

헌법재판소법의 개정방향에 관한
연구용역보고서

1999. 12.

헌 법 재 판 소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔습니다. 이 책자는 1999년도 연구계획에 의하여 한국공법학회로부터 제출받은 연구보고서로서 헌법재판제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

헌법재판소법의 개정방향에 관한 이 연구는 한국공법학회가 헌법재판소로부터 연구용역을 받아 연구책임자 양 건에게 연구진 구성 및 그 수행을 의뢰하여 3인의 공동연구자가 작성한 것이다.

연구자 3인은 다음과 같이 연구내용을 분담하였다. 연구책임자 양 건은 헌법재판소법 제1장 총칙, 제2장 조직, 제3장 일반심판절차를, 공동연구자 김문현은 동법 제4장 특별심판절차의 제5절 헌법소원심판 및 제3절 정당해산심판을, 공동연구자 남북현은 동법 제4장 특별심판절차의 제1절 위헌법률심판 및 제4절 권한쟁의심판을 담당하였다. 연구책임자 양 건은 그 담당부분 가운데 일반심판절차 부분에 관하여 한양대학교 법과대학 전임강사 김종철 박사의 연구에 의존하였음을 밝혀둔다.

연구의 진행과정에서 연구자들은 두 차례에 걸쳐 토론을 가졌다. 제1차 토론에서는 각 담당부분에 관한 연구의 기본방향을 발표하고 이에 대해 공동토론 하였다. 제2차 토론에서는 각 담당부분에 관한 초고의 요지를 놓고 공동토론 하였다. 공동토론을 통해 연구자들은 각자의 개인 의견에 부분적 수정을 가하고 다른 연구자들의 의견을 수용한 부분들이 있다. 이런 뜻에서 이 연구는 단순한 개별연구를 묶어놓은 것과는 차이가 있으며, ‘공동’연구의 강한 성격을 지니고 있다.

아울러 연구자들은 연구과정에서 헌법재판소 헌법연구관들과 두 차례의 토론을 거쳤다. 이 토론을 통해 연구자들은 직접 실무에 관여하는 헌법연구관들의 의견을 듣고 연구자들의 의견정립에 참고하였다. 그러나 헌법연구관들의 의견은 어디까지나 참고에 그쳤음

은 물론이며, 이 연구결과는 어디까지나 공동연구자들의 공동연구 결과이다.

자료수집과 원고정리의 과정에서 한양대학교 법과대학 박사과정에 있는 정문식 조교가 큰 수고를 하였다. 이 자리를 빌어 감사의 뜻을 표한다.

이 공동연구가 헌법재판소법의 바람직한 개정의 실현에 기여할 수 있기를 바라면서, 이 연구에 도움을 준 여러분들께 고마움의 뜻을 전한다.

1999. 10.

공동연구책임자 양 건

목 차

I. 연구의 취지 : 헌법재판소법 개정의 필요성	1
II. 개정시안의 내용	4
제1장 총칙	4
1. 개관	4
2. 제2조 관장사항	4
3. 제5조 재판관의 자격	9
4. 제6조 재판관의 임명	13
5. 제7조 재판관의 임기	17
6. 제10조 규칙제정권	20
7. 제11조 경비	21
제2장 조직	25
1. 개관	25
2. 제12조 헌법재판소장	25
3. 제16조 재판관회의	29
4. 제18조 사무처공무원	30
5. 제19조 헌법연구관 등	31
제3장 일반심판절차	34
1. 문제점의 총괄적 분류	34

2. 제23조 심판정족수와 관련하여	35
3. 제24조 제척 등에 관한 규정	41
4. 제25조 변호사강제주의와 관련하여	43
5. 피청구인에 대한 청구서 송달의 예외-제27조 제1항 관련	51
6. 수명재판관제도의 확대도입-제28조, 제32조 관련	52
7. 심리의 방식-제30조 관련	54
8. 자료제출요구의 확대-제32조 관련	56
9. 중국결정-제36조 관련	60
10. 심판비용의 보상-제37조 관련	64
11. 심판기간-제38조 관련	67
12. 일사부재리 혹은 재심인정의 문제-제39조 관련	71
13. 준용규정의 정비-제40조 관련	75
14. 헌재결정의 집행규정의 신설	77
15. 가치분 일반조항의 신설	80
제4장 특별심판절차	88
제1절 위헌법률심판	88
1. 서	88
2. 제45조 위헌결정	89
3. 제47조 위헌결정의 효력	107
제2절 권한쟁의심판	210
1. 서	210
2. 제61조 청구사유	212
3. 제62조 권한쟁의심판의 종류	242

4. 권한쟁의심판과 행정소송을 포함한 법원의 재판과의 관할획정	279
5. 제63조 청구기간	316
6. 제64조 청구서의 기재사항	319
7. 제65조 가처분	321
8. 제66조 결정의 내용	326
9. 제67조 결정의 효력	339
제3절 헌법소원심판 및 정당해산심판	340
1. 헌법 제107조 제2항	340
2. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문	345
3. 헌재법 제68조 제1항 단서	355
4. 헌법재판소법 제68조 제2항	368
5. 헌재법 제69조 제1항	382
6. 헌재법 제72조	388
7. 법률에 대한 헌법소원에 대한 심리절차 및 인용결정의 효력에 관한 준용규정	393
8. 헌재법 제75조 제7항	397
9. 공소시효의 정지	397
10. 헌법소원심판에 대한 결정에 대한 재심	401
11. 위헌정당해산시 소속국회의원의 신분상실 여부	405
 Ⅲ. 현행법률과 개정시안의 대조표	 410

I. 연구의 취지 : 헌법재판소법 개정의 필요성

헌법재판소가 창설된 지 이제 10년을 넘었다. 헌법재판소제도가 처음 도입될 당시 이 제도의 장래에 대해 회의적인 전망이 적지 않았지만, 이러한 예상과는 달리 헌법재판소는 그간 활발한 활동을 벌여왔고, 일정한 한계를 지니면서도 비교적 적극적인 태도를 보여주었다. 과연 우리의 헌법재판제도가 확고하게 정착될지의 여부는 앞으로 10년간의 활동 여하에 달려있다고 보아도 무방할 것이다.

이러한 시점에서 지금까지의 헌법재판제도 실시에서 나타난 문제점을 검토하고 그 대책을 강구하는 것은 매우 중요한 일이다. 종래 헌법재판에서 드러난 문제점 가운데에는 제도의 운용 또는 재판관들의 사법적 태도의 측면에서 나타난 것도 있지만, 헌법재판소법의 미비 때문에 야기된 것들이 적지 않았다고 보인다. 헌법재판소 출범 당시 헌법재판소법이 충분한 시간을 갖고 제정된 것이라고 보기는 어렵고 이 때문에 법률규정의 흠결이나 부적합성이 드러난 예가 적지 않다.

그간 세 차례의 법률개정이 있었지만(1차 개정, 1991.11.30. ; 2차 개정, 1994.12.22. ; 3차 개정, 1995.8.4.), 비상임재판관의 상임화와 헌법연구관 임용요건의 확대(1차 개정), 사무처장과 사무차장의 직급 상향조정(2차 개정), 사무처 공무원의 직급조정(3차 개정) 등, 주로 헌법재판소 조직에 관한 당면문제들에 국한되었다.

우리 헌법재판제도가 앞으로 성공적으로 뿌리박기 위해서는 헌법재판소법의 전면적인 재검토와 이에 따른 개정작업이 불가피할 것이다. 헌법재판소법의 문제점에 관해서는 이미 많은 연구가 있어 왔지만, 특정 주제에 관한 세부적 연구이거나 개괄적인 방향 제시

에 그친 경우가 대부분이었다.

이 연구는 헌법재판소법 전반에 걸쳐 종래 지적되어온 문제점들을 검토하고 그 바람직한 구체적인 개정시안을 마련하는 데 목적을 두고 있다. 이 연구에서 중점적으로 검토한 사항들은 다음과 같다.

제1장 총칙

① 헌법재판소 관할권의 확대 ② 재판관의 자격과 임기, 임명방식 ③ 예산안 편성과 법률안 제출에 관한 헌법재판소의 권한확대

제2장 조직

① 헌법재판소장의 선출방식 ② 헌법연구관의 지위 보장

제3장 일반심판절차

① 심판정족수 ② 변호사강제주의 ③ 심판비용의 보상 ④ 심판기간 ⑤ 헌법재판소 결정의 집행력 확보 ⑥ 가처분제도

제4장 특별심판절차

제1절 위헌법률심판 ① 심판대상 ② 결정의 효력

제4절 권한쟁의심판 ① 청구인적격 ② 행정소송 등 법원의 재판과의 관할확정 ③ 청구기간 ④ 결정의 내용

제5절 헌법소원심판 ① 재판소원 ② 법령소원 ③ 보충성의 원칙의 예외 ④ 청구기간 ⑤ 지정재판부의 권한 ⑥ 재심 등

헌법재판소법 내용의 일부분은 이미 헌법에 규정된 것들이고 따

라서 헌법재판소법 개정을 위해 먼저 헌법개정이 필요한 부분이 있다. 이 연구에서는 헌법개정이 필요한 사항들도 연구대상에 포함시키는 것으로 하였다. 그와 동시에 헌법개정을 전제하지 않고 헌법재판소법 개정만으로 대응할 수 있는 방안에 대해서도 검토하였다.

외국의 헌법재판제도에 관한 연구는 이미 우리 학계에 상당히 축적되어왔기 때문에 이 연구에서는 개정시안 제시에 필요한 한도 안에서 비교법적 검토를 하는 데 그쳤다. 아울러 개정시안을 목적으로 하는 이 연구의 실천적 성격에 비추어 각주의 첨부나 인용 등에 관하여 필요한 최소한에 그치는 것으로 하였다.

Ⅱ. 개정시안의 내용

제1장 총칙

1. 개관

헌법재판소법(이하 '헌재법'이라 약칭함)의 제1장 총칙의 상당부분은 이미 헌법에 규정되어 있는 내용들이다. 따라서 개정시안의 상당부분도 개헌을 전제한 내용들이다. 헌법재판소(이하 '헌재'라 약칭함)의 관장사항, 헌재 재판관의 자격, 임명방식 및 임기, 그리고 헌재와 관련된 법률안제출과 예산안편성에 헌재가 참여할 수 있는 방안 등에 중점을 두었다.

2. 제2조 관장사항

가. 대상조문

제2조(관장사항) 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
2. 탄핵의 심판
3. 정당의 해산심판
4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판
5. 헌법소원에 관한 심판

나. 문제점

현행 헌법과 헌재법에서는 위헌법률심판에 관하여 이른바 구체적 규범통제만을 인정하고 있다. 프랑스식의 사전적, 예방적 규범통제나 독일, 오스트리아 등에서의와 같은 추상적 규범통제는 인정되고 있지 않다.

구체적 규범통제만 인정하게 되면, 법률의 구체적인 적용이 있은 후 분쟁이 발생하는 경우에만 법률의 위헌성 여부를 심판할 수 있고, 사전에 이를 심사할 수 없다. 사후적 심판의 결과 위헌결정이 나게 되면 법적안정성을 깨뜨리게 되고 위헌결정에 따른 현실적 혼란을 피하기 어렵다.

한편, 현행 헌법상 헌재의 관장사항에는 선거소송재판권이 포함되어 있지 않다. ‘공직선거및선거부정방지법’에 의하면 대통령선거 및 국회의원선거에서 선거의 효력을 다투는 선거소송 및 당선효력을 다투는 당선소송(아래에서 편의상 양자를 합하여 ‘선거소송’이라 부른다)의 재판권은 대법원이 갖는 것으로 규정되어 있다(동법 제222조 및 제223조).

선거소송 가운데에서도 특히 중추적인 헌법기관인 대통령 및 국회의원의 선거소송은 기본적인 국가기관 구성의 효력을 다투는 것으로, 그것은 통상적인 소송과는 성격을 달리하는 것으로 볼 수 있다. 비교하자면, 정당의 존립을 다투는 정당해산심판권이나 탄핵심판권을 일반법원이 아니라 헌재에 부여하고 있는 것과 마찬가지로 취지에서 대통령 및 국회의원의 선거소송재판권을 일반법원에 부여하는 것은 적절치 못하다.

뿐만 아니라, 현행 헌법에는 중요한 헌법사항에 관한 최종적 결정기관이 명시되어 있지 않아 문제가 발생할 소지가 있다. 대표적

으로 헌법 제71조에 의하면 “대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순위로 그 권한을 대행한다”고 규정하고 있는데, 대통령의 궐위 또는 사고로 인한 직무수행불가 여부를 위헌적으로 확인할 기관이 명시되어 있지 않아 문제이다.

다. 입법례¹⁾

독일의 연방헌법재판소는 ① 추상적 규범통제(헌법 제93조 1항 2호) ② 구체적 규범통제(헌법 제100조 1항) ③ 헌법소원심판(헌법 제41조, 제93조 1항 4a·4b호, 헌재법 제90조 1항) ④ 기관쟁의심판(헌법 제93조 1항 1호, 헌재법 제63조) ⑤ 정당해산심판(헌법 제21조 2항) ⑥ 탄핵심판(헌법 제61조 1항, 헌법 제98조 2·5항) ⑦ 기본권실효심판(헌재법 제36조·제37조) ⑧ 연방소송(헌법 제93조 1항 3·4호) 등에 대해 관할권을 가진다.

오스트리아 헌법재판소는 ① 법률, 명령, 국제조약 등의 위헌·위법성 여부를 심판하는 규범통제(헌법 제140조 1항, 제139조 1항·2항, 제140조의1) ② 헌법소원심판(헌법 제144조) ③ 권한(기관)쟁의심판(헌법 제138조) ④ 탄핵심판(헌법 제142조) ⑤ 선거소송(헌법 제141조 1항) ⑥ 기타 법률해석에 있어서 국가기관간의 견해 불일치에 대한 판단(헌법 제126조a, 제148조f 등)을 관할한다.

스페인 헌법재판소는 ① 사전적·예방적 규범통제(헌재조직법 제78

1) 제1장 총칙 및 제2장 조직에 관련한 입법례에 관하여는 주로 다음의 문헌을 참조하였음. 법무부, 헌법재판제도, 법무부자료 제95집, 1988; 문홍수, 신봉기 공저, 세계각국의 헌법재판제도, 삼신, 1994; Christian Landfried ed., Constitutional Review and Legislation: An International Comparison, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988; Igor I. Kavass ed., Supranational and Constitutional Courts in Europe: Function and Sources, William S. Hein & Co. Inc., 1992; Christian Starck, Albrecht Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

조 1항) ② 추상적 규범통제(헌재조직법 제31조) ③ 구체적 규범통제(헌재조직법 35조) ④ 헌법소원심판(헌재조직법 제41조) ⑤ 권쟁의심판(헌재조직법 제59조) ⑥ 특수한 이의절차(헌재조직법 제76조) 등을 관할한다.

이탈리아 헌법재판소는 ① (구체적)규범통제(헌법 제134조 1항) ② 기관쟁의심판(헌법 제134조 2항) ③ 탄핵심판(헌법 제90조, 제96조, 제134조 3항) 등의 관할권을 가진다.

라. 개정방안 및 이유

구체적 규범통제만을 인정하는 결과로 발생하는 문제점을 시정하기 위해서는 프랑스식 사전적·예방적 규범통제 또는 독일, 오스트리아에서와 같은 추상적 규범통제를 인정해야 하지 않겠는가 하는 주장이 제시되고 있다.

프랑스식 사전적·예방적 규범통제는 특히 법률의 공포·시행전의 단계에서 법률의 위헌성 여부를 심판한다는 점에서 주목되는 제도이다. 그러나 이 제도는 프랑스 특유의 제도로써, 기본적으로 독일 또는 오스트리아의 헌법재판제도를 모델로 하고 있는 우리의 헌법재판제도에 이 제도를 접목시키는 데에는 신중한 검토가 필요하며, 좀더 현행 제도를 시행한 뒤 그 타당성 여부를 검토하는 것이 바람직할 것이다.

한편, 독일이나 오스트리아 등에서의 추상적 규범통제를 도입하는 문제도 신중을 요한다. 추상적 규범통제를 도입하면 사후의 위헌결정으로 인한 법적 혼란을 줄일 수 있을 뿐만 아니라, 헌법재판소의 위상을 높일 수 있는 이점이 있는 것이 사실이다.

그러나 현실적이고 정책적인 고려에서 볼 때, 추상적 규범통제와

같은 매우 강대한 권한을 헌재에 부여하기 위해서는 그 이전에 먼저 헌재의 현실적 위상을 확고히 할 수 있는 여건을 마련하는 것이 중요하다. 헌법재판관의 자격이나 임명방식 등에서 헌재의 위상을 제고할 수 있는 방향으로 제도를 고치고, 나아가 이를 토대로 헌법재판의 실재를 통해 국가 최고기관의 하나로서의 헌재의 위치를 확고히 한 뒤에 추상적 규범통제의 권한을 헌재에 부여하는 것이 현실적 방안으로서 적절하다고 본다.

한편, 대통령 및 국회의원 선거소송재판권은 앞에서 언급한대로 대법원이 아니라 헌재에 부여하는 것이 타당하다.²⁾ 널리 헌법재판에 관한 권한을 이원화하거나 분산시키는 것은 바람직하지 못하며, 특히 헌법재판권에 속하는 사항을 일반법원에 주는 것은 적절치 않다. 무엇보다도 일반소송을 다루는 사법적 태도와 헌법정책적 고려를 필수적 요소로 하는 헌법소송에서의 사법적 태도 사이에는 차이가 있기 때문이다.

헌재의 효율적 기능을 위해 선거소송 가운데 지방의회의원선거나 지방자치단체의 장선거와 같은 지방선거에 관한 소송은 헌재의 관장사항에서 제외하는 것이 적절하다. 그밖에, 대통령의 궐위 또는 사고로 인한 직무수행 불가 여부를 확인하는 기관을 헌재로 명시하는 것이 필요하다. 기본적인 헌법기관의 구성과 관련한 법적 판단권이 널리 헌법재판권에 포함된다고 이해한다면 위의 확인 권한 역시 헌재의 관장사항으로 하는 것이 적절하다. 프랑스 헌법(제7조 제4항)에서는 대통령의 궐위나 유고를 헌법평의회가 확인하도록 명시하고 있다.

2) 동지의 견해로 예컨대 다음을 참조, 이시윤, “헌법재판 10년의 회고와 전망”, 공법연구 제27집 제3호, 107-113면.

마. 개정시안

위의 개정방안은 모두 헌법개정을 필요로 하는 사항이다. 아울러 선거소송에 관해서는 ‘공직선거및선거부정방지법’의 관련조항의 개정이 필요하다. 헌법개정을 전제로 현재법을 다음과 같이 개정한다.

제2조에 다음과 같이 제6호 및 제7호를 신설한다.

6. 대통령선거 및 국회의원선거에서의 선거소송과 당선소송에 관한 심판
7. 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 지 여부의 확인

3. 제5조 재판관의 자격

가. 대상조문

제5조(재판관의 자격) ① 재판관은 15년 이상 다음 각호의 1에 해당하는 직에 있던 40세 이상의 자 중에서 임명한다. 다만, 다음 각호 중 2 이상의 직에 있던 자의 재직기간은 이를 통산한다.

1. 판사·검사·변호사
 2. 변호사의 자격이 있는 자로서 국가기관, 국·공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 자
 3. 변호사의 자격이 있는 자로서 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 있던 자
- ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 재판관으로 임명할 수 없다.
1. 다른 법령에 의하여 공무원으로 임용하지 못하는 자
 2. 금고 이상의 형을 선고받은 자
 3. 탄핵에 의하여 파면된 후 5년을 경과하지 아니한 자

나. 문제점

헌법 제111조 제2항은 현재 재판관의 자격을 “법관의 자격을 가진 (자)”로 한정하고 있다. 이 규정은 헌법재판소에 사법기관적 성격을 부여하기 위한 취지로 이해된다. 그러나 그 결과로 다음과 같은 문제가 제기된다.

첫째, 헌법소송에서는 일반소송과 달리 정치적 또는 정책적 고려가 중요한 비중을 차지하는 만큼, 일반소송을 다루는 법관의 자격을 가진 자에 한정시키는 것이 타당한가 하는 의문이다.

둘째, 위의 지적과 연관되는 것으로, 현실적으로 헌법학교수를 포함하여 일반적으로 법학교수 중에 법관자격을 가진 자가 극히 소수인 만큼, 법관자격이 없는 법학교수를 현재 재판관자격에서 배제하는 것이 적절한가 하는 의문이다. 헌법재판에서는 소송절차 등에 관한 기술적 지식이나 경험보다는 헌법정책적 판단이 중요하고 이와 관련하여 이론적 토대가 특히 큰 비중을 차지하는데, 현실적으로 법관 자격을 가진 자 중에서 이러한 소양을 갖춘 자를 찾기는 쉽지 않다. 때문에 법학교수가 재판관으로 참여할 필요성이 매우 크다고 할 수 있다.³⁾ 외국의 경우를 보더라도 법학교수가 헌법재판소에 참여하고 있지 않는 예는 찾아보기 힘들다.

다. 입법례

독일 연방헌법재판소의 재판관으로 선출되기 위해서는 (1) 40세 이상이며 (2) 연방의회의원의 피선거권을 갖고, 연방헌법재판소 재판관이 되겠다는 의사표시를 서면으로 제시하며 (3) 연방법관법에 규정된 법관의 자격을 갖고 있어야 하고 (4) 재판관 중에 각 원

3) 한국공법학회는 1988. 7. 2.의 건의문에서 법학교수의 재판관 참여 허용을 건의한 바 있다. 상계논문(이시윤, 114면)에서도 동지의 의견이 제시되어 있다.

(Senat)에 3명씩은 연방최고법원의 연방법관 중에서 선출되어야 하는데, 이때 연방법관은 최소한 3년 이상 연방법원 근무경력이 있어야 한다(연방헌법재판소법 제3조, 제2조 3항). 물론 법과대학 교수도 재판관이 될 수 있다(동법 제3조 4항).

오스트리아에서는 법학·정치학의 과정을 이수하고, 이러한 학력을 요구하는 직에 10년 이상 종사한 경력을 지닌 자라야 하며(헌법 제147조 3항), 특히 연방정부가 제청하고 연방대통령이 임명하는 소장, 부소장, 6인의 재판관, 3인의 예비재판관은 적어도 법관, 행정공무원, 대학의 법학교수 중에서 어느 하나의 직에 있던 자라야 한다(헌법 제147조 2항).

스페인 헌법재판소의 재판관은 법관(Magistrado), 검찰관(Fiscal), 대학교수, 공무원, 변호사 중에서 임명되므로 그런 자격을 갖고 있어야 하며, 15년 이상 승인된 전문직에 법률가로서 종사한 경력을 지녀야 하고, 스페인 국적을 가진 자여야 한다(헌법 제159조 2항, 헌재조직법 제18조).

이탈리아 헌법재판소 재판관은 상급의 재판관할권을 가진 재판기관(대법원, 최고행정법원, 회계감사원)의 전·현직 판사, 법학교수, 20년 이상의 법조실무 경력을 가진 변호사 가운데서 선출되므로 그러한 자격요건이 요구된다(헌법 제135조 2항).

라. 개정방안과 이유

현재 재판관의 자격을 비법률가에까지 넓힐 것인가의 문제는 신중한 판단을 요한다. 헌법재판의 성격에 비추어 비법률가(예컨대 행정공무원)에게 자격을 허용하는 것은 나름대로의 근거를 가지고 있지만, 그렇게 되면 헌법재판소의 성격에까지 변화를 가져오게 될

다. 즉, 현재를 사법기관으로서 성격지우느냐 아니면 기관의 성격에서부터 정치기관적 성격을 혼합시키느냐는 중대한 문제이며, 현 단계에서 정치기관적 성격을 혼합시키는 것이 타당하다는 적극적 근거를 찾기는 힘들다. 현재의 위상을 확보하는 데에는 사법기관적 성격을 적어도 앞으로 상당기간 유지하는 것이 필요할 것이다.

다만, 재판관 자격을 법률가에게 한정한다고 하더라도 앞서 지적한 것처럼 법관자격이 없는 법학교수를 배제함으로써 현실적으로 거의 모든 법학교수에게 자격을 인정치 않는 것은 바람직하지 않다.

이에 관해서는 일정한 경력을 지닌 법학교수에게 법관자격을 인정하는 법률개정을 통해 대응하는 것이 적절하다. 법원조직법에 의하면 변호사자격이 있는 자에게 법관자격을 인정하고 있으므로(동법 제42조), 변호사법을 개정하여 일정한 자격을 지닌 법학교수에게도 변호사자격을 인정하면 결국 변호사자격을 지닌 법학교수가 법관자격도 갖게 되고 그에 따라 현재 재판관자격도 인정받게 된다. 결국 변호사법을 개정하여 공인된 법과대학에서 일정기간(길어도 15년 미만) 이상 교수직에 있던 자에게 변호사자격을 인정하면, 굳이 현재법을 개정하지 않더라도, 15년 이상 공인된 대학의 법학교수 이상의 직에 있었던 자는 변호사자격만이 아니라 현재 재판관자격을 갖게 된다.

현재법에 의하면 40세 이상의 자로, 15년 이상 일정한 법률관련 직에 종사한 자에게 재판관 자격을 부여하고 있다(동법 제5조). 현실적으로 최근에 사법연수원생의 입소 당시 평균연령은 약 29세인데⁴⁾ 이를 기준으로 변호사자격 취득 평균연령이 31세라고 보면,

4) 사법연수원, 한국법조론, 1999, 206면, 표4-9 참조.

15년이 지난 46세에 현재 재판관자격을 갖게 된다. 이와 비교하여 보면, 실제로 31세에 법학조교수가 되는 것은 평균적 경우보다는 빠르다고 할 수 있으므로, 15년 이상 조교수직 이상에 있었던 자에게 재판관자격을 인정한다면 실무 법률가에 비해 결코 유리한 것은 아니다.

이러한 방안은 법학교수에 대한 변호사자격 인정 요건에 관하여 경력 15년 미만의 범위에서 설정한다는 것을 전제함은 물론이다.

이렇게 볼 때 변호사법을 개정하면 굳이 현재법을 개정하지 않더라도 법학조교수 이상의 직에 15년 이상 있었던 자에게 현재 재판관자격을 인정하게 된다.

4. 제6조 재판관의 임명

가. 대상조문

제6조(재판관의 임명) ① 재판관은 대통령이 임명한다.

② 제1항의 재판관 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다.

③ 재판관의 임기가 만료되거나 임기 중 재판관이 결원된 때에는 임기만료 또는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 다만, 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회 또는 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 결원이 된 때에는 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다.

나. 문제점

헌법과 현재법에 규정된 재판관 임명의 방식은 다음과 같은 문

제점을 지니고 있다.

첫째, 재판관의 민주적 정당성의 토대가 취약하다. 특히 대법원장이 3인을 지명하게 한 것은 문제이다. 대법원장은 국민의 선거에 의해 선출된 것이 아니므로 그 자신이 직접적인 민주적 정당성의 토대를 지니고 있지 못하다. 대통령이 실질적으로 3인을 임명하게 한 것은 대통령이 국민의 직선에 의해 선출된 만큼 나름대로 정당성의 토대가 있다고 볼 수 있으나, 모든 대법관의 임명에 국회의 동의를 얻도록 하고 있는 것과 비교하면 정당성의 면에서 상대적으로 취약하다고 보지 않을 수 없다.

둘째, 대법원장에게 지명권을 주고 있는 것 자체가 문제이다. 대법원장에게 지명권을 줌으로써 대법원과 현재의 관계에서 마치 현재가 대법원보다 하위에 있는 듯한 결과를 초래할 위험이 있다. 다만 한가지 그 근거를 찾아볼 수 있다면 현재가 기본적으로 사법기관인 만큼, 대법원장이 전문적인 관점에서 적절한 인사를 할 수 있는 위치에 있지 않느냐는 점을 생각해 볼 수 있다. 그러나 이 점을 감안하더라도, 마치 현재가 대법원보다 하위에 있는 듯한 인상을 주지 않도록 보완적인 제도적 개선책이 필요하다.

셋째, 재판관 임기만료의 경우, 임기만료일로부터 30일 이내에 후임자를 임명하도록 규정하고 있기 때문에 재판소 업무의 연속성이 저해될 수 있다.

다. 입법례

독일 연방헌법재판소는 2개의 원(Senat)으로 구성되며, 각 원은 8명의 재판관을 둔다(헌재법 제2조 1·2항). 16명의 재판관은 연방의회와 연방상원에서 각각 8명씩 선출한다(헌법 제94조 1항; 현재

법 제5조 1항). 연방의회의 '12인 위원회'에서 8명의 재판관을 선출한다(헌재법 제6조). 연방상원에서는 재적의원 2/3의 찬성으로 8인의 재판관을 직접 선출한다(동법 제7조). 연방헌법재판소장과 부소장은 재판관 중에서 연방의회와 연방상원에서 상호 교대해서 선출한다(동법 제9조 1항). 선출된 재판관은 연방대통령에 의해 임명되며(동법 제10조), 대통령은 임명권 행사에서 실질적 심사는 하지 못한다.

오스트리아 헌법재판소는 1인의 소장, 1인의 부소장, 12인의 재판관, 6인의 예비재판관(Ersatzmitglieder)으로 구성되며(헌법 제147조 1항), 소장, 부소장, 재판관 6인, 예비재판관 3인은 연방정부의 제청에 따라 연방대통령이 임명한다. 나머지 재판관 6인과 예비재판관 3인의 경우는 하원에서 재판관 3인, 예비재판관 2인을, 상원에서 재판관 3인, 예비재판관 1인을 각 자리마다 3배수로 제청하고, 그 중에서 연방대통령이 임명한다(헌법 제147조 2항). 예비재판관은 재판관의 궐위시에 그 직을 수행한다. 사건이 배당되는 일정수의 상임재판관(Referent)은 재판관회의에서 선임된다(헌재법 제2조 1항).

스페인의 헌법재판소는 12명의 재판관으로 구성되며, 재판업무를 하는 데 있어서 전원재판부(Plene)와 2개의 원(Sala)으로 나뉘어 있다. 전원재판부는 12명의 재판관에 의해, 원은 6명의 재판관으로 구성된다. 의회의 상·하원은 각각 재적의원 3/5의 찬성에 의해 4명씩을 제청하고, 행정부와 사법부는 나머지 2명씩을 제청한다(헌법 제159조 1항, 헌재조직법 제16조 1항). 2개의 원 중에 제1원은 헌법재판소 소장이, 제2원은 부소장이 맡는다(헌재조직법 제7조).

이탈리아 헌법재판소는 15인의 통상재판관으로 구성되지만, 탄핵사건을 위해 16인의 특별재판관이 추가되어 함께 재판하기도 한다.

통상재판관의 1/3은 대통령이, 5인은 의회의 양원 합동회의에서, 5인은 상급법원(대법원과 최고행정법원)에서 지명한다(헌재법 제2조, 제3조, 제4조). 특별재판관은 상원의원의 피선거권을 가진 시민 중에서 국회의 양원합동회의가 선출한다(헌법 제135조 6항). 결원이 생긴 때에는 1개월 이내 후임자를 선임하며, 전임자의 잔임기간 동안 재임한다.

라. 개정방안과 이유

첫째, 재판관의 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 대통령이 실질적으로 임명하는 3인 및 대법원장이 지명하는 3인에 대해서 국회의 동의를 얻도록 해야 할 것이다.

둘째, 대법원장에게 지명권을 주는 데에서 오는 문제점을 보완하기 위해서는 대법원장이 지명하는 3인 중, 적어도 2인은 전직 또는 현직 대법관 중에서 선정하도록 한다. 이렇게 하면 현재의 위상 측면에서나 전문성 확보의 측면에서나 긍정적 효과를 기대할 수 있다. 아울러, 대법원장의 지명에 앞서 대법관회의의 의결을 거치도록 법원조직법을 개정하는 것이 필요하다.⁵⁾

셋째, 재판관 임기만료의 경우에 재판소 업무의 연속성을 확보하기 위해서는 임기만료 전에 임명을 위한 절차를 밟을 수 있게 해야 한다. 그러나 재판관의 임기가 헌법에 규정되어 있는 만큼 후임자의 임기 자체를 전임자의 임기만료일 전으로 앞당길 수는 없을 것이다. 업무의 연속성을 위해 임기만료된 재판관이 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 계속하도록 하자는 의견도 있으나, 재판관 임기가 헌법에 명시되어 있기 때문에 위헌의 소지가 있다.

5) 동지, 정재황, “헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점”, 공법연구 제22집 제2호, 1994. 6., 49면.

마. 개정시안

위의 개정방안 중 첫째 및 둘째의 내용은 헌법개정을 필요로 하는 사항이다. 개헌을 전제로 헌재법 제6조 제2항에 다음의 규정을 추가한다.

대통령이 독자적으로 임명하는 3인 및 대법원장이 지명하는 3인의 임명에는 국회의 동의를 거쳐야 한다.

대법원장이 지명하는 3인 가운데 적어도 2인은 전직 또는 현직의 대법관 가운데에서 선정한다.

헌재법 제6조 제3항 본문을 다음과 같이 개정한다.

재판관의 임기가 만료되기 60일 이전부터 후임자의 임명을 위한 절차를 개시할 수 있다. 재판관이 결원된 때에는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다.

5. 제7조 재판관의 임기

가. 대상조문

제7조(재판관의 임기)

- ① 재판관의 임기는 6년으로 하며, 연임할 수 있다.
- ② 재판관의 정년은 65세로 한다. 다만, 헌법재판소장인 재판관의 정년은 70세로 한다.

나. 문제점

첫째, 헌법 및 헌재법에 의하면 재판관이 연임할 수 있도록 규정

하고 있는데, 연임제는 헌법재판의 독립성 확보를 위해 적절치 못하다.

둘째, 재판소장과 재판관의 정년에 차등을 두는 합리적 근거를 찾기 어렵다.

셋째, 재판관이 결원된 경우에 후임자의 임기가 잔임기간인지 아니면 새로 임기가 개시되는지에 관해 명시적 규정을 둘 필요가 있다.

다. 입법례

독일 연방헌법재판소 재판관의 임기는 12년이며, 임기만료 전이라도 법관정년(68세)이 되면 자동적으로 퇴직된다. 재판관의 연임과 중임은 모두 인정되지 않는다. 임기가 만료된 경우 전임자는 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 계속한다(동법 제4조). 재판관이 사망·정년·직위해제 등으로 물러나는 경우, 퇴임자를 선출했던 입법기관이 1개월 이내 후임자를 선출하고, 후임자의 임기는 잔여기간이 아니고 새로운 임기의 시작이다.

오스트리아에서는 재판관의 임기가 없다. 국적 상실 등 기타 사유로 면직되지 않는 한, 70세에 달한 해의 12. 31.까지 직무를 수행한다(헌법 제147조 6항). 임기제도는 없지만, 정년제도가 있는 셈이다. 재판관 또는 예비재판관이 심리를 위한 재판관회의에 3회 연속하여 출석하지 않는 경우, 자격을 상실하게 된다(헌법 제147조 7항). 상임재판관의 임기는 3년이다(헌재법 제2조 1항).

스페인 헌법재판소 재판관의 임기는 9년이며, 3년마다 1/3씩 경질된다(헌법 제159조 3항). 연임은 허용되지 않으나, 재판관으로 3년 이상 재직하지 않은 자에 대해서는 연임 제청할 수 있다(헌재조직법 제16조 2항).

이탈리아 통상재판관의 임기는 9년이며, 임기의 연장과 연임은 허용되지 않는다(헌법 제135조 3항). 특별재판관은 탄핵재판기간 동안만 임명된다(헌법 제135조 4항).

라. 개정방안과 이유

첫째, 연임제를 폐지하는 경우에 단임제로 하면서 정년을 두는 방안과 종신제로 하는 방안이 있는데, 전자가 타당하다고 본다.⁶⁾ 종신제로 하는 경우에는 헌법재판의 경향이 지나치게 보수화하고 정체될 위험이 있다. 단임제로 바꾸는 경우 임기는 현재의 6년보다 연장하여 9년으로 하는 것이 적절하다고 본다.

둘째, 정년은 재판소장과 재판관 사이에 차등을 두지 않고 70세로 한다. 예컨대 50대 중반에 임명되는 경우 60대 중반까지 봉직하게 되고, 60대 초반에 임명되는 경우, 정년 가까운 시기까지 봉직하게 될 것이다.

셋째, 재판관 결원시에 후임자의 임기가 새로 개시됨을 명시한다. 여러 재판관들이 동시에 퇴임하고 동시에 취임하는 것보다는 재판관에 따라 임기 개시일이 상이할수록 상대적이거나 재판관 구성의 다양성을 위해 바람직할 것이다.

위의 개정방안 중 첫째 및 둘째의 내용은 헌법개정을 필요로 하는 사항이다. 개헌을 전제로 헌재법 제7조를 다음과 같이 개정한다.

- ① 재판관의 임기는 9년으로 하며 연임할 수 없다. 재판관이 결원된 때에 후임자의 임기는 새로 개시되는 것으로 한다.
- ② 재판관(재판소장을 포함한다)의 정년은 70세로 한다.

6) 동지, 김운용, “헌법재판의 제도적 개선방안”, 헌법재판소, 헌법재판 운용현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 1993.12., 219면.

6. 제10조 규칙제정권

가. 대상조문

제10조(규칙제정권) ① 헌법재판소는 이 법과 다른 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

② 헌법재판소규칙은 관보에 게재하여 이를 공포한다.

나. 문제점

헌재법 제10조는 현재의 규칙제정권을 규정하고 있는데, 규칙제정권은 어디까지나 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 인정될 뿐이다. 그렇기 때문에 규칙보다 상위의 효력을 갖는 법률의 제정 과정에 헌재가 참여할 수 있는 제도가 필요하다. 적어도 헌재의 업무와 관련된 사항에 관한 법률의 제정에 헌재가 참여함으로써 헌재의 독립성을 확보하는 데 기여할 수 있다. 뿐만 아니라 헌재의 업무와 관련된 입법에 헌재가 참여하는 것이 입법의 합목적성을 실현하는데 유익하다.

다. 입법례

독일 연방헌법재판소는 직무에 관한 규정을 제정할 수 있다(헌재법 제1조 3항).

오스트리아 헌법재판소도 자체적으로 의사규칙을 제정할 수 있다(헌재법 제14조).

라. 개정방안과 이유

헌법상 법률제정권은 국회의 고유권한이므로 헌재가 자신의 업

무에 관한 입법과정에 참여하는 방법에는 한계가 있다.⁷⁾

헌법에 의하면 법률안제출권은 국회의원과 정부에게 인정되고 있으므로(제52조), 헌재가 자신이 원하는 입법의견을 제시할 수 있는 대상은 국회와 정부 양자이다. 이 가운데 누구를 대상으로 헌재의 입법의견을 제시하는 것이 바람직한가 하는 문제가 제기된다. 정부, 즉 행정부는 그 자신이 최종적 입법권을 갖고 있지 않을 뿐 아니라, 헌재의 독립성 확립이라는 측면에서도 정부보다는 국회에 대해 헌재가 그 입법의견을 제출할 수 있게 하는 것이 적절할 것이다.

법원조직법 제9조 및 선거관리위원회법 제17조에서는 이미 법원, 선거관리위원회의 국회에 대한 입법의견제출권을 규정하고 있다.

마. 개정시안

헌재법 제10조의2를 다음과 같이 신설한다.

제10조의2(입법의견의 제출) 헌법재판소장은 헌법재판소의 조직, 인사, 운영, 심판절차, 기타 헌법재판소 업무에 관련된 법률의 제정 또는 개정이 필요하다고 인정하는 경우에는 국회에 서면으로 그 의견을 제출할 수 있다.

7. 제11조 경비

가. 대상조문

제11조(경비) ① 헌법재판소의 경비는 독립하여 국가의 예산에 계상하여야 한다.

7) 동일한 성격의 문제와 관련하여, 양 건, “사법부의 예산안편성권 및 법률안제출권 인정에 관한 연구”, 헌법연구, 법문사, 1995, 604면 이하 참조.

② 제1항의 경비 중에는 예비금을 둔다.

나. 문제점

헌법재판의 독립성을 보장하기 위해서는 헌법재판소의 예산상의 일정한 독자성이 필요하다. 이 점은 비단 헌법재판만이 아니라 널리 사법권의 독립 전반에 대해 해당된다. 그럼에도 현행 헌재법에는 제11조 이외에는 이에 관한 특별한 규정이 없다.

다. 입법례

스페인 헌법재판소는 자체적으로 예산을 편성한다(헌재조직법 부칙 제2조 1항).

라. 개정방안과 이유

헌법상 예산안제출권은 정부에 있으므로(제54조 제2항) 이 규정을 유지하는 한, 헌법재판소가 그 예산안을 직접 국회에 제출하는 입법은 불가능하다.⁸⁾

차선책으로 고려할 수 있는 것은 법원예산에 관한 이른바 일본식 이중예산제도이다. 즉, 행정부가 법원예산을 삭감하는 경우에 법원의 요구내용을 함께 첨부하고 세출액 수정에 필요한 재원을 명기하도록 하는 제도이다.

그러나 아래에서 보는 것처럼 이중예산제도와 거의 동일한 내용이 이미 현행 예산회계법 및 그 시행령에 포함되어 있음을 유의할 필요가 있다.

8) 상계 참조.

예산회계법 제29조

“국회, 대법원, 헌법재판소, 감사원, 중앙선거관리위원회(이하 “독립기관”이라 한다)의 세출예산요구액을 감액할 때에는 국무회의에서 당해 독립기관의 장의 의견을 구하여야 한다.”

예산회계법 제31조

“국회에 제출하는 예산안에는 다음 서류를 첨부하여야 한다.
…… 10. 독립기관의 예산요구액을 감액하였을 때에는 그 삭감이유와 당해 독립기관의 장의 의견.”

예산회계법시행령 제12조

“재정경제부장관은 법 제28조의 규정에 의하여 예산안을 국무회의에 부의함에 있어서 국회, 대법원, 헌법재판소, 감사원 및 중앙선거관리위원회의 세출예산액을 그 요구액보다 감액한 때에는 감액한 이유, 세출예산액과 요구액과의 비교표, 기타 심의에 필요한 서류를 붙여야 한다.”

위의 예산회계법령상의 규정과 일본의 이중예산제도 사이에 한 가지 차이가 있다면, 행정부가 예산요구액을 삭감하는 경우에 요구내용을 함께 첨부하고 “세출액 수정에 필요한 재원을 명기하도록 하는” 부분이다. 그러나 이 내용이 실효성 있는 것인지는 의문이다. 필요한 재원의 명시를 실질적으로 현재가 부담해야 한다면, 과연 현재가 이를 감당하기에 적절한지 의문이며, 반면, 정부가 부담한다면 스스로 원하지 않는 것을 정부가 얼마나 긍정적이고 성실히 임할 것인지 의문이다. 일본에서도 이중예산제도가 실제로 활용되고 있지 못한 것으로 알려져 있다.

한편, 대한변호사협회가 제시한 헌재법 개정법률시안에 의하면, 정부가 현재의 예산요구액을 감액하고자 할 때에는 헌법재판소장의 동의를 얻도록 하고 동의를 얻지 못한 경우에는 예산요구서의

내용을 예산안에 부기하여야 한다고 되어있다.⁹⁾ 그러나 예산회계법 제29조에 따라 헌법재판소 소장의 ‘의견을 구하는 것’과 ‘동의를 얻는 것’ 사이에는 실질적 차이를 찾아볼 수 없다. ‘동의’가 그 본래의 의미를 지니려면 동의가 없는 경우에 법적 효과가 인정되지 말아야 하는 것인데, 위의 개정시안에서 말하는 동의는 본래 의미의 동의가 아니고 동의가 없더라도 정부의 예산안은 유효하게 성립하며, 다만 현재의 요구내용을 부기하기만 하면 된다.

이렇게 볼 때 예산에 관한 현행 헌법을 전제로 하는 한, 이미 예산회계법령상 규정되어 있는 것 이상을 입법으로 실현할 수는 없다고 볼 것이다. 남은 문제는 예산회계법상 헌재 등 독립기관에 관한 규정이 실제로 잘 준수되고 있느냐에 달려있다고 할 것이다. 다만 예산회계법상의 규정들이 실제로 잘 준수되도록 촉구하는 뜻에서 일반적인 권고규정을 두는 것은 고려할 수 있다.

마. 개정시안

위와 같은 취지에서 법원조직법 제82조 제2항을 참조하여 헌재법 제11조에 다음과 같이 제3항을 신설한다.

- ③ 헌법재판소의 예산을 편성함에 있어서는 헌법재판소의 독립성과 자율성을 존중하여야 한다.

9) 대한변호사협회, 헌법재판소법 개정안, 제11조 제3항, 헌법재판소, 헌법재판의 이론과 실제, 헌법재판자료 제3집, 1990.12., 590면.

제2장 조직

1. 개관

헌재의 조직에 관해서는 이미 세 차례의 법개정이 있는 바 있다. 아래 개정시안에서는 헌법재판소장의 선출방식 및 우수한 헌법연구관 확보를 위한 방안 등에 중점을 두었다.

2. 제12조 헌법재판소장

가. 대상조문

제12조(헌법재판소장) ① 헌법재판소에 헌법재판소장을 둔다.

② 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다.

③ 헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속공무원을 지휘·감독한다.

④ 헌법재판소장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 다른 재판관이 헌법재판소규칙이 정하는 순서에 의하여 그 권한을 대행한다.

나. 문제점

헌법과 헌재법에 의하면 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명하는 것으로 되어 있다. 그러나 대통령이 헌법재판소장을 임명하게 되면 소장이 법적으로 대통령과 동위에 있는 것이 아니라 대통령보다 하위에 있음을 뜻하게 되며, 이는

헌제의 위상을 낮추는 것이라고 보지 않을 수 없다.

한편, 헌법재판소장의 임기에 관하여 명시적 규정이 없어 해석상 혼란을 야기할 염려가 없지 않다.

그 밖에 헌법재판소장의 권한대행의 순위에 관해 법률이 아닌 하위 규칙에서 정하도록 하는 것은 헌법재판소가 국가최고기관의 하나임에 비추어 타당하지 못하다.

다. 입법례

독일 연방헌법재판소의 소장과 부소장은 각 원의 의장이 된다(헌재법 제15조 1항).

오스트리아 헌법재판소 소장은 헌법재판소의 지휘권을 가지고 심리 등에 있어 의장이 되며(헌재법 제3조 1항), 상임재판관의 선출이 불가능한 경우 결원된 상임재판관을 임명한다(헌재법 제2조 1항). 의장은 협의시 표결에는 참여하지 않으며, 가부동수일 경우에만 참여한다(헌재법 제31조).

스페인 헌법재판소 소장은 전원재판부에서 비밀투표로 1명을 선출하여 국왕에게 임명을 제청한다. 선거는 1차 투표에서 과반수의 득표로 선출한다. 최다득표자가 2인 이상일 경우에 1회에 한하여 재선거하며, 다시 동일한 경우 경력이 오랜 자가, 경력도 같으면 연장자가 소장이 된다. 소장의 임기는 3년, 1차에 한하여 재선될 수 있다. 부소장도 동일하다(헌재조직법 제9조).

이탈리아 헌법재판소 소장은 재판관 중 과반수로서 비밀투표를 통해 선출되며, 자신의 임기동안 연임될 수 있다(헌법 제135조 3항). 과반수가 되지 않으면 2차 투표를, 2차 투표로도 선출되지 않으면 다수 득표자를 결선투표에 부치고 최고득표자가 헌법재판소

소장으로 선출된다(헌재법 제6조 1항). 결선투표에서도 동수인 경우에는 직무연한에 따라, 직무연한도 같으면 연장자순으로 선출한다(헌재법 제6조 2·3항). 헌법재판소 소장의 임기는 3년이며, 연임할 수 있다(헌법 제135조 4항). 소장은 헌법재판소를 대표하고, 평의를 주재하며, 표결에 있어서 가부동수인 경우 결정권을 가진다. 헌법재판소 내 각종 위원회를 지휘·감독하며, 재판소 내 경찰권을 가지고, 기타 법령에 의해 부여된 권한을 행사한다.

라. 개정방안과 이유

헌재와 헌법재판소장의 위상을 높이기 위해서는 헌재소장을 대통령직이 임명하도록 할 것이 아니라 재판관 중에서 호선하는 것이 바람직할 것이다.

호선하는 경우에 문제가 없는 것은 아니다. 혹시 호선의 과정을 통해 재판관 사이에 갈등이 야기될 염려가 없지 않다. 그러나 일정한 합리적 기준에 따라 관행을 정착시킨다면 호선에 따른 갈등의 소지를 방지할 수 있을 것이다.

한편, 헌법재판소장의 임기에 관해서는 별도로 명시하는 것이 바람직하다. 예컨대 기존의 재판관 중에서 소장을 임명하는 경우, 소장의 임기가 재판관으로서의 잔여임기에 한정되는지 아니면 새로이 소장으로서의 임기가 개시되는지에 관해 명시할 필요가 있다. 위와 같은 경우에 소장의 임기는 재판관으로서의 잔여임기에 한정하는 것이 적절할 것이다. 임기가 새로 개시되는 것으로 하면, 소장에 대해 특별한 이점을 주는 것으로 되고, 이는 호선의 과정에서 갈등을 유발할 소지가 될 수 있기 때문이다.

헌법재판소장의 권한대행순위에 관해서는 헌재규칙에서 규정된

내용에 특별히 불합리한 점이 인정되지 않으므로, 그 취지를 살려 법률에서 명시하면 될 것이다.¹⁰⁾

마. 개정시안

헌재법 제12조 제2항 및 제4항을 다음과 같이 개정한다.

- ② 헌법재판소장은 재판관 중에서 호선하며 재판관회의에서 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 선출한다. 1차 투표결과 피선거자가 없을 때에는 최고득표자와 차점자에 대하여 결선투표를 하여 그 중 다수득표자로 하되 다수득표자가 2인 이상일 때에는 연장자를 피선거자로 한다.
- ④ 헌법재판소장의 임기는 재판관으로서의 잔여임기로 한다.
- ⑤ 헌법재판소장이 궐위된 때에는 후임재판관이 임명된 후 7일 이내에 후임자를 선출한다. 헌법재판소장이 궐위되거나 사고를 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 헌법재판소 재판관 중 임명일자순으로 권한을 대행하며, 임명일자가 같을 때에는 연장자순으로 대행한다. 다만, 헌법재판소장이 1월 이상 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 사유가 생긴 날부터 7일 이내에 헌법재판소장 선출과 동일한 방식에 따라 권한대행자를 선출한다.

10) 헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙(1990.5.7.헌법재판소규칙 제24호, 개정 1991.12.3.헌법재판소규칙 제43호)

제1조(목적) 이 규칙은 헌법재판소법 제12조 제4항의 규정에 의하여 헌법재판소장의 권한대행에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(임시유고시의 대행) 헌법재판소장이 일시적인 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 헌법재판소재판관 중 임명일자순으로 그 권한을 대행한다. 다만, 임명일자가 같을 때에는 연장자순으로 대행한다(91.12.3.).

제3조(궐위시 등의 대행) ① 헌법재판소장이 궐위되거나 1월 이상 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 헌법재판소재판관 중 재판관회의에서 선출된 자가 그 권한을 대행한다. 다만, 그 대행자가 선출될 때까지는 제2조에 해당하는 자가 헌법재판소장의 권한을 대행한다.

② 제1항 단서의 대행자는 제1항의 사유가 생긴 날부터 7일 이내에 제1항 본문의 대행자를 선출하기 위한 재판관회의를 소집하여야 한다.

③ 제1항 본문의 권한대행자는 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 선출한다. 다만, 1차 투표결과 피선거자가 없을 때에는 최고득표자와 차점자에 대하여 결선투표를 하여 그 중 다수득표자를 피선거자로 하되, 다수득표자가 2인 이상일 때에는 연장자를 피선거자로 한다.

3. 제16조 재판관회의

가. 대상조문

제16조(재판관회의) ① 재판관회의는 재판관 전원으로 구성하며, 헌법재판소장이 의장이 된다.

② 재판관회의는 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결한다.

③ 의장은 의결에 있어 표결권을 가진다.

④ 다음 각호의 사항은 재판관회의의 의결을 거쳐야 한다.

1. 헌법재판소규칙의 제정과 개정 등에 관한 사항
2. 예산요구, 예비금지출과 결산에 관한 사항
3. 사무처장 임면의 제청과 헌법연구관 및 3급 이상 공무원의 임면에 관한 사항
4. 특히 중요하다고 인정되는 사항으로서 헌법재판소장이 부의하는 사항

⑤ 재판관회의의 운영에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.

나. 문제점

개정시안의 내용 가운데 재판관회의의 의결사항에 포함시켜야 할 내용을 검토할 필요가 있다. 개정시안 제10조의2에 의한 입법 의견의 제출은 재판관회의의 의결사항으로 하는 것이 적절하다. 그밖에 제16조 제4항 제3호의 규정 가운데 사무처장의 임면에 관한 불명확한 문구를 고칠 필요가 있다.

다. 개정시안

헌재법 제16조 제4항의 제1호 및 제3호를 다음과 같이 개정한다.

1. 제10조의2에 의한 입법의견의 제출, 헌법재판소규칙의 제정과 개정 등에 관한 사항
3. 사무처장, 헌법연구관 및 3급 이상 공무원의 임면에 관한 사항

4. 제18조 사무처공무원

가. 대상조문

제18조(사무처공무원) ① 사무처장은 정무직으로 하고, 보수는 국무위원의 보수와 동액으로 한다.

② 사무차장은 정무직으로 하고, 보수는 차관의 보수와 동액으로 한다.

③ 실장과 국장은 2급 또는 3급, 심의관은 3급, 과장 및 담당관은 3급 또는 4급의 일반직 국가공무원으로 보한다.

④ 사무처공무원은 헌법재판소장이 임면한다. 다만, 3급 이상의 공무원의 경우에는 재판관회의의 의결을 거쳐야 한다.

⑤ 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 사무처공무원으로 근무하게 하기 위하여 헌법재판소에의 파견근무를 요청할 수 있다.

⑥ 사무처소속공무원에 대하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 국가공무원법 중 일반직공무원에 관한 규정을 적용한다.

나. 문제점

헌법재판소의 위상을 고려하고, 사무처공무원의 사기 양양을 위해 직급을 상향조정할 필요가 있는지 검토할 필요가 있다.

다. 입법례

오스트리아에서는 헌법재판소에 소속된 관리직원에 관한 책임은 연방수상이 진다(헌재법 제13조 1항).

스페인 헌법재판소의 직원에는 사무국장, 법률자문관, 사법서기관, 사무관, 보조원 및 고용직이 있다(헌재조직법 제96조 1항). 법률자문관은 헌법재판소의 활동을 돕기 위한 법률자문회의의 구성원으로서 재판소가 주관하는 일정한 시험을 통해 선발된다(헌재조직법 제97조 1항). 사무국장은 법률자문관 중에서 헌법재판소 전체 회의에서 선출되며, 헌법재판소 사무국을 관장하고, 법률자문회의 의장이 된다(헌재조직법 제98조).

라. 개정시안

실장의 직급을 1급으로 상향조정한다. 헌재법 제18조 제3항을 다음과 같이 개정한다.

- ③ 실장은 1급, 국장은 2급 또는 3급, 심의관은 3급, 과장 및 담당관은 3급 또는 4급의 일반직국가공무원으로 보한다.

5. 제19조 헌법연구관 등

가. 대상조문

제19조(헌법연구관 등) ① 헌법재판소에 헌법재판소규칙으로 정

하는 수의 헌법연구관 또는 헌법연구관보를 둔다.

② 헌법연구관은 1급 내지 3급의 일반직국가공무원 또는 1급 내지 3급 상당의 별정직국가공무원으로, 헌법연구관보는 4급의 일반직국가공무원 또는 4급 상당의 별정직국가공무원으로 보한다.

③ 헌법연구관 또는 헌법연구관보는 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사한다.

④ 헌법연구관은 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임명한다.

1. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자
2. 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 있던 자
3. 국회·정부 또는 법원 등 국가기관에서 4급 이상의 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자
4. 헌법재판소에서 헌법연구관보로 5년 이상 근무한 자

⑤ 헌법연구관보는 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임명한다.

1. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자
2. 공인된 대학의 법률학 전임강사 이상의 직에 있던 자
3. 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 공법학에 전문적인 지식을 가진 자
4. 국회·정부 또는 법원 등 국가기관에서 5급 이상의 공무원으로서 4년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자

⑥ 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 헌법연구관 또는 헌법연구관보로 근무하게 하기 위하여 헌법재판소에의 파견근무를 요청할 수 있다.

나. 문제점

헌법연구관은 헌법재판의 심리 및 심판에 관한 조사, 연구업무에 종사하는 자로서 실제 헌법재판에서 매우 중요한 역할을 담당한다. 때문에 우수한 헌법연구관을 확보하는 것은 헌법재판의 신뢰를 높이는 데에 큰 비중을 차지한다. 그런데 현행법상 헌법연구관의 신분, 지위 등은 우수인력 유치의 필요성에 비추어 열악하다고 보지 않을 수 없다. 특히 다수의 헌법연구관들이 판사·검사의 자격을 갖추고 있음에도 불구하고, 판사·검사가 특정직공무원으로서의 신분보장을 받고 있는 것과는 달리 신분보장을 받지 못하고 있는 점 등은 문제이다.

다. 입법례

독일의 연방헌법재판소 연구관의 선발은 헌법재판소 재판관의 취향에 달려 있다(연방헌법재판소 사무처리규칙 제13조 2항). 연구관으로 선발되면 통상 3년의 기간 동안 헌법재판소에 파견되어 근무한다. 연구관의 대부분은 판사이며, 국가공무원, 대학교수, 검사 등이 있다. 연방헌법재판소의 연구관은 '재판부'에 소속되지 않고, '재판관 개인'에게 소속되어 업무상 전적으로 재판관의 지휘·감독을 받는다(현재 사무처리규칙 제13조 1항). 연구관의 견해가 재판관과 다르더라도 최종적인 견해는 재판관에 따른다(현재 사무처리규칙 제13조 3항).

라. 개정방안과 이유

헌법연구관의 신분을 판사·검사와 마찬가지로 특정직공무원으로 전환하고 신분보장을 받도록 한다. 반면 헌법연구관보는 별정직

공무원으로 하는 것이 신중한 인사의 필요성에 비추어 적절할 것이다. 헌법연구관의 보수 등에 관해서는 헌법재판소규칙을 통해 그 특수성을 반영하도록 한다.

마. 개정시안

헌재법 제19조 제2항을 개정하고 제7항 및 제8항을 신설한다.

- ② 헌법연구관은 특정직 국가공무원으로 하고, 헌법연구관보는 별정직공무원으로 한다.
- ⑦ 헌법연구관은 금고 이상의 형의 선고나 징계처분에 의하지 아니하고는 파면, 정직, 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.
- ⑧ 헌법연구관과 헌법연구관보의 임용, 보수, 복무, 신분보장, 징계 등에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.

제3장 일반심판절차

1. 문제점의 총괄적 분류

현행 헌법재판소법(이하 헌재법) 제3장에 규정된 일반심판절차의 문제점은 다음과 같이 개괄적으로 요약할 수 있다.

가. 헌법개정과 연계된 부분

헌법에 명문으로 규정된 부분을 재규정함으로써 헌재법 개정만으로는 치유가 불가능한 문제로 헌법 제113조 제1항과 연계된 결정정족수에 관한 제23조 제2항이 있다.

나. 입법의 미비로 발생한 문제점을 치유하기 위해 새로운 조항을 삽입하는 것이 필요한 경우

이 경우에 해당하는 문제는 특별심판절차에 개별적으로 규정되어 있으나 특히 중요한 헌법재판의 분야인 헌법소원의 경우에 생략되어 있는 가치분제도에 관한 일반조항을 둘 것인가의 문제와 헌법재판소의 결정의 집행력을 담보하기 위해 일반적 집행조항을 둘 것인가의 문제가 있다.

다. 개별조항의 보완이 필요한 경우

각 개별조항의 보완문제로 심리정족수와 결정정족수의 엄격성과 관련한 문제(제23조 등), 제척사유 등에 관한 조문표현상의 하자를 치유하는 문제(제24조), 변호사강제주의의 문제(제25조), 필요적 변론의 범위 확장문제(제30조 관련), 중국결정의 효력에 관한 문제(제36조 관련), 심판비용국가부담원칙의 확장문제(제37조 관련), 강제규정처럼 명문화되었으나 훈시규정으로 운용되고 있는 심판기간과 관련된 문제(제38조), 헌법재판의 특수성을 감안하여 준용규정을 재정비하는 문제(제40조) 등을 들 수 있다.

2. 제23조 심판정족수와 관련하여

가. 대상조문

제23조(심판정족수) ① 재판부는 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리한다.

② 재판부는 중국심리에 참여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는

재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.

1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우
2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우

나. 문제점

심리정족수는 헌재가 9인의 재판관으로 구성됨에 비추어 합리적이고 이에 대하여는 별다른 논란이 없다. 그러나 절대적 특별정족수를 요구하고 있는 제23조 제2항 단서규정에 대하여는 논란이 있어 왔고 그 일반적 문제점은 대체로 세 가지로 요약될 수 있다.

(1) 심판청구의 인용결정 가능성이 축소된다. 우선 종래 ‘위헌불선언결정’¹¹⁾으로 통칭되었던 경우와 같이 재판관 9인 중 5인의 과반수가 위헌의견을 가지는 데도 불구하고 위헌선언을 하지 못하는 논리적 불합리가 있다. 그러나 이 논리적 불합리는 일반재판과 달리 헌법재판이 가지는 특수성, 즉 국가근본법질서의 보장과 관련된 결정이라는 점에서 볼 때 헌법질서의 안정성을 유지하기 위한다는 정당화사유에 의해 쉽게 치유될 수 있을 것으로 보여진다.

보다 심각한 문제는 심리정족수를 7인으로 규정하고 있는 점과 결부되어 중국심리에 참여한 재판관이 7인인 경우 인용결정은 단 두 재판관의 반대로도 내려지지 못하게 된다는 점이다. 이것은 일반적 가중다수결인 3분의 2 이상의 찬성보다 훨씬 엄격한 요건이다. 따라서 심판인용결정을 법적안정성의 요구를 넘어 지나치게 제한하여 국가기관에게 우월적 지위를 인정하고 있다는 비판을 받고

11) 예를 들어, 국토이용관리법 제31조의2의 벌칙규정에 대한 헌재 1989.12.22, 88헌가13 결정.

있다.¹²⁾

(2) 재판관의 제척, 기피 및 회피로 인한 불이익이 심판청구인측에 전가되는 측면이 있다는 점이다. 제척, 기피 등의 제도는 재판관의 공정성을 확보하여 당사자 일방, 특히 청구인에게 불이익을 주지 않기 위한 것인데 인용결정정족수를 지나치게 엄격하게 규정함으로써 청구인측에게 제척, 기피 등으로 인한 혜택을 향유할 수 없도록 하고 있는 것이다. 왜냐하면 인용결정정족수를 절대적으로 6인 이상으로 규정함으로써 제외된 재판관이 사실상 청구 불인용의 결정을 제시한 것과 동일한 결과가 되기 때문이다.¹³⁾

(3) 두 번째 문제와 동일한 논리에서 재판관 궐위시 그 불이익을 심판청구인측에서 부담하여야 하는 결과를 낳는다. 특히 위헌법률 심사나 헌법소원의 경우에는 그 불이익의 당사자가 일반 국민이라는 점을 감안하면 엄격한 의결정족수가 기본권신장과 위헌적 상황의 타개라는 기본목적에 역행하고 있는 셈이 된다.¹⁴⁾

(4) 이 같은 일반적 문제점 외에도 권한쟁의심판의 경우 결정정족수를 관여재판관 과반수로 정하여 나머지 헌법소송의 인용결정의 엄격가중정족수와 구별함으로써 혼란을 야기할 가능성이 있다는 점도 주의를 요한다.¹⁵⁾ 즉, 권한쟁의심판이 법률의 위헌여부를 선결문제로 하는 경우 엄격가중정족수 때문에 당해 법률의 위헌은 불가능하지만 권한쟁의청구의 인용결정은 가능한 예외적 경우가 있을 수 있게 된다. 예를 들어 9인이 중국심리에 관여한 권한쟁의 사건에서 근거법률의 위헌성이 논란이 된 경우 5인의 재판관이 위

12) 남복현, “헌법재판의 결정정족수”, 관제양승두교수화갑기념논문집, 현대공법과 개인의 권익 보호(서울: 홍문사, 1994), p.989.

13) 남복현, 같은 논문, p.989.

14) 남복현, 같은 논문, p.989.

15) 남복현, 같은 논문, pp.997-1000.

헌론을 개진하였다면 그 법의 위헌선언은 엄격가중정족수에 미달하여 불가능하지만 동 법률의 위헌성을 이유로 권한쟁의심판의 인용결정이 가능하게 된다는 점이다.

(5) 헌법에 규정되지 아니하였으나 헌법재판소법에만 절대정족수를 요하는 것으로 되어 있는 헌재판례변경과 관련된 조항은 위에 언급된 논리적·기술적 문제점과 더불어 현재의 입장변화를 지나치게 제한하고 있다는 문제점이 지적되고 있다. 이 점은 최근 평결 방식에 관한 재판관 다수입장의 변화에도 불구하고 판례변경과 관련한 정족수문제 때문에 재판소의 결정이 존속된 점 등에서 표출된 바 있다.¹⁶⁾

다. 입법례

입법례로서 독일의 경우 기본권의 실효, 위헌정당해산 등 피청구인에게 불리한 재판을 하는 경우에만 재판부소속 재판관 3분의 2의 다수를 요하고, 나머지 심판의 경우 결정정족수를 과반수로 하고 있다.¹⁷⁾ 미국의 경우 예외없이 단순과반수에 의한 결정원칙을 고수하고 있다. 오스트리아의 경우 심리정족수는 원칙적으로 재판소장 혹은 부소장이 맡게 되는 재판장¹⁸⁾과 상임재판관 12인 중 8인의 참석으로 심리정족수가 충족된다.¹⁹⁾ 특히 오스트리아 헌재법 제7조 제2항은 일부사안의 경우 의장 및 4인의 재판관의 참석으로 결정권을 가지는 경우를 열거하고 있다. 그런데 오스트리아 헌재법 제31조는 어떤 경우에도 과반수를 결정정족수로 하고 있으며 가부

16) 헌재 1994.6.30, 92헌가18, 판례집 6-1, pp.557, 571; 헌재 1994.6.30, 92헌바23, 판례집 8-1, pp.592, 612 참조.

17) 독일연방헌법재판소법 제15조 3항, 제13조 1, 2, 4, 9호.

18) 오스트리아 헌재법 제1조 및 제3조 참조.

19) 오스트리아 헌재법 제7조 제1항.

동수인 경우 재판장이 최종결정권을 가지는 것으로 하고 있다. 오스트리아의 경우는 6인의 예비재판관을 둘 수 있도록 하여 재판부 결원의 문제는 발생하지 않도록 특히 배려하고 있음에 주목할 필요가 있다.

다음 항목인 개정방안에서 논의되는 바와 같이 제척 등에 의한 심판정족수의 축소가 본 조항개선문제의 관건이기 때문에 제도적으로 예비재판관제도를 두는 등 심판정족수가 항상 9인이 유지되도록 하자는 안이 제시되기도 하는데 이 경우 그 헌법 제147조 제1항에 예비재판관제도를 두고 있는 오스트리아의 경우가 참고가 될 수 있을 것이다.²⁰⁾

라. 개정방안 및 이유

현실적으로 제시 가능한 안으로는 예외없이 결정정족수를 과반수로 완화하는 방안과 절대결정정족수를 6인에서 5인으로 낮추는 방안이 고려될 수 있다. 또한 절대정족수를 요하는 결정의 종류를 위헌결정의 경우로 한정하고 나머지 심판의 인용결정은 과반수로 하자는 안도 설득력 있게 제시되고 있다. 동시에 제척 등에 의한 심판정족수의 축소가 본 조항개선문제의 관건이기 때문에 제도적으로 예비재판관제도를 두는 등 심판정족수가 항상 9인이 유지되도록 하자는 안도 설득력 있게 제시되고 있다.

5인 정족수안은 6인 정족수안에서와 마찬가지로 재판관의 궐위시나 제척제도 등의 사유가 있는 경우 그 불이익이 심판청구인이나 국민에게 전가되는 문제점과 권한쟁의심판의 계쟁물이 법률인 경우의 문제점이 계속 되풀이되는 문제점이 있다.

20) 정종섭, 헌법재판연구 (1) (서울: 철학과 현실사), pp.302-304, 392.

과반수안의 경우 심리정족수가 7인이므로 4인의 재판관의 찬성만으로 인용결정이 내려지게 되어 법적안정성을 해칠 수 있을 것이라는 반론이 가능하다.

정족수와 관련한 문제점은 사실 발생가능성이 그리 크지 않은 예외적인 상황을 염두에 둔 것이고 개선방안으로 제시된 기본적인 두 안 모두 문제점을 내포하고 있다는 특색이 있다. 그러나 과반수안의 문제점은 사실상 발생가능성이 적을뿐더러 법적안정성의 문제점도 재판에 관여하지 못한 나머지 두 재판관이 모두 위헌 혹은 인용결정에 반대하는 경우를 상정하고 있어 현실상 법적안정성을 해치는 경우는 거의 생각하기 어렵다는 점에서 상대적으로 무난한 반면 5인안의 경우 현행제도의 문제점을 본질적으로 개선하지 못한다는 점에서 채택하기 어려운 점이 있다.

개선안의 보다 근본적인 문제점은 헌법개정이 아울러 요구되다는 점이다. 헌법 제113조 제1항을 개정하지 아니하는 한 현행헌재법은 개정이 불가능하므로 헌법개정을 전제하지 아니하는 한 결정정족수의 과반수로의 전면개정은 추진될 수 없다. 엄격심판정족수의 대상을 법률의 위헌결정으로 한정하는 경우도 헌법개정을 필요로 함은 물론이다. 특히 유력한 대안으로 제시되고 있는 예비재판관제도의 설치도 헌법재판소의 본질적 구성요소인 재판관의 임면조건 및 권한에 관한 사항이라는 점에서 헌법정책적인 가능성으로만 제기될 수 있을 뿐이다.

그러나 헌법개정이 요구되지 아니하는 판례변경을 위한 결정정족수에 관한 제23조 제2항 제2호는 삭제하여 과반수만으로 판례변경이 가능하게 하여야 할 것이다.

마. 개정시안

(1) 헌법개정을 전제하는 경우

제23조 제2항의 단서조항을 다음 두 가지 방안으로 개정한다.

(가) 적정수의 예비재판관을 두는 안

(나) 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 결정할 수 있는 경우를
법률의 위헌결정의 경우만으로 한정하는 안

이 경우 개정안은 제23조 제1항 단서를 다음과 같이 개정한다

[다만, 법률의 위헌결정의 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이
있어야 한다.]

(2) 헌법개정을 전제하지 아니하는 경우

헌법개정이 불필요하면서 문제점이 지적되고 있는 제2항 제2호
를 삭제하는 안

3. 제24조 제척 등에 관한 규정

가. 대상조문

제24조(제척·기피 및 회피) ① 재판관이 다음 각호의 1에 해당
하는 경우에는 그 직무집행에서 제척된다.

1 - 2 (생략)

3. 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 할 경우

4. 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던
경우

5. (생략)

④ 당사자는 동일한 사건에 대하여 2인 이상의 재판관을 기피할
수 없다.

나. 문제점과 개선이유

(1) 표현상의 문제점

제24조의 제척, 기피 및 회피제도에 관하여는 현행 현재법 조문상의 문제점이 대한변호사협회의 개정안²¹⁾에 의해 지적된 바 있다.²²⁾ 재판관 제척사유로 현재법 제24조 제1항 제3호는 “재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 할 경우”라고 규정하고 있으나 이는 재판관이 감정, 증인으로 나설 가능성이 없음에 비추어 볼 때, 증언이나 감정을 “하였을” 경우를 잘못 표기한 것이 문맥상 명백하므로 법개정시 바로 잡혀져야 한다. 같은 논리에서 동조 동항 제4호는 “재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우”에서 “대리인이 되었던 경우”로 수정되어야 할 것이다. 또한 동조 제4항은 “당사자는 동일한 사건에 대하여 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다”고 하고 있는데 이는 “2인을 초과하여”로 개정되어야 한다.

(2) 제척 등에 따른 심판정족수 흠결의 문제를 위한 예비재판관 제도의 도입문제

이 문제는 심판정족수에 관한 부분에서 언급하였으므로 본 조항과 관련됨을 언급하는 정도로 해 둔다.

다. 개정시안

- (1) 제24조 제1항 제3호 : “재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 [[할]] 경우”
= **【하였을】**

21) 헌법재판자료 제3집, 헌법재판의 이론과 실제 (서울: 헌법재판소, 1990), p.585 이하에 재수록된 대한변호사협회의 “헌법재판소법중 개정법률안” 참조.

22) 앞의 글, 591쪽.

(2) 동조 동항 제4호 : “재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 [[되거나 되었던] 경우”

= **【대리인이 [[되었던] 경우】**

(3) 동조 제4항 : “당사자는 동일한 사건에 대하여 [[2인 이상의]] 재판관을 기피할 수 없다”

= **【2인을 초과하여】**

4. 제25조 변호사강제주의와 관련하여

가. 대상조문

제25조(대표자·대리인) ① 각종 심판절차에 있어서 정부가 당사자(참가인을 포함한다. 이하 같다)인 때에는 법무부장관이 이를 대표한다.

② 각종 심판절차에 있어서 당사자인 국가기관 또는 지방자치단체는 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다.

③ 각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

나. 문제점

정부당사자 소송의 경우 법무부장관을 대표자로 하는 제1항은 별다른 논란의 여지가 없으나 소위 변호사강제주의를 선언한 제2항과 제3항은 논란이 끊이지 않아 왔다.

(1) 제2항이 규정하고 있는 국가 혹은 지방자치단체를 당사자로

하는 소송의 경우 당해기관의 소속직원 가운데 변호사자격이 있는 자만을 소송대리가 가능하도록 함으로써 일반소송에서 변호사자격이 없는 소속공무원에 의한 대리를 가능하게 한 ‘국가를당사자로하는소송에관한법률’ 제3조상의 “소송수행자지정” 조항의 예외를 규정한 것이라고 할 수 있다. 헌재법 제25조 제3항의 변호사강제주의와 균형을 맞추어 헌법재판의 전문성과 기술성을 강조하고 변호사자격자의 심판참여를 유도하기 위한 정책적 조항으로 이해되나 후술하듯이 변호사강제주의의 문제와 더불어 정당성이 의심스러운 조항이다.

(2) 우선 우리나라 변호사자격시험의 특수성으로 인해 법원이나 법무부를 제외하고 변호사자격을 갖춘 소속직원이 있는 부처가 드문 현실을 감안하면 사실상 소속공무원에 의한 대리를 봉쇄하고 있는 셈이다.

아울러 실제로 소속 부서를 대리할 만한 공무원은 변호사자격을 갖추지 못하였더라도 행정고시 등 각종 공무원시험을 거쳤거나 직무경험으로 전문지식을 구비한 자로 추측하기가 어렵지 아니하므로 국가기관이나 지방자치단체의 자기책임하에 소송을 대리하는 것을 봉쇄한 것은 후술하듯이 동조 제3항에 의해 사인에 의한 헌법소송이 절대적 변호사강제주의를 채택하고 있는 점을 의식한 지극히 비현실적 규정이라고 볼 수 있다.

최근 논의되고 있는 사법시험개혁에 의해 변호사수가 증대되어 일반공기관에도 변호사출신 공무원이 증가할 것이고 지방재정이 확충되어 지방자치단체 등이 사건대리를 위해 변호사를 수입하기가 용이해졌다는 현실분석을 근거로 변호사강제주의가 현실성이 있다는 주장이 제기될 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 변호

사수의 증가가 전 부처에 변호사가 다수 임용될 상황에까지 이르는 아니한 점, 소속공무원에 의한 대리가 가능한데도 변호사선임을 강제하는 것은 또 다른 국가 및 지방재정의 낭비일 수 있는 점, 우리의 소송제도에서 독일 등의 입법례와는 달리 일반소송에도 변호사강제주의가 채택되지 아니한 점, 특히 후술하듯이 변호사 이외의 전문가에 의한 소송대리 봉쇄가 합리성이 결여된 점 등을 고려할 때 동 조항은 ‘국가를당사자로하는소송에관한법률’과 마찬가지로 소송수행자지정제도로 복귀하는 것이 타당하다고 보아 현재법 개정시 개정되어야 한다.

(3) 현행 헌법재판소법체제에서 가장 논란이 많았던 부분은 독일과 달리 헌법재판에서 절대적 변호사강제주의를 채택한 우리 헌재법 제23조 제3항이다. 이 조항의 위헌여부를 다투는 헌법소원사건(1990.9.3, 89헌마120, 212 병합)²³⁾에서 헌법재판소가 인정한 바 있듯이 이 조항의 적용을 받아 변호사강제주의가 적용되는 “사인이당사자”인 심판청구의 경우는 탄핵심판절차의 피탄핵인과 헌법소원심판절차의 청구인의 경우이다.²⁴⁾ 그러나 탄핵소추의 대상이 되는 공무원은 헌재법 제48조상의 대통령, 국무총리, 국무위원 및 행정각부의 장, 감사원장, 감사위원 기타 법률이 정하는 공무원 등으로서 사실상 변호사선임에 하등의 무리가 없을 것으로 추정되는 고위직 공무원이므로 변호사강제주의의 적용대상이 되어 논란의 여지가 있는 경우는 헌법소원심판의 청구인이 되는 “사인”이다.²⁵⁾

따라서 현행법상 변호사강제주의의 문제점은 헌법소원의 본질과

23) 판례집 2권(1990), p.296.

24) 정당을 민사법상의 권리능력 없는 사단으로 보는 종래의 입장(헌재 1993.7.29, 92헌마262)에 의하면 정당해산절차에서 해산청구의 대상이 된 정당도 변호사강제주의의 적용이 있다고 할 것이다.

25) 1990.9.3, 89헌마120 병합, 판례집 2 (1990), p.296.

기능의 측면을 중심으로 고려되어야 한다. 헌법소원이 공권력의 행사로부터 국민의 기본권이 침해된 경우의 구제절차라는 선진적 기본권보장제도임을 감안하면 소제기관자가 엄격히 한정되어 있는 여타의 헌법재판제도와는 달리 제소요건을 엄격히 적용한다면 이 제도가 가지는 원래의 취지를 퇴색케 할 우려가 있으므로 가능한 제소권행사요건을 완화하는 것이 바람직하다. 다만 제소권자의 광범위성으로 인하여 남소의 우려가 있고 헌법재판의 전문성에 비추어 비전문가에 의한 소송수행은 합리적이고 효율적인 헌법재판 운영을 저해할 소지가 있기 때문에 예외적으로 합리적인 범위 내에서 제소권을 제한할 필요성은 인정된다. 결국, 변호사강제주의의 채택여부는 제도자체가 합헌이나 위헌이냐의 문제라기보다 실현방법에 관한 입법정책의 문제로 볼 수 있다.²⁶⁾

그러나 우리나라의 경우 헌법소원제기 자체까지 변호사의 대리를 강제하고 있는 것은 우리의 특수한 사법시험제도로 인하여 변호사수가 소수에 불과하여 수입료가 비교적 고가인 현실에 비추어 볼 때 국민의 헌법소원청구권 자체를 침해할 가능성이 많다. 이 점은 1999.4.30 현재의 헌법재판소 통계자료상 헌법소원심판사건의 지정재판부에 의해 각하된 총1,532건의 사건중 대리인선임이 없어 각하된 경우가 585건으로 가장 빈번한 사실로부터 확인될 수 있다. 다시 말해서 변호사강제주의로 인해 많은 헌법소원심판청구가 본안자체의 실질심사에 이르지도 못하고 배제되고 있음을 의미한다.

절대적 변호사강제주의를 옹호하는 논리의 측면에서도 현실을 고려하지 아니한 평면적, 서술적 주장이 많다는 점도 지적되어야 할 것이다. 우선 일반 민·형사소송에서 변호사강제주의를 취하지

26) 김철용, 김문현, 정계황, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4권 (1993), p.26.

아니하고 있는 상황에서 기본권침해라는 여타 법률관계보다 결코 경시되어서는 아니될 사안을 다루는 헌법소원에 절대적 변호사강제주의를 도입한 것은 변호사강제주의 본래의 소송경제적 취지를 감안하더라도 쉽게 이해되지 않는 부분이다. 헌법소송이 일반소송과는 달리 기본적으로 무료원칙에 근거하고 있는 점, 주관적 권리 침해의 측면 외에 헌법적 질서의 보장을 추구하고 있다는 점에서 일반소송보다 헌법소송이 청구인에게 더 엄격한 제소요건을 요구하는 것은 의문이 많다.

이에 대하여 헌법재판소는 변호사강제주의가 오히려 청구인에게 유리한 제도가기도 하다는 이유로 그 정당성을 강조하고 있는데 이는 받아들이기 어렵다. 우선 “재판의 본질을 이해하지 못하고 재판자료를 제대로 정리하여 제출할 능력이 없는 당사자를 보호해”²⁷⁾ 준다는 논지는 표면적 타당성은 없지 않으나 헌법소원제도를 비롯한 헌법재판의 본질에 비추어 실질에는 부합하지 아니한다. 실제로 변호사강제주의에 의해 피해를 보는 당사자는 구제의 가능성이 있는 기본권침해를 당한 자이지만 변호사비를 감당할 자력이 없는 자일 것이고 이런 경우에는 직권으로 국선변호인을 지정하거나 변호사수임료에 대한 보조금지급 등 다른 구제수단을 열어 두어야지 아예 소제기를 불가능하게 하는 제도를 둘 이유는 될 수 없다.²⁸⁾ 또한 “재판관이나 법관과 기본적으로 공통된 자격을 갖추고 있는 변호사를 심리에 관여시키는 것이므로, 이로써 재판관의 관료적인 편견과 부당한 권위의식 또는 자의로부터 당사자가 보호될 수”²⁹⁾

27) 판례집 2권(1990), pp.293-294.

28) 변호사강제주의의 입법정책적 정당성 여부는 별론으로 하고 제68조 제2항에 의한 헌법소원 제도의 위헌법률심사적 본질론에 입각하여 위헌법률심사제청신청이 변호사강제주의의 적용을 받지 않는 점과의 불균형성을 지적하는 견해도 수임료부담의 부당성을 내세워 최소한 위헌소원의 경우에는 필요적 국선대리사항으로 할 것을 주장하고 있다. 정종섭, 헌법재판연구 (1) (서울: 철학과 현실사, 1995), pp.126-127 참조.

29) 판례집 2권(1990), p.295.

있다는 논지도 전문성이 특히 요구되는 구두변론과 같은 경우가 아닌 소제기단계부터 변호사강제주의를 택할 논지로는 적당하지 아니하다. 더구나 현행 헌재법 제30조 제2항에 의하면 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하고 예외적으로 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 구두변론을 열어 당사자, 이해관계인, 기타 참고인의 진술을 들을 수 있도록 하고 있고 실제로 구두변론을 연 경우가 지극히 드문 현실임을 감안하면 소제기에 있어서까지 절대적 변호사강제주의를 적용할 의의가 더욱 의문시된다고 할 것이다.³⁰⁾

또한 현행법 제70조가 헌법소원청구권자가 무자력인 경우 헌법재판소에 국선변호인선임신청권을 인정하고 있으므로 변호사강제주의의 문제점을 보완하고 있다는 주장이 제시된 바 있다. 이 조항이 변호사강제주의의 위헌성을 제도적으로 보완해 주는 측면은 있는지 모르나 헌법정책적인 면에서 국선변호인제도가 얼마나 효율적으로 운용될 수 있을지에 대하여는 회의가 많다. 국선변호인제도도 구두변론 등의 경우로 변호사강제주의를 완화할 때 그 의미가 더 강화된다고 할 것이다.

다. 입법례

독일의 경우 연방헌법재판소법 제22조 제1항 제1단에서 구두변론 등 예외적이고 합리적인 이유를 가진 경우에만 소송대리를 강제할 뿐만 아니라 대리인도 변호사에 한정하지 아니하고 법학교수 등 여타 전문가의 대리를 인정하고 있다. 오스트리아의 경우에도 헌법재판소법 제17조 제2항은 특정의 신청 및 소원³¹⁾의 경우에만

30) 김철용·김문현·정재황, 위의 책, pp.27-28.

31) 연방 혹은 지방자치단체 등에 관한 재산청구권에 관한 소송인 헌재법 제37조에 의한 소, 권한쟁의에 관련된 제46조, 제48조, 제50조, 제57조, 법률 및 조약에 대한 위헌심사에 관한

변호사강제주의에 의하도록 한정하고 기타의 심리절차에는 당사자가 스스로 수행할 수 있도록 하고 있다.

라. 개정방향 및 이유

소제기단계에서부터 변호사강제주의를 택하는 현제도는 현제가 상정한 것처럼 당사자 보호의 논리로는 설명되지 아니하며 다만 남소문제 등 소송의 경제성, 효율성에 바탕한 것이므로 헌법소원제도의 본질을 해하지 아니할 예외적인 경우에만 인정되도록 개선되어야 할 것이다. 또한 대리인의 자격을 변호사 뿐만 아니라 헌법재판과 관련한 전문성을 가진 것으로 볼 수 있는 공법학 교수나 일정기간 이상 헌법재판실무에 종사한 법률전문가 등에도 개방하여야 할 것이다.³²⁾

마. 개정시안

(1) 제25조 제2항의 경우

- (가) “변호사 또는 변호사의 자격이 있는 [소속직원]”을 삭제한다.
- (나) 다음 단서조항을 신설한다.

다만 심판이 구두변론에 의하도록 법률이 정하고 있거나 재판부가 구두변론에 의하기로 결정한 경우에 재판부는 국가기관 또는 지방자치단체의 대리인을 다음 각호의 1에 해당하는 자격이 있는 자로 한정할 수 있다.

제62조와 제66조에 의한 신청 및 소원의 경우.

32) 이 같은 관점에서 소송제기 후 선임변호인이 사임하고 다른 대리인이 선임되지 아니한 경우라 하더라도 청구인이 자기에게 유리한 진술을 할 기회를 스스로 포기한 것에 불과할 뿐, 헌법소원심판청구를 비롯하여 기왕의 대리인의 소송행위가 무효로 되는 것은 아니라고 하여 변호사강제주의의 예외를 폭넓게 인정한 현재의 입장은 정당하다(헌재 1992.4.14. 91헌마156 참조). 그러나 해석론보다는 현제법 개정으로 입법론적으로 해결된다면 변호사강제주의를 둘러싼 논란으로부터 현재의 부담을 보다 명쾌하게 덜어 줄 수 있을 것이다.

1. 변호사의 자격이 있는 자
2. 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 5년 이상 재직한 자
3. 국가기관 또는 지방자치단체의 5급 이상의 공무원 혹은 국·공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 이에 준하는 직위로 10년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자

(2) 제25조 제3항의 경우 구두변론시 등에만 강제주의를 적용하는 것으로 개정하고 변호사 외의 법률학교수, 기타 전문가에게 개방하도록 한다. 즉, 제25조 제3항을 다음과 같이 개정한다.

각종 심판절차에 있어서 심판이 구두변론에 의하도록 법률이 정하고 있거나 재판부가 구두변론에 의하기로 결정한 경우에 재판부는 다음 각호의 1에 해당하는 자격이 있는 자를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판수행을 하지 못하도록 명할 수 있다. 다만 그가 그 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 변호사의 자격이 있는 자
2. 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 5년 이상 재직한 자
3. 국가기관 또는 지방자치단체의 5급 이상의 공무원 혹은 국·공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 이에 준하는 직위로 10년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자

바. 유의점

변호사강제주의의 완화를 개정안에 포함할 경우 제70조 제2항에서 국선대리인을 변호사 중에서 선정하도록 한 조항도 조율이 필요할 것이다.

5. 피청구인에 대한 청구서 송달의 예외 - 제27조 제1항 관련

가. 대상조문

제27조(청구서의 송달) ① 헌법재판소가 청구서를 접수한 때에는 지체없이 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인(이하 “피청구인”이라 한다)에게 송달하여야 한다.

나. 문제점

헌법소원심판청구서의 기재사항을 규정한 헌재법 제71조 제1항은 “피청구인”을 청구서의 필요적 기재사항에서 제외하고 있고 헌재의 판례³³⁾도 피청구인은 현재의 직권으로 정할 수 있도록 하고 있기 때문에 지정재판부에 의한 사전심사에 의해 소가 부적법각하되는 헌법소원심판의 경우까지 피청구인의 답변을 듣는 것은 소송경제적으로나 재판부의 업무상의 효율을 위해서도 불필요하다는 의견이 있을 수 있다. 이는 실무상 피청구인이 존재하는 헌법소원사건의 경우 사전심사를 거쳐 전원재판부에 회부하는 결정이 있게 되면 청구서등본과 답변서 제출을 요구하는 통지서면을 피청구기관 또는 피청구인에게 송달하는 관행을 뒷받침하기 위한 것으로 볼 수 있다. 실무를 입법론으로 뒷받침하려는 논의로서 경청할 만하다 하겠지만 헌법소원결정의 사전심사제도를 확대하여 지정재판부가 예외적 청구기각결정을 할 수 있는 권한을 가지게 될 경우 지정재판부에서도 심리필요성이 제기되어 현행 청구서송달체제는 적절한 조항으로 그대로 유지되는 것이 타당하게 된다.

33) 헌재 1993.5.13, 91헌마190, 판례집 5-1(1993), p.320 참조.

다. 해결방안과 개정시안

(1) 지정재판부의 사전심사시 예외적 본안심사로의 개정이 없는 경우에 제27조 제1항에 다음 단서를 신설한다.

다만 헌법소원심판의 경우에는 지정재판부에서 전원재판부로의 사건회부가 확정된 때에 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인에게 송달한다.

(2) 지정재판부의 사전심사시 예외적 본안심사로의 개정이 있는 경우 현행 규정을 유지한다.

6. 수명재판관제도의 확대도입 - 제28조, 제32조 관련

가. 대상조문

제28조(심판청구의 보정) ① 재판장은 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다.

제32조(자료제출요구 등) 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다.

나. 문제점과 개선방향

현행 헌재법 제31조 제2항은 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하여 증거조사를 행할 때 재판장이 필요하다고 인정한 경우

재판관 중 1인을 지정하여 그 재판관으로 하여금 증거조사를 전담하게 할 수 있도록 수명재판관제도를 도입하고 있다. 그러나 헌법재판과정상 이 같은 수명재판관제도가 활용될 여지가 있는 것으로 실무상 필요성이 논의되어온 사항으로는 제28조상의 규정에 의한 보정명령, 제32조상의 자료제출요구의 경우가 있다.

현행 헌재법 제28조 제1항은 심판청구가 부적법하지만 보정으로 치유가 가능하다고 인정하는 경우 상당한 기간을 정하여 보정명령을 발할 수 있는 권한을 재판장에게만 부여하고 있다. 특히 헌법재판실무상 보정의 필요 여부는 사건의 주심재판관이 판단하기에 용이한 지위에 있으므로 원활한 심리진행을 위하여 제31조 제2항의 예에 따라 수명재판관제도를 두어 주심재판관에 의한 보정명령권을 명시해두는 것이 입법론적으로 요청된다.

동일한 취지에서 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대한 사실조회나 기록의 송부, 자료제출요구를 재판부의 결정으로만 가능하게 된 헌재법 제32조도 수명재판관제도를 도입할 것이 요청된다.

다. 입법례

오스트리아 헌재법 제18조와 제20조 제2항은 재판관이 보정명령과 자료제출명령을 할 수 있도록 하고 있다.

라. 개정시안

(1) 제28조 제1항에 다음의 후단부를 삽입한다.

재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 보정을 명하게 할 수 있다

(2) 제32조의 경우는 위 (1)과 동일한 취지의 규정을 삽입한다. 이에 관하여는 후술하는 제32조 자료제출명령과 관련한 개정시안 전체를 참조할 것.

7. 심리의 방식 - 제30조 관련

가. 대상조문

제30조(심리의 방식) ① 탄핵의 심판·정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의한다.

② 위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다.

나. 문제점

위 대상조문에서 나타난 바와 같이 우리 헌재법은 탄핵심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론주의를 채택하는 한편 위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리주의를 원칙으로 하고 예외적 구두변론주의를 규정하고 있다.

현행 헌법재판제도에서 위헌법률심사와 헌법소원심판이 주종을 이루고 있는 현실을 감안하면 구두변론에 의한 심판이 극히 드문 현실이다. 이를 두고 위헌법률심판과 헌법소원심판도 구두변론을 원칙으로 해야 하지 않느냐는 주장이 제기될 여지가 있다.

다. 평가

구두변론주의의 장점은 일반적으로 두 가지 측면에서 제시되고

있다. 우선 재판관의 입장에서 보면, 재판관이 직접 당사자들의 주장을 접할 기회를 가짐으로써 진술의 신빙성에 관한 간접적 판단이 가능하며 즉각적인 공격 방어에 의해 진상을 신속하고 정확하게 파악하기가 용이할 뿐만 아니라 구두변론에 증거조사까지 집중함으로써 소송의 경제성을 제고하기 쉽다는 장점이 있다. 한편 당사자의 입장에서든 변론의 진행상황을 쉽게 파악할 수 있고 적극적으로 소송에 참여하고 있다는 인식을 가지게 되어 소송결과에 승복하기 쉬울 수 있을 뿐만 아니라 재판소가 변론기일을 정하지 않을 수 없어 미제사건율을 낮추어 상대적으로 신속한 재판을 받을 수 있는 이점이 있다.

그러나 규범통제의 일종인 위헌법률심사의 특성상 정치적 분쟁의 양상이 강하기 쉬운 탄핵심판, 위헌정당해산심판 및 권한쟁의심판과는 달리 객관적 헌법보장의 견지에서 서면심리에 의하더라도 큰 문제는 없다고 할 것이다. 이 점 구체적 규범통제의 성격을 가지는 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 경우³⁴⁾에도 마찬가지라 할 것이다. 다만 제68조 제1항 소정의 공권력에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원의 경우 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해 받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 “주관적 권리구제절차”³⁵⁾이므로 탄핵심판 등의 경우나 일반소송과 마찬가지로 구두변론에 의할 필요성이 있다. 그러나 이 경우에도 보충성의 원칙에 의해 기타의 구제절차를 거치도록 요구하고 있어 구두변론에 의하지 아니하더라도 사전 구제절차에서 개선된 논점들을 서면심리로 효율적으로 대처할 수 있으며 모든 헌법소원사건을 구두변론에 의하도록 한다면 헌법소송이 처리 사건수에서 차지하는 비중을 감안할 때 현실

34) 정종섭, 헌법재판연구 (1) (서울:철학과 현실사, 1995), p.141.

35) 헌재 1997.12.24, 96헌마172, 173 병합, 판례집 9-2 (1997), p.855.

상 재판소의 업무를 감당하기 어려울 정도로 가중시키는 문제가 있다.

라. 결론[개정반대]

결론적으로 심리의 방식은 입법정책의 문제인 것이고 현행제도가 위헌법률심판과 헌법소원의 경우에도 구두변론을 완전히 배제하고 있지 않고 재량사항으로 하고 있는 점에 비추어 부작용이 적어 현행체제를 개정해야 할 필요성은 많지 않다. 다만 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 경우 헌법재판소가 지금까지보다 구두변론의 기회를 자주 가지는 것이 헌법재판의 대국민 인식제고 및 보다 충실한 기본권보장을 위해 바람직하다고 할 것이다.

8. 자료제출요구의 확대 - 제32조 관련

가. 대상조문

제32조(자료제출요구 등) 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다.

나. 문제점 및 개정의 필요성

(1) 수명재판관제도 도입의 필요성

이 조항은 앞서 살펴본 바와 같이 사실조회나 기록, 자료의 검토가 필요한지의 여부에 관해 가장 잘 이해하고 있을 주심재판관에

의한 자료제출요구를 직접 인정하지 아니하고 있어 문제이다. 보다 원활한 재판진행을 위해 수명재판관 규정을 보완할 필요가 있음은 지적한 바와 같다.

(2) 자료제출요구범위의 확대 필요성

이 조항이 가지는 또 다른 문제는 그 단서에서 진행중인 사건에 관한 기록을 자료제출요구의 범위에서 법률적으로 제외하고 있다는 점이다. 이는 이하에서 살피는 바와 같이 입법례를 보더라도 이례적인 것일 뿐 아니라 1999년 7월 31일 현재 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 약 60%³⁶⁾를 차지하고 있고 위헌법률심사의 경우 구체적 규범통제를 채택하고 있는 현실에 비추어 헌법재판에 필요한 자료미비로 심판의 부실화가 우려되는 등 많은 문제를 야기하고 있다. 이 조항은 현재의 창설로 고유영역을 침해당하지 않으려는 법원, 검찰의 입장이 반영된 것으로 추정되는데 헌법재판소가 최고국가기관의 하나로서 그 관할권을 행사함에 필요한 조력을 받는 데 법원과 검찰이 예외가 될 수 없음을 고려할 때 법률에 따라 원천적으로 자료제출요구의 범위를 제한하고 있는 현행 제도는 개선되어야 한다.

현행제도의 문제점이 특히 많이 제기되고 있는 것은 사건수에 비하여 상대적으로 인용율이 낮은 불기소처분 등과 관련된 경우보다도 위헌법률심사와 관련하여 법원에 재판관련기록을 필요로 할 경우라 할 수 있다. 주지하다시피 우리 헌법재판제도는 위헌법률심사와 관련하여 구체적 규범통제를 채택하고 있어 법률의 위헌성여부가 재판의 전제가 된 경우에만 위헌법률심사가 가능하다. 따라서 재판의 전제성 여부가 위헌법률심사의 적법요건으로 헌법재판소의

36) 헌법재판소 인터넷 웹사이트에 게시된 자체통계에 따르면 이 날짜까지 접수된 총 3,912건의 권리구제형 헌법소원사건 중 2,344건이 검사의 불기소처분에 대한 것이었다.

중요한 판단대상이며 이를 위하여 사건에 대한 실체파악을 위해 사건기록의 참조는 경우에 따라서는 적절한 적법요건심사의 관건이라고 할 수 있다. 그런데 위헌법률심사의 경우에도 일률적으로 계류중인 사건에 대한 기록의 제출요구를 할 수 없도록 규정한 것은 문제가 많다. 이 점은 대법원예규[송일 88-3]에 예시된 위헌법률심사제청권자로서의 각급 법원의 위헌제청결정서 양식이 그 이유부분 중 재판의 전제성에 관한 판단부분을 명시하지 않고 있어³⁷⁾ 더욱 문제이다. 실제로 법원이 위헌제청신청을 기각하거나 인용함에 있어서 재판의 전제성이 있는지에 관하여 구체적인 이유설시를 하지 않고 신청의 본안에 대한 이유설시만을 하는 경우가 많아³⁸⁾ 당해 사건법원에 소송기록을 등사하여 제출할 것을 요구할 수 있게 할 필요성을 가중시키고 있다.³⁹⁾

계류중인 사건기록에 대한 자료제출요구의 필요성은 실질에 있어 위헌법률심사와 본질적으로 다르지 아니한 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건의 경우에도 제기된다. 이 소원사건은 당해사건 당사자의 위헌법률심사제청신청을 법원이 기각한 경우에 그 당사자가 법령의 위헌여부의 심판을 구하는 것이므로 위헌법률심사의 경우와 마찬가지로 사건의 전제성 판단이 적법요건으로 요구되며⁴⁰⁾ 이 판단을 위해 당해 사건기록의 검토가 필요할 수도 있게 된다.⁴¹⁾

37) 헌법재판실무제요 (서울: 헌법재판소, 1998), p.66.

38) 헌법재판실무제요, 같은 쪽.

39) 물론 자료제출요구의 명문화와 별도로 당해사건에 대하여 가장 잘 파악하고 있을 당해법원의 재판전제성에 대한 의견을 결정서양식에 필요 기재사항으로 하는 것이 필요할 것이다.

40) 헌법재판실무제요, p.184. 현재의 입장도 이와 같다. 헌재 1995.7.21. 93헌바46, 판례집 7-2 (1995), p.48, 58 참조.

41) 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구서의 예시는 청구이유에서 재판의 전제성에 대한 당사자의 주장을 기재사항으로 하고 있어 앞서 살펴본 법원의 위헌제청결정서의 양식에서와 같은 불비는 없다. 헌법재판실무제요, p.126 참조.

다. 입법례

독일연방헌법재판소법 제27조는 “모든 법원과 행정관청은 연방헌법재판소에 법적, 사무적 원조를 제공한다. 연방헌법재판소가 요청하는 관련사건의 기록은 직접 제출되어야 한다”고 규정하고 있다. 오스트리아헌법재판소법 제20조 제2항도 법원에 관련기록의 제출의무를 부과하고 이에 응하지 아니할 경우 청구인이 주장하는 사실을 인정할 수 있도록 하고 있다. 스페인 헌법재판소법 제87조 제2항도 법원과 법원이 헌법재판소가 요청하는 법적 원조를 우선적으로 제공할 의무를 부과하는 한편 제88조에 헌법재판소가 모든 공공기관과 행정기관에게 헌법소송과 관련된 기록, 자료, 문서 등의 제출을 요구할 수 있음을 규정하고 있다.

라. 개정방향

그러므로 헌재법 개정안에는 현행법의 자료제출요구에 관한 단서조항을 삭제한다. 한편 아예 위헌법률심판제청시에 법원이 소송관련기록을 첨부하는 것을 의무화하는 방안도 고려될 수 있으나 현실적으로 불필요한 기록을 강제적으로 첨부하게 하는 것은 낭비적 측면이 많고 소송업무의 원활한 진행에도 장애가 될 것이므로 필요한 경우에 자료제출을 청구하는 현행제도가 합리적이라고 본다. 입법례도 이를 뒷받침하고 있다.

마. 개정시안

- (1) 제1항에 자료제출요구의 일반원칙을 규정하고 단서의 제한 규정을 삭제한다.
- (2) 제2항으로 수명재판관제도를 도입한다.

(3) 즉, 제32조를 다음과 같이 개정한다.

- ① 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ② 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 제1항과 제2항의 자료제출요구를 하게 할 수 있다.

9. 종국결정 - 제36조 관련

가. 대상조문

제36조(종국결정) ① 재판부가 심리를 마친 때에는 종국결정을 한다.

② 종국결정을 할 때에는 다음의 사항을 기재한 결정서를 작성하고 심판에 관여한 재판관 전원이 이에 서명·날인하여야 한다.

- 1. 사건번호와 사건명
- 2. 당사자와 심판수행자 또는 대리인의 표시
- 3. 주문
- 4. 이유
- 5. 결정일자

③ 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.

④ 종국결정이 선고되면 서기는 지체없이 결정서 정본을 작성하여 이를 당사자에게 송달하여야 한다.

⑤ 종국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다.

나. 문제의 소재

재판부가 심리를 마친 때에는 중국결정을 하여야 하고 현행법 제36조는 중국결정의 방식과 사후절차 및 효과에 대하여 규정하고 있다. 이 조항과 관련하여서는 그 제5항의 중국결정의 관보공시강제제도의 완화 여부와 중국결정의 형식, 효력에 관한 일반조항을 둘 것인지 여부 및 기속력을 갖는 중국결정의 범위 등에 관한 입법론이 제기되어 왔다.

(1) 중국결정 관보공시강제의 완화문제

우선 제5항이 “중국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다”고 규정하고 있는 것과 관련하여 공시를 요할 만큼 법적 중요성을 가지지 아니하는 결정에 대하여도 관보에 게재하도록 함으로써 낭비적 요소가 있고 실무상의 불편이 있다는 지적이 가능하다. 실무상 관보에 게재할 만한 결정은 소수에 불과하다는 점을 감안할 때 전혀 설득력이 없는 지적은 아니다. 실제로 법률을 개폐하는 효력이 없는 각하, 기각결정까지 포함하여 모든 중국결정을 공시하도록 한 것은 문제의 소지가 전혀 없지 않다.

그러나 중요한 사례가 아니라 하여 중국결정을 임의공시로 전환하는 것은 법규적 효력과 기속력이 없는 기각, 각하 결정의 경우에도 최소한 헌법재판소의 판단이 있었음을 일반이 확인할 수 있는 여러 장치를 마련해 두는 것이 헌법질서의 공고화라는 헌법재판의 취지에서 볼 때 전혀 의미가 없는 것은 아니라는 견해도 있을 수 있다. 사실 헌법재판소 관례집에도 모든 결정이 실리는 것이 아니고 선별된 관례만 실리는 점을 고려할 때 중국결정을 관보에 공시하도록 함으로써 모든 결정을 내부분건이 아닌 공개기록으로 남기는 것도 의미있는 일이라고 할 것이다.

(2) 중국결정의 형식과 효력에 관한 일반조항을 두는 문제

현행 헌법재판제도하에서는 모든 심판에 공통된 중국결정의 형식에 대한 일반규정과 중국결정의 효력에 대한 일반규정을 두고 있지 않다. 그러나 모든 심판절차에 공통된 중국결정의 형식을 입법화하는 것은 지나친 일반화의 문제점이 없지 않고 별다른 실익도 없는 것으로 보여진다. 우선 독일과 오스트리아의 경우 등 헌법재판선진국에서도 그 같은 전례를 찾아 볼 수 없다. 사실 중국결정의 형식은 심판종류에 의해서라기보다는 당해 심판절차의 목적에 따라 결정형식을 정하는 것이 바람직한 것이다. 이 같은 취지에서 현행 헌재법은 제68조 제2항에 따른 위헌법률심판형 헌법소원의 경우 상당부분의 절차와 결정형식을 위헌법률심사의 경우에 따르도록 하고 있고 제68조 제1항의 부수적 결과로서 법률의 위헌여부를 결정할 필요가 있을 시에도 그 결정형식과 효력을 위헌법률심사의 예에 따르도록 규정하고 있다. 다만 위헌법률심사의 결정형식 자체가 관례법에 따른 변형결정의 정착으로 논란이 되고 있는바 입법론으로 해결할 필요성이 대두되고 있으며 이 부분은 위헌법률심사부문에서 따로 논하여 질 것이다.

현행법제에서 헌재 결정의 기속력은 특별심판절차에 개별적 규정을 두는 방식을 취하고 있다. 즉, 제47조에 위헌법률심사에 의한 위헌결정의 효력을, 제67조에 권한쟁의심판결정의 기속력을, 제75조에 헌법소원의 인용결정에 대한 기속력을 규정하고 있다. 이 개별규정 가운데 제47조가 “모든 국가기관과 지방자치단체”로 기속력의 주관적 범위를 표현하고 있는 제67조와 제75조의 경우와는 달리 “법원 기타 국가기관 및 지방자치단체”로 위헌법률심판의 특성상 법해석기관인 법원을 특히 강조하고 있는 점에서 다를 뿐이

다. 따라서 기속력에 관한 일반조항을 두는 것도 고려해 봄직하다. 그러나 탄핵심판과 정당해산심판에는 기속력이 특별히 문제될 사정이 없고 개별적 특수성을 가지는 심판종류별로 종국결정의 효력이 개별화되는 것은 당연한 일이어서 그 개별규정들을 전제로 기속력이 더불어 규정되는 것 자체가 특별한 문제를 야기하는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 기속력에 관한 일반조항을 두는 것은 절대적 필요성이 있는 것은 아니다. 다만 이 개별규정상의 기속력의 일반적 개념, 범위, 내용이 불명확하다는 지적이 있어 왔으므로 이 점에 관한 논의는 필요하다.⁴²⁾ 현재법 제정당시 기속력의 개념과 특성에 관한 논란이 제기되었으나 그간의 학문적·실무적 논의는 이 부분에 대한 어느 정도의 합의를 구축하였다고 본다. 원칙적으로 당사자 사이에만 효력이 미치는 기판력과는 달리 당사자 이외의 국가기관을 구속하는 기속력이 현재결정준수의무와 동일한 내용의 공권력행사 반복금지를 의미함은 인정되는 바이다.⁴³⁾ 다만 소위 여러 변형결정유형과 관련하여 기속력의 범위에 관하여 논란이 있어 왔다. 이 점은 위헌법률심사편에서 구체적으로 살펴질 것이다.

끝으로 기속력의 범위가 결정주문에 국한되는지 아니면 주문을 뒷받침하는 중요한 이유부분에도 미치는지에 대한 입법론적 해결이 있어야 한다는 주장이 제기되어 왔는데 간결한 판결주문에만 기속력을 인정한다면 심판대상의 위헌여부에 대한 결정을 지탱하고 있는 논리필연적인 이유도 기속력이 부정되어 현재결정의 취지가 왜곡, 무시될 가능성이 있으므로 기속력이 미친다고 보는 견해가 타당하다.⁴⁴⁾ 이 또한 개별규정들에서 명확히 할 필요가 있다.

42) 김철용·김문현·정재황, 앞의 책 (주26), pp.72-73.

43) 헌법재판관실무제요, p.54.

다. 소결

- (1) 현재의 공시강제원칙의 개정은 불필요하다.
- (2) 중국결정의 효력에 관한 일반규정을 두는 것은 개별 심판절차의 특성을 일반화하기 곤란한 점 등을 고려하여 현행 개별규정체제를 유지하는 것이 바람직하다.
- (3) 변형결정의 효력 등 논란이 되어 왔던 중국결정과 관련된 부분은 관련개별규정에서 명확하게 보완될 필요가 있다.

10. 심판비용의 보상 - 제37조 관련

가. 대상조문

제37조(심판비용 등) ① 헌법재판소의 심판비용은 국가부담으로 한다. 다만, 당사자의 신청에 의한 증거조사의 비용은 헌법재판소 규칙이 정하는 바에 따라 그 신청인에게 부담시킬 수 있다.

② 헌법재판소는 헌법소원심판의 청구인에 대하여 헌법재판소 규칙으로 정하는 공탁금의 납부를 명할 수 있다.

③ 헌법재판소는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 헌법재판소 규칙이 정하는 바에 따라 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있다.

1. 헌법소원의 심판청구를 각하할 경우
2. 헌법소원의 심판청구를 기각하는 경우에 그 심판청구가 권리의 남용이라고 인정되는 경우

44) 계획열, “헌법재판과 국가기능 - 헌법재판의 기능적 및 제도적(관할권적) 한계를 중심으로 -”, 헌법재판의 회고와 전망 - 창립 10주년 기념세미나 (서울: 헌법재판소, 1998), p.237.

나. 문제의 소재

헌법재판의 헌법질서의 유지, 보전이라는 기본적 기능을 감안할 때 헌법소송이 기본적으로 국가의 부담으로 실현되는 것은 당연하여 독일 등 선진 헌법재판국가에서 이 원칙을 채택하여 왔고 우리 헌재법도 제37조에 이를 규정하고 있다. 그러나 당사자의 권리남용에 의한 과도한 비용을 국가부담으로 하는 것도 바람직하지 아니하므로 제37조 제1항 단서규정에 당사자의 신청에 의한 증거조사 비용을 신청인에게 부담시킬 수 있도록 하는 한편 일정한 경우 국고귀속이 가능한 공탁금을 주관적 권리구제의 성격이 강한 헌법소원심판의 청구인에게 납부하도록 명할 수 있는 재량권을 헌법재판소에 부여하고 있다. 이 같은 당사자비용부담의 예외는 헌법소송의 경제와 남소방지라는 합리적 이유에 바탕하고 있으므로 별다른 논란이 없었다.

그런데 이 같은 제한규정과 균형을 맞추기 위하여 당사자의 청구가 인용되는 경우 청구인의 소송비용 특히 대리인선임비용을 보상해 주는 규정이 필요하다는 견해가 제기되어 왔다. 현행법제가 변호사강제주의를 채택하고 있고 변호사수임료가 과다한 현실을 감안할 때 변호사강제주의를 보완하는 문제는 별론으로 하고 소송비용차원에서 보상하는 방안은 헌법재판의 활성화와 실질화의 측면에서 적극적으로 고려되어야 한다고 본다.

다. 입법례

실제로 독일의 경우 연방헌재법 제34a조에서 헌법소원인용결정에서 청구인의 필요비용의 전부 또는 일부를 보상하도록 하고 있고 기본권의 실효신청, 연방대통령이나 법관에 대한 탄핵소추가 기

각되는 경우 피신청인 또는 피청구인에 대한 국가의 보상의무를 규정하고 있다. 이는 독일연방헌재법 제34조에 헌법소원 등이 기각된 경우(제2항)나 가치분신청 등이 남용된 경우(제4항) 등에 일정 비용을 청구인에게 부과하는 것과 균형을 맞추기 위한 제도라 할 수 있다.

오스트리아 헌재법은 제27조에 소정의 소송비용의 보상이 인정되는 경우를 동법에 규정된 특별한 경우로 한정하고 있다. 예를 들어 연방 및 지방자치단체 등에 대한 재산청구권에 관한 쟁송의 경우(제41조), 일부 권한쟁의에 관한 심판의 경우(제52조), 위법법령의 취소신청의 경우 원고가 승소한 경우(제61a조), 위헌법률이나 조약의 취소소송이 인용된 경우(제65a조와 제66조) 등이다.

라. 개선방향 및 이유

헌법소송의 기본비용의 국가부담원칙의 예외를 인정하고 있는 것과 변호사강제주의를 채택하고 있는 현실을 감안할 때⁴⁵⁾ 청구인의 청구가 인용되는 경우 등에 합리적인 이유가 있는 경우 소송비용의 일부 또는 전부를 보전해 주는 것이 필요하다. 따라서 이에 대한 입법적 근거규정을 두는 것이 필요한데 문제는 보다 구체적인 보상의 범위와 절차를 어떤 방식으로 집행하도록 할 것인가이다. 별도의 집행규정을 두는 방안, 근거규정에 구체적 절차를 헌법재판소규칙으로 위임하는 방안, 행정소송법을 준용하도록 하는 방안 등이 있으나 현재의 심판비용에 관한 규정과의 통일성을 감안하여 기본절차를 헌법재판소규칙이 정하도록 하는 것이 바람직할

45) 앞서 주장한 바대로 변호사강제주의가 완화되더라도 당사자가 변호사의 대리를 받게 되는 경우가 많을 것이므로 그 비용에 대한 보전의 문제는 여전히 있다. 다만 변호사강제주의하에서는 비용 보전규정의 필요성이 더 현저하다는 의미이다.

것이다.

마. 개정시안

제37조에 다음과 같이 제4항 및 제5항을 신설한다.

④ 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 다음 각호의 1에 해당하는 자에게 변호사비용 등 심판비용의 전부 또는 일부를 보상할 것을 명할 수 있다. 이때 헌법재판소는 그 명령의 집행과 관련하여 적절하다고 판단되는 국가기관의 협조를 구할 수 있다.

1. 탄핵심판청구가 이유없다고 결정된 때의 피청구인
 2. 정당해산심판청구가 이유없다고 결정된 때의 피청구정당
 3. 헌법소원이 인용된 경우의 청구인
 4. 기타 헌법재판소가 필요하다고 인정하는 경우의 당사자
- ⑤ 제4항의 규정에 의한 보상의 청구 및 지급에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.

11. 심판기간 - 제38조 관련

가. 대상조문

제38조(심판기간) 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다.

나. 문제점

문자적 의미에 충실하자면 이 규정은 강행규정으로 보아야 할 것

이지만 여러 이유를 들어 현재는 이 규정을 혼시규정으로 취급하고 있다.⁴⁶⁾ 현재가 제시하는 이유는 첫째, 강행규정이라면 위반시 이를 강제하기 위한 별도규정이 필요한데 이를 흠결한 점, 둘째, 심판기간의 제한규정을 두는 입법례가 드문 점, 셋째, 중국판결선고기간을 규정한 민사소송법 제184조도 혼시규정으로 해석되는 점, 넷째, 심판사건의 난이성, 다양성, 비정형성, 복잡성 등을 고려할 때 일률적으로 심판기간을 강제하는 것은 불합리하다는 점 등이다.

다. 입법례

독일 연방헌재법 제30조 제1항은 판결의 선고는 구두변론의 종결로부터 3개월 이내에 하여야 하는데 그 기일은 헌법재판소의 결정으로 연기할 수 있도록 하고 있다. 즉, 심판기일을 청구접수일로부터 강제하는 것이 아니라 변론종결시로부터 기산하고 있고 실제로 현재의 결정으로 연기하게 하고 있어 우리의 경우와 같은 심판기간강제의 문제점은 없다.

오스트리아의 경우도 우리의 헌법재판제도와 관련이 있는 부분 가운데에서는⁴⁷⁾ 법령의 합헌성에 관한 다툼에 관한 경우에만 가능한 신청도달 후 1개월 내에 하도록 한다고 규정하고 있어 우리와 같은 일반적 심판기간강제가 없다고 보아도 무방하다(제59조 제1항, 제63조 제3항).

라. 개선방향 및 이유

헌법보장기관인 현재가 스스로 위법적 상황을 유발하는 듯한 인

46) 헌법재판실무제요, p.61 참조. 이외에도 김철용·김문현·정재황, 앞의 책(주26), pp.30-33 참조.

47) 오스트리아 헌재법 제36d조는 회계심사원(Rechnungshof)과 주정부간의 권한다툼이 있는 경우 가능한 한 1월 이내에 결정이 해당기관에 송달되도록 하고 있다.

상을 주는 것은 헌법재판의 정당성과 실효성을 위해 바람직하지 아니하다.⁴⁸⁾ 특히 사형제도와 관련한 본안결정이 지나치게 늦어졌던 사례는 현재의 역할에 대한 회의를 불러 일으키기에 족했다.⁴⁹⁾ 실제로 심판절차의 종류, 사건의 난이도, 사건의 구체적 정황 등을 고려하지 아니하고 일률적으로 단기간 내의 심판처리를 규정한 현행 규정은 현실성이 없고 오히려 현재의 위상에 흠집을 내는 결과를 낳을 뿐이다. 굳이 훈시규정이라면 불필요한 오해를 받아가며 법률규정으로 존치할 이유가 없다고 볼 수 있다. 입법례도 이를 뒷받침하고 있다.

한편, 앞서 언급한 사형제도관련 판결이나 정치적으로 민감한 판결이 의도적으로 지연되는 듯한 사회적 의심을 불러 일으켜 신속한 사건처리를 위한 비판여론이 있는 것을 감안하면 현재의 규정을 합리적으로 개정한 후 강행규정화하여 존치하는 것도 고려해 볼직하다. 이때 현실적으로 기간을 재조정하거나 개별사건의 경우 심리정족수 부족 이외에도 구체적 심판기간연장사유를 제시하고 심판선고를 일정기간 연장할 수 있는 단서조항을 두는 것이 필요하다.

결론적으로 입법례와 여러 현실적 여건을 감안하여 훈시규정화하거나, 현재가 사건이 충분히 성숙하고 판단의 준비가 되어 있음에도 불구하고 여러 현실적인 이유를 들어 고의로 결정을 회피하는 경우를 방지하기 위해 심판기간을 강행규정화하여 존치시키고

48) 김효전, “헌법재판소제도의 문제점과 그 개선책,” 공법연구 제27집 제1호 (1999), p.75; 이상규, “헌법재판 10년의 공과와 개선방향,” 헌법재판의 회고와 전망 - 창립 10주년 기념세미나 - (서울: 헌법재판소, 1998), pp.115-118.

49) 손모씨가 1990년 5월 사형제도의 위헌여부에 대하여 제기한 헌법소원에서 4년 7개월이 지난후 당사자의 사망을 이유로 사건중결선언으로 처리한 것은 많은 비판을 받았다. 결국 현재는 1996년 11월 사형합헌결정(헌재 1996.11.28, 95헌마1, 판례집 8-2[1996], p.537 ff)을 하였다. 이혁주, “헌법재판 10년의 공과와 개선방향,” 헌법재판의 회고와 전망 - 창립 10주년 기념세미나 - (서울: 헌법재판소, 1998), p.133 참조.

기간을 현실적으로 재조정하는 복수안을 제안하고자 한다. 강행규정화하여 존치하는 경우 재조정의 방법은 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항의 경우처럼 재판소의 결정으로 몇 차례에 걸쳐 연장하도록 하고 당사자나 이해관계인에게 그 이유를 설명하도록 강제하는 방안이 바람직하다고 본다.

마. 개정시안

(1) 현행 규정의 필요성을 부인하는 경우

(가) 현행규정을 삭제한다.

(나) 훈시규정화하여 다음과 같이 개정한다.

헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 특별한 사유가 없는 한 2년 이내에 종국결정의 선고를 한다.

(2) 현행 규정을 강행규정화하는 경우 다음과 같이 개정한다.

(가) 제1안

① 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 2년 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다.

② 헌법재판소가 제1항의 기간을 초과하여 종국결정의 선고를 하지 못하는 경우에는 당사자나 이해관계인 등은 헌법재판소에 그 이유에 대한 서면답변을 청구할 수 있다.

(나) 제2안

① 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 1년 이내에 종

국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다.

② 헌법재판소는 심리를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에 이를 관보에 게재하고 제1항의 심판기간을 2차에 한하여 연기할 수 있다. 이 때 매차 기간의 연장은 각 6월 이내로 한다.

③ 헌법재판소가 제1항과 제2항의 기간을 초과하여 심리기간을 연장하거나 종국결정의 선고를 하지 못하는 경우에는 당사자나 이해관계인 등은 헌법재판소에 그 이유에 대한 서면 답변을 청구할 수 있다.

12. 일사부재리 혹은 재심인정의 문제 - 제39조 관련

가. 대상조문

제39조(일사부재리) 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.

나. 문제의 소재와 개정방안

헌법재판소는 일사부재리의 원칙이 현재 결정의 자기기속력을 관철하여 법적안정성을 확보하기 위한 것으로 파악하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 헌법재판도 잘못된 사실인정과 가치판단에 의해 잘못된 결론을 내릴 수도 있는 것이므로 일사부재리를 지나치게 엄격하게 관철할 것은 아니라는 견해가 대두되어 왔다. 현재도 이 같은 취지에서 적법요건의 흠결의 경우, 즉 변호사 선임이 없는 경우나 구제절차를 거치지 않아 보충성원칙 위반으로 각하된 경우에 보정을 거

50) 예를 들어, 현재 1989.7.24, 89헌마141; 1990.5.21, 90헌마78; 1993.7.28, 93헌마157 참조.

친 심판의 재청구에 대하여는 일사부재리의 원칙에 위반되지 아니한다는 입장을 밝히고 있다.⁵¹⁾

그러나 이 같은 절차적 흠결의 보정의 경우가 아니라 실제판단 자체의 오류에 대한 재심제도를 제한적으로 인정할 필요가 있다는 주장이 만만찮게 제기되어 왔다.⁵²⁾ 현재는 현재까지 재심을 허용한 경우가 없으나 예외적인 경우 허용될 수 있는 경우가 있음을 암시하고 있다. 불기소처분취소에 대한 현재의 부분각하, 부분기각결정에 대한 재심청구사건인 1995.1.20, 93헌아1 사건에서 헌법재판소는 첫째, 헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 결정의 효과가 한결같지 않기 때문에 재심의 허용 여부 내지 허용 정도는 심판절차의 종류에 따라 개별적으로 판단되어야 한다는 점, 둘째, 권리구제형 헌법소원, 즉 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 경우 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에 한하여 제한적으로 허용될 수 있다는 점을 선언하였다. 그러나 다수의견의 제한적 재심인정 견해에 대하여 헌재법 제40조 제1항의 준용규정에 의거 민사소송법상의 재심에 관한 규정을 준용하여 헌법재판소의 심판절차의 성질에 반하지 아니하는 한 원칙적으로 현재결정에 대한 재심이 허용되어야 한다는 반대의견이 개진되었다.⁵³⁾ 실제로 이 같은 반대의견은 또 다른 불기소처분취소에 관한 재심청구사건인 1998.3.26, 98헌아2 결정에서 5인의 재판관의 찬성을 확보하여 다수의견이 되었으나 판례변경에 필요한 재판관 6인의 찬성을 얻

51) 예를 들어 1989.7.1, 89헌마138; 1992.9.3, 92헌마197; 1993.9.15, 93헌마209; 1994.2.7, 94헌마19 등 참조.

52) 이상규, 앞의 토론 (주48), p.118.

53) 1995.1.20, 93헌아1 결정의 김용준, 고중석 재판관의 별개의견과 조승형재판관의 별개의견 참조.

지 못하여 재심허용의 한계확장에 실패하였다. 유의할 것은 반대의견의 경우에도 법률의 법적안정성을 크게 해칠 여지가 많은 헌재법 제68조 제2항에 의한 소위 위헌심사형 헌법소원의 재심을 인정하지 아니한다는 점이다.⁵⁴⁾

만약 헌재법 개정을 통해 재심의 대상, 범위와 조건을 명시적으로 규정한다면 학설, 관례상의 다툼은 종식될 수 있을 것이나 헌법재판소의 결정을 입법부가 번복하는 것은 가능한 한 자제되는 것이 바람직하다는 반박의 여지가 있다. 그러나 재심허용이 기본적인 인권의 보다 철저한 보장에 그 목적을 두고 있다는 점에서 헌재법 개정시 명문규정의 삽입을 통해 재심의 길을 확고하게 열어두는 것이 바람직하다고 본다.

다. 입법례

독일 헌법재판소법의 경우 일반적인 재심인정 규정은 없으나 기본권의 실효와 법관의 탄핵과 관련된 사건의 경우 재심인정 가능성을 열어 두고 있다(동법 제41조와 제61조).

오스트리아의 경우 헌재법 제34조에서 연방헌법 제137조(연방 및 지방자치단체 등에 대한 재산권분쟁), 제143조(탄핵심판), 제144조(헌법소원)에 해당하는 경우에만 재심여부를 헌재 스스로가 비공개로 결정하도록 하고 있다.

라. 개정시안

(1) 제1안

헌재의 일부의견과 같이 현행법 제40조의 규정에 따라 민사소송

54) 헌법재판실무제요, pp.57-58.

법상의 재심규정을 준용하는 방안이 있다.

(2) 제2안

헌재결정자체에 대한 재심여부인정에 대한 헌재 자체의 결정에서 법정의견에 이르지 못하는 못했지만 다수의견이 된 부분을 입법화하는 방안이 있다. 이 경우 제39조를 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.

- ① 헌법재판소는 제2항에서 정하는 경우를 제외하고 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.
- ② 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 심판에서 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 것으로 재판부가 인정한 경우 헌법재판소는 재심을 허용할 수 있다.

(3) 제3안

그 외 제68조 제1항에 의한 헌법소원과 같이 권리구제형 성격이 강한 정당해산심판과 탄핵심판의 경우도 포함시켜 재심을 가능하게 하는 안이 있다. 이때 제39조는 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.

- ① 헌법재판소는 제2항에서 정하는 경우를 제외하고 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.
- ② 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 심판, 정당해산심판 및 탄핵심판에서 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 것으로 재판부가 인정한 경우 헌법재판소는 재심을 허용할 수 있다.

13. 준용규정의 정비 - 제40조 관련

가. 대상조문

제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.

나. 문제점

현행법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 기본적으로 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 하는 현행제도는 헌법재판의 특수성에 입각하여 전면적이고 포괄적인 절차규정을 두지 아니하고 있는 현행법체제에서 헌법재판절차의 현실적 운용면에서 헌법재판소의 해석이 절대적 비중을 차지하도록 하는 결과를 낳고 있다.

앞 단락에서 논의되었듯이 재심의 범위를 둘러싼 논쟁도 광범위한 준용규정에 의존하고 있는 현행 헌재법의 결과이며 최근 국민적 관심을 촉발하였던 소위 5.18사건 관련자에 대한 불기소처분에 대한 헌법소원⁵⁵⁾이 당사자의 소취하로 심판절차종료선언으로 귀결되고 만 것도 헌법재판의 특수성을 고려하지 않는 포괄적 준용규

55) 1995.12.15, 95헌마221·233·297(병합)결정, 판례집 7-2, p.697.

정의 폐해로 지적될 수 있다. 정치적으로 민감한 사건에 대해 가급적 적극적 판단을 회피하여 정치적 분쟁에 휘말리지 않으려는 현재의 고충이 강하게 감안된 5.18사건에 대한 현재의 처리는 객관적 헌법질서의 유지를 위해 헌법적 해명이 필요한 사안이 당사자의 의사여하에 좌우되게 하는 불합리한 결과를 낳았다.⁵⁶⁾ 따라서 심판청구가 종료되더라도 현재가 직권으로 결정선고를 할 수 있는 (혹은 해야하는) 근거와 요건을 입법론으로 해결할 필요성이 제기된다.

다. 입법례

독일의 경우에는 헌법소송법적 성격을 헌법재판소법이 상당부분 반영하고 있어 포괄적 준용규정이 없다. 사법심사제를 택하는 미국의 경우는 헌법소송이라 하여 별도의 절차가 마련되어 있지 않는 것이 당연하다 할 것이다. 오스트리아의 경우 우리 현행법과 마찬가지로 제35조에 민사소송절차를 준용하는 규정을 두고 있다.

라. 개선방향

현행 헌재법을 헌법소송법으로 완전히 전환하지 아니하는 한 준용규정을 둘 수밖에 없다. 일반절차조항의 흠결부분과 특별절차상의 흠결을 보완하는 외에 현재의 준용규정을 폐지하기는 어렵다고 본다. 다만, 준용규정에 헌법재판의 특수성을 고려하여 준용규정을 합목적적으로 운용할 의무를 헌법재판소에 부과하는 명문규정을 삽입하여 헌법재판적 성격이 강한 사안의 경우 준용규정 원래의 의미를 살려 준용에 한계를 두도록 하는 법적 근거를 마련해 둔다

56) 정태호, “헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰” 공법연구 제 24권 제2호(1996), p.333.

면 법적 논란의 해소에 기여할 것으로 생각된다.

마. 개정시안

제40조 제1항에 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서”라는 문구를 삽입하여 준용규정의 원래 의미를 명확히 하는 방안이 바람직하다. 즉 제1항은 다음과 같이 개정한다.

- ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

14. 헌재결정의 집행규정의 신설

가. 문제점

헌행법은 각 심판절차의 기속력을 개별적 효력규정들에서 선언하고 있으면서도 헌법재판소의 결정의 집행력을 확보하기 위한 제도적 장치에 대한 구체적 규정을 두고 있지 않다. 다만 정당해산심판의 경우 제60조 결정의 집행규정을 두어 “정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법의 규정에 의하여 이를 집행한다”고 규정하고 있고 정당법은 그 제40조 등에 관련규정을 두고 있다.

사실 국가최고기관의 하나로서 국가의 기본법인 헌법의 최종해석자로서의 헌재의 활동이 그 실효성을 담보받지 못한다면 헌법재

판제도는 형해화의 길을 걸을 수밖에 없다.⁵⁷⁾ 따라서 현재결정의 집행력확보방안이 강구될 필요성은 충분하다. 특히 소위 변형결정의 효력과 관련하여 법원에서 현재 결정의 적용을 거부하는 사례⁵⁸⁾도 있어 합리적인 집행규정의 확보는 현재의 존립에도 직결되는 문제가 되었다.

나. 입법례

독일의 경우 연방헌법재판소법 제35조에 “연방헌법재판소는 재판에서 누가 이를 집행할 것인지를 결정할 수 있다. 연방헌법재판소는 구체적인 경우에 집행의 유형과 방법을 규정할 수 있다”고 규정하고 있고 실제로 위헌선언으로 인한 법적 공백상태를 방지하기 위한 경과규정을 이 집행명령규정에 근거하여 발하기도 하였다.⁵⁹⁾ 오스트리아 헌법 제146조는 연방 및 지방자치단체 등에 대한 재산권분쟁(헌법 제137조 소정)의 경우에만 법원이 헌법재판소의 결정을 집행하도록 하고(동조 제1항) 나머지 현재심판의 경우 연방대통령이 집행할 수 있는 규정을 두고 있으며 스페인 헌법재판소법 제92조는 법원이 스스로 결정의 실행자를 정할 수 있도록 하고 있다. 미국 연방대법원의 경우에도 법원의 결정에 대한 집행력을 확보하기 위해 형평법(equity)상의 적극적 집행명령결정(enforcement decree)을 발할 수 있다. 실제로 교육에 있어서 흑백차별금지를 선언한 *Brown v. Board of Education I*⁶⁰⁾의 집행결정(enforcement decree)인 *Brown v. Board of Education II*⁶¹⁾를 통해 “가급적 신속하

57) 김철수, “기본권보장기관으로서의 헌법재판소 10년”, 헌법재판의 회고와 전망 - 창립 10주년 기념세미나 - (서울: 헌법재판소, 1998), pp.104-105.

58) 대판 1996.4.19, 95누11405. cf. 현재 1997.12.24, 96헌마172, 173 병합, 판례집 9-2(1979), p.842ff.

59) 제희열, “헌법재판과 국가기능 - 헌법재판의 기능적 및 제도적(관할권적) 한계를 중심으로 -”, 헌법재판의 회고와 전망 - 창립 10주년 기념세미나 (서울: 헌법재판소, 1998), p.240.

60) 347 U.S. 483(1954).

게”(with all deliberate speed) 교육당국의 인종분리학제 폐지의무를 부과한 이래 Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education⁶²⁾에서 흑백분리학교의 철폐를 위한 버스통학제(busing)의 강제실시를 명한 바 있다.

다. 개정방향 및 이유

중국결정의 내용에 집행규정을 두는 방안이 있고 별도의 결정으로 집행력을 확보하는 방안이 있다. 또한 타 국가기관에 그 집행에 관한 협조를 구할 수 있는 규정을 두는 방안이 있다. 모두를 개선안으로 고려할 수 있다고 본다. 그러나 궁극적으로 현재결정의 집행은 타 국가기관의 협조없이는 완전하게 관철되기 힘든 성질⁶³⁾을 가지고 있는바 집행규정자체가 만병통치약은 될 수 없으며 집행규정을 두는 경우에도 헌법재판소는 이를 남용함으로써 타 국가기관의 반발을 사고 결과적으로 결정의 실효성을 반감시키는 역설적 결과를 빚지 않도록 유의하여야 할 것이다.

라. 개선안

(1) 제1안

다음과 같이 중국결정의 집행에 관한 별도의 조항을 신설하는 안이 있다. 이 경우에도 세 가지 방안이 있다.

(가) 제 ** 조(결정의 집행) 재판부는 중국결정의 집행력을 확보하기 위하여 집행주체, 유형, 방법 기타 필요한 사항에 관한 결정을 할 수 있다.

61) 349 U.S. 294(1955).

62) 402 U.S. 1 (1971).

63) 허영, 헌법이론과 헌법 (서울: 박영사, 1995), p.1044 참조.

(나) 제 ** 조(결정의 집행) 헌법재판소의 결정은 법무부장관이 집행한다.

(다) 제 ** 조(결정의 집행) 재판부는 중국결정의 집행력을 확보하기 위하여 국가 및 지방자치단체의 관계기관에게 협조를 요청할 수 있다.]

(2) 제2안

중국결정과 관련된 사항이므로 제36조(중국결정)에 다음 조항을 신설, 삽입하는 방법이 있다.

③ 재판부는 제1항과 제2항에 따른 중국결정에 그 결정의 집행주체, 유형, 방법 기타 필요한 사항을 구체적으로 정할 수 있다.

15. 가처분 일반조항의 신설

가. 문제의 소재

현행 헌재법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 대해서만 가처분에 관한 규정(각각 제57조와 제65조)을 두고, 탄핵심판절차의 경우 그 효과로서 탄핵소추의 의결을 받은 자의 권한행사의 정지에 관한 규정(제50조)을 두고 있을 뿐 헌법소원심판이나 위헌법률심판에 대하여는 가처분에 관한 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 물론 헌재법 제40조의 준용규정에 따라 헌법소원심판의 경우 가처분인정의 여지가 없는 것은 아니다.

그러나 이 같은 현행체제는 가처분제도의 실익이 가장 큰 헌법소원심판의 경우 명문의 가처분제도를 불비함으로써 정당해산심판 등에 가처분제도에 관한 명문규정을 두고 있는 것과 비교할 때 입

법적 흠결이 분명하다는 점, 기존의 개별조항에 포함된 가치분제도도 그 요건이나 심판절차, 효과 등에 대하여 전혀 규정을 하고 있지 않는 중대한 결점을 가지고 있는 것으로 비판받아 왔다.⁶⁴⁾

나. 입법례

오스트리아 헌법재판소법은 가치분에 관한 일반조항을 두고 있지 아니하고 특별규정에서도 권한쟁의심판 등의 경우에만 특별조건으로 가치분을 인정하는 태도를 보이고 있다. 독일 연방헌법재판소법의 일반심판절차는 그 제32조에 가치분제도를 두고 있다. 이 규정은 그 요건, 절차, 효과에 대하여 비교적 상세한 규정을 두고 있으므로 우리의 법제 개선에 도움을 줄 수 있을 것으로 보아 상세히 전개한다.⁶⁵⁾

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

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

(3) 결정으로 가치분이 행하여지거나 또는 각하된 때에는 이의를 신청할 수 있다. 전단의 규정은 헌법소원의 절차에 있어서의 헌법소원청구인에게는 적용되지 아니한다. 이의에 대하여는 연방헌법재

64) 헌법재판소의 실무제요는 명문의 규정이 없는 헌법소원 등에도 헌재법 제40조의 준용규정에 따라 민사소송법과 행정소송법을 준용하여 가치분을 인정할 수 있다는 입장을 보이고 있다. 헌법재판실무제요, p.41 참조.

65) 이하 김철용·김문현·정재황, 앞의 책 (주26) 참조.

판소가 구두변론을 거쳐 재판한다. 구두변론은 이의의 이유가 제출된 후 2주 내에 행하여야 한다.

(4) 가처분에 대한 이의는 정지의 효력이 없다. 다만 연방헌법재판소는 가처분의 집행을 정지할 수 있다.

(5) 가처분은 3개월 후에 효력을 상실한다. 가처분은 3분의 2의 다수에 의하여 갱신할 수 있다.

(6) 소부(Kammer)가 결정을 할 수 없는 경우에도 특히 긴급할 때에는 최저 3인의 재판관이 출석하여 전원일치의 결정으로 가처분을 행할 수 있다. 이 가처분은 1개월 후 효력을 상실한다. 소부가 이 가처분을 추인한 경우에는 가처분이 행하여져서 6개월 후 그 효력을 상실한다.

다. 개선방향 및 이유

(1) 일반규정화의 필요성

우선 헌법소원에 대한 가처분제도를 도입할 필요성이 인정되는 경우에도 이를 현재처럼 개별규정의 형식으로 신설할 것인지 아니면 독일의 경우처럼 일반규정에 포함시킬 것인지를 정책적 판단이 필요하다. 현재의 개별규정의 가처분제도가 요건, 절차, 효과에 대한 규정을 불비하고 있는 점에서 전면적인 개정이 필요한 이상 단순히 개별 규정들에 비슷한 내용의 규정들을 중복하여 포함시킬 필요는 없을 것이다. 특히, 가처분제도가 개별규정의 특수성에 따른 것이라기 보다는 여러 심판절차의 본안판결 이전에 잠정적 효력의 임시결정을 내리는 공통의 제도라는 점을 고려할 때 일반규정으로 두는 것이 보다 바람직하다는 생각이다.

(2) 요건 등에 대한 상세한 규정의 필요성

개선의 내용으로도 헌법재판에서의 가치분제도가 민사소송 내지 행정소송상의 가치분제도와는 달리 헌법질서의 보장이나 헌법적 기본권관련성, 민감한 정치적 사안의 해결 등과 밀접한 관련을 가지는 특성을 가지고 있음을 감안할 때 법적 논란의 여지를 입법적으로 해결하는 취지에서 독일의 경험을 참고하여 가치분의 요건, 절차, 효과를 명확히 규정하는 것이 필요하다고 본다.

(3) 개선안에 기본적으로 포함되어야 할 사항

(가) 적용범위

현재 우리 헌법재판제도가 상정하고 있는 다섯 가지 심판유형은 모두 가치분제도의 적용대상이 될 여지가 충분하므로 그 적용범위를 제한한 필요가 없다고 본다. 특히 위헌법률심판의 경우에도 가치분제도의 필요성이 있음은 독일의 경험에서 증명된 바 있다.⁶⁶⁾

(나) 요건

1) 본안소송과의 관련성 : 본안소송과의 관련성이 인정되는 경우에 한하여 가치분을 인정하는 것은 가치분절차의 본안소송에 대한 종속적 성격상 당연한 요건이다. 예를 들어 본안소송과 소송물이 같지 아니한 가치분이 인정될 수 없는 것은 당연하다. 더구나 본안소송이 부적법각하되는 경우 가치분신청은 그 효력이 계속될 수 없다. 그렇다고 본안소송전에는 가치분이 불가능하도록 할 필요까지는 없다고 본다. 또한 본안에서의 승소가능성도 전혀 고려대상이 될 수 없는 것은 아니지만 가치분은 본안판결전에는 별개의 결정으로 보아야 한다.⁶⁷⁾

66) 1974년 12주 내의 태아에 대한 낙태에 대한 면책을 인정한 형법개정안에 대해 독일헌법재판소는 시행정지명령을 내렸다. 김철용·김문현·경제황, 앞의 책 (주26), pp.67-68 참조.

67) 헌법재판실무제요, p.44.

2) 사유: 우리 민사소송법 제714조는 가처분의 사유를 그 제1항에서 “현상의 변경으로 당사자의 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있는 때”, 그 제2항에서 “쟁의있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여 …… 특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 강폭을 방지하기 위하여 또는 기타 필요한 이유에 의하여”로 규정하고 있다. 전자는 집행보전을 목적(계쟁물의 가처분)으로 하는 반면 후자는 권리관계에 관한 분쟁 때문에 현재 권리이해관계인이 겪고 있는 생활관계상의 위험을 제거하거나 그 해결시까지 기다리게 되면 회복할 수 없는 손해가 생기는 것을 방지하기 위하여 잠정적인 법률상태를 형성하거나 그 사실적 실현을 피하는 것을 목적(임시의 지위를 정하는 가처분)으로 한다.⁶⁸⁾

현행 제도하에서 헌법재판과 관련한 가처분은 사법관계에 고유한 계쟁물이 문제될 여지가 없고 당사자의 기본권 등 법적 지위나 객관적 헌법질서의 보전을 위해 필요한 것이므로 임시의 지위를 정하는 가처분에 유사한 것이다.⁶⁹⁾ 다만 헌법심판유형과 대상의 특수성을 고려하여 요건을 재조정할 필요가 있을 것이다. 이 때 독일 연방헌법재판소법의 입법례가 중요한 참고가 될 것인데, 다만 독일어의 직접적 번역으로 인한 어색한 표현이나 해석상 불필요한 오해를 낳을 수 있는 표현은 우리 실정에 맞게 재조정되어야 할 것이다. 특히 독일법상의 “급박한 폭력[혹은 강폭]”(drohender Gewalt)의 표현이 문제된다. 최근 법원행정처의 민사소송법개정안은 “급박한 위험”으로 표현을 순화⁷⁰⁾하고 있는데 이 표현을 쓰면 언어감각

68) 김상원 외, 주석 강제집행법 (IV) (서울: 한국사법행정학회, 1993), pp.413-414.

69) 김철용·김문현·정재황, 위의 글 (주26), p.56; 헌법재판실무제요, p.40.

70) 법원행정처, 민사소송법 개정안 (1998), p.301.

상의 문제는 어느 정도 해소가능하지만 표현의 순화만으로는 이 규정의 문제점이 충분히 해소되지 않는다. 일반적으로 이 규정은 “현저한 손해”(민사소송법 제714조 제2항)의 한 내용으로 해석되고 있는데⁷¹⁾ 그렇다면 여러 가지 다른 해석의 여지를 남기는 표현을 존치시킬 이유가 있는가 하는 생각이다. 결론적으로, 회복할 수 없는 중대한 손실의 방지나 기타 공공복리를 위해 긴급한 필요가 있는 경우를 가처분의 사유로 규정할 수 있을 것이다.

3) 권리보호필요성

권리보호의 필요성이 긴박하여 본안소송에 대한 판결을 기다릴 여유가 없을 때에 가처분제도가 그 기능을 발휘하는 것이다.

(다) 절차

1) 가처분심리절차의 개시 : 독일의 경우 명문의 규정은 없으나 판례상 당사자의 신청이 있는 경우가 아니라 하더라도 현재가 직권으로 가처분결정을 할 수 있는 가능성을 열어 두고 있다. 행정소송법 제23조 제2항도 취소소송의 경우 당사자의 신청 또는 법원의 직권으로 당해 처분의 집행 또는 절차의 전부 또는 일부를 정지하는 결정을 할 수 있게 하고 있다. 현행 헌재법 제57조와 제65조도 동일한 취지이다.

2) 신청의 형식과 기간 : 서면신청을 원칙으로 하고 가처분이 필요한 이유에 대한 분명한 언급이 있어야 한다. 신청기간은 본안소송이 계속중이고 기타 요건이 충족하는 한 제한할 이유가 없다고 본다.

3) 심리 : 가처분의 본질이 긴급성에 바탕하고 있으므로 가처분 결정에 구두변론을 필요적 절차로 하는 것은 소송원칙상 문제가

71) 김상원 외, 주석 강제집행법(IV) (서울: 한국사법행정학회), p.464; 헌법재판실무제요, p.45.

많다. 이점은 우리 민사소송법상의 가처분제도⁷²⁾도 동일한 취지이다. 물론 필요한 경우 구두변론을 할 수 있는 것은 현재의 재량사항으로 해야 할 것이다.⁷³⁾

4) 심판정족수 : 가처분의 결정도 재판관 7인 이상의 출석으로 심리하고 재판관 과반수의 찬성으로 결정을 하는 일반적 현재결정례에서 별도의 취급을 받을 이유는 없다고 본다. 그러나 헌법소원심판의 경우 지정재판부가 가처분결정을 할 수 있을 것인가가 문제된다. 헌재법 제72조 제3항에 따르면 지정재판부는 헌법소원사건에서 3인의 재판관의 일치된 의견으로 각하결정만 할 수 있는 것으로 전제하고 있다는 해석론이 없는 것은 아니나 우리 현재는 지정재판부가 가처분신청을 이유없다고 기각한 예가 있다.⁷⁴⁾ 헌법소원의 경우에도 헌법질서에 대한 중대한 의미를 가지는 가처분결정이 있을 수 있으므로 지정재판부가 곧바로 가처분결정을 하도록 하는 것은 문제가 있을 것이다. 따라서 헌법소원사건과 관련한 가처분신청에 대하여 지정재판부가 사전심사를 할 수 있는 것으로 하되 긴급성을 요건으로 하는 가처분제도의 특성상 관여재판관 전원일치의 회부결정이 있는 경우 우선적으로 전원재판부의 결정이 있도록 배려하여야 할 것이다.

(라) 가처분결정의 효력

1) 종류 : 임시의 권리관계를 적극적 형성, 실현하는 가처분과 집행정지등 두 가지를 상정할 수 있는데 헌법질서 유지와 기본권보장의 긴급한 필요성 등의 취지를 감안할 때 두 가지 모두를 인정할 필요가 있다고 본다.

72) 제715조가 준용하는 제 700조 제1항 참조.

73) 우리 현재는 국무총리서리 임명행위의 효력정지 및 직무집행정지 가처분신청사건(98헌사31) 등에서 구두변론을 연 바 있다. 헌법재판실무제요, p.46 참조.

74) 헌재 1997.12.16, 97헌사189; 1997.12.23, 97헌사200; 헌법재판실무제요, p.46.

2) 효과 : 본안소송에 부수적인 결정이므로 본안소송에 대한 결정이 있을 때까지 기속력을 가지는 것이 타당할 것이다. 그러나 독일의 경우에서 보듯 가처분의 효력기간을 미리 규정해 두는 것은 가처분의 잠정적 성격을 감안할 때 이해되는 바이다. 따라서 효력기간을 정해두되 구체적 타당성판단에 가장 유리한 지위에 있는 현재가 재량으로 효력기간을 연장하는 결정을 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

3) 이의신청 : 가처분결정의 당사자나 이해당사자도 역가처분소송적 성격의 이의신청권을 인정하는 것이 균형에 맞다. 이때 이의신청이 있었다는 이유만으로 가처분집행이 정지되는 것은 가처분의 취지와 엄격한 절차에 비추어 타당하지 아니하다. 또한 헌법소원심판의 경우 이의신청권의 남용의 경우를 고려할 때 독일의 예에 따라 이의신청권을 인정하지 아니하는 것도 고려해 봄직하다.

4) 가처분결정의 취소 : 가처분결정의 요소가 사후의 사정변경으로 해소된 경우 법리상 당연히 가처분결정은 관계인의 신청이나 직권으로 취소되는 것이 그 취지에 부합한다. 행정소송법 제24조 제1항도 가처분으로서의 집행정지의 사유가 없어진 경우 당사자의 신청 또는 직권으로 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.

라. 개정시안

가처분에 관하여 다음 조항을 제3장 일반심판절차편에 신설한다.

제 *** 조(가처분) ① 헌법재판소는 심판청구가 제기된 경우에 당사자나 이해관계인에게 생길 회복하기 어려운 손해의 방지 기타 공공복리를 위하여 긴급한 필요가 있는 경우에 당사자의 신청 또는 직권으로 종국결정의 선고시까지 심판대상이

된 활동, 처분 등에 대한 효력을 정지시키거나 다툼있는 권리 관계에 대하여 임시의 지위를 정하는 결정을 할 수 있다. 다만 이 결정이 헌법소원심판과 관련된 경우 헌법재판소장은 이 법 제72조⁷⁵⁾를 준용하여 재판관 3인으로 구성된 지정재판부가 사전심사를 하게 할 수 있고 만일 이 지정재판부의 심판회부결정이 있는 경우에는 전원재판부가 우선적으로 심리하여야 한다.

② 제1항의 결정은 구두변론 없이 할 수 있다.

③ 제1항의 결정에 대하여 헌법소원심판의 경우를 제외한 기타 심판의 경우 당사자 및 이해관계인은 그 취소나 변경을 요구하는 이유를 명시하여 서면으로 이의신청을 할 수 있다. 이때 이 이의신청은 가처분결정의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

④ 제1항의 결정은 6월의 경과로 효력을 상실한다. 다만, 재판관의 과반수의 찬성으로 연장할 수 있다.

⑤ 헌법재판소는 제1항이 규정하는 사정에 변경이 생겼거나 중대한 공익적 필요가 있는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로써 제1항의 가처분의 집행을 정지하거나 취소할 수 있다.

제4장 특별심판절차

제1절 위헌법률심판

1. 서

헌법재판소법에 있어 위헌법률심판절차와 관련하여 지난 10여년

75) 현행법조항에 따른 것으로 현제법 개정시 재조정되어야 할 부분.

동안의 운영실제를 볼 때, 몇 가지 점에서 입법적으로 개선할 필요성이 있는 부분이 명확하게 드러나고 있다. 물론 그것이 이제까지의 운영경험을 통해 명확하게 입법의 불비라든가 입법적 개선의 필요성이 절실하다던가 하는 형태로 제시된 것도 적지 않지만, 아직까지도 논의의 정도가 취약하거나 아예 이루어지지 않고 있는 부분도 없지 않은 것이 사실이다. 그런가 하면 아직도 논란의 한복판에 놓여 있어 어떠한 형태로든 견해의 정리가 이루어져야 함에도 불구하고 그렇지 아니한 분야도 있다. 또 아직 완벽하게 정립되지도 아니한 상황이긴 하지만 그런대로 그 당위성을 인정할 만한 분야에 대해 헌법재판소가 새로운 시도를 함으로써 체계화의 개연성을 상당부분 약화시킨 점도 없지 않다고 보여진다.

입법적인 개선론을 제시함에 있어 실무와 이론상 문제점이 명료하게 나타난 것만을 대상으로 하여야 함이 바람직하겠지만, 그러나 향후 논의를 진전시킨다는 측면에서 아직도 견해의 정리가 이루어지지 않은 부분에 대해서까지도 적극적으로 검토의 대상으로 삼기로 한다.

2. 제45조 위헌결정

가. 현행조문

제45조(위헌결정) 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.

나. 문제점

(1) 현황

이 조항은 학계와 실무계에서 다양한 형태로 논란의 대상이 되고 있다. 구체적으로 제기되는 사례를 제시하면 다음과 같다. 첫째로는 위 조항은 헌법재판소가 심판대상이 된 법률조항에 대한 위헌여부를 결정할 수 있는 근거로 작용한다는 점이다. 둘째, 위 조항은 심판대상을 확장하는 법적 근거로 제시되고 있다는 점이다. 셋째, 그런가 하면 위 조항은 변형결정부인론자들에 의해 변형결정을 부인하는 법적 근거로도 활용된다는 점이다.

이상과 같은 점에서 위 조항에 대해서는 규정의 취지를 명확하게 하여야 할 필요성이 대단히 크다고 하겠다.

(2) 법 제45조의 해석론

이 조항이 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 결정할 수 있는 법적 근거를 제시하고 또 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심판함에 있어 심판대상을 확장할 수 있는 법적 근거로 작용함에 대해서는 크게 문제되지 않는다.

다만, 핵심적인 문제로 등장한 것은 위 조항에서는 헌법재판소가 “제정된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을” 결정하도록 하였다는 점이다. 이 조항에서 위헌여부‘만’을 결정하도록 하였기 때문에, 이것은 이른바 변형결정을 부인하는 근거로 이용되고 있다는 점이다. 이를 근거로 제시하면서 적극적으로 헌법불합치결정이나 한정결정(한정합헌결정, 한정위헌결정)을 부인하고 단순합헌이나 단순위헌결정만이 가능함을 주장하는 견해가 있다.⁷⁶⁾

76) 이는 헌법재판소 재판관들의 소수의견에서 지속적으로 나타나고 있다. 대표적인 사례로는 헌재 1993. 3. 11. 선고, 91헌마21결정에서의 반대의견 - 헌관집 3, 91(120); 1995. 9. 28. 선

그렇지만 위 조항에 규정된 위헌여부‘만’에서의 ‘만’의 의미는 단서조항과 관련해서 해석하여야지 결정유형을 제한하는 법적 근거가 아님이 명확하다. 분명 해석론으로도 명확하게 해소될 수 있다고 보지만, 일부에서 이를 강하게 주장하고 있으므로, 불필요한 논란을 없앨 필요성도 있다고 하겠다.

(3) 심판대상의 직권에 의한 확장

(가) 심판대상의 평면적 확장

법 제45조 단서는 “법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.”고 규정하여 헌법재판소는 일부 법률조항이 위헌으로 결정될 경우 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 법률 전부에 대해 직권으로 위헌결정을 할 수 있도록 하는 법적 근거를 마련하고 있다. 이 단서조항에 따라 법률 전부를 위헌으로 또는 헌법불합치로 결정한 사례도 있고, 또 그것을 확장해석하여 법률 전부가 아닌 법률의 다른 일부 조항에 대해서도 직권으로 심판대상을 확장하여 위헌으로 결정한 사례도 나타나고 있다.

헌법재판소가 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 법률조항 내지 법률 전체를 위헌선언하여야 할 경우로는 세 가지를 제시하고 있다.⁷⁷⁾ 첫째로는 합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항으로는 독립된 의미를 가지지 못하는 경우, 둘째로는 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 그리고 셋

고, 92헌가11 등(병합)결정에서의 반대의견 - 헌판집 7-2, 264(287 이하); 1997. 3. 27. 선고, 95헌가14 등(병합)결정에서의 반대의견 - 헌판집 9-1, 193(212 이하) 등 참조.

77) 현재 1996. 12. 26. 선고, 94헌바1결정 - 헌판집 8-2, 808(829); 1999. 9. 16. 선고, 99헌가1결정 - 공보 38, 751(754) 참조.

째로는 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 경우를 들고 있다. 그리고 심판대상을 확장할 수 있는 정당성의 논거로는 “위헌법률심판의 대상을 제한하는 경우 법적 명확성·안정성·통일성 및 소송경제 등의 관점에서 불합리한 결과가 발생할 수 있다”는 점을 제시하고 있다.⁷⁸⁾

어떠한 법률조항이 위헌으로 결정됨으로써 독립하여 존속할 의미가 없는 다른 조항에 대해 심판대상으로 확장하거나 결정대상을 확장하여 아울러 위헌으로 결정한 헌법재판소의 태도는 적절한 것으로 본다.

그런데 문제는 이 단서조항이 심판대상을 직권으로 수평적으로 확장할 수 있는 법적 근거로는 작용하지만, 시적으로 또는 수직적으로 확장할 수 있는 근거로 작용할 수 있는지는 논란의 여지가 있다. 이와 관련하여 다음과 같이 몇 가지 사항에 관해 검토하기로 한다.

(나) 심판대상의 시적 범위의 확장

심판대상의 시적 범위의 확장문제는 심판대상인 조항의 개정법률이나 심판대상에 의해 개정된 법률에 대해서는 비록 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 유사하게 존속되어 있을 경우, 개정법률에 규정된 유사조항에 대해서도 헌법재판소가 직권으로 심판의 범위를 확장하여 위헌결정을 선고할 수 있는지의 여부이다.

78) 헌재 1999. 9. 16. 선고, 99헌가1결정 - 공보 38, 751(754) 참조.

이에 대해 헌법재판소는 비교적 소극적인 것으로 보인다. 아마도 그 이유는 해석론적인 근거는 충분하지만, 명시적으로 규정되지 않은 점에서 찾을 수 있지 않을까 한다.

이런 점에서 비록 심판대상은 아니지만 심판대상인 조항과 동일하게 위헌성이 있는 개정법률의 조항이나 심판대상인 법률조항에 의해 개정된 법률조항에 대하여도 위헌결정을 할 수 있도록 위헌결정의 범위를 확장하는 방안을 강구할 필요가 있다고 하겠다.

그 논거로는 몇 가지를 제시할 수 있다.

첫째로는 소송경제적인 측면이다. 여기서 지적한 사항에 대해 심판대상을 직권으로 확장시킬 수 없다고 한다면, 그러한 조항에 관해 위헌심판의 제청이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 청구를 기다려야만 심판할 수 있게 되고, 또다시 동일한 논거로 새로이 심판대상이 된 법률조항을 위헌결정하여야 하는 번거로움을 초래할 수 있게 된다고 하겠다.

둘째로는 예컨대 심판대상인 구법과 동일한 내용의 신법이나 심판대상이 된 신법과 동일한 내용의 구법 또는 장관의 명칭 등 극히 사소한 형식만 다를 뿐 실질적으로 동일한 내용의 신법에 대하여도 일괄하여 위헌결정을 함으로써 법질서의 통일성을 확보할 수 있게 된다는 점이다.

셋째로는 국민의 기본권침해를 최소화하고 헌법보장에 기여할 것이다. 이런 경우는 대부분 추가적인 연구·검토를 요하지 않고도 이루어질 수 있을 것으로 본다.

넷째로는 위헌결정의 효력과 관련하여 지적되어야 할 것으로, 위헌결정은 심판대상인 법률조항에 대해서만 미치는 것이지만 심판대상인 법률조항에 의해 개정된 구법이나 그 조항을 개정한 신법에

는 영향을 미치지 않는다는 점이다. 내용의 실질적인 동일성이 인정됨에도 불구하고 이로 인해 어떠한 경우에는 권리구제의 대상에 포함되고 또 어떤 경우에는 포함되지 않는 불합리나 형평의 문제를 야기할 수 있다는 점이다.

따라서 심판대상을 경우에 따라서는 헌법재판소가 직권으로 확장시킬 수 있도록 함이 바람직할 것으로 본다. 이렇게 함이 헌법재판이 가진 객관적 소송에 부합하는 것이라고 하겠다.

(다) 심판대상의 수직적 확장

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 관련하여 법규명령은 계쟁물이 될 수 없음을 일관하여 천명하고 있다. 그리고 그에 따라서는 이러한 문제를 우회하기 위해 이른바 한정위헌결정을 선고한 사례도 있다.⁷⁹⁾

79) 헌재 1992. 6. 26. 선고, 90헌가23결정 - 헌판집 4, 300(302 이하) 참조.

오히려 절차적으로 우회하는 방안보다는 보다 직접적으로 위 법률조항을 합헌적 법률해석을 하고 위 법률시행령의 관련규정을 직접 위헌으로 선언함이 보다 바람직하고 또 절차적으로 간단한 것이 아닌가 한다. 아마도 헌법재판소가 실무를 수행하는 과정에서 이러한 문제는 수 차례 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.

입장을 정리하면, 법규명령의 위헌성 통제에 관한 대법원의 권한과 상충되지 않는 범위 내에서 헌법재판소는 직권으로 심판대상의 범위를 수직적으로 확장하여 법규명령에 대해서도 위헌확인을 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그렇지만 이를 입법적으로 반영하기 위해서는 좀더 충분한 논의를 거칠 필요가 있다고 하겠다.

(라) 이른바 유사규범의 문제

유사규범이라 함은 이미 법률의 어떠한 조항에 관해 위헌여부의 판단이 이루어졌을 경우 심판대상이 된 조항과 유사한 내용을 담고 있는 다른 법률의 동일 유형의 조항을 말한다.

헌법재판소는 결정실체에 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.

그러면 과연 유사규범으로의 심판대상을 확장할 필요성이 있는가? 있다면 그것은 어느 범위 내에서 허용되어야 하는가가 검토되어야 할 것이다.

우선, 유사규범의 문제와 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 두 가지 방안이 고려될 수 있다. 그 하나는 직권으로 심판대상에 유사규

범을 포함시키는 방법이고, 다른 하나는 위헌결정의 효과를 유사규범에까지 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 중국적으로는 합헌상태의 회복이 이루어지게 될 것이다.

이상과 같은 점에서 유사규범에 대해서도 헌법재판소가 직권으로 심판대상에 포함시켜 위헌결정을 하는 것은 받아들이기 어렵지 않을까 한다.

(마) 부수적 위헌심판제도의 도입

헌법재판소가 각종 심판절차를 진행함에 있어 심판청구인의 심판청구가 없다고 할지라도 심판의 전제가 된 법률의 위헌여부를 직권으로 심판할 수 있는지가 문제된다.

이에 관해 법 제75조 제5항에서는 헌법소원심판의 인용결정과 관련하여 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 헌법소원심판절차와 관련한 것이고, 다른 심판절차에 대해서는 아무런 명문의 규정이 없다.

헌법재판소는 이에 근거하여 위헌결정한 사례가 다수 있다. 그 외에도 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하면서 공소시효제도를 규정한 형사소송법 제249조의 위헌여부가 심판의 전제가 됨을 이유로 위 조항의 위헌여부를 다툰 것에 대해, 헌법재판소는 위 조항을 합헌으로 판단하면서 위 불기소처분의 취소심판청구를 기각한 바가 있다.⁸⁰⁾ 후자의 경우에는 엄격히 말하여 법 제75조 제5항에 근거하여 이루어진 것으로 보기는 어렵다. 오히려 헌법재판소가 헌법소원심판절차를 진행하면서 심판에 있어 권리보호의 이익이라는 시각에서 법률의 위헌여부가 심판의 전제가 되기 때문에 직권으로 심판대상으로 포함한 것으로 봄이 타당할 것이다. 달리 말하면, 헌법재판소에 의한 흠결보충적인 법형성에 해당된다고 하겠다.

이러한 문제는 단지, 헌법소원심판절차를 진행하는 과정에서만 나타날 것으로 보여지지는 아니한다. 그렇다면, 이에 관한 법적인

80) 헌재 1995. 7. 21. 선고, 95헌마8(병합)결정 - 헌판집 7-2, 206(212-214) 참조. “형사소송법 제249조는 입법자의 형사정책적 결단에 따라 공소시효의 적용범위와 기간을 정한 것으로서 헌법에 위배되지 아니한다”.

근거를 명확히 함이 오히려 바람직하지 않을까 한다.

이런 점은 헌법재판소가 각종 심판절차를 진행하면서 절차규범에서도 마찬가지로 나타날 것이고, 그에 대한 법적인 근거의 마련도 필요하다고 하겠다.

(4) 심판대상의 직권에 의한 축소

제청된 법률 또는 법률조항이 지나치게 광범위하고, 또 합헌인 부분과 위헌인 부분이 명확히 구획이 가능할 경우 헌법재판소는 직권에 의해 심판대상을 축소시킬 수 있다.⁸¹⁾ 이것은 입법자의 입법형성권을 존중하는 것이라 할 수 있다.

그러나 이러한 심판대상에 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 일부위헌의 법리의 한계에 관한 것이라고 하겠다.⁸²⁾ 이 문제는 결정의 효력적용범위를 확정하는 데 중요한 의미를 지니고 있다. 위헌결정의 법적 효과는 심판대상이 된 부분에 대해서만 발생하는 것이기 때문이다.

헌법재판소가 직권으로 심판대상을 축소하는 경우는 이상과 같은 사례가 대부분이다. 그런데 만약 제청법원이나 심판청구인이 어떠한 법률조항에 대해 한정위헌의 판단을 구하였을 경우에는 어떻

81) 헌법재판소가 일방적으로 심판대상을 축소할 수 있는지의 여부가 국유재산법상 잠종재산의 시효취득금지에 관한 사건에서 논란이 되었다. 헌재 1991. 5. 13. 선고, 89헌가97결정 - 헌판집 3, 202(206 이하, 217) 참조.

82) Vgl. Wassilios Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S.76f.

게 할 것인가가 문제된다. 물론 헌법재판소는 이에 관해 “헌법재판소법 제68조 제2항이 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단이 아니라 법률조항을 ‘……로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 청구로 부적절하지만 청구인의 주장을 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것으로 선택할 수 있다면 그 청구는 적법하다.”고 하였다.⁸³⁾ 이는 해석위헌으로 심판을 청구한 경우에 대해서는 심판대상이 될 수 없음을 제시한 것으로 보인다.

그러나 이러한 심판제청이나 심판청구도 허용함이 바람직하지 않을까 한다. 왜냐하면, 위헌결정으로 인해 야기되는 불필요한 효과를 최소화하는 방법으로 활용될 수 있기 때문이다. 다시 말하면, 헌법재판소 결정이 미치는 파급효과를 제약하기 위해서는 경우에 따라서는 심판대상을 축소함으로써 그러한 목적을 달성할 수도 있다고 하겠다.⁸⁴⁾

이에 관해 별도로 입법적으로 고려할 필요성은 없다고 보인다. 왜냐하면, 법 제43조 제2호와 제3호에서 각각 “위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항”과 “위헌이라고 해석되는 이유”라고 규정하고 있고, 이를 법 제45조와 연결지워 해석하면 충분히 가능하다고 보여지기 때문이다.

다. 입법례

(1) 독일

연방헌법재판소법 제78조 연방헌법재판소는 연방법률이 기본법

83) 예컨대 현재 1999. 7. 22. 선고, 97헌바9결정 - 공보 37, 677 참조.

84) 이런 경우에 위헌으로 결정되었다면, 그러한 결정유형을 이른바 포함위헌 내지 적용위헌으로 분류할 수 있을 것이다. 그러나 헌법재판소는 현재 이러한 형식의 결정을 배제하는 듯이 보인다.

에, 주법률이 기본법이나 그밖의 연방법률에 불합치된다는 확신을 가지면, 연방헌법재판소는 그 법률을 무효로 선언한다. 동일한 법률의 다른 조항이 동일한 이유에서 기본법이나 그밖의 연방법률에 불합치되는 경우에는 연방헌법재판소는 그에 대해 마찬가지로 무효로 선언할 수 있다.

(2) 오스트리아

(가) 연방헌법

제140조[법률의 위헌심판] ① 헌법재판소는 연방법률 또는 주법률의 위헌성에 관하여 행정법원, 최고법원 또는 항소심법원 또는 독립된 행정위원회(Verwaltungssenates)의 제청으로 심판한다. 그러나 헌법재판소는 계속중인 사건에서 그 법률을 적용하여야 할 경우에는 직권으로 심판할 수 있다. 주법률의 위헌성에 대해서는 연방정부의 제청에 의하여, 연방법률의 위헌성에 대해서는 주정부 또는 연방의회의원 3분의 1의 제청에 의하여 심판한다. 주법률의 위헌여부에 관한 제청권이 주의회의원의 3분의 1에게도 부여될 수 있다는 것이 주헌법에 규정될 수 있다. 법률이 법원의 재판이나 또는 처분에 의하지 아니하고 개인에게 효력을 미치는 경우 헌법재판소는 법률의 위헌성으로 인해 직접적으로 권리를 침해받았다고 주장하는 개인의 제청에 의하여 법률의 위헌성을 심판한다. 이 경우 제89조 제3항이 준용된다.

③ 헌법재판소는 그 폐지가 명백히 신청되었거나 헌법재판소가 그 법률을 그에 계속된 소송사건에 적용해야 하는 한도에서만 그 법률을 위헌으로 폐지할 수 있다. 다만, 헌법재판소가 당해 법률이 권한분배에 따라 권한없는 입법기관에 의해 제정되었거나 위헌적

인 방법으로 공포되었다는 관념에 이르게 되면, 헌법재판소는 당해 법률 전체를 위헌으로 폐지하여야 한다. 당해 법률 전체의 폐지가 제1항 제4단에 따라 제청을 한 당사자나 직권에 의한 법률심판절차를 진행하는 원인을 제공한 당해사건의 당사자의 법익에 명백히 역행할 때에는 이것을 적용하지 아니한다.

④ 법률이 헌법재판소의 결정 선고시점에 이미 효력을 상실하였지만, 절차가 직권으로 개시되었거나 법원의 제청이 있는 경우 또는 위헌법률에 의해 직접 권리를 침해받았다고 주장하는 개인에 의해 제청된 경우 등에는 헌법재판소는 법률이 위헌이었는지의 여부를 선고하여야 한다. 제3항은 여기에 준용된다.

이 이외에도 연방헌법 제139조 제1항은 법규명령의 위법심판을 규정하고 있는바, 헌법재판소가 직권으로 심판할 수 있음을 제140조 제1항과 같은 취지로 규정하고 있다.

(나) 헌법재판소법

제62조 ① 법률을 위헌으로 폐지하고자 하는 제청은 그 법률의 전체 내용이나 그 법률의 특정부분이 위헌으로 폐지되어야 함을 청구하여야 한다. 그 제청은 법률의 합헌성에 반하는 내용을 개별적으로 진술하여야 한다. 위헌법률에 의하여 그의 권리가 직접적으로 침해받았음을 주장하는 개인에 의해 제청이 된 경우, 그 법률이 법원의 재판의 선고나 결정의 고시없이도 그 개인에게 효력을 발생하는 한, 심리되어야 한다.

③ 법원(독립된 행정위원회(Verwaltungssenates))은 어떠한 법률 또는 어떠한 법률의 특정부분의 폐지에 관해 제청하였을 경우, 헌법재판소의 판결의 선고 내지 송달이 있을 때까지, 본안사건을 심리하거나 또는, 헌법재판소의 선고에 의해 영향을 받지 않거나 또

는 문제를 확정적으로 규율하지 아니하고 또 어떠한 유예도 허용하지 아니하는 재판이나 처분을 발할 수 있다.

제64조 ① 판결은 법률의 전체 내용 또는 특정부분이 위헌으로 폐지되는지의 여부로 선고되어야 한다.

제65조 이들 조항은 헌법재판소가 법률의 위헌성에 관해 직권으로(연방헌법 제140조 제1항) 재판하여야 하는 경우에도 유추적용된다.

이 이외에도 범규명령의 위법성심판의 취소와 관련해서 같은 법 제57조 제1항과 제3항에도 앞서 언급한 제62조 제1항과 제3항과 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

(3) 이탈리아

헌법재판소법⁸⁵⁾ 제27조 헌법재판소가 법률이나 법률적 효력을 가진 행위의 위헌성으로 인해 제청이나 청구를 인용할 때에는, 헌법재판소는 법률규정이 위헌이라고 청구된 한도 내에서 확인한다. 그 외에도 헌법재판소는 어떠한 법률조항의 위헌으로 인해 재판의 효과로서 불가피하게 제기되는 법률의 다른 규정들도 포함시킬 수 있다.

(4) 스페인

(가) 헌법

제164조 ② 판결문에 다른 어떠한 것도 정하지 않는 한, 그 법률은 위헌성과 관련되지 아니한 부분에 대해서는 그 효력이 유지된다.

85) Gesetz Nr. 87/1953 v. 11. März 1953(Legge 11 marzo 1953, n. 87) Bestimmungen über Verfassung und Verfahren des Verfassungsgerichtshofs

(나) 헌법재판소법⁸⁶⁾ 제27조 ① 헌법재판소는 이 법에서 규정한, 위헌성을 확인하는 절차를 통해 헌법의 우위를 보장하고, 다투어진 법률, 법률의 조항 또는 각종 고권행위가 헌법에 합치 또는 불합치 하는지를 심판한다.

제39조 ① 판결이 위헌성을 확인하면, 그 판결은 동시에 계쟁된 법률조항을 무효로 선언하고 또 경우에 따라서는 사안의 연관성에 의거하거나 효과로서의 무효가 확장될 수 있는(auf die sich die Nichtigkeit kraft Sachzusammenhangs oder als Folge erstreckt) 동일법률의 또는, 법규적 효력을 가진 결정이나 행위의 다른 조항도 무효로 선언한다.

② 헌법재판소는 절차를 진행하는 과정에서 위헌의 주장과 무관하게 다른 헌법조항의 침해에 관해 위헌선언을 할 수 있다.

라. 개정방향

이상에서 검토한 바를 개정여부와 관련하여 간략하게 몇 가지로 지적하면 다음과 같다.

첫째, 법 제45조가 실제 규정된 내용을 살펴볼 때, 그 나름대로 논란의 여지를 제공하고 있으므로 이에 대한 보완책이 마련되어야 하지 않을까 한다.⁸⁷⁾

둘째, 이 조항은 변형결정을 부인하는 법적 근거로 주장하는 경우가 없지 않으므로 이를 해소시킴으로써 명확성을 확보하여야 한다.

셋째, 위헌법률심판에 있어 심판대상을 시적으로 확장할 필요성

86) Organgesetz 2/1979 vom 3. Oktober über das Verfassungsgericht(Staatsanzeiger vom 5. Oktober 1979, Nr. 239)

87) 동지: 김철용·김문현·정재황, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4권, 헌법재판소, 1992. 12., 172-173면.

이 대단히 크므로, 이를 적극적으로 수용하고자 한다.

넷째, 헌법소원심판의 인용결정과 관련하여 부분적으로 규정되어 있긴 하지만(법 제75조 제5항), 헌법재판소가 각종 심판절차를 진행함에 있어 적용하여야 할 법률의 위헌성이 문제가 될 경우에는 심판청구인이나 제청법원의 제청이 없다고 할지라도, 직권으로 심판대상에 포함시켜 위헌여부를 판단할 수 있는 법적 근거를 마련하고자 한다.

마. 개정시안별 검토

(1) 제1안

제36조의2를 다음과 같이 신설한다.

제36조의2[부수적 위헌심판] 재판부는 제2조 제2호, 제3호, 제4호, 제5호의 심판을 함에 있어서 탄핵사유, 정당해산사유, 권한쟁의사유 및 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기한 것이라고 인정될 때에는 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 결정할 수 있다.

이 안은 대한변협안으로 부수적 위헌심판을 표제로 하고 있다. 이 안의 문제점은 심판절차를 특정함으로써 신청사건이나 재심청구사건 등에서 적용하여야 할 법률의 위헌여부가 문제될 경우 이에 대해서는 심판을 할 수 없다는 점이다.

(2) 제2안

제45조의 표제를 “위헌결정의 범위”로 하고, 제45조의 본문과 단서를 제1항으로 하며, 같은 조 제2항을 다음과 같이 신설한다.

② 헌법재판소는 제청된 법률조항과 동일한 이유로 헌법에 위반

되는 다른 법률조항이 있을 경우 그 조항에 대하여도 위헌결정을 할 수 있다.

이 안은 두 가지 문제점을 지적할 수 있다. 그 하나로는 심판대상을 시적으로 확장하는 편익은 있겠지만, 심판절차를 진행하면서 적용하여야 할 법률의 위헌여부를 심판하는 법적 근거를 마련하지 못한다는 한계점이 있다. 다른 하나는 이른바 변형결정과 관련하여 부인논거로 작용하는 것에 관해서는 아무런 대처도 하지 못하고 있다는 점이다.

(3) 제3안

제45조의 표제를 “위헌결정”에서 “위헌결정의 범위”로 개정하고, 아울러 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다.”라고 규정한 본문을 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 결정한다.”로 개정한다.

다음, 본문과 단서를 제1항으로 하고 제2항과 제3항을 각각 다음과 같이 신설한다.

② 헌법재판소는 제청된 법률조항과 동일한 이유로 헌법에 위반되는 다른 법률조항이 있을 경우 그 조항에 대하여도 위헌결정을 할 수 있다.

③ 헌법재판소는 이 법에 규정된 각종 심판절차를 진행함에 있어 적용하여야 할 법률의 위헌여부가 심판의 전제가 될 경우 이에 대해 직권으로 심판할 수 있다.

이 안의 문제점은 제2항과 관련하여 이른바 유사규범에 대해 헌법재판소가 직권으로 심판대상으로 삼아 위헌여부를 결정할 수 있는 근거를 제공하는 것은 아닌가 하는 의구심을 가질 수 있다는

점이다. 그러나 이에 관해서는 헌법재판소가 축소해석을 통해 극복할 수 있지 않을까 한다.

바. 개정안

제45조[위헌결정의 범위] ① 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.

② 헌법재판소는 제청된 법률조항과 동일한 이유로 헌법에 위반되는 다른 법률조항이 있을 경우 그 조항에 대하여도 위헌결정을 할 수 있다.

③ 헌법재판소는 이 법에 규정된 각종 심판절차를 진행함에 있어 적용하여야 할 법률의 위헌여부가 심판의 전제가 될 경우 이에 대해 직권으로 심판할 수 있다.

3. 제47조 위헌결정의 효력

법 제47조는 헌법재판소법에 있어 대단히 중요한 의미를 지니고 있다. 왜냐하면, 위헌으로 결정된 법률의 운명을 규정짓고 있고, 변형결정의 법적 근거와 효력의 문제도 이 조항에서 해명하지 않으면 안되며, 또 헌법재판소가 법률에 관한 위헌여부 결정의 기속력도 규정하고 있기 때문이다. 게다가 위헌으로 결정된 법률에 근거한 각종 법적인 관계에 대한 처리방안도 이 조항을 통해 해결하지 않으면 안되기 때문이다.

그러면 여기서는 위에서 언급한 쟁점들에 관해 하나 하나 짚어 보고, 그 다음에 구체적인 입법방안을 모색해 보기로 한다.

가. 현행조문

제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

③ 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

나. 문제점

(1) 현황

법 제47조와 관련해서는 아주 다양한 쟁점들이 제기되고 있다.

첫째, 제1항은 ‘법률의 위헌결정’으로 규정하고 있음에 따라 헌법재판소는 법률의 위헌심판에 있어 위헌결정과 합헌결정만을 선고할 수 있을 뿐, 그 이외의 결정, 예컨대 헌법불합치결정, 한정합헌결정 및 한정위헌결정은 불가능하다고 하는 견해가 없지 않다. 즉 변형결정의 부인근거로 삼을 수 있는가 하는 점이다. 그리고 변형결정을 선고한다 할지라도, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 힘을 가지지 못하는가 하는 점이다.

둘째, 제1항에서는 법률의 위헌결정은 “법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 기속대상기관이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체로 한정되며, 또 기속의 구체적인 내용은 무엇인가 하는 점이다.

셋째, 제2항에서는 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있는

바, 이것은 이른바 폐지무효설을 이론적 근거로 하여 위헌결정에 의한 법률의 폐지를 의미하는가 하는 점이다.

넷째, 같은 항에서는 형벌법규의 소급적인 효력상실을, 그리고 비형벌법규의 결정된 날로부터의 효력상실을 규정하고 있는바, 특히 여기서 결정일로부터의 장래적인 효력상실이 문제되는 것은 없는가 하는 점이다.

다섯째, 같은 항에서는 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있는데, 이것은 법률에 관한 헌법재판소의 위헌결정은 심판대상인 법률의 효력을 상실시키는 힘을 갖는다는 의미를 도출할 수 있다. 바로 이것은 독일이나 스페인에서 규정하고 있는 법규적 효력(Gesetzeskraft) 내지 일반적 효력을 의미하는 것은 아닌가 하는 점이다.

여섯째, 법률이 단순위헌으로 결정되면 그 결정된 법률의 문언은 폐지되고 법질서에서 배제되는 데 반해, 한정위헌으로 결정되면, 그 법률의 문언은 그대로 존속하고 있기 때문에, 단순위헌결정의 경우에는 기속력을 인정할 수 있지만, 한정위헌결정에 대해서는 기속력을 없다고 주장하는 것이 과연 적절한 것인가 하는 점이다.

일곱째, 법률에 관해 위헌결정이 선고되고 나면, 위헌법률에 근거한 각종 법적인 관계를 청산하여야 하는데, 구체적으로 어떻게 또 어디까지 허용할 것인가 하는 점이다.

이상에서는 현재 법률의 위헌여부에 관한 헌법재판소의 결정 및 그 효력과 관련하여 가장 논란이 분분한 사항들을 대표적으로 예시하였다. 그러면 이와 관련하여 쟁점별로 유형화하여 검토하기로 한다.

(2) 법률에 관한 위헌여부 결정의 유형

헌법재판소는 법률의 위헌여부를 심판하고 심판결과를 결정으로 선고하게 된다. 현행법에서는 정형화된 결정유형으로 위헌결정과 합헌결정을 제시하고 있다(헌법재판소법 제45조 참조). 그러면 헌법재판소는 이른바 변형결정을 선고할 수는 없는 것인가의 문제가 등장하게 된다. 지난 10여년간의 판례를 살펴볼 때, 헌법재판소는 변형결정을 폭넓게 허용하고 있다. 이를 둘러싸고 많은 논란이 제기되고 있다. 이에 관해 간략하게 검토하고 구체적인 입법필요성을 검토하기로 한다.

(가) 변형결정의 개념 : 변형결정이란 심판대상인 법률을 단순히 위헌으로 결정함으로써 야기되는 법적 혼란을 방지하고 입법자의 입법형성권을 존중할 목적으로 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 결정유형이라고 하겠다. 변형결정은 법률이 심판대상이 되어 본안판단이 이루어졌을 경우 단순합헌결과와 단순위헌결정을 제외한 결정형식을 통칭한다고 할 것이다.

(나) 변형결정의 필요성 : 헌법재판소가 변형결정을 선고하지 않으면 안될 필요성은 규범적 측면과 사실적 측면으로 나누어 파악할 수 있다.

1) 규범적 측면

변형결정을 인정하는 견해는 입법자의 입법형성권 존중, 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성 또는 기본권보장의 극대화 등을 위해 변형결정이 필요함을 제시한다. 그러나 부인하는 견

해는 우리 헌법재판소법이 제47조 제2항에서 위헌결정의 장래효주의를 채택하고 있고 단지 예외적으로만 소급효를 인정하기 때문에 변형결정을 선고할 필요성이 없음을 주장한다.

생각건대, 변형결정을 선고할 필요성에 관해 규범적인 측면에서 제시되는 사유에 대해서는 몇 가지로 지적이 가능하다.

첫째, 입법자의 입법형성권을 존중하여야 한다는 점은 두 가지 측면에서 지적할 수 있을 것이다.

그 하나는 사회적 기본권과 관련하여 평등의 원칙이 적용되어야 할 영역에서 나타난다. 즉 동등한 여건을 갖춘 집단이지만, 특정집단은 사회적 기본권의 향유대상에서 포함되어 있는 데 반해, 또 다른 집단은 그 대상에서 배제되어 있을 경우, 이를 규율하는 법률에 관해 단순히 위헌결정을 선고한다면, 기존에 사회적 기본권을 향유하던 집단조차도 배제하여야 하는 현상을 초래할 것이고, 또 배제된 집단을 헌법재판소의 결정으로 편익의 대상에 포함시킨다면, 입법자의 입법형성권의 침해나 국가의 재정적 규모의 간과 등을 야기할 것이다. 이런 경우 헌법재판소는 단순히 위헌결정을 선고하기보다는 헌법불합치결정을 선고하고 구체적인 개선입법을 입법자의 입법형성권에 맡기는 것이 바람직할 것이다.

다른 하나는 심판대상이 된 조항이 다양하게 해석될 수 있고, 그 해석가능성 중 합헌으로도 해석될 수 있고 위헌으로도 해석될 수 있는 경우 단순히 위헌으로 결정하기보다는 위헌적인 해석방법만을 배제함으로써 입법자의 입법형성권을 존중할 수 있을 것이다.

둘째, 통일적인 법질서의 형성에 관해서도 두 가지 측면으로 검토할 수 있다.

그 하나는 심판대상인 법률조항을 유지·존속시키면서도 위헌해

석된 부분을 헌법질서에서 배제함으로써 그러한 질서의 확보가 가능하게 될 것이다.

다른 하나는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고함에 있어 법 적용자에 대한 효과로써 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 의해 처리하도록 하는 것도 비록 심판대상에 위헌성이 내재해 있지만 위헌결정을 선고할 경우에 야기되는 불합리를 해소하기 위한 것이다. 이것은 기존의 헌법불합치질서를 신속하게 합헌적인 질서로 이행시키는 것이라고 하겠다.

셋째, 기본권보장을 극대화한다는 점은 주로 사회적 기본권과 관련하여 논의될 수 있다. 즉 사회적 기본권에 있어 법률은 기본권을 형성하고 촉진하는 기능을 수행한다. 그와 아울러 그러한 기본권이 제대로 향유될 수 있기 위해서는 국가재정의 뒷받침이 이루어지지 않으면 안된다. 그런데 사회적 기본권에 대해 전술한 바와 같이 단순하게 위헌결정을 선고할 경우 기존에 사회적 기본권을 향유하던 집단의 법익이 훼손된다는 문제점을 초래하게 된다. 이때 헌법재판소는 위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법불합치결정을 선고하면서 입법자로 하여금 국가의 재정적인 상태를 고려하면서 기존에 편익을 향유하는 집단은 물론이고 향유하지 못하던 집단까지 향유할 수 있도록 하는 개선입법을 촉구하게 된다. 또 그와 아울러 법 적용자에게는 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 사회적 기본권과 관련한 법적 분쟁을 해결하도록 함으로써 궁극적으로는 사회적 기본권의 향유대상이 확장 내지 조정될 수 있게 된다고 하겠다.⁸⁸⁾ 헌법재판소는 이런 점이 재산권이나 인격권과 관련해서도⁸⁹⁾ 나타날 수 있음을 제시하고 있다.⁹⁰⁾

88) 예컨대 개별적 근로자의 권리와 관련해서는 헌재 1997. 8. 21. 선고, 94헌바19 등(병합)결정 - 헌판집 9-2, 243 참조.

2) 사실적 측면

가) 단순위헌결정을 선고함에 따른 부작용과 그 내용

사실적 측면에서 변형결정의 필요성이 제기된다는 것은 법률을 단순히 위헌으로 결정함으로써 인해 야기될 수 있는 현실적인 문제점을 해소시키지 않으면 안되는 요인이 있음을 의미한다. 위헌결정을 선고함으로써 인한 부작용은 헌법재판소가 선고한 변형결정의 사례를 분석할 때 몇 가지로 유형화할 수 있다.

첫째, 위헌결정을 선고함으로써 법적 공백상태를 야기하게 되고 그로 인해 법적 혼란이 발생할 우려가 있다는 점이다.⁹¹⁾ 그러나 이 관념을 지나치게 확대해서는 안된다고 하겠다. 왜냐하면 위헌결정은 필연적으로 사실상의 기성질서를 부인하는 것이기 때문이다. 게다가 이런 논리를 확장하게 되면 어떠한 경우에도 위헌결정을 선고해서는 안된다는 결과로 귀착될 수 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다.

둘째, 국가재정에 엄청난 부담을 초래할 수도 있다는 점이다. 특히 국가재정에 커다란 비중을 차지하고 있는 조세이고 또 제정된 지 오래된 근거법률이라면 이 문제는 간과할 수 없는 중요한 사항이라고 할 것이다. 게다가 소송의 범람이 초래될 수도 있다는 점이

89) 현재 헌법재판소의 헌법불합치결정 실적을 살펴볼 때, 사회적 기본권보다는 재산권이나 인격권과 관련하여 그러한 결정을 주로 선고하는 것은 아닌가 한다. 재산권관련 결정례로는 현재 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49 등(병합)결정 - 헌판집 6-2, 84; 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1 등(병합)결정 - 헌판집 7-2, 562 참조. 인격권과 관련해서는 현재 1997. 3. 27. 선고, 95헌가14 등(병합)결정 - 헌판집 9-1, 163; 1997. 7. 16. 선고, 95헌가6 등(병합)결정 - 헌판집 9-2, 1 참조.

90) 그러나 사회적 기본권이 아닌 자유권적 기본권의 영역에서 헌법불합치결정을 선고함이 바람직한 것인가에 대해서는 논란의 여지가 적지 않다고 본다. 상세한 내용은 vgl. Peter E. Hein, Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1988, S.112ff.

91) 법적 공백과 법적 혼란을 비교할 때, 후자가 포괄적인 개념으로 보여진다. 헌법재판소도 초기에는 양자를 별개의 개념으로 사용하는 듯하였지만, 최근 들어 법적 공백상태로 인해 법적 혼란이 초래될 수 있다는 형태로 논리체계를 조정하는 듯이 보인다.

지적되어야 할 것이다.

셋째, 선거법을 단순위헌으로 결정함에 따라 선거운동의 자유를 지나치게 침해한 것이라는 문제점을 초래할 수도 있을 것이다. 이 사례는 보다 위헌적인 상황의 초래방지라는 시각에서 접근할 수 있지 않을까 한다.⁹²⁾

넷째, 국가기관의 업무수행에 있어 어려움의 초래문제이다. 그 내용으로는 재판과정에서의 인과관계 입증여부에 대한 판단이나 법제도의 미비 또는 전문성의 결여 등이 이에 해당할 수 있다. 물론 여기서는 그로 인해 야기되는 문제와 국민의 기본권상 불이익을 형량하여야 하지 않을까 생각된다.

다섯째, 국민들이 재판절차에서 기본권구제를 받음에 있어 현실적인 장애를 초래할 수도 있다는 점이다. 이 문제는 절차법과 관련하여 논란의 여지가 적지 않을 것으로 보여진다.

여섯째로는 그 이외에도 공무원급여와 관련된 법률이 위헌결정되어 당장 급여를 중단하고 개선입법이 될 때까지 기다려야만 하는 상황이 초래될 수 있다거나 국회의원선거 관련 법률이 위헌결정되어 이미 선출된 국회의원들이 그 직을 상실함으로써 인해 선거법을 개정하여야 하는 국회 자체가 구성불능상태를 초래할 수 있는 경우를 상정할 수 있다. 이러한 상황은 기존의 상태보다 더 위헌적인 상황의 발생에 해당되는 것으로 이러한 경우도 위헌결정으로 인한 부작용에 해당한다고 하겠다.

그러나 변형결정을 선고할 수밖에 없는 사유로 제시된 것 중 부적절한 것도 없지 않다고 보여진다. 그것을 지적하면 다음과 같

92) 이 문제는 일반적 금지를 전제로 하고 법문에 명시하여 예외적으로 허용하는 입법구조를 채택할 경우, 법문상 예외적으로 허용한 사항에 대해 위헌으로 결정하는 사례에 해당된다고 하겠다.

다.⁹³⁾

첫째, 세법과 관련하여 헌법불합치결정을 하는 사유로 이미 세금을 납부한 성실납세자와 당해사건 등의 당사자들과 형평성을 제시한다는 점이다. 그러나 이것은 위헌결정 뿐만 아니라 헌법불합치결정을 선고한다 할지라도 해소할 수 없는 필연적인 한계문제이다. 헌법재판소는 이에 관해 개선입법과정에서 입법자로 하여금 성실납세자가 이미 납부한 세금의 반환문제를 고려하여야 한다는 취지를 제시한 것으로 보여지는데 그럴 경우 국가재정상의 부담은 더욱 심각하게 될 것이다.⁹⁴⁾ 어차피 형평성의 문제는 헌법재판소가 제시한 사례에서만 제기되는 것은 아니라는 점을 간과해서는 안된다고 하겠다.⁹⁵⁾

둘째, 위헌결정을 회피함으로써 기본권침해문제가 야기되는 것이지 정반대로 위헌결정을 함으로써 그런 문제가 등장하게 된다는 사유를 제시하는 것은 비판의 가치조차 없다고 하겠다.

셋째, 국회의원을 위헌적으로 선출한 상태를 그대로 유지함으로써 동질성을 확보하여야 한다는 논거도 앞의 지적과 마찬가지로 하겠다.

그리고 이상과 관련하여 지적되어야 할 것은 위헌결정의 지나친 회피문제이다. 법률을 위헌결정함으로 인해 기성 법질서에 법적 혼란이 초래됨은 부인하기 어렵다. 이것은 위헌결정을 선고하여 구체적인 사건에 있어서의 정의를 추구함으로 인해 야기되는 당연한 결

93) 게다가 구체적인 사안에 대응하는 변형결정을 선고함에 있어 부적절한 사유를 제시한 경우도 적지 않다고 보여진다.

94) 그 뿐 아니라 법적용절차에 있어 재심청구를 포괄적으로 허용하여야 한다거나 이미 납부된 세금을 일일이 반환하여야 하는 불필요한 복잡한 업무과중을 초래할 것이다.

95) 예컨대 특정 법률이 헌법불합치로 결정됨에 따라 세금을 반환하였다면, 다른 법률에 대해서도 그러한 결정이 선고되었을 경우 마찬가지로 세금을 반환하여야 한다는 측면에서의 형평성도 문제될 것이다.

과이다. 이를 지나치게 두려워하여 단순위헌결정이 바람직함에도 불구하고 그것을 회피하기 위하여 한정합헌결정이나 다른 변형결정 또는 합헌결정을 선고하는 것은 결코 바람직한 것이 아니라고 하겠다. 이러한 점에 대한 집중적인 비난이 가해지고 있음은 익히 알려진 바와 같다고 하겠다.

나) 부작용의 발생원인

법률에 관해 단순하게 위헌결정을 선고할 경우 어째서 전술한 바와 같은 사실적 상황이 발생하는 것이며, 그러한 상황이 야기될 수 있는 구조적인 요소는 없는가를 검토하지 않으면 안된다. 이에 대한 답변은 몇 가지 형태로 제시할 수 있다.

첫째, 후술하겠지만, 위헌법률의 효력을 부인하는 이론적인 틀은 크게 두 가지로 유형화할 수 있다. 그 하나는 당연무효설이고, 다른 하나는 폐지무효설이다. 어떠한 이론적인 틀로 접근하든지 간에 법률에 관해 위헌심판을 하여 그에 따른 결정을 선고하고 위헌법률에 기해 만들어진 기성질서를 부인하려고 하는 한, 법적 불안정성을 초래할 것임은 분명하다 할 것이다.

둘째, 구체적 규범통제 내지 사후적 규범통제의 제도적 한계성이다.⁹⁶⁾ 이러한 규범통제는 규범의 충돌상태가 발생한 다음에서야 비로소 행해질 수밖에 없다는 점이다.⁹⁷⁾

96) 법률의 시행 이전에 규범통제가 이루어지는 사전적·예방적 규범통제를 도입할 경우 이러한 문제점이 초래됨을 방지할 수 있을 것이다. 그러나 그러한 규범통제는 정치적 통제에 해당하는 것으로 사법적 통제에는 이질적인 것이고, 그러한 통제를 허용할 경우 규범통제의 사법작용적 성격을 훼손할 우려가 대단히 크다고 하겠다.

97) 헌법재판소는 규범의 충돌상태를 세 가지로 유형화하고 있다. 즉 첫째로는 제정당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌인 법률이 되는 경우, 둘째로는 법률의 조항 자체에는 위헌성이 없으나 평등의 원칙위반이나 체계부조화 등으로 말미암아 재조정하지 않으면 안되는 경우, 그리고 셋째로는 제정 당시부터 원시적으로 위헌인 법률 또는 법률조항의 경우이다. 헌재 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10등(병합)결정 - 헌판집 5-1, 226(242-243).

위헌법률의 제정 내지 시행시점과 그 법률의 위헌결정시점은 많은 시간적인 편차가 나타나게 된다.⁹⁸⁾ 위헌법률을 당연무효로 보든 아니면 폐지무효로 보든 간에 이러한 편차가 존재함을 어떠한 이론적인 시각에도 부인하기 어렵다.⁹⁹⁾ 위헌법률에 의해 이루어진 사실상의 기성 법질서를 위헌결정을 통해 부인하여야 하는데, 그러한 시간적 편차는 현실적인 한계점으로 작용하게 되는 것이다.¹⁰⁰⁾ 이미 만들어진 법질서를 부인함에 있어 구체적 사건에서의 정의를 추구함과 아울러 법적안정성도 확보하여야 한다는 이중적인 지향점이 존재한다. 그 속에서 입법자의 입법형성권이 개입할 여지가 생기는 것이고 또 변형결정이 등장하게 되는 요인이라고 하겠다.

셋째, 위헌결정의 장래효원칙을 철저히 고집할 경우, 법적안정성을 확보하는 데 기여하기는 하겠지만, 다른 한편으로는 구체적 규범통제에 있어 논리적 기초가 되는 구체적 사건에서의 정의를 지나치게 소홀히 다룬다는 비판을 모면할 수 없게 된다. 바로 이 점에서 그에 대한 해소책으로 예외적인 소급효의 범위를 확장하려 한 것이라고 하겠다.

분명 예외적인 소급효의 적용범위를 아주 제한적으로 허용할 경우 변형결정이 불필요함은 부인하기 어려운 사실이다. 예컨대 당해 사건에 한해서만 예외적인 소급효를 허용한다면¹⁰¹⁾ 구태여 한정함

98) 추상적 규범통제를 도입한다 할지라도 그 규범통제가 심판대상인 법률의 사후적 통제를 지향하는 한, 시간적 편차를 축소시키는데 일정부분 기여할 것은 분명하지만, 그 편차를 완벽하게 해소시킬 수는 없을 것이다. 현재 우리 헌법재판소는 법률소원을 가능한 한 폭 넓게 허용하여 이러한 문제를 해소하고자 하지만 완벽한 것은 아니라고 보여진다.

99) 이러한 요인으로 인해 독일에서는 1970년 당연무효설의 입장에서 규율된 내용을 폐지무효설에 부합하게 연방헌법재판소법을 개정하고자 한 시도를 포기하기에 이른 것이다.

100) 특히 심판대상인 법률이 제정된 지 아주 오래되었을 경우라든가, 규율대상영역이 대단히 복잡하고 다양하다든가, 규율하는 인적 범위가 대량적이라든가 또는 그 법률이 국가생활 영역에서 핵심적인 비중을 차지하고 있다든가 하는 경우에 위헌결정을 선고할 때 그로 인해 야기되는 과급적인 법적 효과는 엄청날 것이다.

101) 오스트리아의 경우 1975년 헌법개정으로 소급효의 허용범위를 당해사건과 헌법재판소가 달리 정한 사건으로 확장하였고, 현재 오스트리아 헌법재판소는 법률의 위헌여부 다툼이

헌결정이나 한정위헌결정 또는 부분위헌결정을 선고할 필요¹⁰²⁾가 없을 것이다.¹⁰³⁾ 게다가 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 법 적용자에게 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 것¹⁰⁴⁾ 역시 불필요하다고 하겠다.¹⁰⁵⁾

구체적 사건에서의 정의를 추구하기 위해서는 법적안정성의 파괴는 필연적이라고 하겠다. 그렇다면, 양자를 적절하게 도모할 수 있는 방안을 찾지 않을 수 없었고, 변형결정을 적극적으로 고려하지 않을 수 없는 요인으로 작용하였다고 하겠다.

(다) 부작용의 방지방안으로서의 변형결정

법률의 위헌결정으로 인해 야기될 수 있는 법적 혼란을 방지하는 방안은 대체로 크게 두 가지 형태로 고려될 수 있다. 그 하나는 위헌결정의 장래효원칙을 철저히 고집하는 방안이고, 다른 하나는 여기서 논의하고자 하는 변형결정제도를 폭넓게 도입하는 방안이다.

그런데 헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문을 위헌결정의 장래효원칙을 규정한 것으로 파악하려 함은 후술하는 바와

위헌결정 당시 헌법재판소에 계속중인 사건까지 확장하고 있다. 이러한 상태에서 법적안정성의 파괴여부는 헌법재판소에 계속중인 사건이 얼마나 많은지에 따라 좌우될 것이다.

- 102) 그러한 결정을 선고하는 요인은 입법자의 입법형성권을 존중함과 아울러 위헌결정의 대상을 특정 조항이나 특정 조항의 일부로 가능한 한 축소시킴으로써 위헌결정으로 인해 야기되는 대량적 효과를 최소화하려는 의도를 전제로 한 것이다.
- 103) 위헌결정된 법률을 적용한, 당해사건을 제외한 나머지 유사사건들은 합헌해석된 부분에 근거한 것이든 위헌해석된 부분에 근거한 것이든, 또는 심판대상이 되지 아니한 부분에 근거한 것이든 심판대상된 부분에 근거한 것이든, 그에 관계없이 결과적으로 동일하게 권리구제의 대상에서 배제될 것이기 때문이다.
- 104) 이러한 법적 효과를 의욕하는 결정을 선고하는 목적은 위헌성이 내재된 불합치법률의 적용을 배제함으로써 합헌적인 질서를 유지함과 아울러 기존의 완성된 법질서를 전면부인함으로써 인해 야기되는 중대한 법적 불안정성을 회피하기 위한 것이다.
- 105) 왜냐하면 18개월까지 폐지를 유예하는 결정을 선고하는 경우에도 그러한 결정의 원인을 제공한 당해사건에 한해서만 권리구제의 대상에 포함될 뿐이고 나머지 사건들에 대해서는 근거법률에 대해 그 결정이 선고되지 않은 것과 동일한 결과를 초래할 것이기 때문이다.

같다. 이를 전제로 법률에 관한 위헌결정의 효력을 다루다 보니 구체적 사건에서의 정의를 소홀히 취급하는 것이 되고 구체적 규범통제의 실효성을 저해하는 위헌적인 방안임을 인식하게 된 것이다. 이로 인해 야기되는 문제점을 해소하기 위해 헌법재판소는 변형결정을 적극적으로 고려하게 된 것이 아닌가 한다.¹⁰⁶⁾

아무튼 헌법재판소의 논리대로 파악할 때, 법적안정성도 확보하고 구체적 사건에서의 정의도 최대한 구현하려고 하는 한, 위헌결정에 있어 예외적인 소급효의 범위를 최대한 확장시킴과 아울러 심판대상이나 위헌결정의 대상을 가능한 한 축소시키는 방안이나 위헌성이 내재하여 있음에도 불구하고 위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 선고하는 방안¹⁰⁷⁾을 고려할 수밖에 없다는 결론에 도달한 것은 아닌가 한다.

개략적으로 매듭을 짓는다면, 법적안정성을 확보함과 아울러 예외적인 소급효의 범위를 확장하여 구체적 규범통제의 실효성을 보장하고 구체적인 사건에서의 정의를 구현하려고 하는 한, 변형결정은 필연적이라고 보여진다. 반면에 법적안정성을 확보하기 위해 예

106) 이와 관련해서는 김운용, 위헌심사론, 초판, 삼지원, 1998. 7., 600면(독일의 경우에는 위헌결정은 해당 법률의 무효를 뜻하고, 이 때의 무효는 곧 소급무효를 의미하기 때문에 문제가 생기지만, 한국의 경우에는 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 위헌결정의 항후효만 인정되고, 소급효가 인정되지 않기 때문에 오히려 문제가 생기는 것이다. 독일에서는 위헌결정의 효력이 소급하는 경우, 그로 말미암아 이미 정착되어 있는 수많은 법률관계가 일거에 뒤집히게 되어, 결국 심각한 법적 불안정이 유발될 수 있다는 것이 문제였다. 그래서 이런 현상의 도래를 피할 목적으로 위헌결정의 변형을 모색하게 된 것이다. 이런 점에서 본다면 독일에서의 변형결정은 그 발단이 소급효와 관련된 문제에 있었다고 해도 과언이 아닐 것이다. 한편 한국의 경우에는 형벌에 관한 법률을 제외하고는 소급효가 인정되지 않기 때문에 적어도 위헌결정의 소급효로 인한 법적 불안정의 문제가 야기되는 일은 없을 것이다. 그러나 위헌결정은 항후효만 갖도록 되어 있는 탓으로 전혀 별개의 문제가 야기된다. 즉, 하나의 법률이 위헌으로 결정나더라도 그 위헌심판의 계기를 제공하여 준 당해사건의 당사자는 그렇게 위헌으로 결정난 그 법률로 말미암아 실제로 권리의 침해를 당했음에도 불구하고 위헌결정의 효력이 소급되지 않기 때문에 제대로 권리구제를 받을 수 없게 된다는 모순을 이르는 것이다.) 참조.

107) 이 때 지향하는 법적 효과는 입법자에게 신속한 개선입법을 촉구하고 법적용자에게는 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 명하는 것이라고 하겠다.

외적인 소급효의 범위를 최대한 축소한다면, 그 필요성은 상대적으로 줄어들 것이다. 그렇지만 구체적 사건에서의 정의를 확보하는 것은 치명적인 것이 된다.

(다) 변형결정의 법적 근거

헌법재판소가 이른바 변형결정을 할 수 있는 실정법적 근거가 있는지에 관해서는 부정설과 긍정설로 나누어 검토하기로 한다.

부정설이 가장 적극적인 논거로 제시하는 것은 법 제45조에서 ‘법률의 위헌여부만’을 심판할 수 있도록 규정하고 있다는 점과 제47조 제1항에서는 법률의 ‘위헌결정’에 대해서만 규정하고 있다는 점을 제시한다.

그러면 법 제45조에 관해서는 전술하였으므로 여기서는 더 이상 논의치 아니하고 단지 제47조와 관련한 논의로 한정하기로 한다. 특히 제47조 제2항은 헌법불합치결정의 부인근거로 제시되고 있다.

헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고하면서 그 법적 효과를 입법자에게는 신속한 개선입법을 촉구함과 아울러 법적용자에게는 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리할 것을 명하거나 불합치법률의 잠정적인 계속 적용을 명하고 있다. 헌법재판소가 이러한 법적 효과를 지향할 법적 근거가 있는지 여부에 관해 논란이 제기되고 있다.

긍정설은 헌법재판소법 제47조 제2항 본문을 변용해석하고 또 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있다는 점을 제시한다. 그런가 하면 헌법불합치결정을 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 ‘효력상실’을 제한적으로 적용하는 변형 위헌결정으로 규정짓고 있다.¹⁰⁸⁾

108) 헌재 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49 등(병합)결정 - 헌관집 6-2, 64(120); 1997. 3. 27. 선고,

그러나 부인설은 대체로 두 가지 형태로 나타난다. 그 하나는 헌법불합치결정 자체가 헌법재판소법 제47조 제2항에 어긋나는 것이라는 태도이다. 다른 하나는 그러한 결정을 제한적으로 인정하려는 태도이다.

전자는 헌법불합치결정을 전면적으로 부정하는 견해로서, “헌법재판소가 임의로 선택하는 시기로부터 법률 또는 법률의 조항의 효력을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 법적 근거를 규정”하지 않았다거나,¹⁰⁹⁾ 위헌결정을 하면 그에 대한 효력은 헌법재판소법 제47조에 정해진 대로 발생하는 것이고 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 없다고 한다.¹¹⁰⁾

그런가 하면 후자는 헌법불합치결정을 위헌결정의 일종으로 보고, 헌법재판소법 제47조 제2항에 규정된 위헌결정된 법률의 효력상실에 있어 효력상실시기만을 일정기간 유예된 것으로 본다.¹¹¹⁾ 그렇지만 헌법불합치결정을 선고하면서 법적용자인 법원으로 하여금 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 명하는 것에 관해 명시적인 규정이 없는 상황에서 소송절차의 중지나 법률적용의 중지를 요구함은 법관의 독립을 침해하는 것으로 법원이 이에 기속될 것은 아님을 주장한다. 그리고 헌법재판소가 구법에 대해 헌법불합치결정을 하면서 구법이 이미 신법으로

95헌가14 등(병합)결정 - 헌판집 9-1, 193(206).

109) 헌재 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6결정 - 헌판집 1, 199(270, 김진우재판관의 반대 의견), (268, 변정수 재판관의 반대 의견) 참조.

110) 변정수 재판관은 그 외에도 헌법에 합치되지 아니한다라는 주문이 위헌결정의 주문이 아니라고 한다면, 어떠한 근거로 기한설정시점 이후에는 그 법률의 효력이 상실된다는 것인 지 설명할 방법이 없음을 지적한다. 헌재 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5결정 - 헌판집 5-1, 59(90) 참조. 그리고 조승형 재판관은 그렇게 하는 것은 헌법 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제45조, 제47조 제2항의 명문규정에 배치된다고 한다. 헌재 1995. 9. 28. 선고, 92헌가11 등(병합)결정 - 헌판집 7-2, 264(287 이하) 참조.

111) 대법원과 관련 실무자들의 태도이다. 대법 1991. 6. 11. 선고, 90다5450판결(공1991, 1805 이하) 참조.

개정되었음을 이유로 법적용자로 하여금 개정법률을 불합치법률(구법)의 적용사안에 소급적용할 것을 명한 것¹¹²⁾과 관련하여 소급 적용할 법리상 근거가 없음을 제시하면서 구법을 계속 적용하고 있다.¹¹³⁾

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 입법자에게 개선입법을 촉구하고 법적용자에게 법적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 명하거나 잠정적으로 불합치법률을 계속 적용하도록 명할 법적 근거가 명시되어 있지 아니함은 분명하다.

그러나 헌법불합치결정이 필수적으로 요구되는 영역이 있음을 부인해서는 안된다고 본다. 그렇지만 이것은 헌법재판소가 변형결정과 그 효력에 있어 헌법재판소법에 흠결된 영역이 존재함을 인식하고, 구체적인 사례를 적절하게 해결하기 위해 헌법재판소 스스로가 흠결보충적인 법형성을 한 것이라고 보아야 하지 않을까 한다.¹¹⁴⁾ 물론 여기서도 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 형태로 이루어져야 함은 당연하다고 하겠다.¹¹⁵⁾

112) 헌재 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1 등(병합)결정 - 헌판집 7-2, 562.

113) 대법 1997. 3. 28. 선고, 95누17960판결(공1997상, 1274); 1997. 3. 28. 선고, 96누15602판결(공1997상, 1282); 1997. 5. 7. 선고, 96누16704(공1997상, 1777); 1997. 10. 24. 선고, 96누9973판결(공1997하, 3679); 1998. 2. 10. 선고, 97누2771판결(공1998상, 792) 등 참조.

114) 그리고 헌법불합치결정에 있어 기한설정을 해서는 안된다는 것과 관련해서는 이중적인 접근이 가능하다. 그 하나는 명시적인 법적 근거가 없기 때문에 불가능하다는 것이고, 다른 하나는 비록 법적 근거가 없다 할지라도 그 현실적인 필요성으로 인해 허용할 수밖에 없다는 것이다. 물론 오스트리아의 경우에는 위헌결정에 의한 법률의 폐지시한을 최장 18개월까지 유예하는 기한설정규정을 헌법에 명시하고 있지만, 독일의 경우 그러한 명시적인 근거가 없다. 그럼에도 불구하고 그 필요성 때문에 허용하고 있다는 점을 간과해서는 안된다. 직접적이고 명시적인 근거가 없기 때문에 연방헌법재판소법의 다른 규정, 예컨대 제32조나 제35조에서 적극적으로 도출해보고자 하는 시도가 나타나게 된 것이다.

115) 헌법재판소가 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 명하는 것은 헌법상 사법부에게 보장된 권한규범을 침해한 것이고 또 위헌결정의 법적 효과를 제약한 것이 아니라 오히려 확장한 것이라고 하는 주장도 나름대로 설득력이 없는 것은 아니라고 본다. 그러나 그렇게 하도록 헌법재판소가 법원에게 명한 취지가 국민의 기본권을 철저히 보장하도록 한 것이라면 크게 문제되지 않을 것이다. 게다가 가능한 한 합헌적인 결서를 신속하게 확보하고 법관으로 하여금 헌법과 합헌인 법률에 따라 재판을 하도록 요구하는 것은 헌법 제103조에 적극적으로 부합하는 것이라고 하겠다.

제47조 제1항이 ‘법률의 위헌결정’으로, 제2항이 ‘위헌으로 결정된 법률’로 규정하고 있긴 하지만, 그것은 국가기관이나 일반국민에게 파급적인 효과가 가장 큰 결정유형만을 대표적으로 예시한 것으로 이해함이 타당하지 않을까 생각된다.

그렇지만, 변형결정의 가능여부를 둘러싸고 야기되는 불필요한 논란을 없애는 가장 적합한 방법은 입법적으로 반영함이라고 하겠다.

(라) 위헌여부 결정의 유형

헌법재판소가 지난 10여년간 수행한 변형결정의 실재를 볼 때 아주 다양한 형태로 나타나고 있다. 이를 어떻게 유형화할 것이며, 각각의 결정유형에 대한 법적 효과를 어떻게 획정하여야 할 것이고, 또 그 구별기준을 어떻게 설정할 것인가 등이 문제된다.

1) 유형화의 문제

현재 헌법재판소는 변형결정의 유형을 헌법불합치결정, 한정합헌결정 및 한정위헌결정 등으로 유형화하는 듯이 보인다.¹¹⁶⁾

헌법불합치결정이란 위헌결정을 선고하는 대신, 단순히 ‘……은 헌법에 합치되지 아니한다’고 결정주문만을 제시하거나¹¹⁷⁾ 그러한 주문을 제시함과 아울러 기한설정의 주문을 부가하는¹¹⁸⁾ 결정유형

116) 헌법재판소의 통계표 목록 중 심판사건총괄표, 심판사건누계표, 주문별심판사건처리표 등에서는 변형결정에 해당된다고 볼 수 있는 결정유형인 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정을 제시하고 있다. 예컨대 헌법재판소 공보 37, 611 이하 참조.

117) 현재 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49 등(병합)결정 - 헌판집 6-2, 86; 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1 등(병합)결정 - 헌판집 7-2, 569; 1997. 3. 27. 선고, 95헌가14 등(병합)결정 - 헌판집 9-1, 196 참조.

118) 현재 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6결정 - 헌판집 1. 201; 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21결정 - 헌판집 3, 94; 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5결정 - 헌판집 5-1, 62; 1995. 9. 28. 선고, 92헌가11 등(병합)결정 - 헌판집 7-2, 268; 1997. 7. 16. 선고, 95헌가6 등(병합)결정 - 헌판집 9-2, 6; 1997. 8. 21. 선고, 94헌바19 등(병합), 헌판집 9-2, 246 참조.

을 말한다.

한정위헌결정이라 함은 “법률의 위헌여부가 심판의 대상이 되었을 경우, 재판의 전제가 된 사건과의 관계에서 법률의 문언, 의미, 목적 등을 살펴 한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석가능성이 있을 때 일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서 중국적으로 어느 쪽이 가장 헌법에 합치되는가를 가려, …… 합헌적인 한정축소 해석의 타당영역 밖에 있는 경우까지만 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률의 문언 자체는 그대로 둔 채 위헌의 범위를 정하여” 선고하는 결정유형을 말한다.¹¹⁹⁾

한정합헌결정이라 함은 “법률의 위헌여부가 심판의 대상이 되었을 경우, 재판의 전제가 된 사건과의 관계에서 법률의 문언, 의미, 목적 등을 살펴 한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석가능성이 있을 때 일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서 중국적으로 어느 쪽이 가장 헌법에 합치되는가를 가려, 한정축소적 해석을 통하여 합헌적인 일정한 범위 내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위 내에 있어서는 합헌이라고” 선언하는 결정유형을 말한다.¹²⁰⁾

헌법재판소가 유형화한 결정유형만으로 법률에 관한 위헌여부 결정의 형식을 모두 포괄한 것으로 보기는 어렵지 않을까 한다.¹²¹⁾ 오히려 좀더 다양한 형태로 결정유형을 나누어 봄이 구체적인 사

119) 헌재 1997.12.24. 선고, 96헌마172 등(병합)결정 - 헌판집 9-2, 842(861-862).

120) 헌재 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172 등(병합)결정 - 헌판집 9-2, 842(860-861).

121) 헌재 헌법재판소가 분류한 결정유형들이 가장 핵심적이고 중요한 유형에 해당함을 부인할 수는 없을 것이다. 그러나 구체적인 문제들을 해명하고 부작용을 최소화하는 데에는 미흡하지 않을까 한다.

실관계나 심판대상인 법규범의 규율내용이나 형식 등에 부합한다고 본다.

필자의 시각에서는 심판대상과 주문의 관련성, 주문의 반대해석의 가능여부, 심판대상규범의 위헌농도 및 결정주문의 시적 효력범위 등을 반영하는 형태로 좀더 세분화함이 좋지 않을까 한다.¹²²⁾ 즉 법률의 위헌여부 결정의 유형을 위헌결정, 합헌결정, 한정결정 및 헌법불합치결정으로 구분하고, 위헌결정은 단순위헌, 부분위헌, 포함위헌·적용위헌으로, 합헌결정은 단순합헌과 잠정합헌으로, 한정결정에는 한정위헌, 한정합헌, 조건부위헌 및 합헌적 법률해석 등으로 세분할 수 있지 않을까 한다.¹²³⁾ 아울러 결정유형 상호간 결합되어 나타날 수 있는 개연성도 인정하고 또 헌법재판소가 이를 적절하게 활용함도 바람직할 것이다.

2) 법적 효과의 문제

변형결정의 법적 효과에 대한 인식은 부분적으로 다르게 나타나는 면이 없지 않다. 예컨대 종래 일부위헌으로 구분하던 결정유형을 한정위헌으로 통일시키고 있는데, 이런 경우 상황과 여건에 따라서는 심판대상이 아닌 부분에 대해서까지 결정주문의 효력이 나타나는 문제점을 초래하게 된다. 법률에 관한 위헌여부 결정을 유형화하고 체계화할 때에는 이런 점을 반드시 감안하여야 할 것으로 본다. 아울러 지적되어야 할 것은 결정의 법적 효과가 반드시 주문에 표기되어야만 하는 것은 아니라는 점이다.¹²⁴⁾ 그러면 법적

122) 그렇다고 해서 그러한 모든 결정유형을 입법화하여야 함을 주장하는 것은 아니다. 좀더 세부적이고 구체적인 결정유형은 헌법재판소의 판례를 통해 개발하고 형성해 나아가야 할 과제라고 하겠다.

123) 물론 이러한 유형이 모두 결정의 주문으로 나타나는 것을 전제로 해서 구분하는 것은 아니다. 심판대상과의 관계와 법적 효과의 동일성 등을 감안한 것이라고 하겠다.

124) 이 점은 대법원 판례에 있어 판결주문이 법이론에 미치는 영향은 거의 없고, 판결이유에

효과와 관련한 몇 가지 문제를 지적하기로 한다.

첫째로는 헌법불합치결정의 법적 효과에 관해 어느 정도 견해가 정리되어 간다는 점이다. 특히 이 점은 헌법재판소 판례에서 뚜렷하게 나타나고 있다고 하겠다. 이 결정유형에 있어 입법자에 대한 법적 효과는 불합치결정의 취지에 맞춰 신속하게 개선입법을 촉구하는 것이라고 할 수 있고, 법원과 행정청 등의 법적용자에게는 그 법적 효과가 이중적으로 나타난다고 하겠다. 법적용자에 대한 법적 효과는 원칙과 예외로 나누어 구분할 수 있고, 원칙에 해당하는 것으로는 불합치법률의 적용질차를 중지하고 개선입법에 의해 처리하도록 하는 것이고, 예외로는 개선입법시점까지 불합치법률을 잠정적으로 계속 적용하도록 하는 것이라고 하겠다.

둘째로는 한정결정(한정합헌결정이나 한정위헌결정)의 경우에 있어서는 결정주문에 제시된 기준에 따라 심판대상인 법률조항을 해석하여야 하고, 또 반대해석도 가능하다고 하는 점이다. 여기서의 법적 효과는 합헌해석부분과 위헌해석부분으로 나뉘어져 나타난다고 하겠다. 즉 위헌해석부분에 관해서는 법률에 관한 위헌결정의 법적 효과와 동일하게, 합헌해석부분에 관해서는 합헌결정의 법적 효과와 동일하게 나타난다고 하겠다.

셋째로는 결정의 법적 효과는 주문과 결정이유를 통해서 심판대상에 대해서만 나타나는 것이지 심판대상이 되지 아니한 부분에 대해서까지 나타나는 것은 아니라는 점이다. 아울러 지적되어야 할 것은 심판대상을 어떠한 법률조항의 특정해석 부분으로까지 한정할 수 있도록 함이 바람직할 것이라는 점이다.

제시된 것이 중요한 의미를 지니는 것을 감안할 때, 헌법재판소의 결정은 결정주문 뿐만 아니라 결정이유 중 법적 효과를 제시한 부분도 그 이상의 의미를 부여하지 않으면 안된다고 본다.

3) 구별기준의 문제

특히 이 문제는 한정위헌결정과 한정합헌결정을 구분하는 것과 관련하여 제기되는 것이다. 이에 관해 헌법재판소 결정의 보충의견¹²⁵⁾은 “…… 전제사건의 사실관계에 대하여 적용하게 될 법률의 합헌성여부가 헌법재판소의 심사대상이 되었을 경우, 전제사건과의 상관관계하에서 법률의 문언, 의미, 목적을 살펴 ‘한편으로 보면 합헌이고 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석가능성이 생길 때’, 헌법재판소는 일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서 종국적으로 어느 해석가능성이 가장 헌법에 합치되는가를 가려 한정축소적 해석을 통하여 합헌적인 일정한 범위 내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위 내에 있어서는 합헌이라고 말할 수 있고(따라서 그 이외의 해석가능성은 위헌임을 지시), 또 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소해석의 타당영역 밖에 있는 사안례에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률 문언 자체는 그대로 둔 채 한정조항을 붙여 한정적 위헌선언을 할 수도 있다”고 한다.

이는 결국 한정합헌결정과 한정위헌결정은 서로 반대해석이 가능하고 또 위헌성이 강하게 내포되었는지의 여부에 따라 주문의 선택이 달라짐을 의미하는 것이다.

그리고 한정합헌은 해석과 관련해서 문제되지만, 한정위헌은 적용사례와 관련하여 문제되는 것으로 구분하려고 하기도 하지만, 해석과 적용을 별개로 논의할 여지는 없는 것으로 보인다. 왜냐하면

125) 헌재 1989. 7. 12. 선고, 89헌마38결정 - 헌판집 1, 131(146 이하, 조규광 재판관의 보충의견); 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104결정 - 헌판집 4, 64, (111 이하, 조규광 재판관의 보충의견) 참조.

적용의 문제는 당연히 해석을 전제로 하지 않을 수 없기 때문이다.

견해에 따라서는 당해사건과의 관련성 측면에서 한정합헌결정과 한정위헌결정을 구분지을 수 있다고 한다. 이 견해는 한정합헌과 한정위헌의 주문을 제시함에 있어 심판대상인 계쟁물에 대해 위헌 여부심판을 함에 있어 하나의 해석기준을 제시한다는 점에서는 다른 견해와 크게 다르지 않다고 보여진다. 다만 차이점은 당해사건과의 관련성이라는 측면에서 당해사건을 해명함에 있어 합헌으로 해석된 부분에 근거하여 이루어진 것이라면, 한정합헌의 주문을, 위헌해석부분에 근거하여 이루어진 것이라면, 한정위헌의 주문을 제시함이 바람직하다는 것이다.

분명 이 의견도 그 타당성을 부인하기는 어렵다고 본다. 왜냐하면, 그렇게 할 경우 한정합헌과 한정위헌을 제시하는 근거를 명확히 할 수 있다는 장점이 있기 때문이다.

그러나 다른 점에서는 문제의 소지가 있음을 부인하기 어렵다. 즉, 동일조항이 심판대상이 되었다고 할지라도, 그 조항에 근거하여 이루어진 각종 작용이 위헌해석부분에 근거하여 행해진 사례도 있고 또 합헌해석부분에 근거하여 행해진 사례도 있다고 한다면,¹²⁶⁾ 이에 대해서는 어떠한 형태의 주문을 제시하여야 할 것인가가 불분명해질 수도 있다고 하겠다. 물론 이를 해소하는 방법으로는 동일 조항이 심판대상이 되었다 할지라도, 한꺼번에 병합하여 사건을 심판하지 아니하고 모두 개별사건으로 분리하여 심판할 경우에는 그러한 문제를 해소할 수는 있을 것으로 본다.

126) 이런 경우 헌법재판소는 심판대상인 법률조항에 대해 합헌해석부분과 위헌해석부분을 확정하는 해석기준을 제시하고 구체적인 사건에서의 처리방법은 사건담당법원이 처리하도록 함을 의미한다고 하겠다. 만약 일반법원이 구체적인 사건에서 헌법재판소가 제시한 해석기준에 따라 처리하지 아니하였을 경우 이에 대해서는 재판소원에 의한 통제로 헌법재판소 결정의 실효성을 담보할 수 있을 것이다. 이런 점에서도 재판소원의 인정 필요성은 대단히 크다고 하겠다.

그러나 그렇다고 해서 문제가 완전히 해소되는 것은 아니다. 우선, 동일조항에 대해 어떤 경우에는 한정합헌이, 또 다른 경우에는 한정위헌이 선언됨으로써 그러한 결정주문에 대해서는 확정력 내지 기판력 이외에는 기속력이나 법규적 효력을 인정하기 어렵다는 한계를 야기시키게 된다. 다음, 소송경제적인 측면에서 지적되어야 할 것으로, 병합하여 사건을 처리하지 아니하고, 개별적으로 일일이 결정문을 작성하여야 함으로써 대단히 비효율적으로 업무를 수행하여야 하는 문제를 야기시킬 것으로 본다.

이상과 같은 점에서 헌법재판소 결정에 기속력과 법규적 효력을 인정하고 대세적인 힘을 부여하는 취지에서 볼 때, 이 방안이 적절하고 또 바람직한 것으로 보여지지는 아니한다.

차라리 한정위헌결정, 한정합헌결정 및 합헌적 법률해석은 심판대상규범의 해석기준을 설정함과 아울러 그 규범에 내재에 있는 위헌성의 정도 내지 위헌농도로 구분하여야 하지 않을까 생각된다.

(3) 위헌여부 결정의 기속력

헌법재판소가 법률에 관해 위헌여부를 결정하면 그 결정에 대해 기속력이 인정된다. 이와 관련하여 현행법 제47조 제1항에서 결정유형을 단지 ‘위헌결정’으로, 기속대상기관을 법원, 기타 국가기관 및 지방자치단체로 규정하고 있다. 이를 둘러싸고 여러 가지 점에서 논란이 제기되고 있다.¹²⁷⁾

127) 기속력을 논의함에 있어 헌법재판소 결정에 인정되는 효력 중 확정력과 법규적 효력도 아울러 논의되어야 함이 바람직할 것이다. 그러나 법규적 효력에 관해서는 항을 바꾸어 후술하기로 하고, 확정력의 경우에는 일반심판절차와 관련하여 논의될 것이므로 생략하기로 한다. 다만, 헌법재판소의 각종 결정도 사법작용의 성격을 부인할 수 없다는 점에서 당연히 인정됨을 전제로 하기로 한다.

(가) 기속의 의미와 내용

기속력이라 할 때, 기속의 의미가 무엇인지 문제된다. 여기서 기속의 의미는 모순금지의무를 부과한 것인지 아니면 반복금지의무를 부과한 것인지에 관해 논란의 여지가 있지만, 대체로 후자로 파악하는 것으로 보인다.

그리고 기속의 내용은 헌법재판소 결정취지의 ‘준수’의무부과이다. 그런데 대법원은 일관하여 결정취지의 ‘존중’으로 파악하는 듯하다.

여기서 결정취지의 준수와 존중은 그 의미에 있어 엄격하게 구별되어야 할 것이다. 즉 결정취지를 존중한다는 의미는 윤리적·도덕적 의무를 부과하는 것에 지나지 않는 데 반해, 준수하여야 한다는 의미는 법적 의무를 부과한 것이고, 준수하지 않을 경우 법적인 제재가 가해질 수 있다고 하겠다.¹²⁸⁾ 그러나 전자는 윤리적인 비난가능성만이 존재할 따름이고 이에 대한 법적인 제재는 곤란하다고 하겠다. 이런 점에서 헌법재판소의 결정에 기속된다는 의미는 법적용자에게는 결정을 준수할 의무를 부과한 것이지, 단지 존중하는 정도로 충분한 것은 아니다.

(나) 기속 대상기관(기속력의 주관적 범위)

기속력의 주관적 범위는 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항에 규정된 모든 국가기관과 지방자치단체이다. 이것은 기관력의 주관적 범위를 확장한 것이지만, 후술하는 법규적 효력의 주관적 범위가 일반국민인 데 반해, 모든 국가기관 등으로 한정된다는 점에 특색이 있다.

128) 준수의무위반은 곧 법률위반에 해당하므로 탄핵사유로의 성립이 가능하다고 하겠다.

이와 관련하여 현행법은 대상기관을 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체로 규정한 것을 법원 기타 국가기관 및 공공단체로 개정할 필요성을 제기하는 견해가 있다.

그러나 법적인 분쟁의 중국적인 해결은 궁극적으로 국가기관에 의해 이루어진다는 점에서 볼 때, 구태여 그렇게까지 규정할 필요는 없지 않을까 한다. 아울러 헌법재판소의 결정에는 확정력과 후술하는 법규적 효력이 인정된다는 점을 전제로 할 경우에는 전혀 문제되지 않는다고 본다.

(다) 주문과 중요한 이유의 기속력

기속력의 객관적 범위는 결정주문과 중요한 결정이유이다. 물론 결정이유 중 중요한 부분에 대해 기속력을 인정할 것인지에 관해서는 견해가 통일되어 있지 아니한 상태이다.¹²⁹⁾ 그리고 대법원이 이를 인정하는지는 불분명하다.¹³⁰⁾ 그렇지만 중요한 이유에 기속력을 인정할 필요성은 대단히 크다고 하겠다.

그러나 이것을 입법의 형태로 반영할 것인지의 문제는 좀더 논의의 진전이 필요하다고 하겠다. 그 이유는 두 가지 측면에서 제시될 수 있다.

첫째로는 구체적으로 어떠한 것을 결정이유 중 중요한 부분으로 획정지를 것이며, 중요한 부분에 해당되는 것으로 판단을 누가 할

129) 특히 헌법재판소 내에서도 통일되지 아니한 상태이다.

130) 이에 관해 대법원은 명확한 입장을 제시치 않고 있다. 다만 “헌법재판소 결정은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력이 있다”고 하고 있으나 주문은 일반적으로 간결하므로 그 기판력이 미치는 범위를 파악하자면 주문의 해석이 필요한바, 이 사건 헌법재판소 88헌마32·33 “국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원사건의 위헌결정은 그 주문을 이유에 대비하여 보면 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단이 현행헌법 제7조 제2항 뿐만 아니라 구 헌법 제6조 제2항의 각 공무원신분보장규정 모두에 위헌이라고 실시하고 있다”고 하여 중요한 이유에 대한 기판력은 부인하고 있다. 대법 1991. 6. 28. 선고, 90누 9346판결(공 1991, 2056) 참조.

것인가 하는 점 등이 해소되기 어려운 과제이기 때문이다.

둘째로는 결정이유 중 중요한 부분에 관해 기속력을 인정할 필요성은 법적용자인 행정청과 법원에 대해서는 헌법재판소의 결정취지를 명확하게 인식케 하고 구체적인 사건의 처리에 있어 지침을 제공하는 효과를 지니고 있다는 점에서 대단히 중요한 의미를 지닌다고 하겠다. 그렇지만, 입법자와의 관계에 있어서는 입법자의 입법형성권을 침해할 수도 있게 된다는 한계점을 초래하기 때문이다. 이로 인해 독일의 경우 새롭게 등장하는 강력한 이론이 바로 주문에 대해서는 법적인 기속력을, 중요한 이유에 대해서는 사실상의 기속력을 인정하자는 것이다. 그것은 달리 말하면, 재판에 대한 헌법소원을 인정함으로써 헌법재판소의 결정취지를 따르지 아니한 법원의 재판에 대해서는 그 절차를 통해 통제함으로써 준수를 사실상 강제하는 효과를 얻을 수 있다는 것이다.

(라) 기속력의 시적 범위

기관력과 마찬가지로 기속력의 표준시도 헌법재판소의 결정시점이다. 결정시점 이후에 사정변경의 사유¹³¹⁾가 발생하는 경우 그 결정의 효력은 종료된다.¹³²⁾

특히 이 문제는 합헌결정의 경우에 논의의 실익이 대단히 크다고 하겠다. 왜냐하면 사정변경의 사유가 발생하였을 경우 종래 합헌인 법률이 위헌이나 헌법불합치 등으로 결정의견이 변경될 개연성이 대단히 높기 때문이다.

131) 사정변경의 사유로는 심판기준과 심판객체의 변경, 일반적인 법적 견해의 변경, 사회경제적인 사실요건의 변경 등을 들 수 있다.

132) 다시 말하면 반복심판이 가능하게 된다. 사정변경의 사유가 존재하는 여부는 최종적으로 헌법재판소에 의해 판단된다.

(마) 결정유형별 기속력

헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심판하고 그 결과를 결정의 형식으로 선고함에 있어서 정형결정인 위헌결정이나 합헌결정 뿐만 아니라 변형결정에 해당하는 헌법불합치결정, 한정위헌결정 또는 한정합헌결정 등의 주문을 선택하게 된다.

이 중 위헌결정이나 헌법불합치결정의 기속력을 적극적으로 부인하려는 태도는 아직 나타나지 않고 있다.¹³³⁾ 그러므로 여기서는 한정위헌결정, 한정합헌결정 및 합헌결정의 기속력에 관해 집중적으로 논의하고자 한다.

1) 합헌결정 : 법률의 합헌결정에 대해 기속력을 인정할 수 있는지의 여부는 헌법재판소 결정의 효력과 관련해서 뿐만 아니라 현재 논란의 핵심이 되고 있는 한정위헌결정의 기속력 인정여부를 판가름하는 중요한 의미를 지니고 있다. 게다가 대법원과 헌법재판소간에 제기되고 있는 갈등도 많은 부분 해소할 수 있는 사안이다. 그러면 여기서는 그에 관해 살펴보기로 한다.

가) 인정설의 논거

우리 헌법재판소법 제47조 제1항은 ‘법률의 위헌결정’은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있다. 이 규정과 관련하여 오직 위헌결정에 대해서만 기속력이 인정되고 합헌결정이나 변형결정에 대해서는 이를 부인하여야 하는지의 문제에

133) 다만, 헌법불합치결정의 경우 그러한 결정형식 자체를 부인하고자 하면서 그것을 합리화하기 위해 부수적인 의견으로 기속력을 인정하지 않으려고 할 따름이기 때문에, 그 경우는 헌법불합치결정이라는 주문을 선택할 수 있는가의 문제로 다루어야 할 것이지 여기서 논의하고자 하는 기속력의 인정여부와는 관련성이 상대적으로 적지 않을까 한다. 이런 점에서 그에 대한 집중적인 검토는 생략하기로 한다.

있어 필자는 변형결정은 물론이고 합헌결정에 대해서도 기속력이 인정되어야 한다는 입장이다.

이러한 해석은 위 규정이 헌법재판소의 결정 중 다른 국가기관에 대해 미치는 영향이 대단히 큰 위헌결정에 대해서만 대표적으로 예시한 것으로 파악함으로써 가능한 것이다.

법률의 합헌결정에 대해 기속력을 인정한다고 해서 입법자에게 다른 형태로의 계쟁물의 개정이나 변경을 금하는 것도 아니고, 법 적용자에게 다른 측면에서의 해석과 적용을 금하는 것도 아니다. 즉, 합헌결정은 기존의 법적 상태가 합헌임을 확인하는 의미에 지나지 않는다. 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 아니다.

법률의 합헌결정에 대해 기속력을 인정할 필요성에 관해 다음과 같이 필자의 견해를 제시한 바 있다.

첫째, 합헌결정에 기속력을 인정하지 아니하면, 이미 합헌결정이 이루어진 법률에 대해 반복적인 제청신청이나 제청이 가능하게 된다는 점이다. 이것은 불필요하게 동일한 법적 문제를 반복하여 판단하여야 함을 의미한다.¹³⁴⁾ 이것은 이미 합헌으로 결정된 법률을 적용하여야 하는 개개의 사건을 담당하는 법원이나 헌법재판소에 업무과중을 초래하게 된다.

둘째, 결정이유에서는 명백히 합헌적 해석을 하였으나 주문에서

134) 이 문제는 헌법재판소 결정의 기판력의 시적 한계와 밀접한 관련성이 있지만, 양자는 이론상 구별되어야 한다고 본다. 사정변경의 사유가 발생하여야 시적 한계를 벗어날 수 있고, 그래야만 앞으로 제기될 동일사건에 대해 헌법재판소 결정의 효력이 종료하게 된다. 따라서 사정변경의 사유가 발생하였을 때, 반복심판이 허용되게 된다. 그러나 여기서의 반복심판문제는 그러한 사유가 발생하지 않았는 데도 불구하고, 단순히 헌법재판소의 합헌결정에 기속력이나 기판력이 인정되지 않는다는 점으로 인해 야기된 것이다.

는 단순히 합헌을 제시한 경우를 들 수 있다. 합헌결정의 기속력을 부인한다면 이러한 결정유형은 아무런 의미도 지닐 수 없게 된다. 이러한 사례가 구체적으로 문제가 된 결정례로는 후술하는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 위헌심판사건¹³⁵⁾을 들 수 있다.

나) 부인설의 논거와 비판

법률에 대한 헌법재판소의 합헌결정에 대해 기속력을 부인하는 이유는 대체로 네 가지가 제시되고 있다. 그 첫째는 헌법재판소법 제47조 제1항의 문언을 제시하고, 그 둘째는 구체적 사건에서의 권리구제기능으로서의 위헌법률심사권의 취지를, 그 셋째는 법령의 합헌결정은 법령의 해석·적용권에 해당하고 이것은 법원의 전속적인 권한에 속함을, 그리고 그 넷째로는 위헌심판에 있어서의 심판의 범위와 밀도를 들고 있다. 그리고 헌법재판소가 행한 합헌결정의 주문은 헌법재판소의 희망 내지 권고에 지나지 않으므로, 다른 사건에서 사건담당법원은 새로운 제청이 가능하고, 제청신청에 대해 각하할 것이 아니고 기각하여야 함을 주장하고 있다.

그러나 이러한 논거는 다음과 같은 이유에서 적절치 못하다고 본다.

첫째로는 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 문언의 확장해석에 관한 것이다. 그 논거로는 비교법적인 시각에서 독일의 연방헌법재판소법 제31조에서는 ‘연방헌법재판소의 결정’으로 규정하고 있음에 반하여 우리의 경우에는 ‘위헌결정’으로 한정하고 있다는 점에서 독일의 경우에는 헌법재판소의 모든 결정에 대해 기속력을 인정할 수 있지만, 우리의 경우에는 문리해석에 따라 불가능함을

135) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10 등(병합)결정 - 헌판집 5-1, 226(251) 참조.

주장한다. 필자가 보기엔 이러한 시각에서의 비판보다는 오히려 결정의 효력이 가진 전체적인 구조속에서 위헌결정이라는 표현이 어떠한 의도로 규정되어 있는가를 보는 것이 더 중요하다는 점을 강조하고자 한다. 그리고 부인설이 그렇게 해석하는 태도는 오히려 지나치게 문리해석에 의존하고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

둘째로는 구체적 사건에서의 권리구제기능으로서의 위헌법률심사권의 취지문제이다. 분명 법률의 위헌심판절차는 구체적인 사건에서 재판의 전제가 된 법률에 대해 헌법재판소에 위헌심판을 제청하고 그 심판에 따라 법원은 당해사건의 재판을 진행하도록 하고 있다. 따라서 제청된 법률을 헌법재판소가 합헌으로 결정하였을 경우 헌법재판소의 심판절차는 제청신청한 소송당사자의 권리구제에 아무런 기여도 하지 못함은 사실이다. 그러나 우리의 위헌법률심사제가 개인의 권리구제를 기본적인 전제로 하는 구체적 규범통제를 의도하고 있음은 필지의 사실이지만, 법률에 관한 위헌여부의 심판을 행함으로써 위헌법률로부터 헌법을 보장하는 기능을 수행하기도 한다. 이러한 점은 기존의 법적 상태가 합헌임을 확인하는 합헌결정에 대해서도 마찬가지로 인정되어야 한다. 즉 이미 심판의 대상이 되었던 법률이 합헌이므로 그렇게 해석하는 것은 헌법의 틀속에서 허용됨을 권위적으로 확인하는 것이다. 그러므로 법원을 비롯한 다른 국가기관은 그러한 해석을 합헌이 아니라고 다투는 것을 금하는 취지로 이해해야 한다.

셋째로는 법령의 합헌결정은 법령의 해석·적용권에 해당하고 이것은 법원의 전속적인 권한에 해당하는지의 문제이다. 구체적인 사건에서 헌법과 법률을 비롯한 각종 법령에 대해 해석하고 적용

할 권한이 대법원을 비롯한 각종 법원에 부여되어 있음은 부인할 수 없다. 즉 대법원을 비롯한 각급 법원도 헌법이나 법률을 해석하고 적용할 권한을 지니고 있다. 이를 부인해서는 안된다고 본다. 그렇지만 그렇다고 해서 그러한 해석이 최종적이고 배타적인 전속적 권한에 해당한다고 주장하는 것은 타당성이 결여된 것이다.

그리고 넷째로는 그러면 과연 법률에 관해 합헌결정을 선고함에 있어 개연성있는 모든 심사기준을 충족시키지 않고도 그러한 결정을 선고할 수 있는가 하는 점이다. 위헌결정에 있어 모든 심사기준을 고려하지 않고도 그 결정이 가능함은 부인하지 않는다. 그러나 합헌결정에 있어서는 어느 기준 하나에서만이라도 위배되는 한 그러한 주문이 선고되어서는 안된다고 본다. 왜냐하면 그럴 경우 위헌여부심판의 회피로 비추어질 수 있기 때문이다.¹³⁶⁾ 이런 점에서 본다면 이 논거 역시 부적절하다고 하겠다.

다) 소결

이상과 같은 시각에서 볼 때, 법률의 합헌결정에 대해서도 기속력이 인정됨은 해석론상 당연하다고 하겠다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 이에 관해 명문 규정이 없음에 따라 불필요한 논란이 다수 제기되므로, 이를 해소한다는 차원에서 입법적으로 보충할 필요가 있다고 하겠다.

2) 한정결정

가) 기속력의 인정범위에 관한 논란

136) 게다가 이러한 논거는 헌법재판소에 의한 국민의 기본권보장의 회피라는 비난을 면할 수 없을 것이라고 보여진다. 예컨대 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다고 해서 평등의 원칙의 위배여부를 판단하지 않고 합헌으로 결정할 수도 있다는 것이기 때문이다.

한정결정(한정위헌결정과 한정합헌결정)에 있어 기속력의 인정범위와 관련하여 논란이 되고 있다. 한정합헌이나 한정위헌결정의 경우 합헌으로 해석되는 부분과 위헌으로 해석되는 부분이 계쟁물인 법률조항에 공존한다는 점에 대해서는 의문이 없지만, 그러한 결정 유형 자체에 기속력이 인정되는 여부가 쟁점이 되고 있다. 이에 대해서는 대체로 세가지 형태로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 위헌해석부분 뿐만 아니라 합헌해석부분에 대해서도 각각의 효력이 인정된다는 견해이다. 즉 위헌해석부분에 대해서는 위헌결정으로서의 효력이, 합헌해석부분에 대해서는 합헌결정으로서의 효력이 인정된다는 것이다.

둘째로는 합헌해석부분에 대해서는 헌법재판소 결정의 효력이 인정되지 않고, 단지 위헌해석부분에 대해서만 부분적으로 위헌결정의 효력이 인정된다는 견해이다.

셋째로는 합헌해석부분이든 위헌해석부분이든 간에 모두 그 효력을 인정할 수 없다는 견해이다. 이 견해는 한정합헌결정이나 한정위헌결정은 법률해석에 지나지 않고, 그러한 법률해석은 구체적 사건에서 법령의 해석·적용권을 본질로 하는 사법권에 해당하는 것으로, 헌법재판소의 그러한 결정은 사법권을 침해한 것이므로 단순한 법적 견해의 표명, 즉 방론에 해당된다는 것이다.¹³⁷⁾

결국 한정합헌결정이나 한정위헌결정의 효력에 관한 논의는 위에서 제시한 개별견해들에 대한 검토가 전제되지 않으면 안되고, 그것은 궁극적으로 어떠한 견해로 귀착되느냐에 따라 그 효력의 인정여부가 좌우된다고 하겠다.

다시 말하면, 한정합헌결정이나 한정위헌결정이 변형된 위헌결정

137) 대법 1996. 4. 9. 선고, 95누11405판결(공1996상, 1442 이하) 참조.

의 한 유형으로 인정할 수 있는지 여부가 여기서의 쟁점이고, 인정될 수 있다면 그 구체적인 효력문제는 위헌해석된 부분에 관해서는 위헌결정의 효력과 동일하게 파악된다고 하겠다. 물론 여기서도 합헌해석된 부분은 합헌결정의 효력과 동일하게 이해하여야 할 것이다.¹³⁸⁾

나) 한정위헌결정의 기속력

한정위헌결정의 효력문제에 관해서는 한정위헌결정의 기속력을 부인한 대법원 판결¹³⁹⁾과 그 판결에 대해 예외적인 헌법소원의 심판대상에 해당한다고 파악하고 그 판결을 취소한 헌법재판소 결정¹⁴⁰⁾을 중심으로 간략하게 검토하기로 한다.

① 한정위헌결정 자체의 부인론과 효력부인론의 관계

대법원은 한정위헌결정의 기속력을 정면부인하는 판결을 선고한 바 있다. 이와 관련하여 대부분의 논의가 기속력이 부인되었다는 시각에서 전개하지만, 실제에 있어서는 그러한 결정 자체를 부인하는 것으로 보아야 할 것이다. 물론, 대법원측의 시각은 헌법재판소가 그러한 형태의 결정을 선고한다 할지라도, 그에 대해 아무런 효력도 인정할 수 없다는 논리를 전개하고 있다.

대법원은 위헌결정에 대해서는 기속력을 인정하고 있지만, 합헌결정에 대해서는 기속력을 부인하는 듯한 태도를 취하고 있다.¹⁴¹⁾ 한정합헌결정이나 한정위헌결정 자체를 헌법재판소가 선고할 수

138) 동지: 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 1998. 8., 55면(한정위헌과 한정합헌결정의 경우 모든 국가기관은 위헌으로 판단된 법률의 해석 및 적용에 근거한 국가행위를 중지하고 합헌으로 인식된 범위 내에서 행동해야 한다는 의무가 부여된다).

139) 대법 1996. 4. 9. 선고, 95누11405판결(공1996상, 1442 이하).

140) 헌재 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172 등(병합)결정 - 헌판집 9-2, 842.

141) 대법 1997. 4. 17. 선고, 96도3376판결(공1997상, 1303 이하).

있다고 하는 점을 인정할 경우에는 그 결정에 부여된 효력문제를 가지고 다투어야 하는 한계점이 나타나게 된다.¹⁴²⁾ 그래서 이러한 점을 감안하여 그러한 결정 자체를 헌법재판소는 선고할 수 없다고 한 것이 아닌가 한다.

그래야만 대법원측이 스스로 설정한 사법권의 고유영역을 유지·확보를 위한 논리전개에 용이할 것이기 때문이다. 즉 대법원측은 헌법재판소는 한정합헌이나 한정위헌결정을 선고할 수도 없고, 설령 선고한다고 해서 그러한 결정에 아무런 효력도 인정할 수 없다는 2단계의 논리를 전개하고 있다는 점이다.¹⁴³⁾

② 한정위헌결정과 법률문언의 변경 여부

대법원은 1996. 4. 9. 증여세등부과처분취소판결에서 헌법재판소의 결정이 그 주문에서 당해 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부

142) 한정위헌결정의 기속력을 부인함과 아울러 현행법상 재판소원이 부인된다는 점이 타당하고 또 바람직하다고 여기는 대법원측 관계자들은 오스트리아의 입법례를 금과옥조처럼 여기면서 그에 대한 비교법적인 근거로 제시한다. 그러나 오스트리아 내에서는 재판소원이 부인된다는 점이 헌법상 보장된, 국민의 기본권보호에 장애를 초래한다는 점을 지적하면서, 오스트리아의 헌법재판에 있어 개선의 주안점으로 규범통제에 있어서는 제정권자로서의 사법권의 정당성의 확장과 이미 효력을 상실한 법률의 취소를 제시하였고, 헌법소원에 있어서는 법원의 재판을 취소시키는 방향을 제시한 바 있다. 상세한 내용은 Vgl. Hans Spanner, Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde in Österreich. Entwicklung und gegenwärtiger Stand, in: Bayer. Verfassungsgerichtshof(hrsg.), Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichts, München 1972, S.41 u. S.44. 그런데 1975년 헌법개정에서는 예외적인 소급효의 범위가 확장되었고 또 이미 효력상실된 법률의 규범통제에 관한 헌법적 근거가 마련되었다. 다만, 아직 재판소원의 허용문제만이 관찰되지 아니한 상태이다.

143) 이러한 사고에 바탕을 둔 대표적인 사례로는 김명수, 변형결정(한정합헌, 한정위헌 및 헌법불합치결정)의 기속력과 법원의 재판, 재판자료 제75집. 헌법문제와 재판(상), 법원도서관, 1997. 6., 532면(“한정합헌결정이나 한정위헌결정이 있으면, 위 결정들에는 기속력이 없으므로 헌법재판소의 견해에 기속될 것은 아니고, 법원은 헌법재판소의 견해를 참고하여 독립적인 입장에서 법률을 해석하여 구체적인 사건에 적용하면 될 것이다. 예를 들어 당해 법률을 어떠한 방향으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 하는 한정위헌결정이 있더라도 법원에 반드시 그러한 해석기준에 따라야 하는 것은 아니고, 법원으로서 스스로의 견해에 따라 법률을 해석하고 적용할 수 있는 것이다. 물론 실제로는 헌법재판소의 견해가 다른 확설이나 견해와는 달리 상당한 정도로 존중될 것임은 충분히 예상할 수 있다”고 한다.) 참조.

에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항이 폐지되는 것과 같은 결과를 가져온 것이 아니라, 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는, 이른바 한정위헌결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에도 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다고 하였다.

대법원이 여기서 제시한 바에 따르면, 헌법재판소의 결정에 의한 법률의 문언변경 여부는 기속력이 인정되는 위헌결정과 기속력이 부인되는 한정위헌결정의 구분기준이 된다고 할 것이다. 즉 대법원은 위헌결정의 경우에는 법문을 제거하는 힘을 지니고 있기 때문에 기속력을 인정할 수 있지만, 한정위헌결정의 경우에는 법문의 외부적 존속에 있어 아무런 영향을 미치지 않기 때문에 그러한 효력을 인정할 수 없다는 시각이다. 이러한 태도는 헌법재판소법 제 47조 제1항을 같은 조 제2항에 교묘하게 결부시켜 해석하는 것이다. 그렇지만 이러한 해석기법에는 중대한 결함이 있음을 간과해서는 안된다.

구체적으로 검토하면, 대법원의 주장은 위헌결정은 법문의 문언을 수정하거나 변경하는 경우에만 그 효력이 인정된다는 이른바 위헌결정의 제거효논리를 바탕으로 하고 있다고 보여진다. 이 견해에 따르면, 위헌결정으로 인해 위헌결정된 법률은 헌법재판소법 제 47조 제2항에 따라 효력상실이 이루어지며, 효력상실은 여기서 폐지를 의미하게 된다고 한다. 이렇게 볼 때, 위헌결정은 위헌결정된

법률을 법질서에서 또는 법전에서 제거한다는 힘을 가지게 된다는 논리가 성립하게 되는 것이다. 이것이 바로 위헌결정의 제거효이고 이렇게 제거된 것, 즉 법문의 수정이나 변경을 가하는 결정유형에 관해서만 일반적 효력이나 기속력이 인정된다는 것이다.¹⁴⁴⁾ 이러한 논리형식은 결국 제2항에 의해 제1항의 적용영역을 축소하는 것으로 밖에 이해할 수 없게 된다.

생각건대 위헌결정에 의해 법문의 수정이나 변경이 이루어지는 것과 무관하게, 다시 말하면 한정위헌결정이건 위헌결정이건 간에 모두 기속력과 법규적 효력이 인정된다. 위헌해석에 관한 결정 자체가 국가 및 지방자치단체를 기속하는 것이고, 그 결정 자체에 대세적인 법규적 효력이 인정되는 것이다. 그리고 위헌해석된 부분은 그 해석에 해당하는 적용영역에서 더 이상의 적용이 배제되는 것이라고 할 것이다.

③ 위헌법률심판의 결과로서의 한정위헌결과와 그 효력

헌법재판소는 한정위헌결정에 위반된 대법원 판결에 대한 취소 결정에서 한정위헌결정은 그 본질에 있어 부분위헌결정이며 또 법률의 위헌성심사의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻하는 것이고, 그것은 법률해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형이라고 한다.

법원이 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 않는 것은 법원 스스로

144) 원래 위헌결정의 제거효를 주장하는 견해는 위헌결정 이후에 형성된 법률관계에 관해서는 제거효가, 위헌결정 이전에 형성된 경우에 대해서는 기속력이 각각 적용된다는 입장을 개진하고 있다. 그래서 위헌결정의 효력과 관련하여 구체화실을 취하는 견해 중 이 견해만이 독특하게 기속력을 강조하고 있기 때문에 기속력근거 소급효확장론이라 칭해지기도 한다.

가 ‘입법작용에 대한 규범통제권’을 행사하는 것을 의미하여, 헌법 제107조와 제111조를 정면위배한 것이고, 헌법재판소의 존재의의, 헌법재판제도의 본질과 기능, 법치주의의 원리와 권력분립의 원칙을 부인하는 것이라고 한다.

그리고 대법원의 견해와 같이 한정위헌결정을 법원의 고유권한인 법률해석권에 대한 침해로 파악하여 헌법재판소가 선택할 수 있는 결정유형에서 배제한다면, 헌법재판소는 헌법합치적으로 해석하여 존속시킬 수 있는 많은 법률을 무효로 선언할 수밖에 없고, 이것은 합헌적 법률해석을 통해 실현하려는 입법자의 입법형성권에 대한 존중과 헌법재판소의 사법적 자제를 포기하는 것이 된다고 한다.

헌법재판소는 기속력과 관련해서는 한정위헌결정도 단순위헌결정, 한정합헌결정 및 헌법불합치결정과 더불어 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정유형에 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다고 한다. 그리고 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하고 위헌으로 확인된 법률조항이 법률문언의 변화없이 계속 존속된다고 하는 관점은 기속력을 결정하는 기준이 될 수 없다고 한다. 게다가 헌법불합치결정의 경우에도 법률문언의 변화없이 존속하지만 당연히 기속력이 인정되고 있기 때문에, 헌법재판소 결정의 효과로서의 법률문언의 변화와 헌법재판소 결정의 기속력은 상관관계가 없다고 한다.

생각건대, 한정위헌결정이 위헌결정의 한 유형으로 인정되는 이상 당연히 그 기속력이 인정된다고 할 것이고, 모든 국가기관과 지방자치단체는 이 결정을 준수하지 않으면 안될 법적 의무를 부과 받는다고 하겠다.

다) 소결

한정위헌결정이나 한정합헌결정이라는 변형결정은 물론이고 그 효력도 현행법의 해석상 당연히 허용된다고 본다. 그러나 전술한 바와 같이 불필요하게 논란이 야기되므로 입법적으로 명확하게 해소함이 바람직하다고 하겠다.

(4) 위헌여부 결정의 법규적 효력

법률에 관한 위헌여부 결정의 법규적 효력과 관련하여 많은 논란이 제기되고 있다. 먼저, 그 용어에 있어서조차 법률적 효력이나 일반적 효력 등으로 혼용되고 있는 형편이다. 다음, 그것을 현행법상 도출할 수 있는가의 문제 역시 의론이 있다. 게다가 위헌결정은 인정한다 할지라도, 변형결정은 물론이고 합헌결정에 대해서도 허용할 수 있는지에 대해 다양하게 견해가 나타나고 있다. 그러면 여기서는 이상의 쟁점에 관해 간략하게 검토하고 필자의 의견을 개진하기로 한다.

(가) 법규적 효력의 의미

법규적 효력이라 함은 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심판하여 선고한 결정에 부여된 힘을 말한다.

법규적 효력이란 의미가 법률의 속성과 일치하는 것은 아니다. 헌법재판소의 결정은 형식적 의미의 법률도, 실질적 의미의 법률도 아니다.¹⁴⁵⁾ 결정은 법률과 유사하지만, 재판에 지나지 않는다.¹⁴⁶⁾

145) 따라서 헌법재판소의 결정은 법률과는 달리 위헌심판의 대상도 헌법소원심판의 대상도 되지 아니한다.

146) Vgl. Theodor Maunz, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz / Lerche / Papier / Ranzelzhofer / Schmidt-Assmann, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 1989, Rn.20 zu Art.94; Theodor Maunz, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 3. Aufl., München 1992, §31, Rn.28.

법률유사성은 일반적 구속성을 의미한다. 법규적 효력이라는 표현으로 인해 ‘법률(법규)’의 효력과 혼란이 야기될 여지가 없지 않다.¹⁴⁷⁾ 그러나 이것은 엄격히 구별되지 않으면 안된다.

법규적 효력의 객관적 범위는 결정주문으로 한정된다. 그리고 주관적 범위에 있어서는 일반국민에게 미치는 대세적 효력과 일반적 구속성으로 나타난다.

법률에 관한 위헌결정의 법규적 효력에 관해 형사소송법 제331조 단서에 대한 위헌심판사건에서 다수의견의 보충의견은 “헌법재판소법 제47조 제2항 단서규정에 의하여 위헌결정의 법규적 효력에 대하여 소급효가 인정되는 ‘형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항’의 범위는 실제적인 형벌법규에 한정하여야 하고 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 위조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로 합당하다.”¹⁴⁸⁾고 하여 이를 인정하고 있다.

견해에 따라서는 법규적 효력이라는 용어보다는 법률적 효력이나 일반적 효력이 보다 더 적절하다고 한다. 특히 일반적 효력의 경우 스페인에서도 헌법재판소법 제38조 제1항에 일반적 효력(efectos generales)을 명시적으로 인정하고 있음을 들고 있다. 그

147) 이러한 혼란의 대표적인 사례로는 헌재 1991. 7. 8. 선고, 91헌마42결정 - 헌판집 3, 380(383, 검찰사건사무규칙의 규정은 검찰청 내부의 사무처리지침에 불과한 것일 뿐 ‘법규적 효력’을 가진 것이 아니다.); 헌재 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5결정 - 헌판집 5-1, 59(78, 헌법불합치의 법률……의 법규적 효력은 지속되어야 할 것이고, 위 규정의 효력은 그때가 경과하여 비로소 상실되게 될 것이다.) 참조.

148) 헌재 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8결정 - 헌판집 4, 853(888, 재판관 한병재, 이시윤, 김문희의 보충의견). 게다가 “다만 이 사건 위헌결정의 법규적 효력은 이 사건 위헌법률심판을 제청한 법원이 담당하는 당해사건과 더 나아가 당해법률이 재판의 전제가 되어 현재 법원에 계속 중인 모든 동종의 피고사건에도 위 당해사건에 준하여 구속영장의 효력이 실효되도록 하는 것이 법치주의 이념에 부합될 것이므로, 제정법원에 계속 중인 당해사건은 이 결정에 따라 재판을 선고하면 될 것이고, 이 사건 결정선고 당시 이 법 제331조 단서에 해당하는 사건으로서 판결이 선고되고 아직 확정되지 아니하거나 현재 상소심에 계속 중인 동종의 피고사건은 이 사건 결정선고와 동시에 구속영장의 효력이 실효되어 즉시 석방되어야 할 것”이라고까지 하고 있다.

러나 스페인의 경우 일반적 효력이라는 용어를 사용하지 않을 수 없는 요인은 아마도 법률적 효력이라는 용어를 다수 사용하고 있기 때문에 이의 혼동이나 중복을 피하기 위한 방안으로 그러한 용어가 선발된 것이 아닌가 한다.¹⁴⁹⁾ 마찬가지로 법률적 효력이라는 용어도 헌법상 법률의 효력이 인정되는 경우와 혼돈을 피하기 위해서는 피하고, 오히려 법규적 효력이라는 용어로 통일함이 바람직하지 않을까 한다.

(나) 법규적 효력의 법적 근거

통상 법률에 관한 위헌여부 결정의 법규적 효력은 독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 의거하여 논의되고 있다. 그러나 우리 법에서 명문의 규정이 없다고 하여, 부정할 것은 아니라고 본다. 법 제47조 제2항은 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정하였을 경우 헌법재판소 결정에 위헌으로 결정된 법률의 효력을 상실시키는 힘을 부여하고 있다. 바로 이것이 법적인 근거라고 할 것이다.

(다) 결정유형별 법규적 효력

법률에 관한 위헌결정의 법규적 효력은 이미 논의하였으므로 생략하고, 여기서는 단지 헌법불합치결정과 한정결정 및 합헌결정의 법규적 효력 등에 대해서만 검토하기로 한다.

1) 합헌결정

헌법재판소가 법률에 관해 합헌으로 결정하였을 경우 그 결정은

149) 예컨대 스페인 헌법재판소법 제27조 제2항 제b호(그밖의 법률, 법률적 효력을 가진 규범 규정 및 국가작용; 헌법 제82조 제6항의 규정과 무관하게 헌법재판소의 관할권은 입법적인 명령의 경우에도 존재한다.)

심판대상인 법률의 기존의 법적 상태가 합헌임을 권위적으로 확인한다는 의미를 지닌다. 그리고 법적용자와 관련해서는, 위헌심판을 제정한 당해사건의 담당법원이라 할지라도, 합헌결정된 법률을 그대로 적용하여야 한다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.

이는 법규적 효력과 관련하여 일반국민들에게 이미 심판대상이 되어 헌법재판소에 의해 유권적으로 합헌으로 확인된 법률에 대해서는 더 이상 다룰 수 없게 하는 힘을 갖는다고 하겠다.

2) 헌법불합치결정

헌법재판소가 법률의 위헌여부를 결정하여 그 결정에 따라 법률의 운명을 달리하게 하는 힘을 법규적 효력이라고 파악할 때, 심판대상인 법률이 헌법에 불합치함을 확인하는 힘을 헌법불합치결정의 법규적 효력이라고 할 것이다.¹⁵⁰⁾ 그리고 이 역시 법 제47조 제2항에서 도출할 수 있다고 하겠다.

아무튼 전술한 바와 같이 헌법불합치결정은 헌법재판소가 규범외부적인 범형성기능을 수행하여 판례법으로 확립된 제도로 이해하여야 한다.

만약 변형결정제도를 인정하면서 그 결정에 대해 아무런 효력도 인정하지 않는다면, 그것은 전혀 무의미한 논의를 진행하는 것이 될 것이다. 즉 헌법불합치결정도 광의의 위헌결정에 있어 한 유형으로 파악한다면, 법규적 효력을 당연히 인정할 수 있다고 하겠다.

3) 한정결정

한정결정(한정합헌결정이나 한정위헌결정)을 헌법재판소가 법률

150) 물론 법률의 위헌결정에 법규적 효력이 인정되는 여부 자체가 논란이 되고 있지만, 필자는 당연히 법규적 효력이 인정됨을 전제로 한다.

의 위헌여부를 심판한 결과로 제시된 것임을 인정하는 한, 당연히 이들 결정에도 법규적 효력은 발생된다고 하겠다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다. 즉 합헌해석부분에 대해서는 합헌결정으로서의 법규적 효력이, 즉 기존의 법적 상태가 합헌임을 유권적으로 확인한다는 의미가 된다. 그리고 위헌해석부분에 대해서는 위헌결정으로서의 법규적 효력이 인정된다고 하겠다.

(라) 소결

필자의 개인적인 소견은 현행법으로도 법규적 효력을 인정할 수 있다는 입장이다. 그러나 이에 대해 법문에 명확한 규정을 두고 있지 않다는 점을 들어 인정하지 않으려는 견해가 없지 않으므로, 입법적으로 해결함이 바람직할 것으로 본다.

아울러 그 용어를 선택함에 있어서도 반드시 법규적 효력으로 하여야 함을 고집하고자 하지는 않는다. 단지 일반국민에 대한, 대세적인 일반적 구속성을 의미하는 취지라면, 충분하다고 본다.

(5) 위헌결정된 법률의 효력상실

법 제47조 제2항은 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있다. 이에 대해 헌법재판소와 대법원은 위헌결정의 장래효원칙을 규정한 것으로 이해하고, 구체적 규범통제의 실효성을 확보하기 위해 예외적인 소급효를 허용하여야 함을 제시한다. 그러면서 예외적인 소급효의 허용범위를 둘러싼 논란을 제기하고 있다. 그와 아울러 후술하는 위헌법률에 근거한 각종 작용에 대한 다툼의 허용범위를 다른 법리를 통한 제한가능성을 제시하고 있다.

그러면 여기서는 이 조항을 둘러싼 제반 문제점을 검토하기로

한다.

(가) 위헌법률의 효력과 위헌결정된 법률의 효력

법률에 관한 위헌결정의 실체법적 효력과 관련하여 논의되는 문제가 위헌법률의 효력과 위헌결정된 법률의 효력에 관한 것이다. 양자는 명백하게 다르게 파악하여야 한다. 즉 전자는 선행적인 것으로 존재의 문제라 할 수 있고, 후자는 위헌법률이 선행적으로 존재하고 그것이 구체적으로 문제되어 그에 관해 권위있는 국가기관에 의해 위헌으로 확인되었을 때, 이를 어떻게 처리하여야 할 것인가 하는 당위의 문제라고 할 수 있다.

이에 관해 접근하는 태도는 대체로 이원화되어 있다. 우리 헌법재판소나 대법원이 이에 대해 어떠한 태도를 취하는지도 분석하지 않으면 안된다. 그것은 실제 입법에 있어 결과적으로는 동일한 것으로 귀착될지 몰라도, 그에 대한 접근방식은 아주 다를 수 있기 때문이다.¹⁵¹⁾

1) 당연무효설과 폐지무효설

위헌법률의 효력에 관해서는 헌법이나 관련 법률규정에 따라 국가마다 다르게 규정하고 있지만, 이에 관한 인식방법은 당연무효설과 폐지무효설로 체계화할 수 있다.

당연무효설(Nichtigkeitstheorie)에 따르면 위헌법률은 위헌상태의 발생과 동시에 무효이다. 위헌법률은 비록 그것이 법률인 것처럼

151) 구체적 사건에서의 정의와 법적안정성도 실질적 법치주의를 지향함에 있어 양자 모두 소홀히 할 수 없는 법원칙이라고 할 것이다. 다만 여기서 문제되는 것은 양자가 서로 충돌될 경우 어느 것을 우선시할 것인가 하는 점이고, 또 어느 것을 우선시하여 위헌법률의 효력을 해명할 것인가 하는 점이다. 즉 후술하는 당연무효설은 법적안정성보다 구체적 사건에서의 정의를 우선시하는 데 반해, 폐지무효설은 당연무효설과 정반대의 시각에서 접근한다고 하겠다.

보이고 또 법적 효력을 주장할 수 있는 것처럼 보이지만, 그것은 처음부터 법이 아니었고 또 범질서에 속하지도 않기 때문에 처음부터(ex tunc), 별도의 조치가 없어도 당연히(ipso iure) 무효라는 것이다. 즉 헌법재판소가 법률에 관해 위헌결정을 선고하는 것은 단지 그 법률이 위헌임을 확인하는 데 지나지 않게 된다. 이러한 결정의 법적 성격은 확인판결로서 선언적 효과를 가지는 데 지나지 않는다. 헌법재판소가 법률을 위헌결정하였을 경우 위헌결정된 법률은 소급적으로 처음부터 당연히 무효가 된다. 따라서 위헌선언된 법률에 근거하여 형성된 모든 법률관계는 법률적 근거가 없이 행해진 것이 되는 셈이다.¹⁵²⁾ 이와 관련하여 이러한 법률관계의 효과를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다.

Geiger에 따르면, 무효란 처음부터, 원래부터의 결호(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.¹⁵³⁾ 마찬가지로 Lechner는 제78조에 의해 확인된 법규범의 무효는 원칙적으로 소급적으로 작용한다. 즉 위헌선언된 당해규범에 근거하여 행해진 모든 법률관계의 법적 근거는 소급적으로 배제된다고 하였다.¹⁵⁴⁾ 독일의 경우 이들 이외의 많은 사람들이 위헌법률의 당연무효를 전제로 하고 있다. 이와 같이 기본법과 연

152) 그런데 위헌법률이 당연무효라고 하는 것은 위헌법률의 존재 자체를 부인하는 것이 아니다. 단지 효력이 없다는 무효를 의미할 따름이다. 이것은 마치 행정행위의 부존재와 무효를 구분짓는 것과 동일한 이치라고 하겠다.

153) Willi Geiger, Gesetz über des Bundesverfassungsgericht von 12. März 1951. Kommentar, 1952, S.249.

154) Hans Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 3. Aufl., München 1973, S.242.

방헌법재판소법의 제정 이후 오늘에 이르기까지 위헌법률은 처음부터 무효라고 하는 입장은 지속적으로 다양하게 주장되고 있고 또 다수설이기도 하다.

위헌법률을 당연무효로 파악하는 입장에서는 그것이 의문의 여지없이 자명한 것으로 인식하였고, 따라서 별도의 근거제시가 필요치 않은 것으로 생각하였었다. 그러나 폐지무효설이 등장하게 되고 또 그 이론이 연방헌법재판소법 개정 논의에 이르기까지 진전되면서, 당연무효설을 지지하는 학자들은 위헌법률의 당연무효에 관한 헌법적 근거를 찾으려 시도하게 되었다. 그들은 위헌법률이 당연무효임은 확고한 것이며, 이 원칙은 헌법적 원칙에 해당되는 것으로 파악하려고 하였다.

그렇지만 왜 위헌법률이 처음부터 당연무효인지에 관해서는 학자들마다 서로 다르게 주장하고 있다. 그 근거로는 대체로 독일의 경우 기본법 제100조 제1항의 문언과 거기서 도출된 법관의 사법심사권, 헌법의 최고규범성(법의 단계적 구조), 하위법규에 대한 헌법의 법효력규범성, 헌법재판의 보호, 헌법소원심판절차와의 관련성, 기본법 제31조 등이 제시되고 있다.

폐지무효설(Vernichtbarkeitstheorie)에 따르면, 물론 주장하는 학자에 따라 그리고 실정법규정에 따라 약간씩 다르기는 하지만, 헌법에 위반되는 법률도 일단 권위있는 판단이 있을 때까지 유효하며 사실상 법질서의 일부를 구성한다는 것이다. 위헌인 법률은 특별한 취소행위에 의해 폐지될 때까지 비록 헌법에 반한다 할지라도 유효하다는 것이다.¹⁵⁵⁾ 위헌법률은 선형적인 측면에서 논의할

155) Vgl. Heinrich Götz, Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetz, NJW 1960, S.1177ff.; Gerhard Hoffmann, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetze, JZ 1961, S.94ff.; Christoph Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlin 1966, S.21ff.; Söhn, Anwendungspflicht, S.13ff.; Moench, Verfassungswidriges Gesetze, S.114ff.

것이 아니고 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률로써 논의되어야 한다는 것이다. 이러한 측면에서 위헌인 법률은 헌법재판소의 결정이 있어야만 비로소 그 효력을 상실하기 때문에 헌법재판소의 결정은 창설적 효력을 가진다고 한다. 그리고 폐지무효설에 따르면 위헌법률은 헌법재판소의 재판이 있어야만 그 효력을 상실하므로 그 폐지가 소급적으로 이루어지는지 아니면 장래적으로 이루어지는지는 입법정책에 맡겨질 수밖에 없다고 한다.

위헌법률은 처음부터 당연무효라는 등식은 1950년대 전반까지만 해도 독일에서 거의 다툼이 없었다. 그러나 이에 대한 재고의 여지를 제공한 것이 1958년 12월 12일 및 1959년 2월 20일의 연방재정법원의 판결이었다.¹⁵⁶⁾ 이들 판결에서 연방재정법원은 연방헌법재판소에 규범통제절차가 진행된다 할지라도 잠정적으로 국세청이 조세를 부과하거나 연방법원이 재판을 중단할 의무가 있는 것은 아니라고 하였다. 이들 판결은 일반법원과 행정청의 사법심사권에 관한 논쟁의 계기를 제공하였다. 여기서 이들 기관의 사법심사권을 부인하는 입장은 위헌법률은 당연무효가 아니고 연방헌법재판소에 의해 취소될 때까지는 유효하다는 것을 전제로 하였다. 이러한 입장은 결국 위헌법률의 폐지무효설로 연결되게 되었다.

우리 나라에서 위헌법률의 효력에 관련한 논의는 대부분 폐지무효설에 입각한 듯하다. 헌법재판소나 대법원의 견해는 물론이고 헌법재판소법 제47조 제2항의 위헌론, 이른바 구체화설이나 재판설도 기본적으로는 폐지무효설에 의거한 것이라고 보여진다.

2) 소급효, 장래효 및 미래효

156) Vgl. BFH BStBl. 1959 III, S.140f; BFH BStBl. 1959 III, S.172f.

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 헌법재판소 결정 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.

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 개시자혜택이라는 기괴한 논리체계를 도입하게 되었다. 그리고 당해사건에 한해 예외적인 소급효를 인정하고 다른 사건유형에 대해서는 권리구제의 대상에 포함시키지 않음으로 인해 형평의 문제를 야기시킴과 아울러 기본권보장을 지나치게 소홀히 한다는 비판을 받게 되었다. 이로 인해 오스트리아에서는 1975년 헌법을 개정하면서 당해사건¹⁵⁷⁾과 헌법재판소가 달리 정한 경우의 사건유형에 대해서는 예외적인 소급효가 인정된다는 자세를 취하게 되었다.

셋째, 폐지무효설이 주장하는 위헌결정의 장래효원칙이나 미래효

157) 오스트리아에서 당해사건의 개념과 소급효를 인정하여야 할 당위성을 제시한 문헌으로는 Vgl. Richard Novak, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen. Zugleich ein Beitrag zur Gesetzes- und Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof, Wien & New York 1967, SS.126-171.

원칙을 채택할 경우에는 반드시 예외적인 소급효를 전제로 하지 않는 한 성립이 불가능한 이론체계이다. 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 어떠한 법률이든 이미 제정되어 유효하게 적용되고 있었음을 항상 전제로 하고 있다. 그렇기 때문에 위헌결정에 의해 당해 법률의 폐지시점만을 고려하게 되는 것이다.¹⁵⁸⁾ 이러한 태도는 일단 성립한 이상 존중되어야 한다는 법적안정성적 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 고

158) 위헌결정의 소급효원칙이 폐지무효설을 이론적 근거로 하여 제시될 때, 그것의 이론적 체계화는 기본적으로 “위헌법률은 유권적인 국가기관(헌법재판소)에 의해 폐지(취소)될 때까지는 유효하게 성립된 법률로서, 그러한 유권적 판단을 통해 소급적으로 그 효력을 부인한다”는 의미를 지니게 된다. 즉 법률의 위헌결정에 의해 그렇게 결정된 법률의 효력을 소급적으로 부인함에 지나지 않는다는 점이다. 다시 말하면 위헌법률이라 할지라도 일단 유효하게 성립된 이상, 위헌결정을 할 때까지 그 효력이 존속되어야 하지만, 헌법이나 헌법재판소법에서 그 법적 효과에 소급효를 부여하기 때문에 가능하다는 것이라고 하겠다. 이러한 논리체계를 바탕으로 한다면, 궁극적으로는 위헌법률에 의해 침해된 기본권이 사후적으로 구제받을 수 있다는 결과를 도출할 수는 있겠지만, 기본권의 위상이나 체계가 실정헌법이나 실정법률에 의해 정립된 것에 지나지 않게 된다는 점에 문제의 핵심이 있다고 하겠다. 바로 이러한 논리는 Kelsen을 대표적인 학자로 표징되는 법실증주의의 기본권인식에 해당된다는 점을 부인해서는 안될 것이다. 물론 폐지무효설을 이론적 기반으로 하여 헌법재판소법 제47조 제2항 본문을 위헌으로 보는 견해가 위헌결정의 장래효원칙을 전제로 예외적인 소급효의 범위를 확장하려는 것을 논의의 대상으로 삼는 견해보다는 실제적인 측면에서 기본권보장의 폭을 증대시킬 것이라는 점에서는 탁월하다 하겠다. 그렇지만 천부불가양의 기본적 인권을 설정권으로 전락시키는 것에 대해서는 결코 찬동할 수 없다.

려함이 바람직할 것이다.

(나) 헌법재판소와 대법원의 견해

1) 헌법재판소

헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 위헌심판 사건¹⁵⁹⁾에서 결정주문에서는 계쟁물이 단순합헌임을 선고하면서, 결정이유에서는 위 조항을 특별한 예외를 허용하는 원칙규정으로 이해·해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다고 실시하였다. 여기서 특별한 예외는 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위해서 인정된다고 한다.

그리고 원시적 위헌법률¹⁶⁰⁾이라 할지라도 일률적으로 쉽사리 소급효를 관철시킬 수 없다고 한다. 그 사유로는 두 가지를 들고 있다. 첫째로는 당사자의 권리구제보다도 법적안정성에 치명적인 침해를 주는 경우를, 둘째로는 소급효를 인정함으로써 합헌추정의 원칙에 의하여 제대로 된 법률로 믿은 선의의 국민의 신뢰 내지 기득권을 동요시키고 이미 형성된 법률관계의 안정을 해치는 경우 등을 들고 있다.

헌법재판소는 위 조항 본문이 합헌인 이유를 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째로 헌법재판제도의 본질과 기능이 미래지향적인 법규정의 재정비라는 점을 든다. 둘째로 비교법적 고찰을 할 때, 위 조항의 입법례는 우리만의 독특한 입법례가 아니며 오스트리아나 터어키와 유사한 입법례라는 점을 제시한다. 그리고 셋째로 위헌법

159) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10 등(병합)결정 - 헌관집 5-1, 226(226이하).

160) 헌법재판소는 법률이 위헌으로 되는 경우로서 원시적 위헌법률인 경우 뿐만 아니라 제정 당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인해 위헌법률로 되는 경우와 법률의 조항 자체에는 위헌성이 없으나 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등으로 말미암아 재조정하지 않으면 위헌을 면할 수 없는 경우 등을 제시하고 있다. 헌관집 5-1, 226(242이하) 참조.

률의 효력에 관해 헌법은 직접적인 명문을 규정하지 아니하고 입법권자의 입법형성권에 위임하고 있다는 점을 들고 있다.

2) 대법원

대법원은 법률의 위헌여부의 심판제청은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용받지 않으려는 데 그 목적이 있으며, 만약 제청하게 된 당해사건에 있어서도 소급효를 인정하지 않는다면, 제청 당시 이미 위헌여부 심판의 전제성을 흠결하여 제청조차 할 수 없다고 해석되어야 하기 때문에, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위해 예외적으로 소급효를 허용한다¹⁶¹⁾고 한다. 다른 판결¹⁶²⁾에서 대법원은 “법원에 계속중인 사건은 어느 것이나 위헌결정이 있기 전에 헌법재판소의 위헌결정을 위한 계기를 부여할 수 있었던 것인데도 헌법재판소의 위헌결정을 미리 받지 못한 우연한 사정 때문에 위헌법률의 적용을 받게 되어 권리구제의 측면에서 매우 불공평하고 불합리할 뿐만 아니라, 그렇게 보지 아니하면 헌법 제107조 제1항, 헌법 제111조 제1항 제1호가 규정하는 위헌법률에 대한 구체적 규범통제의 실효성도 보장하기 어려우며, 또한 위헌결정의 효력에 관하여 위와 같이 제한적인 소급효를 인정한다 하여 법적안정성을 크게 해칠 우려도 없다”는 점을 들고 있다.

그리고 대법원은 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 법원에 계속 중인 사건 “뿐만 아니라 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다”고 보고 있다.¹⁶³⁾ 이러한 태도는 종래 당해사건

161) 대법 1991. 6. 11. 선고, 90다5450판결(공1991, 1895).

162) 대법 1991. 12. 24. 선고, 90다8176판결(공1992, 640); 1992. 2. 14. 선고, 91누1462판결(공1992, 1065).

163) 대법 1993. 1. 15. 선고, 92다12377판결(공1993상, 698); 1993. 1. 15. 선고, 91누5747판결(공1993상, 735); 1993. 2. 26. 선고, 92누12247판결(공1993상, 1100).

에 한해 예외적으로 위헌결정의 소급효가 인정된다는 태도¹⁶⁴⁾에서 위헌결정 당시 법원에 계속중인 사건에 대해서도 인정된다는 태도¹⁶⁵⁾를 거쳐 한 걸음 더 나아간 것으로 보여진다. 이와 같은 적용배제범위의 확대에 관해 대법원은 직접적인 근거를 제시하지 않고 있다. 다만 종래의 입장¹⁶⁶⁾이 타당함을 밝힌 것일 뿐 당해사건이나 법원에 계속중인 사건에 대하여만 한정적으로 위헌결정의 소급효를 인정한 취지는 아니라는 소극적인 자세를 견지하고 있다.¹⁶⁷⁾

(다) 양견해의 분석과 정리

1) 헌법재판소

헌법재판소의 태도를 볼 때, 몇 가지 사항을 도출해 낼 수 있다. 첫째, 헌법재판소는 기본적으로 위 조항을 오스트리아의 헌법체제와 유사한 것으로 이해하고 있다는 점이다. 둘째, 위 조항 본문이 결정이 있는 날로부터의 효력상실을 규정하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 위 조항은 장래효주의를 채택하고 있다고 한다. 셋째, 위 조항에 규정된 바에 따라 결정일 이전에 법률관계가 형성된 사건에 관해 위헌결정된 법률의 적용배제를 소급효로 파악함은 법률의 효력상실을 폐지로 이해함을 전제로 하는 것이다. 넷째로 헌법재판소는 장래효원칙에 대한 특별한 예외를 허용하고 있는데, 이러한 특별한 예외를 허용하는 목적이 구체적 규범통제의 실효성 확보에 있다고 함은 예외를 적용하지 않으면 구체적 규범통제로서의 속성을

164) 대법 1991. 6. 11. 선고, 90다5450판결(공1991, 1895); 1991. 6. 28. 선고, 90누9346판결(공1991, 2056).

165) 대법 1991. 12. 24. 선고, 90다8176판결(공1992, 640); 1992. 2. 14. 선고, 91누1462판결(공1992, 1065).

166) 대법 1991. 12. 24. 선고, 90다8176판결(공1992, 640); 1992. 2. 14. 선고, 91누1462판결(공1992, 1065).

167) 대법 1993. 1. 15. 선고, 92다12377판결(공1993상, 698).

유지할 수 없음을 의미하는 것이다. 그리고 다섯째, 이상과 같은 논리는 행위시법과 재판시법이 헌법재판소의 결정으로 인해 달라지게 됨을 전제로 하는 것이다.

2) 대법원

대법원의 태도를 정리하면 몇 가지 특징적인 요소가 나타난다. 우선, 법 제47조 제2항의 비형벌법규의 효력상실을 장래효원칙을 규정된 것으로 이해하고 있다는 점이다. 둘째, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여 예외적으로 소급효가 인정되어야 하고, 그렇지 않으면 권리구제의 측면에서 불공평하고 불합리한 결과가 초래된다고 한다. 셋째로, 제한적인 소급효를 인정한다고 할지라도 법적안정성을 크게 해치지 않는다는 점을 제시하고 있다.

이러한 논리형식을 분석하면 다음과 같다. 첫째로 대법원은 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정함으로써 행위시법과 재판시법이 서로 달라지는 것으로 이해하고 있다. 둘째 행위시법과 재판시법이 서로 다르다는 논리는 궁극적으로 법률의 효력상실을 법률의 폐지로 이해함으로써만이 가능하게 된다는 점이다. 셋째, 이 조항을 적용할 경우에는 구체적 규범통제의 실효성이 없어지기 때문에, 이 조항의 취지에 따른다면 권리구제를 해주지 말아야 하나, 그렇게 할 경우 권리구제의 측면에서 불공평하고 불합리한 결과가 초래되므로, 국민의 기본권을 신장해주는 측면에서 예외적으로 소급효를 허용해 준다는 것이다.

그런데 대법원은 한 판결¹⁶⁸⁾에서 종래와는 다른 입장을 제시하였다. 이 사건에서는 헌법재판소의 결정취지에 따라 이른바 일반사

168) 대법 1994. 10. 25. 선고, 93다42740판결(공1994하, 3076) 참조.

건에 대해 법익형량을 하여 권리구제의 대상이 될 수 없다는 원심¹⁶⁹⁾의 이유설시에 대해, 대법원은 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 일반사건에도 미친다고 할 것이나, “그 미치는 범위가 무한정일 수 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바”라고 하면서 권리구제의 대상에서 제외하고 있다.

(라) 양견해의 문제점과 비판

1) 효력상실의 개념에 관한 오해

헌법재판소는 이 조항에 규정된 법률의 효력상실에 관해 지나치게 안이하게 접근하고 있는 것은 아닌가 한다. 이러한 측면은 대법원에 대해서도 마찬가지로 나타나고 있다. 첫째, 법률의 효력상실을 법률의 폐지로 이해하고 있다는 점이다. 이로 인해 장래효원칙에 대한 예외적인 소급효라든가 행위시법과 재판시법이 다를 수 있다는 논리가 등장하게 된 것이다. 둘째로 법문에 효력상실이라고 표현되었다고 해서 헌법적 측면에서 숙고되어야 할 사항을 지나치게 소홀히 다루고 있다는 점이다. 다시 말하면 위헌법률은 당연무효인지 아니면 폐지무효인지에 관해 판단함에 있어, 폐지무효설의 이론적 문제점을 헌법철학적 시각에서 신중하게 규명한 다음 적절한 방안을 선택하였어야 할 것이다. 결국 이러한 것은 오스트리아이론을 무비판적으로 수용하였기 때문에 야기된 것이 아닌가 한다.

169) 서울고법 1993. 7. 21. 선고, 91나9871판결.

이와 관련하여 오스트리아 헌법재판소는 “헌법재판소에 의한 법률의 폐지는 효력의 시점에 있어서는 입법자에 의한 법률의 폐지와 전혀 다르지 않다. 헌법은 헌법재판소에 위헌인 법률이 장래를 향해 효력을 발하는 것에 종결지을 수 있는 전권을 부여하였다. 헌법 제140조의 ‘폐지’라는 개념은 이와 같이 이해될 수밖에 없다.”고 판시하였다.¹⁷⁰⁾

2) 기속력의 기능무시

헌법재판소와 대법원 모두 이 법 제47조 제1항에 규정된 기속력의 기능과 역할을 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 국가기관이나 지방자치단체는 물론이고 국민에게까지 영향을 미칠 수 있는 법적 근거가 다양하다고 한다면, 그 다양성의 측면에서 개별조항의 법적 효과가 검토되지 않으면 안된다. 즉 위헌법률의 적용을 배제하는 구체적인 사건에서 헌법재판소의 결정이 가지는 효력은 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. 계쟁물이 제47조 제2항 본문이었다고 할지라도 계쟁물 자체만 가지고 위헌여부판단을 해서는 안되고, 크게는 헌법재판소법 전체의 구조적인 틀속에서, 작게는 결정의 효

170) VfSlg 6408/1971.

력규정 전반의 구조속에서, 계쟁물이 어떠한 기능과 역할을 수행하는지가 함께 고려되었어야 할 것이다.

그런가 하면 대법원은 제47조 제1항이 법률에 관한 위헌결정은 법원을 기속한다고 명백히 규정하고 있는 데도 불구하고, 문제해결을 제2항의 효력상실에만 의존하고 있지, 제1항의 위헌결정의 기속력에 대해서는 전혀 무관심한 태도를 취하고 있다는 점이다.

3) 미래로의 혼란유예와 위헌법률의 계속적용

견해에 따라서는 헌법재판소나 대법원과 동일한 논리를 적용하면서 결정일 이전에 구성요건이 완성되었지만 결정일 이후에 소송이 제기된 일반사건에까지 위헌결정의 효과를 확대 적용하는 것에 관해 법적안정성의 이유에서 소극적인 태도를 취하고 있다. 그러나 이러한 견해는 현재의 혼란을 미래로 유예한 것에 지나지 않는다.

이러한 태도를 취할 경우 이미 법률관계가 완성된 사례에 대해서는 그대로 위헌규범을 적용하면 되기 때문에 현재의 문제해결에 있어서는 용이할 것이다. 그렇지만 훗날 어떠한 법률관계가 소송으로 제기되었을 때, 그것이 결정일 이전에 완성되었는지 아니면 이후에 완성되었는지 불명료할 수도 있게 된다. 이러한 논리대로 라면 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 계속적용하도록 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) 위헌결정의 취지약화

헌법재판소와 대법원 모두 당해사건과 법원에 계속중인 사건에 관해서는 이른바 소급효를 인정하여야 한다는 점에 일치하고 있다. 그렇지만 결정선고 당시 이미 법률관계가 완성되었지만 아직 해소되지 않은 사건, 이른바 일반사건에 관해서는 견해를 달리하고 있다.

즉 대법원은 일반사건에 대해서도 모두 소급효를 인정하여야 한다는 입장이다. 그러나 헌법재판소는 범익형량을 하여야 한다는 입장이다.

헌법재판소의 견해에 따르면, 헌법재판소가 어떠한 법률에 관해 위헌결정을 선고하면, 당해사건과 법원에 계속중인 사건에 대해서는 소급효가 그대로 적용된다. 그렇지만 일반사건에 대해서는 소급효를 적용해서 권리구제를 해줄 것인지의 여부는 궁극적으로 법원에 맡겨지는 것이다. 다시 말하면 헌법재판소가 직접 밝히지 않는 한, 소급효의 범위를 확장할 것인지 아니면 축소할 것인지에 관한 법익의 형량에 대한 판단은 전적으로 대법원의 재량사항으로 위임되는 것이다. 그것은 위헌결정의 취지를 약화시킬 것임은 물론이고, 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제47조 제2항이 규정하고 있는 의미를 취약하게 다루는 것이 된다. 또 현행법상 법원의 재판이 헌법소원의 심판대상에서 제외되어 있음으로 인해, 헌법재판소가 위헌결정한 취지와는 다르게 소급효의 범위를 대법원이 제한적으로 적용한다 할지라도, 이에 대한 통제는 전혀 불가능하게 되다는 문제점이 노정된다.

헌법재판소의 범익형량이론¹⁷¹⁾은 이 이외에도 또 다른 시각에서

171) 헌법재판소는 이른바 일반사건에서의 예외적인 소급효 인정요건을 “당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적안정성을 침해할

비판이 가능하다. 즉 헌법재판소는 이 사건에서 법률관계가 위헌결정 이전에 완성되었지만 위헌결정 이후에 소송이 제기된 사건, 이른바 일반사건에 대해서는 법익형량을 해서 법적안정성의 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 보호하는 힘 또는 의사력으로 개념을 규정짓고 있는바, 위헌법률에 의해 침해된 권리를 구체해주시 않는다면, 그것은 구체적 권리설에 따른 기본권으로서의 속성을 부인하는 것이기 때문이다.

따라서 법익형량이라는 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.

(마) 행위시법과 재판시법의 동일성

이미 지적한 바와 같이 헌법재판소와 대법원 모두 위헌으로 결정된 법률의 효력상실을 법률의 폐지로 이해하고 있다. 그로 인해 법률이 위헌으로 선고되면 위헌으로 선고된 법률은 폐지된 것이 된다. 바로 여기에 행위시법주의와 재판시법주의의 논리가 자리잡을 수 있는 여지가 생기는 것이다.

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 속하는가에 관하여는 다른 나라의 입법례에서 보듯이 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝힌 바 없으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호법의 등을 검토하고 제반이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다”고 하였다. 헌재 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10 등(병합)결정 - 헌판집 5-1, 226(251).

위헌결정의 선고 이전에 구체적인 법률관계를 규율하던 법률은 헌법재판소가 나중에 위헌결정을 선고함으로써 비로소 폐지되는 것이고, 폐지의 효과는 결정일로부터 장래적으로만 발생하게 된다는 것이다. 이것과 법적용의 일반원칙인 행위시법의 원칙을 결합시키면, 구체적인 법률관계를 형성하던 시점에는 비록 나중에 위헌으로 결정되었지만, 그 당시에는 유효했던 법률을 그대로 적용할 수밖에 없다는 논리가 성립하게 된다.

따라서 우리 헌법재판소법이 규정한 위헌결정된 법률의 장래적 폐지는 법적용상 일반원칙에 배치된다는 것이다. 또 논리적으로 볼 때, 당해사건에서조차 그 구체적 법률관계를 형성한 것은 이미 과거이기 때문에 이러한 장래적 폐지에 따르게 되면, 당해사건조차 권리구제가 불가능하게 된다는 것이다.

그러나 헌법재판소 결정은 법률이 아니고, 또 법률의 효력상실은 명백히 법률의 폐지와 다르다. 법률은 헌법재판소의 결정으로 인해 비로소 폐지되는 것이 아니고, 원래부터 무효이었던 것이다. 헌법재판소는 위헌결정을 통해 당해 법률이 위헌이었음을 권위적으로 확인해주는 것에 불과하다. 따라서 법률에 관한 위헌결정이 있었다고 해서 법률을 폐지하는 법률이 새로 제정된 것이 아니다.

이러한 측면에서 볼 때 행위시법과 재판시법이 서로 다르게 별도로 존재하는 것이 아니다. 단지 행위의 법률이 헌법재판소의 결정으로 인해 재판시에는 이미 위헌이었음을 권위적으로 확인받게 되는 것이다. 그러므로 당해 법률은 무효인 것으로 당연히 그 적용이 일반적으로 배제되는 상태로 존치되는 것에 지나지 않게 된다. 따라서 이러한 점을 간과하고 행위시법주의와 재판시법주의를 적용해서 당해사건에의 소급효까지도 부인해야 한다거나 예외

적으로 일반사건에까지 소급효를 인정해야 한다는 것은 타당한 입장이 아니라고 보여진다.

(바) 구체적 규범통제제도의 기능인식상의 오류

1) 구체적 규범통제의 실효성 보장과 예외적 소급효

이 법 제47조 제2항을 적용할 때, 행위시법의 원칙에 따르게 되면, 당해사건조차도 권리구제를 받지 못하게 된다는 논리가 성립하게 된다. 이것은 이 법이 위 조항에서 개인의 주관적 권리의 구제를 중시하기보다는 결정일로부터의 효력상실을 규정함으로써 인하여 헌법보장에 역점을 두었기 때문이라고 한다.

즉 헌법재판소가 법률을 위헌결정하면 그로 인해 비형벌법규의 경우 결정일로부터 폐지된 것이 되고, 폐지되기 이전까지는 유효한 법률이므로 행위시법의 원칙에 따라 결정일 이전에 형성된 법률관계에 대해서는 폐지되기 이전 상태의 법률을 적용하여야 한다. 그렇게 할 경우 당해사건에서조차 위헌심판의 대상이 되었던 법률을 그대로 적용하여야 한다. 그렇다고 한다면 이것은 구체적 규범통제의 실효성을 저해하는 것이고 법률의 위헌심판을 제청할 소의 이익이 없어진다고 한다.

이러한 입장에서 볼 때, 이 법이 위 조항에서 비형벌법규의 경우 결정일로부터의 폐지를 규정하고 있지만, 이것은 원칙규정에 불과하고 구체적 규범통제의 실효성을 확보하기 위해서는 당해사건에서조차 예외적으로 소급효가 인정되어야 한다고 한다.

우리 헌법은 법률에 관한 위헌심판제도로서 예방적(사전적) 규범통제나 추상적 규범통제를 허용치 않고, 단지 사후적 규범통제중에서도 구체적 규범통제만을 허용하고 있다. 이러한 구체적 규범통제

제도는 국민 개개인의 주관적 권리의 구제기능을 기본적인 전제로 하고 있다. 물론 동반심판제를 채택하는지 아니면 분리심판제를 채택하는지에 따라 규범통제제도의 본질적 기능중에 하나인 헌법보장기능을 수행하는 정도가 달라지겠지만, 그러나 양자 모두 주관적인 권리구제기능을 기본적인 바탕으로 하고 있는 것이다.

폐지무효설은 이러한 기본적인 인식을 간과한 것으로 보여진다. 헌법재판소법 제47조 제2항은 오직 구체적 규범통제만을 위해 존재하는 것이다.¹⁷²⁾ 그렇다고 한다면 위 조항을 해석함에 있어 주관적 권리구제를 기본적인 전제로 하지 않으면 안되고, 그 조항은 부수적으로 확보되는 헌법보장의 근거로 파악하여야 함이 타당한 것이다. 그리고 헌법이 가장 본질적이고 핵심적인 것으로 인식한 주관적 권리구제기능이 헌법재판소법과 헌법재판소의 결정실제에서는 부수적이고 예외적인 것으로 인식함이 과연 타당한 것인지 의문이 아닐 수 없다.

2) 권리침해 이후의 제소허용

우리 헌법은 구체적 규범통제를 예정하고 있음에 따라 일단 법률이 제정되고 시행되어 구체적인 법률관계에 적용된 이후에 법률의 위헌여부판단이 이루어진다는 점에서 위헌법률의 시행시점과 위헌결정의 선고시점 사이에 존재하는 위헌법률의 적용상태를 현실적으로 회피하기 어렵다는 문제가 노정된다. 이러한 현상은 예방적 규범통제를 채택하지 않고 사후적 규범통제를 취하는 헌법체계 하에서는 필연적으로 나타나는 문제점이다. 이것은 또 추상적 규범

172) 물론 헌법소원심판절차를 통해 법률에 관해 위헌결정이 선고되었을 경우 헌법재판소법 제75조 제6항에 따라 제47조가 준용된다. 그러나 헌법소원도 헌법보장이 주된 기능이 아니고 공권력에 의한 기본권침해의 구제가 주된 기능이라는 점을 간과해서는 안된다.

통제를 도입한다 할지라도 해소하기 어려운 문제점이다. 위헌법률의 적용이 이루어진 후 비로소 법률의 위헌성에 관한 다툼이 가능하다고 하여 합헌성 추정의 법리를 적용하여 일단 위헌결정이 이루어지기 전까지는 유효한 법률임을 인정한다면 그것은 헌법 스스로 헌법의 규범성(헌법의 불가침성)을 훼손하는 것이 된다.

견해에 따라서는 사후적 규범통제라는 제도 자체는 위헌법률의 당연무효라는 원칙에 전혀 부합하지 않음을 지적한다.¹⁷³⁾ 즉 사후적 규범통제를 허용하는 법체계하에서는 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정한다 할지라도 위헌법률에 의해 야기된 법적인 현상을 완전히 과거의 상태로 되돌릴 수 없다는 것이다. 이러한 점에서 당연무효설이 적용될 여지는 없고, 따라서 법률은 헌법재판소의 결정이 있기 전까지는 유효한 것으로 보아야 한다는 폐지무효설이 타당함을 주장하기도 한다.

구체적 규범통제를 포함한 사후적 규범통제의 이러한 제도적 한계성에 관한 지적은 적절하다고 본다. 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 폐지무효설이 이론적 근거로 삼고 있는 법실증주의에 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 사후적인 권리구제

173) Christoph Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, Berlin, S.61f.

를 모색하는 제도로서의 고유한 특성을 지닌 것이지, 그렇다고 해서 헌법재판소의 결정에 의해 폐지되기까지는 유효한 것임을 당연한 전제로 삼는 것은 아니다.

3) 사실상 효과의 사후적 제거의 한계성

범규범은 구체적인 법률관계에 적용됨으로써 그 효과는 사실적 측면에서 그리고 규범적 측면에서 동시에 발생하게 된다.¹⁷⁴⁾ 헌법재판소가 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 법적 행위가 법적 근거없이 수행된 것이 되므로 사실적 효과까지 부인하기 위해서는 각종 법적 행위를 부인하여야 한다. 그런데 그렇게 할 경우 법적 혼란이 초래될 수도 있게 된다. 이것은 위헌법률이 제정된 이후 많은 시일이 도과한 다음 위헌결정이 이루어질 경우에는 이러한 법적 혼란은 더욱더 가중될 것이다. 바로 이러한 점에서 독일에서는 연방헌법재판소법 제 79조 제2항에 확정력을 발생한, 더 이상 다툴 수 없는 법적 행위 (die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen)에 대해서는 위헌결정의 법적 효과가 영향을 미치지 않는다고 규정하게 된 것이다. 즉 사실적 효과 그 자체에 정당성이 인정되어 존치되는 것이 아니다. 이러한 논리형식은 우리 법체계에도 그대로 반영할 수 있다.

174) 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1.Aufl., 1980, Baden-Baden, S.154ff.

(사) 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석론

위헌법률은 처음부터 당연무효임이 헌법상의 기본원칙임을 전제로 할 때, 헌법재판소가 법률에 관해 위헌결정을 선고하게 되면 당해법률은 헌법과의 충돌시점부터(처음부터) 무효이었음을 확인하는 것이 된다. 이러한 점을 전제로 해서 해석되어야 한다.

우선, 헌법재판소법 제47조 제2항에서는 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있는데, 이것의 의미는 위헌으로 확인된 법률의 일반적인 적용배제로 파악할 수 있다. 즉 효력상실은 법적용자에 대해 위헌법률의 일반적인 적용배제로 나타난다.¹⁷⁵⁾ 위헌확인된 법률은 원래부터 당연히 무효이었기 때문에 구체적인 법률관계를 형성하지 아니한 경우¹⁷⁶⁾(위헌결정시점 이후의 효과)는 물론이고, 구체적 규범통제의 제도적 한계성으로 인해 위헌임에도 불구하고 구체적인 법률관계에 적용된 경우에도 그 적용은 원칙적으로 부인되어야 한다(규범충돌시점과 위헌결정시점 사이의 효과)는 것이다. 다시 말하면 위헌으로 결정된 법률은 위헌결정시점 이전에 사실상 적용된 것이므로 이에 대한 효과가 부인되어야 한다. 이러한 측면에서 효력상실은 법적용자에게 일반적인 적용배제의무를 부과하는 것이 된다.

다음, 같은 항은 위헌결정과 관련하여 비형벌법규에는 ‘결정한

175) 일반적인 적용배제와 관련하여 독일에서는 *allgemeine Anwendungssperre*라는 표현을 사용하고 있다. 적용배제라는 용어는 적용배제의 목적물, 즉 법률이 유효인지 또는 무효인지의 여부를 전제로 한 관념이 아니라고 보여진다. 독일에서는 당연무효설을 전개하는 견해도 연방헌법재판소가 위헌으로 확인한 법률은 구체적인 법률관계에 적용되는 상태를 부인한다는 의미에서 *Anwendungssperre*를 사용하고 있다. 물론 보다 정확한 표현은 위헌법률에 의하여 형성된 법적 상태의 청산이라고 할 것이다. Vgl. Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980, S.217ff.; Hein, *Unvereinbarerklärung*, S.181ff. 다시 말하면 위헌이지만 유효한 법률에 대해서만 적용배제라는 용어가 사용되는 것은 아니다.

176) 다시 말하면 위헌법률은 처음부터 당연무효인 것으로 확인되었으므로 결정일 이후에는 전혀 구체적인 법률관계를 형성할 수 없다.

날로부터'와 형벌법규에는 '소급하여'라고 하는 시점을 제시하고 있다. 이 시점은 위헌결정의 선고시점 이전에 형성된 법률관계에 대한 처리방향을 지시하는 것으로 보아야 한다. 형벌법규의 경우에는 소급하여 그 효력을 상실하는 것으로 규정하고 있음에 따라 당연히 소급적인 적용배제가 가능하다. 다시 말하면 위헌법률이 적용된 법률관계가 이미 확정되어 있다 할지라도, 그 확정된 법률관계가 위헌법률에 근거하여 형성된 것이므로 이것조차 부인하여야 한다는 의미가 된다.¹⁷⁷⁾ 그리고 비형벌법규에 있어 '결정한 날로부터'라는 시점은 위헌법률에 근거하여 형성된 법률관계가 확정력을 발생하였는지의 여부를 판단하는 시점으로 보아야 할 것이다. 다시 말하면 입법자는 위헌결정 이후의 일정시점이나 위헌결정 이전의 일정시점을 위헌법률에 근거한 법률관계의 확정여부판단시점으로 제시한 것이 아니라, 위헌결정시점을 그 시점으로 적시한 것으로 보아야 한다. 이렇게 본다면 위헌결정시점 당시 확정된 법률관계는 비록 위헌법률에 근거하여 형성된 것이긴 하지만, 이미 적용이 완료되어 확정되었기 때문에 법적안정성의 측면을 고려하여 적용배제의 대상에서 제외한 것으로 보아야 한다. 그리고 그 이외의 사례, 즉 위헌결정 당시 아직 확정력이 발생하지 않아 계쟁된 법률관계에 대해서는 당연히 위헌법률의 적용이 배제되어야 한다.¹⁷⁸⁾ 정

177) 그런데 이와 관련하여 교통사고처리특례법 “제4조 제1항은 비록 형벌에 관한 것이기는 하지만 불처벌의 특례를 규정한 것이어서 위 법률조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용범위에 포함시키는 것은 그 규정 취지에 반하고, 따라서 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 선고되더라도 형사처벌을 받지 않았던 자들을 소급하여 처벌할 수 없다.”고 한다. 헌재 1997. 1. 16. 선고, 90헌마110 등(병합) 결정 - 헌판집 9-1, 90.

178) 이와 관련하여 중요한 문제로 등장하는 것이 위헌법률에 기한 각종 법적 작용의 효력문제이다. 특히 이 중에서도 위헌법률에 기한 처분의 법적 성격문제가 핵심적인 것으로 이에 대해 헌법재판소나 대법원 모두 행정행위의 하자이론으로 쟁점을 해결하려고 하고 있다. 그리고 이 문제는 구체적인 소송절차에서는 재판의 전제성과 관련하여 논의가 등장하게 된다.

리하면 ‘결정한 날로부터’는 위헌결정시점을 의미하고, ‘소급하여’는 규범충돌시점을 의미하며, 이것은 기존에 형성된 법률관계의 확정력 발생여부와 직결되는 것이라고 할 것이다.

셋째로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서조항은 위헌인 형벌법규의 소급적인 일반적 적용배제를 규정하고 있는데, 이것과 같은 조 제3항에 규정된 유죄의 확정판결에 대한 재심청구가 어떠한 관련성을 지니는지 문제될 수 있다. 현행의 형사소송법 제420조에 규정된 재심청구의 사유는 법률이 위헌으로 확정되었을 경우에 관해 아무런 언급이 없다. 따라서 같은 조 제3항은 위헌확인에 따른 처리방안으로서의 재심절차를 허용한 것으로 이해하여야 하고, 동조 제4항은 재심절차의 구체적인 사항을 규율하는 것으로 파악하여야 한다.

(아) 소결

이상을 정리하면, 헌법재판소법 제47조 제2항을 규정한 취지는 당연무효설의 입장에서 볼 때, 비형벌법규의 경우에는 결정시점을 기준으로 하여 그 때까지 아직 확정력을 발생하지 아니한 모든 법률관계에 대해서는 위헌확인된 법률의 적용이 모두 배제되어야 함을 의미하는 것이고, 형벌법규의 경우에는 소급하여 처음부터 당연히 적용이 배제되어야 함을 확인하는 것으로 이해하여야 할 것이다. 그리고 위헌법률은 처음부터 당연무효이었기 때문에 위헌결정시점 이후에는 당연히 그 적용이 배제되어야 하고 또 구체적인 법률관계를 형성조차 할 수 없다고 하겠다. 이상과 같은 측면으로 위조항을 변형해석할 수 있고, 또 입법자의 입법취지¹⁷⁹⁾가 위와 같은

179) 현행 헌법과 헌법재판소법의 입법취지에 관해서는 이강국, 위헌법률의 효력, 심천계회열박사화갑기념논문집, 공법학의 현대적 지평, 박영사, 1995, 376면 이하 참조.

의미라고 한다면, 위 조항을 위헌이라고까지는 할 수 없을 것이다.

이와 같이 위헌법률의 효력을 당연무효설의 시각에서 재정립할 필요성이 대단히 크다고 하겠다. 헌법학자들 중 거의 대부분이 자연법적인 시각에서 기본권을 인식하고 있고, 또 우리 헌법 자체도 자연법이론을 바탕으로 하고 있음은 익히 알려진 사실이다. 물론 헌법재판소에서의 각종 심판활동에 있어 헌법재판이 자연법이론과 법실증주의이론이 만나는 광장으로 기능할 것임에 따라 헌법재판소는 그에 관해 이론적으로 체계화하는 데 많은 어려움을 겪겠지만, 그래도 기본권보장기관으로서의 헌법재판소의 사명을 다하기 위해서는 그것은 숙명적인 과제로 받아들이지 않으면 안된다고 하겠다. 보다 분명하게 하는 방안은 자연법적인 시각에서 이 조항을 개정하는 것이다.¹⁸⁰⁾

(6) 위헌여부가 결정된 법률에 근거한 각종 법적인 관계의 처리

위헌법률에 기한 각종 국가작용의 처리방안은 기본적으로 두 가지 방향으로 그 지향점이 제시되고 있다. 그 하나는 유죄의 확정판결과 관련한 것으로 확정판결의 근거가 된 실제적인 형벌법규가 사후적으로 위헌으로 결정되었을 경우 그 법률에 기해 이루어진 국가작용을 부인하여야 하고 이에 대해 어떻게 이론적으로 체계화할 것인가 하는 점이다. 다른 하나는 실제적인 형벌법규 이외의 법규에 대해 위헌결정이 이루어졌을 경우 그 법률에 기해 이루어진 각종 국가작용에 대해 어떻게 처리하여야 할 것인가 하는 점이다.

180) 지난 10여년간의 운영경험이 있음에도 불구하고 이를 구태여 개정할 필요가 있는가의 이론을 제기할 수도 있을지 모른다. 그러나 현재 위헌법률의 효력 내지는 위헌결정된 법률의 효력을 해명하는 이론적 틀은 대단히 난해하고, 또 권리구제의 폭을 확장하는 데 있어 커다란 장애로 작용한다. 이런 시각에서 본다면, 차라리 이번 기회에 개정함으로써 차후 불필요한 논란을 종료시킨다는 효과가 있을 것이다.

(가) 형벌법규

1) 위헌결정된 경우

제47조 제2항 단서에는 형벌법규가 위헌으로 결정되면, 그 법률은 소급하여 그 효력을 상실하도록 규정하고 있고, 제3항에서는 그 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서는 재심을 청구할 수 있도록 하고 있다. 아직 확정되지 아니한 경우에도 당연히 권리구제의 대상에 포함된다.

이를 비교법적으로 살펴보면, 독일 연방헌법재판소법 제79조 제1항과 스페인 헌법재판소법 제40조은 이 규정의 취지와 동일하게 규율하고 있다. 다만 이탈리아 헌법재판소법 제40조는 “위헌으로 선언된 법규범은 결정이 공포된 다음 날부터 더 이상 어떠한 적용도 허용되지 아니한다. 더 이상 다룰 수 없는 형사판결이 위헌으로 선언된 규범에 근거하여 적용된 것인 경우에는 그 집행과 형벌에 관한 모든 효과는 종료된다.”고 규정하여 재심청구절차를 거치지 않을 수 있도록 하고 있지만, 위헌인 형벌법규에 근거한 형사판결에 대한 법적 효과를 부인한다는 점은 크게 다르지 않다고 하겠다.

이와 같은 내용을 규율한 취지는 결국 “어느 누구도 위헌인 형벌법규에 근거한 형벌의 얼룩을 뒤집어쓰도록 강제할 수 없다”는 법사상에 토대를 두고 있다.¹⁸¹⁾ 형벌은 국가가 지속적으로 국민의 기본권을 침해함을 의미하는 것이고 구체적 사건에서의 실질적 정의가 법적안정성의 원칙에 우선하여야 한다는 본질적인 법감정의 요청에서 도출된 것이라고 한다.¹⁸²⁾ 이러한 입장은 형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어졌을 경우 위헌법률에 기한 형사판결의 법적

181) BVerfGE 12, 338(340).

182) Vgl. Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, S.301; Ernst Benda & Eckart Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozesses, 1991., Heidelberg, S.489.

효과를 전면 부인하는 결과를 가져오게 한 것이다.

2) 변형결정된 경우

형벌법규가 변형결정되었을 경우에 대해서는 확일적으로 말하기 어렵다. 구체적인 결정유형에 따라 다른 법적 효과가 지향된다고 하겠다.

즉 한정결정이 되었을 경우, 위헌으로 해석된 부분과 관련해서는 근거법률이 위헌결정된 경우와 동일하게 취급하여야 할 것이고, 합헌해석부분은 합헌결정된 바와 동일하다고 하겠다. 이 부분과 관련하여 우리 나라에서도 특히 국가보안법에 관해 한정합헌결정이 다수 선고된 적이 있었고, 이에 관한 논란이 적지 않은 형편이었다. 이런 점은 독일에서도 한때 심각하게 제기되었고, 연방헌법재판소에 의해 기본법에 불합치하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 확정된 형사판결에 대해서도 재심을 청구할 수 있도록 하는 근거를 1970년의 연방헌법재판소법 제5차 개정법률에서 만듦으로써 해결하였었다.¹⁸³⁾ 이런 점은 우리에게도 중요한 시사점을 제공한다고 하겠다.¹⁸⁴⁾

다음, 헌법불합치결정이 이루어진 경우, 이 경우에는 비형벌법규에 대해 그러한 결정이 선고된 것과 마찬가지로 보아야 할 것이다.

183) Vgl. BT-Drucksache VI/1471. S.6(“헌법 제79조 제1항에 따르면, 연방헌법재판소에 의해 무효로 선언된 규정에 근거한 확정된 형사판결에 대해서는 형사소송법의 규정에 따라 재심절차가 허용된다. 형사판결이 헌법재판소에 의해 위헌으로 선언된 법규범의 해석에 근거하였다면, 그때에도 재심절차가 가능한지의 여부에 관해 논란이 있다. 본 위원회는 이러한 경우는 재심에서 법규범의 무효선언과 동등하게 취급하여야 한다는 입장이다. 어떠한 형사판결이 위헌적인 법 적용에 근거하였거나 위헌적인 법규범에 근거하였는지의 여부는 본질적으로 아무런 차이점도 실제로는 존재하지 않는다. 법규범이 헌법재판소에 의해 무효선언된 것이 아니라 단지 기본법에 불합치하는 것으로 선언된 사례도 명확히 이에 포함됨은 분명하다. 예컨대 이것은 제67조에 따라 연방헌법재판소가 법규범의 무효를 선고하지 않고 단지 기본법 규정의 위반만을 선고한 기관쟁의에도 관련된다”).

184) 사실 이 부분도 재판소원이 인정될 경우 문제 해결이 가능하다고 하겠다. 그러나 보다 근본적으로는 헌법재판소의 결정취지를 준수하려는 법원의 태도가 필수적이라고 하겠다.

다만, 형벌법규의 경우에는 신체의 자유를 비롯한 자유권적 기본권이 주로 침해되는 것이므로, 이러한 결정유형의 선택은 가능한 한 자제함이 바람직하다고 하겠다.

(나) 비형벌법규

1) 위헌결정된 경우

위헌결정된 법률에 근거하여 이루어진 각종 작용이나 법적인 관계를 어떻게 하여야 할 것인가의 문제는 우리 나라에서는 재판의 전제성과 관련하여 논란의 한복판에 놓여 있다. 특히 최근에는 택지소유상한에 관한 법률 전체가 위헌결정되었고,¹⁸⁵⁾ 그로 인해 택지 초과소유부담금 부과처분을 둘러싼 법적인 분쟁은 아주 심각한 상태라고 하겠다.

그 쟁점은 대체로 몇 가지로 유형화할 수 있다.

첫째, 위헌결정된 법률에 기한 처분의 법적 성격을 어떻게 파악하여야 하며, 그에 대해 어떻게 법리를 구성하여야 할 것인가 하는 점이다.

둘째, 성실하게 세금을 납부하고 아무런 조치도 취하지 아니한 상태에서 근거법률이 위헌결정되었을 경우 이들에 대해서는 어떻게 처리하여야 하는가 하는 점이다.

셋째, 부담금부과처분의 근거법률이 위헌결정되었음에 따라 그 처분을 선결문제로 하여 이미 성실하게 부담금을 납부한 자가 부담이득금의 반환청구를 하였을 경우 이에 대해 어떻게 처리하여야 할 것인가 하는 점이다.

넷째, 부담금부과처분을 받았지만 부담금을 납부치도 아니하고

185) 헌재 1999. 4. 29. 선고, 94헌바37 등(병합)결정 - 공보 34, 337.

그렇다고 소송의 형태로 다투지도 아니한 경우에 대해서는 어떻게 처리하여야 할 것인가 하는 점이다.

현재 논의되는 내용은 이상이 핵심적인 쟁점이라고 하겠다. 이에 대해서 우리 헌법재판소와 대법원은 어떠한 태도를 취하고 있는가를 먼저 살펴본 다음, 이어서 외국의 사례에 대해서도 국가별로 검토하기로 한다.

가) 헌법재판소와 대법원의 태도

헌법재판소와 대법원은 주로 재판의 전제성과 관련하여 논의를 진전시키고 있다. 즉 위헌법률에 근거한 행정처분에 대해 다툴 수 있는 제소기간이 도과되었는지의 여부와 관련짓고 있다.

구체적으로 살펴보면, 그것은 두 가지 형태로 나타나고 있다. 즉 그 하나는 그러한 처분이 취소소송의 제소기간이 도과된 상태에서 무효확인소송을 제기하고 선결문제로서 근거법률의 위헌여부를 다투었을 때, 재판의 전제성이 인정되는지의 여부이다.¹⁸⁶⁾ 다른 하나는 행정청이 위헌법률에 근거해서 금전급부의무를 부과하는 처분을 발하였고, 그 처분에 따라 사인은 급부의무를 이행하였다. 당해 처분이 위헌법률에 근거하였기 때문에 무효이고, 무효인 처분에 근거해서 금전급부의무를 부과하여 납부된 금원은 법률상 원인없이 행정청이 부당하게 수득한 편익에 해당되므로, 사인이 국가나 지방

186) 현재 1994. 6. 30. 선고, 92헌가18결정 - 헌판집 6-1, 557(564, 572 이하) <이 사건은 토지 수용처분이 위헌법률에 근거하여 무효임을 주장하면서 국가를 상대로 소유권이전등기말소 청구소송을 제기한 사례이다>; 1994. 6. 30. 선고, 92헌바23결정 - 헌판집 6-1, 592(604 이하, 614 이하) <이 사건은 위헌으로 판단될 여지가 높은 법률에 근거한 처분에 대해 취소소송의 제소기간이 도과된 상태에서 무효확인소송을 제기하고 재판의 전제로써 근거법률의 위헌여부를 다툰 사건이다>; 대법 1994. 10. 28. 선고, 92누9463판결 - 공1994하, 3139 이하 <이 판결은 92헌바23사건의 당해사건에 대한 상고심 판결이다>; 1995. 3. 3. 선고, 92나55770판결 - 공1995상, 1550 이하 <이 사건은 92헌가18결정 당시 대법원에 계속중인 사건이다>; 1995. 7. 11. 선고, 94누4615판결, - 공 1995하, 2633 이하 참조.

자치단체를 상대로 부당이득을 반환하도록 청구하였을 경우이다.¹⁸⁷⁾ 결국 여기서도 처분의 근거법률이 위헌결정이 이루어졌다면, 그에 근거한 처분도 무효인지의 여부에 의해 좌우된다.

나) 독일

독일에서는 이에 관해 연방헌법재판소법 제79조 제2항에 명문규정을 두고 있다. 즉 제1문에는 개별행위독자성의 원칙을, 제2문은 집행금지, 제3문은 청구이의의 소를, 그리고 제4문은 부당이득반환청구권의 부인 등을 각각 규정하고 있다.

이러한 규정에 관해 연방헌법재판소는 제2항은 “연방헌법재판소가 지속적으로 확인한 바와 같이,¹⁸⁸⁾ 입법자의 다투어질 수 없는 헌법적인 결단에 근거한 것이고, 그 결단은 무효로 선언된 규범에 근거를 둔 법원의 확정판결의 처리에 관해 개인의 권리보호사고 보다는 법적 안정성과 법적 평화의 사고에 우위를 둔 것”이라고 한다.¹⁸⁹⁾ 그리고 이 조항의 전체적인 의미를 검토할 때, 그것은 “공권력의, 불가쟁력이 발생된 하자있는 행위는 소급적으로 폐지되는 것이 아니고 또 과거에 그 행위에 의해 야기된 불리한 효과도 제거되는 것은 아니지만, 미래적으로는 위헌적인 국가작용이 강제적으로 실행됨으로 인해 야기될 수 있는 결과는 예방되어야 한다”는 것이다.¹⁹⁰⁾

이러한 기본적인 인식에 대해 학설은 대체로 이의가 없는 것처럼

187) 대법 1994. 10. 28. 선고, 93다41860판결(공1994하, 3109 이하) 참조.

188) BVerfGE 2, 380(404f.); 7, 194(195f.).

189) BVerfGE 11, 263(265).

190) BVerfGE 20, 230(236). 그리고 아울러 vgl. BVerfGE 37, 217(263); 48, 327(340); 91, 83(90f.). vgl. Ulrich Scheuner, Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte, BB 1960, S.1253; Ipsen, a.a.O., S.281.

럼 보인다.¹⁹¹⁾ 그러나 그러한 입법결과에 도달하게 된 이론적 배경에 대해서는 논급을 회피하거나 부적절함을 지적하면서 입법론¹⁹²⁾을 전개하고 있다. 다시 말하면 실질적 정의 뿐만 아니라 법적 안정성이나 법적 평화도 헌법상의 일반원칙에 해당하고 입법자의 결단의 산물임을 인정하지만, 그러나 어떠한 이론적 구조하에서 그러한 결과에 다다르게 되었는가에 관해서는 적절한 지적이 없는 것처럼 보인다.¹⁹³⁾

개별행위 독자성의 원칙¹⁹⁴⁾이라 함은 범규범에 대해 사후적으로 위헌결정이 선고되었다 할지라도 위헌결정된 범규범에 근거한 각종 작용은 위헌결정의 법적 효과가 그대로 적용되어서는 안된다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 독일에서 위헌결정으로 인한 법적 효과를 제한함에 있어 구체적 사건에 있어서의 정의보다는 법적안정성을 중시한다는 입법자의 중요한 결단으로 표현되고 있다.¹⁹⁵⁾

191) 그렇지만 여기서 법률의 합헌성을 신뢰한 자가 자신에게 가해진 부담의 근거가 된 범규범의 폐지를 주장하고 저항하거나 또는 절차를 지체함으로써 무효선언으로 인한 편익을 향유하는 자들보다 취약하게 다루어진다는 점에 비판이 가해지고 있다. Vgl. Benda & Klein, a.a.O., S.489f.; Stuth, in: Dieter C. Umbach & Thomas Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 1992, § 79, Rn.8f. 이에 관해 근본적인 의문을 제기하여 연방헌법재판소법을 개정하고자 하는 시도까지 나타났었다. 상세한 내용은 vgl. Ulsamer, in: Theodor Maunz / Bruno Schmidt-Bleibtreu / Franz Kein / Gerhard Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 1992, § 79, Rn.4.; Hans Scholzen, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rechtsschicksals verfassungswidriger Gesetze und darauf gegründeter Einzelakte, Diss. Köln, 1977, S.112ff.; 줄고, 법률의 위헌여부결정과 성실납세자 보호, 인권과정의 1995.11., 105면 이하.

192) 그 내용은 대체로 몇 가지로 유형화할 수 있다. 첫째로는 위헌인 세법과 관련하여 위헌결정으로 인한 보호대상이 뒤바뀌었다는 점에서 대안을 모색하고자 하는 시도이다. 그 대표적인 사례로는 1968년 연방헌법재판소법 제4차 개정법률에 관한 정부발의 법안을 들 수 있다. vgl. BT-Drucksache V/3816, S.3. 둘째로는 오스트리아나 이탈리아에서 제시되고 있는 재판실에 주목하여 대안을 모색하고자 하는 시도이다. 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Scholzen, a.a.O., S.139ff.

193) 예컨대 제1문이 개별행위 독자성의 원칙을 천명하고 있는데, 이것은 사후적 규범통제의 제도적 한계성, 행정청이나 법원에 의한 위헌결정권의 부인 등이 그 원칙의 정당성을 담보하고 있다. 그렇지만 제2문 내지 제4문이 그렇게 규정될 수 있었던 이론적인 구조에 관해서는 입법자의 입법형성권 이외의 다른 논거를 전혀 제시하지 못하고 있다.

194) Vgl. Ipsen, a.a.O., S.279ff.

연방헌법재판소법 제79조 제2항 제1문은 유죄의 형사판결을 제외한 그 밖의 국가작용에 관해 근거법률이 같은 법 제78조에 따라 위헌·무효로 결정되었다고 할지라도, 결정시점 이전에 이미 확정된 국가작용에 대해서는 위헌결정의 효과가 미치지 않음을 규정하고 있다. 이에 관해 연방헌법재판소¹⁹⁶⁾는 입법자가 연방헌법재판소에 의해 법규범이 무효로 선언될 경우 “개별사건에 있어서의 정의”와 법적안정성이라는 상호간 충돌되는 헌법원칙 사이에서 결정한 것임을 이유로 제시하면서 확정력 발생여부를 기준¹⁹⁷⁾으로 납세자들에게 미치는 무효결정에 따른 서로 다른 효과를 정당화하였다.¹⁹⁸⁾ 즉 불가쟁의 국가작용을 유지시켜 주는 것(제79조 제2항 제1문)은 법적안정성 원칙에 헌법상 우위를 제공한 것이고,¹⁹⁹⁾ 이에 반해 제79조 제2항 제2문에서 집행금지 “개별사건에 있어” 정의 원칙에 우위를 제공한 것이라고 한다.²⁰⁰⁾

제4문은 같은 항 제1문에 규정된 존속보장을 확인하는 의미를 지니고 있다.²⁰¹⁾ 이러한 존속보장의 목적은 불가쟁력이 발생한 국

195) Vgl. BVerfGE 2, 380(404f.); 7, 194(195f.); 11, 263(265); 32, 387(390); 53, 115(130).

196) Vgl. BVerfGE 7, 194(197).

197) Benda & Klein, a.a.O., S.488(무효선언된 법률에 근거한 국가작용이 아직 다룰 수 있는지의 여부, 즉 권리구제수단이나 법적인 수단으로 공격할 수 있는지의 여부는 그때그때 관련된 절차법에 따라 판단된다).

198) 그리고 연방헌법재판소법 제79조에 규정된 법의 일반원칙은 무효로 선언된 규범에 근거하여 진행되었고 더 이상 다룰 수 없는 법원의 재판과 행정행위에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 것인데, 이 원칙은 “행정청이 나중에 무효로 선언된 법률규범의 유효성을 신뢰하여 행동하였을 때에도 적용될 뿐만 아니라, 행정행위가 유효한 규범의 위헌적인 적용에 근거한 때에도 적용된다”. Vgl. BVerfGE 20, 230(235); 55, 100(111).

199) 지침적인 결정으로는 vgl. BVerfGE 7, 194(195f.). 그 외에도 vgl. BVerfGE 11, 263(265); 20, 230(235). 고권행위의 존속력에 유리하게 법적안정성 원칙의 실현에 관한 방대한 사례로는 vgl. BVerfGE 2, 381(403); 22, 322(329). 그 밖에 법적안정성 사상을 이용한 사례로는 vgl. BVerfGE 7, 89(92); 19, 150(166); 25, 269(290f.).

200) 연방행정법원은 제79조 제2항 제2문에서 법적안정성의 우위를 실현한 것으로 본다(BVerwGE 27, 141<144>). 마찬가지로 vgl. Andreas Kneser, Der Einfluß der Nichtigerklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen. § 79 BVerfGG, AöR 89(1964), S.141.

201) Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.29; Stuth, in: Umbach & Clemens, BVerfGG, § 79, Rn.38.

가작용으로서 이미 종결된 사례들을 법적 평화의 측면에서 근본적으로 보호하고자 한 것이다.²⁰²⁾ 그럼에도 불구하고 그것이 간접적으로 부당이득반환청구권의 형태로 제기될 수 있게 된다면, 이러한 목적은 좌절되고 말게 된다.²⁰³⁾ 반환청구권을 법률상 명문으로 금지함으로써 그러한 문제가 야기되는 것을 방지하고자 한 것이다.²⁰⁴⁾

이러한 반환청구권이 배제되는 권위적인 시점은 법률에 관한 위헌결정을 선고한 시점이다. 이 시점을 기준으로 그 이전에 더 이상 다룰 수 없게 된 국가작용에 의거해서 행해진 것은 더 이상 반환청구할 수 없다. 그러나 그 이후에 제공된 급부에는 이 조항을 적용해서는 안된다.²⁰⁵⁾

제2문의 의미는 비록 제1문이 과거에 위헌법률에 근거한 국가작용이 확정력을 발생한 경우에 있어서는 법적안정성을 이유로 그대로 존치시켜 준다 할지라도, 그것이 연방헌법재판소의 결정시점 이후에도 그대로 유지되어서는 안된다는 점을 명확히 한 것이다.²⁰⁶⁾

202) Vgl. Wobst, a.a.O., S.105.

203) Vgl. BVerfGE 32, 387(389f.). 즉 어떠한 조항을 무효로 선언하는 연방헌법재판소의 재판은 완료된 법적 관계에는 원칙적으로 아무런 효과도 미치지 않지만, 확정된 형사판결에는 예외가 허용된다는 법의 일반원칙이 연방헌법재판소법 제79조에 규정된 것이다. 특히 부당이득반환청구권은 배제된다고 규정한 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제4문은 이러한 사고에 바탕을 두고 있다. 법률의 위헌여부에 관한 연방헌법재판소의 재판은 이미 완전하게 완료된 민법상 계약관계에 영향을 미친다면, 그리고 행위근거의 폐지나 하자로 인해 새로운 청구권이 발생됨을 인정한다면, 그것은 제4문을 규정한 의미에 어긋난다는 것이다.

204) Vgl. Kneser, a.a.O., S.205f.; Maurer, a.a.O., S.244f.; Stuth, in: Umbach & Clemens, BVerfGG, § 79, Rn.39.

205) Vgl. Kneser, a.a.O., S.206f.; Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.30.; Pestalozza, a.a.O., S.317.

206) 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제1문, 제2문 및 제4문의 조항을 연결지워 파악하면, 그것은 하나의 법사상을 제시한 것이다. 즉 공권력의 불가쟁력이 발생된 하자있는 행위는 소급적으로 폐지되는 것이 아니고 또 과거에 그 행위에 의해 야기된 불리한 효과를 제거하는 것은 아니지만, 그러나 미래적으로는 위헌적인 국가작용을 강제적으로 실행함으로써 야기될 수 있는 결과를 예방하여야 한다. Vgl. BVerfGE 20, 230(236); 37, 217(263); 48, 327(340); 91, 83(90f.); Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.20; Stuth, in: Umbach & Clemens, BVerfGG, § 79, Rn.31f.

그것은 결국 제1문의 법적 효과를 제한한 것이라고 하겠다.²⁰⁷⁾

여기서 집행금지의 대상은 연방헌법재판소법 제79조 제1항에 규정된 확정된 형사판결을 제외한 모든 개별적인 국가작용이다.²⁰⁸⁾ 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제2문은 관할행정청은 법적 근거가 무효로 선언된 행정행위를 집행해서는 안된다는 금지의무를 직접 부과한 것이다.²⁰⁹⁾ 집행금지는 헌법재판소 결정이 발효됨과 동시에 발효된다.²¹⁰⁾

집행금지는 단지 계속적인 집행과 관련된다.²¹¹⁾ 즉 어떠한 국가작용이 헌법재판소의 결정시점에 이미 완성되었다면, 그런 경우 집행금지는 논의의 여지가 없다. 이미 청산된 법적 관계는 모든 것이 종료된 것이다.²¹²⁾ 그러나 집행이 권위적인 시점에 진행중이라면, 그 집행은 정지되어야 한다.²¹³⁾ 그리고 집행이 직무상 국가기관에 의해 이루어지고 있다면, 이에 대해 관계인의 청구없이도 국가기관은 스스로 집행을 중지하여야 한다. 이것은 국가기관에게 직무상 당연한 집행금지의 존중의무를 부과한 것이다.²¹⁴⁾

207) Vgl. Ipsen, a.a.O., S.307(연방헌법재판소법 제79조 제2항 제3문은 더 이상 다룰 수 없는 국가작용의 집행을 일반적으로 금지함과 아울러 위헌적인 상태의 계속적인 효과를 배제한 것이다).

208) 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Ipsen, a.a.O., S.303ff. 그리고 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제2문에 규정된 집행금지는 그 조항에 제시된 입장에 따르면, 단지 제2항 제1문에 규정된 국가작용에 대해서만 관계되는 것이지, 제1항에 언급된 형사판결과 관계될 수 있는 것은 아니다. 입법자의 의사도 이를 명확히 하고 있다. Vgl. BVerfGE 15, 309(312); 15, 303(308). 그리고 여기서 집행의 개념은 행정법상 확인된 급부의무의 집행 뿐만 아니라 원칙적으로 개개의 행정행위의 집행도 포괄하는 광의의 의미로 이해해야 한다. Vgl. Maurer, a.a.O., S.287.

209) Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.27.; Ipsen, a.a.O., S.307.; Steiner, a.a.O., S.638(법치국가에서는 연방헌법재판소에 의해 그 근거가 무효로 선언된 고권행위를 강행적으로 집행하는 것에 관해 어떠한 국가적인 집행권력에게도 용납되어서는 안된다는 입장이 일반적인 법사상으로서 제2문에서 도출된다).

210) Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.27.

211) 이른바 지속적인 법률관계에 관한 집행금지에 관해서는 vgl. Steiner, a.a.O., S.562f.

212) Vgl. Stuth, in: Umbach & Clemens, BVerfGG, § 79, Rn.33f.

213) Vgl. Geiger, a.a.O., Anm. 3 zu § 79; Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.27.

214) Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.27.

제3문은 같은 항 제2문의 집행금지를 보완하는 내용으로서 청구이의의 소를 규정하고 있다. 청구이의의 소라 함은 구두변론종결시점 이후 사실관계가 변경·소멸되었지만 전소의 판결에 반영되지 아니한 경우 별건으로 새로운 소를 진행시켜 전소 판결의 불법상태를 배제하는 소를 말한다. 이 규정은 사법의 무효선언이 있을 경우에만 적용되는 것이 아니고 행정행위와 행정법원의 판결이 민사소송법의 규정에 따라 집행되어야 하는 경우에도 적용된다.²¹⁵⁾

이 규정은 관계된 국민의 권리보호에 기여한다. 그것은 특히 국가가 기본법 제20조 제3항에 따라 법률과 법에 기속되어 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제2문의 집행금지를 직무상 존중하여야 하는 행정부와 사법부를 통해 집행함에 있어 맞설 수 있는 장치를 국민에게 제공한 것이다.²¹⁶⁾ 국가기관이 국가작용이 무효로 선언된 법률에 근거하였음에도 불구하고 그 작용을 집행하려 할 경우, 관계인은 주어진 권리구제수단을 통해 집행에 대항할 수 있다. 그리고 집행권원의 집행문제에 관해 확정판결에 의해 종료된 사법절차에서 집행을 차단하기 위하여, 그 조항은 관계인에게 청구이의의 소를 제기할 수 있도록 하고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 제79조 제2항의 구체적인 규율내용에 대해 어떠한 이론적 근거를 적극적으로 제시하기보다는 입법자의 결단으로 파악하고 있다. 그렇지만, 분명한 한 가지 사실은 위헌법률에 기한 법률관계가 이미 확정적으로 종결된 경우에 있어서는 과거를 존중하지만, 미래적으로는 지속되어서는 안된다는 시각에서 전체적인 구조를 체계화하고 있다는 점이다.

215) Vgl. Kneser, a.a.O., S.185ff.; Benda & Klein, a.a.O., S.489; Stuth, in: Umbach & Clemens, BVerfGG, § 79, Rn.36.

216) Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn.28; Stuth, in: Umbach & Clemens, BVerfGG, § 79, Rn.36.

다) 오스트리아

오스트리아에서는 위헌법률에 기한 법률관계의 청산에 관해 적극적으로 구체적인 해결방법을 제시하지 아니하고, 단지 위헌결정으로 인한 법률의 폐지가 영향을 미칠 수 있는 사건의 범위를 헌법적으로 통제하고 있다. 즉 연방헌법 제140조 제7항은 “헌법재판소가 폐지하는 결정에서 달리 정하지 않는 한, 당해사건을 제외하고는 폐지 이전에 완성된 구성요건에는 종전의 법률이 계속 적용된다. 헌법재판소가 제5항에 따라 폐지결정에서 기한을 정하면, 당해 법률은 당해사건을 제외하고는 이 기한이 도과하기까지 완성된 구성요건에 적용되어야 한다.”고 규정하고 있다. 이는 위헌법률에 기한 법률관계의 청산에 관해 다른 이론적인 틀에 의존하기보다는 권리구제의 대상이 되는 사건의 범위를 제한적으로 확정함으로써 해결한 것이라고 하겠다.

오스트리아의 경우 1975년 헌법개정으로 소급효의 허용범위를 당해사건과 헌법재판소가 달리 정한 사건으로 확장하였고, 현재 오스트리아 헌법재판소는 법률의 위헌여부 다툼이 위헌결정 당시 헌법재판소에 계속중인 사건까지 확장하고 있다.²¹⁷⁾ 이러한 상태에서 법적안정성의 파괴여부는 헌법재판소에 계속중인 사건이 얼마나 많은지에 따라 좌우될 것이다.

라) 이탈리아

이탈리아에서는 헌법 제136조에서 “헌법재판소가 법률의 규정 또는 법률적 효력을 가진 행위의 위헌을 확인하였을 때에는 그 규

217) 상세한 내용은 vgl. Werner Schreiber, Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, Diss. Granz 1976, S.25ff.; Robert Walter & Heine Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Aufl., Wien: 1992, S.409f.

정은 결정이 공포된 다음 날부터 그 효력을 상실한다.”고 규정하고 있고, 헌법재판소법 제30조에서는 “위헌으로 선언된 법규범은 결정이 공포된 다음 날부터 더 이상 어떠한 적용도 허용되지 아니한다.”고 규정하고 있다.

이것은 위헌으로 선언된 법규범의 일반적 적용배제를 규정한 것으로, 그 궁극적인 취지는 독일에서 제시된 바와 같은 것이라고 하겠다.

마) 스페인

스페인에서는 헌법재판소법 제40조 제1항에 “법률, 법률적 효력을 가진 규정이나 작용의 위헌성을 확인하는 판결로 인해 위헌인 법률이나 규정 또는 작용이 적용되었던, 종결된 절차의 확정된 판결의 재심이 허용되는 것은 아니다. 이것은 이미 적용된 법규범의 무효로 인해 형량이나 제재의 감경을 초래하거나, 책임의 면제 또는 제한 등의 결과가 발생하는 그러한 형사절차나 질서벌절차에는 적용되지 아니한다.”고 규정하고 있다.

이는 비형벌법규에 근거한 종결된 절차의 확정판결에 대한 재심을 금지하는 형태로 규정하고 있는바, 아직 확정되지 아니한 절차의 진행을 폭넓게 허용하는 것으로 볼 수 있다.

바) 평가

위헌법률에 기한 법률관계를 어떻게 정리하여야 할 것인가와 관련하여 비형벌법규의 경우 과거에 관해서는 그대로 방치할 수밖에 없지만 미래적으로는 집행이나 적용이 배제되어야 한다는 사고를 바탕으로 해야 할 것이다.

이런 시각에서 볼 때, 독일의 경우에는 좀 복잡하지만, 그러한 사고를 철저하게 준수하고 있는 것으로 보인다. 이것은 구체적 사건에서의 정의와 법적안정성 사이에서 적절하게 균형을 유지시키고자 한 것으로 볼 수 있다고 하겠다. 이와 관련하여 이탈리아적인 해결방법도 주목할 필요가 있지 않을까 한다. 왜냐하면 위헌결정된 법규범의 결정일로부터의 일반적인 적용배제를 규정함으로써 위헌 법률에 기한 법률관계에 관해 명확한 기준을 획정하고 있기 때문이다. 스페인에 있어서도 비형벌법규에 근거한, 확정되어 종결된 국가작용의 재심을 금지한다는 것을 둠으로써 그 이외의 상태에 놓여 있는 사건들은 모두 권리구제의 대상에 포함시킨다는 취지로 받아들일 수 있다고 하겠다.

다만, 오스트리아의 경우에는 구체화설에 따라 연방헌법 제140조를 해석할 경우에는 당해사건과 헌법재판소가 결정을 선고한 사건의 범위 내에서만 권리구제의 대상에 포함됨으로써 구체적 사건에서의 정의보다는 법적안정성과 법적 평화에 우위를 둔 것이라고 하겠다. 그러나 재판설에 의할 경우에는 이탈리아와 동일한 결과를 도출할 수 있다고 하겠다.

현재 우리 나라에서는 오스트리아적인 이론체계를 바탕으로 위헌결정된 법률의 효력을 해명하면서 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 사건의 범위를 당해사건, 위헌결정 당시 법원에 소송이 계속중인 사건 및 위헌 결정 당시 아직 소송이 제기되지 아니한 사건으로까지 확장해가는 과정에 있다. 그러나 확정력 발생여부를 판단하는 기준 등에 있어서는 기존의 행정법적인 이론의 틀에 의존하여 해결하려는 모습이 나타나고 있다. 이러한 모습이 바람직스러운 것이 아님은 여러 차례 지적한 바 있으므로 더 이상의 논의는

생략하기로 한다.

다만, 한 가지 분명하게 해두고자 하는 것은 법적안정성을 중시함으로 인해 구체적 사건에서의 정의가 지나치게 소홀히 다루어져서는 안되고, 또 근거법률이 위헌결정된 지 이미 오래 전임에도 불구하고 형식적 존속력이 발생하였다는 사유만으로 그 법률에 기해 이루어진 국가작용의 집행력을 확보하려 해서는 안된다고 하겠다.

사) 소결

이상에서는 위헌법률에 기해 이루어진 각종 법률관계의 청산에 관해 검토하였다. 분명 현재 제시되고 있는 헌법재판소와 대법원의 해결방법에 따르면, 침해된 기본권을 구제할 수 있는 폭이 지나치게 좁다고 할 것이고 또 위헌결정의 법적 효과가 너무 제한적으로 파악되므로, 명확한 해결방법을 모색하지 않으면 안된다고 하겠다.

이를 바탕으로 순수하게 독일식의 방법을 모색하기에는 너무나 번잡스럽기 때문에, 차라리 이탈리아적인 해결방안이나 오스트리아의 재판설에 입각한 방안을 적극 고려함이 바람직스럽지 않을까 한다.

2) 변형결정된 경우

비형벌법규에 대해 변형결정이 선고되었을 경우 변형결정된 법률에 근거한 확정된 형사판결 이외의 다른 국가작용은 어떻게 처리되어야 할 것인가가 문제된다.

우선, 한정결정된 법률에 근거한 국가작용에 대해서는, 한정합헌이든, 한정위헌이든 또는 합헌적 법률해석이든 간에 이러한 결정이 선고된 법률에 있어 위헌으로 해석된 부분에 근거한 행정행위에

대해서는 위헌결정된 경우와 동일하게 취급되어야 한다.

아무튼, 보다 근본적으로 한정위헌결정에 대해 위헌결정으로서의 속성은 물론이고 그러한 결정에 대해 어떠한 구속력도 인정치 않으려는 것이 현재 대법원의 태도이기는 하지만, 이것은 대단히 타당성을 결여한 것이라고 하겠다.

헌법불합치결정된 법률에 근거한 처분의 효력에 관해서는 위헌 결정된 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 당해 처분의 법적 근거가 변경 또는 소멸된 것으로 이해함이 타당하다고 할 것이다. 그러므로 여기서는 하자있는 행정행위의 관념으로 논의되어야 할 것이 아니고, 입법자가 법률을 개폐하면서 제시한 경과규정에 따라 처리하여야 할 것이다.

이러한 점은 불합치법률에 근거한 행정행위의 집행력을 배제할 것인지의 문제에서도 마찬가지로 파악하여야 할 것이다. 헌법재판소나 대법원이 위헌결정된 법률에 근거한 행정행위의 집행력을 배제할 것인지에 관해서도 명확히 입장을 정리하지는 아니하였다.²¹⁸⁾ 이러한 상태에서 불합치법률에 근거한 처분의 집행력을 어떻게 처리할 것인지를 판단하기는 이르다고 보여진다.

218) 다만 헌법재판소는 “행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 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 법적인정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 구제가 필요한 경우에 대하여서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에라도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 봐야 할 것”이라고 한다. 헌재 1994. 6. 30. 선고, 92헌바23결정 - 헌판집 6-1, 592(604 이하) 참조.

다만, 하자의 중대명백성설과 하자의 승계이론을 결합시켜 이 사안에 적용하는 것은 문제가 있음을 지적하고자 한다. 오히려 헌법불합치결정의 특징은 입법자에게 개선입법의무를 부과한다는 점에 있으므로 이에 주목하여야 하지 않을까 한다. 즉 입법자가 개선입법을 수행하면서 경과규정에서 제시한 바에 따라 처리함이 바람직할 것이다. 그리고 입법자는 이미 확정된 사안에 대해서는 헌법불합치결정의 효과가 미치지 않는다는 점을 반드시 감안하는 형태로 개선입법을 수행한다면, 크게 문제되지 않을 것으로 본다.

다. 입법례

(1) 독일 연방헌법재판소법

제31조 ① 연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 기속한다.

② 제13조 제6호, 제11호, 제12호 및 제14호의 경우에 연방헌법재판소의 재판은 법규적 효력(Gesetzeskraft)를 가진다. 연방헌법재판소가 법률을 기본법에 합치하거나 불합치한 것으로 또는 무효인 것으로 선언하였을 때에는 제13조 제8호의a의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 법률이 기본법이나 그 밖의 연방법에 합치하거나 불합치하는 것으로 또는 무효인 것으로 선언되는 한, 재판주문은 연방법무장관에 의해 연방법률공보에 공시되어야 한다. 제13조 제12호와 제14호의 경우에 있어서의 재판주문에도 준용된다.

제78조 연방헌법재판소는 연방법률이 기본법에, 주법률이 기본법이나 그밖의 연방법률에 불합치된다는 확신을 가지면, 연방헌법재판소는 그 법률을 무효로 선언한다. 동일한 법률의 다른 조항이 동일한 이유에서 기본법이나 그 밖의 연방법률에 불합치되는 경우

에는 연방헌법재판소는 그에 대해 마찬가지로 무효로 선언할 수 있다.

제79조 ① 기본법에 불합치하는 것으로 또는 제78조에 따라 무효로 선언된 규범에 근거한 또는, 연방헌법재판소에 의해 기본법에 불합치하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 확정된 형사판결에 대해서는 형사소송법의 규정에 따라 절차의 재심이 허용된다.

② 제95조 제2항이나 특별한 법률규정을 제외하고는 제78조에 따라 무효로 선언된 법률에 근거한, 그밖에 더 이상 다룰 수 없는 작용은 영향을 받지 아니한다. 그러한 작용에 근거한 집행은 허용되지 아니한다. 민사소송법의 규정에 따른 강제집행이 실행될 수 있는 한, 민사소송법 제767조를 준용한다. 부당이득을 원인으로 한 청구권은 제외된다.

(2) 오스트리아 연방헌법

제140조 ② 헌법재판소가 법률을 적용하여야 하는, 헌법재판소에 계속중인 법적 분쟁에서 당사자가 소를 취하한다고 할지라도, 법률의 합헌성에 관해 이미 개시된 절차는 속행된다.

③ 헌법재판소는 그 폐지가 명백히 신청되었거나 헌법재판소가 그 법률을 그에 계속된 소송사건에 적용해야 하는 한도에서만 그 법률을 위헌으로 폐지할 수 있다. 다만, 헌법재판소가 당해 법률이 권한분배에 따라 권한없는 입법기관에 의해 제정되었거나 위헌적인 방법으로 공포되었다는 관념에 이르게 되면, 헌법재판소는 당해 법률 전체를 위헌으로 폐지하여야 한다. 당해 법률 전체의 폐지가 제1항 제4단에 따라 제청을 한 당사자나 직권에 의한 법률심판절차를 진행하는 원인을 제공한 당해사건의 당사자의 법익에 명백히

역행할 때에는 이것을 적용하지 아니한다.

④ 법률이 헌법재판소의 결정 선고시점에 이미 효력을 상실하였지만, 절차가 직권으로 개시되었거나 법원의 제청이 있는 경우 또는 위헌법률에 의해 직접 권리를 침해받았다고 주장하는 개인에 의해 제청된 경우 등에는 헌법재판소는 법률이 위헌이었던지의 여부를 선고하여야 한다. 제3항은 여기에 준용된다.

⑤ 법률이 위헌으로 폐지된다는 헌법재판소의 결정이 선고되면, 연방수상이나 주지사는 지체없이 이를 공포할 의무를 부담한다. 이것은 제4항에 따른 결정의 경우에도 적용된다. 폐지는 헌법재판소가 효력상실에 관해 기한을 정한 경우를 제외하고는 공포일에 그 효력을 발생한다. 이 기한은 18개월을 초과할 수 없다.

⑥ 헌법재판소의 결정에 의하여 법률이 위헌으로 폐지되면, 결정이 달리 정하지 않는 경우에는 폐지의 효력이 발생하는 날에 헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정된 법률에 의해 폐지된 법률의 규정이 다시 효력을 갖는다. 법률의 폐지에 관한 공고에서는 어느 법률의 규정이 다시 효력을 발생하는 여부도 고지되어야 한다.

⑦ 법률이 위헌으로 인해 폐지되거나 제4항에 따라 헌법재판소가 법률이 위헌이었음을 선고하면, 모든 법원과 행정청은 헌법재판소의 결정에 기속된다. 헌법재판소가 폐지하는 결정에서 달리 정하지 않는 한, 당해사건을 제외하고는 폐지 이전에 완성된 구성요건에는 종전의 법률이 계속 적용된다. 헌법재판소가 제5항에 따라 폐지결정에서 기한을 정하면, 당해 법률은 당해사건을 제외하고는 이 기한이 도과하기까지 완성된 구성요건에 적용되어야 한다.

이 이외에도 제139조의 법규명령의 위법성심판에서도 위 조항과 동일한 취지의 규정을 두고 있지만, 더 이상의 소개는 생략하기로

한다.

(3) 이탈리아

(가) 헌법

제136조 헌법재판소가 법률의 규정 또는 법률적 효력을 가진 행위의 위헌을 확인하였을 때에는 그 규정은 결정이 공포된 다음 날부터 그 효력을 상실한다. 헌법재판소 결정은 공포되고, 의회의 위원회와 관련 지방의회에 통지된다. 어떠한 조치가 필요함을 아울러 선고한 경우, 통지함에 있어 의회의 위원회와 관련 지방의회에 필요한 조치를 합헌적인 형태로 취하도록 할 수 있다.

제137조 헌법재판소법은 규범의 합헌성심판에 관한 절차를 개시하기 위한 요건, 형식 및 기간을 규율하고 재판소 재판관의 독립성을 보장하는 것에 관해 규율한다. 헌법재판소의 조직과 절차에 관한 그밖의 조항은 개별 법률로 정한다. 헌법재판소의 재판에 대해서는 어떠한 방식으로든 권리구제를 허용치 아니한다.

(나) 헌법재판소법²¹⁹⁾

제30조 법률의 위헌성이나, 국가나 지방자치단체의 법률적 효력을 가진 행위의 위헌성을 확인하는 판결은 선고 후 2일 이내에 사무처에서 직권으로 법무부장관이나 지방자치단체의 장에게 송달되어야 하고, 아울러 지체없이, 늦어도 10일 이내에, 위헌으로 선언된 행위의 공포를 명하는 형식으로 재판요지를 공시하게 하여야 한다. 그 외에도 판결은 선고 후 2일 이내에 의회와 관련된 지방자치단체에 통지하고 아울러, 필요한 한도에서 그들이 관할하에 있는 조

219) Gesetz Nr. 87/1953 v. 11. März 1953 (Legge 11 marzo 1953, n. 87) Bestimmungen über Verfassung und Verfahren des Verfassungsgerichtshofs

치를 하도록 명할 수 있다. 위헌으로 선언된 법규범은 결정이 공포된 다음 날부터 더 이상 어떠한 적용도 허용되지 아니한다. 더 이상 다룰 수 없는 형사판결이 위헌으로 선언된 규범에 근거하여 적용된 것인 경우에는 그 집행과 형벌에 관한 모든 효과는 종료된다

(4) 스페인

(가) 헌법

제164조 ① 헌법재판소의 판결은, 소수의견이 존재하는 경우에는, 소수의견을 첨부하여 국가공보(Boletín Oficial del Estado)에 공시한다. 그 판결은 그 공시를 한 날로부터 확정력을 발생하며 더 이상 다룰 수 없다. 법률 또는 법률적 등급의 규범을 위헌으로 선언한 판결과, 개인의 권리침해문제로 한정되지 아니한 모든 판결은 일반적인 기속력을 가진다.

(나) 헌법재판소법

이 법은 제4절에서 규범통제절차에 있어서의 판결과 그 효과를 규정하고 있으며, 구체적으로는 제38조부터 제40조에 상세하게 규정하고 있다.

제38조 ① 규범통제절차에서 선고된 판결은 확정력을 가지고, 모든 공권력을 기속하며 그리고 국가공보(Boletín Oficial del Estado)에 공시된 날로부터 일반적 효력을 가진다.

② 규범통제절차에서 기각판결은 동일한 헌법조항의 침해를 이유로 거듭 동일한 절차유형에서의 제청을 배척한다.

③ 구체적 규범통제절차에서 판결을 선고하면, 헌법재판소는 소송의 재판을 담당하는 관할 법원에 직접 이를 통지한다. 이들 기관

은 소송당사자들에게 헌법재판소의 판결을 통보한다. 법관이나 법원은 헌법재판소의 판결을 알게 된 날로부터 기속되며, 당사자들은 통지받은 날로부터 기속된다.

제39조 ① 판결이 위헌성을 확인하면, 그 판결은 동시에 계쟁된 법률조항을 무효로 선언하고 또 경우에 따라서는 사안의 연관성에 의거하거나 효과로서의 무효가 확장될 수 있는(auf die sich die Nichtigkeit kraft Sachzusammenhangs oder als Folge erstreckt) 동일법률의, 또는 법규적 효력을 가진 결정이나 행위의 다른 조항도 무효로 선언한다.

② 헌법재판소는 절차를 진행하는 과정에서 위헌의 주장과 무관하게 다른 헌법조항의 침해에 관해 위헌선언을 할 수 있다.

제40조 ① 법률, 법률적 효력을 가진 규정이나 작용의 위헌성을 확인하는 판결로 인해 위헌인 법률이나 규정 또는 작용이 적용되었던, 종결된 절차의 확정된 판결의 재심이 허용되는 것은 아니다. 이것은 이미 적용된 법규범의 무효로 인해 형량이나 제재의 감경을 초래하거나, 책임의 면제 또는 제한 등의 결과가 발생하는 그러한 형사절차나 질서벌절차에는 적용되지 아니한다.

② 개별 법원의 판례는 구체적 규범통제와 추상적 규범통제절차의 판결과 결정에서 도출된 이론(doctrina)에 의해 헌법재판소가 선고한 법률, 규정 또는 작용과 관련하여 수정된 것으로 본다.

라. 개정방향

이상에서 검토한 사항을 중심으로 법 제47조의 개정방향을 제시하기로 한다.

(1) 변형결정의 법적 근거와 유형

전술한 바와 같이 현행법체계상 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효라는 이론체계하에서 소급효의 적용범위를 당해사건이 아닌 이른바 일반사건에까지 확장하려고 하는 한, 변형결정의 필요성은 절대적이라고 하겠다. 그렇다면, 변형결정의 법적 근거를 명시하는 방안을 고려하여야 한다. 즉, 변형결정의 부인근거로 제시되었던 요소들을 제거함과 아울러 변형결정을 할 수 있는 적극적인 법적 근거를 제시함이 바람직할 것으로 본다. 그럼으로써 불필요한 논란을 억제하고 명확성을 배가하는 데 기여할 것이다.

다음, 변형결정의 유형에 해당되는 모형을 적극적으로 제시할 것인지의 문제는 변형결정에 관한 입법화의 범위와 정도에 관한 것이다. 이에 관해서는 세 가지 측면의 방향성을 제시할 수 있다.

첫째로는 가장 적극적인 방안으로서 구체적인 법적 효과를 규범의 형태로 정립하는 것이다. 예컨대 헌법불합치결정의 경우 이제까지 집적된 헌법재판소 판례를 바탕으로 입법자와 법적용자에게 구체적으로 지향하는 법적 효과를 법문에 명시하는 방안이다. 이렇게 할 경우 법적용자인 법원이나 행정청은 물론이고 일반국민에게까지도 명확성을 확보할 수 있는 편익이 있다고 하겠다. 그러나 약점으로는 구체적인 사안이나 규율내용에 적합한 결정유형을 헌법재판소가 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 기회를 차단하게 되는 불합리를 초래할 수도 있다고 보여진다.

둘째로는 이제까지 헌법재판소가 제시한 바 있던 변형결정의 유형 중 대표적인 사례를 법문으로 제시하고 법적 효과에 관해서는 지속적인 판례로 형성해 나가도록 하는 방안이다. 이 방안의 약점은 법원이나 행정청으로 하여금 준수하지 않으면 안되게 할 정도

의 기속성을 어떻게 확보할 것이며, 법적 명확성을 어떠한 방식으로 담보할 것인가가 문제시될 것으로 보여진다. 반면, 구체적인 사안이나 규율내용에 적합한 결정유형을 헌법재판소가 적절하게 선택할 수 있도록 함으로써 규범의 적용현실에 가장 부합하는 모형을 개발할 수 있는 여지를 폭넓게 열어 놓을 수 있는 편익이 있다고 하겠다.

셋째로는 변형결정의 유형을 법문에 적시함으로써 변형결정유형 상호간에 결합하여 선고할 수 있는 방안을 어떻게 마련해 주어야 할 것인가 하는 점이다. 이러한 개연성에 대해서도 입법적으로 개방해 놓음이 바람직할 것이다.

(2) 기속력과 법규적 효력

헌행법에는 법률의 위헌결정에 관해서만 기속력을 인정하고 있고, 법규적 효력에 관해서는 직접적인 명문의 규정을 두고 있지 않다.

그로 인해 불필요한 논란을 제기되고 있다는 점을 감안하여, 결정유형으로는 위헌결정은 물론이고 합헌결정과 변형결정(헌법불합치결정과 한정결정)까지도 입법적으로 반영하여 기속력을 명문으로 인정함이 바람직할 것으로 본다. 그리고 법규적 효력도 명시하여야 할 것이다. 법규적 효력이 법규의 효력이라는 의미로 오해될 수 있다는 점을 고려할 경우에는 일반적 효력이나 일반적 구속성이라는 용어로 대체해도 크게 무리는 없다고 보여진다.

(3) 위헌법률의 무효

우리 헌법은 자연법적인 시각에서 성문화되어 있다고 봄이 학계

의 일반적인 인식이다. 그렇다면, 헌법소송의 절차법에 해당하는 헌법재판소법도 동일한 시각에서 성문화됨이 바람직하다고 본다. 특히 국민의 기본권을 제한하는 가장 핵심적인 수단인 법률이 위헌으로 결정되었을 경우, 그 처리방안도 법적안정성보다는 구체적인 사건에서의 정의라는 시각에서 접근함이 타당하고 또 바람직할 것이다.

현행법은 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정하고 있고, 효력상실을 폐지로 이해함으로써 이론적으로 체계화함에 많은 어려움을 겪었고, 아직도 이해에 있어 많은 혼란을 초래하고 있다. 이런 점도 감안하여야 할 것으로 본다.

(4) 위헌결정으로 인한 위헌법률의 장래적인 일반적 적용배제

현재 위헌법률에 기해 형성된 각종 법률관계의 처리방안에 관해 헌법재판소와 대법원의 흠결보충적인 법형성을 통해 문제를 해결하고 있는바, 이에 대한 적절한 입법방안도 고려하여야 할 것으로 본다.

그 방안 중의 하나는 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항에 규정된 방식을 그대로 도입하는 것이다. 그러나 이에 대해서는 많은 논란이 제기되고 있기 때문에, 그 방식을 수용하기보다는 그 속에 용해되어 있는 법리를 받아들이는 방향이 바람직하지 않을까 한다. 즉 비형벌법규의 경우 과거에 관해서는 그대로 방치할 수밖에 없지만 미래적으로는 집행이나 적용이 배제되어야 한다는 것이다.

구체적으로는 위헌결정된 법률의 장래적으로 일반적인 적용배제를 입법적으로 반영하는 것이다. 소송요건을 적법하게 갖추고 법적인 쟁송이 제기되었을 경우에는 모두 권리구제의 대상에 포함시킬

은 물론이고, 확정되었지만, 아직 집행되지 아니하였거나 존속중인 경우에는 더 이상 집행이 될 수 없도록 하는 집행금지과 행정청의 직권취소가 가능하도록 하여야 할 것으로 본다.

마. 개정시안별 검토

법 제47조는 위헌법률심판에 따른 결정의 유형 및 효력과 관련하여 많은 내용을 한꺼번에 규율하고 있다. 그러므로 이를 두 가지 형태로 구분하여 다루는 것이 바람직하지 않을까 한다. 그 하나는 결정유형의 문제와 각 결정유형별 소송법적 효력을 하나로 묶고, 다른 하나는 위헌법률의 효력과 그 법률에 기한 각종 작용의 처리 방향을 정하도록 하는 것이다.

실제 개정시안에 관한 필자의 견해도 이런 방식으로 제시하고자 한다.

(1) 위헌여부 결정의 유형과 그 효력

(가) 제1안

변형결정에 관해 별도의 조항을 신설하지 않으나, 한정결정을 위헌결정의 일종으로 분명히 하고, 헌법불합치결정은 위헌결정의 효력의 문제로 처리하는 방안이다.

제47조 중 제1항을 다음과 같이 하고, 제3항과 제4항을 각각 제4항, 제5항으로 하며, 제3항을 다음과 같이 신설한다.

① 법률의 위헌결정(법률 또는 법률조항에 대한 해석방법 또는 적용범위를 한정하여 그 위헌여부를 밝힌 결정을 포함한다)은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

③ 헌법재판소는 법적 혼란의 방지 기타 공공복리를 위한 특별

한 사정이 있는 때에는 제청된 법률 또는 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 확인하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 결정의 주문에서 그 법률 또는 법률조항의 적용을 중지시키는 등(법률 또는 법률조항의 효력에 관하여) 필요한 조치를 취할 수 있다. 헌법재판소의 이 결정과 조치는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

이 안은 변형결정의 대표적인 사례에 해당하는 한정결정과 헌법불합치결정의 법적 근거와 법적 효과를 명확하게 제시함과 아울러 그에 대해서도 기속력을 명시하는 방안이라고 하겠다.

그럼으로써 현재 불필요하게 논란이 제기되고 있는 한정합헌결정이나 한정위헌결정의 기속력문제를 해결함은 물론이고, 헌법불합치결정의 법적 효과도 명확히 함과 아울러 헌법재판소의 결정취지에 따른 법 적용자의 법 적용을 기대할 수 있다는 편익이 있는 것으로 보인다.

다만, 문제점으로 지적되어야 할 것은 합헌결정의 기속력에 관한 근거규정을 제시치 않았다는 점과 법규적 효력에 관한 근거규정을 마련하지 않았다는 점을 지적할 수 있을 것이다. 그렇지만, 보다 근본적인 것으로는 헌법불합치결정이나 한정결정의 모형을 구체적으로 적시함으로써 명확성을 확보할 수 있을지는 모르겠지만, 헌법재판소가 스스로 구체적인 사안이나 심판대상이 된 법규범의 규율 내용에 부합하는 적절한 결정유형을 선택할 수 있는 여지를 차단해 놓는다는 약점이 지적되지 않으면 안된다.

(나) 제2안

이 안은 한정결정과 헌법불합치결정을 위헌결정의 일종으로 분명히 하는 특칙을 신설하고 그러한 결정유형에 기속력을 부여하는 방안이다.

제45조의2를 다음과 같이 신설한다.

제45조의2(위헌결정의 특칙) ① 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항에 대한 해석방법 또는 적용범위를 한정하여 그 위헌여부를 결정할 수 있다.

② 헌법재판소는 법적 혼란의 방지 기타 공공복리를 위한 특별한 사정이 있는 때에는 제청된 법률 또는 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 확인하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 결정의 주문에서 그 법률 또는 법률조항의 적용을 중지시키는 등(법률 또는 법률조항의 효력에 관하여) 필요한 조치를 취할 수 있다.

제47조 중 제1항을 다음과 같이 한다.

① 법률의 위헌결정과 제45조의2의 규정에 의한 결정 및 조치는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

이 안도 제1안에서 지적한 바와 동일하다고 하겠다.

(다) 제3안

이 안은 한정결정과 헌법불합치결정은 물론이고 합헌결정에도 기속력이 있음을 명확히 하는 방안이다.

즉, 제47조 중 제1항을 다음과 같이 하고, 제3항과 제4항을 각각 제4항, 제5항으로 하며, 제3항을 다음과 같이 한다.

① 법률의 위헌여부에 관한 결정(법률 또는 법률조항에 대한 해

석방법 또는 적용범위를 한정하여 그 위헌여부를 밝힌 결정을 포함한다)은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

③ 헌법재판소는 법적 혼란의 방지 기타 공공복리를 위한 특별한 사정이 있는 때에는 제정된 법률 또는 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 확인하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 결정의 주문에서 그 법률 또는 법률조항의 적용을 중지시키는 등(법률 또는 법률조항의 효력에 관하여) 필요한 조치를 취할 수 있다. 헌법재판소의 이 결정과 조치는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

이 방안도 제1안에서 지적한 문제점 중 합헌결정의 기속력을 부여한 것 이외에는 동일하게 지적할 수 있다고 하겠다.

(라) 제4안

제47조의 표제인 “위헌결정의 효력”을 “위헌여부결정과 그 효력”으로 개정하고, 제47조 제2항, 제3항, 제4항을 제47조의2를 신설하여 각각 제1항, 제2항, 제3항으로 한다. 아울러 제47조 제1항을 다음과 같이 하며 제2항을 신설한다.

① 헌법재판소는 법률의 위헌여부, 헌법불합치, 위헌으로 해석되는 여부 등으로 결정할 수 있다. 그 결정은 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 각각 기속한다.

② 제1항의 결정은 법규적 효력을 가진다.

이 안은 헌법불합치결정이나 한정결정의 구체적인 모형이나 법적 효과를 적시치 아니하고 그러한 결정주문을 제시할 수 있는 법적 근거를 마련함에 의미가 있다. 또 현재 논란이 제기되고 있는

기속력과 법규적 효력을 명시적으로 인정함으로써 그 해결방안을 제시하였다. 그리고 헌법재판소가 새로운 형태의 결정유형을 선택할 수 있는 여지를 만들어 놓고자 하였다. 아울러 현재 소송법적 효력에 해당하는 기속력과 실체법적 효력에 해당하는 위헌법률의 효력상실을 한꺼번에 규정하고 있는 것을 구분지어 전자를 그대로 제47조로 하고, 후자를 제47조의2를 신설하여 규정하도록 하였다.

이 안의 문제점으로는 구체적인 법적 효과를 예시하지 않음으로써 실제에 있어 법적용자인 법원이나 행정청을 어떻게 준수할 수 있도록 강제할 것인가 하는 점과 법적 명확성을 확보하지 못한다는 점이라고 하겠다.

이에 대해서는 다음과 같은 세 가지 논거를 제시하고자 한다.

첫째로는 독일에서의 개선입법에 관한 사례를 소개함으로써 그 답변을 대신하기로 한다. 원래 독일 연방헌법재판소법에서는 합헌적 법률해석과 헌법불합치결정이라는 결정형식에 관해 명문의 규정을 두지 않았었다. 그렇지만, 연방헌법재판소는 현실적인 필요성으로 인해 반복적으로 꾸준히 그러한 결정형식을 선고하게 되었다. 이러한 결정유형에 대해 반발하는 법적용자인 법원이나 행정청을 제압하기 위해 입법자가 연방헌법재판소법이 제정된 지 약 20년이 지난 1970년도에서야 비로소 제5차 개정에서 입법적으로 반영하기에 이르렀다는 점이다. 그것도 연방헌법재판소법에 명시적으로 규정을 한 것이 아니고 단지 간접적이고 우회적인 방법을 선택하였다는 점이다. 또 변형결정의 유형에 해당되는 모든 결정유형을 입법적으로 반영한 것도 아니다. 그렇다고 해서 법적용자들이나 학자들은 입법적으로 반영된 그러한 결정형식만이 가능하고 그 이외의 결정형식은 불가능하다고 주장하지는 않는다는 점이다. 우리는

여기서 두 가지 사항에 대해 관심을 기울여야 할 것으로 본다. 그 하나는 헌법재판소가 선택한 결정형식의 모든 것이 입법적으로 수용된 것은 아니라는 점이다. 즉 이것은 변형결정의 대표적인 유형을 예시적으로 반영한 것임을 의미하는 것이라고 하겠다. 다른 하나는 입법에의 반영과정을 살펴보면, 먼저 헌법재판소가 실무상 필요로 하는 결정유형을 법형성적인 측면에서 개발하고, 그에 이어 학자들이 그러한 결정유형을 이론적으로 체계화한 다음, 비로소 입법자들이 최소한의 것을 입법에 반영하였다고 하겠다. 아직 입법에 반영되지 아니한 결정유형은 판례를 통한 지속적인 형성과정을 거쳐 좀더 체계화되기를 기다리는 것으로 파악할 수 있다는 점이다. 아울러 지적되어야 할 것은 그 당시 독일 내에서의 개정논의에 있어서도 앞서 제시한 안들과 마찬가지로 구체적인 결정모형을 적극적으로 개념정의를 하면서 제시하였었다는 점이다. 그러나 그러한 방안이 채택되지 않고 현재 독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항, 제79조 제1항과 같이 입법되었다. 우리는 독일의 개선입법과정을 충분히 고려하여야 하지 않을까 한다.

둘째로는 재판소원과 관련한 논의에서도 지적되었지만, 현재 재판소원을 전면 부인하고 있는 입법을 개선함으로써 실효성을 확보할 수 있다고 하겠다.

셋째로는 법적 명확성에 관해서는 헌법재판소가 결정을 선고하면서, 특히 이른바 변형결정을 선고할 경우 결정이유나 방문으로도 그 취지를 명확히 하는 기술적인 측면을 고려한다면 충분히 가능하지 않을까 한다.

(2) 위헌법률의 효력

(가) 제1안

제47조 제2항 중 “다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”를 “다만, 다음의 각호의 1에 해당 하는 경우에는 소급하여 그 효력을 상실한다.

1. 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정

2. 헌법상 보장된 기본권을 제한하는 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정. 그러나 이 경우에는 그 결정 당시 법률 또는 법률의 조항의 적용에 관하여 쟁송이 있는 자와 쟁송제기의 법정기간 내에 있으면서 후에 적법한 쟁송을 제기한 자에 한한다”로 하고, 제3항 중 “법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결”을 “법률의 조항이 적용된 형사의 확정판결”로 한다.

이는 대한변호사협회가 제시한 개정안²²⁰⁾으로 기본적으로 제47조 제2항의 위헌법률의 효력상실이라는 구조적인 틀을 그대로 유지하면서 소급효의 적용범위를 확대하는 방안을 모색한 것이라고 하겠다. 이와 유사한 견해로는 “위헌결정의 소급효의 범위를 확대하여 위헌결정 당시 기본권을 제한하는 법률의 적용에 관하여 계쟁중에 있거나 쟁송제기의 법정기간 내에 있는 자에게도 위헌결정의 효력이 미치게 하여 구제를 받을 수 있도록 법률을 개정하여야 할 것”이라고 한다.²²¹⁾ 이를 통해 이른바 일반사건에까지 소급효의 적용범위를 확대할 수 있도록 하고 있다고 하겠다.

이는 현재 헌법재판소와 대법원의 판례로 확립된 사항을 입법적으로 반영함에 지나지 않는다. 이 안에 관해서는 몇 가지 지적이 가능하다. 첫째로는 위헌결정된 법률의 효력상실을 폐지로 이해하

220) 대한변호사협회, 인권과 정의 제165호, 1990. 5., 48면; 제166호, 1990. 6., 123면.

221) 김철수, 헌법재판소법의 개정방향, 헌법재판연구 제1권. 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 1989. 12., 헌법재판소, 241면 참조.

는 것으로 폐지무효설의 이론적 한계를 극복하지 못하고 있다는 점이다. 둘째로는 이미 확정된 행위는 소급적으로 폐지되는 것이 아니고 또 과거에 그 행위에 의해 야기된 불리한 효과를 제거하는 것은 아니지만, 미래적으로는 위헌적인 국가작용을 강제적으로 실행함으로써 야기될 수 있는 결과는 예방하여야 한다는 취지에 어긋나는 것이라고 하겠다. 단지 다룰 수 있는 절차가 모두 종결되었다고 해서 근거법률이 위헌결정된 지 이미 오래되었음에도 집행력을 확보해주는 것은 바람직한 태도가 아니라고 하겠다.

(나) 제2안

제47조 제2항 단서의 “다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라는 부분을 “다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실하고 형벌에 관한 것이 아닌 법률 또는 법률의 조항은 헌법재판소가 예외적으로 소급효가 미치는 범위를 정하여 위헌결정을 한 경우에 한하여 그 범위 내에서 소급하여 효력을 상실한다.”²²²⁾로 개정한다.

이 안은 형벌법규의 경우에는 일반적인 소급효를 적용하지만, 비형벌법규의 경우에 대해서는 현재 헌법재판소나 대법원의 판례가 소급효의 적용범위를 지나치게 확장함으로써 위 조항의 본래적인 취지에 어긋나게 운용되고 있음에 대한 반성의 일환으로 예외적인 소급효의 허용범위를 헌법재판소가 결정을 통해 정하여야 하고, 그 범위 내에서만 소급효가 허용되어야 함을 제시한 것으로 보인다. 이 안은 기본적으로 폐지무효설을 이론적 기반으로 하고 있다.

222) 손용근, 위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰, 사법논집(법원행정처) 제 24집, 1993.12., 97면.

그러나 이 안에 따르면, 현재에도 문제되는 바와 같이 소송요건을 갖추고 적법하게 소송이 제기된 사건임에도 불구하고 헌법재판소가 정한 범위 내에서만 권리구제가 가능하게 되므로, 기본권의 구체적 권리성을 지나치게 소홀히 다루는 것이 된다. 게다가 구체적 규범통제를 규정한 헌법 제107조에 위반된다는 문제점을 야기하게 된다. 법원의 재판과정에서도 문제점은 나타난다. 즉 어떠한 법적인 관계가 위헌결정시점 이전에 이루어졌는지 아니면, 그 이후에 이루어졌는지에 따라 권리구제의 대상에 포함되는 여부가 좌우될 것이고, 그것은 혼란을 장래로 유예한 것에 지나지 않게 된다. 이것은 법률에 관해 위헌결정이 이미 오래 전에 선고되었음에도 불구하고 그 효과는 실질적으로는 아주 미래에서야 제대로 나타나게 된다는 한계점을 초래할 것으로 보여진다.

(다) 제3안

제47조 제2항을 폐지하고, 같은 조 제3항과 제4항을 제47조의2 제3항과 제4항으로 하면서 아울러 제1항과 제2항을 신설하고 제3항과 제4항을 다음과 같이 개정한다.

- ① 위헌법률은 무효이다.
- ② 형벌에 관한 법률을 제외한 다른 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날로부터 더 이상 적용되어서는 안된다.
- ③ 위헌결정 또는 위헌해석된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서는 재심을 청구할 수 있다.
- ④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

이 방안은 당연무효설에 입각하여 위헌법률에 기해 이루어진 국가작용의 처리방안을 제시한 것이다. 형벌법규의 경우에는 소급적

인 적용배제를, 비형벌법규의 경우에는 그 결정시점부터 장래적으로 일반적인 적용배제를 도모하는 것이다.

이 방안을 제시하는 요인은 두 가지 측면으로 그 논거를 제시할 수 있다. 먼저, 위헌인 형벌법규로 인해 침해된 기본권의 구제라는 측면에서 법적안정성보다는 구체적 사건에서의 정의를 추구하는 것이라고 하겠다. 다음, 비형벌법규의 경우 위헌결정이 이루어지면 법적안정성과 구체적 사건에서의 정의를 형량하여 양자의 적절한 균형을 이루게 하자는 것이다. 그 기준은 바로 이미 확정된 행위는 소급적으로 폐지되는 것이 아니고 또 과거에 그 행위에 의해 야기된 불리한 효과를 제거하는 것은 아니지만, 미래적으로는 위헌적인 국가작용을 강제적으로 실행함으로써 야기될 수 있는 결과는 예방하여야 한다는 것이라고 하겠다.

이 안의 장점으로서는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 법률에 관해 일단 위헌으로 결정되면, 형벌법규의 경우에는 유죄의 확정판결에 대해서는 재심을 허용하고, 비형벌법규의 경우 이미 확정적으로 종결된 법적인 관계에 관해서는 법적안정성의 측면에서 그대로 유지시켜 주지만, 장래적으로는 합헌적인 법질서를 조속하게 회복하는 효과를 가지게 된다. 아울러 기본권의 폭이 현재보다 훨씬 확대될 것으로 본다. 그리고 이미 형식적 존속력이 발생되었다는 이유만으로 근거법률이 오래 전에 위헌으로 결정되었음에도 불구하고 집행력을 갖는 각종 행정처분을 비롯한 국가작용의 효력을 부인할 수 있는 명확한 근거로 작용할 것이다.

그리고 첨언할 것은 위헌법률에 기해 이루어진 각종 법적인 관계를 처리함에 있어 권리구제의 폭은 존속력, 확정력, 기판력 및 시효제도 등을 통해 모두 해결이 가능하다는 점이다.

이 방안을 채택함으로써 야기될 수 있는 문제점으로는 이미 지난 10여년간 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효라는 이론 체계로 판례정립을 통해 확립하였던 바를 새로이 재정립하여야 한다는 점이다. 그러나 이것은 앞으로 위헌법률심판을 운영하는 과정에서 초래되는 권리구제의 폭이 지나치게 좁다는 비판을 사전에 차단하여 국민의 기본권신장에 크게 기여할 것으로 본다.

(라) 제4안

제47조 제2항, 제3항과 제4항을 각각 제47조의2 제1항, 제2항 및 제3항으로 하고, 다음과 같이 개정한다.

① 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 더 이상 적용되어서는 안된다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 적용을 배제한다.

② 제1항 단서의 경우에 위헌으로 결정되었거나 위헌으로 해석된 형벌에 관한 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

③ 제2항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

이 안은 기본적으로 위헌법률의 효력에 관해서는 구체적으로 명시하지 아니하고 학설과 판례에 맡기면서, 그에 근거한 각종 법적 관계에 대해서만 처리방안을 제시한 것이다. 이러한 입법례와 이론적 근거는 오스트리아의 재판결과 이탈리아 헌법재판소법 제30조에서 찾을 수 있다.

이 안은 제3안과 비교할 때, 위헌법률의 무효를 전제로 하지 않는다는 점에서만 다를 뿐, 위헌법률로 인해 침해된 기본권의 구제

의 폭을 확대할 수 있다는 장점이 있다고 하겠다.

그러나 약점으로는 위헌법률의 효력 내지 위헌결정된 법률의 효력에 관한 논란은 그대로 방치하게 된다는 점이다.

바. 개정안

필자는 위헌여부 결정과 그 효력에 관해서는 개정시안 검토부분 제4안이, 위헌법률의 효력에 관해서는 제3안이 가장 바람직하다고 본다. 그러나 이상과 같이 논의한 내용은 견해가 첨예하게 대립되는 부분이 다수 나타나므로, 복수안을 제시하고자 한다.

(1) 제1안

제47조의 표제인 “위헌결정의 효력”을 “위헌여부결정과 그 효력”으로 개정하고, 제47조 제3항과 제4항을 제47조의2를 신설하여 각각 제3항, 제4항으로 한다. 아울러 제47조 제1항을 다음과 같이 하며 제2항을 신설한다.

- ① 헌법재판소는 법률의 위헌여부, 헌법불합치, 위헌으로 해석되는 여부 등으로 결정할 수 있다. 그 결정은 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 각각 기속한다.
- ② 제1항의 결정은 법규적 효력을 가진다.

제47조 제2항을 폐지하고, 같은 조 제3항과 제4항을 제47조의2 제3항과 제4항으로 하면서 아울러 제1항과 제2항을 신설하고 제3항과 제4항을 다음과 같이 개정한다.

- ① 위헌법률은 무효이다.
- ② 형벌에 관한 법률을 제외한 다른 법률 또는 법률조항은

그 결정이 있는 날로부터 더 이상 적용되어서는 안된다.

③ 위헌결정 또는 위헌해석된 형법에 관한 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서는 재심을 청구할 수 있다.

④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

(2) 제2안

제47조 중 제1항을 다음과 같이 하고, 제2항, 제3항과 제4항을 제47조의2를 신설하여 각각 제1항, 제2항과 제3항으로 하며, 제47조에 제2항과 제3항을 각각 신설한다.

① 법률의 위헌여부에 관한 결정(법률 또는 법률조항에 대한 해석방법 또는 적용범위를 한정하여 그 위헌여부를 밝힌 결정을 포함한다)은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

② 헌법재판소는 법적 혼란의 방지 기타 공공복리를 위한 특별한 사정이 있는 때에는 제청된 법률 또는 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 확인하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 결정의 주문에서 그 법률 또는 법률조항의 적용을 중지시키는 등 (법률 또는 법률조항의 효력에 관하여) 필요한 조치를 취할 수 있다. 헌법재판소의 이 결정과 조치는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

③ 제1항과 제2항의 결정은 법규적 효력을 가진다.

제47조의2를 신설하여 그 표제를 위헌법률의 적용배제로 하고 제1항과 제2항을 다음과 같이 한다.

① 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 더 이상 적용되어서는 안된다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 적용을 배제한다.

- ② 제1항 단서의 경우에 위헌으로 결정되었거나 위헌으로 해석된 형벌에 관한 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.
- ③ 제2항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

제2절 권한쟁의심판

1. 서

우리 헌법재판소법은 현행헌법 제111조 제1항 제4호에 규정됨으로써 신설된 권한쟁의심판을 구체화하고자 제61조 이하에 상세한 규정을 두고 있다. 현행헌법에서는 권한쟁의의 유형으로 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의”를 규정하고 있다. 이와 같이 입법하게 된 것은 지방자치의 활성화로 인한 권한분쟁의 증가가 예상되었고, 그에 따른 헌법질서를 확립함과 아울러 지방자치단체의 지위와 권한을 확보시켜 주기 위한 제도적 장치를 마련하고자 한 것으로 파악되고 있다.²²³⁾

헌법 제111조 제1항에 의한 권한쟁의심판은 공권력을 행사하는 국가기관이나 지방자치단체와 다른 국가기관 또는 지방자치단체 사이에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 독립한 국가기관인 헌법재판소가 이를 심판하여 그 권한과 의무의 한계를 명확히 함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법질서를 보호하려는 데 그 제도의 목적이 있다.²²⁴⁾

223) 권한쟁의심판에 관한 헌법재판소법 개정방향을 모색함에 있어 헌법재판소측의 자료제공 등 도움이 컸음을 밝혀 둔다. 이에 깊이 감사해 하는 바이다.

224) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1결정 - 헌판집 7-1, 140.

우리 헌법상 권한쟁의심판은 몇 가지 특징적인 요소를 지니고 있다. 첫째, 국가기관간의 권한분쟁인 이른바 기관소송의 유형 뿐만 아니라 상이한 법주체인 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한분쟁도 포함하고 있다는 점이다. 둘째, 권한쟁의의 대상이 되는 법적 분쟁은 헌법상의 분쟁 뿐 아니라 비헌법상의 공법적인 분쟁도 포함하는 것으로 규정하고 있다(법 제61조 2항). 셋째, 권한쟁의심판에서의 권한은 객관소송으로서의 특징을 제시한 것이며, 소송을 위해 주관적인 것으로 의제된 권한을 의미한다는 점이다. 넷째, 권한쟁의심판은 원칙적으로 헌법재판소의 관할로 한다는 점이다(헌법 제111조 제1항 제4호, 법 제62조, 행소법 제3조 제4호).

이러한 권한쟁의심판은 독일의 권한쟁송법과 비교할 때, 아주 이질적인 것이라고 하겠다. 특히 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 헌법재판소의 관장사항으로 하였다는 점에서 두드러진다. 그렇다고 해서 이러한 입법례가 우리나라에만 특유한 것은 아니다.

그러나 구체적인 운영경험이 없이 졸속으로 제정된 현행 헌법재판소법은 많은 문제점을 내포하고 있다. 특히 일반법원의 관할사항과의 경합이 가장 대표적인 사례라고 할 것이다. 게다가 현행 법조문은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간 권한쟁의를 인정하면서 각각의 심판제도에 대한 고유한 특성을 감안하지 않고 획일적인 법조문으로 규정함으로써, 각각의 제도에 대한 특징적인 면을 부각시키지 못하고 또 제도 자체의 한계성을 초래할 여지도 만들어 놓았다. 그런 점에서 심판의 유형에 따라 달리 규율하는 형태를 고려하는, 즉 전면적인 개편필요성

도 없지 않다.

그러나, 그 필요성을 부인할 수 없다. 그렇지만, 본고에서는 그러한 전면적인 수정을 하기 위해서는 충분한 운영경험을 바탕으로 하여야 하지만, 현재까지의 운영경험으로는 아직 미흡하다고 보여지고 또 경우에 따라서는 심판활동의 폭을 축소시킬 수도 있는 문제점을 야기할 수도 있다고 본다. 따라서 심판유형에 따라 고유하게 조문화하는 작업은 장기적인 연구과제로 삼는 것이 바람직하지 않을까 한다.

2. 제61조 청구사유

가. 현행조문

제61조(청구사유) ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

나. 문제점

(1) 현황

법 제61조는 권한쟁의심판의 청구사유를 규정하고 있다. 당해 국가기관이나 지방자치단체는 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 다툼

이 있고, 또 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법이나 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하고 있다.

실제로 이 조항에 근거하여 국가기관 상호간의 권한쟁의, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 및 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 심판청구가 여러 차례 있었고, 그에 대해 헌법재판소는 결정을 선고한 바 있다.²²⁵⁾

지방자치단체는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한, 즉 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 이것은 지방자치단체의 고유사무에 대해 침해될 경우에는 권한쟁의심판을 청구할 수 있지만, 기관위임사무나 단체위임사무에 해당하는 사항이 침해되었을 경우에는 심판청구의 대상이 될 수 없음을 의미한다.²²⁶⁾ 그러나 위임사무에 있어서도 국민에 대해 일정한 부담을 지워야 할, 다시 말하면 국민에게는 수익적인 효과가 나타나고 그로 인해 일정한 금전적 급부의 부담이 발생할 직무에 관해 국가가 지방자치단체에 위임하였을 경우 권한침해의 문제가 등장할 것임을 부인하기는 어렵다고 본다.²²⁷⁾

225) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1결정 - 헌판집 7-1, 140; 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2결정 - 헌판집 9-2, 154; 1998. 6. 25. 선고, 94헌라1 - 헌판집 10-1, 739; 1998. 7. 14. 선고, 98헌라1결정 - 헌판집 10-2, 1; 1998. 7. 14. 선고, 98헌라2결정 - 헌판집 10-2, 39; 1998. 7. 14. 선고, 98헌라3결정 - 헌판집 10-2, 74; 1998. 8. 27. 선고, 96헌라1결정 - 헌판집 10-2, 364; 1999. 7. 22. 선고, 98헌라4결정 - 공보 37, 662.

226) 헌재 1999. 7. 22. 선고, 98헌라4결정 - 공보 37, 662(도시계획사업실시계획인가사무는 시장·군수에게 위임된 기관위임사무로서 국가사무라고 할 것이므로, 청구인의 이 사건 심판청구 중 인가처분에 대한 부분은 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 것으로서 부적법하다고 할 것이다.).

227) 이것은 이른바 소극적 권한쟁의의 형태로 다투어질 개연성이 높다고 하겠다. 시흥시와 정부간의 권한쟁의사건이나 영덕군과 정부간의 권한쟁의사건이 이러한 사례에 해당될 수 있다고 하겠다.

이 조항은 수많은 연구의 대상이 되어 많은 의론의 대상이 되었고, 또 실제운영의 경험에 비추어 보아도 많은 문제점을 지니고 있음이 나타나고 있다. 그러면 이 조항과 관련하여 논의되는 사항에 관해 쟁점별로 나누어 검토하기로 한다.

(2) 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼

이 조 제1항에서는 ‘권한의 존부 또는 범위’에 관해 다툼이 있을 경우를 권한쟁의심판의 청구요건으로 규정하고 있다. 그런데 그에 반해, 행정소송법 제3조 제4호에서는 기관소송을 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 ‘권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼’이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송으로 개념규정을 짓고 있다.

‘권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼’과 ‘권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼’을 어떻게 확정하여야 할 것인가가 쟁점이 되고 있다.

이에 관해 소수설은 권한의 존부와 범위에 관한 다툼을 권한쟁의의 심판대상으로 삼고 있고 권한행사에 관해서는 아무런 언급이 없기 때문에, 권한의 행사에 관한 다툼은 권한쟁의의 대상이 되지 아니하고 오직 기관소송의 대상이 될 뿐이라고 한다.

그에 반해 다수설은 법질서가 부여한 권한범위를 벗어난 권한행사라는 것은 일정한 권한이 부여되었음을 전제로 하므로 권한존부의 문제나 권한범위의 문제라고 할 수 있기 때문에, 비록 법문에 권한의 존부와 권한의 범위라 규정하였다 하더라도 권한행사의 문제 역시 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있다고 한다. 즉 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼은 대개 권한행사를 전제로 하거나 매개

로 하여 발생하는 것이라고 한다. 결국 양자는 서로 혼재되고 중첩되는 관계에 있지 양자를 명확하게 구별할 수 있는 것은 아니라고 한다.

특히 문제가 될 수 있는 것은 추상적 권한행사이긴 하지만, 법에 정해진 권한행사의 요건, 절차, 방법을 위반함으로써 위법하게 권한을 행사한 경우이다. 그런데 이 경우조차도 권한의 범위문제도 볼 수 있다. 왜냐하면 추상적으로 확정된 권한은 구체적으로는 항상 요건규정이나 절차 내지 방법규정 기타 관련규정에 의해 제약된 범위 내에서의 권한에 지나지 않기 때문이다.

이상을 볼 때, 권한의 행사문제는 존부 및 범위문제의 일부로 존재하는 것이라 할 수 있다. 그리고 법문에 비록 '권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼'이라 규정하고 있다고 할지라도, 권한에 관한 모든 다툼 즉, 권한의 존부, 범위, 행사(권한행사의 요건구비 여부, 행사의 방식과 절차, 권한행사의 효력 등)에 관한 모든 다툼을 포괄하는 것으로 이해하여야 한다.

이러한 시각에서 본다면, 권한행사의 문제를 법문에 명시되지 않았다고 해서 문제될 것은 아니므로, 이를 입법적으로 해결할 필요성은 없지 않을까 한다.

(3) 피청구인의 처분 또는 부작위

권한쟁의심판을 청구하기 위해서는 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있어야 하는데, 여기서 피청구인의 '처분 또는 부작위'의 개념을 어떻게 이해해야 할 것인가 역시 문제되고 있다.

물론 심판청구를 하기 위해서는 피청구인의 처분 또는 부작위가

존재하여야 한다. 그러면 처분과 부작위의 개념이 어떻게 파악되는지를 살펴보기로 한다.

먼저 처분의 개념을 살펴보면, 여기서 처분은 행정소송법이나 행정심판법에서 말하는 처분, 즉 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용과는 달리 파악되지 않으면 안된다.

여기서의 처분은 모든 법적 행위 뿐만 아니라 단순한 사실행위, 대외적인 행위 뿐만 아니라 대내적인 행위, 그리고 개별적 결정 뿐만 아니라 일반적 규범의 정립까지도 포함한다. 입법영역에서 처분은 법률의 제정과 관련된 행위²²⁸⁾ 뿐만 아니라 제정된 법률 그 자체도 포함된다. 행정영역에서 처분은 행정소송에서 정하고 있는 행정청의 처분보다 넓게 인정되어 법규명령, 조례 및 규칙, 개별적 행정행위를 포함함은 물론이다. 사실행위 및 특정사안에 대한 견해표명도 청구인의 권한에 부정적인 영향을 주어서 법적으로 문제되는 경우에는 이에 해당된다고 하겠다.

부작위는 관련 국가기관이 특정한 행위를 해야 할 헌법상 또는 법률상의 의무가 존재함에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우에 존재하는데, 법적으로 문제되는 부작위만이 해당된다.²²⁹⁾

이상과 같이 처분이나 부작위의 개념을 파악할 경우 특별히 이에 관해 개정할 여지는 없다고 보여진다.

(4) 헌법상 권한과 법률상 권한

이 조 제2항은 ‘헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한’의 침해

228) 예컨대 법률안 변칙처리 사건에서 국회의장의 법률안 가결선평행위를 들 수 있다. 헌재 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2결정 - 헌판집 9-2, 154 참조.

229) 헌재 1998. 7. 14. 선고, 98헌라3결정 - 헌판집 10-2, 74.

를 다툼의 대상으로 하고 있다. 그런데, 헌법상의 권한침해 뿐만 아니라 법률상 부여받은 권한의 침해에 대해서도 권한쟁의심판의 대상으로 삼는 것이 과연 바람직한 것인가 하는 문제가 제기되고 있다. 법률상 권한의 침해에 대해서도 권한쟁의의 대상으로 삼음에 따라 그로 인해 일반 행정소송과의 관할의 중복을 초래하기도 한다.

이에 관해서는 두 가지의 견해가 제시된다.

그 하나는 법률상 권한의 다툼에 대해 권한쟁의심판으로 하지 말고 기관소송으로 하여야 한다는 견해도 있다. 다른 하나는 현행 헌법상 지방자치단체와 국가기관이나 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 헌법이 명문으로 규정하고 있음에 따라 이를 부인하기 어렵다는 점을 들어 그대로 유지하여야 한다는 견해이다.

이에 관해 비교법적인 시각에서 살펴보기로 한다.

우선, 독일의 경우 헌법기관간의 기관소송이나 연방과 주간의 권한쟁의에 있어 연방헌법재판소로 하여금 헌법문제만을 관할하도록 하고 있고, 연방과 주간의 비헌법적인 공법상 쟁송에 관해서는 행정법원이 원칙적으로 관할권을 갖도록 하고 있다.

이탈리아의 경우에는 국가의 법률이 헌법에 의해 레종에 부여된 권한범위를 침해하였거나 레종의 법률이 다른 레종의 고유한 관할권을 침해한 경우 헌법재판소가 그에 관한 위헌확인을 할 수 있도록 하고 있다(1948년 헌법 제2조).²³⁰⁾ 또 헌법재판소법 제37조에서는 국가권력 상호간의 권한쟁의가 헌법이 분배한 권한과 관련된 경우로 규정하고 있고, 같은 법 제39조에서는 국가와 레종간 및 레종 상호간의 권한쟁의를 규정하고 있는데 이 역시 헌법에 의해 부

230) Verfassungsgesetz Nr. 1/1948 vom 9. Februar 1948(Legge Costituzionale 9 febbraio 1948, n.1), 입법규범의 합헌성심판 절차와 헌법재판소의 독립 보장에 관한 규정 제2조 참조.

여된 권한침해를 전제로 하고 있다.²³¹⁾

다음, 스페인의 경우 헌법재판소는 헌법기관 상호간, 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 헌법에 의해 직접적으로 부여된 권한이나 관할권에 관한 쟁의, 지방자치단체의 자치법률에 관한 쟁의, 또는 국가와 지방자치단체의 고유영역을 확정하는 조직법이나 개별법률에 관한 쟁의를 관할함을 명시하고 있다(스페인 헌법재판소법 제59조).

생각건대 현행법상 헌법상 권한의 쟁의 뿐만 아니라 법률상 권한까지도 권한쟁의심판의 대상에 포함시킨 것을 특별히 개정하여 헌법상 권한으로 한정할 이유는 없다고 보여진다. 첫째로는 실제에 있어서는 헌법상 권한과 법률상 권한을 확정하기 쉽지 않다는 점이다. 둘째로는 헌법 제111조 제1항 제4호에서 지방자치단체에게 권한쟁의심판의 당사자성을 인정한 것과 배치된다는 점이다. 셋째로는 우리만의 독특한 입법례만은 아니라는 점이다.

그렇다고 한다면, 헌법재판소법을 개정하는 논의에 있어 구태여 법률이 부여한 권한의 다름에 관해 삭제할 이유는 없다고 하겠다.

(5) 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성

제2항은 권한쟁의의 심판을 청구하기 위해서는 청구인의 권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험성이 있어야 한다는 요건을 갖추어야 하도록 하고 있다. 이는 이미 발생한 작위 또는 부작위를 통한 권한침해의 형태와 그리고 발생이 임박한 처분을 통한 권한침해의 형태를 규정한 것이라고 하겠다. ‘침해’는 과거에 발생하였거나 현재까지 지속되는 침해를 말한다. ‘현저한 침해위험’은 경험칙

231) 헌법재판소법(Gesetz Nr. 87/1953 v. 11. März 1953; Legge 11 marzo 1953, n. 87) 제37조, 제39조 참조.

에 비추어 장래에 권한침해가 발생할 개연성이 현저히 높은 상황을 이른다.

국가기관 상호간에 권한의 침해 또는 그의 위협이 있는 경우로서는 헌법 또는 법률상의 수권규정과는 달리, 한 국가기관이 월권함으로써 타 국가기관의 권한을 침해하여 잠식하는 경우, 한 국가기관이 다른 국가기관의 정당한 권한행사를 저해하는 경우, 입법에 의하여 행정부나 법원의 권한 일부를 삭제하는 경우처럼 한 국가기관의 권한행사로 말미암아 다른 국가기관의 권한이 박탈당하는 경우 등이 존재할 수 있다.

이 부분에 대한 개정논의는 적극적 권한쟁의와는 무관하게 진행되고 있다. 단지 소극적 권한쟁의를 인정할 경우, 장애물로 작용할 수 있기 때문에, 이를 어떻게 적절히 해소시켜야 할 것인가가 주된 논점이라고 하겠다. 이에 관해서는 항을 바꾸어 소극적 권한쟁의와 관련하여 논의를 진전시키기로 한다.

(6) 소극적 권한쟁의의 인정 여부

제61조를 전반적으로 살펴보면, 기본적으로 적극적인 권한쟁의를 전제로 하고 있다고 보여진다. 그런데, 이 조항을 국가기관과 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간에 서로 자신의 권한 밖의 사안임을 이유로 권한행사를 회피하려 하는 경우에 해당하는 소극적인 권한쟁의의 근거규정으로 파악할 수 있는가 하는 점이다. 만약 그것이 가능하다 할지라도 불명확한 점이 있다고 한다면, 이에 대한 적극적인 입법적 해결이 필수적이라고 할 것이다.

(가) 개념

권한쟁의에서 “권한의 존부나 그 범위에 대한 다툼”은 통상적으

로 특정 사안에 대해서 서로 자기가 권한을 가진다고 주장하는 적극적 권한쟁의의 형태로 발생하는 것이 보통이지만, 특정 사안에 대해서 서로 자기에겐 권한이 없다고 주장하는 소극적 권한쟁의의 형태로도 발생할 수 있다.

소극적 권한쟁의란 실정법이나 판례법상의 개념이 아니라 학설상의 개념으로서, 특정 사안에 대하여 자신에게 권한이 있음을 전제로 상대방이 자신의 권한을 침해하였음을 다투는 적극적 권한쟁의와는 달리, 특정사안에 대해서 서로 권한이 없음을 다투는 분쟁을 말한다.

(나) 학설

법 제61조 제1항은 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하고 있다. 그러나 제2항은 권한쟁의심판의 청구요건으로 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있어야 한다고 규정하고 있다. 이로 인해 소극적 권한쟁의가 이 요건을 충족시킬 수 있는지의 여부에 관해 논란이 제기된다.

우선, 부정설은 법 제61조 제2항의 청구요건들을 모두 충족할 수 없는 소극적 권한쟁의는 권한쟁의의 심판대상이 될 수 없다고 주장한다. 그 논거로는 첫째, 소극적 권한쟁의는 대법원에 의해 해결될 수 있고, 헌법재판소에게도 그 관할을 인정한다면, 양자간의 관할경합이 나타나게 되고, 판단이 서로 달리 나타날 경우 해결에 어려움이 있음을 든다. 둘째로는 소극적 권한쟁의는 한 국가기관의 부작위에 의해 다른 국가기관의 권한이 침해되는 경우에 적극적

권한쟁의를 구성할 수 있기 때문에 굳이 소극적 권한쟁의를 인정할 필요성이 없다고 한다.

그러나 긍정설은 법 제61조 제2항은 적극적 권한쟁의만 염두에 두고 이에 해당되는 청구요건만을 규율하고 있을 뿐 소극적 권한쟁의의 발생을 예상치 못한 규정이므로, 권한쟁의에 대한 법적 구제의 필요성이 있기 때문에 이를 헌법재판소가 처리할 수 있어야 한다고 한다. 그 논거로는 첫째, 제61조 제2항에 규정된 청구인의 권한침해 또는 침해될 현저한 위험성에 관한 요건을 완화시켜 적용하면, 가능하게 된다는 것이다. 둘째로는 인정하여야 할 현실적인 필요성을 제시한다.

생각건대, 분명 현행법상 소극적 권한쟁의를 인정할 필요성은 대단히 크다고 할 것이다. 다만, 법적 근거가 명확하며, 또 이를 인정함에 있어 장애물은 없는가 하는 점에서는 부정적으로 판단하지 않을 수 없다. 차라리 입법적으로 고려함이 바람직할 것으로 본다.

(다) 관련판례

우리 헌법재판소가 소극적 권한쟁의에 관해 직접적으로 판단한 사례는 없다. 그러나 그렇게 볼 여지가 있는 결정례는 두 경우를 들 수 있다. 그러면 여기서는 이에 관해 간략하게 검토하기로 한다.

1) 포항시와 정부간의 권한쟁의심판²³²⁾

헌법재판소는 포항시와 정부간의 권한쟁의심판사건에서 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상금의 지급사무에

232) 헌재 1998. 6. 25. 선고, 94헌라1결정 - 헌판집 10-1, 739.

대한 권한이 청구인(지방자치단체)과 피청구인(국가) 중 누구에게 귀속되는가를 심판하였다. 이 사건에서 다툼의 대상이 된 것은 유효기간연장의 불허가처분으로 인한 손실보상금 지급권한의 존부 및 범위자체에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라, 그 손실보상금 채무를 둘러싸고 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계의 분쟁에 불과하다고 하면서 심판청구를 각하하였다.

이 결정은 소극적 권한쟁의의 인정여부에 관해 표면적으로는 아무런 언급도 하지 않았다. 그러나 전형적인 소극적 권한쟁의에 해당한다고 할 수 있는 이 사건을 부적법각하결정을 한 것은 소극적 권한쟁의를 현행법상 수용하기 어렵다는 태도를 취한 것이 아닌가 한다.

2) 시흥시와 정부간의 권한쟁의심판²³³⁾

시흥시와 정부간의 권한쟁의심판사건은 시화공업단지내의 공공시설의 관리권자가 누구인지를 둘러싸고 시흥시가 권한쟁의를 심판청구한 것이었다. 이 심판청구에서 시흥시는 법 제61조 제2항의 권한은 지방자치권과 같은 추상적·포괄적 권한이라도 무방하다고 하면서, 시화공업단지내의 공공시설의 관리권자는 정부임을 전제로 정부가 공공시설을 관리하지 아니함으로 인하여 시흥시의 지방자치권(자치재정권)을 침해받았다고 주장하였다.

이에 대해 다수의견은 정부가 아니라 청구인이 공공시설의 관리권자이므로 권한이 침해되지 않았으며, 설사 정부가 관리권자라 하더라도 청구인으로서 공공시설을 관리하지 않으면 그 뿐이고, 정

233) 헌재 1998. 8. 27. 선고, 96헌라1결정 - 헌판집 10-2, 364.

부의 부작위로 청구인의 권한이 침해될 여지가 없다고 하면서, 심판청구를 기각하였다.

이에 관하여 재판관 3인의 소수의견은 공공시설의 관리권한이 누구에게 귀속되는지와 관계없이 정부의 부작위로 청구인의 권한이 침해될 우려가 없어 헌법재판소법 제61조 제2항의 적법요건을 갖추지 못한 것이므로 각하하여야 한다는 의견을 피력하였다.

그리고 이영모 재판관은 심판대상을 직권으로 정부가 아무런 재정지원도 없이 공공시설을 시흥시에게 무상귀속시킨 처분으로 잡은 다음 그것이 청구인의 자치재정권을 침해하였다면서 인용의견을 개진하였다.

이 사건도 실질적으로는 시흥시와 정부가 서로 자신의 무권함을 다투는 소극적 권한쟁의의 성격을 지니고 있다. 그러나 적극적 권한쟁의의 시각에서 접근하고 있다.

그런데 만약 입법적으로 소극적 권한쟁의를 허용하였다라면, 이러한 결과가 나타났을 것인가 하는 점이다.

(라) 비교법

비교법적으로 볼 때, 소극적 권한쟁의를 적극적으로 수용하고 있는 국가가 있는가 하면, 이를 인정치 않는 국가도 있다.

먼저, 인정하는 사례로는 스페인과 오스트리아를 들 수 있다.

오스트리아에서는 ① 헌법재판소법 제46조 제1항에서 동일한 사안에 대해 법원과 행정청이, 행정법원과 다른 법원이, 행정법원과 헌법재판소가, 또는 일반법원과 다른 법원이 서로 관할권을 회피할 경우와 ② 제50조 제1항에서 주 상호간 또는 주와 연방이 동일한 행정사안에서 처분권이나 결정권을 부인함으로써 권한쟁의가 발생

한 경우에는 당사자가 심판을 청구할 수 있도록 하고 있다.

스페인에서는 헌법재판소법 제4장에서 권한쟁의에 관해 규율하면서, 권한쟁의를 국가기관 상호간, 국가와 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의로 유형화하고 있다. 그 중에서도 국가와 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관해서는 제2절에서 다루면서 제1관은 적극적 권한쟁의를, 제2관은 소극적 권한쟁의를 각각 규정하고 있다. 즉 ① 제68조 제1항에서는 국가의 행정기관이 쟁의가 된 권한이 지방자치단체에 속한다고 파악함에 따라 자연인이나 법인에 의해 제기된 청원에 관해 결정할 관할권을 포기하는 경우와 ② 제71조 제1항에서는 정부가 먼저 지방자치단체의 최고행정기관에게 지방자치단체의 법규범 또는 위임이나 양도에 관한 조직법에 의해 분배된 관할권을 행사하도록 요청하고, 이러한 요청이 당해 기관에 의해 관할없음을 선언함을 통해 거부하였을 경우에 소극적 권한쟁의를 심판청구할 수 있도록 하고 있다.

부인하는 사례로는 독일을 대표적으로 들 수 있다. 기본법 제93조 제1항 제1호는 권리·의무의 범위에 관한 다툼으로 비롯된 기본법의 해석을 기관소송의 심판대상으로 삼고 있다. 연방헌법재판소법 제64조는 제1항에서 청구인이나 청구인이 속한 기관이 피청구인의 처분 또는 부작위로 인해 기본법에 의해 청구인에게 위임된 권리나 의무가 침해되었거나 직접적으로 위태롭게 하였음을 주장하는 때에 심판청구를 할 수 있도록 하고 있다. 아무튼 독일에서는 소극적 권한쟁의가 인정되지 아니함에 대해서는 이론의 여지가 없다.

(마) 인정 필요성

권한의 다툼은 적극적으로 자신의 권한이 침해되었음을 주장하면서 등장하는 경우가 대부분일 것이다. 그렇지만, 경우에 따라서는, 특히 급부제공의무와 관련된 권한에 있어서는 소극적으로 자신에게 권한이 속하지 않음을 주장하는 사례도 나타날 것으로 보여진다. 앞서 살펴본, 두 가지 판례도 만약 소극적 권한쟁의가 명문으로 규정되었었다면, 그를 통해 다투어졌을 개연성이 높았다고 하겠다.

소극적 권한쟁의는 다음과 같은 두 가지 측면에서 인정할 필요성이 나타난다.

첫째로는 국가기관 또는 지방자치단체가 특정 사안에 대해 서로 자신이 권한 내지 의무가 없음을 주장하며 특정 권한(직무)의 행사를 거부할 경우, 특정 사안에 대한 국가업무가 해태되거나 마비될 개연성이 있다는 점이다. 이는 동시에 객관적 권한법질서의 침해를 초래하게 될 것이다.

둘째로는 일반 국민이 제기한 민원에 대해서 관할이 있다고 생각되는 국가기관이나 지방자치단체가 서로 자기에겐 권한이 없다고 미루며 민원을 해결하지 않는 경우에는 민원인의 권리구제가 어려워지는 상황이 발생한다는 점이다.

그러므로 객관적 권한질서의 유지, 국가업무의 지속적 수행 및 국민의 기본권보장의 내실화 등의 측면에서 소극적 권한쟁의를 인정할 필요성이 크다고 하겠다.

반면에, 인정 필요성이 없다는 견해도 없지 않다. 그 논거로는 대법원과의 관할경합이 나타난다는 점과 소극적 권한쟁의의 경우 대부분 적극적 권한쟁의를 구성할 수도 있다는 점을 제시한다.

그러나 관할경합의 문제는 현실적으로 많은 영역에서 나타나고 있기 때문에, 이를 합리적으로 조정하여야 한다는 과제가 등장하게 된다고 할 것이고, 소극적 권한쟁의를 인정하기 때문에 비로소 관할경합이나 충돌이 나타나는 것은 아니다. 다음, 소극적 권한쟁의가 항상 적극적 권한쟁의로 전환될 수 있는 것은 아니라고 하겠다. 특히 법 제61조 제2항에서 규정하고 있는 적극적인 권한의 침해나 침해의 위험성을 구성요건으로 요구하는 한, 특히 그렇다고 하겠다.

(7) 제3자 소송담당의 도입 여부

(가) 개념

제3자의 소송담당이란 청구인 자신의 권한이 침해된 것이 아니고 청구인이 속한 기관이나 단체의 권한이 침해되었음을 이유로 다투는 경우를 말한다. 예컨대 국회의 헌법상 또는 법률상 권한이 정부에 의해 침해되었을 경우 국회의 구성원인 국회의원이나 원내 교섭단체가 국회의 권한침해를 이유로 권한쟁의심판을 청구할 청구인적격을 갖는지의 문제이다.

이에 관해 현행법은 아무런 규정이 없다. 이를 둘러싸고 현행법의 해석상 가능한지 여부에 대해 논란이 있다. 이와 관련하여 관련 판례를 간략하게 살펴보고, 비교법적인 측면에서 검토하기로 한다. 그리고 인정 필요성도 논의하기로 한다.

(나) 관련판례

대통령이 국회의 동의를 받지 아니하고 국무총리서리를 임명한 행위를 둘러싸고 국회의원들이 대통령을 상대로 자신의 심의·표

결권과 국회의 국무총리임명동의권을 침해받았음을 이유로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 심판청구를 각하하였지만,²³⁴⁾ 그 결정에서 제시된 의견들 속에는 제3자의 소송당당에 관해 중요한 언급이 있었다.

이 중 김용준 재판관은 정부에 의하여 국회의 권한이 침해가 된 때에, 국가가 권한쟁의심판을 청구하는 점에 관하여 다수의원이 찬성하지 아니함으로써 국회의 의결을 거칠 수 없는 경우에는, 침해된 국회의 권한을 회복하고자 하는 소수의원에게도 권한쟁의심판을 통하여 국회의 권한을 회복시킬 수 있는 기회를 주어야만 할 것이다. 그러나 위와 같이 국회의 부분기관에게 국회를 위한 제3자 소송당당을 허용하는 것은 소수자를 보호하기 위한 것이므로, 일정수 이상의 소수의원이나 소수의원으로 구성된 교섭단체에게만 국회를 위하여 권한쟁의심판을 청구할 자격이 인정되는 것이지, 재적의원 과반수를 이루는 다수의원이나 그들 의원으로 구성된 교섭단체의 경우에는 그들 스스로 국회의 의결을 거쳐 침해된 국회의 권한을 회복하기 위한 방법을 강구할 수 있으므로, 이들에게까지 굳이 법률에 규정되어 있지도 아니한 제3자 소송당당을 허용할 필요성은 없다고 한다.

이에 반해 김문희, 이재화, 한대현 재판관 등은 국회는 국회의원으로 구성되는 합의제 기관으로서 국회의 의사는 결국 표결 등으로 나타나는 국회의원들의 의사가 결집된 것이므로, 헌법 제86조 제1항에 규정된 국무총리 임명에 대한 국회의 동의권한은 그 속성상 필연적으로 국무총리 임명동의안에 대한 국회의원들의 표결권한을 내포하고 있다. 그렇다면 청구인들은 국회를 구성하는 국회의

234) 헌재 1998. 7. 14. 선고, 98헌라1결정 - 헌판집 10-2, 1.

원으로서 이 사건 임명처분으로 국무총리 임명에 관한 국회의 동의권한 및 자신들의 국무총리 임명동의안에 대한 표결권한을 동시에 침해받았다고 주장하면서 권한쟁의심판을 청구할 자격이 있다고 한다.

제3자 소송담당과 관련하여 이상과 같은 의견을 검토하면, 김용준 재판관의 경우 국회의 소수파에게는 제3자 소송담당을 인정할 수 있지만, 다수파에게는 인정할 수 없다는 것이다. 김문희 재판관 등의 경우에는 국회의 동의권 내에 국회의원의 표결권이 내포되어 있기 때문에 동의권과 표결권이 동시에 침해받았음을 이유로 국회의원들도 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 청구인적격이 인정된다는 것이다. 이 입장은 제3자 소송담당에 관해 적극적으로 의견을 개진하기보다는 표결권이 동의권을 핵심적으로 구성하기 때문에 당연히 청구인적격이 인정됨을 주장한 것으로 보인다.

아무튼 의원내각제 정부형태에서는 다수파와 소수파의 관계에서 소수파를 보호할 목적으로 제3자의 소송담당을 한정적으로 인정하여야 한다는 논리가 성립할 수 있을지 모르지만, 대통령제 정부형태를 취하고 있는 우리 헌법하에서는 다수파와 소수파의 관계라는 시각에서 접근할 것이 아니고, 여당과 야당이라는 시각에서 야당에게도 제3자의 소송담당을 인정할 필요성은 크다고 하겠다. 그것은 권력분립의 원리상 현실적인 의미를 지닌다고 하겠다.

(다) 비교법

제3자 소송담당을 허용하고 있는 대표적인 사례는 독일이다. 독일 연방헌법재판소법은 제64조에서 이를 명문으로 허용하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 청구인이나 청구인이 속한 기관이 피청구인

의 처분 또는 부작위로 인해 기본법에 의해 청구인에게 위임된 권리나 의무가 침해되었거나 직접적으로 위태롭게 하였음을 주장하여야만 청구가 받아들여 질 수 있음을 규정하고 있다. 여기서 청구인이 속한 기관에게 위임된 권리와 의무가 침해되었음을 청구인이 다투는 것이 바로 제3자의 소송담당에 해당하는 것이다.

독일 연방헌법재판소는 제3자 소송담당을 엄격하게 해석하여 연방의회 내의 상설 부분기관만이 연방의회를 위해 제3자로서 소송을 담당할 수 있다고 한다. 그에 따라 교섭단체(연방의회직무규칙 제12조, 제26조, 제35조, 제59조 제4항) 또는 교섭단체를 구성하지 못하는 소수세력들이 구성하는 국회내 그룹(연방의회직무규칙 제10조 제4항), 국회 상임위원회(연방의회직무규칙 제54조 제1항) 등은 연방국회를 위하여 소송담당을 할 수 있다는 것이 일반적으로 인정되어 있다. 개개 국회의원은 국회의 부분기관이 아닌 독자적인 국가기관으로 보고 있기 때문에 자신의 권한침해를 주장할 수 있음은 별론으로 하고 국회를 위해 소송담당을 할 수 없는 것으로 취급된다고 한다. 제3자 소송담당은 청구인을 위해서만 가능하고 피청구인을 위해서는 인정되지 아니한다.

(라) 인정 필요성

제3자의 소송담당을 인정할 필요성은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에 있어서는 대단히 크다고 본다. 정당을 통한 국회와 정부의 권력통합경향이 대단히 크고, 그로 인하여 헌법이 지향하고 있는 실질적인 권력분립은 형해화된 실정이다. 이런 점에서 국회의 소수파 내지 야당을 통한 기능적인 권력분립의 유지는 헌법상 권한법질서의 확보를 위한 필요불가결한 장치라고 하겠다.

다. 입법례

입법례에 관해서는 구체적인 쟁점과 관련된 사항별로 나누어 소개하기로 한다.

(1) 비헌법적인 권한다툼의 인정 여부에 관한 입법례

(가) 스페인 헌법재판소법

제59조 헌법재판소는 다음의 기관들이 당사자가 되었을 때, 헌법에 의해 직접적으로 부여된 권한이나 관할권에 관한 쟁의, 지방자치단체의 자치법률에 관한 쟁의 또는, 국가와 지방자치단체의 고유영역을 획정하는 조직법이나 개별법률에 관한 쟁의를 관할한다.

① 2개 이상의 지방자치단체에 대해 국가가, ② 2개 이상의 지방자치단체 상호간이, ③ 하원, 상원이나 일반 사법기관에 대해 정부가 또는 상술한 헌법기관 상호간이.

제62조 정부는 지방자치단체의 규정이나 결정이 헌법, 자치법률 또는 관련 조직법에 규정된 권한법질서를 침해하였다고 판단하면, 정부는 2월의 기간 내에 헌법재판소에 직접 권한쟁의심판을 청구하거나 또는 그 이전에 제63조 이하에서 규정된 청원을 이용할 수 있다. 이것은 헌법 제161조 제2항에 따라 그에 부합하는 법적 효과를 요구할 정부의 권한과 무관하게 적용된다.

제63조 ① 지방자치단체의 최고 행정기관은 다른 지방자치단체의 기관 또는 국가기관이 제정한 규정, 결정 또는 행위가 헌법, 자치법률 또는 관련법률에 의해 정해진 권한질서에 합치되지 아니하고 또 그러한 규정 등이 당해 지방자치단체의 고유한 효력영역을 침해한다고 판단하면, 당해 최고행정기관은 지방자치단체나 국가에서 그 규정의 삭제나 관련된 결정이나 다투어진 행위의 폐지를 요

구한다.

② 관할이 없음을 요구하는 것은 관할의 흠결을 유발한 규정, 결정 또는 행위가 공포되거나 통지된 날로부터 또는 구체적인 적용행위를 한 때로부터 2월 이내에 하여야 하며 정부(국가의)나 다른 지방자치단체의 최고행정기관에게 직접 하여야 한다. 후자의 경우 정부에게도 통보하여야 한다.

③ 관할이 없음을 요구하는 경우 관할없음으로 인해 흠이 되는 규정의 조항 또는 결정이나 행위의 구체적인 쟁점이 상세하게 제시되어야 한다. 아울러 그 흠이 야기되는 법률과 헌법의 조항을 상세하게 제시하여야 한다.

제73조 ① 이 법 제59조 제3항에 규정된 헌법기관 중의 하나가 각자의 총회의 결의에 따라 다른 기관 중의 하나가 헌법 또는 조직법이 자신에게 부여한 관할권을 행사하고 있다고 판단하는 경우, 위 기관은 다른 기관이 부당한 권한행사를 했다는 사실을 알았을 때로부터 1월 이내에 이를 부당한 권한행사를 한 기관에게 통지하고 부당한 권한행사를 철회할 것을 요구한다.

② 통지를 받은 기관이 헌법과 법률에 위배되지 않고 관할권을 행사하고 있다고 확신하는 경우, 또는 통지를 받은 때로부터 1월 이내에 관할권행사의 시정조치를 취하지 않을 경우에는, 다른 기관이 부당하게 관할권을 행사했다고 판단하는 헌법기관이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구한다. 이를 위해 헌법기관은 침해된 규정을 지적하는 심판청구서를 제출해야 한다. 심판청구서에는 필요하다고 판단되는 모든 사실들을 증빙하는 증거들과 제1항에 규정된 사전조치를 필했다는 서류들을 첨부해야 한다.

(나) 독일 연방헌법재판소법

제64조[청구의 적법요건] ① 청구인이나 청구인이 속한 기관이 피청구인의 처분 또는 부작위로 인해 기본법에 의해 청구인에게 위임된 권리나 의무가 침해되었거나 직접적으로 위태롭게 하였음을 주장하는 때에만, 그 청구는 허용된다.

② 청구에는, 피청구인의 이의가 제기된 처분 또는 부작위에 의해 침해된 기본법의 조문이 특정되어 있어야 한다.

(다) 이탈리아

1) 헌법(1948년 헌법)²³⁵⁾

제2조 레종이 국가의 어떠한 법률이나 법률적 효력을 가진 행위가 헌법에 의해 레종에 부여된 권한범위를 침범하였다고 판단하면, 레종은 레종위원회의 의결에 의거하여 법률이나 법률적 효력을 가진 행위의 공포 후 30일 이내에 헌법재판소에 위헌확인을 구하는 소를 제기할 수 있다. 레종의 법률이 위헌성 때문에(앞의 제1조와 헌법 제127조의 경우와 사례를 제외하고) 다른 레종의 권한을 침범하면, 이 법률에 의해 그 레종의 고유한 관할권이 침해되었음을 선언한다. 소송은 레종위원회의 의결에 근거하여 그 법률의 공포 후 60일 이내에 제기되어야 한다.

2) 헌법재판소법

제37조 권한쟁의가 국가기관에 속하는 국가권력의 의지를 중국적으로 선언하는 것을 관할하는 기관들 사이에서 발생한 경우, 그리고 권한쟁의가 헌법규범에 의해 정해진 다양한 권력분배에 관련

235) Verfassungsgesetz Nr. 1/1948 vom 9. Februar 1948(Legge Costituzionale 9 febbraio 1948, n.1) - 입법규범의 합헌성 심판절차와 헌법재판소의 독립 보장에 관한 규정

되는 경우, 국가권력 상호간의 권한쟁의는 헌법재판소에 의해 재판된다.

제39조 레종이 그의 행위로 인해 헌법에 의해 국가나 다른 레종에게 분배된 권한범위를 침해하면, 국가 또는 관련된 레종은 헌법재판소에 관할권문제의 규정에 대하여 심판을 청구할 수 있다. 마찬가지로 국가의 행위로 인해 권한범위를 침해받은 레종은 심판을 청구할 수 있다.

(2) 소극적 권한쟁의의 입법례

(가) 오스트리아 헌법재판소법

제46조 ① 동일한 사안에 대하여 법원과 행정청이, 행정법원과 다른 법원이, 행정법원과 헌법재판소가 또는 일반법원과 다른 법원(연방헌법 제138조 제1항 제a호, 제b호)이 관할을 회피함으로써(소극적 권한쟁의) 발생한 권한쟁의심판의 청구는 관련 당사자만이 제기할 수 있다.

제50조 ① 주 상호간이 또는 주와 연방이 동일한 행정사안에서 처분권이나 결정권을 부인함으로써 권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항 제c호)가 발생한 경우에는(소극적 권한쟁의), 부인당한 당사자는 심판청구를 할 수 있다.

(나) 스페인 헌법재판소법

제68조 ① 국가의 행정기관이 쟁의가 된 권한이 지방자치단체에 속한다고 파악함에 따라 자연인이나 법인에 의해 제기된 청원에 관해 결정할 관할권을 포기할 경우, 당사자(법인 또는 자연인)는 관계부처에 청원을 통한 행정절차를 완료한 후 행정결정으로 관할

하는 것으로 선언하는 청원을 지방자치단체 행정기관에게 반복하여 제기할 수 있다. 지방자치단체가 어떤 청원을 접수하고 그것이 국가나 다른 지방자치단체의 관할에 속함을 이유로 관할없음을 천명할 경우 앞에서 규정한 동일한 절차가 적용된다.

② 정부는 제차 청원을 받은 경우 1월 이내에 자신의 관할을 인정하거나 또는 부인해야 한다. 인정할 경우에는 제출된 청원을 심의하여야 한다. 부인할 경우에는 그러한 결정의 근거가 되는 조항을 정확하게 지적하면서 청원 제출자에게 통보해야 한다.

③ 제2항에서 언급한 정부가 자신의 관할을 부인하거나 전술한 기간 내에 인정하는 결정을 전혀 표명치 아니할 때에, 당사자는 헌법재판소에 심판을 청구할 수 있다. 이러한 목적으로 그에 부합하는 심판청구는 부인하는 결정이 송달된 날로부터 또는 제2항에 규정된 기간 내에 명시적인 결정을 결여된 날로부터 1월 내에 청구를 할 수 있고, 소극적 권한쟁의로 받아들이며 그에 관해 결정할 수 있다.

제69조 ① 권한쟁의심판에 관한 청구는 문서로 하여야 하고, 제68조에 규정된 절차를 완료했음을 증명하는 서류와 이 절차에서 내려진 결정을 함께 제출해야 한다.

② 헌법재판소는 관련 행정청의 거부결정이 국가와 지방자치단체의 관할범위를 정하는 헌법규정, 자치법률, 조직법 또는 개별 법률 등에 대한 해석차이에 기인한다는 의견에 달하게 되면, 헌법재판소는 문서로 심판청구가 이루어진 때로부터 10일 이내에 결정으로 권한쟁의의 법적 계속성이 있음을 확인한다. 그 결정은 심판청구인, 관련 행정청 및 헌법재판소가 관할있는 것으로 선언할 개연성이 있는 다른 단체에게 송달된다. 헌법재판소는 행정청에게 그

외에도 심판청구서 사본과 첨부서류의 사본을 송부하고 또 그 외에도 모든 이해관계인들에게 권한쟁의의 해결을 위해 필요한 변론을 할 수 있도록 1월의 기간을 지정한다.

제70조 ① 행정청의 관할에 관한 판결은 제69조에 규정된 기간이 또는 경우에 따라서는 헌법재판소가 관계인들에게 심판청구의 해명, 보충 또는 정확성에 관한 요청에 응답하도록 추가로 허용한 기간이 경과한 때로부터 1월 이내에 선고되어야 한다.

② 행정절차상의 기간이 만료되면 판결이 공포된 때로부터 일반적인 기간이 새로이 진행되는 것으로 본다.

제71조 ① 정부는 먼저 지방자치단체의 최고행정기관에게 지방자치단체의 법규범 또는 위임이나 양도에 관한 조직법에 의해 분배된 관할권을 행사하도록 요청하고, 이러한 요청이 당해 기관에 의해 관할없음을 선언함을 통해 거부하였을 때에, 정부는 소극적 권한쟁의를 심판청구할 수 있다.

② 정부에 의해 관할권의 행사를 요청받은 기간, 즉 1월을 유월해서는 안되는 기간 내에 요청받은 행정기관이 그 권한을 단순히 행사하지 않은 경우에도 관할권없음을 선언한 것으로 본다.

제72조 ① 제71조에 규정된 요청을 명시적으로 또는 묵시적으로 거부한 것으로 간주된 날로부터 1월 내에 정부는 헌법재판소에 소극적 권한쟁의를 문서로 심판청구할 수 있고, 거기에는 정부의 의견에 따르면 지방자치단체가 그의 관할권을 행사할 책임이 있음을 제시하는 헌법, 자치법률이나 법률의 규정을 지적해야 한다.

② 헌법재판소는 심판청구서 사본을 지방자치단체의 최고행정기관에게 송부하고 또 필수적으로 요청한 변론서를 제출해야 할 1월의 기간을 확정해야 한다.

③ 이 기간이 경과하거나 또는 정부나 지방자치단체에게 해명, 보충 또는 정확성을 위해 추가로 허용한 기간이 경과한 때로부터 1월 이내에 헌법재판소는 다음의 내용을 포함하는 재판을 선고한다.

1. 지방자치단체가 요청된 관할권을 행사하여야만 할 기간을 정하면서 요청이 이유있다는 확인
2. 요청이 이유없다는 확인

(3) 제3자의 소송담당에 관한 입법례

제3자의 소송담당에 관해서는 독일에서 그 근거규정을 찾을 수 있다.

연방헌법재판소법 제64조[청구의 적법요건] ① 청구인이나 청구인이 속한 기관이 피청구인의 처분 또는 부작위로 인해 기본법에 의해 청구인에게 위임된 권리나 의무가 침해되었거나 직접적으로 위태롭게 하였음을 주장하는 때에만, 그 청구는 허용된다.

제63조[청구인과 피청구인] 연방대통령, 연방의회, 연방참의원, 연방정부 그리고 기본법이나 연방의회와 연방참의원의 직무규정으로 고유한 권리를 부여받은 위의 기관의 부분기관만이 청구인과 피청구인이 될 수 있다.

라. 개정방향

(1) 소극적 권한쟁의의 도입

소극적 권한쟁의는 대체로 인접한 법주체나 기관간의 지역적 관할권의 소재 여부나, 국가와 지방자치단체의 경우와 같이 지역관할 또는 기능적 역할이 중복되는 경우에 발생할 것으로 예측된다. 그

경우 관할의 소재는 양자택일 관계에 있는 것이 일반적이다. 그런데 그 중 일방이 직무수행을 거부하게 되면 다른 쪽에 대해서는 직무수행의 부담으로 나타나게 된다.

이런 경우를 예정하고 또 비교법적인 시각에서 소극적 권한쟁의를 입법적으로 반영할 경우 몇 가지 고려사항을 제시하기로 한다.

첫째로는 국가기관이나 지방자치단체에게 청구인적격을 인정한다는 점이다. 소극적 권한쟁의 역시 적극적 권한쟁의와 마찬가지로 권한의 존부와 범위에 관한 다툼이라고 할 수 있기 때문이다.

둘째로는 소극적 권한쟁의는 적극적 권한쟁의와는 달리 이해관계가 있는 일반국민에게도 청구인적격을 인정할 것인가가 문제된다. 이에 관해 스페인에서는 일반국민에게 청원권을 부여하고 그 청원에 관해 관할을 부인하거나 1월의 기간 내에 청원의 수리 여부를 통보하지 않을 경우 소극적인 권한쟁의의 심판을 청구할 수 있도록 하고 있다(스페인 헌법재판소법 제68조 참조). 우리의 경우 이러한 절차를 거치고 헌법재판소로 직접 오도록 하는 것보다는 후술하는 바와 같이 법원과 헌법재판소의 관할경합이나 충돌을 해소한다는 차원에서 도입하는 권한쟁의가 재판의 전제가 된 경우에 대해 사건담당법원으로 하여금 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제청하도록 소송당사자로서 제청신청을 하고 제청신청이 사건담당법원에 의해 기각이나 각하되었을 경우에 비로소 소송당사자가 직접 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하는 제도를 활용함이 오히려 바람직스럽지 않을까 한다. 보다 상세한 사항은 후술하기로 한다.

셋째, 소극적 권한쟁의는 그 본질상 범주체나 그 기관이 서로 권한없음을 주장하는 것이 일반적이라 할 수 있으므로, 법 제61조 제

2항에 규정된 권한의 침해나 침해의 위험성이라는 요건을 요구하는 것은 부적절하지 않을까 한다. 즉 당사자인 국가기관이나 지방자치단체가 특정 사안에 대해서 서로 자신의 권한이 아니라고 주장하는 것만으로 그 성격상 구체적 사건성을 인정할 수 있다. 또 다툼의 대상이 되는 권한을 규율하고 있는 관련 헌법 및 법률규정이 정하고 있는 객관적 권한질서가 침해된다고 볼 수도 있다. 소극적 권한쟁의란 다른 아닌 직무관할에 관한 다툼이라고 할 수 있으므로 그러한 다툼이 구체적으로 소명될 수 있으면 기관이나 단체의 관할 유무에 관한 확인의 이익이 인정될 수 있으며, 심판청구의 요건이 충족되는 것이라고 보아야 한다.

넷째, 남소가능성에 대한 통제이다. 적극적 권한쟁의와는 달리 권한침해나 현저한 위험성의 요건을 적용하지 아니함으로써 남소의 폐해가 나타날 수 있고 또 형평성의 문제가 제기될 수 있다. 이에 대해서는 청구인이 피청구인에게 먼저 작위나 부작위를 요구한 다음, 그에 대해 피청구인이 거부하거나 아무런 명시적인 의사표시가 없는 경우에서야 비로소 청구인이 피청구인을 상대로 권한쟁의 심판을 청구할 수 있도록 함으로써 구체적인 사건성을 확보할 수 있도록 함이 바람직할 것으로 본다.

다섯째, 잠재적인 청구인이 잠재적인 피청구인에게 작위나 부작위를 요구하였을 경우 어느 정도의 기간을 정하여 피청구인으로 하여금 명시적인 의사표시를 하도록 하여야 할 것인가 하는 점이다. 그 기간은 권한쟁의의 심판청구기간과 동일하게 90일로 함이 바람직하지 않을까 한다. 이 기간 내에 명시적인 거부의를 표명하거나 아무런 적극적인 의사도 표명하지 아니한 경우에 대해 구체적인 사건으로서의 다툼이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

여섯째, 심판청구기간의 문제이다. 이에 관해서는 적극적 권한쟁의에서 요구되는 청구기간을 그대로 적용하면 되지 않을까 한다.

이상을 반영하면, 국가기관 또는 지방자치단체가 다른 국가기관이나 지방자치단체에게 처분이나 부작위를 요청하였음에도 그 기관이나 지방자치단체가 이를 거부하거나 90일 이내에 아무런 결정의 통지를 하지 아니한 때에는 당해 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다는 형태로의 입법이 가능하다고 본다. 아울러 제2항에 규정된 헌법이나 법률에 의해 부여된 권한의 침해 등에 관해서는 소극적 권한쟁의에는 적용될 수 없는 형태로의 입법적 고려를 하여야 할 것이다.

(2) 제3자의 소송담당의 법적 근거 명시

정당을 매개로 하여 국회의 다수파와 대통령을 수반으로 한 정부와의 권력통합현상은 우리 나라에서도 심각하게 나타나는 현상이다. 이로 인해 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 권력의 남용방지라는 권력분립의 기본원리는 유명무실하게 되었다고 하겠다. 이런 점은 의원내각제 정부형태보다는 대통령제 정부형태에서 더욱 심각하게 나타난다고 하겠다. 이는 달리 말하면, 제도적으로 의회의 소수파 또는 야당의 보호가 필수적임을 의미하는 것이라고 하겠다.

이런 점에서 제3자 소송담당을 반드시 입법적으로 반영하여야 할 것이다. 구체적으로는 독일 연방헌법재판소법 제64조가 규정한 바와 같이 ‘청구인과 청구인이 속한 기관’을 원용할 경우에는 무리 없이 해결될 수 있을 것으로 본다.

그러면 소극적 권한쟁의에 있어서도 제3자의 소송담당을 인정할

필요성이 있는가 하는 점이다. 소극적 권한쟁의가 청구인 자신에게 권한이 없음을 주장하는 것에 지나지 않으므로, 국가기관의 부분기관이 자신이 속한 기관에게 권한이 없음을 주장하면서 다른 국가기관이나 지방자치단체를 상대로 다룰 수 있도록 함이 바람직한 것으로 보기는 어렵지 않을까 한다.

따라서 이 역시 적극적 권한쟁의에서만 제3자 소송담당을 허용하는 것이 타당하지 않을까 한다.

마. 개정시안

제61조 제2항을 제3항으로 하고, 제2항을 신설한다. 아울러 제3항을 다음과 같이 한다.

제61조[청구사유] ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 국가기관 또는 지방자치단체가 다른 국가기관이나 지방자치단체에게 처분이나 부작위를 요청하였음에도 그 기관이나 지방자치단체가 이를 거부하거나 90일 이내에 아무런 결정의 통지를 하지 아니한 때에는 당해 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

③ 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

이는 소극적 권한쟁의의 법적 근거를 명시적으로 제시하고 당사

자적격의 요건, 심판청구를 위한 사전절차의 이행, 사전절차의 완료 여부의 확인기간 등을 제시하여 남소의 폐해를 방지하고 적극적인 권한쟁의와의 형평성을 맞추도록 하였다. 아울러 권한침해 등에 관해서는 적극적 권한쟁의의 구성요건으로 제한하고자 하였다.

다음, 제3자 소송당당은 엄격히 말하여 청구인적격의 문제라고 할 수 없으므로, 제62조에서 해결방안을 찾기보다는 제61조 제2항과 제66조 제2항에 규정된 “청구인”을 각각 “청구인이나 청구인이 속한 기관”으로 개정함이 바람직하다고 본다.

바. 개정안

제61조[청구사유] ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 국가기관 또는 지방자치단체가 다른 국가기관이나 지방자치단체에게 처분이나 부작위를 요청하였음에도 그 기관이나 지방자치단체가 이를 거부하거나 90일 이내에 아무런 결정의 통지를 하지 아니한 때에는 당해 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

③ 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에만 하여 이를 할 수 있다.

3. 제62조 권한쟁의심판의 종류

가. 현행조문

제62조(권한쟁의심판의 종류)

① 권한쟁의심판의 종류는 다음과 같다.

1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판

2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판

가. 정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판

나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다)간의 권한쟁의심판

3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판

가. 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판

나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판

다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판

② 권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 제1항 제2호 및 제3호의 당사자가 된다. <개정 1995. 8. 4>

나. 문제점

(1) 현황

우리 헌법과 헌법재판소법상 권한쟁의심판에는 크게 두 가지 유형이 존재한다. 그 하나는 동일한 법주체 내부의 기관 상호간의 권한분쟁으로서 본래의 의미의 기관소송이 있다. 여기에는 국가기관 상호간의 권한분쟁과 지방자치단체 내의 기관 상호간의 권한분쟁이 포함되는데, 전자는 헌법재판소의 관할로, 후자는 지방자치법상 대법원의 관할로 하고 있다. 다른 하나는 국가(기관)와 지방자치단

체간의 권한분쟁과 지방자치단체 상호간의 권한분쟁이 있다.

법 제62조 제1항은 권한쟁의심판의 종류를 규정하고 있지만, 실제에 있어서는 심판의 당사자를 규정한 것으로 파악되고 있다. 제1항 제1호는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 다툼으로 규정하고 있다. 이를 엄격하게 해석하여 종래 헌법재판소는 국회의 부분기관이 청구한 권한쟁의심판을 당사자적격이 결여되어 있음을 이유로 각하한 적이 있었는데, 근래에 들어서는 위 규정을 열거규정이 아닌 예시규정으로 파악하여 심판청구인으로서의 적격성을 인정한 적이 있다. 그런가 하면 제2호에는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 규정하면서 이를 구체화함에 있어 정부로 한정짓고 있다. 이로 인해 제1항 제1호의 정부와 제2호의 정부의 개념을 어떻게 해석하여야 할 것인가가 문제되고 있다. 그리고 제2호와 제3호에서는 지방자치단체로 규정하고 있을 따름이지 지방자치단체의 기관에 대해서는 아무런 언급이 없기 때문에 청구인으로서의 적격성을 인정할 수 있는가 하는 점이다.

그러면 이상의 문제점을 세부적으로 각각 검토하기로 한다.

(2) 제1항 제1호의 문제점

헌법 제111조 제1항 제4호의 국가기관 상호간의 권한쟁의는 우리 헌법이 국민주권주의와 권력분립의 원칙에 따라 주권자인 국민으로부터 나온 국가권력을 나누어 상호 견제와 균형을 유지하도록 권한을 분배한 대등한 권력행사기관 사이의 권한에 관한 다툼을 의미한다.²³⁶⁾ 그리고 국가기관 상호간의 권한쟁의심판은 헌법상의

236) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1결정 - 헌판집 7-1, 140.

국가기관 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있고 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우에 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 그 분쟁을 해결함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 국가권력의 균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 제도이다.²³⁷⁾

이에 의거하여 법 제62조 제1항 제1호는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 규정하고 있다.

이로 인해 이 규정을 열거규정으로 파악하여야 하는지 아니면 예시규정으로 파악하여야 하는지가 문제되었다. 달리 말하면 이들 국가기관 상호간에서 나타난 권한쟁의에 대해서만 허용되고 또 헌법재판소에서 판단되어야 하는지, 아니면 이들 기관 이외의 기관에 대해서도 허용되는지가 문제된 것이다.

또 이 규정을 예시규정으로 파악할 경우에는 어느 정도의 국가기관까지 허용할 것인가도 역시 문제되었다.

그러면 여기서는 이 조항과 관련한 판례를 살펴보고, 이들 국가기관 이외의 국가기관에 대해서도 심판청구인적격을 인정하여야 할 필요성과 인정할 경우 그 범위에 대해서도 아울러 검토하기로 한다.

(가) 관련 판례

1) 90헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의사건²³⁸⁾

헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호

237) 헌재 1998. 7. 14. 선고, 98헌라1결정(헌판집 10-2, 1)에서 재판관 조승형, 고종석의 의견 참조.

238) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1결정 - 헌판집 7-1, 140.

는 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 한정하고 있으므로, 그에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급 기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다. 따라서 국회의 경우 현행 권한쟁의심판제도에서는 국가기관으로서의 국회가 정부, 법원 또는 중앙선거관리위원회와 사이에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 국회만이 당사자로 되어 권한쟁의심판을 수행할 수 있을 뿐이고, 국회의 구성원이거나 국회 내의 일부기관인 국회의원 및 교섭단체 등이 국회 내의 다른 기관인 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.

2) 96헌라2 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의사건²³⁹⁾

가) 다수의견

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판”이라고 규정하고 있더라도 이는 한정적, 열거적인 조항이 아니라 예시적인 조항이라고 해석하는 것이 헌법에 합치되므로 이들 기관 외에는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 단정할 수 없다.

헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는지 여부는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여

239) 헌재 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2결정 - 헌판집 9-2, 154.

독자적인 권한을 부여받고 있는지, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 등을 종합적으로 고려하여야 할 것인바, 이러한 의미에서 국회의원과 국회의장은 위 헌법조항 소정의 ‘국가기관’에 해당하므로 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다.

우리 재판소가 종전에 이와 견해를 달리하여 국회의원은 권한쟁의심판의 청구인이 될 수 없다고 한 의견은 이를 변경한다.

나) 재판관 황도연, 정경식, 신창언의 반대의견

우리 재판소는 종전에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 국회의원이나 교섭단체는 권한쟁의심판의 청구인이 될 수 없다고 한 바 있는데, 그간 위 결정을 변경하여야 할 특별한 사정변경이 있었다고 볼 수도 없고, 이 사건 권한쟁의심판청구에 위 결정과는 다른 법리가 적용되어야 할 사유가 있다고 보기도 어려우므로 위 결정은 그대로 유지되어야 한다.²⁴⁰⁾

3) 정리

종래 헌법재판소는 법 제62조 제1항 제1호에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다고 볼 수밖에 없다고 하여 당사자능력의 범위를 엄

240) 같은 취지의 의견으로는 현재 1998. 7. 14. 선고, 98헌라1결정(헌판집 10-2, 1)에서 재판관 정경식, 신창언의 의견 참조. 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 기관 내의 각급 기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다고 볼 수밖에 없다. 그러므로 국회의 경우 현행 권한쟁의심판제도하에서는 국가기관으로서의 국회만이 당사자로 되어 권한쟁의심판을 수행할 수 있을 뿐이고, 국회의 구성원이나 국회 내의 일부기관인 국회의원 및 교섭단체 등이 권한쟁의심판을 청구할 수는 없다고 할 것이다.

격하게 축소하였다.

그러나 헌법재판소는 1997. 7. 16. 선고한 96헌라2결정에서 법 제 62조 제1항 제1호를 한정적, 열거적인 조항이 아니라 예시적인 조항으로 해석하는 것이 헌법에 합치된다고 판시하여 종전의 입장을 변경하고 당사자의 범위를 크게 확대하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 제4호의 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 그 기준을 제시하였다.

(나) 인정 필요성과 기준

종래 국가의사의 형성과정에서 차지하는 비중이 미미해 권한쟁의의 당사자능력이 부인되었던 다른 국가기관도 정치·경제의 상황변화에 따라 국가 내에서의 역할이 점차 증대되고 그 지위가 다른 국가기관과 대등해져 권한에 관한 다툼을 일으키게 되었다. 이에 관해 정치적인 해결책을 도모하였지만, 이것이 불가능하여 헌법해석에 의한 분쟁해결의 필요성이 생기게 된 것이다. 이러한 다툼에 대하여 헌법재판을 통한 해결의 길을 열어주기 위하여 당사자능력의 인정범위가 확대되게 되었다.

이러한 점을 적극적으로 반영하여 앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 제62조 제1항 제1호의 규정을 열거규정으로 파악하였으나, 현재는 예시규정으로 파악하고 있다.

그리고 그 구체적인 기준으로 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항

제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어 ① 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, ② 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 함을 제시하였다.

이러한 현실적인 움직임을 고려한다면, 위 조항을 개정할 필요성이 상대적으로 줄어든 것은 사실이지만, 그러나 소수의견은 아직도 위 조항을 열거규정으로 파악하여야 함을 고집하고 있다. 그러므로 불필요한 논란을 없앤다는 측면에서 입법으로 반영함이 바람직하다고 본다.

(다) 구체적인 인정범위

그러면 구체적으로 어느 정도의 범위에 대해 허용할 것인가가 문제된다. 국회나 정부에 대해 심판청구인으로서의 적격성을 인정함에 대해서는 의론이 없다. 다만 그 부분기관에 대해서 어느 정도의 범위까지 허용하여야 할 것인가가 의론이 될 따름이다. 그렇지만, 헌법기관인 헌법재판소, 법원 및 중앙선거관리위원회에 대해서도 적격성을 인정하여야 할 것인지에 관해서는 의론이 있고, 견해에 따라서는 정당에 대해서도 심판청구인으로서의 자격을 인정하여야 한다는 주장도 제기되고 있다.

그러면 이상에 관해 쟁점별로 검토하기로 한다.

1) 헌법재판소

현재 이 법 제62조 제1항 제1호에 예시된 국가기관에 헌법재판소는 제외되어 있다. 이와 관련하여 헌법재판소도 권한쟁의심판의

청구인이나 피청구인으로서의 적격성을 인정하여야 하는지가 의문이 되고 있다.

우선, 헌법재판소는 권한쟁의심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로 당사자가 될 수 없다는 견해²⁴¹⁾이다. 이 견해는 만약 법원과 헌법재판소간에 재판관할을 둘러싼 분쟁이 발생하더라도 권한쟁의심판으로 해결해서는 안된다는 것이다. 비교법적으로 살펴보면, 독일이 이에 해당한다고 하겠다. 연방헌법재판소법 제63조에서는 연방기관간의 쟁송에 관한 청구인과 피청구인으로는 연방대통령, 연방의회, 연방참의원, 연방정부 그리고 기본법이나 연방의회와 연방참의원의 직무규정상으로 고유한 권리를 부여받은 위의 기관의 부분기관만을 예시하고 있다.

다음, 헌법재판소도 국가기관인 이상, 비록 청구인으로서 적극적으로 작용하지는 않는다 할지라도, 피청구인으로서의 자격을 구태여 부인할 이유가 없다는 견해도 있다. 우리 나라의 경우 헌법소송과 행정소송의 관할획정이 용이치 아니하고 또 대법원과 헌법재판소의 관할경합이 심각하게 제기되고 있는 상황에서 스스로 아님을 적극적으로 주장하는 것이 바람직스러운 것인지 의문이 아닐 수 없다. 헌법재판소에게도 청구인적격을 인정하는 입법례로는 오스트리아와 스페인을 들 수 있다. 오스트리아의 경우에는 연방헌법 제138조 제1항 제b호에서 명시하고 있고, 이에 의거하여 헌법재판소법 제43조와 제46조에 권한쟁의의 당사자로 헌법재판소를 구체적으로 명시한 규정을 두고 있고, 제43조 제3항에서는 청구인의 개념에 대체하여 심판기록의 내용을 바탕으로 직권으로 쟁의발생을 인지하고 권한쟁의심판절차를 개시할 수 있도록 하고 있다. 스페인에

241) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1결정 - 헌판집 7-1, 140.

서는 헌법재판소법 제4조 제2항에 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 청구로 그의 관할권이나 권한의 흠결을 재판한다는 규정을 두어 이를 포괄적으로 명확히 하고 있다.

그런데 행정소송법상 기관소송에 있어 제3조 제4호에서는 기관소송의 보충성을 규정하고 있고, 같은 법 제45조에서는 법률로 정한 경우에 대해서만 기관소송을 제기할 수 있도록 하는 열기주의를 채택하고 있어 아직은 문제되지 않지만, 제45조의 문제점이 거듭 지적되고 있음을 볼 때, 경우에 따라서는 개괄주의로 개정될 필요성도 크다고 볼 것이므로, 이에 대한 대처도 필요하다고 본다. 개괄주의로 개정할 경우 권한쟁의심판의 대상에서 제외되는 모든 기관간의 다툼을 기관소송의 대상으로 할 수 있기 때문에, 불필요한 논란을 배제시킴이 바람직하다고 본다.

생각건대, 그렇지만 현재 헌법재판소가 결정으로 제시한 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에 있어 국가기관의 판단기준을 입법적으로 반영함을 전제로 할 경우에는 구태여 구체적으로 열거할 필요는 없지 않을까 한다. 그렇게 한다 할지라도 나중에 그 필요성으로 인해 헌법해석을 통해 명확히 할 기회가 있을 것이기 때문이다.

2) 법원

법원에 대해서도 청구인적격을 인정함이 바람직할 것인가 하는 점이다.

이에 관해 소극적인 견해는 대법원이 국가의사형성에 능동적으로 참여하는 것도 아니고 사법기관이 정치권력의 주체들과 직접 분쟁에 휘말려 들어가는 것은 바람직하지 않다는 측면에서 대법원을 배제하여야 한다는 입장이다. 이러한 입법례로는 독일을 들 수

있고, 연방헌법재판소법 제63조에서는 법원을 명시적으로 배제하고 있다.

그에 반해, 적극설은 이중적인 시각에서 접근하여 그 개연성을 인정한다. 즉 이론적으로는 대법원을 비롯한 각급 법원, 재판부, 개별 법관들도 모두 당사자가 될 수 있지만, 법원조직 내부에서의 권한분쟁은 심급제도라든가 사법행정적 위계질서에 의해 해결될 수 있을 것이기 때문에, 실질적으로 문제되는 경우는 거의 없을 것으로 본다. 그러나 사법 이외의 기관과의 사이에 권한분쟁이 발생한 경우에는 그 개연성이 인정될 수 있다는 견해이다.

법원에 대해 심판청구인적격을 인정하는 사례로는 오스트리아와 스페인을 들 수 있다. 특히 오스트리아의 경우에는 행정법원을 비롯한 각종 법원 상호간의 관계에서, 행정법원과 헌법재판소의 관계에서, 법원과 행정청의 관계에서 권한쟁의의 발생개연성을 폭넓게 인정하고 있다(오스트리아 연방헌법 제138조 제1항 제b호, 헌법재판소법 제42조, 제43조, 제46조 참조). 스페인 헌법재판소법 제59조 제3항에서는 ‘하원, 상원이나 일반 사법기관에 대해 정부가 또는 앞의 헌법기관 상호간이’ 당사자가 되었을 때의 권한쟁의를 규율하고 있다.

생각건대, 현행법상 명시하여 허용하고 있는 것을 단지 일부 국가에 대한 비교법적인 시각에서 배제의 필요성을 주장하고 있지만, 그것을 그대로 반영할 필요가 있는지는 의문이다. 또 앞으로 진전될 권한쟁의의 양태를 미리 제한해둘 이유는 없다고 본다.

3) 중앙선거관리위원회

중앙선거관리위원회에 대해서도 구태여 청구인적격을 부인하여

야 할 이유는 없다고 본다. 가령 선거관리와 관련하여 입법을 함에 있어 중앙선거관리위원회의 권한을 축소시키는 경우도 있을 수 있기 때문이다.

4) 정당

정당은 분명 국가기관이라 볼 수 없는데, 현재의 국가권력운용 실체를 볼 때 다수당을 매개로 하여 정부와 국회의 사실상의 권력 통합이 심각한 실정인바, 이와 관련하여 정당에게 권한쟁의심판의 청구인적격을 인정할 수 있으며, 자신의 권한침해가 아닌 자신이 소속한 국가기관의 권한침해를 다투는 이른바 제3자의 소송담당을 인정할 수 있을 것인가 하는 점이 문제된다.

이러한 문제가 제기된 요인은 의회주의와 민주주의가 발전되는 과정에서 정당국가적 경향이 강해짐에 따라 오늘날에는 입법과정에서 무시될 수 있는 소수자를 기관소송에 의해 보호할 필요가 생기게 되었고, 그에 따라 점차 의회내 소수세력과 정당에게도 권한쟁의의 당사자 능력을 인정하여야 할 필요성이 제기되었다는 점이다. 이러한 이유 때문에 독일 연방헌법재판소는 설립 초기부터 정당국가이론의 영향을 받아 정당이 헌법적 기능과 역할을 수행하는 범위 내에서 그의 권한쟁의 당사자능력을 인정하여 왔다. 이렇게 정당이나 교섭단체에 당사자능력이 인정한다는 것은 소수파가 권한쟁의에 의해 다수파의 전횡을 견제하는 방도를 마련하고, 정치적 문제라 할지라도 헌법의 해석에 의해 해결될 수 있는 경우에는 이를 모두 헌법소송화하는 가능성을 열어 준다는 데 큰 의미를 갖는다고 할 수 있다.

이와 관련하여 적극적인 견해는 헌법소원심판에 있어 정당이 기

본권의 주체로서 활동할 수 있는 공간이 많이 제약되어 있고, 정치적 성격의 분쟁이 헌법재판소에서 적극 다루어질 수 있는 점을 제시한다.

그러나 소극적인 견해는 정당이 현대 국가에서 차지하는 비중이 대단히 높음은 부인할 수 없지만, 정당을 국가기관으로 볼 수는 없다는 점을 제시한다.

독일의 경우에도 입법적으로 정당에 대해 청구인으로서 적격성을 인정한 것이 아니고, 단지 연방헌법재판소의 판례로 확립된 상태에 지나지 않는다.

공정설이 지적인 바와 같이 재판소원이 제외되어 있음에 따라 정당이 기본권의 주체로서 많은 제약을 받고 있음은 사실이지만, 그렇다고 해서 기본권의 존부 및 침해여부와 권한 내지 관할권의 존부나 범위에 관한 다툼을 동일선상에서 보기는 어려운 점이 있다고 하겠다.²⁴²⁾ 그리고 정당원이 국회의원의 자격을 지니고 있을 경우에는 사실상 그 국회의원이나 원내교섭단체 등을 통해서 권한의 다툼은 충분히 가능하다고 보여진다. 이런 시각에서 볼 때, 전술한 제3자의 소송담당이나 청구인적격을 정당에게 각각 인정할 필요성은 매우 적지 않을까 한다.

5) 각종 국가기관의 부분기관

각종 국가기관의 부분기관들에 대해서도 당사자적격을 인정할 경우 어느 범위까지 인정할 것인가가 문제된다. 이들 부분기관들이 권한쟁의를 제기할 수 있는 경우란 주로 그들이 국회나 지방자치

242) 독일에서의 연방기관의 권리나 의무의 침해에 관한 다툼에 있어 권리는 단지 주관화된 권한을 의미함에 지나지 않는다는 점에서 보면, 기본권의 주체가 권한쟁의를 제기하는 것은 제도의 회정을 어렵게 하는 결과를 초래할 수도 있을 것이다.

단체 등과의 대외적 관계에서 권한의 다툼이 있는 경우와 그들 상호간이라고 하더라도 독립적 이해관계를 가질 수 있고, 상호간 독자적 지위가 인정되는 경우에 한한다고 하여야 할 것이다.

그러면 여기서는 국회와 정부를 중심으로 살펴보기로 한다.

가) 국회의 부분기관

국회에서는 국회의장 및 국회부의장(헌법 제48조), 국회의원(헌법 제41조 제1항), 국회의 각 위원회(헌법 제62조), 국회 원내교섭단체(헌법 제41조, 제8조) 등이 독립한 헌법기관으로서 당사자능력을 가질 수 있다.

나) 정부의 부분기관

정부에서는 대통령(헌법 제66조), 국무총리(헌법 제86조), 국무회의(헌법 제88조) 및 국무위원(헌법 제87조), 행정 각부의 장(헌법 제94조) 등이 독립한 헌법기관으로서 당사자능력을 가질 수 있다. 다만 이와 같은 정부내 부분기관들간의 권한분쟁은 위계제적 행정조직의 상명하복관계에 따라 상급기관에 의해 조정되게 되고, 최종적으로 국무회의의 조정에 의하거나 대통령에 의해 자체적으로 해결될 수 있는 경우에는 권한쟁의가 허용될 수 없을 것이다.

그밖에 행정부에 소속되거나 직무상 독립성이 보장되는 감사원의 경우에는 당사자능력이 인정될 수 있을 것이다.

(3) 국가기관과 지방자치단체의 관계

제1항 제1호에는 국가기관 상호간의 권한쟁의를 규정하고 있고, 제2호는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 규정하고 있다.

여기서 제1호는 국가 내부의 기관 상호간의 권한쟁의를 규정한 것으로 그 본질상 자기소송의 성격을 인정할 수 있고 또 그렇게 규정한 것의 타당성을 인정할 수 있다. 그러나 제2호에서는 국가라는 법인격의 기관인 국가기관과 지방자치단체라는 법인격의 주체와의 권한쟁의를 규정하고 있다는 점이다.

이것은 헌법 제111조 제1항 제4호에서 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로 규정하고 있음에 따라 헌법재판소법을 제정하면서 이를 그대로 수용함으로써 그러한 결과가 초래된 것이다.

국가의 기관은 그 행위의 법적 효과의 귀속주체가 되지 못하고, 그 효과는 법인격의 주체로서의 국가에 귀속된다는 점에 주목할 때, 국가기관과 지방자치단체의 관계는 결국 국가와 지방자치단체의 관계라고 하겠다.

그러면 여기서 문제가 되는 것은 국가기관과 지방자치단체의 관계를 어떻게 이해하여야 하고 또 그것을 구체화하기 위해 정부와 광역자치단체간의 권한쟁의와 정부와 기초자치단체간의 권한쟁의로 규정하고 있는데, 이를 어떻게 조화적인 측면에서 해명하여야 할 것인가 하는 점이다.

이와 관련하여 몇 가지를 정립하기로 한다.

첫째로는 헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호 및 제62조 제1항 제2호에 규정된 ‘국가기관과 지방자치단체간’의 권한쟁의심판이라는 표현은 입법기술상 부적절한 것이라는 점이다. 이는 달리 말하면 헌법개정사항에 해당하기 때문에, 차후 헌법개정이 있을 경우에는 이를 바로 잡아야 함을 의미한다고 하겠다.

둘째로는 국가와 지방자치단체라는 법인격의 주체 모두 직접 행

위를 하지 못하고 그 기관을 통해서 행위를 할 수 있음을 인정하여야 한다는 점이다. 게다가 국가 내부에서는 물론이고 지방자치단체에서도 그 구성기관들 상호간에 항상 견해가 통일적으로 제시되는 것은 아니라는 점이다. 이는 국가라는 법인격의 기관과 지방자치단체라는 법인격의 기관에게도 경우에 따라서는 심판청구인으로서의 적격성을 보장할 필요성이 있음을 의미하는 것이다.

셋째로는 앞서 지적한 바와 유사하지만, 국가기관과 지방자치단체간에도 권한쟁의가 발생할 수 있지만, 국가기관과 지방자치단체의 기관간에도 권한쟁의가 발생할 수 있음을 전제로 하여야 한다는 것이다.

(4) 제1항 제1호의 ‘정부’와 같은 항 제2호의 ‘정부’의 관계

법 제62조 제1항 제1호에서는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에 있어 국가기관 중의 하나로서 정부를 예시하고 있고, 같은 항 제2호에서는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에 있어 다른 국가기관에 대해서는 아무런 언급이 없이 오직 정부만을 규정하고 있을 따름이다. 이로 인해 양자의 관계를 어떻게 파악하여야 할 것인지가 문제된다. 물론 보다 근본적으로는 전술한 바와 같이 법인격의 기관과 법인격의 주체와의 권한쟁의를 규정한 것이 적절한 것인지부터 문제된다고 하겠다.

국가라는 법인격의 주체에게 국가기관의 각종 행위에 따른 법적 효과가 귀속됨은 분명하다. 이를 명확하게 하기 위해 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제2조에 따라 법무부장관으로 하지 아니하고 단지 정부로 규정한 것으로 파악할 여지도 없지 않다.

그러나 정부나 국회와 같은 국가기관에게 제1항 제2호에서 규정

하고 있는 권한쟁의심판의 주체를 인정한다고 해서 그 법적 효과가 그 기관에게 귀속되는 것이 아니고 궁극적으로는 법인격의 주체인 국가에게 귀속된다고 하겠다. 그렇다고 한다면, 현실적으로 문제가 없는 것은 아니지만, 헌법개정을 통한 해결이 이루어질 때까지는 법률사항으로서의 해결책을 도모할 수밖에 없을 것이다.

다음으로는 제62조 제1항 제2호에서 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판을 구체화시킴에 있어 국가기관을 정부로 규정한 것을 어떻게 파악하며, 그 대안을 어떻게 모색하여야 할 것인가 하는 점이다.

이에 대해 국회, 법원 등의 내부기관의 행위가 귀속되는 전체로서의 국가를 정부가 대표하고, 지방자치단체의 장이 지방자치단체를 대표하는 것으로 해석하여 당사자능력에 관한 문제를 해결하려는 견해가 있다. 예를 들어 국회가 지방자치단체의 자치권을 침해하는 입법을 하는 경우에 지방자치단체는 정부를 상대로 이에 대한 권한쟁의심판을 제기할 수 있다는 것이다. 그러나 이 견해는 헌법의 명문규정에 반할 뿐 아니라, 국가조직법상 독자적 기능이 인정되는 기관의 독자적인 소송수행능력을 부인하게 되는 결함을 갖는다.

그에 반해 당사자가 될 수 있는 국가기관을 정부로 표기한 것은 예시적인 것에 불과하다는 견해가 있다. 이 입장에 따르면, 행정부 및 그 부분기관과 국회, 법원 등 여타 국가기관도 여기서의 당사자가 될 수 있다고 할 것이다.

생각건대, 제1항 제2호에서 이 규정에서 정부로 규정한 것은 예시한 것으로 파악함이 타당하다고 보여진다. 그렇다고 해서 이를 입법적으로 반영하지 아니하면, 불필요한 논란이 야기될 것이므로

이 역시 구체적으로 입법에 반영함이 타당하다고 본다.

(5) 제1항 제2호와 제3호의 지방자치단체와 그 기관의 주체성

(가) 문제의 소재

법 제62조 제1항 제2호와 제3호의 권한쟁의심판에 있어 단지 지방자치단체로만 규정하고 있는바, 이와 관련하여 지방자치단체의 기관에게도 청구인으로서의 적격성을 인정하여야 할 것은 아닌가 하는 점이 문제된다. 특히 동일한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의에 관해서는 행정소송법상 기관소송에 해당함에 대해서는 논의의 여지가 없지만, 국가기관과 지방자치단체의 기관간이나 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의에 대해서는 어느 기관에 의해 어떠한 절차로 처리하여야 할 것인가가 쟁점이 되고 있다.

(나) 관련판례 - 성남시와 경기도간의 권한쟁의사건²⁴³⁾

이 사건에서 헌법재판소는 피청구인인 경기도지사의 도시계획사업시행자지정처분은 도시계획법 제23조 제5항에 의한 청구인인 성남시의 권한을 침해하였으며, 피청구인의 위 처분이 무효임을 확인하는 결정을 선고하였다.

이 사건의 결정은 몇 가지 점에서 심판의 유형이나 심판청구인 적격과 관련하여 주목할만한 요소를 지니고 있다.

첫째로는 피청구인인 경기도지사가 직접처분을 한 대상은 청구인인 성남시의 권한에 속한다는 점이다.

둘째로는 이와 관련하여 신청인의 신청에 대한 반려처분의 주체와 시정명령의 불이행주체는 청구인인 성남시의 기관인 성남시장

243) 헌재 1999. 7. 22. 선고, 98헌라4결정 - 공보 37, 662.

이었다는 점이다.

셋째로는 피청구인이 직접처분을 한 근거는 행정심판법 제37조 제2항의 규정에 따라 이루어진 것으로, 이 사건은 지방자치단체인 청구인(성남시)과 국가기관인 재결청으로서의 피청구인(경기도지사) 사이의 권한쟁의사건이라는 점이다.

넷째로는 지방자치단체의 기관위임사무는 그 성질상 국가사무라 할 것이므로, 지방자치단체의 고유한 권한침해를 다룰 여지가 없다는 점이다.

다섯째로는 지방자치단체가 헌법이나 법률에 의해 부여받은 권한은 지방자치단체의 자치사무에 한정된다는 점이다.

이상을 바탕으로 몇 가지 입장을 정리하기로 한다.

첫째로는 이 사건은 법 제62조 제1항 제3호 다목에 따른 권한쟁의심판의 속성을 외형적으로는 띠고 있지만, 실제에 있어서는 지방자치단체인 청구인(성남시)과 국가기관인 재결청으로서의 피청구인(경기도지사) 사이의 권한쟁의사건으로서 법 제62조 제1항 제2호에 해당하는 것으로 파악하여야 한다는 점이다. 이것은 헌법 제111조 제1항 제4호와 법 제2조 제4호에서 폭넓게 규정한 권한쟁의심판의 유형을 법 제62조 제1항이 그것을 구체화시킴에 있어 오히려 발생개연성이 있는 모형을 충분히 포용하지 못한 한계를 드러내고 있음을 의미한다고 하겠다. 이는 달리 말하면 법 제62조 제1항이 제 기능을 충분히 발휘하지 못하고 있고 또 경우에 따라서는 그 종류를 제한함으로 인해 위헌의 논란을 불러일으킬 여지도 없지 않음을 의미하는 것이라고 하겠다.

둘째로는 이 사건에서 다툼의 대상이 된 것은 경기도지사의 직접처분이 청구인인 성남시의 권한침해문제이었다. 그러나 실제에

있어 문제가 된 다툼의 주체는 처분청으로서의 성남시장과 재결청으로서의 경기도지사이었다. 그런데 법 제62조 제1항 제3호 다목은 권한쟁의심판의 주체로서 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구를 제시하고 있고, 제2호 다목은 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 자치구를 제시하고 있다는 점이다. 이로 인해 국가기관과 지방자치단체의 기관간, 상이한 지방자치단체의 기관 상호간 또는 광역자치단체의 기관과 기초자치단체간의 관계에서 제기될 수 있는 권한다툼에 대해서는 어떻게 처리하여야 할 것인가에 대해 적절한 해결책이 입법적으로 마련되지 않으면 안되는 과제를 부과하였다고 하겠다.

(다) 학설

이 문제에 관해서는 두 가지 시각이 제시되고 있다.

먼저, 행정소송법 제3조 제4호는 기관소송을 국가 또는 공공단체의 기관 상호간의 다툼을 대상으로 하고 있는바, 이를 국가기관과 지방자치단체의 기관간이나 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의에도 적용할 수 있다는 입장이다. 이 견해는 기관소송을 동일한 권리주체 내부의 자기소송에 한정되는 것으로 보지 않고 다른 권리주체에 속하는 기관 상호간의 소송까지 포괄하는 것으로 보아 이러한 기관 상호간에 발생한 권한분쟁에 대해서도 기관소송이 가능하다는 것이다.

이에 반해, 서로 다른 권한주체에 귀속하는 기관간의 권한분쟁을 기관소송의 관할로 하는 것은 그 본질에 위반된다는 점, 그 권한다툼의 속성 자체가 헌법재판에 적합하다는 점 등에서 기관소송에 해당한다고 보기도 어렵고 또 권한쟁의심판의 관할로 보기도 어렵

다는 입장²⁴⁴)을 바탕으로 입법상 관할의 흠결이 발생하므로 입법론적인 개선이 필요하다는 견해가 있다.

이러한 형태의 권한분쟁을 기관소송의 관할로 할 경우 권한쟁의심판과의 관할의 충돌이 필연적으로 나타난다. 그리고 현행법상 권한쟁의심판의 대상으로 하기 위해서는 지방자치단체의 개념을 지방자치단체의 기관까지 포용하는 것으로 해석하여야 하는 한계를 초래하지만, 지방자치권의 제도적 보장이라는 헌법적 필요성이 크다고 하겠다. 아무튼 가장 이상적인 것은 입법적인 반영이라고 할 것이다.

다. 입법례

(1) 독일

(가) 기본법

제93조[연방헌법재판소의 관할] ① 연방헌법재판소는 다음의 사항을 재판한다.

1. 연방최고기관의 권리와 의무의 범위에 관한, 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규정에 의해 고유한 권리를 부여받은 기타 관계기관의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁에서의 기본법의 해석에 관해

3. 연방과 주의 권리와 의무에 관한 의견의 불일치에 있어, 특히 주에 의한 연방법의 집행이나 연방감독권의 행사에 있어

4. 다른 권리구제수단에 없는 경우에 연방과 주간, 주 상호간 또는 주 내부에서의 기타 공법상의 분쟁에 관해

244) 지방자치단체를 지방자치단체의 기관까지 포함하는 것으로 확장해석을 하면 가능하고 또 목적론적인 관점에서 그것이 가능하기는 하겠지만, 법해석에 있어 문리적 한계를 지나치게 어긋난 것이라는 점을 지적한다.

(나) 연방헌법재판소법

제13조[연방헌법재판소의 관할] 연방헌법재판소는 기본법에 규정된 다음의 사항에 관해 재판한다.

5. 연방최고기관의 권리와 의무의 범위에 관한, 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규정에 의해 고유한 권리를 부여받은 기타 관계기관의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁에서의 기본법의 해석에 관해(기본법 제93조 제1항 제1호)

7. 연방과 주의 권리와 의무에 관한 의견의 불일치에 있어, 특히 주에 의한 연방법의 집행이나 연방감독권의 행사에 있어(기본법 제93조 제1항 제3호와 제84조 제4항 제2문)

8. 다른 권리구제수단이 없는 경우에 연방과 주간, 주 상호간 또는 주 내부에서의 기타 공법상의 분쟁에 관해(기본법 제93조 제1항 제4호)

10. 주법률이 연방헌법재판소의 관할로 정한 주 내부에서의 헌법쟁송(기본법 제99조)

제63조[청구인과 피청구인] 연방대통령, 연방의회, 연방참의원, 연방정부 그리고 기본법이나 연방의회와 연방참의원의 직무규정상 으로 고유한 권리를 부여받은 위의 기관의 부분기관만이 청구인과 피청구인이 될 수 있다.

제68조[청구인과 피청구인] 연방에서는 연방정부만이, 주에서는 주정부만이 청구인과 피청구인이 될 수 있다.

제71조[청구인과 피청구인] ① 청구인과 피청구인은 다음과 같다.

1. 연방과 주간의 기본법 제93조 제1항 제4호에 따른 공법상 분쟁인 때에는 연방정부와 주정부로 한다.

2. 주 상호간의 기본법 제93조 제1항 제4호에 따른 공법상의 분

쟁인 경우에는 주정부로 한다.

3. 주 내부에서의 기본법 제93조 제1항 제4호에 따른 공법상의 분쟁인 경우에는, 주 최고기관과, 주헌법상 또는 주의 최고기관의 직무규정상 고유한 권리를 부여받은 주 최고기관의 부분기관이 소송물에 의해서 그의 권리나 관할에 직접적으로 관련된 때에는, 주 최고기관과 그 부분기관으로 한다.

② 제64조 제3항의 규정은 준용된다.

제73조[당사자] ① 주 내부에서의 헌법쟁송에는 주의 최고기관과, 주헌법상 또는 주 최고기관의 직무규정상 고유한 권한을 가진 최고기관의 부분기관만이 당사자가 될 수 있다.

② 제64조 제3항의 규정은 준용된다. 단, 주법이 달리 정한 경우에는 그러하지 아니한다.

(다) 정리

기본법 제93조 제1항 제1호와 연방헌법재판소법 제13조 제5호는 연방기관 상호간의 소송(기관소송)을 연방헌법재판소의 관할사항으로 하면서 연방헌법재판소법 제63조는 청구인과 피청구인을 연방 대통령, 연방의회, 연방참의원, 연방정부 그리고 기본법이나 연방의회와 연방참의원의 직무규정상으로 고유한 권리를 부여받은 위의 기관의 부분기관으로 하고 있다.

기본법 제93조 제1항 제3호와 연방헌법재판소법 제13조 제7호는 연방법의 집행과 연방감독권행사에 관해 관할사항으로 인정하면서, 연방헌법재판소법 제68조는 청구인과 피청구인을 각각 연방에서는 연방정부만이, 주에서는 주정부만이 될 수 있도록 규정하고 있다.

기본법 제93조 제1항 제4호와 연방헌법재판소법 제13조 제8호는

연방과 주간, 주 상호간, 또는 주 내부에서의 공법상 분쟁에 관해 연방헌법재판소의 관할로 하면서, 연방헌법재판소법 제71조는 청구인과 피청구인을 연방정부, 주정부 등으로 하고 있다. 그리고 주 내부에서의 기본법 제93조 제1항 제4호에 따른 공법상의 분쟁인 경우에는, 주 최고기관과, 주헌법상 또는 주의 최고기관의 직무규정상 고유한 권리를 부여받은 주 최고기관의 부분기관이 소송물에 의해서 그의 권리나 관할에 직접적으로 관련된 때에는, 주 최고기관과 그 부분기관으로 하도록 하고 있다.

그리고 기본법 제99조와 연방헌법재판소법 제13조 제10호는 주 법률이 연방헌법재판소의 관할로 정한 주 내부에서의 헌법쟁송에 관해 연방헌법재판소의 관할로 할 수 있음을 규정하면서, 당사자로는 연방헌법재판소법 제73조에 따르면, 주의 최고기관과, 주헌법상 또는 주 최고기관의 직무규정상 고유한 권한을 가진 최고기관의 부분기관으로 하고 있다.

(2) 오스트리아

(가) 연방헌법

제138조[권한쟁의, 권한확인] ① 헌법재판소는 다음의 권한쟁의에 관해 재판한다.

- a) 법원과 행정청간의 권한쟁의
- b) 행정법원과 다른 모든 법원간의 권한쟁의, 특히 행정법원과 헌법재판소간의 권한쟁의 및 일반법원과 다른 법원간의 권한쟁의
- c) 주 상호간의 권한쟁의 및 주와 연방간의 권한쟁의

② 헌법재판소는 연방정부 또는 주정부의 청구에 따라 입법행위나 집행행위가 연방의 권한이나 주의 권한에 속하는지의 여부를

확인한다.

제138조의a[제15조의a에 따른 합의에 관한 심판] ① 헌법재판소는 연방정부나 관계된 주정부의 청구로 제15조의a 제1항에 따른 합의가 존재하는지 여부와, 그것이 재산법상 청구권에 관한 것이 아닌 한, 그러한 합의로 인해 수반되는 책임이 주나 연방에 의해 이행되었는지의 여부를 확인한다.

② 제15조의a에 따른 합의가 인정되면, 헌법재판소는 관계된 주정부의 청구로 그러한 합의가 존재하는지의 여부와, 그것이 재산법상 청구권에 관한 것이 아닌 한, 그러한 합의로 인해 수반되는 책임이 이행되었는지의 여부를 확인한다.

제15조의a[연방과 주의 합의, 주 상호간의 합의] ① 연방과 주는 자신의 그 당시 효력범위 내의 사안에 관해 상호간에 합의를 할 수 있다. 연방의 명의로 합의를 한 것은 대상에 따라 연방정부나 연방장관에게 책임을 부과한다. 또 연방입법기관을 기속하는 합의는 국회의 승인으로 연방정부에 의해 결정된다. 거기서 국회의 의결에는 제50조 제3항이 합리적으로 적용되어야 한다. 그 합의는 연방법률공보에 공시되어야 한다.

② 주 상호간의 합의는 각자가 관할하는 효력범위 내의 사안에 대해서만 가능하고 연방정부는 지체없이 공시하여야 한다.

③ 국제법적인 계약법상 원칙은 제1항의 합의에 적용할 수 있다. 관계된 다른 주의 헌법이 동일하게 정하지 않은 한도에서, 제2항의 합의에도 준용된다.

(나) 헌법재판소법

제42조 ① 법원과 행정청(연방헌법 제138조 제1항 제a호)이 동일

한 사안의 재판을 청구하거나 또는 스스로 그 사안을 재판하였음(적극적 권한쟁의)으로 인해 발생한 권한쟁의의 심판청구는 본안에 대해 확정력있는 판결이 선고되지 아니한 때에만 제기될 수 있다.

② 청구는 당해 행정청이 권한쟁의에 관하여 공적인 통지를 받은 날로부터 4주의 기간 내에 연방 또는 주의 관할 최고행정청에 의해 제기되어야 한다.

제43조 ① 행정법원과 다른 법원이, 행정법원과 헌법재판소 자신이 또는 궁극적으로 일반법원과 다른 법원(연방헌법 제138조 제1항 제b호)이 동일한 사안에 대한 재판을 청구받음으로써 권한쟁의가 발생한 경우(적극적 권한쟁의), 아직 헌법재판소에 의해 또는 위의 법원에 의해 본안에 관해 확정판결을 선고하지 않았을 때에만, 헌법재판소는 단지 그러한 경우에 결정을 선고하여야 한다.

② 법원이 이미 본안에 관해 확정판결을 선고하였으면, 그 법원이 그에 관한 독점적인 관할권을 가진다.

③ 본안에 관해 아직 확정판결이 없는 경우에는, 헌법재판소는, 제1항에 열거된 법원의 신청구 또는 본안소송에 참가한 당해 행정청이나 당사자의 청구에 의하여든, 헌법재판소의 심판기록의 내용을 통해서든 간에, 쟁의의 발생을 인지하는 즉시, 권한쟁의심판의 절차를 개시하여야 한다.

④ 제3항에 규정된 행정청은 신청할 의무를 진다.

제46조 ① 동일한 사안에 대하여 법원과 행정청이, 행정법원과 다른 법원이, 행정법원과 헌법재판소가 또는 일반법원과 다른 법원(연방헌법 제138조 제1항 제a호, 제b호)이 관할을 회피함으로써(소극적 권한쟁의) 발생한 권한쟁의심판의 청구는 관련 당사자만이 제기할 수 있다.

제47조 ① 주 상호간 또는 주와 연방간의 권한쟁의(연방헌법 제 138조 제1항 제c호)가 주 상호간이 또는 주와 연방이 동일한 행정사안에서 처분권이나 결정권을 요구함으로써 발생하는 경우에는(적극적 권한쟁의), 관련된 정부는 심판을 청구할 수 있다.

② 심판을 청구하는 정부가 권한쟁의에 관해 공식적으로 인지하게 된 날로부터 4주의 기간 내에 심판을 청구하여야 한다.

제48조 소송절차에 관련된 자들은 제42조, 제43조 및 제47조에 근거한 권한쟁의의 경우에 심판청구의 자격이 있는, 이 법률상 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 행정청이나 법원에 청원을 할 수 있는 권능이 있다. 4주의 기간 내에 이 청구가 받아들여지지 아니하면, 당사자는 직접 헌법재판소에 그 다음 4주의 기간 내에 권한쟁의심판을 구하는 청구를 할 권능이 있다.

제50조 ① 주 상호간이 또는 주와 연방이 동일한 행정사안에서 처분권이나 결정권을 부인함으로써 권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항 제c호)가 발생한 경우에는(소극적 권한쟁의), 부인당한 당사자는 심판청구를 할 수 있다.

제53조 연방헌법 제138조 제2항의 심판청구는 입법이나 집행에 따른 사안이 연방이나 주의 관할권 내에 속한 것인지 여부를 확인을 구하는 것이어야 한다.

(다) 정리

오스트리아에서는 권한쟁의와 권한확인의 쟁송에 관해 크게 네 가지로 유형화하고 있다.

먼저, 법원과 행정청간의 권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항 제a호, 헌법재판소법 제42조 제1항)에서는 심판청구인을 연방 또는 주

의 관할 최고행정청으로 하고 있다.

둘째, 행정법원과 다른 모든 법원간의 권한쟁의, 특히 행정법원과 헌법재판소간의 권한쟁의 및 일반법원과 다른 법원간의 권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항 제b호, 헌법재판소법 제43조, 제46조)에 관해서는 권한쟁의의 성격에 따라 심판청구인을 달리 하고 있다. 즉 적극적 권한쟁의에 있어서는 위의 법원이나, 본안소송에 참가한 당해 행정청이나 당사자가 청구하거나 또는 헌법재판소가 직권으로 절차를 진행할 수 있도록 하고 있다. 그러나 소극적 권한쟁의에 있어서는 관련된 당사자만이 청구할 수 있도록 하고 있다.

셋째로는 주 상호간의 권한쟁의와 주와 연방간의 권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항 제c호, 헌법재판소법 제47조, 제50조)에 관해서는 권한쟁의의 성격에 따라 청구인을 달리 하고 있다. 즉 적극적 권한쟁의에 있어서는 관련된 주정부나 연방정부가 심판을 청구할 수 있고, 행정청이나 법원에 청원을 하였지만 그것이 받아들여지지 아니한 당사자들도 청구인적격이 인정된다. 소극적 권한쟁의에 있어서는 어떠한 행정사안에 관해 처분이나 결정을 요청하였지만, 그것이 부인된 당사자에게만 인정된다.

넷째로는 연방헌법 제138조에 따라 입법행위나 집행행위가 연방이나 주의 권한에 속하는지의 여부를 확인함에 있어 연방정부나 주정부가 심판을 청구할 수 있도록 하고 있다(헌법재판소법 제53조 참조).

(3) 스페인

(가) 헌법

제161조 ① 헌법재판소는 스페인 전체 영역에서 사법권을 가지

고 있으며 다음을 관할한다.

3. 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한분쟁에 관해

② 정부는 지방자치단체의 기관에 의해 의결된 조항과 결의를 헌법재판소에 취소청구할 수 있다. 이 청구로 인해 당해 규정이나 당해 결의의 효과는 정지된다. 헌법재판소는 5월 이내의 기간 안에 이를 인용하거나 이를 폐지하여야 한다.

(나) 헌법재판소법

제2조 ① 헌법재판소는 이 법이 정하는 바에 따라 다음의 사항을 관할한다.

c) 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 헌법상 권한의 쟁의

d) 헌법상 국가기관 상호간의 권한쟁의

제4조 ① 어떠한 경우에도 헌법재판소는 사법적인 관할권으로 인해 제소되지 않는다.

② 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 청구로 그의 관할권이나 권한의 흠결을 재판한다.

제59조 헌법재판소는 다음의 기관들이 당사자가 되었을 때, 헌법에 의해 직접적으로 부여된 권한이나 관할권에 관한 쟁의, 지방자치단체의 자치법률에 관한 쟁의 또는, 국가와 지방자치단체의 고유영역을 획정하는 조직법이나 개별법률에 관한 쟁의를 관할한다.

① 2개 이상의 지방자치단체에 대해 국가가, ② 2개 이상의 지방자치단체 상호간이, ③ 하원, 상원이나 일반 사법기관에 대해 정부가 또는 상술한 헌법기관 상호간이.

제60조 지방자치단체와 국가와의 사이에서의 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 정부 또는 지방자치단체의 집행기관에 의해 다음의 조항이 정한 형태로 심판청구될 수 있다. 소극적 권한쟁의는 관련된 자연인 또는 법인에 의해서도 심판청구될 수 있다.

제73조 ① 이 법 제59조 제3항에 규정된 헌법기관 중의 하나가 각자의 총회의 결의에 따라 다른 기관 중의 하나가 헌법 또는 조직법이 자신에게 부여한 관할권을 행사하고 있다고 판단하는 경우, 위 기관은 다른 기관이 부당한 권한행사를 했다는 사실을 알았을 때로부터 1월 이내에 이를 부당한 권한행사를 한 기관에게 통지하고 부당한 권한행사를 철회할 것을 요구한다.

② 통지를 받은 기관이 헌법과 법률에 위배되지 않고 관할권을 행사하고 있다고 확신하는 경우, 또는 통지를 받은 때로부터 1월 이내에 관할권행사의 시정조치를 취하지 않을 경우에는, 다른 기관이 부당하게 관할권을 행사했다고 판단하는 헌법기관이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구한다. 이를 위해 헌법기관은 침해된 규정을 지적하는 심판청구서를 제출해야 한다. 심판청구서에는 필요하다고 판단되는 모든 사실들을 증빙하는 증거들과 제1항에 규정된 사전조치를 필했다는 서류들을 첨부해야 한다.

(다) 정리

스페인에서는 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의와 헌법상 국가기관 상호간의 권한쟁의로 나누어 규정을 두고 있다.

전자에 관해서는 정부나 지방자치단체의 집행기관이 심판청구할 수 있고, 소극적 권한쟁의의 경우에는 이들 기관 뿐만 아니라 관련

된 자연인이나 법인도 청구할 수 있도록 하고 있다.

후자인 헌법상 국가기관 상호간의 권한쟁의에 관해서는 정부가 하원, 상원이나 일반 사법기관에 대해 또는 하원, 상원 또는 일반 사법기관 등이 다른 헌법기관에 대해 심판을 청구할 수 있도록 하고 있다.

(4) 이탈리아

(가) 헌법

1947년 헌법²⁴⁵⁾ 제134조 헌법재판소는 국가와 레종의 법률 및 법률적 효력을 가진 행위의 합헌성과 관련하여 의견의 불일치에 관해, 국가권력 상호간, 국가와 레종간 및 레종 상호간의 권한쟁의에 관해 그리고 헌법을 기준으로 국가대통령에 대한 탄핵에 관해 재판한다.

1948년 헌법²⁴⁶⁾ 제2조 레종이 국가의 어떠한 법률이나 법률적 효력을 가진 행위가 헌법에 의해 레종에 부여된 권한범위를 침범하였다고 판단하면, 레종은 레종위원회의 의결에 의거하여 법률이나 법률적 효력을 가진 행위의 공포 후 30일 이내에 헌법재판소에 위헌확인을 구하는 소를 제기할 수 있다. 레종의 법률이 위헌성 때문에(앞의 제1조와 헌법 제127조의 경우와 사례를 제외하고) 다른 레종의 권한을 침범하면, 이 법률에 의해 그 레종의 고유한 관할권이 침해되었음을 선언한다. 소송은 레종위원회의 의결에 근거하여 그 법률의 공포 후 60일 이내에 제기되어야 한다.

245) Verfassung der italienischen Republik; Staatsanzeiger v. 27. Dezember 1947, No. 298 (Sonderausgabe)

246) Verfassungsgesetz Nr. 1/1948 vom 9. Februar 1948(Legge Costituzionale 9 febbraio 1948, n.1) - 입법규범의 합헌성 심판절차와 헌법재판소의 독립 보장에 관한 규정

(나) 헌법재판소법²⁴⁷⁾

제37조 권한쟁의가 국가기관에 속하는 국가권력의 의지를 종국적으로 선언하는 것을 관할하는 기관들 사이에서 발생한 경우, 그리고 권한쟁의가 헌법규범에 의해 정해진 다양한 권력분배에 관련되는 경우, 국가권력 상호간의 권한쟁의는 헌법재판소에 의해 재판된다. 사법권의 영역에서 이들 문제에 관한 재판의 관할권을 규율하는 현행 규정은 영향을 받지 아니한다. 헌법재판소는 심판청구의 허용여부에 관해 구두심리 없이 결정으로 재판한다. 헌법재판소가 쟁의의 재판이 자신에게 귀속되는 쟁의에 관한 것으로 판단하면, 헌법재판소는 심판청구를 이유있는 것으로 선언하고 관련기관에게 송부를 명한다. 적용가능한 한도에서 제23조, 제25조 및 제26조의 규정은 준용된다.

제20조 후항의 경우를 제외하고, 관계 기관이 개별적으로 문제되는 것이 아니라면 상급법원에서 대리할 수 있는 자로 하여금 자유로이 직무를 수행하게 할 수 있다.

제39조 레종이 그의 행위로 인해 헌법에 의해 국가나 다른 레종에게 분배된 권한범위를 침해하면, 국가 또는 관련된 레종은 헌법재판소에 관할권문제의 규정에 대하여 심판을 청구할 수 있다. 마찬가지로 국가의 행위로 인해 권한범위를 침해받은 레종은 심판을 청구할 수 있다. 심판청구기간은 60일이다. 그 기간은 이의가 제기된 행위의 송달이나 공시한 때로부터 또는 심판을 청구한 자가 그 행위를 알게 된 시점으로부터 기산한다. 심판청구는 국가에서는 내각수반이나 그에 의해 특정된 장관에 의해, 레종에서는 레종위원회의 결의에 의거하여 레종위원회의 의장에 의해 제기된다.

247) Gesetz Nr. 87/1953 v. 11. März 1953; Legge 11 marzo 1953, n. 87

심판청구서에는 쟁의가 어떻게 해서 발생하게 되었는지를 진술하여야 한다. 심판청구서에는 권한범위를 침범한 행위와, 침해된 것으로 추정되는 헌법규정을 충분히 적시하여야 한다.

(다) 정리

이탈리아는 스페인과 마찬가지로 크게 국가권력 상호간의 권한쟁의와 국가와 레종간 및 레종 상호간의 권한쟁의로 나누어 규정을 두고 있다.

진자에 대한 심판청구권이 누구에게 있는가를 명확히 규정하지는 않고 있는 것으로 보이고, 후자에 대해서는 국가나 레종이 심판청구권을 가지지만, 구체적으로 청구할 수 있는 기관으로는 국가에서는 내각수반이나 그에 의해 특정된 장관을, 레종에서는 레종위원회의 결의에 의거하여 레종위원회의 의장을 제시하고 있다.

라. 개정방향

(1) 국가기관의 청구인적격 인정의 폭을 확대하고 명확한 법적 근거 마련

법 제62조 제1항 제1호에 규정된 국가기관을 정부, 국회, 법원 및 중앙선거관리위원회로 제시한 것을 종래에는 열거한 것으로 파악하였지만, 현재에는 이를 예시한 것으로 파악하고 있다. 그렇지만 아직도 소수의견은 이를 열거규정으로 파악하고 있다.

실제로 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 국가기관으로 국회와 정부에 대해서는 이론의 여지가 없지만, 법원, 헌법재판소 및 중앙선거관리위원회 등에 관해서는 의론이 있다. 그리고 국가기관의 부분기관으로서 당사자적격을 인정할 수 있는 기관으로는 ① 국회에

서는 국회의원, 국회의 각 위원회, 국회의장, 국회의 원내교섭단체 등을, ② 정부에서는 대통령, 행정부, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 감사원 등이 제시되고 있다. 아울러 정당에 대해서도 해석을 통해 국가기관으로 파악하여야 함을 주장하는 견해도 없지 않지만, 그 필요성을 인정하기는 어렵다고 본다. 특히 국회의원이나 국회의 교섭단체를 권한쟁의의 당사자로 인정할 경우에는 더욱 그렇다.

이상과 같은 기관들을 구체적으로 열거하는 것은 입법기술상 불편하다는 점을 감안한다면, 현행법상 규정된 국가기관들을 예시함과 아울러 헌법재판소가 결정으로 제시한 기준을 입법적으로 반영함도 유용하지 않을까 한다. 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어 ① 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부 ② 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 함을 제시하였다.

이 중 두 번째 요건은 심판청구가 이루어져 다툼의 대상이 되었을 때 심판청구의 적법여부를 판단하는 기준으로 고려되는 것이라는 점을 감안한다면, 첫 번째 요건인 ‘헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관’을 고려함이 좋지 않을까 한다.

이렇게 할 경우 국가기관의 부분기관들도 청구인적격을 인정할 수 있을 것이고, 그 구체적인 범위는 헌법재판소가 구체적인 사건을 심판하는 과정에서 법해석을 통해 확정할 수 있을 것으로 본다. 이와 관련하여 피청구인적격도 문제될 수 있을 것으로 보나, 이 역시 헌법재판소가 결정을 통해 확립하면 될 것으로 본다.

현재 구체적으로 예시된 “정부, 국회, 법원 및 중앙선거관리위원회”에 “등 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관”을 삽입함이 좋지 않을까 한다.

(2) 정부의 개념이 이중적으로 사용되는 혼란의 방지

법 제62조 제1항 제2호에서 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판을 구체화시킴에 있어 국가기관을 정부로 규정한 것이 문제되고 있다.

이에 관해 한정규정으로 파악하여 다른 국가기관이 권한쟁의의 상대방인 경우 정부가 이를 대신할 수 있도록 규정한 것으로 보는 견해도 없지 않다. 그런가 하면 이 규정은 예시규정으로 파악하려는 견해도 있다.

분명 불필요한 혼란이나 논란을 없애기 위해서는 이를 입법적으로 반영하여야 할 것이다. 이런 점에서 제62조 제1항 제2호에 규정된 “정부”를 “제1호의 국가기관”으로 개정함이 바람직할 것이다.

(3) 지방자치단체의 기관에게도 권한쟁의의 주체성 인정

법 제62조 제1항 제2호와 제3호에 각각 규정된 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판과 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판은 국가기관과 지방자치단체의 기관간 또는 상이한 지방자치단체에 속하는 기관간의 권한쟁의에 관해서는 포괄할 수 없는 한계가 있다는 지적이 강하게 제시되고 있다. 따라서 이를 구체적으로 입법에 반영함이 바람직할 것으로 본다.

구체적인 입법방안으로는 제62조 제1항 제2호와 제3호에 각각 “제1호의 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판”과

“서로 다른 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판”을 신설하여 법적 근거를 명확히 하는 것이다.

마. 개정시안

(1) 제1안

제62조의 제목을 “당사자의 특칙”으로 하고, 이 조를 다음과 같이 한다.

권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 권한쟁의심판의 당사자가 된다.

이는 권한쟁의심판의 종류를 제한하고 있는 제62조 제1항을 삭제함으로써 심판당사자를 범해석을 통해 판례를 형성하도록 하는 것이다. 특히 제62조 제1항은 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제2조 제4호의 국가기관을 부당히 제한하고 있는 한편, 지방자치단체를 그 종류대로 풀어쓴 것에 불과하다는 한계성을 지적한다.

이 방안은 나름대로의 타당성을 지닌다. 그러나 물론 헌법재판소가 구체적으로 권한쟁의심판의 당사자인 국가기관의 범위를 결정을 통해 확립하기는 하였지만, 이를 전면적으로 판례형성에 맡기도록 함은 불필요한 또 다른 갈등을 야기할 수 있다고 본다. 특히 행정소송법상 기관소송의 주체에 대해서도 논란의 여지가 많은 상황에서 이러한 형태의 입법이 바람직할 것으로 보긴 어렵지 않을까 한다.

(2) 제2안

제62조(권한쟁의심판의 종류) ① 권한쟁의심판의 종류는 다음과 같다.

1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판

가. 제1호의 국가기관과 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판

나. 제1호의 국가기관과 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다)간의 권한쟁의심판

다. 제1호의 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판

3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판

가. 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판

나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판

다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판

라. 앞의 각목에 규정된 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판

제1안과는 달리 제62조 제1항을 그대로 유지하면서 각호에 규정된 내용을 부분적으로 개정 또는 신설하는 것이다. 즉 제1호의 내용을 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판”으로 개정한다. 제2호 가목과 나목에 각각 규정된 “정부와”를 “제1호의 국가기관과”로 개정하고, 다목에는 “제1호의 국가기관과 지방

자치단체의 기관간의 권한쟁의심판”을 신설한다. 제3호에는 라목을 신설하여 “앞의 각목에 규정된 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판”을 규정한다.

이 방안은 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제2조 제4호를 입법적으로 구체화함과 아울러 헌법재판소로 하여금 판례형성의 여지를 남겨 놓은 것이라고 하겠다. 그리고 여기서 권한쟁의심판의 당사자인 국가기관을 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관으로 하면서도 ‘헌법상 국가기관’으로 한정하지 아니한 이유는 국가사무를 수행하는 지방자치단체의 기관을 포괄하기 어렵다는 한계로 인한 것이다.

바. 개정안

제62조(권한쟁의심판의 종류) ① 권한쟁의심판의 종류는 다음과 같다.

1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판
국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판
2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판
 - 가. 제1호의 국가기관과 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판
 - 나. 제1호의 국가기관과 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다)간의 권한쟁의심판
 - 다. 제1호의 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판
3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판
 - 가. 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판
 - 나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판

다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판

라. 앞의 각목에 규정된 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판

② 권한쟁의가 지방교육자치에관한법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 제1항 제2호 및 제3호의 당사자가 된다.

4. 권한쟁의심판과 행정소송을 포함한 법원의 재판과의 관할획정

가. 현행조문과 관련조문

(1) 현행조문

(가) 헌법재판소법

제2조[관장사항] 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
2. 탄핵의 심판
3. 정당의 해산심판
4. 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판
5. 헌법소원에 관한 심판

(나) 지방자치법

제157조[위법·부당한 명령·처분의 시정] ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여

서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반되는 것에 한한다.

② 지방자치단체의 장은 제1항의 규정에 의한 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

제157조의2 [지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령] ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 업무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다.

② 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.

③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 대한 이의가 있는 때에는 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

제159조 [지방의회 의결의 재의와 제소] ① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 내무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의를 요구받은 지방자치단체의

장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

④ 내무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.

⑥ 내무부장관 또는 시·도지사는 제5항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.

(다) 지방교육자치에 관한 법률

제38조[시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소] ① 교육감은 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육부장관에게 보고하고 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 재의요구를 하도록

요청받은 경우에는 그 시·도의회 또는 교육위원회에 재의를 요구하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 재의요구가 있을 때에는 그 시·도의회 또는 교육위원회는 재의에 붙이고 재적의원 또는 재적교육위원 과반수의 출석과 출석의원 또는 출석교육위원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 이를 교육부장관에게 보고하고 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다. 다만, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 교육감이 소를 제기하지 않은 때에는 교육부장관은 당해 교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의하여 재의결된 사항을 대법원에 제소할 경우 그 제소를 한 교육부장관 또는 교육감은 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

제50조[지휘·감독 등] ① 교육감은 국가의 사무로서 위임된 사무에 관하여는 교육부장관의 지휘·감독을 받는다.

② 교육부장관은 교육감의 명령 또는 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 저해한다고 인정될 때에는 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 그 명령 또는 처분을 취소하거나 그 집행을 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 대한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.

③ 교육감은 제2항의 규정에 의한 교육·학예에 관한 자치사무에 대한 명령이나 처분의 취소 또는 그 집행의 정지에 대하여 이

의가 있을 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

제50조의2[교육감에 대한 직무이행명령] ① 교육감이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 국가위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 교육부장관은 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.

② 교육부장관은 당해 교육감이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 시·도의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.

③ 교육감은 제1항의 이행명령에 이의가 있는 때에는 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 교육감은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

(2) 관련조문

(가) 행정소송법

제3조[행정소송의 종류] 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

4. 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

제45조[소의 제기] 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.

제46조[준용규정] ① 민중소송 및 기관소송으로서 처분 등의 취

소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.

② 민중소송 및 기관소송으로서 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.

③ 민중소송 및 기관소송으로서 제1항 및 제2항에 규정된 소송 외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

(나) 지방자치법

제98조[지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소] ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송받은 날로부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제159조 제3항의 규정을 준용한다.

(다) 지방교육자치에관한법률

제2조[교육·학예사무의 관장] 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무는 특별시·광역시 및 도(이하 '시·도'라 한다)의 사무로

한다.

나. 문제점

(1) 현황

헌법 제111조 제1항 제4호는 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있다. 이에 근거하여 법 제4절에서는 권한쟁의심판을 구체적으로 규율하고 있다.

그런가 하면 헌법 제101조는 사법권이 법원에 속함을 규정하고 있고, 행정소송법은 제1조에서 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 제정되었다. 이에 따라 행정소송법은 다양한 형태의 행정소송의 유형을 입법화하고 있다.

헌법재판소가 관장하고 있는 권한쟁의심판과 행정소송이 경합내지는 충돌될 수 있는 개연성이 대단히 큰 상태이다. 이를 해소하기 위해 행정소송법은 제3조 제4호에서 기관소송을 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송으로 개념규정지음과 아울러 그 단서에서는 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 기관소송의 대상에서 제외됨을 규정하고 있다. 이것은 기관소송의 보충성을 규정한 것이라고 하겠다. 즉 권한쟁의심판에 해당하는 사항은 원칙적이고 포괄적으로 헌법재판소의 관장으로 하고, 그 이외의 사항에 대해서만 행정소송법상 기관소송의 대상으로 하고 있음을 의미한다.

그렇지만 이러한 규정은 단지 권한쟁의심판과 기관소송의 관계에서 문제되는 것을 해결할 수 있을지 모르지만,²⁴⁸⁾ 항고소송이나

248) 그렇지만, 실제에 있어서는 기관소송과 권한쟁의심판의 경합이나 충돌을 근본적으로 해결한 것은 아니다. 이에 관해서는 후술하기로 한다.

당사자소송 및 민사소송 등에서 나타날 수 있는 관할의 경합이나 충돌을 근본적으로 해결하기는 어려운 형편이라고 하겠다. 게다가 1994. 3. 16. 개정된 지방자치법과 1995. 7. 26. 개정된 지방교육자치에 관한 법률은 권한쟁의심판과 충돌되는 내용으로서 대법원의 관할로 하는 지방자치소송을 명문으로 규정한 상태이다. 이로 인해 관할의 충돌문제는 근본적으로 재검토하지 않으면 안되는 중요한 문제로 부각되었다고 하겠다.

그러면 다음에서는 구체적인 관할경합의 내용을 살펴보기로 한다.

(2) 관할경합의 구체적인 내용

헌법재판소의 권한쟁의심판권과 일반 법원의 각종 재판관할권의 관계에 있어 구체적으로 관할의 경합이나 충돌이 야기되는 경우로는 다음과 같은 것을 지적할 수 있다. 첫째, 기관소송에 대한 관할권의 분배문제이다. 둘째, 지방자치단체가 국가기관의 감독작용에 대하여 불복하는 경우 대법원의 지방자치법상 재판관할권과 헌법재판소의 권한쟁의심판권간의 충돌 문제이다. 셋째, 국가와 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한 다툼을 대상으로 하는 헌법재판소의 권한쟁의심판권과 대법원의 행정소송관할권간의 경합 내지 충돌되는 문제이다. 그리고 넷째, 행정심판에 대한 권한쟁의의 가부 문제이다.

그러면 행정소송의 유형과 각종 쟁송별로 상호간 권한의 경합 내지 충돌의 개연성을 검토하기로 한다.

(가) 권한쟁의심판과 기관소송

행정소송법 제3조 제4호는 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에

서 권한의 존부 또는 그 행사에 다툼이 있을 때에 기관소송을 제기할 수 있도록 하고 그 관할을 행정법원으로 하고 있다. 이에 반해 헌법과 헌법재판소법은 국가기관 상호간의 권한쟁의를 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 그리고 헌법재판소의 관장사항으로 되는 것은 행정법원의 기관소송의 대상에서 제외되기 때문에(행소법 제3조 제4호 단서, 법 부칙 제8조 제2항 및 법 제2조), 법 제61조 제1항에 의한 국가기관 상호간의 권한쟁의심판과 행정소송법 제3조 제4호상의 기관소송과는 관할 구분의 문제는 원칙적으로 발생하지 않는다. 즉 권한쟁의심판을 통해 헌법재판소가 일차적이고 원칙적인 관할권을, 대법원은 기관소송을 통한 보충적인 관할권을 가짐을 의미한다.

그러나 문제는 법 제2조의 규정에 의한 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송이 아니면 기관소송의 관할이 될 수 있기 때문에, 법 제2조에 규정된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 어떻게 확정하는가에 따라 관할영역의 배분이 달라질 수 있게 된다는 점이다. 이 유형의 권한쟁의는 법 제62조 제2항 제1호에 구체적으로 예시되어 있다. 이것은 결국 이 조항의 의미를 어떻게 해석하여야 하는가 하는 점과 직결된다고 하겠다.²⁴⁹⁾

이에 관해 헌법재판소는 국회의장과 국회의원간의 권한쟁의사건에 대한 결정²⁵⁰⁾에서, 법 제62조 제1항 제1호는 한정적·열거적이 아니라 예시적인 것으로 해석하는 것이 헌법에 합치된다고 하였고, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 범위는 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제라고 하면서 ① 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고

249) 그러나 이에 관해서는 전술하였으므로 여기서는 더 이상의 논의를 생략하기로 한다.

250) 헌재 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2결정 - 헌판집 9-2, 154.

있을 것, ② 이러한 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없을 것이라는 기준을 제시하였다. 따라서 위 조항에 열거되지 아니하였더라도 이러한 기준에 해당하는 국가기관 상호간의 권한분쟁은 권한쟁의심판의 관할에 속하게 되고, 이러한 경우에 해당하지 아니하는 국가기관 상호간의 권한분쟁만이 기관소송의 관할영역에 해당하게 되었다.²⁵¹⁾

그리고 이 사건 결정의 소수의견과 같이 이 조항을 한정적·열거적인 것으로 해석하면 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의만이 권한쟁의심판의 대상이 되므로 이를 제외한 나머지 국가기관간의 권한분쟁은 기관소송의 관할이 될 수 있다. 다만, 이 견해에 따르면 행정소송법 제45조는 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 기관소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는데, 현행법상 그러한 입법이 없으므로 권한분쟁에 대한 사법적 해결에 보다 큰 흠결이 생기지 않을 수 없다고 하겠다.

행정소송법 제3조 제4호에 의거한 기관소송은 공공단체의 기관 상호간의 권한분쟁의 경우에만 인정된다. 현행법에 의하면 공공단체인 지방자치단체 내에서 지방자치단체의 장과 지방의회 사이의 기관소송(지방자치법 제98조 제3항 및 제159조 제3항) 및 교육감과 시·도의회 또는 교육위원회간의 기관소송(지방교육자치에 관한 법률 제38조 제3항)이 인정되고 있다.

(나) 권한쟁의심판과 항고소송

헌법 제111조 제1항 제4호에 의해 헌법재판소가 관장하는 국가

251) 예컨대 법률상의 수권에 의하여 설치된 국가기관간에 권한분쟁이 발생한 경우와, 헌법상의 국가기관간에 권한분쟁이 발생하였으나 이를 해결할 적당한 기관이나 방법이 있는 경우이다.

기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 헌법 뿐만 아니라 법률에 의하여 부여받은 권한에 관한 다툼도 포함된다(법 제62조 제1항 제2호). 한편 현행 행정소송법상 법원은 항고소송 및 당사자소송을 통하여 국가 또는 그 소속 행정청과 지방자치단체간의 공법상의 분쟁에 관하여 행정재판의 관할권을 행사하게 되므로, 국가(기관)과 지방자치단체 사이의 공법상의 분쟁에 관하여는 헌법재판소의 권한쟁의심판권과 일반법원의 행정재판권이 경합될 수 있고, 이 경우 양자의 결과가 충돌될 가능성이 있다.

지방자치단체도 항고소송의 원고가 될 수 있다는 것에 관해 법원의 판례는 아직 없지만, 학설상으로는 그 개연성이 인정된다. 이러한 입장에 의할 경우, 국가나 다른 지방자치단체의 처분이 법령에 위반된다고 볼 때, 지방자치단체는 그 처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있다. 한편, 국가나 지방자치단체가 어떠한 처분을 발한 경우 다른 지방자치단체는 그것이 자신의 헌법상 또는 법률상 권한을 침해한다는 이유로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수도 있다. 따라서 이 경우에는 권한쟁의심판과 행정재판이 중첩될 수 있고, 그 결과가 충돌할 수 있다.

위와 같은 상황은 사인이 제기한 항고소송에서 권한의 소재가 선결문제로 되는 경우에도 발생할 수 있다. 즉, 일반 사인이 국가 또는 지방자치단체가 발한 행정처분이 위법하다는 등의 이유로 행정법원에 그 취소 또는 무효확인을 구하는 항고소송을 제기할 수도 있는데, 이 경우 행정법원은 그 선결문제로서 당해 행정청에게 법률상의 권한이 있는지의 여부를 판단하여야 한다. 이 경우 다른 지방자치단체는 그 처분권한은 자신에게 있음을 주장하면서 자신의 헌법상 또는 법률상 권한의 침해를 이유로 헌법재판소에 권한

쟁의심판을 청구할 수 있다. 따라서 이 두 절차가 함께 진행되는 경우에는 권한의 존부에 관한 판단을 놓고 헌법재판소와 행정법원이 충돌하는 상황이 발생할 수 있다.

이와 같이 어떠한 분쟁이 헌법재판과 행정재판의 관할에 동시에 속할 경우, 이에 대한 조정장치는 필수적이라고 할 것이다.

(다) 권한쟁의심판과 당사자소송이나 민사소송

권한쟁의심판은 행정소송법상 당사자소송이나 민사소송과도 관할의 경합이 발생될 여지를 안고 있다. 특히 전술한 바 있는 이른바 소극적 권한쟁의를 인정할 경우 그 개연성은 더욱 커진다고 하겠다.

헌법재판소는 최근 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상금의 지급사무에 대한 권한이 청구인(지방자치단체) 또는 피청구인(국가) 중 누구에게 속하는가를 확정해달라는 심판청구사건²⁵²⁾에서 그 사건에서 문제되는 다툼은 “유효기간연장의 불허가처분으로 인한 손실보상금 지급권한의 존부 및 범위자체에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라, 그 손실보상금 채무를 둘러싸고 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계의 분쟁에 불과한 것으로 보인다”라고 판시하여 심판청구를 각하한 바 있다.

만약 헌법재판소가 이 사건의 결정에서 소극적인 권한쟁의로 파악하여 이를 인정하였을 경우에는 권한쟁의심판과 공법상 당사자소송이나 민사소송과의 관할경합은 필연적이었다고 보여진다.

252) 헌재 1998. 6. 25. 선고, 94헌라1결정 - 헌판집 10-1, 739.

(라) 권한쟁의심판과 지방자치소송

1) 지방자치법 제157조 제2항의 소송

지방자치법 제157조 제1항에 의거 국가기관(주무부장관) 또는 시·도지사가 지방자치단체의 (자치)사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정하여 내린 시정명령이나 처분의 취소 또는 정지조치에 대하여 이의가 있을 때에는, 지방자치단체의 장은 같은 조 제2항에 의하여 대법원에 제소할 수 있다. 이 소송은 지방자치단체가 국가의 하위 내부기관이 아닌 독자적인 공법인의 지위에서 국가를 상대로 제기하는 것이므로 기관소송이라고 할 수 없고, 항고소송의 성질을 가진다고 봄이 타당하다.

그러나 지방자치법 제157조 제1항에 의거하여 국가가 내린 자치사무에 관한 감독처분(시정명령이나 처분의 취소 또는 정지)이 지방자치단체의 자치권한을 침해하고 있다고 여겨지는 경우에 지방자치단체는 대법원에 제소하는 것과는 별도로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 따라서 이 경우에는 대법원과 헌법재판소의 판단 사이에 충돌이 발생할 가능성이 있다.

특히 이 경우 국가의 지방자치사무에 관한 감독처분 자체가 대부분 지방자치단체의 지방자치권을 침해할 소지가 있으므로, 이러한 다툼은 국가와 지방자치단체간의 전형적인 법적 분쟁으로서 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 따른 헌법재판소의 권한쟁의심판대상에 해당한다고 할 수 있다.

따라서 지방자치법 제157조 제2항은 헌법 제111조 제1항 제4호에 의한 헌법재판소의 권한쟁의심판관할권을 침해하게 되므로 위헌이라는 논란이 제기될 수 있다.

지방교육자치에 관한 법률 제50조 제2항도 이와 동일한 내용을 담고 있다.

2) 지방자치법 제157조의2 제3항의 소송

지방자치법 제157조의2 제1항에 의거하여 국가기관(주무부장관) 또는 시·도지사가 행한 국가위임사무 또는 시·도위임사무에 대한 직무이행명령에 이의가 있을 때에 지방자치단체의 장은 같은 조 제3항에 의거하여 대법원에 제소할 수 있다. 이러한 제소는 지방자치단체가 국가의 하위 내부기관의 지위에서 국가기관을 상대로 제기하는 것이므로 기관소송의 성격을 가진다. 그러나 형식적으로는 지방자치단체의 장과 주무부장관이나 광역지방자치단체의 장간의 권한쟁의의 속성을 지닌다고 하겠다.

지방교육자치에 관한 법률 제50조의2 제3항도 이와 동일한 내용을 담고 있다.

이와 관련하여 지적되어야 할 것은 전술한 자치사무에 관한 주무부장관이나 시·도지사에게 의한 감독처분이 지방자치권의 침해로 인한 권한쟁의심판이 될 수 있음에 따라 이를 권한쟁의의 대상으로 조정한다 할지라도, 그렇게 할 경우 사무의 유형에 따라 쟁송의 형태가 달라지게 되는 현상을 초래된다. 그런데 더욱 문제가 되는 것은 강학상 위임사무와 자치사무는 구분될지 모르지만, 실제에 있어 그 사무의 구분은 대단히 유동적이라는 점이다.

그리고 위의 경우 주무부장관 또는 상위 지방자치단체의 장의 직무이행명령이 국가위임사무에 관한 것이 아니라 하위 지방자치단체의 자치사무에 관한 것으로서 그 자치권한을 침해하게 된다면 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 따

라서 이 경우에는 행정소송과 권한쟁의심판이 경합될 수 있다.

3) 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항의 소송

지방자치법 제98조 제3항은 지방자치단체의 장과 지방의회간의 소송으로서 기관소송임에 분명하고, 같은 법 제159조 제3항, 지방교육자치에 관한 법률 제38조 제3항의 소송은 비록 행정자치부장관 또는 상급지방자치단체 혹은 교육부장관이라는 감독청의 재의요구가 매개되는 것이긴 하나 여전히 지방자치단체장과 지방의회간, 혹은 교육감과 시·도의회 또는 교육위원회간의 기관소송이라는 대체로 견해가 일치하고 있다.

4) 지방자치법 제159조 제4항의 소송

지방자치법 제159조 제4항은 행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체 의회에 의해 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있도록 하고 있다.

여기서 제소지시소송은 지방자치단체의 장이 행정자치부장관이나 시·도지사의 지시를 받아 당해 지방의회의 재의결 사항에 관해 대법원에 제소하여 다투는 것이므로, 실제에 있어서는 행정자치부장관이나 시도지사과 당해 지방의회간의 다툼으로 볼 수 있다.

그리고 직접제소에 의한 소송은 행정자치부장관이나 광역자치단체의 장이 당해 지방의회를 상대로 제기한 소송이다.

이런 점에서 본다면, 여기서의 사안은 국가기관과 지방자치단체의 기관간 또는 상이한 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의로 볼

여지가 없지 않다고 하겠다.

(마) 권한쟁의심판과 행정심판

지방자치단체의 사무 중 위임사무에 대해서는 처분청에 대한 재결청에 의한 행정심판을 통한 통제는 문제되지 않는다.²⁵³⁾ 그러나 고유사무(자치사무)에 있어 지방자치단체의 기관인 행정청이 일반국민에 대해 처분을 발하였을 경우 그로 인해 법률상 이익을 침해받게 될 경우에는 행정심판이나 항고소송을 제기할 수 있게 된다. 그런데 여기서 문제가 되는 것은 법률상 이익을 침해받은 국민이 행정심판을 청구하였을 경우이다. 처분청이 광역자치단체의 기관이건 기초자치단체의 기관이건 어느 쪽 모두 문제된다. 이때 처분청이 지방자치단체의 고유한 사무에 해당하는 사항에 관해 일반국민에 대해 처분을 발하였고, 이에 일반국민이 불복하여 행정심판을 청구하였고, 이에 재결청이 인용재결을 하였을 경우가 문제될 수 있다.²⁵⁴⁾ 이에 대해 처분청은 재결청의 재결에 대해 불복할 수 있는 방법이 차단되어 있다는 점이다.

최근에 있었던 성남시와 경기도간의 권한쟁의사건에서 쟁점은 지방자치단체의 고유사무에 대한 재결행위 자체가 지방자치권의 침해여부를 둘러싼 다툼이 아니었다. 오히려 인용재결의 대상이 되지 아니한 사항에 대한 직접처분을 통해 재결청이 권한없이 처분청의 권한을 침해한 것이 문제가 된 것이라고 하겠다.

253) 헌재 1999. 7. 26. 선고, 98헌라4결정 - 공보 37, 662(도시계획사업실시계획인가사무는 시장·군수에게 위임된 기관위임사무로서 국가사무라고 할 것이므로, 청구인의 이 사건 심판청구 중 인가처분에 대한 부분은 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 것으로서 부적법하다고 할 것이다.).

254) 만약 재결청이 행정심판의 청구에 대해 기각재결을 하였다면 문제되지 않는다. 이 경우 행정심판의 청구인은 항고소송을 제기하거나 그냥 포기할 것이기 때문이다.

(3) 경합이나 충돌의 해결원칙

이상에서는 헌법재판소와 법원과의 관할중복이 구체적으로 야기될 수 있는 개연성에 관해 검토하였다. 실제로 양 국가기관 사이에서 서로 판단이 달리 나타나는 경우가 발생하게 되면, 법적안정성이 파괴되고 통일적인 권한법질서의 정립이 어려울 것이다.²⁵⁵⁾ 또 그로 인해 국민에게는 엄청난 불편과 법적 혼란을 야기시킬 것이다. 이것은 결국 국가사법작용에 대해 국민의 불신을 가중시키는 요인으로 작용하게 된다. 이런 점에서 이에 대한 적절한 해결방안을 모색하지 않으면 안된다고 하겠다.

그러면 여기서는 그러한 경합이나 충돌을 해결할 수 있는 원칙에 관해 간략하게 제시하기로 한다.

(가) 기관소송의 자기소송으로서의 성격

행정소송법상 기관소송과 권한쟁의심판의 관할을 분배함에 있어 기관소송의 성격을 자기소송으로 규정지음을 바탕으로 행정소송법상 기관소송의 대상을 동일한 법주체의 기관 상호간의 권한분쟁과 동일한 법주체의 기관과 그 내부기관간의 권한분쟁으로 한정짓는 것을 전제로 하여야 한다.

그 이유는 기관소송의 개념을 그렇게 파악하질 아니하고, 외부적인 법률관계에 대해서까지 확대시켜 파악하게 되면, 도무지 통일적인 기준을 설정하기 어렵다는 점 때문이다.

(나) 진정한 헌법소송으로서의 국가기관 상호간 권한쟁의심판

기관소송을 위와 같이 파악할 경우 국가기관 상호간의 권한쟁의

255) 이런 점은 대법원이 헌법재판소가 선고한 한정위헌결정이나 헌법불합치결정을 준수하지 아니하고 판결을 선고함으로써 이미 야기된 바가 있다.

도 행정소송법상 기관소송의 관념으로 파악되어야 하겠지만, 이것은 이른바 진정한 의미의 헌법쟁송에 해당하고, 헌법 제111조 제1항 제4호에 명시적으로 규정하고 있음에 따라, 예외로 파악하여 그 대상에서 제외하여야 한다. 이런 점은 행정소송법 제3조 제4호 단서에 적절하게 규정되어 있다고 하겠다.

아울러 지적되어야 할 것은 법 제62조 제1항 제1호에 규정된 국가기관을 법문에 열거된 것으로 한정적으로 파악하여야 할 것이 아니고, 예시규정으로 이해해야 할 것임은 물론이고, 보다 구체적으로 국가기관의 개념을 정립할 필요성이 있다고 하겠다. 이는 이미 전술한 바 있으므로 더 이상의 논의는 생략하기로 한다.

(다) 행정소송법 제3조 제4호 단서의 보충성원칙

행정소송법 제3조 제4호 단서에 규정된 보충성의 원칙은 헌법 제111조 제1항 제4호로 인해 규정된 것이라고 하겠다. 이런 점에서 행정소송법상 기관소송과 국가기관 상호간의 권한쟁의심판의 대상영역을 확정하여 관할상 충돌이나 경합을 해결하기 위해서는 행정소송법상 기관소송의 보충성원칙을 기본적인 전제로 하여야 한다.

외형적으로는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의나 지방자치단체 상호간의 권한쟁의로 파악될 수 있을지 모르지만, 실제에 있어서는 위임사무의 경우 국가기관 내부의 권한쟁의로 파악될 여지도 없지 않다. 그러나 이에 대해서는 후술하기로 한다.

이런 점을 바탕으로 할 때, 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어 권한쟁의심판과 기관소송의 관할분배는 법 제62조 제1항 제1호의 규정을 좀더 구체화하거나 보완하는 형태로 고려되어야 할 것으로 본다.

현재 해석론에 따르면 위 호의 규정에 열거된 국가기관 이외의 기관들과의 권한쟁의에 있어서는 기관소송에 해당한다는 견해도 없지 않지만, 국가최고기관간의 정치적 평화를 보장하고 소수파를 보호한다는 측면에서 볼 때, 이에 대한 관할을 법률의 해석·적용 기관에 해당하는 대법원으로 하기보다는 헌법분쟁을 해결하는 기관인 헌법재판소로 함이 타당하다고 하겠다. 이에 대해서도 이미 앞에서 검토한 바 있으므로 생략하기로 한다.

(라) 지방자치단체의 기관에 대한 심판청구인적격의 인정

지방자치단체에 대해서만 권한쟁의심판의 주체성을 인정하고 있지만, 지방자치단체의 기관과 다른 기관, 예컨대 국가기관이나 상이한 주체의 기관과의 권한쟁의에 있어 지방자치단체의 기관에게도 심판의 주체성을 인정하여야만 한다. 그 이유는 지방자치단체에게는 심판의 주체성을 인정하면서도 그 기관이 다른 기관과의 권한쟁의에 대해서는 심판당사자로서의 자격을 인정하지 않게 되면, 불필요하게 복잡한 관할상의 문제를 야기시킬 수 있을 것이기 때문이다. 이렇게 함으로써 관할분배의 통일성을 확보할 수 있을 것이다.

지방자치법 제157조는 ‘지방자치단체’가 아니라 ‘지방자치단체의 장’의 처분에 대한 다툼과 ‘지방자치단체의 장’의 제소라는 규정형식을 취하고 있지만, 여기서 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 이익을 위하여 다투는 것이지, 지방자치단체의 일개 기관으로서의 자치단체장의 고유한 지위에서 다투는 것이 아니므로 이 다툼을 국가기관과 지방자치단체의 분쟁 내지 지방자치단체 상호간의 분쟁으로 보아야지, 국가기관과 지방자치단

체의 기관간의 분쟁으로 보거나 지방자치단체의 기관 상호간의 분쟁으로 보는 것은 적당치 않다는 견해도 있다.

이는 해석론상으로 쟁점을 명확하게 부각시키기 위한 것으로 보이고, 그 근본취지는 관할의 충돌이 야기되므로 이를 해소시켜야 한다는 차원에서 제기된 것으로 보여진다. 따라서 근본적인 문제해결은 지방자치단체의 장애제도 심판의 당사자로서의 자격을 인정하는 것이라고 하겠다.

(마) 권한쟁의가 행정소송 등에서 선결문제로 다투어지는 경우

국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 재판의 전제가 되어 선결문제로 다투어질 경우에는 헌법해석의 통일성을 확보하고 수평적 또는 수직적인 권력분립을 확보한다는 측면에서 구체적인 사건에 대해서는 각급 법원이 판단하지만, 선결문제로서 또는 재판의 전제가 된 권한의 존부나 범위에 관한 다툼에 대해서는 사건을 담당하는 법원이 헌법재판소에 제청하여 헌법재판소로 하여금 이를 일괄하여 다루게 함이 바람직할 것으로 본다.

(바) 지방자치단체의 사무를 기준으로 한 관할분배의 문제점

지방자치소송에 있어 지방자치단체의 사무를 기준으로 구분하게 되면, 위임사무의 경우에는 대법원이 관할하고 또 자치사무의 경우에는 헌법재판소가 관할하여야 하는 문제가 초래된다.

물론 현행 지방자치법이나 지방교육자치에관한법률이 대법원으로 규정한 바를 그대로 유지할 경우에는 위와 같은 문제점은 발생되지 않겠지만, 권한쟁의심판권과의 충돌로 인해 보다 근본적인 위

헌의 문제를 초래할 수 있게 된다.

실제에 있어 지방자치단체의 사무를 위임사무와 자치사무로 구분하는 것이 현실적으로 불명확하고, 지방자치단체의 사무별로 분쟁이 있을 경우 해결기관을 서로 다른 심판기관으로 할 경우 불필요한 혼란을 초래하게 된다.

그러므로 지방자치단체에게 권한쟁의심판의 청구인적격을 인정 한 헌법정신을 감안하여 지방자치소송의 경우에 있어 국가기관과 지방자치단체의 장 사이에, 광역자치단체의 장과 기초자치단체의 장 사이에, 국가기관과 지방의회간, 그리고 광역자치단체의 장과 기초자치단체의 의회간에서의 다툼에 대해서는 다툼의 주체에 관한 실질적 측면에 주목하여 일괄하여 헌법재판소에 권한쟁의심판으로 다룰 수 있게 함이 바람직할 것으로 본다.

다만, 지방자치법 제98조 제2항과 제159조 제3항에서의 다툼과 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항에서의 다툼은 비록 부분적으로 국가나 광역자치단체의 관여가 이루어지긴 하지만, 실질적·형식적 측면 모두에서 기관 상호간의 쟁송임에 따라 기관소송으로서의 성격을 존중하여 대법원의 심판권을 그대로 인정하여야 할 것이다.

(사) 기타

이 이외에도 행정소송법상 기관소송과 권한쟁의심판의 관할을 배분하는 방법으로는 헌법적 분쟁과 비헌법적 분쟁으로 구분하여 전자에 관해서는 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통해 관할하고, 비헌법적 분쟁 내지 공법상 분쟁에 대해서는 행정법원으로 하여금 관할하게 하는 방안을 고려할 수 있다. 그러나 이는 지방자치단체

가 제기하는 권한쟁의심판을 헌법이 명문으로 규정하고 있음에 따라 헌법개정을 전제로 하지 않는 한, 채택하기 어려운 방안이 아닌 가 한다.

아울러 지적되어야 할 것은 지방자치단체장의 법적 지위가 지방자치단체의 사무에 따라 달리 정해질 수 있다는 점과 지방자치단체의 권한과 지방자치단체장의 권한이 명확하게 확정되지 않은 상태라고 하는 점이다. 이에 대해 명확하게 학문적으로 체계화하여 이를 규범적으로 반영하여야 하는 것도 중요한 과제라고 하겠다.

아무튼 분쟁의 관할을 확정함에 있어 분쟁의 중요도에 따른 관할권의 분배가 가장 이상적이라고 하겠지만, 현재 헌법에 규정된 원칙을 기준으로 하여야 하는 한계성이 있다고 하겠다.

다. 입법례

(1) 독일 연방헌법재판소법

제33조 ① 연방헌법재판소는 다른 법원의 확인이나 재판이 자신의 재판에 중요한 경우에는 다른 법원에 계속중인 절차가 종료될 때까지 절차를 중지할 수 있다.

② 연방헌법재판소는 직권으로 진실을 조사할 수 있는 절차에서 선고된 확정판결의 사실확정을 그 재판의 기초로 삼을 수 있다.

(2) 오스트리아 헌법재판소법

제43조 ① 행정법원과 다른 법원이, 행정법원과 헌법재판소 자신이 또는 궁극적으로 일반법원과 다른 법원(연방헌법 제138조 제1항 제b호)이 동일한 사안에 대한 재판을 청구받음으로써 권한쟁의가 발생한 경우(적극적 권한쟁의), 아직 헌법재판소에 의해 또는 위의 법원에 의해 본안에 관해 확정판결을 선고하지 않았을 때에

만, 헌법재판소는 단지 그러한 경우에 결정을 선고하여야 한다.

② 법원이 이미 본안에 관해 확정판결을 선고하였으면, 그 법원이 그에 관한 독점적인 관할권을 가진다.

③ 본안에 관해 아직 확정판결이 없는 경우에는, 헌법재판소는, 제1항에 열거된 법원의 신청 또는 본안소송에 참가한 당해 행정청이나 당사자의 신청에 의하여든, 헌법재판소의 심판기록의 내용을 통해서든간에, 쟁의의 발생을 인지하는 즉시, 권한쟁의심판의 절차를 개시하여야 한다.

④ 제3항에 규정된 행정청은 신청할 의무를 진다.

⑤ 헌법재판소에서 심판절차가 개시되면, 권한쟁의의 결정이 있을 때까지 당해 법원에 계속중인 절차는 중단된다.

제47조 ① 주 상호간 또는 주와 연방간의 권한쟁의(연방헌법 제138조 제1항 제c호)가 주 상호간이 또는 주와 연방이 동일한 행정사안에서 처분권이나 결정권을 요구함으로써 발생하는 경우에는(적극적 권한쟁의), 관련된 정부는 심판을 청구할 수 있다.

② 심판을 청구하는 정부가 권한쟁의에 관해 공식적으로 인지하게 된 날로부터 4주의 기간 내에 심판을 청구하여야 한다.

③ 심판청구인인 정부는 즉시 관련된 정부에게 심판청구사실을 통지하여야 한다.

④ 헌법재판소에의 심판청구로 인해 종국적으로 행정관청에 계속중인 절차는 중단된다.

(3) 스페인 헌법재판소법

제61조 ① 권한쟁의의 대상은 국가기관이나 지방자치단체에 의해 행해진 규정, 결정 또는 각종 행위, 또는 그러한 규정, 결정 또

는 행위의 부작위이다.

② 규정, 결정 또는 행위와 관련하여 그러한 규정, 결정 또는 행위의 취소가 다른 법원에서 다투어지는 상태에서 제1항에서 제시된 방식의 권한쟁의가 계속중일 때에는 그 법원은 헌법쟁의의 재판이 있을 때까지 그 절차를 중지한다.

③ 헌법재판소의 재판은 모든 공권력을 기속하고 대세적인 효력을 가진다.

(4) 이탈리아 헌법재판소법

제37조 권한쟁의가 국가기관에 속하는 국가권력의 의지를 중국적으로 선언하는 것을 관할하는 기관들 사이에서 발생한 경우, 그리고 권한쟁의가 헌법규범에 의해 정해진 다양한 권력분배에 관련되는 경우, 국가권력 상호간의 권한쟁의는 헌법재판소에 의해 재판된다. 사법권의 영역에서 이들 문제에 관한 재판의 관할권을 규율하는 현행 규정은 영향을 받지 아니한다. 헌법재판소는 심판청구의 허용여부에 관해 구두심리없이 결정으로 재판한다. 헌법재판소가 쟁의의 재판이 자신에게 귀속되는 쟁의에 관한 것으로 판단하면, 헌법재판소는 심판청구를 이유있는 것으로 선언하고 관련기관에게 송부를 명한다. 적용가능한 한도에서 제23조, 제25조 및 제26조의 규정은 준용된다. 제20조 후항의 경우를 제외하고, 관계 기관이 개별적으로 문제되는 것이 아니라면 상급법원에서 대리할 수 있는 자로 하여금 자유로이 직무를 수행하게 할 수 있다.

라. 개정방향

현재 헌법재판소의 권한쟁의심판권과 대법원을 비롯한 각급 법

원의 재판권과의 관할중복을 없애기 위해서는 합리적으로 관할을 분배하여야 한다. 그러나 이에 대한 핵심적인 장애물은 헌법 제111조 제1항 제4호에 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판”을 규정하고 있다는 점이다.

이는 관할의 적절한 분배에 있어 한계로 작용함을 의미하는 것이라 할 수 있고, 관할의 조정에 관해서는 헌법개정을 전제로 하는 경우와 현행헌법을 전제로 하는 경우로 나누어 접근하여야 하는 당위성을 제공하는 것이라고 하겠다.

아울러 고려되어야 할 것은 헌법해석의 통일성을 확보하고 합헌적인 권한법질서를 유지시키는 방향을 선택하여야 한다는 점이다. 이는 헌법개정을 전제로 한다고 할지라도 반드시 고려되어야 할 요소라고 하겠다.

그러면 이상과 같은 시각에서 헌법재판소법과 관련법률의 개정 방향을 모색해보기로 한다.

(1) 현행 헌법체계를 전제로 하는 경우

(가) 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 재판의 전제가 된 경우

우선, 항고소송, 당사자소송 또는 민사소송 등에서 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 선결문제나 재판의 전제가 된 경우 이에 대해 사건담당법원이 헌법재판소에 그 심판을 제청하여 그 심판결과에 따라 재판하도록 하는 것이다.

현재 이와 같은 적극적인 입법례는 없는 것으로 보인다. 다만, 일반법원에서 관련된 사안이 계속중이거나 재판에 전제가 되었을 경우에는 그 법원은 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 재판을 정

지하도록 하고 있을 따름이다(스페인 헌법재판소법 제61조 제2항, 오스트리아 헌법재판소법 제43조 제5항 참조)

그리고 아울러 법 제41조 제1항에 규정된 위헌법률심판의 제청에 관한 절차를 원용하여 사건담당법원은 재판의 전제가 된 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있을 경우에는 소송당사자의 신청 또는 직권으로 제청을 할 수 있도록 하고, 사건담당법원은 그에 관한 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 재판을 정지하도록 하는 것이다.

만약 법원이 소송당사자의 신청에 대해 제청신청을 기각하거나 각하할 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항의 절차를 원용하여 소송당사자가 직접 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하는 방안을 모색하여야 할 것이다.

이상과 같은 내용을 규정함으로써 헌법과 법률상 규정된 권한의 분배와 관련하여 권한법질서를 유지하고 사법기관간 관할분배에 관한 헌법해석상의 혼란을 방지하는 효과를 가지게 된다. 또 경우에 따라서는 서로 관할권 없음을 주장하면서 금전급부의 부담을 회피하려는 국가기관이나 지방자치단체에 대해 이를 차단함으로써 국민의 기본권보장에 기여할 것으로 본다.

그리고 예컨대 일반국민이 행정처분의 신청을 하였지만, 처분청이 이에 대해 거부처분을 하거나 부작위를 하였을 경우 일반국민은 직근 상급행정청에 행정심판을 청구할 것이다. 그 청구에 따라 상급행정청이 인용재결을 하였고, 그에 의거하여 처분청이 인용재결의 취지에 따라 새로운 처분을 하였다. 그런데 이해관계인인 제3자가 그러한 처분이 자신의 법익을 침해하였음을 이유로 손해배상 청구를 하거나 항고소송을 제기하였을 때, 과연 처분청은 이에 대

해 손해배상책임을 저야 할 것인지 등의 문제가 제기될 수 있다. 이러한 사례에서 처분청과 재결청의 관계가 권한쟁의의 전제가 될 수 있을 것이다. 이는 지방자치의 활성화가 이루어지면 이루어질수록 심각한 쟁점으로 등장할 것으로 보여진다.

(나) 소극적 권한쟁의의 법적 근거 마련

권한쟁의심판과 일반법원에서의 소송에 있어 관할의 중복을 회피하는 방법으로 고려되어야 하는 것은 바로 소극적 권한쟁의를 폭넓게 인정하는 방안이다. 물론 이를 인정함으로써 또 다른 관할상의 중복을 초래하는 면이 없지 않겠지만, 이를 해소시키는 방법도 아울러 고려한다면, 크게 문제되지는 않을 것으로 본다. 소극적 권한쟁의에 관해서는 전술하였으므로 더 이상의 논의는 생략하기로 한다.

(다) 지방자치단체의 기관에게도 권한쟁의심판의 당사자로서의 지위 인정

현재 권한쟁의심판에 관해서는 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 다툼에 대해서만 허용하고 있지만, 이를 확대하여 국가기관과 지방자치단체의 기관간 및 서로 다른 지방자치단체의 기관 상호간의 다툼에 대해서도 권한쟁의의 심판사항으로 규율한다면, 종래 불명확한 채로 남아 있던 문제를 많은 부분 해소할 수 있을 것으로 본다. 이에 관해서도 전술한 바 있으므로 더 이상의 논의는 생략한다.

(라) 지방자치단체 이외의 공공단체에 대한 권한쟁의심판의 당사

자로서의 지위인정 여부

공공단체 중 지방자치단체 이외의 단체로는 공공조합, 공법상 영조물법인이나 공법상 재단 등을 들 수 있다. 지방자치단체에 관해서는 헌법에서 명시하고 있기 때문에 피치 못한 것이라고 하겠지만, 이들 단체에 대해 권한쟁의심판의 청구인적격을 인정하는 것은 그것을 정당화하기에는 어려운 점이 없지 않다고 본다.

그리고 이들 단체에 대해서는 행정소송법상 기관소송, 당사자소송이나 항고소송을 통한 권한다툼의 해결방안을 모색함이 타당하고 또 바람직하다고 본다.

(마) 지방자치소송의 관할권 조정

1) 지방자치법 제157조 제2항과 제157조의2 제3항, 지방교육자치에관한법률 제50조 제2항과 제50조의2 제3항

지방자치법 제157조 제2항이나 지방교육자치에관한법률 제50조 제2항은 지방자치단체의 자치사무와 관련하여 주무부장관이나 시도지사에 의한 권한침해 여부가 발생하는 것이므로, 이에 대한 개정이나 삭제는 필연적이라고 보여진다. 그렇지 않으면, 헌법 제111조 제1항 제4호에 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 한 것에 정면 배치되기 때문이다.

지방자치법 제157조의2 제3항이나 지방교육자치에관한법률 제50조의 제3항은 위임사무에 관한 것이기 때문에, 국가기관 내부의 관계로서 기관소송이나 항고소송적 성격이 강하다고 할 수 있다. 그러나 형식적인 측면에 주목할 때에는 권한쟁의심판으로서의 속성이 강하다고 하겠다. 게다가 지방자치단체가 처리하는 사무가 위임

사무인지 아니면 자치사무인지에 따라 쟁의를 관할하는 기관을 달리 하는 것은 자치단체로 하여금 불필요한 혼란을 가져올 여지가 적지 않다고 본다. 게다가 자치사무와 위임사무의 구분이 점차로 혼류되는 상황을 반영한다면, 혼란의 개연성은 높지 않을까 한다.

이상과 같은 점을 반영한다면, 법이론적으로는 예외로 파악하여 직무이행명령에 대해 다투는 것에 관해서도 법인격의 주체를 기준으로 해서 권한쟁의심판의 영역으로 체계화시킴이 바람직할 것으로 본다. 이는 입법자의 입법형성권의 영역에서 충분히 가능하고 또 헌법위반의 문제도 야기되지 않을 것이다.

2) 지방자치법 제159조 제4항, 지방교육자치에관한법률 제38조 제4항 지방자치법 제159조 제4항에 규정된 제소지시에 의해 지방자치단체의 장이 지방의회를 상대로 대법원에 제소하는 것과 행정자치부장관 또는 시도지사가 직접 제소를 하는 것은 권한쟁의심판과 충돌될 여지가 많으므로 이에 대한 적절한 해소방안을 고려하여야 할 것으로 본다. 이런 점은 지방교육자치에관한법률 제38조 제4항도 마찬가지이다.

여기서 문제될 수 있는 것은 지방자치법 제159조 제3항과 제4항에서는 각각 대법원과 헌법재판소로 심판기관을 이원화한 것이라고 하겠다. 이와 같이 심판기관을 달리 한 취지는 제3항의 경우, 물론 부분적으로 행정자치부장관이나 광역자치단체의 장이 관여되기는 하지만, 지방자치단체의 장이 당해 지방의회를 상대로 다투는 것이므로, 기관소송(Interorganstreit)의 속성을 지니고 있다. 그렇지만, 제4항의 경우 행정자치부장관이나 광역자치단체의 장이 직접 청구한 경우는 물론이고, 심판청구의 지시에 의한 경우는 당해 지

방자치단체의 장이 자율적으로 심판청구를 한 것이 아니고 그것은 대위소송적 성격이 강하다고 하겠다. 그러므로 기관소송보다는 상이한 법인격의 기관이 소송에 실질적으로 관여한 것으로 볼 수 있다. 게다가 자치의결권(지방자치권)의 침해여부 문제가 핵심적인 쟁점으로 부각될 것이다.

이상과 같은 점에서 지방자치법 제159조 제4항과 지방교육자치에관한법률 제38조 제4항의 제소지시에 의한 소송이나 직접제소소송을 헌법재판소에의 심판청구지시 또는 직접 헌법재판소에의 심판청구로 개정한다고 해서 심판기관의 이원화는 크게 문제되지 않는다고 하겠다. 이것은 어차피 광의의 사법기관을 이원화함으로써 나타나는 기관간 관할분배에 있어 일반적인 현상이라고 볼 수 있다고 하겠다. 마치 범규명령의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이, 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에는 헌법재판소가 관할권을 갖는 것과 같은 이치라고 보아야 하지 않을까 한다.

(2) 헌법개정을 전제로 한 개선방안

대법원을 비롯한 각급 법원의 재판권과 헌법재판소의 권한쟁의 심판권의 관할상 중복이나 충돌을 헌법개정을 통해 해소시키는 방안은 아주 다양하다고 본다. 그러므로 이를 구체적으로 제시하는 것은 일정한 한계가 있음을 인정하지 않을 수 없다.

다만, 일부의 견해가 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관해서는 헌법재판소의 관할사항에서 배제하고 법원의 관할권을 확대함이 바람직하다는 것이므로, 이는 헌법개정사항에 해당되므로, 이를 언급하는 정도로 구체적인 개선방안을 모색하는 것을 대체하기로

한다.

마. 개정시안

(1) 법원의 제청에 의한 권한쟁의심판

이에 관해서는 명문의 규정이 없으므로 다음과 같이 신설한다.

제61조의2[재판의 전제성] ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 있어 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 재판의 전제가 된 때에는 당해사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제청한다.

② 제1항의 규정에 의한 권한쟁의심판의 제청신청이 기각이나 각하된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

이를 통해서 항고소송, 당사자소송 또는 민사소송 등에서 선결문제로 야기될 수 있는 관할의 충돌이나 중복을 회피할 수 있을 것으로 본다.

이를 구체화시키기 위해서는 부수적으로 절차적인 보완규정이 다수 신설하여야 할 것으로 보여진다.

우선, 권한쟁의심판이 제청된 구체적 사건의 재판의 정지에 관해서는 제61조의2에 제3항을 다음과 같이 신설한다.

제61조의2[재판의 전제성] ③ 법원이 권한쟁의심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 제42조를 준용한다.

다음, 이 절차는 법원의 제청이나 당해사건의 소송당사자의 청구에 의해 권한쟁의심판절차가 진행되는 것이므로, 관련 국가기관, 지방자치단체 또는 지방자치단체의 기관을 그 절차에 참가시켜야

할 필요성은 대단히 크다고 보여진다. 이러한 점을 감안하여 행정소송법 제17조에 규정된 행정청의 소송참가에 관한 규정을 원용하여 제61조의3을 다음과 같이 신설한다.

제61조의3[심판에의 참가] ① 헌법재판소는 제61조의2에 따른 심판절차를 진행함에 있어 국가기관 또는 지방자치단체 및 그 기관을 권한쟁의심판에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 그 기관이나 단체의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 기관이나 단체를 심판에 참가시킬 수 있다.

② 헌법재판소가 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 제청법원 및 당해 사건의 소송당사자의 의견을 물어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의해 심판에 참가한 기관이나 단체에 대하여는 민사소송법 제70조의 규정을 준용한다.

셋째, 법원이 제청하는 경우에 있어 권한쟁의심판의 제청서나 당해사건의 소송당사자가 청구하는 심판청구서의 기재사항에 관해서는 제64조의2를 신설하여 제1항에는 제청서의 기재사항을, 제2항에는 청구서의 그것을 각각 신설하여 규정한다.

제64조의2[기재사항] ① 제61조의2 제1항의 규정에 의한 심판제청서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 제청법원의 표시
2. 사건 및 당사자의 표시
3. 권한의 존부나 범위에 관한 다툼의 주체인 국가기관 또는 지방자치단체나 그 기관
4. 권한의 존부나 범위에 관한 다툼의 대상이 된 내용과 이유
5. 기타 필요한 사항

② 제61조의2 제2항의 규정에 의한 심판청구서에는 다음 사항을

기제하여야 한다.

1. 청구인 및 대리인의 표시
2. 사건 및 당사자의 표시
3. 제1항의 제3호 내지 제5호

넷째, 소송당사자의 청구에 따른 권한쟁의심판의 청구기간은 법 제68조 제2항에 따른 청구기간을 원용하여 제63조에 제3항을 신설한다.

제63조[청구기간] ③ 제61조의2 제2항의 규정에 의한 권한쟁의심판은 심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.

다섯째, 소송당사자의 청구에 따른 권한쟁의심판에 있어 기타 다른 상세한 내용은 권한쟁의심판에 달리 규정된 경우를 제외하고는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 절차를 준용하도록 한다. 이에 관해서는 제61조의2에 제4항을 신설하여 다음을 규정한다.

제61조의2[재판의 전제성] ④ 제2항의 절차에는 제70조, 제71조 제3항, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조 제7항을 준용한다.

(2) 지방자치법 제157조 제2항과 제157조의2 제3항, 지방교육자치에 관한 법률 제50조 제2항과 제50조의2 제3항

(가) 제1안

지방자치법 제157조 제2항과 제157조의2 제3항에 각각 규정된 “대법원에 소를 제기할 수 있다.”를 “헌법재판소에 심판을 청구할 수 있다.”로 각각 개정한다.

지방교육자치에 관한 법률 제50조 제2항과 제50조의2 제3항에 각각 규정된 “대법원에 소를 제기할 수 있다.”를 “헌법재판소에 심판

을 청구할 수 있다.”로 각각 개정한다.

(나) 제2안

지방자치법 제157조 제2항, 같은 법 제157조의2 제3항, 지방교육자치에 관한 법률 제50조 제2항과 같은 법 제50조의2 제3항을 삭제한다.

이런 경우 집행정지신청에 관해서는 헌법재판소법 제65조의 가처분규정을 적용하면 해소될 수 있으므로 이 방안도 크게 문제되지 않을 것으로 본다.

(다) 평가

제1안으로 할 경우 헌법재판소법에 규정된 권한쟁의심판과는 별도의 절차를 지방자치법이나 지방교육자치에 관한 법률이 허용하는 것으로 파악될 수 있다. 이런 점에서 제1안보다는 오히려 제2안이 바람직하지 않을까 한다.

(3) 지방자치법 제159조 제4항, 제5항 및 제6항

지방자치법 제159조 제4항의 “당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.”를 “당해 지방자치단체의 장에게 헌법재판소에의 심판청구를 지시하거나 직접 심판청구를 할 수 있다.”로 개정하고, 제5항의 “제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.”를 “제4항의 규정에 의한 심판청구의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자

치단체의 장은 그 지시를 받은 날부터 7일 이내에 심판을 청구하여야 한다.”로 개정하며, 제6항의 “직접 제소할 수 있다.”를 “직접 헌법재판소에 심판을 청구할 수 있다.”로 각각 개정한다.

집행정지신청의 문제는 헌법재판소법 제65조의 가치분규정을 적용하면 해소될 수 있으므로 문제되지 않을 것으로 본다.

(4) 지방교육자치에 관한 법률 제38조 제3항과 제4항

지방교육자치에 관한 법률 제38조 제3항의 “교육부장관은 당해 교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다.”를 “교육부장관은 당해 교육감에게 헌법재판소에의 심판청구를 지시하거나 직접 심판청구를 할 수 있다.”로 개정하고, 제4항을 삭제한다.

제4항은 집행정지신청을 규정하고 있지만, 이 문제는 헌법재판소법 제65조의 가치분규정을 적용하면 해소될 수 있으므로 문제되지 않을 것으로 본다.

바. 개정안

제61조의2, 제61조의3, 제64조의2, 제63조 제3항을 각각 다음과 같이 신설한다.

제61조의2[재판의 전제성] ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 있어 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 재판의 전제가 된 때에는 당해사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제청한다.

② 제1항의 규정에 의한 권한쟁의심판의 제청신청이 기각되거나 각하된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

③ 법원이 권한쟁의심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 제42조를 준용한다.

④ 제2항의 절차에는 제70조, 제71조 제3항, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조 제7항을 준용한다.

제61조의3[심판에의 참가] ① 헌법재판소는 제61조의2에 따른 심판절차를 진행함에 있어 국가기관 또는 지방자치단체 및 그 기관을 권한쟁의심판에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 그 기관이나 단체의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 기관이나 단체를 심판에 참가시킬 수 있다.

② 헌법재판소가 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 제청법원 및 당해사건의 소송당사자의 의견을 물어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의해 심판에 참가한 기관이나 단체에 대하여는 민사소송법 제70조의 규정을 준용한다.

제64조의2[기재사항] ① 제61조의2 제1항의 규정에 의한 심판 제청서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 제청법원의 표시
2. 사건 및 당사자의 표시
3. 권한의 존부나 범위에 관한 다툼의 주체인 국가기관 또는 지방자치단체나 그 기관
4. 권한의 존부나 범위에 관한 다툼의 대상이 된 내용과 이유
5. 기타 필요한 사항

② 제61조의2 제2항의 규정에 의한 심판청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 청구인 및 대리인의 표시
2. 사건 및 당사자의 표시
3. 제1항의 제3호 내지 제5호

제63조[청구기간] ③ 제61조의2 제2항의 규정에 의한 권한쟁의심판은 심판의 제청신청이 기각 또는 각하된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.

지방자치법 제157조 제2항, 같은 법 제157조의2 제3항, 지방교육

자치에 관한 법률 제50조 제2항과 같은 법 제50조의2 제3항을 삭제한다.

지방자치법 제159조 제4항의 “당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.”를 “당해 지방자치단체의 장에게 헌법재판소에의 심판청구를 지시하거나 직접 심판청구를 할 수 있다.”로 개정하고, 제5항의 “제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.”를 “제4항의 규정에 의한 심판청구의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 그 지시를 받은 날부터 7일 이내에 심판을 청구하여야 한다.”로 개정하며, 제6항의 “직접 제소할 수 있다.”를 “직접 헌법재판소에 심판을 청구할 수 있다.”로 개정한다.

지방교육자치에 관한 법률 제38조 제3항의 “교육부장관은 당해 교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다.”를 “교육부장관은 당해 교육감에게 헌법재판소에의 심판청구를 지시하거나 직접 심판청구를 할 수 있다.”로 개정하고, 제4항을 삭제한다.

5. 제63조 청구기간

가. 현행조문

제63조(청구기간) ① 권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.

② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

나. 문제점

(1) 지나친 제소기간의 제한

현재 권한쟁의심판의 청구기간은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일, 그 사유가 발생한 날로부터 180일로 규정하고 있다. 그런데 행정소송법상 취소소송의 제기기간은 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 처분 등이 있는 날로부터 1년 이내에 제기할 수 있도록 하고 있다. 그런가 하면 헌법소원심판의 청구기간도 위와 같이 개정안에 제시되어 있다.

권한쟁의심판에 있어서도 행정소송이나 헌법소원심판과의 형평성을 고려하여 위와 동일한 기간으로 심판청구기간을 늘려야 할 것이다.

(2) 정당한 사유가 있는 경우

원래 심판청구기간은 불변기간이지만, 심판청구를 지체한 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간을 산정함에 있어 반영할 필요성이 있다고 본다.

(3) 처분의 무효확인이나 부작위의 위헌 등의 확인에 대한 청구기간의 제한

청구인이 자신의 권한을 침해하였거나 침해할 우려가 있는 피청구인의 처분 또는 부작위를 다투면서, 다투어진 처분의 취소나 무효확인을 구할 수 있도록 함에 있어 법 제63조는 심판청구기간을 제한하고 있다.

그런데 행정소송에 있어 이 기간은 항고소송의 경우 취소소송의 제소기간과 같은 취지로 규정한 것으로 보이지만, 무효등확인소송

이나 부작위위법확인소송에 있어서는 이러한 제소기간의 제한이 없다는 점이다. 만약 헌법재판소에 처분의 무효확인이나 부작위에 대해 위헌 등의 확인을 구하려고 하는 경우 심판청구기간을 제한하려 한다면, 그것은 행정소송과의 형평성문제를 야기시킬 것으로 본다.

그렇다고 한다면, 권한쟁의심판에 있어서도 처분의 무효확인을 구하거나 부작위의 위헌이나 위법확인을 구하는 경우에 있어서는 심판청구기간에 관한 규정을 적용하여서는 안될 것이다.

이렇게 할 경우 법 제67조 제2항에 규정된 “그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.”와의 부조화문제가 야기될 수 있다고 본다. 그러나 이 규정의 취지는 단지 이미 발생한 효력에 대해서는 그대로 인정하지만, 그러한 결정 이후에는 그 효력을 주장하여서는 안됨을 의미하는 것에 지나지 않는다고 하겠다. 다시 말하면, 처분의 상대방은 청구인 이외의 제3자를 의미하는 것이고, 이미 성립한 기존의 권한법질서를 부인할 경우 법적 불안정성이 심각하게 야기되므로 이를 방지하기 위한 것으로 보아야 할 것이다.

다. 개정방향

첫째, 권한쟁의심판의 청구기간을 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내로 확대한다.

둘째, 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간의 연장이 가능하다고 보아야 한다. 이를 입법적으로 명확히 한다.

셋째, 처분의 무효확인이나 부작위의 위헌 또는 위법확인을 구하는 심판청구에 대해서는 청구기간의 제한을 두지 아니한다.

넷째, 구체적인 소송사건에서 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 재판의 전제가 되어 사건담당법원에 권한쟁의심판 제청신청을 하였지만, 법원이 이를 기각하거나 각하한 경우에 그 신청을 한 소송당사자로 하여금 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 함에 따라(개정안 제61조의2 제2항 참조), 소송당사자가 심판을 청구할 수 있는 기간을 명시하기로 한다. 그 기간은 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판과 동일하게 14일로 한다.

라. 개정안

제63조 제2항을 제4항으로 하고 제2항을 신설한다. 아울러 제1항을 다음과 같이 개정한다.

- 제63조[청구기간] ① 권한쟁의의 심판은 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다.
- ② 피청구인의 처분에 관하여 무효확인을 구하거나 부작위를 다투는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.
- ③ 제61조의2 제2항의 규정에 의한 권한쟁의심판은 심판의 제청신청이 기각 또는 각하된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.
- ④ 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

6. 제64조 청구서의 기재사항

가. 현행조문

제64조(청구서의 기재사항) 권한쟁의심판의 청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 청구인 및 심판수행자 또는 대리인의 표시
2. 피청구기관의 표시
3. 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위
4. 청구의 이유
5. 기타 필요한 사항

나. 문제점

청구서의 기재사항 중 제2호와 제3호에 각각 피청구기관을 규정하고 있는바, 권한쟁의심판의 당사자를 국가기관이나 지방자치단체로 하고 있음에 따라, 피청구기관이라는 표현이 부적절하다고 본다. 왜냐하면 권한쟁의의 주체를 정작 지방자치단체로 하고 있으면서도 피청구기관을 표시하게 하거나 피청구기관의 처분 또는 부작위를 명시하도록 하는 것은 이치에 맞지 않기 때문이다. 따라서 피청구기관을 피청구인으로 하여야 할 것이다.

다. 개정방향

현재 제64조가 지니고 있는 문제점을 해소하고 소극적 권한쟁의를 인정하고 또 제3자의 소송담당을 허용하는 형태로 개정안을 마련하였음에 따라 이를 반영하는 형태로의 개정은 필수적이라고 하겠다.

첫째, 제2호와 제3호에 각각 규정하고 있는 피청구기관을 피청구인으로 바꾸어야 할 것이다.

둘째, 제1호에는 청구인 및 심판수행자 또는 대리인을 표시하도록 하고 있으나, 제3자의 소송담당을 허용하는 측면에서 청구인 또는 청구인이 속한 기관 및 심판수행자 또는 대리인으로 개정하여

야 할 것이다.

셋째, 권한쟁의심판에 있어 종래 적극적 권한쟁의만을 인정하는 규정을 두고 소극적 권한쟁의에 관해서는 법해석상 인정여부에 관한 논란이 없지 않았으므로 이를 해소하기 위하여 소극적 권한쟁의를 명문으로 인정하는 규정을 제61조 제2항에 규율하였다.

그로 인해 소극적 권한쟁의에는 제64조 제3항에 규정된 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위라는 기재사항이 부적절하므로 이를 배제하고 대신에 다툼의 대상이 된 권한의 존부 또는 부작위를 명시하도록 하였다.

라. 개정안

제64조를 제64조 제1항으로 하고 제2항을 다음과 같이 신설한다. 그리고 제1항 제1호의 청구인을 청구인 또는 청구인이 속한 기관으로 하고, 제2호와 제3호의 피청구기관을 각각 피청구인으로 한다.

제64조[제61조에 따른 청구서의 기재사항] ① 제61조 제1항에 따른 권한쟁의심판의 청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 청구인 또는 청구인이 속한 기관 및 심판수행자 또는 대리인의 표시
2. 피청구인의 표시
3. 심판대상이 되는 피청구인의 처분 또는 부작위
4. 청구의 이유
5. 기타 필요한 사항

② 제61조 제2항에 따른 권한쟁의심판의 청구서에는 다음의 사항을 기재하여야 한다.

1. 청구인 및 심판수행자 또는 대리인의 표시
2. 피청구인의 표시
3. 다툼의 대상이 된 권한의 존부나 범위
4. 청구의 이유
5. 기타 필요한 사항

7. 제65조 가처분

가. 현행조문

제65조(가처분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

나. 문제점

권한쟁의심판에 있어 가처분을 허용하고 있지만, 그 요건, 절차, 효력 등에 관해 상세하게 규정할 필요성은 없는지가 논의되고 있다.

우리 헌법재판소는 성남시와 경기도지사간의 권한쟁의사건에서 가처분의 인용결정을 선고한 바 있다.²⁵⁶⁾ 헌법재판소는 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국

256) 헌재 1999. 3. 25. 선고, 98헌사98결정 - 공보 33, 295. 이 사건 결정주문은 “피신청인이 1998. 4. 16. 경기도고시 제1998-142호로 행한 성남도시계획시설(서현근린공원 내 골프연습장·도시계획도로)에 대한 도시계획사업시행자지정 및 실시계획인가처분 중, 동 공원구역 외의 도시계획도로(등급: 소로, 류별: 3, 번호: 200, 폭원: 6m, 기능: 골프연습장 진입도로, 연장: 21m, 면적: 149㎡, 기점 및 종점: 성남시 분당구 이매동 128의 11 일원)에 대한 도시계획사업시행자지정 및 실시계획인가처분과 그 선행절차로서 행한 도시계획입안의 효력은 헌법재판소 98헌라4 권한쟁의심판청구사건에 대한 종국결정의 선고시까지 이를 정지한다.”이다.

결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있고, 그러한 가처분의 결정을 함에 있어서는 행정소송법과 민사소송법 소정의 가처분에 관계되는 규정이 준용되므로(법 제40조), 권한쟁의심판에서의 가처분결정은 피청구기관의 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있거나 기타 공공복리상의 중대한 사유가 있어야 하고 그 처분의 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있는 경우 등이 그 요건이 된다(행정소송법 제23조 제2항 제3항, 민사소송법 제714조 참조)고 한다.

이 결정에서는 가처분의 요건으로 세 가지를 제시한다. 첫째로는 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있는 경우, 둘째로는 기타 공공복리상의 중대한 사유가 있는 경우를 전제로 해서, 셋째로는 그 처분의 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 함을 들고 있다.

그리고 가처분 여부를 결정함에 있어서는 본안사건이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않은 한, 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 행하여야 한다고 한다.

다. 입법례

(1) 독일 연방헌법재판소법

제32조 ① 연방헌법재판소는 중대한 손실의 방지, 임박한 권력행사의 저지, 또는 기타 중대한 요인으로 공공복리를 위해 긴급히 요청되는 경우에, 계속중인 사건에서 가처분으로 분쟁상태를 잠정적

으로 규율할 수 있다.

② 가처분은 구두변론 없이 발할 수 있다. 특별히 긴급을 요하는 경우 연방헌법재판소는 본안절차의 당사자, 참가할 권한이 있는 자 또는 의견진술권이 있는 자에게 의견을 진술할 기회를 생략할 수 있다.

③ 가처분은 결정으로 발하거나 거부할 수 있으며, 이에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. 그러나 헌법소원심판절차를 진행중인 심판청구인에게는 위의 사항이 적용되지 아니한다. 연방헌법재판소는 구두변론을 거쳐 이의에 대해 결정한다. 이의신청서가 제출된 후 2주 내에 실시되어야 한다.

④ 가처분에 대한 이의는 연기적 효력을 갖지 아니한다. 연방헌법재판소는 가처분의 집행을 중지하게 할 수 있다.

⑤ 가처분은 6월이 경과하면 효력을 상실한다. 가처분은 연방헌법재판소 재판관의 3분의 2 이상의 찬성으로 반복되어 질 수 있다.

⑥ 재판부가 결정을 할 수 없으면, 긴박한 경우의 가처분은 재판관 3인 이상의 출석과 출석 재판관 전원일치의 합의로 결정으로 발할 수 있다. 이 가처분은 1월이 경과되면 그 효력을 상실한다. 그러나 재판부가 위 가처분을 승인한 경우에는 가처분을 한 날로부터 6월이 경과하면 그 효력을 상실한다.

(2) 오스트리아 헌법재판소법

제44조 절차의 중단 중에는 승인된 집행의 연기, 담보의 실행, 가처분 또는 당해 법원의 가처분의 연기를 집행명령규정에 따라 인정할 수 있다.

(3) 스페인 헌법재판소법

제64조 ① 헌법재판소는 소송을 접수하고 10일 이내에 정부나 해당 지방자치단체의 기관에 권한쟁의의 개시를 통보한다. 이때 20일을 경과하지 않는 기간을 정하여 필요하다고 판단되는 문서 또는 변론을 제출하도록 한다.

② 정부가 헌법 제161조 제2항에 의거 지방자치단체가 제정한 결정에 대해 권한쟁의심판을 청구할 경우, 헌법재판소가 위 쟁의심판의 청구를 승인하자마자 쟁의의 원인이 된 규정, 결정 또는 행위의 효력은 중지된다.

③ 기타의 경우 쟁의심판을 청구한 기관은 원상회복이 불가능하거나 어려운 침해행위를 들어, 헌법재판소에 쟁의의 대상인 규정, 결정 또는 행위의 중지를 요구할 수 있다. 헌법재판소는 유예적 효과의 청구에 관해 자유로이 재판한다.

④ 헌법재판소는 정부가 청구한 권한쟁의의 사실과, 경우에 따라서는 쟁의대상인 규정, 결정 또는 행위의 중지가 결의된 헌법재판소의 결정을 이해관계인에게 통지하여야 하며 헌법재판소의 요청으로 해당 공보에 공시하여야 한다.

제65조 ① 헌법재판소는 당사자에게 재판을 위해 필요하다고 판단되는 정보, 해명 또는 보완을 요청할 수 있으며, 변론기간이 종료된 때로부터 또는 경우에 따라서는 전술한 정보, 해명 및 보완을 위해 정해진 기간이 종료된 때로부터 15일 이내에 재판한다.

② 제64조 제2항에 규정한 사안에 관해 권한쟁의가 개시된 지 5월 이내에 판결이 선고되지 않으면, 헌법재판소는 이 기간 내에 정부에 의해 관할없음 때문에 다투어진 행위, 결정 또는 규정의 중지에 관한 유지 또는 폐지에 관해 결정으로 제시하여야만 한다.

(4) 이탈리아 헌법재판소법

제40조 헌법재판소는 결정을 통해 국가와 재중간 또는 재중 상호간 권한쟁의의 원인을 제공한 행위의 집행을, 절차가 진행중인 경우에 한하여, 중대한 이유가 있을 경우 잠정적으로 정지시킬 수 있다.

제41조 제40조의 심판청구에는, 적용가능한 경우, 제23조, 제25조, 제26조 및 제28조의 규정을 적용한다.

라. 개정방향

권한쟁의심판에 있어 가치분의 요건, 절차 및 효력 등에 대해 보다 상세한 규정이 필요로 함은 분명하다. 그러나 이러한 가치분이 정당해산심판(법 제57조)에서도 규정되어 있긴 하지만, 이 두 절차 이외에도 헌법소원심판이나 위헌법률심판에서도 그 필요성이 대단히 크다고 하겠다.

이런 점에서 가치분조항을 개별심판절차마다 따로 따로 근거규정을 두는 것보다는 일반심판절차에서 통일적으로 규율함이 오히려 바람직할 것이다. 따라서 이 조항을 삭제하고, 일반심판절차에서 통일하여 규율하도록 한다.

마. 개정안

제65조를 삭제한다.

8. 제66조 결정의 내용

가. 현행조문과 관련조문

(1) 현행조문

제66조(결정의 내용) ① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다.

② 제1항의 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.

(2) 관련조문

제61조[청구사유] ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

나. 문제점

(1) 현황

법 제66조 제1항은 결정의 내용에 관하여 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하도록 하였고, 제2항에서는 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 이미 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 규정내용은 3단계의 판단이 반영되어 있다. 1단계로는 심판대상이 된 국가기관이나 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위의 확인이라 할 것이다. 2단계로는 피청구인의 처분 또는 부작위가

청구인의 권한을 침해하였는지의 여부이다. 그 다음 3단계로는 그 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인이다.

이와 같이 권한의 존부 또는 범위에 관한 판단 내지 이와 불가결의 관계에 있는 위헌 또는 위법의 확인에 그치지 않고, 문제된 행위를 취소하거나 무효확인까지 할 수 있도록 한 것은 권한질서에 관한 객관적 확인이라는 객관적 쟁송의 성질을 넘어 직접 침해된 청구인의 권한을 구제하도록 하였다. 이것은 권한쟁의심판이 주관적 쟁송의 성격을 일부 지니고 있음을 의미하는 것이다.²⁵⁷⁾

그러나 이 조항은 많은 문제점을 지니고 있다. 첫째로는 권한존부 또는 범위의 확인과 권한침해의 관계이다. 둘째로는 부작위에 대해 취소나 무효확인하도록 규정하고 있다는 점이다. 그리고 셋째로는 처분의 취소만이 가능하고 무효확인은 불가능한 것인가 하는 점이다.

(2) 제1항과 제2항의 관계

헌법재판소법 제66조 제1항에 의해 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다. 여기서 헌법재판소는 관련된 헌법 또는 법률을 해석하여 관련 기관에 권한이 존재하는지 여부와 그 권한의 범위를 확정한다.

국가기관 상호간의 권한쟁의에서는, 일정한 권한사항의 소재가 청구인 또는 피청구인 누구에게 귀속하는가에 관한 다툼이 아니라, 청구인 및 피청구인이 가지는 권한 그 자체에 관하여는 다툼이 없

257) 물론 주관적 쟁송으로서의 성격을 지니고 있다고 해서 그것은 의제된 권리성을 인정받을 뿐이지 헌법 제27조에 규정된 재판청구권에서 파생된 내용으로서의 주관적 공권성까지 인정받는 것으로 파악될 수는 없을 것이다.

고 단지 피청구인의 권한행사가 헌법 또는 법률에 위반되기 때문에 청구인이 가지는 권한이 침해되었는가의 여부가 주된 쟁점이 된다. 법 제66조 제1항의 “권한의 존부와 범위에 관한 판단”은 ‘권한의 존부’와 ‘권한의 범위’에 관한 판단으로 나누어 볼 수 있는데, ‘권한의 존부’의 문제는 침해되었다고 주장하는 권한이 청구인에게 귀속되는가의 여부에 관한 판단이며, ‘권한의 범위’에 관한 문제는 피청구인의 행위로 인하여 청구인에게 귀속된 권한이 침해되었는가에 관한 판단이다.

피청구인의 행위가 헌법이나 법률에 위반된 경우에 비로소 그로 인하여 청구인의 권한이 침해될 수 있기 때문에, 법 제66조 제1항에 의한 이러한 결정주문은 피청구인의 행위가 청구인의 권한을 침해했다는 확인과 함께 그 전제로서 피청구인의 행위가 헌법이나 법률에 위반된다는 것을 확인하는 이중적 의미의 ‘확인결정’이다.

그러면 법 제66조 제1항에서 권한의 존부나 범위에 관해 판단을 한 다음, 제2항에 규정된 처분이나 부작위의 취소나 무효확인을 하여야 하는가 하는 점이다. 다시 말하면 소극적 권한쟁의에 있어서는 처분이나 부작위가 전제되지 않고 단지 권한의 귀속주체를 다투는 것이라는 점에서 본다면, 제2항을 적용할 여지가 없을 것이다. 만약 여기서 심판대상이 관할권의 귀속주체 뿐만 아니라 그 구체적인 범위를 정하여 다투는 경우에 있어서는 귀속주체에게 그 범위에 있어 권한이 속함을 유권적으로 확인하는 것으로 충분하다고 하겠다. 즉 ‘권한의 존부 및 범위’에 관하여는 법 제66조 제1항에 의하여 헌법재판소가 필요적으로 판단해야 하지만, 동조 제2항은 헌법재판소에게 재량을 부여하고 있으므로, 재판부의 재량에 따라 제2항에 의한 주문이 필요하다고 판단되면 제1항의 주문에 ‘부

가적으로' 처분의 취소나 무효확인을 할 수 있다고 하겠다.

다음, 권한의 존부나 범위가 구체적인 소송사건에서 재판의 전제가 되어 권한쟁의심판에 제청되었을 경우 헌법재판소는 권한의 귀속주체와 범위를 확인하는 정도에 이르면 될 것이고, 제2항의 취소나 무효확인이 필수적이라고 보기는 어렵지 않을까 한다.

(3) 부작위와 취소 또는 무효확인

법 제2항은 처분이나 부작위의 취소 또는 무효확인을 규정하고 있다. 청구인의 권한을 침해한 처분에 대해 취소나 무효확인이 가능할 것임은 분명하지만, 부작위에 대해 취소하거나 무효확인을 하는 것은 불가능하다는 점이다. 무효는 외관상 유효한 것으로 보이는 행위의 효력을 부인하는 것이므로, 아무런 외형이 존재하지 않는 부작위에 대해서는 취소나 무효확인이 불가능하기 때문이다.

이런 점에서 처분에 대해서는 취소 또는 무효확인을, 부작위에 대해서는 위헌확인 또는 위법확인이 적절하다고 하겠다. 다만 문제되는 것은 위헌확인이나 위법확인을 법문에 명시하여야 할 것인지라고 하겠다.

(4) 처분의 무효확인 허용여부

일부의 견해는 청구인의 권한을 침해한 피청구인의 처분을 무효확인하기보다는 취소함이 타당하다고 한다. 그 논거로는 두 가지가 제시된다. 그 하나는 공권력의 무효를 기간의 제한이 없이 다투도록 하는 것은 특별히 비상적인 권리구제절차로서의 헌법재판의 특성상 바람직하지 않다는 점을 든다. 다른 하나는 무효사유와 취소사유의 구획이 용이하지 못하다는 점이다.

그러나 공권력적 작용이 중대하고 명백한 흠이 있다고 한다면, 예컨대 무권한인 경우와 같이, 구태여 무효확인을 배제할 이유는 없다고 본다. 게다가 헌법재판의 속성이 비상적인 권리구제절차라고 하지만, 권한쟁의는 헌법소원과 달리 권리구제절차라고 할 수 없다. 권한쟁의심판의 경우에는 권리침해 문제이기보다는 권한침해 문제에 초점이 맞추어져 있고, 합헌적인 권한법질서의 확립이라는 것에 더 큰 비중을 두어야 할 것이다. 다만 전술한 바와 같이 공권력적 작용인 처분의 무효를 선언하는 결정이 그 처분의 상대방에게 이미 발생한 효력에 어떠한 영향도 미치지 아니함을 전제로 한다면, 크게 문제되지 않을 것으로 본다.

(5) 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어 판단의 범위

견해에 따라서는 판단의 범위를 필요적 판단사항과 재량적 판단사항으로 구분하고, 권한의 존부와 범위를 필요적 판단사항으로, 처분의 취소나 무효확인을 재량적 판단사항으로 파악한다. 그러면 국가기관 상호간의 권한쟁의에는 필요적 판단사항만을 판단하고, 국가기관과 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의의 경우에는 재량적 판단사항까지도 판단해야 함을 주장한다.

국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어 법 제66조 제1항의 위헌확인으로 그쳐야 하는 사유로는 두 가지를 제시한다. 그 하나는 헌법재판소가 그 결정을 통해 권한쟁의 당사자 사이의 관계에 직접 형성적으로 관여하지 않음으로써 피청구기관의 정치적 형성권을 존중한다는 점이다. 다른 하나는 피청구인인 헌법기관에게 여러 가지의 형성가능성이 존재하는 경우에는 헌법재판소의 취소 또는 무효확인의 결정과 같은 피청구처분의 효력에 관한 결정을 통하여 합

헌적인 상태를 궁극적으로 회복할 수 없다는 점이다.

권한쟁의심판에 있어 필요적 판단사항과 재량적 판단사항으로 구분하는 것에 대해서는 필요하다고 본다. 그러나 국가기관 상호간의 권한쟁의를 필요적 판단사항에 대해서만 판단하도록 하는 것은 문제가 있다고 본다.

헌법재판소가 피청구인의 처분에 대해 취소 또는 무효확인을 하는 것이 형성적인 성격을 지닌 것은 부인할 수는 없지만, 그렇다고 해서 이행적인 속성을 지닌 것이 아니고 또 거기서 그러한 속성을 도출할 수 있는 것도 아니다. 또 헌법재판소 결정취지를 준수할 의무를 부과하고, 반복금지의무 내지 모순금지의무는 법 제67조 제1항에 규정된 기속력으로 인해 발생하는 법적 효과이지, 피청구인의 처분에 대한 취소나 무효확인의 효과로 인해 발생하는 것은 아니다. 게다가 위헌 또는 위법상태를 제거하는 것과 대체되는 적극적인 작위의무를 부과하는 것은 서로 무관하다고 하겠다. 즉 취소 또는 무효확인을 통해 기존의 상태에 대해 형성적인 결정을 선고하지만, 그것이 종국적인 합헌상태를 확보한 것은 아니고 또 대체되는 적극적인 작위의무를 부과한 것으로 파악하기도 어렵다고 하겠다.

또 그 견해는 법 제66조 제1항에 의한 위헌확인도 심판의 대상이 된 피청구인 행위의 법적 효력과 존속에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 하면서, 96헌라2결정에서 국회의장의 가결선포행위에 대하여 위헌확인을 하였더라도, 국회의장의 행위 또는 법률의 무효로 이어지는 것이 아니므로, 법률의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 한다.

이 견해는 법 제67조 제2항에 규정된 처분의 상대방에 대해서는

영향을 미치지 아니한다는 규정을 그와 같이 해석한 것으로 보여 지는데, 이를 그대로 받아들일 경우 중대한 문제점을 초래하게 된다. 즉 처분의 취소결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 대해서는 영향을 미치지 않는다는 의미를 그대로 받아들일 경우 사실의 규범적 효력을 인정하는 결과를 초래하게 되고 헌법적으로 확립한 권한법질서를 회복하는 데 중대한 어려움을 초래하게 된다. 왜냐하면, 어떠한 국가기관이 일단 다른 국가기관의 권한을 침해하면서 위헌 또는 위법하게 처분을 발하였다 하더라도, 그에 대해 통제할 수 없다고 한다면, 그러한 행위의 반복가능성은 대단히 클 수밖에 없게 될 것이다. 그러므로 그러한 입장보다는 원인행위와 그 효과는 취소 또는 무효확인을 할 수 있고, 청구인이 아닌, 원인행위의 상대방에 대해서는 권한쟁의의 결정이 영향을 미치지 않는 것으로 이해함이 타당하다고 본다.

다. 관련판례

(1) 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의사건²⁵⁸⁾

헌법재판소는 이 사건에서 심판청구의 인용결정을 하면서 다음과 같은 주문을 제시하였다. 즉 “1. 피청구인이 1996. 12. 26. 06:00경 제182회 임시회 제1차 본회의를 개의하고 국가안전기획부법중개정법률안, 노동조합및노동관계조정법안, 근로기준법중개정법률안, 노동위원회법중개정법률안, 노사협의회법중개정법률안을 상정하여 가결선포한 것은 청구인들의 법률안 심의·표결의 권한을 침해한 것이다. 2. 청구인들의 나머지 청구를 기각한다.”

이러한 주문형식은 피청구인의 행위가 청구인의 권한을 침해한

258) 헌재 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2결정 - 헌판집 9-2, 154(158).

것임을 확인한 것이라고 하겠다.

그러나 이 사건에서 이 사건 법률안 가결선포행위의 위헌확인에 대해서는 결정의견이 과반수가 미달이어서 기각결정을 하였다.

(2) 성남시와 경기도지사간의 권한쟁의사건²⁵⁹⁾

헌법재판소는 이 사건에 관해 인용결정을 하면서 다음과 같은 주문을 제시하였다. “1. 피청구인이 1998. 4. 16. 경기도고시 제 1998-142호로 행한 성남도시계획시설(서현근린공원 내 골프연습장·도시계획도로)에 대한 도시계획사업시행자지정 및 실시계획인가처분 중, 동 공원구역 외의 도시계획도로(등급: 소로, 류별: 3, 번호: 200, 폭원: 6m, 기능: 골프연습장 진입도로, 연장: 21m, 면적: 149㎡, 기점 및 종점: 성남시 분당구 이매동 128의 11 일원)에 대한 도시계획사업시행자지정처분은 도시계획법 제23조 제5항에 의한 청구인의 권한을 침해한 것이다. 2. 피청구인의 위 처분은 무효임을 확인한다. 3. 청구인의 나머지 청구를 각하한다.”

그리고 결정이유에서는 “청구인은 인용재결내용에 포함되어 있지 아니한 이 사건 진입도로에 대한 지정처분을 할 의무는 없으므로, 피청구인이 이 사건 진입도로에 대하여까지 청구인의 불이행 이유로 지정처분을 한 것은 인용재결의 범위를 넘어 청구인의 권한을 침해한 것이라고” 하면서, “피청구인이 청구인이 인용재결의 취지에 따른 처분을 하지 않았다는 이유로 이 사건 진입도로에 대하여 지정처분을 한 것은 그 처분에 중대하고도 명백한 흠이 있어 무효”라고 하였다.

주문과 이유를 검토하면, 이것은 심판대상인 재결청(경기도지사)

259) 헌재 1999. 7. 22. 선고, 98헌라4결정 - 공보 37, 662.

의 재결권의 존부 내지 범위에 관하여 판단함과 아울러 재결청인 피청구인의 재결이 청구인인 성남시의 권한을 침해한 것으로 보고 또 그 처분에 중대하고 명백한 흠이 있어 무효임을 확인한 것이다.

이와 아울러 지적하여야 할 것은 위 사건의 별개의건이 지적한 바와 같이²⁶⁰⁾ 피청구인이 직접처분을 발하여 청구인의 헌법 또는 법률상 부여받은 권한을 침해하였는지를 판단함에 있어 피청구인의 처분 자체에 고유한 하자가 있는지의 여부도 판단되어야 할 것은 아닌가 하는 점이다.

그리고 재결의 대상이 되지 아니한 부분에 대해 성남시가 이행하지 아니하였음을 이유로 경기도지사가 직접 처분을 한 것은 성남시의 권한을 침해한 것이다. 그러나 재결의 대상에 포함된 것에 관해 이행하지 않았음을 이유로 직접 처분을 하였을 경우에는 어떻게 될 것인가가 문제된다. 그것이 지방자치단체의 고유사무라고 할 때, 이 경우 지방자치권의 침해와 행정심판에 있어 재결권의 충돌문제가 야기될 수 있다고 하겠다.

라. 입법례

(1) 독일 연방헌법재판소법

제67조[연방헌법재판소의 재판] 연방헌법재판소는 피청구인의, 이의가 제기된 처분 또는 부작위가 기본법의 규정을 위반하였는지의 여부를 재판으로 확인한다. 기본법의 규정은 특정되어야 한다. 동시에 연방헌법재판소는 재판주문에서 제1문에 따른 확인을 좌우하는, 기본법 규정의 해석에 중요한 법적 문제를 판단할 수 있다.

제72조[연방헌법재판소의 재판] ① 연방헌법재판소는 재판으로

²⁶⁰⁾ 현재 1999. 7. 22. 선고, 98헌라4결정(공보 37, 662)에서 이영모 재판관의 별개의건 참조.

다음을 선고한다.

1. 처분의 허용 여부
2. 처분의 부작위, 취소, 실행 또는 수인하여야 할 피청구인의 책임
3. 급부를 이행할 책임

② 제71조 제1항 제3호의 절차에서 연방헌법재판소는 피청구인의 이의가 제기된 처분이나 부작위가 주헌법의 규정을 위배하였는지 여부를 확인한다. 제67조 제2문과 제3문은 준용된다.

(2) 오스트리아 헌법재판소법

제51조 권한에 관한 헌법재판소의 판결(Erkenntnis)은 이러한 판결에 배치되는 행정청의 행위의 폐지도 아울러 선고하여야 한다.

(3) 스페인 헌법재판소법

제66조 헌법재판소 판결은 권한이 어느 기관에 귀속되는지를 밝혀야 하며, 권한쟁의를 야기한 규정, 결정 또는 행위가 관할없음으로 인해 흠이 발생된 것인 경우 폐지를 명한다. 한편 권한의 구제를 위해 있어야 할 법적, 실질적 상황 및 절차를 규정할 수 있다.

제75조 ① 헌법재판소는 당사자에게 재판에 필요하다고 판단되는 모든 정보, 해명 또는 보다 정확한 자료를 요구할 수 있으며, 제74조에 규정된 기간이 도과된 때로부터 또는 보충적인 정보, 해명, 정확한 자료의 제출을 위해서 추가로 허가되었고 30일을 넘지 않는 기간이 도과된 때로부터 다음의 1월 내에 재판을 선고한다.

② 헌법재판소는 판결로 다투어진 헌법상 관할권이 어느 기관에 귀속되는지를 정하며, 관할권을 침해하여 행해진 행위를 무효로 선

언하고, 그 행위에 의해 창설된 법적 상태와 관련하여 고시하여야 할 것을 명할 수 있다.

(4) 이탈리아 헌법재판소법

제38조 헌법재판소는 심판이 청구된 쟁의를 재판하고, 쟁의가 제기된 권능이 귀속된 권력을 적시한다. 헌법재판소는 이미 관할권 없는 방식으로 이루어진 행위를 무효로 선언한다.

마. 개정방향

(1) 부작위로 인한 권한침해시의 결정내용의 조정

피청구인의 부작위로 인해 청구인의 권한이 침해된 경우 이에 대해 취소하거나 무효확인을 한다는 것은 이론적으로 부적합하므로 이를 개정하여야 한다.

그리고 피청구인의 부작위에 대해 위헌확인이나 위법확인을 할 수 있는 법적 근거를 명시해야 하는가가 문제된다. 제66조 제1항에는 권한의 존부나 범위에 관한 유권적인 확인에서 피청구인에게 작위의무가 부과되어 있음에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 부작위가 위헌이거나 위법함에 대한 확인도 당연히 포함되어 있다고 본다. 이런 점에서 부작위의 위헌이나 위법의 확인을 법문에 별도로 명시할 필요성은 없다고 본다.

그러므로 제2항에서 부작위를 삭제함이 타당할 것이다.

(2) 대체되는 적극적인 작위의무의 부과

아울러 문제되는 것은 처분을 취소하거나 부작위의 위헌 내지 위법을 확인하면서 대체되는 적극적인 작위의무를 피청구기관에게

부과할 수 있는가 하는 점이다. 이를 위해 권한쟁의결정의 실효성을 확보하여야 한다는 차원에서 별도로 입법의 필요성이 개진되기도 한다.

그러나 이에 관해서는 법 제67조 제1항에서 기속력을 규정하고 있음에 따라 기속의 의미에서 당연히 도출되는 것으로 보아 구태여 이를 규율할 필요성은 없다고 보여진다.

(3) 신설 내지 개정된 요소의 반영

이미 전술한 바와 같이 제3자의 소송담당, 소극적 권한쟁의, 권한의 존부와 범위에 관한 다툼이 일반법원에서 구체적 사건에 재판의 전제가 된 경우 등을 입법적으로 반영하였다.

이상과 관련하여 법 제66조도 이를 적절하게 반영하여야 하는 문제가 등장한다.

먼저, 제3자 소송담당인 경우에는 제2항에서 청구인으로 규정한 부분을 청구인이나 청구인이 속한 기관으로 조정하면 해소될 수 있을 것으로 본다.

다음, 소극적 권한쟁의를 허용함으로써 제66조를 조정하여야 할 필요성이 있는가의 문제가 제기된다. 소극적 권한쟁의의 본질이 적극적인 권한침해를 전제로 하는 것이 아니고, 단지 피청구인에게 관할권이 귀속되고 그 구체적인 범위를 확정하는 것에 지나지 않으므로, 제1항의 권한의 존부나 범위에 관한 판단만으로 충분하다고 하겠다.

마지막으로, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 구체적인 소송사건에서 재판의 전제가 되어 사건담당법원이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제청하

거나 제청신청을 기각당한 소송당사자가 직접 심판청구한 경우에 있어, 헌법재판소는 그 판단의 범위를 어디로 확장하여야 할 것인가 하는 점이 문제될 것이다. 그러나 제청이나 청구된 내용이 적극 권한쟁의와 관련된 경우에는 제1항과 제2항의 판단이 요구되겠지만, 소극적 권한쟁의의 속성을 가진 경우에는 제1항의 판단으로도 충분할 것이다.

바. 개정시안

(1) 제1안

제66조 제2항 중 “무효를”을 “위헌임을”으로 하고, 제3항을 다음과 같이 신설한다.

③ 헌법재판소가 제2항에 의하여 피청구기관의 부작위가 위헌임을 확인하는 결정을 한 때에는 피청구기관은 그 결정의 취지에 따른 처분을 하여야 한다.

(2) 제2안

제66조 제2항 중 “피청구기관”을 “피청구인”으로 하며, “처분 또는 부작위가”를 “처분이”로 하고, “청구인의”를 “청구인이나 청구인이 속한 기관의”로 한다.

① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다.

② 제1항의 경우 피청구인의 처분이 이미 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.

사. 개정안

제66조 제2항 중 “피청구기관”을 “피청구인”으로 하며, “처분 또는 부작위”를 “처분”으로 하고, “청구인의”를 “청구인이나 청구인이 속한 기관의”로 한다.

- ① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다.
- ② 제1항의 경우 피청구인의 처분이 이미 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.

9. 제67조 결정의 효력

가. 현행조문

제67조(결정의 효력) ① 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

② 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

나. 문제점

처분을 취소하는 결정을 헌법재판소가 선고하였을 경우 그 처분의 상대방에 대해 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다고 하고 있는바, 처분의 상대방을 어떻게 파악하여야 하는가 하는 점이다.

우선, 청구인이 처분의 상대방인 경우에는 이 규정이 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 그렇지 않으면, 취소결정의 본질이 훼손될 것이기 때문이다.

둘째, 청구인이 상대방이 아닌 경우이다. 이에 한해서만 이 조항이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

이상과 같은 점은 법해석상 당연하게 도출될 수 있으므로, 구태여 개정의 대상에 포함시킬 필요는 없다고 본다.

제3절 헌법소원심판 및 정당해산심판

1. 헌법 제107조 제2항

가. 대상조문

헌법 제107조(법률 등 위헌제정·심사권·행정심판) ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위배되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

나. 문제점

헌법 제107조 제2항은 법원의 명령, 규칙 및 처분심사권을 인정하고 대법원이 이에 대해 최종적 심사권을 가짐을 규정하고 있다. 그런데 이 규정은 헌법 제111조 제1항 제5호와 관련하여 많은 해석상 문제를 제기하고 법원과 헌법재판소의 관할을 둘러싼 다양한 분쟁을 낳고 있다. 또한 최고의 헌법해석기관을 이원화함으로써 헌법질서의 통일성에 중대한 문제를 야기하고 있다.

헌법은 국가의 최고법이며 헌법의 통일성의 보장은 국가법질서의 통일성을 확보하기 위하여 무엇보다 중요한 과제가 아닐 수 없다. 그런 점에서 헌법해석의 통일성 확보는 중요한 문제이며 이를 위해서는 최종적으로 헌법을 유권적으로 해석할 수 있는 기관은

하나로 통일되지 않으면 안된다. 그래서 헌법재판제도 중 헌법재판소형의 경우 최종적 헌법해석기관을 헌법재판소로 일원화함으로써 헌법해석의 통일성을 확보토록 하고 있고 사법심사제형의 나라에서는 법원의 심급구조를 통해 헌법해석의 통일성을 확보하는 것이다. 그런데 우리의 현행제도는 헌법재판소를 두고 있다는 점에서는 헌법재판에 관한 입법유형 중 헌법재판소형에 속하는 것으로 보이나 한편으로 명령, 규칙 및 처분의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우 이에 대한 대법원의 최종적 심사권을 인정하여 사법심사제를 병용함으로써 이원적 헌법재판제도를 채택하고 있다. 즉 헌법 제 111조가 헌법재판소로 하여금 위헌법률심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 헌법소원심판을 담당토록 하면서 다른 한편 제 107조 제2항에 의해 명령, 규칙, 처분의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 법원이 이를 재판토록 하고 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 인정함으로써 사법심사제를 규정하여 헌법재판기관을 이원화하고 양기관의 헌법해석이 상이할 경우 이를 조정할 통로를 열어 놓지 않고 있는 것이다. 이처럼 헌법재판소와 법원의 헌법해석이 서로 다른 경우에도 이를 조정하여 헌법해석의 통일성을 확보할 수 있는 제도적 장치를 결여한 것은 우리나라 헌법재판제도의 중대한 결함이 아닐 수 없다.

또한 헌법 제107조 제2항은 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제나 원행정처분에 대한 헌법소원의 인정 여부, 명령·규칙에 대한 헌법소원의 인정 여부, 그리고 헌법소원에 있어 보충성의 원칙의 예외의 인정여부 문제 등과 관련하여 헌법재판소와 대법원간의 관할을 둘러싼 많은 문제를 야기하게 하고 있다. 즉 헌법 제107조 제2항을 들어 법원의 재판에 대한 헌법소원은 원칙적으로 인정될 수

없다거나 명령이나 규칙, 그리고 원행정처분에 대한 헌법소원도 인정될 수 없다고 하고 헌법소원에 있어 보충성의 원칙에 대한 예외도 인정될 여지가 없다고 법원측에서는 주장하고 있다. 이러한 논리는 헌법소원제도의 실효성을 중대하게 위협하는 것이며 헌법소원을 형해화하여 헌법소원제도를 둔 취지에 위배되는 문제가 있다. 그리하여 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 위헌이라거나 원행정처분에 대한 헌법소원과 명령, 규칙에 대한 헌법소원을 인정하며 보충성의 원칙에 대한 예외도 인정된다는 주장이 많다. 헌법재판소도 명령, 규칙에 대한 헌법소원과 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있고 헌법재판소법 제68조제1항 본문이 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외한 것에 대해 한정위헌결정을 한 바 있다. 이처럼 헌법 제107조 제2항은 헌법재판소제도를 두어 헌법재판소를 최고의 헌법재판기관으로 하는 헌법 제6장의 취지에도 맞지 않고 헌법해석의 불일치와 관할분쟁을 낳고 있어 시급히 개정되어야 할 규정이다.

다. 입법례

미국의 경우 사법심사제를 채택하여 법원이 헌법재판을 담당토록 하고 있고 연방대법원이 연방의 최고의 헌법재판기관이다. 반면 독일의 경우 기본법 제93조 및 관련규정에서 탄핵심판(제61조 제2항, 제98조 제5항), 기본권실효심판, 정당해산심판, 추상적 규범통제, 구체적 규범통제, 헌법소원, 선거심사절차에 관한 소원(제41조 제2항), 권한쟁의심판 등을 관할하며 연방헌법재판소가 최고의 헌법재판기관이며 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정된다. 따라서 법원이 한 헌법해석에 대해서는 재판에 대한 헌법소원을 통해 헌

법재판소가 최종적으로 판단토록 하고 있다.

오스트리아의 경우 우리나라처럼 법원의 재판에 대한 헌법소원은 인정하지 않으나 우리헌법 제107조 제2항과 같은 규정은 없다. 헌법재판소는 행정청의 처분, 법률에 위반된 명령, 헌법에 위반된 법률이나 조약이 적용된 처분으로 권리가 침해된 경우에 제기되는 헌법소원에 대하여 심판할 수 있다.

라. 개정방향 및 이유

현행의 헌법재판제도의 문제를 개선하기 위해서는 현재 이원화되어 있는 최고의 헌법재판기관을 일원화하여야 한다. 그러기 위해서 미국식 사법심사제를 채택할 것인지, 아니면 독일식의 헌법재판소제도를 채택할 것인지를 고려할 수 있을 것이나 이는 고도의 정책적 문제이므로 논외로 한다면 이러한 제반문제를 야기하는 헌법 제107조 제2항을 개정하는 것이 필요하다고 생각한다. 이러한 경우 생각할 수 있는 대안으로는 명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 법원의 심사권은 그대로 인정하되 그 최종적 심사권을 대법원으로 하는 현행규정을 삭제하여 그 최종적 심사기관을 헌법재판소로 하는 것을 생각할 수 있다. 즉 명령, 규칙, 처분의 위헌여부가 재판의 전제가 된 때에는 이를 법원이 심사하되 이에 대해 불복하면 법원의 재판에 대한 헌법소원을 제기할 수 있도록 하는 것이다(제1안). 또 하나의 대안은 명령과 규칙에 대한 위헌여부가 재판의 전제가 된 때에는 법률의 경우와 마찬가지로 법원이 이에 대해 헌법재판소에 위헌심사제청을 하도록 하고 그에 관한 헌법재판소의 결정에 따라 재판토록 하되 위헌제청신청에 대한 기각 또는 헌법적 판단을 포

함하는 각하결정에 대해서는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 청구할 수 있도록 하는 방안(제2안)을 생각할 수 있다.

이렇게 하면 최고의 헌법재판기관이 이원화되어 양기관간의 헌법해석의 불일치로 인한 헌법질서의 혼란을 막고 종래 빈번히 제기되었던 대법원과 헌법재판소간의 관할을 둘러싼 논쟁도 종식시킬 수 있을 것이다.

마. 개정시안

(1) 제1안

헌법 제107조 ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 이를 심사할 권한을 가진다. 이에 대한 법원의 재판에 대해서는 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.

헌법재판소법 제68조 ① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

1. 법률, 조약, 법규명령, 조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용
2. 행정청의 처분, 부작위 등 행정작용
3. 법원의 사법행정작용 및 헌법재판소가 위헌이라 결정한 (법률 또는 법률조항에 대하여 헌법불합치 또는 적용범위를 한정하여 위헌 또는 합헌으로 결정한 경우를 포함한다) 법률을 헌법재판소의 결정에 위배하여 적용한 법원의 재판과 헌법 제107조 제2항에 의한 법원의 재판

(2) 제2안

헌법 제107조 ① 법률, 명령 또는 규칙이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

- ② 명령, 규칙 또는 처분이 법률에 위반되는 여부가 재판의

전제가 된 경우에는 법원은 이를 심사할 권한을 가진다.

헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 의한 법률·명령 및 규칙의 위헌 여부에 대한 심판

헌법재판소법 제4장 제1절 위헌법률심판을 위헌법률·명령 및 규칙에 대한 심판으로

제41조 이하 제47조까지 '법률'을 '법률·명령 및 규칙'으로 개정

헌법재판소법 제68조 제2항 '법률'을 '법률·명령 및 규칙'으로 개정

2. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문

가. 대상조문

제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

나. 문제점

(1) 헌법소원제도의 본래의 취지는 입법, 집행, 사법을 포함하는 모든 국가권력의 기본권에의 기속성을 확보하고자 함에 있다. 헌법 제10조에서 규정하듯이 모든 국가권력은 국민의 기본권에 기속되는 것이므로 원칙적으로 기본권에 기속되는 국가권력은 모두 헌법소원의 대상이 된다고 하여야 할 것이다. 그런 점에서 입법작용과 행정작용, 그리고 사법작용 모두 헌법소원의 대상이 되고 또한 그 국가작용이 작위이든 부작위이든, 그리고 개별처분이든 입법행위이

든, 법률행위이든 사실행위이든 모두 헌법소원의 대상이 되는 것이 원칙이고 직접적 국가권력의 발동 뿐 아니라 간접적인 국가권력의 발동도 헌법소원의 대상이 되어야 할 것이다. 또한 공권력의 주체도 반드시 국가에 한정되지 아니하고 지방자치단체나 공법인, 국립대학과 같은 영조물, 나아가 수탁사인도 포함한다고 보아야 할 것이다.

그러나 헌법소원제도는 예외적이고 보충적인 특별권리구제수단으로서 다른 법률이 규정하는 권리구제수단에 의하여 구제되지 않는 기본권보장의 사각지대를 막기 위한 구제수단으로서의 의미를 가지므로 모든 공권력의 행사나 불행사가 헌법소원의 대상이 되어야 한다고 보기는 어렵고 상대적으로 기본권침해의 위험성이 적거나 그에 대한 권리구제수단이 잘 갖추어져 있는 경우에는 법률로 헌법소원의 대상을 제한할 수 있다 할 것이다. 그런 점에서 우리 헌법 제111조 제1항 제5호가 다른 관할사항과 달리 ‘법률이 정하는’ 헌법소원에 관한 심판이라 하여 헌법소원제도의 구체적 형성을 입법자에게 위임하고 있다. 이는 헌법소원의 구체적 내용에 관해서는 우리나라의 사법체계나 기본권상황, 그리고 제도적 폐해 등을 고려하여 입법자가 형성하라는 취지라 할 것이다.

(2) 그런데 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원의 대상으로 공권력의 행사 또는 불행사로 하면서도 법원의 재판은 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다. 헌법소원제도를 두고 있는 나라도 반드시 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 것은 아니다. 외국의 입법례를 보면 독일, 스위스 등 헌법소원제도를 가지는 대부분의 국가에서 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 보통이며 독일의

경우 법원의 재판에 대한 헌법소원이 90% 이상을 차지하여 헌법소원이 사법통제의 의미를 강하게 가지고 있는 것은 사실이나 오스트리아헌법이나 1818년과 1919년의 독일 바이에른주헌법처럼 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 나라도 있다. 사실 명령, 규칙, 처분의 위헌성 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 최종적으로 이를 심사할 권한을 가짐을 규정한 헌법 제107조 제2항의 존재와 사법작용은 심급제도, 사법권의 독립, 절차의 신중성, 공정성 등으로 상대적으로 다른 국가작용에 비해 기본권침해 가능성이 적다는 점, 남소의 폐해방지 등을 고려하면 법원의 재판 모두를 반드시 헌법소원의 대상으로 하는 것이 바람직한지 여부에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 또 헌법재판소 판례가 지적하듯이 법원의 재판을 소원의 대상에 포함하여야 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 할 수는 없다는 점도 이해할 수 있다.

(3) 그러나 법원의 재판을 언제나 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상에서 제외하는 것은 무엇보다 법원의 재판이 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 그 효력의 전부 또는 일부를 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 결과가 되어 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하는 것일 뿐 아니라 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법규정에도 위배되며 나아가 헌법해석과 적용에 있어서의 통일성을 저해하는 중대한 문제를 야기한다. 또한 이로 인하여 헌법재판소의 존재의의와 헌법재판의 본질 자체가 침해되고 입헌주의와 법치주의가 근본적으로 위협되는 문제를 낳는다.

(4) 뿐만 아니라 현행 헌법재판제도상 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 것이 헌법재판소법 제68조 제1항 2문에서 규정하고 있는 보충성의 원칙과 관련하여 법원의 재판 뿐 아니라 법원의 재판의 대상이 되는 공권력의 행사나 불행사까지도 헌법소원의 대상에서 배제하는 결과를 초래하는 문제를 낳고 있다. 사실 국민의 기본권침해는 법원의 재판절차를 통해 구제받을 수 있음이 원칙이며 법원의 재판의 대상이 되지 않는 공권력의 행사 또는 불행사는 극히 예외적이지 않을 수 없으므로 결국 최종적 기본권침해는 법원의 재판에 의한 것으로 나타나기 때문에 보충성의 원칙과 관련하여 헌법소원은 독일의 경우처럼 재판에 대한 헌법소원이 일반적인 것이 되는 것이다. 그런데 이처럼 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시켜 결과적으로 법원의 재판 뿐 아니라 그 대상이 되는 공권력의 행사나 불행사를 모두 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 사실상 헌법소원제도를 무력화, 형해화하는 것이며 공권력의 기본권기속성을 통한 기본권보장의 실효성 확보라는 헌법소원의 취지를 중대하게 침해한다고 하지 않을 수 없다. 이러한 결과 사실상 헌법소원의 대상이 법원의 재판사항이 아닌 입법작용이나 검사의 불기소처분 등이 되고, 정작 국민의 기본권침해의 위험성과 그로 인한 권리구제의 필요성이 가장 크다 할 수 있는 행정처분 등은 헌법소원의 대상에서 제외되는 결과를 낳고 있다. 이는 우리나라와 같이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 오스트리아의 경우 비록 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하지만 행정처분이나 명령에 대한 헌법소원을 인정하고 있는 것과는 다른 것으로 현행 헌법소원제도의 가장 큰 문제점의 하나라 할 것이다.

다. 입법례

(1) 독일기본법 제93조 제1항 4a : 공권력에 의해 기본권 또는 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 권리를 침해받았다고 주장하는 자가 제기하는 헌법소원에 대한 심판

독일 연방헌법재판소법 제90조 제1항 : 누구든지 공권력에 의하여 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조, 및 제104조에 규정된 권리가 침해되었음을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.

(2) 오스트리아 연방헌법 제144조 제1항 제1단 : 헌법재판소는 헌법소원제기자가 처분으로 헌법상 보장된 권리를 침해당하거나 또는 위법한 명령, 위헌의 법률 또는 위법한 조건의 적용으로 자기의 권리를 침해당하였다고 주장하는 경우에 행정청의 처분에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.

(3) 스위스 연방재판소법(OG) 제84조 : 칸톤의 명령이나 처분(판결)에 대해서는 연방최고법원(Bundesgericht)에 헌법소원을 제기할 수 있다.

- a. 시민의 헌법적 권리의 침해
- b. 정교조약(Konkordat)에의 위반
- c. 외국과의 조약위반, 다만, 칸톤의 처분(판결)을 통한 조약에 대한 사법적 또는 형법적 규정의 위반은 제외한다.
- d. 행정청의 사항적, 장소적 관할권 한계에 관한 연방법규정의 위반

라. 개정방향 및 이유

헌법재판소법 제68조 제1항의 개정은 헌법소원의 대상을 확장하는 정도에 따라 다음 세 가지 방향으로 생각해 볼 수 있다.

(1) 첫 번째는 원칙적으로 현행과 같이 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않되 다만 헌법재판소의 위헌결정에 위배되는 법원의 재판에 의해 국민의 기본권이 침해된 경우, 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 방안이다. 이러한 방안은 현행제도의 문제를 최소한 만큼 시정하는 방안이다. 이 때 헌법재판소의 위헌결정에는 단순위헌결정 뿐 아니라 위헌의 취지를 포함하는 헌법불합치 결정이나 한정위헌결정, 한정합헌결정도 포함된다고 하여야 할 것이다.

다만 이 안은 예외적으로 헌법재판소의 위헌결정에 반하는 법원의 재판에 대한 헌법소원만 인정할 뿐 행정처분 등 법원의 재판의 대상이 되는 행정작용에 대해서는 여전히 헌법소원의 대상에서 배제하는 문제가 있다.

(2) 두 번째로 생각할 수 있는 안은 원칙적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않고 다만 헌법재판소의 위헌결정에 위배되는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 또한 법원의 재판의 대상이 되는 원행정처분 등 행정작용에 대한 헌법소원을 인정하는 것이다. 이는 오스트리아의 입법례에 근접하는 안이다. 이 안은 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 하는 경우 부닥칠 법원의 반발과 이에 따른 갈등을 피하는 한편 국민의 기본권침해의 위험성이 가장 큰 행정작용에 대한 헌법소원을 인정하여 헌법소원제

도를 둔 헌법의 취지에도 부합할 뿐 아니라 법원의 재판에 의한 기본권침해의 위험성은 상대적으로 적으므로 이를 헌법소원의 대상으로 하는 경우 이에 대한 헌법소원의 제기로 야기될 수 있는 남소의 폐해를 어느 정도 방지할 수 있는 장점이 있다. 다만 이 안을 채택하는 경우에는 헌법 제107조 제2항과 관련하여 그 위헌여부가 재판의 전제가 되는 명령, 규칙, 처분의 위헌여부에 대해서는 헌법재판소가 아닌, 대법원이 최종적으로 결정한다는 종래의 법원행정처 연구반의 주장과 관련하여 논란의 소지가 있을 수 있다.

(3) 세 번째로 생각할 수 있는 개정안은 헌법소원제도의 원래의 취지에 맞게 국민의 기본권에 기속되는 모든 국가권력을 헌법소원의 대상으로 하는 방안으로 현행규정을 개정하여 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 안이다. 이 안은 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 뿐 아니라 법원의 재판의 대상이 되기 때문에 보충성의 원칙과 관련하여 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 해석되어 온 행정작용에 대해서도 사실상 헌법소원을 통한 구제가 가능하다. 그런 점에서 이 안은 헌법소원제도의 본래의 취지에 가장 충실한 안이며 종래 헌법소원제도가 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않음으로써 헌법소원의 대상을 극도로 제한하고 형해화하였던 것을 근본적으로 개선하여 헌법소원제도를 활성화하는 안이라 할 수 있다.

헌법재판소의 판례가 지적하듯이 법원은 기본권을 보호하고 관철하는 일차적 주체이며, 기본권보호를 가장 중요한 과제로 한다. 법원에 의한 기본권침해의 가능성은 입법부나 행정부에 비하여 상대적으로 적고 또한 법원 내부에서도 심급제도를 통하여 상급법원

이 하급법원의 재판에 의한 기본권침해 여부를 다시 심사할 기회를 가지며 또한 재판은 행정작용에 비하여 신중하고 공정한 절차를 통하여 이루어진다는 점에서도 법원의 재판에 의한 기본권침해 위험성은 상대적으로 적다고 할 수 있다. 그러나 그렇다고 법원의 재판에 의한 기본권침해의 위험성이 없는 것은 아니며 법원의 재판에 대한 헌법소원을 통해 재판과정에서의 사법절차적 기본권의 침해나 잘못된 판결이나 결정에 의한 국민의 기본권침해를 구제할 수 있는 길이 열리게 된다. 이처럼 만약 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하게 되면 독일의 경우처럼 헌법소원의 대부분이 법원의 재판에 대한 헌법소원이 될 것이고 그런 점에서 헌법소원은 사법통제적 성격을 강하게 띠게 될 것이다. 또한 행정처분 등 행정작용에 의한 기본권침해에 대해서도 헌법소원을 통한 구제를 받을 수 있는 결과를 가져올 것이다.

그러나 이러한 개정안은 앞의 두 번째안과 마찬가지로 명령, 규칙, 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원은 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정한 헌법 제 107조 제2항에 반한다는 주장이 제기될 소지가 있고, 또 자칫 헌법재판소가 제4심기관으로 기능할 위험이 있고, 법원과의 대립과 갈등을 초래할 우려가 있으며, 또 남소의 폐단이 더 커질 위험이 따른다는 점이 문제이다.

(4) 이상과 같은 세 가지 개정안은 헌법소원의 대상범위를 달리 하여 나름대로 장단점이 있으나 이 중 헌법소원제도의 본래의 취지에 따라 기본권침해의 위험이 큰 행정처분 등에 대해서는 헌법소원제기를 인정하면서 한편으로 법원의 재판에 대해서는 재판에

의한 기본권침해의 위험성이 상대적으로 적고, 이를 인정하는 경우 납소의 폐해가 우려되며, 법원과의 갈등의 소지가 크다는 점에서 원칙적으로 헌법소원의 대상에서 제외하되 다만 법원의 재판이 헌법재판소의 위헌결정(위헌결정 뿐 아니라 위헌의 취지를 포함하는 헌법불합치결정이나 한정위헌결정과 한정합헌결정을 포함한다)에 위배되는 경우에만 예외적으로 법원의 재판에 대해서도 헌법소원을 인정하는 두 번째 안이 가장 합당하지 않을까 생각한다.

마. 개정시안

(1) 제1안

(가) '법원의 재판을 제외하고는' 부분 삭제

(나) 헌법 제107조 제2항의 '최종적으로'란 구절의 삭제

* 제68조 ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

(또는)

* 제68조 ① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

1. 법률, 조약, 법규명령, 조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용
2. 행정청의 처분, 부작위 등 행정작용
3. 법원의 사법작용

(2) 제2안

(가) 헌법 제107조 제2항의 '최종적으로'란 구절의 삭제

(나) 명령, 규칙, 처분에 대한 헌법소원의 인정

(다) 현재의 위헌결정이나 한정위헌 또는 한정합헌결정에 위배되는 법원의 재판에 대한 헌법소원 인정

* 제68조

① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

1. 법률, 조약, 법규명령, 조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용
2. 행정청의 처분, 부작위 등 행정작용
3. 법원의 사법행정작용 및 헌법재판소가 위헌이라 결정한 (법률 또는 법률조항에 대하여 헌법불합치 또는 적용범위를 한정하여 위헌 또는 합헌으로 결정한 경우를 포함한다) 법률을 헌법재판소의 결정에 위배하여 적용한 법원의 재판

(3) 제3안

* 제68조 ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만 헌법재판소가 위헌이라 결정한(법률 또는 법률조항에 대하여 헌법불합치 또는 적용범위를 한정하여 위헌 또는 합헌으로 결정한 경우를 포함한다) 법률을 헌법재판소의 결정에 위배하여 적용한 재판에 대하여서는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

③ 현행 제68조 제2항

3. 헌재법 제68조 제1항 단서

가. 대상조문

제68조 ① …… 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

나. 문제점

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 보충성의 원칙(Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde) 내지 권리구제절차 소진의 원칙(Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges)을 규정하면서 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항 단서와 같은 보충성의 원칙의 예외를 규정하고 있지 아니하다. 이로 인하여 과연 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정되는 것인지, 인정된다고 하면 어느 경우에 인정될 수 있는 것인지가 문제된다. 그런데 이 문제는 헌법 제107조 제2항과 관련하여 헌법재판소와 법원의 관할범위문제로 연결되기 때문에 어려운 문제를 제기하고 있다.

(2) 헌법소원에 있어 보충성의 원칙은 헌법소원을 제기하기 위해서는 청구인은 다른 법률에 권리구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거쳐야 한다는 것을 의미한다. 그런데 이와 같이 헌법소원에 있어 보충성의 원칙이 요구되는 것은 본래는 다음과 같은 이유 때문이다. 즉 첫째, 헌법소원은 기본권보장을 위한 특별하고 보충적인 권리수단을 의미한다. 따라서 다른 권리구제수단이 존재함에도 바로 헌법소원을 제기하는 것은 헌법소원제도의 본질에 맞지 아니한다. 둘째, 독일연방헌법재판소도 지적하듯이 보충성의 원칙의 원래의 목적은 관할권이 있는 심급을 통해 소원사항을 적법하게 사전심사되도록 보장하고 이를 통해 헌법재판소의 업무를 경감케 하고 헌법수호라는 그 고유한 임무에 전념할 수 있도록 하는 데 있다고 할 수 있다. 그런 점에서 헌법재판소와 다른 권리구제기관과의 업무분담의 취지도 포함하고 있다.

그러나 우리나라 헌법재판소법에 있어 보충성의 원칙은 독일에

서의 그것과는 다른 의미를 가지고 있다고 보아야 한다. 이는 헌법 재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 법원의 재판과 헌법소원심판을 단절시키고 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다. 말하자면 법원과의 관계에 있어서는 독일의 경우처럼 보충성의 원칙을 통해 소원사항을 일반법원에서 재판토록 함으로써 헌법재판소의 재판부담을 덜어준다든가 기본권 침해의 기초사실을 일반법원에서 먼저 심리, 정리토록 하고 법원의 견해도 알아보고 심리에 임하도록 하는 취지는 없다고 보아야 한다. 오히려 보충성의 원칙이 헌법 제107조 제2항과 관련하여 헌법 재판소와 법원간의 관할권의 경계를 긋는 하나의 기준으로 작용하는 것으로 해석할 가능성에 유의할 필요가 있다. 말하자면 법원의 재판과 헌법재판소의 헌법소원심판이 배타적 관계에 있지 않고 상호 연결되어 있는 독일의 경우와는 달리 우리나라의 경우 헌법 제 107조 제2항이 명령, 규칙, 처분이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 이를 최종적으로 결정하도록 하고 헌법 재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 인하여 법원의 재판과 헌법재판소의 헌법소원심판은 상호 배타적 관계, 즉 법원의 재판의 대상이 될 수 없는 사항만이 헌법재판소의 헌법소원심판의 대상이 된다고 해석할 가능성을 가지게 되었다. 이러한 해석은 결국 법원의 재판사항은 헌법소원의 대상이 아닌 만큼 애초부터 보충성의 예외는 인정할 여지가 없다는 결론에 도달하게 되고 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 독일 연방헌법재판소법 제90조 제2항 단서와 같은 보충성의 예외에 관한 규정을 두지 않고 있는 것은 입법의 불비가 아니라 헌법상의 헌법재판제도의 당연한 결과라고 보게 될 것이다. 그러나 이러한

해석은 법원의 재판 자체는 물론이고 법원의 재판의 대상이 되는 사항까지 모두 헌법소원의 대상에서 배제할 뿐 아니라 나아가 사법적 구제절차에 의해 헌법상 기본권보장의 목적을 달성할 수 없는 경우까지도 헌법소원에서 배제하는 결과를 가져와 헌법소원제도를 두고 있는 취지를 사실상 상실케 하는 결과를 초래할 것이다. 그런 점에서 보충성의 원칙의 예외의 인정 여부는 해석론으로서 뿐만 아니라 입법론으로서도 예외규정의 가능 여부가 문제된다 할 것이다.

(3) 현행헌법과 헌법재판소법 해석상 헌법소원에 있어 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정될 수 있을 것인가에 관해서는 찬반 양의 견이 나누어지고 있다.

먼저 헌법재판소는 여러 결정을 통하여 일관하여 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 헌법재판소가 보충성의 원칙에 대한 예외로 인정하고 있는 경우로는 다음과 같다.

첫째, 문제가 된 공권력행사나 불행사에 대한 다른 권리구제수단이 없는 경우로서 법률이나 명령, 규칙에 대한 헌법소원의 경우가 그러하다. 즉 법률에 대한 헌법소원의 경우 법률에 관한 직접적인 위헌판단이 허용되지 아니하며 우회적인 해결책밖에 될 수 없는 행정소송을 먼저 제기할 것을 요구함은 기대가능성이 없는 일이거나 공권력행사의 일종이라 할 입법, 즉 법률 자체에 의한 기본권 침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야 하는 제약이 따르지 않는 이

른바 보충성의 예외적인 경우에 해당한다고 한다. 이는 명령이나 규칙을 직접 대상으로 하여 헌법소원을 제기하는 경우도 마찬가지이다.

둘째, 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우와 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는 지여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우 그 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 취지를 살리는 것이라 한다.

한편 같은 맥락에서 우리 헌법재판소법 해석상으로 다음 몇 가지 경우에 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정된다는 견해가 있다. 즉 첫째, 법규의 위헌여부에 대해서는 일반법원에서 다투는 구제의 길이 없으므로 보충성의 예외가 인정되며 둘째, 일반적 의미가 있는 헌법소원의 경우 세째, 기대가능성이 없는 경우도 그러하다고 한다. 따라서 권리구제절차를 밟아야 할 경우에 착오로 밟지 않은 경우라면 청구인에게 그 절차를 밟을 것을 기대할 수 있는가를 심리해야 하며 다른 구제절차가 있더라도 적법성 또는 인용가능성이 객관적으로 불확실한 경우는 그 구제절차를 거치지 않은 것을 탓하여 청구를 배척해서는 안되고 또한 여러 절차 중 어느 것을 취하여야 할 것인지가 확실치 않은 때에도 절차상 기대가능성이 없는 경우로 보아야 한다고 한다.

또한 ‘처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때에는 다른 법률에 의하여 당해 행정처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을

제기할 수 없는 경우에도 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다'고 규정한 행정소송법 제18조 제2항 제2호를 헌법소원절차에 준용하여 사전구제절차를 모두 경유함으로써 제소자에게 중대한 손해를 줄 우려가 있는 경우에는 직접 제소할 수 있다고 해석하는 견해도 있다.

그러나 이에 반대하여 우리헌법과 헌법재판소법 해석상 보충성의 원칙에 대한 예외는 인정될 수 없으며 헌법개정을 하지 않는 이상 입법에 의해서도 이를 규정할 수 없다는 견해가 있다.

법원행정처 헌법재판연구반 보고서는 다음과 같은 이유에서 우리나라 헌법상의 사법체제가 독일의 그것과는 달라 보충성의 원칙에 대한 예외는 인정될 여지가 없다고 한다.

즉 첫째, 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하는 명문의 근거가 없다는 것이다.

둘째, 우리나라의 법체계하에서는 보충성의 예외를 인정할 여지가 없다는 것이다. 즉, 독일과 같이 헌법재판소가 일반법원과 같은 사법기관으로서 그 정점에 위치하며 재판에 대한 헌법소원이 인정되고 있는 나라에서는, 재판사항과 헌법소원사항이 서로 배타적인 것이 아니므로 헌법재판소가 헌법소원으로써 재판사항에 대한 심판권을 행사하더라도 어차피 같은 사법기관 내에서의 재판작용이어서 별로 문제될 것이 없다. 그런데 우리나라에서는 사법부와 헌법재판소가 별개 독립의 헌법기관으로 되어 있고, 헌법 제101조는 대법원을 최고법원으로 규정하고 있어서 그 재판에 대한 타기관에 의 불복이란 있을 수 없으며, 헌법 제107조 제2항은 명령, 규칙, 처분에 관한 법원의 최종적인 판단권을 규정하고 있으므로 사법부에 의하여 판단된 사항은 다시 헌법소원의 대상이 될 수 없어(헌법재

판소법 제68조 제1항이 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 것도 이러한 헌법의 취지의 표현이라 한다) 사법부의 재판에 의하여 판단될 수 있는 사항과 헌법소원의 대상은 서로 배타적인 관계, 즉 사법부(일반법원)의 재판대상이 되는 사항은 헌법소원의 대상이 될 수 없고, 재판이 허용되지 않는 사항에 한하여 헌법소원의 대상이 된다고 하는 제도라는 것이다. 따라서 재판사항과 헌법소원사항이 경합되는 법체계에서 인정되는 의미의 보충성이라는 것은 양자가 배타적인 관계에 있는 우리의 법체계에서는 개념상 있을 수 없으며 우리의 법체계에서는 양자간 재판권의 구분이 있을 뿐이라고 한다. 사정이 이러하므로 일반법원과 헌법재판소가 심급구조로 연결되어 있는 법체계에서 인정되는 의미의 보충성의 예외라는 것도 우리 법체계에서는 있을 수 없는 것이며, 다만 사안의 성질에 비추어 재판사항인지 아니면 재판사항에서 제외되어 헌법소원의 대상으로 될 수 있을 것인지의 준별이 있을 뿐이라 한다. 따라서 우리 헌법재판소법이 독일의 헌법재판소법과는 달리 이른바 보충성의 예외와 관련하여 아무런 규정을 두지 아니한 것은 우연히 그리 되었거나 입법의 미비로 인한 것이 아니라 우리의 헌법재판제도를 반영하여 필연적으로 그리 될 수밖에 없다는 것이다. 그런 점에서 헌법재판소가 그 결정에 의해 보충성원칙의 예외를 인정한 것은 우리헌법상 헌법소원제도의 취지와 헌법재판소법 제68조 제1항의 명문규정을 완전히 무시하는 헌법적 입법을 한 것이라고 비판한다.

셋째, 헌법소원절차가 일반사법절차에 비하여 반드시 국민권리구제를 위하여 유익한 것이 아니며 자칫 보충성의 원칙을 넓게 인정하면 헌법과 기본권에 관련된 사항이면 모든 행정쟁송을 헌법재판

소에서 단심으로 심판할 수 있는 결과가 될 것이라는 것이다.

생각건대 이러한 문제의 발단은 근본적으로는 우리 헌법상 헌법재판제도의 구조적 혼란, 즉 독일-오스트리아식의 헌법재판소제도와 미국식의 사법심사제의 혼합과 이로 인한 헌법재판소와 법원과의 관계 및 관할범위의 모호성, 특히 헌법 제107조 제2항과 제111조 제1항 제5호간의 상충성에서 유래한다. 그리고 입법의 불비인지 아니면 우리헌법상의 헌법재판제도의 필연적 결과인지 헌법재판소법 제68조 제1항은 보충성의 원칙을 규정하면서 그 예외에 대한 명문의 규정을 두지 않았다. 이리하여 해석론상 보충성의 예외의 인정 여부 및 그 범위를 설정하는 것은 어려운 문제가 아닐 수 없다. 확실히 앞서서도 지적하였지만 우리 헌법재판소법상 헌법소원의 보충성의 원칙이 독일의 그것과는 같은 의미를 가진다고 할 수는 없으나 우리 헌법재판제도하에서도 보충성의 원칙의 예외는 인정될 수 있다고 생각한다.

즉 첫째, 법원행정처 헌법재판연구반의 해석은 사실상 헌법소원의 대상을 극히 제한적으로 인정하게 됨으로써 헌법이 헌법소원제도를 규정하고 있는 취지를 거의 상실케 한다. 이러한 해석은 헌법 제107조 제2항에 대해서만 지나치게 비중을 두어 헌법 제111조 제1항 제5호의 의의를 지나치게 과소평가하고 있다고 보아진다.

둘째, 보충성의 원칙의 취지나 헌법소원제도의 목적에 비추어 보면 사법적 권리구제절차를 통해 기본권보장을 기대할 수 없거나 그로 인해 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생할 경우까지 사법적 구제절차를 거치도록 하고 이에 대한 헌법소원을 배제한다는 것은 타당하기 어렵다.

셋째, 국민의 기본권이 사법적 구제절차를 통해서 보장될 것을

기대할 수 없는 예외적 경우에는 헌법소원의 제기가 인정되어야 할 것이며, 또 소원사항이 헌법상 중요한 쟁점을 포함하여 일반적 중요성을 가지는 경우 헌법질서의 유지, 보장을 임무로 하는 헌법재판소가 이를 관할하는 것은 당연하다고 생각한다.

넷째, 반드시 법원의 권한사항과 헌법재판소의 권한사항을 배타적 관계로만 이해해야 하는 것이 헌법이 명하는 것이라 할 것인가. 연구반의 주장처럼 헌법재판소와 법원이 별개의 기관이라 한다면 법원의 재판사항이라 하더라도 재판 자체를 문제삼는 것이 아니라 대상 자체의 위헌성을 문제로 하는 경우 헌법재판소의 관할을 인정해야 되는 것이 헌법재판소와 헌법소원제도를 둔 취지에 맞다고 해야 하리라 여겨진다. 만약 그렇게 해석하지 않는다면 헌법소원제도를 둔 취지가 거의 무시되게 된다.

다섯째, 헌법소원을 통한 헌법재판소의 심판은 대법원의 상급심으로서 제4심이 아니다. 말하자면 법원의 사실판단이나 법률, 명령, 규칙의 해석·적용을 재심하는 것이 아니라 헌법상 보장된 기본권이 공권력에 의해 침해되었으나 여부를 판단하는 헌법재판을 하는 것으로 이는 심급의 문제는 아니다. 그런 점에서 법원의 재판을 거친 사항이라 하더라도 헌법재판소가 헌법문제에 한해 심판한다고 해서 법원의 사법권을 침해한다거나 대법원의 최고법원성을 위배한 것이라 할 수는 없다.

여섯째, 일반사법절차가 헌법소원보다 더 국민권리구제에 충실하고 보충성의 원칙을 넓게 인정하면 헌법소원에 의한 단심절차로 되는 결과가 될 것이라는 주장은 헌법소원제도가 보충적이고 특수적 권리구제수단이라는 점을 도외시한 지적이라 생각된다. 보충성의 원칙의 예외가 인정되는 경우는 일반사법절차가 권리구제절차

로서 기능하지 못하고 그를 거치는 경우 당사자에게 일방적 위협 부담을 주는 경우에 한정된다는 점에서 타당하지 못하다. 또한 보충성의 원칙에 대한 예외는 헌법소원의 본질상 넓게 인정될 수는 없는 것이다.

이렇게 본다면 보충성의 원칙의 예외는 현행 법해석론상으로도 인정될 가능성이 있고 헌법소원제도의 목적이나 보충성의 원칙의 취지에 비추어서도 인정되어야 한다고 생각한다. 다만 해석상 논란을 없애고 보충성의 원칙에 대한 예외의 범위를 명확히 하기 위해 이를 명문으로 규정할 필요가 있다 할 것이다.

다. 입법례

(1) 독일 연방헌법재판소법 제 90조 제 2항은 ‘침해에 대하여 권리구제절차가 마련되어 있는 경우에는 권리구제절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원을 제기할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의의를 갖거나 권리구제절차를 미리 거치게 함으로써 헌법소원 청구인에게 중대하고 돌이킬 수 없는 불이익을 발생케 할 우려가 있는 경우에는 권리구제절차를 모두 거치지 아니하고 제기한 헌법소원에 대하여 바로 재판할 수 있다’고 규정하고 있다.

(2) 오스트리아 연방헌법 제144조 제1항 제2단은 ‘소원은 심판 (Instanzenzug)을 모두 거친 후가 아니면 제기할 수 없다.’라고 규정하고 연방헌법재판소법 제 82조 제 1항은 ‘연방헌법 제 144조 제 1항에 의거한 처분에 대한 소원은 행정적 심판을 모두 거친 후 최종심처분의 송달 후 6주 내에 제기하여야 한다.’고 규정하여 보충성의 원칙에 대한 예외를 규정하고 있지 아니하다.

(3) 스위스 연방재판소법 제84조 제2항은 헌법소원 일반에 관하여 ‘이러한 모든 경우에 주장된 권리침해가 연방최고법원이나 다른 연방행정청에서의 소송이나 다른 법적 권리구제수단을 통하여 다룰 수 없는 경우에만 헌법소원이 인정된다’고 규정하고 동법 제86조 제3항을 예외적인 헌법소원의 경우 칸톤의 법적 권리구제수단을 거칠 것인지 여부는 청구권자의 자유에 맡겨져 있다고 규정하고 있다.

라. 개정방향 및 이유

(1) 헌법소원에 있어서의 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하는 이유는 원칙적으로 헌법소원을 제기하기 위해서는 모든 권리구제절차를 모두 거처야 하는 것이지만 소원신청인에게 이러한 권리구제절차의 소진을 기대할 수 없는 일정한 경우까지 일반권리구제절차를 거치도록 하는 것은 일반권리구제절차를 거침에 따른 위험과 부담을 헌법소원신청인에게만 일방적으로 부담시키는 것이 되어 부당하기 때문이다. 즉 일반권리구제절차를 거친다 하더라도 권리구제를 기대할 수 있는 가능성이 없는 경우에 이를 거치도록 한다면 이는 불필요한 절차를 거치도록 함으로써 비용과 시간을 낭비토록 한다든가 또는 그러한 권리구제절차를 다 거치도록 하는 경우에 소원신청인에게 중대하고 피할 수 없는 손해를 초래하는 절차적 긴박성이 있는 경우 등에까지 소원신청인에게 일반권리구제절차를 거치도록 하는 것은 기대가능성이 없기 때문이다. 또한 헌법소원이 기본권보호기능 뿐 아니라 헌법질서유지, 보장기능도 가지고 있다는 점에서 헌법소원이 일반적 중요성을 가지고 있어 아직 헌법소원이 제기되지 않은 다른 유사한 사건에 대한 해결을 가

저울 수 있다든가 또는 헌법상 근본적인 문제를 포함하고 있는 경우 다른 권리구제절차를 거치도록 하지 않고 헌법재판소가 이를 직접 다룰 필요가 있다 할 것이다. 이렇게 본다면 국민의 기본권보장과 헌법질서의 보장을 위해 일정한 경우 보충성의 예외를 인정할 필요성이 있다 할 것이다. 그런 점에서 보충성의 원칙의 예외를 인정하는 명문규정을 두어 그 인정 여부 및 예외의 인정범위를 둘러싸고 제기되는 논란을 불식하고 헌법소원청구인에게도 보다 명확한 기준을 제공해 줄 필요가 있다 할 것이다.

(2) 그러면 보충성의 예외를 인정하는 입법을 한다면 어떤 경우에 예외를 인정할 것인가가 문제된다.

이 점에 관해 우리 헌법재판소는 보충성의 원칙의 예외로서 ㄱ) 문제가 된 공권력의 행사나 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차가 없는 경우 ㄴ)헌법소원청구인이 그 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 ㄷ)전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차의 이행을 기대할 수 없는 경우를 들고 있다.

이에 대해 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항 2문은 보충성의 예외로서 ㄱ)헌법소원이 일반적 의미를 가지거나 ㄴ)먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원제기인이 중대하고 피할 수 없는 손해를 입게 되는 경우를 규정하고 있는데 연방헌법재판소판례는 권리구제절차를 거치는 것이 기대불가능한 경우(착오의 경우도 포함해서)에도 예외를 인정하고 있다.

먼저 헌법소원이 일반적 중요성(allgemeine Bedeutung)을 가지는 경우란 그 소원이 근본적인 헌법적 문제를 제기하는 경우, 판결

을 통해 당해사건에 대해서 뿐만 아니라 많은 유사한 사건의 법적 문제에 관한 해명을 기대할 수 있는 경우를 의미한다. 연방헌법재판소의 판결주문이나 판결이유가 법적으로 또는 사실상 현재나 앞으로의 사건에 대해 선결적(präjudiziell) 의미를 가지는 경우가 여기에 해당한다.

다음으로 권리구제절차를 거치게 되면 소원제기인에게 중대하고 피할 수 없는 손해(schwerer und unabwendbarer Nachteil)가 발생하는 경우에는 먼저 손해가 문제가 된 처분으로 인해서만이 아니라 다른 권리구제절차를 거치고 난 후 헌법재판소에 재판을 받을 수 있도록 함으로 인하여 발생하는 경우라야 한다. 또한 손해가 장래에 비로소 나타나는 것이어서는 안되고 현존하여야 하며 연방헌법재판소가 신속한 재판을 하더라도 손해를 피할 수 없는 경우는 해당되지 않는다. 또한 단순히 일반권리구제절차를 거침으로 생기는 시간상의 손해나 노동력손실과 같은 일반적 손해는 중대한 손해에 포함되지 않으나 권리구제절차를 거치도록 하는 것이 기간경과로 인해 청구를 할 수 없게 한다든가 문제된 처분의 실행이 임박하였고 그로 인해 사실상 법적 손실을 초래할 경우 등은 여기에 해당한다.

한편 권리구제절차를 거치도록 하는 것이 기대불가능한 경우에는 예컨대 다른 권리구제절차를 거치는 것이 비용부담만 초래할 뿐 사실상 불필요한 것을 요구하는 결과가 되는 경우, 즉 법원의 확고한 최근 판례가 소원청구인의 주장과 상반된다든가 제소를 허용하지 않는 경우, 또는 확립된 견해에 의하면 헌법소원청구인에게 일반권리구제절차가 없는 경우가 그 예이다. 또한 헌법소원청구인이 착오로 일반권리구제절차를 거치지 않고 바로 헌법소원을 제기한 경우에 그 착오가 소원청구인의 책임 없는 사유로 인한 때에는

일반권리구제절차가 허용되는지 여부에 대해서도 객관적 불확실성에 따른 부담을 헌법소원청구인에게만 일방적으로 부담케 해서는 안된다는 점에서 기대가능성이 없는 경우에 속한다고 본다.

이상의 내용을 종합하여 본다면 헌법소원제도의 취지에 비추어 다음과 같은 경우에는 보충성의 원칙에 대한 예외가 인정되어야 하리라 생각한다. 즉 헌법소원은 기본권침해를 구제하는 주관적 권리의 보장수단일 뿐 아니라 객관적 헌법질서의 유지, 보장기능도 있는 만큼 헌법소원이 제기된 사안이 일반적 중요성을 가지는 경우에도 보충성의 원칙의 예외를 인정하는 것이 타당할 것이다. 또 일반권리구제절차를 거치도록 하면 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생하는 경우, 그리고 일반권리구제절차를 거치도록 하는 것이 기대불가능한 경우는 권리구제절차를 거침에 따른 위험과 부담을 헌법소원청구인에게만 일방적으로 부담시킬 수 없는 경우로서 보충성의 예외로서 명문화하여야 할 것이라 생각한다.

마. 개정안

- * 제68조 제1항 단서를 제68조 제2항으로 하고 제68조 제2항을 제68조 제3항으로 함.
- * 제68조 ② 전항의 청구는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 그 청구가 일반적 중요성을 가지거나 다른 법률이 규정하는 구제절차를 거치면 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생하는 경우 및 그러한 구제절차를 거치도록 하는 것이 기대불가능한 경우에는 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

4. 헌법재판소법 제68조 제2항

가. 대상조문

제68조 ② 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.

나. 문제점

제68조 제2항의 헌법소원은 여러 가지 문제가 있는 것으로 지적되고 있다. 즉 첫째, 과연 헌법 제107조 제1항의 해석상 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 인정될 여지가 있는 것인가, 인정될 여지가 있다면 어느 범위에서 인정될 수 있는 것인가, 둘째, 제68조 제2항의 헌법소원의 실질은 과연 헌법소원이라 할 수 있는가, 그것이 위헌심사제청기각결정이나 법률에 대한 헌법소원이 아니라 실질적으로 위헌법률심사청구를 의미한다면 과연 이를 헌법소원으로 하고 있는 제68조 제2항을 그대로 두는 것이 타당한가 하는 문제가 그것이다. 그리하여 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대해서 종래 몇 가지 관점에서 그 제도적 개선이 주장되어 왔다.

(1) 제68조 제2항의 헌법소원의 인정가능성

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 관한 개선과 관련하여 우선적으로 논의해야 할 문제는 과연 현행헌법상 이러한 헌법소원이 인정될 수 있는 여지가 있느냐 하는 것이다. 이 문제는 법원이

합헌결정권을 가지느냐 하는 문제와 직결된다. 말하자면 헌법 제 107조 제1항이 법원은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 반드시 헌법재판소에 제청하여야 하는 의미로 이해한다면 법원의 기각결정을 전제로 하는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 인정될 여지가 없기 때문이다.

이 점에 관해 헌법 제107조 제1항은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한만을 가질 뿐, 법률에 대한 위헌여부의 심사권(전심권)을 가지지 않는다는 것을 규정한 것으로 보아 법원의 합헌결정권을 부인하고 법원이 당사자의 제청신청을 기각할 수 있는 경우를 매우 제한적으로만 인정하는 견해가 있었다. 이러한 입장에서는 법원이 위헌여부를 예비적으로 판단하여 결정으로 기각할 수 있도록 한 헌법재판소법 제41조 제4항, 제68조 제2항, 제69조 제2항은 위헌조항이라고 보고 제68조 제2항의 헌법소원은 삭제되어야 한다고 하거나 또는 법원의 합헌결정권은 인정되지 않으며 당사자의 위헌제청신청사건에 있어 법원은 오직 몇 가지 제한된 경우만을 제외하고는 반드시 합헌여부에 대한 판단없이 곧 바로 제청결정을 하여 헌법재판소로 보내는 것이 현행헌법에 합치하는 해석이라고 하였다. 이러한 입장에서는 위헌법률심사제청신청에 대한 기각 또는 각하의 사유를 일부 제한적으로만 인정될 수 있다고 한다. 즉 ㄱ) 합헌이 명백한데도 소송지연을 목적으로 한 위헌제청신청 ㄴ) 재판의 전제가 되는 법률, 즉 본안사건의 판단에 관하여 적용할 법률이 아닌 때에만 기각 또는 각하할 수 있다고 하거나 또는 ㄱ) 오로지 소송지연을 목적으로 한 것이거나 ㄴ) 심판의 대상인 법률이 계속중인 사건에 대한 재판의 전제가 되는 것이 아닌 때

ㄷ) 이미 헌법재판소의 위헌여부에 대한 심판을 거친 동일한 법률에 관한 것인 때를 제외하고는 그 스스로의 합헌여부에 관한 판단을 개입시킬 것 없이 바로 헌법재판소의 위헌법률심사제청을 하여야 한다고 한다.

한편 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정은 과거의 법원의 일차적 심사권을 완전히 부정한 것을 의미하고 따라서 당사자의 제청신청을 법원이 기각할 수 있게 하는 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌의 소지가 매우 크다고 하면서도 일반 법원이 위헌여부심판제청신청을 기각할 수 있는 경우를 제한적으로 인정하여 재판의 전제가 되는 법률이 합헌이라는 것에 대해 확신을 가지는 경우에는 기각할 수 있다는 견해도 있었다. 이상과 같은 입장에서는 결국 제68조 제2항의 삭제를 주장한다.

반면 법원도 법률의 합헌결정권을 가지고 있다고 보고 위헌법률 제청신청에 대한 법원의 기각결정의 여지를 넓게 인정함으로써 그 결과 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 여지를 넓게 인정하는 견해가 있다. 이러한 견해는 다음과 같은 논거에 기초하고 있다.

첫째, 헌법재판소 제도에 관한 오랜 경험을 갖고 있는 독일과 오스트리아의 경우 법률에 관한 위헌결정권은 헌법재판소가 독점하지만 합헌결정권은 일반법원에도 있는 것으로 해석하고 있고 그것이 바로 일반법원의 제청결과와 헌법재판소의 심판절차의 복합적 구조로 이루어지는 구체적 규범통제의 이론적 기초가 된다고 할 수 있는바, 그렇다면 비슷한 유럽대륙형의 헌법재판소제도를 가지고 있는 우리나라에 있어서도 일반법원은 법률의 위헌여부에 관하여도 실질적인 심사권을 갖되 그 범위는 합헌결정권에 한정되는 것으로 해석함이 옳다는 것이다. 둘째, 법관의 법률심사권은 법치

주의와 사법권의 본질에서 나오는 것으로 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 것이며 한시도 헌법을 법적 사고에서 제외할 수 없을 뿐만 아니라 하여서도 안된다고 한다. 그래서 당사자의 신청에도 불구하고 사실을 확정하고 법률을 적용함에 있어 그 상위법인 헌법에 비추어 그 뜻을 해석하고 이에 위배되는 여부를 검토함은 법원의 일차적인 임무이며 따라서 법관이 당해법률이 위헌인지 직권으로 검토하였더라도 합헌으로 해석하게 되었다면 제청을 하지 아니함이 당연하다고 한다. 이리하여 이러한 입장에서는 굳이 위헌에 대한 확신까지는 필요 없지만 위헌에 대한 어느 정도의 개연성이 있다고 믿는 경우에는 위헌법률 심판을 제청하여야 한다고 하고 따라서 합헌에 대한 확신이 있는 때에는 제청신청을 기각할 수 있다고 한다. 그래서 위헌의 의심은 있으나 확신은 없을 때 즉, 위헌의 확신도 합헌의 확신도 없는 때에는 제청하여야 한다고 한다.

생각건대, 제5공화국 헌법 제108조 제1항과 현행헌법 제107조 제1항의 문구의 차이는 문리해석상 확실히 법원의 합헌결정권을 배제하는 것처럼 보인다. 특히 제4공화국과 제5공화국 때의 헌정사적 경험, 즉 대법원이 위헌법률심사제청을 하지 않음으로써 위헌법률심사제도가 사장되었던 과거를 상기하면 이러한 주장은 설득력을 가지는 것으로 생각된다. 또한 현실적으로 당사자의 위헌법률심사제청신청이 기각된 경우에도 어차피 제68조 제2항에 의해 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다면 굳이 법원의 일차적 합헌결정권을 인정하여 절차와 시간을 끌 필요가 있겠느냐 하는 의문이 있는 것도 사실이다. 그러나 첫째, 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌론에 대해서 본다면 만약 헌법재판소법이 과거 헌법위원

회법 제15조처럼 대법원의 불송부결정권을 인정하고 법원의 제청이 없으면 헌법재판소가 위헌법률심판을 할 수 없는 경우에는 위헌이라 보아야 하겠지만 제68조 제2항에 의해 당사자가 헌법소원으로 사실상 위헌법률심사를 청구할 수 있는 이상 헌법 제107조 제1항에 위배된다고 볼 수는 없다고 생각된다. 당사자가 법원의 결정에도 불구하고 사실상 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구할 수 있는 길이 있다면 과거처럼 법원이 위헌법률심사제청을 하지 않음으로써 헌법재판소가 휴면기관화하는 일도 없을 것이다. 둘째로 국가의 실정법질서는 헌법을 정점으로 하는 위계질서를 이루고 있으며 엄밀하게 이야기하면 모든 법해석은 헌법해석문제와 연관되지 않을 수 없는 것이다. 그런 점에서 법의 해석과 적용을 임무로 하는 법원이 헌법적 판단을 전혀 할 수 없다는 것은 타당하지 않다. 이는 법관이 하는 법해석과 적용은 합헌을 전제로 한다는 점에서도 그러하다. 헌법 제 103조가 법관은 ‘헌법’과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다고 한 것은 이러한 표현이라 여겨진다. 셋째, 헌법 제107조 제1항은 법원의 제청에 의해 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심판토록 하고 있는데 법원의 일차적 합헌결정권을 부인하고 당사자의 제청신청이 있으면 법원은 합헌여부에 대한 판단없이 바로 제청결정을 하여야 한다면 사실상 법원의 제청절차가 형해화하게 될 것이다. 이러한 해석은 제5공화국 헌법 제108조 제1항과 현행헌법 제107조 제1항의 문언상 차이만을 중시하여 헌법이 규정하는 제청절차의 의미를 과소평가한 것이라 할 것이다.

이렇게 보면 우리 헌법이 헌법재판소를 두고 있고 또 제107조 제1항의 문언에 ‘법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는’이

라는 구절이 삭제되었다는 점에서 법원이 최종적으로 법률의 합헌성을 결정한다는 것은 타당할 수 없지만 일차적으로는 이에 대한 판단은 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 우리 헌법상으로는 일반법원에 일차적 합헌결정권은 인정될 수 있다고 생각한다. 그런 점에서 헌법해석론상 소송지연을 목적으로 하는 것이나 심판의 대상인 법률이 계속중인 재판의 전제가 되는 것이 아닌 때 또는 이미 헌법재판소의 결정은 거친 동일한 법률에 관한 것인 때와 같은 경우를 제외하고는 반드시 심사제청을 해야 한다고 할 수는 없다.

이렇게 보아 온다면 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌이라고 볼 수는 없고 또 앞에서 본 바와 같은 몇 가지 경우 즉, 소송지연 목적의 제청신청이나 재판의 전제성의 결여 또는 헌법재판소의 결정의 존재를 이유로 한 경우의 각하 또는 기각결정에 대한 경우에만 제68조 제2항의 헌법소원이 인정된다고 볼 수는 없고 합헌의 확신에 기초한 법원의 기각결정이 있는 경우에 제68조 제2항의 헌법소원이 인정된다 할 것이다.

지금은 실무에 있어서도 법원에 소송이 계속 중 법률의 위헌여부심판제청신청이 있는 경우 법원이 이에 대하여 1차적으로 위헌 여부를 실질적으로 심판하고 있다. 다만 결정의 형식은 원칙적으로 헌법문제에 대하여 판단하였으므로 기각결정을 하여야 하는 것이 원칙이나 각하결정을 하는 경우도 있다. 이렇게 보아 온다면 법 제68조 제2항이 위헌이라거나 동법상의 헌법소원은 거의 인정할 여지가 없다는 주장은 타당하지 않고 이러한 논리를 근거로 하여 동조항을 삭제할 것을 주장하거나 소송지연목적의 제청신청이나 재판의 전제성의 결여 또는 헌법재판소의 결정의 존재를 이유로 한

경우의 각하 또는 기각결정에 대한 경우에만 제68조 제2항의 헌법소원을 예외적으로 인정하여야 할 것이라는 개정안은 타당하지 않다 할 것이다.

(2) 제68조 제2항의 헌법소원의 실질

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 대한 또 하나의 중요한 비판점은 실질상 위헌법률심판을 헌법소원심판의 형태로 규정하고 있다는 점이며 그런 점에서 이 규정을 개정하여야 한다는 주장이 있다. 즉, 헌법소원의 본질상 헌법소원으로 위헌법률심사청구를 할 수 있게 한 것은 유례가 없는 것으로 이는 위헌법률심사에서 규정하여야 한다는 견해가 그것이다.

사실 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 외국에서는 입법례를 볼 수 없는 특이한 제도로서 그 실질과 관련하여 의문이 제기되고 있다. 말하자면 제68조 제2항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 제68조 제1항의 예외로서 위헌법률심판제청신청에 대한 법원의 기각결정에 대한 헌법소원으로 본래의 의미의 헌법소원이나 아니면 사실상 위헌법률심판청구를 헌법소원으로 청구한 것으로 그 실질은 위헌법률심판이나 하는 것이 문제가 된다. 만약 그 실질이 위헌법률심판에 해당된다고 한다면 이를 헌법소원의 한 유형으로 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제2항은 논리체계상 문제가 있고 제소요건이나 결정주문형식 등에 혼선이 빚어질 우려가 있기 때문이다.

그런데 제68조 제2항은 위헌법률심판제청신청에 대한 법원의 기각결정 자체에 대한 헌법소원을 의미하고 이에 기해 법원의 기각결정 자체에 대해서 그것이 합당하냐 아니하냐만을 판단하고 만

약 그것이 인용되는 경우에는 바로 위헌법률심사로 넘어가는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다. 이러한 주장은 위헌법률심판과 헌법소원심판은 그 의의와 효과면에서 전혀 다른데 헌법소원을 제기했음에도 법률의 위헌심판을 한다는 것은 논리에 맞지 아니하다는 점에 근거하고 있다. 말하자면 헌법소원의 형식으로 사실상 위헌법률심판을 청구하도록 하는 헌법재판소법 제68조 제2항의 구조에 충실하려는 해석이라 할 수 있다.

그러나 제68조 제2항의 헌법소원의 심판대상은 법원이 기각결정 자체가 아니라 위헌법률 자체라고 보아 제68조 제2항에 기한 심판의 실질은 헌법소원심판이 아니라 구체적 규범통제라고 보는 것이 보통이다. 헌법재판소법 제71조 제2항이 제68조 제2항의 헌법소원의 심판청구서의 기재사항에 관하여 제43조의 규정을 준용한 것이라든가 제75조 제6항이 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우 위헌법률심판에 관한 제45조와 제47조를 준용하고 있는 것은 제68조 제2항의 헌법소원이 그 실질상 위헌법률심판이라는 데에 기초하고 있다고 보아야 할 것이다. 이는 비록 법원이 위헌법률심판제청신청을 기각하였다 하더라도 제68조 제2항에 의해 위헌법률심판을 받을 수 있는 이상 기각결정에 의해 헌법상 기본권이 침해되었다고 볼 수는 없기 때문이며 또 제68조 제2항의 헌법소원에 의해 당사자가 구하는 것은 기각결정의 취소가 아니라 재판의 전제가 된 법률의 위헌결정이라는 점에 비추어 보아서도 그러하다. 이렇게 본다면 제68조 제2항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 제68조 제1항의 예외라든가 양자간에 상호 논리모순이라든가 하는 지적은 엄밀히 말하자면 타당하지 않게 된다. 이처럼 제68조 제2항의 헌법소원의 실질을 구체적 규범통제로 본

다면 제68조 제2항의 헌법소원은 보충성의 원칙이나 법적 관련성 즉, 자기성, 현재성, 직접성의 요건이 요구되는 것이 아니고 문제가 된 법률의 재판 전제성이 문제가 될 뿐이다. 또한 심판내용도 헌법상 보장된 기본권이 침해되었느냐의 여부가 아니고 재판의 전제가 된 법률의 위헌성 여부가 되며 이에 대한 결정형식 및 효력도 위헌법률심판의 결정형식 및 효력과 같아야 할 것이다.

이처럼 제68조 제2항의 헌법소원심판이 그 실질에 있어서는 위헌법률심판이라고 한다면 이를 헌법소원의 형태를 규정하는 제68조 제2항은 논리체계상 문제가 있는 것은 사실이고 그런 점에서 이를 헌법재판소법 제4장 특별심판절차 중 제1절 위헌법률심판부분으로 옮겨야 한다는 주장은 일응 설득력이 있어 보인다.

다. 입법례

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 우리나라 헌법소원제도의 특성에서 유래하는 것이라 할 수 있다.

독일의 경우 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어 위헌법률심사제청신청이 있다 하더라도 법원은 당해법률이 위헌이라고 확신하는 경우에만 헌법재판소에 위헌제청을 하게 된다. 즉 일반법원은 기본법 제100조 제1항 제1문에 따라 고유의 권한으로 재판의 전제가 된 법률의 합헌성을 인정할 수 있다. 그래서 연방헌법재판소에 위헌심판제청을 하여야 하는 경우로 '법률이 위헌이라고 인정하는 경우'란 법률의 위헌여부에 대해 의심(Zweifel)이나 단순한 의구심(Bedenken)만으로는 기본법 제100조에 의한 규범통제에 적합하지 않다고 한다. 만약 위헌의 확신에 이르지 못한 경우에는 제청신청

을 기각하게 되는데 이에 대해서는 별도의 불복절차의 길을 인정하지 않고 최종심의 판결을 받은 후에야 그 재판 자체를 대상으로 하여 헌법소원을 하게 된다.

반면 오스트리아의 경우 연방헌법 제89조 제2항에 의하면 법원은 법률이 위헌의 의심(Bedenken)이 있는 경우에는 헌법재판소에 그 폐지를 제청토록 하고 있고 헌법 제140조 제1항에 따라 헌법재판소는 법원의 제청이나 당해 법률이 헌법재판소 자체의 판결의 전제가 되는 경우 직권으로 연방법률 또는 주법률의 위헌성에 대해 재판함을 규정하고 있다. 다만 위헌의 의심이 없는 경우에는 최고법원이나 행정법원도 법률의 합헌성에 대해 판단할 수 있다고 보고 있다.

라. 개정방향 및 이유

이상과 같은 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 문제점과 관련하여 종래 제시되었거나 생각할 수 있는 개선안은 다음 몇 가지로 요약할 수 있을 것이다.

즉 첫째, 제68조 제2항을 아예 폐지하거나 그대로 두는 경우에도 제41조에 의해 일반법원이 당사자의 위헌법률심판제청신청을 각하할 수 있는 경우로 앞서 본 것처럼 합헌이 명백한 데도 소송지연을 목적으로 하는 위헌법률심판제청신청, 재판의 전제성이 결여된 법률의 위헌법률심판제청, 동일한 법률에 대한 헌법재판소의 결정이 이미 있는 경우에 있어서의 제청신청 등의 경우만을 인정하고 그 외의 경우에는 반드시 법원이 제청토록 하자는 견해가 있다. 이러한 입장에서는 제68조 제2항의 ‘…… 제청신청이 기각된 때에는’라는 문구를 ‘…… 제청신청이 각하된 때에는’으로 바꾸게 될 것

이다. 대한변호사협회의 헌법재판소법 개정건의안은 이러한 입장을 수용하여 제68조 제2항을 ‘제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 각하되거나 제청신청을 한 날로부터 2월이 경과하여도 법원이 제청하지 아니하는 때에는 그 신청한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청신청을 할 수 없다.’고 개정할 것을 주장하고 있다. 이러한 개선안은 현행헌법상 일반법원에는 합헌결정권이 인정되지 않는다는 점, 법원이 합헌으로 보아 위헌제청신청의 기각결정을 하여도 헌법소원을 제기하면 헌법재판소로 옮겨 올 수 있게 된 이제 법원에 합헌결정권이 있음을 전제로 법률의 위헌여부를 실질적으로 심사한다면 절차지만만 시키는 요인이 될 것이라는 점에 기초하고 있다.

둘째 독일과 같이 법원의 기각결정에 대한 항고절차를 통해 다투도록 하고 최종적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 방안도 생각할 수 있으나 후술하는 문제 때문에 이러한 주장을 하는 사람은 없다.

셋째 제68조 제2항은 위헌법률심판을 헌법소원의 형태로 청구하는 기이한 규정이므로 이를 위헌법률심판절차에 관한 규정으로 옮기자는 주장이 있다.

넷째, 법 제68조 제2항을 그대로 존치하되 그 청구요건으로 ‘법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각’된 때를 실질적으로 법원이 헌법문제에 대한 판단을 하였으므로 기각결정을 하여야 함에도 불구하고 각하결정을 한 경우에도 청구할 수 있도록 ‘각하 또는 기각’으로 개정하는 것을 생각할 수 있다.

생각건대 먼저 제68조 제2항을 폐지하자는 주장은 다음과 같은 문제가 있다고 생각된다. 즉 앞에서 보았듯이 법원의 합헌결정권이 일정범위에서 인정된다고 보아야 한다는 점, 이러한 주장은 법원의 제청절차를 사실상 공소화하여 헌법재판소의 부담을 가중시키고 소송경제를 저해하게 되는 문제가 있다는 점, 만약 일정범위, 예컨대 동일한 법률의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 결정이 있는 경우 등에는 법원이 기각결정을 할 수 있다고 하고 이에 대해 헌법재판소에 심판청구를 할 수 있는 길이 열려야 한다고 한다면 이러한 경우에 어떻게 할 것인가에 대한 대안이 없다는 점이 그것이다. 다음으로 법원의 합헌결정권을 부정하고 극히 제한적인 경우에만 법원의 각하결정을 인정하여 이에 대한 제68조 제2항의 헌법소원을 인정하려는 견해도 법원의 합헌결정권을 인정한다면 받아들이기 곤란하다. 다만 법원이 합헌이라 판단하여 위헌제청신청기각결정을 하더라도 당사자는 제68조 제2항에 의해 헌법소원을 제기할 수 있는 이상 법원이 위헌여부를 실질적으로 심사한다면 절차지연만을 초래한다는 주장은 일응 일리가 있어 보인다. 그러나 법원의 기각결정이 있다 하여 당사자 모두가 헌법소원을 제기한다고 보기는 곤란하고 법원이 예심적 역할을 함으로써 헌법재판소의 부담을 경감시켜 줄 수 있다는 점과 법률의 위헌성 여부문제가 제기될 때마다 모두 헌법재판소에 제청하고 당해 소송사건의 재판을 정지케 한다면 소송경제나 신속한 재판을 저해한다는 점에서 반드시 정당하다고 보기는 곤란하다.

다음으로 독일식 방법에 의한 해결도 첫째 현행 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있기 때문에 이것이 개정되지 않으면 채택하기 곤란하고, 둘째 독

일식 대안 자체가 현재의 제도보다 더 나은 방안이라고 볼 수 없기 때문에 굳이 이러한 방식을 채택할 필요가 없다고 생각한다. 즉 현행 헌법재판소법 제68조 제2항은 독일의 경우처럼 위헌제청신청이 기각되었을 때 항고, 재항고절차를 거치고 나서 최종적으로 그 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있도록 하는 것이 아니라 하급심의 위헌제청신청기각결정이 있으면 곧바로 헌법소원을 낼 수 있어 신속하게 보호받을 수 있다는 점에서 독일의 경우보다 진일보한 것이라는 입법론적 평가를 받고 있는 만큼 이 방식도 대안으로 부적합하다고 생각한다.

제일 설득력이 있는 개선방안은 세 번째 주장인 것 같다. 그런데 문제는 제68조 제2항을 위헌법률심판절차로 옮긴다 하더라도 그 구체적인 절차를 어떻게 할 것이냐 하는 점이다. 말하자면 헌법소원의 형식이 아니고 위헌법률심판을 청구할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있는가가 문제이다. 이룰 수 있는 가능성은 법원이 당사자의 위헌법률심판제청신청이 있으면 이를 모두 제청토록 하든가 아니면 기각할 수 있긴 하되 기각당한 당사자가 위헌법률심판을 직접 헌법재판소에 청구하는 방법, 두 가지이다. 먼저 전자의 부당성에 대해서는 앞에서 지적한 바 있다. 후자의 방안은 일견 현재의 제68조 제2항의 문제점이나 첫째 방안이나 둘째 방안의 문제점에 비추어 상당히 설득력이 있어 보인다. 그러나 문제는 헌법 제111조 제1항 제1호와 헌법 제107조 제1항이 법원의 제청에 의해 헌법재판소가 위헌법률심판을 하도록 하고 있는데 이처럼 위헌법률심판절차에 의하면서도 법원의 제청없이 당사자의 청구만으로 위헌법률심판절차를 시작할 수 있느냐 하는 것이다. 이는 특히 헌법 제111조 제1항 제1호에 비추어 인정될 수 없다고 생각한다.

다만 법 제68조 제2항은 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 ‘기각’된 때에는” 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으나 실제에 있어서는 당해법원이 실질적으로는 헌법문제에 관한 판단을 하였으므로 기각결정을 하여야 함에도 각하결정을 한 경우에는 법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 허용된다 할 것이며 이것이 헌법재판소의 관례이기도 하다(헌재1989.12.18. 89헌마32 등).

이렇게 본다면 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 그대로 존치시키되 다만 ‘기각된 때’를 ‘각하 또는 기각된 때’로 개정하는 것이 타당하다. 다만 헌법재판소법 제68조 제1항이 개정되어 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되면 법 제68조 제2항의 헌법소원은 불필요하므로 삭제하는 것이 타당할 것이다.

마. 개정안

- 1) 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 경우 - 삭제
- 2) 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 경우

* 제68조

- ② 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 ‘각하 또는 기각된 때’에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.

5. 헌재법 제69조 제1항

가. 대상조문

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한

헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.

나. 문제점

헌법소원청구기간에 관한 헌법재판소법 제69조는 다음과 같은 몇 가지 문제점을 가지고 있다고 생각된다.

첫째, 청구기간이 지나치게 짧다는 점이다. 이 점은 1999. 7. 31. 현재 헌법소원심판사건의 지정재판부의 각하사유별 현황을 보면 각하된 사건 총 1,640건 중 362건(헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 경우 각하된 사건 1,600건 중 349건(21.81%)이 청구기간이 경과되어 각하된 경우이며, 제68조 제2항의 헌법소원의 경우 각하된 사건 총 40건 중 13건(32.5%)이 청구기간 경과로 각하되었다)에 이르러 평균 22.07%에 달한다는 점에서도 나타나고 있다. 또한 행정소송법 제20조 제1항 본문은 '취소소송은 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기할 수 있다.'고 하고 제2항은 '취소소송은 처분 등이 있는 날로부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.'고 한 것에 비추어 보아서도 훨씬 짧다.

이는 헌법재판소법 제69조가 국민의 기본권구제나 헌법질서의 유지·보장보다는 법적안정성에 지나치게 비중을 두고 있다는 것을 나타내 주는 것이다. 국민의 기본권의 구제라는 측면에서도 그러

하지만 특히 헌법소원제도가 헌법질서의 유지·보장 기능을 하는 만큼 법적안정성을 강조하여 그 청구기간을 너무 단기간으로 하는 것은 타당하지 않다.

독일연방헌법재판소법 제93조가 헌법소원제기기간을 1월로 하고 법률 또는 권리구제절차가 없는 기타의 고권행위에 대해서는 법률 시행 후 또는 고권행위를 발한 후 1년 이내에 제기토록 한 것에 대해서도 중대한 결함이 있음을 지적하고 이러한 기간은 관계인에게 사실상 거의 헌법소원제기를 어렵게 한다는 지적이 있는 것에도 유의할 필요가 있다.

둘째, 독일연방헌법재판소법 제93조 제2항과 같은 별도의 법률에 대한 헌법소원청구기간에 관해 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이로 인해 두 가지 해석이 가능하다. 즉, 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간은 행정처분 등의 위헌여부가 헌법소원의 대상이 되는 경우에만 타당한 규정으로 한정적으로 해석하는 것이 타당하다는 견해와 법률에 대한 헌법소원에 대해서도 제69조 제1항이 적용된다는 견해가 그것인데 후자가 지배적 견해라 할 수 있다. 헌법재판소는 법률에 대한 헌법소원의 경우에도 제69조 제1항이 적용된다고 보고 제69조 제1항을 다음과 같이 해석하고 있다. 즉, 법률에 대한 헌법소원의 제소기간은 법률의 공포와 동시에 기본권 침해당자나 그 법률이 공포된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 그리고 법률이 공포된 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 법률공포 후 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 비로소 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 할 것이며 ‘사유가 발생한 날’은 당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 침해하였거나 그 침해가 확

실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다고 하였다. 그러나 법률에 대한 헌법소원은 구체적인 처분에 대한 헌법소원에 비추어 보면 규범통제적 성격이 강하고 또 동 조항을 적용하게 되면 사실상 헌법소원제기가 어렵다는 점에 비추어 문제가 있다 할 수 있다. 오스트리아에서는 법령에 대한 헌법소원의 경우 청구기간의 제약이 없다.

다. 입법례

(1) 독일

헌법소원의 청구기간은 헌법소원의 대상에 따라 다르다. 헌법소원의 대상이 판결인 경우에는 헌법소원은 1개월 내에 제기하여야 한다(연방헌법재판소법 제93조 제1항 제1문). 형식을 완전히 구비한 판결의 송달 또는 형식을 묻지 않고 통지가 기준이 되는 절차상의 규정에 따라 직권에 의하여 행하여지지 않으면 아니되는 경우 기간은 이들의 송달 또는 통지에 의하여 진행한다(제93조 제1항 제2문). 기타의 경우 기간은 판결의 선고에 의하여 또는 판결을 선고하지 아니하는 때에는 다른 방법으로 소원청구인에게 판결을 고지함으로써 진행한다(제93조 제1항 제3문). 헌법소원의 대상이 법률 또는 달리 출소의 방법이 없는 기타의 고권행위인 경우에는 헌법소원은 당해 법률의 시행 후 또는 당해 고권행위 후 1년 내에 제기하여야 한다(제93조 제2항). 위 기간들은 제척기간(Ausschlussfristen)이다(BVerfGE 4, 309).

(2) 오스트리아

행정청의 처분에 대한 소원은 최종심급에서 행하여진 처분의 송

달 후 6주 기간 내에 제기하여야 한다(연방헌법재판소법 제82조 제1항). 법률이나 명령에 대한 소원에 대해서는 청구기간의 제한이 없다.

라. 개선방향 및 이유

먼저 헌법재판소법 제69조의 헌법소원청구기간이 너무 짧다는 점에서 청구기간을 연장하자는 주장은 일찍부터 있어 왔다. 이미 1989. 10. 26. 당시 평화민주당 소속의원이 제안한 헌법재판소법 중 개정법률안은 헌법소원제기기간이 너무 단기간이어서 대부분의 국민이 헌법소원을 제기함에 있어서 그 기간을 초과하고 있다는 점에서 현행 헌법재판소법의 180일, 60일, 30일을 1년, 180일, 90일로 연장하는 안을 주장한 바 있었다. 또 1989. 11. 30. 당시 통일민주당 소속의원이 발안한 헌법재판소법 중 개정법률안은 헌법소원의 청구기간을 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내로, 그리고 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 경우의 헌법소원심판청구는 기각된 날로부터 30일 이내로 연장하는 것을 골자로 하고 있었다. 또한 대한변호사협회가 1990년 제안한 헌법재판소법 중 개정법률안은 제68조 제1항의 헌법소원의 청구기간은 그대로 두되 제68조 제2항의 헌법소원의 청구기간은 ‘제청신청각하결정의 고지를 받은 날로부터 30일’로 연장하였다. 행정소송의 경우와 비교해서 단순한 법적 권리가 아니라 헌법상 보장되는 기본권의 구제라는 점과 헌법질서의 유지·보장에 관계된다는 점에서 행정소송의 제기기간보다는 헌법소원청구기간을 더 장기로 하는 것이 바람직하다고 생각된다.

또 법률에 의한 헌법소원의 경우 다음 몇 가지 점에서 청구기간

의 제한을 두지 않는 것을 고려할 필요가 있다고 생각한다. 즉 첫째, 법률에 대한 헌법소원의 경우 국민의 기본권구제보다는 헌법질서의 보장이라는 측면이 더욱 강조된다고 할 수 있는데 국민이 기본권을 침해하는 위헌적 법률이 있다면 언제든지 그 위헌여부를 다투어 기본권구제를 청구할 수 있어야 이러한 기능에 부합한다는 측면이 있다. 둘째, 어떤 법률의 위헌성이 문제가 되는 경우에는 그 법률의 위헌여부가 구체적 사건에서 재판의 전제가 되어 법원의 제청을 통해 위헌법률심판에서 다루어지는 때에는 그 다툼의 기간에 제한을 두지 아니하면서 그 법률이 국민의 기본권을 직접 침해하였다 하여 그 위헌성이 헌법소원을 통해 다루어지는 경우에는 기간제한을 둔다면 양자의 균형이 맞지 않는 문제가 생긴다. 셋째, 법률에 대한 헌법소원의 청구기간을 제한한다 하더라도 자기와 같은 사유를 가졌으나 청구기간이 도과하지 않은 다른 청구인의 청구를 통하여 우회적으로 다룰 수 있으므로 청구기간제한을 두더라도 법적안정성을 도모할 수도 없다는 지적도 있다.

마. 개정안

(1) 제1안

헌법재판소법 제69조 ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종 결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

(2) 제2안

헌법재판소법 제69조 ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종 결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

③ 법률에 대한 제68조 제1항의 헌법소원에 대해서는 제1항이 적용되지 아니한다.

6. 헌재법 제72조

가. 대상조문

제72조(사전심사) ① 헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.

② (1991. 11. 30. 삭제)

③ 지정재판부는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판 청구를 각하한다.

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

3. 제25조의 규정에 의한 대리인의 선임 없이 청구된 경우
4. 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우

나. 문제점

헌법소원제도에 있어 가장 큰 문제점은 무엇보다 남소의 폐해라 할 수 있다. 헌법소원에 있어 남소의 경향은 헌법소원제도에 대한 무지와 오해, 그리고 소송광적인 태도 등에 의해 초래된다. 헌법재판현황통계에서도 볼 수 있듯이 우리나라나 독일에 있어 헌법재판사건 중 헌법소원사건이 가장 많은 반면 헌법소원사건 중 인용되는 경우는 적다. 우리나라의 경우 1988.8-1999.7 사이에 처리된 헌법재판소법 제68조 제1항과 제2항의 헌법소원은 총 4,186건이며 이 중 인용결정 83건, 위헌 132건, 헌법불합치 23건, 일부위헌 7건, 한정위헌 및 한정합헌 각 16건과 19건으로 이러한 결정이 전체의 6.7%에 불과하다. 그래서 과거 독일연방헌법재판소장을 지낸 E. Benda 같은 학자는 독일연방헌법재판소의 재판관에게 있어 항상 문제가 되는 것은 쇄도해 오는 헌법소원사건 중 중요한 사안과 그렇지 않는 것을 어떤 방법으로 선별할 것이냐 하는 것이라 지적하고 있다. 그런 점에서 헌법소원심판에 있어 전원재판부에서 재판할 만한 사건인가를 미리 선별하여 걸러줌으로써 헌법재판소의 부담을 덜어주고 이를 통해 헌법재판소의 본래의 임무를 충실히 수행할 수 있도록 하는 것이 무엇보다 중요한 문제가 아닐 수 없다.

이처럼 전원재판부의 부담을 줄여 주기 위하여는 무엇보다 지정재판부의 권한을 강화하여 불필요하게 전원재판부의 심판에 회부되는 것을 거를 수 있도록 해주어야 한다. 그러나 우리 헌법재판소

법 제72조 제3항은 지정재판부의 권한을 너무 제한하여 헌법소원의 형식적 요건심리에만 그 심리범위를 제한함으로써 전원재판부의 업무부담을 가중시키고 있다. 이는 독일연방헌법재판소법 제93조의 b가 부회(Kammer)는 헌법소원이 승소의 가능성이 없는 경우나 원(Senat)에 의해 헌법소원이 수리되지 않으리라 기대할 수 있는 경우에도 헌법소원의 수리를 거부할 수 있고 나아가 연방헌법재판소가 기준이 되는 헌법문제를 이미 결정하였기 때문에 헌법소원이 명백하게 이유가 있는 경우에 전원일치의 결정으로 헌법소원심판청구를 인용할 수 있도록 한 것에 비하면 지정재판부의 권한을 너무 제한하고 있는 것이다.

다. 외국의 입법례

(1) 독일

독일의 예비심사절차의 주체는 부회(Kammer)이다. 연방헌법재판소법 제5차 개정 이전에는 3인 위원회가 주체였다. 새로 신설된 제 15 a조에 의하면 각 부회는 1 직무년의 기간 중 세 명의 재판관으로 구성되고 복수의 부회를 소집한다(제1문 및 제2문)고 하면서 부회의 구성은 3년 이상 같아서는 안된다(제3문)고 하고 있다. 이것은 부회의 의견형성의 경직화를 방지하기 위한 것이다. 부회는 1) 청구인이 자신에게 부과된 공탁금(제34조 제6항)을 납부하지 아니하거나 적시에 납부하지 아니한 때 2) 헌법소원이 허용되지 아니하거나 또는 다른 이유로 승소의 가망이 없을 때 3) 부회가 제93C조 제2단에 따라 본안심리를 받아들이리라고 기대할 수 없을 때에는 전원일치로 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다(제93b조 제1항). 또는 부회는 헌법소원이 명백히 이유 있는 경우에는 그 헌

법소원을 인용할 수 있다. 종래 예비심사는 수리의 거절만이 그 임무였으나 인용까지 할 수 있도록 하여 절차가 간소화되었다. 부회에 의한 수리거부의 결정에는 이의를 제기할 수 없다(제93b조 제1항 제2문). 부회의 재판은 구두변론절차를 거칠 필요가 없으며 그 결정에 이유를 붙일 필요도 없다(제93b조 제3항, 제93c조).

(2) 오스트리아

오스트리아에서는 사전심사를 위한 별도의 지정재판부를 구성하지는 않으나 헌법소원이 인용될 전망이 거의 없거나 결정을 하여도 헌법적 문제의 명료한 해결이 기대되지 아니하는 경우에는 본안심리에 들어가기 전에 결정으로 그 헌법소원을 각하할 수 있다. (연방헌법 제144조 제2항, 연방헌법재판소법 제19조 제3항·제4항) 이러한 각하결정은 추가절차 및 추가심리 없이 재판관의 신청으로 비공개재판에서 결정할 수 있다(연방헌법재판소법 제19조 제3항).

라. 개정방향 및 이유

(1) 남소의 폐해를 막고 전원재판부의 부담을 덜어주어 보다 중요한 사건에 시간과 노력을 집중토록 하기 위해서는 지정재판부의 권한을 강화하고 그 권한을 적절하게 수행할 수 있도록 하게 하기 위해서 지정재판부의 조직을 강화하는 것이 필요하다.

이를 위해서는 먼저 지정재판부에 의한 사전심사가 반드시 청구요건의 구비 여부에 대해서만 심사토록 할 것이 아니라 일정한 경우 심판청구의 본안에 대해서도 심사하고 결정할 수 있는 권한을 인정하는 것이 필요하다. 법 제72조 제3항은 지정재판부가 동 조항이 정하고 있는 사유에 해당하는 경우에 재판관 전원의 일치된 의

견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하함을 규정하고 있다. 이처럼 인용결정이나 기각결정을 할 수 없는 우리나라의 지정재판부는 독일의 부회(Kammer)에 비하여 그 권한이 약하다. 이로 인해 독일의 경우에 비해 지정재판부에 의해 처리되는 사건비율이 훨씬 낮고 따라서 전원재판부에 의해 처리되는 사건비율이 상대적으로 훨씬 높다. 다만 현행헌법 제113조 제1항은 헌법소원의 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 함을 규정하고 있으므로 동 헌법조항을 개정하지 않는 한 비록 명백히 이유있는 경우라 하더라도 인용결정을 할 수 없다. 따라서 지정재판부의 권한강화는 일정한 경우 헌법소원에 대한 기각결정을 할 수 있는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 그런 점에서 지정재판부 재판관의 전원일치된 의견으로 헌법소원심판청구가 명백히 이유없다고 인정하는 때에는 헌법소원청구를 기각할 수 있도록 하여야 할 것이다.

그런데 이처럼 지정재판부 재판관의 일치된 의견으로 기각결정을 할 수 있도록 하기 위해서는 현행 지정재판부의 구성을 바꾸지 않으면 안된다. 즉 현행 헌법재판소법과 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙에 의하면 지정재판부는 3인의 재판관으로 구성되며 3개의 지정재판부가 있다. 그런데 현행헌법 제113조 제1항이 헌법소원의 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 함을 규정하고 있으므로 설사 3인의 지정재판부 재판관이 전원일치된 의견으로 헌법소원심판청구가 명백히 이유없다고 기각결정하였다 하더라도 나머지 재판관 6인이 이유있다고 볼 수 있는 여지가 전혀 없는 것은 아니므로 지금과 같이 3인의 재판관으로 지정재판부를 구성하는 것을 그대로 유지하면서 기각결정을 할 수 있도록 하는 경우 나머지 6인의 재판관에 의한 인용결정의 가능성을

막아버리는 문제가 있다. 따라서 지정재판부 재판관의 수를 4인으로 하고 2개의 지정재판부를 운영하면 이러한 문제가 없다 할 것이다.

(2) 한편 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 법 제68조 제1항에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정에 따라 예외적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 내용으로 법 제68조 제1항이 개정되는 경우 지정재판부가 헌법소원심판청구를 각하할 수 있는 사유를 규정한 법 제72조 제3항 제1호를 개정할 필요가 있다. 또한 지정재판부에 의한 기각결정도 인정하는 방향으로 법개정이 되면 법 제72조 제4항과 제73조에 있어 '각하'를 '기각 또는 각하'로 개정하는 것이 필요하다.

마. 개정안

제72조 ① 헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 4인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.

② 헌법소원심판청구가 명백히 이유없는 때에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원심판청구를 기각할 수 있다.

③ 지정재판부는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.

1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우. 다만 제68조 제1항의 규정에 의하여 법원의 재판에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ④ '각하' - '기각 또는 각하'로 개정
- 제73조 '각하' - '기각 또는 각하'로 개정

7. 법률에 대한 헌법소원에 대한 심리절차 및 인용결정의 효력에 관한 준용규정

가. 대상조문

제74조(리해관계기관 등의 의견제출) ② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 재판부에 심판회부된 때에는 제27조 제2항 및 제44조의 규정을 준용한다.

제75조(인용결정) ⑥ 제5항의 경우 및 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다.

나. 문제점

1) 우리 헌법재판소법은 독일연방헌법재판소법 제93조 제2항, 제94조 제4항, 제95조 제3항과 같이 법률에 대한 헌법소원에 관해 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 그래서 헌법재판소법이 제정된 후 초기에는 법률에 대한 헌법소원이 인정되지 않는다는 견해도 있었다. 이러한 주장은 독일연방헌법재판소법과 같이 법률을 헌법소원의 대상으로 하는 명문의 규정이 없다는 점과 헌법재판소법 제75조 제4항이 제68조에서 규정하는 공권력을 처분으로 한정하고 있다는 점, 그리고 법률에 의해 기본권이 침해된 경우라 하더라도 구체적 사건으로 법원에 계속되지 아니한 경우에는 심판을 청구할 수 없다는 점 등에 근거한 것이었다. 그러나 헌법재판소의 결정은

일관하여 법률에 대한 헌법소원을 인정하고 있으며 학자들의 지배적 견해도 이를 인정하고 있다.

원래 법률의 위헌성여부는 그 법률의 집행행위를 기다려 이에 대한 소송에서 그 전제가 되는 법률의 위헌심판절차를 통해 다투어야 할 것이지만 법률에 대한 헌법소원이 추상적 규범통제를 허용하는 것을 의미하는 것이 아니라 법률에 의해 집행행위의 매개 없이 현실적으로 직접적으로 자기의 기본권이 침해된 경우에 한하여 이에 대한 헌법소원을 인정하는 것이며 법률도 헌법상의 기본권에 기속될 뿐만 아니라 법률에 의해 직접적으로 기본권이 침해된 경우에 법률 자체의 효력을 다룰 수 있는 소송절차가 없으므로 법률에 의한 직접적 기본권침해가 있는 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있다고 보는 것이 정당하다고 생각된다.

다만 이처럼 법률에 대한 헌법소원이 별도의 명문규정을 두고 있지 아니하더라도 인정된다고 본다고 해도 법률에 대한 헌법소원은 처분에 대한 헌법소원과 그 성질에 있어 차이가 있으며 그에 따라 규율내용도 달라져야 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 법률에 대한 헌법소원은 비록 헌법소원의 형식으로 제기되긴 하지만 규범통제적 성격을 가지지 않을 수 없고 그런 점에서 이에 대한 결정의 효력이나 심리절차, 그리고 청구기간에 그 특성을 반영하지 않으면 안된다. 그런 점에서 독일연방헌법재판소법도 법률에 대한 헌법소원에 대한 명문의 규정을 두어 청구기간에 관한 특칙과 심리절차에 있어 의회나 정부의 의견진술기회의 인정, 그리고 결정의 효력에 있어 규범통제에 관한 규정의 준용을 규정하고 있는 것이다.

다. 입법례

독일연방헌법재판소법 제94조 제4항 : 헌법소원이 법률에 대하여 직접적으로 또는 간접적으로 제기된 경우 제77조(연방의회, 연방참의원, 연방정부 및 주정부에 대한 진술기회의 부여)가 준용되어야 한다.

제95조 제3항 : 법률에 대한 헌법소원이 인용되면 그 법률의 무효를 선언하여야 한다. …… 제79조의 규정(규범통제에 있어 위헌이라 하여 무효로 선언된 법률에 근거한 형사재판에 대한 재심허용과 취소할 수 없는 결정에 대한 무영향에 대한 규정)은 준용된다.

라. 개정방향 및 이유

법률에 대한 헌법소원은 처분에 대한 헌법소원과 그 성질에 있어 차이가 있으므로 그 특성에 맞게 규율내용을 달리 규정할 필요가 있다. 즉 법률에 대한 헌법소원은 비록 헌법소원의 형식으로 제기되긴 하지만 규범통제적 성격을 가지지 않을 수 없고 그런 점에서 이에 대한 결정의 효력이나 심리절차에 그 특성을 반영하지 않으면 안된다. 그런 점에서 독일연방헌법재판소법도 법률에 대한 헌법소원에 대한 명문의 규정을 두어 청구기간에 관한 특칙과 심리절차에 있어 의회나 정부의 의견진술기회의 인정, 그리고 결정의 효력에 있어 규범통제에 관한 규정의 준용을 규정하고 있는 것이다. 다만 법률에 대한 헌법소원이 인정된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이고 학자들의 지배적 학설인 만큼 헌법소원의 대상에 따로 규정할 필요는 굳이 없다고 할 것이고 다만 법률에 대한 헌법소원이 규범통제적 성격을 가지므로 제27조 제2항 및 제44조의

규정을 준용하여 헌법소원제기시 법무부장관에게 청구서 등본을 송달하고 법무부장관은 문제가 된 법률의 위헌 여부에 대한 의견서를 제출할 수 있도록 하여야 할 것이다. 또 법률에 대한 헌법소원의 경우 그 인용결정은 법률에 대한 위헌결정을 의미하므로 위헌법률심판에 관한 제45조 및 제47조를 준용할 필요가 있다.

마. 개정안

제74조 ② 제68조 제2항의 규정에 의한 ‘헌법소원 및 법률 또는 법률조항에 대한 헌법소원’이 재판부에 심판회부된 때에는 제27조 제2항 및 제44조의 규정을 준용한다.

제75조 ⑥ 제5항의 경우와 ‘법률 또는 법률조항에 대한 헌법소원이 인용된 경우’ 및 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다.

8. 헌재법 제75조 제7항

가. 대상조문

제75조(인용결정) ⑦ 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

나. 개정방향 및 이유

만약 법 제68조 제1항이 개정되어 법원의 재판에 대한 헌법소원을 부분적으로라도 인정한다면 헌법소원이 인용된 경우 관련된 소송에 대한 재판이 이미 확정되었다면 이에 대한 재심을 인정할 필요가 있다.

다. 개정시안

제75조(인용결정) ⑦ ‘법원의 재판에 대한 헌법소원 또는’ 제 68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 ……

9. 공소시효의 정지

가. 대상조문

헌행법상 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원제기시 공소시효가 정지된다는 명문의 규정이 없다.

나. 문제점

헌행법상 공소시효가 정지되는 사유에는 공소의 제기, 범인의 국외도피, 재정신청, 소년보호사건의 심리개시결정의 네 가지가 있다. 그러나 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 제기에 의해서 공소시효가 정지되는지 여부에 관해서는 아무런 명문규정이 없다. 따라서 해석론상 논란의 소지가 있다. 이 점에 관해 헌법재판소는 1993.9.27.선고, 92헌마284결정에서 ‘공소시효제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이어서, 그 예외로서 시효가 정지되는 경우는 특별히 법률로 명문의 규정을 둔 경우에 한하여야 하고, 법률에 명문으로 규정되어 있지 아니한 경우 다른 제도인 형사소송법상의 재정신청에 관한 규정을 유추적용하여 공소시효의 정지를 인정하는 것은 피의자의 법적 지위의 안정을 법률상 근거없이 침해하는 것이 되며, 나아가서는 헌법상의 적법절차주의, 죄형법정주의에 반하여 기소되고 처벌받는 결과도 생길 수 있을 뿐더러, 이는 당재판소가 사실상 입법행위를 하는 결과가 되므로 헌법소원사건이 심판에 회

부된 경우라 하더라도 심판대상인 피의사실에 대한 공소시효는 정지되지 아니한다'고 한 바 있다. 이에 대해 소수의견은 헌법소원사건에 대한 심판청구가 있는 경우 형사소송법상 재정신청에 있어서의 공소시효의 정지효에 관한 규정을 유추적용하여 심판대상인 피의사실에 대한 공소시효는 정지되는 것으로 해석하여야 한다고 하고 이 때 시효정지의 효력이 발생하는 시점은 헌법재판소에 심판청구를 한 때가 아니라 지정재판부에서 적법요건의 심사를 거쳐 전원재판부 회부결정이 된 때라고 해석하여야 한다고 보았다.

사실 명문규정이 없음에도 재정신청에 관한 규정을 유추적용하여 공소시효의 정지를 인정하는 것은 헌법상 죄형법정주의나 적법절차, 신체의 자유 침해의 문제가 제기될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 결과는 전제 소수의견이 지적하였듯이 가) 부당한 불기소처분에 대해 형사피해자가 검사로 하여금 공소제기를 하도록 하기 위하여 헌법소원의 형태로 헌법재판청구를 한 경우에는 공소시효의 진행은 정지되도록 하는 것이 헌법재판을 받을 권리를 존중하는 것이며 재판계속중에는 재판청구권자에게 불이익한 기간은 진행되지 않는다는 법의 일반원칙에도 합치하고 나) 독립한 사법기관에 의하여 검사의 불기소처분의 당부를 가리는데 있어서는 재정신청이나 헌법소원이나 차이가 없음에도 재정신청절차에서는 공소시효의 정지를 인정하면서 헌법소원에 있어서는 이를 인정하지 않는 것은 형평성이 없는 것이며 다) 범죄발생 후 헌법소원심판을 청구하기까지 상당한 기간이 경과되며 소원심판기간도 상당히 소요되기 때문에 공소시효의 정지의 효력을 인정하지 않으면 심리기간 중에 공소시효가 완성되는 경우도 있고 소원심판청구가 인용된다 하여도 공소시효의 완성시기가 얼마 남지 않는 경우도 있어 헌법소원청구인의 권리구제를 기대할 수 없는 경우가 많아

자칫 불기소처분에 대한 헌법소원제도를 형해화할 위험이 있다는 점에서 문제가 아닐 수 없다.

다. 개정방향 및 이유

이처럼 불기소처분에 대한 헌법소원제기시 공소시효를 정지하는 명문규정을 두지 않은 것은 중대한 입법적 흠결이라 할 수 있으며 이에 관한 명문의 규정을 둘 필요가 있다 할 것이다. 헌법재판소결정도 명문규정이 없음에도 재정신청에 있어서의 공소시효의 정지효에 관한 규정을 유추적용하는 것의 문제를 지적한 것이며 헌법소원제기시 공소시효정지의 필요성을 부인한 것은 아니다.

명문규정을 두는 경우 공소시효가 정지되는 시점과 정지가 종료되는 시점이 문제될 것이다. 헌법소원이 남소의 폐해가 크다는 점과 자칫 공소시효의 정지효를 확대할 때 그 남용의 여지가 큰 만큼 공소시효가 정지되는 기간에 제한을 둘 필요가 있다 할 것이다. 그런 점에서 공소시효가 정지되는 시점은 불기소처분에 대한 헌법소원제기시보다는 지정재판부에 의한 적법심사를 거쳐 전원재판부에 회부하는 결정이 있는 때로 하는 것이 타당하다 할 것이다. 또한 청구에 대한 전원재판부의 결정이 있는 날로부터 공소시효가 다시 진행한다고 하여야 할 것이다.

라. 개정안

제1안 : 헌법재판소법에 규정하는 안

제72조의2 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구가 제72조 제4항의 규정에 의하여 재판부의 심판에 회부된 때에는 그 청구에 대한 종국결정의 선고시까지 공소시효가 정지된다.

제2안 : 형사소송법에 규정하는 안

제253조의2 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구가 제72조 제4항의 규정에 의하여 재판부의 심판에 회부된 때에는 그 청구에 대한 종국결정의 선고시까지 공소시효가 정지된다.

10. 헌법소원심판에 대한 결정에 대한 재심

가. 대상조문

헌법재판소법은 헌법재판소의 헌법소원심판청구에 관한 결정에 대하여 재심이 허용되는지 여부에 대하여 별도의 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 다만 헌법재판소법 제40조 제1항이 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.”고 하여 재심의 여지를 인정하고 있다.

나. 문제점

헌법재판소의 헌법소원의 심판에 대한 결정은 형식적 확정력을 갖는 것이므로 취소될 수 없고 이에 대하여는 헌법소원의 형식에 의하여서도 그 취소나 변경을 구하는 심판청구를 제기할 수 없다(헌재1990.5.21.선고, 90헌마78결정). 헌법재판소의 결정에 대해서는 소송법상 더 이상의 상급법원이 존재하지 않으며 그에 대한 불복신청수단이 존재하지 아니한다. 그러나 헌법재판소의 결정에도 명백한 오류가 있는 경우가 있을 수 있으므로 이에 대하여 재심이

인정되는지 여부가 문제되지 않을 수 없다. 사실 헌법재판은 사실판단이 아니라 헌법해석을 주된 임무로 하는 것이므로 재심제도의 필요성이 민·형사소송이나 행정소송에 비하여 적고 헌법질서의 유지·보장이라는 측면에서도 법적안정성의 요구가 보다 강하다고 할 수 있다. 그러나 비록 헌법재판소의 결정이라 하더라도 결정에 중대한 절차상의 하자 등 명백한 오류가 있는 경우 법적안정성을 강조하여 당사자의 권리구제를 무시하는 것도 문제가 아닐 수 없다. 특히 잘못된 결정에 대한 개인의 권리구제의 필요성이 크다고 할 수 있는 헌법소원심판이나 탄핵심판의 경우 재심의 인정 필요성이 있지 않느냐 하는 의문이 있고 입법례 중에서도 헌법재판의 성질에 따라 부분적으로 헌법재판소의 결정에 대한 재심을 인정하는 나라도 있다.

그런데 현행법상 헌법소원심판청구에 대한 헌법재판소의 결정에 대해 재심이 허용되는지 여부에 대해서는 명문의 규정이 없어 그 인정 여부에 대한 해석상 논란이 있다.

이 문제는 헌법재판소도 지적하듯이 일률적으로 재심이 인정된 다든가 또는 인정되지 않는다고 할 것은 아니라 할 것이다. 즉 헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 결정의 효과가 한결같이 아니하기 때문에 재심의 허용 여부 내지 허용정도는 심판절차의 종류에 따라 개별적으로 판단되어야 할 것이다. 이 점에 관해 헌법재판소는 헌재 1992.6.26. 선고, 90헌아1 결정에서 ‘헌법재판소법은 헌법재판소의 심판절차에 대한 재심의 허용 여부에 관하여 별도의 명문규정을 두고 있지 않으나 일반적으로 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적안정성의 이익이 재심을

허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높은 것으로 쉽사리 예상할 수 있으므로 헌법재판소의 이러한 결정에 대하여는 재심에 의한 불복방법이 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다'고 하여 법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 결정에 대해서는 재심이 인정되지 않는다고 한 바 있다. 이러한 논리는 법령에 대한 법 제68조 제1항의 헌법소원에 대해서도 마찬가지라 할 것이다. 그러나 국민의 기본권침해에 대한 구제를 1차적 목적으로 하는 법 제68조 제1항의 헌법소원의 경우는 원칙적으로 재심이 인정된다고 보아야 할 것이다. 이 점에 관해서 헌재 1995. 1. 20. 선고, 93헌아1 결정은 “헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서는 사인의 성질상 헌법재판소의 결정에 대한 재심은 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에 한하여 제한적으로 허용될 수 있을 뿐이다”고 하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에 대한 결정에 대해서는 헌법소원이 인정될 여지가 있음을 인정하였다. 그러나 이에 관한 명문의 규정이 없어 해석상 논란의 소지가 여전히 있으므로 이에 관한 명문의 규정을 두는 것이 타당하다 할 것이다.

다. 입법례

(1) 독일

탄핵결정에 대해서만 재심이 인정된다.

독일연방헌법재판소법 제61조 제1항 : 재심은 유죄선고를 받은 자의 이익을 위해서만 그리고 그 자의 신청 또는 그의 사후 배우

자의 신청 또는 형사소송법 제359조와 제364조의 요건하의 그 혈족의 신청이 있는 경우에만 인정된다. 신청에는 재심의 법적 근거와 증거자료가 명기되어야 한다. 판결의 효력은 재심의 신청에 의해서 방해받지 아니한다.

(2) 오스트리아

오스트리아 헌법재판소법 제34조 : 재심은 연방헌법 제137조(연방, 주, 구, 시읍면, 시읍면연합체에 대한 재산상 청구), 제143조(탄핵심판), 제144조(헌법소원심판)의 경우에만 인정된다. 재심의 허용 여부에 대해서는 헌법재판소가 비공개재판으로 결정한다.

라. 개정방향과 이유

(1) 재심의 인정범위

헌법소원 중 어느 헌법소원에 대한 결정에 대하여 헌법소원을 인정할 것인가가 문제된다. 헌법소원 중 제68조 제2항의 헌법소원은 그 실질이 위헌법률심판이라 할 수 있어 그에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여 재심을 인정하는 것은 타당하지 못하다. 또 법령에 대한 제68조 제1항의 헌법소원의 경우도 권리구제를 위한 헌법소원이긴 하나 규범통제적 성격도 가지므로 법적안정성의 요구가 더 크다고 할 것이므로 이를 제외하고 법 제68조 제1항의 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대해서만 재심을 인정하는 것이 타당하다.

(2) 재심사유 및 절차

재심이 인정되는 것은 구체적, 개별적 쟁송사건에서 법원이 내린

재판이 일단 확정되었다고 하더라도 그 확정재판에 하자가 있고 그러한 하자가 확정재판에 대한 취소불가성이라는 법적안정성의 요청을 희생하고서라도 당사자의 권리구제라는 구체적 타당성의 실현이 더욱 강하게 요청될 정도로 중대한 경우 이를 시정하기 위하여 확정재판의 취소와 이미 종결된 사건의 재심판을 구할 수 있는 특별한 불복신청방법이 필요하기 때문인 것이다. 그러므로 재심을 인정하기 위해서는 재판의 종결, 확정이라는 법적안정성의 요청보다 구체적 타당성의 측면에서 확정재판에 대한 구제가 더욱 절실하게 요청되는 예외적 사정이 있어야 할 것이다. 그런데 재심사유에 관해서는 헌법재판소 1998.3.26. 선고, 98헌아2 결정에서 논란이 있었듯이 헌법재판의 경우 일반민·형사재판과는 다른 특성이 있어 문제가 될 수 있다. 또한 재심절차와 재심기간 등도 문제될 수 있다. 보다 자세히는 일반심판절차상의 일사부재리규정과 관련한 부분에서 상세히 논한 바 있다.

마. 개정안

일반심판절차상의 일사부재리규정의 개정안 참조.

11. 위헌정당해산시 소속국회의원의 신분상실 여부

가. 대상조문

헌행법상 명문규정 결여

나. 문제점

헌법 제8조는 정당의 자유와 국가에 의한 보호를 규정하면서 한

편으로 방어적 민주주의의 한 표현으로 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 경우 헌법재판소의 결정에 의해 해산됨을 규정하고 있다. 그런데 이렇게 정당이 해산된 경우 그 정당소속의 국회의원의 신분은 계속 유지되는지, 아니면 상실되는지 여부가 문제된다. 그럼에도 현행헌법이나 헌법재판소법, 공직선거 및 선거부정방지법은 어느 것도 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 헌법재판소에 의해 해산결정을 받은 경우 그 정당소속 국회의원의 신분상실 여부에 관해 규정을 두고 있지 아니하다. 그리하여 이에 관한 해석을 둘러싸고 의견이 나누어지고 있다.

이 문제는 우리헌법상의 자유주의적 대의제 민주주의에 기초한 국회의원의 국민대표성 및 자유위임의 요청과 정당국가적 민주주의의 현실에 기초한 국회의원의 정당대표성간에 어느 쪽에 더 비중을 둘 것이냐 하는 문제와 연관된다.

그런데 이 점에 관해 과거 독일연방헌법재판소는 사회주의제국당(SRP)과 독일공산당(KDP)에 대한 해산판결에서 그 소속의원의 의원직상실을 선고하면서 그 근거로 다음과 같은 이유를 들었다. 즉 가) 타율적 정당해산제도는 정치적 의사형성과정에서 이러한 정당의 이념 자체를 배제하자는 것인데 만약 그 정당의 실질적 대변자라 할 수 있는 국회의원이 국회에 계속 남아 그 정당의 이념을 대변하고 표결을 통해 이를 실천한다면 이러한 목적 자체는 달성할 수 없다는 점 나) 정당해산조항의 의미를 바르게 이해하면 위헌정당소속의 의원은 의원직을 상실한다는 결론에 이르게 된다는 점 다) 정당해산조항의 이러한 해석이 자유위임규정의 고유한 의미를 상실하게 하지는 않는데 그 이유는 위헌정당소속의 의원은 국민 전체의 대표가 될 수 없기 때문이라는 점 등을 들었다. 정당

국가현상을 강조한 라이프홀쯔(G. Leibholz)도 위헌정당해산시에도 그 소속의원의 의원직을 그대로 유지토록 하는 것은 극단적인 실증주의이고 의제주의라고 하였고 방어적 민주주의를 이유로 의원직상실을 주장하는 견해도 있다. 그러나 자유위임규정의 우선성을 주장하는 입장에서는 자유위임에 의한 의원의 자유로운 지위는 정당해산조항에도 불구하고 침해될 수 없는 것으로 정당해산조항이 자유위임조항보다 우선하는 것이 아니라 그 역이며 따라서 위헌정당해산시에도 그 소속의원의 신분은 상실되지 않는다고 한다.

우리 헌법 해석론상으로도 이러한 견해의 대립이 있다. 즉 국회의원의 국민대표성을 중시하고 현행법상 무소속입후보의 허용을 들어 소속정당이 해산되더라도 국회의원직은 상실하지 않으나 국회에서의 징계나 자격심사에 의해서 그 신분을 상실할 수도 있다고 보면서 다만 전국구위원의 경우 법률로 의원직상실을 규정할 수는 있다고 보는 견해도 있고 또 원칙적으로는 같은 입장에 있으면서도 전국구위원의 경우 정당대표성이 강하다는 점에서 전국구위원만이 의원신분을 상실한다는 견해도 있다. 반면 정당제 민주주의원리를 중시하고 또 방어적 민주주의의 정신에 비추어 국회의원 신분을 상실한다고 보는 견해가 있다.

이처럼 위헌정당해산시 그 소속의원의 신분상실문제를 둘러싸고는 정당국가적 현상과 대의제 민주주의에 있어 자유위임의 법리와 관련하여 논란의 소지가 많으나 독일연방헌법재판소가 지적하듯이 국회의원은 사실상 정당의 간부이자 정당의 대변인이며 정당에 소속되어 있고 정당의 의사를 실현하기 위해 활동하고 국회에서 발언, 표결하는 것에 비추어 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다 하여 헌법재판소의 결정에 의해 해산되었음에도 그

소속의원이 신분을 그대로 유지한다는 것은 타당하지 않고 방어적 민주주의를 규정한 헌법의 취지에도 맞지 않다고 생각한다. 따라서 그 정당소속 의원의 신분을 상실토록 하는 것이 타당할 것이나 아무런 명문의 규정없이 해석상으로 이를 인정하기는 곤란하다 할 것이다.

다. 입법례

독일의 경우 독일연방선거법 제46조 제1항 제5호가 위헌정당해산시 의원직상실을 규정하고 있고 연방헌법재판소도 사회주의제국당(SRP)과 독일공산당(KDP)에 대한 해산판결에서 그 소속의원의 의원직상실을 선고한 바 있다. 그러나 이 점에 관해서도 의원의 자유위임관계를 중시하는 학자 중에는 의원의 국민적 정당성이 독자성을 가지기 때문에 위헌정당의 해산결정의 경우에도 의원직상실은 있을 수 없다고 보는 견해도 있다.

한편 정당국가적 성격을 강하게 규정했던 우리나라 제3공화국헌법은 제38조에서 국회의원은 소속정당이 해산된 경우에는 그 자격을 상실토록 하고 있었다.

라. 개정방향과 이유

헌법상의 대의제 민주주의원리에도 불구하고 우리나라의 정당국가적 현실에 비추어 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 위헌정당의 해산결정시에는 그 소속의원의 신분을 상실토록 하는 것이 타당하다. 다만 이러한 결론을 아무런 명문의 근거 없이 해석론상 주장하는 것은 무리라고 생각되고 이를 명문으로 규정할 필요가 있다고 생각한다. 이를 규정하는 경우 헌법재판소법이나 공직

선거및선거부정방지법에 규정하는 것을 생각할 수 있다. 그러나 이를 법률로 규정하는 경우 헌법상 자유위임의 법리와 관련하여 위헌여부가 문제될 소지가 있으므로 이를 헌법에 명문으로 규정하는 것도 고려할 필요가 있다고 생각한다.

마. 개정안

(1) 제1안

헌법재판소법 제59조(결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다. 그 정당소속의 국회의원은 국회의원신분을 상실한다.

(2) 제2안

헌법 제8조(정당) ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다. 해산된 정당소속의 국회의원은 국회의원신분을 상실한다.

Ⅲ. 현행법률과 개정시안의 대조표

현행 규정	개정시안
<p>제2조 (관장사항) 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당 of 해산심판 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 5. 헌법소원에 관한 심판 	<p>제2조에 다음과 같이 제6호 및 제7호를 신설한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 6. 대통령선거 및 국회의원선거에서의 선거소송과 당선소송에 관한 심판 7. 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는지 여부의 확인
<p>제6조 (재판관의 임명)</p> <ol style="list-style-type: none"> ① 재판관은 대통령이 임명한다. ② 제1항의 재판관 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다. ③ 재판관의 임기가 만료되거나 임기 중 재판관이 결원된 때에는 임기만료 또는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 다만, 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회 또는 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 결원이 된 때에는 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다. 	<p>개헌을 전제로 현재법 제6조 제2항에 다음의 규정을 추가한다.</p> <p>대통령이 독자적으로 임명하는 3인 및 대법원장이 지명하는 3인의 임명에는 국회의 동의를 거쳐야 한다.</p> <p>대법원장이 지명하는 3인 가운데 적어도 2인은 전직 또는 현직의 대법관 가운데에서 선정한다.</p> <p>현재법 제6조 제3항 본문을 다음과 같이 개정한다.</p> <p>재판관의 임기가 만료되기 60일 이전부터 후임자의 임명을 위한 절차를 개시할 수 있다. 재판관이 결원된 때에는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다.</p>
<p>제7조 (재판관의 임기)</p> <ol style="list-style-type: none"> ① 재판관의 임기는 6년으로 하며, 연임할 수 있다. ② 재판관의 정년은 65세로 한다. 다만, 헌법재판소장인 재판관의 정년은 70세로 한다. 	<p>개헌을 전제로 현재법 제7조를 다음과 같이 개정한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> ① 재판관의 임기는 9년으로 하며 연임할 수 없다. 재판관이 결원된 때에 후임자의 임기는 새로 개시되는 것으로 한다. ② 재판관(재판소장을 포함한다)의 정년은 70세로 한다.

현행 규정	개정시안
<p>제10조 (규칙제정권)</p> <p>① 헌법재판소는 이 법과 다른 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규칙과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.</p> <p>② 헌법재판소규칙은 관보에 게재하여 이를 공포한다.</p>	<p>헌재법 제10조의2를 다음과 같이 신설한다.</p> <p>제10조의2(입법의견의 제출) 헌법재판소장은 헌법재판소의 조직, 인사, 운영, 심판절차, 기타 헌법재판소 업무에 관련된 법률의 제정 또는 개정이 필요하다고 인정하는 경우에는 국회에 서면으로 그 의견을 제출할 수 있다.</p>
<p>제11조 (경비)</p> <p>① 헌법재판소의 경비는 독립하여 국가의 예산에 계상하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 경비 중에는 예비금을 둔다.</p>	<p>법원조직법 제82조 제2항을 참조하여 헌재법 제11조에 다음과 같이 제3항을 신설한다.</p> <p>③ 헌법재판소의 예산을 편성함에 있어서는 헌법재판소의 독립성과 자율성을 존중하여야 한다.</p>
<p>제12조 (헌법재판소장)</p> <p>① 헌법재판소에 헌법재판소장을 둔다.</p> <p>② 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다.</p> <p>③ 헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속공무원을 지휘·감독한다.</p> <p>④ 헌법재판소장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 다른 재판관이 헌법재판소규칙이 정하는 순서에 의하여 그 권한을 대행한다.</p>	<p>헌재법 제12조 제2항 및 제4항을 다음과 같이 개정한다.</p> <p>② 헌법재판소장은 재판관 중에서 호선하며 재판관회의에서 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 선출한다. 1차 투표결과 피선거자가 없을 때에는 최고 득표자와 차점자에 대하여 결선투표를 하여 그 중 다수득표자로 하되 다수득표자가 2인 이상일 때에는 연장자를 피선거자로 한다.</p> <p>④ 헌법재판소장의 임기는 재판관으로서의 잔여임기로 한다.</p> <p>⑤ 헌법재판소장이 궐위된 때에는 후임재판관이 임명된 후 7일 이내에 후임자를 선출한다. 헌법재판소장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 헌법재판소 재판관 중 임명일자순으로 권한을 대행하며, 임명일자가 같을 때에는 연장자순으로 대행한다. 다만, 헌법재판소장이 1월 이상 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 사유가 생긴 날부터 7일 이내에 헌법재판소장 선출과 동일한 방식에 따라 권한대행자를 선출한다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제16조 (재판관회의)</p> <p>① 재판관회의는 재판관 전원으로 구성하며, 헌법재판소장이 의장이 된다.</p> <p>② 재판관회의는 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결한다.</p> <p>③ 의장은 의결에 있어 표결권을 가진다.</p> <p>④ 다음 각호의 사항은 재판관회의의 의결을 거쳐야 한다.</p> <p>1. 헌법재판소규칙의 제정과 개정 등에 관한 사항</p> <p>2. 예산요구, 예비금지출과 결산에 관한 사항</p> <p>3. 사무처장 임면의 제청과 헌법연구관 및 3급 이상 공무원의 임면에 관한 사항</p> <p>4. 특히 중요하다고 인정되는 사항으로서 헌법재판소장이 부의하는 사항</p> <p>⑤ 재판관회의의 운영에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p>	<p>헌재법 제16조 제4항의 제1호 및 제3호를 다음과 같이 개정한다.</p> <p>1. 제10조의2에 의한 입법예건의 제출, 헌법재판소규칙의제정과 개정 등에 관한 사항</p> <p>3. 사무처장, 헌법연구관 및 3급 이상 공무원의 임면에 관한 사항</p>
<p>제18조 (사무처공무원)</p> <p>① 사무처장은 정무직으로 하고, 보수는 국무위원의 보수와 동액으로 한다.</p> <p>② 사무차장은 정무직으로 하고, 보수는 차관의 보수와 동액으로 한다.</p> <p>③ 실장과 국장은 2급 또는 3급, 심의관은 3급, 과장 및 담당관은 3급 또는 4급의 일반직 국가공무원으로 보한다.</p> <p>④ 사무처공무원은 헌법재판소장이 임면한다. 다만, 3급 이상의 공무원의 경우에는 재판관회의의 의결을 거쳐야 한다.</p> <p>⑤ 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 사무처공무원으로 근무하게 하기 위하여 헌법재판소예의 파견근무를 요청할 수 있다.</p> <p>⑥ 사무처소속공무원에 대하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 국가공무원법 중 일반직공무원에 관한 규정을 적용한다.</p>	<p>실장의 직급을 1급으로 상향조정한다. 헌재법 제18조 제3항을 다음과 같이 개정한다.</p> <p>③ 실장은 1급, 국장은 2급 또는 3급, 심의관은 3급, 과장 및 담당관은 3급 또는 4급의 일반직국가공무원으로 보한다.</p>

현행규정	개정시안
<p>제19조 (헌법연구관 등)</p> <p>① 헌법재판소에 헌법재판소규칙으로 정하는 수의 헌법연구관 또는 헌법연구관보를 둔다.</p> <p>② 헌법연구관은 1급 내지 3급의 일반직국가공무원 또는 1급 내지 3급 상당의 별정직국가공무원으로, 헌법연구관보는 4급의 일반직국가공무원 또는 4급 상당의 별정직국가공무원으로 보한다.</p> <p>③ 헌법연구관 또는 헌법연구관보는 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사한다.</p> <p>④ 헌법연구관은 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임면한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 판사·검사·변호사의 자격이 있는 자 2. 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 있던 자 3. 국회·정부 또는 법원 등 국가기관에서 4급 이상의 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자 4. 헌법재판소에서 헌법연구관보로 5년 이상 근무한 자 <p>⑤ 헌법연구관보는 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임면한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자 2. 공인된 대학의 법률학 전임강사 이상의 직에 있던 자 3. 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 공법학에 전문적인 지식을 가진 자 4. 국회·정부 또는 법원 등 국가기관에서 5급 이상의 공무원으로서 4년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자 <p>⑥ 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 헌법연구관 또는 헌법연구관보로 근무하게 하기 위하여 헌법재판소에의 파견근무를 요청할 수 있다.</p>	<p>헌재법 제19조 제2항을 개정하고 제7항 및 제8항을 신설한다.</p> <p>② 헌법연구관은 특정직 국가공무원으로 하고, 헌법연구관보는 별정직공무원으로 한다.</p> <p>⑦ 헌법연구관은 금고 이상의 형의 선고나 징계처분에 의하지 아니하고는 파면, 징직, 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.</p> <p>⑧ 헌법연구관과 헌법연구관보의 임용, 보수, 복무, 신분보장, 징계 등에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제23조(심판정족수) ② 재판부는 중국심리에 참여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우 2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우 	<p>◆ 헌법개정을 전제하는 경우 제23조 제2항의 단서조항을 다음 두 가지 방안으로 개정한다. (가) 적정수의 예비재판관을 두는 안 (나) 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 결정할 수 있는 경우를 법률의 위헌결정의 경우만으로 한정하는 안 이 경우 개정안은 제23조 제1항 단서를 다음과 같이 개정한다: 다만, 법률의 위헌결정의 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.</p> <p>◆ 헌법개정을 전제하지 아니하는 경우 헌법개정이 불필요하면서 문제점이 지적되고 있는 제2항 제2호를 삭제하는 안</p>
<p>제24조(제척·기피 및 회피) ① 재판관이 다음 ……</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. …… 3. 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 할 경우 4. 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우 …… <p>④ 당사자는 동일한 사건에 대하여 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다.</p>	<p>◆ 밑줄친 부분을 “하였을”로 고침</p> <p>◆ 밑줄친 부분을 삭제</p> <p>◆ 밑줄친 부분을 “2인을 초과하여”로 개정</p>

현행 규정	개정시안
<p>제25조 (대표자·대리인)</p> <p>② 각종 심판절차에 있어서 당사자인 국가기관 또는 지방자치단체는 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다.</p> <p>③ 각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>◆ 제25조 제2항에서 “변호사 또는 변호사의 자격이 있는 [소속직원]”을 삭제</p> <p>◆ 제25조 제2항에 다음 단서조항을 신설한다.</p> <p>다만 심판이 구두변론에 의하도록 법률이 정하고 있거나 재판부가 구두변론에 의하기로 결정한 경우에 재판부는 국가기관 또는 지방자치단체의 대리인을 다음 각호의 1에 해당하는 자격이 있는 자로 한정할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 변호사의 자격이 있는 자 2. 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 5년 이상 재직한 자 3. 국가기관 또는 지방자치단체의 5급 이상의 공무원 혹은 국·공영 기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 이에 준하는 직위로 10년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자 <p>◆ 제25조 제3항을 다음과 같이 개정한다.</p> <p>각종 심판절차에 있어서 심판이 구두변론에 의하도록 법률이 정하고 있거나 재판부가 구두변론에 의하기로 결정한 경우에 재판부는 다음 각호의 1에 해당하는 자격이 있는 자를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판수행을 하지 못하도록 명할 수 있다. 다만 그가 그 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 변호사의 자격이 있는 자 2. 공인된 대학의 법률학조교수 이상의 직에 5년 이상 재직한 자 3. 국가기관 또는 지방자치단체의 5급 이상의 공무원 혹은 국·공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 이에 준하는 직위로 10년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자

현행 규정	개정시안
<p>제27조 (청구서의 송달) ① 헌법재판소가 청구서를 접수한 때에는 지체없이 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인(이하 “피청구인”이라 한다)에게 송달하여야 한다.</p>	<p>◆ 사전심사시 예외적 본안심사로의 개정이 있는 경우 = 현행조항 유지 ◆ 사전심사시 예외적 본안심사로의 개정이 없는 경우 = 제27조 제1항에 다음 단서를 신설 다만 헌법소원심판의 경우에는 지정 재판부에서 전원재판부로의 사건회부가 확정된 때에 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인에게 송달한다.</p>
<p>제28조 (심판청구의 보정) ① 재판장은 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다.</p>	<p>◆ 제28조 제1항에 후반부를 삽입 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 보정을 명하게 할 수 있다</p>
<p>제32조 (자료제출요구 등) 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판,소추 또는 범죄수사가 진행중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다.</p>	<p>◆ 제32조를 다음과 같이 개정 ① 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. ② 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 제1항과 제2항의 자료제출요구를 하게 할 수 있다.</p>
<p>제36조 (종국결정)</p>	<p>◆ 종국결정조항에 집행규정을 두기로 하는 경우 제36조(종국결정)에 다음 조항을 신설하여 제3항으로 하고 기존의 제3항, 제4항, 제5항을 각각 제4항, 제5항, 제6항으로 개정한다. ③ 재판부는 제1항과 제2항에 따른 종국결정에 그 결정의 집행력을 확보하기 위하여 집행주체, 유형, 방법 기타 필요한 사항을 구체적으로 정할 수 있다. * 후반부 집행규정 신설과 연계하여 참조할 것</p>

현행 규정	개정시안
제37조 (심판비용 등)	<p>◆ 제37조에 다음조항을 신설</p> <p>④ 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 다음 각호의 1에 해당하는 자에게 변호사비용 등 심판비용의 전부 또는 일부를 보상할 것을 명할 수 있다. 이때 헌법재판소는 그 명령의 집행과 관련하여 적절하다고 판단되는 국가기관의 협조를 구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 탄핵심판청구가 이유없다고 결정된 때의 피청구인 2. 정당해산심판청구가 이유없다고 결정된 때의 피청구정당 3. 헌법소원이 인용된 경우의 청구인 4. 기타 헌법재판소가 필요하다고 인정하는 경우의 당사자 <p>⑤ 제4항의 규정에 의한 보상의 청구 및 지급에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소 규칙으로 정한다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제38조(심판기간) 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다.</p>	<p>(1) 현행 규정의 필요성을 부인하는 경우 (가) 현행규정을 삭제한다. (나) 혼시규정화하여 다음과 같이 개정한다. 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 특별한 사유가 없는 한 2년 이내에 종국결정의 선고를 한다.</p> <p>(2) 현행 규정을 강행규정화하는 경우 다음과 같이 개정한다. (가) 제1안 ① 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 2년 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다. ② 헌법재판소가 제1항의 기간을 초과하여 종국결정의 선고를 하지 못하는 경우에는 당사자나 이해관계인 등은 헌법재판소에 그 이유에 대한 서면답변을 청구할 수 있다. (나) 제2안 ① 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 1년 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다. ② 헌법재판소는 심리를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에 이를 관보에 게재하고 제1항의 심판기간을 2차에 한하여 연기할 수 있다. 이 때 매차 기간의 연장은 각 6월 이내로 한다. ③ 헌법재판소가 제1항과 제2항의 기간을 초과하여 심리기간을 연장하거나 종국결정의 선고를 하지 못하는 경우에는 당사자나 이해관계인 등은 헌법재판소에 그 이유에 대한 서면답변을 청구할 수 있다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제39조 (일사부재리) 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.</p>	<p>(1) 제1안 현재의 일부의견과 같이 현행법 제40조의 규정에 따라 민사소송법상의 재심규정을 준용하는 방안이 있다.</p> <p>(2) 제2안 현재결정자체에 대한 재심여부인정에 대한 현재 자체의 결정에서 법정의견에 이르지 못한 다수의견이 된 부분을 입법화하는 방안이 있다. 이 경우 제39조를 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.</p> <p>① 헌법재판소는 제2항에서 정하는 경우를 제외하고 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.</p> <p>② 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 심판에서 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 것으로 재판부가 인정한 경우 헌법재판소는 재심을 허용할 수 있다.</p> <p>(3) 제3안 그 외 제68조 제1항에 의한 헌법소원과 같이 권리구제형 성격이 강한 정당해산심판과 탄핵심판의 경우도 포함시켜 재심을 가능하게 하는 안이 있다. 이때 제39조는 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.</p> <p>① 헌법재판소는 제2항에서 정하는 경우를 제외하고 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.</p> <p>② 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 심판, 정당해산심판 및 탄핵심판에서 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 것으로 재판부가 인정한 경우 헌법재판소는 재심을 허용할 수 있다.</p>

현행 규정	개정시안
제40조 (준용규정)	<p>◆ 제40조 제1항에 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서”라는 문구를 삽입하여 준용규정의 원래의미를 명확히 하는 방안이 바람직하다. 즉 제1항은 다음과 같이 개정한다.</p> <p>① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.</p>
집행규정(없음)	<p>(1) 제1안(신설안) 다음과 같이 중국결정의 집행에 관한 별도의 조항을 신설하는 안이 있다. 이 경우에도 세 가지 방안이 있다.</p> <p>(가) 제 ** 조 (결정의 집행) 재판부는 중국결정의 집행력을 확보하기 위하여 집행주체, 유형, 방법 기타 필요한 사항에 관한 결정을 할 수 있다.</p> <p>(나) 제 ** 조 (결정의 집행) 헌법재판소의 결정은 법무부장관이 집행한다.</p> <p>(다) 제 ** 조 (결정의 집행) 재판부는 중국결정의 집행력을 확보하기 위하여 국가 및 지방자치단체의 관계기관에게 협조를 요청할 수 있다.</p> <p>(2) 제2안(중국결정조항에 삽입하는 안 - 전술 중국결정부분 참조) 중국결정과 관련된 사항이므로 제36조 (중국결정)에 다음 조항을 신설, 삽입하는 방법이 있다.</p> <p>③ 재판부는 제1항과 제2항에 따른 중국결정에 그 결정의 집행주체, 유형, 방법 기타 필요한 사항을 구체적으로 정할 수 있다.</p>

현 행 규 정	개 정 시 안
가처분일반규정(없음)	<p>가처분에 관하여 다음 조항을 제3장 일반심판 절차편에 신설한다.</p> <p>제 *** 조 (가처분)</p> <p>① 헌법재판소는 심판청구가 제기된 경우에 당사자나 이해관계인에게 생길 회복하기 어려운 손해의 방지 기타 공공복리를 위하여 긴급한 필요가 있는 경우에 당사자의 신청 또는 직권으로 종국결정의 선고시까지 심판 대상이 된 활동, 처분 등에 대한 효력을 정지시키거나 다툼있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하는 결정을 할 수 있다. 다만 이 결정이 헌법소원심판과 관련된 경우 헌법재판소장은 이 법 제72조를 준용하여 재판관 3인으로 구성된 지정재판부가 사전 심사를 하게 할 수 있고 만일 이 지정재판부의 심판회부결정이 있는 경우에는 전원재판부가 우선적으로 심리하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 결정은 구두변론없이 할 수 있다.</p> <p>③ 제1항의 결정에 대하여 헌법소원심판의 경우를 제외한 기타 심판의 경우 당사자 및 이해관계인은 그 취소나 변경을 요구하는 이유를 명시하여 서면으로 이의신청을 할 수 있다. 이때 이 이의신청은 가처분결정의 효력에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p>④ 제1항의 결정은 6월의 경과로 효력을 상실한다. 다만, 재판관의 과반수의 찬성으로 연장할 수 있다.</p> <p>⑤ 헌법재판소는 제1항이 규정하는 사정에 변경이 생겼거나 중대한 공익적 필요가 있는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로써 제1항의 가처분의 집행을 정지하거나 취소할 수 있다.</p>

현행 규정	개정 시안
<p>제45조 [위헌결정] 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다. (신설)</p> <p>(신설)</p>	<p>제45조 [위헌결정의 범위]</p> <p>① 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.</p> <p>② 헌법재판소는 제청된 법률조항과 동일한 이유로 헌법에 위반되는 다른 법률조항이 있을 경우 그 조항에 대하여도 위헌결정을 할 수 있다.</p> <p>③ 헌법재판소는 이 법에 규정된 각종 심판절차를 진행함에 있어 적용하여야 할 법률의 위헌여부가 심판의 전제가 될 경우 이에 대해 직권으로 심판할 수 있다.</p>

현행 규정	개정시안
제47조 [위헌결정의 효력] ① 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.	제47조 (1) 제1안 [위헌여부결정과 그 효력] ① 헌법재판소는 법률의 위헌여부, 헌법불합치, 위헌으로 해석되는 여부 등으로 결정할 수 있다. 그 결정은 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 각각 기속한다. ② 제1항의 결정은 법규적 효력을 가진다.
(신설)	(2) 제2안 [위헌결정의 효력] ① 법률의 위헌여부에 관한 결정(법률 또는 법률조항에 대한 해석방법 또는 적용범위를 한정하여 그 위헌 여부를 밝힌 결정을 포함한다)은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다. ② 헌법재판소는 법적 혼란의 방지 기타 공공복리를 위한 특별한 사정이 있는 때에는 제정된 법률 또는 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 확인하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는 결정의 주문에서 그 법률 또는 법률조항의 적용을 중지시키는 등 (법률 또는 법률조항의 효력에 관하여) 필요한 조치를 취할 수 있다. 헌법재판소의 이 결정과 조치는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.
(신설)	③ 제1항과 제2항의 결정은 법규적 효력을 가진다.
(신설)	

현행 규정	개정시안
<p>(신설)</p> <p>② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.</p> <p>③ 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.</p>	<p>제47조의2</p> <p>(1) 제1안 [위헌법률의 무효]</p> <p>① 위헌법률은 무효이다.</p> <p>② 형벌에 관한 법률을 제외한 다른 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날로부터 더 이상 적용되어서는 안된다.</p> <p>③ 위헌결정 또는 위헌해석된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서는 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.</p> <p>(2) 제2안 [위헌법률의 적용배제]</p> <p>① 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 더 이상 적용되어서는 안된다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 적용을 배제한다.</p> <p>② 제1항 단서의 경우에 위헌으로 결정되었거나 위헌으로 해석된 형벌에 관한 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>③ 제2항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.</p>

현행 규정	개정 시안
<p>제61조 [청구사유]</p> <p>① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.</p> <p>(신설)</p> <p>② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.</p>	<p>제61조 [청구사유]</p> <p>① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.</p> <p>② 국가기관 또는 지방자치단체가 다른 국가기관이나 지방자치단체에게 처분이나 부작위를 요청하였음에도 그 기관이나 지방자치단체가 이를 거부하거나 90일 이내에 아무런 결정의 통지를 하지 아니한 때에는 당해 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.</p> <p>③ 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.</p>
<p>(신설)</p>	<p>제61조의2 [재판의 전제성]</p> <p>① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 있어 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제청한다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 권한쟁의심판의 제청신청이 기각이나 각하된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.</p> <p>③ 법원이 권한쟁의심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 제42조를 준용한다.</p> <p>④ 제2항의 절차에는 제70조, 제71조 제3항, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조 제7항을 준용한다.</p>

현행 규정	개정 시안
(신설)	<p>제61조의3[심판에의 참가]</p> <p>① 헌법재판소는 제61조의2에 따른 심판절차를 진행함에 있어 국가기관 또는 지방자치단체 및 그 기관을 권한쟁의심판에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 그 기관이나 단체의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 기관이나 단체를 심판에 참가시킬 수 있다.</p> <p>② 헌법재판소가 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 제청법원 및 당해 사건의 소송당사자의 의견을 물어야 한다.</p> <p>③ 제1항의 규정에 의해 심판에 참가한 기관이나 단체에 대하여는 민사소송법 제70조의 규정을 준용한다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제62조 [권한쟁의심판의 종류]</p> <p>① 권한쟁의심판의 종류는 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판 2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판 <ol style="list-style-type: none"> 가. 정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판 나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다)간의 권한쟁의심판 <p>(신설)</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판 <ol style="list-style-type: none"> 가. 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판 나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판 다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판 <p>(신설)</p> <p>② 권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 제1항 제2호 및 제3호의 당사자가 된다.</p>	<p>제62조 [권한쟁의심판의 종류]</p> <p>① 권한쟁의심판의 종류는 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판 2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판 <ol style="list-style-type: none"> 가. 제1호의 국가기관과 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판 나. 제1호의 국가기관과 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다)간의 권한쟁의심판 다. 제1호의 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판 3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판 <ol style="list-style-type: none"> 가. 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판 나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판 다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판 라. 앞의 각목에 규정된 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판 <p>② 권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 제1항 제2호 및 제3호의 당사자가 된다.</p>

현행 규정	개정 시안
<p>제63조 [청구기간]</p> <p>① 권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>(신설)</p> <p>(신설)</p> <p>② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.</p>	<p>제63조 [청구기간]</p> <p>① 권한쟁의의 심판은 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>② 피청구인의 처분에 관하여 무효확인을 구하거나 부작위를 다투는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.</p> <p>③ 제61조의2 제2항의 규정에 의한 권한쟁의심판은 심판의 제청신청이 기각 또는 각하된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>④ 제1항과 제3항의 기간은 불변기간으로 한다.</p>
<p>제64조 [청구서의 기재사항]</p> <p>권한쟁의심판의 청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청구인 및 심판수행자 또는 대리인의 표시 2. 피청구기관의 표시 3. 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위 4. 청구의 이유 5. 기타 필요한 사항 <p>(신설)</p>	<p>제64조 [제61조에 따른 청구서의 기재사항]</p> <p>① 제61조 제1항에 따른 권한쟁의심판의 청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청구인 또는 청구인이 속한 기관 및 심판수행자 또는 대리인의 표시 2. 피청구인의 표시 3. 심판대상이 되는 피청구인의 처분 또는 부작위 4. 청구의 이유 5. 기타 필요한 사항 <p>② 제61조 제2항에 따른 권한쟁의심판의 청구서에는 다음의 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청구인 및 심판수행자 또는 대리인의 표시 2. 피청구인의 표시 3. 다툼의 대상이 된 권한의 존부나 범위 4. 청구의 이유 5. 기타 필요한 사항

현행 규정	개정시안
(신설)	<p>제64조의2 [제61조의2에 따른 기재사항]</p> <p>① 제61조의2 제1항의 규정에 의한 심판제청서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제청법원의 표시 2. 사건 및 당사자의 표시 3. 권한의 존부나 범위에 관한 다툼의 주체인 국가기관 또는 지방자치단체나 그 기관 4. 권한의 존부나 범위에 관한 다툼의 대상이 된 내용과 이유 5. 기타 필요한 사항 <p>② 제61조의2 제2항의 규정에 의한 심판청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청구인 및 대리인의 표시 2. 사건 및 당사자의 표시 3. 제1항의 제3호 내지 제5호
<p>제65조 [가처분]</p> <p>헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중급결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.</p>	(삭제)
<p>제66조 [결정의 내용]</p> <p>① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다.</p> <p>② 제1항의 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.</p>	<p>제66조 [결정의 내용]</p> <p>① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다.</p> <p>② 제1항의 경우 피청구인의 처분이 이미 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>지방자치법 제157조[위법·부당한 명령·처분의 시정]</p> <p>① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반되는 것에 한한다.</p> <p>② 지방자치단체의 장은 제1항의 규정에 의한 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.</p>	<p>지방자치법 제157조 [위법·부당한 명령·처분의 시정]</p> <p>① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반되는 것에 한한다.</p> <p>(삭제)</p>
<p>제157조의2 [지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령]</p> <p>① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 업무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다.</p> <p>② 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.</p> <p>③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 대한 이의가 있는 때에는 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.</p>	<p>제157조의2 [지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령]</p> <p>① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 업무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다.</p> <p>② 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.</p> <p>(삭제)</p>

현행규정	개정시안
<p>제159조 [지방의회 의결의 재의와 제소]</p> <p>① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 내무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의를 요구받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.</p> <p>③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.</p> <p>④ 내무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.</p> <p>⑥ 내무부장관 또는 시·도지사는 제5항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.</p>	<p>제159조 [지방의회 의결의 재의와 제소]</p> <p>① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 행정자치부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의를 요구받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.</p> <p>③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.</p> <p>④ 행정자치부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 헌법재판소에의 심판청구를 지시하거나 직접 심판청구를 할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항의 규정에 의한 심판청구의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 그 지시를 받은 날부터 7일 이내에 심판을 청구하여야 한다.</p> <p>⑥ 행정자치부장관 또는 시·도지사는 제5항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 헌법재판소에 심판을 청구할 수 있다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>지방교육자치에관한법률 제38조 [시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소]</p> <p>① 교육감은 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육부장관에게 보고하고 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 그 시·도의회 또는 교육위원회에 재의를 요구하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 재의요구가 있을 때에는 그 시·도의회 또는 교육위원회는 재의에 붙이고 재적의원 또는 재적교육위원 과반수의 출석과 출석의원 또는 출석교육위원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.</p> <p>③ 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 이를 교육부장관에게 보고하고 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다. 다만, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 교육감이 소를 제기하지 않은 때에는 교육부장관은 당해 교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다.</p> <p>④ 제3항의 규정에 의하여 재의결된 사항을 대법원에 제소할 경우 그 제소를 한 교육부장관 또는 교육감은 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.</p>	<p>지방교육자치에관한법률 제38조 [시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소]</p> <p>① 교육감은 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육부장관에게 보고하고 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 그 시·도의회 또는 교육위원회에 재의를 요구하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 재의요구가 있을 때에는 그 시·도의회 또는 교육위원회는 재의에 붙이고 재적의원 또는 재적교육위원 과반수의 출석과 출석의원 또는 출석교육위원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.</p> <p>③ 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 이를 교육부장관에게 보고하고 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다. 다만, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 교육감이 소를 제기하지 않은 때에는 교육부장관은 당해 교육감에게 헌법재판소의 심판청구를 지시하거나 직접 심판청구를 할 수 있다. (삭제)</p>

현행규정	개정시안
<p>제50조 [지휘·감독 등]</p> <p>① 교육감은 국가의 사무로서 위임된 사무에 관하여는 교육부장관의 지휘·감독을 받는다.</p> <p>② 교육부장관은 교육감의 명령 또는 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 저해한다고 인정될 때에는 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 그 명령 또는 처분을 취소하거나 그 집행을 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 대한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.</p> <p>③ 교육감은 제2항의 규정에 의한 교육·학예에 관한 자치사무에 대한 명령이나 처분의 취소 또는 그 집행을 정지에 대하여 이의가 있을 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.</p>	<p>제50조 [지휘·감독 등]</p> <p>① 교육감은 국가의 사무로서 위임된 사무에 관하여는 교육부장관의 지휘·감독을 받는다.</p> <p>② 교육부장관은 교육감의 명령 또는 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 저해한다고 인정될 때에는 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 그 명령 또는 처분을 취소하거나 그 집행을 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 대한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.</p> <p>(삭제)</p>
<p>제50조의2 [교육감에 대한 직무이행 명령]</p> <p>① 교육감이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 국가위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 교육부장관은 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.</p> <p>② 교육부장관은 당해 교육감이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 시·도의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.</p> <p>③ 교육감은 제1항의 이행명령에 이의가 있는 때에는 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 교육감은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.</p>	<p>제50조의2 [교육감에 대한 직무이행명령]</p> <p>① 교육감이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 국가위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 교육부장관은 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.</p> <p>② 교육부장관은 당해 교육감이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 시·도의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.</p> <p>(삭제)</p>

현행 규정	개정시안
<p>헌법 제107조 ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위배되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.</p>	<p>(1) 제1안 헌법 제107조 ② 명령, 규칙, 또는 처분이 헌법이나 법률에 위배되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 이를 심사할 권한을 가진다. 이에 대한 법원의 재판에 대해서는 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.</p> <p>헌법재판소법 제68조 ① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법률,조약,법규명령,조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용 2. 행정청의 처분,부작위 등 행정작용 3. 법원의 사법행정작용 및 헌법재판소가 위헌이라 결정한(법률 또는 법률조항에 대하여 헌법불합치 또는 적용범위를 한정하여 위헌 또는 합헌으로 결정한 경우를 포함한다) 법률을 헌법재판소의 결정에 위배하여 적용한 법원의 재판과 헌법 제107조 제2항에 의한 법원의 재판 <p>(2) 제2안 헌법 제107조 ① 법률, 명령 또는 규칙이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다. ② 명령, 규칙 또는 처분이 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 이를 심사할 권한을 가진다.</p> <p>헌법 제111조 ① 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부에 대한 심판</p> <p>헌법재판소법 제4장 제1절 위헌법률심판을 위헌법률·명령 및 규칙에 대한 심판으로, 제41조 이하 제47조까지 ‘법률’을 ‘법률·명령 및 규칙’으로 개정</p>

현행 규정	개정 시안
<p>제68조 ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.</p>	<p>(1) 제1안 가) ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분 삭제 나) 헌법 제107조 제2항의 ‘최종적으로’란 구절의 삭제 *제68조 ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. (또는) ① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 1. 법률,조약,법규명령,조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용 2.행정청의 처분,부작위 등 행정작용 3.법원의 사법작용 (2) 제2안 가) 헌법 제107조 제2항의 ‘최종적으로’란 구절의 삭제 나) 명령,규칙,처분에 대한 헌법소원의 인정 다) 현재의 위헌결정이나 한정위헌 또는 한정합헌결정에 위배되는 법원의 재판에 대한 헌법소원 인정 *제68조 ① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 1.법률,조약,법규명령,조례 또는 규칙의 제정 등 입법작용 2.행정청의 처분,부작위 등 행정작용 3.법원의 사법행정작용 및 헌법재판소가 위헌이라 결정한(법률 또는 법률조항에 대하여 헌법불합치 또는 적용범위를 한정하여 위헌 또는 합헌으로 결정한 경우를 포함한다) 법률을 헌법재판소의 결정에 위배하여 적용한 법원의 재판</p>

현행 규정	개정시안
	<p>(3) 제3안 헌법재판소의 결정에 따라 현재의 위헌결정이나 헌법불합치, 한정위헌 또는 한정합헌결정에 위배되는 법원의 재판에 대한 헌법소원인정</p> <p>*제68조</p> <p>① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만 헌법재판소가 위헌이라 결정한(법률 또는 법률조항에 대하여 헌법불합치 또는 적용범위를 한정하여 위헌 또는 합헌으로 결정한 경우를 포함한다.) 법률을 헌법재판소의 결정에 위배하여 적용한 재판에 대하여서는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.</p> <p>③ 현행 제68조 제2항</p>
<p>제68조</p> <p>① …… 다만 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.</p>	<p>*제68조 제1항 단서를 제68조 제2항으로 하고 제68조 제2항을 제68조 제3항으로 함</p> <p>*제68조</p> <p>② 전항의 청구는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 그 청구가 일반적 중요성을 가지거나 다른 법률이 규정하는 구제절차를 거치면 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생하는 경우 및 그러한 구제절차를 거치도록 하는 것이 기대불가능한 경우에는 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제68조 ② 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.</p>	<p>1) 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 경우-삭제 2) 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 경우 *제68조 ② 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 '각하 또는 기각'된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 있다.</p>
<p>제69조 ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. ② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다.</p>	<p>(1) 제1안 제69조 ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. ② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. (2)제2안 제69조 ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. ② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. ③ 법률에 대한 제68조 제1항의 헌법소원에 대해서는 제1항이 적용되지 아니한다.</p>

현행 규정	개정 시안
<p>제72조</p> <p>① 헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.</p> <p>③ 지정재판부는 다음 각항의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우 2. 제69조의 규정에 의한 청구기간이 경과된 후 헌법소원심판이 청구된 경우 3. 제25조의 규정에 의한 대리인의 선임없이 청구된 경우 4. 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우 	<p>제72조</p> <p>① 헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 4인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.</p> <p>② 헌법소원심판청구가 명백히 이유없는 때에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원심판청구를 기각할 수 있다.</p> <p>③</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우. '다만, 제68조 제1항의 규정에 의하여 법원의 재판에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.' <p>④ 각하 - '기각 또는 각하' 로 개정</p> <p>제73조 각하 - '기각 또는 각하' 로 개정</p>
<p>제74조</p> <p>② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 재판부에 심판회부된 때에는 제27조 제2항 및 제44조의 규정을 준용한다.</p> <p>제75조</p> <p>⑥ 제5항의 경우 및 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다</p>	<p>제74조</p> <p>② 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원 '및 법률 또는 법률조항에 대한 헌법소원'이 재판부에 심판회부된 때에는 제27조 제2항 및 제44조의 규정을 준용한다.</p> <p>제75조</p> <p>⑥ 제5항의 경우와 '법률 또는 법률조항에 대한 헌법소원이 인용된 경우' 및 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용한다.</p>

현행 규정	개정시안
<p>제75조 ⑦ 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.</p>	<p>‘법원의 재판에 대한 헌법소원 또는’ 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 ……</p>
<p>(공소시효의 정지) 현행법상 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원제기시 공소시효가 정지된다는 명문의 규정이 없다.</p>	<p>(1) 제1안 : 헌법재판소법에 규정하는 안 제72조의2 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구가 제72조 제4항의 규정에 의하여 재판부의 심판에 회부된 때에는 그 청구에 대한 종국결정의 선고시까지 공소시효가 정지된다. (2) 제2안 : 형사소송법에 규정하는 안 제253조의2 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구가 제72조 제4항의 규정에 의하여 재판부의 심판에 회부된 때에는 그 청구에 대한 종국결정의 선고시까지 공소시효가 정지된다. 제75조의2 제68조 제1항의 헌법소원에 대한 종국결정에 대하여 청구인은 재심을 청구할 수 있다. 이에 관해서는 민사소송법의 규정을 준용한다.</p>
<p>위헌정당해산시 소속국회의원의 신분상실 여부</p>	<p>(1) 제1안 : 헌법재판소법 제59조(결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다. 그 정당소속의 국회의원은 국회의원신분을 상실한다. (2) 제2안 : 헌법 제8조 ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다. 해산된 정당소속의 국회의원은 국회의원신분을 상실한다.</p>

<부록>

헌법재판연구용역집 색인

구 분	논 제
헌법재판연구 제1권 (1989)	법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상
헌법재판연구 제2권 (1990)	헌법재판소 및 제도의 활성화에 관한 연구
헌법재판연구 제3권 (1991)	권한쟁의심판제도에 관한 연구
헌법재판연구 제4권 (1992)	헌법재판절차의 개선을 위한 입법논적 연구
헌법재판연구 제5권 (1993)	헌법해석에 관한 연구
헌법재판연구 제6권 (1994)	기본권의 개념과 범위에 관한 연구
헌법재판연구 제7권 (1995)	헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구
헌법재판연구 제8권 (1996)	위임입법의 한계에 관한 연구
헌법재판연구 제9권 (1997)	「보상없는 재산권제한의 한계」와 「국가 기관과 지방자치단체간의 권한쟁의」

연구자 약력

양 건

서울대학교 법과대학 법학과 졸업
서울대학교 대학원 법학과(법학석사)
서울대학교 대학원 법학과(법학박사)
미국텍사스대학 졸업(비교법석사)
승실대학교 법학과 부교수
한양대학교 법과대학 교수
현 한양대학교 법과대학장

김 문 현

서울대학교 법과대학 법학과 졸업
서울대학교 대학원 법학과(법학석사)
서울대학교 대학원 법학과(법학박사)
전남대학교 법과대학 조교수
경북대학교 법과대학 부교수
현 이화여자대학교 법학과 교수

남 복 현

한양대학교 법학과 졸업
한양대학교 대학원 법학과(법학석사)
한양대학교 대학원 법학과(법학박사)
전북산업대학교 법학과 조교수
현 호원대학교 법행정학부 부교수