는 두가지 측면이 우선적으로 검토되지 않으면 안된다. 그 하나는 헌법재판소 결정에도 기관력이 인정되는지의 여부이다. 이에 관해서는 전술한 바와 같이 당연히 인정된다. 다른 하나는 기속력이 인정되는 여부이다. 이에 관해 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제31조 제1항이 기속력을 포괄적으로 허용하고 있다. 그에 반해 우리의 경우에는 심판절차에 따라 개별적으로 허용하고 있다. 즉 법률의 위헌심판과 관련해서는 헌법재판소법 제47조 제1항에서, 권한쟁의심판에 관해서는 같은 법 제67조 제1항에서, 그리고 헌법소원심판에 관해서는 같은 법 제75조 제1항에서 각각 규정하고 있다.

128) 黃祐呂, 司法論集 제21집, 19면 참조.

우리의 경우 특징적인 것은 법률의 위헌심판과 관련해서는 「법률의 위헌결정」으로, 그리고 헌법소원심판에 관해서는 「헌법소원의 인용결정」으로 각각 한정적으로 규정하고있다는 점이다.¹²⁹⁾

기속력은 기판력과 어떠한 관계를 갖는지에 관하여 견해가 다양하게 나타난다.¹³⁰⁾ 첫째, 독일의 경우 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 규정된 법규적 효력에 의해 기판력이 확장될 수 있지만, 기속력은 기판력을 확장하는 것이 아니고, 오히려 기판력은 기속력과 동일하다는 견해가 있다.¹³¹⁾¹³²⁾ 둘째, 기속력은 주관적 측면에서 배타적으로 기판력을 확장한다는 견해이다.¹³³⁾ 셋째, 기속력은 주관적 측면뿐만 아니라 객관적 측면에서도 기판력을 확장한

129) 이에 대한 問題點과 解決方案에 관해서는 관련되는 부분에서 상세 하게 검토하기로 한다.

130) Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.38ff.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.234; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.5.

131) Walter Seuffert, über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen, A R 104, 1979, S.169ff.

132) 헌법재판소법 제47조 제1항의 羈束力에서 形式的 確定力과 實質的 確定力이 도출된다는 見解도 있다. 宋溶敎, 韓國憲法, 전경판, 1992.3., 考試硏究社, 1046면; 全光錫, 憲法裁判 單純合憲決定과 單純 違憲決定, 憲法裁判資料(憲法裁判所) 제5집. 憲法裁判制度의 發展, 1992.12., 56면 참조.

133) Hans Brox, Zur Zuiässigkeit der erneuten überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgerichts, in: Gerhard Leibholz u.a.(Hrsg), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschriftfür Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S.814ff.; Kadenbach, AöR 80, S.412; Scheuner, DöV 1954, S.645; Albrecht Zeuner, über die Geltungsdauer der Entsch eidungen des Bundesverfassungsgerichts und die Möglichkeit späterer abweichender Entscheidungen, DöV 1955, S.335; Klaus Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 94, Rn. 129; Konrad Zweigert, Die Verfassungsbeschwerde, JZ 1952, S.327.

다는 견해이다.¹³⁴⁾ 그리고 넷째, 헌법재판은 기판력 이외에도 특별한 기속력이 부여되므로, 기판력과 기속력을 구조적 측면에서 파악해야 한다는 견해 등이 있다.¹³⁵⁾

만약 기판력이 기속력과 동일하다고 한다면, 입법권자가 무슨 이유로 헌법재판소법에 기속력에 관해 특별히 규정하였으며, 또 통상적으로 기판력으로 해결할 수 있는 것을 구태여 다른 유형으로 기속력을 규정하였는지가 불분명하게 된다. 이러한 견해가 주장하는 바와 같이, 입법권자가 아무런 명문의 규정을 두지 않았을 때에만, 쓸모없고 혼란스럽게 작용하는 연방헌법재판소법 제31조 제1항의 효력이 결정의 효과로써 기판력을 대체할 수 있었을 것이다. 따라서 입법권자의 의도와 당해법률의 내용을 살펴볼 때, 기속력은 기판력과 다른 제도이다.¹³⁶⁾ 또 이러한 점은 우리의 경우에도 당연히 인정된다고 본다. 헌법재판소법 제39조는 일사부재리의 원칙을 규정하고 있고, 같은 법 제40조는 「헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 ... 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을

134) Willi Geiger, Die Beziehungen zwischen der Bundeverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde auf Grund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, DRiZ 1951, S.173; ders., Bemerkungen zur Stellung, zur Aufgabe und zum Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Beilage z. BAnz. Nr.218 v. 9. November 1951, S.4; ders., NJW 1954, S.1058ff.

135) Vogel, BVerfG und GG, S.570; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.5.

136) Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.5. Vgl. BVerfGE 20, 56(86f.); 33, 199(203); 70, 242(249).

함께 준용한다」고 하고 있다. 따라서 헌법재판소의 사법기관성을 전면 부인하지 않는 한, 마땅히 확정력은 기속력과 별도로 인정되는 것으로 보아야 할 것이다.

첫번째 견해는 주관적 범위(subjektive Umfang)와 객관적 범위(objektive Umfang)에 있어 기판력과 기속력을 동일시하는 것이라고 할 수 있다. 그에 반해 다른 견해들은 기속력과 기판력이 서로 다름을 전제로 하고 있다. 양자를 구별하는 표지로서 기속력은 기판력의 주관적 범위를 명문으로 확장하고 있다는 점을 들고 있다. 즉 기판력은 당사자사이에에서만 적용되는 절차법적 효력을 갖는 데 비하여, 기속력은 기판력의 주관적 범위를 제삼자로 확장하며 실체법적 효력을 갖는다고 한다.¹³⁷⁾ 기속력은 주관적 범위를 모든 국가기관 및 지방자치단체로 하고 있다(헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항 참조). 이에 대해 기판력의 성질을 절차적인 것으로 보는 논란의 여지가 있으며, 신소송법 이론은 구별의 의미를 상대화하려는 경향이 있음을 지적하고 있다.¹³⁸⁾ 그렇지만 헌법재판이 기판력을 가지고 있고, 기판력이 기속력과 다르다고 한다면, 기속력은 기판력을 보완하는 것이어야만 한다. 다시 말하면 형식적 확정력, 실질적 확정력(기판력) 및 기속력은 헌법재판에서 병존한다.¹³⁹⁾ 이러한 어떠한 효력도 다른 것과 동일시되지 않으며, 그 어느 것도 다른 것을 위협하지 않는다.¹⁴⁰⁾

137) Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.15; 黃祐呂, 司法論集 제21집, 15면.

138) Vgl. Vogel, BVerfG und GG, S.598.

139) Vgl. BVerfGE 1, 14ff.; 1, 89ff.; 15, 105ff.; 19, 377; 20, 56; 24, 289; 40, 88.

140) Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.15.

다만 첫번째 견해를 제외한 나머지 견해들 상호간에 대립되는 논란은 다른 일반 소송법과는 달리 객관적 범위를 확장하느냐의 여부에 있다. 다시 말하면 결정주문이 기속력을 발생함은 당연하지만, 그것을 헌법해석과 관련되는 중요한 결정이유(tragende Entscheidungsgründe)에 까지 확장할 수 있느냐 하는 것이다. 전술한 두번째 견해는 주문만으로 한정하는 견해이고, 세번째 견해는 중요한 결정이유로 확장하는 견해이며, 그리고 네번째 견해는 양자를 절충하는 견해라고 할 것이다. 결국 기판력과 기속력의 관계는 결정이유에도 기속력을 부여할 수 있는지의 여부, 즉 기속력의 객관적 범위확장과 직결되는 문제라고 하겠다.

2) 法規的 效力, 一般的 效力 및 形成的의 相互關係

전술한 바와 같이 법률에 관한 헌법재판소의 위헌여부 결정에는 법규적 효력이 인정된다. 견해에 따라서는 이에 관해 일반적 효력¹⁴¹⁾ 또는 형성력¹⁴²⁾이라고 칭하기도 한다. 법규적 효력과 일반적 효력이나 형성력은 심판절차, 절차에 따른 결정유형 및 효력을 지칭하는 시각 등에서 구별되어야 한다고 본다.

우선, 법규적 효력은 헌법재판소 결정중 법규범을 계쟁물로 하여 선언된 위헌여부 결정이나 동반심판제¹⁴³⁾로 인해 제시된 법률

141) 黃祐呂, 違憲決定의 效力, 琴浪金哲洙教授華甲紀念論文集. 憲法裁判의 理論과 實際, 博英社, 1993, 312면 이하 참조.

142) 李聖煥, 憲法裁判所 決定의 效力, 博士學位論文(서울大 大學院), 1994.2., 120면 이하 참조.

143) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 法規命令의 違憲性 統制, 石正許永 敏博士華甲紀念論文集. 現代公法理論의 展開, 大成社, 1993.12., 681면 이하 참조. 그러나 견해에 따라서는 이를 附隨的 規範統制라고도 칭 한다. 鄭宗燮, 現行命令·規則違憲審判制度에 관한 批判的 檢討, 考試界 1992.12., 77면 이하 참조.

의 위헌여부 결정에 대해 인정되는 효력이다. 다시 말하면 법규범 이외의 다른 국가작용이 심판대상이 되어 위헌여부가 결정되었다 할지라도, 그 국가작용에 대해서까지 법규적 효력이 인정되는 것은 아니다. 법규적 효력을 인정할 실익은 그 주관적 범위에 있어 일반적 구속성을, 객관적 범위에 있어 법규범유사성을, 그리고 계쟁물의 등급에 따른 결정의 위상을 확정한다는 점에서 찾을 수 있다고 하겠다.

다음, 일반적 효력은 법규범은 계쟁물로 하는 경우보다는 포괄적인 의미로 받아들여야 하고, 통상 대세적인 일반적 구속성(*inter omnes Allgemeinesverbinlichkeit*)을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 접근하는 시각에서 본다면 효력의 주관적 범위에 초점을 맞춘 것이라고 하겠다. 이 점에서 법규적 효력이 법규범이라는 계쟁물을 중심으로 접근하는 것과 대비된다고 하겠다. 그러나 일반적 효력은 예컨대 헌법소원심판절차에 있어 계쟁물이 된 구체적인 특정 국가작용과 관련하여 동종 국가작용의 반복금지를 요구하는 주문¹⁴⁴)을 제시하거나 중요한 결정이유에서 이를 제시하는 경우에도 인정된다고 할 것이다. 이상에서 살펴

144) 이러한 형태의 주문제시에 관해서는 독일의 경우 연방헌법재판소 법 제95조 제1항 제4절에서 이를 명문으로 규정하고 있다. 이렇게 제 시된 주문의 효력은 법규적 효력이라고 할 수는 없고 단지 일반적 효력이 인정된다고 하겠다. 그러나 우리 나라의 경우 명확히 이에 해당하는 사례는 없는 것으로 보인다. 다만 미결수용자의 변호인 접 견에 있어 교도관의 배석금지에 관해서는 이러한 시각 보다는 근거 법령인 행형법 제62조의 위헌결정에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다. 헌재 92.1.28.선고 91헌마111결정 - 헌판집 4, 51(61 이하) 참조.

본 바와 같이 헌법재판소 결정의 일반적 효력은 원칙적으로 계쟁물 자체가 구체적인 조치로서의 성격에서 인정되는 것이 아니고 일반적인 조치로서의 성격을 가질 때에야 비로소 인정된다고 하겠다.

셋째, 헌법재판소 결정의 형성력은 다른 각도에서 접근하지 않으면 안된다고 보여진다. 견해에 따라서는 현행 헌법재판소법 체계상 법규적 효력을 인정하기 어렵다고 하고 대체되는 효력으로서 형성력을 제시하고 있으나 이것 역시 서로 다른 각도에서 접근하는 것은 아닌가 한다.¹⁴⁵⁾ 통상 형성력은 법률관계의 발생, 변경, 소멸시키는 효력을 의미하는 것으로 사용된다. 그렇다면 이것은 헌법재판소 결정 전반에 걸쳐 논의의 실익이 있는 것이라고 하겠다. 좀더 구체적으로 말하면 예컨대 검사의 불기소처분이 헌법소원의 심판대상이 되었을 때, 헌법재판소가 헌법소원의 심판청구를 인용결정할 경우 당해 불기소처분을 취소하게 된다. 이것은 처분의 존재를 소멸시키는 것이 되고 이러한 측면에서 형성력이라는 의미는 그 존재를 인정할 수 있다. 그러나 형성력을 헌법재판소 결정 전반에 확장시키기 어려운 점이 있음도 부인하기 어렵다.

그 하나로는 헌법재판의 각종 심판절차에 있어 심판청구의 인용결정에만 형성력이 인정되고 기각결정이나 각하결정에서는 형성력을 해명하기 어렵다. 예컨대 법률의 합헌결정은 기존 법적 상태에 대해 합헌임을 확인하는 것에 지나지 않게 된다고 하겠다.

145) 李聖煥, 博士學位論文, 124면 이하 참조.

그 둘째로는 권한쟁의심판절차에 있어 부작위와 헌법소원심판절차에 있어 공권력의 불행사도 각각의 심판절차에서 심판대상이 될 수 있고, 이를 각각의 절차에서 헌법재판소가 심판청구의 인용결정을 선고하였을 경우 그 결정은 부작위나 공권력의 불행사¹⁴⁶⁾가 무효이거나 위헌임을 확인하는 것에 지나지 않는다. 그렇다면 이러한 경우에 있어 형성력을 일반화시키는 것은 곤란하지 않을까 생각된다.

그 셋째로는 법률의 위헌결정과 관련해서 지적되지 않으면 안된다. 이와 관련하여 우리 현행법 체계상 법규적 효력이 인정될 수 있는지의 문제는 이미 전술한 바 있으므로 여기서는 생략하기로 한다.¹⁴⁷⁾ 법률에 관해 위헌결정이 선고되면 당해 법률은 원칙적으로 결정한 날로부터 그 효력을 상실한다. 이로 인해 헌법재판소의 결정은 기존에 위헌이었지만 유효한 법률을 원칙적으로 결정일을 기점으로 그 효력을 소멸시키는 것이 된다. 이러한 논리형식은 폐지무효설의 시각에서 접근하지 않으면 도저히 설명하기 어렵다는 점이 지적되어야 한다. 그러나 당연무효설에 따르면 위헌법률은 처음부터 당연무효이었고, 헌법재판소는 단지 그것을 권위적으로 위헌이었음을 확인하는 것에 불과하게 된다. 그렇다면 여기서도 헌법재판소 결정의 형성력을 일반화시키는 것에는 어려움이 있지 않는가 한다.

3) 效力의 主觀的 範圍의 重複問題

146) 공권력의 불행사와 부작위는 동일개념으로 파악되긴 하지만, 법문에 서로 달리 명시되어 있으므로 그에 따르기로 한다.

147) 拙稿, 公法研究 제21집, 333면; 拙稿, 博士學位論文, 65면 이하 참조.

헌법재판소 결정의 효력에 있어 주관적 범위는 그 효력유형에 따라 다르게 나타난다. 그것은 확정력 내부에서도 달리 나타난다. 즉 불가변력은 헌법재판소 자신에게, 불가쟁력(형식적 확정력)은 헌법소원심판에 있어서는 심판청구인, 위헌법률심판에 있어서는 제청법원 등에게, 기관력(실질적 확정력)은 심판청구인, 제청법원, 당해사건의 소송당사자, 헌법재판소 자신 등에게 각각 미친다. 그리고 기속력은 법원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체에게 미치고, 법규적 효력은 일반국민¹⁴⁸⁾에 까지 미친다.

헌법재판소의 결정에 법규적 효력을 부여함으로써 결정의 다른 효력을 강화하는 것은 아닌가¹⁴⁹⁾에 관해서는 논란이 있다. 기속은 명령적 또는 금지적 성격을 지닌 遵守請求權을 의미하므로, 피기속자는 결정을 준수해야 할 책임을 진다. 결정이 다소간에 준수되어야 한다는 의미에서 강화된 또는 다소간에 강화된 기속은 존재하지 않는다. 피기속자에 의해 결정이 준수될 수도 있고, 준수되지 않을 수도 있음을 전제로 해서, 기속이라는 의미가 결정준수의 정도를 강화시킴을 뜻하는 것은 아니다. 기속된 모든 국가기관과 지방자치단체(Körperschaften)는 기관력이나 기속력이 부여된 헌법재판소의 결정을 완전하게 준수해야할 책임이 부과되어 있다. 이러한 측면에서 볼 때, 법규적 효력에 의한 기속의 강화는 불가능하다. 다만 기속이 주관적 또는 객관적 측면에서 기관력이나 기속력의 결과를 확장한다고 할 때, 기속의 범위가 보

148) 이러한 점에서 確定力은 당사자간에 미치는 효력이라는 측면에서 *inter partes Wirkung*이라 하고, 法規的 效力을 *inter omnes Wirkung*이라고 한다.

149) Maunz, in: Maunz u.a., GG, Rn.20 zu Art.94; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.28.

다 더 확대된다고 할 것이다. 또 재판의 보충적인 부분이 책임있는 성격을 획득하거나 또는 많은 기관이나 사인이 기속될 때, 법규적 효력은 기속을 확대할 수 있지만 기속의 정도를 강화하는 것은 아니다.¹⁵⁰⁾

다음, 견해에 따라서는 기속력이 헌법재판소법 제47조 제2항에 의해 적용대상을 제한받는 것으로 파악하려는 시도도 없지 않아 보인다. 이것은 아마도 오스트리아 연방헌법 제140조에서 위헌결정에 의한 폐지를 규정하고 있음에 따라 그러한 관념을 바탕으로 이론전개를 시도하기 때문이 아닌가 한다.

셋째, 시각에 따라서는 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 기속력의 기속효과를 제한할 수도 있지 않는가 하는 주장도 제기될 여지가 있다. 이 역시 오스트리아 연방헌법 제140조의 영향을 받은 것은 아닌가 한다. 그러나 오스트리아의 경우 헌법재판소가 기속력에 관해 달리 정할 수 있음을 전제로 하고 있기 때문에 가능한 관념이라고 보여진다.¹⁵¹⁾ 그러나 우리의 경우 모든 국가권력에게 국민의 기본권보장의무를 헌법 제10조 후단에서 명시하고 있음에 따라 이러한 주장은 기관이기주의적인 발상에서 제기되지 않는한 설득력이 없다고 할 것이다.

3. 審判對象의 職權에 의한 擴張과 縮小

1) 헌법재판소법 제45조와 審判對象의 擴張類型

150) Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.247.

151) 拙稿, 博士學位論文, 187면 이하, 191면 이하 참조.

헌법재판소 결정의 효력은 심판대상이 된 계쟁물에 대해서만 발생한다. 결정주문의 의미를 명확하게 파악하기 위해서는 경우에 따라서는 심판대상이 무엇인가를 확정해야 할 필요성이 크다고 할 것이다.

그런가 하면 헌법재판은 일반법원의 재판과는 달리 객관적 소송으로서의 성격을 강조하지 않을 수 없다. 그렇기 때문에, 그리고 예컨대 위헌결정된 법률에 근거한 법규명령의 효력을 어떻게 파악할 것인지¹⁵²⁾와 관련하여, 심판대상을 확장하지 않으면 안될 상황도 초래될 수 있다고 본다.

이와 관련하여 헌법재판소법 제45조는 「헌법재판소는 제청된

152) 최근 대법원은 위헌법률에 근거한 경우를 포함하여 상위법에 위반된 하위법에 근거하여 발해진 행정처분의 효력과 관련하여 상위법에 위반된 하위법에 근거하여 행하여졌다는 사정을 무효사유로 보지 않고 취소사유로 파악하고 있다. 그러나 상위법에 위반된 하위법의 효력은 지속적으로 무효사유로 파악하고 있다. 이와 관련하여 두가지 점이 지적될 수 있을 것이다.

그 하나로는 예컨대 법규명령이 위헌인 법률에 근거하여 발동된 경우 그 법규명령의 효력과 법규명령이 단순히 법률에 위반된 경우 그 법규명령의 효력문제이다. 여기서 전자의 경우에 있어 법률명령 자체도 헌법에 위반되는 경우와 법규명령이 비록 위헌법률에 근거 하였지만, 헌법에는 위반되지 않는 경우를 상정할 수 있다. 이를 바탕으로 그러한 경우에 근거한 행정처분의 효력문제는 어떻게 다루어야 할 것인지 문제된다.

다른 하나로는 위헌법률에 근거한 행정처분에 대해서는 취소사유로 파악하면서도 위헌법률에 근거한 법규명령에 대해서는 무효사유로 파악하는 것이 형평의 법리에 부합하는가 하는 점이다. 여기서 개별행위 독자성의 원칙을 적용할 경우 달리 처리할 방안이 없다고 할 것이다. 그렇다면 결국 대상이 된 국가작용의 성격에 따라 다르게 대우할 수밖에 없다는 귀결에 도달하지 않을까 생각된다.

특히 여기서는 논리의 일관성을 유지하려 한다면, 위헌법률에 근거한 법규명령을 그러한 사정을 취소사유로 볼 수밖에 없다고 보여 지는데, 현실의 이론전개에 있어 법규명령의 효력에 관해 무효사유와 유효사유로만 분류하지 그 중간에 취소사유를 집어넣지 않고 있다는 점도 간과해서는 안될 것이다.

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」고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 위헌여부 결정유형을 한정하기 위해 규정된 것¹⁵³⁾이 아니고 심판대상에 관해 규정한 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 위 조항의 부제를 위헌결정으로 표기하기 보다는 심판대상으로 함이 바람직할 것이다.¹⁵⁴⁾

심판대상의 확장은 논리적으로 볼 때, 대체로 네가지 형태로 그에 관한 유형화가 가능하다고 보여진다. 평면적 확장(동일법률의 다른 조항으로의 확장), 수직적 확장(심판대상인 법률에 근거한 하위법령으로의 확장) 시적 범위의 확장(심판대상 조항을 개정하는 법률이나 심판대상에 의해 개정된 법률로의 확장), 그리고 이른바 유사규범으로의 확장 등을 들 수 있을 것이다.

그러면 여기서는 이상에 관해 개별적으로 나누어 검토하기로 한다.

2) 審判對象의 平面的 擴張

헌법재판소는 법률의 위헌여부심판과 관련하여 심판제청되었거나 심판청구된 법률의 조항에 대해서만 원칙적으로 심판대상으로 삼아 위헌여부의 결정을 선고하여야 한다. 그러나 위 조항 단서

153) 헌재 91.3.11.선고 91헌마21결정에서의 반대 의견 - 헌판집 3, 91 (120); 95.9.28.선고 92헌가11, 93헌가8-9-10(병합)결정에서의 반대 의견 - 판보 95.11.1.자, 34면 이하 참조.

154) 拙稿, 博士學位論文, 94면 이하 참조.

는 심판대상이 된 조항이 위헌으로 결정되어 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 헌법재판소가 판단할 경우에는 그 전부에 대해서도 위헌의 결정을 할 수 있도록 하고 있다.

이와 관련하여 헌법재판소는 두가지 형태로 심판대상의 확장에 관해 언급한 사례가 있다. 그 하나는 심판대상이 된 법률조항을 위헌으로 결정함으로써 독자적인 존재의미가 없게 된 동일법률의 다른 조항에 대해서도 부수적으로 위헌결정의 대상에 포함시킨 경우가 있다. 審判對象規範에 본질적으로 구성되는(밀접한 관련성을 지닌) 규범을 審判對象으로 擴張할 경우에 대해서는 이미 논란이 된 바 있다. 이러한 사례로는 두가지를 들 수 있다. 즉 변호사법 제10호 제2항에 대한 위헌심판사건¹⁵⁵⁾에서는 변호사법 제10조 제2항의 위헌여부가 심판제청이 되었었지만 같은 조 제3항도 독립하여 존속할 의미가 없다는 점에서, 헌법재판소는 審判對象을 職權으로 擴張하여 위헌으로 결정하였다. 그리고 지방세법 제31조에 대한 위헌심판사건¹⁵⁶⁾에서는 지방세법 제31조 제2항 제3호에 규정된 「으로부터 1년」이라는 부분만이 법원에 의해 위헌심판제청이 되었지만, 이 조항이 위헌 결정되었음에 따라 같은 조 제3항에 규정된 「으로부터 1년」이라는 부분도 독립하여 존속될 수 없다는 점에서 심판대상에 포함시켜 위헌결정을 선고하였다. 다른 하나로는 토초세법에 관한 위헌소원사건¹⁵⁷⁾을 들 수 있다.

155) 현재 89.11.20.선고 89헌가102결정 - 헌판집 1, 329(331 이하) 참조.

156) 현재 91.11.25.선고 91헌가6결정 - 헌판집 3, 569(573이하, 581) 참조.

157) 현재 94.7.29.선고 49-52(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64(117 이하) 참조.

이 사건에서 헌법재판소는 심판대상이 된 조항들뿐만 아니라 토초세법 “전부”에 대해서 헌법불합치결정을 선고하였다. 토초세법 “전부”에 대해 헌법불합치로 선언하는 사유로서 헌법재판소는 「이 사건 심판대상 중 토초세법 제8조 제1항 제13호, 제12조, 제23조 제3항 및 제26조 제1항은 위에서 지적한 헌법조항에 위반되고, 제11조 제2항은 헌법에 합치되지 아니하여 개정입법을 촉구할 대상이므로, 원칙적으로 위 각 규정들에 대하여 각각 위헌 및 헌법불합치 혹은 입법촉구의 결정을 하여야 할 것이다. 그러나 위 각 위헌적 규정들 중 제11조 제2항은 토초세의 과세표준을 정하는 지가에 관한 규정이고, 제12조는 토초세의 세율에 관한 규정인데, 이들 두 규정은 모두 토초세제도의 기본요소로서 그 중 한 조항이라도 위헌 또는 헌법불합치결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 토초세법 전부를 시행할 수 없게 될 것」을 제시하였다.

이 사건의 결정과 관련하여 후소인 95.7.27.에 선고된 결정¹⁵⁸⁾에서는 전소의 결정이 비록 토초세법 “전부”를 헌법불합치로 결정하였지만 그것의 실체는 단지 심판대상으로서 구체적으로 검토된 법률조항에 대해서만 그 의미가 있는 것이고, 구체적으로 검토되지 아니한 사항에 대해서는 헌법불합치결정의 효과가 나타나지 않음을 주장하였다. 그러나 후소에서의 이러한 다수의견의 주장과 그에 따른 구법조항에 대한 합헌결정은 전소의 결정의견을 변경하기 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 함에도 불

158) 현재 95. 7. 27. 선고 93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·39·5 2·53(병합)결정 「이하에서는 93헌바1외 11건(병합)결정이라 약칭한 다」 - 관보 95. 8. 28.자, 84면 이하 참조.

구하고 5인에 지나지 않았기 때문에 아무런 실체적인 의미를 지닐 수 없다고 하겠다.¹⁵⁹⁾

그리고 아울러 지적되어야 할 것은 심판대상의 확장과 결정대상의 확장을 구분 지을 수 있는가 하는 점이다. 헌법재판소법 제45조는 「헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다」고 규정하고 있다. 전소인 92헌바49-52사건의 결정에서 헌법재판소는 토초세법 일부조항¹⁶⁰⁾의 위헌여부를 심판대상으로 하였다. 그러면서도 결정이유에서는 심판대상의 확장에 관해 명확한 입장을 제시함과 아울러 그러한 확장의 실정법적 근거로서 위 조항 단서를 제시하고 있다. 이러한 점에서 본다면, 전소의 결정취지는 심판대상의 확장과 결정대상의 확장을 동일한 의미로 파악하는 것이라고 하겠다. 그렇다면 전소의 결정에서는 불합치결정의 대상을 단순히 확장한 것이 아니고, 다시 말하면 위헌여부의 판단은 심판대상에서 적시한 조항에 한정하여 그에 따라 단순히 결정만 토초세법 “전부”로 확장한 것이 아니고, 토초세법 “전부”로 심판대상을 확장하고 그에 따라 그 전부에 대해 결정을 선고한 것으로 보아야 할 것이다.

3) 審判對象의 詩的 範圍의 擴張

159) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 土超稅法の 違憲訴願과 改善方法 (判例評釋), 法曹 1995.12., 153면 이하 참조.

160) 구체적으로는 같은 법 제8조 제1항, 제13호, 제10조, 제11조, 제12 조, 제22조, 제23조 등이었다. 현재 94.7.29.선고 92헌바49-52(병합) 결정 - 헌판집 6의2, 64(88) 참조.

심판대상의 시적 범위의 확장문제는 심판대상인 조항의 개정법률이나 심판대상에 의해 개정된 법률에 대해서도 심판청구나 심판제청이 이루어지지 않았지만 헌법재판소가 직권으로 심판대상에 포함시킬 수 있는가의 문제이다.

예컨대 헌법재판소가 이미 폐지된 법률에 규정된 조항에 관해 위헌여부의 심판을 하게 될 때, 폐지된 법률의 조항이 개정법률에 類似하게 存續되어 있을 경우, 개정법률에 규정된 類似條項에 대해서도 헌법재판소가 職權으로 審判의 範圍를 擴張하여 위헌결정을 선고할 수 있는지의 여부이다. 이에 관해 헌법재판소는 소극적인 입장이다. 즉 상속세법 제9조 제2항 본문과 관련하여 1981년 12월 31일 제정된 법률 제3474호에 규정된 조항¹⁶¹⁾과 1988년 12월 26일 개정된 법률 제4022호에 규정된 조항¹⁶²⁾이 각각 違憲審判의 對象이 되었다. 양 조항을 비교하면 전자는 「… 제1항의 규정에도 불구하고 상속세 부과당시의 가액으로 평가한다」고 규정하였고, 후자는 「… 제1항의 규정에 의하여 평가한 가액과 상속세 부과당시의 평가가액 중 큰 금액으로 한다」고 규정하였다. 이들 양 조항을 비교할 때, 후자가 전자보다 상속세 납세자에게는 불리한 것으로 파악됨은 명확하다.

그렇다고 하면 헌법재판소는 詩的인 審判範圍를 職權으로 擴張하여 구법조항에 대해 위헌결정을 선고하면서 개정된 법률조항에 대해서도 아울러 위헌결정을 하였음이 타당하였을 것으로 보여진다. 그렇게 함이 국민의 기본권침해를 최소화하고 헌법보장에 기여하는 것이기 때문이다. 그리고 이 사례에 있어서는 헌법재판소

161) 헌재 92.12.24.선고 90헌바21결정 - 헌판집 4, 890(890 이하) 참조.

162) 헌재 93.5.13.선고 92헌바32결정 - 헌판집 5의1, 297(303 이하)참조.

가 추가적인 법익형량의 작업을 하지 않고도 위헌결정이 가능할 것이기 때문이다.

4) 審判對象의 垂直的 擴張의 可能여부

여기서 심판대상의 수직적 확장이라 함은 어떠한 법률의 위헌여부가 심판대상이 되었을 때, 그 법률에 근거한 법규명령에 대해서도 헌법재판소가 아울러 심판대상에 부수적으로 포함시켜 위헌으로 결정할 수 있는가 하는 점이다. 헌법 제107조 제1항에서 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 때, 법원은 헌법재판소에 제청하여 심판하도록 하고 있는 반면에, 제107조 제2항에서는 명령이나 규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되었을 경우에는 대법원이 최종적인 심판권을 가진다고 각각 규정하고 있다. 그렇기 때문에 이 문제는 기본적으로 헌법재판소에서 심판대상을 확장하여 결정할 대상이 아님을 주장할 것으로 보여지기도 한다. 그러나 경우에 따라서는 그 필요성에 있어 논의의 여지가 있지 않을까 생각된다.

헌법재판소는 구체적 규범통제와 관련해서 법규명령은 계쟁물이 될 수 없음을 일관하여 천명하고 있다. 그리고 때에 따라서는 이러한 문제를 우회하기 위해 이른바 한정위헌결정을 선고한 사례도 있다. 즉 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제7조 제1항의 위헌심판사건¹⁶³⁾에서 헌법재판소는 「정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제7조 제1항은 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호

163) 헌재 92. 6. 26. 선고 90헌가23결정 - 헌판집 4, 300(302 이하) 참조.

의 규정에 의한 해당시설을 자기소유여야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다」는 주문을 제시하여 이른바 限定違憲決定을 선고하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 위헌법률심판의 대상을 같은 조항의 등록의무부과에 관한 규정으로 제시하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 등록제 자체의 위헌여부와 등록제가 합헌일 경우 관련된 소정의 물적 시설을 自己所有이어야 하는 것으로 限定解釋함이 위헌인지의 여부를 본안판단의 대상으로 삼았다. 헌법재판소는 이 사건에서 登錄制는 合憲이지만, 소정의 물적 시설을 自己所有의 시설로 限定하여 解釋하는 것은 違憲이라는 입장을 제시하였었다. 그런데 왜 헌법재판소는 여기서 한정위헌결정을 선고하지 않으면 안되었는가 하는 점이다. 그 원인은 위 법률의 시행령 제6조 제3호가 「법 제6조 제항 제1호 및 제2호에 해당하는 경우에는 그 시설이 자기소유임을 증명하는 서류」를 요구함에 따라 그러한 법적 근거를 부인하기 위한 방편으로 선택한 결정유형이었다고 보여진다.

오히려 이러한 절차적으로 우회하는 방안보다는 보다 직접적으로 위 법률조항을 합헌적 법률해석을 하고 위 법률의 시행령 관계규정을 직접 위헌으로 선언함이 보다 바람직하고 또 절차적으로 간단한 것은 아닌가 한다. 아마도 헌법재판소가 실무를 수행하는 과정에서 이러한 문제는 수차례 이미 겪었을 것이고 또 앞으로도 겪을 것으로 보여진다.

그렇다면 법률에 관해 위헌여부를 심판함에 있어 법규명령의 법적 근거를 부인하기 위하여 그러한 절차가 제기된 것이라고 한다면, 심판대상의 범위를 수직적으로 확장함이 바람직한 것은 아닌가 하는 점을 숙고하여야 할 것이다.

이상에서는 법률의 위헌심판절차와 관련하여 검토한 것이지만, 경우에 따라서는 법률에 대해 직접적인 헌법소원심판이나 권한쟁의심판에 있어서는 그와 관련하여 논의의 여지는 대단히 크다고 보여진다.

우선 전자를 검토하면, 처분적 법률인 경우 이외에도 법률이 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판대상이 될 수 있음을 헌법재판소는 이미 인정한 바 있다.¹⁶⁴⁾ 그런데 이 문제가 궁극적으로는 법규명령과 관련되는 것일 경우 헌법재판소는 법률에 관해서만 위헌으로 결정하고 법규명령에 대해서는 그대로 방치함이 타당한 것인가 하는 점이다. 물론 같은 법 제75조 제2항과 제3항에서는 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 특정하고 그 행사를 취소¹⁶⁵⁾시킬 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 이것은 헌법재판소가 심판대상으로 삼고 그것이 위헌임을 확인한 경우에 한해서 나타나는 것이지, 그렇지 않은 경우에 대해서까지 그러한 효과가 나타나는 것은 아니다. 또 법률이 위헌으로 결정되면, 그에 따라 모든 국가기관과 지방자치단체는 이에 기속되도록 규정하고 있기 때문에 문제되지 않음을 제시할 수도 있을 것이다. 그러나 그 경우에 있어서도 법규명령의 사후적인 교정조치나 폐지에 지나지 않을 것이고, 폐지무효설이 주장하는 이른바 예외적인

164) 예컨대 헌재 91.3.11.선고 90헌마28결정 - 헌판집 3, 63; 91.3.11.선 고 91헌마21 결정 - 헌판집 3, 91 참조.

165) 여기서 취소의 개념은 계쟁물이 일반적·추상적 조치를 전제로 한 것이 아니고 개별적·구체적 조치를 전제로 한 관념이 아닌가 한다. 그렇다면 여기서 취소의 개념을 확장하여 이해함이 바람직하지 않을 까도 생각된다. 그렇지만 일반적·추상적 조치를 위헌 확인과 연결 지운다면 그 필요성은 상대적으로 축소될 것이다.

소급효의 효과는 향유할 수 없게 된다는 점을 간과하는 것이라고 하겠다. 다음 후자에 있어서도 이러한 점은 마찬가지로 나타날 수 있다고 보여진다. 예컨대 법률이 계쟁물이었지만, 부수적으로 그 법률에 근거한 법규명령도 심판대상이 될 수 있는 개연성을 부인하기 어렵다. 이 경우에 있어서도 앞서 지적한 문제와 동일한 문제가 야기될 수 있을 것이라고 하겠다. 최종적으로 입장을 정리하면, 법규명령의 위헌성통제¹⁶⁶⁾에 관한 대법원의 권한과 상충되지 않은 범위내에서 헌법재판소는 직권으로 심판대상의 범위를 수직적으로 확장하여 법규명령에 대해서도 위헌확인을 하여야 할 것이다.

5) 이른바 類似規範의 問題

(1) 問題의 所在

유사규범이라 함은 이미 법률의 어떠한 조항에 관해 위헌여부의 판단이 이루어졌을 경우 심판대상이 된 조항과 유사한 내용을 담고 있는 동일법률의 다른 조항이나 다른 법률의 동일 유형의 조항을 말한다.

이 문제는 논리적으로 볼 때, 몇 가지로 유형화하여 쟁점을 제시할 수 있다. 첫째, 이 문제는 법률의 위헌여부 심판과 관련해서는 위헌결정이나 이른바 변형결정에서 크게 논란이 될 수 있다는

166) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 許永敏博士華甲論文集, 679면 이하 참조.

점이다. 둘째, 심판대상의 확장, 특히 평면적 확장과 어떠한 점에서 구별할 수 있는가 하는 점이다. 이것은 유사규범에 대해서도 헌법재판소가 직권으로 심판대상을 확장시킬 수 있는가 하는 점과 관련되는 것이다. 셋째, 법률에 관한 위헌여부 결정의 법적 효과를 유사규범에 대해서도 확장시킬 수 있는가 하는 점이다. 이것은 결정의 중요한 이유에 대해서도 기속력을 인정할 경우, 입법권자의 입법형성권과 관련하여 논란의 여지가 제기되는 부분이다. 넷째, 앞의 문제와 직결되는 것으로 만약 이를 인정하였을 경우 이를 준수하지 않는 국가기관이 있다고 한다면 이를 어떻게 처리하여야 하는가 하는 점이다.

(2) 憲法裁判所의 決定實際

헌법재판소는 결정실제에 있어 전술한 바와 같이 심판대상이 된 법률조항을 위헌으로 결정함으로써 인해 독자적인 존재의미가 없게 된 동일법률의 다른 조항에 대해서 심판대상을 확장하여 위헌으로 결정하거나 일부 조항에 위헌 내지 헌법불합치의 요소가 있음에 따라 법률 전부에 대해 심판대상을 확장한 사례가 있다. 그러나 여기서 말하는 유사규범에 대해 심판대상을 확장하거나 위헌결정의 효과가 확장되어야 한다는 의견을 제시한 사례는 없는 것으로 보인다.

헌법재판소는 종래 어떠한 법률조항에 대해 위헌결정을 하였다 할지라도 유사규범에 대해서는 다른 사건에서 재판의 전제성이 인정된 경우 별도로 심판대상으로 삼아 새로이 위헌결정을 선고하는 자세를 취하고 있다. 이에 해당하는 사례로는 몇 가지를 들

수 있다.

첫째, 국유재산 중 잡종재산에 대해 시효취득을 금지하는 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판사건¹⁶⁷⁾에서 위 조항을 적용위헌으로 결정한 바 있다. 이와 관련하여 지방재정법 제74조 제2항의 위헌심판사건¹⁶⁸⁾에서 헌법재판소는 종전의 결정과 무관하게 위의 법리를 그대로 적용하여 별도로 위헌결정을 하였었다.

둘째, 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판사건¹⁶⁹⁾에서 「으로부터 1년」을 위헌결정한 바 있다. 이 결정과 무관하게 반복하여 동일법률의 다른 조항에 관해 위헌결정을 선고한 바 있고,¹⁷⁰⁾ 또 지방세법 제31조의 「으로부터 1년」이라는 부분에 관해 위헌결정을 선고하였다.¹⁷¹⁾ 그리고 최근에는 재판의 전제성이 인정될 수 없다는 점에서 구 국세기본법 제42조 제1항 단서의 「으로부터 1년」을 한정적인 위헌불선언결정을 선고한 바 있다.¹⁷²⁾

셋째, 헌법재판소는 구 국회의원선거법 제33조와 제34조의 위헌심판사건¹⁷³⁾에서 기탁금 조항에 관해 헌법불합치결정을 선고한 바 있다. 그 결정취지는 과도한 기탁금액의 요구 등을 제시하였었다. 그런데 이와 관련하여 구 지방의회의원선거법상 기탁금관련조항에 대해서도 별도로 심판대상으로 삼아 위헌여부를 심판하였고 결국 위 조항 역시 헌법불합치로 결정하였다.¹⁷⁴⁾

167) 현재 91.5.13.선고 89헌가97결정 - 헌판집 3, 202 참조.

168) 현재 92.10.1.선고 92헌가 6 7(병합)결정 - 헌판집 4, 585 참조.

169) 현재 90.9.3.선고 89헌가95결정 - 헌판집 2, 245 참조.

170) 현재 93.9.27.선고 92헌가5결정 - 헌판집 5의2, 253 참조.

171) 현재 91.11.25.선고 91헌가6결정 - 헌판집 3, 569 참조.

172) 현재 94.6.30.선고 92헌바23결정 - 헌판집 6의1, 592 참조.

173) 현재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199 참조.

174) 현재 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91 참조.

이상에서 간략하게 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 적어도 유사규범에 대해서는 심판대상의 확장대상으로 삼으려고 하지는 않는 듯하고, 또 위헌결정의 효과를 확장시키는 것에 대해서는 아무런 반응을 보이지 않는 것으로 보인다. 이러한 태도는 다른 국가기관과의 마찰을 의식한 것은 아닌가 한다.

(3) 類似規範으로의 審判對象 擴張의 必要성과 限界

그러면 과연 유사규범으로의 심판대상을 확장할 필요성이 있는가? 있다면 그것은 어느 범위내에서 허용되어야 하는가가 검토되어야 할 것이다.

우선 유사규범의 문체와 심판대상의 평면적 확장은 구별되어야 한다. 후자는 심판대상조항을 위헌으로 결정하였을 경우 독자적인 존재의미를 상실한 경우에 가능한 것으로 보아야 한다. 그러나 전자는 후자와는 달리 독자적인 존재의미를 찾을 수 있다는 점이다.

둘째, 어떠한 법률조항에 관해 위헌으로 결정하였다고 해서 그 결정의 법적 효과를 유사규범에까지 확장시킬 수 있다고 한다면, 객관적인 헌법질서의 보장이라는 측면에서 크게 기여할 수도 있을 것이다. 그러나 경우에 따라서는 이를 받아들일 경우 일종의 민중소송에 해당될 수도 있다는 문제를 야기시킬 우려가 있다고 본다. 그리고 심판대상규범과 유사규범에 있어서는 규범적 유사성이 인정되기 때문에 확장의 필요성이 논의되는 것이지만, 각각의 법규범마다 고유한 존재성을 인정하여야 할 필요성도 부인하기는 어려울 것이다.

이러한 점에서 볼 때, 유사규범으로의 확장은 논리적으로 두가지 방안이 고려될 수 있다. 그 하나는 직권으로 심판대상에 유사규범을 포함시키는 방법이고, 다른 하나는 위헌결정의 효과를 유사규범에 까지 확장시키는 방법이다. 전자에 있어서는 확장의 한계를 어디로 설정할 것인지에 어려움이 있을 것이다. 그리고 후자에 있어서는 그 방법은 결국에 있어서는 위헌결정의 중요한 이유에 기속력을 인정하는 방안에 의해 관철될 수 있는데, 이를 고집할 경우 입법권자의 입법형성권 침해라는 비판에 직면하게 된다.

그러나 기속력이 인정된다 할지라도, 법규적 효력까지 인정되는 것은 아니다. 다시 말하면 유사규범에 대해 위헌성이 있음을 선언적인 형태로 확인함에 지나지 않는 것이고, 그 규범에 대해서까지 위헌확인이 이루어진 것은 아니다. 그렇다고 한다면 유사규범이 위헌결정된 심판대상조항과 구별되는 독자적인 존재의미를 가지고 있을 경우에는 입법형성권의 침해문제가 야기되지 않을 수 없을 것이다. 그렇지만 법적용자에게는 유사규범이 위헌결정의 가능성이 높음을 미리 일깨워 준다는 효과를 가지게 된다. 그로 인해 유사규범의 적용과 집행에 있어 신중하게 접근하도록 하는 효과를 가지게 될 것이다.

셋째, 이상과 관련하여 유사규범에 대해 입법권자가 신속하게 개선입법을 하지 않았을 경우 유사규범은 차후에 헌법재판소에서 위헌결정을 받게 될 것이다. 이 방법에 의해 종국적으로는 합헌상태의 회복이 이루어지게 될 것이다. 개선입법을 하지 않은 상태 그 자체에 대한, 다시 말하면 입법부작위에 대한 헌법소원은 인정되지 않는다고 하겠다.

6) 職權에 의한 審判對象의 縮小

제청된 법률 또는 법률조항이 지나치게 광범위하고 또 합헌인 부분과 위헌인 부분이 명확히 구획이 가능할 경우 헌법재판소는 직권에 의해 審判對象을 축소시킬 수 있다.¹⁷⁵⁾ 이것은 立法權行使의 尊重이라고도 볼 수 있다.

그러나 이러한 審判對象에 대한 축소는 일정한 한계가 있다. 우선 법원은 구체적 사건에서 특정 법률조항의 위헌여부가 재판의 전제가 되어 법률조항에 대한 위헌여부심판을 제청한 것인데, 제청한 취지에 어긋나게 지나치게 축소하여 제청한 부분 자체에 대한 위헌여부의 판단이 이루어지지 않아서는 안된다는 점이다. 둘째, 지나치게 축소시킴으로써 법문의 본질적 내용이 훼손되어서는 안된다는 점이다. 이것은 一部違憲의 法理의 限界에 관한 것이라고 하겠다.¹⁷⁶⁾

이 문제는 決定의 效力適用範圍를 확정하는 데 중요한 의미를 지니고 있다. 違憲 決定의 法的 效果는 審判對象이 된 부분에 대해서만 발생하는 것이기 때문이다.

II. 違憲法律의 效力

우리 헌법은 위헌법률의 효력 또는 위헌결정된 법률의 효력에

175) 헌법재판소가 일방적으로 審判對象을 縮小할 수 있는지의 여부가 국유재산법상 잡종재산의 시효취득금지에 관한 사건에서 논란이 되 있었다. 헌재 91.5.13.선고 89헌가 97결정 - 헌판집 3, 202(206이하, 217) 참조.

176) Vgl. Wassilios Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 76f.

관한 아무런 언급이 없다. 다만 헌법재판소법만이 제47조 제2항에서 위헌으로 결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있을 따름이다.

이상에 관한 규정취지를 우리나라에서는 대체로 오스트리아 연방헌법의 입법례에 견주어 위헌결정의 장래효원칙과 예외적 소급효라는 이론적 전개형태로 해결하고자 하고 있다. 이러한 자세는 대부분의 학설뿐만 아니라 헌법재판소와 대법원의 태도이기도 하다.

이렇게 파악함이 적절한 것인가에 대해서는 적지 않은 의문이 제기된다. 그리고 대법원과 헌법재판소의 견해에 있어서도 중대한 문제점을 내포하고 있다. 그런가 하면 과연 위헌결정의 장래효원칙이라는 표현이 적절한 것이며, 이것의 의미를 혼동 내지는 혼용하고 있는 것은 아닌지에 대해서도 의문이 제기된다.

그러면 여기서는 위헌법률의 효력 또는 위헌결정된 법률의 효력에 관한 전반적인 이론체계를 소개함과 아울러 문제점을 적출하여 비판을 가하고, 필자 나름의 대안을 제시하기로 한다.

1. 當然無效說과 廢止無效說

위헌법률의 효력에 관해서는 헌법이나 관련법률규정에 따라 국가마다 다르게 규정하고 있지만, 이에 관한 인식방법은 當然無效說과 廢止無效說로 체계화할 수 있다.

當然無效說(Nichtigkeitstheorie)에 따르면 위헌법률은 위헌상태의 발생과 동시에 無效이다. 위헌법률은 비록 그것이 법률인 것처럼 보이고 또 법적 효력을 주장할 수 있는 것처럼 보이지만,

그것은 처음부터 법이 아니었고 또 법질서에 속하지도 않기 때문에 처음부터(*extunc*), 별도의 조치가 없어도 당연히(*ipso iure*)無效라는 것이다. 즉 헌법재판소가 법률에 관해 위헌결정을 선고하는 것은 단지 그 법률이 違憲임을 確認하는데 지나지 않게 된다. 이러한 결정의 법적 성격은 確認判決으로써 宣言의 效果를 가지는데 지나지 않는다. 헌법재판소가 법률을 위헌결정하였을 경우 위헌결정된 법률은 遡及的으로 처음부터 당연히 무효가 된다. 따라서 위헌선언된 법률에 근거하여 형성된 모든 법률관계는 법률적 근거가 없이 행해진 것이 되는 셈이다. 이와 관련하여 이러한 법률관계의 효과를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다.

Geiger에 따르면, 무효란 처음부터, 원래부터의 缺效(*Ungültigkeit*)를 의미한다고 한다. 연방법이 기본법에 합치되지 않을 경우 연방헌법재판소는 당해 연방법을 무효로 판시할 수 있을 따름이기 때문에, 헌법재판소의 판결에 의해 확정되는 것은 기본법의 효력과 하위규범의 효력이 모순저촉된 시점에서의 당해 하위규범의 무효뿐이라고 한다.¹⁷⁷⁾ 마찬가지로 Lechner는 제78조에 의해 확인된 법규범의 무효는 원칙적으로 遡及的으로 작용한다. 즉 위헌선언된 당해규범에 근거하여 행해진 모든 법률관계의 法的 根據는 遡及的으로 배제된다고 하였다.¹⁷⁸⁾ 독일의 경우 이들 이외의 많은 사람들이 위헌법률의 當然無效를 전제로 하고 있다.¹⁷⁹⁾ 이와

177) Willi Geiger, Gesetz über des Bundesverfassungsgericht von 12. März 1951. Kommentar, 1952, S.249.

178) Lechner, BVerfGG, S.242.

179) Moench에 따르면 서독학계에서 當然無效說을 주장하는 학자로는 A. Arndt, C. Arndt, O. Bachof, K. A. Bettermann, H. Brinkmann, E. Forsthoff, E. Friesenhahn, W. Geiger, Th. Maunz, H. H. Klein, Y. Huh, H. Lechner, G. Leibholz / R. Rupprecht, M. Löwisch, A. Hamann, H. Maurer, H. Michel, H. von Olshausen, H. Schneider, U. Scheuner, H. Sigloch, K. Stern, W. Weißbauer /D. Hesselberger, H. Wobst 등을 들 수 있다. Vgl. Christoph Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S.11 fn. 3; Hartmut Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, S.7.f. fn.13.

같이 기본법과 연방헌법재판소법의 제정이후 오늘에 이르기까지 위헌법률은 처음부터 무효라고 하는 입장은 지속적으로 다양하게 주장되고 있고 또 다수설이기도 하다.

위헌법률을 當然無效로 파악하는 입장에서는 그것이 의문의 여지없이 자명한 것으로 인식하였고, 따라서 별도의 근거제시가 필요치 않은 것으로 생각하였었다. 그러나 廢止無效說이 등장하게 되고 또 그 이론이 연방헌법재판소법 개정의 논의에 이르기까지 진전되면서, 당연무효설을 지지하는 학자들은 위헌법률의 當然無效에 관한 憲法的 根據를 찾으려 시도하게 되었다. 그들은 위헌법률이 당연무효임은 확고한 것이며, 이 원칙은 헌법적 원칙에 해당되는 것으로 파악하려고 하였다.

그렇지만 왜 위헌법률이 처음부터 當然無效인지에 관해 학자들마다 서로 다르게 주장하고 있다. 그 근거로는 대체로 독일 기본법 제100조 제1항의 문언과 거기서 도출된 法官의 審査權, 憲法の 最高規範性(法の 段階的 構造), 하위법규에 대한 憲法の 法效力規範性, 憲法裁判의 保護, 憲法訴願節次와의 關聯性, 기본법 제31조 등이 제시되고 있다.¹⁸⁰⁾

廢止無效說(Vernichtbarkeitstheorie)에 따르면, 물론 주장하는 학자에 따라 그리고 실정법규정에 따라 약간씩 다르기는 하지

180) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 116면 이하 참조.

만, 헌법에 위반되는 법률도 일단 권위있는 판단이 있을 때까지 유효하며 사실상 법질서의 일부를 구성한다는 것이다. 違憲인 法律은 특별한 취소행위에 의해 廢止될 때까지 비록 헌법에 반한다 할지라도 유효하다는 것이다. 위헌법률은 선택적인 측면에서 논의할 것이 아니고 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률로써 논의되어야 한다는 것이다. 이러한 측면에서 違憲인 法律은 헌법재판소의 결정이 있어야만 비로소 그 효력을 상실하기 때문에 헌법재판소의 결정은 創設的 效力을 가진다고 한다. 그리고 廢止無效說에 따르면 위헌법률은 헌법재판소의 재판이 있어야만 그 效力을 喪失하므로 그 廢止가 遡及的으로 이루어지는지 아니면 將來的으로 이루어지는지는 立法政策에 맡겨질 수밖에 없다고 한다.

위헌법률은 처음부터 當然無效라는 등식은 1950년대 전반까지만 해도 독일에서 거의 다름이 없었다. 그러나 이에 대한 재고의 여지를 제공한 것이 1958년 12월 12일 및 1959년 2월 20일의 연방재정법원의 판결이었다.¹⁸¹⁾ 이들 판결에서 연방재정법원은 연방헌법재판소에 규범통제절차가 진행된다 할지라도 暫定的으로 국세청이 조세를 부과하거나 연방법원이 재판을 중단할 의무가 있는 것은 아니라고 하였다. 이들 판결은 일반법원과 행정청의 司法審査權에 관한 논쟁의 계기를 제공하였다. 여기서 이들 기관의 司法審査權을 부인하는 입장은 위헌법률은 當然無效가 아니고 연방헌법재판소에 의해 취소될 때까지는 유효하다는 것을 전제로 하였다. 이러한 입장은 결국 위헌법률의 폐지무효설로 연결되게

181) Vgl. BFH BStBl. 1959 III, S.140f; BFH BStBl. 1959 III, S.172f.

되었다.¹⁸²⁾

우리나라에서 위헌법률의 효력에 관련한 논의는 대부분 폐지무효설에 입각한 듯하다. 대법원이나 헌법재판소의 견해는 물론이고 헌법재판소법 제47조 제2항의 위헌론 등 이른바 구체화설이나 재판설도 기본적으로는 폐지무효설에 의거한 것이라고 보여진다.

2. 遡及效, 將來效 및 未來效

폐지무효설에 따르면, 법률에 관해 위헌결정을 선고하면 위헌결정의 효과가 소급적으로(ex-tunc Wirkung), 장래적으로(ex-nunc Wirkung), 또는 미래적으로(ex-futuro Wirkung) 나타나게 할 것인지는 입법정책의 문제라고 한다. 여기서 우리는 몇 가지 관념을 전제로 하지 않으면 안된다.

첫째, 여기서 말하는 소급효, 장래효 또는 미래효는 헌법재판소결정 자체가 소급적으로 이루어지거나 장래적 또는 미래적으로 이루어진 것을 의미함이 아니라는 점이다. 즉 결정의 효과가 소급적, 장래적 또는 미래적으로 나타난다고 하는 점이다. 그것을 달리 말하면 위헌결정된 법률이 소급적으로 효력상실하는지 아니면, 장래적으로 또는 미래적으로 이루어지는 것인가의 문제라고 하겠다.¹⁸³⁾

182) 廢止無效說을 주장하는 독일의 견해에 대한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 124면 이하 참조.

183) 그 사용례의 혼동에 관한 상세한 검토는 拙稿, 桂禧悅教授華甲論文集, 388면 이하 참조.

둘째, 위헌결정의 장래효나 미래효는 구체적 규범통제의 본질적 속성에 부합하지 않는다는 점이다. 오스트리아에서는 이러한 문제점을 인식하고 그것을 해결하기 위해 당해사건에 한해 예외적인 소급효를 허용하지 않으면 안된다고 하였다. 그 구체적인 근거로 개시자혜택(Ergreifer-Prämie)¹⁸⁴⁾이라는 기괴한 논리체계를 도입하게 되었다. 그리고 당해사건에 한해 예외적인 소급효를 인정하고 다른 사건 유형에 대해서는 권리구제의 대상에 포함시키지 않음으로 인해 형평의 문제를 야기시킴과 아울러 기본권보장을 지나치게 소홀히 한다는 비판을 받게 되었다. 이로 인해 오스트리아에서는 1976년 헌법을 개정하면서 당해사건과 헌법재판소가 달리 정한 경우의 사건유형에 대해서는 예외적인 소급효가 인정된다는 자세를 취하게 되었다.¹⁸⁵⁾

셋째, 폐지무효설이 주장하는 위헌결정의 장래효원칙이나 미래효원칙을 채택할 경우에는 반드시 예외적인 소급효를 전제로 하지 않는 한 성립이 불가능한 이론 체계이다. 구체적 규범통제절차의 개시원인을 제공한 사건, 즉 당해사건에 관한 처리방안은 폐지무효설이 취하는 이론적 틀과는 전혀 무관하다는 점이다.

넷째, 폐지무효설이 위헌결정의 소급효원칙, 장래효원칙 또는 미래효원칙을 주장함에 있어, 이 견해의 논리체계는 기본적으로 이미 제정되어 유효하게 적용되고 있었음을 항상 전제로 하고 있다. 그렇기 때문에 위헌결정에 의해 당해 법률의 폐지시점만을 고려하게 되는 것이다. 이러한 태도는 일단 성립한 이상 존중되

184) 桂禧悅, 法律에 대한 違憲判決의 效力, 憲法裁判研究(憲法裁判所) 제1권. 法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象, 1990.10., 180면 주30 참조.

185) 拙稿, 博士學位論文, 185면 이하 참조.

어야 한다는 법적 안정성적 사고를 우선시하는 것이라고 하겠다. 그러나 이러한 해명방법 이외에도 위헌법률에 근거한 법률관계에서 문제를 해결하는 방안도 있음을 부인해서는 안된다. 또 위헌법률을 이해함에 있어 형성적인 시각에서 접근할 것이 아니고 존재상태의 위헌확인하는 시각에서의 접근도 가능하다고 할 것이다.

만약 우리 나라의 법체계에 있어 이상과 같은 시각에서 위헌법률의 효력문제를 해명할 수 있다고 한다면 그 방안도 적극적으로 고려함이 바람직할 것이다.

3. 憲法裁判所와 大法院의 態度와 그 分析

1) 憲法裁判所의 決定例

(1) 憲法裁判所 決定의 紹介

憲法裁判所는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 위헌심판사건¹⁸⁶⁾에서 決定主文에서는 係爭物이 單純合憲임 신고하면서, 決定理由에서는 위 조항을 特別한 例外를 허용하는 원칙규정으로 이해 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다고 실시하였다. 여기서 特別한 例外는 구체적 규범통제의 實效性을 보장하기 위해서 인정된다고 한다.

186) 헌재 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24-50(병합)결정 - 헌 판집 5의1, 226(226이하).

그리고 原始的 違憲法律¹⁸⁷⁾이라 할지라도 일률적으로 쉽사리 遡及效를 관철시킬 수 없다고 한다. 그 사유로는 두 가지를 들고 있다. 첫째로는 當事者의 權利救濟보다도 法的安定性에 치명적인 침해를 주는 경우를, 둘째로는 遡及效를 인정함으로써 合憲推定의 原則에 의하여 제대로 된 법률로 믿은 善意의 國民의 信賴 내지 既得權을 동요시키고 이미 형성된 법률관계의 安定을 해치는 경우 등을 들고 있다.

헌법재판소는 같은 조항 본문이 合憲인 理由를 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째로 헌법재판제도의 본질과 기능이 未來指向의인 法規定的 再整備라는 점을 든다. 둘째로 比較法的 高찰을 할 때, 같은 조항의 입법례는 우리만의 독특한 입법례가 아니며 오스트리아나 터키와 유사한 입법례라는 점을 제시한다. 그리고 셋째로 위헌법률의 效力에 관해 헌법은 직접적인 명문을 규정하지 아니하고 입법권자의 立法形成權에 위임하고 있다는 점을 들고 있다.

(2) 憲法裁判所 見解의 整理와 分析

이상과 같은 헌법재판소의 태도¹⁸⁸⁾를 볼 때, 몇 가지 사항을 도

187) 헌법재판소는 法律이 違憲으로 되는 경우로서 原始的 違憲法律인 경우뿐만 아니라 제정 당시에는 合憲이었으나 後發的인 事情變更로 인해 違憲法律로 되는 경우와 법률의 조항 자체에는 違憲性이 없으나 平等의 原則 違反이나 體系不調和 등으로 말미암아 再調整하지 않으면 違憲을 면할 수 없는 경우 등을 제시하고 있다. 헌재 93.5.13. 선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24-50(병합)결정 - 헌판집 5의1, 226(242 이하) 참조.

188) 이러한 헌법재판소의 결정취지에 찬동하는 견해로는 許營, 韓國憲法論, 811면 주4 참조(「... 法律에 대한 憲法裁判所의 違憲決定은 이제 當該法律을 事實上 無效로 만드는 效果를 나타내게 되었다」).

출해 낼 수 있다. 첫째, 헌법재판소는 기본적으로 같은 조항을 오스트리아의 헌법체계와 유사한 것으로 이해하고 있다는 점이다. 둘째, 같은 조항 본문이 결정이 있는 날로부터의 效力喪失을 규정하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 같은 조항은 將來效主義를 채택하고 있다고 한다. 셋째, 같은 조항에 규정된 바에 따라 決定日以前에 법률관계가 형성된 事件에 관해 違憲決定된 법률의 適用排除를 遡及效로 파악함은 법률의 효력상실을 廢止로 이해함을 전제로 하는 것이다. 넷째로 헌법재판소는 將來效原則에 대한 特別한 例外를 허용하고 있는 데, 이러한 특별한 예외를 허용하는 목적이 구체적 규범통제의 實效性確保에 있다고 함은 예외를 적용하지 않으면 구체적 규범통제로서의 속성을 유지할 수 없음을 의미하는 것이다. 그리고 다섯째, 이상과 같은 논리는 行爲時法과 裁判時法이 헌법재판소의 결정으로 인해 달라지게 됨을 전제로 하는 것이다.

아울러 지난 94.7.29.의 토초세법에 관한 위헌소원사건¹⁸⁹⁾에서 헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고함에 있어서도 廢止無效說을 이론적 바탕으로 하였다. 결정 이유를 살펴보면, 헌법불합치결정의 사유로 不合致法律의 形式的 存續만을 暫定的으로 維持하게 하기 위하여 단순위헌무효결정을 선고하지 아니하고 效力喪失을 制限적으로 適用하는 變形決定을 선택하는 것이라고 하였다. 여기서 효력상실을 제한적으로 적용하는 변형결정 선고의 요인이 된 不合致法律의 形式的 存續은 헌재법 제47조 제2항에 규정된

189) 헌재 94.7.29.선고 92헌바49-52(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64 참조.

「效力喪失」과 어떠한 차이점이 있는지 문제된다.¹⁹⁰⁾

이것은 效力喪失을 廢止로 이해함을 전제로 하는 것으로 보아야 할 것이다. 효력 상실된 법률은 詩的 適用領域이 終了된 상태로 실체는 없고 외피만 있는 상태의 법률을 의미한다. 그렇지 않으면 效力喪失과 不合致法律의 形式的 存續과는 아무런 차이점도 없기 때문이다.

그리고 견해에 따라서는 「... 그 처분의 근거법률이 위헌이라는 이유를 들어 그 처분의 효력을 부인할 수 있도록 한다면, 그 처분으로 불이익을 받은 개인의 권리구제에는 더없는 장점이 되기는 하겠지만, 이로 말미암아 제소기간의 규정을 두고 있는 현행의 행정소송제도가 뿌리째 흔들리게 됨은 물론, 기존의 법질서에 의하여 형성된 법률관계와 이에 기초한 다른 개인의 법적 지위에 심각한 불안정을 초래할 수 있다. 이러한 결과는 우리 헌법재판소법이 위헌결정의 효력을 원칙적으로 장래에 미치도록 규정한 것에 반하는 것일 뿐만 아니라 비록 위헌법률이라 하더라도 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 취소됨으로써 비로소 형성적으로 그 효력을 잃게 되는 것이므로 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 어느 누구도 그 법률의 효력을 부인할 수는 없다는 이치에도 어긋나는 것」이라고 한다.¹⁹¹⁾

이중에서도 특히 위헌법률은 헌법재판소의 위헌결정에 의해 취소되고 또 그로 인해 효력을 잃게 된다고 하는 것은 바로 폐지무

190) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 憲法不合致決定의 法的 效果. 土超 稅法에 관한 憲法裁判所의 決定을 中心으로, 論文集(全北産業大學校) 제17집, 1995.3., 195면 이하 참조.

191) 헌재 94.6.30.선고 92헌가18결정에서의 소수의견 - 헌판집 6의1, 557(572 이하) 참조.

효설을 바탕으로 하는 것이라고 하겠다.

2) 大法院의 判決例

(1) 大法院 判例의 紹介

대법원은 법률의 위헌여부의 심판제청은 그 전제가 된 當該事件에서 違憲으로 決定된 법률조항을 적용받지 않으려는데 그 목적이 있으며, 만약 제청하게 된 當該事件에 있어서도 遡及效를 인정하지 않는다면, 제청 당시 이미 違憲與否 審判의 前提性을 흠결하여 제청조차 할 수 없다고 해석되어야 하기 때문에, 구체적 규범통제의 實效性을 보장하기 위해 例外的으로 遡及效를 허용한다.¹⁹²⁾고 한다. 다른 판결¹⁹³⁾에서 대법원은 法院에 係屬中인 事件「은 어느 것이나 違憲決定이 있기 전에 憲法裁判所의 違憲決定을 위한 계기를 부여할 수 있었던 것인 데도 憲法裁判所의 違憲決定을 미리 받지 못한 우연한 사정 때문에 위헌법률의 適用을 받게 되어 權利救濟의 측면에서 매우 불공평하고 불합리할 뿐만 아니라, 그렇게 보지 아니하면 헌법 제107조 제1항, 헌법 제111조 제1항 제1호가 규정하는 위헌법률에 대한 구체적 규범통제의 實效性도 보장하기 어려우며, 또한 違憲決定의 效力에 관하여 위와 같이 制限的인 遡及效를 인정한다 하여 法的安定性을 크게 해칠 우려도 없」다는 점을 들고 있다.

192) 대법 91.6.11.선고 90다5450판결 - 법공 제901호, 91.8.1.자, 1895면.

193) 대법 91.12.24.선고 90다8176판결 - 법공 제914호, 92.2.15.자, 640 면; 92.2.14.선고 91누1462판결 - 법공 제917호, 92.4.1.자, 1065면.

그리고 대법원은 헌법재판소의 違憲決定의 效力은 法院에 係屬中인 事件 「뿐만 아니라 違憲決定 이후에 같은 이유로 제소된 一般事件에도 미친다」 고 보고 있다.¹⁹⁴⁾ 이러한 태도는 종래 當該事件에 한해 例外的으로 違憲決定의 遡及效가 인정된다는 태도¹⁹⁵⁾에서 違憲決定 당시 法院에 係屬中인 事件에 대해서도 인정된다는 태도¹⁹⁶⁾를 거쳐 한 걸음 더 나아간 것으로 보여진다. 이와 같은 適用排除範圍의 확대에 관해 대법원은 직접적인 근거를 제시하지 않고 있다. 다만 종래의 입장¹⁹⁷⁾이 타당함을 밝힌 것일 뿐 당해사건이나 법원에 계속중인 사건에 대하여만 한정적으로 違憲決定의 遡及效를 인정한 취지는 아니라는 소극적인 자세를 견지하고 있다.¹⁹⁸⁾

(2) 大法院 見解의 整理와 分析

대법원의 태도를 정리하면 몇 가지 특징적인 요소가 나타난다. 우선, 헌법재판소법 제47조 제2항의 非刑罰法規의 效力喪失을 將來效原則을 규정한 것으로 이해하고 있다는 점이다. 둘째, 구체적

194) 대법 93.1.15.선고 92다12377판결 - 법공 제939호, 93.3.1.자, 698면; 93.1.15.선고 91누5747판결 - 법공 제939호, 93.3.1.자, 735면; 93.2.26. 선고 92누12247판결 - 법공 제942호, 93.4.15.자, 1100면.

195) 대법 91.6.11.선고 90다5450판결 - 법공 제901호, 91.8.1.자, 1895면; 91.6.28.선고 90주9346판결 - 법공 제902호, 91.8.15.자, 2056면.

196) 대법 91.12.24.선고 90다8176판결 - 법공 제914호, 92.2.15.자, 640 면; 92.2.14.선고 91누1462판결 - 법공 제917호, 92.4.1.자, 1065면.

197) 대법 91.12.24.선고 90다8176판결 - 법공 제914호, 92.2.15.자, 640 면; 92.2.14.선고 91누1462판결 - 법공 제917호, 92.4.1.자, 1065면.

198) 대법 93.1.15.선고 92다12377판결 - 법공 제939호, 93.3.1.자, 698면.

규범통제의 實效性을 보장하기 위하여 例外的으로 遡及效가 인정되어야 하고, 그렇지 않으면 權利救濟의 측면에서 불공평하고 불합리한 결과가 초래된다고 한다. 셋째로, 제한적인 遡及效를 인정한다고 할지라도 法的安定性을 크게 해치지 않는다는 점을 제시하고 있다.

이러한 논리형식을 분석하면 다음과 같다. 첫째로 대법원은 헌법재판소가 법률을 違憲으로 決定함으로써 行爲時法과 裁判時法이 서로 달라지는 것으로 이해하고 있다. 둘째 行爲時法과 裁判時法이 서로 다르다는 논리는 궁극적으로 법률의 효력상실을 법률의 폐지로 이해함으로써만이 가능하게 된다는 점이다. 셋째, 동법 제47조 제2항을 적용할 경우에는 구체적 규범통제의 實效性이 없어지기 때문에, 이 조항의 취지에 따른다면 權利救濟를 해주지 말아야 하나, 그렇게 할 경우 權利救濟의 측면에서 불공평하고 불합리한 결과가 초래되므로, 국민의 기본권을 신장해주는 측면에서 例外的으로 遡及效를 허용해 준다는 것이다.

그런데 대법원은 최근에 선고한 한 판결¹⁹⁹⁾에서는 종래와는 다른 입장을 제시하는 듯하다. 이 사건에서는 헌법재판소의 결정취지에 따라 이른바 一般事件에 대해 法益衡量을 하여 權利救濟의 對象이 될 수 없다는 原審²⁰⁰⁾의 이유설시에 대해, 大法院은 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 一般事件에도 미친다고 할 것이나, 「그 미치는 범위가 무한정일 수 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 法理에 의하여

199) 대법 94.10.25.선고 93다42740판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3076 면 참조.

200) 서울고법 93.7.21.선고 91나9871판결.

그 遡及效를 制限하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 法的安定性的의 維持나 當事者의 信賴保護를 위하여 불가피한 경우에 違憲決定의 遡及效를 制限하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바」라고 하면서 권리구제의 대상에서 제외하고 있다.

이 사건에서 대법원이 원심의 일부설시에 다소 미흡한 점을 인정하긴 하지만, 원심의 판시가 결국 대법원 자신과 견해를 같이 하는 것으로 보여진다고 하는 점에서 볼 때, 대법원이 원심판결을 인용한 취지를 「다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것」에 비중을 두어서 파악해야 할 지, 아니면 「법적안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바를 할 것」에 비중을 두어 파악해야 할 것인지는 불명확하다고 하겠다. 여기서 만약 전자에 비중을 둔 것이라면, 위헌법률에 기한 行政處分の 效力²⁰¹⁾과 관련되는 것으로 이해할 수 있지만, 후자에 비중을 둔 것이라면, 大法院의 判決趣旨가 憲法裁判所의 決定趣旨에 접근하는 것으로 파악할 수 있을 것이다. 그런데 대법원은 원심판결이 헌법재판소의 결정취지에 따라 이루어졌음에도 불구하고 이를 부인하는 듯한 판시를 하였다.²⁰²⁾ 생각건대, 대법원은 위헌법률에 기한 行政處分을 取消할 수 있는 行政行爲로 이해하고, 이에 따라 不當利得返還請求의

201) 이에 관해서는 拙稿, 違憲法律에 기한 處分の 法的 性格(判例評 釋), 法律新聞 95.2.27.자, 15면 참조.

202) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 憲法裁判所 決定의 效力과 法院의 羈束, 韓獨 國際 學術大會 發表資料(韓國公法學會, 憲法訴訟과 一般訴訟의 關係 1995.11.11.), 147면 이하 참조.

提訴期間이 徒過되었거나 그 訴의 原因에 해당하지 아니하는 것으로 판단하고, 傍論으로 후자의 立場이 제시된 것은 아닌가 한다.²⁰³⁾

4. 廢止無效說의 批判

1) 憲法裁判所와 大法院의 見解에 있어서의 問題點

憲法裁判所와 大法院 모두 헌법재판소법 제47조를 해석 적용함에 있어 다음과 같은 몇 가지 핵심적인 사항을 간과하였다고 보여진다.

(1) 效力喪失의 概念에 관한 誤解

헌법재판소는 동법 제47조 제2항에 규정된 법률의 效力喪失에 관해 지나치게 안 이하계 접근하고 있다. 이러한 측면은 대법원에 계서도 마찬가지로 나타나고 있다. 첫째, 법률의 效力喪失을 법률의 폐지로 이해하고 있다는 점이다. 이로 인해 將來效原則에 대한 例外的인 遡及效라든가 行爲時法과 裁判時法이 다를 수 있다는 논리가 등장하게 된 것이다. 둘째로 法文에 效力喪失이라고 표현되었다고 해서 憲法的 側面에서 숙고되어야 할 사항을 지나치게 소홀히 다루고 있다는 점이다. 다시 말하면 위헌법률은 當然無效인지 아니면 廢止無效인지에 관해 판단함에 있어, 廢止無

203) 拙稿, 論文集 제17집, 220면 주55 참조.

效說의 이론적 문제점을 憲法哲學的 시각에서 신중하게 규명한 다음 적절한 방안을 선택하였어야 할 것이다. 결국 이러한 것은 오스트리아이론을 무비관적으로 수용하였기²⁰⁴⁾ 때문에 야기된 것이 아닌가 한다.

(2) 羈束力의 機能無視

헌법재판소와 대법원 모두 동법 제47조 제1항에 규정된 羈束力²⁰⁵⁾의 機能과 役割을 도외시키고 있다. 구체적인 법률관계에 대해 그 근거가 된 법률의 위헌여부가 결정되었을 경우, 헌법재판소의 그에 관한 결정은 현행법상 규정된 바에 따른 효력을 가지게 된다. 헌법재판소의 결정이 각종 國家機關이나 地方自治團體는 물론이고 國民에게까지 영향을 미칠 수 있는 法的 根據가 다양하다고 한다면, 그 다양성의 측면에서 개별조항의 法的 效果가 검토되지 않으면 안된다. 즉 위헌법률의 適用을 排除하는 구체적인 사건에서 憲法裁判所의 決定이 가지는 效力은 제47조 제2항만으로 규율되는 것은 아니다. 바로 이러한 점을 양 국가기관 모두 간과하지 않았는가 한다.

다시 말하면 헌법재판소는 제47조 제2항 본문에 관해 위헌여부를 판단함에 있어 제47조에 대한 체계적인 이해와 구조적인 특성을 고려하여야 하였을 것이다. 係爭物이 제47조 제2항 본문이

204) 이 규정을 오스트리아 연방헌법 제140조 제3항을 답습한 것으로 보는 견해로는 鄭夏重, 立法上の 不法에 대한 國家責任의 問題, 특히 서울민사지법 42부판결 91가합 84035에 관련하여, 司法行政 1993.3., 12면 참조.

205) 憲法裁判所 決定의 羈束力에 관한 상세한 내용은 拙稿, 漢陽法學 제4·5(통합)집, 151면 이하 참조.

었다고 할지라도 係爭物 자체만 가지고 違憲與否判斷을 해서는 안되고, 크게는 憲法裁判所法 전체의 구조적인 틀속에서, 작게는 決定의 效力規定 전반의 구조속에서, 係爭物이 어떠한 기능과 역할을 수행하는지가 함께 고려되었어야 할 것이다.

그런가 하면 대법원은 제47조 제1항이 法律에 관한 違憲決定은 法院을 羈束한다고 명백히 규정하고 있는 데도 불구하고, 문제해결을 제2항의 效力喪失에만 의존하고 있지, 제1항의 違憲決定의 羈束力에 대해서는 전혀 무관심한 태도를 취하고 있다는 점이다.²⁰⁶⁾

(3) 未來로의 混亂猶豫와 違憲法律의 繼續適用

견해에 따라서는 헌법재판소나 대법원과 동일한 논리를 적용하면서 決定日 以前에 構成要件이 完成되었지만 決定日 以後에 訴訟이 提起된 一般事件에까지 違憲決定의 效果를 擴大 適用하는 것에 관해 法的安定性의 이유에서 소극적인 태도를 취하고 있다. 그러나 이러한 견해는 現在의 混亂을 未來로 猶豫한 것에 지나지 않는다.²⁰⁷⁾

이러한 태도를 취할 경우 이미 법률관계가 완성된 사례에 대해서는 그대로 위헌 규범을 적용하면 되기 때문에 현재의 문제해결에 있어서는 용이할 것이다. 그렇지만 훗날 어떠한 법률관계가

206) 이러한 判斷의 根據로는 拙稿, 違憲으로 決定된 法律의 效力과 法律에 관한 違憲決定의 羈束力, 論文集(全北産業大學校) 제16집, 1994.3., 196면 주 51 참조.

207) 이 견해는 遡及效의 範圍를 差等化하여 도입하여야 한다는 견해이다. 상세한 내용은 孫容根, 司法論集 제24집, 91면 이하 참조.

소송으로 제기되었을 때, 그것이 決定日 이전에 완성되었는지 아니면 이후에 완성되었는지 불명료할 수도 있게 된다. 이러한 논리대로라면 그러한 경우에 있어 어느 사안에 대해서는 위헌규범을 그대로 적용하고 또 어떤 사안에 대해서는 적용이 배제되어야 할 것이다.

그리고 이러한 태도는 이미 위헌으로 결정된 법규범을 장기간 계속 적용하도록 방치하는 것이다. 그것은 법률에 관한 위헌심판제도를 헌법상 규정한 취지에 어긋나는 것이다. 즉 위헌심판의 기능이 국민의 기본권을 보장하고 헌법을 수호하는 것이라고 할 때, 과연 이러한 방법이 그에 적합한 것인지 의문이 아닐 수 없다.

(4) 違憲決定의 趣旨약화

헌법재판소와 대법원 모두 當該事件과 法院에 係屬中인 事件에 관해서는 이른바 遡及效를 인정하여야 한다는 점에 일치하고 있다. 그렇지만 결정선고 당시 이미 법률관계가 완성되었지만 아직 제소되지 않은 사건, 이른바 一般事件에 관해서는 견해를 달리하고 있다.

즉 大法院은 一般事件에 대해서도 모두 遡及效를 인정하여야 한다는 입장이다. 그러나 憲法裁判所는 法益衡量을 하여야 한다는 입장이다.

헌법재판소의 견해에 따르면, 헌법재판소가 어떠한 法律에 관해 違憲決定을 선고하면, 當該事件과 法院에 係屬中인 事件에 대해서는 遡及效가 그대로 적용된다. 그렇지만 일반사건에 대해서

는 遡及效를 적용해서 權利救濟를 해줄 것인지의 여부는 궁극적으로 법원에 맡겨지는 것이다. 다시 말하면 헌법재판소가 직접 밝히지 않는 한, 遡及效의 範圍를 확장할 것인지 아니면 축소할 것인지에 관한 법익의 형량에 대한 판단은 전적으로 大法院의 載量事項으로 위임되는 것이다. 그것은 違憲決定의 취지를 약화시킬 것임은 물론이고, 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제47조 제2항이 규정하고 있는 의미를 취약하게 다루는 것이 된다. 또 현행법상 法院의 裁判이 憲法訴願의 審判對象에서 除外되어 있음으로 인해, 헌법재판소가 違憲決定한 취지와는 다르게 遡及效의 範圍를 대법원이 제한적으로 적용한다 할지라도, 이에 대한 통제는 전혀 불가능하게 된다는 문제점이 노정된다.

헌법재판소의 法益衡量理論²⁰⁸⁾은 이 이외에도 또다른 시각에서 비판이 가능하다. 즉 헌법재판소는 이 사건²⁰⁹⁾에서 법률관계가 위헌결정 이전에 완성되었지만 위헌결정 이후에 소송이 제기된 사건, 이른바 一般事件에 대해서는 法益衡量을 해서 법적안정성의

208) 헌법재판소는 이른바 一般事件에서의 例外的인 遡及效 認定要件을 「 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때」를 제시하고 있다. 그러면서 어떤 사안이 이러한 범주에 속하 「는가에 관하여는 다른 나라의 입법례에서 보듯이 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정 주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝히지 않으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁성질 보호법익 등을 검토하고 제반이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다」고 하였다. 헌재 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바 7, 92헌바24-50(병합)결정 - 헌판집 5 의1, 226(251).

209) 헌재 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24-50(병합)결정 - 헌 판집 5의1, 226(251).

법익에 중대한 침해가 있을 경우에는 위헌결정된 법률의 적용을 배제하지 않을 수 있음을 주장하고 있다. 그런데 이러한 태도는 권리 또는 기본권의 본질을 이해함에 있어 중대한 오류가 있음을 지적하지 않을 수 없다. 통상 권리라 함은 법이 保護하는 힘 또는 意思力으로 개념을 규정짓고 있는 바, 위헌법률에 의해 침해된 권리를 구체화 주지 않는다면, 그것은 구체적 권리설에 따른 기본권으로서의 속성을 부인하는 것이기 때문이다. 따라서 法益衡量理論은 권리의 본질을 간과하면서 논리를 전개한 것은 아닌가 한다. 그러나 헌법재판소가 만약 선언적 권리설이나 추상적 권리설에 입각해서 재판청구권을 이해한 것이라면 그 타당성을 부인할 수는 없을 것이다.²¹⁰⁾

2) 行爲時法과 裁判時法の 同一性

이미 지적한 바와 같이 憲法裁判所와 大法院 모두 違憲으로 決定된 법률의 효력 상실을 법률의 폐지로 이해하고 있다. 그로 인해 법률이 위헌으로 선고되면 위헌으로 선고된 법률은 廢止된 것이 된다. 바로 여기에 行爲時法主義와 裁判時法主義의 논리가 자리잡을 수 있는 여지가 생기는 것이다.²¹¹⁾

210) 權寧星, 憲法學原論, 272면 이하; 金哲洙, 憲法學原論, 제7전정신판, 1995, 博英社, 224면 이하 참조.

211) 朴一煥, 違憲法律의 效力, 大法院判例解說(法院行政處). 裁判研究官 세미나 資料, 1990.상반기, 129면 이하; 朴一煥, 違憲法律의 效力喪失 時點. 대법원 1989.11.6.결정, 89.1.19.부동산임의경매, 人權과 正義 1990.5., 106면(違憲審判의 결과 當該事件이 效力을 喪失하게 되면 法律이 變更된 경우와 같은 양상이 된다); 朴一煥, 憲法裁判實務資料. 憲法裁判 判決書 主文에 관한 研究(3), 法曹 1990.7., 192면 이하; 李丞祐, 違憲法律의 效力에 관하여, 法律新聞 1993.3.1.자 15면 참조.

위헌결정의 선고 이전에 구체적인 법률관계를 규율하던 법률은 헌법재판소가 나중에 위헌결정을 선고함으로써 비로소 폐지되는 것이고, 폐지의 효과는 결정일로부터 장래적으로만 발생하게 된다는 것이다. 이것과 법적용의 일반원칙인 行爲時法の原則을 결합시키면, 구체적인 법률관계를 형성하던 시점에는 비록 나중에 違憲으로 決定되었지만, 그 당시에는 유효했던 법률을 그대로 적용할 수밖에 없다는 논리가 성립하게 된다.

따라서 우리 헌법재판소법이 규정한 違憲決定된 법률의 將來的 廢止는 법적용상 일반원칙에 배치된다는 것이다. 또 논리적으로 볼 때, 當該事件에서조차 그 구체적인 법률관계를 형성한 것은 이미 과거이기 때문에 이러한 將來的 廢止에 따르게 되면, 當該事件조차 權利救濟가 불가능하게 된다는 것이다.

그러나 헌법재판소 결정은 法律이 아니고, 또 법률의 효력상실은 명백히 법률의 폐지와 다르다. 법률은 헌법재판소의 결정으로 인해 비로소 廢止되는 것이 아니고, 원래부터 무효이었던 것이다. 헌법재판소는 違憲決定을 통해 당해 법률이 위헌이었음을 권위적으로 확인해주는 것에 불과하다. 따라서 法律에 관한 違憲決定이 있었다고 해서 法律을 廢止하는 法律이 새로 制定된 것이 아니다.

이러한 측면에서 볼 때 行爲時法과 裁判時法이 서로 다르게 별도로 존재하는 것이 아니다. 단지 行爲時的 法律이 헌법재판소의 결정으로 인해 裁判時에는 이미 위헌이었음을 권위적으로 확인받게 되는 것이다. 그러므로 당해 법률은 무효인 것으로 당연히 그

적용이 一般的으로 排除되는 狀態로 존치되는 것에 지나지 않게 된다. 따라서 이러한 점을 간과하고 行爲時法主義와 裁判時法主義를 적용해서 當該事件에의 遡及效까지도 부인해야 한다거나 例外的으로 一般事件에까지 遡及效를 인정해야 한다는 것은 타당한 입장이 아니라고 보여진다.

3) 具體的 規範統制制度의 機能인식상의 오류

(1) 具體的 規範統制의 實效性 保護와 例外的 遡及效

전술한 바와 같이 헌법재판소법 제47조 제2항을 적용할 때, 行爲時法の 원칙에 따르게 되면, 當該事件조차도 權利救濟를 받지 못하게 된다는 논리가 성립하게 된다. 이것은 헌법재판소법이 같은 조항에서 개인의 主觀的 權利의 救濟를 중시하기보다는 決定日로부터의 效力喪失을 규정함으로 인하여 憲法保障에 역점을 두었기 때문이라고 한다.

즉 헌법재판소가 법률을 違憲決定하면 그로 인해 非刑罰法規의 경우 決定日로부터 廢止된 것이 되고, 廢止되기 이전까지는 유효한 법률이므로 行爲時法の 원칙에 따라 決定日 이전에 형성된 법률관계에 대해서는 廢止되기 이전 상태의 법률을 적용하여야 한다. 그렇게 할 경우 當該事件에서조차 違憲審判의 對象이 되었던 법률을 그대로 적용하여야 한다. 그렇다고 한다면 이것은 구체적 규범통제의 實效性を 저해하는 것이고 법률의 위헌심판을 제청할 소의 이익이 없어진다고 한다.

이러한 입장에서 볼 때, 헌법재판소법이 같은 조항에서 非刑罰

法規의 경우 決定日로부터의 廢止를 규정하고 있지만, 이것은 원칙규정에 불과하고 구체적 규범통제의 實效性을 확보하기 위해서는 當該事件에서 조차 例外的으로 遡及效가 인정되어야 한다고 한다.²¹²⁾

우리 헌법은 법률에 관한 위헌심판제도로써 예방적(사전적)규범통제나 추상적 규범통제를 허용치 않고, 단지 사후적 규범통제중에서도 구체적 규범통제만을 허용하고 있다. 이러한 구체적 규범통제제도는 국민 개개인의 주관적 권리의 구체기능을 기본적인 전제로 하고 있다. 물론 同伴審判制를 채택하는지 아니면 分離審判制를 채택하는지²¹³⁾에 따라 규범통제제도의 본질적 기능 중에 하나인 헌법보장기능을 수행하는 정도가 달라지겠지만, 그러나 양자 모두 주관적인 권리구제기능을 기본적인 바탕으로 하고 있는 것이다.

폐지무효설은 이러한 기본적인 인식을 간과한 것으로 보여진다. 헌법재판소법 제 47조 제2항은 오직 구체적 규범통제만을 위해 존재하는 것이다.²¹⁴⁾ 그렇다고 한다면 같은 조항을 해석함에 있어 주관적 권리구제를 기본적인 전제로 하지 않으면 안되고, 그 조항은 부수적으로 확보되는 헌법보장의 근거로 파악하여야 함이 타당한 것이다.²¹⁵⁾ 그리고 헌법이 가장 본질적이고 핵심적인

212) 李石淵, 憲法訴訟의 理論과 實際, 187면.

213) 同伴審判制와 分離審判制의 概念定立에 관한 상세한 내용은 拙稿, 許英敏博士華甲論文集, 681면 이하 참조.

214) 물론 憲法訴願審判節次를 통해 法律에 관해 違憲決定이 선고되었을 경우 헌법재판소법 제75조 제6항에 따라 제47조가 準用된다. 그러나 憲法訴願도 憲法報障이 주된 기능이 아니고 公權力에 의한 基本權侵害의 救濟가 주된 기능이라는 점을 간과해서는 안된다.

215) 反對; 許英, 韓國憲法論, 812면(「無效의 效力도 개별사건에만 국한 시키지 않고, 그 법률조항 자체의 效力을 喪失시킴으로써 이른바 一般的 效力을 인정하는 것은 規範統制가 갖는 客觀的 訴訟으로서의 성질을 존중한 것이라고 볼 수 있다」); 李石淵, 憲法訴訟의 理論과 實際, 184면.

것으로 인식한 주관적 권리구제기능이 헌법재판소법과 헌법재판소의 결정실제에서는 附隨的이고 例外的인 것으로 인식함이 과연 타당한 것인지 의문이 아닐 수 없다.

(2) 權利侵害 以後의 提訴許容

우리 헌법은 구체적 규범통제를 예정하고 있음에 따라 일단 법률이 제정되고 시행되어 구체적인 법률관계에 적용된 이후에 법률의 위헌여부판단이 이루어진다는 점에서 위헌법률의 施行時點과 違憲決定의 宣告時點 사이에 존재하는 위헌법률의 적용상태를 현실적으로 회피하기 어렵다는 문제가 노정된다. 이러한 현상은 예방적 규범통제를 채택하지 않고 사후적 규범통제를 취하는 헌법체계하에서는 필연적으로 나타나는 문제점이다. 이것은 또 추상적 규범통제를 도입한다 할지라도 해소하기 어려운 문제점이다. 위헌법률의 적용이 이루어진 후 비로소 法律의 違憲性에 관한 다툼이 가능하다고 하여 合憲性推定의 法理를 적용하여 일단 違憲決定이 이루어지기 전까지는 有效한 法律임을 인정한다면 그것은 헌법 스스로 憲法의 規範性(憲法의 不可侵性)을 훼손하는 것이 된다.

견해에 따라서는 사후적 규범통제라는 제도 자체는 위헌법률의 當然無效라는 원칙에 전혀 부합하지 않음을 지적한다.²¹⁶⁾ 즉 사후

216) Christoph Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, Berlin, S.61f.

적 규범통제를 허용하는 법체계하에서는 헌법재판소가 법률을 違憲으로 決定한다 할지라도 위헌법률에 의해 야기된 법적인 현상을 완전히 과거의 상태로 되돌릴 수 없다는 것이다. 이러한 점에서 當然無效說이 적용될 여지는 없고, 따라서 법률은 헌법재판소의 결정이 있기 전까지는 유효한 것으로 보아야 한다는 廢止無效說이 타당함을 주장하기도 한다.

구체적 규범통제를 포함한 사후적 규범통제의 이러한 制度的 限界性에 관한 지적은 타당하다고 할 것이다. 즉 일단 법률이 적용되고 난 이후에야 이러한 규범통제가 행해지게 된다는 점은 아주 정확한 지적이다. 그러나 이 논리를 그대로 따르게 된다면 헌법이론적으로 볼 때, 사후적 규범통제를 채택하고 있는 모든 헌법체계는 廢止無效說이 이론적 근거로 삼고 있는 法實證主義에 따라서만 파악되어야 한다는 것이 된다.

생각건대, 권리침해의 구제방법에는 침해되기 이전에 침해를 방지하는 방법도 있지만, 일단 침해된 이후 침해된 권리를 사후적으로 구제해주는 방법도 있다. 구체적 규범통제라는 제도 자체는 당연히 후자에 속하는 제도이다. 이 제도 자체는 事後的인 權利救濟를 모색하는 제도로서의 고유한 특성을 지닌 것이지, 그렇다고 해서 헌법재판소의 결정에 의해 廢止되기까지는 유효한 것임을 당연한 전제로 삼는 것은 아니다.

(3) 事實上 效果의 事後的 除去의 限界性

법규범은 구체적인 법률관계에 적용됨으로써 그 효과는 사실적 측면에서 그리고 규범적 측면에서 동시에 발생하게 된다.²¹⁷⁾ 헌법

217) 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, S.154ff.

재판소가 법률을 위헌으로 결정한다 할지라도 양자의 효과를 모두 제거하기는 어렵다는 현실적인 문제점이 야기된다. 즉 법률을 위헌으로 결정하면 법률은 처음부터 당연무효가 된다는 의미는 그 법률의 규범적 효력이 소급적으로 부인된다고 할 것이지만, 법률이 지니고 있는 사실적 효과까지 완전하게 배제하기에는 현실적인 어려움이 등장하게 된다.

위헌법률에 근거한 각종 法的 行爲가 法的 根據없이 수행된 것이 되므로 事實의 效果까지 부인하기 위해서는 각종 法的 行爲를 부인하여야 한다. 그런데 그렇게 할 경우 法的 混亂이 초래될 수도 있게 된다. 이것은 위헌법률이 제정된 이후 많은 시일이 도과한 다음 위헌결정이 이루어질 경우에는 이러한 법적 혼란은 더욱 더 가중될 것이다. 바로 이러한 점에서 독일에서는 연방헌법재판소법 제79조 제2항에 確定力을 발생한, 더 이상 다룰 수 없는 法的 行爲(die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen)에 대해서는 違憲決定의 法的 效果가 영향을 미치지 않는다고 규정하게 된 것이다. 즉 事實的 效果 그 자체에 정당성이 인정되어 존치되는 것이 아니다. 이러한 논리형식은 우리 법체계에도 그대로 반영할 수 있다.

4) 憲法裁判은 立法作用이 아니다

헌법재판소를 비롯한 많은 논자들은 헌법재판소의 법률에 관한

위헌결정이 국회의 입법기능, 즉 법률의 제정, 개정 및 폐지기능을 대체하는 것으로 이해하고 있다. 이는 법률의 효력상실을 법률의 폐지로 파악함으로써 인해 나타나는 필연적인 결과라고 할 것이다.

법률의 효력상실을 법률의 폐지로 파악함은 憲法裁判所가 法律廢止權을 가진다는 의미가 된다. 이는 헌법재판소를 消極的인 입법권자로 이해하는 것이다. 그렇다고 하면 憲法裁判, 그 중에서도 위헌법률審査의 本質을 立法作用으로 보아야 할 것이다.²¹⁸⁾ 그러나 실제로 국내에서 제4의 國家作用 내지는 政治的 司法作用,²¹⁹⁾ 또는 司法作用으로 이해하지, 과연 어느 누가 그렇게 본질을 파악하고 있는지 의문이다.

헌법재판소가 消極的인 입법권자로 기능하는 것은 아닌가의 문제는 이상의 측면에서 논의될 성질의 것이 아니다. 오히려 논의의 여지가 있는 곳은 憲法調和的 法律解釋이나 條件附 違憲決定이라고 할 것이다. 즉 法規範의 一部欠缺을 補完해야만 合憲으로 될 수 있을 때, 헌법재판소가 실제로 이러한 흠결을 보충하는 형태로 결정을 선고하는 경우²²⁰⁾가 그에 해당되는 사례라고 할 것이

218) 同旨 : 許營, 韓國憲法論, 791면(「憲法裁判은 그것이 아무리 法定 立的 技能과 유사한 효과를 나타낸다고 하더라도 그로부터 어떻게 헌법재판이 立法作用이라는 결론을 이끌어 낼 수 있는 것인지 의문 을 갖지 않을 수 없다. 왜냐하면 헌법재판에 내재하는 立法技能은 憲法裁判의 效果일 수는 있어도 그것이 결코 憲法裁判의 本質과 性格 그 자체일 수는 없다고 느껴지기 때문이다.」).

219) 朴一煥, 憲法裁判制度에 관한 小考, 大韓辯護士協會誌 1988.3., 35면 참조.

220) 이러한 사례의 대표적인 결정례로는 헌재 92.3.13.선고 92헌마37·39(병합)결정, 국회의원선거법 제55조의3과 제56조에 대한 헌법소원 심판사건을 들 수 있다.

다.

5) 形式上 外觀除去의 不必要

違憲으로 決定된 법률 또는 법률의 조항이 效力을 喪失한다라고 함은 그것이 法令集에서 제거된다는 뜻이라고 한다. 따라서 違憲決定은 당해 법률 또는 법률의 조항을 法令集에서 除去하는 效力이 있다는 것이다. 그로 인해 비록 違憲決定이라 할지라도 法律에 관해 量的인 違憲決定이 선고되지 않는 한, 그러한 違憲決定과 變形決定은 羈束力과 法規的 效力이 부인된다는 것이다.²²¹⁾

이러한 측면에서 국회에서 입법권의 행사로 제정된 법률이 違憲決定으로 인해 效力喪失되었다고 해서 形式上 外觀이 사라진 것은 아니기 때문에 형식상 외관을 제거하는 작업이 필수적이라는 견해가 있다.²²²⁾ 또 外觀까지 없애는 것은, 다시 말하면 違憲으로 決定된 법률조항을 法典에서 除去하는 것은 國會에서 할 일이라는 견해도 있다.²²³⁾

헌법재판소법 제47조 제2항에 규정된 「效力喪失」을 廢止가 아닌 그 자체 고유한 의미로 파악하는 견해²²⁴⁾에서는 위헌법률을 법전에서 제거하여야 한다고 하는 것은 대단히 중요한 의미를 지니게 된다. 왜냐하면 헌법재판소의 위헌결정으로 인해 법률은 폐지

221) 張潤基, 司法行政 1993.6., 57면.

222) 黃祐呂, 司法論集 제21집, 24면; 黃祐呂, 法の一生. 法規範의 時的 要素, 時際法, 牧村金道稔博士古稀紀念論文集. 韓國公法の 理論, 1993, 203면; 張潤基, 司法行政 1993.6., 57면.

223) 鄭在晁, 考試研究 1992.1., 47면.

224) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 桂禧悅教授華甲論文集, 399면 이하 참조.

된 것이 아니고 효력을 잃은 것에 지나지 않기 때문이다. 만약 입법권자인 국회가 위헌법률을 제거하는 작업을 하지 않으면 효력상실된 법률은 위헌이지만 유효하게 존재할 것이고, 단지 적용만이 배제될 따름이기 때문이다.

그러나 위헌법률은 當然無效임에 따라 헌법재판소는 법률이 위헌임을 확인하는데 지나지 않는다. 비록 외관이 존재한다 할지라도 위헌법률은 당연히 더 이상 적용될 수 없는 것이다. 또 그 외관을 제거하는 것은 법체치이든 국회이든 어느 누구에 의해 행해지건 간에 그것은 그리 중요한 것이 아니다. 이미 헌법재판소가 법률을 위헌으로 확인한 이상 선형적으로 違憲인 法律은 실체는 없고 단지 형식상의 외관에 불과한 것이다.

6) 小結

이상에 관하여 간략하게 요약하면 다음과 같다.

첫째, 폐지무효설이 이해하는 위헌결정의 장래효원칙에 관한 이해방식에 따를 때, 반드시 예외적인 소급효를 기본적인 전제로 하지 않으면 성립되지 않는 이론 체계가 바로 폐지무효설이라고 하겠다. 다시 말하면 원칙과 예외의 관계에 있어 원칙을 일반적으로 적용하였지만 도저히 문제를 해결할 수 없을 때, 예외가 적용되는 것이다. 예외는 원칙에 벗어나 별도로 존재하는 것이다. 예외가 원칙의 내부에 자리잡고 있다면 그것은 예외가 아니다. 바로 폐지무효설이 주장하는 위헌결정의 장래효원칙은 오히려 예외를 기본적인 전제로 삼지 않으면 도저히 성립할 수 없다는 점이다. 즉 「예외적 소급효를 기본적인 전제로 한 장래효원칙」이라

고 하겠다.

둘째, 전술한 바와 같이 대법원은 예외적인 소급효를 일반사건에까지 확장하고 있다. 이것의 의미는 비형벌법규에 있어 소송요건을 갖춰 적법하게 제기된 모든 사건에 대해 권리구제의 대상에 포함시킨다는 것이 된다. 그렇다면 「예외적 소급효의 일반적 확장」을 주장한 것이 된다. 그렇다면 오히려 소급효원칙을, 다시 말하면 그에 관해 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 위헌론을 주장함이 논리적으로 타당할 것이다. 결국 대법원은 위헌결정의 장래효원칙에 있어 원칙이라는 기준을 잘못 설정하였음을 스스로 인정한 것이 아닌가 한다.

셋째, 권리라 함은 통상 법이 보호하는 힘이라고 한다. 즉 권리가 침해되었음에도 불구하고 침해된 권리를 어떠한 이유로든 구제해주지 않는다면, 그것은 권리가 아닌 것이다. 그런데 헌법재판소는 일반사건에 있어 예외적인 소급효가 적용되지 않을 수도 있음을 주장하고 있고, 그에 따라 권리구제의 대상에서 제외될 수도 있음을 인정하고 있다. 이러한 태도는 헌법재판소가 기본권보장기관이 아닌 제한기관으로 기능한다는 비판을 면할 수 없게 될 것이다.

5. 바람직한 解釋方案

위헌법률은 처음부터 當然無效임이 헌법상의 기본원칙임을 전제로 할 때, 헌법재판소가 법률에 관해 위헌결정을 선고하게 되면 당해법률은 憲法과의 衝突時點부터(처음부터) 무효이었음을 확인하는 것이 된다. 이러한 점은 전제로 해서 해석되어

야 한다.²²⁵⁾

우선, 헌법재판소법 제47조 제2항에서는 위헌결정된 법률의 效力喪失을 규정하고 있는데, 이것의 의미는 위헌으로 확인된 법률의 一般的인 適用排除(allgemeine Anwendungssperre)로 파악할 수 있다. 즉 效力喪失은 법적용자에 대해 위헌법률의 一般的인 適用排除로 나타난다.²²⁶⁾ 위헌확인된 법률은 원래부터 당연히 무효이었기 때문에 구체적인 법률관계를 형성하지 아니한 경우²²⁷⁾(違憲決定時點 以後의 效果)는 물론이고, 구체적 규범통제의 制度的 限界性으로 인해 위헌임에도 불구하고 구체적인 법률관계에 적용된 경우에도 그 적용은 원칙적으로 부인되어야 한다(規範衝突時點과 違憲決定時點 사이의 效果)는 것이다. 다시 말하면 위헌으로 결정된 법률은 위헌결정시점 이전에 사실상 적용된 것이므로 이에 대한 효과가 부인되어야 한다. 이러한 측면에서 效力喪失은 법적용자에게 一般的인 適用排除義務를 부과하는

225) 同旨, 李康國, 違憲法律의 效力, 心泉桂禧悅教授華甲紀念論文集, 公 法學的 現代的 地平, 1995., 博英社, 378면 이하 참조.

226) 여기서 一般的인 適用排除는 독일에서는 allgemeine Anwendungssperre라는 표현을 사용하고 있다. 適用排除라는 용어는 적용 배제의 목적물, 즉 법률이 유효인지 또는 무효인지의 여부를 전제로 한 관념이 아니라고 보여진다. 독일에서는 當然無效說을 전개하는 견해도 연방헌법재판소가 위헌으로 확인한 법률은 구체적인 법률관계에 적용되는 상태를 부인한다는 의미에서 Anwendungssperre를 사용하고 있다. 물론 보다 정확한 표현은 違憲法律에 의하여 형성된 法的 狀態의 청산이라고 할 것이다. Vgl. Ipsen, Rechtsfolgen, S.217ff.; Peter E. Hein, Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, Baden-Baden, S.181ff. 다시 말하면 위헌이지만 유효한 법률에 대해서만 適用排除라는 용어가 사용되는 것은 아니다.

227) 다시 말하면 違憲法律은 처음부터 當然無效인 것으로 확인되었으므로 決定日 이후에는 전혀 구체적인 법률관계를 형성할 수 없다.

것이 된다.

다음, 같은 조항은 위헌결정과 관련하여 「결정한 날로부터」와 「소급하여」라고 하는 시점을 제시하고 있다. 즉 非形罰法規에는 「결정한 날로부터」를, 그리고 刑罰法規에는 「소급하여」를 제시하고 있다. 이 시점은 違憲決定의 宣告時點以前에 形成된 법률관계에 대한 處理方向을 지시하는 것으로 보아야 한다. 刑罰法規의 경우에는 소급하여 그 효력을 상실하는 것으로 규정하고 있음에 따라 당연히 遡及的인 適用排除가 가능하다. 다시 말하면 위헌법률이 적용된 법률관계가 이미 확정되어 있다 할지라도, 그 확정된 법률관계가 위헌법률에 근거하여 형성된 것이므로 이것조차 부인하여야 한다는 의미가 된다. 그리고 非形罰法規에 있어 「결정한 날로부터」라는 시점은 위헌법률에 근거하여 형성된 법률관계가 確定力을 發生하였는지의 與否를 判斷하는 時點으로 보아야 할 것이다. 다시 말하면 입법권자는 위헌결정 이후의 일정시점이나 위헌결정 이전의 일정시점을 위헌법률에 근거한 법률관계의 確定與否判斷時點으로 제시한 것이 아니라, 違憲決定時點을 그 시점으로 적시한 것으로 보아야 한다. 이렇게 본다면 위헌결정시점 당시 확정된 법률관계는 비록 위헌법률에 근거하여 형성된 것이긴 하지만, 비록 위헌법률에 근거하여 형성된 것이므로 當然無效라고 할지라도, 이미 적용이 완료되어 확정되었기 때문에 法的安定性의 측면을 고려하여 適用排除의 對象에서 除外한 것으로 보아야 한다. 그리고 그 이외의 사례, 즉 위헌결정 당시 아직 확정력이 발생하지 않아 계쟁된 법률관계에 대해서는 당연히 위헌법률의 적용이 배제되어야 한다. 정리하면 「결정한 날로부터」는 違憲決定時點을 의미하고, 「소급하여」는 規範衝突時點

을 의미하며, 이것은 기준에 형성된 법률관계의 確定力發生與否와 직결되는 것이라고 할 것이다.

셋째로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서조항은 위헌인 刑罰法規의 遡及的인 一般的 適用排除를 규정하고 있는 데, 이것과 동조 제3항에 규정된 有罪의 確定判決에 대한 審判請求가 어떠한 관련성을 지니는지 문제될 수 있다. 현행의 형사소송법 제420조에 규정된 재심청구의 사유는 법률이 위헌으로 확정되었을 경우에 관해 아무런 언급이 없다. 따라서 동조 제3항은 違憲確認에 따른 處理方案으로서의 再審節次를 허용한 것으로 이해하여야 하고, 동조 제4항은 再審節次의 구체적인 事項을 규율하는 것으로 파악하여야 한다.

이상을 정리하면, 헌법재판소법 제47조 제2항을 규정한 취지는 當然無效說의 입장에서 볼 때, 非形罰法規의 경우에는 결정시점을 기준으로 하여 그 때까지 아직 確定력을 발생하지 아니한 모든 법률관계에 대해서는 違憲確認된 법률의 適用이 모두 排除되어야 함을 의미하는 것이고, 刑罰法規의 경우에는 소급하여 처음부터 당연히 적용이 배제되어야 함을 확인하는 것으로 이해하여야 할 것이다. 그리고 위헌법률은 처음부터 當然無效이었기 때문에 위헌결정시점 이후에는 당연히 그 적용이 배제되어야 하고 또 구체적인 법률관계를 형성조차 할 수 없다고 하겠다. 이상과 같은 측면으로 위 조항을 變形解釋할 수 있고, 또 입법권자의 입법취지²²⁸⁾가 위와 같은 의미라고 한다면, 위 조항을 위헌이라고 가

228) 현행 헌법과 헌법재판소법의 입법취지에 관해서는 李康國, 桂禧悅 教授華甲論文集, 376면 이하 참조.

지는 할 수 없을 것이다.²²⁹⁾ 아무튼 이러한 해석방법은 엄격한 문리해석에 따른다면 불가능할 것이다. 목적론적인 해석을 통해서만이 가능하다는 한계성이 나타난다.

Ⅲ. 違憲法律에 기한 處分の 問題

1. 問題의 所在

우리 나라에서 위헌법률에 기한 처분의 효력²³⁰⁾문제는 법률에 관한 위헌결정의 법적 효과라는 문제로 직접 제기되기보다는 재판의 전제성이라는 소송요건의 문제로 논의되고 있는 실정이다. 우리 헌법은 제107조 제1항에서는 「법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다」고 하고, 같은 조 제2항에서는 「명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」고 규정하고 있다. 이로 인해 비록 법률의 위헌여부가 심판되거나 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 심사된다 할지라도, 당해사건에서 재판의 전제성이 인정되지 않는다면, 소송요건을 갖추지 못한 것이 되어 규범통제의 심판청구는 각하되어야 한다고 한다. 행정처분의 근거가 된 법률이나 법규명령이 헌법이나 법률에 위반된다고 하는 사정이 당해 처분의

229) 反對 : 尹眞秀, 違憲法律의 效力. 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討, 憲法論叢(憲法裁判所) 第1集, 1990.12., 316면.

230) 이에 관해서는 拙稿, 法律新聞 95.2.27.자, 15면 참조.

취소사유인지 아니면 무효사유인지에 따라 재판의 전제성을 인정할 수 있는 여부가 달라지게 된다. 이 문제는 이른바 확정력발생사건과 일반사건 또는 법원에 계속중인 사건과의 구별기준이 된다.

행정처분이 상위법에 위반된 법령에 근거하였다는 사정을 당해처분의 무효사유로 볼 경우에는 제소기간의 제한이 없게 된다. 무효인 처분에 대해서는 불가쟁력이 인정되지 않기 때문이다. 또 부당이득반환청구소송등의 선결문제로 다투어질 때에도, 침해된 권리구제의 폭은 대단히 넓게 된다. 그리고 선행처분이 무효인 경우에는 하자의 승계로 인해 후행처분의 법적 근거도 부인할 수 있게 된다.

그러나 처분의 취소사유로 볼 경우에는 입장이 전혀 달리 나타날 수밖에 없게 된다. 우선 취소할 수 있는 행정행위에 대해서는 제소기간이 제한되어 있음에 따라 그 기간이 도과하였을 경우에는 당해 처분이 상위법에 위반된 법령에 근거하였다 할지라도 더 이상 다툴 수 없게 된다. 또 하자의 승계를 엄격히 적용하는 시각에 따르면 후행처분이 집행중이나 후속절차가 진행중이라 할지라도, 이에 대한 다툼이 불가능하게 된다. 이것은 법률에 관해 위헌결정이 이루어졌음에도 불구하고 위헌결정 이후의 일정시점까지에도 위헌법률이 사실상 계속 적용된다는 문제점을 야기하게 된다. 그리고 이미 납부된 세금에 대해서도 부당이득반환청구가 거의 불가능하게 된다는 현실적인 한계성을 초래하게 된다.

그러면 여기서는 우리 헌법재판소 결정과 대법원 판결의 태도를 분석, 검토하고, 독일에서의 처리방안을 소개하고 필자의 견해를 제시하기로 한다.

2. 憲法裁判所와 大法院의 見解

근거법률이 위헌으로 결정되기 이전에 행정처분이 발하여졌을 경우 근거법률이 위헌결정된 이후에는 그 처분을 어떻게 처리할 것인가에 관해 헌법재판소나 대법원 모두 행정행위의 하자이론에 따라 해결을 시도하고 있다. 그러나 이론의 구조는 서로 다르게 나타나고 있다.

1) 憲法裁判所의 見解

헌법재판소는 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정에 대해 원칙적으로 취소사유로 보지만, 예외적으로는 무효사유로 파악하고 있다.²³¹⁾ 헌법재판소는 다수의견과 소수의견으로 나뉘어졌었다.

다수의견은 원칙적으로 취소할 수 있지만, 예외적으로는 무효인 처분으로 보아야 할 것임을 제시하였다.²³²⁾ 즉 행정처분의 집행이 이미 종료되었고 그것이 반복될 경우 법적안정성을 크게 해치게 되는 경우에는 후에 행정처분의 근거가 된 법규가 헌법재판소에서 위헌으로 선고된다고 하더라도(처분의 근거법규가 위헌이었다는 하자는 중대하기는 하나 명백한 것이라고는 할 수 없다는 의미에서) 그 행정처분이 당연무효가 되지 않음이 원칙이라고 할

231) 헌재 94.6.30.선고 92헌가18결정 - 헌판집 6의1, 557(564, 572 이 하); 94.6.30.

선고 92헌바23결정 - 헌판집 6의1, 592(604 이하, 614 이 하) 참조.

232) 헌재 94.6.30.선고 92헌바23결정 - 헌판집 6의1, 592(604 이하) 참 조.

것이다. 그러나 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과후에도 존속중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우, 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 구제가 필요한 경우에 대하여서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과후에도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 봐야 할 것이라고 한다. 이러한 예외를 인정하지 않으면 안될 사유로서는 예외를 인정함으로써 행정처분이 근거법규의 위헌의 정도가 심각하여 그 하자가 중대하다고 보여지는 경우, 그리고 그 때문에 국민의 기본권구제의 필요성이 큰 반면에 법적안정성의 요구는 비교적 적은 경우에만까지 그 구제를 외면하게 되는 불합리를 제거할 수 있게 될 것임을 제시한다.

소수의견은 위헌법률에 기한 처분은 취소할 수 있는 처분으로 파악한다.²³³⁾ 즉 불복기간이 경과함으로써 그 행정처분을 더 이상 다툴 수 없게 된 뒤에도 당사자 또는 이해관계인이 그 처분의 무효확인소송이나 처분의 효력유무를 선결문제로서 다투는 민사소송 등에서 언제든지 그 처분의 근거법률이 위헌이라는 이유를 들어 그 처분의 효력을 부인할 수 있도록 한다면, 그 처분으로 불이익을 받은 개인의 권리구제에는 더없는 장점이 되기는 하겠지만, 이로 말미암아 제소기간의 규정을 두고 있는 현행의 행정소송제도가 뿌리째 흔들리게 됨은 물론, 기존의 법질서에 의하여 형성

233) 헌재 94.6.30.선고 92헌가18결정 - 헌판집 6의1, 557(572 이하) 참 조.

된 법률관계와 이에 기초한 다른 개인의 법적 지위에 심각한 불안정을 초래할 수 있다. 이러한 결과는 우리 헌법재판소법이 위헌결정의 효력을 원칙적으로 장래에 미치도록 규정한 것에 반하는 것일 뿐만 아니라 비록 위헌법률이라 하더라도 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 취소됨으로써 비로소 형성적으로 그 효력을 잃게 되는 것이므로 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 어느 누구도 그 법률의 효력을 부인할 수는 없다는 이치에도 어긋나는 것이라고 한다. 이와 같이 볼 수 있는 요인으로는 위헌법률심판에 의한 구체적 규범통제의 실효성확보나 개인의 권리구제에 심각한 지장이 생긴다고 단정할 수 없다고 한다. 그러한 판단의 근거로는 행정처분이 당사자 또는 법적 이해관계인은 그 처분에 대한 법령상의 불복기간이 경과하기 전에 적법한 소송을 제기하고 그 사건에서 그 처분의 근거가 된 법률이 위헌이라고 주장하여 법원에 이에 대하여 위헌여부심판의 제청신청을 하는 길과 제청신청이 기각되는 경우 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하여 위헌법률 및 이에 근거한 행정처분의 효력을 당해 사건에서 소급적으로 제거할 수 있는 길이 열려 있기 때문이라고 한다. 그리고 결국 위헌인 법률에 근거한 행정처분의 당사자 또는 법적 이해관계인에게는 법령상 인정된 불복기간 내에 적법한 소송을 제기하여 그 절차내에서 그 행정처분의 근거가 된 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 다툴 수 있도록 보장하고, 불복기간의 경과 등 그 처분에 대하여 더 이상 다툴 수 없게 된 때에는 비록 위헌인 법률에 근거한 행정처분이라 하더라도 되도록 그 효력을 유지하도록 함으로써 다 같이 헌법상 지켜져야 할 가치인 법적안정성과 개인의 권리구제를 조화시킴이 바람직한 길이라

고 한다.

2) 大法院의 見解

원래 대법원은 행정처분이 상위법에 위반된 하위법령에 근거하였다는 사정을 당연무효사유로 파악하는 듯하였었다. 물론 구체적인 사유를 적시한 사례는 거의 없었다. 다만 당연무효임을 전제로 부당이득반환청구소송에서 재판의 전제성을 인정하여 위헌심판을 제청한 사례 등이 있었다.²³⁴⁾

그러나 94.10.28.이래 대법원은 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 취소사유로 파악하고 있다.²³⁵⁾ 즉 대법원은 행정처분이 위헌법률에 근거하였음은 그 하자가 중대한 것이긴 하지만, 처분 당시 근거법률에 관해 위헌결정이 이루어진 것이 아니었다는 점에서 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로, 「특별한 사정이 없는 한」 그러한 사정은 행정처분의 취소사유이지 무효사유라고는 할 수 없다는 입장을 제시하고 있다.

대법원은 이러한 태도를 보다 명확히 하기 위해 하자의 중대명

234) 그 대표적인 사례로는 국회의원선거법상 기탁금조항에 관한 헌법 불합치결정(헌재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199)과 관련한 대법 91.6.11.선고 90다5450판결과 구 국가보위입법회의법의 위헌결정(헌재 89.12.28.선고 89헌마32·33<병합>결정 - 헌판집 1, 343)과 관련한 대법 93.2.26.선고 92누12247판결을 들 수 있다. 이에 관한 내용은 李仁馥, 法律에 대한 憲法裁判所의 違憲決定과 當該事件에 근거한 行政處分の 效力. 憲法裁判所의 ‘裁判의 前提性’ 審査와 관련 하여(未公刊), 憲法判例研究會 發表資料(1994.10.25), 7면 이하 참조.

235) 대법 94.10.28.선고 92누9463판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3139 면; 94.10.28.선고 93다41860판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3109면; 95.3.3.선고 92다55770판결 - 법공 95.4.15.자, 1550면 참조.

백설에 근거하던 합의부의 판결²³⁶⁾을 최근에는 전원합의체의 판결²³⁷⁾로 견해를 정리하였다. 전원합의체 판결에서는 헌법재판소가 취한 태도와는 정반대의 다른 모습이 나타나고 있다. 헌법재판소에서의 다수의견이었던 법익형량설이 소수의견으로 나타났고, 소수의견이었던 하자의 중대명백설이 다수의견이었다. 이 사건은 위헌법률에 기한 행정처분에 관한 것은 아니었고, 지방자치단체의 조례에 위반된 규칙에 근거한 처분에 관한 것이었다. 그렇지만 이를 일반화시켜 보면, 상위법에 위반된 하위법령에 근거한 처분에 관한 것으로 이해할 수 있다.

즉 다수의견은 무효인 조례에 근거하여 행정처분을 한 것이므로 이 사건 처분은 결과적으로 적법한 위임없이 권한없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지로 되어 그 하자가 중대하다고 할 것이나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함하는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분의 위임과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로, 이로 인한 하자는 결국 당연 무효사유는 아니라고 봄이 상당하다고 한다.

그러나 반대의견은 행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로

236) 대법 94.10.25.선고 93다42470판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3076 면; 94.10.28.선고 92누9463판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3139면; 94.10.28.선고 93다41860판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3109면; 95.3.3.선고 92다55770판결 - 법공 제990호 95.4.15.자, 1550면 참조.

237) 대법 95.7.11.선고 94누4615판결, - 법공 제997호, 95.8.1.자, 2633면 이하 참조.

서의 명백성은 행정처분의 법적안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편, 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다고 한다. 그리고 이 사건에 있어서의 처분은 여러 가지 요소²³⁸⁾를 종합적으로 검토할 때, 그 처분의 성질이나 하자의 중대성에 비추어 그 하자의 외관상 명백하지 않더라도 당연무효라고 보아야 한다고 한다.

그리고 반대의견은 다수의견이 취하는 하자의 중대명백설에 관해 비판을 가함에 있어 헌법재판소가 제시한 다수의견의 논지를

238) 구체적으로는 세가지 요소를 제시하고 있다. 첫째로는 「이 사건 영업정지 처분은 그 상대방으로 하여금 적극적으로 어떠한 행위를 할 수 있도록 금지를 해제하거나 권능을 부여하는 것이 아니라 소극적으로 허가된 행위를 할 수 없도록 금지 내지 정지함에 그치고 있어 그 처분의 존재를 신뢰하는 제3자의 보호나 행정법질서에 대한 공공의 신뢰를 고려할 필요가 크지 않다는 점」, 둘째로는 「처분권한의 위임에 관한 조례가 무효이어서 결국 처분청인 피고에게 권한이 없다는 것은 극히 중대한 하자에 해당하는 것으로 보아야 할 것이라는 점」, 셋째로는 「다수의견에 의하면 이 사건 영업정지처분과 유사하게 규칙으로 정하여야 할 것을 조례로 정하였거나 상위규범에 위반하여 무효인 법령에 기하여 행정처분이 행하여진 경우에 그 처분이 무효로 판단될 가능성은 거의 없게 되는데, 지방자치의 전면적인 실시와 행정권한의 하향분산화 추세에 따라 앞으로 위와 같은 성격의 하자를 가지는 행정처분이 늘어날 것으로 예상되는 상황에서 이에 대한 법원의 태도를 엄정하게 유지함으로써 행정의 법적합성과 국민의 권리구제실현을 도모하여야 할 현실적인 필요성도 적지 않다는 점」 등을 제시하고 있다. 법공 제 997호, 95.8.1.자, 2636면 참조.

원용하고 있다. 즉 「중대명백설에 있어서의 명백성이라는 것이 무엇을 의미하는 지 불분명한 까닭에 명백성의 요건은 취소사유와 무효사유를 구분하는 기준으로서 충분한 기능을 다하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 명백성의 요건을 그 문언적 의미에 따라 엄격하게 해석하거나 또는 하자 자체의 성격상 그 존재가 아무리 중대하고 그로 인하여 국민의 권익이 크게 침해되었다 하여도 그 하자를 무효사유로 볼 수 없게 되는 결과 위법한 행정처분으로 불이익을 입은 국민의 권리구제 기회를 합리적으로 필요한 범위를 넘어 부당하게 제한하는 결과를 초래한다」고 한다.

3. 見解의 問題點과 批判

헌법재판소와 대법원은 각각 견해가 통일된 것이 아니다. 그렇지만 헌법재판소의 다수의견은 법익형량설을 채택하고 있고, 대법원은 「특별한 사정이 없는 한」이라는 한정적인 문구를 사용하고 있지만, 기본적으로는 중대명백설에 바탕을 두고 있다고 하겠다.²³⁹⁾ 그러면 여기서는 두 기관의 반대의견은 기본적으로 다른 국가기관의 다수의견과 각각 견해를 같이 하는 것으로 보여지므로 이에 대해서는 별도의 검토대상에서 제외한다. 다만 헌법재판소의 다수의견과 대법원의 다수의견에 대해 장단점을 각각 검토하기로 한다.

1) 憲法裁判所의 多數意見

239) 拙稿, 韓獨 國際學術大會 發表資料(1995.11.11.), 149면 이하 참조.

헌법재판소가 주장한 법익형량설은 다음과 같은 장점이 지적될 수 있다.

첫째, 구체적인 사례에 적응성있게 대처할 수 있다는 점이다. 즉 헌법재판소는 재판이 전제성을 판단하면서 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 예외적인 무효사유로 파악하여 본안에 관해 위헌결정을 선고할 수 있게 된다. 이러한 경우에 있어 구체적인 법률관계에서 위헌법령에 기한 행정처분의 무효여부는 당해사건을 재판하는 법원이 위헌성의 정도 등에 따라 판단할 수 있도록 하고 있다. 그렇다면 구체적인 법익형량은 헌법재판소가 예외적인 무효사유로 제시한 기준에 따라 일반법원이 담당하게 된다.

둘째, 경우에 따라서는 위헌법률에 근거한 처분의 존속상태와 집행상태를 조기에 차단함으로써 헌법에 의한 지배를 구현할 수 있다는 점이다. 이러한 점은 행정처분 자체의 효력이 생송기간 경과후에도 존속중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우에 대해 예외적인 무효사유로 보기 때문에 가능하게 된다. 그리고 이것은 대단히 중요한 문제라고 보여진다.

그러나 이상의 장점 못지 않게 단점도 지적되어야 할 것이다.

첫째, 권리구제의 허용여부에 대한 불명확성을 초래할 수도 있다는 점이다. 즉 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 예외적인 무효사유로 봄으로써, 예외에 해당하는 요건대로 적용된다 할지라도, 구체적인 사례에 있어 권리구제 허용여부에 대한 논란이 반복될 우려가 있다는 점이다. 즉 어느 경우에는 구제를 해주고 어느 경우에는 해주지 않는다는 형평성의 문제를 일의적

으로 해결하기 어렵다는 점이 지적될 수 있다.

둘째, 법익형량은 결국 구체적인 사건을 해결하는 일반법원의 몫으로 보아야 할 것이다. 그러나 현행법체계에 있어서는 헌법재판소 결정의 효력에 대해 집행력 내지 실효성을 확보할 수 있는 적절한 수단이 마련되어 있지 않은 상태이다.²⁴⁰⁾ 그렇게 될 경우 때에 따라서는 헌법재판소 결정은 그 실제적인 의미를 찾기 어렵게 될 수도 있다는 점이다.

셋째, 예외적이라 할지라도 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 무효사유로 볼 경우에는 부당이득반환청구권이나 원상회복청구권 등의 소멸시효가 완성되지 않는한, 그에 대해 소급적으로 권리구제를 해줄 수밖에 없을 것이다. 그로 인해 엄청난 법적 불안정성을 초래할 수도 있게 된다는 점이다.

2) 大法院의 多數意見

대법원의 중대명백설에 따를 경우 그 장점은 다음과 같다.

첫째, 구체적인 법률관계에서 위헌결정의 효과가 미치는 영역을 명확하게 확정할 수 있다는 점이다. 위헌법률에 근거한 처분이 위헌결정 이전에 발해졌을 경우에는 처분의 취소소송이 제소기간내에 제기된 것인지의 여부에 따라 권리구제대상에 포함되는 여부가 판명될 수 있기 때문이다.

둘째, 법적 불안정성을 방지할 수 있다는 점이다. 확정된 법률관계에 대해서는 부당이득반환청구나 원상회복청구가 차단될 수

240) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 論文集 제18집(발간예정), 참조.

있기 때문이다.

그러나 단점으로 지적되어야 할 것으로는 다음과 같다.

첫째, 처분의 근거가 된 법률에 관해 위헌결정이 이루어진다 할지라도, 위헌결정의 효과가 아주 제한적으로 적용될 수밖에 없다는 점이다. 실제로 위헌결정은 위헌법률이 적용된 훨씬 이후에서야 비로소 가능하게 된다. 즉 위헌법률이 헌법재판소에서 실제로 위헌결정이 선고되는 과정을 검토하면 더욱 극명해진다. 일단 행정처분에 대해 취소소송이 제기되기 위해서는 행정심판이 청구되어야 하고, 심판의 결과 기각이나 각하재결이 선고되어야 한다. 그에 따라 취소소송을 제기하고 소송을 진행하는 과정에서 당해처분이 위헌법률에 근거하였음을 이유로 위헌심판을 제청신청하여야 한다. 이를 사건의 담당법원이 받아들여 헌법재판소에 제청을 하여야 한다. 그 다음에서야 헌법재판소는 당해 처분의 근거가 된 법률이 위헌임을 결정할 수 있게 된다.

이러한 법률의 위헌심판절차를 진행함에 있어 두가지 점이 지적되어야 한다. 그 하나는 행정처분이 행해지고 많은 시일이 도과된 다음에야 비로소 그 근거법률에 대해 위헌결정이 선고될 수 있다는 점이다. 이것을 달리 말하면 위헌법률의 적용상태가 사실상 장기간 방치될 수밖에 없다는 것이 된다. 물론 이것은 구체적 규범통제의 제도적 한계성으로 인해 나타나는 소산이긴 하지만, 이러한 점을 최소화시킬 필요성이 강조된다고 하겠다. 다른 하나로는 처분이 위헌법률에 근거하였음을 사유로 해서 재판의 전제성이 인정되고 또 권리구제의 대상에 포함되기 위해서는 개별적인 구체적 사건마다 별도로 근거법률의 위헌심판제청신청을 하여야 한다는 것이 된다. 이것이 과연 헌법재판소 결정에 기속력과

법규적 효력을 인정한 취지에 부합하는지 의문이 아닐 수 없다. 그리고 이 문제는 이른바 당해사건의 관념을 확장하는 태도를 취하지 않는한 권리구제의 폭이 지나치게 좁아진다는 문제점을 야기시킬 수도 있다고 하겠다.

둘째, 위헌결정의 효과가 대단히 제한될 것이라는 점은 현재 대법원이 취하고 있는 이른바 하자의 승계이론과 결합할 경우 더욱 더 명확하게 드러난다는 점이다. 왜냐하면 하자의 승계에 관해 대법원은 선행처분과 후행처분에 있어 법적 효과의 동일성이 인정되는 경우에 한해서만 인정하고 있기 때문이다. 예컨대 어떠한 과세처분의 근거가 된 법률이 비록 위헌결정되었다 할지라도 당해 처분이 지닌 하자는 취소원인에 불과하고, 과세처분과 체납처분은 서로 다른 법적 효과를 추구하기 때문에 하자의 승계가 인정되지 않게 된다.²⁴¹⁾ 따라서 위헌법률에 기한 처분은 일단 당해처분에 대해 불가쟁력이 발생하는 한 비록 근거법률이 위헌으로 결정되었다 할지라도 당연하게 집행력이 인정되므로, 위헌결정이후에도 위헌 결정된 법률에 의해 형성된 법적 상태는 장기간 유지될 수밖에 없게 된다.

그런데 위헌법률에 의해 만들어진 사실상의 법적 상태에 대해 집행력을 보장하는 것은 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 위헌결정의 기속력에 배치되는 것은 아닌가 하는 점이다. 법률에 관해 위헌결정이 선고되면 법원을 비롯한 모든 국가기관과 지방자치단체는 그 결정취지에 기속되어야 한다. 그런데도 불구하고 위헌법률에 의해 만들어진 위헌적인 법적용상태를 형식적인 법논

241) 대법 87.9.22.선고 87누383판결 등 참조.

리적 사유로 인해 집행력과 존속력을 보장함은 실질적 법치주의에 상충되고 또 정의관념에 배치되는 것이다. 이것은 한걸음 더 나아가 헌법 제10조 후단에 규정된 모든 국가기관에 의한 국민의 기본권보장의무에 상충되는 것이라고 하겠다. 아무튼 그러한 법리를 고집함으로써 실체법상 위헌적인 법률관계를 절차법적으로 유지시켜 주는 것은 결코 바람직스럽지 못하다고 하겠다.

셋째, 종래 대법원은 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 무효사유로 파악하여 권리구제를 해주었고, 아주 최근에 들어서서야 취소사유로 파악하기 시작하였다는 점이다. 그로 인해 소송당사자들과 실무자들은 무효사유로 파악하여 안이하게 접근하였다가 권리구제의 대상에서 제외되는 혼란을 겪게 되었다는 점도 지적되어야 한다.

4. 解決方案

1) 解決의 基準

이상에서 살펴 본 바와 같이 헌법재판소나 대법원이 주장한 견해 모두 장단점을 지니고 있지 않는가 한다. 이러한 요인은 고려되는 요소별로 나누어 파악하여야 할 것을 한꺼번에 해결하려 하기 때문이 아닌가 한다. 그러면 여기서는 필자의 견해를 나름대로 제시하기로 한다.

현재 우리가 부딪히고 있는 문제를 독일에서는 연방헌법재판소법 제79조 제2항을 규정하여 해결하고 있다.²⁴²⁾ 즉 불가쟁의, 더 이상 다룰 수 없는 법적 행위는 근거법률의 위헌결정에 영향을

242) Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.20ff.

받지 않지만, 그렇다고 해서 위헌결정 이후 그러한 법적 행위의 집행을 허용하는 것은 아니다. 다시 말하면 어떠한 과세처분의 근거가 된 법률이 비록 위헌결정을 받았다 할지라도, 그 법률에 근거한 처분이 다양한 형태로 존재한다고 할 때, 한편으로는 이미 확정력을 발생한 경우에 대해서는 더 이상 다룰 수 없도록 함과 아울러 부당이득반환청구권을 부인하고 있고, 다른 한편으로는 그러한 처분에 의거하여 후속적인 절차의 속행이나 집행을 허용하지 않는다는 점이다. 아무튼 법률에 관한 위헌결정의 효과는 구체적 규범통제제도(사후적 규범통제제도)를 채택하고 있는 이상, 위헌결정시점 이전에 형성된 법률관계와 관련해서는 과거의 상태를 그대로 유지시켜 줄 수밖에 없지만, 결정시점 이후에는 더 이상 위헌법률의 적용상태를 그대로 방치해서는 안된다는 시각에서 접근하여야 할 것이다.²⁴³⁾

2) 論義의 前提로서의 時點問題

여기서 논의의 대상이 되는 위헌법률에 기한 處分이 發動된 時點은 헌법재판소에서 근거법률에 관해 위헌결정이 이루어지기 이전의 시점이다. 다시 말하면 어떠한 법률조항이 대해 위헌결정이나 한정합헌결정 등이 선고되기 이전에, 그 법률조항에 근거하여 행정처분이 행해졌고, 당해 처분이 위헌결정이나 한정합헌결정된 법률에 근거하여 행해졌음을 사후적으로 법원에서 다루는 경우를

243) Vgl. Ipsen, Rechtsfolgen, S.307.

말한다.

우선, 어떠한 법률에 근거하여 行政廳이 行政處分을 발하였어야 한다. 둘째, 그 법률이 헌법재판소에 의해 事後的으로 違憲決定되었어야 한다. 셋째, 당해 처분이 위헌법률에 근거하여 행해졌음이 다툼의 대상이 되어야 한다. 넷째, 당해 처분이 위헌법률에 기해 행해졌음이 헌법재판소가 근거법률에 관해 위헌결정한 계기를 제공한 當該事件이나 類似事件으로 작용하였어야 한다.

현재 대법원이나 헌법재판소에서 논란의 대상이 된 부분은 확정력이 발생한 사건에 해당하는지의 여부이다. 즉 법원에 소송을 제기할 당시 위헌법률에 기한 處分이 이미 提訴期間徒過등의 不可爭力이 발생하였는지의 여부이다. 이것은 재판의 전제성과 관련되어 논란이 야기된 것이다.

위헌법률에 기한 行政處分에 관한 문제는 근거법률의 위헌결정시점 이전에 행정처분이 행해진 경우에 관한 것이지, 위헌결정이후에 행정처분이 행해진 경우에 대해서는 논란의 여지가 없다. 즉 어떠한 법률이 위헌결정된 이후 그 법률에 근거하여 법률관계를 형성하거나 과세처분을 부과한다면, 그러한 처분이나 법률행위는 당연히 원인무효라고 할 것이다. 이러한 경우에 대해서까지 당해 처분에 있어서의 하자를 취소사유로 보는 것은 아니다.²⁴⁴⁾ 예컨대 헌법재판소에 의해 어떠한 법률조항이 한정합헌으로 결정되었을 경우, 그 결정 이후 당해 법률조항의 위헌해석된 부분에 근거하여 과세처분이 행해졌다면, 그 처분은 어떠한 경우에도 유효한 처분이라 할 수 없으며, 이러한 경우에는 당연무효로 보아

244) 拙稿, 法律新聞 95.2.27.자, 15면 참조.

야 할 것이다. 그리고 「... 어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요없이 위 무효확인청구를 기각하여야」 하는 것은 위헌결정 이전에 처분이 행해진 경우에 합당한 것이지, 위헌결정 이후에 위헌법률에 기해 처분이 행해진 경우에 까지 적용될 수 없음은 명백하다 하겠다. 이러한 점은 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 違憲決定의 羈束力과 같은 조 제2항에 규정된 違憲決定된 법률의 一般的 適用排除와 부합하는 것이라고 하겠다.

3) 個別行爲 獨自性의 原則

전술한 바와 같이 헌법재판소와 대법원은 다수의견이건 반대의견이건 간에 위헌 법률에 근거한 행정처분의 문제를 행정행위의 하자이론이 따라 해결하려고 하고 있다. 그리고 위헌법률에 근거하였다는 사정을 원칙적으로 취소사유로 파악하고 있다. 이 점에 관해 기본적으로는 필자도 동일한 입장이다.

그렇지만 왜 취소사유로 보지 않으면 안되는가 대해서는 견해를 달리 하는 바이다. 과연 위헌법률에 근거한 행정처분의 문제를 단순히 행정행위의 하자에 관한 행정법이론에 의해 극복하려함이 타당한 것인가에 대해 의문을 제기하지 않을 수 없다. 또 하자이론 자체도 하자의 중대명백설이나 법익형량설 이외의 다른 이론체계로는 극복이 불가능하게 된다는 한계성을 초래하고 있다.

필자는 이에 대한 대안으로서 個別行爲 獨自性的 原則(Der Grundsatz Verselbständigung des Einzelakts gegen über der Norm)²⁴⁵⁾을 제시하고자 한다. 이것은 법규범에 대해 위헌결정이 선고되었다 할지라도 違憲決定된 法規範에 根據한 法的 行爲는 위헌결정의 법적 효과가 그대로 적용되어서는 안된다는 원칙을 말한다. 바로 이 원칙을 적용함으로써 행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 무효사유가 아닌 취소사유로 보아야 하지 않을까 생각한다. 이 원칙을 적용할 수 있는 논거로는 두가지를 제시할 수 있다.

첫째, 현행법상 채택하고 있는 사후적인 규범통제제도로서의 위헌법률심사제의 제도적 한계성에서 그 근거를 찾을 수 있다는 점이다. 법률이 先驗的으로 위헌이라 할지라도 그것이 실제적으로 문제가 되는 것은 헌법재판소의 유권적인 확인이 이루어진 다음이다. 다시 말하면 규범통제제도가 사전적·예방적인 제도를 채택하지 않고 사후적인 제도의 속성을 지니는 한, 위헌법률은 이미 사실상 적용이 된 다음에나 위헌여부의 다툼이 이루어지게 된다. 이것은 우리의 입법례처럼 구체적 규범통제를 채택한 경우에만 나타나는 것은 아니고, 추상적 규범통제를 채택하고 있는 경우에서도 노정되는 문제점이다.

행정처분이 위헌법률에 근거하여 행해졌다면, 선형적으로 볼 때, 그것은 당연무효인 처분으로 보아야 함이 타당하다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 반드시 그렇게 파악되어야만 하는 것은 아니라고 본다. 행정청이 행정처분을 발할 당시 당해 법률은

245) Vgl. Ipsn, Rechtsfolgen, S.279ff.

合憲性이 推定된 상태였다. 또 후술하는 바와 같이 行政廳은 발하고자 하는 처분의 법적 근거가 합헌인지의 여부에 대해 독자적으로 판단하여 適用을 排除할 權能을 부여받지 않았다는 점이다.

이러한 점에서 볼 때, 행정처분의 법적 근거가 사후적으로 위헌결정되었다고 해서 당해 처분에 대해서도 당연무효라고 보아야 하는 것은 아니라고 할 것이다. 이것은 법률에 대해 이미 위헌결정되었는데도 불구하고 위헌법률에 근거하여 행정처분이 사후적으로 발하여졌을 경우와는 다르게 파악되어야 한다.

행정처분이 발해질 당시 당해 처분의 성립과 효력요건에 무효로 불만한 하자가 있었는지의 여부가 무효원인인 하자와 취소원인인 하자의 구별기준이 되어야 한다. 위헌법률에 기한 行政處分の 문제는 행정처분이 발해질 당시, 비록 근거법률은 처음부터 當然無效이었기는 하지만, 근거법률에 대해 違憲與否의 確認이 이루어진 상태가 아니었다는 점을 간과해서는 안된다. 이것은 사후적 규범통제의 制度的 限界性에서 나타나는 필연적인 산물로 보아야 할 것이다.

이러한 점에서 個別行爲 獨自性의 原則이 적용되어야 함은 당연한 것이다. 우리 헌법이 규정하고 있는 국민의 기본권침해에 대한 구제장치로서의 구체적 규범통제는 모두 사후적인 권리구제수단에 지나지 않는다. 그렇기 때문에 個別行爲 獨自性의 原則도 이에 기초를 두어 파악해야 하지 않을까 생각한다.

둘째로는 행정처분을 발한 행정청은 근거법률의 위헌여부에 대한 독자적인 심사권을 가지고 있긴 하지만, 당해법률에 대한 위헌결정권이나 적용배제권은 부여되지 않았다는 점을 들 수 있다.

과연 행정청은 근거법률에 대한 獨自의인 審査權을 가지며 또 위헌으로 판단할 경우 당해 법령의 適用排除權을 가지는지의 문제도 검토되어야 한다. 이에 관해 견해에 따라서는 법령이 중대하고 명백한 하자가 있을 경우에는 직권으로 근거 법령의 적용을 배제할 수 있다고 한다. 그러나 이러한 견해는 權力分立의 原理를 침해할 수도 있음을 간과한 것은 아닌가 한다.

이를 해명하기 위해서는 여기서 몇 가지 사례를 고려하고 또 검토하여야 한다.

우선, 행정청이나 법원에게도 법률에 대한 독자적인 심사권이 부여되어 있음을 인정하지만, 그렇다고 해서 당해 법률에 대해 위헌으로 판단하였다고 해서 당해 법률을 폐기하거나 적용배제할 수 있는 것은 아니다. 법률에 관한 違憲決定은 違憲裁判所에게 獨占되어 있고, 당해 법률의 適用排除與否는 헌법재판소의 결정에 따라 행해져야만 한다. 이것은 바로 法院이나 行政廳으로부터 입법권자인 國會를 保護할 責務를 헌법재판소에게 부여한 것이라고 하겠다.

다음으로 지적되어야 할 것은 실제 운영사례와 관련한 것이다. 행정청에게 법률에 대한 違憲審査權과 아울러 適用排除權을 부여할 경우에는, 행정청이 議員立法으로 성안되어 제정된 법률의 적용을 회피하는 수단으로 악용할 가능성도 있음을 지적할 수 있다. 구체적인 두 가지 사례를 제시하기로 한다. 그 하나는 지방자치단체장 선거에 관한 법률이 현실적인 여건을 갖추지 못하여 선거를 실시할 수 없다는 이유로 당해 법률을 집행하지 아니하여, 다시 말하면 자치단체장의 선거를 실시하지 아니하여 엄청난 법적·정치적 갈등을 초래한 적이 있었다. 다른 하나는 이른바 농

동이다. 즉 농안법이 구체적인 타당성을 결여하였다는 이유로 행정부는 집행을 회피한 바 있었다. 특히 행정권을 제약하는 법률에 대해서는 행정청이 그러한 태도를 취할 개연성을 결코 소홀히 다루거나 간과해서는 안될 것이다.

이상의 점에서 행정청은 법률에 관한 위헌여부의 獨自의인 審査權을 지니고 있음을 부인할 수는 없지만, 당해 법률에 대한 違憲決定權이나 適用排除權을 부여받은 것은 아니라고 하겠다. 행정청이 만약 당해 법률에 대해 위헌으로 판단한다면, 구체적인 법적 쟁송과정에서 당해 법률이 위헌임을 주장하여 違憲審判의 提請申請을 하거나 政府發議에 의한 改正立法案을 국회에 제출할 수는 있다고 할 것이다.

만약 그렇지 않고 행정청이 독자적으로 처분의 근거법률을 위헌심사하여 당해 법률에 대해 적용을 배제할 수 있는 권한을 가지고 있다고 한다면, 위헌법률에 기한 處分도 위헌법률과 마찬가지로 위헌결정됨으로써 當然無效가 된다고 할 수 있을 것이다. 그러나 이상에서 지적한 바와 같이 행정청에게는 그러한 권한이 부여되지 않았다는 점이다. 다시 말하면 행정청은 독자적으로 판단하여 근거법률이 위헌으로 결론지었다 할지라도, 헌법재판소나 국회의 유권적인 절차에 의해 확정되기 전까지는 당해법률을 계속 적용해야 할 의무를 부과받았다고 하겠다.

따라서 행정처분이 근거법률의 위헌결정 이전에 발해졌을 경우 당해 처분은 당연무효로 보아서는 안되고 취소할 수 있는 것으로 보아야 한다.

4) 不當利得返還請求權의 否認

행정처분이 위헌법률에 근거하였다는 사정을 취소사유로 파악함에 따라 법률상 원인없어야 성립할 수 있는 부당이득반환청구권은 행정처분이 더 이상 다룰 수 없게 이미 확정력을 발생한 이상, 그 성립은 부인될 수밖에 없다. 이미 성실히 금전급부의무를 이행한 자들은 근거법률에 관해 위헌결정이 선고되었다 할지라도, 결정당시 제소기간내에 취소소송을 제기하지 않는한, 아무런 법적 보호도 받지 못하게 된다.

이로 인해 금전급부의무를 부과하는 법률을 신뢰하고 급부의무를 성실히 이미 이행한 사람들, 즉 성실납세자들은 아무런 법적보호도 받지 못한다는 문제점을 야기하게 된다.²⁴⁶⁾ 이것이 과연 바람직한 것인가에 관해서는 논란의 여지가 있다. 이에 관해 독일에서는 보호할 대상을 보호하지 못하고 오히려 법에 저항하고 성실납세를 회피한 자들만 보호한다는 비판이 등장하게 되었다. 이로 인해 연방헌법재판소법 제79조를 개정하고자 하는 시도까지 나타났었다. 그러나 다른 방안을 채택한다 하여도 근본적인 문제를 해결할 수는 없다는 점에서 그러한 시도는 실패하고 말았다.²⁴⁷⁾

성실납세자는 보호받지 못하고 법에 저항하고 세금납부를 게을리한 자에 대해서만 보호한다는 것은 정의관념에 배치된다고 하는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 국가재정의 중요성도 간과해서는 안된다. 과세처분이 위헌법률에 근거하였음을 무효사유로 볼 경우 근거법률에 관해 위헌결정이 선고되면 과세처분에 따라 납부된 세금은 법률상 원인없이 국가가 취득한 부당이득이

246) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 法律의 違憲與否決定과 誠實納稅者 保護, 人權과 正義 1995.11., 102면 이하 참조.

247) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文集, 114면 이하 참조.

된다. 그에 대해 국가는 과거에 납부된 세금을 납세자들에게 반환해주어야 한다. 그렇게 될 경우 국가는 사례에 따라서는 엄청난 재정적 부담으로 작용할 수 있게 된다. 이것은 국가재정의 파탄으로 귀결될 수도 있다.

여기서 부당이득반환청구권을 행사할 수 있는 범위는 청구권의 소멸시효가 5년 이므로 5년전의 납세자들까지 주장할 수 있게 된다. 더욱이 소멸시효는 권리행사에 있어 법률상 장애사유가 있을 경우 그 진행이 정지되므로 더욱 확장될 수 있게 된다.²⁴⁸⁾ 이것은 중대한 법적불안정성을 초래할 것이다. 이러한 점에 대한 정책적 고려도 간과해서는 안된다고 본다.²⁴⁹⁾ 아무튼 이미 확정력이 발생한 사건의 소송당사자인 성실납세자는 부당이득반환청구소송을 통한 기납부세금의 반환은 거의 불가능하다고 할 것이다.

다만, 급부의무부과처분에 따라 성실히 급부의무를 이행하였고, 취소소송을 제기하지 않고 제소기간내에 단지 선결문제로 무효확인을 주장하면서 부당이득반환청구의 소를 제기한 경우에 대해서는 그것을 인용하여야 하지 않을까 생각한다. 법률에 관한 위헌결정의 효과문제가 이제까지 통일적으로 제시된 것이 아니므로, 그에 대한 책임을 소송당사자(특히 원고)에게 돌리는 것이 바람직스러운 것은 아니기 때문이다.

248) 대법 77.3.8.선고 76다886판결;尹眞秀, 違憲인 法律에 根據한 行政處分の 當然無效 여부. 1994.10.28.선고 92누9463판결: 공 1994, 3139, 大法院判例解說(法院行政處) 1994년 하반기(통권 제22호), 452면 이하 참조. 즉 「무효인 구 법인세법시행규칙...에 의거하여 징수한 세금에 대한 국세의 과오납환부청구권의 消滅時效는...위 법인세법시행규칙이 무효라고 선언한 대법원 1970.12.22.선고, 69누148 전원합의체 판결 및 대법원 1972.1.31.판결이 선고된 때로부터 진행된다」 하였다.

249) 同旨; 尹眞秀, 大法院判例解說, 94하반기, 461면 참조.

5) 違憲法律에 기한 處分の 執行 또는 存續排除

위헌결정된 법률에 근거한 처분이 위헌결정시점 이후에도 존속중이거나 집행중에 있을 경우 이것을 어떻게 처리하여야 하는가? 예컨대 세법에 관해 위헌결정이 이루어졌을 경우 그 법률에 기한과세처분에 따라 세금을 납부하였어야 함에도 불구하고 체납하고 있다면 이에 대해 체납처분절차를 진행함이 과연 바람직한 것인가 하는 점이다.

이에 관해 대법원은 위헌법률에 기한 처분의 존속이나 집행보장에 관하여 직접적으로 판시한 적은 없다. 그러나 헌법재판소는 이에 관해 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과후에도 존속중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우에 대해서는 예외적인 무효사유로 파악하여 재판의 전제성을 인정하여야 한다고 하였다.²⁵⁰⁾ 이러한 태도는 간접적으로나마 위헌법률에 기한 처분의 존속이나 집행을 배제하여야 한다는 취지로 이해된다.

여기서 대법원의 태도는 좀더 분석해 보아야 한다. 대법원은 「어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서의 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요없이 그 무효확인청구를 기각하여야 한다」고 하였다.²⁵¹⁾ 이것은 재판의 전제성이라는 시각에서만 접근한 것이

250) 헌재 94.6.30.선고 92헌바23결정 - 헌판집 6의1, 592(605)

251) 대법 94.10.28.선고 92누9463판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3139면.

지 하자의 승계라는 시각에서 파악한 것은 아님을 주장할 수도 있을 것이다. 그리고 이 사건의 판결은 비록 당해사건과 관련하여 체납처분절차가 진행되고 있었지만, 선행처분의 근거법률이 위헌불선언으로 결정되었기 때문에 위헌결정의 효과라는 측면에서 논의할 여지는 없었다고 주장할 수도 있다.²⁵²⁾

그런데 만약 선행처분이 불가쟁력이 발생되었지만 선행처분에 대한 집행이나 후속절차가 진행중일 경우 선행처분이 위헌법률에 기하였음을 이유로 후행처분에 대해 하자의 승계 또는 위법성의 승계를 논거로 제시하면서 선행처분의 근거가 된 법률의 위헌여부에 대해 재판의 전제성이 인정되어야 함을 주장한다면, 이에 대해 대법원은 어떠한 태도를 취할 것인가가 의문이다. 이와 관련하여 대법원의 하자의 승계에 관한 일반적인 태도는 선행처분과 후행처분의 관계에 있어 법적 효과의 동일성 여부를 기준으로 판단하고 있다.²⁵³⁾ 즉 선행처분과 후행처분이 동일한 법적 효과를 지향하고 있을 경우에는 선행처분의 하자가 후행처분에 승계되어 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 위법성을 다룰 수 있다. 그렇지만 서로 다른 법적 효과를 지향하고 있는 경우에는 하자의 승계가 이루어지지 않으므로 선행처분에 대한 제소기간이 도과되면 비록 선행처분에 하자가 있다고 할 지라도 더 이상 다룰 수 없다는 입장을 제시하고 있다.

이러한 입장을 위헌법률에 기한 처분과 관련시켜 검토하면, 하자의 중대명백설에 입각해서 볼 때, 행정처분이 위헌법률에 근거

252) 이에 관해서는 拙稿, 韓獨 國際學術大會 發表資料(95.11.11.), 245면 이하 참조.

253) 金南辰, 行政法 I, 307면 이하 참조.

하였다는 사정은 취소사유에 지나지 않는다.²⁵⁴⁾ 하자의 승계에 관한 법리를 그대로 적용할 때, 선행처분이 위헌법률에 근거하였다 할지라도, 후행처분이 선행처분과 동일한 법적 효과를 지향하지 않는한, 선행처분의 제소기간이 도과된 경우에는 더 이상 다룰 수 없고, 그 존속이나 집행을 보장하게 된다는 결과를 초래한다.

하자의 승계에 대해 일정한 기준을 설정하여 인정여부를 확정짓는 목적은 정의와 법적안정성을 형량하여 양자의 균형을 취하고자 한 것이다. 이른바 확정력발생사건에 대해 법률에 위헌결정이 선고되었다 할지라도 권리구제의 대상에 포함시키지 않는 것도 이러한 법익형량의 산물이라고 할 수 있다. 다시 말하면 확정력발생사건에 대해서도 정의관념에 비추어 볼 때, 권리구제의 대상에 포함시켜야 하지만, 그랬을 경우 중대한 법적 불안정성을 야기시킨다는 문제점을 초래하게 된다는 것이다.

그러나 그렇다고 해서 위헌법률에 근거한 처분에 대해 근거법률이 이미 위헌결정되었음에도 불구하고 위헌결정시점 이후에도 그 존속력이나 집행력을 보장해주는 것이 바람직한 것인가 하는 점이다. 과거에 발생되어 이미 모든 것이 종료한 사건에 대해서는 그 법률관계를 그대로 유지시켜 주어야 한다는 측면에서의 법적안정성 중시논리는 그 나름의 타당성을 인정할 수 있다. 그렇지만 그렇다고 해서 근거법률의 위헌결정 이후에도 위헌법률에 기한 처분을 계속 유효한 것으로 집행되도록 보장하는 것은 합리성을 결여한 태도라고 할 것이다.

254) 대법 94.10.28.선고 92누9463판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3139면; 94.10.28.선고 93다41860판결 - 법공 제981호, 94.12.1.자, 3109면; 95.3.3.선고 92다 55770판결 - 법공 제990호 95.4.15.자, 1550면 참조.

이러한 태도는 법률의 위헌결정은 법원을 비롯한 모든 국가기관을 기속한다는 헌법재판소법 제47조 제1항의 규정취지에 정면배치되는 것이라고 하겠다. 다시 말하면 이미 위헌결정이 이루어졌으므로 결정시점 이후에는 법원이든 행정청이든 위헌결정의 취지를 존중하고 또 준수하여야 함에도 불구하고 하자의 승계라는 판례법논리를 고집하여 이를 부인하는 것은 법해석에 있어 오류라는 점이 지적되어야 할 것이다. 그리고 같은 조 제2항에 규정된 위헌결정된 법률의 결정일로부터의 효력상실의 의미도 결정일 이후에는 더 이상 위헌법률이 법률관계의 정당성을 제공하는 논거로 사용될 수 없음을 의미하는 것으로 보아야 한다. 이것은 다수설이 주장하는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 규정된 위헌결정의 장래효원칙에 부합하는 것이고, 당연무효설이 주장하는 위헌결정의 효과로서의 일반적인 적용배제²⁵⁵⁾에도 부합하는 것이라고 하겠다.

아무튼 위헌결정시점 이후에는 위헌법률에 근거한 처분의 존속력을 부인하고 집행을 중지함이 타당할 것이다.²⁵⁶⁾

이것은 법적안정성을 존중하는 가운데서도 헌법상 보장된 기본권을 최대한 보호하는 것이고, 실질적 법치국가원리에 조화를 이루는 것이라고 하겠다. 또 이것은 헌법 제10조 후단에 규정된 국가에게 부여된 국권의 기본권보장의무에 부합하는 것이라고 하겠다.

이러한 점에서 하자의 승계이론을 위헌법률에 기한 처분과 관

255) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 法學論叢 제12집(미발간), 참조.

256) 견해에 따라서는 이 문제를 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판으로 해결이 가능하다고 한다. 실제로 그것이 가능할 것인지는 의문의 여지가 없지 않다. 김승조, 위헌법률에 기한 행정처분의 효력과 그에 대한 권리의 구제, 월간 법제 1995.4., 95면 이하 참조.

런시켜 적용하는 것은 중대한 문제가 있다고 하겠다. 따라서 하자의 승계이론에 따를 경우 선행처분과 후행처분이 서로 다른 법적 효과를 지향하고 있다고 할지라도, 선행처분이 위헌법률에 기하였음이 확인되는 한, 후행절차를 집행하거나 진행하는 것은 금지되어야 한다. 이러한 점에서 대법원은 기존의 태도를 버리고 새로운 법률이 제정되었거나 사정변경이 있는 사유로 과약하여 위법성의 승계를 폭넓게 인정하여야 할 것이다.

5. 補論 - 裁判의 前提性 判斷에 대한 羈束力

이미 지적한 바와 같이 위헌법률에 기한 처분의 문제는 법률의 위헌심판에 있어 원인사건에서의 재판의 전제성 인정여부와 관련하여 논의된 것이다. 다시 말하면 원인사건에서 심판대상이 된 처분이 불가쟁력을 발생하였는지의 여부에 관한 것이다. 그런데 여기서 궁극적으로 문제되는 것은 재판의 전제성에 관한 헌법재판소의 판단에 대해 법원이 기속되는지의 여부라고 하겠다.²⁵⁷⁾

헌법재판소는 재판에 전제되는 여부를 판단함에 있어 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 함을 요구함과 아울러 사건담당 법원이 위헌여부에 따라 다른 내용의 판결을 하게 되는 것을 요구하고 있다.²⁵⁸⁾ 이와 관련하여 헌

257) 拙稿, 韓獨 國際學術大會 發表資料(95.11.11.), 147면 이하 참조.

258) 재판의 전제성에 관해서 헌법재판소는 「첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있거나 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당 한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말하는 것으로, 여기서 법원이 “다른 내용”의 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는 데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함한다 할 것이다」 (헌재 92.12.24.선고 92헌가8 결정 - 헌판집 4, 855(864 이하); 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24·50(병합)결정 - 헌판집 5의1, 226(238 이하) 참조.

법재판소나 법원 양기관 모두 인식의 전제를 기본적으로 제청법원의 의견존중해 두고 있는 듯하다. 그리고 견해에 따라서는 행정처분이 위헌법률에 근거하였는지의 여부 문제는 헌법재판소의 판단에 있어 본안판단에 해당하는 것이 아니고, 본안판단, 즉 재판의 전제성문제에 지나지 않기 때문에, 헌법재판소 결정에 인정되는 기속력이 적용되지 않음을 주장하기도 한다.²⁵⁹⁾ 그러나 이것은 중대한 문제가 있다고 할 것이다.

첫째, 제청법원의 의견을 존중한다고 하는 것은 법률의 위헌심판절차에 있어서는 존중될 수 있을지 모르지만, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차²⁶⁰⁾에 있어 이러한 입장을 고집할 경우에는 이 제도 자체가 형해화될 수도 있다는 점이다. 만약 여기서도 사건담당법원의 의견을 존중하여야 한다면 이 제도를 도입한 입법취지에 반하는 것이라고 하겠다. 그리고 그것을 고집하는 것은 국민들의 위헌법률심판청구권을 침해하는 것이며, 지나치게 제약하는 것이라고 하겠다.

259) 尹眞秀, 大法院判例解說 94년 하반기, 464면 이하 참조.

260) 사건담당법원이 소송당사자의 위헌심판제청신청에 대해 기각이나 각하결정을 하는 취지는 이 이외에도 소의 이익이 없는 경우, 이미 헌법재판소에서 심판대상이 되어 위헌여부의 결정이 이루어진 경우 또는 합헌으로 판단하는 경우에도 행해진다고 할 것이다. 특히 두 번째 사정변경이 있을 경우에는 반복제청이 가능하다고 하겠다.

둘째, 위헌심판이 제청되었을 경우에는 제청법원의 의견을 존중하는 반면에, 제청신청을 기각 또는 각하함으로써 인한 경우에는 사건담당법원의 의견을 존중치 않는다고 하는 것은 지나치게 자의적이라는 점이 지적되어야 할 것이다.

셋째, 대법원의 판결취지대로 적용한다고 가정할 때, 재판의 전제성에 관한 판단이 서로 다른 경우, 구체적으로는 예컨대 헌법재판소와 제청법원이 다른 경우 또는 제청법원 상호간에 판단을 서로 달리 하는 경우, 이에 대해 헌법재판소는 어떠한 태도를 취하여야 하는가 하는 점이다. 이에 관해 대법원은 최종적으로는 대법원 자신이 판단하여야 할 문제임을 주장할 수도 있을 것이다. 그렇게 될 경우 헌법재판소의 결정은 법원에게 단지 권고적 의견(advisory opinion)을 제시하는데 지나지 않게 된다. 물론 재판소원이 인정될 경우에는 큰 문제가 되지 않는다고 하겠다.

이상의 점에서 볼 때, 헌법재판소는 재판의 전제성에 관한 판단에 있어 제청법원의 의견에 기속되어야 할 것은 아니라고 본다. 오히려 이러한 판단에 대해 대법원을 비롯한 각급법원은 재판의 전제성에 관한 헌법재판소의 판단에 기속되어야 함이 타당할 것이다. 재판의 전제성에 관한 판단은 국민의 권리구제여부와 직결되는 부분이고, 또 그에 따른 헌법재판소의 본안판단은 기속력과 법규적 효력을 가지기 때문이다.

IV. 違憲決定된 刑罰法規와 再審問題

우리 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다고

규정하고 있다. 위헌법률은 처음부터 당연무효라는 헌법상의 원칙에 따라 이 조항은 법적안정성보다는 실질적 정의와 개인의 기본권을 존중하고자 위헌법률의 遡及的인 適用排除를 규정하고 있다. 그 구체적인 절차로서 같은 조 제3항은 위헌법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대해 재심을 청구할 수 있도록 규정하고, 여기서의 재심에 관해서 같은 조 제4항은 형사소송법 제420조 이하에 규정된 재심 절차를 준용하도록 규정하고 있다.²⁶¹⁾

위헌법률의 법적 효과에 관해 우리 헌법재판소법은 例外的으로 刑罰法規에 대해서는 遡及的인 適用排除를 규정하고 있다. 헌법재판소가 실질적으로 刑罰法規에 관해 違憲決定을 선고하였을 경우, 형벌법규에 의해 범죄를 구성한 사건들이 어떠한 단계에 놓여져 있느냐에 따라 구체적인 처리방법은 달라지게 된다. 같은 조 제3항은 가장 대표적인 단계에 이미 유죄로 확정된 사건에 대해 현재 형이 집행 중인 경우이든 아니면 이미 형의 집행이 종료된 경우이든 관계없이 재심을 허용하고 있다. 그리고 그 이외의 단계에 관해서는 아무런 명문의 언급이 없다. 그렇다고 해서 결코 위헌인 刑罰法規의 繼續適用을 용인하는 것이 아님은 명백한 것이다.

그리고 刑罰法規의 경우 遡及的으로 效力을 喪失한다고 해서 헌법재판소법 제47조 제3항에 명문의 규정이 없을 경우 당연히 이미 확정된 刑罰判決에 대해 재심이 허용되는 것은 아니다. 즉 제47조 제1항에 의해 羈束力이 발생한다고 하여 당연히 법원 스스로 교정조치를 하도록 요구하는 것은 아니다. 羈束力은 宣告日

261) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 261면 이하 참조.

이후에 국가기관에 재심 등의 방법으로 거듭 논의될 경우 法律의 違憲決定을 존중해야 한다는 의미로 받아들여야 한다. 따라서 羈束力이 溯及的으로 발생하는 것은 아니다.

그러면 여기서는 위헌인 형벌법규에 관해 헌법재판소가 권위적인 확인을 하였을 경우에 제기되는 각종 논의에 관해 논술하기로 한다.

1. 刑罰法規의 概念

형벌법규가 위헌으로 결정되었을 경우 이 법률에 의해 처벌받은 자는 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 재심을 청구할 수 있다. 이 조항은 개별적인 사례에서 실질적 정의를 추구하고자 하는 것이다. 이 조항으로 인해 위헌결정된 형벌법규에 의거하여 발생한 확정력은 파괴되게 된다.

이 조항에서의 형벌법규, 즉 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 협의의 의미로는 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체적 법률 또는 법률의 조항으로 볼 수 있고, 광의의 의미로는 실체적인 형벌법규에 한정하지 않고 형사소송법 등 절차에 관한 법률까지 포함하는 것으로 파악할 수 있다. 그렇지만, 여기서는 형사법 중에서도 犯罪構成要件에 관한 實體法規를 지칭하는 것으로 파악하여야 한다.²⁶²⁾

그러나 여기서 實體的인 刑罰法規는 행정법상의 벌칙규정에도 적용된다고 할 것이다. 즉, 행정벌중 행정형벌 뿐만 아니라 행정

262) 현재 92.12.24.선고 92헌가8결정에서의 보충의견 - 헌판집 4, 853(887) 참조.

질서벌에 관한 법률조항이 위헌결정된 경우에도 遡及的으로 그 적용이 거부되고 또 재심이 허용된다. 보호감호처분에 관한 법률조항도 實體的 刑罰法規로 보아야 한다.²⁶³⁾

2. 刑罰法規의 違憲決定

위헌결정된 實體的 刑罰法規에 의거하여 형벌의 선고가 이루어졌을 경우 그 刑事判決에 대해서는 당연히 再審節次가 인정된다. 여기서 헌법재판소가 헌법소원 심판절차에 의해서 선고한 것인지 아니면 위헌법률심판절차에 의해서 선고한 것인지 그것은 논의의 대상이 되지 않는다. 일단 형벌법규에 대해 위헌결정이 선고되면 그로 인해 당해 형벌법규를 적용한 모든 有罪의 確定判決은 再審請求의 대상이 된다고 할 것이다. 형벌법규에 대해 위헌결정이 선고되면, 그러한 형벌의 선고는 소급적으로 당해법률의 적용이 배제되어야 한다. 다시 말하면 형벌의 선고는 아무런 법적 근거 없이 행해진 것이 된다고 할 것이다.

3. 確定된 有罪判決과 再審節次

위헌결정된 형벌법규에 근거한 확정판결은 헌법재판소가 당해 법률조항에 대해 위헌결정함으로써 당연히 그 효력을 상실하는 것은 아니다. 반드시 再審을 請求하여 재심에 따른 판단에 의하여 確定判決에 미치는 法的 效果가 발생하는 것이다.²⁶⁴⁾

263) 헌재 89.7.14.선고 88헌가5-8, 89헌가(병합)결정 - 헌판집 1, 69(81) 참조.

264) 「헌법재판소가 행한 형벌에 관한 법률 또는 법률조항에 대한 위헌결정은 비록 소급하여 그 효력을 상실하지만, 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구 할 수 있을 뿐으로 확정판결에 적용된 법률조항에 대한 위헌결정이 있다하더라도 비록 유죄의 대상판결이 당연무효로 되는 것이 아니」 다. 헌재 93.7.29.선고 92헌바34결정 - 헌판집 5의2, 56(63).

1) 有罪의 確定判決에 대한 再審事由

원래 재심은 有罪의 確定判決에 대하여 중대한 사실오인이나 그 오인의 의심이 있는 경우에 판결을 받은 자의 이익을 위하여 판결의 부당함을 시정하는 非常救濟節次이다. 再審은 有罪의 確定判決에 대하여만 인정된다. 그리고 확정된 약식 명령이나 즉결심판도 확정된 유죄판결과 동일한 효력이 있으므로 재심의 대상이 된다.²⁶⁵⁾ 재심은 확정판결의 사실오인을 시정하기 위하여 이를 공판절차에서 다시 심판하는 것을 본질로 한다. 따라서 再審은 再審開始節次와 再審審判節次라는 2단계의 구조를 취하게 된다. 再審開始節次는 재심이유의 유무를 심사하여 다시 심판할 것인가를 결정하는 절차로서 재심개시결정까지의 절차를 말한다. 再審審判節次는 사건을 다시 심판하는 절차이다. 다만 再審審判節次는 그 심급의 공판 절차와 동일하므로 再審開始節次가 再審節次의 핵심이 된다.²⁶⁶⁾

헌법재판소법 제47조 제3항에 규정된 재심사유는 형사소송법 제420조에 규정된 재심사유 이외의 사유에 해당한다. 형벌법규가 위헌으로 決定되었을 경우 그 형벌법규는 원래부터 무효이었음을 확인받는 것이기 때문에 전혀 범죄를 구성하지 않는 행위로 인해

다. 헌재 93.7.29.선고 92헌바34결정 - 헌판집 5의2, 56(63).

265) 李在祥, 刑事訴訟法, 전정판, 1991.8, 博英社, 744면 이하.

266) 李在祥, 前掲書, 746면.

부당하게 처벌받은 것이 된다. 그렇기 때문에 사실의 오인이나 새로운 증거의 발견에 의해 재심을 허용하는 경우와는 별도로 재심이 허용되지 않으면 안된다. 새로운 절대적 재심사유가 추가된 것이다.²⁶⁷⁾

그리고 이 조항에서 재심을 허용하는 것은 형법 제1조 제3항에서 재판의 확정후 법률의 변경으로 인해 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제하도록 규정하고 있는 것과 비교할 때, 그 중요성을 더욱 높이 평가하지 않을 수 없다. 즉 형법 제1조 제3항에서는 법률의 변경으로 인해 범죄를 구성하지 않는 경우에 대한 처리방안을 규정하고 있지만, 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 再審請求를 허용하는 違憲決定된 刑罰法規는 처음부터 當然無效에 해당하므로 원래부터 범죄를 구성하지 않는 것이 되기 때문이다. 즉 형법상의 조항은 형벌불소급의 원칙에 대한 예외를 규정하여 유죄선고를 받은 자의 법익을 보호하려는 취지를 규율하는 것이다. 그러나 違憲決定된 刑罰法規에 대한 再審請求는 전혀 처벌을 받아서는 안되는 자가 부당하게 처벌을 받은 경우에 대한 구제방안이라고 하겠다.

2) 再審의 請求

再審의 請求는 원판결의 법원이 관할한다(형사소송법 제423조). 여기서 원판결이란 再審請求人이 재심이유가 있다고 하여 再審請求의 대상으로 하고 있는 그 판결을 말한다.²⁶⁸⁾

267) 黃祐呂, 金哲洙教授華甲論文集, 333면.

268) 대법 89.5.3.선고 76모109결정; 86.6.12.선고 86모17결정.

위헌인 刑罰法規에 근거한 有罪의 確定判決에 대한 재심은 형사소송법상 규정된 재심과 마찬가지로 허용되어야 한다. 즉 일단 판결이 확정된 이상 판결의 집행전에는 물론이고 판결의 집행중에도 재심을 청구할 수 있고, 또 판결의 집행이 종료된 후, 예컨대 사형이 집행된 후에도 재심을 청구할 수 있다.

이는 유죄판결에 다른 부수적 효과를 제거하기 위한 것이다. 즉 형이 집행된 이후라 할지라도 명예회복이라는 이익이 있고, 또 재심에서 무죄판결을 받은 경우 그 판결은 관보와 재심담당법원 소재지의 신문에 공시되고, 그 이 외에도 형사보상, 집행된 벌금, 몰수된 물건 또는 추징금액의 환부 등과 같은 법률상 이익을 보전받을 수 있기 때문이다.²⁶⁹⁾

그런데 재심의 청구에는 형의 집행을 정지하는 효력이 없다. 다만 관할법원에 대응한 검찰청검사는 재심의 청구에 대한 재판이 있을 때까지 형의 집행을 정지할 수 있다(형사소송법 제428조). 이 조항을 과연 형벌법규가 위헌결정이 선고됨으로 인해 발생하는 재심청구에 그대로 적용함이 과연 타당한지 의문이 제기될 수 있다. 헌법재판소법이 제47조 제4항에서 형사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하도록 하고 있기 때문에, 비록 형벌법규가 위헌으로 결정되어 범죄를 구성하지 않게 된 행위로 인해 부당하게 형의 집행이 계속된다고 할지라도, 재심청구가 있었다고 해서 형의 집행을 당연히 정지하는 효력을 부여하기는 곤란하다고 할 것이다. 물론 이 경우에 있어 선고된 형벌은 법적 근거없이 행해진 것이고, 그 형벌의 집행을 유지하도록 방치하는 것보다는

269) 李在詳, 前掲書, 756면 참조.

형의 집행이 정지되도록 하는 방안이 부당하게 유죄선고를 받은 자의 법익을 보호함에 충실할 것이다.

그렇지만 이것은 물론 위와 같이 고려할 여지가 없는 것은 아니지만, 그것을 고집하는 것은 한계가 있다. 즉 특정조항이 전부 위헌으로 선고되었다면, 다른 법률위반으로 인한 형벌부과와 경합하는 경우 이외에는 문제될 여지가 없다. 그러나 刑罰法規에 대해 變形決定이 선고되었을 경우라든가 量的인 一部違憲決定이 선고되었을 경우 재심청구로 인한 당연한 형의 집행정지는 때에 따라서는 부당한 결과를 초래할 수도 있게 된다.

4. 違憲決定 當時 아직 確定되지 아니한 경우

헌법재판소가 형벌법규에 대해 위헌결정을 선고할 당시, 당해 형벌법규를 적용하는 사건이 아직 확정력을 발생하지 않은 경우에 관해 헌법재판소법상 아무런 명문의 언급은 없지만, 필자와 같은 입장을 취한다면 非刑罰法規에 대한 違憲決定이 있을 경우와 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.²⁷⁰⁾

여기서 「違憲決定으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그效力을 喪失한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건이 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다 할 것이고, 범죄후의 법령의 개폐로 형이 폐기되었을 때에 해당한다거나

270) 廢止無效設중 違憲決定의 將來效原則에 대한 例外的인 遡及效許容이라는 논리체계를 구성하는 見解에 따르면 이러한 유형이 관해 非刑罰法規에 대한 違憲決定의 法的效果와 刑罰法規에 대한 그것은 서로 다른 논리를 적용해서 해결할 수 밖에 없게 될 것이다.

혹은 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때에 해당한다고는 할 수 없다고 할 것이다」.271) 따라서 이러한 사례에서 법원은 면소판결을 할 것이 아니라 무죄를 선고하여야 한다.272) 판결의 확정 이전에 위헌결정이 있으면 판결에 영향을 미친 법률의 위반이 있을 때에 해당하여 항소이유나 상고이유가 된다.

그리고 여기서 문제되는 것은 刑罰法規의 違憲時點이다.

즉 當然無效說중 法效力規範說을 채택할 경우에는 그 위헌시점은 刑罰法規의 制定時點으로 확일적으로 정해질 수 있지만, 規範衝突說을 채택할 경우 適及的인 適用排除時點은 반드시 그 刑罰法規의 制定時點으로 나타나는 것은 아니다. 刑罰法規가 헌법개정 이후에 제정된 것이라고 한다면 당연히 制定時點까지 소급한다. 헌법개정 이전에 제정된 것이라면 헌법개정시점까지 소급한다.273) 그리고 事情變更으로 인해 위헌으로 된 것이라면 事情變更의 시점, 즉 헌법재판소의 권위적인 확인시점이라고 할 것이다.

이에 따라 경우에 따라서는 刑罰法規에 대해 違憲決定이 선고된다 할지라도 당해법률의 制定時點으로 소급하는 것이 아니라 法規衝突時點까지만 소급하는 경우도 있을 수 있게 된다. 그러한 경우 法規衝突時點 이후에 성립한 범죄에 대해서는 무죄판결

271) 대법 92.5.8.선고 91도2825 판결 - 법공 제923호, 92.7.1.자, 1918면.

272) 黃祐呂, 金哲洙教授華甲論文集, 332면.

273) 물론 독일에서는 이와 관련하여 基本法制定 以前の 法律과 基本法制定 以後의 法律로 구분하여 논의하고 있다. 그런데 여기서 憲法改正 以前の 法律과 憲法改正 以後의 法律로 구분하는 것은 當該法律의 憲法的 根據가 消除되었거나 憲法改正으로 當該法律과 相衝되는 내용이 新說되었을 경우가 논의의 대상이 될 수 있기 때문이다.

을, 그 이전에 성립한 범죄에 관해서는 재판이 계속중일 경우에 한해 면소판결을 하여야 한다.²⁷⁴⁾

第 3 節 法律의 合憲決定

헌법재판소법은 법률에 관한 위헌여부결정의 효력과 관련하여 제47조 제1항에서는 위헌결정에 대해서만 기속력을, 그리고 제2항에서는 법규적 효력을 규정하고 있다. 이로 인해 과연 법률에 대해 합헌으로 결정할 경우에는 그에 대해서는 어떠한 효력이 인정될 수 있는지가 논란이 된다. 견해에 따라서는 헌법재판소법이 위헌결정으로 한정하고 있기 때문에 합헌결정이나 한정합헌결정등의 변형결정에 대해서는 기속력이나 법규적 효력이 인정될 수 없음을 주장하기도 한다.

그러면 여기서는 법률에 관한 합헌결정의 효력에 대해 검토함에 있어 제기될 수 있는 문제점을 파악하고 해결방안을 제시하기로 한다. 그러기 위해서는 헌법재판소가 법률에 관한 다양한 결정유형을 제시하는데 있어 그 법적 성격이 합헌결정으로 파악될 수 있는 것에 관해 우선적으로 검토되어야 할 것이다.

I. 合憲決定의 類型

1. 單純合憲決定

헌법재판소는 법률의 위헌여부에 대한 심판을 함에 있어 그 법

274) 張潤基, 司法行政 1993, 716면; 黃祐呂, 金哲洙教授華甲論文集, 338면.

물이 합헌으로 판단될 경우에는 「...은 헌법에 위반되지 아니한다」는 형태의 주문을 제시하고 있다. 이것은 법원의 제청에 의한 법률의 위헌심판절차를 통해 제기되는 경우 그렇게 나타나지만, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 심판절차를 통해 제기되는 경우에는 반드시 그렇게 나타나는 것은 아니다. 계쟁물이 합헌임을 선언하는 경우도 없지 않지만, 심판청구를 기각한다는 형태로도 나타나고 있다. 그런가 하면 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판절차에서는 이러한 형태의 주문제시가 더욱 뚜렷한 듯이 보인다.

2. 違憲不宣言決定

헌법재판소는 최근까지 여러 차례²⁷⁵⁾ 「...은 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다」는 형태의 주문을 제시한 바 있다. 이 결정유형은 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조 제2항에서 법률의 위헌결정은 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야만 한다는 규정으로 인해 재판관 9인중 과반수인 5인의 재판관이 위헌의견을 제시하였음에도 불구하고 위헌으로 선언할 수 없음을 제시하는 형

275) 헌재 89.12.22.선고 88헌가13결정의 주문 제2항(국도이용관리법 제 31조의 2는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.) - 헌판집 1, 357(363); 93.5.13.선고 90헌바12 13, 92헌바34(병합)결정의 주문 (1980년해직공무원의보상에관한특별조치법 제2조중 정화계획에 의 하여 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 부분과 제5조는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다) - 헌판집 5의1, 253(257); 94.6.30.선고 92헌바23결정의 주문(구 국세 기본법 제42조 제2항 단서 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 이 사 건에 있어서 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다) - 헌판집 6의1, 592(598) 참조.

태의 주문이라고 할 것이다. 이러한 주문의 제시는 결정에 대한 평의에 있어 재판관 7인 이상의 출석이 있어야만 가능하므로, 8인의 재판관이 출석하여 그 중 5인의 재판관이 위헌의견을 제시하였거나,²⁷⁶⁾ 7인의 재판관이 출석하여 그 중 과반수인 4인이나 5인의 재판관이 위헌의견을 제시하였을 경우에도 나타날 수 있는 주문유형이라고 하겠다. 위헌불선언의 주문에 있어 비록 위헌의견이 평의에 있어 과반수를 차지하였지만, 헌법과 헌법재판소법에서 6인 이상의 찬성을 명문으로 요구하고 있음에 따라 이러한 주문유형의 법적 성격은 합헌결정으로 기능한다고 할 것이다. 그러나 사정변경의 사유가 발생하거나 재판관의 구성이 변경되었을 경우 일반적인 합헌결정유형보다는 차후에 위헌으로 결정될 가능성이 높은 주문유형이라고 하겠다.²⁷⁷⁾ 이 결정이 선고되었다 할지라도 법적용자는 합헌결정과 동일하게 파악하여 심판대상이 된 법률을 적용하면 될 것이고, 입법권자 또한 그 결정유형을 합헌으로서 아무런 법적 제약도 받지 않는다고 하겠다. 그러나 위에 제시한 사유가 발생하였을 경우에는 위헌결정될 개연성이 높음을 제시하는 사실상의 효과를 지니게 된다.

이와 관련하여 헌법재판소는 구 국세기본법 제42조 제1항 단서의 헌법소원심판 사건²⁷⁸⁾에서 「이 사건에 있어서 위헌으로 선언

276) 만약 평의에 참여한 재판관이 위헌의견과 합헌의견이 각각 4인으로 동수일 경우 심판대상은 당연히 합헌으로 결정된다. 그리고 독일의 경우에 그 성격이 조금 다르기는 하지만, 연방헌법재판소법 제15조 제3항 제3호에 따라 가부동수일 때에는 합헌으로 결정된다. Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, §15, Rn14.

277) 拙稿, 博士學位論文, 48면 참조.

278) 헌재 94.6.30.선고 92헌바23결정 - 헌판집 6의1, 592 참조.

할 수 없다」는 형태의 한정적인 위헌불선언주문을 제시한 바 있다. 이것의 의미를 일부에서는 합헌결정으로 분류하여 파악하고 있지만,²⁷⁹⁾ 그것은 적절한 것이 아니라고 본다.

헌법재판소의 결정형식은 외형상 위헌불선언결정이기는 하지만, 결정이유를 분석할 때, 그것은 각하결정에 지나지 않는다고 하겠다. 즉 이 결정의 원인을 제공한 당해사건에 대해서 조차도 아무런 효력도 지니지 않게 된다. 따라서 이 결정과 관련하여 대법원은 전혀 결정이 없었던 상태와 동일한 여건에서 자유로이 판결 내용을 선택할 수 있었다고 하겠다.

생각컨대 이 사건의 결정에서 헌법재판소는 합의방식을주문합의제로 할 것은 아니었다고 보여진다. 다시 말하면 재판의 전제성판단에 대해서는 헌법재판소법 제 23조 제2항에 규정된 가중된 정족수를 적용할 것이 아니었다. 결국 이 사건에서 소수의견은 소송요건에 관한 판단에서 소수이었으므로 본안판단에 대한 의견을 적극적으로 개진함이 타당하였을 것이다.

3. 暫定合憲決定

暫定合憲決定이라 함은 법률의 위헌성여부를 판단함에 있어 결정 당시 당해법률의 法的 狀態를 위헌이라고 선언할 수는 없지만, 앞으로 언젠가는 위헌의 상태가 예견되고 합헌과 위헌의 중간지대에 존재하는 사항에 대하여 선고되는 변형된 결정유형을 말한다.²⁸⁰⁾ 잠

279) 헌관집 6의1, 725 참조.

280) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 162면 이하, 321면 이하 참조.

정합헌결정은 아직은 합헌결정, 위헌경고결정 또는 입법촉구결정 등으로 칭해지기도 한다. 우리 헌법재판소가 이러한 變形決定을 주문으로 제시한 사례는 아직 없었지만, 반대이견 등에서 그 선고의 필요성이 주장된 사례는 있었다.

이 결정유형의 법적 성격은 합헌결정이라고 할 것이다. 심판대상이 된 법률조항에 대해 결정주문에서 「아직은 헌법에 위배되지 아니한다」고 제시한 경우와 그 조항이 합헌임을 선언함과 아울러 「개선입법을 촉구한다」는 주문을 제시하는 경우가 있다고 가정할 때, 그 때에도 그 주문형식은 합헌으로 파악하여야 할 것이다. 그러나 이러한 사례는 우리의 결정실제에서는 아직 없다. 또 주문으로 그렇게 나타나기 보다는 결정이유에서 그러한 취지를 밝히는 정도가 바람직하지 않을까 생각한다.

II. 節決法的 效力

1. 確定力の 法的 根據

헌법재판소에 대해 최소한의 사법기관성을 인정하는 한, 헌법재판소 결정에는 법원의 판결에 인정되는 효력인 확정력이 당연히 인정된다. 이것은 위헌결정이나 변형결정 뿐만 아니라 합헌결정에도 인정되면, 소송요건을 갖추지 못하여 본안판단을 하지 않은 각하결정에도 당연히 인정된다. 물론 견해에 따라서는 헌법재판소의 결정에는 기판력을 인정할 수 없다고도 한다.²⁸¹⁾ 그러나

281) 長潤基, 司法行政 1993.6., 57면.

그러한 주장이 타당성을 지니려면, 헌법재판작용의 본질을 사법작용적 성격을 전
면 부인하지 않으면 안된다고 할 것이다.

확정력에는 불가변력, 불가쟁력(형식적 기판력), 기판력(실질적 확정력) 등이 포
함된다. 헌법재판소의 결정에 이러한 효력이 인정될 수 있는 실정법적 근거를 어
디서 찾을 것인가가 문제된다. 이에 대해서는 헌법재판소법 제39조에 규정된 일
사부재리의 원칙을 제시하는 견해가 있고, 구체적인 실정법적 근거를 찾기는 어
려우므로 같은 법 제40조에 규정된 준용규정에서 찾아야 한다는 견해 등이 있을
수 있다.

같은 법 제39조는 「헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다
시 심판할 수 없다」고 규정하고 있다. 여기서 문제는 이미 심판을 거친 동일한
사건의 의미를 어떻게 파악하여야 하는가 하는 점이다. 전소와 후소에 있어 소송
당사자와 소송물이 각각 동일할 경우에만 사건의 동일성이 인정되는 것으로 파
악한다면, 일사부재리의 원칙은 구체적·개별적 조치의 속성을 지니 국가작용에
대한 헌법소원심판의 경우를 제외하고는 커다란 의미를 지니기 어렵게 될 것이
다. 민사소송이나 형사소송에서 인정되는 일사부재리의 원칙을 그대로 따른다면
그것은 헌법소송이 지니 객관적 소송에 부합하는 것이 아니다. 다시 말하면 예컨
대 어떠한 법률에 대해 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판이 청구
되었고 그 법률에 합헌 또는 청구기각이 이루어졌다고 할 때, 다른 심판청구인에
의해 반복적인 헌법소원심판의 청구가 가능하게 된다는 점이다. 왜냐하면 소송당
사자의 동일성이 인정되지 않음에 따라 일사부재리의 원칙에 해당되지 않기 때
문이다.

아무튼 생각컨대, 일사부재리의 원칙이 헌법재판소 결정의 확정력의 근거가 된다고 할지라도, 그 관념은 다른 소송절차와는 다른 시각에서 접근하지 않으면 안된다고 하겠다. 심판대상이 된 계쟁물의 법적 성격에 따라 다른 시각에서 접근함이 타당할 것이다. 개별적·구체적 조치의 성격을 지닌 계쟁물에 대해서는 이 원칙을 그대로 적용할 수 있을지 모르지만, 일반적·추상적 조치의 성격을 지닌 계쟁물과 관련하여 이 원칙은 아무런 쓸모도 없다고 하겠다. 그 대표적인 사례로는 법규범에 대한 헌법소송절차를 들 수 있다. 특히 법률에 관해 합헌결정이 이루어졌을 경우 이에 대한 반복심판의 청구를 배제할 수 있는 아무런 제도적 장치도 없다는 점이 지적되지 않으면 안된다.

그러나 이러한 점은 심판청구의 인용결정이나 기각결정에서 주로 나타나는 것이고, 심판청구의 각하결정에 대해서까지 영향을 미치는 것은 아니다. 각하결정은 본안심리에 들어가지 않은 것이므로 소송요건을 갖춰 반복심판청구가 가능하다고 하겠다.

2. 羈束力の 인정여부

다음으로 검토하여야 할 사안이 법률의 합헌결정이나 헌법소원의 기각결정에 대해서는 기속력을 인정할 수 없는지의 여부이다. 헌법재판소법 제47조 제1항은 「법률의 위헌결정」으로, 같은 법 제75조 제1항은 「헌법소원의 인용결정」으로 규정하고 있다.

이에 대해 오직 법률의 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정에 대해서만 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 기속력이 인정되며, 다른 형태의 헌법재판소 결정에는 기속력이 부인된다

는 견해가 있을 수 있다. 이 견해는 위 조항을 한정적으로 해석하는 입장이라고 할 수 있다.

그에 반해 위 조항들을 예시적인 입장에서 파악하여 위 조항들은 가장 대표적이고 다른 국가기관이나 지방자치단체가 부담적으로 느낄 수 있는 결정유형을 예시한 것에 지나지 않는다는 견해가 있다. 이렇게 파악할 경우 법률의 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정은 물론이고 법률의 변형결정, 법률의 합헌결정, 헌법소원의 기각결정에 대해서도 기속력을 부여할 수 있게 된다. 법률의 합헌결정이나 헌법소원의 기각결정에 대해 기속력을 인정한다고 해서 입법권자나 법 적용자에게 다른 형태의 계쟁물의 변경을 금하는 것은 아니다. 헌법재판의 사법작용적 성격으로 인해 심판대상이 된 부분이 헌법에 위반되지 아니한다는 소극적인 판단을 제시한 것이지, 대체될 수 있는 다른 형태의 국가작용으로의 수정이나 변경을 적극적으로 금지하는 것은 아니라는 점이다.

이것이 특별한 의미를 지닐 수 있는 경우로는 주문은 합헌으로 제시되었지만, 이유에서는 한정합헌의 의견이 제시된 사례²⁸²⁾를 들 수 있다. 물론 이것은 결정주문에 대한 기속력 뿐만 아니라 결정의 중요한 이유에 대한 기속력도 인정됨을 전제로 하지 않으면 안된다.

헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 위헌심

282) 헌재 89.7.14. 선고 88헌가5·8, 89헌가44(병합)결정 - 헌판집 1, 69(89); 90.1.15. 선고 89헌가103결정 - 헌판집 2, 4(19); 93.5.13. 선고 92 헌가10, 91헌바24·50(병합)결정 - 헌판집 5의1, 226 (251) 참조.

판사건²⁸³)에서 주문에서는 「헌법재판소법(1988.8.5. 법률 제4017호) 제47조 제2항 본문은 헌법에 위반되지 아니한다」고 선언하고, 결정이유 3. 판단, 나. 본안에 대한 판단에서는 「결론적으로(헌법재판소)법 제47조 제2항 본문의 규정을 특별한 예외를 허용하는 원칙규정으로 이해 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니하며, 따라서 일률적 소급효를 인정하여야 합헌이 된다는 전제하에(헌법재판소)법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법위반이 된다는 주장은 그 이유 없다」고 판시하였다. 이 사건의 심판대상인 조항이 합헌인 이유는 특별한 예외를 허용하는 원칙규정으로 이해하여 해석하기 때문인 것이다. 그것은 달리 말하면 특별한 예외를 허용하지 않는 것으로 파악할 경우에는 위헌의 여지가 있음을 인정한 것이라고 할 수 있다. 또 헌법재판소의 그러한 해석을 다른 국가기관이나 지방자치단체가 존중하지 않으면 안됨을 요구하기 위해서는 합헌결정에 대한 기속력을 인정해야만 한다.

이상에서 볼 때, 법률의 합헌결정에 대해서도 기속력을 인정한다 해서 크게 문제될 것은 없고, 오히려 문제의 소지를 줄여주는 의미를 지닌다고 할 것이다. 만약 합헌결정에 대해 기속력을 인정할 수 없다는 태도를 취하게 되면, 그 사건에서의 결정은 전혀 무의미한 활동을 헌법재판소가 수행한 것이라는 결론에 도달하게 될 것이다.

3. 法規的 效力의 概念과 인정여부

283) 헌재 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24-50(병합)결정 - 헌판집 5의1, 226 (251)

법규적 효력은 헌법재판소의 결정 자체에 인정되는 것이지만 헌법재판소 결정에서 심판대상이 된 법률에 인정되는 것은 아니다. 견해에 따라서는 헌법재판소 결정의 법규적 효력이 아닌 헌법재판소에서 위헌결정된 법률의 법규적 효력 내지는 일반적 효력인 것으로 파악하기도 한다 그러나 이것은 타당한 것이 아니라고 본다.

독일의 경우 법규적 효력은 기본법 제94조 제2항과 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 규정되어 있고, 법규적 효력이 인정되는 결정유형에 관해서는 위헌결정으로 한정하지 않고 헌법재판소의 결정으로 규정하고 있다. 이에 따라 위헌결정뿐만 아니라 변형결정 및 합헌결정에 대해서도 그 효력이 인정됨은 논란이 없다. 물론 이러한 법규적 효력이 인정되는 결정유형은 심판대상에 따라 달리 나타난다고 보아야 할 것이다. 다시 말하면 일반적·추상적 조치로서의 법규범에 대해서만 인정되는 효력이지만, 개별적·구체적 조치로서의 국가작용이나 부작위에 대한 헌법재판소 결정에 까지 인정되는 효력은 아니다.

우리나라의 경우 「법규적 효력」이라는 명문규정은 그 어느 곳에서도 찾을 수 없다. 그러나 헌법재판소법 제47조 제2항은 「위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.」고 규정하고 있다. 여기서 위헌결정된 법률의 효력상실이라는 의미가 도출되고, 이것을 결정의 효력이라는 시각에서 파악할 때, 헌법재판소 결정은 위헌법률을 효력상실시키는 힘을 갖는다는 의미가 도출된다. 헌법재판소 결정의 법률효력상실력은 궁극적으로는 법규적 효력의 가장 핵심적인

사항에 해당한다고 하겠다.

이러한 법규적 효력은 법률에 관한 헌법재판소의 위헌결정에만 인정되는 것으로 한정해서는 안된다고 할 것이다. 법규적 효력이란 일반국민에 대한 대세적이고 일반적 효력을 의미한다고 할 때, 심판대상이 된 법규범의 합헌상태를 확인한다는 의미를 지닐 따름이지, 법규범의 개정을 제한하거나 금지하는 의미를 지닌 것은 아니다.

4. 既判力の 時的 限界와 事情變更의 法理

헌법재판소 결정은 전술한 바와 같이 기판력을 가진다. 다른 소송절차에서의 판결은 사실심변론종결시점을 기판력의 표준시로 하고 있다. 그러나 헌법재판소는 이와 같이 파악함에는 어려운 점이 없지 않다. 위헌법률의 심판과 헌법소원심판은 헌법재판소법 제30조 제2항에 따르면 서면심리가 원칙이기 때문에 그 구체적인 시점을 명확히 하기 어렵다는 문제가 등장하게 된다. 따라서 이러한 경우에 있어서는 결정시점을 표준시로 삼아야 하지 않을까 생각된다.

기판력의 시적 한계문제는 위헌결정이나 헌법불합치결정에서는 등장하지 않는다. 이미 심판대상이 된 계쟁물이 위헌이나 헌법불합치로 결정되어 효력을 상실하였거나 개선입법의 촉구가 이루어졌기 때문이다. 이것의 논의실익이 있는 경우는 바로 법률에 대해 합헌결정이 이루어진 경우라고 하겠다. 어떠한 법률에 대해 전소에서 합헌결정이 이루어졌다 할지라도 전소의 기판력이 종료하였을 경우에는 후소에서 재차 그 법률을 심판대상으로 삼아 위

헌 또는 헌법불합치로 결정을 할 수 있게 된다.

이와 같은 시적 한계의 판단기준으로는 심판기준의 변경·심판객체의 변경 및 주변사정의 변경 등을 들 수 있다. 즉 헌법이 개정되었다든가, 기존의 심판대상이 된 조항이 개정되었다든가 하는 점을 들 수 있다. 그리고 정치적, 사회적, 경제적 여건의 변화로 인해 사정변경이 명확할 경우에는 전소의 기판력은 종료한다고 할 것이다. 이 이외에도 일반적인 법적 견해의 변경도 시적 한계의 사유로 작용하기도 한다.

이상의 사유가 발생하였을 경우에는 전소의 기판력은 종료된다. 이것은 후소에서 전소의 심판대상이 되었던 계쟁물에 대해 반복심판이 가능함과 아울러 전소의 결정의견과 다른 의견이 제시 될 수 있음을 의미하는 것이라고 하겠다. 그리고 사정변경의 사유가 발생하였는지의 최종적인 판단은 헌법재판소에 의해 이루어질 수 밖에 없고, 다른 국가기관이나 심판청구인도 나름대로의 판단권을 가지지만, 그것은 최종적인 것이 아니다.

III. 合憲決定된 法律에 대한 反復提請의 허용여부

헌법재판소가 이미 합헌으로 선언한 법률에 대해 특별한 사정변경의 사유가 없음에도 불구하고, 전소의 소송당사자가 아닌 다른 자가 위헌심판을 제청하였거나 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판을 청구하였을 경우 이에 대해 어떻게 처리하여야 하며, 어떻게든 처리할 경우 그 법적 근거는 어디서 찾을 것인가가 문제된다. 이에 관해 논의를 간명하게 하기 위해 심판유형별로 나누어 검토하기로 한다.

우선 법률의 위헌심판과 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판과 관련하여 살펴보기로 하자. 여기서 의 절차가 논의되기 위해서는 당해 사건에서 소송당사자가 사건의 담당법원에 위헌심판제청신청을 하여야 할 것이다. 이 때 사건담당법원은 제청신청된 법률이 이미 합헌결정되었음을 이유로 제청신청을 각하 또는 기각하는 경우와 제청신청을 인용하여 헌법재판소에 위헌심판제청을 하는 경우로 나누어 살펴 볼 수 있다. 후자의 유형에는 사건담당법원이 제청신청이 없음에도 불구하고 직권에 의한 결정으로 제청하는 경우도 포함될 것이다.

후자의 경우에는 헌법재판소가 전소의 결정에서 합헌선언한 것은 아무런 의미도 지닐 수 없게 될 것이고, 결국 이로 인해 헌법재판소는 불필요한 심판절차를 반복하여야 한다는 문제점이 등장하게 된다. 물론 여기서 사정변경의사유가 있다면 별건이겠지만, 논의의 전제를 사정변경의 사유가 없는 것으로 하였기 때문에, 여기서도 전혀 그 의미를 찾을 수 없게 된다. 이러한 경우에 있어 전소의 결정이 합헌이라 할지라도 그에 대해 기속력을 인정한다면, 이러한 불필요한 절차의 반복을 방지할 수 있을 것이다.

전자의 경우에 있어 사건담당법원은 제청신청을 기각 또는 각하함에 있어 어떠한 이유를 제시할 수 있는가 하는 점이다. 여기서는 두가지를 고려할 수 있다. 그 하나는 헌법재판소가 제청신청된 법률에 대해 이미 합헌으로 선언하였음을 제시하는 것이고, 다른 하나는 법원이 직권에 의한 판단으로 당해 법률이 합헌이고 따라서 제청신청을 기각 또는 각하하는 것이다. 이중 앞의 것은 사건담당법원은 기각 또는 각하의 사유가 자신의 단독적인 판단에 의한 것이 아니고 헌법재판소의 결정에 의한 것임을 주지시킬

수 있음으로써 소송당사자에게 보다 더 설득력을 갖게 할 것이다. 나중 것의 경우에는 직권의 판단에 의한 결정임을 이유로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 소송당사자는 청구하게 될 것이다. 이렇게 청구된다 하더라도 헌법재판소에서는 거듭 합헌결정을 선고할 수밖에 없게 된다. 결국 이것은 불필요한 절차를 반복하는 것이 된다.

이상의 점에서 볼 때, 어떠한 법률에 대해 헌법재판소가 이미 합헌으로 결정하였다면, 사정변경의 사유가 없는 한, 사건담당법원은 헌법재판소가 전소의 결정으로 합헌선언을 하였음을 이유로 위헌심판제청신청을 각하결정을 하여야 함이 타당할 것이다. 또 이에 대해 소송당사자가 위헌심판형 헌법소원을 청구한다 할지라도 헌법재판소는 지정판매부에서 각하결정을 선고함이 바람직할 것이다. 이러한 방안은 필요한 절차의 반복을 방지하는 것이고, 법률관계의 안정에 이바지하는 것이라고 하겠다. 이것은 궁극적으로는 법률의 합헌결정에도 기속력과 법규적 효력을 인정하는 것이라고 하겠다. 여기서의 전소결정의 기속력과 법규적 효력은 사건담당법원에게 헌법재판소의 결정취지를 준수할 의무를 부과하는 것이라 하겠고, 소송당사자를 비롯한 일반국민에게도 그 법률의 상태가 합헌임을 확인한 것으로서 더 상 다툼의 대상이 되지 아니함을 선언한 의미를 지닌 것이라고 하겠다.

그리고 만약 법률의 합헌결정에 대해 기속력이나 법규적 효력을 인정하지 않는다면, 사건담당법원은 직권에 의한 독자적인 판단으로 당해 법률에 대해 재차 합헌결정을 하여 제청신청을 기각할 수 없고, 이에 대해 소송당사자는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 청구가 가능하다고 하겠다. 그러나

이것은 불필요한 절차를 반복함에 지나지 않는 것이라고 하겠다.²⁸⁴⁾
 다음, 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판의 형태로 이미 합헌결정된 법률에 대해 반복심판청구가 이루어진 경우를 상정할 수 있다. 이 경우에 헌법재판소는 지정재판부에서 이 청구를 심판청구의 이익이 없음을 이유로 각하하여야 할 것이다. 그러나 이미 합헌결정된 법률에 대해 국민이 반복심판청구를 하는 것은 합헌결정의 법규적 효력을 부인하는 것이 된다.

第 4 節 이른바 變形決定

법률에 관한 위헌여부의 결정에 있어 이른바 변형결정이라는 용어는 학문적으로 체계화된 것이 아니다. 그러나 본고에서는 법률의 합헌결정과 위헌결정 이외에 법률의 위헌여부심판에 있어 본안판단이 이루어져 선고된 결정유형 일체를 편의상 변형결정이라 칭하기로 한다. 헌법재판소가 과연 변형결정을 선고할 수 있으며, 그에 대한 법적 근거가 있는 것인지에 관해 많은 논란이 제기되었었다.²⁸⁵⁾ 그러나 본고에서는 그에 관한 논의는 생략하기로 한다. 다만 변형결정의 법적 근거가 불명확하기는 하지만, 헌법재판소가 개개의 결정을 통해 그 필요성으로 인해 흠결보충적인 법형성(Rechtsfortbildung praeter legem)²⁸⁶⁾을 수행한 것임

284) 이러한 방식을 채택한 사례로는 이탈리아를 들 수 있다. 이에 관한 상세한 내용은 Vgl. Jörg Luter, Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1. Aufl, 1990, S.133; 拙稿, 博士學位論文, 195면 이하.

285) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 48면 이하 참조.

286) 법관이 행하는 법형성 표지는 규범내재적인 법형성 (Reschtsfortbildung intra legem), 규범외부적인 법형성 (Reschtsfortbildung praeter legem) 그리고 규범상충적인 법형성 (Reschtsfortbildung contra legem) 등으로 유형화할 수 있다. 이에 관한 상세한 내용은 vgl, Hans Peter Schneider, Richterrect, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969., S. 15ff.

을 전제로 해서 살펴보기로 한다.

여기에는 한정합헌결정, 한정위헌결정, 헌법불합치결정, 잠정합헌결정, 위헌불선언결정 등이 포함될 수 있다. 그러나 합헌결정의 성격을 지닌 결정유형은 이미 논술하였으므로 여기서는 생략하기로 한다. 그럴 경우 논의대상이 된 결정유형은 한정결정이라는 이름으로 포괄할 수 있는 결정유형과 헌법불합치결정이라고 하겠다.

I. 限定決定

본고에서 사용하는 한정결정 역시 학문적으로 체계화되어 사용되는 용어가 아니다. 여기에는 한정합헌결정, 한정위헌결정, 조건부위헌결정, 적용위헌결정, 포함위헌결정 등을 포함하는 것으로 파악하기로 한다. 이들 결정유형에 대한 헌법재판소 결정의 효력은 전술한 위헌결정과 합헌결정의 효력과는 다르게 쟁점만 될 만한 요소들을 일부 지니고 있다.

따라서 본고에서는 한정결정을 간략하게 유형화하고, 그 결정의 효력에 있어서의 쟁점들을 검토하기로 한다.

1. 限定決定의 類型

1) 決定類型的 類型化

헌법재판소는 법률의 위헌여부결정과 관련하여 다양한 결정유형을 제시하고 있다. 의견상 동일한 법적 효과를 지향하는 듯하면서도 실제에 있어서는 달리 파악하지 않으면 안되는 결정례들도 없지 않다. 따라서 여기서는 서로 구분하여야 한다는 시각에서 분석적으로 유형화하기로 한다.

첫째, 限定合憲決定을 들 수 있다. 이 결정유형은 변형결정중에 가장 일반화되어 있고, 헌법재판소가 자주 활용하는 주문형식이다. 대체로 「...으로 해석되는 한 헌법에 위반되지 아니한다」는 형태로 제시되고 있다.²⁸⁷⁾ 예컨대 상속세법 제32조의2의 위헌여부에 관한 헌법소원사건²⁸⁸⁾에서는 「상속세법 제32조의2 제1항(1981.12.31. 법률 제3474호 개정)은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다」는 주문을 제시한 바 있다.

둘째, 限定違憲決定을 들 수 있다. 이 결정형식은 「...으로 해석되는 한 헌법에 위반된다」는 형태의 주문을 제시하고 있다.²⁸⁹⁾ 예컨대 정기간행물의등록등에 관한 법률 제7조 제1항의 위헌심판사건²⁹⁰⁾

287) 예컨대 현재 89.7.21.선고 89헌마38결정 - 헌판집 1, 131(133); 90.4.2.선고 89헌가113결정 - 헌판집 2, 49(52); 90.6.25.선고 90헌가11결정 - 헌판집 2, 165(168); 90.8.27.선고 89헌가118결정 - 헌판집 2, 222(225); 92.1.28.선고 89헌가8결정 - 헌판집 4, 4(8); 92.2.25.선고 89헌가 104결정 - 헌판집 4, 64(71); 92.4.14.선고 90헌바23결정 - 헌판집 4,162(164) 등 참조.

288) 현재 89.7.21.선고 89헌마38결정 - 헌판집 1, 131(133)

289) 예컨대 현재 92.6.26.선고 90헌가24결정 - 헌판집 4, 300; 93.5.13.선고 91헌바17결정 - 헌판집 5의1, 275(277)등 참조.

290) 현재 92.6.26.선고 90헌가23결정 - 헌판집 4, 300.

에서는 「정기간행물의등록등에관한법률(1987.11.28. 법률 제3979호. 개정 1991.12. 14. 법4441호) 제7조 제1항은 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 해당시설을 자기 소유여야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다」는 주문을 제시한 바 있다.

셋째, 條件附違憲決定을 들 수 있다. 이 결정형식은 「...하는 한 헌법에 위반된다」는 형태의 주문을 제시하고 있다. 예컨대 국회의원선거법 제55조의3등에 대한 헌법소원사건²⁹¹⁾에서는 「1. 국회의원선거법(1988.3.17. 법률 제4003호, 개정 1991.12.31. 법률 제4462호) 제55조의3(정당연설회)의 규정 중 ‘정당연설회에 당해 지역구후보자를 연설회원으로 포함시킨 부분’과 같은 법 제56조(소형인쇄물의 배부등)의 규정 중 ‘정당이 후보자를 추천한 지역구마다 2종의 소형인쇄물을 따로 더 배부할 수 있도록 한 부분’은 당해 지역구에서 정당이 그와 같은 정당연설회를 개최하거나 소형인쇄물을 제작 배부하는 경우에는, 무소속후보자에게도 각 그에 준하는 선거운동의 기회를 균등하게 허용하지 아니하는 한 헌법에 위반된다. 2. 청구인들의 나머지 청구를 기각한다」는 주문을 제시한 바 있다. 이러한 형태의 주문제시는 외형상 한정위헌결정과 거의 유사하다고 할 것이다.

넷째, 適用違憲決定을 들 수 있다. 이 결정유형은 외형상 한정위헌결정과 유사하지만, 일부에서는 일부위헌결정²⁹²⁾으로 파악하기도 한다. 그러나 이 결정유형은 후술하는 바와 같이 다른 한정결정유형과는 구별되어야 할 특색을 지니고 있다. 이러한 대표적

291) 헌재 92.3.13.선고 92헌마37-39(병합)결정 - 헌판집 4, 137(140).

292) 헌판집 3, 620 이하 참조.

인 사례로는 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판사건²⁹³⁾을 들 수 있다. 이 사건의 주문은 「국유재산법(1976.12.31. 법률 제2950호) 제5조 제2항을 동법의 국유재산중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다」고 제시되었다.

다섯째, 包含違憲決定을 들 수 있다. 이 결정유형은 적용위헌결정과 마찬가지로 외형상 한정위헌결정과 유사하지만, 그것과는 구별되어야 한다. 이러한 주문을 제시한 대표적인 사례로는 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건²⁹⁴⁾을 들 수 있다. 이 사건의 주문은 「민법 제764조(1958.2.22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다」고 제시하였다.

이상과 같이 한정결정을 유형화할 수 있다. 아무튼 이 결정유형을 체계화하기 위해서는 決定主文의 內容, 主文에 대한 反對解釋의 可能與否, 審判對象의 劃定, 人的物的詩的 範圍와의 關聯性 등을 종합적으로 고려하여야 할 것으로 본다.²⁹⁵⁾

2) 決定類型의 相互關係

(1) 限定合憲決定과 限定違憲決定의 關係

한정합헌결정과 한정위헌결정의 관계를 어떻게 정립되어야 할 것인가가 문제된다.

293) 헌재 91.5.13.선고 89헌가97결정 - 헌판집 3, 202(203) 참조.

294) 헌재 91.4.1.선고 89헌마160결정 - 3, 149(150).

295) 拙稿, 博士學位論文, 48면 참조.

우선, 양자 모두 反對解釋이 허용된다고 하는 점이다. 이에 관해서는 헌법재판소 결정의 보충의견에서도 거듭 확인되고 있다.²⁹⁶⁾ 즉, 限定的 合憲解釋은 법률의 해석가능성을 기준으로 하고, 限定的 違憲宣言方法은 법률의 適用範圍를 기준으로 하는 점에서 이론적으로는 서로 차이점이 있다. 이러한 두 가지 기준은 일반적으로는 서로 표리관계에 있음에 따라 실제적으로는 차이가 있다 할 수 없다. 合憲的인 限定縮小解釋은 違憲的인 해석가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제하고, 適用範圍의 축소에 의한 限定的 違憲宣言은 違憲的인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 따름이다. 그렇지만 다같이 본질적으로는 일종의 部分的 違憲宣言이며 실제적인 면에서 그 효과를 달리하는 것은 아니다. 다만, 양자는 법문의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 법문의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판 사건에서의 실무적인 적

296) 헌재 89.7.21.선고 89헌마38결정 - 헌관집 1, 131(146 이하); 92.2.25.선고 89헌가 104결정 - 헌관집 4, 64(111 이하)에서의 曹圭光재판관의 보충의견 참조. 「... 전체사건의 사실관계에 대하여 적용하게 될 法律의 合憲性與否가 헌법재판소의 심사대상이 되었을 경우, 전체사건과의 상관관계하에서 법률의 문언, 의미, 목적을 살펴 한편으로 보면 合憲이고 다른 한편으로 보면 違憲으로 판단될 수 있는 등 多義的인 解釋可能性이 생길 때, 헌법재판소는 일반적인 해석작용이 요인되는 범위내에서 중국적으로 어느 해석가능성이 가장 헌법에 합치되는가를 가려 限定縮小的 해석을 통하여 합헌적인 일정한 범위내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위내에 있어서는 合憲이라고 말할 수 있고(따라서 그 이외의 해석가능성은 위헌임을 지시), 또 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소 해석의 타당영역 밖에 있는 사안례까지 法律의 適用範圍를 넓히는 것은 違憲이라는 취질 법률의 문언자체는 그대로 둔 채 한정조항을 붙여 限定的 違憲의 宣言을 할 수도 있다.」

의성 등에 따라 그 중 한가지 방법을 선호할 수 있을 따름이다.²⁹⁷⁾ 따라서 限定合憲決定이나 限定違憲決定의 경우에 있어서는 주문에 제시된 係爭物에 대한 反對解釋을 허용하는 것이라고 하겠다.

다음, 한정합헌결정이나 한정위헌결정을 선고함에 있어 위헌심판의 원인을 제공한 당해사건에서 구체적으로 어떻게 적용되는가와 반드시 관련되는 것은 아니라는 점이다. 예컨대 정기간행물의 등록등에관한법률 제7조1항의 위헌심판사건²⁹⁸⁾에서 헌법재판소는 한정위헌결정을 선고한 바 있다. 그러한 결정주문을 선택한 취지는 하위법령인 정기간행물의 등록등에관한법률시행령 제6조 제3호에 규정되어 있는 자기소유의 시설일 것을 요구한 법적 근거를 박탈하기 위한 것이라고 보여진다. 그러나 그렇다고 해서 반드시 그러한 형태로 주문이 제시되어야 하는 것은 아니다.

이상의 점에서 볼 때, 限定合憲決定과 限定違憲決定의 구별방법은 審判對象이 된 法規範의 違憲濃度에서 찾을 수 밖에 없을 것이다.²⁹⁹⁾

(2) 合憲的 法律解釋과 限定合憲決定의 關係

통상 우리나라에서는 한정합헌결과와 합헌적 법률해석(verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen)을 구별하지 않고 사용하는 듯하다.

297) 헌대 92.2.25.선고 89헌가 104결정에서의 曹圭光재판관의 보충의견 - 헌판집 4, 64(112) 참조.

298) 헌재 92.6.26.선고 90헌가23결정 - 헌판집 4, 300.

299) 裴俊相, 憲法裁判所와 立法權者, 法學論叢(漢陽大 法學研究所) 제9집, 1992.10., 46면 참조.

그러나 이에 대해서도 구별하여야 하지 않을까 생각된다. 전자에 관해서는 이미 살펴보았으므로 생략하기로 하고, 후자에 대해서만 검토하기로 한다.

후자의 사례로는 대표적인 두가지를 제시하기로 한다. 우선, 정기간행물의등록등에관한법률 제7조제1항의 위헌심판사건³⁰⁰⁾을 들 수 있다. 이 사건에서는 등록제와 등록시설을 자기시설일 것을 요구하는 것의 위헌여부가 쟁점이 되었었다. 헌법재판소는 등록제와 관련하여 「외형적인 물적 시설을 갖추어 등록하게 하고 그에 위반하는 때에 규제를 하는 것이어서 이는 주무관청의 기본업무인 행정상의 절차와 처벌에 불과한 것이지 헌법상 보장된 언론의 자유와 보도의 내용을 간섭하거나 허가하기 위한 지침을 제시하거나 이를 요구하는 것이 아니며 단순히 정기간행물의 등록을 위하여 행정업무상 필요한 사항을 등록하게 하고 이를 규제하기 위하여 벌칙을 설정하고 있는 법률을 집행 시행하고 있는데 불과한 것」이라고 한다. 이것은 등록제가 허가제나 검열제와는 명백히 구별되고 또 그것이 다른 형태의 제도로 악용될 수 없도록 한정된 것으로 보아야 할 것이다.

다음으로는 정기간행물의등록등에관한법률 제10조 제1항의 위헌심판사건³⁰¹⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 납본제도가 사전제한적인 의미로 이용될 수 있는 여지를 차단하고 있다. 즉 「다만 공보처가 위 법률을 집행함에 있어서 실질적으로는 사전검열의 효과를 초래하는 정도로 위 법률규정을 악용한다면 이는 위헌적인 공권력 행사가 될 것이다. 즉 정간물을 발행“즉시”

300) 헌재 92.6.26.선고 90헌가23결정 - 헌판집 4, 300(309 이하).

301) 헌재 92.6.26.선고 헌바26결정 - 헌판집 4, 362(371).

납본하도록 한 위 법률규정에 있어서 발행“즉시”라는 의미는 발행의 “이전에” 또는 “동시에”라는 의미가 아니라 발행의 “후에 지체없이” 라는 의미이므로 공보처가 이를 배포 “이전에” 또는 배포와 “동시에” 납본을 강제한다거나, 정간법 시행령 제10조의… 규정을 악용하여 납본필증의 교부를 지연시키거나, 나아가 납본필증없이 배포하였다는 이유로 그에 대한 제재를 가한다면 이는 사전검열에 해당되는 조치로서 위헌적인 공권력 행사가 된다」 고 하였다. 이것은 납본제도의 취지를 소개하면서 합헌적으로 해석한 것으로 볼 수 있다. 만약 공권력이 이러한 규정취지에 벗어나게 납본제도를 활용함은 헌법에 위반되는 것이라는 반대해석이 가능하게 된다.

그러면 과연 한정합헌결정과 법률의 합헌적 해석은 어떠한 관련성이 있는지를 검토하기로 한다.

우선, 한정합헌결정의 경우에는 주문에서 명확히 합헌적인 해석을 하고 있고, 그 해석기준을 제시하고 있다는 점이다. 그러나 합헌적 법률해석의 경우에는 그것이 주문에서는 단지 합헌으로 제시될 뿐만 아니라 이유에서도 특정된 방법으로 해석되어야 할 것임을 제시하고 있다.

둘째, 양자 모두 반대해석이 가능함을 전제로 하고 있다는 점이다. 다만 그 정도와 가능성에 있어 차이가 나타날 따름이다.

결국 한정합헌결정이나 한정위헌결정과 합헌적 법률해석의 차이점은 그 결정취지가 주문으로 도출되었는가 하는 점, 후자의 경우 그 조항은 합헌이라는 점 등에서 차이점을 인정할 수 있을 것이다. 따라서 그 구분은 마찬가지로 위헌농도에서 찾아야 할 것이다.

(3) 限定合憲決定과 「主文-合憲, 理由-限定合憲」 決定의 關係

헌법재판소는 주문에서는 단순히 합헌임을 해석하고, 이유에서는 합헌인 사유로서 명백히 한정합헌적인 축소해석 또는 변형해석을 제시하는 사례가 종종 행해지고 있다.

그 대표적인 사례로는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 위헌심판사건³⁰²⁾을 들 수 있다. 이 사건의 결정주문은 「헌법재판소법(1988.8.5. 법률 제4017호) 제47조 제2항 본문은 헌법에 위반되지 아니한다」고 제시하였지만, 결정이유 3.나.(5)에서는 「결론적으로 (헌법재판소)법 제47조 제2항 본문의 규정을 특별한 예외를 허용하는 원칙규정으로 이해 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니」한다고 하였다.

이러한 형태의 결정유형은 전술한 합헌적 법률해석과도 다른 것으로 파악하여야 할 것으로 본다. 합헌적 법률해석은 종래의 법률해석에 있어 특정해석방법에 문제가 있음을 인정하고 그것을 적극적으로 배제하지만, 법문에 아무런 수정도 가하지 않는다. 대체로 이것은 결정이유에서 「... 하므로 헌법에 위반되지 아니한다」는 형태로 제시된다고 할 것이다. 그러나 여기서 검토하는 「주문은 합헌, 이유는 한정합헌」 형태의 결정유형은 주문을 합헌적 법률해석과 동일하게 합헌으로 제시되지만, 이유에서는 한정적인 축소해석이나 변형해석을 하고 있다는 점이다. 즉 일정한 제한적인 의미를 부과하는 「...로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다」는 형태로 제시되고 있다는 점이다. 이상과 같이 양자

302) 헌재 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바24 50(병합)결정 - 헌관집 5의1, 226(251).

는 그 구별이 용이하지 않지만, 미묘한 차이가 있다고 하겠다.

그러나 문제는 결정이유에서는 명백히 한정합헌적인 변형해석을 하였음에도 불구하고 결정주문에는 단순히 합헌으로 제시하고 있을 때, 이러한 결정에 어떠한 효력을 인정할 수 없으며, 결정주문에 명백히 한정합헌을 제시하는 경우와 어떻게 구별지을 수 있는가 하는 점이다. 특히 주문에 한정합헌을 제시하는 경우에 있어서 조차도 그러한 결정에 어떠한 효력을 인정할 것인가에 관해 많은 논란이 제기되고 있는데, 「주문에는 합헌, 이유에서는 한정합헌」을 제시하는 결정은 더욱더 논란이 제기된다고 할 것이다.

이것은 결국 어떠한 이론적인 견해를 취할 것인가에 따라 그 결정의 효력이 좌우되는 것이고, 좌우되는 정도가 헌법적용의 현실에 미치는 파장이 대단히 크다는 점에서 볼 때, 이러한 결정유형의 선택은 바람직한 것으로 평가하기는 힘들 것이다.

(4) 限定違憲決定과 條件附違憲決定의 關係

조건부위헌결정³⁰³⁾은 한정합헌결정이나 한정위헌결정과 마찬가지로 反對解釋을 허용하고 있다. 그러나 限定合憲이나 限定違憲의 경우에는 審判對象인 條項의 의미를 制限하는 형태의 결정인데 반해, 條件附違憲의 경우에는 조항의 의미를 一部 補充하는 형태로 이루어지는 결정이라고 하겠다. 즉 전자의 경우에는 법문의 내용에 일정한 해석기준을 제시하고 그 기준내에서 해석하면 합헌이고 그 기준을 벗어나면 위헌임을 의미한다. 그러나 후자의

303) 현재 92.3.13.선고 92헌마37-39(병합)결정 - 헌판집 4,137 참조.

경우에는 전자와 마찬가지로 일정한 해석기준을 제시하기는 하지만, 법문의 내용에 그 기준을 설정한 것이 아니고 법문의 내용을 벗어나서 기준을 설정하였다는 점에 특색이 있다. 다시 말하면 심판대상이 된 법문의 의미를 제한하거나 축소하는 것이 아니고, 법문의 의미를 확장하거나 오히려 보완하는 형태의 기준제시가 이루어진 것이라고 하겠다.

이러한 조건부위헌결정을 선고하는 것은 합헌적 법률해석의 기능적 한계를 유일하였다는 점에서 헌법재판소가 실질적인 입법권자로서 기능하는 것이라는 비판³⁰⁴⁾이 가해지고 있다.

실제로 헌법재판소는 이 결정유형에서 입법권자의 입법형성권에 의해 정립된 법적 효과영역을 결정에 의해 사실상 변경 또는 수정하였다. 이러한 점에서 헌법재판소는 규범상충적인 법형성기능³⁰⁵⁾을 수행한 것이라고 하겠다. 즉 이 결정에서는 헌법재판소가 위헌결정을 선고하면서 무소속 입후보자에게 정당연설회에 준한 선거운동의 기회와 2종의 소형인쇄물 제작허용이라는 補完立法을 수행한 효과가 나타난 것이다. 물론 이 사건에서 대체되는 다른 결정유형의 선택가능성이 제약되어 있음에 따라 선택된 유형이라고 하는 현실적인 한계가 있었음을 인정할 수는 있다. 그러나 이러한 기능을 수행하는 형태의 결정유형을 헌법재판소는 가능한한 자제하여야 할 것이다.

304) 許營, 合憲的 法律解釋의 理論과 實際, 金道稔博士古 稀記念論 文集, 韓國公法의 理論, 1993, 130면.

305) Vgl, Schneider, Richterrecht, S.15.f.

(5) 包含違憲決定이나 適用違憲決定과 限定決定의 關係

견해에 따라서는 이른바 포함위헌이나 적용위헌결정과 한정위헌결정을 구분하지 않는 듯한 태도를 취하기도 한다. 그러나 限定合憲과 限定違憲의 경우에는 係爭物인 법률조항이 다양하게 해석될 수 있지만 특정한 범위내에서의 해석은 헌법에 위반되지 않는다거나 위반된다는 것이다. 이 경우에 있어서는 反對解釋이 가능하다고 할 것이다. 예컨대 限定合憲決定이 선고되었을 경우 한정된 해석의 범위를 벗어나서 해석하여 적용하는 것은 위헌이라는 것이다.

그러나 적용위헌이나 포함위헌의 경우에는 심판대상을 축소하여 심판한 것에 지나지 않기 때문에 전술한 한정합헌이나 한정위헌결정과 구분되어야 한다.

헌법재판소의 결정은 심판대상에 대해서만 그 효력을 발생하게 된다. 심판대상이 되지 아니한 부분에 대해서까지 그 효력이 나타남을 주장하는 것은 결정의 효력을 지나치게 확장하는 것이고, 경우에 따라서는 국민의 위헌법률심판청구권이나 헌법소원심판청구권을 침해할 수도 있음을 간과해서는 안 될 것이다.

그렇지만, 여기서 헌법재판소가 심판대상을 직권으로 축소하거나 또는 확장할 수 있음을 부인하는 것은 아니다. 그것이 필요할 경우에는 전술한 바와 같이 가능하다고 할 것이다. 그러나 심판대상이 된 것에 대해서만 헌법재판소 결정의 효력이 미치는 것임은 명확하다 할 것이고, 직권에 의한 심판대상의 변경여부(확장 또는 축소)와 심판대상에 대한 결정의 효력문제는 서로 구분되어야 한다.

2. 節次法的 效力

여기서 검토하는 한정결정의 절차법적 효력은 대체로 위헌결정의 그것과 유사하다고 할 것이다. 따라서 여기서는 한정결정에서 제기되는 특수한 절차법적 효력 문제에 대해서만 간략하게 살펴보기로 한다.

1) 羈束力과 法規的 效力의 인정여부에 관한 논란

法律的 한정합헌결정을 비롯한 변형결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 국가기관이나 지방자치단체를 기속하는 기속력과 같은 조 제2항에 규정된 법규적 효력을 가지는가 하는 점을 검토하여야 한다. 이 문제는 대단히 중요한 의미를 지니고 있다. 이것은 헌법재판소가 수차례 법률에 관해 한정합헌결정을 비롯한 변형결정을 선고한 바 있는데, 그러한 결정유형에 대해 이러한 효력이 인정되지 않는다면, 헌법재판소는 아무런 쓸모없는 결정을 선고한 것에 지나지 않기 때문이다.

이에 관해서는 논리적으로 몇가지로 유형화할 수 있다. 첫째로는 한정합헌결정에 대해서는 기속력이나 법규적 효력을 인정할 수 없다는 견해³⁰⁶⁾이다. 둘째로는 헌법재판소법 제47조 제1항의 규정취지를 살려 위헌해석된 부분에 대해서만 그러한 효력을 인정할 수 있다는 견해³⁰⁷⁾이다. 셋째로는 같은 법 제45조 본문은 법률이 위헌인지의 여부만을 심판하도록 규정하고 있음에 따라

306) 張潤基, 司法行政 1993.6., 57면 주46 참조.

307) 이 견해는 헌법재판소법 제47조 제1항은 결정의 종류로서 위헌결정에만 국가기관에 대한 기속력을 인정한 것이 아니고, 어떠한 종류의 결정이든, 그 결정에 포함된 違憲性의 確認은 羈束力을 갖는다는 해석이 가능할 것이라고 한다. 全光錫, 憲法裁判研究 제2권, 180면.

변형결정은 원칙적으로 불가능하고, 주문에 있어 헌법에 위반된다는 표현이 있을 경우에만 기속력을 갖는다는 견해이다.³⁰⁸⁾ 그리고 넷째로는 한정합헌결정도 당연히 기속력과 법규적 효력이 인정된다는 견해이다.

첫번째 견해에 따르면, 헌법재판소는 전혀 무의미한 결정을 선고한 것이 된다. 한정합헌결정이 국가기관이나 지방자치단체에 대해 아무런 효력도 발생할 수 없는 결정이라고 한다면, 이제까지 헌법재판소는 불필요한 기능을 수행한 결과가 될 것이다. 이 견해는 해당조항을 지나치게 엄격하게 해석한 것이라고 하겠다.

두번째 견해에 따르면, 위헌해석부분에 대해서는 기속력이 인정되지만, 합헌해석부분에 대해서는 기속력이 부인된다는 것이다. 이 견해는 限定合憲決定의 羈束力을 인정하기 위한 논거로서 「限定合憲은 合憲과 違憲의 中間領域에 있」음³⁰⁹⁾을 들고, 위헌인 부분에 한해서는 제47조 제1항에 따라 羈束力이 발생한다고 한다.

308) 헌재 90.6.25.선고 90헌가11결정에서 卞禎洙재판관의 반대의견 - 헌판집 2, 165 (173); 91.3.11.선고 91헌마21결정에서 曹圭光재판관의 보충의견과 卞禎洙재판관의 전 부위헌의견 - 헌판집 4, 64(113,102) 참조. 특히 卞禎洙재판관은 89헌가104결정 - 헌판집 4, 64(102)에서 「주문'에 언급된 바는' ... 본질적으로 合憲決定에 지나지 않는 이상 그 자체가 憲法 기타 國家機關 및 地方自治團體에 대한 羈束力이 없...다(물론 법원이나 수사기관이 결정주문을 존중하여 그에 따라주면 다행한 일이다).」라고 지적하고 있다.

309) 헌재 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91(115)

그러나 이 경우 합헌인 부분은 羈束力을 발생하지 않게 된다. 그러나 동일조항을 해석함에 있어 어느 부분에는 羈束力을 인정하고 어느 부분은 부인함은 지나친 형식논리라 할 것이다.

세 번째 견해에 따르면, 「限定合憲決定에는 기속력이 없고 따라서 헌법재판소가 주문과 같은 형식의 限定合憲을 하더라도 이는 합헌결정을 하면서 그 理由를 主文에다 기재하고 법원이나 검찰 기타 국가기관으로 하여금 위헌제청된 당해 법률조항을 그와 같이 엄격하게 해석 적용하여 달라는 憲法裁判所의 希望 내지 勸告를 표시하는 것에 불과하...다」고 한다.³¹⁰⁾ 그러나 변형결정의 부인근거로 제시하는 헌법재판소법 제45조 본문의 규정은 심판대상에 관한 규정이지, 위헌이면 위헌, 합헌이면 합헌만을 선고하도록 규정한 조항은 아니라고 할 것이다.³¹¹⁾ 이러한 점에서 네번째 견해가 타당하지 않을까 한다. 그러한 해석이 가능한 근거는 다음과 같다. 첫째, 당해 규정을 한정적으로 해석하지 않고 예시적으로 해석한다는 점이다. 둘째, 이 문제는 보다 근본적으로는 변형결정의 법적 근거가 없다는 것과 직결되는 것인데, 이에 대해서는 헌법재판소가 그 필요성으로 인해 규범외부적인 법형성기능을 수행한 것으로 파악할 수 있다는 점이다. 그러면 왜 이러한 해석을 하지 않으면 안되는가 하는 점을 검토하기로 한다. 첫째, 법률의 위헌심판절차를 진행함에 있어 헌법

310) 헌재 90.1.15.선고 89헌가103결정 - 헌판집 2,4(45); 90.6.25.선고 90헌가11결정 - 헌판집 2, 165(175); 90.8.27.선고 89헌가118결정 - 헌판집 2, 222(241) 등에서의 卞禎洙재판관의 반대의견.

311) 拙稿, 博士學位論文, 94면 이하 참조.

재판소로 하여금 위헌 또는 합헌이라는 택일적인 방법을 선택하도록 하였을 경우에는 다양한 법규범의 존재상태와 그 적용실태에 적절하게 대응할 수 없음에 따라 위헌판단을 근본적으로 회피하는 현상이 초래될 수도 있게 된다는 점이다. 둘째, 위의 필요성에서 변형결정을 선택하였다 하더라도 이에 대해 아무런 효력도 인정하지 않는다면, 차라리 변형결정을 선고해서는 안될 것이다. 셋째, 만약 한정합헌결정에 대해 기속력을 부인한다면, 當該事件에 대해서는 既判力에 의해 해결 할 수도 있을 것이다. 그렇지만 提請法院이 헌법재판소의 결정과 다르게 적용할 경우 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 法院의 裁判은 헌법소원의 審査對象에서 제외되므로 이를 통제할 수 없게 된다.³¹²⁾ 넷째, 限定合憲決定에서 합헌으로 판단된 부분에 대한 반복적인 提請申請이나 제청이 가능하게 된다는 점이다.

만약 한정합헌결정에 대해 기속력이나 법규적 효력을 부인하려 한다면, 다른 법적인 절차를 마련하지 않으면 안될 것이다. 고려할 수 있는 방법은 다음과 같다. 첫째로는 당해사건³¹³⁾에 대해서는 기판력을 인정하지 않으면 안된다는 점이다. 이것조차 부인한

312) 同旨; 李石淵, 憲法論叢 제1집, 384면 참조.

313) 헌법재판소는 당해사건의 관념을 「법원의 제청 헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌신청을 한 경우의 당해사건」(헌재 93.5.13.선고 92헌가 10, 91헌바24-50(병합)결정 - 헌판집 5의1, 226(250 이하)으로 규정하였고, 대법원은 「위헌신청을 한 경우의 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해사건」(대법 93.1.15.선고 92다12377판결 - 법공 제939호 93.3.1.자, 608면)으로 규정하였다.

다면, 헌법재판소는 자문기관으로 전락하고 말 것이다. 둘째, 變形決定에 羈束力과 法規的 效力을 인정하지 않으려 한다면, 이들 決定類型이 대해서는 이탈리아의 경우³¹⁴⁾와 같이 일반법원은 이미 합헌이나 한정합헌으로 결정되었던 법률에 대해 거듭 위헌제청신청이 있을 때에는 언제나 違憲審判의 提請을 認容하여야 할 것이다. 그리고 법원이 제청신청을 棄却할 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 憲法訴願의 審判請求가 허용되어야 한다. 그렇지 않으면 국민들에게 보장된 헌법재판청구권을 사실상 침해하는 것이 될 것이다.

2) 重要な 決定理由에 羈束力을 인정할 當爲的必要性

헌법재판소는 법률의 위헌여부 결정을 선고함에 있어 주문을 대체로 간략하게 제시하곤 한다. 이러한 점은 한정합헌결정을 선고할 때에도 마찬가지이다. 헌법재판소가 주문을 제시함에 있어 해석기준을 명시하기는 한다. 그렇지만 불확정개념을 사용하는 경우가 많음에 따라 결정이유를 검토하지 않으면 결정취지를 명확히 파악하기 어려운 때가 적지 않다.

중요한 결정이유에 대해 기속력을 인정하여야 한다는 견해가 제시된 요인은 법 적용자와 관련해서이다. 법 적용자는 헌법재판소가 어떠한 결정을 선고하였을 때, 그러한 결론을 도달하게 된 과정에 대해 정확한 파악이 없이는 결정취지를 명확히 이해하여 적용하기 어렵게 된다. 이러한 점은 한정결정에 있어서는 더욱더 따라서 이러한 점에서 한정합헌결정에 있어서도 중요한 이유의 기속력을 인정할 필요성은 대단히

314) 拙稿, 博士學位論文, 195면 이하 참조.

크다고 하겠다. 중요한 결정이유가 구체적으로 무엇인가에 관해서는 대체로 헌법 해석인 것으로 이해하는 듯하다. 한정합헌결정에 있어서는 특정한 해석기준을 정하고 그 범위내에서 합헌이거나 위헌으로 판단되는 것이므로, 구체적인 해석기준의 정확한 파악은 법적용자가 법적용과정에서 헌법재판소의 결정취지를 충실히 적용하는 당연한 전제를 이룬다고 하겠다.

따라서 이러한 점에서 한정합헌결정에 있어서도 중요한 이유의 기속력을 인정할 필요성은 대단히 크다고 할 것이다.

3. 限定決定의 法的 效果

한정결정은 위헌결정과 합헌결정의 중간영역에서 행해지는 것으로 위헌해석과 합헌해석이 하나의 기준으로 구분지어 놓은 결정유형이라고 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 합헌해석부분은 합헌결정의 법적 효과가, 위헌해석부분은 위헌결정의 법적 효과가 발생한다고 할 것이다.

이러한 점에서 이 결정유형의 법적 효과는 별도로 논할 실익은 상대적으로 적다고 할 것이다. 따라서 여기서는 한정결정이 지닌 특수한 법적 효과로서 논의의 실익이 있는 부분에 대해서만 논술하기로 한다.

1) 違憲解釋部分에 根據한 處分

한정합헌이나 한정위헌결정에 있어 위헌으로 해석된 부분에 근거한 행정처분의 효력은 어떻게 처리하여야 할 것인가가 문제될

수 있다. 이에 관해서는 행정처분의 근거법률이 위헌으로 결정된 경우와 동일한 시각에서 파악하면 될 것으로 보여진다.

예컨대 상속법 제32조의2의 위헌여부에 관한 헌법소원사건³¹⁵⁾에서 헌법재판소는 「상속세법 제32조의2 제1항(1981.12.31. 법률 제3474호 개정은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다」는 주문을 제시한 바 있다. 만약 헌법재판소의 이러한 결정시점 이전에 심판대상인 조항에 근거하여 행정청이 증여의제를 전제로 증여세 등을 부과하였고, 그러한 명의신탁이 조세회피의 목적이 없이 이루어진 것임에도 불구하고, 그러한 과세처분이 이루어진 것이라면, 이러한 경우에 있어서는 당해 법률조항에 대해 위헌결정이 이루어진 것과 동일하게 파악하여야 한다. 즉 위헌법률에 기한 행정처분의 효력과 동일한 시각에서 접근하여야 할 것이다. 그러나 만약 조세를 회피할 목적으로 명의신탁이 이루어졌고, 이에 대해 증여세 등을 부과하였다면, 이러한 과세처분은 합헌해석된 부분에 근거한 것이므로, 권리구제의 대상에 포함되지 아니한다고 할 것이다. 그리고 위헌해석부분에 근거한 과세처분에 따라 이미 납세가 이루어졌고, 과세처분에 대해 불가쟁력이 발생하였다면, 이 경우에 있어 성실납세자들은 사후적으로 근거법률이 위헌해석되었다고 해서 부당이득반환청구권을 행사할 수 있는 것은 아니다. 또한 위헌해석된 부분에 근거한 과세처분이 존속중이거나 집행중에 있다면 그 경우에 있어서는 위헌결정된 경우와 마찬가지로 당연히 그 절

315) 헌재 89.7.21.선고 89헌마38결정 - 헌판집 1, 131(133) 참조.

차는 중지된다고 하겠다.³¹⁶⁾

그리고 적용위헌결정이나 포함위헌결정의 법적 효과는 한정합헌결정이나 한정위헌결정의 그것과는 다르게 파악하지 않으면 안된다. 이러한 결정유형의 법적 효과는 오히려 위헌결정의 그것과 동일한 것으로 파악하여야 할 것으로 본다. 그리고 심판대상에서 제외된 부분은 위헌여부 결정의 법적 효과가 전혀 발생하지 않는다고 하겠다.

2) 刑罰法規의 限定合憲決定

刑罰法規에 대해 이른바 限定決定³¹⁷⁾, 그 중에서도 특히 限定合憲決定이 선고된 경우가 문제된다. 실제로 우리 헌법재판소는 實體的 刑罰法規에 대해 많은 경우 限定合憲決定을 선고한 바 있다. 그런데 限定合憲決定이 선고되었을 경우 限定合憲決定된 법률에 근거한 有罪의 確定判決에 대해서도 再審請求를 허용할 수 있을 것인지가 문제된다.

이와 관련하여 독일에서는 많은 문제가 제기된 적이 있었다. 즉 형사법원에서는 합헌적 법률해석에 있어 위헌해석된 부분에 근거한 형사판결의 재심을 부인하려는 태도를 취하였었다. 이러한 현상에 주목하여 연방회의는 연방헌법재판소법 제 4차 개정법률을 제정함에 있어 종래 개정안으로 제시되었던 위헌결정의 소급효를

316) 이상과 관련한 상세한 내용은 전술한 「違憲法律에 기한 處分の 效力問題」 참조.

317) 여기에는 限定合憲決定, 限定違憲決定 및 合憲的 法律解釋 등이 포함될 수 있을 것이다.

폭넓게 인정한 것이 아니고, 오히려 합헌적 법률해석에 근거한 형사판결에 대해 재심에 관해서 동법 제79조 제1항에 신설하였다.³¹⁸⁾ 여기서 주목하여야 할 것은 형벌법규에 대해 한정합헌결정이 이루어졌다면, 그 결정취지에 따라 형사법원은 재심을 허용하거나 관련절차를 진행하여야 함에도 불구하고, 이를 수행하지 않은 형사법원의 태도를 교정하고자 선언적으로 그러한 내용을 수록한 것이라고 하겠다. 다시 말하면 종래 위헌해석된 부분에 근거한 유죄의 확정판결에 대해 재심을 허용치 않는 태도가 바람직치 못한 것임을 확인한 것이다. 따라서 우리의 운영실체에 있어서도 독일의 사례와 동일한 문제가 제기되고 있는데, 이것은 결코 바람직한 것이 아니라고 하겠다.

형벌법규에 대해 한정합헌결정이 선고되었을 경우 위헌해석된 부분에 대한 유죄의 확정판결에 대해 재심을 허용하여야 하는가? 이것은 限定合憲決定의 羈束力과 法規的 效力의 인정여부³¹⁹⁾와 밀접한 연관성을 지니고 있다. 이 양자의 효력을 부인하는 견해에 따른다면 再審請求는 논의의 여지가 없을 것이다. 그러나 전술한 바와 같이 限定合憲決定에 대해서도 羈束力과 法規的 效力은 당연히 인정된다고 할 것이다. 그렇다고 한다면 再審請求는 당연히 허용되어야 할 것이다. 그런데 우리 헌법재판소는 合憲의 法律解釋이 일부무효와 개념상 명백히 구분될 수 있음에도 違憲決定의 遡及效를 피하려는 숨은 의도에서 전용하는 경향이 있다.³²⁰⁾

그리고 再審擔當法院이 限定合憲으로 결정된 법률에 근거한 有

318) Vgl. BT-Drucksache VI/147. S.6.; Ipsen, Rechtsfolgen, S.90.

319) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文集, 82면 이하 참조.

320) 同旨: 黃祐呂, 金哲洙教授華甲論文集, 329면.

罪의 確定判決에 대해 再審請求가 있을 때, 이러한 再審請求에 대해 請求棄却決定이나 再審棄却決定을 선고하였을 경우에도 문제가 된다. 이에 대한 헌법재판소에 의한 통제방안은 현실적으로 아무 것도 없다. 즉 法院의 裁判이 헌법소원의 審判對象이 되는 것도 아니고, 또 독일 연방헌법재판소법 제79조 제1항처럼 이에 관한 명문의 규정이 있는 것도 아니기 때문이다. 이러한 점은 중대한 입법의 불비라고 하지 않을 수 없다.

限定合憲決定등이 선고되었을 경우 재심에서는 절차적 재판 뿐만 아니라 실질적 재판이 필요로 하게 된다. 이러한 경우에 있어 위헌인 해석에 의거해서 형벌이 부과되었다면 재심청구는 인용이 되겠지만, 합헌인 해석에 의거한 것이라면 재심청구는 기각되고 말 것이기 때문이다.

그리고 한정합헌결정된 형벌법규에 근거한 형사처벌절차가 진행중일 경우에는 법원이나 검찰은 그 절차가 위헌해석된 부분에 근거해서 이루어진 것이라면, 형벌법규에 대해 위헌결정된 경우와 동일하게 접근하여야 할 것이다.³²¹⁾

II. 憲法不合致決定

우리 헌법재판소는 95.12.1. 현재 총 다섯 차례³²²⁾의 헌법불합치결정을 선고하였다. 이 결정유형에 대해서는 전술한 한정결정

321) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 267면 이하 참조.

322) 현재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199; 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91; 93.3.11.선고 88헌마5결정 - 헌판집 5의1, 59; 94.7.29.선고 92헌바49-52(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64; 95.9.28.선고 92헌가11, 93헌가8-9-10(병합)결정 - 관보 95.11.1.자, 25면 이하.

과 마찬가지로 법적 근거가 없음에도 불구하고, 위헌결정을 회피하기 위한 수단으로 활용한다는 비판이 가해지고 있다. 그러나 위헌심판의 대상이 된 법률이 존재형태와 작용형태가 다양한 만큼 그에 대응하여 헌법재판소가 선택할 수 있는 결정유형이 다양해질 필요성이 있다는 점을 중시하여야 할 것이다. 그러면 여기서는 우리의 결정실제와 관련하여 제기될 수 있는 쟁점들에 대해 검토하기로 한다.

1. 違憲不合致決定의 概念과 宣告領域

1) 概念

헌법불합치결정이라 함은, 비록 심판대상인 법률에 違憲性이 내재하여 있다 할지라도, 단순히 위헌결정을 선고하여 당해법률의 一般的인 適用排除라는 법적 효과를 추구할 경우에 야기되는 각종 문제점을 해소하기 위하여, 違憲決定의 法的效果에 일정한 制約³²³⁾을 가하는 주문유형을 의미한다.³²⁴⁾ 헌법불합치선언된 법률은 위헌선언된 법률이 아니다. 위헌법률은 처음부터 당연무효라고 하는 當然無效說의 입장에서 볼 때, 법률에 관한 위헌확인

323) 이와 같이 이해하지 않고, 헌법불합치결정을 「법률의 위헌성을 인정하면서도 立法者의 立法形成의 自由를 尊重하고 法の 空白과 混亂을 피하기 위하여 일정기간 당해法律이 暫定的인 繼續效를 가지는 것을 인정하는 결정형식」으로 이해하는 견해로는 李東洽, 土地超過利得稅法에 대한 憲法不合致決定에 관한 憲法訴訟法的 考察, 韓國公法學會, 제46회 學術發表會(財産權保護의 理論과 實際, 1994.9.24.) 發表資料, 23면 참조.
324) 拙稿, 博士學位論文, 292면.

은 처음부터 당연무효라는 법적 효과가 발생하게 되기 때문에, 이러한 효과를 제약할 목적으로 행해지는 것이 바로 헌법불합치 결정이다.

헌법재판소가 법률에 관해 헌법불합치로 결정하였다 할지라도, 그것은 당해 법률을 위헌으로 결정한 것이 아니다. 단지 그 법률에 위헌성이 내재해 있음을 확인하고 그 위헌성을 입법권자로 하여금 개선토록 조치하는 것이다. 불합치선언된 법률의 법적 성격은 위헌이지만 유효한 법률도 아니고, 처음부터 당연무효인 법률도 아니라고 할 것이다. 즉 위헌성이 내재하여 있지만 위헌으로 확인되지 않는 법률이라고 할 것이다. 다시 말하면 위헌결정의 법적 효과를 제약할 목적을 지니고 있지만 실제적인 위헌선언은 회피된 법률이다. 그에 따라 불합치결정된 법률은 입법권자에게 處理를 委任한 法律이라고 하겠다.³²⁵⁾

또 그것의 의미는 기존에 형성한 구체적인 법률관계는 물론이고, 특별한 경우에 예외적으로 허용되는 때를 제외하고는, 決定時點 이후에도 불합치선언된 법률은 적용되어서는 안되고, 그 적용여부는 입법권자에 의해 처리된 결과에 따르도록 하는 것이라고 하겠다. 여기서 특별한 경우에 예외적으로 허용된다고 함은 법적 공백상태로 인해 위헌법률을 방지함보다 더 위헌적인 상황이 초래될 수 있는 때에는 이에 대한 暫定的인 繼續適用(입법권자가 개선입법을 할 때까지)을 허용함을 의미한다.

325) 이와 관련하여 헌법재판소가 종래 선고하였던 憲法不合致決定, 즉 헌재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199; 91.3.11.선고 91헌마결정 - 헌판집 5의 1, 59등은 이 관념에 적절한 것이 아니다. 이와 관련된 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 313면 이하 참조.

2) 宣告領域

헌법불합치결정을 선고하는 목적은 立法不作爲에 관한 경우 이외에도 두 가지를 고려할 수 있다. 그 하나는 社會的 基本權의 侵害領域, 즉 자의적인 특혜제공으로 인한 平等原則의 侵害領域에서 위헌결정을 선고할 경우에 나타나는 여러 문제점을 방지하기 위한 것이고, 다른 하나는 法的 空白狀態의 초래를 방지하기 위한 것이다.

전자에 있어 사회적 기본권을 형성하고자 제정된 법률 그 자체는 원칙적으로 위헌으로 볼 수 없다.³²⁶⁾ 사회적 급부를 제공받아야 할 대상자에게 제공되지 아니한 경우에(위헌의 문제가 등장하게 되는 것이다. 그러나 이에 대해 위헌결정을 선고할 경우 정당한 수혜자도 수혜가 박탈되는 문제가 등장하게 된다. 이러한 경우 무수혜자들에게도 수혜에의 참여기회를 제공하고 또 기존의 수혜자들에게 수혜를 지속적으로 유지시켜 주기 위해서는 당해법률을 위헌으로 결정하는 것이 아니고 헌법불합치를 결정하게 되는 것이다.³²⁷⁾ 이 때 불합치결정의 법적 효과는 입법권자에게의 改善立法의 促求와 법 적용자에게의 不合致法律의 適用排除 및 改善立法에 의한 處理라고 할 것이다.

그리고 法的 空白狀態의 招來를 방지하기 위해서도 헌법불합치결정이 선고될 수 있다. 즉 심판대상이 된 법률을 위헌으로 결정

326) 물론 補充性的의 原則에 어긋나게 사회적 기본권의 향유대상자가 아닌 자에게 제공하는 법률이 제정되었다면, 이런 경우에 한해서 위헌의 문제가 될 여지가 있다.

327) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 308면 이하 참조.

할 경우 헌법재판소가 결코 기대하지 않은 결과가 초래될 수 있을 때, 그러한 때에도 고려의 여지가 있게 된다. 그런데 여기서 단순한 法的 混亂만으로는 불가능하고 위헌결정으로 인한 중대한 法的 空白狀態이어야만 한다.³²⁸⁾ 이러한 공백상태가 헌법재판소의 決定時點으로부터 당해 법률의 改善立法時點 사이에 발생될 때에는 例外的으로 不合致法律의 暫定的인 繼續適用이 허용된다고 할 것이다. 그렇지만 이러한 경우 이외에는 原則적으로 不合致法律의 適用을 排除하고 법적으로 하여금 改善立法에 의해 처리하도록 하여야 한다.

2. 期限設定의 必要性 여부

우리 헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고하면서 기한을 설정하는 경우가 적지 않다. 그런데 이러한 期限設定의 법적 성격을 어떻게 파악하여야 하는지가 문제된다. 다시 말하면 입법권자로 하여금 改善立法義務의 履行時限을 규정한 것인지, 아니면 법적으로 하여금 불합치선언된 規範의 繼續適用을 허용하는 것인지 문제되는 것이다. 그리고 改善立法의 時限이라고 할 때, 과연 明示的인 立法時限을 제시함이 입법권자와 관련하여 그 타당성이 인정될 수 있는 것인지도 문제된다.

328) 拙稿, 博士學位論文, 311면 이하 참조.

1) 期限設定의 實際

국회의원선거법 제33조등의 위헌심판사건³²⁹⁾의 주문 제2항에서는 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 「1991년말을 시한으로 입법권자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다。」고 선고하였다. 그리고 이유에서는 고액기탁금제도와 높은 기준의 기탁금 국고귀속제도는 그 위헌성이 인정되므로 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 違憲決定이 있는 날로부터 그 效力을 喪失한다고 할 것이나, 몇 가지 이유로 그 「법조항을 개정할, 늦어도 1991년 5월말까지 繼續適用」할 수 있게 불합치판결을 하는 것이 타당하다고 한다.³³⁰⁾ 또 헌법불합치결정을 선고하면서 그 「法律의 效力을 지속시키는 이유」라는 표현을 사용하고 있다.³³¹⁾

지방의회선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원심판사건³³²⁾의 주문 제3항에서는 위 조항의 사·도의회의원 후보자의 700만원 기탁금이라는 「부분은 위 법률시행 후 최초로 실시하는 사·도의회의원선거일 공고일을 시한으로 입법권자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다」고 선언하였다. 그리고 이유에서는 憲法不合致狀態는 장기간 방치될 수 없으므로 동법 시행후 최초로 실시되는 사·도의회의원선거일 공고일까지는 입법권자에 의하여 개정이 되어야 하는 것이라고 한다.³³³⁾ 또 이유의 결론에서는 위 기탁금규정이 동법 시행후 최초로 실시되는 사·도의회의원 선거일 공고일

329) 현재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199.

330) 현재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199(256).

331) 현재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199(259).

332) 현재 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91.

333) 현재 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91(115)

을 시한으로 입법권자에 의하여 개정되어야 하며, 그 때까지만 효력을 지속하는 것이라고 한다.³³⁴⁾

노동쟁의조정법에 관한 헌법소원심판사건³³⁵⁾의 주문 제2항에서는 노동쟁의조정법 제12조 제2항중 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자에 관한 「부분은 1995년 12월말을 시한으로 입법권자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다」고 선고하였다. 그리고 이유³³⁶⁾에서는 이 시한이 立法時限임을 명시하고 입법권자는 보다 신중한 검토를 위하여 충분한 시간적 여유를 가져야 하며, 현재의 입법부는 입법활동이 사실상 종료되는 시기인 위 시점까지 헌법이 위임한 바를 입법화하여 憲法不合致狀態를 제거하여야 한다고 하였다. 또 위 조항은 그 규범에 내재하는 그 합헌적 의미가 완전부인될 수 없고 憲法不合致의 법률을 시정하는 방안은 입법권자의 재량에 속하는 것이므로, 부득이 위 조항의 효력은 지속되어야 한다고 한다. 따라서 위 조항의 效力喪失時期는 1995년 말로 미루어지게 될 수밖에 없을 것이며, 같은 조항의 효력은 그 때가 경과하여 비로소 상실되게 할 것이라고 한다.

그러나 토초세법에 관한 헌법불합치결정³³⁷⁾에서는 주문에는 단순히 「… 헌법에 합치되지 아니한다」는 것만을 제시하고 이유에서는 「결정의 취지에 따라 입법권자는 빠른 시일내에 … 토초세법을 개정 또는 폐지」하여야 함을 제시하였다.

334) 현재 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91(116)

335) 현재 93.3.11.선고 88헌마 5결정 - 헌판집 5의 1, 59(62이하)참조.

336) 현재 93.3.11.선고 88헌마5결정 - 헌판집 5의1, 59(77이하) 참조.

337) 현재 94.7.29.선고 92헌바49 52(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64(121) 참조.

그리고 특허법 제186조 제1항 등의 위헌제청사건³³⁸⁾에서 헌법재판소는 주문으로 「특허법 제186조제1항 및 의장법 제75조중 특허법 제186조제1항을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 위 두 법률조항은 특허법중개정법률 및 의장법중개정법률이 시행되는 1998년 3월 1일 전일까지 이 사건 위헌여부심판제청의 각 당해사건을 포함한 모든 특허 및 의장쟁송사건에 대하여 그대로 적용된다」고 하였다.

그렇지만, 헌법불합치결정은 물론이고 期限設定도 불가능하며 期限設定을 한다 할지라도 별단의 특별한 의미를 전혀 부여할 수 없다는 의견도 있다.³³⁹⁾

이들 사건에서의 期限設定을 비교하면, 토초세법에 관한 경우를 제외하고는 확정기한을 제시하고 있다는 공통점이 있다. 다만, 지방의회의원선거법에 관한 경우 구체적인 명확한 시한을 규정하지 않았다는 점이 다른 세 사건의 경우와 차이가 있다.

338) 헌재 95.9.28.선고 92헌가11, 93헌가8 9 10(병합)결정 - 판보 95.11.1.자, 25면 이하 참조.

339) 그러나 이 의견은 이상의 사건 뿐만 아니라 다른 變形決定事件에 대해서 일관하여 반대하는 입장이기 때문에 여기서는 논의의 대상으로 삼지 아니한다. 왜냐하면 期限設定의 法的 性格이나 許容與否에 관한 논의는 憲法不合致決定이나 憲法促求決定의 선고가 가능함을 전제로 하기 때문이다. 상세한 내용은 헌재 89.9.8.선고 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199(265 이하); 91.3.11.선고 91헌마21결정 - 헌판집 3, 91(119 이하); 93.3.11.선고 88헌마5결정 등에서의 卞禎洙재판관의 반대의견 - 헌판집 5의1, 59(88 이하)참조.

2) 期限設定의 必要性

헌법불합치결정을 선고함에 있어 반드시 期限設定을 부가하여야만 하는가? 다시 말하면 期限設定을 부가하지 않으면 헌법불합치결정은 違憲決定과 구별이 불가능한 것인가 하는 문제가 제기된다.

이에 관해서 독일의 경우와는 달리 우리의 경우 期限設定이 필수적임을 주장하는 견해가 있다.³⁴⁰⁾ 즉 독일 연방헌법재판소는 법률이 기본법에 합치하지 아니한다는 취지와 그러므로 무효라는 취지를 이중의 주문으로 선고하도록 하고 있다. 그에 따라 무효임을 선고하지 아니하는 한, 법률이 위헌이더라도 무효는 아니라는 이론구성을 하여 이른바 불합치선언의 입지를 마련하고 있다는 것이다. 그러나 우리 헌법재판소법은 위헌판결에 위헌인 여부 이외에 無效宣言을 하여야 하는지에 관하여 아무런 규정이 없다. 뿐만 아니라 無效宣言을 주문에서 선고하는지 여부에 관계없이 위헌으로 선고만 되면 그 법률은 헌법재판소법에 의하여 그 결정이 있는 날로부터 效力을 喪失하도록 되어 있다는 것이다. 이로 인해 위헌법률의 효력상실을 보류하기 위한 이른바 變形決定은 입론의 여지가 그 기초부터 달라질 수밖에 없다는 것이다. 독일에서는 특별규정인 연방헌법재판소법 제 78조가 헌법재판소에 부여한 違憲宣言과 無效宣言이라는 두 단계의 권한내에서 헌법재판소가 그중 無效宣言 부분을 자체 내지 보류하는 소극적인 형태이므로 크게 무리가 없다고 한다. 그러나 우리는 헌법재판소에 부

340) 黃祐呂, 違憲決定의 形式, 違憲裁判研究(違憲裁判所) 제1권, 法律의 違憲決定과 憲法所願의 對象, 1990.10., 120면 이하 참조.

여된 위헌여부의 결정외에 위헌법률에 대하여 법률상 규정된 效力喪失條項을 보류하게 하는 적극적인 조치가 필요하게 되므로 헌법재판소법이 예정하는 헌법재판소의 결정권한의 일부보류가 아니라 법 제47조의 효력을 일시 또는 일부 정지하는 주문이 되어야 한다는 것이다. 또 위헌이라는 주문과 헌법에 합치하지 아니한다라는 주문이 그 표현을 서로 달리한다 하여 해결될 문제도 아니라고 한다. 이러한 주문 이외에 위헌법률의 효력상실을 유보하는 후속주문이 없다면, 그 자체로는 전혀 그 의미의 차이를 찾을 수 없다고 한다.

또 견해에 따라서는 헌법불합치결정과 立法促求決定을 필연적으로 결합될 수밖에 없음을 주장하기도 한다.³⁴¹⁾ 헌법불합치결정과 立法促求決定은 각각 그 자체로서 독자적으로 이루어질 수 있는 별개의 決定形式일 수가 없다고 본다. 바꾸어 말하면 헌법불합치결정은 입법촉구결정을 수반하기 마련이고, 입법촉구결정은 헌법불합치결정을 그 전제로 하기 마련이라는 의미에서 두 결정형식은 하나의 決定形式으로 볼 수도 있을 것이다.

이러한 논리는 궁극적으로 우리 헌법재판소법상 變形決定의 입론에 있어 가능한 방법은 동법 제47조 제2항에 규정된 效力喪失時期의 一部猶豫를 통해서만이 가능하고 또 후속주문에는 반드시 期限設定을 통한 猶豫의 내용이 포함되어야만 함을 주장하는 것이다.³⁴²⁾ 또 이 견해에 따르면 違憲主文이나 憲法不合致의 主文은

341) 權寧星, 憲法學原論. 1028면.

342) 非刑罰法規의 將來效에 대한 變形決定은 未來效이며, 刑罰法規에 대한 것은 將來效 또는 未來效의 허용이라는 견해도 있다. 李憲煥, 違憲決定의 方式에 관한 研究, 琴浪金哲洙教授華甲紀念論文集, 違憲裁判의 理論과 實際, 1993, 博英社, 291면 참조,

실체에 있어 그 구별이 용이하지 않으므로, 단지 결정적인 의미를 지니는 것은 불합치선언의 主文이 아니고 期限設定의 主文이 중요하다는 것이 된다.

절차법상 어떠한 표현양식으로 입론의 기반을 제공하든 간에 현실적으로 헌법불합치결정이 선고될 필요성이 있음을 부인할 수 없다. 이러한 문제영역이 존재하는 한, 어떠한 방식으로든 違憲決定으로 인한 法的 效果의 발생이 차단되는 방법이 고려되어야 할 것이다. 그 방법은 效力喪失의 猶豫가 유일한 대안이라고는 할 수 없으며, 또 期限設定이 필연적이라는 결론을 제시해 주는 것도 아니다. 오히려 期限設定을 명시적으로 헌법재판소가 제시함으로써 불필요한 문제가 야기될 수도 있다.

그러므로 明示的인 期限設定이 필수적인 것은 아니다. 꼭 필요하다면 고정된 시한을 제시하기보다는 改善立法이 이루어지는 시점까지 例外的인 繼續適用을 허용한다든가 또는 불합치선언된 規範의 適用을 排除하고 법적용자는 改善立法의 時點까지 節次를 停止하도록 하는 형태의 주문을 제시함이 타당할 것이다.

그리고 期限設定없이 헌법불합치결정이 선고되었다고 할지라도 그 결정의 의미는 위와 같은 형태로 파악되어야 할 것이다. 여기에는 토초세법의 사례와 같이 단순히 憲法不合致만을 주문에 선고한 사례가 해당할 것이다. 이 사례에 있어 어차피 決定理由에는 헌법불합치결정을 선고하지 않으면 안되는 사유를 적시할 것이기 때문이다. 그렇지만, 明示的인 期限設定은 입법권에 대한 간섭으로 작용할 여지가 없지 않으므로 허용되어서는 안되고, 법적 명확성을 확보한다는 측면에서 期限設定의 필요성을 전적으로 부인하기는 어려울 것이다.

3) 期限設定의 法的 性格

우리 헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고하면서 1991년 5월말, 1995년 2월말, 지방의회의원선거법 시행후 최초로 실시되는 사·도의회의원선거일 공고일, 또는 특허법중개정법률 및 의장법중개정법률이 시행되는 1998년 3월 1일 전일 등의 기한을 구체적으로 주문에 제시한 적이 있는가 하면, 주문에는 아무런 언급이 없이 단지 이유에서 빠른 시일만을 제시한 적도 있다.

그런데 여기서 이러한 期限設定의 법적 의미가 무엇인지 문제된다. 즉 헌법불합치결정에 부가된 期限設定의 未來效決定으로 파악하려는 시도와 立法促求決定으로 파악하려는 시도가 나타나고 있다. 전자의 의미는 궁극적으로 헌법재판소법 제47조 제2항에 규정된 決定日로부터의 效力喪失에 대한 猶豫, 즉 適用排除의 猶豫라는 점에서 법적용자에게 나타나는 효과로 보여진다. 그에 반해 후자는 改善立法義務의 履行時限으로서 입법권자에 대한 효과로 보여진다.

이에 관해 우리 헌법재판소는 초기에는 양자의 의미를 동시에 지닌 것으로 이해하는 듯하였지만, 네번째와 다섯 번째에 이루어진 헌법불합치결정에서는 다르게 이해하고 있다. 즉 토초세법의 경우에는 입법촉구결정으로, 그리고 특허법의 경우에는 미래효결정의 성격을 지니고 있다고 보여진다.

헌법재판소의 초기 결정례에 있어 이와 같이 설정된 시한은 입법권자에게는 改善立法의 완료시한으로,³⁴³⁾ 법적용자에게는 불합

343) 權寧星, 憲法學原論, 1028면 참조.

치선언의 법률의 繼續適用時限으로서의 의미를 지닌다. 즉 입법권자는 늦어도 設定된 期限내에 改善立法義務를 이행하여야 하고, 법적용자는 暫定的으로 設定된 期限까지는 불합치선언된 법률을 繼續適用할 수 있다는 것이다.

그렇지만 設定된 期限을 적용함에 있어 선후관계는 인정되어야 할 것이다. 다시 말하면 불합치선언된 법률의 繼續適用時限이 입법권자에 의한 改善立法의 時點과는 무관하게 헌법재판소가 설정한 시한에 연결지워지는 것은 아니라는 점이다. 즉 改善立法이 설정된 시한내에 이루어졌을 경우, 불합치선언된 법률의 繼續適用은 설정된 시한에 종료하는 것이 아니라, 改善立法의 時點부터 종료하는 것으로 보아야 할 것이다. 다시 말하면 불합치선언된 법률의 繼續適用時限은 헌법재판소가 설정한 시한을 종기로 하여 改善立法時限에 좌우된다는 것이다.

그렇다고 한다면, 暫定的인 憲法不合致規範의 繼續適用을 최소화시킴을 전제로 해서, 입법권자로 하여금 改善立法의 신속한 수행이라는 의미가 부가된 것으로 보아야 할 것이다.

4) 明示的 期限設定의 問題點

그런데 전술한 바와 같이 우리 헌법재판소는 명시적으로 改善立法의 時限을 설정한 바 있다.³⁴⁴⁾ 이러한 明示的인 期限設定은 법적용과정에 있어 법적 명확성을 부여한다는 장점을 지니고 있다. 그러나 입법권자와 관련해서는 헌법재판소가 改善立法의 時

344) 明示的인 期限設定에 찬동하는 견해로는 許營, 韓國憲法論, 810면 참조.

限을 명시할 수 있으며, 그로 인해 야기될 문제점은 없는지 살펴보아야 한다.³⁴⁵⁾ 이에 관해서는 改善立法의 실제시점과 관련하여 논란이 제기될 여지가 있다고 보여진다. 즉 입법권자에 의한 改善立法이 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고한 날과 설정된 시한 사이에 이루어진 경우와 설정된 시한을 초과하여 이루어진 경우로 나누어 살펴 볼 수 있다.³⁴⁶⁾

먼저, 설정된 시한내에 이루어졌을 경우, 문제의 여지는 없다고 보여진다. 만약 구체적인 법률관계가 헌법재판소의 決定日과 實際改善立法의 時點³⁴⁷⁾ 사이에 완성되었을 경우 불합치선언된 법률은 繼續適用되어야 하므로, 改善立法에 經過規定으로 특별한 처리내용을 규율하지 않는 한, 그 법률관계는 불합치선언된 법률에 따라 처리되어야 하기 때문이다. 예컨대 국회의원선거법상 기탁금에 관한 위헌심판사건과 관련해서는 보궐선거가 문제될 수도 있었다. 즉 보궐선거의 실시가 가능하였는가, 보궐선거에 대한 선거무효소송이 제기될 여지는 없었는가, 그리고 보궐선거에 대한 과도한 기탁금의 요구에 따른 부당이득반환청구소송이 거듭 제

345) 그러나 특허법에 관한 경우에 있어서는 이미 입법권자에 의한 改善立法이 있었기 때문에 明示的인 期限設定에 관한 문제가 제기되지 않는다. 다만 설정된 기한이 지나치게 장기간이라는 비판을 면할 수 없을 것이다.

346) 여기서 憲法不合致決定을 선고하게 된 當該事件, 선고당시 法院에 係屬中인 事件 및 선고일 현재 아직 訴訟이 提起되지 아니한 事件 등에 대한 처리문제는 憲法不合致決定의 法適用者에 대한 法的 效果問題이므로 期限設定과는 논점을 달리하는 사안이다.

347) 이 시점은 헌법재판소가 憲法不合致決定을 선고하면서 부가한 改善立法의 時限을 의미하는 것이 아니다. 만약 구체적인 법률관계가 改善立法이 이루어진 이후에 완성되었다면, 당연히 改善立法이 거기에 적용되어야 한다.

될 여지는 없었는가 등이다. 이상의 문제에 대해 불합치선언된 법률의 暫定的인 繼續適用을 헌법재판소가 요구하였음에 따라 실제적으로는 논란이 되지 않았다. 다음, 설정된 시한을 초과하여 이루어졌을 경우, 불합치선언된 법률은 설정된 시한까지만 繼續適用되는 것으로 보여진다. 즉 설정된 시한이 초과함으로써 效力喪失이 猶豫된 불합치선언된 법률은 당연히 원래의 效力喪失이 이루어진다는 것이다. 그렇다고 하면 改善立法時限과 실제 改善立法日 사이에는 불합치선언된 법률도 改善立法도 적용될 수 없는 法的空白狀態가 초래될 것이다. 물론 改善立法이 이루어진 후에는 불합치선언된 법률의 適用排除는 당연한 것이다. 아무튼 이것이 과연 헌법재판소가 의도하였던 결과에 부합하는 것인지 의문이다. 여기서 改善立法의 遡及適用을 통해 헌법재판소가 의도하였던 결과를 달성할 수 있다는 주장도 그 개연성이 있다. 그렇지만 遡及適用에 의해 문제가 완전히 해결될 수 없음에도 주목하지 않으면 안된다. 예컨대 만약 실제로 改善立法이 이루어지지 않았다면 선거관계법에서는 기탁금조항이 效力을 喪失하였음에 따라 기탁금없이 관련선거가 실시되어야 했음을 의미하게 될 것이다. 또 노동쟁의조정법과 관련해서는 1995년말까지 改善立法이 이루어지지 않았을 경우 1995년말부터 改善立法의 時點까지는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동권이 실제로 행사되었을 경우 이를 규율할 근거법규가 없게 될 것이다.

필자의 짧은 견해로는 헌법재판소가 違憲決定이 아닌 헌법불합치결정을 선고한 취지가 바로 규율할 수 없는 이러한 法的空白常態의 방지에 있었다고 한다면, 그러한 개연성방지에는 실패한 것

임을 지적하지 않을 수 없다. 물론 입법권자는 헌법불합치결정의 선고에 다른 입법개선의무가 부과됨에 따라 이러한 상태의 발생이 불가능함을 주장할 수도 있을 것이다. 그렇지만 이미 실제사례로서, 헌법재판소가 설정한 기한을 초과하여 국회의원선거법상 기탁금조항에 관한 개정이 이루어졌고, 또 그 개정에 있어서도 헌법재판소가 不合致決定을 하게 된 취지를 충분히 반영하지 않았던 사례가 있었다.³⁴⁸⁾

이와 관련하여 논자에 따라서는 헌법재판소의 결정을 준수하여 헌법재판소가 설정한 시한내에 改善立法이 실제로 이루어질 수 있도록 하는 입법권자에 대한 執行力確保方案을 주장하기도 한다. 이러한 執行力確保方案은 충분히 고려의 여지가 있고 또 필요하다고 보여진다. 그러나 헌법재판소가 설정한 시한을 초과하였음을 이유로 입법권자에 대한 執行力을 거론하는 것은 타당치 않다고 보여진다. 어떠한 다른 국가기관에 의한 입법권자에게의 立法強制도 헌법상 허용되지 않는다. 또 立法強制는 입법권자의 專屬的 權限을 침해하는 것이다.³⁴⁹⁾ 그런가 하면 하나의 법률조항

348) 헌법재판소가 국회의원선거법상 寄託金條項의 憲法不合致(違憲)趣旨는 정당공천입후보자와 무소속입후보자의 기탁금액상의 차별, 양유형의 입후보자 모두에게의 과도한 기탁금액의 부과 및 낙선한 입후보자의 기탁금에 대한 국고귀속에 있어서의 과도한 득표율 요구 등이었다. 헌법재판소의 선고취지가 이상의 점에 대해 이루어진 것이라면 立法權者인 國會에서의 당해법률의 개정과정에서 이에 대한 충분한 고려가 있었어야만 했으나 실제로 이루어진 것은 기탁금액의 차별을 조정한 것 이외에는 없었다. 국회의원선거법에 관한 개정법률 제33조(1991.12.31.개정, 법률 제4462호) 참조.

349) 이것은 立法不作爲의 違憲確認決定에 있어 그 결정의 법적 성격과 관련지을 수 있을 것이다. 그리고 積極的인 作爲義務의 強制, 다시 말하면 立法義務의 履行強制는 행정소송에 있어서 의무이행소송이 인정되지 않는 현행법체계와의 整合性의 측면에서 심도있게 고려하지 않으면 안된다.

에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재해 있어 違憲決定을 할 경우 합헌인 부분도 위헌으로 처리될 수 있으므로 적절하게 위헌인 부분을 제거할 권한은 입법권자에게 부여되어 있다는 이유로 違憲決定을 회피하고 헌법불합치결정을 선고한다는 논리하에서 입법권자에 대한 執行力을 논의하는 것은 전혀 형평에 맞지 않는다고 할 것이다.

따라서 헌법재판소에 의한 明示的인 期限設定은 불필요한 다른 문제를 야기시킨다고 할 것이다. 또 헌법재판소가 기한을 명시하지 않는다고 해서 입법권자에게 신속한 立法改善義務가 면제되는 것은 아니다. 이것은 헌법상 당연히 입법권자에게 요구되는 것이라고 하겠다. 입법권자를 비롯한 모든 국가기관은 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 지기 때문이다.(헌법 제10조 제2)

3. 違憲不合致決定의 法的 效果

1) 羈束力과 法規的 效力

헌법불합치결정도 헌법재판소의 결정유형중에 하나인 이상, 당연히 확정력이 인정된다. 여기에는 불가변력, 불가쟁력 및 기판력이 포함된다.

그런데 문제는 헌법불합치결정에 법규적 효력과 기속력을 인정하는 논리적 근거를 어디서 그리고 어떻게 도출할 것인가 하는 점이다.

이에 관해 견해에 따라서는 우리 법체계에서 불필요하고 또 할

수 있는 법적 근거도 없음을 주장한다.³⁵⁰⁾ 구체적으로 살펴보면, 첫째 헌법재판소법 제45조는 심판대상이 된 법률조항의 “위헌여부만”을 결정할 수 있을 뿐이고, 그에 따라 “곧바로” 효력상실이 이루어지는 것이므로, 결정 이후 일정기간 위헌의 법률 또는 법률조항의 효력지속 또는 적용을 명할 수 없다고 한다. 둘째, 우리 헌법재판소법에 따르면, 다른 사정을 고려하여 법률 또는 법률조항의 무효선언을 당장 할 수가 없다는 소신이 있을 때에는 위헌 또는 합헌 이외의 다른 결정을 할 수 있다고 해석함에 족한 규정을 두지 않고 있다는 점을 지적한다. 셋째, 독일의 경우 원칙적인 소급효를 전제로 하지만, 우리의 경우 장래효를 원칙으로 하기 때문에 그 필요성이 적다고 한다. 넷째, 독일에서 이것이 활용되는 것은 법규범의 심각한 공백상태를 해소하기 위한 방편으로 사용되었지만, 우리의 경우 그와는 판이하다고 한다.

헌법불합치결정에 대한 부정적인 견해가 지적하는 사항중 일부에 대해서는 그 타당성을 부인하기 어렵다. 그렇지만, 몇가지 점에서 비판을 면할 수 없을 것이다. 첫째, 헌법재판소법 제45조는 변형결정을 부인하는 법적 근거가 아니고, 심판대상에 관한 규정으로 보아야 한다. 즉 헌법재판소는 위헌심판제청이 된 조항들에 대해서만 심판할 수 있고, 다만 예외적으로 직권으로 심판대상을 확장할 수 있음을 규정하고 있는 것이다. 둘째, 우리 헌법재판소법을 폐지무효설이 주장하는 장래효원칙으로 파악할 경우에는 많은 문제점을 내포하게 된다는 점이다. 셋째, 물론 소급효원칙을 채택한 경우보다는 상대적으로 적기는 하겠지만, 장래효원칙을

350) 헌재 95.9.28.선고 92헌가11, 93헌가8·9·10(병합)결정에서 조승형재판관의 반대의견 - 판보 95.11.1.자, 34면 이하 참조.

채택하였다고 해서 그 필요성을 전면 부정할 수 있는 것은 아니다. 넷째, 독일의 경우에도 헌법불합치결정은 헌법재판소의 결정으로 확립된 제도이고, 이것이 나중에 입법으로 그 법적 근거를 확보하게 된 것이다. 그렇다면 우리에게 있어서도 그것이 불가능하다고 할 수는 없을 것이다.

아무튼 헌법불합치결정의 필요성을 전면 부인해서는 안된다고 본다. 비록 법적 근거가 불명확하기는 하지만, 이에 대해서는 헌법재판소가 규범외부적인 법형성 기능을 수행한 것으로 파악할 수 있다. 즉 판례법으로 확인된 제도로 이해하여야 한다.

이러한 시각에서 헌법불합치결정의 기속력과 법규적 효력이 인정된다고 할 것이다. 만약 변형결정제도를 인정하면서 그 결정에 대해 아무런 효력도 인정하지 않는다면, 그것은 전혀 무의미한 논의를 진행하는 것이 될 것이다. 즉 헌법불합치 결정도 광의의 위헌결정에 있어 한 유형으로 파악한다면, 기속력이나 법규적 효력을 인정할 수 있다고 하겠다.

2) 立法權者에 대한 效果

(1) 立法權者의 改善立法義務

헌법불합치결정이 선고되면 입법권자는 신속히 改善立法義務를 수행하여야 한다.³⁵¹⁾ 개선입법을 수행함에 있어 입법권자는 헌법재판소가 제시한 입법범위에 전적으로 기속되는 것은 아니다. 그

351) 同旨;李東洽 前掲 發表資料, 25면.

리고 개선입법의 효과는 입법상 일반원칙에 따라 당연히 시행한 날로부터 將來的으로 발생하지만, 그것의 遡及適用을 排除하는 것은 아니다.

위헌결정은 당해 법률을 헌법질서에 반하는 것임을 확인하는 것이므로, 그로 인해 기존에 존재하던 法的 틈새(Regelungslücke)를 확인하는 것이 된다. 이에 반해 헌법불합치결정은 이러한 法的 틈새의 발생을 방지할 목적으로 행해지는 것이다. 이에 따라 違憲決定에 있어 입법권자는 이미 존재하는 법적 틈새를 보완할 것인지 아니면 방치할 것인지에 관한 입법재량권을 가지게 된다. 그러나 헌법불합치결정에서는 그 결정으로 위헌상태의 확인이 이루어졌고, 구체적인 입법형성은 입법권자에게 맡겨지는 것이다. 다시 말하면 위헌결정에서는 헌법재판소의 위헌결정 자체로 인해 합헌질서의 확보가 이루어졌지만, 헌법불합치결정에서는 입법권자에 의한 개선입법에 의해 마무리가 되는 것이라고 할 수 있다.

○입법권자에게 이러한 改善立法義務가 도출되는 法的 根據에 대해 헌법 제10조에서 찾는 견해와 헌법재판소법 제47조 제1항의 羈束力과 제2항의 法規的 效力에서 찾는 견해가 있을 수 없다.

전자의 견해에 따르면, 헌법 제10조 후단에서는 「국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 규정하고 있다. 이에 따라 입법권자인 국회는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해 확인한 憲法不合致狀態를 迅速히 矯情하여야 할 義務를 부담하게 된다고 할 것이다.

그러나 후자의 견해에 따르면, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하였다 할지라도, 그것은 변형된 형태의 위헌결정에 해당하

므로 당연히 헌법재판소법 제47조 제1항에 따른 위헌결정의 기속력이 인정되고, 그것은 입법권자인 국회를 기속한다는 것이다. 그런데 여기서 문제가 되는 것은 입법권자가 헌법재판소의 결정취지에 기속된다고 할 때, 구체적으로 어느 범위에서 기속되느냐 하는 것이다.³⁵²⁾ 그리고 동조 제2항은 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있다. 이것은 違憲決定의 法律效力喪失力을 규율하는 것이다. 이 의미는 法規的 效力의 핵심적 내용에 해당한다.

이러한 법규적 효력은 對世的 效果를 가지는 것으로 이에 입법권자인 국회도 당연히 기속된다는 것이다.

아무튼 입법권자에게 헌법불합치결정의 취지에 따른 개선입법 의무를 부과한다는 의미는 헌법재판소에서 찾기가 용이하겠지만, 그럴 경우 헌법이 보장한 입법권자의 立法形成權을 침해하는 것은 아닌가 하는 문제가 야기될 수 있다. 그리고 입법권자의 개선입법 의무는 헌법 제10조 후단에서도 찾을 수 있다 하겠다. 또 그러한 점은 헌법불합치결정이 선고되었다 해서 국민의 기본권침해에 대한 구제의 폭이 축소되어서는 안되고, 가능한한 그대로 유지되어야 한다는 법 적용자에 대한 법적 효과와 부합하는 것이라고 하겠다.³⁵³⁾

352) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 68면 이하 참조.

현재 93.3.11.선고 88헌마5결정 - 헌판집 5의 1, 59(77 이하) 참조³⁵³⁾ 그러나 이러한 점은 종래 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고한 취지와는 부합하는 것이 아니라고 하겠다. 또 위헌결정이 이루어졌을지라도 이른바 一般事件에 있어서는 法益衡量을 하여야 한다는 입장에도 부합하는 것은 아니다. 그렇지만 권리 또는 기본권이라는 의미가 法이 保護하는 힘 또는 意思力이라고 한다면, 현실적인 필요성이 있어 헌법불합치결정이 선고된다고 할지라도, 기본권의 본질에 반하는 형태로 헌법재판소 결정의 효력을 이해해서는 안될 것이다. 다시 말하면 憲法不合致決定이 선고되었다고 해서 침해된 권리의 구제를 포기한다거나 違憲決定에 있어 일반사건에 있어서는 法的安定性 때문에 권리구제의 개상에 포함될 수 없다는 논리는 그 수용가능성이 없다고 하겠다.

(2) 토초세법에 관한 憲法不合致決定

헌법재판소가 토초세법에 관한 헌법불합치결정에서 입법권자인 국회로 하여금 헌법재판소의 결정취지에 따라 토초세법을 개정하거나 폐지하도록 하고 있는 바, 이러한 점에서 그 타당성이 인정된다고 하겠다. 「헌법불합치결정의 취지에 따라 입법권자는 빠른 시일내에 이 결정에서 밝힌 위헌판단의 취지에 맞추어 토초세법을 개정 또는 폐지하여야 ... 한다」.³⁵⁴⁾ 따라서 입법권자인 국회는 헌법재판소의 결정취지에 따라 토초세법을 개정하거나 폐지하여야 한다.

토초세법에 관한 헌법불합치결정에 있어 헌법재판소가 제시한 입법권자에 대한 법적 효과의 타당성여부에 대해서도 검토되어야 한다. 이 결정이 선고된 영역은 사회적 기본권의 침해로 인한 평등원칙위반의 사례에 해당한다고 보기 보다는 위헌결정을 선고함에 따른 法的 混亂의 招來문제로 파악할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 헌법재판소는 헌법불합치결정을 선택하지 않을 수 없는 이유로서 「토초세법의 위헌성에도 불구하고 당장 그 효력을 소멸시킬 때 발생할 수 있는 여러 가지 불합리한 점을 고려하여야 할 사정이 있음」을 제시하고 있다. 구체적인 이유로는 세가지가 열거되어 있는데, 각각의 이유³⁵⁵⁾를 개별적으로 나누어 상세하게

354) 헌재 94.7.29.선고 92헌바49 52(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64(121)

355) 헌재 94.7.29.선고 92헌바49 50(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64(118 이하) 참조.

검토하기로 한다.

첫번째 이유로는 「세법질서상 당장 이것을 무효로 한다면 법제 및 재정양면에 걸쳐 국정상 적지 않은 법적 혼란 내지는 공백을 초래할 우려가 있어 결과적으로 총체적인 국민생활에 나쁜 영향을 미칠 수 있다」는 점을 들고 있다. 법률에 관해 위헌결정이 선고되면 필연적으로 법적 틈새가 존재함을 확인하는 것이 된다. 바로 이로 인해 법적 혼란이나 법적 공백상태는 당연한 전제가 되는 것이다. 그렇지 않고 아무런 부작용이나 갈등없는 違憲決定이 존재한다는 것은 기대할 수 없다. 이와 같은 것이 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선택한 이유이었다고 한다면 그것은 부적절하였다고 본다. 이러한 점에서 본다면 차라리 위헌결정이 이에 적합하였을 것이다. 오히려 여기서 지적하고자 하였다면, 國家財政상의 불필요한 부담을 초래하게 된다거나 不動產投機防止라는 본래의 입법목적에 반하게 된다는 점 등을 제시함이 합리적이었다고 보여진다.

둘째로는 토초세법의 「그와 같은 위헌적인 규정을 다시 합헌적으로 조정하는 임무는 어디까지나 입법권자가 이 결정의 취지에 따른 범위내에서 행사할 수 있는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 사항일 뿐, 이는 헌법재판소가 관여할 성질의 것이 아니」라고 하고, 「입법권자는 이 결정의 취지에 따라 앞으로 위헌으로 선고된 세법구조를 합헌적인 범위내에서 다시 조정하여 토초세법을 계속 시행할 수도 있고 폐지할 수도 있을 것이다. 헌법재판의 한계성으로 인하여 이 사건에서는 특히 논점으로 부각되지는 아니하였으나 내용이 방대한 토초세법의 기타 여러 가지 점에 대하여 많은 시비논의가 일고 있는 부분도 입법권자로 하여금 일괄 해결

토록 함이 상당한 것으로 보여진다」는 점을 들고 있다. 여기서 지적되어야 할 것은 헌법재판소가 지나치게 司法消極的인 자세를 취한 것은 아닌가 한다. 즉 위헌결정이 선고되었다고 해서 입법권자의 입법형성권이 배제되거나 무시되는 것은 아니라는 점이다. 다시 말하면 代替立法의 必要性이 있으면, 입법권자는 헌법재판소의 결정취지에 맞게 이를 수행하면 되는 것이다. 이러한 점에서 헌법재판소는 오히려 적극적인 자세를 취함이 타당하였다고 본다. 그리고 토초세법을 개정하거나 폐지하는 것은 헌법재판소가 입법권자를 배려하지 않아도 되는 입법권자의 배타적인 재량영역에 해당된다는 점이다. 즉 헌법재판소가 당해법률 전체를 위헌결정할 경우 동일한 내용의 법률을 반복하여 제정하는 것은 금지되지만, 일부위헌으로 결정하였다 해서 입법권자가 당해 법률을 전면 개정하거나 폐지할 수 없는 것은 아니다. 그리고 헌법재판소는 憲法裁判의 限界性을 제시하고 있지만, 審判對象의 擴張은 헌법재판소법 제45조 단서에 따라 당연히 인정된다고 할 것이다. 그렇다면 구태여 이것을 헌법불합치결정을 선택하는 이유로 제시함은 마찬가지로 부적절하였다고 보여진다.

(3) 不合致決定의 範圍와 改善立法義務의 關係

헌법재판소는 토초세법에 관해 두 차례 결정³⁵⁶⁾을 선고한 바 있다. 전소에서는 헌법불합치결정을 선고하였고, 이에 관한 개선입

356) 현재 94.7.29.선고 92헌바49-50(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64(118 이하); 95.7.27.선고 93헌바1의 11건(병합)결정 - 관보 95.8.28.자, 75면 이하 참조.

법 이후 후소에서 또다시 토초세법에 관해 결정을 선고하였다. 후소에서는 일부를 합헌으로 그리고 나머지에 관해 각하로 결정하였다.

그런데 헌법재판소는 전소의 결정에서 구 토초세법 “전부”에 대해 헌법불합치를 선언하였지만, 구 토초세법 전체조항 모두에 위헌 또는 헌법불합치적 요소가 있음을 주장한 것은 아니었다. 그 점때문에 후소의 결정에서 다수의견은 일부조항을 합헌으로 결정하게 되었다. 즉 다수의견의 논지를 요약하면, 당해 법률 “전부”를 불합치로 결정함으로써 그로 인해 그 중에는 합헌적인 요소가 있음에도 불구하고 그것마저 불합치결정한 것은 타당성을 인정할 수 없고, 따라서 전소의 결정이유에서 구체적 검토가 이루어진 개별조항 이외에는 불합치결정의 효력을 인정할 수 없다는 것이다.

이와 관련하여 논의되어야 할 것이 바로 헌법불합치결정된 법률 또는 법률조항에 대해 어느 범위에서 입법권자는 개선입법의무를 수행하여야 하는가 하는 점이다. 이에 대해서는 어떠한 법률의 일부조항이 불합치결정된 경우와 당해 법률 전체가 그렇게 결정된 경우로 나누어 살펴 볼 수 있다.

전자에 있어 불합치결정된 당해 조항에 대해서는 입법권자에게 개선입법의무가 부과됨은 명백하다. 그리고 그 이외의 합헌인 다른 조항에 대해 그대로 유지시킬 것인지 아니면 개정할 것인지는 입법권자의 입법형성권에 맡겨진 것이다. 그런데 여기서 문제는 불합치결정된 당해 조항 내부에 합헌적인 요소가 포함되어 있다고 할 때, 합헌적인 요소에 대해서도 반드시 입법권자는 개선입법의무를 수행하여야 하는 점이다. 그것은 그렇지 않다고

할 것이다. 물론 입법권자의 그러한 판단이 적법하였는지의 여부는 그 개정부분에 대한 별도의 위헌심판을 통해 헌법재판소에 의해 통제될 수 있을 것이다.

이러한 점은 후자에 있어서도 마찬가지로 나타난다고 할 것이다. 즉 전소에서 구토초세법 전부를 헌법불합치로 결정하였다고 해서 입법권자가 개선입법을 함에 있어 반드시 당해 법률을 전면적으로 개정하여야 하는 것은 아니다. 다만 전소의 결정취지에 따라 구체적인 검토가 이루어진 개별조항과 토초세제도 자체에 대해 개선입법을 하였다면, 그것은 입법권자에게 부여된 의무를 충실히 수행한 것이라고 하겠다. 그리고 여기서도 구체적으로 검토되지 아니한 개별조항을 개선입법할 것인지의 여부는 전적으로 입법권자의 입법형성권에 맡겨진 것이다.

그러나 여기서 문제가 되는 것은 전소의 결정에서 구체적으로 검토되지 않은 조항을 입법권자는 개선입법의무를 수행하면서 그대로 유지하였고, 나중에 그 조항에 대해 위헌심판이 제청 또는 청구되었을 경우, 헌법재판소는 이것을 어떻게 처리하여야 하는가 하는 점이다. 이 때에는 기관력이 종료하였음을 이유로 개선입법된 법률조항에 대해 후소에서 새로이 심판대상을 삼을 수 있는 것과 마찬가지로 보아야 할 것이다. 이러한 점은 기관력의 시적 한계사유로서의 사정변경에 해당한다고 보아야 한다. 즉 다른 법률의 개정으로 인해 체계적으로 조정된 새로운 내용을 전소의 심판대상규범이 수용하고 있는 경우³⁵⁷⁾라고 하겠다. 만약 심판대상으로 삼을 수 없고 또 합헌으로 파악해야 한다면, 그것은 심판

357) Vgl. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.234.

대상을 당해 법률 전부로 확장시켜 위헌 또는 불합치결정할 필요성이 중대할 경우에도, 그러한 결정의 선포가 곤란하게 된다는 또다른 문제점을 초래하게 된다. 물론 이러한 논리형식내에는 입법권자가 헌법재판소의 결정취지를 간과하고 입법할 수도 있음을 사실상 허용하는 것은 아닌가라는 비판을 면할 수 없다고 보여진다. 그렇지만 그러한 입법이 실제로 행해진다면, 궁극적으로는 개선입법과 관련시켜 새로운 심판을 허용하지 않으면 안된다고 본다.

(4) 改善立法義務의 不完全履行에 대한 統制

헌법재판소가 헌법불합치결정이나 입법부작위에 대한 위헌확인 결정을 선고하였을 경우 이로 인해 입법권자는 개선입법의무를 부과받게 된다. 그런데, 이러한 의무를 이행함에 있어 흠결이 있을 때, 이에 대해 헌법재판소는 어떠한 방법으로 통제할 수 있는가가 문제된다.

이와 관련하여 구체적으로 문제된 적이 있었다. 헌법재판소는 구 토초세법에 관해 헌법불합치결정을 선고하면서 입법권자로 하여금 빠른 시일내에 개선입법 또는 폐지입법할 것을 촉구하였다. 이러한 결정취지에 따라 입법권자인 국회는 개선입법을 하기는 하였지만, 92년도까지의 결정과세분에 대한 처리방안을 명확히 부칙에서 경과규정으로 정하였어야 하였는데도 불구하고 이를 규정하지 않아 문제된 적이 있었다.³⁵⁸⁾

358) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 土超稅法の 改正立法上 不備에 관하여(上), 法律新聞 95.1.9.자, 14면;(下), 法律新聞 95.1.1.2.자, 15면 참조.

이에 관해 독일에서도 논란이 되고 있다. 이에 관해 연방헌법재판소는 아무런 입장도 제시하지 않고 있다.³⁵⁹⁾ 또 이에 대한 解決方案에 관해 견해가 통일되어 있지 않다.

Pohle³⁶⁰⁾는 헌법재판소에 의한 期限設定과 입법권자에 의한 設定된 期限踰越의 문제를 상세하게 검토하였다. 그는 立法促求決定과 헌법불합치결정이 명확하게 구분될 수 없다는 원칙적인 결함하에서 논리를 전개하고 있다.³⁶¹⁾ 여기서 그는 불합치선언으로 인한 立法期限을 입법권자가 도외시하였다 할지라도 연방헌법재판소에 새로운 제소는 불가능하다고 한다. 그 이유는 나중에 다시 헌법재판소가 판단한다 할지라도 원칙적으로 헌법불합치결정과 다르지 않은 결정은 전혀 고려될 수 없기 때문이라고 한다. 그렇지만 입법권자가 改善立法義務가 있음에도 불구하고 改善立法을 하지 않아 극단적인 문제점이 야기될 경우에는 헌법재판소는 스스로 독자적인 經過的 解決方案을 제시하여 합헌적인 상태를 회복시키지 않으면 안된다고 한다.³⁶²⁾

Sachs³⁶³⁾는 이 문제를 다르게 해결하려고 한다. 물론 그도 입법권자의 改善立法義務를 인정하고 있다. 그런데 입법권자가 改善立法時限을 踰越하였을 경우 여기에 헌법적 결과가 전혀 반영되지 않는 것은 아니라고 한다. 즉 踰越하였을 경우 그에 따라 계

359) Mein, Unvereinbarerklärung, S.176.

360) Albecht-Peter Pohle, Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Frankfurt/Bern/Cirencester U.K. 1979, S.154ff.

361) 그러나 그는 立法期限을 도외시한다는 점에서 중대한 차이가 있음을 인정하고 있다.vgl. Pohle, Verfassungswidrigelärung, S.159ff.

362) Pohle, Verfassungswidrigelklärung, S.162.

363) Michael Sachs, Bioße Unvereinbarerklärung, bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, S.659.

쟁규범은 무효로 처리되어야 하고 일반법원은 계쟁규범을 무효인 것으로 이해하여 법적 분쟁을 중국적으로 처리하여야 한다고 한다. 연방노동법원도 이와 동일한 입장이다.³⁶⁴⁾ 물론 노동법원도 불합치선언이 입법권자에게 改善立法義務를 부과하였으며, 事件의 擔當法院은 관련절차를 입법권자의 改善立法이 있을 때까지 정지하여야만 함을 전제로 한다. 그러나 입법권자가 改善立法義務를 이행하지 않았을 경우 擔當法院은 중국적인 사건의 처리를 위해서는 관례를 통해 불합치선언으로 인해 발생한 法的 틈새를 보완할 수 있다고 한다.

Schlaich³⁶⁵⁾는 Hein의 비판³⁶⁶⁾을 받아 들여 종래의 입장³⁶⁷⁾을 변경하여 Hein의 입장에 따르고 있다. 즉 그는 입법권자가 지체없는 改善立法義務를 위반하였을 경우 입법권자는 개개의 관계인에 대해 손해배상책임이 부과된다고 한다. 그러나 연방헌법재판소는 보충적인 입법권자가 아니기 때문에 새로운 제소에 따라 계쟁법률에 대해 후속적으로 無效宣言을 하는 代執行(Ersatzvornahme)은 허용되지 않는다고 한다. Hein³⁶⁸⁾은 입법권자가 改善立法을 하지 않았다고 해서 연방헌법재판소가 입법권자의 기능을

364) BAG, Beschl. V. 28. Februar 1985, 2 AZR 403/83; Hein, Unvereinbarerklärung, S.177.

365) Schlaich, Das BVerfG(1991), S.224.

366) Vgl, Hein, Unvereinbarerklärung, S.178.

367) Schlaich는 종래 立法權者가 事後改善立法義務를 履行하지 않았을 경우 새로운 절차에서 연방헌법재판소에 의한 係爭法律의 無效宣言으로 인해 改善立法의 가능성이 박탈된다고 하였다. 이것은 立法促求善言이 事後的인 事情變更으로 인해 憲法不合致宣言이나 無效宣言이 행해지는 경우와 유사한 것으로 파악하였었다. Vgl. Klaus Schlaich, Das Bundersverfassungsgericht, 1. Aufl., 1985. S.178.

368) Hein, Unvereinbarerklärung, S.179.

대신할 수 있는 것은 아님을 주장한다. 단지 불합치선언된 법률은 현행법으로 존치될 수 없음만이 인정되고, 입법권자가 改善立法을 수행하지 않음으로 인해 관계인들에게 불이익이 야기되었을 경우 관계인들은 입법권자를 상대로 국가책임을 호소할 수 있다고 한다. 입법권자는 최고의 연방기관으로서 어느 누구에 의해서도 헌법적인 義務履行이 강제될 수 없으며 또 입법영역에 있어서의 代執行은 용인될 수 없기 때문이라고 한다.

우리나라에서는 종래 이에 관한 논의가 활성화되지는 않았었다. 그러나 입법권자가 신속하게 改善立法을 하지 않고 장기간 지체되는 경우가 야기될 수 있다. 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고한 취지에 따라 改善立法을 수행하지 않은 경우 집행력을 확보할 수 있는 방안이 있는가가 논의의 대상이 된다. 기한이 도과함으로써 당연히 效力을 喪失한다는 견해³⁶⁹⁾와 거듭 違憲審判의 대상으로 삼아 後訴에서 違憲決定을 선고하여야 한다는 견해³⁷⁰⁾가 있다. 전자는 헌법불합치결정을 선고한 취지에 결코 부합하는 것이 아니다. 그리고 후자도 헌법불합치결정이 당해법률 자체에 위헌성이 내포되어 있음을 전제로 하고 있는 관념이라는 점에 비추어 볼 때, 後訴에서 당해법률에 대해 거듭 違憲決定을 선고한다고 하는 것은 마찬가지로 헌법불합치결정을 선고한 취지에 부합하는 것은 아니다. 그렇다고 한다면 양자의 견해 모두 현실적으로 수용하기는 어렵지 않을까 생각된다.

그리고 어느 누구에 의해서도 입법권자로 하여금 改善立法義務

369) 이 견해가 우리 헌법재판소의 입장이고 다수설이다.

370) 李石淵, 違憲決定의 理論과 實際, 190면.

를 강제할 수는 없다.³⁷¹⁾ 執行力保護手段으로서의 立法代執行도 허용되어서는 안된다.³⁷²⁾ 단지 國家機關의 不法責任에 대한 損害賠償請求를 고려하여야 할 것이다.

그런데 헌법재판소는 구토초세법에 관한 후소의 결정³⁷³⁾에서 입법상 흠결에 관하여 견해를 명확히 하고 있다. 헌법재판소는 후소의 결정에서 전소인 92헌바 49·52사건의 결정취지에 대해 보충적인 입장을 제시하면서 불합치결정된 법률을 적용하여야 할 사건들에 대해서는 국회가 지난 94.12.22. 개정한 토초세법을 적용하여야 한다고 하였다. 즉 헌법재판소는 결정이유에서 헌법불합치 「결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 소위 “당해사건” 또는 “병행사건”에 관하여는 위(전소의) 결정 이후 입법권자에 의하여 개정된 법률조항이 적용되어야 할 것인바, 이는 헌법불합치결정이 의도하는 효력의 본질적 부분의 하나이기도 하다. 왜냐하면 헌법불합치결정은 그 결정에 따라 구법조항들중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 획정을 입법권자의 형성의 자유에 맡겨두는 결과, 입법권자가 당해판소의 결정취지에 맞추어 해당조항을 개정할 때에야 비로소 그 결정에 의하여 무효로 될 부분을 구체적으로 확정할 수 있는 것이므로, 소위 “당해사건”등에 관하여는 구법조항들 중의 위헌부분이 제거된 것으로 보아야 할 개정법률조항들을 적용할 수밖에 없기 때문이」라고 하였다. 이러한 점을 전제로 해서, 국회가 개정된 법률의 시행으로 불합치결정된

371) 이것은 民主的 正當性, 立法權者의 立法形成權, 權力分立의 原理 등에 배치된다고 보여진다.

372) 同旨; 裴俊相, 法學論叢 제9집, 48면; 權寧星, 憲法學原論, 381면.

373) 현재 95.7.27.선고 93헌바1의 11건(병합)결정 - 관보 95.8.28.자, 84면 이하 참조.

법률은 더 이상 당해 행정소송에서 적용될 여지가 없다고 하였다. 아무튼 헌법재판소는 토초세법의 개선입법상 불비에 관해 개정법률의 적용이라는 의견을 제시함으로써 그 동안 제기된 논란을 정리하고자 하였다.³⁷⁴⁾

그러나 논란을 정리함에 있어 다소 미흡한 점이 있음을 지적하지 않을 수 없다. 헌법재판소는 94.12.22.에 개정된 토초세법의 부칙조항들을 전혀 고려하지 않고, 전소의 불합치결정과 관련된 사건, 즉 당해사건 또는 병행사건에 대해서는 개정법률을 적용하여야 한다는 입장만을 피력하였을 따름이다.

헌법재판소가 제시한 개정법률을 적용하지 않으면 안되는 사유를 구체적으로 나누어 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 당해사건이나 병행사건에 대해 불합치결정의 취지에 따라 개정된 법률을 적용하도록 하는 것은 헌법불합치결정이 의도하는 효력의 본질적 부분중의 하나라는 점이다. 둘째, 헌법불합치결정은 구법조항들중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 획정을 입법권자의 형성의 자유에 맡겨 놓은 것이다. 셋째, 입법권자가 헌법재판소의 결정취지에 맞추어 해당조항을 개정할 때에야 비로소 불합치결정에 의해 무효로 될 부분이 구체적으로 확정되는 것이다. 이상과 같은 사유로 당해사건이나 병행사건에 관하여는 구법조항들중의 위헌 부분이 제거된 것으로 보아야 할 개정법률조항들을 적용할 수 밖에 없다고 한다. 이상과 같은 시각은 입법권자인 국회가 토초세법을 개정하면서 제시한 경과규정은 오히려 불필요하다는 것이 아닌가 한다. 즉

374) 拙稿, 法曹 1995.12, 148면 이하 참조.

92년도까지 예정결정된 과세에 대해서는 당해사건과 병행사건에 한해 개정법률을 적용한다는 취지이고, 이것은 실제로는 입법권자가 개정한 경과규정을 대신하고 있는 것이다.

다시 말하면 헌법재판소는 이 사건의 결정을 제시함에 있어 92년도까지 예정결정된 과세부분에 대해 입법권자인 국회는 어떠한 태도인가를 고려치 않은 것으로 보인다. 즉 이 부분에 대해 개정법률의 부칙에 명시적인 규정이 없음은 사실이지만, 그렇다고 해서 크게 우려할 사안은 아니고, 법집행자인 법원과 행정청은 헌법재판소의 결정취지에 따라 적용하면 된다는 것이다. 이러한 헌법재판소의 태도는 궁극적으로는 헌법불합치결정의 효과를 확장한 것(사실상 개선입법을 강제한 것)이고, 실제적인 의미에 있어서는 “92년도까지 예정결정된 과세에 대해서는 당해사건과 병행사건에 한해 개정법률을 적용한다”는 경과규정을 제정한 것이라고 하겠다. 이것은 결국 헌법재판소가 입법상 흠결을 보충하는 범형성기능을 수행한 것이고, 일종의 입법대집행으로 보아도 크게 무리가 없을 것이다.

이것은 헌법재판소가 입법권자의 입법형성권을 존중한다는 취지에서 헌법불합치결정을 하였으면서도, 입법상의 흠결이 나타나자 헌법재판소가 스스로 입법권자를 대신하여 적극적인 입법기능을 수행한 것이라고 하겠다. 물론 입법상 흠결은 입법권자가 입법 의무를 불완전하게 이행함으로써 인해 초래된 것이긴 하지만, 이에 대해 헌법재판소는 조속한 개선입법 의무의 완전한 이행을 거듭 촉구하지 않으면 안되었나 하는 점이다. 아울러 이러한 이행이 이루어지지 않을 경우 국가배상책임 등의 문제가 야기될 수 있음을 부수적으로 제시할 수도 있었을 것이라고 본다.

시각에 따라서는 이 사건의 심판대상이 된 법률조항이 구 토초세법이기 때문에 개정법률의 부칙을 심판대상으로 삼는 데에는 어려움이 있음을 지적할 수도 있을 것이다. 그러나 헌법재판소가 구법에 대해 전소에서 헌법불합치결정을 선고하였었고, 그 결정취지는 법적용자로 하여금 구법의 적용절차의 중지와 개선입법에 의거한 처리이었다. 그러한 적용이 가능하려면 부칙의 경과규정에 그에 관한 명확한 언급이 있었어야 하는데, 그것이 불명확함으로 인해 초래된 것임³⁷⁵⁾을 지적하는 형태로 나타남이 바람직스럽지 않았을까 생각한다. 이러한 방안이 헌법재판소가 입법대집행을 하는 것보다는 개선입법을 촉구함으로써 입법권자의 입법형성권을 최종적으로 존중하는 것이기 때문이다.

3) 法適用者에 대한 效果

헌법불합치결정의 법적 효과는 위헌결정의 법적 효과인 일반적 적용배제에 대한 일정한 제약은 의미한다. 일정한 제약은 위헌결정이 선고될 경우에 나타날 수 있는 법적 혼란³⁷⁶⁾을 방지하기 위한 것이다. 법적 효과의 내용은 법적용자와 관련하여 두 가지로 나누어 파악할 수 있다.³⁷⁷⁾ 즉 그 하나는 不合致法律의 暫定的인 繼續適用이고, 다른 하나는 不合致法律의 法適用節次의 中止와 改善立法에 의한 處理이다.

375) 여기서는 立法義務의 不完全履行으로 인한 立法上 一部不作爲 문제가 다툼의 대상이 될 것이다.

376) 이것의 유형화에 대해서는 拙稿, 博士學位論文, 310면 이하 참조.

377) 拙稿, 博士學位論文, 305면 이하 참조.

(1) 法適用節次의 中止와 改善立法에 의한 處理

헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하면서 법적용자로 하여금 법적용절차를 중지하게 하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 것도 그 법적 효과중에 하나라고 할 수 있다. 이러한 방안이 선택되는 요인은 주로 不合致法律의 制定時點부터 決定時點까지의 사이에서 나타나는 혼란을 방지하기 위한 것이다.

이러한 법적 효과가 그 의미를 지니는 영역은 두가지로 나누어 살펴 볼 수 있다. 그 하나는 社會的 基本權과 관련하여 平等의 原則을 侵害한 경우이다. 즉 동등한 여건을 갖춘 어느 집단에 대해서는 사회적 기본권을 형성하여 향유하게 하는데 반해, 다른 집단에 대해서는 그러한 특혜에 참여할 수 있는 기회가 차단되었을 때, 논의의 대상이 되는 것이다. 다른 하나는 법률에 관해 단순히 위헌결정을 선고할 때에 야기되는 法的 混亂이 重大할 경우를 들 수 있다. 토초세법에 관한 헌법불합치결정은 전자에 해당한다기보다는 후자의 사례로 보아야 할 것이다.

다음으로 지적되어야 할 것이 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하면서 법적용자로 하여금 법적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 요구한 것이 적절한 것인지의 여부이다.

현행법상 法適用節次의 中止나 停止는 법률의 위헌심판제청이 이루어진 當該事件에 한해서만 인정되고 있다. 이른바 類似事件³⁷⁸⁾이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 憲法訴願審判事件에 있어서 조차도 절차의 진행을 정지시킬 수 없도록 하고 있다. 또 그

378) 여기서 類似事件이라 함은 심판제청된 當該事件 이외의 모든 사건을 통칭한다 할 것이다.

런가 하면 行政爭訟法에서 인정되고 있는 執行停止制度³⁷⁹⁾가 憲法訴訟法에 수용되어 있지 않다. 보다 근본적으로는 法官은 헌법 제103조에 따르면 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 獨立하여 審判하도록 하고 있다는 점이다.

후술하는 불합치법률의 잠정적인 계속적용은 법적안정성을 위해 필요한 최소한의 범위내에서만 허용되는 것이다. 만약 법률에 관해 위헌결정을 선고함으로써 국가재정의 위기초래 등 중대한 법적 혼란이 야기될 수 있다고 한다면, 이러한 경우에 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 변형결정이 필수적으로 고려되어야 한다. 그렇다고 해서 위헌법률의 적용상태를 방치해서도 안된다. 그렇다고 한다면 경우에 따라서는 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 방안을 고려함이 필수적이라고 할 것이다.

따라서 헌법재판소법상 명문의 규정이 없긴 하지만, 입법권자의 개선입법에 따른 처리를 요구함은 헌법재판소가 스스로 대체입법을 하는 것이 아니고, 단지 개선입법에 따라 처리할 것을 요구하는 것에 지나지 않기 때문에 가능하다고 할 것이다. 현실적으로 입법권자인 국회가 개선입법을 하는 과정에서 改善立法을 遡及適用할 것임을 經過規定에서 명시하면 된다. 그리고 그것은 위헌법률을 적용함보다는 국민에게 법익의 침해정도를 완화하는 것이고, 또 야기될 수 있는 법적 혼란도 방지할 수 있다는 측면에서 그 타당성이 인정된다고 하겠다.

法適用節次의 中止를 요구함은 法官의 獨立을 침해하는 것은 아닌가 하는 비판이 제기될 수도 있겠지만, 단순히 재판절차를

379) 行政爭訟法 제23조 및 行政審判法 제21조 참조.

중지하도록 요구하는 것이 아니고, 불합치선언된 법률의 적용을 배제하려는 의도에서 이루어지는 것이므로 문제는 없다고 하겠다. 즉 법관이 양심에 따라 독립하여 심판하는데 있어 적용하여야 할 범규범은 헌법과 헌법질서에 부합되는 법률이라고 할 것이다. 不合法決定된 법률은 위헌성이 내재하여 있지만, 위헌으로 결정할 경우에 야기될 수 있는 제반 문제점을 고려하여 위헌결정이 자제된 법률이다. 그러한 법률이라고 한다면, 비록 헌법불합치결정이 이루어졌다고 해서 당해 법률을 그대로 적용되도록 방치되어서는 안된다고 할 것이다.

아울러 지적되어야 할 것은, 法適用節次의 中止요구가 부당한 것이라고 한다면, 不合法法律의 暫定的인 繼續適用을 요구함은 더욱더 부당한 것이 될 것이라는 점이다. 물론 단지 법적용절차만을 고려한다면 잠정적인 계속적용은 헌법재판소의 결정취지에 따르기만 하면 되므로 아무런 문제가 없는 것처럼 보일 것이다. 그렇지만 이러한 태도는 불합치법률로 인한 법적 혼란을 도외시하는 것이다. 그러나 우리 헌법이 實質的 法治國家를 지향하고 있는 이상, 法的安定性때문에 피치 못할 경우에 한정하여 허용할 수 밖에 없다는 점을 전제로 한다면, 불가능하다고 주장하긴 어려울 것이다.

그리고 견해에 따라서는 법률관계가 이미 헌법불합치결정의 시점 이전에 형성되었는데도 불구하고 改善立法에 의해 처리하도록 요구함은 헌법 제13조 제2항에 규정된 財產權의 溯及立法에 의한 剝奪禁止에 위반된다고 지적할 수도 있을 것이다. 그러나 여기서 헌법불합치결정을 선고함으로써 고려되는 것은 國家財政상의 負擔과 個人의 財產權保障과의 衡平性추구라고 할 수 있다.

또 그로 인해 개인의 재산권이 본질적으로 박탈되는 것은 아니라고 할 것이다. 즉 헌법재판소가 재산권과 관련하여 헌법불합치결정을 선고하였다는 의미는, 비록 당해 법률을 위헌결정함으로써 침해된 재산권의 회복정도보다는 취약할지 모르지만, 재산권의 박탈과는 본질적으로 다른 것으로 보아야 할 것이다.

(2) 暫定的인 繼續適用

불합치법률의 잠정적인 계속적용은 法的安定性을 위해 필요한 최소한의 범위내에서만 허용되어야 한다. 다시 말하면 헌법불합치결정의 법적용자에 대한 법적 효과는 전술한 法適用節次의 中止와 改善立法에 따른 處理가 原則이라고 할 수 있고, 여기서 검토하고자 하는 不合致決定時點부터 改善立法時點까지 不合致法律의 暫定的인 繼續適用은 例外的인 것에 지나지 않는다.

불합치법률을 적용하는 법적용절차의 중지와 개선입법에 따른 처리가 요구되는 경우와 불합치법률의 잠정적인 계속적용이 요구되는 경우는 중대한 법적 혼란이 초래될 수 있는 시점에 따라 다르게 적용되어야 한다. 다시 말하면, 후자는 대체로 決定時點과 改善立法時點 사이에 나타날 수 있는 법적 혼란, 즉 법적 공백상태의 초래방지를 목적으로 행해지는 것이다. 그리고 불합치결정된 법률은 그 자체에 내부적으로 위헌성이 내재되어 있지만, 그렇다고 해서 위헌결정이 이루어진 법률은 아니다. 그러므로 위헌성이 내재한 법률임에 따라 그러한 법률이 구체적인 법률관계에 잠정적으로나마 계속적으로 적용될 필요성이 있다고 할지라도, 계속적용되는 것은 최소한에 그치지 않으면 안된다 하겠다. 다시

말하면 아주 例外的이고 制限된 範圍내에서만 허용된다고 할 것이다.

그러나 전자는 주로 不合致法律의 制定時點부터 決定時點까지의 사이에서 나타나는 법적 혼란을 방지하기 위한 것이다. 그리고 아주 드물겠지만, 이 두 가지 내용은 경우에 따라서는 절충하여 동시에 적용될 수도 있다고 보아야 할 것이다. 이상과 같은 의미로 파악하지 않을 수 없는 요인은 다음과 같다. 즉 위헌법률은 처음부터 당연무효이지만, 어떠한 법률이 위헌법률이었음을 확인하는 것은 시행된 이후 사후적으로만 가능하다는 점이다. 이것은 구체적 규범통제의 制度的 限界性으로 인해 야기되는 것이다. 헌법불합치법률은 위헌이며, 유효한 법률이 아니다. 불합치선언된 법률은 위헌무효인 법률이지만, 구체적 규범통제의 제도적 한계성과 법적안정성을 고려한 변형된 결과에 지나지 않는다. 즉 불합치법률은 헌법재판소가 위헌결정을 통해 당연무효임을 확인하는 것이 아니고, 입법권자에게 입법적인 처리를 위임하는 것이라고 할 것이다. 그리고 그 법률의 잠정적인 계속적용은 위헌법률이나마 없음으로 인해 야기될 수 있는 더 큰 법익의 침해를 방지하기 위하여 아주 예외적인 경우에 한정해서 허용되는 것이다.

그리고 원래 잠정적인 계속적용의 의미는 주로 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 사이에 적용될 법률이 없음으로 인해 법적 공백상태를 초래할 경우 이를 방지하기 위한 목적에서 행해지는 것이다. 그러나 견해에 따라서는 잠정적인 계속적용이 不合致法律의 制定時點부터 不合致決定時點의 사이에서도 요구될 수 있음을 주장할지 모른다. 그렇지만 계속적용을 폭넓게

허용하는 것은 바람직하지 않다고 하겠다. 첫째로는 다른 변형결정, 예컨대 잠정합헌결정의 법적 효과와 중복된다는 점이다. 이러한 문제는 실제로 노동쟁의조정법상 공무원인 근로자의 단체행동권제한에 관한 헌법불합치결정에서 노정되었다. 둘째로는 위헌성이 내재된 법률을 계속적용토록 함은 실질적 법치주의의 지향이라는 측면에 반한다는 점이다. 이미 지적한 바와 같이 헌법불합치결정 자체가 예외적으로 허용되는 변형결정제도이고, 또 불합치법률의 잠정적인 계속적용은 불합치결정의 법적 효과에 있어서도 원칙에 대한 예외에 해당된다고 할 것이다. 그리고 보다 위헌적인 상황의 초래방지에 그 목적이 있다고 한다면, 그 취지에 부합하게 운용함이 타당하다고 할 것이다.

4. 不合法法律에 根據한 處分の 問題

1) 論議의 對象

이 문제는 원래 헌법불합치결정의 법적용자에 대한 효과로서 논의되는 사항이다. 전술한 바와 같이 법적용자에 대한 효과는 이원적으로 나타난다. 즉 불합치법률의 법적용절차의 정지와 개선입법에 의한 처리를 요구하는 경우와 잠정적인 계속적용을 요구하는 경우는 각각 불합치결정된 법률에 근거한 국가작용의 처리방향에 있어 서로 다르게 나타난다.

먼저 불합치법률의 잠정적인 계속적용의 경우에 있어 불합치결정된 법률에 근거한 국가작용은 그 효력이 아무런 영향을 받지 아니하고 그대로 법적 효과를 유지한다고 할 것이다. 특허법에

관한 헌법불합치결정³⁸⁰⁾에 있어 「이 사건 위헌여부심판제청의 각 당해 사건을 포함한 모든 특허 및 의장쟁송사건」 대하여 심판대상인 법률을 그대로 적용한다는 것은 불합치결정된 법률의 잠정적인 계속적용을 의미하는 것이다. 다시 말하면 구체적인 법적절차를 불합치결정된 법률에 의해 그대로 진행시킨다는 것이다. 그러나 국회의원선거법상 기탁금의 헌법불합치결정의 효과가 영향을 미치지도록 한 것³⁸¹⁾은 이러한 점에서 문제가 있다고 하겠다.

다음, 불합치법률의 법 적용절차의 정지와 개선입법에 의한 처리의 경우에는 전술한 잠정적인 계속적용의 경우와는 달리 논의의 필요성이 대단히 크다고 하겠다. 그러면 여기서는 실제로 이러한 법적 효과를 제시한 토초세법과 관련한 결정례를 중심으로 논의를 진행하기로 한다.

2) 토초세법에 관한 前訴와 後訴의 決定內容

헌법재판소는 구 토초세법에 관한 전소의 결정이유³⁸²⁾에서 헌법불합치결정을 선택하는 사유중에 하나로서, 「여기서 당장 토초세법에 대한 단순위헌결정을 선택한다면 이 사건 청구인들 기타 토

380) 헌재 95.9.28.선고 92헌가11, 93헌가8-9-10(병합)결정 - 관보 95.11.1.자, 26면, 33면 참조.

381) 대법 91.6.11.선고 90다5450판결 - 법공 제901호, 91.8.1.자, 1895면 참조.

382) 헌재 94.7.29.선고 92헌바 49-50(병합)결정 - 헌판집 6의2, 64(118 이하) 참조.

초세부과와 관련한 소송을 제기하고 있거나 하려는 사람들은 이른바 “당해사건” 당사자로서 이 결정의 효력이 미치게 되는 결과로 위헌결정의 이익을 받게 될 것이나, 상대적으로 현행법에 따른 기발생 토초세를 전부 납부하고도 이에 대해 아무런 이익을 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래하는」 점을 제시하고 있다.

그러나 후소의 결정³⁸³⁾에서 다수의견은 전소의 「결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 소위 “당해사건” 또는 “병행사건”에 관하여는 위(전소의) 결정 이후 입법권자에 의하여 개정된 법률조항이 적용되어야 할 것인바, 이는 헌법불합치결정이 의도하는 효력의 본질적 부분의 하나」라고 하였고, 별개의견은 「개정된 법률의 당해사건 또는 병행사건에 대한 소급효력은 헌법불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소」라고 하였다.

전소와 후소의 결정이유를 비교하여 살펴 볼 때, 몇 가지 특징이 나타난다. 우선, 전소의 당해사건과 후소의 당해사건이 그 개념에 있어 서로 다르게 사용되고 있다는 점이다. 둘째, 후소의 결정에서는 종래 사용되지 않던 용어인 “병행사건”이라는 표현³⁸⁴⁾이 나타나고 있다는 점이다. 그 용어의 개념을 어떻게 규정지어야 할지도 문제된다. 셋째, 전소의 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 그 적용범위를 전소의 경우에는 형평성의 문제를 적시하여 포괄적인 의미의 당해사건 뿐만 아니라 이미 확정력을 발생한 사건도 이에 포함되어야 할 것이라는 입장을 취한 데 반해, 후소에서는

383) 헌재 95.7.27.선고 93헌바1외 11건(병합)결정 - 판보 95.8.28.자, 75면 이하 참조.

384) 판보 95.8.28.자, 84면.

명확하게 당해사건과 병행사건으로 한정하였다는 점이다. 넷째, 전소의 결정이유에서는 「이 사건 청구인들 기타 토초세부과와 관련한 소송」이라는 표현을 하고 있는데, 여기에는 토초세부과처분의 취소소송 뿐만 아니라 토초세를 이미 납부한 다음 제기한 부당이득반환청구소송이나 당해 처분의 취소를 다투는 것이 아니고 강제징수절차에 대해 제기한 소송 등도 포함시키려고 한 것은 아닌가 하는 점이다. 다섯째, 앞서 지적한 것과 관련되는 것으로 토초세를 전혀 납부치 아니하였거나 분납분을 납부치 않고 있을 경우 이에 대한 강제징수절차를 진행시키도록 방치함이 과연 바람직한 것인가 하는 점이다. 여섯째, 전소의 결정에서 제시한 헌법재판소의 의견을 후소의 결정에서는 이를 변경한 것이 아닌가 하는 점이다.

그러면 이상에 관해 유형화시켜 간략하게 검토하기로 한다.

3) 當該事件과 並行事件으로의 限定

헌법재판소가 전소의 결정에서 제시한 당해사건은 이 사건 및 기타 토초세부과와 관련하여 제기되어 있거나 될 수 있는 소송사건을 통칭한 것이다. 다시 말하면 이 결정의 원인이 된 사건으로서의 당해사건, 결정 당시 법원에 계속중인 사건³⁸⁵⁾ 및 결정 당시 아직 소송이 제기되지 않은 사건(일반사건)을 의미한다 하겠다. 그러나 후소에서의 당해사건은 전소 결정의 원인을 제공하였거나 결정 당시 위헌제청이 되었거나 또는 위헌제청이 신청된 사건만을 의미한다.

그리고 후소의 “병행사건”에 관해서는 다수의견의 경우 그 구

385) 헌법재판소는 당해사건과 법원에 계속중인 사건을 각각 「법원의 제청 헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소는 법률의 위헌결정(또는 헌법불합치결정)의 계기를 부여한 ‘당해사건’, 위헌결정(또는 헌법불합치결정)이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청신청을 하였거나 법원에 위헌신청을 한 경우의 ‘당해사건’, 그리고 따로 위헌신청을 아니하였지만 당해법률 또는 법률의 조항이 재판의 전체가 되어 ‘법원에 계속중인 사건」으로 개념을 규정짓고 있다. 헌재 93.5.13.선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바2450(병합)결정 - 헌판집 5의1, 226(250 이하) 참조.

체적인 개념규정을 짓지 않고 있으나, 별개의건의 경우 「당해법률이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 모든 병행사건」이라고 하여 결정 당시 법원에 계속중인 사건만을 의미하는 것은 아닌가 한다. 그렇지만 병행사건은 유사사건의 다른 호칭으로 보아야 한다. 여기에는 결정 당시 법원에 계속중인 사건뿐만 아니라 결정 당시 아직 소송이 제기되지 아니한 이른바 일반사건까지 포함되는 것으로 이해하여야 할 것이다. 예컨대 전소의 결정 당시 국세심판소에 심판청구를 하였거나 청구의 적법요건을 갖추 심판청구하고자 한 사건도 후소의 결정이 말하는 병행사건에 포함되어야 할 것이다.

그런데 전소의 결정은 그 결정의 법적 효과에 있어 포괄적인 의미의 당해사건뿐만 아니라 형평성을 이유로 이미 확정력을 발생한 사건도 적용범위에 포함시켜야 할 것이라는 입장을 취하였다. 그에 반해 후소에서는 당해사건과 병행사건으로 명확하게 한정하였다는 점이다. 이것은 후소의 결정이 전소의 결정취지를 변경한 것으로 보아야 할 것이다(헌법재판소법 제23조 제2항 참조). 이로 인해 전소의 결정에서 형평성을 이유로 확정력발생사건에 대해서도 헌법불합치결정의 효과가 미쳐야 한다는 의견을 변경한 것이 되어 이들 사건에 대해서는 그러한 효과가 미치지

않게 되었다.

그리고 전소의 결정이유에서는 「이 사건 청구인들 기타 토초세부과와 관련한 소송」이라는 표현을 하고 있다. 여기에는 토초세부과처분의 취소소송 뿐만 아니라 토초세를 이미 납부한 후에 제기한 부당이득반환청구소송이나 당해 처분의 취소를 다투는 것이 아니고 강제징수절차에 대해 제기한 소송 등도 포함시킨 것은 아닌가 하는 점이다. 후소의 결정에서는 이에 대해 구체적이고 직접적인 언급이 없고, 후소의 결정대상이 된 사건들의 원인사건이 행정소송사건임을 밝힌 것으로 보아 부당이득반환청구소송이나 체납처분절차를 다투는 행정소송은 병행사건에 포함시키지 않은 것이 아닌가 한다. 이에 관해서는 후술하기로 한다.

4) 誠實納稅者의 保護와 衡平性問題

헌법재판소는 전소에서는 헌법불합치를 결정주문으로 선택하면서 결정 당시 확정력이 발생한 사건에 대해 권리구제의 대상에 포함시키지 않을 경우 형평성문제를 야기할 것임을 적시하였다. 그렇지만 후소의 결정에서는 이 사건유형에 결정의 효과가 미치는 것을 명백히 배제하고 있다. 이는 구체적 사건에서의 정의뿐만 아니라 법적안정성도 고려한 적절한 태도라고 보여진다.

다시 말하면 전소에서 헌법재판소는 구 토초세법 전부에 대해 위헌결정을 선고할 경우 소위 “당해사건” 당사자들과 더 이상 다툴 수 없게된 성실납세자들과의 형평의 문제를 심화시키게 되므로, 이러한 문제를 방지하기 위해 헌법불합치결정을 선택한다고 하였다. 그러나 헌법불합치결정을 선고한다 해서 전소의 결정이

유에서 제시한 형평의 문제가 해소되는 것은 아니다. 오히려 또다른 문제를 야기할 수 있게 된다. 이러한 점을 인정하여 헌법재판소는 후소의 결정에서 전소의 결정취지에 의한 개선입법이 적용되는 사건의 범위를 당해사건과 병행사건으로 한정하는 것이었다.

여기서 확정력발생사건이라 함은 전소의 불합치결정 당시 성실히 토초세를 납부하고 아무런 법적 쟁송을 제기하지 않고 제소기간이 도과되었거나 이미 다투었지만 권리구제를 받지 못하고 확정된 경우의 사건을 말한다. 위헌결정으로 인한 권리구제의 폭이 가장 넓게 허용하는 독일에서조차도 이 사건유형에 대해서는 위헌결정의 효과가 영향을 미치지 않도록 하고 있다.³⁸⁶⁾

아무튼 위헌결정이나 헌법불합치결정이 선고되었다고 해서 그것을 이유로 성실납세자에 대해 적극적으로 보호하려는 시도는 현행법상 불가능하다. 입법권자의 개정입법으로 보호한다 할지라도, 그럴 경우 또다른 불필요한 어려운 문제를 야기시킬 수도 있게 된다. 이러한 점에서 후소인 사건의 결정에서 전소의 결정의견을 변경한 것은 타당하다고 하겠다. 그리고 금전금부의무와 관련된 법률에 대해서는 위헌결정이나 헌법불합치결정을 선택하기보다는 잠정합헌결정이나 단순한 입법촉구결정을 선택함이 바람직스러울 것이다.³⁸⁷⁾

386) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 人權과 正義 1995.11., 102면 이하 참조.

387) 어쨌든 誠實納稅者를 보호하지 못하고 정반대의 경우만이 보호가능하다고 하는 이 문제는 법률에 관한 違憲決定制度 자체가 지닌 한계라고 할 것이다.

5) 不合致法律에 根據한 處分과 滯納處分節次

(1) 不合致法律에 根據한 處分の 性格

헌법불합치결정된 법률에 근거한 처분의 성격을 어떻게 파악하여야 하는가가 문제된다. 이와 관련하여 제기되는 것이 바로 위헌결정된 법률에 근거한 과세처분이 위헌결정시점 이전에 행해졌을 경우, 이 처분을 어떻게 파악하여야 하는가 하는 점이다. 이에 대해서는 전술하였으므로 생략하기로 한다.

헌법불합치결정된 법률에 근거한 처분의 효력에 관해서는 위헌결정된 법률에 근거한 처분의 효력과는 다른 차원에서 접근하지 않으면 안된다. 헌법불합치결정은 당해 법률에 대해 위헌으로 확인하는 결정이 아니다. 따라서 법률이 헌법불합치로 결정되었다고 해서 불합치결정된 법률에 근거한 처분에 하자가 있다고 단정할 수는 없다고 보아야 한다. 법률의 개정 또는 폐지로 인해 당해처분의 법적 근거가 변경 또는 소멸된 것으로 이해함이 타당하다고 할 것이다. 그러므로 여기서는 하자있는 행정행위의 관념으로 논의되어야 할 것이 아니고, 입법권자가 법률을 개폐하면서 입법권자가 제시한 경과규정에 따라 처리하여야 할 것이다.

이러한 시각에서 볼 때, 토초세부과처분이 취소소송이 제기되어 있을 경우 법원은 직권으로 세액사정을 개정법률에 따라 다시 하여야 할 것이다. 그리고 개정내용중에 일부 폐지된 부분에 근거한 과세처분은 법적 근거없이 이루어진 것으로 파악하여 세액을 반환하도록 함이 타당할 것이다.

(2) 不合法法律에 根據한 處分の 執行力排除 여부

92년도까지의 예정결정과세임에도 불구하고 토초세를 체납하고 있거나 분납액을 납부치 않고 있는 경우도 문제된다. 이에 대해 전소의 결정이유에서는 불명확하기는 하지만, 「기타 토초세부과와 관련한 소송」이라는 표현을 사용하고 있는데 반해, 후소의 결정이유에서는 아무런 언급이 없다.

이와 관련하여 이른바 하자의 승계가 논의의 여지가 있지만, 그것이 허용될 수는 없다고 한다. 왜냐하면 하자의 승계는 선행처분과 후행처분에 있어 법적 효과의 동일성이 인정되는 경우에 한해서만 인정되기 때문이다. 즉 과세처분의 근거가 된 법률이 비록 위헌결정되었다 할지라도 당해 처분이 지닌 하자는 취소원인에 불과하고, 과세처분과 체납처분은 서로 다른 법적 효과를 추구하기 때문에 하자의 승계가 인정되지 않는다는 것이다. 따라서 위헌법률에 기한 처분은 일단 당해 처분에 대해 불가쟁력이 발생하는 한 당연히 집행력이 인정된다는 것이다.

결국 이러한 태도는 위헌결정의 법적 효과를 대단히 축소시키는 것이고, 처분의 근거법률에 대해 위헌결정이 선고되었다 할지라도, 결정의 효과는 많은 시일이 지난 다음에서야 발생하게 된다는 문제점을 초래한다. 다시 말하면 당해 처분이 위헌법률에 근거하였음에도 불구하고 그 처분의 존속력과 집행력을 유지시켜 주는 것이 과연 정의관념에 합치되는 것인지 의문이 아닐 수 없다. 그러한 법리를 고집함으로써 실체법상 위헌적인 법률관계를 절차법적으로 그대로 유지시켜 줌이 바람직한 것인가 하는 점이다.

우리의 경우 위헌결정된 법률에 근거한 처분의 집행력배제 문제는 물론이고, 불합치결정된 경우에 있어서 조차 이에 관한 직접적인 명문의 법적 근거가 없다. 물론 관련되는 것조차 대부분 대법원 판결이 반복됨으로써 일종의 관습법으로 형성된 상태에 지나지 않는다. 궁극적으로는 헌법불합치결정된 법률에 근거한 처분의 집행력배제문제는 위헌법률에 기한 처분의 그것을 해명하지 않는한, 그 해답을 찾기 어렵다고 하겠다.

아무튼 생각건대, 구 토초세법에 근거하여 과세처분이 행해졌음에도 불구하고 체납하고 있거나 분납액을 납부치 않는 경우에 대해서는 토초세법에 기해 행정청은 세액사정을 다시 하고 조정된 세액을 기준으로 처리하여야 하지 않을까 한다.

5. 刑罰法規의 憲法不合致決定

헌법불합치결정과 관련해서는 刑罰法規에 대한 헌법불합치결정이 선고될 수 있는지의 여부에 대해서조차 논의의 여지가 있다. 그렇지만 형법법규를 단순히 위헌으로 결정함으로써 인하여 야기되는 법적 혼란이 중대하다고 한다면 헌법불합치결정이 선고될 수 있다고 할 것이다.³⁸⁸⁾ 실제로 선고되었을 경우 그 법적 효과는 어떻게 파악하여야 할 것인가도 마찬가지로 논의의 대상이 된다.

이 경우 역시 이원적으로 접근하여야 하지 않을까 생각한다. 만

388) 同旨: 黃祐呂, 金哲洙教授華甲論文集, 329면; 李憲煥, 金哲洙教授華甲論文集, 291면 (「제47조 제2항의 규정은 制限的인 變形解釋을 하여 原則的인 將來效와 例外的인 遡及效를 그대로 인정하고, 다만 非刑罰法規의 未來無效와 刑罰法規의 將來效(未來無效를 포함)를 헌법재판소가 정할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당」 할 것이라고 한다.) 참조.

약 헌법재판소가 결정취지를 잠정적인 계속적용에 두었다면, 형벌법규에 근거한 확정판결에 대한 재심은 전혀 고려의 여지가 없을 것이다. 당연히 개시자혜택도 고려의 대상이 되지 않는다고 하겠다.

그렇지 않고, 불합치결정의 취지가 불합치법률의 법 적용절차의 정지와 개선입법에 의한 처리에 둔 것이라고 한다면 그 경우 논의의 여지가 크다고 하겠다.

형벌법규에 대해 헌법불합치결정이 선고되면 그 형벌법규는 더 이상 적용이 배제되어야 하고, 불합치선언된 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서는 재심청구가 허용되지만, 再審擔當法院은 불합치선언된 법률에 의거하여 재심에 관한 본안판단을 할 것이 아니고, 입법권자에 의한 改善立法이 있을 때까지 再審節次의 진행을 정지하여야 할 것이다. 그 이유는 再審擔當法院은 입법권자에 의한 改善立法의 내용에 따라 재심의 판단내용을 달리 하여야 하기 때문이다.³⁸⁹⁾ 이러한 경우에 있어 유죄의 확정판결에 대한 집행정지는 고려할 여지가 없다고 하겠다. 이상의 문제는 이른바 비형벌법규에 있어 확정력발생사건의 범주에 해당하는 것이다.

그러면 형벌법규에 대해 헌법불합치결정이 선고될 당시 당해사건, 법원에 계속중인 사건 및 이른바 일반사건 등에 대해서는 어떻게 처리하여야 하는가도 문제된다. 이 역시 불합치결정은 취지가 불합치법률의 법 적용절차의 정지와 개선입법에 의한 처리이므로 이에 따라야 할 것이다. 물론 이와 관련하여 형벌법규불소급의 원칙에 위반되지 않는가 하는 지적도 있을 수 있다. 그러나 이

389) 憲法不合致決定의 선고에 따른 法適用者의 法適用節次의 停止에 관한 상세한 내용은 拙稿, 博士學位論文, 308면 이하 참조.

것은 전혀 문제되지 않는다. 왜냐하면 개선입법에서는 불합치법률보다 범죄의 구성요건을 엄격하게 규정한다든가 형량을 완화하여 규정할 것이기 때문이다. 그렇지 않다면 합헌결정을 선고하지 구태여 헌법불합치결정을 선고할 실익이 없기 때문이다.

第 5 節 問題의 處理와 改善方案

I. 問題의 處理

이상에서는 법률의 위헌여부와 관련한 헌법재판소 결정의 효력에 관해 두서없이 쟁점별로 다루어 보았다. 이러한 과정에서 필자가 느끼는 가장 큰 소회는 헌법재판소 결정의 효력문제는 헌법의 규범력을 실질적으로 담보하는 대단히 중요한 분야임에도 불구하고 그 인식이 폭넓게 자리잡지 못하고 있는 것은 아닌가 한다. 이것은 헌법재판소 결정의 실효성을 확보하는데 장애요소로 작용하기도 한다. 아마도 법원을 비롯한 다른 국가기관이 헌법재판소의 결정을 존중치 않거나 승복치 않는 요인은 불완전한 법적인 제도적 장치, 국가기관별 기관이기주의적인 발상, 헌법재판제도 전반에 관한 인식의 미흡, 그리고 헌법재판소의 불명확한 결정례의 선택 등에서 찾을 수 있지 않을까 한다. 이중 우선순위를 따지기는 어려울 것이다.³⁹⁰⁾ 다만 분명한 것은 위에 제시한 요소들이 상호 복합적으로 작용하여 현재의 모습으로 나타났다고 하는 점이다.

390) 拙稿, 論文集 제18집(발간예정), 참조.

그러면 여기서는 헌법재판소가 결정을 선고함에 있어 불명확하다고 보여지는 사례를 지적하기로 한다.

㉠ 헌법재판소법 제45조를 들 수 있다. 이 조항은 의견에 따라서는 변형결정의 법적 근거를 부인하는 규정으로 파악하고 있다. 그러나 오히려 이 규정은 위헌심판의 범위를 정한 조항이라고 할 것이다. 부분을 보고 전체를 달리 파악하는 태도는 결코 현명하거나 바람직한 것이 아니다.

㉡ 결정주문에 「이 사건에 있어서」라는 한정적인 문구를 사용한 위헌불선언결정을 선고한 바 있는데, 이것은 합헌결정이 아니라 단순한 각하결정에 지나지 않는다. 물론 다수의견이 위헌을 주장함에도 불구하고 재판의 전제성판단에 관한 합의정족수에 대해 의견이 일치되지 아니함으로 인해 그렇게라도 주문을 내지 않으면 안되겠다는 입장도 한편으로는 이해하지 못할 것은 아니지만, 그 결정주문은 당해사건은 물론이고 향후 유사사건에 대해서도 아무런 기속력도 가지지 못함을 간과해서는 안될 것이다.

㉢ 토초세법 관련사건에서는 전소에서 당해 법률 “전부”에 대해 헌법불합치결정을 선고하였는데도 불구하고, 후소에서는 개별적으로 검토되지 아니한 조항에 대해서는 전소 결정의 기관력이 발생된 것이 아니라는 이유로 합헌결정을 선고한 것은 아무리 준거에 대한 논리적 타당성을 인정한다 할지라도 비난을 받아 마땅할 것이다. 후소의 결정에서는 합헌의견에는 다수의견과 반대의견을 제시한 재판관 5인이 참여한 것으로 보여진다. 그러나 전소의 결정의견을 변경하기 위해서는 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호로 인해 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야만 하는데, 이에 미달한 것이다. 그렇다면 후소의 합헌의견은 전소의 결정의견을

변경한 것이 아니다. 따라서 후소의 결정에서는 합헌결정을 일부 선고할 것이 아니었고, 그것조차도 각하결정을 선고하였어야 함이 타당하다.

㉔ 법규적 효력은 법규범의 위헌여부 결정 자체에 인정되는 효력이지만, 위헌여부 결정의 법적 효과로서의 법규범의 법규적 효력은 아니다. 다시 말하면 법규적 효력은 법률의 법규적 효력을 의미하는 것이 아니다.

㉕ 헌법재판소 결정의 효력은 심판대상이 된 부분에 대해서만 미치는 것이지만, 심판대상이 되지 아니한 부분에 대해서 까지 결정의 효력이 미치는 것은 아니다.

㉖ 중요한 결정이유에 대해 기속력을 부인하거나 변형결정이나 합헌결정에 대한 기속력을 부인하는 재판관들이 있었으면서도 정작 헌법재판소 결정의 효력에 있어 일반적으로 중요한 의미를 지닌 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 위헌심판사건에서 「주문-합헌, 이유-한정합헌」에 대해 만장일치로 합의가 이루어진 것을 어떻게 이해해야 할지 의문이다.

㉗ 헌법재판소는 법률의 위헌결정에 있어 위헌결정의 장래효원칙과 예외적 소급효의 시각에서 접근하고 있는데, 예외적인 소급효의 범위를 확장하면서 일반사건에 있어서는 법익을 형량하도록 하였다. 법익을 형량하여 일반사건에 있어서는 권리구제의 대상에서 제외시킬 수도 있음을 인정하고 있다. 이러한 태도는 헌법상 보장된 기본권에 관한 일반적인 인식에 정면 배치되는 것은 아닌가 한다.

㉘ 헌법재판소는 또 결정이유에서 종종 법익형량할 것을 제시하고 있다. 법익형량은 위헌여부를 판단함에 있어 헌법재판소가

스스로 수행하여야 하는 것이지, 구체적 사건을 해결하는 각급법원에게 형량하도록 허용하는 것은 경우에 따라서는 일반법원에게 권리구제 여부를 포괄적으로 위임하는 사실상의 효과를 지니게 된다는 점을 간과해서는 안된다. 특히 재판소원이 배제되어 있는 현행법체계에서 헌법재판소는 스스로 자신의 영향력을 위축시키는 어리석음을 범하고 있는 것은 아닌가 한다.

② 헌법 제107조에 규정된 재판의 전제성과 관련하여 헌법재판소는 가급적 제청법원의 견해를 존중해야 한다는 입장을 피력하고 있는데, 이에 대해 헌법재판소가 사안별 고유영역을 적절하게 획정하지 않게 되면, 헌법재판소가 제시한 결정의견은 법원에게 단지 권고적 의견이나 자문적 의견에 지나지 않게 될 것이다.

II. 解釋論的 改善方案

헌법재판소 결정의 효력과 관련하여 종전의 결정례에 나타난 해석방법에 있어 다음과 같이 변경하는 것을 제언한다.

① 주문합의방식과 합의정족수를 적용함에 있어 합의방식은 일괄적인 주문합의제보다는 쟁점별 합의제가 바람직할 것으로 본다. 즉 쟁점별로 단계적으로 합의를 이루는 것이 결론의 도출에 용이할 것이기 때문이다. 그리고 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호에 규정된 가중된 합의정족수는 본안판단에 관한 쟁점에 대해서만 적용하고, 그 이외의 쟁점에 대해서는 단순 다수결을 적용함이 타당할 것이다. 어차피 헌법재판은 개인의 주관적인 권리구제기능 뿐만 아니라 헌법질서보장 기능도 수행하기 때문이다.

- ㉠ 같은 법 제47조 제1항에 규정된 기속력은 위헌결정 뿐만 아니라 합헌결정 및 변형결정에도 인정된다고 해석함이 타당하다고 본다. 그렇게 해석할 의미는 실제 법적 측면에서 뿐만 아니라 절차법적인 측면에서도 대단히 크다고 하겠다.
- ㉡ 헌법재판소 결정의 효력은 결정일로부터 발생하는 것이다. 다시 말하면 결정의 효력 자체가 예외적으로라도 소급할 수 있는 것이 아니고, 단지 결정의 효과가 소급할 수 있음을 의미하는데 지나지 않는다.
- ㉢ 위 조항에 규정된 위헌「결정」의 기속력은 결정주문만이 아니라 결정이유중 중요한 부분에 대해서도 인정되어야 하고 또 그 필요성이 대단히 크다고 할 것이다. 이것은 법 적용자에게 헌법재판소 결정취지를 명확히 하는 효과를 지닌다고 하겠다.
- ㉣ 변형결정의 법적 근거가 불명확함은 부인할 수 없다. 다만 그 필요성으로 인해 헌법재판소가 규범외부적인 법형성(흡결보충적인 법형성)기능을 수행한 것으로 보아야 할 것이다.
- ㉤ 같은 조 제2항에서는 심판대상이 된 법률의 효력은 위헌결정에 의해 상실되도록 규정하고 있는데, 여기서 헌법재판소의 위헌결정은 심판대상이 된 법률의 효력을 상실시키는 힘을 갖는다는 의미가 도출된다. 이것은 헌법재판소 결정의 법규적 효력에 있어 가장 핵심적인 의미를 지니는 것이라 하겠다.
- ㉥ 같은 항의 해석에 있어 효력상실을 폐지로 보는 것은 현행법체계와 부합하는 것이 아니다. 당연무효설의 시각에서 접근함이 바람직할 것이다. 특히 폐지로 보게 됨으로써 예외적인 소급효의 일반적 확장이라는 논리도 성립할 수 있게 되는 것이다. 만약 효력상실을 폐지로 이해하고자 한다면, 위 조항을 위헌으로

파악함이 타당할 것이다.

◎ 재판의 전제성과 관련하여 위헌법률에 기한 처분문제가 등장하였었는데, 이에 대해 보다 명백하게 헌법재판소의 입장이 정리되어야 할 것이다. 그렇지 않으면 국민의 권리구제의 폭이 지나치게 좁아질 것임을 간과해서는 안된다. 그 구체적인 법리적 근거는 위에서 제시한 헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력을 들 수 있다. 또 같은 조 제2항에 규정된 효력상실을 폐지로 보지 않고 일반적 적용배제로 볼 경우에도 가능하게 된다. 즉 법률에 위헌결정이 선고되면 결정일 이후 소송요건을 갖춰 제기된 모든 사건에 대해 법원은 위헌법률의 적용을 일반적으로 배제하여야 한다. 또 그러한 취지를 결정문에 명확히 할 경우 법원과 행정청은 이에 기속되어야 하기 때문이다.

Ⅲ. 立法論的 改善方案

1. 立法論의 提示基準

입법론적 개선방안을 전개함에 있어 몇가지 측면을 고려하지 않으면 안된다.

첫째로는 헌법이나 헌법재판소법에 구조적으로 부적절하게 규정된 사항은 없는가 하는 점이다. 다시 말하면 법규범을 정립할 당시에는 전혀 의식을 못하였는데, 실제운영에서 나타난 문제점은 없는가 하는 점이다.

둘째로는 헌법재판소가 각종 심판절차를 진행하는데 있어 장애요소로 기능하는 경우는 없는가 하는 점이다.

셋째, 헌법재판소가 어떠한 결정을 선고하였을 때, 그 결정에 대해 다른 국가기관이나 지방자치단체는 기속되어야 하는데 실제에 있어서는 그렇지 못하다는 점이다. 이것은 두가지 측면으로 분석이 가해지고 또 대안이 제시되어야 한다. 그 하나는 법문의 규정취지가 불명확하므로 인해 다의적으로 해석됨에 따라 나타나는 것이고, 그렇기 때문에 그러한 개연성을 차단하는 방안이다. 다른 하나로는 국가기관이나 지방자치단체가 의도적으로 헌법재판소의 결정취지에 따르지 않으려는 현상이 나타나는데, 이에 대한 실효성있는 통제방안이 모색되어야 한다는 것이다.

헌법재판소 결정의 집행력은 아무리 법적으로 근거를 부여받고 있다 할지라도, 관련 국가기관이 이를 준수하고자 하는 의지가 없다면, 그러한 근거조차 무의미한 것이 된다. 그리고 비록 국가기관이 헌법재판 결정을 준수하고자 하는 의지가 아무리 충만하다 할지라도, 헌법재판소가 의도한 바와 다른 형태의 집행이 이루어진다면, 그것도 바람직스러운 것은 아니다. 그러므로 헌법재판소가 결정을 선고한 사안에 관한 집행내용에 대해서는 어느 정도의 범위내에서 헌법재판소가 스스로 통제할 수 있는 제도적 장치를 마련하지 않으면 안될 것이다. 예컨대 어떠한 법률에 대해 헌법재판소가 위헌으로 결정한 이후 위헌결정취지에 반하여 입법권자인 국회가 유사법률을 제정한 경우, 헌법재판소는 그 유사법률에 대해 반복하여 위헌결정함으로써 종전의 결정이 지닌 집행력을 사실상 확보하게 되는 것이다.

넷째, 헌법재판소의 활동공간이 명확히 영역확정되지 않았다는 점이다. 이를 적정하게 획정시켜 주는 방안을 고려하여야 한다는 점이다.

이상의 시각에서 입법론적 개선방안을 전개할 때, 그것은 두가지 시각에서 제시되어야 한다. 그 하나는 관련법률의 개정문제이고, 다른 하나는 헌법의 관련조항의 개정이다. 후자는 기본적으로 전자에 의해 도저히 해결할 수 없거나 전자에 의한다 할지라도 법적인 논란이 반복될 경우에 고려되는 것이라고 하겠다. 그리고 경우에 따라서는 헌법이나 헌법재판소법 모두 개정하여야 하는 것도 지적되어야 할 것이다.

그러나 여기서 제시하는 입법론은 헌법재판소 결정의 효력과 관련한 것으로 한정하기로 한다.³⁹¹⁾

그리고 입법론은 전반적이고 체계적인 시각에서 제시되어야 하는데도 불구하고, 단지 단편적으로만 제시하고 있다는 점에서 이를 전개함에 있어 일정한 한계가 있음을 인정하지 않을 수 없다. 이에 관해서는 다른 기회에 상론하기로 한다.

2. 關聯法律 條項의 改正

1) 法院의 裁判을 憲法訴願의 審判對象에의 包含

입법론적으로 가장 우선적으로 고려할 것은 바로 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에 포함시켜야 한다는 점이다. 이것은 어떠한 실효성 확보방안보다도 근본적인 것이고 또 중요한 것이다. 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에 포함시킬 경우 여러 가지 편익이 있을 것이다.

391) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 論文集 제18집(발간예정), 참조.

첫째, 국민의 재판청구권을 실질적으로 보장할 수 있다고 하는 점이다. 즉 재판 절차를 진행하는 과정에서 기본권침해가 발생하였을 경우 그에 대한 통제가 가능하게 된다고 하겠다. 이로 인해 법관이 재판을 진행하는 과정은 훨씬 신중하고 조심스럽게 나타날 것이다. 이것은 오판을 줄이는 효과로 사실상으로도 실제적으로도 나타날 것이다.

둘째, 헌법해석의 통일성을 확보할 수 있다는 점이다.³⁹²⁾ 현재 대법원도 최종적인 헌법해석권의 일부를 지니고 있음은 부인하기 어려운 사실이다. 이러한 점은 헌법 제107조 제2항에서 명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반됨이 재판의 전제가 되었을 경우 대법원에게 최종적인 심판권을 부여하고 있기 때문이다.³⁹³⁾ 우리 헌법은 전체적인 규범구조상 헌법재판소에게 헌법의 최종적인 해석권을 부여하고 있음에도 불구하고, 그로 인해 그러한 권한의 일부가 차단되어 있다는 점을 부인할 수 없다.

셋째, 헌법재판소 결정의 실효성을 사실상으로도 보장할 수 있다는 점이다. 법원의 재판이야말로 가장 일반적인 권리구제절차이고, 헌법재판소의 결정 중 많은 부분은 법원의 재판을 통해 구현된다. 이것을 다른 말로 바꾸면 법원에 의해 헌법재판소의 결정취지가 간과될 경우 헌법재판소는 형해화되고 말게 된다는 것과 상통한다 하겠다. 이러한 점은 헌법재판소가 변형결정을 선고한 경우에 그 의미가 더욱 크다고 하겠다. 즉 법원은 현재 한정합헌이나 헌법불합치결정을 선고한 경우 위헌해석된 부분이나 불합

392) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 憲法の最終的인 解釋關聯, 憲法裁判資料(憲法裁判所) 제4집. 憲法裁判의 展開, 1993, 681면 이하 참조.

393) 이에 관한 상세한 내용은 拙稿, 許永敏博士華甲論文集,, 681면 이하 참조.

치결정취지를 충분히 고려하지 않고 판단하는 것에 대한 통제장치로 기능하게 될 것이다. 특히 형벌법규에 대해 한정합헌이 선고된다 할지라도, 그에 대해 재심을 허용치 않으려는 것이 법원의 태도이다. 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상으로 삼게 되면 이에 대한 통제가 가능하게 될 것이다.

넷째, 재판소원이 인정되지 않음으로 인해 다른 국가기관에 의한 국가작용조차 심판대상에서 사실상 배제되고 있는데, 이를 방지할 수 있다는 점이다. 특히 행정처분이나 행정입법에 의한 기본권침해에 대한 통제가 가능해진다는 점은 대단히 중요하다 하겠다.³⁹⁴⁾

다섯째, 헌법소원의 본질적 기능을 회복할 수 있게 된다는 점이다. 원래 법률의 위헌심판은 입법권자를 통제하기 위한 절차로 제시된 것이고, 헌법소원심판은 법원을 통제하기 위한 절차로 만들어진 것이다.³⁹⁵⁾ 그런데도 불구하고 재판소원이 부인됨으로 인해 현행법상 헌법소원심판절차를 통해 다룰 수 있는 것은 검사의 불기소처분과 법률에 지나지 않게 되어 있다. 이것은 기능구조상 엄청난 파행이라 할 것인데, 이를 교정할 수 있게 된다.

2) 憲法의 最終的인 解釋權 부여

헌법재판소법에 헌법의 최종적인 유권해석에 관해 관할사항으

394) 현재 이것이 불가능하기 때문에 原行政處分을, 즉 이미 행정소송을 제기하였지만 침해된 기본권의 구제를 받지 못한 행정처분을 헌법소원의 심판대상으로 삼고자 하는 시도가 나타나는 것이다.

395) 許營, 憲法訴願制度的 理論과 우리 制度的 問題點, 考試研究 1989.4., 56면.

로 명시하는 방안이다. 그 내용으로는 각급법원이 명령이나 규칙의 위헌이나 위법여부를 심사함에 있어 헌법해석이 필요할 경우에는 헌법재판소에 헌법해석을 제청할 수 있도록 규정하는 것이다. 이 방안은 이미 제2공화국 당시 헌법재판소법에서도 규정된 바 있었다. 그리고 이러한 해석에 대해서도 기속력을 부여하지 않으면 안된다.

3) 變形決定의 法的 根據 명시

현재 우리 헌법재판소법은 법률에 관한 변형결정을 선고할 수 있는 명시적인 근거는 없다고 보여진다. 다만 그 필요성으로 인해 헌법재판소가 흠결보충적인(규범외부적)인 법형성기능³⁹⁶⁾을 수행하면서 선고하고 있다.

법률과 관련하여 다른 국가기관이 헌법재판소의 결정취지를 준수하지 않는다는 문제는 주로 이러한 변형결정과 관련해서 나타나는 것으로 보여진다. 그러므로 이를 방지하기 위해서는 변형결정의 법적 근거가 개략적으로나마 입법적으로 제시되어야 한다는 것이다. 특히 헌법불합치결정의 경우 다른 변형결정유형과 비교할 때, 그 효력에 있어 아주 특징적인 모습을 지니고 있다는 점이다. 그렇다면 이에 대한 법적 근거를 입법적으로 제시해 줌이 헌법재판소의 활동공간의 영역 확정에 이바지할 것이다.

396) 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Schneider, Richterrecht, S.15ff.

4) 決定의 각종 效力에 대한 法的 根據의 具體化

헌법재판소법에는 나름대로 헌법재판소 결정의 효력을 규정하고 있긴 하지만, 아직은 불충분하다는 점이다. 특히 한정합헌결정에 대한 검찰과 법원의 기속을 철저히 확보할 수 있도록 하여야 한다는 점이다. 독일의 경우에도 나타났지만, 한정합헌결정된 법률에 근거해서 과해진 형사처벌에 대해 재심을 허용치 않으려는 태도는 아주 심각한 문제라 할 것이다. 따라서 한정합헌결정된 형벌법규에 근거해서 이루어진 유죄의 확정판결에 대해서도 재심을 허용함을 명시함이 바람직할 것이다.

그리고 법률의 위헌결정과 헌법소원의 인용결정에 대해서만 기속력을 인정할 것이 아니고, 이들 심판유형에서 본안에 관해 판단을 한 일체의 결정유형에 대해서도 기속력을 인정하여야 할 것이다. 이를 인정한다고 해서 입법권자의 입법형성권을 침해하는 것도 아니고, 오히려 법원과 행정청에 대해 결정취지를 준수하게 하는 효과를 확보할 수 있을 것이기 때문이다.

5) 其他

이 밖에도 입법론적 방안으로는 몇 가지를 더 들 수 있다.

첫째, 헌법재판소법 제45조에 규정된 조제목을 위헌결정이라 해서는 안되고 위헌심판의 범위로 함이 타당할 것이다. 이 규정은 변형결정의 부인근거로 제시되곤 하지만, 원칙규정과 단서규정의 관계라는 시각에서 볼 때, 그러한 태도는 전혀 타당치 않은 것이라고 보여진다. 이러한 점에서 그 필요성은 대단히 크다고 하겠다.

다.

둘째, 필요할 경우에는 헌법재판소가 중간재판의 형식으로 가처분 또는 가집행을 할 수 있도록 법적 근거를 마련하여야 한다.³⁹⁷⁾ 이것은 특히 헌법불합치결정의 법적 효과가 불합치법률의 법적용절차의 정지와 개선입법에 의한 처리를 의도하였을 경우 더욱 강조하지 않을 수 없다.

셋째, 법률의 위헌심판절차에 있어 헌법재판소의 직권에 의한 심판대상의 확장을 폭넓게 허용하여야 할 것이다. 어차피 법률에 관한 위헌결정의 효력을 아주 제한적으로 해석하여 파악하려 한다면, 객관적인 소송의 법리에 맞춘다는 점에서 이를 수용함도 바람직할 것이다.

마지막으로, 헌법소원심판에 있어 인용결정이 선고된 국가작용과 동일한 유형의 국가작용이 반복될 수 있는 경우 그러한 국가작용은 헌법에 위반됨을 주문으로 제시할 수 있는 법적 근거를 마련함이 좋을 것이다. 그를 통해 동종조치의 반복을 방지할 수 있기 때문이다.

3. 憲法의 改正

헌법개정이라는 입법론은 기본적으로는 헌법재판체계 전반에 관해 제시될 수 있으므로, 그 논의를 한정하지 않으면 안된다. 따라서 여기서는 현행법체계에서 나타난 문제점들을 해소한다는 시각

397) 이에 관한 상세한 내용은 李聖煥, 博士學位論文, 140면 이하; 郭舜根, 憲法裁判과 假處分制度에 관한 研究. 獨逸 聯邦憲法裁判所의 경우를 중심으로, 博士學位論文(延世大 大學院), 1995.8., 173면 이하 참조.

에서만 접근하기로 한다.

1) 憲法裁判所의 管掌事項

우선, 헌법소원심판과 관련하여 헌법은 「법률이 정하는 헌법소원심판」으로 규정하여 헌법재판소법에 포괄적인 입법위임의 형식을 취하고 있는데, 이제까지의 운영경험을 바탕으로 해서 제도에 관해 구체적으로 헌법에 명시함이 바람직할 것이다.

둘째, 헌법에 관한 최종적인 해석에 대해 명시적으로 규정함이 바람직할 것이다. 이것은 헌법 제107조 제2항과 체계적으로 조화를 이루게 한다는 점에서 고려되는 것이다. 만약 헌법해석권을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하게 되면 그에 부수적으로 헌법재판소법도 관련규정을 정비하여야 할 것이다.

셋째, 법률에 관한 위헌여부 심판에 있어 「법원의 제청에 의한」경우로 관장사항을 한정하고 있는데, 이를 삭제함이 바람직할 것이다. 그렇지 않으면 추상적 규범통제의 헌법적 근거를 별도로 규정하는 방안도 고려하여야 한다. 이 문제는 현재 우리 헌법에서 구체적 규범통제만을 허용하고 있음에 따라 소수자보호에도 불충실한 부분이 적지 않고 또 규범통제가 이루어질 수 없는 영역이 존재하기 때문이다.³⁹⁸⁾ 현재 헌법소원심판을 통해 사실상 추상적 규범통제나 민중소송의 형태로 법률의 위헌심판이 행해지고 있는 현상도 결국 그 원인의 일단을 여기에서 찾을 수 있을 것이다.

398) 田正煥, 抽象的 規範統制節次 導入에 대한 考察, 憲法學研究(韓國憲法學會) 제1집, 1995.11., 306면 이하 참조.

넷째, 선거소송은 현재 대법원을 비롯한 각급법원의 관할사항으로 하고 있는데, 이에 대한 개선이 이루어져야 한다. 이것은 사법부가 사법작용으로서의 고유영역을 유지하게 하는데 이바지할 것이기 때문이다. 이것은 또 헌법소송관할기관의 일원화라는 헌법정책적인 시각에서도 그 당위성이 인정된다고 하겠다. 물론 지방자치제가 이루어져 선출직 공무원이 증가함에 따라 모두 헌법재판소의 관할로 하기에는 어려움이 있다는 점도 부인할 수는 없겠지만, 최소한 대통령이나 국회의원과 같이 헌법기관과 관련한 선거에 있어서의 소송에 대해서는 헌법재판소의 관장사항으로 하여야 한다고 보여진다.

2) 憲法裁判所 決定의 效力과 違憲決定의 운명

헌법재판소는 법률의 위헌심판절차나 헌법소원심판절차 등의 헌법재판절차를 진행하면서 헌법을 최종적으로 해석하는 기관으로 기능한다. 그렇다면 그러한 결정에 적절한 효력이 헌법상 명시되어야만 한다. 물론 구체적이고 개별적으로 명시하여야 함을 주장하는 것은 아니지만, 최소한 상징적으로라도 규정되어야 함이 바람직할 것이다.

헌법은 가장 핵심적인 통치작용으로서 법률은 예정하고 있다. 그렇다면 헌법에 위반되는 법률은 어떻게 되는 것인지에 대해 명시적으로 헌법이 이를 규정하여야만 한다고 본다. 그래야만 불필요한 논란이 최소화할 수 있을 것이다. 그렇지만 헌법에 명시함에 있어서도 오스트리아 연방헌법이 규정하고 있는 형태인 폐지 무효설은 기본권의 침해에 대한 구제에 있어 중대한 한계성을 초

대하므로 받아들이기 어렵다 할 것이다. 우리 헌법이 실질적 법치주의를 지향하는 이상, 이에 부합하게 규정되어야 할 것이다.

3) 決定定足數의 調整

우리 헌법은 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원의 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성으로 규정하고 있는데, 이에 대해서도 개선되어야 할 것이다.³⁹⁹⁾ 이 문제는 현재에도 논란이 되고 있지만, 앞으로도 크게 논란이 될 것이다.

즉 5·18과 관련한 검찰의 공소권없음결정에 대한 헌법소원심판사건에서 헌법재판소가 그 결정을 취소하기 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하였었다. 그러나 밀접한 관련성을 지닌 내용을 규정할 5·18관계 특별법의 위헌여부에 관해 결정할 때, 역시 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야만 한다.⁴⁰⁰⁾ 이것은 국가작용에 대해 지나치게 우월적인 지위를 인정하는 것이라는 비판을 면할 수 없을 것으로 보여진다.

이러한 시각에서 결정정족수에 관한 규정의 개선방안을 제시하고자 한다.

399) 拙稿, 憲法決定的 決定定足數, 均齋梁承斗教授華甲紀念論文集, 現代公法과 個人的 權益保護, 1994, 1001면 이하 참조.

400) 헌법재판소가 검찰의 결정을 취소할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 필요하였지만, 특별법을 합헌으로 유지하고자 할 때에는 4인의 합헌의견으로도 가능하게 된다.

(1) 決定定足數를 過半數로 緩和

법률의 위헌결정 등에 관한 定足數를 재판관 과반수의 찬성으로 완화하여야 함이 타당하다고 보여진다. 그리고 아울러 기술적인 성격이 강하긴 하지만 審理定足數도 헌법에 규정하여야 한다고 본다. 즉 헌법재판소에서의 심리에 있어서는 재판관 7인 이상의 출석으로 한정하여 규정하는 것이다.

개선방안으로는 헌법개정과정에서 決定定足數를 裁判官 5인 이상의 찬성으로 규정하는 方案과 裁判官의 過半數로 규정하는 方案 등이 고려대상이 될 수 있다. 過半數로 하여야만 문제의 여지가 없을 것이다. 헌법재판의 심판절차에 있어 審理定足數를 7인 이상의 재판관으로 규정하고 있기 때문에, 그렇게 규정한다 할지라도 부당하게 적은 인원에 의해 위헌결정이 이루어질 개연성은 발생할 여지가 없게 된다. 즉 최소한 4인 이상의 재판관이 찬성을 하여야만 裁判請求의 認容決定이 가능할 것이기 때문이다.

그러나 재판관 5인 이상의 찬성으로 구체적인 人員을 限定하는 것은 두가지 점에서 문제가 될 것이다. 첫째로는, 재판관이 闕位나 除斥, 忌避, 回避 등으로缺員이 이루어졌을 경우, 그 부담을 심판청구인이나 국민에게 전가하는 것이 된다는 점이다. 둘째로, 權限爭議審判에 있어 係爭物이 法律이 되었을 경우 현행법체계에서 나타나는 중대한 문제점⁴⁰¹⁾을 초래하게 될 것이라는 점이다.

401) 拙稿, 梁承斗教授華甲紀念論文集, 997면 이하 참조.

(2) 構成過程에서 加重多數決의 導入

헌법재판의 일정절차에 있어 決定定足數에 가중치를 부여한 것이 예컨대 헌법재판소로부터 입법권자의 존중이라든가 소수자보호 등에 있다고 한다면, 이러한 목적은 다른 방법에 의해 달성이 가능하다고 할 것이다. 즉 헌법재판소의 구성과정에서 加重多數決을 규정하여 民主的 正當性을 강화시키는 것이 그것이다. 물론 이에 관해서는 다른 요소들을 함께 고려하여 확정지어야 할 것이다. 예컨대 현행 법상 재판관의 임기가 6년이고 연임할 수 있도록 규정되어 있다. 또 재판관의 구성절차는 三府構成型을 채택하고 있는 것 등이다.

아무튼 필자는 裁判官의 任期는 6년보다 장기인 10년이나 12년으로 하고 單任制를 채택하여야 한다고 생각한다. 그리고 구성절차에 있어서는 憲法裁判官推薦會議⁴⁰²⁾에서 헌법재판관후보를 추천하고, 國會가 후보자에 대해 개별적으로 임명동의에 대한 의결을 하고, 국회의 의결을 거친 후보자를 大統領이 임명하는 이른바 段階的 構成方案⁴⁰³⁾을 채택함이 바람직하다고 보여진다. 이러한 절차를 밟음으로써 民主的 正當性에 대한 充電도 가능하고 또 政治的 任命可能性도 최소화시킬 수 있을 것이다. 그리고 필요하다면 헌법재판관추천회의에서 후보자를 추천하거나 국회가 의결하는 과정에서 3분의 2 이상의 찬성을 요구하는 방안도 고려될 수 있을 것이다.

402) 예컨대 제3공화국헌법상의 法官推薦會議가 그 모델이 될 수도 있을 것이다.

403) 裴俊想, 法學論叢 제9집, 37면; 拙稿, 論文集 제13집, 441면 이하 참조.

헌법재판소의 구성상 구조적 취약성을 지닌 반면에 결정절차에서 과도한 제약을 가하는 현재의 방법은 중대한 문제점이 있다고 하겠다. 따라서 구성절차에 있어 민주적인 요소를 최대한 투입시키고 결정절차에 있어서는 그 통제를 완화함이 국민의 기본권 보장이나 헌법질서의 수호에 기여하는 방안이라고 할 것이다.(95.12.18.완)

研究者 略歴

(文光三)

서울大學教 法科大學 卒業
서울大學教 大學院 法學碩士
서울大學教 大學院 法學博士
홍익大學教 法科大學 教授

(南福鉉)

漢陽大學校 法科大學 法學科 卒業
漢陽大學校 大學院 法學碩士
漢陽大學校 大學院 法學博士
全北大學校 法科大學 助教授

(田正煥)

漢陽大學校 法科大學 法學科 卒業
漢陽大學校 大學院 法學碩士
獨逸 킨른大學校 法學博士
韓國放送開發院 先任研究員

