

現行 憲法上 憲法裁判制度의
問題點과 改善方案

2005. 11

憲法裁判所

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究用役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습니다. 이 책자는 2005년도 研究계획에 의하여 (社)韓國公法學會로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

현행 헌법하에서 헌법재판소가 출범한 이래 그 성공적인 성과에도 불구하고 현실적 운영과정에서 헌법재판제도의 여러 문제들이 드러나고 있다. 그리하여 이러한 헌법재판제도의 문제에 관한 지적과 개선방안에 관한 많은 연구가 있었는데 이러한 연구들은 주로 현행 헌법을 전제로 헌법재판소법의 개정에 초점을 맞춘 것이었다. 그러나 현행 헌법재판제도의 문제 중에는 근본적으로 헌법규정에서 유래하는 것이 많고 헌법규정을 개정하지 않고는 해결할 수 없는 문제들이 있다. 그런 점에서 본 연구는 현행 헌법재판제도에 관한 헌법규정과 그와 관련된 주요한 헌법재판소법의 문제점을 고찰하고 그 개정방향을 모색함에 그 목적을 두었다. 그에 따라 개선방향을 모색함에 있어 현행 헌법이라는 한계는 없어졌으나, 전제가 없어진 만큼 다양하고 많은 대안을 생각하지 않으면 안 되는 어려움이 있었다.

본 연구는 현행 헌법재판제도의 구조, 헌법재판소의 조직과 구성, 헌법재판소의 관할, 그리고 헌법재판소의 심판절차를 주된 연구대상으로 하여 그에 관한 문제점과 개선방안을 내용으로 한다. 본 연구 중 서론과 현행 헌법재판구조에 대해서는 김문현이, 헌법재판소의 조직과 구성에 관해서는 정재황이, 헌법재판소관할에 관해서는 한수웅이, 그리고 심판절차에 관해서는 음선필이 담당하였다. 연구과정에서 각자의 연구내용에 관해 몇 차례 토론을 거쳤으나 각 담당부분의 내용은 그 부분을 맡은 연구자의 의견에 맡겼으며 의도적인 의견통일을 시도하지는 않았다. 또한 본 연구결과에 관하여 헌법재판소 연

구관 몇 분의 의견을 들었으며 현실감 있는 지적에 도움을 받았다.

연구보고서를 출간하려니 연구내용이 어느 정도 타당성과 설득력을 가질 것인가 하는 두려움이 생긴다. 헌법재판제도의 내용과 현실에 대한 관점과 평가가 사람마다 다른 만큼 모두가 공감하는 대안은 어려울 것으로 생각하지만 본 연구에서 제시된 대안들이 헌법이나 헌법재판소법 개정시 유용한 자료로 사용될 수 있기를 바라는 기대가 있다.

끝으로 본 연구를 수행하는 과정에 도와주신 헌법재판소 관계자 여러분과 공법학회 임원 여러분에게 감사를 드린다.

2005. 9.

共同研究責任者 金 文 顯

목 차

I. 서 론	1
1. 연구의 목적, 범위 및 방법	1
(1) 연구목적	1
(2) 연구범위 및 방법	2
2. 헌법재판제도의 지향	7
(1) 헌법재판의 본질과 헌법재판제도	7
(2) 헌법재판의 기능과 헌법재판제도	15
(3) 민주주의와 헌법재판제도	17
(4) 권력분립적 측면	18
3. 헌법재판의 유형	21
(1) 집중형, 비집중형, 혼합형	22
(2) 사전적 심사형과 사후적 심사형	24
4. 우리나라 헌법상 헌법재판제도의 변화	25
(1) 제헌헌법(1948년)	25
(2) 제2공화국헌법(1960년)	26
(3) 제3공화국헌법(1962년)	26
(4) 제4공화국헌법(1972년)	27
(5) 제5공화국헌법(1980년)	28
II. 현행 헌법상 헌법재판 구조상의 문제점과 개선방안	30
1. 현행 헌법재판제도의 구조와 문제점	30
(1) 현행헌법상 헌법재판제도의 구조	30
(2) 문제점	31
1) 헌법해석의 통일성 문제	31

2) 헌법재판의 관할분쟁 문제	35
가) 명령·규칙에 대한 헌법소원의 인정 여부	36
나) 행정처분에 대한 헌법소원의 인정 여부	39
다) 헌법소원에 있어 보충성의 원칙의 예외 문제	43
3) 헌법소원제도의 왜곡 문제	46
(3) 문제의 원인	47
2. 헌법상 헌법재판소와 법원에 관한 규정체계의 문제	48
(1) 현행 헌법규정	48
(2) 현행 규정의 문제	49
1) 헌법재판의 본질과 헌법재판소	49
2) 현실적 문제 - 헌법재판소와 법원의 관계	50
(3) 입법례	53
1) 헌법재판소를 사법부의 한 부분으로 규정하고 있는 입법례	53
가) 제헌헌법	54
나) 독일기본법	54
다) 러시아	55
2) 헌법재판소를 사법부와 독립된 국가기관으로 하고 있는 입법례	55
가) 오스트리아	55
나) 스페인	56
다) 이탈리아	57
라) 헝가리	57
(4) 개선방안	58
3. 최종적 헌법재판기관의 이원화문제 - 헌법 제107조 제2항의 문제	60

(1) 현행 헌법규정	60
(2) 현행 규정의 문제	60
(3) 입법례	63
1) 독일	63
2) 오스트리아	64
3) 러시아	65
4) 헝가리	65
5) 스페인	66
(4) 개선방안	66
4. 법원의 재판에 대한 헌법소원배제 문제	67
(1) 헌법규정 및 헌법재판소법규정	67
(2) 현행 규정의 문제	67
1) 헌재법 제68조 제1항의 위헌 여부	68
2) 현실적 문제	71
(3) 입법례	74
1) 독일	74
2) 오스트리아	75
3) 스페인	76
(4) 개선방안	77
5. 소결론 - 헌법재판구조에 대한 종합적 개선방안 -	80
III. 헌법재판소의 조직과 구성상의 문제점과 개선방안	85
1. 기본적 지침과 과제	85
(1) 헌법재판소의 성격에 관련한 조직, 구성의 방향 모색	85
(2) 헌법재판의 성격과 헌법재판소의 조직·구성문제	85
(3) 헌법재판소의 위상과 헌법재판소의 조직·구성문제	85

(4) 헌법재판의 공정성·효율성과 재판관의 독립성 제고를 위한 개선방안의 모색	86
(5) 규정의 위치 문제	86
2. 헌법재판소 재판관의 적정 정수의 문제	87
(1) 현행 규정	87
(2) 문제점	87
(3) 외국제도	88
1) 재판관의 정수	88
2) 규정 상황	90
(4) 개선방안의 검토	91
1) 적정 수 문제	91
2) 규정의 위치 문제 - 헌법 자체적 규정과 법률에의 위임 문제	95
3) 전제적 사항	96
3. 헌법재판관의 자격 문제	97
(1) 기본요소	97
1) 헌법적 전문성	97
2) 독립성	98
(2) 법조자격한정의 문제	98
1) 현행 규정	98
2) 문제점	99
3) 외국의 제도	104
4) 개선방안	108
4. 헌법재판관의 선출방식의 개선방안	111
(1) 3부(府)에 의한 선출방식의 문제	111
1) 현행 규정	111

2) 문제점	111
가) 대통령의 재판관 지명에서의 문제점	112
나) 대법원장의 지명권의 문제점	112
3) 외국제도	116
가) 의회선출형	116
나) 의회·정부에 의한 선출의 유형	117
다) 3부에 의한 선출	118
라) 특수형 - 의회와 헌법재판소에 의한 선출 등	119
4) 개선방안	119
가) 방안모색에서의 방향	119
나) 선출방식의 개선방안	125
a) 대통령의 지명에 대한 국회동의	125
b) 사법부의 관여 문제	125
c) 기타	128
d) 비율의 문제	129
(2) 국회에서의 선출·동의에서의 방식에 관한 개선	130
1) 현황	130
2) 문제점	131
3) 외국의 제도	131
4) 개선방안	134
(3) 순차적 개선(改選)제도의 도입 문제	136
1) 논의의 필요성	136
2) 외국의 제도	136
3) 검토	138
(4) 선출절차의 문제 - 인사청문 등의 문제	139
(5) 임명권자의 문제	140

5. 헌법재판관의 임기와 정년 문제	142
(1) 임기 문제	142
1) 현행 규정	142
2) 문제점	142
3) 외국제도	143
4) 개선방안	144
가) 단임제	144
나) 적정 임기	145
다) 헌법명시 문제	147
(2) 후임자 임기 문제	148
(3) 정년 문제	149
1) 현행 규정	149
2) 검토사항과 문제점	149
3) 외국제도	150
4) 개선방안의 검토	151
6. 그 외의 독립성보장제도와 신분보장제도에 관한 문제	153
(1) 현행 규정	153
(2) 문제점	154
(3) 외국의 제도	154
(4) 개선방안	155
7. 헌법재판소장의 선출, 임기 등의 문제	157
(1) 헌법재판소장의 선출방식의 문제	157
1) 현행 규정	157
2) 논의점	157
3) 외국의 제도	157
4) 개선방안의 검토	159

(2) 헌법재판소장의 임기와 중임 문제 등	162
1) 현행 규정	162
2) 문제점	162
3) 외국의 제도	163
4) 개선방안 모색을 위한 논의점	163
(3) 권한대행	164
1) 문제점	164
2) 검토사항	164
IV. 헌법재판소의 관할 및 권한상의 문제점과 개선방안 ...	165
1. 헌법상 현행 규정	166
(1) 헌법재판소의 권한을 결정하는 두 가지 요소	166
(2) 현행 헌법상의 관할규정	170
2. 현황과 문제점, 개선방향	172
(1) 재판소원 배제의 문제	172
1) 법원의 위헌제청 의무와 헌법해석	173
2) 법원의 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 의무와 헌법해석	174
3) 헌법해석의 통일성을 확보하기 위한 방안	175
4) 헌법개정안	178
(2) 법률과 명령·규칙의 위헌심사의 이원화 문제	179
1) 헌법해석의 이원화 문제	179
2) 위헌법률심사에 있어서 규범상호간의 내용적 연관관계를 고려할 수 없는 문제	179
(3) 헌법 제107조 제2항에서 처분의 경우에도 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는지의 문제	180

1) 法令과 處分의 위헌심사에 있어서 근본적인 차이점	181
2) 헌법개정안	183
(4) 위헌법률심판절차에서 법원이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제청하지 않는 경우의 문제	183
1) 구체적 규범통제의 개념 및 유형	183
2) 헌법 제107조 제1항의 해석	186
3) 헌법 제107조 제1항 및 제27조 제1항으로부터 파생하는 심판절차로서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소 원제도	190
가) “憲法과 法律이 정한” 法官	190
나) 법원이 위헌제청을 하지 않는 경우, “憲法과 法律이 정한 法官”의 문제	193
(5) 탄핵심판제도와 관련하여 헌법 제65조의 보완 문제	195
1) 헌법 제65조의 탄핵심판절차의 본질 및 기능	196
가) 權力統制手段으로서의 탄핵심판절차	196
나) 憲法守護手段으로서의 탄핵심판절차	197
2) 탄핵소추의 對象公務員의 문제	200
3) 탄핵소추사유 또는 탄핵결정사유의 문제	203
4) 헌법개정안	208
5) 탄핵대상 공무원에 따라 탄핵사유가 차별화되어야 하는지의 문제	210
(6) 정당해산심판제도와 관련하여 헌법 제8조 제4항의 보완 문제	212
1) 정당해산심판절차의 의의와 목적	213
2) “민주적 기본질서”의 의미	214
3) 헌법개정안	218

3. 헌법재판소의 새로운 관할을 도입하는 문제	219
(1) 추상적 규범통제의 도입 문제	219
1) 개념과 입법례 개관	220
가) 개념	220
나) 비교법적 관점	221
2) 한국 헌법재판제도에서의 추상적 규범통제	222
3) 독일의 추상적 규범통제	222
4) 오스트리아의 추상적 규범통제	227
5) 도입여부의 문제	228
6) 헌법개정안	232
(2) 사전적 규범통제의 도입 문제	234
1) 개념 및 입법례 개관	234
2) 프랑스의 사전적 규범통제절차	235
3) 포르투갈의 사전적 규범통제	238
4) 헝가리의 사전적 규범통제	239
5) 도입여부의 문제	240
(3) 선거소송재판권의 도입 문제	245
1) 외국의 입법례	245
가) 의회선거에 대한 심사	246
나) 대통령의 선거에 대한 심사	246
다) 국민투표의 합헌성에 대한 심사	246
라) 구체적인 입법례	247
a) 독일	247
b) 오스트리아	249
c) 프랑스	249
2) 헌법개정안	250

(4) 기본권실효제도의 도입 문제	251
(5) 대통령의 직무수행불가 여부의 확인절차의 도입 문제 ..	253
1) 입법례	253
2) 헌법개정안	254
4. 현행 헌법재판제도에서의 한정위헌결정과 한정위헌청구의 문제	254
(1) 문제의 제기	254
(2) 현행 헌법재판제도에서 법원의 재판에 대한 헌법소원 ..	259
1) 재판소원의 類型	259
가) 재판 자체(內容과 節次)에 대한 헌법소원	260
a) 裁判의 內容에 대한 헌법소원	260
b) 裁判의 節次에 대한 헌법소원	262
나) 間接的 法律訴願	262
2) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도의 裁判訴願의 性格	263
가) 法的 性格	263
나) 재판소원으로서의 機能	265
3) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 ‘禁止된 裁判訴願’의 의미	267
(3) 합헌적 법률해석과 헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석	268
1) 憲法의 基本決定을 고려하는 法律解釋	268
가) 客觀的 價値秩序로서의 기본권	268
나) 기본권의 放射效	269
다) ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 구체적인 例	270

라) ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 機能	272
2) 合憲的 法律解釋(Verfassungskonforme Auslegung)	273
가) 法律解釋으로서의 합헌적 해석	274
나) 規範統制節次의 한 부분으로서 합헌적 법률해석	274
다) 합헌적 법률해석의 規範維持的 機能	276
3) ‘합헌적 법률해석’과 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 區分	277
4) 법률해석의 權限의 문제	278
가) 법률해석의 원칙적인 권한	278
나) ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 권한	278
다) 합헌적 법률해석의 권한	279
(4) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판절차에서의 한정위헌결정의 문제점	282
1) 限定違憲請求의 適法性 與否에 관한 헌법재판소의 판례 경향	283
2) 한정위헌청구의 적법성여부에 관하여 판단하지 않은 초기의 판례	284
3) 법원의 法律解釋의 違憲性을 다투는 심판청구의 적법성여부	286
4) 법률에 대한 限定違憲決定을 구하는 심판청구의 적법성여부	289
(5) 소결론	291
V. 심판절차상의 문제점과 개선방안	294
1. 서언	294
2. 일반심판절차	295

(1) 심판정족수	295
1) 현행 규정	295
2) 현황 및 문제점	295
가) 가중다수결의 문제	295
나) 예비재판관 부재에 따른 문제	301
3) 외국의 입법례	305
가) 결정정족수	305
나) 예비재판관제도	307
4) 개선방안	307
(2) 헌법재판소결정의 기속력 규정	308
1) 현행 규정	308
2) 현황과 문제점	309
3) 외국의 입법례	311
4) 개선방안	312
3. 탄핵심판절차	312
(1) 탄핵심판절차 일반	312
1) 탄핵소추절차	313
가) 탄핵사유의 시효	313
나) 탄핵소추의결시 조사 및 증거수집	314
다) 소추의결에 따른 권한행사의 정지	315
라) 대통령의 권한대행의 범위	316
2) 탄핵심판의 청구	316
가) 소추의결서의 제출기한	316
나) 탄핵소추사유의 추가 허용 여부	316
다) 탄핵소추의결 철회의 허용 여부	319
3) 탄핵심판의 절차	321

가) 피청구인의 지위	321
나) 소추위원의 지위	321
다) 당사자의 출석의무	322
라) 증거조사	322
4) 탄핵심판의 결정방식	322
5) 개별의견의 표시	323
(2) 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차	325
1) 현행 규정	325
2) 현황과 문제점	326
가) 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도의 필요성	326
나) 현행 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차의 문제점	329
a) 탄핵대상의 확정	329
b) 탄핵소추절차	331
① 탄핵소추기간의 제한	331
② 탄핵소추의결의 효과	332
c) 탄핵심판의 청구	334
d) 탄핵결정의 실제적 요건	335
① 직무관련성	335
② 행위 위헌·위법성	337
③ 직무수행의 불가성	339
e) 탄핵심판의 종국결정	340
① 종국결정의 유형	340
② 탄핵심판결정의 효력	342
f) 재심절차	342
3) 외국의 입법례	343

가) 비사법기관에 의한 법관의 탄핵심판	343
나) 헌법재판소에 의한 법관의 탄핵심판	343
다) 헌법재판소 재판관에 대한 헌법재판소의 파면절차 ...	344
4) 개선방안	346
가) 제1안: 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵사유의 제한 ...	346
나) 제2안: 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도의 폐지와 헌법재판소 자체의 면직절차 신설	346
4. 정당해산심판절차	347
(1) 서	347
(2) 위헌정당해산시 소속국회의원 신분상실 여부	348
1) 현행 규정	348
2) 현황과 문제점	349
3) 외국의 입법례	351
4) 개선방안	352
5. 권한쟁의심판절차	353
(1) 권한쟁의심판 대상으로서의 ‘권한’의 의미	353
(2) 권한쟁의심판의 종류	354
1) 현행 규정	354
2) 현황 및 문제점	355
가) 권한쟁의심판의 종류	355
나) ‘국가’와 지방자치단체간 권한쟁의심판	357
3) 개선사항	359
(3) 권한쟁의심판 대상으로서의 권한의 근거	359
1) 현행 규정	359
2) 현황과 문제점	359
3) 외국의 제도	364

4) 개선방안	367
(4) ‘국가기관’의 범위	369
(5) 지방자치단체기관의 당사자 능력	373
VI. 결 론	380
[참고문헌]	393

I. 서론

1. 연구의 목적, 범위 및 방법

(1) 연구목적

헌법재판소가 현행 헌법의 시행과 현행 헌법재판소법의 제정에 따라 활동을 시작한 지 17년이 지났다. 이 기간동안 헌법재판소는 애초의 기대 이상으로 한국입헌주의발전과 국민의 기본권보장에 기여를 하고 있다고 평가할 수 있다. 이러한 성과는 과거 제헌헌법 이래 헌법재판이 사실상 기능을 하지 못하였던 것에 비하여 참으로 괄목할만한 성과라 아니할 수 없다. 물론 이러한 성과가 민주주의의 정착과 국민의 헌법의식의 성장, 그리고 입헌주의의 확립에 영향 받은 바 크다고 할 수 있지만 이웃 일본의 헌법재판의 현실과 비교하여 보면 헌법재판소제도의 도입이라는 제도적 측면과 헌법재판소의 적극적 의지 등도 무시할 수 없을 것이다.

그러나 헌법재판소제도의 운영을 경험하면서 많은 문제들도 드러나고 있다. 이러한 문제는 헌법재판의 내용과 관련된 부분도 있고 헌법재판제도에 관한 것도 있다. 그동안의 헌법재판의 경험을 바탕으로 헌법재판소가 해결하거나 개선해 나가야 할 과제로 다음 몇 가지를 들 수 있을 것이다.

첫째, 헌법재판소의 역할에 대한 성찰이 있어야 할 것이다. 민주주의와 헌법재판의 조화의 문제는 미국에서 법원의 사법심사를 둘러싼 오랫동안의 논쟁에서 보듯이 헌법재판에 있어 가장 기본적 과제이다. 최근 대통령탄핵심판, 신행정수도이전에 관한 특별법에 대한 헌법소원심판 등에서 보듯이 헌법재판소는 정치의 태풍의 중심(stormcenter)

에 진입해 있다. 그러나 헌법재판이 재판관의 과두정적 지배를 초래하는 결과를 낳아서 안 되며 대의제 민주주의를 기본으로 하는 우리헌법에 적합한 헌법재판을 모색하여야 할 것이다. 그런 점에서 국회와 정부와의 관계에서 헌법재판소가 그들 다른 국가기관의 의사를 존중해 주어야 할 사항과 헌법재판소가 나서야 할 사항을 분별하는 것이 필요할 것이다. 이는 주로 심사기준의 개발과 관련된다.

둘째, 헌법재판소의 결정의 내용들을 보다 성숙하고 깊이 있게 가다듬고 우리사회의 다양한 가치를 반영하는 것이 필요하다. 물론 이러한 문제는 일조일석에 해결될 수 있는 문제는 아니며 앞으로 헌법재판소의 판례의 축적과 이에 대한 학계의 비판 등을 통하여 헌법재판소의 역량이 신장되면 점진적으로 발전해 나갈 것이라 생각한다.

셋째, 헌법재판의 조직법적 문제와 절차법적 문제를 그동안의 경험과 논의를 바탕으로 점검해보고 문제가 있는 제도는 개선을 모색할 필요가 있다. 특히 현행헌법재판제도의 문제중에는 헌법재판소법의 문제도 있지만 근본적으로 헌법 자체에서 유래한 부분이 있는 만큼 그 문제점을 구명하고 앞으로의 개헌에 대비하여 그 개선방안을 마련할 필요가 있다고 할 수 있다.

본 연구는 이 중 셋째의 문제, 즉 헌법재판에 관한 현행헌법규정과 헌법재판소법의 문제를 분석하고 이에 관한 헌법이론과 외국의 입법례의 검토를 바탕으로 우리헌법재판의 문제점을 해결하기 위한 적합한 대안이 무엇인가를 검토하여 이에 관한 헌법규정과 그와 연관된 법률의 개정시안을 제시하고자 함에 그 목적을 두고 있다.

(2) 연구범위 및 방법

1) 본 연구는 현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점을 파악하고 그 개선방안을 모색하는 것을 주된 내용으로 한다. 다만 이러한 논의는

기본적으로 현행 헌법재판소제도의 유지를 전제로 하는 것으로 비집중형 내지 사법심사제로의 전환이나 헌법위원회제도로의 회귀 등은 연구의 대상에 포함시키지 않는다. 이는 과거의 사법심사제나 헌법위원회제도가 성공적이지 못하였다는 점과 그에 비하여 현행 헌법재판소제도가 많은 성과를 거두었다는 긍정적 평가에 기초하고 있다. 현행 헌법재판소제도가 과거의 헌법위원회제도나 사법심사제에 비하여 성공적인 것이 제도적 요인보다 민주화된 환경의 탓이며, 과거 사법심사제를 채택했던 제3공화국헌법하에서도 정치권에서 법원의 위헌판단을 존중하였더라면 미국식 사법심사제도가 꽃피었을 것으로 짐작하기는 어렵지 않다고 판단하는 견해도 있다. 그래서 이러한 관점에서 현행 헌법재판소제도의 장점을 유지하면서 대법원과 헌법재판소 사이의 갈등을 원천적으로 제거할 수 있는 방안으로 미국식 사법심사제도를 도입하면서 현재의 헌법재판소를 대법원의 헌법재판부로 운영하는 방안을 검토해 볼 것을 주장하기도 한다.¹⁾ 이러한 주장의 당부에 관해서는 논란의 여지가 많이 있지만 사법심사제에 있어 각 법원간의 헌법판단의 불일치를 막고 헌법해석의 통일성을 확보할 수 있는 장치로서 헌법선례구속성의 원칙이 인정되지 않는 우리나라에서는 이를 도입하는 것이 문제가 있고²⁾ 아무래도 민사사건이나 형사사건 등을 주로 담당하는 법원이 헌법재판을 전담하는 헌법재판소보다는 헌법재판에 대한 관심이나 전문성에 있어 부족할 가능성이 많지 않나 생각하며³⁾ 사법심사제를 채택하고 있는 이웃 일본의 경

-
- 1) 박홍우, 헌법재판제도의 유형, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 2001, 143면 이하
 - 2) 마우로 카펠레티에 의하면 집중형은 대륙법계에서 선례구속성의 원칙이 없음을 반영한다고 한다.(마우로 카펠레티, 구병삭/강경근/김승환 공역, 현대헌법재판론, 1989, 77면)
 - 3) 이 점에 관하여 마우로 카펠레티는 대륙법계 국가에서 집중형을 채택하는 이유중에 하나로 직업법관들이 그 임용제도나 직업적 훈련 등에 비추어 헌법재판을 하는 데에 적합지 않다는 점을 들고 있다.(상게서, 85면 이하)

우 상대적으로 헌법재판이 활성화되지 못하고 있는 현실과 미국형제도가 대륙법계 국가에서는 별로 적합하지 않다는 지적을 보면,⁴⁾ 그리고 헌법재판소제도를 시행한지 이제 17년 정도가 경과한 시점에서 헌법재판소제도를 폐지하고 사법심사제로의 전환을 주장하는 것은 헌법재판소의 그동안의 공과에 대한 평가는 차치하고라도 너무 성급하고 적절하지 않은 것으로 판단하며, 또한 프랑스 헌법평의회처럼 정치기관으로서의 성격이 강한 기관에 의한⁵⁾ 헌법재판도 고려하지 않는다. 그래서 본 연구는 기본적으로 헌법재판소제도의 유지를 전제로 하고 있다.

2) 현행 헌법재판제도의 문제점은 여러 가지 측면에서 제기되고 있는데 주로 헌법재판의 구조 및 헌법해석의 통일성확보의 문제와 헌법재판소의 구성과 조직과 관련하여 헌법재판소 재판관의 자격과 임명절차, 임기, 재판소장의 선출방식, 재판부의 구성 등의 문제, 그리고 추상적 규범통제나 사전·예방적 위헌심사 등의 도입문제, 선거소송 등의 관할 문제, 그리고 헌법재판소결정의 기속력문제, 위헌결정 등의 정족수문제나 효력문제 등 심판절차와 관련한 문제들을 본 연구의 주된 주제로 하고 있다.

본 연구에서는 주로 헌법재판에 관한 헌법규정의 문제를 연구대상으로 하므로 헌법재판소법상의 세부적인 문제에 대한 연구는 연구대상에서 제외하나 헌법규정과 긴밀한 관련성을 가지는 입법사항이나 헌법재판의 근간과 관련되는 헌법재판소법규정은 연구의 대상에 포함시키고자 한다.

4) 상계서, 81면

5) 프랑스헌법평의회는 성격에 관하여는 정치적 기관으로 보는 견해도 있지만 재판기관으로 보는 것이 일반적이나(한견우, 프랑스 제5공화국 헌법원의 위헌법률심사제도와 현황, 헌법재판의 이론과 실제, 헌법재판자료 제3집, 1990, 95면) 헌법평의회 구성이나 관할, 절차 등에 비추어 상대적으로 정치기관적 성격이 강하다 할 것이다.

3) 이러한 헌법재판제도의 문제와 그에 대한 개선방안을 연구하기 위하여 먼저 이러한 개선방안을 도출하기 위한 이론적 기초로서 헌법재판의 본질과 기능 내지 목적과 헌법재판제도에 있어서 고려할 요소로서 민주주의와 권력분립주의와의 조화 등을 살펴보고 우리 현행 헌법재판제도의 특성과 위치를 이해하기 위해 세계 각국의 헌법재판제도의 유형과 그동안의 우리나라 헌법재판제도의 변천에 대해 고찰한다.

다음으로 이러한 논의를 기초로 하여 우리의 헌법상 헌법재판제도의 내용과 현황 및 문제를 고찰한다. 이를 위해서 그동안 헌법재판제도운영의 실태를 점검하고 그동안 드러난 제도의 문제점을 살펴보고자 한다.

그러한 문제점은 현행 헌법재판제도의 구조적 문제, 헌법재판소의 구성과 조직에 관한 문제, 헌법재판소의 관할에 관한 문제, 그리고 헌법재판소의 심판절차에 관한 문제로 대별할 수 있다.

먼저 현행 헌법상 헌법재판제도는 구조적인 문제를 가지고 있다. 현행 헌법은 법원과 헌법재판소를 별도의 장에 규정하여 헌법재판소를 법원밖에 두고 있고 헌법재판소제도를 도입하면서 헌법 제107조 제2항을 그대로 둠으로써 헌법의 최종적 유권해석기관을 이원화하는 구조적 문제를 낳았고 그로 인하여 헌법재판소와 대법원의 관할과 관계를 둘러싸고 논란을 빚고 있다. 또한 헌법재판소법은 법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제하여 헌법재판소의 헌법해석과 대법원의 헌법해석이 다를 경우 이를 조정·통일할 길을 두고 있지 않다. 이리하여 한 나라의 헌법을 최종적으로 해석, 판단할 기관을 이원화하고 이를 통일할 방법을 두지 않음으로써 헌법재판소와 대법원의 헌법해석이 다를 경우 헌법질서의 혼란을 가져올 위험성을 안고 있다.

헌법재판소의 구성 및 조직과 관련하여서는 헌법재판관의 자격이

나 임명절차 등에 관해서 그 문제점과 개선을 주장하는 의견들이 있었다. 즉 임명에 있어 전원 국회의 동의를 요하는 대법관임명과 비교하여서도 그러하고 헌법재판소 재판관을 연방의회와 연방참사원에서 선출하는 독일이나 연방대법관 임명에 있어 연방상원의 인준을 요하는 미국 등과 비교하여 임명절차의 민주적 정당성의 토대가 취약하다는 주장이 제기되어 왔다. 또한 헌법재판소 재판관의 자격을 법관의 자격을 가진 자로 하고 있는 것이 헌법재판의 특성이나 헌법재판소를 법원과 다른 기관으로 규정하고 있는 현행헌법의 입장에 비추어 과연 타당한가, 법관의 자격을 가진 자로 한다 하더라도 법원조직법 제42조와 관련하여 법관자격을 가진 자의 외연을 넓혀야 하는 것은 아닌가 하는 문제가 제기되어 왔다. 그 밖에도 헌법재판관의 임기와 연임문제에 대해서도 논의의 필요가 있다.

한편 헌법재판소의 관할과 관련하여서는 추상적 규범통제나 사전·예방적 위헌심사, 기본권실효제도 등의 도입문제, 선거소송 등의 관할 문제, 그리고 권한쟁의심판에 있어 상이한 유형의 권한쟁의의 분리문제, 대통령이 궐위 또는 사고로 인한 직무수행불가 여부의 확인문제 등이 논란되어 왔다.

또한 헌법재판절차와 관련하여서는 위헌결정 등의 정족수문제, 헌법재판소결정의 기속력문제, 위헌결정의 효력문제, 개별의견표시문제, 그리고 탄핵심판에 있어 탄핵소추의결에 따른 권한행사정지문제, 탄핵소추의결의 철회 허용 여부문제, 위헌정당해산시 의원신분상실 여부 문제 등 많은 문제들이 제기되어 왔다.

본 연구는 이러한 현행 헌법상 헌법재판의 구조나 헌법재판소의 구성과 관할, 헌법재판절차에 관한 문제를 중심으로 헌법재판제도에 관한 개선방안과 그에 따른 헌법규정과 관련법률규정의 개정방향을 제시하고자 한다.

3) 이러한 현행 헌법재판제도의 개선방안을 모색하기 위하여 이에 관한 이론과 주요 외국의 입법례를 고찰한다. 이를 바탕으로 우리헌법재판의 문제점을 해결하기 위한 적합한 대안이 무엇인가를 검토, 제시하고자 한다.

2. 헌법재판제도의 지향

헌법재판제도의 내용은 기본적으로 헌법재판제도의 본질과 기능에 맞게 구성, 조직되어야 하며 헌법재판제도와 민주주의의 조화, 헌법재판소와 타 국가기관과의 권력적 균형과 견제에 맞게 조직되어야 한다. 그런 점에서 헌법재판의 본질 및 기능, 헌법재판과 민주주의, 권력분립과의 조화에 관해 고찰하는 것은 우리나라 현행 헌법재판제도를 평가하고 그 개선방향을 연구하는데 기초가 된다 할 수 있을 것이다.

(1) 헌법재판의 본질과 헌법재판제도

1) 헌법재판제도는 나라마다 그 내용과 담당기관 등이 다르기 때문에 보편적인 헌법재판의 개념을 정의하기는 용의하지 아니하다. 예컨대 헌법재판기관이 법원이나, 정치기관이나 여부, 헌법재판기관의 관할사항, 사전예방적 위헌심사나 추상적 규범통제를 인정하느냐 여부라든가 청구요건이나 절차 등이 나라마다 다르기 때문에 보편적 헌법재판의 개념을 규정하기는 매우 곤란하다. 또한 헌법재판이란 말은⁶⁾ 사용되는 맥락에 따라 개념적 범주가 다른 의미로 사용되기

6) 독일에 있어 헌법재판(Verfassungsgerichtsbarkeit)이란 용어가 일반적으로 사용되게 된 것은 1928년 국가법교수회의에서 발표된 Triepel의 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit'이후이며 그 전에는 국사재판

도 한다.

보통 좁은 의미에서는 위헌법률심판과 같은 의미로 사용되는 경우가 있다. 이런 경우에는 헌법재판은 사법기관이 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심판하는 제도를 의미한다.

그에 대해 넓은 의미의 헌법재판은⁷⁾ 사법적 기관이 헌법적 분쟁이나 헌법침해에 대하여 사법적 절차에 따라 구속력 있는 결정으로서 심판하는 제도로서 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 헌법소원심판, 정당해산심판, 선거소송심판 등을 포함하는 의미로 사용된다.

2) 헌법재판은 민·형사재판이나 행정재판과 다른 여러 특성을 가지고 있고 그에 따라 헌법재판의 본질이 司法作用인지 아니면 정치작용인지, 또는 사법작용인지 입법작용인지를 둘러싸고 논란이 있어왔다. 이 문제는 사법심사제로 하느냐, 헌법재판소형으로 하느냐, 헌법재판소형을 채택하는 경우 헌법재판소를 사법부내에 두느냐, 아니면 별개의 국가기관으로 하느냐 와도 연관되고 헌법재판관의 임명방법과 자격, 그리고 정치문제 내지 통치행위에 대한 헌법재판소의 자제 여부, 헌법재판의 청구요건, 헌법재판소결정의 효력, 헌법재판소 결정형식이나 헌법재판소결정에 있어 정치적 결과의 고려 등의 문제 와도 연관되어 있다.⁸⁾ 일반적으로 헌법재판이라 함은 헌법적 분쟁을 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법을 실현하는 국

(Staatsgerichtsbarkeit)이란 용어가 일반적으로 사용되었다고 한다. (K.Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1991, S 8)

7) U.Scheuner에 의하면 광의의 헌법재판은 ‘헌법생활의 문제를 결정하는 재판작용으로서 진정한 사법작용, 즉 헌법적 분쟁이나 헌법침해에 대하여 구속력 있는 결정으로서 헌법문제에 대한 결정을 주된 쟁점으로 하는 결정을 포함하는 절차에 따르는 재판작용을 의미’한다고 하였다.(U.Scheuner, Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, C.Starck(hrsg.), 1976, SS 4-5

8) P.Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: P.Häberle (hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, SS 4-5

가작용을 의미한다고 이해되므로 헌법재판도 헌법이라는 범규범의 해석·적용이라는 점에서 사법이라 할 수 있고 그를 담당하는 기관도 법원의 일종으로 볼 수 있다는 견해가 많으나 헌법재판이 가지는 정치성과 다른 재판작용과 다른 특성으로 인하여 법이나 정치나, 사법이나 입법이나의 논쟁이 있어 왔다.

a) 법이나 정치나

헌법재판이 법의 영역에 있느냐 아니면 정치의 영역에 있느냐에 관해 헌법이 가지는 정치성과 개방성, 그리고 헌법적 분쟁이 가지는 정치적 성격과 그 결정과정의 특성, 그리고 그 결정이 가지는 정치적 영향 등과 관련하여 다양한 의견이 제시되어 왔다.

헌법적 분쟁은 법적 분쟁이라기보다 정치적 분쟁이며 이의 해결은 정치작용이라고 보고 헌법재판은 ‘사법적 형식의 의복을 걸친 정치적 결단(eine politische Entscheidung im justizförmigen Gewand)’을 의미하는 것으로 이해하는 대표적 학자로 C. Schmitt를 들 수 있다. C. Schmitt는 입법이나 통치행위같은 정치적 형성행위의 내용을 입법이나 통치에 관해 규정하는 헌법률적 규정의 내용에서 도출하는 것은 불가능하다고 하면서 헌법률적 규정의 疑意에 대한 결정은 그 본질상 사법적 결정일 수 없다고 한다. C. Schmitt는 진정한 헌법적 분쟁은 언제나 정치적 다툼이라고 하고 모든 헌법률적 해석상의 분쟁을 결정하는 법원은 사실상 고도의 정치기관이 되지 않을 수 없다고 한다.⁹⁾ 법관의 결정은 입법자에 의하여 이미 일반적으로 내려진 결정을 전제로 하는 것으로 법관의 특수한 지위나 비정치적 성격은 이로부터 유래한다고 하고, 그래서 정치적 결정은 입법자의 결정에 맡겨져 있으며 법관의 결정에 맡겨져 있지 않다고 하고

9) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1983, S. 136, 118

법률의 내용에 관한 법률제정적 결정을 의미하는 헌법재판은 법관의 결정사항이 아니라 입법자에 의한 정치적 결정사항이라 한다.¹⁰⁾ 그에 의하면 어떤 기관이 헌법률의 내용을 확정하고 법률의 위헌성 여부를 유권적으로 결정한다면 그 기관은 고도의 정치적 작용을 하는 헌법제정자라 한다.¹¹⁾ 그래서 그는 헌법적 분쟁에 관해서는 사법형식의 외관을 가진 법원대신에 정치적 기관이 보다 나은 결정을 할 것이라 하고 그렇게 하지 않으면 정치의 사법화대신에 사법의 신뢰를 실추시키는 사법의 정치화가 초래되는 위험이 있다고 한다.¹²⁾

그러나 독일에서는 오늘날 기본법규정때문만이 아니라 제소의존성(Antragsabhängigkeit), 결정의 사후성, 절차 등에 비추어 헌법재판소가 하나의 법원이라는 점에는 다툼이 없다.¹³⁾ 또한 지배적 견해에 의하면 헌법재판도 사법작용이며¹⁴⁾ 헌법의 수호를 사법적 절차라고 이해하고 있다.¹⁵⁾

이러한 입장은 헌법재판은 헌법에 대한 해석작용으로서 사법적 법인식작용이라고 보는 입장에 있으며 기본적으로 헌법해석을 법해석과 동일차원으로 이해한다. K. Hesse에 의하면 헌법재판의 창조적 성격과 그 과제의 특수성에도 불구하고 여전히 사법이라고 하고 헌법재판이 광범위성과 개방성을 특성으로 하는 헌법을 대상으로 하지만 헌법재판은 여전히 법해석작용으로서 본질을 잃는 것은 아니라고 한다.¹⁶⁾ 그래서 헌법재판의 판결은 진정한 사법의 본질과 모순되고

10) Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1985, S 78

11) C.Schmitt, Der Hüter des Verfassung, 1938, S 48

12) C. Schmitt, Verfassungslehre, SS118-119

13) G.Roellecke, Aufgaben und Stellung in Verfassungsgefüge, Isensee/Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 1987, S 668

14) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2, 1980, S 941

15) P.Häberle, a.a.O., S.6

따라서 사법의 정치화를 초래하지 않을 수 없는 위장된 정치적 결정이라는 비판은 타당하지 않다고 한다. 그는 헌법재판이 다른 재판과는 다른 이질적인 것이라는 점을 정당화하기 위하여 ‘정치적 법’과 같은 불분명한 범주를 만들어낼 필요는 없다고 하고 이러한 견해는 해석이 ‘실제로 이미 결정되어 존재하는’ 어떤 것을 발견하는 데 국한한다고 보는 견해에 사로잡혀있는 것이라 비판하였다.

b) 사법이나 입법이나

또한 헌법재판은 전통적 권력분립의 구도에 비추어 사법작용인지, 아니면 입법작용인지에 대한 논란도 제기되어 왔다. 말하자면 사법이 기존의 법의 존재를 전제로 구체적 사건에 법을 해석, 적용하는 것이라면 헌법재판이 과연 이러한 범주에 속하는 것인지, 아니면 헌법재판은 헌법의 의미를 보충하고 때로는 법률의 효력을 상실시키는 입법작용으로서의 의미를 가지는 것이 아닌지 문제되는 것이다.

비스마르크가 일찍이 프로이센의회에서 ‘법원이 헌법이 침해되었는가 여부를 결정한다면 법원은 입법자의 기능을 하게 될 것’이라 한 것이나 미연방대법원을 ‘입법부의 제3원’이라 부르는 것은 헌법재판이 입법작용으로서의 성격을 가지는 것을 지적한 것이다.¹⁶⁾

이처럼 헌법재판은 본질상 헌법해석을 통한 헌법실현작용이며 이는 헌법의 내용을 구체화하는 입법작용이라고 보는 대표적 학자로 C. Schmitt를 들 수 있다. C. Schmitt는 헌법재판은 사법이 아니라 입법이라고 본다. 그에 의하면 시민적 법치국가에 있어 사법(Justiz)은 법률에 근거한 판결로서만 존재하며 법률과 판결은 다르고 입법자와 재판관도 구별된다고 한다.¹⁷⁾ 그는 사법은 입법에 근거

16) 콘라드 헛세(계회열역), 통일 독일헌법원론, 2001, 345면

17) 이에 관해서는 Klaus Stern, aaO., S. 939

한 사건에 대한 판결인데 헌법재판은 이러한 사법으로서의 성격을 가지고 있지 않다고 한다. 그에 의하면 헌법재판은 두 개의 규범간에 모순이 존재하느냐의 여부에 대한 결정으로 본질적으로 헌법률의 내용에 관한 불명확을 제거하는 것이며, 그러므로 법률내용의 결정이며 따라서 본질적으로 입법이지 사법은 아니라는 것이다. 그는 판결은 법률이 아니며 법률에 근거한 하나의 사건에 대한 결정을 의미하므로 법치국가에 있어 법관의 특수한 지위, 그 객관성, 초당파적 지위, 독립성과 신분보장, 이 모든 것은 법관이 법률에 근거하여 판결하고 그 판결은 내용적으로 측정가능하고 예측가능한 것으로 법률에 이미 포함되어 있는 다른 결정에서 나온 것이라는 점에 근거하고 있다고¹⁹⁾ 하고 헌법재판은 규범충돌의 문제로서 구체적 사실에 대한 법적용을 통해 판결을 하는 전형적 사법적 절차에 해당하지 않는다고 한다.²⁰⁾ 헌법재판은 결국 헌법률의 내용에 관한 불명확을 제거하는 것이며 따라서 법률의 내용을 규정하는 것으로 본질적으로 입법이며 헌법제정이고 사법은 아니라는 것이다.²¹⁾ 그래서 의문이 있는 법률의 내용을 유권적으로 확정하는 기관은 본질적으로 입법자로 기능하는 것이며 의문이 있는 헌법률의 내용을 확정하는 기관은 헌법제정자로 기능하는 것이라 하였다.²²⁾

그러나 앞에서 보았듯이 헌법재판은 기본적으로 사법작용이며 헌법재판소는 법원이라고 이해하는 것이 독일에 있어 지배적 견해이다. 즉 헌법재판은 헌법을 근거로 사법적 절차에 따라 법이 무엇인가를 최종적, 유권적으로 결정하는 것으로, 법에 따른 구속적 결정이

18) Carl Schmitt, Der Hüter des Verfassung, 1938, S 37

19) ebenda., S 38

20) ebenda., S 43

21) ebenda., S 45

22) ebenda.

며 입법작용이 가지는 자유로운 형성적 창안이 없는 것으로 사법작용이 속한다고 본다.²³⁾ 비록 헌법재판이 사실상 과도기적 입법을 하며 개별적 사건에서 대체입법자로서의 역할을 하는 것은 인정될 수 있으나 헌법재판은 법에 따라 결정하는 사법작용이며, 헌법재판소는 입법작용과의 관계에서 공동생산자가 아니라 통제자일 뿐이며 규범 통제에 관한 헌법재판소의 결정에 대하여 헌법재판소법이 부여하는 법률적 효력도 헌법재판이 입법작용이라는 것을 의미하는 것은 아니라고 한다. ‘제품검사가 생산활동은 아니라’는 것이다.²⁴⁾

c) 소결론

헌법재판이 정치적 작용이나 사법적 작용이냐는 해묵은 논쟁이지만 이것을 양자택일적, 또는 이원론적으로 이해하는 것은 타당하지 못하다.²⁵⁾ 헌법재판은 전체적 정치과정의 부분적 절차로서 정치적 기능을 하며²⁶⁾ 특히 헌법이 가지는 정치적 범으로서의 성격에 비추어 그러하다. 또한 헌법이 가지는 정치성과 개방성, 최고규범성과 관련하여 헌법재판이 정치작용의 성격을 띠고 또한 위헌법률심판이나 헌법소원심판을 통해 입법권에 관여하고 이를 통해 법률의 폐지와 같은 효과를 가져오지만 그렇다고 헌법재판이 사법작용의 성격을 가진다는 점을 부인할 수 없고 또한 헌법재판소가 입법권을 가지는 것도 아니다.²⁷⁾ 그러나 헌법재판이 민·형사재판이나 행정재판과 다른 특성을 가지고 있는 것을 부인할 수 없다. 헌법이 가지는 특성, 헌법재판의 대상이 되는 분쟁의 특성, 헌법재판이 가지는 기능 내지 과

23) K. Stern, aaO., SS 943, 950

24) 클라우스 슈라이히, 정태호역, 독일헌법재판론, 2001, 438면

25) P.Häberle, aaO., S 4; 이육한, 헌법재판과 법과 정치, 헌법논총 제3집, 1992, 461면 이하

26) ebenda

27) ebenda., S 8

제의 특성, 그리고 헌법재판소결정의 현실적 효과 등에 비추어 전형적 사법작용과 다른 특성을 가지는 것이다. 결국 헌법재판이 가지는 재판으로서의 성격과 또 한편으로 다른 재판과 다른 특성 중 어느 쪽에 비중을 둘 것인가에 따라 그 나라의 헌법재판제도의 내용이 달라진다고 할 수 있을 것이다.

카펠레티(M. Cappelletti)에 의하면 헌법재판의 유형에 있어 집중형은 위헌법률심판이 본질적으로 정치적 성격을 가지며 그런 점에서 일반법관으로 구성되는 일반법원에서 관할하는 것은 적당하지 않다는 점에 그 근거의 일단이 있다고 하였다.²⁸⁾ 그래서 집중형 헌법재판소는 미국의 연방대법원이 본질적으로 정치적이라 하여 심리를 거부하는 사안에 대한 심리도 회피하지 않으며 준 정치적 기능에 상응하여 때로는 위험한 문제를 심리하는 경우도 있으며 반면 일반법원에 대해서는 이러한 사항에 대한 심사를 전면적으로 금지하여 권력분립이념에 충실하고자 하고 있다고 하였다.²⁹⁾

결국 미국의 사법심사형이 헌법재판의 사법작용적 성격에 바탕하고 있다면 프랑스의 헌법평의회제도는 상대적으로 헌법재판이 가지는 정치작용과 입법으로서의 성격에 비중을 둔 경우에 해당하며 독일연방헌법재판소나 오스트리아 헌법재판소는 그 중간에 위치하나 후술하는 바와 같이 헌법재판소를 사법권을 행사하는 사법부의 일부로 규정하고 헌법재판관 자격을 법관자격있는 자로 하고 있는 독일연방헌법재판소는 보다 헌법재판의 사법작용적 성격에 비중을 두었다면 헌법재판소를 일반법원이나 행정재판소와 별도로 규정하고 헌법재판관 자격을 반드시 법관자격있는 자로 한정하지 않는 오스트리아의 경우는 독일에 비해서는 상대적으로 헌법재판의 특성을 보다

28) 마우로 카펠레티, 구병삭/강경근/김승환 역, 전계역서, 76면

29) 상계역서, 77면

중시한 예라 할 수 있을 것이다.

우리나라 헌법재판의 경우는 헌법 제107조 제2항에 따라 법원이 담당하는 헌법재판의 경우 사법작용이라는 측면에서 제도를 규정하고, 헌법재판소가 담당하는 헌법재판의 경우 독일보다는 오스트리아에 유사하나 헌법재판소 재판관의 자격을 법관의 자격있는 자로 하고 있는 것은 사법작용적 성격에 비중을 둔 것이라 할 수 있다.

(2) 헌법재판의 기능과 헌법재판제도

헌법재판제도를 두는 취지는 다음 몇 가지로 설명할 수 있다.³⁰⁾

먼저 헌법재판은 헌법의 보장 내지 실현과 이를 통한 입헌주의 실현에 그 주된 기능이 있다고 할 수 있다. 국가의 법질서는 헌법을 정점으로 위계구조를 가지고 있으며 헌법에 의하여 하위규범과 국가권력이 정당화된다. 따라서 하위규범이나 국가권력에 의해 헌법이 침해되거나 헌법에 관한 법적 분쟁이 발생하였을 때 헌법재판을 통해 헌법을 보장하고 실현하는 것이 필요하고 이것이 헌법재판의 기본적 기능이라 할 수 있다. 이 점은 미국에서 법원의 사법심사를 인정한 *Mabury v. Madison* 사건에서 J. Marshall이 판시한 내용이나 오스트리아의 헌법재판제도가 법단계설을 주장한 H. Kelsen의 이론에 바탕한 것에서도 볼 수 있다.

또한 헌법재판은 헌법질서의 통일성을 담보하는 기능도 있다. 한 국가의 법질서는 헌법을 정점으로 통일적 체계를 이루고 있고 당연히 한 국가는 하나의 법질서를 가지는 것이다. 그런 점에서 여러 개의 헌법을 가진 나라는 하나의 나라라 할 수 없으며 각 국가기관이

30) 이에 관해서는 김철수, 헌법학개론, 2005, 1434면 이하; 권영성, 헌법학원론, 2005, 1096면 이하; 허 영, 한국헌법론, 2005, 816면 이하; 조병륜, 헌법재판의 의의와 기능, 헌법재판의 이론과 실제, 1993, 3면 이하; 헌법재판소, 헌법 실무제요, 1998, 1면 이하 참조

서로 다른 헌법을 주장하여서는 국가와 법질서의 통일성이 확보될 수 없다. 헌법재판은 최종적 헌법재판기관이 헌법이 무엇인가를 선언함으로써 한 국가의 법질서의 통일성을 확보하는 기능을 하는 것이다. 그런 점에서 헌법재판제도는 헌법질서의 통일성을 확보할 수 있도록 구성되지 않으면 안 되며, Larry Alexander와 Frederick Schauer가 입헌주의의 목표는 모두를 구속하는 하나의 유권적 헌법 해석기관을 가질 때 실현될 수 있으며 여러 헌법해석 중에 최종적 유권적 해석을 하는 하나의 기관이 없다면 헌법의 주된 존재의미가 상실될 것이라는 지적에서 볼 수 있듯이³¹⁾ 이를 위하여 다른 국가 기관을 구속하는 최종적, 유권적 헌법해석기관은 오직 하나의 헌법 기관으로 통일되는 것이 바람직하다.

다음으로 헌법재판은 국민의 기본권을 보장하고 국가권력을 통제하는 기능을 한다. 즉 헌법재판은 입법권, 행정권, 사법권 등의 국가 권력이 헌법에 위배되는 것을 막고 이러한 국가권력의 헌법에의 기속을 통하여 국민의 기본권을 보장하는 기능을 하는 것이다. 성문헌법의 존재는 권력을 억제하여 제한정부를 실현함으로써 국민의 인권을 보장하는데 그 의미가 있으며 헌법재판제도는 이러한 헌법을 보장하는 기능을 하는 것이다. 특히 현대 민주국가에 있어서는 다수지배의 원칙에 따른 의회의 입법이나 국민의 다수에 의해 선출된 대통령에 의해 구성된 정부의 행위 등으로부터 소수자의 기본권보장에 헌법재판의 주요한 기능이 있다 할 수 있다. 이 점은 미국의 경우 유명한 *United States v. Carolene Products Co.*사건(1938) 각주 4에 표시된 2중기준의 원칙에서 나타나고 있고 Ely교수에 의해 대표되는 정치과정이론(a political theory of judicial review)

31) Larry Alexander and Frederick Schauer, On Extrajudicial Constitutional Interpretation, 110 *Harvard Law Rev.* 1359, 1381(1997)

등에서도 표현되고 있다. 그런 점에서 헌법재판소 구성 등에 있어 국민의 다양한 가치와 소수자의 인권이나 이익이 반영될 수 있도록 하는 것이 필요하다.

(3) 민주주의와 헌법재판제도

헌법재판제도에 있어 고려하여야 할 가장 중요한 요소의 하나가 민주주의와의 조화이다. 미국의 경우에도 과거 끊임없이 반복되는 논쟁이 과연 국민에 의해 선출되지도 않고 책임지지도 않는 대법관에 의한 위헌심사가 다수지배와 대의제 민주주의와 상용할 수 있는가 하는 문제이고 최근에도 Bush v. Gore사건³²⁾과 일련의 진보적 의회입법에 대한 위헌판결과 관련하여 진보주의법학자들에 의해 사법심사제와 민주주의의 모순을 지적하는 논문들이 많이 나오고 있다.³³⁾ 일찍이 T. Jefferson은 하나의 법원이 헌법문제에 관해 최종적 구속력이 있는 결정을 한다면 그것은 과두제적 전제를 초래할 것이라 경고하였다. 사실 F. Frankfurter대법관의 지적처럼 사법부는 과두정적이며 비민주적 기관의 성격을 가지는데 이러한 기관이 다수결과정을 통해 형성된 의회의 의사를 뒤집는 사법부우위는 국민에 의한 민주주의와 상용할 수 없다는 지적은³⁴⁾ 헌법재판의 본질적 문

32) 531 U.S. 98(2000)

33) B.Friedman, The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, 112 The Yale Law Journal 153, 157(2002); 이러한 논문의 대표적 예로 Mark Tushnet, Taking The Constitution away from The Courts 194(1999); Rachel E.Barkow, More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, 102Colum.L.Rev.237(2002); Larry D. Kramer, The Supreme Court, 2000 Term- Foreword: We the Court, 115Harv. L.Rev.4,15-16(2001) 등을 들 수 있다.(이에 관해서는 B. Friedman, op.cit., 155)

34) 이에 관해서는 김운용, 사법심사, 미국헌법과 한국헌법, 한국공법학회, 1989, 318면

제를 제기하는 것이다.

그런 점에서 헌법재판과 민주주의의 조화를 위한 많은 이론적 모색이 있었다. 그 대표적 이론의 하나라 할 수 있는 정치과정이론은 그런 점에서 사법심사제도는 민주주의에 맞게 운영되어야 한다고 하고 선거에 의해 선출되지 아니한 법관의 개인적 가치에 의해 그 실질적 의미가 결정되는 것은 민주주의에 적합하지 않으며 다수지배의 과정에 문제가 있을 때 그를 시정하기 위하여 사법심사가 행해져야 한다고 하였다.³⁵⁾ 이러한 문제는 물론 사법적극주의와 사법소극주의, 그리고 위헌심사의 정도 내지 기준의 문제로 논의되지만 헌법재판제도 자체가 민주주의에 부합할 수 있도록 구성되지 않으면 안 된다. 그런 점에서 헌법재판소의 구성과 조직에 있어 민주적 정당성의 확보 문제라든가 국회와의 관계 등에서 이러한 요소를 고려하여야 할 것이다.

(4) 권력분립적 측면

인간의 자유의 보장을 위한 권력분립을 주장한 몽테스키외의 이론에서는 애초 헌법재판권이란 것이 3권의 분립구도 속에 포함되어 있지 않았다. 그러나 미국연방대법원의 Marbury v. Madison 사건 이래 각국에서 헌법재판제도가 확립되면서 헌법재판기관과 다른 국가기관과의 권력분립과 상호견제, 균형문제가 중요한 한 문제가 되고 있다. 헌법은 국가의 최고법이며 현실적으로 최고의 헌법재판기관이 판결하는 것이 그 나라의 헌법이다. 또한 국가의 중요한 결정은 대부분 헌법적 문제를 포함하고 있다. 그런 점에서 최고의 헌법재판기관이 사실상 국회나 정부 등 다른 국가기관에 우월적인 지위를 가질 우

35) J.H.Ely, Democracy and Distrust, Harvard Univ. Press, 1980, p 103

려가 있다. 독일연방헌법재판소에 대해서도 헌법재판소가 입법의 고유영역을 침해하였다거나 연방헌법재판소가 초의회(Überparlament) 또는 초정부(Überregierung)로 기능하고 있다는 비난이 있고 헌법재판소가 대체입법자로서 법을 적용하는 것이 아니라 아예 법을 제정하는 식으로 활동한다는 비판도 있다.³⁶⁾ 그러나 독일기본법에 있어서 헌법재판은 권력분립의 구도 속에 있고 국회나 정부 등 헌법기관의 행위의 합헌성 여부를 심사한다 하여 헌법재판소가 이들 기관보다 상위의 기관임을 의미하는 것도 아니다.³⁷⁾

미국의 경우 애초 사법심사제는 권력분립적 측면에서 법원이 의회와 독립하여 헌법을 해석할 수 있음에 바탕한 것이었다.³⁸⁾ 그러나 사법심사제가 확립되면서 특히 Cooper v. Aaron사건(1958)³⁹⁾이래 법원이 구체적 사건에서 최종적으로 헌법을 해석할 권한을 가지며 그러한 헌법의 의미에 대한 법원의 판결은 모두에 대해 타당하다고 하는 의미의 사법우월주의⁴⁰⁾가 확립되었다. 그러나 연방대법원만이 헌법규정의 실질적 의미를 규정할 권한이 있다고 보는 사법우

36) 미카엘 브레너, 변무용역, 독일의 헌법재판권과 그 정치적 함의, 공법연구 제 33집 제4호, 2005, 26면

37) Klaus Schlaich, aaO., S 24

38) 애초 Marbury v. Madison사건에서 미연방대법원은 대법원이 헌법을 독자적으로 해석할 수 있다고 하였을 뿐 대법원의 헌법해석이 타국가기관의 헌법해석에 우월하다고 하지는 않았다.(Larry D. Kramer, The Supreme Court 2000 Term -Foreword: We the Court, 115 Harvard L. Rev. 4, 5-6(2001))

39) 358 U.S.1(1958); 이 사건에서 미연방대법원은 Marbury사건은 연방법원이 헌법을 해석함에 있어 최고의 권한을 가진다는 것을 천명한 것이며 그러한 개념이 미국헌법체제의 영원하고 불가결한 내용으로 대법원과 국가에 의해 인정되어 왔다고 하여 사법우월주의를 표현하였다.(ibid., 5)

40) ibid., 6; 그러나 사법우월주의는 논쟁적 개념으로 Rachel E.Barkow같은 학자는 연방대법원이 헌법적 문제를 결정함에 있어 의회나 정부에 대하여 가지는 자신의 권한과 능력에 대한 관점에 초점을 두어 3부 중에서 연방대법원만이 모든 헌법규정의 실질적 의미를 규정할 수 있는 권한이 있다고 보는 관점으로 이해하고 이는 마베리사건의 판례의 반만 인정하고 정치문제의 존재를 부인하는 이론이라고 한다. (Rachel E.Barkow, op.cit., 240-241)

월적 관점은 의회와 정부, 대법원의 관계를 협력적 관계로 보다는 위계적 관계로 보고 대법원을 그 정점에 두는 것이라는 우려가 있다.⁴¹⁾ 그런점에서 사법우월주의(judicial supremacy)와 사법적극주의는 사법전제주의나 제왕적 사법지배를 초래할 수 있다.⁴²⁾

물론 이러한 문제에 있어 미국처럼 사법심사제에 관한 아무런 헌법규정이 없는 나라와 헌법규정을 두어 헌법재판소제도를 채택하고 있는 나라에서의 권력분립의 의미는 동일할 수 없다. 즉 재판관이 헌법해석에 있어 최종적으로 결정하고 그 결정이 모두에게 효력을 가지는 헌법의 의미를 결정한다는 의미에서의 사법우월주의는⁴³⁾ 미국처럼 최종적 헌법해석기관에 대한 헌법규정이 없는 나라에서는 논란될 수 있는 문제이지만 - 이러한 논쟁에도 불구하고 오늘날에는 당연한 것으로 받아들여지고 있다.⁴⁴⁾ - 우리나라처럼 헌법이 명문으로 헌법재판소를 두고 헌법재판소가 최종적인 유권해석을 하도록 하고 있는 경우에는 이러한 문제는 제기되지 않는다고 할 수 있다. 그러나 타국가기관의 헌법에 대한 판단을 존중할 것인가의 문제는 여전히 남는다. 우리나라와 헌법재판제도가 다르긴 하나 미국에 있어서

41) Rachel E. Barkow, *op.cit.*, 241

42) 이에 관해서는 김종철, ‘정치의 사법화’의 의의와 한계 -노무현정부전반기의 상황을 중심으로-, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 236면 이하; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999, pp 6 ff; Rachel E.Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Columbia L.Rev.* (No.2) 237(2001)

43) Larry D. Kramer, *op.cit.*, 6

44) *ibid.*, 6-7 ; 그에 대해 T. Jefferson의 견해에서 볼 수 있듯이 법원이 구체적 사건에서 헌법을 근거로 법령의 적용을 거부하는 것은 인정할 수 있으나 의회나 정부가 장래에 법원의 판결내용에 기속된다는 것은 부인하고 헌법을 해석함에 있어 법원, 의회, 정부는 모두 동등한 지위에 있으며 한 기관의 헌법해석이 다른 기관을 기속하지 않는다고 보는 견해가 있다.(이에 관해서는 Walter F. Murphy, *Judicial Supremacy*, *Encyclopedia of the American Constitution*, 1986, p 1067)

법이 무엇인가를 선언하는 것은 법원의 권한사항이나 그것이 법해석에 대한 법원의 독점을 의미하는 것은 아니고 정치적 기관의 헌법해석에 대한 존중의 여지를 포함하고 있고⁴⁵⁾ 헌법은 정치기관에게 헌법해석기능을 부여하는 규정을 두는 경우도 있다고 하며 소위 정치문제는 이처럼 법원이 모든 헌법규정의 실질적 내용을 규정하는 것을 요구하지 않는다는 헌법적 구도를 보여주는 것이라는 지적⁴⁶⁾은 우리에게도 여전히 의미가 있다.

사실 헌법재판소가 다른 국가기관의 상위기관이 되도록 제도를 구성하는 것은 국가의 법적 기본질서를 규정하는 헌법의 의미와 헌법의 추상성, 개방성과 관련하여 보면 자칫 헌법재판소에 의한 지배를 초래할 위험이 있고 이는 앞에서 본 바와 같이 헌법재판소의 과도적 성격과 상대적 민주적 정당성의 취약성에 비추어 인정되기 어렵다. 그런 점에서 헌법재판소와 타 국가기관간에 견제와 균형의 원리가 적용될 수 있도록 헌법재판제도가 구성되어야 할 것이다. 물론 타 국가기관과의 권력적 균형을 위하여 정치문제 내지 통치행위문제, 또는 헌법재판의 청구요건 등에서 이를 고려하여야 할 것이지만 헌법재판소 조직이나 헌법재판제도 자체도 이러한 관점에서 만들어져야 한다 할 것이다.

3. 헌법재판의 유형

각국의 헌법재판제도는 그 나라의 역사나 문화, 체제 등 여러 요인으로 인하여 다양한 내용과 특성을 가지고 있다. 다만 세계의 헌법재판제도를 개괄적으로 보면 그에는 일반적인 몇 가지 유형이 있

45) Rachel E.Barkow, op. cit., 239(2001)

46) ibid.

고 그 유형들은 나름대로의 논리와 근거에 기초하여 일정내용이 형성된 것이므로 우리나라의 헌법재판제도를 이해하고 그 문제점과 개선방향을 고찰하는데 좋은 참고자료가 될 수 있다.

세계 각국의 헌법재판제도는 다양한 기준에 따라 유형화할 수 있다. 가장 일반적으로는 일반법원이 헌법재판에 관한 권한을 가지는가, 아니면 하나의 특정 헌법재판기관이 헌법재판권한을 가지느냐에 따라 가) 비집중형, 집중형, 절충형으로 나눌 수 있다. 헌법재판기관의 종류에 따라 헌법재판소형, 사법심사형, 정치적 심사형으로 나누는 견해도 있는데⁴⁷⁾ 비집중형은 사법심사형이고, 집중형은 예외가 있긴 하지만 헌법재판소형인 것이 보통이므로 비집중형, 집중형, 절충형의 분류와 큰 차이가 없다고 할 수 있다. 또 헌법재판의 시기와 관련하여 나) 사전적·예방적 심사형과, 사후적·평정적 심사형으로 나누기도 한다.

(1) 집중형, 비집중형, 혼합형

가) 세계각국의 헌법재판제도는 나라마다 세부적 내용에 있어서 많은 차이를 가지고 있지만 헌법재판기능이 특정헌법재판기관에 집중되어 있느냐 여부에 따라 비집중형과 집중형, 그리고 혼합형으로 나눌 수 있다. ⁴⁸⁾

나) 비집중형은 그 나라의 모든 법원이 헌법재판에 대한 권한을 가지는 경우로 이 모델은 미국에서 유래한 유형이므로 흔히 미국형이라고도 부른다. 이 유형은 모든 법원이 위헌법률심사권을 가지나

47) 김철수, 위헌법률심사제도에론, 1983, 14면 이하

48) 이에 관해서는 마우로 카펠레티, 구병삭·강경근·김승환공역, 전개역서, 66면이하; 이동흙, 세계 각국의 헌법재판제도 개관-법원과 헌법재판소의 관계를 중심으로-, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 2001, 13면 이하; 박홍우, 전개논문, 97면 이하

심급제도를 통하여 최고법원이 최종적 결정권을 가진다. 비집중형에서는 위헌심사는 독립된 사건으로 제기되는 것이 아니라 구체적 사건에서 본안판단을 위한 전제문제로서 행해지며 위헌이라 판단하는 경우 원칙적으로 법원은 당해사건에서 그 법률의 적용을 거부할 수 있을 뿐이고 일반적 효력은 인정되지 않는다. 그러나 심급제도와 선례구속성의 원칙에 따라 최고법원의 판결은 사실상 일반적 효력을 가지며 이를 통해 헌법해석의 통일성이 보장된다. 이 유형에 속하는 나라로 미국, 캐나다, 오스트레일리아, 인도, 일본 등을 들 수 있다.

다) 집중형은 헌법재판권한이 하나의 특정헌법재판기관에 부여되는 유형으로 그 원형이 1920년 오스트리아헌법이기에 때문에 오스트리아형이라고도 한다. 이러한 헌법재판기능을 담당하는 기관이 헌법재판소인 경우가 보통이므로 헌법재판소형이라 하기도 한다. 이 유형은 흔히 H. Kelsen의 이론에 기초한 것으로 설명되고 있다. 이 유형은 1920년의 체코슬로바키아, 오스트리아, 그리고 1931년 스페인 제2공화제헌법에서 도입된 바 있고 2차대전 전후에는 1948년 이태리, 1949년 서독, 1963년의 유고슬로비아 등에서 헌법재판소가 설립된 바 있다. 그 뒤 1970년대 이후에 와서 1976년 포르투갈, 1978년 스페인, 1983년 벨기에에 도입되었으며 1985년 폴란드, 1989년 헝가리, 1991년 루마니아, 불가리아, 1992년 알바니아, 체코, 1993년 리투아니아, 1994년 슬로베니아, 1995년 러시아, 1996년 아르메니아 등 동구권 국가에서도 헌법재판소가 설치되었다.⁴⁹⁾

집중형의 경우 위헌심사는 법원에서 구체적 소송의 전제로서 행해지는 것이 아니라 그 자체 독립한 절차로서 헌법재판소에서 행해지며 헌법재판소의 결정은 일반적 효력을 가지며 이를 통해 헌법해석

49) 이에 관해서는 L.ファヴォール-저, 山元 一역, 憲法裁判所, 1999, 2면 참조

의 통일성이 확보된다.

집중형을 채택하는 나라의 경우 헌법재판기관과 최고법원과의 관계가 문제되지 않을 수 없다. 여기에는 크게 두 가지 유형이 있다. ㉠ 먼저 오스트리아 등의 입법례에서 볼 수 있는 것처럼 헌법재판소를 일반법원과 구별하여 별개의 국가기관으로 규정하는 예가 있다. 그래서 헌법재판소와 법원은 상호 독립적으로 구성되고 각 기관의 관할사항에 대하여 독자적으로 기능하며 상호 동등한 지위를 가진다. ㉡ 독일이나 러시아의 경우처럼 헌법재판소를 일반법원과 함께 사법부를 구성하는 하나의 법원으로 하고 사법부내에서 최고의 사법기관이며 최고의 헌법재판기관으로 규정하는 입법례가 있다.

라) 혼합형은 집중형과 비집중형에 해당하는 제도를 혼합하여 일반법원과 특정헌법재판기관이 헌법재판기능을 분점하고 있는 유형으로 칠레, 페루 등의 국가가 이에 속하고 우리나라도 후술하듯이 이 유형에 속한다고 할 수 있다. 스위스의 경우 연방최고법원이 헌법재판을 하므로 미국형에 속하는 것처럼 보이나 일반법원에는 그 권한이 부여되지 않고 연방최고법원에게만 그 권한이 부여되므로 내용은 집중형에 가깝다.

(2) 사전적 심사형과 사후적 심사형

일반적으로 헌법재판제도는 사후적 심사형이 일반적이지만 사전예방적 심사제도를 도입하고 있는 예도 있다. 프랑스 현행헌법상 헌법평의회는 헌법 제41조 제2항과 제61조에 의하여 법률안이나 국회의사규칙에 대하여 제정, 공포전에 헌법평의회의 사전심사를 거치도록 하고 있다. 헌법평의회가 위헌이라 하는 경우 그 법률안이나 규칙은 공포 또는 시행될 수 없다.(제62조 제1항)⁵⁰⁾

미국의 사법심사형이나 독일이나 오스트리아의 헌법재판제도는 모

두 사후심사형이다. 우리헌법재판제도도 사후심사형에 속한다.

4. 우리나라 헌법상 헌법재판제도의 변화

제헌헌법 이래 현행헌법에 이르기까지 우리나라 헌법재판제도는 많은 변화를 겪어 왔다. 특이하게도 역대헌법을 통하여 우리는 헌법재판유형에 있어 집중형(엄밀히 말하면 혼합형)과 비집중형 양자 모두를 경험하였다. 우리나라 역대헌법상 헌법재판제도의 내용을 개략적으로 소개하면 다음과 같다.⁵¹⁾

(1) 제헌헌법(1948년)

제헌헌법은 제5장 법원에 대법원과 하급법원을 규정하면서(제76조) 한편으로 같은 장에 헌법재판기관으로서 헌법위원회를 두었다. (제81조) 헌법위원회는 부통령을 위원장으로 하고 대법관 5인과 국회의원 5인의 위원으로 구성토록 하고(제81조) 법원의 제청에 의해 위헌법률심판을 관할토록 하였다. 즉 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판토록 하였다.(제81조) 그와 함께 대법원은 법률이 정하는 바에 의하여 명령, 규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있음을 규정하였다.(제81조) 사안에 따라 집중형과 비집중형을 선택적으로 규정한 특이한 헌법재판제도

50) 이에 관해서는 정재황, 헌법재판개론, 2001, 10면 이하; 한건우, 전계논문, 99면 이하 참조

51) 이에 관한 자세한 내용에 관해서는 김철수, 위헌법률심사제도에론, 1983, 77면 이하; 이상돈, 우리나라의 위헌법률심사제도의 변천, 헌법재판제도의 제문제, 1989, 497-498면; 이인복, 우리나라헌법재판제도의 연혁과 전개, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 2001, 281면 이하 등 참조

를 규정하였다. 또한 탄핵재판에 관해서는 탄핵재판소를 두었다.(제47조) 동헌법상 헌법위원회는 4·19혁명으로 폐지될 때까지 6회에 7건의 위헌법률심판을 한 바 있다.

(2) 제2공화국헌법(1960년)

1960년의 제2공화국헌법은 헌법재판에 관하여 헌법재판소제도를 도입하였다. 동헌법은 제7장에 일반법원에 관하여 규정하고 제8장에 헌법재판소를 규정하면서 헌법재판소로 하여금 1. 법률의 위헌여부 심사, 2. 헌법에 관한 최종적 해석, 3. 국가기관간의 권한쟁의, 4. 정당의 해산, 5. 탄핵재판, 6. 대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송을 관할토록 하였다.(제83조의3) 그러면서도 대법원은 법률이 정하는 바에 의하여 명령, 규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있음을 규정하였다.(제81조) 헌법재판소의 심판관은 9인으로 구성하되 대통령, 대법원, 참의원이 각 3인씩을 선임토록 하였다.(제83조의4)

그러나 헌법재판소는 헌법재판소법이 1961년 4월 17일에야 제정되었고 동년 5월 16일 군사쿠데타가 발발하여 실제로 구성되지도 못하였다.

(3) 제3공화국헌법(1962년)

1962년의 제3공화국헌법은 미국식의 사법심사제를 채택하였다. 그리하여 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 하여(제102조 제1항) 위헌법률심사권을 법원에 부여하고 또한 과거 헌법대로 “명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가

된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 하여 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사권을 법원에 부여하였다.(제102조 제2항) 뿐만 아니라 정당해산심판권도 대법원에 주었다.(제7조 제3항, 제103조) 다만 탄핵심판에 관하여는 탄핵심판위원회를 따로 두었다.

제3공화국헌법에서의 위헌법률심판은 하급법원에서는 비교적 활발하게 운용되었다 할 수 있으나 대법원에서는 활성화되지 못했고 대법원이 위헌판결을 한 것은 1971년 6월22일의 국가배상법 제2조 제1항 단서와 법원조직법 제59조 제1항 단서에 대한 판결이 유일하다. 그나마 이 위헌판결의 파장의 결과 유신헌법에서는 법원의 위헌법률심사권은 박탈되게 되었다.

(4) 제4공화국헌법(1972년)

1972년의 소위 유신헌법은 제7장에서 법원에 관하여 규정하고 제8장에 별도로 헌법위원회를 두고 헌법위원회로 하여금 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부, 2. 탄핵, 3. 정당의 해산에 관하여 관할토록 하였다. 위헌법률심판의 경우 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 그 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 규정하였다.(제105조 제1항) 그러나 종래의 헌법에 따라 “명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 하여 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사권은 법원에 부여하였다.(제105조 제2항) 헌법위원회는 9인의 위원으로 구성하고 대통령이 임명하되, 위원 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 그리고 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명토록 하였다.

그러나 동헌법에 따라 제정된 헌법재판소법은 위헌법률심판에 있

어 하급법원의 위헌법률심판제청에 대한 대법원의 불송부결정을 인정하였고 그 결과 대법원은 사실상 합헌결정권을 행사하였다. 그런데 대법원은 헌법위원회에 한 번도 위헌법률심판제청이나 제청송부를 한 적이 없어 위헌법률심판이 한 건도 이루어지지 않았다. 또한 탄핵소추나 정당해산제소도 없어 헌법위원회는 ‘휴면기관’화 하였다.

(5) 제5공화국헌법(1980년)

제5공화국헌법은 헌법재판에 관해서는 제4공화국헌법을 답습하여 제5장에서 법원에 관하여 규정하고 제6장에 별도로 헌법위원회를 두고 헌법위원회로 하여금 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부, 2. 탄핵, 3. 정당의 해산에 관하여 관할토록 하였다. 다만 위헌법률심판의 경우 제4공화국헌법에서 대법원의 합헌결정권문제와 관련하여 논란이 있었던 점을 고려하여 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 하여 법원의 합헌판단권을 명시적으로 인정하였다.(제108조 제1항) 또한 종래의 헌법의 예를 그대로 답습하여 “명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 하여 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사권은 법원에 부여하였다.(제105조 제2항) 헌법위원회는 9인의 위원으로 구성하고 대통령이 임명하되, 위원 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 그리고 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명토록 하였다.

동헌법하의 헌법위원회법은 하급법원이 위헌법률심판을 제청하는 경우 대법원을 경유토록 하고 또 대법원의 합의부에서 필요하다고 인정하는 경우 불송부할 수 있음을 규정하였다.(법 제15조) 이러한

절차적 문제와 관련하여 대법원은 한 건의 위헌법률심판도 하지 않았고 헌법위원회는 여전히 휴면기관으로 남아 있었다.

II. 현행 헌법상 헌법재판 구조상의 문제점과 개선방안

1. 현행 헌법재판제도의 구조와 문제점

(1) 현행법상 헌법재판제도의 구조

현행 헌법은 헌법재판기관을 이원화하고 있다. 즉 헌법재판소를 두어 가) 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 나) 탄핵의 심판, 다) 정당의 해산심판, 라) 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 마) 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판에 관한 사항을 관장토록 하고 있다.(헌법 제111조 제1항) 그러나 헌법 제107조 제2항에서는 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 하여 부분적으로 미국형 내지 비집중형을 채택하고 있다.

또한 헌법 제5장에서는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 하고(제101조 제1항) 대법원을 최고법원으로 하고 있다. 그리고 헌법재판소에 관하여 제5장 법원과 독립한 별개의 기관으로 제6장에서 규정하고 있다.

이러한 규정형식은 헌법재판소가 독일의 경우와 달리 사법부의 일부가 아니며 헌법재판소와 법원은 상호 독립한 기관임과 동시에 각자 자신의 관할이 범위 내에서 헌법을 해석하고 재판한다는 것을 의미한다. 이러한 구조와 관련하여 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다.

(2) 문제점

이러한 헌법 및 헌법재판소법규정은 기본적으로 다음의 세 가지 문제를 야기하고 있다. 즉 가) 헌법재판기관을 이원화하면서 양 기관간의 헌법해석의 불일치가 있을 수 있음에도 그 통일을 확보하기 위한 통로를 두고 있지 않다는 점, 나) 양 기관간에 일정사항에 관해 관할분쟁이 일어날 우려가 있다는 점, 다) 헌법 제107조 제2항의 존재와 헌법소원에 있어 보충성의 원칙, 그리고 법원의 재판을 헌법소원대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항과 관련하여 헌법소원제도의 왜곡이 야기된다는 점이 그것이다.⁵²⁾

1) 헌법해석의 통일성 문제

한 국가의 법체계는 헌법을 정점으로 하여 일련의 위계질서로 구성되어 있다. 한 국가의 법질서는 통일성을 가져야 하며 하나의 국가에 두 개의 헌법이 있을 수 없다. 그런 점에서 헌법의 통일성의 보장은 국가법질서의 통일성을 확보하기 위하여 무엇보다 중요한 과제가 아닐 수 없다. 그런데 미국의 Hughes대법원장이 ‘연방대법원이 헌법이라 말하는 것이 바로 헌법이다.’고 한 것처럼 현실적으로는 최종적으로 헌법을 유권적으로 해석하는 기관이 헌법이라고 결정하는 것이 헌법이다. 그런 점에서 최종적으로 헌법을 유권적으로 해석할 수 있는 기관은 하나로 통일되지 않으면 안된다.⁵³⁾ 그래서 헌

52) 이에 관해서는 김문현, 헌법해석에 있어 헌법재판소와 법관의 관계, 헌법재판의 이론과 실제, 금량 김철수 교수 화갑기념, 1993, 79면 이하 참조

53) 이 점에 관하여 현행 헌법하에서 헌법재판소와 법원사이에 헌법과 법률해석을 둘러싸고 견해의 차이가 있을 수 있으나 이러한 소수의 사례에 집착하여 양 기관사이의 견해의 차이를 과장한 나머지 권한의 우열을 가리기 위하여 성급하게 제도의 틀을 근본적으로 변혁하려는 시도는 우리나라 헌법상의 국가기관 사이의 권한분장, 사법권의 독립이라는 기본원칙을 훼손할 우려가 크고, 경우에 따라서는 자칫 부당한 외부의 간섭을 초래하여 사법의 본질에 어

법재판제도중 집중형의 경우 최종적 헌법재판기관을 헌법재판소로 일원화함으로써 헌법해석의 통일성을 확보토록 하고 있고 비집중형의 나라에서는 법원의 심급구조와 선례구속성의 원칙을 통해 헌법해석의 통일성을 확보하는 것이다.

그런데 우리의 현행제도는 헌법재판소와 법원의 헌법해석의 불일치를 조정하여 헌법해석의 통일성을 확보하는 장치가 없다. 헌법재판소와 법원의 헌법해석의 불일치가 야기될 수 있는 가능성은 다음 몇 가지 이유에 바탕하고 있다.

첫째, 이미 보았듯이 현행헌법이 헌법재판소제도와 사법심사제를 병행하여 규정하고 위헌법률심판과 권한쟁의심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 헌법소원심판에 대해서는 헌법재판소가, 명령, 규칙, 처분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 최종적인 심사권을 가지도록 함으로써 최종적인 헌법해석기관을 이원화하고 있다는 점이다.

둘째, 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않고 있다는 점이다. 법원은 헌법 제107조 제2항에 따라 헌법재판을 할 뿐 아니라 재판과정에서 기본권의 대사인적 효력에 대한 판단이나 사법절차적 기본권에 대한 판단도 하며 헌법에 따라 재판한다. 그런데 법원의 재판을 헌법소원대상에서 배제함에 따라 법원이 법률에 대한 위헌심판제청신청을 기각한 경우 헌법재판

곳나는 결과를 낳을 수도 있으며 결과적으로는 헌법재판의 바람직한 발전에 방해가 될 수 있다고 보는 견해가 있다.(이동흡, 전제논문, 95면 이하) 그러나 헌법해석의 통일의 문제는 국가 전체의 법체계의 통일성확보와 관련된 문제로 헌법재판소와 대법원간의 견해의 차이가 있을 수 있음에도 그 불일치를 해소할 제도적 통로가 없는 것은 작은 문제가 아니다. 또한 이러한 문제는 헌법재판소와 대법원간에 어느 기관이 우월하나 하는 시각에서 접근할 문제가 아니며 양 기관이 각자 독자적 권한을 가지되 헌법해석에 관해서는 최종적으로 하나의 기관을 유권기관으로 할 필요가 있으며 그것이 사법권의 독립을 침해하는 것은 아니다.

소법 제68조 제2항에 의해 헌법소원을 제기할 수 있는 경우를 제외하고는 법원의 헌법해석에 대한 헌법재판소의 판단기회가 주어지고 있지 않다. 그 결과 법률의 위헌 여부가 문제되는 경우를 제외한 나머지의 경우에는 법원의 헌법해석이 헌법재판소의 그것과 상이하다 하더라도 이에 관해 헌법재판소에서 다룰 수 있는 길이 없다.

셋째, 독일연방헌법재판소법 제31조가 헌법재판소의 결정은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 法院, 행정청을 기속하고 추상적 규범통제와 구체적 규범통제에 있어서의 결정, 그리고 헌법소원에 있어 법률의 위헌여부결정에 대해서는 법률적 효력을 인정하고 있는 것과는 달리 우리헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항이 위헌결정 및 헌법소원인용결정에 대해서만 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속도록 하여 합헌결정이나 변형결정의 경우 법원에 대한 기속력이 문제되고⁵⁴⁾ 만약 기속력이 없다고 한다면 헌법해석의 불일치문제가 야기될 소지는 상존하는 것이다. 이 점과 관련하여 한정합헌결정은 한정위헌결정과 같이 본질적으로 부분적 위헌선언의 효과를 부여하여 국가기관에 대한 기속력을 가질 수 있게 하기 위하여는 결정의 이유에 표시되는 것만으로는 부족하고 결정의 주문에 까지 등장시켜야 한다는 견해도 제시된 바 있고⁵⁵⁾ 한정합헌해석에 대하여 당해사건 외에 법원 기타 국가기관 등을 기속하느냐 여부는 별론으로 하더라도 제청법원은 적어도 사건 제청당사자로서 기관력을 받을 것임은 물론 헌법 제107조 제1항의 규정상 제청법원은 이에 의하여 재판하지 않으면 안 될 구속을 받는다 할 것이라는 헌법재판소의 결정이 있다.⁵⁶⁾ 그러나 대법원은 헌법재판소의 한정위헌결정에 대해 ‘한정

54) 합헌결정과 변형결정의 기속력을 인정하는 견해로는 이성환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구, 서울대 법학박사학위논문, 1994, 93, 98면

55) 현재 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104에서의 조규광 재판관의 보충의견은 그 예이다.;반면 현재 1990. 1. 15. 선고, 89헌가103에서 변정수재판관은 한정합헌결정은 법원 등에 대한 기속력이 없다는 소수의견을 제시한 바 있다.

위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일용 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력을 가질 수 없다.’고 하여 그 기속력을 부인하고 헌법재판소의 한정위헌결정과 같은 해석은 심히 부당한 결과를 초래한다고 하여 이와 다른 판결을 한 바 있다.⁵⁷⁾ 이처럼 대법원이 헌법재판소의 변형결정 중 헌법불합치결정의 경우 법원에 대한 기속력을 인정하지만 한정위헌결정이나 한정합헌결정의 경우 그 기속력을 부인하여 헌법재판소와 헌법해석을 달리할 가능성이 있다 할 것이다.

넷째, 憲法裁判所를 다른 法院과 더불어 사법부의 한 조직으로 규정하고 있는 독일기본법과는 달리 우리헌법은 憲法裁判所를 사법권을 가지는 一般法院과는 다른 독립의 국가기관으로 규정하고 있는 것도 간접적으로 헌법재판소와 법원의 헌법해석의 불일치를 가져오는 한 요인이 되고 있다. 물론 이러한 헌법규정체계가 어떤 의미를 가지는지, 또 입법론적으로 타당한 것인지 여부에 관해서는 憲法裁判所의 기능과 지위, 헌법재판의 본질, 一般法院과의 異同과 관계 등과 관련하여 논란의 여지가 많이 있지만⁵⁸⁾ 이것이 憲法裁判所와 法

56) 헌재 1990. 6. 25. 선고, 90헌가11

57) 대법원 1996. 4. 9. 선고, 95누11405판결; 반면 헌법불합치결정에 대해서는 헌법불합치결정이 헌재법 제45조 본문 및 같은 법 제47조 제1항 소정의 위헌결정임이 틀림없고 다만 같은 법 제47조 제2항 본문의 예외로서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있음에 지나지 않는다고 하고 위헌결정과 같이 당해사건에 대한 소급효를 인정하고 법원에 대한 기속력을 인정하였다.(대법원 1991. 6. 11. 선고, 90다5450판결)

58) 독일의 경우 기본법이 연방헌법재판소를 사법작용을 하는 하나의 법원으로 규정하고(기본법 제92조 제1항; 연방헌법재판소법 제1조 제1항) 학자들도 헌법재판소를 법원의 하나라고 하는 점에는 별 이론이 없다. 그러나 연방헌법재판소는 연방헌법재판소 스스로도 연방헌법재판소의 헌법적 지위는 다른 연방최고법원과는 다르며 하나의 최고헌법기관(ein oberstes Verfassungsorgan)으로 보고 있는 것에서도 보듯이(BVerfGE 6,300,304;7,1,14;36,175,213;60,175,213)

院 상호간의 독립적 관계에 관한 강력한 근거가 되고 法院의 재판에 대한 헌법소원의 인정 여부에 대한 입법론적 논쟁 등에서 볼 수 있듯이 法院의 판단이나 권한사항에 대한 憲法裁判所의 심사를 차단하는 중요한 논거가 되어 온 것도 사실이다. 그런 점에서 헌법재판소와 법원의 헌법해석의 불일치를 조정할 수 있는 제도적 연결을 가로막고 양 기관의 헌법해석의 불일치를 초래하는 간접적 이유가 되고 있는 것이다.

2) 헌법재판의 관할분쟁 문제

이러한 헌법재판제도에 있어 특이한 구조는 또한 헌법재판소와 법원과의 관계에서 관할의 범위를 둘러싸고 분쟁을 야기할 소지를 제공하고 있다. 특히 헌법 제111조 제1항 제5호의 헌법소원심판은 헌법 제107조 제2항과 관련하여 헌법재판소와 법원의 헌법재판관할권에 있어 어려운 문제를 제기하고 있다. 그러한 문제로서 다음 몇 가지를 들 수 있다.

즉 첫째, 헌법 제107조 제2항과 관련하여 명령이나 규칙, 처분에 대해서도 헌법소원을 제기할 수 있느냐 하는 점이다. 둘째, 헌법과 헌법재판소법 해석상 보충성의 원칙의 예외가 인정될 수 있는가 하는 점이다.

일반법원의 법관과는 다른 재판관의 지위, 재판의 대상과 판결의 효력에 있어서의 차이, 헌법소호자로서의 지위 등에서 다르며 행정의 독립성, 독자의 예산, 연방대통령, 연방의회, 연방참의원 등과의 동등한 지위 등이 인정되고 있어 법원임과 동시에 최고헌법기관으로서의 지위가 인정된다. (Maunz,Rdnrn 3-4 zu Art.1, in:Maunz/ Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer,Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992; Böttcher/Umbach,Rdnrn 1ff zu Art. 1,in:Umbach/Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz,1992;K.Stern,Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band2,1980,SS.330ff;G.Roellecke,Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge,in:Kirhof/Isensee(hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Band 2,1987,SS.668ff)

가) 명령·규칙에 대한 헌법소원의 인정 여부

헌법소원을 두고 있는 나라에서는 명령이나 규칙에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 보통이지만, 우리나라의 경우 헌법재판소법에 이에 관한 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라 헌법 제107조 제2항이 「명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」고 하여 과연 우리 헌법상 명령·규칙에 대한 헌법소원이 인정될 수 있는 것인지가 문제된다. 이 점은 이미 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원사건에서 표출되어 침예한 의견대립을 낳았다.

먼저 명령과 규칙이 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 주장은 ① 헌법 제101조는 대법원이 사법권을 담당하는 최고법원임을 규정하고 제107조 제2항은 명령과 규칙에 대한 위헌여부심사권은 대법원을 비롯한 일반법원에 전속함을 명시한 것으로 우리나라 헌법은 위헌여부심사권을 둘로 나누어 법률은 헌법재판소가, 명령과 규칙은 대법원이 심사토록 하고 있고,⁵⁹⁾ ② 명령과 규칙이 국민의 권리를 직접 침해할 때에는 그 명령과 규칙을 대상으로 행정소송을 통해 다룰 수 있으며, 침해의 직접성이 인정되지 아니한다면 그 행정입법에 근거한 행정처분을 기다려 이에 대한 행정쟁송을 제기하면 되는 것으로 명령과 규칙의 위헌여부심사에 대해 헌법소원이 끼어들 여지는 없고,⁶⁰⁾ ③ 만일 헌법재판소와 대법원이 동시에 명령·규칙의 위헌여부심사권을 가진다고 하면 재판권경합으로 인해 똑같은 사항에 대한 두 기관의 판단이 다를 수 있고, 또 관할기관과 상호 관계에 대한 혼돈이 생겨 국민과 행정기관에 감내하기 어려운 불편을 초래하며,⁶¹⁾ ④ 헌법 제107조 제2항에 있어 「재판의 전제가 된 경우

59) 법원행정처, 전계보고서, 9면 이하.

60) 상계보고서, 23면.

61) 상계보고서, 23~25면.

에」라는 문구는 구체적 규범통제의 원칙을 규정한 것으로 그 의미는 대법원이 최종적으로 심사하되 일반적·추상적으로 심사할 것이 아니라 구체적 쟁송으로 재판의 대상이 되는 때에 한하여 심사한다는 취지이지 재판의 전제가 된 때에는 대법원이 심사하고 그렇지 않은 때에는 다른 기관이 심사한다든가, 또는 원칙적으로 다른 기관이 심사하되 재판의 전제가 된 때에 한하여 대법원도 심사할 수 있다는 취지는 아니고,⁶²⁾ ⑤ 명령과 규칙의 위헌심사권을 헌법이 명문으로 규정하고 있는 오스트리아나 헌법재판소가 헌법상 최고사법기관으로서 대법원의 재판에 대해서도 헌법심사를 하는 독일과 달라서 헌법재판소를 사법부 밖에 별도의 헌법기관으로 병렬적으로 설치하고 재판에 대한 헌법심사를 금지하고 있을 뿐 아니라 명령·규칙의 위헌여부심사권을 명문으로 대법원에 부여한 우리나라에서는 오스트리아나 독일의 헌법해석과 동일하게 해석할 수는 없다고 한다.⁶³⁾

한편 이에 대해서 명령과 규칙이 헌법소원의 대상이 된다는 주장은 헌법재판소의 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178 결정과 이를 지지하는 학자들의 주장에서 나타난다.⁶⁴⁾ 이러한 입장은 ① 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제정할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이고, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일

62) 상계보고서, 13면.

63) 상계보고서, 16~17면.

64) 특히 홍성방, “헌법 제107조와 헌법소원,” 한국공법학회 제12회 월례발표회 발표문, 1990. 11, 13면 이하; 이석연, “헌법소원의 대상으로서의 명령·규칙에 대한 위헌여부심사,” 한국공법학회 제13회 발표회, 1990, 1230면 이하; 김철웅, “헌법재판소 89헌마178 결정에 대한 관견,” 한국공법학회 제13회 발표회, 1990. 12, 41면 이하; 이시윤, 전계논문, 14~15면 등 참조.

적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라 볼 수 없고⁶⁵⁾, ② 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 때에는 그 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 때에는 그 명령·규칙의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 없으므로, 이러한 경우는 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이고 명령·규칙에 기한 거부처분이나 부작위에 대한 행정소송이나 행정심판이 인정된다 하더라도 명령·규칙 자체를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다투 수 있는 절차를 의미하지 않아 우회적 절차에 불과하고 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제절차에 해당하지 않고, 따라서 그러한 절차를 거칠 필요 없이 바로 헌법소원을 제기 할 수 있다고 할 것이고⁶⁶⁾, ③ 헌법 제101조가 사법권은 법원에 속하고 대법원은 최고법원이라 규정하고 있고, 헌법 제107조 제2항이 명령과 규칙이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 최종적으로 이를 심사할 권한을 가진다고 한 것은 사법부 내에서의 대법원의 위상을 명확히 한 것이지 헌법재판을 포함하는 모든 사법작용에 있어서의 대법원의 지위를 규정한 것이라 볼 수 없으며⁶⁷⁾, ④ 그 밖에 명령·규칙에 대한 대법원의 판결의 효력은 개별적 효력으로 당해 사건에서만 적용을 거부하는 것에 그치지만, 명령·규칙에 대한 헌법소원심판의 경우 헌법재판소의 결정은 일반적

65) 헌재 89헌마178결정.

66) 헌법재판소 상계결정.

67) 홍성방, 상계발표문, 20면; 이석연, 상계발표문, 33면.

효력을 가진다는 점에서 양자를 구별할 실익이 있고⁶⁸⁾ 명령과 규칙을 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 재판만을 헌법소원의 대상에서 제외한 헌법재판소법 제 68조 1항의 취지에도 반한다고 주장한다.

결국 이와 같은 견해의 대립은 근본적으로는 우리 헌법이 헌법재판 기관으로서 헌법재판소를 두면서 또 제107조 제2항과 같은 규정을 두고 있는데서 유래하는 것이어서 해석론으로 그 부조화를 극복하기는 상당히 어렵다고 생각된다. 그런 점에서 헌법개정을 통해 통일적 헌법재판제도를 규정하는 것이 근원적인 해결이 된다 할 것이다.

나) 행정처분에 대한 헌법소원의 인정 여부

행정처분에 관한 위헌성여부에 관한 심판에 있어서의 헌법재판소와 법원의 관계는 나라에 따라 상이하다. 즉 오스트리아의 경우 행정처분의 위헌성 여부에 관한 심판은 헌법재판소가, 그리고 행정처분의 합법성 여부에 관한 심판은 행정재판소가 담당토록 하여 양자의 관할을 양분하고 있다. 반면 독일의 경우 행정처분의 위헌성 여부에 관해 하급법원과 연방행정법원을 통하여 다룰 수 있고, 또한 헌법재판소에 그 법원의 재판이나 원행정처분에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다.

그러나 우리나라 현행 헌법은 제111조 제1항 제5호와 제107조 제2항의 존재, 그리고 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 보충성의 원칙을 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항으로 인하여 과연 행정처분에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있느냐 하는 어려운 문제를 제기하고 있다. 즉 헌법 제107조 제2항은 처분의 위헌성 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 최종적으로 심사할 권한이 있음을 규정하고 있고, 또 행정처분에 대해서는 행정소송이 인정되

68) 김학성, 전계논문, 216면.

므로 헌법재판소법 제68조 제1항 후문에 따라 헌법소원을 제기하기 위해서는 행정소송을 거쳐야 하는데, 그러면 법원의 재판에 대한 헌법소원으로 귀결되게 되는 바, 동조 동항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있기 때문에 결국 행정처분은 헌법소원의 대상에서 제외되는 것이 아니냐 하는 의문이 생기는 것이다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제1항이 명문으로 행정처분을 헌법소원의 대상에서 배제하고 있지 않은 이상 행정소송을 거치고 나서 법원의 판결이 아니라 원행정처분을 대상으로 헌법소원을 제기할 수는 있지 않느냐 하는 해석도 가능한 것이다. 그래서 이 점에 관해서도 찬반 양론이 존재한다.

먼저 원행정처분에 대한 헌법소원제기는 인정될 수 없다고 보는 입장에서는⁶⁹⁾ ① 행정처분에 대한 헌법소원을 인정하는 것은 헌법 제107조 제2항에 위배되고,⁷⁰⁾ ② 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있음에도 만약 원행정처분에 대해 헌법소원을 인정하게 되면 간접적으로 또는 우회적으로 법원의 재판에 대한 헌법판단을 허용하는 결과가 되어 입법자의 의사에 반한다고 주장한다.

반면 원행정처분에 대한 헌법소원이 인정된다는 견해는 ① 재판 자체에 대해서는 헌법소원이 금지되지만, 원래의 행정처분은 공권력 행사로서 헌법소원의 대상이 될 수 있으며 헌법재판소법 제68조 제1항은 행정처분을 법원의 재판처럼 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있지 않으므로 행정처분에 의해 기본권이 침해된 경우, 그 구제절차로서 법원의 재판을 거쳤다고 하더라도 행정처분에 대한 헌법소원심판은 청구 할 수 있다고 보아야 하고⁷¹⁾, ② 헌법 제107조 제2항은

69) 이에 관해서는 조규정, 전계논문, 466면; 김종빈, 전계논문, 211면

70) 장석조, 전계논문, 245면

71) 최광률, “헌법재판소법해설”, 한국공법학회 월례발표회 발표문, 1989, 2, 38면;

대법원에 처분의 위헌 여부에 대한 전속적 권한을 인정한 것이라기 보다 처분이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 헌법재판소에 제청할 필요 없이 대법원이 최종적으로 심판한다는 의미로 해석해야 하고⁷²⁾ 동조 동항이 대법원의 최종적 심판권을 규정한 것은 사법부내부에서 최종적으로 심사한다는 것이지 헌법재판소와의 관계에서까지 최종적으로 심리한다는 것을 의미하지는 않으며⁷³⁾, ③ 적어도 행정처분의 전제가 된 법률이 헌법에 위반되는 데도 재판에서 간과하여 제청하지 않고 넘어가 경우는 아무리 대법원 판결이 있었다하여도 그 행정처분 자체를 소송물로 한 헌법소원은 허용된다고 보아야 하고, 또 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌인 경우 구태여 행정소송을 제기함이 없이 막바로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 하며⁷⁴⁾, ④ 만약 행정처분을 헌법소원의 대상에서 제외한다면 헌법재판소법 제75조 제3항·제4항은 무의미하게 되므로 제68조 제1항과 제75조 제3항·제4항을 규범 조화적으로 해석한다면 행정처분에 대한 헌법소원이 인정된다고 보아야 할 것이고⁷⁵⁾ 특히 행정처분에 대한 헌법소원을 인정하지 않는다면 헌법재판소법 제75조 제5항은 전혀 무의미한 규정이 될 것 이므로 동조 동항은 행정처분이 헌법소원의 대상이 됨을 전제로 하는 것이라 할 것이며⁷⁶⁾, ⑤ 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다고 해서 보충성의 원칙과 관련하여 행정처분까지 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 헌법소원제도의 실질을 사실상 공소화하는 것으로 헌법 제111조 제1항 제5호의 취지에 반하는 것이며 원행정처분에 대

이시윤, 전계논문, 15면.

72) 이시윤, 전계논문, 15면.

73) 김학성, 전계논문, 225면.

74) 이시윤, 전계논문, 15면.

75) 김학성, 전계논문, 226~227면.

76) 상계논문, 229면.

한 헌법소원을 인정한다 해서 그것이 사실관계의 확정이나 법률의 해석·적용에 관한 법원의 재판에 대한 재심을 의미하는 것은 아니며, ⑥ 행정처분에 대한 헌법소원을 인정하는 경우 문제가 된 행정처분에 대한 법원의 판결이 확정되어 기판력이 발생하였음에도 원행정처분에 의한 기본권침해를 인용하는 헌법재판소의 결정이 있는 경우 법원의 판결의 기판력과 모순되는 결과를 초래하지 않느냐 하는 문제가 제기 될 수 있지만, 이는 헌법재판소법 제75조 제1항에 의해 헌법재판소의 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 구속하는 만큼 법원도 헌법재판소의 인용결정에 구속되어 문제는 없다고 한다.

한편 헌법재판소는 법원의 재판을 거친 원행정처분에 대한 헌법소원은 원칙적으로 허용되지 아니하지만 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원의 대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 원행정처분에 대한 헌법소원이 인정된다고 하였다. 즉 헌재 1998. 5. 28, 91헌마98, 93헌마253(병합)결정에서 “원행정처분에 대하여 법원에 행정소송을 제기하여 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 당사자는 그 판결의 기판력에 의한 기속을 받게 되므로 별도의 절차에 의하여 위 판결의 기판력이 제거되지 아니하는 한 행정처분의 위법성을 주장하는 것은 확정판결의 기판력에 어긋나므로 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다 할 것이며 뿐만 아니라 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 허용하는 것은 ‘명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다’고 규정한 헌법 제107조 제2항이나 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에도 어긋난다”고 하였고, 헌재 1998. 7. 16, 95헌마77결정에서는 “헌법재

판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 행정처분에 대하여도 청구할 수 있는 것이나 그것이 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분인 경우에는 당해 행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에만하여 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 심판이 가능한 것이고 이와 달리 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 당해 행정처분 역시 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다” (같은 취지 헌재 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172 등(병합)결정; 2001. 2. 22. 선고, 99헌마305결정)고 하였다.

결국 이러한 논쟁은 헌법 제111조 제1항 제5호에 헌법소원심판을 규정하면서 헌법 제107조 제2항을 두어 양규정간에 충돌이 생김으로써 야기되는 문제이다.

다) 헌법소원에 있어 보충성의 원칙의 예외 문제

헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 「다만 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다」고 하여 보충성의 원칙(Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde) 내지 권리구제절차소진의 원칙(gebot der Erschöpfung des Rechtsweges)을 규정하고 있다.

헌법소원에 있어 보충성의 원칙이 요구되는 것은 본래는 다음과 같은 이유 때문이다. 즉 첫째, 헌법소원은 기본권보장을 위한 특별하고 보충적인 권리수단으로서 다른 권리구제수단에 의해 구제되지 않는 기본권보장의 사각지대를 막기 위한 권리구제수단으로서의 의미를 가지는 것이다. 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 사전심사하도록

보장하고, 이를 통해 헌법재판소의 업무를 경감케 하고, 헌법수호라는 그 고유한 임무에 전념할 수 있도록 하는 데 있다고 할 수 있다.⁷⁷⁾ 그런 점에 헌법재판소와 다른 권리구제기관과의 업무분담의 취지도 포함하고 있다.

그러나 우리나라 헌법재판소법에 있어 보충성의 원칙은 독일에서의 그것과 반드시 같은 의미를 가지고 있다고 볼 수 없는 측면이 있다. 이는 헌법재판소법 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, 기본권침해의 기초사실을 일반법원에서 먼저 심리·정리토록 하고 법원의 견해도 알아보고 심리에 임하도록 하는 취지는 없다고 보아야 한다. 오히려 보충성의 원칙이 헌법 제107조 제2항과 관련하여 헌법재판소와 법원간의 관할권의 경계를 긋는 한 기준으로 작용하는 것으로 해석할 가능성에 유의할 필요가 있다. 말하자면 법원의 재판과 헌법재판소의 헌법소원심판이 배타적 관계에 있지 않고 상호 연결되어 있는 독일의 경우와는 달리 우리나라의 경우 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙·처분이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 이를 최종적으로 결정하도록 하고, 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 법원의 재판과 헌법재판소의 헌법소원심판은 상호 배타적 관계, 즉 법원의 재판의 대상이 될 수 없는 사항만이 헌법재판소의 헌법소원심판의 대상이 된다고 해석할 가능성을 낳고 있다. 이러한 해석은 결국 법원의 재판사항은 헌법소원의 대상이 아닌 만큼 애초부

77) BVerfGE 4, 193, 198.

터 보충성의 예외는 인정할 여지가 없다는 결론에 도달하게 되고, 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항 단서와 같은 보충성의 예외에 관한 규정을 두지 않고 있는 것은 입법의 불비가 아니라 우리 헌법상의 헌법재판제도의 당연한 결과라고 보게 될 것이다.⁷⁸⁾

그러나 이러한 해석은 법원의 재판 자체는 물론이고 법원의 재판의 대상이 되는 사항까지 모두 헌법소원의 대상에서 배제될 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 위험성이 있다 할 것이다. 그래서 헌법재판소는 여러 결정을 통하여 일관하여 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있다.⁷⁹⁾ 문제가 된 공권력행사나 불행사에 대한 다른 권리구제수단이 없는 경우나⁸⁰⁾ 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우와 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없는 경우⁸¹⁾ 보충성의 원칙의 예외를 인정하고 있다.

이러한 문제의 발단은 근본적으로는 우리 헌법상 헌법재판제도의 구조적 혼란, 즉 독일-오스트리아식의 헌법재판소제도와 미국식의 사법심사제의 혼합과 이로 인한 헌법재판소와 법원과의 관계 및 관

78) 법원행정처 헌법재판연구반 연구보고서, 명령·규칙에 대한 위헌심사권, 1990. 37-38면

79) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 1989. 9. 4. 88헌마22; 1990. 6. 25. 89헌마220; 1990. 10. 15. 89헌마178; 1991. 5. 13. 90헌마133; 1991. 7. 8. 89헌마181; 1992. 10. 1. 92헌마68, 76(병합); 1992. 10. 1. 91헌마31.

80) 1989. 4. 17. 88헌마1; 1990. 6. 25. 89헌마220.

81) 1989. 9. 4. 88헌마22.

할범위의 모호성, 특히 헌법 제107조 제2항과 제111조 제1항 제5호간의 상충성에서 유래한다. 그리고 입법의 불비인지 아니면 우리 헌법상의 헌법재판제도의 필연적 결과인지 헌법재판소법 제68조 제1항은 보충성의 원칙을 규정하면서 그 예외에 대한 명문의 규정을 두지 않았다는 점도 이러한 문제의 원인이다. 이리하여 해석론상 보충성의 예외의 인정 여부 및 그 범위를 설정하는 것은 어려운 문제가 아닐 수 없다.

3) 헌법소원제도의 왜곡 문제

현행 헌법은 우리나라헌정사상 처음으로 헌법 제111조 제1항 제5호에 헌법소원심판제도를 도입하였다. 그러나 동조항이 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라 규정하여 헌법소원심판의 내용의 형성을 법률에 유보하고 있고 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 헌법소원을 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 동조항이 법원의 재판을 헌법소원대상에서 제외함으로써 헌법소원제도의 왜곡문제가 생기고 있다. 즉 이로 인하여 법원의 재판만이 헌법소원의 대상에서 제외되는 것이 아니라 법원의 재판의 대상이 되는 공권력의 행사나 불행사는 헌법소원의 대상에서 제외된다고 하거나 특히 헌법 제107조 제2항과 관련하여 앞에서 보았듯이 명령이나, 규칙, 처분은 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 주장이 제기되고 있는 것이다.

이러한 해석은 법원의 재판 자체는 물론이고 법원의 재판의 대상이 되는 사항까지 모두 헌법소원의 대상에서 배제될 뿐 아니라, 보충성의 원칙의 예외를 인정하지 않음으로써 이러한 사항에 대해서는 사법적 구제절차에 의해 헌법상 기본권보장의 목적을 달성할 수 없

는 경우까지도 헌법소원에서 배제하는 결과를 가져와 헌법소원제도를 두고 있는 취지를 사실상 상실케 하는 결과를 초래할 수 있다. 이는 국가권력의 기본권기속성을 보장하고 헌법상 보장된 국민의 기본권의 침해를 구제하며 이를 통해 객관적 헌법질서의 유지, 보장기능을 가진 헌법소원제도의 취지에 비추어 헌법소원제도를 도입한 취지를 심히 왜곡하는 문제를 낳고 있다. 물론 이러한 문제에도 불구하고 헌법재판소 심판사건 중 헌법소원심판사건이 가장 많은 부분을 차지하고 있으며 법원의 재판의 대상이 되지 않는 공권력의 행사나 불행사에 해당하는 것도 있지만 기본권침해의 위험성이 큰 행정작용의 대부분과 사법작용이 헌법소원대상에서 제외되는 기현상을 낳고 있는 것은 문제라고 할 수 있다.

(3) 문제의 원인

이러한 문제는 헌법재판소와 법원을 별개의 독립기관으로 규정하고 있는 헌법규정체계와 명령·규칙 및 처분의 위헌성 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 최종적으로 심사토록 한 헌법 제107조 제2항, 그리고 이러한 헌법규정을 근거로 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항과 연관되어 있다. 또한 독일연방헌법재판소법과 달리 우리헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항이 위헌결정 및 헌법소원인용결정에 대해서만 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속토록 한 것도 헌법해석의 불일치의 한 원인이 되고 있다(이 점에 관해서는 심판절차부분 참조).

2. 헌법상 헌법재판소와 법원에 관한 규정체계의 문제

(1) 현행 헌법규정

현행 헌법은 제5장에서 법원에 관해 규정하면서 제101조에서 사법권은 법관으로 구성되는 법원에 속하다고 하고 제6장에서 헌법재판소에 관해 규정하고 있다. 이러한 규정형식은 가) 헌법재판소가 관할하는 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 헌법소원심판을 사법권의 범위에서 제외하고 있는 것을 의미하고, 나) 헌법재판소를 법원밖에 둠으로써 헌법재판소와 법원을 독립의 별개의 기관으로 보는 것을 의미한다. 이는 같은 헌법재판소형의 제도를 채택하면서도 독일연방기본법이 연방헌법재판소가 다른 연방법원 및 주법원과 함께 사법부를 구성하며 동일한 사법조직내에서 최고의 사법기관으로서 사법권을 행사하는 것으로 규정한 것과는 대조되는 것이다.(독일기본법 제92조 이하)⁸²⁾ 이러한 규정형식의 차이에 대해서는 가) 과연 헌법재판소가 행사하는 헌법재판권은 논리적으로 사법권과는 다른 본질을 가진 권한인가, 그래서 헌법재판권을 행사하는 헌법재판소와 사법권을 행사하는 법원을 다른 기관으로 구성하는 것이 논리적인가, 나) 이렇게 법원과 헌법재판소를 별개의 독립기관으로 규정하는 것은 헌법재판소와 법원을 동일한 사법조직 내에 두는 것과 현실적으로 어떤 의미를 가지고 있는가, 말하자면 헌법재판소와 법원의 관계에 대해 어떤 의미를 가지는가, 그래서 헌법재판소와 법원의 관계에 대한 논리적 근거, 예컨대 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있는 현행 헌법재판소법의 논리적 근거로 작용할 수 있는 것인가, 만약 그러하다면 헌법정책적으로 이를

82) 장석조, 우리나라와 독일의 헌법재판제도의 비교·검토, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 2001, 229-230면,

그대로 두는 것이 타당한가 등의 의문이 제기된다.

(2) 현행 규정의 문제

1) 헌법재판의 본질과 헌법재판소

현행 헌법이 제5장 법원, 제6장 헌법재판소를 규정하면서 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”고 한 것은 논리적으로 헌법재판소가 담당하는 위헌법률심판, 정당해산심판, 탄핵심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판은 그 본질상 사법작용에 속하지 않으며 헌법재판소는 법원과는 다른 국가기관이라는 것을 전제한 것이라 할 수 있다. 그렇다면 헌법재판소가 담당하는 이러한 작용은 사법작용이 아니며 헌법재판소는 법원이 아니라고 할 수 있는가?

그런데 헌법재판의 본질의 문제에 대해서는 앞에서 보았듯이 헌법재판은 정치작용으로서의 성격과 입법작용으로서의 성격을 가지고 있는 면도 있으나 본질적으로는 헌법의 해석과 구체적 사안에 대한 적용을 통해 헌법이 무엇인가를 선언하는 작용으로서 사법작용으로 성격을 가지고 있으며 그 심리절차나 청구요건, 결정 등에 있어서도 재판작용의 그것에 가깝다고 생각한다. 또한 헌법재판소도 신분이 보장된 재판관으로 구성되고 그 재판의 독립성이 보장되어야 한다는 점에서 정치기관이 아니라 재판기관으로 보아야 하지 않을까 생각한다. 그런 점에서 헌법재판기관을 어디에 위치지우느냐에 관해서 다양한 입법례가 있으나 헌법재판소형을 취하는 경우 이를 사법권을 행사하는 사법부의 일부로 규정하는 독일의 연방헌법재판소형이 논리적으로 타당하지 않을까 생각한다. 그러나 이 문제는 논리적·당위적 문제라기보다는 현실적·정책적 문제로서의 성격이 크다 할 것이다.

2) 현실적 문제 - 헌법재판소와 법원의 관계

a) 우리 헌법이 제5장에 법원에 관한 규정을 두고, 제6장에 헌법재판소에 관한 규정을 두고 있는 것은 독일기본법이 헌법재판소를 다른 법원과 더불어 사법부의 한 조직으로 규정하고 있는 것과 달리 기본적으로 헌법재판소가 법원과는 구별되는 기관이며 양자는 상호 독립의 조직임을 나타내 주는 것이라 할 수 있다.

b) 이 점은 독일연방기본법과 오스트리아헌법의 규정체계를 비교해 보면 보다 분명히 드러난다. 오스트리아헌법의 경우 후술하듯이 일반법원과 헌법재판소 및 행정법원은 별개의 장에서 규정되고 있고 민·형사최고법원, 행정법원, 그리고 헌법재판소는 각자의 영역에서 최고법원이며 헌법상 상호 독립적으로 구성되고 상호 동등한 지위를 가진다. 그래서 일반법원과 행정법원의 재판은 헌법재판소의 심판대상이 되지 아니하며 만약 헌법재판소가 어떤 형태로든 민·형사최고법원이나 행정법원의 재판을 재심사한다면 각 법원에 동등한 지위를 부여한 헌법의 취지를 무시한 것이 된다고 하는 주장도 있다.⁸³⁾

반면 헌법재판소를 법원의 하나로 규정하고 있는 독일기본법의 경우 연방헌법재판소는 헌법재판에 있어 다른 법원과의 관계에서 최고법원으로서의 지위를 가지며 일반법원은 헌법재판소의 하급법원이다. 그런 점에서 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되게 된다.

그러나 헌법재판소를 법원과는 다른 독립기관으로 하면서도 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있는 스페인헌법의 예에서 보듯이 헌법재판소를 독립기관으로 하느냐, 사법부의 일부로 하느냐의 문제가 반드시 재판에 대한 헌법소원인정 여부와 직결되는 것으로

83) K. Berchthold, Überprüfung von Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes durch den Verfassungsgerichtshof?, ÖJZ 1975, SS142-143 (유남석, 오스트리아의 헌법재판제도 - 위헌법률심판을 중심으로 -, 헌법재판제도의 이해, 2001, 169면에서 재인용)

보기는 어렵다.

c) 이처럼 헌법재판소를 법원과 다른 국가기관으로 규정하는 헌법 규정체계는 헌법재판을 포함한 국가의 사법작용을 두 개의 기관에 분장시키고 있음을 의미하며 법원이 원칙적, 일반적, 포괄적 사법기관이라면, 헌법재판소는 예외적, 특수적, 정치적 사법기관이라는 주장의 논거가 되며⁸⁴⁾ 법원과 헌법재판소는 상호 독립적 지위를 가지는 것으로 이해된다. 즉 헌법재판에 있어서 헌법재판소는 헌법 제 111조 제1항이 규정하는 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 그리고 법률이 정하는 헌법소원심판을 관장하는 반면, 법원은 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권, 선거소송에 대한 관할권을 가지며, 민·형사재판 등에서도 법원은 독자적으로 헌법을 해석, 적용한다. 그래서 헌법재판소와 법원은 서로 관할사항을 달리하고 상호 독립적 관계에 있는 헌법기관이며 양 기관 모두 사법적 절차에 따라 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 보장함을 그 임무로 하는 국가기관이라 할 수 있고 어느 한 쪽이 다른 쪽에 대하여 통제권한을 행사하거나 우월성을 주장할 수 없다는 주장의 근거가 되고 있다.⁸⁵⁾

그런 점에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것은 이처럼 헌법재판소와 법원을 독립한 국가기관으로 규정한 헌법의 당연한 귀결로 이해하게 된다. 이는 우리나라의 현행 헌법재판제도가 독일보다는 오스트리아와 유사하다는 측면에서도 지적되고 있다. 이러한 관점에서 우리헌법제정자의 결단은 종래 우리나라 헌법재판 경험상 헌법위원회와 법원 등의 위헌법률심사에 대한 소극적인 태도를 반성하여 한편으로는 헌법재판소를 창설하여 위헌법률심사 등 헌법

84) 이동흡, 전계논문, 90면 이하

85) 상계논문, 92면

재판의 활성화를 기함과 동시에 다른 한편으로는 헌법재판소가 법원의 사법권행사에 간섭하는 것을 견제하기 위한 장치도 함께 마련한 것이며, 따라서 위와 같은 헌법제정자의 결단은 법원과 헌법재판소 두 기관이 상호 경쟁과 견제를 통하여 헌법을 수호하고 국민의 기본권보호기능을 하도록 한 것이라 이해할 수 있을 것이라는 주장을⁸⁶⁾ 낳고 있다.

d) 이처럼 현행 헌법상의 이러한 규정체계가 헌법재판소와 법원 상호간의 독립적 관계에 관한 강력한 근거가 되고 이에 따라 헌법재판소와 법원간의 관계에 관한 해석론과 입법론에 많은 영향을 미치고 있는 것이 사실이다. 즉 법원의 판단이나 권한사항에 대한 헌법재판소의 심판을 차단하는 중요한 논거로서 기능하고 있는 것이다. 그래서 독일처럼 헌법재판소를 법원의 하나로 하고 최고법원으로 규정하고 있는 경우에는 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되더라도 문제가 되지 않으나 오스트리아나 우리나라처럼 헌법재판소를 법원과는 다른 독립한 기관으로 규정하고 있는 경우 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 것은 이러한 독립적 관계에 반한다고 보는 견해가 있는 것이다.

e) 이러한 주장의 당부는 별론으로 하고 현실적으로 헌법재판소를 사법부의 일부로 규정하고 헌법재판에 있어 최고법원으로 하는 경우 헌법해석의 불일치나 관할분쟁의 소지는 적다 할 수 있고, 있다 하더라도 사법부내의 문제로서 최고법원인 헌법재판소가 결정하면 된다고 할 수 있다. 반면 법원과는 다른 기관으로 하고 양자의 관계를 상호 독립적, 병렬적 관계로 설정하는 경우, 비록 헌법재판을 헌법재판소에 집중시킨다 하더라도 법원이 그 관할사항에 대한 재판을 하면서 행한 헌법해석이 헌법재판소의 헌법해석과 다를 경우 해결할

86) 상개논문, 92면

방법이 없으며, 우리나라처럼 헌법재판을 양 기관에 분할하고 양 기관의 독립적 지위를 강조하여 양 기관의 헌법해석이 다른 경우에 대한 해결방법, 예컨대 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 경우 헌법해석의 불일치문제와 양 기관간의 관할분쟁이 야기되는 것은 불가피하게 된다.

(3) 입법례

일반법원과 별도로 헌법재판기관을 두고 있는 나라의 경우 헌법재판소와 법원에 관한 규정형식에 있어 크게 두 가지 유형의 입법례를 볼 수 있다. 즉 a) 헌법재판소를 법원의 하나로 보고 일반법원과 동일한 장에서 규정하는 입법례와, b) 헌법재판소를 일반법원과 독립·분리하여 별도의 장에서 규정하는 입법례가 있다.⁸⁷⁾

대체로 헌법재판소를 사법부의 일부로 규정하고 있는 경우 헌법재판소를 헌법재판에 있어 최고법원으로 인정하여 하급법원이 헌법재판소판결에 기속되도록 하는 것이 보통인 반면 헌법재판소를 법원과 분리하여 독립한 기관으로 규정한 경우 양자의 독립적 관계를 인정하여 헌법재판소는 제한된 범위에서만 관할권을 가지고 그 범위 내에서만 헌법재판소의 결정이 법원에 대해 기속력을 가지도록 하는 것이 보통이다.

1) 헌법재판소를 사법부의 한 부분으로 규정하고 있는 입법례

우리나라 제헌헌법, 독일기본법, 러시아연방헌법, 그리고 체코헌

87) 이하 각국의 헌법규정은 Albert P.Blaustein & Gisbert H.Flanz(ed.), *Constitutions of the Countries of the World*, 2004와 Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband 2, 1990을 참조하였다.

법, 슬로바키아헌법, 터키헌법 등이 이러한 입법례에 속한다.

가) 제헌헌법

제헌헌법은 유진오헌법초안의 영향으로 미국식 사법심사제와 헌법위원회제도를 혼합하여 규정하면서 헌법위원회를 법원에 관한 장에서 규정하였다. 즉 동헌법은 제5장 법원에서 “사법권은 법관으로써 조직된 법원이 행한다. 최고법원인 대법원과 하급법원의 조직은 법률로써 정한다.”고 하면서(제76조) 같은 법원에 관한 장에서 헌법재판기관으로서 헌법위원회를 두었다(제81조).

나) 독일기본법

독일기본법은 제9장 사법(Die Rechtsprechung)속에 연방헌법재판소와 연방법원, 주법원을 같이 규정하여 연방헌법재판소도 사법권을 행사하는 하나의 법원임을 밝히고 있다. 즉 “제92조 (법원의 조직) 사법권은 법관에게 부여된다. 사법권은 연방헌법재판소, 기본법에 규정된 연방법원, 그리고 주법원에 의해 행사된다.”고 하고 제93조에 연방헌법재판소권한을, 제94조에 연방헌법재판소, 구성과 절차에 관해 규정하고 있다. 이어 제95조(연방최고법원)는 “제1항 연방은 일반, 행정, 재정, 노동재판 및 사회재판의 영역에 있어 최고법원으로 연방일반최고법원(Bundesgerichtshof), 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht), 연방재정법원(Bundesfinanzhof), 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht), 그리고 연방사회법원(Bundessozialgericht)을 둔다.”고 하여 연방최고법원에 관해 규정하고 있다. 독일에 있어 연방헌법재판소는 법원이며 헌법기관으로서 관할사항에 있어 최고법원이다. 연방헌법재판소장은 연방대통령, 연방의회의장, 연방참사원 의장, 연방수상에 이어 의전서열 5위이다.⁸⁸⁾ 한편 헌법재판소가 유

일한 헌법재판기관이라고 볼 수는 없고 일반법원도 실질적 헌법재판을 한다. 자신의 관할범위 안에서 헌법침해가 있을 때 권리를 보호해 주는 것은 모든 법원에게 주어진 최우선과제들 중의 하나이다.⁸⁹⁾

다) 러시아

러시아 헌법 제7장은 법원을 규정하면서 제118조 1항에서 “러시아연방에 있어 사법권은 법원에 의해 행사된다.”고 하고 제2항에서 “사법권은 헌법소송, 민사소송, 행정소송, 형사소송에 의해 행사된다.”고 하여 헌법재판을 사법작용의 하나로 규정하고 있다. 또한 동조 제3항은 특별법원은 인정되지 않는다고 하고 제125조 제1항에 “러시아연방 헌법재판소는 19인의 재판관으로 구성된다.”고 하면서 제126조에서는 “러시아 연방최고법원은 민사, 형사, 행정 및 일반법원에서 다룰 수 있는 사안을 관할하는 최고의 사법기관이며…”라고 규정하여 헌법재판소도 사법권을 행사하는 하나의 법원이며 헌법재판소가 헌법재판을 전담하는 최고법원이라면 연방최고법원은 민사소송, 형사소송, 행정소송에 있어 최고법원임을 규정하고 있다.

2) 헌법재판소를 사법부와 독립된 국가기관으로 하고 있는 입법례

가) 오스트리아

오스트리아헌법은 ‘제3장 연방집행’부분에 사법을 규정하고 제82조 제1항은 “모든 사법권은 연방으로부터 나온다.”고 하면서 제89조 제1항에서 “정당하게 공포된 법률, 명령과 국가조약의 유효 여부에 대한 심판은 이 규정에서 달리 정하지 않는 한 법원에 속하지 않는

88) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1991, S 22

89) BVerfGE 47,144,145

다.”고 하고 있다. 한편 ‘제6장 헌법 및 행정의 보장’ 부분에 행정법원과 헌법재판소를 따라 규정하고 있다. 이처럼 오스트리아의 헌법재판소는 민·형사법원과는 별도의 장에 규정되고 상호 독립한 기관으로 규정되고 있다. 또 헌법재판소는 행정법원과는 같은 장에서 규정되거나 별개의 독립한 기관으로 규정되고 있다.

나) 스페인

스페인헌법은 제6장에 사법권을, 제9장에 헌법재판소를 규정하고 있다. 그래서 제6장 제117조 제1항은 “사법권은 국민으로부터 나오고 왕의 이름으로 사법부의 일원이며 독립적이고, 신분이 보장되며, 오직 법의 지배에 책임을 지고 복종하는 법관과 치안판사에 의해 행사된다.”고 하고 동조 제3항은 “사법권의 행사는 법률이 규정하는 법원에 의해서만 법률이 정하는 권한과 절차에 따라 행해진다.”고 하고 제123조 제1항에서는 “대법원은 스페인 전역에 대해 관할권을 가지며 헌법보장에 관한 사항을 제외하고는 최고의 사법기관이다.”고 하고 있다.

제9장 헌법재판소에 대해서는 제159조 제1항에서 “헌법재판소는 국왕에 의해 임명되는 12명의 재판관으로 구성된다. …”고 하고 제161조 제1항에서는 “헌법재판소는 스페인 전역에 걸쳐 다음 사항에 대해 관할한다. a) 법률 및 법률의 효력을 가지는 법규에 대한 위헌소송. …, b) 헌법 제53조 제2항에 규정된 권리와 자유의 침해에 대한 보호청구소송, c) 국가와 자치단체 또는 자치단체간의 권한쟁의, d) 헌법이나 조직법에 의해 부여된 기타 사항”이라고 하여 헌법재판소관할을 규정하고 있다.

다) 이탈리아

이태리헌법도 ‘제2편 공화국의 기관’에서 ‘제4장 사법부, 제6장 헌법보장 - 제1항 헌법재판소’를 규정하여 사법부와 헌법재판소를 별개의 기관으로 규정하고 있다. 즉 제4장 사법부 제101조에서 “사법권은 국민의 이름으로 행사된다. 법관은 오직 법에만 구속된다.”고 하고 제102조는 “사법작용은 법원조직에 관한 법에 의해 설치되고 규율되는 일반법관에 의해 행사된다. 예외적인 또는 특수한 법관은 허용되지 않는다. 오직 일반법원조직 내에 특수한 문제에 대한 전문영역은 법원의 구성원이 아닌 자격 있는 시민의 참여를 인정할 수 있다. 사법행정에 있어 국민이 직접적으로 참여하는 사안과 그 형태에 대해서는 법률로 정한다.”고 하고 있다. 한편 ‘제6장 헌법보장 제1항 헌법재판소’에서 제134조는 “헌법재판소는 법률과 국가와 지방자치단체가 발하는 법률적 효력을 가지는 행위의 합헌성 여부에 대한 분쟁과 국가내의 권한배분 및 국가와 지방자치단체, 지방자치단체 상호간의 권한배분, 그리고 헌법에 따른 공화국대통령의 탄핵에 대하여 관장한다.”고 하고, 제135조는 “헌법재판소는 15인의 재판관으로 구성되며, 그 중 1/3은 공화국 대통령이, 1/3은 의회의 합동회의에서, 그리고 1/3은 일반최고법원 및 행정최고법원의 구성원에 의해 임명된다.”고 하고 있다.

라) 헝가리

헝가리헌법도 제4장에 헌법재판소를, 그리고 제10장에 법원을 규정하여 헌법재판소를 법원과 별개의 기관으로 규정하고 있다. 제32조A 제1항은 “헌법재판소는 법률규정의 합헌성을 심사하고 법률이 규정하는 권한을 행사한다.”고 하고 동조 제2항은 “헌법재판소가 위헌이라 한 법률이나 법적 처분은 무효이다.”고 하고 동조 제3항은

“법률로 규정하는 사항에 관해서는 누구라도 헌법재판소에 제소할 수 있다.”고 규정하고 있다. ‘제10장 법원’에서는 제45조 제1항에서 “형가리공화국에서는 대법원, 중앙법원, 주법원, 지방법원이 사법권을 행사한다.”고 하고 동조 제2항은 “법률로 특수사건에 관한 특별법원을 설치할 수 있다.”고 규정하고 있다.

(4) 개선방안

앞에서 보았듯이 헌법재판소를 일반법원과 다른 독립의 국가기관으로 규정할 것인지, 아니면 법원의 하나로 규정할 것인지는 일반사법과 다른 헌법재판의 특성을 강조할 것인가, 그리하여 헌법재판이 가지는 정치성, 헌법재판소 재판관의 자격, 임명절차, 소송요건, 심판절차 등의 특성을 중시하여 일반법원과 헌법재판소를 다른 장에서 규정할 것인가. 그래서 헌법재판소와 법원이 기본적으로 상호 독립적 관계임을 밝힐 것인가. 아니면 헌법재판도 사법의 한 내용이며 일반법원도 헌법재판을 한다는 점을 인정하고 헌법재판소가 헌법재판에 관하여 최고법원이라는 점을 명확히 할 것인가 등에 달린 문제이다. 그런데 헌법재판의 본질은 사법작용이지만 정치적 성격이 강한 만큼 이러한 본질에 근거하여 법원의 하나로 할 것인가 여부를 정하는 것은 어렵다. 결국 현실적으로 헌법재판소를 법원의 하나로 규정하여 헌법재판에 있어 최고법원의 지위를 부여하고 다른 법원은 그 하급법원으로 하는 것이 정책적으로 바람직한 것인지, 아니면 양기관을 독립한 국가기관으로 규정하고 각자 자신의 관할에 대하여 독자성과 최고성을 가지도록 하는 것이 타당한 것인지를 문제로 귀착된다.

먼저 헌법재판소를 법원의 하나로 하는 경우 가) 헌법재판소가 대법원의 상급법원으로 자리함으로써 갈등의 소지가 크고, 특히 독일

처럼 최고법원이 다원화되어 있지 않고 대법원으로 단일화되어 있는 우리나라의 법원체계에서 더욱 그러하며, 나) 재판에 대한 헌법소원과 관련하여 자칫 4심법원이 될 것이라는 비판의 소지가 있고, 다) 헌법재판이 가지는 특성과 그에 따른 헌법재판관의 자격과 임명절차 등에서 일반법원과 다른 특성 반영이 제한되는 문제가 있다고 생각한다.

그러나 가) 헌법재판소가 헌법재판에 있어서는 다른 법원의 최고 법원으로서의 지위를 가지게 되어 헌법해석의 통일성을 확보할 수 있고 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하더라도 법체계상 문제가 없으며 그를 통해 양 기관간의 헌법해석의 불일치의 소지가 줄어들 것이며, 나) 헌법재판소도 법원의 일종으로서 사법권을 행사하는 기관이므로 헌법재판소 재판관 자격에 있어 법률전문가가 아닌 자를 배제할 수 있을 것이다. 예컨대 헌법재판소를 법원의 하나로 규정하고 있는 독일에 있어서 독일연방헌법재판소 재판관의 경우 법관의 자격을 요하도록 하고 있고 러시아연방의 경우 헌법재판소재판관도 당연히 법관으로서 일반법관과 같은 자격이 요구되고 동일한 신분보장과 지위를 누리고 있다. 그러나 헌법재판소를 일반법원과 별도의 기관으로 규정하고 있는 오스트리아(헌법 제147조 제2항, 제3항)나 스페인(제159조 제2항)⁹⁰⁾의 경우 반드시 법관의 자격을 요하지 않는 것도 이와 연관되어 있다고 할 수 있다. 또한 다) 기본적으로 헌법재판소도 사법기관이므로 물론 미국의 정치행위문제에 대한 미연방대법원과 같은 정도의 입장에 있는 것은 아니지만 고도의 정치적 사건에 대한 헌법재판소의 자제의 근거가 될 수 있을 것이고, 라) 헌법재판소와 법원간의 관할분쟁의 문제가 생길 여지가 줄어들고 관할분쟁이 있다 하더라도 헌법재판소의 결정에 의해 해결이 용이할

90) 그러나 법률가임을 요한다.

것으로 판단된다. 그 밖에 마) 헌법재판소가 전체적 법원조직 내에 있으므로 헌법재판소의 연구관 등 인적 자원의 확보가 용이해 지고 연구관의 승진의 길이 열리는 등 인사운용에 있어 유리한 점이 있다고 생각한다.

그런 점에서 헌법재판소제도를 그대로 유지하는 경우 헌법재판소를 사법부의 일부로 하는 것이 헌법재판제도의 제도적 취지에 보다 잘 부합할 수 있지 않을까 생각한다. 만약 헌법재판소를 법원과 다른 기관으로 하는 경우 후술하듯이 최종적 헌법재판기관은 헌법재판소로 일원화하여야 할 것이다.

3. 최종적 헌법재판기관의 이원화 문제 - 헌법 제107조 제2항의 문제

(1) 현행 헌법규정

현행 헌법은 헌법 제6장에 헌법재판소를 두고 제111조 제1항에 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 법률이 정하는 헌법소원심판에 대해서는 헌법재판소가 관장토록 하면서, 제107조 제2항에서는 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하고 있다.

(2) 현행 규정의 문제

헌법 제107조 제2항은 헌법재판소제도를 두고 있는 나라의 입법에 비추어 보면 매우 특이한 규정이다. 그러나 1948년 제헌헌법 이래 제2공화국헌법과 제3공화국헌법, 제4공화국헌법, 제5공화국헌

법, 그리고 현행 헌법에 이르기까지 위헌법률심판기관은 바뀌었으나 이 조항은 바뀌지 않고 계속 규정되어 왔다.

이 규정은 애초 유진오헌법초안에서 유래한 것이다. 유진오의 설명에 의하면 대법원이 명령, 규칙, 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사토록 한 것은 ‘행정소송에 대해서 대륙식 특별재판소를 취하지 않고 영미식 제도를 취해 본 것’으로 ‘행정권의 처분에 관한 소송을 행정권 자신에게 맡기는 것은 국민의 자유와 권리를 보장하는 의미에 있어서 적당하지 아니하다고 해서 법률이 정하는 바에 의하여’ 명령, 규칙, 처분에 대해서는 일반법원에 소송을 제기토록 한 것이라 한다.⁹¹⁾ 반면 위헌법률심판에 관해서는 헌법위원회라는 새로운 제도를 도입하여 법률이 헌법에 위반되느냐 안 되느냐 하는 문제를 제기할 권한을 법원에 주고 위헌 여부의 결정은 헌법위원회가 담당토록 하였음을 밝히고 있다.⁹²⁾ 유진오의 설명에 의하면 이러한 헌법위원회제도는 대륙제국의 헌법재판소제도와 전후의 프랑스 제3공화국의 헌법위원회제도 등을 참작하여 미국식제도와 프랑스식제도의 절충이라 볼 수 있는 헌법위원회제도를 구상하였다고 한다.⁹³⁾

이러한 설명과 관련하여 현행 헌법상 헌법재판구조에 대하여 “헌법재판소는 위헌법률심사권을 통해 입법권으로부터 헌법을 수호하는 기능을 담당하고 있으며, 대법원을 최고법원으로 한 법원은 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권을 통해 행정이 합헌적으로 이루어지도록 함으로써 행정권으로부터 헌법을 수호하는 기능을 담당하고 있

91) 유진오, 대한민국헌법 제안이유설명, 헌법기초회고록, 242-243면

92) 상계서, 243면; 유진오가 법원에 위헌법률심사권을 주지 않고 헌법위원회라는 새로운 제도를 구상한 이유에 관해서는 동서, 41면 이하 참조

93) 상계서, 43면; 한편 유진오는 우리나라의 헌법위원회의 명칭은 1946년 프랑스헌법상의 헌법위원회에서 암시를 받은 것이나 그 내용에 있어서는 서로 큰 차이가 있다고 설명하고 있다.(유진오, 헌법해의, 1949, 174면)

다.”는 해석을 전개하는 견해도 있다.⁹⁴⁾ 또한 같은 맥락에서 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙에 대한 위헌·위법심사권을 법원에 부여하였음을 선언하는 규정임과 동시에 행정처분에 위헌·위법심사권, 즉 행정재판권이 법원에 속한다는 것을 확인하고 그 재판권행사의 요건을 규정한 규정으로 이해하는 견해도 있다.⁹⁵⁾ 이에 대해 행정재판권은 헌법 제107조 제2항에서가 아니라 헌법 제101조 제1항에서 그 근거를 발견할 수 있다는 견해도 있다. 이러한 해석의 당부는 논외로 하더라도 헌법 제107조 제2항은 법원으로 하여금 명령·규칙·처분에 대한 위헌·위법심사권을 행사토록 하여 헌법이나 법률에 위반되는 명령이나 규칙의 적용을 거부하여 국가의 법질서의 통일성을 유지하고 행정의 합헌·합법을 확보하고 국민의 기본권을 보장토록 하는 의미가 있다고 할 수 있다.⁹⁶⁾

그러나 이러한 기능에도 불구하고 명령·규칙·처분의 위헌 여부에 대하여 대법원이 최종적으로 심사토록 한 규정은 구조적으로 중대한 문제를 낳고 있다. 즉 이 점에 관해서는 앞에서 이미 지적하였지만 최종적 헌법재판기관을 이원화함으로써 헌법재판소와 대법원의 헌법해석의 불일치의 가능성을 초래하고 있고 명령·규칙이 헌법소원대상이 되는지 여부, 원행정처분이 헌법소원의 대상이 되는지 여부, 헌법소원에 있어 보충성의 원칙의 예외 인정 여부 등 양 기관간의 관할을 둘러싼 분쟁을 초래하고 있다. 또한 법률의 위헌 여부와 그 법률을 시행하는 명령이나 규칙의 위헌 여부는 별개의 문제가 아니라 상호 긴밀히 연관된 문제로서 예컨대 법원이 재판의 전제가 된 명령이나 규칙을 합헌이라 하더라도 헌법재판소가 그 모법인 법률을

94) 이동흡, 전계논문, 91-92면

95) 광태철, 법원의 재판을 거친 행정처분의 헌법소원심판대상성, 헌법문제와 재판(상), 재판자료 제75집, 1997, 382-383면

96) 김철수, 전계서, 1400면 이하; 권영성, 전계서, 1080면

위헌이라 결정하는 경우를 예상할 수 있는 것이다. 그런 점에서 법률의 위헌심사기관과 명령·규칙의 위헌심사기관을 이원화하는 것은 문제가 있다. 뿐만 아니라 법규명령의 규범통제는 위임입법의 한계를 규정하는 헌법 제75조나 제95조, 평등에 관한 헌법 제11조 위반에 귀착하는 경우가 많으므로 헌법재판기관으로서 헌법재판소를 두면서 이를 대법원의 최종적으로 심판토록 하는 것은 문제가 있다고 할 것이다.⁹⁷⁾

(3) 입법례

1) 독일

독일기본법과 연방헌법재판소법상 법규명령이나 규칙은 기본법 제100조 제1항상의 헌법재판소관할인 위헌법률심판절차에 있어서의 제청대상이 아니다. 따라서 법규명령과 규칙의 위헌 여부에 대해서는 일반법원의 법관이 재판을 하면서 부수적으로 심사할 수 있고 위헌이라 판단하는 경우 그 적용을 하지 않을 수 있고 위헌적 행정처분은 취소할 수 있다.⁹⁸⁾ 그러나 독일기본법에는 우리헌법 제107조 제2항과 같은 규정은 없다. 따라서 명령과 규칙, 처분의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소의 심판이 배제되지 않는다. 이러한 법원의 재판에 대해서는 헌법소원이 인정된다. 또한 당연히 명령이나 규칙이나 처분도 헌법소원의 대상이 된다.⁹⁹⁾

97) 이에 관해서는 행정소송법개정안에 대한 김하열연구관과 이명웅연구관 토론 내용 참조

98) 클라우스 슐레이히, 정태호역, 전계역서, 148면

99) Dieter C. Umbach/Thomas Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch-, 1992, S 1170

2) 오스트리아

오스트리아헌법상 명령과 규칙의 위헌, 위법 여부에 대한 심사는 법원이나 행정재판소의 관할이 아니라 헌법재판소의 관할이다. 또한 위헌적 행정처분의 관할도 행정재판소가 아니라 헌법재판소이다. 오스트리아헌법 제89조는 “제1항: 정당하게 공포된 법률, 명령과 국가 조약의 유효 여부에 대한 심판은 이 규정에서 달리 정하지 않는 한 법원에 속하지 않는다. 제2항 1문: 만약 법원이 명령이 법률에 위반된다는 이유로 명령의 적용에 대하여 이의를 가지는 경우 그 명령의 폐지를 위하여 헌법재판소에 제청을 하여야 한다. 제3항: 만약 법원이 적용하려는 명령이나 법률이 이미 효력을 상실한 경우 법원은 헌법재판소에 그 명령이나 법률이 법률이나 헌법에 위반된다는 결정을 구하는 제청을 하여야 한다. 제4항: 제2항과 제3항은 제140조 a에 따라 정부가 체결한 조약에 대해서도 적용된다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 헌법 제139조 제1항은 “헌법재판소는 연방이나 주행정청의 명령의 위법성에 대하여 그 명령을 계속중인 소송에서 적용하여야 하는 경우 법원의 청구에 의해 심판한다. 헌법재판소는 주행정청의 명령의 위법성에 관하여는 연방정부의 청구에 의하여, 그리고 연방행정청의 명령의 위법성에 관해서는 주정부의 청구에 의해, 자치단체감독청의 명령의 위법성에 관해서는 제119조a 제6항에 따라 관련자치단체의 청구에 의해 심사한다. 또한 명령이 직접적으로 그 위법성을 통해 개인의 권리를 침해하는 경우 그 당사자의 청구에 의해 그 명령의 위법성을 심사한다. 이러한 청구에 대해서는 제89조 3항이 적용된다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 명령에 대해서 법원의 제청에 의해서 뿐 아니라 명령이 직접적으로 개인의 기본권을 침해하는 경우 당사자의 청구에 의해서도 그 명령의 위헌·위법을 심사할 수 있도록 하고 있다.¹⁰⁰⁾ 또한 헌법 제144조 제1항

은 “헌법재판소는 헌법소원청구인이 행정청의 결정(Bescheide)에 의해 헌법상 보장된 권리를 침해받았다거나 위법적 명령, 위헌적 법률, 또는 위법적 조약을 적용하여 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 경우 그 소원에 대하여 재판한다.”고 규정하고 있다. 그런데 여기서의 ‘행정청의 결정’은 개별적, 고권적 행정행위를 의미하는 것으로 이해되고 있다.¹⁰¹⁾ 헌법 제133조 제1호는 헌법재판소의 권한에 속하는 사항을 행정재판소의 관할에서 제외하고 있으므로 이러한 사항은 행정재판소의 관할대상이 아니다.

3) 러시아

러시아연방헌법재판소는 법률뿐 아니라 연방 대통령의 명령, 연방 상원과 하원의 규칙, 연방정부의 명령 등의 합헌성 여부에 대하여 연방대통령, 하원, 1/5이상의 상원의원이나 하원 부의장, 연방최고법원, 연방최고중재법원, 연방소속지방의 입법부 및 행정부의 제청에 의해 심사한다(제125조 제2항 a).

4) 헝가리

헝가리헌법 제32조 A 제1항은 헌법재판소가 법률과 명령의 헌법적합성을 심사한다고 규정하고 이에 따라 헌법재판소법 제1조 d)는 헌법재판소가 법률, 명령, 규칙 등 모든 법규범의 헌법적합성을 심사한다고 규정하는 한편 제38조 제1항은 법관은 구체적 사건에 적용될 법규범(법률, 명령, 규칙)이 헌법에 위반된다고 판단되는 경우 헌법재판소에 그 위헌 여부의 심판을 제청토록 하고 있다.¹⁰²⁾

100) 이에 관해서는 Franz Zehetner, Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich 1969-1976, AöR 102, Heft 1, 1977, S 114 f 참조

101) Walter/Mayer, aaO., S 391

102) 최완주, 전개논문, 208면

5) 스페인

스페인헌법 제161조 제1항 a는 헌법재판소가 법률 및 법규적 효력을 가지는 규범에 대한 위헌심판제청에 대하여 심판함을 규정하고 있다. 헌법재판소법 제31조, 제32조 제1항에 의하면 법규적 효력을 가지는 규범은 법규명령, 조례, 조약, 의회규칙, 법원규칙 등을 뜻한다. 그리고 동법 제35조는 소송이 계속된 법원이 적용할 법령이 위헌이라고 판단되는 경우 헌법재판소에 그 위헌 여부를 제청하도록 하고 있다.¹⁰³⁾ 또한 동법 제43조 제1항에서 명령, 규칙, 처분이 헌법상 구제대상이 되는 권리와 의무를 침해하는 경우 사법절차를 모두 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있음을 규정하고 있다.

(4) 개선방안

현행 헌법상 헌법재판제도의 구조적 문제가 주로 헌법 제107조 제2항에서 유래하므로 헌법 제107조 제2항은 삭제하고 명령·규칙·처분의 위헌여부에 대한 최종적 심사권은 헌법재판소에 부여하는 것이 타당하다고 생각한다. 이렇게 하는 경우 다음 두 가지 방안을 생각할 수 있다. 즉

가) 제1안으로 명령·규칙·처분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 법원에서 심판토록 하되 그 재판에 대하여 헌법소원을 인정하는 방안과

나) 제2안으로 대법원을 비롯한 각급법원이 명령·규칙 또는 처분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 위헌 여부를 헌법재판소에게 제청하고 법원은 헌법재판소의 결정에 따라 재판토록 하고 헌법재판소가 행한 헌법에 관한 최종적 해석에 법원을 비롯한 모든 국가기관

103) 상계논문, 207면

을 기속하는 효력을 인정하는 방안이 그것이다. 두 방안 중 어느 것을 채택할 것인가는 후술하듯이 법원의 재판에 대한 헌법소원 인정 여부, 헌법재판소를 사법부의 일부로 할 것인가 여부와 관련하여 판단하여야 할 것이다.

4. 법원의 재판에 대한 헌법소원배제 문제

(1) 헌법규정 및 헌법재판소법규정

헌법 제111조 제1항 제5호는 헌법소원심판을 규정하면서 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라 하여 법률유보조항을 두고 있다. 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 하여 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있다.

(2) 현행 규정의 문제

그런데 이처럼 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한 것이 법원의 재판 뿐 아니라 보충성의 원칙과 관련하여 법원의 재판의 대상이 되는 공권력의 행사나 불행사도 헌법소원의 대상에서 제외하는 결과를 가져와 헌법소원제도의 본래의 취지나 기능에 맞지 않는 것 아닌가,¹⁰⁴⁾ 그리고 법원의 재판이 헌법재판소의 헌법해석과 다른

104) 이 점과 관련하여 우리 헌법재판소의 통계에 의하면 1988. 9. 1. - 2005. 7. 31. 간 총접수건수 11,607건 중 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원이 9,718건으로 83.7%인 반면 독일연방헌법재판소의 통계에 의하면 1951. 9. 7. - 2004. 12. 31.간 총접수건수 152,128건중 헌법소원이 146,457건으로 96.3%에 이른다. 동기간동안 헌법소원 인용률은 우리의 경우 3.1%, 독일의 경우 2.5%로 우리나라가 좀 높다. 이러한 통계는 여러요인과 관련된 것이겠으나 법원의 재

해석에 기초하고 있는 경우에도 이러한 헌법해석의 불일치를 해소할 길을 막고 있는 것 아닌가 하는 문제를 낳고 있다. 그러나 또한 헌법소원제도가 가지고 있는 남소의 폐해, 낮은 인용률, 헌법재판소의 부담 등을 생각하면 상대적으로 기본권침해의 위험이 적은 법원의 재판까지 헌법소원의 대상으로 하여야 할 것인가 하는 의문이 있다.

이러한 문제와 관련하여 입법론적으로 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 할 것인가 하는 문제는 두 가지 측면에서의 검토가 필요하다. 즉 하나는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항이 위헌은 아닌가 하는 문제이고, 또 하나는 정책적으로 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 하는 것이 바람직한 것인가 하는 문제이다.

1) 헌재법 제68조 제1항의 위헌 여부

가) 헌법 제111조 제1항 제5호가 헌법재판소의 다른 관할사항과는 달리 헌법소원제도의 구체적 형성을 입법자에게 위임하고 있지만 과연 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외할 것인가 여부도 입법재량의 문제인가, 아니면 우리나라 헌법소원제도의 구조상 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것은 사실상 헌법소원제도의 본질을 침해하여 위헌은 아닌가 하는 문제가 제기된다.

나) 헌재법 제68조 제1항을 합헌으로 보거나 나아가 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하면 오히려 위헌이라 보는 견해는 ① 헌법 제111조 제1항 제5호는 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라 하여 헌법소원제도의 구체적 내용의 형성을 입법에 위임하고 있으므로 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에

판에 대한 헌법소원을 인정하느냐 여부와도 관련되어 있다고 생각한다.

서 제외시킨다 하여 위헌이라 할 수 없으며, ② 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙·처분의 위헌, 위법 여부에 대해서는 대법원이 최종적으로 심판토록 규정하고 있는 바 이에 관한 법원의 재판에 대해 헌법소원을 허용한다면 이는 헌법 제107조 제2항에 위배되는 것이 되며, ③ 우리나라헌법체계상 사법권은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 맡겨져 있고 헌법재판소는 법원과는 전혀 별개의 헌법기관이며 순수한 사법기관도 아니므로 일반법원의 판결이 헌법소원의 대상이 된다면 그것은 헌법재판소에 의한 사법권의 행사를 의미하는 것이 될 것이고 헌법상의 최고법원인 대법원위에 제4심의 재판기관을 신설하는 결과가 되어 헌법정신과 실정헌법에 반하는 결과가 되며, 남소의 폐해가 클 뿐 아니라 법원의 독립성을 침해할 위험이 크고, ④ 헌법 제27조 제1항에서 규정하는 재판청구권속에 반드시 법원의 재판에 대한 헌법소원을 청구할 수 있는 권리가 포함되어 있다고 할 수 없다는 점 등을 논거로 든다.¹⁰⁵⁾

다) 현재법 제68조 제1항이 위헌이라 보는 견해는 106) ① 일체의 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 것은 헌법소원제도를 형해화 시키고 헌법소원제도의 본질을 침해하는 것으로 헌법 제111조 제1항 제5호에 반하고, ② 모든 재판을 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 재판에 의한 기본권침해에 대한 기본권보장을 외면한 것으로 기본권을 최대한 보장하여야 하는 입법의무를 위반한 것이며 법치국가원리에도 반하며, ③ 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서

105) 이에 관해서는 이강국, 헌법재판소법의 제정에 관하여, 헌법재판제도, 법무자료 제95집, 1988. 52면; 최완주, 헌법소원에 관한 각국의 제도비교-재판의 헌법소원 대상성을 중심으로-, 헌법문제와 재판(상), 재판자료 제75집, 1997, 156면 이하

106) 이에 관해서는 김학성, 법원의 재판에 대한 헌법소원, 법정고시, 1997. 4. 18면 이하; 정연주, 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 한경위헌결정의 문제점, 고시계, 1998, 2. 113면 이하 참조

제외시킨 것은 헌법소원심판청구권을 부당하게 제한하여 그 본질적 내용을 침해한 것으로 헌법 제27조 제1항에 의해 보장된 재판청구권을 과도하게 침해하는 것이고, ④ 입법권, 행정권, 사법권 모두를 통제대상으로 하여야 할 헌법소원제도가 민주적 정당성이 강한 입법권은 통제하면서 상대적으로 민주적 정당성이 약한 사법권과 행정권을 통제하지 못한다고 하는 것은 기능적 권력분립에 반하며, ⑤ 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 것은 사법권의 잠재적 기본권침해자로서의 기능을 소홀히 한 것으로, 이를 입법작용이나 행정작용과는 달리 헌법소원의 대상에서 제외해야 할 이유가 없음에 비추어 볼 때 평등에 반한다는 점을 근거로 들고 있다.

라) 헌법재판소의 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172, 173(병합) 결정은 한정위헌의 입장에 있다. 동결정은 ① 헌법 제111조 제1항 제5호가 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라고 규정한 뜻은 헌법이 입법자에게 헌법소원제도를 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 헌법소원은 언제나 법원의 재판에 대한 소원을 그 심판의 대상에 포함하여야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 할 수 없고, ② 입법작용과 행정작용의 잠재적인 기본권침해자로서의 기능과 사법작용의 기본권의 보호자로서의 기능이 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한 것을 정당화하는 본질적 요소이므로 헌법재판소법 제68조 제1항은 평등의 원칙에 위반된 것이라 할 수 없으며, ③ 재판청구권은 사실관계와 법률관계에 관하여 최소한 한번의 재판을 받을 기회가 제공될 것을 요구할 수 있는 절차적 기본권으로 기본권의 침해에 대한 구제절차가 반드시 헌법소원의 형태로 독립한 헌법재판기관에 의하여 이루어질 것만을 요구하지는 않으며 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항은 청구인의 재판청구권을 침해하는 것은 아니다.

④ 다만 헌법재판소법 제68조 제1항이 원칙적으로 헌법에 위반되지 않는다 하더라도 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면 이러한 재판은 헌법재판소의 결정의 기속력에 반하고 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단에 반하여 헌법재판소의 존재의의, 헌법재판제도의 본질과 기능, 헌법의 가치를 구현함을 목적으로 하는 법치주의와 권력분립주의 등을 부인하는 것이 되므로 그러한 재판에 대하여 헌법소원을 인정하지 않는 것은 헌법에 위반된다고 한다.

마) 이러한 견해의 대립에서 보듯이 현행헌법재판제도의 구도하에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 전적으로 배제하는 것은 위헌의 소지를 포함하고 있을 뿐 아니라 헌법소원제도의 왜곡을 초래하므로 제도의 개정이 필요하다.

2) 현실적 문제

이러한 위헌 여부문제와 별도로 현실적으로 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 배제하는 것이 정책적으로 타당한가에 대해서도 검토할 필요가 있다.

가) 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하는 경우의 문제

① 법원은 헌법 제107조 제2항에 따른 헌법재판에서 뿐 아니라 민·형사재판 등에서도 헌법을 해석, 적용하며 특히 기본권의 대사인적 효력에 관한 문제라든가, 사법절차적 기본권에 관한 문제에 대해서 판단하고 그에 기초하여 재판한다. 그런데 개별법원마다 서로 다른 해석을 하거나 헌법재판소의 해석과 다른 해석을 하더라도 이러한 불일치를 해결할 통로가 없게 된다. ② 법원의 판결이 국민의

기본권을 침해하는 경우에 그 구제방법이 결여되는 문제가 있다. 헌법소원제도의 취지는 입법, 행정, 사법을 포함하는 모든 국가권력의 기본권에의 구속성을 확보하고자 함에 있으며 국가권력의 위헌적 행사에 의해 국민의 기본권이 침해된 경우에는 이에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 헌법소원제도의 취지에 부합하는 것이다. 그런 점에서 원칙적으로 기본권에 구속되는 국가권력은 모두 헌법소원의 대상이 되어야 하는 것이 원칙이다.¹⁰⁷⁾ ③ 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 헌법소원에 있어 보충성의 원칙과 관련하여 법원의 재판의 대상이 되는 행위에 대한 헌법소원을 부정하는 결과를 가져와 사실상 헌법소원제도의 본래의 취지에 맞지 않는 결과를 초래한다. ④ 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 결과 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원이라는 기형적 헌법소원제도라든가 한정위헌결정을 둘러싼 헌법재판소와 대법원간의 분쟁이 초래되고 있다.

이러한 관점에서 우리헌법소원에 있어서 기형적인 파행의 모든 근원은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 것에서 비롯되며 법원의 재판을 헌법소원대상으로 한다면 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이나 한정위헌결정 등은 전혀 불필요한 것이 될 것이라 하고 이처럼 난마처럼 얽혀 있는 매듭을 풀기 위해서는 재판소원 전면금지를 폐지하는 것이 타당하다는 주장도 있다.¹⁰⁸⁾ 또한 법률에 대한 위헌심사, 행정작용에 대한 위헌심사를 실효성 있게 하고 기본권이념의 중요성과 국민들의 헌법의식고양에 놀라운 교육적 효과를 감안하면 비록 인용율이 낮다 하더라도 재판소원을 도입하여야 한다는 견해도 있고¹⁰⁹⁾, 헌법재판소의 헌법수호자로서의 역할과 법원과

107) 이명용, 법률의 해석·적용과 기본권-사법작용에 대한 헌법적 통제의 필요성 - , 헌법논총 제4집, 324면 이하

108) 황치연, 재판소원금지의 위헌성, 한국헌법학의 현황과 과제, 1998, 1006면

109) 이명용, 전제논문, 331면 이하

국가최고기관에 대한 기본권구속성의 실현을 위해서 재판에 대한 헌법소원은 인정되어야 한다고 하면서 재판에 대한 헌법소원을 제한하는 것은 위험하다고 지적하는 견해도 있다.¹¹⁰⁾

나) 한편 법원의 재판을 헌법소원대상에 포함하는 경우 그것이 초래하는 문제도 있다. 즉 ① 헌법소원제도의 가장 큰 문제로 남소의 폐해와 이로 인한 사건폭주의 문제를 들 수 있다. 그런데 이러한 문제는 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 경우 더 심하게 나타난다. 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 독일의 경우 헌법소원의 대부분은 법원의 재판에 대한 헌법소원인데 그 인용율이 이를 인정하지 않는 오스트리아에 비하여 현저히 낮다.¹¹¹⁾ ② 재판에 대한 헌법소원의 인정은 자칫 헌법재판소를 제4심 또는 초상고심(Superrevisionsinstanz)으로 만드는 위험이 있다. 물론 재판에 대한 소원이 기판력 있는 법원의 재판에 대한 추가적 불복방법을 보장하는 것은 아니며 일반법원의 고유한 권한이라 할 수 있는 사실의 확정이나 법률의 해석, 적용에 대한 소원을 인정하는 것은 아니다. 그러나 법원의 이에 관한 잘못된 판단으로 자신의 기본권이 침해되었음을 주장하는 것은 가능하며 이를 확장하는 경우 사실상 헌법재판소는 제4심이 될 위험이 있다. 그런 점에서 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되는 경우와 인정되지 않는 경우를 구별하려는 노력이 있었으나 그 구별이 용이하지 않다. 독일의 경우에도 Heck의 공식을 비롯한 많은 논의들이 있어 왔으나 명확한 기준은 찾기 어렵다.¹¹²⁾ 이러한 사실은 헌법재판소의 관할과 일반법원의 관할구분을

110) J.Gündisch(이명웅역), 법원의 재판에 대한 헌법소원, 헌법재판자료 제6집, 237면 이하

111) 이에 관해서는 박일환, 재판에 대한 헌법소원, 인권과 정의, 제159호, 1989, 81면

112) 이에 관해서는 Hans.H.Klein(이종영역), 독일 헌법재판과 일반재판의 관계, 공법연구 제24집 제1호, 1996, 86면 이하

매우 어렵게 만드는 문제가 있다.

③ 이러한 사실과 관련하여 독일에서도 연방헌법재판소가 관할을 지나치게 확장하고 일반법원의 권한을 충분히 존중하지 않았다는 비판이 있고¹¹³⁾ 이러한 맥락에서 우리나라에서도 재판에 대한 헌법소원을 인정하면 법원의 판결에 대한 지나친 개입과 재판의 권위 손상하게 되고 사법권의 독립에 대한 침해가 우려된다는 주장도 있다.¹¹⁴⁾

(3) 입법례

헌법소원제도를 두고 있는 나라 중 독일, 러시아, 스페인에서는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정한다. 독일의 경우 실제 헌법소원의 대부분이 법원의 재판에 대한 소원이다. 오스트리아헌법이나 1818년과 1919년의 독일 바이에른州헌법, 체코헌법처럼 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 예도 있다.¹¹⁵⁾

1) 독일

독일기본법 제93조 제1항 제4호a는 법률에 대한 유보 없이 “공권력에 의해 자신의 기본권이나 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 103조 및 제104조에 규정된 권리를 침해당하였다는 이유로 제기하는 헌법소원”을 연방헌법재판소관할로 규정하고 있다.

113) 상계논문, 82면

114) 장석조, 전계논문, 241-242면

115) 최완주, 전계논문, 164면에 의하면 헌법재판소를 따로 설치하고 헌법소원제도를 도입하고 있는 나라는 한국을 비롯하여 독일, 오스트리아, 스페인, 러시아, 헝가리, 체코, 슬로바키아 등 8개국인데 이 중 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시키고 있는 나라는 독일, 스페인, 러시아, 체코의 4개국이라 한다.

이에 따라 연방헌법재판소법 제90조 제1항도 “모든 국민은 공권력에 의해 자신의 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 권리를 침해되었음을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.”고 하여 동일한 내용을 규정하고 있다. 여기의 헌법소원의 대상이 되는 공권력(die öffentliche Gewalt)에는 입법권, 집행권, 사법권 모두 포함된다.¹¹⁶⁾ 연방헌법재판소는 이처럼 모든 형태의 고권적 행위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력 속에 포함된다고 보는 것이 헌법소원제도의 기능에 적합하다고 판결한 바 있다.¹¹⁷⁾ 독일에 있어 헌법소원은 대부분 법원의 재판을 그 대상으로 한다. 독일연방헌법재판소의 통계에 의하면¹¹⁸⁾ 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원심판청구에 관해서는 1991. 1. 1. - 2004. 12. 31.간 63,957건이고 그 중 인용건수는 1,799건으로 인용률이 2.8%이며 특히 연방일반최고법원, 연방행정법원 등 연방법원의 재판에 대해서 11,200건이 청구가 있었고 그 중 244건이 인용되어 그 인용률은 2.2%였다.

2) 오스트리아

오스트리아 헌법 제144조 제1항은 “헌법재판소는 청구인이 행정청의 결정에 의하여 헌법상 보장된 권리가 침해되었다거나 또는 법률에 위반되는 명령, 헌법에 위반되는 법률, 또는 법률에 위반되는

116) BVerfGE 7,198,207; Key/Rühman, Art. 90, in: C.Umbach/T.Clemens, Bundesverfassungs gerichtsgesetz, 1992, S.1169

117) BVerfGE 4, 27, 30

118) 이에 관해서는 www.bundesverfassungsgericht.de에 게시된 통계에 의하였음. 이 통계에 의하면 1951. 9. 7. - 2004. 12. 31.간의 제기된 총사건수는 152,128건이고 정당해산심판 8건, 추상적·구체적 규범통제 3,403건, 헌법소원 사건 146,457건, 권한쟁의등 기타사건 2,235건이, 헌법소원의 경우 처리된 사건수는 143,879건 중 인용된 사건수는 3,566건으로 인용률은 2.5%이다.

조약의 적용으로 인하여 권리가 침해되었음을 이유로 소원을 제기하는 경우 그 행정청의 처분에 대해 심판한다. 헌법재판소는 같은 전제하에서 특정인에 대한 행정청의 명령·강제권의 직접적 집행에 대한 소원에 대하여 심판한다. 소원은 다른 심급을 거쳐야 하는 경우 그를 모두 거쳐야 제기할 수 있다.”고 하여 행정처분¹¹⁹⁾이 헌법소원의 대상이 됨을 규정하고 있다.¹²⁰⁾ 그리고 헌법 제140조 제1항은 위헌적 법률에 의해 직접적으로 권리가 침해된 자의 청구에 의해 그 법률의 위헌 여부를 헌법재판소가 심사할 수 있도록 하고 있고, 제139조 제1항은 위법적 명령이 직접적으로 권리가 침해된 자의 청구에 의해 그 명령의 위법성 여부를 심사할 수 있도록 하여 사실상 법률과 명령에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 그러나 법원의 재판에 대한 헌법소원은 인정되지 아니한다.

3) 스페인

스페인헌법 제161조 제1항 b호는 헌법재판소 관할사항의 하나로 ‘헌법 제53조 제2항에 규정된 권리와 자유에 대한 침해를 이유로 법률에 의해 규정된 경우와 방식으로 제기한 헌법소원’을 규정하고 있다. 이에 따라 제정된 1979년의 헌법재판소조직법 제41조 제2항은 “모든 시민은 이 법이 규정하는 요건을 갖춘 경우 국가, 자치단체, 그리고 영토적, 단체적 또는 제도적 성격을 가지는 그 밖의 공적 단체, 그리고 그 공무원이나 직원의 공권력에 의한 규정, 법률행위, 사실행위에 의하여 前項에 규정한 권리와 자유를 침해받은 경우 헌법소원을 제기할 수 있다.”고 하고 동법 제44조 제1항은 “사법기관의

119) 그 의미에 관해서는 Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6 aufl. 1988, S. 391 참조.

120) 그런 점에서 헌법재판소는 특수행정재판소적 성격(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)을 가진다.(ebenda., SS 390ff)

작위 또는 부작위에 의하여 직접적으로 헌법소원을 제기할 수 있는 권리와 자유를 침해받은 경우 다음과 같은 요건을 갖춘 경우 헌법소원의 대상이 된다.”¹²¹⁾고 하고 그 요건으로 a) 보충성의 원칙과 b) 법원의 작위 또는 부작위로 인하여 권리와 자유가 침해되었어야 하며 사실관계를 이유로 헌법소원을 제기할 수 없으며, c) 소송계속중에 헌법적 권리의 침해를 이유로 한 공식적 제소가 있어야 하고 즉시 그 침해가 인정되어야 함을 규정하고 있다. 그리하여 법원의 재판도 헌법소원의 대상이 됨을 인정하고 있다.

(4) 개선방안

1) 사실 모든 국가권력의 기본권기속성을 확보하고자 하는 헌법소원제도의 본래의 취지에 비추어 보면 사법작용에 의한 기본권침해의 가능성이 있는 이상 사법작용도 헌법소원의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다. 특히 현행법상 헌법소원제도의 왜곡이나 헌법재판소와 법원의 헌법해석의 불일치문제가 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 야기된다는 점을 생각하면 법원의 재판도 헌법소원의 대상으로 하는 것이 타당하다고 생각한다.

2) 그러나 앞에서 보았듯이 법원의 재판을 헌법소원대상으로 하였을 때 부닥치는 문제도 무시할 수 있는 것이 아니다. 사실 법원의 재판에 대한 헌법소원이 헌법소원의 대부분을 이루는 독일에서도 재판에 대한 헌법소원을 폐지하여야 한다는 주장도 있다.¹²²⁾ 이 주장은 전문법원이 헌법소원청구인의 기본권보호와 실현에 가장 적임이라고 보고 극히 희박한 인용률을 고려하면 법원재판에 대한 헌법소원은 완벽한 개인의 헌법적 권리보장체계를 위하여 전체적 제도의

121) 이 조항은 Christian Starck/Albert Weber(hrsg.), aaO, S II 4 에 의하였다.

122) Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, SS 96f

허탈을 가져오는 법치국가적 낭비를 초래한다고 비판한다.¹²³⁾ 그러나 이 견해도 법원의 재판에 대한 헌법소원을 전면적으로 폐지하는 것은 아니고 최종심 법원의 판결에 의해 처음으로 기본권이 침해된 경우 예외적으로 재판에 대한 헌법소원을 인정하여야 한다고 한다.¹²⁴⁾ 말하자면 최종심판결이 헌법적으로 논쟁의 소지가 있는 새로운 법적 근거에 기초한 경우에는 헌법소원청구인이 이에 대하여 그 전에 다툴 기회가 없었으므로 이에 대해서는 헌법소원을 인정하여야 한다는 것이다. 또한 법원의 재판에 대한 헌법소원의 한계설정문제도 여러 학자들에 의해 제기된 바 있다.¹²⁵⁾

3) 독일연방헌법재판소의 사건통계나 우리헌법재판소 사건통계를 보면 헌법소원이 전체사건수중 대부분을 차지하고 있고 그 인용률도 매우 낮으며 법원의 재판에 대한 헌법소원의 경우 더욱 그러하다. 특히 법원의 경우 독립성과 정치적 중립성이 보장되고 재판은 절차적 공정성이나 신중성이 보장되며, 그 기본권침해위험성이 상대적으로 적다는 점도 수긍할 수 있다. 그러나 법원의 재판을 헌법소원대상에서 배제하여 보충성의 원칙 및 헌법 제107조 제2항과 관련하여 법원의 재판 뿐 아니라 법원의 재판의 대상이 되는 행정작용도 헌법소원의 대상에서 제외되는 결과를 초래하는 것은 헌법소원제도 자체를 폐지하지 않는 이상 타당하다고 보기 어렵다. 이 점은 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 오스트리아의 경우 행정처분이나 명령에 대한 헌법소원을 인정하고 있으므로 우리와는 문제상황이 다르다. 또한 헌법재판소판례처럼 헌법재판소가 위헌이라 결정하여 그 효력의 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용하여 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판을 헌법소원대상이 되지

123) ebenda.

124) ebenda.

125) J.Gündisch(이명웅역), 전계논문, 241면 이하

않는다고 한다면 이는 헌법재판소결정의 기속력에 배치되고 위헌법률심판권을 헌법재판소에 부여한 헌법에 위배되는 것이다.

4) 그런 점에서 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하되 그 범위에 관해서는 두 가지 안을 고려할 수 있지 않을까 생각한다. 즉 가) 하나는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하되 그 범위를 입법적으로 한정하도록 하는 것이다. 이러한 경우는 일반법원도 하나의 헌법재판기관이라는 점을 인정하고 대법원이 일정범위의 헌법재판에 대하여 최종적으로 관할하되 주요한 헌법재판사항에 대해서는 헌법재판소가 최종적으로 판단토록 하고 그러한 범위에서 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 방안이다. 그래서 위헌법률심판제청신청에 대한 재판, 명령·규칙의 위헌 여부에 대한 재판, 법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용하여 기본권을 침해한 경우, 그리고 중대한 헌법위반을 한 재판 등에 한해서 헌법소원을 인정하는 방안이다. 이러한 안은 후술하듯이 헌법재판소를 사법부의 일부로 하고 헌법재판에 관해서 최고법원으로 하는 경우 법원의 재판에 대한 헌법소원을 일종의 헌법재판에 있어 상고로 이해하고 상대적으로 중요하지 않은 사안에 대해서는 대법원으로 하여금 최종적으로 판단케 하고 법률 및 명령·규칙의 심사, 헌법해석의 통일성확보, 그리고 중대한 헌법적 사안과 관련된 재판소원을 인정하는 방안이다.

나) 또 하나는 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 하되 독일처럼 입법이 아니라 헌법재판소의 판례를 통하여 구체적 사안에 맞추어 탄력적으로 대응할 수 있도록 하는 방법을 생각할 수 있다.

5. 소결론 - 헌법재판구조에 대한 종합적 개선방안 -

1) 이상에서 보았듯이 우리 현행 헌법상의 헌법재판제도는 헌법재판소를 일반법원과 독립한 별개의 헌법기관으로 규정하고 헌법재판제도의 유형 중 기본적으로는 집중형-헌법재판소형을 채택하면서도 헌법 제107조 제2항을 두어 명령, 규칙, 처분의 위헌성 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 사법심사형을 채택하고 있다. 이러한 규정 형식은 집중형 중에서도 독일기본법상의 헌법재판제도와도 다르고 오스트리아헌법상의 헌법재판제도와도 다르다. 우리나라의 헌법재판제도가 독일보다는 오스트리아의 헌법재판제도와 유사하다는 견해도 있으나 이도 정확한 지적은 아니라고 생각한다. 즉 헌법재판소를 일반법원과 별개의 기관으로 규정하고 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 것은 유사하나 우리 헌법 제107조 제2항과 같은 조항은 없을 뿐 아니라 오히려 법률이나 명령, 규칙의 위헌 여부뿐 아니라 행정처분의 위헌 여부까지도 헌법재판소가 관장토록 하고 있다. 또한 헌법 제107조 제2항과 헌법재판소법 제68조 제1항을 근거로 명령이나 규칙, 처분에 대한 헌법소원을 인정할 것인가 여부를 둘러싼 논란이 있는 우리와 달리 오스트리아의 경우 그러한 분쟁은 없다.

2) 헌법재판제도 중 어떤 모델을 선택할 것인가는 중요한 정책적 선택으로 헌법재판기관의 관할사항, 청구요건이나 절차, 결정의 효력, 재판관의 자격과 임명절차 등과 관련되어 있다. 이러한 여러 헌법재판제도의 모델 중 헌법재판소형을 채택하는 경우 우리나라 현행 헌법상 헌법재판제도가 가지고 있는 문제, 즉 헌법해석의 통일성을 확보하고 헌법재판기관간의 관할분쟁을 불식하기 위해서는 다음 두 가지 기본 모델 중에서 하나를 택하고 그에 따라 논리적·체계적 일관성을 가지고 헌법재판제도를 구성할 필요가 있다고 생각한다.

즉 가) 하나는 독일식으로 헌법재판소를 사법부의 일부로 하고 헌법재판에 있어서 다른 법원에 대하여 최고법원으로서 지위를 가지도록 하는 방안이다. 이러한 구조에서는 헌법해석의 불일치나 헌법재판소와 법원간의 관할분쟁이 일어날 가능성은 매우 낮아진다. 또한 논리적으로는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하더라도 문제가 없다. 다만 재판에 대한 헌법소원에 대해서는 독일처럼 일반적으로 인정할 것인지, 아니면 남소의 폐해와 헌법재판소와 업무경감을 위하여 입법적으로 일정한 제한을 둘 것인가가 문제된다.

또 다른 하나는 나) 오스트리아식으로 헌법재판소를 일반법원과 다른 독립기관으로 하되 헌법재판에 관해서는 헌법재판소가 독점적으로 관할토록 하는 것이다. 이 경우 법률 뿐 아니라 명령이나 규칙, 처분의 위헌 여부에 관해서도 행정재판소나 일반법원이 아니라 헌법재판소가 관할권을 가지는 것을 의미한다. 말하자면 법원이 독자적으로 헌법재판을 하는 것은 인정하지 않고, 명령·규칙의 위헌 여부에 대해서는 헌법재판소에 제청하여 그 결정에 따라 재판하여야 하며 위헌적 행정처분에 의한 권리침해에 대해서는 헌법재판소가 관할하도록 하는 것이다. 이는 헌법재판을 헌법재판소가 전담토록 하여 양 기관간의 헌법해석의 불일치나 관할분쟁을 막자는 것이다. 이렇게 하는 경우 재판에 대한 헌법소원에 대해서는 상대적으로 필요성이 줄어들고, 헌법재판소와 법원이 독립한 기관이므로 이를 인정하여야 할 논리적 이유가 독일식 모델보다는 강하지 않다. 우리헌법재판의 구조적 문제를 해결하기 위하여 과거 제2공화국 헌법 제83조의3, 제2호와 당시 헌법재판소법 제9조 제1항과 같이 대법원을 비롯한 각급법원이 명령, 규칙, 또는 처분의 위헌심판을 함에 있어 헌법에 관한 최종적 해석을 헌법재판소에 제청하여 헌법재판소의 헌법해석에 따라 재판토록 하고 헌법재판소가 행한 헌법에 관한 최종적

해석에 법원을 비롯한 모든 국가기관을 기속하는 효력을 인정하자는 주장은¹²⁶⁾ 기본적으로 이러한 방식에 기초하고 있다 할 수 있다.

3) 이 양 모델 중 기본적으로 헌법해석의 통일성 확보와 헌법재판소와 법원의 관할분쟁여지의 축소라는 점에서는 독일식 모델이 낫다고 생각한다. 오스트리아식은 헌법해석의 통일성이라는 측면에서는 독일식보다 미흡하고¹²⁷⁾ 헌법재판소가 일정범위의 행정재판까지 하여야 하는 문제가 있다고 보여진다.¹²⁸⁾ 다만 독일식을 채택한다 하여도 헌법재판소의 부담축소와 남소의 폐해방지, 법원의 재판의 특성과 법원의 독립성 보장의 측면에서 법원의 재판에 대한 헌법소원은 제한적으로만 인정하는 것을 고려할 수 있지 않을까 생각한다.

그러나 독일식의 경우 헌법재판소가 헌법재판에 있어 최고법원이 되어 대법원의 상위기관이 되므로 현실적으로 파장이 클 것으로 판단되므로 양 기관을 분리하되 헌법 제107조 제2항을 삭제하여 헌법재판소로 헌법재판기능을 집중시키고 헌법재판소의 위헌법률심판권과 그 결정이 가지는 기속력 확보, 그리고 헌법해석의 통일성보장을 위해 법원의 재판이 헌법재판소의 기속력있는 결정에 위배하여 재판함으로써 국민의 기본권을 침해하는 경우 예외적으로 재판소원을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있지 않을까 생각한다.

126) 남북현, 헌법의 최종적인 해석기관, 헌법재판의 전개, 헌법재판자료 제4집, 1991, 97-98면

127) 오스트리아헌법재판제도에 대해서는 헌법재판소와 행정법원 사이에 법령해석상의 이견이나 권한쟁의가 발생할 소지가 있다는 것이 문제점의 하나로 지적된다.(박홍우, 전개논문, 122면)

128) 독일에서는 법원의 재판에 대한 헌법소원이 헌법재판의 대부분이라면 오스트리아의 경우 행정처분에 대한 헌법소원이 대부분이다.(박홍우, 상계논문, 122면)

4) 개정안 요약

가) 1안

- ① 헌법재판소를 법원의 일부로 규정
- ② 헌법 제107조 제2항 삭제

③ 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하되 ㉠위헌법률심판제청 신청에 대한 재판(이에 따라 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원은 삭제), ㉡명령·규칙의 위헌 여부에 대한 재판, ㉢법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용하여 기본권을 침해한 경우, 그리고 ㉣ 중대한 헌법위반을 한 재판 등에 한해서 헌법소원을 인정하는 방안

나) 2안

- ① 헌법재판소를 법원의 일부로 규정
- ② 헌법 제107조 제2항 삭제
- ③ 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정
- ④ 헌법소원에 있어 보충성의 원칙의 예외 인정

다) 3안

- ① 헌법재판소를 법원과 다른 독립의 기관으로 규정(현행대로)
- ② 헌법 제107조 제2항을 삭제하고 명령, 규칙, 처분의 위헌심사에 대한 관할권을 헌법재판소에 부여하여 대법원을 비롯한 각급법원이 명령·규칙 또는 처분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 위헌 여부를 헌법재판소에게 제청하고 법원은 헌법재판소의 결정에 따라 재판토록 하고 헌법재판소가 행한 헌법에 관한 최종적 해석에 법원을 비롯한 모든 국가기관을 기속하는 효력을 인정
- ③ 법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전

부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률, 명령, 규칙을 적용하여 기본권을 침해한 경우 법원의 재판에 대한 헌법소원은 인정

Ⅲ. 헌법재판소의 조직과 구성상의 문제점과 개선방안

1. 기본적 지침과 과제

(1) 헌법재판소의 성격에 관련한 조직, 구성의 방향 모색

헌법재판소도 재판기관으로서 헌법재판을 담당한다. 물론 헌법재판이 일반적인 민사재판이나 형사재판과는 구별되는 특수성을 가지지만, 헌법재판소도 ① 분쟁의 해결임무를 담당하고, ② 분쟁해결을 위한 법의 해석과 선언을 행하며, ③ 그 해결의 결과인 결정이 구속적인 힘을 가진다는 점에서 재판기관으로서의 성격을 가진다.

이러한 헌법재판소의 재판기관으로서의 성격이¹²⁹⁾ 그 조직, 구성의 개선방안을 모색함에도 고려되어야 할 것이다.

(2) 헌법재판의 성격과 헌법재판소의 조직·구성 문제

헌법재판은 그 대상이 정치적 성격의 사안들이나 경우가 많고 국가의 최고법인 헌법을 해석하는 작용이라는 점과 그 재판결과가 미치는 효과의 광범위성 등에서 일반적인 민사소송, 형사소송과는 그 성격을 달리하기도 한다. 이러한 헌법재판의 특성을 헌법재판소의 구성과 조직에 대한 논의를 함에 있어서도 염두에 두어야 할 점이다.

(3) 헌법재판소의 위상과 헌법재판소의 조직·구성 문제

국민의 기본권을 보장하는 법으로서 국가의 최고법인 헌법을 최종

129) 우리 헌법재판소는 자신의 판례에서 스스로 사법기관으로서의 성격을 밝히고 있다. 헌재 1994. 8. 31. 선고, 92헌마126, 판례집 6-2, 192면 참조.

적으로 해석하는 국가기관이 헌법재판소라는 점에서 그리고 그 해석과 결정에 권위와 집행력을 더욱 더 확보할 수 있게 하기 위해서도 헌법재판소는 최고기관의 하나로서의 위상을 가져야 하며 그 위상에 걸맞는 조직과 구성을 지녀야 한다. 따라서 헌법재판소의 조직·구성에 관한 개선문제를 논의함에 있어서도 헌법재판소의 위상을 높이는 방향으로 그 방안이 모색되어야 할 것이다.

(4) 헌법재판의 공정성·효율성과 재판관의 독립성 제고를 위한 개선방안의 모색

헌법재판소의 구성과 조직의 문제를 다룸에 있어서도 헌법재판의 공정성과 효율성, 그리고 재판관의 독립성을 제고하는 방향으로 그 개선방안이 논의되어야 함은 물론이다. 헌법재판의 공정성은 헌법재판을 통하여 국민의 기본적 인권이 보장되는 중요한 기능이 수행되고 그 파급효과가 크기 때문에 더더욱 그 확보가 중요하다. 또한 헌법재판의 공정성은 헌법재판소 자체의 독립성과 헌법재판관들의 신분상, 재판상 독립성에 의하여 뒷받침된다. 따라서 재판관의 독립성을 제고하는 방안을 마련하는 것이 중요하다.

(5) 규정의 위치 문제

본 연구에서는 제도의 내용적 분석과 그 개선방안을 주로 입헌론적 차원에서 논하는 것이 중요과제이다. 그런데 다른 한편으로 헌법재판소의 조직, 구성에 관한 입헌론적 연구라는 점에서 관련 사항에 대해 헌법 자체에 규정을 두느냐 아니면 법률로 규정을 두느냐 하는 규정의 위치에 관한 문제도 아울러 다루어야 할 것이다. 이러한 문제가 입헌론적 연구라는 위와 같은 본 연구의 목적 때문에 중요하나

그 이전에 헌법 자체에 규정을 둔다는 것은 하위 법률에 의한 변경을 어렵게 하고 국회가 정치적 계산에 따라 합리적 이유 없이, 특히 헌법적 원리에 반하여 헌법재판소구성에 있어 중요한 변경을 가하는 것을 억제하는 의미를 가진다는 점에서 중요하다. 규정체계의 문제는 헌법체계뿐 아니라 부속법률인 헌법재판소법의 규정체계의 문제에도 연관된다. 따라서 본 연구에서는 주로 입헌론적 차원에서 헌법 규정을 어떻게 할 것인가 하는 문제를 다루지만 헌법재판소법에서의 규정을 어떻게 할 것인가도 중요한 문제로서 다루어야 할 필요가 있는 경우에는 함께 살펴보았다.

2. 헌법재판소 재판관의 적정 정수의 문제

(1) 현행 규정

현재 우리 헌법재판소의 헌법재판관의 정수는 9인이다. 헌법 자체가 직접 9인의 정수로 명시하고 있다(헌법 제111조 제2항).

(2) 문제점

헌법재판관의 정수가 업무량이나 헌법재판의 특수성 등에 비추어 보아 현재 9인의 헌법재판관이 적정한 인원인지 하는 문제가 있다.

헌법재판관의 정수에 변경을 가져오게 하는 것은 현행 헌법이 헌법재판관의 정수를 직접 명시하고 있으므로 헌법개정을 전제로 하는 것이다. 그리하여 만약 재판관 정수를 변경하는 헌법개정을 한다면 변경된 정수를 헌법 자체에 직접 명시하는 헌법개정으로 마무리할 것인가 아니면, 변경될 정수를 헌법이 아닌 법률에서 정하도록 위임하는 헌법규정을 두는 헌법개정을 할 것인가 하는 문제가 있다. 결

국 헌법재판관의 정수에 관한 문제에는 어느 정도의 헌법재판관의 인원이 적정한가 하는 문제와 더불어 헌법재판관의 정수를 헌법 자체에 규정할 것인지 아니면 법률에 정수의 확정을 위임할 것인가 하는 문제가 있다.

(3) 외국제도¹³⁰⁾

1) 재판관의 정수

오스트리아의 헌법재판소는 소장, 부소장 외에 12명의 재판관, 즉 모두 14명의 재판관과 그리고 6명의 예비재판관으로 구성된다. 예비재판관은 재판관이 질병이나 이해상충으로 인한 제척사유 등으로 재판에 간여할 수 없는 경우에 정식 재판관을 대신하여 재판에 참여한다. 오스트리아의 헌법재판소는 이러한 헌법재판관의 인력으로 연간 3000건의 신규사건을 담당하여 4분기당 700건을 소화하여 처리건수가 많다고 한다.¹³¹⁾

독일연방헌법재판소는 2개의 院(Senat)으로 조직되어 있으며 각원은 각각 8인의 헌법재판관으로 구성되어 모두 16인의 헌법재판관이 있다.

이탈리아 헌법재판소는 15인의 재판관으로 구성되어 있다(이탈리아 헌법 제135조 제1항). 이탈리아의 헌법재판소는 대통령 탄핵사건을 담당함에 있어서는 16인의 특별재판관이 보충된다. 이 16인의 특별재판관은 9년마다 의회가 상원의원의 피선거권을 가진 시민들 중에 사전에 특별재판관후보자들을 선정하여 명단을 작성하고 이 명

130) 외국의 각국의 헌법재판기관의 구성과 조직에 관한 소개로, 이동흡, 세계 각국의 헌법재판제도 개관 - 법원과 헌법재판소의 관계를 중심으로 -, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 7면 이하; 문홍수/신봉기, 세계각국의 헌법재판제도, 삼신, 서울, 1994, 등 참조.

131) <http://www.vfgh.gov.at/cms/vfgh-site/> 참조.

단의 후보자들 중에서 추천으로 선출된다(이탈리아헌법 제135조 제7항).

스페인의 헌법재판소는 12인의 재판관들로 구성되어 있다(스페인헌법 제159조 제1호).

프랑스의 헌법재판소는 9명의 재판관들과 전직대통령들인 당연직 재판관들로 구성된다(프랑스헌법 제56조 제1항). 사실 전직대통령들은 1959년에서 1962년 사이에 참여하였으나 그 뒤로 실제 참여를 하지 않았다. 현재 당연직 재판관으로는 발레리 지스카르 데스탱(Valéry Giscard d'Estaing) 전직 대통령이 있다.

그 외 벨기에의 헌법재판소는 12인의 헌법재판관으로 구성되고 있고, 포르투갈의 헌법재판소는 13인의 헌법재판관으로 구성되어 있다(포르투갈헌법 제222조 제1호).

체코의 헌법재판소는 15인의 헌법재판관으로 구성된다(체코공화국헌법 제84조 제1항).

폴랜드의 경우, 15인의 헌법재판관으로 헌법재판소가 구성되어 있다(폴랜드헌법 제194조).

헝가리의 헌법재판소는 11인으로 구성되어 있다. 원래 15인이었으나 1994년에 11인으로 축소되었다.

루마니아의 경우 9인의 재판관으로 구성되고 있다(루마니아헌법 제142조 제2항).

태국의 헌법재판소는 15인의 재판관으로 구성되고 있다(태국헌법 Section 255).

구체적 규범통제를 행하고 있는 위에서 본 유럽 국가들은 헝가리, 루마니아를 제외하고 대체적으로 12명을 초과하고 있다. 원칙적으로 사전적 규범통제를 행하고 있고 사후적 규범통제가 법률영역·법규명령영역을 구분하는 심사 외에 행해지지 않는 프랑스의 헌법재판소

의 경우 9인의 재판관으로 헌법재판소가 구성되어 있다.

헌법재판소를 별도로 두지 않고 법원에서 위헌심사를 행하는 유형, 즉 사법심사형을 취하고 있는 국가들을 보면, 미국의 경우 연방 대법원은 대법원장 1인과 8인의 대법관, 모두 9인으로 구성되어 있다. 대법관의 수가 6차례 변동된 바 있었는데 1869년 이래 9명으로 굳어져 그대로 이어져 오고 있다. 미국연방대법원의 경우에도 재판관의 업무가 가중되고 있다고 한다.¹³²⁾

일본의 경우 최고재판소가 15인의 최고재판관으로 구성되어 있다.

2) 규정 상황

재판관 정수를 헌법 자체에서 확정하여 명시하고 있는 예와 법률로 정하도록 한 입법례로 나누어진다.

헌법 자체에서 헌법재판관의 정수를 명시적으로 규정하고 있는 국가들의 예로는 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 프랑스, 포르투갈, 체코, 폴란드, 루마니아, 태국 등을 들 수 있다.

법률로 정수를 정하도록 하거나 정하고 있는 국가들의 예로는 독일, 미국, 벨기에, 일본 등을 들 수 있다.

<표 III-1 헌법재판국가의 재판관 정수 및 규정위치>

국가 구분	오스 트리아	독일	이탈 리아	스페 인	프랑스	미국	벨기 에	포르 투갈	일본	체코	폴랜 드	루마 니아	태국	헝가 리
정 수	14 (6인의 예비재 판관)	16	15	12	9(+당 연직 : 전직 대통령)	9	12	13	15	15	15	9	15	11
헌법에 정수의 명시 여부 (약○)	○		○	○	○			○		○	○	○	○	○

132) <http://www.supremecourtus.gov/about/justicecaseload.pdf>. 참조.

(4) 개선방안의 검토

1) 적정 수 문제

그동안 한국의 헌법학계에서는 헌법재판관의 정수를 확대하자는 의견이 많았다. 그 적정 수에 대해서는, 적어도 현재의 대법관수 수준으로 증원하는 것이 바람직하다는 견해¹³³⁾, 12인 정도가 적정하다는 견해¹³⁴⁾, 재판관의 수를 12인 또는 14인으로 증원하고 헌법재판소의 기구를 위헌법률심판 등을 전담하는 제1부와 헌법소원심판 등을 전담하는 제2부로 구성하자는 견해¹³⁵⁾ 등이 주장된 바 있다.

헌법재판소 재판관의 적정한 정수를 정하는 문제에 관해서는 아래와 같은 점들이 고려되어야 할 것이다.

첫째, 재판업무의 양, 헌법재판소의 관장사항의 범위와 관련하여 검토되어야 할 것이다. 재판업무량과 관장범위는 상관관계가 있을 것이기에 같이 고려될 수 있을 것이다. 관장, 관할의 범위가 확장되면 사건 수도 확대될 가능성이 커질 것이기 때문이다. 먼저 헌법재판의 업무량을 검토하여 헌법재판관의 정수를 적정한 수로 설정하여야 할 것이다. 헌법재판관의 수가 적정하여야 사건을 보다 심도 있게 검토할 수 있고 아울러 신속한 헌법재판의 가능성도 커진다. 우리 헌법재판소의 심판청구사건의 수가 매년 증가세를 보여주고 있고 미제사건도 적지 않다.¹³⁶⁾ 그런데 사건에 따라서는 헌법해석 등에 있어 보

133) 김운용, 헌법재판의 제도적 개선방향, 헌법재판자료 제6집, 1993. 12, 219면.

134) 윤명선, 헌법재판제도의 개선방향, 경희법학, 제29권 제1호, 경희법학연구소, 1994, 85면.

135) 권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 인권과 정의, 제174호, 대한변호사협회, 1991, 22면.

136) 1988년에 39건, 1989년에 425건, 1990년에 362건, 1991년에 264건, 1992년에 392건, 1993년에 385건, 1994년에 347건, 1995년에 476건, 1996년에 552건, 1997년에 538건, 1998년에 657건, 1999년에 924건, 2000년에 968건, 2001년에 1,060건, 2002년에 1,006건, 2003년에 1,163건, 2004년에 1,214건, 2005년 8월 31일 현재까지 958건이 접수되어 증가추세를 보여주고 있다. 헌법재판소

다 심리시간이 많이 소요되는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있으므로 사건 수 보다는 재판업무량에 따라 논의되어야 할 것이다. 이는 헌법재판에서는 추상적 법규범인 헌법을 해석하는 과정이 많다는 점에서도 그러하다.

다음으로 재판관의 정수 문제는 헌법재판소의 관장범위를 어느 정도로 할 것인가, 즉 헌법재판소의 권한범위를 어느 정도로 할 것인가 하는 문제와 관련된다. 헌법재판소의 권한의 범위에 따라 재판관들의 업무량도 달라질 것이기 때문임은 물론이다. 예를 들어 주로 사전심사만 하고 있는 프랑스의 경우 헌법재판관의 수가 9인으로서 다른 유럽국가들에 비해 재판관 정수도 상대적으로 적음을 볼 수 있다. 앞으로 우리 헌법재판소가 지금의 권한 보다 확대된 권한을 가지게 된다면 헌법재판관의 적정 수도 다시 검토될 수 있을 것이다. 그동안 기본적인 국가기관 구성의 효력을 다투는 소송인 대통령, 국회의원의 선거소송 등은 헌법재판소의 관할로 하여야 한다는 의견이 많았다.¹³⁷⁾

그러나 다른 한편으로 지금까지 헌법재판소가 담당해오고 있는 심판사건들 중 법원의 재판대상이 될 가능성이 있는 심판사건들을 생각해 볼 수 있다. 불기소처분에 대한 헌법소원심판사건이 그 예가 될 수 있을 것이다. 불기소처분에 대한 재정신청의 범위가 확대되면 헌법재판소로서는 업무경감이 이루어질 것이다.¹³⁸⁾

사무처 통계자료 참조. 1988. 9. 1.~2005. 7. 31. 현재까지의 심판사건누계표는 http://www.ccourt.go.kr/ccourt_hinformation/casestatistics.asp 참조.

137) 이시운, 헌법재판 10년의 회고와 전망, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6, 109면, 113면; 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역 보고서, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999.(이하 '헌재법개정연구보고서'라고 줄여 기재함), 8면.

138) 1988년 9월 1일부터 2005년 8월 31일 현재까지 헌법재판소법 제68조 제1항 본래의미의 헌법소원심판사건은 모두 9,828건이 접수되었는데 그중 불기소처분취소를 구하는 헌법소원심판사건은 6,380건으로서 본래의미의 헌법소원

또한 재판절차의 경제화를 가져온다면 재판업무의 경감이 이루어질 수도 있을 것이다.

둘째, 헌법 및 헌법재판의 특성을 고려하여야 한다. 헌법은 국가의 전 영역에 관련되는 기본원칙을 설정하기에 다른 국가 법규범에 비해 추상성을 더욱 강하게 띠는 규정들이 많다. 그러한 헌법에 비추어 판단해야 하는 헌법재판에서는, 물론 단순한 문제들이어서 심리시간이 많이 걸리지 않는 사건들도 있을 것이나, 이러한 추상적 헌법규정에 대한 명확한 해석을 위하여 보다 많은 헌법재판관들의 의견들이 개진되어 이를 심도 있게 집약하는 과정이 필요하다. 또한 헌법재판에 있어서는 민사재판에 비해 여러 국민에게 그 결과가 미칠 파급효과가 매우 광범위하다는 점에서도 그러하다. 결국 사건당 분석과 심리 및 해석에 많은 시간이나 인력이 요구되는 사건들이 적지 않을 것이다. 그렇다고 하여 심리에 너무 장시간이 소요된다면 신속한 법관계, 권리구제의 확정이라는 재판의 또다른 요청에 부합할 수 없다. 따라서 재판관의 수를 확대하여 재판관의 재판심리의 부담을 완화하고 집중심리를 강화하게 하면서 가능한 한 신속한 결정을 가져올 수 있도록 하여야 한다.

셋째, 헌법이란 다원화된 사회에서 여러 이해관계를 조절하는 법규범으로서의 기능을 수행하기도 하여야 하고 헌법재판은 소수의 존중 등 다원주의를 실현하기 위한 기능도 수행하여야 한다.¹³⁹⁾ 따라서 다각적인 헌법판단을 위하여 다양한 경험을 가진 재판관들의 충원이 필요하고 이를 위한 적정한 재판관의 정수가 확보되어야 할 것이다.

심판사건에서 65%의 비율을 차지하고 있다. 헌법재판소 사무처 연도별 불기소처분취소 사건현황 참조.

139) 헌법재판의 기능에 대해서는 정재황, 헌법재판개론, 제2판, 박영사, 2005, 6면 이하 참조.

넷째, 앞으로 국민들이 헌법의식을 더 강하게 가지고 자신의 권리 구제는 최종적으로 헌법재판을 통해 이루어질 수 있을 것이라는 신뢰가 더욱 축적된다면 헌법재판사건들이 더욱 증가될 가능성이 커질 것이다. 그러한 증가수요는 재판관 정수의 확대를 요구할 것임은 물론이다.

다섯째, 그러나 다른 한편으로는 재판관 수의 확대가 분산의 효과를 가져올 수도 있을 것이다. 즉 재판관의 수가 많아지면 오히려 많은 재판관들에 의한 공동의 검토시간을 줄이고 그리하여 응집력이 약화될 수 있다는 예상도 있을 수 있다. 이와 관련하여 이원적 구성이 오히려 분산의 효과를 가져온다는 지적도 있을 수 있을 것이다. 현재도 주심재판관제도가 시행되고 있는데 주심재판관제도에 관해서는 헌법이나 헌법재판소에 그 근거규정을 찾아 볼 수 없다.

여섯째, 정치적 갈등관계에서 헌법재판기관의 구성원 수의 조정 문제가 거론될 수도 있을 것인데 재판관정수의 문제가 정치적 이해관계에 좌우되어서는 아니될 것이다. 미국의 경우 1937년에 루즈벨트 대통령은 70세를 넘은 대법관 마다 재판관을 보충하여 15인 범위 내에서 대법관 수를 확대하는 내용을 골자로 하는 법원재편계획안을 제안하였으나(“court-packing” plan) 격렬한 정치적 논란이 있었고 결국 좌절되었던 역사적 사례를 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾

앞으로 위에서 정수 문제에 관련된 변수들을 고려하면서 균형을 적절히 갖춘 가운데 적절한 재판관 정수를 모색하여야 할 것이다.

140) 이러한 좌절은 역설적으로 오히려 국민들은 9인의 정수를 거의 신성시하는 의식을 가지게 하는 결과를 가져왔다고 한다. Elisabeth Zoller, La Cour supreme des Etats-Unis - Presentation de la Cour supreme des Etats-Unis, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/elzoller.htm> 참조.

2) 규정의 위치 문제 - 헌법 자체적 규정과 법률에의 위임 문제

헌법재판관의 정수에 관한 논의에 있어서 재판관의 정수를 헌법 자체에 일정한 수로 고정하여 규정할 것인가 아니면 법률에 그 정수의 확정을 위임할 것인가 하는 문제가 있다. 이에 대해서는 3가지 방안이 고려될 수 있겠다. 첫째, 현행 헌법에서처럼 헌법재판관 정수를 특정하여 헌법 자체에 규정하여 두는 것이다. 둘째, 헌법재판관의 정수에 관해 헌법 자체에는 규정을 두지 않고 법률에 전적으로 위임하는 방안이다. 셋째, 절충적으로 헌법 자체에서는 헌법재판관의 정수의 하한선을 규정하면서 그 이상의 헌법재판관의 수를 법률로 정하도록 위임하는 방안인데, 예를 들어 “헌법재판관의 수는 9인 또는 12인 이상 법률로 정한다”고 규정하는 방식이 그것이다.

법률에 위임을 하는 방식은 시대상황에 따라 헌법개정 없이도 재판관의 수를 조절할 수 있다는 장점이 있다.¹⁴¹⁾ 현재 대법원의 경우 대법관의 수는 헌법이 직접 규정하지 않고 있고 법원조직법에서 규정하고 있다. 이는 확대의 필요성이 있을 때마다 헌법개정이 이루어지기 어려울 것이기 때문에 법원조직법이라는 법률로 그때그때의 사건의 상황이나 업무량을 고려하여 대법관의 수를 법률로 조절할 수 있도록 법률에 위임한 것이기도 하다. 물론 대법원은 일반적인 민사·형사사건의 최고심으로서 사건이 상대적으로 많겠지만 헌법재판관의 수도 법률로 시대의 수요에 맞추어 신축성 있게 정할 수 있도록 여지를 열어두는 것도 바람직하다고 본다.

법률에 위임하는 방식에 대해서는 다음과 같은 점들이 고려되어야 한다. 먼저 재판관의 선출방식과 관련되는 문제인데(재판관의 선출

141) 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점 및 그 개선방안, 공법연구(한국공법학회), 제22집 제2호, 1994, 42면; 김종철, 헌법재판소 구성방법의 개혁, 헌법학연구(한국헌법학회) 제11권 제2호, 2005. 6, 32면, 38면.

방식에 대해서는 후술함) 헌법이 재판관선출을 어느 한 국가기관으로 하여금 전적으로 담당하게 하지 않고 예를 들어 정부와 국회 등 복수의 국가기관들이 함께 선출하도록 한다면 법률이 헌법재판관정수를 정하도록 하였으므로 그 국가기관들이 선출할 헌법재판관의 각각의 수도 직접 헌법이 규정하지 않게 되는데 이 경우 선출을 담당하는 각 국가기관이 선출할 헌법재판관의 각각의 수를 단순히 법률에 위임할 것인가 아니면 각 국가기관이 선출할 재판관의 비율은 적어도 헌법에 직접 규정을 둘 것인가 하는 문제가 있다. 생각건대 각 국가기관의 선출비율은 헌법재판소의 구성에 있어서 중요한 문제이므로 복수의 국가기관이 선출기관이 되는 선출방식을 취할 경우에는 헌법이 적어도 각 국가기관의 선출비율은 직접 규정해 두어야 할 것이다. 그러한 입법례로서 독일의 경우에 기본법 자체에는 재판관의 수가 규정되어 있지 않고 기본법은 하원, 상원이 반수씩 선출한다고만 규정하고 있다. 법률은 이러한 선출비율을 고려하여 각 선출기관에 배당되는 헌법재판관의 정수가 자연수가 되도록 헌법재판관 전부의 수를 규정하여야 할 것이다.

다음으로 적정한 인원의 헌법재판관을 반드시 확보하도록 하기 위하여 재판관의 수를 전적으로 법률에 위임하지 않고 그 하한선의 인원수는 헌법 자체에 정해두고 그 이상의 인원을 법률로 정하도록 위임하는 것이 필요할 것이다. 즉 위의 세 번째 방식을 취하는 것이 필요할 것이라고 본다.

3) 전제적 사항

헌법재판관의 정수를 확대하는 노력은 수적 확대 이전에 재판업무의 효율성을 높이기 위한 노력이 선행될 것을 요한다. 예를 들어 이탈리아에서는 1988년 정도까지 재판업무, 사건이 과중하였으나 재판

업무, 조직을 개선하는 노력으로 재판적체현상이 완화되었다고 한다.

3. 헌법재판관의 자격 문제

(1) 기본요소

헌법재판관의 자격을 어떻게 정할 것인가 하는 논의를 함에 있어서 보다 논증적인 검토를 통하여 적절한 방안을 찾기 위해서는 먼저 헌법재판관이 갖추어야 할 능력과 자질에 있어서의 기본요소들을 다시 살펴볼 필요가 있다. 이 점은 뒤에 살펴보아야 할 문제인 재판관의 선임방식에 대한 개선방안에서도 마찬가지로 요구된다고 할 것이다. 그 기본요소로 헌법적 전문성, 독립성 등을 들 수 있다.

1) 헌법적 전문성

헌법재판은 헌법을 해석하고 그것에 비추어 행해지는 판단작용이므로 헌법재판관은 헌법이론과 헌법해석에 관한 전문적이고 심화된 지식과 식견을 보유하여야 함은 물론이다. 일반적으로 헌법은 최고 규범성, 권력제한규범성, 추상성, 개방성 등의 특성을 가진다는 점이 지적되고 있다.¹⁴²⁾ 헌법재판은 이러한 헌법의 특성에 따른 특수성을 가지고 또한 그 결정이 가지는 헌법정책적 의미와 파급효과의 정도 등에서 일반재판과 다른 특수성을 가진다. 따라서 헌법재판에 있어서는 다른 법규범의 해석에 비해 보다 더 거시적인 시각에서 보다 전반적이고 체계적인 해석이 이루어질 것을 요한다. 이러한 헌법, 헌법재판, 헌법해석의 특수성을 인식하면서 헌법에 대한 전문적 지식을 토대로 통찰력 있는 헌법적 안목으로 심도 있는 분석과 판단이 수행되

142) 김철수, 헌법학개론, 제17전정신편, 박영사, 서울, 2005, 20-23면 등 참조.

어야 더욱 정치하고 설득력 있는 헌법재판이 이루어질 수 있다.

2) 독립성

헌법재판은 한 국가의 최고법의 해석에 관한 유권적 판단을 수행하고 국민의 기본적인 권리의 보장과 국가권력의 통제에 중요한 법리를 확인하는 결과를 가져오고 그 결과의 영향력이 지대할 수 있으므로 재판관이 고도의 독립성을 가질 것을 요한다. 재판관은 어떠한 경우에도 당리당략이나 특정 집단의 이익을 위하여 심판하여서는 아니 된다. 헌법재판소법은 “재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”라고 규정하고 있다(헌법재판소법 제4조).¹⁴³⁾

헌법재판관은 정치적 영향을 받지 않고 독립하여 헌법해석을 객관적으로 수행하여 공정한 재판을 할 수 있는 자질을 보유하여야 한다.

(2) 범조자격한정의 문제

1) 현행 규정

현행 헌법 제111조 제2항은 헌법재판관의 자격을 법관의 자격을

143) 우리나라에 있어 법관에 대해서는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”라는 직무상 독립에 관한 규정을 헌법 자체에 두고 있다(헌법 제103조). 헌법재판관에 대해서는 헌법 자체가 아니라 헌법재판소법에 직무상 독립에 대한 규정을 두고 있다. 헌법재판관에게 요구되는 고도의 독립성을 생각하면 앞으로 헌법에 규정을 두는 문제가 검토될 필요가 있다. 이 헌법재판소법 규정의 “법률에 의하여”라는 부분은 권한쟁의심판의 경우에는 법률상 부여된 권한이 침해된 경우에도 심판이 이루어질 수 있고(헌법재판소법 제61조 제2항), 탄핵심판의 경우에도 위헌성 판단뿐 아니라 위법성 판단도 이루어질 수 있으나 헌법재판소는 법률에 대한 위헌여부의 심사권을 가지기에 ‘합헌적’인 법률에 의하는 것으로 규정하는 것이 보다 바람직할 것이다.

가질 것으로 규정하고 있다. 법관의 자격에 대해서는 현행 헌법 제 101조 제3항이 법률로 정하도록 규정하고 있고 이에 따라 법원조직법 제42조 제2항은 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자, 2. 변호사의 자격이 있는 자”를 법관으로 임용하도록 규정하고 있다. 변호사법 제4조는 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자, 2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자”는 변호사의 자격이 있다고 규정하고 있다. 따라서 사법시험에 합격하여 사법연수과정을 마친 법관이나 검사로서의 자격을 가진 사람들이 아닌 비법조 출신의 인물들에 대해서는 헌법재판관의 자격을 인정하지 않고 있다.

2) 문제점

헌법재판관의 자격자를 법관자격자에만 한정하고 있는 것은 일반 소송과는 다른 특수성을 가지는 헌법재판에 있어서 재판관의 자격이 너무 폐쇄적이라는 지적이 그동안 헌법학계를 중심으로 있어 왔다. 그리하여 일반적으로 법관자격을 가진 법학교수가 드물다는 현실에서 법관자격이 없는 법학교수들을 헌법재판관의 자격자에서 배제하고 있는 것에 대해서는 비판이 많이 제기되었고 적어도 법학교수들에게는 재판관자격을 개방하여야 한다는 견해들이 많았다.

아래와 같은 몇 가지 중요한 관점에서 헌법재판관자격을 법조 출신자에 한정하는 현행규정의 폐쇄성의 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 헌법 자체나 헌법재판이 가지는 특수성에 비추어 볼 때 문제점이 나타난다. 헌법재판에 있어서는 사인(私人)들간의 분쟁해결을 위한 민사재판 등에 비해 보다 거시적인 판단을 요하고 헌법정책적인 판단을 요구하는 경우가 많다.¹⁴⁴⁾ 이는 헌법 자체의 특성에서

144) 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 성계 이규석 교수 정년기념논

나오는 결과이기도 한데 헌법은 한 국가의 최고근본법으로서 국가적, 시대적 이념성을 띠고 있다. 헌법소원과 같은 헌법재판에 있어서는 개인의 권리구제가 목적이긴 하나 우리 헌법재판소도 인정하고 있듯이 헌법소원의 경우에도 객관적 헌법질서의 유지라는 기능을 가진다고 본다. 따라서 헌법소원과 같은 헌법재판도 사인의 개인적 이익만을 위한 것이 아니다. 민사소송, 형사소송에서도 물론 파급효과 큰 사건들이 있을 수 있지만 위헌법률심판이나 법령소원과 같이 법규범에 대한 판단이 이루어지는 헌법재판에서는 법규범의 위헌 여부가 제청신청인이나 당사자만의 문제가 아니라 전국민에 영향을 미칠 가능성이 있으므로 그 파급효과가 크다. 이는 물론 법규범이 일반적 적용가능성을 가지고 있기 때문이다. 이러한 헌법재판이 지니는 특성에 비추어 재판관의 자격도 논의되어야 할 것이다. 법관은 민사소송, 형사소송 등 일반소송을 주로 다루어 왔다는 점에서 헌법재판은 위에서 살펴본 것처럼 특수성을 가지기에 헌법재판을 담당하는 헌법재판관의 자격을 법조 출신자들만에 한정하여 부여하는 것이 과연 타당한 것인가 하는 문제가 있다.

다음으로 헌법재판의 특수성과 관련하여 고려하여야 할 점은 헌법 자체가 추상성과 개방성 등의 특성을 가지기 때문에 그러한 헌법을 적용하는 헌법재판도 이론재판으로서의 성격이 강하다. 따라서 민사·형사의 실무적 경험이 많다고 하여 헌법재판도 재판이므로 이를 수행할 자격을 당연히 가진다고 보는 것은 적절하지 못하고 헌법재판에서 요구되는 이론적 해석을 위해 법학교수들의 참여가 필요하다. 헌법재판은 변론중심의 일반 재판절차와 다르다는 점에서도 헌법재판관자격을 법조실무경험자에 한정하는 것은 문제이다.

문, 현대공법론의 연구, 1992, 465면(“다양한 정치적·사회적 문제를 다루는 헌법재판관의 자격을 법관자격자로만 한정하는 것은 문제라고 하겠다”).

둘째, 헌법재판과 헌법 자체가 수행하여야 할 기능 내지 사명을 고려하여야 한다. 헌법과 헌법재판이 수행해야 할 여러 가지 사명들 중에 다원주의(多元主義)의 보장이 있다. 즉 국민은 다양한 계층으로 이루어져 있기에 헌법과 헌법재판은 가능한 다양한 국민의 의사와 이익을 보호하도록 하고 다양한 국민의 보호는 소수의 존중과 보호를 요하는 것이기도 하다. 따라서 헌법재판에 있어서는 국민들의 다양한 이해관계를 분석하여 판단하여야 할 필요가 있다. 단적인 예로 헌법재판에서 적용되는 비례(과잉금지)원칙에서 이익형량의 경우 다각적인 분석이 요구되는 것을 보면 그러하다. 이러한 분석에는 다양한 소양과 경험을 가진 인사들이 재판관으로 임명되어 재판에 참여하는 것이 필요하다. 또한 헌법이 관여하거나 관련되는 영역은 국민이 생활하는 광범위하고도 다양한 영역들이므로 이러한 영역들에 적용되는 다양한 법들에 대한 전문지식을 가진 재판관들을 필요로 한다.¹⁴⁵⁾

재판관들은 구체적이고 개별적인 문제 앞에서 항상 헌법적인 시각과 문제의식을 가지고 종합적·거시적인 안목과 식견을 가질 것일 요한다. 따라서 헌법문제를 전문적으로 연구하는 헌법학교수와 여러 개별 법영역에서 전문적 법리를 연구하는 법학교수들의 참여를 통해 이상적인 판단이 이루어지게 할 필요가 있다.

셋째, 헌법재판관이 지녀야 할 전문적 능력의 관점에서의 검토가 필요하다. 법학교수는 법적 문제를 집중적으로 연구하고 거시적 안목에서 문제를 분석하는 전문적 연구활동을 전담한다. 절차법적 전문성이 법학교수들에게 결여되었기에 헌법재판관자격을 부여하기가

145) “법률가집단의 폐쇄성이나 동질성에 대한 문제의식이 사법개혁의 차원에서 논의되어 온 것이 우리의 현실임을 고려할 때 헌재구성에 법관자격을 요구하는 것은 헌재구성의 기본원리로서 다원성의 반영을 요구하는 민주적 정당성의 원리에 반한다”라는 견해로, 김종철, 앞의 논문, 28면 참조.

부적절하다는 주장이 있을 수 있을 것이나 앞서 살펴본 대로 헌법재판은 이론재판의 성격이 강하다는 점에서 설득력이 부족하고, 그러한 주장은 물론 절차법이론을 전문으로 연구하는 법학교수들에게는 타당하지도 않지만, 다른 한편으로 헌법재판의 절차적 법리도 상당히 헌법이론의 뒷받침과 그 연관하에서 구성된다는 점을 간과한 것이다. 예를 들어 빈번히 제기되는 헌법소원의 경우 심판청구요건 중 무엇보다도 중요한 기본권의 침해요건에 있어서 기본권이 무엇인지 하는 문제가 대두된다. 이는 기본권이론에 대한 식견을 가져야 사건에서 그 요건의 충족 여부를 판단할 수 있다. 바로 실제적 이론이 절차법에 직접적으로 연관되어 있는 예이다. 오히려 일반 민사절차법의 원칙이 헌법재판에 적용되는 것이 바람직하지 않을 수도 있다. 그 실제의 예로 권한쟁의심판에서 청구인이 심판청구를 취하한 사건에서 민사소송법을 준용하여 심판절차를 종료함으로써 바람직한 판례가 제시될 수 있었던 기회가 사라진 사례 등을 볼 수 있다.¹⁴⁶⁾

한편 위에서도 살펴본 대로 헌법재판관자격의 기본요소로서의 전문성이라는 측면에서 헌법재판관자격을 법조자격에 한정하는 현행 제도가 설득력을 가지기 위해서는 일반법관이 헌법적 법리에 전문화가 되어 있을 것을 요한다. 그동안 민사·형사사건에 전문화되어 온 일반법관이 헌법문제에 관한 전문화에 미약하다고 지적되어 왔고,¹⁴⁷⁾

146) 헌재 2001. 6. 26. 선고, 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218면 이하. 사안은 국회 상임위원회에서의 이른바 변칙처리에 관한 것이었는데 취하로 심판절차종료가 되지 않았더라면 상임위의 의안 가결선포행위에 대한 무효확인결정이라는 중요한 결정이 나와 변칙처리에 대한 헌법적 제재의 예를 보여줄 수 있었는데 그렇지 못하였다. 2003년 3월 12일 개정법률의 공포로 헌법재판소법 제40조는 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서” 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 개정되었다.

147) 일반 법관이 헌법문제에 전문화되어 있지 못하다는 취지의 지적으로, 최대권, 헌법재판소의 정치학 - 그 구조와 기능을 중심으로 -, 서울대학교 법학 제34권 1호, 1993, 116면; 조병륜, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, 공법연구, 제22집 제3호, 1994, 242면; 배상오, 한국헌법재판제도에 있

선행연구에서 “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”라고 지적된 바 있다.¹⁴⁸⁾ 전적으로 절차법의 일반원칙적인 측면에서의 판단을 요하는 문제라 할지라도 필요하다면 이러한 문제의 해결에는 법조출신 헌법재판관이나 헌법연구관들에 의한 연구에 도움을 받을 수 있을 것이다.

넷째, 독립성에 대한 기대가능성이라는 면에서 검토가 필요하다. 교수는 그 직업이 가지는 특성이나 환경의 측면에서는 독립성에 대한 기대가 클 수 있다. 우리 헌법 제31조 제4항이 명시하여 보장하고 있는 ‘대학의 자율성’과 교수의 자율성이 재판관으로서의 독립성의 소양을 지니게 하는 데 긍정적인 요소로 작용할 것이다. 우리 사회가 대학교수에 요구하는 높은 도덕성의 수준이나 대학의 사명을 보더라도 그러한 가능성을 기대하게 한다.

비법조인이 헌법재판관으로 임명될 수 있도록 하면 헌법재판소의 정치기관적 성격을 강화하게 된다는 의견이 개진되고 있다. 이러한 의견은 재판관임명의 대상을 법조인만에 한정하면 정치성이 배제된다는 보장이 전제된다면 타당하다. 그러나 비법조 출신의 배제가 정치성의 배제를 담보하지는 않는다. 법학교수의 경우에도 정치적 성향을 가질 수 있고 법조인 출신이라고 하더라도 변호사로서의 자격

어서의 문제점과 극복방안, 법학연구, 충남대학교 법학연구소, 제9권 제2호, 1999, 17면 등 참조. 또한 법률가집단 속에서도 관료화된 법원 및 검찰조직을 중심으로 사법엘리트가 양성되어 온 점을 고려하여 헌법재판관자격법을 법관자격자로 한정한 데 대해 문제점을 지적하는 견해로, 김종철, 앞의 논문, 28면 참조. 법관인사의 관료화에 대한 문제점을 지적하는 견해로, 신평, 사법개혁을 향하여, 대구카톨릭대학교출판부, 2002, 337-351면; 임지봉, 사법적극주의와 사법권독립, 철학과 현실사, 2004, 264면 이하 등 참조.

148) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 10면.

을 가진 국회의원과 같이 정치적 활동을 해온 사람도 정치성을 가질 수 있다. 그렇다면 재판관자격을 법조자격자에 한정한다고 하여 정치적 성향이 배제되는 것이 아니다. 법학교수에의 재판관 자격부여에도 물론 정치적 독립성을 전제로 해야 한다. 재판관자격의 판단에 있어서 중심적인 준거가 되어야 하는 것은 독립성을 지키면서 헌법을 해석할 지식과 소양을 갖추고 있느냐 하는 것이다.

헌법재판관의 자격을 법조출신 법관자격자로 한정하는 것이 헌법재판소를 재판기관으로서의 성격을 강화시키는 것으로 보는 견해들이 있었다.¹⁴⁹⁾ 그러나 앞에서 지적하였듯이 헌법재판이 민사·형사재판과 다른 특질을 가지고 이론재판으로서의 성격이 강하다는 점을 고려하면 법관자격자에게만 재판관자격을 부여하여야 헌법재판소의 사법기관으로서의 성격이 강화되는 것으로 보는 것은 설득력이 약하다. 법리를 전문적으로 연구하고 인적 독립성 속에서 범분야의 연구와 학술활동에 종사하는 법학교수의 헌법재판에의 참여는 헌법재판소의 사법기관적 성격을 침해하는 것이 아니라 오히려 사법적 성격의 강화에 긍정적인 여건을 조성하게 한다.

3) 외국의 제도

오스트리아의 경우 모두 14인의 헌법재판관과 6인의 예비재판관으로 헌법재판소가 구성되는데 법학, 정치학을 전공하고 그 전공을 이수할 것을 요하는 직역에서 10년 이상 활동한 경력이 있어야 하며 연방정부의 제청에 따라 연방대통령이 선임하게 되는 6인의 헌법재판관과 3인의 예비재판관은 법관, 행정공무원, 법학교수 중 적어도

149) 1988년 헌법재판소법 제정논의 당시에 개최된 법무부 주최 세미나(헌법재판소법의 제정방향)의 발표와 토론내용, 「헌법재판제도」(법무자료 제85집) 수록, 법무부, 1988, 56면, 94면 등 참조.

하나의 직에 있던 사람이어야 한다(오스트리아 헌법 제147조 제2항). 따라서 법학이나 정치학을 전공한 대학교수들도 10년의 경력이 있으면 헌법재판관이 될 수 있는 자격이 있다. 오스트리아의 경우 이처럼 법조자격만을 재판관자격으로 요구하지 않고 법관, 대학교수, 관료, 변호사 등 다양한 직역에서 재판관을 선출하는 것은¹⁵⁰⁾ 헌법재판소의 多元的 구성을 위한 것이라고 한다.¹⁵¹⁾

이탈리아의 경우 헌법재판소는 모두 15인의 헌법재판관으로 구성되는데 헌법재판관은 최고사법법원(대법원), 최고행정법원의 전직, 현직 대법관들, 대학의 법학교수와 20년 이상의 법조실무경력을 가진 변호사들 중에서 선출된다(이탈리아헌법 제135조 제2항). 헌법재판소의 구성에 있어서 전통적으로 대학교수들, 그리고 최고법원의 대법관들이 헌법재판관으로 많이 임명되어 그 비중이 크다.

스페인의 경우 재판관들은 판사, 검사들, 대학교수, 공무원, 변호사 중에서 선출되며 그 자격요건으로서는 전문성을 인정받은 법률가로서 15년 이상의 경력을 요한다. 따라서 스페인에 있어서도 법학교수들에게 헌법재판관의 자격을 부여하고 있고 법학교수 출신들의 헌법재판관들이 있다.¹⁵²⁾

벨기에의 헌법재판소는 그 구성이 독특하다. 즉 프랑스어와 네덜란드어를 같이 사용하는 국가이기에 헌법재판소의 구성도 프랑스어 그룹과 네덜란드어 그룹의 두 조직으로 이루어지고 각 조직 마다 6명의 헌법재판관들이 소속되는데 각 그룹마다 3인의 헌법재판관들은

150) 현재 오스트리아의 헌법재판소는 14명의 재판관 중에 교수가 7명으로 반수를 차지하고 있고, 법조인 출신은 5명, 정부관료출신은 2명이다. 법조인출신 재판관들 중에 명예교수인 재판관도 2명이 있다. 현재의 헌법재판소장(Karl Korinek)도 대학교수 출신이다.

151) <http://www.vfgh.gv.at/> 참조.

152) 스페인의 헌법재판소에 대해서는, 김영철, 스페인 헌법재판소의 관할과 그 운용현황 - 우리 제도와의 비교를 중심으로 -, 헌법논총, 제2집, 헌법재판소, 1991, 237면 이하 참조.

연방상원, 연방하원의 의원, 공동체의회 또는 지역의회의 의원으로서 적어도 5년 이상의 경력을 가진 사람들로 선출되고 3명의 재판관들은 그 중 한 명은 5년 이상의 대법원이나 최고행정법원의 판사의 경력을 가진 사람들 중에서, 그 중 한 명은 5년 이상의 헌법재판소의 헌법연구관으로서의 경력을 가진 사람들 중에서, 그 중 1명은 5년 이상의 법학교수의 경력을 가진 사람들 중에서 선출된다(벨기에 헌법재판소법 제34조 §2). 이처럼 벨기에의 경우에도 5년 이상의 경력을 가진 법학교수에게 헌법재판관의 자격을 부여하고 있다.

프랑스의 경우에는 법조출신을 자격요건으로 하지 않음은 물론 법률가로서의 교육을 받은 이력이나 법률가의 소양 또는 법률가로서 경력 등을 자격으로 요구하고 있지도 않다.¹⁵³⁾ 프랑스에서도 법률가로서의 경력을 요구하지는 제안이 없지 않았다. 그러나 법률가로서의 경력을 요하지 않는 프랑스의 경우에도 현실적으로는 법률가들이 재판관으로 임명된 비율이 높았는데 이처럼 법률가로 자격을 굳이 설정하지 않더라도 그 비율이 높은 반면 오히려 법률가로 자격한정을 하면 다른 영역의 전문가를 필요로 하는 헌법재판에 있어서 그 영입을 원천적으로 봉쇄할 가능성이 있다는 취지의 지적도 있다.¹⁵⁴⁾

포르투갈의 헌법재판소의 재판관은 모두 13인인데 이중 6인의 재판관은 반드시 법원의 법관들 중에서 선출되어야 하고 나머지 재판관들은 법과대학의 박사학위, 석사학위 등을 가진 법률가들 중에서 선출된다.

일본의 경우, 최고재판소의 재판관들 15인 중 10인은 법관, 검사, 변호사, 법학교수 등 중에서 선임되고 나머지 재판관들은 법률가일

153) 그리하여 의과대학교수나 약사가 헌법재판관으로 임명되기도 하였다. D. Rousseau, *Droit du Contentieux constitutionnel*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1992, 41면의 통계표 참조.

154) D. Rousseau, 위의 책, 39면 참조.

것을 요구하지 않는다.

체코의 경우, 상원의원의 피선거권을 가지는, 즉 만 40세 이상의 국민으로서 대학의 법학교육을 받고 적어도 10년 이상 법률 직역에서 활동한 사람은 헌법재판관의 자격을 가진다(체코공화국헌법 제84조 제3항).

루마니아의 경우, 고등 법률교육을 받고 높은 수준의 직업적 능력을 지닌 적어도 18년 이상 법률직역이나 고등법학교육계에서 활동한 경력을 가진 사람에 대해 헌법재판관자격을 인정한다(루마니아헌법 제143조).

독일의 경우 16인의 헌법재판관들 중 각 원 3인씩 6인의 헌법재판관들은 연방의 최고법원들, 즉 연방대법원, 연방행정법원, 연방재정법원, 연방노동법원, 연방사회법원의 대법관들 중에서 선출되도록 하고 있다(독일연방헌법재판소법 제2조 제3항). 나머지 각 원 각각의 5인의 헌법재판관들, 모두 10인의 헌법재판관들은 그 외 학계 등의 인사들 중에서 선출되는데 이들은 40세 이상의 사람으로서 헌법재판관이 되겠다는 의사의 표시를 서면에 의해 하여야 하며 재판관의 직무를 수행하기 위해 요구되는 요건을 충족하고 있는, 즉 법관자격을 보유하고 있는 사람들이어야 한다. 이처럼 법관자격을 헌법재판관의 자격요건으로 명백히 규정하고 있는 예로 독일연방헌법재판소의 경우를 들 수 있다. 그러나 독일의 경우에도 법과대학을 졸업하기 위하여 1차 법관자격시험을 거치며 2차 시험에서의 합격비율도 높고 따라서 법과대학교수들도 일반적으로 법관자격을 보유하고 있으므로 헌법재판관의 자격요건으로서의 법관자격이 헌법학교수들의 헌법재판관에의 임용을 막는 효과를 가지지 않는다. 이는 독일연방헌법재판소에서 법학교수들이 헌법재판관으로 활동하고 있는 법학교수들이 많다는 점에서 실증되고 있다.

결국 헌법재판소제도를 두고 있는 유럽의 여러 국가들에서는 헌법재판관의 자격으로서 대체적으로 법관자격만을 요구하지는 않고 법학교수에게도 자격을 부여하고 있으며 실제로 법학교수 출신의 인사들이 헌법재판관으로 많이 선출되고 있어 중요한 비중을 차지하고 있고 그 역할이 중요하다. 더욱이 헌법재판소장에도 교수출신 인사가 선출되는 경우가 많다. 일례로 이탈리아 헌법재판소의 소장은 1956년부터 1996년까지 21명의 소장이 재임하였는데 그중 법학교수 출신이 14명이었다.

4) 개선방안

그동안 국내에서 헌법재판관의 자격을 법학교수들에게도 인정하여야 한다는 견해가 학계를 중심으로 많이 제시되었다. 즉 “헌법재판이 직업 법조인의 전유물이 되지 않도록 헌법학 정교수로서 일정한 교육경력을 가진 자에게도 재판관 자격을 부여하여 청신한 기풍진작이 필요하다”는 견해,¹⁵⁵⁾ “헌법재판은 일반 법관이 다루는 통상의 재판이 아니며 헌법재판소나 대법원의 심리 사항은 분쟁사건의 해결자체라기 보다는 (헌)법상의 원리·원칙의 문제처리인 만큼 …… 다년간의 경험을 가진 법학교수가 헌법재판소재판관이나 대법관으로 임명되어야 한다”고 보아 15년 이상의 경력을 가진 법학교수에게 변호사 자격을 부여하면 헌법재판관으로 임명되기에도 적당한 연령이라고 볼 수 있다는 견해,¹⁵⁶⁾ 헌법교수를 위시한 대학교수들이 사실상 헌법재판관이 될 수 있는 길을 원천적으로 봉쇄하고 있는 것은 세계각국의 헌법재판조류에 크게 역행할 뿐만 아니라 우리나라 헌법재판기능의 활성화에 하나의 장애요소가 되고 있다고 보면서 법률문화의

155) 이시윤, 헌법재판 10년의 회고와 전망, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6, 114면.

156) 최대권, 앞의 논문, 118면.

창달과 실질적 법치주의의 실현을 위하여 다년간의 경험과 법에 관한 전문지식을 가진 법학교수가 헌법재판관으로 임명될 수 있어야 한다는 견해,¹⁵⁷⁾ 헌법재판은 고도의 헌법철학을 전제로 한다는 점에서 법관자격자만을 재판관으로 한 것은 문제가 있으며 법원조직법 제42조를 개정하여 일정한 직위 이상의 법학교수에게도 법관자격을 인정하는 것이 법조일원화의 추세와도 부합한다는 견해,¹⁵⁸⁾ 고도의 헌법지식을 요하는 국가기관의 구성에는 헌법학이나 행정법학에 조예가 깊은 학자들의 참여가 요망된다는 견해,¹⁵⁹⁾ 국민적 합의를 이끌어 낼 수 있는 헌법재판이 되기 위하여는 사회 각계의 다양한 의사를 헌법재판에 반영할 수 있도록 재판관 자격의 개방이 이루어져야 하며 이상적으로는 법률전문가가 아닌 인사들에게도 최고법원을 개방하는 것이 바람직하나 적어도 법원조직법의 개정을 통하여 일정한 경력을 쌓은 법학교수들에게 법관의 자격을 부여함으로써 폐쇄적인 사법인력의 충원을 개선하여야 한다는 견해¹⁶⁰⁾ 등이 제시되고 있다.¹⁶¹⁾

157) 조병륜, 우리나라 헌법재판소의 지위와 기능, 헌법재판 운영현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 헌법재판소, 1993, 210면; 조병륜, 개혁시대와 국민을 위한 사법, 법학교육과 법조개혁, 한국법학교수회 편, 1994, 79-80면.

158) 윤명선, 앞의 논문, 86면.

159) 김효전, 헌법재판소제도의 문제점과 그 개선책, 공법연구 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998, 71면; 김효전, 대법관과 헌법재판관의 자격, 헌법학연구 제7집 제2호, 2001, 55면.

160) 성낙인, 헌법재판소 인적 구성의 비교헌법적 검토를 통한 대안 모색, 현대사회와 법의 발달, 균제 양승두 교수 화갑기념논문집, 홍문사, 1994, 12, 1044-1045면; 성낙인, 헌법재판소 인사의 임명 절차상 문제점, 시민과 변호사, 제8호, 서울지방변호사회, 1994, 9, 70-72면.

161) 헌법재판소의 전문성을 살릴 수 있는 방법은 일정한 요건을 갖춘 헌법학교수를 일정수 범위 내에서 재판관으로 영입하는 것이라고 보는 견해로, 이승우, 헌법재판소 구성방법과 제2기 재판관 임명의 문제점, 법과 사회, 제10권, 1994, 270면 참조. “현행 헌법과 법률은 재판관의 자격을 법관(변호사의 자격이 있는 자)에 한정하고 있어, 법학교수 뿐만 아니라 다른 고급공무원 등의 지적·경험적 지식을 원천봉쇄하여 전문성의 요구에 정면으로 배치하

헌법재판관의 자격을 어느 정도까지 개방할 것인지, 비법률가에게까지 전면적으로 확대할 것인가 하는 문제는 신중한 검토가 필요하다고 본다. 그러나 현재로서도 위의 문제점에서 충분히 분석한 대로, 그리고 국내학자들이 대체적으로 지적하듯이 적어도 지나친 폐쇄성은 시정되어야 할 것이고 따라서 비법조 출신의 법학교수들에게는 그 자격이 주어져야 할 것이다. 위의 외국의 경우에서 본 대로 헌법재판소제도를 채택하고 있는 유럽의 대부분의 국가들에서 법학교수들이 헌법재판관의 중요한 비중으로서 참여하고 있다.

개선방안을 실현하는 방법으로는 현행 헌법을 개정하는 것을 생각할 수 있으나 사실 헌법의 위임에 따라 제정된 법률의 개정만으로도 개선이 가능하다. 즉 헌법 제111조 제2항은 헌법재판소의 자격으로 ‘법관의 자격을 가진’ 자로 규정할 뿐인데, 이 법관자격은 헌법 제101조 제3항이 법률로 정하도록 하였고, 이 법률인 법원조직법 등에서 비법조 출신 법학교수를 법관자격자에서 배제하고 있기 때문에 결국 비법조 법학교수들이 헌법재판관자격을 가질 수 없게 된 것이다. 즉 법원조직법 제42조 제2항은 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자, 2. 변호사의 자격이 있는 자”를 법관으로 임용하도록 규정하고 있고, 변호사법 제4조는 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자, 2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자”는 변호사의 자격이 있다고 규정하고 있다. 따라서 이 법원조직법, 변호사법의 규정을 개정하여 사법시험에 합격하여 사법연수과정을 마친 법관이나 검사로서의 자격을 가진 사람들만이 아닌 법학교수들도 포함시킨다면 위의 개선방안의 실현이 가능하다.¹⁶²⁾

고 있다”라는 견해로, 차병직, 헌법재판소 재판관 선임방식의 재검토, 인권과 정의, 1994. 10, 12면 참조.

162) 양진/김문현/남북현, 헌재법개정연구보고서, 12면; 정재황, 앞의 논문, 46면; 조병륜, 개혁시대와 국민을 위한 사법, 법학교육과 법조개혁, 한국법학교수회 편, 1994, 81면 등 참조. 법학교수에 대하여 재판관자격을 인정하는

결국 현재로서도 비법조 출신 법학교수 등에 대한 헌법재판관자격의 부여를 위해서는 법원조직법, 헌법재판소법, 변호사법 등 법률 차원의 개정만으로도 가능하다.

한편 헌법재판관 자격을 법학교수들에게 부여하더라도 일정한 경력을 요구하는 것이 필요하다.

4. 헌법재판관의 선출방식의 개선방안

(1) 3부(府)에 의한 선출방식의 문제

1) 현행 규정

현행 우리 헌법 제111조 제2항은 “헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명한다” 라고 규정하고, 제3항은 “제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다” 라고 규정하여 대통령이 3인의 헌법재판관을 선임하고, 국회가 3인의 재판관을 선출하며 대법원장이 3인을 지명하는 3부에 의한 선출방식을 취하고 있다.

2) 문제점

3부에 의한 선출방식에 대해서는 종래 논란이 많았다. 3부 합작의 선출방법은 우리 헌법상 중립적인 기관의 구성방법으로서 관행되어 왔으며 다수당에 의한 헌법재판기관의 석권을 막아준다는 점에서 의미를 인정할 수 있다고 보는 견해¹⁶³⁾와 같이 긍정적으로 보는 견해

견해로서 헌법재판소법 제5조 제1항과 법원조직법 제42조 제1항의 “변호사의 자격이 있는 자”라는 규정을 폐지하는 것이 바람직하다는 견해로, 정중섭, 법학계와 법조계의 새로운 관계 정립, 한국 법학 50년 - 과거·현재·미래 (I), 한국법학교수회, 1998, 양성제도의 개혁, 180면 참조.

도 있지만 다음과 같이 검토되어야 할 문제점들이 있다.

가) 대통령의 재판관 지명에서의 문제점

대통령에 의한 지명 자체는 대통령이 국민에 의해 직접 선거되는 현행 헌법 하에서는 민주적 정당성이 있다고 본다. 그러나 대통령의 지명에 대한 국회의 동의가 없다는 점에서 구성방식에 있어서 대법원과 비교할 때 균형이 맞지 않다는 지적이 있다. 즉 대법원의 경우 모든 구성원(대법관)의 임명에 국회의 동의를 얻도록 하고 있는 것(헌법 제104조 제1항, 제2항)과 비교하면 정당성의 측면에서 상대적으로 취약하다고 보지 않을 수 없다는 지적이 그것이다.¹⁶⁴⁾

나) 대법원장의 지명권의 문제점

대법원장이 3인의 헌법재판관을 지명하는 현행 제도에 대해서는, 보다 근본적으로 사법부에 헌법재판소구성에서의 관여권을 주어야 하는지 하는 문제가 있지만 현행 제도 자체로도 다음과 같은 문제점들이 있다.

첫째, 대법원장은 국민에 의하여 직접 선출되지 아니한다는 점에서 대법원장에 의한 헌법재판관지명은 대통령의 지명과 국회에 의한 선출에 비해 국민적 정당성이 약하다. 비록 대법원장의 임명에 국회가 동의를 하였다고 하더라도(헌법 제104조 제1항), 국민에 의해 직접 선거된 대통령, 국회에 의해 지명, 선출되는 다른 6인의 헌법재판관의 경우 그 지명, 선출이 2차적 정당성을 가진다고 볼 때 이에 비해 대통령과 국회의 지명, 동의로 임명되어 역시 2차적 정당성을 가진 대법원장이 다시 3인의 헌법재판관을 지명하는 것은 그 민

163) 박용상, 헌법재판소의 구성과 조직, 헌법재판의 이론과 실제, 금광 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993, 72면.

164) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 14면.

주적 정당성에 있어 취약성을 가진다.¹⁶⁵⁾

둘째, 헌법재판소의 위상을 저하시키고 있다. ① 대법원장이라는 독립기관이 재판관을 3인이나 지명하게 하는 것은 헌법재판소의 위상에 맞지 않다는 견해,¹⁶⁶⁾ ② 헌법상 제5장 법원과 제6장 헌법재판소가 엄연히 구분되어 있고 헌법재판소는 국가의 최고기관의 하나인데 넓은 의미의 사법권을 공유하는 법원의 대표인 대법원장이 헌법재판관의 3분의 1을 지명한다는 것은 바람직하지 않다는 견해,¹⁶⁷⁾ ③ 대법원장에게 지명권을 줌으로써 대법원과 현재의 관계에서 마치 헌재가 대법원보다 하위에 있는 듯한 결과를 초래할 위험이 있는데 헌재가 기본적으로 사법기관인 만큼, 대법원장이 전문적인 관점에서 적절한 인사를 할 수 있는 위치에 있지 않느냐는 점을 감안하더라도 마치 헌재가 대법원보다 하위에 있는 듯한 인상을 주지 않도록 보완적인 제도적 개선책이 필요하다고 하면서 대법원장이 지명하는 3인 중 적어도 2인은 전직 또는 현직 대법관 중에서 선정하도록 하고 대법원장의 지명에 앞서 대법관회의의 의결을 거치도록 법원조직법을 개정하는 것이 필요하다고 보는 견해¹⁶⁸⁾ 등이 그러한 문제점을 지적하고 있다. 헌법재판소 재판관지명에 있어서 대법원장은 지법원장을 지명함으로써 헌법재판관이 대법관보다 하위인 것 같은 인상을 주고 있다는 지적도 있었다.¹⁶⁹⁾

165) 헌법재판관의 민주적 정당성은 최소한 국민이 직접 선출한 대표자에 의해 선출, 임명될 것을 요구하는 데 대법원장의 임명케이스는 그러하지 못하다고 보는 견해로, 이육한, 헌법재판의 성격과 재판관 선출, 사법행정 제377호, 1992. 5, 42면 참조. “대통령에 의하여 임명된 대법원장이 재판관 3인을 추천하는 것은 민주적 정당성의 시각에서 문제점이 크다”라고 보는 견해로, 이승우, 앞의 논문, 272면 참조.

166) 정재황, 앞의 논문, 49면; 정재황, 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 법학교육과 법조개혁, 한국법학교수회 편, 1994, 106면

167) 성낙인, 앞의 논문, 1046면.

168) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 14면, 16면.

169) 김철수, 법과 정치, 교육과학사, 1995, 588면.

위상에 있어서의 문제점은 특히 적어도 대법관회의와 같은 합의체에서의 선출이 아니라 비록 대법원장이 사법부를 대표하는 지위에 있긴 하나 대법원장이라는 독립기관에 의한 지명이라는 점 때문에 더욱 두드러지게 나타난다. 우리나라에 있어서도 제2공화국에서의 헌법재판소의 구성에는 대통령, 參議院, 대법원이 각각 재판관 3인씩을 선임하도록 하면서 대법원에 이처럼 할당된 3인의 재판관은 대법원장이 지명하는 것이 아니라 대법관회의에서의 선거로 선임하도록 하고 있었다(제2공화국 헌법재판소법 제3조 제1항).

셋째, 권력분립 내지 권력균형적인 측면에서도 문제이다. 대법원장이 헌법재판소의 구성을 담당하는 권한을 가지는 반면 헌법재판소는 대법원의 구성에 관여하는 권한이 없다는 점에서 권력구도의 불균형이 있다. 더구나 대법원장만에 의한 헌법재판관의 지명, 그것도 1차적 국민대표기관인 국회, 대통령과 동등하게 헌법재판소재판관의 3분의 1이나 지명하는 권한은 양 기관간에 더욱 불균형을 가져오게 한다. 이러한 불균형은 위의 둘째에서 지적한 위상의 문제와 직결되는 것이기도 하다. 즉 대법원장에 의한 지명은 결국 헌법재판소에 대한 대법원의 우위라는 불균형을 의미하는데 이는 국가의 최고의 근본법인 헌법을 유권적으로 최종적으로 해석하는 기관으로서의 헌법재판소의 위상에 결코 맞지 않고 이를 격하하고 있다.

국민에 의해 직선되는 국회의 경우에도 국회의장이 아니라 국회 자체가 3명의 헌법재판관을 선출한다는 점에서도 대법관회의나 법관 대표자들로 구성된 회의체 등에서 선출하지 않고 대법원장이 지명하게 하는 것은 역시 불균형을 보여주는 것이다.

넷째, 헌법체계론적 측면에서 볼 때에도 문제가 있다. 현행 헌법은 양 기관 모두 사법기관으로서의 성격을 가지는데도 헌법재판소와 대법원 양 기관을 별개의 장에서 각각 규정하고 있다. 헌법재판소는

헌법의 최종적 해석을 담당하고 대법원이 위헌법률심판을 제청하면 헌법재판소의 심판에 의하여 재판하여야 하는데도 대법원장에 의한 헌법재판관의 지명의 제도를 두는 것은 헌법재판소에 대한 대법원의 우위를 가져와 헌법체계의 부조화를 보여준다. 법원도 재판에서 법률을 적용하기 위한 헌법해석권을 가지지만 결국 헌법의 최종적 해석권자인 헌법재판소의 해석을 따라야 한다는 점에서(헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력은 법원에도 미친다) 대법원장이 헌법재판관을 지명하는 권한을, 그것도 구성의 3분의 1의 비중을 가지는 권한을 가져 그 구성에 관여하게 하는 것은 역시 헌법체계론상 문제가 있다.

다섯째, 대법원장에 의한 단독지명에서는 비슷한 성향의 재판관들이 지명될 가능성이 사법부의 합의체에서 선출할 때에 비해 높을 것이다. 대법원장이 지명한 3인의 재판관들이 또다른 재판관들과 의견을 같이 할 경우에 결정에 영향력을 강하게 미칠 수 있다.

여섯째, 사법부의 개입이 헌법재판소의 사법기관으로서의 성격을 강화하기 위한 것이라는 주장이 있어 왔다. 그러나 구성원의 선출기관이 사법기관이라야만 구성되는 기관이 사법성을 강하게 가지는 것은 아니다. 사법기관의 성격의 인정 여부의 판단에 있어서 본질적인 것은 그 구성원이 정치적으로 독립적인가, 그 기관의 재판업무가 사법적 절차인가, 그리고 그 기관의 재판결과가 법적 구속력을 가지는가 등에 있는 것이다. 따라서 사법기관성의 확보는, 선출기관도 그러한 확보가능성이 많은 기관이면 더욱 바람직하겠지만, 중요한 것은 정치적 독립성을 가지고 전문적 법적 판단능력을 갖춘 인물이라는 재판관의 자격요건을 통하여, 또한 그러한 자격을 갖춘 인물인지를 제대로 판단하고 선출할 수 있게 하는 선출방식의 설정을 통하여, 그리고 재판관의 임기제, 신분보장제도 등을 통하여 이루어질 수 있

다. 만약 사법기관에 의한 선출이 헌법재판소의 사법기관으로서의 성격을 강화하는 것이라면 재판관 전원을 대법원장에 의하여 선임하여야 할 것이고. 이는 더욱이 대법원장, 대법관들부터도 정치적 기관인 국회에 의해 동의되고 대통령에 의해 임명되고 있다는 점에서 균형을 갖추지 못한 주장이다.

3) 외국제도

재판관선출방식에 관한 외국의 제도를 고찰해보면 ① 실질적으로 의회 단독에 의한 선출, ② 의회와 정부에 의한 선출, ③ 의회와 정부 외에도 사법부가 개입하는 선출, ④ 기타의 특이한 방식의 선출 등의 유형이 있음을 볼 수 있다.

가) 의회선출형

독일의 경우 2개의 院(Senat)이 각 8인씩 모두 16인의 헌법재판관들을 연방하원과 연방상원이 각각 반수씩, 즉 8인씩 선출한다. 의회에 의한 선출은 민주적 정당성을 확보한다는 의미를 가진다고 본다. 하원은 국민에 의해 직접 선출되므로 그 개입은 민주적 정당성을 가져오게 함은 물론이고 상원에서의 헌법재판관선출은 연방상원이 지방을 대표한다는 점에서 실질적인 연방제의 보장을 통한 헌법재판관선출의 민주적 정당성의 확보에 기여한다는 의의를 가진다.¹⁷⁰⁾ 16인의 헌법재판관들 중 각 원 3인씩 6인의 헌법재판관들은 연방의 최고법원들인 연방대법원, 연방행정법원, 연방재정법원, 연방노동법원, 연방사회법원의 연방대법관들 중에서 선출되도록 하

170) H. Maurer, Staatsrecht I, 3. Aufl., 2003, S. 658; K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, Rn. 41; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2. 1980, S. 359 등 참조.

고 나머지 각 원 각각의 5인씩 모두 10인의 헌법재판관들은 그 외 학계 등의 인사들 중에서 선출되도록 하고 있는바 연방의회도 4인의 재판관을 2회 선출하게 되는데 하원, 상원이 각각 한 번은 연방대법관 중에서의 2인의 헌법재판관과 그 외 2인의 헌법재판관을, 다른 한 번은 연방대법관 중에서의 1인의 헌법재판관과 그 외 3인의 헌법재판관을 선출하여 결국 각 원의 8인의 재판관들을 하원, 상원이 각각 반 수씩 선출하게 되는 것이다. 연방상하원에서 선출된 재판관들에 대해서 연방대통령이 임명권을 가지나 이는 실질적 임명권이 아니므로 독일의 경우를 의회주도에 의한 선출의 유형으로 볼 것이다.

헝가리의 경우 11인의 헌법재판관들은 국회에서 선출된다. 각 원 내에 의석을 가진 각 정당별로 1명의 대표가 모여 구성되는 지명위원회에 의해 후보들이 지명되고 이들이 대해 의회가 선거를 하게 된다.

폴랜드의 경우에도 15인의 헌법재판관들이 하원에 의해 선출된다 (폴랜드헌법 제194조).

나) 의회·정부에 의한 선출의 유형

오스트리아의 경우 정부와 의회에 의한 선출의 유형에 속한다. 대통령이 소장, 부소장을 포함한 14인의 재판관과 6인의 예비재판관을 연방행정부, 하원, 상원의 제청을 받아 임명하는데 연방행정부는 소장, 부소장, 6인의 재판관과 3인의 예비재판관을, 하원은 3인의 재판관과 2인의 예비재판관을, 상원은 3인의 재판관과 1인의 예비재판관을 제청한다. 하원과 상원의 제청에서 3배수로 추천하는데 대통령은 제1순위 후보를 형식적으로 임명하여 결국 하원과 상원은 각각 3인의 재판관을 실질적으로 선출한다.

미국의 경우에도 연방대법원의 대법관의 선출이 대통령의 지명에 의해 상원의 인준을 받아 이루어진다. 따라서 선출에서 의회의 역할

이 중요하다.

프랑스의 경우 정부와 의회에 의한 선출을 하는 유형에 속한다. 프랑스 헌법재판소는 9인의 재판관으로 구성되는데 그중 3인은 대통령에 의해, 3인은 하원의장에 의해, 3인은 상원의장에 의해 지명된다(프랑스 헌법 제56조 제1항).

루마니아의 경우에 9인의 재판관을 하원에서 3인 재판관을, 상원에서 3인 재판관을 선출하고, 대통령이 3인의 재판관을 지명한다(루마니아헌법 제142조 제3항).

벨기에의 헌법재판소(Cour d'arbitrage)는 헌법 자체에서 헌법재판관의 수나 임명방식 등에 대해 직접 규정하지 않고 법률에 위임하고 있다(벨기에 헌법 제142조). 헌법재판관은 12명이며 하원과 상원이 교대로 출석위원의 3분의 2의 찬성에 의하여 복수의 후보를 추천하면 국왕이 이 후보들 중에서 헌법재판관을 임명하게 된다.

체코의 경우에 헌법재판관 15인은 대통령이 상원의 동의를 얻어 임명한다(체코공화국헌법 제84조 제2항).

다) 3부에 의한 선출

헌법재판소의 재판관선임에 있어서 의회와 정부 외에 사법부에도 일정 비율 참여하도록 하고 있는 유형의 아래와 같은 국가들도 있다.

이탈리아 헌법재판소는 15인의 재판관으로 구성되는데 대통령에 의해 지명되는 5인, 상하원 양원 합동회의에서 선출되는 5인, 사법부에서 선출되는 5인(이 5인은 대법원판사회의에서 3인, 최고행정법원판사회의에서 1인, 회계법원판사회의에서 1인이 선출됨)으로 구성된다(이탈리아헌법 제135조 제1항).

스페인의 헌법재판소는 12인의 재판관들로 구성되는데 이 12인 재판관 중 4인의 재판관은 하원이, 4인의 재판관은 상원이, 2인의

재판관은 행정부가, 2인의 재판관은 사법부 총평의회가 제청을 하여 국왕이 12인 재판관 모두를 임명한다. 국왕은 제청을 받은 대로 임명할 뿐이기에 실질적으로 각 제청기관의 제청으로 재판관들이 선출되고 국왕의 임명권은 형식적인 것이다. 사법부의 선출 인원은 2인으로 상대적으로 의회, 행정부에 비해 적다. 12인 재판관 중 상하원의회가 8인의 재판관을 선출하여 의회의 제청권이 비중이 크다.

사법부관여형을 취하고 있는 위 국가들에 있어서도 대법원장 단독의 지명이 아니라 사법부의 회의체에서 선출하고 있다.

라) 특수형 - 의회와 헌법재판소에 의한 선출 등

특이한 유형으로 의회와 헌법재판소에 의한 선출이 이루어지고 있는 예가 있다. 그러한 예로 포르투갈의 경우를 들 수 있다. 헌법재판관은 모두 13인인데 이 중 10인의 재판관은 의회에 의해 선출되고 나머지 3인은 의회에서 선출된 이 10인의 재판관들에 의해 선출된다(포르투갈 헌법 제222조 제1항).

태국의 경우 모두 15인의 재판관 중 8명은 대법원장, 법과대학장 등으로 구성된 재판관후보선출위원회에서 선출 사람을 상원의 조언을 받아 국왕이 임명하도록 하여 후보선출에서 독특한 면이 있다.

4) 개선방안

가) 방안모색에서의 방향

a) 민주적 정당성의 중요성

그동안 민주적 정당성을 제고하기 위하여 현재의 재판관선출방식에 개선이 있어야 한다고 하는 견해들이 많았다. 그렇다면 왜 헌법재판관들에 있어서 민주적인 국민적 정당성이 강조되는지를 먼저 밝혀야 개선방안이 더욱 설득력을 가질 것이다. 헌법재판소가 그 구성

상 민주적 정당성을 가져야 할 논거는 다음과 같다. 다른 국가기관들도 민주적 정당성이 요구되는 것은 물론이나 특히 헌법재판소에 대해서는 헌법재판이 수행하여야 하는 임무가 그 기능상 가지는 특수성과 헌법재판에서 내려지는 결정이 가져오는 법적 효과 내지 영향력 때문에 구성과 조직에 있어서 그 기반으로서 민주적 정당성이 더욱 요구된다. 이 점은 헌법재판의 핵심이자 그 발달에 있어서 본령이라 할 수 있는 위헌법률심판을 두고 보면 분명해진다. 위헌법률심판은 주권자인 국민에 의하여 직선되는 대표자들로 구성된 의회의 산물인 법률에 대해 그 위헌여부를 판단하고 위헌이라고 판단되면 당해 법률을 무력화시키는 결정을 행하게 된다. 이처럼 국민에 의해 직선되어 구성된, 국민주권주의와 국민대표주의의 원리상 국민의 1차적 대표기관이자 합의제기관인 의회가 산출한 법률에 대하여 헌법재판소는 위헌결정권이란 강력한 권한을 보유하면서도 국민으로부터 직선되지 않은 기관이기에 국민적 정당성이 약할 경우에 그 권한행사와 활동의 기반이 역시 약해질 수 있다. 이는 위헌법률심판제도가 더디 발달한 국가의 경우 그 원인이 법률에 대한 심사에 대해 민주적 정당성에 의문이 제기되었던 데에 있기도 하였다는 사실을 보더라도 알 수 있다. 특히 유럽에서는 미국식의 사법심사제가 아니라 별도의 헌법재판소를 두었던 것은 일반 사법부가 권력분립의 구도에서 의회의 법률에 대해 심사를 하기는 힘들다는 사고에 기인한 것이기도 하다.

또한 헌법재판의 결정은 일반 민사·형사재판에서의 판결과는 달리 많은 국민들에게 그 영향력이 미치고 그 파급효과, 파장성이 지대할 수 있기에 이를 뒷받침할 민주적 정당성의 기반이 역시 중요하다.¹⁷¹⁾ 우리 헌법재판소법에서도 규정하고 있듯이 위헌결정이 가지

171) 이는 2004년 10월 21일에 선고된 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’에

는 기속력이(헌법재판소법 제47조 제1항) 제대로 발휘되기 위해서도 그러하다.

따라서 헌법재판소의 구성에 있어서는 민주적 정당성의 토대를 확보하는 문제가 근본적인 중요한 문제로 부각되고 헌법재판소가 그 임무를 충실히 효율적으로 수행하기 위한 보다 적절한 구성방식을 모색함에 있어서도 민주적 정당성을 가능한 한 충분히 확보하게 하는 방안을 찾는 것이 핵심적 과제가 되는 것이다.

위에서 살펴본 헌법재판소를 두고 있는 외국의 국가들에서도 국회 등 정치적 기관이 개입하여 재판관이 선출되는 것이 일반적인 경향을 볼 수 있다. 정치적 기관에 의한 지명에 대한 헌법적 의미를 다시 새길 필요가 있다. 정치적 지명이 결코 헌법재판의 정치에의 굴종이나 순종을 의미하는 것이 아니라 정치적 기관이 국민적 정당성을 가지고 국민을 대표하여 헌법재판관을 선출함으로써 헌법재판관의 선출에 국민적 정당성을 갖추도록 하겠다는 의미라고 보아야 할 것이다. 정치적 기관에 의한 임명은 헌법재판소를 정치적 성격을 지니는 기관으로 자리잡게 하려는 것이 아니라 이는 다양한 사회계층의 이익을 고려하는 재판관을 선정하기 위한 것이기도 하다.

b) 민주적 정당성과 재판관의 독립성·전문성

재판관의 선출방식을 모색함에 있어서도 재판관의 독립성보장에 긍정적인 방식을 찾아야 한다. 정치적 기관에 의한 헌법재판관의 선출이 헌법재판소의 재판기관으로서의 성격을 약화시키고 재판관의 독립성과 전문성의 확보에 긍정적이지 않다는 우려가 없지 않다. 그러나 민주적 정당성과 독립성을 상충되는 것으로 볼 것이 아니다. 민주적 정당성을 갖추도록 하는 것도 종국적으로는 국민적 정당성을

대한 위헌확인사건결정(2004헌마554결정, 판례집 16-2, 1-75면) 등의 예를 보면 이해될 수 있다.

토대로 헌법재판소의 위상을 높이고 이로써 더욱 헌법재판소와 헌법재판관이 독립성을 가지면 국민의 기본권보장과 정치권력행사에 대한 통제가 강화될 수 있게 되는 것이다. 정치적 기관에 의한 임명이 문제된다면 현재 우리의 대법원의 경우에도 대통령과 국회라는 정치적 기관들의 간여에 의해 구성되므로 마찬가지로 문제가 제기될 것이다.

민주적 정당성을 위하여 국민대표기관에 의한 선출이 이루어짐에 있어서 그 선출방식에 있어서 보다 객관적이고 공정한 재판을 수행하고 독립성을 유지할 수 있는 자질과 전문성을 갖춘 재판관을 선정할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 함은 물론이고 마련되는 것이 필요하다. 예를 들어 의회에서의 재판관선출에 있어서 의결정족수를 강화하는 등의 방안이 있을 수 있다.

한편 사실상 재판관의 정치적 독립성은 앞에서 논의한 재판관의 자격, 뒤에서 논의할 임기제 등의 신분보장에 관한 제도들의 개선을 통해 확보되도록 할 수 있다. 외국의 경험들에서도 재판관들의 정치적 독립성이 재판관의 임기, 신분보장 등을 통하여 직접적으로 확보되고 또한 주효하다는 것을 볼 수 있다. 참고로 프랑스에서도 정치적 기관에 의한 재판관의 선출이 정치적 성향을 가지게 하지 않을까 하는 의구심이 있었다. 그러나 헌법재판관의 임기가 9년 단임제라는 점과 헌법재판소의 결정에 의하지 아니하고는 헌법재판관이 사임 또는 해임될 수 없기 때문에 독립성이 유지된다고 한다.¹⁷²⁾ 오스트리아의 경우 행정부가 소장, 부소장, 6인의 재판관 모두 8인의 재판관을 선출하는 권한을 가져 헌법재판소 재판관의 과반수를 친행정부적 인사들이 장악할 가능성이 있는 문제가 있다. 또 의회에서의 재판관 선출에서 정당의 영향력으로 인한 정치성의 우려가 있었고 정당의

172) L. Favoreu, Les cours constitutionnelles, 3e éd., P.U.F., Paris, 1996, 85면.

역할이 실제 중요하다고 한다. 그러나 여야 정파간의 정치적인 타협에 따라 재판관이 지명되고 재판관이 일단 임명되면 임기 없이 70세까지 직무에 임할 수 있어 정치적 편향성의 문제가 불식된다고 본다.¹⁷³⁾

정치적 기관에 의한 선출이라고 하여 헌법재판에서 당연히 정치적 성향을 띠게 된다고 볼 수는 없다. 정치적 기관에 의한 선출, 지명이라고 하여 재판관이 임명 후 재판에서 자신을 지명, 선출한 정당이나 정파의 정치적 성향을 반드시 그대로 따르지는 않는 외국의 예를 볼 수 있다. 오스트리아의 경우에도 상·하원 의회에 의한 정치적 선출이라고 하더라도 재판관들이 판결에 있어서 정치적 성향을 띠지 않는다고 한다.¹⁷⁴⁾ 미국의 경우에도 대개는 지명권자의 소속 정당의 성향에 따라 인사를 지명하지만 임명 후 반드시 그러한 성향과 같은 성향의 의견을 제시하지 않는 대법관들도 있었다.¹⁷⁵⁾ 대표적인 예가 테어도어 루즈벨트(Theodoer Roosevelt)대통령이 지명한 홈즈 대법관(Oliver Wendell Holmes)이 대통령의 의도와 달리 반독점법에 대해 반대한 사례라든지 보수적인 공화당 소속 대통령에 의해 지명된 대법관들도 자유주의적 성향을 띠었던, 즉 예를 들어 리처드 닉슨(Richard Milhous Nixon)이 지명한 대법관들이 그의 의도와 다른 진보적 판결을 내린 사례 등에서도 그러한 사실을 볼 수 있다.¹⁷⁶⁾ 근래에는 오히려 대통령이 자신의 정치적 성향과 함께 하는 후보를 내세울 경우 상원의 인준이 어려울 것을 고려하여 중도

173) L. Favoreu, 위의 책, 33면 참조.

174) <http://www.vfgh.gov.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html> 참조.

175) 미국의 대통령이 연방대법관을 지명할 때 소속 정당의 입장을 관철시키려는 '당파적 이해관계'가 고려되고, 정권의 정책적 목표의 달성에 도움이 되느냐를 따지는 '정책적 고려'가 행해지나 "이러한 '당파적 이해관계'나 '정책적 고려'는 곧잘 배신을 당하기도 했다"(임지봉, 앞의 책, 2004, 328면).

176) Stephen L. Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Holt, Rinehart and Winston, 1984, 89면 등 참조.

적(moderate) 입장을 보이는 후보를 더 선호하는 경향이 있고, 정치적 입장을 명확히 드러내지 않는 인사가 후보로 지명되는 경향이 있다고 한다. 이에 따라 대통령의 후보가 인준을 받을 확률은 높아 지나 경우에 따라 대통령이 기대한 것과 다른 성향의 판결을 내리는 경향도 있게 된다고 한다.¹⁷⁷⁾ 따라서 의회의 인준과 여론의 지지를 받기 위해서는 객관적 자질이 필수적이고 의회에서의 검증도 대법관으로서의 객관적 자질을 가지고 있는지를 보는 데 주력하는 경향을 보여주고 있다.

결국 정치적 기관에 의한 선임 보다 중요한 것은 얼마나 정치적 영향력을 배제하고 소신껏 헌법의 지엄한 해석을 추구해나갈 자질있는 재판관이 제대로 임명될 수 있는가 하는 것이 중요하다.¹⁷⁸⁾ 그리고 여하튼 헌법재판관의 선출이 헌법재판소 외의 국가의 다른 어느 기관에 의해서건 이루어질 수 밖에 없다. 그리하여 정치적 기관에 의한 선출을 인정하더라도 적합한 인사가 선임될 수 있는 제도적 장치를 보완하는 것이 오히려 법적인 측면에서는 중점적으로 모색하여야 할 과제라고 할 것이다.

요컨대 민주적 정당성과 재판관의 독립성이라는 2가지 요구를 아울러 갖추기 위한 방안의 모색이 필요하다.

c) 실질적 권력분립주의 구현을 위한 헌법재판소 위상의 확보

오늘날 고전적인 3권간의 권력분립주의는 현실상의 한계를 보여주고 있다. 입법부의 행정부에 대한 견제기능이 약화되고 있다는 것이다. 의회 내에 다수당이 대통령과 행정부를 지지하는 경우에는 실제 의회의 대정부통제권이 약화된다. 의원내각제의 경우 항상 의회다수

177) Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 8th ed, CQ Press, Wahsington, 2001, chapter 2 Justice, 27-71면 참조.

178) 비슷한 취지로, 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 헌법재판 운영현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 헌법재판소, 1993, 161면

당이 내각을 구성하고 내각불신임제도가 있으므로 의회의 대정부통제권이 약하다. 그리하여 오늘날 실질적·기능적 권력분립주의가 강조되고 있고 아울러 의회의 대정부통제권의 약화를 헌법재판이 대신하여 이를 보충하고 통제권의 역할을 수행해주어야 한다.¹⁷⁹⁾

이러한 실질적·기능적 권력분립주의의 구현을 위한 기능을 헌법재판소가 수행하기 위해서는 통제대상인 국가기관들에 대해 헌법재판소가 국가권력의 구도상 적절한 위상을 확보하도록 해주어야 하고 그 위상의 근저에 국민적 정당성이 있어 그것을 뒷받침해 주어야 한다. 결국 이 문제도 민주적 정당성의 문제로 귀결된다.

나) 선출방식의 개선방안

a) 대통령의 지명에 대한 국회동의

대통령과 국회는 국민에 의해 직접 선출되는 국민의 대표기관으로서의 지위를 가지므로 대통령과 국회에 의한 재판관선출에는 민주적 정당성이 있다고 본다. 그러나 대통령이 지명하는 3인의 재판관(후보)¹⁸⁰⁾에 대해서도 국회의 동의를 거치도록 하는 것이 필요하다. 민주적 정당성을 더욱 강화하고 대법원의 경우 모든 대법관들이 국회의 동의를 받도록 하고 있는 것과 균형을 이루기 위해서도 국회의 동의를 필요하다고 본다.¹⁸¹⁾

b) 사법부의 관여 문제

179) 고전적 권력분립주의의 현실적 한계와 실질적 권력분립주의 및 헌법재판의 역할에 대해서는, 정재황, 국가권력의 조직·행사에 관한 헌법적 기본원리에 대한 연구, 법학연구 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2002, 28-31면 참조.

180) 앞으로 국회의 동의대상으로 변경된다면 국회동의를 앞 둔 피지명자들은 사실 재판관이라고 호칭하기보다 재판관 피지명자 또는 재판관후보라고 부르는 것이 정확할 것이다.

181) 이시윤, 앞의 글, 114면; 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 16면; 김효전, 헌법재판소제도의 문제점과 그 개선책, 공법연구 제27집 제1호, 1998. 12, 72면.

헌법재판소의 구성에의 사법부의 관여는 민주적 정당성이 약하다는 점에서 근본적인 검토가 필요하나 사법부의 관여를 인정할 경우에는 민주적 정당성의 강화를 위하여 상당한 정도의 제도적 보완이 요구되며 이를 위하여 위에서 살펴본 방안모색의 방향에 따라 다음과 같은 개선방안을 고려할 필요가 있다.

첫째, 대법원장에 의한 독립적 지명제도는 앞서 살펴본 대로 여러 가지 문제점들이 있으므로 폐지되어야 한다. 이는 사법부가 헌법재판소의 구성에 관여하는 유형의 국가에서도 그 예를 찾아보기 힘든 것이다. 헌법재판소를 두고 있는 위에서 살펴본 국가들 중에 헌법재판관의 임명에 있어서 사법부에 지명권을 주고 있는 국가인 스페인, 이탈리아의 경우에서도 사법부의 합의체에서 사법부에 할당된 인원의 헌법재판관을 선출하도록 되어 있고 대법원장이라는 독립기관에 그 권한을 부여하고 있지는 않다.

둘째, 그렇다면 대법원장의 지명제도 대신에 사법부의 관여방식을 어떻게 할 것인가가 논의되어야 한다. 이에선 다음과 같은 방안이 고려될 수 있을 것이다. 먼저 사법부 내에서의 선출방식으로서, 사법부의 합의체에서 재판관의 선출을 주관하는 방식이다. 이러한 방식으로 적어도 대법관회의에서의 선출하게 하자는 의견이 개진되고 있다. 우리나라의 제2공화국에서는 대법원이 헌법재판소 심판관 3인을 선임하도록 하면서 대법원에서 심판관을 선임할 때에는 대법관회의에서 이를 선거하도록 하였다(제2공화국 헌법재판소법 제3조 제1항). 나아가 대법관 전원이 참여하고 각급 법원의 법관들의 대표자들도 참여하는 합의체에서 선출하는 방안도 검토할 필요가 있다. 이는 가능한 한 사법부 전 구성원의 참여를 통해 재판관후보의 능력과 자질에 대한 검토를 거치게 하고 사법부 전체의 의사를 집약하도록 함으로써 선출에 있어서 보다 정당성을 강화할 수 있게 하자는 취지

에서의 방안이라고 할 수 있을 것이다. 또한 현재 우리나라는 구체적 규범통제를 행하고 있고 위헌법률심판제청권이 대법원만이 아니라 일반 법원에도 주어져 있으므로 사법부가 선출하는 헌법재판관들에 대해 일반 법관을 포함한 사법부 전체의 의사가 그 선출에 있어서 반영되고 그리하여 후보선출에서의 정당성이 더 많이 주어진다면 일반 법관들이 헌법재판소에의 제청을 하고자 함에 있어서(물론 법적으로 제청주체는 법원 자체이지만) 더 많은 신뢰를 가질 것으로 기대할 수 있을 것이고 법원의 적극적 제청을 이끌어낼 가능성이 더 클 것이라는 점을 고려한 것이기도 하다. 모든 법관의 합의체에의 직접참여는 힘들겠지만 대법관 전원과 각급 법원의 의사를 수렴하여 대표하는 일반법관의 대표자들도 참여하는 합의체의 구성은 가능하다고 본다면 위의 방안을 검토해볼 필요가 있다.¹⁸²⁾

다음으로 사법부 외의 인사들이 참여하는 선출방식이 있을 수 있다. 예를 들어 변호사, 학계의 인사들이 헌법재판관후보추천위원회를 구성하여 후보를 선출한 뒤 이를 사법부의 합의체에 추천하여 이 후보들 중에서 사법부가 선출하는 방식도 고려해 볼 수 있을 것이다.

셋째, 만약 위 둘째의 방식에 있어서 사법부 내의 선출방식을 취할 경우에 사법부의 합의체에서의 재판관선출에 있어서 단순 다수가 아니라 적어도 절대 다수, 즉 과반수에 의한 찬성으로 선출이 이루어져야 할 것으로 본다. 물론 이는 정당성을 강화하기 위한 것이다. 이탈리아의 경우 사법부에서의 선출은 정치적 고려가 개입되지 않고 이루어진다고 하고, 최고사법법원, 최고행정법원, 회계법원의 각 대법관회의에서의 헌법재판관의 선출에 있어서 절대 다수로 선출이 결정되고 절대 다수의 득표자가 없는 경우에 결선투표가 행해진다.¹⁸³⁾

182) 적어도 대법관회의 및 법관인사위원회 등의 대법원 내부의 이용가능한 기구나 제도를 통해서 충분히 의견 수렴을 거칠 수 있는 제도적 보완이 필요하다는 견해로, 성낙인, 앞의 논문, 1047면 참조.

우리나라의 제2공화국에서도 대법관회의가 헌법재판소 심판관 3인을 선거함에 있어서 재적대법관 과반수의 투표를 얻어 선출되도록 규정하여(제2공화국 헌법재판소법 제3조 제1항) 과반수의 원칙을 설정하고 있었다.

넷째, 사법부는 그 구성원이 국민으로부터 직접선거되지 않았기에 취약한 민주적 정당성을 보완하기 위하여 사법부에서의 재판관선출에 국회의 동의를 거치도록 할 필요가 있다.

위와 같은 개선방안들은 사법부의 헌법재판소구성예의 관여에 있어서 부족한 민주적 정당성을 보완하고 그 정당성의 제고가 국가의 최고법인 헌법을 최종적으로 해석하는 최고기관인 헌법재판소의 위상을 제고하는 데 기여할 수 있을 것으로 본다.

c) 기타

그 외에 국민의 직접적 참여에 의한 재판관선출제를 고려할 수 있을 것이다. 시민단체나 일반 국민이 재판관의 도덕적 자질에 대한 판단은 어느 정도 할 수 있겠으나 헌법해석의 능력이라는 전문적 측면에서 재판관후보가 자질을 갖추고 있는지에 대해 판단하는 것은 전문적 지식이 없기에 어려울 수 있다는 점에서 그 참여에 신중을 요한다고 할 것이다.¹⁸⁴⁾ 인기영합주의 등의 문제가 있을 것이기 때

183) Alessandro Pizzorusso, La Cour constitutionnelle italienne Presentation de la Cour constitutionnelle italienne, Cahiers du Conseil constitutionnel n°6. 1996. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/pizzorusso.htm> 참조.

184) 우리는 본 연구 이전에 이미 국민에 의한 직접적 선출을 한 방안으로 생각할 수 있으나 “여러가지 문제점들이 나타날 수 있을 것”이고 국민에 의한 선출이 오토될 수도 있는 점 등 문제점을 지적하였다. 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구, 제22집 제2호, 48면 참조. 그런데 이러한 문제점의 지적에서 나타나지만 국민의 직접적 참여방안이 하나의 검토대상이라는 것이지 그 방안이 우리가 전적으로 주장하는 방안이라고 기술한 바 없음에도 이를 오해하여 그렇게 소개하는 문헌들이 있어 [이광윤/이봉환, 헌법재판기관의 구성원리와 우리 제도의 개선방향, 성균관법학, 제16권 제3호, 2004, 252면 주 35) ; 윤명선, 앞의 논문, 85면 주 5)]

문임은 물론이다. 일본의 경우 국민에 의한 검증제도가 있다. 즉 최고재판관의 임명이 있을 후 처음으로 행해지는 중의원 총선거에서 국민의 심사에 부치고, 그 후 10년을 경과한 후 처음으로 행해지는 중의원선거 총선거에서 다시 국민의 심판을 받도록 하고 있다(일본 헌법 제79조).

물론 제도적으로 공식화되지 않더라도 법조계, 일반 국민이나 시민단체의 재판관후보들에 대한 검증이 이루어지고 그 검토의견들이 선출기관인 국회와 대통령, 사법부 등에 전달되는 활동이 활발하여야 할 것이다. 미국의 경우에 연방대법관의 선출이 대통령의 지명에 의해 상원의 인준을 받아 이루어지지만 대통령이 후보를 지명할 때 미국 변호사 협회(American Bar Association)에서 후보자 검토를 위한 위원회를 열어 적격여부를 판단하는 보고서를 내어 객관적인 법관으로서 자질에 대한 의견을 제시하며, 여성단체, 인종차별개선단체, 낙태허용지지 단체 등 기본권과 관련한 단체들의 적극적인 의견 개진이 주로 언론매체를 통해 이루어지고 있다.¹⁸⁵⁾¹⁸⁶⁾

d) 비율의 문제

3부에 의한 재판관선출의 방식을 취하든 정부와 국회에 의한 재판관선출의 방식을 취하든 복수의 국가기관들이 재판관선출에 관여할

본 연구의 보고서의 지면을 빌어 잘못되었음을 밝혀둔다. 정재황, 앞의 논문, 48면은 이 방안에도 “여러 가지 문제점이 나타날 수 있을 것”임을 분명히 밝히고 있다.

185) 미국연방대법원의 대법관의 후보지명과정에서의 변호사협회의 검토의견의 개진, 상원의 동의과정에서의 인사청문회과정 등에 대해서는, 임지봉, 앞의 책, 324-333면 참조.

186) ‘대법관회의’나 ‘전체판사회’ 또는 대법원장, 헌법재판소장, 법원행정처장, 법무부장관, 검찰총장, 대한변협회장 등(헌법재판소 사무처장을 포함시킬 수 있을 것이다)으로 구성되는 범국가적 ‘헌법재판추진회의’에서 선출하도록 하는 것이 바람직하다는 견해로, 신봉기, 우리나라의 헌법재판관 선임제도, - 그 비판과 구체적 개선방안, 헌법논총, 제5집, 헌법재판소, 1994, 433-434면.

경우에 그 국가기관별로 선출할 재판관의 수, 즉 선출비율을 동일하게 할 것인가, 아니면 달리할 것인가 하는 문제가 논의되어야 할 것이다. 이러한 비율의 구분에 있어서 선출기관의 민주적 정당성의 정도에 따라 그 선출대상 재판관의 인원수(비율)를 달리 할 수 있을 것이다. 앞서 사법부의 관여의 민주적 정당성이 약하다고 하였는데 이러한 관점에서 대통령, 국회에 비해 사법부에 의한 선출의 비율이 낮게 배정될 수 있을 것이다.

(2) 국회에서의 선출·동의에서의 방식에 관한 개선

정당들의 정치활동이 이루어지는 국회에서의 재판관선출이나 선출동의의 과정은 정치적 영향을 받기 쉽다. 국회에서 정치적 계산에 의한 선출이 아니라 가능한 한 재판관으로서의 독립성을 갖출 수 있는 자질을 가진 인물을 재판관으로 선출하기 위한, 그리고 그 선출에 있어서 민주적 정당성을 더욱 확보하기 위한 방식이 마련되어야 한다. 예를 들어 의회에서의 재판관선출에는 특별정족수를 두는 등 그 절차에 있어서 보다 강화된 제도들을 외국에서는 두고 있음을 볼 수 있다. 재판관의 정치적 독립성에 관련하여 특히 문제될 수 있는 것이 정치의 장(場)인 국회에서의 선출과정이기예, 그리고 우리의 현황을 두고 볼 때 국회에서의 재판관선출의 방식에 대해 따로 그 개선방안을 살펴볼 필요가 있다.

1) 현황

현재 헌법과 헌법재판소법이 재판관 3인을 국회에서 선출한다고 규정할 뿐이지 헌법이나 헌법재판소법에 국회에서의 재판관선출의 방식에 관하여 특별히 규정하고 있지 않다. 국회에 조회한 결과 국

회에서 헌법재판관을 선출함에 있어서 원칙이나 방식 등에 관한 국회의 규칙도 없고, 결원이 생기면 국회의장이 원내대표와 협의하여 결정한 사람을 선출하는 것이 관례라고 한다. 국회에서 3인을 선출함에 있어서 원내 정당들 간에 타협과 배분이 이루어지고 있다.

2) 문제점

이처럼 국회에서의 재판관선출의 방식과 절차가 법제화되어 있지 못하다. 단순히 정당간의 배분은 자질이 있는 헌법재판관의 선출을 보장하지 못하는 경우를 초래할 수 있다. 정당의 성향을 따르는 인물이 선출되어 정치적 영향력을 받을 수 있다.

3) 외국의 제도

독일의 경우 연방상원, 연방하원에서의 헌법재판관선출은 연방법무부장관이 제출한 후보명부를 두고 이루어진다. 이 후보명부는 둘로 이루어지는데 그 하나는 헌법재판관자격을 보유하는 모든 연방대법관들의 명단이 등재되어 있는 것이고 다른 하나는 그 외 재판관후보명부로서 연방하원의 교섭단체, 연방행정부, 주행정부들에 의해 법학교수, 일반법관, 국회의원, 공무원 등을 대상으로 추천된 후보명단이 등재된 명부이다. 이 후보명부를 두고 연방하원, 연방상원이 선출에 임하는데 연방하원과 연방상원에서의 선출절차가 상이하다. 연방하원에서는 헌법재판관선출위원회에 의한 간접선거의 방식으로 선출이 이루어진다. 즉 연방하원에서는 먼저 헌법재판관선출위원회를 구성하는데 이 위원회는 의원들 중에 교섭단체비율에 근거한 d'Hondt 방식의 비례대표제원칙에 따라 입법기 동안을 임기로 하는 12인을 선출하여 구성된다. 이러한 구성방식은 위원회의 구성이 d'Hondt 방식이어서 소수 정당에게 다소 상대적으로 불리하다는 지적이 없지는

않았으나¹⁸⁷⁾ 재판관선출에서의 민주적 정당성의 확보에 기여하였다고 평가되고 있다. 이 위원회에서 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 8인의 헌법재판관을 선출하게 된다.

연방상원에서는 하원에서와는 달리 직접선거로 헌법재판관을 선출하나 의원 3분의 2 이상의 찬성에 의해 선출하도록 하여 3분의 2의 원칙은 마찬가지이다.

이처럼 독일 연방의회에서의 3분의 2라는 가중된 의결정족수에 의한 재판관선출을 하도록 하고 있는 것은 바로 정치적 영향력을 배제하기 위한 것으로 헌법재판관의 정치적 독립성 확보에 더욱 긍정적이라고 평가된다.¹⁸⁸⁾ 단순 다수나 과반수에 의하도록 할 경우에 있을 수 있는 다수당의 독식을 막겠다는 것이다. 그런데 정치적 영향력을 배제하기 위한 이러한 여러 제도를 두고 있음에도 헌정에서는 실제로 정치적 타협이 이루어져 선출이 정치적 성향을 띤다고 지적된다. 그러나 이러한 선출의 정치적 성향은 의회에서의 재판관선출 과정에서 극단적이거나 너무 현저한 견해를 가진 인물에 대해서는 거부하는 관행이 자리잡고 있고 특히 재판관들에 대한 독립성보장의 제도들에 의해 완화된다고 보고¹⁸⁹⁾ 큰 문제점을 보이지 않는다고 한다.

이탈리아에서의 의회에서의 선출방식은 상원과 하원의 합동회의에서 재적의원의 3분의 2 이상의 찬성으로 재판관을 선출하는데 계속해서 3분의 2 이상의 찬성에 의한 선출이 되지 않을 경우에 네 번째 표결에서부터는 5분의 3 이상의 찬성으로 선출한다.¹⁹⁰⁾ 이러한 가

187) K. Geck, Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, in: HStR, Bd. 2. 1. Aufl. 1987, § 55 Rn. 7.

188) K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, Rn. 41.

189) 이러한 취지의 지적으로, M. Fromont, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Cahiers du Conseil constitutionnel n°15, 2003, <http://www.conseil-constitutionnel.fr /cahiers/cc15/all1.htm> 참조.

중된 의결수를 요구하는 이유는 단순 다수에 의한 의결일 경우에 정부를 지지하는 다수파에 의하여 선출될 가능성을 차단하고 헌법재판관들을 정당들에 초월하는 위치에 두기 위한 것이라고 한다.¹⁹¹⁾ 즉 단순 다수로 선출하게 할 경우에는 다수파인 여당에 의해 그 선출이 좌우될 수 있고 다수 정당의 영향력을 받을 수 있으나 3분의 2란 의결수는 어느 한 다수당이 3분의 2 이상의 의석을 가지기란 어려우므로 어느 한 다수당에 의한 좌우를 어렵게 하기에 이러한 가중된 의결수를 통해 의회에서의 선출에 여당이나 특정 정당의 영향력을 벗어나 정당들 간의 타협에 의한 선출을 이끌어내기 위한 것이다. 실제로 이탈리아의 헌법재판소는 1947년의 헌법에서 헌법재판소를 도입하였음에도 1955년에야 구성이 되어 출범하였는데 이는 기독교민주당이 사회당과 공산당의 합의를 이끌어내는 데 8년이라는 세월이 소요된 때문이었다.¹⁹²⁾ 이탈리아의 헌법재판소는 다른 주요 유럽국가들에서도 볼 수 있듯이 재판관의 선출이 여러 정당들 간의 정치적 타협과 합의의 소산이라고 평가된다. 이탈리아의 의회가 재판관을 선출함에 있어서 후보자를 사전에 추천하거나 등록하는 제도는 없지만 다수당에게 재판관후보자를 내세울 권한이 일반적으로 인정된다고 한다. 그러나 흔히 의원들은 정당지시에 따르지 않고 자유투표를 행한다고 한다.

의회에서의 선출에 3분의 2 규칙이 적용되는 또다른 예로, 헝가리의 경우에도 의회의 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 헌법재판관을 선출한다.

스페인의 경우 12인 재판관 중 상·하원 의회가 8인의 재판관을

190) Alessandro Pizzorusso, 앞의 논문,
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc66/pizzorusso.htm> 참조.
 191) 이러한 취지의 지적으로, Louis Favoreu, 앞의 책, 68-69면 참조.
 192) L. Favoreu, 위의 책, 69면.

선출하여 의회의 제청권의 비중이 크다. 의회에서의 재판관선출에 있어서 재적의원의 5분의 3 이상의 찬성이라는 가중된 의결수를 요구한다. 이는 단순 다수를 의결수로 할 때 여당이 선출을 좌우할 수 있기에 이를 막고 가능한 한 폭넓은 공감대를 얻은 재판관들을 선출하도록 하기 위한 것이다.

벨기에의 헌법재판소(Cour d'arbitrage)는 12인의 헌법재판관으로 구성되는데 하원과 상원이 교대로 출석의원의 3분의 2의 찬성에 의하여 복수의 후보를 추천하면 국왕이 이 후보들 중에서 헌법재판관을 임명하게 된다.

헝가리의 경우에도 의회선출에서의 헌법재판관선출에 있어서 출석하여 투표한 의원의 3분의 2 이상의 찬성이라는 가중정족수를 요구하고 있다(헝가리헌법 제32/A조 제4항).

4) 개선방안

첫째, 무엇보다도 먼저 국회에서의 재판관선출의 방식과 절차에 관하여 법제화가 되어야 한다. 그 방식, 절차에 관해 헌법에 직접 규정할 필요까지는 없지만, 헌법재판소법이나 국회법에 보다 구체적으로 규정되어야 한다.

둘째, 국회에서의 선출과정에서 여야의 당파성을 벗어나 자질 있는 재판관을 선출할 수 있도록 신중한 논의와 타협이 이루어지도록 하는 제도적 방안이 필요하다. 선출에 있어서 다수당의 독점을 막기 위하여 그리고 과당성을 막고 자질 있는 재판관이 선출될 수 있도록 하기 위하여 국회에서의 재판관선출의결에 있어서 정족수를 가중할 필요가 있다. 위에서 본 외국들의 경우에서 가중정족수가 시행되는 예들이 많음을 볼 수 있었다.¹⁹³⁾ 문제는 현재 한국의 국회에서의 선

193) 우리나라에서는 참의원이 헌법재판소 심판관 3인을 선임하도록 되어 있었

출에 있어서 각 정당 간에 사전 협의하에 할당이 이루어지고 있는 관례를 보면 과연 의결정족수의 가중만으로 적절한 재판관이 선출되는 것이 담보될 수 있을 것인가 하는 의문이, 그리고 후보에 대한 실질적인 자질검증이 제대로 될 것인지 하는 의문이 나올 수도 있다는 것이다. 그러나 적어도 자질이 객관적으로 문제가 있음이 드러나거나 정치적 성향이 치우치는 경향을 보이는 후보는, 단순 다수결에 의함으로써 하나의 정당에 의해 그 선출이 좌우될 수 있는 상황에서 보다는 가중정족수에 따라 정당간의 합의를 끌어내어야 재판관을 선출할 수 밖에 없는 상황에서 배제될 가능성이 더 커진다. 요컨대 최소한의 심사는 이루어질 수 있을 것이라는 점에서 적어도 가중된 의결정족수의 제도가 필요하다고 보는 것이다.

셋째, 가중된 의결정족수의 도입문제와 더불어 중요한 것은 인사청문회를 거친다고 하더라도 역시 충분한 자질을 검증할 의원들의 성실한 노력과 판별력이 요구된다고 하겠다.

미국의 연방대법관은 연방상원의 동의를 받아 임명되는데 연방상원의 동의는 과반수의 찬성으로 의결한다. 연방상원의 임명동의과정에 있어서 인사청문절차가 이루어지는데 후보의 정치적 성향 보다는 대법관으로서의 자질을 갖추었는지에 대한 검증에 주력한다.

한편 앞으로 대통령이 지명하는 재판관(후보자)과 사법부가 선출하는 재판관(후보)¹⁹⁴에 대해서 국회의 동의를 받도록 할 경우에 있어서도 위에서 검토한 가중정족수 규칙이 적용되어야 할 것이다.

던 제2공화국에서는 참의원에서 심판관을 선임할 때에는 재적의원 과반수의 투표를 얻어야 하도록 규정하고 있었다(제2공화국 헌법재판소법 제3조 제2항).

194) 앞으로 국회의 동의대상으로 변경된다면 국회동의를 앞 둔 피지명자들은 사실 재판관이라고 호칭하기보다 재판관 피지명자 또는 재판관후보라고 부르는 것이 정확할 것이다.

(3) 순차적 개선(改選)제도의 도입 문제

1) 논의의 필요성

우리 헌법재판소는 2006년 8월과 9월에 1인의 재판관들이, 2007년 3월에 1인의 재판관이 임기가 만료되어 근접한 시기에 6인의 재판관이 교체될 상황이다.¹⁹⁵⁾ “올해와 내년에 …… 헌법재판소는 …… 재판관의 반 이상이 바뀌는 인사 혁명을 겪게 돼 있다. 2007년 3월까지 …… 헌법재판관 6명이 물러나는 것이다” 라고 어느 신문의 사설도 지적하고 있다.¹⁹⁶⁾ 인접한 시기에 재판소 구성원의 절반이 교체되는 것이다. 이는 헌법재판소의 업무의 연속성 등에 바람직하지 않아 문제가 있고 이에 대한 개선방안이 모색될 필요가 있다고 지적되고 있다.

이러한 문제점에 대비하기 위하여 순차적 개선(改選, 개임)제, 즉 동시에 모든 재판관의 교체가 이루어지지 않게 하고 일정한 시차를 두고 재판관의 일부씩을 교체하게 하는 제도의 도입이 검토될 수 있고 순차적 개선제도가 실제로 시행되고 있는 외국의 예가 있기도 하다. 순차적 개선제도는 재판관의 성향의 다원화 뿐 아니라 헌법재판의 경험을 이어가고 헌법재판소의 연속성을 갖추게 하는 긍정적인 효과가 있다고 본다.

2) 외국의 제도

프랑스의 경우 9년 단임제의 9인의 헌법재판관들이 9년마다 전부

195) 5인의 재판관이 2006년 9월 14일 임기만료로, 1인의 재판관이 2006년 8월에 정년으로 퇴직하게 되어 있다. 헌법재판소 사무처 자료 참조.

196) 조선일보 2005년 6월 22일자 사설 '인사혁명을 앞둔 사법부를 바라보는 걱정', <http://www.chosun.com/editorials/news/200506/200506210493.html>(접속일 2005년 6월 22일) 참조.

교체되지 않고 3년 마다 3인의 재판관이 순차적으로 교체되도록 하고 있다(프랑스헌법 제56조 제1항). 이는 계속성을 유지해 가도록 하기 위한 것인데,¹⁹⁷⁾ 뤼세르(F. Luchaire) 교수는 이는 급격한 변화가 없이 발전을 가져오게 하려는 헌법제정권자의 의도의 소산이라고 한다.¹⁹⁸⁾ 프랑스의 순차적 개선제도에서는 또한 선출권자 간의 분산이 이루어지고 있다. 3인씩의 재판관을 지명하는 대통령, 하원 의장, 상원의장은 3년 마다 재판관 1인씩을 지명한다. 즉 각 지명기관이 애초의 3인의 재판관은 각 3년, 6년, 9년의 임기로 구분하여 지명하였고 따라서 각 지명기관은 3년마다 1인의 재판관을 다시 지명하게 되는 것이다. 그리하여 재판소 전체적으로도 3분의 1씩의 개선이 있게 되지만, 각 지명기관들도 자신이 선출해야 할 재판관 수의 3분의 1씩을 개선하게 되는 것이어서 순차성이 더 강화된다. 이러한 선출기관별 할당된 순차적 개선제도는 계속성과 더불어 재판관 출신의 다양성을 갖출 수 있게 하기 위한 것이다.¹⁹⁹⁾

루마니아의 경우에도 9년 임기의 재판관을 3년 마다 3인씩 순차적으로 개선하도록 하고 있다(루마니아헌법 제142조 제5항).

스페인의 헌법재판소에 있어서도 임기 9년의 12인 재판관들이 3년마다 3분의 1씩, 즉 4인씩 개선되도록 하는 순차적 개선제도를 두고 있다(스페인 헌법 제159조 제3항).

포르투갈의 경우 헌법재판소법을 개정하여 경과적인 규정으로 의회에서 선출되는 4인의 재판관과 재판관들에 의해 선출된 1인 재판관은 임기 절반에서 퇴임하도록 하는 조치를 취하였는데 이 5인의 재판관을 추첨에 의해서 결정하였다. 이는 비례적 순차제는 아니긴 하나 역시 9년 임기만료로 동시에 13인의 재판관이 모두 교체되는

197) D. Rousseau, 앞의 책, 37면.

198) F. Luchaire, 앞의 책, 65면.

199) L. Favoreu, 앞의 책, 85면.

것을 막기 위한 경과조치였다.²⁰⁰⁾

3) 검토

동시에 전 재판관들이 교체되는 것보다 시차를 두고 교체된다면 헌법재판소의 업무에 있어서 보다 계속성을 가져오게 할 것이다.²⁰¹⁾ 그리고 그때 그때 시대가 요구하는 적격한 재판관의 기용을 위하여서는 순차적 개선제도가 바람직하다고 보기도 한다. 우리나라의 경우에도 제2공화국 당시 구성은 되지 못했으나 헌법재판소가 6년 임기의 9인 재판관을 2년 마다 3인씩 개선하도록 하였던 예가 있다(제2공화국헌법 제83조의4 제3항).

정년제 때문에 또는 의원사퇴로 임기도중에 재판관의 교체가 있게 된다면 굳이 순차적 개선제도가 필요하지 않을 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 자연적 교체는 불규칙적인 교체이고 이러한 불규칙적 시차를 두는 교체로는 비슷한 시기에 여러 재판관들이 퇴임하게 될 가능성이 여전히 남게 한다. 당장 우리 헌법재판소의 경우에도 그동안 정년이나 다른 관직으로의 이임 등으로 변화가 있었지만 2006년 9월을 전후하여 근접한 시기에 6인의 재판관이 교체되게 되는 것을 보더라도 그러하다.

한편 순차적 개선제도에 있어서는 선출권자 각각에 있어서도 재판관을 순차적으로 개선하는 제도를 취하면 분산적인 개선이 될 것이다. 위에서 본 프랑스의 경우가 그 예이다.

순차적 개선제도에 있어서는 고려해야 할 문제점들이 없지 않을

200) 그런데 퇴임된 재판관들은 실제로는 재임명되었다. 이는 개정된 헌법이 연임을 금지하고 있으나 소급입법금지에 따라 이들에 대해서는 재임명이 이루어졌던 것이다. Lucas Prakke, Constantijn Kortmann(eds), *Constitutional Law of EU Members States*, Kluwer, Deventer, 2004, 692면.

201) 순차적 개선제도가 필요하다는 견해로, 성낙인, 앞의 논문, 1049면; 배상오, 앞의 논문, 18면; 정재황, 앞의 논문, 51면; 김종철, 앞의 논문, 38면 등 참조.

것이다. 일정한 비율로, 특히 균분한 인원의 재판관들을 일정한 시차를 두고 순차개선하는 제도를 설정한다고 할 경우에는 어느 정도의 시차를 두고 어느 정도 비율의 재판관을 순차적으로 교체할 것인가 하는 방식은 재판관의 정수, 선출기관별 선출해야 할 재판관의 수(비율), 재판관의 임기 등에 따라 달라질 것이어서 이는 앞에서 살펴본 재판관의 정수문제와 연관되고 뒤에서 살펴볼 재판관의 임기문제 등에 연관되는 것이기도 한다.

순차적 개선제도에 있어서 또한 고려하여야 할 점은 재판관의 사망이나 사퇴 등으로 임기 도중에 변동이 있을 경우에 보궐제도, 즉 후임자는 잔여임기를 채우는 제도를 택함으로써 규칙적 순차성이라는 제도의 취지를 살릴 수 있을 것이다. 보궐이 아니라 새로운 임기 전체가 새로이 시작된다면 불규칙적 교체를 가져올 것이기 때문이다. 순차적 개입제도를 두고 있었던 제2공화국 헌법재판소법은 보궐제도를 역시 두고 있었다(동법 제3조 제3항).

결국 주기적이고 균분적인 순차적 개선제도는 재판관의 정수, 재판관을 선출하는 기관의 수, 선출기관별로 선출될 재판관의 인원, 재판관의 임기 등이 어떠한가 등과 연관되어 그 구체적 내용이 정해질 수 있는 것이기도 하므로 앞으로 재판관 정수, 선출방식, 임기 등의 변화를 가져오게 한다면 그것에 따라 순차적 개선제도의 도입이 복잡한 상황이 될 수도 있을 것이다. 그렇더라도 여하튼 적어도 가능한 한 시차는 두고 일부씩 헌법재판관들이 교체될 수 있게 하는 방안들이 모색되어야 할 것이다.

(4) 선출절차의 문제 - 인사청문 등의 문제

국민의 대표자인 국회에서의 헌법재판관에 대한 인사청문은 국회의원의 입장에서는 동의여부의 표결을 위하여 헌법재판관의 자질에

대해 판단할 기회가 되고 아울러 국민의 알 권리를 보장하며 이는 헌법재판에 국민적 정당성을 가능한 한 부여하여야 할 필요성에 부응하기 위한 것이다.

우리나라의 경우 종전에는 9인의 헌법재판관 모두에 대해 국회의 인사청문을 거치지 않고 국회에서 선출되는 3인의 헌법재판관의 후보에 대해서만 인사청문을 거치도록 하여 헌법재판관들 간의 임명절차에서의 검증과정상 불균형이 지적되어 왔다. 2005년 7월 29일에 공포된 헌법재판소법개정법률은 헌법재판소법 제6조 제2항을 개정하여 “재판관은 국회의 인사청문을 거쳐 임명·선출 또는 지명하여야 한다. 이 경우 대통령은 재판관(국회에서 선출하거나 대법원장이 지명하는 자를 제외한다)을 임명하기 전에, 대법원장은 재판관을 지명하기 전에 인사청문을 요청한다”라는 규정을 두어 문제점을 시정하였다. 헌법재판소법의 개정으로 아울러 인사청문회법도 개정되었는데 개정법률은 2005년 7월 29일에 공포되었다.

이제는 인사청문의 실질화가 구현되도록 하는 것이 새로운 과제라고 할 것이다. 국회의 동의대상이 아닌 재판관후보에 대해 그 결과의 법적 구속력이 없는 청문이 의미가 있는가 하는 의문이 있을 수 있으므로 대통령이 지명하는 재판관과 사법부에서 선출하는 재판관들에 대해서도 국회의 동의를 거치도록 한다면 달라질 것이고 그 점에서 의회의 동의를 거치도록 하는 것이 의미가 있다.

(5) 임명권자의 문제

현행 헌법은 대통령이 지명하는 3인의 재판관 외에 국회에서 선출된 3인의 재판관과 대법원장이 지명한 3인의 재판관에 대해서도 대통령이 임명을 하도록 규정하고 있다(헌법 제111조 제2항). 위에서 논한 대로 대법원장에 의한 3인 재판관의 지명은 문제가 있다고 하

었는데 여하튼 대통령이 지명하여 선출된 헌법재판관들 외에 다른 기관들인 국회, 사법부에서 선출된 헌법재판관들에 대해서도 대통령이 임명권을 가지게 함으로써 헌법재판소의 위상을 낮추게 할 필요가 있느냐 하는 문제가 있다. 또한 현행 헌법에서 헌법재판소의 구성방식과 같이 3부에 의한 기관구성을 하도록 규정하고 있는 또다른 국가기관인 중앙선거관리위원회에 대해서 보면 “대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성한다” 라고 하고 9인의 위원 전부를 대통령이 임명하지 않는 것으로 규정하고 있다(헌법 제114조 제2항). 중앙선거관리위원회가 선거의 공정성을 보장하여야 하는 임무를 지닌 기관으로서 독립성이 확보되어야 한다는 점에서 헌법이 그러한 임명방식을 채택한 것이라면, 헌법재판소도 헌법재판이라는 중요한 임무를 수행함에 있어서 독립성을 강하게 지녀야 하는데 구성원의 임명에 대해 달리 규정한 것은 헌법체제상 균형이 잡혀있다고 보기 어려운 면이 있다. 현행 헌법상 정부형태의 특수성을 고려하고 국민의 직접 신임을 받는다는 점에서 실질성이 없는 형식적 임명권을 가진다고 하여 특별히 문제가 될 것이 없다고 볼 수도 있다. 그러나 대통령의 임명권이 형식적이라는 점에서 그리고 굳이 국민에 의해 직접 선거된 국회에서 선출된 재판관을(사법부선출의 재판관의 경우에도 국회의 동의를 받도록 하는 개선방안에 따르면 마찬가지이다) 대통령이 임명하게 함으로써 별다른 실익도 없이 위상의 문제만 제기된다는 점을 고려하여야 할 것이다.

따라서 선출과 동의(앞서 대통령지명의 재판관, 사법부선출의 재판관에 대해서도 국회동의를 거치도록 하자고 제안한 바 있다) 그 자체로 임명되는 것으로 하여 임기가 개시되도록 하든지 아니면, 선출과 지명으로 국민에 의해 임명된 것으로 간주하도록 변경하는 것

이 헌법재판소의 위상을 제고하는 데에 부응하는 것이라고 본다.

5. 헌법재판관의 임기와 정년 문제

(1) 임기 문제

1) 현행 규정

헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다(헌법 제112조 제1항). 헌법재판소법 제7조 제1항도 재판관의 임기는 6년으로 하며, 연임할 수 있다고 규정하고 있다.

2) 문제점

현재의 연임제도에 대해서는 재판관의 독립성보장과 관련하여 부정적인 견해가 많다. 연임제는 헌법재판의 독립성 확보를 위해 적절치 못하므로 단임제로 하되 종신제로 하면 헌법재판의 경향이 지나치게 보수화되고 정체될 위험이 있으므로 단임제로 하면서 정년을 두는 방안이 타당하다는 견해,²⁰²⁾ 헌법재판관의 연임을 가능하도록 함으로써 헌법재판관의 독립성을 침해하고 있고, 연임을 금지하지 않는 한 재판관의 업무수행에 있어서 재판관의 개인적인 이해관계로부터 완전히 독립될 수 없다는 견해,²⁰³⁾ 연임제의 경우에는 재판관이 자기를 지명·선출한 자의 눈치를 보지 않을 수 없게 하고 특히 임기가 종료되는 시기가 가까이 다가올 때에는 더욱 그럴 것이므로 단임제가 타당하다는 견해²⁰⁴⁾ 등이 있다.

202) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 19면.

203) 이육한, 앞의 논문, 42-43면.

임기제는 임기 동안 재판관으로서 신분보장을 받게 하고 독립적으로 판단에 임하게 할 것이나 중임을 허용하는 것은 연임을 유념하게 되면 외부의 정치적 압력을 의식하게 될 것이라는 문제점이 있을 수 있다고 지적된다. 반면 무임기의 종신제를 택할 경우에는 헌법재판관의 독립성을 강화하고 헌법재판기능의 연속성을 보장하는 데에 유리하긴 하나 보수성을 떨 수 있다.

현행 임기 6년이 적정한 것인지의 문제도 있다.

3) 외국제도

임기제도를 두지 않고 종신제로 하고 있는 대표적인 나라로 미국의 경우를 들 수 있다. 벨기에의 경우에도 헌법재판관의 임기가 없이 종신제로 하고 있다.

임기제를 두지 않으면서 정년제는 두고 있는 나라도 있는데 오스트리아의 경우가 그 예이다. 오스트리아의 경우 재판관의 독립을 강하게 보장하기 위해 임기제를 두고 있지 않으나 만 70세를 정년으로 하는 정년제를 두고 있다.

이탈리아의 경우 재판관의 임기는 9년이며 선서를 한 날부터 임기가 시작된다. 단임제이다(이탈리아헌법 제135조 제3항). 재판관의 자격으로서의 연령제한이나 정년제가 없다. 따라서 재판관들의 연령이 비교적 높을 수가 있다고 한다.

독일의 경우 재판관의 임기는 12년으로 연임되지 않고 단임제이다. 또한 정년제를 두고 있는데 68세가 정년이다.

프랑스의 재판관의 임기는 9년이며 단임제이다. 단 후임재판관이 재임한 기간이 3년 미만일 경우에는 다시 재판관으로 임명될 수 있다.

스페인에서는 재판관들의 임기는 9년으로서 연임이 되지 않는다.

204) 윤명선, 앞의 논문, 86-87면.

단 후임재판관이 재임한 기간이 3년 미만일 경우에는 연임될 수 있다.

포르투갈의 경우 재판관의 임기는 과거에 6년 연임제였으나 1997년의 헌법개정으로 현재 9년 단임제로 변경되었다(포르투갈 헌법 제 222조).

루마니아의 경우 헌법재판관의 임기가 9년이고 연임이 되지 않는다(루마니아헌법 제142조 제2항).

폴랜드의 헌법재판관은 임기가 9년이고 연임이 금지되고 있다(폴랜드헌법 제194조).

태국의 헌법재판관은 임기가 9년이고 연임이 금지되고 있다.

헝가리의 경우 9년 임기에 1회에 한하여 연임을 허용하고 있다.

체코의 경우 10년 임기에 연임이 가능하도록 하고 있다.

<표 III-2 외국 국가들에서의 재판관임기 및 연임 여부>

국가 구분	오스 트리아	독일	이탈 리아	스페인	프랑스	미국	포르 투갈	루마 니아	폴랜 드	태국	헝가 리	체코
임 기	무	12년	9년	9년	9년	종신제	9년	9	9년	9년	9년	10년
연임여부	무	불가	불가	불가 (재임 3년미만 의 경우 가능)	불가 (재임 3년미만 의 경우 가능)	무	불가	불가	불가	불가	1회 연임 가	연임 가능

4) 개선방안

가) 단임제

현행대로 임기제는 유지하되 단임제로 하고 중임을 금지하는 것이 재판관의 독립성과 재판의 공정성을 담보함에 긍정적이다. 단임제가 선출권자를 의식하지 않게 하고 소신 있는 재판의 풍토를 형성하는데 더 긍정적일 것으로 보는 견해들이 많다. 프랑스의 루쏘(D.

Rousseau) 교수는 단임제의 취지가 임명권자에게 호의적인 태도를 보일 필요 없이 자유로이 심리 판단할 수 있게 하기 위함이라고 한다.²⁰⁵⁾ 헌법재판관을 지낸 뤼셰르(F. Luchaire) 교수도 프랑스 헌법재판관의 임기 9년의 단임제는 헌법재판관이 고위인사의 대리인이 아니라는 것을 분명히 하기 위한 것이라고 하여 같은 취지의 견해를 보여준다.²⁰⁶⁾ 독일에서의 재판관 연임제의 단임제로의 변경의 역사도 재판관의 독립성과의 관련성을 보여준다. 즉 독일의 경우 현재 재판관의 임기는 12년으로 단임제인데 원래는 임기가 8년으로 연임이 가능하도록 되어 있었으나 연임제가 재판상의 독립성 보장에 긍정적이지 않을 수 있다는 비판이 제기되었고²⁰⁷⁾ 1970년에 연방헌법재판소법을 개정하여 12년의 단임제로 변경되었다.

위에서 본 외국들에서 임기제를 두고 있는 국가들에서는 헝가리, 체코를 제외하고 대체적으로 단임제가 채택되고 있다. 과거의 포르투갈도 우리처럼 6년임기로 연임을 인정하고 있었으나 1997년의 헌법개정을 통하여 9년의 단임제로 바뀌었다.

나) 적정 임기

단임제로 변경할 경우 현재처럼 6년으로 할 것인가 아니면 임기 연환을 연장할 것인가 하는 문제가 있다. 현재의 6년의 임기는 연임을 전제로 한 것이기에 검토가 필요하다고 본다. 단임제로 바꿀 경우에는 현재의 6년 보다는 장기가 되어야 할 것이다. 위에서 본대로 임기제를 채택한 외국의 국가들에서 단임제를 택하면서 그 임기가 적어도 9년 이상이다. 우리나라에서 단임제로 할 때의 적정 임기연한에 대해 학자들은 9년설, 12년설, 10-12년설 등 여러 견해를 제

205) D. Rousseau, 앞의 책, 44면.

206) F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel, Economica, Paris, 1980, 65-66면.

207) H. Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 2003, S. 54.

시하고 있는데 이는 현재의 임기 보다 늘리고 적어도 9년 이상으로
는 하자는 의견이 많다는 것을 보여준다고 하겠다.

단임제로 변경할 경우에 임기를 적정한 선에서 장기로 늘려야 할
논거로서는 아래와 같은 점들을 생각할 수 있다.

첫째, 단임제를 하면서도 어느 정도의 장기의 임기를 보장함으로써
재판관의 신분적 안정성을 도모할 수 있다. 이로써 재판관의 독립
성을 강화할 수 있다.

둘째, 헌법재판의 전문화에 긍정적일 수 있다. 현재의 6년 정도의
임기로는 헌법재판에 상당히 전문화가 되어갈 즈음에 재판관직을 떠
나야 할 상황일 수 있다. 또한 대법관의 경우와 비교하면 대법관은
지방법원, 고등법원에서 재판경험을 쌓은 뒤에 대법관이 되므로 종
래 다루어왔던 일반 민사·형사·행정사건을 담당하여 연속성이 있
으나 헌법재판관은 어느 날 임명 이후 헌법재판이라는 전문적 재판
을 본격적으로 다루게 되기에 새로이 임명된 헌법재판관에게 어느
정도의 적응기간이 상대적으로 더 필요할 것이다. 헌법재판에서 다
루어지는 사안들이 헌법이론적 접근과 분석을 요하는 경우가 많을
것이기에 더욱 그러하다. 헌법재판관의 임기를 어느 정도 장기로 하
는 것은 헌법재판의 전문화와 헌법이론의 심화, 그리고 그러한 전문
성과 헌법이론을 축적하는 데 있어서 바람직한 여건을 조성할 수 있
다고 본다.

헌법재판소의 성격을 이른바 정치적 사법기관으로 보고 헌법재판
소 재판관의 임기를 9년 이상으로 장기화하는 것은 대법관의 임기와
균형이 맞지 않다는 의견이 나올 수 있다. 그러나 헌법재판소의 재
판대상이 정치성이 강하다는 것이지 헌법재판소의 재판절차조차도
정치적 과정이라는 것이 아니고 사법절차이므로 재판기관으로서의
성격을 가진다. 그리고 재판대상이 정치적이수록 재판관의 정치적

독립성이 더 요구되는 것이다. 대법원이 담당하는 사건에도 정치적 성격의 사건이 있을 수 있다. 대법관과의 균형 문제도 헌법재판소와 대법원의 차이, 대법관과 헌법재판관의 차이를 인식하여 검토되어야 할 문제이다. 대법원과 헌법재판소는 그 업무의 성격이나 조직 등에 있어서 차이가 있다. 대법원의 경우에는 지방법원, 고등법원 등 하부조직이 있고 또한 대법관의 경우 대법관에 이르기까지 오랜 기간 지방법원, 고등법원을 거치면서 일반 민사·형사사건에 전문화가 되어왔다. 반면에 헌법재판소는 헌법문제를 집중하여 다루는 곳이고 하부조직이 없기에 물론 헌법문제를 임명 전부터 많이 다루어 본 재판관이 있을 수도 있지만 일반적으로 헌법재판관들은 임명 전에 재판관으로서 헌법재판업무를 집중적으로 다루어 볼 기회를 가져 보지 못하였다. 따라서 헌법재판관은 어느 정도의 적응의 기간이 필요하고 이를 감안하면 임기가 장기인 것에 합리성을 가질 수 있다.

위와 같은 장기제에 관한 논거의 제시가 가능하겠는데 반대로 지나친 장기는 보수성이라는 문제를 가져올 수도 있으므로 그 점에 대해서도 검토가 필요할 것이다. 요컨대 적절한 장기의 단임제를 모색하여야 할 것이다.

다) 헌법명시 문제

중임불가의 단임제로 하는 헌법개정을 할 경우에 헌법에 특별히 중임불가를 직접 명시하여야 할 것인가 하는 문제가 있다. 연임허용에 대해 언급하지 않은 경우에는 단임제라고 볼 수 있을 것이라면 현행 헌법 제112조 제1항 중에 후문, 즉 “법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다”라는 부분을 삭제만 하면 될 것이다. 그러나 헌법이 주요 국가기관의 중임 여부에 대해 직접 언급한 예들이 많은 점에서[대통령의 중임금지규정(헌법 제70조), 대법원장의 중임금지

규정(제105조 제1항), 대법관과 일반법관의 연임허용규정(헌법 제105조 제2항·제3항), 감사원장·감사위원의 1차 중임허용규정(제98조 제2항·제3항) 등] 헌법에 직접 중임불가를 명시하는 것이 보다 명료할 것이다.

연임 여부에 대해 헌법 자체에 불가를 명시하고 있는 국가의 예로, 이탈리아, 프랑스, 포르투갈, 루마니아, 폴란드, 태국 등의 경우를 볼 수 있다.

(2) 후임자 임기 문제

재판관이 임기 도중에 사망, 사퇴, 신체적 사유로 인한 직무수행 불능 등을 이유로 임기를 채우지 못하고 직무에서 물러나 궐원이 된 경우에 후임자는 잔여임기만을 채우는 보궐제도로 할 것인가 아니면 새로이 임기가 개시되는 것으로 할 것인가 하는 문제가 있다.

재판관에 따라 임기 개시일이 상이할수록 상대적이거나 재판관 구성의 다양성을 위해 바람직할 것이라고 보면서 재판관 결원시에 후임자의 임기가 새로 개시됨을 명시하자는 견해가 있다.²⁰⁸⁾ 이는 불규칙적이거나 시차를 둔 재판관의 교체를 가져오게 하는 방안은 될 것이다. 그런데 규칙적인 재판관의 교체를 가져오는 순차적 개선제도를 두고 있는 국가의 경우에는 보궐제도를 둘 가능성이 크다. 순차적 개선제도를 두고 있는 프랑스의 경우 임기중에 재판관이 사망이나 사퇴 등으로 인해 궐원이 생긴 경우에 보궐을 하도록 한다. 즉 궐원에 보충되는 재판관은 전임 재판관의 임기 잔여기간 동안만 재임하게 된다[프랑스 헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일 오르도낭스(Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958

208) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 19면.

portant loi organique sur le Conseil consttutionnel) 제12조
전문].²⁰⁹⁾

결국 이 문제는 순차적 개선제도의 도입과 관련되어 유기적으로 검토될 필요가 있는 문제이기도 하다.

(3) 정년 문제

1) 현행 규정

헌법재판관의 정년제도에 관하여, 즉 정년제를 둘 것인지, 둔다면 정년연령을 얼마로 할 것인지 등에 대해 현행 헌법 자체에는 직접적인 규정이 없다. 헌법재판소법이 재판관의 정년은 65세로, 헌법재판소장인 재판관의 정년은 70세로 한다고 규정하고 있다(헌법재판소법 제7조 2항).

2) 검토사항과 문제점

첫째, 검토사항으로서, 보다 근본적으로 정년제를 헌법재판관의 경우에도 적용할 것인가 하는 문제를 두고 정년제가 도입될 경우의 장점과 문제점 등이 논의될 수 있다.

둘째, 현재처럼 정년제를 계속 유지한다는 전제하에서도 문제가 있다. 먼저 정년제의 헌법상 근거에 관한 문제가 있다. 위에서 언급한 대로 헌법재판관의 정년에 대해서는 헌법 자체가 직접 명시한 바 없고 헌법재판소법에 정년제를 규정하고 있다. 한편 헌법 제113조

209) 다만, 전임 재판관의 잔여 임기가 3년 미만인 경우에 보궐한 재판관은 그 잔여 임기를 채운 뒤에 새로이 재판관에 임명될 수 있다(같은 오르도낭스 제12조 후문). 이러한 3년 미만의 잔여 임기의 경우에 가능한 예외적 재임 명제도는, 그렇더라도 순차성을 깨지는 않는다. 보궐로 잔여 임기를 메우고 새로이 9년의 임기가 다시 시작되기 때문이다.

제3항이 “헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하고 있는데 이러한 위임규정이 포괄적이라고 보고 정년제도 이 위임규정에 근거한다고 볼지 모른다. 그러나 재판관의 정년 문제는 재판관의 신분에 관한 중요한 사항이고 현재 대법관의 경우에는 정년에 대해 법률에 위임하는 명시적 헌법규정이 있다. 다음으로 정년제를 둘 경우에 정년연령을 직접 헌법에 규정하여야 할 것인가 아니면 헌법에서는 정년제를 둔다는 것과 정년연령 등 정년제에 관한 구체적 사항은 법률에 위임하는 것으로 충분할 것인가 하는 문제가 있다.

셋째, 현행 헌법재판소법의 문제점으로 헌법재판관과 헌법재판소장 간에 정년에 있어서 65세, 70세로 차등을 두어야 할 합리적인 근거가 없다는 지적이 그동안 있었다.²¹⁰⁾

3) 외국제도

재판관의 정년제도가 없는 국가로는 프랑스, 이탈리아, 스페인, 미국, 벨기에 등을 들 수 있다. 정년제를 두고 있는 국가로서 독일은 68세, 오스트리아와 헝가리, 일본, 태국은 70세를 정년으로 하고 있다.

정년제가 재판관의 보수화방지를 위한 것이라면 사실 정년 문제 뿐 아니라 보다 근본적으로 재판관으로 임명된 사람이 얼마나 재판관 직위에 오래 머물러 있게 할 것인가 하는 문제이므로 정년제가 막으려는 보수화방지는 사실 위에서 살펴본 임기제와도 연관된다. 따라서 정년제와 임기제와의 연관 속에서 외국의 경우를 유형별로 살펴볼 필요도 있겠는데 아래와 같다.

- ① 정년제를 두지 않고 임기도 없는 경우로 미국의 경우가 그 예이다.

210) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 18면.

- ② 정년제를 두면서 임기제도 두고 있는 유형으로 독일의 경우가 그 예인데 이 유형이 보수화를 방지하는 제도로서는 가장 강하다고 할 수 있다. 그러나 임기가 12년으로 장기이다.
- ③ 정년제를 두지 않으나 임기제는 두고 있는 유형으로서 이탈리아의 경우가 그 예이다. 이탈리아의 재판관의 임기는 9년이며 중임이 금지되는 단임제를 택하고 있는데(이탈리아헌법 제135조 제3항), 재판관의 자격으로서의 연령제한이 없고 정년제가 없기에 재판관들의 고령화의 가능성이 있다.
- ④ 정년제를 두면서 임기제를 두고 있지 않은 유형으로서 오스트리아가 그 예이다.

4) 개선방안의 검토

첫째, 정년제의 도입 여부 자체에 대해 있을 수 있는 찬반의 여러 견해들을 생각해 보면 아래와 같이 정리될 수 있다.

- ① 정년제의 도입에 대해 찬성하는 견해는 정년제가 재판관의 고령화와 헌법재판소의 보수화의 가능성을 막기 위한 제도로서 필요하다는 논거를 제시한다.
- ② 반면에 임기제에 부정적인 입장이 있을 수 있다. i) 임기에 있어서 단임제로 한다면 재판관의 활동기간이 한정될 수 있을 것이어서 그 점에서 이미 보수화의 방지제도를 갖추게 되므로 외국의 입법례(예를 들어 이탈리아 등)에서 보듯이 단임제로 하면서 정년제를 도입하지 않을 수도 있다는 소극적인 견해가 있을 수 있다. 그러나 이에 대해 위의 ①의 견해에서는 정년제가 없으면 고령화를 가져올 수 있을 것이므로 단임제를 채택하더라도 정년제를 두는 것이 필요하다고 주장할 가능성이 있을 것이다. ii) 헌법재판소는 헌법재판이라는 전문적인 재판업무

를 수행하고 있는데 재판관들이 비교적 지속적으로 헌법해석을 수행하고 연속성을 가지는 것이 필요하고 다른 한편으로 오늘날 고령화사회에서 특히 지적 활동인 재판에 있어서는 어느 정도의 고령이더라도 재판업무활동이 가능할 뿐 아니라 경륜도 중요한 기여를 한다는 점에서 정년제의 필요성에 대한 반론이 제기될 수도 있다.

- ③ 정년제를 두되 정년연령을 지금보다 상향하여 절충적인 효과를 가져오게 하자는 의견도 제시될 수 있을 것이다.

이상과 같은 견해들을 재검토하면서 정년제의 채택 여부에 대해 논의를 하여야 할 것이다.

둘째, 현재에서와 같이 정년제를 유지한다는 가정 하에서도 다음과 같은 점들이 개선대상으로서 검토되어야 한다. i) 먼저 정년제에 관하여 헌법에 근거규정을 두는 것이 필요하다. 법관의 정년에 대해서는 헌법 제105조 제4항이 “법관의 정년은 법률로 정한다”라고 명시적으로 법률에 위임하고 있다. 헌법재판관의 경우에도 정년제를 둔다면 정년제에 관하여 헌법이 직접적으로 명시적 규정을 두고 정년연령에 관해서는 법률에 위임할 수 있도록 하는 것이 필요하다. ii) 정년연령에 관해 법률에 위임할 경우에 지금처럼 헌법재판소장과 헌법재판관간에 정년에 차이를 두는 것은 타당하지 못하다. 헌법재판소업무의 본질이 재판심리이고 이에 참여함에 있어서 헌법재판관과 헌법재판소장 간에 차이가 없다는 점에서 정년에 있어서 차등을 두어야 할 합리적인 근거가 없으므로 통일을 기하는 것이 바람직하다.²¹¹⁾ 정년연령을 법률에 위임한다는 방안을 취할 경우 이는 입헌론적 논의가 아니나 현재의 헌법재판소법이 차등적으로 규정하고 있어 지적되는 중요한 문제점이기에 앞으로의 입법률적 논의에서 개

211) 이러한 취지로, 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 18면.

선안으로 제시될 필요가 있기에 살펴본 것이다.

6. 그 외의 독립성보장제도와 신분보장제도에 관한 문제

위에서 검토한 임기제, 정년제 문제도 재판관의 독립성보장, 신분보장에 관한 문제이다. 그외에도 이에 관한 제도로서 살펴볼 제도가 있다. 그런데 아래에 검토될 사항들은 헌법 자체 보다는 법률에서 그 구체적 규정들을 둘 경우가 많은 것들이긴 하나 법률로 규정하더라도 헌법재판관의 신분보장은 재판의 공정성에 직접적으로 영향을 미치기에 헌법적 요청에 대해 살펴보는 것이 필요하다고 보아 여기서 살펴보았다.

(1) 현행 규정

헌법재판소 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없고 헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다(헌법 제112조 제2항, 제3항, 헌법재판소법 제9조).

헌법재판소법은 재판관의 신분보장에 관하여 반의사해임금지규정을 두고 있다. 즉 재판관은 1. 탄핵결정이 된 경우, 2. 금고이상의 형의 선고를 받은 경우에 해당하는 경우가 아니면 그 의사에 반하여 해임되지 아니한다고 규정하고 있다(헌법재판소법 제8조). 헌법재판소법은 재판관의 겸직금지에 관한 규정을 두고 있는데 재판관은 1. 국회 또는 지방의회의 의원의 직, 2. 국회·정부 또는 법원의 공무원의 직, 3. 법인·단체등의 고문·임원 또는 직원의 직 중에 하나에 해당하는 직을 겸하거나 영리를 목적으로 하는 사업을 영위할 수 없다고 규정하고 있다(동법 제14조).

(2) 문제점

헌법재판관의 경우 심신장애로 인한 퇴직 등에 대해 규정을 두고 있지 않다. 대법관의 경우 법원조직법이 법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는, 대법원장의 제청으로 대통령이 퇴직을 명할 수 있다고 규정하고 있다(법원조직법 제47조).

헌법재판관의 사직에 있어서의 절차, 특히 헌법재판소의 동의 내지 확인 등의 과정에 관한 도입이 필요한지 등에 관한 검토가 필요할 것이다.

(3) 외국의 제도

이탈리아에서는 재판관은 의회의원, 지방의회의원, 변호사의 업무, 법률에 의해 정해진 모든 직무와 직책을 겸할 수 없다(이탈리아헌법 제135조 제6항). 교수직과의 겸직도 금지된다고 한다. 재판관들은 의회의원들과 같은 면책특권을 누린다. 즉 재판관들은 직무상 의견 제시와 표결에 관하여 면책된다. 재판관들은 임기 중에 헌법재판소의 허가없이 형사상 기소가 되지 않고 헌법재판소의 결정에 의하지 아니하고는 해임되지 않는다. 재판관들의 보수는 사법부의 최고재판관들의 보수에 상응하는 수준이다.

스페인에서의 헌법재판관의 겸직금지도 엄격한 편이다. 의회의원, 행정부공무원, 사법재판관으로서의 직무를 겸할 수 없고, 노동조합의 직무나 상업적, 산업적인 활동도 겸할 수 없다. 재판관은 임기중 자기 의사에 반해 해임되지 아니하고 매우 한정적인 사유로 재판소의 결정에 의해서만 해임될 수 있다. 재판관은 장관에 상응하는 처우를 받는다.

독일의 연방헌법재판소의 재판관들은 임기 도중에 본인의 의사에

반하여 해임당하지 않는다. 임기 만료 전에 사임을 하고자 할 경우에는 헌법재판소의 허가를 받아야만 사임할 수 있고 의무의 중대한 위반이나 6월 이상의 금고에 해당하는 범죄행위를 한 경우 등 엄격히 정해진 사유에 한해서 헌법재판소 자체의 결정에 의해서만 파면될 수 있고 그 외에는 면직이 금지된다. 헌법재판관은 임기중에 연방상원이나 연방하원, 연방정부나 주정부의 행정부에 소속될 수 없고 어떠한 다른 직업적 활동을 할 수 없으나 다만, 법학교수와의 겸직은 가능하다(독일연방헌법재판소법 제3조 제4항). 그러나 법학교수와의 겸직시 헌법재판관으로서의 직무를 우선하여야 한다.

프랑스 헌법재판관은 행정부의 장관, 경제사회평의회 구성원의 직무를 겸할 수 없고 어떠한 선거직과도 겸직할 수 없다[프랑스 헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일 오르도낭스(Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제4조]. 겸직이 금지되는 직업에 관해서는 의회의원과 같은 원칙이 적용된다(같은 오르도낭스 같은 조 제4항). 임기동안 헌법재판관은 어떠한 공직에도 임명될 수 없다(같은 오르도낭스 제5조). 헌법재판관은 국가공무원의 일반적 보수체계 외 특수 체계에서의 최상 2단계의 범주에 해당하는 보수를 받게 되고 겸직가능한 활동을 계속할 경우에 보수는 절반으로 삭감된다(같은 오르도낭스 제6조).

외국의 헌법재판관들은 대체적으로 겸직금지 등을 통해 독립성의 보장을, 그리고 본인의 의사에 반하는 해임의 금지 등을 통하여 재판관의 신분상 독립성을 보장받고 있다.

(4) 개선방안

정당가입이나 정치관여의 금지 뿐 아니라 헌법재판관의 직무상 독

립을 위하여 겸직금지에 관하여 법률로 정하도록 하는 헌법상의 근거규정을 마련하는 것이 의미가 있을 것이다. 현행 헌법은 국회의원은 법률이 정하는 직을 겸할 수 없도록 규정하고 있고(헌법 제43조), 대통령은 국무총리·국무위원·행정각부의 장 기타 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없도록 규정하고 있다(헌법 제83조). 헌법재판관의 겸직금지의 범위 등에 대해서는 법률에 위임될 수 있을 것이다. 한 국가에 있어서 헌법의 유권적 해석은 많은 국민들의 이해에 관련되므로 헌법해석을 담당하는 헌법재판관에 대해 법률은 겸직금지의 범위 등에 관해 충실한 규정을 두어야 한다. 이를 위해 법률에 헌법이 위임함을 분명히 하는 것이 바람직하다.

심신장해로 인한 퇴직 등에 있어서도 그 절차 등에 대해 법률에 규정을 두어야 할 것이다. 헌법재판소의 확인과 의결을 거쳐 퇴직하도록 하는 것이 필요하다.

현행 헌법재판소법은 의원사직(依願辭職)의 경우에 헌법재판소에 의한 일정한 절차를 요구하고 있지는 않다. 헌법재판관이 수행하는 임무의 중요성을 감안하면 원에 의한 사직의 경우이더라도 헌법재판소 재판관회의에서의 확인 등의 절차를 거침이 필요하지 않는가 하는 의견이 제시될 수 있겠다. 이에 대해 재판관의 선출기관이 각기 다르고 현재로서는 대통령이 임명권자이므로 헌법재판소의 개입이 적절하지 않다는 주장도 있을 수 있고 사실 사의의 표명을 누구에게 할 것인가 하는 문제들이 논란되기도 한다.²¹²⁾ 그러나 의원사직의 경우에도 본인의 명백한 의사를 확인하는 등의 절차가 재판관의 독립성보장에 나은 여건을 구축하게 할 것이다.²¹³⁾

212) 이 점에서 앞서 대통령에게 형식적인 임명권을 부여하고 있는 현행 제도에 대하여 문제점들을 지적하였지만 여기서도 문제점이 나타난다고 할 것이다.

213) 국회의원의 경우에는 국회의 의결로 의원의 사직을 허가할 수 있도록 하여(국회법 제135조 제1항) 의결제도를 취하고 있다.

7. 헌법재판소장의 선출, 임기 등의 문제

(1) 헌법재판소장의 선출방식의 문제

1) 현행 규정

현행 헌법 제111조 제4항은 “헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다”라고 규정하고 있다.

2) 논의점

대통령에 의한 헌법재판소장의 임명에 대해서는 헌법재판소의 위상이나 독립성 문제와 관련하여²¹⁴⁾ 검토가 필요하다.

3) 외국의 제도

이탈리아의 경우 헌법재판소장은 재판관들 중에 헌법재판소 자신에 의해 선출된다(이탈리아헌법 제135조 제5항). 재판관의 비밀투표로 재판관 과반수의 찬성으로 선출되는데 1차투표에서 과반수의 득표자가 없으면 2차 투표를 실시하고 그래도 선출이 안되면 결선투표를 실시하여 최고득표자가 소장으로 선출된다. 결선투표에서도 동수인 경우에는 직무연한에 따르고 직무연한도 동일하면 연장자 순으

214) 이에 관련하여, 국가최고기관의 하나인 헌법재판소를 6년간 이끌어 나갈 수장의 임명에 있어서 단순히 대통령의 의지만 반영하기에는 무리가 따른다는 견해(성낙인, 헌법재판소 인적 구성의 비교헌법적 검토를 통한 대안 모색, 현대사회와 법의 발달, 균제 양승두 교수 화갑기념논문집, 홍문사, 1994. 12, 1049면), 재판소장이 재판관이기는 하지만 대우와 보수는 대법원장의 예에 의하도록 하고 있으며, 재판장이 되도록 규정하고 있는 점 등을 고려하여 볼 때 재판소장의 임명이 대통령에 의해 이루어지도록 하는 것은 헌법재판소의 독립성이라는 측면에서 다분히 문제의 소지가 있다는 견해(박인수, 헌법재판소의 구성에 관한 소고, 법률행정논총, 전남대법률행정연구소, 제15권, 1995. 12, 178면) 등이 제시된 바 있다.

로 선출된다.

스페인의 헌법재판소의 소장은 헌법재판소의 재판관전체회의에서 비밀투표를 통해 재판관들 중에 선출된 자를 국왕에 제청하면 국왕이 임명하게 된다(스페인헌법 제160조). 재판관전체회의에서의 소장선출을 위한 선거는 1차 투표에서 과반수의 득표로 선출이 결정되는데 만약 최다득표자가 2인 이상일 때에는 다시 선거를 하여 결정하며 또다시 득표가 같을 경우에는 경력이 많은 사람으로 결정하고 경력도 같을 경우에는 연장자가 당선된다.

벨기에의 경우 헌법재판소의 구성이 프랑스어그룹과 네덜란드어그룹의 두 조직으로 이루어지는데 이에 따라 헌법재판소장의 선출과 활동도 특이하다. 즉 헌법재판소장은 각 그룹별로 1인씩 소장을 두는데 각 소장은 헌법재판관들 중에서 호선되며(벨기에헌법재판소법 제33조), 양 소장이 1년씩 교대로 헌법재판소 전체의 소장으로서 직무를 수행한다(벨기에헌법재판소법 제54조).

포르투갈의 경우 헌법재판소장은 헌법재판관들에 의해 선출된다(포르투갈헌법 제222조 제4호).

헝가리의 경우 헌법재판소장과 부소장은 재판관들에 의해 재판관들 중에서 선출된다(헝가리헌법재판소법 제4조 제1항).

루마니아의 경우 헌법재판소장은 헌법재판관들의 비밀투표로 선출된다(루마니아헌법 제142조 제4항).

독일의 연방헌법재판소의 소장과 부소장은 하원과 상원에 의해 각각 교대로 선출되며²¹⁵⁾ 헌법재판소의 2개의 원에 나누어 각각 소속한다.

오스트리아의 경우 헌법재판소의 소장과 부소장은 연방행정부의 제

215) 제1기 헌법재판소의 경우 소장은 하원에 의해 부소장은 상원에 의해 선출되었다. H. Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 2003, S. 50f.

청으로 연방대통령에 의해 임명된다(오스트리아헌법 제147조 제2항).

프랑스의 경우 헌법재판소장은 대통령에 의해 임명된다(프랑스헌법 제56조 제3항). 프랑스의 경우에 대통령에 의한 임명에 대해서는 비판이 많다.

체코의 경우 헌법재판소장은 대통령이 재판관중에서 지명한다.

폴랜드의 경우 특이성이 있다. 즉 헌법재판소 재판관들의 전원합의체에서 제청한 후보들 중에서 대통령이 헌법재판소장과 부소장을 임명한다(폴랜드헌법 제194조).

위의 입법례를 정리하면 헌법재판소 자체에 의하여 소장이 선출되는 국가의 예로는 이탈리아, 스페인, 포르투갈, 벨기에, 헝가리, 루마니아를 들 수 있고 의회에 의해 선출되는 국가의 예로는 독일, 대통령에 의해 임명되는 국가의 예로 오스트리아, 프랑스, 체코를 들 수 있다. 결국 헌법재판소 자체에 의한 선출의 경우가 비교적 많다고 할 것이다.

4) 개선방안의 검토

첫째, 대통령이 헌법재판소장을 임명하도록 하여 헌법재판소의 법적 위상이 대통령이나 국회 보다 저하되는 것은 헌법구도상으로도 부인할 수 없는 사실이다.

둘째, 헌법재판소장의 지위와 권한을 살펴보면, 헌법재판소법 제12조 제3항은 “헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속공무원을 지휘·감독한다”라고 그 권한을 규정하고 있는데 헌법재판소장이 헌법재판소를 대표하는 만큼 그 선임도 헌법재판소 자체의 독자적 판단에 의하도록 하는 것이 헌법재판소의 위상을 제고하고 독립성과 자율성을 강화한다는 점에는 더욱 부합되는 것은 사실이다.

셋째, 대통령이 국회의 동의를 얻어야 하긴 하나 소장임명권을 가지면 결국 자신이 선임한 재판관들 중에서 소장을 선택할 가능성이 크다. 국회나 사법부에 의해 선출된 재판관들도 소장으로 선출될 가능성도 마찬가지로 열어두어 소장에 보다 적합한 재판관이 선출될 여지를 넓혀두는 방안의 모색이 바람직할 것이다.

넷째, 3부에 의한 방식의 문제점은 앞에서 상세히 논구하였지만, 여하튼 현행 헌법하에서 3부선출방식으로 구성되는 국가기관의 또다른 예가 바로 선거의 공정성관리를 위해 설치된 중앙선거관리위원회인데²¹⁶⁾ 그 위원장은 위원 중에서 호선한다. 헌법의 조직규범의 체계적 관점에서 비교적으로 헌법재판소장의 선출방식에 대해 재검토할 필요가 있다.

다섯째, 대법원장의 경우도 국회의 동의를 거쳐 대통령에 의해 임명되므로 헌법재판소장의 경우에도 마찬가지로의 방식을 취하는 것이 균형을 이룬다고 볼지 모른다. 그러나 대법원과 헌법재판소의 균형을 언급하는 것은 적어도 헌법재판소가 대법원의 위상의 정도에도 못 미치는 정도의 위상을 가져서는 아니 된다는 의미에서이고 대법원의 방식을 그대로 따라야 한다는 것은 아니다.

여섯째, “호선이 오히려 재판관 사이의 지나친 경쟁과 반목을 초래할 위험성이 있음을 고려하고 현재소장의 역할이 다른 재판관보다 중요하다고 하나 본연의 심판기능에서는 특별한 차이를 인정해서는 안되며, 대통령과 국회가 관여하여 소장을 임명한다면 민주적 정당성 면에서도 적절하고 현재 자체에 대한 다른 국가권력의 견제와 균형의 묘도 있는 것이므로 현재대로 유지하는 것도 나쁘지 않다”라는 견해가 있다.²¹⁷⁾ 그러나 경쟁과 반목은 헌법재판소장의 선출에서만

216) 중앙선거관리위원회도 “대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로” 구성되어(헌법 제114조 제2항) 헌법 재판소처럼 3부에 의한 구성방식에 의한다.

문제될 것은 아니고 어느 선거제에서든 있을 수 있고 대통령에 의한 임명의 경우에도 반목이 있을 수 있고 반목을 막기 위한 합리적인 호선방식, 예를 들어 절대다수나 3분의 2 이상의 찬성을 얻은 재판관을 소장으로 선출하게 하는 방식 등을 검토할 수 있을 것이다.²¹⁸⁾ 또한 국가권력의 견제와 균형은 이미 대통령의 3인 재판관 지명권에서 이루어지고 있다. 본 연구에서도 누누이 강조하고 있지만 그렇게 헌법재판소에서 수행하는 헌법재판은 헌법의 최종적 해석이라는 점에서 위상과 독립성, 자율성이 중요하고 이것이 헌법재판소의 조직의 기본지침이기도 하다는 점에서 그 시각을 견지해야 할 것이다.

여하튼 위와 같은 점들을 고려하여 헌법재판소장의 선임방식에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다.

만약 호선의 방식을 취한다고 할 경우에는 그 구체적 방식에 관한 자세한 것은 법률로 정하게 될 것이나 선출을 재판관의 단순다수의 찬성으로 할 것인지 아니면 재판관 과반수의 찬성으로 할 것인지 아니면 재판관 3분의 2 이상의 찬성으로 할 것인지 하는 문제들이 있다. 가중의결수를 채택하는 경우에는 결선투표제의 도입이 필요해질 것이다. 1999년 헌법재판소의 용역보고서에서는 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 선출하고 1차 투표의 결과 피선거자가 없을 때에는 최고득표자와 차점자에 대하여 결선투표를 하여 그 중 다수득표자를 당선자로 하되 다수 득표자가 2인 이상일 때에는 연장자를 피선거자로 하도록 제안한 바 있다.²¹⁹⁾

우리나라의 제2공화국의 헌법재판소법에서는 헌법재판소장은 심판

217) 김종철, 앞의 논문, 31면.

218) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 27면은 “혹시 호선의 과정을 통해 재판관 사이에 갈등이 야기될 염려가 없지 않다”라고 보면서도 “그러나 일정한 합리적 기준에 따라 관행을 정착시킨다면 호선에 따른 갈등의 소지를 방지할 수 있을 것이다”라고 한다.

219) 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 28면.

관중에서 호선하여 대통령이 이를 확인하도록 하였고 이 호선에서 재적심판관 과반수의 투표를 얻어야 소장으로 선출되는 것으로 하였다(동법 제5조 제2항, 제3항).

(2) 헌법재판소장의 임기와 중임 문제 등

1) 현행 규정

현행 헌법은 헌법재판소장의 임기와 중임가능성 등에 대해 직접적으로 명시하는 규정을 두고 있지 않다. 헌법재판소법에도 이에 관한 규정이 없다.

2) 문제점

현행 헌법에 헌법재판소장의 임기에 관한 직접적이고도 명시적인 규정이 없기에 논란이 야기될 여지가 없지 않다. 헌법재판소장이 재판관들 중에서 선임되므로(헌법 제111조 제4항) 임기가 당연히 재판관의 임기와 같이 6년으로 된다는 것을 헌법이 예정하였는지 모르나 그렇게 해석할 경우에 아래와 같은 문제가 있다. 즉 재판관들 중에서 헌법재판소장을 선임하기에 소장이 중도에 사망, 사퇴 등으로 꺾이 되는 경우에 후임자가 선출되면 그 임기가 문제될 수 있다. 결원이 된 재판관의 후임으로 새로이 임명되는 재판관이 소장으로 선임되는 경우에는 재판관의 결원에 있어서 전임자의 잔여임기만을 채우는 것이 아니라 새로이 6년의 임기가 주어진다고 해석된다면 새로운 소장은 6년의 임기가 될 것이다. 그러나 기존의 재판관들 중에서 소장이 선임되는 경우에는 소장의 임기가 명확하지 않다. 즉 이미 임기가 개시되어 임기도중에 있는 재판관들 중에 소장이 임명될 경우에 소장으로서의 임기는 잔여 임기인지 아니면 새로이 6년이 개

시되는지, 그 뒤 연임될 수 있는지 등 불분명한 점들이 있다.

헌법재판소장이 중임될 수 있는지에 대해서도 헌법에 규정이 없는데 역시 논란의 여지가 있다. 대법원장의 경우에는 “중임할 수 없다”라고 명시하고 있는 점에(헌법 제105조 제1항) 비추어 보아도 그러하다.

3) 외국의 제도

외국의 제도로는 장기로 하는 예도 있고, 단기의 임기로 하고 있는 예도 있다. 헌법재판소장의 임기를 단기로 하고 있는 국가들에서는 연임도 가능하게 하고 있다. 즉 이탈리아의 경우 헌법재판소장의 임기는 3년으로 연임이 가능하되 그의 재판관으로서의 임기를 초과할 수 없다(이탈리아헌법 제135조 제5항). 그런데 근래에 선출된 소장들을 보면 자신의 12년 임기를 얼마 두지 않고 소장으로 선출되는 경우가 많다고 한다. 스페인과 헝가리의 헌법재판소장의 임기도 3년이며 연임이 가능하다(스페인헌법 제160조, 헝가리헌법재판소법 제4조 제2항).

4) 개선방안 모색을 위한 논의점

헌법재판소장의 임기와 중임 여부에 대해 명백한 규정을 두어야 한다. 재판관 중에서 선출할 경우에 소장으로서의 임기는 선출될 때부터 재판관으로서의 남은 임기까지로 할 것인지 아니면 달리 정할 것인지 등에 대한 검토가 필요할 것이며 명백한 규정을 두어야 할 것이다. 이 문제는 소장의 임기를 단기로 할 것인지 아니면 장기로 할 것인지 하는 점과 연관되어 고려될 문제이기도 하다.

또한 헌법재판소장의 중임을 인정할 것인지 아니면 단임제로 할 것인지에 대해서도 임기의 장단의 검토와 더불어서, 그리고 앞서 언

급한 헌법재판소장의 선임방식을 외부 기관에 의한 임명제로 할 것인지 호선으로 할 것인지 등에 대한 검토와 연동하여 논의되어야 할 것이다.

(3) 권한대행

1) 문제점

권한대행에 대해 현행 헌법에 직접적인 규정이 없고 현행 헌법재판소법 제12조 제4항은 헌법재판소장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 다른 재판관이 헌법재판소규칙이 정하는 순서에 의하여 그 권한을 대행하도록 규정하고 한다.

최고기관의 장에 대해 법률이 아닌 규칙으로 권한대행을 규정하도록 한 것은 법체계의 균형이나 기관의 위상에 적절하지 않다.²²⁰⁾

2) 검토사항

헌법 자체에 권한대행에 대해 직접 규정을 둘 필요는 없을 것이고 법률에 위임하여도 좋을 것이다. 가능한 한 공백을 메우기 위하여 신속한 권한대행과 후임자의 선출을 위한 절차를 헌법재판소법에 규정하여야 할 것이다.²²¹⁾

220) 동지 : 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 26면.

221) 헌법재판소장의 권한대행에 관한 개선방안은 선행연구인 양건/김문현/남복현, 헌재법개정연구보고서, 28면 이하 참조.

IV. 헌법재판소의 관할 및 권한상의 문제점과 개선방안

현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점을 지적하고 개선방향을 제시하기 위해서는 우선 헌법재판소 및 법원의 관할에 관한 현행 헌법규정에 의하여 헌법재판제도가 어느 정도로 선결되어 있고, 현행 헌법상 관할규정에 기초한 헌법재판제도가 어떻게 운영되고 있으며 그 동안의 헌법재판의 실무와 운영실태에 비추어 어떠한 문제점이 발생하였는지를 파악할 필요가 있다. 나아가, 현행 헌법상의 관할규정을 개선하는 문제를 넘어서, 헌법재판소에 새로운 관할을 추가적으로 인정할 것인지의 문제도 함께 논의되어야 한다.

헌법재판의 목적이 헌법을 유지하고 관철하고자 하는 것이라면, 즉 모든 국가기관을 기속하는 헌법의 규범력을 사법절차를 통하여 확보하고자 하는 것이라면, 헌법재판제도는 이러한 목적을 실현할 수 있도록 규정되어야 한다. 이러한 관점에서 본다면, 현행 헌법재판제도에서 이러한 헌법재판의 목적과 본질을 저해하는 요소를 확인하고 이에 대한 대안을 제시하는 것이 가능할 것이다. 그러나 다른 한편으로는 헌법재판제도에 있어서 필수적으로 존재해야 하는 헌법재판 대상의 특정한 범위는 없으며, 이로써 헌법재판제도를 도입한다면 필수적으로 인정되어야 하는 헌법재판기관의 특정한 관할이나 권한도 없다.²²²⁾ 비교법적으로 보더라도, 다수의 국가에서 일부 영역과 관련하여 공통점을 발견할 수는 있으나, 헌법재판기관의 권한은 각 나라마다 실정법에 의하여 매우 상이하게 형성되어 있다. 따라서 헌법재판제도의 성격으로부터 헌법재판기관의 관할에 관한 특정한

222) Scheuner, Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: BVerfG und GG I, 1976, S.2; Zweigert, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, 71f.

결론을 도출하거나 헌법재판의 특정한 관할을 그 본질상 요청되는 것으로 또는 가장 이상적인 것으로 이끌어 내는 것은 가능하지도 않고 또한 바람직하지도 않다.

1. 헌법상 현행 규정

(1) 헌법재판소의 권한을 결정하는 두 가지 요소

국가조직 내에서의 헌법재판소의 역할 및 헌법질서와 사회적·정치적 영역에 대한 영향력은 한편으로는 ‘헌법이 헌법재판소에 어떠한 관할과 권한을 부여하고 있는가’의 문제와 다른 한편으로는 ‘헌법재판소가 헌법상 부여받은 권한을 어떻게 행사하고 있는가’의 관점에 의하여 결정된다. 첫 번째의 관점은 헌법상 부여받은 法的인 權限의 문제이고, 두 번째 관점은 주어진 관할의 범위 내에서 헌법해석을 통하여 자신의 권한을 어느 정도로 확대하는가의 문제이며, 이는 곧 다른 국가권력, 특히 입법자에 대한 審査密度의 문제를 의미한다.

1) 첫 번째 관점에서 볼 때, 현행 헌법인 1987년 헌법은 종래의 헌법재판기관과는 달리 헌법재판소에 광범위한 관할과 권한을 부여함으로써 우리의 헌법사에 있어서나 비교법적으로 강력한 헌법재판제도를 도입하였다.

우리 헌법재판제도의 역사를 보자면,²²³⁾ 1948년 헌법은 헌법재판기관으로서 법원으로부터 독립한 憲法委員會를 설치하여 법관의 위헌제청에 의한 법률의 위헌여부심판을 헌법위원회의 관할로 하고(헌법 제81조), 헌법위원회와는 별도의 헌법재판기관인 탄핵재판소로 하여금 탄핵심판을 다루게 하였다(헌법 제47조). 1960년 헌법은

223) 한국헌법재판제도의 변천에 관하여 정종섭, 헌법소송법, 2004, 60면 이하 참조.

종래의 헌법위원회와 탄핵재판소를 폐지하고 단일의 憲法裁判所를 설치하여 법률의 위헌여부심사, 헌법에 관한 최종적인 해석, 국가기관간의 권한쟁의심판, 정당해산심판, 탄핵심판, 대통령·대법원장·대법관의 선거에 관한 소송을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하였다(헌법 제83조의3). 1960년 헌법이 채택한 헌법재판제도는 5.16 군사쿠데타로 인하여 출범도 하지 못한 채 사장되고 말았으나, 헌법재판제도의 본질적인 심판절차를 거의 망라하는 상당히 진보적인 것이었다. 1962년 헌법은 1960년 헌법에서 채택했던 헌법재판소를 폐지하고, 법령 등의 위헌여부심사와 정당해산판결을 大法院의 관할로(헌법 제102조), 탄핵심판을 탄핵심판위원회의 관할로(헌법 제62조) 규정하였다. 1972년 헌법은 憲法委員會를 다시 도입하여 법률의 위헌여부심판, 탄핵심판, 정당해산심판을 관장하게 하였다(헌법 제109조). 1980년 헌법에서도 1972년 헌법의 헌법재판제도를 그대로 이어받아 헌법위원회로 하여금 위와 동일한 심판절차를 맡게 하였다(헌법 112조). 현행 1987년 헌법은 1960년 헌법 하에서 출범도 하지 못한 채 역사의 기억 속으로 사라진 憲法裁判所를 다시 부활시켜, 종래 헌법재판기관들에게 인정되었던 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 외에 우리 헌법재판의 역사상 처음으로 헌법소원심판을 헌법재판소의 관할로 규정하였다(헌법 제111조).

2) 한편, 두 번째의 관점에서 볼 때, 헌법재판소는 헌법의 해석에 관한 최종적인 결정권을 가지고 있고, 이로써 헌법해석을 통하여 자신의 권한을 스스로 정할 수 있는 권한을 가지고 있다.²²⁴⁾ 헌법규정 중에서 조직과 절차에 관한 비교적 상세한 규정들을 제외한다면, 헌법은 헌법전에 규정되어 있으나 헌법의 본질적인 내용은 헌법재판소

224) 한수용, 헌법재판의 한계 및 심사기준, 헌법논총 제8집, 1997, 209면 이하.

의 판례에서 발견된다. 일반적으로 ‘해석’이란 확정된 규범내용을 전제로 하여 이를 발견하고 인식하는 것을 의미하며, 헌법해석이란, 헌법이 스스로 규율하고 있는 것을 인식하는 것이다. 따라서 헌법제정자가 헌법제정 당시 인식하고 결정한 헌법적 문제는 그가 규정하였기 때문에, 헌법규범의 해석을 통하여 상당 부분 해결할 수 있다. 그러나 헌법제정자가 제정 당시 헌법적 문제를 인식하지 못하였거나 또는 정치적 타협의 산물로서 합의될 수 없는 부분을 의식적으로 규율되지 아니한 채 미래의 정치적 발전에 따라 규범의 내용이 형성되도록 개방적인 상태로 내버려 둔 경우, 헌법이 이와 같이 규율하지 않은 헌법적 문제는 고전적인 헌법해석을 통하여 접근할 수 없다. 따라서 기본권조항 및 법치국가원리, 민주국가원리, 사회국가원리, 자유민주적 기본질서 등의 헌법원칙은 고전적인 법해석방법으로는 그 의미를 밝힐 수 없다. 이러한 헌법규범의 경우에는 규범해석의 문제가 아니라 헌법을 실현하는 문제이기 때문이다. 즉, 여기서 헌법은 일반적인 것을 구체화하는 작업, 또는 그 내용을 채워 넣는 작업, 다시 말하자면 해석 이상의 창조적인 작업을 요청하고 있는 것이다. 따라서 헌법의 객관적 의미를 밝히는 객관적 해석방법도 궁극적으로 헌법재판소가 헌법에 의미를 갖다 붙이는 ‘헌법의 의사’, 사실은 ‘헌법재판소의 의사’라 할 수 있다.

이러한 관점에서, 국가행위의 헌법적 기준, 즉 한계와 지침은 헌법 스스로에서 나오는 것이 아니라, 헌법해석을 통한 헌법재판소의 판례에서 나온다. 즉, 헌법의 내용을 결정할 수 있는 자는 또한 자신의 권한에 관해서도 스스로 결정할 수 있는 것이다. 예컨대, 헌법재판소는 기본권과 관련하여 그 일반적 심사기준으로서 비례의 원칙을 확립할 수 있고, 또한 기본권에 객관적 가치질서로서의 성격을 인정함으로써 그로부터 ‘기본권보호의무’와 ‘과소보호금지의 원칙’을 이끌

어내고, 뿐만 아니라 ‘기본권의 제3자효’를 인정하여 ‘법관의 헌법합치적 해석’의 의무를 구성하고, 나아가 모든 중요한 법적 문제가 헌법적 문제가 되도록 함으로써 자신의 권한을 확대하고 입법자와 법원을 구속할 수 있다.

따라서 헌법재판제도가 있는 국가에서 헌법해석, 특히 기본권해석의 문제는 헌법재판소와 입법자간의 권한배분과 직결된 문제이다. 헌법재판소가 헌법을 어떻게 해석하고 이해하는가에 따라 입법자와 헌법재판소 관계에서 그 권한의 경계가 설정되기 때문에, 헌법의 해석은 항상 헌법재판소와 입법자간의 권한배분의 관점을 고려하여야 한다.²²⁵⁾ 그러므로 헌법재판소가 추상적이고 개방적인 헌법규범으로부터 구체적인 헌법적 기준을 이끌어 냄으로써 헌법을 구체적인 내용으로 채울수록, 공동체의 모든 중요한 문제가 사법적 심사의 대상이 될 수 있는 헌법적 문제가 되고, 이로써 헌법재판소 관할의 확대와 더불어 입법자의 형성권의 축소를 가져온다. 그 결과, 국가공동체의 중요한 문제가 민주적 토론과정을 거쳐서 입법자에 의하여 결정되는 것이 아니라 헌법재판소에 의하여 사법적으로 결정되는 결과를 가져오고, 입법자는 헌법의 테두리 내에서 사회형성의 주체로서 헌법을 독자적으로 실현하는 기관이 아니라 헌법재판소에 의하여 밝혀진 헌법규범의 의미를 집행하는 기관, 결국 ‘헌법재판소판례의 집행기관’으로 전락하게 된다. 따라서 헌법재판소가 헌법해석의 가능성을 어느 정도로 사용하는가 하는 것은 다른 국가기관과의 권력분립 또

225) Vgl. T. Würtenberger, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik, 2000, S.60ff.; Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznorm, zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, S.31; ders. Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S.2069f.; Starck, Die Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR Bd.VII., 1992, §164, Rn.13; Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 1981, S.505; Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd.1, 1986, S.118.

는 기능분립의 관점에서 핵심적인 문제이다.

(2) 현행 헌법상의 관할규정

여기서는 헌법재판소의 권한을 결정하는 위 2 가지 요소 중에서 후자(헌법적 관할 및 권한)에 관해서만 살펴보기로 한다.

헌법은 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항으로서 법원의 제청에 의한 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판을 규정함으로써 헌법재판소의 권한을 규정하고 있다. 헌법 제101조 제1항이 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”고 하여 사법권을 포괄적으로 사법부에 귀속시키는 개괄주의에 입각하여 사법부의 관할을 규율하고 있는 것과는 달리, 헌법은 헌법재판소에 관할을 포괄적으로 부여하지 아니하고 헌법 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항을 개별적으로 언급하는 열거주의를 채택하고 있다.

1) 헌법 제107조는 헌법 제111조와 함께 헌법재판소와 법원 사이의 헌법재판권의 배분에 관하여 중요한 표현을 담고 있으며, 특히 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항으로 언급하고 있는 위헌법률심판제도와 헌법소원심판제도를 구체화하는 규정이다. 헌법 제107조는 구체적 규범통제절차에서의 법률에 대한 위헌심사권과 집행부의 행위형식인 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권을 서로 분리하여 각각 헌법재판소와 대법원에 귀속시키면서, 우리 헌법은 헌법 제111조 제1항 제5호에서 법률과 명령·규칙에 의하여 직접 기본권이 침해되는 경우에는 이에 대한 주관적 권리구제절차로서 헌법소원의 가능성을 열어 놓았다. 따라서 우리 헌법은 제107조와 제111조에서 원칙적으로 입법작용에 대한 헌법재판권을 헌법재판소에, 집행작용에 대한 헌법재판권을 법원에 각각 귀속시키고 있음은

확인할 수 있다. 이로써 우리 헌법은 헌법재판기관을 이원화하여 헌법의 수호 및 기본권의 보호가 헌법재판소만의 과제가 아니라 헌법재판소와 법원의 공동과제라는 것을 표현하고 있다.²²⁶⁾

물론, 헌법 제107조 제2항의 해석에 관하여 논란이 있으나, 위조항이 처분에 대한 최종적 심사권을 대법원에 부여하고 있으므로, 처분의 위헌성에 관하여 헌법재판소가 다시 헌법소원의 형태로 심사할 수 없다고 보아야 하고, 뿐만 아니라 처분의 위헌성에 대한 심사의 결과인 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.²²⁷⁾ 그렇다면 헌법 제107조는 재판소원의 형태로 법원의 재판을 헌법재판소의 심사 대상으로 삼는 것을, 아니면 적어도 포괄적인 재판소원의 도입을 금지하는 헌법적 표현으로 보아야 할 것이다. 이러한 관점에서 본다면, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 것은 헌법재판소와 법원의 헌법재판관할을 규정하는 헌법 제107조 및 제111조의 취지에 부합하는 입법이라 할 수 있으며, 반면에 재판소원을 도입하기 위해서는 헌법 제107조 제2항의 개정이 필수적임을 알 수 있다.

2) 위에서 살펴본 바와 같이, 헌법재판소와 법원 사이의 관할배분 규정에 의하여 어느 정도 구체적인 형태를 띠게 되는 심판제도는 위헌법률심판제도와 헌법소원심판제도뿐이고, 그 외의 심판제도는 헌법 제111조에서 단지 헌법재판소의 관장사항으로서 언급되고 있을 뿐이다. 특히 권한쟁의심판의 경우, 헌법은 헌법재판소에 이에 관한 권한을 부여하는 헌법 제111조 제1항 제4호의 규정내용 외에는 심판절차를 구체화하는 어떠한 헌법규정도 두고 있지 않으며, 이로써

226) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 854.

227) 이에 관하여 한수웅, 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부, 헌법논총 제10집, 1999, 287면 이하 참조.

구체적인 규율을 입법자에 위임하고 있다. 이에 대하여 탄핵심판의 경우에는, 탄핵소추권을 국회에 부여하면서 탄핵소추의 사유와 탄핵결정의 효력을 규정하는 헌법 제65조에 의하여 구체화되고 있다. 또한 정당해산심판의 경우에도 정당해산의 제소권을 정부에 부여하면서 정당해산의 사유를 규정하는 헌법 제8조 제4항에 의하여 구체화되고 있다. 따라서 탄핵심판절차와 정당해산심판절차와 관련해서는 이러한 심판제도가 헌법적 차원에서 개선 또는 보완의 필요가 있는지 검토되어야 한다.

2. 현황과 문제점, 개선방향

여기서는 그 동안의 헌법재판의 실무와 경험을 통하여 가시화되거나 대두된 문제들을 서술하고 검토하여, 헌법재판소와 법원의 관할을 배분하고 있는 현행 헌법상의 관할규정을 유지할 때 어떠한 점에서 보완 또는 개선의 필요성이 있는지 또는 현행 관할규정이 어떠한 점에서 상이한 해석과 논란의 여지를 제공하기 때문에 보다 명확하게 규율되어야 하는지에 관하여 살펴보기로 한다.

(1) 재판소원 배제의 문제

현행 헌법재판제도와 관련하여 일차적으로 제기되는 문제는, 우리 헌법상 헌법재판기관이 헌법재판소와 법원으로 이원화되면서 발생하는 문제이다. 헌법재판기관이 이원화됨에 따라 헌법에 관하여 최종적으로 해석하는 기관이 이원화되었고, 이로써 헌법해석이 이원화되는 결과가 발생한다. 국가의 최고규범으로서의 헌법의 통일성보장은 국가법질서의 통일성을 확보하기 위한 중요한 과제이고, 이러한 점에서 헌법해석의 통일성이 확보되어야 한다. 아래에서는 현행 헌법

재판제도가 재판소원을 배제함으로써 발생하는 문제를 살펴보기로 한다.

1) 법원의 위헌제청 의무와 헌법해석

법원은 모든 국가기관과 마찬가지로 헌법의 구속을 받고, 법원에 대한 헌법의 구속은 일차적으로 법원의 위헌제청의무에서 나타난다. 헌법 제107조 제1항은 당해사건에서 적용되는 법률의 위헌성에 대하여 의심이 있는 경우에는 법관에게 헌법재판소에 위헌여부를 제청해야 할 의무를 부과하고 있는데, 이는 ‘법관이 법률을 폐기할 수 있는 권한은 가지고 있지 않지만 위헌여부에 관한 규범심사권을 가지고 있다’는 것을 전제로 하고 있다. 즉, 법률이 그 상위규범인 헌법에 합치되는 경우에만, 법관은 헌법의 구속을 받는 국가기관으로서 그 법률을 적용할 수 있는 것이다. 따라서 법원은 당해 사건에 적용되는 법률의 위헌여부를 심사해야 할 의무와 권한을 가지고 있으며, 그 심사의 결과 위헌의 의심이 있는 경우에는 당해 절차를 정지하고 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제청함으로써 법률을 잠정적이나마 적용하지 않을 권한을 가지고 있다.²²⁸⁾

법원은 법률의 위헌여부를 판단하기 위하여 그 심사기준인 헌법을 해석해야 하고, 이 과정에서 법원의 헌법 해석이 헌법재판소의 해석과 상이할 가능성이 있으며, 그 결과 법률의 위헌여부에 관한 판단이 다를 수 있다. 이러한 과정에서 발생하는 헌법해석과 법률의 위헌여부에 관한 상이한 판단은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도에 의하여 헌법재판소에 최종적인 결정권이 인정됨으로써 해결될 수 있다.

228) Vgl. Bettermann, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlage, in: BVerfG und GG I, 1976, S.326f.

2) 법원의 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 의무와 헌법해석

법질서의 정점을 이루는 헌법의 최고규범성에 비추어, 헌법은 모든 하위법을 해석하는 기준이 되어야 한다. 모든 헌법하위법은 최고의 규범인 헌법에 부합하게 해석되고 적용되어야 하며, 법률의 해석에 있어서 헌법의 요청을 기준으로 삼아야 한다. 법원을 비롯하여, 법률을 적용하고 해석하는 모든 국가기관은 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’을 해야 할 권한과 의무를 가지고 있다. 이에 따라 법원은 구체적인 개별사건을 판단함에 있어서 적용되는 공법규정 및 사법규정을 기본권의 정신에 부합하게 해석해야 할 의무를 지게 된다(법률의 기본권합치적 해석·적용). 이러한 법률해석을 ‘헌법을 기준으로 삼는 법률해석’ 또는 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’이라 한다.²²⁹⁾

따라서 헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석은 필연적으로 해석의 지침을 제공하는 헌법규범에 대한 해석을 수반한다. 이로써 모든 법률해석은 헌법에 의하여 영향을 받는 해석이며, 또한 동시에 헌법의 해석을 의미한다. 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 경우에만, 헌법의 기본결정을 고려하는 해석에 있어서 헌법재판소는 최종적 결정권을 가진다. 그러나 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외하고 있는 현행 헌법재판제도에서는 大法院이 법 적용기관인 행정청 및 하급심법원이 법률을 헌법의 정신에 비추어 제대로 해석하였는지에 관하여 최종적인 결정권을 가진다. 따라서 헌법정책적이나 입법론적으로 볼 때, 법원이 헌법의 기본정신을 고려하여 법률을 해석하고 적용하는 경우, 필연적으로 헌법규범에 대한 해석이 행해지고 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’에 대한 현재

229) 헌법의 기본결정을 고려하는 해석에 관하여 아래 IV. 4. (3) 1) 참조.

의 최종적 결정권이 없이는 헌법에 대한 서로 다른 해석의 가능성이 존재한다는 점에서, 재판소원을 도입해야 할 필요성이 있다.

3) 헌법해석의 통일성을 확보하기 위한 방안

헌법해석의 통일성을 확보하기 위하여 다음과 같은 방안을 생각해 볼 수 있다.

가) 첫째, 현재 이원화되어 있는 최고의 헌법재판기관을 일원화하는 것이다. 이는 헌법재판소를 폐지하고 미국식의 사법심사제를 채택할 것인지 아니면 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 독일식의 헌법재판제도를 채택할 것인지를 문제로서 헌법개정권자가 결정해야 할 고도의 정치적 문제이다. 다만, 법원에 의한 기본권보호가 헌법재판에 대한 인식부족, 전문성의 결여, 과도한 업무의 부담 등으로 인하여 제대로 이루어지지 않는 경우에는, 법원에 대한 교육적 효과의 관점에서나 기본권보호의 실효성의 관점에서 재판소원의 도입은 진지하게 검토되어야 할 것이다. 한편, 오스트리아에서 취하고 있는 헌법소원의 형태와 같이, 법원의 재판에 대한 헌법소원은 인정하지 않으면서 다만 원행정처분 등 행정작용에 대해서만 헌법소원을 인정하는 방안도 생각해 볼 수 있으나, 이 경우에도 헌법해석의 통일성은 실현될 수 없다는 단점이 있다.

나) 둘째, 현재와 같이 헌법재판기관의 이원화를 유지하면서, 헌법해석의 통일성을 확보하는 제도적 장치를 두는 방안이다. 즉, 양기관의 헌법해석이 상이할 경우 또는 법률의 위헌여부에 대한 판단이 상이할 경우 이를 조정하는 절차를 제도적으로 헌법이나 법률에 규율하는 방안을 생각할 수 있다.

아) 과제의 분담에 따라 서로 다른 과제를 이행하고 상호 독립적으로 활동하는 독일연방헌법재판소의 제1 및 제2 재판부 사이에 견해

의 차이가 있을 때 이를 조정하는 절차를 참고할 수 있을 것이다.

독일연방헌법재판소법 제16조 제1항은 “재판부가 법적 문제에 관하여 다른 재판부의 재판에 포함된 법해석과 견해를 달리 할 경우에는, 연방헌법재판소의 전원합의체가 이에 관하여 재판한다.”고 규정하고 있다.

우리의 경우에도 헌법재판소와 법원이 헌법해석이나 법률의 위헌성판단에 있어서 견해를 달리 할 경우에는 헌법재판소 재판관과 대법관으로 구성되는 합의체에서 이에 관하여 견해를 조정하는 절차를 법률 차원에서 규정하는 것을 고려해 볼 수 있다.

b) 위와 같이 양 헌법재판기관의 합의에 의하여 헌법해석의 통일성을 확보하는 방안 외에, 양 헌법재판기관 중 하나의 기관에게 헌법해석에 관한 최종적인 결정권을 부여하는 방안도 있다. 물론, 이 경우 현행 헌법재판제도에서 헌법재판기관이 이원화되어 있음에도 법원과는 달리 헌법재판소가 전문적인 헌법재판기관이라는 점에 비추어, 헌법해석에 관한 최종적인 결정권은 헌법재판소에 맡기는 것이 타당하다고 본다.

① 예컨대, 우리 1960년 6월 헌법은 헌법재판소의 관장사항으로서 ‘헌법에 관한 최종적인 해석’을 규정한 바 있다(제83조의3 제2호). 이는 헌법해석에 관한 다툼이 있는 경우에는 이에 관한 최종적인 결정권은 헌법재판소가 가진다는 것을 규정한 것이다. 헌법재판소의 위 관할은 헌법재판소법에 의하여 구체적으로 형성되었는데, ‘헌법에 관한 최종적인 해석’ 권한은 법원에 사건이 계속된 경우뿐만 아니라 법원에 사건이 계속되지 아니한 경우에도 인정되었다. 당시 헌법재판소법은 “법원에 계속중인 사건에 관하여 법원 또는 당사자가 법률의 위헌여부의 심사나 헌법에 관한 최종적 해석을 헌법재판소에 제청하였을 때에는……”이라고 규정하여 법률의 위헌여부에 관한 제

청과는 별도로 당해 법원과 당사자가 헌법해석에 관하여 제청할 수 있도록 하였다(제9조). 또한, 법원에 사건이 계속 중인지의 여부와 관계없이 헌법의 최종적 해석을 구할 수 있도록 하였는데, 이 경우 제청인의 범위를 제한하지 않음으로써 사실상 모든 국가기관과 일반 국민이 제청인이 될 수 있었다(제10조). 나아가, 당시 헌법재판소법은 “법률의 위헌여부와 헌법해석에 관한 헌법재판소의 판결은 법원과 기타 국가기관 및 지방자치단체의 기관을 구속한다.”고 하여 ‘헌법에 관한 최종적 해석’의 기속력을 명문화하였다(제22조).

② 독일 기본법 제100조 제3항은 “州的 헌법재판소가 기본법의 해석에 있어서 연방헌법재판소의 재판 또는 다른 주의 헌법재판소의 재판과 견해를 달리하고자 할 때에는 주의 헌법재판소는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.”고 규정하고 있다.

위 異見提請節次(Divergenzvorlage)는 기본법 제100조 제1항의 법률의 위헌여부에 관한 법관의 위헌제청과 마찬가지로, 주의 헌법재판소가 당해재판에서 문제되는 헌법규범의 해석에 관하여 당해 재판을 하기 전에 연방헌법재판소에 제청함으로써 개시되는 일종의 중간소송의 성격을 가지고 있다. 기본법 제100조 제3항에서 주의 헌법재판소에 제청의무를 부과하는 목적은, 헌법의 해석에 관하여 연방헌법재판소와는 다른 견해를 가지고 있는 주의 헌법재판소로 하여금 당해 재판을 하기 전에 연방헌법재판소의 심판절차를 거치게 함으로써 헌법의 해석에 관한 견해의 차이를 조정하고자 하는 것이다. 이로써 기본법 제100조 제3항의 이견제청절차는 헌법해석과 법적용의 통일성을 유지하는 데 기여하고, 나아가 주의 헌법재판소의 제청을 계기로 하여 연방헌법재판소로 하여금 헌법해석에 관한 자신의 견해를 다시 한 번 돌아보게 하는 기회를 부여한다.²³⁰⁾

230) Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 5.Aufl., 2001, Rn.172ff.

기본법 제100조 제3항에서 말하는 “재판”이란 예외적으로 주문뿐만 아니라 이유, 즉 연방헌법재판소 재판의 중요이유를 구성하는 요소도 포함한다. 재판을 구성하는 중요이유를 포함해야만, 헌법해석에 관한 견해의 분열방지라는 위 심판절차의 목적을 달성할 수 있다. 위 이견제청절차에서 제청의무는 법관의 위헌제청의무와 마찬가지로 재판의 전제성이 인정되는 경우에만 성립한다. 주의 헌법재판소가 헌법의 해석에 대하여 제청을 하면, 연방헌법재판소는 ‘법적 문제’, 즉 헌법의 해석에 관하여 재판을 한다(연방헌법재판소법 제85조 제3항). 연방헌법재판소의 결정은 제청기관인 주의 헌법재판소를 구속하며, 주의 헌법재판소는 연방헌법재판소의 기본권해석에 관한 견해를 기초로 하여 당해 사건을 재판해야 한다.

주 헌법재판소는 최종심으로서 확정적인 판결을 내리기 때문에, 주 헌법재판소의 재판은 연방헌법재판소에 의하여 심사될 수 없다. 그러므로 이견제청절차를 통해서만 주 헌법재판소에 의한 헌법해석의 통일성이 확보될 수 있는 것이다.

4) 헌법개정안

따라서 현행 헌법재판제도에서 헌법해석의 통일성을 확보하기 위하여 다음과 같은 규정을 헌법 제107조 제1항에 삽입하는 것이 바람직하다.

“헌법 제107조 ①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다. 법원이 헌법의 해석이나 법률의 위헌여부에 관한 판단에 있어서 헌법재판소의 재판과 견해를 달리하고자 할 때에는 법원은 헌법재판소에 결정을 구해야 한다.”

(2) 법률과 명령·규칙의 위헌심사의 이원화 문제

1) 헌법해석의 이원화 문제

헌법은 제107조에서 법률에 대한 구체적 규범통제를 헌법재판소의 관할로(제1항), 명령·규칙에 대한 구체적 규범통제를 법원의 관할로(제2항) 규정하고 있다. 이로써 법원도 명령과 규칙의 위헌여부를 결정할 위헌심사권을 가지는데, 법률하위규범의 위헌여부를 판단하기 위해서는 필연적으로 그 심사기준인 헌법규범의 해석이 선행되어야 한다. 따라서 이 과정에서 행해지는 법원의 헌법해석과 헌법재판소의 헌법해석이 서로 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있다.

2) 위헌법률심사에 있어서 규범상호간의 내용적 연관관계를 고려할 수 없는 문제

그러나 구체적 규범통제가 이원화됨으로서 발생하는 보다 심각한 문제는, 법률의 위임에 의하여 제정되는 시행령의 경우 위임에 근거한 ‘법률과 시행령간의 통일적인 관계’가 위헌심사에 있어서 인위적으로 분리되는 데 있다. 법률의 내용이 시행령에 의하여 구체화되고 한편으로는 시행령은 모법인 법률에 의하여 내용적 지침을 제공받기 때문에, 법률이나 시행령의 위헌여부가 심판의 대상이 된 경우 법률과 시행령의 내용을 모두 함께 고려하여 통일적으로 판단해야 하는 경우가 적지 않다. 예컨대, 포괄위임의 위헌성이 문제된 경우 법률의 내용과 시행령의 규정내용을 비교하고 함께 고려해야 비로소 포괄위임 여부를 판단할 수 있다. 그런데 현재와 같이, 법률과 명령·규칙의 위헌심사권한이 이원화되어 있는 경우, 헌법재판소는 상호연관관계에서 하나의 내용적 통일성을 구성하고 있는 규범체계에 반하여 모법의 내용과 이를 구체화하는 시행령의 내용을 각 분리하여 단지

심판의 대상이 된 법률의 위헌여부만을 판단할 수밖에 없게 된다.

그 결과, 심판의 대상이 된 법률규정 그 자체는 위헌성이 없으나 이를 구체화하는 시행령이 위헌적 요소를 담고 있는 경우, 헌법재판소는 시행령에 대한 위헌확인을 할 권한이 없기 때문에 그 대신, ‘법률에서의 위임의 포괄성으로 말미암아 위헌적인 시행령이 가능하게 되었다’는 논거로 불가피하게 모법인 위임법률에 대하여 위헌을 확인하는 경우가 늘고 있다. 헌법재판소가 법률조항에 대하여 포괄위임조항으로 판단하여 위헌으로 선언한다면, 위임조항에 근거하여 제정된 시행령은 모법조항에 대한 헌법재판소의 무효선언과 더불어 존재이유를 상실함으로써 법원의 의사와 관계없이 실효되는 결과를 가져온다.

따라서 상위규범인 법률에 대한 위헌심사와 하위규범인 명령·규칙에 대한 위헌심사가 상호 연관관계에 있고 서로 영향을 미치는 관계에 있다는 점에서, 적어도 법규범에 대한 위헌심사를 일원화하여 이를 헌법재판소의 관할로 하는 것이 바람직하다.²³¹⁾

(3) 헌법 제107조 제2항에서 처분의 경우에도 헌법이나

법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는지의 문제

헌법은 제107조 제2항에서 “...처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기서 처분의 경우 ‘재판의 전제성’의 의미가 무엇인가 하는 의문이 제기된다.

231) 개선방안에 관하여 위 II. 3. (4) 참조.

1) 法令과 處分의 위헌심사에 있어서 근본적인 차이점

법령에 대한 위헌심사는, 집행행위가 위헌적인 법령에 기초하고 있다는 이유로 구체적인 소송사건에서 법령의 위헌성을 그 선결문제로서 “간접적으로” 심사하는 객관적 규범통제절차와 법령에 의하여 “직접” 기본권이 침해되는 경우의 주관적 구제절차라는 두 가지 형태로 가능하지만, 처분에 있어서는 선결문제에 관한 위헌심사와 직접 심판대상으로서의 위헌심사라는 이중적 구조가 존재하지 않는다. 법령의 경우에는 일반적으로 집행행위가 매개되기 때문에 법령에 의한 직접적인 기본권의 침해는 예외적인 현상에 속하나, 처분에 있어서는 그 자체가 집행행위로서 원칙적으로 기본권을 직접 침해하고 있으므로 선결문제로서의 처분의 위헌성과 직접 심판대상으로서의 처분의 위헌성을 나누는 것이 부적당하다. 따라서 법령과 처분의 이러한 근본적인 구조적인 차이 때문에 “재판의 전제성”을 법령의 경우처럼 기술적인 의미로 해석할 것이 아니라, 여기서의 “재판의 전제성”이란 처분의 위헌·위법여부에 관한 법원의 판단에 따라 재판의 결과가, 즉 청구의 인용여부가 달라지는 경우를 의미한다고 보아야 한다.²³²⁾ “헌법 제107조 제2항이 규정한 처분에 대한 대법원의 최종적인 심사권이란 구체적인 소송사건에서 당해처분의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 때 법률의 경우처럼 헌법재판소에 제청함이 없이 최종적으로 대법원이 판단한다는 의미이고, 처분 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 때 헌법소원의 제기가능성을 배제하는 것은 아니다”라는 주장은,²³³⁾ 처분의 경우에는 법령에서와 같은 위헌

232) 같은 뜻으로 한수웅, 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부, 헌법논총 제10집, 1999, 291면 이하; 정태호, 원처분의 헌소대상성에 관한 소고, 헌법논총 제6집, 260면 이하; 최완주, 원처분의 헌법소원 대상성에 관한 고찰, 법관세미나 자료 上, 1996, 310면 이하

233) 이석연, 헌법소송의 이론과 실제, 1992, 42면 참조.

심사의 이중적 구조가 존재하지 않으므로 당해처분의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에도 원칙적으로 동시에 처분 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 인정된다는 것을 간과하고 있다.

또한, 처분의 경우 재판의 전제성을 처분의 위헌·위법여부가 ‘다른 재판’의 전제가 된 경우로 해석하는 것도 타당하지 않다. 명령·규칙·처분을 일원적으로 규율하고 있는 헌법 제107조 제2항의 법문에 비추어, 명령·규칙의 경우 위헌·위법여부가 ‘다른 재판’이 아니라 ‘당해 재판’의 전제가 되어야 한다면, 처분의 경우에도 재판의 전제성이 다른 재판이 아니라 당해 재판에 연관된 것이라고 해석하여야 한다. 뿐만 아니라, 행정소송의 사전절차로서의 행정심판제도를 규정하는 제3항과의 관계에서 보더라도, 제2항이 대법원의 포괄적인 행정재판권을 인정하고 있다는 것을 전제로 하여 제3항은 그의 전심절차로서의 행정심판제도를 규정하는 것이므로, 헌법이 제107조 제2항에서 단지 ‘위법한 행정처분으로 인한 손해에 대한 국가배상청구소송’ 등과 같이 지극히 예외적인 경우를 위하여 “처분”을 언급하고 있다고 보기 어렵다. 또한 헌법조항의 연혁을 보더라도, 이미 1962년 제5차 개정헌법 이래 현행헌법 제107조 제2항과 동일한 규정이 존재하였으며²³⁴⁾ 위 헌법규정의 의미가 법원에게 행정재판의 관할을 부여하고자 하는데 있었다는 것을 감안한다면, 헌법재판소를 도입한 후에는 처분에 있어서의 ‘재판의 전제성’의 의미가 명령·규칙의 경우와 마찬가지로 ‘기술적인’ 의미로 갑자기 변질되었다고 판단하여 처분의 위헌·위법성이 다른 재판의 선결문제가 된 예외적 경우에 한정하여 법원의 재판관할이 인정된다고 해석하는 것은 불합리하다.

234) 헌법 제107조 제2항의 연혁에 관하여 최원주, 원처분의 헌법소원대상성에 관한 고찰, 310면 주 116 참조.

따라서 헌법 제107조 제2항이 처분의 경우에도 ‘재판의 전제성’이란 표현을 사용한 것은 명령·규칙과 처분이라는 서로 상이한 유형의 집행행위를 함께 규율하는 과정에서 발생한 입법기술적인 결함으로 보아야 할 것이므로, 이를 명확히 하는 개정의 필요성이 있다.

2) 헌법개정안

따라서 명령·규칙과 처분을 분리하여 처분에 관하여 다음과 같은 별도의 규정을 두는 것이 바람직하다.²³⁵⁾

“헌법 제107조 ②처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 문제된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”

(4) 위헌법률심판절차에서 법원이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제청하지 않는 경우의 문제

1) 구체적 규범통제의 개념 및 유형

법규범에 대한 사법적 통제가 가능하기 위해서는 최소한 하나의 조건이 충족되어야 한다. 그것은 바로 법규범 사이의 우위관계이다. 법규범간의 우위관계로 말미암아, 상위규범이 하위규범의 심사기준으로 작용할 수 있으며, 이로써 하위규범이 상위규범에 합치하는지의 판단, 즉 사법적 통제가 가능하게 된다. 이로써 규범통제란 법규범이 법질서 내에서 상이한 지위를 점하고 있고 이에 따라 상이한 효력을 가지고 있다는 소위 법규범간의 위계질서의 사고를 전제로

235) 이와 관련하여 1948년 헌법 제81조를 참고할만하다. 헌법 제81조: “대법원은 법률의 정하는 바에 의하여 명령, 규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다. 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다. ……”

한다. 상위의 규범은 하위의 규범의 생성과 내용에 관한 지침을 담고 있으며, 하위의 규범이 이러한 지침에 합치하지 않는다면 하위의 규범은 법적 효과를 발휘해서는 안 된다는 사고이다. 이러한 관점에서 볼 때, 법규범에 대한 사법적 통제는 州法에 대한 聯邦法の 우위와 法律에 대한 憲法の 우위라는 2 가지의 역사적 근원을 가지고 있다.²³⁶⁾

구체적 또는 부수적 규범통제란, 구체적인 사건을 계기로 하여, 즉 법원에 의한 법규범의 적용을 계기로 하여 법규범이 상위법과 합치하는지의 여부, 특히 그의 합헌여부를 심사하는 제도를 말한다. 구체적 규범통제는 법원이 상위법과 합치하지 않는 것으로 간주되는 법규범을 적용하지 않는 방법 또는 법규범의 폐기권한을 하나의 법원에 독점적으로 부여함으로써 상위규범과 합치하지 않는 법규범을 일반적인 효력으로 폐기하는 방법의 2가지 방법을 통하여 이루어진다. 이에 따라 사법적인 규범통제권한은 위헌심사권한과 규범폐기권한으로 나누어 볼 수 있는데, 모든 종류 및 심급의 법원이 위의 2가지 권한을 모두 행사하여 당해재판에서 위헌으로 간주되는 법규범

236) 하나는 연방국가제에 근거를 둔 연방법의 州(支邦)法에 대한 우위이다. 대표적인 것이 독일에서 주법이 제국헌법에 합치하는지의 여부에 관한 연방국가적 통제이다. 이러한 규범통제는 그 실질에 있어서 주에 대한 연방의 감독으로서의 성격을 가지고 있다. 여기서 주법에 대한 규범심사를 가능하게 하는 것은 ‘헌법의 우위’의 사고가 아니라, ‘연방법은 주법에 우선한다’는 연방국가적 사고이다. 따라서 독일에서는 제국헌법에 의한 제국법률의 심사, 주 헌법에 의한 주 법률의 심사는 모두 뒤늦게, 즉 헌법우위의 사고를 받아들인 후에야 가능하게 되었다. 다른 하나는 헌법의 우위이다. 이는 미국에서 1803년 유명한 마베리 대 매디슨 사건에서 확인한 이래 ‘헌법은 상위의 규범이고, 모든 법률은 상위규범인 헌법에 합치하는 경우에만 적용될 수 있다’는 사고에 기초하여 법관의 규범심사권이 인정되었다, vgl. Scheuner, Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: BVerfG und GG I, 1976, 60f.; Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S.18ff.; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, Rn.104ff.

의 적용을 배제하는 경우에는 비집중형 또는 분권형의 헌법재판제도에 해당하고(‘judicial review’), 일반법원과 헌법재판소를 제도적으로 구분하여 규범폐기권이 하나의 헌법재판소에 독점화되어 있는 경우에는 집중형의 헌법재판제도라 하는데, 집중형의 헌법재판제도의 기원은 켈젠의 모델에 따라 1920년 이래 시행되고 있는 오스트리아의 헌법재판제도이다.²³⁷⁾

우리 헌법 제111조 제1항 제1호는 헌법재판소의 관장사항으로서 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판”이라 규정하고, 헌법 제107조 제1항에서는 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”고 규정함으로써, 제청법원에 계류 중인 구체적인 사건이 계기가 되어 규범통제가 이루어지는 구체적 규범통제에 있어서 ‘집중화’된 규범통제제도란 후자의 방법을 선택하였다.

반면에, 법원이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 제청하지 않는 경우에 대하여 당해사건의 당사자가 당해재판에 적용되는 법률의 위헌여부를 심사하게 할 수 있는 가능성이 있는지에 관하여는 헌법은 규율하지 않고 있다. 이는 헌법 제107조 제2항에서 규정하고 있는 법관의 위헌제청의 의무와 권한을 어떻게 이해할 것인지의 문제와 직결된다. 즉, 당사자가 당해사건에 적용되는 법률의 위헌성을 주장하는 경우 법관의 위헌제청의무가 인정된다면, 현행 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 그 존재의미를 상실할 것이며, 반면에 위헌제청여부에 관한 법관의 독자적인 위헌심사권이 인정된다면 ‘법원이 당사자의 제청신청을 기각하는 경우 어떠한 헌법적 문

237) Vgl. Brunner, Der Zugang der Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, JöR 50(2002), S.193f; A. Weber, Verfassungsgerichte in anderen Ländern, in: Piazolo, Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.61ff.

제가 발생하는지' 밝혀져야 한다.

2) 헌법 제107조 제1항의 해석

이에 따라, 헌법 제107조 제1항의 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는”을 어떻게 해석해야 하는지의 문제가 제기된다. ‘법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된다는 것’은 바꾸어 표현하면, 당해재판에 적용되는 법률의 위헌여부가 당해재판의 선결문제가 된다는 것, 즉 법률의 위헌여부에 따라 당해재판의 결과가 달라진다는 것을 의미한다. 여기서 ‘헌법재판소에 의한 위헌심사가 재판의 선결문제인지’의 여부를 ‘누가 결정하는지’의 문제가 제기된다.

가) 우리 헌법은 법률의 위헌여부가 당해사건의 해결을 위한 선결문제가 되는 경우 구체적으로 어떠한 경우에 법원이 위헌제청을 해야 하는지, 즉 법원의 提請義務의 範圍에 관하여 아무런 언급을 하고 있지 않다. 예컨대, 과거 제5공화국헌법 제108조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 규정하여 법관의 일차적이고 잠정적인 위헌심사권을 명문으로 인정하고 있다. 마찬가지로, 독일기본법도 제100조 제1항에서 “당해사건의 결정이 법률의 유효여부에 달려있고, 법원이 그 법률을 위헌이라 간주하는 경우에는 당해절차를 정지하고……연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.”고 규정하여, 법관의 위헌심사권을 명시적으로 인정하고 있다. 그러나 현행 헌법은 어떠한 경우에 법관이 위헌제청을 해야 하는지에 관하여 전혀 규정을 하지 않음으로써, ‘법관 스스로 위헌에 관한 主觀的인 의문이나 확신이 있어야 하는지’ 아니면 ‘법관 자신이 의문을 품고 있지는 않다 하더라

도 당해사건의 당사자의 주장이나 헌법재판소의 견해, 학자들의 학설 등에 비추어 법률의 위헌여부에 대하여 단지 客觀的인 의문이 존재하는 것으로 충분한지'에 관하여 논란의 여지를 남겨놓고 있다.

이러한 이유에서, 위헌제청에 관한 과거 제5공화국 헌법규정과 현행 헌법규정이 상이하다는 점을 근거로, '헌법 제107조 제1항은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한만을 가질 뿐, 법률에 대한 위헌여부의 심사권은 가지지 않는다는 것을 규정한 것으로 보아야 하고, 이에 따라 법원이 위헌여부를 예비적으로 판단하여 결정으로 기각할 수 있도록 한 헌법재판소법 제41조 제4항, 제68조 제2항은 위헌조항으로서 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 삭제되어야 한다'는 주장이 과거 학계의 일부에서 주장되었다.²³⁸⁾ 즉, 위 견해에 의하면, 법관의 위헌심사권은 인정되지 않으며, 당사자의 위헌제청신청이 있으면 법관은 합헌여부에 대한 판단이 없이 곧 제청결정을 해야 한다는 것이다.

나) 그러나 제5공화국헌법 제108조 제1항과 현행헌법 제107조 제1항의 범문의 차이를 근거로 하여 법원의 위헌심사권을 배제하는 것은 타당하지 않다고 본다. 현행헌법규정에서 과거 “법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 부분이 삭제되었다고 하여, 헌법 제107조 제1항의 의미와 내용에 있어서 달라진 것은 없다.

a) 모든 국가기관과 마찬가지로 법원도 헌법의 구속을 받으며, 법관의 헌법에의 구속은 무엇보다도, 법원이 모든 법률을 가능하면 헌법에 합치되게 해석해야 할 의무(합헌적 법률해석), 특히 법률의 해

238) 예컨대, 권영성, 헌법재판의 현황과 문제, 인권과 정의 1991. 2, 20면 참조; 이시윤, 헌법재판개관, 판례월보 89. 5, 19-20면 참조, 위의 논의에 관하여 상세하게 길철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구(헌법재판연구 제4권), 1993, 237면 이하.

석과 적용에 있어서 기본권의 의미를 존중해야 할 의무 및 법률의 위헌제청의무를 통하여 나타난다. 헌법은 제103조에서 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 하여 사법적 판단의 기준으로 헌법을 제시함으로써 사법부의 헌법에의 구속을 명시적으로 규정하고 있다.

헌법을 최고의 정점으로 하는 법질서에서 모든 법률은 헌법에 합치하는 경우에만 적용될 수 있고, 법원이 헌법의 구속을 받는다는 것은 바로 당해 재판에서 적용되는 법률이 헌법과 합치하는지의 여부를 판단해야 한다는 것을 의미한다. 헌법 제107조 제1항은 법원이 규범의 위헌여부에 관한 독자적인 판단을 할 수 있는 권한, 즉 규범심사권을 가지고 있다는 것을 전제로 하여 규범이 위헌으로 판단되는 경우에는 법원절차를 정지하고 헌법재판소에 제청하도록 규정하고 있는 것이다. 즉, 비록 헌법재판소만이 규범의 위헌여부에 관한 최종적인 결정권을 가지고 독점적으로 규범에 대하여 위헌으로 선언할 수 있으나, 법원도 위헌제청의 여부를 판단하기 위하여 규범의 위헌여부에 관하여 일차적으로 심사할 수 있는 권한을 가지고 있으며, 이로써 법원은 명령·규칙의 경우와는 달리 위헌이라고 판단되는 법률의 적용을 완전히 거부할 권한은 없으나, 위헌제청의 권한을 통하여 규범을 헌법재판소의 결정시까지 잠정적으로 적용하지 아니할 권한을 가지고 있는 것이다. 그런데 법원의 일차적인 위헌심사권을 부정하는 견해는 결국 법원이 헌법의 구속을 받는다는 것을 부인하는 것이다. 따라서 법원은 위헌제청을 할 권한만을 가질 뿐 법률에 대한 위헌심사권을 가지지 않는다는 견해는 헌법 제103조 및 모든 국가기관이 헌법의 구속을 받는다는 법치국가적 기본정신과 부합할 수 없는 것이다. 법원에게 위헌제청의 의무와 권한이 부여되는 한, 이는 당연히 법원의 ‘독자적인 판단에 따른’ 위헌제청의 의무를

의미하는 것이고, 즉 당해사건의 당사자의 의사에 의하여 원칙적으로 영향을 받지 않는 ‘직권에 의한’ 위헌제청을 말하는 것이다.

뿐만 아니라, 법관의 위헌심사권을 배제하는 것은 재판청구권의 관점에서 타당하지 않다. 헌법 제107조 제1항에 의한 위헌제청은 재판절차의 정지를 가져오고, 이는 법관의 잠정적인 재판거부를 의미한다. 만일 당해재판의 당사자 일방의 제청신청에 따라 법관이 자동적으로 위헌제청을 해야 한다면, 이는 당사자 일방이 당해재판을 임의로 정지시키고 지연시킬 수 있는 가능성을 가지고 있다는 것을 의미한다. 그러나 이러한 법적 상황은 재판청구권의 정신, 즉 위헌제청으로 인한 재판의 지연은 구체적 소송사건의 재판을 위하여 불가결한 경우에만 정당화되며, 위헌제청을 함으로써 재판이 지연되는 것을 가급적 억제할 수 있도록 법적 분쟁을 다룰 것을 법관에게 요청하는 것과 부합하지 않는다.

b) 결론적으로, 헌법 제107조 제1항에는, 헌법을 비롯한 상위의 규범과 충돌하는 모든 법규범과 관련하여 법관은 규범심사권과 규범폐기권(적용배제권)을 가지고 있다는 일반적인 사고가 그 바탕에 깔려있다.²³⁹⁾ 헌법의 해석과 심사기준으로서의 헌법의 적용은 헌법재판소의 독점적인 권한이 아니다. 헌법 제107조 제1항의 의미는 전통적으로 법원에 귀속된 위헌심사권과 규범폐기권 중에서 법원으로부터 규범의 위헌여부에 대한 결정권, 즉 적용배제권을 박탈하여 이를 헌법재판소에 독점적으로 귀속시키고자 하는 데 있다.

위헌여부에 관한 최종적인 결정권(규범폐기권)을 헌법재판소에 독점적으로 부여한 목적, 즉 헌법 제100조 제1항의 목적은, 법관이 입법자가 제정한 법규범을 적용하지 않음으로써 입법자를 무시하는 것으로부터 입법자를 보호하고자 하는 것이고, 다른 한편으로는 법

239) Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rn.104ff.

관의 심사권이 분권화될 경우 대법원에 의하여 통일될 때까지 법원의 재판이 상충하는 현상이 벌어지는 등 법적 불안정성과 법의 분열이 발생할 우려가 있으므로, 헌법재판소의 위헌여부에 관한 구속력 있는 해명을 통하여 법적 안정성과 법적 통일성을 확보하고자 하는 것이다.

3) 헌법 제107조 제1항 및 제27조 제1항으로부터 파생하는

심판절차로서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원 제도

위에서 확인한 바와 같이, 법원이 법률에 대한 일차적이고 잠정적인 위헌심사권을 가지고 있는 것으로 헌법 제107조 제1항을 해석한다면, 법원이 위헌적인 법률에 대하여 위헌제청을 하지 않는 경우에는 어떠한 법적 상황이 전개되는지, 어떠한 헌법적 문제가 발생하는지, 이에 대한 검토가 필요하다.

가) “憲法과 法律이 정한” 法官

헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 재판청구권을 개인의 절차적 기본권으로서 보장하고 있다. 사법의 본질은 독립성과 중립성에 있으며, “헌법과 법률이 정한 법관”의 보장은 사법의 독립성과 중립성의 보장에 기여하는 중요한 규정으로서, 사법의 독립성과 중립성의 관점에서 그 의미가 이해되어야 한다.

a) ‘憲法이 정한 法官’이란, 법관의 자격을 갖추고(헌법 제101조 제3항), 헌법 제103조 및 제106조에 의하여 직무상의 독립성과 신분상의 독립성을 보장받은 법관을 뜻한다. ‘직무상의 독립’은 사법의 본질적 요소로서 누구의 간섭이나 지시도 받지 않고 사법기능을 수

행하는 것을 그 내용으로 하는데, 사법의 중립성과 객관성을 확보하기 위한 헌법상의 핵심적 표현이다. 또한 법관이 재판의 내용으로 인하여 인사상의 개인적 불이익을 받을 위험이 있다면 직무상의 독립은 사실상 공허하게 될 수 있으므로, 사법권의 독립은 자의적인 파면이나 불리한 처분 등으로부터 법관을 보호하려는 ‘신분상의 독립’을 통하여 더욱 강화된다.

b) ‘法律이 정한 法官’이란, 근본적인 재판관할질서는 입법자 스스로가 형식적 법률로써 정해야 한다는 요청으로서, 법관의 직무상·신분상의 독립과 함께 사법의 공정성을 확보하려는 또 하나의 중요한 안전장치이다.²⁴⁰⁾ 즉, 헌법 제27조 제1항은 ‘법률이 정한 법관’의 요청을 통하여 재판관할질서를 무시하는 자의적인 재판이 이루어지는 것을 방지하고자 하는 것이다.

이로써 ‘법률이 정한 법관’이란, 개별 사건을 담당할 법관이 법규범에 의하여 가능하면 명확하게 사전에 규정되어야 한다는 것을 의미한다. 외부나 법원내부의 압력·영향 등에 의하여 사건마다 임의로 법원을 구성하거나 사건을 특정 법원 또는 법관에게 맡긴다면, 사법의 독립성과 중립성은 보장될 수 없다. 이러한 이유로, 헌법은 ‘법률이 정한 법관’이 사건을 담당하게 함으로써, 법원의 관할과 업무분담을 조작하는 방법으로 사법의 공정성을 저해할 위험을 사전에 방지하고자 하는 것이다. 따라서 누가 개별사건을 ‘법률이 정한 법관’으로서 담당하게 되는가 하는 것이 법원조직법, 소송법상의 재판관할규정과 그에 보완하여 법원의 직무분담계획표에 근거하여 사전에 일반·추상적으로 확정되고 예측될 수 있어야 한다.²⁴¹⁾ 이러한 방법

240) Vgl. BVerfGE 19, 52, 60; Papier, Justizgewähranspruch, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §153, Rn.2; Hill, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §156 Rn.50.

241) 한수용, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총 제10집, 1999, 345면 이하; 장

으로 담당법관이 일반적으로 사전에 정해지는 것이 보장됨으로써, 사건에 따라 또는 소송당사자에 따라 법관이 사후에 임의적으로 정해지는 것이 방지된다.

c) 한편, 헌법재판소는, 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는 바, 그 전단 부분인 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 판시하였다.²⁴²⁾ 그러나 ‘헌법이 정한 자격과 절차에 의한 임명’이란 있을 수 없고, 한편으로는 ‘법률이 정한 자격을 갖추고 합법적으로 임명된 법관’에 의하여 사법기능이 수행되어야 하는 것은 법관뿐이 아니라 모든 국가기능을 수행하는 공무원에 대한 요청으로서 헌법적 차원에서 별도로 언급될 성질의 것이 아니라는 점에서, 헌법이 이러한 당연한 사실을 표현하기 위하여 ‘법률이 정한 법관’이라는 별도의 규정을 두고 있다고 보기 어렵다. 따라서 “헌법과 법률이 정한 법관”은 궁극적으로 사법의 공정성과 객관성을 보장하기 위한 제도로서 이해되어야 하고, 이러한 관점에서 “헌법과 법률이 정한 법관”이란, 헌법상 규정된 직무상·신분상의 독립이 보장되고, 재판관할을 규정하는 법률에 의하여 재판을 담당하도록 사전에 정해진 법관을 말한다.²⁴³⁾

석조, 우리 헌법상의 절차적 기본권, 헌법논총 제9집, 1998, 577, 583면; vgl. Heyde, Rechtsprechung, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Bd.II, 1995, Rn.55; Hill, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Straf Gewalt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI, 1989, §156, Rn.50 f.; BVerfGE 19, 52, 59.

242) 헌재 1993. 11. 25. 91헌마8, 판례집 5-2, 396, 404 참조; 같은 취지로 권영성, 헌법학원론, 1995, 521면.

243) 헌법과 법률이 정한 법관에 관하여 자세하게 한수웅, 헌법 제27조의 재판청

나) 법원이 위헌제청을 하지 않는 경우, “憲法과 法律이 정한 法官”의 문제

헌법 제107조 제1항의 요건이 충족되었음에도 법원이 위헌제청을 하지 않는 것은 헌법위반에 해당한다. 헌법 제107조 제1항은 법원에게 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 절차를 정지하고 헌법재판소에 제청할 것을 명령하고 있다. 법원이 헌법 제107조 제1항에 반하여 위헌제청을 하지 않는다면, 당해사건 당사자의 ‘헌법과 법률이 정한’ 법원에 의하여 재판을 받을 권리가 침해된다.

법원이 당해사건 당사자의 제청신청을 기각하는 경우, 당사자로서는 법률의 위헌여부에 관한 결정권을 가지고 있는 헌법재판소의 판단을 받을 수 없게 된다. 이 경우, 당해소송의 당사자는, 마치 행정소송절차에서 행정심판전치주의를 도입하여 행정행위의 위법·위헌여부에 관하여 행정청으로 하여금 일차적으로 심사하게 하면서 행정청의 기각결정에 대하여 이를 행정법원에서 다룰 수 있는 가능성을 배제한 것과 유사한 상황에 처하게 된다. 헌법과 법률(헌법재판소법)은 법률의 위헌여부에 관한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여함으로써 법률의 위헌심사와 관련하여 헌법재판소는 헌법 제27조의 “헌법과 법률이 정한 법관”에 해당한다. 그런데 법원이 그 규범을 함헌으로 보기 때문에 위헌제청을 하지 않는다면, 위 규범을 위헌으로 이해하는 당해소송의 당사자의 관점에서는 법원이 자신의 헌법상 제청의무를 제대로 이행하지 않는 것이 되고, 이로써 “헌법과 법률이 정한 법관”인 헌법재판소에 의하여 법률의 위헌여부에 관하여 판단을 받을 기회를 법원에 의하여 박탈당하게 된다.²⁴⁴⁾ 왜냐하면 법원이

구권, 헌법논총 제10집, 1999, 345면 이하 참조.

244) 구체적 규범통제에서의 ‘법률이 정한 법관’의 문제에 관하여 vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, Rn 137, 152, 165ff.; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2001, Rn.782. 헌법 제27조의 재판청구권은 헌법재판을 청구할 개인의 권리를 기본권으로서 보장하는 것은 아

위헌제청을 하지 않는 경우 이를 달리 다룰 수 있는 가능성이 없다면, 법원에 의하여 합헌으로 판단된 법률에 관한 한, 결국 법원이 법률의 위헌여부에 관하여 최종적으로 결정하는 결과에 이르고, 이로써 헌법재판소가 아니라 법원이 법률에 대하여 실질적인 규범심사권(위헌결정권)을 행사하는 결과가 발생하기 때문이다.

따라서 헌법 제27조의 보장내용에 비추어, 법원이 위헌제청을 하지 않는 경우에 대하여 당해사건의 당사자가 당해사건에 적용되는 법률의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 하여금 심사토록 할 수 있는 가능성이 헌법적으로 요청된다. 그러므로 헌법 제107조 제1항의 법원의 제청의무에 관한 이러한 해석은 헌법 제27조의 요청에 비추어 필연적으로, ‘위헌제청을 하지 아니한 채 당해법률을 그대로 적용하여 재판을 한 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 가능성을 입법적 차원에서 개방할 것’을 요청하고 있다. 그러나 헌법 제107조 제2항의 해석에 의할 때, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 것을 허용하지 않고 있으므로, 재판소원을 통하여 그 재판에 적용된 법률의 위헌성을 심사하도록 하는 가능성은 현행 헌법상 배제된다고 보아야 한다.

이러한 관점에서 본다면, 법원이 당해사건 당사자의 제청신청을 기각한 경우 당사자가 직접 헌법재판소에 당해사건에 적용되는 법률의 위헌여부를 물을 수 있도록 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 헌법 제107조 제1항에서 법원에게 일차적인 위헌심사권을 부여한 결과로서 헌법 제27조의 “헌법과 법률이 정한 법관”에 의하여 재판을 받을 권리의 측면에서 필연적으로 발

나(한수웅, 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부, 헌법논총 제10집, 1999, 319면 이하 참조), 일단 국가가 헌법재판제도를 도입하여 개인에게 제공한 이상, 개인은 법률의 위헌여부에 관한 한, 헌법과 법률에 따라 그 관할이 정해진 헌법재판소에 의하여 판단을 받을 권리가 있다.

생하는 심판절차라 할 수 있다.

(5) 탄핵심판제도와 관련하여 헌법 제65조의 보완 문제

헌법은 제111조 제1항 제2호에서 “탄핵의 심판”을 헌법재판소의 관할로 규정하면서, 제65조에서 “대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.”(제1항), “제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.”(제2항)고 하여 탄핵소추의결의 요건을 구체적으로 규정하고, 같은 조 제3항과 제4항에서는 탄핵소추의결의 효과와 탄핵결정의 효력에 관하여 규율하고 있다.²⁴⁵⁾ 이로써 헌법은 탄핵소추권과 탄핵심판권을 분리하여 탄핵소추권을 의회에 부여하고, 탄핵심판권은 헌법재판소의 관할로 정하고 있다.

노무현 대통령 탄핵사건을 계기로 그 동안 휴면상태에 있었던 헌법상의 탄핵조항과 탄핵심판절차에 관한 헌법재판소법규정이 처음으로 헌법재판에 적용되었는데,²⁴⁶⁾ 이 과정에서 탄핵심판절차의 적법

245) 헌법 제65조 ③ 탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.

④ 탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다.

246) 현재까지 우리의 헌정사에서 탄핵사건은 모두 검찰총장이나 대법원장을 대상으로 한 것으로서, 국회에 의하여 발의는 되었으나 부결 또는 폐기됨으로써 헌법재판소의 심판의 대상이 된 적은 한 번도 없었다, 이에 관하여 정종섭, 헌법소송법, 2004, 380면 참조.

요건 및 실체적 판단과 관련하여 여러 가지 문제점이 노출되었다. 아래에서는 탄핵심판제도와 관련하여 제기되는 여러 가지 문제점 중에서 헌법적 차원에서 탄핵심판제도가 보완 또는 개선의 여지가 없는지에 관한 검토에 제한하여, 헌법 제65조 제1항의 탄핵소추요건인 “헌법이나 법률을 위배한 때”를 보완 또는 보다 분명히 할 필요가 있는지, 아니면 이와는 별도로 헌법이 탄핵결정을 정당화하는 사유(탄핵결정사유)를 명시적으로 규정해야 할 필요가 있는지, 탄핵대상 공무원의 범위와 관련하여 보완 또는 개선할 점이 있는지, 탄핵대상 공무원에 따라, 특히 대통령과 그 외의 공직자를 구분하여 탄핵소추사유를 달리 할 필요가 있는지의 문제에 관하여 검토하고자 한다.

1) 헌법 제65조의 탄핵심판절차의 본질 및 기능

가) 權力統制手段으로서의 탄핵심판절차

탄핵제도는 發生史的으로 볼 때 영국에서 군주에 대한 의회의 통제 필요성에서 출발하였다.²⁴⁷⁾ 영국에서 발생한 탄핵제도의 목적은 국왕의 직접적인 영향 하에 있으면서 그의 보호를 받는 고위공직자의 비위와 부정을 통제하기 위한 것이었고, 14세기에 이르러 하원에서 소추하고 상원에서 심판하는 형태를 갖추기에 이르렀다.²⁴⁸⁾

오늘날의 민주국가에서의 탄핵제도를 보더라도, 議會가 탄핵소추의 권한을 가지고 있다는 점에서, 탄핵제도는 의회가 행정부와 사법부를 견제하고 통제하기 위한 하나의 수단이라고 볼 수 있다. 그러나 탄핵제도가 정치적 책임이 아니라 법적 책임을 묻는 제도라는 점에서 의회가 탄핵제도를 통하여 행정부의 국정을 통제하는 가능성은

247) 이승우 외, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제12권, 2001, 4면.

248) 영국에서 발전한 탄핵제도는 미국에 전파되어 1787년에 제정된 미연방헌법에서 최초로 실정헌법화되었고, 그 후 다시 유럽대륙으로 전파되었다, 이승우 외, 위의 책, 5면.

매우 제한적일 수밖에 없으며, 사법부에 대한 권력통제는 헌법상의 사법권독립에 비추어 사법부의 재판작용에 대한 권력통제의 의미가 아니라 헌법위반을 이유로 하는 법관 개개인에 대한 개별적 징벌의 의미를 지닐 뿐이라는 점에서도, 권력통제수단으로서 가지는 탄핵제도의 기능은 큰 비중을 차지하지 않는다.²⁴⁹⁾ 따라서 탄핵제도가 연혁적으로는 권력통제의 수단으로 출발하였으나, 오늘날 탄핵제도의 주된 기능은 아래에서 서술하는 헌법수호의 역할에 있다고 평가되고 있다.

나) 憲法守護手段으로서의 탄핵심판절차

a) 오늘날의 탄핵제도에서 권력통제적 기능보다 중요한 의미를 가지는 것은 헌법을 수호하는 기능이다. 탄핵심판절차는 헌법재판절차의 한 부분으로서 헌법을 실현하고 관철하고자 하는 제도이며, 구체적으로 집행부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법침해로부터 헌법을 수호하고 유지하기 위한 제도이다.²⁵⁰⁾ 자유민주주의와 공산주의라는 정치적 이념간의 대립과 분쟁이 사실상 종식된 오늘날, 자유민주적 기본질서를 근간으로 하는 헌법수호의 문제는 헌법질서를 파괴하고자 하는 헌법의 적으로부터의 침해의 문제가 아니라, 헌법과 법

249) 권력통제수단으로서의 탄핵제도의 유용성과 무용성에 관하여 권영성, 헌법학원론, 2004, 899면 참조; 내각불신임제도를 통하여 고위직 공직자에 대한 정치적 책임을 물을 수 있는 議員內閣制 정부형태의 국가의 경우, 대통령과 법원과 같이 정치적 책임을 지지 않는 고위 공직자에 대하여 탄핵제도를 통하여 법적 책임을 물을 필요성이 있고, 大統領制 정부형태의 국가에서는 대통령을 비롯하여 정치적 책임을 지지 않는 고위 공직자가 많기 때문에 탄핵제도의 존재의의는 더욱 크다고 할 수 있는데, 이러한 관점에서 볼 때 탄핵제도는 헌법현실에서 가지는 실질적 의미보다는 위와 같은 理論的 必要性이 規範化된 제도라 할 수 있다.

250) 같은 견해로는 허영, 한국헌법론, 2004, 812면, 873면; 권영성, 헌법학원론, 2004, 900면; 정중섭, 헌법소송법, 2004, 383면; 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 632

를을 경시하는 국가기관 및 국민, 특히 헌법에 위배되게 권한을 행사하는 국가기관에 의한 침해의 문제라 할 수 있고, 이는 헌법 규범력의 점진적인 약화, 즉 법치국가의 잠식을 의미한다.

헌법 제65조는 집행부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 한다. 또한, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 탄핵절차는 국민의 이름으로 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것이다. 특히 대통령의 경우, 의회에 대하여 정치적 책임을 지지 않으며, 달리 국민이 소환하는 제도도 마련되어 있지 않으므로, 탄핵절차는 국민의 대의기관인 의회 및 국민에 대하여 임기 동안 아무런 정치적 책임을 지지 않는 대통령에 대하여 적어도 헌법과 법률의 준수를 관철하고자 하는 제도이다.

b) 우리 헌법은 헌법수호절차로서의 탄핵절차의 기능을 이행하도록 하기 위하여, 제65조에서 탄핵소추의 사유를 ‘憲法이나 法律에 대한 違背’로 명시함으로써 탄핵절차를 정치적 책임을 묻는 정치적 심판절차가 아니라 법적 책임을 묻는 規範的 審判節次로 규정하였다.²⁵¹⁾ 즉, 헌법 제65조는 탄핵소추의 목적이 ‘정치적 이유가 아니라 법위반을 이유로 하는 대통령의 파면’임을 명시적으로 밝히고 있는 것이다.

모든 국가기관은 헌법의 구속을 받으며, 특히 입법자는 입법작용에 있어서 헌법을 준수해야 하고, 집행부와 사법부는 각 헌법상 부

251) 정치적 책임과 법적 책임의 차이점에 관하여 한태연, 헌법학, 1983, 619면 이하 참조.

여받은 국가권력을 행사함에 있어서 헌법과 법률의 구속을 받는다. 헌법 제65조는 집행부와 사법부의 국가기관이 헌법과 법률의 구속을 받는다는 것을 다시 한 번 강조하면서, 한편으로는 바로 이러한 이유에서 탄핵사유를 헌법위반에 제한하지 아니하고, 헌법과 법률에 대한 위반으로 규정하고 있다. 집행부·사법부가 입법자에 의하여 제정된 법률을 준수하는가의 문제는 헌법상의 권력분립원칙을 비롯하여 법치국가원칙을 준수하는지의 문제와 직결되기 때문에, 집행부와 사법부에 의한 법률의 준수는 곧 헌법질서에 대한 준수를 의미하는 것이다. 탄핵절차가 헌법수호절차임에도, 헌법 제65조가 탄핵사유로서 ‘헌법위반’ 외에 ‘법률위반’을 규정한 것은 바로 이러한 이유에 기인하는 것이다.

c) 彈劾制度와 政府形態 사이에는 특별한 상관관계가 없다.²⁵²⁾ 따라서 탄핵제도는 대통령제 또는 의원내각제 등을 취하는지에 관계없이 모든 정부형태에서 도입될 수 있다.

그러나 탄핵제도의 實效性은 行政府와의 관계에서 볼 때 의회와 정부와의 관계를 규율하는 정부형태에 따라 또는 司法府와의 관계에서 볼 때 법관의 신분을 규율하는 제도에 따라 크게 다를 수 있다. 議員內閣制의 국가에서는 내각불신임제도로 인하여 행정부의 고위공직자에 대하여 정치적 책임을 물을 수 있기 때문에, 대통령을 비롯한 행정부의 고위공직자에 대하여 정치적 책임을 물을 수 있는 제도적 장치를 두고 있지 않는 大統領制 정부형태의 국가에 비하여 탄핵제도의 실효성이 적다고 할 수 있다. 이러한 이유에서 의원내각제를 택한 다수의 국가에서는 탄핵대상 공직자에서 내각을 제외하고 있다.²⁵³⁾

252) 같은 견해로는 이승우 외, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제12권, 2001, 10면 이하; 정종섭, 헌법소송법, 2004, 384면.

253) 의원내각제를 택하고 있는 국가 중 대부분의 국가에서는 수상과 각료를 탄

의원내각제의 국가든 간에 대통령제의 국가든 간에 사법부에 대한 책임을 물을 수 있는 헌법적 장치가 마련되어 있지 않다는 점에서는 法官에 대한 탄핵의 필요성이 있으나, 법관의 임기제와 같이 법관의 비위사실을 근거로 재임명을 거부함으로써 법관직으로부터 배제할 수 있는 제도를 두고 있는 국가의 경우에는 법관의 종신제나 정년제를 택하고 있는 국가(미국이나 독일)에 비하여 탄핵제도의 실효성이 적다고 판단된다.²⁵⁴⁾

2) 탄핵소추의 對象公務員의 문제

헌법 제65조 제1항에 의하면, 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소재판관·법관·중앙선거관리위원회위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원에 대해서만 탄핵소추가 가능하다. 따라서 위에 규정된 공무원에 해당하지 않는 것이 명백한 경우, 그러한 공무원에 대한 심판청구는 부적법하여 각하하여야 한다.

가) 헌법은 제65조 제1항에 명시적으로 언급된 공직자의 범위를 넘어서 “기타 法律이 정한 공무원”을 언급함으로써 입법자로 하여금

핵대상 공직자에서 제외하고 단지 법관에 대한 탄핵제도만 두고 있다. 예컨대, 獨逸에서는 상징적 국가원수인 연방대통령과 법관에 대한 탄핵제도만을 두고 있고(기본법 제62조 및 제98조 제2항), 日本과 濠洲에서는 법관(일본 국헌법 제64조 제1항) 또는 연방재판관(오스트렐리아 연방헌법 제72조)에 대한 탄핵제도만을 두고 있다. 한편, 英國에서는 성문헌법이 존재하지 않음은 물론이고 탄핵을 규율하는 독립된 법률도 존재하지 않으며, 단지 관례나 관행에 의하여 각료, 고위관리, 법관 등에 대한 탄핵제도가 운용되어 왔으나, 의원내각제가 확립되어 내각의 존속이 의회의 신임에 의존하게 됨으로써 1806년 멜빌(Melville) 사건 이후에는 탄핵이 행해지지 않고 있다. 이와 같이 의원내각제의 국가에서 수상과 각료를 탄핵대상 공직자에서 제외한 것은 내각불신임제도로 말미암아 탄핵제도가 현실화될 가능성이 사실상 없다고 판단한 것에 기인한다.

254) 이러한 이유에서 정년제를 채택하는 獨逸이나 종신제를 취하는 美國의 경우에는 임기제를 취하고 있는 우리의 경우와 비하여 보다 빈번하게 법관에 대한 탄핵이 이루어지고 있다고 볼 수 있다.

탄핵대상 공무원을 법률로써 정할 것을 위임하고 있다. 이로써 일반적으로 탄핵대상 공직자의 범위를 확정적으로 열거하고 있는 다른 국가의 입법례와는 달리,²⁵⁵⁾ 우리 헌법은 입법자의 입법을 통하여 탄핵대상공무원의 범위를 임의로 확장하도록 하고 있다. 이러한 관점에서, 입법자로 하여금 탄핵대상 공무원을 스스로 정하게 함으로써 대상공무원의 범위를 개방하고 있는 것이 바람직한지의 문제 자체가 제기된다.

여기서 ‘기타 법률이 정한 공무원’의 범위를 어떻게 이해해야 하는지의 문제가 우선 규명되어야 한다. 헌법을 유지하고 수호하고자 하는 것이 탄핵제도의 본질이라면, 입법자가 정하는 ‘彈劾對象公務員의範圍’도 역시 탄핵제도의 본질에 비추어 판단되어야 한다. 따라서 입법자는 공직자에게 부여된 헌법상 또는 법률상 권한과 기능의 비중에 비추어 그 직무수행 중의 범위반행위로 인하여 헌법수호의 관점에서 헌법질서에 대한 특히 중대한 위협이 우려되는 공무원의 범위를 확정하여 이를 탄핵의 대상으로 삼을 수 있다. 이러한 공무원의 범위에는 헌법에 명시적으로 규정된 공무원 외에 예컨대, 각군 참모총장, 검사,²⁵⁶⁾ 경찰청장 등이 속한다고 할 것이다. 물론, 탄핵대상 공무원의 범위를 법률로써 정함에 있어서 입법자에게는 광범위한 형성의 자유가 인정된다.

한편, 일반사법절차나 징계절차에 의한 소추나 징계가 곤란한 고위직 공무원에 대한 特殊한 訴追節次로서의 탄핵절차의 성격을 인정

255) 탄핵제도를 두고 있는 대부분의 국가에서는, 예컨대 독일(연방대통령과 연방 및 주의 법관), 프랑스(대통령과 정부구성원), 일본(재판관) 등에서는 탄핵의 대상자를 확정적으로 규정하고 있으며, 미국의 경우, 탄핵의 대상자를 ‘대통령·부통령을 비롯한 모든 문관’으로 광범위하게 규정하고 있으나, 이 경우에도 헌법 스스로 탄핵대상자를 ‘모든 문관’으로 확정적으로 규정하고 있다는 점에서는 변함이 없다.

256) 검찰청법 제37조는 검사를 탄핵 대상공무원에 포함시키고 있다.

하여 탄핵대상공무원의 범위를 ‘소추나 징계가 곤란한 고위직 공무원’으로 파악하고자 하는 견해가 있으나,²⁵⁷⁾ 이는 탄핵대상공무원의 범위를 정함에 있어서 단지 부차적인 요소이다. 오늘날 정상적으로 기능하는 민주적 법치국가에서, 헌법이 스스로 예외를 두고 있는 경우를 제외한다면(예컨대, 헌법 제84조의 대통령 재직시 형사소추의 제한), 일반사법절차를 통하여 소추가 곤란한 고위직 공직자란 존재할 수 없고, 한편으로는 탄핵제도가 기능하는 국가에서는 일반사법절차도 제대로 기능한다고 보아야 한다. 따라서 탄핵대상공무원의 범위를 특수한 소추절차로서의 관점에서 파악하는 것은 단지 부차적으로 고려될 수 있을 뿐이다.

나) 입법자에게 인정되는 광범위한 형성권에도 불구하고, 탄핵대상 공직자의 범위를 정하는 입법자의 형성권은 탄핵제도의 본질에 의하여 제한된다고 보아야 한다. 그럼에도 탄핵소추절차의 기본적으로 본질적인 요건은 헌법 스스로에서 정하는 것이 바람직하며, 이와 같은 본질적인 요건에는 탄핵소추사유와 탄핵소추의결의 효과뿐만 아니라 탄핵소추대상 공직자도 속한다고 생각된다. 입법절차를 통하여 탄핵대상 공직자의 범위를 확대하는 것이 의회 의석의 과반수 이상을 차지하고 있는 다수당의 정치적 의지에 의하여 가능하다는 점을 감안한다면, 특히 정치적인 고려나 이해관계에 의하여 사후적으로 탄핵대상자를 추가하는 방식으로 남용될 여지도 배제할 수 없다. 또한, 누가 탄핵대상공무원인지 명확하게 규정해야 할 필요성은 법치국가적 법적 명확성의 관점에서도 인정된다. 따라서 헌법 제65조에서 탄핵대상 공무원의 범위를 확정적으로 정하는 것이 바람직하다.

257) 권영성, 헌법학원론, 2004, 900면; 허영, 한국헌법론, 2004, 813면; 김철수, 헌법학개론, 2004, 1125면 참조.

3) 탄핵소추사유 또는 탄핵결정사유의 문제

헌법 제65조 제1항은 탄핵소추의 사유로서 “그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때”를 규정하고 있다. 위 헌법규정에서 정하고 있는 것은 의회에 의한 탄핵소추의 사유이지, 헌법재판소가 언제 헌법 제65조 제4항에 의하여 공직자를 파면하는 탄핵결정을 할 수 있는지의 요건은 아니다. 헌법은 헌법 제65조 제1항에서 단지 탄핵소추의 사유만을 규정하고 있을 뿐, 탄핵결정의 요건은 헌법재판소법에 의하여 구체적으로 정해진다. 따라서 헌법이 탄핵결정사유를 스스로 명시적으로 규정하는 것이 바람직한지의 문제가 제기된다.

가) 노무현 대통령 탄핵사건에서²⁵⁸⁾ 핵심적인 쟁점으로 부각된 것은, 대통령의 법위반사실이 확인된 경우, 헌법재판소가 자동적으로 파면결정을 해야 하는지 아니면 파면여부에 관하여 결정할 재량을 가지고 있는지의 문제였다. 현행 헌법상의 탄핵소추사유를 ‘법위반의 중대성’으로 강화해야 한다는 주장은 법위반이 중대한 경우에만 헌법재판소에 의한 탄핵결정이 정당화된다는 논거를 바탕으로 하고 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이, 헌법 제65조 제1항이 규정하는 것은 탄핵소추사유로서 헌법재판소의 탄핵결정을 정당화하는 사유와 일치하지 않는다는 점에 유의해야 한다. 헌법은 제65조 제1항에서 탄핵소추의 사유를, 같은 조 제4항에서 탄핵결정의 효과만을 규정하면서, 헌법재판소가 언제 탄핵결정을 해야 하는지에 관하여는 스스로 결정하지 아니하고, 이를 헌법재판소법에 위임하고 있다. 이에 따라 헌법재판소법 제53조 제1항은 “탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”고 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법이 탄핵결정을 정당화하는 사유를 어떻게 규정하는가에 따라 현행 헌법조항의 규정내용

258) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609.

을 보완하는 효과를 가져올 수 있는 것이다. 예컨대, 현행 헌법재판소법 제53조 제1항을 “탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고할 수 있다.”로 개정한다면, 헌법 제65조 제1항의 탄핵소추사유를 ‘범위반의 중대성’으로 강화하는 효과와 동일한 효과를 가져올 수 있는 것이다.

헌법재판소법 제53조 제1항의 법문에 의하면, 탄핵심판청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 선택의 여지없이 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있으므로, 여기서 “탄핵심판청구가 이유 있는 경우”를 어떻게 해석해야 하는지, 즉, 헌법 제65조 제1항에 규정된 탄핵사유인 “그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배”가 확인되는 경우, 이로써 헌법재판소는 자동적으로 대통령에 대한 파면결정을 해야 하는지 아니면 헌법해석을 통하여 별도의 不文의 탄핵사유(예컨대 범위반의 중대성 등)를 인정할 것인지가 바로 대통령(노무현) 탄핵사건의 핵심적인 문제였던 것이다. 헌법재판소는 대통령(노무현) 탄핵사건에서 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’를 해석함에 있어서 ‘범위반이 확인되는 경우 자동적으로 파면결정을 해야 한다는 해석’과 ‘범위반의 중대성을 불문의 탄핵사유로서 인정해야 한다는 해석’ 중에서 후자를 선택하여 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한 범위반’의 경우로 해석하였고, 그 결과 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없거나 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 국민의 신임을 저버린 경우에 해당하지 않는다고 판단함으로써, 이 사건 탄핵심판청구를 기각하는 결정을 하였다.

나) 여기서 일차적으로 제기되는 문제는 “탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.”는 헌법 제65조 제3항의 규정내용에 비추어 또는 단순히 국회가 탄핵소추의

제도를 정치적인 고려에 의하여 남용할 우려가 있다는 점에서, 헌법 제65조 제1항의 탄핵소추의 사유를 “헌법이나 법률을 重大하게 위배한 때”로 명시적으로 보완해야 할 필요가 있는지의 문제이다.²⁵⁹⁾

헌법 제65조 제1항의 탄핵소추의 사유를 이와 같이 가중적으로 규정한다는 것은 다음과 같은 2 가지의 의미를 가진다. 한편으로는 위와 같은 가중적 탄핵소추사유는 탄핵소추의 주체인 국회를 내부적으로 구속함으로써 국회 내에서의 탄핵소추의 발의와 의결에 있어서 ‘중대한 위반여부가 존재하는지’를 스스로 고려해야 한다는 것을 의미하고, 다른 한편으로는 국회가 탄핵소추를 의결한 후 헌법재판소에 탄핵심판청구를 하는 경우, ‘범위반의 중대성 여부’가 심판청구의 適法要件에 해당하여, 이미 적법요건의 단계에서 심사된다는 것을 의미한다.

a) 그런데 전자의 관점에서 본다면, 위와 같은 가중적 탄핵소추사유가 국회를 탄핵소추의 발의와 의결에 있어서 어느 정도로 구속할 수 있는지는 상당히 회의적이다. 국회는 정치적 헌법기관으로서 비록 탄핵소추와 관련해서는 헌법의 감시자로서의 기능을 담당하기는 하나, 법적인 관점보다는 정치적인 관점에서 범위반의 중대성을 판단할 여지가 있고, 또한 국회재적의원 과반수 또는 2/3 이상의 찬성으로 탄핵소추가 의결된다는 것은 그 자체로서 국회의 관점에서는 ‘범위반의 중대성’을 말해주고 있다고 할 수 있다. 헌법이 다른 국가의 입법례와 같이 ‘중대한 범위반’의 경우를 구체화하여 특정 범죄를 확정적으로 열거하거나 예시적으로 언급하지 않는 한,²⁶⁰⁾ 중대한 범

259) 예컨대 이승우, 인권과 정의 2004. 5, 19면, 탄핵소추의 의결이 이루어지면 피소추자의 권한행사가 정지된다는 점에서 탄핵소추사유를 ‘중대한 범위반’으로 축소적으로 해석해야 한다고 주장한다; 이에 대하여 강경근, 대통령 탄핵소추에 관한 토론회 지정토론, 인권과 정의 2004. 5, 34면 이하, 탄핵소추사유는 넓게 파악하고 탄핵심판사유는 좁게 해석해야 한다는 입장이다.

260) 예컨대, 대통령에 대한 탄핵소추사유로서, 프랑스의 경우 “대역죄”(프랑스

위반과 중대하지 않은 범위반의 경계설정이 매우 불분명하다. 따라서 위와 같은 가중적 요건이 국회를 내부적으로 구속하는 효과는 단지 선언적인 의미에 지나지 않는다고 본다.

b) 가중된 탄핵소추사유를 후자의 관점에서 본다면, 헌법재판소는 이미 적법요건을 심사하는 단계에서 ‘범위반의 중대성’을 판단해야 하는 결과에 이른다. 현행 헌법의 경우 헌법 제65조에 규정된 탄핵소추사유는 “직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배한 때”이므로, 탄핵심판을 청구하기 위해서는 ‘직무집행에 의한 법률이나 헌법에 대한 위반가능성’이 존재해야 한다. 따라서 위와 같은 위반가능성이 명백하게 존재하지 않는 경우에는 심판청구는 부적법한 것으로 각하하게 된다. 그러나 ‘범위반의 중대성’의 관점을 이미 적법요건의 단계에서 고려해야 한다면, 예컨대, 경미한 범위반으로 탄핵소추가 의결된 경우, 헌법재판소가 이미 적법성의 심사단계에서 이를 부적법한 것으로 각하해야 한다. 그러나 범위반의 중대성은 그 자체로서 실제적 판단으로서 본안의 문제이고, 실제적 판단이 선행하지 않고서는 적법단계에서 그 여부의 판단이 사실상 불가능하다는 문제가 있다.

중대한 범위반이 구체적으로 범죄의 유형이나 범주에 따라 구체적으로 확정되지 않는 한, 결국 ‘범위반의 중대성’은 그 자체로서 확인될 수 있는 것이 아니라 ‘파면결정으로 인한 효과’와의 범익형량을 통해서만 파악될 수 있기 때문이다.²⁶¹⁾ 따라서 헌법재판소는 적법요

헌법 제68조), 러시아의 경우 “국가반역죄나 기타 중대한 범죄”(러시아헌법 제125조 제7항), 멕시코의 경우 “반역죄와 중대한 범죄”(멕시코 헌법 제110조), 체코의 경우 “중대한 반역죄”(체코헌법 제65조)에 한정하고 있다. 이로써 이들 국가의 경우, 탄핵소추사유가 명시적으로 또는 해석상 대역죄나 그에 상응하는 비중을 가진 중대한 범죄에 한정된다. 대통령에 대한 탄핵소추사유에 관한 각국의 상이한 입법례에 관하여 한수웅, 대통령에 대한 탄핵심판절차, 헌법학연구 제11권 제1호, 2005. 3, 482면 참조.

261) 이에 관하여 자세하게 한수웅, 대통령에 대한 탄핵심판절차, 헌법학연구, 제11권 제1호, 2005. 3, 502면 이하.

건으로서의 ‘범위반의 중대성’을 판단하는 경우, 현행규정의 경우와 마찬가지로 현저하게 사소한 범위반이 아닌 경우에는 적법성요건을 충족시킨 것으로 판단하게 될 것이다. 이러한 이유에서, 탄핵소추의 사유를 ‘범위반의 중대성’으로 구체화한다 하더라도, 현행의 헌법규정에 따른 법적 상황과 별반의 차이가 없음을 알 수 있다.

c) 한편, 현행 헌법규정의 탄핵소추사유에 있어서도, 탄핵심판절차의 본질에서 유래하는 탄핵사유에 대한 내재적 한계가 존재한다. 헌법수호절차로서의 탄핵제도의 헌법적 의미와 목적에 비추어, 모든 법률위반이 탄핵의 대상행위가 되는 것이 아니라, 어느 정도의 헌법적 중요성 또는 정치적 중요성을 가진 법률위반만이 탄핵의 대상이 될 수 있다.²⁶²⁾ 따라서 명백히 정치적 의미가 없는 범위반, 헌법적 질서의 유지와 관련하여 명백히 아무런 영향을 미치지 않는 범위반에 대한 심판청구는 부적법한 것으로 보아야 한다. 즉, 어느 정도의 정치적, 헌법적 중요성을 지니기 때문에 위반여부에 관한 헌법적 해명의 필요성이 있는 위반행위만이 심판청구의 대상이 될 수 있는 것으로, 헌법 제65조의 목적으로부터 ‘범위반’의 의미가 축소적으로 해석되어야 한다. 따라서 교통법률에 대한 위반 등 사소한 비정치적 의미의 위반행위에 대한 심판청구는 부적법하여 각하해야 한다.

또한, 헌법 제65조가 ‘대통령에 대한 탄핵소추가 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결된다’고 하여 가중된 정족수를 규정함으로써, 국회 내에서 대통령의 헌법이나 법률의 위반에 대한 폭넓은 합의가 있어야만 탄핵소추가 가능하도록 하고 있다. 이와 같은 가중된 정족수의 요건으로 말미암아, 사소한 위반행위를 이유로 탄핵절

262) Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 2002, Art.61 Rz.20; Schlaich/Korinth, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz.323; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, 4. Lf., §49 Rz.5; Hemmerich, in: Münch/Kunig, GG-Kommentar, 2001, Art.61, Rz.5; Wolfram, in: BK, 1988, Art.61, Rz.7.

차가 개시될 가능성은 현실적으로 거의 없다.

따라서 이러한 가중된 의결정족수의 규정을 통하여 탄핵소추제도의 남용을 방지하는 제도적 장치가 마련되어 있고, 한편으로는 탄핵소추기관인 국회의 관점에서 볼 때 ‘중대한 범위반’과 ‘중대하지 않은 범위반’의 경계설정이 불명확하며, ‘헌법이나 법률에 대한 위반이 중대해야 하는지’의 문제는 적법요건의 단계에서 결정해야 할 문제가 아니라 本案判斷의 문제라는 점에서, 탄핵소추사유를 ‘범위반의 중대성’으로 보완하는 경우의 실효성을 의심케 한다.

4) 헌법개정안

가) 따라서 위와 같은 이유로, 탄핵소추사유에 관한 현행 헌법규정을 그대로 유지하는 경우에는 다음과 같은 獨逸의 입법례를 참고할 수 있으리라 본다.

독일의 경우, 기본법은 제61조 제1항 제1문에서 “연방의회 또는 연방참사원은 기본법 또는 기타 연방법률의 고의적 위반을 이유로 연방대통령을 탄핵소추할 수 있다.”고 탄핵소추의 사유를 정하면서, 같은 조 제2항 제1문에서 “연방헌법재판소는 연방대통령에 의한 기본법 또는 기타 연방법률의 고의적 위반을 확인하는 경우에는 대통령직의 상실을 선고할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 따라 연방헌법재판소의 탄핵결정은 첫 번째 단계로서 고의적인 法違反의 여부를 판단하고, 두 번째 단계에서 대통령직에서의 解職 여부를 재량으로 판단하는 2단계로 이루어지도록 규정되어 있다. 즉, 연방헌법재판소는 ‘범위반 여부’에 관한 결정과 ‘해직 여부’에 관한 결정을 분리하여, 범위반의 확인이 곧 대통령의 해직을 가져오는 것이 아니라, 해직 여부에 관하여 별도로 재량으로 결정한다.

이와 같은 2단계의 심사구조에서는 ‘범위반 여부의 판단’ 단계에서

는 위반의 중대성을 고려해야 할 필요가 없고, 그 다음 단계인 ‘해직 여부에 관한 판단’ 단계에서 비로소 ‘범위반이 대통령을 해직할 정도로 중대한지가’의 관점에서 범위반의 중대성을 고려하게 된다. 결국, 대통령의 해직 여부에 관한 결정을 헌법재판소의 재량에 위임한 위와 같은 이중적 심사구조에서는, 연방헌법재판소가 단순한 범위반의 확인 외에 다른 별도의 헌법적 관점, 즉 비례의 원칙을 해직 여부에 관한 판단의 기준으로 삼을 수 있다는 것이 이미 전제되어 있다. 즉, 독일의 헌법은 처음부터 ‘연방헌법재판소가 대통령의 범위반을 확인한 경우, 언제 해직결정을 내릴 수 있는지’에 관하여 연방헌법재판소가 해석을 통하여 결정하도록 위임하고 있는 것이다.

이와 같은 입법례를 따른다면, 다음과 같이 헌법 제65조 제4항을 보완하는 헌법개정이 고려될 수 있다.

“헌법 제65조 ④헌법재판소는 탄핵대상 공무원의 범위반을 확인하는 경우에는 탄핵결정을 할 수 있다. 탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다.”

나) 이에 대하여, 이미 탄핵소추의 단계에서 소추사유를 강화해야 한다는 입장에 선다면, 헌법 제65조 제1항에 다음과 같이 ‘중대하게’를 삽입하는 방향으로 개정하는 것을 고려해 볼 수 있다.

“헌법 제65조 ①대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 중대하게 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.”

이와 같이 헌법을 개정하는 경우에는 헌법재판소법 제53조 제1항은 현행 그대로 “탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”의 법문을 유지

해야 한다. 중대한 범위반의 경우에는 파면결정에 관한 헌법재판소의 재량이 배제되기 때문이다.

그러나 헌법이 탄핵소추의 사유뿐 아니라 탄핵결정사유, 즉 언제 헌법재판소가 탄핵결정을 할 수 있는지 또는 해야 하는지에 관하여 스스로 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다. 따라서 현행 헌법 제65조 제4항도 다음과 같이 보완하는 방향으로 개정하는 것이 적절하다고 본다.

“헌법 제65조 ④헌법재판소는 탄핵대상 공무원의 중대한 범위반을 확인하는 경우에는 탄핵결정을 한다. 탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다.”

5) 탄핵대상 공무원에 따라 탄핵사유가 차별화되어야 하는지의 문제

위에서 살펴본 바와 같이, 탄핵소추사유를 ‘중대한 범위반’으로 강화하는 경우 또는 탄핵결정사유를 ‘중대한 범위반’의 형식으로 헌법에 명문으로 삽입하는 경우, 대통령에 대한 탄핵과 그 외의 공직자를 대상으로 하는 탄핵에 있어서 탄핵사유(탄핵소추사유 또는 탄핵결정사유)를 구별하여, 위와 같이 강화된 탄핵사유를 단지 대통령에 대해서만 규정할 것인지 아니면 모든 공직자에 대하여 규정할 것인지의 문제가 규명되어야 한다.

대통령이 국가의 원수이자 행정부의 수반이라는 점에서 정치적 기능과 비중에 있어서 차이가 있을 뿐만 아니라, 다른 탄핵대상 공무원과는 달리, 국민의 선거에 의하여 선출되어 직접적인 민주적 정당성을 부여받았다는 관점에서 간접적으로 민주적 정당성을 부여받는 다른 공직자와는 차이가 있으며, 헌법도 양자에 대한 탄핵소추발

의·의결의 정족수를 달리함으로써(제65조 제2항) 양자를 구별하고 있다. 따라서 이러한 이유에서 대통령에 대해서만 특별히 엄격한 탄핵사유를 인정해야 한다는 견해가 주장되고 있다.²⁶³⁾

그러나 헌법 제65조 제4항 및 헌법재판소법 제53조가 결정의 내용으로서 단지 ‘파면결정’만을 규정하고 있으므로, 대통령 이외의 다른 공직자의 경우라 하더라도 사소한 범위반행위를 이유로 자동으로 공직에서 배제하는 것은 비례의 원칙에 위반될 수 있다. 따라서 비례의 원칙의 관점에서 본다면, 대통령에게만 ‘중대한 위반’이라는 별도의 탄핵사유를 인정하고, 다른 공직자에게는 인정하지 않을 이유가 없는 것이다. 탄핵대상 공무원 중 대통령이 유일하게 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받았기 때문에 그에 대한 파면여부의 결정이 보다 신중해야 한다면, 굳이 탄핵사유를 파면대상 공직자에 따라 차별화하지 않더라도, 대통령의 이러한 지위는 비례의 원칙을 적용하여 파면여부를 결정함에 있어서 ‘범위반의 중대성’과 ‘파면의 효과’를 서로 법익형량하는 과정에서 충분히 고려될 수 있는 것이다.²⁶⁴⁾ 또한, 헌법 제65조도 소추발의·의결절차에 있어서는 대통

263) 예컨대 이승우 외, 탄핵심판제도에 관한 연구, 154, 175면, 탄핵기준을 이원화하자는 미국의 논의에 관하여 위 책, 41면 이하 참조.

264) ‘범위반이 중대한지’ 또는 ‘파면이 정당화되는지’의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없는 것이므로, 결국 파면결정을 할 것인지의 여부는 공직자의 ‘法違反 행위의 重大性’과 ‘罷免決定으로 인한 效果’ 사이의 법익형량을 통하여 결정될 수밖에 없다. 그런데 탄핵심판절차가 헌법의 수호와 유지를 그 본질로 하고 있다는 점에서, ‘범위반의 중대성’이란 ‘헌법질서의 수호의 관점에서의 중대성’을 의미하는 것이다. 따라서 한편으로는 ‘범위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점’과 다른 한편으로는 ‘피청구인을 파면하는 경우, 피청구인 및 국가에 초래되는 효과’를 서로 형량하여 파면여부를 결정해야 한다.

‘범위반이 헌법질서에 미치는 효과’의 정도는 ‘공직자가 구체적으로 어떠한 헌법과 법률규정에 위반하였으며, 위반된 헌법이나 법률규정이 헌법질서 내에서 어떠한 비중과 중요성을 차지하고 있는가’는 물론이고, 나아가 ‘피청구인의 헌법상 지위와 기능을 고려할 때 위와 같은 범위반행위가 헌법질서의 유지와 수호에 어느 정도의 파급효과가 있는가’에 따라 다를 것이며, 다른

령과 그 외의 공직자를 구별하여 달리 정하면서도 탄핵소추사유를 동일하게 규정한 것은, 탄핵사유의 해석에 있어서도 양자에 동일하게 일원적인 해석이 이루어질 것을 요청하는 것이다.

따라서 비례의 원칙의 관점에서의 ‘위반의 중대성’이란 별도의 탄핵사유는 모든 탄핵대상 공무원에 해당하는 것으로 보아야 한다. 다만, ‘위반의 중대성’과 ‘파면의 효과’의 의미가 각 탄핵대상 공무원의 지위와 기능에 따라 달라진다는 점에서, 탄핵사유는 그 구체적인 적용에 있어서 실질적으로 차별화될 여지가 있다.

(6) 정당해산심판제도와 관련하여 헌법 제8조 제4항의 보완 문제

헌법은 제111조 제1항 제3호에서 “정당의 해산심판”을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하면서, 제8조 제4항에서 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된

한편으로 ‘파면결정으로 인한 효과’는 파면으로 인하여 피청구인이 입는 침해의 정도뿐만 아니라 국가질서의 기능에 미치는 영향과 국민 일반에 미치는 효과도 포함하는 것인데, 이와 같은 ‘파면결정의 효과’는 공직자가 헌법질서 내에서 차지하는 지위와 기능, 정치적 비중에 따라 달라질 것이다. 파면여부를 결정함에 있어서 특히 대통령의 경우, ‘파면의 효과’로서 ‘대통령 직무수행의 계속성에 관한 공익’ 및 국민의 선거에 의하여 부여받은 ‘직접적 민주적 정당성’의 관점이 중요한 고려의 대상이 되는 반면, 그 외의 공직자의 경우, 국민에 의하여 선출되는 것이 아니라 대통령의 임명에 의하여 공직을 부여받는 것이므로, ‘직무계속성의 공익’이 작다고 할 수 있어, 결과적으로 파면결정으로 인하여 ‘국가와 국민에 대하여 발생하는 효과’는 작다고 할 수 있을 것이다. 이에 따라 결과적으로, 대통령을 제외한 다른 공직자의 경우, 파면결정으로 인한 효과가 일반적으로 작기 때문에, 상대적으로 경미한 범위반행위에 의해서도 파면이 정당화될 가능성이 매우 큰 반면, 대통령의 경우에는 파면결정으로 인한 효과가 상당히 크기 때문에, 파면결정을 하기 위해서는 이를 압도할 수 있는 중대한 범위반이 존재해야 한다는 일반론이 가능하다.

다.”고 하여 정당해산의 사유를 규정하면서 위헌정당해산의 제소권과 결정권을 분리하여 제소권은 정부의 권한으로, 결정권은 헌법재판소의 권한으로 규정하고 있다. 헌법 제8조 제4항은 헌법적 차원에서 “민주적 기본질서”의 의미가 무엇인가 하는 문제를 제기한다.

1) 정당해산심판절차의 의의와 목적

정당해산심판제도는 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때 헌법재판소의 심판을 통하여 위헌정당을 해산하는 제도이다. 정당해산심판제도는 민주주의를 파괴하려는 세력으로부터 민주주의를 보호하려는 소위 ‘방어적 민주주의’의 한 요소이면서, 한편으로는 헌법 스스로가 정당의 정치적 성격을 이유로 하는 정당금지의 요건을 엄격하게 정함으로써 가능하면 민주적 정치과정의 개방성을 최대한으로 보장하려는 규정이다. 즉 헌법은 정당의 금지를 민주적 정치과정의 개방성에 대한 중대한 침해로서 이해하여 단지 제8조 제4항의 엄격한 요건 하에서만 정당설립의 자유에 대한 예외를 허용하고 있다. 정당해산심판제도는 헌법의 적들로부터 헌법을 수호하고자 하는 목적과 일반결사에 비하여 정당을 두텁게 보호하고자 하는 목적이란 이중적 목적을 가지고 있다.

이에 따라 자유민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 제거하려는 조직도, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 한, ‘정당의 자유’의 보호를 받는 정당에 해당하며, 오로지 헌법재판소가 그의 위헌성을 확인한 경우에만 정당은 정치생활의 영역으로부터 축출될 수 있다. 이로써 헌법재판소의 결정과 무관하게 확인될 수 있는 정당의 실체적 위헌성판단은 헌법적으로 존재하지 아니한다.

2) “민주적 기본질서”의 의미

가) 헌법은 제8조 제4항에서 정당해산의 사유로서 “민주적 기본질서에 위배”를 언급하면서, 한편으로는 헌법 전문과 제4조에서는 각 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”, “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고”라고 하여 “자유민주적 기본질서”라는 표현을 사용하고 있다. 이에 따라 헌법 제8조 제4항의 “민주적 기본질서”와 헌법 전문 및 제4조에서 언급하고 있는 “자유민주적 기본질서”의 관계가 무엇인가 하는 문제가 제기된다.

이에 관하여 학계에서는 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서 뿐 아니라 사회민주적 기본질서도 포괄하는 넓은 의미로 이해함으로써 양자를 구분하는 견해와 양자의 구분을 부정함으로써 양자를 동일한 것으로 보아야 한다는 견해로 대립하고 있다.²⁶⁵⁾ 민주주의를 자유민주주의와 사회민주주의로 구분하는 견해의 경우, 사회민주주의란 일반적으로 사회국가적 민주주의를 의미하는 것으로 보인다.

나) 그러나 헌법 제8조 제4항의 “민주적 기본질서”란 헌법 전문 및 제4조에서 언급하고 있는 “자유민주적 기본질서”와 동일한 것을 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다.

아) 첫째, 민주적 기본질서를 ‘자유민주적’ 기본질서와 ‘사회민주적’ 기본질서로 구분하여 이를 서로 대립관계에서 보는 시각은 무엇보다도 民主國家와 社會國家 사이의 내적인 연관관계를 간과한다는 점에서 헌법이론적인 결함을 안고 있다. 왜냐하면 민주주의는, 그것이 자유민주주의이든 아니면 사회민주주의이든 간에, 그 권력구조상 사회국가적 민주주의를 그 결과로 가져올 수밖에 없기 때문이다.

민주주의에서는 모든 국민이 보통·평등선거원칙에 의하여 선거권

265) 이러한 논의에 관하여 정당해산심판제도에 관한 연구(헌법재판연구 제15권), 139면 이하 참조.

을 가짐으로써, 일정 계층의 관심사나 이익뿐 아니라 모든 중요한 사회의 요구와 이익이 정치 문제화되어 정치적 논의의 대상이 되고, 국가정책결정에 있어서 고려의 대상이 된다. 따라서 평등민주주의에는 모든 사회구성원을 국가의사의 형성과정 및 경제적 과정, 그 결과인 사회적 산물에 대한 정당한 분배에 참여시키려는 경향이 내재되어 있다.²⁶⁶⁾ 다수결에 의한 다수의 지배원리를 기초로 국가권력의 주체, 형성, 정당성의 문제를 의미하는 국가권력의 형식원칙으로서의 민주주의는, 또한 동시에 다수의 이익, 즉 공익을 위한 정치라고 하는 정치 내용의 변화를 가져오게 되었다. 국가의 지배를 정치적으로 동등한 모든 사회구성원 전체의 기능으로 이해하는 평등민주주의이념은 국가 목표의 사회국가적 전환을 가져오지 않을 수 없다.²⁶⁷⁾ 그러므로 오늘날의 평등민주주의는 그 민주주의에 내재하는 사회국가적 경향 때문에, 사회국가원칙이 헌법에 규정되어 있는지의 여부와 관계없이 필연적으로 사회국가적 성격을 띠게 되어있다. 이러한 의미에서 민주주의는 사회국가의 생성을 위한 본질적인 전제조건이고, 사회국가는 민주주의의 필연적인 정치적 결과로서 나타나는 것이다.²⁶⁸⁾ 그러므로 사회국가가 그의 정치현실적 전제조건인 민주주의에 기인하고, 민주주의에 의하여 끊임없이 지지된다는 일방적인 관계가 민주주의와 사회국가 사이에 존재한다. 민주주의는 내적인 필연성으로 사회국가를 탄생시키고, 민주주의로부터 국민전체의 사회적 동질성을 실현해야할 사회국가적 의무가 나온다.

266) Vgl. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987, S.1096.

267) Vgl. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S.32; ders., Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S.447f.

268) Vgl. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987, S.949.

따라서 이러한 관점에서 본다면, 법치국가에 바탕을 둔 자유민주주의도 필연적으로 사회국가를 결과로 가져오고 정의로운 사회질서의 실현을 중요한 국가목표로서 추구하므로, 사회민주주의의 내용을 당연히 포함하게 된다.²⁶⁹⁾ 즉, 오늘날의 민주국가의 형태로는 自由民主的 社會國家 외에는 다른 선택의 가능성이 없는 것이다.

둘째, 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서를 서로 대치시키고자 하는 견해는 또한 法治國家와 社會國家 사이의 내적인 연관관계를 간과한다는 점에서도 동의하기 어렵다. 개인의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력의 제한을 요구하는 법치국가원리와 국민 누구나가 인간다운 생활을 하기 위하여 개인의 자유에 대한 제한을 요구하는 사회국가원리 간의 대립관계에도 불구하고, 법치국가와 사회국가는 모두 궁극적으로 인간존엄성과 자유의 실현을 그 내용과 목적으로 한다는 점에서 양자 간의 상호회합과 내적 연관성을 찾을 수 있다. 인간의 존엄성과 기본권적 자유는 실현되기 위해서 국가권력으로부터 개인의 자유를 보호하는 자유권, 즉 ‘국가로부터의 자유’뿐만 아니라, 개인의 자유행사의 실질적인 조건을 형성하고 유지하여야 할 국가의 적극적인 활동, 즉 ‘국가에 의한 자유’도 함께 필요로 한다. 이로써 사회국가원리는 궁극적으로 인간의 존엄성과 기본권적 자유를 실현하고자 하는 국가원리이다. 따라서 사회국가의 한계도 사회국가에 내재적인 自由的 內容, 즉 인간의 존엄성과 자유에 기여하는 사회국가의 목적으로부터 스스로 나온다. 사회국가원리가 궁극적으로 개인의 자유에 기여하고자 한다는 점에서, 자유민주주의와 사회민주주의를 대립시키는 견해는 자유의 실현과 보장이란 사회민주주의의 궁극적 목표를 스스로 부인하는 것이다.

b) 이러한 이유에서 헌법 제8조 제4항의 “민주적 기본질서”란 헌

269) 유사한 취지로 성낙인, 헌법학, 2004, 126면.

법 전문 및 제4조에서 명시적으로 언급하는 우리 헌법의 기본질서인 “자유민주적 기본질서” 외에 다른 것을 의미할 수 없다. 우리 헌법의 정치적 지주인 자유민주적 기본질서는 민주적 정당성에 바탕을 둔 ‘政治的 또는 民主的 영역’과 자유권적 기본권에 의하여 형성되는 ‘法治國家的 영역’의 두 요소로 구성되어 있다.²⁷⁰⁾

‘정치적 영역’에서는 개인은 정치적 공동체의 일원으로서 전체로서의 국민에 통합되는 한 부분이다. 정치적 영역에서의 개인에게는 국가권력의 형성과 정치적 의사결정과정에서 균등하게 참여할 수 있는 길이 열려져 있다. ‘정치적 자유’라는 것은 결국 국가 내에서의 국민의 참정권을 의미한다. 이와는 달리 ‘사회의 영역’은 개인의 사적 영역에서의 자치와 자기결정권을 보장하고, 민주적 정당성으로도 표결될 수도 침해될 수도 없는 기본권적 자유에 기초하고 있다. 정치적 민주주의가 국가의 정치의사형성을 위하여 모든 개인의 기계적·형식적 평등을 요구한다면, 사회의 영역은 개체의 고유성, 상이함, 다양성에 기초하고 있다. 그러므로 모든 개인이 국가와 사회 두 영역의 구성원인 것처럼, 개인의 자유도 이중적으로 보장된다. 하나는 민주적 의사형성과정에서의 자유로서 개인 누구나의 동등한 ‘민주적 참여의 자유’이고, 또 다른 하나는 또한 민주적으로 정당화된 국가권력도 일정한 제약을 받아야 한다고 하는, 자유권에 의해 보장되는 ‘법치국가적 자유’이다.²⁷¹⁾

c) 결국 우리 헌법의 정치적 기초가 되는 자유민주적 기본질서는

270) Vgl. Rupp, Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S.1541f.; Isensee, Wirtschaftsdemokratie - Wirtschaftsgrundrechte - soziale Gewaltenteilung, Der Staat 1978, S.168; ders., Grundrechte und Demokratie, Der Staat 1981, S.171.

271) Vgl. Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S.185f.; Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd.1, 1984, S.625.

법치국가와 민주주의를 구성하는 본질적 요소를 말하는 것이다. 즉, 자유민주적 기본질서에서 ‘자유’란 바로 기본적 인권의 보장, 권력분립, 사법권의 독립 등 핵심적 법치국가적 요소, ‘민주’란 국민주권주의, 의회제도, 복수정당제, 선거제도 등 핵심적 민주주의적 요소를 뜻하는 것이다. 민주주의원리와 법치국가원리의 이와 같은 핵심적 요소는 헌법 제정 당시의 국민적 합의사항인 기본적 가치질서로서 헌법개정의 대상이 될 수 없다.

다) 결론적으로, 헌법 제8조에서 ‘민주적 기본질서’라고 언급하고 있지만, 이는 자유민주적 기본질서보다 상위의 또는 포괄적 개념이 아니라 ‘자유민주적 기본질서’와 동일한 개념으로 보아야 한다. 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서로 나누어 그 의미를 파악하고자 하는 논의는 불필요할 뿐만 아니라, 헌법 이론적으로 받아들일 수 없는 것이다.

3) 헌법개정안

따라서 헌법 제8조 제4항의 “민주적 기본질서”의 개념에 관한 불필요하고 무의미한 논의를 종식시키고 헌법적 표현의 통일성을 꾀하기 위하여 위 개념을 “자유민주적 기본질서”로 수정하는 방향으로 개정되는 것이 바람직하다.

가) 입법례로는 우리 헌법 제8조 제4항의 모델이라 할 수 있는 독일 기본법 제21조 제2항을 들 수 있다.²⁷²⁾

독일 기본법 제21조 제2항

272) 그 외 정당해산심판절차와 유사한 제도를 규정하고 있는 유럽국가의 헌법으로는, 파시스트적 이념을 추구하는 정당의 금지를 명시적으로 규정하고 있는 포르투갈 헌법(제46조 제4항)이 유일하다, 이에 관하여 vgl. Cardoso da Costa, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, S.295.

“목적이나 추종자의 행태에 있어 자유민주적 기본질서를 침해 또는 제거하고자 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하고자 하는 정당은 위헌이다. 위헌성의 여부에 관하여는 연방헌법재판소가 결정한다.”

나) 헌법개정안

“헌법 제8조 ④정당의 목적이나 활동이 자유민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.”

3. 헌법재판소의 새로운 관할을 도입하는 문제

(1) 추상적 규범통제의 도입 문제

현행 헌법은 규범통제의 수단으로서 구체적 규범통제와 헌법소원만을 인정할 뿐, 독일이나 오스트리아 등에서 시행되는 사후적·추상적 규범통제나 프랑스에서의 사전적·추상적 규범통제제도를 도입하고 있지 않다.

따라서 추상적 규범통제를 도입해야 할 필요성이 있는지, 이러한 새로운 관할의 도입이 어떠한 관점에서 요청되고 정당화되는지, 도입한다면 어떠한 형태로 헌법에 규율할 것인지의 문제가 제기된다. 특히 프랑스식의 사전적 규범통제는 법률의 공포·시행 이전의 단계에서 법률의 위헌여부를 판단한다는 점에서 사후적 규범통제절차를 갖춘 우리의 헌법재판제도에서 양립할 수 있는 것인지에 관한 검토가 필요하다. 여기서는 우선 사후적·추상적 규범통제에 관하여 살펴보기로 한다.

1) 개념과 입법례 개관

가) 개념

‘추상적’ 규범통제와 ‘구체적’ 규범통제를 대비하여 사용한다면, 이는 규범통제의 계기가 어떻게 부여되는지에 따른 구분이다. 즉, 구체적 규범통제란 법관이 개별 사건에 대한 재판을 계기로 ‘부수적으로’ 해당 규범의 합헌여부를 판단하거나(분권형의 헌법재판제도), 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원의 위헌제청에 의하여 헌법재판소가 규범의 위헌성을 심사하는(집중형의 헌법재판제도) 제도를 말하고, 이에 대하여 추상적 규범통제란 구체적 소송사건의 발생과 관계없이 법률의 위헌여부를 일정한 국가기관의 신청에 의해서 헌법재판소가 심사하는 제도를 말한다. 따라서 여기서 ‘추상적’이란 표현은 규범통제가 이루어지기 위하여 구체적 사건을 계기로 하지 않는다는 것을 의미한다. 추상적 규범통제의 주된 목적은 주관적인 권리보호가 아니라 객관적인 합헌성의 통제라 할 수 있는데, 이는 일차적으로 헌법의 보호이며, 나아가 법질서의 우위관계의 보장 및 연방과 주 또는 중앙국가와 지방자치단체 사이의 권한배분질서의 보장을 포함한다.

위헌심사가 이루어지는 시점에 따라, 추상적 규범통제는 범규범의 공포 이전에 그 위헌성을 심사하는 사전적 규범통제와 범규범의 공포 이후에 위헌심사가 이루어지는 사후적 규범통제로 구분할 수 있다. 추상적 규범통제의 심판대상은 국가, 연방, 주, 지방자치단체 등 모든 차원에서의 범규범이 될 수 있으며, 국제법상의 조약에 대한 동의법률도 이에 속한다. 또한 국제법과 헌법 사이의 모순을 방지하기 위하여 국제법상의 조약의 합헌성을 비준하기 전에 사전적으로 심사하는 것도 추상적 규범통제에 귀속시킬 수 있다.

나) 비교법적 관점²⁷³⁾

추상적 규범통제절차를 도입하여 헌법재판소의 관할로 하고 있는 대표적인 국가는 독일, 오스트리아, 스페인과 포르투갈이다.

우선 추상적 규범통제의 대상이 되는 법규범은, 독일과 오스트리아와 같은 연방국가의 경우 연방과 주의 법률 및 법규명령이고(독일 기본법 제93조 제1항 제2호, 오스트리아헌법 제139조 제1항 제2문, 제140조 제1항 제2문 및 제3문), 스페인과 포르투갈과 같은 중앙국가의 경우 중앙국가의 법률, 법규명령과 지방자치단체의 법률적 효력을 가지는 법규명령이다(스페인헌법 제161조 제1항의 a, 포르투갈헌법 제281조 제1항).

추상적 규범통제절차에서 심판청구를 할 수 있는 범위와 관련하여 보자면, 독일과 오스트리아의 경우 연방정부, 주정부 및 연방의회(독일의 Bundestag 및 오스트리아의 Nationalrat) 의원 1/3이 심판청구권을 가지고 있고,²⁷⁴⁾ 스페인의 경우 수상, 호민관(Volksanwalt), 50인의 하원의원, 50인의 상원의원에게 심판청구권을 인정하고 있으며(스페인헌법 제162조 제1항의 a), 포르투갈의 경우 수상, 국가원수(대통령), 국회의장, 호민관, 국회의원의 1/10에게 심판청구권을 부여하고 있다(포르투갈헌법 제281조 제2항).

위 국가들이 선택한 추상적 규범통제절차의 공통점을 찾아본다면, 일정수의 의회 의원에게 심판청구권을 인정함으로써 의회 내에서의 소수 보호를 보장하고 있으며, 다른 한편으로는 연방국가의 경우 주정부에게, 중앙국가의 경우 지방자치단체의 장이나 의회에게 심판청구권을 인정함으로써 연방국가적 또는 수직적 권력분립적 관점을 고

273) 개관으로서 vgl. A. Weber, Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 68ff.

274) 오스트리아의 경우에는 주헌법이 정하는 바에 따라 주의회 의원 1/3도 심판청구권을 가질 수 있다, 이에 관하여 아래 오스트리아의 추상적 규범통제 참조.

려하고 있다. 후자와 관련하여 예컨대 스페인의 경우 중앙국가의 법률이나 법규명령이 지방자치단체의 고유한 영역을 침해할 가능성이 있는 경우 이에 대하여 지방자치단체의 장 또는 의회가 심판청구를 할 수 있도록 하고 있다(스페인헌법재판소법 제32조 제2항).

2) 한국 헌법재판제도에서의 추상적 규범통제

1960년 6월 헌법은 헌법재판소의 관장사항으로서 규범통제를 정하면서, 규범통제가 어떠한 방법으로 이루어져야 하는지에 관한 일체의 언급을 회피한 채, 단지 ‘법률의 위헌여부심사’라고 규정하였다(헌법 제83의3조). 이로써 헌법이 정한 규범통제의 절차를 구체화하고 형성하는 것은 입법자의 과제가 되었다. 입법자는 헌법재판소법을 통하여 헌법재판소의 규범통제권한을 구체화하면서, 구체적 규범통제뿐 아니라 추상적 규범통제도 함께 규정하였다.²⁷⁵⁾ 즉, 법원에 사건이 계속중인 경우에는 법원과 당사자가 재판의 전제가 된 법률의 위헌여부를 물을 수 있도록 하였고(헌법재판소법 제9조 제1항), 나아가 법원에 사건이 계속되지 않은 경우에도 제청인 범위의 제한이 없이, 즉 모든 국가기관과 일반국민이 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 물을 수 있도록 규정하였다(헌법재판소법 제10조 제2항). 이는 외국에서 유사한 경우를 거의 찾아 볼 수 없는 파격적인 것이다.

3) 독일의 추상적 규범통제

가) 독일 기본법은 제93조 제1항 제2호에서 “연방정부, 주정부 또는 연방의회위원의 재적의원 1/3의 신청으로 연방법 또는 주법이 기

275) 이에 관하여 정종섭, 헌법소송법, 2004, 68면 이하 참조.

본법에 형식적·실질적으로 합치하는지 또는 주법이 그 밖의 연방법이 일치하는지에 관한 의견차이나 의문이 있는 경우”, 연방헌법재판소는 이에 관하여 결정한다고 규정하고 있고, 1994년에 새로이 추가된 같은 항 제2호의 a에서 “연방참사원(상원), 주정부 또는 주의 회의 신청에 의하여 법률이 기본법 제72조 제2항의 요건을 충족시키고 있는지 여부에 관한 의견차이가 있는 경우” 이에 관하여 결정한다고 규정하고 있다. 기본법 제93조 제1항 제2호의 a의 심판절차는 규범 그 자체가 아니라 ‘규범이 헌법상 규정된 요건을 충족시키고 있는지의 여부’를 심판대상으로 삼고 있으나, 새로운 유형의 절차가 아니라 추상적 규범통제의 일종으로서,²⁷⁶⁾ 기본법 제72조 제2항에서 정하고 있는 ‘연방에 의한 규율의 필요’ 여부를 사법적으로 통제하고자 하는 것이다.²⁷⁷⁾

기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제는 연방헌법재판소법 제76조 이하에서 구체화되고 있는데, 위 법 제76조는 “기본법 제93조 제1항 제2호에 의한 연방정부, 주정부 또는 연방의회의원의 재적의원 1/3의 청구는 다음과 같은 경우에만 허용된다. 청구인능력이 있는 자의 하나가 연방법 또는 주법을 1. 기본법 또는 기타의 연방법과의 형식적 또는 실질적 불합치를 이유로 無效라고 생각하는 경우 또는 2. 법원, 행정청 또는 연방이나 주의 어느 기관이 그 법

276) Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rn.117.

277) 독일 기본법은 연방국가의 특성상 입법권을 연방과 주 사이에 분배하는 규정(기본법 제70조 이하)을 두고 있는데, 연방의 입법영역으로서 특히 연방이 독점적으로 규율할 수 있는 영역(제71조, 제73조) 및 주와 경쟁적으로 규율할 수 있는 영역(제72조, 제74조)을 구체적으로 규정하면서, 제72조 제1항에서 “경쟁적 입법의 영역에서는 연방이 그의 입법권을 행사하지 않은 한, 주는 입법권을 가진다.”고 하여 주의 보충적 입법권을 규정하면서, 제2항에서 “연방지역의 균등한 생활관계의 실현 또는 국가적 이익의 관점에서 법적 또는 경제적 통일성의 유지가 연방법률에 의한 규율을 필요로 하는 한, 경쟁적 입법의 영역에서 연방은 입법권을 가진다.”고 규정하고 있다.

을 기본법 또는 그 외의 연방법과 불합치하는 것으로서 적용하지 아니한 후, 有效라고 생각하는 경우”라고 규정하고 있다.

나) 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제는 주관적 권리가 다투어지는 주관적 권리보호절차가 아니라, 법규범이 상위법, 즉 헌법이나 연방법에 합치하는지를 해명하기 위한 객관적인 절차이다.²⁷⁸⁾ 추상적 규범통제의 목적은 헌법을 수호하고 연방국가적 권한 질서를 수호하고자 하는 것이다.²⁷⁹⁾ 비록 추상적 규범통제절차는 연방정부, 주정부 또는 연방회의의원의 1/3이라는 정치적 기관의 청구에 의하여 개시되지만, 대심적 절차가 아니라 규범의 유효여부를 확인하기 위한 객관적인 절차로 형성되어 있다. 청구인이 법규범이 상위법에 합치하는지의 해명에 관한 법적 이익이나 정치적 이익을 가질 수 있으나, 이는 심판청구를 위한 적법요건이 아니다. 여기서 청구인은 당사자가 아니라 헌법질서 또는 연방법질서의 보증인(Garant)으로서 또는 감시자로서의 지위를 가진다. 그러므로 청구인이 청구를 취하한 경우에도 절차의 속행에 관한 이익이 존재하는 한 본안에 관하여 판단할 수 있다고 하는 것이 연방헌법재판소의 견해이다.²⁸⁰⁾

구체적 규범통제는 당해소송의 해결을 위한 중간소송으로서의 성격을 가지고 있기 때문에, 심사대상이 전적으로 당해소송에 의하여 결정되고, 이로써 헌법재판소는 당해소송의 해결을 위하여 꼭 필요한 범위 내에서만 규범의 위헌여부에 관하여 판단을 하게 되지만, 추상적 규범통제에서는 청구를 하는 기관들이 심사대상을 상당히 자유롭게 확정할 수 있다. 따라서 연방헌법재판소의 심사범위는 청구인이 정하는 청구의 범위에 의하여 결정되며, 이러한 의미에서 구체

278) Vgl. Söhn, Abstrakte Normenkontrolle, in: BVerfG und GG I, 1976, S.295.

279) Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, 2001, §76 Rn.5.

280) Vgl. BVerfGE 25, 308, 309.

적인 법적용으로부터 추상화된 포괄적인 심사를 하게 된다.

일반적으로, 법규범에 대한 위헌의 의심이나 헌법적 하자는 정부나 의회의 다수파에 의해서가 아니라 의회의 의결에서 압도당한 의회의 소수파나 야당에 의하여 주장된다. 즉, 심판청구는 정당정치적 또는 연방국가적 관점에서 야당이나 야당이 집권한 주 정부에 의하여 이루어지는 것이다. 여당과 야당의 합의에 의하여 의회에서 의결한 법률에 대하여 추상적 규범통제의 심판이 청구되는 경우는 사실상 없으며, 이러한 법규범은 다른 심판절차에 의하여 연방헌법재판소의 심판을 받게 된다. 전반적으로 볼 때, 구체적 규범통제의 사건수가 추상적 규범통제의 사건수보다 현저하게 많은데, 이는 법관의 위헌제정은 권한이자 의무이지만, 추상적 규범통제의 심판청구는 단지 권한이라는 점에도 기인한다.²⁸¹⁾

다) 독일에서 추상적 규범통제의 적법요건은 다음과 같다.

a) 청구인능력

추상적 규범통제를 청구할 수 있는 자는 연방정부, 주정부 및 재적 1/3 이상의 연방의회의원이다. 원내교섭단체나 정당은 청구인능력이 없다. 연방의회 내의 야당은 비록 직접 심판청구를 할 수는 없으나, 야당에 속한 연방의회의원 1/3의 청구 또는 야당이 집권한 주의 정부를 통하여 간접적으로 심판청구를 할 수 있다. 따라서 정치적으로 본다면, 심판청구에 의하여 의회의 다수파와 소수파 또는 여당과 야당이 서로 대립하게 되는 것이다.

1994년에 추가된 기본법 제93조 제1항 제2호의a에 의하여 ‘법률이 기본법 제72조 제2항요건(연방법률에 의한 규율의 필요)을 충족하는지의 여부에 관하여 견해차이가 있는 경우’, 연방참사원과 주의 회도 청구인능력이 있다.

281) Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, S.121.

b) 심사대상

추상적 규범통제의 심사대상은 연방법과 주법이다.

헌법규범을 포함하여, 예산법률, 조약에 대한 동의법률 등 연방과 주의 법률, 법규명령과 규칙, 조례를 망라한다.

c) 청구의 적법성

청구권자 중 어느 하나의 기관에게 법규범의 유효여부에 관한 견해차이나 의심이 생긴 경우, 심판청구는 적법하다. 법규범이 상위법과 합치하는지 여부에 관하여 다른 견해가 주장되거나 또는 불확실성이 발생하는 것으로 족하다. 청구권자 스스로에게 견해의 차이나 의심이 발생할 필요는 없다. 그에 관한 견해차이나 의문이 다른 곳에서 발생하였고, 이로 인하여 심판청구를 해야 할 구체적인 계기가 주어졌다면, 이로 충분하다.²⁸²⁾

심판청구를 하기 위하여 청구인의 주관적인 권리보호의 필요성은 요구되지 않는다. 규범의 유효여부를 해명하고자 하는 객관적 이익이 존재하는 경우, 심판청구는 적법하다.²⁸³⁾ 일반적으로 심판청구와 더불어 해명의 이익이 존재하는 것으로 간주된다. 규범이 폐지되었다 하더라도, 예컨대 그의 실질적인 규범내용이 신법에 수용됨으로써 계속 법률효과를 발휘하고 있다면, 폐지된 규범의 합헌성을 규명해야 할 이익이 존재할 수 있다.²⁸⁴⁾

d) 심사기준

기본법 제93조 제1항 제2호의 법문이 밝히고 있는 바와 같이, 연방법이 심판대상인 경우에는 기본법만이 심사기준이 된다. 연방법률의 경우 전적으로 기본법을 기준으로 심사되어야 한다는 것은 자명하며, 법률하위의 연방법, 즉 연방의 법규명령과 규칙의 경우에도 기

282) Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., 2001, Rn.729f.

283) BVerfGE 88, 203, 334.

284) BVerfGE 97, 198, 213f.

본법만이 심사기준이 되기 때문에, 포괄위임의 금지를 규정하는 기본법 제80조에 대한 위반여부만이 판단의 대상으로서, 법률하위의 연방법에 대한 심사범위는 단지 하위법률이 법률의 수권에 기초하는지 및 그 수권의 한계를 지키고 있는지에 제한된다.

주법이 심판대상인 경우에는 법률하위의 연방법규범을 포함하여 연방법 전체를 기준으로 심사된다.

4) 오스트리아의 추상적 규범통제

오스트리아헌법은 제140조 제1항 제2문 및 제3문에서 “헌법재판소는 또한 연방정부의 심판청구에 의하여 주법률의 위헌여부를, 또한 주정부 또는 연방의회(Nationalrat) 재적의원 1/3의 심판청구에 의하여 연방법률의 위헌여부를 심사한다. 위와 같은 심판청구권이 주법률의 위헌여부와 관련하여 또한 주의회 재적의원 1/3에게도 부여되는지에 관하여 주헌법이 결정할 수 있다.”고 하여 연방과 주의 법률에 대한 추상적 규범통제절차를 규정하면서, 제139조 제1항 제2문에서 “헌법재판소는 또한 연방정부의 심판청구에 의하여 주행정청의 명령의 위법여부를, 주정부의 심판청구에 의하여 연방행정청의 명령의 위법여부를, 또한 당해 지방자치단체의 심판청구에 의하여 헌법 제119조의 a 제6항에 의한 지방자치단체 감독청의 명령의 위법여부를 심사한다.”고 하여 연방과 주의 法規命令에 대한 추상적 규범통제절차를 규정하고 있다.

이에 따라 연방정부는 주의 법률과 법규명령의 위헌성을, 주정부는 연방의 법률과 법규명령의 위헌성을, 연방의회의원 1/3은 연방법률의 위헌성을, 주헌법이 이를 허용하는 경우 주의회 의원 1/3은 주법률의 위헌성을, 지방자치단체는 지방자치단체 감독청의 법규명령의 위헌성을 문제삼아 추상적 규범통제심판을 청구할 수 있는 것이다.

5) 도입여부의 문제

가) 추상적 규범통제의 단점으로는, 헌법재판소가 특정한 사건을 통하여 심사대상규범의 구체적인 적용상태를 직접 접할 수 없다는 점이 지적되고 있다.²⁸⁵⁾ 즉, 구체적 사례를 통하여 법규범을 보다 잘 해석할 수 있고 헌법적으로 평가할 수 있는데, 헌법적 심사를 위하여 바람직한 이와 같은 구체적인 사례에 관한 자료가 없다는 것이다. 그러나 헌법재판소는 이미 시행되어 법현실에서 적용되고 있는 법규범의 경우에는 간접적이거나 법적용상태에 관한 정보를 얻을 수 있다. 문제는 법규범이 공포·시행된 지 얼마 안 되기 때문에 법 적용에 관한 실무가 전혀 없는 법규범의 경우이다. 이러한 경우에는 헌법재판소는 구체적인 법적용으로부터 추상화된 포괄적인 심사를 해야 하는 어려움에 처하게 된다. 그러나 물론, 위와 같은 헌법재판소에 의한 판단의 어려움을 이유로 헌법위반이 일정 기간 동안 감수되어야 한다는 것은 납득하기 어렵다.

그러나 다른 한편으로는, 이러한 단점이 동시에 추상적 규범통제의 장점이다. 법규범이 제정되어 법현실에서 장기간 광범위하게 적용되기 이전에 규범통제가 이루어질 수 있다는 점, 즉 규범통제가 규범제정 직후에 시간적으로 인접하여 이루어질 수 있다는 점은 법적 안정성의 관점에서 추상적 규범통제의 장점이라 할 수 있다.²⁸⁶⁾ 추상적 규범통제가 도입되는 경우, 헌법소원이 제기되거나 또는 법원이 위헌제청을 할 때까지 기다릴 필요가 없이 헌법위반이 신속하게 제거될 수 있다. 특히 법규범이 공포된 후 일정 기간을 경과한

285) Vgl. Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2005, §76 Rn.4; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, Rn.764.

286) Vgl. Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2005, §76 Rn.4.

후 시행되는 경우에는 법규범이 시행되기 이전에 위헌적인 법규범이 다시 제거될 수 있다는 점에서 이러한 장점은 더욱 두드러진다. 또한, 추상적 규범통제의 객관적 성격으로 말미암아, 개인의 주관적 권리를 침해하는 성격이 없기 때문에 법규범에 대한 헌법소원이나 구체적 규범통제의 대상이 될 수 없는 법규범에 대한 심사도 가능하게 한다.

나) 독일에서는 헌법재판체계 내에서의 추상적 규범통제의 필요성과 정당성에 대하여 이의를 제기하는 견해는 거의 없는 것으로 보인다. 일부에서는 심판청구가 의회의 의결절차에서 압도당한 소수파나 야당이 집권한 주정부에 의하여 이루어지기 때문에 헌법재판소의 도움으로 의회에서의 정치적 패배를 만회하고자 한다는 점에서 헌법적 수단을 이용한 정치의 연장이며, 청구인은 입법절차에서의 자신의 입장을 관철하고자 정치적 논쟁을 헌법재판소의 심판절차에서 반복함으로써 헌법재판소의 기능이 규범적 판단이 아니라 입법과 관련하여 정치적 심판자로서의 역할로 변질될 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다.²⁸⁷⁾ 그러나 의회의 야당이 그들의 정치적 견해와 입법적인 문제점의 해소를 의회 내에서의 세력관계로 인하여 관철하지 못한 경우, 추상적 규범통제는 야당에게 헌법질서의 공동보증인(감시자)으로서 헌법상의 이의를 제기할 수 있는 기회를 부여한다. 따라서 헌법적인 관점에서 이의가 제기되고 헌법재판소의 심사가 헌법적인 심사에 제한되는 한, 소수파나 야당에 의한 심판청구는 아무런 문제가 없다고 할 것이다.²⁸⁸⁾

다) 한편, 행정청이 개별적인 사건에서 적용되는 법규범에 대한

287) Vgl. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, 1983, S.1266, 1289; A. Rincken, AK-GG, Art.93 Rn.140.

288) Vgl. Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2005, §76 Rn.5; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, Rn.764.

위헌의 의심을 가지는 경우 행정청은 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심판절차에서 법률의 위헌여부에 관하여 제청을 할 수 있는 권한이 없기 때문에, 이러한 상황은 헌법의 구속을 받는 국가기관으로서 헌법을 존중하고 실현해야 하는 행정청의 의무와 상충할 수 있다.

위와 같은 경우, 행정청은 행정부의 위계질서적 구조 내에서 최상급기관인 행정각부장관의 지시를 구해야 하고, 이 과정에서 각부장관에게도 규범의 위헌성에 대한 의문이 있다면 헌법재판을 통하여 규범의 위헌여부를 해명할 수 있는 가능성이 개방되어야 한다. 이러한 가능성을 배제하는 것은 행정부도 법원과 마찬가지로 헌법의 구속을 받는다는 헌법의 구속성과 합치하기 어렵다. 추상적 규범통제가 도입되는 경우에는 정부 또는 대통령이 문제되는 규범에 대한 심판절차를 개시할 수 있을 것이다.

라) 추상적 규범통제의 본질은 ‘구체적인 법적 분쟁과 분리된’ 규범통제라는 것이다. ‘구체적 법적 분쟁과의 분리’가 의미하는 바는, 추상적 규범통제에서는 청구인의 주관적인 권리나 권한에 관하여 다투어지는 것이 아니라, 즉 주관적 보호의 문제가 아니라 객관적인 헌법(또는 연방법)의 보호에 관한 것이라는 것이다. 그러나 이와 같은 객관적 절차에서도 절차의 개시를 위한 심판청구가 필요하다. 여기서 심판청구는 전적으로 절차를 개시할 수 있는 소송법적 권리이지, 실제법적 권리의 소송법적 표현이 아니다. 따라서 추상적 규범통제절차에서는 주관적 권리보호와 같은 심판청구를 제한하는 선별적 기준이 적용되지 않기 때문에 청구권자의 범위를 인위적으로, 즉 헌법정책적으로 확정해야 하는 문제가 있다. 청구권자의 범위를 확정하는 것은 헌법에 위반되는 법규범에 대하여 헌법을 수호하는 역할, 즉 헌법준수의 감시자의 역할을 누구에게 부여할 것인가 하는 헌법정책적으로 흥미로운 문제이다.

추상적 규범통제의 청구권자를 일반국민에게도 확대하는 것을 생각해 볼 수 있다. 일반국민에게도 심판청구권을 부여함으로써 소위 대중소송, 민중소송을 도입하는 것은, 한편으로는 모든 국민에게 헌법수호의 감시자와 헌법의 보증인의 지위를 부여함으로써 국민의 헌법의식을 높이고 헌법의 수호에 적극적으로 참여시키는 긍정적인 측면이 있으나, 다른 한편으로는 과도한 심판청구로 인하여 헌법재판소의 과제수행과 기능이 심각하게 저해될 위험이 있다. 이러한 이유로 비교법적으로 보더라도, 서유럽에서는 1964년 이래로 대중소송을 도입한 말타(말타헌법 제116조)²⁸⁹⁾와 州 차원에서 주의 법규범만을 대상으로 하는 1947년 도입한 독일 바이에른 주의 대중소송이²⁹⁰⁾ 유일한 것이고, 동유럽의 경우에는 1990년 헝가리가 일반국민이 모든 법규범에 대하여 위헌을 이유로 아무런 제한을 받지 않고 심판청구를 할 수 있는 추상적 규범통제절차를 도입한 것이 전부이다.²⁹¹⁾

독일의 경우, 행정부의 정치적 지도기능을 고려하여 연방정부를, 연방국가적 관점을 고려하여 주 정부를, 현대 정당국가에서의 의회 소수파의 정당정치적 기능을 고려하여 연방의회의원의 1/3을 청구권자로 정하고 있다. 이로써 행정부의 정치적 지도기능, 연방국가적 관

289) 말타의 경우에는 '기본권과 관계없는 헌법위반'을 이유로 법규범에 대한 대중소송을 제기할 수 있도록 하고 있다.

290) 바이에른 주 헌법 제98조 제4문.

291) 헝가리의 경우 1990년 도입된 이래 매년 평균 1000건의 사건이 접수되었다고 한다. 일반국민에 의한 추상적 규범통제가 비교적 짧은 기간 내에 과거의 법질서 전반을 위헌심사의 대상이 되게 함으로써 법치국가를 확립하는데 큰 기여를 한 것으로 긍정적으로 평가받고 있다. 그러나 현재의 안정된 법치국가적 상황에서 대중소송을 계속 필요로 하는 지는 의문시되고 있다, 헝가리의 대중소송에 관하여 vgl. Brunner, Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im euroäischen Raum, JÖR 50(2002), S.230; Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, S.330.

점, 의회 소수파의 정당정치적 기능이 청구권자의 범위를 확정하는 기준이 되고 있다. 추상적 규범통제절차가 연방의회 의원의 1/3에게 청구권자의 지위를 부여하였다고 하여, 이를 소수의 보호를 위한 제도라 할 수는 없다. 헌법은 단지 소수파의 이익, 즉 범규범이 자신들의 정치적 견해와 부합하지 않는다면 적어도 헌법적 한계를 준수할 것을 요청하는 이익을 활용함으로써 소수파를 헌법의 감시자와 수호자로 만들 뿐이다.²⁹²⁾

6) 헌법개정안

가) 위에서 서술한 관점에서 본다면, 일반국민에게 심판청구권을 부여하여 대중소송을 도입하는 것은 바람직하지 않은 것으로 판단된다. 추상적 규범통제의 목적이 헌법과 연방국가적 또는 수직적 권력분립질서의 수호에 있으므로, 심판청구권자의 범위를 정하는 관점도 집행부의 정치적 지도기능, 의회 소수파의 정당정치적 관점 및 국가와 지방자치단체 사이의 권력분립적 관점이 되어야 된다.

이에 따라, 政府에 심판청구권을 부여하는 것은 특히 대통령이 법률안거부권을 가지고 있고 법률안거부권은 법률안에 대한 위헌심사권을 포함하고 있다는 점에서도 필요하고 정당화된다. 대통령은 법률안이 헌법에 위반된다고 판단하는 경우에는 법률안거부권을 행사할 수 있는데(헌법 제53조 제2항), 대통령이 거부권을 행사하면 국회는 그 법률안을 재의에 회부하여 재의결을 통하여 법률안을 법률로서 확정할 수 있다(헌법 제53조 제4항). 따라서 대통령이 법률안에 대하여 위헌의 의심을 표명하였음에도 국회가 재의결을 통하여 법률을 제정하는 경우, 정부와 의회 사이에 법률의 위헌여부에 관한 의견차이나 의심이 발생하는 전형적인 경우에 속한다. 법률안에 대

292) Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., 2001, Rn.711.

한 대통령의 위헌심사권의 관점에서든 국회의 재의결에 의하여 무시된 대통령의 헌법적 이의에 관하여 해명해야 할 절차를 도입해야 할 필요성이 있다.

한편, 대통령이 소속된 정당과 의회의 다수당이 일반적으로 일치하는 오늘의 정치현실에서 권력분립의 관계는 정부 대 의회의 대립이 아니라 의회의 소수파와 다수파·정부의 대립으로 변형된 점에 비추어, 의회에서 제정하는 법률에 대하여 헌법의 감시자로서의 역할을 수행할 수 있는 것은 역시 議會의 少數派이다. 따라서 일정 부분의 국회의원에게 심판청구권을 부여해야 할 필요가 있다. 청구권자를 재적의원 1/3, 1/4 또는 더욱 작은 비율로 할 것인지의 문제는 야당이나 소수에 속하는 집단이 어느 정도로 자신의 견해를 관철할 수 있는 절차적 가능성을 가지고 있는가 하는 소수보호의 관점에서 판단되어야 할 문제이다.

또한, 추상적 규범통제가 연방국가적 또는 수직적 권력분립질서의 보장이란 목적도 동시에 가지고 있다는 것을 감안한다면, 국가의 법규범이 지방자치단체의 헌법상 보장된 지방자치권을 침해하는 경우에 대하여 심판청구를 할 수 있는 권한을 地方自治團體의 장이나 의회에게 부여하는 것도 필요하다.

한편, 추상적 규범통제의 심사대상을 법률로 한정할 것인지 아니면 모든 법규범으로 확대할 것인지는 원칙적으로 헌법재판소의 헌법상 부여받은 규범심사권과의 연관관계에서 판단해야 할 문제라고 본다. 명령·규칙에 대한 규범심사권을 법원에 부여하고 있는 현행 헌법재판제도에서(헌법 제107조 제1항), 헌법재판소가 추상적 규범통제절차를 통하여 명령·규칙의 위헌여부를 판단한다는 것은 구체적 규범통제에 의한 법원의 심사 결과와 서로 충돌할 수 있다는 것을 의미한다. 왜냐하면 추상적 규범통제와 구체적 규범통제는 그 성질

상 서로 배제하는 관계에 있는 것이 아니라 병렬적으로 적용되는 관계에 있기 때문이다. 따라서 법규범에 대한 위헌심사권이 이원화되어 있는 현행 제도를 유지하면서 추상적 규범통제절차를 도입하는 경우에는, 그 심사대상은 법률로 제한해야만 헌법상 관할규범 사이의 조화가 이루어질 수 있다.

나) 헌법 제111조 제1항에 하나의 호를 신설하여 다음과 같은 문구를 삽입하는 것을 고려해 볼 수 있다.

6. 정부 또는 국회의원 재적의원 1/3의 신청에 의한 법규범의 위헌여부에 관한 심판

또는

6. 정부, 국회의원 재적의원 1/3 또는 지방자치단체의 신청에 의한 법규범의 위헌여부에 관한 심판

(2) 사전적 규범통제의 도입 문제

1) 개념 및 입법례 개관

사전적 규범통제란 규범통제의 대상인 법규범이 공포되기 이전에 그 위헌성을 심사하는 제도로서 추상적 규범통제의 일종이다. 일반적으로 입법기관에서 법안에 관하여 최종적으로 의결한 후에야 비로소 사전적 규범통제절차가 개시될 수 있다. 입법기관이 법안에 관하여 의결하기 이전에는 언제든지 법안이 변경될 수 있다는 점에서 규범통제의 심판대상이 확정되지 않으며, 입법자의 의결 이전에 사법기관이 관여하는 것은 헌법상의 권력분립원리에도 부합하지 않는다.²⁹³⁾

사전적 또는 예방적 규범통제절차를 두고 있는 국가로는 프랑스, 포르투갈, 헝가리 등을 들 수 있으나, 이 중 가장 대표적인 국가는

293) Vgl. N. Holzer, Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, 1978, S.114ff.

프랑스이다. 스페인은 1985년까지 법률에 대한 사전적 규범통제를 예외적인 절차로서 규정하였으나 사전적 규범통제절차가 빈번하게 활용됨으로써 의회의 입법이 사전적 규범통제에 의하여 저지되는 현상이 발생하자, 1985년 이 제도를 폐지하였고, 오스트리아의 경우, 사전적 규범통제는 연방과 주(Gliedstaat) 간의 관할배분의 심사에 제한되어 있기 때문에(오스트리아헌법 제138조 제2항), 실질적으로 거의 아무런 역할을 하지 못하고 있다. 또한 폴란드도 사후적·추상적 규범통제절차를 두면서 예외적으로 대통령에게는 서명을 하기 전에 법률의 합헌성심사를 헌법재판소에 청구할 수 있는 권한을 부여하고 있는데(헌법 제27조 제4항),²⁹⁴⁾ 이러한 점에서 부분적이거나 사전적 규범통제의 요소를 찾아볼 수 있다.

이에 대하여 포르투갈과 헝가리는 현재 사전적 규범통제와 사후적 규범통제를 동시에 허용하고 있는 유일한 국가라 할 수 있다.²⁹⁵⁾ 프랑스는 다른 유럽국가와는 달리, 법관의 제청에 의한 구체적 규범통제나 개인이 청구할 수 있는 헌법소원제도, 최고헌법기관간의 기관쟁의나 중앙정부와 지방간의 권한쟁의를 두고 있지 않으면서, 단지 ‘순수한 사전적 규범통제’만을 허용하는 독특함을 보이고 있다. 프랑스의 경우 단지 법률에 대해서만 사전적 규범통제가 허용되는 반면, 포르투갈과 헝가리는 법규명령도 심판대상으로 하고 있다.

2) 프랑스의 사전적 규범통제절차²⁹⁶⁾

294) Vgl. Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, S.328.

295) Vgl. A. Weber, Verfassungsgerichte in anderen Ländern, in: Piazzolo, Das Bundesverfassungsgericht, 1995, 69

296) 프랑스의 사전적 규범통제절차에 관하여 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사 결정의 효력, 공법연구, 제18집, 1990, 179면 이하; 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구, 제4권, 1993, 92면 이하; 정종섭, 주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2권,

가) 프랑스에서는 1789년 프랑스혁명 이래 1958년 헌법이 시행 될 때까지 의회가 국민의 유일한 대표자라고 하는 의회주권주의 또는 의회우위주의의 사고 및 ‘사법에 의한 통치’에 대한 공포와 불신이 지배적이었다. 이에 따라 의회의 활동을 통제하거나 그의 절대적인 주권을 제한할 수 있는 권한을 부여받은 다른 국가기관이 존재할 수 없었다. 물론, 1946년의 헌법은 헌법위원회(Comite Constitutionnel)를 두었으나, 헌법위원회는 그 구성에 있어서 정치인들로 구성되었고, 그 관할에 있어서도 헌법규범을 심사기준으로 하여 입법자를 통제하는 것이 아니라 의회의 양원 사이의 충돌이 발생하는 경우 단지 이를 중재하는 기능만이 부여되었다는 점에서, 헌법재판기관이 갖추어야 할 모든 본질적인 요소를 결여하고 있었다. 비로소 1958년 헌법에서 의회의 권력남용을 방지하기 위하여 규범통제기관으로서 헌법평의회(Comseil Constitutionnel)를 설치하였고, 헌법평의회에 의한 사전적 규범통제절차를 도입하였다.

나) 프랑스의 사전적 규범통제절차는 의회에서 법률안을 의결한 후 연방대통령에 의하여 공포되기 이전의 단기의 기간 내에서만 이루어지며, 다음과 같은 두 가지 측면에서 제약적이다.

첫째, 법률을 ‘조직법률’(lois organique)과 ‘그 외의 법률’(lois ordinaire)로 구분하여 ‘조직법률’과 ‘의회의 의사규칙’에 대해서는

1991, 32면 이하 및 81면 이하 참조; 또한 vgl. Fromont, Der französische Verfassungsrat, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, S.319ff.; Zweigert, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgsgerichtsbarkeit, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, 69ff.; Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, 319f.; A. Weber, Der Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 64ff.; A. Weber, Verfassungsgerichte in anderen Ländern, in: Piazzolo, Das Bundesverfassungsgericht, 1995, 69f.

법률이 공포되기 전에 자동적·의무적으로 헌법평의회에 의한 위헌심사를 거치도록 하는 반면(프랑스헌법 제61조), ‘그 외의 법률’은 단지 심판청구가 있는 경우에만 위헌심사를 받게 된다. ‘조직법률’이란 헌법에 명시적으로 규정된 헌법보완법률로서 국가권력간의 조직에 관한 것인데, 조직법률과 의회의 의사규칙은 의회와 정부 또는 양원과 정부 간의 권력균형에 관한 근본적인 의미를 가지고 있는 법률이라는 점에서, 프랑스헌법은 위 법률을 공포하기 전에 헌법평의회에 의한 위헌심사를 필요적으로 거치도록 규정하고 있다.²⁹⁷⁾

둘째, 두 번째 제약은 상대적으로 협소한 청구권자의 범위이다. 법률의 위헌여부심판을 청구할 수 있는 청구권자는 공화국 대통령, 수상, 상원의 의장, 하원의 의장 및 1974년 헌법개정을 통하여 새로이 추가된 60인 이상의 상원의원들과 60인 이상의 하원의원들이다. 1974년의 헌법개정으로 인하여 60인 이상의 의회의원들에게도 청구권이 부여됨으로써, 양원의 소수세력에게도 심판청구권이 부여되었고, 이로써 사전적 규범통제절차의 의미와 기능이 증대되는 데 크게 기여하였다.

한편, 자동적·의무적 위헌심사 및 심판청구에 의한 위헌심사의 경우 모두, 헌법평의회는 원칙적으로 한 달의 기간 내에 결정을 내려야 한다(의무적 위헌심사와 관련하여 프랑스헌법 제61조 제3항). 헌법평의회가 법률의 위헌성을 확인하면 그 법률은 공포·시행될 수 없다. 헌법평의회는 9인의 지명직(선임직) 평의원과 그 외의 평의원(당연직 평의원)으로 구성되는데, 지명직(선임직) 평의원은 공화국 대통령, 하원의장 및 상원의장에 의하여 각 3인씩 지명되며,²⁹⁸⁾ 그

297) Vgl. Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, S.320.

298) 평의원의 임기는 9년이며 연임할 수 없다. 평의원은 반드시 법관의 자격을 가진 자일 필요는 없으나, 실제로는 주로 법조경험을 가진 정치인과 일부의 법관, 변호사, 대학교수 등이 지명된다.

의 평의원으로서 모든 전직대통령이 종신동안 헌법평의회의 구성원이 된다(프랑스헌법 제56조).

3) 포르투갈의 사전적 규범통제²⁹⁹⁾

포르투갈은 규범통제의 절차로서 구체적 규범통제 외에도 사후적 규범통제와 함께 사전적 규범통제를 두고 있다.

사전적 규범통제절차는 입법절차에 편입되어, 심판대상 법규범이 관할 입법기관에 의하여 의결된 후 공포되기 이전 사이에 이루어진다. 사전적 규범통제의 대상은 법률 및 그와 동등한 효력을 가지는 법규범(지역의회의 법규범[Verordnungen der Regionalversammlung], 국제법상의 조약 등)의 합헌성여부를 해명하는 것에 제한된다(포르투갈헌법 제278조). 또한, 사전적 규범통제절차는 필요적으로 이루어지는 것이 아니라, 청구권자의 심판청구에 의하여 이루어지는데, 심판청구권은 단지 법규범을 공포할 권한을 가진 공화국대통령과 해당 자치지역의 장(Staatsminister der autonomen Region)만이 가지고 있다(포르투갈헌법 제278조 제1항 및 제2항). 헌법재판소는 25일 이내에 판단해야 하며, 긴급한 경우에는 공화국대통령에 의하여 이 기간이 단축될 수 있다(포르투갈헌법 제278조 제8항).

사전적 규범통제절차에서의 위헌여부에 관한 헌법재판소의 확인은 비록 그 효력이 입법절차에 제한된다 하더라도, 단순히 자문적 견해가 아니라 법원의 결정으로 간주되고 있다. 헌법재판소가 법률을 위헌으로 확인하는 경우, 입법기관은 그 법규범을 법률안으로부터 삭

299) Vgl. Cardoso da Costa, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 292ff.; Weber, Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 64ff.; Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, S.319.

제해야 하며, 입법기관은 헌법재판소에 의하여 위헌성을 지적받은 것과 같은 내용의 법률을 제정해서는 안 된다(포르투갈 헌법 제279조 제1항, 제2항 및 제4항).

그러나 공화국 의회는 헌법재판소의 위헌확인(거부권행사)을 가중된 정족수의 찬성으로 재의결함으로써 헌법재판소에 의하여 위헌성을 지적받은 법규범을 제정하여 시행할 수 있다(포르투갈헌법 제279조 제2항 및 제4항). 이에 대하여 자치지역의 의회는 헌법재판소의 거부권행사에 대하여 재의를 할 수 없다.

헌법재판소가 사전적 규범통제절차에서 심사대상이 된 법규범에 대하여 합헌으로 판단한 경우에도, 사후적으로 추상적 또는 구체적 규범통제의 형식으로 동일한 법규범의 위헌여부를 심사하고 경우에 따라 위헌선언을 하는 것이 가능하다.

4) 헝가리의 사전적 규범통제³⁰⁰⁾

헝가리의 경우에도 포르투갈과 마찬가지로 사후적 규범통제와 함께 사전적 규범통제를 도입하고 있다. 사전적 규범통제는 법률, 명령, 국회의 의사규칙, 국제법상의 조약 등을 그 대상으로 하는데, 국회, 국회의 상임위원회, 50인 이상의 국회의원, 공화국대통령, 각료평의회(Ministerrat)가 심판청구권을 가지고 있다. 헌법재판소가 사전적 규범통제절차에서 법률안의 위헌성을 확인하는 경우, 국회 또는 법률안을 제출하는 국가기관은 헌법재판소에 의하여 지적된 헌법적 하자를 즉각 제거해야 한다. 공화국대통령이 심판청구를 하였다면, 국회가 헌법재판소에 의하여 확인된 헌법적 하자를 제거할 때까지 대통령은 국회에 의하여 이미 의결된 법률의 공포를 중지해야

300) Vgl. Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, S.330.

한다.

5) 도입여부의 문제

가) 구체적 규범통제와 헌법소원제도와 같은 사후적 규범통제제도를 두고 있는 우리의 현행 헌법재판제도에서 사후적 규범통제제도 대신에 사전적 규범통제제도를 도입해야 하는지의 문제는 논의의 대상이 아니라고 생각된다. 사전적 규범통제절차와 사후적 규범통제절차의 양자 중 하나를 선택해야 한다면, 사후적 규범통제절차의 장점이 사전적 절차의 장점을 압도한다고 판단되기 때문이다. 사전적 규범통제절차의 경우 사후적 절차에 비하여 시간적으로 보다 조기에, 특히 법률의 시행 이전에 위헌적 법률안을 제거함으로써 법질서의 안정을 가져올 수는 있으나, 한편으로는 위헌성의 심사가 정해진 단기의 기간 내에(프랑스의 경우 1개월, 포르투갈의 경우 25일) 추상적·개괄적으로 이루어지며, 이와 같은 대강의 위헌심사 이후에는 설사 시행된 법률의 위헌성이 명백히 드러난다 하더라도 입법자가 스스로 제거하는 방법 외에는 달리 이를 제거할 방법이 없다는 법치국가적으로 결정적인 단점을 안고 있다.

대표적으로 프랑스의 예를 본다면, 의회에서의 법안의 의결과 공화국대통령에 의한 법률의 공포 사이의 단기의 기간(원칙적으로 1개월 이내, 긴급한 경우 8일 내에, 프랑스헌법 제61조) 내에서만 헌법평의회는 법률의 위헌성을 심사할 수 있고, 그 후에는 이미 시행된 법률의 위헌성을 더 이상 심사할 수 없다. 프랑스에서는 법률의 공포 후에는 사후적 위헌심사가 배제되기 때문에 위헌성의 심사는 시간적으로 매우 제한된 기간 내에서만 이루어지는데, 이는 바로 법적 안정성의 증가를 의미한다.³⁰¹⁾ 따라서 사전적 규범통제의 최대의 장

301) Vgl. Zweigert, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur

점은 법적 안정성에 기여한다는 것이다. 사후적 규범통제의 경우, 일반적으로 일단 법률이 시행되어 법현실에서 일정 기간 적용된 후에 그 위헌성을 확인하여 법질서에서 다시 제거하게 되므로, 법적 안정성을 저해한다는 점을 부인할 수 없다.

그러나 다른 한편으로는 이미 공포된 법률에 대해서는 위헌심사가 이루어질 수 없다는 단점이 있다. 특히 법률이 법현실에 적용된 후에 비로소 법률의 위헌성에 관하여 인식할 수 있는 경우가 많기 때문에, 사전적 규범통제에서는 법률의 위헌성을 판단할 수 있는 구체적 사례를 고려할 수 있는 가능성이 배제된 채 위헌성의 심사가 마치 가치분결정의 경우와 유사하게 대강의 심사로서 추상적, 개괄적으로 이루어질 수밖에 없다. 나아가, 조직법률과 의회의 의사규칙을 제외하고는 사전적 위헌심사가 단지 청구권자의 심판청구에 의하여 이루어지며, 그 결과 심판청구가 없었기 때문에 사전적 위헌심사를 거치지 않은 다수의 법률에 대해서도 위헌심사의 가능성이 장래에 있어서 완전히 배제된다.

나) 이러한 점에서 사전적 규범통제의 도입을 옹호하는 견해는 현재의 사후적 규범통제를 폐지하고 사전적 규범통제를 도입하자는 것이 아니라 양자를 모두 두어 서로의 단점을 보완케 하자는 취지의 주장을 펴고 있다.³⁰²⁾ 즉, “앞에서 거르고 뒤에서 잡고”의 이상적인 사고에 기초하고 있는 것이다. 그러나 사전적 규범통제절차가 어느 정도 사후적 규범통제절차의 심사밀도에 근접하기 위해서는 1개월 정도의 단기의 기간으로는 불충분하고 일반적으로 사후적 규범통제절차에서 소요되는 기간이 필요한데, 만일 헌법재판소가 이와 같이

Verfassungsgerichtsbarkeit, S.70; Fromont, Der französische Verfassungsrat, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, S.336; 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 92면.

302) 예컨대, 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 92면 이하 참조.

충분한 시간을 가지고 위헌심사를 하는 경우, 시급히 제정되어야 하는 의회의 법률이 적시에 제정되지 못하는 결과가 발생한다. 그러나 오늘날 사회의 거의 모든 영역이 법규범으로서 규율되는 사회적 법치국가에서 사전적 규범통제로 인하여 법규범의 시행이 이와 같이 지연된다는 것은 국정의 마비를 가져올 수 있다는 것을 의미한다. 뿐만 아니라, 사전적 규범통제절차에서 장기간의 심사기간을 허용하면서 의회 의원의 일부에게도 심판청구권을 부여하는 경우, 의회의 소수파가 자신의 정치적 견해에 부합하지 않는 법률의 제정을 봉쇄하는 방향으로 사전적 규범통제절차를 남용할 위험이 있다.³⁰³⁾ 이러한 점에서 단기의 심사기간은 사전적 규범통제에서 불가피한 것으로 그의 본질에 속하는 것이라 할 수 있다. 결국, 단기의 사전심사는 대강의 심사에 그칠 수밖에 없어 사후의 본격적인 심사에 앞선 대강의 부정확한 심사가 될 수밖에 없으며, 장기의 심사는 당장 시행되어야 하는 시급한 법률의 시행을 가로막아 현저한 국정의 저해를 가져온다는 진퇴양난의 상황에 처하게 된다.

한편, 추상적 규범통제절차를 도입해야 한다면, 이미 위에서 밝힌 바와 같이, 사후적·추상적 규범통제를 통해서도 구체적 규범통제나 헌법소원제도와 비교할 때 조기에 법규범의 위헌여부를 심사케 할 수 있기 때문에 법적 안정성에 기여하게 된다. 따라서 추상적 규범통제절차를 도입하는 경우, 사후적 규범통제로도 사전적 규범통제절차의 장점인 법적 안정성을 상당 부분 취할 수 있고, 한편으로는 사전적 규범통제와 사후적 규범통제를 동시에 도입하는 경우 양 절차의 관계가 불명확하여 양자의 관계를 설정하는 어려움이 있다. 사전적 규범통제에서 단기의 심사기간이 가져오는 현실적인 제약을 고려

303) Vgl. N. Holzer, Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, 1978, S.60ff.

하여 사전적 규범통제절차를 거친 법규범을 다시 사후적 규범통제의 대상이 되도록 규율하는 경우에는, 사전적 규범통제절차에서의 헌법재판소의 결정은 아무런 구속력이 없는 자문적 기능만을 하게 된다. 이에 대하여 사전적 규범통제의 결과에 대하여 구속력을 인정하여 사전적 규범통제의 대상이 된 법규범을 사후적 규범통제의 대상에서 배제하는 것은, 사전적 규범통제가 추상적인 대강의 심사에 그칠 수밖에 없다는 점에서 법치국가적 문제점을 안고 있다. 또한 규범제정의 정치적 절차가 완결되기 전에 사법기능을 담당하는 기관이 개입하는 것은 헌법정책적으로 적절하지 않다는 점이 있다.³⁰⁴⁾ 우리 헌법의 경우, 대통령이 국회의 의결을 거친 법률안에 대하여 위헌으로 판단하는 경우에는 법률안 거부권을 행사할 수 있는데(제53조 제2항), 사전적 규범통제는 대통령의 법률안거부권을 무력화시키는 측면이 있다.

이러한 관점에서 볼 때, 사후적·추상적 규범통제절차를 두면서 동시에 사전적 절차를 도입해야 하는 당위성은 찾아보기 어렵다고 할 것이다. 비교법적으로 보더라도, 사후적·추상적 규범통제절차를 두고 있는 헌법재판제도에서는 동시에 사전적 규범통제절차를 두고 있지 않으며, 현재 포르투갈과 헝가리만이 사전적 규범통제절차와 사후적 규범통제절차를 동시에 허용하고 있다. 특히 포르투갈의 경우와 같이, 사전적 규범통제절차에서 법률에 대한 헌법재판소의 위헌확인이 의회의 재의결에 의하여 배척될 수 있는 단지 '거부권의 행사'에 지나지 않는다면, 이러한 사전적 규범통제는 진정한 의미의 구속력을 가지는 규범통제가 아니라 단지 헌법재판소가 입법절차에 자문적인 역할로서 참여한다는 것을 의미하며, 헌법재판소의 견해를 배척하는 의회의 재의결은 독립된 사법기관으로서의 헌법재판소 권

304) Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., 2001, Rn.762.

위의 손상만을 가져올 뿐이다.

다) 다만, 국제법상의 조약과 관련하여 사전적 규범통제를 도입하는 것은 진지하게 고려해 보아야 한다. 국회는 헌법 제60조 제1항에 열거된 중요 조약의 체결·비준에 대하여 동의권을 가지며, 헌법 제6조 제1항에 의하여 국회의 동의를 거친 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다. 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지는 조약의 체결행위는 공권력의 행사에 해당하므로 헌법소원의 대상이 될 수 있고, 또한 법관에 의한 위헌제청의 대상이 될 수 있다.³⁰⁵⁾ 그러나 조약의 합헌여부에 대한 사후적인 심사는 국내법적 상황과 국제법적 상황이 서로 달라지는 바람직하지 않은 경우가 발생할 우려가 있으므로,³⁰⁶⁾ 국회가 조약에 대하여 동의하기 이전에 조약의 합헌성에 관하여 심사할 수 있는 사전적 규범통제절차를 도입할 필요성이 있다.

이에 관한 입법례를 보자면, 프랑스, 스페인, 포르투갈의 헌법은 조약에 대한 사전적 규범통제를 명문으로 규정하고 있다(프랑스헌법 제54조, 스페인헌법 제95조 제2항, 포르투갈헌법 제278조 제1항). 프랑스와 스페인의 경우 의회의 동의가 필요한 경우 의회가 조약에 대한 동의를 의결하기 전에 조약의 합헌성에 대한 사전적 심사를 가능하게 하고 있다.³⁰⁷⁾ 독일의 경우, 조약에 대한 동의법률은 연방헌법재판소의 관례에 의하여 예외적으로 연방대통령의 서명과 공포 이전에 추상적 규범통제를 통하여 다룰 수 있도록 함으로써, 의회의

305) 헌법재판실무제요, 제1개정판(2003), 80, 157면 참조.

306) 조약의 국제법상의 효력은 오로지 대통령의 비준행위에 의하여 발생하므로, 국내법상의 절차적·내용적 하자를 이유로 비준된 조약의 국제법상의 효력을 문제 삼을 수 없다. 따라서 헌법재판소가 사후적으로 비준된 조약의 위헌성을 확인하는 경우, 국가의 국제법상의 책임을 야기할 수 있다.

307) Vgl. A. Weber, Der Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, S.67.

의결 후, 조약법률의 공포 이전에 이루어지는 사전적 규범통제가 가능하다.³⁰⁸⁾

(3) 선거소송재판권의 도입 문제

헌행법상 대통령선거 및 국회의원선거에서 선거의 효력을 다투는 선거소송 및 당선 효력을 다투는 당선소송의 재판권은 대법원이 갖는 것으로 규정되어 있다(공직선거및선거부정방지법 제222조 및 제223조). 선거소송 중에서 중추적인 헌법기관인 대통령 및 국회의원의 선거소송은 그 기능에 있어서 가장 중요한 정치적 헌법기관의 구성에 관한 것인데, 이를 통상적인 소송과 그 성격을 같은 것으로 보아 법원의 관할로 하는 것이 적절한 것인지, 아니면 이를 헌법재판소의 관할로 하는 것이 바람직한지의 문제가 제기된다.³⁰⁹⁾

1) 외국의 입법례

비교법적으로 볼 때, 유럽의 다수 국가가 입법기관과 대통령의 선거 및 국민투표의 심사에 관한 기능을 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 국가기관을 구성하는 선거과정, 의원직의 취득이나 자격의 상실, 헌법적으로 규정된 국민의 권한에 대한 심사권을 헌법재판소에 부여함으로써, 헌법재판소는 민주국가에서 중요한 국가기관의 민주적 정당성에 대한 통제를 한다. 한편, 헌법재판을 채택한 국가 중에서도 일부 국가는 선거소송을 헌법재판소의 관할로 하고 있지 않다(예컨대 스위스, 이탈리아, 스페인).

308) Vgl. BVerfGE 36, 1; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, Rn.726.

309) 우리 헌법재판제도의 역사를 볼 때, 1960년 헌법이 제83조의3 제6호에서 선거소송(대통령, 대법원장장 대법관의 선거에 관한 소송)을 헌법재판소의 관할로 한 바 있다.

가) 의회선거에 대한 심사

헌법재판기관이 선거소송에 관한 관할을 가지고 있는 국가에서는 (예컨대 독일, 오스트리아, 프랑스, 포르투갈, 그리스 등) 연방의 입법기관 또는 주의 입법기관의 선거의 유효여부에 관하여 판단한다. 독일의 경우, 연방헌법재판소는 단지 연방의회선거의 유효여부와 선거에서의 당선여부에 관한 연방의회의 의결에 대하여 판단한다(독일 기본법 제41조 제2항). 또한 프랑스의 경우에도, 헌법위원회의 선거심사권은 전국적 차원의 입법기관(상원과 하원)의 선거에 제한된다(프랑스헌법 제59조).

이에 대하여 오스트리아와 포르투갈의 경우, 헌법재판소의 선거소송관할은 국가적, 지역적 또는 지방자치적 차원의 입법기관의 선거와 관련된 모든 선거사건에서의 심사를 포함함으로써, 선거소송의 관할이 헌법재판소에 집중되어 있다(오스트리아헌법 제141조 제1항, 포르투갈헌법 제213조 제2항).

나) 대통령의 선거에 대한 심사

대통령이 국민에 의하여 직접 선출되는 경우, 대통령의 선거도 오스트리아, 프랑스, 포르투갈에서는 헌법재판소의 심사대상이 된다(오스트리아헌법 제141조 제1항의 a, 프랑스헌법 제58조, 포르투갈헌법 제213조 제2항). 오스트리아에서는 선거의 심사가 사법적인 선거유효여부에 제한되나, 프랑스와 포르투갈에서는 헌법재판기관은 후보자추천의 허용여부 및 선거과정에 대한 행정적 감독기능과 선거유효여부와 관련하여 사법적 기능을 함께 행사한다.

다) 국민투표의 합헌성에 대한 심사

헌법이 국민에게 국민투표권을 부여하는 한, 다수 국가의 헌법재

판소는 국민투표의 합헌성에 대한 심사권을 가지고 있다(예컨대 프랑스헌법 제60조,³¹⁰⁾ 오스트리아헌법 제141조 제3항, 포르투갈헌법 제213조 제2항, 제241조 제2항). 헌법재판소에 의한 심사는 일반적으로 사전적으로 이루어지며, 이를 통하여 헌법이 규정하고 있는 대상과 관련하여 국민의 직접민주적 참여가 이루어지는 것을 보장한다.

라) 구체적인 입법례

a) 독일

독일의 경우, 연방의회선거의 적법성에 관하여 일차적으로 의회 스스로가 판단해야 한다는 것은 오랜 전통에 속한다. 따라서 독일 기본법은 이러한 전통을 이어받아 연방의회에 의한 일차적인 선거심사와 연방의회의 의결에 대한 연방헌법재판소의 선거소원절차의 2단계 절차를 채택하고 있다는 특수함을 보이고 있다. 독일 기본법은 제41조 제1항에서 “선거의 심사는 연방의회의 과제이다. 또한 연방의회는 연방의회의원의 자격 상실에 관하여 결정한다.”고 하면서, 같은 조 제2항에서 “연방의회의 의결에 대하여 연방헌법재판소에 소원을 제기하는 것이 허용된다.”고 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 연방헌법재판소의 선거심사권은 헌법재판소의 관할에 관한 규정이 아니라 연방의회에 관한 장(제3장 연방의회)에서 규정하고 있다. “구체적인 것은 연방법이 규율한다.”는 기본법 제41조 제3항의 위임에 근거하여, 연방헌법재판소법 제48조는 소원청구권자의 범위를 정하고 있다.³¹¹⁾

310) 프랑스헌법 제60조: 헌법위원회는 국민투표의 경우 절차의 합법적인 진행을 감독하며 그 결과를 공표한다.

311) 연방헌법재판소법 제48조 제1항: “선거의 효력 또는 연방의회 의원자격의 상실에 관한 연방의회의 의결에 대한 소원은 의원자격이 다투어지고 있는議員, 또는 연방의회에 의하여 자신의 이의가 기각된 選舉權者로서 100인 이

연방헌법재판소에서의 소원절차는 선거권의 침해를 주장하는 유권자의 주관적 권리의 보호를 위한 절차가 아니라, 객관적인 절차이다.³¹²⁾ 즉, 선거소원절차의 목적은 오로지 연방의회의 합법적인 구성을 보장하고자 하는 것이다.³¹³⁾ 따라서 설사 유권자의 주관적 권리가 침해되었다 하더라도, 이로 인하여 연방의회의 합법적 구성이 영향을 받지 않는다면 선거소원은 기각된다. 선거소원절차의 심판대상은 문제된 선거가 현행법과 합치하는지의 여부, 즉 선거의 유효여부 그 자체이다. 연방헌법재판소는 부수적인 규범통제의 형식으로 또한 선거의 기초가 되고 있는 선거법이 헌법과 합치하는지도 심사한다. 문제된 선거가 선거법에 위반하였다는 선거의 하자가 확인되고, 나아가 선거의 하자가 구체적인 선거의 결과, 즉 연방의회에서의 의석배분에 영향을 미쳤거나 또는 미쳤을 수 있어야만, 선거소원의 청구는 인용될 수 있고, 이로써 당해 선거가 무효가 될 수 있다.³¹⁴⁾

연방헌법재판소는 선거소원절차에서 여러 차례 선거과정에서의 위법적 하자를 확인하였으나, 결과에 있어서는 ‘선거의 하자로 인하여 선거의 결과가 단지 사소하게 변경된다든지 아니면 아무튼 의석배분이 아무런 영향을 받지 않는다’는 이유로 모든 사건에서 선거소원의 청구를 기각하였다. ‘선거의 하자는 그로 인하여 다수가 달리 형성될 경우에만 국민의사에 위반될 수 있다’는 민주주의의 기본원칙인 다수결 원칙에 기초하여 이와 같은 ‘현저한 하자의 요청’을 정당화하고 있다.³¹⁵⁾

상의 선거권자의 지지를 받고 있는 자, 交渉團體 또는 법정의원수의 1/10 이상을 가진 연방의회의 少數派가 연방의회의 의결로부터 1월 내에 연방헌법 재판소에 제기할 수 있으며, 소원의 이유는 이 기한 내에 제출하여야 한다.”

312) BVerfGE 22, 277, 281; 34, 81, 96f.

313) Vgl. BVerfGE 1, 430, 432; 4, 370, 372.

314) Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, 2001, §48 Rn.8ff.; Maurer, Staatsrecht, 1999, §13 Rn.47.

315) Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2001, Rn.1171; Umbach/Klemens/

b) 오스트리아³¹⁶⁾

헌법재판소는 국민에 의하여 직접 선출되는 대통령 선거의 합법성에 관하여 심사한다(오스트리아헌법 제141조 제1항의 a). 또한 연방, 주, 지방자치단체의 대표기관의 선거에 관한 심사도 헌법재판소의 관할이다(오스트리아헌법 제141조 제1항). 즉, 헌법재판소는 국민이나 주민에 의하여 직접 선출되는 연방, 주, 지방자치단체의 의회(Nationalrat, Landtage, Gemeinderäte)의 선거에 대한 심사권뿐 아니라 주의회에 의하여 간접적으로 선출되는 연방의 제2 입법기관인 연방참사원(Bundesrat)의 선거에 대한 심사권도 가진다. 나아가 헌법재판소의 선거심사권한은 또한 최고집행기관의 선거를 포함한다. 연방정부의 구성원이 의회에서 선출되는 것이 아니라 연방 대통령에 의하여 임명되기 때문에 이 경우 선거심사의 여지가 없으나, 주와 지방자치단체의 최고집행기관인 주정부와 지방자치단체의 장은 주와 지방자치단체의 대표기관인 주의회와 지방의회에서 선출되므로, 헌법재판소는 주와 지방자치단체의 최고집행기관의 선거에 관한 심사권을 가진다.

c) 프랑스³¹⁷⁾

프랑스 헌법평의회는 대통령선거, 상원과 하원의 선거 및 국민투표에 대하여 다툼이 있는 경우 이에 관한 재판권을 가지고 있다. 지방의회의원선거에 대한 소송은 행정재판소가 1심관할권을 가지며 國事院이 최종적인 심판을 하므로, 헌법평의회는 선거소송재판권은 전국적 차원의 입법기관과 대통령의 선거에 제한된다. 대통령선거와 입법기관의 선거에 관한 관할규정은 다음과 같다.

Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, §48 Rn.8.

316) Vgl. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S.167f.

317) Vgl. Fromont, Der französische Verfassungsrat, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S.324ff.

프랑스헌법 제58조

헌법평의회는 공화국대통령선거의 합법성에 관하여 감독한다. 헌법평의회는 소송을 심사하고 선거결과를 공표한다.

프랑스헌법 제59조

헌법평의회는 하원의원과 상원의원의 선거의 적법성에 관하여 다툼이 있는 경우 이에 관하여 재판한다.

2) 헌법개정안

가) 민주국가에서의 선거의 중요성, 즉 국가기관을 구성하고 국가 권력에 민주적 정당성을 부여하는 선거의 의미에 비추어, 적어도 국가권력의 행사와 관련된 전국적인 차원에서의 선거인 대통령선거와 국회의원선거에 대한 심사는 다른 사법적 절차와는 완전하게 구분되는 특수한 법적 심사에 해당한다. 외국의 입법례를 보더라도, 대부분의 국가가 전국적인 차원의 입법기관의 선거에 대한 심사와 국가원수의 선거에 대한 심사를 헌법재판소의 관할로 함으로써, 선거심사의 관할은 헌법재판의 핵심적인 구성부분이라 할 수 있다. 따라서 헌법재판소와 같은 독립된 전문적인 헌법재판기관이 설립된 이상, 대통령과 국회의원의 선거에 관한 심사권을 법원이 아니라 헌법재판소의 관할로 하는 것이 바람직하다.

나) 헌법개정안으로는, 헌법재판소의 관할을 규정하고 있는 헌법 제111조 제1항에 별도의 호를 신설하여 다음과 같이 규정하는 것을 생각해 볼 수 있다.

헌법 제111조 ①헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

“6. 법률이 정하는 선거심사에 관한 심판”

또는

“6. 대통령선거와 국회의원선거에서의 선거소송과 당선소송에 관

한 심판”

(4) 기본권실효제도의 도입 문제

방어적 민주주의를 실현하는 헌법수호의 수단으로서 독일에서 채택하고 있는 기본권실효제도에 관하여 그 도입의 필요성 및 실제적 의미를 살펴본다.

1) 기본권 실효제도란 자유민주적 질서를 파괴할 목적으로 기본권을 악용하는 경우, 헌법재판에 의하여 특정인의 헌법상 보장된 특정 기본권(언론의 자유, 출판의 자유, 집회·결사의 자유 등)을 일정 기간 실효시킴으로써 민주주의의 적으로부터 헌법의 기본질서를 수호하기 위한 방어적 민주주의의 한 수단이다. 방어적 민주주의이론이 바이마르 공화국 당시의 지배적인 견해였던 가치상대주의에 바탕을 둔 가치중립적 민주주의로 인하여 나치정권의 폭력적 지배가 가능하였다는 역사적 반성이라는 독일의 특수한 상황에서 비롯된 것과 마찬가지로, 방어적 민주주의를 실현하기 위한 수단인 기본권실효제도도 독일 외에 국가에서는 거의 찾아볼 수 없는 독특한 헌법재판제도에 속한다.³¹⁸⁾ 기본권의 실효제도는 개개인의 기본권주체를 그 대상으로 하고 있다. 기본권실효제도는 헌법재판절차에 의하지 아니하고는 기본권이 실효될 수 없다는 측면에서 기본권이 실효되는 당사자의 기본권을 보호하고, 다른 한편으로는 기본권을 악용하는 사람의 기본권을 실효시킴으로써 다른 국민의 기본권을 보호한다는 2 가지 기능을 하고 있다.

독일기본법 제18조는 다음과 같다. “의견표명의 자유, 특히 출판의 자유(제5조 제1항), 교수의 자유(제5조 제3항), 집회의 자유(제

318) Vgl. A. Weber, Der Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 98.

8조), 결사의 자유(제9조), 서신·우편·전신의 비밀(제10조), 재산권(제14조) 또는 망명자비호권(제16의 a조)을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위하여 남용하는 자는 이러한 기본권을 상실한다. 상실 여부 및 그 정도는 연방헌법재판소에 의하여 선고된다.”

연방헌법재판소는 연방의회·연방정부 또는 주정부의 청구에 의하여 기본권의 실효여부에 관하여 재판한다(독일연방헌법재판소법 제36조). 연방헌법재판소는 어떠한 기본권이 얼마 동안 실효되는지를 확정한다(위 법 제39조 제1항). 위 법 제39조 제2항에 의하면 연방헌법재판소는 선거권과 피선거권도 박탈할 수 있다.

2) 우리 헌법은 인간의 존엄성을 가치체계의 정점으로 하는 자유민주적 기본질서를 표방함으로써, ‘민주주의가 어떠한 가치질서도 그 내용으로 할 수 있다’는 가치상대주의를 부정하고, 헌법에 내재된 가치질서를 수호하기 위한 방어수단으로서 정당해산심판제도를 두고 있다. 이러한 점에서 방어적 민주주의를 실현하고자 하는 다른 수단으로서 기본권실효제도를 함께 도입하는 것을 생각해 볼 수 있다.

그러나 독일의 경우, 기본권실효제도는 헌법재판의 실제에 있어서 거의 사문화된 제도라 할 수 있다. 연방헌법재판소가 활동을 개시한 1951년 이래 2001년 현재까지 단지 4건의 사건만이 접수되었고, 이 사건들 또한 연방헌법재판소법 제37조에 의하여 거쳐야 하는 사전심사절차에서 ‘이유가 불충분한 것으로’ 각하되었다.³¹⁹⁾ 기본권실효제도가 헌법재판절차로서 아무런 역할을 하지 못하였던 주된 이유로, 자유민주적 기본질서를 수호하는 과제가 주로 법률, 특히 형법상의 국가보호규정에 의하여 충분히 이행되고 있다는 점을 들 수 있다. 독일에서의 기본권실효제도는 장래에도 헌법재판에 있어서 거의 아무런 역할을 하지 못하리라는 것이 확실히 되고 있다.

319) Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, S.Rn.1144f.

이러한 점에서 보건대, 기본권실효제도를 굳이 도입할 이유가 없는 것으로 판단된다.

(5) 대통령의 직무수행불가 여부의 확인절차의 도입 문제

헌법 제71조에 의하면 “대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순위로 그 권한을 대행한다.”고 규정하고 있는데, 궐위라 함은 대통령이 사망하거나 탄핵결정으로 파면되거나 사임하는 등 대통령이 재직하고 있지 아니한 경우를 뜻하고, 사고라 함은 대통령이 재직하면서도 질병 등으로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우를 말한다. 헌법상 대통령 지위의 중대성에 비추어 대통령의 궐위 또는 사고로 인한 직무수행불가 여부를 유권적으로 확인할 필요가 있다.

1) 입법례

비교법적으로 볼 때, 프랑스와 포르투갈의 경우, 특정 헌법기관의 기능수행을 보장하기 위한 절차를 헌법재판기관의 관할로 하고 있다 (프랑스헌법 제7조, 포르투갈헌법 제134조, 135조).³²⁰⁾ 위 국가들의 경우, 국가원수인 대통령의 헌법상의 특별한 기능과 지위에 비추어 대통령의 사망이나 유고시에 그 기능을 보장하기 위하여 헌법재판소를 개입시키고 있다.³²¹⁾ 프랑스의 경우, 헌법평의회는 정부로부터 대통령이 직무를 수행함에 있어서 직무수행이 불가능한 장애가 발생하였는지에 관하여 판단의 요청이 있는 경우 이에 대하여 결정

320) 포르투갈의 경우, vgl. Cardoso da Costa, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 293.

321) Weber, Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986, 97.

한다. 헌법평의회가 절대과반수의 의결로 그 장애가 지속적인 성질의 것이라고 판단하면, 헌법 제11조, 제12조에 규정된 대통령의 권한 이외의 권한은 상원의장이 대행한다. 헌법평의회가 대통령직의 수행이 확정적으로 어렵다고 선언하면 그 선언일로부터 20일에서 50일 이내에 새로운 대통령선거를 실시하게 된다(프랑스헌법 제7조).

2) 헌법개정안

대통령의 궐위 또는 사고로 인한 직무수행불가 여부가 불확실하거나 이에 관하여 다툼이 있는 경우, 이를 확인하고 선언하는 헌법기관을 헌법적으로 확정하는 것이 필요하며, 우리의 경우에도 헌법재판소가 이에 관한 권한을 가지는 것이 바람직하다.³²²⁾ 따라서 헌법재판소의 관장사항을 규정하는 헌법 제111조 제1항에 다음과 같이 별도의 호를 신설하는 것을 생각해 볼 수 있다.

헌법 제111조 ①헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

“6. 대통령의 궐위 또는 사고로 인한 직무수행불가 여부에 관한 심판”

4. 현행 헌법재판제도에서의 한정위헌결정과 한정위헌청구의 문제

(1) 문제의 제기

1) 그 동안 헌법재판에 관하여 다양한 논의가 전개되었으나, 헌법재판소와 법원의 견해가 첨예하게 대립한 것은 헌법재판소의 관할에 관한 다툼이었고, 특히 限定違憲決定의 허용여부에 관한 문제라 할

322) 같은 취지로 권영성, 헌법학원론, 2004, 956면 참조.

수 있다.

한정위헌결정을 둘러싼 논의는 이미 1996년 표면화되었다. 헌법재판소는 1995. 11. 30. 94헌바40 등 결정에서 구 소득세법조항들에 대하여 한정위헌결정을 하였는데, 이에 대하여 대법원은 1996. 4. 9. 선고된 95누11405 판결에서 ‘법령의 해석·적용 권한은 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이므로, 한정위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 대한 견해는 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 구속력도 가질 수 없다’고 함으로써 限定違憲決定의 羈束力을 否認하였고, 헌법재판소가 한정적으로 위헌이라고 판단한 위 구 소득세법조항들이 유효하다고 하면서 이를 적용하여 판결하였다. 헌법재판소는 그의 결정에 반하는 대법원의 위 판결에 대하여 제기된 헌법소원사건(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등)에서 법원의 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항에 대하여 한정위헌결정을 하면서 동시에 위 대법원의 판결을 취소하는 결정을 하기에 이르렀다.

2003. 2. 11. 선고된 국가배상법결정(2001헌마386)에서도 비록 청구인의 심판청구취하로 말미암아 헌법재판소가 심판절차의 종료를 선언하였으나, 청구인이 심판청구를 취하지 않았다면, 위 사건에서도 헌법재판소가 한정위헌결정에 반하는 대법원의 판결을 취소하는 결과에 이르러 헌법재판소와 법원의 충돌은 피할 수 없는 것이었다.³²³⁾

323) 2003. 2. 11. 선고된 국가배상법결정(2001헌마386)의 사건의 개요는 다음과 같다.

안희삼 소유의 승용차를 운전하던 안중수의 자동차운전자로서의 과실과 직무를 집행하던 육군중사인 유명관을 뒷좌석에 태우고 오토바이를 운전하여 직무를 집행하던 육군 중사인 정연경의 오토바이 운전자로서의 과실이 경

합하여 교통사고가 발생하여, 유영관은 전치 약 8주를 필요로 하는 상해를 입었다. 청구인은 안희삼에 대한 자동차종합보험 보험회사로서 안희삼을 대위하여 유영관에게 그로 인한 손해배상을 하였다. 청구인은 정연경의 과실로 인한 손해배상부담부분에 관하여 그 사용자인 대한민국을 상대로 서울민사지방법원에 구상금청구소송을 제기하였으나 청구가 기각되었고, 항소한 결과 서울고등법원은 청구인의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였다. 그러나 대한민국이 상고한 결과 大法院은 ‘국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제2항에 근거를 둔 규정으로서 군인·군무원 등 위 법률규정에 열거된 자가 전투·훈련 기타 직무집행과 관련하여 공상을 입은데 대하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등 별도의 보상제도가 마련되어 있는 경우에는 이중배상의 금지를 위하여 이들의 국가에 대한 국가배상법 또는 민법상의 손해배상청구권 자체를 절대적으로 배제하고 있는 규정이므로, 이들이 직접 국가에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 없음은 물론, 국가와 공동불법행위의 책임이 있는 자가 그 배상채무를 이행하였음을 이유로 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것도 허용되지 아니한다’는 이유로 사건을 원심으로 환송하였다.

위 소송이 서울고등법원에 계속중 청구인은 ‘국가배상법 제2조 제1항 단서에 의하여 청구인이 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 해석하는 한 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법에 위반된다’고 주장하여 위헌제청신청을 하였으나, 서울고등법원은 이를 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 국가배상법 제2조 제1항 단서 위헌소원에서 ‘제1항 단서 중 “군인……이…… 직무집행과 관련하여…… 공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다”는 부분은, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다’는 헌정위헌결정을 선고하였다(헌재 1994. 12. 29. 93헌바21 결정, 판례집 6-2, 379).

이에 청구인은 ‘헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 인용하였다’는 이유로 헌법재판소법 제75조 제7항에 의하여 대법원에 재심의 소를 제기하였다. 그러나 대법원은 ‘이른바 헌정위헌결정이 선고된 경우는 “헌법소원이 인용된 경우”에 해당되지 아니하여 기속력이 없다’는 이유로 청구인의 재심청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 청구인은 헌법재판소법 제68조 제1항 본문, 제75조 제7항 및 대법원 판결이 청구인의 기본권을 침해한다면 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 2003. 2. 11. 2001헌마386 결정에서, 청구인들의 심판청구의 취하로 말미암아 헌법소원심판절차의 종료를 선언하는 결정을 하였으나, 청구인들이 심판청구를 취하지 않았다면, 심판종료선언에도 불구하고 예외적으로 평결결과를 밝히고 있

2) 그런데 문제는, 헌법재판소와 법원의 이러한 충돌의 가능성이 예외적인 것이 아니라 현행 헌법재판제도에서 상존하고 있다는 점이다. 위와 같은 충돌상황에서 표출되는 문제는 표면적으로는 ‘헌법재판소가 한정위헌결정을 할 수 있는지’ 또는 ‘한정위헌결정이 기속력을 가지는지’의 형태로 나타나지만, 문제의 근원은 보다 깊은 곳에 자리 잡고 있는 것으로 보인다. 한정위헌결정의 허용여부를 둘러싼 논의의 본질은 우리 현행헌법재판제도의 구조적인 것이며, 특히 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하는 ‘裁判訴願禁止’와 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도인 ‘間接的 裁判訴願’이란 상충하는 2가지 요청을 어떻게 조화시킬 수 있는지의 문제라 할 수 있다.

3) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원사건에서 헌법재판소는 종래 다수의 결정에서 ‘법원의 법률해석’의 위헌성을 다투는 심판청구를 ‘법률’의 위헌성을 다투는 심판청구로 이해하여 사실상 법원의 법률해석의 위헌여부에 관한 판단을 함께 하여왔다. 법원의 법률해석과 이에 관한 헌법재판소의 견해가 일치하였기 때문에 헌법재판소가 청구인의 심판청구를 기각하는 경우에는, 헌법재판소와 법원의 충돌상황이 야기되지 아니하였다. 그러나 헌법재판소가 법원의 법률해석을 위헌으로 판단하는 경우에는 법원의 법률해석의 위헌성을 확인하는 방법으로서 법률에 대한 한정위헌결정의 형식을 취하게 되는데, 바로 이 경우에 잠재적인 충돌의 가능성이 현실화되는 것이

는 결정이유에서 명백히 드러나듯이(“이 사건 헌법소원심판청구가 취하될 당시, 이 사건에 관한 헌법재판소의 최종 평결결과는 재판관 전원의 일치된 의견으로, 법 제75조 제7항에 대한 이 사건 심판청구에 관하여는 ‘법 제75조 제7항은 법 제68조 제2항의 헌법소원이 인용된 경우에 한정위헌결정이 포함되지 않는다고 해석하는 한도 내에서 헌법에 위반된다’는 한정위헌결정을 선언하고, 헌법재판소의 한정위헌결정의 효력을 부인하여 청구인의 재심청구를 기각한 이 사건 대법원판결을 취소하면서, 법 제68조 제1항 본문에 대한 심판청구는 각하한다”는 것이었다.), 대법원판결의 취소를 결과로 가져왔을 것이다.

다.³²⁴⁾ 바로 이러한 상황에서 종래 법원은 ‘헌법재판소는 법률에 대하여 단지 위헌결정 또는 합헌결정을 해야지 한정위헌결정을 할 권한이 없으며, 한정위헌결정은 단지 하나의 해석으로서 기속력이 인정되지 않는다’는 이의를 제기하였고, 헌법재판소는 이에 대하여 ‘한정위헌결정은 헌법재판소의 포괄적인 규범통제권한에서 나오는 필연적인 결과’라는 견해를 고수하였다.

4) 헌법재판소와 법원의 충돌이 언제든지 현실화될 수 있다는 점에서, 이러한 충돌이 발생하는 원인은 무엇인지, 이러한 충돌상황을 방지할 수 있는 해결책이 무엇인지에 관하여 근본적으로 밝혀져야 한다. 따라서 아래에서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 헌법소원의 심판대상에서 제외하는 ‘법원의 재판에 대한 헌법소원’, 즉 헌법재판소의 관할이 될 수 없는 재판소원은 무엇인지에 관하여 알아보고, 헌법재판소와 법원의 충돌상황이 예외 없이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서 발생한다는 점에서 위 헌법소원제도의 성격과 기능을 확인한 후 ‘왜 위 헌법소원제도에서 충돌상황이 발생하는지’에 관하여 살펴보기로 한다. 헌법재판소와 법원의 충돌상황은 일반적으로 법원의 법률해석의 위헌성을 다투는 심판청구, 소위 ‘한정위헌청구’에 대하여 헌법재판소가 법률의 위헌성을 판단한 경우에 발생하였으므로, ‘한정위헌청구’의 문제점에 관해서도 검토해보기로 한다. 마지막으로, 어떠한 경우에 헌법재판소가 한정위헌결정을 자제해야 하는지에 관하여 살펴보기로 한다.

324) 헌법재판소는 ‘법원의 법률해석’의 위헌성을 다투는 심판청구에 대하여 원래 “법원과 같이 법률을 해석하는 한, 法院의 裁判은 위헌이다.”라는 확인을 하여야 하나, 재판소원의 배제로 말미암아 그 대신 “법원과 같이 법률을 해석하는 한, 그 法律은 위헌이다.”라는 확인, 즉 한정위헌결정을 하는 것이다.

(2) 현행 헌법재판제도에서 법원의 재판에 대한 헌법소원

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 法院의 裁判을 除外하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 명문으로 “법원의 재판”을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있다. 한편, 헌법재판소법은 제68조 제2항에서 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 경우에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있는 가능성을 부여하면서, 제75조 제7항에서 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

우선, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 배제하고 있는 재판소원은 무엇을 의미하는지, 나아가 현행 헌법재판제도가 재판소원을 완전히 배제하고 있는 것인지 아니면 부분적으로 허용하고 있는지에 관하여 확인해야 할 필요가 있는데, 이를 위해서는 우선 독일과 같이 재판소원을 허용하고 있는 헌법재판제도에서 재판소원이 어떠한 형태로 이루어지는지를 살펴보아야 한다.

1) 재판소원의 類型

헌법재판소는 법원판결의 타당성여부를 모든 법적인 과정에서 심사하는 초상고심법원이 아니다. 재판소원에 의한 헌법재판소의 심사는 법원의 재판에 대한 무제한적인 심사가 아니라 違憲性的 심사에 제한된다. 법원절차의 구체적 형성, 사실관계의 확인과 평가, 법령의 해석과 구체적 사건에의 그 적용은 헌법상 사법권에 의하여 부여된 법원의 고유권한으로서 원칙적으로 헌법재판소의 심사대상에서 제외되며, 헌법재판소의 주된 과제는 헌법의 해석과 적용에 있다. 헌법재

판소는 법원의 법률해석에 관하여 판단하는 초상고심이 아니나, 한편으로는 법의 모든 영역에서 헌법이 관철되도록 통제하는 것은 그의 과제에 속한다.³²⁵⁾

헌법소원절차를 통해서는 基本權의 侵害만을 주장할 수 있으므로, 재판에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는 청구인은 법원의 재판에 의한 기본권의 침해를 주장해야 한다. 따라서 청구인은 법원이 법률이나 명령과 같은 헌법하위법을 단순히 잘못 적용하였다는 주장을 해서는 아니 되고, 법령의 해석과 적용을 통하여 기본권을 침해하였다는 주장이나 재판절차를 통하여 청구인의 절차적 기본권을 침해하였다는 주장을 하여야 한다.³²⁶⁾

우리 헌법재판의 모델이 된 독일의 헌법재판제도에서 법원의 재판에 대한 헌법소원은 크게 다음과 같이 나누어 살펴볼 수 있다.³²⁷⁾

가) 재판 자체(內容과 節次)에 대한 헌법소원

a) 裁判의 內容에 대한 헌법소원³²⁸⁾

이러한 유형의 재판소원은, 법원이 법률을 헌법, 특히 기본권에

325) 법원이 법령의 해석과 적용에서 잘못된 헌법해석에 근거하여 법령에 미치는 헌법의 영향을 근본적으로 오인하는 경우, 헌법재판소는 법원에 대하여 자신의 헌법해석을 관철하고, 이로써 헌법의 통일적인 해석이 이루어지고 관철되도록 해야 한다.

326) 따라서 법원이 법률이나 명령과 같은 헌법하위법을 올바르게 적용하였는지에 대한 심사는 원칙적으로 행해지지 아니한다. 헌법소원절차에서는 헌법하위법이 아닌 헌법만이 심사기준이기 때문이다. 이에 따라 헌법재판소는 헌법소원이 이유 있는지를 판단함에 있어서 법원이 재판절차를 통하여 또는 재판에 적용되는 법령의 해석과 적용을 통하여 기본권을 침해하였는지를 심사하는데, 법원의 재판에 대하여 위헌성을 확인하는 경우에는 법원의 판결은 취소되고, 사건은 관할법원으로 환송된다.

327) 재판소원에 관한 개괄적인 서술로서 vgl. Schlaich/Koroth, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz.271ff.; Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rz.37ff., 78ff.

328) Vgl. Schlaich/Koroth, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz.279ff.; Wank, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, S.545ff.

위배되게 해석·적용함으로써 청구인의 기본권을 침해하였다는 주장으로 제기되는 헌법소원이다.

법원은 구체적 사건에서 그에 적용되는 公法規定의 해석·적용에 있어서 기본권주체의 기본권이 공법규정에 미치는 영향을 고려하여 판단해야 하고, 私法規定의 해석·적용에 있어서는 비록 기본권이 사법규정의 해석을 통하여 간접적으로 효력을 미치지만(이른바 기본권의 간접적인 제3자효), 민사재판에서는 소송당사자가 모두 기본권의 주체라는 점을 감안하여 상충하는 기본권적 지위들을 교량해야 한다. 이에 따라 연방헌법재판소는 판결내용에 대한 통제에 있어서 ‘법원이 법령을 해석하고 적용할 때 기본권이 영향을 미치고 있거나 상충하는 기본권들의 형량이 문제되고 있다는 것을 완전히 간과하였는지’³²⁹⁾ 또는 ‘법령의 해석·적용이 기본권의 의미에 관한, 특히 기본권의 보호범위에 관한 근본적으로 잘못된 견해에 기인하고 있는지’³³⁰⁾에 관해서만 심사한다고 그 심사범위를 한정하고 있다.³³¹⁾

그 밖에도, 헌법상의 자의금지원칙에 비추어 법원의 재판이 그 결과에 있어서 객관적으로 납득할 수 없는 자의적인 재판인지의 여부, 법원의 재판이 법관의 창조적 법발견(Rechtsfortbildung)의 헌법적 한계를 유일하였는지의 여부도 헌법재판소의 심사범위에 포함된다.³³²⁾

329) Vgl. BVerfGE 7, 198, 214f.(Lüth); 24, 278, 281f.; 27, 71, 79f.; 43, 130, 138.

330) Vgl. BVerfGE 30, 173, 197(Mephisto); 49, 304, 314; 65, 317, 322; 연방헌법재판소는 법원이 기본권을 근본적으로 올바르게 이해하고 있는 지만을 심사할 뿐, 기본권의 객관적 내용을 이상적으로 완전하게 실현했는지에 관하여 판단하지 않는다.

331) 재판소원에서 헌법재판소의 심사과정은 2단계로 나뉜다. 규범이 위헌이 아님을 일단 확인한 후, 우선 규범이 抽象的으로 헌법에 부합하게 解釋되었는지(소위 ‘기본권의 방사효’)를 판단하고, 이어서 규범이 개별사건에 具體的으로 헌법에 부합하게 適用되었는지를 판단한다, vgl. Schlaich/Koriorth, 2001, Rz.280.

b) 裁判의 節次에 대한 헌법소원

이러한 유형의 재판소원은, 법원이 재판절차의 하자로 말미암아 헌법상의 절차적 기본권(예컨대 재판청구권, 법적 청문권 등)을 침해하였다는 주장으로 제기되는 헌법소원이다.

법원이 재판청구권의 헌법적 의미를 전혀 고려하지 않거나 또는 제대로 파악하지 못하여 節次法의 解釋과 適用을 통하여 정당한 사유 없이 권리구제절차에의 접근을 어렵게 한다면, 이는 재판청구권에 대한 위반이다.³³³⁾ 예컨대, 우체국에 의한 배달지연 등 당사자가 책임을 질 수 없는 사유로 제소기간을 준수할 수 없는 경우, 법원은 소송행위의 추완을 인정해야 한다.³³⁴⁾ 또한, 청문청구권은 소송당사자가 적정한 조건하에서 법원의 결정에 기초된 사실관계에 관하여 충분히 진술할 기회를 얻고 법원으로 하여금 그 진술을 인식하고 법원의 결정에 있어서 고려할 것을 요구하는 권리이므로,³³⁵⁾ 법원이 당사자의 주장을 전혀 인식하지 못했거나 그의 판결에서 전혀 고려하지 않았다는 것이 명백하게 드러나는 경우에는, 청문청구권의 침해가 인정된다.³³⁶⁾

나) 間接的 法律訴願³³⁷⁾

332) Vgl. Wank, JuS 1980, S.551ff.; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rz.290ff.

333) Vgl. Heyde, Rechtsprechung, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Bd.II, 1995, Rn.49

334) Vgl. BVerfGE 44, 302, Benda/Weber, Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, in: Gilles(Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, S.12; Krebs, Art. 19 IV, in: Münch, GG, 1992, Rn.64.

335) Vgl. Kopp, Das rechtliche Gehör in der Rspr. des BVerfG, AöR 1981, S.619

336) BVerfGE 54, 91

337) Vgl. Papier, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, S.436; Schlaich/Korioth,

법원의 재판이 그 내용이나 절차에 있어서 하자가 있는 것이 아니라, 법원의 재판이 違憲的인 法律에 기인한다는 주장으로 헌법소원이 제기되는 경우이다. 청구인은 헌법소원의 보충성원칙으로 인하여 법원의 모든 심급을 경유한 뒤 최종심판결에 대한 헌법소원을 제기함으로써, 법원이 재판에 적용되는 법률에 대하여 위헌제청을 하지 아니하고 그대로 적용하여 재판을 한 것에 대하여 사후적으로 다투는 것이다.

이 경우, 법원은 위헌적인 법률을 적용함으로써 청구인의 기본권을 침해하는 것이다. 이와 같은 유형의 헌법소원은 비록 직접적으로는 법원의 재판을 그 심판대상으로 하나, 실질적으로는 법원이 적용한 법률의 위헌성을 다투는 것이다(소위 ‘간접적 법률소원’). 간접적 법률소원이 인용되는 경우에는, 헌법재판소는 법원재판의 취소와 함께 재판의 기초가 된 법률에 대하여 위헌선언을 한다.

2) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도의

裁判訴願의 性格

가) 法的 性格

a) 당해 재판에 적용되는 법률에 대하여 위헌의 의심이 있는 경우, 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청해야 한다(헌법재판소법 제41조 제1항). 그런데 당사자의 위헌제청신청이 법원에 의하여 기각된 경우, 헌법재판소법 제68조 제2항은 당사자가 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성을 부여하고 있다. 위 법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 법원뿐이 아니라 개인도 ‘구체적인 소송사건을 계기로 하여’ 헌법재판소에 직접 법률의 위헌성을 물을 수 있다는 점에서, 그

Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz. 315f.

법적 성격에 있어서 위 법 제41조의 위헌법률심판절차와 마찬가지로 구체적 규범통제절차의 한 유형이라고 할 수 있다. 위 법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 위헌법률심판절차에 이르는 과정에서 파생된 절차이므로, 그 모체인 위헌법률심판절차와 법적 성격을 같이 한다고 보는 것이 타당하다.

b) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법재판절차는 세계에서 유래를 찾아 볼 수 없는 우리나라에 유일한 헌법재판절차인데, 이 규정에 의한 헌법소원제도를 어떻게 이해하고 운영할 것인가의 문제, 특히 그 성질과 내용에 관하여 헌법재판소법 제정 당시부터 다양한 논의가 끊임없이 제기되었다.

헌법재판소는 초기의 결정에서는, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도가 헌법소원심판의 절(제4장 제5절)에 포함되어 있다는 점과 국민이 직접 심판을 청구할 수 있다는 점에 주목하여 그 성질을 헌법소원제도의 한 유형으로 이해하는 입장을 취하였다. 이에 따라 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 심판청구에 대하여 같은 조 제1항에 의한 헌법소원심판청구와 마찬가지로 ‘헌마’라는 사건번호를 부여하고 있었고, 몇몇 결정에서 그 심판청구의 적법성을 판단하면서 그 판단기준으로 청구인의 권리침해의 현재성 등 심판청구의 이익 내지 소의 이익의 존재여부를 그 기준으로 제시하기도 하였다.³³⁸⁾

그러나 헌법재판소는 1990년부터 청구되는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구에 대하여 같은 조 제1항에 의한 헌법소원심판청구와는 별도로 ‘헌마’라는 사건번호를 부여하였고, 그 심판의 적법성은 청구인의 소의 이익유무에 따라 판단하는 것이 아니라, 심판대상이 된 법률이 당해소송에서 재판의 전제성을 가지는가

338) 헌재 1989. 9. 29. 89헌마53; 1989. 12. 18. 89헌마32등.

의 여부에 의하여 판단하였다.³³⁹⁾ 이로써 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법재판제도를 위헌법률심판제도의 한 유형으로 인식하여야 함을 명백히 판시함으로써, 그 동안의 논란을 종식시켰다.

결국 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 법원이 제청하는 위헌법률심판과 함께 구체적 규범통제의 한 유형으로서 법률의 위헌여부를 심판하는 제도로 확립되게 되었다.

나) 재판소원으로서의 機能

a) 그러나 한편으로는 헌법재판소법이 당해소송의 당사자에게 법률의 위헌성을 헌법재판소에 직접 물을 수 있는 제도를 둔 것은, 한국의 헌법소원제도가 법 제68조 제1항에서 재판소원을 배제하고 있는 것과 밀접한 관계에 있다.³⁴⁰⁾

재판소원을 인정하는 헌법재판제도에서는 당해 재판에 적용되는 법률에 대하여 위헌의 의심이 있음에도 법관이 스스로 위헌제청을 하지 않는다면, 소송당사자는 원칙적으로 법원의 모든 심급을 경유한 후에 위헌적인 법률을 적용한 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수밖에 없다. 이 경우, 헌법소원심판의 대상은 외형상으로는 위헌적인 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 ‘법원의 재판’이지만, 실질적으로는 ‘재판에 적용된 법률’의 위헌여부이며, 이러한 유형의 재판소원은 사실상 ‘間接的 法律訴願’에 해당한다.³⁴¹⁾

그러나 우리 헌법재판제도에서는 재판소원을 배제하고 있고, 이로써 소송당사자가 법원의 심급을 모두 경유한 후에 재판소원의 형태로써 재판에 적용된 법률의 위헌성을 물을 수 있는 길이 막혀 있기

339) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107; 1993. 5. 13. 92헌가10등.

340) 같은 취지로 헌재 2003. 2. 11. 2001헌마386, 판례집 15-1, 443, 456-457.

341) 위 4. (2) 1) 나) 간접적 법률소원 참조.

때문에 헌법재판소법은 제68조 제2항의 헌법소원을 도입함으로써 법원이 위헌제청을 하지 않고 위헌적인 법률을 그대로 적용하여 재판을 한다는 의심이 있는 경우, 소송당사자가 법원의 심급을 거칠 필요 없이 직접 헌법재판소로 하여금 규범의 위헌성을 심사하게 할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 것이다. 즉, 위 법 제68조 제2항의 헌법소원은 재판소원을 배제하는 우리 헌법재판제도에서 법원이 그의 재판에서 위헌적인 법률을 적용하는 경우, 다시 말하자면, 법원의 재판이 위헌적인 법률에 기인하는 경우에도 법률의 위헌성심사를 가능하게 하기 위하여 도입된 것이다.

b) 일반적으로 재판소원을 크게 2개의 유형으로 구분한다면, 법원의 재판이 위헌적인 법률에 기인할 때, 재판소원의 형태로 당해 재판에 적용된 법률의 위헌성을 묻는 재판소원(소위 ‘간접적 법률소원’)과 구체적 소송사건에서 법원이 적용법률에 미치는 기본권의 영향을 완전히 간과하든지 또는 근본적으로 오인하여 법률을 잘못 해석·적용함으로써 국민의 기본권을 침해한다는 주장으로 제기되는 재판소원으로 나누어 볼 수 있는데, 우리 헌법재판소법은 제68조 제2항을 통하여 재판소원의 한 부분인 ‘간접적 법률소원’을 수용함으로써 ‘법원의 재판이 위헌적인 법률에 기인하는지’에 관한 심사를 헌법재판소의 관할로 규정하고 있는 것이다. 세계에서조차 유사한 형태를 찾아 볼 수 없는 법 제68조 제2항의 헌법소원제도가 도입된 이유는 재판소원을 배제하는 우리 헌법소원제도의 특수성에 있으며, 이와 같은 헌법소원제도는 ‘기능상으로는’ 재판소원의 일부분을 대체하고 있다고 하겠다.

c) 헌법재판소법 제75조 제7항에서 법원의 확정된 판결에 대하여 재심을 허용한 것도 위 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도가 재판소원의 기능을 하고 있다는 것을 뚜렷하게 드러내고 있다. 위 법

제75조 제7항에서 재판에 적용된 법률의 위헌성이 확인된 경우 당해사건의 당사자가 재심을 청구할 수 있도록 함으로써 비록 헌법재판소가 법원의 재판을 직접 취소하지는 못하지만, 법원이 스스로 재판을 취소하도록 한 것은 사실상 헌법재판소의 결정에 의한 ‘간접적인 재판의 취소’에 해당하는 것이다. 헌법재판소법 제75조 제7항에서 재심을 허용한 것도 위 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도가 재판소원의 한 부분이라는 것을 보여주는 것이다. 위 법 제68조 제2항의 헌법소원은 직접적으로는 당해 재판에 적용된 법률의 위헌성을 다투는 것이지만, 궁극적으로는 당해 재판의 취소를 구하고 있다는 점에서 ‘間接的 裁判訴願’이라고 할 수 있다.

d) 입법자는 헌법재판소와 법원의 관할을 배분함에 있어서 헌법재판소에게는 법률의 위헌성에 대하여 심사할 수 있는 권한을 포괄적으로 부여하려고 하였고, 이에 따라 법원의 위헌제청에 의한 위헌법률심판(헌법재판소법 제41조), 개인의 헌법소원에 의한 규범심사(헌법재판소법 제68조 제1항) 외에도, 행정청의 공권력행사에 대한 헌법소원에서 행정청의 행위가 위헌적인 법률에 기인한 것인 경우에는 행정청의 공권력행사를 취소할 수 있을 뿐이 아니라 그 근거법률이 위헌임을 선언할 수 있는 제도를 두고 있고(법 제75조 제5항), 법원의 판결이 위헌적인 법률에 기인한 것인 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 법률이 위헌임을 선고하고 당사자로 하여금 재심을 청구할 수 있도록 하여(법 제75조 제7항) 결국 법원이 재판을 스스로 취소하도록 하고 있다.

3) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 ‘禁止된 裁判訴願’의 의미

헌법재판소법 제68조 제1항에서 ‘재판소원’을 금지하면서 제68조

제2항에서 ‘간접적 법률소원’을 허용하는 현행 헌법재판제도에서 ‘금지된 재판소원’이란, 법원이 재판에 적용되는 법령의 해석·적용에 있어서 기본권의 효력을 간과하거나 근본적으로 오인한 경우 또는 재판의 구체적인 절차적 형성을 통하여 절차적 기본권을 침해하는 경우에 대하여 제기되는 헌법소원을 말한다. 따라서 헌법재판소는 위 재판소원금지조항으로 말미암아, 법원의 재판을 직접적인 심판대상으로 삼을 수 없는 것은 물론이고, 법원의 법률해석이나 절차형성의 위헌여부를 실질적인 심사의 대상으로 삼아서는 안 된다.

(3) 合憲的 法律解釋과 憲法의 基本決定을 고려하는 法律解釋

위 2가지 법률해석의 원칙은 헌법을 최고규범으로 하는 法秩序의 統一性에서 나오는 당연한 요청이다.³⁴²⁾ 법질서의 정점을 이루는 헌법의 최고규범성에 비추어, 헌법은 모든 하위법을 해석하는 기준이 되어야 한다. 모든 헌법하위법은 최고의 규범인 헌법에 부합하게 해석되고 적용되어야 하며, 법률의 해석에 있어서 헌법의 요청을 기준으로 삼아야 한다.

1) 憲法의 基本決定을 고려하는 法律解釋

(verfassungsorientierte Auslegung)³⁴³⁾

가) 客觀的 價値秩序로서의 基本권

기본권의 법적 성격을 개인의 주관적 공권이자 또한 동시에 객관적 가치질서로서 이해한다면, 객관적 성격으로서의 기본권은 민주국

342) Vgl. Simon, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, S.86.

343) 역자에 따라서는 ‘헌법정향적 해석’이라고 번역하기도 한다. 그러나 이러한 표현은 그 의미를 제대로 전달하지 못한다고 판단되므로, 이 글에서는 원문의 의미내용을 살려 위와 같이 표현하기로 한다.

가· 법치국가· 사회국가원리와 마찬가지로 객관적 헌법원리로서 그 내용의 실현을 요구한다. 즉, 객관적 성격으로서의 기본권은 국가행위의 방향을 제시하는 지침규정으로 작용하는 것이다. 그 결과, 기본권은 법적용기관(행정청과 법원)에 대해서는 법률의 해석·적용을 통하여 기본권을 실현해야 할 의무를 뜻하게 된다. 이에 따라 법원은 구체적인 개별사건을 판단함에 있어서 적용되는 공법규정 및 사법규정을 기본권의 정신에 부합하게 해석해야 할 의무를 지게 된다(법률의 기본권합치적 해석·적용). 특히, 법원이 구체적인 소송사건에서 적용되는 사법규정을 기본권합치적으로 해석해야 할 의무는 기본권의 對私人的 效力³⁴⁴⁾으로 나타나게 된다. 뿐만 아니라, 객관적 가치질서로서의 기본권은 법제정기관인 立法者에 대해서는 법률의 제정을 통하여 기본권을 실현해야 할 의무, 특히 보호의무를 의미한다.

나) 기본권의 放射效

헌법은 기본권을 수용함으로써 동시에 객관적인 가치질서를 확립하였다는 전제에서 출발한다면, 인간의 존엄성에 대한 존중과 자유로운 인격발현권이 중심이 되는 이러한 가치질서는 법의 모든 영역에 영향을 미친다. 이를 소위 ‘전체 법질서에 미치는 기본권의 放射效(Ausstrahlungswirkung)’라고 한다. 기본권의 방사효로 말미암

344) 오늘날 기본권이 국가권력뿐만 아니라 私人에 의해서도 위협을 받으므로, 기본권의 적용범위를 사인간의 관계에 대해서도 확장해야 할 필요성이 있는데, 기본권을 개인의 주관적 공권으로만 이해한다면, 기본권은 개인의 대국가적 권리가기 때문에, 기본권이 사인간의 관계에서 효력을 가질 수 없다. 그러나 기본권을 객관적 가치질서로 파악하고, 법원이 사인간의 법률분쟁에서 문제되는 私法 규정을 해석·적용하는 과정에서 기본권의 정신을 고려함으로써, 즉 사법규정을 기본권의 정신에 비추어 적용하는 과정에서 기본권이 사인 간에도 간접적으로 적용된다. 이 경우, 사인간의 분쟁에서 직접 적용되는 것은 사법규정이나, 사법규정의 해석·적용을 통하여 기본권이 간접적으로 사인간의 관계에도 영향을 미치는 것이다.

아, 어떠한 법률규정도 기본권의 가치질서와 모순되어서는 아니 되고, 모든 법률규정은 기본권적 가치질서의 정신에 비추어 해석되어야 한다. 이러한 법률해석을 ‘헌법을 기준으로 삼는 법률해석’ 또는 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’이라 한다.³⁴⁵⁾

기본권은 모든 국가권력을 직접적으로 구속하기 때문에, 법원과 행정청은 개괄조항(공서양속조항, 신의성실조항, 불법행위조항 등)이나 그 내용이 일의적인 것이 아니라 법률해석을 통하여 의미가 밝혀지는 불확정 법개념과 같이 해석의 여지가 있는 법규정을 기본권에 합치하도록 해석해야 한다. 기본권의 방사효는 법적용기관인 법원과 행정청으로 하여금 기본권에 담겨있는 내용적 지침을 고려하여 법률을 해석할 것을 요청한다. 기본권의 방사효로 인하여 법률의 해석과 적용과정에서 기본권이 항상 문제되는 것이다.

다) ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 구체적인 예

a) 헌법은 기본권의 보장을 통하여 법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법상의 기본결정을 담고 있다. 이러한 기본결정은 특히 사법상의 일반조항의 해석에 있어서 그 의미를 가진다. 민법 제2조(신의성실조항), 제103조(공서양속조항) 및 제750조(불법행위조항)의 규정은 매우 추상적으로 “신의에 좇아 성실히”, “선량한 풍속 기타 사회질서”, “위법한 행위”를 언급함으로써 법원이 일차적으로 헌법상의 기본결정이란 기준에 의하여 구체화할 것을 요청한다. 그러므로 민사법

345) 헌법의 기본결정을 고려하는 해석(verfassungsorientierte Auslegung)에 관하여 vgl. A. Vosskuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125(2000), S.180; Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001, S.42; H. Simon, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, S.86f.; Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.II, 1976, S.109f.; Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rz.87.

원은 일반조항의 해석과 적용에 있어서 기본권을 내용적 지침으로서 준수해야 할 헌법상의 의무가 있다. 민사법원이 이를 오인하고 소송 당사자 일반에게 불리하게 판단한다면, 이로써 그의 기본권을 침해하게 된다.

소송 당사자들이 서로 자신의 기본권을 주장하는 ‘기본권의 충돌’의 경우, 예컨대 원고가 피고의 표현행위에 의하여 자신의 “인격권”이 침해되었다는 이유로 “표현의 자유”를 주장하는 피고에 대하여 제기한 손해배상청구소송에서 피고의 행위의 위법성여부를 판단함에 있어서 민사법원의 법관은 양 기본권을 고려하여야 한다.

b) 방사효는 사법에만 제한되는 것이 아니라 공법규정에도 미친다. 행정청이나 법원이 적용법규의 해석에 있어서 기본권이 당해규범에 미치는 영향을 간과하여 헌법합치적 해석을 하지 않음으로써 기본권을 침해하게 된다.

예컨대, 도로교통법규정에 의하면, 도로를 교통 이외의 목적으로 사용하는 경우 특별사용허가를 받도록 규정하고 있다. 그런데 도로의 특별이용허가를 받지 않았다는 이유로 공공장소에서의 전단배포를 금지하는 행정청의 처분은 도로법규정을 합헌적으로 해석하지 않음으로써 표현의 자유를 침해한다. 행정청은 표현의 자유란 기본권의 정신에 비추어 “교통”을 ‘이동’의 의미이자 ‘의사소통’의 의미로 해석함으로써, 도로법상의 특별이용허가에 관한 규정을 ‘공공장소에서의 전단배포는 허가 없이도 허용된다’고 합헌적으로 해석해야 한다.³⁴⁶⁾ 또한 관할행정청이 자연발생적, 즉 우발적으로 형성된 옥외 집회를 사전에 신고하지 않았다는 이유로 해산한다면, 이러한 처분은 집회의 자유에 위반된다. 우발적 집회의 특성은 바로 사전의 신고의무의 이행이 불가능한데 있으므로, 집회법의 신고의무에 관한

346) Vgl. BVerfG, NVwZ 1992, S.53

규정은 이러한 자연발생적 집회의 경우에는 신고의무가 존재하지 않는다고 집회의 자유의 정신에 비추어 헌법합치적으로 해석하여야 한다.³⁴⁷⁾ 법원과 행정청이 체류허가에 관한 결정을 함에 있어서 재량을 행사하는 경우, 혼인과 가정을 보호해야 할 헌법상의 기본결정을 고려해야 할 의무가 있고, 이로써 국내에 거주하는 자와 체류허가 신청인과의 혼인·가족관계를 구체적으로 고려해야 한다.³⁴⁸⁾

또한, 법원은 형법규정의 해석과 적용에 있어서 기본권을 고려해야 한다. 예컨대 명예훼손죄에 있어서 위법성조각사유로서의 “공공의 이익”(형법 제 310조)을 판단함에 있어서 법관은 피의자의 표현의 자유가 이 형법조문의 해석에 미치는 영향을 고려하여 결정해야 한다.

라) ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 機能

‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’은 법률을 그 위헌성에 있어서 심사하는 것이 아니라, ‘근본적으로 合憲으로 판단되는 법률’을 구체적인 개별사건에서 헌법에 비추어 해석하고 적용하는 경우에 행해지는 해석이다. ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’은, 개괄조항이나 불확정 법개념을 포함하는 법률이 해석의 여지가 있고 다양한 의미내용을 포함하는 경우, 헌법의 가치결정, 특히 기본권의 정신을 해석의 지침으로 삼아 법률의 내용을 구체화하는 작업으로서, 합헌적인 법률을 해석·적용하는 과정에서 여러 가지 해석가능성 중에서 헌법의 기본정신에 가장 부합하는 해석을 선택해야 한다는 요청인 것이다. 이 경우, 헌법은 법률의 내용을 인식하는 認識規範으로 작용한다. 요컨대, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’은 헌법에 부합하는 ‘법률 內容의 具體化 또는 확정’(Inhaltsbestimmung)에 관한

347) Vgl. BVerfGE 69, 315, 350 ff.; 85, 69, 74 f.

348) Vgl. BVerfGE 76, 1, 49f.(Ehegattennachzug)

것이다.³⁴⁹⁾

합헌적 법률해석이 규범통제의 일환으로서 이루어지는 반면, 헌법의 기본결정을 고려하는 해석의 경우에는 그 관점이 다르다. ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’이란, 법원이 구체적인 사건에서 법률을 해석하고 적용하는 것이 헌법의 기본정신에 위배되는지, 즉 법원이 합憲의 법률을 違憲의으로 적용하는지에 관한 문제인 것이다.

여기서 법률해석은 구체적이고 조감할 수 있는 사실관계에 근거하여 행해지며, 구체적인 사건을 결정함에 있어서 헌법의 요청이 가능하면 최대한으로 실현되고 그 효력을 발휘할 수 있도록 법률을 해석하려는 積極的 機能을 가지고 있다.³⁵⁰⁾ 독일과 같이 재판에 대한 헌법소원제도를 두고 있는 국가에서, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’은 기본권의 객관적 성격이 관철되고 법치국가적, 사회국가적 요청이 실효성을 가질 수 있는 방향으로 법률의 내용이 채워지고 구체화되는데 기여하였다.

2) 合憲的 法律解釋(Verfassungskonforme Auslegung)³⁵¹⁾

349) Vgl. Wank, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, S.548.

350) Vgl. Simon, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, S.87.

351) 합헌적 법률해석은 ‘헌법합치적 법률해석’ 또는 ‘법률의 합헌적 해석’이라고도 한다. 합헌적 법률해석에 관하여 vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1993, Rz.79ff.; Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: BVerfG und GG II, 1976, S.108ff.; Simon, Die verfassungskonforme Auslegung, EuGRZ 1974, S.85ff.; Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz.405ff.; Vosskuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125(2000), S.178ff.; Geis, Die "Eilversammlung" als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 1992, S.1026f.; Seetzen, Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, NJW 1976, S.1997.

가) 法律解釋으로서의 합헌적 해석

합헌적 법률해석은 헌법해석의 문제가 아니라 법률해석의 문제이다. 모든 합헌적 법률해석은 해석의 대상인 법률이 ‘해석의 가능성’을 가지고 있다는 것을 당연한 전제로 한다.³⁵²⁾ 일의적인 내용의 법률은 헌법에 합치하든지 아니면 합치하지 않을 뿐이다. 또한, 법률이 생각할 수 있는 모든 가능성에 있어서 헌법에 위반된다면, 합헌적 법률해석은 불가능하다. 합헌적 법률해석은 1차적으로 법률해석의 문제이지만, 법률을 합헌적으로 해석하기 위해서는 해석의 지침인 헌법규범의 해석이 동시에 이루어진다.³⁵³⁾

나아가, ‘법률의 효력이 가능하면 유지되어야 한다.’는 원칙에 따라 헌법규범이 해석되어서는 안 된다. 이 경우, 헌법이 하위법의 해석의 지침이 되는 것이 아니라 거꾸로 ‘법률의 존속’이라는 관점이 헌법해석의 지침이 됨으로써, ‘법률의 合憲의 해석’이 아니라 ‘헌법의 合法的 해석’으로 전도된다.

나) 規範統制節次의 한 부분으로서 합헌적 법률해석

합헌적 법률해석은 위에서 서술한 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’의 한 유형으로서, 동시에 헌법재판소결정의 한 유형에 해당한다. 합헌적 법률해석은 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’과 그 구분이 항상 명확한 것은 아니나, 원칙적으로 이와 구분되어야 하는 독자적인 유형인 것이다. 합헌적 법률해석이란 법률이 법문의 범주 내에서 여러 가지로 해석될 수 있고, 그 해석에 따라 때로는 위헌적 결과를 때로는 합헌적인 결과를 가져온다면, 합헌적인 해석방법을 선택해야

352) Vgl. Simon, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, S.86.

353) 이러한 이유에서 합헌적 해석은 법률해석에 관한 것임에도 일반적으로 헌법해석의 범주에서 함께 다루어지고 있다.

한다는 것을 의미한다.

합헌적 법률해석은 헌법재판소에 의한 규범통제절차에서 중요한 의미를 가진다. 합헌적 법률해석은 단순한 법률해석에 지나지 않는 것이 아니라, 법률에 대한 특정한 해석방법을 헌법규범을 기준으로 하여 그 위헌성여부를 심사한 결과 위헌적인 것으로 배척하고, 이로써 사실상 그 부분에 관한 한 비록 법문의 변화를 가져오는 것은 아니나 質的인 一部違憲宣言의 의미를 지니는 것이다.³⁵⁴⁾ 법률을 합헌적으로 해석할 수 있는 경우, 헌법재판소는 위헌결정을 내리지 않고, 단지 “법률을 어떠한 식으로 해석하는 한 헌법에 위반된다 또는 위반되지 않는다.”는 것을 확인하는 결정을 내리게 된다.³⁵⁵⁾ 이와 같이 해석을 통하여 법률의 내용 및 적용범위를 제한함으로써 법률의 합헌성을 유지하고자 하는 결정유형인 限定合憲·限定違憲決定은 합헌적인 법률해석의 필연적인 결과이다.³⁵⁶⁾

354) Vgl. Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, 1973, S.108

355) 한정위헌결정의 전형적인 예로서 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정(국가보안법 제7조에 대한 위헌심판)을 들 수 있다. 위 사건에서 제청신청인들은 국가보안법 위반 등의 죄로 기소되었는데 그 기소된 내용 중 국가보안법 위반의 점의 요지는 제청신청인들이 반국가단체를 이롭게 할 목적으로 도서 및 표현물을 소지하고 이를 반포하였는 바 이는 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 죄에 해당한다는 것이다. 제청법원은 제청신청인들의 제청신청에 따라 ‘국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 반국가단체를 어떠한 방법으로든 지 이롭게 한 자를 모두 처벌할 수 있다는 지나치게 포괄적이고 막연한 규정이므로 헌법 제12조 제1항(죄형법정주의)과 제37조 제2항의 규정에 위반된다는 의문이 있다’는 취지로 헌법재판소에 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 위헌여부의 심판을 제청하였다. 헌법재판소는 “국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다.”는 한정위헌결정을 선고하였다. 헌법재판소는 위 결정에서 합헌적 법률해석의 요건에 관하여 교과서적으로 실시하였는데, 법문이 허용하는 의미내용과 입법의도의 범위 내에서 비례의 원칙에 부합하게 축소적으로 해석하여 위헌적인 해석방법을 배제하였다는 점에서, 위 결정은 한정위헌결정이 요청되는 가장 적절하고도 전형적인 사건이라 할 수 있다.

356) 한정합헌·한정위헌결정이란, 심판의 대상이 된 법률조항의 문언이 다의적

다) 합헌적 법률해석의 規範維持的 機能

합헌적 법률해석은 그를 통하여 법률에 대한 위헌선언이 방지될 수 있는가 하는 관점에 의하여 지배된다. 즉 헌법적으로 문제가 있는 법률을 합헌적인 것으로 그 효력을 유지시키는데 그 주안점이 있다는 점에서, 합헌적 법률해석은 消極的 機能을 한다.

합헌적 법률해석의 경우, 헌법은 법률의 내용을 밝히기 위한 해석의 지침일 뿐만 아니라 이를 넘어서 법률의 합헌성을 판단하는 심사기준이다. 이 경우, 헌법은 법률의 내용을 구체화하는 과정에서 해석의 지침을 제공하는 단순한 認識規範에 지나지 않는 것이 아니라 동시에 위헌성심사의 統制規範으로 기능하는 것이다.³⁵⁷⁾ 이에 따라 합헌적 법률해석은 통제규범으로서의 헌법을 기준으로 하는 ‘법률의 내용에 대한 統制’(Inhaltskontrolle)라 할 수 있다.

법률이 통상적인 해석방법에 따라 합헌적인 해석의 가능성을 허용하는 한, 그 법률은 위헌으로 선언되어서는 아니 되고, 모든 가능한 해석방법이 헌법에 위반되는 경우에 비로소 그 법률은 위헌으로 선언되어야 한다는 것이 바로 합헌적 법률해석이다. 규범통제절차에서 합헌적 법률해석은 ‘위헌결정에 대한 하나의 대안’이라는 점에서 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’과 그 성격을 달리하는 것이다.

으로 해석가능한 경우 특정한 내용으로 해석·적용되는 한 합헌 또는 위헌이라는 주문의 결정으로서, 법질서에서 법문을 제거하는 방법을 통해서가 아니라 위헌적인 해석방법을 배제함으로써 위헌성을 제거한다는 의미에서 질적인 일부위헌결정이라고 할 수 있다.

357) Vgl. Vosskuhle, AöR 125(2000), S.181; Wank, JuS 1980, S.547; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993, Rz. 80.

3) ‘합헌적 법률해석’과 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 區分

‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’과 ‘합헌적 법률해석’은 다음과 같은 관점에서 구분되고 그 차이점을 발견할 수 있다.

첫째, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’은 구체적인 개별사건을 결정하기 위하여 행해지는 법률의 해석·적용의 문제이다. 이에 대하여 합헌적 법률해석은 규범통제절차에서 행해진다. 법률을 헌법에 부합하게 해석해야 한다는 일반적 요청은 법적용기관인 법원과 행정청에게는 일차적으로³⁵⁸⁾ ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 원칙을 의미하고, 헌법재판기관인 헌법재판소에게는 ‘합헌적 법률해석’의 원칙을 의미한다.

둘째, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’은 구체적인 개별사건에서 그에 적용되는 합헌적인 법률의 內容을 헌법의 정신에 비추어 具體化함으로써 법률해석을 통하여 헌법의 정신을 積極的으로 실현하고자 하는 것인 반면, 합헌적 법률해석은 위헌적 해석가능성을 내포하는 법규범을 消極的으로 법질서에서 존속시키고자 하는 것이다.

셋째, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’은 합헌적인 법률을 위헌적으로 적용하였는지에 관한 法律適用의 위헌성심사인 반면, 합헌적 법률해석은 입법자가 합헌적인 법률을 제정했는지에 관한 法律의 위헌성심사이다. 즉, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’은 法院에 대한 통제인 반면, 합헌적 법률해석은 立法者에 대한 통제인 것이다.

위에서 서술한 2가지 해석의 구분은 이해를 돕기 위한 이론적인

358) 법원도 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 권한뿐만 아니라 합헌적 법률해석의 권한도 가지고 있다는 점에서 “일차적으로”라는 유보적 표현을 사용한다.

것으로서 헌법실무에서 항상 구분이 용이한 것은 아니며, 특히 헌법 소원절차에서 위 2가지 해석원칙은 그 구분이 불명확하다.³⁵⁹⁾

4) 법률해석의 權限의 문제

가) 법률해석의 원칙적인 권한

법률의 해석이 헌법규범과 무관하게 이루어지는 경우, 법률해석은 헌법상 법원에 부여된 고유권한이다. 법원은 그의 전문영역에서 법률해석에 관한 풍부한 경험을 보유하고 있고, 구체적인 사실관계에 근거하여 법현실과의 직접적인 연관관계에서 법률해석을 할 수 있으며, 또한 이를 단계적이고 지속적으로 발전시킬 수 있으므로, 법률해석의 책임자라 할 수 있다.³⁶⁰⁾ 따라서 헌법의 적용과 해석에 아무런 영향을 미치지 않는 법률의 해석의 경우, 헌법재판소는 법원의 법률해석을 존중하여야 한다.

나) ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’의 권한

a) 법률을 적용하고 해석하는 모든 국가기관은 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’을 해야 할 권한과 의무를 가지고 있다. 헌법재판의 실무에서, ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’은 ‘구체적 개별사건에서 법률을 헌법에 비추어 어떻게 해석해야 하는지’를 판단해야 하는 모든 절차에서 그 의미를 가진다.³⁶¹⁾

359) Vgl. Simon, EuGRZ 1974, S.86.

360) Vgl. BVerfGE 49, 304, 314; Papier, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, S.450; Wank, JuS 1980, S.547.

361) 이러한 심사는 특히 빈번하게 법원의 재판이나 행정청의 처분에 대한 헌법 소원절차에서 나타난다. 여기서 판단의 대상은 직접적으로는 개별사건에 대한 결정(재판, 처분 등)이지만, 개별사건을 결정하는 과정에서 간접적으로 헌법을 기준으로 삼는 해석이 행해지는데, 이러한 해석은 판결 또는 결정의 이유부분에서 밝혀진다.

한편, 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 경우에만, 헌법의 기본결정을 고려하는 해석에 있어서 헌법재판소는 최종적 결정권을 가진다. 그러나 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외하고 있는 현행 헌법재판제도에서는 大法院이 법적용기관인 행정청 및 하급심법원이 법률을 헌법의 정신에 비추어 제대로 해석하였는지에 관하여 최종적인 결정권을 가진다.

b) 한편, 헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석은 필연적으로 해석의 지침을 제공하는 헌법규범에 대한 해석을 수반한다.³⁶²⁾ 이로써 모든 법률해석은 헌법에 의하여 영향을 받는 해석이며, 또한 동시에 憲法의 解釋을 의미한다. 따라서 헌법정책적이나 입법론적으로 볼 때, 헌법의 기본결정을 고려하는 해석의 경우, 필연적으로 헌법규범에 대한 해석이 행해지고 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’에 대한 현재의 최종적 결정권이 없이는 헌법에 대한 서로 다른 해석의 가능성이 존재한다는 점에서, 재판소원을 도입해야 할 필요성이 있다. 또한, 헌법의 기본결정을 고려하는 해석이 개별적인 사건의 해결에 있어서 헌법의 정신이나 요청을 적극적으로 실현하고 관철시키기에 특히 적합하며, 헌법재판소가 재판소원의 형태로 이를 감독하는 경우에 비로소 헌법소원의 교육적 효과로 말미암아 헌법의 기본결정을 고려하는 해석이 법원의 재판에서 더욱 활성화될 수 있다는 점에서, 재판소원의 필요성은 더욱 부각된다.

다) 합헌적 법률해석의 권한

a) 합헌적 법률해석은 규범통제절차의 부수적 요소이다. 합헌적 법률해석은 규범통제의 관할을 가진 국가기관의 권한에 속하므로, 헌법재판소만이 최종적인 기속력을 가지고 법률이 위헌으로 선언되

362) Vgl. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rz.88.

어야 하는지 아니면 헌법합치적 해석을 통하여 유지될 수 있는지에 관하여 결정할 수 있다. 비록 헌법이나 헌법재판소법이 이에 관한 권한을 명시적으로 부여한 바 없으나, 헌법재판소가 헌법합치적 해석을 할 권한은 規範統制에 관한 권한으로부터 나오는 필연적인 결과이다.³⁶³⁾

b) 여기서 누가 합헌적 법률해석을 할 권한이 있는지, 특히 법원도 합헌적 법률해석의 권한이 있는지의 문제가 제기된다. 합헌적 법률해석은 단순한 법률해석에 지나지 않는 것이 아니라, 법률에 대한 특정한 해석방법을 위헌적인 것으로 배제함으로써 실질적으로 ‘해석에 의한 법률의 부분적 폐지’를 의미하는 것이다. 그렇다면, 법원도 헌법합치적 법률해석을 통하여 사실상 입법자에 대한 규범통제의 기능을 하는 것이다. 그러나 이와 같이 법률을 수정하는 권한은 규범통제에 관한 독점적인 권한을 부여받은 헌법재판소에 유보되어야 한다. 법원이 합헌적 법률해석의 권한을 가지는지의 문제는 재판소원을 허용하는지의 여부에 따라 달리 판단되어야 한다.

獨逸의 경우, 헌법재판소뿐만 아니라 법원도 법률을 헌법합치적으로 해석해야 할 권한과 의무를 가지고 있다는 것이 연방헌법재판소의 확립된 판례이다.³⁶⁴⁾ 이에 의하면, 합헌적 법률해석은 헌법재판소에 유보된 독점적인 권한이 아니라 모든 국가기관에 의하여 존중되어야 하는 일반적 해석원칙이다. 특히 사법기능을 담당하는 기관

363) 합헌적 법률해석을 통하여 법률에 대하여 실질적인 일부위헌선언을 하는 권한은 헌법 제107조 제1항에 의하여 헌법재판소에게 유보되어있다. 헌법 제107조 제1항에 규정된 위헌제정의무의 기능이란, 법원과의 관계에서 입법자의 권위를 보호하고, 헌법문제에 관한 헌법재판소의 기속력있는 해명을 통하여 법원간의 서로 다른 판결, 법적 불안정성을 방지하고자 하는데 있다.

364) 독일 학계의 견해는 나뉘어 있다, vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz.429; Simon, EuGRZ 1974, S.90; Maurer, Staatsrecht, 1999, S.27; 이에 대하여 비판적인 견해로는 Vosskuhle, AöR 2000, S.177ff.; Stern, Staatsrecht I, S.136; Skouris, Teilnichtigkeit von Getzen, 1973, S.112f.

은 가능한 한 입법자의 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 가능하면 계속 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 해석하여야 한다.

그러므로 합헌적 법률해석은 헌법재판소뿐만 아니라 모든 법원에 부과된 의무이다. 법원은 법률에 대하여 단지 위헌의 의심이 있는 경우에 위헌제청을 할 수 있는 것이 아니라, 헌법재판소에 위헌제청을 하기 전에 위헌의 의심이 있는 법률을 합헌적으로 해석하여 법률의 위헌성이 제거될 수 있는가를 우선 살펴야 하며, 합헌적 해석을 통하여 법원이 법률을 적용하려는 시도에도 불구하고 위헌의 의심이 해소되지 않는 경우어야 비로소 법원은 위헌제청을 해야 한다. 독일의 경우, 법원의 재판에 대한 헌법소원이 가능하고, 이를 통하여 헌법재판소가 합헌적 법률해석에 대한 최종적인 결정권을 가지고 있기 때문에, 법원의 합헌적 법률해석은 근본적으로 문제가 되지 않는다.³⁶⁵⁾

그러나 우리 헌법재판제도에서는 재판소원의 배제로 말미암아 헌법재판소가 법원의 합헌적 법률해석의 타당성을 직접적으로 재판소원의 형태로 심사할 수 있는 가능성이 봉쇄되어 있고, 단지 법률에 대한 헌법소원이나 위헌법률심판절차에서 법률의 위헌성을 심사하는 범주 내에서 법원의 합헌적 법률해석의 위헌여부를 간접적으로 심사할 수 있을 뿐이다. 따라서 재판소원을 금지하는 현행 헌법재판제도에서는 법원의 합헌적 법률해석이 헌법재판소의 최종적인 결정권에 의하여 효율적으로 제한되고 통제될 수 있는 가능성이 없는 것이다. 이러한 관점에서 법원은 원칙적으로 합헌적 법률해석을 자제해야 하고, 합헌적 법률해석의 여지가 있는 법률에 대하여 헌법재판소에 위헌제청을 해야 한다. 재판소원을 통하여 헌법재판소가 법원의 해석

365) Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, Rz.435; Simon, EuGRZ 1974, S.90.

을 통제할 수 없는 상황에서 법원이 헌법재판소와 동등하게 합헌적 법률해석의 권한을 행사하는 경우, 합헌적 법률해석은 법률해석의 기준인 헌법의 해석을 수반한다는 점에서 헌법재판소와 법원의 상이한 헌법해석에 이를 수 있다. 뿐만 아니라, 법원이 합헌적 법률해석을 통하여 실질적으로 입법작용에 대한 수정권한을 가지고 있다는 것은 ‘법원은 법률의 구속을 받는다’는 헌법상의 권력분립질서에 위배되는 것이다.

(4) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판절차에서의 限定違憲決定의 문제점

헌법재판소법은 제68조 제2항에서 당해사건 당사자의 위헌제청신청이 법원에 의하여 기각된 경우 당사자가 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성을 제공함으로써 법원이 위헌적인 법률을 적용하여 당사자의 기본권을 침해하였는지에 대하여 헌법재판소가 심사할 수 있는 가능성을 열어놓았다. 이로써 재판소원의 한 부분인 ‘간접적 법률소원’이 도입되었다. 그런데 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 법적으로 허용되는 간접적인 법률소원을 허용할 뿐만 아니라, 또한 법적으로 ‘禁止된 裁判訴願으로 가는 進入路’의 역할을 할 수 있다.

당해소송의 당사자가 법률의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법원의 구체적인 법률해석의 위헌여부를 다투는 경우, 이러한 심판청구는 바로 헌법재판소법 제68조 제1항이 금지하는 재판소원에 해당하는 것이다. 이 경우, 헌법재판소가 당사자의 심판청구를 법률의 위헌성을 다투는 것으로 이해하여 판단의 대상으로 삼아 법원의 법률해석의 오류를 확인한다면, 헌법재판소로서는 재판소원이 배제된 상황에

서 재판의 위헌성을 제거하기 위해서는 불가피하게 합헌적 법률해석의 방법을 사용하지 않을 수 없다. 즉, 헌법재판소는 ‘법률을 …해석하는 한, 법원의 해석은 위헌’이라는 확인과 함께 법원의 재판을 취소할 수 없기 때문에, 그 대신 ‘법률을 …해석하는 한, 그 법률은 위헌이다’라는 한정위헌결정을 하게 되는 것이다. 헌법소원심판절차에서는 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 해석’과 ‘합헌적 법률해석’이 구분이 불분명하고, 적지 않은 경우 동일한 대상을 바라보는 주체가 누구인가(헌법재판소 또는 법원)에 따른 관점의 차이에 불과하기 때문에, 2가지의 해석원칙이 임의로 서로 교환·대체될 수 있다.

1) 限定違憲請求의 適法性 與否에 관한 헌법재판소의 판례 경향

헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 청구인이 법원의 법률해석을 문제 삼아 법률조항에 대한 한정위헌의 판단을 구하는 소위 ‘한정위헌청구’에 대하여 다음과 같은 입장을 취하고 있다.

우선, 헌법재판소는 ‘일반적으로 법률조항 자체에 대한 다툼과 법률의 해석에 관한 다툼은, 그 구분이 모호한 경우가 많지만, 일응 구분되는 것으로 보아야 한다’는 타당한 입장에서 출발하여, 헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항상의 청구로 적절치 아니하다고 판시하고 있다.³⁶⁶⁾ 그러나 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석

366) 헌재 1998. 9. 30. 98헌바3; 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 161; 헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 37.

을 다투는 것이 아니라, 그러한 해석의 여지를 주는 법률조항 자체의 불명확성을 다투는 경우로 이해되는 경우 또는 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정이 위헌성을 지니는 경우에는 그 청구는 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해되어 헌법재판소법 제 68조 제2항상의 적법한 것으로 받아들이고 있다.³⁶⁷⁾

2) 한정위헌청구의 적법성여부에 관하여 판단하지 않은 초기의 판례

가) 헌법재판소는 이미 1991년 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건에서³⁶⁸⁾ 한정위헌청구에 대하여 판단하였다. 민법 제 764조는 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 제764조에서 말하는 ‘처분’의 대표적 예가 사죄광고 게재인 것으로 이해되어 왔던 것이 그 당시까지의 판례였다. 이 사건에서 청구인들은 사죄광고를 민법 제764조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”에 포함시킬 때 동 조항이 위헌인가의 여부의 확인을 구하는 限定違憲請求를 하였고, 이

367) 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 161; 헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 37 참조.

368) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정(위 사건이 접수된 1989년 당시, 현재의 ‘헌마’사건에 대하여 ‘헌마’의 사건번호를 부여했음을 유의할 것), 판례집 3, 149-159, 위 결정의 사건개요는 다음과 같다. 김성희는 여성동아 1988년 6월호에 게재된 기사가 자기의 명예를 훼손하였다는 이유로 주식회사 동아 일보사와 여성동아의 기자 등(청구인들)을 상대로 서울 민사지방법원에 손해배상 및 민법 제764조에 의한 사죄광고를 청구하는 소송을 제기하였다. 청구인들은 위 소송사건에서 ‘민법 제764조가 명예훼손의 경우에 사죄광고를 명할 수 있도록 한 것이라면 이는 헌법에 위반된다’는 주장으로 헌법재판소법 제41조 제2항에 의한 위헌제청을 신청하였으나 서울민사지방법원은 위 위헌제청신청을 기각하였고, 이에 청구인들은 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

에 대하여 헌법재판소는 ‘민법 제764조(1958.2.22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다.’는 한정위헌결정을 선고하였다.

그러나 위 사건에서 문제되는 것은, 민법 제764조가 다의적인 해석가능성으로 말미암아 위헌적인 해석의 요소를 내포하고 있는지의 문제가 아니라, 법원이 그 자체로서 합헌적인 민법 제764조의 규정을 언론의 자유를 고려하지 아니하고 위헌적으로 적용하였는지의 문제였다. 만일 현행 헌법재판제도가 재판에 대한 헌법소원을 허용하였다면, 헌법재판소는 위 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 하지 아니하고 ‘법원이 합헌적인 법률을 위헌적으로 해석·적용하였다’는 이유로 법원의 재판을 취소하였을 것이다.

헌법재판소의 위 결정은 법원의 판례에 의하여 상당 기간 형성된 법률해석에 대한 위헌성심사임에도 불구하고 헌법재판소와 법원의 충돌상황은 발생하지 아니하였고, 헌법재판소 스스로도 한정위헌청구의 문제점을 아직 인식하지 못하였다.

나) 헌법재판소는 1995년 이전까지 청구인의 한정위헌청구가 실질적으로 법원의 법률해석의 위헌확인을 구하는 청구라는 것의 문제점을 인식하지 못하였고, 이로써 심판대상이 될 수 있는지에 관한 별도의 판단을 하지 않았다.

또 다른 예로서, 헌법재판소는 국가배상법 제2조 제1항 단서 위헌소원에서³⁶⁹⁾ ‘국가배상법 제2조 제1항 단서에 의하여 청구인이 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 해석하는 한 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법에 위반된다’는 청구인의 限定違憲請求에 대하여, ‘제1항 단서 중 “군인…… 이…… 직무집행과 관련하여…… 공

369) 현재 1994. 12. 29. 93헌바21 결정, 판례집 6-2, 379, 위 결정의 사건개요에 관하여 위 주) 290 참조.

상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다”는 부분은, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다’는 한정위헌결정을 선고하였다.

다) 헌법재판소는 위 결정들에서 비록 법률조항을 심판대상으로 하여 법률의 위헌성을 지적하고 있으나, 위 사건에서의 한정위헌결정은 실질적으로는 입법자를 향하는 것이 아니라 법원에 대한 것으로서 법원의 법률해석을 교정하고자 하는 것이며, 법원의 재판에 대한 위헌확인을 의미하는 것이다. 즉, 헌법재판소는 한정위헌결정을 통하여 법원이 재판에 적용되는 ‘민사소송법규정’이나 ‘국가배상법규정’의 해석·적용에 있어서 위 규정들에 미치는 기본권인 표현의 자유나 재산권 등의 효력을 간과하였거나 근본적으로 오인하였다는 것을 확인함으로써, 법원이 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’을 제대로 하였는지에 관한 심사를 간접적으로 하고 있는 것이다.

3) 법원의 法律解釋의 違憲性을 다투는 심판청구의 적법성여부

헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구가 엄밀한 의미에서 법률조항에 대한 ‘한정위헌결정’을 구하는 심판청구가 아니라 법원의 법률해석의 위헌확인을 구하는 청구임에도, 이를 적법한 것으로 받아들여 판단하고 있다.

가) 예컨대, 헌법재판소는 민사소송법 제714조 제2항 위헌소원에서(서370) 다음과 같은 이유로 심판청구를 적법한 것으로 판단하였다.

“청구인의 주장은, 사건 법률조항의 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 방송프로그램이 제작, 방영되기 전에 그 방영을 금지하는 가처분을 포함시키는 것은 헌법에 위반된다는 것이고, 이는 이 사건 심판 대상 규정의 해석과 적용의 문제로서 원칙적으로 헌법재판소의 심판 대상이 될 수 없는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다. 그러나 법률의 위헌성을 판단함에 있어서는 그 법률의 해석 내지 그 법률이 어느 경우에 적용되는가를 확정하는 것이 선행되어야 하므로 이 한도 내에서는 헌법재판소로서도 법률의 해석 내지 그 적용에 관여하지 않으면 안 되는 것이며, 방영되기 전에 그 방영을 금지하는 가처분을 이 사건 법률조항에 의하여 허용하는 것이 헌법에 위반된다면 결국 法院의 解釋에 의하여 구체화된 이 사건 심판 대상 규정이 위헌성을 지니고 있는 셈이 된다. 따라서 이 사건 법률조항의 가처분에 위와 같은 방영금지가처분을 포함시키는 것이 헌법에 위반되는지 여부는 이 사건 심판 대상 규정의 위헌 여부에 관한 문제로서 헌법재판소의 판단 대상이 된다고 할 것이다.”

나) 또한, 헌법재판소는 군무이탈자 복귀명령 위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것의 위헌 여부가 문제된 군형법 제47조에 대한 헌법소원사건³⁷¹⁾ 및 근로자들의 집단적 노무제공 거부행위를 구 형법

370) 현재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229-237, 주식회사 문화방송은 서울지방법원에서 시사고발 프로그램의 방영을 금지하는 가처분 판결을 선고받자, 서울고등법원에 항소하면서 ‘민사소송법 제714조 제2항의 가처분에 방송프로그램의 방영금지가처분을 포함시키는 것은 언론의 자유를 침해한다’는 등의 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 신청이 기각되자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 이 사건 심판의 대상을 민사소송법 제174조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부로 삼았으나, 본안에서 실제로 판단한 것은, “이 사건 법률조항의 가처분에 방영금지가처분이 포함된다고 해석하더라도 이를 가리켜 헌법 제21조 제2항이 금지하는 언론에 대한 검열에 해당한다거나 이로 인하여 언론의 자유가 과잉금지의 원칙에 위반될 정도로 제한된다고 할 수 없”다고 하여 이 사건 법률조항의 가처분에 방영금지가처분이 포함된다는 解釋의 위헌성 여부로서, 이에 대하여 합헌결정을 하였다.

제314조의 위력업무방해죄로 형사처벌하는 것이 헌법에 위반되는지 여부가 문제된 구 형법 제314조 위헌소원³⁷²⁾에서 동일한 논거로 심판청구의 적법성을 확인하였다.

다) 예컨대, 민사소송법 제714조 제2항 위헌소원에서 청구인이 다투고자 하는 것은, 당해 법원이 민사소송법상의 가치분에 방영금지가처분이 포함되는 것으로 해석함으로써 가치분조항에 미치는 언론의 자유 등 기본권의 영향을 간과하였거나 오인하였다는 것인데, 이는 바로 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’을 문제 삼는 것으로서 재판소원에 해당하는 것이다. 그런데 헌법재판소는 위 헌법소원사건들에서 ‘법원의 해석이 헌법에 위반된다면 결국 법원의 해석에 의하여 구체화된 법률조항이 위헌성을 지니고 있다’는 논거로 법원의 법률해석의 위헌여부에 대한 심판청구와 법률조항의 위헌여부에 대한 심판청구를 동일시하고 있다. 그러나 ‘법률해석의 위헌여부에 대한 청구’를 위와 같은 논거로 ‘법률의 위헌여부에 대한 청구’로 의제한다면, 헌법재판소는 이로써 법원의 재판에 대한 포괄적인 심사권한을 가지게 되고, 결국 재판소원을 배제하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정내용에 반하게 된다.

위 헌법소원사건들에서는 헌법재판소는 우연히 법원의 법률해석과 일치하는 견해를 가짐으로써 합헌결정에 이르렀으나, 만일 헌법재판소가 법원의 법률해석을 위헌으로 판단하였다면, 재판소원의 배제로 말미암아 재판의 위헌성을 직접 확인할 수 없기 때문에, 대신 입법자를 빌어서 법률조항에 대한 한정위헌결정을 함으로써 간접적으로 재판의 위헌성을 제거하였을 것이다. 이 경우의 한정위헌결정은 법률에 대한 것으로서 비록 입법자를 향하고 있으나, 그 실질은 법원

371) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615, 626.

372) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252 참조.

의 구체적 법률해석에 대한 교정으로서 법원의 裁判에 대한 統制인 것이다.

라) 헌법재판소가 위 결정이유에서 밝히고 있는 바와 같이, 법원의 ‘법률해석의 위헌성’이 ‘법률의 위헌성’으로 자동적으로 전환될 수 있다면, 사실상 모든 법률이 법원에 의하여 잘못 해석·적용될 수 있다는 점에서 ‘모든 법률이 潛在적으로 違憲的 法律’이라는 납득하기 어려운 결과에 이르게 된다. 그러나 위 결정의 심판대상이 된 법률조항과 같이, 비록 해석의 여지가 있는 불확정 법개념이기는 하나 법률해석을 통하여 구체화될 수 있고 나아가 헌법의 기본결정을 고려하는 해석을 통하여 그 의미내용이 헌법에 부합되게 해석될 수 있는 법률규정은 그 자체로서 합헌적인 것이며, 다만 개별 사건에서의 법원에 의한 구체적인 법률해석·적용이 위헌일 수 있다고 보는 것이 합당하다.³⁷³⁾

4) 법률에 대한 限定違憲決定을 구하는 심판청구의 적법성여부

헌법재판소는 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라, 그러한 해석의 여지를 주는 법률조항 자체의 불명확성을 다투는 경우로 이해되는 경우에는 법률에 대한 한정위헌결정을 구하는 심판청구를 적법한 것으로 받아들이고 있다.

가) 헌법재판소는 법률조항에 대한 한정위헌의 판단을 구하는 청구가 적법한지 여부를 처음으로 판단한 헌법소원사건에서³⁷⁴⁾ 한정

373) 위 헌법소원사건들에서 심판의 대상이 된 민사소송법상의 가처분조항, 군형법의 명령위반죄, 형법의 업무방해죄는 비록 불명확한 법개념을 사용하고는 있으나 그 자체로서 합헌적인 법규정이다.

374) 현재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 37; 위 결정 이후, 헌법재판소는 일련의 결정에서 위와 같은 논거로 한정위헌청구의 적법성을 인정하였다(현재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161; 현재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208 참조).

위헌청구의 적법성을 다음과 같이 판시하였다.

일반적으로 법률조항 자체의 위헌 판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석·적용하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는, 헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정하고 있어 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 헌법재판소법 제68조 제2항상의 청구로서 적절치 아니하다.

그런데 이 사건에서 청구인의 주장취지를 자세히 살펴보면 청구인은 관련 대법원 판례가 동 조항의 해석을 자의적·편의적으로 확대 해석을 했다는 것을 다했으며, 조세법률주의의 원칙상 세법상의 과세근거·기준은 그러한 자의적·편의적 확대해석적용의 대상이 되어서는 안될 것임을 강조하고 있다. 그렇다면 청구인의 이 사건 심판 청구취지는 대법원판례가 행한 바와 같은 청구인 주장의 자의적·편의적 해석을 가능하게 하는 동 조항의 불명확성을 지적하여 이의 위헌성을 주장하는 것이 포함되어 있다고 선해할 수 있을 것이다. 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 지방세법 제111조 제5항 본문 및 제3호 중 ‘법인장부’부분의 위헌여부이다.

나) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 소원청구인은 한정위헌청구를 통하여 ‘금지된 재판소원’을 ‘허용되는 법률소원’으로 포장할 수 있고, 이로써 법원의 법률해석의 위헌성을 다툴 수 있다. 즉, 소원청구인이 한정위헌청구를 통하여 법원의 법률해석의 위헌확인을 구하는 청구를 임의로 법률의 위헌확인을 구하는 청구로 전환하는 것이 가능하다는 관점에서, 이러한 성격의 한정위헌청구는 위에서 살펴본 법원의 법률해석을 다투는 심판청구와 마찬가지로 원칙적으로 재판에 대한 심판청구로서 부적법한 것으로 각하해야 한다.

다만, 청구인의 심판청구가 한정위헌을 구하는 것이 아니라 법률조

항의 일반적인 불명확성을 다투는 경우에는 법률의 위헌성을 전반적으로 심사하여 합헌·위헌결정 또는 헌법불합치결정을 내려야 한다.

(5) 소결론

‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’이란 헌법을 법률해석의 지침으로 삼는 해석을 의미하며, 다의적인 해석의 여지를 포함하는 법률의 해석·적용의 경우, 헌법의 기본정신을 해석의 지침으로 삼아야 한다는 요청을 말한다. 이로써 구체적인 개별사건의 해결을 위하여 법률의 내용을 구체화함에 있어서 헌법의 가치질서나 기본정신을 적극적으로 실현하고 관철하는 기능을 한다. 헌법재판소법 제68조 제1항에서 배제하고 있는 裁判訴願이란 바로 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’에 관한 위헌성심사를 의미하므로, 법원이 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’을 하였는지에 대한 판단은 재판소원의 배제로 말미암아 헌법재판소의 과제가 아니라, 법원 스스로의 과제이다. 한편, ‘合憲的 法律解釋’ 및 한정합헌·위헌결정은 규범통제 절차에서 입법자에 대한 존중의 표현으로서 헌법적으로 허용될 뿐만 아니라 헌법적으로 요청되는 것으로서, 합헌적 법률해석을 통하여 법률에 대한 실질적 일부위헌선언을 하는 권한은 헌법재판소에 속한다.

문제의 발단은, 현행헌법재판제도가 한편으로는 재판소원을 배제하면서 다른 한편으로는 헌법재판소에 법률에 대한 포괄적인 위헌심사권과 함께 합헌적 법률해석에 관한 권한을 부여하고 있고, 이러한 법적 상황에서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판절차에 있어서 ‘헌법의 기본결정을 고려하는 법률해석’과 ‘합헌적 법률해석’의 구분이 불명확하고 서로 대체·교환될 수 있다는 데 있다. 따라서 핵심적인 쟁점은 한정위헌결정 자체가 헌법적으로 허용되는지의 문제가 아니라, 현행 헌법재판제도에서 헌법재판소법 제68조

제1항의 ‘재판소원금지’의 관점에 비추어 어떠한 경우에 한정위헌결정이 자제되어야 하는지의 문제인 것이다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서는 법원의 구체적인 재판을 계기로 하여 규범통제가 이루어지는데, 이 경우 법원에 의한 구체적인 법률해석이 규범통제의 대상이 되는 경우가 빈번하다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서 헌법재판소가 법률에 대한 한정위헌을 구하는 청구에 대하여 판단함으로써 현행 헌법재판제도에서 금지된 법원의 재판에 대한 심사가 실질적으로 이루어질 수 있다는 점을 유의해야 한다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 헌법소원청구인 및 헌법재판소로 하여금 한정위헌청구를 통하여 현행법상 ‘금지된 재판소원’을 ‘허용되는 법률소원’으로 포괄함으로써 법원의 법률해석을 헌법재판소의 심사대상으로 삼도록 유혹하는 하나의 장치이다. 여기서 헌법재판소가 합헌적 법률해석을 통하여 한정위헌결정을 내리는 경우, 법률에 대한 위헌심사이자 동시에 법원의 법률해석에 대한 위헌심사를 의미하고, 이로써 헌법재판소의 한정위헌결정은 법률에 대한 위헌결정이자 동시에 법원의 재판에 대한 위헌확인을 의미하게 된다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서의 한정위헌결정은 같은 법 제68조 제1항의 ‘재판소원금지’ 규정과 충돌하게 된다.

따라서 ‘재판소원의 금지’와 ‘간접적 법률소원에서의 합헌적 법률해석의 허용’이란 충돌관계를 어떻게 해결해야 하는지의 문제가 제기된다. 법원의 구체적 재판에서의 법률해석을 계기로 하여 발생한 규범통제의 경우에는 헌법재판소는 원칙적으로 한정위헌결정을 자제하고 위헌결정이나 헌법불합치결정을 하는 것이 바람직하다. 특히 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원사건에서의 한정위헌청구는 대부분의 경우 그 실질에 있어서 재판소원을 제기하는 것이므로, 이와 같

은 성격의 한정위헌청구는 원칙적으로 부적법한 것으로 각하해야 한다. 헌법재판소는 ‘헌바’ 사건에서 한정위헌청구를 법률조항의 불명확성을 다투는 것으로 보아 법률조항 자체의 위헌여부를 심판대상으로 삼는 경우, 법원의 구체적인 법률해석의 위헌여부가 아니라 법률조항의 위헌여부를 포괄적으로 심사하여 그 결과 합헌 또는 위헌, 헌법불합치의 결정을 해야 한다. 그렇다면, ‘헌바’ 사건에서의 한정위헌 결정은 법원의 구체적인 법률해석을 문제 삼는 것이 아니라 법률의 위헌성 자체를 전반적으로 다투는 경우에 한정하는 것이 바람직하며, 법원의 위헌제청에 의한 위헌법률심판절차와 국민의 기본권을 직접 침해하는 법률에 대한 헌법소원절차에서는 대부분의 경우 법원의 구체적인 법률해석과 무관하게 법률의 전반적인 위헌성이 문제되므로, 이 경우 헌법재판소는 원칙적으로 한정위헌결정을 할 수 있다고 본다.

V. 심판절차상의 문제점과 개선방안

1. 서 언

현행 헌법상 헌법재판소가 담당하는 헌법심판절차를 직접 규율하고 있는 규정은 별로 없다. 제6장 헌법재판소 부분에서 제113조 제1항이 결정정족수만을 명문으로 규정하고 있을 뿐이다. 제113조 제2항은 헌법재판소가 심판에 관한 절차에 관하여 법률에 저촉되지 아니한 범위 안에서 규칙을 제정할 수 있다고 밝히고 있다. 그리고 동조 제3항은 헌법재판소의 심판절차에 관한 상세한 사항은 법률에 의하여 규율할 것을 위임하고 있다. 한편 헌법재판과 관련하여 헌법재판소의 역할을 간접적으로 규정하고 있는 것으로는 헌법 제107조 제1항(위헌법률심판), 제65조(탄핵심판), 제8조 제4항(위헌정당해산심판)이 있을 따름이다.

따라서 여기서는 현행 헌법이 명문으로 규정하고 있는 사항뿐 아니라 간접적으로 연결된 사항을 다루며, 나아가서는 비록 현행 헌법에는 규정되어 있지 아니하나 외국헌법을 참조해볼 때 헌법차원에서 규정할 수 있는 사항들도 검토해보기로 한다.

지금까지 헌법재판소의 심판절차의 문제점과 개선방안을 검토하는 선행연구가 많이 이뤄져 왔다.³⁷⁵⁾ 따라서 여기서는 기존의 논의와 중복되지 아니한 범위에서 헌법적으로 검토할 필요성이 큰 것을 중심으로 살펴보기로 한다. 이하에서는 헌법심판절차를 크게 일반심판절차와 특별심판절차로 나누어서 살펴보기로 한다.

375) 헌법재판소의 재판절차에 관한 입법론적 검토로는 정종섭 외, 헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구, 헌법재판소, 1991; 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판소, 1993; 양건 외, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판소, 1999, 등이 있다.

2. 일반심판절차

(1) 심판정족수

1) 현행 규정

심판정족수에 관한 현행 규정으로는 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조를 찾아볼 수 있다.

헌법 제113조 제1항(결정정족수) ① 헌법재판소에서 법률의 위헌 결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.

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

② 재판부는 중국심리에 관여한 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

2) 현황 및 문제점

가) 가중다수결의 문제

재판관 7인 이상을 심리정족수로 정한 것은 헌법재판소가 9인의 재판관으로 구성됨에 비추어 합리적이라 할 수 있다. 그리고 일반적인 의결정족수를 중국심리에 관여한 재판관의 과반수 찬성으로 규정하는 것도 적절하다고 본다.

그런데 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조 제2항 단서는 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우에 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하고 있다.³⁷⁶⁾³⁷⁷⁾ 이는 통상의 의결규칙인 단순다수결의 예외적인 특칙에 해당한다.³⁷⁸⁾

376) 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조 제2항 단서의 적용범위를 정함에 있어서 동조항들은 본안재판에 관한 것이지, 본안재판의 전제가 되는 사항에 관한 재판에는 적용되지 않는다고 보는 견해가 있다(예컨대 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23의 변정수·김진우·한병채·김양균·이재화 재판관). 이 견해는 동조항의 반대해석에 기초하여, 재판관 6인의 찬성을 필요로 하는 경우 이외의 사항에 관한 재판에 있어서는 원래의 재판원칙대로 재판관 과반수의 찬성으로 결정되어야 할 것이라고 본다. 이에 따르면, 본안재판의 전제 예컨대 헌법소원의 적법성의 유무에 관한 심판은 재판관 과반수의 찬성으로 족한 것이 된다. 이는 헌법재판에서 결정정족수와 평결방식이 결합된 문제라고 하겠다. 생각건대, 적어도 심판청구의 적법요건인 본안전 판단과 본안판단은 소송절차상 구별되어야 하므로 평의에서의 표결은 따로 실시되어야 한다고 본다. 그러한 점에서, 본안전 판단에 관한 결정정족수는 단순다수결에 따른 과반수로 보아야 할 것이다(동지: 정중섭, 헌법소송법, 156면).

377) 이 조항들에 따라 헌법재판소는 초기의 위헌법률심판결정에서 재판관 9인 중 과반수인 5인이 위헌이라는 의견을 낸 경우에 '위헌불선언'으로 주문을 표시하였다(예컨대, 헌재 1989. 12. 22 88헌가13; 1993. 5. 13. 90헌바22등; 1994. 6. 30. 92헌바23). 그러나 나중에는 위헌여부에 대한 결론을 분명히 하기 위하여 '합헌결정'의 주문으로 표시하였다(예컨대, 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 등; 1996. 12. 26 90헌바19등). 또한 헌법재판소는 위헌법률심판에서 단순위헌이라 하는 재판관수가 6인 미만이지만 한정합헌 또는 한정위헌이라 하는 재판관의 수와 합하여 6인 이상이 되는 경우에는, 한정합헌 또는 한정위헌의 부분만큼 위헌판단이 일치하므로 그 일치하는 부분을 주문으로 선고하였다(예컨대, 헌재 1992. 2. 25 89헌가104). 그리고 단순위헌이라 하는 재판관이 5인이고 헌법불합치라 하는 재판관이 2인인 경우에는 헌법불합치의 결정을 선고하였다(예컨대, 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등).

한편, 헌법소원심판에서 재판관 9인 중 인용의견이 5인이고 기각의견이 4인인 때에는 인용의견이 다수이더라도 인용결정의 정족수에 미달하므로 기각결정을 하고 있다(예컨대, 헌재 1999. 1. 28. 98헌마85). 그리고 인용의견이 5인이고 기각의견이 4인인 경우에도 인용결정의 정족수에 미달한다는 이유로 기각결정을 한다(예컨대, 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등).

378) 이러한 입법례는 다른 나라와 비교해볼 때 일반적이지는 않다. 참고로 독일은 기본권의 실효판결, 정당해산의 판결, 탄핵의 판결에는 재적 재판관의 3분의 2이상의 찬성, 즉 6인 이상의 찬성을 요한다.

헌법재판의 결정정족수는 합의체의 의사결정에 반드시 필요한 절차적·기술적 요소이다. 그러나 헌법재판의 결정정족수는 그 이상의 의미를 갖는다고 본다. 첫째, 결정정족수는 헌법재판소의 권한 특히 법률의 위헌결정권, 탄핵결정권, 정당해산결정권, 헌법소원의 인용결정권 등의 행사가 얼마나 용이하게 될 수 있는지를 결정한다.³⁷⁹⁾ 둘째, 결정정족수는 헌법재판에 필요한 의견결집의 최소한의 수준을 제시함으로써 헌법재판소로 하여금 자신의 의견을 결집하여 이를 결정의 형식으로 국민들에게 현출하게 한다. 헌법재판소의 결집된 의견은 권위를 지닌 채 국민의 신뢰의 대상이 된다.³⁸⁰⁾ 이러한 이유에서 결정정족수를 어떻게 정하느냐는 근본적으로 헌법정책적 판단사항이라 하겠다. 헌법재판에서의 결정정족수에 관하여 역대헌법의 규정은 동일하지 않았다.³⁸¹⁾ 그런데 위헌법률심판과 탄핵판결은 대부분 전체구성원의 3분의 2 이상의 찬성을 요구하였다. 이하에서는 현행헌법이 규정하고 있는 네 가지 경우를 상술하기로 한다.

첫째, 법률의 위헌심판은 민주적 정당성을 가진 국회의 입법권과 이에 따른 법률의 합헌성추정원칙을 고려해 볼 때 헌법재판소의 신중하고도 분명한 판단을 요한다고 하겠다. 즉 법률의 위헌결정을 내림에 있어서 헌법재판소의 분명하게 결집된 의견이 필요하다는 것이

379) 따라서 결정정족수가 가증될수록 헌법재판소는 자신에게 부여된 헌법상 권한의 행사에 그만큼 제약을 받게 된다.

380) 헌법재판소의 의견이 결집될수록, 즉 전원의 만장일치에 근접할수록 헌법재판소의 결정에 대한 국민의 수용도 내지 신뢰도는 커지게 마련이다.

381) 1948년·1952년·1954년헌법에서 위헌법률판결과 탄핵판결은 11인 위원 또는 심판관 중에서 2/3 이상의 찬성을 요하였으며, 1960년헌법에서 위헌법률판결과 탄핵판결은 9인의 헌법재판소 심판관 중에서 6인 이상의 찬성을 요하였고, 1962년·1969년헌법에서 정당해산판결은 대법원 법관 정수의 3/5 이상의 찬성, 탄핵결정은 6인 이상의 찬성, 위헌법률심판결은 과반수의 찬성(1970. 8. 7. 이후에는 대법원 법관 정수 2/3 이상의 출석과 출석인원 2/3 이상의 찬성)을 요하였다. 그리고 1972년·1980년헌법에서 위헌법률심판, 탄핵심판과 정당해산심판은 9인의 헌법위원회 위원 중 6인 이상의 찬성을 요하였다.

다. 가능한 한, 한 명의 재판관에 의하여 합헌 또는 위헌의 결정이 좌우되는 것을 예방하자는 것이다. 보다 구체적으로 말하자면, 법률의 위헌결정에 있어서 단순다수결에 의할 경우에 자칫 발생할 수 있는 위헌의견 대 합헌의견 5 대 4의 견해대립을 지양하고, 적어도 위헌의견 대 합헌의견이 6 대 3이 될 것을 제도적으로 마련하자는 것이다. 그러한 이유에서 법률의 위헌결정이 전체 재판관 9인 중 6인의 찬성, 즉 전체 재판관 3분의 2 이상의 찬성이라는 가중다수결을 요하는 것은 합리적이라고 본다.³⁸²⁾ 참고로 독일의 입법례를 보면, 8인으로 구성된 재판부에서 법률의 위헌결정을 내리기 위해서는 과반수의 찬성을 요구하고 있는바, 이는 결국 위헌의견 대 합헌의견이 원칙적으로 최소한 5대 3이 될 것을 요구하는 것이다. 즉 원칙적으로 한 명의 재판관의 견해에 의하여 위헌 여부가 달라지지 않게 하는 것이다. 이를 기능적인 차원에서 보면, 재판부 구성원 9인 중에서 6인 이상의 찬성을 요구하는 것과 재판부 구성원 8인 중에서 과반수의 찬성을 요구하는 것은 동일한 효과를 갖고 있음을 알 수 있다. 즉 원칙적으로 우리의 결정정족수 6인 이상의 찬성과 독일의 과반수 찬성은 기능적 等價物(funktionale Äquivalenz)에 해당한다.

둘째, 탄핵결정과 정당해산결정은 피청구인에게 불리한 결정이라는 점에서 일응 신중한 판단이 요구된다고 본다. 더구나 탄핵심판은 피청구인에 대한 여러 헌법적 통제수단의 하나임을 생각할 필요가 있다. 탄핵심판제도 이외에도 공직으로부터의 퇴진을 위한 정치적

382) 위헌법률심판에서 가중다수결방식은 위헌 여부를 표결로 판단함에 있어서 결과적으로 소수재판관들로 헌법제정권자인 국민의 의사를 정하는 셈이 된다고 본다(예컨대 정종섭, 헌법소송법, 122면), 단순다수결로 법률의 위헌 여부를 결정하는 것이 타당하다고 하겠다. 그러나 위헌법률심판은 국회의 입법권과 이에 대한 헌법재판소의 견제기능의 전체적 관점에서 균형적으로 보아야 하므로, 헌법재판소의 위헌판단은 보다 신중히 이뤄져야 할 것이라고 하겠다.

압력, 임명권자의 해임(국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 감사원장, 감사위원 등), 해임건의안 의결(국무총리, 국무위원, 그리고 사실상 국무위원과 대부분 중복되는 행정각부의 장) 등이 유용한 통제장치로 작동될 수 있다. 그러므로 탄핵결정을 훨씬 용이하게 하려는 시도가 그리 필요하지 않다고 본다. 탄핵결정은 일종의 사법적 판단이므로 오히려 신중한 판단이 요구된다고 하겠다. 더구나 헌법재판소 재판관, 법관, 중앙선거관리위원회 위원에 대하여는 탄핵제도가 사실상 엄격한 신분보장의 의미를 지니고 있기 때문에 이들에 대한 탄핵결정을 용이하게 하는 것은 그 제도적 취지에 합치된다고 보기 곤란하다. 또한 대통령의 경우에도 그러하다. 대통령은 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 획득하고 있다는 점에서, 그리고 국정운영에서 차지하는 비중이 매우 크다는 점에서 그에 대한 탄핵결정은 신중하여야 할 것이다.

셋째, 헌법소원의 인용결정에 대해서는 헌법소원의 대상에 따라 달리 판단할 여지가 있다고 본다. 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 침해된 헌법상 보장된 기본권을 구제하기 위하여, 그것도 보충적으로 구제하기 위하여 의지하는 헌법소원심판에서 인용결정을 굳이 가중다수결로 하는 것은 그리 설득력이 없다고 본다. 그런데 법률의 위헌여부를 대상으로 하는 헌법소원이라면 이야기가 달라진다. 즉 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌법률심사를 위한 헌법소원과 법률에 의한 기본권의 직접적인 침해를 이유로 제기하는 동조 제1항의 헌법소원은 위헌법률심판의 경우와 달리 생각할 이유가 없다고 본다. 위헌심사형 헌법소원은 사실상 위헌법률심사에 해당하므로 이에 대한 인용결정, 즉 위헌결정은 위헌법률심판에서와 같이 가중다수결에 의하여야 할 것이다. 또한 법률에 의한 기본권침해를 주장하는 헌법소원의 경우에도 그러하다고 볼 것이다. 문제는 이러한 헌법

소원의 경우가 많은 비중을 차지하고 있다는 사실이다. 그러한 점에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌심사형 헌법소원과 법률에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원을 따로 구별하여 결정정족수를 규정하는 것이 실제적이지 않는 한, 헌법소원에 관한 인용결정을 위한 결정정족수는 현행과 동일하게 규정되어야 할 것이다.

요컨대, 이상에서 살펴본 바와 같이 재적재판관 3분의 2 이상의 찬성을 요하는 가중다수결은 헌법재판의 중대성, 즉 국가의 근본법 질서의 보장을 생각한다면 정당성을 가지고 있다고 볼 수 있다.

한편, 헌법에 규정되지는 아니하였으나 헌법재판소법에만 가중정족수를 요하는 것으로 되어 있는 헌법재판소판례변경과 관련된 조항(헌법재판소법 제23조 제2항 제2호)에 대하여는 헌법재판소의 입장 변화를 지나치게 제한하고 있다는 문제점이 지적되고 있다. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우로 우리의 관심을 끄는 것은 예컨대 위헌법률심판절차에서 ①합헌결정이 위헌결정으로 되는 경우, ②위헌결정이 합헌결정으로 되는 경우, ③합헌결정이 그대로 합헌결정으로 되는 경우, ④위헌결정이 그대로 위헌결정으로 되는 경우이다. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법이나 법률에 대한 해석적용에 관한 의견이 변경되어 위헌결정이 내려지게 된 경우(①과 ④의 경우)에는 당연히 가중다수결을 요할 것이다. 반면에 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법이나 법률에 대한 해석적용에 관한 의견이 변경되어 합헌결정이 내려지게 된 경우(②와 ③의 경우)에는 가중다수결을 요할 필요가 없다. 종전의 헌법재판소의 해석적용에 관한 의견의 변경으로 종래의 위헌결정이 합헌결정으로 되는 경우는 논외로 하더라도, 종전의 헌법재판소의 해석적용에 관한 의견이 변경되었으나 동일하게 합헌결정이 내려진 경우에도 결과적으로는 합헌결정이기 때문에 굳이 가중다수결을 필

요로 하지 않는다고 본다. 이와 같은 이유에서 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률적용에 관한 의견을 변경하는 경우에 가중다수결을 요하는 것은 그리 설득력이 없다고 본다. 오히려 불필요하게 헌법재판소의 입장을 지나치게 제한하는 문제점이 있을 따름이라고 본다.³⁸³⁾

나) 예비재판관 부재에 따른 문제

a) 그런데 헌법재판소법 제23조 제2항 단서에 규정하고 있는 가중다수결인 재판관 6인 이상의 찬성은 구체적인 상황에 따라 여러 심각한 문제를 야기할 수 있음을 주의할 필요가 있다. 심리에 참여하는 재판관의 수가 9인이 아니라 이보다 줄어드는 경우에 문제가 발생한다.³⁸⁴⁾ 현행법상 9인의 재판관 수가 확정적으로 줄어드는 경우로는 재판관의 임기만료와 임기중 결원 두 가지가 있다. 후자는 재판관의 사임, 사망, 탄핵결정이나 금고 이상의 형의 선고에 의한 파면(헌법 제112조 제3항, 헌법재판소법 제8조)에 기인한다. 반면,

383) 이러한 문제점은 평결방식에 관한 재판관 다수입장의 변화에도 불구하고 판례변경과 관련한 정족수문제 때문에 재판소의 결정이 존속된 사실에서 확인되었다. 5인의 재판관이 종래 지속되어온 주문합의제(주문별 평결방식)를 쟁점별 합의제(쟁점별 평결방식)로 변경할 것을 주장하며 그 근거로 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조 제2항 단서의 해석론을 전개하였으나, 바로 가중다수결을 규정하고 있는 헌법재판소법 제23조 제2항 단서에 따른 6인 이상의 찬성을 얻지 못하였기에 나머지 4인 재판관의 주장대로 결국 주문별 합의제가 존속하게 되었다(헌재 1994. 6. 30, 92헌마23, 판례집 8-1, 1994, 612면 참조).

384) 우리 헌법은 재판관의 수를 9인으로 정하고 있다. 재판관의 수를 정함에 있어서 고려해야 할 중요한 요소로는 헌법재판에 필요한 헌법해석의 다양성 보장이라 할 수 있다. 이러한 다양한 견해 내지 가치관의 반영은 궁극적으로 헌법재판의 책임성(accountability)을 구현하는 것이며 또한 헌법재판소 구성에서의 전문성원리와 민주적 정당성 원리를 실현하는 것이다(정종섭, 헌법소송법, 44면). 따라서 재판관의 수가 줄어든다는 것은 단지 숫자 이상의 의미를 가지는 것으로서 헌법재판에 반영되는 견해의 다양성이 제한된다는 것을 의미한다.

중국심리에 참여하는 재판관의 수가 일시적으로 줄어드는 경우로는 재판관의 제척, 기피 및 회피제도에 의한 직무집행으로부터의 배제, 사고 등에 의한 일시적 결위나 직무집행의 불능, 탄핵소추의결에 따른 권한행사의 정지 등이 있다. 그런데 현행법은 심판에 필요한 재판관의 출석정수를 확보하기 위한 예비재판관제도를 채택하지 않고 있다. 그래서 위와 같은 경우에는 중국심판에 참여하는 재판관의 수가 줄어들게 된다. 그리하여 예컨대 헌법소원심판절차에서 중국심리에 참여한 재판관이 7인인 경우, 인용결정이 단 두 재판관의 반대로도 내려지지 못하게 될 수도 있다. 이것은 결과적으로 일반적 가중다수결인 3분의 2 이상의 찬성보다 훨씬 엄격한 요건이 되고 만다. 따라서 법적 안정성의 요구를 넘어 심판인용결정을 지나치게 제한함으로써 국가기관에게 우월적 지위를 인정하고 있다는 비판을 받고 있다.³⁸⁵⁾ 이를 각 상황별로 구체적으로 살펴보기로 한다.

b) 심판의 공정성을 확보하기 위하여 인정되는 재판관의 제척, 기피 및 회피제도(헌법재판소법 제24조)와 맞물리는 경우, 이 특별한 결정족수는 심판청구인에게 예기치 못한 불리한 결과를 가져오게 할 수 있다. 재판관이 제척 또는 기피의 대상이 되거나 스스로 회피하는 경우에는 당연히 심판에 관여할 수 없게 되므로 그 만큼 중국심리에 관여하는 재판관의 수가 감소하게 된다. 이러한 경우에도 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야만 법률의 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정 등이 이뤄지게 된다면, 이는 결국 심판청구인에게 불리한 결정으로 이끌어가는 셈이 되고 만다. 왜냐하면 인용결정정족수를 절대적으로 6인 이상으로 규정함으로써 심판에서 제외된 재판관이 사실상 청구 불인용의 결정을 제시한 것과 동일한 결과가 되기 때문이

385) 남북현, “헌법재판의 결정정족수”, 균계 양승두 교수 화갑기념 논문집, 현대공법과 개인의 권익보호, 홍문사, 1994, 989면.

다. 심판의 공정성을 확보하여 당사자 특히 청구인에게 불이익을 주지 않기 위한 제척, 기피, 회피제도가 지나치게 엄격한 인용결정정족수로 말미암아 오히려 청구인에게 불리한 결과를 초래하는 것은 그 제도의 본래 취지를 몰각한 것이라고 하지 않을 수 없다. 더구나 헌법재판소의 결정이 단심이자 최종심임을 생각하면 이러한 문제가 매우 중요함을 알 수 있다. 그런데 이와 같은 경우가 발생할 가능성은 의외로 적지 않다. 원칙적으로 보수 있는 직무나 금전상의 이익을 목적으로 하는 업무에 참여할 수 없고 국가기관 외의 법인·단체 등의 고문·임원·직원 등의 직위에 취임할 수 없는 법관으로 구성된 법원과는 달리, 헌법재판소는 임명되기 이전에 변호사 등의 업무에 종사하며 다양한 이해관계를 형성해왔던 재판관으로 구성되기 때문에 제척, 기피, 회피제도가 활용될 가능성이 더 크기 때문이다.³⁸⁶⁾ 또한 이러한 이유로 인하여 동일한 사건에서 복수의 재판관에 대하여 제척, 기피 및 회피의 사유가 동시에 발생할 수 있다. 헌법재판소법은 동일한 사건에 대하여 당사자가 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다고 규정하고 있으나(헌법재판소법 제24조 제4항), 제척이나 기피 등의 사유가 2인 이상의 재판관에게 발생한 경우에는 침묵하고 있다. 입법의 불비라고 하지 않을 수 없다.

c) 재판관이 일시 궐위되거나 직무를 수행할 수 없을 경우에도 종국심리에 관여하는 재판관의 수가 줄어들에 따른 동일한 문제가 야기된다.³⁸⁷⁾ 특히 법률의 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정의 여부

386) 이와 관련하여 헌법재판소 재판관이 일찍이 법률고문으로 지낸 적이 있는 기업체가 제기한 헌법소원사건에서 과연 그 재판관이 심판절차에 관여하여야 하는가가 문제됨을 주의할 필요가 있다.

387) 이와 관련하여 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 퇴직하게 할 수 있는 제도적 장치가 필요하다고 본다. 헌법 제106조 제2항은 법관의 경우를 규정하고 있는데, 이러한 내용의 규정은 당연히 헌법재판소 재판관에게도 필요하다고 본다. 법관의 경우는 헌법 제106조 제2항을 구체화한 법원조직법 제47조에 따라, 중대한 심신

가 일반국민에게 직접적으로 영향을 주는 것을 생각해 볼 때, 재판관의 쫓거나 사고로 인한 직무집행 불능은 이에 대하여 아무런 책임이 없는 국민에게 매우 부당한 결과를 가져올 수 있다. 결과적으로 헌법재판의 엄격한 의결정족수가 기본권 보장과 헌법질서의 유지라는 헌법재판의 기본목적에 역행하는 셈이 된다.

d) 헌법재판소 재판관이 국회로부터 탄핵소추를 받는 경우에 그러한 문제점은 더욱 부각된다. 현행법상 헌법재판소 재판관은 탄핵소추의 의결을 받으면 그 권한행사가 정지되기 때문에(헌법재판소법 제50조), 탄핵소추를 받은 재판관의 수만큼 심리에 참여하는 재판관의 수가 감소한다. 그런데 탄핵의 결정을 위해서는 반드시 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 하므로, 탄핵소추를 받은 재판관의 수가 감소된다는 것은 탄핵소추를 받은 재판관이 자신의 탄핵심판에 대하여 사실상 반대의 표결을 던진 것을 의미하는 셈이 되고 만다. 탄핵심판의 공정성에 관점에서 볼 때 심각한 문제라 아니할 수 없다. 아주 예외적이지만, 2인 이상의 재판관에 대하여 탄핵소추를 하는 경우에는 더욱 그러하다.

e) 임기의 만료나 임기중 재판관의 사직으로 말미암아 후임재판관이 임명·보충되는 과도기적 상황에서도 이러한 문제가 발생할 수 있다. 현행법상 임기가 만료되는 경우에 후임재판관의 임명절차가 미리 진행되지 않고 만료 이후에 비로소 진행되기 때문에 이러한 상황이 연출될 수 있다.³⁸⁸⁾ 이를 해결하기 위해서는 임기만료시 또는 사

상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때 대법관은 대법원장의 제청으로 대통령이, 판사는 대법원장이 퇴직을 명할 수 있다. 한편, 헌법재판소의 재판관에 관한 입법례로는 ‘신체적 또는 정신적 결함으로 인하여 직무수행이 불가능한 경우’에 헌법재판소의 판결로 면직할 수 있다는 오스트리아(헌법재판소법 제10조 제1항) 등을 들 수 있다.

388) 임기중 재판관이 결원되는 경우는 물론 임기가 만료된 경우에도 결원된 날 또는 임기만료로부터 30일 이내에 후임자를 임명하도록 규정하고 있다(헌법재판소법 제6조 제3항). 이에 반하여, 재판관의 임기만료 4개월 전에 재

직서 제출시에 권한행사가 중단된다고 해석할 것이 아니라 후임재판관의 임기시작시에 권한행사가 종료된다고 보아야 할 것이다. 사직의 효력은 보결위원이 임명된 때에 발생한다는 프랑스 헌법평의회조직법 제10조, 임기가 만료된 경우에 재판관은 후임자가 임명될 때까지 그의 직무를 계속한다고 규정한 독일 헌법재판소법 제4조 제4항, 헌법재판소 재판관의 직무수행은 자신을 승계할 새로운 재판관이 직무를 개시할 때까지 계속된다고 규정한 스페인 헌법재판소법 제17조 제2항의 합리성이 돋보인다. 재판관의 임기중에 발생하는 사직 등의 결원사태는 예기할 수 없어서 그렇다 하더라도, 임기만료로 인한 재판관수의 감소는 충분히 예상되는 것임에도 불구하고 이를 제도적으로 대비하지 못한 것은 입법의 불비라고 할 수 밖에 없다.

3) 외국의 입법례

가) 결정정족수

헌법재판소를 두고 있지 않은 미국의 경우, 9인의 연방대법원 판사 중 6인의 출석으로 재판은 진행되며, 판결은 예외 없이 과반수에 의한 단순다수결을 고수하고 있다. 또한 일본의 경우에도, 15인의 재판관으로 구성된 최고재판소 대법정에서 법령 등 위헌판단은 8인 이상의 의견일치를 요구함으로써 단순다수결을 원칙으로 하고 있다(일본 최고재판소재판사무처리규칙 제12조).

헌법재판소를 두고 있는 독일의 경우, 기본권의 실효, 위헌정당해산, 탄핵의 절차에 있어서 피청구인에게 불리한 재판을 하는 경우에는 재판부소속 재판관 3분의 2의 다수를 요하고, 나머지 심판에서의

판관의 신규임명제청권이 있는 기관장으로 하여금 필요한 조치를 취할 것을 요청하도록 한 스페인 헌법재판소법 제17조 제1항은 우리에게 좋은 참조가 된다.

결정정족수는 재판에 출석한 재판관의 과반수로 하고 있다.³⁸⁹⁾ 찬반 동수의 경우에는 위헌을 선고할 수 없다.

오스트리아의 경우, 심리정족수는 원칙적으로 재판소장 혹은 부소장이 맡게 되는 재판장³⁹⁰⁾과 상임재판관 12인 중 8인의 참석으로 심리정족수가 충족된다.³⁹¹⁾ 특히 오스트리아 헌법재판소법 제7조 제2항은 일부사안의 경우에³⁹²⁾ 의장 및 4인의 재판관의 참석으로 결정능력이 충족되는 것으로 규정하고 있다. 그런데 오스트리아 헌법재판소법 제31조는 어떤 경우에도 과반수를 결정정족수로 하고 있으며, 가부동수인 경우 재판장이 최종결정권을 가지는 것으로 하고 있다.

스페인의 경우, 12인의 헌법재판소 재판관으로 구성되는 전체회의나 6인으로 구성되는 소위원회는 재적재판관 각각 3분의 2이상의 출석으로 의결할 수 있는데(스페인 헌법재판소법 제14조), 그 의결은 원칙적으로 심리에 참여한 위원(재판관)의 과반수의 찬성에 의한다. 찬성과 반대가 동수인 경우에는 위원장의 표로 결정한다(동법 제90조 제1항).

프랑스의 경우, 헌법평의회의 결정 및 권고의견은 의사록에 정식으로 인증된 불가피한 사유가 있는 경우를 제외하고는 9인의 평의원 중 7인 이상의 찬성으로 정한다(헌법평의회조직법 제14조).

389) 독일연방헌법재판소법 제15조 제3항, 제13조 1, 2, 4, 9호 참조.

390) 오스트리아 헌법재판소법 제1조 및 제3조 참조.

391) 오스트리아 헌법재판소법 제7조 제1항 참조.

392) 정상적인 법률수단으로 해결할 수 없고 행정관청의 결정으로도 조정할 수 없는 연방·주·구·시읍면 및 시읍면연합체에 대한 재산청구에 관한 소송의 경우, 법원 및 행정정청간의 권한충돌에 관한 경우, 직접적인 행정관청의 명령권 및 강제권의 행사에 의하여 헌법상 보장된 권리의 침해가 주장되는 경우, 지금까지의 판례에 의하여 법률문제가 이미 충분히 명백해진 소송사건에서의 소원처리에 있어서 상임재판관의 신청과 의장의 동의가 있는 경우 등.

나) 예비재판관제도

예비재판관제도를 운영하고 있는 나라로 오스트리아와 터키를 들 수 있다. 오스트리아는 6인의 예비재판관을 둘 수 있도록 하여 재판부 결원의 문제가 발생하지 않도록 배려하고 있다(제147조 제1항). 6인의 예비재판관 중 3인은 연방대통령이 연방정부의 제청에 의하여 임명한다. 나머지 3인의 예비재판관 중 2인은 연방하원의 제청에 의하여, 1인은 연방상원의 제청에 의하여 대통령이 임명한다.

터키의 경우, 11인 재판관 외에 4인의 예비재판관을 두고 있다. 2인은 파기원 판사 중에서, 1인은 국참사원 구성원 중에서, 나머지 1인은 행정부 고위 공무원 또는 변호사 중에서 선정해서 대통령이 임명한다.

4) 개선방안

심판정족수와 관련해서는 여러 대안들이 제시되고 있으나³⁹³⁾, 앞에서 논의한 바와 같이 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정과 헌법소원에 관한 인용결정에는 현재와 동일하게 재판관 6인 이상의 찬성을 요하도록 한다.

한편, 심판정족수를 9인으로 일정하게 유지하기 위해서는 예비재판관제도가 필요하다.³⁹⁴⁾ 이는 헌법재판소의 본질적 구성요소인 재

393) 예컨대, 예외 없이 결정정족수를 과반수로 완화하는 방안과 가중다수결의 결정정족수를 6인에서 5인으로 낮추는 방안이 고려될 수 있다. 또한 가중의 결정정족수를 요하는 결정의 종류를 법률의 위헌결정의 경우로 한정하고 나머지 심판의 인용결정은 과반수로 하자는 안도 설득력 있게 제시되고 있다. 그런데 5인 정족수안은 6인 정족수안에서와 마찬가지로 재판관의 궐위나 제척제도 등의 사유가 있는 경우 그 불이익이 심판청구인이나 국민에게 전가되는 문제점과 권한쟁의심판의 계쟁물이 법률인 경우의 문제점이 계속 되풀이되는 문제점이 있다. 한편, 과반수안의 경우, 심리정족수가 7인이므로 4인의 재판관의 찬성만으로 인용결정이 내려지게 되어 법적안정성을 해칠 수 있을 것이라는 반론이 가능하다(양 건외, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판소, 1999, 39-40면).

판관의 임면조건 및 권한에 관한 사항이라는 점에서 헌법개정을 필요로 한다. 이와 관련하여 심판정족수가 항상 9인이 유지되도록 예비재판관제도를 운용하고 있는 오스트리아나 터키의 경우가 좋은 참고가 될 것이다.

그리고 헌법과 법률의 해석적용에 관한 의견을 헌법재판소가 변경하는 경우에는 통상적인 과반수의 찬성으로 결정하도록 한다. 이는 헌법개정이 요구되지 아니하는 사항으로서 판례변경을 위한 결정정족수에 관한 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호를 삭제하면 될 것이다.

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다. 첫째, 헌법개정과 관련된 것으로 적정수의 예비재판관을 둔다. 생각건대, 예비재판관의 적정수는 현행법상 재판관임명제도를 전제로 한다면 3의 배수로 정하여야 하는데, 그 성격상 최소한의 수가 적절하다고 보아 3명이 적절하다고 본다. 이 경우, 대통령이 1인을 지정하고 국회가 1인을 선출하며 대법원장이 1인을 지명하여 대통령이 이들을 임명하게 될 것이다. 둘째, 헌법개정과는 관계없이 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호를 삭제한다.

(2) 헌법재판소결정의 기속력 규정

1) 현행 규정

기속력은 모든 국가기관 및 지방자치단체가 어떠한 처분을 행함에 있어서 헌법재판소의 결정에 모순되는 행위를 하지 않아야 할 뿐 아니라, 이에 따라 위헌 또는 위법상태를 적극적으로 제거해야 하는 실체법적인 의무를 부과하는 효력을 말한다.

394) 우리나라에서도 1950년 제정된 헌법위원회법에서는 예비위원제도를 두었고(법 제2조), 이와 동시에 제정된 탄핵심판법에서는 예비심판관제도를 둔 것이 있다(법 제5조).

우리 헌법에는 헌법재판소 결정의 기속력을 밝혀둔 규정이 없다. 단지 헌법재판소법에 각 특별심판절차에 따라 규정하고 있을 따름이다. 헌법재판소법은 법률의 위헌결정(법 제47조 제1항)³⁹⁵⁾, 권한쟁의심판결정(제67조 제1항), 헌법소원의 인용결정(제75조 제1항)에 대하여 기속력을 명문으로 인정하고 있다.

헌법재판소법 제47조 ① 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

제67조 ① 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

제75조 ① 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

2) 현황과 문제점

기속력이 인정되는 결정이 선고되면 법원을 비롯한 모든 국가기관과 지방자치단체는 이를 비난하거나 부정할 수 없고 또한 이와 모순되는 행위를 할 수 없다. 당해소송의 당사자나 참가인이 아니더라도 모든 국가기관과 지방자치단체는 그 결정에 기속된다.³⁹⁶⁾ 국가기관이나 지방자치단체가 헌법재판소의 결정에 저촉하는 행위를 한 경우에는 본안판단을 할 것도 없이 그 결정의 기속력에 의하여 당연히 무효가 된다고 보아야 할 것이다.

395) 헌법재판소법은 제68조 제2항의 규범통제형 헌법소원에 대하여 “제68조 제2항의 헌법소원을 인용할 경우에는 …… 제47조의 규정을 준용” 하도록 규정하고 있다(제75조 제6항).

396) 헌법재판에서 인정되는 기속력은 국가기관과 지방자치단체에 한하여 효력이 미치지 때문에 사인에게는 미치지 아니한다. 헌법재판소의 결정에 대하여 국민이 비판하거나 학술적으로 평가하는 것은 이러한 기속력과 모순되는 것은 아니라고 할 것이다. 그러한 점에서 기속력은 일반적 구속력을 가진 법규적 효력과 구별된다.

그런데 우리의 경우, 지난 신행정수도건설에 관한 특별법의 위헌 결정에 대한 국가기관과 지방자치단체의 반응에서 알 수 있듯이 헌법재판소 결정의 기속력을 부정하는 행태가 공공연하게 자행되곤 하였다. 이러한 점에서 헌법재판소의 결정의 기속력을 법률 이상의 헌법 차원에서 규정하는 것이 의미 있다고 하겠다. 이는 헌법재판의 권위를 확보하기 위해서 필요하다고 본다.

더구나 법률의 위헌결정이 국회를 기속하느냐에 관하여 견해가 대립하는 것을 볼 때에 이러한 필요성은 더욱 커진다고 하겠다. 헌법재판소법의 기속력에 관한 규정에서 ‘국가기관’의 범위에 국회가 포함되느냐가 문제되고 있다. 법률에 대한 위헌결정의 기속력이 국회의 입법행위에 미치는가³⁹⁷⁾에 관해서는 기속설과 비기속설이 대립하고 있다.³⁹⁸⁾ 기속설은, 위헌결정은 모든 국가기관을 기속하고 헌법재판소는 최종적인 헌법해석권을 가지므로 국회도 당연히 기속력의 적용을 받는다고 보아, 국회는 위헌결정된 것과 동일한 법률을 다시 제정할 수 없다고 한다. 한편, 비기속설은, 입법권은 행정권이냐 사법권과 달리 헌법질서에만 기속되며 헌법보다 하위에 있는 법률에 기소되지 않기 때문에 새로운 법률의 제정으로 동일한 수준의 법률인 헌법재판소법의 기속규정의 적용은 배제된다고 보아, 국회는 위헌결정된 것과 동일한 내용이나 유사한 내용의 법률을 제정할 수 있다고 한다. 생각건대, 헌법재판소의 위헌결정에 국회의 입법행위가 기속되느냐의 문제는 궁극적으로는 헌법재판소의 헌법해석권과 국회의 입법권 중 어느 것을 우위에 두느냐의 문제이다. 변화하는 사회의 새로운 질서형성의 요구를 국회의 입법권이 충족시켜야 함은 당연하나, 헌법재판소의 헌법해석권은 이러한 국회입법권을 전제로 하

397) 이는 법률에 대한 헌법소원심판에서 위헌결정으로 선고한 경우에도 동일하다.

398) 이에 관하여 자세한 것은 정종섭, 헌법소송법, 337-341면.

여 그 한계와 테두리를 설정하는 기능을 갖고 있기 때문에 일응 헌법재판소의 헌법해석권을 우선하여야 한다고 본다. 따라서 헌법재판소가 내린 위헌결정과 동일한 사정 하에서 동일한 사항에 대한 동일한 내용의 입법권행사는 허용되지 않는다고 본다.³⁹⁹⁾

이상과 같은 논의를 정리하기 위해서라도 헌법에 헌법재판소결정의 기속력을 명문으로 밝혀두는 것이 필요하다고 하겠다.

3) 외국의 입법례

오스트리아의 경우, 법률이 헌법위반으로 폐지된 경우에 헌법재판소의 폐지판결은 모든 법원과 행정청을 구속한다(헌법 제140조 제7항 제1단). 이에 따르면, 연방헌법재판소의 판결에 의회가 구속되지 않는다. 따라서 오스트리아에서는 헌법재판소가 위헌으로 폐지한 법률과 동일한 것을 나중에 의회가 다시 제정하는 것이 가능하다.

스페인의 경우, 법률과 법률적 등급의 규범을 위헌으로 선언한 판결과, 개인의 권리침해문제로 한정되지 아니한 모든 판결은 일반적인 기속력을 가진다(헌법 제164조 제1항).

한편, 프랑스에서는 “헌법평의회의 결정에 대하여는 여하한 시정도 인정되지 아니한다. 이 결정은 제 공권력 및 모든 행정기관과 사법기관을 구속한다.”(헌법 제62조 제2항)라고 하여 위헌결정뿐 아니라 모든 결정의 기속력을 인정하고 있다. 더 나아가 터키의 경우에는 헌법재판소의 판결은 국가의 입법·사법·행정기관과 자연인·법인을 구속한다고 규정하고 있다(헌법 제151조).

반면, 독일은 연방헌법재판소법에서 연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다고 규정하고

399) 따라서 사정의 변경이 있을 때에는 국회가 같은 내용의 법률을 제정하는 것을 인정한다.

있다(제31조 제1항).

4) 개선방안

현행 헌법에서 헌법재판소의 결정절차를 규정한 제113조 다음에 ‘헌법재판소 결정의 효력’이라는 표제로 헌법재판소 결정의 기속력을 아래와 같이 규정한다.

헌법 제114조 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

3. 탄핵심판절차

(1) 탄핵심판절차 일반

현행 헌법에서 탄핵심판절차에 관한 조항은 국회의 탄핵소추권과 탄핵결정의 효력을 규정한 제65조, 헌법재판소의 탄핵심판권을 규정한 제111조 제1항 제2호와 탄핵결정의 의결정족수를 규정한 제113조 제1항이 있을 따름이다.⁴⁰⁰⁾ 그리고 국회법은 제130조부터 제134조까지, 헌법재판소법은 제48부터 제54조까지에 걸쳐 탄핵소추절차와 탄핵심판절차를 각각 규정하고 있다. 그러나 이러한 헌법과 법률의 규정은 현실적으로 작동되리라 예상하지 못한 까닭에 사실상 제대로 정비되지 못한 시스템이라 할 수 밖에 없었다. 지난 2004년 대통령 탄핵심판사건을 통하여 현행 탄핵심판제도의 허술함은 여지없이 혼란상으로 드러나고 말았다. 국회의 탄핵소추절차뿐 아니라 헌법재판소의 탄핵심판절차에서도 절차진행상의 명확한 기준이 없는

400) 그리고 신분보장과 관련하여 법관, 헌법재판소 재판관, 중앙선거관리위원이 탄핵의 대상자가 됨을 다시 한번 밝힌 제106조 제1항, 제112조 제3항, 제114조 제5항이 있다.

경우가 많아서 불필요한 혼란과 쓸데없는 갈등이 발생하곤 하였다. 심지어 국회가 민주적 정당성을 내세워 자신의 결정을 헌법재판소에 강요하는 경우도 있었다. “국회가 재적의원수 3분의 2 이상의 찬성이라는 엄격한 절차를 거쳐 소추의결한 만큼 헌법재판소는 의결절차의 적법성 여부만을 판단해서 소추의결을 인용하여야 한다.”는 소추의원들의 위험한 주장은 소추기관인 국회와 심판기관인 헌법재판소의 역할분담과 구체적인 지침을 입법적으로 정비할 필요성이 얼마나 큰 것인지를 역설적으로 드러내었다. 법치주의의 구현이라는 취지로 진행되는 탄핵심판절차가 법과 적법절차에 따라 이뤄지지 않는다면 이는 실로 자기모순이라 아니할 수 없다.

현행헌법은 탄핵심판절차를 국회와 헌법재판소에 분담시키고 있다. 여기서는 탄핵심판절차에 관한 사항 중에서 헌법재판소와 관련된 것을 중심으로 살펴보고자 한다.⁴⁰¹⁾

1) 탄핵소추절차

가) 탄핵사유의 시효

현행법하에서는 탄핵사유의 시효가 규정되지 않고 있다. 따라서 탄핵대상자의 직무집행에 있어서 탄핵사유가 발생한 경우에, 국회는 원

401) 탄핵심판절차로서 국회와 관련되는 것으로 중요한 사항으로는 법제사법위원회
의 조사기간의 구체화, 소추사유별 의결 규정화 등이 있다. 탄핵소추의 발의가 있는 때에 의장은 즉시 본회의에 보고하고, 본회의는 의결로 이를 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다(국회법 제130조 제1항). 이렇게 하여 법제사법위원회에서 조사·보고할 경우, 이를 「지체 없이」 하도록 규정하고 있다. 그러나 가능한 한 이를 구체적인 기간으로 명시하는 것이 바람직하다고 생각한다. 왜냐하면 국회에서 각 정치세력들이 정치적 이유로 시간을 끌 것이 분명히 예상되는데도 불구하고 이를 「지체 없이」라고 규정하는 것은 바람직하지 않기 때문이다. 한편, 현행법에는 소추의결에 있어서 소추사유별로 의결을 할지, 아니면 전체적으로 일괄적으로 할지가 불분명하다. 그러나 소추사유에 대한 보다 신중한 판단을 확보한다는 점에서 소추사유별로 국회가 의결하는 것이 바람직하다고 본다.

칙적으로 그가 공직에 있는 한 언제든지 탄핵소추를 발의할 수 있다.

그러나 탄핵소추로 말미암아 생겨날 수 있는 여러 정치적·행정적·사법적 공백 내지 혼란을 고려해 볼 때 이것은 법적 안정성의 원칙에서 바람직하지 않다고 본다. 대통령에게 탄핵의 기초가 된 사실을 소추기관이 안 때로부터 3월 이내에 탄핵소추를 하여야 한다는 독일의 입법례⁴⁰²⁾나 법관이나 공무원의 징계사유에 일정한 시효를 규정하고 있는 우리의 법률⁴⁰³⁾을 생각하더라도 탄핵사유의 시효를 명문으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

나) 탄핵소추의결시 조사 및 증거수집

탄핵소추의결 이전에 탄핵소추사유에 대한 충분한 조사와 이를 뒷받침할 수 있는 증거수집이 어느 정도 이뤄져야 할 것이다. 즉 조사절차가 생략된 탄핵소추의결은 부적법한 것으로 보아야 할 것이다. 이와 관련하여, 국회법은 탄핵소추의 발의에 피소추자의 성명·직위와 탄핵소추의 사유·증거 기타 조사상 참고가 될 만한 자료를 제시하여야 한다고 요구하고 있다(국회법 제130조 제3항). 그런데 증거 기타 참조자료를 첨부하지 않은 발의서에 대한 처리규정이 없다. 예컨대 증거 기타 참조자료를 첨부하지 않을 경우에는 이를 부적법한 것으로 보아 국회의장이 보정하도록 요구하는 명문의 규정을 둘 필요가 있다. 현행법상 탄핵소추의결을 받게 되면 피소추자의 직무상권한행사가 정지되기 때문에 그 만큼 절차적인 합리성이 담보되어야 하기 때문이다.

402) 독일연방헌법재판소법 제50조.

403) 법관징계법 제8조와 국가공무원법 제83조의2는 징계사유가 발생한 날로부터 2년 또는 3년이 경과하면 징계를 청구하지 못한다고 규정하고 있다.

다) 소추의결에 따른 권한행사의 정지

헌법과 국회법은 소추의결서가 본인에게 송달되면 그 때로부터 권한행사가 즉시 정지된다고 규정하고 있다. 그런데 비교법적으로 보아 탄핵소추의결로 말미암아 권한행사가 자동적으로 정지하는 입법례는 드물다.⁴⁰⁴⁾ 특히 대통령의 경우에 탄핵소추의 의결로 당연히 권한행사를 정지하는 것은 문제가 있다고 본다. 왜냐하면 정치적 충돌이나 다수의 횡포로 인하여 대통령에 대한 탄핵소추안이 일단 의결되면 헌법과 법률에 의하여 권한대행자가 있다 하더라도 탄핵소추를 둘러싸고 전개되어온 정쟁으로 말미암은 국정의 혼란이 즉시 회복되기가 쉽지 아니할 것이기 때문이다.⁴⁰⁵⁾ 따라서 입법론으로는 독일과 같이 독립된 탄핵심판기관인 연방헌법재판소로 하여금 재량으로 직무집행정지의 가치분 여부를 판단하도록 하거나,⁴⁰⁶⁾ 피소추자의 권한 중 탄핵심판에 영향을 줄 수 있는 권한을 제외하고는 행사할 수 있도록 하는 것을 생각해볼 수 있다. 또한 국회의 소추의결에 의하여 피소추자의 권한행사정지를 인정하더라도 일정한 요건 하에서 탄핵소추의결과는 별도로 권한정지의 효력을 정지하는 가치분을 인정하는 것도 고려해 볼 만하다. 그리고 더 나아가 프랑스의 경우와 같이 무죄추정의 원칙을 적용하여 직무정지가 아예 이뤄지지 않

404) 이에 해당하는 국가로는 핀란드, 칠레, 멕시코이다. 특히 핀란드는 대통령에 대하여 권한행사의 정지를 인정하고 있는데, 그 요건은 대통령이 반역죄에 대한 혐의로 4분의 3 이상 의원의 찬성으로 소추되는 경우이다.

405) 이러한 이유 때문에 탄핵이 정쟁의 도구로 전락하지 않도록 하기 위하여 특히 대통령에 대한 탄핵에서의 정족수를 가중하거나 심판기구를 중립성을 유지하도록 구성하는 등의 제도적 장치가 요구되고 있다.

406) “연방헌법재판소는 탄핵소추 후 가치분으로써 연방대통령의 직무집행을 정지시킬 수 있다.”(독일기본법 제61조 제2항, 연방헌법재판소법 제53조). 이와 같이 연방헌법재판소는 탄핵의 대상이 되고 있는 대통령의 권한행사에 대하여 탄핵소추의 사유를 참작해서 직무집행의 정지 여부를 자신의 재량으로 판단할 수 있다. 연방헌법재판소의 중립성과 공정성만 담보된다면, 이처럼 구체적 상황을 고려해서 직무집행의 정지 여부를 결정하는 것이 국정의 안정과 공적 직무의 권위를 동시에 보호하는 길이라 하겠다.

도록 하는 것도 입법론으로 고려할 만하다고 하겠다.

라) 대통령의 권한대행의 범위

특히 대통령이 탄핵소추의결로 말미암아 권한행사가 정지된 경우에 그 권한대행자로 하여금 국정운영을 법치주의의 원칙에 따라 예측가능하게 할 수 있도록 하기 위하여 권한대행의 범위를 명시적으로 밝힐 필요가 있다. 대통령의 권한대행자가 국민으로부터 민주적 정당성을 직접 부여받지 못한 국무총리 등이기 때문에 그러한 필요성이 더욱 크다고 하겠다.

2) 탄핵심판의 청구

가) 소추의결서의 제출기한

헌법에는 소추의결서를 작성한 후 얼마 이내에 헌법재판소에 제출하여야 하는가에 관하여는 명문의 규정이 없다. 그러나 탄핵을 둘러싼 정치적 불안정을 속히 해결하기 위하여 또한 권한행사의 정지기간을 최소화하기 위해서도 소추의결서를 국회에 지체없이 제출하도록 하여야 할 것이다.⁴⁰⁷⁾

나) 탄핵소추사유의 추가 허용 여부

국회가 탄핵소추의결 이후에 추가로 탄핵소추사유를 추가할 수 있는지가 문제된다. 또한 탄핵사유를 추가할 수 있다고 하는 경우에 국회의 별도의 의결을 요하는지도 문제된다. 이에 관하여는 여러 이론적 주장이 가능하나, 무엇보다도 확실한 입법적 해결이 요구된다.

국회가 탄핵소추의결 이후에 추가로 탄핵소추사유를 추가할 수 있

407) 독일은 탄핵소추장을 작성한 지 1월 내에 연방헌법재판소에 발송하도록 요구하고 있다(연방헌법재판소법 제49조 제2항).

는지에 관하여는 헌법재판소법 제40조를 주목할 필요가 있다. 동조는 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령이 준용된다고 규정하고 있다. 따라서 형사소송법 제298조에 따르면, 검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있다. 이에 따라 국회는 탄핵소추사유의 추가가 가능하다고 본다.

탄핵심판을 청구한 후에 새로운 탄핵소추사유가 추가된 경우는 청구의 병합으로 인정하여 절차를 진행하여야 할 것이다. 새로운 탄핵소추사유에 기인한 탄핵심판청구를 기존의 사건과 분리하여 별개로 처리하지 못한다고 보아야 할 것이다.

문제는 이러한 탄핵소추사유의 추가에 국회의 의결을 필요로 하는지이다. 이에 관하여는 국회 자신의 의결이 반드시 필요하다는 견해⁴⁰⁸⁾와, 별도의 국회의결 없이 국회의 소추위원회에 의하여 추가가 가능하다는 견해가 대립하고 있다.

생각건대, 탄핵소추사유와 이를 구성하는 개별적인 탄핵소추사실을 구별할 필요가 있다고 본다.⁴⁰⁹⁾ 새로운 탄핵소추사유의 추가를 위해서는 국회의 의결이 필요하나, 동일한 탄핵소추사유에 관해서는 그 동일성이 인정되는 한도 내에서 탄핵소추사실이 별도의 국회의결

408) 이 견해는, 탄핵소추장(Articles of Impeachment)은 이를 제출한 하원에 의해서만 수정이 가능하다는 미국의 예와, 소추위원회는 소추권자가 아니라 단지 탄핵심판의 수행자에 불과하다는 논리를 근거로 내세우고 있다.

409) 필자는 탄핵소추사유와 탄핵소추사실을 구분해보려고 한다. 소추사유는 하나 또는 복수의 소추사실로 구성된 소추의 근거 내지 이유라고 하겠다. 소추사유에 대하여는 국회의 개별적인 찬반의결이 필요하고, 이에 대하여 헌법재판소의 개별적 판단이 요구된다. 소추사실은 소추사유를 구성하는 개개의 구체적인 사실이다. 이는 6하원칙에 따라 특정될 수 있다고 본다. 소추사유의 동일성은 직무집행에 있어서 위반의 대상이 된 헌법이나 법률 규정으로 파악될 수 있는 일정한 유형의 위헌·위법행위의 성격으로 인식될 수 있을 것이다. 객관적으로 동일한 성격을 지닌 까닭에 하나의 사안으로 볼 수 있는지의 여부로 탄핵소추사유의 동일성을 판단해볼 수 있다고 본다. 이에 관한 구체적인 판단은 결국 헌법재판소가 하게 될 것이다.

없이 추가될 수 있다고 본다. 예컨대 대통령의 수뢰죄를 이유로 탄핵하는 경우, 수뢰죄를 규정한 형법 제129조의 위반을 이유로 한 탄핵소추사유와 이를 구성하는 여러 수뢰행위(탄핵소추사실)는 구별된다고 본다. 따라서 수뢰죄를 이유로 하여 탄핵소추된 이후에 새로운 사실(수뢰행위)이 발견된 경우에는 별도의 국회의결 없이도 소추위원회에 의하여 탄핵소추사실이 헌법재판소에 추가될 수 있다고 본다.

한편 헌법재판소는 “헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 탄핵소추사유에 의하여 구속을 받는다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다”라고 하였다.⁴¹⁰⁾ 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되어 있느냐의 여부로 판단의 대상을 결정하고 있다. 그래서 헌법재판소는, 노무현대통령탄핵심판 사건에서 국회소추의결서의 세 번째 소추사유인 ‘불성실한 직무수행과 경솔한 국정운영’과 관련하여 ‘위헌적인 재신임 국민투표의 제안’이 구체적으로 언급되고 있고, 탄핵심판을 청구한 후 국회가 제출한 의견서를 통하여 재신임국민투표를 제안한 행위(2003. 10. 13.)로 다시 구체화되었으므로, 이는 판단의 대상이 된다고 보았다. 반면에, 2004. 3. 1. ‘3·1절 85주년 기념사’에서 용산미국기지의 이전과 관련하여 “간섭, 침략, 의존의 상징이 어엿한 독립국가로서의 대한민국 국민의 품안에 돌아올 것”이라고 한 발언은 탄핵소추의결서에 포함되어 있지 않으므로, 단지 국회의 탄핵의결 이후에 사후적으로 추가된

410) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1. “그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 ‘법규정의 판단’에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않으므로, 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다.”는 헌법재판소의 입장을 주목할 필요가 있다.

것으로 보아, 판단의 대상으로 삼지 아니하였다.

다) 탄핵소추의결 철회의 허용 여부

탄핵심판이 청구되면 헌법재판소의 탄핵심판절차가 개시된다. 그런데 탄핵심판절차가 일단 개시된 이후에 국회가 정치적 상황 등을 고려하여 탄핵심판청구를 취하하기 위하여 자신의 의결로 탄핵의 소추를 철회할 수 있느냐가 문제될 수 있다.⁴¹¹⁾ 독일과는 달리,⁴¹²⁾ 우리는 이를 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 해석상 논란이 있을 수 있으나, 제1심판결의 선고 전까지 공소를 취소할 수 있다는 형사소송법 제255조를 준용해서 헌법재판소의 결정선고 이전까지 국회는 탄핵소추를 철회할 수 있다고 볼 것이다(헌법재판소법 제40조 제1항, 형사소송법 제255조). 이 경우 소추위원이 헌법재판소에 탄핵심판청구취하서를 제출하여야 한다는 견해도 있으나, 헌법재판소법 제26조의 규정을 준용하여 국회의 탄핵소추철회의결서의 정본을 제출하여야 한다고 본다.

이 때의 의결정족수를 얼마로 볼 것인가가 문제된다. 독일의 경우, 대통령에 대하여는 연방의회재적의원 과반수의 찬성 또는 연방참사원 투표의 과반수를 요하고 있다. 이는 탄핵소추의결을 좌절시키는

411) 한편 탄핵소추의결서가 헌법재판소에 제출되지 않은 시점, 즉 탄핵심판절차가 개시되지 않은 때에는 국회가 자신의 판단으로 언제든지 철회할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이 경우 의결정족수에 관한 명문의 규정이 없다. 생각건대, 대통령의 탄핵소추에 필요한 의결정족수와는 달리 일반적인 의결정족수면 충분하다고 본다. 따라서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결된다고 본다.

412) 독일 연방헌법재판소법 제52조 ① 판결의 선고가 있을 때까지 소추기관의 의결로 그 탄핵의 소추를 철회할 수 있다. 이러한 의결은 연방의회재적의원 과반수의 찬성 또는 연방참사원의 투표의 과반수를 요한다. ② 소추기관의 의장은 소추기관의 의결의 정본을 연방헌법재판소에 발송함으로써 탄핵소추를 철회할 수 있다. ③ 탄핵소추의 철회는 연방대통령이 1월 이내에 이를 제기하면 효력을 상실한다.

데 필요한 연방의회 재적의원 또는 연방참사원 표수의 3분의 1보다는 가중된 수치이다. 그 이유는 이미 탄핵재판절차가 개시되어서 이 절차가 연방헌법재판소에 의하여 주관되고 있기 때문이라고 한다. 우리의 경우에도 탄핵소추를 철회하려면 탄핵소추의결을 좌절하는데 필요한 정족수 이상의 정족수가 최소한으로 요구된다고 하겠다. 따라서 대통령의 경우에 과반수의 의결이 필요하다고 본다.

그런데 탄핵소추의결을 한 국회가 임기 만료된 경우, 그 후에 구성된 국회가 탄핵소추의결을 철회할 수 있다고 할 것인가? 역시 이에 대하여 우리는 명문규정을 두고 있지 않다. 먼저 문제되는 것은 국회가 임기 만료된 경우에 탄핵심판절차가 영향을 받느냐이다. 생각건대 탄핵제도가 직무집행에 있어서 위헌·위법행위를 한 자를 공직에서 추방함으로써 헌법질서를 수호하는 것을 기능으로 하기 때문에 국회가 임기만료로 해산하더라도 탄핵심판절차는 계속 진행된다고 본다.⁴¹³⁾ 이때의 소추위원은 새로이 구성된 국회의 법제사법위원회 위원장이 될 것이다. 그렇다면 새로 구성된 국회는 이전 국회의 소추의결에 구속되어야 하느냐가 또 다른 문제가 된다. 생각건대 일사부재의의 원칙은 동일회기 내에서만 적용되는 것임을 생각할 때, 새로이 구성된 국회는 동일한 사안에 대하여 이전 국회의 의결에 구속되지 않는다고 본다. 따라서 새로이 구성된 국회는 자신의 의결로써 이전 국회의 소추의결을 철회할 수 있다고 하겠다.⁴¹⁴⁾

413) 독일 연방헌법재판소법은 「절차의 개시와 진행은 …… 연방의회의 해산 또는 의회의 임기만료 등으로 영향을 받지 아니한다」라고 규정하고 있다(동법 제51조).

414) 오늘날 국민주권원리를 실질적으로 이해하려는 입장에서는 대의기관인 국회가 주권자인 국민의 의사에 따라 판단할 것을 요구한다. 그리고 국회 및 국회의원이 대표자로서 얼마나 충실히 역할을 수행하였는가에 대하여 국민이 선거를 통하여 판단 내지 심판하는 것도 국민주권원리의 또다른 내용이라 할 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 대통령에 대하여 탄핵소추의결을 한 국회가 총선에 의하여 새로이 구성된다는 것은 민주주의 관점에서 매우 중

3) 탄핵심판의 절차

가) 피청구인의 지위

탄핵심판절차에서 피청구인의 지위를 일반 재판절차의 피고인과 동일한 것으로 볼 것인가가 문제된다. 이는 특히 피청구인의 출석의 무와 관련되어 있다. 피청구인의 변론출석은 방어권보장을 위한 권리일 뿐이므로 이를 강제할 수는 없다고 볼 것인지, 아니면 피청구인의 변론출석은 권리이자 의무이므로 재판장의 직권이나 소추위원의 신청이 있으면 반드시 출석하여야 하는지를 명확히 해결하여야 할 것이다. 생각건대, 탄핵심판절차에서 피청구인은 일반재판절차의 피고인과 동일하게 볼 수는 없다고 하겠다. 탄핵심판절차는 위헌·위법행위를 범한 자를 공직에서 추방한다는, 형사소송절차와는 다른 목적으로 진행되기 때문이다.

나) 소추위원의 지위

소추위원이 국회의 탄핵심판사건의 단순한 수행자인지 아니면 일정한 소추권의 수임자인지를 명백히 할 필요가 있다. 이는 특히 소추위원이 소추사실을 추가할 수 있는가와 관련되어 있다. 또한 소추위원이 자신의 권한으로 탄핵심판의 수행을 위해서 수임대리인을 선정할 수 있는지, 아니면 대리인단 구성을 위하여 별도의 국회의 의결을 필요로 하는지를 명백히 하여야 할 것이다.

요하다 아니할 수 없다. 특히 총선 이후 새롭게 구성된 국회가 총선에 나타난 국민의 (경험적)의사에 따라 탄핵소추의결을 철회하는 것은 오히려 당연하다고 하겠다. 한편 이승우 교수는 탄핵을 의결한 16대국회가 철회권자이고, 총선 이후에 구성된 17대국회는 철회권자가 아니라고 주장하였다(대한변호사협회 주최, 2004년 3월 23일 대통령탄핵소추에 관한 토론회, 프레스센터).

다) 당사자의 출석의무

당사자 특히 피청구인은 변론기일에 반드시 출석하여야 할 의무는 없다고 본다. 단, 당사자대립구조를 지향하는 절차의 원만한 진행을 위해서 제1회 변론기일에 당사자가 출석하지 아니한 경우에는 다시 기일을 정하는 것이 요구된다. 다시 정한 기일에도 당사자가 출석하지 않은 경우에는 그 출석 없이 심리할 수 있다고 보아야 할 것이다.

라) 증거조사

지난 2004년 대통령탄핵심판절차는 증인의 증언거부와 관계기관의 자료제출거부로 말미암아 사실인정이 제대로 이뤄지지 않은 채 결정을 내릴 수 밖에 없었다. 따라서 이러한 증거조사를 실효성 있게 만드는 조치가 필요하다고 본다. 이와 관련하여 특히 헌법재판소가 증거조사를 위해 검찰이나 법원 등 국가기관에 기록의 송부를 요구할 수 있느냐가 문제된다. 현재 재판중이거나 수사중인 사건은 기록의 송부를 요구할 수 없다(헌법재판소법 제32조 단서). 그러나 헌법재판소는 원본이 아닌 복사본의 송부는 인증등본촉탁의 형식으로 비록 재판중인 사건이라고 요청할 수 있다고 새긴다. 이는 결과적으로 헌법재판소법 제32조 단서를 무시하는 셈이다. 따라서 헌법재판소의 심판절차를 원활하게 하기 위하여 일정한 지침이 필요하다고 본다.

4) 탄핵심판의 결정방식

탄핵심판청구가 이유 있다고 판단된 경우에 헌법재판소는 피청구인을 공직에서 파면하는 결정을 내리게 된다.⁴¹⁵⁾ 이와 같이 헌법재

415) 그 결정의 주문은 “피청구인 ○○○을 ○○○직에서 파면한다.”는 내용을 담게 된다.

판소는 심판청구의 이유 유무를 따져서 파면결정 또는 기각결정 중 하나를 선택하지 않을 수 없다. 그러나 특히 대통령의 경우에는 이러한 심판방식을 기계적으로 할 필요가 없다고 본다.⁴¹⁶⁾ 탄핵제도의 취지를 제대로 구현하기 위해서는 위헌·위법 행위를 저지른 공직자를 공직에서 배제하여야 함은 당연하다. 그런데 국정의 최고책임자의 지위를 갖는다는 점에서, 또한 무엇보다도 국민에 의하여 직접 선출되어 그 누구보다도 민주적 정당성을 가진 대표자라는 점에서 대통령의 파면은 그만큼 신중해야 필요가 있다는 사실을 고려하지 않을 수 없다. 명백하게 헌법적 질서를 반한 까닭에 탄핵심판결정을 받아 당연히 파면되어야 하는 경우는 별론으로 하더라도, 이른바 여소야대의 정치적 상황에서 비롯된 정쟁으로 말미암아 대통령이 임기 중간에 국민의 정서와 달리 파면되어야 하는 경우를 정치적으로 중립기관인 헌법재판소가 다시 재검토할 수 있는 기회를 갖는 것이 필요하다고 본다.

5) 개별의견의 표시

탄핵심판절차와 관련하여 개별의견의 표시에 관한 명문규정이 헌행헌법에는 없으나, 최근 개정된(2005년 7월 29일) 헌법재판소법에는 마련되어 있다.⁴¹⁷⁾ 종래에는 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판

416) 이와 같이 탄핵사유의 유무 판정과 파면결정을 분리하여 이를 탄력 있게 운용할 수 있는 여지를 남겨두고 있는 입법례가 있다. 독일에서는 연방헌법재판소가 대통령의 기본법 또는 기타 연방법률의 고의적 위배 여부를 확인함으로써 유죄판결 또는 무죄판결을 내리게 된다. 그런데 연방헌법재판소법은 유죄판결을 내리는 경우에 ‘연방헌법재판소는 연방대통령의 해직을 선고할 수 있다’라고 규정함으로써(독일기본법 제61조 제2항, 연방헌법재판소법 제56조 제2항), 유죄판단과 함께 반드시 파면결정을 내리게 하고 있지는 않다. 따라서 상황에 따라서는 연방헌법재판소가 유죄판단을 내리면서도 파면결정을 하지 않음으로써 대통령으로 하여금 정치적·도의적 책임에 스스로 대처하도록 만드는 경우도 있음을 예상할 수 있다.

417) 헌법재판소법 제36조 ③ 심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하

및 헌법소원심판의 경우에만 재판관의 개인의견표시의무가 인정되었으나, 이제는 모든 심판에서 재판관의 개인의견표시의무가 인정되고 있다. 지난 대통령탄핵심판사건에서 재판관의 개인의견 특히 소수의견을 표시할 것인가를 둘러싸고 치열한 논쟁이 일어났기에⁴¹⁸⁾ 이를 입법적으로 해결한 것이라 하겠다.

그런데 개별의견 내지 소수의견의 표시가 헌법재판의 독립과 밀접한 관계가 있음을 주의할 필요가 있다. 무엇보다도 개별의견의 표시는 특히 헌법재판소 내부에서의 독립과 연관되어 있다.⁴¹⁹⁾ 재판관은 헌법재판에 있어서 다른 재판관으로부터 독립된다. 재판관은 재판의 결론을 내림에 있어서 평의를 거치게 되지만, 재판관 각자가 의견을

여야 한다.

418) 탄핵심판에서의 재판관 개별의견 내지 소수의견의 공개 여부는 대통령탄핵심판사건의 결정문에서도 논의되었다. 헌법재판소 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하여야 하지만 평의는 공개하지 않는다는 헌법재판소법 제34조 제1항에서 ‘평의는 공개하지 않는다’의 의미가 평의의 경과뿐 아니라 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등도 공개하지 않는다고 보아, 이러한 비공개예외에 해당하는 별도의 규정이 없는 한, 탄핵심판사건에서는 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수를 결정문에 표시할 수 없다는 견해가 있었다. 이에 반하여 헌법재판소법 제34조 제1항의 취지는 평의과정의 비공개를 규정한 것이지만 평의의 결과로 확정된 관여재판관의 최종적 의견마저 비공개해야 한다는 볼 수 없으며, 헌법재판소법 제35조 제3항은 탄핵심판과 정당해산심판에 있어 일률적으로 의견표시를 강제할 경우에 나타날 수 있는 문제점을 고려한 규정이므로, 탄핵심판에서 의견표시할지의 여부는 관여 재판관의 재량판단에 맡기는 의미로 해석하여야 할 것이라는 반론도 있었다. 재판관의 개별의견표시 여부에 대하여, 헌법재판소는 관여 재판관의 개별의견을 표시하지 않는 대신에 이러한 개별의견을 표시하지는 견해가 있었음을 밝히는 것으로 마무리하는 어정쩡한 타협의 태도를 취하였다. 그 결과, 헌법재판소의 결정문은 다수의견과 소수의견이 한데 섞여져 조합되어 구성됨으로 말미암아 논리전개에 있어서 어색함을 드러내고 말았다.

419) 정종섭, 헌법소송법, 51면. 또한 헌법재판에서의 개별의견의 표시는 헌법해석에서 상대주의와 다원주의를 인정함을 의미한다. 이런 점에서 볼 때, 개별의견표시제도는 헌법재판을 보다 합리적인 것이 되도록 하고, 최종적인 유권적 헌법해석에 대해 사회공동체가 다시 생각하고 의견을 제시할 수 있는 기회를 가질 수 있게 하여 법발전에 기여한다고 하겠다. 개별의견의 표시에 관하여 자세한 것은 정종섭, 헌법소송법, 165-169면 참조.

형성하고 표시함에 서로 간섭할 수 없다. 이를 위한 제도적 장치가 바로 관여 재판관의 의견을 각자 표시하는 것이다. 반면에 개별의견의 표시는 헌법재판소 외부로부터의 독립에 부담을 줄 수도 있다. 고도의 정치적인 성격을 지닌 헌법재판에 있어서는 개별의견을 내는 것이 재판의 독립과 공정성을 저해할 수 있기 때문이다. 바로 이러한 우려가 종래 탄핵심판과 정당해산심판에서의 개별의견표시를 부정적으로 보게 만들었다. 그러나 이러한 우려는 정치적 성격이 강한 헌법재판에서 헌법재판소가 견지하여야 할 정치적 중립성과 헌법수호의 책임의식으로 극복되어야 할 것이라고 본다. 그와 함께 재판의 독립성과 공정성을 담보해낼 수 있는 제도적 장치를 고안할 필요가 있다고 본다.

여하튼 탄핵심판절차에서 헌법재판소는 종국결정을 내림에 있어서 관여 재판관의 개별의견을 표시하여야 한다.

(2) 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차

1) 현행 규정

현행 헌법 제65조 제1항과 이를 구체화한 헌법재판소법 제48조 제2호는 탄핵의 대상자로 헌법재판소 재판관을 규정하고 있다. 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로 소추된 재판관은 헌법재판소에 의하여 탄핵심판을 받게 된다.⁴²⁰⁾ 이처럼 헌법재판소는 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차를 스스

420) 역대헌법을 살펴보면, 1960년헌법은 헌법재판소 심판관이 민의원의원 30인 이상의 발의와 민의원·중의원에서 각각 그 재적의원 과반수의 찬성으로 소추되고 헌법재판소에서 탄핵심판을 받는 것을 규정하였으며, 1972년헌법과 1980년헌법은 헌법위원회위원이 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로 소추되어 헌법위원회에서 심판받게 되는 것을 규정하였다.

로 담당하고 있다.

입법례를 볼 때, 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판제도를 인정하는 경우는 매우 드물다. 그럼에도 불구하고 이 제도를 둔 취지가 무엇인가를 밝힐 필요가 있다. 또한 대통령이나 다른 공직자와 달리, 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차에서 특별히 규율되어야 할 점은 무엇인가를 검토할 필요가 있다.

2) 현황과 문제점

가) 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도의 필요성

탄핵심판제도는 기본적으로 고위직에 있는 공직자들이 국가권력을 행사함에 있어서 야기할 수 있는 헌법의 침해나 침해 위험을 제거하여 헌법을 보호하며 공직의 수행이 그 기능에 부합하게 정상적으로 이뤄지도록 하는 것을 목적으로 하고 있다.

재판관에 대한 탄핵심판절차는 재판관의 직무집행과 관련된 헌법 질서의 유지와 정상적인 공무수행, 헌법재판관의 권력행사에 대한 통제 이외에도 엄격한 신분보장의 취지를 지니고 있다.⁴²¹⁾ 이처럼 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차는 재판관에 대한 헌법의 경계와 보호를 동시에 담고 있다.

헌법재판소 재판관에 대한 헌법의 경계가 필요한 까닭은, 상대적으로 민주적 정당성이 작은 소수로 구성된 합의체인 헌법재판소가 헌법쟁송에 대한 최종심의 지위를 가지며 국가기능의 작동과 국가의 사결정에 결정적인 영향력을 행사하기 때문이다.⁴²²⁾ 이러한 헌법재

421) 정종섭, 헌법소송법, 54-55면.

422) 지난 2004년은 헌법재판소의 해라 할 정도로 한국의 국정운영에서 헌법재판소의 영향력은 매우 크게 나타났다. 탄핵심판절차와 위헌법률심판절차를 통하여 헌법재판소는 대통령의 퇴진 여부와 행정수도이전 여부에 대한 사법적 결정을 내림으로써 정치·경제·사회에 미치는 영향력이 얼마나 큰지를 확인시켜주었다. 이러한 점에서 헌법재판소 재판관의 권한과 책임에 대한

판소의 재판관이 직무수행에 있어서 위헌·위법행위를 저지른다는 것은 헌법의 보장과 공정한 헌법재판수행에 커다란 위협이 됨을 알 수 있다. 그런데 바로 이러한 헌법재판소의 위상 때문에 재판관에 대한 헌법의 보호가 또한 필요하다. 헌법재판소의 결정에 대한 불만을 이유로 정상적인 직무수행, 즉 공정한 헌법재판수행과 무관한 사유로 재판관을 파면하거나 불리한 처분을 가하지 못하게 할 필요가 있다. 이러한 이유에서 헌법 제112조 제3항은 헌법재판소 재판관이 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니함을 명시하고 있다. 따라서 이외의 다른 사유로 헌법재판소 재판관은 그 의사에 반하여 해임되지 아니한다(헌법재판소법 제8조). 그리고 헌법이나 헌법재판소법은 헌법재판소 재판관의 징계절차를 엄두에 두고 있지 않다. 징계처분에 의하여 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받을 수 있게 되는 법관과 달리 헌법재판소 재판관에 대하여는 이러한 규정이 없다. 따라서 현행법상 헌법재판소 자체의 징계처분에 의하여 재판관은 파면이나 정직·감봉 기타의 불리한 처분을 당하지 아니한다.

그런데 헌법재판소재판관에 대한 탄핵심판제도가 과연 그에 대한 정치적 압력으로부터 얼마나 독립성을 보장해줄 수 있는가에 관하여는 보다 엄밀하게 살펴볼 필요가 있다. 일응 보기에는 탄핵심판제도가 헌법재판소 재판관을 정치적 압력으로부터 보호해 주는 것으로 이해할 수 있다. 왜냐하면, 헌법재판소가 탄핵결정을 담당하기 때문에 직무집행에 있어서 명백한 위헌·위법행위가 아닌, 정치적 압력에 의해서 재판관이 파면결정되는 경우는 상상하기 힘들다고 보이기

헌법적 관심은 극히 당연하다고 하겠다. 독일 연방헌법재판소 재판관의 직무상 책임, 특히 공정성과 정치적 자제에 관하여는 Wilhelm Geck, "Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter", in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, SS. 715-731 참조.

때문이다.⁴²³⁾

그러나 좀더 생각해보면 탄핵심판제도는 그 소추과정에서 이미 헌법재판소 재판관에게 상당한 부담을 주는 것임을 알 수 있다. 위헌법률심판, 탄핵심판, 권한쟁의심판 등의 정치적 성격이 강한 헌법재판과 관련하여 국회가 헌법재판소에 대한 정치적 공세로 탄핵소추를 시도할 수 있기 때문이다. 국회의 소추과정은 언론의 막대한 관심이 되면서 사실의 여하를 막론하고 그 자체로서 헌법재판소 재판관의 위신과 명예를 추락시킬 수 있음을 주목하여야 한다. 이를 의식하게 되는 재판관의 정치적 중립성 내지 헌법재판의 독립성이 저해될 가능성이 크다고 본다.⁴²⁴⁾ 정치적으로 예민한 사안에 대하여 개별의견의 표시가 의무화되는 상황에서 재판관에 대한 정치적 공세로서 작동할 수 있는 탄핵소추는 재판관에게 적잖은 압력으로 작용할 수 있는 것이 사실이다. 이러한 힘의 작용을 단순히 재판관의 개인적 자질과 덕목으로 극복하도록 내어버려둘 것은 아니라고 본다. 더구나 한국민주주의의 공고화과정에서 헌법재판소가 ‘민주정치’의 수호자’로서의 역할을 더욱 감당하여야 할 터인데, 이러한 정치적 공세로부터 헌법재판소를 보호해줄 필요가 있다고 본다.⁴²⁵⁾ 그러한 점에서 국회

423) 헌법재판소 재판관은 자신이 피청구인이 된 탄핵심판절차에서 재판관을 행사하지 않게 되는데(헌법재판소법 제50조), 예비재판관제도를 도입하지 않는 이상, 탄핵결정에 필요한 한 명의 찬성표가 원천적으로 감소되는 달리 말하면 탄핵에 반대하는 표가 확보되는 셈이 된다. 그러한 점에서 탄핵심판절차에 관하여 헌법재판소 재판관은 다른 공직자 특히 법관이나 중앙선거관리위원보다 더 안전한 편이라 할 수 있다.

424) 법원에 대한 탄핵제도는 법원의 형사적 책임 아닌 정치적 책임을 매우 중요시하기 때문에 법원의 독립성을 제한하게 된다. C. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, C.H.Beck, 1982, S. 57.

425) 지금까지 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵소추가 국회에 의해서 시도된 적은 없다. 그러나 지난 대통령탄핵심판사건과 관련하여 나타난 충동적 국민정서와 일부 정치세력의 반발감을 고려해볼 때에 재판관에 대한 탄핵소추의 시도가 전혀 불가능하지만은 않다는 것을 느낄 수 있었다. 정치적으로 민감한 사안을 다루게 되는 헌법재판소로서는 언제든지 정치세력으로부터

의 소추에 의한 헌법재판소 재판관 탄핵제도를 반드시 존치하여야 할 것인가에 대하여 근본적인 의심을 갖게 된다. 이러한 생각은 법관 내지 재판관에 대한 탄핵을 운영해온 국가의 경험⁴²⁶⁾과, 헌법재판소 재판관의 해임 내지 면직에 관한 입법례를 살펴볼 때 그 타당성을 발견할 수 있다고 본다.

이하에서는 먼저 현행법상 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도를 전제로 하여, 이 제도의 전반적인 문제점을 해석론과 입법론의 관점에서 검토해 보고자 한다.

나) 현행 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판절차의 문제점

a) 탄핵대상의 확정

탄핵대상이 되는 자는 현직 헌법재판소 재판관으로 재직하고 있는 자이다. 그런데 헌법재판소 재판관으로 있다가 탄핵소추의결의 가능성을 예상하고 사직한 자에 대하여 소추할 수 있다고 볼 것인가가 문제된다. 이 경우에 탄핵심판을 할 수 없게 된다면, 탄핵을 회피하기 위하여 스스로 사임하고 일정한 시간이 지난 후에 다른 공직에

정치적 공세에 직면할 가능성이 크다. 점차 사상적 이념의 편차가 두렷해지는 상황에서 자칫 헌법재판소가 이러한 탄핵을 둘러싼 정치적 공세에 내몰려질 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 이처럼 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판제도는 정치적 상황과 여건에 따라 헌법재판의 독립성을 저해할 수 있음을 알아야 한다.

426) 법관에 대한 탄핵이 정치적 의도로 비롯한 좋은 예로 미국의 경험을 들 수 있다. 지금까지 미국에서 행해진 탄핵사건은 총 17건이다. 그 중 12건이 연방법원에 대한 것으로서 7명의 연방판사가 유죄판결로 해임되었다. 이 중 대다수는 뇌물죄, 법정에서의 술주정과 불경한 언사, 개인소득세 탈세 등의 범죄 등으로 탄핵되었으나, 정치적 의도로 제기된 경우도 있었다. 그 대표적인 것이 1805년 체이스(S. Chase) 연방대법관에 대한 탄핵이었다. 당시 민주당은 그를 불공정한 판결을 이유로 탄핵소추하였으나, 실은 그가 제퍼슨 일파의 정치적 입장에 동조하지 않았기 때문이었다. 결국 그에 대한 탄핵심판은 상원에서 무결되었다. 이 사건은 정치적 신념의 차이는 탄핵의 사유가 될 수 없다는 원칙을 형성하게 되었다. 그러나 그 이후에도 정치적 요인에 의하여 탄핵이 시도되는 경우가 계속 있었다.

임명되거나, 또는 아주 드물기는 하지만 다시 헌법재판소 재판관으로 임명되는 길을 열어놓은 셈이 될 것이다. 이는 탄핵심판의 효과가 단순히 공직에서 파면하는 것에 그치지 않고 공무담임권을 일정 기간 동안 제한하는 것을 포함하고 있기 때문에⁴²⁷⁾ 현실적으로 문제가 될 수 있다고 하겠다.

공무담임권의 제한 등의 법적 효과를 확보하기 위해서 헌법재판소 재판관으로 있다가 탄핵소추의결의 가능성을 예상하고 사직한 자에 대하여도 탄핵소추의결을 할 수 있다고 볼 수도 있으나, 현행 헌법상 탄핵소추 대상자의 ‘그 직무집행에 있어서’ 헌법이나 법률의 위반행위에 대하여 소추가 이뤄진다는 점에서 탄핵소추의 가능성을 예상하고 사직한 자에 대하여는 탄핵소추의결을 할 수 없다고 본다. 따라서 이러한 자는 공무담임권의 제한을 받지 않게 되므로 나중에 공직에 임명될 수도 있을 것이다. 그러나 이에 대하여는 임명권자가 적지 않은 정치적 부담을 안게 될 것이며, 또한 임명에 있어서 국회의 인사청문회의 견제를 받게 될 것이다.

한편, 탄핵소추사유와 동일한 이유로 재판절차가 진행중인 재판관에 대하여 국회가 탄핵소추의결을 할 수 있다고 볼 것인가가 문제된다. 결론적으로 말해서, 가능하다고 본다. 재판절차와 탄핵심판절차는 목적, 주체, 법적 효과 등이 상이하게 하기 때문에 병행할 수 있다고 본다. 나중에 탄핵심판절차가 헌법재판소에 의하여 진행될 때에 헌법재판소 재판부가 피청구인(피소추자)에 대한 탄핵심판청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있음을 이유로 하여 심판절차를 정지할 수 있는 것은 사실이나(헌법재판소법 제51조), 이 심판절차

427) 탄핵결정에 의하여 파면된 자는 결정선고가 있는 날로부터 5년이 경과되지 아니하면 공무원이 될 수 없다(헌법재판소법 제54조 제2항). 이에 따라, 탄핵에 의하여 파면된 후 5년을 경과하지 아니한 자는 헌법재판소 재판관으로 임명될 수 없다(헌법재판소법 제5조 제2항 제3호).

를 반드시 정지하여야 하는 것은 아니기 때문이며 또한 국회가 이를 내다보고 미리 탄핵소추절차를 진행시켜서는 안 될 이유는 없기 때문이다. 국회는 자신의 판단에 따라 탄핵소추 여부를 결정할 수 있는 권한이 있다. 재판관이 형사소송절차에 의하여 금고 이상의 형을 받지 아니하는 경우에는 계속 재판관직을 유지할 수 있기 때문에, 국회로서는 재판관을 그 직책에서 파면할 목적으로 형사소송절차와는 별개로 탄핵소추절차를 개시할 필요성을 느낄 수 있다고 할 것이다.

현재 헌법재판소에서 진행중인 심판절차와 관련하여 국회가 헌법재판소 재판관을 탄핵소추 할 수 있다고 볼 것인가? 이는 가능하다고 본다. 왜냐하면 재판관이 심판을 진행하고 있다고 하더라도 직무와 관련하여 헌법과 법률을 위반한 경우에 국회가 탄핵소추를 하는 것은 헌법을 수호하는 것이지, 헌법재판소에 대하여 국회가 부당하게 간섭하는 것으로 볼 수는 없기 때문이다.⁴²⁸⁾ 오히려 이로 인하여 헌법재판의 공정성과 합법성이 확보될 수 있다고 본다.

헌법재판소 재판관을 동시에 탄핵소추 하는 경우가 있다고 하더라도 3인 이상을 함께 할 수는 없다고 하겠다. 왜냐하면 탄핵소추의결과 함께 재판관의 권한행사가 정지되는데, 이로 인하여 7인 이상이어야 할 헌법재판소의 심리정족수가 충족되지 않을 수 있기 때문이다(헌법재판소법 제23조 제1항, 제50조 참조). 이와 동일한 이유에서, 헌법재판소 재판관이 임기가 만료되거나 임기중에 결원이 되어서 9인이 되지 못한 경우에는 그만큼 탄핵될 수 있는 재판관의 수가 제한된다고 하겠다.

b) 탄핵소추절차

① 탄핵소추기간의 제한

헌법재판소법은 재판관의 탄핵소추기간에 관하여 명문의 규정을

428) 정종섭, 헌법소송법, 50면.

두고 있지 아니하다. 따라서 재판관의 직무집행에 있어서 탄핵사유가 발생한 경우에는 국회는 재판관의 재직중에 언제든지 탄핵소추를 할 수 있다고 해석될 수 있다. 탄핵제도가 탄핵사유를 지니고 있는 자를 공직으로부터 추방하려는 데 목적이 있으므로 그가 공직에 있는 동안 언제든지 탄핵할 수 있다고도 볼 수 있으나, 탄핵이라는 것이 현행법상 일종의 징계에 해당한다고 볼 수 있으므로 다른 징계절차에 준하여 일정한 기간의 시효를 두는 것이 합리적이라고 할 수 있다.⁴²⁹⁾ 참고로, 연방법관에 대한 탄핵제도를 두고 있는 독일의 경우에는 일정한 시효를 두고 있다. 연방법관이 직무상 위반의 혐의를 받는다 하더라도, 연방의회는 재판절차의 확정력 있는 종결 이전에, 또는 동일한 위반을 이유로 이미 공식적인 징계절차에 계속중일 때에는 징계절차의 개시(Eröffnung) 전에 의결할 수 없다. 연방법관의 책임 있는 위반을 인정한 재판절차의 확정력 있는 종결로부터 6월이 경과하면 신청은 더 이상 허용되지 아니한다(연방헌법재판소법 제58조 제2항). 이러한 경우를 제외하고는, 위반 이후 2년이 경과하면 연방법관에 대한 연방의회의 탄핵재판의 신청은 허용되지 아니한다(동조 제3항).⁴³⁰⁾ 따라서 이러한 신청기간이 경과한 경우에 연방의회는 탄핵소추의결을 할 수 없다. 대통령의 경우에 비하면 법관에 대한 탄핵소추의 시효가 상당히 긴 편이다.

② 탄핵소추의결의 효과

헌법재판소 재판관은 탄핵소추의결서의 등본이 송달된 때로부터 재판관의 권한행사가 정지된다(헌법 제65조 제3항, 헌법재판소법 제50조, 국회법 제134조 제2항). 일반적으로 탄핵심판제도에서 피

429) 법관징계법 제8조는 징계사유가 발생한 날로부터 2년이 경과하면 징계를 청구하지 못한다고 규정하고 있다.

430) 한편 독일은 연방대통령에 대하여는 탄핵의 기초가 되는 사실을 소추권자가 안 때로부터 3개월 이내라는 탄핵소추의 시효를 두고 있는데, 이에 비하면 연방법관의 경우는 상당히 긴 편이라고 하겠다.

소추자가 탄핵소추의결과 함께 권한행사가 자동적으로 정지되는 것에 관하여 논란이 있는 것이 사실이다. 특히 대통령의 경우에 비판적인 견해가 강력하게 주장되고 있다. 국회의 탄핵소추의결에 의하여 권한행사가 정지되는 것은 국민의 대표기관인 국회가 직무집행에서의 위법사실을 조사하여 의결하였기에 공무의 기능과 권위를 보호하기 위하여 부득이하다는 점에서 일응 타당성을 가지는 것이 사실이나, 권한행사의 정지가 탄핵소추의결에 의하여 자동적으로 이뤄진다는 점이 논란의 대상이 되고 있는 것이다. 그러나 헌법재판소 재판관의 경우에는 이러한 권한행사의 자동적인 정지가 매우 당연하다고 본다.⁴³¹⁾ 왜냐하면 탄핵소추의결 이후에 전개되는 탄핵심판절차에서 이제는 피소추자(피청구인)의 지위에 있게 된 재판관이 자신의 사건에 관여하는 것은 ‘자신이 당사자가 된 사건을 심판할 수 없다’라는 법의 일반원칙에 따라 허용될 수 없기 때문이다. 그러한 점에서, 헌법재판소 재판관의 경우에는 국회에서 확인된 위법행위가 범죄행위에 해당하는 때에라도 무죄추정의 원리가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 여하튼 피소추자가 된 재판관이 헌법재판소 재판부에서 배제되어야만 헌법재판소의 판단의 공정성과 도덕적 권위가 확보될 것이다.⁴³²⁾

그리고 국회의 탄핵소추의결이 이뤄지면 헌법재판소 재판관은 사임을 할 수 없게 된다(국회법 제134조 제2항). 따라서 재판관은 탄핵심판절차에 따라 재판관직에서의 잔류 여부가 결정된다. 앞에서 본바와 같이 국회의 탄핵소추의결 가능성을 예상하고 사임할 수 있었던 것과는 대조적이다. 탄핵결정의 효과가 공직으로부터의 파면만

431) 따라서 이 경우에 헌법재판소의 기능을 보전하기 위하여 예비재판관제도가 필요한 재언을 요하지 않는다.

432) 또한 이는 헌법재판소법 제24조 제1항에 따라 재판관이 당사자가 되는 경우에 해당하므로 당해 재판관은 당연히 직무집행에서 체직된다.

있는 것이 아니고 일정한 공무담임권을 일정 기간 동안 제한하는 것도 포함하기 때문에 국회에서 탄핵소추의결이 이뤄진 이후에 헌법재판소 재판관으로 하여금 사임할 수 있게 한다면 탄핵심판절차를 형해화할 수 있기 때문이다.

c) 탄핵심판의 청구

탄핵심판이 청구됨으로써, 즉 소추위원이 헌법재판소에 소추의결서의 정본을 제출하고 헌법재판소를 이를 접수함으로써 탄핵심판절차가 개시된다. 그런데 탄핵심판이 청구됨에 따라 이와 동일한 사유로 진행되는 다른 소송절차가 영향을 받는 것은 아니라고 본다. 입법례에 따라서는, 법원에 대한 탄핵절차가 계속중인 한, 동일사안을 이유로 징계법원에 계속중인 절차는 중지된다(독일 연방헌법재판소법 제60조 제1문). 그러나 우리 현행법상 헌법재판소 재판관의 경우에는 징계절차가 별도로 마련되어 있지 아니한다. 따라서 탄핵심판절차와 병존하는 징계절차는 있을 수 없다.

한편, 형사소송절차가 진행중인 재판관에 대하여 탄핵소추의결이 이뤄지고 나아가 탄핵심판이 청구된 경우이거나 탄핵심판절차의 진행중에 형사소송절차가 개시된 경우에도, 양 절차는 별도로 진행할 수 있다고 하겠다. 피청구인인 재판관에 대한 탄핵심판청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있는 때에는 재판부는 심판절차를 정지할 수 있으나, 이는 재판부의 판단에 달려 있기 때문이다. 따라서 탄핵심판의 청구가 다른 소송절차를 반드시 정지시키는 것은 아니라고 하겠다. 단, 사법부의 판단의 통일성을 기대하는 차원에서 법원과 헌법재판소는 자신의 절차를 정지하는 것이 바람직하다고 본다. 생각건대, 헌법재판소가 자신의 심판절차를 정지하는 것이 바람직할 것이다. 왜냐하면 탄핵심판절차에서 필수적인 사실의 인정에 필요한 근거를 법원의 판단에서 찾는 것이 소송경제상 합리적이기

때문이다.⁴³³⁾

d) 탄핵결정의 실체적 요건

탄핵결정의 실체적 요건은 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’를 성립시키는 요건을 말한다. 이는 헌법 제65조 제1항의 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’와 동조 제4항의 ‘공직으로부터 파면’을 관련지어서 해석하여야 할 것이다. 그러한 점에서 탄핵결정의 실체적 요건은 첫째, 피청구인의 행위가 직무집행과 관련되어야 할 것을 요구하는 ‘직무관련성’, 둘째, 이러한 행위가 헌법이나 법률을 위배함을 의미하는 ‘행위의 위헌·위법성’, 셋째, 이러한 행위가 피청구인으로 하여금 그 직에 계속 있을 수 없게 만드는 ‘직무수행의 不可性’이라 하겠다.

① 직무관련성

헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판청구는 무엇보다도 헌법재판소 재판관의 ‘직무집행에 있어서’ 행한 행위를 대상으로 하여야 한다. 여기서 헌법재판소 재판관의 위헌·위법의 행위가 직무집행과 일정한 연관성을 가져야하는 것은 당연하나, 그 구체적인 정도는 탄핵제도의 기능과 관련하여 판단되어야 할 것이다. 우리 헌법상 탄핵제도는 공직으로부터의 파면을 일차적인 목적으로 하므로, 공직수행의 공정성과 합법성을 해하는 정도만큼 직무관련성을 인정하여야 할 것이다. 따라서 ‘직무집행’과 위헌·위법행위의 연관성을 너무 엄격하게 보아서는 아니 될 것이다. 그러한 점에서 자기 권한에 속하는 행위뿐 아니라 그 직무를 수행하는 것과 통념상 관련이 있는 행위도 직무관련성을 갖는다고 보아야 할 것이다. 그래서 ‘직무집행에 있어서’ 행한

433) 탄핵심판절차에서 피청구인의 출석이 강제되는 것이 아니고, 또한 재판·소추 또는 범죄수사가 진행중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없기 때문에(헌법재판소법 제52조, 제32조) 사실인정에 필요한 자료를 얻는데 어려움이 있음을 상기할 필요가 있다.

행위는 순수한 직무수행행위 그 자체뿐 아니라 직무행위의 외형을 갖춘 행위까지도 포함된다고 할 것이다. 이와 같은 직무관련성을 기준으로 본다면, 사생활에 관한 행위는 우리의 관심사가 되지 아니한다.⁴³⁴⁾

한편, 재판관이 前職의 직무집행과 관련된 행위로 탄핵심판을 받을 수 있는가 하는 문제가 있다. 이는 전직이 탄핵소추대상이 되는 경우인가의 여부에 따라 달리 판단하여야 할 것이다. 전직이 탄핵소추대상이 아닌 경우, 이때의 위헌·위법행위로 탄핵심판을 할 수 없다고 본다. 왜냐하면, 탄핵심판은 소추대상의 직의 중요성에 비추어 그 직에 있으면서 위헌·위법행위를 행한 자를 해당 직으로부터 추방하려는 것이기 때문에 소추대상이 되지 아니한 직에서 행한 행위를 이유로 탄핵심판을 할 수 없다고 보아야 하기 때문이다.⁴³⁵⁾ 그러나 전직이 소추대상의 직인 경우에는, 그 때의 행위를 이유로 해서 현재의 재판관의 직으로부터 추방하는 탄핵심판은 허용된다고 할 것이다. 예컨대 법관으로 있다가 사임한 후 헌법재판소 재판관으로 임명된 경우에는 법관재직시의 위헌·위법행위를 이유로 헌법재판소 재판관의 직으로부터 추방하려는 탄핵심판을 인정하여야 할 것이다. 이러한 경우의 위헌·위법행위를 탄핵심판청구의 대상으로 인정하지 않으면 결과적으로 책임면탈의 길을 열어주는 셈이 되고 말기 때문이다. 탄핵은 실질적으로는 공직으로부터의 배제를 의미하므로 공직자가 탄핵의 대상이 되는 직위를 연이어 취득하는 경우에는 전직시의 행위라도 탄핵의 사유로 하는 것이 탄핵제도의 취지에 적합하

434) 그러나 입법례에 따라서는, 법관에 대한 탄핵심판에 있어서 직무의 내외를 불문하고 재판관(법관)으로서의 위신을 현저하게 잃게 할 만한 비행이 있는 것도 탄핵사유로 삼거나(일본 재판관탄핵법 제2조 제2호), 법관이 직무상뿐 아니라 직무를 떠나서 헌법의 기본원칙을 위배한 것도 탄핵사유에 해당하는 것으로 보기도 한다(독일 기본법 제98조 제2항).

435) 동지: 정중섭, 헌법소송법, 417-18면.

다고 보기 때문이다.⁴³⁶⁾

② 행위의 위헌·위법성

재판관의 직무집행에 있어서의 행위가 헌법이나 법률을 위배하여야 한다. 참고로, 우리 헌법과 헌법재판소법은 위헌·위법행위의 범위를 다소 넓게 정하고 있다. 예컨대 독일의 경우에는 법관이 ‘직무상 또는 직무 외에서 기본법의 원칙(Grundsätze des GG)이나 주의 헌법질서(verfassungsmäßige Ordnung eines Landes)에 위반한 때’⁴³⁷⁾에만 탄핵결정을 내린다.

직무집행에 있어서의 위헌·위법은 결국 권한의 그릇된 행사 및 불행사와 의무의 위반으로 나타난다. 따라서 재판관의 직무집행에서의 위헌·위법행위는 재판관에게 부여된 헌법과 법률상의 권한을 잘못 행사하거나 행사하지 않거나 또는 의무에 반한 행태로 행해질 것이다.

우리 헌법이나 헌법재판소법 등의 법률을 통하여 상정할 수 있는 재판관의 직무집행에 있어서의 위헌·위법행위를 예시하면 다음과 같다.⁴³⁸⁾ 먼저 국가공무원으로서의 신분을 전제로 한다면, 성실의무를 위반하여 재판사무를 심히 게을리하는 것, 직무전념의 의무를 위반하여 직장을 무단이탈하거나 영리적인 업무를 경영하고 직무와 관련 있는 타인의 기업에 투자하는 행위, 청렴의 의무를 위반하여 직

436) 이승우, 정만희, 음선필, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제12권, 2001, 152면.

437) 여기서 기본법의 원칙이나 주의 헌법적 질서 개념이 다의적인 불확정개념임은 틀림없으나 실질에 있어서는 국가질서에 자유민주적 특징을 주는 근본규정을 포함하는 자유민주적 기본질서의 개념으로 이해되고 있다. 따라서 기본법의 원칙이나 주의 헌법적 질서는 기본법 제28조의 공화적·민주적 및 사회적 법치국가 원칙을 포함하는 것으로 보아야 할 것이다. 법관이 이러한 기본법의 원칙이나 주의 헌법질서를 위반하여야 한다. 이러한 위반은 예외적인 경우의 부작위와 나아가 「공격적 행위」(aggressiv-kämpferische Haltung)라 할 수 있는 자유민주적 기본질서에 대한 침해를 포함한다.

438) ‘헌법재판소공무원규칙’, ‘헌법재판소공무원의청렴유지위한행동강령’ 등의 헌법재판소규칙은 헌법재판소법 등의 내용을 보완하면서 재판관의 탄핵사유를 구체화하는 근거가 되고 있다.

무와 관련하여 사례나 증여를 받거나 또는 향응을 수수하는 행위, 품위유지의 의무를 위반하여 직무수행상 재판관으로서의 위신을 손상하는 행위 등을 들 수 있다.

그리고 특히 헌법재판소 재판관으로서의 신분과 관련하여 생각할 수 있는 위헌·위법행위로는, 권력분립의 원칙상 결합 수 없는 직을 겸하는 것(헌법재판소법 제14조), 재판관의 제척·회피 사유가 있음에도 불구하고 심판에 관여함으로써 공정성을 해하는 것(헌법재판소법 제24조), 법률·명령·규칙 등의 국가작용이 헌법에 적합한지의 여부를 결정하는 권한과 관련해서 헌법준중 및 옹호의 의무 이행을 소홀히 하는 것, 특히 헌법해석에 있어서 헌법의 기본원칙이나 기본질서를 부정하거나 침해하는 것, 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하여야 함에도 불구하고 재판의 독립을 스스로 지키지 아니한 것(헌법재판소법 제4조), 정당에 가입하거나 정치에 관여하는 것(헌법재판소법 제9조), 자유심증주의에 따른 사실인정과 정확한 법의 적용을 무시하고 자의적으로 심판하는 것, 필요적 구두변론을 무시하거나 증거신청을 불채택하는 등 소송절차를 위반하는 것, 평의의 비공개규정(헌법재판소법 제34조 제1항)에도 불구하고 평의의 결론에 영향을 주기 위하여 평의의 내용을 선고하기 이전에 미리 언론이나 외부에 알리는 것, 헌법재판소 소장이 법률에 위배하여 사법행정사무를 처리를 하는 것 등을 들 수 있다.

위와 같은 헌법·법률 위반행위가 반드시 고의에 기인할 필요는 없다. 재판관에 대한 탄핵이 어디까지나 헌법이나 법률에 대한 충성의무에 관한 것이지 특정한 정치적 책임에 관한 것이 아니기 때문에 위반행위의 고의 유무에 관계없이 탄핵절차를 진행할 수 있다고 본다. 위반행위의 고의의 유무는 탄핵여부를 결정함에 있어서 직무수행의 가능성 여부를 판단하는데 비로소 중요하다고 할 것이다.

③ 직무수행의 불가성

헌법재판소가 재판관을 탄핵결정하기 위해서는 앞에서 살펴본 직무관련성과 행위의 위헌·위법성이라는 요건 이외에 직무를 더 이상 수행하는 것을 허용해서는 안 된다는 의미의 직무수행의 불가성이 요구된다고 하겠다. 직무와 관련된 위헌·위법행위가 있다고 하더라도 이를 이유로 즉시 파면하는 것은 아니고, 이러한 피청구인으로 하여금 직무를 계속 수행하게 하는 것이 바람직한가 아닌가를 헌법재판소가 판단하여 파면여부를 결정한다는 것이다. 이러한 요건은 우리 헌법이나 헌법재판소법이 탄핵소추 및 심판의 요건을 ‘직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배’한 것으로 폭넓게 정하고 있어서 위헌·위법행위의 경중을 따지지 않고 모든 경우에 탄핵결정의 가능성을 인정하기 때문에 그로 인한 불합리한 결과를 방지하기 위하여 기술적으로 요청되고 있는 것이다.⁴³⁹⁾

직무의 계속수행 여부를 판단함에 있어서는 파면할 때의 이익과 파면하지 않을 때의 이익 교량이라는 공리주의적 접근방식의 원용이 무난할 것이다. 이는 피청구인의 직책에 따른 지위와 역할에 대한 고려를 포함하게 된다. 그런데 파면할 때의 이익과 파면하지 않으면 안 된다는 당위는 위헌·위법행위의 경중을 따진 연후에 분명하게 나타날 것이다. 그러한 점에서 위법행위의 중대성은 직무의 계속수행 여부를 판단함에 있어서 매우 중요한 요소임을 알 수 있다.

헌법재판소도 “헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반의 경우를 말한다. …… 대통령을 제외한 다른 공직자의 경우에는 파면결정으로 인한 효과가 일반적으로

439) 더군다나 현행법에 따르면 피청구인의 헌법상 지위에 관계없이 모든 피청구인에게 공히 동일한 기준으로 탄핵결정이 이뤄져야 하므로 이러한 불합리성은 더욱 크다고 하겠다.

적기 때문에 상대적으로 경미한 범위반행위에 의해서도 파면이 정당화될 가능성이 큰 반면, 대통령의 경우에는 파면결정의 효과가 지대하기 때문에 파면결정을 하기 위해서는 이를 압도할 수 있는 중대한 범위반이 존재해야 한다.”⁴⁴⁰⁾라고 하여 위법행위의 중대성 개념의 유의미성을 인정하고 있다.⁴⁴¹⁾

이러한 논의를 기초로 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판을 살펴보면, 헌법재판을 고유한 업무로 담당하므로 헌법준중 및 옹호의 의무가 매우 강하게 요구되는 헌법재판소 재판관의 위헌·위법행위는 상대적으로 중대한 것으로 보지 않을 수 없게 된다. 구체적인 경우에 따라 위법행위의 경중이 달라지기는 하나, 직무수행에 있어서 위헌·위법행위를 행한 헌법재판소 재판관은 다른 공직자보다도 탄핵결정의 가능성이 더 크다고 하지 않을 수 없다.

e) 탄핵심판의 종국결정

① 종국결정의 유형

재판관에 대한 탄핵심판의 종국결정은 다른 공직자에 대한 경우와 동일하게 두 가지의 유형이 있다.⁴⁴²⁾ 즉 탄핵심판의 청구가 이유 있

440) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1.

441) 위법행위의 중대성 개념은 우리나라 초유의 대통령탄핵심판사건(2004. 5. 14. 2004헌나1)의 결론을 이끌어내는 데 중요한 역할을 하였다고 할 것이다. 특히 대통령에 대한 탄핵의 경우에 탄핵사유를 헌법과 법률에 대한 ‘중대한’ 위배로 제한하여 해석한 것에 관하여 자세히는 이승우/정만희/음선필, 탄핵심판제도에 관한 연구, 2001. 154-156면 참조.

442) 독일의 경우, 법관에 대한 탄핵심판의 종국결정으로 연방헌법재판소는 기본법 제98조 제2항에 규정되어 있는 조치 즉 전직, 휴직 또는 파면 중에 하나를 선고하거나 또는 무죄를 선고한다(연방헌법재판소법 제59조 제1항). 법관이 기본법의 원칙이나 주의 헌법질서를 위반한 책임이 인정되면 기본법 제98조 제2항에 규정된 조치에 따른 제재를 선고받게 될 것이다. 그런데 파면선고를 받으려면 나아가 위반사실에 대한 고의가 인정되어야 한다. 연방헌법재판소는 판결을 내림에 있어서 세 가지 제재 중에 하나를 판단해야 할 때뿐 아니라, 이러한 제재를 정당화할 정도로 법관의 위반행위가 중대한가를 판단할 때에도 비례성의 원칙을 고려하여야 할 것이다. 한편 법관에 대하여 위반행위가 입증되지 못한 때에는 연방헌법재판소는 무죄판결로써

다고 인정하는 때에는 탄핵결정을(헌법 제65조 제4항, 헌법재판소법 제53조 제1항), 탄핵심판의 청구가 이유 없다고 인정하는 때에는 기각결정을 내린다. 그런데 재판관에 대한 탄핵심판절차가 진행되는 중에 별도의 형사소송절차에 의하여 금고 이상의 형을 선고 받은 때에 탄핵심판절차를 어떻게 종료해야 할지가 문제된다. 이 경우에 헌법재판소법 제53조 제2항⁴⁴³⁾에 따라 심판청구를 기각하는 결정을 내려야 하는가가 문제된다. 동조항은 피청구인이 결정선고전에 당해 공직에서 파면되면 탄핵심판청구의 취지가 달성된 것으로 보아 심판절차를 지속할 필요가 없다는 점에서 절차를 종료하는 것이다. 헌법재판소 재판관은 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우에는 그 의사에 반하여 해임되므로(헌법재판소법 제8조), 이는 사실상 파면에 해당한다고 보아 해석론상으로는 헌법재판소법 제53조 제2항에 따라 탄핵심판청구를 기각하는 결정을 내려야 할 것이다.

그런데 입법론상으로는 이 조항이 문제점이 있다고 본다. 헌법재판소 재판관이 금고 이상의 형의 선고를 받는 것과 탄핵결정을 받는 것은 엄연한 다른 법적 효과가 있기 때문이다. 재판관직에서 배척된다는 점은 공히 동일하나, 전자의 경우에는 사면의 대상이 될 수 있으나 후자의 경우에는 그렇지 아니하다. 따라서 양자는 나중에 공직에 취임할 수 있는 가능성에서 차이가 있다. 그러한 점에서 재판관이 결정선고전에 금고 이상의 형의 선고를 받은 때에 헌법재판소가 탄핵심판청구를 반드시 기각하도록 하지는 말고 여러 가지 상황을 고려하여 탄핵심판을 지속할 것인가의 여부를 판단할 수 있는 여지를 남겨두는 것이 바람직하다고 본다. 그래서 동조항의 ‘심판청구를 기각하여야 한다’를 ‘심판청구를 기각할 수 있다’로 개정하는 것이 낫

탄핵절차를 종결하여야 할 것이다.

443) 헌법재판소법 제53조 ② 피청구인이 결정선고전에 당해 공직에서 파면된 때에는 헌법재판소는 심판청구를 기각하여야 한다.

다고 본다.

② 탄핵심판결정의 효력

탄핵결정으로 말미암아 재판관은 선고시부터 재판관직에서 파면되어 그 직을 상실하게 되고(헌법재판소법 제53조 제1항), 결정선고가 있는 날로부터 5년을 경과하지 아니하면 공무원 특히 헌법재판소 재판관이 될 수 없으며(헌법재판소법 제54조 제2항, 제5조 제2항 제3호), 이와 함께 여전히 민·형사상의 책임을 지는 것(헌법재판소법 제54조 제1항)은 다른 공직자의 경우와 동일하다.

f) 재심절차

재판관에 대한 형사소송절차에서 무죄로 확정되고, 헌법재판소에서 파면결정이 있는 경우에 법원의 무죄를 근거로 하여 탄핵결정에 대하여 재심을 청구할 수 있는지가 문제된다.

이에 관하여 헌법재판소법에서 규정하는 바는 없으나, 탄핵심판에서 형사소송법을 준용한다고 정하고 있고(제40조 제1항), 재심의 성질상 이러한 준용은 허용된다고 보기 때문에 탄핵결정에 대한 재심청구는 가능하다고 본다.⁴⁴⁴⁾

보다 바람직한 것은 헌법재판소의 탄핵결정이 법원의 무죄판결로

444) 외국의 입법례를 보더라도 탄핵결정에 대한 재심청구는 가능하다. 독일의 경우, 대통령의 탄핵재판과는 달리 법원에 대한 탄핵재판에 대하여는 재심절차가 마련되어있다(연방헌법재판소법 제61조). 이 재심은 오직 유죄선고를 받은 자의 이익을 위하여서만 신청될 수 있다. 신청권자는 본인이거나 그의 사후에는 배우자 또는 형사소송법 제359조와 제364조의 요건하의 혈족이다. 재심의 신청에는 재심의 법률적 근거 및 증거자료가 명기되어야 한다. 이 신청으로 말미암아 기존의 판결의 효력은 방해받지 아니한다. 이 신청의 허가에 관하여 연방헌법재판소는 구두변론 없이 결정한다. 재심신청이 인용된 이후에 진행된 새로운 본안심리에서는 종전의 판결을 유지하거나 감경처분 또는 무죄를 선고할 수 있다. 한편, 일본의 경우에는 재심절차와 비슷한 자격회복재판절차를 두고 있다(재판관탄핵법 제38조). 이 절차는 파면판결 후 5년 이상을 경과하고 그 동안에 상당한 사유가 발생한 경우와 정당한 사유 없이 파면된 경우 등에 개시된다. 특히 정당한 사유 없이 파면된 경우에 개시되는 자격회복재판절차가 여기서 말하는 재심절차에 해당한다.

제심될 수 있는 가능성을 명문으로 규정하는 것이라 하겠다.

3) 외국의 입법례

가) 비사법기관에 의한 법관의 탄핵심판

사법권을 담당하는 법관을 탄핵의 대상으로 삼고 있는 나라는 여럿이 있다. 그러나 사법부가 자신의 소속원인 법관 내지 재판관에 대하여 탄핵심판절차를 진행하는 예는 드물다. 영국과 미국의 경우, 법관에 대한 탄핵소추는 하원이 담당하고 그 심판절차는 상원이 담당한다. 재판관만을 탄핵의 대상으로 삼고 있는 일본의 경우, 중의원의원과 참의원의원 각 10인으로 구성된 재판관소추위원회에서 소추하고, 중의원의원과 참의원의원 각 7인으로 구성된 탄핵재판소에서 심판한다(일본국헌법 제64조, 국회법 제125조, 재판소탄핵법 제4조·제5조·제16조)

나) 헌법재판소에 의한 법관의 탄핵심판

법관에 대한 탄핵심판절차를 사법부가 담당하는 대표적인 나라로 독일을 들 수 있다. 독일에서는, 연방법관이 직무상 또는 직무 이외에서 기본법의 기본원칙이나 란트의 헌법합치적 질서를 위배한 경우에 연방의회의 소추에 의하여 연방헌법재판소가 재판관 3분의 2 이상의 찬성으로 다른 직으로의 전보·전직을 명할 수 있고, 고의적인 위반의 경우에는 파면을 명할 수 있다(독일 기본법 제98조 제2항).

그런데 여기서 탄핵의 대상이 되는 법관의 범위에 관하여는 상세한 검토가 필요하다. 탄핵의 대상이 되는 법관은 어디까지나 이미 사법권력을 행사하고 있는 연방 및 주법판관을 의미하는데, 그중에서도 특히 일반 공직근무법에 따라 해직되기 어려운 법관, 즉 종신직 법관이거나 장기간의 임기동안 신분이 보장된 법관을 가리킨다고

본다.⁴⁴⁵⁾ 탄핵의 대상에 연방헌법재판소 재판관도 당연히 포함될 것인가에 관하여는 견해가 반드시 일치하고 있지는 않는 듯하다. 연방헌법재판소의 재판관이 연방법관의 자격을 가지고 있으며(기본법 제94조 제1항 제1문, 연방헌법재판소법 제3조 제2항), 12년이라는 장기의 임기가 보장된다는 점에서 당연히 탄핵의 대상이 되는 것으로 보기도 하지만⁴⁴⁶⁾, 탄핵의 대상이 되지 아니한다고 보는 견해도 있다.⁴⁴⁷⁾

다) 헌법재판소 재판관에 대한 헌법재판소의 파면절차

독일 연방헌법재판소법 제98조 제2항과 제105조는 연방헌법재판소 재판관이 퇴직하거나 파면되는 경우를 규율하고 있다. 연방헌법재판소법에 따르면, 헌법재판소 재판관이 퇴직하는 경우는 임기의 만료와 직무수행 불능상태가 지속될 경우 두 가지이다(동법 제98조 제1항, 제2항). 한편, 연방헌법재판소 재판관이 명예훼손행위를 하였거나 6월 이상의 자유형에 처하는 판결이 확정되었거나 또는 중대한 의무위반으로 더 이상 직무수행을 할 수 없는 경우에는 파면 당하게 된다(연방헌법재판소법 제105조 제1항 제2호). 연방헌법재판소는 재판관 전원으로 구성되는 양원합동회의(Plenum)에서 이러한 절차의 개시를 결정하고 또한 자체적으로 재판한다. 그리고 연방헌법재판소는 이러한 권한을 재판관 3분의 2 이상의 찬성으로 대통령에게 授權할 수 있다. 위의 절차가 개시되면 연방헌법재판소의 합동회의는 재판관 3분의 2 이상의 찬성으로 해당 재판관을 잠정적으로 면직시킨다. 범죄행위로 인한 본안절차가 개시된 경우에도 이와 동

445) Maunz, Art. 98 Rdnr. 19; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 154.

446) 독일의 여러 문헌은 이에 대하여 별다른 논의 없이 당연한 것으로 받아들이는 듯하다.

447) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 98 Rdnr. 2.

일하다. 이로 인하여 연방헌법재판소 재판관이 파면을 당하면 재판관직에 근거한 모든 청구권을 상실하게 된다.

한편, 스페인은 탄핵제도 자체를 두지 않고 있으며, 헌법재판소 재판관에 대하여는 일정한 요건하에 면직제도를 두고 있다.⁴⁴⁸⁾ 스페인 헌법재판소는 전체회의를 통하여 사법부 구성원으로서 부자격요건에 해당한 경우, 우연히 겸직불가의 직책에 종사하게 된 경우, 자신의 직책상 의무를 부지런히 수행하지 않은 경우, 업무상 비밀준수규정을 위반한 경우, 민사상 사기로 유죄판결을 받거나, 사기죄·중과실 등으로 유죄판결을 받은 경우에 재판관의 면직 여부를 결정한다.

프랑스의 경우, 헌법평의회 위원에 대한 탄핵제도는 존재하지 아니하고, 헌법평의회의 위원이 그 자격과 양립할 수 없는 직무나 선거에 의하여 임명되는 직을 행사 또는 수락한 때, 시민권 및 참정권을 향유할 수 없게 된 때, 지속적인 신체의 장애로 인하여 그 직무수행에 결정적인 지장이 있는 때에 헌법평의회는 당해 위원의 사직을 확인하게 하고 있다(헌법평의회조직법 제10조, 제11조).

오스트리아에서는 헌법재판소의 재판관에 대한 탄핵을 인정하고

448) 제23조 ① 헌법재판소 재판관은 다음 중 어느 하나에 해당할 때 면직된다. 첫째, 사직서가 재판소장에 의해 수리된 경우, 둘째, 임기만료, 셋째, 사법부 구성원으로서 부자격요건에 해당한 경우, 넷째, 우연히 겸직불가의 직책에 종사하게 된 경우, 다섯째, 자신의 직책상 의무를 부지런히 수행하지 않은 경우, 여섯째, 업무상 비밀준수규정을 위반한 경우, 일곱째, 민사상 사기로 유죄판결을 받거나, 사기죄·중과실 등으로 유죄판결을 받은 경우. ② 본조 제1항 첫째·둘째 사유와 사망으로 인하여 재판관의 면직 또는 공석이 발생한 경우에는 헌법재판소 소장은 이를 공표하여야 한다. 제1항의 셋째와 넷째의 경우는 전체회의에서 단순과반수로 결정하고, 다섯째 이하의 경우에는 전체회의에서 4분의 3의 찬성으로 결정한다.

제24조: 헌법재판소 전체회의는 재판관이 기소된 경우 또는 제23조에 규정된 면직사유 해당 여부를 가리는 데 필요한 기간동안 사전조치로서 재판관의 직무수행정지를 의결할 수 있다. 이 의결은 전체회의에서 4분의 3의 찬성을 얻어야 한다.

제26조: 헌법재판소 재판관의 형사책임은 대법원 형사법정 앞에서만 물을 수 있다.

있지 않다. 헌법재판소 (예비)재판관이 연방·주 정부의 구성원, 국회 의회나 연방의회 또는 기타 일반 대의기관의 구성원 등을 겸한 경우, 정당한 이유 없이 헌법재판소의 심리에 대한 소환에 3회 계속하여 응하지 않은 사실이 인정된 경우, 직무수행중 또는 직무 밖에서 직책상 요구되는 주의 및 신의의무를 위반하였거나 직무상 비밀준수의무를 현저히 반한 경우, 신체적 또는 정신적 결함으로 인하여 직무수행이 불가능한 경우에 헌법재판소는 해당 (예비)재판관을 면직시킬 수 있다(헌법재판소법 제10조).

이상의 입법례를 통하여 알 수 있듯이, 헌법재판소 재판관이 헌법재판소에 의하여 탄핵심판을 받게 되는 것은 매우 이례적이라 하겠다.

4) 개선방안

가) 제1안: 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵사유의 제한

헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도를 둘 경우, 요건을 엄격하게 제한하여 국회에 의한 정치적 공세가 부당하게 제기되지 않게 하여야 할 것이다. 현재의 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’와 같이 포괄적으로 규정하지 말고, 독일의 입법례에서 보듯이 헌법수호의 입장에서 ‘직무상 또는 직무 외에서 헌법의 기본원칙에 위반한 때’와 같이 제한적으로 소추의 실체적 요건을 명시하여야 할 것이다.

나) 제2안: 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도의 폐지와 헌법재판소 자체의 면직절차 신설

부당한 정치적 압력으로부터 헌법재판소의 권위를 지키고, 구체적인 면직사유의 발생시에 차분하면서 실제적인 내부절차에 의한 결정을 기대할 수 있도록 헌법재판소 자체의 면직제도를 신설하기로 한다. 이를 위해서는 면직사유를 구체화하고⁴⁴⁹⁾, 그 절차를 합리적으로

로 구성하여야 할 것이다.

그런데 헌법재판소 내부의 결속으로 말미암아 면직제도의 실효성이 떨어지는 것을 막기 위한 제도적 보완책이 필요하다. 예컨대, 재판관을 9년 임기로 하되 3년마다 改選하게 함으로써 헌법재판소의 신진대사를 원활하게 하고, 특정시점의 정치세력에 의하여 헌법재판소가 편중되게 구성되는 것을 막아야 할 것이다.

4. 정당해산심판절차

(1) 서

입헌론적 관점에서 정당해산심판절차상의 문제점은 그리 많지 아니하다. 주로 헌법재판소법 등의 법률적 차원에서 기술적으로 여러 가지가 문제점으로 논의되고 있다. 예컨대 정당해산심판의 청구와 관련하여 청구인(‘정부’)의 의미와 청구인의 범위⁴⁴⁹⁾, 심판청구의 내용⁴⁵¹⁾, 심판청구의 취하 여부⁴⁵²⁾ 등이 논의되며, 피청구인의 확정

449) 여기서 사실상 탄핵사유에 준하는 면직사유와 단순한 징계사유를 구별하여야 할 것이다. 예컨대 직무의 내외를 불문하고 재판관으로서의 위신을 떨어뜨리는 비행을 저지른 경우에는 탄핵사유에 준하는 면직사유는 아닐지라도 적어도 징계사유에 해당할 것이다.

450) 헌법 제8조 제4항과 헌법재판소법 제55조는 정당해산심판의 청구권자가 정부임을 명시하고 있다. 여기서 정부는 구체적으로 무엇을 의미하는지, 즉 헌법 제4장의 정부를 의미하는지 아니면 대통령을 의미하는지에 대하여 논란이 있을 수 있다. 또한 청구권자가 오직 정부만인가에 관하여도 문제가 제기될 수 있다. 예컨대 독일의 경우에는 연방의회, 연방참사원, 연방정부가 정당해산심판을 청구할 수 있다.

451) 정당의 해산결정 이외에 특정 정당의 위헌여부만을 확인하는 결정이나 정당해산결정의 취소를 구하는 청구 또는 금지된 정당의 복권을 구하는 청구가 허용될 수 있는지가 논의될 수 있다.

452) 일단 제기된 정당해산심판의 청구를 취하할 수 있는냐가 문제된다. 이와 관련하여 심판청구권 행사의 성격이 문제된다. 기속행위설, 자유재량행위설(정치적 재량설), 기속재량행위설 등의 학설에 따라 그 결론이 달라진다.

과 관련해서는 심판청구이후의 자진해산 가능 여부⁴⁵³⁾와 분·합당의 허용 여부 등이 논의되고 있다. 이러한 논의는 주로 헌법재판소법의 해석론에 관한 문제이므로, 여기에서는 헌법 차원에서 이론적으로 또한 헌법정책론적으로 관련되어 문제되는 정당해산결정에 따른 의원직상실 여부를 검토하기로 한다.

(2) 위헌정당해산시 소속국회의원 신분상실 여부

1) 현행 규정

위헌정당해산결정에는 여러 가지 효력이 인정되고 있다.⁴⁵⁴⁾ 그런데 헌법재판소의 정당해산결정으로 정당이 해산된 경우에 그 정당에 소속되어 있던 국회의원의 지위는 어떻게 되느냐가 문제된다. 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 헌법재판소에 의해

453) 정부가 정당해산심판을 청구한 시점에 피청구인이 확정된다. 이와 관련하여 정당해산청구 이후에 피청구인으로 확정된 정당이 자진해산할 수 있는지가 문제된다. 또한 이 경우에 헌법재판소는 어떠한 결정을 하여야 하느냐가 문제된다.

454) 헌법재판소의 정당해산결정은 헌법재판소법과 정당법 등에 따라 다음과 같은 효력을 지닌다. 첫째, 헌법재판소가 해산결정을 선고한 때에는 그 정당은 해산된다(헌법재판소법 제59조). 헌법재판소의 정당해산결정은 창설적 효력을 가진다. 즉 이러한 정당해산의 효과는 헌법재판소의 결정에 의하여 비로소 발생하며, 중앙선거관리위원회가 헌법재판소의 통지를 받고 정당법(제40조)에 따라 그 정당의 등록을 말소하고 이를 공고하는 행위는 단순한 사후적 행정조치에 불과하다. 해산결정이 확정된 정당은 그 때부터 불법결사가 되기 때문에 행정청이 행정처분으로 그 정당의 존립과 활동을 금지할 수 있다. 그리고 정당의 부분조직이나 정당의 특수한 과제를 담당하는 특별조직도 역시 해산된다. 둘째, 해산된 정당과 유사한 목적을 가진 이른바 '대체정당'의 창설이 금지된다(정당법 제42조). 따라서 해산된 정당의 대표자 및 간부는 해산된 정당의 강령 또는 기본정책과 동일하거나 유사한 정당을 설립할 수 없고, 해산된 정당의 명칭과 동일한 명칭은 다시는 정당의 이름으로 사용하지 못하게 된다(정당법 제43조 제2항). 셋째, 해산된 정당의 잔여재산은 국고에 귀속한다(정당법 제41조 제3항). 그러나 해산된 정당에게 이미 지급된 국고보조금 상당의 금액을 추가로 추정하는 것은 허용되지 아니한다.

해산결정을 받은 경우 그 정당소속 국회의원의 신분상실 여부에 관해 현행헌법⁴⁵⁵⁾이나 헌법재판소법, 공직선거및선거부정방지법⁴⁵⁶⁾은 그 어떠한 규정도 두고 있지 아니하다. 그리하여 다양한 해석론이 전개되고 있는데, 그 견해가 나누어지고 있다.

2) 현황과 문제점

정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 헌법재판소의 결정에 의해 정당이 해산된 경우에 그 정당소속의 국회의원의 신분이 계속 유지되는지 아니면 상실되는지의 문제는 궁극적으로 대의제 민주주의에 기초한 국회의원의 국민대표성 및 자유위임의 요청과 정당국가적 민주주의의 현실에 기초한 국회의원의 정당대표성 중 어느 쪽에 더 비중을 둘 것이냐 하는 문제와 연관되어 있다.

이에 대하여는 국회의원의 국민대표성을 중시하고 현행법상 무소속입후보의 허용을 들어 소속정당이 해산되더라도 국회의원직은 상실하지 않으나 국회에서의 징계나 자격심사에 의해서 그 신분을 상실할 수도 있다고 보는 견해가 있다.⁴⁵⁷⁾ 다만 이 입장에 서더라도 전국구위원의 경우에는 법률의 규정에 의하여 또는 정당대표성이 강

455) 참고로 우리나라 1962년헌법은 제38조에서 “국회의원은 소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다.” 라는 규정을 두고 있었다. 그 이유는 1962년헌법이 정당국가적 성격을 강하게 띠고 있었기 때문이었다.

456) 공직선거및선거부정방지법에서 위헌정당해산과 간접적이거나 관련된 규정을 찾자면, 비례대표국회의원은 소속정당의 합당·해산 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 국회법 제136조의 규정에 불구하고 퇴직된다는 동법 제192조 제4항을 들 수 있다. 여기서 비례대표국회의원이 신분을 유지하게 되는 한 계기인 해산의 경우가 헌법재판소에 의하여 강제로 해산된 경우도 포함하느냐가 문제된다.

457) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005, 1525면. 이 견해는, 위헌정당으로 정당이 해산되더라도 국회의원의 자격유지의 문제는 국회의 자율적 결정사항이므로 국회의 자격심사나 제명처분에 의해서만 국회의원의 자격을 상실하고 그렇지 아니하면 종전과 같이 유지된다고 본다.

하다는 이유에서 의원신분을 상실한다고 본다. 그리고 오늘날에 있어서 정당해산제도의 중요한 기능이 방어적 민주주의나 예방적 헌법 수호보다는 정당의 존속보호라는 측면이라고 보아 국민에 의하여 선임된 국회의원은 소속정당의 해산만으로 국민의 대표성을 상실하지 않는다고 하여 정당해산결정에도 불구하고 원칙적으로 국회의원의 자격을 상실하지 않는다고 보는 견해⁴⁵⁸⁾도 있다.

반면, 정당제 민주주의원리를 중시하고 또 방어적 민주주의의 정신에 비추어 국회의원신분을 상실한다고 보는 견해⁴⁵⁹⁾가 있다. 이 견해는 정당해산심판제도가 가지고 있는 헌법보호의 취지나 방어적 민주주의의 이념과 원리상 정당이 위헌으로 해산되면 그 정당에 소속되어 있던 국회의원의 자격은 당연히 상실된다고 본다.

생각건대, 정당해산결정에 따른 의원신분상실의 여부는 결국 정당해산제도의 존재이유에서 찾아보아야 할 것이다. 정당해산제도가 정치과정 내지 국가의사결정과정에서 정당이 차지하는 비중을 직시하고 그 목적과 활동이 헌법의 기본질서에 합치하여야 할 의무를 위반하는 경우 이에 대한 견제장치로서 기능하여야 한다면, 정당이 일단 해산되기에 이르렀다면 그 정당의 실체에 해당하는 의원의 신분을 상실시키는 것은 매우 합리적이라 하겠다.⁴⁶⁰⁾ 오늘날 정당해산제도가 정당의 존속보호의 측면을 강하게 지향한다고 하더라도, 이는 정당해산요건이나 절차에서의 엄격함으로 해결할 것으로 본다. 그러나 일단 정당해산결정이 내려진 경우에는 그 해산결정의 취지, 즉 정당

458) 이성환 외, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판소, 2004, 279면.

459) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 201, 1148면; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 842면; 정중섭, 헌법소송법, 박영사, 2005, 470면.

460) 국회의원은 사실상 정당의 간부이자 정당의 입장을 대변하는 자이며, 정당에 소속되어 정당의 의사를 실현하기 위해 국회에서 발언·표결하는 것에 비추어 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다 하여 해산되었음에도 불구하고 그 소속의원이 신분을 그대로 유지한다는 것은 타당하지 않고 방어적 민주주의를 규정한 헌법의 취지에도 맞지 않다고 생각한다.

을 통한 조직적 정치활동의 금지 내지 방지에 상응하도록 의원의 자격을 박탈하는 것은 부득이하게 요청된다고 본다.

이와 같이 위헌정당의 해산결정시에 소속 의원의 신분은 상실토록 하는 것이 타당하나, 이에 관하여 아무런 명문의 규정이 없다는 것은 사안의 중대성에 비추어 볼 때 심각한 문제라고 본다. 왜냐하면 이를 해석론으로만 해결하기에는 무리가 따르기 때문이다.

3) 외국의 입법례

위헌정당해산시에 의원직을 상실한다는 명문규정의 대표적인 입법례로 독일연방선거법을 들 수 있다(동법 제46조 제1항 제5호, 제47조). 그런데 이 규정은 그 이전에 내려졌던 독일연방헌법재판소의 판결에 기초한 것이었다.

독일연방헌법재판소는 사회주의제국당(SRP)과 독일공산당(KDP)에 대한 해산판결에서, 타율적 정당해산제도는 정치적 의사형성과정에서 위헌정당의 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, 그리고 이러한 정당해산조항의 해석이 자유위임규정의 고유한 의미를 상실하게 하지는 않는데 그 이유는 위헌정당소속의 의원은 국민 전체의 대표가 될 수 없기 때문이라는 점을 판단근거로 제시하였다. 그리하여 독일연방헌법재판소는 “정당의 위헌성이 확인되면 당해 정당의 소속의원의 연방의회·주의회 의원직은 상실된다”, “의원직 상실로 이미 행한 의회에서의 의결의 효력에는 영향이 없다”고 판시하였다.

4) 개선방안

앞에서 살펴본 바와 같이, 오늘날 정당국가적 현실에 비추어 볼 때 헌법상의 대의제 민주주의원리에도 불구하고 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 위헌정당의 해산결정시에는 그 소속의원의 신분을 상실토록 하는 것이 타당하다. 그런데 이에 관한 명문의 근거가 없기 때문에 이를 명문으로 규정하는 것이 필요하다고 본다. 문제는 이를 어떻게 규정하느냐이다. 독일의 입법례처럼, 법률 차원에서 규정할 수도 있다. 예컨대 헌법재판소법이나 공직선거및선거부정방지법에서 이를 규정할 수 있다. 그러나 정당해산결정에 따른 의원신분상실에 관한 법률의 규정은 헌법상 자유위임의 법리(헌법 제45조의 면책특권, 제46조 제2항의 국가이익우선의무)와 관련하여 위헌여부가 문제될 소지가 있으므로⁴⁶¹⁾, 이를 헌법에 명문으로 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 따라서 이를 먼저 헌법에 규정하고, 다시 이를 헌법재판소법에 규정하여야 할 것이다. 그 개정안을 제시하면 다음과 같다.

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.

461) 헌법 제46조 제2항은 무기속위임의 원칙을 보여주는 대표적인 조항이다. 선거인의 지시나 훈령에 따르지 아니하며 사후보고의 의무도 없다는 의미의 무기속위임의 원칙은 여러 헌법에서도 명문으로 강조되고 있다. 예컨대 독일기본법 제38조 제1항은 “독일연방의회의 의원은 국민전체의 대표자이고 위임과 지시에 구속되지 아니하며 그 양심에 따를 뿐이다”라고 하고 있으며, 프랑스헌법 제27조 제1항은 “강제위임은 무효이다”라고 하고 있다. 이와 같은 무기속위임의 원칙규정은 의원이 오직 국민의 대표자일 뿐 정당의 대표자이어서는 아니 된다는 것을 전제로 하고 있다. 그러한 이유에서 무기속위임의 원칙은 정당해산에 따른 의원신분상실규정에 대하여 심각한 문제를 제기하게 된다.

헌법재판소법 제59조 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다. 그 정당소속의 국회의원은 국회의원신분을 상실한다.

5. 권한쟁의심판절차

권한쟁의심판절차와 관련한 헌법규정은 헌법재판소의 권한쟁의심판권을 직접 규정한 제111조 제1항 제4호와 권한쟁의심판에서의 심판정족수를 간접적으로 규정한 제113조 제1항이 있을 뿐이다. 권한쟁의심판제도와 관련하여 헌법적으로 문제되는 것은 권한쟁의심판절차에서 다툼의 대상이 되는 ‘권한’의 의미 및 근거, 권한쟁의심판의 종류, 당사자가 되는 ‘국가기관’의 범위와 지방자치단체 기관의 당사자능력 등이다.

(1) 권한쟁의심판 대상으로서의 ‘권한’의 의미

통상적으로 권한은 공적 업무를 수행하기 위하여 법에 의하여 국가기관이나 지방자치단체에게 부여된 ‘자격’ 내지 기관이 관장하고 있는 ‘관할’을 말한다. 그런데 권한쟁의심판절차와 관련하여 헌법과 헌법재판소법에서 규정된 권한에는 직무상 의무도 포함한다고 보아야 할 것이다. 비록 헌법과 헌법재판소법에 의무라는 표현은 없으나, 기관의 직무상의 권한이란, 권리와는 달리, 성질상 직무상의 의무도 포함하고 있다고 보아야 할 것이기 때문이다. 이와 같이 해석에 의하여 직무상 의무가 권한에 포함되어 있는 것으로 볼 수 있기 때문에⁴⁶²⁾, 헌법과 헌법재판소법에 의무의 존부 및 범위에 관한 다툼을

462) 이에 관하여는 헌법재판소도 인정하고 있다. 예컨대, 1995. 2. 23. 90헌라1.

명시할 필요는 없다고 본다.⁴⁶³⁾

또한 헌법이나 헌법재판소법상 권한쟁의심판절차에서의 권한은 기관이 가지고 있는 주관적 권리를 포함하지 아니한다고 볼 것이다.⁴⁶⁴⁾ 대통령, 국무총리, 행정각부의 장, 국회의원 등과 같이 자연인 또는 법인이 기관의 직을 보유하고 있는 경우에 다른 기관의 처분이나 부작위로 그 지위의 박탈이나 침해 등이 발생한 때에는 그 권리의 침해를 헌법소원심판절차로 다룰 것이지 권한쟁의심판절차로 다룰 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 우리 헌법과 헌법재판소법은 권한쟁의심판제도와 헌법소원심판제도를 동시에 두고 있고, 권한쟁의심판에서는 명시적으로 ‘권한’에 대한 다툼을 정하고 있기 때문이다.⁴⁶⁵⁾

(2) 권한쟁의심판의 종류

1) 현행 규정

헌법 제111조 ① 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판

463) 독일 기본법 제93조 제1항은 제1호에서 “연방최고기관의 ‘권리’와 ‘의무’의 범위에 관한, 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규정에 의해 고유한 권리를 부여받은 기타 관계기관의 ‘권리’와 ‘의무’에 관한 분쟁에서의 기본법의 해석에 관하여” 연방헌법재판소가 재판할 것을 규정하고 있다. 여기서 ‘권리’는 일차적으로 관할과 권한을 의미하는 것으로 이해되고 있다. 그러나 오스트리아 연방헌법(제138조 제1항)이나 스페인헌법(제161조 제1항 제3호)은 의무에 관하여는 언급하지 않고 단지 ‘권한’쟁의라는 표현을 사용하고 있다. 이러한 입법례를 비교해 보더라도, 우리 헌법에 권한과 별도로 굳이 의무의 존부 또는 범위에 관한 다툼을 명시할 필요는 없다고 하겠다.

464) 한편, 독일의 권한쟁의심판의 성격은 국가기관의 주관적 권리 및 의무 보호를 목적으로 하는 주관적 쟁송의 성질과 합법적인 헌법행위의 보장과 객관적 헌법의 보호를 목적으로 하는 객관적 쟁송으로서의 성질을 겸하고 있는 것으로 보고 있다. 자세한 것은 최갑선, “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 헌법논총, 제7집, 1996, 394-399면.

465) 정중섭, 헌법소송법, 518면.

헌법재판소법 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 지방교육자치에관한법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감의 제1항 제2호 및 제3호의 당사자가 된다.

2) 현황 및 문제점

가) 권한쟁의심판의 종류

현행헌법은 권한쟁의심판의 종류를 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의 세 가지로 정하고 있으며, 헌법재판소법은 제62조에서 이를 더욱 구체화하고 있다.

그런데 전통적으로 국가기관 상호간 권한쟁의가 권한쟁의심판제도의 핵심임은 당연하나, 단일국가인 우리의 경우에 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간 권한쟁의도 이에 포함되어야 할

지가 논의의 대상이 되고 있다. 연방국가의 경우에는 일반적으로 연방과 주, 주 상호간에 발생하는 분쟁 내지 권한쟁의를 헌법재판의 대상으로 하고 있다.⁴⁶⁶⁾ 반면 단일국가의 경우에는 일반적으로 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 직접적인 헌법재판의 대상이 되지 아니한다. 예컨대 프랑스의 경우, 지방자치단체의 권한에 관한 기본원칙을 법률로 정하고 있는데, 이 법률의 위헌여부를 심사하는 것을 통하여 헌법평의회가 간접적으로 지방자치단체의 권한쟁의를 다루고 있다.⁴⁶⁷⁾

그런데 우리나라와 같은 단일국가에서 지방자치단체, 특히 시·군·구 상호간 권한쟁의까지도 헌법재판소에서 심판하는 이유는 무엇인가? 현행 헌법 제117조 제1항에 의하여 지방자치단체의 자치입법권의 범위가 ‘법령의 범위 안’으로 한정되어 자치입법은 헌법재판소의 위헌심사 대상이 되지 아니한 점, 또한 자치입법은 대법원의 위헌위법심사의 대상인 명령보다 하위의 효력을 인정받는 까닭에 행정재판의 대상으로만 되게 한 점을 고려해 볼 때, 이러한 의문은 더욱 증폭된다고 하겠다. 더구나 지방자치단체의 종류는 헌법 제117조 제2항에 따라 법률로 정하게 되어있으므로 헌법상의 기관도 아니다. 이러한 점을 고려해 볼 때, 우리나라에서 국가기관과 지방자치단체간

466) 연방국가인 독일(연방헌법 제93조 제1항 제3호·제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제7호·제8호), 오스트리아(연방헌법 제138조 제1항 제3호 및 제2항, 헌법재판소법 제47조·제50조)에서는 연방과 주, 주 상호간의 분쟁 내지 권한쟁의에 대한 재판을 헌법재판소가 담당하고 있다. 한편, 입법에 관하여 자치권을 부여하고 있는 지역(regione, région)으로 구성된 지역국가(Etat régional)의 경우에는 연방국가의 주에 준하는 헌법재판을 인정하고 있다. 그러한 예로 스페인, 이탈리아와 벨기에 등을 들 수 있다.

467) 헌법평의회는 코르시카의 지역(région)으로서의 특수지위를 인정하는 1982년 3월 2일의 법률에 대하여 합헌판결을 내려 코르시카 지역의 권한을 확정하였으며, Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion의 특수성을 고려하여 지역의 조직을 부여하는 법안에 대하여 합헌판결을 내려 위 해외영토들에게 지역으로서의 지위와 권한을 인정하였다. 이처럼 프랑스는 위헌법률심사를 통하여 간접적으로 권한쟁의를 심사하고 있다.

및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의까지도 권한쟁의심판의 대상으로 한 것은 연방국가에서 연방제의 특성에 따라 국가기관과 주간의 권한쟁의를 권한쟁의심판의 대상으로 포함한 것을 성급하게 받아들였다고 할 것인가?

생각건대, 헌법재판소에 귀속되는 권한쟁의심판의 범위를 어떻게 정하느냐는 것은 근본적으로 각자의 역사적 전통과 정치적 여건을 고려한, 권한쟁의심판제도와 연관된 헌법제(개)정권력의 결단이라고 본다. 현행헌법에서 권한쟁의심판절차의 당사자를 지방자치단체까지 확대한⁴⁶⁸⁾ 이유는 지방자치에 대한 사법적 통제를 전적으로 일반사법부에 맡기는 데에 대한 거부감과, 지방자치의 시행 이후 정착과정에서 증대하리라 예상되는 각종 권한쟁의를 헌법재판소의 종국적인 판단에 따라 해결함으로써 책임행정과 지방자치의 실효성을 담보하고 헌법의 규범적 효력을 제고하기 위한 정책적 고려 때문이라고 할 수 있다. 특히 국가와 지방자치단체간 권한쟁의심판을 헌법재판소가 담당하게 된 것은 지방자치의 실효성을 확보하는 데 매우 중요한 의미를 가진다고 하겠다. 그런데 후술하는 바와 같이, 권한쟁의심판이 국가기관간 권한쟁의에만 국한하지 않고 지방자치단체간 그리고 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의도 포함하는 까닭에 권한쟁의심판절차에서 다툼의 대상이 되는 권한의 근거에 대하여 문제가 제기되고 있다.

나) '국가'와 지방자치단체간 권한쟁의심판

헌법재판소법 제63조 제1항 제2호는 권한쟁의심판의 종류의 하나

468) 역사적으로 볼 때, 권한쟁의심판제도를 최초로 도입한 1960년헌법에서는 헌법재판소의 관장사항의 하나로서 '국가기관간의 권한쟁의'만을 인정하였으나(제83조의3 제3호), 현행 헌법은 이 외에 '국가기관과 지방자치단체간' 및 '지방자치단체 상호간'의 권한쟁의까지도 권한쟁의심판의 대상으로 규정하고 있다.

로서 ‘국가기관과 지방자치단체’간의 권한쟁의심판을 들고 있다. 이는 헌법 제111조 제1항 제4호의 ‘국가기관과 지방자치단체간’이라는 문구를 그대로 수용한 것이다. 그런데 여기서 국가라는 법인격의 기관인 국가기관과 지방자치단체라는 법인격의 주체간의 권한쟁의로 규정하는 것이 입법기술상 적절한가 라는 문제가 있다. 국가의 기관은 그 행위의 법적 효과의 귀속주체가 되지 못하는 반면, 그 효과는 법인격의 주체인 국가에 귀속되기 때문에, 국가기관과 지방자치단체간의 관계는 결국 국가와 지방자치단체의 관계임을 알 수 있다. 따라서 헌법 제111조 제1항 제4호와 이를 그대로 수용한 헌법재판소법 제2조 제4호, 제62조 제1항 제2호의 ‘국가기관과 지방자치단체간’이라는 표현은 ‘국가와 지방자치단체간’으로 개정되어야 할 것이다.⁴⁶⁹⁾

이와 같이 대등한 법인격의 주체로서 ‘국가와 지방자치단체간’의 권한쟁의로 표현을 바꾸는 것이 타당하다고 본다. 그런데 국가나 지방자치단체가 직접 행위를 하는 것이 아니고 그 기관을 통하여 행위를 하는 것은 사실이다.⁴⁷⁰⁾ 그리고 그 기관은 상호 독자적인 권한을 행사하기 때문에 서로 다른 견해를 가질 수 있다. 그러한 까닭에 구체적인 권한쟁의는 이러한 기관을 중심으로 발생하기 마련이다. 따라서 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의의 유형을 구체화함에 있어서는 헌법재판소법 차원에서 각 법인격의 기관을 당사자로 하는 권한쟁의를 포함하여야 할 것이다.

그리고 이와 동일한 이유에서 국가라는 법인격의 기관과 지방자치단체라는 법인격의 기관에게도 경우에 따라서는 심판청구인으로서의 적격성을 보장할 필요가 있다고 하겠다. 이에 관하여는 후술하기로

469) 연방제를 취하고 있는 국가(예 독일, 오스트리아 등)의 경우, 권한쟁의의 당사자가 연방기관 아닌 연방과 주임을 명시적으로 밝히고 있다.

470) 그러한 이유에서 ‘국가’라는 법인격의 주체를 사용하지 않고 ‘국가기관’이라는 표현을 사용한 것이라고 본다.

한다.

3) 개선사항

현재와 같이 권한쟁의심판의 유형은 ‘국가기관 상호간’, ‘국가와 지방자치단체간’, ‘지방자치단체 상호간’의 권한쟁의심판 세 가지로 존속하기로 한다. 그리고 국가와 지방자치단체의 기관의 당사자 능력을 인정하는 방향으로 권한쟁의심판의 유형을 구체화하여야 할 것이다.

(3) 권한쟁의심판 대상으로서의 권한의 근거

1) 현행 규정

헌법 제111조 ① 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판

헌법재판소법 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.

2) 현황과 문제점

헌법에서는 권한쟁의심판에서 다툼의 대상이 되는 권한이 헌법에 의해 부여된 권한이라고 한정하고 있지 않다. 또한 이에 관한 자세한 규정을 법률에 위임하고 있지도 않다. 그런데 헌법재판소법은 “피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청

구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에” 권한쟁의심판청구를 할 수 있다고 규정함으로써 권한쟁의심판에서 다툼이 되고 있는 권한이 헌법만이 아니라 법률에 의하여 부여받은 권한을 포함하고 있음을 명문으로 밝히고 있다.

여기서 헌법에서 명시하지 않고 있는 법률상의 권한에 대한 다툼을 권한쟁의심판의 대상으로 정하고 있는 헌법재판소법이 헌법에 의하여 부여받은 헌법재판소의 권한을 확대하여서 헌법에 위반되는 것이 아닌가 하는 문제점이 제기된다. 달리 말하면, 헌법상의 ‘권한’쟁의가 헌법상 권한에 국한된다고 보아야 할 것인지, 아니면 이에 국한되지 않고 법률 나아가 다른 법규범에 의한 권한도 포함된다고 보아야 할 것이냐가 문제된다. 이에 대하여는 헌법적 문제와 법률적 문제를 구별하지 않고 이를 모두 권한쟁의심판의 영역에 포함시킴으로써 사법권의 이원화로 인한 문제점이 표면화될 소지를 갖게 되었다는 비판⁴⁷¹⁾이 있다.

이와 관련하여 먼저 해석론의 입장에서 현행법상 권한쟁의심판제도의 지위를 살펴볼 필요가 있다. 현행헌법상 권한쟁의심판제도는 국가기관 상호간의 권한쟁의만이 아니라 국가기관과 지방자치단체 상호간의 권한과 의무에 대한 다툼과 지방자치단체 상호간의 권한과 의무에 대한 다툼도 그 대상으로 하고 있다. 이처럼 국가의 수준에서만이 아니라 지방자치단체의 수준에서도 권한과 의무의 적정한 배분을 헌법재판소로 하여금 확인하게 하고 있다. 그런데 지방자치단체의 권한과 의무는 주로 법률 차원에서 규정되고 있음을 주의하여야 한다. 따라서 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판절차에서 다툼의 대상이 되는 권한은 법률에 의하여 부여된 권한도 포함하고 있다

471) 예컨대, 홍기태, 권한쟁의심판, 헌법재판제도의 이해(재판자료 제92집), 법원도서관, 2001, 663면.

고 보아야 할 것이다. 이와 같이 현행헌법은 국가적 공동체 내에 존재하는 공권력 주체간의 권한과 의무 배분의 적정성을 헌법재판소라는 하나의 헌법재판기관으로 하여금 통일적으로 심사하게 하고 있다.⁴⁷²⁾ 이로 인하여 공권력의 주체들이 가지는 헌법상의 권한과 의무뿐만 아니라 법률상의 권한과 의무 배분의 적정성에 대한 판단의 일관성을 보장해주고 있다고 하겠다. 요컨대, 헌법에서 정하는 내용은 법률에서 더욱 세분화되고 구체화되는 까닭에 권한쟁의심판에서 다툼이 되는 권한은 헌법뿐 아니라 법률에서 부여하는 것이 포함되어야 한다고 본다.⁴⁷³⁾

한편, 입법론의 관점에서 헌법상의 권한침해만이 아니라 법률상 부여받은 권한의 침해에 대해서도 권한쟁의심판의 대상으로 삼는 것이 과연 바람직한 것인가라는 정책적 문제가 여전히 제기되고 있다. 왜냐하면 법률상 권한의 침해에 대해서도 권한쟁의의 대상으로 삼는 것은 일반행정소송(기관소송)과 관할권의 충돌을 초래할 수 있기 때문이다. 이 문제는 결국 권한쟁의심판과 기관소송간의 관계로 귀결된다. 현행 실정법구조에서 헌법과 헌법재판소법은 권한쟁의심판제도를 정하고 있고, 행정소송법은 기관소송제도를 정하고 있는 바, 이

472) 정중섭, 헌법소송법, 제3판, 2005, 478-79면. 정교수는, 헌법이 국가기관뿐 아니라 지방자치단체와 지방의회에 대해 정하고 있고, 이들 상호간의 권한의 배분과 행사가 바로 헌법적 성질을 가지며, 이들 간의 분쟁이 국사문제로서의 성격을 가지므로 이러한 분쟁에 관한 관할권을 헌법재판소가 가지는 것이 당연하다고 본다(정중섭, 같은책, 516면).

473) 더 나아가 국회규칙(헌법 제64조 제1항), 대법원규칙(헌법 제108조), 헌법재판소규칙(헌법 제113조 제2항), 중앙선거관리위원회규칙(헌법 제114조 제6항)에 의하여 부여된 권한에 대하여 다툼이 있는 경우에도, 이를 권한쟁의심판절차를 통하여 다룰 수 있는가가 문제된다. 이에 대하여, 헌법 또는 법률에 의하여 부여된 권한에 대한 다툼은 권한쟁의심판절차에서 다루고 나머지 권한분쟁은 모두 행정소송법상의 기관소송으로 처리하는 것이 더 합당하다는 견해와 국가기관이나 지방자치단체와 같이 공권력주체의 권한에 대한 다툼은 모두 권한쟁의심판으로 처리하게 하는 것이 낫다는 견해가 대립하고 있다.

를 어떻게 조정하느냐가 문제의 핵심이 된다.⁴⁷⁴⁾

행정소송법 제3조 제4호는 “국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송”을 기관소송으로 하면서, “다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.”고 정하고 있다. 사실상 헌법 제111조 제1항 제4호에서 정한 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권을 다시 확인한 것에 불과한 헌법재판소법 제2조가 행정소송법 제3조 제4호보다 우선한다는 점에서, 이러한 규정은 입법체계상 매우 타당하다고 하겠다. 현행 법제하에서는, 권한쟁의심판과 기관소송이 병립할 수 있는 여지는 없게 된

474) 이와 관련하여, 공법상의 법률관계에 관한 것은 기관소송 등의 행정소송으로, 헌법관계에 관한 것은 권한쟁의심판으로 정리하는 것이 필요하다고 보거나(예컨대, 신봉기, “권한쟁송법 개정시론”, 헌법논총 제6집, 1995, 408면), 법률분쟁에 관하여는 기관소송절차를 확대하여 해결하는 것이 바람직하다고 보는 견해(예컨대, 최승원, “권한쟁의심판과 기관소송”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 제4권 제4호, 2000, 130면)가 있다. 또한 한건우교수는 행정법상 기관소송의 대상이 되는 것은 행정상 법률관계에 관한 것이나 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 대상이 되는 것은 헌법상 법률관계에 관한 것이라고 보아, 국가기관 상호간의 권한 존부 또는 행사에 관한 다툼이 헌법적 권한과 의무의 존부 또는 범위·내용에 관한 것이면 권한쟁의심판의 관장사항이 되고, 행정법적 권한과 의무의 존부 또는 범위·내용에 관한 것이면 기관소송의 관할사항이 된다고 본다. 이에 따르면, 국가기관과 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간 분쟁의 경우에도 그것이 행정상 법률관계의 다툼이라면 기관소송을 제기할 수 있게 된다(한건우, “기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차”, 연세법학연구, 제3집, 1995, 879-881면).

한편, 구체적인 적용에서 현실적으로는 헌법상의 권한과 법률상의 권한 또는 헌법적 문제와 행정법적 문제를 완전히 구분하는 데 난점이 있으므로, 입법기술상 당사자를 중심으로 구분하여 헌법상의 권력분립원칙과 직접적으로 관련되고 헌법적 문제가 개입됨이 확실한 국가기관 상호간의 권한분쟁만을 헌법재판소의 권한쟁의심판의 관장사항으로 하고, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한분쟁은 법원의 행정소송의 관장사항으로 하는 것이 관할의 중첩을 막는 실제적인 방안이라는 견해(예컨대, 백윤기, “권한쟁의심판과 기관소송”, 헌법문제와 재판<중>, 재판자료 제76집, 369면)가 있다.

다. 원칙적으로 국가기관 상호간의 권한쟁의는 헌법재판소의 권한쟁의심판에, 공공단체의 기관 상호간 및 권한쟁의심판의 대상이 되지 아니한 국가기관간 권한쟁의는 법원의 기관소송에 속하기 때문이다.⁴⁷⁵⁾ 그런데 기관소송은 행정소송법 제45조에 따라 열거주의로 되어 있어서, 사실상 기관소송으로 인정되는 경우는 매우 제한적이다.

이와 관련하여 개별 법률들을 제정하여 특정한 권한에 대한 분쟁을 행정소송법상의 기관소송으로 다룰 수 있게 정하는 것이 허용되는가 하는 문제가 있다. 즉 일정한 범위의 권한쟁의를 기관소송으로 다루는 것이 합당하겠는가의 문제이다. 헌법 제111조 제1항 제4호에서 권한쟁의심판제도의 내용을 정하고 있는 이상, 헌법이 정하고 있는 사항과 모순되는 법률은 제정할 수 없다고 보아야 할 것이다.⁴⁷⁶⁾ 따라서 헌법이 정하고 있지 아니한 사항에 대해서만 기관소송으로 다룰 수 있게 할 수 있다. 이와 관련하여 외국의 입법례를 살펴볼 필요가 있다.

475) 국가기관 상호간의 권한쟁의는 헌법과 헌법재판소법에 따라 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 그리고 헌법재판소의 관장사항으로 되는 것은 행정법원의 기관소송의 대상에서 제외하고 있기 때문에(행정소송법 제3조 제4호 단서, 법 부칙 제8조 제2항 및 법 제2조), 헌법재판소법 제61조 제1항에 의한 국가기관상호간의 권한쟁의심판과 행정소송법 제3조 제4호상의 기관소송과는 관할구분의 문제가 원칙적으로 발생하지 아니한다. 그러나 행정소송법 제2조의 규정에 의한 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송이 아니면 기관소송의 관할이 될 수 있기 때문에, 국가기관 상호간의 권한쟁의를 어떻게 획정하느냐에 따라 관할영역의 배분이 달라지게 된다. 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호를 예시적으로 보고서 일정한 기준에 해당하는 것은 국가기관으로 보고 있다. 따라서 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에 열거되지 아니하고 이 기준에 해당하지 아니하는 국가기관 상호간의 권한분쟁은 기관소송의 관할영역에 속하게 된다. 그러한 예로는 법률상의 수권에 의하여 설치된 국가기관간에 권한분쟁이 발생하나 경우나, 헌법상 국가기관간에 권한분쟁이 발생하였거나 이를 해결할 적당한 기관이나 방법이 있는 경우이다.

476) 동지: 정중섭, 헌법소송법, 487면.

3) 외국의 제도

입법례에 따라서는 권한쟁의심판절차에서 다툼의 대상이 되는 권한이 헌법상의 권한만으로 제한되는 경우도 있으나, 그렇지 않은 경우도 있다. 전자의 경우는 독일과 이탈리아 등이며, 후자의 경우는 스페인 등이다.

독일에서 권한쟁의는 국가기관 상호간에 발생하는 것으로서, 여기서 다툼의 대상이 되는 권한은 기본법(헌법)에 의하여 부여된 것에 한한다(독일 연방헌법재판소법 제64조⁴⁷⁷⁾). 일반법률이나 직무규정 같은 것에만 근거를 둔 권한은 이에 해당하지 않으며, 따라서 헌법재판소의 권한쟁의심판에 의한 보호를 받지 아니한다. 즉 국가기관 상호간의 권한쟁의는 청구기관과 피청구기관이 헌법적 관계에 있고, 이에 근거를 둔 권리와 의무가 침해되었을 때에 비로소 생겨난다는 것이다⁴⁷⁸⁾. 이와 같이 권한쟁의에서 청구인이 침해당했다고 주장할 수 있는 권리 내지 권한을 헌법에 의하여 부여된 것으로 한정하는 까닭은, 독일의 권한쟁의의 목적이 단순히 국가기관 상호간의 권한 침해를 바로잡거나 방지하는 데에만 있는 것이 아니고, 이러한 심판 과정을 통하여 헌법을 해석하고 그 의미내용을 밝히는 데 있기 때문이다.⁴⁷⁹⁾

477) 독일연방헌법재판소법 제64조: ① 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인이나 청구인이 속한 기관에게 기본법이 위임한 권리나 의무를 침해하였거나 직접적으로 위태롭게 하였다고 청구인이 주장하는 때에만, 그 청구가 허용된다. ② 청구에는, 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 침해된 기본법의 조문이 특정되어 있어야 한다.

478) 이에 관한 판결로는 BVerfGE 2, 143(151f.); 27, 152(157); 73, 1(30f.) 참조. 특히 BVerfGE 73, 1(30-31) 참조. “(권한쟁의)절차상의 청구인과 피청구인은 상호간에 헌법적 관계를 가지고 있어야 하고, 이 관계에서부터 양자간에 쟁점이 되는 권리와 의무가 나오는 것이다. … 선거비용보상자금을 관리하고 정당의 회계보고를 심사하는 (연방회의의장의) 권리와 의무는 기본법이나 독일연방회의의 직무규정에서 나오는 것이 아니고 정당법으로부터 나오는 것이다. 이에 관한 쟁송은 권한쟁의로는 처리될 수 없다.”

한편 독일기본법 제93조 제1항 제1호와 연방헌법재판소법 제63조에 따르면, 연방의회와 연방참사원의 직무규정(Geschäftsordnung)에 의하여 고유한 권리가 부여된 부분기관도 권한쟁의의 한 당사자로서 쟁의심판을 청구할 수 있다. 여기서 이 부분기관이 어떻게 ‘기본법에 의하여 부여된 권리와 의무’가 침해되었거나 침해받을 직접적인 위험성이 있다고 주장할 수 있는가 라는 문제가 제기된다. 이에 대하여 연방헌법재판소는, 이런 권한쟁의에서 부분기관은 그가 속해 있는 국가기관을 위한 소송당사자로서 권리침해를 주장할 뿐이며, 스스로 헌법상의 권리를 가지고 있지 않기 때문에 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 것이 아니라고 한다.⁴⁸⁰⁾

이탈리아의 경우, 국가의 법률이 헌법에 의해 레종에 부여된 권한 범위를 침해하였거나 레종의 법률이 다른 레종의 고유한 관할권을 침해하였을 때에는 헌법재판소가 그에 관한 위헌확인을 할 수 있다

479) 이러한 권한쟁의심판의 목적은 연방헌법재판소의 권한쟁의심판권을 규정한 독일기본법 제93조 제1항 제1호에서 발견된다. 이 규정에 따르면, 연방헌법재판소는 “연방최고기관의 권리와 의무의 범위, 그리고 이 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유한 권리가 부여된 기타 이해관계인의 권리와 의무의 범위에 관한 쟁송을 계기로 제기되는 이 기본법의 해석에 관하여” 심판할 수 있다. 이처럼 독일기본법 제93조 제1항 제1호는 권한쟁의에서의 쟁송 자체보다는 기본법의 해석을 더 심판의 대상으로 삼는다고 하고 있다. 한편, 독일 연방헌법재판소법 제64조 제1항에서는, 피청구인의 처분이나 부작위로 말미암아 기본법에 의하여 부여받은 청구인이나 청구인이 속한 기관의 권리가 의무가 침해되었거나 침해당할 직접적인 위험이 있음을 청구인이 주장하는 경우에 한하여 그 쟁의심판청구는 허용된다고 함으로써, 연방헌법재판소가 권한쟁의로 말미암은 기본법의 해석만이 아니라 그 쟁의 자체까지도 심판할 수 있게 하고 있다. 이와 같은 기본법과 연방헌법재판소법 규정간의 상당한 부조화에 관하여는 많은 논의가 이뤄지고 있다. 예컨대 Dieter Lorenz, “Der Organstreit vor dem BVerfG”, in: C. Starck(hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I(Tübingen: 1976), S. 233 참조.

480) “그러나 직무규정에 의하여 설치된 연방의회의 상설구성기관은 자기 자신을 위해서가 아니고 연방의회의 권리를 대변하기 위해서만 당사자능력을 가진다.” BVerfGE 2, 143(165) 참조.

록 하고 있다(1948년헌법 제2조⁴⁸¹). 또한 헌법재판소법 제37조⁴⁸²에서는 국가권력 상호간의 권한쟁의가 헌법이 분배한 권한과 관련된 경우로 규정하고 있다. 그리고 제39조⁴⁸³에서는 국가와 레종간 및 레종 상호간의 권한쟁의를 규정하고 있는데, 이 역시 헌법에 의해 부여된 권한침해를 전제로 하고 있다.

한편, 스페인의 경우, 헌법재판소는 헌법기관 상호간, 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 헌법에 의해 직접적으로 부여된 권한이나 관할권에 대한 쟁의, 지방자치단체의 자치법률에 관한 쟁의, 또는 국가와 지방자치단체의 고유영역을 획정하는 조직법이나 개별 법률에 관한 쟁의를 관할하고 있다(스페인헌법 제161조 제1항 제3호, 스페인 헌법재판소법 제59·62·63·73조⁴⁸⁴).

481) 이탈리아헌법(1948년헌법) 제2조: 레종이 국가의 어떠한 법률이나 법률적 효력을 가진 행위가 헌법에 의해 레종에 부여된 권한범위를 침범하였다고 판단되면, 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.

482) 이탈리아 헌법재판소법 제37조: 권한쟁의가 국가기관에 속하는 국가권력의 의지를 종국적으로 선언하는 것을 관할하는 기관들 사이에서 발생한 경우, 그리고 권한쟁의가 헌법규범에 의해 정해진 다양한 권력분배에 관련된다는 경우, 국가권력 상호간의 권한쟁의는 헌법재판소에 의해 재판된다.

483) 이탈리아 헌법재판소법 제39조: 레종이 그의 행위로 인해 헌법에 의하여 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.

484) 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 개별 법률에 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

4) 개선방안

헌법이 권한쟁의심판의 대상이 되는 권한이 헌법상 권한이라고 한정하지 않은 것과, 헌법재판소법이 그 대상으로서 헌법상 권한의 정의뿐 아니라 법률상 권한의 정의까지도 포함한 것은 문제되지 아니한다고 하겠다. 그 이유는 첫째, 오직 헌법상 권한만이 권한쟁의심판에서 다툼의 대상이 된다면, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 지방자치단체에게 권한쟁의심판의 당사자 자격을 인정하는 것과 배치되는 결과가 나타나기 때문이다. 지방자치단체의 권한과 의무에 관하여는

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 요구한다. 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 관할 없음으로 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 펼쳤다는 서류들을 첨부해야 한다.

헌법보다는 법률 차원에서 규정되고 있으므로 국가와 지방자치단체 간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판은 법률상 권한을 둘러싸고 전개되기 마련이다.⁴⁸⁵⁾ 따라서 헌법에 정한 권한배분을 침해한 이유로만 지방자치단체가 국가나 다른 지방자치단체를 상대로 심판을 청구하려 한다면, 우리 헌법에 규정하는 권한배분에 위반하여 월권을 행하는 소송물 자체가 없게 된다.⁴⁸⁶⁾

둘째, 국가기관간의 권한쟁의만이 아니라 지방자치단체 상호간, 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의도 함께 헌법재판소의 관할권에 속하는 것이 바람직하기 때문이다. 국가기관간이나 지방자치단체간 또는 국가기관과 지방자치단체간에 발생하는 분쟁은 궁극적으로는 권력분립의 원리에 따른 공권력의 합리적 배분을 확인 내지 조정하는 과정에서 발생하는 것이므로 ‘헌법’(constitution, Verfassung)의 본래의 의미에 밀접하다고 할 것이다. 따라서 헌법쟁송(Verfassungsstreit)의 대표적인 유형인 권한쟁의심판을 굳이 국가기관 상호간의 권한쟁의에만 국한시킬 필요는 없다고 보며, 오히려 통일된 관점에서 국가내의 공권력의 배분을 합리적으로 유지할 수 있도록 권한쟁의심판절차를 헌법재판소에 귀속시킨 것이 보다 합리적이라고 본다.⁴⁸⁷⁾

485) 예를 들어, 성남시와 경기도 간의 권한쟁의사건(헌재 1999. 7. 22. 98헌라4)에서 쟁점이 된 것은 성남시내의 골프연습장 및 진입도로에 관한 도시계획사업시행자지정처분 및 실시계획인가처분을 경기도가 할 수 있는 권한이 있는지 여부였다. 이는 다름 아니라 도시계획법상의 권한에 관한 해석 문제였다. 또한 예컨대 국회와 지방의회간의 입법권에 관한 분쟁의 경우, 지방의회의 입법권은 법령의 범위 내로 제한되어 있기 때문에 권한의 다름이 있다고 하더라도, 이는 자치법률이 법률에 반하는지의 문제가 생길 뿐이지 헌법적 차원의 분쟁이 생길 여지가 없다.

486) 우리 헌법에서는 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한, 의원선거와 지방자치단체장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로 정하고 있기 때문이다.

487) 더 나아가 공권력주체의 권한에 대한 다름은 모두 헌법재판소의 권한쟁의심판절차에서 다루는 것이 합당하다고 보는 입장에서, 헌법재판소법 제61조 제1항의 ‘헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 … 권한’을 예시적인 것으

(4) ‘국가기관’의 범위

헌법재판소법은, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서 ‘국가기관’은 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회를 의미한다고 규정하고 있다(헌법재판소법 제62조 제1항 제1호). 여기서 정부는 대통령과 행정부를 포함하고 있다. 이처럼 헌법재판소법은 헌법 제111조 제1항 제4호의 ‘국가기관’의 범위를 구체화하고 있는데, 이러한 구체화가 한정을 의미하는지 아니면 예시를 의미하는지가 논의의 대상이 되었다. 헌법재판소는 처음에는 헌법재판소법의 규정을 한정적인 열거로 이해하였으나⁴⁸⁸⁾, 곧 예시적인 규정으로 이해하였다.⁴⁸⁹⁾ 국가기관을 헌법재판소법 소정의 4개의 기관으로 한정한다면 국가의 기능과 작용에서 권한쟁의심판이 가지는 제도적 의미가 충분하지 못할 것이라는 점에서, 이러한 태도변경은 타당하다고 본다.

문제는 우리 헌법과 헌법재판소법이 국가기관의 부분기관에 관하여 침묵하고 있다는 점이다. 예컨대 독일의 경우, 기본법 제93조 제1항 제1호는 연방최고기관의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁만이 아니라 기본법이나 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유한 권리를 부여받은 ‘기타 관계기관(andere Beteiligte)’의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁도 포함하고 있다. 또한 이를 구체화한 독일 연방헌법재판소법 제63조에는 이에 상응하여 몇 개의 연방최고기관을 열거한 다음에, ‘이들 기관의 부분(Die Teile dieser Organe)’이라는 문구를 두어 소위 ‘부분기관(Organteil)’의 근거를 마련해두고 있다. 이처럼 독일의 법제는 당사자의 범위를 정함에 있어서 우리보다 다

로 보아 명령 또는 규칙상의 권한침해가 문제되는 경우에도 권한쟁의심판에서 다룰 수 있다고 본다(정중섭, 헌법소송법, 528-29면).

488) 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1.

489) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2; 헌재 2000. 2. 24. 99헌라1; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 등.

소 신축성 있는 태도를 보이고 있다. 독일 연방헌법재판소는 위의 ‘기타 관계기관’과 ‘부분기관’의 개념을 활용해서 권한쟁의 당사자의 범위를 조정하여 왔다. 그래서 연방의회의 원내교섭단체⁴⁹⁰⁾, 연방의회의 분과위원회⁴⁹¹⁾, 연방의회의장⁴⁹²⁾, 연방의회의원⁴⁹³⁾, 연방참사원의장, 연방정부의 장관 등이 이러한 부분기관의 의미로서 당사자능력을 인정받게 되었다.⁴⁹⁴⁾ 한편 독일 헌법재판소는 일찍이 정당의 당사자능력을 인정하여 왔는데⁴⁹⁵⁾, 이는 ‘기타 이해관계기관’의 개념으로 설명될 수 있다고 본다.

이와 같은 해석의 여유를 입법적으로 마련해 두고 있지 않은 우리의 경우에도, 권한쟁의심판제도의 취지를 살리기 위하여 부분기관의 당사자능력을 인정하는 해석을 시도하고 있다. 권한쟁의심판제도는, 각 국가기관에게 배분된 권한이 서로 충돌되지 않고 행사되도록 하여 국가의 기능과 작용이 원활하게 이뤄지며 권력분립의 원리를 실효성 있게 보장하려는 것을 그 취지로 삼고 있다. 그래서 권한쟁의심판제도는 각 국가기관간 권한의 확인 및 조정이 여러 방법으로 효과적으로 이뤄지지 않을 경우에 이를 사법적으로 해결하려 한다. 이러한 취지를 제대로 구현하기 위해서는 ‘국가기관’의 범위를 합목적적으로 설정할 필요가 있다.⁴⁹⁶⁾ 그리하여 학설이나 판례는 정부의

490) BVerfGE 20, 56(114); 45,1(28)

491) BVerfGE 2, 143(160).

492) BVerfGE 27,152(172).

493) BVerfGE 10, 4(10)

494) 자세한 것은 C. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., München: C.H.Beck, 1982, S. 60; 김운용, “국가기관 상호간의 권한쟁의심판”, 217-234면.

495) 예컨대 BVerfGE 1, 208; 4, 27; 6, 84 등.

496) 그러한 점에서, “명문으로 열거한 기관 이외에 국회의원 등도 권한쟁의심판의 당사자인 국가기관에 포함시킨다면 국회 내부의 권한의 다툼은 대부분 사법적인 판단의 대상이 될 것이어서 국회의 자율성이나 3권분립의 원칙에 반하게 될 소지가 있고, 나아가 국회의원과 법원, 국회의원과 선거관리위원회, 그리고 국회의원과 지방자치단체 간의 권한의 다툼도 모두 권한쟁의심판의 대상이 되어 헌법이 정한 권력분립체계의 정합성에 어긋나는 결과가

구성원 즉 대통령, 국무총리, 행정각부의 장, 국무회의, 국무위원, 감사원, 감사원장, 감사위원 등이나 국회의장, 원내교섭단체, 국회의 위원회, 국회의원, 지방자치단체의 장, 지방의회 등이 당사자의 지위를 갖는 것으로 이해하고 있다.⁴⁹⁷⁾ 헌법재판소는, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제라고 보면서, 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 국가기관에 해당하는지 아니지를 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 고려하여야 한다고 본다.⁴⁹⁸⁾

이와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 헌법재판소를 권한쟁의심판의 당사자로 인정할 수 있느냐이다. 이에 대하여는 “사건의 이해관계 당사자인 자는 스스로 그 사건의 심판자가 될 수 없다”는 법의 일반 원칙에 따라 헌법재판소가 자신에게 부여된 권한을 지키기 위하여 권한쟁의를 제기하여, 이를 스스로 심판할 수는 없다고 보는 견해⁴⁹⁹⁾가 있다. 이러한 견해에 따르면, 헌법재판소는 자신의 권한을 지키기 위해서는 별도의 정치적 해결이나 입법적 결정에 호소하는 도리밖에 없다. 그러나 헌법재판소가 국가기관인 이상, 비록 청구인으로서 적극적으로 권한쟁의심판을 청구할 수는 없더라도 피청구인

될 수 있다.”는 견해(홍기태, “권한쟁의심판”, 631면)에 동의할 수 없다.

497) 자세한 정종섭, 헌법소송법, 495-500면; 허영, 한국헌법론, 843-845면 참조.

498) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2.

499) Stern, Bonner Kommentar, Rdnr. 95; 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1 참조. 이러한 입법례로, 연방기관간의 쟁송에 관한 청구인과 피청구인으로서 연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방정부 그리고 기본법이나 연방의회 및 연방참사원의 직무규정으로 고유한 권리를 부여받은 위 기관의 부분기관만을 명시한 독일 연방헌법재판소법 제63조를 들 수 있다.

으로서의 자격은 인정할 필요가 있다고 본다. 예컨대 법원과 헌법재판소간에 권한에 대한 다툼이 있을 때⁵⁰⁰⁾, 이를 입법으로 해결하기까지 마냥 기다릴 수만은 없기 때문이다. 법원과 헌법재판소가 각기 자기의 권한임을 내세워 재판절차를 진행하는 것은 매우 위험한 결과를 초래하기 때문이다. 따라서 헌법이 각 국가기관에게 배분한 권한이 서로 충돌하지 않고 행사되도록 하여 국가의 기능과 작용이 원활하게 이루어지게 하고, 국가권력의 상호 통제를 통하여 권력분립의 원리를 제대로 실현하기 위해서는 헌법재판소가 나서지 않을 수 없다고 보아야 할 것이다. 즉 국가기관 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있고 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우에 헌법해석을 통하여 그 분쟁을 해결하는 것이 헌법재판소의 임무라고 보아야 할 것이다.

헌법재판소에게 청구인적격을 인정하는 입법례로 오스트리아와 스페인을 들 수 있다. 오스트리아의 경우, 연방헌법 제138조 제1항⁵⁰¹⁾에서 이를 명시하고 있고, 이에 근거하여 헌법재판소법 제43조⁵⁰²⁾와 제46조⁵⁰³⁾에서 헌법재판소를 권한쟁의의 당사자로 명시하

500) 헌법소송과 행정소송의 관할획정이 용이하지 아니하고, 또 대법원과 헌법재판소의 관할경합이 심각하게 제기되고 있는 우리의 현행법제하에서 양자의 권한쟁의는 언제든지 발생할 수 있다. 특히 기관소송을 반드시 동일한 인격 주체 내부의 기관간 소송으로 정할 필요가 없다는 견해를 취할 경우에는 이러한 권한쟁의 발생가능성은 더욱 커진다고 하겠다.

501) 오스트리아연방헌법 제138조 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.

502) 오스트리아 헌법재판소법 제43조 ① 행정법원과 다른 법원이, 행정법원과 헌법재판소 자신이 또는 궁극적으로 일반법원과 다른 법원(연방헌법 제138조 제1항 제b호)이 동일한 사안에 대한 재판을 청구 받음으로써 권한쟁의

고 있다. 스페인의 경우, 헌법재판소조직법 제4조 제2항⁵⁰⁴)에서 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 청구로 그의 관할권이나 권한의 흠결에 대한 재판을 할 수 있다는 규정을 두고 있다.

생각건대, 국가기관 상호간의 권한쟁의와 관련하여 현행 헌법규정은 그대로 두더라도, 헌법재판소법 차원에서는 국가기관의 범위를 확정할 수 있는 근거를 마련하는 것이 필요하다고 본다. 그러한 근거로는 헌법재판소가 제시하고 있는 국가기관의 판단기준이 적절하다고 본다. 이러한 판단기준을 입법으로 반영하는 것이 필요하다고 본다.

(5) 지방자치단체기관의 당사자 능력

앞에서도 언급한 바와 같이, 지방자치단체의 기관에게도 당사자 능력을 인정할 필요가 있다. 지방자치단체에게는 심판의 당사자능력을 인정하면서도 그 기관에게 다른 기관과의 권한쟁의와 관련하여

가 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.

503) 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.

504) 스페인 헌법재판소조직법 제4조 ① 어떠한 경우에도 헌법재판소는 사법적인 관할권으로 인해 제소되지 않는다. ② 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 청구로 그의 관할권이나 권한의 흠결을 재판한다.

당사자능력을 인정하지 않게 되면, 불필요하게 복잡한 관할상의 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 지방자치단체 기관의 당사자 능력을 인정함으로써 관할분배의 통일성을 확보할 수 있다고 본다.

그래서 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판과 서로 다른 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판을 새로이 인정할 필요가 있다. 그 구체적인 방법으로는 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호와 제3호에 이러한 권한쟁의심판을 각각 신설하는 것이다. 즉 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 다목을 신설하여 ‘다. 제1호의 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판’라는 규정을 추가하고, 동조 제3호에 라목을 신설하여 ‘라. 앞의 각목에 규정된 상이한 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판’이라는 규정을 추가한다. 이러한 규정은 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제2조 제4호를 입법적으로 구체화한 것이라고 할 수 있다.

이와 관련하여 기관소송과 권한쟁의심판간의 관계를 다시 한번 정립할 필요가 있다. 기관소송의 대상을 어떠한 범위로 정하느냐에 따라⁵⁰⁵⁾ 권한쟁의심판과의 충돌의 정도가 달라진다. 행정법학의 통설적인 견해에서는 기관소송을 동일한 행정주체에 속하는 기관간의 소송으로 보아, 상이한 행정주체간 또는 상이한 행정주체에 속하는 기관간의 소송은 이에 해당하지 않는다고 본다.⁵⁰⁶⁾ 그리하여 통상 기관소송에 해당하는 것으로는 지방의회의 의결을 둘러싼 지방의회와 지방자치단체의 장 사이의 소송(지방자치법 제98조⁵⁰⁷⁾, 제159

505) 현재의 행정소송법 제45조의 기관소송 법정주의를 폐지하고 개괄주의를 채택할 경우, 이러한 관할권충돌 문제는 더욱 심각하게 나타날 것이다.

506) 김남진, 행정법 I, 법문사, 2002, 747면.

507) 지방자치법 제98조 ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송 받은 날로부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. ② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된

조508)), 교육위원회 및 시·도의회 의결을 둘러싼 교육위원회 및 시·도의회와 교육감 사이의 소송(지방교육자치에관한법률 제31조509))을 들고 있다.

한편 감독청의 자치사무에 관한 시정명령 등에 대한 소송(지방자치법 제157조510))을 기관소송으로 보는 견해도 있으나, 기관소송을 동일한 행정주체에 속하는 기관간의 소송으로 보는 입장에서는 이를 항고소송의 유형으로 보고 있다. 이 소송은 지방자치단체가 국가의

다. ③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제159조 제3항의 규정을 준용한다.

이 조항은 지방자치법 제19조에 명문의 규정은 없으나 지방의회에서 재의결된 조례안이 법령이 위반된다고 인정되는 경우에도 준용된다고 새겨진다.

508) 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여 주무부장관이, 시·군·자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있다. 지방의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 지방자치단체의장은 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 지방의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 지방자치단체의 장이 제소하지 아니하는 때에는 주무부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다.

509) 동조항에 따르면, 교육감은 교육위원회 또는 시·도의회 의결이 법령에 위반하거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육인적자원부장관에게 보고하고, 그 의결사항을 송부받은 날로부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있으며, 교육감이 교육인적자원부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 그 교육위원회 또는 시·도의회에 재의를 요구하여야 한다. 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 이를 교육인적자원부장관에게 보고하고 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있으며, 교육감이 교육인적자원부장관으로부터 제소를 하도록 지시받은 경우에는 대법원에 제소하여야 한다.

510) 지방자치법 제157조 ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군·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 위반하는 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.

하위기관이 아닌 독자적인 공법인의 지위에서 국가를 상대로 제기하는 것이므로 기관소송이 아니라 항고소송의 성질을 가진다고 봄이 타당하다. 그런데 이 경우에 지방자치단체는 대법원에 제소하는 것과는 별도로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 국가의 지방자치사무에 관한 감독처분 자체가 대부분 지방자치단체의 지방자치권을 침해할 소지가 있으므로, 이러한 것은 국가와 지방자치단체간의 전형적인 법적 분쟁으로서 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 따른 헌법재판소의 권한쟁의심판 대상에 해당하기 때문이다. 따라서 지방자치법 제157조 제2항에 따라 대법원에 제소하고 또한 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 따라 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하는 경우에는, 대법원과 헌법재판소의 판단 사이에 충돌이 발생할 가능성이 있다. 특히 지방자치법 제159조 제4·7·8항⁵¹¹⁾에 따라서 주무부장관이나 행정자치부장관, 광역자치단체장이 지방의회를 상대로 다투는 경우, 상이한 법인격의 기관이 소송에 관여하며 그 핵심쟁점이 자치의결권(지방자치권)의 침해여부가 되므로, 이는 헌법이 예정하고 있는 권한쟁의심판에 해당한다고 하겠다. 따라서 이 경우에도 대법원과 헌법재판소의 관할권 충돌 문제가 발생하게 된다.

511) 지방자치법 제159조 ④ 주무부장관 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. ⑦ 제1항의 규정에 의하여 지방의회의 의결이 법령에 위반된다고 판단되어 주무부장관 또는 시·도지사로부터 재의요구지시를 받은 지방자치단체의장이 재의를 요구하지 아니하는 경우(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 당해 조례안을 공포한 경우를 포함한다)에는 주무부장관 또는 시·도지사는 제1항의 규정에 의한 기간이 경과한 날로부터 7일 이내에 대법원에 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다. ⑧ 제1항의 규정에 의한 지방의회의 의결 또는 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 2 이상의 부처와 관련되거나 주무부장관이 불분명한 때에는 행정자치부장관이 재의요구 또는 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

이에 대하여 법률이 구체적으로 대법원의 권한으로 정하고 있는 사항에 대하여는 그 규정을 존중하여야 할 것이고, 법원의 관할로 되어있는 지방자치법의 규정과 관련한 분쟁을 다시 헌법재판소에도 제소가 가능한 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다는 주장⁵¹²⁾도 있으나, 위와 같은 지방자치소송의 경우에 당사자는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하여 다룰 수 있고 또한 다투어야 한다고 본다.⁵¹³⁾ 지방자치단체에 권한쟁의심판의 청구인적격을 인정한 헌법정신을 감안할 때, 지방자치소송에서 국가기관과 지방자치단체의 장, 광역자치단체의 장과 기초자치단체의 장, 국가기관과 지방의회, 그리고 광역자치단체의 장과 기초자치단체의 의회 사이에서의 다툼에 대해서는 헌법재판소가 권한쟁의심판으로 일괄적으로 다루는 것이 바람직하다고 하겠다.⁵¹⁴⁾ 이들 사이의 권한쟁의심판은 헌법 제111조 제1항 제4호에 의해 헌법재판소만이 관할권을 가지기 때문이다.

이러한 점에서, 지방자치법 제157조 제2항을 대법원에 의한 심판권을 배타적으로 인정하는 것으로 해석한다면, 이는 헌법 제111조 제1항 제4호에 의한 헌법재판소의 권한쟁의심판관할권을 침해하는 것이 되므로 위헌의 여지가 있다고 본다. 지방자치법 제157조가 상정하고 있는 것은 지방자치단체의 자치사무와 관련하여 주무부장관

512) 홍기태, “권한쟁의심판”, 헌법재판제도의 이해(재판자료 제92집), 법원도서관, 2001, 650-51면.

513) 한편 자치사무가 아닌 위임사무의 경우에는 예컨대 사무를 위임한 국가기관과 사무를 위임받은 지방자치단체간의 분쟁에서, 지방자치단체는 사무를 위임한 국가기관에 대하여 권한쟁의심판을 청구할 수 없다고 본다. 왜냐하면 권한을 위임받은 지방자치단체는 자기의 권한이라고 주장할 수 없기 때문이다(헌재 1999. 7. 22. 98헌라4 참조). 따라서 지방자치법 제157조의2의 경우, 지방자치단체의 장은 그 의무에 속하는 위임사무에 대한 직무이행명령을 이유로 대법원에 제소할 수 있을 뿐이지(기관소송으로서), 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수는 없다고 본다.

514) 양건 외, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 1999, 299면; 정중섭, 헌법소송법, 488-90면.

이나 시·도지사에게 의한 권한침해 여부가 발생하는 경우이므로, 그 규정의 개정이나 삭제는 필연적이라고 보인다. 그렇지 않으면 헌법 제111조 제1항 제4호에 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 한 것에 정면 배치되기 때문이다.

이상과 같은 논의는 근본적으로는 대법원과 헌법재판소간 사법부가 이원화되어 있기 때문에 나타난 것이다. 그렇지만 현행헌법이 권한쟁의심판에 대한 관할권을 원칙적으로 헌법재판소에게 주고 있기 때문에, 또한 권한쟁의심판제도 자체가 국가기관 등의 권력주체간에 권한과 의무의 배분을 선명하게 함으로써 국가의 기능과 작용을 정상적으로 수행하기 위함이라는 근본취지에서도, 가능한 한 모든 권한쟁의심판을 헌법재판소에서 담당하도록 하는 것은 불가피하다고 하겠다.⁵¹⁵⁾ 그러한 점에서 지방자치단체 상호간의 권한쟁의사건 특히 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의사건을 헌법재판소의 관할권에 두는 것에 의문을 품고서 이를 일반법원의 권한에 두려는 주장⁵¹⁶⁾에 동의하기 어렵다고 하겠다. 따라서 헌법 제111조 제1항 제4호의 국가기관 상호간, 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한심판 규정은 여전히 존속되어야 하며, 또한 이에 상응하여 관련 법률들을 정비하여야 할 것이다. 그리고 권한분쟁이 재판의 전제가 되어 선결문제로 다투어질 경우에는 헌법해석의 통일성을 확보하고 수평적 또는 수직적 권력분립을 확보한다는 측면에서, 재판의 전제가 되는 권한의 존부나 범위에 관한 다툼에 대해서는 사건을 담당하는 법원이 헌법재판소에 심판을 제청하여 그 심판결과에 따라

515) 동지: 김원주, “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구”, 권한쟁의심판제도에 관한 연구, 헌법재판소, 1991, 144면.

516) 김철수, “헌법재판소법의 개정방향”, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판소, 1990, 243면. 김철수 교수는, 헌법재판소는 헌법사건만 담당하고 행정사건은 대법원 산하의 행정재판소를 설치하여 맡기는 것이 옳다고 본다.

재판하도록 하여야 할 것이다.⁵¹⁷⁾

517) 이와 관련한 입법례로, 권한쟁의심판이 계속중이고 그 권한쟁의가 재판의 전제인 경우에는 법원은 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 재판을 정지하도록 규정한 오스트리아 헌법재판소법 제43조 제5항을 참고로 들 수 있다.

VI. 결 론

현행 헌법재판제도에 관하여 헌법상의 문제와 헌법재판제도의 주요내용을 이루는 헌법재판소법상의 문제를 중심으로 헌법재판구조상의 문제, 헌법재판소 조직과 구성의 문제, 헌법재판소 관할의 문제, 그리고 헌법심판절차에 관한 문제에 대하여 다음과 같은 개선방안을 제시하고자 한다.

1. 현행헌법상의 헌법재판제도는 헌법재판소를 일반법원과 독립한 별개의 헌법기관으로 규정하고 헌법재판제도의 유형 중 기본적으로는 집중형 - 헌법재판소형을 채택하면서도 헌법 제107조 제2항을 두어 명령, 규칙, 처분의 위헌성 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 최종적으로 심판토록 하여 사법심사제를 병용하고 있고 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있지 않다. 이로 인하여 최종적 헌법해석기관이 이원화되어 양 기관간의 헌법해석의 불일치시 그 통일성을 확보할 수 없으며, 명령, 규칙, 처분의 헌법소원대상성, 보충성의 원칙의 예외의 인정 여부와 같은 관할분쟁을 야기하고 있다. 또한 법원의 재판의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사는 헌법소원심판의 대상에서 제외되고 보충성의 원칙의 예외가 인정되지 않는다는 주장 등으로 헌법소원제도가 왜곡되는 문제를 낳고 있다. 헌법재판제도중 집중형 - 헌법재판소형을 유지하는 이상 현행헌법상 헌법재판제도가 가지고 있는 이러한 문제, 즉 헌법해석의 통일성의 확보, 헌법재판기관간의 관할분쟁, 그리고 헌법소원제도의 왜곡을 불식하기 위해서는 다음 두 가지 기본 모델 중에서 하나를 택하고 그에 따라 체계적 일관성을 가지고 헌법재판제도를 구성할 필요가 있다고 생각한다. 즉 가) 하나는 독일식으로 헌법재판소를 법원의 하나로

하고 헌법재판에 있어서 다른 법원에 대하여 최고법원으로서 지위를 가지도록 하는 방안이고 또 다른 하나는 나) 오스트리아식으로 헌법재판소를 일반법원과 다른 기관으로 하되 헌법재판에 관해서는 헌법재판소가 독점적으로 관할토록 하는 방안이다. 전자는 헌법재판소를 사법부의 일부로 함으로써 헌법재판소와 법원간의 헌법해석의 불일치나 관할분쟁을 막는 방안이고, 후자는 헌법재판의 관할을 헌법재판소로 일원화하여 이러한 문제를 해결하려는 방안이라 할 수 있다. 이 양 모델 중 기본적으로 헌법해석의 통일성확보와 헌법재판소와 법원의 관할분쟁여지의 축소라는 점에서는 독일식 모델이 낫다고 생각한다. 오스트리아식은 헌법해석의 통일성이라는 측면에서는 독일식보다 미흡하고 헌법재판소가 일정범위의 행정재판까지 하여야 하는 문제가 있다고 본다. 다만 독일식을 채택한다 하여도 헌법재판소의 부담축소와 남소의 폐해방지, 법원의 재판의 특성과 법원의 독립성 보장의 측면에서 법원의 재판에 대한 헌법소원을 입법으로 제한하여 위헌법률심판제청신청에 대한 재판(이에 따라 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원은 삭제), 명령, 규칙의 위헌 여부에 대한 재판, 법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용하여 기본권을 침해한 경우, 그리고 중대한 헌법위반을 한 재판 등에 한해서 헌법소원을 인정하는 방안과 입법적으로는 제한을 두지 않고 헌법재판소의 판례를 통해 헌법소원심판의 되는 재판 여부를 가리도록 하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.

그러나 독일식의 경우 헌법재판소가 헌법재판에 있어 최고법원이 되어 대법원의 상위기관이 되므로 현실적 파문이 클 것으로 판단되므로 양 기관을 분리하되 헌법 제107조 제2항을 삭제하여 헌법재판소로 헌법재판기능을 집중시켜 명령, 규칙, 처분의 위헌여부가 재판

의 전제가 되는 경우에는 헌법재판소에 제청하여 그 결정에 의해 재판토록 하고, 헌법재판소의 위헌법률심판권과 그 결정이 가지는 기속력 확보, 그리고 헌법해석의 통일성보장을 위해 법원의 재판이 헌법재판소의 기속력 있는 결정에 위배하여 재판함으로써 국민의 기본권을 침해하는 경우 예외적으로 재판소원을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있지 않을까 생각한다.

2. 헌법재판소의 조직과 구성에 관하여 다음과 같은 방안들을 제안하고자 한다.

1) 재판관의 정수는 업무량의 정도, 추상적인 헌법해석에 있어서의 집중과 심도가 강화되어야 하고 다원적 판단이 요구된다는 점을 고려하고, 한편으로는 관할범위의 확대가능성을, 다른 한편으로는 앞으로 예상되는 불기소처분에 대한 법원의 재정신청범위의 확대와 같은 경우의 헌법재판소의 업무경감을 고려하여, 또한 응집력 있는 심리가 되어야 하는 점 등을 고려하여 적절한 수를 모색하여야 할 것이다.

2) 헌법재판관의 자격이 현재 법관자격자에 한정되어 있으나 지금보다 개방하여 헌법재판의 특수성, 전문성, 독립성을 감안할 때 적어도 법학교수에까지는 헌법재판관자격을 인정하도록 개선되어야 한다.

3) 재판관의 선출방식에 있어서는 민주적 정당성의 확보가 핵심적 사항이고 아울러 재판관의 독립성의 확보를 가져오는 방식을 모색하여야 한다. 대통령과 국회는 국민에 의해 직접 선출되어 국민의 대표기관으로서의 지위를 가지므로 대통령과 국회에 의한 선출에는 민주적 정당성이 있다고 본다. 그러나 대통령이 지명하는 3인의 재판관후보에 대해서도 민주적 정당성을 더욱 강화하고 대법원의 경우 모든 대법관들이 국회의 동의를 받도록 하고 있는 것과 균형을 위해

서도 국회의 동의를 거치도록 하는 것이 필요하다.

4) 대법원장에 의한 지명제도는 보다 근본적으로 사법부의 헌법재판소 구성에의 관여가 민주적 정당성이 약한데 더욱이 대법원장 독립임기관에 의한 지명제도이기에 민주적 정당성이 취약하다. 사법부에 의한 관여를 계속 인정하더라도 이의 보완이 많이 이루어져야 하고 따라서 대법원장에 의한 지명제도는 폐지되어야 하며 적어도 사법부의 합의체에 의한 재판관후보선출로 바뀌어야 하고 이렇게 선출되는 재판관후보들에 대해 민주적 정당성을 부여하기 위해 국회의 동의절차를 거치도록 하여야 한다.

5) 국회에서의 재판관선출에 있어서 그 방식과 절차도 법제화되어야 하고, 다수당의 독점을 막기 위하여 그리고 당파성을 막고 자질 있는 재판관이 선출될 수 있도록 하기 위하여 가중된 정속수의 도입 등이 검토되어야 할 것이다.

6) 우리 헌법재판소의 경우 2006년 9월에 5인의 재판관들이, 2007년 3월에 1인의 재판관이 임기가 만료되어 근접한 시기에 6인의 재판관이 교체될 상황이다. 동시에 전 재판관 또는 많은 재판관들이 교체되는 것보다 시차를 두고 부분적으로 교체된다면 헌법재판소의 업무에 있어서 보다 계속성을 가져오게 할 것이므로 순차적 개선(改選)제도의 도입을 검토할 필요가 있다. 그런데 앞으로 재판관정수, 선출방식 등의 변화에 따라 순차적 개선제도의 도입이 복잡한 상황이 될 수 있다. 그러나 가능한 한 적어도 시차는 두고 헌법재판관들이 교체될 수 있게 하는 방안들이 모색될 필요가 있다.

7) 재판관의 임기에 대해서는 중임을 금지하여 단임제로 하는 것이 재판관의 독립성과 재판의 공정성을 담보함에 긍정적이다. 단임제를 하는 것을 전제로 할 때 어느 정도의 기간이 적절한 임기인지가 검토되어야 하는데 대체적으로 학자들은 9년설, 12년설, 10-12

년설 등 여러 견해를 제시하고 있는데 이는 현재의 임기 보다 늘리고 적어도 9년 이상으로는 하자는 의견이 많다는 것을 보여준다고 하겠다.

8) 현재 헌법재판관의 정년제에 대해서는 헌법재판소의 보수화와 고령화의 방지의 필요성이 있다고 보아 이를 찬성하는 견해, 단임제를 함으로써 보수화를 막을 수 있다거나 오늘날 고령화 사회이므로 경륜을 갖춘 재판관이 필요하므로 연령이 문제되지 않는다고 보아 정년제가 불필요하다는 견해, 정년제를 두되 정년연령을 지금보다 상향하여 절충적인 효과를 가져오게 하자는 의견 등이 제시될 수 있을 것이다. 만약 헌법재판관의 경우에도 정년제를 두었다면 이에 관하여 헌법이 직접적으로 명시적 규정을 두고 정년연령에 관해서는 법률에 위임하는 헌법상의 근거규정이 필요하다.

9) 헌법재판소장이 대통령에 의해 임명되고 있는 데 대해서는 헌법재판소의 법적 위상이 저하된다는 문제점 등이 지적되고 있으므로 헌법재판소의 위상을 보다 제고하고 자율성, 그리고 독립성을 보다 강화하는 방식을 찾기 위해 헌법재판소 자체에 의한 선임 등의 방식에 대해 검토할 필요가 있다. 그리고 헌법재판소장의 임기와 연임여부에 대한 명시적 규정이 필요하다.

3. 헌법재판소의 관할에 관하여는 다음과 같은 개정안을 제안한다.

1) 현행 헌법상 관할규정에 기초한 헌법재판제도에서 발생하는 첫 번째 문제는 재판소원의 배제로 인한 헌법재판기관의 이원화 및 헌법해석의 이원화의 문제이다. 따라서 현재와 같이 헌법재판기관의 이원화를 유지한다면, 적어도 헌법해석의 통일성을 확보할 수 있는 방안으로서, 법원이 헌법의 해석이나 법률의 위헌여부에 관한 판단에 있어서 헌법재판소의 재판과 견해를 달리하고자 할 때에는 법원

은 헌법재판소에 결정을 구하도록, 헌법재판소에 헌법해석에 관한 최종적인 결정권을 부여하는 것을 고려해야 한다.

둘째, 헌법 제107조 제2항이 처분의 경우에도 ‘재판의 전제성’이란 표현을 사용한 것은 명령·규칙과 처분이라는 서로 상이한 유형의 집행행위를 함께 규율하는 과정에서 발생한 입법기술적인 결함으로 보아야 할 것이므로, 명령·규칙과 처분을 분리하여 처분에 관하여 이를 명확히 하는 별도의 규정을 둘 필요성이 있다.

셋째, 헌법 제107조 제1항과 관련하여, 법관이 위헌제청의 의무가 있음에도 위헌제청을 하지 않는 경우 이를 달리 다룰 가능성이 없다면, 법관에 의하여 합헌으로 판단된 법률에 관한 한, 결국 법관이 법률의 위헌여부에 관하여 최종적으로 결정하는 결과에 이르고 이로써 헌법상 법률에 대한 위헌심사권을 부여받은 헌법재판소가 아니라 법원이 법률에 대하여 실질적인 위헌결정권을 행사하는 결과가 발생한다. 따라서 법원이 헌법 제107조 제1항에 반하여 위헌제청을 하지 않는다면, 당해사건 당사자의 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의하여 재판을 받을 권리를 침해하게 된다. 이러한 관점에서 본다면, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 헌법 제107조 제1항에서 법관에게 일차적인 위헌심사권을 부여한 결과로서 헌법 제27조의 “헌법과 법률이 정한” 법관에 의하여 재판을 받을 권리로부터 필연적으로 파생하는 심판절차라 할 수 있다.

넷째, 현행 헌법상의 탄핵심판제도와 관련하여 헌법 제65조에서 탄핵대상 공무원의 범위를 확정적으로 정하는 것이 바람직하며, 나아가 탄핵소추사유뿐만 아니라 언제 헌법재판소가 탄핵결정을 할 수 있는지 또는 해야 하는지에 관한 ‘탄핵결정사유’를 스스로 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다.

다섯째, 정당해산심판절차와 관련해서는, 헌법 제8조 제4항의 “민

주적 기본질서”의 개념에 관한 불필요하고도 무의미한 논의를 종식시키고 헌법적 표현의 통일성을 피하기 위하여 위 개념을 “자유민주적 기본질서”로 수정하는 것을 고려해야 한다.

2) 헌법재판소의 새로운 관할을 도입하는 문제와 관련해서는, 첫째, (사후적) 추상적 규범통제절차의 도입여부의 문제가 제기된다. 추상적 규범통제는 한편으로는 구체적인 법 적용으로부터 추상화된 포괄적 심사를 해야 한다는 판단의 어려움이 따르지만, 이에 대하여 법규범이 법현실에서 장기간 광범위하게 적용되기 이전에 조기에 규범통제가 이루어질 수 있다는 점에서 법적 안정성에 보다 기여한다는 장점이 있으며, 뿐만 아니라 입법자나 법원과 마찬가지로 헌법의 기속을 받는 국가기관인 집행부에게 법규범의 위헌성을 헌법재판소로 하여금 심사케 할 수 있는 가능성을 개방하고 있으며, 또한 오늘날의 헌법상의 권력분립질서에서 의회의 소수파를 헌법의 감시자와 수호자로 만드는 긍정적인 기능이 있다는 점에서, 그 도입을 진지하게 검토해야 한다.

둘째, 추상적 규범통제절차의 도입 문제와 관련하여 사전적 규범통제절차와 사후적 규범통제절차의 양자 중 하나를 선택해야 한다면, 사후적 규범통제절차의 장점이 사전적 규범통제절차의 장점을 압도하기 때문에, 사후적 규범통제를 사전적 규범통제로 대체하는 것은 고려의 대상이 되지 않는다. 따라서 논의되는 것은 사후적 규범통제와 더불어 사전적 규범통제도 도입할 것인가의 문제인데, 추상적 규범통제절차를 도입하는 경우, 사후적 규범통제로도 사전적 규범통제절차의 장점인 법적 안정성을 상당 부분 취할 수 있고, 한편으로는 사전적 규범통제와 사후적 규범통제를 동시에 도입하는 경우 양 절차의 관계가 불명확하여 양자의 관계를 설정하는 어려움이 있으므로, 사후적·추상적 규범통제를 도입하면서 또한 사전적 규범

통제를 도입하는 것은 권할만하지 않다. 다만, 국제법상의 조약과 관련하여, 국회가 조약에 대하여 동의하기 전에 조약의 합헌성을 심사할 수 있는 사전적 규범통제의 가능성을 도입하는 것은 바람직하다.

셋째, 민주국가에서의 선거의 중요성에 비추어, 적어도 국가권력의 행사와 관련된 전국적인 차원에서의 선거인 대통령선거와 국회의 원선거에 대한 심사는, 헌법재판소와 같은 독립된 전문적인 헌법재판기관이 설립된 이상, 헌법재판소의 관할로 하는 것이 바람직하다.

넷째, 기본권의 실효제도는 헌법재판에 있어서 거의 아무런 역할을 하지 못하리라는 것이 확실시 되기 때문에, 도입의 필요성이 크지 않다고 보이며, 이에 대하여 대통령의 궤위 또는 사고로 인한 직무수행불가 여부가 불확실하거나 이에 관하여 다툼이 있는 경우, 이를 확인하고 선언하는 헌법기관을 헌법적으로 확정하는 것이 필요하며, 우리의 경우에도 헌법재판소가 이에 관한 권한을 가지는 것이 바람직하다.

3) 현행 헌법재판제도에서 한정위헌결정과 한정위헌청구의 문제에 관하여 보자면, 한정위헌결정 그 자체가 헌법적으로 허용된다는 것에 관하여는 의문의 여지가 없고, 다만 문제가 되는 것은 현행 헌법재판제도의 ‘재판소원금지’ 조항에 비추어 어떠한 경우에 한정위헌결정이 자제되어야 하는지에 관한 것이다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서는 법원의 구체적인 재판을 계기로 하여 규범통제가 이루어지는데, 이 경우 법원에 의한 구체적인 법률해석이 규범통제의 대상이 되는 경우가 빈번하다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서 헌법재판소가 ‘법원의 법률해석의 위헌성을 다투는 심판청구’나 ‘법률에 대한 한정위헌을 구하는 청구’에 대하여 판단함으로써 현행 헌법재판제도에서 금지된 법원의 재판에 대한 심사가 실질적으로 이루어질 수

있다는 점을 유의해야 한다. 여기서 헌법재판소가 합헌적 법률해석을 통하여 한정위헌결정을 내리는 경우, 법률에 대한 위헌심사이자 동시에 법원의 법률해석에 대한 위헌심사를 의미하고, 이로써 헌법재판소의 한정위헌결정은 법률에 대한 위헌결정이자 동시에 법원의 재판에 대한 위헌확인을 의미하게 된다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서의 한정위헌결정은 같은 법 제68조 제1항의 ‘재판소원금지’ 규정과 충돌할 우려가 있다. 따라서 법원의 구체적 재판에서의 법률해석을 계기로 하여 발생한 규범통제의 경우에는 헌법재판소는 원칙적으로 한정위헌결정을 자제하고 위헌결정이거나 헌법불합치결정을 하는 것이 바람직하다.

4. 헌법심판절차에 관해서는 다음과 같은 안을 제안하고자 한다.

1) 심판정족수와 관련해서는 여러 대안들이 제시되고 있으나 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정과 헌법소원에 관한 인용결정에는 현재와 동일하게 재판관 6인 이상의 찬성을 요하도록 한다.

한편, 심판정족수를 9인으로 일정하게 유지하기 위해서는 헌법을 개정해서 예비재판관제도를 두는 것이 필요하다. 현행법의 재판관 임명제도를 전제로 한다면 예비재판관의 적정수는 3의 배수로 정하여야 하는데, 그 성격상 최소한의 수가 바람직하므로 3명이 적절하다고 본다.

그리고 헌법과 법률의 해석적용에 관한 의견을 헌법재판소가 변경하는 경우에는 통상적인 과반수의 찬성으로 결정하도록 한다. 이는 헌법개정이 요구되지 아니하는 사항으로서 판례변경을 위한 결정정족수에 관한 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호를 삭제하면 될 것이다.

2) 헌법재판의 권위를 확보하기 위해서 헌법재판소의 결정의 기속력을 헌법 차원에서 규정하는 것이 의미 있다고 하겠다. 더구나 법

를의 위헌결정이 국회를 기속하느냐에 관하여 견해가 대립하는 것을 볼 때에 이러한 필요성은 더욱 커진다고 하겠다. 이러한 논의를 정리하기 위해서도 헌법에 헌법재판소결정의 기속력을 밝히는 규정을 두는 것이 필요하다.

3) 국회의 탄핵소추절차뿐 아니라 헌법재판소의 탄핵심판절차에서도 보다 세부적인 규정이 요청되고 있다. 먼저 보다 명백히 규정되어야 할 사항으로는 탄핵사유의 시효, 대통령의 권한대행의 범위, 소추의결서의 제출기한, 탄핵소추사유의 추가 허용 여부, 탄핵소추의결철회의 허용 여부, 탄핵심판절차에서 피청구인 및 소추위원의 지위, 당사자의 출석의무 등이다. 그리고 탄핵소추의결 및 탄핵심판에서의 조사 및 증거수집절차에 관해서는 내용이 보완되어야 할 것이다. 아울러 현행법상의 소추의결에 따른 권한행사의 자동정지와, 경직된 탄핵심판의 결정방식은 변경되어야 한다고 본다.

한편, 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵제도에 관하여도 재검토가 요청된다. 헌법재판관에 대한 탄핵제도를 폐지하고 그 대신에 헌법재판소 자체의 면직절차를 신설하는 것이 필요하다고 본다. 이를 위해서는 면직사유를 구체화하고 그 절차를 합리적으로 구성하여야 할 것이다. 한편, 현행과 같이 헌법재판소 재판관 탄핵제도를 그대로 둘 경우에는 탄핵소추 및 심판의 요건을 보다 엄격하게 제한하여 국회에 의한 정치적 공세가 부당하게 제기되지 않도록 하여야 할 것이다. 현재와 같이 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’와 같이 포괄적으로 규정하지 말고, 독일의 입법례에서 보듯이 헌법수호의 입장에서 ‘직무상 또는 직무 외에서 헌법의 기본원칙에 위반한 때’와 같이 제한적으로 소추의 실체적 요건을 명시하여야 할 것이다.

4) 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 헌법재판소의 결정에 의해 정당이 해산된 경우에 소속 의원의 신분을 상실토록

함이 타당할 것이나, 이에 관하여 아무런 명문의 규정이 없다는 것은 사안의 중대성이 비추어 볼 때 심각한 문제라고 본다. 정당해산 결정에 따른 의원신분상실에 관한 법률의 규정은 헌법상 자유위임의 법리(헌법 제45조의 면책특권, 제46조 제2항의 국가이익우선의무)와 관련하여 위헌여부가 문제될 소지가 있으므로, 이를 헌법에 명문으로 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 따라서 먼저 헌법에 규정하고, 다시 이를 헌법재판소법에 규정하여야 할 것이다.

5) 지방자치의 시행 이후에 본격화되는 각종 권한쟁의를 헌법재판소의 중국적 판단에 따라 해결함으로써 책임행정과 지방자치의 실효성을 담보하고 헌법의 규범적 효력을 제고하기 위하여 현재와 같이 권한쟁의심판의 유형을 국가기관 상호간, 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판 세 가지로 존속도록 하는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고 국가와 지방자치단체의 기관의 당사자능력을 인정하는 방향으로 그 유형을 구체화하여야 할 것이다. 특히 지방자치단체의 기관에게도 당사자능력을 인정할 필요가 있다. 지방자치단체에게는 당사자능력을 인정하면서도 그 기관에게 다른 기관과의 권한쟁의와 관련하여 당사자능력을 인정하지 않게 되면, 불필요하게 복잡한 관할상의 문제를 야기할 수 있기 때문이다. 그래서 국가기관과 지방자치단체의 기관간의 권한쟁의심판, 그리고 서로 다른 지방자치단체의 기관 상호간의 권한쟁의심판을 새로이 인정할 필요가 있다.

한편, 국가기관 상호간의 권한쟁의와 관련하여 현행 헌법규정은 그대로 두더라도, 헌법재판소법 차원에서는 국가기관의 범위를 확정할 수 있는 근거를 마련하는 것이 필요하다고 본다. 그러한 근거로는 헌법재판소가 제시하고 있는 국가기관의 판단기준이 적절하다고 본다. 이러한 판단기준을 입법으로 반영하는 것이 필요하다고 본다.

이와 관련하여 특히 헌법재판소를 권한쟁의심판의 당사자로 인정할 수 있느냐가 문제된다. 그런데 헌법재판소가 국가기관인 이상, 비록 청구인으로서 적극적으로 권한쟁의심판을 청구할 수는 없다고 하더라도 피청구인으로서의 자격은 인정할 필요가 있다고 본다.

【참 고 문 헌】

<국내문헌>

- 강경근, 대통령 탄핵소추에 관한 토론회 지정토론, 인권과 정의 2004. 5
- 박태철, 법원의 재판을 거친 행정처분의 헌법소원심판대상성, 헌법문제와 재판(상), 재판자료 제75집, 1997
- 권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 인권과 정의, 제174호, 대한변호사협회, 1991
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005
- 김남진, 행정법 I, 법문사, 2002
- 김문현, 헌법해석에 있어서 헌법재판소와 법원과의 관계, 헌법재판의 이론과 실제, 금량 김철수 교수 화갑기념, 박영사, 1993
- 김영철, 스페인 헌법재판소의 관할과 그 운용현황 - 우리 제도와의 비교를 중심으로 -, 헌법논총, 제2집, 헌법재판소, 1991
- 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판의 제도적 개선방향, 헌법재판자료 제6집, 1993. 12
- 김운용, 사법심사, 미국헌법과 한국헌법, 한국공법학회, 1989
- 김원주, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구, 권한쟁의심판제도에 관한 연구, 헌법재판소, 1991
- 김종철, '정치의 사법화'의 의의와 한계-노무현정부전반기의 상황을 중심으로-, 공법연구 제33집 제3호, 2005
- 김종철, 헌법재판소 구성방법의 개혁, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005. 6
- 김철수, 헌법재판소법의 개정방향, 법률의 위헌결정과 헌법소원의

대상, 헌법재판소, 1990

- 김철수, 법과 정치, 교육과학사, 1995
- 김철수, 위헌법률심사제도론, 학연사, 1983
- 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 성계 이규석 교수 정년기념논문, 현대공법론의 연구, 1992
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005
- 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구, 제4권, 1993
- 김철용, 헌법재판소 89헌마178 결정에 대한 관견, 한국공법학회 제13회 발표회, 1990. 12
- 김학성, 법원의 재판에 대한 헌법소원, 법정고시, 1997. 4
- 김효전, 대법관과 헌법재판관의 자격, 헌법학연구 제7집 제2호, 2001
- 김효전, 헌법재판소제도의 문제점과 그 개선책, 공법연구 제27집 제1호, 1998
- 남북현, 헌법재판의 결정정족수, 균제 양승두 교수 화갑기념논문집, 현대공법과 개인의 권익보호, 흥문사, 1994
- 마우로 카펠레티, 구병삭/강경근/김승환 공역, 현대헌법재판론, 1989
- 문홍수/신봉기, 세계각국의 헌법재판 제도, 삼선, 서울, 1994.
- 미카엘 브레너, 변무웅 역, 독일의 헌법재판권과 그 정치적 함의, 공법연구 제33집 제4호, 2005
- 박용상, 헌법재판소의 구성과 조직, 헌법재판의 이론과 실제, 금강 김철수 교수 화갑기념 논문집, 박영사, 1993
- 박인수, 헌법재판소의 구성에 관한 소고, 법률행정논총, 전남대법률행정연구소, 제15권, 1995.12
- 박일환, 재판에 대한 헌법소원, 인권과 정의, 제159호, 1989

- 박홍우, 헌법재판제도의 유형, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제 92집, 2001
- 배상오, 한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안, 법학연구, 충남대학교 법학연구소, 제9권 제2호, 1999
- 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 헌법문제와 재판<중>, 재판자료 제76집
- 법무부, 헌법재판제도, 법무자료 제85집, 1988
- 법원행정처 헌법재판연구반 연구보고서, 명령·규칙에 대한 위헌 심사권, 1990
- 성낙인, 헌법재판소 인사의 임명 절차상 문제점, 시민과 변호사, 제8호, 서울지방변호사회, 1994. 9
- 성낙인, 헌법재판소 인적 구성의 비교헌법적 검토를 통한 대안 모색, 현대사회와 법의 발달, 균제 양승두 교수 화갑기념 논문집, 홍문사, 1994. 12
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004
- 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995
- 신봉기, 우리나라의 헌법재판관 선임제도 - 그 비판과 구체적 개선 방안, 헌법논총, 제5집, 헌법재판소, 1994
- 신평, 사법개혁을 향하여, 대구카톨릭대학교출판부, 2002
- 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999
- 유남석, 오스트리아의 헌법재판제도 - 위헌법률심판을 중심으로 -, 헌법재판제도의 이해, 2001
- 유진오, 대한민국헌법 제안이유설명, 헌법기초회고록
- 윤명선, 헌법재판제도의 개선방향, 경희법학, 제29권 제1호, 경희법학연구소, 1994

- 음선필, 독일의 탄핵제도, 순천향 사회과학연구, 제7권 제2호, 2001
- 이강국, 헌법재판소법의 제정에 관하여, 헌법재판제도, 법무자료 제95집, 1988
- 이광윤, 이봉환, 헌법재판기관의 구성원리와 우리 제도의 개선방향, 성균관법학, 제16권 제3호, 2004
- 이동흡, 세계 각국의 헌법재판제도 개관 - 법원과 헌법재판소의 관계를 중심으로 -, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001
- 이상돈, 우리나라의 위헌법률심사제도의 변천, 헌법재판제도의 제문제, 1989
- 이석연, 헌법소원의 대상으로서의 명령·규칙에 대한 위헌여부심사” 한국공법학회 제13회 발표회, 1990
- 이석연, 헌법소송의 이론과 실제, 1992
- 이성환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구, 서울대 법학박사학위논문, 1994
- 이성환/정태호/송석윤/성선제, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제15권, 2004
- 이승우/정만희/음선필, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제12권, 2001
- 이승우, 헌법재판소 구성방법과 제2기 재판관 임명의 문제점, 법과 사회, 제10권, 1994
- 이시윤, 헌법재판 10년의 회고와 전망, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6
- 이시윤, 헌법재판개관, 판례월보, 1989. 5
- 이시윤, 헌법재판에 관한 관견(Ⅰ), 헌법논총 제1집, 헌법재판소, 1990

- 이육한, 헌법재판과 법과 정치, 헌법논총, 제3집, 1992
- 이육한, 헌법재판의 성격과 재판관 선출, 사법행정 제377호, 1992. 5
- 이인복, 우리나라 헌법재판제도의 연혁과 전개, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 2001
- 임지봉, 사법적극주의와 사법권 독립, 철학과현실사, 2004
- 장석조, 우리 헌법상의 절차적 기본권, 헌법논총 제9집, 1998
- 장석조, 우리나라와 독일의 헌법재판제도의 비교·검토, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 2001
- 정연주, 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 한정위헌결정의 문제점, 고시계, 1998. 2
- 정재황, 국가권력의 조직, 행사에 관한 헌법적 기본원리에 대한 연구, 법학연구 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2002
- 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구, 제18집, 1990
- 정재황, 헌법재판개론, 제2판, 박영사, 2003
- 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점 및 그 개선방안, 공법연구(한국공법학회), 제22집 제2호, 1994
- 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 헌법재판운영현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 헌법재판소, 1993
- 정재황, 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 법학교육과 법조개혁, 한국법학교수회 편, 1994
- 정중섭, 주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구, 헌법재판소, 1991
- 정중섭, 법학계와 법조계의 새로운 관계 정립, 한국 법학 50년 - 과거·현재·미래 (I), 한국법학교수회, 1998
- 정중섭, 헌법소송법, 박영사, 2004

- 정태호, 원처분의 헌법소원 대상성에 관한 소고, 헌법논총 제6집
- 조병륜, 개혁시대와 국민을 위한 사법, 법학교육과 법조개혁, 한국 법학교수회 편, 1994
- 조병륜, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, 공법연구, 제22집 제3호, 1994
- 조병륜, 우리나라 헌법재판소의 지위와 기능, 헌법재판 운영현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 헌법재판소, 1993
- 조병륜, 헌법재판의 의의와 기능, 헌법재판의 이론과 실제, 금랑 김철수 교수 화갑기념, 박영사, 1993
- 차병직, 헌법재판소 재판관 선임방식의 재검토, 인권과 정의, 1994. 10
- 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총, 제7집, 1996
- 최광률, 헌법재판소법해설, 한국공법학회 월례발표회 발표문, 1989. 2
- 최대권, 헌법재판소의 정치학 - 그 구조와 기능을 중심으로 -, 서울 대학교 법학 제34권 1호, 1993
- 최승원, 권한쟁의심판과 기관소송, 법학논집, 이화여자대학교 법학 연구소, 제4권 제4호, 2000
- 최완주, 원처분의 헌법소원 대상성에 관한 고찰, 법관세미나 자료 상, 1996
- 최완주, 헌법소원에 관한 각국의 제도비교 - 재판의 헌법소원 대상성을 중심으로 -, 헌법문제와 재판(상), 재판자료 제75집, 1997
- 콘라드 헛세, 계획열 역, 통일독일헌법원론, 2001
- 클라우스 슐레이히, 정태호 역, 독일헌법재판론 - 독일연방헌법재판소의 지위·절차·재판 -, 2001

- 한건우, 기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차, 연세 법학연구, 제3집, 1995
- 한수웅, 대통령에 대한 탄핵심판절차, 헌법학연구 제11권 제1호, 2005. 3
- 한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총 제10집, 1999
- 한수웅, 헌법재판의 한계 및 심사기준, 헌법논총 제8집, 1997
- 한수웅, 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부, 헌법논총 제10집, 1999
- 한태연, 헌법학, 법문사, 1983
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2005
- 헌법재판소, 헌법실무제요, 1998
- 홍기태, 권한쟁의심판, 헌법재판제도의 이해(재판자료 제92집), 법원도서관, 2001
- 홍성방, 헌법 제107조와 헌법소원, 한국공법학회 제12회 월례발표회 발표문, 1990. 11
- 황치연, 재판소원금지의 위헌성, 한국헌법학의 현황과 과제, 박영사, 1998

<외국문헌>

- *Badura*, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968
- *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971
- *Barkow*, Rachel E., More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, 102 Columbia L. Rev. (No.2)

237, 239(2001)

- *Baum*, Lawrence, The Supreme Court, CQ Press, Washington, 2001.
- *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001
- *Benda/Weber*, Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, in: Gilles(Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 1983
- *Berchthold, K.*, Überprüfung von Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes durch den Verfassungsgerichtshof?, ÖJZ 1975
- *Bettermann*, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlage, in: BVerfG und GG I, 1976
- *Blaustein*, Albert P./ Flanz, Gisbert H.(ed.), Constitutions of the Countries of the World, 2004
- *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987
- *Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976
- *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990
- *Böckenförde*, Verfassungsinterpretation, NJW 1976
- *Brunner*, Der Zugang der Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, JöR 50(2002)
- *Cardoso da Costa*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im

Westeuropa, Bd.1, 1986

- *Eisenmann*, Charles, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle en Autriche, Collection droit public positif, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986
- *Ely*, J. H., Democracy and Distrust, Harvard Univ. Press, 1980
- *Favoreu*, Louis, Les cours constitutionnelles, 3^e éd., P.U.F., Paris, 1996.
- *Friedman*, B., The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, 112 The Yale Law Journal 153, 157(2002)
- *Fromont*, Der französische Verfassungsrat, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986
- *Fromont*, Michel, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Cahiers du Conseil constitutionnel n°15, 2003,
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cccl5/all1.htm>
- *Geck*, K., Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, in: HStR, Bd. 2. 1. Aufl. 1987, § 55
- *Geck*, Wilhelm, "Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter", in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987
- *Geis*, Die "Elversammlung" als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 1992

- *Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, 1988
- *Häberle, P.*, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit,
in: P.Häberle(hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976
- *Hemmerich*, in: Münch/Kunig, GG-Kommentar, 2001,
Art.61
- *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 2002, Art.61
- *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1993
- *Heyde*, Rechtsprechung, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch
des Verfassungsrechts, Bd.II, 1995
- *Hill*, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber
der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof,
Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI, 1989, §156
- *Holzer, N.*, Präventive Normenkontrolle durch das
Bundesverfassungsgericht, 1978
- *Isensee*, Grundrechte und Demokratie, Der Staat 1981
- *Isensee*, Wirtschaftsdemokratie – Wirtschaftsgrundrechte – soziale
Gewaltenteilung, Der Staat 1978
- *Key/Rühman*, Art. 90, in: C. Umbach/T. Clemens,
Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992
- *Kopp*, Das rechtliche Gehör in der Rspr. des BVerfG, AöR
1981
- *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in:
Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa,
1986
- *Kramer, Larry D.*, The Supreme Court, 2000 Term– Foreword:
We the Court, 115 Harv L. Rev. 4,15-16(2001)

- *Krebs*, Art. 19 IV, in: Münch, GG, 1992
- L. ファヴォール-저, 山元 一역, 憲法裁判所, 1999
- *Lorenz, Dieter*, “Der Organstreit vor dem BVerfG”, in: C. Starck(hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I(Tübingen: 1976)
- *Luchaire, F.*, Le Conseil constitutionnel, Economica, Paris, 1980
- *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2001
- *Maurer, H.*, Staatsrecht I, 3. Aufl., 2003
- *Papier*, “Spezifisches Verfassungsrecht” und “einfaches Recht”, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976
- *Papier*, Justizgewähranspruch, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §153
- *Pestalozza, C.*, Verfassungsprozeßrecht, C.H.Beck, 1991
- *Pizzorusso, Alessandro*, La Cour constitutionnelle italienne
Présentation de la Cour constitutionnelle italienne,
Cahiers du Conseil constitutionnel n°6,
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc06/pizzorusso.htm>
- *Prakke, Lucas/ Kortmann*, Constantijn(eds), Constitutional Law of EU Members States, Kluwer, Deventer, 2004.
- *Richter/Schuppert/Bunke*, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001
- *Rinken, A.*, AK-GG, Art. 93
- *Roellecke, G.*, Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts

- im Verfassungsgefüge, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.),
Handbuch des Staatsrecht, Band 2, 1987
- *Rousseau, D.*, Droit du Contentieux constitutionnel, 2^e
éd., Montchrestien, Paris, 1992
 - *Rupp*, Freiheit und Partizipation, NJW 1972
 - *Säcker, H.*, Das Bundesverfassungsgericht, 2003
 - *Scheuner*, Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit,
in: BVerfG und GG I, 1976
 - *Schlaich, K.*, Das Bundesverfassungsgericht, 1991
 - *Schlaich, K./Korioth, S.*, Das Bundesverfassungsgericht,
5. Aufl., 2001
 - *Schmitt, Carl*, Der Hüter des Verfassung, 1938
 - *Schmitt, Carl*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung,
Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1985
 - *Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, 1983
 - *Seetzen*, Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen
Auslegung, NJW 1976,
 - *Simon, H.*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung,
EuGRZ 1974
 - *Simon*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda/Maihofer/Vogel,
HdbVerfR, 1983
 - *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973
 - *Söhn*, Abstrakte Normenkontrolle, in: BVerfG und GG I,
1976
 - *Stardck, Christian/Weber, Albrecht(Hrsg.)*, Verfassungsgerichtsbarkeit
in Westeuropa, Teilband 2, 1990

- *Starck*, Die Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR Bd.VII., 1992, §164
- *Starck*, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986
- *Stern, K.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band2, 1980
- *Tushnet, Mark*, Taking The Constitution away from The Courts 194(1999)
- *Umbach/Clemens/Dollinger*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2005
- *Vosskuhle, A.*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125(2000)
- *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 1981
- *Walter-Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6 aufl. 1988.
- *Wank*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980
- *Wasby, Stephen L.*, The Supreme Court in the Federal Judicial System, Holt, Rinehart and Winston, 1984
- *Weber, A.*, Der Generalbericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Bd.1, 1986
- *Weber, A.*, Verfassungsgerichte in anderen Ländern, in: Piazolo, Das Bundesverfassungsgericht, 1995
- *Wolfram*, in: BK, 1988, Art.61

- *Würtenberger, T.*, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik, 2000
- *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987
- *Zehetner, Franz*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich 1969-1976, AöR 102, Heft 1, 1977
- *Zierlein*, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991
- *Zippelius*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.II, 1976
- *Zuck, Rüdiger*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988
- *Zweigert*, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976

<주요 외국 헌법재판소 웹사이트>

1. 각국 헌법재판소 연결 링크는
http://cdpc.univ-tln.fr/liens_c_const.htm
2. 미국연방대법원 <http://www.supremecourtus.gov/>
3. 오스트리아 연방헌법재판소 <http://www.vfgh.gv.at/>
4. 독일 <http://www.bverfg.de/>
5. 프랑스 헌법재판소 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

6. 스페인 헌법재판소 <http://www.tribunalconstitucional.es/>
7. 벨기에 헌법재판소 <http://www.arbitrage.be/>
8. 이탈리아 헌법재판소 <http://www.cortecostituzionale.it/>
9. 포르투갈 헌법재판소
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/index.html>
10. 일본 최고재판소
<http://courtdomino2.courts.go.jp/home.nsf/home?OpenPage>

憲法裁判研究用役集 索引

區 分	論 題
憲法裁判研究 第1卷 (1989)	法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象
憲法裁判研究 第2卷 (1990)	憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究
憲法裁判研究 第3卷 (1991)	權限爭議審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第4卷 (1992)	憲法裁判節次의 改善을 위한 立法論的 研究
憲法裁判研究 第5卷 (1993)	憲法解釋에 관한 研究
憲法裁判研究 第6卷 (1994)	基本權의 概念과 範圍에 관한 研究
憲法裁判研究 第7卷 (1995)	憲法裁判所 決定의 效力에 관한 研究
憲法裁判研究 第8卷 (1996)	委任立法의 限界에 관한 研究
憲法裁判研究 第9卷 (1997)	「補償없는 財產權制限의 限界」와 「國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議」
憲法裁判研究 第10卷 (1999)	憲法裁判所法의 改正方向에 관한 研究用役報告書
憲法裁判研究 第11卷 (2000)	社會保險法의 憲法的 問題에 관한 研究
憲法裁判研究 第12卷 (2001)	彈劾審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第13卷 (2002)	사이버 空間上의 表現의 自由와 그 規制에 관한 研究
憲法裁判研究 第14卷 (2003)	教育制度의 憲法的 問題에 관한 研究
憲法裁判研究 第15卷 (2004)	政黨解散審判制度에 관한 研究

연구자 약력

김문현(金文顯)

서울대학교 법과대학 법학사

서울대학교 대학원 법학석사

서울대학교 대학원 법학박사

1981. 9. - 1984. 6. 전남대학교 법과대학 교수

1984. 7. - 1991. 2. 경북대학교 법과대학 교수

1991. 3. - 현재 이화여자대학교 법과대학 교수

정재황(鄭在晃)

서울대학교 법과대학 법학사

서울대학교 대학원 법학석사

프랑스 국립 파리(Paris) 제2대학교 공법학과 D.E.A. 학위 취득

프랑스 국립 파리(Paris) 제2대학교 공법학박사

1989. 8. - 2003. 8. 홍익대학교 법경대학 교수

2003. 9. - 현재 성균관대학교 법과대학 교수

한수웅(韓秀雄)

독일 Freiburg 대학교 법과대학 및 대학원 졸업

독일 Freiburg 대학교 법과대학 법학박사

독일 사법국가시험(변호사 자격시험) 합격

1995. 1. - 2004. 8. 헌법재판소 연구관

2004. 9. - 현재 홍익대학교 법경대학 교수

음선필(陰善澤)

서울대학교 법과대학 법학사

서울대학교 대학원 법학석사

서울대학교 대학원 법학박사

1998. 3. - 2000. 2. 서울대·충북대·광운대 법과대학 강사

2000. 3. - 현재 순천향대학교 법정학부 교수

版 權
所 有

憲法裁判研究 第16卷

現行 憲法上 憲法裁判制度의 問題點과 改善方案

2005年 11月 28日 印刷

2005年 11月 30日 發行

發行處 憲 法 裁 判 所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印 刷 (주)서 라 벌 E&P

(非賣品)