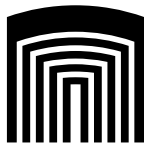


발 간 등 록 번 호  
33-9750000-000029-10

헌법재판연구 제22권

# 추상적 규범통제제도에 관한 고찰



헌법재판소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔습니다. 이 책자는 2011년도 연구계획에 의하여 (사)한국헌법학회로부터 제출받은 연구보고서로서 헌법재판제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

## 머 리 말

헌법이 명령하는 실질적 법치주의를 실현하기 위해서는 규범의 내용적 정당성을 헌법을 심사기준으로 판단함으로써 합헌적 규범질서를 수립할 것을 필수적으로 요청한다. 오늘날의 헌법국가에서는 규범통제가 그러한 기능을 담당하는데 현행 헌법도 규범통제의 한 유형에 해당하는 구체적 규범통제를 두고 있다. 법령에 대한 헌법소원 역시 기본권을 침해하는 규범과 관련하여 부분적으로는 규범통제의 기능을 수행한다.

그런데 구체적 규범통제나 법령에 대한 헌법소원은 구체적 사건을 전제로 절차가 개시되므로 그 이전 단계, 즉 구체적 사건을 전제로 하지 않고 규범 그 자체만을 대상으로 통제절차에 착수할 수 있는 제도인 추상적 규범통제의 필요성이 지적되고 있다. 특히 법률에 대한 추상적 규범통제는 기본권 침해적 규범에 대한 위헌판단의 시점을 앞당김으로써 국민의 기본권보호에 만전을 기할 수 있다는 점, 의회입법자에 대해 신중한 합헌적 입법을 촉구할 수 있다는 점 등에서 장점을 가진 것으로 평가되고 있다.

그런 점에서 추상적 규범통제의 의미와 효과, 외국의 입법례와 운영실제 등에 대한 심도 있는 탐구와 분석은 향후 이 제도의 도입 여부를 판단함에 있어 의미 있는 계기를 제공할 수 있을 것이다.

우리 연구진은 이 연구를 위해 수차례 연구모임을 개최하였고, 수시로 연구 내용에 관련된 검토 및 의견을 상호 교환함으로써 연구의 완성도를 높이고자 하였다. 특히 외국의 입법례로서는 추상적 규범통제를 모범적으로 운영하고 있는 독일과 프랑스의 사례를 중점적으로 연구하였다. 이 연구의 제1장과 제4장은 서울시립대학교 차진아 교수, 제2장은 강원대학교 최희수 교수, 제3장은 한국외국어대학교 전학선 교수가 각 책임집필을 담당하였고, 각 연구자의 집필부

분에 대해서는 다른 두 연구자의 검토를 거쳤다.

이 연구를 허락해 준 한국헌법학회에 감사드리며, 아울러 연구를 지원하고 관련 업무를 처리에 협조해 준 헌법재판소 관계자들에게도 고마움을 표한다.

2011. 12.

공동연구책임자 최희수

# 목 차

## 제1장 서: 현행법상 위헌법률심판의 의의와 한계 ..... 1

제1절 실질적 법치주의 실현과 위헌법률심판의 도입 .....	1
I. 법치주의의 발전과 실질적 법치주의에 대한 요청 .....	1
II. 위헌법률심판을 통한 법 내용의 정당성 확보와 헌법재판소의 민주적 정당성 .....	3
III. 민주주의의 발전에 따른 실질적 법치주의의 강화 .....	6
제2절 위헌법률심판제도의 역사적 변화 .....	7
I. 위헌법률심판제도 탄생의 이론적 배경 .....	7
II. 미국헌법 제정 당시의 논의와 판례를 통한 위헌법률심판제도의 도입 .....	8
III. 서독 기본법의 제정과 위헌법률심판제도의 구체화 .....	10
IV. 대한민국 헌법상 위헌법률심판제도의 변천 .....	11
1. 제1공화국: 헌법위원회에 의한 구체적 규범통제 .....	12
2. 제2공화국: 헌법재판소에 의한 구체적 규범통제 .....	13
3. 제3공화국:(대)법원에 의한 구체적 규범통제 .....	15
4. 제4공화국, 제5공화국: 헌법위원회에 의한 구체적 규범통제 .....	16
5. 제6공화국:헌법재판소에 의한 구체적 규범통제 .....	17
제3절 현행법상의 위헌법률심판제도의 구조적 특성과 한계 .....	17
I. 현행 헌법상의 위헌법률심판제도가 갖는 구조적 특성 .....	17
II. 헌법재판소의 구성 이후 20여년의 성과와 위헌법률심판의 역할 .....	19
III. 최근 헌법재판소 결정에서 나타나는 위헌법률심판의 한계 .....	21

## 제2장 독일에서 추상적 규범통제의 역할과 성공조건 ... 23

제1절 독일의 규범통제 체계의 개관 .....	23
I. 들어가며 .....	23
II. 독일의 규범통제 체계 .....	24
III. 규범통제의 한 유형으로서 추상적 규범통제 .....	25
1. 추상적 규범통제의 종류 .....	25
2. 추상적 규범통제의 역사 .....	28
제2절 추상적 규범통제절차의 본질과 목적 .....	29
I. 헌법의 보호; 연방법질서의 보장 .....	29
II. 객관적 절차로서의 추상적 규범통제절차 .....	31
III. 추상적 규범통제절차의 실천적 기능 .....	33
IV. 추상적 규범통제절차와 다른 절차와의 관계 .....	38
제3절 추상적 규범통제절차의 구체적 내용 .....	42
I. 들어가며 .....	42
II. 신청주의, 청구권자 .....	43
1. 신청주의(Antragsprinzip) .....	43
2. 청구권자(Antragsberechtigten) .....	43
III. 견해의 차이 혹은 의문 .....	47
IV. 심판의 이익; 객관적 해명의 필요성 .....	53
V. 직권주의 .....	57
VI. 심판의 대상(Prüfungsgegenstand) .....	65
1. 심판대상으로서 ‘연방법과 주법’ .....	65
2. 규범확인절차에서의 심판대상 .....	69
3. 예방적 규범통제의 허용 여부 .....	70

VII. 심사기준과 심사범위 .....	73
1. 심사기준 .....	74
2. 심사범위 .....	76
제4절 추상적 규범통제절차의 특수유형 .....	77
I. 들어가며 .....	77
II. 절차의 목적과 의의 .....	78
III. 청구권자 .....	79
IV. 심판대상과 청구사유 .....	80
V. 심사기준과 심사범위 .....	80
제5절 추상적 규범통제절차의 장·단점 및 그 실효성 .....	82

### **제3장 프랑스의 추상적 규범통제제도의 변화와**

#### **그 의미 .....** 87

제1절 들어가며 .....	87
제2절 프랑스 헌법재판의 역사 .....	88
제3절 헌법재판소의 권한 .....	90
I. 사법적 권한 .....	90
II. 자문에 관한 권한 .....	92
제4절 프랑스의 규범체계 .....	93
I. 헌법 .....	93
II. 국제법 .....	93
1. 국제법에 대한 헌법의 우위 .....	93
2. 국제법과 법률 - 국제법 우위의 원칙 .....	97
III. 법률(Loi) .....	98
1. 조직법률(Loi organique) .....	98

2. 보통법률(Loi ordinaire) .....	99
IV. 오르도낭스 또는 법률명령(Ordonnance) .....	99
V. 데크레 또는 명령(Décret) .....	101
VI. 아레테(Arrêté) .....	101
VII. 시쿨래르 또는 훈령(Circulaire) .....	101
제5절 추상적 규범통제절차의 심판대상 .....	102
I. 조직법률 .....	102
II. 보통법률 .....	103
III. 의회규칙 .....	105
IV. 국제법 .....	105
V. 국민투표 법률 .....	108
1. 2008년 7월 이전 .....	108
2. 현행 .....	127
VI. 헌법 .....	133
1. 위헌심사 반대론 .....	133
2. 위헌심사 찬성론 .....	136
3. 헌법재판소의 결정 .....	137
VII. 입법절차 .....	141
제6절 추상적 규범통제절차의 심사기준 .....	145
I. 헌법 .....	145
1. 헌법 전문(前文) .....	146
2. 1789년 인권선언 .....	148
3. 법의 일반원칙들 .....	150
4. 2004년 환경헌장 .....	151
II. 국제법규 .....	151
III. 조직법률 .....	152



제7절 추상적 규범통제절차의 구체적 내용 .....	153
I. 청구인 .....	153
1. 조직법률 .....	153
2. 보통법률 .....	154
3. 국제법규 .....	155
4. 의회규칙 .....	157
II. 위헌법률심판 청구 취하 문제 .....	157
1. 사건의 개요 .....	158
2. 서면에 의한 청구 .....	159
3. 취하가능여부 .....	160
제8절 결정 .....	164
I. 결정절차 및 결정문 형태 .....	164
II. 결정유형 .....	166
1. 위헌결정(Les décisions d'annulation) .....	166
2. 단순기각(Les décisions de rejet simple) .....	168
3. 조건부 합헌결정(Les décisions de conformité sous réserve) .....	170
III. 헌법재판소의 결정의 효력 .....	187
IV. 심사된 법률의 처리 .....	192
1. 전부위헌 또는 전부합헌 .....	193
2. 법률전체와 불가분인 일부위헌 .....	193
3. 법률전체와 가분인 일부위헌 .....	193
V. 결정의 집행문제 .....	194
1. 의회와의 관계 .....	194
2. 행정부와의 관계 .....	196
3. 법원과의 관계 .....	197

VI. 헌법재판소의 심판대상 확장 .....	202
1. 심판 대상별 심판대상 확장문제 .....	202
2. 청구되지 아니한 조문에 대한 심판근거 .....	209
3. 위헌법률심판에서 심판범위확장의 영향 .....	213
4. 명시적으로 심사되지 아니한 조문의 효력 .....	221
5. 헌법소송의 성격과 심판범위의 확장 .....	228
6. 사전적 규범통제와 심판범위 .....	231
제9절 결론 .....	232

## **제4장  국내의 추상적 규범통제도입 논의와 그 전제 ... 234**

제1절 위헌법률심판의 구조적 특징과 구체적 규범통제의 한계 ...	234
I. 위헌법률심판의 유형과 현행법상의 구체적 규범통제의 특징 ...	234
1. 위헌법률심판의 유형 .....	234
2. 위헌법률심판의 유형에 따른 특성 .....	242
3. 현행법상 구체적 규범통제의 특징과 문제점 .....	243
II. 헌법재판소에 의한 위헌법률심판의 경험과 평가 .....	245
1. 현행 헌법 이전의 위헌법률심판의 양과 질에 대한 검토 ...	245
2. 헌법재판소 구성 이후 위헌법률심판의 활성화 .....	247
3. 현행법상 위헌법률심판의 한계 노정 .....	251
III. 구체적 규범통제의 한계와 추상적 규범통제 도입의 필요성 ...	254
1. 구체적 규범통제의 구조와 그에 따른 본질적 한계 .....	254
2. 타 헌법소송유형과의 관계에서 나타나는 한계 .....	256
3. 문제해결의 방향과 방법 .....	258
제2절 추상적 규범통제 도입의 찬반론과 그 논거 .....	260
I. 추상적 규범통제의 탄생 배경과 각국의 운영 실태 .....	260

1. 구체적 규범통제의 탄생 배경과 그에 따른 성격 규정	260
2. 추상적 규범통제의 탄생과 확산	262
II. 추상적 규범통제 도입에 대한 반대 논거	266
1. 정치의 사법화에 대한 우려:	
사법적 패자부활전으로 이용될 것이라는 우려	266
2. 민중소송화 내지 남소에 대한 우려	268
3. 업무량의 폭증 기타 준비 부족에 대한 우려	269
III. 추상적 규범통제 도입에 대한 찬성 논거	270
1. 추상적 규범통제 도입의 기대효과:	
합헌성 통제 및 기본권보장의 강화	270
2. 추상적 규범통제 도입의 여건 성숙	271
3. 추상적 규범통제 도입의 역기능 해소	272
제3절 추상적 규범통제가 도입될 경우 달라질 수 있는	
요소들에 대한 검토	273
I. 법률에 대한 합헌성 심사의 범위 확대	273
1. 현행법상 위헌법률심판(구체적 규범통제)에 의한	
합헌성 심사의 범위	273
2. 추상적 규범통제의 도입을 통해 새롭게 합헌성 심사의	
대상이 될 수 있는 사항	275
3. 실질적인 심사 가능성의 확대	276
II. 기본권 보장의 강화	277
1. 추상적 규범통제의 활용가능성의 하나로서의 기본권 보장의 강화	277
2. 구체적 규범통제에 의해 보호되지 못하던 기본권의 구체	279
3. 추상적 규범통제를 통한 사전예방적 기본권보호	280
III. 입법절차에 대한 통제의 강화	281
1. 위헌법률심판의 주된 기능으로서의 입법통제	281

2. 구체적 규범통제와 입법절차에 대한 통제의 어려움 .....	282
3. 추상적 규범통제의 도입과 입법절차의 통제 .....	284
제4절 추상적 규범통제의 법제화 방향과 제도 운영의 틀 .....	285
I. 추상적 규범통제의 구조적 특징과 법제화의 기본 방향 .....	285
1. 추상적 규범통제의 구조적 특징 .....	285
2. 추상적 규범통제의 장단점과 법제화의 기본 방향 .....	287
3. 우리나라의 정치적, 사회문화적 특성과 법제화의 기본 방향 .....	288
II. 제소요건(특히 제청권자의 범위)의 설정 .....	290
1. 추상적 규범통제에 있어서 제소요건의 중요성 .....	290
2. 제청권자의 범위 설정 .....	291
3. 제청사유 및 심판절차 .....	293
III. 기본권 보장의 강화를 위한 활용 .....	295
1. 제청권자의 범위와 기본권 보장에의 활용 .....	295
2. 제청의 시기 및 방식과 기본권 보장에의 활용 .....	296
3. 기본권 보장을 위한 추상적 규범통제 활용의 한계 .....	297
IV. 정치적 오·남용에 대한 통제 .....	298
1. 추상적 규범통제의 가장 큰 적으로서의 정치적 오·남용 .....	298
2. 제소요건을 통한 정치적 오·남용 통제의 가능성과 한계 .....	299
3. 정치적 오·남용의 방지를 위한 헌법재판소와 국민의 역할 .....	300
제5절 추상적 규범통제의 도입에 따른 여타 헌법소송의 정비 .....	301
I. 추상적 규범통제의 도입이 기존의 헌법소송에 미치는 영향 .....	301
1. 헌법소송의 다양한 유형과 이들의 상호 작용 .....	301
2. 추상적 규범통제의 도입을 통한 위헌법률심판의 구조 및 역할의 변화 .....	303
3. 추상적 규범통제의 도입이 다른 헌법소송에 미치는 영향 .....	304
II. 추상적 규범통제와 구체적 규범통제의 관계 설정 .....	305
1. 위헌법률심판의 중심으로서의 구체적 규범통제 .....	305

2. 추상적 규범통제에 의한 구체적 규범통제의 보완 .....	307
3. 양자의 갈등요소와 사전적 조율의 방향 .....	308
III. 추상적 규범통제와 권한쟁의심판의 역할 분담 .....	309
1. 기존의 구체적 규범통제와 권한쟁의심판의 관계 .....	309
2. 결정정족수에 의한 문제 해결의 가능성에 대한 평가 .....	313
3. 추상적 규범통제의 도입에 따른 새로운 관계설정 .....	316
IV. 추상적 규범통제와 헌법소원심판의 보완적 관계 .....	318
1. 구체적 규범통제와 헌법소원심판의 관계 .....	318
2. 추상적 규범통제와 헌법소원심판의 관계 .....	319
<b>제5장 결론 .....</b>	<b>321</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>325</b>



# 제1장 서: 헌행법상 위헌법률심판의 의의와 한계

## 제1절 실질적 법치주의 실현과 위헌법률심판의 도입

### 1. 법치주의의 발전과 실질적 법치주의에 대한 요청

근대 주권국가의 탄생 이후 국가의 성격 및 과제와 기능에 대해서 논의가 활발하게 벌어졌다. 그런 가운데 국가가 지향하는 목표 내지 이를 달성하는 방법에 관한 다양한 견해들이 제시되었으며, 특히 법치주의의 탄생 및 발전은 이러한 역사적 배경을 통해서만 올바르게 이해될 수 있을 것이다.

물론 근대적 법치주의의 시작으로 일컬어지는 영국의 법의 지배(rule of law)는 13세기 영국 내에서 법질서의 통일을 위한 국왕재판소의 설립 및 이를 통해 형성되었던 판례법인 보통법(common law)의 발달에서 비롯된 것이라 할 수 있다.<sup>1)</sup> 그러나 영국의 민주화 과정 속에서 국가권력의 정당성 확보를 위해 법에 의한 구속이 필요하다는 점에 주목하게 되면서 법의 지배는 보다 실질적인 의미를 갖게 되었으며, 이러한 영국의 민주주의와 법의 지배에 영향을 받은 구미의 각국이 미국의 적법절차(due process of law), 독일의 법치국가(Rechtsstaat) 등으로 발전시키는 가운데 법치주의는 근대국가의 가장 중요한 헌법원리로 자리잡게 되었던 것이다.<sup>2)</sup>

이러한 법치주의 발전은 각국의 정치적 상황에 따라 상이한 모습을 보였다. 영국의 경우 민주정치의 발전과 법의 지배의 발전이 맞물려서 커다란 마찰 없이 전개되었던 반면에,<sup>3)</sup> 미국의 경우에는 적법절차의 원리를 말 그대로 형식적

- 
- 1) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안안법학」 제2집(1994.8), 140쪽.
  - 2) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안안법학」 제2집(1994.8), 140쪽 이하 참조.
  - 3) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안안법학」 제2집(1994.8), 133~180(143)쪽; Ulrich Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S.229~262, jetzt in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.461~

절차에 관한 원리로 이해하던 경향이 실질적 문제에까지 적용되는 것으로 확장되는 과정에서 법치주의에 대한 이해의 변화를 보여주었다.<sup>4)</sup> 그러나 가장 커다란 변화를 보여주었던 것은 독일의 법치국가라고 할 수 있을 것이다. 입헌군주제의 정치현실 하에서 민주주의와 유리된 형식적 법치국가로 만족할 수밖에 없었던 것이, 민주주의의 관철 이후 실질적 법치주의로 변화·발전하는 과정에서 법치주의의 의미와 내용에 관하여 많은 시사점들을 보여주었던 것이다.<sup>5)</sup>

---

508(471ff.).

- 4) 이에 대하여는 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안암법학」 제2집(1994.8), 133~180(143~146)쪽.

헌법재판소도 “헌법은 제12조 제1항에서 “누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고 있는바, 여기에서 “적법한 절차”라 함은 이른바 적법절차주의를 채용하였음을 명시하는 것으로서 미국연방헌법 수정 제5조 및 제14조에 규정된 적법절차(due process of law)의 보장을 받아들인 것이라 할 것이다. 위 적법절차의 원칙은 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보호하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 원칙으로, 미국헌법상 적법절차 법리의 전개는 절차적정성 내지 절차의 정의합치성을 뜻하는 절차적 적법절차에 그치지 아니하고, 입법내용의 적정성을 뜻하는 실체적 적법절차로 발전되어 왔다. 따라서 위 헌법조항의 적법한 절차라 함은 인신의 구속이나 처벌 등 형사절차만이 아니라 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에도 광범위하게 적용되는 독자적인 헌법원리의 하나로, 절차가 형식적 법률로 정하여져야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 함을 요구하는 것이다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1997.11.27. 92헌바28 결정)(같은 취지의 헌법재판소 결정으로 헌재 1993.7.29. 90헌바35; 헌재 1996.1.25. 95헌가5 결정 등 참조).

- 5) 이에 대하여는 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안암법학」 제2집(1994.8), 148쪽 이하; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit -Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und zum Verfassungsgeschichte-, Frankfurt/Main 1992, S.143~169; Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S.71~95, jetzt in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.557~588; U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S.229~262, jetzt in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.461~508.



형식적 법치주의와 구별되는 실질적 법치주의란 -법실증주의가 주장하는 것처럼 법의 내용적 정당성 여부에 대한 판단을 법학의 과제에서 배제한 채 법의 형식을 갖추어 국가권력이 행사되도록 요청하는 것이 아니라 법의 내용적 정당성까지도 요청하는 것이다. 즉, 국가권력이 법의 형식을 갖추어 행사되도록 요구하는 형식적 법치주의에 더하여 그 법의 내용적 정당성을 추가적으로 요청하는 것이다.<sup>6)</sup> 예컨대 정법과 악법을 따지지 않고 법으로 정해진 사항은 무조건 지켜야 한다고 주장하는 것은 형식적 법치주의를 실현시키고자 하는 것이지만, 법의 내용이 정의에 반하는 악법인 경우에는 그 법을 적용하지 말아야 한다고 주장한다면 이는 실질적 법치주의를 염두에 둔 것이라고 할 수 있을 것이다.

## II. 위헌법률심판을 통한 법 내용의 정당성 확보와 헌법재판소의 민주적 정당성

실질적 법치주의를 실현하기 위해서는 법의 내용적 정당성에 대한 판단이 필요하며, 이는 판단의 기준 내지 방법에 대한 합리적 대안을 전제하는 것이다. 어떠한 법이 왜 정당 또는 부당한지, 이를 어떤 절차와 방법을 통하여 확인할

---

6) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안암법학」 제2집(1994.8), 152쪽 이하; K. Hesse, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen 1962, S.71~95, jetzt in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, S.563; U. Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960*, Bd. II, Karlsruhe 1960, S.229~262, jetzt in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, S.461~508(.488ff.).

그런 의미에서 실질적 법치주의는 형식적 법치주의를 배제하는 것이 아니라 포함하는 것이라 할 수 있다. 이에 대해서는 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안암법학」 제2집(1994.8), 156~157쪽; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR I*, 1. Aufl., Heidelberg 1987, §24, Rn.19.

것인지의 문제가 실질적 법치주의의 실현에 있어서는 가장 핵심적인 문제가 될 수밖에 없는 것이다.

따라서 실질적 법치주의가 가능하기 위해서는 규범통제가 필수적이다. 즉, 법의 내용적 정당성 여부를 상위 규범에 비추어서 평가·판단하는 절차가 있어야 하는 것이다. 오늘날 실질적 법치주의를 실현과 관련하여 위헌법률심판이나 위헌·위법한 명령·규칙에 대한 심사 등이 특별한 의미를 갖게 되는 것은 이 때문이다.

그러나 그 중에서 위헌법률심판이 갖는 의미와 비중은 다른 유형의 규범통제와는 비교하기 어렵다. 법률보다 하위에 있는 규범들의 경우 법률과의 합치 여부를 따지고, 이를 통하여 법률의 우위를 관철하는 것은 -근대적 권력분립 내지 법치주의의 기본구조를 전제할 때- 적어도 법이론적으로 당연시될 수 있는 것이다. 그러나 법률의 위헌 여부에 대한 심판을 한다는 것은 법률보다 상위에 있는 규범, 즉 헌법의 존재와 기능에 대한 적극적인 평가를 전제하는 것일 뿐만 아니라, 헌법은 내용적으로 정당하다는 인식에서 출발하는 것이며, 이는 국민주권의 관철을 전제한 민주헌법이 아니라면 현실적으로 인정되기 어려운 것이다.

민주국가를 전제할 때 비로소 헌법은 국민의사의 발현으로서, 국민의 기본권이라는 중심적 가치를 구체화한 것으로서 그 정당성을 주장할 수 있다.<sup>7)</sup> 그리고 이러한 헌법의 이념과 가치, 원리를 구체화한(또는 구체화하여야 하는) 법률이 헌법과 충돌할 경우에는 국민의 대표자에 의해 제정된 법률이 주권자인 국민에 의해 직접 제정된 헌법에 의해 통제될 수 있고, 통제되어야 한다는 결론에 자연스럽게 이르게 되는 것이다.

그러나 헌법과 법률의 관계가 이와 같은 상하관계로 정리된다고 해서 모든 문제가 해결되는 것은 아니다. 헌법이 최상위법이고, 의회에서 제정된 법률이 그 하위에 위치한다 하더라도 의회의 민주성 내지 국민대표성은 여전히 중요한 의미를 갖고 있다.<sup>8)</sup> 그로 인하여 헌법재판소가 법률의 내용이 헌법에 위배

---

7) 이에 대하여는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 29~33쪽, 420~422쪽 참조.

8) 장영수, “헌행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위”, 『법학논집』 제30집 (고려대학교 법학연구소, 1994), 53~55쪽.

된다는 것을 확인하고 위헌무효의 평가를 내리는 것에 대해서 민주성이 약한 헌법재판소가 국민의 대표기관인 의회의 입법을 좌지우지하는 것은 문제라는 식의 비판도 제기되는 것이다.<sup>9)</sup>

일견 설득력이 있는 이러한 주장은 세 가지 논거로 반박될 수 있다.

첫째, 헌법재판소가 위헌법률심판권을 행사하는 것은 주권자인 국민이 국민투표를 통해 통과시킨 헌법에서 명시하고 있는 것이다. 즉, 위헌법률심판제도의 정당성 여부는 의회의 민주적 정당성이 헌법재판소의 민주적 정당성보다 큰지의 여부에 따라 평가될 것이 아니라, 헌법 자체가 부여한 위헌법률심판권의 정당성이 헌법에 의해 구성된 의회가 갖는 법률의 민주적 정당성에 우선한다는 점에 초점을 맞춰야 할 것이다.<sup>10)</sup>

둘째, 민주적 정당성의 문제는 정치적 중립성과 충돌하는 것이 일반적이다. 특히 국민으로부터 직접적으로 강력한 민주적 정당성을 확보하기 위한 선거 등의 절차는 정치적 중립일 수 없기 때문에 사법부의 구성에서는 국민의 선거를 통한 선출의 방법이 기피되고 있는 것이다.<sup>11)</sup> 이를 고려할 때, 헌법재판소의 정치적 중립을 요청하는 헌법 하에서 그 민주적 정당성이 의회보다 작다는 것을 그 권한에 대한 비판의 논거를 사용하는 것은 적절치 않다.

셋째, 사법적 판단에 있어서는 민주적 정당성이 크기보다는 내용의 정당성에 대한 전문적 평가가 더 중요할 수 있다.<sup>12)</sup> 예컨대 대통령의 국가작용에 대하여 법적 다툼이 발생하여 법원에서 이에 대한 판단을 내릴 경우에 국민에 의해 선출된 대통령의 민주적 정당성이 법원의 민주적 정당성보다 크기 때문에 법원이 이러한 법적 판단을 내려서는 안 된다고 말하기는 어려울 것이다.

---

9) 이에 대해서는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1244쪽, 1251쪽 참조.

10) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1251쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 7~8쪽.

11) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1252~1253쪽.

12) 장영수, “헌행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위”, 「법학논집」 제30집 (고려대학교 법학연구소, 1994), 57~58쪽.

### III. 민주주의의 발전에 따른 실질적 법치주의의 강화

민주주의가 발전될수록 실질적 법치주의에 대한 요청 또한 강화된다. 민주주의의 실질화는 결국 주권자인 국민의 지위를 보다 강화하는 것으로 귀결될 수밖에 없는데, 이는 결국 국민의 기본권을 최대한 보장하고 실현하여야 한다는 법치주의의 요청을 실질화하는 것으로 연결될 수밖에 없는 것이다.<sup>13)</sup>

우리의 경우에도 1987년의 민주화 이후 법치주의에 대한 요구가 눈에 띄게 강해졌으며, 이를 바탕으로 헌법재판소의 활동이 탄력을 받게 된 점이나, 법원의 경우에 과거에 비해 국민의 인권보장을 강화하는 사법제도의 개혁을 여러 차례 꾀했던 것도 법치주의 실질화라는 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.<sup>14)</sup> 또한 냉전체제가 붕괴된 이후 민주화의 바람이 불어닥친 구 동구권 국가들에서 앞다퉀 헌법재판소를 설립하면서 실질적 법치주의의 강화에 노력하고 있는 것도 역시 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

물론 헌법원리로서의 민주주의와 법치주의는 -기본적으로 국민의 인권보장이라는 궁극적 목적에는 동일하다 할지라도- 각기 다른 내용과 강조점을 갖고 있는 것이기 때문에 양자를 혼동하는 것은 곤란할 것이다.<sup>15)</sup> 그러나 적어도 민주주의와 법치주의가 함께 발전하고 있으며, 이를 통하여 법치주의 내지 이를 구체화하는 헌법재판의 발전방향을 가늠해 보는 것은 특별한 의미를 가질 수 있을 것으로 보인다.

즉, 헌법재판 내지 위헌법률심판의 장래는 국민의 요구에 따라 인권보장을

---

13) 민주주의와 법치주의의 내적 관련성에 대하여 자세한 것은 장영수, “헌행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위”, 「법학논집」 제30집(고려대학교 법학연구소, 1994), 179~180쪽; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., Heidelberg 1995, Rn.271ff. 참조.

14) 2007. 6. 1. 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」의 제정으로 2008. 1. 1.부터 시행되고 있는 국민참여재판이나 최근 계속 논의되고 있는 공판중심제 논의도 역시 기본권의 강화 내지 이를 위한 법치주의의 실질화라는 큰 흐름 속에서 이해될 수 있을 것이다.

15) 장영수, “헌행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위”, 「법학논집」 제30집(고려대학교 법학연구소, 1994), 179~180쪽; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., Heidelberg 1995, Rn.271ff.

강화하는 방향으로 발전해 나가야 하며, 이는 단순히 헌법재판 혹은 위헌법률심판 차원에서의 문제가 아니라 법치주의 전체, 나아가 민주주의와 법치주의를 아우르는 헌법 전체의 발전이라는 큰 흐름 속에서 이해되어야 하는 것이다.

## 제2절 위헌법률심판제도의 역사적 변화

### 1. 위헌법률심판제도 탄생의 이론적 배경

역사상 최초의 위헌법률심판은 미국의 연방대법원이 1803년 *Marbury vs. Madison* 사건에서 행한 것으로 알려져 있다. 그러나 위헌법률심판제도의 탄생 배경을 논하자면 그보다 훨씬 더 앞으로 거슬러 올라갈 수 있다.

초기의 법치주의에서는 실질적 법치에 대한 명확한 관념이 나타나지 않고 있었으며, 위헌법률심판에 대한 생각 또한 뚜렷하지 않았다. 그러나 의회와 군주의 대립관계 내지 의회에서 제정한 법률과 군주가 제정한 법규범의 충돌이 현실적 문제로 등장하면서 규범통제의 문제가 부각되기 시작하였고, 이와 관련하여 위헌법률심판의 이론적 배경이 될 수 있는 사상들이 나타나게 되었던 것이다.<sup>16)</sup>

위헌법률심판의 이론적 배경으로서 중요한 의미를 갖는 것은 보통법이 국왕의 제정법보다 우위에 있다고 주장하였던 에드워드 코크(Edward Coke)의 주장이다. 그는 “왕은 누구의 아래에도 있지 않지만, 신의 아래에 있고, 법의 아래에 있다.”고 주장함으로써 국왕의 권력이 법에 기속되어야 함을 강조하였고, 이는 국왕에 의해 제정된 칙령 등의 법규범도 보통법에 의한 통제의 대상이 됨을 의미하였던 것이다.<sup>17)</sup>

물론 영국은 그 당시에도 성문의 헌법전을 가지고 있지 않은 불문헌법국가였기 때문에 위헌법률심판이라는 형태를 갖출 수는 없었다. 그러나 보통법이라

---

16) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 『안암법학』 제2집(1994.8), 140쪽 이하.

17) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1230쪽.

보넴(Thomas. Bonham) 사건과 에드워드 코크(Edward Coke)의 주장에 대하여 자세한 것은 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 38~43쪽 참조.

는 판례법을 하나의 최고규범으로 생각하는 전제에서 출발할 때, 국왕의 제정법을 보통법으로 통제하려는 것은 마치 위헌법률심판과 유사한 규범통제의 구조를 갖는 것으로 이해할 수 있었던 것이다.<sup>18)</sup>

그러나 영국에서 의회의 민주화와 더불어 의회주권 사상이 관철됨으로 인하여 코크의 주장은 설 자리를 잃게 되었다.<sup>19)</sup> 법원에 의해 정립된 보통법이 국왕의 제정법에 대해서 우위를 주장하는 것에 대해서는 -당시의 정치적 상황을 고려할 때- 정당성을 인정할 수도 있겠지만, 민주적 정당성을 확보한 의회의 제정법에 대해서 보통법의 우위를 주장하기는 어려웠던 것이다.<sup>20)</sup>

## II. 미국헌법 제정 당시의 논의와 판례를 통한 위헌법률심판제도의 도입

1774년 영국으로부터 독립하였던 미국은 영국과는 달리 위헌법률심판제도를 도입할 수 있는 여러 전제들이 갖추어져 있었다고 평가될 수 있다. 무엇보다 성문헌법을 제정함으로써 불문헌법국가였던 영국과는 달리 헌법을 기준으로 법률의 내용적 정당성을 판단할 수 있는 규범구조를 갖추고 있었으며, 의회주권의 원칙에 기초하고 있는 영국과는 달리 엄격한 삼권분립의 원칙을 채택함으로써 의회에서 제정한 법률에 대하여 타 국가기관에서 통제할 수 있는 가능성 또한 열려 있었던 것이다.<sup>21)</sup>

그러나 미국 연방헌법을 제정하는 과정에서 위헌법률심판제도의 도입에 관한 논의는 격렬한 찬반의 대립 속에서 결론을 내지 못하고 말았다. 한편으로는 의회의 통제를 위한 위헌법률심판제도 도입의 필요성이 강력하게 역설되었지만, 다른 한편으로는 위헌법률심판제도를 도입할 경우에는 사법권이 지나치게 강력해질 것이라는 우려 또한 만만치 않았기 때문이었다.<sup>22)</sup> 그 결과 1787년 제

18) 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 41~42쪽.

19) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 『안암법학』 제2집(1994.8), 141~142쪽.

20) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 『안암법학』 제2집(1994.8), 141~142쪽.

21) 이에 대하여 자세한 것은 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1066쪽 참조.

22) 미국 연방헌법의 제정과정에서 위헌법률심판의 도입을 둘러싼 논란에 관하여

정된 미국 연방헌법에서는 위헌법률심판에 관한 명문의 규정을 두지 않고 있었다.

그럼에도 불구하고 미국에서 위헌법률심판에 대한 관심이 없어진 것은 아니었다. 오히려 법해석과 관련하여 위헌법률심판의 적용 필요성이 주장된 예가 적지 않았으며, 헌법규정에 위배되는 법률조항이 있을 경우에는 법적용의 일반 원칙 가운데 하나인 상위법 우선의 원칙에 따라 당해 법률조항을 배제하고 헌법규정에 따라 법적용을 해야 한다는 주장은 상당한 공감대를 형성하고 있었던 것으로 보인다.<sup>23)</sup>

그런 가운데 1803년 *Marbury vs. Madison* 사건은 미국의 위헌법률심판의 역사적 전기가 되었다.<sup>24)</sup> 헌법상 위헌법률심판에 관한 명문의 규정이 전혀 없는 상태에서 단지 판례를 통하여 위헌법률심판을 사실상 강행하였던 당시의 재판은 일종의 모험이라고 할 수 있었지만, 결과적으로 미국 위헌법률심판의 시초가 되었을 뿐만 아니라, 전 세계로 퍼져나가는 헌법재판의 신흥탄이기도 하였던 것이다.<sup>25)</sup>

헌법상의 근거 조항 없이 연방대법원의 판례를 통해 시작된 미국의 위헌법률심판은 출발점에서부터 일정한 한계를 안고 있을 수밖에 없었다. 법원의 재판을 전제할 수밖에 없는 구체적 규범통제의 방식을 취할 수밖에 없었을 뿐만

---

는 박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제 21권), 헌법재판소, 2010, 191쪽 이하; Alexander Hamilton/ James Madison/ John Jay(김동영 옮김), 『페더럴리스트 페이지』, 한울아카데미, 2009, 459~464쪽, 474~477쪽 참조.

23) 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 46쪽 이하; 박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010, 187쪽 이하; A. Hamilton/ J. Madison/ J. Jay(김동영 옮김), 『페더럴리스트 페이지』, 한울아카데미, 2009, 459~464쪽, 474~477쪽.

24) *Marbury vs. Madison* 사건의 내용 및 역사적 의미에 관하여는 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 49쪽 이하; 박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010, 193쪽 이하; Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and judicial Review*, University Press of Kansas, 1989, pp.81 참조.

25) 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 35쪽 이하 참조.

아니라 위헌결정의 효력 또한 당해사건의 적용 배제에 한정될 수밖에 없었던 것이다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고 위헌법률심판제도 도입의 의미 내지 파급효는 결코 가볍게 평가될 수 없을 것이다.

### III. 서독 기본법의 제정과정과 위헌법률심판제도의 구체화

우리나라의 헌법재판제도에 가장 직접적인 영향을 미쳤던 독일의 경우에는 제2차 세계대전 이후 강력한 권한을 갖는 헌법재판소를 구성하면서 위헌법률심판제도 역시 -미국과는 달리- 상당히 강력하고 포괄적인 권한을 갖는 것으로 형성되었다.

1949년 제정된 서독 기본법과 1951년의 연방헌법재판소법에 의하여 구성된 독일 연방헌법재판소는 위헌법률심판과 관련하여 구체적 규범통제의 권한뿐만 아니라 추상적 규범통제의 권한까지도 부여받게 되었다. 그밖에도 헌법소원, 권한쟁의, 연방국가적 쟁의 등에 관한 폭넓은 권한을 가지고 있는 독일 연방헌법재판소는 독일의 실질적 법치주의 실현에 중심적 역할을 하고 있는 것으로 평가된다.

독일의 구체적 규범통제는 우리나라의 위헌법률심판의 모델이 된 것으로서 당해사건에서 적용되는 법률이 재판의 전제성을 인정받는 경우에 법원의 제청을 통하여 헌법재판소의 위헌여부의 판단을 받도록 한 것이다.<sup>26)</sup> 특히 헌법재판소에 의하여 위헌결정이 내려질 경우에는 -미국의 경우와는 달리- 당해사건에서 적용을 배제하는 것이 아니라 해당 법률조항을 일반적으로 무효화<sup>27)</sup>하는 강력한 효력을 인정받고 있다.<sup>28)</sup>

---

26) 다만 독일의 구체적 규범통제는 우리나라의 경우와는 달리 위헌소원(헌법재판소법 제68조 제2항) 등에 의한 보완을 요하지 않는다. 그것은 재판소원이 인정되고 있는 독일에서 굳이 위헌소원이라는 우회로를 열어 놓을 필요성이 없었기 때문이라고 할 수 있다.

27) 독일 연방헌법재판소법("Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist") 제82조 제1항, 제78조 1문.

28) 이 점에서는 독일의 위헌법률심판과 우리나라의 위헌법률심판이 유사하다고 할 수 있다. 반면에 독일의 경우에는 위헌결정이 원칙적으로 소급효를 갖지



독일의 경우에는 구체적 규범통제뿐만 아니라 추상적 규범통제까지 인정하고 있다는 점에서 우리나라의 위헌법률심판제도와 큰 차이를 보이고 있다. 구체적 규범통제는 문제의 법률조항이 실제로 적용되어 법적 문제가 발생된 이후에 재판의 전제성을 갖춘 것을 전제로 법원의 위헌법률심판제청을 통하여 헌법재판소가 그 합헌 여부에 대한 심판을 하게 되는 것이지만, 사후적 구체수단이라는 점에서 그 권리구제의 실효성이 약하다는 점에 대한 비판이 있었다. 더구나 일정한 사건의 경우에는 구조적으로 구체적 규범통제를 통해서 구체화하는 것이 불가능하다는 점 때문에 추상적 규범통제의 도입 필요성이 인정되었던 것이다.

그러나 추상적 규범통제의 도입이 장점만을 갖고 있는 것은 아니다. 자칫 잘못 이용될 경우에는 추상적 규범통제가 오히려 민주적 정치의사결정과정은 왜곡 내지 제한하게 된다는 비판에 직면할 수 있으며,<sup>29)</sup> 민중소송의 우려 또한 적지 않은 것이다.<sup>30)</sup> 그럼에도 불구하고 독일의 추상적 규범통제는 단점보다 장점이 큰 것으로 평가되고 있으며, 국내에서도 추상적 규범통제의 도입 논의는 최근의 헌법개정논의와 맞물려서 매우 활발한 편이다.<sup>31)</sup>

#### IV. 대한민국 헌법상 위헌법률심판제도의 변천

우리 헌법은 1948년 제정 당시부터 현재까지 위헌법률심판에 관한 규정을 계속 두고 있다. 현대 민주국가에서는 위헌법률심판제도가 하나의 핵심적 요소로 널리 인정되고 있음을 고려할 때, 해방 직후의 불안정한 상황뿐만 아니라

---

만, 우리나라에서는 형벌법규의 경우를 제외하고는 원칙적으로 장래효를 갖는다는 점(헌법재판소법 제47조 제2항)에서 차이를 보이기도 한다.

- 29) 이미 의회 내에서 다수결로 결정된 것을 다시금 헌법재판소에 가져와 제2라운드 대결을 벌이게 하는 ‘사법적 패자부활전’으로 이용되는 것에 대한 비판도 적지 않은 것이다. 이에 관하여는 아래의 「제4장 II. 2. (1) 정치의 사법화에 대한 우려: 사법적 패자부활전으로 이용될 것이라는 우려」 참조.
- 30) 이 문제 때문에 추상적 규범통제의 경우에는 제소권자의 제한이 매우 중요한 문제이다. 이에 관하여 자세한 것은 아래의 「제4장 IV. 2. 제소요건(특히 제소권자의 범위)의 설정」 참조.
- 31) 추상적 규범통제의 도입에 관한 찬반 논의에 관하여는 「제4장 II. 추상적 규범통제 도입의 찬반론과 그 논거」 참조.

군사독재 시절에도 위헌법률심판제도를 폐지하지 않고 있었던 것은 나름의 의미를 갖는다고 할 수 있다. 그러나 위헌법률심판제도를 헌법상 규정하고 있다는 것과는 이 제도가 실제로 활발하게 이용되고 있다는 것과는 전혀 별개의 문제라고 할 수 있는데, 우리 헌법상의 위헌법률심판제도는 이를 잘 보여주고 있다.

## 1. 제1공화국: 헌법위원회에 의한 구체적 규범통제

제1공화국 당시의 위헌법률심판권은 헌법위원회가 담당하였다.<sup>32)</sup> 제헌 헌법<sup>33)</sup> 제81조 제2항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”라고 규정하고 있었는데, 헌법위원회는 부통령을 위원장으로 하고, 대법관 5인과 국회의원 5인으로 구성되었으며(제헌헌법 제81조 제3항), 위원에 유고가 있는 경우에 직무를 대행할 예비위원을 두었다(1950년 헌법위원회법).<sup>34)</sup>

법률의 위헌 여부의 제청은 당해사건의 담당판사 또는 소송당사자의 신청에 의하여 판사 3인으로 구성되는 합의부의 결정으로써 당해법원이 행하며, 이 결정에 대하여 담당판사 또는 소송당사자가 이의가 있을 때에는 항고할 수 있었다(1950년 헌법위원회법 제9조). 위헌법률심판의 제청이 있으면, 당해 사건의 재판이 정지되었고, 헌법위원회가 위헌법률심판의 제청을 수리하였을 때에는 대법원으로 하여금 각급 법원에 있어서 당해 법률을 적용하여야 할 사건의 심리를 중지시켜야 했다(1950년 헌법위원회법 제10조). 헌법위원회의 위헌결정에는 위원 3분의 2 이상의 찬성이 요구되었다(제헌 헌법 제81조 제4항). 헌법위

32) 탄핵심판권은 탄핵재판소에 부여되었는데, 탄핵재판소는 부통령을 재판장으로 하고 대법관 5인과 국회의원 5인의 심판관으로 구성되었으며, 대통령과 부통령을 심판할 때에는 대법원장이 재판장의 직무를 행하도록 되어 있었다(제헌 헌법 제47조 제1항~제2항).

33) 제헌헌법(1948. 7.17, 헌법 제1호).

34) 1950년 헌법위원회법(1950. 2.21, 법률 제100호) 제2조:

헌법위원회에 위원 이외에 국회의원 중에서 예비위원 5인, 대법관 중에서 예비위원 약간 명을 둔다. 예비위원은 소속을 같이 하는 위원이 사고로 인하여 위원회에 출석할 수 없을 때에는 출석하여 위원의 직무를 대행한다.

예비위원이 위원회에 출석할 수 있는 순위는 위원회의 의결에 의한다.

원회의 위헌결정은 장래를 향하여 효력이 발생하지만, 형벌조항은 소급하여 그 효력을 상실하도록 하였다(1950년 헌법위원회법 제20조).

## 2. 제2공화국: 헌법재판소에 의한 구체적 규범통제<sup>35)</sup>

35) 1960년 헌법 제83조의3와 1961년 헌법재판소법 제10조 제2항을 이유로 제2공화국 당시 추상적 규범통제가 도입되었다고 보는 견해도 있다(정중섭, 『헌법소송법』, 박영사, 2010, 66쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 『법학연구』 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 125~147 [129] 쪽)(반대 견해로는 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 56쪽, 79쪽).

1960년 헌법 제83조의3은 위헌법률심판과 관련하여 “1. 법률의 위헌여부 심사”라고만 규정하고 있을 뿐, 규범통제의 구체적 유형을 직접 결정하지는 않았다. 1961년 제정된 헌법재판소법(1961. 4. 17, 법률 제601호)에서는 위헌법률심판제기 요건을 제9조(위헌제청과 법원의 재판)와 제10조(제청서 기재사항)에서 규정하고 있었다. 동법 제9조에서는 위헌법률심판의 제청권자 및 제청의 경우 법원의 재판정지와 관련하여 “① 법원에 계속중인 사건에 관하여 법원 또는 당사자가 법률의 위헌여부의 심사나 헌법에 관한 최종적 해석을 헌법재판소에 제청하였을 때에는 헌법재판소의 결정에 의하여 당해 사건에 대한 법원의 재판은 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 정지할 수 있다. 단, 형사소송법 제92조제1항 후단의 구속기간과 민사소송법 제184조의 판결선고기간을 산정함에 있어서는 본 항의 재판정지기간은 이를 산입하지 아니한다. ② 헌법재판소가 전항 본문의 결정을 하였을 때에는 즉시 이를 대법원에 통고하여야 하며 대법원은 각급법원에 있어서 당해 법률 또는 헌법조항을 적용하여야 할 사건의 심리를 중지시켜야 한다.” 라고 규정하고 있었다. 그런데 동법 제10조에서 위헌제청서의 기재사항을 규정하면서 같은 조 제1항에서는 제9조에서 규정하고 있는 “법원에 계속중인 사건”에 관한 위헌제청서 제청서 기재사항을 규정하였으나, 제2항에서는 “법원에 사건이 계속됨이 없이 법률의 위헌여부 또는 헌법에 관한 최종적 해석을 제청할 때에는 제청서에 다음 사항을 기재하여야 한다.” 라고 규정하였던 것이다.

1961년 헌법재판소법 제10조 제2항의 규정이 추상적 규범통제를 의도한 것인지는 분명하지 않다. 그러나 이 규정이 추상적 규범통제의 도입을 의도한 것이라면 독일이나 오스트리아 등의 경우처럼 제청권자의 한정이 매우 중요할 것인데, 이에 관한 아무런 언급이 없다는 점이 문제로 지적될 수 있다(차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 『헌법실무연구』 제11권(헌법재판소, 2010.12), 389쪽). 추상적 규범통제에 있어서 제소권자를 한정하지 않는다면 민중소송화될 수 있으며, 이로 인하여 헌법재판소의 기능이 마비될 수도 있기 때문이다. 이러한 까닭에 추상적 규범통제의 제소요건에 있어서는 특히 제청권자의 범위를 적절하게 한정하는 것이 무엇보다도 중요하다고 할

제2공화국 헌법<sup>36)</sup>은 제1공화국 당시와는 달리 헌법재판소제도의 도입을 규정하고 있었으나(제2공화국 헌법 제83조의2, 제83조의4), 1961년 제정된 헌법재판소법(1961년 헌법재판소법)<sup>37)</sup>에 따라 헌법재판소가 실제 구성되기도 전에 5·16 군사쿠데타로 제2공화국이 붕괴됨으로 인하여 실제 헌법재판소에 의한 헌법재판이 이루어지지 못했다. 제2공화국 헌법 제83조의3은 헌법재판소는 “1. 법률의 위헌여부 심사, 2. 헌법에 관한 최종적 해석,<sup>38)</sup> 3. 국가기관간의 권한쟁의, 4. 정당의 해산, 5. 탄핵재판, 6. 대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송”을 관장한다고 규정하고 있었다.

법원에 계속중인 사건에 관하여 법원 또는 당사자가 법률의 위헌여부의 심사나 헌법에 관한 최종적 해석을 헌법재판소에 제청하였을 때에는 헌법재판소의 결정에 의하여 당해 사건에 대한 법원의 재판을 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 정지할 수 있고(1961년 헌법재판소법 제9조 제1항 본문), 헌법재판소가 이와 같은 결정을 하였을 경우에는 즉시 이를 대법원에 통고하여야 하며, 대법원은 각급법원에 있어서 당해 법률 또는 헌법조항을 적용하여야 할 사건의 심리를 중지시켜야 하였다(1961년 헌법재판소법 제9조 제2항). 법률의 위헌여부와 헌법해석에 관한 헌법재판소의 판결은 법원과 기타 국가기관 및 지방자치

---

수 있다. 이에 대하여 자세한 것은 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 90~91쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사건적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 「법학연구」 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 135쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 86~87쪽; Gisela Babel, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, Berlin, 1965, S.13f.; E. Benda/ E. Klein, Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 2.Aufl., Heidelberg 2001, Rn.709; Hartmut Sohn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S.297 참조.

36) 1960년 헌법(1960. 6.15, 헌법 제4호).

37) 헌법재판소법(1961. 4.17, 법률 제601호).

38) 현행 헌법이 1960년 헌법(제3차 개정헌법) 제83조의3 제2호에서 헌법재판소의 권한 가운데 하나로 “헌법에 관한 최종적 해석” 권한을 규정하고 있지 않은 것에 대한 비판으로 김문현/ 정재황/ 한수웅/ 음선필, 「현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 헌법재판연구 제16집, 2005, 176~177쪽; 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 20011, 1260쪽.

단체의 기관을 기속하며(1961년 헌법재판소법 제22조 제1항), 헌법재판소에 의하여 위헌의 판결을 받은 법률 또는 법률의 조항은 판결이 있는 날로부터 법률로서의 효력을 상실하였다. 다만 형벌에 관한 조항은 소급하여 그 효력을 상실하였다(1961년 헌법재판소법 제22조 제2항).<sup>39)</sup>

### 3. 제3공화국: (대)법원에 의한 구체적 규범통제

제3공화국 헌법은 제2공화국 헌법상의 헌법재판소 제도를 폐지하고, 위헌법률심판권을 (대)법원에 부여하였다.<sup>40)</sup> 제3공화국 헌법 제102조 제1항에서 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 명시함으로써 일반법원이 위헌법률심판권을 행사하는 비집중형의 사법심사제 하에서 구체적·부수적 규범통제제도<sup>41)</sup>를 도입하였던 것이다.

당시 하급심 법원에서는 위헌판결을 수차례 내린 바 있으나, 대법원이 법률(조항)에 대해 위헌판결을 내린 경우는 거의 없었고,<sup>42)</sup> 이러한 대법원의 지나치게 소극적인 태도는 헌법질서의 수호라는 헌법소송의 본질에 어긋나고 국민의 기본권 보장에도 소홀하다는 비난의 대상이 되었다.<sup>43)</sup> 그런 가운데 1971년

39) 그밖에 국가기관 간의 권한쟁의에 관한 헌법재판소의 판결도 모든 국가 또는 지방자치단체의 기관을 기속하도록 하고 있었고, 탄핵의 소추를 받은 자는 헌법재판소의 파면의 재판의 선고에 의하여 파면되도록 규정하였다. 그리고 정당이 해산을 명하는 헌법재판소의 판결을 받은 때에는 즉시 해산되도록 하였다(헌법재판소법 제22조 제3항~제5장).

40) 이외에도 대법원은 위헌정당해산권을 갖고 있었다(제3공화국 헌법 제103조). 제3공화국 헌법상 탄핵결정권은 탄핵심판위원회가 행사하였는데, 탄핵심판위원회는 대법원장을 위원장으로 하고 대법원판사 3인과 국회의원 5인의 위원으로 구성되었으며, 다만 대법원장을 심판할 경우에는 국회의장이 위원장이 되었다(제3공화국 헌법 제62조 제1항~제2항).

41) 비집중형 사법심사제, 구체적 규범통제와 부수적 규범통제에 대하여 자세한 것은 아래의 「제4장 I. 1. (1) 위헌법률심판의 유형」 참조.

42) 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 99~100쪽; 김철수, 『한국헌법사』, 대학출판사, 1988, 110쪽, 125쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 99~118쪽.

43) 김철수, 위의 책, 125쪽.

대법원이 군인, 군무원 등에 대한 국가배상청구권을 제한한 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대하여 위헌판결<sup>44)</sup>을 내렸다.<sup>45)</sup> 그러나 이 판결에 대하여 정부는 사법과동, 개헌으로 대법원의 위헌법률심사권 박탈 및 위헌결정된 국가배상법 규정과 같은 헌법조항의 신설로 대응하여 사법권을 철저히 길들임으로써 헌정사에 심대한 상처와 후유증을 남겼다.<sup>46)</sup>

#### 4. 제4공화국, 제5공화국: 헌법위원회에 의한 구체적 규범통제

제4공화국 헌법과 제5공화국 헌법에서는 헌법위원회에서 위헌법률심판을 담당하도록 하였다. 당시 헌법위원회는 제1공화국의 헌법위원회와는 달리 대통령·국회·대법원장이 각각 3인씩 지명하는 9인의 위원으로 구성되었다.<sup>47)</sup> 또한 제1공화국의 헌법위원회가 위헌법률심사권만을 담당하였던 것과 비교할 때, 위헌법률심사권뿐만 아니라 탄핵결정권과 위헌정당해산심판권도 가지고 있어서 그 권한이 확대된 것이라고 할 수 있었다.<sup>48)</sup> 그러나 당시 헌법위원회가 그 권한을 실제로 행사한 적은 단 한 번도 없었기 때문에,<sup>49)</sup> 심지어 “휴면기관”이라고 불릴 만큼 명목상의 기관에 지나지 않았다.<sup>50)</sup>

44) 대법원 1971.6.22. 선고 70다1010 전원합의체 판결.

45) 이에 대하여 자세한 것은 아래의 「제4장 I. 2. (1) 현행 헌법 이전의 위헌법률심판의 양과 질에 대한 검토」 참조.

46) 이에 대하여 자세한 것은 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 100~108쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1242쪽; 아래의 「제4장 I. 2. (1) 현행 헌법 이전의 위헌법률심판의 양과 질에 대한 검토」 참조.

47) 제4공화국 헌법(1972년 헌법) 제109조 제2항~제3항, 제5공화국 헌법(1980년 헌법) 제112조 제2항~제3항.

48) 제4공화국 헌법 제109조 제1항, 제5공화국 헌법 제112조 제1항.

49) 실제로 1972년부터 1987년까지 15년 동안 위헌법률심판제정이 단 한 건도 없었다는 점은 시사하는 바가 매우 크다고 할 것이다(김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 105~109쪽).

50) 김영수, 『한국헌법사』, 학문사, 2000, 586쪽, 590쪽; 659쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1242쪽; 정종섭, 『헌법소송법』, 박영사, 2010, 77쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 90쪽, 92쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 124~125쪽, 129~131쪽, 149쪽.

## 5. 제6공화국: 헌법재판소에 의한 구체적 규범통제

그리고 1987년 개정된 현행 헌법은 독일의 헌법재판소를 모델로 하여 다시금 헌법재판소제도를 도입하면서 위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 위헌정당해산심판 등에 관하여 포괄적이고 강력한 권한을 갖는 기관으로 헌법재판소를 구성되었다. 비록 추상적 규범통제가 인정되지 않고 있는 등 위헌법률심판에 관한 헌법재판소의 권한범위가 독일에 비하여 약화된 측면이 적지 않으나, 지난 20여년의 활발한 활동을 통하여 헌법재판소의 권위와 위상이 높아지고 있다.

### 제3절 현행법상의 위헌법률심판제도의 구조적 특성과 한계

#### 1. 현행 헌법상의 위헌법률심판제도가 갖는 구조적 특성

현행 헌법상의 위헌법률심판제도는 헌법재판소가 담당하는 다섯 가지 헌법소송 유형 가운데 가장 중요한 헌법소송의 하나라고 할 수 있다. 여타의 헌법소송들의 의미와 비중이 작다는 것은 결코 아니지만, 실질적 법치주의의 실현이라는 헌법재판의 본질적 과제의 수행에 있어 위헌법률심판이 차지하는 의미는 상징적인 측면뿐만 아니라 실제 국가작용에 미치는 영향의 측면에서도 가장 강력한 것이라 할 수 있을 것이기 때문이다.<sup>51)</sup>

그러나 다른 헌법소송 유형과의 비교를 통해 확인되는 위헌법률심판의 의미와 비중은 외국의 위헌법률심판, 특히 우리나라 헌법재판제도의 모델이 되었던 독일의 위헌법률심판과 비교할 때, 적지 않은 취약점을 보인다. 물론 헌법재판소의 권한 강화 내지 새로운 제도의 도입만으로 헌법소송의 성공을 보장할 수

---

51) 물론 사건의 수로 따지면 위헌법률심판보다 헌법소원심판의 비중이 더 크다 할 수 있을 것이며, 개개의 사건이 갖는 파급효의 측면에서 본다면 위헌정당해산심판이나 탄핵심판이 더 크다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 종합적인 측면에서 본다면 위헌법률심판의 전체적 의미와 비중이 가장 크다고 볼 수 있을 것이며, 이는 위헌법률심판이 헌법재판을 상징하는 대표적 헌법소송이라는 점에서 더욱 부각된다.

있는 것은 아니다. 그러나 재판소원의 배제 등 현행 헌법재판제도 자체가 안고 있는 여러 가지 복잡한 문제들이 현행 위헌법률심판제도의 구조적 문제점을 야기 내지 심화시키는 것은 부인할 수 없는 것이다.

현행 헌법상의 위헌법률심판제도가 보여주는 구조적 특성은 크게 세 가지 측면에서 정리될 수 있을 것이다.

첫째, 구체적 규범통제만을 인정함으로써 추상적 규범통제까지 인정하고 있는 독일에 비하여 법률의 내용적 정당성 문제를 다룰 수 있는 범위가 위축되고 있다. 헌법재판소를 별도로 두지 않고 일반법원에서 위헌법률심판을 담당하는 미국, 일본 등의 국가에서는 구체적 규범통제만을 인정하는 것이 일반적이지만, 헌법재판소제도를 도입한 상황에서 추상적 규범통제를 도입하지 않고 있는 것은 헌법재판소의 장점을 충분히 활용하지 못하는 것이라고 할 수 있을 것이다.

둘째, 법률에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 일반적 무효를 인정하되, 형벌법규를 제외하고는 원칙적 장래효를 인정함으로써 법적 안정성의 측면을 강조하고 있다.<sup>52)</sup> 독일의 경우처럼 원칙적 소급효를 인정하는 것도 나름의 장단점이 있는 반면에 우리나라처럼 원칙적 장래효를 인정하는 것도 역시 장단점을 갖고 있다. 문제는 사후적 구제수단인 구체적 규범통제에서 장래효만을 인정할 경우에는 사전예방적 구제수단을 강화할 필요성이 오히려 더 크다는 점이며, 이런 측면에서도 추상적 규범통제의 도입필요성이 오히려 독일보다도

---

52) 헌법재판소는 법률에 대한 위헌결정에 원칙적인 장래효를 인정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 대하여 “헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 이러한 선택은 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.”라고 판시하였다(헌재 1993.5.13. 92헌가10등 결정; 헌재 2001.12.20. 2001헌바7 결정; 헌재 2008.9.25. 2006헌바108 결정).



더 강조될 수 있을 것이다.

셋째, 재판소원의 배제로 인하여 법원이 위헌법률심판제청을 하지 않을 경우에는 헌법재판소가 이를 직접 통제할 수 있는 방법이 없다는 문제가 제기되었고, 이를 해소하기 위하여 우리나라의 독특한 제도인 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원(이른바 위헌소원)을 별도로 인정하고 있다. 그러나 장기적으로는 역시 재판소원을 통해 문제를 해결하는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있을 것이다.<sup>53)</sup>

## II. 헌법재판소의 구성 이후 20여년의 성과와 위헌법률심판의 역할

1987년 헌법에 기초하여 1988년 헌법재판소가 구성되어 활동한 지 이미 20년이 훌쩍 넘었다. 그동안 헌법재판소는 수많은 결정을 통하여 대한민국의 정치와 사회, 경제의 다양한 영역에 큰 영향을 미쳤으며, 중요한 정치적 쟁점들에 대한 의미 있는 결정을 통해 한편으로는 법치의 실현에 기여함과 동시에 다른 한편으로는 헌법재판소 자신의 권위와 위상을 높였다. 이제 헌법재판소는 국민들의 의식 속에 기본권보장의 최후보루로 확고하게 자리 잡았다고 할 수 있을 것이다.

이제 헌법재판소의 결정 하나 하나가 주목의 대상이며, 언론에서도 헌법재판소의 결정들을 적극적으로 보도하고 있다. 또한 관련 국가기관들이 헌법재판소의 결정에 촉각을 곤두세우게 된 것도 간과될 수 없다. 이처럼 헌법재판소의 위상이 높아지고 헌법재판소 결정의 파급효과 커진 만큼, 헌법재판소에 대한 국민들의 기대 또한 높아져 있다. 그러다 보니 과거와는 달리 국가작용의 정당성에 대해서 문제가 될 때마다 국민들은 헌법재판소를 바라보게 되고, 그 결과 헌법재판소에 제소하는 사건의 수는 계속 증가하고 있다.<sup>54)</sup>

---

53) 재판소원의 도입 문제에 관하여는 차진아, “재판소원의 도입필요성과 인정범위에 관한 연구”, 「고려법학」 제60호(2011.3), 409~452쪽 참조.

54) [http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat\\_c1\\_sub05.jsp](http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub05.jsp) (2011. 10. 21. 방문) 참조.

현행 헌법상 헌법재판소가 담당하는 헌법소송의 유형은 다섯 가지이지만(헌법 제111조 제1항), 위헌정당해산심판은 아직까지 단 한 건도 없었으며, 탄핵심판은 2004년 노무현 대통령에 대한 결정<sup>55)</sup>이 유일하다. 반면에 위헌법률심판은 이전 헌법에서와는 비교할 수 없을 정도로 활성화되었으며, 현행 헌법에서 새로이 도입된 헌법소원심판은 -헌법소원청구에서 요구되는 보충성 원칙 및 재판소원의 배제로 인하여 행정소송의 대상이 되는 대부분의 행정작용이 대상에서 배제되고 있음에도 불구하고- 헌법소송 가운데 가장 많이 활용되고 있다.<sup>56)</sup> 그리고 권한쟁의심판의 경우에도 헌법재판소의 구성 초기와는 달리 근래에 들어와 점차 적극적으로 활용되는 경향을 보이고 있다.<sup>57)</sup>

그 중에서도 위헌법률심판의 활성화는 매우 큰 의미를 갖는다. 위헌법률심판 제도 자체가 실질적 법치주의의 상징이 될 정도로 중요한 제도일 뿐만 아니라 개별적인 처분이나 권한행사의 정당성을 문제 삼는 경우와는 달리 그러한 처분의 근거가 되는 법률 자체의 정당성을 다루고, 위헌성이 인정될 경우에는 그 효력을 일반적으로 무효화시킴으로 인하여 파급효 또한 매우 크다고 할 수 있기 때문이다. 물론 이러한 헌법재판소의 위헌법률심판권에 대해 우려도 적지 않았다. 민주적 정당성을 갖는 입법자가 제정한 법률에 대해 민주적 정당성이 약한 헌법재판소에서 위헌결정을 내리는 것을 비판하는 견해도 있었고, ‘헌법재판소가 위헌법률심판권을 통해 입법자에게 입법을 방향을 사실상 결정함으로써 입법을 좌지우지하는 것은 권력분립을 사실상 깨뜨리는 것이 아닌가’라는 우려도 적지 않았다.<sup>58)</sup>

최근의 위헌법률심판에서 입법자에 대한 존중, 법률의 합헌성 추정 및 이를

55) 헌재 2004.5.14. 2004헌나1 결정.

56) 1988. 9. 1. ~ 2011. 9. 30. 헌재 헌법재판소에 접수된 사건은 총 21,116건이며, 이 가운데 헌법소원사건은 20,276건으로서 전체 사건의 96%에 달한다 ([http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat\\_c1\\_sub02.jsp](http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub02.jsp)) (2011. 10. 21. 방문).

57) [http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat\\_c1\\_sub05.jsp](http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub05.jsp) (2011. 10. 21. 방문) 참조.

58) 이에 대하여 자세한 것은 장영수, “현행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위”, 『법학논집』 제30집(고려대학교 법학연구소, 1994), 31~67쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1244~1245쪽 참조.

전제로 한 합헌적 법률해석의 원칙 등이 강조되고 있는 것이나,<sup>59)</sup> 권력분립과 관련하여 헌법재판의 기능법적 한계<sup>60)</sup> 내지 헌법해석의 준칙으로 기능적 정당성의 원칙<sup>61)</sup>이 부각되고 있는 것도 이러한 비판 내지 우려를 의식한 것이라고 할 수 있다. 헌법재판, 특히 위헌법률심판을 통해 의회에서 제정한 법률에 대한 통제를 확대·강화하는 것은 실질적 법치주의를 실현하기 위한 것인데, 그로 인하여 오히려 헌법재판의 정당성이 문제되는 것은 결코 바람직하지 않을 것이기 때문이다.

그러나 이와 같이 헌법재판(특히 위헌법률심판)이 입법작용에 과도하게 개입하는 것을 자제하도록 요청하는 원리나 기준들이 헌법재판의 기능 내지 역할을 위축시키는 것이 되어서는 안 될 것이다. 오히려 실질적 법치주의가 지속적·안정적으로 발전하기 위해서 입법작용에 대한 개입의 적정성을 지키는 것이 필요하다는 것으로 이해되어야 할 것이다.

### III. 최근 헌법재판소 결정에서 나타나는 위헌법률심판의 한계

위헌법률심판의 기능법적 한계에 관한 문제와는 조금 다른 각도에서 심각하게 다루어져야 할 문제가 최근 우리 헌법재판소의 결정에서 나타나고 있는 제도적 한계의 문제이다.

헌법재판소의 구성 이후 위헌법률심판이 활성화되면서 과거의 잘못된 입법에 의해 왜곡되었던 상황이 많이 개선되기도 하였고, 때로는 직접적인 개선효과를 적지만 그 위헌성을 확인함으로써 명예를 회복시킨 경우도 있었다. 그리고 이러한 위헌법률심판을 통해 앞으로의 입법에 대해 보다 분명한 기준과 지침을 제공한 것도 매우 중요한 의미를 갖는 것이다.

이처럼 과거의 위헌법률심판과는 비교될 수 없는 눈부신 성과에도 불구하고

---

59) 합헌적 법률해석의 원칙에 대하여 자세한 것은 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 110쪽 이하; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1995, Rn.79ff. 참조.

60) 이에 대하여는 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn.82ff., 568ff. 참조.

61) 이에 대하여는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 109쪽; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn.73 참조.

위헌법률심판제도가 질과 양의 모든 면에서 발전하는 가운데 그 제도적 한계 또한 점차 분명하게 드러나고 있다. 자주 지적되는 것처럼 재판의 전제성 요건을 갖추기 힘든 경우(독일 연방헌법재판소의 낙태판결의 예)에는 위헌법률심판 제청 자체가 불가능해질 수 있으며, 입법절차상의 하자(입법에 관한 심의·의결권 침해 등)로 인하여 권한쟁의심판이 청구된 경우에, 헌법재판소에서 그 위헌성을 확인하면서도 그러한 위헌적 절차의 결과물인 법률에 대해서는 효력을 유지시키는 것 등이 많은 논란의 대상이 되고 있는 것이다.<sup>62)</sup>

이러한 제도적 한계는 현행법상의 위헌법률심판제도가 구체적 규범통제로 구성됨으로 인하여 나타나고 있는 것이라고 할 수 있을 것이다. 즉, 추상적 규범통제를 도입할 경우에는 이러한 문제를 피할 수 있다고 할 것이며, 이는 독일의 예가 잘 보여주고 있다. 따라서 기존의 제도로서는 한계에 이를 정도의 발전을 보인 우리의 위헌법률심판제도가 이제 또 한 단계 도약하기 위해서는 추상적 규범통제의 도입 문제를 심도 있게 검토할 필요가 있다고 할 수 있다.

이를 위하여 독일의 추상적 규범통제, 프랑스의 예방적 규범통제를 심층적으로 검토한 이후에 이를 기초로 우리가 추상적 규범통제를 도입할 경우에 예상되는 득과 실, 그리고 득을 최대화하고 실을 최소화하기 위해 어떤 방식, 어떤 형태로 추상적 규범통제를 도입하는 것이 우리의 실정에 맞을 것인지를 분석하는 것이 현시점에서 매우 중요할 것이다.

---

62) 이에 관하여 자세한 것은 아래의 「제4장 I. 위헌법률심판의 구조적 특징과 구체적 규범통제의 한계」 참조.

## 제2장 독일에서 추상적 규범통제의 역할과 성공조건

### 제1절 독일의 규범통제 체계의 개관

#### 1. 들어가며

구체적 규범통제가 1803년 미국 연방대법원의 *Marbury vs. Madison* 사건에 대한 판결을 통해 역사상 처음으로 제도의 구체적 윤곽이 드러났지만, 입법자가 제정한 법률을 그 법률이 적용될 구체적 사건과는 별개로 위헌여부를 판단하는 제도인 추상적 규범통제는 독일이 처음이다. 독일의 추상적 규범통제는 각국의 모델이 되어 오스트리아와 스페인, 포르투갈 등이 이 새로운 유형의 규범통제절차를 계수하고 있다.

따라서 추상적 규범통제를 논함에 있어 그 원형이라 할 수 있는 독일의 추상적 규범통제를 개관하는 것은 불가피한 일이다. 무엇보다 독일은 오랜 기간의 제도운동을 통해 추상적 규범통제에 관한 정비된 이론체계를 구축하고 있다. 특히 1994년 개정된 기본법 제93조 제1항 제2a호는 기존의 추상적 규범통제체계에 더하여 연방국가를 구성원인 주의 입법권보호를 위해 새로운 유형의 추상적 규범통제를 추가하고 있다. 즉 연방참사원과 주정부 및 주의 국민대표가 일정한 요건 하에서 추상적 규범통제의 절차의 개시에 나설 수 있도록 하고 있는 것이 바로 그것이다. 이와 같이 기존의 제도에 더하여 추상적 규범통제가 제도적 측면에서 보완, 또는 확대되는 경향은 추상적 규범통제가 갖는 의의, 즉 개별사건과 관련하여 그에 적용될 법률의 위헌 여부심사에 들어가는 구체적 규범통제와는 구별되는 유의미한 기능을 수행하는 것임을 분명하게 보여주고 있다. 본 연구에서는 독일의 규범통제의 전체적 체계를 개관하면서 추상적 규범통제가 어떠한 역할을 담당하고 있는지, 그리고 추상적 규범통제의 경우 가장 중요한 문제라고 할 수 있는 제청권자의 범위를 어떻게 정하고 있으며 또 최근에 추상적 규범통제의 제청권자의 범위를 확대하는 것이 어떤 근거에 입각한 것인지를 보다 자세하게 고찰하고자 한다. 이를 통하여 우리나라에서 추상적 규범통제를 도입할 경우 어떤 방향으로 제도를 도입할 것인지에 대

하여 중요한 시사점을 얻을 수 있을 것이다. 예컨대 연방국가인 독일의 경우 주정부에 대하여 제청권을 인정하고 있으며, 또한 기본법 제93조 제1항 제2a호에 의한 추상적 규범통제는 연방참사원과 주정부 및 주의 국민대표에게까지 일정한 경우 그 입법권보호를 위한 제청권을 인정하고 있는데, 비록 우리나라가 연방국가는 아니지만 지방자치단체 특히 광역자치단체에 제청권을 인정하는 것이 바람직하지 않은가라는 관점에서 독일의 입법례는 중요한 참고자료가 될 수 있을 것이다.

## II. 독일의 규범통제 체계

연방헌법재판소의 권한을 규정하고 독일 기본법 규정은 제93조이다. 기본법 제93조의 제1항 내지 제4b호는 연방헌법재판소의 권한을 열거적으로 규정하고 있다.

1. 기본법 제93조 제1항 제2호에 따르면 연방정부, 주정부 또는 연방의회 재적의원 1/3 이상의 청구에 따라 연방헌법재판소는 기본법과 연방법 또는 기본법과 주법 간의 형식적, 실질적 합치 여부 또는 그 밖의 연방법과 주법 간의 합치 여부에 관한 견해의 차이나 의문이 있을 경우 그에 대한 심판권을 가진다고 규정하고 있다. 이러한 절차를 통상 추상적 규범통제절차라 부른다. 그런데 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제를 구체화하고 있는 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제2호는 추상적 규범통제의 청구권자들이 규범의 무효를 주장하는 것이 아니라, 법원이나 행정청 또는 연방이나 주의 기관이 법규범이 상위법에 위반됨을 이유로 그 적용을 거부하는 경우 당해 규범의 유효를 주장하면서도 규범통제절차에 착수할 수 있도록 하고 있다.

2. 기본법 제93조 제1항 제2a호에 따르면, 연방참사원이나 주정부 또는 주의 국민대표는 어떤 법률이 기본법 제72조 제2항의 요건에 부합하는지 여부에 대한 견해의 차이가 있을 경우 그에 대한 규범통제절차에 나설 수 있는 길을 열어두고 있다. 이 제도는 1994년에 도입된 것으로 추상적 규범통제의 일종으로 간주되고 있다. 경합적 입법영역에 대한 연방입법자의 입법권 행사가 기본법 제72조 제2항의 요건을 준수하지 않을 경우 연방참사원과 주정부 또는 주의

국민대표기관이 이를 다룰 수 있도록 함으로써 연방입법자의 과도한 입법권 행사를 방지하자는 데 그 목적이 있다. 그런 의미에서 이 절차는 권한통제절차라 부를 수 있다.

3. 기본법 제93조 제1항 제4a호는 누구든지 공권력에 의하여 기본권 또는 기본권유사적 권리(기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조, 제104조)가 침해되었다는 것을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 헌법소원에 의해서도 규범통제가 이루어질 수 있다. 독일의 경우 재판소원이 인정되므로 법원의 재판이 위헌인 법률에 기초하고 있는 경우 재판에 대한 헌법소원을 제기함으로써 재판의 전제가 된 법률규정의 위헌성을 다룰 수 있을 뿐만 아니라 법률이 직접적으로 개인의 기본권을 침해하는 경우에는 바로 헌법소원을 제기함으로써 그 위헌성을 다룰 수 있다.

4. 기본법 제100조 제1항은 법원이 구체적 재판에서 그 유효성이 문제되는 법률을 위헌이라고 생각할 경우 당해 절차를 중지하고 연방헌법재판소의 결정을 구하도록 하고 있다. 이것을 구체적 규범통제제도라 부른다. 이 권한을 통해 연방헌법재판소는 법원이 구체적 사건을 계기로 재판의 전제가 된 법률에 대해 위헌법률심판을 제청하는 경우 당해 법률의 위헌여부를 결정함으로써 규범통제권을 행사한다.

### III. 규범통제<sup>63)</sup>의 한 유형으로서 추상적 규범통제

#### 1. 추상적 규범통제의 종류

전술한 바와 같이 규범통제가 이루어지는 경로는 다양하다. 이를 크게 분류하면 추상적 규범통제, 구체적 규범통제 및 헌법소원을 통한 규범통제로 구분할 수 있을 것이다. 구체적 규범통제와 법률헌법소원은 원칙적으로 문제되고 있는 법률이 구체적으로 적용될 시점에 이르러 그 위헌 여부가 심판대상으로

---

63) “규범통제”(Normenkontrolle)라는 용어 자체는 비교적 새로운 것으로 2차 대전 이후 독일문헌들에서 사용되었다. ‘바이마르 공화국’ 당시만 하더라도 “법률통제”, “법통제”라는 표현이 사용되었다고 한다. *Maunz/Schmidt-Bleibtrey/Klein/Ulsamer, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76, Rn. 1*

부상한다는 점에서 헌법위반이나 기본권침해가 현실화되었음을 전제로 한 제도들이다. 하지만 추상적 규범통제는 문제되고 있는 법률의 위헌 여부를 그 법률의 현실에 대한 적용 여부와는 관계없이 문제삼을 수 있다는 점이 특징이다. 그럼에도 불구하고 이들 제도들은 규범을 상위규범을 기준으로 객관적으로 통제하는 기능을 수행한다는 점에서는 공통적이다. 구체적 규범통제나 헌법소원이 구체적 사건성과 관련을 가지며, 따라서 그 직접적 목적도 당해 재판에서의 분쟁해결을 위한 전제(구체적 규범통제)의 해결을 위해, 또 구체적으로 침해된 기본권의 구제(헌법소원)를 위해 동원되는 것이기는 하지만, 그에 따른 연방헌법재판소의 심판은 결국 규범에 대한 객관적 통제를 의미하고, 따라서 그 효과도 당해사건의 직접적 당사자뿐만 아니라 당해규범의 모든 수범자에게 혜택을 미치는 방향으로 작용하는 것이기 때문이다. 그런 점에서 추상적 규범통제나 기타의 규범통제제도들은 하위규범의 상위규범에 대한 합치성의 보장이라는 궁극적 목표방향을 같이 하는 것이라 볼 수 있다.

그 궁극적 지향점을 같이 하는 것임에도 불구하고 위와 같이 다양한 규범통제제도들이 존재하는 이유는 법률이 가진 속성 때문이다. 대저 법률의 제정과정은 엄격한 위헌심사의 과정을 거치는 것이 보통이다. 또한 입법자는 “자명한” 위헌적 입법을 시도하려 하지 않을 것이라는 점도 추정할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 그 법률이 위헌일 가능성은 배제할 수 없다. 통상 자명하게 합헌으로 보이는 법률도 구체적 적용과 관련하여 그 위헌성이 노정되는 경우가 빈번하기 때문이다. 한편 입법과정 자체가 정치적 견해의 대립을 내포하고 있는 경우라면 다수결에 의한 최종입법이 반드시 헌법에 합치되리라는 전제도 성립되기 어렵다. 이상과 같은 법률의 현실에 비추어보면 규범이 제정되고 시행되어 가는 과정 전반에 걸쳐 그때그때 위헌성이 노정되는 단계별로 법률의 위헌성을 교정할 수 있는 장치가 마련될 필요가 있다. 구체적 규범통제나 헌법소원은 당해 규범의 적용단계에서 비로소 위헌성을 치유하고자 하는 제도임에 비해, 추상적 규범통제는 규범의 적용과는 무관하게, 특히 정치적 대립의 산물로서 법률이 탄생한 경우 법률의 효력발생 직후라도 그 위헌성을 치유할 수 있게 하는 제도라 할 것이다. 그런 점에서 볼 때 추상적 규범통제는 ‘법률의 일생’에서 그 적용에 따른 구체적 위헌상태의 야기나 구체적 기본권침해의 위



험을 기다리지 않고 ‘맹아’(萌芽) 단계에서도 규범의 합헌성을 실현하고자 한다. 이것은 헌법의 우위와 입법자의 헌법구속을 전제로 한 법치국가적 요청을 실현하기 위해 전체 규범통제 체계가 형성하고 있는 ‘물셀틈없는 방어막’의 필수적 구성부분인 것이다.

앞서 살펴 본 독일의 규범통제체계 중에서 추상적 규범통제로 분류되고 있는 것을 세분하면 다음의 3가지로 정리될 수 있다.

첫째, 전술한 바와 같이 연방헌법재판소는 기본법 제93조 제1항 제2호에 따라 연방정부, 주정부 또는 연방의회의원 1/3의 청구가 있을 경우에 연방법 및 주법의 합헌성 여부에 대해 결정하는 통상의 추상적 규범통제권한을 행사한다.<sup>64)</sup> 한편 이를 구체화하고 있는 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호는 추상적 규범통제의 적법요건으로 심판청구인이 연방법 또는 주법의 합헌성에 관하여 기본법 제93조 제1항 제2호가 규정하고 있는 바와 같이 단순한 견해의 차이나 의심을 가지는 것을 넘어 해당 규범을 무효로 간주할 것까지 요구하고 있다.

둘째, 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제2호에 따르면 추상적 규범통제의 심판청구권자들은 해당 법률이 기본법이나 연방법과 형식적 및 실질적으로 불합치한다는 주장으로 추상적 규범통제절차에 착수할 수 있는 경우 외에도, 법원이나 행정기관 혹은 연방이나 주의 기관이 어떤 법을 기본법이나 연방법에 불합치하는 것으로 간주하여 당해 규범을 적용하지 않는 경우에, 그 규범을 유효라고 주장하면서 추상적 규범통제절차에 착수할 수도 있다. 전술한 통상의 추상적 규범통제절차와 구별하여 이 경우의 규범통제를 일반적으로 규범유효확인절차 혹은 규범확인절차라 부른다. 규범유효확인절차의 경우에는 심판청구인이 당해 규범을 위헌이라 주장하는 것이 아니라 오히려 당해규범을 유효라고 주장하게 된다는 것이 특징이다. 즉 이 절차를 통해 연방정부, 주정부 및 연방의회의원 1/3은 법규범의 합헌성 또는 연방법합치성을 주장하면서 추상적 규범통제절차를 개시할 수 있다.

셋째, 1994년에 기본법에 도입된 이른바 연방입법에 대한 필요성 통제절차

---

64) 연방헌법재판소법은 제13조 제6호, 제76조 - 제79조에서 추상적 규범통제절차에 대해 상세히 규정하고 있다.

(기본법 제93조 제1항 제2a호)도 추상적 규범통제절차에 해당한다. 이 절차에 따라 연방참사원, 주정부 또는 주의 국민대표는 연방법률이 기본법 제72조 제2항<sup>65)</sup>이 규정한 요건에 부합하지 않음을 이유로 무효로 간주할 경우 그 연방법률에 대한 규범통제절차에 착수할 수 있다. 이 절차 역시 추상적 규범통제에 해당하므로 추상적 규범통제절차에 관한 연방헌법재판소법 제76조 내지 제79조가 준용된다.<sup>66)</sup>

## 2. 추상적 규범통제의 역사

1. 역사적으로 볼 때 독일의 추상적 규범통제제도는 19세기 중엽인 1849년의 마을교회헌법(Paulskirchenverfassung)에서도 존재하고 있었다고 하며, 1919년의 바이마르 헌법도 제13조 제2항에서 제국법(Reichsgesetz)을 심사기준으로 하여 주법에 대해 ‘추상적으로’ 규범통제가 행해질 수 있음을 규정하고 있었다. 동 규정에 따르면, 관할 제국 및 주의 관청은 ‘주법의 규정이 제국법과 합치하는지 여부’에 대한 의문이나 견해의 차이가 존재하는 경우 제국법률이 정한 구체적 규정들에 따라 제국최고법원의 결정을 청구할 수 있었다. 이를 위해 제정된 제국법률은 제국법원(Reichsgericht)에 그에 대한 관할권을 부여하면서, 특수한 문제에 대해서는 또한 제국재정법원과 제국행정법원의 관할권도 인정하고 있었다. 하지만 주법을 심판대상으로 한 추상적 규범통제절차만을 인정하고 있었을 뿐 제국법(Reichsrecht)을 심판대상으로 한 추상적 규범통제는 인정하지 않았으며, 국사재판소(Staatsgerichtshof)의 관할권도 인정하지 않고 있었다.<sup>67)</sup>

2. 기본법 제정을 위한 헌법제정회의에서 추상적 규범통제절차를 도입하기로

---

65) 기본법 제72조 제2항은 연방이 ‘경합적 입법영역의 경우 연방에 있어서의 균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적 통일성 혹은 경제적 통일성을 유지하기 위해 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우’ 입법권을 행사할 수 있음을 규정하고 있다.

66) 이 절차는 심사기준이 특정되어 있다는 점, 통상의 추상적 규범통제절차에서는 심판청구권이 인정되지 않는 연방참사원과 주의 국민대표기관이 청구권을 가진다는 점이 특징이다.

67) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S.122 Rn.2.

결정하는 데에는 상당한 시간이 걸렸다고 한다. 추상적 규범통제절차에 대한 심판권을 최고연방법원에 부여할 것인가 아니면 연방헌법재판소에 부여할 것인가를 두고 논란이 되었기 때문이었다. 논의 결과 바이마르 헌법을 훨씬 벗어 나는 내용의 현재와 같은 추상적 규범통제절차가 채택되었다. 즉 추상적 규범 통제에 대한 결정권을 연방헌법재판소에 전속시켰으며, 바이마르 헌법에서는 인정되지 않았던, 기본법을 심사기준으로 하는 연방법에 대한 통제절차도 추가적으로 도입하였다.<sup>68)</sup>

## 제2절 추상적 규범통제절차의 본질과 목적

### 1. 헌법의 보호; 연방법질서의 보장

1. 추상적 규범통제절차는 무엇보다 헌법의 보호를 위한 것이며, 따라서 연방헌법재판소는 이 절차에서 “헌법의 수호자”로서 자신의 임무를 수행한다. 즉 추상적 규범통제를 통해 연방헌법재판소는 다른 어떤 권한보다 헌법의 수호자로서의 권한을 보다 분명하게 행사한다. 연방헌법재판소는 일차적으로 기본법이 형식적으로든 실제적으로든 연방이나 주의 법규정에 의해 침해되지 않도록 감독하며, 다른 측면에서 연방국가구조로부터 발생할 수 있는 위험성, 즉 연방법이 주법에 의해 침해될 위험을 방지하고자 한다.<sup>69)</sup> 이와 같이 추상적 규범통제는 연방법과 주법에 대한 기본법의 우위를 확보함으로써 헌법을 보호하고, 연방국가구조하에서 연방법질서가 주법에 의해 침해되는 것을 방지하는 목적을 두고 있다. 추상적 규범통제에 따른 심사의 결과는 헌법과 연방법질서에 대한 침해를 확인하거나 규범질서 상호간의 충돌이나 모순을 적극적으로 부정하는 것으로 나타난다. 특히 후자의 경우에는 헌법재판소가 “합헌적 상황임을 궁극적으로 해명”하게 되는데, 이것은 법적 평화(법적 확실성, 법적 안정성)에 기여한다. 어떤 규범을 법질서의 합헌적 구성요소에 해당함을 사법적으로 확인하는 것은 장래의 잠재적 헌법위반을 방지하는 작용도 겸하는 것이기 때문이다.

68) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S.122 Rn.3.

69) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76, Rn. 1

이와 같이 예방적 효과를 갖는 통제작용을 통해 이루어지는 평화유지기능은 추상적 규범통제절차에 있어 헌법재판이 수행해야 할 또 하나의 중요한 과제이다.

2. 추상적 규범통제절차가 “규범통제의 방어적 기능(abwehrende Funktion)” 즉 헌법이나 연방법질서를 침해적 규범으로부터 보호하는 기능을 중심으로 삼고 있다는 점은 부정할 수 없을 것이다. 연방헌법재판소의 초기의 지적, 즉 기본법에 따른 추상적 규범통제가 일반적으로는 무효선언이라는 소극적 목적에서 출발하는 것으로 보는 지적<sup>70)</sup>은 그러한 의미에서만 이해될 수 있다. 그런데 그와 같이 규범통제의 본질에 대해 행해진 주장, 즉 규범통제의 대상은 “일정한 법규가 유효한가 유효하지 않은가, 곧 객관적 법이 존재하는 것인가 존재하지 않는 것인가”에 대한 사법적 확정이라고 보는 견해는 추상적 규범통제의 기능을 너무 좁게 이해하는 것이다. 즉 연방헌법재판소의 실무에 따를 경우, 헌법위반을 확인하면서도 무효선언을 피하고 합헌적 상태의 회복을 입법자에게 맡기고 있는 결정들이 다수 존재한다. 따라서 어떤 규범이 합헌적인 것인지 아닌지를 사법적으로 확정하는 것은 언제나 “(추상적) 규범통제의 대상”이 되는 것인 반면,<sup>71)</sup> 위헌적인 규범에 대해 동시에 무효를 선언할 것인지는 규범통제 결정의 대상이 될 수는 있겠지만 반드시 그래야만 하는 것은 아니다. 물론 위헌적 규범으로부터 헌법의 보호는 필연적인 것이라 할 것인데, 그로부터 위헌적 규범을 사법질서로부터의 ‘제거해야 한다’는 결론이 필연적으로 또 예외 없이 도출되는 것은 아니다.<sup>72)</sup> 무효선언은 단지 헌법위반에 대한 확인의 결과로서 결정상 행해질 수 있는 가능한 보충적 수단에 불과하다. 달리 표현하자면, 추상적 규범통제의 ‘소극적’ 목표를 실현하기 위해서는 연방헌법재판소가 그 결정을 통해 위헌적 규범을 ‘폐기’(beseitigen) 하거나 아니면 - 최소한 - 입법자에 의해 합헌적 상태가 회복될 기회를 제공하는 것이 필요하며, 또 그것으로

---

70) BVerfGE 2, 143 (158). 또한 BVerfGE 3, 225 (236) 참조.

71) 이 점에 대해서는 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 93, Rn.37; *Söhn*, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, S. 58ff.

72) *Babel*, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, 1965, S.10f.; 또한 *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, vor § 76 Anm. 1 참조.

충분하다. 규범통제절차에서 중요한 것은 규범의 효력 여부가 아니라 연방법과 주법이 기본법과 합치되는 것인지 여부만이 중요하다.<sup>73)</sup>

## II. 객관적 절차로서의 추상적 규범통제절차

1. 추상적 규범통제가 위험적 규범으로부터 법질서를 실효적으로 보호하고, 헌법 그 자체의 존속을 효과적으로 보장하기 위해서는, “주관적 권리로부터 독립된 객관적 절차”, 즉 기본법을 심사기준으로 삼고 연방법과 주법을 심사대상으로 삼는 절차가 필수적으로 요구된다. 그런데 주관적 권리에 대한 보호의 경우 그것을 보호하기 위한 절차가 필수적으로 요구되는 것이라고 한다면, 추상적 규범통제를 통해 달성하고자 하는 목적, 즉 위험적 규범 일반으로부터 헌법의 보호라는 목적은 부분적으로만 실현될 수 있다. 즉 구체적 사건을 전제로 하지 않는 추상적 규범통제는 누구든지 그 규범의 위헌성을 주장하면서 추상적 규범통제절차를 개시할 수 있는 방식으로 실현되기 어렵고, 통상 심판청구권이 인정된 일정한 청구인만이 ‘추상적’ 통제절차에 착수하게 되는 것이다. 독일 연방헌법재판소 판례에서 반복적으로 나타나고 있는 지적, 즉 추상적 규범통제는 그 목적에 따라 경우 객관적 절차로서<sup>74)</sup> 순수한 “헌법수호절차”<sup>75)</sup>라는 의미에서 구상된 것이며, 따라서 그 성립과 내용에 있어 규범의 합헌성만이 심사의 대상이 될 뿐 주관적 권리를 보호하려는 것이 아니라는 판시는 그러한 의미를 담고 있다. 이와 같은 객관적 소송으로서의 성격은 추상적 규범통제의 절차를 구체적으로 형성하기 위한 출발점이나 지도이념에 해당한다. 요컨대 추상적 규범통제절차는 객관적 소송으로서 청구인의 주관적 법적 지위(권한)을 방어하기 위한 것이 아니라 법질서의 완전성, 통일적 규범질서를 지키기 위한 것이다.<sup>76)</sup> 따라서 추상적 규범통제의 유형들 중 심판대상이 된 규범의 위헌무효를 주장하

---

73) BVerfGE 1,396 (414).

74) BVerfGE 1,208 (219f.); 1,396 (407, 414); 2, 143 (152); 2, 213 (217); 2, 307 (311); 13, 54(72); 20, 56 (86, 95); 20, 350 (351).

75) *Stephan*, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1967, S. 88.

76) *C. Hillgruber/C.Goos*, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 492.

면서 이를 폐기하고자 통제절차에 착수하는 통상의 추상적 규범통제절차, 즉 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호에 따른 절차는 주관적 권리와는 무관한 객관적인 이의제기절차(objektives Beanstandungsverfahren)를 의미한다.

2. 한편 연방헌법재판소법 제76조 제1항의 제2호에 따라 규범유효확인절차로서 진행되는 추상적 규범통제절차는 위의 경우와는 달리 규범의 일정한 해석, 적용기관이 헌법위반 또는 연방법위반을 이유로 당해 규범의 적용을 거부되고 이를 통해 결과적으로 규범을 임의로 폐기하는 것을 막기 위해 규범의 법적 존속에 대한 보호(Rechtsbestandsschutz)를 시도하는 수단으로서 기능한다. 심판청구권자는 전술한 통상의 추상적 규범통제절차의 청구인과 동일하다. 이러한 객관적인 법보전절차는 규범을 폐기하고 이를 적용되지 않는 일반법원이나 행정관청 및 연방과 주의 기관들을 상대로 심판대상이 된 규범이 구속력을 가진다는 점을 연방헌법재판소 결정이 갖는 구속력을 통해 확보하는 데 기여한다. 그런 점에서 규범의 유효확인절차는 집행권과 사법권에 의해 이루어지는 법적용의 합헌성과 합법성을 통제하는 것을 목적으로 한다.<sup>77)</sup>

3. 기본법 제93조 제1항 제2호에 따른 규범통제절차가 갖는 가장 큰 특징은 그것이 추상적으로(abstrakt) 진행된다는 점에 있다. 물론 이 절차는 심판대상이 된 규범의 합헌성 여부에 대해 단순한 이론적 차원에 그치는 것이 아니라 구체적인 견해차이나 의문이 존재함을 전제로 하는 것이기는 하다. 그러나 이 절차는 기본법 제100조 제1항에 따른 구체적 규범통제절차와 같이 법원에 계속중인 구체적인 법적 분쟁을 전제로 하지 않는다는 특징을 지닌다. 또한 추상적 규범통제절차에서는 규범의 위헌 여부가 구체적 소송사건의 선결문제로서 제기되는 것은 아니며, 규범의 위헌 여부가 직접적 심판대상을 형성하게 된다. 따라서 추상적 규범통제는 우리나라 제3공화국헌법에서처럼 법원이 구체적 사건을 계기로 선결문제로서 법률의 위헌여부를 심사하는 부수적(inzident) 규범통제절차가 아니라 규범의 위헌여부가 그 자체 목적으로서 직접적 심판대상이 되는 본원적(prinzipal) 규범통제절차에 해당한다.<sup>78)</sup>

---

77) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 494.

78) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 495 참

### III. 추상적 규범통제절차의 실천적 기능

1. 추상적 규범통제절차가 갖는 가장 중요한 실천적 의의는 연방입법에 있어서 그때그때의 반대파(야당)에게 그들이 의회의결 과정에서 거부하였던 연방법률에 대해 다시 한 번 연방헌법재판소에서 심사받을 수 있는 기회를 제공한다는 점에 있다. 반대파나 야당이 최소한 독일 연방의회 의석 1/3 이상을 확보하고 있다면, 혹은 단 하나의 주에서라도 정부를 구성하고 있다면, 그리하여 연방법률을 상대로 실제적인 헌법적 문제제기에 이르게 된다면, 그러한 한에서 반대파나 야당, 또 그들에 의해 지배되는 주정부에게는 그러한 재심사를 구할 기회가 주어지게 된다.

물론 독일의 경우 기본법 제93조 제1항 제1호의 기관쟁송절차<sup>79)</sup>에 따라 (야당) 교섭단체는 연방의회라는 헌법기관의 부분으로서 제3자 소송담당(Prozessstandschaft)의 형식으로<sup>80)</sup> 연방정부를 상대로 의회의 권리

---

조: 물론 추상적 규범통제만이 본원적 규범통제에 해당하는 것은 아니며, 독일이나 우리나라처럼 법원의 위헌심사권이 부정되고 헌법재판소와 같은 독립기관을 설치하여 여기에 법률의 위헌심사권을 독점시키는 경우에는 구체적 규범통제라 할지라도 헌법재판소의 입장에서 볼 때에는 구체적 사건을 떠나 당해 규범의 위헌여부만을 직접적으로 심사하는 것이므로, 추상적이든 구체적이든 모두 본원적 규범통제절차라 할 수 있다.

79) 이에 대해서는 BVerfGE 90, 286, 344 참조.

80) 연방헌법재판소법 제64조 제1항은 우리와는 달리 소송당사자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 주장할 수 있는 가능성까지도 열어두고 있다는 점은 주목할 가치가 있다. 따라서 청구인이 자기 자신의 권리침해를 주장 할 뿐만 아니라 그가 속한 기관의 권리침해를 주장하는 경우에도 그 심판청구는 적법할 수 있다. 이러한 가능성은 무엇보다도 연방의회의 권리를 관철시키고 그 기능을 수호하는데 중요한 의미가 있다. 연방의회 구성원의 다수는 통상 정부를 지지하며, 그로 인해 연방정부에 의해 연방의회라는 기관의 권리가 침해되는 것에 대해 다들 준비가 되어 있지 않은 경우를 충분히 예상할 수 있다. 따라서 연방의회의 권리가 연방의회의 “부분들”, 예컨대 야당 교섭단체를 통해 방어될 필요가 있는 것이다. 이런 경우 야당 교섭단체는 연방정부의 처분에 의하여 연방의회가 기본법에 의해 그에 부여되어 있는 권리를 침해당했다는 주장으로 기관쟁송절차를 개시할 수 있다.

연방헌법재판소법 제64조 제1항의 내용은 다음과 같다: “청구인이 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법에 의하여 부여된 청구인 또는 그가 속한 기관의 권리와 의무를 침해하였다거나 직접 위태롭게 하였다고 주장하는 경우에 한하여 청구를 할 수 있다.”

를 방어할 수 있다. 그런데 야당이 제3자 소송담당을 통해 연방정부를 상대로 연방의회 자체의 권리를 주장할 수 있는 것에 그치는 것과 비교할 때, 추상적 규범통제절차는 야당이 동원할 수 있는 통제수단이라는 점에서 볼 때 훨씬 더 강력한 기능을 수행한다. 즉 추상적 규범통제를 통해 야당은 헌법이 예정하고 있는 적법하고 정당한 시도, 즉 정치적 표결에서의 패배를 법적 승리로 반전시키기 위한 시도<sup>81)</sup>를 감행할 수 있다. 실제로도 연방 내의 존재하는 그때그때의 야당은 - 성과의 면에서 정도의 차이는 있었지만 - 항상 이러한 수단을 사용해 왔다.<sup>82)</sup>

2. 또한 모든 본질적인 결정에 대해서는 의회유보, 즉 법률유보의 원칙이 적용되기 때문에, 정부를 이끄는 의회다수파가 법률이라는 형식으로 구체화하는 정책의 합헌성 여부는 언제든지 추상적 규범통제의 방법으로 연방헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다. 이와 같은 ‘의회주의적인 입법국가로부터 헌법재판을 통한 사법국가로의 전환’(E.-W. Böckenförde)이라는 현상은 헌법재판소에 의한 추상적 (및 구체적) 규범통제가 확립됨으로 인해 가능해진 실천적 결과라 할 것인데, 이러한 현상은 입법자를 직접적으로 헌법에 구속시키는 것을 효과적으로 실현시킨다는 장점을 지닌다. 물론 이것은 사법기관인 헌법재판소의 형성권력(Gestaltungsmacht)이 현저하게 증대되는 측면도 불가피하게 초래하게 된다. 독일의 경우 추상적 규범통제는 비록 그 심판사건의 수에 있어서는 구체적 규범통제나 헌법소원에 비해 상대적으로 많지 않은 것이지만, 추상적 규범통제를 통해 다루어지는 법률이 통상 정치적으로 상당한 중요성을 가지는 것이라는 점을 고려하면 기본법이 설정하고 있는 전체 규범통제체계에 있어 핵심적 구성요소를 이루는 것으로 평가되고 있다.<sup>83)</sup> 하지만 이와 같이 추상적 규범통제로 인해 그 심판주체인 연방헌법재판소의 형성력이 증대되는 현상은 법률 자체의 위헌 여부가 심판대상이 됨으로써 불가피하게 초래된 현상일 뿐이

---

한편 우리 헌법재판소는 권한쟁의에서 제3자 소송담당을 명시적으로 거부한다(헌재 2008. 1. 17. 2005헌라10 결정).

81) J. Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, § 76 (2001) Rn 7 참조.

82) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 496.

83) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 497.



며, 더욱이 그러한 현상이 추상적 규범통제에 의해서만 발생하는 것도 아니다.

3. 추상적 규범통제절차는 구체적 규범통제절차에 비해 그 수에 있어 얼마 되지 않지만 정치적으로나 정책적으로나 중요한 사건이 많다. 특히 연방국가적 구조 때문에 연방이 주법을 대상으로, 혹은 주가 연방법을 대상으로 추상적 규범통제를 청구하는 경우도 다수 볼 수 있다. 페스타로차(C. Pestalozza)의 분석<sup>84)</sup>에 따르면, 1989년 말까지 연방헌법재판소는 총 878건의 구체적 규범통제와 57건의 기본법 제93조 제1항 제2호에 의한 추상적 규범통제에 대해 결정하였다. 그 기간 동안 다른 병합심리된 것을 포함하여 다른 방식으로 처리된 건수를 보면 법관의 제청에 의한 구체적 규범통제가 1479건, 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제가 31건이었다고 한다.

4. 연방헌법재판소가 본안판단을 행한 추상적 규범통제를 분석해보면 추상적 규범통제의 청구권자인 연방정부, 주정부 및 연방의회의원 1/3 이상이 각 청구권을 행사한 경우를 다양하게 볼 수 있는데, 이를 위 분석에 따라 분류해 보면 다음과 같다.

① 정치적 사건:

i) 연방의회 소수파가 연방법률에 대해 청구한 사건 - BVerfGE 1, 396(유럽방위공동체 조약 사건); 4, 157[자르(Saar) 규칙 사건]; 20, 150(집시법 사건); 22, 180(청소년복지법 사건); 25, 308(연방재정법 사건); 39, 1(낙태사건, 주정부도 청구권자임); 48, 127(병역거부 사건, 주정부도 청구권자임); 69, 1(병역거부 사건, 주정부도 청구권자임); 79, 311(규정된 투자지출을 상회하는 신용설정에 대한 연방재무장관의 재정법상 수권 사건)

ii) 연방의회 소수파가 주법률에 대해 청구한 사건 - BVerfGE 73, 118(니더작센주 방송법 사건)

iii) 연방국가적 이익과 정당의 이익이 일치되는가 여부에 따라 주가 연방법을 상대로 청구하거나 그 반대의 경우가 발생함 - 아래 분류에 포함.

② 연방국가적 사건:

i) 주정부가 연방법에 대해 청구한 사건 - BVerfGE 1, 117(재정조정 사건); 5, 25(약국법 사건); 7, 305(기본법 제131조에 관한 법률 사건); 8, 51(정당

---

84) C. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 1991, §8 Fn.1, 2. 참조.

기부금에 대한 조세공제 사건); 9, 305(기본법 제120조에 따른 법률 사건); 10, 20(“프로이센 문화제” 재단 사건); 10, 285(공무원법 대강법률 사건); 14, 197(신용제도법 사건); 15, 1(연방수로정화법 사건); 20, 56(연방재정법을 통한 정당보조 사건); 30, 1(제17차 기본법 개정법률, 기본법 제10조에 관한 법률 사건); 31, 314(방송국의 대상세 납부의무 사건); 36, 1(낙태 사건, 연방의회 소수파도 청구인임); 39, 96(도시건설촉진법 사건); 43, 291(대학기본법에 따른 입학허가 사건); 48, 127(병역거부 사건, 연방의회 소수파도 청구인임); 52, 63(정당기여금 및 기부금에 대한 조세공제 사건); 55, 274(교육시설촉진법 사건); 61, 149(국가배상법 사건); 69, 1(병역거부 사건, 연방의회 소수파도 청구인임); 72, 330(주재정조정 사건); 76, 99(근로촉진법 사건).

ii) 연방이 주법에 대해 청구한 사건 - BVerfGE 32, 199(헤센주 급료 및 직함명칭 규정 사건, 청구인은 연방정부임), 34, 9(헤센주 급료조정법 사건, 청구인은 연방정부임); 73, 118(니더작센주 방송법 사건, 청구인은 연방의회 소수파임); 77, 345(바덴-뷔르템베르크주 미디어법 사건, 청구인은 연방의회 소수파임).

5. 아래 <표> 에서와 같이 지난 2010까지 접수된 추상적 규범통제와 구체적 규범통제 사건의 접수 건수와 처리 건수를 살펴보면,<sup>85)</sup> 추상적 규범통제의 경우 총 165건이 접수되어 그 중 108건이 처리되었고, 구체적 규범통제의 경우 총 3,476건이 접수되어, 1,253건이 처리되었다(접수 건수와 처리 건수 간에 편차가 많이 나는 것은 통상적인 방식으로 처리되지 않고 예컨대 병합이나 신청 취하 등 다른 방법으로 처리되는 건수도 상당하기 때문이다). 이 통계를 보면 구체적 규범통제가 압도적으로 많은 비중을 차지하고 있다. 또한 그 수는 많지 않으나 추상적 규범통제절차도 꾸준히 이용되고 있음을 알 수 있다. 추상적 규범통제절차의 수가 많지 않은 것은 독일의 경우 이미 추상적 규범통제절차가 정착되어 있어 무리한 입법이나 다수결의 횡포가 효과적으로 방지되고 있기 때문으로 보인다.

85) 독일 연방헌법재판소 홈페이지(<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>)에 게시된 자료 참조.

[표1]

추상적·구체적 규범통제 전제 접수 건수

구 분	2010년 까지	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	합계
구체적 규범통제	3,147	27	36	15	25	26	74	27	33	47	19	3,476
추상적 규범통제 (기본법 제93조 제1항 제2호)	141	4	3	4	1	8	1	1	-	2	-	165

[표2]

추상적·구체적 규범통제 처리 건수

구 분	2010년 까지	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	합계
구체적 규범통제	1,088	12	19	16	14	14	18	12	18	21	21	1,253
추상적 규범통제 (기본법 제93조 제1항 제2호)	81	2	6	2	2	3	2	3	3	1	3	108

#### IV. 추상적 규범통제절차와 다른 절차와의 관계

1. 추상적 규범통제는 위헌적 규범으로부터 법질서를 보호하기 위한 목적을 가진 것으로 심판청구권자의 권리나 권한을 보장하기 위한 것이 아니다. 따라서 추상적 규범통제의 적법성은 청구권자가 입법행위로 나아갈 수 있다거나, 문제의 규정을 폐지할 수 있다거나, 혹은 성공한 규범통제의 결과를 다른 방법을 통해서도 달성할 수 있다는 점에 영향 받지 않는다. 형식적으로 효력 있는 법이 존재하는 한, 설령 다른 방법으로 심판대상인 규범의 제거가 가능하다 할 지라도,<sup>86)</sup> 기본법 제93조 제1항 제2호의 요건이 충족되면 추상적 규범통제절차는 적법하다. 추상적 규범통제절차는 객관적 절차로서 심판청구인과 ‘인적으로’ 무관한 것이므로 보충적인 수단이라 할 수 없다.<sup>87)</sup> 입법행위는 통상 장래를 향하여서만 효력을 가지는 반면 추상적 규범통제결정은 독일과 같이 과거에 대해서도 효력을 갖는 무효선언으로 나타날 수 있다는 점에 비추어 보더라도 그러하다.<sup>88)</sup>

2. 추상적 규범통제절차는 보충적 수단이 아니므로,<sup>89)</sup> 추상적 규범통제절차에 선행하여 거쳐야 할 절차는 인정되지 않는다. 따라서 연방헌법재판소는 청구인에게 목적달성을 위한 다른 헌법적 수단이 존재하는지에 대해 판단할 권한이 없다. 설령 청구인이 현재 다루고 있는 법률규정을 개정입법을 통해 제거할 수 있다 할지라도 심판청구의 적법성에는 영향을 미치지 않는다.<sup>90)</sup> 헌법이 청구인에게 일정한 목적을 달성할 수 있는 다양한 절차나 가능성을 열어 두고 있는 경우 그에 대한 선택은 명백한 권한남용이 아닌 한 청구인에게 맡겨져 있다.

추상적 규범통제절차와 다른 절차와의 관계를 살펴보면 다음과 같다.<sup>91)</sup>

---

86) 예컨대 기관쟁송의 방법으로 의회의 입법행위가 다른 연방기관의 권한을 침해하는 것으로 확인되면, 그 입법행위에 대한 교정이 이루어질 수 있다.

87) BVerfGE 31, 381 (385); 32, 199 (211).

88) BVerfGE 32, 199 (211).

89) BVerfGE 8, 104 (110); 20, 56 (95)

90) BVerfGE 32, 199 (211)

91) 이하의 설명은 Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76, Rn.5-13에 따른 것이다.

3. 추상적 규범통제절차 대신에 선택할 수 있는 절차로 먼저 기본법 제93조 제1항 제1호<sup>92)</sup>의 기관쟁송을 예상할 수 있다. 독일 연방헌법재판소법 제63조에 따르면 연방정부, 의회 내 교섭단체 및 연방의회 개별의원은 기관쟁송의 당사자가 될 수 있다. 따라서 이들 주체가 특정 규범에 의해 위헌적으로 권리와 의무를 침해당했을 경우, 추상적 규범통제는 물론 기관쟁송도 제기할 수 있다. 이런 경우 기관쟁송절차와 추상적 규범통제절차는 선택가능성에 있어 병존적이며, 일방이 타방에 의해 배척되거나 제한되지 않는다. 따라서 어느 절차를 동원하든 그것은 선택주체에 의한 선택의 문제일 뿐이다.<sup>93)</sup>

4. 기본법 제93조 제1항 제3호<sup>94)</sup>에 따른 연방-주간 쟁송과 추상적 규범통제절차 간에도 청구권한 중첩의 가능성이 존재한다. 특히 주에 의한 연방법 집행 및 연방감독권 행사와 관련하여 법률의 위헌성이 동시에 문제되는 경우가 그러할 것이다. 이 경우 각 절차의 적법요건이 충족되는 한 양 절차를 선택적으로 청구할 수 있으며, 연방-주간 쟁송을 위한 청구기간이 도과하였더라도 추상적 규범통제절차의 적법성에는 영향을 미치지 않는다.<sup>95)</sup> 또한 동일한 규범을 대상으로 상이한 주체가 연방-주간 쟁송과 추상적 규범통제를 청구한 경우, 양 소송에 대한 병합심리가 허용된다. 물론 이 경우 그 전제로서 각 절차에 적용되는 절차규정이 준수되어야 하며, 또한 각 당사자의 소송법적 지위가 침해되지 않아야 한다.<sup>96)</sup>

---

92) 기본법 제93조 제1항 제1호는 ‘연방최고기관의 권리와 의무의 범위 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유의 권리를 갖는 그 밖의 당사자의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 계기로 하는 기본법의 해석’이 문제되는 경우 당사자 간의 기관쟁송을 허용하고 있으며, 이에 따라 제정된 연방헌법재판소법 제63조는 ‘연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 기본법 또는 연방의회와 연방참사원의 직무규칙에 의해 고유한 권리가 부여된 이들 기관의 부분’에 대해 기관쟁송의 당사자(청구인과 피청구인) 지위를 부여하고 있다.

93) Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S.218ff.

94) 기본법 제93조 제1항 제3호는 ‘연방과 주의 권리와 의무에 관한, 특히 주에 의한 연방법의 집행과 연방감독권의 행사 있어서의 의견대립’이 있을 경우 연방과 주간의 쟁송을 허용하고 있다.

95) BVerfGE 7, 310 (311)

96) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76, Rn.7.

5. 추상적 규범통제절차와 구체적 규범통제절차 간에는 절차의 개시권과 관련하여 선택가능성이 인정되지 않는다. 구체적 규범통제는 법원의 제청에 의해 개시되는 반면, 추상적 규범통제는 기본법 제93조 제1항 제2호에 열거된 기관이나 그 부분만이 청구할 수 있기 때문이다. 하지만 동일한 규범이 동시에 추상적 및 구체적 규범통제절차의 심판대상이 되는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 두 절차 모두 적법하며, 일방이 타방을 배척하지 않는다. 양 절차에 있어 연방헌법재판소의 심사권에는 차이가 없으며 어느 경우든 당해 규범을 가능한 모든 법적 관점에서 심사하게 된다. 따라서 연방헌법재판소가 구체적 규범통제절차에서 당해 규범을 위헌무효 또는 기본법과 불합치하는 것으로 선언하였다면, 추상적 규범통제절차를 진행할 여지는 더 이상 존재하지 않게 된다. 한편 양 절차 중 하나의 절차에서 합헌결정이 내려졌을 경우에는 다른 절차에 영향을 미치게 된다. 독일의 경우에는 - 우리나라와는 달리- 합헌결정의 경우에도 지속력을 인정하므로, 이미 합헌결정이 내려진 법률에 대해 다시 규범통제에 착수하기 위해서는, 그간에 사실관계나 헌법현실 혹은 일반적인 법적 견해가 변화됨으로써 당해 규범에 대한 새로운 헌법적 심사를 불가피하게 요청하는 경우에만 허용되기 때문이다. 따라서 어느 절차를 통해서든 당해 규범에 대한 합헌결정이 내려졌을 경우 다른 절차는 원칙적으로는 부적법하게 된다.

6. 한 규범이 추상적 규범통제절차의 대상이 되면서 기본법 제93조 제1항 제4a호에 의한 헌법소원의 심판의 대상도 될 수 있다. 이때 예컨대 주정부가 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제절차를 통하여 어떤 연방법률의 유효성에 대해 의문을 제기하는 경우에는 연방법률 전체를 심판대상으로 할 수 있지만, 개인이 헌법소원심판을 제기하는 경우에는 당해 법률의 개별규정들만을 대상으로 삼을 수 있다. 왜냐하면 후자의 경우 헌법소원의 적법요건으로 인해 헌법소원 청구인은 현재, 직접적으로 자신의 기본권을 침해한다고 생각하는 규정만을 다룰 수 있기 때문이다. 추상적 규범통제절차에서 연방헌법재판소는 전체법률과 그 각 개별규정을 모든 법적 관점에서, 따라서 기본권의 관점에서, 심사하여야 한다. 따라서 헌법소원 청구인이 추구하는 이익은 이미 추상적 규범통제절차에 반영되어 있다. 규범통제를 통해 내려진 본안결정은 법규적 효력(Gesetzeskraft)<sup>97)</sup>을 가지므로 헌법소원 청구인에 대해서도 효력을 가진다.

그런 의미에서 보면, 추상적 규범통제는 헌법소원과의 관계에서 우위를 가진다고 할 수 있다. 하지만 헌법소원 청구인은 적법한 헌법소원을 통해 개별 규범들을 상대로 자신이 주장한 기본권침해의 논거들이 심사되어야 하며, 법규적 효력을 갖는 결정으로 인해 자신의 주장이 대상을 상실하는 결과가 되지 말아야 할 것을 요구할 수 있는 권리(기본법 제93조 제1항 제4a호)를 가진다. 소송 실무적으로 보면, 독일과 같이 재판부가 2원화되어 있어, 추상적 규범통제절차는 제2재판부에서 심리되고 그에 반해 헌법소원심판은 제1재판부에서 심리되는 경우, 각 재판부의 심리절차는 독립적이며 서로 영향을 미치지 않는다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 경우 헌법소원 청구인에게는, 그의 헌법소원이 계류중이고 또 법규적 효력 있는 결정이 내려져야 할 경우라면, 추상적 규범통제절차에서 자신의 견해를 진술할 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 재판부 간의 업무분장이 권리침해를 정당화할 수 있는 사유가 될 수 없기 때문이다. 양 절차가 동일한 재판부에서 심리되는 경우에도 마찬가지이다. 이런 경우 양 절차를 병합하여 심리하는 것도 허용된다.<sup>98)</sup>

연방헌법재판소가 헌법소원심판을 통해 어떤 규범을 연방헌법재판소법 제95조 제3항<sup>99)</sup>에 따라 위헌무효로 선언하거나 기본법과 불합치하는 것으로 선언한 경우, 그 규범에 대해 제기된 추상적 규범통제절차가 부적법한 것임은 물론이다. 하지만 어떤 규범이 이미 헌법소원심판을 통해 그 위헌여부에 대한 연방헌법재판소의 판단이 있었고, 그 절차에서 당해 헌법소원이 이유 없는 것으로 기각되었거나 이유설시를 통해 당해 규범의 위헌성에 대한 어떠한 헌법적 의문도 존재하지 아니한다는 판시가 있었더라도, 그것은 원칙적으로 추상적 규범통제절차의 적법성에 영향을 미치지 않는다. 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제91조<sup>100)</sup>에 따른 지방자치단체 헌법소원 사건<sup>101)</sup>에서 이점을 분명히 하였

97) 연방헌법재판소법 제31조 제2항.

98) 예컨대 BVerfGE 30, 1 (15) 참조.

99) 연방헌법재판소법 제95조 제3항은 법원과 행정기관의 결정에 대한 헌법소원이 인용(취소)된 경우에 그 인용이유가 취소된 결정이 위헌인 법률에 근거한 것이었기 때문이라면, 근거가 된 그 법률에 대해 위헌무효를 선언하도록 하고 있다. 우리나라 헌법재판소법 제75조 제5항과 같은 취지의 규정이다.

100) 연방헌법재판소법 제91조(지방자치단체의 헌법소원적격): “지방자치단체 및 지방자치단체조합은 연방이나 주의 법률이 기본법 제28조의 규정을 위반한

는데, 헌법소원심판과는 달리 추상적 규범통제절차는 당해 규범이 기본법과 합치하는 여부를 포괄적으로 심사하기 때문이라고 한다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소는 헌법소원의 결정주문에서 명시적으로 그 규범이 기본법과 합치된다고 선언한 경우 그 결정은 연방헌법재판소법 제31조 제1항 제2문에 따라 법규적 효력을 가지므로,<sup>102)</sup> 이런 경우에는 추상적 규범통제의 청구는 예외적으로만 적법하게 된다고 한다.

### 제3절 추상적 규범통제절차의 구체적 내용

#### 1. 들어가며

독일에서 추상적 규범통제(기본법 제93조 제1항 제2호)는 헌법재판의 핵심적 성과에 해당한다. 이 제도는 헌법재판의 지난 역사를 통해 실무상 확고한 지위를 획득하였을 뿐만 아니라 학설에 의해서도 헌법재판의 핵심적 제도로 인정되고 있는데, 그것은 무엇보다 정치적 의미를 지니는 문제들이 빈번하게 추상적 규범통제절차의 대상이 되었다는 점, 특히 비중 있는 정치적 헌법소송의 상당 부분이 추상적 규범통제절차를 거쳤다는 점<sup>103)</sup> 등에서 구체적 규범통제와 더불어 헌법재판의 핵심적 구성부분으로서의 역할을 수행하고 있기 때문이다. 나아가 추상적 규범통제의 ‘성격’ 뿐만 아니라 가장 중요한 헌법원칙들이 이미 일찍부터 함목적적으로, 또 정치적 고려에 영향을 받지 않고 확정되어 왔고, 또 그 구체적 부분에 있어 지속적 발전이 이루어지고 있으며, 최근에는 특히 적법성심사의 원칙이 확립되어 있어 연방헌법재판소 역시 종종 이미 확립된 관례

---

다는 것을 이유로 하여 헌법소원을 청구할 수 있다. 자치행정권의 침해를 이유로 하는 헌법소원은 주법에 따라 주헌법재판소에 청구할 수 있는 한 연방헌법재판소에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다.”

101) BVerfGE 7, 305 (311); 또한 BVerfG in EuGRZ 1976, S.196f.(BverfGE 41, 360ff.) 참조.

102) 이 점에 대해서는 Berkemann, Entscheidung und Gesetzeskraft im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, in: DVBl. 1976, S.817ff. 참조.

103) H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, S.302ff.



를 간략하게 언급하는 것으로 대체하고 있다는 점 등에서 추상적 규범통제절차는 이미 '확립된 제도'로 간주되고 있다.

## II. 신청주의, 청구권자

### 1. 신청주의(Antragsprinzip)

연방헌법재판소는 일반적으로 청구(신청)가 있을 경우에만 활동한다.<sup>104)</sup> 그런 의미에서 '헌법의 수호자'로서의 역할은 소극적이다. 직권상 감독의무는 존재하지 않는다.<sup>105)</sup> 물론 포괄적 규범통제를 위해 후자의 방안이 논의될 수는 있겠지만 그것은 일방 헌법재판소와 타방 입법부 및 집행부 간의 원칙적 권력 이동이라는 결과를 초래할 것이다. 추상적 규범통제를 포함한 모든 규범통제제도가 개념적으로 언제나 입법영역에 대한 사법권의 개입을 의미하는 것임은 물론이지만, 직권에 의한 추상적 규범통제절차의 개시를 인정하는 것은 다른 국가기능의 담당주체와의 관계에서 헌법재판소의 지위를 과도하게 상향시키는 결과를 초래할 것이므로 허용되지 않는다 할 것이다.

### 2. 청구권자(Antragsberechtigten)

(1) 추상적 규범통제도 심판청구에 구속된다. 특히 기본법 제93조 제1항 제2호는 잠재적 청구권자의 범위를 한정적으로 열거함으로써 심판청구권자의 범위를 인적으로 제한하고 있다. 추상적 규범통제가 객관적 절차에 해당하고, 또 객관적 절차의 경우에는 모든 사람에 대해 청구적격을 인정하는 것이 반드시 합목적적이지 못한 것이라고 볼 수만은 없는 것임에도 불구하고 독일 기본법은 청구권자를 제한하고 있다. 사실 모든 사람에게 청구적격을 인정한다면 헌법적으로 의심이 제기된 규범이 심사대상으로부터 배제되는 위험은 최소화될 수 있을 것이다. 하지만 그와 같이 민중소송의 방식을 취하는 것에 대해서는

---

104) *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 48.

105) BVerfGE 1, 184 (196).

두 가지 비판이 제기된다. 먼저 소송의 흥수를 피할 수 없을 것이며, 다음으로 어쨌든 그로 인해 사실상 의문이 제기된 규범에 대한 결정이 납득하기 어려울 정도로 지연되는 사태가 발생할 수 있다는 지적이 그것이다. 그럼에도 불구하고 일반인이 청구권자가 되는 것을 의도적으로 배제하고 있는 것은, “심판할 가치 있는” 경우에서 규범통제가 행해지는 것을 보장하고, 또 “심판이 필요한 경우”로 규범통제가 한정되도록 함으로써 추상적 규범통제의 실천적 적응력을 높이기 위한 것이라 할 수 있을 것이다.

(2) 이상과 같은 고찰로부터 기본법 제93조 제1항 제2호는 청구권자의 범위를 확장적으로 또한 헌법재판을 위해 구속력 있게 열거하고 있다는 결론이 도출된다. 따라서 청구권자의 확장은 사전의 헌법 개정 없이는 불가능하며, 그러한 점에서 특히 기본법 제93조 제1항 제2호는 연방헌법재판소가 결정권을 갖는 “법적 분쟁”의 “실정헌법적 및 헌법정책적 내용”과 밀접하게 연관되어 있다. 따라서 해석 또는 유추를 통해 예컨대 심판청구권자의 범위를 정당이나 교섭단체 혹은 연방대통령으로 확대하는 것은 허용되지 않는다.<sup>106)</sup> 또한 “제한적인 인적 청구권자”라는 개념은 -앞서 본 바와 같이- 기본법 이전의 바이마르 헌법 제13조 제2항에서도 확인할 수 있는데, 그런 점에서 볼 때 청구권자를 제한하는 것은 연방헌법재판소에 의한 심판이 필요한 사건들로 심판범위를 한정하고자 하는 목적을 가진다고 할 것이다.

(3) 헌법사로부터 볼 수 있듯이, 잠재적 청구권자의 범위를 헌법적으로 설정하는 것은 필연적이rag기보다 오히려 우연적인 것이라 보아야 할 것이다. 기본법 제93조 제1항 제2호가 부분적으로 계수하고 있는 ‘바이마르 헌법’ 제13조 제2항<sup>107)</sup>은 청구권을 관할 제국 및 주 중앙관청에 부여하고 있었다. 기본법 제93조 제1항 제2호가 규정하는 연방정부와 주정부의 청구권은 헤른힘제 헌법초안(Herrenchieser Entwurf) 제44조<sup>108)</sup>에 기원을

106) BVerfGE 1, 396 (408); 4, 157 (162); 21, 52 (57f.); 25, 308 (309); 68, 346 (349).

107) *Zinn*, in: Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1948/49, S. 46.

108) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiesee von 10. bis 23. 4. 1948, München 1948, S. 67.

두고 있다. 동조는 “연방과 주” 편에 위치하고 있었으며, 연방법의 기본법과의 합치성 및 주법의 기본법 또는 기타 연방법과의 합치성에 대해 연방과 주간에 견해차이가 있을 경우 연방 혹은 주의 청구에 의해 연방헌법재판소가 결정하도록 하는 내용을 담고 있었다. 한편 드 샤프루르즈(Dr. de Chapeaurouge) 의원과 스트라부스(Dr. Strauß) 의원의 제안에 따라 (“연방의회”라는 기관 자체가 아니라) 연방의회 재적의원 1/3 이상에게 청구권을 부여하고자 한 것은 명백히 소수보호를 염두에 둔 것이었다. 이러한 점은 청구권을 주의회의 소수에게까지 확장하고자 하였던 제봄(Dr. Seeböhm) 의원의 제안에 대한 헌법제정회의(Parlamentarischer Rat)의 심의과정에서 잘 나타나 있다.<sup>109)</sup> 그 당시 제봄 의원의 위와 같은 주장은 “연방의회 의원 1/3이 청구할 수 있다는 규정이 소수를 보호하기 위해 도입되었다는 것은 의문의 여지가 없다”<sup>110)</sup>는 점을 근거로 한 것이었다.

(4) 한편 그와 같이 잠재적 청구권자의 범위에 규범제정과정에 참여하는 일정한 수의 자를 포함시키자는 주장이 제기된 것은 연방정부나 주정부에 대해서만 청구권을 인정하는 것이 효과적인 규범통제를 위해 여전히 불충분하다는 점이 반영된 것이기도 하다. 어떤 정부도 ‘바로 그 정부’를 지배하는 의회 다수파가 제정한 법률을 헌법재판소의 심사대상이 되도록 하지 않을 것이며, 또 그럴 수도 없고 그러려고 하지도 않을 것이다. 그리고 연방정부에 의한 주법의 통제 혹은 주정부의 주장에 의한 연방법의 심사를 위해 추상적 규범통제절차에 착수할 것인지 여부는 흔히 우연성이 지배하는 정치적 상황에 의해 결정되는 경향이 강하다. 따라서 효과적 규범통제를 보장하기 위해서는 의심스러운 경우 그에 반대하는 의회소수파에게 청구권을 부여하는 것이 실제적이고도 필요한 것이라 할 수 있다. 전체적으로 볼 때, 청구권 있는 주체들 간에 ‘다양하게 나타날 수 있는 정치적 이해관계’는 “견제와 균형”이라는 의미에서 기본법 제93조 제1항 제2호를 법질서의 합헌성과 합법성을 기할 수 있는 일반적 이익의 실현수단으로 이용할 것을 허용한다. 따라서 의회 내의 야당은 추상적 규

109) Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948 /1949, S. 275, 463 f.

110) 또한 *Babel*, aaO., S. 13 참조.

범통제를 정치적 투쟁과 정치적 목적을 위해서 이용할 수 있다. 이러한 결론은 그 밖의 청구권자의 경우에도 적용될 수 있다. 즉 주정부도 연방정부와 정당정책에 있어 반대입장에서 있을 수 있고, 그런 경우 추상적 규범통제절차를 동원할 수 있다.

(5) 연방수상과 연방각료로 구성되는 연방정부는 각료회의를 통해 심판청구를 의결하며, 각료회의의 의결이 결여될 경우 심판청구는 부적법하게 된다. 연방정부를 대표하여 소관 장관이 심판청구를 수행한다. 기본법은 심판청구권자의 자격을 연방정부 자신에게 부여하고 있으므로 연방수상이 지시권에 기초하여 심판청구를 결정하는 것은 허용되지 않는다. 주정부에 의한 심판청구의 경우에는 해당 주헌법의 규정들이 적용된다. 연방의회 재적의원 1/3의 요건을 충족하기 위해 당적이나 교섭단체 소속 여부는 문제되지 않는다. 연방의회 의원은 통일적으로 행동하여야 한다. 따라서 심판청구나 청구이유는 심판청구에 가담한 전체 의원의 일치된 의사에 의한 것이어야 한다.<sup>111)</sup> 법률상 대표에 관한 규정은 존재하지 않지만, 실무상의 이유에서 구두변론과 그 외의 절차에서 1인의 대표자를 두는 것이 허용된다. 1/3 정족수를 갖춘 심판청구의 경우 사후적으로 다른 의원을 청구인으로 추가하는 것이 가능하다. 또한 일단 적법한 심판청구로 받아들여진 경우에는 의회의 임기만료로 일부 의원이 의원자격을 상실하더라도 청구의 적법성에 영향을 주지 않는다.<sup>112)</sup> 연방헌법재판소에 의한 심리와 결정에는 때로 오래 시간이 소요될 수 있기 때문이다(예컨대 BVerfGE 79, 311 결정이 내려지기까지 약 7년이 걸렸다고 함). 따라서 임기만료 등 의원자격을 상실한 경우에도 심판청구를 위한 소송행위를 하는 데 지장이 없다. 한편 복수의 청구권자가 공동으로 심판청구를 할 수 있으며,<sup>113)</sup> 연방헌법재판소도 별개의 심판청구를 병합하여 심리할 수 있다.<sup>114)</sup>

---

111) BVerfGE 68, 346 (350).

112) BVerfGE 79, 311 (327); 82, 286 (297).

113) BVerfGE 61, 149 (162) 참조.

114) BVerfGE 72, 330 (332f.) 참조.

### III. 견해의 차이 혹은 의문

1. 규범통제절차의 적법한 개시는 심판대상이 되는 규범이 상위법과의 합치성 여부에 대한 “견해의 차이 혹은 의문”을 전제로 한다. 견해의 차이가 존재한다는 것은 적어도 상반되는 2개의 법적 견해가 존재함을 의미한다. 의문이 존재하는 경우란 규범의 유효성(Gültigkeit)이 진지하게 주관적으로 불확실한 것으로 여겨지고 있다는 것, 즉 청구인에게 있어 진정한 법적 불안정성이 초래되고 있다는 것을 의미한다.<sup>115)</sup>

2. 추상적 규범통제는 청구권자의 임의에 따라 개시되는 것이 아니라 하위규범이 상위규범과 합치하는지 여부에 대한 견해의 차이나 의문이 존재할 경우에만 청구할 수 있다. 이러한 기본법 제93조 제1항 제2호의 규정은 바이마르 헌법 제13조 제2항과 연계되어 있는 것으로, ‘바이마르 헌법’에 나타나 있는 같은 표현들과 동일한 의미로 해석되어야 한다고 보는 것이 통설이다.<sup>116)</sup> 기본법 제93조 제1항 제2호가 의미하는 견해의 차이란 서로 다른 두 기관 상호 간에 나타난 견해의 객관적 차이를 말하며, 그에 반해 의문은 하나의 기관에 존재하는 것으로 충분하다. 구체적으로 의문이란 일정한 법적 근거에 따를 때 상위규범과의 합치성이 불확실한 것으로 나타나거나 다투어지는 것을 의미한다. 어떠한 주체가 견해의 차이나 의문을 가져야 하는지에 대해 기본법은 아무런 규정도 두고 있지 않으므로 그것은 “어떤 식으로든 존재”하기만 하면 충분한 것이 된다. 예컨대 정부의 실무과정에서, 의회에서, 혹은 학설을 통해 위헌여부에 대한 논란이 제기되는 것으로도 충분하다. 다만 청구권자들 중 일방으로 하여금 규범통제를 신청하도록 계기를 부여하는 것이어야 한다. 결론적으로 어떤 기관들 상호 간에 견해 차이가 존재하는가 및 누가 규범의 합헌성에 대해 의문을 품고 있는 것인지는 적법요건과 관련하여 중요하지 않다.<sup>117)</sup> 견해의 차이나 의

---

115) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 509.

116) Zinn, in: Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, S. 40; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulmer, BVerfGG-Kommentar, Bd. II, §76 ff..

117) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., Berlin 1933, Art. 13 Anm. 4. (zu Art. 13 Abs. 2 WRV).

문이 반드시 청구인이 될 수 있는 자에게 또는 그런 자들 사이에 존재해야 할 필요도 없다.<sup>118)</sup> “업무와 관련하여 이해관계를 가지는 그 어떤 다른 기관들 사이에 견해차이가 존재”하는 것으로 충분하다(같은 견해, ‘바이마르 헌법’ 제13조 제2항[기본법 제93조 제1항 제2호에 해당한다]에 대한 RGZ 111, 134, 135).<sup>119)</sup> 다만 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호에 따르면, 견해의 차이나 의문으로 인해 분쟁의 대상이 된 규범이 무효라는 확신에 이르게 되는 경우라면 청구인에 의해 다투어질 수 있고, 연방헌법재판소에 의한 객관적 해명에 이를 수 있다. 이와 같은 연방헌법재판소법의 태도에 대해서는 아래에서 보는 바와 같이 위헌논란이 벌어지고 있다. 요컨대 견해의 차이나 의문이 존재하고 있으며, 잠재적인 일방 청구인이 청구의 제기를 통해 그러한 식으로 표면화된 문제에 대한 통제필요성을 주장하는 경우에는, “규범의 합헌성을 해명해야 할 불가피하고도 특별한 이익”<sup>120)</sup>이 존재하는 것으로 간주된다.

3. “순수하게 학문적인 이익”이 존재하는 것으로는 불충분하며, 구체적인 (konkret) 견해의 차이나 의문이 존재하여야 한다.<sup>121)</sup> 따라서 그 해명을 위한 객관적 이익이 정당화될 수 있는 것이어야 한다.<sup>122)</sup> 왜냐하면 객관적 절차를 통해 진행되는 헌법재판이 “직접적인 실천적 배경도 없이 이론적인 (의제적인, 가설적인) 의문이 제기되고 있는 문제” 때문에 부담이 커져서는 안 되기 때문이다. 이것은 곧 불필요한 문제를 위해 추상적 규범통제가 이용되어서는 아니 된다는 것을 의미한다. 하지만 구체적인 견해의 차이나 (구체적인) 의문이 존재하고 있는 한, 그러한 견해의 차이가 어느 곳에서(wo) 발생하게 된 것인지 혹은 누가(wer) 그러한 의문을 품고 있는지 여부는 중요하지 않다. 견해의 차이나 의문이 갖는 구체성 즉 실천적 중요성은 심판대상이 되는 규범의 합헌성을 해명해야 할 공적 필요성을 징표한다. 위헌적 규범으로부터의 법질서 보호

118) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 510.

119) G. A. Zinn, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt IX. Die Rechtsprechung im Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Parlamentarischer Rat(1948/49), Anlage zum Sten.Ber. der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates 6. 5. 1949, 43, 46.

120) BVerfGE 6, 104 (110).

121) BVerfGE 12, 205 (221).

122) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 510.

가 실효성을 가지려면 기본법 제93조 제1항 제2호의 추가적 적법요건을 끌어 들여 해석해서는 안 된다. 물론 추상적 규범통제의 과도한 이용은 방지될 필요가 있다. 하지만 이를 위해 의사주체들의 범위를 제한할 필요는 없으며, 또 그것은 기본법 제93조 제1항 제2호가 예정하고 있는 바도 아니다. 헌법적으로 제도화된 남용금지의 수단은 청구권자에 대한 열거 및 “(구체적인) 견해의 차이 혹은 (구체적인) 의문”이라는 절차상 요건에 그친다. 더욱이 청구권자가 제한적으로 규정되어 있음으로 인해 실무상으로도 “학문적인 분쟁”이 “학문적인 분쟁”으로 남아 있을 수 있게 한다.

4 기본법 제93조 제1항 제2호는, 연방법이나 주법이 기본법과 합치되는 것 인지에 대한 (구체적인) 견해의 차이 혹은 (구체적인) 의문이 존재하는 경우, 동 규정에서 열거하고 있는 청구권자들에 대해 유보 없이(vorbehaltlos) 청구권을 부여하고 있다. 반면 연방헌법재판소법 제76조 제1항은, 청구의 적법성을 위한 요건으로, 청구권자가 그 법을 무효로 간주하거나(연방헌법재판소법 제76조 제1항) 혹은 법원이나 행정관청 혹은 연방이나 주의 기관(“헌법기관”)이 연방법이나 주법이 기본법 또는 기타 연방법과 합치되지 않는다는 이유로 적용하지 아니함에 따라 청구권자가 그 법을 유효로 간주할 것을 요구하고 있다(연방헌법재판소법 제76조 제2호). 즉 규범의 무효 또는 유효에 대한 확신(Überzeugung)까지도 요구하고 있는 것이다. 그 점에서 연방헌법재판소법을 제정한 입법자가 헌법에 의해 직접적으로 부여되고 있는 청구권을 임의로 제한하고 있는 것은 아닌가라는 문제가 제기된다. 연방헌법재판소는 이 문제에 대해 여전히 분명한 입장을 제시하지 않고 있다.<sup>123)</sup> 물론 연방헌법재판소는 이 문제에 대해 어쨌든 연방헌법재판소법 제76조가 청구권을 “보다 구체적으로 한정하고 있다.”거나 “보다 구체적으로 설정 또는 제한하고 있다.”는 - 불충분한 - 지적은 행하고 있지만 연방헌법재판소법 제76조의 합헌성 여부에 대해서는 아직 직접적으로 판단한 바 없다.

이 문제 특히 규범폐기청구를 위해 무효의 확신을 요구하고 있는 것에 대한

---

123) BVerfGE 1, 184 (196); 6, 104 (110); Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG -Kommentar, Bd.II, §76, Rn. 51에 따르면 제한규정이 아직 심판대상이 된 적이 없기 때문이라고 한다.

학설의 입장을 살펴보면, 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호는 기본법이 정한 심판청구권을 일반 법률을 통해 제한하는 것으로서 위헌이라고 보는 견해가 압도적인데, 쾨(H. Söhn)<sup>124)</sup>은 그 위헌성을 다음과 같이 논증하고 있다:

연방헌법재판소법 제76조는 결코 헌법에 합치되는 절차법 규정이라 할 수 없다. 즉 심판청구의 절차적 “방식”에 관한 규정이 청구권의 범위까지도 제한하는 것인 한 기본법 제94조 제2항<sup>125)</sup>에서 근거를 찾을 수 있는 규정이라 볼 수 없다. 헌법이 보장하고 있는 청구권의 범위를 일반입법자가 처분하는 것은 불가능하다. 또한 기본법 제93조 제1항 제2호에 대한 충족필요성을 (추가적으로) 지적하는 것도 유보 없이 보장되고 있는 청구권을 제한할 수 있는 근거가 될 수 없다. 더욱이 입법자료에 비추어 보면, 연방헌법재판소법 제76조는 ‘견해의 차이’나 ‘의문’이라는 개념들을 단순히 “구체화하는 방식으로 풀어 서술하고 있는 것”이 아니라 기본법 제93조 제1항 제2호가 분명하게 부여하고 있는 청구권을 축소시키려 하는 것임이 명백하다. 동 규정에 대한 공식적 입법이유에서 볼 수 있는 바와 같이,<sup>126)</sup> 추상적 규범통제절차가 적법하기 위해서는 “그 어떤 식으로든” 견해의 차이나 의문이 존재하고 있는 것만으로는 부족하다는 것이다. 즉 청구권자 스스로가 어떤 규범에 대해 그것이 상위법에 위반된다는 이유로 무효라고 간주할 경우에 비로소 연방헌법재판소가 결정해야 할 필요성이 인정된다는 것이다. 이와 같은 연방헌법재판소법의 태도에 대해 아른트(Dr. Arndt) 의원은 위원회심의 과정에서 기본법 제93조 제1항 제2호와의 충돌가능성을 거듭 지적하였음에도 불구하고, 정부는 발의된 구상이 “실천적 필요성”을 갖추고 있으며, 특히 그렇게 하지 않을 경우 주정부가 연방을 곤란하게 할 목적으로 청구를 하거나 연방의회 의원 1/3이 단지 어려움을 야기하기 위해 절차를 개시할 가능성이 있다는 주장으로 정부입장을 관철시켰다. 정부의 설명과

---

124) Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S.301ff.

125) 기본법 제94조 제2항: “연방법률은 연방헌법재판소의 조직과 절차를 규정하고 어떤 경우에 그 결정이 법률적 효력을 갖는지를 규정한다.(후략)”

126) Verhandlungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1. Wahlperiode, Bonn 1949, S. 35.



같이 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호를 통해 단순한 정치적 동기를 배제할 수는 있는 것이라 할지라도 어쨌든 다음과 같은 두 가지 점에 대해 반박하기는 어려울 것이다. 첫째, 연방정부는 주장부가 재미 삼아 “소송을 진행”하는 것은 아닐 것이며, “연방의회의 1/3의 주장도 일정한 신뢰를 제공할 수 있다.”는 아르트(Dr. Arndt)의 진단은 수긍할 수 있는 것이다. 둘째, 어떤 조건하에서 규범통제가 필요한 것인지에 대해서는 일반 입법자가 아니라 기본법 제93조 제1항 제2호가 직접적으로 규정하고 있다는 점이다. 헌법은 심판청구의 적법요건으로 단지 (구체적인) 견해의 차이 혹은 (구체적인) 의문만을 들고 있다. 따라서 연방헌법재판소법 제76조 제1항은 기본법 제93조 제1항 제2호가 의식적이며 의도적으로 ‘바이마르 헌법’ 제13조 제2항<sup>127)</sup>에 연계하고자 한 것과 모순될 뿐만 아니라, 기본법 제93조 제1항 제2호가 헌법적 내용으로서 포괄적 규범통제를 도입하고자 한 헌법제정자의 의사에도 배치된다. 이상의 점들을 종합하면 연방헌법재판소법 제76조는 위헌이다.<sup>128)</sup>

한편 연방헌법재판소법 제76조 제1항을 합헌으로 보는 견해도 유력하게 주장되고 있다. 이 입장은 지배적 의견과는 달리 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호는 “견해의 차이 또는 의문”이라는 요건을 구체화하는 절차규정<sup>129)</sup>으로 보면서, 다음과 같은 이유에서 수권조항인 기본법 제94조 제2항 제1문을 통해 정당화될 수 있는 것<sup>130)</sup>으로 본다 :

연방헌법재판소법 제76조 제1항은 추상적 규범통제절차에 적합한 절차적 요건을 확정하는 것으로 보아야 한다. 이 규정은 청구인으로부터 원칙적으로, 문제된 규범과 관련된 자신의 법적 견해를 스스로 해명하는 것 이상을 요구하지

127) ‘바이마르 헌법’ 제13조 제2항: “주법의 규정이 제국법(Reichsrecht)과 합치하는지 여부에 대한 의문 혹은 견해의 차이가 존재하는 경우, 관할 제국 또는 주 행정관청은 제국법이 정한 구체적인 규정들에 따라 제국최고법원의 결정을 구할 수 있다.”

128) H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, S.302ff. 참조.

129) G. Babel, Probleme der abstrakten Normenkontrolle (1965), 61; K. Kruis, in: Badura/Scholz (Hrsg.), FS Peter Lerche (1993), 475, 484.

130) 동지, W. Geiger, BVerfGG, 1952, § 76 Anm 8.

않는다. 만약 합헌성에 대한 그의 애초의 의문이 더 이상 존재하지 않게 된다면 결과적으로 규범폐기신청을 통해 당해 규범의 무효에 대한 연방헌법재판소의 구속력 있는 결정을 받을 필요성도 존재하지 않는다. 혹은 청구인이 가진 규범의 합헌성에 대한 의문이 강화되어 위헌무효의 확신에 이르게 된다면, 바로 이런 경우에만 연방헌법재판소에 대해 구속력 있는 결정을 내려줄 것을 요청할 수 있는 정당한 계기가 인정될 수 있다.<sup>131)</sup> 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호가 청구인에 대해 설정하고 있는 요건은 “헌법적 심사의 대상이 된 규범의 효력을 해명할 것에 대한 ‘특별한’ 이익”을 나타내고 있는 것이다 (BVerfGE 52, 63, 80; 96, 133, 138; 103, 111, 124; 108, 169, 178). 또한 청구인은 문제된 규범을 (단지) 일정한 제한적인 헌법합치적 해석에 의할 경우에만 합헌이라고 생각하는 경우에도 추상적 규범통제절차를 추구할 수 있다. 객관적으로 볼 때 이러한 상황이라 할지라도 마찬가지로 해명의 필요성이 인정되는데, 이런 경우에도 연방헌법재판소에 대한 제소가 적법하도록 하기 위해 청구인이 - 합헌적 해석을 통해서도 회피될 수 없는 - 위헌성을 주장하도록 “소송상 필요한 거짓”을 주장하도록 강요하는 것은 아니다. 즉 청구인은 헌법합치적 법률해석으로 통해 위헌으로 해석되는 부분을 제거하기 위해서도 추상적 규범통제를 동원할 수 있다. 추상적 규범통제절차에서 연방헌법재판소 결정의 내용이 될 수 있는 것은 또한 처음부터 심판청구의 대상이 될 수 있다. 심판대상이 된 규범의 존속을 유지할 수 있는 헌법합치적 해석은 연방헌법재판소가 내릴 수 있는 가능한 결정유형에 해당하기 때문이다. 규범에 대한 헌법적으로 요청되는 제한적 해석은 다른 해석가능성을 배제하고 그로써 부분적인 규범폐기와 동일하게 규범적용영역의 축소의 결과를 가져오므로, 이러한 경우에도 기본법 제93조 제1항 제2호와 관련하여 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호가 유추 적용되어야 한다.<sup>132)</sup>

결론적으로 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호를 위헌으로 본다 할지라

131) 이에 대해서는 연방헌법재판소법 제70조를 위한 연방정부초안(RegE-BVerfGG)에 대한 연방의회 간행물(BT-Drucks), I/788, S. 33f 참조.

132) 동지, P. Lerche, in: Töpper (Hrsg.), FS Gerd Jauch (1990), 121, 122 ff.; 다른 견해로는 J. Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, § 76 (Stand: Juni 2001) Rn 49.

도 ‘무효의 확신에 이를 정도의 의문’으로 심판청구를 축소하고 있는 부분만 위헌이고 동 규정의 나머지 부분은 영향을 받지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 추상적 규범통제절차가 진행 중인 상황에서 위 문제가 쟁점으로 제기될 경우, 연방헌법재판소는 이를 선결문제로서 판단하여 ‘무효의 확신’이 요구되는 것인지 여부를 결정하여야 할 것이다.<sup>133)</sup>

#### IV. 심판의 이익; 객관적 해명의 필요성

1. “견해의 차이” 혹은 “의문”의 존재는 추상적 규범통제의 필수적인 절차적 요건에 해당하는 것으로, 추상적 규범통제를 “심판할 가치 있는” 사안에 한정시키며, 또 그러한 사안에서의 규범통제를 보장하는 기능을 수행한다. 반면 공적 이해관계에서 규범의 합헌성 여부를 해명하기 위해 청구권자가 행하는 심판청구는 규범통제를 위한 단순한 “외부로부터의 자극”<sup>134)</sup>, 즉 객관적 심사절차의 개시라는 목적을 위한 수단<sup>135)</sup>으로서만 기능하며, 그 점에서 심판청구권은 절차목적에 내재적인 것이지만 순수하게 소송법적인 성격을 가지는 데 그친다.<sup>136)</sup> 심판청구권자는 일반인을 위해, 그리고 일반인의 이익을 위하여 연방법과 주법이 기본법과 합치되는지 여부를 심사하기 위한 절차가 가동되도록 하는 개시자 역할에 그친다.<sup>137)</sup> 따라서 추상적 규범통제절차의 심판대상이 되는 것은 청구권자의 청구나 법적 주장이 아니며 청구권자의 주관적 권리나 권한이 그 대상인 것도 아니다.<sup>138)</sup> 오히려 추상적 규범통제절차의 심판대상은 주관적 권리나 법적 주장으로부터는 독립된 문제, 즉 특정 법규가 유효한 것인가의 여부, 따라서 객관적 법이 존재하는지 여부일 뿐이다.<sup>139)</sup> 이 절차는 일방적

---

133) *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer*, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76, Rn.52.

134) BVerfGE 1, 208 (219).

135) *Goessl*, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin 1961, S. 173.

136) BVerfGE 1, 396 (407f.); 2, 143 (156); 2, 307 (312); 14, 197 (209).

137) *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, § 76 Anm. 9 참조.

138) BVerfGE 1, 396 (414).

139) *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer*, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76, Rn 3.

인 것으로 쟁송의 형태를 취하지 않으며, 대심구조적 당사자주의가 지배하는 절차도 아니며 헌법적 차원의 이른바 “쟁송”도 아니다. 이 절차는 그 개념상 이미 당사자 없는 절차<sup>140)</sup>로서 단지 단순한 신청인이라는 의미의 청구권자만 상정할 뿐 피청구인이나 분쟁관계에 있는 대립당사자를 알지 못하는 절차이다.<sup>141)</sup>

2. 따라서 그때그때의 심판청구인이 추상적 규범통제와 구체적 이해관계가 있는지 여부는 당해 절차의 적법성과 “아무런 관계가 없으며”, 단지 심판대상이 된 규범의 합헌성 여부를 해명해야 할 “공적 이익”만이 필요하고 또 그것으로 충분하다. 요컨대 추상적 규범통제절차에 있어 심판청구의 의의와 기능은 헌법재판을 통한 객관적 통제의 계기를 제공하는 데 그친다.<sup>142)</sup> 따라서 적법한 심판청구를 통해 개시된 절차라 할지라도 그 이후에 진행되는 절차는 청구인의 처분권으로부터 벗어나게 된다.<sup>143)</sup> 따라서 절차의 구체적 과정이나 그 실행 및 절차의 종료는 청구권자의 영향을 받지 않으며 오로지 “공적 이익”이라는 관점만이 기준이 된다. 그런 점에서 이와 관련하여 흔히 언급되고 있는 청구권자의 “법적 이익”이라는 표현은 적절한 것이라 할 수 없고 오히려 혼란을 야기하는 것일 뿐이다. 물론 기본법 제93조 제1항 제2호가 청구권자를 열거하고 있는 것은 확실히 이들 잠재적 청구권자들이 추상적 규범통제와 사실상의 이해관계를 가질 수 있고 또 흔히 사실상의 이해관계를 가지게 된다는 점이 고려되었으리라고 짐작할 수 있다. 예컨대 때때로 헌법기관들 간의 분쟁이 (객관적인) 규범통제절차를 통해 해결될 수 있을 것이다. 하지만 청구권자가 가진 그와 같은 사실상의 이익에 대해 절차법적 의미를 부여할 수는 없다. 추상적 규범통제의 적법성은 단지 공적 통제필요성, 즉 객관적 해명의 이익에서만 찾을 수 있다.

3. 따라서 청구권자의 주관적 권리보호필요성은 추상적 규범통제절차의 적법성을 인정하기 위해 필요하지 않으며 그와 무관하다.<sup>144)</sup> 오히려 주관적 권리보

---

140) BVerfGE 1, 14 (30); 2, 143 (156); 2, 307 (312); 7, 305 (311).

141) BVerfGE 1, 208 (220).

142) BVerfGE 1, 208 (219); 68, 346 (351).

143) BVerfGE 110, 33 (46).

144) BVerfGE 52, 63 (80); 100, 249 (257f.); 101, 1 (30); 103, 111 (124); 108, 169

호필요성의 개념은 객관적 절차와는 배척적인 관계에 있다. 권리보호필요성의 사상은 이미 개념적으로 주관적 권리의 보호를 위한 사법절차를 전제로 하기 때문이다.”<sup>145)</sup> 추상적 규범통제절차의 적법성은 상위규범과의 합치성 여부에 대한 견해의 차이 혹은 의문이 존재할 것만을 요구하며, 기본법 제93조 제1항 제2호는 청구권자의 심판청구에 대해 더 이상의 적법요건을 규정하지 않고 있다. 그런 점에서 심판청구권은 유보 없이 보장되고 있다. 따라서 모든 심판청구권자는 모든 연방법 및 주법을 대상으로 그것이 기본법과 합치하는지 여부에 대한 모든 견해차이나 모든 의문을 다룰 수 있으며 이를 위해 추상적 규범통제절차를 개시할 수 있다.

이것은 다음을 의미한다.<sup>146)</sup> 연방정부와 모든 주정부 및 연방의회 재적의원 1/3 이상은 연방법 및 주법에 대해 기본법을 심사기준으로 하는 추상적 규범통제절차에 회부할 수 있다. 이 경우 주정부가 자신과는 무관한 다른 주의 주법을 상대로 연방헌법재판소의 추상적 규범통제를 신청할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이 문제는 이미 ‘바이마르 헌법’ 제13조 제2항의 해석을 두고 논쟁이 된 바 있다. 당시 멘데(Mende)는 다른 주법에 대하여 심사를 구할 수 있는 “정당한 이익”이 있음을 인정하고자 하였다. 제국법원(Reichsgericht)<sup>147)</sup>은 이 문제를 미해결로 남겨 두었던 반면, 플라트(Flad)는 주정부에 무제한적인 청구권을 인정하는 것에 대해 부정적이었다. 기본법 하에서 프리젠한(Friesenhahn)은 기본법 제93조 제1항 제2호의 의미에 따라 경우 주정부의 청구권이 제한되는 것으로 해석하여야 한다고 주장하였으나<sup>148)</sup> 구체적 근거는 제시하지 않고 있으며, 오히려 프리젠한(Friesenhahn) 자신도 그와 같이 청구권을 제한하기 위해 헌법이 어떤 규율도 행하고 있지 않다는 점을 명시적으로 인정하고 있다.<sup>149)</sup> 지배적 견해는 추상적 규범통제의 목적과 개념에 비추어 불

---

(178).

145) BVerfGE 1, 396 (407).

146) 이하의 설명은 H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, S. 302ff.에 따른 것이다.

147) RGZ 111, 123 (134).

148) *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 37, 49.

때 주정부의 청구권을 그와 같이 제한하는 것은 허용되지 않는다고 본다. 즉 객관적 해명의 이익이 있는 것으로 충분하기 때문에, 연방정부나 연방의원이 주법에 대한 특별한 이해관계가 있음을 입증할 필요 없이 주법에 대한 추상적 규범 통제절차에 착수할 수 있는 것과 마찬가지로, 주정부 역시 다른 주의 주법이 자신의 이익에 영향을 미친다고 주장할 필요 없이 추상적 규범통제절차에 나설 수 있다고 본다.<sup>150)</sup> 기본법 제93조 제1항 제2호는 청구권자들에게 기본법이 준수되는지 여부에 대한 감시의 임무를 부여하는 것이며, 그러한 임무는 청구권자 자신의 권리나 이익의 관철을 위한 것이 아니다. 즉 추상적 규범통제제도는 위헌적 규범으로부터 법질서의 보호를 목적으로 한다. 또한 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제는 연방-주간 쟁송이나 진정한 의미에 있어서 헌법적 “분쟁”을 위해 예정되어 있는 제도가 아니다. 심판청구권자는 언제나 그리고 오로지 일반인을 위해서만 또한 공익을 위해서만 추상적 규범통제절차에 착수한다. 문제된 규범과의 “관련성”은 “자기관련성”(Betroffensein)이나 “법적 이익”(rechtliches Interesse) 등의 경우와 마찬가지로 심판청구의 요건으로 간주되지 않는다.<sup>151)</sup> 이것은 주정부의 경우에도 마찬가지이다. 연방과 주가 부담하는 연방헌법에 대한 공동의 의무로부터 모든 주는 기본법 수호의 책임을 지고 있는 것이다.<sup>152)</sup> 그런 점에서 볼 때 기본법 제93조 제1항 제2호로부터 모든 주정부에게 절차목적에 부합하게 유보 없이 부여되어 있는 심판청구권을 축소시킬 수 있는 그 어떤 근거가 도출된다고 보기는 어렵다. 이 문제와 관련하여, 연방헌법재판소는 BVerfGE 83, 37 (49) 결정에서 청구권자인 주가 다른 주의 입법을 통해서도 연방헌법이 준수될 것을 요구할 수 있는 ‘권리’를 가진다고 표현한 바 있는데, 그라쓰호프(M. Graßhof)는 연방헌법재판소가 그와 같이

149) *Friesenhahn*, aaO., S. 37 Fn. 88.

150) *C. Hillgruber/C. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2006, Rn. 498; *C. Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, §8 Rn. 4; *J. Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, §76 Rn. 59; *K. Stern*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 93 Rn. 219. 다만 작스(*M. Sachs*)는 이러한 입장에 대해 의문을 제기하고 있다. *M. Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 145.

151) *Babel*, aaO., S. 48 ff. 및 *Stephan*, aaO., S. 149. 참조.

152) BVerfGE 9, 268 (277). 또한 *Zembsch*, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 116. 참조.

보충적 이론구성을 행하는 것은 불필요한 것이라고 비판하고 있으며, 특히 동결정은 다투어지고 있는 규범이 청구를 제기한 주의 이익과 그 어떤 관점에서든 관련되지 않을 경우 예외적으로 청구권이 부정되는 것인지 여부에 대해 분명한 직접적인 입장을 표명하지 않고 있는 것에 대해 납득하기 어려운 태도라는 비난을 가하고 있다.<sup>153)</sup>

4. 결론적으로 통상의 “쟁송”에서 실체적 판단의 요건으로서 요구되는 권리보호필요성은 추상적 규범통제에서는 객관적 해명의 필요성이라는 요건으로 나타난다고 할 수 있다. 연방헌법재판소의 결정을 이끌어내고자 하는 청구인의 소송법적 권리는 어떤 법규범이 연방(헌)법에 합치하는가의 문제 및 그 규범의 유효성에 대한 객관적 해명이 필요한 것으로 나타나는지 여부를 기준으로 판단된다. 즉 본안판단을 위한 전제조건으로서 권리보호필요성 요건이 추상적 규범통제라는 객관적 절차에서도 적용될 필요가 있다면, 그것은 개별사안에서 연방헌법재판소의 개입을 정당화하는 객관적 기능에 비추어 평가되어야 하며, 결국 그것은 심판청구의 적법성을 인정하기 위한 객관적 해명의 필요성, 즉 통제필요성의 존재를 요구하는 것으로 나타나는 것이다.<sup>154)</sup>

## V. 직권주의

1. 연방헌법재판소법이 규율하고 있는 절차법적 규정들은 완결적인 것이 아니며<sup>155)</sup> 발전가능성이 열려 있다.<sup>156)</sup> 물론 일반적 소송원칙의 적용은 일반적으로는 헌법재판이 갖는 특수한 지위, 개별적으로는 당해 절차의 목적에 의해 영향을 받는다.<sup>157)</sup>

2. 연방헌법재판소는 심판청구가 있을 경우에만 활동한다. 즉 신청주의가 적용된다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소법 제78조 제2문은 신청 없이도 규

---

153) *M. Grabhof*, in: Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2.Aufl., §76 Rn.32.

154) BVerfGE 6, 104 (110); 88, 203 (334); 113, 167 (193).

155) BVerfGE 2, 79 (84). 나아가 *Zembsch*, aaO., passim, m.w.N.

156) BVerfGE 2, 79 (84).

157) *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 97 참조.

범통제가 행해질 수 있는 일정한 예외를 허용하고 있다. 그에 따르면 연방헌법 재판소는 다투어지고 있는 법률의 다른 규정들에 대해서도 그것이 동일한 이유로 기본법 또는 기타 연방법과 합치될 수 없다는 이유로 무효로 선언할 수 있다. 따라서 연방헌법재판소의 심사 및 결정권을 심판청구된 범위를 넘어서까지 확장된다. 그런 경우 심판청구는 불필요하며,<sup>158)</sup> 연방헌법재판소는 그 재량에 따라 확장된 부분에 대한 규범통제를 행할 것인지 여부를 결정한다.<sup>159)</sup>

이와 같이 심판범위의 확장을 허용하고 연방헌법재판소법 제78조 제2문은 이미 1926년 제34회 독일법률가대회에서 ‘바이마르 공화국’ 정부가 제안한 “제국 법규정의 합헌성 심사에 관한 법률안”(DJT 1926 S. 842)을 두고 논의된 바 있는 사상을 실현하고자 하는 것이라고 한다.<sup>160)</sup> 다투어지고 있는 법률의 다른 위헌적 규정들에 대해서도 동시에 결정하는 것은 실천적 필요성에 따른 것이며, 연방헌법재판소법 제78조 제2문은 종전에 없었던 법적 기초를 창설하는 것이라고 한다.<sup>161)</sup>

이와 같은 입장에 대해서는, 연방헌법재판소법 제78조 제2문이 확실히 의미 있는 것이며, 또 연방헌법재판소가 법질서의 수호를 위해 반드시 필요하다고 여기는 경우에만 그러한 권한을 행사할 수 있는 것으로 본다 하더라도 이는 결국 예외 없는 신청주의를 규정하고 있는 기본법 제93조 제1항 제2호에 반해 부분적으로 심판청구 없이 결정하는 것이며, 따라서 비록 제한적 범위 내에서 이긴 하지만 사실상 신청주의는 깨어지고 있다는 비판이 가해지고 있다. 헌법 제정자는 신청주의를 채택함으로써 실천적 필요성을 이유로 직권에 기해 헌법 재판을 행하는 것을 거부하고 있으므로, 입법자가 법률규정을 통해 이를 무시할 수 있는지는 확실히 의심스럽다는 것이다.<sup>162)</sup>

158) *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1973, § 78 Anm. 3.

159) *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, aaO.

160) 이하의 설명은 *H. Söhn*, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S.308f. 참조.

161) Begründung der Regierungsvorlage, in: Verhandlungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, aaO., S.41, 49. 나아가 *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, § 78 Anm. 5. 참조.



3. 그밖에 추상적 규범통제절차를 위해 어떤 소송원칙이 적용될 수 있는 것인가는 당해 절차의 성격에 의해 결정된다.<sup>163)</sup> 연방헌법재판소법상의 절차규정들은 당해 절차의 목적에 부합하는 것이고 또 그렇게 해석될 수 있을 뿐이므로, 이들 규정들에 대한 해석이 추상적 규범통제가 의도하는 바와 모순되어서는 아니된다. 연방헌법재판소법상의 절차법 규정들로부터 일반적 소송원칙을 추론하는 경우에도 기본법이 의도하고 있는 추상적 규범통제를 기반으로 하는 것이어야 한다.<sup>164)</sup>

4. 연방헌법재판소법 제78조 제2문의 예외를 인정하더라도, 추상적 규범통제는 위헌적 규범들로부터 법질서를 보호하기 위한 객관적 절차이므로 심판청구된 범위를 벗어나서까지 절차의 적법성을 인정하는 것은 심판청구인을 따로 설정하고 있는 것과 개념적으로 양립할 수 없다. 또한 청구인의 심판청구는 원칙적으로 공적 이익에 따른 객관적 절차를 진행하기 위한 단순한 “계기” 내지 “자극”에 불과한 것이라는 결론도 전제되어 있다. 따라서 당사자주의 및 처분권주의라는 소송원칙을 적용하기 위한 전제조건은 추상적 규범통제와 같이 “당사자 없는” 절차에서는 처음부터 충족될 수 없다.<sup>165)</sup> 연방법 및 주법이 기본법과 합치되는지 여부만이 심판대상이 될 뿐이고 청구인의 청구나 권한 등이 큰 의미를 가질 수 없는 것이라면, 일단 적법하게 개시된 심판청구를 유지할 것인지 여부는 심판권자인 연방헌법재판소에 위임될 수밖에 없고(직권주의), 따라서 심판청구인의 심판대상에 대한 처분권도 박탈된다고 보는 것이 논리적이다.<sup>166)</sup> 추상적 규범통제는 그 개념상 절차의 개시라는 점에서만 외부로부터의 자극을 필요로 하는 것이기 때문이다. 그리고 이것은 사법의 소극성에 따른 한계일 뿐이다. 이러한 전제를 벗어나면 당사자주의는 적용될 여지가 없다. 추상적 규범통제는 당사자 없는 절차이기 때문이다.

5. 이상과 같은 기본전제는 논리적으로 다음과 같은 결론에 이르게 된다 : 심판청구된 추상적 규범통제절차를 계속 속행할 것인가 아니면 중지할 것인가

162) 동지, *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., § 78 Anm. 3.

163) 또한 *Zembsch*, aaO., S. 106 참조.

164) *Wolf*, DVBl. 1966, 884 (888 f.) 참조.

165) 마찬가지로 *Zembsch*, aaO., S. 106 f. .28

166) 반대의견으로는 *Wolf*, DVBl. 1966, 884 (888 L).

의 여부, 혹은 어떤 방식으로 수행할 것인지는 당해 절차의 목적에 따라 결정되어야 한다. 기본법 제93조 제1항 제2호는 추상적 규범통제절차의 개시를 위해 심판청구가 있을 것을 요구하고 있지만, 위 규정은 결정시점에도 심판청구가 계속 존속해야 하는지 여부에 대해서는 아무 것도 말하는 바 없다. 따라서 규범통제의 필요성이 존재하는 한 청구권자의 청구를 통해 개시된 절차를 청구인의 의사에도 불구하고 이를 계속 유지하는 것이 법문언상 불가능하지 않다. 심판대상이 된 규범의 합헌성을 해명해야 할 공적 이익이 존재하기 때문이다. 규범통제의 필요성이 소멸하는 경우에만, 또 그러한 경우에만 비로소, 심판절차의 중지에도 이르게 된다. 따라서 청구인에 의한 심판청구의 철회(Zurücknahme)가 필연적으로 절차의 중지라는 결과에 이른다고 볼 수 없다.<sup>167)</sup> 규범통제의 필요성 즉 객관적 해명의 이익은 ‘추상적 규범통제에 대한 심판청구가 유지되고 있는지 여부’에 의해 결정되는 것이 아니기 때문이다. 물론 절차가 개시되기 위해서는 심판청구가 필수적인 것이지만, 그 이후의 절차를 위해서도 심판청구의 유지가 필수적인 요건은 아니다. 신청주의가 추구하는 목적은 심판청구 그 자체를 통해 이미 달성된 것이기 때문이다. 그 밖의 경우에는 언제나 단지 (구체적인) 견해의 차이 및 (구체적인) 의문만이 존재하고 있으면 된다. 이에 대한 프리젠한(Friesenhahn)의 반론,<sup>168)</sup> 즉 청구인 역시 심판청구의 철회를 통해 절차를 종료할 수 있어야 한다는 주장은 추상적 규범통제절차의 목적에 반한다. 청구권자는 일반인을 위해 또 공익을 위해 규범통제를 개시한 것이며, 더욱이 연방법과 주법이 헌법에 합치하는지 여부에 대한 견해의 차이나 의문이 제기되어 여전히 그것이 제거되지 않고 있는 상태에 있기 때문이다. 비록 규범통제의 필요성이 존재할 경우에도 규범통제절차의 개시 여부는 청구권자의 재량에 달려 있고 따라서 청구권자에 대해 심판청구의 의무를 인정할 수는 없다 할지라도, 청구권자가 청구의 철회(취하)를 통해 객관적 해명의 이익을 스스로 제거할 수는 없을 것이기 때문이다.<sup>169)</sup> 연방헌법재판소

167) BVerfGE 8, 183 (184); 25, 308 f.

168) *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S.98.

169) *H. Söhn*, Die abstrakte Normenkontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, S.310.

역시 절차의 지속을 위한 공적 이익이 존재하는 한 심판청구의 취하가 심판종료를 가져오는 것은 아니라고 보고 있다.<sup>170)</sup> 절차의 중지를 청구하는 경우에도 마찬가지라고 한다.<sup>171)</sup> 다만 지금까지 추상적 규범통제절차에서 청구를 취하하여 그것이 거부된 예는 없다.

6. 물론 그와 같은 연방헌법재판소의 입장이 기본법 제93조 제1항 제2호가 예정하는 추상적 규범통제의 합목적성에 부합하는 것인가에 대해서는 의문을 제기할 수 있을 것이다. 추상적 규범통제에 대한 심판청구가 철회된 이후에도 그 절차가 속행될 수 있다고 보는 것은 “소송의 옷”을 입은 “정치적” 결정으로 귀결될 가능성이 있고 결과적으로 연방헌법재판소가 정치적 갈등을 종결짓게 될 것<sup>172)</sup>이라는 비판이 그것이다. 또한 연방헌법재판소가 BVerfGE 68, 346[351] 결정에서 실시하였던, “심판청구를 통해 추상적 규범통제절차에 착수하게 된 이상, 그 이후의 절차에서는 청구인의 청구나 주장은 더 이상 중요하지 않으며, 오로지 공적 이익이라는 관점만이 중요할 뿐이다.”라는 판시는 근거 없는 것으로 설득력을 결여한다는 비판도 가해지고 있다.<sup>173)</sup> 이 견해는 추상적 규범통제절차가 가지는 객관적 성격은 당해 절차가 주관적 권리의 침해와 무관하게 제기될 수 있다는 점에서 반영되는 데 그치며, 따라서 기본법은 헌법과 연방법의 보장자로서 청구인을 예정하고 있을 뿐 직권으로 절차를 개시할 권한도 없는 연방헌법재판소를 염두에 두고 있는 것은 아니라고 한다. 따라서 추상적 규범통제절차의 객관적 성격으로 인해 심판청구 이후에 절차적 지배권 및 보장자적 지위가 심판청구인으로부터 연방헌법재판소로 이전된다고 보는 것은 납득하기 어렵다는 것이다. 더 나아가 이 견해는 청구취하에도 불구하고

---

170) BVerfGE 1, 396 (414); 8, 183 (184); 25, 308 (309); 76, 99f.; 77, 345; 79, 255; 87, 152 (153); 106, 210 (213).

171) BVerfGE 89, 327 (328). 연방헌법재판소는 이러한 결과를 기관쟁송절차(BVerfGE 24, 299 [300]; 83, 175 [181]), 선거심사에 대한 헌법소원(BVerfGE 89, 291 [299]), 헌법소원(BVerfGE 98, 218 [242])에도 적용하고 있다.

172) *Lechner*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, 3.Bd. 2.Hlb. 1959, S. 667 Fn. 67.

173) *M. Grabhof*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG*, 2.Aufl., §76 Rn.13.

절차를 속행시킬 수 있을 정도의 적정한 공적 이익이란 과연 무엇인지도 불명확하다고 비판한다. 결론적으로 이 견해는 연방헌법재판소가 전제하고 있는 사유에 따라 절차를 속행하기를 원하지 않는 심판청구인에게는 입장표명의 기회가 주어져야 한다고 주장한다. 이상과 같은 비판에도 불구하고 연방헌법재판소가 청구인의 심판청구에 대한 처분권을 부정하는 것은 기존의 일관된 판례에 비추어 볼 때 확고한 것으로 보인다. 객관적 절차라는 측면에서 추상적 규범통제를 엄격한 의미의 진정한 헌법적 “분쟁”이라 볼 수 없다면, 연방헌법재판소의 입장이 반드시 거부되어야 할 것이라고는 생각되지 않는다.<sup>174)</sup>

7. 한편, 추상적 규범통제절차가 “공적 성격”<sup>175)</sup> 내지 객관적 성격을 가진다고 하여, 그것이 사실적 자료나 증거의 제출 등에 적용되는 소송원칙에도 그대로 적용되어야 하는 것은 아니다. 연방헌법재판소가 취하고 있는 입장은 추상적 규범통제절차의 핵심만을 언급하고 있는 것으로, 추상적 규범통제절차가 당사자에 의한 소송수행이나 처분권주의가 적용되지 않는 객관적 절차라는 핵심적 의미를 가질 뿐이다. 즉 추상적 규범통제절차는 그 본질상 주관적 권리로부터 독립된 헌법보호절차로서,<sup>176)</sup> 청구권자는 추상적 규범통제절차의 목적에 부합하도록 청구기간에 구속되지 않고 심판청구를 제기할 수 있으며<sup>177)</sup> 이러한 심판청구는 추상적 규범통제절차를 개시하는 효과를 가질 뿐 그 밖의 경우에는 직권심리 및 공적 이익에 따른 속행의 원칙이 적용되는 절차<sup>178)</sup>라는 것을 함의하는 데 그친다.

8. 따라서 실무상으로는 심판청구인에게 심판청구권에 상응하는 최소한의 ‘당사자로서의 절차적 지위’가 인정될 수 있다. 예컨대 청구인에게는 기본법 제 103조 제1항에 따른 법적 청문권이 보장되며, 연방헌법재판소법 제77조에 따라 의견진술의 기회가 부여될 수 있고, 또한 동법 제26조 이하가 따른 증거조사나

174) 동지, H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S.310.

175) BVerfGE 1, 396 (414).

176) BVerfGE 1, 396 (407).

177) BVerfGE 7, 305 (310). BVerfGE 37, 258 (267).

178) Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1973, § 13 Ziff.6 Anm. 6a. 참조.

증인 및 감정인에 관한 규정들이 적용될 수 있다. 또한 추상적 규범통제절차의 경우에도 청구인은 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 가지므로<sup>179)</sup> 연방헌법재판소법 제19조에 따라 재판관에 대한 기피권을 행사할 수 있으며, 동법 제20조에 따라 소송기록열람권도 가진다. 나아가 청구인에게는 동법 제30조 제3항에 따라 모든 결정의 송달을 받을 권리가 인정되며, 동법 제24조에 따라 청구배척사유를 이유로 하는 것이 아닌 한 청구인의 동의 없이는 구두변론을 거치지 않고 서면심리를 통해 결정할 수 없다(연방헌법재판소법 제25조 제1항<sup>180)</sup>).

이상에서 본 바와 같이 추상적 규범통제절차가 가진 객관적 소송으로서의 성격에도 불구하고 헌법재판의 실무에 있어서는 청구인에게 절차적으로 당사자에 상당하는 지위가 부여되고 있음을 볼 수 있다. 이러한 측면은 특히 실무적으로 추상적 규범통제절차가 사실상 “쟁송에 유사하게” 진행된다는 점에서도 확인할 수 있다. 즉 실무적으로 보면 연방헌법재판소법 제77조에 따라 청구권자는 물론 ‘의견표명의 권한이 있는 헌법기관’이 마치 헌법적 “분쟁”의 당사자인 것처럼 소송절차에 등장해 “쟁송을 진행”하는 것이다. 위 규정에 따라 법적으로 의견을 표시할 권한을 가진 주체들은 당사자가 아닐 뿐만 아니라<sup>181)</sup> 의견표명 이상의 권리를 요구할 수 있다거나 참가할 자격도 없다.<sup>182)</sup> 청구권자라 할지라도 단순한 절차적 기능만을 수행할 뿐이다. 그럼에도 추상적 규범통제절차의 실체는 진정한 의미에서의 대심구조적 헌법쟁송과 표면적으로 많은 유사성을 보이고 있다. 이것은 당해 절차가 궁극적으로 불 때 경쟁관계에 있는 정당 간의 정치적 논쟁을 -법적인 의미에서가 아니라- 사실상의 심판대상으로 하는 경우에 특히 그러하다.<sup>183)</sup> 따라서 연방헌법재판소는 일방적으로 진행되는 추상적 규범통제절차의 경우에도 절차적 자율성이 허용하는 한도 내에서 또

179) BVerfGE 82, 286, 296f.

180) 연방헌법재판소법 제25조 제1항: “연방헌법재판소는 특별한 규정이 없는 한 변론에 기하여 결정한다. 다만, 모든 당사자가 변론을 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.”

181) BVerfGE 2, 307 (312); 3, 45 (48 f.).

182) BVerfGE 2, 307 (312); 7, 305 (311); 14, 196 (209).

183) *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1973, § 76 Anm. 5. 참조.

그것을 기초로, 쟁송에 유사한 절차의 진행을 요구한다. 연방헌법재판소는 청구인과 -흡사 반대당사자로 나타나는 - 의견진술권자를 “준당사자”로 취급하고 있는데,<sup>184)</sup> 이것은 추상적 규범통제절차의 전 과정에서 그러하며 구두변론에서도 마찬가지이다. 예컨대 ‘기본조약에 관한 법률’에 대한 헌법재판소의 심판절차<sup>185)</sup>에서는 청구인인 바이에른 주정부와 의견진술권자인 연방정부가 쟁송의 쌍방 당사자로 참여하였다. 더욱이 이 사건에서 연방정부는 반대청구(Gegenanträge)를 제기하였는데,<sup>186)</sup> 이것은 일방적인 절차로 구상된 절차가 사실상 쌍방적 절차로 진행되고 있음을 보여 주는 의미 있는 실례라 할 것이다. 이와 같이 실무는 비대심구조적 절차를 특징으로 하는 추상적 규범통제절차의 경우에도 운영의 묘를 통해 사실상으로 존재하는 헌법상의 분쟁을 대심구조적인 방식을 통해 해결하고 있다.

이상과 같은 실무현황은 추상적 규범통제의 본질을 외적으로 은폐하는 것일 수 있다. 그 반면, 이러한 실무는 연방헌법재판소가, 헌법적 분쟁사안을 해결하기 위해 적합하고도 필요하다면, 당사자 없는 절차로 창조된 추상적 규범통제절차에 있어서 심판대상이 갖는 정치적 의의와 함의를 존중하고 있음을 보여주는 것이기도 하다. 또한 여야 정당들 간에 연방법이나 주법이 헌법과 합치하는지 여부를 두고 견해의 차이가 존재하는 경우 정당들 간의 경쟁관계를 “이용”하는 것은 어떤 의미에서는 합목적적인 것으로 볼 수도 있을 것이다. 규범의 합헌성 여부를 확정하기 위해, 서로 대립적 주장을 제시하고 있는 의사주체들을 “당사자에 준하는 참여”를 보장하는 방식으로 결론을 이끌어내는 것은 판단의 합리성을 제고할 것이기 때문이다. 특히 이러한 방식은 - 일방을 배제하는 경우와는 달리 - 헌법재판의 조정자역할을 강화함으로써 오히려 연방헌법재판소의 그때그때의 결정에 대한 보편적 승인을 이끌어내는 데 기여한다. 물론 이 경우에도 연방헌법재판소는 통상의 경우와 마찬가지로 자신의 고유한

184) *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1973, § 77 Anm. 2. 참조.

185) BVerfGE 36, 1 (10).

186) BVerfGE 36, 1 (10). 참조. 이 사건에서 연방정부는 동서독간의 기본관계를 위해 체결된 조약을 위한 법률(즉 조약법률)이 기본법과 합치된다는 점을 확인해 줄 것을 연방헌법재판소에 청구하였다.

권한인 사법권을 행사하는 데 그치고 정치적 영역에 지나치게 개입하는 것을 자제해야 한다는 요청이 언제나 존중되어야 한다.<sup>187)</sup>

## VI. 심판의 대상(Prüfungsgegenstand)

위헌적 규범으로부터 헌법 및 연방법질서를 보호하고자 하는 것은 심판대상이 포괄적인 것이라면 마찬가지로 포괄적인 의미를 지닐 수밖에 없다. 독일의 추상적 규범통제절차에 있어 심판대상이 될 규범의 개념은 광의의 의미로 파악되고 있다.

### 1. 심판대상으로서 ‘연방법과 주법’

원칙적으로 연방법과 주법이 추상적 규범통제절차의 심판대상이다. 연방법과 주법에 해당하는 것이라면, 규범피라미드 구조의 그 어떤 단계에 있는 것인지 여부를 불문한다. 현재 효력을 가진 모든 단계의 연방법과 주법이 심판대상이 되므로, 심판대상은 매우 넓게 이해되고 있다. 추상적 규범통제의 심판대상이 될 수 있는 규범을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.<sup>188)</sup>

#### (1) 헌법개정 연방법률

독일의 경우 연방의회 및 연방참사원 재적의원 2/3 이상의 찬성에 의한 헌법개정 연방법률의 제정으로 헌법개정이 이루어지는데, 기본법 제79조 제3항은 연방을 각 주로 편성하는 것과 입법에 있어서 주의 원칙적 협력 및 기본법 제1조와 제20조에 규정된 원칙들에 저촉되는 개정은 허용되지 않는다고 규정하고 있으므로, 헌법개정 연방법률의 경우에도 기본법 제79조를 심사기준으로 한 절차적 및 내용적 합치성 여부에 대한 심사가 이루어진다.

---

187) BVerfGE 35, 257 {262}.

188) 이하의 내용에 대해서는 C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 502 참조.

(2) 제25조 제1문에 따라 연방법의 구성부분을 형성하고 있는  
국제법의 일반규칙

기본법 제25조 제1문은 이른바 “국제법의 일반원칙”은 연방법의 구성부분이라고 규정하고 있으므로 국제법의 일반원칙이 헌법에 위반되는지 여부는 추상적 규범통제의 대상이 된다.

(3) 주헌법<sup>189)</sup>

주의 헌법적 질서도 기본법 제28조 제1항<sup>190)</sup>과 제142조<sup>191)</sup>에 따른 연방헌법상의 동질성요청의 지배를 받기 때문에, 그러한 한에서 추상적 규범통제의 대상이 된다.

(4) 일반 연방법률 또는 주법률, 재정법률,<sup>192)</sup> 국제법상 조약에  
대한 동의법률<sup>193)</sup>과 같은 단순한 형식적 법률.

(5) 법규명령<sup>194)</sup>이나 규칙(Satzung)과 같은 법률하위의 규범

(6) 연방 또는 주에 직속하는 공법상 단체, 영조물, 재단의 자율적  
정관 및 지방자치단체와 군의 자율적 조례(간접적 국가행정)

(7) 관습법(Gewohnheitsrecht)

---

189) BVerfGE 103, 111 (124).

190) 기본법 제28조 제1항 : “주의 헌법질서는 이 기본법에서 의미하는 공화적 · 민주적 및 사회적 법치국가의 제원칙에 부합하여야 한다. 주, 군 및 기초단체의 주민은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거로 선출된 의회를 가져야 한다.(후략)”

191) 기본법 제142조 : “제31조(연방법은 주법에 앞선다)의 규정에도 불구하고 주 헌법의 규정은 그것이 기본법 제1조에서 제18조까지의 조항과 일치하여 기본권을 보장해주는 한 효력을 가진다.”

192) BVerfGE 20, 56 (89); 79, 311 (326).

193) BVerfGE 1, 396 (410); 4, 157 (162); 6, 290 (294f.); 12, 281 (288).

194) BVerfGE 1, 117 (126); 101, 1 (30); 106, 1 (12).



예컨대 수용유사침해와 수용적 침해라는 두 가지 유형의 보상제도의 경우 과거 일반란트법(ALR) 총칙 제74조, 제75조를 통해 실정법에 도입된 적이 있고 또 그 후에는 법관법을 통해 전개되었으나 오늘날에는 관습법적으로 승인된 일반적 희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)의 표현으로 간주되고 있는데, 이들 두 제도도 - 비록 논란은 있지만 - 기본법 제14조(제3항)와의 합치성 여부에 대해 추상적 규범통제절차를 통한 심사가 행해질 수 있다고 한다.

#### (8) 법관법(Richterrecht)

이론적으로 볼 때 물론 법관법에 대해 규범성을 인정할 수는 없지만 법실무에서는 법관법이 규범과 유사하게 취급, 적용된다. 따라서 법관법이 추상적 규범통제의 대상이 되는지가 문제될 수 있다. 이 문제에 대한 학설은 대립하고 있다. 법관법은 규범으로서의 질을 인정할 수 없으므로 심판대상이 될 수 없다는 견해<sup>195)</sup>와 법관법의 경우에도 적어도 허용되는 범형성의 헌법적 한계를 준수하고 있는지 아니면 그로부터 이탈하고 있는지 여부에 대해서는 심사될 수 있어야 하며, 입법자가 법관법을 법률적으로 교정할 수 있는 가능성은 법관법을 상대로 제기되는 규범폐기청구가 허용되는지 여부와는 아무 상관이 없다고 보는 견해가 대립한다.<sup>196)</sup>

#### (9) (연방 또는 주의) 헌법기관들의 직무규칙도 추상적 규범통제의 대상이 된다.<sup>197)</sup>

#### (10) 일반적 구속력 있는 단체협약(Tarifverträge)<sup>198)</sup>

---

195) *M. Grabhof*, in: Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2.Aufl., §76 Rn.15.

196) *C. Hillgruber/C. Goos*, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 502

197) 예컨대 BVerfGE 1, 144 (148) ; *E. Klein*, in: Benda/ders., Verfassungsprozessrecht (2판, 2001), Rn 718.

198) 단체협약법[TVG] 제5조 제4항 참조.

단체협약이 갖는 대외적 효력은 국가적 법정립행위에 기초하고 있기 때문이다.<sup>199)</sup>

한편 이상과 같은 규범들이 추상적 규범통제의 심판대상으로서 긍정적으로 평가되고 있는 반면 다음과 같은 규범들은 추상적 규범통제를 통해 심사될 수 없는 것으로 간주되고 있다 :

### (1) 헌법제정자가 제정한 시원적(originär) 헌법

헌법개정법률이 아닌 시원적 헌법규범은 심판대상이 될 수 없다. 물론 이에 대해서는 시원적 헌법이라도 추상적 규범통제의 대상이 될 수 있다고 보는 반대입장<sup>200)</sup>이 존재한다. 이 견해는 헌법에 위반되는 헌법, 즉 “위헌적 헌법”이 존재한다는 전제에서 주장되는 것이다. 이러한 입장을 인정하게 된다면 추상적 규범통제절차에서 심사기준이 될 수 없는 초실정법을 끌어와야 한다는 비판이 유력하다.<sup>201)</sup>

### (2) 이른바 행정규칙(Verwaltungsvorschriften)

대외적 효력 없는 행정규칙은 법규적 성격이 인정될 수 없기 때문이다.<sup>202)</sup>

### (3) 유럽법을 포함하여 외국법 및 국제조약법

물론 조약에 대한 동의법률에 대한 추상적 규범통제는 허용된다. 따라서 동

---

199) BVerfGE 44, 322 (338ff.); 55, 7 (20) 참조.

200) 예컨대 BVerfGE 1, 14 (32); 3, 225 (233); 34, 9 (19ff.) 등이 그러하다. 또한 J. Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, § 76 (Stand: Juni 2001) Rn 21, 64 를 볼 것.

201) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 524 참조.

202) 가령 BVerfGE 12, 180 (199); J. Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, § 76 (Stand: Juni 2001) Rn 33, 34의 각 광범위한 전거들 참조; 이를 다루고 있는 다른 견해로는 F. Ossenbühl, Grundgesetz und Verwaltungsverordnung (1983), 453, 468, 502 ff.

의법률이 기본법과 합치하는지 여부에 대한 심사가 이루어짐으로써, 동의대상인 국제법상 조약의 내용도 간접적으로 합헌성 통제를 받게 된다. 마찬가지로 제1차 유럽법(primäres Europarecht)에 해당하는 유럽 국제조약법(유럽공동체 및 유럽연합 창설조약과 그 변경조약)의 경우에도 그에 대한 동의법률이 기본법상 유럽통합에 관한 수권 및 한계를 규정하고 있는 제23조 제1항<sup>203)</sup>을 심사 기준으로 하여 기본법 제93조 제1항 제2호에 의한 추상적 규범통제의 대상이 된다. 반면 제2차 유럽법(europäisches Sekundärrecht)(제1차 유럽법에 포함된 수권규정에 기초하여 유럽기관들이 제정한 법)은 자율적 연원의 법으로서 독일 국가권력에 고유한 것으로 귀속될 수 없는 것이기 때문에 추상적 규범통제의 심판대상으로부터 제외된다. 그와는 달리 유럽연합지침(EU-Richtlinien)을 시행하기 위해 제정된 것으로 유럽공동체법에 그 계기를 두고 있으나 그 내용에 있어 부분적으로 결단이 포함되어 있는 연방법 또는 주법은 적법한 쟁송대상이 된다.

## 2. 규범확인절차에서의 심판대상

한편, 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제2호에 따라 법원이나 행정청 및 연방이나 주의 기관이 규범을 기본법이나 연방법에 합치하지 않음을 이유로 적용을 거부하는 경우 그 규범의 유효확인을 구하는 추상적 규범통제절차에 있어서는 법률하위의 법규범만이 심판대상이 될 수 있다. 형식적 법률의 경우에 이를 부적용함으로써 규범을 폐기할 수 있는 권한은 기본법 제100조 제1항(구 체적 규범통제)에 따라 연방헌법재판소에 독점되어 있으므로, 연방헌법재판소

---

203) 기본법 제23조 제1항: “통일된 유럽을 실현하기 위하여 독일연방공화국은, 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원칙들과 보충성의 원칙에 구속되고 기본법과 본질적으로 유사한 기본권보호를 보장하는 유럽연합의 발전에 협력한다. 연방은 이를 위하여 연방참사원의 동의를 받은 법률에 의하여 고권을 이양할 수 있다. 유럽연합의 설립에 대해서 및 기본법의 내용을 개정 또는 보완하거나 그러한 개정 또는 보완을 가능하게 하는 조약상의 기초나 유사규정들의 개정에 대하여는, 기본법 제79조 제2항 및 제3항을 적용한다.”

법 제76조 제1항 제2호에 열거되어 있는 법원, 행정관청, 연방과 주의 기관의 경우 그러한 법률폐기권이 인정될 수 없기 때문이다. 한편 형식적 법률보다 하위에 있는 규범의 경우 법원이 이를 부수적 심사를 통해 폐기권을 행사한 것을 저지하기 위해 규범(유효)확인청구가 행해지는 경우, 연방헌법재판소는 본원적 규범통제절차를 통해 기본법과의 합치성을 확인하는 결정을 내림으로써 법적 안정성과 법적 명확성을 창조할 수 있게 된다. 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 따라 연방헌법재판소의 결정은 일반적 구속력을 가지기 때문에, 당해 규범을 두고 일반법원들간에 향후 상이한 결정이 내려지는 것을 방지할 수 있기 때문이다. 또한 그러한 규범확인청구는 일반 법원이 기본법 제100조 제1항의 제청의무를 위반하면서까지 형식적 법률을 폐기하는 경우에도 허용되어야 할 것이라고 한다. 물론 이것은 그러한 재판을 통해 불이익을 당한 소송당사자가 법률이 정한 법관의 재판을 받을 권리가 박탈(기본법 제101조 제1항 제2문) 되었음을 이유로 헌법소원을 제기하고 이를 통해 당해 법률규정의 합헌성에 대한 구속력 있는 해명이 이루어지는 경우가 아닌 경우에 한해 그러하다. 헌법소원을 통해 그러한 해명이 이루어질 수 있다면 규범확인청구는 불필요할 것이기 때문이다. 규범확인청구의 적법성 판단은 당해 규범의 부적용 여부의 심사에만 그치고 규범적용자의 부적용 권한의 존재 여부는 고려대상이 아니기 때문에, 존재하지 않는 규범폐기권한이 행사되는 경우에도, 즉 행정관청이나 일반 법원이 위헌, 위법적으로 규범을 부적용하는 경우에도 규범확인절차가 실행될 수 있다. 바로 이런 경우가 규범확인절차가 필요하게 되는 경우라고도 할 수 있다.<sup>204)</sup>

### 3. 예방적 규범통제의 허용 여부

추상적 규범통제의 심판대상이 될 수 있는 규범이 언제부터 존재하는 것으로 볼 것인지가 문제된다.

---

204) 이상은 C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 505.

## (1) 형성 중에 있는 규범

1) 형성 중에 있는 규범을 대상으로 한 예방적 규범통제는 허용되지 않는다. 추상적 규범통제는 형식적으로 효력을 갖는 법의 존재를 전제로 하기 때문이다. 원칙적으로 볼 때 형식적으로 효력을 발휘하는 법규범만이 통제대상이 될 수 있다.<sup>205)</sup> 추상적 규범통제절차는 위헌인 규범으로부터 법질서를 보호하기 위한 것이기 때문이다. 그런 점에서 예방적 또는 사전적 규범통제는 “기본법이 예정하고 있는 추상적 규범통제의 본질”에 반하는 것이다. 형성 중에 있는 규범에 대해 헌법재판소는 어떤 결정도 내릴 수 없다. 형성 중에 있는 규범에 대한 심사는 규범통제의 개념과도 모순된다. 완성된 규범이 존재하지 않으므로 고유한 의미에서의 규범통제도 존재할 수 없기 때문이다. 그런 점에서 볼 때 이른바 예방적 규범통제란 사실상 법제정행위에 관련된, 하나 혹은 그 이상의 사실적 과정들에 대한 통제를 의미할 뿐 그러한 법제정과정의 결과물에 대한 심사라 보기 어렵다.

2) 추상적 규범통제의 대상이 될 수 있는 연방법 또는 주법의 경우 공포 권한 있는 기관이 당해 규범을 공포함으로써 규범제정절차가 종결되므로 그로써 비로소 존재하게 된다(연방법률과 연방법규명령에 대해서는 기본법 제82조 제1항 참조). 다만 법률이 이미 공포된 것이라면 그 법률이 즉시 시행되는 것이 아니라 장래에 시행되는 경우에도 추상적 규범통제가 허용된다.<sup>206)</sup> 물론 헌법과의 실제적 충돌은 위헌적 규범이 효력을 발생할 때 비로소 존재하게 되는 것이지만, 장래 어차피 효력을 발생할 것이라면 미리 앞당겨 헌법재판소에 의한 통제를 허용하는 것이 소송경제적인 관점에서 바람직한 것이다.

## (2) 예외로서 조약법률(Vertragsgesetze)의 경우

1) 제정된 규범만이 통제대상이 되는 것이므로 사전적(예방적) 규범통제는 허용되지 않는 것이 원칙이겠지만, 연방헌법재판소는 이러한 원칙에 대한 예외를 허용하고 있다. 기본법 제59조 제2항 제1문<sup>207)</sup>이 규정하고 있는 국제조약

---

205) BVerfGE 1, 396 (400).

206) BVerfGE 1, 396 (410); 104, 23 (29).

동의법률의 경우가 그러하다. 연방헌법재판소의 견해에 따를 경우, 입법기관이 동의법률을 의결하고 그에 따라 기본법 제78조에 따라 동의법률이 성립함으로써 그 내용이 최종적으로 확정된 경우라면 아직 서명과 공포가 행해지지 않은 경우라도 이미 그 때 추상적 규범통제의 대상이 될 수 있다고 한다. 이와 같이 추상적 규범통제의 시점을 앞당기는 것은 국제법상의 “의무”와 그에 대한 헌법적 “허용범위”가 서로 모순될 경우에 발생하게 될 의무의 충돌을 방지하기 위함이다.<sup>208)</sup> 그에 따라 동의법률에 대한 연방대통령의 서명과 공포만이 결여되어 있는 경우라면 ‘효력 있는 규범’이라는 전제조건이 충족되어야 할 필요 없이 추상적 규범통제가 허용된다고 한다.<sup>209)</sup> 이러한 예외가 인정되지 않을 경우, 즉 연방대통령에 서명과 공포가 있는 연후에만 추상적 규범통제가 가능한 것이라고 본다면, 만약에 후일 연방헌법재판소가 조약법률의 헌법위반을 확인하더라도 한다면, 국가는 스스로 헌법을 침해하면서까지 국제법상의 의무를 부담해야 할 위험에 처하게 될 것이기 때문이다.

2) 연방헌법재판소의 이상과 같은 우려는 타당한 것으로 보인다. 특히 조약의 비준시까지 규범통제절차를 관철시키기에 결코 충분한 시간이라 할 수 없을 것이므로, 차선책으로 조약법률에 대해 수정을 가하도록 하는 것이 합목적적이라 할 것이다. 이러한 연방헌법재판소의 입장에 대해서는 비판이 제기되고 있다. 연방헌법재판소가 종래 판시하고 있는 입장에 따를 경우, 그와 같이 합목적성에 기초해 예외를 인정하는 것은 기본법이 형성하고 있는 규범통제의 본질과 합치되기 어렵다는 것이다.<sup>210)</sup> 추상적 규범통제가 그 개념상 이미 규범에 대한 심사, 즉 “형식적 효력을 갖는 법”에 대한 심사라면, 조약법률의 경우

207) 기본법 제59조 제1항: “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 규정을 준용한다.”

208) BVerfGE 1, 396 (410-413); 36, 1 (15).

209) 또한 BVerfGE 2, 1.43 (169); 12, 281 (288). 또한 BVerfGE 35, 257 (261 f.) 참조.

210) 이미 *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, § 76 Anm.5의 비판 및 *Spanner*, Rechtskontrolle von Staatsverträge, in: Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. II, 1966, S.608: “contra constitutionem und contra legem” 참조.

에도 형식적 및 체계적인 측면에서 동일하게 적용되어야 한다는 것이다.<sup>211)</sup> 아직 규범이 아닌 것은 “규범통제”의 대상이 될 수 없으므로, 합목적성의 고려가 그와 같은 불가피한 결론을 배제할 수는 없다고 한다. 결론적으로 이 견해는 추상적 규범통제가 의욕하고 있는 기존의 구상이 일정한 경우에서 최선의 목표실현에 이르지 못하는 경우라면, 헌법개정만이 요구될 뿐이며, 연방헌법재판소는 기본법 제93조 제1항 제2호의 문언에 충실히 구속되어야 한다는 점을 강조한다.<sup>212)</sup>

### (3) 효력을 상실한 법

연방헌법재판소에 따르면 추상적 규범통제의 대상이 되는 규범은 현재에도 여전히 효력을 갖는 법이어야 하는 것이 원칙이지만, 설령 당해 규범이 효력을 상실한 경우라도 과거의 사례들에 대해 여전히 법적 효력을 발휘하고 있는 경우에는 유효한 심판대상이 된다고 한다.<sup>213)</sup> 또한 어떤 규범이 개정 되었더라도 그 내용이 본질적으로 구법과 동일한 것으로 남아 있는 경우, 개정규범이 그 자체로서(eo ipso) 이미 과거에 개시되었던 규범통제절차의 대상이 된다.<sup>214)</sup> 그에 반해 연방헌법재판소는 근본적으로 변화되어 새롭게 창조된 법적 상황에 대해서는, 청구인의 청구를 통해 그러한 상황이 계속중인 절차에 편입될 경우에만 심사를 진행해 왔다.<sup>215)</sup>

## VII. 심사기준과 심사범위

연방법과 주법의 합헌성에 대해 심사하고, 연방법에 위반되는 주법으로부터 연방법질서를 보호하고자 하는 추상적 규범통제의 과제는 추상적 규범통제절차에서 적용될 심사기준은 물론 심사범위에게까지 영향을 미친다.

211) *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, § 76 Anm. 5.

212) 또한 *Spanner*, Rechtskontrolle von Staatsverträge, in: Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. II, 1966, S. 608 참조.

213) BVerfGE 5, 25 (28); 100, 249 (257); 110, 33 (45).

214) BVerfGE 6, 104 (110); 65, 237 (243f.); 110, 33 (44).

215) BVerfGE 110, 33 (45).

## 1. 심사기준

(1) 연방법이나 주법이 기본법과 형식적 또는 실질적으로 합치하는지에 대한 견해의 차이나 의문이 존재하는 한, 연방헌법재판소는 헌법 즉 기본법을 심사 기준으로 하여 심사한다.<sup>216)</sup> 그 점에서 기본법 제93조 제1항 제2호는 강제적 규정이다. 심판청구인은 그와 같이 실정헌법규범이 규정하고 있는 심사범위를 처분할 수 없다.<sup>217)</sup> 먼저 개별적으로 규정된 헌법조문의 총합이 심사기준인 기본법(헌법)을 구성한다. 그에 더해 개별 헌법조문들의 결합을 통한 내적 상호 관계를 형성하고 있는 일반적 원칙이나 지도이념은 물론, 헌법 제정 이전에 생성되어 헌법제정자의 헌법제정에 기초가 된, 헌법의 진체상을 구성하고 있지만 헌법제정자가 개별 조문으로 구체화하지 아니한 일반원칙이나 지도원리도 심사기준이 될 수 있다.

(2) 그에 반해 ‘기본법을 벗어나 존재하는 법’, 예컨대 외국법이나 점령지법, 초국가적 법, 국제법 등은 이미 개념적으로 심사기준으로부터 배제된다.<sup>218)</sup> 따라서 이러한 법의 내용은 중요하지 않다. 이러한 결론이 초실정법에 대해서도 적용될 수 있는지 여부는 물론 논란이 되고 있다. 연방헌법재판소는, 자연법사상을 받아들이는 것은 자연법이론의 다양성에서 이미 극복할 수 없는 장애에 직면하는 것으로 본다.<sup>219)</sup> 연방법과 주법의 합헌성을 심사하기 위한 추상적 규범통제절차에 있어서 헌법에 앞서며 헌법제정자까지도 구속하는 초실정법이란, 만약 그것이 기본법의 구성부분으로 간주할 수 있는 경우가 아니라면, 이미 개념적으로 심사기준이 될 수 없다.<sup>220)</sup> 기본법 제93조 제1항 제2호는 ‘기본법과 연방법 또는 기본법과 주법의 실질적 및 형식적 합치 여부’라고 표현함으로써 이 점을 분명히 하고 있다.

(3) 연방법의 경우에는 기본법이 유일의 심사기준이 되지만, 주법의 경우에

---

216) *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 67.

217) BVerfGE 12, 205 (222).

218) *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1973, § 13 Ziff.6 Anm. 3, 4a; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 93 Rdnr.24.

219) BVerfGE 10, 59 (61).

220) *H. Söhn*, Die abstrakte Normenkontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, S. 316.



는 기본법이 심사기준이 되는 외에도 보충적으로 연방법질서의 보호를 위해 기본법 제31조(“연방법은 주법에 우선한다.”)에 따라 우월적 지위를 갖는 기타 연방법과의 합치 여부에 대하여도 심사가 이루어진다. 후자의 경우에는 먼저 연방법의 효력, 즉 연방법이 연방헌법과 형식적 및 실질적으로 합치한다는 점이 전제되어야 하는데, 이 문제는 필요한 경우 연방헌법재판소에 의해 선결문제로서 해명되어야만 한다.<sup>221)</sup>

(4) 지배적 견해에 따를 경우 기본법 제25조 제1문이 의미하는 국제법상의 일반원칙은 일반 연방법률에는 우선하는 것이지만 (초)헌법적 지위를 갖는 것은 아니라고 본다. 이러한 입장에서 출발한다면, 국제법상의 일반원칙도 기본법을 심사기준으로 하여 심사될 수 있다. 한편, 국제법상의 일반원칙은 기본법 제25조에 따라 연방법의 구성부분을 이루게 되므로 연방법의 일부로서 주법에 대해 심사기준으로서 적용되는 ‘기타의 연방법’의 구성부분을 또한 형성한다. 반면에 국제법상 조약은 독자적인 심사기준으로 고려되지 아니한다.<sup>222)</sup> 유럽공동체법상의 우선적 규정들의 경우에도 마찬가지이다.<sup>223)</sup>

(5) 한편 법률하위의 연방법은 형식적 연방법을 기준으로 하여 심사될 수 없다.<sup>224)</sup>

221) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 524.

222) BVerfGE 92, 365 (392).

223) BVerfG, BvF 2/03 vom 13. 9. 2005, Abs.-Nr 149의 B 참조.

224) 한편 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호는 연방법이 기본법을 심사기준으로 하여 심사되는 외에도 마치 ‘기타의 연방법’을 심사기준으로 해서도 심사될 수 있는 것처럼 규정하고 있어 일반 연방법이 법률 하위의 연방법에 대한 심사기준이 되는 것처럼 규정하고 있으나, 기본법 제93조 제1항 제2호의 명문에 의하면 기타의 연방법은 주법에 대해서만 심사기준이 되는 것으로 규정하고 있고, 연방법에 대한 심사기준은 기본법으로 한정하고 있으므로, 결론적으로 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호는 전술한 의미에서 볼 때 잘못된 규정이라고 한다. 이 점은 연방헌법재판소법 제78조가 ‘연방법이 기본법과, 또는 주법이 기본법 혹은 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우에만 그 법을 무효로 선언한다’고 규정하고 있음을 보더라도 알 수 있다고 한다. 결국 일반 연방법과 헌법하위의 연방법 간에 모순과 충돌이 존재하더라도 전자가 후자의 심사기준이 될 수 없어 추상적 규범통제의 방법으로 연방헌법재판소에 제소하는 것은 불가능하므로, 연방헌법재판소에 제소함이 없이 법 적용자가 통상의 규범충돌원칙에 따라 모순을 해결해야 한다.(이점에 대해서는 H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, S.317; C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 525 참조).

## 2. 심사범위

(1) 연방헌법재판소는, 추상적 규범통제절차를 통해 적법하게 제기된 심판청구를 전제로, 청구인이 심판청구를 통해 주장한 비난에 한정하지 않고 심판대상이 된 규범을 전체적으로 심사한다. 즉 심사기준이 되는 기본법과 형식적 및 실질적으로 합치하는지 여부에 대해 고려할 수 있는 모든 관점에서 심사를 진행하며, 주법이 심판대상이 된 경우에는 기타 연방법과의 합치 여부에 대해서도 심사한다.<sup>225)</sup> 즉 연방헌법재판소는 심판대상이 된 규범을 모든 (헌)법적 관점에서 ‘포괄적으로’ 그 합헌성을 통제할 수 있다. 기본법 제93조 제1항 제2호는 ‘형식적 및 실질적 통제’를 구분하고 있지만, 이것은 포괄적인 의미에서 이해되어야지 제한적 의미를 지니는 것으로 이해되어서는 아니 된다. 청구권자가 헌법위반을 주장하는지 여부 및 어떤 헌법위반을 주장하고 있는가는 공익을 위해 진행되는 추상적 규범통제절차에서는 별 의미가 없다. 따라서 심사의 범위는 심판청구권자의 처분으로부터 벗어나 있다. 다만, 연방헌법재판소가 적법성의 통제를 넘어 합목적성에 대한 통제를 행하는 것은 허용되지 않는다.<sup>226)</sup>

2) 법규명령(Rechtsverordnung)을 심판대상으로 하는 추상적 규범통제절차의 경우 연방헌법재판소는 실제적 합치성에 대한 판단 외에 법규명령이 충분한 법률적 수권기초를 갖추고 있는 것인지 여부 및 그것이 법률상의 범위 내에 머무르고 있는지 여부에 대해서도 심리하여야 한다.<sup>227)</sup> 왜냐하면 연방법률의 수권을 통해 정당화될 수 없는 법규명령은 기본법 제80조 제1항<sup>228)</sup> 제2문과 결합한 제1문에 위반되기 때문이다.<sup>229)</sup> 마찬가지로 충분한 주법률상의 기초

225) BVerfGE 93, 37 (65); 97, 198 (214); 101, 239 (257).

226) BVerfGE 1, 14 (32).

227) BVerfGE 2, 307 결정요지 3 (321); 101, 1 (30f.); 106, 1 (12).

228) 기본법 제80조 제1항: “연방정부, 연방장관 또는 주정부는 법률에 의하여 법규명령을 제정할 권한을 위임받을 수 있다. 이 경우 위임된 권한의 내용, 목적 및 범위는 법률에 확정되어야 한다. 법규명령에는 그 법적 근거가 명시되어야 한다. 위임받은 권한을 다시 위임할 수 있음을 법률이 규정하고 있는 때에는, 위임받은 권한의 위임을 위해 법규명령이 필요하다.”

229) 그에 대해서는 *J. Rozek*, In: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, § 76 (Stand: Juni 2001) Rn 67. 그는 동시에 그 경우를 선결문제로 파악하는 연방헌법재판소의 구성을 비판적으로 보고 있다.

를 결여한 주의 법규명령은 법치국가원리에 내재하는 법률유보의 원칙, 즉 기본법 제20조 제3항과 결합한 제28조 제1항을 침해하는 것이 된다. 물론 파생적인 주법(주의 법규명령)이 형식적 주법률과 합치하는지 여부를 심사하는 것은 연방헌법재판소의 임무가 아니다. 추상적 규범통제의 경우 심사기준은 기본법과 연방법에 한정되기 때문이다. 물론 주법률에 대한 위반이나 근거의 결여는 동시에 연방헌법상의 법치국가원리를 침해하는 결과가 될 것이다.

## 제4절 추상적 규범통제절차의 특수유형

### 1. 들어가며

1994. 10. 27. 기본법 개정<sup>230)</sup>을 통해 추상적 규범통제절차의 변형에 해당하는 특별한 내용의 절차가 기본법 제93조 제1항 제2a호를 통해 도입되었다. 동 규정에 따르면 연방헌법재판소는 연방참사원, 주정부 또는 주의 국민대표의 청구가 있을 경우 법률이 기본법 제72조 제2항<sup>231)</sup>의 요건에 부합하는지 여부에 관한 견해의 차이에 대해 결정한다. 이를 구체화하는 절차법상 시행규정인 연방헌법재판소법 제76조 제2항에 따를 경우, 심판청구인이 기본법 제72조 제2항의 요건의 불이행을 이유로 연방법률을 무효라고 간주하는 경우에 심판청구는 적법한 것이 된다.<sup>232)</sup>

230) 1994. 10. 27. 제42차 기본법 개정법률(BGBI. I, S. 3146).

231) 기본법 제72조 제2항: “기본법 제74조[연방과 주의 경합적 입법사항] 제4호, 제7호, 제11호, 제13호, 제15호, 제19a호, 제20호, 제22호, 제25호 및 제26호의 영역에 있어서, 연방은 연방영역에 있어 균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적 또는 경제적 통일성의 유지를 위하여 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우 또 그러한 한에서 입법권을 가진다.”

232) 또한 연방헌법재판소법 제76조 제2항에 따르면, 연방법률이 기본법 제75조 제2항의 요건(연방대강법률을 예외적인 경우에만 세부적이거나 직접 효력을 갖는 규정을 둘 수 있다는 규정)의 불이행을 이유로 무효라고 주장하는 것도 가능하다. 즉 연방헌법재판소는 연방대강법률이 상세규정 및 직접효력규정을 둘 수 있는지 여부에 대해 기본법 제75조 제2항을 심사기준으로 하여 심사할 수 있다. 이에 대해서는 C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozessrecht, 2006, Rn. 553 참조..

## II. 절차의 목적과 의의

1. 기본법 제93조 제1항 제2a호에 따라 새로운 유형의 추상적 규범통제절차가 도입된 것은, 경합적 입법사항에 있어서 그 입법필요성을 판단함에 있어 연방입법자에게 광범위한 재량여지를 허용하고 있었던 구 기본법 제72조 제2항의 필요성조항을 대체해 연방입법자의 입법권한에 엄격한 요건을 설정하고 있는 현행 기본법 제72조 제2항의 요건조항이 새로 도입된 것과 때를 같이 한다. 따라서 새로 도입된 추상적 규범통제절차는 연방입법자가 신 기본법 제72조 제2항이 정하고 있는 경합적 입법의 요건들을 준수하는 것을 통제하기 위한 목적을 띠고 있다. 즉 기본법 제72조 제2항의 준수 여부를 헌법재판을 통한 효과적으로 통제함으로써 경합적 입법영역에 있어서 주의 입법권한이 연방 측의 과도한 입법요구를 통해 광범위하게 잠식당하는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>233)</sup>

이에 따라 연방헌법재판소는 연방법률인 노인보호법에 대한 2002. 10. 24.의 기본결정<sup>234)</sup>에서 입법자에게 광범위한 판단여지를 열어두고 있었던 구 기본법 제72조 제2항의 구성요건 표지들을 신 규정에 따라 제한적으로 구체화함으로써 입법자의 판단여지를 축소하고, 동 법률을 따른 입법적 진단을 심사가능한 대강조건 및 전제들에 구속되도록 한 바 있다. 그런데 이 결정은 기본법 제93조 제1항 제2a호의 특별한 절차를 통해 나온 것이 아니라 -바이에른(Bayern) 주정부의 심판청구에 따라- 기본법 제93조 제1항 제2호의 전통적인 추상적 규범통제절차에서 내려진 것이었다.

2. 1994년 새로운 추상적 규범통제절차가 도입된 후 아직 한 번도 기본법 제93조 제1항 제2a호에 따른 절차가 진행된 바 없다. 그런 이유에서 이런 특별한 추상적 규범통제절차가 과연 실질적으로 필요한가에 대해 의문이 제기되고 있다.<sup>235)</sup>

---

233) 이점에 대한 상세한 내용은, 공동헌법위원회, BT-Drucks. 12/6000, S.36 참조; 나아가 성립사에 대해서는 BVerfGE 106, 62 (136-142); 목적방향에 대해서는 BVerfGE 111, 10 (30f).

234) BVerfGE 106, 62 (135ff.).

235) C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozeßrecht, 2006, Rn. 555.

3. 기본법 제93조 제1항 제2a호에 따른 절차가 기본법 제93조 제1항 제2호에 따른 추상적 규범통제절차와 구별되는 것은, 청구권자의 범위가 후자와는 다르게 제한적이라는 점 및 심사기준이 매우 제한적이며 그로 인해 가능한 심판대상의 범위는 물론 연방헌법재판소의 심사범위도 제한적이라는 점에 있다. 반면에 이 절차에서 내려진 결정의 내용과 효력은 추상적 규범통제절차에 비교해 특별히 다른 점이 없다. 통상의 추상적 규범통제절차에 적용되는 연방헌법재판소법 제78조와 제79조가 그대로 적용된다.

4. 결론적으로 소송구조와 소송대상이라는 점에서 새롭게 창조된 이러한 절차유형은 추상적 규범통제절차의 특별한 하위유형에 해당하는 것으로 평가되고 있다.

### III. 청구권자

1. 이러한 추상적 규범통제절차에서는 연방참사원과 주정부 및 주의 국민대표만이 심판청구권을 가진다. 청구권자의 범위를 확정하고 있는 것은 이 절차의 목적, 즉 연방을 통해 경합적 입법권한이 과도하게 행사되는 것으로부터 주를 보호하고자 하는 의도가 반영된 것이다. 연방을 통해 이루어지는 입법권의 조정이 결과적으로 주의회에 불리한 방향으로 나아가는 경우, 주의회는 연방법에 대한 본원적 규범통제를 개시할 권한을 부여받게 된다. 통상의 추상적 규범통제절차에서도 청구권을 가지는 주정부 외에 연방참사원에게도 연방차원에서의 “주의 이익의 관리자”로서 청구권이 부여되고 있음이 특징이다.

2. 앞서 본 바와 같이 청구권이 인정되는 연방참사원, 주정부 및 주의 국민대표가 지금까지도 새로운 추상적 규범통제절차를 위한 청구권을 행사한 바 없어 제도적 실효성이 문제되고 있는데, 이는 다음과 같은 이유 때문이다. 즉 주정부는 통상의 추상적 규범통제절차에서도 청구권을 가지는데, 새로운 추상적 규범통제절차는 심사기준이 제한되어 있어 주정부의 입장에서 볼 때 이 절차는 그다지 매력적이지 못하다. 또한 의원내각제 정부형태에서 다수파를 형성함으로써 주정부를 지배하고 있는 주의회(주의 국민대표)의 경우에도, 실질적-정치적인 측면에서 볼 때, 그때그때 주정부의 의사와 무관하게 혹은 그 의사에

반하여 소송을 진행하지는 않을 것이라는 점을 추정할 수 있다. 또한 주정부가 연방법률에 대해 그것이 기본법 제72조 제2항과 불합치되는 것으로 간주한다면, 그 자신의 고유한 청구권을 행사할 것이지 연방참사원을 동원하는 번거로운 우회수단을 선택하지는 않을 것이라는 점이다.

#### IV. 심판대상과 청구사유

1. 추상적 규범통제의 특별유형절차인 기본법 제93조 제1항 제2a호에 따른 절차에 있어서 적법한 심판대상이 될 수 있는 것은 형식적인 일반 연방법률에 한정된다. 이는 연방이 경합적 입법권과 대강입법권을 행사함에 있어 기본법 제72조 제2항과 제75조 제2항이 정한 조건들을 준수하고 있는가의 여부가 연방헌법재판소의 심사대상이기 때문이다.

2. 심판대상이 되는 연방법률이 기본법 제72조 제2항 및 제75조 제2항의 요건에 합치되는 것인가에 대하여 견해의 차이가 존재하여야 한다. 또한 청구인은 연방법률이 전술한 규정들이 정한 조건들을 충족시키지 못하고 있으며, 따라서 위 규정들과 불합치하는 것으로 무효라는 확신에 이르러야 한다(연방헌법재판소법 제76조 제2항 제1문). 이것은 청구사유에 대한 헌법적 표현을 구체화하는 것으로서 기본법 제94조 제2항 제1문을 통해 정당화된다. 주의 입법권 보호를 목적으로 하는 이 절차의 성격에 비추어 볼 때, 이 절차는 연방이 규범확인절차를 동원할 것을 예정하고 있지 않음은 분명하다. 즉 연방의 경합적 입법 또는 대강입법에 대한 권한에 기초하여 제정된 연방법률을 추가 준수하지 않거나 적용하지 않는 경우 주에 대해 책임을 묻는 것은, 기본법 제93조 제1항 제2호가 정한 통상의 추상적 규범통제절차의 범위 내에서 청구권 있는 청구인들이 대처할 문제이다.

#### V. 심사기준과 심사범위

1. 연방헌법재판소법 제76조 제2항과 결합한 기본법 제93조 제1항 제2a호의 절차에서 연방헌법재판소가 적용하는 심사기준은 원칙적으로 2개의 통제규범, 즉 기본법 제72조 제2항과 제75조 제2항으로 한정되어 있다. 따라서 연방헌법

재판소는, 적법하게 제기된 심판청구를 전제로, 연방영역에서의 균등한 생활환경의 조성 또는 국가전체적 이익을 위한 법적 또는 경제적 통일성의 유지를 위하여 연방법률을 통한 규율을 필요로 하는 경우인지 또한 그러한 한에서 연방에게 그가 요구하는 입법권이 귀속되는 것인지의 여부(기본법 제72조 제2항) 혹은 상세규정을 두고 있거나 주에 대해 직접적 효력을 갖는 연방법률상의 대강규정들이 예외적인 경우에 한정되어야 할 요건이 준수되고 있는지 여부(기본법 제75조 제2항)에 대해서만 심사할 수 있다.

2. 물론 이상과 같은 연방헌법재판소의 심사는 논리적으로 볼 때 먼저 연방의 경합적 입법권 또는 대강입법권의 대상이 되는 입법영역의 구체적 존재가 일차적으로 해명, 확인될 것을 전제로 한다. 따라서 심판대상이 되는 연방법률이 연방의 권한목록에 귀속되는지 여부에 대해서는 연방헌법재판소가 선결문제로서 심사하여야 한다. 만약 연방에 그와 같은 권한이 결여되어 있고, 따라서 기본법 제70조의 일반적 권한분배규칙에 따라 주가 입법권한을 가지는 것이라면, 그 심판청구는 기본법 제72조 제2항 또는 제75조 제2항에 대한 위반의 경우와 마찬가지로 이유 있는 것이 되고, 그에 따라 심사대상이 된 법률은 기본법 제70조와 불합치되는 것으로 무효로 선언된다. 반대로 심판대상인 법률에 대하여 연방이 기본법 제73조에 따라 전속적 입법권한을 가지는 것으로 확인될 경우, 그 심판청구는 이유 없는 것이 된다. 이 경우 연방헌법재판소는 그 연방법률을 기본법의 권한질서에 합치되는 것으로 선언할 것이다. 하지만 그 연방법률이 유효하다고 확인하는 것은 기본법 전체를 심사기준으로 한 완전한 심사가 이루어지는 것을 전제하므로, 또한 그러한 완전한 심사는 기본법 제93조 제1항 제2a호에 의한 추상적 규범통제절차에서는 금지되어 있으므로, 연방헌법재판소는 그 연방법률이 기본법의 권한질서에 합치된다는 이상의 확인, 즉 그 연방법률에 대한 유효확인을 행할 수는 없다.

3. 전술한 바와 같이 심사기준이 제한(기본법 제72조 제2항, 제75조 제2항)되어 있음을 고려할 때, 연방헌법재판소가 이 절차에서 다루고 지고 있는 연방법률과 관련하여 청구인이 제기하고 있는 권한법적 비난이나 바로 위에서 언급했던 바와 같은 선결문제를 판단하는 것을 넘어서 당해 연방법률에 대해 포괄적인 합헌성통제를 행하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 기본법 제93조 제1항

제2호에 의한 통상의 추상적 규범통제절차에서 내려진 판례는 전적으로 권한 통제에만 국한되는 새로운 추상적 규범통제절차에는 적용될 수 없다.

## 제5절 추상적 규범통제절차의 장·단점 및 그 실효성

1. 앞서 고찰한 바와 같이 추상적 규범통제절차에 있어서는 심판대상이 된 법규범이 상위법인 헌법이나 연방법과 합치되는지 여부, 그에 따라 당해 법규범이 유효한 것인지 여부가 중심문제로 등장하며, 그 경우 규범의 유효 여부의 문제는 구체적 규범통제절차의 경우와 달리 구체적 사안과 무관하게 추상적으로 제기된다는 점이 특징이다. 물론 추상적 규범통제절차에서도 심판청구인은 당해 법규범이 상위법과 저촉되는지 여부와 법적 혹은 정치적 이해관계를 맺고 있을 수 있다. 그러나 추상적 규범통제절차에 착수하기 위한 적법성의 요건은 그러한 이해관계와는 무관하게 설정되어 있다.

즉 추상적 규범통제절차에서는 심판대상이 된 법규범의 합헌성 또는 연방법 합치성을 해명하기 위한 객관적 절차로 형성되어 있을 뿐 결코 주관적 권리를 다투기 위한 절차로 구성되어 있지 않다.<sup>236)</sup> 추상적 규범통제절차에서 심판청구인은 당사자(Partei)가 아니라 헌법질서와 연방법질서의 보장자(Garanten)로 등장하는 것이다.<sup>237)</sup> 그에 따라 추상적 규범통제절차 역시 대심구조적 절차를 취하고 있지 않으며, 또한 반대당사자인 피청구인을 예정하고 있지도 않은 것이다.<sup>238)</sup>

2. 그럼에도 불구하고 사실상으로 심판청구인이 추상적 규범통제절차를 통해 고유한 이익을 추구하는 경우를 실무상 흔히 목격할 수 있다. 이러한 현상은 원칙적으로 추상적 규범통제절차가 구상하고 있는 ‘제도 본래의 목적’과는 배치되는 것이라 하지 않을 수 없다. 링켄(A. Rincken)은 이런 현상을 두고 “소송이론과 소송실무의 명백한 모순”이라고 표현하고 있다.<sup>239)</sup>

---

236) H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, S.296.

237) BVerfGE 101, 158 (213).

238) M. Graßhof, Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl, §76 Rn.1



그와 같이 추상적 규범통제가 청구권자의 고유한 이익을 위해 동원되는 경우로서는, 예컨대 청구권자인 주정부가 자신에게 불리한 방향으로 행사되는 연방의 권한유위를 주장하면서 추상적 규범통제를 통해 이를 다투는 경우 혹은 해당 주정부에게 불리하게 규율되고 있는 주간 재정조정규정(Regeln des Länderfinanzausgleichs)의 무효화를 시도하는 경우를 들 수 있다. 사실 일반적으로 보자면, 정부나 의회다수과가 어떤 법률에 대한 헌법적 의문을 제기하여 추상적 규범통제절차로 나아간다고 보기는 어렵다. 이들은 스스로가 위헌이라고 생각되는 법률이 있다면 이를 개정할 수 있기 때문이다. 오히려 그러한 의문은 야당 혹은 야당에 의해 구성된 주정부에 의해 제기된다고 보는 것이 어찌면 당연할 것이다.

3. 그런 점에서 볼 때 기본법 제93조 제1항 제2호가 연방정부와 주정부 및 연방의회의원 1/3 이상을 추상적 규범통제절차의 적법한 청구권자로 설정한 것은 추상적 규범통제를 정치적 대립의 수단에 접근하도록 하는 결과를 낳고 있다.<sup>240)</sup> 그로 인해 추상적 규범통제절차는 때로 “헌법적 수단이 동원된 정치의 연장”으로 나타나기도 한다. 이러한 측면이 추상적 규범통제의 본래의 기능에 비추어 적절하지 않은 것임은 물론이다.<sup>241)</sup> 의회 내의 세력관계로 인해 자신의 정치적 또는 법적 고려를 입법절차를 통해 관철시키는 데 실패한 야당에게는 다시 한 번 합헌적 질서의 보장자의 지위에서 자신의 헌법적 문제제기를 연방 헌법재판소에서 주장할 수 있는 기회가 부여되는 것이다. 다시 말해 정당이 헌법적 질서의 보장을 위해 객관적 절차로서의 추상적 규범통제절차를 동원하는 것이라기보다 오히려 추상적 규범통제절차의 범위 내에서 청구권자의 정치적 이익이 추구되는 것이다. 야당이나 그에 의해 구성된 주정부가 제기한 추상적 규범통제의 인용율이 다른 절차에 비해 비교적 높게 나타나는 것도 그러한 점을 보여주는 것이라고 한다.<sup>242)</sup>

239) A. Rinke, in: AK-GG, Art. 93 Rn. 31.

240) M. Großhof, Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl, §76 Rn.2.

241) E. Klein, in: Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn.764.

242) Stüwe, in: Aus Politik und Zeitschrift, 2001, B37-38, S.34(42)에 따르면, 1951-1999 사이에 제기된 전체 58건의 추상적 규범통제절차 중 19건이 승소, 17건이 부분승소, 27건이 패소하였다고 한다.

4. 추상적 규범통제절차를 통해 내려진 연방헌법재판소의 중요한 결정으로서 때로 격렬한 논쟁의 대상이 된 것들이 다수 있다. 예컨대 기본조약결정,<sup>243)</sup> 제1차 및 제2차 낙태판결,<sup>244)</sup> 국가배상법 결정,<sup>245)</sup> 병역거부사건,<sup>246)</sup> 외국인선거권 사건,<sup>247)</sup> 재정조정사건,<sup>248)</sup> 인생동반자공동체 사건,<sup>249)</sup> 이민법사건<sup>250)</sup> 결정 등이 그러하다. 예컨대 특히 1975년과 1993년에 있는 제1, 2차 낙태판결<sup>251)</sup>의 경우 청구인인 연방의회 소수파가 전부승소 및 일부승소를 거두게 되자 ‘법관이 정치를 한다’는 비판이 가해지기도 했다.<sup>252)</sup> 그러나 법관이 정치를 한다는 비판은 비단 추상적 규범통제절차의 경우뿐만 아니라 연방헌법재판소가 규범통제권을 행사하는 모든 경우, 예컨대 구체적 규범통제절차나 헌법소원절차에서 정치적으로 논쟁의 대상이 되는 법률을 위헌으로 선언하는 경우에는 언제

---

243) BVerfGE 36, 1

244) BVerfGE 39, 1; 88, 203

245) BVerfGE 61, 145

246) BVerfGE 69, 1

247) BVerfGE 82, 37

248) BVerfGE 72, 330; 86, 148; 101, 158

249) BVerfGE 105, 313

250) BVerfGE 106, 310

251) 구 서독은 1974년 임신 12주까지의 낙태를 자유화하는 형법개정을 단행하였는데, 이 규정(제218a조)에 대해서 독일 연방의회의원(193명)과 바덴-뷔르템베르크주 등 5개 주가 추상적 규범통제절차를 통해 위헌심사를 제청하였고, 연방헌법재판소는 제1차 낙태판결(BVerfGE 39, 1)을 통해 위 규정이 기본법 제2조 제2항 제2문과 제1조 제1항에 저촉되어 위헌이라고 선언하였다. 한편, 통일 독일의 입법자들은 낙태규정을 임신부가 임신 12주 내에 의사와의 협의(자문)를 거친 후 자신의 결정으로 낙태를 하면 위법하지 않은 것으로 하는 개정을 단행하였다. 동 규정에 따르면 의사와의 자문을 거치기만 하면 낙태를 위한 일정한 정당화사유는 더 이상 요구되지 않았다. 이에 대해 독일 연방의회 의원들과 바이에른 주정부는 역시 추상적 규범통제절차의 형식으로 위 규정의 위헌성을 다투었다. 이에 대해 연방헌법재판소는 제2차 낙태판결(BVerfGE 88, 203)을 통해, 형법 제219조에 따라 자문을 거친 낙태의 경우 정당화사유가 존재하지 않더라도 위법하지 않은 것으로 하고 있는 개정형법 제218a조 제1항을 위헌이라고 선언하였고, 또한 제219조가 예정하고 있는 자문은 충분할 정도로 자녀의 출산을 독려하는 방향을 지향하도록 예정되어 있지 않고 있다는 이유로 제219조도 위헌으로 선언하였다.

252) *Juta Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001(독일연방헌법재판소, 정남철 역), 86쪽 이하.

나 그 법률을 합헌이라고 주장하는 측에서 제기할 수도 있는 주장이라는 점에서 추상적 규범통제절차에서만 특별히 문제되는 것이라 보기 어렵다.

5. 한편 소송실무적인 측면에서 추상적 규범통제절차가 가진 단점이 지적되기도 한다. 추상적 규범통제절차의 경우 심판대상이 된 법률을 헌법적으로 심사하는 데 필요한 사실관계에 관한 자료, 즉 해당 법률을 보다 잘 해석할 수 있고 또 헌법적으로 평가하는 데 도움이 되는 실제적 자료가 부족할 수 있다는 지적이 바로 그것이다.<sup>253)</sup> 이는 특히 심판대상이 된 법률이 효력을 발생한 직후에 추상적 규범통제절차가 개시되는 경우가 그러할 것이다. 추상적 규범통제절차는 구체적 사건과는 무관하게 규범통제가 행해질 수 있는 절차이므로 효력발생 직후에 심판청구가 이루어지는 경우를 배제할 수 없고, 그런 경우 당해 법률의 위헌 여부를 판단할 수 있는 축적된 자료를 기대하기 어려운 경우가 왕왕 존재할 수 있다. 이러한 측면이 추상적 규범통제절차에 내재한 단점임을 부정할 수는 없을 것이다. 하지만 이와 같이 규범의 제정시점과 시간적으로 근접한 상태에서 규범통제절차에 착수할 있다는 측면은 다른 한편 큰 장점일 수도 있음을 간과해서는 아니 된다. 즉 중대한 헌법위반이 존재하는 법률임에도 불구하고 상당한 시간이 흐른 뒤에 헌법소원심판이나 법원의 위헌법률심판 제청을 기다릴 필요 없이 헌법적 결함이 제거될 수 있기 때문이다. 특히 법률규정이 제정되었음에도 불구하고 그 시행시점이 유예되어 있을 경우, 추상적 규범통제절차는 경우에 따라 당해 법률규정이 효력을 발생하기 전에 위헌 여부를 가림으로써 위헌인 규정에 의해 개인의 기본권이 침해되는 것을 미연에 방지할 수도 있다.<sup>254)</sup>

6. 나아가 추상적 규범통제절차는 객관적 소송으로서의 성격을 가지는 것이므로 제3자인 개인의 주관적 권리에 영향을 미치지 않는 규정, 따라서 구체적 규범통제나 법규헌법소원의 대상이 될 수 없는 규정도 심판의 대상으로 삼을 수 있다는 장점도 지닌다.<sup>255)</sup> 그 점에서 추상적 규범통제절차는 주관적 권리보호절차를 통한 통제범위를 벗어나 있는 입법자에 대하여 헌법의 우위를 유지

253) M. Grabhof, Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl, §76 Rn.4.

254) 이민자법(Zuwanderungsgesetz)에 대한 결정이었던 BVerfGE 106, 310 결정이 그러한 경우였다.

255) E. Klein, in: Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 765.

하는 데 기여한다.<sup>256)</sup>

7. 추상적 규범통제절차는 그간 다른 유형의 규범통제절차와 마찬가지로 법적 및 정치적 실체의 확고한 구성부분으로 자리잡고 있으며, 추상적 규범통제절차의 존재적 정당성에 대해 의문을 제기하는 경우를 보기 어렵다.<sup>257)</sup> 전체적으로 볼 때 오히려 명시적으로 추상적 규범통제절차의 존속을 지지하거나,<sup>258)</sup> “헌법재판의 핵심영역”으로 평가<sup>259)</sup>하는 경우가 대부분이다. 독일의 헌법재판의 발전과정에 대한 원칙적 비판의 일환으로 ”의회주의적 입법국가로부터 헌법재판소에 의한 사법국가로의 전환“이루어지고 있음을 진단하는 경우를 볼 수 있으나,<sup>260)</sup> 그와 같은 경고도 헌법재판소에 의한 규범통제 혹은 그 특수유형인 추상적 규범통제절차의 일반적 가능성에 대한 것이 아니라 연방헌법재판소가 행하는 실제적 헌법해석에 대한 것일 뿐이다. 따라서 연방헌법재판소가 정치적 과정에 영향을 미치는 것을 일정한 정도 제한하고자 노력하는 것은 일차적으로 실제적 헌법해석의 차원에서 전개될 문제이지 추상적 규범통제제도 존재 자체를 대상으로 할 것은 아니다.<sup>261)</sup>

---

256) *M. Großhof*, Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl, §76 Rn.4.

257) 가령 *C. Starck*, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 1(3); *K. Schlaich/S. Koriot*, Das BVerfG, Rn.123.

258) *R. Wahl*, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S.461(473f.); *J. Wieland*, in: Dreier, GG. Art.93 Rn.55

259) *T. Clemens*, in: Umbach/Clemens, GG, Art.93 Rn.39. 물론 반대하는 견해가 없는 것은 아니다. 가령 *A. Rinke*, in: AK-GG, Art.93, Rn.140, 은 추상적 규범통제절차의 경우 아무런 전제도 없이 또 일정한 시간적 간격도 주어지지 않은 상태에서, 또 일반법원을 통한 사전적 해명과정이라는 여과과정도 거치지 않은 상태에서 연방헌법재판소가 법률과 직접적으로 대면하게 된다는 점을 이유로 추상적 규범통제절차의 폐지를 주장한다. 연방헌법재판소의 부담완화를 위하여 폐지를 주장하는 견해(*E. G. Mahrenholz*, ZRP 1997, 129(132))도 볼 수 있다. 한편 *J. Isensee*, in: Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 2000, S.15(33)는 부분적으로 개인의 손에 맡겨지게 되는 헌법소원심판의 결정과 비교할 때 추상적 규범통제의 경우 의회의 토론과정을 거쳐 연방헌법재판소의 결정을 위한 준비작업이 이루어지게 된다는 점에서 장점을 찾고 있다.

260) *E.-W. Böckenförde*, in: ders. Staat, Verfassung, Demokratie, S.159(190)

261) *M. Großhof*, Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl, §76 Rn.5.

## 제3장 프랑스의 추상적 규범통제제도의 변화와 그 의미

### 제1절 들어가며

프랑스는 1789년 근대국가를 이룩한 이후에 다양한 정부형태를 겪으면서 국가기관의 권한이나 역할이 시대에 따라 많은 변화를 가져왔다. 그 가운데 헌법재판은 프랑스의 독특한 면을 보여주는 것이라 할 수 있다.

우리나라에서 1987년 헌법개정으로 헌법재판소가 탄생하여 국민들의 기본권 보장과 헌법수호에 있어서 큰 역할을 하고 있는데, 프랑스에서도 헌법재판소(Conseil constitutionnel)<sup>262)</sup>가 헌법수호를 위하여 큰 역할을 하고 있다.

프랑스 헌법재판소의 여러 역할 가운데 위헌법률심판은 가장 중요한 권한 가운데 하나로 사전적 규범통제를 시행하고 있는데, 프랑스의 위헌법률심판은 사전적 규범통제를 실시하고 있다는 점에서 큰 특징을 보이고 있다. 그러나 2008년 7월 헌법개정으로 구체적 규범통제제도를 사전적 규범통제와 병행하여 시행하도록 하여 구체적 규범통제도 중요한 기능을 하고 있다.

프랑스의 헌법재판소에 의한 사전적 규범통제는 의회가 법률안을 의결하면 대통령이 공포하기 전에 헌법재판소가 위헌심사를 하는 제도이므로 헌법을 수호하고 국민들의 기본권을 보장하는데 있어서 사전 예방적인 기능과 역할을 한다고 할 수 있다. 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 공포되기 전에 사전에 심사함으로써 법률이 헌법을 침해하는 것을 사전에 예방할 수 있는 것이다.

프랑스의 헌법재판소는 1958년 제5공화국 헌법에서 만들어져서 2011년 12월 10일까지 사전적 규범통제를 통하여 637번의 위헌심판 결정을 하였다. 물론 2008년 7월 헌법개정을 통하여 채택된 구체적 규범통제를 통한 위헌법률심판의 경우에는 2010년 3월에 시행되기 시작하여 2010년 5월 28일 첫 결정을 한 이래 1년 10여개월 만에 172번의 결정을 선고하였다.

우리나라의 경우 추상적 규범통제를 채택하고 있지 않지만 프랑스의 경우에

---

262) 프랑스의 Conseil constitutionnel에 대하여 헌법평의회, 헌법재판소, 헌법법원, 헌법원 등의 용어를 사용하고 있으나, 필자는 헌법재판소로 사용하고자 한다.

는 50여 년 동안 사전적 규범통제만을 시행하여 왔으므로 프랑스가 채택하고 있는 사전적 규범통제가 어떻게 시행되고 있는가를 살펴봄으로써 우리나라에서 추상적 규범통제 혹은 사전적 규범통제를 채택할 경우에 참고가 될 수 있을 것이다.

## 제2절 프랑스 헌법재판의 역사

프랑스는 과거 루소가 법률은 일반의지의 표현이라고 하여 법률을 절대화한 것에 영향을 받아서 법률이라는 것은 잘못 만들어질 수 없다는 사상이 지배적이었다. 특히 1789년 인권선언 제6조도 “법률은 일반의지의 표현이다. 모든 시민은 누구나 자신이 직접 혹은 그 대표자를 통하여 법률의 제정에 참여할 권리를 가진다.....”라고 하여 이를 선언하고 있다. 따라서 과거 프랑스에서는 국민들의 대표기관인 의회가 제정하는 규범이라는 생각에 법률이 국민들의 기본권을 침해한다는 것을 생각하지 못하였다. 특히 1789년 프랑스 시민혁명이 성공을 거두고 국민들의 대표기관인 의회를 구성하게 되자 의회는 그 전성기를 맞이하게 된다. 프랑스 혁명을 거친 후에 다시 혁명과 또 이에 대한 반동이 일어나면서 의회는 의회주권주의라고 불릴 만큼 의회의 전성시대를 구가하게 된다.

제4공화국 헌법에 의하면 하원인 국민의회는 행정부에 비하여 우월적인 지위를 가졌으며, 이러한 우월적인 지위는 행정부의 불안정과 하원해산권 행사의 곤란성으로 인하여 더욱 심화되었다.<sup>263)</sup> 의회의 우월성은 의회주권주의에 이르게 되었으며, 의회주권은 의회에 의한 일종의 주권찬탈이라 볼 수 있을 것이다. 의회주권을 법적 관점에서 보면, 의회주권은 법률주권의 관념으로 볼 수 있다. 즉 법률을 통하여서는 모든 것을 행할 수 있으며, 법률사항의 영역에 대하여는 아무런 제한이 없으며, 법률에 대한 심사는 마치 대역범죄를 범하는 것과 같이 간주될 수 있기 때문에 법률은 어떠한 규범적 심사의 대상이 될 수 없는 것이었다. 이러한 제도는 결국 집행권을 마비시키게 되었으며 입법권에 대해서도 과도한 부담을 지게 하는 결과를 초래하였다.<sup>264)</sup>

263) 현행 프랑스 의회해산제도에 관해서는 전학선, 프랑스의 의회해산제도, 공법학연구 제12권 제3호, 2011. 8, 211면 이하 참조.

제5공화국에 들어와서 현행과 같은 형태의 정부형태를 취하게 되는 것은 제3공화국과 제4공화국에서 강한 의원내각제적 정부형태를 취한 것에 대한 반감에서 비롯되었다고도 볼 수 있을 것이다.<sup>265)</sup>

그러나 프랑스도 위헌법률심판에 관한 주장이 없었던 것은 아니다. 1789년 프랑스 혁명 당시에 시이예스(Sièyès)는 이미 헌법을 수호할 기관을 창설하여야 한다고 주장하였었다.<sup>266)</sup> 그러나 이러한 시이예스의 제안은 채택되지 아니하고 1958년에 와서야 헌법재판소(Conseil constitutionnel)가 창설이 되어 오늘 날에 이르고 있는 것이다. 프랑스 제5공화국 헌법에서 새롭게 신설된 헌법재판소는 의회를 견제하기 위한 목적이었다고도 볼 수 있다.

프랑스 헌법재판소는 의회의 입법사항에 관한 열기주의의 채택과 더불어 의회활동을 통제하기 위하여 마련된 마치 ‘의회에 둘러진 총구’처럼 보여 졌다. 그러나 헌정의 실제에 있어서 의회의 활동이 집행부에 의하여 지배되는 상황에서 실제로는 의회활동에 대한 통제는 곧 집행부의 통제를 의미하게 되었다. 제헌론자들이 집행권을 보호하기 위하여 입법권을 감시하도록 헌법적 가치를 인정하고, 나아가서는 1946년 헌법 전문(前文)에 의하여 보완된 1789년의 프랑스 인권선언의 정신을 이어받음으로써 입법자로부터 집행권의 보호뿐만이 아니라 시민의 기본권까지도 보장하고 있는 것은 헌법재판소의 창설자들이 예측하지 못한 수확으로 보여진다. 특히 1970년대 이후 활성화되기 시작한 헌법재판소의 기능과 결정, 그리고 1974년의 헌법개정을 통한 헌법재판소의 청구권자의 확대는 그 기능의 실제화에 직접적인 영향을 미쳤다.<sup>267)</sup> 나아가서 1981년, 1986년, 1993년 등에 나타난 동거정부 하에서의 헌법재판소의 기능과 활동은 헌법재판소의 새로운 기능과 역할을 보여주고 있다고 할 것이다.

그러나 프랑스에서 위헌법률심판은 1971년 결사의 자유에 관한 결정과 1974

---

264) 박인수, 대표제 민주주의와 국민투표, 공법연구 제23집 제3호, 2004. 2. 9면.

265) 프랑스의 정부형태에 관하여는 전학선, 한국의 헌법개정과 프랑스 정부형태, 한국과 프랑스의 권력구조, 2004. 3. 145면 이하 참조.

266) François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attributions, 2 éd., Economica, 1997, p.1 et s; Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, PUF, 2006, pp.146 et s.

267) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 656-657면.

년 청구권자의 확대를 통해서 비로소 제대로 역할을 하기 시작하였다고 볼 수 있다. 그 이전에는 위헌법률심판이 1958년 헌법에 의하여 성립된 공권력들의 균형을 유지하는 것이 주요한 임무였다고 할 수 있다.<sup>268)</sup>

### 제3절 헌법재판소의 권한

프랑스에서 헌법재판소는 헌법에 대한 최종적인 유권해석기관이다. 그러나 헌법재판소가 위헌법률심판만을 하는 것이 아니라 정부에 대한 자문 등 다양한 권한을 행사하면서 법령에 대한 해석도 한다고 볼 수 있다. 그 권한을 보면 다음과 같다.<sup>269)</sup>

#### 1. 사법적 권한

첫 번째로 프랑스 헌법재판소는 헌법 제61조에 근거하여 조직법률(loi organique)과 보통법률(loi ordinaire), 그리고 의회규칙(règlements des assemblées parlementaires)과 국민투표를 통한 법률(loi référendaire)에 대한 사전적 위헌심사권한을 가지고 있다. 조직법률은 공권력의 조직에 관해 헌법의 시행에 관한 것으로서 헌법과 보통법률의 중간에 있다고 볼 수가 있는데, 조직법률은 의무적으로 반드시 위헌법률심사를 거치도록 되어 있다. 의회규칙은 우리나라의 국회법에 해당하는 것으로서 이 규칙도 반드시 위헌심사를 거치도록 되어 있다. 또한 2008년 7월 헌법개정으로 국민투표 법률가운데 국회의원이 발의한 국민투표법률도 의무적 위헌심사의 대상이 되었다. 보통법률은 청구권자의 청구가 있어야만 위헌심사를 할 수가 있게 되어 있는데, 청구권자가 대통령, 수상, 국회의원 의장, 상원의장 그리고 60인 이상의 국회의원들이다.

두 번째로는 국제조약에 대한 위헌심사이다. 우리나라와는 달리 국제조약에

---

268) Yves Mény, Révolution constitutionnelle et démocratie, Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008.

269) 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학연구 제10권 제1호, 2009. 2, 267면 이하 참조.



대해서도 명문으로 헌법에서 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있다고 규정을 하고 있는 것이다.<sup>270)</sup>

세 번째로 헌법 제60조에 근거하여 국민투표에 대하여 적법성을 감독할 권한을 가지고 있다.

네 번째로 선거에 관한 것으로서, 헌법 제58조와 제59조에서 대통령 선거와 국민의회의원선거, 상원의원선거에 관여할 권한을 부여하고 있는데, 대통령선거의 합법성을 감독하고 선거에 대한 이의를 심사하며 선거결과를 선언한다. 또한 국민의회의원선거와 상원의원선거의 적법성에 대하여 심사를 한다.

다섯 번째로 대통령의 유고나 궐위에 대하여 이를 확인할 권한이 헌법 제7조에 의하여 헌법재판소에 부여되어 있다.

여섯 번째로 헌법 제37조 제2항과 제41조에 기한 법률사항과 법규명령사항의 구분에 관하여 심사할 권한이 헌법재판소에 있는 것이다. 프랑스 헌법은 제34조에서 법률로 정해야 할 사항들에 대하여 일괄적으로 규정을 하고 있는데, 그 가운데에는 공민권에 관한 규정들, 공적 자유의 행사를 위한 기본적 보장 규범들을 포함하고 있으므로 법률사항과 법규명령사항간의 구분 심사를 통해서 어떠한 사항이 헌법 제34조의 공민권 또는 공적 자유에 속하는 기본권에 해당되어 법률에 규정되어야 하는가를 헌법재판소가 판단하게 되어 있는 것이다. 따라서 의원발의 법률안이나 수정안에 대하여 수상이나 해당 국회의장이<sup>271)</sup> 헌법재판소에 청구하여 규범의 성격을 판단해 달라고 요청하면 헌법재판소가 이의 성격을 판단하게 되는데, 헌법재판소가 법규명령이라고 판단하면 이 사항은 법규명령으로 정하게 되는 것이다. 이러한 법률의 법규명령화를 비법률화(délégalisation)<sup>272)</sup> 라고 부르기도 한다. 이와 더불어 2008년 7월 헌법 제39조를 개정하여 정부제출 법률안에 대하여 해당 의회 의장단이 조직법률에 위반된다고 하면 그 법률안은 회기에 등록될 수 없도록 하였는데, 회장단과 정

---

270) 이에 관해 자세한 것은 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2, 275면 이하 참조.

271) 2008년 7월 헌법 개정 전에는 정부만이 불수리를 선언할 수 있었으나 헌법 개정으로 정부 또는 국회의장이 불수리를 선언할 수 있도록 하였다.

272) Louis Favoreu, La délégalisation des textes de formes législative par le Conseil constitutionnel, in Le juge et le droit public - Mélanges Marcel Waline, LGDJ, 1974, p.429.

부의 견해가 일치하지 않는 경우에는 해당 국회의장이나 수상이 일주일 이내에 헌법재판소에 그 결정을 청구할 수 있도록 하였다.

일곱 번째로 2008년 7월 23일 헌법개정으로 신설된 헌법 제61-1조에 의하여 행정최고재판소(Conseil d'Etat)나 대법원(Cour de cassation)은 구체적 사건에 있어서 재판 중에 헌법상 보장되는 기본권을 침해하는 입법조항에 대하여 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 수 있다. 이는 사후적 규범통제를 시행하는 것으로 구체적 규범통제를 채택한 것이다.

여덟 번째로, 1999년부터 누벨칼레도니(Nouvelle-Calédonie) 의회가 제정한 규범(loi du pays)에 대하여 사전적 규범통제를 할 수 있다.(헌법 제77조)

## II. 자문에 관한 권한

프랑스 헌법재판소는 헌법 제16조에 근거하여 국가비상시 예외적 상황에 관해서 대통령의 자문에 응할 권한이 있는 것이다. 즉, 공화국의 제도, 국가의 독립, 영토의 보전 또는 국제조약의 집행이 중대하고 직접적으로 위협을 받으며, 헌법상 공권력의 정상적인 기능이 중단되는 경우에 대통령은 수상, 양원의장 및 헌법재판소의 공식적인 자문을 거친 후 당면상황에 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 또한 2008년 7월 헌법개정으로 제16조 제6항을 신설하여 헌법재판소가 대통령의 비상대권 행사에 대한 통제를 할 수 있도록 되었다. 비상대권이 행사된 후 30일 후에, 수상과 국민의회나 상원 의장 또는 60인 이상의 국회의원들이 헌법재판소에 비상대권의 행사요건 충족여부에 대하여 심사를 청구할 수 있고, 헌법재판소는 가장 빠른 기간 안에 공개적으로 견해를 발표하여야 한다. 비상대권 행사 기간이 60일을 넘으면 헌법재판소가 자동적으로 비상대권 행사요건 충족여부를 심사하여 공개적으로 견해를 밝히도록 하였다. 결국 60일이 지나면 헌법재판소가 자기제소권을 통하여 청구 없이도 대통령의 비상대권에 대하여 심사할 수 있도록 하였다.<sup>273)</sup>

---

273) 프랑스 헌법재판소의 위헌법률심판에 있어서 자기제소권과 심판법위에 관해서는 전학선, 프랑스 위헌법률심판에서 심판법위, 위법논집 제8집, 2000. 8, 379면 이하 참조.

## 제4절 프랑스의 규범체계<sup>274)</sup>

### I. 헌법

프랑스 헌법은 1958년 제5공화국이 탄생하면서 제정되어 2011년 말 현재까지 24번 개정되었다. 전문과 본문으로 구성되는데, 제1장에서 주권에 관하여 규정하고 있고 제2장이 대통령에 관하여 규정하고 있으며, 제3장이 정부, 제4장이 의회에 관하여 규정하고 있다. 100여개의 조문으로 이루어져 있는데, 우리나라와는 달리 기본권에 관한 규정을 체계적으로 가지고 있지 않고 있다는 것이 우리와 다르다.

특정 세력이나 특정 권력이 자신들의 이익을 위하여 헌법을 개정하는 것을 방지하고 헌법을 수호하기 위하여 헌법개정절차를 까다롭게 하는 것이 일반적이다. 따라서 프랑스도 경성헌법을 취하고 있다.

1980년대까지는 헌법개정이 자주 있었던 것은 아니지만 1990년대부터는 헌법개정이 자주 이루어지고 있다. 헌법개정이 1990년대부터 자주 이루어지고 있는 이유 가운데 하나가 유럽연합을 위하여 프랑스 국내법을 유럽연합의 기준에 맞추기 위한 것이었다.<sup>275)</sup> 24번의 헌법개정 가운데 최근에 있었던 2008년 7월 23일의 헌법개정은 50여개에 해당하는 조문을 개정한 것으로 제5공화국 헌법개정 가운데 가장 큰 폭으로 헌법을 개정한 것이다. 대통령의 권한 강화와 헌법재판에서 구체적 규범통제를 도입하는 등 대대적인 개헌이었다.<sup>276)</sup>

### II. 국제법

#### 1. 국제법에 대한 헌법의 우위

---

274) 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구 제12권 제1호, 2011. 2, 200면 이하 참조.

275) 프랑스 헌법개정에 관하여 자세한 것은 정재황, 프랑스 1958년 (현행)헌법의 개정, 법학연구 제2권, 홍익대학교 법학연구소, 2000. 12, 25면 이하; 전학선, 프랑스의 정부형태, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006. 6, 35면 이하.

276) 전학선, 프랑스에서의 헌법의 수호, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008. 9, 247-251면 참조.

프랑스에서 국제법과 헌법은 어느 것이 상위규범인가에 관하여 논란이 있다. 국제법에 대하여 헌법에서 적극적으로 수용하고 있는 태도를 보이고 있는 프랑스에서 헌법 제54조가 ‘대통령·수상·양원의장·60명의 국민의회 의원 또는 60명의 상원의원으로부터 위헌심판이 청구된 헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 후에만 행하여 질 수 있다’라고 규정하고 있어, 이를 놓고 헌법이 우위라는 견해와 국제법이 우위라는 견해가 있다.

규범의 단계에서 헌법과 국제법과의 관계에 대한 논쟁의 단초는 유럽사법재판소(Cour de justice des Communautés européennes)에 의하여 제공되었다. 유럽경제공동체(Communauté économique européenne)를 만드는 조약을 준비하는 과정에서 유럽사법재판소는 공동체를 형성하는 과정에서 일반국제법과는 다른 공동체법은 회원국들의 헌법보다 상위의 규범이라고 하였던 것이다.<sup>277)</sup> 따라서 이를 이어서 대부분의 국제법 학자들은 국제법이 헌법보다 상위의 규범이라고 하였다.<sup>278)</sup>

그러나 우리는 국제법도 두 가지로 구분해서 생각해 볼 수 있는데, 국제관습법과 국제조약이다. 첫 번째로 국제관습법은 모든 국가들에게 공통으로 적용되는 것으로 절대적인 우의를 가지는 규범이라고 할 수 있다. 프랑스에서는 1946년 헌법 전문(前文)이 이에 대하여 규정을 하고 있었는데, ‘전통에 충실한 프랑스 공화국은 국제공법상의 제 규정을 준수한다’라고 하였다. 그러나 국제관습법에 대하여 프랑스 행정최고재판소(Conseil d’Etat)는 국제관습법의 헌법에의 우위성을 인정하지 않았을뿐만 아니라 보통법률에 대한 우위성도 인정하지 않았다.<sup>279)</sup> 이에 반하여 헌법재판소와 일반법원은 미온적이긴 하나 국제관습법에 대하여 다소 개방적인 태도를 보이고 있다. 일반법원은 전통적으로는 국제관습법에 대하여 냉담한 태도를 보였으나 최근에는 국가면제, 외교면제 등과 관련

277) CJCE, Costa/ENEL, n°6/64 du 15 juillet 1964, Rec., p.1145.

278) Joël Rideau, Constitution et droit international, RFDC n°2, 1990, pp.259 et s.

279) CE, ass. 6 juin 1997, Aquarone, concl. G. Bachelier, RFDA, 1997, p.1068; AJDA, 1997, p.6309, Note D. Chauveau et T. Girardot; D. Deharbe, Les solutions Koné et Aquarone : un coup d’arrêt à la réception du droit international par le juge administratif?, LPA du août 1998, pp.13 et s.

하여 ‘국제법의 일반원칙’들을 언급하고 있으며, 헌법재판소도 추상적인 표현으로나마 일반관습법의 구속력을 인정하고 있다.<sup>280)</sup>

두 번째는 국제조약으로 국가 간에 자유로이 협정을 체결하는 것으로 국제법과 헌법간의 관계는 사법적인 측면과 정치적인 측면으로 구분해서 살펴볼 수 있다. 사법적인 측면에서 보면 헌법 제55조가 국제법의 법률에 대한 우위에 대하여 규정을 하고 있는데, 서로 성격이 다른 두 규범의 체계에 대하여 규정을 하고 있다는 것은 두 규범(법률과 국제법)보다 상위의 규범이기 때문에 그에 대한 관계를 규정하고 있다고 볼 수 있다. 또한 전통적인 입장에서 헌법은 주권의 직접적인 표현이고 국가에서 최고의 가치를 가지는 규범이라는 것을 통하여 국제법보다 헌법이 상위의 개념이라는 것이다. 정치적인 측면에서 헌법보다 조약이 상위의 규범이라고 한다면 모순이 발생할 수 있다. 예를 들어 정부가 국회에서 미약하나마 절대 다수를 차지하고 있는 세력에 의하여 지지를 받는 경우에 외국과 조약을 체결하면서 헌법을 수정하는 내용을 포함시키는 경우와 초헌법적인 규정을 삽입 또는 개정하는 경우가 발생할 수 있는 것이다. 따라서 만약에 조약이 헌법보다 상위의 규범이라고 한다면 조약에 의하여 헌법이 개정되는 결과가 발생하기 때문에 헌법보다 조약이 상위의 규범일 수는 없다는 것이다. 조약을 체결 비준하는 권한은 헌법에 의하여 부여된 권한이므로 이러한 권한을 부여한 헌법의 내용의 범위를 벗어나서 조약을 체결할 수는 없다는 것이다.<sup>281)</sup>

이와 관련하여 1992년 9월에 있었던 마스트리히트 조약 비준과 관련하여 국민투표를 통하여 조약을 동의하였는데, 이것은 투표권자인 국민이 헌법개정자로서 투표를 한 것이 아니고 입법자로서 투표를 하였다고 본다는 것이다. 헌법 개정은 그 이전에 이미 국회를 통하여 이루어졌다.<sup>282)</sup> 1992년 6월 25일 개정헌법은 ‘유럽공동체와 유럽연합(Des Communautés européennes et de l’Union

280) 김석현, 한국법의 국제적 정합성의 확보 - 조약의 국내법상 효력을 포함하여, 제4회 한국법률가대회 논문집, 2004. 12, 127면.

281) Bernard Chantebout, Droit constitutionnel, 25e éd. Armand Colin, 2008, pp.600-601.

282) 이에 관하여 자세한 것은 전학선, 프랑스에서 외국인과의 선거, 공법연구 제28집 제3호, 2000. 3, 323면 이하; 전학선, 유럽헌법과 프랑스 헌법개정, 유럽헌법연구 창간호, 2007. 6, 76-77면.

européenne)이란 타이틀로 헌법에 제XIV장을 삽입하였다. 유럽공동체와 유럽 연합에 대하여 조약에 근거하여 일정한 권한을 공동으로 행사할 것을 자유롭게 선택한 국가들로 구성되었다고 하면서 유럽공동체와 유럽연합에 대하여 연방적인 특징을 배제하였다. 따라서 권한을 행사하는 것은 국가이고 유럽공동체와 유럽연합은 순수한 권한을 가지고 있는 것이 아니며 각 회원국은 헌법에 의하여 움직인다고 본 것이다.<sup>283)</sup>

앞에서 살펴 본 바와 마찬가지로 헌법과 조약의 규범상의 서열문제는 프랑스에서 많은 논의가 있었고, 대다수의 학자들은 헌법이 조약에 우선한다는 입장을 견지하였는데,<sup>284)</sup> 프랑스 정부의 입장도 마찬가지이다.<sup>285)</sup> 또한 프랑스 행정최고재판소와 대법원도 헌법이 조약에 우선한다는 입장을 취하고 있다.

그러나 헌법과 조약의 관계에 있어서 서열에 관한 논쟁은 끝난 것이 아니라 아직도 계속 진행중이며, 오히려 더 가중될 것 같은 현상이 나타나고 있다. 예를 들면 주권국가로서 사법권을 가지고 있는 국가들이 여러 국제재판소, 특히 유럽에서 유럽인권재판소(Cour européenne des droits de l'Homme)에 의하여 독립적이고 최고의 결정권을 가지고 있지 못하게 되는 경우가 발생한다. 유럽인권재판소가 각국의 헌법재판소의 결정들을 통제하고 있고, 이에 더하여 헌법 자체에 대해서도 통제를 하고 있는 현상이 나타나고 있다. 예를 들어 1993년 6월 23일 l'arrêt Ruiz Mateos사건에서 유럽인권재판소가 스페인의 헌법재판소가 행하는 헌법재판의 절차에 대하여 통제를 하는 것이 대표적인 예라 할 수 있다.<sup>286)</sup>

---

283) Constance Grewe, La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht, RFDC, n°11, 1997, pp.413 et s.

284) Elisabeth Zoller, Droit des relations extérieures, PUF, 1992, pp.260 et s; Jean-François Flauss, Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français, LPA, 10 et 15 juillet 1992; François Hervouet, Réception du droit communautaire par le par le droit interne des Etats, RDP, 1992, p.1257; Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit interne, Rapport public du Conseil d'Etat, 1989, pp.34 et s; Pierre Mazeaud, Droit communautaire et constitutions nationales, Rapport AN n°2630 du 11 mars 1996.

285) La réponse de Michel Rocard à Xavier Deniau, JO Débat AN, 24 avril 1989, p.2110.

## 2. 국제법과 법률 - 국제법 우위의 원칙

프랑스에서 국제법의 효력에 관해서는 헌법에서 직접적으로 규정하고 있다. 헌법 제55조는 ‘합법적으로 비준 또는 승인된 조약이나 협정은 각 조약 또는 협정의 당사국이 시행하는 것을 조건으로 공포시로부터 법률에 우선하는 효력을 가진다’라고 하여 국제법이 법률에 우위의 효력을 가진다고 명시하고 있다. 따라서 헌법에서 명시적으로 조약이나 협정이 법률보다 우위의 효력을 가진다고 천명하고 있다.

이러한 규정은 제4공화국 헌법의 불명확한 해석을 없애기 위하여 규정되었다고 할 수 있다. 제4공화국 헌법 제26조는 “정식으로 비준되고 공포된 외교조약은 비준을 보장하기 위하여 필요한 다른 입법적 조항을 적용하지 않는 한 프랑스 법률에 반대되는 경우에는 법률과 같은 효력을 가진다”라고 하였었고, 제28조는 “국제법보다 우위의 효력을 가지며 합법적으로 비준되고 공포된 외교조약은 합법적으로 포기하고 외교적 방법으로 통고된 경우에만 폐지, 수정 또는 정지될 수 있다”라고 규정하고 있어서 제26조에서는 법률과 같은 효력을 가진다고 표현하고 있고, 제28조에서는 법률보다 우위의 효력을 가진다고 표현하고 있어, 조약이 법률보다 우위의 효력을 가지는 지 아니면 법률과 동일한 효력을 가지는 지 여부가 불명확하였으므로 현재와 같이 규정하게 되었던 것이다.<sup>287)</sup>

따라서 헌법 제55조는 명확하게 법률에 대한 국제법의 우위에 대하여 규정하고 있다고 볼 수 있는데, 여기서 ‘법률(loi)’이라고 표현하고 있는 것은 모든 법률을 다 의미한다고 볼 수 있다. 프랑스에서 법률은 헌법법률(loi constitutionnelle)과 조직법률(loi organique), 보통법률(loi ordinaire)을 모두 포함하는 개념이라 할 수 있으므로 이러한 모든 측면에서 구분하여 살펴볼 필요가 있다.<sup>288)</sup>

---

286) 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2., 292-294면.

287) Roger Pinto, Article 55, in La Constitution de la république française, Economica, 1987, p.1064.

288) 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2., 289면.

### III. 법률(Loi)

프랑스에서 loi는 구체적인 법률을 의미한다. 프랑스에서는 의회를 통과한 규범만이 법률(loi)이 되고 나머지는 법률이라는 용어를 사용할 수 없다. 프랑스는 과거 의회주권주의에 대한 반동으로 헌법에서 법률로 정할 수 있는 것을 제한해 놓고 있다. 따라서 헌법에서 정한 것만 법률로 규정할 수 있고 나머지는 명령으로 규정해야 한다. 헌법 제34조는 법률로 규정하여야 하는 것을 규정하고 있는데, 법률로 규정해야 하는 것은 시민의 권리 및 공적 자유의 행사를 위하여 시민에게 부여된 기본적 보장, 국방을 위하여 시민에게 과하여진 시민의 신채상 및 재산상의 의무, 개인의 국적·신분 및 능력·부부재산제·상속 및 증여, 중죄 및 경죄의 결정과 이에 과하는 형벌·형사소송절차·일반사면, 새로운 재판기관의 창설 및 사법관의 신분, 모든 성질의 조세의 기준·세율·징수의 태양 및 통화발행제도, 국회 및 지방의회의 선거제도, 각종의 공공단체의 창설, 국가의 공무원 및 군인에게 인정되는 기본적 보장, 기업의 국유화 및 공기업에서 사기업에게로 기업소유권의 이전, 국방의 일반조직, 지방공공단체의 자유로운 행정·그 권한 및 재원, 교육, 소유권, 물권과 민사상 및 상사상의 채무에 관한 제도, 노동법, 노동조합법 및 사회보장법, 예산법이다.

#### 1. 조직법률(Loi organique)

의회가 제정하는 규범으로서 법률 가운데 헌법에서 특히 조직법률로 규정하도록 요구하는 사항에 대해서는 반드시 조직법률로 정하여야 한다. 헌법상 조직법률로 규정하도록 열거한 사항만을 조직법률로 규정하는 대개의 경우 공권력의 조직이라든가 기능에 관한 사항이다. 조직법률은 보통법률과는 다른 특별한 입법절차를 거치도록 되어 있다. 조직법률은 법률안의 심의 전에 최소한 15일의 숙고기간을 정해놓고 있다. 또한 상원에 관계되는 조직법률의 경우를 제외하고는 최종적으로 조직법률안을 국민의회가 최종적으로 조직법률안을 채택할 수 있으며 재적의원 과반수의 찬성을 얻도록 하고 있다. 또한 위헌법률심판을 담당하는 헌법재판소의 위헌심사를 의무적으로 받도록 되어 있다. 조직법률안이 의회를 통과하면 공포되기 전에 필수적으로 헌법재판소의 위헌심사를 받



아야 하는 것이다. 보통법률의 경우에는 청구인들의 청구가 있는 경우에 한하여 위헌심사를 하나 조직법률의 경우에는 의무적인 것이다. 이는 조직법률 자체가 공권력의 조직 또는 권한에 관계되는 것이기 때문에 사전적 위헌심사를 하는 프랑스 위헌법률심판에서 청구인들의 청구가 없는 경우 통제가 안되고 권력분립원칙이 깨질 수 있기 때문인 것이다. 조직법률은 그 특성상 헌법과 보통법률의 사이에 위치하는 규범력을 가진다고 본다.

## 2. 보통법률(Loi ordinaire)

의회가 제정하는 법률로서 조직법률(loi organique)에 대한 의미로 사용된다. 헌법에서는 loi organique(조직법률)란 용어를 사용하고 있지만, loi ordinaire란 용어를 사용하고 있지는 않다. 그러나 헌법에서 법률(loi)이라는 용어를 사용하면 이는 조직법률인 경우를 제외하고는 모두 보통법률을 의미한다고 할 수 있다.

## IV. 오르도낭스 또는 법률명령(Ordonnance)

프랑스에서 법률명령은 세가지 종류가 있는데, 헌법 제38조에 의한 법률명령과 헌법 제47조에 의한 법률명령 그리고 헌법 제74-1조에 의한 법률명령이 그것이다.

법률명령은 법률과 행정입법의 중간에 위치하는 법규범을 의미하며, 헌법 제38조 제1항에서는 “정부는 그 강령을 실시하기 위하여 일정기간에 대해 통상 법률의 소관사항에 속하는 조치를 법률명령으로서 정하는 승인을 국회에 요구할 수 있다”라고 하여 법률명령제도를 규정하고 있다. 즉, 그것은 헌법에 의한 수권, 의회에 의한 수권 또는 국민에 의한 수권에 의거하여 법률사항에 개입하여 법률을 개폐할 수 있는 행위이며 국가원수의 정치적 의견을 실제에 반영하는 조치라고 할 수 있다.

법률명령은 의회의 입법영역에 속하는 사항을 정부가 의회의 위임에 의거하여 제정하는 명령이라는 점에서 그러한 위임입법이 행해지기 위해서는 다양한

요건이 헌법상 요청되고 있다. 즉, ①의회의 수권이 정부에 부여되어야 한다. ②제안권은 정부에 속하며 의회 스스로 법률사항에 관한 권한을 위임하는 수권법률(*loi d'habilitation*)을 발의할 수 없다. ③수권기간은 무한정일 수 없으며 반드시 일정기간을 수권법률에 명시하여야 한다. ④위임의 대상사항을 규정하여야 한다. ⑤법률명령의 제정에서는 정부는 사전에 행정최고재판소의 의견을 청취할 의무가 있다. ⑥법률명령의 국무회의에서 제정되어야 한다. ⑦수권법률에서는 수권기간과 아울러 주인의 정부제출 법률안을 의회에 제출하는 기간을 규정할 필요가 있다. 만약 이 기간 내에 주인의 정부제출 법률안의 제출이 없으면 법률명령은 무효가 된다. ⑧수권기간 만료 즈음하여 법률의 영역에 속하는 사항을 대상으로 하는 법률명령은 이후 법률 이외의 형식으로는 개정할 수 없다. ⑨수권 기간 중 의회가 위임사항에 관하여 입법을 하는 것은 허용되지 않으며, 이러한 사태가 입법절차 중에 명확히 되지 않은 경우 정부는 불수리의 항변으로 대항할 수 있다.

헌법 제47조 예산법률절차에 있어서 법률명령은 헌법 제38조의 법률명령과는 구별되는 것으로,<sup>289)</sup> 의회의 수권법률도 필요없다. 이러한 법률명령을 통하여 의회가 예산법률안을 의결하지 못하는 경우 예산이 집행될 수 있도록 하고 있는 것이다. 법률명령으로 예산법률이 확정되게 되면 의회의 예산관련 권한은 사라지는 것이라 할 수 있다. 헌법 제47조에 의한 법률명령의 발동은 일종의 통치행위(*actes de Gouvernement*)라 할 수 있다.<sup>290)</sup>

헌법 제74-1조에 의한 법률명령은 해외영토와 누벨칼레도니에 관한 것으로 해외지방자치단체와 누벨칼레도니에서 정부는 국가의 권한에 속하는 분야에서 본국에서 발효중인 법적 성격을 가진 조항들을 필요한 변형을 하여 법률명령(*ordonnance*)의 형식으로 확장하거나, 해당지방자치단체의 특정한 조직에서 발효중인 법적 성격을 가진 조항을 적합하게 할 수 있다. 다만, 법률이 문제되는 조항에 대해서 명시적으로 이와 같은 절차를 사용하는 것을 금지하지 않아야 한다. 법률명령은 관련 지방의회 및 국사원의 의견청취 후 국무회의에서 발한다. 법률명령은 게재 즉시 발효된다. 게재 후 18개월 이내에 의회에서 비준되

289) François Chouvel: *Finances publiques*, 12e éd., Gualino, 2009, p.85.

290) Jacques Buisson, *Finances publiques*, Dalloz, 2009, p.61.

지 아니하면 그 법률명령은 폐기된다.

## V. 데크레 또는 명령(Décret)

데크레는 대통령 또는 수상이 발동하는 명령이다. 데크레는 제정절차에 따라서 행정최고재판소의 심의를 거친 명령(décrets pris après avis du Conseil d'État), 국무회의의 심의를 거친 명령(décrets délibérés en Conseil des Ministres), 단순한 명령으로 나눌 수가 있다. 이러한 데크레는 개입 영역에 따라서 헌법 제37조의 독립명령과 헌법 제21조의 집행명령으로 구분할 수 있다. 프랑스 헌법은 헌법에서 법률로 규정하도록 하는 사항 이외의 사항은 (법규)명령으로 규정하도록 하고 있는데 이러한 것이 헌법 제37조에 의한 독립명령이고, 법률을 집행하기 위한 명령이 헌법 제21조에 의한 집행명령이다. 프랑스에서 법규명령권(pouvoir réglementaire)은 대통령과 수상에게 각각 귀속되어 있는데, 대통령의 법규명령권과 수상의 법규명령권의 권한배분문제는 프랑스 정부형태에서 대통령의 권한과 수상의 권한의 분배만큼이나 명확하지는 않다.

## VI. 아레테(Arrêté)

집행기관(각부장관, 도지사, 시장)이 제정한 명령 혹은 규칙을 총칭하는 형식을 말한다. 형식적인 면에서 보면 아레테는 그 기초가 되는 법률이나 시행령을 상기하는 서명(visas)과 문장들로 구성되고 필요한 경우에는 (복수의)조문으로 구성된다. 아레테는 내용과 관련해서 명령(règlement), 개별적 행위(acte individuel)나 비법규적인 결정(décision non réglementaire)을 포함할 수 있다. 한편 적극적 관할분쟁(충돌)(conflit positif)의 경우, 관할법원(Tribunal conflits)은 프레페의 관할분쟁, 아레테(arrêté conflit)의 적법성으로 판단한다.

## VII. 시쿨래르 또는 훈령(Circulaire)

대외적 구속력이 없는 행정규칙이다. 실무상 지시(instruction) 혹은 업무지

침(notes de service)이라 불린다. 시쿨래르는 위계적 통제권(pouvoir hiérarchique)을 가진 행정조직 내의 발령권자(특히 각부의 장관, les ministres)가 하위기관의 행위를 지시하기 위해(pour guider) 발령한다. 소속 공무원에게는 구속적이나 행정의 상대방에 대해서는 법적인 효력을 가지지 않으므로 월권소송을 통해 다룰 수 없다. 그렇지만 일정한 경우 새로운 법적 규율을 하는 시쿨래르도 가능한데, 이 경우에는 월권소송을 통한 취소소송의 대상이 된다.

행정최고재판소는 대표적인 Notre-Dame du Kreisker 판결<sup>291)</sup>을 통해 행정규칙(교육부장관의 시쿨래르)이 법령의 내용과 다르게 상대방(원고)에게 새로운 추가적인 의무를 부과하는 규정을 두고 있다면 이는 법질서를 추가하는(qui ajouter à l'ordonnement juridique) 새로운 경우(la circulaire innovatoire)에 해당한다고 하여 법규성을 인정하였다. 그런데 행정최고재판소는 2002년 12월 마담 뒤비네르(Duvignère)판결에서 주택보조금을 법률구조 수혜대상 판단을 위한 (신청인의) 소득에 포함하고 있는 1991년 12월 19일의 법규명령인 행정최고재판소 테크레와 1997년 3월 26일 행정규칙(시쿨래르)의 폐지요구에 대한 법무부장관의 거부결정을 취소하였다. 왜냐하면 동 시쿨래르는(법규명령인) 테크레의 규율내용을 반복하고 있고 일반적 성격의 구속적 규정(disposition impératif à caractère général)으로서 (테크레의) 위법한 내용을 (반복을 통해) 규정하고 있기 때문이라고 하였다. 상위법령규정을 해석하고 시행을 지시하는 시쿨래르규정이 실제적인 내용의 변화 없이 다시 상위법령(법률구조에 관한 법률과 그 시행을 위한 테크레)의 사항을 규정하는 것에 불과하다더라도 이를 집행하는 공무원들로서는 그 규정에 주의를 요하고 신중할 수밖에 없다. 따라서 구속적 성격을 갖는 시쿨래르는 비록 상위법령의 규정을 반복할 뿐이더라도 월권소송의 대상이 된다고 판단함으로써 기존의 입장을 변경하였다.<sup>292)</sup>

## 제5절 추상적 규범통제절차의 심판대상

### 1. 조직법률

291) C.E. Ass. 29 janvier 1954, Rec. 64.

292) C.E., Sect. 18 décembre 2002, Mme. Duvignère.

조직법률은 의무적으로 헌법재판소의 위헌법률심판을 받아야지만 공포될 수 있다. 프랑스에서 조직법률은 헌법에서 조직법률로 규정하여야 한다고 하는 사항에 대해서만 조직법률로 규정할 수 있다.

현행 프랑스 헌법은 40여 가지 이상의 사항에 대하여 조직법률로 정하도록 되어 있다. 예를 들어 제6조에서 대통령 선거에 대해서 조직법률로 정하도록 되어 있고, 제11조에서는 국민투표와 관련하여 조직법률로 정할 사항을 규정하고 있고, 제34-1조에서는 의회의 의결에 대하여 조직법률로 정하도록 되어 있다.

이러한 조직법률은 의무적으로 헌법재판소의 위헌심사를 받아야 한다. 의회가 조직법률에 대하여 의결을 한 후 대통령이 공포하기 전에 헌법재판소가 위헌심사를 한다.

## II. 보통법률

프랑스 헌법은 법률에 대하여 규정할 수 있는 사항에 대하여 제한을 하고 있다. 보통법률에 대하여 대통령, 수상, 양원의장 혹은 60인 이상의 국회의원이 국회 의결을 거친 후 대통령이 공포하기 전에 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구할 수 있다. 조직법률은 반드시 헌법재판소의 위헌심사를 거쳐 합헌으로 선언이 되어야 공포할 수 있으나, 보통법률은 의무적 위헌심사의 대상은 아니고 청구인의 청구가 있어야지만 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있다.

이와 관련하여 프랑스에서는 예산안이 법률의 형태로 국회에서 의결되기 때문에 헌법재판소의 위헌심사의 대상이 된다. 2008년 헌법개정을 통하여 구체적 규범통제를 도입하기 전까지는 사전적 규범통제만을 하고 있던 프랑스는, 대통령과 수상 그리고 양원 의장에게만 위헌법률심판 청구권을 부여하고 있다가 1976년 헌법개정을 통하여 60인 이상의 국회의원에게도 위헌법률심판청구권을 부여한 이후로는 거의 매년(1989년, 1993년, 2007년, 2008년, 2009년 예산은 예외<sup>293)</sup>) 자동적으로<sup>294)</sup> 예산법률안에 대하여 위헌심판청구가 되었다.<sup>295)</sup>

293) Jean-François Picard, *Finances publiques*, 2e éd., Litec, 2009. p.6.

294) François Adam, Olivier Ferrand et Rémy Rioux, *Finances publiques*, 3e éd., Dalloz, 2010, p.111.

당해연도 예산법률안이 헌법재판소(Conseil constitutionnel)의 위헌결정으로 인하여 공포될 수 없거나 시행될 수 없는 경우,<sup>296)</sup> 정부는 즉시 해당연도 예산법률안의 표결이 있기 이전까지 현행 조세를 계속 부과할 것을 승인하는 특별법률안을 의회에 제출한다. 이 법안은 긴급절차에 따라 심사한다.

예를 들어 1980년 예산법률(Loi de finances pour 1980)의 경우 헌법재판소가 전부 위헌결정을 하였다.<sup>297)</sup> 국민의회 의장과 60명의 국민의회 의원들이 1979년 12월 20일 1980년 예산법률에 대하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 1979년 12월 24일 1980년 예산법률에 대하여 전부 위헌결정을 하였다. 그러자 정부는 다시 ‘정부에게 1980년 현재의 조세를 허가하는 법률(loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants)’을 국민의회에 제출하여, 1979년 12월 27일 국민의회에서 토론과 표결을 거쳤고 다음날인 28일 상원에서의 토론과 표결도 거쳤다. 이 법률안에 대하여 다시 1979년 12월 28일 60명의 국민의회 의원과 60명의 상원의원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였는데, 이에 대하여 헌법재판소는 이를 후인 1979년 12월 30일 합헌결정을 하였고, 다음 날인 12월 31일 관보에 게재되어 공포되었다. 동 법률은 하나의 조문으로 되어 있는데, 그 내용은 ‘1980년 예산법률이 효력을 발할 때 까지 국가나 지방자치단체 또는 공공기관이나 공공단체의 조세나 소득, 수입의 징수는 법령에 적합하게 1980년도에 계속 집행된다. 특별조세의 징수도 허용된다. 동 법률은 국가의

---

295) 프랑스의 위헌법률심판제도에 관해서는 전학선, 프랑스에서 헌법재판소에 의한 헌법에 대한 위헌심사, 토지공법연구 제54집, 2011. 8; 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학연구 제10권 제1호, 2009. 2; 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2; 전학선, 프랑스에서 헌법재판소와 의회와의 관계, 세계헌법연구, 제11권 제1호, 2005. 6; 전학선, 프랑스에서 위헌법률심사청구의 취하, 헌법학연구, 제10권 제3호, 2004. 9; 전학선, 프랑스의 헌법재판소와 기본권보장 외법논집 제9집, 2000; 전학선, 프랑스의 위헌법률심사의 결정유형과 그 효력, 판례실무연구 제4권, 2000. 9; 전학선, 프랑스의 위헌법률심판에서 심판범위, 외법논집 제8집, 2000. 8; 전학선, 프랑스에 있어서의 입법절차에 대한 위헌심사, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6,

296) 실제로 1980년 예산법률안 전체가 헌법재판소에 의하여 위헌선언되었다. C.C., n°79-110 DC 24 décembre 1979.

297) C.C. n°79-110 DC du 24 décembre 1979.

법률로써 집행된다'라고 규정하고 있다.

또한 헌법재판소가 일부 위헌을 선언하는 경우도 있었는데, 일부 위헌의 경우에는 예산법률안에서 해당 조항만 삭제되고 공포되어 예산법률이 효력을 발할 수 있게 된다. 예를 들어 2011년도 예산법률(loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011)의 경우에도 헌법재판소가 제41조와 제43조, 제150조, 제166조, 제196조, 제197조에 대하여 위헌선언을 하여<sup>298)</sup> 이 조항들은 효력을 발하지 못하고 예산법률이 공포되었다.

### III. 의회규칙

의회가 자치성과 독자성을 확보하기 위하여 의회에 관한 사항을 규율하는 규범으로서 국민의회의 규칙(règlement de l'Assemblée nationale)과 상원규칙(règlement du Sénat)이 별도로 있다. 우리나라의 국회법과 국회규칙에 해당한다고 볼 수 있다. 이 규칙은 권력분립의 원칙 아래 의회가 독자적으로 정한다는 점에서 법률이 아닌 규칙이라는 명칭으로 표현되고 있다. 의회의 규칙은 헌법 제61조가 조직법률과 마찬가지로 헌법재판소의 의무적 사전위헌심사를 받도록 하고 있다. 이는 의회 스스로가 의회에 관한 규범을 제정하면서 의무적으로 위헌심사를 받지 않는다면 의회에게 유리한 규칙을 남발하는 등 권력분립의 원칙이라든지 하는 헌법에 위반되는 규칙을 제정할 수 있기 때문에 의무적으로 사전통제를 받도록 하고 있다.

### IV. 국제법

프랑스 헌법재판소는 헌법 제61조에 근거하여 법률에 대한 합헌성 통제를 할 수 있고, 헌법 제54조에 근거하여 국제법에 대한 합헌성 통제를 할 수 있다. 따라서 헌법재판소는 법률에 대한 합헌성 통제와 국제규범에 대한 합헌성 통제를 할 수 있는 것이다.

프랑스에서 일정한 국제법규는 법률을 통하여만 동의를 할 수 있는 것이다.

---

298) C.C. n°2010-622 DC du 28 décembre 2010.

평화조약, 통상협약, 국제조직에 관한 협약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협정, 법률의 성질을 가지는 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양·교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 이를 비준 또는 승인할 수 없도록 되어 있다.

이를 종합하여 생각하면, 프랑스에서 헌법재판소에 의하여 행하여지는 국제법규에 대한 위헌심사는 국제법규에 대하여 행하여 질 수 있고, 또한 동일한 국제법규를 비준 또는 승인하기 위한 법률에 대해서 행하여 질 수 있다는 것이다. 이러한 예는 1992년 마스트리히트 조약에 관한 결정에서 있었다.

유럽연합에 관한 조약(Traité de Maastricht)은 많은 헌법 문제를 야기하였으며 프랑스에서도 위헌심사의 대상이 되었다. 프랑스 헌법재판소는 마스트리히트 조약과 관련하여 1992년 4월 9일<sup>299)</sup>과 1992년 9월 2일<sup>300)</sup> 그리고 마지막으로 1992년 9월 23일<sup>301)</sup> 등 세 번에 걸쳐서 위헌심사를 하였다. 1992년 2월 7일에 체결된 마스트리히트 조약에 대하여 프랑스 미테랑 대통령이 1992년 3월 11일 헌법재판소에 위헌심판을 청구하였다. 이에 대하여 헌법재판소가 그 첫 번째 결정인 1992년 4월 9일의 결정<sup>302)</sup>에서 외국인에게 지방의회의원선거에서 투표권과 피선거권을 부여하는 것에 대하여, 그리고 유럽 단일화폐정책에 대한 것 등에 대하여 위헌을 선언하였다.<sup>303)</sup> 따라서 1992년 6월 25일 프랑스 헌법 제54조가 규정하고 있는 바와 같이 이 결정에 의하여 헌법이 개정되었는데 그 개정내용을 보면 헌법에서 제14장 유럽공동체(Communautés européennes) 및 유럽연합(Union européenne)이라는 제목으로 제88조의 1, 2, 3, 4 등을 첨가하였던 것이다. 헌법이 개정되자<sup>304)</sup> 위에서 언급한 바와 같이 1992년 6월 25일

299) C.C. n°92-308 DC, 9 avril 1992, R., 1992, p.55 et s.

300) C.C. n°92-312 DC, 2 septembre 1992, R., 1992, p.76 et s.

301) C.C. n°92-313 DC, 23 septembre 1992, R., 1992, p.94 et s.

302) C.C. n°92-308 DC, 9 avril 1992, R., 1992, p.55 et s.

303) 유럽연합조약, 즉 마스트리히트 조약에 대한 프랑스 헌법재판소의 위헌심사에 대하여 자세한 것은 다음을 참조. 변해철, 유럽연합조약에 대한 위헌심사 - 프랑스 Conseil constitutionnel, 1992년 4월 9일 결정(Déc. n°92-308 DC), 인권과 정의, 1996. 1, 152면 이하.

304) 의회에서의 헌법개정 논의에 관하여 자세한 것은 François Luchaire, L'Union européenne et la Constitution. IIe partie : La révision constitutionnelle. IIIe partie : commentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, RDP,



개정된 헌법 제54조에 근거하여 60인 이상의 상원의원들이 마스트리히트 조약이 개정된 헌법에 위반되는지 여부를 헌법재판소에 위헌제청을 하였고, 이에 대하여 헌법재판소는 1992년 9월 2일에 합헌 선언을 하였다.<sup>305)</sup>

합헌결정을 받은 마스트리히트 조약을 국내법에 수용하기 위하여 법률안이 프랑스 헌법 제11조가 정한 바에 따라서 1992년 9월 20일에 국민투표에 회부되었다. 이 국민투표에서 법률안이 과반수의 찬성으로 채택이 되자 국민의회의원들이 이 법률안의 위헌심사를 헌법재판소에 청구하였다. 이에 대하여 프랑스 헌법재판소는 1992년 9월 23일에 국민투표로 채택이 된 법률은 국민주권의 직접적인 표현이기 때문에 헌법재판소가 위헌심사를 할 권한이 없다고 하였다.<sup>306)</sup> 따라서 이 법률안은 확정되었던 것이다. 이러한 국민투표로 채택이 된 법률에 대하여 프랑스 헌법재판소가 위헌심사를 거부하는 것은 1962년 11월 6일 대통령 직선제에 관한 헌법개정법률에 관한 위헌심사<sup>307)</sup>에서와 마찬가지로 일관되게 취하고 있는 태도이다. 이리하여 대통령이 위 마스트리히트 조약의 국내법으로의 수용에 관한 법률을 1992년 9월 29일 공포함으로써 마스트리히트 조약은 국내법으로서의 효력을 발하기 시작하였던 것이다.

결국 헌법재판소가 국제법에 대하여 위헌심사를 하는 것은 헌법 제54조에 의하여 국제법에 대하여 할 수 있고, 이와 더불어서 국회가 제정하는 법률을 통하여 국회의 동의를 얻는 경우에 국제법에 관하여 동의를 하는 법률에 대하여 헌법 제61조에 의하여 위헌심사를 할 수 있는 것이고, 헌법 제11조 국민투

---

1992, p.933. 이하 참조.

305) C.C. n°92-312 DC, 2 septembre 1992, R., 1992, p.76 et s.

306) C.C. n°92-313 DC, 23 septembre 1992, R., 1992, p.94 et s.

307) C.C. n°62-20 DC, 6 novembre 1962, R., 1962, p.19. “만약에 헌법 제61조가 헌법재판소의 심사에 회부되어야만 하고 또는 회부될 수 있는 조직법률과 보통법률의 합헌성을 평가하는 임무를 헌법재판소에게 부여하였고, 이러한 임무부여에 있어서 국민투표에 의하여 국민들에 의해서 채택이 된 것인지 혹은 국회에 의해서 표결이 된 것인지 불문하고 입법적 특징을 가지는 조문의 전체에 대하여 이러한 권한이 확장되는 것인지 여부를 상술함이 없이, 그리고 또한 반대로 국회에 의해서 표결된 경우만 한정하는지 여부를 상술하지 않고 있다면, 헌법이 제61조에서 대상으로 하고 있는 법률은 단지 국회에서 표결된 법률만을 의미하는 것이고 국민투표에 의하여 채택된 법률은 국민주권의 직접적인 표현이므로 제외된다는 것이다.”

표 법률을 통하여 국제법을 국내법에 승인하는 경우에는 국민투표 법률에 대해서는 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 없다고 하는 것이 프랑스 헌법재판소의 관례라 할 수 있다.<sup>308)</sup>

## V. 국민투표 법률

프랑스에서는 국민투표를 통하여 법률을 제정할 수 있도록 되어 있다. 헌법 제11조가 국민투표에 관하여 규정을 하고 있는데, 2008년 7월 헌법개정으로 국민투표 법률 발의제안권자와 그 내용이 확대되었다. 또한 국회의원들이 발의한 국민투표회부 법률안의 경우에는 의무적으로 사전에 헌법재판소의 위헌심사를 받도록 하였다.

그러나 2008년 7월 헌법 개정 전에는 국민투표 법률에 대하여 헌법재판소의 결정이 있었고 이에 대하여 논의가 많았으므로 2008년 7월 이전과 그 이후로 나누어 고찰해 본다.

### 1. 2008년 7월 이전<sup>309)</sup>

#### (1) 대통령의 국민투표 부의권

프랑스에서 국민투표는 헌법 제11조에 근거한 국민투표가 있고, 헌법 개정절차에서 요구하는 국민투표가 있으며, 유럽연합과 관련하여 유럽헌법(Constitution européenne)비준과 관련된 국민투표가 있다. 이 가운데 헌법 제11조에 의한 국민투표와 헌법 제89조 헌법개정절차에서의 국민투표는 1958년부터 규정되어 있던 것이고 유럽헌법 비준을 위한 국민투표는 2005년 3월의 헌법개정을 통하여 규정되었다.

---

308) 남복현, 전학선, 이경주, 성선제, 국제조약과 헌법재판, 헌법재판연구 제18권, 2007, 320-323면.

309) 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 -1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(Loi référendaire)에 관한 결정을 중심으로-, 헌법학원론 제13권 제1호, 2007. 3, 511면 이하 참조.

이 가운데 대통령의 국민투표 회부권은 헌법 제11조에서 규정하고 있는 것에 근거하는 것으로 프랑스 정부형태의 한 특색이라 할 수 있다. 프랑스 헌법은 제11조에서 국민투표에 관하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

“대통령은 국회 회기중에 정부의 제안에 따라 혹은 양원의 공동제안에 따라 관보에 공고하는 방법으로 공권력의 조직에 관한 법률안 혹은 국가의 경제·사회정책의 개혁에 관계되거나 혹은 이와 관련되는 공역무의 개혁에 관련되는 법률안 또는 헌법에 위반되지 않고 제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안에 대하여 국민투표에 회부할 수 있다. 국민투표가 정부의 제안으로 조직되었을 때 정부는 각각의 국회에서 토론에 회부할 것을 선언한다. 국민투표가 법률안을 채택하였을 때에는, 대통령은 국민투표 결과가 공포된 날로부터 2주일 안에 법률을 공포한다.”

위의 조항은 1995년도에 개정된 것으로 개정 전의 규정은 다음과 같다.

“대통령은 의회회기 중 관보에 공고된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라 공권력의 조직에 관한 것이거나, 공동체 결정의 승인을 필요로 하거나, 헌법에 위반되지는 않으나 제도의 기능에 영향을 미치는 조약의 비준 동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 붙일 수 있다. 국민투표에 의하여 법률안의 채택이 확정된 때, 대통령은 위에서 정하는 기간 안에 이를 공포한다.”

헌법 제11조에 근거한 국민투표제도는 1995년 헌법 제11조가 개정되면서 그 대상이라든가 절차가 약간 수정되었다. 1995년 헌법 개정을 보면, 국민투표의 적용범위를 공권력의 조직에 관하거나 헌법에 위반되지는 않으나 제도의 기능에 영향을 미치는 조약의 비준·동시에 관한 모든 법률안 이외에 국가의 경제적 혹은 사회적 정책 그리고 이에 관련된 공역무에 대한 개혁에 관한 법률안에 대해서까지 확대하였고, 국민투표에 있어서 정부의 의회에 대한 선언과 이에 대한 의회의 토의절차를 신설하였던 것이다.

이러한 헌법 개정은 제4공화국을 거치면서 의회에 대한 불신과 그로 인한 의회의 권한축소라는 면을 다시 한번 반영한 것이라고 할 수 있다. 또한 국민투표에 회부할 수 있는 사유를 확대함으로써 대의제를 보완하고 직접민주주의를 반영한 결과이기도 한 것이다.<sup>310)</sup>

---

310) 변해철, 대의제의 보완과 합리화 - 1995년 8월 4일 프랑스 헌법개정을 중심으로

헌법 제11조는 국민투표 제안자와 국민투표 회부 결정권자를 이원화하고 있다. 즉 국민투표 제안자는 정부 혹은 양원으로 하고 있으나 국민투표 제안자는 대통령으로 하고 있는 것이다. 이는 대통령이 국민투표 회부권을 행사하기 위해서는 반드시 정부 혹은 양원의 공동제안이 있어야지만 가능하다는 것이다. 이처럼 국민투표 제안자와 국민투표 회부자를 이원화하고 있는 것은 두 가지의 견해를 낳고 있다. 즉 정부의 제안이나 양원의 공동제안이 있는 경우 대통령이 이를 반드시 국민투표에 회부하여야 하는가에 대하여 견해가 나뉘어지고 있다.

이를 대통령제적 요소로 파악하는 입장에서는, 정부와 국회에 의하여 국민투표 제안이 있더라도 대통령은 이를 국민투표에 회부하지 않을 수 있다고 본다. 즉 대통령이 재량으로 국민투표에 회부할 수도 있고 회부하지 아니할 수도 있다는 것이다. 그러나 헌법 제11조를 의원내각제적 요소로 파악하는 입장에서는 국민투표 제안이 있으면 대통령은 단지 이를 선언하는 것뿐이라는 것이다.<sup>311)</sup>

국민투표는 국회 회기 중에 정부의 제안이나 양원의 제안이 있어야만 법률안을 국민투표에 회부할 수 있지, 제안이 없으면 대통령이 이를 행사할 수가 없도록 되어 있다.

국민투표의 대상이 되는 사항은 공권력의 조직(organisation des pouvoirs publics)에 관한 법률안 혹은 국가의 경제·사회정책의 개혁에 관계되거나 혹은 이와 관련되는 공역무의 개혁에 관련되는 법률안 또는 헌법에 위반되지 않고 제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안이다. 따라서 프랑스에서는 법률안을 의회가 아닌 국민투표를 통하여 제정·개정할 수 있도록 되어 있다.

프랑스 제5공화국 들어와서 국민투표는 여러 번에 걸쳐서 실시되었다. 1961년 1월에 알제리 문제에 대하여 국민투표를 하였으며, 1962년 4월에는 알제리 독립과 관련된 국민투표가 시행되었고, 1962년 10월에는 대통령 직선제를 내용으로 하는 헌법 제11조에 근거한 헌법개정 국민투표가 있었다. 가장 최근에는

---

으로, 한국외국어대학교 논문집 제30집, 1997, 211면 이하 참조.

311) Jean Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 19e éd., Montchrestien, 2003, p.560.

2005년 5월 29일 유럽연합헌법안 비준을 위한 국민투표가 있었다.

## (2) 1962년 11월 6일 결정

프랑스 헌법 제11조가 대통령의 국민투표 회부권에 대하여 규정하고 있는데, 이러한 대통령의 국민투표 회부권이 프랑스에서 많은 논쟁을 불러 일으켰고, 이 국민투표 회부권과 관련하여 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)가 몇몇 중요한 결정을 한 바 있다. 그 가운데 1962년 11월 6일 헌법재판소 결정<sup>312)</sup>은 많은 논쟁을 불러 일으켰는데, 헌법에서 규정되어 있는 헌법 개정절차가 아닌 국민투표 회부권을 통하여 헌법을 개정한 것과 관련된 결정이기 때문이다. 즉 프랑스 헌법은 제89조에서 헌법 개정절차에 대하여 규정하고 있는데, 이러한 제89조에서 정한 헌법개정절차를 무시하고 헌법 제11조에서 규정되어 있는 대통령의 국민투표 회부권을 통하여 헌법을 개정하였기 때문이다. 당시 드골 대통령은 대통령 선거를 간접선거에서 직접선거로 바꾸고자 하였으나 이를 위해서는 헌법을 개정하여야 했는데, 이러한 헌법을 개정하면서 제89조에서 정한 헌법 개정절차를 통해서가 아닌, 대통령의 국민투표 회부권을 통하여 헌법을 개정하였던 것이다. 따라서 이러한 헌법 개정과 관련하여 헌법재판소에 위헌법률심판이 청구되었는데 이에 대하여 헌법재판소가 권한이 없다고 각하를 하였던 것이다.

### 1) 사건의 개요

헌법재판소는 매우 정치적인 상황 속에서 위헌심사가 청구되었다. 뽀띠 클라마(Petit-Clamart)의 테러 이후 드골 대통령은 대통령 선출방식을 바꾸자고 하였다. 국회의원과 지역대표들로 구성된 선거인단에 의하여 선출되는 대통령 선거제도를 직접선거로 바꾸고자 하였는데, 대통령 선거방식을 개정하기 위해서는 헌법을 개정하여야 했다. 당시 헌법은 제6조에서 대통령 선거를 간접선거로 규정하고 있었는데, 드골 대통령은 헌법개정절차에 관하여 규정하고 있는 헌법

---

312) C.C. n°62-20 DC 6 nov. 1962, R. p.27.

제89조를 통하여 헌법을 개정하는 것이 아니라 대통령의 국민투표 회부권을 규정하고 있는 헌법 제11조를 통하여 헌법을 개정하고자 하였던 것이다. 이는 이미 제5공화국 들어서 헌법 제11조에 의한 국민투표가 두 번이나 있었고<sup>313)</sup> 그에 따라 이를 통하여 개정하고자 하였던 것이다.

그러나 앞의 두 번의 국민투표와는 달리 이번의 국민투표는 헌법을 개정하는 것이었고, 이에 대해 야당은 헌법개정은 단지 헌법 제89조에서 정한 절차에 의해서만 행해질 수 있다고 하면서 위헌이라고 주장하였다. 즉 헌법에서는 분명히 헌법개정이라는 타이틀로 제89조가 헌법개정에 대해 규정하고 있고 헌법개정은 이 조항에서 정한 절차에 따라서만 행해질 수 있는 것이지 헌법 제11조에서 정한 국민투표를 통해서 헌법개정을 할 수 없다는 것이었다.

그럼에도 불구하고 1962년 10월 2일 데크레(décret)를 통하여 드골 대통령은 대통령 선거를 직접선거로 바꾸는 내용을 골자로 하는 법률안을 1962년 10월 28일 국민투표에 회부하기로 하였던 것이다. 헌법 제11조가 국민투표는 정부의 제안으로 행하여져야 한다고 규정하고 있음에도 불구하고 이 데크레는 이에 대하여 언급을 하지 않았다.(1961년 1월 8일 알제리 자치에 관한 국민투표와 1962년 4월 8일 알제리 독립에 관한 예비양 조약에 관한 국민투표에서도 그러한 언급은 없었다. 반면에 1972년 4월 2일 유럽공동체 확대에 관한 국민투표 데크레에는 그러한 언급을 하고 있다)<sup>314)</sup> 데크레는 정부제출 법률안에서 요구되는 행정최고재판소(Conseil d'Etat)의 견해를 고려하지 않았던 것이다. 그러나 1962년 10월 2일 데크레는 명시적으로 “헌법재판소는 1958년 11월 7일 헌법재판소에 관한 조직법률(loi organique) 제46조에 명시된 조건 안에서 자문되었다”고 언급을 하고 있다. 이러한 자문은 1962년 10월 1일 행하여졌고, 다섯 시간 동안 심의를 하여 부정적인 의견을 도출하였다.<sup>315)</sup> 그러나 이러한 과정은 공식적으로 발표되지 않았고, 그 후 당시 헌법재판소 소장이던 노엘(M. Noël)

---

313) 제5공화국 들어서 1962년 10월까지 두 번의 국민투표가 있었는데, 두 번 다 알제리와 관련된 국민투표였다. 첫 번째는 1961년 1월 8일 실시된 알제리 자치에 관한 국민투표로서 74.99%의 찬성과 25.01%의 반대로 통과되었다. 두 번째 국민투표는 1962년 4월 8일 실시된 알제리 독립에 관한 예비양 조약에 관한 국민투표로서 90.81%의 찬성과 9.19%의 반대로 통과되었다.

314) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 13e éd, 2005, p.173.

315) L'Année politique, 1962, p.107.

에 의하여 확인되었다. 국민투표를 제안한 폼피두(Pompidou) 행정부는 1962년 10월 5일 국민의회(Assemblée nationale)로부터 많은 비난을 받았다. 헌법에 규정된 헌법개정절차를 무시하고 대통령이 헌법 제11조에 규정된 국민투표를 통하여 헌법을 개정하는 것은 헌법에 위반된다는 비난이었다. 그러나 드골 대통령은 1962년 10월 9일 국민의회를 해산하였고, 국민의회 의원선거는 1962년 11월 18일과 25일 실시되도록 하였다.<sup>316)</sup>

결국 국민투표는 1962년 10월 28일 실시되었고, 과반수의 찬성을 얻는데 성공하였다. 1300만 유권자 가운데 62%가 대통령 직선제를 찬성하였다. 헌법 제 11조 국민투표를 통하여 대통령 직선제를 위한 헌법개정이 이루어지자 당시 상원 의장은 수상을 ‘반역자’(forfaiture)라고 비난하였고, 1962년 11월 3일 헌법재판소에 헌법 제61조 제2항을 근거로 대통령 직선제를 내용으로 하고 1962년 10월 28일 국민투표를 통하여 채택된 법률에 대하여 위헌심사를 청구하였다.

## 2) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 1962년 11월 6일 평의를 하였다. 이 때 당연직 재판관인 전직 대통령 뱅상 오리올(Vincent Auriol)이 평의에 참석하였는데, 이는 이례적인 것이었다. 그는 1960년 5월 25일 마지막으로 참석하고 더 이상 헌법재판소에 관여하지 아니하였는데, 1962년 대통령 직선제를 위한 헌법개정 법률안에 대한 위헌심사에는 참석하였던 것이다.<sup>317)</sup> 이는 당시 상원의장인 모네르빌(Gaston Monnerville)이 청구한 대통령 직선제에 대한 위헌심사청구를 지지하기 위하여

---

316) 제5공화국에서 의회해산은 5번에 걸쳐서 있었는데, 1962년 드골 대통령 당시 의회의 대정부불신임 이후에 있었고 1968년 학생소요사태때 있었으며, 1981년과 1988년 미테랑 대통령때 행하여졌고, 1997년 시락 대통령에 의하여 행사되어졌다. 자세한 것은 전학선, 프랑스의 정부형태, 세계헌법연구 제 12권 제1호, 2006. 6, 35면 이하 참조.

317) 프랑스의 경우 전직 대통령은 헌법재판소의 당연직 종신 재판관인데, 드골, 폼피두, 미테랑 전 대통령 등은 헌법재판소의 재판관으로 전혀 참석하지 아니하여 전직 대통령의 경우 헌법재판소 재판관으로 활동하지 아니하는 것이 하나의 관례처럼 되어 있었다. 그러나 1074년부터 1981년까지 대통령을 지낸 지스카르 데스탱 전 대통령의 경우 2004년 6월 이후 최근까지 헌법재판소의 재판에 참여하여 활동하고 있다.

참석하였었던 것이다.<sup>318)</sup> 따라서 이날 9명의 임명직 재판관, 즉 재판소장 Noël과 Cassin, Chenot, Gilbert-Jules, Le Coq de Kerland, Michard-Pellissier, Michelet, Pasteur Vallery-Radot, Waline 그리고 당연직 위원이 전직 대통령 뱅상 오리올과 코티(Coty)가 참석하였었던 것이다. 헌법재판소는 이 날 두 개의 결정을 하였다. 하나는 국민투표 결과에 대한 결정이었고,<sup>319)</sup> 다른 하나는 대통령 직선제를 위한 개헌 법률에 대한 위헌심판결정이었다. 헌법재판소는 “상원의장의 청구로 위헌심사청구가 있었으나 헌법재판소는 권한이 없다.”라고 하면서 6대 4로 결정<sup>320)</sup>을 하였다. 그러나 이러한 6대 4라는 것도 비공식적으로 확인되는 것이다. 프랑스의 경우 각 재판관의 의견이 공개되지 않는다는 점과 누가 어떤 의견을 개진하였는지를 알 수는 없다. 따라서 프랑스 헌법재판소의 결정문에는 반대의견과 보충의견이 기재되지 않는다. 반대의견과 보충의견을 결정문에 포함시키지 않는 것은 프랑스 절차법에서 일종의 전통이며, 또한 각각의 재판관의 독립을 위하여 필요한 것이라는 견해와 헌법재판소의 결정의 권위를 위하여도 보충의견과 반대의견을 인정하지 아니하는 것이 좋다는 견해도 있다.<sup>321)</sup> 결국 같은 날 드골 대통령은 대통령 직선제에 관한 법률(Loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel)을 공포하였다.

### (3) 헌법재판소 권한의 한계

1962년 11월 6일 헌법 제11조를 통한 헌법개정에 관한 헌법재판소 결정은 가장 많은 논란과 비판을 받는 결정 가운데 하나로서 당시 상원(Sénat) 의장이던 모네빌(G. Monnerville)은 결정이 있는 다음날 “헌법재판소가 자살했다”고<sup>322)</sup> 할 정도였다. 이 결정에서 헌법재판소는 국민투표를 통하여 채택된 법률

318) François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attributions, 2 éd., Economica, 1997, pp.85-86.

319) C.C. 6 novembre 1962, R., p.95.

320) L'Année politique, 1962, p.121.

321) 전학선, 프랑스에서 위헌법률심사청구의 취하, 헌법학연구 제10권 제3호, 2004. 9, 563면.

322) Le Monde, 8 nov. 1962.



에 대한 위헌심사권을 포기하였다고 할 수 있는데, 헌법은 헌법재판소에게 공권력 행사의 적합성 여부만을 심사할 권한을 부여하였다고 하였다. 따라서 헌법재판소는 다수의 학자들의 의견과 야당이 제기하던 본안판단을 회피하였다. 헌법 제11조에서 정한 국민투표를 통하여 헌법을 개정하는 것이 허용되느냐 하는 것은 대통령 선거를 직접선거로 바꾸는 것이 허용되느냐 하는 것이었다. 이 결정은 계속해서 논란의 대상이 되었고 중요하게 남았으며 훗날 헌법재판소의 결정에도 큰 영향을 미치게 되었다. 왜냐하면 1962년 11월 6일 결정은 헌법 제11조에 정한 국민투표를 통해 제정된 법률에 대한 위헌심사권은 헌법재판소가 가지고 있지 않다고 하는 것이고, 결국 이는 헌법재판소가 자신의 권한에 대하여 제한을 하는 결정이었기 때문이다.

헌법재판소는 결정문에서 이미 그 이전에 다른 사건의 결정문에서 언급하였던 내용들을 다시 한번 확인하였다. 즉 결정문 첫 번째에서 “헌법재판소의 권한은 헌법에 의하여, 그리고 헌법 제7장(제7장은 헌법재판소에 관한 규정들이다)의 적용을 위하여 행하여진 헌법재판소에 관한 1958년 11월 7일의 조직법률의 조항들에 의해서 엄격하게 제한되어 있다. 따라서 헌법재판소는 이러한 조문들에 의하여 제한적으로 규정된 것 이외의 사항에 대하여 심사할 수 없다.”라고 하고 있다. 이러한 헌법재판소 권한의 한계에 관한 설시는 그 이전에 이미 1960년 12월 23일 ‘국가재편성(Regroupement nationale)’ 결정<sup>323)</sup>에서 언급된 내용이었고 1961년 9월 14일 결정<sup>324)</sup>에서 다시 한번 확인된 내용이었다. 따라서 당시 레오 아몽(Léo Hamon)은 “헌법재판소 결정은 이미 나타난 판례를 확인하게 하는 것뿐이다.”라고 하였다.<sup>325)</sup> 즉 국민투표를 통한 헌법개정에 관한 법률에 대한 위헌심사 사건은 1961년 9월 14일 결정에서 나타난 설시를 다시 한번 반복하고 있다는 것이다. 그러나 엄격하게 이야기해서 동일하게 반복하고 있는 것은 아니다. 1961년 9월 14일 결정은 헌법이 엄격하게 헌법재판소의 권한을 제한하고 있다고 설시하고 있다. 또한 헌법재판소는 헌법이 정한 형태에 따라서 헌법이 허용하고 있는 경우에만 결정을 하고 견해를 밝힐 수 있

323) C.C., n°23 déc. 1960, R. p.67.

324) C.C., n°14 sep. 1961. R. p.55.

325) Léo Hamon, Note au D., 1963, p.398 et s.

다고 하고 있다. 그러나 1962년 11월 6일 결정은 1961년 9월 14일 결정을 다시 한번 인용하면서도 똑같이 그대로 인용하는 것이 아니라 헌법재판소의 권한이 제한되는 이유를 더 자세히 설명하고 있다. 즉 헌법재판소의 권한은 헌법과 헌법 제7장을 시행하기 위한 1958년 11월 7일 헌법재판소에 관한 조직법률에 의하여 엄격하게 제한되어 있다고 하고 있다. 즉 1961년 9월 14일 결정에서는 헌법재판소의 권한이 제한되는 것은 헌법에 의해 제한된다고 하고 있으나 1962년 11월 6일 결정에서는 헌법재판소의 권한이 제한되는 것이 헌법과 헌법재판소에 관한 조직법률에 의하여 제한되는 것이라고 그 근거를 더 자세히 설명하고 있는 것이다. 이러한 설시는 헌법재판소의 권한의 한계를 더 이해하기 쉽게 설명하고 있는 것으로, 이는 헌법재판소가 자신에게 권한이 없다는 것을 밝히면서 그 법적 근거를 명확하고 더 자세하게 밝히는 것이라 할 수 있다. 따라서 헌법재판소에게 권한이 없다는 설시를 하면서 헌법재판소에 관한 조직법률이 필요하였던 것이다.

모든 규범작용에 대한 심사권을 가지고 있는 것은 아닌 헌법재판소는 어떠한 조항도 국민투표로 채택된 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에게 부여하고 있지 않다고 설시하였다. 이러한 헌법재판소의 판례는 30년 후에도 유지되었는데, 1992년 9월 23일 마스트리히트 사건<sup>326)</sup>에서 청구인들이 다섯 가지 이유, 즉 첫째 1962년 결정에서와는 달리 청구된 법률이 보통법으로 헌법이 아니라는 점, 둘째 헌법재판소가 1990년 1월 9일 결정에서 실시한 바와 같이 보통법률이 국민투표로 채택된 법률을 개정할 수 있다고 하였으므로 국민투표를 통하여 채택된 법률이 그 특성을 상실하였다는 점, 셋째 1974년 헌법개정이 60명의 국회의원들에게 위헌심사청구권을 부여하면서 위헌심사청구를 의회가 제정하는 법률에 한정하지 않았다는 점, 넷째 1962년 이후 헌법재판소가 전반적인 사법질서의 수호를 위하여 공권력 활동의 조정자로서의 역할을 포기하였다는 점, 다섯째 1962년, 1963년, 1974년 1992년의 헌법개정을 통하여 헌법적 의미가 바뀌었다는 점 등을 들면서 판례변경을 요구하였음<sup>327)</sup>에도 불구하고

---

326) C.C. n°92-313 DC, 23 sep., 1992.

327) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 5e éd., Montchrestien, 1999, p.201.

1962년 11월 6일 결정에 대한 판례변경을 하지 아니하였다.

#### (4) 의회제정법률과 국민투표제정법률에 대한 통제

국민투표를 통하여 법률을 제정하는 것이 의회에서 제정되는 법률과 동일한 성격의 법률인가, 즉 동일한 헌법재판의 대상이 되는가 하는 것이 문제였다.

헌법 제61조 제2항에 근거하여 위헌법률심판을 청구한 상원의장은 청구서에서 헌법재판소에 위헌심판청구되는 ‘법률’은 의회에서 제정하는 법률뿐만이 아니라 국민들에 의하여 제정되는 법률도 포함된다고 주장하였다. 사실 헌법 제61조의 해석상 위헌법률심판의 대상이 되는 법률에서 국민투표를 통하여 제정되는 법률은 제외된다는 헌법재판소의 해석은 무리한 측면이 있다.<sup>328)</sup> 상원의장은 대표자와 국민투표를 통해 국민주권이 실현된다는 헌법 제3조 제1항을 근거로 청구를 하였다.

그러나 헌법재판소는 이러한 주장을 이유없다고 하였다. 헌법 제61조에서 규정하고 있는 법률은 단지 의회에 의하여 투표된 법률만을 의미하는 것이지, 국민투표에 의하여 채택된 법률은 대상이 될 수 없다는 것이었다. 이것은 국민주권의 직접적인 표현이기 때문이라는 것이다. 즉, 헌법은 헌법재판소를 공권력 활동의 조정자로서 만들었고, 국민투표는 국민주권의 직접적 표현인 범위에서는 공권력 활동의 일부분으로 고려되어 질 수는 없다는 것이었다. 또한 공권력 활동은 간접적인 표현이라는 것이었다. 이러한 해석은 또한 헌법에 의하여 확인된다는 것이다. 특히 국민투표에 의하여 법률이 채택된 후 어떠한 헌법재판소의 개입도 허용하지 않는 헌법 제11조와 제60조에 의하여 확인되고, 또한 헌법재판소에 관한 조직법률은 제17조와 제23조에 의하여 의회에서 투표된 법률만이 헌법재판소의 위헌심판청구에 회부된다는 점 등을 통해서 헌법재판소의 결정이 타당하다는 것이다.

사실 헌법재판과 직접민주주의와의 관계에 있어서 직접민주주의가 발달하고 간접민주주의를 보완하기 위한 직접민주주의적 제도가 자주 이용된다면, 헌법재판소는 자신의 규범통제권의 한계를 국민들에게 보여주는 경우가 발생하게

---

328) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDC.C., 13e éd, 2005, p.175.

되는 측면도 있다.<sup>329)</sup>

헌법재판소의 창설과 유지는 1958년 헌법제도 안에서 공권력 작용의 합리화를 시도하였는데, 의회와 정부사이에 새로운 권한의 분배와 관련되어 있다. 헌법재판소는 의회와 행정부사이에 균형을 유지시켜주는 중요한 역할을 하고 있는 것으로 여겨졌다. 따라서 헌법의 정신은 헌법재판소를 공권력 작용(즉 의회와 행정부 사이)의 조정자로서 만들었던 것이었다.

마스트리히트III(Maastricht III) 사건<sup>330)</sup>에서 청구인들이 주장했던 것처럼, 오늘 날 헌법재판소를 단순히 공권력 행사의 조정자로서만 보기는 힘들고 헌법재판소가 결정에서 실시한 헌법의 정신도 과거와 동일하다고만 볼 수는 없다. 왜냐하면 1962년, 1963년, 1974년, 1976년, 1992년 헌법 개정은 큰 근본적인 변화를 가져오는 개헌이었다고 볼 수 있는 것이다.<sup>331)</sup> 따라서 헌법재판소는 1992년 9월 23일 마스트리히트III 결정에서는 권한부재의 근거에서 헌법정신과 공권력 행사의 조정자라는 표현을 제외하였다. 특히 1992년 결정에서 위헌법률심판의 근거로서 헌법정신(l'esprit de la Constitution)을 제외한 것은 타당한 결정이었다. 왜냐하면 헌법정신이라는 근거는 너무 막연하고 애매한 표현이기 때문에 위헌법률심판의 근거규범으로서 삼기 어렵기 때문이다.<sup>332)</sup>

헌법재판소는 결정에서 단지 헌법과 헌법재판소에 관한 조직법률만을 근거로 하면서 헌법재판소가 국민투표를 통하여 제정된 법률에 대한 위헌심사권을 가지고 있지 않다고 하였는데, 사실 자신의 헌법재판소의 결정을 정당화하기 위해서는 제5공화국 제정 당시 헌법자문위원회(Comité consultatif constitutionnel)의 논의를 근거로 할 수도 있었을 것이다. 즉 제5공화국 헌법제정 당시의 헌법제정 논의를 통해서 자신의 결정의 타당성을 논증할 수도 있었다. 제5공화국 헌법제정 당시 정부에 의하여 제출된 헌법 초안은 헌법재판 청구권을 가진 여러

---

329) Andreas Auer, La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire, in Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, p.171; Francis Hamon, Le choix d'un système électoral par la voie référendaire, RFDC, 1997, p.64.

330) C.C. n°92-313 DC, 23 sep., 1992.

331) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 13e éd, 2005, p.176.

332) Dmitri Georges Lavroff, Le droit constitutionnel de la Ve République, 2e éd., Dalloz, 1997, p.177.

공권력들이 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 ‘의회에 의하여 표결된 조문(texte)’의 헌법적 특징에 대한 평가를 요구할 수 있다고 하였다. 이러한 헌법 초안의 의도는 명백했던 것이다. 그러나 이러한 헌법 초안은 발랑탱(Valentin)에 의하여 헌법자문위원회에서 수정되었는데, 더 이상 ‘의회에 의하여 표결된 조문’이라는 표현을 사용하지 않게 되었다. 그 대신에 초안에서는 마지막 항에서 헌법재판소가 청구된 조문의 전부 또는 일부에 대하여 헌법에 위반된다고 결론을 내리면, 위헌이라고 선언된 조문은 단지 수정 혹은 분리되어 공포되거나 시행될 수 있다고 하고 있다. 그러나 국민투표로 채택된 법률은 수정되거나 새로운 토론을 할 수 없는 것이다. 헌법 제62조 제1항(위헌으로 선언된 조문은 공포되거나 시행될 수 없다)이 된 조문이 논의될 때, 위헌으로 선언이 되면 새로운 수정 독회가 대통령에 의하여 행해질 수 있는데, 이것이 대통령의 재량인가 혹은 의무인가가 논의되었었다. 이에 대하여 당시 법무부 장관이던 드브레(Debré)는 “정부가 새로운 논의를 할 수도 있고 혹은 위헌으로 선언된 조문을 공포할 수도 있으며, 아니면 단순히 잠시 기다릴 수도 있을 것이다. 새로운 독회가 자동적으로 행해지는 것은 바람직하지 못하다”고 하였다.<sup>333)</sup> 따라서 의회에 의하여 표결된 법률만을 대상으로 한 논의였다고 생각할 수 있다. 이러한 의미에서 헌법자문위원회가 헌법에 포함시키고자 했던 조문을 헌법재판소에 관한 조직법률에서 제22조와 제23조로 하고 있는 것이다. 즉 헌법재판소에 관한 조직법률 제22조 제2항은 헌법재판소에 회부된 법률에 위헌규정이 포함된 것으로 선언된 경우, 그 규정이 동 법률로부터 분리될 수 없다는 확인이 동시에 행해지지 않은 때에는, 대통령은 당해 규정만을 삭제한 법률을 공시하거나 또는 국회에 대하여 새로운 독회(lecture)를 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법재판소는 1962년 11월 6일 결정에서 위의 헌법재판소에 관한 조직법률 제23조를 거론하였는데, 그것은 이 조문이 의회에서 채택된 법률만을 가정하고 규정하고 있기 때문이었던 것이다.<sup>334)</sup>

헌법재판소가 실시하였듯이, 여기에서 우리가 알 수 있는 것은 헌법 제60조를 통하여 헌법재판소의 개입으로 인하여 입법절차가 정지됨에 반하여, 헌법

---

333) Débat C.C.C, p.78.

334) Léo Hamon, D., 1963, p.399.

제11조를 통한 법률제정에 대하여 공포 전에 헌법재판소가 개입할 수 있는 근거가 전혀 없다는 것이다. 정부의 초안과 헌법자문위원회의 논의는 헌법 제11조와 헌법 제60조에 관한 토론에서 국민투표를 통하여 법률의 제정에 대하여 전혀 문제가 되지 아니하였다는 것이다.

결국 의회제정법률과 국민투표를 통해 제정된 법률의 경우, 대통령이 판단하기에 법률이 헌법에 위반되는 것 같은 경우 의회입법이 아닌 국민투표를 통한 입법을 하면 아무런 통제를 받지 않을 수 있다는 결론에 도달한다.<sup>335)</sup> 그러나 이는 헌법에서 요구하는 입법이라 할 수 없을 것이다.

### (5) ‘공권력 행사의 조정자’로서 헌법재판소

헌법재판소는 그 자신이 1962년 11월 6일 결정에서 ‘공권력 행사의 조정자(régulateur de l’activité des pouvoirs publics)’라고 정의하였다. 이는 헌법재판소에 대하여 일반적으로 규정하고 있는 헌법 제7장이 아닌 헌법제정 당시의 정신을 고려하여 정의를 내린 것이었다.

그러나 문제는 이러한 정의가 오늘날에도 그대로 적용될 수 있는가 하는 점이다. 헌법재판소는 필수적으로 위헌법률심판을 하는 기관이면서 동시에 기본권을 보장하는 기관이다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 1992년 9월 23일 결정에서는 이러한 정의를 사용하기를 거부하였고 헌법에 의하여 성립된 권력기관들의 균형자라고 하였다.

중요한 사실은 헌법재판소에 의하면 헌법재판소가 국민주권의 간접적 표현에 대해서만 조정을 보장하는 것이지 국민주권의 직접적 표현에 대해서는 조정할 수 없다는 것이다. 즉 헌법재판소는 ‘헌법 제61조에서 규정하고 있는 법률은 단지 의회에서 표결된 법률만을 의미하는 것이지 주권자인 국민들의 직접적인 의사표현인 국민투표를 통해 채택된 법률을 의미하는 것이 아니’라고 하였던 것이다.

이러한 실시는 1992년 9월 23일 결정<sup>336)</sup>에서도 유지되었다. 1992년 9월 23일

---

335) Francis Hamon, L’extension du référendum : données, controverses, perspectives, Pouvoirs, n°77, 1996, p.120.

336) C.C. n°92-313 DC, 23 sep., 1992.

결정에서도 헌법재판소는 “헌법에 의하여 성립된 권력의 균형적인 관점에서, 헌법이 제61조에서 의미하는 법률들은 단지 국회에 의하여 표결된 법률만을 의미하는 것이지, 헌법재판소에 의하여 적합성이 심사되는 국민투표에 의하여 프랑스 국민들에 의해 채택된 국민주권의 직접적인 표현인 법률을 의미하는 것은 아니다”라는 것이다.

1962년 11월 6일 결정에서 헌법재판소가 내린 자신의 권한에 대한 한계에 대하여 우리는 다음과 같은 결론을 내릴 수 있을 것이다. 즉 헌법재판소는 입법권의 모든 작용에 대한 심사를 받아들였다. 입법권이 국회에 의하여 행사되어 지건 혹은 국민들에 의하여 행사되어 지건 다 받아들였으며, 보통법률(*loi ordinaire*)이건 혹은 조직법률이건 다 받아들였다. 다만 헌법재판소는 헌법제정 권력이 헌법제정의회에 의하여 행사되어 지건 아니면 국민들에 의하여 행사되어 지건 간에 헌법제정권력자(*Pouvoir constituant*)가 행사하는 것에 대한 심사는 거부하였다. 이러한 해석은 결정문에서 찾을 수 있는데, 국민주권의 간접적인 의사표시에 대해서는 통제를 할 수 있으나 국민주권의 직접적인 표현에 대해서는 통제할 수 없다는 데에서 알 수 있는 것이다. 그러나 이러한 설시는 논리적으로 볼 때, 다음과 같이 연결될 수도 있다. 즉 의회가 하는 것은 헌법제정이든 입법이든 무엇이든 간에 국민주권의 간접적인 표현이므로 헌법재판소가 통제할 수 있다는 것이 될 것이고, 반면에 국민투표를 통하여 행해지는 것은 그것이 헌법제정이든 혹은 입법이든 간에 무엇이든지 통제할 수 없다는 것이 된다.

그렇다면 헌법재판소는 헌법개정에 있어서 양원합동으로 개정되는 헌법법률(*loi constitutionnelle*)에 대해서는 위헌심사를 할 수 있다는 것인가? 프랑스 제5공화국은 1958년 이후 2007년 2월까지 총 22번 헌법개정을 하였는데, 그 가운데 두 번, 즉 1962년 대통령 직선제를 위한 헌법개정과 2000년 10월 대통령 임기 5년을 위한 헌법개정을 제외하고는 모두 국민투표없이 양원이 합동으로 표결하는 절차를 거쳐서 헌법이 개정되었다. 따라서 프랑스에서 헌법개정이 국민투표없이 양원합동의회(*Congrès*)에서 표결되어 이루어졌는데, 이러한 헌법개정 헌법법률에 대하여 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있다고 보아야 할 것인가가 문제된다. 헌법재판소는 1992년 9월 23일 결정에서 국민투표를 통하여 채택

된 법률은 그 내용이 헌법적 가치를 가진 건 혹은 법률적 가치를 가진 건 상관 없이 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 없다고 하였다.

그러나 문제가 되는 것은 헌법법률이 국민투표가 아닌 양원합동의회를 통해서 채택될 경우이다. 이와 관련하여 헌법재판소의 판례를 보면, 일단 헌법재판소는 양원합동의회에서 채택된 국회규칙(règlement)<sup>337)</sup>에 대한 위헌심사를 하였다.<sup>338)</sup> 헌법 제61조 제1항이 단지 ‘국회 규칙(règlement des assemblée parlementaires)’이라 하고 있고 또한 헌법재판소에 관한 조직법률 제17조 제1항이 ‘국민의회 또는 상원에서 채택된 규칙(règlements adoptés par l’une ou l’autre assemblée)’에도 불구하고 심사를 하였던 것이다.<sup>339)</sup> 그렇다면 헌법재판소는 헌법 제61조 제2항을 근거로 양원합동의회에서 채택된 헌법개정 헌법법률에 대한 위헌심사를 할 것인가? 이에 대하여 1962년 11월 6일 결정의 논리대로라면 가능하다고 보아야 할 것이다. 즉 이는 주권자인 국민들의 직접적인 의사표현이 아니기 때문이다. 그러나 헌법재판소가 공권력의 조정자로서 정의 내려진 한도에서 헌법재판소는 공권력의 행사가 아닌 헌법제정권력의 활동에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 것인가?

이에 대한 답이 최근에 내려졌다. 2003년 3월 17일 양원합동의회에서 채택된 공화국 조직에 관한 헌법법률이 상원의원 61명에 의하여 위헌심판청구가 되었는 데, 이는 이미 제5공화국 들어서 그 이전까지 12번이나 양원합동의회에서 헌법개정이 이루어졌으나 처음으로 헌법재판소에 위헌심판이 청구되었던 것이다.

---

337) 의회가 자치성과 독자성을 확보하기 위하여 의회에 관한 사항을 규율하는 규범으로서 의회의 규칙. 따라서 상원에 관한 것으로는 상원 규칙(règlement du Sénat)이 있고 별도로 국민의회에 관한 규칙(règlement de l'Assemblée nationale)이다. 우리나라의 국회법과 국회규칙에 해당한다고 볼 수 있다. 이 규칙은 권력분립의 원칙 아래 의회가 독자적으로 정한다는 점에서 법률이 아닌 규칙이라는 명칭으로 표현되고 있다. 의회의 규칙은 헌법 제61조가 조직법률과 마찬가지로 헌법재판소의 의무적 사전위헌심사를 받도록 하고 있다. 이는 의회 스스로가 의회에 관한 규범을 제정하면서 의무적으로 위헌심사를 받지 않는다면 의회에 유리한 규칙을 남발하는 등 권력분립의 원칙이라든지 하는 헌법에 위반되는 규칙을 제정할 수 있기 때문에 의무적으로 사전통제를 받도록 하고 있다.

338) C.C. n°63-24 DC, 20 déc. 1963, Rec. 16, RJC I-13.

339) J. Larché, AJ, 1972, p.132.



이에 대하여 헌법재판소는 2003년 3월 26일 결정을 하였는데, 헌법재판소는 조문에서 규정된 사항 이외에 대해서는 권한이 없다고 하면서 각하결정을 하였다.<sup>340)</sup>

## (6) 국민투표를 통하여 제정되는 법률의 성격

헌법재판소가 국민투표를 통하여 채택된 법률에 대하여 위헌여부를 심사할 권한이 없다고 결정하였는데, 그렇다면 국민투표를 통하여 채택되는 법률은 어떠한 성격을 가지는가 하는 점을 살펴보아야 할 것이다. 헌법 제11조의 국민투표절차가 헌법개정을 위하여 사용될 수 있는가 혹은 헌법 제89조가 헌법개정을 위한 유일한 절차인가 하는 점은 헌법재판소에 의하여 명시적으로 실시되지는 아니하였다.<sup>341)</sup> 아몽(Hamon) 교수가 언급한 바와 마찬가지로 헌법재판소가 국민투표를 통하여 채택되는 법률에 대해서는 위헌심사권이 없다는 결정은 헌법재판소로 하여금 많은 비난을 받게 하였다. 즉 “헌법에서 국민투표를 활용한다는 것과 대통령이 국민투표를 통하여 채택된 법률을 공포하는 것은 원칙(doctrine)과 관례(pratique)가 인정해야 하는 관습(coutume)안에서 헌법을 해석하도록 하는데 이르렀다”는 것이었다.<sup>342)</sup> 이러한 국민투표와 관련된 논란은 1969년 상원개혁과 관련하여서도 많은 논쟁을 불러일으켰으며 오늘날에는 일반적으로 인정되는 것이다.

헌법재판소는 1962년 11월 6일 결정에서 국민투표를 통하여 채택되는 법률은 국민주권의 직접적인 표현이라고 하였는데, 이는 주권의 특징과 국민투표를 통하여 채택되는 법률에 대해서는 위헌여부를 문제삼을 수 없다는 점을 나타낸 것이라 할 수 있다.

그러나 헌법재판소의 국민투표에 대한 적법성 심사권한을 고려한다면 반드시 헌법재판소의 결정이 타당하다고 볼 수도 없을 것이다. 헌법 제60조는 헌법

---

340) C.C. n°2003-469 DC du 26 mars 2003.

341) G. Berlia, Le mode d'élection du président de la République et la procédure de l'article 11, RDP, 1962, p.931 et s; P. Lampué, Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962, RDP, 1962, p.936.

342) Léo Hamon, D., 1963, p.399.

재판소에 국민투표의 시행과정의 적합성을 판단하도록 하고 있고 헌법재판소에 관한 조직법률 제50조 제2항이 국민투표의 무효를 선언할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 사실은 헌법재판소에 국민 의사를 무효로 할 수 있는 권한이 주어졌다는 것이나 다름없다. 따라서 만약에 당시 상원 의장이던 모네빌의 국민투표 시행에 대한 적법성 여부에 대한 청구가 헌법재판소의 결정 이전에 있었다면, 헌법재판소는 모네빌의 청구에 대하여 심사하였을 지도 모를 일이다. 사실 모네빌의 국민투표 시행에 대한 적법성여부에 대한 청구는 헌법재판소의 결정전고 전에 있었다. 왜냐하면 모네빌의 국민투표 시행에 대한 적합성여부에 대한 청구도 1962년 11월 6일에 있었고, 헌법재판소의 선고도 1962년 11월 6일에 있었던 것이다.<sup>343)</sup> 결국 헌법재판소는 모네빌의 청구에 대하여 심사를 하지 아니하였고, 따라서 국민투표로 채택된 법률에 대하여 대통령이 공포하였던 것이다. 이러한 상황은 의회에서 통과된 법률의 경우, 의회에서 표결된 순간부터 대통령이 법률을 공포하기 전까지 기간에 헌법재판소에 위헌심판청구가 이루어진다는 점에서 차이가 있다. 그러나 헌법재판소가 모네빌의 청구에 대하여 심사를 하였다면, 한편으로는 국민투표로 채택된 법률의 존재여부에 대하여 심사를 하였을 것이고, 다른 한편으로는 그 효력에 대하여 심사를 하였을 것인 바, 그렇다면 결과는 달라졌을지도 모르는 일이었다.

이는 1992년에 헌법재판소는 국민투표로 채택된 법률의 경우 공포되기 전에 헌법재판소가 청구를 수리하였다는 점이 주목된다.

국민투표로 채택된 법률에 대한 심사는 인정되지 않는다는 것이 헌법재판소의 판례인데, 이는 국민주권의 직접적인 표현 때문이라는 것이다. 그러나 그렇다고 국민투표로 채택된 법률이 항상 합헌이라는 것을 의미하는 가하는 점은 별도로 생각해 보아야 할 것이다. 사실 1962년 11월 6일에 공포된 법률은 헌법 제6조와 제7조가 된 규정을 포함하고 있고 1958년 11월 7일 n°58-1064 조직법률(Loi organique relative à l'élection du président de la République)을 대체하는 조항을 포함하고 있다. 이러한 조직법률적 조항들(dispositions organiques)은 대통령 선거의 형태와 특히 후보자에 대하여 규정하고 있다. 그렇다면 조직법률적 조항들을 수정하기 위해서

343) Louis Favoreu et Loïc. Philip, GDCC, 13e éd, 2005, p.180.

는 국민투표가 필수적이든가 혹은 양원합동의회에 의한 헌법개정이 필수적인 요소가 되는 것인가 하는 점을 생각해 볼 수 있으나, 의회에서의 조직법률에 대한 투표로 충분하다고 본다. 왜냐하면 단순히 조직법률을 수정하는 것이기 때문이다.<sup>344)</sup> 실제로 1976년 18일 법률은 1962년 11월 6일 법률을 수정하는 조직법률이었는데, 이 법률이 의회에서 통과되어 헌법재판소에 위헌청구되었으나 헌법재판소가 합헌결정을 하였다.<sup>345)</sup>

보통법률(*loi ordinaire*)의 경우도 국민투표로 채택된 법률을 개정하거나 폐지할 수 있다. 이러한 점은 1990년 1월 9일 결정<sup>346)</sup>을 통하여 확인되었는데, 이 결정에서 헌법재판소는 주권이 국민에게 있다고 선언한 헌법 제3조와 프랑스 인권선언 제3조가 입법자가 구법률을 수정하거나 보충하거나 혹은 폐지하는데 아무런 방해도 하지 못한다고 하였다. 결국 수정되거나 보충되거나 혹은 폐지되는 조항들은 의회에 의하여 이미 투표된 법률이거나 혹은 국민투표를 통하여 채택된 법률조항이라는 것이다.

국민투표로 채택된 법률에 대하여 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 없다는 것은 만족스런 결과는 아니다. 이러한 법의 흐름은 헌법제정권력자가 헌법재판소에게 일반적인 권한을 부여하고 있지 않고 있는 결과인데, 헌법제정권력자가 미처 이러한 점을 생각하지 못하였던 것이다.

이에 대해 브렐(Vedel)교수는 다음과 같이 이야기하였다. “1958년 제도에서 헌법재판소가 일반적인 권한을 가지고 있는 것은 아니다. 헌법재판소는 심사기관이다. 많은 비판들이 헌법재판소의 역할에 관한 것이다. 헌법재판소가 1962년 국민투표의 적합성에 대하여 선언해서도, 할 수도 없는 것이다. 뱅상 오리올과 모네빌은 헌법재판소가 회피한다고 비난할 때, 법적으로는 옳지 않았다. 정치적으로, 비난은 헌법재판소에 대한 것이 아니라 헌법조문의 제안자, 즉 헌법재판소의 역할을 한정할 자들에게 하는 것이었다.”<sup>347)</sup>

1984년 여름에 헌법 제11조의 이용 가능성과 국민투표로 채택된 법률의 정당성에 관한 문제가 국민투표를 위한 국민투표와 함께 논란의 대상이 되었

---

344) *ibid.*

345) C.C. n°76-65 DC du 14 juin 1976.

346) C.C. n°89-265 DC du 9 janvier 1990.

347) Georges Vedel, *Le Monde*, 30 déc. 1971.

다.<sup>348)</sup> 결국 대통령의 국민투표를 통한 입법영역의 확대는 실패로 돌아갔다. 그러나 문제는 또 한번 제기되어, 헌법재판소가 1962년 판례를 유지할 수 있는가 하는 것이었다. 이에 대하여 정부와 의회 다수당인 사회당은 헌법재판소의 자문기관으로서의 역할을 확대하는 것을 제안하였었다.

또한 1988년 11월 6일 누벨 칼레도니(Nouvelle-Calédonie)의 지위에 관한 국민투표가 실시되었다. 그 결과 대략 80% 정도의 찬성을 얻었다. 이 때 국민투표로 채택된 법률은 헌법재판소에 회부되지 않았다.

이러한 국민투표로 채택된 법률도 60인 이상의 국민의회 혹은 상원 의원들에 의하여 헌법재판소에 심판청구 될 수 있었을 것이다. 그러나 야당의 일부가 국민투표를 통하여 법률을 제정하는 것에 우호적이었다. 그리고 다른 한 정당(RPR)은 기권을 권하였다. 따라서 1962년도에 드골주의자들이 국민투표로 채택된 법률에 대한 적합성 여부에 대하여 헌법재판소에 청구하는 것을 만장일치로 회피한 것처럼 이번에도 헌법재판소에 심사청구를 하는 것은 어려웠다.

30년 동안 사실과 법적 관계가 변화였다. 대통령이 입법자로부터 헌법재판소의 비난을 벗어나기 위하여 헌법 제11조를 너무 자주 사용하는 경우, 어느 날 인가는 그의 판례에 영향을 미칠 것이라는 점이 문제될 수 있다.<sup>349)</sup>

비록 의회에서 제정한 법률보다 더 큰 정치적 정당성을 가지지만 현재까지 헌법 제11조 국민투표를 통하여 채택된 법률은 극히 드물었다. 1995년 8월 4일 헌법개정을 통하여 헌법 제11조의 적용영역의 확대는 앞선 경험을 일반화하는 것이었다. 국민주권의 원칙이 국민투표로 채택된 법률을 심사하는데 방해가 될 수 없다. 입법 국민투표로 제정된 규범도 헌법과 국제조약을 준수하여야 할 것이다. 이러한 점에서 행정법원의 판례는 또 다른 의미가 있다. 행정최고재판소의 Sarran 사건의 정부의견(Conclusion)에서 정부 논고담당관(Commissaire du gouvernement)인 모구에(Maugüé)는 “국민투표로 채택되는 보통의 법률은 조약에 위반되는가 여부에는 회부되지만 위헌법률심판 대상에서는 제외된다”고 하였다.<sup>350)</sup>

---

348) Louis Favoreu, Le référendum sur le référendum ; exemple d'un débat anachronique, Mélanges en hommages à Maurice Duverger, Droit, institution, et systèmes politiques, PUF, 1988, p.79 et s.

349) Louis Favoreu, Le Monde, 4 novembre 1988.

## 2. 현행<sup>351)</sup>

### (1) 의무적 위헌법률심사 대상의 확대

프랑스에서 사전적 규범통제의 대상이 되는 규범은 법률과 국민의회와 상원의 의회규칙이었다. 프랑스에서 법률은 조직법률과 보통법률로 나눌 수 있는데, 의회가 제정하는 규범으로서 법률 가운데 헌법에서 특히 조직법률로 규정하도록 요구하는 사항에 대해서는 반드시 조직법률로 정하여야 한다. 헌법상 조직법률로 규정하도록 열거한 사항만을 조직법률로 규정하는 대개의 경우 공권력의 조직이라든가 기능에 관한 사항이다. 조직법률은 보통법률과는 다른 특별한 입법절차를 거치도록 되어 있다. 조직법률은 법률안의 심의 전에 최소한 15일의 숙고기간을 정해놓고 있다. 또한 상원에 관계되는 조직법률의 경우를 제외하고는 최종적으로 조직법률안을 국민의회가 최종적으로 조직법률안을 채택할 수 있으며 재적의원 과반수의 찬성을 얻도록 하고 있다. 또한 위헌법률심판을 담당하는 헌법재판소의 위헌심사를 의무적으로 받도록 되어 있다. 조직법률안이 의회를 통과하면 공포되기 전에 필수적으로 헌법재판소의 위헌심사를 받아야 하는 것이다. 보통법률의 경우에는 청구인들의 청구가 있는 경우에 한하여 위헌심사를 하나 조직법률의 경우에는 의무적인 것이다. 이는 조직법률 자체가 공권력의 조직 또는 권한에 관계되는 것이기 때문에 사전적 위헌심사를 하는 프랑스 위헌법률심판에서 청구인들의 청구가 없는 경우 통제가 안 되고 권력 분립원칙이 깨질 수 있기 때문인 것이다. 조직법률은 그 특성상 헌법과 보통법률의 사이에 위치하는 규범력을 가진다고 본다. 헌법재판소도 일반법률에 대한 위헌심사를 하는 경우 조직법률도 그 심사 기준이 되는 규범이 된다고 하였다.

따라서 프랑스에서 의무적인 사전 위헌심사의 대상이 되는 규범은 조직법률과 의회규칙이었다. 그러나 2008년 7월 헌법 제61조를 개정하여 헌법 제11조에서 규정하고 있는 국민투표에 의한 법률가운데 의회가 제안한 국민투표 법률도 의무적으로 사전적 규범통제의 대상이 되었다. 국민투표를 통하여 법률을

350) RFDA, n°6, 1998, p.1087.

351) 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학연구 제10권 제1호, 2009. 2, 284면 이하 참조.

제정할 때, 국민투표를 통한 법률이 국회의원에 의하여 제안이 되면 국민투표에 회부되기 전에 헌법재판소가 반드시 위헌심사를 하도록 한 것이다. 이는 조직법률이나 의회규칙과 동일한 절차로 위헌심사를 하도록 한 것이다. 따라서 조직법률과 의회규칙이 어떻게 위헌심사가 이루어지는가를 살펴보면 국민투표를 통한 법률이 어떻게 위헌심사가 이루어지는가를 알 수 있다.

파보로교수와 필립교수는 헌법재판소가 행하는 심사는 완전한 것이라고 하면서 헌법재판소는 필수적으로 조직법률의 합헌성 문제의 전체에 대하여 위헌심판청구되는 것이고 헌법재판소 스스로 모든 조항이 헌법 안에 포함된 절차나 내용에 적합한지를 심사하여야 한다고 하였다.<sup>352)</sup> 또한 즈느브와도 “조직법률에 대한 의무적인 심사로 인하여 헌법재판소에 위헌심판청구되었을 때, 헌법재판소에 의하여 행하여지는 위헌심사는 헌법재판소에 청구된 조직법률 전체에 대하여 행하여진다.”라고 하였다.<sup>353)</sup>

조직법률과 마찬가지로 의무적 심사대상인 국회규칙도 전체조문이 심사의 대상이 된다고 보고 있다. 프랑스 헌법재판소는 그의 첫 결정인 1959년 5월 14일 결정에서 “헌법 제61조에 근거하여 헌법재판소에게는 전체조문에서 독립하여 국민의회 규칙의 개별조항에 대하여 심사할 이유가 없다.”라고 하여 전체규칙에 대하여 심사함을 명백히 하였다.<sup>354)</sup> 그리고 헌법 제46조가 “조직법률은 헌법에의 적합성이 선언되지 아니하면 공포될 수 없다.”라고 하여 조직법률의 의무적 심사에 대하여 규정하고 있는데, 이 조문의 규정이 조직법률이라고 하고 있지 조직법률의 조항이라고 하고 있지 아니하므로 조직법률 전체에 대하여 심사하는 것이 될 수도 있다. 따라서 조직법률이라든가 국회의 규칙처럼 헌법재판소의 의무적 심사인 경우에는 위헌심사의 제소권자들에게 위헌심사의 대상에 있어서 어떠한 재량도 부여하고 있지 않다고 볼 수가 있다. 결국 의무적 심사에 있어서는 청구인들이 위헌에 대한 이의를 제기하는 것이 아니라 헌법에 의하여 부과된 임무를 수행하는 것이 될 수도 있는 것이다.<sup>355)</sup>

---

352) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 14e éd., Dalloz, 2007, p.187.

353) Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Principes directeurs, Editions S.T.H., 1988, p.46.

354) C.C. n°59-1 DC, 14 mai 1959, Rec., p.57.

355) Thierry Di Manno, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions

국회규칙이 헌법재판소의 의무적인 위헌심사의 대상이 되는 것은 국회규칙이 국회의원들의 권한과 관계되기 때문이다. 국회의원들이 자신들의 권한에 관한 법규를 자신들 스스로 제정·개정할 수 있기 때문에 헌법재판소의 의무적 위헌심판대상이 되는 것이다. 그러나 헌법재판소의 관례를 통하여 볼 때 제도적으로 의회 규칙을 헌법재판소의 통제에 두는 것이 의회에 불리하게 작용한 것만은 아니다.<sup>356)</sup> 헌법재판소는 의회기관에 대한 국회의원의 개인적인 권리 특히 소수당의 권리와 마찬가지로 정부에 대한 의회의 권리를 보호하였다. 그 일례를 보면 헌법재판소는 국민의회의원의 과반수의 요청으로 소집된 임시회의를 그 회기의 의사일정이 끝나기 전에 정부에서 중단시키는 것을 간접적으로 저지하였다. 헌법재판소는 정치단체의 정책선언이 헌법 제4조의 규정과 일치된다고 하면서 국민의회의 권한으로 그 정치단체의 구성을 방해하는 것을 인정하지 않았는데, 그것은 정부에 대한 것과 마찬가지로 국민의회의 다수당에 대하여서도 자유를 보호하는데 적합한 조치였다.<sup>357)</sup> 동일한 의미에서 헌법재판소는 무소속의원들이 국민의회에서 어떠한 권리를 행사하고 정당이 없는 단체를 구성하는 것을 보장하였다.<sup>358)</sup> 헌법재판소는 국민의회 규칙의 합헌성 통제를 보장하면서 의회로 하여금 합리화된 의회제도(Parlementarisme rationnalis )의 규정을 준수하도록 하는데 크게 기여한 것은 분명하다. 또한 헌법재판소에서는 의회가 이전의 제도에서 이미 보유하고 있던 권리를 회복하는 것, 즉 결의안 제의를 이용한 발의권 회복, 표결방해에 대한 항의·질의 등 의사일정의 결정 사항에 있어서의 헌법적용을 여러 차례 반대하였다.<sup>359)</sup>

프랑스 헌법재판소는 의무적 심사사항인 조직법률에 대하여 국회의원들이 몇몇 조항들만 위헌심사를 제기한 것에 대하여 각하하였다. 프랑스 헌법재판소는 1992년 2월 21일 법관의 지위에 관한 조직법률(loi organique relative au statut de la magistrature)에 대한 위헌심판결정<sup>360)</sup>에서 국회의원들이 청구한

---

soulevés d’office, Economica et PUAM, 1994, p.19.

356) L. Vier, Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées parlementaires, RDP, 1972, p.165.

357) C.C. n 59-2 DC, 17 juin 1959, Rec., p.59 et s.

358) C.C. n 71-42 DC, 18 mai 1971, Rec., p.19 et s.

359) Louis Favoreu et Loïc Philip, Le Conseil constitutionnel, PUF, 1991, pp.56-57.

조직법률에 대한 위헌심판청구를 각하하였던 것이다. 이 결정에서 헌법재판소는 “헌법 제61조 제1항에 근거하여, 조직법률은 공포 전에 헌법에 대한 합헌성을 선언하는 헌법재판소에 회부되어야 한다. 헌법 제63조에 따르면 조직법률이 헌법재판소의 조직과 기능에 대하여 규율하며 또한 헌법재판소에서의 심판 절차를 규정한다. 이러한 조항들에 근거하여 1958년 11월 7일의 헌법재판소에 관한 법률명령 n°58-1067은 ‘의회에 의하여 채택된 조직법률은 수상에 의하여 헌법재판소에 이송된다’라고 하고 있다.”라고 하여 조직법률이 수상에 의하여 헌법재판소에 이송되는 근거를 설명하였다. 그리고는 “헌법이 조직법률의 특성을 부여한 법률에 있어서, 위의 조문들의 적용으로 인하여 행하여지는 헌법재판소에의 의무적인 이전 이외의 모든 다른 것은 절차에서 벗어난다. 이러한 절차는 헌법 제61조 제2항에 근거하여 조직법률이 헌법재판소에 위헌심판청구되는 것을 방지한다.”라고 하여 수상 이외의 자가 조직법률을 헌법재판소에 제출할 수 없다는 것을 명백히 하였다. 따라서 국회의원들이 조직법률을 위헌심판청구한 것을 각하하였던 것이다. 그러나 물론 위 결정의 대상이 된 법률은 수상에 의하여서도 헌법재판소에 위헌심판청구가 되었으므로 헌법재판소는 법률 전체에 대하여 위헌심판을 하여 몇몇 조항에 대하여 위헌선언을 하였다.

따라서 의무적 심사에 있어서 제소는 위헌심사의 청구가 아니라 이전 (transmettre)으로 특징지어질 수가 있을 것이다. 이에겐 위헌이라 생각되는 이유라든가 아니면 결론이 전혀 포함되어 있지 않다. 조직법률을 헌법재판소에 위헌심판을 청구해야 하는 수상과 국회 규칙을 헌법재판소에 제소해야 하는 국민의회와 상원의 의장은 단지 조직법률과 국회규칙을 헌법재판소에 이전하는 수준에 그치는 것이다. 따라서 프랑스 헌법재판소는 청구서에 대하여 어떠한 논의도 하지 않고 있는데, 그 안에는 위헌이라 생각되는 이유가 전혀 포함되어 있지 않은 경우도 있다.<sup>361)</sup> 이러한 점들을 고려할 때, 프랑스 헌법재판소의 의무적 위헌심사에 있어서의 심판대상과 위헌이유에 관한 권한은 묵시적으로 형성되어졌다고 볼 수가 있다. 왜냐하면 헌법재판소에 위헌법률

360) C.C. n°92-305 DC, 21 février 1992, Rec., p.27.

361) Thierry S. Renoux, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire ; L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel, Economica et PUAM, 1984, p.67.



심판을 청구함에 있어서 모든 위헌이유의 생략으로 인하여 어떠한 이유도 심사의 대상이 될 수가 있기 때문이다.<sup>362)</sup>

결국 프랑스에서 국회의원이 제안한 국민투표 법률에 대하여 헌법재판소가 의무적으로 위헌심사를 하도록 한 것인데, 이는 헌법재판소의 1962년 11월 6일 결정<sup>363)</sup>과는 반대되는 것인데, 이 결정에서 헌법재판소는 헌법과 헌법재판소에 관한 법률명령 어디에도 국민투표 법률에 대한 위헌심사를 할 권한을 헌법재판소에 부여하고 있지 않다고 하면서 각하를 하였다.<sup>364)</sup> 결국 헌법에서 국민투표 법률에 대한 위헌심사를 하도록 하였으므로 헌법재판소가 국민투표 법률안에 대하여 위헌심사를 하는 것은 더 이상 문제될 것이 없다 할 것이다.

## (2) 국민투표 회부권의 다양화

프랑스는 대통령은 국회 회기 중에 정부의 제안에 따라 혹은 양원의 공동제안에 따라 관보에 공고하는 방법으로 공권력의 조직에 관한 법률안 혹은 국가의 경제·사회정책의 개혁에 관계되거나 혹은 이와 관련되는 공역무의 개혁에 관련되는 법률안 또는 헌법에 위반되지 않고 제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안에 대하여 국민투표에 회부할 수 있도록 하고 있으며, 국민투표가 정부의 제안으로 조직되었을 때 정부는 각각의 국회에서 토론에 회부할 것을 선언한다. 국민투표가 법률안을 채택하였을 때에는, 대통령은 국민투표 결과가 공포된 날로부터 2주일 안에 법률을 공포하도록 하고 있었다. 그러나 2008년 7월 헌법개정으로 국민투표의 대상이 되는 법률이 확대되어 ‘국가의 경제·사회정책의 개혁에 관계되’는 법률에서 ‘국가의 경제·사회 혹은 환경 정책에 관계되’는 법률로 확대되었다. 따라서 대통령이 수상의 제안이나 양원의 공동제안으로 공권력의 조직에 관한 법률안 혹은 국가의 경제·사회 혹은 환경정책의 개혁에 관계되거나 혹은 이와 관련되는 공역무의

---

362) 전학선, 프랑스에서 헌법재판소와 의회와의 관계, 세계헌법연구 제11권 제1호, 2005. 6, 284-266면.

363) C.C. n°62-20 DC 6 nov. 1962, R. p.27.

364) 이에 관해서는 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 - 1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률에 관한 결정을 중심으로, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007. 3, 511면 이하 참조.

개혁에 관련되는 법률안 또는 헌법에 위반되지 않고 제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안에 대하여 국민투표에 회부할 수 있도록 하고 있다.

이와 더불어 2008년 7월 헌법 제11조 개정을 통하여 기존의 대통령의 국민투표회부권에다 의회도 국민투표에 회부할 권한을 부여하였다. 이는 처음의 정부가 제안한 헌법개정안에는 없었으나 국민의회에서 1회독 하는 과정에서 제안된 내용이다. 국민투표의 대상이 되는 법률은 대통령이 행사할 수 있는 내용과 동일한 사항으로 제한되는데 공권력의 조직에 관한 법률안 혹은 국가의 경제·사회 혹은 환경정책의 개혁에 관계되거나 혹은 이와 관련되는 공역무의 개혁에 관련되는 법률안 또는 헌법에 위반되지 않고 제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안에 대하여 선거권자 10분의 1 이상의 지지와 국회의원 5분의 1 이상의 제안으로 국민투표에 회부할 수 있도록 하였다. 대통령이 제안하는 국민투표 법률은 정부제출 법률안의 형식을 취하는데 반하여 국회의원들이 회부하는 국민투표 법률안은 의원제출 법률안의 형식을 취하도록 하였다. 그러나 그 내용에 있어서 한계를 설정하고 있는데, 국회의원들이 회부한 국민투표 법률안은 공포된 지 1년 이내의 법률에 대하여 폐지하는 것을 내용으로 하는 국민투표 법률안은 제안될 수 없도록 하였다. 이는 대통령이 제안하는 국민투표 법률안에 대해서는 제한이 없으나 국회의원들이 제안하는 국민투표 법률안에 대해서만 제한을 두고 있는 것이다. 국민투표 법률안의 제안 조건과 헌법재판소에 의한 통제에 대해서는 조직법률로 규정하도록 하였고, 국회의원 제출 국민투표 법률안이 조직법률에서 정한 기간 안에 국민의회와 상원에서 심사가 이루어지지 않는 경우에는 대통령이 이를 국민투표에 회부할 수 있도록 하여 국회의 심사지연으로 인한 폐해를 대통령이 방지할 수 있도록 하였다. 만약에 국민투표에 회부된 국회의원 제안 국민투표 법률안이 국민투표에서 찬성을 얻지 못하면, 국민투표가 실시된 날로부터 2년 이내에는 동일한 주제에 관한 국민투표 법률안이 국민투표에 회부될 수 없도록 하였다. 이러한 2년 내에 동일한 주제에 관한 국민투표 회부 금지는 대통령이 국민투표를 제안하는 경우에는 적용되지 않고 국회의원들이 제안하는 국민투표 법률안에만 적용되도록 하였다. 이는 결국 국회의원들이 국민투표를 남용하는 것

을 방지하기 위한 것이라 할 수 있다.

## VI. 헌법

헌법이 위헌심판의 대상이 되는가에 대하여 찬성론과 반대론이 있다. 헌법 조문 자체에 대하여 위헌심사의 대상이 될 수 있는가에 대하여 찬반의 논란이 있고 헌법재판소가 이에 대하여 결정을 한 바 있다.<sup>365)</sup>

### 1. 위헌심사 반대론

1980년대까지 프랑스에서는 헌법이 위헌심사의 대상이 될 수 없다는 것이 보통의 견해였다. 헌법은 그 규율 대상에서부터 다른 법률과 다르다고 생각하였다. 헌법은 규율 대상면에서 국가의 조직이라든가 국가 기간들의 권한 배분, 기본권 보장 등에 관한 사항을 규율하는 규범이므로 다른 규범들과 구별되며, 제정 혹은 개정 절차에 있어서도 다른 규범들보다 더 까다롭고 복잡하게 하고 있으며, 제정 혹은 개정 주체도 다른 규범들과는 다르기 때문에 헌법은 위헌심사의 대상이 될 수 없다고 생각하였던 것이다. 특히 헌법재판소 소장이었던 로베르 바덴테르(Robert Badinter)도 헌법에 대한 위헌심사를 반대하였었고,<sup>366)</sup> 사무처장이었던 브뤼노 제네보아(Bruno Genevois)도 헌법에 대한 위헌심사에 대하여 부정적인 견해를 취하였었다.<sup>367)</sup>

프랑스에서 헌법에 대하여 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있는가 하는 문제에 대해서는 1962년 11월 6일 헌법재판소 결정에서 그 시발점을 찾을 수 있다. 프랑스 헌법은 제89조에서 헌법 개정절차에 대하여 규정하고 있는데, 이러한 제89조에서 정한 헌법개정절차를 무시하고 헌법 제11조에서 규정되어 있는 대통령의 국민투표 회부권을 통하여 헌법을 개정하였기 때문이다. 당시 드골

---

365) 이하는 전학선, 프랑스에서 헌법재판소에 의한 헌법에 대한 위헌심사, 토지공법연구 제54집, 2011. 8, 483면 이하를 재구성하였음.

366) Robert Badinter, Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant, in Libertés, Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, 1998, pp.217 à 225.

367) Bruno Genevois, Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant, RFDA., n°5, 1998, pp.909 à 921.

대통령은 대통령 선거를 간접선거에서 직접선거로 바꾸고자 하였으나 이를 위해서는 헌법을 개정하여야 했는데, 이러한 헌법을 개정하면서 제89조에서 정한 헌법 개정절차를 통해서가 아닌, 대통령의 국민투표 회부권을 통하여 헌법을 개정하였던 것이다. 따라서 이러한 헌법개정과 관련하여 헌법재판소에 위헌법률심판이 청구되었는데 이에 대하여 헌법재판소가 권한이 없다고 각하를 하였던 것이다.<sup>368)</sup>

이 결정에서 헌법재판소는 헌법재판소의 권한은 헌법에 의해서, 그리고 헌법 제7장(Titre VII)의 적용을 위하여 취해진 헌법재판소에 관한 1958년 11월 7일의 조직법률의 조항들에 의해서 엄격하게 제한되어 있다. 따라서 헌법재판소는 이러한 조문들에 의하여 제한적으로 규정된 것 이외의 사항에 대하여 심사할 수 없다고 하면서 만약에 헌법 제61조가 헌법재판소의 심사에 회부되어야만 하고 또는 회부될 수 있는 조직법률과 보통법률(*loi ordinaire*)의 합헌성을 평가하는 임무를 헌법재판소에게 부여하였고, 이러한 임무부여에 있어서 국민투표에 의하여 국민들에 의해서 채택이 된 것인지 혹은 국회에 의해서 표결이 된 것인지 불문하고 입법적 특징을 가지는 조문의 전체에 대하여 이러한 권한이 확장되는 것인지 여부를 상술함이 없이, 그리고 또한 반대로 국회에 의해서 표결된 경우만 한정하는지 여부를 상술하지 않고 있다면, 헌법이 제61조에서 대상으로 하고 있는 법률은 단지 국회에서 표결된 법률만을 의미하는 것이고 국민투표에 의하여 채택된 법률은 국민주권의 직접적인 표현이므로 제외된다. 이러한 점은 헌법재판소를 공권력 행사의 조정기관으로서 만든 헌법의 정신에서 기인하는 것이라고 하였다. 또한 이러한 해석은 헌법의 명시적 조항에서 기인하는 것인데 특히 국민투표에 있어서 헌법재판소의 역할을 결정하는 헌법 제60조에서 기인하며 또한 국민들에 의해서 정부발안법률안의 채택과 공화국 대통령의 공포 사이에 어떠한 형식도 규정하고 있지 않는 헌법 제11조에서 기인한다고 하면서 헌법의 어떠한 규정도 또한 앞의 조직법률의 어떠한 조항도 상원의장이 1962년 10월 28일 국민투표로 프랑스 국민들에 의해서 채택된 정부발

368) 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정-1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(*Loi référendaire*)에 관한 결정을 중심으로-, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007. 3, 510면 이하 참조.

안 법률안을 헌법에 적합성의 평가에 대해 헌법재판소에 청구하는 것에 대하여 판단하는 것을 헌법재판소에 부여하지 아니하고 있다고 하였다<sup>369)</sup>.

이러한 결정에 근거하여 헌법이 위헌심사의 대상이 될 수 없다고 할 수 있다. 프랑스에서 헌법개정은 2011년 7월 말까지 24번 있었는데, 헌법 제11조에 의하여 1962년도 행하여진 헌법개정을 제외하고는 모두 헌법 제89조에 의한 헌법개정이었다.

헌법 제89조에 의하면 헌법개정을 위한 발의권은 대통령과 국회의원들에게 이원화되어 있다. 대통령과 국회의원들이 경합적으로 헌법개정안에 대한 발의권이 있는데, 대통령이 발의하는 경우에는 반드시 수상의 제안이 있어야 한다. 수상의 제안에 의하여 대통령이 헌법개정안을 발의하는 경우 대통령은 수상의 제안이 있으면 반드시 발의를 해야 하는가 혹은 재량권을 가지는가에 대해서는 견해가 갈린다. 수상의 제안에 대하여 대통령은 구속되지 않고 헌법개정안을 발의할 수도 있고 발의하지 않을 수도 있다는 견해<sup>370)</sup>로 대통령의 헌법개정안 발의는 수상의 제안에 구속되지 않는다는 것이다. 이에 대하여 프랑스 정부형태를 대통령제로 인정하느냐 혹은 의원내각제로 인정하느냐에 따라 달라진다는 견해가 있다.<sup>371)</sup> 의원내각제로 이해하면 수상의 제안은 대통령을 구속하게 되고 또한 대통령의 개정안 승낙은 수상을 구속하는 것이라고 한다. 이에 비하여 대통령제로 이해하면 수상의 대통령의 의지를 집행하는 것에 불과하다고 보는 것이다. 프랑스에서 보통의 경우에는 대통령의 의사에 수상이 따르고 대통령도 수상의 의사에 따르지만 동거정부 하에서는 상황이 다르다. 실제로 1993년 동거정부 하에서 당시 수상이던 발라뒤르는 미테랑 대통령의 의회권한에 관한 헌법개정에 관한 제안을 거부하였다. 반면에 1999년 동거정부 하에서는 당시 수상이던 조스팽의 지역언어와 소수자 언어에 대한 헌법개정 제안을 당시 대통령이던 시락 대통령이 거부하였다.

수상의 제안에 따른 대통령의 발의가 있든 혹은 국회의원들의 발의가 있든

---

369) C.C. n° 62-20 DC 6 nov. 1962,

370) Daniel Gaxie, Article 89, in *La Constitution de la République française*, Economica, 1987, p.1327.

371) Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Montchrestien, 2008, p.508.

발의가 이루어지면 국민의회와 상원에서 각각 찬성을 얻은 후 국민투표를 통하여 확정된다.

프랑스 제5공화국 헌법에서는 2000년 10월 2일 대통령 임기 5년을 위한 헌법개정에서 유일하게 헌법 제89조에서 국민의회와 상원에서 각각 찬성을 얻고 대통령이 국민투표에 회부하여 찬성을 얻어 헌법을 개정한 예이다.

대통령이 발의한 헌법개정안에 한해서는 국민의회와 상원 각각의 찬성과 국민투표를 거치지 않고 국민의회와 상원이 함께 모여서 유효투표의 5분의 3 이상의 찬성을 얻으면 승인을 얻을 수 있게 되어 있다. 즉 국민투표를 생략할 수 있는 것이다. 따라서 대통령이 발의한 헌법개정에서 국민투표를 거칠 것인지 아니면 국민투표를 생략할 것인지는 대통령의 재량이라 할 것이다. 프랑스 제5공화국에서 1962년 대통령 직선제를 위한 헌법개정과 2000년 10월 대통령 임기 5년을 위한 헌법개정을 제외하고는 모두 이 절차를 거쳐서 헌법이 개정되었다.<sup>372)</sup>

이러한 해석에 의하면 국민투표를 거친 헌법규정은 위헌심사의 대상이 될 수 없을 것이고 국민투표를 거치지 않고 양원 합동의회에서 통과된 헌법규정은 위헌심사의 대상이 될 수 있다는 주장이 될 수 있는 것이다. 그러나 이러한 주장은 동일한 규범임에도 불구하고 국민투표 여부에 따라서 위헌심사의 대상 여부가 결정된다는 비판을 면하기 어렵다.<sup>373)</sup>

## 2. 위헌심사 찬성론

헌법도 위헌심사의 대상이 될 수 있다는 근거는 헌법의 특성과 관계없이 헌법도 법이기 때문에 위헌심사의 대상이 될 수 있다는 것이다. 프랑스에서 헌법을 개정할 때 기존의 헌법을 개정하는 헌법을 'loi constitutionnelle'이라 표현하므로 개정헌법도 'loi', 즉 법률이므로 위헌심사의 대상이 된다는 것이다.<sup>374)</sup>

---

372) 전학선, 헌법의 수호자, 헌법학연구 제14권 제호, 2008. 9. 248-249면.

373) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 8e éd., Montchrestien, 2008, p.220.

374) François Luchaire, Le Conseil constitutionnel, tome I - Organisation et Attributions, 2e éd., Economica, 1980, p.154.

독일이나 오스트리아 또는 이탈리아에서도 헌법에 대하여 헌법재판소가 위헌 심사를 하고 있다는 것을 들기도 한다.<sup>375)</sup> 또한 헌법이 단어 사용에 있어서 법률로 표현되어지고 있다는 것을 들기도 한다. 이와 더불어 개정 헌법도 국회에 의하여 투표된 법률이기 때문에 위헌심사가 가능하다고 하고, 헌법 제89조의 헌법개정 절차에서 국민투표를 통하여 개정하는 경우에도 국민투표 전에 반드시 국민의회와 상원 각각에서 통과되어야 하기 때문에 위헌심사에 문제가 없다고 한다.<sup>376)</sup>

### 3. 헌법재판소의 결정

헌법재판소에 의하여 헌법재판소 권한에 대하여 엄격하게 해석하기 시작한 것은 초창기부터라고 할 수 있다. 1961년 9월 14일 의견에서부터 헌법재판소는 권한행사에 있어서 제한적으로 해석하였다. 즉 헌법재판소의 권한은 엄격하게 헌법에 의하여 제한되어 있다고 하면서 헌법재판소의 권한이 조직법률에 의하여 구체화되고 보충되는 것은 단지 헌법 조문에 의한 원칙들을 존중하는 범위 안에서만 허용된다고 하였다. 또한 헌법재판소는 이러한 규정들이 명백하게 표명하고 있는 것과 다른 범위에서 권한을 행사할 수 없다고 하였다.<sup>377)</sup>

이러한 표현은 그 후에 1962년 11월 6일 국민투표 법률안에 대한 위헌심사 결정이나<sup>378)</sup> 마스트리히트III(Maastricht III) 결정<sup>379)</sup>에서도 동일하게 사용하고 있다. 그러나 이와 같은 표현을 통하여 추론할 수 있는 것이 헌법재판소가 권한 행사를 엄격하게 헌법 조문에 근거해서만 행사하는 것이 아니라는 것이다. 조직법률에 의하여 보충될 수 있고, 헌법 조문에 의한 원칙들의 존중하는 범위 안에서 행사될 수 있다고 한 것이므로 보통법률이나 데크레에 의해서도 권한

---

375) Louis Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, Pouvoirs, n° 67, PUF., 1993, p.73; Roman Herzog, *Rapport allemand - La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, AIJC., 1990, Vol.VI, Economica et PUAM., 1992, p.15 et s.

376) Dominique Rousseau, op. cit., p.221.

377) C.C. Demande d'avis du 14 septembre 1961.

378) C.C. n°62-20 DC 6 nov. 1962,

379) C.C. n°92-313 DC 23 sep. 1992,

행사를 할 수 있다는 것을 생각할 수 있다.<sup>380)</sup>

헌법 개정과 관련하여 헌법 제61조나 헌법 제89조 또는 다른 어떤 조문도 헌법재판소에게 헌법개정에 관하여 판단하라는 권한을 부여하고 있지 않고 있다. 따라서 헌법재판소는 loi constitutionnelle이라는 용어의 사용이 loi를 포함하기 때문에 위헌심사의 대상이 될 수 있다는 주장을 피하기 위하여 loi constitutionnelle이라는 용어의 사용을 회피하고 있다고 보기도 한다.<sup>381)</sup>

### (1) 1992년 9월 2일 유럽연합 조약

#### (Traité sur l'Union européenne)에 대한 결정

헌법재판소는 1992년 4월 9일 결정<sup>382)</sup>에서 유럽연합조약은 헌법에 위배되므로 헌법을 개정하지 않고는 비준될 수 없다고 하였다. 이에 따라 프랑스는 1992년 6월 25일 유럽연합 조약과 충돌되는 헌법조항을 개정하였는데, 상원의원들은 8월 14일 헌법재판소에 유럽연합조약이 헌법에 위반된다고 하면서 위헌심사를 청구하였으나 헌법재판소가 기각하였다.

1992년 9월 2일 유럽연합 조약에 대한 위헌심판사건 - 일명 마스트리히트 II(Maastricht II) - 에서 헌법재판소는 헌법 법률에 대한 위헌심판 여부에 대하여 불명확한 태도를 보이게 되는 계기가 되어 많은 논란을 불러일으켰다.

헌법재판소는 동 결정에서 다음과 같이 실시하였다.

“헌법 개정이 헌법 제7조와 제16조 그리고 제89조 제4항에 근거하여 행하여질 수 없는 시기적 한계와 헌법 제89조 제5항에서 제한하고 있는 정부의 공화국 형태는 개정 대상이 될 수 없다는 한계의 유보하에 헌법제정권력은 주권이 다. 헌법제정권력은 스스로 적합하다고 판단하는 형태 안에서 헌법적 가치를 가지는 조항을 폐지하거나 수정 혹은 보충하는 것에 있어서 자유롭다. 어떠한 누구도 헌법적 가치를 가지는 규범이나 원칙에 위반하는 새로운 조항을 헌법 조문에 삽입하는 것을 방해할 수는 없다. 이러한 위반은 명시적인만큼 묵시적

380) Luois Favoreu et lois Philipe, GDCC, 14e éd., 2007, p.820.

381) J-E Schoettl, Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ?, LPA, 8 avr. 2003, n°70, pp.17-22.

382) C.C. n°92-308 DC 9 avril 1992.



일 수도 있다.”

이러한 결정은 두 가지 모순되는 요소를 가지고 있는데, 헌법제정권력은 주권이라는 것과 일정한 한계는 준수되어야 한다는 것이다.<sup>383)</sup>

(2) 1992년 9월 23일 유럽연합조약을 비준하는 법률  
(loi autorisant la ratification du Traité sur l'Union européenne)  
에 대한 결정

프랑스는 1992년 9월 20일 국민투표를 통하여 유럽연합조약을 비준하는 법률을 제정하였는데 이에 대하여 국회의원회 의원들이 위헌법률심사를 청구하였으나 헌법재판소는 국민투표를 거친 법률에 대해서는 판단할 권한이 없다고 하였다.

(3) 2003년 3월 26일 공화국 분권화 조직에 관한 헌법 법률  
(la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée  
de la République)에 대한 결정

61명의 상원 의원들은 2003년 3월 19일 헌법재판소에 공화국 분권화 조직에 관한 헌법 법률(la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République)에 대하여 위헌심사청구를 하였다. 헌법재판소는 3월 26일 이에 대하여 결정을 하였는데, 헌법재판소의 권한은 엄격하게 헌법에 의하여 제한되어 있다고 하면서 헌법재판소의 권한이 조직법률에 의하여 구체화되고 보충되는 것은 단지 헌법 조문에 의한 원칙들을 존중하는 범위 안에서만 허용된다고 하였다. 또한 헌법재판소는 이러한 규정들이 명백하게 표명하고 있는 것과 다른 범위에서 권한을 행사할 수 없다고 하면서, 헌법 제61조가 헌법재판소에게 조직법률의 합헌성 통제에 대하여 권한을 부여하고 있고 동 조항이 규정하고 있는 조건들이 충족되었을 때 보통법률에 대하여 합헌성 통제를 할 수 있다고 하였다. 따라서 헌법재판소는 헌법 제61조에 근거하거나

---

383) Luois Favoreu et lois Philippe, GDCC, 14e éd., 2007, p.821.

헌법 제89조 또는 그 다른 어떠한 헌법 조문에 근거하여서도 헌법개정에 관하여 판단할 수 없다고 하였다. 따라서 헌법재판소는 2003년 3월 17일 양원 합동회의에서 통과된 공화국 분권화 조직에 관한 헌법법률에 대하여 상원의원들이 청구한 사건에 대하여 판단할 권한이 없다고 하였다.<sup>384)</sup>

이 결정으로 인하여 헌법재판소는 태도를 명확히 하여 양원 합동회의를 통한 헌법법률에 대해서는 헌법재판소가 판단할 권한이 없다는 것을 명확히 하였다.<sup>385)</sup> 앞의 1961년 9월 14일 의견이나 1992년 유럽연합조약에 관한 세번의 결정 등은 모두 헌법법률이 아닌 법률이나 조약에 관한 결정이어서 헌법이 직접적인 심판대상이 되지는 않았었다. 또한 1962년 11월 6일 결정은 헌법 제89조를 통한 헌법개정이 아닌 헌법 제11조를 통한 헌법개정이어서 2003년 3월 26일 결정이 헌법 제89조를 통한 헌법개정에 있어서 헌법 법률이 위헌심사의 대상이 되는가에 대한 결정이어서 의의가 크다 할 수 있다.

그렇지만 동 결정에도 불구하고 헌법 조문들 사이에 효력의 우위는 없는가 하는 점, 즉 헌법규범과 초헌법성(supra-constitutionnalité)의 문제가 남는다. 견해에 따라서는 헌법제정 혹은 개정권력이 한계가 없다고 주장하고 있다. 헌법제정·개정권력은 모든 자유나 국가형태 혹은 무엇이든지 바꿀 수 있고 무엇이든지 할 수 있다고 보는 것이다.<sup>386)</sup> 그러나 견해에 따라서는 헌법 개정권력은 기본적인 내용은 준수하여야 하는 것이 아닌가 하는 주장이 있을 수 있다.

헌법재판소가 헌법 법률에 대하여 판단할 권한이 없다고 한 것은 헌법규범들 사이에 효력의 차이를 인정하지 않는 한 헌법제정·개정권력의 한계는 인정하기 어렵게 되었다는 견해도 있다.<sup>387)</sup>

---

384) C.C. n°2003-469 DC 26 mars 2003.

385) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., PUF, 2006, p.343.

386) Georges Vedel, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, *Pouvoir*, n°67, 1993, p.79 et s.

387) Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Montchrestien, 2008, p.510.

## VII. 입법절차<sup>388)</sup>

입법절차의 준수여부가 법률의 위헌심사에 있어서 심사의 대상이 되는가에 대하여 현재 프랑스에서 입법절차가 위헌심사의 대상이 된다는 것은 거의 모두가 인정하고 있는 사실이다.<sup>389)</sup> 위헌심사의 기본적인 측면을 외부적 위헌심사(constitutionnalité externe)와 내부적 위헌심사(constitutionnalité interne)로 구분하여, 내부적 위헌심사는 법률의 내용이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하는 것이고, 외부적 위헌심사는 입법절차에 대한 심사라고 하고 있다.<sup>390)</sup> 즉 법률은 위헌이 될 수가 있는데, 그 내용이 헌법에 위반이 돼서 위헌이 되는 경우와 그 제정절차가 헌법에 위반되어서 위헌이 되는 경우가 있는 것이다.<sup>391)</sup>

더 나아가서 위헌심사의 문제는 결국은 절차상의 문제라고까지 하기도 한다. 헌법은 법률의 유효성을 조건지으면서 법률과 개별적인 관계를 유지하고 있다고 한다. 법률은 헌법에 직접적으로 복종되면서 유효하기 위하여 규범의

---

388) 프랑스 입법절차에 대한 위헌심사에 대하여 자세한 것은 전학선, 프랑스에 있어서의 입법절차에 대한 위헌심사, 공법연구, 제27집 제3호, 1999. 6., 325면 이하; 전학선, 프랑스에서 헌법재판소와 의회와의 관계, 세계헌법연구, 제11권 제1호, 2005. 6, 277면 이하 참조.

389) Alain Bockel, Le pouvoir discrétionnaire du législateur, in Itinéraires - Etudes en honneur L. HAMON, Economica, 1982, p.43 et s; Charles Eisenmann, Conseil d'Etat et tribunal des conflits, D., 1938, p.2; Louis Favoreu, Le principe de constitutionnalité, Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges Charles EISENMANN - Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN, Editions Cujas, 1974, p.48; Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs, Editions STH, 1988, p.136; François Luchaire, Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions ; Une réforme constitutionnelle différée, RDP, 1990, p.1628; Philippe Terneyre, La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP, 1985, p.691 et s.

390) Louis Favoreu, Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel, RDP, 1987, p.443 et s; Louis Favoreu, Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP, 1989, p.427-430.

391) Hans Kelsen, La garantie jurisprudentielle de la Constitution, la justice constitutionnelle, RDP, 1928, p.206.

단계 안에서 그 자신의 위치에 알맞은 내용을 가지고 있어야 한다는 것이다. 이것이 헌법과의 조화인데, 이러한 조화가 지켜졌는가 하는 문제를 심사하는 것이 합헌성 통제, 즉 위헌심사라고 하고 그 내용은 법률에 의하여 제기되어서는 안되는 것이고 헌법에 의하여 제기되어야 한다는 것이다. 개별적인 절차를 가지고 헌법에 의하여 제기되어야 할 내용이라는 것이다. 그러므로 결국, 위헌심사의 문제는 헌법과 법률의 내용문제보다는 절차상의 문제라는 것이다. 개별적인 절차에 의하여 헌법에서 규정될 내용이 법률에 의하여 규정이 된 것에 대한 심사가 위헌심사라는 것이다.<sup>392)</sup> 또한 위헌을 실질적 위헌(*constitutionnalité matérielle*)과 형식적 위헌(*constitutionnalité formelle*)으로 구분하여 결국은 형식적 위헌이라고 하기도 한다.<sup>393)</sup> 즉 실질적 위헌은 내용상의 위헌이고 형식적 위헌은 절차상의 위헌인데, 실질적 위헌도 결국은 형식적 위헌으로 분석이 된다는 것이다. 만약에 위헌으로 선언이 되는 법률이 헌법의 제정절차에 의하여 투표가 되었다면 이것은 헌법일 것이고 그러면 위헌의 문제가 제기되지 아니할 것이라는 논리인 것이다. 결국, 만약에 위헌법률심사의 의미가 법률의 제정절차를 위와 같은 의미에서 존중하게 하는 것이라면 위헌법률심사를 담당하고 있는 헌법재판소는 입법자와 헌법제정권자(혹은 헌법개정권자) 사이의 권한의 분배에 관한 보장을 담당하는 역할을 한다고 볼 수 있을 것이다.<sup>394)</sup>

프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)도 1975년 7월 23일 결정에서 ‘의회에 의하여 투표된 법률이 헌법재판소에 의한 위헌심사의 대상이 되었을 때, 헌법재판소는 이 법률이 헌법에 적합한가를 심사함과 더불어 입법절차에 관계된 헌법적 가치를 가진 규범을 존중하면서 채택되었는가를 심사한다’라고 하여 헌법재판소가 입법절차에 대한 위헌심사를 할 수 있다고 하였다.<sup>395)</sup>

프랑스 헌법재판소는 1979년에 예산법(*lois de finances*)과<sup>396)</sup> 1980년에 보통

392) Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, Thèse, rééd., Economica et PUAM, 1989, p.17.

393) Hans Kelsen, op. cit., p.206.

394) Gauillaume Drago, *L’exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L’effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica et PUAM, 1991, p.37.

395) C.C. n°75-57 DC du 23 juillet 1975.

법(lois ordinaires)에 대하여<sup>397)</sup> 처음으로 입법절차상의 하자를 이유로 법률 전체를 위헌으로 선언한 바가 있다.<sup>398)</sup>

프랑스 헌법재판소가 절차상 하자로 인하여 위헌으로 선언되는 법률에 대하여 어떤 결정형태를 취하였는가를 살펴보면, 예산법률<sup>399)</sup>에 대한 심사에서, 프랑스 헌법재판소는 단순결정은 연속되는 사법적 공백이 나타나게 된다는 가정하에 지시적 해석(Interprétation directive)을 하였다.<sup>400)</sup> 프랑스 헌법재판소는 1979년 12월 24일에 1980년도 예산 법률을 전부위헌으로 선언을 하였는데,<sup>401)</sup> 정부는 12월 25일부터 31일 사이의 짧은 기간 안에 새로운 예산 법률안을 의회로 하여금 다시한번 더 표결하게끔 하는 것이 불가능하므로 내년을 위하여 올해에 거두어 들었던 세금을 그대로 거두도록 허용하는 법률을 의회로 하여금 채택하게 하였다. 이에 대하여 몇몇 국회의원들이 헌법재판소에 위헌심사를 제청하였는데, 이 사건에서 입법절차에서 예외적 상황의 경우에 따르는 진정한 실체적 인도자의 역할을 하였다.<sup>402)</sup> 프랑스 헌법재판소는 결정문에서 ‘헌법도 예산에 관계된 조직법을 가져오는 법률명령도 예산법률에 대하여 위헌으로 선언을 한 경우에 다음 절차에 대하여 언급을 하고 있지 아니하다. …… 이러한 상황에서, 그리고 직접적으로 적용할 수가 있는 헌법적 조직법적 규정의 부재인 경우에, 국가생활의 계속성을 보장하기 위하여 필요한 재정적 질서의 조치를 취하는 것은 그들의 권한 범위 내에서 국회와 정부에 속하는 것이다’라고 하고 있다.

---

396) C.C. n°79-110 DC du 24 décembre 1979.

397) C.C. n°80-122 DC du 22 juillet 1980.

398) 물론 사립농업교육에 관한 1978년 1월 18일 결정에서도(C.C. n°77-91 DC, 18 janvier 1978) 프랑스 헌법재판소는 헌법 제40조에 위배됨을 이유로 심사법률 전체를 위헌으로 선언하기도 하였으나 이는 순수하게 입법절차상의 문제만을 이유로 한 것이 아니라 내용상의 문제를 이유로 한 것이었다.

399) 프랑스에서는 매년 예산이 법률의 형태로 의회를 통과하기 때문에 예산도 위헌심사의 대상이 된다.

400) 프랑스 헌법재판소의 변형결정과 그 효력에 대해서는 전학선, 프랑스 위헌 법률심사의 결정유형과 그 효력, 판례실무연구(IV), 비교법실무연구회, 2000, 61면 이하 참조.

401) C.C. n°79-110 DC, 24 décembre 1979.

402) C.C. n°79-111 DC, 30 décembre 1979.

결국 절차적 공백이 국가의 재정적 연속성에 장애가 될 수는 없다는 것이다. 이러한 논거는 비재정적인 상황에도 그대로 적용이 될 수가 있을 것이다.<sup>403)</sup>

입법절차에 대한 위헌심사는 오늘날 다양한 사상에 의하여 활성화되고 있는데, 프랑스 헌법재판소는 의회의 입장을 존중하는 결정도 내리고 있는 것을 결정례를 통하여 알 수가 있다. 헌법적 가치의 어떠한 규범도 입법절차에 장애가 되거나 반대가 되지 아니하는 한 입법절차는 헌법에 반한다고 할 수 없다는 것이다. 즉 헌법의 어떠한 조항도 명시적으로 이러한 절차를 금지하고 있지 아니하는 한 법률 제정절차는 헌법에 합치한다는 것이다.<sup>404)</sup>

1981년 10월 30일, 31일 결정<sup>405)</sup>에서 우리는 그 예를 볼 수가 있다. 의회의 양원합동위원회(*commission mixte paritaire*)는 단지 그 구성원들이 사전에 관보에 공포되어야만 합법적으로 구성된 것이라고 주장하는 국회의원들에게, 프랑스 헌법재판소는 어떠한 헌법적 가치의 규범도 이를 요구하지 아니한다고 하였다. 또한 이러한 위원회가 회기기간 이외에 소집될 수 없다고 주장하는 국회의원들에 대하여, 어떠한 헌법조항도 양원합동위원회가 회기 이외의 기간에 심의를 하는 것을 금지하고 있지 아니한다고 하였다. 또한 의회가 앞선 임시회기 동안에 상정된 문제에 대하여 정기회기 동안에 심의할 수 있다는 것에 대하여 이의를 제기하는 것에 대하여, 헌법재판소는 헌법의 어느 조항도 임시회기 전에 의사일정을 모두 마치라는 규정이 없고 또 임시회기 다음에 오는 정기회기에서 계속해서 심의하는 것을 금지하지 않고 있다고 하였다. 그리고 헌법적으로 의장단 회의(*Conférence des Présidents*)에 의하여 의사일정이 결정된다는 주장에 대하여서도 헌법 제48조가 의장단 회의의 개입을 규정하고 있지 않다고 하였다.

프랑스 헌법재판소는 의회의 입법권을 최대한 존중하면서도 입법절차에 대하여 확고한 태도로 위헌심사를 하고 있다. 국민의 대표기관이 의회에게 입법

---

403) Philippe Terneyre, *La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RDP, 1985, p.737.

404) Philippe Terneyre, *op. cit.*, p.747.

405) C.C. n°81-130 DC 30 octobre 1981; C.C. n°81-129 DC, 30 et 31 octobre 1981.

권을 부여하고 있는 것은 행정부의 자의적인 법 제정과 개정으로 인한 국민의 기본권 침해를 제한하고 국민의 대표자들로 하여금 법률을 제정, 개정케 함으로서 정당성을 부여하는 것이다. 그러나 이러한 법률도 한계가 있어 헌법에 위반되어서는 안되는 것이다.

위헌법률심사제도는 바로 법률이 헌법에 위반되는가를 심사하는 것으로서 법률도 헌법의 테두리 안에서 규정되어 있어야 한다는 것이다. 이러한 법률이 헌법에 합치하는가 하는 문제는 그 내용상 헌법에 합치하는가 하는 문제와 법률의 제정, 개정절차 즉 입법과정이 헌법에 합치하는가 하는 문제로 구별될 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 법률이 헌법에 합치하는가의 문제는 그 내용상의 합치뿐만이 아니라 형식상의 합치도 중요한 것이다.

프랑스에서는 이미 입법절차에 관한 위헌심사도 내용상의 위헌심사와 같이 병행하여 실시하고 있는 실정이다. 따라서 결정문을 보면 먼저 절차상의 위헌 여부를 심사하고 그 뒤에 내용상의 위헌 여부를 심사하고 있는 경우도 있다. 이처럼 프랑스의 헌법재판소는 내용상의 위헌 못지않게 절차상의 위헌 여부도 중요하게 심사를 하고 있는 것이다. 프랑스에서는 이미 절차상의 위헌 여부도 헌법재판소가 심사하여야 할 사항 중의 하나로 생각하고 있으며 비정상적인 입법절차를 거친 법률은 민주주의의 원칙이나 표결의 평등의 원칙<sup>406)</sup>에 위반된다고 보고 있는 것이다.<sup>407)</sup>

## 제6절 추상적 규범통제절차의 심사기준

### 1. 헌법<sup>408)</sup>

최고규범으로서 헌법이 가장 상위의 규범이다. 현행 프랑스 헌법은 1958년

---

406) 프랑스 헌법의 평등권에 관해서는 전학선, 프랑스의 평등원칙 실현에 관한 연구, 세계헌법연구 제12권 제2호, 2006. 12, 161면 이하 참조.

407) François Luchaire, Le Conseil constitutionnel, Economica, Paris, 1980, p.141.

408) 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구 제12권 제1호, 2011. 2, 200면 이하 참조.

제정되어 2011년 1월 말까지 24차례에 걸쳐서 개정되었다.<sup>409)</sup> 프랑스 헌법은 전문과 100여개의 조문으로 구성되어 있는데, 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 합헌성 블록(bloc de conatitutionnalité)이라 하여 헌법적 가치를 가지는 규범을 확대하였다. 합헌성 블록이란 위헌심사를 함에 있어서 헌법이 조문으로 된 성문법전만에 한정되는 것이 아니라 헌법전문이 존중하고 있는 규범, 예를 들면 1789년 인권선언이라든가 혹은 1946년 헌법전문 또는 공화국법률에 의하여 인정된 근본규범 등도 헌법에 포함된다는 것이다. 성문헌법뿐만이 아니라 성문헌법전이 내포하고 있는 내용들도 위헌심사의 판단기준 규범이 된다는 것이다. 합헌성 블록이란 표현은 1970년대에 나타나기 시작한 개념으로 법률용어는 아니고 강학상의 개념이다. 합헌성 블록이란 용어는 맨 처음에 에머리(Emeri)와 소랭(Seurin)이 사용한 용어인데,<sup>410)</sup> 그 후 파보로(Favoreu)가 발전시켜서 일반화시켰다.<sup>411)</sup>

## 1. 헌법 전문(前文)

프랑스 헌법은 헌법 전문(préambule)을 가지고 있는데, 그 내용을 보면 “프랑스 국민은 1789년 인권선언에서 정의되고 1946년 헌법의 전문에서 확인·보완된 인권 및 국민주권의 원리와 2004년 환경헌장에서 정의된 권리와 의무에 대한 애착을 엄숙히 선언한다. 공화국은 이러한 원리 및 국민들의 자유로운 결정의 원리에 의거하여 공화국에 결합하는 의사를 표명하는 해외영토에 대하여 자유·평등 및 박애라는 공동이념에 기초를 두고 그 민주적 발전을 위하여 구상된 새로운 제도를 제공한다.”이다.

409) 2008년 7월 21일 제5공화국 들어서 가장 큰 헌법개정안이 상원과 국민의회 협동의회에 상정되어 896 유효투표 가운데 539표의 찬성을 얻어 유효투표의 5분의 3보다 1표 많은 찬성을 얻어 가까스로 국회를 통과하여 24번째 헌법개정이 이루어졌다.

410) Claude Emeri et Jean-Louis Seurin, *Chronique constitutionnelle et parlementaire française*, RDP, 1970, p.678 et s.

411) Louis Favoreu, *Le principe de constitutionnalité; essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges Charles EISENMANN - Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Edition Cujas, 1974, p.33.



프랑스는 헌법 전문에 의거하여 국민들의 일반적인 기본권을 인정하고 있다고 볼 수가 있는데, 즉 1789년 인권선언의 17개 조항과 1946년 헌법 전문에 대하여 현행 헌법 전문에서 인정하고 있는 것이다. 1946년 헌법의 전문은 남녀의 평등과 근로의 권리, 망명권, 파업권, 아동·모성 및 노약자의 보호, 교육을 받을 권리 등 다양한 권리들을 선언하고 있다.

프랑스에서 헌법 전문의 효력에 대하여, 과거에는 헌법 전문이 단지 선언적인 의미만을 가지며 구체적인 헌법적 효력을 가지지 않는다는 주장이 있었으나<sup>412)</sup> 현재는 헌법 전문의 법적 효력을 인정하고 있는 상태이다.<sup>413)</sup>

프랑스 헌법재판소는 1970년 6월 19일 결정<sup>414)</sup>에서 처음으로 헌법 전문에 대하여 언급을 하고 있다. 즉 “헌법과 특히 전문 그리고 제53조와 제54조, 제60조에 근거하여”라고 하면서 판단의 근거가 되는 규범을 설정하면서 헌법 전문을 언급을 하고 있으나, 결정문의 이유나 주문에는 이에 대한 설명이 없었다. 따라서 프랑스 헌법재판소가 실질적으로 헌법 전문에 대하여 법적 효력을 인정하기 시작한 것은 1971년 7월 16일 결정<sup>415)</sup>인 것이다. 이 결정에서 처음으로 이유에서 헌법 전문의 헌법적 효력을 인정하였던 것이다. 즉 결사의 자유(liberté d'association)에 관한 결정인 이 결정문 이유에서 프랑스 헌법재판소는 “공화국 법률에 의하여 인정되고 헌법 전문에서 엄숙히 재확인된 기본 원리들 하에서 결사의 자유의 원리들을 정리해야 한다”라고 하고 있는 것이다. 결

---

412) Raymond Carre de Malberg, La contribution à la théorie générale de l'Etat, t. II, Sirey, 1922, p.580.

413) 그러나 현재에도 헌법 전문의 법적 효력을 인정하면서도 신중한 태도를 보이는 학자도 있다. 즉 너무 헌법 전문의 이념이나 정신에 과도한 집착을 한다면 판사정부(gouvernement des juges)에 빠질 수 있다고 하면서 이러한 경우에는 판사가 헌법 본문의 규정 내용보다는 헌법 전문의 이념 등에 집착하여 헌법적 효력을 가지는 규범을 스스로 창출할 수도 있게 된다고 경고하고 있다. Lois Philip, La valeur juridique du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges dédiés à Robert PELLOUX, Editions L'HERMES, 1980, p.280; Lois Philip, Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'a.C.C.roissement des pouvoirs du juge constitutionnel, RDP, 1983, p.401 et s.

414) C.C. n°70-39 DC 19 juin 1970, R., p.15.

415) C.C. n°71-44 DC 16 juillet 1971, R., p.29

사의 자유는 헌법적 가치를 가지는 원리로서 존재하는 것이며 단체결성의 유효성에 관한 어떠한 사전통제도 인정될 수 없다고 하면서 위헌을 선언하였다. 이 결정은 많은 판례 평석<sup>416)</sup>과 반향을 불러왔는데, 이 판결을 계기로 프랑스 헌법재판소가 기본권 보장기구로서의 역할을 충실히 하는 계기가 되었다고 하고 있다.

그 후에 프랑스 헌법재판소는 여러 번에 걸쳐서 헌법 전문의 법적 효력을 인정하였는데,<sup>417)</sup> 이러한 과정에서 기본권을 보장하기 위한 여러 원칙들을 형성하였던 것이다. 헌법 전문의 법적 효력을 인정하던 초기에는 “헌법 전문에 의하여 인정되는 …… 원칙(또는 규정)에 의하여”라는 표현을 사용함으로써 헌법 전문에 의하여 인정되는 규정이나 원칙들임을 명확하게 하였으나 현재에는 이러한 표현을 사용하지 아니하고 직접 헌법적 가치가 인정되는 원칙이나 조문들을 인용하고 있다. 그러나 처음 사용되는 헌법적 가치를 가지는 원칙이나 전문의 내용에 대해서는 위와 같은 표현을 사용하기도 한다.<sup>418)</sup>

## 2. 1789년 인권선언

1789년 인권선언도 현행 프랑스 헌법 전문에서 나타나고 있는데, 1789년 인권선언도 헌법적 가치를 가지는 규범이라고 프랑스 헌법재판소는 인정을 하고 있다. 사실 1789년 프랑스 인권선언이 법적 효력에 대해서 이를 인정하는 견해와 부인하는 견해가 있었던 것은 사실이다. 프랑스 제3공화국 당시에 에스멩(Esmein)과 까레 드 말베르그(Carré de Malberg)는 헌법에 명시되지도 않고 또한 1789년 인권선언은 단지 원칙들을 선언하는 것에 불과하다고 하면서 그

---

416) Léo Hamon, Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels : à propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel, D., chr, 1974, p.537-542; Jean Rivero, La garantie par le Conseil constitutionnel, à l'oC.C.asion du contrôle de la Constitution, AJDA, 1971, p.537-542; Jacques Robert, Propos sur le sauvetage d'une liberté, RDP, 1971, p.1171-1204.

417) 예를 들면, C.C. n°73-80 DC, 28 novembre 1973, R., p.45; C.C. n°73-51 DC, 27 décembre 1973, R., p.25; C.C. n°77-87 DC, 23 novembre 1977, R., p.42; C.C. n°81-132 DC, 16 janvier 1982, R., p.18. 등

418) C.C. n°87-226 DC, 2 juin 1987, R., p.34.

법적 효력을 부인하였었다. 이에 반하여 오리우(Hauriou)라든가 뒤기(Duguit)같은 학자들은 1789년 인권선언이 개인의 권리들을 선언하고 있으며 이러한 규범들은 헌법적 가치를 가진다고 하였던 것이다.<sup>419)</sup>

프랑스 헌법재판소는 1973년 12월 27일 인정과세(Taxation d'office)에 대한 위헌법률심판사건에서 처음으로 1789년 인권선언에 대하여 언급을 하였던 것이다. 이 결정에서 헌법재판소는 “위 조항은 1789년 인권선언과 헌법 전문에서 엄숙하게 확인된 법 앞의 평등원칙에 위반된다.”라고 하여 1789년 인권선언이 헌법적 가치를 가지는 규범임을 명확히 하였다.<sup>420)</sup>

1789년 인권선언은 17개 조항으로 구성되어 되어있는데, 그 내용을 보면, 제1조에서 인간의 자유와 권리 그리고 평등에 대해서 규정하고 있으며, 제2조에서 재산권, 결사의 자유, 신체의 자유, 저항권을 규정하고 있고, 제3조는 국민주권, 제4조는 자유와 이러한 자유를 향유하는 데에 있어서의 한계를, 제5조는 법률에 의한 유해한 행위 금지를, 제6조는 평등의 원칙을, 제7조는 신체의 자유를, 제8조는 죄형법정주의를, 제9조는 무죄추정의 원칙을, 제10조는 종교와 사상의 자유를, 제11조는 언론·출판의 자유를, 제12조는 공권력의 공익을 위한 행사를, 제13조는 납세의 의무를, 제14조는 조세법률주의를, 제15조는 공무원에 대해서, 제16조는 권력분립에 대해서, 그리고 제17조는 재산권 보장에 대해서 각각 언급을 하고 있다.

이들 1789년 인권선언의 각각의 조문들에 대하여 프랑스 헌법재판소는 헌법적 가치를 인정하면서 결정을 하는 데에 있어서 근거가 되는 규범이라고 하고 있다.<sup>421)</sup>

---

419) Jean Morange, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, P.U.F., 1993 - 변해철 역, 1789년 인간과 시민의 권리선언, 탐구당, 1999.

420) C.C. n°73-51 DC, 27 décembre 1973, R., p.25.

421) Loïc Philip, La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges Kayser, 1979, p.317 et s.

### 3. 법의 일반원칙들

프랑스 헌법재판소가 인정하고 있는 기본권규범으로서 불문법원인 법의 일반원칙(les principes généraux du droit)이 있다. 법의 일반 원칙들은 성문규범이 아닌 불문규범들을 기본권 보장을 위해서 프랑스 헌법재판소가 규범적 가치를 인정하고 있는 것인데, 프랑스 헌법재판소는 이러한 불문규범들에 의하여 기본권규범의 영역을 확대시켜 나갔던 것이다.

법의 일반원칙에 대해서 프랑스 헌법재판소가 처음으로 결정문에서 사용하기 시작한 것은 1969년 6월 26일 ‘천연기념물 및 자연경관에 관한 법률’에 대한 결정<sup>422)</sup>에서다. 이 결정에서 프랑스 헌법재판소는 법의 일반원칙이라는 표현을 사용하면서 “법의 일반원칙에 의하여 행정청의 침묵은 거절을 나타내는 것이고, 그 예외는 입법자가 정하여야 할 사항이다”라고 하였던 것이다.

프랑스 헌법재판소는 또한 공화국 법률에 의하여 인정되는 기본원칙들(les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)에 의하여 기본적인 권리들이 인정된다고 하면서 위와 같은 원칙들을 위헌심사의 근거규범으로 인용하기 시작하였는데, 그 시작은 위에서도 언급한 바와 같이 1971년 7월 16일 결사의 자유에 관한 결정에서였다. 이러한 원칙은 헌법적 가치를 가지는 것으로 인정이 되었고 이러한 원칙에서 많은 기본권을 프랑스 헌법재판소는 도출하였다. 그 구체적인 권리들을 보면, 결사의 자유, 반론권, 개인적 자유, 교육의 자유, 양심의 자유, 행정법원의 독립, 대학교수의 자유, 부동산 소유권의 사법적 보호 등이다. 그러나 이러한 원칙에 대해서는 명확하지 못하다는 비판이 있다. 즉 공화국 법률에 의하여 인정되는 기본 원칙들이 인정되기 위해서는 어떤 공화국을 의미하는 것이고 또한 어떤 법률들을 말하는 것이며 구체적으로 어떠한 원칙들이 인정되는 것인가<sup>423)</sup>하는 것이다. 또한 공화국 법률적인 가치를 가지는 것이 아닌가 하는 비판도 있으며,<sup>424)</sup> 또한 공화국 법률에 의하여 인정되는 기본 원칙들에 의하여 보호되었던

---

422) C.C. n°69-55 L, 26 juin 1969, R., p.27

423) Jean Rivero, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Une nouvelle catégorie constitutionnelle?, D, 1972, p.265.

424) François Luchaire, Le Conseil constitutionnel tome I - Organisation et

대부분의 기본권들이 헌법 본문이나 헌법 전문 혹은 1789년 인권선언에 의하여 인정되고 있다<sup>425)</sup>는 것이다. 따라서 이러한 원칙들은 위헌심사에 있어서 판단 기준이 되는 규범으로서 제한된 역할 밖에 할 수 없다는 주장이 있는 것이다.<sup>426)</sup>

#### 4. 2004년 환경헌장

2004년 환경헌장도 2005년 3월 헌법개정으로 헌법 전문에 규정됨으로써 헌법적 가치를 가지게 되었다. 2004년 환경헌장을 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정함으로써 심사기준이 더 확장된 것이다.

환경헌장을 헌법적 가치로 인정하여 심사기준으로 인정함으로써 환경헌장에서 인정하고 있는 각종 원칙들이 위헌심사의 심사기준이 될 것이며, 또한 환경 관련 국제법규가 헌법과 양립할 수 있는가 하는 것이 문제가 된다.<sup>427)</sup>

## II. 국제법규

그러면 법률이 조약에 위배되는지 여부에 관하여 헌법재판소는 심사할 권한을 가지고 있는가? 즉 법률의 위헌여부가 청구되었을 때, 헌법재판소는 국제법을 재판규범으로 하여 심판할 수 있는가 하는 문제이다.

프랑스 헌법재판소가 위헌법률심판을 하면서 합헌성 블록(Bloc de constitutionnalité)을 심사의 근거규범으로 삼고 있는데, 합헌성 블록이란 위헌심사를 함에 있어서 헌법이 조문으로 된 성문법전만에 한정되는 것이 아니라 헌법전문이 존중하고 있는 규범, 예를 들면 1789년 인권선언이라든가 혹은 1946년 헌법전문 또는 공화국법률에 의하여 인정된 근본규범 등도 헌법에 포함된다는 것이다. 그

---

Attributions, *Economica* 1997, p.168-171; Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e éd., Montchrestien, 2006, p.106 et s.

425) Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 14e éd., Dalloz, 2007, p.249.

426) Lois Favoreu et André Renoux, *Le contentieux Constitutionnel des actes administratifs*, *Economica*, 1992.

427) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français* 2e éd., PUF, 2006, p.270.

러나 이러한 합헌성 블록에 국제법규는 포함되지 않는다는 것이다.

프랑스에서 헌법 제55조에 근거하여 법률보다는 조약이 상위의 규범임을 인정하고 있다. 따라서 법률보다 조약이 상위의 규범이므로 법률은 조약을 위반해서는 안 되는데, 법률이 조약에 위반되는지 여부에 대한 심사는 헌법재판소가 아닌 법원이 하고 있다. 1975년 1월 15일 임신중절 사건에서 헌법재판소는 법률이 조약에 위반되는지 여부에 대한 심사권은 헌법재판소가 가지고 있지 않다고 하였다. 헌법재판소는 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 대해서만 권한이 있다고 하였던 것이다.(C.C. n°74-54 DC 15 janvier 1975) 그 후 대법원(Cour de cassation)은 1975년 5월 24일 판례에서 프랑스 법률보다 조약이 더 상위의 가치를 가지는 규범이라는 것을 인정하였고(Ch. mixte, 24 mai 1975, Sté des cafés Jacques Vabre, AJ 1975, p.567), 행정최고재판소(Conseil d'Etat)는 1999년 Nicolo 판결에서 조약의 우위성을 인정하였다.(CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, GAJA) 대법원과 행정최고재판소는 그 후 프랑스 법률이나 명령보다 유럽공동체법, 예를 들어 명령(règlement)이나 지침(directive)의 우위성도 인정하고 있다.

### III. 조직법률

조직법률이 위헌심사에서 심사기준으로 작용하는가 하는 문제는 한 가지로 명확하게 결론내릴 수 없고 심사기준이 되는 경우도 있고 심사기준이 되지 않는 경우도 있다는 것이다.

왜냐하면 프랑스 헌법재판소는 이와 관련 초창기에 국회규칙이 헌법에 위반되는지 여부를 심사하면서 헌법과 헌법에 의하여 규정된 조직법률에 근거하여 판단하여야 한다고 하였다.<sup>428)</sup> 또한 1960년 추가경정예산법률에 대한 위헌심사에서 헌법과 1959년 1월 2일의 조직법률을 심사기준으로 하여 판단하였다.<sup>429)</sup> 헌법재판소는 조직법률이 보통법률에 대한 위헌심사에서 심사기준으로 작용하는 것은 조직법률이 위반되는 보통법률이 조직법률을 규정하고 있는 헌법에

---

428) C.C. n°59-2 DC du 17-18 et 24 juin 1959; C.C. n°66-28 DC du 8 juillet 1966.

429) C.C. n°60-8 DC du 11 août 1960.

위반되기 때문이라는 것이다. 또한 헌법재판소는 1978년 7월 27일 결정에서 조직법률 조항은 헌법 그 자체조항의 범위 안에서만 인정될 수 있다고 하였다.<sup>430)</sup>

결국 조직법률이 보통법률을 입법하는 입법자에게 의무를 부과한다면 조직법률 자체가 헌법의 범위를 일탈해서는 안되는 것이며, 조직법률은 단지 헌법적 가치의 원칙을 포함하는 합헌성 블록의 일부분을 구성하는 것으로 고려될 수 있는 것이다.

## 제7절 추상적 규범통제절차의 구체적 내용

### 1. 청구인

#### 1. 조직법률

조직법률에 대한 위헌심사는 의무적으로 헌법재판소에 의하여 행하여져야 하기 때문에 위헌법률심판 청구권을 누가 가지는가가 크게 중요하지는 않다. 그러나 조직법률이 의회에서 채택되면 수상이 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하여야 한다. 수상이 조직법률에 대하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하는 것은 조직법률이 위헌성을 내포하고 있다는 의심을 가지는지 여부와는 상관없이 이루어진다.

따라서 조직법률에 대한 위헌심사가 의회에서 조직법률안이 가결되면 자동으로 헌법재판소에서 행하여지는 것이 아니라 수상의 청구가 있어야 한다. 따라서 수상은 조직법률에 대하여 위헌심사를 청구하여야 할 의무를 지게 된다. 수상이 이러한 권한을 행사할 수 없는 경우에는 법무부 장관이 조직법률에 대하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하게 되는데, 1967년 7월 5일에 두 번의 심판청구가 법무부 장관이 하였던 적이 있다.<sup>431)</sup>

---

430) C.C. n°78-96 DC du 27 juillet 1978.

431) C.C. n°67-33 DC du 12 juillet 1967; C.C. n°67-34 DC du 12 juillet 1967

## 2. 보통법률

보통법률의 위헌법률심판 청구권자는 대통령이나 수상, 국민의회의장, 상원의장, 60인 이상의 국회의원이다. 1974년 이전에는 보통법률에 대하여 위헌법률심판을 청구할 수 있었던 자가 대통령과 수상, 각각의 국회의장이었으나, 의회에서의 소수자 보호차원에서 1974년 헌법을 개정하여 60인 이상의 국회의원에 게도 보통법률에 대하여 위헌법률심사 청구권을 부여하였다. 그 결과 헌법재판소에 보통법률에 대하여 위헌법률심판이 청구되는 사건 수가 급격하게 증가하였다.

대통령의 경우 헌법재판소에 보통법률에 대하여 위헌심판을 청구하는데 있어서 수상의 부서를 필요로 하지 않는다. 프랑스 헌법은 대통령이 일정한 행위를 할 때에는 반드시 수상의 부서를 필요로 하고 있다. 프랑스 헌법 제19조는 대통령의 수상임명권(프랑스 헌법 제8조), 국민투표부의권(프랑스 헌법 제11조), 국민의회해산권(프랑스 헌법 제12조), 비상대권(프랑스 헌법 제16조), 의회교서권(프랑스 헌법 제18조), 조약에 대한 위헌심사제청권(프랑스 헌법 제54조), 헌법재판관임명권(프랑스 헌법 제56조), 위헌법률심사제청권(프랑스 헌법 제61조) 이외의 권한을 행사할 때에는 수상의 부서를, 경우에 따라서는 관계 장관들의 부서를 필요로 하고 있다.<sup>432)</sup>

프랑스에서 2008년까지 대통령이 보통법률에 대하여 위헌심판을 청구한 적은 없다. 이는 프랑스 정부형태와도 관련되는데,<sup>433)</sup> 의회의 다수파가 수상과 내각을 차지하기 때문에 대통령이 자신의 지지파가 다수를 차지하는 의회에서 가결한 법률에 대하여 위헌심판을 청구하지 않기 때문이다. 그러나 동거정부

---

432) 전학선, 이원정부제의 도입가능성에 관한 연구, 토지공법연구 제41집, 2008. 8, 419면.

433) 프랑스의 정부형태에 관해서는 전학선, 한국의 헌법개정과 프랑스 정부형태, 한국화 프랑스의 권력구조, 아셈연구원 한국프랑스정치학회, 2005. 145면 이하; 전학선, 한국과 프랑스에서 대통령과 총리의 권한관계, 고시계, 2004. 7, 호, 20면 이하; 전학선, 프랑스의 정부형태, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006. 6, 35면 이하; 전학선, 개헌논의와 관련된 정부형태 개정논의, 헌법학연구 제12집 제4호, 2006. 11, 515면 이하; 전학선, 이원정부제의 도입가능성에 관한 연구, 토지공법연구 제41집, 2008. 8, 411면 이하.



상황이 되면 다르다. 수상을 비롯한 내각과 의회 다수파가 대통령의 반대 세력이기 때문에 대통령이 위헌심판을 청구하기 용이해지는 상황이 발생한다. 프랑스에서는 1986년과 1993년과 1997년 세 번의 동거정부 경험이 있는데, 그럼에도 불구하고 한 번도 대통령이 위헌심판을 청구하지 않았다. 이는 정치적인 상황과 연결되는데, 만약에 헌법재판소에 위헌심판이 대통령에 의하여 청구된 경우 위헌으로 선언하면 대통령에게 헌법재판소가 복종하는 형식으로 비추어 질 수 있고 합헌으로 선언하면 헌법의 수호자인 대통령에게 항거하는 형식으로 비추어 질 수 있기 때문이다. 또한 대통령 입장에서 그의 정치적 도덕적 권위가 떨어질 수 있는 위험이 있기 때문에 헌법재판소에 청구를 하지 않았다고 볼 수 있다. 대통령이 헌법재판소에 위헌심판을 청구하고자 하는 경우에는 의회의 지지파 국회의원들이 청구를 할 수 있기 때문에 이를 이용하기도 한다.<sup>434)</sup>

수상의 경우에도 의회가 수정권을 행사하면서 수상의 의도와 다른 법률이 의결될 때 청구권을 행사하기도 한다.

1974년 이후 60인 이상의 국회의원들에게 위헌심판 청구권이 부여된 이후 국회의원들의 청구가 주를 이루고 있다.

### 3. 국제법규<sup>435)</sup>

프랑스 헌법재판소는 위헌법률심판권을 가지고 있는데, 국제법에 대한 위헌 심사권도 가지고 있다. 프랑스에서 국제법의 위헌심사 청구권은 대통령이나 수상, 양원의장 혹은 60인 이상의 국회의원에게 가지고 있는데, 국제법에 대하여 위헌심판을 청구하면 헌법재판소는 위헌여부를 심판하게 된다. 1992년까지는 대통령과 수상 그리고 양원의장에게만 조약에 대한 위헌심사 청구권을 부여하고 있었으나, 1974년 헌법 개정을 통하여 60인 이상의 국회의원에게 위헌법률심사 청구권을 부여한 것에 맞추어서 1992년 헌법 개정을 통하여 조약이 헌법에 위

434) Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel* 8e éd., Montchrestien, 2008, p.186.

435) 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, *공법학연구* 제9권 제1호, 2008. 2, 295-296면.

반되는지 여부에 대한 심사 청구권을 60인 이상의 국회의원들에게까지 확대하였다. 즉 1974년까지는 위헌법률심사청구권이 대통령·수상 또는 양원의장에게만 있었으나 헌법개정을 통하여 60인 이상의 국회의원들에게까지 청구권을 확대하였는데, 조약에 대한 위헌심사청구권도 1992년까지는 대통령과 수상 그리고 양원의장에게만 있었으나, 1992년 헌법개정을 통하여 60인 이상의 국회의원들에게도 조약에 대한 위헌심사청구권을 부여하였다.

청구권자 가운데 대통령과 수상은 조약체결에 있어서 직접적인 당사자라 할 수 있고 조약체결에 있어서 주도권을 가지고 있는 데도 불구하고 대통령이라는 수상이 조약에 대한 위헌심사를 청구하는 경우가 있는데, 이는 헌법재판소의 결정을 통하여 정치적 논쟁을 종식시키고자 하는 의도로 헌법재판소에 위헌심판을 청구하는 것이다.<sup>436)</sup>

예를 들어 1970년에 수상이 1970년 4월 22일 조약에 대하여 헌법재판소에 위헌심사를 청구하였는데, 이는 당시 국회 법사위원장이던 장 포와이에(Jean Foyer)의 헌법개정안에 대한 토론을 방해할 목적이었다. 당시 장 포와이에(Jean Foyer)는 예산권을 유럽의회에 이양하는 조약이 헌법에 위반된다고 주장하였는데 이러한 것을 헌법재판소가 헌법에 위반되지 않는다고 결정<sup>437)</sup>함으로써 논의를 종식시킬 수가 있었다. 또한 1976년에는 대통령이 유럽의회회원을 선출하는데 있어서 보통직접선거로 선출한다는 유럽공동체 이사회(Conseil des communautés européennes)의 결정에 대하여 헌법재판소에 위헌심사를 청구하였는데, 이는 드골주의자들의 비난을 종식시키기 위하여 청구하였던 것이다.<sup>438)</sup> 그리고 1985년 사형제도를 폐지하는 것을 내용으로 하는 유럽인권협약의 추가의정서에 대한 비준과 관련하여 반대를 피하기 위하여 대통령이 헌법재판소에 위헌심판을 청구하였다.<sup>439)</sup>

국제법규가 헌법재판소에 위헌심판청구되는 데에는 원칙적으로 위헌 이유라든가 조문을 한정한다든가 하는 결론이 없다. 왜냐하면 국제법규에 대한 위헌

---

436) Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Montchrestien, 2008, p.186.

437) C.C. n°70-39, DC, 19 juin 1970, R. p.15.

438) C.C., n°76-71, DC, 30 déc. 1976, R. p.15.

439) C.C. n°85-188, DC, 22 mai 1985, R. p.15.

심판 청구인들이 국제법규가 헌법에 위반된다고 선언되는 것에 큰 이익이 없기 때문이다.<sup>440)</sup>로니 아브라함(Ronny Abraham)은 다음과 같이 말하였는데, “헌법 제54조에 의한 청구는, 대통령이나 혹은 수상이 청구한 모든 경우에 있어서, 가장 자주 정치적 책략 속에서 행하여지는 정치적 논쟁을 미연에 방지하고자 하는 의도와 이러한 측면에서 국회에서의 토론이 개입되기 전에 논쟁을 짧게 하려는 의도로 행하여지는 것이다.”<sup>441)</sup>라고 하였다.<sup>442)</sup> 따라서 대통령이나 수상이 헌법재판소에 국제법규에 대하여 위헌심판을 청구하는 경우에 있어서 위헌이유를 제시하지 아니하고 또한 결론을 내지 아니하는 것은, 정치적 논의를 왜곡시키지 아니하려는 것이며 자신들의 의도를 삼가려는 것이다.<sup>443)</sup>

#### 4. 의회규칙

국민의회규칙(règlement de l'Assemblée nationale)과 상원규칙(règlement du Sénat)도 공포되기 전에 헌법재판소의 위헌심사를 거쳐야 하는데 자동으로 헌법재판소가 위헌심사를 하는 것은 아니고 각각의 국회의장이 의무적으로 헌법재판소에 위헌심사를 요청하여야 한다.

### II. 위헌법률심판 청구 취하 문제<sup>444)</sup>

프랑스의 위헌법률심판사건에 있어서 청구인들이 위헌법률심판청구를 하였

440) Thierry Di manno, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica et PUAM, 1994, p.29.

441) Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit français, P.E.S., Hachette Supérieur, 1989, p.46.

442) 1992년 6월 25일 헌법개정으로 인하여 60인 이상의 국민의회의원과 60인 이상의 상원의원들도 국제법규에 대하여 헌법재판소에 위헌심판청구권이 주어졌는데, 국회의원들에 의한 국제법규의 위헌심판청구는 더 정치적인 청구가 될 수가 있다. 예를 들면, Saisine Pasqua, visée sous la décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992 dite «Maastricht II», Rec., p.76.

443) 전학선, 프랑스 위헌법률심판에서 심판범위, 위법논집 제8집, 2000, 403면.

444) 전학선, 프랑스에서 위헌법률심사청구의 취하, 헌법학연구 제10권 제3호, 2004. 9, 553면 이하를 수정 보완하였음.

으나 헌법재판소가 결정을 선고하기 전에 이 청구를 취하하고자 한 사례가 있다. 1996년 12월 30일 결정 선고된 1996년도 추가경정예산(Loi de finances rectificative pour 1996) 사건<sup>445)</sup>이 그것이다. 헌법재판소는 청구된 위헌법률심판청구를 청구인들이 취하하고자 하였으나 이를 인정하지 아니하고 본안판단을 하였던 것이다.

## 1. 사건의 개요

1996년 말에 프랑스 정부는 1996년을 위한 추가경정예산법률안을 국민의회(Assemblée nationale)에 제출하였다. 프랑스는 예산안이 우리나라와는 달리 매년 법률의 형태로 상정되기 때문에 의회가 법률제정절차에 따라 처리를 하고 있다. 따라서 국민의회가 이를 심의하였는데, 심의과정에서 예산법률안에 대한 국민의회의 제1회독 때, 정부는 국민의회로 하여금 스페인 전쟁참가 군인들에 대하여 구(舊) 전투병으로서의 지위를 향유할 수 있도록 하는 수정안을 채택하도록 하였다. 말로(Malraux) 수정안이라고 명명된 이 예산법률안은 많은 국민의회의원들로부터 비난을 받는 법률안이 되었는데, 특히 장 루이 보몽(Jean Louis Beaumont)이 수장으로 있는 프랑스민주연합(UDF, Union pour la démocratie française)에 의하여 많은 비판을 받았다.

청구인들의 주장은 절차적인 면에서 이 법률안이 예산편승(cavalier budgétaire)<sup>446)</sup>에 해당되어 하자가 있다고 하였고, 내용적인 면에서 이 법률이 공화국 법률에 의하여 인정된 기본원칙(principe fondamental reconnu par les lois de la République)에 위반된다는 것이었다. 그러나 이러한 주장은 의회 다수파의 분열을 초래하였고, 따라서 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하기가

---

445) C.C. n°96-386 DC, 30 décembre 1996.

446) 예산편승(cavalier budgétaire)이란 종래 의회가 예산법률의 채택을 촉진시키기 위하여 예산법률의 본질에 반하는 규정을 삽입시키는 것으로 위헌적인 것이다. 예산편승에 해당되어 위헌으로 선언된 경우는 C.C. n°73-51 DC, 27 décembre 1973; C.C. n°76-74 DC, 28 décembre 1976; C.C. n°94-351 DC, 29 décembre 1994 등 여러 차례가 있다.

쉽지 않았다. 왜냐하면 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하려면 60인 이상의 국민의회의원들이 함께 청구를 하여야 했기 때문이다. 따라서 위헌법률심판 청구도 한개의 청구서에 의하여 제출된 것이 아니었다. 61인의 국민의회의원들의 서명이 담긴 청구서가 3번에 나누어서 헌법재판소에 청구되었다.

1996년 12월 20일에 55인의 서명이 담긴 청구서가 헌법재판소에 접수되었고, 그 후 12월 23일에 4인의 국민의회의원들의 서명이 담긴 청구서가 접수되었고, 12월 24일에 2인의 서명이 담긴 청구서가 접수되었다. 따라서 총 61인의 국민의회의원들이 1996년을 위한 추가경정예산법률에 대한 위헌법률심판을 청구하게 된 것이다.

그러나 이러한 청구가 비판을 받고 잘못되었다는 것을 인식한 많은 청구인들이 서면으로 헌법재판소에 청구인 명단에서 자신들의 서명을 삭제할 것을 요구하거나 혹은 실수로 서명을 하였다고 하여 헌법재판소에 위헌법률심판청구를 취하할 뜻을 밝혔다.

그러나 프랑스 헌법재판소는 청구인들에게 취하할 수 있는 권리를 인정하지 아니하면서 1996년 12월 30일 1996년을 위한 추가경정예산법률의 제55조와 제59조가 헌법에 위반된다고 하면서 위헌결정을 하였다.

## 2. 서면에 의한 청구

프랑스 헌법재판소법 제18조는 서면으로 청구할 것을 요구하고 있다. 반드시 서면으로 청구하여야 하는 것이다. 그러나 이 사건과 관련하여 문제되는 것이 팩스를 통하여 청구가 가능한가라는 것이다.

이 사건과 관련하여 대부분의 청구가 장 루이 보몽에게 팩스를 통하여 전달되었고 이것이 헌법재판소 사무처장(*secrétariat général*)에게 청구되었다. 그러나 이러한 팩스를 통한 청구가 이번이 처음은 아니었다. 이미 1994년 7월 27일 n°94-343/344 사건<sup>447)</sup>에서 1994년 6월 29일 장 루이 보몽은 팩스를 통하여 여

---

447) C.C. n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

러 의원들의 서명을 받아서 청구서를 제출한 경우가 있다. 그러나 이 당시에는 1994년 7월 22일 자필서명이 함께 있는 청구서를 제출하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 적법한 청구라고 인정하여 심판을 하였다.

헌법재판소는 서명의 진위여부를 파악하기 위하여 국회의원의 임기가 시작되면 모든 국회의원들의 서명을 받는다. 서명을 받고 나서 후에 위헌법률심판 청구가 있으면 서명의 진위여부를 조사한다.

또한 헌법재판소는 통신수단의 발달과 국회에서 표결을 통과하고 공포 전 단계에서 위헌심판청구가 행해져야 하는 긴급한 경우를 고려하여 팩스를 통하여 국회의원들의 서명이 첨부된 청구서를 취합하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하는 것을 인정하고 있다.<sup>448)</sup>

즉 팩스를 통하여 청구가 가능하지만 반드시 친필 서명이 포함된 청구서를 제출하여야 한다는 것이다. 이러한 점은 행정최고재판소의 경우에도 마찬가지이다. 행정최고재판소는 1996년 3월 13일 *Diraison* 사건에서 청구인이 팩스로 청구를 하고 후에 친필서명의 청구서를 제출하였다면 적법한 청구라고 하였다.<sup>449)</sup>

### 3. 취하가능여부

프랑스에서 위헌법률심판을 청구할 수 있는 자는 대통령, 수상, 양원의장, 그리고 60인 이상의 국회의원들이다. 만약에 위헌법률심판의 취하를 인정한다고 하는 경우, 대통령과 수상, 양원의장이 위헌법률심판을 청구한 다음 취하하는 경우에는 청구인이 1인이기 때문에 청구인 한사람 개인의 의사가 청구 취하의 의사로 성립이 되는 것이다.

그러나 국회의원의 경우 위헌법률심판청구가 성립이 되려면 적어도 60인 이상의 국회의원이 함께 위헌법률심판을 청구하여야 하기 때문에 복잡한 문제가 발생한다. 즉 헌법재판소는 청구인들의 취하를 인정하여야 하는가 여부와 취하를 인정한다고 하더라도 청구를 하는데 있어서 60인 이상의 국회의원들의 위

---

448) Olivier Schrameck, *Décisions du Conseil constitutionnel*, AJDA, 1997, pp.163-164.

449) C.E. 13 mars 1996, *Diraison*.

헌법불심판청구가 있어야 하므로 위헌법률심판을 청구한 청구인 모두가 취하 의사를 표시하여야만 취하가 가능한 것인지 아니면 일부 청구인들의 청구 취하로 인하여 최소한의 청구인 수인 60인 미만의 청구인이 남게 되는 경우에도 취하를 인정하여야 하는지 여부가 문제된다.

이 사건에서 위헌법률심판을 청구한 국민의회의원들은 헌법재판소에 실수로 서명을 하였다고 주장하거나 혹은 자신들의 서명을 철회하고자 한다고 서면으로 통보하였다. 즉 위헌법률심판을 청구한 모든 국민의회의원들이 자신들이 위헌법률심판청구서에 서명한 사실을 부인하지는 아니하였던 것이다.

프랑스 헌법재판소는 “어떠한 헌법 조문이나 헌법재판소에 관한 조직법률도 헌법재판소에 법률을 제소할 권한이 주어진 자들에게 이미 시작된 위헌심사의 시작을 방해하면서 제소를 취하할 수 있는 권한을 부여하지 아니하였다. 그렇기 때문에 동의에 있어서 실질적인 과실이나 또는 동의에 있어서 부정확한 방법으로 행하거나 아니면 동의에 하자가 있는 경우를 제외하고는, 헌법재판소는 취하선언을 고려할 필요가 없다.”라고 하였다. 그러면서 언급하기를 “따라서 자료들에 기인하여 볼 때, 관계 국회의원들의 동의가 무효로 되는 것이 아니며 그리고 국회의원들이 헌법재판소에 위헌심판청구를 하면서 실질적인 과실을 범했다고 볼 수 없다. 따라서 위에서 언급이 된 것처럼 61인 국회의원의 서명은 인정될 수가 있다. 헌법에 의하여 헌법재판소에 부여된 위헌법률심사의 행사는 헌법재판소에 속하는 것이다”<sup>450</sup>라고 하였다. 결국 프랑스 헌법재판소는 위헌법률심판의 취하를 인정하지 아니하였는데 이러한 결정을 통하여 우리는 많은 것을 생각할 수 있다.

일단 프랑스 헌법재판소는 청구인들이 위헌법률심판청구를 취하할 수 있는 경우를 예외적으로 보았다. 즉, “청구인들이 서명을 함에 있어서 동의에 외형적인 하자(erreur matérielle)나 속임수(fraude) 혹은 결함(vice)이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소는 청구인들의 취하를 인정하지 않는다”고 하여, 청구인들이 진정으로 청구서에 서명을 하였다면 취하할 수 없다고 하였다. 이 사건에서도 청구인들이 자신들이 청구서에 서명을 함에 있어서 외형적인 하자(erreur matérielle)나 속임수(fraude) 혹은 결함(vice)이 있는 경우라고 주장하지는 않았

---

450) C.C. n°96-386 DC du 30 décembre 1996, Rec., pp.155-156.

다. 이와 같은 프랑스 헌법재판소의 태도는 1999년 12월 16일 n°99-421 결정<sup>451)</sup>에서도 나타나고 있다.

프랑스 헌법재판소는 원칙적으로 위헌법률심판청구의 경우 소 취하가 불가능하다고 하였다.

프랑스 헌법재판소의 결정은 프랑스 위헌법률심판이 어떠한 성격을 가지는가 하는 문제와 연관된다. 헌법재판소의 결정에 따라, 헌법재판소는 법원과 같이 생각하고 활동하지만 엄격한 의미에서 법원은 아니라는 것이다. 왜냐하면 위헌법률심판이 당사자 사이의 분쟁을 해결하려는 목적보다는 의무적이든 혹은 임의적이든 헌법재판소에 회부된 법률의 합헌성 여부를 심사하는 것이 목적이기 때문이다.<sup>452)</sup> 결국 헌법재판소가 담당하는 임무와 헌법재판소가 사건을 처리하는 방법 사이에는 성질상의 차이가 존재하는 것이다.

위헌법률심판청구의 취하가 불가능하다는 것은 법률에 대하여 판단하는 헌법재판소가 일반법원이 아니라는 것은 확인하는 것이다. 이러한 것은 프랑스의 위헌법률심판이 추상적 규범통제를 하며 객관소송이라는 것에 의하여 정당화된다. 즉 헌법소송이 일반소송과는 다른 독특한 소송이라는 점을 잘 나타내는 것이고, 또한 객관적 소송이라는 것을 잘 보여주고 있는 것이다.<sup>453)</sup> 헌법재판소에 있어서 소의 취하(désistement)는 위헌법률심판의 시작을 방해하는 제소의 철회(dessaisissement)인 것이다.<sup>454)</sup> 프랑스에서 위헌심판청구의 취하가 인정되지 않는 것은 위헌법률심판이 추상적이며 객관적인 성격을 가진다는 것을 보여주는 것이다. 또한 소의 취하를 인정한다는 것은 헌법재판소가 외부 청구권자의 의지에 항상 구속되어서 심판을 할 수도 있고 안 할 수도 있다는 결론이 된다. 따라서 이러한 것은 결국 헌법재판소를 소 취하의 그림자 아래에 놓이게 하는 것이 될 수가 있을 것이다.<sup>455)</sup>

---

451) C.C. n°99-421 DC du 16 décembre 1999.

452) Jean-Pierre Camby, La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait, RDP, 1997, p.6.

453) Loïc Philip, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, RFDC, 1997, p.128.

454) François Luchaire, Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois financières, RDP, 1997, p.291.

455) Jean-Pierre Camby, La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait, RDP, 1997, p.7; Olivier Schrameck, Décisions du Conseil



만약에 위헌법률심판 청구의 취하를 인정하게 된다면 이것은 실질적으로 많은 불합리한 면을 초래하게 된다. 헌법재판소의 기능에 대하여 규정하고 있는 어떤 규정도 헌법재판소의 심리종료절차에 대하여 규정하고 있지 않다. 다만 심리기간만을 헌법 제61조가 한달로 규정하고 있는 것이다. 따라서 위에서 언급한 바와 같이 위헌법률심판청구의 취하를 인정하게 되면 헌법재판소는 항상 외부세력 즉 청구인들의 의사에 따라서 영향을 받게 될 수 있다는 것이다. 또한 헌법재판소가 청구인들에게 불리한 결정을 하게 될 것 같다고 느낄 때는 언제든지 결정 선고 전에 취하를 하게 될 것이고, 이러한 상황은 헌법재판소로 하여금 되도록 빨리 결정을 하게 하는 요인이 될 수 있는데, 이러한 경우에 헌법재판소는 충분한 검토를 못하고 조급하게 결정을 하게 될 수 있을 것이다.

또한 프랑스에서 위헌법률심판은 주로 의회 소속당에 의하여 청구되는 경우가 많은데, 청구인들이 일단 청구하였다가 헌법재판소에 의하여 원치 않는 결정이 내려질 것 같으면 취하하게 되는 경우가 발생할 수 있으며, 또한 선고 중간에 소 취하를 하게 되면 선고를 하지 못하게 되는 현상이 발생할 수 있다. 또한 프랑스 위헌법률심판은 사전적 규범통제이기 때문에 위헌법률심판 청구인들이 대통령, 수상, 양원의장, 60인 이상 국회의원으로 모두 정치인들이기 때문에 취하를 인정하게 되면, 취하의 문제가 정치적 타협의 대상이 될 수도 있다.

그러면 이러한 위헌법률심판청구의 취하를 인정하지 아니하는 것은 다른 모든 청구인들에게도 마찬가지로 적용되는 것인가에 대하여도 살펴볼 수가 있을 것이다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 프랑스 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있는 자는 대통령, 수상, 국회 상·하 양원의 의장들 그리고 60인 이상의 상원 또는 국민의회의 국회의원들이다. 만약에 이미 헌법재판소가 판시한 것과 마찬가지로 소의 취하가 위헌심판의 시작에 장애요인이라면 국회의원들 이외의 청구인들에게도 소 취하를 인정하지 아니하여야 할 것이다. 그러나 대통령의 경우는 다시 한번 살펴보아야 할 것이 있다. 즉 대통령이 위헌심판을 청구한 다음 이를 취하하고 곧바로 해당 법률을 공포하는 경우에 어떻게 될 것인가가 문제로 남는다. 이러한 경우 이에 대한 규정이 없어서 프랑스 헌법재

---

constitutionnel, AJDA, 1997, p.165.

판소가 어떠한 결정을 하게 될지는 의문으로 남는다.

## 제8절 결정<sup>456)</sup>

### 1. 결정절차 및 결정문 형태

헌법재판소는 위헌법률심사가 접수되면 원칙적으로 1개월 이내에 심사하여야 하고, 정부가 긴급하다고 판단하여 요구하는 경우에는 8일 이내에 심사하여야 한다.

결정은 헌법재판소 전원재판부에서 한다. 결정은 천재지변에 의한 경우를 제외하고는 적어도 7명의 헌법재판관이 출석하여야 결정을 선고할 수가 있다. 현실적으로 거의 모든 선고에 있어서 재판관 전원이 참석하고 있는 실정이다. 비공개로 행하여지는 평의는 주심(rapporteur)의 사건소개로 시작이 된다. 재판소장에 의하여 임명되는 주심은 평의를 시작하기 전에 보고서를 각 재판관들에게 배포한다. 주심의 사건소개와 보고서의 발표 후에 토론에 들어간다. 토론 후에 표결에 들어가는 데 참가 재판관의 과반수로 결정된다. 그러나 가부동수의 경우가 발생한 때에는 헌법재판소장이 결정권을 가진다.<sup>457)</sup> 프랑스의 경우 각 재판관의 의견이 공개되지는 않는다. 즉 누가 어떤 의견을 개진하였는지를 알 수는 없다. 따라서 프랑스 헌법재판소의 결정문에는 반대의견과 보충의견이 기재되지 않는다. 반대의견과 보충의견을 결정문에 포함시키지 않는 것은 프랑스 절차법에서 일종의 전통이며, 또한 각각의 재판관의 독립을 위하여 필요한 것이라는 견해와 헌법재판소의 결정의 권위를 위하여도 보충의견과 반대의견을 인정하지 아니하는 것이 좋다는 견해도 있다.<sup>458)</sup>

456) 이하는 전학선, 프랑스의 위헌법률심사의 결정유형과 그 효력, 판례실무연구 제4권, 2000. 9, 61면 이하를 주로 참조하여 수정하였음.

457) 재판소장이 결정권을 행사한 예는 C.C. n°86-225 DC, 23 janvier 1987.

458) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.614; Léo Hamon, Le Conseil constitutionnel - Un échange avec Paul Thibaud, Le débat, n°43, 1987, p.73; Henry Roussillon, Le Conseil constitutionnel, 3e éd., Montchrestien, 1996, p.38; Georges Vedel, Préface, in Droit du contentieux constitutionnel (Dominique ROUSSEAU), 4e éd.,

결정문을 보면 처음에 관련 법조문이 나오고 그 뒤에 이유가 나오며 그리고 주문이 나온다. 이러한 결정형식은 프랑스 헌법재판소의 결정형식은 프랑스 행정최고재판소(Conseil d'Etat)와 대법원(Cour de cassation)의 예를 많이 따랐는데, 특히 행정최고재판소의 예를 따른 것은 놀라운 일이 아니었다. 왜냐하면 초대 헌법재판소장<sup>459)</sup>이 행정최고재판소 재판관(Conseiller d'Etat)이었기 때문이다. 그 외에도 2명의 재판관이 행정최고재판소 재판관이나 논고담당관(Maître des requêtes au Conseil d'Etat)을 역임하였다.<sup>460)</sup> 그 외에도 1기 재판관 가운데 한명은 대법원판사 출신이었다.<sup>461)</sup> 게다가 사무처장(secrétaire général)은 행정최고재판소 재판관 가운데에 한사람이 맡고 있는 실정이다.

결정은 헌법재판소장과 사무처장 그리고 주심에 의하여 서명되고, 결정이 있는 지 하루나 이틀 후에 관보(Journal Officiel)에 게재된다.

결정문은 처음에 제소권자를 표시하고 그 다음에 적용될 관계법령이 열거되고 그 다음에 판결의 근거가 되는 결정이유(motifs)가 오며 마지막으로 결정주문(dispositifs)을 기재한다. 결정주문은 행정최고재판소의 판결(arrêts)처럼 조문 형식으로 작성된다. 또한 결정이유에서도 행정최고재판소의 형식을 빌려서 ‘...을 고려하며(considérant que)’로 시작하며 간략하게 판결이유를 설명하고 있다.<sup>462)</sup> 그러나 결정문은 헌법재판소 창설 초기에는 간결하였으나 80년대 초반부터 차츰 길어지기 시작하여 상세한 이유를 설명하고 있다. 즉 초기에는 한 결정에서 십여개의 considérant이 사용되었으나 요즘은 수십 번 사용되기도 하

---

Montchrestien, 1995, p.9.

459) 초대 헌법재판소장은 드골 대통령에 의하여 임명된 레옹 노엘(Léon NOEL)이었다. 1959년부터 1965년까지 6년 동안 헌법재판소의 장을 역임하였다.

460) 드골 대통령에 의하여 임명된 조지 폼피두(Georges Pompidou)는 행정최고재판소의 논고담당관(Maître des requêtes au Conseil d'Etat)을 역임하였으며 당시 상원(Sénat)의 의장인 가스통 모네르빌(Gaston Monnerville)에 의하여 임명된 모리스 델르핀(Maurice Delepine)은 행정최고재판소 재판관(Conseiller d'Etat)을 역임하였다.

461) 드골 대통령에 의하여 임명된 모리스 빠탱(Maurice Patin)은 대법원의 형사부 재판장(Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation)을 역임하였다.

462) 그러나 초기 두 결정(C.C. n°59-2 DC du 17·18 et 24 juin 1959 et C.C. n°59-3 DC du 24·25 juin 1959)은 considérant을 사용하지 아니하였다.

고 백여개가 넘는 결정문도 있다. 예를 들면 1993년 8월 13일의 이민의 조절(Maîtrise de l'immigration)에 관한 위헌심사<sup>463)</sup>에서 134번의 *considérant*이 사용되었다. 이러한 결정문의 장문화는 판결이유의 시작에서 청구인의 주장을 설명하기 때문에 더 한층 심화되었다. 1983년까지는 비공식적으로 청구인의 주장 내용을 알 수 있었을 뿐, 공식적으로 알 수는 없었다. 그러나 1983년 이후 헌법재판소의 결정이 관보에 기재됨과 동시에 청구인의 청구내용도 관보에 게재된다. 이러한 점은 우리가 프랑스 헌법재판소의 결정내용을 이해하는 데 도움이 되고 있다.<sup>464)</sup>

## II. 결정유형

프랑스 헌법재판소의 위헌법률심사에 있어서 결정유형은 크게 세 가지로 나눌 수가 있겠다. 그 첫째는 위헌결정(Les décisions d'annulation)이고 두 번째는 단순기각결정-또는 합헌결정-(Les décision de rejet simple), 그리고 마지막으로 세 번째는 변형결정인 조건부 합헌결정(Les décisions de conformité sous réserve)<sup>465)</sup>이다.

### 1. 위헌결정(Les décisions d'annulation)

1959년 3월 프랑스 헌법재판소가 위헌법률심사를 시작한 이래 지금까지 많은 위헌결정을 하였다. 1959년부터 지금까지 수백여 개의 결정을 통하여 많은 위헌선언을 하였다. 결정주문에 ‘...은 헌법에 반한다(...contraire à la Constitution)’고 하거나 또는 ‘...은 헌법에 합치하지 아니한다(...non-conformité à la constitution)’라고 표현하고 있다. 그러나 이 두 가지 위헌선언의 방식은 법적 결과로서의 효과에 아무런 차이가 없다. 따라서 구분하여

---

463) C.C. n°81-132 DC du 16 janvier 1982.

464) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.615.

465) 프랑스의 위헌법률심사에 있어서 조건부 합헌결정인 조건부 합헌결정(décisions de conformité sous réserve)을 해석결정(décisions interprétatives ou décisions d'interprétations)이라고도 한다.

연구할 필요가 없다고 한다.<sup>466)</sup>

위헌결정은 다시 두 가지로 나뉘는데, 전부위헌(Les décisions d'annulation totale)과 일부위헌(Les décisions d'annulation partielle)이 그것이다.

### (1) 전부위헌(Les décisions d'annulation totale)

전부위헌(Les décisions d'annulation totale)의 경우는 청구된 법률전체가 위헌으로 선언되는 경우이고, 이 경우에는 법률전체가 공포되지 아니한다. 헌법재판소에 관한 1958년 11월 7일의 오르도낭스(ordonnance) 제22조는 법률전체가 위헌으로 선언되는 경우에 그 법률은 공포될 수 없다고 명확하게 규정하고 있다. 이 경우 대통령은 법률을 공포할 수가 없음은 물론이고 국회에 재심을 요구할 수도 없다. 법률전체가 위헌으로 선언되는 경우는 그렇게 많지 않은 데,<sup>467)</sup> 그래도 법률전체가 위헌으로 선언되는 경우는 매우 심각한 사태를 유발할 수도 있는 것이다. 예를 들면, 1979년의 1980년을 위한 예산법률<sup>468)</sup>의 경우 전부위헌의 결정<sup>469)</sup>이 선언되었기 때문에 1980년도의 예산집행에 큰 차질을 일으켰던 것이 사실이다.

### (2) 일부위헌(Les décisions d'annulation partielle)

일부위헌의 경우가 위헌선언의 다수를 차지하는데, 이에도 여러 가지 문제점이 있다. 우선, 위헌으로 선언된 조항과 그 외의 조항과의 관계일 것이다. 위헌으로 선언된 조항과 다른 조항이 분리될 수가 있다면 위헌으로 선언이 된 조

---

466) Georges Vedel, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelles*, RDP, 1989, p.16.

467) 예를 들면 1959년부터 1986년까지 법률전체가 위헌으로 선언이 된 경우는 7번밖에 없었다. C.C. n°76-75 DC du 12 janvier 1977; C.C. n°77-80/81 DC du 5 juillet 1977; C.C. n°77-91 DC du 18 janvier 1978; C.C. n°79-110 DC, 24 décembre 1979; C.C. n°80-122 DC du 22 juillet 1980; C.C. n°82-147 DC du 2 décembre 1982; C.C. n°85-190 DC du 24 juillet 1985.

468) 프랑스의 경우 매년 예산이 법률의 형식으로 국회의 투표를 거치기 때문에 위헌법률심사의 대상이 된다.

469) C.C. n°79-110 DC du 24 décembre 1979.

항을 제외하고 나머지 부분을 공포할 수가 있다. 이 경우 대통령은 의회에 재심을 요구할 수도 있다.<sup>470)</sup>

위헌으로 선언된 조항과 다른 법률조항전체와 분리될 수 없는 것이라면, 이 경우에는 문제가 없다. 헌법재판소에 관한 1958년 11월 7일의 오르도낭스 제22조는 일부위헌의 경우 위헌으로 선언된 조항이 법률전체와 불가분의 관계에 있다고 헌법재판소가 선언하면 그 법률 전체는 공포될 수 없다고 한다. 결국 이러한 경우는 일부위헌의 선언을 하는 것이지만 전부위헌의 결과를 가져오는 것이다. 이러한 일부위헌의 경우 프랑스의 헌법재판소가 두가지 방법으로 선언을 하였다. 첫째는 1978년 1월 18일의 결정<sup>471)</sup>에서 볼 수 있는 방법으로, 국가와 사립농업교육과의 관계에 관한 1960년 8월 2일 법률에 대한 개정 법률(*la loi complémentaire à la loi du 2 août 1960 relative aux rapports entre l'Etat et l'enseignement agricole privé*)의 위헌법률심사에서는 이유에서 위헌으로 선언된 법률조항이 나머지 법률전체와 불가분의 관계에 있다고 설명하였고 주문에서는 단지 법률전체가 위헌이다라고 하여 주문만으로는 전부위헌인 것처럼 판시하였다. 그러나 1982년 1월 16일의 국유화에 관한 법률(*loi de nationalisation*)의 위헌법률심사<sup>472)</sup>에서는 주문 제1조에서 일부위헌을 선언하고 제2조에서 위헌으로 선언된 몇몇 조항은 법률 전체와 분리될 수 없다고 판시하여 주문만을 보더라도 이 결정이 법률 전체의 효력을 상실시키는 일부위헌선언이라는 것을 알 수 있게 하였다.

## 2. 단순기각(Les décisions de rejet simple)

단순기각결정은 두 가지로 분류될 수가 있다. 헌법재판소가 위헌법률심사요청을 거절하는 것(*Les décisions d'irrecevabilité*)과 단순합헌(*Les décisions de conformité*)으로 선언하는 것이다.

첫번째 예는 드문 것으로 그 예를 보면, 노동사고예방(*Les préventions des*

---

470) L'article 22, Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel.

471) C.C. n°77-92 DC du 18 janvier 1978.

472) C.C. n°81-132 DC du 16 janvier 1982.

a.C.idents du travail)에 관한 사건에서 청구인인 국민의회의원들이 최종표결 전에 헌법재판소에 법률에 대하여 위헌법률심판을 청구하였다. 따라서 헌법재판소가 위헌법률심사요청을 거절하였다.<sup>473)</sup> 물론 최종표결을 거친 후에 다시 청구하였을 때 헌법재판소가 이를 받아들여 위헌법률심사를 하였다. 또한 1962년 11월 6일 결정에서는 국민투표에 의하여 채택된 법률에 대하여 이는 국민주권의 직접적 표현이므로 심사할 수 없다고 하였다.<sup>474)</sup>

위헌법률심사의 대상이 되는 법률이 위헌이 아닐 때, 프랑스 헌법재판소가 합헌결정을 내린다. 그러나 프랑스 헌법재판소가 합헌결정을 하는 데에 있어서 주문의 형식이 두 가지로 구분될 수 있을 것이다. 어떤 경우에는 ‘... 은 헌법에 반하지 아니한다’(… n’est pas contraire à la Constitution)라고 주문에 표현하는 경우<sup>475)</sup>와 또 한 경우는 ‘... 은 헌법에 합치하다’(… est conforme à la Constitution)라고 표현하는 경우<sup>476)</sup> 등이다.

이에 대하여 ‘... 은 헌법에 반하지 아니한다’라고 주문에 표시할 때, 이는 소극적인 합헌결정이라 볼 수 있다. 즉, 모든 경우를 다 고려하여 합헌결정을 한 것이라기보다는 지금 현 상태에서는 합헌이라는 의미이다. 즉 헌법에 적극적으로 합치하는 것은 아니지만 위반되는 것이 아니고 헌법과 양립(compatibilité)한다는 의미이다. 이에 반하여 ‘... 은 헌법에 합치한다’라는 주문은 적극적으로 좀 더 강한 의미로 헌법에 일치한다는 의미(conformité)로 쓰이고 있는 것이다.<sup>477)</sup>

---

473) C.C. n°76-70 DC du 8 novembre 1976.

474) C.C. n°62-20 DC du 6 novembre 1962.

475) 예를 들면 C.C. n°92-312 DC du 2 septembre 1992.

476) 예를 들면 C.C. n°94-343-344 DC du 27 juillet 1994.

477) 양립성(compatibilité)과 적합성(conformité)에 관하여서는 다음의 문헌을 참조할 것. Charles Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957, p.27 et s.; Louis Favoreu, *Le principe de constitutionnalité ; essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges Charles EISENMANN - Recueil d’études en hommage à Charles EISENMANN*, Edition Cujas, 1974, p.33 et s.; Louis Favoreu, *La décision de constitutionnalité*, RIDC, 1996, p.622.

### 3. 조건부 합헌결정(Les décisions de conformité sous réserve)

프랑스 헌법재판소가 일종의 변형결정이라 볼 수 있는 조건부 합헌결정(Les décisions de conformité sous réserve)을 하고 있는데, 점점 더 자주 조건부 합헌결정을 하고 있는 것이 현실이다. 조건부 합헌결정은 일종의 합헌결정으로 위헌의 의심에서 벗어나는 것이나 완전한 합헌은 아니다. 헌법재판소가 합헌에 조건을 다는 것이며 이러한 조건하에서만 합헌이라는 것이다. 어떠한 규범이 일정한 해석에 의하여 상위규범에 합치하는 것으로 간주될 때, 판사가 문제가 된 규범의 효력을 상실시키기 보다는 상위규범에 합치하는 해석을 선택하는 것은 프랑스에서 드문 경우가 아니었다. 이러한 조건부 합헌결정형식을 이미 오래 전부터 프랑스의 행정최고재판소에서 사용되어졌었고,<sup>478)</sup> 또한 프랑스의 독자적인 것이 아니고 미국의 대법원(Cour suprême)도 이러한 결정형식을 사용하였었다.<sup>479)</sup> 프랑스의 조건부 합헌결정의 형식은 세 가지로 나뉘질 수 있는 데, 첫 번째는 제한적 해석결정(Interprétations restrictives)이고 두 번째는 건설적 해석결정(Interprétations constructives)이며 세 번째는 명령적 해석결정(Interprétations directives ou injonctives)이다.<sup>480)</sup>

#### (1) 제한적 해석결정(Interprétations restrictives)

제한적 해석결정(Interprétations restrictives)은 헌법재판소가 직접적으로 해당 법률의 효력을 제한하면서 법규 조항의 내용에 관하여 해석하는 결정

---

478) Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs, STH, 1988, p.66.

479) Klaus Schlaich, in débat, Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (sous la direction de Louis FAVOREU), Economica et PUAM, 1987, p.220.

480) 현재 프랑스에서 조건부 합헌결정을 분류하는 데에 있어서 학자마다 조금씩 그 용어의 사용을 달리하고 있다. Louis Favoreu 교수는 조건부 합헌해석을 건설적 해석결정(interprétation constructive)와 중성화 해석결정(interprétation neutralisante) 그리고 지시적 해석결정(interprétation directive)으로 나누고 있다. Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.611 et s.



이다. 다시 말하며, 위헌의 여지가 있는 규정에 대하여 헌법재판소가 그 의미와 내용을 축소하거나 효력이 없는 것으로 해석하면서도 위헌선언을 회피하는 것을 말한다. 이러한 해석은 헌법재판소가 범규범의 규범성을 축소하면서 법률을 순화시키는 기능을 한다고 할 수 있겠다. 이러한 규범의 순화 또는 정화는 그 정도에 따라 두 가지로 분류될 수가 있겠다. 첫 번째는 무력화 해석(Interprétations annihilantes)이고 두 번째는 중성화 해석(Interprétations neutralisantes)이다.<sup>481)</sup>

### 1) 무력화 해석(Interprétations annihilantes)

무력화 해석(Interprétations annihilantes)은 헌법재판소가 법률을 폐기하는 데에까지 이르지 아니하고 법률의 내용을 무력화시키는 것을 말한다. 법률로서의 적용은 될 수 있으나 효력이 없는 법률을 빈 조개껍질에 비유하기도 한다.<sup>482)</sup> 결국 현실적으로 무력화 해석은 법률을 취소하는 것과 같은 결론에 이르게 되는 것이다. 즉 정형화되지 아니한, 조건부 합헌결정의 하나인 무력화 해석을 통해 해당 범규범의 내용을 무효화시키는 데에 도달하게 된다는 것이다.<sup>483)</sup> 이러한 무력화 해석은 해당 법률을 취소의 단계에까지 이르지 아니하게 하고 그러면서 입법자의 권한인 입법권을 존중한다는 데에서 그 장점을 찾을 수가 있겠다.

이러한 무력화 해석은 헌법재판소가 쉽게 사용할 수 있는 결정형태가 아니다. 이러한 해석결정을 하기 위하여서는 몇 가지 조건이 있다. 즉 무력화 해석이 내려지기 위해서는 해당 법률이 규범적 내용(contenu normatif)을 가지고 있어서는 안 된다. 그리고 두 번째는 위헌을 선언하기가 불가능하여야 한다. 법률의 합헌성심사, 즉 위헌법률심사라는 것은 하위규범인 법률이 상위규범인 헌법에 합치하는가를 심사하는 것이다. 즉 헌법재판기관에 있어서 위헌법률심

---

481) Thierry Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, *Economica et PUAM*, 1997, p.131 et s.

482) Thierry Di Manno, *op. cit.*, p.131.

483) Pierre Avril et Jean Gicquel, *Chronique constitutionnelle française, Pouvoirs*, n°23, 1982, p.37.

사는 하위규범과 상위규범의 상충인 것이다. 그러나 헌법재판에 회부된 법률이 규범적 내용을 가지고 있지 아니하다면, 양 규범의 상충은 일어나지 않는 것이다. 규범적 내용이 없는 하위규범은 상위규범과 반대될 수도 없고 또 상위규범을 침해할 수도 없는 것이다.

이러한 무력화 해석의 예를 프랑스 헌법재판소의 결정에서 찾아 볼 수가 있다. 국민의회의원의 선거구 획정을 위한 오르도낭스(ordonnance)를 정부로 하여금 정할 수 있도록 하는 법률에 대한 위헌법률심사에서 무력화 해석을 하였다. 즉 선거에 있어서 평등의 원칙이라는 것은 국회의원의 임명을 위한 선거구역의 획정이 인구통계를 통하여 정기적인 개정의 대상이 되는 것을 포함한다고 하였다. 그리고 모든 선거구 획정은 각각의 인구조사에 의하여야 한다고 하면서 동법의 제2조는 이 원칙을 무시하고 있다고 하였다. 따라서 미래의 국회의원에게는 이 조항이 적용될 수 없다고 하면서 따라서 이 조문의 무력한 특징(caractère inopérant)으로 인하여 헌법에 반한다고 선언하지 아니한다고 하였다.<sup>484)</sup>

또 다른 결정례를 보면 1985년 8월 8일의 결정으로, 프랑스의 영토이며 태평양의 작은 섬인 누벨칼레도니(Nouvelle Calédonie)에 관한 법률의 위헌법률심사에서, 프랑스 헌법재판소가 동법 제1조 제1항에서 다른 구체적 사항을 규정함이 없이 이 섬의 주민들이 프랑스와의 연합된 상태에서 독립을 스스로 결정하도록 한 것은 규범적인 내용이 없는 하나의 의사의 선언을 규정한 것에 지나지 않는다고 해석을 하면서 실질적으로는 의미가 없게 하면서도 위헌선언을 피하는 무력화 해석을 하였다.<sup>485)</sup>

이러한 무력화 해석은 1958년 이후 1997년 2월까지 7번 행하여졌는데<sup>486)</sup> 그리 자주 이용되는 결정형태는 아니다. 헌법재판소의 결정문 어디에도, 즉 판결 이유와 판결주문에서 명시적으로 무력화 해석이라는 것을 명시하지 아니하고

---

484) C.C. n°86-208 DC du 1 et 2 juillet 1986.

485) C.C. n°85-196 DC du 8 août 1985.

486) C.C. n°82-142 DC du 27 juillet 1982; C.C. n°83-160 DC du 19 juillet 1983; C.C. n°85-196 DC du 8 août 1985.; C.C. n°86-208 DC du 1 et 2 juillet 1986; C.C. n°94-350 DC du 20 décembre 1994; C.C. n°94-358 DC du 26 janvier 1995; C.C. n°96-384 DC du 19 décembre 1996.

있다. 따라서 우리는 헌법재판소의 결정문을 읽고 그 내용을 파악하고 난 후에 이 결정문이 무력화 해석인가 아닌가를 판단하여야 한다.

## 2) 중성화 해석(Interprétations neutralisantes)

중성화 해석(Interprétations neutralisantes)은 법률의 규범적 내용을 무력화시키는 정도에까지 이르지 않는지만 순화 내지는 축소시키는 것으로 해석하는 것을 말한다. 이 해석은 원래 실질적으로 위헌으로 선언해야 할 규정을 형식적으로 합헌선언을 하면서 대신 그 위헌적인 규정의 원래의 의미와 다르게 해석을 한다는 것이다. 중성화 해석은 1970년대 후반 1980년대부터 많이 쓰이기 시작하였는데, 프랑스 헌법재판소의 결정에서 그 많은 예를 찾아 볼 수가 있다.

이러한 중성화 해석은 두 가지로 분리될 수가 있는 데, 긍정적 중성화 해석(Interprétations neutralisantes positives)과 부정적 중성화 해석(Interprétations neutralisantes négatives)이다. 앞에서 언급한 바와 같이 헌법에 합치하는 규범과 헌법에 반하는 규범들 사이에서 규범들의 해석을 통하여 법규범을 순화시키는 기능을 한다고 하였다. 따라서 법규범이 가지는 두 가지 측면을 선택하여 취할 수가 있는 것이다.

### ① 긍정적 중성화 해석(Interprétations neutralisantes positives)

긍정적 중성화 해석(Interprétations neutralisantes positives)은 위헌법률심사의 대상이 되는 규범을 해석함에 있어서 헌법에 합치하는 측면으로 해석을 한 후 그러한 범위 하에서는 합헌이라는 결정을 하는 것을 말한다. 따라서 합헌이라고 판단되는 범위 이외의 부분은 모두 위헌에 다다른다는 결론에 이를 수가 있는 것이다. 결국 이러한 긍정적 중성화 해석결정은 우리나라의 헌법재판소가 변형결정의 일종으로 사용하고 있는 한정합헌과 어느 정도 일치한다고도 볼 수가 있을 것이다.

긍정적 중성화 해석의 예를 보면 1994년 1월 21일의 언론의 자유(Liberté de communication)의 결정<sup>487)</sup>을 들 수가 있다. 통신의 자유에 관한 1986년 9월 30

---

487) C.C. n°93-333 DC du 21 janvier 1994.

일의 법률에 대한 개정법률(Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication)에 대한 위헌법률심사에서, 개정법률안 제11조는 방송위원회(Conseil supérieur de l'audiovisuel)가 라디오방송과 텔레비전방송 서비스를 임시로 허가할 수 있도록 하였다. 그런데 이 조항은 허가 대상 후보자의 등록절차 없이 방송위원회가 허가를 할 수 있다고 한 것에 대하여 상원의원들은 다원주의 원칙(pluralisme)에 위배됨을 이유로 위헌임을 주장하였다. 이에 대하여 프랑스 헌법재판소가 입법자가 해당 법 조항을 제정한 의도에는 해당 법률에 의하여 규정된 허가의 집중을 통제하는 규정에 위반을 하고자 하는 것은 없었으며, 또 모든 임시허가의 특징은 연이은 허가를 허용하지 않는다는 것으로 보아야 한다고 하면서 임시허가가 영구허가로 전환되지 아니한다는 것을 명확히 하였다. 결국 이 결정에서 프랑스 헌법재판소가 제소된 법 조항을 긍정적 중성화 해석을 통하여 합헌으로 선언을 하였다.

또 국유재산에 관한 법률에 대한 1994년 7월 21일 결정<sup>488)</sup>에서 프랑스 헌법재판소가 국유재산에 관한 법률 제34-1조가 국유재산의 임시 점유를 허락받는 자는, 반대의 처분을 제외하고는, 허가된 활동을 위하여 허용되는 부동산의 설치나 건축 등의 권리가 있는데, 이러한 것은 해당 국유재산과 양립 불가능한 행위는 포함하지 아니하는 것으로 보아야 한다고 하였다.

결국 긍정적 중성화 해석은 규범적 효과의 축소수준에서 해당 규범을 살리기 위한 의지를 보여주는 헌법재판기관의 결정형태라고 볼 수가 있을 것이다.<sup>489)</sup>

프랑스 헌법재판소가 긍정적 중성화 해석을 할 때, 이를 식별할 수 있는 특별한 표현을 사용하는 가하는 문제는 일률적이지 않다. 즉 판결주문에서도 그렇고 판결이유에서도 특별한 표현을 일률적으로 사용하는 것은 아니다. 그러나 헌법재판소가 긍정적 중성화 해석결정을 위하여 주로 많이 사용하는 표현을 세 가지로 들 수가 있겠다. 그 첫째는 ‘...처럼 보여져야 한다’(…doit être regardé comme…)이고,<sup>490)</sup> 둘째는 ‘...처럼 해석되어야 한다’(…doit être

488) C.C. n°94-346 DC du 21 juillet 1994.

489) Thierry Di Manno, op. cit., p.205.

490) 이러한 표현을 사용한 결정례를 보면, C.C. n°68-35 DC du 30 janvier 1968; C.C. n°93-325 DC du 12-13 août 1993; C.C. n°93-337 DC du 27 janvier

interprété comme...)⁴⁹¹)이다. 그리고 세 번째는 ‘...처럼 들린다’ 혹은 ‘...처럼 이해된다’(…doit être entendu comme… ou …doit s’entendre comme…)⁴⁹²)이다. 그러나 이 외에도 프랑스 헌법재판소가 헌법합치적 해석을 하여 규범에 대한 다른 해석을 차단하는 의지를 보이는 표현들이 몇 개가 있다. 예를 들면, ‘…가 반드시 인정되어야 한다’(il doit être nécessairement admis que)⁴⁹³) ‘…처럼 이해되어야 한다’(doit se comprendre comme…)⁴⁹⁴) ‘…에 한정된다’(…s’est borné à…)⁴⁹⁵) ‘단지 …을 겨냥한다’(…ne vise que…)⁴⁹⁶) ‘…을 함축한다’(…implique que…)⁴⁹⁷) ‘단지 명백히 …에 관계된다’(…ne concernent à l’évidence que…)⁴⁹⁸) ‘단지 …에 적용될 수 있다’(…ne peuvent s’appliquer aux…)⁴⁹⁹) ‘단지 …을 고려하여 읽혀질 수 있을 것이다’(…ne sauraient être lus que compte tenu de…)⁵⁰⁰) 등이다. 그러나 이러한 표현들은 위에서 언급한 세 가지 유형에 비하면 그 결정형태를 구별하는 용어로서의 특징이 뚜렷하지

---

1994; C.C. n°94-348 DC du 3 août 1994; C.C. n°94-349 DC du 20 décembre 1994; C.C. n°94-354 DC du 11 janvier 1995; C.C. n°95-363 DC du 11 janvier 1995; C.C. n°94-352 DC du 18 janvier 1995; C.C. n°96-378 DC du 23 juillet 1996.

491) C.C. n°84-184 DC du 29 décembre 1984; C.C. n°90-287 DC du 16 janvier 1991; C.C. n°91-304 DC du 15 janvier 1992; C.C. n°94-341 DC du 6 juillet 1994.

492) C.C. n°84-181 DC du 10-11 octobre 1984; C.C. n°86-208 DC du 1-2 juillet 1986; C.C. n°87-228 DC du 26 juin 1987; C.C. n°89-271 DC du 11 janvier 1990; C.C. n°90-286 DC du 28 décembre 1990; C.C. n°93-321 DC du 20 juillet 1993; C.C. n°93-326 DC du 11 août 1993; C.C. n°93-325 DC du 12-13 août 1993; C.C. n°93-333 DC du 21 janvier 1994; C.C. n°93-336 DC du 27 février 1994; C.C. n°94-346 DC du 21 juillet 1994; C.C. n°94-353-356 DC du 11 janvier 1995; C.C. n°96-373 DC du 9 avril 1996; C.C. n°96-383 DC du 6 novembre 1996.

493) C.C. n°93-325 DC du 12-13 août 1993.

494) C.C. n°86-207 DC du 25-26 juin 1986.

495) C.C. n°77-92 DC du 18 janvier 1978.

496) C.C. n°82-141 DC du 27 juillet 1982.

497) C.C. n°86-217 DC du 18 septembre 1986; C.C. n°92-307 DC du 25 février 1992.

498) C.C. n°83-162 DC du 19-20 juillet 1983.

499) C.C. n°96-387 DC du, 21 janvier 1991.

500) C.C. n°84-181 DC du 10-11 octobre 1984.

는 못하다.

이와 같은 것을 고려해 볼 때, 프랑스 헌법재판소가 조건부 합헌결정의 일종인 긍정적 중성화 해석을 드러내놓고 결정문에서 표시하려는 의도는 없는 것 같다. 따라서 이러한 결정문을 읽을 때, 조심스럽고 자세하게 읽어야지만 그 결정형태를 구별할 수가 있을 것이다. 그러나 반대로 합헌해석만을 명시하여, 위에 예를 든 세 가지 표현을 사용한 후에 명확하게 ‘다른 모든 해석은 헌법에 반대된다(toute autre interprétation serait contraire à la Constitution)’라고 명시하는 경우도 있다.<sup>501)</sup>

결론적으로 이러한 결정문의 표현이나 의미에 따른 분류는 긍정적 중성화 해석의 지표로서 고려되어 질 수가 있을 것이다. 그러나 다른 해석결정, 특히 건설적 해석과의 혼란을 피하기 위하여 헌법재판소의 결정문 하나하나를 자세하게 분석을 해야 할 것이다.

## ② 부정적 중성화 해석(Interprétations neutralisantes négatives)

부정적 중성화 해석(Interprétations neutralisantes négatives)은 규범의 헌법에 합치하는 측면을 기본으로 하는 것이 아니고, 헌법에 불합치하는 측면을 근본으로 하여 규범의 내용을 해석하는 결정형태이다. 즉 대상이 되는 규범의 위헌적인 요소를 드러내고는 그 범위에서는 위헌이라고 하는 또는 그 외의 범위 내에서 합헌이라고 하는 결정형태이다. 결국, 위에서 언급한 바와 같이 긍정적 중성화 해석결정이 우리나라 헌법재판소가 사용하고 있는 변형판결의 일종인 한정합헌과 유사하다고 볼 수 있다면, 부정적 중성화 해석결정은 한정위헌 또는 한정합헌과 유사하다고 볼 수 있을 것이다.

결국 부정적 중성화 해석가운데 위헌적인 요소를 지적한 다음에 위헌을 선언하는 결정형태는 질적 일부위헌(annulation partielle qualitative)에 이르게 되는데, 이러한 일부위헌결정의 형태는 프랑스 행정재판소에 의하여 오래 전부터 행정행위의 일부취소결정 형태로 사용되어졌던 방법이다.<sup>502)</sup> 이러한 프랑스 행

---

501) C.C. n°84-181 DC du 10-11 octobre 1984; C.C. n°86-207 DC du 25-26 juin 1986; C.C. n°86-208 DC du 1-2 juillet 1986; C.C. n°89-271 DC du, 11 janvier 1990.

502) 프랑스 행정소송에서 일부취소의 판결형태에 관하여서는 다음을 참조. M.-P.

정법원은 ‘…한…’(…en tant que…) 또는 ‘…는 범위내에서…’(…dans la mesure où…)라는 용어를 사용하였다.<sup>503)</sup>

프랑스 행정재판과 다른 유럽의 헌법재판소에서 영향을 받아서 프랑스 헌법재판소가 사용하는 위헌선언의 부정적 중성화 해석결정은 자주 이용되지는 않았지만 그 예를 찾아 볼 수가 있다. 1982년 2월 25일의 지방자치(Décentralisation)에 관한 결정에서 지방자치단체의 처분에 관한 규정에 대하여, 국가의 대표자가 처분의 당사자를 알고자 하는 데에 방해가 되거나 혹은 지체없이 행정소송을 제기하는 데에 방해가 되는 한 헌법에 합치되지 아니한다고 보아야 한다고 하였다.<sup>504)</sup> 이 결정의 주문에서 프랑스 헌법재판소가 ‘지금의 결정의 이유에서 지적된 범위 안에서’(dans la mesure indiquée dans les motifs de la présente décision) 라는 표현을 하면서 위헌을 선언하였다.<sup>505)</sup> 결국 이러한 결정형태는 해석의 어려움을 드러냈는데, 심사의 대상이 된 조항에서 위헌의 요소를 찾아내고 나머지는 남겨두어야 할 것이지만 이러한 것은 위 조항의 재심의를 필요로 하는데, 결과적으로는 해당 조항없이 법률이 공포되어졌다.<sup>506)</sup> 결국 질적 일부위헌의 효과없이 위헌의 선언의 효과를 발생시키게 되었다. 어쨌든 프랑스에서 헌법재판소에 의하여 위헌선언이 내려지면 그 조항은 공포되거나 시행될 수가 없는 것이다. 왜냐하면 프랑스 헌법 제62조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있기 때문이다 : ‘위헌이라고 선언된 규정은 이를 공포할 수도 시행할 수도 없다’ 결국 질적 일부위헌이 선언되더라도 국회에서 재심의를 되어서 투표되지 아니하면 결국은 법률로서 인정될 수가 없는 것이다.<sup>507)</sup>

그 후 프랑스 헌법재판소가 위헌선언의 부정적 중성화 해석을 하지를 않았

---

Corbel, L'annulation partielle des actes administratifs, AJDA, n°spécial, 1972, pp.12-13.

503) C.E. Ass., 9 juillet 1949, Sieur Delacommune, Leb., p.346; C.E. 10 mars 1943, Dame Aubin-Leroudier, Leb., p.65; C.E. 15 novembre 1950, Sieur Laîné, Leb., p.554.

504) C.C. n°82-137 DC du 25 février 1982.

505) 이 결정에 대하여 평석하면서 파보로교수와 필립교수는 이를 조건부 위헌 또는 조건부 불합치 결정(non-conformité sous réserve)이라고 이름을 붙였다. Louis Favoreu et PHILIP Loïc, GDCC, 9e éd., 1997, p.505.

506) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 9e éd., 1997, p.504.

507) Thierry Di Manno, op. cit., p.217.

는데, 이는 또한 프랑스 헌법 제62조 제2항에서 그 이유를 찾을 수가 있을 것이다. 프랑스 헌법 제62조 제2항은 ‘헌법재판소의 결정에 대하여는 어떠한 구제도 인정되지 아니한다. 결정은 공권력 및 모든 행정기관과 사법기관을 구속한다. …’라고 규정하여 합헌결정과 위헌결정 등 모든 결정의 효력을 동일하게 인정하였다. 결국 프랑스 헌법재판소가 법규범 속에 위헌의 요소가 있을 때, 위헌선언의 부정적 중성화 해석을 하는 것이 아니라 합헌선언의 부정적 중성화 해석을 하고 있는 것이다.<sup>508)</sup>

프랑스 헌법재판소가 합헌인 규범을 선언하기 위하여 합헌선언을 하는 것처럼, 제소된 법률에 위헌인 요소가 있는 것을 제거하기 위하여 합헌선언을 하고 있다. 합헌선언의 부정적 중성화 해석은 위헌적인 요소에 근거하면서 법규범을 순화내지는 정화시키는 것으로서 분석될 수가 있을 것이다. 그러나 이러한 선언은 결국 합헌선언이기 때문에 위헌선언과는 양립될 수 없으며, 따라서 프랑스 헌법재판소가 이러한 결정을 위하여 사용하는 표현이 있다.

그 예를 보면, ‘…처럼 해석될 수 없을 것이다(…ne saurait être interprété comme…)’,<sup>509)</sup> ‘…처럼 해석될 수 없다(…ne peut être interprété comme…)’,<sup>510)</sup> ‘…처럼 이해될 수 없을 것이다(…ne saurait davantage être compris comme…)’,<sup>511)</sup> ‘…처럼 이해될 수 없을 것이다(…ne saurait être entendu comme…)’,<sup>512)</sup> ‘…처럼 보여서는 안된다(…ne doit pas être regardé comme…)’,<sup>513)</sup> 결과로서 ‘…을 초래할 수 없을 것이다(…ne saurait avoir pour effet de…)’,<sup>514)</sup> ‘…을 대상으로 …을 초래할 수도 없을 것이다(…ne saurait avoir ni

---

508) Thierry Di Manno, op. cit., p.218.

509) C.C. n°77-87 DC du 23 novembre 1977; C.C. n°84-178 DC du 30 août 1984; C.C. n°84-184 DC du 29 décembre 1984; C.C. n°84-185 DC du 18 janvier 1985; C.C. n°88-250 DC du 29 décembre 1988; C.C. n°89-268 DC du 29 décembre 1989; C.C. n°89-271 DC du 11 janvier 1990; C.C. n°92-305 DC du 21 février 1992.

510) C.C. n°84-185 DC du 18 janvier 1985.

511) C.C. n°86-207 DC du 25-26 juin 1986.

512) C.C. n°86-207 DC du 25-26 juin 1986.

513) C.C. n°94-358 DC du 26 janvier 1995.

514) C.C. n°76-67 DC du 15 juillet 1976; C.C. n°77-83 DC du 20 juillet 1977; C.C. n°82-155 DC du 30 décembre 1982; C.C. n°87-230 DC du 28 juillet



pour objet ni pour effet de...'),<sup>515)</sup> '...을 초래할 수 없다(...ne peut avoir pour effet de...'),<sup>516)</sup> '...을 대상으로 할 수 없을 것이다(...ne saurait avoir pour objet de...'),<sup>517)</sup> '...에 장애가 될 수 없을 것이다(ne saurait faire obstacle à )',<sup>518)</sup> '...에 장애가 되는 대상이나 효과가 없다(...n'a pas pour objet ou pour effet de faire obstacle à...'),<sup>519)</sup> '...에 의거하다(...ne se réfère pas à...)',<sup>520)</sup> 등이다. 그러나 이러한 표현들도 하나의 참고적인 지표에 불과한 것이다. 역시 프랑스 헌법재판소의 결정문을 정확하게 이해하기 위해서는 그 내용을 중심으로 자세히 살펴보아야 할 것이다.

## (2) 건설적 해석결정(Interprétations constructives)

건설적 해석결정(Interprétations constructives)이란 헌법재판소가 법규범을 해석하는 데에 있어서 그 의미를 보충하거나 세분화하여서 그 효력을 확장하여 위헌선언을 피하고 합헌으로 선언을 하는 것을 말한다. 건설적 해석에 있어서 상세히 하거나 보충을 하는 문구는 법조문 자체에는 나타나지 아니하지만 프랑스 헌법재판소가 해석을 통하여 보충을 하는 것이다. 프랑스 헌법재판소의 결정문에서 처음으로 이러한 건설적 해석결정을 체계화한 파보로(Louis Favoreu)교수에 의하면, 건설적 해석결정은 해석을 통하여 그 해당 법조문에 부족한 것을 첨가하는 것이라고 한다.<sup>521)</sup> 이러한 건설적 해석결정은 두 가지로 분류될 수가 있는데, 그 하나는 부가적 해석(Interprétations additives)이고 다른 하나는 대체적 해석(Interprétations

---

1987; C.C. n°94-346 DC du 21 juillet 1994.

515) C.C. n°86-208 DC du 1-2 juillet 1986; C.C. n°95-370 DC du 30 décembre 1995.

516) C.C. n°94-346 DC du 21 juillet 1994; C.C. n°87-232 DC du 7 janvier 1988.

517) C.C. n°96-373 DC du 9 avril 1996.

518) C.C. n°80-117 DC du, 22 juillet 1980; C.C. n°94-346 DC du 21 juillet 1994; C.C. n°94-358 DC du 26 janvier 1995.

519) C.C. n°95-357 DC du 25 janvier 1995.

520) C.C. n°79-105 DC du 25 juillet 1979.

521) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.622.

substitutives)이다.

### 1) 부가적 해석(Interprétations additives)

부가적 해석(Interprétations additives)이란 위헌법률심사의 대상이 된 규범 안에 합헌이 선언되기 위하여 부족한 요소를 부가하는 것을 말한다. 따라서 부가적 해석은 결국 규범의 공백이라든지, 규범의 틈을 메우는 역할을 할 수가 있는 것이다. 부가적 해석은 입법자의 부작위와 관계가 있을 것이다. 그러나 원칙적으로 프랑스에서 부가적 해석은 행하여질 수 없다고 한다. 왜냐하면 프랑스 헌법재판소가 소극적으로 그 자신에게 제소가 된 규범의 합헌성 여부만을 심사할 수가 있고, 새로운 조문을 추가하기 위하여 심사의 대상이 된 규범을 수정할 수가 없기 때문이다.<sup>522)</sup> 사실 프랑스 헌법재판소가 발행하는 공식적인 판례집(Recueil des décisions du Conseil constitutionnel)에도 중성화 해석결정만이 결정유형으로 사용되고 있는 것이다. 그러나 헌법재판소의 결정이 항상 공식적 분류와 일치하는 것은 아니다. 우리는 부가적 해석결정과 그에 유사한 결정들을 찾을 수가 있는 것이다.<sup>523)</sup> 결국 프랑스 헌법재판소가 그의 공식적인 분류를 유지하려고 부가적 해석을 중성화 해석결정으로 위장하듯이 결정을 선고하지만 그 의미를 통하여 결정형태를 파악할 수가 있는 것이다.<sup>524)</sup>

부가적 해석의 예를 몇몇 결정에서 볼 수가 있는데,<sup>525)</sup> 1989년 7월 25일의 경제적 해고의 예방(Prévention des licenciements économiques)에 관한 결정이 그 예이다. 노동법 제315-15조는 노동조합의 노동자를 위한 대리의 규정인데, 노동자가 등기우편으로 통지를 하거나 혹은 15일 이내에 반대를 하지 아니하면, 노동조합은 노동자를 위하여 노동자의 위임 없이도 재판을 할 수 있

---

522) Conseil constitutionnel, rapport français présenté par à la VIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne, 26-30 avril 1987, in AIJC, III-1987, Economica et PUAM, 1989, p.154.

523) Georges Vedel, Doctrine et jurisprudence constitutionnelles, RDP, 1989, p.14.

524) Thierry Di Manno, op. cit., p.253.

525) C.C. n°86-214 DC du 3 septembre 1986; C.C. n°89-257 DC du 25 juillet 1989; C.C. n°93-334 DC du 20 janvier 1994; C.C. n°94-352 DC du 18 janvier 1995; C.C. n°96-383 DC du 6 novembre 1996.

다는 것이다. 그러나 여기서 등기우편으로 통지하는 내용이 무엇인지가 명확하게 열거되지 아니하였는데, 이에 대하여 프랑스 헌법재판소가 노동자 개인의 자유의 보호와 위헌법률심사 대상의 규범은 그 내용에 달려있다고 하였다. 그리고 관계인에게 보내지는 편지에는 소송의 성질과 대상 승낙의 효과와 소송당시에 소송당사자에게 인정되는 권리 등이 담겨있고, 노동자의 묵시적 승낙은 소송의 개시 때 노동자가 위에 적시된 것들이 적혀있는 편지의 인식이 있는 것은 노동조합이 증명하는 것으로서 인정된다고 하였다.<sup>526)</sup> 결국 규범의 불완전성이 헌법에 반하지 아니한다고 선언하도록 한 것이 되었다.

결국 부가적 해석결정은 위헌법률심사의 대상이 된 규범을 헌법에 합치하도록 하는 새로운 규범의 도입으로 입법의 미비를 치유하는 효과를 가져오게 하였다. 그러나 이러한 새로운 규범은 암시적인 것이 된다. 그리고 이러한 새로운 규범은 기존의 규범에서 독립된 전혀 새로운 규범이 아니고 기존의 규범과 연관된 규범의 도입인 것이다.

## 2) 대체적 해석(Interprétations substitutives)

대체적 해석(Interprétations substitutives)이란 헌법재판소가 위헌법률심사의 대상이 되는 규범의 해석에 있어서 위헌적인 요소를 제거하고 합헌적인 요소를 도입하는 것을 말한다.

이러한 결정의 예로 1976년 7월 15일의 공무원의 서류(dossier des fonctionnaires)에 관한 결정을 들 수가 있다. 프랑스 헌법재판소가 공무원의 일반적 지위에 관한 1959년의 오르도낭스(ordonnance)를 수정하는 법률에 대하여 위헌심사를 하게 되었는데, 이 규정은 공무원의 내부승진 시험에 있어서 심사위원은 후보자의 개인신상서류에 의하여 심사자료를 보충할 수 있다고 규정하였다. 이에 대하여 국민의회의원들이 이의를 제기하였는데, 시험의 익명성이 더 이상 보장되지 아니하는 것이며 후보자들 사이의 평등은 모든 개인신상서류의 열람이 아닌 몇몇 후보자들의 개인신상서류의 열람으로 인하여 깨졌다고 주장하였다. 즉 국

---

526) C.C. n°89-257 DC du 25 juillet 1989.

민의회의원들은 주장하기를 심사위원들이 모든 후보자들의 개인신상서류를 열람하는 것은 불가능하며 따라서 몇몇 후보자만이 이득을 얻을 것이라고 하였다. 이러한 주장에 따르면 위의 규정은 단순위헌으로 선언이 되어야 할 것이었다. 그러나 이에 대하여 프랑스 헌법재판소가 위의 주장을 회피하면서 논리를 전개하기를 심사위원들이 개인의 신상서류를 열람하기를 결정하면 이것은 의무적으로 모든 후보자들의 서류를 열람하여야 한다는 것이라라고 해석을 하면서 이것은 평등의 원칙에 위배되는 것이 아니라고 하였다.<sup>527)</sup>

또한 1981년 1월 19-20일의 안전과 자유(Sécurité et liberté)에 관한 결정에서 부가적 해석을 하였다. 안전과 자유에 관한 법률 제30조는 ‘그 누구도 차량의 순환을 제지하거나 방해할 목적으로 그 통로에 장애가 되는 물체를 설치하거나 그 순환을 방해 내지 제지하기 위한 그 어떤 수단이라도 취하는 자는 3월 내지 2년의 징역형, 그리고 100프랑 내지 3만 프랑의 벌금형으로, 또는 그 두 형벌 중 어느 하나만으로 처벌된다’라고 규정하고 있다. 이에 대하여 위의 표현 중 ‘그 어떤 수단’이라 하여 이는 교통에 방해가 되는 모든 경우를 처벌하게 되므로 결국 이에는 근로자의 파업권을 침해한다는 주장이 있었는데, 헌법재판소가 이러한 주장을 받아들여 합법적으로 파업권을 행사하는 사람들에 대하여서는 비록 그 파업이 차량의 소통을 방해하였다고 하더라도 이 규정은 적용되지 아니함을 명백히 선언하여 위의 규정의 의미를 대체하는 해석하여 합헌을 선언하였다.<sup>528)</sup>

### (3) 명령적 해석결정(Interprétations directives)

명령적 해석결정(Interprétations directives)은 헌법재판소가 위헌법률심사의 대상이 된 규범을 합헌으로 선언함에 있어서 그 범규범을 적용하고 해석하는데, 헌법재판소가 행한 해석에 부합하도록 명령이나 혹은 지침을 내리는 결정 형태이다. 이러한 명령적 해석결정도 모든 국가기관을 구속한다. 즉 법률을 집행하는 행정부도 구속하고, 또 해당 법률을 통하여 재판을 하는 법원도 구속한

---

527) C.C. n°76-67 DC du 15 juillet 1976.

528) C.C. n°80-127 DC du 19-29 janvier 1981.

다. 또한 입법자도 구속한다고 볼 수가 있다. 그러나 입법자에게 부과되기 위하여서는 필수적으로 입법자의 사전개입이 필요로 하는 것은 당연할 것이다.<sup>529)</sup> 이러한 명령적 해석결정은 미래의 적용에 대하여 해석방향을 이끌어 주는 것이므로 사전적 규범통제에서 그 장점이 더욱 더 뚜렷이 나타날 수가 있을 것이다.

이러한 명령적 해석결정을 가지고 프랑스 헌법재판소가 위헌법률심사의 대상이 된 법률의 규범적 내용에 더 관여하게 된다. 사실 명령적 해석은 후에 구체적 사건이 발생하였을 때 법률을 적용하는 기관에게 해석된 대로 적용하게 하는 효과가 있다. 명령적 해석결정은 프랑스에서 다양한 형태로 사용되고 또 자주 사용되지 않더라도 한가지 목적, 즉 합헌의 틀 안에서 법률의 적용을 유지하고자 하는 것을 추구하는 것이다. 결국 헌법적 명령은 일종의 법원을 향한 신뢰의 표현이 될 수도 있다. 왜냐하면 원칙들을 법원에 부여하면서 그들에게 헌법의 가치를 이용하고 그 속에서 판단하라고 하는 것이기 때문이다.

명령적 해석결정은 그 지침이나 명령의 정도에 따라 두 가지로 나눌 수가 있을 것이다. 첫째는 단순명령적 해석(*Interprétations directives simples*)이고, 두 번째는 강화된 명령적 해석(*Interprétations directives renforcées*)이다.

### 1) 단순명령적 해석(*Interprétations directives simples*)

단순명령적 해석(*Interprétations directives simples*)은 법률을 적용하거나 집행하는 기관이 매우 일반적인 원칙이나 내용을 준수하게끔 하는 해석으로 해당 기관이 자신의 업무를 수행하는 데에 있어서 비교적 넓은 재량을 가지고 있는 것이다. 이러한 단순명령적 해석은 일반원칙의 준수를 의무지우지만 이러

---

529) 이에 따라 입법기관을 제외한 국가기관에 내려지는 지침을 적용명령(*directives d'application*)이라고 하고, 입법기관의 미래의 입법을 위하여 내리는 지침을 지도명령(*directives d'orientation*)이라고 분류하기도 한다. Jean Rivero, *Filtrer le moustique et laisser passer le chameau?*, note sous C.C., 80-127 DC du 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, AJDA, 1981, p.275. et également in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica et PUAM, 1984, p.107.

한 원칙들이 어떻게 이해되어야 하는지는 언급하지 않는다. 단순명령적 해석은 보통 법률의 집행기관이나 적용기관에 자신들의 권한을 행사하는데 헌법의 틀 안에서 행사하도록 호소의 형식으로 행하여진다. 이 경우 모든 기관의 권한은 매우 일반적인 용어로 표현되며, 권한이 실행되는 방법에 대하여서는 자세하게 서술되지 아니한다. 따라서 단순명령적 해석은 헌법의 틀 안에서 법률적용기관의 행위를 포함하기 위하여 매우 넓은 영역을 포함하고 있게 된다.

단순명령적 해석의 예<sup>530)</sup>를 우리는 프랑스 헌법재판소의 결정에서 찾을 수가 있다.

1997년 1월 21일 결정<sup>531)</sup>에서 헌법재판소가, 부양을 필요로 하는 노인들을 위한 조직을 설치하고 이의 이용을 도(département)에 부여하는 것에 대하여 행정명령과 법률에 규정된 개별결정은 합법성 아래에서 현재 나타나는 상황의 다양성을 고려하여 1946년 헌법 전문 제11조<sup>532)</sup>를 연루시키지 않는 범위에서 행하여져야 한다고 하였다. 이 결정은 일종의 단순명령적 해석인데 해당관청에 위의 법률을 행함에 있어서 구체적인 것을 적시하지 아니하였기 때문이다. 결국 위의 법률의 집행을 위하여 행하여진 처분이 위의 요구를 무시하지 않았나 하는 것에 대한 심사는 합법성심사가 될 것이다.

일련의 단순명령적 해석의 예는 프랑스 헌법재판소가 헌법에 위반되지 않는 법률의 위헌법률심사를 연장하고자 하는 의도를 드러내는 것이라고도 볼 수가 있을 것이다. 단순명령적 해석은 원칙적으로 헌법적 원칙을 법률의 적용단계에서 취하는 것이다. 그러나 그 당사자에게 어떻게 해야 헌법에 합치하는 것인지를 적시하지는 않는 것이다. 따라서 법률의 적용단계에서 효과적인 합헌성 통제를 할 수 있도록 일반법원에게 헌법적 무기(armes constitutionnelles)를 부여

---

530) C.C. n°81-134 DC du 5 janvier 1982; C.C. n°86-207 DC du 25-26 juin 1986; C.C. n°86-208 DC du 1-2 juillet 1986; C.C. n°91-296 DC du 29 juillet 1991; C.C. n°93-333 DC du 21 janvier 1994; C.C. n°94-355 DC du 10 janvier 1995.

531) C.C. n°96-387 DC du 21 janvier 1997.

532) 1946년 프랑스 헌법 전문 제11조: 국가는 모든 사람, 특히 모·자 및 노령노동자에게 건강상태, 신체안전, 휴식 및 여가를 보장한다. 연령, 신체적·정신적 상태, 경제적 사정 때문에 노동이 불가능한 상태에 있는 모든 사람은 생존에 적절한 수단을 공공단체로부터 얻을 권리를 가진다.

하는 결과가 되는 것이다.<sup>533)</sup> 또한 단순명령적 해석은 법률의 적용기관이 헌법에 적합하게 그들의 권한을 행사하도록 하는 것이다.

## 2) 강화된 명령적 해석(Interprétations directives renforcées)

강화된 명령적 해석(Interprétations directives renforcées)은 법률을 적용, 집행하는 기관에게 헌법재판소가 강력하게 자신의 해석을 따르라는 명령을 내리는 결정이다. 즉 명령의 대상자에게 단순히 일반원칙을 존중하라고 유도하는 것이 아니라 원칙들은 준수하라고 해당기관을 이끄는 것이다. 강화된 명령적 해석은 헌법적 원칙을 단순히 되새기는 정도가 아니라 위헌법률심사의 대상이 된 규범의 대상자의 관점에서 결론을 이끌어 내려고 한다. 따라서 헌법재판소가 부과하는 원칙은 이미 헌법원칙의 연장선상에 있는 것들이다. 따라서 이러한 원칙들은 헌법원칙에서 추출되고 법률의 적용을 위하여 필요한 보장을 대표하는 것이므로 일종의 유도된 원칙(Principe dérivé)일 것이다. 그러나 이러한 강화된 명령적 해석도 헌법재판소가 부과한 원칙이 구체적이고 자세하지 아닐 수도 있는 것이다. 결국 단순명령적 해석과 강화된 명령적 해석을 구분하는 것은 구체적인 것이 아닌 추상적인 느낌이 되는 것이다.

프랑스 헌법재판소의 결정을 통하여 나타나는 강화된 명령적 해석인 합헌의 형식을 통해 나타나는데, 헌법재판소가 법률이 행정관청에 법률의 집행을 위하여 넓은 재량권을 줄 때, 강화된 명령적 해석결정을 사용한다.

강화된 명령적 해석의 상징적인 헌법재판소의 결정이 국유화(Nationalisation)에 관한 1982년 2월 11일의 결정이다.<sup>534)</sup> 이 결정에서 프랑스 헌법재판소가 헌법적 요구에서 오는 원칙들과 국립행정평가위원회(Commission administrative nationale d'évaluation)가 비상장된 은행을 평가하기 위하여 의거하는 원칙들을 결정하려고 하였다. 이러한 은행들의 순이익과 순자산의 평가에 관계되어, 프랑스 헌법재판소가 입법자에게 국립행정평가위원회에 부여한 임무를 정하여야 했다. 프랑스 헌법재판소가 국립행정평가위원회는 입법자로부터 만약 평가가

533) Thierry Di Manno, op. cit., p.299.

534) C.C. n°82-139 DC du 11 février 1982.

되어졌더라면 주식시장에서의 거래가치였을 1981년 12월 31일의 주식거래가치를 평가하라는 임무를 부여받은 것이라고 하였다. 이러한 결정을 하면서 헌법재판소가, 이와 같은 결과에 이르게 하기 위하여 입법자는 일반규칙을 정하였는데, 그에 따르면, 만약 동일한 회계자료가 부여된다면, 보상의 평가에 관하여 각 회사의 다양한 경영기법에서 오는 차이점에서 오는 영향을 피하기 위해 각 은행의 재정·경제자료의 적용을 채택하는 것은 위원회가 할 일이라고 하였다. 또한 판사의 통제하에서 각각의 은행의 가장 특징적인 순자산과 순이익을 결정하는 것도 위원회라고 하였다. 주식의 거래가치의 평가는 보상에 영향을 받을 것이라는 청구인들의 주장에 대하여 프랑스 헌법재판소가 위원회가 다양한 사항을 고려할 것이라고 하였고, 객관적인 경제·재정적인 특징에 의하여 비상장은행에 가까운 상장은행의 자료를 취하고 혼합하는 것은 위원회에 속한다고 하였다. 또 비상장은행과 상장은행을 접목시키면서 위원회는 정확한 보상에 맞는 가능한 객관적인 거래가치를 고정시킬 수가 있을 것이라고 하면서 강화된 명령을 하였다. 결국 입법자가 세부적인 것을 생략하면서 위원회에 부여한 여분은 무력화된 것이 아니라 헌법재판소의 지시에 포함이 된 것이다.<sup>535)</sup>

강화된 명령적 해석은 법률을 위헌법률심사하는 데에 있어서 정부를 안내하는 역할뿐만이 아니라 오르도낭스(ordonnance)를 제정하는 데에 있어서 일종의 구속을 하는 것일 수가 있다.<sup>536)</sup> 그리고 강화된 명령적 해석의 대상자가 일반법원일 경우에도 헌법재판소가 이러한 해석을 하였다. 1985년 7월 17일 결정에서 프랑스 헌법재판소가, 건축지역의 개념을 다시 세우면서 법원에 의하여 인정된 보장이 법률에 의하여 더 축소되었다고 주장하는 데 대하여, 제도가 수용자 측면에서 기만적인 의도를 나타낸다면 재산의 용도에 관계된 행정제한의 회피는 수용판사가 할 일이라고 하였다.<sup>537)</sup> 또한 신분확인(Contrôle d'identité)에 관한 1993년 8월 5일의 결정에서 프랑스 헌법재판소는 신분검사를 야기한 현실과 적절성에 대하여 합법성과 관련된 심사를 하는 것은 판사에게 속하는 것

---

535) Jean-Jacques Israel, La commission administrative nationale d'évaluation des actions des banques nationalisées non inscrites à la cote officielle, RDP, 1986, p.1009.

536) 예를 들면, C.C. n°95-370 DC du 30 décembre 1995.

537) C.C. n°85-189 DC du 17 juillet 1985.



이며 이러한 목적으로 만약 행하여 졌다면 당사자의 반응을 평가하는 것도 판사에게 속하는 것이라고 하며 자세하게 명령사항을 적시하였다. 이러한 헌법재판소에 의한 구체적인 적시는 일반 판사의 역할을 제한하는 것이 아니고 반대로 그들이 자신의 권한을 행사할 수 있도록 보장하는 것이 된다.

### III. 헌법재판소의 결정의 효력

프랑스 헌법 제62조 제3항은 헌법재판소의 결정의 효력에 대하여 규정하고 있다. ‘헌법재판소의 결정에 대하여는 어떠한 구제도 인정되지 아니한다. 헌법재판소의 모든 결정은 공권력 및 모든 행정기관과 사법기관을 구속한다’ 헌법재판소의 결정은 구속력(l’*autorité de la chose jugée*)을 가진다는 것이 헌법에 의하여 보장되어 있다. 그런데 프랑스에서 l’*autorité de la chose jugée*라는 용어는 헌법과 헌법재판소에 관한 오르도낭스 어디에도 나오지 않는 용어로 학자들에 의하여 헌법재판소의 결정효력에 사용되고 있는 것이다.<sup>538)</sup> 일부 학자는 구속적 효력 즉 구속력(*les effets contraignants*)이라는 표현을 사용하기도 한다.<sup>539)</sup> 헌법재판소가 처음에는 결정의 효력(l’*autorité des décisions*)이라는 표현을 사용하였으나<sup>540)</sup> 나중에는 구속력(l’*autorité de la chose jugée*)이라는 표현을 사용하였다.<sup>541)</sup>

---

538) Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9e éd., Dalloz, 1997, p.176; François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p.45; Claude Franck, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d’Etat dans l’ordre constitutionnel*, LGDJ, 1974, p.135 et s.; Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, 2e éd., PUF, 1994, p.341; Dominique Rousseau, *Droit du Contentieux constitutionnel*, 4e éd., 1995, p.140; Jean Rivero, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, D., chron., 1972, p.265 et s.; Henry Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 3e éd., Dalloz, 1996, p.37; Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, 3e éd., Montchrestien, 1995, p.127.

539) Franck Moderne, *Complémentarité et compatibilité de décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d’Etat?*, in *Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat*, LGDJ et Montchrestien, 1988, p.339.

540) C.C. n°62-18 DC du 16 janvier 1962.

541) C.C. n°87-1026 du 23 octobre 1987. Demande en rectification d’erreur

이때의 결정에는 위헌심사에 관한 것뿐만이 아니라 선거소송에 관한 결정도 해당이 된다고 볼 수 있다.<sup>542)</sup>

프랑스 헌법 제62조는 헌법재판소의 결정의 효력에 대하여 규정하고 있으면서 이를 보장할 어떠한 규정도 두고 있지 아니하다. 따라서 프랑스에서 헌법재판소와 일반법원의 상호 관례존중의 강제력이 없었다. 즉 헌법재판소와 행정법원, 사법법원의 관례는 다양할 수가 있다. 어떠한 절차도 그들의 관례를 통일시킬 수가 없다.<sup>543)</sup> 따라서 서로 다른 법원의 관례를 통일시키고 상호 존중하기 위한 것을 협력 또는 보충의 원칙(Principe de collaboration)<sup>544)</sup>이라고 하고 있다.<sup>545)</sup> 그러나 이러한 원칙으로서는 헌법재판소의 결정에 대하여 일반법원의 존중을 고려하기에는 불충분하다.

따라서 헌법재판소의 결정을 다른 일반법원이나 행정법원에 부과하기 위하여서는 헌법의 최고규범성을 이야기하고 있다. 즉 헌법은 국가의 최고규범으로 모든 공권력을 구속한다. 따라서 일반법원도 헌법에 구속되며, 헌법재판소가 헌법을 최종적으로 해석하고 강화하고 헌법을 유지하는 기관이므로 헌법재판소의 결정은 모든 국가 공권력을 구속한다는 것이다. 헌법재판소의 결정에 대

---

martérielle.

542) 프랑스 헌법재판소가 국정전반에 관하여 자문역할도 하는데 이 경우에는 견해(Avis)라는 이름으로 의견을 내고 있다. 따라서 이러한 견해(Avis)는 헌법 제62조에서 말하는 결정(Décision)과는 구별이 된다. 따라서 이러한 견해(Avis)에는 구속력이 없다.

543) Robert Badinter et Marcel Long, Avant-propos, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ et Montchrestien, 1988, p.29.

544) 보충의 원칙(Principe de collaboration)이란 원래 행정법원(Jurisdiction administrative)과 사법법원(Jurisdiction judiciaire)의 상호존중을 위한 것에서 나온 것이다. Paul Duez et Guy Debeyre, Traité de droit administratif, Dalloz, 1952, n°415-n°433. 이에 대하여 자세한 것은 E. Langavant, La collaboration entre les deux ordres de juridictions, Thèse, Lille, 1954; C. Durant, Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire, Thèse, Rennes, 1954; Louis Favoreu, Du déni justice en droit public français, LGDJ, 1964; Jean-Marie Auby et Roland Drago, Traité de contentieux administratif, 3e éd., LGDJ, 1984, n°118 et s.

545) Guillaume Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel ; L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Economica et PUAM, 1991, p.288.

하여 재판성격을 가지는 결정이라는 것이 다수의 견해이다.<sup>546)</sup>

프랑스 헌법재판소가 헌법재판소의 결정의 효력은 주문에만 부여되는 것이 아니라 주문을 위하여 필요하고 주문의 근본을 이루는 결정이유에도 부여된다고 1962년 1월 16일 결정<sup>547)</sup>을 통하여 명확히 하였다.<sup>548)</sup> 또한 이미 위헌심판의 대상이 된 법률규정과 다른 법률규정에 대하여서는 원칙적으로 구속력이 미치지 않지만 위헌심판의 대상이 되었던 법률규정과 본질상 유사한 목적을 가진 법률규정인 경우에는 구속력이 미친다고 한다.<sup>549)</sup>

그러나 여기서 주로 문제가 되는 것은 조건부 합헌결정의 효력이다. 독일, 이탈리아 등 서구 여러 나라들처럼 프랑스에서도 변형결정의 문제점이 제기되고 있는 것이다.<sup>550)</sup> 조건부 합헌결정도 결정의 일종이다. 따라서 결정으로서의

---

546) Claude Franck, Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel, LGDJ, 1974; Société de législation comparée, 13ème Journées juridiques franco-italiennes, L'effet des décisions des juridictions constitutionnelles à l'égard des juridictions ordinaires, RIDC, Vol. 9, 1987, pp.379-497; Louis Favoreu, L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, RFDA, 1987, p.264 et s.; Ahmed Salem Ould Bouboutt, L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif, Economica et PUAM, 1987, p.64 et s.; François Luchaire, Le Conseil constitutionnel, Economica, 1980, p.45 et s.; François Luchaire, Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction? RDP, 1979, p.28 et s.; Franck Moderne, Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat?, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, 1988, p.345 et s.; Louis Favoreu, La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution, D., 1986, chron., p.28 et s.; Louis Favoreu, Dualité ou unité d'ordre juridique ; Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participant-ils de deux ordres juridiques différents?, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ et Montchrestien, 1988, p.145 et s.

547) C.C. n°81-132 DC du 16 janvier 1962.

548) 프랑스 헌법재판소가 주문의 주된 기본이 되는 결정이유에 효력을 부여하는 것은 행정법원판례와 사법법원판례에서 영향을 받은 것이라고 한다. Louis Favoreu et S. Renoux Thierry, Le contentieux constitutionnel des actes administratifs, Sirey, 1992, p.144.

549) C.C. n°89-258 DC du 8 juillet 1989.

550) Jean Rivero, Rapport de synthèse, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux(sous la direction de Louis FAVOREU), Economica et

효력을 가진다. 따라서 조건부 합헌결정은 그 형태가 무엇이든 간에, 건설적 해석결정이든 제한적 해석결정이든 혹은 명령적 해석결정이든, 직접적으로 원칙적으로 국가기관을 구속한다. 그런데 위에서 언급한 바와 같이 헌법재판소의 결정의 효력은 주문뿐만이 아니라 주문을 위하여 필요하고 주문의 근본이 되는 결정이유에까지 미친다고 하므로 주문에 조건부 합헌결정의 표현을 굳이 할 필요가 없는 것이다. 따라서 결정이유도 입법자와 법원을 구속한다고 볼 수 있다. 즉 해석유보가 주문과 주문을 위하여 필요한 이유에 적시되어 있는 경우에는 문제가 없다. 이 경우에는 구속력을 가지는 것이 명백하다. 그러나 해석유보가 주문에 적시되어 있지 아니하고 주문을 위하여 필요한 이유 이외의 부분에 적시되어 있는 경우가 논의의 대상이 되고 있다.

학설의 경우에 결정효력이 미치는 부분에 대하여 결정이유를 제외하는 경우가 있는데 이에 따르면 조건부 합헌결정의 효력을 부인하게 되는데 ‘위헌을 말하는 결정이유는 어떤 경우에도 합헌주문의 근거가 될 수 없다’고 한다.<sup>551)</sup> 그러나 조건부 합헌결정의 결정이유가 모두 위헌을 설명하는 것은 아니며, 진정한 모순이 있기 위해서는 이유에서 위헌을 이야기하고 주문에서 합헌을 선언하여야 하는데, 그러하지 아니하다. 또한 일부 학자에 따르면 지시적 해석결정의 경우 사법적 효력(*autorité juridique*)보다는 도덕적 효력(*autorité morale*)을 가지고 있다고 한다.<sup>552)</sup> 그러나 지시적 해석결정도 법률의 합헌성을 선언하는 것이고 그 결정의 대상자들에게 원칙을 부여하는 것이므로 집행에 있어서 약간 넓은 재량을 부여하는 것에 지나지 않는다고 할 수 있다. 따라서 대다수의 견해는 결정이유에도 효력을 인정하는 것이므로 따라서 조건부 합헌결정에도 효력을 인정하는 것이다.<sup>553)</sup>

---

PUAM, 1987, p.525 et s.

551) Olivier Beaud et Olivier Cayla, *Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel*, RDP, 1987, p.699 et s.

552) Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Principe directeurs*, STH, 1988, p.68.

553) Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 9e éd., Dalloz, 1997, p.176 et s.; Franck Moderne, *La déclaration de conformité sous réserve*, in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica et PUAM, 1988, pp.112-113.; Thierry S. Renoux et Michel de Villiers, *Code*

프랑스 헌법재판소가 조건부 합헌결정의 구속력을 강화하기 위하여, 전에는 단순히 조건부 해석결정을 하였으나 1984년 10월 10-11일 결정<sup>554)</sup>에서부터는 ‘모든 다른 해석은 헌법에 위반될 것이다(toute autre interprétation serait contraire à la Constitution)’라는 문구를 덧붙이거나 또는 결정에서 제시된 ‘엄격한 조건 하에서(sous réserve de stricte interprétation)’ 합헌이라는 문구를 결정주문에 덧붙임으로써 조건부 해석결정의 효력을 강화하려는 의도를 보여 주고 있다.<sup>555)</sup>

그러나 여전히 다른 국가 기관이 헌법재판소의 조건부 합헌결정에서 나온 유보해석을 따르지 아니하는 경우가 문제가 된다. 조건부 해석 자체가 다른 국가 기관에게 어느 정도의 해석재량을 주는 것이기 때문에 각각의 국가기관이 그 해석을 달리할 수가 있고, 또 헌법재판소의 의도와 다르게 해석할 수도 있는 것이다.

더욱이 헌법재판소의 조건부 해석결정이 명확하지 못한 경우에는 그 구속력이 문제가 될 수가 있다. 프랑스 헌법재판소가 1986년 7월 1-2일의 결정<sup>556)</sup>에서 오르도낭스(ordonnance)로 선거구를 획정할 수 있도록 하는 법률의 위헌법률심사에서 선거구 분할이 자의적으로 이루어져서는 안된다고 하면서 조건부 합헌결정을 하였다. 이에 대하여 여러 학자들은 헌법재판소에 의하여 행하여진 해석유보가 행정부를 엄격하게 구속하는 것이 아니라 완만하게(modérément) 구속하는 것이라고 하거나<sup>557)</sup> 법적인 효력(autorité juridique)보다는 도덕적인 효력(autorité morale)을 가질 것이라고 하고<sup>558)</sup> 또는 헌법재판소가 단순한 기

---

constitutionnel, Litec, 1995, p.478; Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 4e éd., Montchrestien, 1995, pp.140-141.

554) C.C. n°84-181 DC du 10-11 octobre 1984.

555) 그러나 모든 결정 주문에 조건부 합헌결정이라는 표시를 하지 않으므로 결정 집행권자에 대하여 혼란을 야기시킬 수 있다고 한다. Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 4e éd., Montchrestien, 1995, p.141.

556) C.C. n°86-208 DC du 1-2 juillet 1986.

557) Franck Moderne, La déclaration de conformité sous réserve, in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques, Economica et PUAM, 1988, p.112.

558) Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs, STH, 1988, pp.68-69.

원(voeux)이나 법적 교훈(leçons de droit)을 준 것에 불과하다<sup>559)</sup>고 하고 있다.

그러면 헌법재판소의 조건부 합헌결정의 유보해석과 다르게 일반법원이 판결을 하는 경우도 발생할 수가 있는데 이러한 경우, 현재 프랑스에서는 뚜렷한 해결책이 없다. 이에 대하여 헌법재판소의 결정에 위배되는 공권력의 행사, 그 가운데에도 헌법재판소의 결정에 배치되는 법원의 판결에 대하여 헌법소원을 인정하면 어느 정도 해결될 것이라는 견해도 있다.<sup>560)</sup> 그러나 아직 프랑스에는 법원의 판결에 대한 헌법소원은 불구하고 일반적인 헌법소원제도 자체가 인정되지 아니하므로 문제가 근본적으로 해결되지는 않았다.

그러면 헌법재판소의 결정의 효력을 더 구체적으로 살펴보려면 헌법의 최고 규범성을 보장하는 제도인 위헌법률심사를 하는 헌법재판소의 결정이 다른 국가기관에 의하여 어떻게 존중되는가를 살펴볼 필요가 있다.

#### IV. 심사된 법률의 처리

추상적·사전적 규범통제를 하는 프랑스에서 헌법재판소의 결정에 의하여 위헌법률심사의 대상이 되었던 법률이 어떻게 처리되는가를 살펴볼 필요가 있다. 특히 사전적 규범통제를 실시하고 있으므로 오히려 조건부 합헌결정이 더 용이하게 적용될 수가 있을 것이다. 왜냐하면 헌법재판소의 결정문에 나타난 조건에 따라 법률안을 고치면서 새로이 입법이 이루어 질 수가 있기 때문이다.<sup>561)</sup>

---

559) Olivier Beaud et Olivier Cayla, Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel, RDP, 1987, p.699 et s.

560) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 4e éd., Sirey, 1986, p.505; C. Lepage-Jessua, Bilan et perspectives de la jurisprudence constitutionnelle, GP, 18-19 novembre 1986, p.680; 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구 제18집, 1990, p.203.

561) Louis Favoreu, Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale, RDP, 1984, p.1187; Louis Favoreu, La politique saisie par le droit, Economica, 1988, p.54; 정재황, 헌법재판소의 한정합헌 결정, 법과 사회, n°3, 1990. 12, p.39.

## 1. 전부위헌 또는 전부합헌

위헌법률심사의 대상이 된 법률 전체가 위헌으로 선언되면 그 법률은 공포되어질 수가 없고 폐기된다. 또한 합헌으로 선언되면 법률은 공포된다. 전부위헌이나 전부합헌이 선언되면 별 문제가 없다.

## 2. 법률전체와 불가분인 일부위헌

일부위헌이 선언되는데, 그 위헌인 부분이 법률전체에 주요한 부분으로서 불가분인 경우를 헌법재판소에 관한 1958년 11월 7일의 오르도낭스(ordonnance) 제22조는 규정하고 있는데, ‘헌법재판소가 위헌법률심사의 대상이 된 법률이 위헌이고 법률전체와 불가분인 부분이라고 선언을 하는 경우에는 그 법률은 공포될 수가 없다’고 한다. 즉 법률 전체가 위헌선언된 것과 같은 결과가 된다. 법률전체와 가분인지 불가분인지의 판단은 전적으로 헌법재판소에 달려있다.

## 3. 법률전체와 가분인 일부위헌

헌법재판소에 관한 1958년 11월 7일의 오르도낭스(ordonnance)의 제23조는 ‘헌법재판소가 위헌인 조항을 법률이 가지고 있고, 또 그 조항이 법률전체에서 분리될 수가 없는 것이라고 선언을 하지 아니한 때에는 대통령은 그 규정을 제외하고 법률을 공포하거나 의회에 새로운 독회를 요구할 수 있다’고 규정하고 있다. 따라서 법률전체와 가분인 일부위헌의 경우 위헌규정을 제외하고 나머지 부분만을 공포하던가 의회에 새로운 독회를 요구하는 것이다. 이때 위헌인 규정을 제외하고 공포하는 경우 그 위헌으로 선언된 규정을 보충하기 위하여 또다시 새로운 입법절차를 밟는 것이 보통이다. 그리고 대통령이 의회에 새로운 독회를 요구할 수 있는 것도 법률전체와 가분이라고 헌법재판소에 의하여 선언된 경우만이고, 법률전체와 불가분으로 선언된 경우에는 의회에 새로운 독회를 요구할 수 없는 것이다.

## V. 결정의 집행문제

헌법재판소의 결정은 프랑스에서 많은 정치적 논의뿐만이 아니라 시사적인 논의의 대상이 되기도 한다. 특히 정치권에서는 헌법재판소의 결정에 대하여 민감한 반응을 보이는 경우도 있는데, 그러나 전반적으로 볼 때, 프랑스 공권력 기관은 헌법재판소의 결정을 잘 따른다고 볼 수가 있겠다.

### 1. 의회와의 관계

해석결정이 헌법재판소에게 법률의 규범적 내용에 관하여 관여하는 것을 허용하는 것이므로 켈젠(Kelsen)이 말한 ‘소극적 입법자(législateur négatif)’의 개념<sup>562)</sup>에 대하여 생각을 해 보아야 할 것이다.<sup>563)</sup> 헌법재판소가 해석의 활동 안에서 어느 정도의 재량의 여지를 가지고 있다. 그러나 이러한 해석의 재량은 적용하려는 규율의 범위 안에서 실행되어야 한다는 것이다. 따라서 헌법재판소가 해석결정을 하는데 있어서 절대적으로 자유로운 해석을 할 수 있는 것은 아니다. 입법자의 규범적 자유의 존중이 헌법재판소의 해석결정의 무한한 사용을 제한하는 것이다.

의회도 헌법재판소의 결정에 구속이 된다. 프랑스의 위헌법률심사는 사전적 규범통제이므로 의회의 법률안에 대한 표결 후에 심사가 이루어진다. 위헌법률심사에 있어서 헌법재판소가 그 내용을 심사할 뿐만이 아니라 그 입법절차도 헌법에 적합하게 하였나 하는 것도 심사의 대상이다.<sup>564)</sup> 그러나 모든 입법절차가 헌법적 가치를 가지고 있는 것은 아니라고 한다. 입법절차가 주로 의회규칙

---

562) Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle), RDP, 1928, p.224 et s.

563) 프랑스에서도 한 때 헌법재판소를 입법기관으로 볼 수 있다는 견해가 있기도 하였다. Jacques Larche, Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'Etat, AJDA, 1972, p.132 et s.; Jean-Claude Balat, La nature juridique de contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958, PUF, 1983; Yves Gaudemet, Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ et Montchrestien, 1988, p.103.

564) C.C. n°75-57 DC du 23 juillet 1975.



에 규정되어 있는데, 이러한 규정은 심사의 기준이 되는 규범으로 인정할 수가 없고, 헌법에 규정된 헌법의 가치를 가지는 입법절차만이 위헌법률심사의 기준이 된다고 한다.<sup>565)</sup> 헌법재판소가 위헌으로 선언한 규정에 대하여 의회는 다시 동일한 규정을 채택하지는 않는다. 프랑스 의회는 헌법재판소의 결정을 존중하고 있는 것이다. 의회는 위헌으로 선언된 규정에 대하여 재심의를 하여 헌법재판소가 위헌으로 선언한 의도에 맞게 새로운 입법을 하고 있다.<sup>566)</sup>

헌법재판소의 결정에 대하여 의회가 이를 존중하지 아니한 경우도 있었다. 1993년 8월 23일 망명권에 관한 법률의 위헌법률심사에서 헌법재판소가 망명권은 1946년 헌법 전문에 의하여 인간의 권리로서 정의된 것으로서 국가가 가입한 국제협약에 따라 국가에게 망명신청을 심사하고 임시체류를 허가할 의무가 있다고 하면서 외국인의 지위에 대한 법률을 위헌선언을 하였다.<sup>567)</sup> 그러나 프랑스 의회는 대통령의 묵인 아래 1993년 11월 25일 망명권을 제한할 수 있는 헌법 제53-1항을 신설하여 헌법 개정을 통하여 삽입하였다. 프랑스에서 헌법 개정은 대통령이 국민투표에 회부하지 아니하고 의회에 부의할 것을 결정하면, 상·하 양원 합동으로 5분의 3 이상이 찬성하면, 국민투표를 거치지 아니하고도 가능하다.<sup>568)</sup> 따라서 이를 국회의원 5분의 3 이상이면 헌법재판소의 결정의 효력을 무력화시킬 수 있는 것 아니냐는 비판도 있고<sup>569)</sup> 법률에 의하여

565) Philippe Terneyre, La procédure législative ordinaire, Table ronde du 29 octobre 1984 in L'apport de la jurisprudence intervenue sur saisine parlementaire, AIJC, I-1985, Economica et PUAM, 1987, p.199; Philippe Terneyre, La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP, 1985, p.693 et s.

566) Guillaume Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel ; L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Economica et PUAM, 1991, p.132 et s.

567) C.C. n°93-325 DC du 13 août 1993.

568) 프랑스 헌법개정에 대해서는 전학선, 프랑스의 헌법개정과 헌법의 수호, 국회도서관보, 2009. 7, 20면 이하; 전학선, 프랑스에서의 헌법의 수호, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008. 9, 241면 이하; 전학선, 유럽헌법과 프랑스 헌법개정, 유럽헌법연구, 유럽헌법학회, 창간호, 2007. 6, 65면 이하; 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정, 헌법학연구, 제13권 제1호, 2007. 3, 511면 이하.

569) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 4e éd., Montchrestien, 1995, pp.141-142.

헌법이 개정된 것이라는 비판도 있다.<sup>570)</sup>

제소권자가 헌법재판소에 조건부 합헌결정을 요구한 경우에 헌법재판소는 이에 구속되는가 하는 점에서 프랑스 헌법재판소가 1991년 7월 24일 결정을 통해서 위헌법률심사를 위하여 필요한 범위 내에서 조건부 합헌결정을 하는 것에 대한 결정은 헌법재판소에 속한다고 하였다.<sup>571)</sup> 즉 헌법재판소가 판단할 때, 위헌법률심사를 하는 데 있어서 필요한 경우에 한하여 조건부 합헌결정을 한다는 것이다.

## 2. 행정부와의 관계

사전적·추상적 규범통제를 실시하고 있는 프랑스에서 헌법재판소가 위헌법률심사의 대상이 된 법률을 위헌선언하면 그 법률은 공포될 수가 없다. 즉 법률을 공포하는 것은 대통령의 임무인데, 위헌이 선언된 법률은 정부로 이송되지 아니한다. 반대로 합헌이 선언된 법률은 정부로 이송이 된지 15일 안에 대통령이 이를 공포하여야 한다.<sup>572)</sup> 헌법재판소에 의하여 무효로 선언된 법률에 대하여 공포를 하는 것에 대하여 생각해 볼 수가 있는데, 이러한 경우는 아직까지 발생하지 아니하였고, 만약 이러한 상황이 발생한다면 이것은 대통령의 탄핵사유가 될 수 있을 것이다.

그러나 문제가 되는 것은 일부위헌의 선고가 있는 경우일 것이다.

일부위헌인 경우 대통령이 해당법률을 어떻게 처리하는가를 몇 가지 결정례를 통하여 살펴볼 수가 있겠다.

첫째는 1982년 2월 25일의 지방자치(Décentralisation)에 관한 결정<sup>573)</sup>으로 대통령은 위헌인 부분을 제외하고는 법률을 공포하였다. 이때 위헌인 부분을 단순히 제외하고는 법률을 공포하였는데, 동 법률을 보충할 법률이 필요하였다. 그러나 이틀 후에 훈령(circulaire)이 선포되었고, 정작 공포된 법률을 보충할

---

570) Catherine Teitgen-Colly, *Le droit d'asile ; la fin des illusions*, AJDA, 1994, p.110.

571) C.C. n°91-298 DC du 24 juillet 1991

572) 물론 이 기간 안에 대통령이 의회에 대하여 재의를 요구할 수 있다.

573) C.C. n°82-137 DC du 25 février 1982.

법률은 7월 22일에 제정되었다. 이 사건에서 대통령의 법률을 공포한 것을 보면, 굳이 일부위헌의 신고가 있자마자 위헌부분을 제외하고 나머지 부분을 신고한 것에 대하여 비판이 있다. 즉 의회에 새로운 심의를 요구하고 나서 그 후 새로운 규정을 추가하여 공포하였으면 더 좋았을 것이라는 것이다. 물론 위 결정에서 헌법재판소가 위헌으로 선언된 규정이 법률전체에서 분리할 수 없는 것이라고 선언을 하지 아니하였기 때문에 대통령의 법률공포가 금지되었던 것은 아니다. 그러나 불완전한 법률을 공포하는 것보다는 입법을 완비한 다음에 공포하는 것이 더 바람직한 것이었다라는 견해<sup>574)</sup>가 있다.

일부위헌이 선언되면 대통령은 새로운 심의를 의회에 요구하거나 혹은 위헌 선언된 규정을 삭제하고 법률을 공포하는 경우로 나눌 수가 있을 것이다.

### 3. 법원과의 관계

헌법재판소의 결정의 효력과 일반법원과의 관계는 한국의 헌법재판에서도 많은 문제점과 논의가 제기되고 있는 것처럼 프랑스에서도 많은 논의가 일고 있는 부분이다.

프랑스의 법원은 이원구조로 되어 있는데, 행정법원(Juridictions administratives)과 사법법원(Juridictions judiciaires)이 그것이다. 그러나 여기서 우리가 주목해야 할 것은 헌법재판소가 행정법원과 사법법원의 상위에 위치하는 상급기관이 아니라는 점이다. 즉, 프랑스 헌법은 제7장에 헌법재판소(Le Conseil constitutionnel)를 규정하고 있고, 제8장에서 사법권(De l'autorité judiciaire)에 대하여 규정하고 있다. 그리고 행정최고재판소(Conseil d'Etat)에 대하여서는 제39조에 언급이 되어 있다.

행정법원과 사법법원 둘 다 헌법재판소의 결정에 구속이 된다. 또한 헌법재판소의 결정의 효력은 행정법원과 사법법원의 판례와 중요한 관계가 있다고 볼 수가 있다. 즉 헌법재판소가 헌법적 원칙이나 가치를 일반법원과 연관시키려는 의도를 보여주는 것이 헌법판례인 것이다. 헌법재판소의 결정은 행정법원

---

574) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.626; Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 9e éd., Dalloz, 1987, p.492 et s.

의 판례<sup>575</sup>)와 사법법원의 판례<sup>576</sup>) 안에 스며들고 있는 것이다. 헌법재판소의 결정이 행정법원과 일반법원의 판례 안에 가장 잘 스며들고 있는 것을 보여주는 것은 바로 조건부 합헌결정인 해석결정인 것이다. 왜냐하면 사전적 규범통제의 특성상 단순위헌인 경우는 법률이 공포되지 아니하고 폐기되므로 적용을 할 수가 없으므로 행정법원이나 사법법원의 판례에 영향을 미칠 수가 없으며, 또 단순합헌인 경우에는 아무 조건없이 법률이 공포되므로 일반법원의 판결에 영향을 미치지 아니하는 것이다. 그러나 해석결정의 경우는 행정법원과 사법법원이 법률을 적용하는 데에 있어서 헌법재판소가 해석한 대로 적용을 하여야 하므로 판례에 영향을 미치는 것이다.

헌법재판소의 위헌법률심사의 대상이 된 규범과 동일한 규범이 관련된 것은 아니지만 비슷한 규범이 문제가 된 경우에 일반법원은 헌법재판소의 판단이나 해석에 구속이 되는가에 대하여 일반법원은 초기에는 소극적이었다.

예를 들면 1967년 2월 3일의 남부 포도지배자 연합(Confédération générale des vignerons du midi)에 관한 행정최고재판소의 판례<sup>577</sup>)에서 정부위원(Commissaire du Gouvernement)은 논고(Conclusion)에서 ‘우리가 암시중인 헌법재판소의 결정은 우리에게 효력이 없다. 왜냐하면 이 결정은 우리가 고려하는 조문과 다른 조문에 관계되기 때문이다’라고 하였으며, 1969년 12월 19일의 국립약사위원회(Conseil national de l’ordre des pharmaciens)에 관한 판결<sup>578</sup>)에서 정부위원(Commissaire du Gouvernement)은 논고

---

575) Bruno Genevois, Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative, note sous C.C. n°89-268 DC du 29 décembre 1989, RFDA, 1990, p.143 et s.; Franck Moderne, Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d’Etat?, in Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat, LGDJ, 1988, p.313 et s.; Georges Vedel, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d’Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges R. CHAPUS, Montchrestien, 1992, p.647 et s.

576) Marc Frangi, Constitution et droit privé. Les Droits individuels et les droits économiques, Economica et PUAM, 1992, p.53 et s.; Nicolas Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, p.540 et s.

577) C.E., Ass., 3 février 1967, Confédération générale des vignerons du midi et autres, AJDA, 1967, p.164, concl., GALMOT, et chron., p.159.

(Conclusion)에서 ‘헌법재판소의 권한은 집행부의 권한도 입법권도 아니다. ……… 따라서 헌법재판소의 결정은 사법적 성질을 가지며 공법에서 명백하게 판단된 것에 부합하는 효력만을 가진다’고 하였다. 또한 프랑스 대법원(Cour de cassation)에서도 이러한 예를 찾아볼 수가 있는데, 1974년 2월 26일 판결<sup>579)</sup>에서 검찰총장인 투페(Touffait)는 논고(Conclusion)에서 헌법재판소가 다른 법원에서 유사한 사건에 적용되는 일반적인 규범정립을 위한 판례를 낼 수가 없다고 하며 이는 민법 제5조<sup>580)</sup>에 반하고 입법권을 행하는 것이어서 권력 분립에 반한다고 하였다.<sup>581)</sup>

또한 초기에는 사법법원이 헌법재판소의 결정에 대하여 재판의 기준으로 삼은 것이 몇번 없었다. 1959년부터 1986년까지 수천 개의 대법원 판례 가운데 헌법재판소의 결정을 참고로 한 것은 불과 6개에 불과하다.<sup>582)</sup> 이처럼 초기에는 대법원도 헌법재판소의 결정에 대하여 고려의 대상으로 삼지 아니하였다.

결국 이러한 행정법원과 대법원의 소극적인 태도는 헌법재판소와의 판례의 충돌을 야기하는 시작을 알리는 것이었다.<sup>583)</sup> 예를 들면 구류와 벌금형에 해당하는 경찰행정범(contravention)에 대하여 법률로 정하여야 하는지 혹은 법규명령으로 정하여야 하는지 문제가 되었다. 행정최고재판소는 1960년 2월 12일의 판례<sup>584)</sup>에서 신체자유박탈형임에도 불구하고 법규명령으로 정할 수 있다고 한 반면 헌법재판소가 1973년 11월 28일의 결정<sup>585)</sup>에서 벌금형은 법규명령으로 정할 수 있으나 자유박탈형은 법률로 정하여야 한다고 하였으나 행정최고재판소는 계속 종전의 태도를 유지하였다.<sup>586)</sup> 이러한 헌법재판소와 행정최고재판

578) C.D., Ass., 12 décembre 1969, Conseil national de l'ordre des pharmaciens, AJDA, 1970, p.103, concl BAUDOUIN, et chron., p.90.

579) C. cass., crim., 26 février 1974, Schiavon, D., 1974, J., p.273 et s.

580) 프랑스 민법 제5조 : 법원은 그에 회부된 청구이유들(causes)에 대하여 일반규정(dispositions générales)을 선언함은 금지된다.

581) 같은 견해로 François Luchaire, Le Conseil constitutionnel, Economica, 1980, pp.45-46.

582) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.630.

583) Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Principe directeurs, STH, 1988, p.61.

584) C.E. 12 février 1960, Société Eky.

585) C.C. n°73-80 DC du 28 novembre 1973.

소의 관례의 차이는 그 외에도 많이 있다.<sup>587)</sup>

그러나 1980년대부터는 일반법원이 헌법재판소의 결정의 해석을 존중하고 있는 것을 볼 수가 있다.

그 예를 보면 프랑스 행정최고재판소는 1986년 7월 9일 파리마을(Ville de Paris)판결<sup>588)</sup>에서 프랑스 헌법재판소의 1983년 12월 29일의 1984년도 예산법률(Loi de finances pour 1984)에 관한 결정<sup>589)</sup>에서 사용된 원칙을 인용하였다. 헌법재판소가 1983년 12월 29일의 결정에서 ‘헌법 제66조는 사법권에게 모든 측면에서 특히 가택불가침의 측면에서 개인자유의 보호를 부여하였다(l’article 66 de la Constitution qui confie à l’autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l’inviolabilité du domicile)’고 하였는데, 행정최고재판소는 1986년 7월 9일 판결에서 헌법재판소의 결정문을 인용하면서 이와 똑같은 해석을 하였다.

또한 대법원은 1985년 4월 25일 판결<sup>590)</sup>에서 헌법 제66조를 해석하는 데에 있어서 헌법재판소가 기존에 하였던 해석<sup>591)</sup>을 그대로 따라하였다.<sup>592)</sup>

---

586) C.E. 3 février 1978 C.F.D.T.-C.G.; C.E. Ass. 10 juillet 1981 Conseil nationale du patronat français; C.E. 8 mars 1985 Fédération des associations françaises de tir au vol.

587) C.C. n°61-15 DC du 18 juillet 1961. - C.E. Ass. 19 janvier 1965; C.C. n°64-29 DC du 12 mai 1964. - C.E. Ass. 3 avril 1968 Papin.; C.C. n°69-55 DC du 26 juin 1969. - C.E. 27 février 1970 Commune de Bozas. 위의 판결들에 대한 자세한 것은 정재황, 프랑스에 있어서 위헌법률심사결정의 효력, 공법연구 제18집, 1990, p.191면 이하 참조.

588) C.E. 9 juillet 1986 Ville de Paris, concl. M. FORNAC.C.IARI.

589) C.C. n°83-164 DC du 29 décembre 1983.

590) C.Cass. crim., 25 vril 1985, Vuckovic et Bogdan.

591) C.C. n°76-75 DC du 12 janvier 1977; C.C. n°79-107 DC du 12 juillet 1979; C.C. n°79-109 DC du 9 janvier 1980; C.C. n°80-127 DC du 19-20 janvier 1981; C.C. n°83-164 DC du 29 décembre 1983.

592) 그러나 그 후에도 사법법원과의 갈등이 완전히 해소된 것은 아니었다. 예를 들면 1993년 8월 5일과 8월 13일 결정에서 헌법재판소가 유보해석을 사용하면서 결정문에는 이를 표시하지 아니하자 판사회의(Association professionnelle des magistrats)에서 헌법재판소의 해석을 고려하지 말자고 결의하였다. Dominique Turpin, Contentieux constitutionnel, 2e éd., PUF,

조건부 합헌결정에 관하여 위에서 살펴본 바와 같이 일반법원을 구속하지만 그 형태가 다양하여 일반법원이 헌법재판소의 해석결정을 어디까지 인정할 것인가 문제가 되었던다. 그리하여 일반법원과 헌법재판소와의 판례의 상충도 많이 있었으나, 지금은 일반법원이 헌법재판소의 결정을 따르고 특히 조건부 합헌결정의 바탕이 되는 해석도 따르고 있는 실정이다.

헌법재판소도 행정법원과 사법법원의 판례에 영향을 받기도 한다.

1984년 9월 13일 공무원의 나이제한에 관한 결정<sup>593)</sup>에서 프랑스 헌법재판소는 경찰의 외부승진에 의한 임용에 관한 법률에 대하여 이 법률이 후보자의 선택은 그에게 주어진 업무를 수행하는데 필요한 능력에 따라 행하여진다는 1789년 인권선언의 제6조<sup>594)</sup>에 위배되지 않는 조건으로 합헌으로 선언하였다. 헌법재판소가 외부승진에 관하여 1789년 인권선언에 대하여 같은 해석을 한 행정최고재판소의 판례<sup>595)</sup>를 따랐던 것이다.<sup>596)</sup> 헌법재판소가 행정재판소의 판례를 따른 예는 여러 결정에서 볼 수가 있다.<sup>597)</sup> 또한 사법법원의 판결도 헌법재판소의 결정에 영향을 미친 것을 여러 결정에서 볼 수가 있다.<sup>598)</sup>

조건부 합헌결정은 일반법원의 판례가 헌법원의 결정에 영향을 미친다는 점에서는 헌법적 원칙이나 가치의 인정 안에서 일반법원의 해석기능을 재평가하고 확인하는 기능을 할 것이고,<sup>599)</sup> 헌법재판소의 결정이 일반법원의 판례에 영

---

1994, p.301; Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4e éd., Montchrestien, 1995, p.141.

593) C.C. n°84-179 DC du 12 septembre 1984.

594) 인권선언 제6조: 법률은 일반의지의 표현이다. 모든 시민은 스스로 또는 대표자를 통하여 법률의 제정에 협력할 권리를 가진다. 법률은 보호를 하는 경우나 처벌을 하는 경우에도 모든 사람에게 동일하여야 한다. 모든 시민은 법률적 견지에서 평등하므로 그 능력에 따라서, 그리고 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 평등하게 공적인 위계, 지위, 직무 등에 취임할 수가 있다.

595) C.E., Ass., 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils et autres c. M. Dupavillon*.

596) M Azibert. et M. de Boisdeffre, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA, 1989, p.103.

597) C.C. n°94-346 DC du 21 juillet 1994; C.C. n°96-373 DC du 9 avril 1996.

598) C.C. n°86-214 DC du 3 septembre 1986; C.C. n°93-323 DC du 5 août 1993; C.C. n°93-325 DC du 13 août 1993.

599) Thierry Di Manno, *op. cit.*, p.473.

향을 미친다는 점에서는 헌법의 일반법에의 확산을 강화하는 기능을 할 것이다.

## VI. 헌법재판소의 심판대상 확장<sup>600)</sup>

헌법재판소에서 위헌법률심판을 하면서 청구인에 의하여 청구된 조문만 심판할 수 있는 것인지 아니면 청구되지 아니한 조문도 심판을 수 있는지 여부가 문제가 된다.

### 1. 심판 대상별 심판대상 확장문제

#### (1) 조직법률과 국회규칙

헌법 제61조 제1항에서 규정하고 있는 조직법률의 경우에는 어떠한 논쟁도 일으키지 아니하고 있다. 즉 조직법률에 관련하여서는 이론없이 헌법재판소가 위헌 청구된 법률 전체에 대하여 위헌심사를 할 수 있다고 한다. 파보로(Favoreu)교수와 필립(Philip)교수에 의하면, “헌법재판소가 행하는 심사는 완전한 것이다. …… 사실 헌법재판소는 필수적으로 조직법률의 합헌성 문제의 전체에 대하여 위헌심판청구되는 것이다. 헌법재판소는 스스로 모든 조항이 헌법안에 포함된 절차나 내용에 적합한지를 심사하여야 한다.”라고 하였다.<sup>601)</sup> 또한 즈느브와(Genevois)도 “조직법률에 대한 의무적인 심사로 인하여 헌법재판소에 위헌심판청구되었을 때, 헌법재판소에 의하여 행하여지는 위헌심사는 헌법재판소에 청구된 조직법률 전체에 대하여 행하여진다.”라고 하였다.<sup>602)</sup>

조직법률과 마찬가지로 의무적 심사대상인 국회규칙도 전체 조문이 심사의 대상이 된다고 보고 있다. 프랑스 헌법재판소는 그의 첫 결정인 1959년 5월 14

---

600) 전학선, 프랑스의 위헌법률심판에서 심판범위, 외법은집 제8집, 2000. 8, 379면 이하를 수정 보완하였음.

601) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 9e éd., Dalloz, 1997, p.205.

602) Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Principes directeurs, Editions S.T.H., 1988, p.46.



일 결정에서 “헌법 제61조에 근거하여 헌법재판소에게는 전체 조문에서 독립하여 국민의회 규칙의 개별조항에 대하여 심사할 이유가 없다.”라고 하여 전체규칙에 대하여 심사함을 명백히 하였다.<sup>603)</sup> 그리고 프랑스 헌법 제46조가 “조직법률은 헌법에의 적합성이 선언되지 아니하면 공포될 수 없다.”라고 하여 조직법률의 의무적 심사에 대하여 규정하고 있는데, 이 조문의 규정이 조직법률이라고 하고 있지 조직법률의 조항이라고 하고 있지 아니하므로 조직법률 전체에 대하여 심사하는 것이 될 수도 있다. 따라서 조직법률이라든가 국회의 규칙처럼 헌법재판소의 의무적 심사인 경우에는 위헌심사의 청구인들에게 위헌심사의 대상에 있어서 어떠한 재량도 부여하고 있지 않다고 볼 수가 있다. 결국 의무적 심사에 있어서는 청구인들이 위헌에 대한 이의를 제기하는 것이 아니라 헌법에 의하여 부과된 임무를 수행하는 것이 될 수도 있는 것이다.<sup>604)</sup>

이러한 의미에서 프랑스 헌법재판소는 의무적 심사사항인 조직법률에 대하여 국회의원들이 몇몇 조항들만 위헌심사를 제기한 것에 대하여 각하를 하였다. 프랑스 헌법재판소는 1992년 2월 21일 법관의 지위에 관한 조직법률(*loi organique relative au statut de la magistrature*)에 대한 위헌심판결정<sup>605)</sup>에서 국회의원들이 청구한 조직법률에 대한 위헌심판청구를 각하하였던 것이다. 이 결정에서 헌법재판소는 “헌법 제61조 제1항에 근거하여, 조직법률은 공포 전에 헌법에 대한 합헌성을 선언하는 헌법재판소에 회부되어야 한다. 헌법 제63조에 따르면 조직법률이 헌법재판소의 조직과 기능에 대하여 규율하며 또한 헌법재판소에서의 심판절차를 규정한다. 이러한 조항들에 근거하여 1958년 11월 7일의 헌법재판소에 관한 오르도낭스 n°58-1067는 ‘의회에 의하여 채택된 조직법률은 수상에 의하여 헌법재판소에 이송된다’고 하고 있다.”라고 하여 조직법률이 수상에 의하여 헌법재판소에 이송되는 근거를 설명하였다. 그리고는 “헌법이 조직법률의 특성을 부여한 법률에 있어서, 위의 조문들의 적용으로 인하여 행하여지는 헌법재판소에의 의무적인 이전은 모든 다른 절차에서 벗어난다. 이러한 절차는 헌법 제61조 제2항에 근거하여 조직법률이 헌법재판소에 위헌

603) C.C. n°59-1 DC du 14 mai 1959, Rec., p.57.

604) Thierry Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica et PUAM, 1994, p.19.

605) C.C. n°92-305 DC du 21 février 1992, Rec., p.27.

심판청구되는 것을 방지한다.”라고 하여 수상 이외의 자가 조직법률을 헌법재판소에 청구할 수 없다는 것을 명백히 하였다. 따라서 국회의원들이 조직법률을 위헌심판청구한 것을 각하하였던 것이다. 그러나 물론 위 결정의 대상이 된 법률은 수상에 의하여서도 헌법재판소에 위헌심판청구가 되었으므로 헌법재판소는 법률 전체에 대하여 위헌심판을 하여 몇몇 조항에 대하여 위헌선언을 하였다.

따라서 의무적 심사에 있어서 청구는 위헌심사의 청구가 아니라 이전(transmettre)으로 특징지어질 수가 있을 것이다. 이에 위헌이라 생각되는 이유라든가 아니면 결론이 전혀 포함되어 있지 않다. 조직법률을 헌법재판소에 위헌심판청구해야 하는 수상과 국회 규칙을 헌법재판소에 청구해야 하는 국민의회와 상원의 의장은 단지 조직법률과 국회규칙을 헌법재판소에 이전하는 수준에 그치는 것이다. 따라서 프랑스 헌법재판소는 청구서에 대하여 어떠한 논의도 하지 않고 있는데, 그 안에는 위헌이라 생각되는 이유가 전혀 포함되어 있지 않은 경우도 있다.<sup>606)</sup> 이러한 점들을 고려할 때, 프랑스 헌법재판소의 의무적 위헌심사에 있어서의 심판대상과 위헌이유에 관한 권한은 묵시적으로 형성되어졌다고 볼 수가 있다. 왜냐하면 헌법재판소에 청구함에 있어서 모든 위헌이유의 생략으로 인하여 어떠한 이유도 심사의 대상이 될 수가 있기 때문이다.

## (2) 보통법률

보통법률에 있어서는 프랑스 헌법 제61조 제2항이 규정하고 있는데, 이에 대하여 여러 가지 견해들이 있다. 보통법률에 대한 위헌심사에 있어서는 청구인들이 법률의 일부조항들만을 위헌청구하였다든가 아니면 전혀 청구이유를 밝히지 아니한 경우에 헌법재판소가 조직법률의 위헌심사에 비추어서 청구된 보통법률 전체에 대하여 심사할 수 있는가 하는 문제가 발생할 수가 있을 것이다.

---

606) Thierry S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire ; L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica et PUAM, 1984, p.67.

## 1) 헌법재판소의 초기의 소극적 태도

처음에는 프랑스 헌법재판소가 이러한 문제에 대하여 애매한 태도를 취하였다. 즉 서로 대립될 수 있는 두 개의 서로 상반되는 결정을 하였던 것이다.

헌법재판소는 1960년 8월 11일 결정에서 처음으로 보통법률에 대한 위헌심사를 하였는데, 이 결정은 라디오-텔레비전의 수신료(redevance radio-télévision) 결정이라고 일컬어지고 있다. 많은 판례 평석을 불러일으킨 이 결정은 1960년도 추경예산법률(loin de finances rectificative pour 1960)을 수상(Premier ministre)이 헌법재판소에 위헌심판을 청구함으로써 나온 것이었다. 수상은 위헌심판청구서에서 위의 법률 제17조와 제18조에 대하여만 위헌 이유를 설명하였었다. 즉 1960년 7월 29일 청구서에서 수상은 ‘정부가 평가하기에 위의 법률 제17조와 제18조가 헌법 제34조와 제37조에 위반된다.’<sup>607)</sup>고 하였다. 1960년도 추경예산법률 제17조와 제18조는 라디오와 텔레비전의 수신료의 연중 수정을 입법자에게 부여하는 것이었다. 이에 대하여 헌법재판소는 제17조와 제18조를 위헌선언하면서 이유의 마지막 부분에서 “그 경우에, 제17조와 제18조의 심판에 있어서 수상에 의하여 제기된 법률의 조항들 이외의 다른 조항들에 관하여 헌법재판소가 헌법에 적합성 여부를 심사할 이유가 없다.”<sup>608)</sup>라고 하여 단지 위헌심사가 제기된 조항들에 한하여 헌법재판소가 심사할 수가 있다는 결정을 하였다.

이러한 결정에 대하여 여러 학자들이 난해하고 이해하기 어려운(énigmatique)<sup>609)</sup> 결정이라고 평석을 하였는데, 발린(Waline) 교수는 이러한 헌법재판소의 태도는 헌법재판소의 권한의 입장에서 바라볼 때 타당한 것이라고 하였다. 즉 발린(Waline) 교수는 “헌법재판소에 청구되지 아니한 법률의 조항들에 대하여 헌법재판소가 위헌법률심사를 하는 것은 헌법재판소의 권한에 속하는 것이 아니며, 특히 법률 가운데에 두 개의 조항이 위헌 제청되었고, 해당 법률의 전체조항에

---

607) Didier Maus, Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République (rassemblés par), La Documentation Française, 2e éd., 1982, pp.360-361.

608) C.C. n°60-8 DC du du11 août 1960. Rec., p.25.

609) Léo Hamon, note, D., 1962, p.178; Thierry Di Manno, op. cit., p.20.

대하여 위헌심사를 하는 것은 헌법재판소의 권한에 속하는 것이 아니다.”<sup>610)</sup>라고 하였다. 그러면서 부연 설명하기를 재판기관은 청구되지 아니한 사항에 대하여 심판할 수가 없고 또한 제기되지 아니한 이유에 대하여도 심판할 수가 없는 것인데, 헌법재판소는 재판기관이기 때문에 위 결정은 타당한 것이라고 하였다.

그러나 이와 반대로, 1960년 8월 11일 프랑스 헌법재판소의 결정에서 헌법재판소의 심판대상에 관한 권한을 제한하는 어떠한 것도 살펴볼 수가 없으며 어느 부분에서도 나타나지 않는다고 보는 견해도 있었다.<sup>611)</sup> 필립(Philip) 교수에 따르면, 조직법률과 마찬가지로 보통법률의 전체에 대하여 헌법재판소에 청구가 되었다는 것이다. 왜냐하면 헌법재판소의 결정은 법률의 전체를 고려한 결정이라는 것이다. 예를 들면 결정문에서 ‘의회에 의하여 채택된 법률안의 확정된 전문(全文)에 대하여 수상에 의하여 청구된’(Saisi par le Premier ministre……du texte définitif du projet de loi adopté par le Parlement……)이라고 되어있지 ‘법률안의 몇몇 조항들에 대하여 수상에 의하여 청구된……’(saisi par le Premier ministre de certains dispositions du projet de loi……)라고 되어있지 아니하다는 것이다.<sup>612)</sup> 또한 필립(Philip) 교수는 헌법재판소에 관한 조직법률(loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제23조에서 그의 주장의 논거를 찾고 있다. 헌법재판소에 관한 조직법률 제23조는 다음과 같이 규정되어 있다. ‘청구된 법률이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있고 동시에 위헌인 조항이 법률 전체에서 분리할 수가 없다는 것을 헌법재판소가 논증하지 아니하고 선언하는 경우에 대통령은 위헌인 조항을 제외하고 법률을 공포하거나 아니면 의회에 새로운 독회를 요구할 수가 있다.’ 이어서 필립(Philip) 교수는 설명하기를 헌법재판소가 법률의 한 조항만을 위헌 선언할 수도 있는데, 이것이 위헌 청구된 조항에만 심판권이 한정된다는 것을 이야기할 수는 없다고 하였다. 그러면서 결론으로 만약에 법률의 다른 조항들의 합헌성 심사권을 확보하

---

610) Marcel Waline, note sous C.C. n°60-8 DC du 11 août 1960, RDP, 1960, p.1020.

611) Loïc Philip, note sous C.C. n°60-11 DC du 20 janvier 1961, S., J., 1961, p.167.

612) Loïc Philip, op. cit., p.167.

기 위함이 아니라면 무엇 때문에 이유부분에서 마지막에 그와 같은 설명을 하였는가 하고 반문하고 있다.<sup>613)</sup>

필립(Philip) 교수의 이와 같은 논거에도 불구하고,<sup>614)</sup> 그 후 십여년 동안 다수의 지지를 받은 것은 발린(Waline) 교수의 견해였다. 또한 헌법재판소도 그 후 발린(Waline) 교수의 견해를 뒷받침할 수 있는 결정을 하였다. 1965년 예산 법률(*loi de finances pour 1965*)에 관한 1964년 12월 18일 결정에서<sup>615)</sup> 헌법재판소는 위 법률의 제71조가 수상에 의하여 위헌 제기된 유일한 것이었다 라고 하였다. 헌법재판소에 의하여 내려진 이러한 결정은 헌법재판소가 청구인에 의하여 명시적으로 위헌 제기된 법률의 조문들만을 심사할 것이라는 것을 의미할 수가 있었다. 1964년 11월 18일 결정의 두 번째 이유, 즉 위에서 설명한 헌법재판소가 심판대상을 명시적으로 위헌 제기된 조문에 한정하는 것을 내용으로 하는 이유가 다음의 사실에 의하여 설명이 될 수도 있을 것이다. 즉 수상이 그의 위헌심판청구에서 “국회에 의하여 표결된 법률의 제71조가 정부에 의하여 이의제기 되었다. 헌법재판소는 이전에 유사한 가정 하에 취하였던 태도에 적합하게 그의 위헌심사권한을 단지 소송 제기된 조문들에 한정할 것이다.”<sup>616)</sup>라는 것이다.

## 2) 적극적 태도

위에서 살펴본 바와 같이, 프랑스 헌법재판소는 초기에는 소극적인 태도로 심판대상을 한정하였다. 즉 명시적으로 위헌 청구된 조항만을 위헌심판의 대상으로 삼고 명시적으로 위헌 청구되지 아니한 조문들은 위헌심판의 대상으로 하지 아니하였다. 그러나 이러한 헌법재판소의 소극적인 태도는 오래가지 아니하였고, 변화하였다.

유명한 1971년 7월 16일의 결사의 자유(*liberté d'association*)에 관한 결정<sup>617)</sup>에서, 상원의장은 원칙적으로 위헌 청구된 법률의 제3조에 대하여 위헌심

---

613) *ibid.*

614) Léo Hamon, *op. cit.*, p.178.

615) C.C. n°64-27 DC du 18 décembre 1964, *Rec.*, p.29.

616) Didier Maus, *op. cit.*, (document 61-405)

판청구를 하였는데, 헌법재판소가 위헌심판이 제기된 법률의 다른 조항들까지도 헌법에 합치한다고 선언을 하였던 것이다. 헌법재판소는 주문의 제1항에서 위헌 청구된 제3조에 대하여 위헌을 선언하고 제2항에서 다른 조항에 대하여, 즉 위헌 청구되지 아니한 조문들에 대하여 합헌을 선언하였다.

이 결정을 시작으로 하여 헌법재판소는 조직법률(*loi organique*)과 국회규칙(*règlement d'Assemblée*)과 마찬가지로 보통법률(*loi ordinaire*)에 있어서도 위헌 청구된 법률의 전체에 대하여 위헌심판을 하기 시작하였다.

또한 1996년 추가경정예산 법률(*Loi de finances rectificative pour 1996*)에 관한 결정<sup>618)</sup>에서 헌법재판소는 “위헌심판청구의 효과는 입법절차의 종결 전에 청구인들에 의하여 어떠한 위헌여부도 다루어지지 아니한 조항들을 포함하여 청구된 법률의 모든 조항들에 대하여 헌법재판소에 의하여 심사되기 시작하는 것이다.”라고 하여 청구인들이 위헌심판을 청구하지 아니한 조문들에 대하여서도 심사할 수 있다는 것을 명백히 하였다.

### (3) 국제법

프랑스에서 국제법의 경우도 위헌심사의 대상이 된다. 프랑스 헌법 제54조는 이에 대하여 규정하고 있는데, 대통령, 수상, 양원의장 혹은 60인 이상의 국민의회 의원이나 60인 이상의 상원의원은 국제법규의 승인이나 비준 전에 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 수가 있는데, 이 경우 헌법재판소가 위헌이라고 선언하는 경우에는 헌법을 개정한 후가 아니면 국제법규는 비준될 수가 없다.<sup>619)</sup>

국제법규가 헌법재판소에 위헌심판청구되는 데에는 원칙적으로 위헌이 유라든가 조문을 한정한다든가 하는 것이 없다. 왜냐하면 국제법규의 위

---

617) C.C. n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p.29.

618) C.C. n°96-386 DC du, 30 décembre 1996, Rec., p.155.

619) 지금까지 프랑스는 국제법규의 국내적용을 위하여 몇 번의 헌법개정을 하였는데, 첫 번째는 마스트리히트 조약을 적용하기 위한 1992. 6. 25. 헌법개정과 암스텔담 조약의 적용을 위한 1999. 1. 25. 헌법개정이다. 마스트리히트 조약과 프랑스 헌법개정에 관해서는 전학선, 프랑스에서 외국인과 선거, 공법연구 제28집 제3호, 2000. 3, 323면 이하 참조.

헌심판 청구인들은 국제법규가 헌법에 위반된다고 선언되는 것에 큰 이익이 없기 때문이다.<sup>620)</sup> 로니 아브라함(Ronny Abraham)은 다음과 같이 말하였는데, “헌법 제54조에 의한 청구는, 대통령이나 혹은 수상이 청구한 모든 경우에 있어서, 가장 자주 정치적 책략 속에서 행하여지는 정치적 논쟁을 미연에 방지하고자 하는 의도와 이러한 측면에서 국회에서의 토론이 개입되기 전에 논쟁을 짧게 하려는 의도로 행하여지는 것이다.”<sup>621)</sup>라고 하였다.<sup>622)</sup> 따라서 대통령이나 수상이 헌법재판소에 국제법규에 대하여 위헌심판을 청구하는 경우에 있어서 위헌이유를 제시하지 아니하고 또한 결론을 내지 아니하는 것은, 정치적 논의를 왜곡시키지 아니하려는 것이며 자신들의 의도를 삼가려는 것이다.

## 2. 청구되지 아니한 조문에 대한 심판근거

이렇듯 프랑스 헌법재판소가 청구되지 아니한 조문에 대하여 심판을 하는 것에 대하여 권한이 인정된다고 보는 견해와 권한을 벗어난 것이라라는 견해가 있다. 부정설과 긍정설의 논거에 대하여 살펴보도록 하겠다.

### (1) 부정설

보통법률의 심판에 있어서 심판대상의 확장에 관계된 문제에서, 어떠한 근거 아래 헌법재판소가 심판대상을 확장하는가의 문제가 제기될 수가 있을 것이다. 헌법재판소는 원칙적으로 그의 권한에 관계된 문제에 있어서는 관계 조문을 항상 엄격하게 해석하여 왔다. 헌법재판소는 청구된 사항만을 심판하는 일종의 법원인 것이며 따라서 헌법재판소가 그에 대한 법 조문들을 자유롭게 해석하

620) Di Manno, op. cit., p.29.

621) Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit français, PES. Hachette Supérieur, 1989, p.46.

622) 1992년 6월 25일 헌법개정으로 인하여 60인 이상의 국민의회의원과 60인 이상의 상원의원들도 국제법규에 대하여 헌법재판소에 위헌심판청구권이 주어졌는데, 국회의원들에 의한 국제법규의 위헌심판청구는 더 정치적인 청구가 될 수가 있다. 예를 들면, Saisine Pasqua, visée sous la décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992 dite «Maastricht II», Rec., p.76.

면서 대담함(audace)을 보여주는 태도를 취할 것이라는 확신을 가질 수가 없다는 견해가 있다.<sup>623)</sup> 또한 조직법률과 의회규칙과는 다르게 청구인들이 보통법률의 일부분에 대하여 집중하여 위헌제청을 하였음에도 불구하고 헌법재판소가 법률 전체에 대하여 합헌성을 판단하는 것은 헌법의 문구에 약간의 위배가 된다는 견해도 있다.<sup>624)</sup> 그리고 더 나아가 어떠한 조문도 헌법재판소가 적극적인 태도로 심판대상을 확장하는 데에 근거가 될 수 없다는 견해도 있다.<sup>625)</sup>

## (2) 긍정설

그러나 일부의 학자들은 헌법재판소가 보통법률 전체에 대하여 위헌심판이 청구된 것으로 평가하면서 그 근거를 헌법 제61조 제2항을 들고 있다. 이러한 주장에 따르면, 프랑스 헌법 제61조 제2항에 있는 “동일한 목적으로”(aux mêmes fins……)라는 표현은 헌법재판소가 법 조문의 전체에 대하여 청구가 된 것이라는 것이다. 즈느브와(Genevois)는 “헌법 제61조 제2항의 적용으로 헌법재판소에 청구된 보통법률의 경우가 위헌심판 대상의 확장에 관해서 헌법 제61조 제2항에 규정된 조직법률의 경우와 다르지 않다. 예를 들면, 헌법 제61조 제2항은 다음의 문구로 시작을 하고 있다. ‘동일한 목적으로, 공포 전에 법률 들…….’”이라고 말하면서 의문을 가진다. 그러면서 동시에 “만약에 의회규칙과 마찬가지로 조직법률에 있어서 헌법재판소의 위헌심사 대상이 법률 전체로 확장된다면, 무엇 때문에 보통법률에 있어서는 그렇게 될 수가 없는가?”<sup>626)</sup>라고 반문하고 있다. 그러나 이에 대하여 드라고(Drago) 교수는 ‘동일한 목적으로’라는 문구를 가지고 헌법재판소가 법률의 전체에 대하여 위헌심판을 할 수가 있다는 논거로 삼는 것은 약간 그 논거가 빈약하다고 지적하였다.<sup>627)</sup>

623) Thierry Di Manno, op. cit., p.22.

624) Intervention orale de Jean-Paul Costa au Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat sur le thème «Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat», actes publiés à la LGDJ, Montchrestien, 1988, p.124.

625) Claude Franck, Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d’Etat dans l’ordre constitutionnel, LGDJ, 1974, p.116.

626) Bruno Genevois, op. cit., p.46.

627) Intervention orale de Roland Drago au Colloque des 21 et 22 janvier 1988



또한 프랑스 헌법 제61조 제1항과 제2항을 비교하여 살펴본다면, 제2항 안에 포함되어 있는 법률들(lois)의 의미를 프랑스 헌법 제62조의 견지에서 파악할 수가 있을 것이다. 루셰르(Luchaire) 교수에 따르면, 이러한 접근방식이 보통법률에 대한 적극적인 심사방법을 정당화시켜줄 수 있는 방법이라고 한다. 루셰르 교수는 확신하기를 “헌법 제61조의 제2항은 매우 명확한 것이다. 우리가 헌법 제61조 제2항을 헌법 제62조와 비교할 때 헌법재판소가 위헌선언을 할 수 있는 것은 조문(disposition)인 것이고, 헌법재판소에 위헌심판 제청될 수 있는 것은 법 조문(dispositions de loi)이 아닌 법률(loi)인 것이다.”<sup>628)</sup>라고 하고 있다.

이러한 법률(loi)과 법 조문(disposition de loi)의 차이는 1958년 헌법 기초작업의 관점에서 보면 결정적인 것 같다.<sup>629)</sup> 사실 1958년 7월 26일-29일의 헌법 초안(avant-projet)에서는, 제58조<sup>630)</sup>에서 다음과 같이 규정하고 있었다. “법률의 공포 기간 안에, 대통령과 수상, 상·하 양원의 각 의장들은 헌법재판소에게 의회에서 표결된 전문의 헌법적 특징을 평가하도록 요청할 수가 있다.” 또한 헌법 초안 제60조<sup>631)</sup>에서는 위헌으로 선언된 전문은 공포될 수가 없다고 규정되어 있다.<sup>632)</sup> 이상에서 1958년 7월 26일-29일의 헌법 초안을 근거로 하여 살펴보면, 헌법 기초위원들의 기본 생각에서는 법률의 모든 조항들이 헌법재판소

---

au Sénat sur le thème «Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat», actes publiés à la LGDJ, Montchrestien, 1988, p.122.

628) François Luchaire, Le Conseil constitutionnel, Tome I-Organisation et Attributions, 2e éd., Economica, 1997, p.149.

629) 헌법 기초작업을 참고로 하는 것에 대하여 브델(Vedel)교수는 부정적이었는데, 이러한 자료들이 어떠한 사법적 효력도 가지고 있지 못하다고 하였다. 또한 그러한 자료들은 알려지지 아니하였고, 일반 투표자들이 알 수 없는 상황이었기 때문에 이러한 자료를 참고로 하는 것에 대하여 부정적이었다. Georges Vedel, La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité”, in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, PUF, 1989, p.44.

630) 이 조문은 수정을 거친 후에 현행 헌법 제61조 2항이 되었다.

631) 이 조문은 수정을 거친 후에 현행 헌법 제62조 1항이 되었다.

632) 헌법 초안에 대하여는 다음을 참고. «Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958», Volume II, «De l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958», La Documentation française, 1988, p.32.

에 회부되고, 법률과 법 조문의 구별은 아직 나타나고 있지 않다는 것을 알 수가 있다.

법률과 법 조문의 구별이 1958년 8월 19일에 각부공동위원회(Conseil interministériel)에 의하여 채택이 된 헌법안에 포함된 것은 드장(Dejean)과 몽타랑베르(Montalembert)의 제안으로 인한 것이었다. 사실 이러한 것은 ‘위헌으로 선언된 전문’이라는 표현이, 단지 한 조문만이 위헌임에도 불구하고 전체 법 조문이 취소될 수도 있다는 염려에서였던 것이다.<sup>633)</sup> “위헌으로 선언이 된 조문은 공포될 수도 적용될 수도 없다.”라는 표현이 더 선호되었는데 이는 더 상세히 규정되어 있기 때문이었다.

결국 헌법재판소가 법률 전체에 대하여 위헌청구된다고 하는 것을 규정하는 것은 헌법인데, 이러한 헌법의 문리적 해석은 헌법재판소에 관한 조직법률로 되는 1958년 11월 7일의 오르도낭스(ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제2장 제2절의 제23조에 의하여 강화되고 구체화되어 있는데, 그 내용을 보면 “청구된 법률이 위헌인 조항을 포함하고 있고 이 조항이 법률 전체에서 분리될 수가 없다고 헌법재판소가 선언하는 경우에, 이 법률은 공포될 수가 없다.”라고 되어 있다.

파보로(Favoreu) 교수와 필립(Philip) 교수에 의하면 문리적 해석에 의하여 헌법재판소에 관한 조직법률 제23조는 헌법재판소가 필수적으로 법률의 전체에 대하여 청구되는 것이지 위헌 청구된 조문에 한정해서 심판하는 것은 아니라는 것을 뒷받침하는 것이라고 보고 있다.<sup>634)</sup> 그들에 따르면 헌법재판소는 위헌심판 청구인이 심판청구를 하지 아니한 조문들도 헌법재판소가 직권으로 심판할 수 있다고 한다. 이와 같은 예로 많은 결정을 들 수가 있는데, 그 가운데에서도 1982년에 시의회의원 선거에서 후보자들의 리스트를 동성으로는 75%로 제한하는 조항에 관한 심판<sup>635)</sup>에서, 그리고 1984년에 1968년 법률을 폐지하는

---

633) 《Documents pour servir à l’histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958》, Volume II, 《De l’avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958》, La Documentation française, 1988, p.185.

634) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC., 9e éd., Dalloz, 1997, pp.298-299.

635) C.C. n°82-146 DC du 18 novembre 1982, Rec., p.66. 이에 대해서는 전학선, 프랑스 정치영역에서 남녀평등을 위한 남녀동수법과 헌법개정, 헌법학연구 제14권 제4호, 2008. 12, 199면 이하 참조.

고등교육에 관한 법률에 관한 심판<sup>636)</sup>에서, 1990년에 사회보장혜택을 프랑스에 거주하는 외국인들에게서 박탈하는 조항에 관한 심판<sup>637)</sup> 등에서 찾아볼 수가 있다. 그 외에도 프랑스 헌법재판소는 예산법률에서 재정적 특성을 가지지 아니하는 조문에 대하여 직권으로 심판<sup>638)</sup>하였으며, 변론권을 침해하는 조문에 대하여 직권으로 심판<sup>639)</sup>하였다.

### 3. 위헌법률심판에서 심판범위확장의 영향

헌법재판에 있어서 심판대상의 확장은 헌법재판소가 위헌심판을 하는 데에 있어서 주체적인 역할을 한다는 것을 보여줄 수 있는 것이다. 청구된 보통법률의 전체에 대하여 헌법재판소가 직권으로 심판할 수 있다는 사실에서부터 도출될 수가 있는 이러한 직권심리는 위헌심판의 청구인들에게 있어서는 위헌심판의 효과에 관하여 불확실성을 가지게 할 수가 있는 것이다. 심판 청구의 대상에 관하여 정확한 한정의 부재는 법률 전체에 대하여 위헌의 의심을 가지지 아니한 경우에 있어서 청구권자에게 일종의 이익비용(un sort de bilan coûts-avantages)으로 작용하게 할 수가 있다. 위헌으로 제기된 조항과 다른 조항이 위헌으로 선언될 수도 있는 모험을 하여야 하는가? 이러한 딜레마는, 위헌청구를 하지 아니하는 것이 헌법재판소가 직권으로 그의 권한을 사용하는 것을 방지하는 데에 효과적이라는 것이 될 수가 있으므로, 청구인들에게 있어서 모든 위헌심판청구를 포기하게 하는 경향이 있을 수가 있다.<sup>640)</sup> 반면에 한

636) C.C. n°83-165 DC du 20 janvier 1984, Rec., p.30.

637) C.C. n°89-269 DC du 22 janvier 1990, Rec., p.33.

638) C.C. n°85-201 DC du 28 décembre 1985, Rec., p.85; C.C. n°86-221 DC du 29 décembre 1986, Rec., p.179; C.C. n°89-270 DC du 29 décembre 1989, Rec., p.129; C.C. n°90-283 DC du 8 janvier 1991, Rec., p.11; C.C. n°90-285 DC du 28 décembre 1990, Rec., p.95; C.C. n°91-290 DC du 9 mai 1991, Rec., p.50; C.C. n°94-351 DC du 29 décembre 1994, Rec., p.140; C.C. n°94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec., p.183; C.C. n°96-380 DC du 23 juillet 1996, Rec., p.107.

639) C.C. n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Rec., p.71; C.C. n°90-285 DC du 28 décembre 1990, Rec., p.95; C.C. n°95-360 DC du 2 février 1995, Rec., p.195.

640) Thierry Di Manno, op. cit., p.24.

번 위헌심판청구권이 행사되면, 청구인들이 헌법재판소에 청구한 법률의 조항들에 대한 위헌 이유를 제한하려는 것은 불가능하다 할 수가 있겠다.

### (1) 청구되지 아니한 이유에 대한 심판

프랑스 위헌심판절차에서 청구권자들이 헌법재판소가 위헌심판에 있어서 직권심리를 확장하고 있다는 것을 자각하고 있다는 점을 살펴볼 수가 있다. 오늘날은 청구인들이 완전히 헌법재판소의 심판대상의 확장을 인지하고 있다고 할 수 있다. 즉 헌법재판소가 청구권자들이 제출한 청구서의 이유에 국한하지 아니하고 다른 이유도 심판하고 있는 것이다. 1984년 9월 12일에 언론기업의 집중을 방지하고 언론기업의 재정적 투명성과 다원화를 보장하기 위한 법률(Loi relative aux entreprises de presse)에 대한 위헌심판청구에서, 청구인인 상원의원들은 여러 가지의 위헌이유를 나열한 다음에 헌법재판소가 직권으로 다른 위헌이유를 검토할 것을 촉구하였다.<sup>641)</sup> 또한 다른 청구인인 국민의회의원들도 같은 방법으로 위헌제청을 하였던 것이다.<sup>642)</sup> 또한 국민의회의원들은 법정관리인(administrateurs judiciaires), 청산대리인(mandataires-liquidateurs) 그리고 기업에 대한 조사전문가(experts en diagnostic d'entreprise)에 관한 법률의 위헌심판청구에서 다음의 말로 끝맺음을 하였다. “이러한 이유들과 헌법재판소에 의하여 직원으로 심리되는 다른 이유들에 의하여, 위의 청구인들은 헌법재판소에게 앞에서 인용한 법률을 헌법에 위배된다고 선언할 것을 청구한다.”<sup>643)</sup> 그럼에도 불구하고, 이러한 청구인들의 촉구가 위헌의 다른 이유를 직권으로 헌법재판소가 제기할 수 있도록 허락한 것이라고 판단하기에는 어렵다. 사실 이러한 허락이 없이도 헌법재판소는 이유가 있다면 직권으로 청구인들에 의하여 제기되지 아니한 이유에 대하여 심판할 수 있다는 것을 우리는 알 수 있다. 따

---

641) Saisine du Conseil constitutionnel visée dans la décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Rec., p.78 et publiée au J.O. du 13 octobre 1984, p.3206.

642) Saisine du Conseil constitutionnel publiée au J.O. du 13 octobre 1984, p.3208.

643) Saisine du Conseil constitutionnel visée dans la décision n°84-182 DC du 18 janvier 1985 et publiée au J.O. du 20 janvier 1985, p.825.

라서 청구인들의 이러한 태도는 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소의 직권심리 권한의 확장을 인식하고 있다는 것으로 해석해야 할 것이다.

헌법재판소에 위헌심판을 청구하면서, 극단적인 경우는 청구인들이 전혀 위헌이유를 명시하지 아니하는 경우이다. 1986년 7월에 야당 상원의원들은 신분 확인에 관한 법률(Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité)의 위헌심판청구에서 전혀 위헌이유를 명시하지 아니하고 단순히 헌법재판소에 위헌청구를 하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 결정문에서<sup>644)</sup> 첫 번째 이유에서 청구인들의 위헌청구에서 위헌 논거의 부재를 지적하였음에도 불구하고 각하를 하지 아니하고 위헌심사를 하였다. 이러한 청구에 대하여 헌법재판소가 취한 입장이 놀라운 것은 아니었다. 반대로 보통법률에 대한 위헌심판에 있어서 헌법재판소의 권한의 확장을 고려하여, 헌법재판소의 입장은 예측할 수가 있는 것이었다. 즈느브와(Genevois)는 “헌법재판소의 이러한 해결은 상원의장에 의하여 제안된 청구에 대하여 과거에 행하여지던 실제에 적합하다.”<sup>645)</sup>라고 하였다. 파보로(Favoreu) 교수가 정확하게 설명한 것처럼, 이것은 헌법재판소가 위헌심판청구의 이유없이 청구된 처음일 것이라는 것이다. 왜냐하면 상원의장인 포에(Poher)의원이 효과적으로 헌법재판소에 단순히 법을 언급하는 청구를 하는 경우에, 이러한 청구는 즈느브와(Genevois)가 고려한 논의된 보충적인 사항에 의하여 유효기간 내에 보충되기 때문이라고 한다.<sup>646)</sup>

상원의장이 대략 세 번에 걸쳐서 위헌의 이유를 제시하지 아니하고 위헌청구를 하였다. 즉 상원의장은 1982년<sup>647)</sup>과 1983년<sup>648)</sup> 그리고 1990년<sup>649)</sup>에 각각 위헌법률심판을 헌법재판소에 청구하면서 위헌의 이유에 대하여 전혀 언급하지 아니하였다. 그러나 이러한 세 번의 헌법재판소에 위헌심판 청구는 상원의

---

644) C.C. n°86-211 DC du 26 août 1986, Rec., p.120.

645) Bruno Genevois, Chronoque - France : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986, AIJC, II-1986, 1988, p.415.

646) Louis Favoreu, Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP, 1989, p.425.

647) Saisine visée dans la décision n°82-147 DC du 2 décembre 1982.

648) Saisine visée dans la décision n°83-168 DC du 20 janvier 1984 et publiée au J.O. du 21 janvier 1984, p.372.

649) Saisine visée dans la décision n°91-290 DC du 9 mai 1991 et publiée au J.O. du 14 mai 1991, p.6366.

장만이 한 것이 아니었다. 즉 동시에 헌법재판소는 같은 법률에 대하여 국회의원들에 의하여 위헌심판청구되었는데, 위헌심판을 청구한 국회의원들은 위헌의 이유를 자세하게 명시하였었다. 따라서 헌법재판소는 동일한 법률에 대하여 병합으로 위헌심판을 하였던 것이다. 이러한 경우는 1990년대에 들어와서도 발생하였는데, 상원의원들은 국적법에 관한 개정법률(*loi réformant le code de la nationalité*)에 대하여 위헌심판을 헌법재판소에 청구하면서 위헌이유를 설명하지 아니하였다.<sup>650)</sup> 그러나 이 경우에도 상원의원들만이 위헌심판을 헌법재판소에 청구한 것이 아니라 국민의회의원들도 위헌심판을 헌법재판소에 청구하였는데, 국민의회의원들이 청구한 위헌심판의 경우는 위헌이라고 생각되는 이유에 대하여 자세히 설명을 하고 있었다. 따라서 이에 대한 결정에서 헌법재판소는 결정문의 첫 번째 이유에서 “회부된 법률에 대하여 어떠한 이유도 명시하지 아니한 상원의원들의 위헌심판청구와는 달리, 두 번째 청구자인 국민의회의원들은 위에서 언급된 법률의 제9조 제3항과 제11조, 제12조, 제44조, 제47조, 제48조 등이 헌법에 위반된다는 것을 논증하기 위하여 헌법적 가치를 가진 원칙들과 규범들에 대한 침해를 강조하였다.”<sup>651)</sup>라고 하였다.

결국 1986년 7월 30일에 제출된 상원의원들의 위헌심판청구서가 헌법재판소의 권한의 확장에 대한 인식을 불러일으켰다면, 이러한 청구는 또한 헌법재판소에 대하여 위헌이유를 제시해야 하는 부담을 가지고 있는 청구인들에게 그 부담에서 벗어나고 싶어하는 것을 보여주는 것이었다.<sup>652)</sup> 위헌법률심사가 엄격한 형식적 틀 속에서 간혀 있는 것은 아니다. 헌법 제61조 제2항은 단지 헌법재판소를 제소할 수 있는 청구인들을 열거하고 있을 뿐이다. 그리고 1974년 12월 26일의 조직법률에 의하여 개정된 1958년 11월 7일의 오르도낭스의 제18조

---

650) Saisine visée dans la décision n°93-321 DC du 20 juillet 1993 et publiée au J.O. du 23 juillet 1993, p.10396.

651) C.C. n°93-321 DC du 20 juillet 1993, Rec., p.196.

652) 이에 대하여 헌법재판소가 청구인들의 청구 이유에 구속되지 아니하고 그 이외의 사유에 대하여도 심판을 함으로써, 조문과의 조화를 이룰 수 있었고 또 헌법재판소가 그 조문을 취소하기 위한 이유도 논증할 수가 있었다는 견해도 있다. Laurent Habib, Intervention orale à la Journée d'études du 13 mars 1987 sur «le Conseil constitutionnel et les partis politiques», Economica et PUAM, 1988, p.60.

제1항도 단지 국회의원들에 의한 헌법재판소에 대한 청구는 적어도 총 60인 이상의 국민의회의위원이나 상원의원의 서명이 있는 한 개 혹은 여러 개의 청구서에 의하여 성립된다고 하고 있다. 그럼에도 불구하고, 실제에 있어서는 청구이유가 제시되지 아니하고 위헌심판이 제청되는 경우가 그리 활발하게 발전되지는 아니하였다.

수상이 위헌심판을 청구하는 데에 있어서도 위헌이유가 제시되지 아니하고 위헌심판이 청구된 것이 전혀 없지는 않았다. 수상도 위헌이유를 명시하지 아니하고 위헌심판을 청구하였다.<sup>653)</sup> 보통의 경우에는 수상이 보통법률을 헌법재판소에 위헌심판을 청구하는 경우에는 국회에서 채택되는데 방해할 수가 없었고 위헌이라고 생각되는 법률의 위헌성에 대하여 찾으려고 하는 것이다.<sup>654)</sup> 따라서 수상이 위헌심판을 청구한 경우에 있어서는 단순위헌결정이 내려졌거나 아니면 중성화 해석결정(interprétation neutralisante)이 내려진 것이었다.

그러나 아이러니컬하게도 수상이 위헌심판을 청구하여 위헌심판의 대상이 된 법률은 정부가 제출한 법률안이었던 것이다. 따라서 우리는 여기서 알 수 있는 것이 수상이 원했던 것은 정부에 의하여 제출된 법률안의 본문을 위헌심판의 대상으로 하길 원했던 것은 아니었고, 또한 모든 위헌 이유를 설명할 수가 없었을 것이라는 점이다.

1989년 12월, 당시 수상이던 미셸 로카(Michel Rocard)는 선거비용의 제한과 정치활동 정화에 관한 법률을 헌법재판소에 위헌심판청구하면서, 한편으로는 넓은 의미에서 대통령선거와 국민의회의원선거의 관점에서 선거운동의 재정에 관한 조직법률에 의하여 위의 법률에의 인용을 전개하고<sup>655)</sup>, 다른 한편으로는

---

653) 예를 들면, C.C. n°89-271 DC du 11 janvier 1990, Rec., p.21; C.C. n°92-307 DC du 25 février 1992, Rec., p.48. 그러나 이 외에도 수상이 위헌이유를 제시하지 아니하고 헌법재판소에 위헌심판을 청구한 경우가 있었으나(saisine du Premier ministre visée dans la décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989) 이 경우는 헌법재판소가 수상에 의해서만 청구된 것이 아니라 국민의회의원들도 헌법재판소에 위헌심판을 청구하였고 또한 상원의원들도 헌법재판소에 위헌심판을 청구하였다.

654) Bruno Genevois, Note sous C.C. n°92-307 DC du 25 février 1992, RFDA, 1992, p.185.

655) Bruno Genevois, op. cit., p.185.

위헌심판의 대상이 된 법률의 전체에 대하여 정치적 토론과 야당의 비난을 멈추게 하기 위하여 합헌의 특징을 찾았다. 따라서 이러한 점들을 고려하여 미셸 로카(Michel Rocard)는 어떠한 위헌이유도 제시하지 아니하였으며 구체적으로 결론도 맺지 아니하였다. 헌법재판소는 수상의 위헌심판청구에 대하여, 1986년 8월 26일 결정에서처럼, 첫 번째의 이유에서 수상이 어떠한 위헌이유도 제시하지 아니하였다는 점을 지적하였다. 그리고는 곧 이어서 덧붙이기를 “헌법적 가치를 가지는 규범이나 원칙들을 무시하는 회부된 법률의 모든 조항에 대하여 심사를 할 것인가 하는 판단은 헌법재판소에 속하는 것이다.”<sup>656)</sup>라고 하였다.

1992년 1월에 헌법재판소에 외국인들의 프랑스 입국과 체류에 관한 법률에 대하여 위헌심판을 청구하면서, 당시 수상이었던 에디뜨 크레송(Edith Cresson)은 사회주의 상원의원들의 압력으로 위 법률의 제8조로 위헌심판청구를 제한하려 하였다. 그런데 위 조항은 정부에 의하여 수정된 조항이었던 것이다. 수상은 어떠한 위헌 이유도 제시하지 아니하면서 임시수용지역(zones de transit)을 규정하는 제8조가 헌법에 위배되는가를 심판해 달라고 청구하였던 것이다. 이에 대하여 헌법재판소는 청구권자의 이러한 청구가 헌법재판소가 위헌심판을 하는데 어떠한 영향도 미치지 아니한다고 하면서 청구되지 아니한 조문들도 심판의 대상이 될 수가 있으며 청구된 위헌 이유에 국한하여 심판하는 것은 아니라고 하였다.<sup>657)</sup>

## (2) 청구되지 아니한 조문에 대한 심판

위헌심판이 청구되지 아니한 조문에 대한 심판도 헌법재판소의 권한의 확장을 유도하였다. 사실 최근에 와서는 헌법재판소에게 몇몇 조문들만을 제한하여 위헌심판을 청구하는 경우를 더 이상 찾아볼 수가 없을 뿐만이 아니라 청구인들은, 어떤 경우에는, 헌법재판소가 직권으로 청구되지 아니한 조문을 위헌심판을 함으로써 큰 이득을 보는 경우도 있다. 예를 들면 청구인들이 몇몇 조항들만을 위헌심판청구를 하였는데, 다른 조문들의 경우에는 정치적인 이유로 인하

---

656) C.C. n°89-271 DC du 11 janvier 1990, Rec., p.21.

657) C.C. n°92-307 DC du 25 février 1992, Rec., p.48.



여 공개적으로 위헌이유를 달아서 위헌 청구할 수가 없는 경우에 있는데, 헌법재판소가 직권으로 심판하는 경우가 이에 해당할 것이다. 이러한 예는 1982년 11월 18일 결정<sup>658)</sup>에서 살펴볼 수가 있다. 이 결정은 시의회의원선거에서 후보자 리스트에 동성을 75%로 제한하는 조항에 대한 위헌선언이었는데, 이에 대한 위헌심판청구에서 청구인들이 여성 유권자를 의식하여서 여성 유권자들의 표를 잃지 않기 위하여 결론을 청구이유와 결론을 조심스럽게 설명하였다. 또한 1990년 7월 25일 결정<sup>659)</sup>에서 고지에 있는 호숫가에 관광단지를 건설하는 조항을 위헌선언 하였는데, 여기서 청구인인 상원의원들은 결론을 맺지 않고 청구를 하였다. 왜냐하면, 산악지방의 상원의원들과 고지에 콘크리트를 설치하는 기업들의 압력에 위 조항을 채택하였고, 또한 헌법재판소가 입법절차상의 하자를 이유로 위헌을 선언할 것을 알았기 때문이다.<sup>660)</sup> 이러한 청구인들의 청구형태는 청구인들에게 정치적으로 헌법재판소의 직권심리를 방패로 하여 변명을 할 수 있도록 하는 것이며, 나중에 정치적 비난이나 혹은 선거에 있어서 유권자들에게 변명을 하는데 이용될 수가 있는 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 보통법률에 관한 위헌심판을 헌법재판소에 청구하면서 위헌이유도 제시하지 아니하고 또한 심판 대상도 청구권자의 청구범위에 국한되는 것이 아니라면 이것은 조직법률의 위헌심판청구와 유사하게 되는 것이 될 수가 있을 것이다. 그러나 이러한 경우는 지금까지 몇몇 경우에 불과한 것이다.<sup>661)</sup>

결국 헌법재판소는 법률의 전체조문에 대하여 심사를 할 수가 있는 것이지 청구된 일부조문만을 심사할 수가 있는 것은 아니다.<sup>662)</sup> 왜냐하면 법률상의 해석으로 살펴보아도 위헌심판의 대상이 되는 것이 법률(loi)이라고 규정되어 있지 조문(disposition)이라고 규정되어 있지 아니하기 때문이다.<sup>663)</sup> 또한 만약에

658) C.C. n°82-146 DC du 18 novembre 1982, Rec., p.66.

659) C.C. n°90-277 DC du 25 juillet 1990, Rec., p.70.

660) 프랑스 헌법재판소의 입법절차에 대한 위헌심사는 전학선, 프랑스에 있어서의 입법절차에 대한 위헌심사, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6, 325면 이하.

661) Di Manno, op. cit., p.29.

662) Français Luchaire, Gérard Conac et Gilgut Mangin, Le droit constitutionnel de la cohabitation - Bilan juridique d'une expérience politique 23 mars 1986 - 8 mai 1988, Economica, 1989, p.264.

같은 법률에 같은 이유로 위헌이 두 조항이 있었는데, 한 조항은 위헌청구가 되었다는 이유로 위헌선언이 되고 다른 한 조항은 위헌청구가 제기되지 아니하였다는 이유로 위헌선언이 되지 아니한다면 이는 사전적 규범통제만을 채택하고 있는 프랑스 제도에서 심히 불합리한 것일 것이다. 따라서 위헌의 요소가 발견되면 헌법재판소는 이를 직권으로 심판하여야 할 필요가 있을 것이다.

### (3) 평가

사실 헌법재판소가 위헌이유가 제시되지 아니한 위헌심판청구를 받아들이는 것은 행정법의 관점에서 보면 충격적이 것이다.<sup>664)</sup> 그러나 이러한 헌법재판소의 권한은 헌법재판소가 심판하여야 하는 법률의 완전한 심판에 의하여 정당화된다. 선거소송에 있어서는 헌법재판소는<sup>665)</sup> 이유가 제시되지 아니한 청구에 대하여 기각을 하곤 한다.<sup>666)</sup> 위헌심판에 있어서 헌법재판소가 직권으로 위헌이유를 제시하고 또한 청구되지 아니한 조문도 심판하는 것은 헌법재판소의 총체적이 권한에서 기인하는 것이다. 따라서 헌법재판소는 청구조문에 구속될 필요도 없고 또한 청구이유에 구속될 필요도 없는 것이다. 즉 헌법소송에서 직권심리의 개념을 행정법의 개념<sup>667)</sup>에서 살펴볼 필요는 없는 것이다. 왜냐하면 헌법재판소는 필수적으로 법률의 전체에 대하여 위헌심판에 제청되는 것이라고 볼 수가 있는 것이며 위헌이유가 제시되었건 전혀 제시되지 아니하였건 간에 스스로 위헌이유를 심판하기 때문이다.

663) François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Tome I-Organisation et Attributions, 2e éd., Economica, 1997, p.149.

664) Les conclusions de Bernard STIRN sur Conseil d'Etat, Section, 27 février 1987, Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante, in RFDA, 1987, p.217.

665) 프랑스 헌법재판소의 선거소송에 관한 심사에 대하여는 변해철, 프랑스 헌법재판소의 선거에 관한 권한, 현대공법논총, 일암변재옥박사화갑기념논문집, 1994, 673면 이하; 전학선, 선거에 관한 소송 - 한국과 프랑스를 중심으로 - 한국외국어대학교 석사학위논문, 1993. 참조.

666) C.C. n°71-572 du 15 octobre 1971, Sénat, Aveyron, Rec., 1971, p.45; C.C. n°86-1019, n°86-1024, du 3 février 1987, Sénat, Rhône, Rec., 1987, p.20.

667) 다음을 참조할 것. Jean-Marie Auby, *L'ultra-petita dans la procédure contentieuse administrative*, in *Le juge et le droit public*, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, 1974, p.267 et s.

따라서 법률 전체에 대하여 헌법재판소에 위헌심판을 청구하는 것과 헌법재판소가 직권으로 위헌이유를 심판하는 것은 논리적으로 헌법재판소의 결정에 확장과 효력에 영향을 미치며 또한 필수적으로 명시되지 아니한 조문의 법적 성질에 관하여 문제점을 야기시킬 수가 있을 것이다.

#### 4. 명시적으로 심사되지 아니한 조문의 효력

##### (1) 구속력을 가지는 경우

가령 헌법재판소가 청구인들의 청구이유에서 벗어날 수가 있고 또한 위헌청구되지 아니한 조문에 대하여도 위헌심판을 할 수가 있다면, 헌법재판소가 청구되지 아니한 모든 조문 하나 하나에 대하여 위헌심판이 청구된 것이라 할 수 없고 또한 그들 각각에 대하여 위헌심판을 선언하지 않을 것이다. 따라서 이러한 점은 다음의 사항을 유발할 수가 있을 것이다. 헌법재판소에 의하여 행하여지는 위헌심판이, 회부된 법률 전체에 대하여 행하여지는 범위 내에서 심사되지 아니한 조문들이 합헌성을 인정받을 수 있는가 하는 문제이다.

헌법재판소가 법 조문 전체에 대하여 위헌심판이 청구된 것으로 보기에 헌법재판소가 행하는 위헌심사는 전체적으로 행하여진다고 볼 수가 있을 것이다. 따라서 헌법재판소가 내린 결정은 필수적으로 법조문 전체에 대하여 효력을 가진다고 볼 수가 있다. 또한 헌법재판소에 청구된 법률의 공포는 헌법재판소가 심사하지 아니한 조문은 그것이 설령 위헌이던 간에 아니면 혹은 위헌인 조문에서 분리될 수가 없는 조문이던 간에 모든 조문에 효력을 미칠 것이다.

일부 학설에 따르면 합헌선언에 이르는 법률에 대한 심사는 법률 전체에 대하여 합헌임을 말하는 것이라고 한다. 즉 프랑스에서 일단 어떤 법률의 조문에 대하여 합헌임을 선언하는 것은 법조문 전체에 대하여 합헌임을 선언하는 것이라고 한다.<sup>668)</sup> 따라서 위와 같은 견해에 따르면 명시적으로 위헌으로 선언되지 아니한 모든 것은 합헌인 것으로 된다는 것이다. 따라서 프랑스는 사전적

---

668) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.621.

규범통제이기 때문에 헌법재판소의 침묵은 위의 조항들이 효력을 가지는 법규범으로 들어가는 것을 허락하고 받아들인다는 의미인 것이다. 왜냐하면 헌법 제62조 제1항 후단에서 단지 위헌으로 선언된 조항이 공포되거나 적용될 수 없다고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 헌법재판소 결정의 구속력(l'autorité de la chose jugée)은 선별되어질 수가 없을 것이고 동일한 정도의 힘을 가지고 회부된 법률 전체조항에 대하여 효력을 가질 것이다. 프랑스 헌법 제62조 제2항에 근거하여 즉 “헌법재판소의 결정은 어떠한 청구의 대상도 되지 아니한다. 헌법재판소의 결정은 모든 공권력을 구속하고 행정기관 및 사법기관을 구속한다.”는 것에 근거하여, 위헌심판의 대상이 되지 아니한 조항들에 관한 합헌성 추정은 부인할 수 없는 효력을 가지는 것으로 추정할 수가 있는 것이다.<sup>669)</sup>

그러나 위와 같은 결론을 내리기에는 프랑스 헌법재판소의 최근의 결정들이 다른 내용을 담고 있다.

## (2) 헌법재판소의 판례

사실 프랑스 헌법재판소는 효과적으로 행하여진 위헌심사와 헌법재판소의 결정으로 인한 결론들 사이에 나타나는 차이를 고려하는 데에 노력하였다.<sup>670)</sup>

헌법재판소가 행하는 심판의 제한문제는 두 단계에 걸쳐서 발전하였다. 첫 번째에 프랑스 헌법재판소는 단지 결정 주문의 형태를 수정하면서 결정 주문과 효과적으로 행하여진 심사 사이의 합치의 어려움을 해결하고자 하였다. 두 번째는 헌법재판소가 마지막 이유 즉 다음과 같은 문장을 포기하였었다. ‘이 경우에 위헌심판에 회부된 법률의 다른 조항들에 관하여 헌법재판소가 직권으로 합헌성의 문제를 제기할 이유가 없다’(en l’espèce, il n’y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d’office aucune question de constitutionnalité en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen) 그러나 헌법재판소가 위의 문장을 아주 완전히 포기한 것은 아니고 다시 사용하기도 하였는데,<sup>671)</sup> 다양한 형태로 그 의미를 나타내고 있는

669) Thierry Di Manno, op. cit., pp.31-32.

670) Bruno Genevois, Chronoqque - France : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1987, AIJC, III-1987, 1989, p.576.

것이다.

헌법재판소가 위헌법률심사로 인하여 나타나는 실질적인 현실문제를 강조하려는 의지는 우선 1987년 12월 30일 두 개의 결정에서 나타난다. 하나는 1987년을 위한 추경예산법률(*loi de finances rectificative pour 1987*)에 관한 것이고<sup>672)</sup> 다른 하나는 1988년을 위한 예산법률(*loi de finances pour 1988*)인 것이다.<sup>673)</sup> 이 두 개의 결정은 중요한데 왜냐하면 이 두 개의 결정이 프랑스 헌법재판소의 태도변화의 시작을 보여주는 것이기 때문이다. 1987년 이전 결정에서는 헌법재판소는 습관적으로 일부위헌결정(*décision d'annulation partielle*)의 주문에서, 헌법에 위배되는 조항들이 있고 회부된 법률의 다른 조항들은 헌법에 반대되지 아니한다라는 주문을 하였었다는 점이다. 즉, 1987년 결정 이전에는 일부위헌결정의 주문에서 보통 첫 번째 항에서는 위헌인 조문을 나열하고 두 번째 항에서 “헌법재판소에 회부된 법률의 다른 조문들은 헌법에 합치하는 것으로 선언된다.”(*Les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont déclarées conformes à la Constitution*)라고 선언을 하곤 하였다. 그런데 이러한 것은 헌법재판소에 회부된 법률의 전체조항에 대하여 합헌성을 부여하는 것이 되었던 것이다.<sup>674)</sup> 프랑스 헌법재판소는 1960년 8월 11일의 결정<sup>675)</sup>과 동일한 주문을 내면서, 1987년 12월 30일의 두 결정은 주문에서 헌법에 위배되는 조문들만을 언급하고 그 이외의 조문들에 대하여서는 명시적으로 언급을 하지 아니하였다. 더욱이 더 고려하여야 하는 것은 헌법재판소가 주문에서 명시적으로 위헌 청구된 조문들에 대하여, 이러한 조문들을 위하여 헌법재판소가 결정전문(全文)에서 모든 청구 이유에서 벗어났는데, 이러한 조문들이 헌법에 위반되지 않는다고 선언하지 아니하였다는 점이다.<sup>676)</sup>

---

671) 최근의 결정에서도 사용하였다. C.C. n°99-416 DC du 23 juillet 1999; C.C. n°99-414 DC du 8 juillet 1999; C.C. n°99-411 DC du 16 juin 1999; C.C. n°99-409 DC du 15 mars 1999; C.C. n°98-407 DC du 14 janvier 1999.

672) C.C. n°87-239 DC du 30 décembre 1987, Rec., p.69.

673) C.C. n°87-237 DC du 30 décembre 1987, Rec., p.63.

674) François Luchaire, Intervention orale à la Journée d'études du 13 mars 1987 sur «le Conseil constitutionnel et les partis politiques», *Economica et PUAM*, 1988, p.122.

675) C.C. n°60-8 DC du 11 août 1960, Rec., p.25.

우리는 여기서 다음과 같은 점을 생각할 수가 있을 것이다. 즉 위헌이라고 판단되는 데에 기여를 하지 못한 청구이유를 위해 위헌심판이 청구된 조문들에 대하여 합헌이라고 주문에서 선언하지 아니하면서, 헌법재판소는 결정에 상대적인 구속력을 부여한다는 점이다. 판결 이유는, 단지 그 이유들이 주문과 함께 일체를 이루고 그리고 거기서 필요한 기본적인 것을 형성하는 경우에는, 구속력을 가진다는 것이다. 그러나 만약에 주문이 이유에서 어떠한 결론도 이끌어 내지 못한다면, 더 이상 구속력은 없는 것이다.<sup>676)</sup>

위와 같은 주문의 형태를 취하는 결정은 그 외에도 다른 예산법률에 관한 결정에서도 더 찾을 수가 있다.<sup>678)</sup> 예산법률에 합헌성을 부여하는 것에 대한 유보는 쉽게 정당화되어 질 수가 있다. 예산법률은 보통 수백 조의 조문으로 구성되는데, 헌법재판소에 청구될 때, 이러한 법률은 헌법재판소의 위헌법률심사를 과중하게 한다. 게다가 청구가 보통 늦게 이루어지는데 - 보통 12월 말경 - 헌법재판소는 짧은 기간 안에 결정을 하도록 요청된다. 왜냐하면, 예산이 1월 1일부터 집행되어야 하기 때문에 급속도로 결정을 하여야만 하는 것이다. 이러한 것은 결국, 헌법재판소에 의하여 1974년 예산법률의 경우에 행한 절차인 헌법 제61조 제3항<sup>679)</sup>에 의한 긴급심판과 같은 효과를 나타내는 것이다.<sup>680)</sup> 따라서 헌법재판소가 예산법률의 모든 조항에 관하여 모든 위헌 이유를 검토

676) 이 점에 대하여 루셰르(Luchaire) 교수는 다음과 같은 의문을 표시하였다. “그러면 만약에 모든 조항이 헌법에 합치한다면 주문에는 무엇을 표시하여야 하는가?” François Luchaire, Intervention orale à la Journée d’études du 13 mars 1987 sur «le Conseil constitutionnel et les partis politiques», Economica et PUAM, 1988, p.122.

677) François Luchaire, Introduction au Colloque à la Journée d’études du 13 mars 1987 sur «le Conseil constitutionnel et les partis politiques», Economica et PUAM, 1988, p.48.

678) C.C. n°88-250 DC du 29 décembre 1988, Loi de finances rectificative pour 1988, Rec., p.267; C.C. n°89-268 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, Rec., p.110; C.C. n°89-270 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances rectificative pour 1989, Rec., p.129.

679) 프랑스 헌법 제61조 제3항에 의하면, 헌법재판소는 청구가 있는 지 1개월 이내에 결정을 내려야 하는데 만약에 정부의 요청이 있으면 이 기간이 8일로 단축된다.

680) Bruno Genevois, Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative, RFDA, 1990, p.144.

하여 심사할 수가 없다는 것은 명백한 것일 수도 있다.

헌법재판소는 주문을 통해서 모든 법률에 기판력을 부여하기를 원치 않았다는 것을 보여주려는 것을 명백히 하였다. 1989년 1월 12일 결정<sup>681)</sup>과 1990년 1월 22일 결정<sup>682)</sup>은 예산법률에 사용되던 주문 형태를 다시 사용하였다. 즉 일부위헌결정을 하면서도 그 나머지 부분에 대하여는 주문에서 침묵을 지키고 있었던 것이었다. 그러나 이것은 놀라운 일이 아니었는데 왜냐하면 이러한 법률들은 모자이크된 법률(lois mosaïques)이거나 혹은 다양한 요소를 합친 밀림 법률(lois fourre-tout)이기 때문에 헌법재판소가 실질적으로 해당 법률조항들 전체에 대하여 심도있는 심사를 할 수가 없는 것이다.

위에서 살펴본 바와 같은 일부위헌결정의 새로운 주문 형태는 - 즉 일부위헌을 선언하면서도 주문에서 그 나머지 부분에 대하여 침묵하고 있는 경우 - 단지 예산법률 등의 경우에만 관계되는 것 같았으나 1990년 7월 25일 결정<sup>683)</sup> 이후 모든 법률의 경우에도 확대되었으며 오늘날 모든 결정에서 사용되고 있다.<sup>684)</sup>

결론적으로 이러한 조항들에 부여된 합헌성의 추정이 반박할 수가 없는 특징을 가지는 것 같지는 않는 것 같다. 헌법재판소의 심사의 한계를 인식하면서, 헌법재판소는 일부위헌결정의 구속력의 확장을 제한하려는 것 같다. 따라서 1988년 7월 20일의 결정<sup>685)</sup>의 관점에서 보면, 이러한 구속력은 법률의 일부 조항들에 대한 위헌선언에 한정되는 것이다.<sup>686)</sup>

그러나 어떤 학자는 프랑스 헌법재판소의 태도변화의 효력에 관하여 매우 회의적인 견해를 표시하였는데, 왜냐하면 헌법재판소가 청구된 것 이상으로 심사를 할 이유가 없다는 내용을 주문이 아닌 이유부분에서 설명하였기 때문이

---

681) C.C. n°88-249 DC du 12 janvier 1989, Rec., p.10.

682) C.C. n°89-269 DC du 22 janvier 1990, Rec., p.33.

683) C.C. n°90-277 DC du 25 juillet 1990, Rec., p.70.

684) 그럼에도 불구하고 예전의 주문 형태를 사용하기도 하였다. 즉 일부위헌결정을 하면서 주문에서 나머지 조항들의 합헌성을 확인하였던 것이다. 예를 들면, C.C. n°90-283 DC du 8 janvier 1991, Rec., p.11; C.C. n°98-407 DC du 14 janvier 1999.

685) C.C. n°88-244 DC du 20 juillet 1988, Rec., p.119.

686) Louis Favoreu, Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP, 1989, p.433.

었던 것이라는 것이다.<sup>687)</sup> 이러한 회의적인 태도는 그 근거를 1962년 1월 16일 결정에서 찾고 있다. 이 결정에서 프랑스 헌법재판소는 주문을 형성하는 데에 필요한 이유(les motifs qui constituent le soutien nécessaire du dispositif)도 구속력이 있다고 하였던 것이다.<sup>688)</sup> 따라서 일부 학자는 1962년 1월 16일 결정이 주문을 형성하는 데에 필요한 이유도 구속력을 가진다고 하였으므로 주문에서 다른 조문에 대한 합헌성에 대한 선언이 없었을지라도 이유에서 그 근거를 찾을 수가 있다고 주장하였던 것이다.

위헌 제청되지 아니한 조문에 대한 심사권을 확대하는 것을 헌법재판소가 유보한 것처럼 우리가 이해할 수가 있을지라도 헌법재판소는 명시적으로 심사되지 않은 모든 조항에 절대적인 합헌성을 부여하는 것을 원하지 아니하였던 것이다. 이것은 1991년 1월 16일의 결정<sup>689)</sup>에서부터 우리가 헌법재판소의 결정들에 대한 구속력의 확장에 대하여 더 이상의 오해를 할 수 없게 할 목적으로 헌법재판소가 이유의 마지막에서 행하여 오던 설명을 포기하고자 한 이유인 것이다. 즉 프랑스 헌법재판소는 기존에 이유의 마지막에 설명하던 “이 경우에 위헌심판에 회부된 법률의 다른 조항들에 관하여 헌법재판소가 직권으로 합헌성의 문제를 제기할 이유가 없다”(en l’espèce, il n’y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d’office aucune question de constitutionnalité en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen)라는 것을 하지 아니하였던 것이다.

그러나 프랑스 헌법재판소는 1990년대에 와서도 이유의 마지막에서 헌법재판소가 직권으로 심사할 이유가 없다는 설명을 하였는데, 그 형식이 다양하여졌다. 이러한 형식의 다양화는 헌법재판소가 의례적인 형식을 가지고 표현하지 않겠다는 의도를 나타내는 것이라고 이해될 수가 있을 것이며, 또한 과거의 해석에 대한 논쟁에서 벗어나려는 의도로 이해될 수가 있을 것이다. 헌법재판소

---

687) Yves Gaudemet, Le Conseil constitutionnel et le Conseil d’Etat dans la processus législatif, in acte de Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat sur le thème «Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat», LGDJ, Montchrestien, 1988, pp.100-101.

688) C.C. n°62-18 DC du 16 janvier 1962, Rec., p.31.

689) C.C. n°90-248 DC du 16 janvier 1991, Rec., p.20.



는 그의 심사가 회부된 법 조문 전체에 대하여 효과적으로 행하여졌다는 것을 나타내고 싶었던 것이다. 그러나 또한 명시적으로 심사되지 아니한 조문에 대하여 합헌성을 부여하고 싶지 않았던 것이다.<sup>690)</sup> 헌법재판소가 진정으로 명시적으로 심사되지 아니한 조문들에 대하여 합헌성을 부여하고자 하였다면, 더 명확한 형식을 사용할 수가 있었을 것이다. 예를 들면, 1986년 6월 25일 26일 결정<sup>691)</sup>에서 프랑스 헌법재판소는 마지막 이유부분에서 “헌법재판소의 심사에 회부된 법률의 다른 조항들은 헌법에 위반되지 아니한다.”라는 표현을 사용하였고, 1992년 4월 9일의 결정<sup>692)</sup>에서는 끝에서 두 번째 이유부분에서 “국제조약의 어떠한 다른 조문들도 헌법에 위반되지 아니한다.”라고 하였으며, 1992년 9월 2일 결정<sup>693)</sup>에서 마지막 이유 부분에서 “유럽연합에 관한 조약은 헌법에 위반되는 조항들을 포함하고 있지 아니한다.”라고 하였었다. 어쨌든 헌법재판소가 마지막 이유 부분에서 약간의 변화를 통하여 나타낸 것은 결정의 구속력의 확장에 따라 결론을 취함이 없이 그의 심사의 실질적인 확장상태를 원하였던 것이다.

이러한 태도의 변화는 순전히 상황에 대한 이유에서 설명이 되어질 수가 있는 것이며, 주문과 효과적으로 행하여진 심사의 현실 사이에서 나타날 수 있는 차이를 감소시키기 위하여 1987년에 시작된 것의 중단은 아닌 것이다. 헌법재판소가 단지 제기된 법조문의 심사에 한정한다는 것과 다른 조문들의 합헌성에 대하여 유보한다는 것을 강조하기 위하여 프랑스 헌법재판소는 전통적인 표현 방식과 다른 표현을 사용하기도 하였다. 즉 합헌결정에서 “청구인들의 이유 주장이 받아들여질 수 없는 것은 앞의 모든 것에서 기인하는 것이다.”라고 표현하였던 것이다.<sup>694)</sup> 그러나 이러한 새로운 표현은 만족스럽지 못하였는데 왜냐하면 그 의미가 애매하기 때문이었다. 우리는 그 의미를 청구인들의 이유

---

690) Thierry Di Manno, *po. cit.*, p.36.

691) C.C. n°86-207 DC du 25 et 26 juin 1986, Rec., p.61.

692) C.C. n°92-308 DC du 9 avril 1992, Rec., p.55.

693) C.C. n°92-312 DC du 2 septembre 1992, Rec., p.76.

694) C.C. n°90-284 DC du, 16 janvier 1991, Rec, p.20; C.C. n°91-298 DC du 24 juillet 1991, Rec., p.82; C.C. n°91-296 DC du 29 juillet 1991, Rec., p.102; C.C. n°92-311 DC du 29 juillet 1992, Rec., p.73.

주장을 기각하는 것으로 해석할 수가 있다. 그런데, 청구인들의 이유 주장은 이유 부분에서 나타나는 것이지 청구내용의 결론에 나타나는 것은 아닌 것이다. 그러면 청구인에 의하여 제기된 이유들이 기각되었다면, 그 이외의 다른 이유들은 위헌 청구된 조문들의 위헌이유의 근거가 된다는 이야기인가 하는 문제를 생각해 볼 수가 있을 것이다. 그러나 이러한 반대의 해석은 결코 받아들여질 수가 없을 것이다. 왜냐하면 헌법재판소가 법률의 조문들은 명시적으로 심사하는 데에 있어서 조문들을 합헌성의 심사를 하기 때문이다. 만약에 헌법재판소가 직권으로 이유를 제시하지 아니하였다면, 이것은 단순히 심사된 법조문들이 최종적으로 헌법에 합치한다는 것을 의미하는 것이다. 왜냐하면 프랑스는 법률이 한번 공포되면 위헌여부가 논란이 될 수 없는 사전적 규범통제만을 채택하고 있기 때문이다. 따라서 가령 헌법재판소가 그의 심사결과를 제한하고자 한다면 위에서 언급한 합헌결정의 마지막 이유는 적절치 못한 것일 것이다. 이유 주장 대신에 청구 결론이라고 하여야 더 정확할 것이다.<sup>695)</sup> 그러나 더 좋은 것은 위와 같은 문구를 이유 부분에 삽입하지 않는 것이다.<sup>696)</sup>

따라서 오늘날 프랑스 헌법재판소가 결정문의 주문에서 명시적으로 심사되지 아니한 조문들에 대하여 조심스럽게 적용하고 있는 침묵은 법률의 나머지 부분에 대하여 합헌성의 의미를 더 이상 부여하지 아니하겠다는 명백한 의지로 해석될 수가 있는 것이다.<sup>697)</sup>

## 5. 헌법소송의 성격과 심판범위의 확장

위헌법률심판은 헌법소송의 객관적 성격을 띠고 있다. 이러한 헌법소송의 객관적 성격은 필연적으로 직권심리의 요소를 가지고 있다고 볼 수가 있는 것이다. 따라서 이러한 객관적 소송으로서의 성격을 파악하는 것이 헌법소송을 담

695) Thierry Di Manno, op. cit., pp.36-37.

696) 그러나 최근의 결정들을 보면 이와 같은 문구를 마지막 이유부분에서 나열하고 있다. C.C. n°99-416 DC du 23 juillet 1999; C.C. n°99-414 DC du 8 juillet 1999; C.C. n°99-411 DC du 16 juin 1999; C.C. n°99-409 DC du 15 mars 1999; C.C. n°98-407 DC du 14 janvier 1999.

697) Thierry Di Manno, op. cit., p.37.

당하고 있는 헌법재판소의 직권심리에 대하여 더 잘 이해할 수가 있을 것이다.

우리는 전통적인 분류에 따라 소송을 객관적 소송(contentieux objectif)과 주관적 소송(contentieux subjectif)으로 분류할 수가 있다. 객관적 소송은 객관적 권리의 보장을 위한 수단인 것이고 이는 사법질서 안에서 첫 번째 이익을 위한 절차인 것이다. 이러한 객관소송의 한 가운데에 있는 것은 일반적 이익인데 이러한 것은 소송에서 당사자의 두 번째 역할을 나타내는 것이다. 왜냐하면 만약에 어떤 사람이 소송에 참여하게 된다면 그것은 심사를 시작하게 하려는 것이든가 아니면 심사를 받기 위한 것일 것이다. 그러나 그 사람은 판사가 판단 하여야 하는 주장에 관한 당사자로서 간주될 수가 없는 것이기 때문이다.<sup>698)</sup> 이러한 객관소송에 있어서 판사는 소송을 진행하는 데에 있어서 중요한 권한을 가지고 있고, 그러나 처벌의 영역에 있어서는 취소 또는 유지 사이의 선택으로 감소된다. 그리고 판사가 하는 결정은 보통 절대적인 구속력이 부여되곤 한다. 반대로 주관적 소송은 개인적 이익을 유지하는데 그 목적이 있는 것이며 주관적 권리의 침해를 구제하려는 것이다. 이것은 당사자들 사이의 절차에 관계되는 것으로 이는 그의 상황을 보호하고자 하는 사람이 다른 사람에 의하여 이러한 상황이 침해된 것에 대하여 판사에게 구제를 요구하는 것이다. 따라서 판사는 서로 다른 사람들의 상반된 주장을 판단하기 위하여 개입하는 것이 된다. 따라서 당사자는 소송을 시작하는 것이고 판사는 단지 판결 언도의 순간에 영향력을 가진다. 따라서 판사는 모든 종류의 결정을 할 수가 있으며 그 결정은 상대적인 구속력을 가진다.

위에서 언급한 것처럼 위헌법률심판은 객관적 소송의 성격을 가지고 있다는 것이 주지의 사실이다. 사실 프랑스 헌법재판소는 개별적 이익들 사이에서 판단을 하는 것이 아니고 법률이 헌법에 적합한지를 심사하고 있는 것이다. 따라서 위헌법률심사는 필수적이면서 기본적으로 헌법에 의해 구체화된 일반적 이익의 보호를 겨냥하고 있다는 사실을 알아야 할 것이다. 만약에 그 심사가 의무적인 조직법률에 대한 위헌심판의 경우에 있어서 위헌법률심판의 객관적 소송으로서의 성격이 명백한 것이라면 조직법률의 국회 표결 후에 헌법재판소로

---

698) Jean-Marie Auby et Rolland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Tome 2, 3e éd., LGDJ, 1984, p.135.

의 이송하여야 하는 수상(Premier ministre)은 보통법률의 심사에 있어서 그 권한이 덜 현실적인 것은 아니다. 왜냐하면 청구는 헌법재판소의 개입을 초래하는 결과를 가져오는 행위조건(acte-condition)이며 또한 행사의 조건과 심사의 범위에 관하여 상대가 없이 하는 행위인 것이다. 따라서 위헌법률심사의 객관적 성격은 법률에 관한 것이라는 점에서 더 강화되는 것이다.

이러한 순수한 객관적 소송의 특징은 그것이 소송의 당사자에게 행하여지는 절차가 아니라 행위에 행하여지는 절차라는 점으로도 특징지어질 수가 있을 것이다.<sup>699)</sup> 이러한 헌법소송의 객관적인 성격은 프랑스 헌법재판소의 소송전개과정에서도 나타난다. 소송의 전개는 헌법재판관들에게 달려있는 것이다. 재판관들이 증거를 모으고 진실을 밝히는 것이다. 따라서 절차는 직권심리(inquisitoire)재판의 성격을 가지고 있으며 불고불리(a.C.C.usatoire)의 성격을 가지고 있는 것이 아니다.<sup>700)</sup>

대심재판의 원칙의 존중이 재판의 유효성을 인정하는 결정적인 조건이 될 수는 없다. 그럼에도 불구하고 이러한 요소들이 위헌법률심판에 있어서 필요 이상의 요소들이라고 생각해서는 안 된다. 이러한 관점에서 볼 때, 헌법재판소에서 전개되는 대심재판의 성격을 무시할 수는 없다.<sup>701)</sup> 대심재판의 원칙의 실제적인 중요성은 다루어야 할 문제가 권리의 요소와 사실의 요소가 결합되어 있는 경우보다 순수한 권리의 문제인 경우에 더 감소된다.<sup>702)</sup> 결국 객관적 소송의 특징은 프랑스 헌법소송에도 그대로 적용되며, 따라서 헌법재판소의 결정은 절대적인 구속력을 가지는데, 이는 또한 프랑스 헌법 제62조 제3항에 규정

---

699) Edouard Laferrere, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, 2e éd., Berger-Levrault, 1986, p.561.

700) Thierry S. Renoux, *Techniques juridictionnelles et procédurales*, AIJC, I-1985, 1987, p.135.

701) Louis Favoreu, *Le principe du contradictoire dans le contentieux constitutionnel*, Rapport au XIIIe Colloque des I.E.J. Aix-en-Provence, 20-22 novembre 1980; Louis Favoreu, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel*, RDP, 1989, pp.424-425.

702) Daniel Labetoulle, *Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel*, in acte de Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat sur le thème «Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat», LGDJ, Montchrestien, 1988, p.252.

되어 있다.

결국 프랑스에서 헌법소송이 객관적 성격을 가진다는 점은 위헌법률심사를 주로 행한다는 점에서 더욱 더 강조될 수가 있다. 왜냐하면 사용되는 형태와 절차가 어떻든 간에 프랑스에서 행하여지는 위헌법률심사라는 것이 국민 개개인에게 직접적으로 만족을 주기 위한 것이라는 점은 아주 미소한 위치를 차지하고 있다고 볼 수가 있기 때문일 것이다. 그 정당성과 합법성은 현대국가에서 제도의 좋은 기능을 위하여 그리고 또한 기본권의 보호와 증진을 위하여 필수불가결한 절대적인 일반적 특징에 많은 기능을 채우는 것이기 때문이다.<sup>703)</sup>

위헌법률심사가 객관적 소송의 성격을 띠고 있다고 보는 입장에서는 헌법재판소의 심판조문의 확장을 헌법규범의 보장을 위하여 필요한 만큼 인정하는 것은 놀라운 것이 아닐 것이다. 헌법재판소의 심사권한을 확장하는 것으로, 이러한 소송의 객관적인 성격은 헌법재판소의 직권심리를 강화하는 것을 정당화시키는 것이다.<sup>704)</sup> 더불어 프랑스 위헌법률심사의 특징인 사전적 규범통제는 심판조문의 확장가능성을 더욱 더 필요한 것으로 나타내고 있다고 볼 수가 있을 것이다.

## 6. 사전적 규범통제와 심판범위

심판범위와 사전적 규범통제와의 관계를 살펴보면 프랑스 헌법재판소가 직권심리를 어떻게 활용해야 하는 가를 살펴볼 수가 있을 것이다.

위헌법률심사의 유형을 심판시기를 기준으로 하여 사전적 규범통제와 사후적 규범통제로 분류하기도 한다. 사전적 규범통제는 또한 추상적 규범통제인데, 헌법재판기관에 의하여 행하여지는 위헌법률심판에 있어서 심판의 대상이 되는 규범은 아직 효력을 발생하기 전의 규범인 것으로 일반 법원에 의하여 적용의 문제가 생기기 전인 것이다. 이러한 점에서 사전적 규범통제는 사후적 규

---

703) Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 3e éd., PUF, 1996, p.27.

704) Louis Favoreu, *Rapport général introductif*, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (sous la direction de Louis FAVOREU), Economica et PUAM, 1987, p.34.

범통제와 구별이 될 수가 있을 것이다. 사후적 규범통제는 추상적 규범통제이거나 혹은 구체적 규범통제가 될 수가 있을 것이다. 위헌법률심사의 대상이 되는 법률이 재판의 전제가 되지 않은 상태에서 헌법재판소에 회부되어 위헌법률심판을 받는다면 이는 추상적 규범통제인 것이고 일반법원의 재판의 전제가 되어서 위헌법률심판의 대상이 된다면 이는 구체적 규범통제가 되는 것이다. 따라서 여기서 알 수가 있듯이 사전적 규범통제, 즉 예방적 규범통제와 사후적 규범통제, 즉 교정적 규범통제는 심판의 시기에 따라 구별된다는 것을 알 수가 있을 것이다. 사전적 규범통제는 아직 효력을 발생시키지 아니한 법률에 대한 심판인 것이고 사후적 규범통제는 이미 적용되어 효력을 발생시키는 법률에 대한 심판인 것이다.

사전적 규범통제를 채택하고 있는 프랑스에서 헌법재판소는 필수적으로 심판범위의 확대경향이 강해야 할 것이다. 프랑스 헌법재판소는 표결된 법률에 대하여 청구가 되는 것이지, 공포된 법률에 대하여 청구가 되는 것은 아니다. 이러한 조건에서, 청구인들에 의하여 청구되지 아니한 조문들에 대하여 헌법재판소에게 직권으로 심판의 대상으로 삼을 수 있게 하여야 하는 것은 아닌가 하고 반문할 수가 있을 것이다.

## 제9절 결론

프랑스에서 의회는 국민의 대표기관으로 국민의 의사를 정치에 반영하는 가장 중요하면서 최고의 기관으로 인식되어 왔었다. 그러나 20세기 들어와서 의회에 대한 불신이 쌓이면서 의회의 권한이 축소되고 의회의 본질적인 권한인 입법권에 대해서도 통제를 받기 시작하였다.

프랑스에서도 1958년 제5공화국헌법이 제정되면서 헌법재판소가 창설되고 본격적으로 위헌법률심판을 하기 시작하였다. 프랑스의 위헌법률심판제도는 그 특징이 사전적 규범통제였었다. 프랑스에서 법률에 대한 위헌심사는 추상적 규범통제이면서 사전적 규범통제만을 실시하여 왔었다. 프랑스의 사전적 규범통제는 법률이 의회에서 가결되면 이를 공포하기 전에 헌법재판소가 위헌심판을 하는 것으로 법률의 위헌성을 법률이 효력을 발하기 전에 사전적으로 위헌성

을 제거하여 헌법을 수호하고자 하는 제도이다.

프랑스의 추상적 규범통제제도로서 위헌법률심판제도는 의무적으로 헌법재판소의 위헌심판을 거쳐야 하는 규범과 임의적으로 청구인이 위헌심판을 청구하여야 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있는 규범으로 나뉘어 있다. 조직법률과 국민의회규칙과 상원규칙은 의무적으로 의회에서 가결된 후 공포되기 전에 헌법재판소의 위헌심사를 거쳐야 한다. 그러나 보통법률의 경우에는 대통령이나 수상, 양원의장, 60인 이상의 국회의원의 청구가 있어야지만 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있도록 하고 있다. 1958년부터 1974년까지는 대통령과 수상 그리고 양원의장에게만 위헌심판청구권이 있어서 보통법률에 대한 위헌심판이 그리 많지 않았으나 60인 이상의 국회의원들에게도 위헌심판 청구권을 부여한 이후에는 많은 위헌법률심판이 행하여지고 있다. 추상적 규범통제제도를 채택함에 있어서는 어떠한 국가기관에게 청구권을 부여할 것인가가 중요한 문제라 할 수 있다. 또한 짧은 기간 안에 위헌심사를 하여야 한다는 점을 고려하여야 한다.

프랑스에서 사전적 규범통제만을 채택하고 있어 이에 대한 단점을 보완하기 위하여 2008년 7월 헌법개정을 통하여 구체적 규범통제제도를 채택하였다. 한번 효력을 발한 법률에 대해서는 위헌성이 나타나도 이를 제거하기가 쉽지 않기 때문에 헌법을 수호하고자 하는 의미에서 구체적 규범통제제도를 병행하게 되었다.

추상적 규범통제만을 채택하면서 나타나는 문제점을 구체적 규범통제제도를 병행함으로써 없애고자 하는 것이다. 따라서 헌법재판소의 위헌법률심판제도를 연구함에 있어서 프랑스의 구체적 규범통제제도도 함께 연구하여 프랑스의 헌법재판제도가 헌법의 수호와 국민의 기본권보장에 있어서 어떻게 작용하는가를 함께 연구할 필요가 있다.

## 제4장

# 국내의 추상적 규범통제도입 논의와 그 전제

## 제1절 위헌법률심판의 구조적 특징과 구체적 규범통제의 한계

### 1. 위헌법률심판의 유형과 현행법상의 구체적 규범통제의 특징

#### 1. 위헌법률심판의 유형

위헌법률심판제도, 즉 (법률에 대한) 규범통제제도<sup>705)</sup>는 최고규범인 헌법에 비추어서 의회가 제정한 법률의 합헌성을 심사하는 제도로서,<sup>706)</sup> 법질서의 통일성을 확보하고 (위헌적 법률로부터) 국민의 기본권을 보호하는 기능을 한다.<sup>707)</sup> 이런 의미에서 위헌법률심판은 실질적 법치주의를 관철하는 핵심적인 제도이며, 헌법재판에 있어서 중심적인 위치와 비중을 차지하고 있다.<sup>708)</sup>

그러나 위헌법률심판의 구체적 형태는 매우 다양하다. 심판의 주체에 따라 일반법원형과 헌법재판소형으로 나누어지는가 하면, 위헌법률심판이 행해지는 시기에 따라 사전예방적 규범통제와 사후적 규범통제로, (사후적 규범통제의 경우)<sup>709)</sup> 통제대상인 법률과 재판의 구체적 관련성<sup>710)</sup> 내지 재판의 전제성<sup>711)</sup>

---

705) 규범통제제도는 상위법우선의 원칙에 따라 상위법규범에 비추어 하위법규범을 통제하는 제도로서, 넓게 이해할 때에는 법규범의 합헌·합법성에 대한 사법심사가 이루어지는 모든 유형의 소송이 이에 포괄될 수 있지만(Werner Heun, Normenkontrolle, in: Peter Badura/ Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.1. Verfassungsgerichtsbarkeit -Verfassungnsprozeß, 2001, S.615ff.), 좁게 이해할 때에는 상위법을 기준으로 한 하위법의 통제를 주된 목적으로 하는 사법제도만을 의미한다. 본 보고서에서는 규범통제라는 용어를 주로 후자의 좁은 의미로 사용하며, 특히 법률에 대한 규범통제에 초점을 맞추어 서술한다.

706) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1264-1265쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 54쪽.

707) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1265쪽.

708) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1265쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 54쪽.



유무에 따라 구체적 규범통제와 추상적 규범통제로, 법률의 위헌여부가 주된 소송물인지 여부에 따라 본안적 규범통제와 부수적 규범통제로, 규범통제권한의 배분과 관련하여 비집중형 사법심사제와 집중형 사법심사제로 분류될 수 있다.<sup>712)</sup>

### (1) 심판주체에 따른 유형 분류: 일반법원형과 헌법재판소형

위헌법률심판제도의 유형은 심판주체에 따라 일반법원형, 헌법재판소형, 정치기관형 내지 특별기관형으로 분류될 수 있다. 과거에는 프랑스의 헌법재판소가 정치기관형의 대표적인 예로 언급되었으나, 오늘날에는 프랑스의 헌법재판소를 정치기관이 아닌 사법기관으로 보는 견해가 지배적이며,<sup>713)</sup> 오늘날에는 특별기관형을 취하는 예를 찾기 어렵기 때문에 실질적인 의미를 갖는 것은 일반법원형과 헌법재판소형이라 할 수 있다.<sup>714)</sup>

- 
- 709) 예방적 규범통제는 법률의 공포 이전에 그 합헌성 여부를 심사하는 것으로서, 법률의 성립 이후 그 합헌성을 통제하는 구체적 규범통제 및 추상적 규범통제와는 심사시기에 있어서 구별된다: 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1266-1267쪽; 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 『헌법학연구』 제1집(1995), 303~304쪽; Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III. 3.Aufl., 2005, §70, Rn.59.
- 710) 권영실, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, 『헌법학연구』 제12권 제1호(2006.3), 37~85(54)쪽.
- 711) 재판의 전제성에 대하여 자세한 것은 현재 1992.12.24. 92헌가8 결정; 현재 1993.5.13. 92헌가10등 결정; 현재 1993.12.23. 93헌가2 결정; 현재 1996.12.26. 94헌바1 결정; 현재 2005.12.22. 2003헌가8; 장영수/ 김수갑/ 차진아, 『국가조직론』, 법문사, 2010, 333~334쪽; 정종섭, 『헌법소송법』, 박영사, 2010, 284쪽 이하; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 215쪽 이하 참조.
- 712) 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 『헌법실무연구』 제11권(헌법재판소, 2010.12), 382~388쪽.
- 713) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1238~1239쪽; 장영수/ 김수갑/ 차진아, 『국가조직론』, 법문사, 2010, 329쪽.
- 714) 구소련의 연방헌법감독위원회, 구동독의 국가평의회 등 과거 사회주의 국가에서 위헌법률심사를 특수기관 내지 정치기관이 담당하는 경우가 있었으며, 현재에는 이란의 헌법수호위원회 등이 특수기관형을 취하고 있다고 한다. 이에 대하여 자세한 것은 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 1121쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1266쪽 참조.

일반법원형은 위헌법률심판을 위한 별도의 기관을 두지 않고 일반법원에서 법률을 적용하여 재판을 하는 과정에서 그 법률의 위헌성 여부에 대한 심사도 할 수 있도록 하는 것이다.<sup>715)</sup> 이러한 일반법원형은 영국식 법의 지배(rule of law) 전통이 강한 경우에 많이 나타나게 된다. 다이시(A. V. Dicey)에 의해 정리된 법의 지배를 구성하는 핵심적 요소가 특별법원이 아닌, 정규법원에 의한 재판의 강조였음을 생각할 때,<sup>716)</sup> 법률에 대한 위헌심사라 하더라도 특별법원이 아닌, -법치의 발전 속에서 객관성과 공정성에 대한 신뢰를 얻어온- 일반법원에서 이를 담당하도록 하는 것이 바람직하다는 생각을 하게 되었던 것이다. 일반법원형을 택하고 있는 대표적인 국가로는 미국을 들 수 있는데,<sup>717)</sup> 미국의 영향 하에 일본과 제2차 세계대전 이후 수많은 신생독립국들이 일반법원형 위헌법률심판제도를 도입하였으며,<sup>718)</sup> 영국식 법의 지배의 전통이 강한 캐나다, 뉴질랜드와 오스트리아, 인도 등도 일반법원형 위헌법률심판제도를 택하고 있다.<sup>719)</sup> 우리나라의 제3공화국헌법에서도 일반법원이 위헌법률심판권을 담당한다.<sup>720)</sup>

이와는 달리 헌법재판소형은 헌법적 분쟁의 특성을 고려하여 헌법재판을 전담하는 전문법원인 헌법재판소에서 위헌법률심판권을 비롯한 헌법재판권을 부여하는 것이다.<sup>721)</sup> 오늘날 헌법재판소형은 빠르게 확산되고 있다. 20세기 초까

715) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1266쪽; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011, 1238쪽.

716) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 『안안법학』 제2집(1994.8), 142쪽.

717) 영국의 경우에는 성문의 헌법이 없기 때문에 위헌법률심판제도 자체가 존재하지 않는다.

718) 특히 중남미 제국이 이에 해당한다. 이에 대해서는 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 1120쪽 참조.

719) 박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010, 214쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 54~55쪽.

720) 제3공화국 헌법(1962.12.26, 헌법 제6호):  
제102조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

721) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1206쪽; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011, 1238쪽.

지만 하더라도 오스트리아를 제외하고는 찾아보기 어려웠던 헌법재판소제도가 제2차 세계대전 이후 독일을 필두로 실질적 법치주의에 대한 요청이 공감대를 얻으면서 전 세계적으로 확산되었으며, 그와 더불어 위헌법률심판을 헌법재판소가 담당하도록 하는 국가들이 많아진 것이다. 특히 동서냉전의 종식과 구소련의 붕괴 이후 동구권 국가들 중에 헌법재판소형을 채택한 나라들이 매우 많으며,<sup>722)</sup> 태국, 몽골 등 아시아에서도 민주화의 바람과 더불어 법치주의의 실질화를 위해 헌법재판소제도를 도입한 예들이 적지 않다.<sup>723)</sup>

(2) 심판의 시기 및 방식에 따른 유형분류: 예방적 규범통제, 추상적 규범통제, 구체적 규범통제

위헌법률심판제도는 심판의 주체뿐만 아니라 심판의 시기와 방식에 따라 예방적 규범통제, 추상적 규범통제 그리고 구체적 규범통제로 분류될 수 있다.

예방적 규범통제는 법률이 완전히 성립되기 이전에 그 합헌성 여부를 심사하는 것이다. 이처럼 법률의 성립 이전에 사전예방적으로 합헌성을 통제하는 것은 통제의 효율성 측면에서는 매우 큰 장점을 가질 수 있지만, 다른 측면에서 보면 의회의 입법권에 대한 과도한 제한이 될 수 있다는 문제가 있다.<sup>724)</sup> 즉 권력분립의 측면에서 비판의 소지가 많이 있는 것이다. 그렇기 때문에 이와 같은 예방적 규범통제를 채택하는 나라는 많지 않으며, 현재 프랑스,<sup>725)</sup> 포르투갈<sup>726)</sup>, 헝가리<sup>727)</sup> 등이 이 제도를 채택하고 있다. 법률의 합헌성 여부에 대

722) 헌법재판소, 『헌법재판소 10년사』, 1998, 5쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 54쪽; Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Teilband 1, Baden-Baden 2007.

723) 헌법재판소, 『헌법재판소 10년사』, 1998, 5쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 54쪽.

724) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1266쪽.

725) 프랑스의 예방적 규범통제에 대하여 자세한 것은 아래의 「제3장 프랑스의 규범통제제도의 변화와 그 의미」 참조.

726) 포르투갈의 예방적 규범통제에 대하여 자세한 것은 José Manuel Moreira Cardoso da Costa, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal*, in: Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in*

한 심사가 법률의 공포 이전에 이루어진다는 점에서, 법률의 성립 이후 그 합헌성을 통제하는 구체적 규범통제나 추상적 규범통제와 구별된다.<sup>728)</sup>

구체적 규범통제는 예방적 규범통제와는 달리 구체적인 소송사건을 재판함에 있어서 적용하여야 할 법률의 위헌성을 심사하는 제도로서,<sup>729)</sup> 법률이 제정·공포되어 시행됨으로써 실제 사건에 적용되었을 것을 전제한다. 즉 법률의 적용과 관련하여 법원에 소송이 계속중인 상태에서 사건에 적용할 법률의 합헌성 여부를 다투는 방식으로 위헌법률심판을 하는 것이 구체적 규범통제인 것이다. 이러한 구체적 규범통제는 위헌법률심판에서 재판의 전제성을 가장 중요한 요건으로 하고 있다는 점이 특징이다.

추상적 규범통제제도는 예방적 규범통제와 구체적 규범통제의 중간에 위치하고 있는 것으로 볼 수 있다. 예방적 규범통제가 법률의 성립 이전 단계에서 입법에 대한 통제를 가하는 반면, 구체적 규범통제는 법률의 시행 이후 법원에서 이를 적용하는 과정에서 그 합헌성 여부를 다투는 것이다. 그러나 추상적 규범통제는 법률의 제정과 공포를 전제하되 그 실제 적용 및 그 과정에서 발

---

*Westeuropa, Teil Band 1: Berichte*, 2.Aufl., Baden-Baden 2007. S.209 참조.

727) 헝가리의 예방적 규범통제에 대하여 자세한 것은 Lazió Sólyom, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, in: Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Teilband 1: Berichte*, Baden-Baden 2007, S.237~278(248f.) 참조.

728) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011 1266-1267쪽; 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 『헌법학연구』 제1집(1995), 303~304쪽; W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III. 3.Aufl., 2005, §70, Rn.59.

729) 구체적 규범통제의 개념에 대하여는 배상오, “한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안”, 『법학연구』 제9권 제2호(충남대학교 법학연구소, 1999), 9~10쪽; 장영수/ 김수갑/ 차진아, 『국가조직론』, 법문사, 2010, 329~330쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 『고려법학』 제55호(2009.12), 77쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사건적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 『법학연구』 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 126쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 55~56쪽; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.Aufl., 1995, Rn.680.

생되는 구체적인 무관하게 법률의 합헌성 여부를 다룰 수 있는 제도인 것이다.<sup>730)</sup> 이러한 추상적 규범통제는 예방적 규범통제가 안고 있는 권력분립에 위배된다는 문제를 최소화함과 동시에 구체적 규범통제와는 달리 사전예방적인 합헌성 확보 내지 기본권 보호를 가능하게 한다는 장점이 있다.<sup>731)</sup>

### (3) 법률의 위헌여부가 주된 소송물인지의 여부에 따른 분류: 본안적 규범통제와 부수적 규범통제

위헌법률심판제도는 법률의 위헌여부가 주된 소송물인지 여부에 따라 본안적 규범통제(prinzipale Normenkontrolle)와 부수적 규범통제(inzidente Normenkontrolle)로 나눌 수 있다.

본안적 규범통제는 법률의 위헌성 여부가 직접적인 심사의 대상이 되는 규범통제를 말한다. 이는 법률의 위헌성 여부를 독자적인 소송물로 하는 헌법소송을 이야기 하는 것이다. 앞서 검토한 예방적 규범통제와 추상적 규범통제의 경우 이러한 의미에서의 본안적 규범통제에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 헌법재판소형의 위헌법률심판제도 하에서는 구체적 규범통제도 본안적 규범통제로 행해지는 것이 일반적이다.<sup>732)</sup> 이는 헌법재판소가 법률의 위헌성 여

730) 추상적 규범통제의 개념에 대하여는 배상오, “한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안”, 「법학연구」 제9권 제2호(충남대학교 법학연구소, 1999), 10쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1266~1267쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 77쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 「법학연구」 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 127쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 56쪽; W. Heun, Normenkontrolle, in: Peter Badura/ Horst Dreier(Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd.1. *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsgesetz*, 2001, S.615~639.(618~619); Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.Aufl., Heidelberg 1995, Rn.680; Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.134.

731) 추상적 규범통제의 장점에 관하여 자세한 것은 아래의 「제4장 III. 추상적 규범통제가 도입될 경우 달라질 수 있는 요소들에 대한 검토」 참조.

732) 다만, 포르투갈의 경우 헌법재판소를 두고 있으면서도 법률에 대한 구체적

부에 대해, 그 법률이 적용되는 (법원에 계속중인) 구체적인 소송사건에서의 소송물과는 별개의 소송물로 삼아 심사함을 의미하는 것이다.

반면에 부수적 규범통제는 구체적인 소송사건에서 적용될 법률의 위헌성 여부가 간접적 내지 부수적으로 심사의 대상이 되는 규범통제를 의미한다.<sup>733)734)</sup> 법률에 대한 위헌심사는 당해 구체적인 소송을 계기로 하여, 그 해결에 필요한

---

규범통제가 헌법재판소뿐만 아니라 일반법원에 의해서도 행해지는데(포르투갈 헌법 제204조), 법원에 의한 규범통제는 부수적 규범통제방식을 취할 수밖에 없다. 또한 헌법재판소에 의한 구체적 규범통제는 첫째, 적용대상인 법률이 위헌이라고 적용을 거부한 법원의 재판(포르투갈 헌법 제280조 제1항 a호), 혹은 둘째, 헌법재판소가 위헌이라고 판단한 법률을 적용한 법원의 재판(포르투갈 헌법 제280조 제5항)에 대해 검찰이 제기하는 소원(Beschwerde)의 방식(검찰은 반드시 소원을 제기하여야 한다: 포르투갈 헌법 제280조 제3항, 제5항 2문)으로 행해진다. 이러한 소원청구에 있어서 헌법재판소의 법률에 대한 위헌판단의 효과는 문제되는 당해 법원에 계속중인 사건에서 그 적용을 배제하는 개별적 무효에 그친다. 이에 대하여 자세한 것은 José Manuel Moreira Cardoso da Costa, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal*, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teil Band 1: Berichte*, 2.Aufl., Baden-Baden 2007. S.208 참조.

733) 본안적 규범통제와 부수적 규범통제의 개념에 대하여 자세한 것은 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 『고려법학』 제55호(2009.12), 73~100(77)쪽; W. Heun, Normenkontrolle, in: Peter Badura/ Horst Dreier(Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd.1. *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsverfahren*, 2001, S.618f.; K. Schlaich/S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.114, 134 참조.

734) 전술한 바와 같은 경우 이외에도 「부수적」 규범통제라는 용어가 쓰이는 경우가 있다. 예컨대 위헌법률심판에서 헌법 제45조 단서에 따라, 심판의 대상은 아니지만 심판대상 법률조항이 위헌이라면 독자적으로 존속할 의미가 없는 법률조항에 대해서도 「부수적」으로 위헌으로 선언하는 경우(허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 236~237쪽), 헌법소원심판에서 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률조항에 근거한 경우에 당해 공권력의 행사를 취소하거나 불행사의 위헌을 확인하면서 「부수적」으로 그 법률 또는 법률조항에 대해서도 위헌선언하는 경우에도 사용된다(차진아, “대법원의 명령·규칙심사권의 의미와 한계”, 『인권과 정의』 2007.6, 175쪽 각주 35).

다만 이러한 의미에서 사용되는 「부수적 규범통제」라는 용어는 본문에서 설명하고 있는 「본안적 규범통제」와 대비되는 의미에서의 「부수적 규범통제」와는 구별되어야 한다.

범위 내에서 이루어지며, 법률의 위헌여부가 독자적인 소송물이 되지 않는 것이다. 일반법원이 위헌법률심판권을 담당할 경우(일반법원형), 구체적·부수적 규범통제의 방식을 취하게 된다.

#### (4) 위헌심사권한의 배분 여하에 따른 분류:

##### 비집중형 사법심사와 집중형 사법심사

위헌법률심판제도는 법률에 대한 위헌심사권한의 배분 여부에 따라 비집중형 사법심사제와 집중형 사법심사제로 나누어진다.

비집중형(diffuse Normenkontrolle) 사법심사제는 규범통제권한이 최고법원이나 헌법재판소 등에 한정되지 않고 일반법원에게도 인정되는 경우를 가리킨다.

반면에 집중형 사법심사제는 법률의 합헌성에 대한 심사권한이 민주적 정당성의 요청을 특별히 배려하여 구성된 헌법재판소에 집중되고, 일반법원의 규범통제권한이 배제되는 심사제도를 말한다.<sup>735)</sup>

일반법원형의 위헌법률심판제도를 택하고 있는 미국과 같은 국가들의 경우, 구체적·부수적 규범통제제도를 채택하면서 비집중형 사법심사제를 취하는 경우가 일반적이다.<sup>736)</sup> 또한 구체적 규범통제의 결과 위헌으로 판단된 법률(조항)은 일반적으로 효력을 상실하는 것이 아니라 당해 사건에 한하여 적용을 배제하는 개별적 무효에 그친다. 이러한 구체적 규범통제는 권력분립의 요청에 충실하며 입법자에 대한 존중을 우선시키는 것으로 평가될 수 있을 것이다.<sup>737)</sup>

---

735) 집중형 심사제와 비집중형 심사제에 대하여 자세한 것은 김시철, “우리 위헌법률심판제도와 헌법재판소 결정의 효력”, 「저스티스」 2006.4, 5~72(6)쪽; 장영수/ 김수갑/ 차진아, 『국가조직론』, 법문사, 2010, 329쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 73~100(77~78)쪽; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.117 참조

736) 김시철, “우리 위헌법률심판제도와 헌법재판소 결정의 효력”, 「저스티스」 2006.4, 6쪽; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.117 참조

737) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1238쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 55쪽.

또한 일반법원형의 국가에서 추상적 규범통제제도를 도입하고 있는 예는 찾아보기 어려우며, 추상적 규범통제제도는 예컨대 독일, 오스트리아, 스페인, 포르투갈 등 헌법재판소제도를 도입한 국가들에서만 도입되고 있다.<sup>738)739)</sup>

## 2. 위헌법률심판의 유형에 따른 특성

이처럼 위헌법률심판의 유형이 다양하게 나타나고 있는 것은 법률에 대한 합헌성 통제의 목적은 동일할지라도 구체적인 강조점에 차이가 있기 때문이라고 할 수 있을 것이다.

예컨대 일반법원형과 헌법재판소형의 차이는 삼권분립의 기초를 가급적 바꾸지 않고 전통적인 사법제도의 틀을 유지하는 가운데 헌법재판을 -존의 사법기관인 법원에서- 기존의 소송유형에 추가할 것인지, 아니면 -새롭게 구성되는 사법기관인 헌법재판소를 통하여- 강력하고 포괄적인 헌법재판을 통한 합헌성의 확보 내지 기본권의 보장을 더 강조할 것인지에서 찾을 수 있을 것이다.<sup>740)</sup>

---

738) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 73~100(80)쪽.

739) 전술한 바와 같이 구소련 붕괴 이후 동구권 국가들 중에서 헌법재판소형의 헌법재판제도 내지 위헌법률심판제도를 도입한 국가들이 많으며, 이들 국가들은 구체적 규범통제뿐만 아니라 추상적 규범통제도 함께 도입하는 경향이 있다. 이에 대해서는 Otto Lutherhandt, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa*, in: ders./Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Teilband 1, Baden-Baden 2007, S.295~356(314ff.).

740) 일반법원형을 취하는 국가에서는 권력분립을 강조하면서 구체적 규범통제만을 인정하고, 입법작용에 대한 사법적 통제를 최소한의 범위에서만 인정하는 것이 일반적이다. 이와는 달리 헌법재판소형을 도입하고 있는 국가들에서는 구체적 규범통제의 경우 집중형 사법심사제 및 본안적 규범통제제도를 택하는 것이 일반적이다. 그런데 예외적으로 포르투갈의 경우 헌법재판소형이면서도 (법률에 대한) 구체적 규범통제권한이 헌법재판소에 집중되지 않고 일반법원에 의해서도 행사되는 비집중형 사법심사제를 택하는 독특한 제도를 운영하고 있다(포르투갈 헌법 제204조). 포르투갈의 헌법재판제도에 대하여 자세한 것은 José Manuel Moreira Cardoso da Costa, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal*, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teil Band 1: Berichte*, 2.Aufl., Baden-Baden 2007. S.199~225 참조.



또한 프랑스에서 채택하고 있는 예방적 규범통제와 독일의 추상적 규범통제, 그리고 세계 각국에서 거의 대부분 채택하고 있는 구체적 규범통제의 차이도 위헌법률심판을 통한 법률의 합헌성통제의 범위를 어디까지 확장할 것인가의 문제와 연결되어 있는 것이다.

특히 헌법재판소형 위헌법률심판을 대표하는 제도를 형성함으로써 우리나라 헌법재판제도의 모델이 된 독일의 헌법재판제도는 연방헌법재판소가 위헌법률심판권을 독점하는 집중형 사법심사제로서, 연방헌법재판소에는 법률에 대한 본안적·구체적 규범통제권뿐만 아니라 추상적 규범통제권까지도 인정되고 있다.

또한 독일의 위헌법률심판제도는 구체적 규범통제의 경우에도 -미국과는 달리- 연방헌법재판소의 위헌결정에 (원칙적인 소급효로서) 일반효가 인정되고 있다.<sup>741)</sup> 이것은 연방헌법재판소가 그 구성에 있어서 일반법원과는 달리 민주적 정당성의 요청을 특별히 배려한 사법기관이기 때문에 가능하게 된 것으로 이해할 수 있다.<sup>742)</sup>

### 3. 현행법상 구체적 규범통제의 특징과 문제점

현행법상의 위헌법률심판제도는 독일의 헌법재판제도를 모델로 하였음에도 불구하고 적지 않은 차이를 보이고 있다. 그것은 앞서 정리한 바와 같이 크게 세 가지 측면에서 정리될 수 있다.<sup>743)</sup> 첫째, 권한범위의 측면에서는 추상적 규범통제가 배제되고 있으며, 둘째, 위헌결정의 효력 측면에서는 원칙적인 장래효를 인정하고 있으며, 셋째, 재판소원의 배제로 인해 야기되는 문제점으로 인하여 위헌소원이라는 독특한 제도를 채택하고 있는 것이다.<sup>744)</sup>

---

741) 독일 연방헌법재판소법 제82조 제1항, 제78조 1문.

742) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1238쪽.

743) 위의 『제1장 III. 1. 현행 헌법상의 위헌법률심판제도가 갖는 구조적 특성』 참조.

744) 헌재 2003.2.11. 2001헌마386 결정 중 재판관 김영일, 재판관 송인준의 반대 의견: “법 제68조 제2항의 헌법소원은 재판소원을 배제하는 우리 헌법재판 제도에서 법원이 그의 재판에서 위헌적인 법률을 적용하는 경우, 다시 말하자면, 법원의 재판이 위헌적인 법률에 기인하는 경우에도 법률의 위헌성심사를 가능하게 하기 위하여 도입된 것이다. 세계에서도 유사한 형태를 찾아

그런데 문제는 과연 어떠한 고려에 의하여 그와 같은 차이점들이 발생하게 되었는가에 있다. 헌법의 이념과 가치를 실현시키기 위해서가 아니라 헌법개정 당시의 정치적 이해관계 내지 외부의 압력이 이러한 변형 내지 왜곡의 주된 원인이었다면, 이를 바로잡는 것이 필요할 것이기 때문이다.

일반법원형을 채택한 경우라면 추상적 규범통제를 배제한 것이 당연시될 수도 있겠지만, 헌법재판소형을 채택한 현행 헌법 하에서 추상적 규범통제를 배제한 이유는 명확하지 않다. 물론 헌법재판소형을 채택한 국가들이 모두 추상적 규범통제를 채택한 것은 아니지만, 독일 이외에도 오스트리아,<sup>745)</sup> 포르투갈<sup>746)</sup> 등 헌법재판소제도를 도입한 국가들에서는 추상적 규범통제를 아울러 채택함으로써 법률에 대한 합헌성 통제를 강화하는 경향이 높음을 고려할 때, 왜 현행 헌법에서는 구체적 규범통제만을 인정하고 있는지에 대해 신중한 검토가 필요한 것이다.

위헌결정의 효력과 관련하여 소급효를 원칙으로 할 것인지, 아니면 장래효를 원칙으로 할 것인지의 문제는 입법정책에 따라 달라질 수 있다고 볼 수 있다.<sup>747)</sup> 모든 위헌결정에 대해서 예외 없이 소급효 또는 장래효를 인정할 수 있는 것은 아니기 때문에 어떤 쪽은 원칙으로 정하더라도 예외 인정의 필요성은

---

볼 수 없는 법 제68조 제2항의 헌법소원제도가 도입된 이유는 재판소원을 배제하는 우리 헌법소원제도의 특수성에 있으며, 이와 같은 헌법소원제도는 ‘기능상으로는’ 재판소원의 일부분을 대체하고 있다고 하겠다. 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.”

745) 스페인의 추상적 규범통제제도에 대하여 자세한 것은 Francisco Rubio Llorente, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, in: Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teil Band 1: Berichte, 2.Aufl., Baden-Baden 2007, 165~198(175~177) 참조.

746) 포르투갈의 추상적 규범통제제도에 대하여 자세한 것은 José Manuel Moreira Cardoso da Costa, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teil Band 1: Berichte, 2.Aufl., Baden-Baden 2007. S.199~225(207f.).

747) 헌재 1993.5.13. 92헌가10등 결정; 헌재 2001.12.20. 2001헌바7 결정; 헌재 2008. 9.25. 2006헌바108 결정.

상당한 정도로 인정될 수밖에 없는 것이다.<sup>748)</sup> 지금까지의 위헌법률심판제도에 관한 논의에서도 장래효 원칙을 소급효로 변경해야 한다는 주장은 별로 없는 것으로 보인다.

위헌소원의 문제 내지 그 원인으로서의 재판소원 배제의 문제는 또 하나의 중요한 쟁점이다. 위헌소원을 통해 당장의 문제는 어느 정도 해결할 수 있을지 모르지만, 헌법재판의 실질적 기능 정상화를 위해서는 재판소원이 -필요하다면 한정된 범위에서라도- 인정되어야 할 것으로 보인다.<sup>749)</sup> 그러나 이 문제는 별도의 심도 있는 고찰이 필요한 주제이므로 이 논문에서는 깊이 들어가지 않고자 한다.

## II. 헌법재판소에 의한 위헌법률심판의 경험과 평가

### 1. 현행 헌법 이전의 위헌법률심판의 양과 질에 대한 검토

오늘날의 민주적 헌법국가에서 위헌법률심판은 가장 기본적인 요소의 하나로 널리 인정되고 있으며, 우리나라에서도 1948년의 제헌헌법 이래 현재까지 위헌법률심판이 인정되지 않았던 시기는 없었다. 그러나 현행 헌법 이전 시기의 위헌법률심판은 그 양과 질 모두 현재와는 비교할 수 없을 정도로 취약하였다.

건국 직후의 혼란스러운 상황에서는 위헌법률심판뿐만 아니라 국가작용 전반이 정상화되었다고 보기 어렵기 때문에 위헌법률심판의 취약성에 대해서 나름의 변명이 가능할 것이다.<sup>750)</sup> 그러나 제1공화국의 독재화 및 그에 대한 국민의 저항으로 4·19혁명이 발발하여 제2공화국이 건설된 이후에 대해서는 새로

---

748) 독일의 경우에도 법률에 대한 연방헌법재판소의 위헌결정은 원칙적으로 소급효를 갖지만, 예외적인 장래효가 넓게 인정되고 있다. 이에 대하여 Ernst Benda/ Eckart Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, Rn.1244ff.; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.378ff. 참조.

749) 이에 관하여는 차진아, “재판소원의 도입필요성과 인정범위에 관한 연구”, 「고려법학」 제60호(2011.3), 409~452쪽 참조.

750) 이를 단순히 당시의 위헌법률심판의 절차와 방식 내지 심판기관(헌법위원회)의 문제로 보기에는 어려움이 있다는 것이다.

은 평가가 필요할 것이다.

잘 알려진 것처럼 1960년 제2공화국헌법은 헌법재판소의 도입을 명문화하고 있었다. 이는 제1공화국 당시의 사법제도가 제1공화국 당시 자유당 정부의 독재화를 견제하는데 불충분했다는 반성에 기초한 것으로 이해될 수 있으며, 정부형태를 대통령제에서 의원내각제로 바꾸고 국민의 기본권 보장을 강화한 것과 더불어 헌법재판소의 도입은 제2공화국헌법의 중요한 특징으로 부각될 수 있다.<sup>751)</sup>

그러나 1961년 5·16 군사쿠데타의 발발과 더불어 헌법재판소의 구성은 무산되었으며, 국가재건비상조치법에 의해 통치되던 군사정부 시절에는 입법, 집행, 사법의 국가작용 전반이 비정상적으로 구성되고, 활동하였던 것으로 평가될 수 있을 것이다. 그리고 이러한 비정상적인 상태는 1963년 제3공화국헌법이 통과되어 국정이 정상화될 때까지 계속되었다.

전술한 바와 같이 제3공화국 하에서 (대)법원에게 위헌법률심판권이 부여되어 있던 당시에도 위헌법률심판이 활성화되었다고 평가하기는 어렵다. 그러나 당시에는 매우 주목할 만한 위헌결정이 있었다. 국가공무원법 제2조 제1항 단서에 대한 위헌결정 및 이와 연계되어 내려졌던 법원조직법 제59조 제1항 단서에 대한 위헌결정이었다.

당시 국군의 월남 파병을 계기로 국가배상청구권의 행사가 급증하고 이로 인한 국고의 지출이 많아지는 상황에서 국가배상법을 개정<sup>752)</sup>하여 제2조 제1항에 “다만, 군인 또는 군속이 전투·훈련 기타 직무집행 중에서 발생하였거나 국군의 목적상 사용하는 진지·영내·함정·선박·항공기 기타 운반기구안에서 발생한 전사·순직 또는 공상으로 인하여 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금 또는 유족일시금이나 유족연금등을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다.”라는 단서규정을 추가함으로써 공무원의 국가배상청구를 제한하는 규정이 위헌법률심판의 대상이 되었다. 비록 국가배상 대신에 법률이 정하는 보상을 받을 수 있도록 하였지만 그 액수의 차이가 현저한 상황에서 국가배상청구권의 제한은 평등에 반한다는 비판이 높았

751) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 76쪽 이하 참조.

752) 국가배상법(1967. 3. 3, 법률 제1899호).

고, 이에 대한 대법원의 위헌심판이 진행되고 있는 상황에서 국회는 법원조직법을 개정하여 위헌법률심판의 의결정족수를 강화하는 편법이 동원되기도 하였다.<sup>753)</sup> 이에 당시 대법원은 위헌법률심판의 의결정족수를 강화하는 개정 법원조직법 제59조 제1항 단서에 대해서 먼저 위헌결정을 내린 이후, 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대해서도 위헌결정을 내렸다.<sup>754)755)</sup>

그러나 당시 박정희 대통령은 이러한 대법원의 결정에 격분하여 1972년 유신헌법을 만들면서 대법원의 위헌법률심판권을 박탈하여 헌법위원회에 부여하였을 뿐만 아니라<sup>756)</sup> 국가배상법 제2조 제1항 단서의 규정을 헌법에 삽입함으로써<sup>757)</sup> 더이상의 위헌 주장을 원천적으로 봉쇄하였다. 그리고 국가배상법에 대한 위헌결정에 찬성하였던 대법관들을 전원 재임용에서 탈락시킴으로써 대법원이 임명권자인 대통령의 눈치를 보게끔 만들기도 하였다.<sup>758)</sup>

그 결과 1972년 이래 1987년까지 단 한 건의 위헌법률심판제청도 없었다는 것은 우리 헌법사의 지워질 수 없는 오욕의 하나로 남게 되었다.

## 2. 헌법재판소 구성 이후 위헌법률심판의 활성화

1987년의 헌법개정을 통하여 헌법재판소제도가 도입되었고, 1988년 헌법재판소가 구성되어 활동한 이래 헌법재판소의 수많은 결정들은 우리나라의 법치 실현에 큰 영향을 미쳤다. 지난 23년 동안 헌법재판소가 소화시켰던 헌법소송의 양은 실로 이전과 비교 자체가 불가능한 것이다.

753) 법원조직법(1970. 8. 7, 법률 제2222호) 제59조 제1항: 합의심판은 헌법 및 법률에 다른 규정이 없으면 과반수로써 결정한다. 다만, 대법원이 제7조제1항 제1호의 규정에 의한 합의심판을 하는 때에는 대법원관사전원의 3분의 2이상의 출석과 출석인원 3분의 2이상의 찬성으로 결정한다.

754) 대법원 1971.6.22. 선고 70다1010 전원합의체 판결.

755) 1971년 대법원의 위헌결정의 배경과 내용 및 파급효에 대하여 자세한 것은 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 100쪽 이하 참조.

756) 제4공화국 헌법(1972.12.27, 헌법 제8호) 제105조 제1항, 제109조 제1항 제1호, 제111조 제1항.

757) 제4공화국 헌법 제26조 제2항.

758) 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 100~108쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1242쪽.

헌법재판소의 주목받는 결정으로는 2004년 역사상 최초이자 아직까지는 유일한, 대통령에 대한 탄핵심판결정<sup>759)</sup>을 비롯하여 2004년의 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」에 대한 헌법소원심판,<sup>760)</sup> 2009년의 미디어법 사건에 대한 권한쟁의심판<sup>761)</sup> 등 아직도 기억에 생생한 결정들이 적지 않을 뿐만 아니라, 그밖에도 국가정책의 방향과 방법을 바꾸어 놓은 헌법재판소의 결정들은 무수히 많다. 그 가운데 위헌법률심판의 의미와 비중은 매우 특별한 것이다.

물론 결정 하나 하나를 볼 경우에는 대통령에 대한 탄핵심판이나 - 아직까지는 선례가 존재하지 않지만 - 위헌정당해산결정이 가장 큰 파급효를 가질 수밖에 없을 것이지만, 진술한 바와 같이 위헌법률심판제도 자체의 의미와 비중은 다른 어떤 헌법소송유형에도 우선하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 특히 보호감호 사건,<sup>762)</sup> 국가보안법상 찬양·고무죄 사건,<sup>763)</sup> 검사작성의 피의자신문 조서의 증거능력 사건,<sup>764)</sup> 5·18 특별법 사건,<sup>765)</sup> 영화검열 사건,<sup>766)</sup> 영상물등급 분류위헌 사건,<sup>767)</sup> 동성동본금혼 사건,<sup>768)</sup> 호주제 사건,<sup>769)</sup> 국적법상 부계혈통주의 사건,<sup>770)</sup> 부부자산소득합산과세 사건,<sup>771)</sup> 기초회의의원 정당 표방 금지 사건<sup>772)</sup> 등은 그 결정 자체의 의미와 비중 내지 파급효 측면에서 다른 어떤 헌법소송에 못지 않은 것이라 평가될 수 있을 것이다.

물론 헌법재판소의 위헌법률심판결정들이 모두 긍정적인 평가만을 받았던 것은 아니다. 예컨대 전교조 사건에서 헌법재판소는 사립학교교원에게 근로3권

---

759) 현재 2004.5.14. 2004헌나1 결정.

760) 현재 2004.10.21. 2004헌마554 등 결정.

761) 현재 2009.10.29. 2009헌라8 결정.

762) 현재 1989.7.14. 88헌가5 결정.

763) 현재 1990.4.2. 89헌가113 결정.

764) 현재 2005.5.26. 2003헌가7 결정.

765) 현재 1996.2.16. 96헌가2등 결정.

766) 현재 1996.10.4. 93헌가13등 결정.

767) 현재 2001.8.30. 2000헌가9 결정.

768) 현재 1997.7.16. 95헌가6등 결정.

769) 현재 2005.2.3. 2001헌가9 결정.

770) 현재 2000.8.31. 97헌가12 결정.

771) 현재 2005.5.26. 2004헌가6 결정.

772) 현재 2003.1.30. 2001헌가4 결정.

을 제한하는 국가공무원법 규정을 준용하는 사립학교법 규정에 대해 합헌결정을 내렸다.<sup>773)</sup>

그러나 공무원의 근로3권을 원칙적으로 인정하지 않는 헌법 제33조 제2항 자체가 공무원의 근로3권에 대한 과도한 제한이라는 비판이 공감대를 얻기 시작하였을 뿐만 아니라, 더욱이 이 규정에 근거하여 국가공무원법상의 공무원의 노동운동 금지규정을 공무원도 아닌 사립학교 교원에게 준용하고 위반시 당해 교원을 면직시킬 수 있도록 한 것이 합헌이라고 한 헌법재판소 결정을 대다수 국민들은 납득하기 어려웠던 것이다.<sup>774)</sup> 결국 헌법재판소의 합헌 결정에도 불구하고, 이에 대한 비판의 목소리가 폭넓은 공감대를 형성하여 1999. 1.29. 「교원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률」이 제정되고, 2005. 1. 27. 「공무원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률」이 제정됨으로써 공무원과 교원의 단결권, 단체교섭권 인정문제가 입법적인 해결을 보게 되었다.

그런데 헌법재판소가 내린 위헌법률심판에 대한 통계(《연도별 위헌법률심판사건 총괄표》)를 보면, 위헌법률제청건수 대비 위헌결정의 비율이 점차 줄어들고 있는 것을 확인할 수 있다.

---

773) 현재 1991.7.22. 89헌가106 결정.

774) 김혜숙, “교원노조 합법화의 배경, 의미 및 파급 효과 분석”, 『한국교육』 제27권 제1호(2000), 155~193쪽; 신현직, “사립학교 교원노조 금지에 관한 헌법론”, 『법과사회』 제3권(1990.12), 51~64쪽; 이상윤, “교원노조의 근로삼권 인정”, 『연세법학연구』 제6권 제1호(1999), 113~122쪽; 이현환, “사립학교 교원노조 금지규정 합헌결정 -1991.7.22.89헌가106 -”, 『법과 사회』 제5권 제1호(1992), 265~273쪽; 정병남, “국민들의 교원노조 지지율 67%가 갖는 의미”, 『중등우리교육』 1991.5, 26~27쪽; 편집부, “교원의 노동기본권에 대한 설문조사-교원노조 인정, 90% 찬성”, 『중등우리교육』 1996.8, 66~69쪽.

《연도별 위헌법률심판사건 총괄표》 775)

구 분	접수			처리									미 제	
	합계	전년도 미제	금년도 접수	합계	결정							취 하		
					계	위헌	헌법 불합치	한정 위헌	한정 합헌	합헌	각하			
1988	13		13											13
1989	155	13	142	108	25	6	1			3	15	83	47	
1990	118	47	71	11	7			3		1			107	
1991	116	107	9	104	99	2		1		96		5	12	
1992	36	12	24	13	11	3		4	2			2	23	
1993	40	23	17	6	5	3				2		1	34	
1994	44	34	10	21	21	5		2	1	13			23	
1995	40	23	17	18	14	5	4		5			4	22	
1996	45	22	23	18	17	5		1		11		1	27	
1997	42	27	15	23	23	4	11			6	2		19	
1998	37	19	18	18	18	8	4	1		5			19	
1999	37	19	18	8	4	1				5			20	
2000	32	20	12	16	15	9	2			4		1	16	
2001	47	16	31	17	16	4	1			10	1	1	30	
2002	58	30	28	23	22	7	1	7		7		1	35	
2003	59	35	24	21	21	8				12	1		38	
2004	69	38	31	21	19	9	1			8	1	2	48	
2005	71	48	23	33	33	12	11			9	1		38	
2006	55	38	17	33	29	9	1			11	8	4	22	
2007	46	22	24	15	14	6	1			6	1	1	31	
2008	59	31	28	23	23	7	2			14			36	
2009	72	36	36	23	23	11	6			6			49	
2010	148	49	99	113	109	62	5			14	28	4	35	

775) 이 표는 헌법재판소의 「심판사건총괄표」([http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat\\_c1\\_sub01.jsp](http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub01.jsp)) (2011. 10. 21. 방문) 및 「연도별 심판사건 접수 및 처리현황」([http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat\\_c1\\_sub05.jsp](http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub05.jsp)) (2011. 10. 21. 방문)을 토대로 하여 작성한 것이다.



이는 민주화 이후의 정치발전에 따라 위헌적 입법의 수가 지속적으로 감소한 것, 헌법재판소의 위헌결정들을 통하여 과거의 위헌적 입법이 상당 부분 해소된 것, 그리고 이러한 변화와 연계되어 합헌적 법률해석을 통해 문제를 해결할 수 있는 여지가 확대된 것 등을 그 원인으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 이러한 변화가 위헌법률심판의 의미와 비중의 축소로 오히려 악화되어서는 안 될 것이다. 위헌법률심판의 건수 내지 위헌결정의 수가 줄어든다 하더라도 하나하나의 위헌결정이 갖는 의미와 비중은 오히려 더 커질 수 있기 때문이다. 과거 군사독재 시절의 잔재라고 할 수 있는 법률들에 대해서 위헌결정을 내린 경우가 적지 않았던 것과는 달리, 이제는 주로 최근의 입법을 통해 제정된 법률들이 분쟁의 대상이 되고 있을 뿐만 아니라, 헌법재판소의 위헌결정이 미치는 파급효는 오히려 과거보다 더 확대되는 경향이 나타나고 있는 것이다.

이는 위헌법률심판의 형식을 취하고 있지는 않지만 실질적으로 위헌법률심판의 성격을 갖고 있는 것으로 평가되는 위헌소원,<sup>776)</sup> 그리고 그 결과에 있어서 위헌법률심판과 상당한 유사성을 갖고 있는 법률에 대한 헌법소원의 경우를 포함할 경우에는 더욱 뚜렷해진다.

### 3. 현행법상 위헌법률심판의 한계 노정

지난 20여년의 경험과 노력을 통해 헌법재판소의 각종 헌법소송들은 이미 확고한 자리를 잡은 것으로 평가된다. 헌법재판소의 활동 초기에는 마음에 들지 않는 헌법재판소 결정이 나올 때마다 헌법재판소를 폐지해야 한다는 과격한 주장들까지도 심심치 않게 등장했지만, 이미 헌법재판소가 국민의 지지 속에 확고한 위상을 확보한 현시점에서는 그러한 주장들도 찾아보기 힘들게 되었다.<sup>777)</sup>

---

776) 헌재 1997.7.16. 96헌바36 결정. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 성격에 대하여 자세한 것은 장영수, “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원(이른바 위헌소원)의 구조와 성격”, 『법정고시』 1997.4, 30~46쪽 참조.

777) 헌법재판소의 활동 초기에는 위헌법률심판권과 관련하여 국회와 헌법재판소 간 갈등이 적지 않았지만, 헌법재판소의 권위가 확립된 이후에는 오히려 국회 내 소수파에서 헌법재판소의 위헌결정을 촉구하는 경향도 보이고 있다.

그러나 이와 같은 헌법재판소의 위상 제고 내지 헌법소송의 권위 상승은 헌법재판에 대한 국민들의 새로운 기대로 이어지고 있다. 이러한 기대에 부응하지 못하고 기존의 헌법재판을 답습할 경우에는 현상의 유지조차 어려워지고, 오히려 헌법재판소에 대한 국민의 실망과 그로 인한 권위의 실추로 연결될 수도 있는 것이다. 그런 맥락에서 우리나라의 헌법재판은 과거의 성과에 머물지 말고 다시 한 발짝 더 앞으로 전진하기 위해 노력하여야 할 것으로 보인다. 그리고 이를 위해서는 과거의 성취와 진보에 대한 평가 이상으로 미진했던 점, 부족했던 점에 대한 분석과 이를 해소하기 위한 대안의 모색이 필요할 것이다.

우리나라 법치의 발전 내지 이를 위한 헌법재판의 발전방향에 대해서는 이미 적지 않은 논의가 있었으며, 특히 최근의 헌법개정논의가 진행되는 과정에서 헌법재판소의 조직개편 내지 권한범위의 확장, 소송절차의 개선 등에 관하여 다양한 대안들이 제시된 바 있다.<sup>778)</sup> 그 중에서도 위헌법률심판과 관련하여 고찰해 보면, 추상적 규범통제의 도입 논의<sup>779)</sup>가 가장 눈에 띈다.

추상적 규범통제의 도입 주장은 1987년 헌법개정에 의해 헌법재판소 제도가 도입되면서 구체적 규범통제만을 인정하였을 때부터 꾸준히 주장되었다. 그러나 추상적 규범통제 도입 논의가 본격적인 탄력을 받게 된 것은 현행법상의 구체적 규범통제를 시행하는 과정에서 그 한계가 점차 분명하게 확인된 것과 연결되어 있다. 구체적 규범통제만으로는 해결되지 못하는 문제들이 있기 때문에 추상적 규범통제의 도입이 필요하다는 것이다.<sup>780)</sup>

최근 사회적 관심을 집중시킨 바 있었던 미디어법 처리과정에 대한 권한쟁의심판<sup>781)</sup>에서 헌법재판소는 법률안 의결절차가 국회의원의 법률안 심의·의결권을 침해하는 가운데 진행되었다는 점은 인정하면서도 문제되는 법률의 효력을 무효로 결정하지 않음으로 인하여 많은 논란을 빚었다. 그러나 사실 야당

778) 헌법연구자문위원회, 『결과보고서』, 2009; 한국헌법학회, 『헌법개정연구』 (2006 헌법개정연구위원회 최종보고서), 2006; 한국공법학회, 『헌법개정안 연구보고서』, 2006 등.

779) 헌법연구자문위원회, 『결과보고서』, 2009, 282~283쪽

780) 이에 대하여는 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 391~392쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 87~89쪽 참조.

781) 현재 2009.10.29. 2009헌라8 결정.

의원들이 위헌법률심판이 아닌 권한쟁의심판을 제기하였던 것은 현행 헌법재판소법상 입법절차의 하자를 이유로 재판의 전제성을 갖추어 위헌법률심판을 제기하는 것이 사실상 곤란하기 때문이다.<sup>782)</sup> 또한 헌법재판소의 입장에서 위헌법률심판제청이 가능하지 않은 상황에서 권한쟁의라는 우회적 통로를 통하여 위헌법률심판의 대상범위를 사실상 확장하는 데에는 어려움이 따를 수밖에 없었을 것이다.<sup>783)</sup>

이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 독일의 경우처럼 추상적 규범 통제제도를 도입하는 것이 가장 분명하고 확실한 해결책이다. 비록 최초의 위헌법률심판은 미국 연방대법원의 *Marbury vs. Madison* 사건에 대한 판결이었지만,<sup>784)</sup> 선례구속력이 인정되는 미국과는 다른 법체계를 가지고 있던 독일에서는 새로운 형태의 위헌법률심판을 발전시켰다. 독일은 법원이 재판을 하는 과정에서 소송상 필요에 의해 위헌여부를 판단하여야 하는 구체적 규범통제뿐만 아니라, 구체적인 재판과 무관하게 직접 법률의 합헌성을 다룰 수 있는 추상적 규범통제를 도입하였고, 구체적 규범통제의 경우에도 미국과는 달리 헌법재판소에 의하여 위헌결정된 법률에 대해서는 당해 사건에 적용을 배제하는 것이 아니라 (소급적) 일반적 무효를 인정하였던 것이다.<sup>785)</sup>

782) 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 『헌법실무연구』 제11권(헌법재판소, 2010.12), 382~405(394)쪽.

783) 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 『헌법실무연구』 제11권(헌법재판소, 2010.12), 382~405(394)쪽.

784) 당시 미국 연방헌법에는 위헌법률심판에 대한 명문의 규정이 없었기 때문에 연방대법원이 명문의 헌법적 근거도 없이 이러한 위헌법률심판권을 행사하는 데에는 매우 복잡하고 정교한 논리구성이 필요하였다. 즉 법원이 재판에 있어 법규범을 적용할 때에 의회가 제정한 법률을 포함한 실정법 규범에 구속되어야 하지만, 만일 그 법률이 상위법인 헌법에 위배될 경우에는 상위법 우선의 원칙에 따라 위헌적인 법률이 아니라 헌법규범을 적용하여야 한다는 논리에 의거하여 위헌법률심판권을 정당화시켰던 것이다. 이는 연방대법원이 의회가 제정한 법률의 유효·무효를 결정하는 것이 아니라, 단지 당해 사건에서 헌법과 충돌하는 법률의 적용만을 배제하는 것에 그친다는 논리로써 의회와의 마찰 내지 권력분립적 문제제기를 회피하였던 것으로 볼 수 있다 (차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 『고려법학』 제55호(2009.12), 87~88쪽). 이에 관하여 자세한 것은 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 46쪽 이하; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.114. 참조.

이와 같이 독일이 미국과는 다른 방식의 규범통제를 발전시킨 데에는 한편으로는 일반법원이 아닌 헌법재판소가 규범통제권을 독점적으로 행사할 수 있다는 구조적 차이(집중형 사법심사제)가 중요한 원인이 되었겠지만, 다른 한편으로는 선례구속성에 의해 사례중심의 법형성을 강조하는 미국과는 달리 법조항 해석중심의 법형성에 초점을 맞추는 독일법체계의 특성에 기인한 부분도 적지 않을 것이다.<sup>786)</sup>

우리나라는 영미법체계가 아닌 대륙법체계를 계수하였을 뿐만 아니라, 독일의 헌법재판제도를 모델로 하여 1987년 헌법개정과 1988년 헌법재판소법의 제정을 통하여 규범통제제도를 도입하였다. 그러나 독일과는 달리 구체적 규범통제만을 인정하고 추상적 규범통제제도를 도입하지 않은 이유, 그리고 구체적 규범통제에 있어서 나타나고 있는 문제들과 이를 해결하기 위한 대안의 검토와 관련하여 심층적인 연구가 필요할 것이다.<sup>787)</sup>

### III. 구체적 규범통제의 한계와 추상적 규범통제 도입의 필요성

#### 1. 구체적 규범통제의 구조와 그에 따른 본질적 한계

헌법상의 위헌법률심판은 재판의 전제성을 요구하는 구체적 규범통제로 한정되고 있다. 즉 심판대상법률(조항)이 실제 적용되는 가운데 이를 적용한 사건이 법원에서 문제되어 그 합헌 여부가 재판의 결과에 영향을 미칠 경우에만 위헌법률심판의 대상으로 인정하는 것이다.

이처럼 위헌법률심판의 대상을 한정하는 것은 위헌법률심판을 처음 시작하였던 미국의 경우에는 매우 중요한 실질적 의미를 갖고 있었던 것으로 평가될 수 있다. 연방헌법 제정 당시 격렬한 논의를 거쳤지만, 결국 위헌법률심판제도가 헌법상 명문화되지 못한 상황에서 오로지 판례를 통해 위헌법률심판을 사

---

785) 독일 연방헌법재판소법 제78조 제1문, 제82조 제1항.

786) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 88쪽.

787) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 88~89쪽.

실상 도입하는 것에 따른 부담은 -아무리 미국이 판례법국가라 할지라도- 매우 큰 것이었고, 그 결과 연방대법원은 위헌법률심판의 근거를 상위법인 헌법에 위배되는 하위법인 법률을 당해사건에 한정하여 적용을 배제하는 정도로 논리 구성할 수밖에 없었던 것이다.<sup>788)</sup>

그러나 위헌법률심판제도가 헌법에 명문화될 경우에는 사정이 달라진다. 헌법적 정당성을 근거로 보다 폭넓고 강력한 위헌법률심판제도의 구성이 가능할 뿐만 아니라, 이를 통하여 위헌법률심판을 통해 달성하고자 하는 목적을 보다 확실하게 달성할 수 있는 것이다. 미국의 영향 하에 위헌법률심판제도를 도입하였지만, 미국과는 다른 방식으로 구체화시켰던 독일의 예가 이러한 점들을 잘 보여주고 있다. 위헌결정의 효력을 당해사건에서의 적용배제에 한정하지 않고 일반적 무효로 인정한 것이나, 추상적 규범통제까지 도입한 것이 그것이다.

이처럼 구체적 규범통제 이외에 추상적 규범통제까지 인정한 것은 두 가지 측면에 대한 고려가 중요하게 작용하였던 것으로 평가된다. 하나는 기본권의 침해가 이미 발생된 이후에 사후적으로 구제하는 것보다는 기본권의 침해 발생 이전에 사전적으로 이를 구제할 수 있도록 하는 것이 기본권보장의 실효성이 훨씬 높다는 점이며, 다른 하나는 구체적 규범통제만을 인정할 경우에는 재판의 전제성이 인정되지 않는 경우에 대한 구제 가능성이 닫히게 된다는 점이라고 할 수 있다. 특히 후자의 문제는 매우 심각한 것이라 할 수 있다.

예컨대 독일 연방헌법재판소는 형법에서 낙태죄를 삭제하는 형법개정법률을 위헌으로 결정함으로써 낙태죄의 폐지를 무산시킨 바 있다.<sup>789)</sup> 이러한 결정은 구체적 규범통제 이외에 추상적 규범통제까지도 인정되고 있었기 때문에 가능했던 것이다.

태아의 생명권이 문제되는 낙태의 경우 피해 당사자인 태아가 직접 소송을 제기하고 이를 전제로 관련 법률의 위헌성을 다투는 것은 가능하지 않다. 그렇다고 태아를 대리하여 산모가 소송을 제기하는 것도 기대할 수 없다. 낙태를

---

788) 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 46쪽 이하; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.114.

789) BVerfGE 39, 1. 독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 대하여 자세한 것은 홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 『강원법학』 제10권 (강원대학교 비교법학연구소, 1998.10), 537~570쪽 참조.

하는 주체가 바로 산모일 것이기 때문이다. 그렇기 때문에 아주 특별한 상황 (예컨대 산모의 의사에 반하여 낙태가 법적으로 강요되는)이 아니라면 구체적인 규범통제에서 요구하는 재판의 전제성이 갖추어질 여지가 없는 것이다. 당시 독일에서는 바이에른 주정부가 추상적 규범통제의 절차에 따라 위헌법률심판을 제청하였고, 독일 연방헌법재판소가 이를 받아들여 위헌결정을 내릴 수 있었다.

이러한 사례는 구체적인 규범통제가 구조상 합헌성 통제에 있어서 모든 영역을 커버하지 못하고 있다는 점을 보여주고 있으며, 추상적 규범통제의 도입 필요성을 주장하는 중요한 논거가 되고 있다.

## 2. 타 헌법소송유형과의 관계에서 나타나는 한계

헌행법상의 구체적인 규범통제는 다른 헌법소송과의 관계 속에서도 문제점을 드러내고 있다. 그 중에서도 특히 문제되는 것은 권한쟁의심판과의 관계이다. 다른 헌법소송과는 달리 권한쟁의심판의 결정정족수는 재판관 6인 이상의 찬성이 아니라 심리에 참여한 재판관 과반수의 찬성이기 때문이다.<sup>790/791)</sup>

물론 위헌법률심판과 권한쟁의심판의 심판대상은 기본적으로 다르다고 할 수 있다. 그러나 여러 헌법소송 유형들 가운데서는 심판대상이 겹치는 경우가 발생할 수 있다. 특히 법률의 합헌성이 문제되는 경우에는 위헌법률심판으로 다루는 것 이외에도 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 위헌소원, 헌법재판소

790) 헌법재판소법 제23조(심판정족수)

- ① 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다.
- ② 재판부는 종국심리(終局審理)에 참여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.
  1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정(認容決定)을 하는 경우
  2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우

791) 우리 헌법재판소법과는 달리 독일의 경우 위헌결정을 위한 정족수가 권한쟁의심판절차와 규범통제절차에서 모두 (심리에 참여한) 재판관 과반수로서 소송유형에 따른 결정정족수의 차이가 없다(독일 연방헌법 제13조 제5호, 제6호, 제11호, 제15조 제4항 제2문, 제3문).

법 제68조 제1항에 의한 법령소원 이외에, 입법절차상 혹은 입법내용상의 권한 침해를 문제 삼는 권한쟁의심판도 가능하기 때문에 상황이 복잡해지는 것이다.<sup>792)</sup>

위헌소원이나 법령소원의 경우에는 비록 제소요건 등에서 차이는 있지만, 위헌결정을 위한 정족수가 동일하기 때문에 그 결정으로써 동일한 법적 효과를 가져 오는데 큰 문제는 발생하지 않을 수 있다.<sup>793)</sup> 그러나 위헌법률심판과 권한쟁의심판은 그 결정정족수의 차이로 인하여 권한쟁의심판을 통해 법률의 위헌 무효를 인정할 수 있을 것인지가 문제될 수 있는 것이다. 예컨대 9인의 재판관 중에 5인의 위헌의견과 4인의 합헌의견이 있을 경우 권한쟁의심판에서라면 그 위헌성을 인정하는데 문제가 없지만, 위헌법률심판이라면 합헌결정을 내리게 되는 것이다.<sup>794)</sup>

이러한 문제로 인하여 헌법재판소는 입법절차상의 하자 내지 권한침해가 문제된 권한쟁의심판에서 그 권한침해의 위헌성을 인정하면서도 그러한 위헌적 입법절차의 결과물로 제정된 법률에 대해서는 위헌결정을 내리지 못하고 있다. 과거 법률안 날치기 통과 사건<sup>795)</sup>의 경우에도 그러하였고, 최근 미디어법 사건<sup>796)</sup>에서도 상황은 다르지 않았다. 이를 둘러싸고 비판이 적지 않았지만, 헌법재판소로서는 현행법상 위헌법률심판과 권한쟁의심판이 구조적으로 이원화되어 있는 상황에서는 달리 판단하기에도 어려움이 많았을 것이다.<sup>797)</sup>

그러나 현행법 하에서는 헌법재판소의 이와 같은 결정이 어쩔 수 없었다 하더라도 그것으로 국민을 납득시키기에는 부족함이 있다는 점도 외면할 수 없

---

792) 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제1호(2009.3), 388쪽 이하.

793) 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제1호(2009.3), 389쪽.

794) 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제1호(2009.3), 390~391쪽.

795) 현재 1997.7.16. 96헌라2 결정.

796) 현재 2009.10.29. 2009헌라8 결정.

797) 입법절차에 관한 헌법상 권한 침해에 대한 판단과 입법절차의 결과물인 법률(내지 법률안가결선포행위)에 대한 판단이 이원화되는 이유에 관하여는 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 392~394쪽 참조.

다. 권한쟁의심판에서 헌법상 권한의 침해라는 입법절차상 하자가 확인되어 위헌으로 인정되었음에도 불구하고, 그 결과로 제정된 법률(엄밀하게는 법률안 가결선포행위)의 효력은 부인되지 않는다는 논리는 납득하기 어려운 점이 있으며, 현행법 규정이 이에 대한 장애가 된다면 법개정에 대한 적극적인 검토까지도 요청될 수 있는 것이다.

### 3. 문제해결의 방향과 방법

현행 위헌법률심판제도가 구체적 규범통제만으로 운영됨으로 인하여 노출되고 있는 한계요소들을 해결하기 위해서는 다양한 대안이 검토될 수 있다.

첫째, 기존의 헌법소송 유형들을 유지하면서 그 제소요건이나 결정정족수 등을 조정하는 방법이 모색될 수 있다.

예컨대 독일의 경우처럼 모든 헌법소송의 위헌결정 정족수를 과반수로 통일할 경우에는 위헌법률심판과 권한쟁의심판 사이에 발생하는 문제들이 - 완전히 해소되는 것은 아닐지라도 - 상당 부분 감소될 수 있을 것이다.<sup>798)</sup> 다만 이를 위해서는 전체적인 헌법재판소의 구성방식 및 결정방식이 변경되어야 한다는 어려움이 있다. 예컨대 독일 연방헌법재판소의 경우, 규범통제, 헌법소원, 권한쟁의심판 등 대부분의 헌법소송유형에 있어서 결정정족수가 심리에 관여한 재판관 과반수이지만(독일 연방헌재법 제15조 제4항 2문, 3문),<sup>799)</sup> 심판정족수가 각 부(Senat) 재판관 8인 중 6인 이상의 출석을 요하기 때문에(동법 제15조

798) 이에 대해서는 남복현, “헌법재판의 결정정족수”, 『현대공법과 개인의 권의 보호-근재 양승두 교수 화갑기념논문집』, 1994, 1001~1002쪽.

799) 반면에 기본권 실효심판(독일 기본법 제18조, 독일 연방헌재법 제13조 제1호), 위헌정당해산심판(독일 기본법 제21조 제2항, 독일 연방헌재법 제13조 제2호), 독일 연방대통령에 대한 탄핵심판(독일 기본법 제61조, 독일 연방헌재법 제13조 제4호), 연방법관 혹은 주(州)법관에 대한 탄핵심판(독일 기본법 제98조 제2항, 제5항, 독일 연방헌재법 제13조 제9호)과 같이 형사소송절차와 유사한 성격의 헌법소송에 있어서 당사자에게 불리한 결정을 내릴 때에는 부(Senat) 재적재판관 3분의 2 이상의 가중다수, 즉 재판관 6인 이상의 찬성을 요하고 있다(독일 연방헌재법 제15조 제4항 2문; Hans Lechner/Rüdiger Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*, 5.Aufl., 2006, §15, Rn.13).



제2항 1문), 실제 위헌결정 내지 인용결정을 위해 요구되는 최소한의 찬성 재판관과 반대 재판관의 비율은 5:3, 4:3, 4:2가 된다.

현행법이 법률에 대한 위헌결정뿐만 아니라 탄핵결정, 위헌정당해산결정, 헌법소원심판의 인용결정에서도 헌법재판소의 결정정족수로 재판관 6인 이상의 찬성을 요하는 것은 이러한 중대한 문제를 5:4의 민감한 차이로 결정할 경우에는 그 결정의 권위 내지 설득력이 약화될 수 있다는 우려와 무관하지 않다.

앞서 검토한 바와 같이 독일의 경우에도 이러한 점을 고려하여 연방헌법재판소의 각 부(Senat)가 8인의 재판관으로 구성되도록 함으로써 과반수 결정이라 하더라도 1표 차이가 아닌 2표 차이 이상이 나오도록 하고 있는 것을 감안할 때, 우리가 위헌법률심판과 권한쟁의심판의 결정정족수를 통일시키기 위해서는 이와 유사한 방식으로 헌법재판소 구성을 변화시키는 것이 선행되어야 할 필요가 있다.<sup>800)</sup>

그리고 이러한 해결은 위헌법률심판과 권한쟁의심판 사이의 충돌과 모순을 해소하는 방법은 될 수 있지만, 구체적 규범통제가 안고 있는 본질적 한계를 해결하는 방안은 되지 못한다.

둘째, 권한쟁의심판제도를 폐지하는 방법이 가능할 것이다. 위헌법률심판을 폐지하는 것은 민주적 법치국가에서 가능하지 않은 일이지만 권한쟁의심판을 폐지하는 것은 - 헌법재판소 제도를 취하지 않은 나라들의 경우를 포함하여 수많은 나라들이 이러한 제도를 두지 않고 있음을 고려할 때 - 불가능하지 않다고 볼 수 있을 것이다. 하지만 이러한 해결은 법치의 강화가 아닌 약화를 의미하는 것이며, 국가기관은 물론 지방자치단체들의 반발에 직면하게 될 우려가 적지 않고, 국민들이 이러한 제도 변화에 찬성할 가능성 역시 매우 희박하다. 또한 이러한 방식은 -첫째 대안과 마찬가지로 구체적 규범통제의 본질적 한계에 대한 해결이 되지 못함은 물론이고- 위헌법률심판과 권한쟁의심판의 문제 상황을 회피하는 것일 뿐이고 해결하는 것이라 보기 어려울 것이다.

셋째, 기존의 제도들을 존치하는 대신에 새로운 제도를 도입함으로써 문제를 해결하는 것이 가능할 수 있다. 이와 관련하여 가장 효과적인 대안은 역시 추

---

800) 이에 대해서는 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제1호(2009.3), 410~411쪽.

상적 규범통제일 것이다. 추상적 규범통제를 도입할 경우에는 구체적 규범통제를 통해 커버하지 못하는 한계상황들에 대한 합헌성 통제가 가능해질 뿐만 아니라, 입법절차상의 하자에 대해서도 굳이 권한쟁의심판의 방식이 아닌 추상적 규범통제의 방식으로 다루는 것이 가능해질 것이며, 그에 대한 헌법재판소의 결정은 직접 심판대상법률(조항)의 위헌 무효로 나타날 수 있을 것이다.<sup>801)</sup>

이러한 여러 대안들을 비교해 보면, 가장 실효적인 대안은 역시 추상적 규범통제의 도입이라고 할 수 있을 것이다. 물론 추상적 규범통제의 도입에 대해 찬성의견만 있는 것은 아니면 우려의 목소리도 없지 않다. 그러나 적어도 이제 추상적 규범통제의 도입 문제를 보다 전향적인 자세로 적극적으로 검토해야 할 필요성은 부인할 수 없을 것이다.

## 제2절 추상적 규범통제 도입의 찬반론과 그 논거

### 1. 추상적 규범통제의 탄생 배경과 각국의 운영 실태

#### 1. 구체적 규범통제의 탄생 배경과 그에 따른 성격 규정

1803년 미국 연방대법원의 *Marbury vs. Madison* 사건에 대한 결정을 계기로 탄생된 위헌법률심판은 구체적 규범통제의 형태를 취할 수밖에 없었다. 헌법상의 특별한 수권이 없는 상태에서 관례를 통해 도입된 위헌법률심판이었기 때문에<sup>802)</sup> 상위법인 헌법이 하위법인 법률과 충돌할 경우에는 상위법인 헌법

801) 이에 관하여는 장영수, “신문법 등에 대한 권한쟁의심판(헌재 2009.10.29. 2009헌라8 등 결정)의 의미와 한계, -권한행사의 위헌성 확인과 그 결과물인 법률의 합헌성이 보여주는 피리를 중심으로-”, 『고시계』 2010.3, 36~47쪽 참조.

802) 당시 미국 연방대법원이 위헌법률심사권을 행사하게 된 데에는 연방헌법과 이에 기초한 연방법률 및 조약의 최고성과 법관의 이에 대한 기속에 관한 규정(제6조 제2항)과 연방헌법, 연방법률 및 조약으로부터 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 사건을 사법권의 관할로 정한 규정(제3조 제2항) 등과 같은 간접적인 규정에 근거한 것으로 알려져 있다(박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010, 186~187쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 23쪽). 그러나 미

이 적용되고, 법률의 적용은 배제된다는 정도의 소극적 적용에 한정될 수밖에 없었던 것이다.

이러한 미국의 위헌법률심판제도가 하나의 새로운 모델로 정립되면서 이를 도입하는 나라들이 많이 늘게 되었고, 구체적 규범통제만을 인정하는 일반법원형 헌법재판이 한동안 헌법재판의 기본형으로 통용되기도 하였다. 그 결과 세계 각국에서 이를 모델로 한 위헌법률심판을 도입하였으며, 일본의 경우에는 지금까지도 최고재판소에서 위헌법률심판을 담당하고 있는가 하면, 우리나라의 제3공화국헌법에서도 대법원이 위헌법률심판을 담당하도록 하였다. 또한 캐나다, 뉴질랜드와 오스트리아, 인도 등의 나라에서도 일반법원에서 위헌법률심판을 담당하고 있다.<sup>803)</sup>

우리나라는 제헌헌법 이래 현행 헌법에 이르기까지 예외 없이 위헌법률심판 제도를 명문화하고 있었다. 그러나 지금까지의 위헌법률심판은 -비록 위헌법률심판의 담당기관은 계속 바뀌었지만- 구체적 규범통제만이 인정되고 있었다.<sup>804)</sup> 미국의 모델에 따라 일반법원형을 채택하고 있었던 제3공화국헌법 당시에는 구체적 규범통제만을 인정한 것이 오히려 당연하고 할 수 있지만, 일반법원이 아닌 헌법위원회를 구성하고 있었던 제헌헌법, 제4공화국, 제5공화국 당시에도 - 헌법위원회라는 명칭은 같으나 구성방식 및 권한범위가 달랐다 - 구체적 규범통제만이 인정되었고, 헌법재판소제도를 도입한 제2공화국헌법과 현행 헌법에서도 구체적 규범통제만을 인정하였을 뿐, 추상적 규범통제는 인정하지 않은 것이다.

현행 헌법 이전에는 위헌법률심판이 활성화되지 못하였고, 제도상으로 인정되고 있는 구체적 규범통제조차 충분히 이용되지 못하고 있는 상황이었기 때문에 추상적 규범통제의 도입을 논하는 것이 오히려 현실과 맞지 않을 수도

---

국 연방헌법은 현재까지도 법원의 위헌법률심사권에 관한 직접적인 근거규정을 두고 있지는 않다.

803) 박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010, 214쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 54~55쪽.

804) 이에 대해서는 앞의 『제1장 II. 4. 대한민국 헌법상 위헌법률심판제도의 변천』 참조.

있었다. 그러나 이제는 사정이 많이 달라졌다. 구체적 규범통제가 충분히 활성화되었을 뿐만 아니라, 지난 20여년의 헌법재판실무를 통하여 구체적 규범통제의 제도적 한계가 드러나고 있는 상태이므로 이를 보완하기 위한 추상적 규범통제의 도입 논의가 과거와는 달리 매우 큰 시의성을 갖는다고 할 수 있다. 더구나 현행 헌법은 위헌법률심판에서 일반법원형이 아닌 헌법재판소형을 채택하고 있기 때문에 추상적 규범통제의 도입을 위한 가장 중요한 전제조건을 이미 갖추고 있는 상태라고 할 수 있을 것이다.

## 2. 추상적 규범통제의 탄생과 확산

구체적 규범통제가 미국 연방대법원의 1803년 *Marbury vs. Madison* 사건 판결에서 시작되었다면, 추상적 규범통제의 시초는 1920년 오스트리아 헌법이라고 할 수 있다.

오스트리아에서는 1920년 헌법에 의해 헌법재판소(*Verfassungsgerichtshof*)를 구성하면서 새로운 형식의 헌법재판을 시도하였다.<sup>805)</sup> 특히 1920년의 오스트리아 헌법은 제140조 제1항은 제1문과 제2문에서 “헌법재판소는 주(州)법률에 대해서는 연방정부의 제청으로, 연방법률에 대해서는 주정부의 제청으로 그 위헌심사권을 갖는다.”라고 규정함으로써 법률에 대한 추상적 규범통제제도를 도입하였다.<sup>806)807)</sup>

805) Rudolf Machacek (Hrsg.), *Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof*, 6.Aufl., Wien 2008, S.9ff.; Karl Korinek/ Andrea Martin, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1.Bd., 2.Aufl., Baden-Baden 2007, S.68.

806) Kurt Heller, *Der Verfassungsgerichtshof - Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart* -, Wien 2010, S.180f.  
또한 1920년의 오스트리아 헌법은 제139조 제1항에서는 헌법재판소가 연방 관청 및 주(州)관청의 법규명령의 위법성(*Gesetzeswidrigkeit*) 여부에 대해 추상적 및 구체적 규범통제권을 갖는 것으로 규정하고 있었다(K. Heller, *Der Verfassungsgerichtshof - Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart* -, Wien 2010, S.180). 뿐만 아니라 동법 제140조 제3항과 제139조 제2항에서는 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정 혹은 법규명령에 대한 위법결정에 대해 장래효를 갖는 일반

이와 같이 구체적인 쟁송과 관계없이 법률의 위헌성을 심사하는 추상적 규범통제라는 새로운 제도가 모습을 보이게 되었던 것은 이러한 헌법재판소의 구성을 통한 기본적인 변화의 틀 안에서만 이해될 수 있다. 오스트리아 연방헌법재판소가 처음부터 이와 같이 법률의 위헌성 심사에 대해 광범위한 권한을 부여받게 된 데에는, 당시 지배적이었던, 한스 켈젠(Hans Kelsen) 등 오스트리아의 빈 학파의 주장이 크게 작용하였다. 즉 실정법규범의 위계질서에 따를 때 모든 법적용은 그 근거 법규범에 구속되므로 이에 위반되어서는 안 되며, 이는 입법의 경우도 헌법의 적용이라는 점에서 다르지 않다는 결론에 이른 것이다.<sup>808)</sup>

현행 오스트리아 헌법 제140조 제1항 제2문은 연방법률(Bundesgesetz)의 위헌성 여부에 대해서는 주정부, 연방하원(Nationalrat)의원 3분의 1, 연방상원(Bundesrat) 구성원의 3분의 1의 제청으로, 주(州)법률(Landesgesetz)의 위헌성 여부에 대해서는 연방정부의 제청에 의해, 헌법재판소가 심사하도록 규정하고 있다. 또한 오스트리아 헌법 제140조 제1항 제3문에서는 주(州)헌법으로써 주(州)법률의 위헌성여부에 대한 심사 제청권을 주의회(Landestag) 의원의 3분의 1에게도 부여할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>809)</sup> 이러한 규정을 통해 추상적 규범

---

적 무효를 인정하였다. 이와 같이 규범통제권을 헌법재판소에 집중시킴과 동시에 법률에 대한 위헌결정 및 법규명령에 대한 위법결정에 장래효를 갖는 일반적 무효를 인정함으로써 법적 안정성을 확보하고자 하였다(K. Heller, *Der Verfassungsgerichtshof - Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart* -, Wien 2010, S.183ff.).

807) 그러나 법률에 대한 구체적 규범통제는 1929년에 개정된 오스트리아 헌법 제140조 제1항에서 주(州)고등법원(Oberlandesgericht)과 행정법원(Verwaltungsgericht)도 당해 법원의 재판에 있어서 당해 법률의 위헌성 심사가 전제가 된 경우에는 그 법률의 위헌성 여부를 헌법재판소에 제청할 수 있도록 규정함을 통해 비로소 도입되었다: K. Heller, *Der Verfassungsgerichtshof - Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart*-, Wien 2010, S.207.

808) K. Korinek/ A. Martin, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1.Bd., 2.Aufl., 2007, S.67~89, S.68f.

809) K. Korinek/ A. Martin, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1.Bd., 2.Aufl., 2007, S.67~89, S.79~80; Robert Walter/

통제가 구체적 규범통제<sup>810)</sup>를 보완하는 기능을 할 수 있도록 함과 동시에 남소의 문제를 방지하기 위해 제청권자를 제한하고 있다는 점이 확인될 수 있다.<sup>811)</sup>

그러나 일반법원형이 아닌 헌법재판소형 위헌법률심판이 세계적으로 보급되는데 결정적인 역할을 하였던 것은 독일의 헌법재판제도였다.<sup>812)</sup> 독일식의 헌법재판소제도를 수입하는 국가가 늘어나면서 독일의 모델에 따른 헌법소송 제도가 세계적으로 확산되었고, 그런 가운데 추상적 규범통제까지 도입하여 구체적 규범통제를 추상적 규범통제로 보완하는 사례가 점차 많아지게 되었던 것이다.<sup>813)</sup>

추상적 규범통제와 관련하여 독일 기본법 제93조 제1항 제2호와 독일 연방헌법재판소법 제13조 제6호에서는 연방정부, 연방의회(Bundestag) 재적의원의 3분의 1 뿐만 아니라, 주정부에게도 추상적 규범통제의 제청권을 인정하고 있

---

Heinz Mayer/ Gabriele Kucsko-Stadlmayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 10.Aufl., 2007, S.531ff. 참조

810) 오스트리아에서는 법률에 대한 규범통제권뿐만 아니라, 법률하위법규범에 대한 규범통제권도 헌법재판소에 집중되어 있다(오스트리아 헌법 제139조~제140조a). 특히 법률하위법규범에 대한 구체적 규범통제권도 헌법재판소만이 독점하며, 법원은 재판에서 적용되는 법률하위법규범의 위헌성 여부가 문제될 경우 (직권 또는 신청권자의 신청에 의해) 헌법재판소에 제청하여야 하는 것이 특징적이다(오스트리아 헌법 제89조 제2항). 법률하위법규범에 대한 추상적 규범통제는 주(州)관청의 법규명령에 대해서는 연방정부의 제청으로, 연방관청의 법규명령에 대해서는 주(州)정부의 제청으로 이루어지며, 변호사협회(Volksanwaltschaft)는 연방관청의 법규명령 및 주(州)관청의 법규명령에 대한 규범통제의 제청권을 갖는다(오스트리아 연방헌법 제148조의e, 제148조의i 제1항).

811) 1920년 오스트리아 헌법 제140조에 의해 법률에 대한 추상적 규범통제제도를 도입할 당시에도 제소권자를 주(州) 법률에 대해서는 연방정부에, 연방 법률에 대해서는 주(州)정부에 한정시킨 것도 이러한 고려를 깔고 있었던 것으로 볼 수 있을 것이다.

812) 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 53~54쪽.

813) 특히 동서냉전이 종식되고 동구권 다수 국가들에서도 헌법재판소제도를 도입하면서 추상적 규범통제도 함께 도입하는 예가 늘어나고 있다. 이에 대해서는 Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Teilband 1, Baden-Baden 2007.

다. 반면에 지방자치단체에게는 추상적 규범통제의 제청권을 인정하지 않고 있다.<sup>814)815)</sup>

최근의 동향을 보면 헌법재판소 제도를 새롭게 도입하는 나라들이 많이 늘고 있음을 확인할 수 있다. 전통적으로 헌법재판제도를 채택하고 있었던 오스트리아와 독일, 이탈리아, 스페인과 같은 국가 이외에도 포르투갈, 터키 등과 러시아, 불가리아, 폴란드 등의 동구권 국가들, 그리고 몽골, 태국과 같은 아시아 국가들에 이르기까지 헌법재판소의 도입은 과거 민주화의 열풍에 이은 실질적 법치주의의 새로운 바람이라 할 수 있을 정도이다.<sup>816)</sup> 물론 이들 국가가 모두 추상적 규범통제를 도입하고 있는 것은 아니다. 오스트리아, 독일, 스페인 등과 같이 헌법재판소 제도를 오래 운용해 오고 있는 나라들에서는 대부분 추상적 규범통제를 활용하고 있는 반면에, 새롭게 헌법재판소제도를 도입한 나라들 중에는 구체적 규범통제만을 도입하고 있는 국가들도 적지 않은 것이다.<sup>817)</sup>

---

814) 독일 기본법 제93조 4b호는 지방자치단체가 독일 기본법 제28조에서 보장되고 있는 지방자치권의 침해를 이유로 법률에 대한 헌법소원(주(州)법률의 경우에는 주(州)헌법재판소에 소원을 제기할 수 없는 경우에 한한다)을 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 지방자치단체의 헌법소원의 실질적인 성질이 헌법소원인지, 추상적 규범통제인지, 권한쟁의인지에 대해서는 논란이 있다(이에 대해서는 E. Benda/ E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, Rn.687ff.). 지방자치단체의 헌법소원을 실질적으로 추상적 규범통제로 파악할 경우(W. Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III. 3.Aufl., 2005, §70, Rn.64.)에도 그 제소요건과 심사범위가 법률의 자치권 침해 여부로 한정된다는 점에서 독일 기본법 제93조 제2호의 추상적 규범통제와는 구별된다(W. Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III. 3.Aufl., 2005, §70, Rn.64).

815) 독일의 추상적 규범통제에 대하여 자세한 것은 앞의 「제2장 독일에서 추상적 규범통제의 역할과 성공조건」 참조.

816) 박인수/ 조홍식/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010, 213쪽; 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 54쪽; Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Teilband 1, Baden-Baden 2007 참조.

817) 박인수/ 조홍식/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』 (헌법재판연구 제21권),

그러나 이러한 비교 자체가 시사하는 바도 의미심장하다. 결국 헌법재판소의 운용경험이 깊어질수록 추상적 규범통제의 도입 확률이 높아진다는 것은 헌법재판소가 안정되면 될수록 추상적 규범통제 도입으로 인한 위험성은 낮아지고 그 활용으로 인한 긍정적인 효과는 커지는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이기 때문이다.

## II. 추상적 규범통제 도입에 대한 반대 논거

추상적 규범통제를 가장 폭넓게 활용하고 있는 독일에서도 그에 대한 비판적 견해가 없는 것은 아니다. 더구나 추상적 규범통제를 국내에 도입해야 한다는 주장에 대해서는 적지 않은 반대 주장들이 있다. 이러한 주장들의 논거는 다음의 몇 가지로 정리될 수 있다.

### 1. 정치의 사법화에 대한 우려: 사법적 패자부활전으로 이용될 것이라는 우려

추상적 규범통제는 본질적으로 정치의 사법화를 가져오기 때문에 바람직하지 않다는 주장이 있다. 재판의 전제성을 요구하는 구체적 규범통제와는 달리 추상적 규범통제는 국회를 통과하여 그 성립이 확정된 법률에 대해 -시행상의 문제점이 노정되기 이전에- 헌법재판소에 제청하여 위험성을 다투는 것인데, 이는 의회 내에서 다수결에 의해 결정된 것에 대해 소수파가 승복하지 못하여 헌법재판소를 무대로 제2라운드를 벌이는 것에 지나지 않는다는 것이다. 즉 추상적 규범통제가 정치적으로 오·남용될 경우에는 순수한 의미의 위헌법률심판이 아닌 사법적 패자부활전으로 이용될 우려가 매우 크다는 것이 비판의 핵심이라 할 수 있다.<sup>818)</sup>

---

헌법재판소, 2010, 213쪽; Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Teilband 1, Baden-Baden 2007.

818) 권영실, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, 「헌법학연구」 제12권 제1호(2006.3), 52~53쪽; 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1998, 273쪽 이하; 김운용, “헌법재판과 추상적 규범통제”, 「서강법학연구」 제3권(2001.4),



그러나 보기에 따라서는 정치적 갈등의 사법적 해결은 추상적 규범통제의 역기능이 아닌 순기능이라고 볼 수도 있다. 애초에 헌법재판제도 자체가 정치적 분쟁을 사법적으로 해결함으로써 헌법국가 내지 법치국가의 이념을 실현시키기 위한 제도라는 점에 비추어 볼 때,<sup>819)</sup> 추상적 규범통제가 정치적 분쟁을 사법적으로 해결한다는 점이 순기능의 측면을 가지고 있다는 점은 오히려 쉽게 납득될 수 있다.<sup>820)</sup> 특히 우리나라와 같이 국회 내에서 여야의 극한대립이 국민의 눈살을 찌푸리게 만들고 나아가 심각한 물리적 충돌로까지 이어져서 국제적 망신까지 당하게 되는 상황을 고려한다면 이러한 정치적 분쟁을 사법적으로 해결할 수 있다는 것은 매우 긍정적으로 평가될 수 있을 것이다.<sup>821)</sup>

그럼에도 불구하고 이를 역기능의 측면으로 설명하는 경우가 적지 않은 것은 정치권 내에서 해결되어야 할 갈등이 모두 헌법재판소에 넘겨질 경우의 부작용 또한 간단하지 않기 때문이다. 예컨대 국민적 합의에 기반하여 민주적 다

---

193쪽; Lechner, in: Bettermann/ Nipperdey/ Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, III, 2.Halbbd.(1959), S.666(E. Benda/ E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, Rn.710에서 재인용); W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III. 3.Aufl., 2005, §70, Rn.54; Alfred Rinken, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, 2. Aufl., Darmstadt 1984, Art.93, Rn.22; Helmut Simon, §34 Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ernst Benda/ Werner Maihofer/ Hans-Jochen Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin/ Newyork 1994, S.1651.

819) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1244쪽.

820) 독일 연방헌법재판소에 제기된 추상적 규범통제와 그에 의한 구체적 정치적 갈등의 문제 해결례에 대하여는 Jörn Ipsen, Erledigung politischer Streitfragen durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Christian Starck (Hrsg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt - Teil II(Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück)*, Baden-Baden 2006, S.45~52 참조.

821) 추상적 규범통제의 도입이, 대화와 타협이 아니라 다수로 밀어 붙이고 소수는 다수결에 승복하지 못하고 실력으로 저지하여, 극한의 대립과 갈등으로 치달아 왔던 그동안의 정치풍토가 개선되는데 적지 않게 기여할 수 있을 것으로 기대되는 것이다: 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 『헌법실무연구』 제11권(헌법재판소, 2010.12), 400쪽.

수로써 결정되어야 할 문제를 선거를 통하여 선출된 국회에서 결론 내리지 못하고 헌법재판소의 결정에 의존하는 일이 반복된다면, 한편으로는 대의제 민주주의의 근간이 흔들릴 수 있으며, 다른 한편으로는 국회 내 다수결의 의미조차도 퇴색될 가능성이 없지 않은 것이다.<sup>822)</sup>

물론 이러한 문제를 최소화하기 위하여 헌법재판의 기능법적 한계라든지, 입법자의 형성의 자유에 대한 존중, 법률에 대한 합헌성 추정의 원칙 등 다양한 헌법적 기준이 마련되고 있지만, 헌법재판소를 가장 성공적으로 운영하고 있다고 평가되는 독일에서조차도 추상적 규범통제의 남용에 대한 비판이 적지 않다는 점에 주목할 필요가 있을 것이다.

그러나 그 때문에 추상적 규범통제 자체의 의미를 부정할 것은 아니다. 오히려 추상적 규범통제를 처음 제도화하는 단계에서부터 이러한 문제를 충분히 고려하여 헌법재판소가 여야 간의 정치적 문제에 과도하게 휩쓸리지 않도록 구성하는 것이 필요하다고 할 수 있을 것이다.

## 2. 민중소송화 내지 남소에 대한 우려

추상적 규범통제는 민중소송화 되어 남소를 야기할 우려가 크다는 비판이 가능하다. 물론 독일의 경우 그러하듯이 제소요건 내지 제소권자의 제한을 통해 남소의 우려에 대응하는 것이 가능하다. 따라서 추상적 규범통제를 도입할 경우에는 당연히 남소의 문제가 발생한다는 것은 옳지 않다.

그러나 극단적인 경우를 상정한다면 이러한 우려가 전혀 터무니없는 것은 아니게 될 수 있다. 예컨대 제정권자의 범위에 정당법상 등록된 정당을 포함시켰는데, 그 정당들 중의 하나가 자신의 지지기반이 되는 시민단체 또는 노동단체 등과 연계하여 추상적 규범통제를 이용하게 되는 경우가 가능할 수 있기 때문이다. 더구나 하나의 정당이 이런 행태를 보이게 될 경우에는 다른 정당들 또한 지지 않고 추상적 규범통제를 남용하게 될 가능성도 매우 높다고 할 수 있을 것이다.

---

822) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 84~85쪽.

이런 문제를 사전적으로 예방하기 위해서는 제청권자의 범위를 더욱 엄격하게 한정하는 것이 필요할 것이다. 즉, 정당의 이름으로 추상적 규범통제를 제소할 수 있도록 하는 것이 아니라 대통령, 국회의원 정수의 3분의 1(혹은 4분의 1) 이상의 찬성, 법원 등으로 한정함으로써 이 문제에 대응하는 것이 가능할 것이다.

납소와 관련하여 또 한 가지 문제될 수 있는 지방자치단체에게 제청권을 인정할 경우에는 지방자치단체에 의하여 추상적 규범통제가 남용될 가능성이 있다는 점이다. 이러한 문제를 최소화하기 위해서는 지방자치단체의 제청권은 광역자치단체에 한정하되, 지방자치에 직접 관련된 사항에 대해서만 인정하는 등의 제한을 두는 것도 고려될 수 있을 것이다.<sup>823)</sup>

### 3. 업무량의 폭증 기타 준비 부족에 대한 우려

아무리 추상적 규범통제 자체가 이상적인 제도라 할지라도 현재 우리나라의 여건이 이 제도를 도입하여 성공적으로 시행할 수 있는 상태가 아니기 때문에 추상적 규범통제를 -적어도 현재의 시점에서는- 도입해서는 안 된다는 우려가 있을 수 있다.

추상적 규범통제를 도입하게 될 경우에는 헌법재판소의 업무량이 크게 늘어날 것은 분명하다. 또한 이와 관련하여 관련 준비가 부족하다는 점도 부인하기 어렵다. 그러나 이를 추상적 규범통제 도입을 반대하는 근거로 제시하는 것은 문제가 있다. 이러한 주장은 오히려 추상적 규범통제를 도입하기 위해 필요한 조건들을 먼저 갖추어야 한다는 것에 지나지 않을 뿐, 도입 자체를 반대할 논거로는 적절치 않기 때문이다.

더구나 최근 헌법재판소 산하에 헌법재판연구원이 설립되어 활동하는 등 헌법재판소의 역량이 지속적으로 강화되고 있을 뿐만 아니라, 국내 학계와의 유기적 연대를 통해 충실한 준비를 갖추는 것을 전제한다면 오히려 추상적 규범통제의 도입에는 큰 무리가 없다는 주장도 가능할 것이다.

---

823) 이에 관하여 자세한 것은 아래의 「IV. 추상적 규범통제의 법제화 방향과 제도 운영의 틀」 참조.

물론 법제의 정비 내지 헌법의 개정까지 필요한 부분이 있을 것이지만, 어차피 추상적 규범통제의 도입 자체가 헌법개정을 전제하는 것이기 때문에 그 또한 반대논거로서의 설득력은 매우 약하다고 평가된다.

### III. 추상적 규범통제 도입에 대한 찬성 논거

#### 1. 추상적 규범통제 도입의 기대효과: 합헌성 통제 및 기본권보장의 강화

추상적 규범통제의 도입을 주장하는 견해들은 대부분 추상적 규범통제를 도입함으로써 국가작용에 대한 합헌성 통제 및 국민의 기본권 보장에 매우 긍정적으로 작용한다는 점을 강조하고 있다.

추상적 규범통제의 도입의 직접적인 효과는 법률에 대한 통제이다. 하지만 추상적 규범통제를 통해 그 법률에 대한 조기의 통제를 하지 못할 경우에는 법률의 집행작용 및 이를 통한 기본권의 침해 등 파급효과 일파만파로 확장될 것이며, 이를 구체적 규범통제를 통해 뒤늦게 바로잡을 경우에는 그 사회적 비용이 막대할 뿐만 아니라 구제의 실효성 또한 상대적으로 낮아질 수밖에 없다는 것이다.

이러한 사전적 합헌성 통제 내지 기본권 보호 기능은 추상적 규범통제의 가장 중요한 요소이며, 최근 추상적 규범통제에 대한 관심이 높아지는 가장 중요한 이유이기도 하다. 행정국가화, 사회국가화 등으로 인하여 집행부가 비대해짐에 따라 이에 대한 통제의 강화 또한 강조되는 상황에서<sup>824)</sup> 의회의 국정통제의 강화와 더불어 사법적 통제의 강화를 위한 추상적 규범통제 도입에 관심이 높아지고 있는 것이다.

결국 추상적 규범통제를 통해 실질적 법치주의의 실현을 강화함으로써 한편으로는 국가작용의 합헌성을 제고하고, 다른 한편으로는 기본권보장의 실효성을 강화함과 더불어 이에 따른 사회적 비용을 절감할 수 있다는 점이 추상적

---

824) 이에 대하여 자세한 것은 장영수, “국회입법권의 약화와 행정입법의 증가에 대한 비판적 고찰”, 『안암법학』 제8호(1999.2), 25~66쪽 참조.

규범통제 도입의 주된 논거인 셈이다.

## 2. 추상적 규범통제 도입의 여건 성숙

추상적 규범통제의 도입을 반대하는 견해들에서는 현재 추상적 규범통제를 도입한 여건이 성숙되어 있지 않다고 평가하는 것과는 달리 찬성론자들은 추상적 규범통제를 도입할 수 있는 여건이 충분히 성숙되어 있다고 판단한다.

이들은 이미 헌법재판이 충분히 활성화되어 있으며, 구체적 규범통제의 한계가 점차 노정되는 가운데 헌법재판의 확대·강화에 관한 국민의 관심과 기대가 높아지고 있다는 점을 중요한 근거로 제시한다. 과거와는 달리 지난 20여년 동안 헌법재판소가 적극적인 활동을 통해 국민의 신뢰를 획득하였을 뿐만 아니라 헌법재판 전반에 대한 경험과 지식이 축적되었기 때문에 이제는 다음 단계로의 발전이 가능한 상태라는 것이다.<sup>825)</sup>

이처럼 추상적 규범통제의 도입 여건에 대한 평가가 상반되게 나타나고 있는 것은 평가의 초점을 어디에 두고 있는지에 따른 것이라고 할 수 있다. 반대론의 경우에는 현재의 헌법재판소가 갖고 있는 인적·물적 자원의 한계를 염두에 둔 것이라면, 찬성론의 경우에는 현재의 상태보다는 발전가능성 내지 이를 성공적으로 정착시킬 수 있는 잠재적 역량의 평가에 초점을 맞춘 것이라 할 수 있는 것이다.

물론 여건이 완전히 성숙되었다고 보기 위해서는 양 측면을 모두 갖추는 것이 가장 바람직할 것이다. 그러나 지난 해방 후 지난 60년의 대한민국 역사가 보여주듯이, 완벽한 준비를 갖춘 이후에 비로소 제도를 개혁하는 것은 현실적으로 드물 뿐만 아니라 자칫 시기를 놓치게 만들 우려도 없지 않다. 오히려 현재 추상적 규범통제의 도입 여건은 지난 정부에서 무리하게 추진하였던 법학전문대학원 도입 등에 비하여 훨씬 잘 성숙되어 있는 편이라고 볼 수 있을 것

---

825) 배상오, “한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안”, 「법학연구」 제9권 제2호(충남대학교 법학연구소, 1999), 26~27쪽, 34쪽; 유명선, “헌법재판제도의 개선방향 - 입법론적 접근-”, 「경희법학」 제29권 제1호(1994), 83~84쪽, 93~94쪽; 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 「헌법학연구」 제1집(1995), 302쪽 이하; 차진아, “추상적 규범통제 제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 73쪽 이하;

이다.

### 3. 추상적 규범통제 도입의 역기능 해소

추상적 규범통제의 도입이 새로운 긍정적 측면을 보여주고, 또 이를 도입하여 성공적으로 뿌리내리게 할 수 있는 여건이 성숙되어 있다 할지라도, 이를 도입할 경우에 나타날 수 있는 부작용 내지 역기능이 과도할 경우에는 도입 자체를 재고할 수밖에 없다. 반면에 이러한 역기능을 해소 내지 최소화할 수 있을 경우에는 추상적 규범통제 도입 주장이 더욱 탄력을 받을 수 있을 것이다.

이와 관련하여 추상적 규범통제 도입의 반대논거들은 대부분 비판되거나 보완될 수 있는 것들이라는 점에 주목할 수 있다.

정치의 사법화에 대한 우려는 분명 존재하지만, 이는 우리가 추상적 규범통제를 도입하는 과정에서 충분히 통제할 수 있는 문제일 것으로 보인다. 우리가 어떤 방식으로 추상적 규범통제 제도를 구체화하느냐에 따라서 정치의 사법화를 최소화하는 것이 가능할 것이기 때문이다. 물론 이를 완전히 배제하는 것은 가능하지 않을 것이지만, 헌법재판 자체가 정치작용을 사법심사의 대상으로 삼는 측면이 있기 때문에 이를 완전히 배제하는 것은 추상적 규범통제뿐만 아니라 기존의 헌법소송들에서도 가능하지 않다는 점을 감안해야 할 것이다.

남소의 위험 또한 제소요건 내지 제청권자의 제한을 통해 적절하게 대응할 수 있다. 특히 정당이나 국회의원들이 추상적 규범통제를 오·남용하지 못하도록 적절한 견제장치를 두는 것은 어렵지 않을 것이다. 다만 정치적 소수파의 입장이 전혀 반영되지 못할 경우에는 추상적 규범통제 자체가 유명무실하게 될 우려도 없지 않기 때문에 적절한 수준이 무엇인지에 대해서 신중한 검토가 필요할 것이다.

그리고 업무량의 폭증 기타 준비의 부족은 제도의 도입을 결정한 이후에도 충분히 보완될 수 있다는 점에서 결정적인 반대논거는 되기 어렵다고 보인다.

### 제3절 추상적 규범통제가 도입될 경우 달라질 수 있는 요소들에 대한 검토

#### 1. 법률에 대한 합헌성 심사의 범위 확대

##### 1. 현행법상 위헌법률심판(구체적 규범통제)에 의한 합헌성 심사의 범위

현행법상 위헌법률심판은 법원이 제청한 경우에 한정되고 있으며, 이는 이른바 구체적 규범통제로서 재판의 전제성을 가장 핵심적인 제청요건으로 한다. 따라서 재판의 전제성이 갖추어지지 않은 경우에는 위헌법률심판이 가능하지 않은 것이다.<sup>826)</sup>

그 결과 위헌법률심판의 대상은 의회의 의결절차를 거쳐 성립(제정·공포)된 모든 법률을 대상으로 하는 것이 아니라, 그 법률들 중 시행되어 실제 법적 분쟁에 적용된 법률, 그리고 그 중에서도 법원의 재판이 계속중인 상태에서 그 법률의 합헌성 여부가 재판 내용에 직접 영향을 미친 경우에 한정된다.

이렇게 볼 때 실제 제정·공포된 법률 중에서 위헌법률심판의 대상이 되지 못하는 경우가 드물지 않게 된다.

첫째, 제정·공포되었지만 실제로는 시행되지 않은 (혹은 실제 집행되지 않은) 법률들이 있으며,<sup>827)</sup> 과거 공포여부가 명확하지 않은 법률도 있다.<sup>828)</sup>

---

826) 재판의 전제성 요건이 결여된 경우, 법원은 위헌제청을 하지 않아야 한다 (당사자의 위헌제청신청이 있다면 이를 각하하여야 한다). 만약 재판의 전제성이 없음에도 불구하고 법원이 이를 간과하거나 재판의 전제성에 대해 잘못 판단하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하게 되면, 헌법재판소는 이를 각하한다.

헌재 1993.5.13. 92헌가10등 결정; 헌재 1997.9.25. 97헌가4 결정: “위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판에 있어서 위헌여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소는 이를 직권으로 조사할 수 있다 할 것이다.”

827) 과거 군사쿠데타, 군사독재 등으로 인해, 공포되었으나 실제 시행 내지 집행

이처럼 시행되지 않은 경우에 위헌법률심판이 필요하지 않다고 생각할 수 있지만, 위헌적인 법률이 성립되었고 존속하고 있다는 사실 자체만으로도 상당한 문제를 야기할 수 있으며, 위헌적인 법률의 존치는 자칫 또 다른 위헌적인 법규범이나 실무로 이어질 우려도 적지 않은 것이다.

둘째, 시행까지 되었지만, 그와 관련한 소송이 제기되지 않음으로 인하여 위헌여부에 대한 심판의 기회를 갖지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 가장 대표적인 예로서 낙태의 경우를 들 수 있으며, 그밖에도 아무에게도 직접적인 손해를 야기하지 않지만, 내용상 위헌인 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 공공기관의

되지 못하는 법률들이 적지 않았다. 예컨대 헌법재판소법이 1961. 4. 17. 공포되었고 시행일은 1961. 4. 17.이었지만, 5·16 군사쿠데타로 인하여 동법이 실제 집행되는 못하였다(1961. 6. 6. 공포된 국가재건비상조치법 부칙 제5조에 의해 동법의 효력이 정지되었고, 1964. 12. 30. 공포된 「헌법재판소법 폐지에 관한 법률」에 의하여 동법이 폐지되었다). 이에 대하여 자세한 것은 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008, 88쪽 참조.

또한 1973. 12. 24 국민연금제도의 도입을 내용을 하는 국민복지연금법이 공포되었지만(시행일: 1974. 1. 1.), 1974. 1. 14. 대통령의 긴급조치 제3호 제18조에서 국민복지연금법의 효력을 1974.12.31.까지 정지시켰으며, 그 후에도 동법은 실제 시행되지는 못하였다. 국민연금제도는 1986년 국민연금법이 제정되고 동법이 1988년에 시행된 됴으로써 비로소 시행될 수 있었다. 이에 대하여 자세한 것은 전광식, 『한국사회보장법론』, 법문사, 2007, 180~182쪽; 차진아, “사회국가의 실현 조건과 국민연금 개혁의 방향”, 『고려법학』 제56호(2010.3), 293~333(305)쪽.

828) 공포여부 자체가 명확하지 않은 법률의 예로 구 국방경비법((1962.1.20. 법률 제1003호로 제정된 균형법과 같은 날 법률 제1004호로 제정된 군법회의법에 의하여 폐지되기 전의 것)을 들 수 있다.

그런데 헌법재판소는 국방경비법이 미군정법령의 일반적인 공포방식인 관보 게재에 의해 공포된 적이 없으며, 동법이 관보 게재가 아닌 다른 방법에 의해 공포되었음을 입증할 수 있는 어떠한 자료도 발견되지 않았음에도 불구하고, 국방경비법의 공포 여부가 명확하지 않으나 동법이 미군정 당시의 법규에 따라 관보게재가 아닌 다른 방식으로 공포된 것으로 추정되고, 동법이 국민들과 법제정당국 및 법집행당국 등에 의해 실질적으로 규범력을 갖춘 법률로 승인되었다는 등의 이유로 동법의 유효성을 인정하는 결정을 내렸다(헌재 2001.4.26. 98헌바79등 결정). 그러나 이러한 헌법재판소의 결정에 대해서는 법치주의에 비추어 심각한 문제가 있다는 비판이 제기되고 있다. 이에 대하여 자세한 것은 차진아, “공포는 법률의 효력발생요건인가? -헌재 2001.4.26. 98헌바79등 결정에 대한 평석-”, 『저스티스』 2007.8, 253~283쪽 참조.



조직 등과 관련하여 위헌적인 부분이 있을 경우에, 이를 문제 삼는 위헌법률심판이 제기될 가능성은 높지 않을 것이다.

셋째, 앞의 두 경우처럼 위헌법률심판의 제청가능성 자체가 없는 것은 아니라 할지라도 실제 시행과정에서 위헌성이 있는 모든 법률이 위헌법률심판을 통해 충분히 걸러지는 것이 아니라 위헌성 통제가 우연적 과정에 의해 영향을 받는다는 점도 지적될 수 있다. 어떤 법률은 시행 직후에 위헌법률심판을 통해 무효화되지만, 어떤 법률은 시행 후 수십 년이 지난 이후에야 위헌법률심판을 통해 무효화된다는 것은 이런 점을 방증하는 것이다.

이러한 경우들에서 확인할 수 있는 것은 구체적 규범통제에 의한 위헌법률심판은 필요최소한의 합헌성 통제일 수는 있지만, 충분한 합헌성 통제는 결코 아니라는 점이다. 이 때문에 전 세계의 법치국가들이 구체적 규범통제는 당연한 것으로 여기는 반면에 추상적 규범통제는 여기서 한 걸음 더 나아가 합헌성 통제 내지 실질적 법치주의를 확장·발전시키는 것으로 보는 것이다.

## 2. 추상적 규범통제의 도입을 통해 새롭게 합헌성 심사의 대상이 될 수 있는 사항

추상적 규범통제를 도입하게 될 경우, 의회의 의결절차를 거쳐 성립된 모든 법률이 합헌성 통제의 대상이 된다. 물론 모든 법률을 남김없이 위헌법률심판의 대상으로 삼는 것은 가능하지도 바람직하지도 않다. 그러나 적어도 구체적 규범통제처럼 제도 자체의 한계로 인하여 심사 대상에서 원천적으로 배제되어 있는 법률은 없게 되는 것이다. 그런 면에서 추상적 규범통제의 도입은 심사대상의 획기적인 확대라고 할 수 있다. 다만, 그 결과가 남소로 인한 헌법재판소의 기능마비가 안 될 것이기 때문에 제소권자를 제한하는 등의 방법으로 추상적 규범통제의 발동을 억제하는 것이 필요하다. 그럼에도 불구하고 법률에 대한 위헌 심사가능성 자체는 구체적 규범통제와 비교할 수 없을 정도로 확대되는 것이다.

첫째, 성립은 되었으나 시행되지 않은 (혹은 실제 집행되지 않은) 법률도 추상적 규범통제의 대상이 된다. 추상적 규범통제는 재판의 전제성이라는 요건을

필요로 하지 않기 때문에 법률로서 성립되지만 하면 그 시행 여부를 묻지 않고 합헌성 통제를 할 수 있기 때문이다.

둘째, 추상적 규범통제의 경우에는 법원에 소송이 계속중일 것을 요구하지 않는다. 즉 아무도 소송을 제기하지 않기 때문에 위헌법률심판이 제청될 가능성 자체가 봉쇄되는 일이 없다. 독일의 경우 낙태죄를 형법개정법률에 대해 위헌법률심판의 방식으로 그 무효를 확인할 수 있었던 것도 구체적 규범통제가 아닌, 추상적 규범통제에 의해 가능하였던 것이다.

셋째, 추상적 규범통제가 도입될 경우에도 모든 위헌적 법률을 다 걸러낼 수 있다고 말하기는 어려울 것이다. 그러나 추상적 규범통제를 통해 공익을 대표할 수 있는 중요 국가기관 등이 제청권을 갖는다면, 이를 통해 구체적 규범통제를 통해 걸러지는 것보다 훨씬 더 많은 위헌적 법률들을 조기에 통제할 수 있게 될 것이다.

이런 점들을 볼 때, 추상적 규범통제의 도입은 구체적 규범통제에 비하여 법률에 대한 합헌성 통제의 범위를 크게 확장할 수 있으며, 이를 통해 실질적 법치주의의 실현에 적지 않게 기여할 수 있다는 점은 분명하다.

### 3. 실질적인 심사 가능성의 확대

이상의 검토를 통해 추상적 규범통제의 도입이 법률의 합헌성 심사범위를 양적으로 확장한다는 점은 명백하게 밝혀졌다. 그러나 이는 단순히 심사대상 법률의 범위가 확장되었다는 것에 그치지 않고, 합헌성 통제의 질적 강화라는 효과도 가져올 수 있다. 이는 다음의 두 가지 측면에서 그러하다.

첫째, 추상적 규범통제의 도입을 통해 위헌적인 법률에 대한 심사가능성을 높이는 것은 입법자로 하여금 모든 법률에 있어서 합헌성 문제에 더 많이 신경 쓰도록 만드는 효과를 가져 올 수 있다. 이는 입법자로 하여금 늘 합헌성 통제를 의식하여 입법에 신중함과 내용적 정당성에 대한 세심한 고려를 요구하게 될 것이다.

둘째, 추상적 규범통제의 도입은 그동안 우리 헌법재판소에 의해 권한쟁의심판으로 다루어졌던 입법절차상의 문제점들, 즉 날치기 통과 등으로 인한, 국회

의원의 법률안 심의·의결권 침해 등과 같은 것이 위헌으로 확인되면서도 (위헌법률심판이 아닌, 권한쟁의심판절차로 진행됨에 따라), 당해 법률이 무효로 인정되지는 않았던 상황<sup>829)</sup>을 바꿀 수 있는 계기가 될 것이다. 입법절차상의 하자를 추상적 규범통제로 다루게 될 경우, 직접 그 법률의 절차상 하자가 무효라는 효과로 연결될 수 있을 것이기 때문이다.

## II. 기본권 보장의 강화

### 1. 추상적 규범통제의 활용가능성의 하나로서의 기본권 보장의 강화

일반적으로 위헌법률심판제도는 법률의 합헌성의 확보에 초점을 맞추고 있으며, 헌법소원심판제도는 기본권의 보장에 초점을 맞추고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 구별은 상대적인 것이다. 위헌법률심판의 무게 중심이 합헌성 통제에 있다하더라도 관련 당사자의 기본권 보호를 무시할 수 없으며,<sup>830)</sup>

829) 헌재 1997.7.16. 96헌라2 결정; 헌재 2009.10.29. 2009헌라8 결정.

830) 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 형벌법규를 제외하고는, 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하는 것이 원칙이다(헌법재판소법 제47조 제1항). 그러나 이러한 위헌결정의 원칙적 장래효에 대하여 헌법재판소는 관련 당사자의 권리구제를 위하여 예외적 소급효를 폭넓게 인정하고 있다:

헌재 1993.5.13. 92헌가10 결정: “헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는 바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 정당화된다고 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.

그렇지만 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효의 인정을 부인해서는 안 될 것이다. 첫째, 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 법원의 제정·헌법소원 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나

헌법소원심판의 경우 기본권 보장에 초점을 맞추고 있다하더라도 국가작용의 합헌성 통제기능을 간과할 수 없다.<sup>831)</sup>

추상적 규범통제의 경우도 구체적 규범통제와 크게 다르지 않다. 물론 상대적으로 재판의 전제성이 요구되는 구체적 규범통제에 비하여 기본권 보장의 측면은 약하게 나타날 수 있다. 그러나 그러한 차이는 크지 않으며, 제청권자들의 제청배경에는 순수한 합헌성 통제의 목적뿐만 아니라, 기본권 침해의 문제도 큰 비중을 차지할 수 있기 때문이다. 이는 기본권이 헌법의 중심적 가치로 인정되는 현대 민주국가에서는 당연하다 할 것이다. 더욱이 추상적 규범통

---

법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건, 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다. 둘째, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구 법에 의하여 형성된 득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 평등 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에도 소급효를 인정할 수 있다. 어떤 사안이 후자와 같은 테두리에 들어가는가에 관하여는 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝히지 않으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호범의 등을 검토하고 제반이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다.”

- 831) 현재 1997.1.16. 90헌마110 결정: “심판청구가 주관적인 권리보호의 이익을 결여하고 있다 하더라도 헌법소원은 개인의 주관적 권리구제의 기능뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장기능도 수행하는 것이므로, 기본권 침해행위가 이미 종료되어서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 되지 않는 경우에도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 헌법소원의 이익을 인정하여야 할 것인바, 특별법 제4조 제1항이 정작 위헌인 경우에도 그로 인한 불기소처분이 여차피 취소될 수 없다는 이유로 이에 대한 헌법적 해명을 하지 아니한다면, 향후 교통사고 피해자는 헌법소원을 제기할 수 없고, 교통사고 가해자는 그에게 유리한 위 법률조항에 대한 헌법소원이나 위헌여부확인심판의 제청신청도 할 리 없으며, 법원이 직권으로 위헌법률심판제청을 하는 경우도 기대하기 어려워져 결국 앞으로는 위헌적인 위 법률조항에 의한 위헌적 불기소처분을 방지할 수 있는 길은 영영 없게 되어, 불기소처분으로 인한 교통사고 피해자들의 평등권과 형사 피해자의 재판절차상의 진술권 등의 기본권이 침해될 것이 예상되므로, 이에 대한 헌법적 해명이 필요하다고 할 것이다.”

제는 구체적 규범통제에 의해 보호되기 어려운 기본권까지도 실질적으로 보호하는 역할을 할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

## 2. 구체적 규범통제에 의해 보호되지 못하던 기본권의 구제

추상적 규범통제가 구체적 규범통제를 다룰 수 없는 법률들을 심사 대상으로 할 수 있다는 것은, 그러한 법률들에 의해 침해되는 기본권들을 구체화할 수 있다는 말과 크게 다르지 않다. 합헌성 통제와 기본권 보호가 양자택일적인 것이 아니라, 겹쳐서 나타나는 것이 일반적임을 생각할 때, 합헌성 통제의 범위 확대는 기본권 보장의 범위 확대라는 결과를 수반하게 되는 것이다.

구체적 규범통제에 의해 다루기 어려운 법률들, 예컨대 낙태죄를 삭제한 독일 형법개정법률의 경우, 태아의 생명권을 침해하는 것이지만 구체적 규범통제의 방법으로는 다룰 수가 없는데, 추상적 규범통제의 적절한 활용을 통해 그 법률의 합헌성을 다루어 태아의 생명권을 보호<sup>832)</sup>하는 것이 가능하였다.<sup>833)</sup> 이와 같이 추상적 규범통제는 구체적 규범통제로 구제되기 어려운 기본권 침해에 대하여 효과적인 구제수단이 될 수 있는 것이다.

마찬가지로 기본권을 침해당하였음에도 불구하고, 권리에 대한 무지 혹은 사회적 세력에 의한 압력 등으로 인하여 당사자가 소송을 통해 법률의 위헌성을 다루지 못하는 경우에도 추상적 규범통제를 통하여 제3자인 제청권자가 법률의 위헌성을 다룸으로써, 기본권 보장을 실질화하는 것도 가능할 것이다.

이와 유사하게 당사자가 기본권침해를 직접 주장하기 곤란한 상황에서 추상적 규범통제를 적절히 활용하는 것은 상당히 효과적인 기본권보호수단이 될 수 있다.

---

832) BVerfGE 39, 1. 독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 대하여 자세한 것은 홍완석, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 「강원법학」 제10권 (강원대학교 비교법학연구소, 1998.10), 537~570쪽 참조.

833) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 93쪽

### 3. 추상적 규범통제를 통한 사전예방적 기본권보호

추상적 규범통제의 도입 논거로서 기본권보장의 강화를 이야기할 때 빠지지 않고 거론되는 것이 사전예방적 기본권보호를 가능하게 한다는 점이다.<sup>834)</sup> 현행법상 기본권보호를 위한 제도적 장치들은 대부분 사후구제적 기본권보호들이며, 사전예방적 기본권보호의 수단으로 인정되는 것들은 청원이나 대통령의 법률안거부권행사, 국가인권위원회의 권고 등과 같이 법적 구속력이 없거나 약한 것들로서 그 실효성이 문제되었다.<sup>835)</sup> 그러나 추상적 규범통제가 도입될 경우에는 매우 효과적인 사전예방적 기본권보호가 가능하게 될 것이라는 기대가 적지 않은 것이다.

사전예방적 기본권보호는 권리보호의 실효성이라는 점에서 사후구제적 기본권보호에 비하여 여러 가지 장점을 가지고 있다. 가장 중요한 장점은 기본권의 침해를 사전적으로 차단함으로써 일단 기본권이 침해된 이후에 비로소 이를 구제하는 경우에 비하여 기본권보장을 실질적으로 강화하는 것이지만, 그밖에도 사후구제적 기본권보호의 경우에 필요하게 되는 소송절차 및 그에 따른 시간과 비용의 낭비를 최소화할 수 있다는 점도 중요한 장점이다.<sup>836)</sup> 물론 이러한 장점들을 어떻게 잘 발현시킬 것인가는 추상적 규범통제의 실무를 어떻게 이끌어 가느냐에 따라 달라질 것이다.<sup>837)</sup>

추상적 규범통제가 사전예방적 기본권보호수단으로 활용될 수 있다는 점이

---

834) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 527~529쪽 참조.

835) 현행법상의 사전예방적 기본권보호수단들이 사법적 구제와는 달리 그 권리구제의 실효성이 크게 떨어진다는 평가에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 528~529쪽 참조.

836) 물론 추상적 규범통제의 경우에도 헌법소송의 절차가 필요할 것이지만, 구체적 규범통제의 경우처럼 같은 법률의 적용과정에서 수많은 국민들의 기본권이 침해되고, 이들이 제각기 법원에 소송을 제기한 후에 비로소 법원에서 위헌법률심판을 제청하는 등의 절차가 반복되어 소송이 병합되는 등의 문제는 발생되지 않을 것이다. 그리고 이러한 차이는 소송에 따른 시간과 비용의 절감이라는 효과로 연결될 수 있다.

837) 특히 추상적 규범통제의 제청권자들이 어떤 기준으로 어떤 사안들에 대해 제청권을 행사하는지가 추상적 규범통제의 실무에 큰 영향을 미칠 것이다. 이에 관하여는 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 『고려법학』 제55호(2009.12), 90쪽 이하 참조.

곧 「추상적 규범통제 = 사전예방적 기본권보호」, 「구체적 규범통제 = 사후구제적 기본권보호」라는 등식을 의미하는 것은 아니다. 구체적 규범통제가 사후구제적 기본권보호수단이라는 점에 대해서는 이론의 여지가 없지만, 추상적 규범통제는 사전예방적 기본권보호뿐만 아니라 사후구제적 기본권보호를 위해서도 행사가 가능하기 때문이다. 다만, 이미 구체적 규범통제가 있는 상황에서 추상적 규범통제의 도입을 통해 달라지는 정도가 상대적으로 크지 않기 때문에 사전예방적 기본권보호가 더 강조되는 것이다.

### III. 입법절차에 대한 통제의 강화

#### 1. 위헌법률심판의 주된 기능으로서의 입법통제

위헌법률심판의 출발점은 법률의 합헌성 여부에 대한 통제이며, 이는 과거 권력분립의 틀 안에서 가장 폭넓은 재량권 내지 입법형성권이 인정되던 입법에 대한 직접적인 통제라는 점에 초점을 맞춘 것이었다.

예나 제나 헌법재판소에 의한 입법자의 통제에 대해서는 비판이 적지 않다. 무엇보다 국민의 선거에 의해 직접 선출된 민주적 입법자가 국민의 의사를 수렴하여 제정한 법률에 대해서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 무효화한다는 것이 어떻게 민주적 정당성을 가질 수 있는지에 대한 문제제기가 적지 않았다. 그러나 이에 대해서는 앞서 검토한 바와 같이 헌법 스스로가 헌법재판소의 위헌법률심판권을 인정하였다는 점, 사법작용의 성격상 민주적 정당성을 갖추는 것보다 정치적 중립성을 확보하는 것이 더 중요하다는 점, 그리고 이러한 사법적 판단에서는 입법자의 민주적 정당성의 유무보다는 오히려 그가 국민의 수권 범위를 일탈하지 않았는지에 대한 사법적 판단이 문제된다는 점에 초점을 맞추어야 할 것이다.<sup>838)</sup>

오히려 오늘날의 실질적 법치주의는 국민의 주권성을 실질화하기 위하여 법의 형식뿐만 아니라 법의 내용적 정당성까지 요구하는 것이라 할 수 있다. 같

838) 이에 관하여는 앞의 「제1장 I. 2. 위헌법률심판을 통한 법 내용의 정당성 확보와 헌법재판소의 민주적 정당성」 참조.

은 맥락에서 실질적 법치주의를 실현하기 위한 대표적 제도인 위헌법률심판은 입법자의 민주적 정당성에 대한 존중보다는 국민의사의 표현이며 국민의 헌법 제정권력(=주권)의 행사결과인 헌법에 대한 존중이 우선함을 확인시켜주고 있는 것으로 이해되어야 할 것이다.<sup>839)</sup>

오늘날 민주주의와 법치주의는 대립관계가 아닌 상호보완관계로 인정되고 있으며, 현대의 민주적 법치국가들이 예외 없이 위헌법률심판제도를 인정하고 있다는 것은 위헌법률심판제도가 단순한 사법국가를 지향하는 것이 아니라 민주주의와 법치주의의 실현을 지향하고 있음을 방증하는 것이다. 실질적 법치주의의 강화 내지 위헌법률심판의 강화는 민주주의에 역행하는 것이 아니라 민주주의 또한 실질적으로 강화하는 것으로 이해될 수 있기 때문이다.

## 2. 구체적 규범통제와 입법절차에 대한 통제의 어려움

종래 구체적 규범통제의 방식으로 행해졌던 위헌법률심판은 법률의 정당성 문제를 다루는 수단으로 널리 활용되었지만, 그 제도적 한계로 인하여 합헌성 통제가 미치지 못하는 경우가 적지 않았다. 법률의 내용에 대한 통제에 있어서도 앞서 검토한 바와 같이 심판의 대상이 되기 어려운 경우들이 있었지만, 법률의 제정 및 개정과 관련한 입법절차는 그동안 합헌성통제의 사각지대에 있었다고 해도 과언이 아니다.

구체적 규범통제는 법률의 적용과정에서 그 법률의 내용이 헌법에 위반되는지의 여부가 쟁점이 될 때 이를 해결하는 수단이 될 수 있다. 그러나 법률의 내용이 아니라 제정 및 개정 절차의 합헌성이 문제될 경우에는 이를 위헌법률심판의 방식으로 다루기 어렵다. 입법절차상의 하자에도 불구하고 법률의 내용 자체는 헌법에 위배되지 않는 경우, 입법절차의 하자만으로 당해 법률에 대한 재판의 전제성이 인정되기가 쉽지 않기 때문이다.

그 결과 입법절차상의 위헌성이 위헌법률심판에 의해 다루어진 경우는 지난 20여 년 동안의 헌법재판소 판례 속에서 찾아볼 수 없다. 그렇다고 입법절차상의 하자가 국민의 기본권을 직접 침해한 것이라고 보기도 어렵기 때문에 헌법

---

839) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1244~1245쪽.



소원심판의 방식으로 이를 다루기도 곤란하였다.<sup>840)</sup> 그래서 입법절차상의 하자는 그동안 권한쟁의심판의 방식으로 헌법재판소에 상정된 바 있었으며, 헌법재판소는 이른바 날치기입법 등의 사건에서 국회의원들의 법률안에 대한 심의권, 표결권 침해의 위헌성을 확인한 바 있었다.

그러나 헌법재판소는 권한침해의 위헌성 내지 이를 통한 입법절차의 위헌성을 확인하였을 뿐, 그 결과로 만들어진 법률 자체에 대해서는 무효로 할 수 없다는 입장을 밝힘으로써 많은 논란을 야기하였다. 과거 노동법 등 날치기통과 사건의 경우에도 논란이 적지 않았지만,<sup>841)</sup> 이른바 미디어법 사건으로 알려진 현재 2009.10.29. 2009헌라8등 결정에 대해서는 더욱 많은 논의가 있었다.<sup>842)</sup> 그러나 위헌법률심판이 아닌 권한쟁의심판을 통해 법률에 대한 위헌결정을 내리는 것이 적절치 못하다는 헌법재판소의 고민에도 나름의 이유는 있었다고

840) 노동법 등 법률안 날치기 통과사건과 동일한 사안에 대해 국회의원이 법률안 심의·표결권의 침해를 이유로 헌법소원을 제기한 사건에서, 헌법재판소는 “헌법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원은, 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 국가기관의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 그 기본권을 침해받았을 경우 이를 구제하기 위한 수단으로 인정된 것이므로, 헌법소원을 청구할 수 있는 자는 원칙으로 기본권의 주체로서의 (국)에 한정되며 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 국가기관이나 그 일부는 헌법소원을 청구할 수 없다. 국회의원이 국회 내에서 행하는 질의권·토론권 및 표결권 등은 입법권 등 공권력을 행사하는 국가기관인 국회의 구성원의 지위에 있는 국회의원에게 부여된 권한이지 국회의원 개인에게 헌법이 보장하는 권리 즉 기본권으로 인정된 것이라고 할 수 없으므로, 설사 국회의장의 불법적인 의안처리행위로 헌법의 기본원리가 훼손되었다고 하더라도 그로 인하여 헌법상 보장된 구체적 기본권을 침해당한 바 없는 국회의원인 청구인들에게 헌법소원심판청구가 허용된다고 할 수 없다.” 라고 판시한 바 있다(헌재 1995.2.23. 90헌마125 결정).

841) 헌재 1997.7.16. 96헌라2 결정.

842) 당시 언론에서는 “도둑질한 것은 맞는데 장물은 아니다”, “회삿돈을 횡령해도 소유권은 인정된다” 등으로 헌법재판소 결정의 모순을 꼬집는 이야기들이 많았고, 일반국민들뿐만 아니라 법률전문가들 중에서도 이런 문제제기에 동의하는 사람들이 적지 않았다.

(<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0002949828>; [http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/view/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0001249110](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001249110); <http://economy.hankooki.com/lpage/society/200910/e2009103014063293760.htm>: 2011.12.7. 방문).

할 수 있다.<sup>843)</sup>

### 3. 추상적 규범통제의 도입과 입법절차의 통제

권한쟁의심판으로서 입법절차의 합헌성을 통제하는 과정에서 나타난 문제점, 즉 위헌성의 확인에도 불구하고 문제의 법률을 무효화하지 못하는 문제점은 추상적 규범통제를 도입함으로써 해소될 수 있을 것이다. 추상적 규범통제는 권한쟁의심판과는 달리 위헌법률심판의 일종이기 때문에 -비록 제소 요건 및 절차는 다를지라도- 헌법재판소의 심판절차 및 결정의 효력은 구체적 규범통제와 다를 바 없을 것이며, 위헌으로 확인된 법률에 대해 무효를 선언할 수 있을 것이기 때문이다.

독일의 경우에는 이러한 구별 자체가 큰 의미를 갖지 못할 수 있다. 독일의 경우에는 우리나라에서와는 달리 모든 헌법소송에 대하여 소송에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 결정하도록 하였기 때문에 위헌법률심판과 권한쟁의심판의 의결정족수에 차이가 없고, 그 결과 결정의 효력에 대해서도 별다른 문제가 생길 여지가 없기 때문이다. 그러나 독일과 달리 우리나라의 경우에는 추상적 규범통제를 도입하여 위헌법률심판의 형식으로 입법절차상의 하자를 다룰 수 있도록 할 경우에 비로소 문제의 확실한 해결이 가능할 것이다.

그러나 추상적 규범통제의 도입이 긍정적 측면만을 갖는 것은 아니다. 자칫 의회 내의 소수파에서 입법과정에 대한 불만을 추상적 규범통제로 쏟아낼 경우에는 의회 내의 다수결이 갖는 의미가 퇴색되고 정치의 사법화가 문제될 소지 또한 적지 않기 때문이다. 실제로 추상적 규범통제와 관련하여 의회 내의 정치적 논의과정에서 해결하여야 할 문제들을 헌법재판소에 떠넘기는 것이라는 비판이 적지 않다는 점도 간과해서는 안 될 것이다.

그럼에도 불구하고 낯치기입법 등 입법절차상의 하자가 드물지 않게 문제되는 우리의 정치현실을 감안할 때, 추상적 규범통제의 득이 실보다는 훨씬 클 것으로 예상된다.

---

843) 이에 관하여는 장영수, “신문법 등에 대한 권한쟁의심판(헌재 2009.10.29. 2009헌라8등 결정)의 의미와 한계 -권한행사의 위헌성 확인과 그 결과물인 법률의 합헌성이 보여주는 괴리를 중심으로-”, 「고시계」 2010.3, 36~47쪽 참조.

## 제4절 추상적 규범통제의 법제화 방향과 제도 운영의 틀

### 1. 추상적 규범통제의 구조적 특징과 법제화의 기본 방향

#### 1. 추상적 규범통제의 구조적 특징

추상적 규범통제의 본질 내지 특성은 다른 법제도들과 마찬가지로 유사개념과의 비교함으로써 확인될 수 있다. 추상적 규범통제의 경우 유사개념으로 볼 수 있는 것이 구체적 규범통제이기 때문에 양자의 비교를 통해 추상적 규범통제가 갖는 여러 특징들이 잘 드러날 수 있을 것이다.<sup>844)</sup> 양 제도는 위헌법률심판, 즉 법률의 합헌성을 심사한다는 점과 이를 통해 실질적 법치주의의 실현 및 국민의 기본권보호의 강화를 지향한다는 공통점을 갖고 있다. 그럼에도 불구하고 강조점의 차이가 적지 않으며,<sup>845)</sup> 이를 통해 양 제도는 구조적 차이를 보이게 되는 것이다. 이러한 차이점은 크게 다음과 같이 세 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 구체적 규범통제와 추상적 규범통제는 제청의 주체에 있어 차이가 있다. 구체적 규범통제는 재판의 전제성을 요건으로 담당법원이 제청하는 것이므로 담당법원 이외에는 제청권이 인정되지 않는다. 반면에 추상적 규범통제는 이러한 제한을 벗어나고 있기 때문에 헌법개정권자의 판단에 따라 제청권자의 범위를 상당한 정도로 확장하는 것도 가능하다. 다만, 지나치게 확장할 경우에

---

844) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 78쪽.

845) 추상적 규범통제는 구체적 규범통제에 비하여 법률의 합헌성 통제라는 측면에 보다 비중을 두고 있으며, 이로 인하여 구체적 소송사건을 전제로 당사자의 정당한 권리와 관련하여 재판의 전제성이 있는 법률의 합헌성 여부를 문제 삼는 구체적 규범통제와는 여러 측면에서 차이를 보인다. 이에 관하여는 김운용, “헌법재판과 추상적 규범통제”, 「서강법학연구」 제3권(2001.4), 193쪽; 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 「헌법학연구」 제1집(1995), 308쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 78~80쪽; H. Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, 1976, S.294 참조.

는 추상적 규범통제가 민중소송화되고, 남소로 인한 문제가 야기될 우려가 크기 때문에<sup>846)</sup> 제청권자를 일정한 범위로 한정하는 것이 일반적이다.<sup>847)</sup>

둘째, 양자의 가장 중요한 차이점 중의 하나는 심사대상의 범위가 다르다는 점이다. 추상적 규범통제는 구체적 규범통제와는 달리 재판의 전제성이 요구되지 않으며, 정상적으로 제정 및 공포된 법률은 실제 시행 여부와 상관없이 추상적 규범통제의 심사대상이 될 수 있다.<sup>848)849)</sup>

셋째, 법률에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 구체적 규범통제의 경우 원칙적으로 당해 사건에 적용을 배제하는 개별적 무효가 제도의 취지에 부합된다고 할 수 있다.<sup>850)</sup> 그러나 선례구속성이 인정되는 영미법에 있어서는 당해 사건에서만 적용을 배제한다 하더라도 실질적으로는 그 법률의 효력을 무력화시키는 효과를 가지고 있는 반면에,<sup>851)</sup> 판례권 체계를 취하고 있는 대륙법계의 경우에는 이러한 예를 그대로 따르지 않고 요건에서 재판의 전제성을 요구함으로써 구체적 규범통제의 형식을 취하되 위헌결정의 효력은 일반적 무효로 정하는 경향이 있다.<sup>852)853)</sup> 그런데 추상적 규범통제의 경우에는 구체적 규범통

---

846) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 90쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 법학연구 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 135쪽; H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, 1976, S.297.

847) 이에 대하여는 아래의 「IV. 2. 제소요건(특히 제청권자의 범위)의 설정」 참조.

848) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 79쪽.

849) 이러한 점 때문에 구체적 규범통제를 통한 법률의 위헌성 통제의 사각지대에 있는 문제들이 추상적 규범통제를 통해 해결될 수 있다. 이에 대하여 자세한 것은 아래의 「III. 추상적 규범통제가 도입될 경우 달라질 수 있는 요소들에 대한 검토」 참조.

850) 미국이나 일본과 같이 전통적인 사법구조를 유지하면서 법률에 대한 규범통제제도를 두고 있는 국가들에서는 심사결과 위헌성이 인정된 법률을 당해 사건에만 적용을 거부하는 것이 일반적이다. 이와 같이 사법부의 위헌 판단 결과에 개별효만을 인정하는 것은 권력분립의 관점, 입법권자에 대한 존중의 요청을 최대한 고려한 것으로 평가될 수 있다(장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 11267쪽).

851) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1267쪽 각주 78.

852) 독일 연방헌법재판소법(Bundesverfassungsgerichtsgesetz) 제78조, 제82조 오스트리아 헌

제의 경우와는 달리 당해사건의 적용배제라는 것이 있을 수 없고, 처음부터 문  
제되는 법률 또는 법률조항의 일반적 무효를 목표로 하는 것이다.

이와 같은 추상적 규범통제의 특징은 곧 추상적 규범통제의 장단점으로 연  
결되며, 추상적 규범통제를 도입하고자 할 경우에는 이러한 요소들을 충분히  
고려하는 가운데 구체적인 법제화의 방향을 정하여야 할 것이다.

## 2. 추상적 규범통제의 장단점과 법제화의 기본 방향

추상적 규범통제의 장점은 앞서 검토한 바와 같이 합헌성 통제의 강화 내지  
기본권보장의 강화에서 찾을 수 있으며, 단점으로는 정치의 사법화, 민중소송화  
및 남소의 위험, 업무량의 폭주 등을 들 수 있다.<sup>854)</sup> 추상적 규범통제를 도입  
하게 될 경우에는 장점을 살리면서 단점을 최소화시키는 것이 가장 중요한 고  
려사항의 하나가 될 것이다. 즉 사전에 합리적인 제소요건 내지 제소권자의 범  
위를 정함으로써 정치의 사법화 내지 남소의 위험에 대처하고, 추상적 규범통  
제를 담당할 것에 대비하여 헌법재판소의 조직과 인력을 개편 내지 확장하는  
등의 사전 준비가 철저할 경우에는 단점의 최소화가 가능해질 것이며, 그 바탕  
위에서 장점들을 살려나가는 것이 필요할 것이다.

그러나 추상적 규범통제의 일부 장점과 단점은 표리의 관계처럼 맞물려 있

---

법(Bundes-Verfassungsgesetz) 제140조 제3항~제7항; 스페인 헌법재판소법 제38조 제1  
호, 제39조, 제40조 등. 본 보고서에서 인용하고 있는 스페인 법령 및 포르투갈 법령은  
Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*,  
*Teil Band 2: Dokumente*, 2.Aufl., Baden-Baden 2007의 독일어 번역에 의한 것이다.

853) 이는 일반법원과는 달리 구성에 있어서 민주적 정당성에 대해 특별한 배려  
를 한 헌법재판소를 위헌심판기관으로 설정함으로써 가능하게 된 것이기도  
하다(장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1238쪽).

다만, 전술한 바와 같이 포르투갈의 경우 헌법재판소를 두고 있으면서도 법  
률에 대한 구체적 규범통제권한을 헌법재판소뿐만 아니라 일반법원도 행사  
하는 비집중형 사법심사제를 택하고 있다(포르투갈 헌법 제204조). 이에 대  
하여 자세한 것은 José Manuel Moreira Cardoso da Costa, *Die*  
*Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal*, in: Christian Starck/ Albrecht  
Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teil Band 1:*  
*Berichte*, 2.Aufl., 2007. S.199-225(208) 참조.

854) 앞의 『제4장 II. 추상적 규범통제 도입의 찬반론과 그 논거』 참조.

기 때문에 장점만을 취하고, 단점을 버리는 것은 가능하지 않다는 점도 고려되어야 한다. 예컨대 추상적 규범통제가 합헌성 통제의 대상을 확장할 수 있는 장점을 가진다면 이는 추상적 규범통제가 정치적 투쟁의 수단으로 이용된다거나 남소의 위험에 빠질 수 있다는 단점과도 직결되는 것이다. 따라서 추상적 규범통제의 장점을 강화하기 위하여 제소권자의 범위를 확대하는 방향으로 법제화할 경우에는 오히려 남소의 위험 내지 정치의 사법화라는 단점까지 크게 나타날 수 있으며, 거꾸로 단점을 억제하기 위하여 제소권자의 범위를 축소시키는 방향으로 법제화될 경우에는 추상적 규범통제의 활용 자체가 억제됨으로써 합헌성 통제의 강화 내지 기본권보장의 강화라는 장점까지도 약화시킬 수 있는 것이다.

이러한 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 제소권자의 범위뿐만 아니라 제소의 요건과 절차, 그리고 사안에 대한 헌법재판소의 심사 방식 등을 종합적으로 연계하여 추상적 규범통제 제도의 실효성을 확보하는 것이 필요할 것이다. 즉 제소권자의 범위를 지나치게 축소하거나 지나치게 확장하는 것은 경계해야 하겠지만, 여타의 제소요건을 통해 남소의 문제를 적절하게 통제하는 것이 가능할 경우에는 제소권자의 범위를 약간 넓게 설정하는 것도 가능할 것이다.<sup>855)</sup>

### 3. 우리나라의 정치적, 사회문화적 특성과 법제화의 기본 방향

추상적 규범통제의 도입과 관련하여 충분히 검토되어야 할 요소의 하나가 추상적 규범통제의 활용범위 및 방법에 대한 분석이라 할 수 있다. 새로운 제도의 도입이 필요할 경우에는 그에 대한 영향평가를 선행하는 것이 일반적인 것처럼, 추상적 규범통제를 도입할 경우에 우리의 정치현실 속에서 이 제도가 어떻게 활용될 것이며, 그 파급효과 어떨 것인지에 대하여 면밀한 분석과 검토가 선행될 필요가 있는 것이다. 이와 관련하여 세 가지 측면에서의 분석이 필요할 것이다.

---

855) 이에 관하여 자세한 것은 아래의 「2. 제소요건(특히 제소권자의 범위)의 설정」 참조.

첫째, 정치권에서 이 제도를 어떻게 이용할 것인지에 대한 예측이 중요하다. 추상적 규범통제의 도입을 위해서는 헌법개정이 필요하고, 이를 위해서는 국민적 합의 내지 이를 정치과정을 통해 확인하는 절차가 필요할 것이므로 정치권에서도 추상적 규범통제의 활용가능성에 대해서는 충분히 분석할 것이며, 이를 폭넓게 활용할 가능성은 매우 높을 것으로 보인다. 다만, 제소권자의 범위를 확대하여 국회의원들의 3분의 1 내지 4분의 1이 제청권을 가질 경우에는 원내 다수의 형성에 실패한 소수파에서 다수결에 승복하지 않고 추상적 규범통제로 전선을 확대하는 경우가 드물지 않을 것으로 예측할 수 있다. 그러나 이러한 변화를 굳이 부정적인 측면에서만 볼 이유는 없을 것이다. 현재에도 의회 내의 다수결에 소수파가 승복하지 않고 실력투쟁을 일삼는 경우가 적지 않은데, 추상적 규범통제는 오히려 이들을 법질서의 테두리 안으로 끌어들이 파행적인 국회운영이나 장외투쟁 등으로 쫓리지 않도록 하는 긍정적 효과도 가져올 수 있을 것이기 때문이다. 다만, 헌법재판소에서 정치적 문제에 대해 결정해야 하는 상황이 훨씬 더 빈번해질 것이므로 헌법재판소의 구성 단계에서부터 이에 대한 충분한 대비가 있어야 할 것이다.

둘째, 국민들이 추상적 규범통제의 도입 및 활용에 대하여 어떤 반응을 보일 것인지에 분석도 중요하다. 지금까지 국민들은 지난 20여년의 헌법재판소 결정들이 국가질서의 합헌성 통제와 국민의 기본권보장에 긍정적으로 기여했다는 평가를 내리고 있으며, 헌법재판소에 대해서 비교적 신뢰를 갖고 있다. 이러한 국민의 신뢰는 다른 국가기관들이 -헌법재판소가 처음 구성되었던 1988년 당시처럼- 헌법재판소의 결정을 무시하지 못하도록 하는 힘을 발휘하고 있으며, 헌법재판소가 갖는 권위의 원천이 되고 있다. 이처럼 국민의 신뢰를 얻고 있는 헌법재판소가 구체적 규범통제에 더하여 추상적 규범통제에 관한 권한을 갖는다는 것에 대해 국민들은 긍정적으로 평가할 것으로 보인다. 물론 법원을 비롯하여 법조계 일각에서 헌법재판소의 권한 확장에 대해 부정적인 시각을 갖고 있는 것은 사실이지만 그것이 국민 여론을 움직일 정도의 힘을 갖고 있는 것으로는 보기 어려우며, 오히려 시민단체들을 중심으로 헌법재판소에 힘을 실어주어야 한다는 의견이 더 큰 설득력을 얻고 있는 것으로 보인다.

셋째, 헌법재판소가 추상적 규범통제를 통해 어떤 결정들을 내릴 것인지, 그

결정들의 파급효는 어떤 것인지에 대한 검토가 필요하다. 지금까지 헌법재판소는 대통령 및 정부와의 대립에 대해서는 비교적 용기있는 결정들을 많이 내린 반면에 국회와의 갈등을 야기할 수 있는 사안에 대해서는 소극적인 태도를 보인 경우가 적지 않다는 평가도 있다. 추상적 규범통제를 도입한 이후에도 헌법재판소가 소극적인 태도를 많이 보일 경우에는 자칫 헌법재판소에 대한 국민의 실망으로 이어질 수 있으며, 이는 헌법재판소의 권위 실추로 연결될 우려도 없지 않다. 그렇다고 헌법재판소가 정치적 투쟁의 장에 깊숙히 관여하여 정치적 조정자 역할을 하는 것도 역시 적절치는 않을 것이다. 이 부분이 추상적 규범통제의 도입 이후 가장 민감한 문제가 될 수 있으며, 과연 어떤 사안에 대해 어떤 결정을 내리는 것이 가장 합리적인지에 대한 충분한 고민이 필요할 것이다.

## II. 제소요건(특히 제청권자의 범위)의 설정

### 1. 추상적 규범통제에 있어서 제소요건의 중요성

추상적 규범통제라는 새로운 헌법소송을 도입함에 있어서 가장 신중하게 접근해야 할 부분이 제소요건이라 할 수 있다. 추상적 규범통제의 기본적 성격과 구조가 어떤 것인지에 대해서는 논란의 소지가 거의 없는 반면에 이를 법제화하는 과정에서 우리나라의 특징을 가장 많이 반영시킬 수 있고, 이를 통해 제도운용의 방식에 가장 큰 영향을 줄 수 있는 요소가 제소요건이기 때문이다.<sup>856)</sup>

또한 제소요건의 차이는 추상적 규범통제의 장단점을 어떻게 발현시키느냐의 문제와도 직결된다. 제소요건을 어떻게 정하느냐, 특히 제소권자의 범위를 어떻게 정하느냐에 따라 추상적 규범통제의 장점과 단점들이 강화될 수도 있고, 약화될 수도 있는 것이다. 그렇기 때문에 제소요건의 결정에 있어서는 각국의 입법례에서도 적지 않은 차이가 나타난다. 물론 각국의 정부형태 내지 헌

856) 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 차이가 가장 뚜렷하게 나타나는 부분이 제소요건이며, 심판의 절차 내지 기준, 결정의 효력 등에서는 차이가 거의 없다고 할 수 있을 것이다.



법기관들의 유형에 적지 않은 차이가 있기 때문이기도 하지만, 제소요건의 차이가 추상적 규범통제의 정치적 영향력 내지 파급효에도 큰 영향을 미치기 때문이다.

따라서 우리가 추상적 규범통제를 도입함에 있어서도 각국의 입법례를 참고 하면서 제소요건의 문제에 신중하게 접근하는 것이 필요할 것이다.

## 2. 제청권자의 범위 설정

추상적 규범통제의 제소요건 가운데서 가장 중요한 문제는 ‘제청권자의 범위를 어떻게 설정할 것인가’ 라고 할 수 있다. 제청권자의 범위를 지나치게 축소할 경우에는 추상적 규범통제가 유명무실해질 수 있으며, 그렇다고 지나치게 확대할 경우에는 남소의 위험이 심각하게 증대된다.<sup>857)</sup> 또한 추상적 규범통제의 성격상 국가질서의 합헌성 통제에 관여할 일정한 자격이 있는 기관들에게 제소권이 한정되어야 할 필요가 있으며, 사적 개인이나 단체들에게 이를 인정할 수는 없을 것이다. 이러한 여러 가지 요소들을 고려할 때, 추상적 규범통제의 제청권자는 크게 세 가지 유형으로 나누어질 수 있다.

첫째, 대통령 또는 정부를 제청권자로 인정할 필요가 있다. 비록 권력분립의 원칙에 따라 국회가 입법권을 담당하고 있으며(헌법 제40조), 정부는 법률안제출권(헌법 제52조) 및 법률안거부권(헌법 제53조 제2항~제4항)을 보유하고 있지만, 국회에서 제정된 법률의 합헌성이 문제될 경우에 대통령 또는 정부가 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있도록 인정할 필요가 부인되기는 어려울 것이기 때문이다.<sup>858)</sup>

둘째, 국회의 소수파에게 제청권이 인정되어야 할 것이다. 그렇지 않으면 추상적 규범통제의 도입에도 불구하고 입법절차상의 하자 등에 대해서 합헌성통

---

857) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호 (2009.12), 91쪽.

858) 김문현/ 정재황/ 한수웅/ 음선필, 「현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 헌법재판연구 제16집, 2005, 232~233쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 「법학연구」 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 136쪽.

제를 할 수 있는 가능성은 매우 낮을 것이며, 국회 내에서 다수의 횡포를 막기 어려울 것이기 때문이다. 그러나 국회의 소수파를 어떤 기준으로 설정할 것인지는 매우 어려운 문제이다. 자칫 지나치게 요건을 완화할 경우에는 정치적 오·남용의 문제가 매우 심각할 것이므로, 독일의 경우처럼 국회의원 정수의 3분의 1의 찬성을 요건으로 하는 것이 가장 무난하지 않을까 생각된다.<sup>859)</sup>

셋째, 광역자치단체에 대한 제소권의 인정이 문제될 수 있다. 연방국가인 독일의 경우에는 주정부에 제소권이 인정되고 있으나, 연방제를 채택하지 않고 있는 우리의 경우 광역자치단체에 제청권을 인정할 것인지의 여부가 논란의 대상이 될 수 있다. 국가기관이 아닌 지방자치단체가 추상적 규범통제에 대한 제청권을 갖는 것이 체계상 맞지 않는다는 비판이 있을 수도 있지만,<sup>860)</sup> 국회의 소수파와 행정부에만 제청권을 인정할 경우에 추상적 규범통제가 적절하게 활용될 것인지에 대한 의문 또한 제기될 수 있을 것이기 때문이다. 이 문제는 여타의 제소요건을 합리화함으로서 광역자치단체의 제청권이 남용되지 않도록 통제될 수 있다는 전제 하에서 제청권을 인정하는 것이 합리적이지 않을까 생각된다.<sup>861)862)</sup>

859) 이에 대하여 자세한 것은 정재황, “헌법재판절차상의 문제점과 극복방안”, 「고시계」 1994.2, 70쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 92쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 「법학연구」 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 136쪽; 헌법연구자문위원회, 『결과보고서』, 2009, 279쪽, 282쪽 참조.

860) 현행 헌법은 독일과는 달리 국가기관뿐만 아니라 지방자치단체에도 당사자능력을 인정하고 있다(헌법 제111조 제1항 제4호). 이는 연방국가가 아닌 우리나라에서 국가기관 상호간의 권한분쟁에만 한정할 경우 그 제도의 실효성 내지 활용도가 낮아질 것을 우려한 것으로 보인다. 이와 관련하여 헌법 제114조 제1항 제4호에서 지방자치단체도 포함시키고, 헌법재판소법 제61조 제2항에서 법률상의 권한도 포함시킴으로써 권한쟁의를 법률상의 권한의 존부 및 다툼에 관한 분쟁으로 확장시킨 것에 대해서는 권한쟁의심판이 헌법재판이라는 점과 부합하지 않으며 기관소송을 현저하게 축소시킨다는 비판이 제기되고 있다. 이에 대해서는 김상태, “권한쟁의심판과 기관소송의 관계정립 방안”, 「한양법학」 제22집(2008.2), 169~172쪽; 명재진, “권한쟁의심판제도의 문제점”, 「헌법논총」 제18집(2007), 197~198쪽; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1283쪽; 정태호, “국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당”, 『정당과 헌법질서-심천 계획열 박사 회갑기념논문집』, 박영사, 1995, 415~417쪽

그밖에 법원의 제소권도 문제될 수 있으나, 사법의 본질적 특성의 하나인 소극성의 측면을 고려할 때 법원에게 제청권을 인정하는 것은 적절치 않을 것으로 보인다.

### 3. 제청사유 및 심판절차

추상적 규범통제의 제청에 있어 제청권자의 범위와 맞물려서 가장 중요한 의미를 갖는 것이 어떤 경우에 제청권을 행사할 수 있도록 할 것인가의 문제이다. 추상적 규범통제가 활성화되고 그 장점을 충분히 발휘하기 위해서는 제청권자의 범위를 지나치게 좁게 설정해서는 안 되지만, 제청권자의 범위 확대가 남소의 문제, 특히 정치적 갈등을 모두 헌법재판소로 들고 오는 통로로 추상적 규범통제를 이용하도록 만들어서도 안 될 것이다.

이런 상황에서 제청권자의 범위는 적절하게 확대하되, 제청할 수 있는 경우 내지 제청사유를 제한하는 것이 합리적인 대안이 될 수 있다. 즉 합헌성에 대한 합리적 의심이 존재하는 경우에만 추상적 규범통제의 제청을 허용하고 단순한 정치적 의견대립에 대해서는 추상적 규범통제를 발동시키지 못하도록 하는 것이다. 물론 이 경우, 정치적 갈등과 합헌성에 대한 합리적 의심의 구별이 쉽지 않을 수 있다는 점도 고려되어야 한다. 하지만 이러한 기준의 설정만으로도 상당수의 사건들이 걸러질 수 있을 것이며, 헌법재판소의 판례를 통하여 어떤 경우에 합헌성에 대한 합리적 의심이 존재하는지 인정되는지 차츰 밝혀나가게 되면, 기준의 명확성이라는 문제 또한 점차 해소될 수 있을 것이다.<sup>863)</sup>

---

861) 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 「헌법학연구」 제1집(1995), 313~314쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 92~93쪽.

862) 광역자치단체에게만 추상적 규범통제의 제청권을 인정하고 기초자치단체는 배제할 경우, 광역과 기초를 구분하는 기준과 관련하여 그 차별에 대한 합리적 근거를 설명하기가 쉽지 않고, 광역자치단체가 헌법상의 개념이 아니라 지방자치단체법상 개념이므로 지방자치법의 개정을 통해 지방자치의 근간을 개편할 경우 제소권자의 범위 자체가 바뀌는 문제가 있다: 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 93쪽의 각주 59.

863) 추상적 규범통제의 제청사유에 대하여 독일 기본법 제93조 제1항 제2호에서

다만, 이와 관련하여 구체적 규범통제의 경우처럼 재판의 전제성이 요구되는 것은 아니기 때문에 헌법재판소에서도 지나치게 엄격하게 해석하는 것은 피해야 할 것으로 보인다.

제청요건과는 달리, 추상적 규범통제의 심판절차는 규범통제의 경우와 크게 다르지 않아야 할 것이다. 제청의 절차 내지 요건 측면에서는 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 차이점이 더 강하게 드러나는 반면, 심판절차에서 있어서는 양자 모두 위헌법심판이라는 공통점이 더 중요한 의미와 비중을 갖기 때문이다. 다만, 제청의 방식 내지 제청권자의 범위가 상이하기 때문에 이들이 심판절차 속에서 어느 정도 의견을 제시하고 이를 심판절차에 반영할 수 있는 여지는 인정될 수 있을 것이다.<sup>864)</sup>

---

는 “연방법 내지 주법(州法)의 기본법과의 형식적 및 내용적 합치성 여부 혹은 주법의 그 밖의 연방법과의 합치성 여부에 관한 의견대립 혹은 의심이 있는 경우에 연방정부, 주정부 혹은 연방의회 구성원의 3분의 1의 신청으로” 라고 규정하고 있다.

이러한 기본법 규정은 문제되는 법규범의 위헌성 내지 위법성에 대한 견해 대립 혹은 의심을 제청권자 자신의 것으로 한정하지는 않고 있다. 그런데 독일 연방헌법재판소법 제76조 제1항은 “기본법 제93조 제1항 제2호에 따른 연방정부, 주정부 혹은 연방의회 구성원 3분의 1의 신청은”, “연방법이나 주법이 기본법 혹은 그 밖의 연방법과의 형식적 혹은 내용적 불합치 때문에 무효라고 생각하는 경우”(동조 제1호)나 “법원, 행정기관 혹은 연방과 주의 기관이 연방법이나 주법을 기본법이나 그 밖의 연방법과 합치되지 않는 것으로 적용하지 않은 뒤에 그 연방법이나 주법이 합헌(합법)(gültig)이라고 생각하는 경우”에 “한하여 허용된다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 연방헌법재판소법 규정이 헌법상의 추상적 규범통제권을 축소시키는 위헌적인 규정이 아닌지 여부가 논란이 되고 있다. 이에 대해서는 E. Benda/E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, Rn.730; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.130; H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I., 1976, S.30 1~303 참조.

864) 헌법재판소법 제44조.

### III. 기본권 보장의 강화를 위한 활용

#### 1. 제청권자의 범위와 기본권 보장에의 활용

추상적 규범통제가 기본권보장의 강화에 매우 긍정적으로 작용할 수 있다는 점에 대해서는 이론(異論)의 여지가 없다. 그러나 이를 얼마나 적극적으로 활용할 수 있는지는 제도의 형성방식, 특히 제청권자의 범위 설정에 따라 큰 차이를 보일 수 있다. 제청권자로서 인정되어야 할 국가기관으로 대통령 내지 정부 및 재적 국회의원 3분의 1 이상을 인정하는 것에는 큰 무리가 없을 것으로 보인다. 그런데 문제는 과연 대통령이나 정부 혹은 재적 국회의원 3분의 1 이상이 정치적 고려가 아닌 국민의 기본권보호라는 측면에서 추상적 규범통제를 제청하는 경우가 얼마나 될 것이냐에 있다. 지금까지 국회 또는 정부가 권한을 행사해 온 방식을 보면 이에 대한 평가는 회의적일 수밖에 없다.<sup>865)</sup>

이를 보완하기 위하여 가장 먼저 생각할 수 있는 것은 앞서 언급한 바와 같이 광역자치단체들이 제청권자로 인정되는 것이다. 하지만 광역자치단체가 이러한 측면에서 얼마나 긍정적인 역할을 할 것인지도 아직은 미지수라고 할 수 있다.

이와 관련하여 또 하나의 대안으로 생각할 수 있는 것은 국가인권위원회나 국민권익위원회에 제청권을 부여하는 것이다. 이 문제는 적지 않은 논란을 불러일으킬 수 있다. 수많은 국가기관 가운데 그 위상이나 영향력이 국가인권위원회나 국민권익위원회보다 훨씬 큰 기관들을 배제한 채, 헌법상 기관도 아닌 법률상 기관인 국가인권위원회에 제청권을 부여하는 것은 국가조직 내부에서도 적지 않은 반발을 야기할 수 있으며, 지금까지 국가인권위원회나 국민권익위원회가 정치적 편향성을 보인 경우도 적지 않았다는 점이 또 하나의 문제로 지적될 수 있다.<sup>866)</sup> 특히 외국의 입법례에서 추상적 규범통제의 제청권자의 범

---

865) 지금까지 대통령의 법률안거부권 행사의 빈도와 경향에 비추어 보더라도 그러하고, 국회에 대한 청원이 정치적 고려에 의해 무시되거나 인권보장과는 무관한 방향으로 행사되어 왔던 점을 고려하더라도 그러하다.

866) 더욱이 국민권익위원회는 국무총리산하로 설치되어 있어(『부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률』 제11조) 독립기관이 아니라는 점도 문제이다.

위는 헌법에서 직접 명시하고 있는 국가들이 대부분이며, 그렇지 않은 예를 찾아보기 어렵다는 점에 비추어 보아도, 법률상 기관들인 국가인권위원회나 국민권익위원회에 제청권을 부여하기는 어려울 것으로 보인다.

## 2. 제청의 시기 및 방식과 기본권 보장에의 활용

추상적 규범통제는 재판의 전제성을 요구하는 구체적 규범통제와는 달리 법률의 시행 이전과 시행 이후를 가리지 않고 제청권이 행사될 수 있다. 그렇기 때문에 사전예방적 기본권보호를 위해서뿐만 아니라 사후구제적 기본권보호를 위해서도 활용될 수 있는 것이다. 그러나 추상적 규범통제가 기본권보호에 더 큰 역할을 할 수 있도록 하기 위해서는 사후구제보다는 사전예방에 더 많이 활용되는 것이 바람직할 것이다.<sup>867)</sup>

이를 위해서 제청의 시기 및 방식에 대한 고민이 필요할 수 있다. 즉 법률의 위헌성이 문제될 때 그 시행을 기다리지 않고 바로 추상적 규범통제의 방식으로 위헌법률심판이 제청되기 위해서는 단지 제도의 도입으로써 그 가능성을 열어 놓는 것만으로 충분치 않으며, 이를 실질적으로 활용하는데 장애가 되는 요소들을 먼저 제거 내지 완화해야 할 필요가 있는 것이다. 이를 위하여 다음의 몇 가지 측면이 고려될 필요가 있다.

첫째, 입법과정을 보다 철저하게 공개하고 각종 법안의 쟁점 내지 합헌성 문제에 대한 논의가 활발해져야 하며, 입법의 진행단계 및 결과에 대한 접근이 용이해야 할 것이다. 권력분립의 요청으로 인하여 추상적 규범통제라 하더라도 법률로서 성립되지 않은 단계의 법률안을 심판의 대상으로 삼을 수는 없지만, 법률안의 단계에서부터 그 합헌성 여부를 검토할 수 있어야 법률안이 국회를 통과한 이후 시행 이전에 추상적 규범통제의 방식으로 이를 다루는 것이 가능할 것이기 때문이다.

둘째, 추상적 규범통제를 위한 제청요건 및 절차가 간명하여야 할 것이다.

---

867) 사후구제적 기본권보호를 위해서는 법원의 재판, 구체적 규범통제, 헌법소원 심판 등의 다양한 사법적 수단이 있지만, 사전예방적 기본권보호를 위한 사법적 수단은 현행법상 존재하지 않으며, 추상적 규범통제를 도입할 경우 비로소 유일한 수단이 생긴다는 점에서 특별한 의미가 있다 할 것이다.

앞서 검토한 바와 같이 제청권자의 제청요건은 법률의 합헌성에 대한 합리적인 의심이 있어야 한다는 점, 즉 제청사유이고 제청서는 이를 명확하게 밝히는 것을 중심으로 간명하게 정리될 수 있어야 할 것이다. 보다 현실적인 문제는 제청권의 행사방식과 관련한 내부절차가 될 수 있을 것이다. 예컨대 정부에서 제청권을 행사하기 위해 국무회의를 거치도록 하는 것이 필요할 것인데, 그밖에 관계기관과의 협의 절차 등을 필요로 할 것인지가 중요한 변수가 될 수 있다. 또한 국회의원 재적 3분의 1 이상의 찬성으로 제청권을 행사할 경우에는 그 찬성을 확인하는 방식이 문제될 수 있다. 그리고 광역자치단체의 제청권을 인정할 경우에는 단체장이 단독으로 행사할 것인지, 아니면 지방의회의 동의를 얻도록 할 것인지에 따라 적지 않은 차이가 생길 수 있다.<sup>868)</sup>

셋째, 추상적 규범통제로 제청된 사건에 대해서는 헌법재판소에게 최대한 빠른 시간 내에 결정을 내릴 수 있도록 배려할 필요가 있다. 그렇지 않으면 같은 법률이 시행됨에 따라 또 다른 문제들이 발생하여 법적 쟁점들이 더욱 복잡하게 전개될 우려도 적지 않기 때문이다. 물론 다른 헌법소송들의 경우에도 재판의 신속성 요청은 간과될 수 없기 때문에 헌법재판소의 조직과 인력의 확충을 통해 전체적인 재판소요기간을 단축하는 것이 가장 합리적인 대안이 될 수 있을 것이다.

### 3. 기본권 보장을 위한 추상적 규범통제 활용의 한계

추상적 규범통제는 기본권보장을 위해 다양하게 활용될 수 있으며, 이를 통해 국민의 기본권보장 강화에 기여할 수 있다는 점은 명백하다. 그러나 이를 지나치게 강조할 경우에는 오히려 역기능이 나타나게 될 우려도 없지 않다. 예컨대 일정한 경우에는 기본권침해의 우려가 정당한 것인지의 여부를 법률의 시행을 통해 비로소 확인할 수 있다. 이러한 경우조차 추상적 규범통제를 통하여 법률의 시행 이전 단계에서 합헌성을 통제하고 사전예방적 기본권보호에만

---

868) 이러한 제청권 행사방식을 엄격하게 정할 경우에는 제청권의 행사를 신중하게 만드는 효과가 있는 반면에 제청권의 행사에 적지 않은 시간이 소요되는 단점이 발생될 수 있다. 따라서 양 측면을 어떻게 적절하게 조화시킬 것인지가 문제되는 것이다.

치중할 경우에는 자칫 옳지 않은 결정이 내려질 우려도 있는 것이다.<sup>869)</sup>

이런 맥락에서 추상적 규범통제를 도입함으로써 모든 법률에 대한 합헌성 통제 내지 이를 통한 기본권보장을 전담하게 하는 것은 결코 아니라는 점을 강조할 필요가 있다. 추상적 규범통제는 구체적 규범통제를 보완함으로써 기본권보장을 강화하는 것이지 구체적 규범통제를 대체하는 것은 결코 아닌 것이다. 오히려 예방적 규범통제만을 인정하였던 프랑스에서 2008년의 헌법개정을 통하여 구체적 규범통제를 도입함으로써 양자의 상호보완을 시도하고 있다는 점은 우리에게도 많은 시사점을 보여주는 것이다.<sup>870)</sup>

앞으로 추상적 규범통제의 도입 및 활용에 있어서는 구체적 규범통제와의 상호보완적 관계를 항시 고려하여야 할 것이며, 나아가 헌법소원심판(특히 법령소원)이나 권한쟁의심판과의 관계에도 유의하여야 할 것이다.

## IV. 정치적 오·남용에 대한 통제

### 1. 추상적 규범통제의 가장 큰 적으로서의 정치적 오·남용

추상적 규범통제를 도입할 경우의 위험성에 관하여 여러 가지 우려가 있지만, 그 중에서도 가장 중요한 것은 정치적 오·남용의 문제라고 할 수 있다. 추상적 규범통제가 정치적으로 오·남용될 경우에는 단순히 추상적 규범통제의 기능이 저하 내지 마비되는 것으로 그치지 않고 헌법재판작용 전반에 부정적인 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 이는 추상적 규범통제의 오·남용이 다음과 같은 문제들을 야기하기 때문이다.

첫째, 추상적 규범통제의 정치적 오·남용은 남소의 문제를 야기할 수 있다.

---

869) 김문현/ 정재황/ 한수웅/ 음선필, 「현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 헌법재판연구 제16집, 2005, 228쪽; 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 「법학연구」 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 133쪽.

870) 이에 대하여 자세한 것은 앞의 「제3장 프랑스의 규범통제제도의 변화와 그 의미」; 정재황/ 한동훈, 2008년 프랑스 헌법개정에 관한 연구, 『한국법제연구원』, 2008, 76쪽 이하.



우리나라 정치문화의 특성상 여야의 어느 한쪽에서 추상적 규범통제를 오·남용하기 시작할 경우 다른 한쪽에서 이를 견제 내지 통제하기보다는 - 말로는 비난하면서도 - 오히려 경쟁적으로 오·남용하게 될 우려가 크기 때문이다. 그 결과는 여야 모두 국회 입법과정에서 관철되지 못한 사안들의 대부분을 추상적 규범통제의 대상으로 삼고자 하는 경향으로 나타날 수 있기 때문이다.

둘째, 추상적 규범통제의 정치적 오·남용은 헌법재판소의 기능 저하를 야기할 수 있다. 정치적 오·남용의 양적 증가가 남소를 통하여 기능 저하를 가져올 수 있을 뿐만 아니라, 자칫 헌법재판소가 정치적 갈등의 소용돌이 속에 휘말리게 될 경우에는 헌법재판소가 여당 또는 야당과 대립하는 양상이 벌어질 수 있으며, 이는 헌법재판소의 활동 전반에 매우 심각한 부정적 영향을 미치게 될 것이기 때문이다.

셋째, 추상적 규범통제의 정치적 오·남용이 장기화될 경우에는 여야의 정치적 대립이 헌법재판소의 구성에까지 영향을 미칠 우려도 있다. 즉, 헌법재판소 재판관의 임명과정에서부터 대통령 및 여야 국회의원들이 재판관들의 능력과 자질을 객관적으로 고려·검증하기보다는 여야의 어느 쪽에 가까운 성향을 가졌는지를 판단의 중요한 요소로 고려하게 될 가능성이 커지기 때문이다.

## 2. 제소요건을 통한 정치적 오·남용 통제의 가능성과 한계

추상적 규범통제의 정치적 오·남용을 방지하기 위해 가장 먼저 고려되어야 할 부분은 제소요건이다. 제소요건을 합리화함으로써 정치적 오·남용을 어느 정도 막을 수 있을 것이기 때문이다. 앞서 검토한 바와 같이 추상적 규범통제의 제청권자들은 정치적 성격을 갖는 국가기관들이 될 수밖에 없기 때문에 제소요건에서 실질적으로 중요한 부분은 정치적 갈등이 아닌 합헌성의 의심이 있는 경우에만 추상적 규범통제를 제청할 수 있도록 하는 것이다.

이러한 제청요건이 명시되고, 헌법재판소가 이를 기준으로 합헌성의 문제와는 무관한 정치적 견해 대립을 추상적 규범통제의 대상으로 삼고자 하는 시도들을 적절하게 걸러내 준다면 추상적 규범통제의 정치적 오·남용은 상당 부분 통제될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 제소요건만으로 정치적 오·남용을

막는 데에는 한계가 있다는 점도 분명히 지적될 필요가 있다. 한편으로는 정치적 갈등이 문제되는 사안이 합헌성 문제와 결부되는 경우도 적지 않을 것이며, 다른 한편으로는 법률의 내용이 아닌 입법절차상의 하자를 주장하는 경우도 많이 발생할 것으로 보이기 때문이다.

예컨대 최근 심각한 정치적 논란의 대상이 되고 있는 한미 FTA에 대한 국회의 비준 동의와 관련하여 - FTA 협정 또한 국회의 동의를 요하는 조약으로서 법률적 효력을 가지며(헌법 제6조 제1항, 제60조 제1항), 위헌법률심판의 대상이 된다는 점이 인정되므로 - 추상적 규범통제의 제청이 가능할 것이다. 더욱이 한미 FTA 협정의 내용상의 합헌성이 아니라 날치기 통과와 관련한 입법절차상의 하자를 문제로 추상적 규범통제를 제청할 경우에는 헌법재판소가 이에 대한 심판을 회피하는 것이 매우 어려울 것이며, 그로 인하여 정치적 논쟁의 소용돌이 속에 휘말려 들어가게 될 우려가 적지 않은 것이다.

### 3. 정치적 오·남용의 방지를 위한 헌법재판소와 국민의 역할

추상적 규범통제의 정치적 오·남용을 최소화하기 위해서 가장 바람직한 것은 정치권에서 제청권의 행사를 스스로 적절하게 활용함으로써 오·남용의 문제를 원천적으로 억제하는 것이라 할 수 있다. 그러나 이에 큰 기대를 걸기는 어려울 것이며, 보다 효과적인 통제수단을 마련하는 것이 더 합리적이라 할 것이다.

앞서 언급된 제소요건의 합리화만으로 추상적 규범통제의 정치적 오·남용을 통제하는데 한계가 있다는 점을 고려할 때, 헌법재판소가 정치적 사안들에 대해 어떤 기준으로 합리적 결정을 내릴 것인가가 매우 중요한 의미를 갖게 될 것이다. 물론 그 동안에도 구체적 규범통제 또는 헌법소원심판의 방식으로 정치적으로 중요한 사안들에 대해 헌법재판소가 결정을 내린 예가 적지 않으며, 2004년 당시의 노무현 대통령에 대한 탄핵심판은 정치적으로 더욱 민감한 사안이었음에도 헌법재판소의 신중하고 합리적인 결정으로 헌법재판소의 역할과 위상을 잘 지켜나갈 수 있었다. 그러나 앞으로 추상적 규범통제의 도입을 통해 정치적 사안들에 대한 결정이 빈번해질 경우, 이는 한편으로 헌법재판소

의 위상과 권위가 더욱 높아질 수 있는 기회임과 동시에 자칫 정치의 늪에 빠져 헌법재판소의 위상과 권위가 한 순간에 실추될 수 있는 위기라는 점을 의식하고 더욱 신중한 결정이 내려져야 할 것이다.

이를 위하여 헌법재판소는 정치적 사안들 중에서 어떤 것들을 심판대상에서 배제하고, 어떤 것들을 수용할 것인지에 대해 객관적인 기준을 정립해야 할 것이다. 합헌성 문제와 무관한 것으로 평가될 수 있는 경우라면 제소요건의 결여로 각하하는 방식으로 처리될 수 있을 것이지만, 합헌성 문제와 연결되는 경우라도 고도의 정치성으로 인하여 사법심사의 대상에서 배제될 수 있을 것이다. 다만, 이러한 통치행위의 인정이 확대될 경우에는 헌법재판소의 존재의미 자체에 대한 비판으로 연결될 수 있을 것이기 때문에 매우 신중하게 판단하여야 할 것이다.

추상적 규범통제의 정치적 오·남용 방지와 관련하여 또 한 가지 중요한 요소는 정치권의 추상적 규범통제 제청 자체에 대한 국민적 감시와 통제가 될 수 있다. 정치권의 속성상 다른 어떤 국가기관들보다도 유권자인 국민의 감시와 통제가 민감할 수밖에 없으며, 추상적 규범통제의 오·남용에 대한 국민 여론이 따라올 경우에는 스스로 이를 자제하게 될 것이기 때문이다. 그리고 이러한 자제가 지속될 수 있도록 각종 시민단체 등에서 추상적 규범통제의 오·남용을 지속적으로 감시하는 것도 도움이 될 것이다.

## 제5절 추상적 규범통제의 도입에 따른 여타 헌법소송의 정비

### 1. 추상적 규범통제의 도입이 기존의 헌법소송에 미치는 영향

#### 1. 헌법소송의 다양한 유형과 이들의 상호 작용

실질적 법치주의의 실현을 위해 헌법재판이 점차 활성화되면서 헌법소송의 유형도 다양해지고 있다. 헌법소송의 유형은 각 국가마다 고유한 헌법사적 경험과 입법정책에 따라 매우 다양한 형태로 발전되어 왔던 것이다.<sup>871)</sup> 그리고

---

871) Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.),

위헌법률심판이 가장 중요하고 역사가 깊은 헌법소송유형이기는 하지만, 최근에는 헌법소원심판이나 권한쟁의심판의 비중 또한 점차 높아지고 있는 경향을 보이고 있다.<sup>872)</sup>

현행법상 인정되고 있는 다섯 가지의 헌법소송유형 가운데 성질상 자주 사용되기 어려운 (또한 자주 사용되지 않는 것이 바람직한) 위헌정당해산심판과 탄핵심판을 제외한 세 가지 헌법소송은 내적으로 복잡하게 얽혀 있다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원 내지 위헌소원처럼 실질은 위헌법률심판에 해당되면서도 헌법소원심판의 형식을 취하는 것도 있지만,<sup>873)</sup> 국회의 입법에 의한 기본권침해를 문제 삼는 헌법소원의 경우 위헌법률심판과의 유사점이 적지 않기 때문에 심사의 기준이나 방식, 헌법재판소 결정의 효력 등에서 공통점이 많이 발견될 수 있다. 반면에 권한쟁의심판에서 국회의 입법과정의 위헌성이나 법률내용의 위헌성을 다룰 경우에는 위헌법률심판과는 그 심판대상 등 제소요건 및 소송구조 등에서 차이가 있기 때문에 심사내용과 결정정족수에서도 차이를 보이며, 이러한 차이는 결정의 효력에서도 큰 차이로 이어지고 있다.<sup>874)</sup>

모든 헌법소송이 - 직접적인 심판대상 내지 이와 관련한 제소요건 등에서

---

*Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Teilband 1: Berichte, Baden-Baden 2007; Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teil Band 1: Berichte, 2.Aufl., Baden-Baden 2007; Albrecht. Weber, Typen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ch. Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt - Teil II (Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück), Baden-Baden 2006, S.35~48.*

872) Otto Lutherhandt/ Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Teilband 1, Baden-Baden 2007; Christian Starck/ Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teil Band 1: Berichte*, 2.Aufl., Baden-Baden 2007.

873) 헌재 1997.7.16. 96헌바36 결정. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 성격에 대하여 자세한 것은 장영수, “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원(이른바 위헌소원)의 구조와 성격”, 『법정고시』 1997.4, 30~46쪽 참조.

874) 이에 관하여 자세한 것은 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 391쪽 이하 참조.

의 차이에도 불구하고 - 궁극적으로 국가작용의 합헌성 확보 및 이를 통한 국민의 기본권보장을 지향하고 있음을 생각할 때, 여러 헌법소송들이 내적인 관련성을 갖게 되는 것은 불가피하다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 연관성으로 인하여 자칫 헌법소송 유형 상호 간의 충돌이 발생할 수 있다는 점에 유의할 필요가 있으며, 헌법재판소도 이를 간과하지 않고 있는 것으로 보인다. 특히 독일의 경우와는 달리 우리나라에서는 위헌법률심판을 비롯한 대부분의 헌법소송에서 결정정족수가 6인 이상인 반면에 권한쟁의심판의 경우에는 결정정족수가 과반수라는 점 때문에, 같은 법률 내지 그 제정행위에 대해 다른 헌법소송을 통해 다투게 될 경우에 헌법재판소의 결정이 각기 다르게 나올 수도 있는 것이다.<sup>875)</sup>

물론 헌법소송 유형 상호 간의 충돌이라는 문제가 현실적으로 자주 발생하는 것은 아니다. 그러나 헌법재판의 활성화에 따라 이러한 문제에 대해 미리 준비하는 것이 이제는 필요한 단계라고 할 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 추상적 규범통제라는 새로운 헌법소송 유형을 도입할 경우에는 기존의 헌법소송 유형들과의 관계를 어떻게 정리할 것인지에 대한 사전 검토가 매우 중요한 의미를 가질 수 있을 것이다.

## 2. 추상적 규범통제의 도입을 통한 위헌법률심판의 구조 및 역할의 변화

추상적 규범통제는 기본적으로 위헌법률심판의 한 유형이다. 그렇기 때문에 기존의 구체적 규범통제에 더하여 추상적 규범통제를 도입하는 것은 다른 어떤 헌법소송 유형보다도 위헌법률심판의 구조와 성격 및 역할에 가장 큰 영향을 미치게 될 것이다. 이러한 영향은 두 가지 측면에서 분석될 수 있다.

첫째, 위헌법률심판 자체의 심판대상 범위가 확장되고 이를 통하여 종래의 구체적 규범통제를 통해서도 합헌성 여부에 대한 심사를 하기 어려웠던 입법 절차상의 위헌성 등에 대해서도 심판하는 것이 가능해질 것이기 때문에 (구체

875) 이에 관하여 자세한 것은 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제1호(2009.3), 383쪽 이하 참조.

적 규범통제와 추상적 규범통제를 포괄하는) 위헌법률심판의 역할과 비중이 더욱 커질 것이다. 이는 헌법소원심판 및 권한쟁의심판과의 관계에서 다양한 형태로 나타날 수 있을 것이다.<sup>876)</sup>

둘째, 위헌법률심판의 내부구조에서 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 합리적 역할 분담이 문제될 것이다. 물론 제청권자가 각기 다르고, 그에 따라 심판대상이 되는 법률조항들에도 적지 않은 차이가 있을 수 있기 때문에 추상적 규범통제의 도입이 구체적 규범통제에 직접적으로 미치는 영향은 크지 않을 수 있다. 그러나 예컨대 시행중인 법률에 대해 구체적 규범통제와 추상적 규범통제 모두 제청된 경우와 같이 일부 겹치는 경우도 있을 수 있으며, 추상적 규범통제의 활성화 여하에 따라 구체적 규범통제의 위상과 비중이 변화가 생길 수도 있을 것이다.

물론 이는 추상적 규범통제가 어떠한 모습으로 구체화되어 어떻게 활용되는지에 따라 달라질 수 있는 것이며, 역으로 추상적 규범통제에 대해 기대하는 모습이 어떤 것이냐에 따라 추상적 규범통제를 어떤 모습으로 도입하여 활용할 것인가가 달라질 수 있을 것이다.

### 3. 추상적 규범통제의 도입이 다른 헌법소송에 미치는 영향

추상적 규범통제의 도입이 다른 헌법소송, 특히 헌법소원심판과 권한쟁의심판에 미치는 영향도 간과되어서는 안 될 것이다. 각기 심판대상을 비롯한 제소요건이 다르고, 심판의 절차 및 결정정족수까지 다른 경우가 있지만, 이들 제도가 법률 내지 법률제정행위를 대상으로 할 경우에는, 앞서 검토한 바와 같이 각 헌법소송유형 간 충돌이 발생할 가능성이 여전히 남아 있기 때문이다.

추상적 규범통제와 권한쟁의심판의 관계에 대해서는 매우 조심스러운 접근이 필요할 것이다. 일단 입법절차상의 위헌성과 관련한 권한쟁의심판의 한계 문제를 추상적 규범통제로써 해결할 수 있다는 점은 분명하다. 그러나 이와 관련하여 추상적 규범통제를 어떻게 구체화할 것이며, 권한쟁의심판을 또 어떻게

---

876) 이에 관하여 자세한 것은 아래의 「V. 추상적 규범통제의 도입에 따른 여타 헌법소송의 정비」 참조.

조정할 것인지에 대한 심사숙고가 필요한 것이다. 입법절차상의 위헌성 문제에 대하여 각기 권한쟁의심판과 추상적 규범통제가 동시에 진행되고, 그 결론이 - 결정정족수의 차이로 인하여 - 각기 달라지게 되는 상황을 어떻게 방지할 것인지가 문제되는 것이다. 최근에는 지방자치가 활성화됨에 따라 권한쟁의심판에서 법률의 내용이 지방자치단체의 (헌법상 보장된) 자치권을 침해하는지 여부가 문제된 경우<sup>877)</sup>도 여러 차례 있었기 때문에 문제가 더욱 복잡해지고 있다.

반면에 추상적 규범통제와 헌법소원심판의 관계는 비교적 간명하게 정리될 수 있을 것이다. 일단 제소권자 등 제소요건의 차이가 명확하기 때문에 동일한 법률에 대한 심판이라 하더라도 - 그 동안 구체적 규범통제와 헌법소원심판이 그러했던 것처럼 - 각 소송유형이 담당하는 역할이 비교적 분명하게 구별될 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 이러한 차이를 어떻게 합리적으로 조정하는지에 따라서 양자의 상호보완적 기능을 얼마나 활성화시킬 수 있을 것인지가 달라질 수 있다는 점에서 양자의 관계에 대해서도 신중한 검토가 필요하다.

## II. 추상적 규범통제와 구체적 규범통제의 관계 설정

### 1. 위헌법률심판의 중심으로서의 구체적 규범통제

위헌법률심판이 실질적 법치주의의 실현을 위해 시작된 헌법재판의 중심이라면, 구체적 규범통제는 위헌법률심판의 중심에 있다고 할 수 있다. 물론 입법례에 따라 (규범통제 가운데) 구체적 규범통제만을 두고 있는 나라들도 적지 않으며,<sup>878)</sup> 2008년 헌법개정 이전의 프랑스처럼 예방적 규범통제만을 두고 있는 나라도 있었다. 그러나 구체적 규범통제를 배제하고 추상적 규범통제만을 인정하고 있는 입법례는 찾아보기 어렵다는 점에서 구체적 규범통제가 -오늘날 추상적 규범통제가 헌법재판소의 보급과 더불어 점차 확산되고 있음에도

877) 헌재 2005.12.22. 2004헌라3 결정; 헌재 2008.5.29. 2005헌라3 결정; 헌재 2008.6.26. 2005헌라7 결정 등 참조.

878) 앞서 검토한 바와 같이 특히 일반법원형의 위헌법률심판제도를 택하고 있는 국가들은 구체적 규범통제만을 두고 있으며, 추상적 규범통제나 예방적 규범통제는 도입하고 있지 않다.

불구하고- 보다 일반적이라는 점을 확인할 수 있다.

이처럼 구체적 규범통제가 널리 보급된 것은 최초의 위헌법률심판이라고 할 수 있는 1803년 미국 연방대법원의 *Marbury vs. Madison* 사건 이래로 구체적 규범통제가 먼저 뿌리를 내렸다는 점도 간과할 수 없지만, 보다 근본적인 이유는 그 성격의 차이에서 찾을 수 있다. 구체적 규범통제는 법원의 재판과정에서 실제 적용되는 법률의 합헌성 여부를 확인해야 할 필요성에서 출발한다. 미국의 경우 헌법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 관례를 통해 위헌법률심판을 시도할 수 있었던 것은 상위법인 헌법에 위반되는 하위법인 법률을 적용하는 것이 법적용의 일반원칙으로 인정되는 상위법 우선의 원칙에 위배된다는 논리에 기초했기 때문이다. 이러한 논리로써 미국 연방대법원은 법률의 일반적 무효화가 아닌 당해 사건에서의 적용배제라는 (외견상으로) 제한된 효력을 갖는 위헌법률심판을 시작할 수 있었던 것이다.<sup>879)</sup>

이처럼 헌법제정권자 내지 헌법개정권자의 특별한 결단 없이도 순수한 법논리적 해석만으로 -구체적 규범통제의 방식으로- 위헌법률심판을 시작할 수 있었다는 것은 의미심장하다. 구체적 규범통제는 법의 단계구조를 전제할 때, 논리 필연적으로 인정될 수밖에 없다는 점이 이를 통해 확인될 수 있기 때문이다. 물론 미국과 같이 관례의 역할이 큰 영미법계 국가들과는 달리 성문법에 더 큰 비중을 두는 대륙법계 국가에서는 구체적 규범통제의 도입 또한 헌법과 법률의 명문규정을 통해 이루어졌지만, 구체적 규범통제의 법 논리적 필요성에 대해서는 이견이 나오기 어려웠던 것이다.

반면에 추상적 규범통제는 구체적 규범통제처럼 법치의 실현을 위해 논리 필연적으로 요청되는 것이라기보다는 구체적 규범통제의 시행과정에서 나타나는 한계를 극복하기 위한 보완장치로 이해될 수 있다. 그런 의미에서 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 관계는 언론의 자유와 학문·예술의 자유의 관계와 유사한 측면이 있다. 일반적 언론의 자유를 명문화하는 것만으로 충분했던 미국과 프랑스에서는 학문·예술의 자유를 별도의 기본권으로 명문화하지 않고 있는 반면에, 국가권력에 의한 학문·예술의 자유에 대한 침해 내지 어용

---

879) 이에 관하여 자세한 것은 앞의 「제1장 II. 2. 미국헌법 제정 당시의 논의와 관례를 통한 위헌법률심판제도의 도입」 참조.



학문, 어용예술의 폐해를 겪었던 독일이나 우리나라에서는 학문의 자유와 예술의 자유를 명문화시키고 있는 것처럼<sup>880)</sup> 구체적 규범통제의 한계를 보다 절실하게 느꼈던 나라를 중심으로 추상적 규범통제의 도입이 활발하게 이루어지고 있는 것이다.<sup>881)</sup>

이를 통하여 위헌법률심판의 중심은 구체적 규범통제이며, 추상적 규범통제는 구체적 규범통제를 보완하는 것이지 대체하는 것이 아니라는 점이 확인될 수 있다.<sup>882)</sup>

## 2. 추상적 규범통제에 의한 구체적 규범통제의 보완

추상적 규범통제는 크게 세 가지 측면에서 구체적 규범통제를 보완하는 것으로 볼 수 있다.

첫째, 태아의 생명권침해나 조직규정의 위헌성 등과 같이 구체적 규범통제가 대상으로 삼기 어려운 사항들까지 합헌성 심사의 대상으로 삼을 수 있도록 대상범위를 확장함으로써 보완적 기능을 담당한다. 법률의 내용뿐만 아니라 입법 절차상의 위헌성을 다룰 수 있게 되는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

둘째, 구체적 규범통제는 법률의 시행 이후 그와 관련한 법적 분쟁의 발생을 계기로 하여 비로소 발동될 수 있는 반면에, 추상적 규범통제는 법률의 시행 이전에도 제청이 가능하다는 점에서 물적 대상범위의 확장 이외의 시간적 대상범위의 확장을 이야기 할 수 있으며, 이를 통한 보완적 기능 또한 중요한 의미를 갖는 것으로 볼 수 있다.

셋째, 이와 같은 심판 대상의 확장을 통한 합헌성의 강화는 헌법재판소의 기

---

880) 이에 대하여 자세한 것은 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 699~700쪽, 712~713쪽 참조.

881) 물론 그 배경에는 전술한 바와 같이 위헌법률심판을 일반법원에서 담당하느냐(일반법원형) 아니면 헌법재판소에서 담당하느냐(헌법재판소형)에 따른 차이도 적지 않게 작용하고 있는 것으로 볼 수 있다.

882) 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 『법학연구』 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 137쪽.

능 활성화 내지 정치과정의 합리화로 연결되어 기존의 구체적 규범통제만으로는 달성하기 어려웠던 부분들에 대한 헌법적 통제를 강화할 수 있게 한다.

이러한 추상적 규범통제의 보완적 기능이 의미 있는 성과로 결실을 맺기 위해서는 양 기능을 합리적으로 수행할 수 있는 헌법재판소의 인적·물적 자원의 확보 및 역량의 강화와 더불어, 양자의 갈등요소를 최소화하는 방향으로 제도화하는 것이 필요할 것이다.

### 3. 양자의 갈등요소와 사전적 조율의 방향

구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 갈등은 기우일 수도 있다. 헌법재판소에서 충분한 인력과 전문성을 갖추어 각각의 헌법소송을 세심하게 처리할 경우에는 같은 국가기관에 의해 담당되는 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 갈등은 현실화되지 않을 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 최근 대법원이 겪고 있는 것처럼 과중한 업무량으로 인하여 개개의 사건들에 대한 신중한 검토를 위한 인력과 시간이 부족하게 될 경우에는 의외의 일이 벌어질 수도 있을 것이다.

물론 결정의 충돌이라는 문제상황은 서로 다른 헌법소송 유형들 사이에서만 발생하는 것이 아니라 같은 헌법소송 유형 내에서도 발생할 수 있다. 그러나 같은 헌법소송유형의 경우 단순히 같은 사항에 대한 결정의 불일치라는 문제만이 발생하는 것과는 달리, 서로 다른 헌법소송유형의 경우에는 제청권자 등 제소요건의 차이 등으로 인하여 경합과 충돌의 가능성이 훨씬 커진다는 점을 간과할 수 없다.

예컨대 추상적 규범통제가 제청되어 헌법재판소가 이를 심판하고 있는 상황에서, 같은 법률이 시행되는 과정에서 구체적 규범통제가 또다시 제청될 경우에는 이를 병합하여 처리할 것인지 아니면 각기 별도의 소송으로 진행시킬 것인지의 여부는 같은 구체적 규범통제를 병합하는 것과는 또 다른 측면들을 감안하여 결정되어야 할 것이다. 한편으로는 추상적 규범통제를 통해 당해 법률 조항이 무효화될 경우에는 구체적 규범통제의 대상이 없어지므로 별도의 소송을 진행하는 것이 불필요할 수 있지만, 다른 한편으로는 같은 법률조항이라 하

더라도 합헌성 여부를 다투는 쟁점이 다를 수 있을 뿐만 아니라, 결정의 효력(특히 장래효에 따른 시간적 효력의 범위)과 관련하여서도 복잡한 문제가 나타날 수 있기 때문이다.

이러한 점들을 고려하여 추상적 규범통제를 진행하는 방식 및 구체적 규범통제와의 연계 내지 분리에 대해서도 사전적으로 조율하는 것이 필요할 것으로 보인다.

### III. 추상적 규범통제와 권한쟁의심판의 역할 분담

#### 1. 기존의 구체적 규범통제와 권한쟁의심판의 관계

구체적 규범통제로서의, 기존의 위헌법률심판과 권한쟁의심판은 그 심판의 주안점과 대상이 기본적으로 상이하며, 이에 따라 제소요건, 심사내용 및 방식, 결정의 정족수, 결정의 효력 등에서 적지 않은 차이를 보이고 있다.

헌행법상 구체적 규범통제는 당해 소송에 적용되는 법률의 합헌성 여부를 확인하고, 심판대상이 된 법률이 위헌으로 인정될 경우에는 그 효력이 무효로 되는 것이다.

반면에 헌행법상 권한쟁의심판제도의 주안점은 피청구인의 처분 또는 부작위의 위헌·위법성에 대한 확인과 그 효력여부 자체가 아니라, 당사자 간 권한의 존부 및 범위에 관한 분쟁의 해결에 있는 것이다(헌법재판소법 제61조, 제66조).<sup>883)</sup> 즉, 권한쟁의심판은 국가기관과 지방자치단체가 부여 받은 고유의 권

---

883) 헌법 제111조 제1항 제4호는 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 상호간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”이라고만 규정하고 있다. 그러나 권한쟁의심판의 청구요건과 관련하여 헌법재판소법 제61조 제1항은 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는” 이라고 규정하고, 같은 조 제2항에서 “피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여” 라고 규정하고 있다. 그리고 결정의 대상과 관련하여 헌법재판소법 제66조 제1항은 “권한의 존부 또는 범위”에 대하여 결정함을 명시하고 있고, 같은 조 제2항에서 권한 침해의 원인이 된 처분의 취소 또는 무효확인 결정을 내릴 수 있도록 규정하고 있다. 권한쟁의심판의 청구요건과 결정의 대상에 관한 헌법재판소법 규정들에 비추어 볼 때, 헌행법상 권한쟁의 심판의 소송물은 문제되는 처분 또는 부작위의 위헌성 여부에 대한

한을 방해받을 없이 수행할 수 있도록 보호함으로써 헌법과 법률상의 국가기능질서의 통일성과 합헌성(내지 합법성)을 확보하는데 기여하고자 하는 것이다.<sup>884)</sup>

추상적인 확인이 아니라(이렇게 보는 견해로는 명재진, “입법과정에 대한 헌법적 통제 -헌재결 1997.7.16, 96헌라2-”, 『헌법판례연구』 제1권(1999), 298~299쪽), 당사자 간 권한의 존부 또는 범위를 둘러싼 분쟁인 것으로 보는 것이 보다 설득력이 있어 보인다(정태호, “국가기관 상호간의 권한쟁의 제도와 정당”, 『정당과 헌법질서-심천 계획열 박사 화합기념논문집』, 박영사 1995, 414~415쪽; 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 392쪽; 최갑선, “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』 제7집(1996), 391쪽; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 301쪽.

반면에, 독일 기본법 제93조 제1항 제1호는 권한쟁의심판(Organstreit)과 관련하여 “연방최고기관이나 독일 기본법 혹은 연방최고기관의 의사규칙에 의해 독자적인 권리를 부여받은 그 밖의 관계자의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 계기로 한 기본법의 해석”이라고 규정하고 있으며, 독일 연방헌법재판소법 제64조와 제67조는 연방최고기관 간 권한쟁의의 청구요건과 결정대상으로 청구인의 처분 또는 부작위를 규정하고 있다. 그렇기 때문에 독일 헌법학계에서는 연방최고기관 간 권한쟁의의 대상 내지 본질이 본안적 규범통제(prinzipale Normkontrolle)인지 아니면, 구체적인 권한분쟁인지가 논란이 되고 있는 것이다. 이에 대하여 자세한 것은 (Manfred Goessel, *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Eine Untersuchung des Art.93 Abs.1 Nr.1 des Grundgesetzes und der zu seiner Ausführung ergangenen Bestimmung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, Berlin 1961, S.34ff., 77ff.; E. Benda /E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, §18, Rn.352, §26, Rn.977ff.; Christian Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 3.Aufl., München 1991, §7, Rn.5; Ludwig Renck, Art.93 Abs.1 Nr.1 GG: Prinzipale Norminterpretation oder Organstreit?, *DÖV* 2004, S.1035~1038 참조.

884) 권한쟁의심판제도는 국가기능질서의 합헌성(내지 합법성)을 확보하고자 하는 객관적 성격에 보다 초점이 맞추어져 있기는 하지만, 분쟁 당사자의 권한을 보호하는 주관적인 성격도 갖는 것으로 이해할 수 있다. 이에 대해서는 김운용, “국가기관 상호간의 권한쟁의심판 -당사자문제에 관한 독일에서의 판례와 이론을 중심으로-”, 『헌법재판연구』 제3권(1991.12), 140-248, 170-171쪽; 박승호, “권한쟁의심판 -독일의 기관쟁의를 중심으로-”, 『공법연구』 제26집 제1호(1998.5), 372~373쪽; 최갑선, “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』 제7집(1996), 392쪽; 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 381-422쪽, 392쪽; E. Benda/ E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, §26, Rn.983f; Dieter Lorenz, *Der*

이와 같이 구체적 규범통제와 권한쟁의심판은 주안점 자체가 다르며, 이러한 차이는 양 헌법소송유형에 있어 제소요건의 차이로 연결된다.<sup>885)</sup> 그러나 이러한 차이에도 불구하고 양자의 심판대상이 겹치는 영역이 발생할 수 있다. 즉 입법권의 행사가 문제되는 경우에는 위헌법률심판과도 무관하지 않은 반면에 권한쟁의심판의 대상이 될 수도 있는 것이다. 물론 엄밀하게 따지자면 법률조항 자체를 심판대상으로 하는지, 아니면 이러한 법률조항의 제정행위 내지 개정행위를 심판대상으로 삼는지의 차이를 확인할 수 있으나,<sup>886)</sup> 결과적으로 동일한 법률(혹은 제정행위)을 다루는 과정에서 양 소송유형이 동시에 문제되는 상황이 야기될 수 있다.

또한 양 소송유형은 심판대상 및 구조의 차이로 인하여 심사의 내용 및 방식에도 차이를 보이게 된다. 권한쟁의심판은 대등한 당사자들 간 헌법상 또는 법률상 권한의 존부 및 범위를 둘러싼 분쟁을 소송물로 하기 때문에 기본적으로 상호 대립적 쟁송절차(헌법재판소법 제61조 이하)로 구체화되어 있다.<sup>887)</sup>

---

Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, Tübingen 1976, S.230ff., 236ff. 참조.

885) 이에 관하여는 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 381-422쪽, 393쪽 이하 참조.

886) 현재 2006.5.25. 2005헌라4 결정: “다만 권한쟁의심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권한쟁의심판은 ‘법률 그 자체’가 아니라, ‘법률의 제정행위’를 그 심판대상으로 해야 할 것이다.”; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 321쪽; E. Benda/ E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, §26, Rn.1025; Jost Pietzcker, Organstreit, in: Peter Badura/ Horst Dreier(Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd.1, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozeß*, 2001, S.606; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, S.57, Rn.93.

887) 정태호, “국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당”, 『정당과 헌법질서-심천 계획열 박사 화갑기념논문집』, 박영사 1995, 415쪽; 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 393쪽, 400쪽; 최갑선, “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』 제7집(1996), 391쪽; E. Benda/ E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, §18, Rn.352, §26, Rn.978, 983; W.

이와 비교할 때 위헌법률심판은 법률(또는 그와 동등한 효력을 갖는 법규범)의 위헌성 여부를 소송물로 하기 때문에, 직권주의적 성격이 강한 것이다.<sup>888)</sup> 그리고 심사기준과 관련하여 위헌법률심판의 심사기준은 헌법인 반면에, 현행법상 권한쟁의심판의 보호대상은 헌법상 권한뿐만 아니라 법률상 권한도 포함되므로(헌법재판소법 제61조 제2항) 권한쟁의심판의 심사기준은 헌법과 법률이라는 점도 차이로 지적될 수 있다.<sup>889)</sup>

그러나 양 소송유형의 경합 내지 충돌과 관련하여 가장 중요한 차이점은 결정방식 내지 결정정족수의 차이이다. 위헌법률심판에 있어서 위헌결정은 국민의 일차적 대표인 입법자가 제정한 법률을 무효화하는 것으로서 입법자의 민주적 정당성에 대한 존중이나 법적 안정성의 요청도 고려되어야 한다.<sup>890)</sup> 위헌법률심판에서 위헌결정을 위한 정족수가 권한쟁의심판과는 달리 재판관 과반수가 아닌 6인 이상의 찬성이 요구되고 있는 것도 이러한 점을 요청들을 고려한 것으로 볼 수 있다.<sup>891)</sup> 반면에 권한쟁의심판은 당사자들 간의 헌법상 또는 법률상 권한의 존부 및 범위를 둘러싼 분쟁을 심판대상으로 하며, 분쟁 당사자들 간의 상호 대립적 쟁송구조를 가지고 있다. 이러한 권한쟁의심판의 대상 및 구조상 특성으로 인하여 결정정족수가 헌법소송에서와는 달리 재판관 6인 이상이 아닌 단순과반수로 되어 있는 것이다(헌법재판소법 제23조 제2항 본문).<sup>892)</sup>

이러한 차이로 인하여 그동안 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통해 입법절차

---

Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd.III. 3.Aufl., Heidelberg 2005, §70, S.1295, 1299, Rn.7, 11.

888) 이에 관하여는 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 381-422쪽, 400쪽 참조.

889) 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 393쪽, 403쪽.

890) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1270쪽; 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 404쪽.

891) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1270쪽; 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 404쪽.

892) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 1285쪽; 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제1호(2009.3), 404쪽.

상의 위헌성을 확인한 상태에서도 위헌적 입법절차의 산물인 법률에 대해서는 무효를 선언하지 못하였음은 앞에서 확인한 바와 같다.<sup>893)</sup>

## 2. 결정정족수에 의한 문제 해결의 가능성에 대한 평가

앞서 언급되었던 미디어법 사건에 대한 결정<sup>894)</sup>에서처럼 입법절차상의 하자가 문제되는 경우에 헌법재판소는 권한쟁의심판을 통해 국회의원들의 법률안에 대한 심의·표결권이 침해되어 위헌이라는 점을 확인했지만, 이러한 위헌적 절차를 거쳐서 통과된 법률(보다 엄밀하게는 법률안 가결선포행위)에 대해 - 위헌법률심판에서 위헌을 확인한 경우와는 달리 - 무효는 아니라는 결정을 내렸다. 이는 위헌법률심판과 권한쟁의심판이라는 서로 다른 헌법소송이 미묘하게 얽혀 있는 상황에서 발생하게 된 복잡한 문제인 것이다. 더욱이 전술한 바와 같이 최근에는 지방자치단체가 권한쟁의심판을 통해서 법률내용이 지방자치단체의 헌법상 자치권을 침해하는지 여부를 문제 삼는 경우도 늘어나고 있다.<sup>895)</sup>

이러한 상황 때문에 권한쟁의심판 절차에서 입법절차 혹은 입법내용의 위헌성이 문제되는 경우에, 헌법재판소가 당해 법률제정행위를 무효로 결정할 수 있는지가 논란이 되고 있는 것이다.<sup>896)</sup>

이 문제와 관련하여 독일의 경우, 연방헌법재판소법은 연방헌법재판소가 연방최고기관 간 권한쟁의심판에 있어서 심판의 대상이 되는 청구인의 처분 또는 부작위가 기본법 규정에 위배되는지 여부에 대한 확인결정을 내리도록 규정하고 있지만(독일연방헌재법 제67조 1문), 그 처분의 효력에 대한 결정권한 여부는 규정하고 있지 않다. 이러한 연방헌법재판소법 규정에 대하여 독일의

---

893) 이에 관하여는 앞의 「제4장 I. 위헌법률심판의 구조적 특징과 구체적 규범 통제의 한계」 참조.

894) 현재 2009.10.29. 2009헌라8 결정.

895) 현재 2005.12.22. 2004헌라3 결정; 현재 2008.5.29. 2005헌라3 결정; 현재 2008.6.26. 2005헌라7 결정 등 참조.

896) 권한쟁의심판에서 문제되는 법률안가결선포행위 내지 법률제정행위에 대한 무효확인 결정의 가능성에 대한 견해대립에 대하여 자세한 것은 박승호, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의에 관한 현재결정”, 「안암법학」 제11호(2000.8), 13~23쪽 참조.

헌법이론과 실무는 연방 헌법재판소는 권한쟁의심판절차에서 문제되는 처분의 기본법 합치성 여부에 대한 확인을 할 수 있을 뿐, 그 처분의 효력에 대해서 직접 결정할 권한은 없으며, 이는 문제되는 처분이 범규범정립작용인 경우에도 다르지 않은 것으로 해석하는 것이 일반적이다.<sup>897)</sup>

이것은 - 전술한 바와 같이 권한쟁의심판의 본질 내지 대상에 대한 우리나라와 독일의 (연방)헌재법 규정의 차이 및 이에 따른 그 이해의 차이는 별로요 하더라도 - 권한쟁의와 규범통제는 주안점이 다르며, 권한쟁의를 통해 해결하고자 하는 헌법적 분쟁의 성격과 쟁점이 규범통제를 통해 해결하고자 하는 헌법적 분쟁의 성격 및 쟁점과는 다르다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.<sup>898)</sup> 그리고 그 바탕에는 사법의 정치화나 정치의 사법화(사법국가화 경향)에 대한 우려가 깔려 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>899)</sup>

그러나 또 한 가지 중요한 요인은 독일의 경우 추상적 규범통제가 도입되어 있으므로, 권한쟁의심판절차에서 문제되는 법률제정행위의 효력에 대해 직접 결정하여야 할 실질적인 필요성이 크지 않다는 점이다.<sup>900)</sup>

그런데 우리 헌법재판소법은 헌법재판소가 권한의 침해문제에 대한 확인(헌법재판소법 제66조 제1항)에 그치지 않고, 침해의 원인이 된 처분을 직접 취소하거나 무효확인할 수 있도록 규정하고 있다(헌법재판소법 제66조 제2항 전단).

---

897) BVerfG 1, 208(231); 20, 119(129); 24, 300(351f.); M. Goessl, *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Eine Untersuchung des Art.93 Abs.1 Nr.1 des Grundgesetzes und der zu seiner Ausführung ergangenen Bestimmung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, Berlin 1961, S.74f.; Christian Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 3.Aufl. 1991, §7, Rn.23, S.111, Fn.97, S.120, Rn.44; J. Pietzcker, *Organstreit*, in: Peter Badura/ Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.1, Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozeß*, 2001, S.606; K. Schlaich/ S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl., München 2007, Rn.97.

898) 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 397쪽.

899) 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 408쪽.

900) 박승호, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의에 관한 헌재결정”, 「안암법학」 제11호(2000.8), 20쪽; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 408쪽.



이 조항의 해석 여하에 따라서는 법률제정행위에 대해서도 무효확인이 가능한 것으로 볼 수 있다. 또한 현행법상 추상적 규범통제가 도입되어 있지 않기 때문에, 법률제정행위의 효력에 대해서 직접 결정하지 않을 경우 권한쟁의심판 절차의 실효성이 크게 훼손된다는 문제도 있다.<sup>901)</sup>

그러나 다른 한편 권한쟁의심판절차에서 법률제정행위에 대해 무효확인결정을 내릴 수 있도록 할 경우 매우 복잡한 문제가 발생한다는 점도 고려되어야 할 것이다.

진술한 바와 같이 권한쟁의심판을 통해 해결하고자 하는 헌법적 분쟁과 민주적 정당성을 갖는 입법자에 의해 제정된 법률의 정당성 판단은 성격이 다르다 (그래서 결정정족수조차 달라지고 있는) 헌법 및 헌법재판소법의 기본적인 시각과 충돌될 수 있기 때문이다. 만일 권한쟁의심판에 의해 제한 없이 법률(제정행위)의 위헌성 확인 및 무효화가 가능하다면 위헌법률심판과의 충돌 내지 혼란은 피할 수 없을 것이다.

추상적 규범통제가 없는 상태에서 현행법상 권한쟁의심판과 구체적 규범통제 모두에 의해 해결되지 못하고 있는 사각지대(예컨대 입법절차상의 하자 등)를 해소하기 위한 대안으로 권한쟁의심판의 경우에도 결정정족수를 달리하여(위헌법률심판에서의 위헌결과와 마찬가지로) 재판관 6인 이상의 찬성이 있을 경우 입법절차상의 하자를 확인함과 동시에 위헌적 절차에 의해 제정된 당해 법률의 무효로 선언할 수 있다는 명문의 규정을 헌법재판소법에 두는 방안을 고려해 볼 수 있다.<sup>902)</sup>

이러한 방법은 장점과 단점을 동시에 가지고 있다. 장점은 헌법의 개정 없이 헌법재판소법의 개정만으로 문제를 해결할 수 있다는 점, 권한쟁의심판을 통해서도 위헌적 법률에 대한 합헌성 통제를 할 수 있다는 점, 이를 통해 과거 미디어법 사건처럼 일법절차의 위헌성 확인과 그 결과물인 법률의 유효성 이라

---

901) 노동법 등 날치기 통과사건이나 최근의 미디어법 사건에서 보는 바와 같이 권한쟁의심판절차를 통하여 국회의 입법권이 위헌적으로 행사되었음을 확인하면서도 그 결과물인 법률에 대해서는 합헌으로 인정한다는 것도 납득하기 어려운 결론인 것이다(차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 398쪽.

902) 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 398쪽.

는 논리적 모순 내지 불일치를 해소할 수 있다는 점 등을 들 수 있다.

반면에 단점으로는 권한쟁의심판의 방식으로 위헌법률심판의 효과를 가져 오는 것이 안게 되는 문제점을 들 수 있다. 결정정족수의 문제가 위헌법률심판과 권한쟁의심판의 중요한 차이이기는 하지만, 입법절차상의 위헌성이 문제되는 경우에는 애초에 구체적 규범통제의 대상이 되기 어려운 것이다. 그런데 이를 무시하고 권한쟁의심판을 통해 사실상의 위헌법률심판을 할 수 있도록 하는 것이며, 이는 헌법제정권자 내지 헌법개정권자의 의도에 반하여 헌법재판소의 규범통제권한을 우회적으로 확장하는 것이라는 비판을 받을 수 있을 것이다.

그러므로 헌법재판소법의 개정을 통해 권한쟁의심판절차에서 위헌법률심판과 동일한 결정정족수로서 문제되는 법률에 대해 위헌결정을 내릴 수 있도록 하는 방안은 헌법개정에 의해 추상적 규범통제제도가 도입되기 전까지 잠정적인 대안은 될 수 있겠지만, 근본적인 문제해결이 되기는 어려울 것이다.<sup>903)</sup>

### 3. 추상적 규범통제의 도입에 따른 새로운 관계설정

추상적 규범통제가 도입될 경우에는 입법절차상의 위헌성에 대해서도 권한쟁의심판이 아니라 (추상적 규범통제에 의한) 위헌법률심판의 방식으로 다루는 것이 가능해질 것이며, 이를 통해 문제를 해결하는 것이 가능해진다.<sup>904)</sup>

문제는 추상적 규범통제의 도입 이후에 권한쟁의심판의 대상을 축소할 것인

---

903) 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 399~400쪽.

904) 물론 추상적 규범통제의 구체적으로 어떻게 법제화하느냐에 따라 심판의 대상범위 등에서 차이가 나타날 수 있지만, 실질적 법치주의의 강화라는 측면에서 입법절차상의 위헌성 또한 심판의 대상으로 인정되어야 할 것이다. 구체적 규범통제로서의 현행 위헌법률심판의 경우에도 법률(조항)의 내용뿐만 아니라 절차적인 위헌성 여부도 그 심사내용에 포함되는 것으로 이해되고 있다. 이에 대해서는 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 235쪽; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2001, 977~979쪽; 정재황, “국회의 입법절차에 대한 헌법상 통제”, 「고시계」 1998.2, 72~74쪽; 정중섭, 『헌법소송법』, 박영사, 2010, 241쪽 이하; 차진아, 『입법절차의 정당성 판단에 대한 헌법적 연구』, 고려대학교 석사학위논문, 1999, 104~105쪽, 110쪽

지 여부이다. 즉, 입법에 관한 모든 사항을 추상적 규범통제에 의해 다룰 수 있도록 할 경우에는 굳이 권한쟁의심판에 의해 입법에 관한 분쟁해결의 가능성을 별도로 열어 둘 필요가 있을 것인지가 문제될 수도 있다. 만약 추상적 규범통제의 제청권자가 권한쟁의심판의 당사자 대부분을 포괄하거나 대표할 수 있을 경우<sup>905)</sup>에는 권한쟁의심판 대상의 축소가 긍정적으로 검토될 수도 있을 것이다. 그러나 그렇지 못할 경우에는 권한쟁의심판의 일방적 축소가 또 다른 문제를 낳게 될 수 있다는 점도 고려되어야 할 것이다.

또 하나의 대안은 양자의 경합이 발생할 경우에는 권한쟁의심판과 추상적 규범통제의 병합을 인정하고 실질적으로는 추상적 규범통제를 통해 다투도록 하는 방법이다.

물론 양자의 구조적 차이로 인하여 권한쟁의심판에서 다투는 경우와 추상적 규범통제에서 다투는 경우가 소송의 주안점 및 심사방식 등에서 차이를 가질 수 있고 앞서 검토한 바와 같이 결정정족수 차이의 문제가 여전히 남아 있다. 그러므로 이러한 점들에 대한 충분한 사전적 조율을 전제로 양자의 병합을 통해 문제를 해결할 수 있는 제도적 장치를 입법적으로 마련하여야 할 것이다.<sup>906)</sup>

---

905) 예컨대 광역자치단체가 기초자치단체를 대표하여 추상적 규범통제를 제청할 수 있다면 굳이 기초자치단체를 추상적 규범통제의 제청권자로 인정하지 않고서도 권한쟁의심판의 대상범위를 - 입법권에 의한 지방자치권의 침해를 심판대상으로 하는 권한쟁의심판을 배제하는 것으로 - 축소시킬 수 있을 것이다.

906) 독일에서는 추상적 규범통제와 권한쟁의심판의 경합이 인정되고 있으며, 제소권자가 의도하는 목적에 따라 양 헌법소송유형 모두 혹은 둘 중의 어느 하나를 자유롭게 선택하는 것이 인정되고 있다고 한다. 이에 대하여 자세한 것은 M. Goessl, *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Eine Untersuchung des Art.93 Abs.1 Nr.1 des Grundgesetzes und der zu seiner Ausführung ergangenen Bestimmung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, Berlin 1961, S.220ff.; E. Benda/ E. Klein, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 2001, Rn.324.

## IV. 추상적 규범통제와 헌법소원심판의 보완적 관계

### 1. 구체적 규범통제와 헌법소원심판의 관계

위헌법률심판과 헌법소원심판은 그 주안점이 전자는 법률의 합헌성 통제에 있고, 후자는 공권력에 의해 침해된 국민의 기본권의 보호에 있어 서로 다르지만, 공통점도 적지 않다. 특히 법률에 대한 헌법소원심판은 그 제소요건 등에서 위헌법률심판과 차이를 보이지만, 심판의 대상이 동일한 경우 헌법재판소에 의한 심사의 방식 또한 유사할 뿐만 아니라 결정의 효력 또한 차이가 없는 경우가 일반적이다. 그로 인하여 위헌법률심판과 헌법소원심판이 병합되는 예도 있었던 것이다.<sup>907)</sup>

물론 양 제도를 비교할 때, 기본적인 차이점이 더 크게 부각되는 것은 분명하다. 재판의 전제성이라는 요건을 요구하는 위헌법률심판과 공권력에 의한 기본권침해의 직접성, 현재성, 자기관련성 및 구체수단의 보충성 등을 요구하는 헌법소원심판은 각기 제소요건을 달리하고 있다. 더구나 위헌법률심판의 경우에는 법원이 제청의 주체가 되는 반면에 헌법소원심판의 경우에는 기본권의 주체인 국민이 직접 헌법소원심판청구의 주체가 된다.

그러나 오히려 그렇기 때문에 위헌법률심판에 의해 구체되기 어려운 경우에 헌법소원심판을 통해 다룰 수 있는 가능성도 있고, 헌법소원심판의 요건을 갖추지 못하였지만 위헌법률심판으로써 다룰 수 있는 경우도 있다. 이러한 제소요건의 차이로 인하여 양 제도는 - 심사방식 및 결정의 효력에 있어서의 공통점을 고려할 때 - 상호보완적인 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 양 제도는 위헌적 법률을 무효화시킴으로써 기본권을 더욱 강력하게 보장한다는 목표는 같지만, 이에 도달하는 방법을 다양화함으로써 국민들에게 더 많은 구제가능성을 열어 놓고 있는 것으로 기능하기 때문이다.

1987년 헌법개정에 기초하여 1988년 제정된 헌법재판소법<sup>908)</sup>에 따라 헌법재

---

907) 예컨대 종합부동산세에 관한 헌재 2008.11.13, 2006헌바112등 결정 등에서는 위헌소원과 위헌법률심판(2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12)이 병합하여 심리되었으며, 도로교통법 제71조의16에 관한 헌재 2003.9.25. 2001헌마447등 결정에서는 헌법소원심판과 위헌법률심판(2001헌마447, 2002헌마764, 2002헌가19)이 병합된 바 있다.

판소가 설치되었고, 이후 20여년의 활동을 통해 헌법재판소는 다양한 헌법소송 유형을 활성화시켰다. 특히 위헌법률심판은 제헌헌법 당시부터 현재까지 계속 존속하고 있는 제도이지만 현행 헌법 하에서처럼 활성화된 적이 없었다. 그럼에도 불구하고 위헌법률심판만으로 해소되기 어려운 헌법적 분쟁들을 사법적으로 해결하기 위하여 다양한 헌법소송유형들이 새로이 도입되었고, 그 중에서 현행 헌법에 의해 도입된 헌법소원심판<sup>909)</sup>은 가장 사건 수가 많은 헌법소송유형일 뿐만 아니라 위헌법률심판으로 다루기 어려운 상황에서 법률에 대한 합헌성통제를 가능하게 하는 역할을 수행해 왔던 것이다.<sup>910)</sup>

## 2. 추상적 규범통제와 헌법소원심판의 관계

기존의 구체적 규범통제에 대하여 추상적 규범통제를 도입할 경우에는 위헌법률심판과 헌법소원심판의 관계에도 적지 않은 변화가 생겨날 것으로 보인다. 추상적 규범통제가 구체적 규범통제를 대체하는 것은 아니기 때문에 기존의 구체적 규범통제와 헌법소원심판의 관계에서 큰 변화가 나타나지는 않을 것이지만, 추상적 규범통제와 헌법소원심판의 관계는 새롭게 정립될 수밖에 없을 것이기 때문이다.

가장 먼저 생각해볼 수 있는 것은 과거 구체적 규범통제에 의해 다루어지기 힘들었던 사안에 대해서 헌법소원심판뿐만 아니라 추상적 규범통제가 가능해짐에 따라 위헌법률심판의 대상영역이 확대되고, 상대적으로 헌법소원심판의 활용이 위축될 수 있다는 점이다. 그러나 제청권자 등 제소요건의 차이로 인하여 이러한 변화가 미치는 파급효는 그리 크지 않을 수 있다. 추상적 규범통제

908) 헌법재판소법(1988.8.5., 법률 제4017호).

909) 이와 같이 대한민국 헌정사상 헌법소원제도는 현행 헌법에 의해 비로소 도입된 것으로 보는 것이 일반적인 견해이지만, 이와는 달리 제2공화국 당시에 이미 헌법소원제도를 -법률에 대한 헌법소원이 '법률의 위헌심사'에 포함된 형태로- 도입되었다는 견해도 있다. 이에 대하여 자세한 것은 정종섭, "한국 헌정사에서 헌법소원제도의 출현과 제도화", 「헌법논총」 제20집(2009), 434~461쪽 참조.

910) 예컨대 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」의 위헌성을 인정했던 현재 2004.10.21. 2004헌마554등 결정도 헌법소원심판으로 청구된 것이었다.

의 제청권자들이 권한행사를 적절하게 하지 않을 경우에는 기본권을 침해당한 국민들의 헌법소원심판청구가 활발해질 수 있을 것이기 때문이다.

또한 과거 구체적 규범통제와 헌법소원심판이 병합되었던 것처럼 추상적 규범통제와 헌법소원심판이 병합되는 상황도 발생할 수 있을 것이다. 더구나 법률에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정되어 헌법소원심판의 제소요건을 갖추게 된 경우라면 그 법률의 적용에 의한 구체적 침해의 발생 이전에도 헌법소원심판의 청구가 가능할 것이기 때문에 시기적으로 구체적 규범통제보다 추상적 규범통제와의 병합 가능성이 더 높다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 가장 중요한 것은 위헌법률심판(구체적·추상적 규범통제)과 헌법소원심판 모두 법률의 합헌성, 나아가 국가질서의 합헌성을 확보함으로써 국민의 기본권 보장에 기여함을 궁극적 목적으로 한다는 점을 염두에 두고, 이를 위해 양 제도의 충돌상황이 발생하지 않도록 체계적 통일성의 확보에 유의하여야 한다는 점이다.

이러한 맥락에서 헌법재판소법의 정비를 통해 법률에 대한 헌법소원의 심사 방식과 결정의 방식 및 효력에 대하여 위헌법률심판을 준용하도록 명시하는 것도 고려해볼 수 있을 것이다. 현행 헌법재판소법은 제75조 제5항에서, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 인용할 경우, “공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용 결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 또한 동법 제75조 제6항에서는 동조 제5항의 경우 및 위헌소원을 인용하는 경우에 위헌법률심판에서의 위헌결정 및 그 효력에 관한 규정인 동법 제45조와 제47조를 준용하도록 규정하고 있을 뿐이다. 즉 현행 헌법재판소법은 법률이 헌법소원의 대상이 되는 경우, 그 심사방식과 결정의 방식 및 효력에 관하여는 이를 직접적으로 규율하는 규정도 위헌법률심판에 관한 규정을 준용하는 규정도 두고 있지 않은 것이다. 그러므로 법률에 대한 헌법소원에 있어서 그 심사방식과 결정의 방식 및 효력에 관하여 - 변형결정의 가능성 및 효력 등을 포함하여 - 제도적으로 정비할 필요성이 인정되는 것이다.

## 제5장 결론

대한민국 헌법사에서 현행 헌법의 가장 큰 특징의 하나로 들 수 있는 것은 아마도 1987년 6월 민주항쟁을 통해 쟁취된 대통령직선제 개헌이라는 점일 것이다. 사실 현행 헌법의 탄생 및 전개 과정에서 민주화는 가장 큰 화두였다. 초기 10년 간 민주화 내지 민주개혁이라는 말을 빼고서는 어떤 일에 대해서도 정당성을 인정하지 않으려는 경향이 있을 정도였다. 그러나 민주화가 어느 정도 진전된 이후부터는 법치주의의 강화가 새로운 화두로 떠올랐다. 민주화의 성과를 부정하는 것은 결코 아니지만, 이를 지속적이고 안정적인 발전으로 연결시키기 위해서는 법치의 강화가 무엇보다 중요하다는 점에 대해 공감대가 형성되었던 것이다.

그 과정에서 가장 큰 역할을 수행해 온 것이 헌법재판소라 할 수 있다. 헌법재판소는 설립 초기 그 존재 가치에 대한 논란, 존폐에 대한 위협 등을 겪으면서, 수많은 결정들을 통하여 합헌적 국가질서의 형성·유지에 기여함으로써 자신의 존재의미를 입증하여 왔다. 차츰 헌법소원심판이 활성화됨에 따라 헌법재판소는 국민의 기본권 보장을 위한 최후보루로서 국민의 신뢰를 얻게 되었고, 다른 국가기관에 비해 -그 인적·물적 조직의 양적 취약성에도 불구하고- 결코 뒤지지 않는 위상과 권위를 확보하게 되었던 것이다. 이러한 헌법재판소의 위상과 권위는 앞으로도 당분간 크게 변화되지 않을 것으로 예측할 수 있다. 그러나 최근 정치적 갈등이 극단적인 대립으로 치닫는 경우가 계속되고 있을 뿐만 아니라, 이로 인한 국력의 낭비를 최소화하기 위해서라도 정치적 갈등의 문제들에 대해 - 적어도 절차적인 위헌성의 문제 및 폭력적인 권한침해의 문제 등에 있어서는 - 사법적 통제가 필요하지 않은가 라는 점에 어느 정도 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.

이러한 상황은 헌법재판소로서는 기회일 수도 있고 위기일 수도 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 추상적 규범통제라는 새로운 제도의 도입이 필요해질 수 있고, 이를 통해 헌법재판소의 위상과 권위는 한층 더 높아질 수 있다. 그러나 정치적 분쟁에 사법기관인 헌법재판소가 자칫 잘못 휘말릴 경우에는

오히려 기존의 위상과 국민의 신뢰마저 훼손될 수 있다. 물론 기존의 헌법재판소 결정 가운데 정치적으로 매우 민감한 사건들이 없었던 것은 아니다. 2004년의 노무현 대통령에 대한 탄핵심판 사건<sup>911)</sup>이나, 2004년의 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」에 대한 헌법소원심판 사건<sup>912)</sup>의 경우, 이를 둘러싼 정치적 갈등은 매우 심각한 상황이었고 헌법재판소의 결정이 - 그 결정에 대한 개별적인 찬반의견을 떠나 - 이러한 갈등을 봉합하고 상황을 정리하여 새로운 정치적 발전을 위한 중요한 계기로 작용하였던 것은 분명하다. 당시 헌법재판소도 그 결정들을 내림에 있어 많은 고민을 하였고 나름으로 신중하고 현명한 결정을 내렸다고 평가할 수 있지만<sup>913)</sup> 추상적 규범통제가 도입되어 정치적으로

911) 헌재 2004.5.14. 2004헌나1 결정.

912) 헌재 2004.10.21. 2004헌마554 등 결정.

913) 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」에 대한 헌법소원심판 사건의 경우 결론에 대해서는 이견이 별로 없었지만, 그 논거로서 이른바 관습헌법을 들었던 것에 대해서는 헌법학계에서 매우 날카로운 비판들이 쏟아져 나왔다. 이에 대해 자세한 것은 김경제, “신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정 (2004 헌마 554, 566 병합)의 헌법적 문제점 -적법성요건 판단과 관련하여-”, 「헌법학연구」 제11권 제1호(2005.3), 511~551쪽; 김경제, “신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004 헌마 554, 566 병합)의 헌법적 문제점 - 본안판단과 관련하여”, 공법연구 제33집 제4호(2005.6), 269~306쪽; 김상겸, “성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구 - 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·566과 관련하여 -”, 헌법학연구 제11권 제1호(2005.3), 295~315쪽; 김배원, “국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰 -신행정수도건설특별법 위헌확인결정 2004헌마554·566(병합)사건을 중심으로-”, 「공법학연구」 제5권 제3호(2004.12), 147~188쪽; 남북현, “헌법재판소의 이른바 ‘관습헌법’논리에 대한 비판적 분석 -대상판례: 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등(병합), 헌판집 16-2, 1-”, 「한양법학」 제19집(2006.8), 3~43쪽; 박진완, “헌법재판소 ‘quo vadis’”, 「법학논고」 제21집(경북대학교법학연구소, 2004.12), 135~150쪽; 방승주, “수도가 서울이라는 사실이 과연 관습헌법인가? -헌법재판소 2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합) 신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌결정에 대한 비판-”, 「공법학연구」 제6권 제1호(2005.2), 153~175쪽; 양선숙, “수도-서울 명제의 ‘관습헌법’ 성립에 대한 비판적 검토”, 「법철학연구」 제9권 제2호(2006.12), 231~256쪽; 이종수, “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 선고 2004헌마 554·566(병합))의 헌법적 검토”, 「사회과학연구」 제12집(경원대학교사회과학연구소, 2005.8), 39~61쪽; 장영수, “관습헌법의 의미와 헌법적 한계”, 「사회과학연구」 제12집(경원대학교사회과학연구소, 2005.8), 21~37쪽; 전광석, “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이



로 민감한 사건들이 대량으로 헌법재판소를 향해 몰려올 경우에는 그 부담이 결코 가볍지 않을 것이다.

추상적 규범통제의 도입 문제를 정치적 분쟁의 사법적 해결이라는 측면에서만 바라볼 수는 없다. 위헌적 법률의 통제를 통한 합헌적 국가질서의 유지, 사전적·예방적 기본권 보호의 강화 등도 추상적 규범통제의 중요한 기능이다. 그러나 우리나라에서 추상적 규범통제의 성패를 좌우할 수 있는 가장 중요하면서도 예민한 문제는 정치적 분쟁들의 합리적 해결이라 생각된다. 정치적 분쟁들을 모두 사법적으로 해결하는 것은 결코 가능하지 않으며 바람직하지도 않다. 그러나 소모적인 논쟁으로 시간과 비용을 소요하면서 국민의 불신과 불만만을 양산하는 정치적 대립의 일부라도 헌법재판소의 결정을 통해 덜어낼 수 있다면, 추상적 규범통제의 도입은 성공이라 평가될 수 있을 것이다. 반면에 헌법재판소가 추상적 규범통제에서 특정한 정치세력 또는 정치이념에의 편향성을 보이거나 사법기관의 본질을 벗어난 결정을 내림으로 인하여 그 공정성에 대한 신뢰가 훼손될 경우에는, 권한의 확대에 의한 득보다는, 그로 인한 실이 훨씬 더 클 것이다.

이 보고서에서 추상적 규범통제의 제도화와 관련하여 여러 가지 분석과 다양한 대안을 담고 있는 것은 이러한 문제의식에서 비롯된 것이다. 물론 아무리 훌륭한 제도를 도입한다 하더라도 그 제도를 운영하는 주체가 제도의 본질에 맞지 않게 권한을 행사할 경우 제도의 성공은 기대하기 어렵다.

그러나 제도가 합리적으로 설계되어 있을 경우 제도 운영의 부담이 훨씬 줄어들 것이라는 것 또한 간과하여서는 안 될 것이다. 흔히 제도 자체보다는 제도를 어떤 사람이 어떻게 운용하는지가 더 중요하다는 말을 한다. 그러나 이는 양자택일의 문제가 아니라, 상호 보완적인 관계로 이해되어야 할 것이다. 추상적 규범통제의 제도를 도입함에 있어, 여러 가능한 문제 상황들을 고려하여 합리적으로 구체화하고, 이를 통해 헌법재판관들이 객관적이고 공정하게 헌법재판을 진행할 경우, 최선의 결과를 이끌어 낼 수 있을 것이기 때문이다.

그런 의미에서 추상적 규범통제의 도입은 기회이며, 위기이고, 또한 도전이

---

론적 검토”, 「공법연구」 제33집 제2호(2005.2), 113~138쪽 참조.

다. 이를 통해 헌법재판소의 권한이 확대되고 위상이 높아지는 것 자체가 중요한 것이 아니라, 대한민국의 헌법질서가 한 단계 도약하고 국가작용, 특히 국회 내의 입법작용이 보다 합리화될 수 있다면, 이는 국가전체, 국민 모두를 위해 최선의 선택이라 할 것이다.

이 보고서에서 검토된 사항들이 우리 실정에 맞는 추상적 규범통제 도입을 위한 필요충분조건을 모두 담고 있다고는 생각하지 않는다. 한편으로는 추상적 규범통제의 모델이 될 수 있는 독일의 제도를 깊이 있게 검토하였고,<sup>914)</sup> 다른 한편으로는 추상적 규범통제와 대비되는 예방적 규범통제를 도입하고 있는 프랑스의 헌법재판에 대해서도 심층적으로 분석하였다.<sup>915)</sup> 그리고 그 동안 우리나라의 헌법재판 제도 및 실무경험과 정치현실 등을 고려하여 우리나라에 맞는 추상적 규범통제는 구체적으로 어떤 모습이어야 하는가에 대해서도 다각적인 분석을 해 보았다.<sup>916)</sup> 그러나 주제 자체가 워낙 클 뿐만 아니라 실제 적용 과정에서 발생할 수 있는 다양한 상황들을 빠짐없이 예측하는 것도 어렵기 때문에, 이 보고서의 분석 내지 대안은 불완전할 수밖에 없을 것이다. 그러나 기본 골격을 갖추어 제도를 도입한 이후 시행착오를 통하여 부분적인 수정을 하게 되는 것이 불가피하다는 점을 감안할 때, 이 보고서에 담겨 있는 고민들은 시행착오를 최소화하는데 나름으로 기여할 수 있을 것으로 기대한다. 물론 개별적인 문제에 대한 보다 깊이 있는 연구들이 앞으로 더 많이 수행되면, 추상적 규범통제의 도입과정 내지 시행과정에서의 마찰과 시행착오는 더욱 적어질 수 있을 것이다. 그런 의미에서 이 보고서가 필자들의 의견으로 그치지 않고, 다른 연구자들의, 추상적 규범통제에 대한 관심 및 더욱 깊이 있는 연구를 위한 자극이 되기를 소망한다.

---

914) 이에 대해서는 앞의 「제2장 독일에서 추상적 규범통제의 역할과 성공조건」 참조.

915) 이에 대해서는 앞의 「제3장 프랑스의 규범통제제도의 변화와 그 의미」 참조.

916) 이에 대해서는 앞의 「제4장 국내의 추상적 규범통제도입 논의와 그 전제」 참조.

# 참고문헌

## 1. 한국어 문헌

### 1. 단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김문현/ 정재황/ 한수웅/ 음선필, 「현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 헌법재판연구 제16집, 2005.
- 김영수, 『한국헌법사』, 학문사, 2000.
- 김운용, 『위헌심사론』, 삼지사, 1988.
- 김철수, 『한국헌법사』, 대학출판사, 1988
- 김철용/ 김문현/ 정재황, 『헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구』(헌법재판연구 제4권), 헌법재판소, 1993.6.
- 남복현/ 전학선/ 이경주/ 성선제, 『국제조약과 헌법재판』(헌법재판연구 제18권), 헌법재판소, 2007.
- 박인수/ 조홍석/ 남복현, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 -미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-』(헌법재판연구 제21권), 헌법재판소, 2010.10.
- 성낙인, 『프랑스 헌법학』, 법문사, 1995.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011.
- 장영수/ 김수갑/ 차진아, 『국가조직론』, 법문사, 2010.
- 정종섭, 『헌법소송법』, 박영사, 2010.
- 차진아, 『입법절차의 정당성 판단에 대한 헌법적 연구』, 고려대학교 석사 학위논문, 1999.
- 한국공법학회, 『헌법개정안 연구보고서』, 2006
- 한국헌법학회, 『헌법개정연구: 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서』, 2006.

- 헌법연구자문위원회, 『결과보고서』, 2009.
- 헌법재판소, 『헌법재판소 10년사』, 1998.
- 헌법재판소, 『헌법재판소법 제정 약사』, 2006.
- 헌법재판소, 『헌법재판소 20년사』, 2008.
- 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011.
- Hamilton, Alexander/ Madison James/ Jay John (김동영 옮김),  
『페더럴리스트 페이퍼』, 한울아카데미, 2009.

## 2. 논문

- 권영설, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, 「헌법학연구」 제12권 제1호(2006.3), 37~85쪽.
- 권형준, “헌법보장에 관한 연구 -특히 규범통제제도의 비교를 중심으로 하여-”, 「공법연구」 제30권 제5호(2002), 87~107쪽.
- 김상태, “권한쟁의심판과 기관소송의 관계정립 방안”, 「한양법학」 제22집(2008.2), 163~180쪽.
- 김석현, 한국법의 국제적 정합성의 확보 - 조약의 국내법상 효력을 포함하여, 제4회 한국법률가대회 논문집, 2004. 12.
- 김운용, “국가기관 상호간의 권한쟁의심판 -당사자문제에 관한 독일에서의 판례와 이론을 중심으로-”, 「헌법재판연구」 제3권(1991.12), 140~248쪽.
- 김운용, “헌법재판과 추상적 규범통제”, 「서강법학연구」 제3권(2001.4), 191~208쪽.
- 남북현, “헌법재판의 결정정족수”, 『현대공법과 개인의 권익보호-군재 양승두 교수 화갑기념논문집』, 1994, 983~1003쪽.
- 명재진, “권한쟁의심판제도의 문제점”, 「헌법논총」 제18집(2007), 165~202쪽.
- 명재진, “입법과정에 대한 헌법적 통제 -헌재결 1997.7.16, 96헌라2-”, 「헌법판례연구」 제1권(1999), 275~299쪽.

- 박승호, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의에 관한 현재결정”, 「안암법학」 제11호(2000.8), 1~28쪽.
- 박승호, “권한쟁의심판 -독일의 기관쟁의를 중심으로-”, 「공법연구」 제26집 제1호(1998.5), 351~377쪽.
- 박인수, 대표제 민주주의와 국민투표, 공법연구 제23집 제3호, 2004. 2.
- 배상오, “한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안”, 「법학연구」 제9권 제2호(충남대학교 법학연구소, 1999), 1~35쪽.
- 변해철, 대의제의 보완과 합리화 - 1995년 8월 4일 프랑스 헌법개정을 중심으로, 한국의국어대학교 논문집 제30집, 1997.
- 변해철, 유럽연합조약에 대한 위헌심사 - 프랑스 Conseil constitutionnel, 1992년 4월 9일 결정(Déc. n°92-308 DC), 인권과 정의, 1996. 1.
- 변해철, 프랑스 헌법재판소의 선거에 관한 권한, 현대공법논총, 일암변재욱 박사화갑기념논문집, 1994.
- 석인선, “미국의 의회입법권과 위헌법률심사제의 상호관계”, 「헌법학연구」 제10권 제3호(2004.9), 511~551쪽.
- 신봉기, “권한쟁송법 개정시론”, 「헌법논총」 제6집(1995.12), 371~444쪽.
- 윤명선, “헌법재판제도의 개선방향”, 「경희법학」 제29권 제1호(1994), 81~153쪽.
- 이석연, “국회의 입법과정에 대한 헌법적 통제의 당위성”, 「판례연구」 제11집(서울지방변호사회, 1998.1), 119~131쪽.
- 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 「안암법학」 제2집(1994.8), 133~180쪽.
- 장영수, “헌행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위”, 「법학논집」 제30집(고려대학교 법학연구소, 1994), 31~67쪽.
- 장영수, “국회입법권의 약화와 행정입법의 증가에 대한 비판적 고찰”, 「안암법학」 제8호(1999.2), 25~66쪽.
- 장영수, “규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 39~71쪽.
- 장영수, “신문법 등에 대한 권한쟁의심판(현재 2009.10.29. 2009헌라8등 결정)

- 의 의미와 한계, -권한행사의 위헌성 확인과 그 결과물인 법률의 합헌성이 보여주는 괴리를 중심으로-, 「고시계」 2010.3, 36~47쪽.
- 장영수, “헌법재판소 변형결정의 구속력: 1997년 12월 24일 헌법재판소 결정 96헌마172, 173(병합)”, 「관례연구」 제9집(고려대학교 법학연구소, 1998), 45~79쪽.
- 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 「헌법학연구」 제1집(1995), 302~323쪽.
- 전학선, 개헌논의와 관련된 정부형태 개정논의, 헌법학연구 제12집 제4호, 2006. 11.
- 전학선, 선거에 관한 소송 - 한국과 프랑스를 중심으로 - 한국외국어대학교 석사학위논문, 1993.
- 전학선, 유럽헌법과 프랑스 헌법개정, 유럽헌법연구 창간호, 2007. 6.
- 전학선, 이원정부제의 도입가능성에 관한 연구, 토지공법연구 제41집, 2008. 8.
- 전학선, 프랑스 위헌법률심판에서 심판범위, 외법논집 제8집, 2000. 8.
- 전학선, 프랑스 정치영역에서 남녀평등을 위한 남녀동수법과 헌법개정, 헌법학연구 제14권 제4호, 2008. 12.
- 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학연구 제10권 제1호, 2009. 2.
- 전학선, 프랑스에 있어서의 입법절차에 대한 위헌심사, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6.
- 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2.
- 전학선, 프랑스에서 외국인과 선거, 공법연구 제28집 제3호, 2000. 3.
- 전학선, 프랑스에서 위헌법률심사청구의 취하, 헌법학연구, 제10권 제3호, 2004. 9.
- 전학선, 프랑스에서 헌법재판소에 의한 헌법에 대한 위헌심사, 토지공법연구 제54집, 토지공법학회, 2011. 8.
- 전학선, 프랑스에서 헌법재판소와 의회와의 관계, 세계헌법연구, 제11권 제1호, 2005. 6.

- 전학선, 프랑스에서의 헌법의 수호, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008. 9.
- 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 -1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(Loi référendaire)에 관한 결정을 중심으로-, 헌법학원론 제13권 제1호, 2007. 3.
- 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구 제12권 제1호, 2011. 2.
- 전학선, 프랑스의 위헌법률심사의 결정유형과 그 효력, 판례실무연구(IV), 2000. 9.
- 전학선, 프랑스의 의회해산제도, 공법학연구 제12권 제3호, 2011. 8
- 전학선, 프랑스의 정부형태, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006. 6.
- 전학선, 프랑스의 평등원칙 실현에 관한 연구, 세계헌법연구 제12권 제2호, 2006. 12.
- 전학선, 프랑스의 헌법개정과 헌법의 수호, 국회도서관보, 2009. 7.
- 전학선, 프랑스의 헌법재판소와 기본권보장 외법논집 제9집, 2000.
- 전학선, 한국과 프랑스에서 대통령과 총리의 권한관계, 고시계, 2004. 7.
- 전학선, 한국의 헌법개정과 프랑스 정부형태, 한국과 프랑스의 권력구조, 2004. 3.
- 전학선, 한국의 헌법개정과 프랑스 정부형태, 한국화 프랑스의 권력구조, 아셈연구원 한국프랑스정치학회, 2005.
- 정재황, “국회의 입법절차에 대한 헌법상 통제”, 「고시계」 1998. 2, 70~83쪽.
- 정재황, “헌법재판절차상의 문제점과 극복방안”, 「고시계」 1994.2, 61~80쪽.
- 정재황, 프랑스 1958년 (현행)헌법의 개정, 법학연구 제2권, 홍익대학교 법학연구소, 2000. 12.
- 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구 제18집, 1990.
- 정재황, 헌법재판소의 한정합헌결정, 법과 사회, n°3, 1990. 12.
- 정중섭, “권한쟁의심판에서 처분에 대한 무효확인결정의 가능 여부 - 대상판례: 헌법재판소 1999.7.22. 선고, 98헌라4 결정”, 「헌법판례 연구」 제3권(2001.11), 519~535쪽.

- 정종섭, “주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구”, 「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구」(헌법재판연구 제2권[1991.5]), 7~211쪽.
- 정태호, “국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당”, 『정당과 헌법질서-심천 계획열 박사 화갑기념논문집』, 박영사, 1995, 385~443쪽.
- 차진아, “공포는 법률의 효력발생요건인가? -헌재 2001.4.26. 98헌바79등 결정에 대한 평석-”, 「저스티스」 2007.8, 253~283쪽.
- 차진아, “권한쟁의심판과 법률의 위헌성심사”, 「헌법실무연구」 제11권(헌법재판소, 2010.12), 382~405쪽.
- 차진아, “권한쟁의심판과 위헌법률심판의 충돌에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제1호(2009.3), 381~422쪽.
- 차진아, “대법원의 명령·규칙심사권의 의미와 한계”, 「인권과 정의」 2007.6, 170~194쪽.
- 차진아, “독일의 입법절차에 관한 비교법적 고찰”, 「의정연구」 제25호(2008.6), 131~172쪽.
- 차진아, “입법의 의의와 기능에 부합하는 입법절차형성의 방향”, 「인권과 정의」 2008.6, 101~122쪽.
- 차진아, “재판소원의 도입필요성과 인정범위에 관한 연구”, 「고려법학」 제60호(2011.3), 409~452쪽.
- 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호(2009.12), 73~100쪽.
- 최갑선, “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 「헌법논총」 제7집(1996), 385~424쪽.
- 최희수, “헌법재판의 본질과 헌법재판소의 헌법상 편제 -헌법개정 논의에 부쳐-”, 「공법학연구」 제9권 제4호(2008), 161~187쪽.
- 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입문제 -사전적 규범통제의 도입 문제를 포함하여-”, 「법학연구」 제7집(홍익대학교 법학연구소, 2005), 125~147쪽.
- 허영, “국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의”, 「판례월보」 1997. 11, 9~15쪽.



홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 「강원법학」  
제10권(강원대학교 비교법학연구소, 1998.10), 537~570쪽.

## II. 외국어 문헌

[독일어]

### 1. 단행본

- Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl.,  
Berlin 1933
- Babel, Gisela, Probleme der abstrakten Normenkontreolle, Berlin,  
1965.
- Benda, Ernst / Klein, Eckart: Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr-  
und Handbuch, 2.Aufl., Heidelberg 2001.
- Clinton, Robert Lowry: Marbury v. Madison and judicial  
Review, University Press of Kansas, 1989.
- Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952.
- Goessl, Manfred : Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Eine  
Untersuchung des Art.93 Abs.1 Nr.1 des Grundgesetzes  
und der zu seiner Ausführung ergagene Bestimmung  
des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, Berlin 1961.
- Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik  
Deutschland, 1963.
- Geiger, W., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952.
- Heun, Werner / Starck, Christian: Verfassungsgerichtsbarkeit im  
Rechtsvergleich, Nomos, 2008.
- Heller, Kurt: Der Verfassungsgerichtshof - Entwicklung der

- Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart, Wien 2010.
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., Heidelberg 1995.
- Hillgruber, Christian/Goos, Christoph, Verfassungsprozeßrecht, 2006.
- Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 3.Bd. 2.Hlbd. 1959.
- Lechner, Hans/ Zuck, Rüdiger: Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Kommentar, 5.Aufl., 2006.
- Limbach, Jutta, Das Bundesverfassungsgericht, 2001(독일연방헌법재판소, 정남철 역)
- Lutherhandt, Otto/ Starck, Christian/ Weber, Albrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Teilband 1: Berichte, Baden-Baden 2007.
- Machacek, Rudolf (Hrsg.): Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 6.Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhanlung, Wien 2008.
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG-Kommentar, Bd.II, §76 ff.
- Pestalozza, Christian: Verfassungsprozeßrecht, 3.Aufl., 1991.
- Schlaich, Klaus/ Koriath, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht, 7.Aufl., München 2007.
- Söhn, H, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974.
- Starck, Christian (Hrsg.): Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit

in der Welt - Teil II (Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück), Baden-Baden 2006.

Starck, Christian/ Weber, Albrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 2 Bde., 2. Aufl., 2007.

Tsatsos, Dimitris Th.: Der verwaltungsrechtliche Organstreit: Zur Problematik verwaltungsgerichtlicher Auseinandersetzungen zwischen Organen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, 1969.

Walter, Robert/ Mayer, Heinz/ Kucsko-Stadlmayer, Gabriele: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Aufl., 2007.

Zembsch, Verfahrensaunomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971.

## 2. 논문

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und zur Verfassungsgeschichte-, Frankfurt/Main 1992, S.143~169.

Hesse, Konrad: Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S.71~95, jetzt in: Ernst Forsthoef (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.557~588.

- Heun, Werner: Normenkontrolle, in: Peter Badura/ Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.1. Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß, 2001, S.615~639.
- Lorenz, Dieter: Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1976, S.225~259.
- Löwer, Wolfgang: Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.III. 3.Aufl., 2005, §70, S.1285~1526.
- Lücke, Jörg: Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, JZ 1983, S.380~383.
- Pietzcker, Jost: Organstreit, in: Peter Badura/ Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht,Bd.1, Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß. 2001, S.587~613.
- Renck, Ludwig: Art.93 Abs.1 Nr.1 GG: Prinzipale Norminterpretation oder Organstreit?, DÖV 2004, S.1035~1038.
- Rinken, Alfred: Art.93, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Darmstadt 1984.
- Rozek, J., in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, § 76 (2001)

Scheuner, Ulrich: Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S.229~262, jetzt in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.461~508.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.I, 1.Aufl., Heidelberg 1987, §24, S.987~1043.

Simon, Helmut: §34 Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/ Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin /Newyork, 1994, S.1637~1677.

Söhn, Hartmut: Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I , 1976, S.291~322.

Spanner, Rechtskontrolle von Staatsverträge, in: Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. II, 1966.

Zinn, in: Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutsdlland, 1948/49

[프랑스어]

Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit interne, Rapport public du Conseil d'Etat, 1989.

Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et

- droit français, P.E.S., Hachette Supérieur, 1989.
- François Adam, Olivier Ferrand et Rémy Rioux, Finances publiques, 3e éd., Dalloz, 2010.
- Jean-Marie Auby, L'ultra-petita dans la procédure contentieuse administrative, in Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, 1974.
- Jean-Marie Auby et Rolland Drago, Traité de contentieux administratif, Tome 2, 3e éd., LGDJ, 1984.
- Jean-Marie Auby et Roland Drago, Traité de contentieux administratif, 3e éd., LGDJ, 1984.
- Andreas Auer, La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire, in Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Editions du Conseil de l'Europe, 1996.
- Pierre Avril et Jean Gicquel, Chronique constitutionnelle française, Pouvoirs, n°23, 1982.
- Pierre Avril et Jean Gicquel, Le Conseil constitutionnel, 3e éd., Montchrestien, 1995.
- M Azibert. et M. de Boisdeffre, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA, 1989.
- Robert Badinter, Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant, in Libertés, Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, 1998.
- Robert Badinter et Marcel Long, Avant-propos, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ et Montchrestien, 1988.
- Jean-Claude Balat, La nature juridique de contrôle de

- constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958, PUF, 1983.
- Olivier Beaud et Olivier Cayla, Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel, RDP, 1987.
- G. Berlia, Le mode d'élection du président de la République et la procédure de l'article 11, RDP, 1962.
- Alain Bockel, Le pouvoir discrétionnaire du législateur, in Itinéraires - Etudes en honneur L. HAMON, Economica, 1982.
- Jacques Buisson, Finances publiques, Dalloz, 2009.
- Jean-Pierre Camby, La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait, RDP, 1997.
- Raymond Carre de Malberg, La contribution à la théorie générale de l'Etat, t. II, Sirey, 1922.
- Bernard Chantebout, Droit constitutionnel, 25e éd. Armand Colin, 2008.
- François Chauvel; Finances publiques, 12e éd., Gualino, 2009.
- Conseil constitutionnel, rapport français présenté par à la VIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne, 26-30 avril 1987, in AIJC, III-1987, Economica et PUAM, 1989.
- Jean-Paul Costa au Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat sur le thème «Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat», actes publiés à la LGDJ, Montchrestien, 1988.
- D. Deharbe, Les solutions Koné et Aquarone : un coup d'arrêt à la réception du droit international par le juge

- administratif?, LPA du août 1998.
- Thierry Di Manno, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, *Economica et PUAM*, 1994.
- Thierry Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, *Economica et PUAM*, 1997.
- Gaillaume Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, *Economica et PUAM*, 1991.
- Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2006, pp.146 et s.
- Roland Drago au Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat sur le thème « Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat », actes publiés à la LGDJ, Montchrestien, 1988.
- C. Durant, Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire, Thèse, Rennes, 1954.
- Charles Eisenmann, *Conseil d'Etat et tribunal des conflits*, D., 1938.
- Charles Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957.
- Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse, rééd., *Economica et PUAM*, 1989.
- Claude Emeri et Jean-Louis Seurin, *Chronique constitutionnelle et parlementaire française*, RDP, 1970.



- Louis Favoreu, Du déni justice en droit public français, LGDJ, 1964.
- Louis Favoreu, La délégalisation des textes de formes législative par le Conseil constitutionnel, in *Le juge et le droit public - Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974.
- Louis Favoreu, Le principe de constitutionnalité, Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in *Mélanges Charles EISENMANN - Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Editions Cujas, 1974.
- Louis Favoreu, Le principe du contradictoire dans le contentieux constitutionnel, Rapport au XIIIe Colloque des I.E.J. Aix-en-Provence, 20-22 novembre 1980.
- Louis Favoreu, Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale, RDP, 1984.
- Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986.
- Louis Favoreu, La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution, D., 1986, chron.
- Louis Favoreu, L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, RFDA, 1987.
- Louis Favoreu, Rapport général introductif, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (sous la direction de Louis FAVOREU), Economica et PUAM, 1987.
- Louis Favoreu, Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel, RDP, 1987.

- Louis Favoreu, La politique saisie par le droit, *Economica*, 1988.
- Louis Favoreu, Le référendum sur le référendum ; exemple d'un débat anachronique, *Mélanges en hommages à Maurice Duverger, Droit, institution, et systèmes politiques*, PUF, 1988.
- Louis Favoreu, Dualité ou unité d'ordre juridique ; Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents?, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ et Montchrestien, 1988.
- Louis Favoreu, Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP, 1989.
- Louis Favoreu, Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs*, n° 67, PUF, 1993.
- Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1996.
- Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 3e éd., PUF, 1996.
- Louis Favoreu et Loïc Philip, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, 1991.
- Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 13e éd., 2005.
- Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 14e éd., Dalloz, 2007.
- Lois Favoreu et André Renoux, *Le contentieux Constitutionnel des actes administratifs*, *Economica*, 1992.
- Jean-François Flauss, Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français, *LPA*, 10 et 15 juillet 1992.
- Claude Franck, Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel, *LGDJ*, 1974.
- Marc Frangi, *Constitution et droit privé. Les Droits individuels*

- et les droits économiques, *Economica* et PUAM, 1992.
- Yves Gaudemet, Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ et Montchrestien, 1988.
- Daniel Gaxie, Article 89, in *La Constitution de la République française*, *Economica*, 1987.
- Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Principes directeurs*, Editions S.T.H., 1988.
- Bruno Genevois, *Chronoqne - France : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986*, AIJC, II-1986, 1988.
- Bruno Genevois, *Chronoqne - France : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1987*, AIJC, III-1987, 1989.
- Bruno Genevois, *Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative*, note sous C.C. n°89-268 DC du 29 décembre 1989, RFDA, 1990.
- Bruno Genevois, Note sous C.C. n°92-307 DC du 25 février 1992, RFDA, 1992.
- Bruno Genevois, *Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant*, RFDA, n°5, 1998.
- Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 19e éd., Montchrestien, 2003.
- Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Montchrestien, 2008.
- Constance Grewe, *La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht*, RFDC, n°11, 1997.
- Laurent Habib, *Intervention orale à la Journée d'études du 13*

- mars 1987 sur «le Conseil constitutionnel et les partis politiques», *Economica et PUAM*, 1988.
- Francis Hamon, *L'extension du référendum : données, controverses, perspectives*, *Pouvoirs*, n°77, 1996.
- Francis Hamon, *Le choix d'un système électoral par la voie référendaire*, *RFDC*, 1997.
- Léo Hamon, *Note au D.*, 1963.
- Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels : à propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel*, *D.*, chr, 1974.
- Léo Hamon, *Le Conseil constitutionnel - Un échange avec Paul Thibaud*, *Le débat*, n°43.
- François Hervouet, *Réception du droit communautaire par le par le droit interne des Etats*, *RDP*, 1992.
- Roman Herzog, *Rapport allemand - La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AJJC.*, 1990, Vol. VI, *Economica et PUAM*, 1992.
- Jean-Jacques Israel, *La commission administrative nationale d'évaluation des actions des banques nationalisées non inscrites à la cote officielle*, *RDP*, 1986.
- Hans Kelsen, *La garantie jurisprudentielle de la Constitution, la justice constitutionnelle*, *RDP*, 1928.
- Daniel Labetoulle, *Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel*, in acte de Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat sur le thème «Conseil

- constitutionnel et Conseil d'Etat», LGDJ, Montchrestien, 1988.
- Edouard Laferrère, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, 2e éd., Berger-Levrault, 1986.
- P. Lampué, *Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962*, RDP, 1962.
- E. Langavant, *La collaboration entre les deux ordres de juridictions*, Thèse, Lille, 1954.
- Jacques Larche, *Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'Etat*, AJDA, 1972.
- Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 2e éd., Dalloz, 1997.
- C. Lepage-Jessua, *Bilan et perspectives de la jurisprudence constitutionnelle*, GP, 18-19 novembre 1986.
- François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?* RDP, 1979.
- François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980.
- François Luchaire, *Intervention orale à la Journée d'études du 13 mars 1987 sur «le Conseil constitutionnel et les partis politiques»*, Economica et PUAM, 1988.
- François Luchaire, *Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions ; Une réforme constitutionnelle différée*, RDP, 1990.
- François Luchaire, *L'Union européenne et la Constitution. IIe partie : La révision constitutionnelle. IIIe partie :*

- ommentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, RDP, 1992.
- François Luchaire, Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois financières, RDP, 1997.
- François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attributions, 2 éd., Economica, 1997.
- François Luchaire, Gérard Conac et Gilgut Mangin, Le droit constitutionnel de la cohabitation - Bilan juridique d'une expérience politique 23 mars 1986 - 8 mai 1988, Economica, 1989.
- Didier Maus, Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République (rassemblés par), La Documentation Française, 2e éd., 1982.
- Pierre Mazeaud, Droit communautaire et constitutions nationales, Rapport AN n°2630 du 11 mars 1996.
- Yves Mény, Révolution constitutionnelle et démocratie, Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008.
- Franck Moderne, Complémentarité et compatibilité de décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat?, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ et Montchrestien, 1988.
- Franck Moderne, La déclaration de conformité sous réserve, in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques, Economica et PUAM, 1988.

- Nicolas Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997.
- Jean Morange, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, PUF, 1993 - 변해철 역, 1789년 인간과 시민의 권리선언, 탐구당, 1999.
- Loïc Philip, La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges Kayser, 1979.
- Loïc Philip, La valeur juridique du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges dédiés à Robert PELLOUX, Editions L'HERMES, 1980.
- Loïc Philip, Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'a.C.C.roissement des pouvoirs du juge constitutionnel, RDP, 1983.
- Loïc Philip, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, RFDC, 1997.
- Jean-François Picard, Finances publiques, 2e éd., Litec, 2009.
- Roger Pinto, Article 55, in La Constitution de la république française, Economica, 1987.
- Joël Rideau, Constitution et droit international, RFDC n°2, 1990.
- Jean Rivero, La garantie par le Conseil constitutionnel, à l'o.C.C.asion du contrôle de la Constitution, AJDA, 1971.
- Jean Rivero, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Une nouvelle catégorie constitutionnelle?, D, 1972.

- Jean Rivero, Filtrer le moustique et laisser passer le chameau?, note sous C.C., 80-127 DC du 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté, AJDA, 1981.
- Jean Rivero, Le Conseil constitutionnel et les libertés, Economica et PUAM, 1984.
- Jean Rivero, Rapport de synthèse, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (sous la direction de Louis FAVOREU), Economica et PUAM, 1987.
- Jacques Robert, Propos sur le sauvetage d'une liberté, RDP, 1971.
- Dominique Rousseau, Droit du Contentieux constitutionnel, 4e éd., 1995.
- Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 5e éd., Montchrestien, 1999.
- Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 7e éd., Montchrestien, 2006.
- Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 8e éd., Montchrestien, 2008.
- Henry Roussillon, Le Conseil constitutionnel, 3e éd., Montchrestien, 1996.
- Thierry S. Renoux, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire ; L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel, Economica et PUAM, 1984.
- Thierry S. Renoux, Techniques juridictionnelles et procédurales, AIJC, I-1985, 1987.
- Thierry S. Renoux et Michel de Villiers, Code constitutionnel,



- Litec, 1995.
- Ahmed Salem Ould Bouboutt, L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif, Economica et PUAM, 1987.
- Klaus Schlaich, in débat, Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (sous la direction de Louis FAVOREU), Economica et PUAM, 1987.
- J-E Schoettl, Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ?, LPA, 8 avr. 2003, n°70.
- Olivier Schrameck, Décisions du Conseil constitutionnel, AJDA, 1997.
- Société de législation comparée, 13ème Journées juridiques franco-italiennes, L'effet des décisions des juridictions constitutionnelles à l'égard des juridictions ordinaires, RIDC, Vol. 9, 1987.
- Catherine Teitgen-Colly, Le droit d'asile ; la fin des illusions, AJDA, 1994.
- Philippe Terneyre, La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP, 1985.
- Philippe Terneyre, La procédure législative ordinaire, Table ronde du 29 octobre 1984 in L'apport de la jurisprudence intervenue sur saisine parlementaire, AIJC, I-1985, Economica et PUAM, 1987.
- Dominique Turpin, Contentieux constitutionnel, 2e éd., PUF, 1994.
- Georges Vedel, La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc

- de constitutionnalité”, in La déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence, PUF, 1989.
- Georges Vedel, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d’Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges R. CHAPUS, Montchrestien, 1992.
- Georges Vedel, Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoir, n°67, 1993.
- Georges Vedel, Préface, in Droit du contentieux constitutionnel (Dominique ROUSSEAU), 4e éd., Montchrestien, 1995.
- Georges Vedel, Doctrine et jurisprudence constitutionnelles, RDP, 1989.
- L. Vier, Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées parlementaires, RDP, 1972.
- Marcel Waline, note sous C.C. n°60-8 DC du 11 août 1960, RDP, 1960.
- Elisabeth Zoller, Droit des relations extérieures, PUF, 1992.

## 연구자 약력

### 1. 책임연구자 최희수

- 대구대학교 법학과 졸업
- 고려대학교 대학원 졸업(법학석사, 법학박사)
- 전) 헌법재판소 연구관
- 현) 강원대학교 법학전문대학원 교수

### 2. 공동연구자 전학선

- 한국외국어대학교 법학과 졸업
- 한국외국어대학교 법학석사
- 프랑스 파리XI대학교 법학박사
- 전) 헌법재판소 헌법연구원
- 전) 단국대학교 법학과 교수
- 전) 광운대학교 법과대학 교수
- 현) 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

### 3. 공동연구자 차진아

- 고려대학교 법과대학 및 대학원 졸업(법학학사 및 법학석사)
- 독일 자브뤼켄(Saarbrücken) 대학교 대학원 졸업(법학박사)
- 제39회 사법시험 합격(변호사)
- 현) 서울시립대학교 법학전문대학원 교수
- 현) 서울시 제2인사위원회 위원
- 현) 국세청 국세심사위원회 위원
- 현) 법제처 정책연구용역심의위원회 위원



판 권

소 유

---

헌법재판연구 제22권

추상적 규범통제제도에 관한 고찰

---

2011년 12월 24일 인쇄

2011년 12월 28일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화: (代) 708-3456

인쇄 (주)서라벌 E&P

---

(비매품)

