

정책개발연구

**헌법재판에 있어서 신속한 사건 처리를 위한
제도개선 방안**

2013. 9. 30.

헌법재판소

머 리 말

대한민국은 1948년 헌법을 제정하고 정부를 수립한 이후, 근대화 와 민주화를 달성하기 위한 투쟁과 노력을 기울여 왔고, 1987년 헌법 개정을 통해 헌법재판소를 도입함으로써 헌법주의 (Constitutionalism)를 실질화하였다. 헌법재판소는 1988년 9월 1일 설립되어 25년이 지나는 동안 헌법을 수호하는 최고기관으로서 국민의 기본권을 보장하고, 국가권력의 헌법적 정당성을 규율함으로써 개인의 자유와 행복을 유지하고, 그러한 국가공동체를 존속시키는 데 중요한 역할을 수행하였다.

이 연구용역과제는 헌법재판소가 국민의 기본권 보장과 헌법 수호에 한발 더 다가갈 수 있도록 “헌법재판에 있어서 신속한 사건 처리를 위한 제도개선 방안”을 주제로 연구한 것이다. 우리 헌법재판소법은 제38조 전단에서 “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 하지만 실제로 이 기간을 준수하지 못하고 재판이 지연되는 경우가 발생하여, 헌법 제27조에서 규정하는 국민의 재판청구권을 침해할 수 있다는 우려와 법률규정 위반이라는 비판이 대두되고 있다. 이 연구보고서는 이러한 문제의식을 바탕으로 우리 헌법재판의 현실을 고려하여 헌법재판의 또 다른 가치인 공정한 재판과 권력분립의 원리를 법치주의와 규범조화적으로 개선할 수 있는 법제도적 방안을 제시하고자 하였다.

이 연구보고서는 5인이 역할을 분담하였다. 이효원은 제1장 서론, 제2장 신속한 재판을 받을 권리의 헌법적 의미와 한계, 제7장 결론을, 전종익은 제3장 우리나라 헌법재판절차를, 박진완은 제4장 독일에서의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토를, 김진한은 제6장 미국의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토를, 전학선은 제5장 프랑스의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토를 각각 담당하였다. 연구수행과 관련하여는 소중한 기회를 제공해 주신

헌법재판소와 공법학회의 관계자들에게 깊이 감사드리며, 자료 수집 등을 도와준 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정의 김선량 조교, 일반대학원 석사과정의 고유빈 조교에게도 감사드린다. 이 연구 보고서가 헌법재판의 발전에 기여할 수 있기를 기대한다.

2013년 9월 30일

책임연구원 이효원

목차

제1장 서론

제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위	3
제3절 연구의 특성과 기대효과	9

제2장 신속한 재판을 받을 권리의 헌법적 의미와 한계

제1절 헌법규범적 의미	11
제2절 신속한 재판을 받을 권리에 대한 판례	17
I. 대법원 판례	17
II. 헌법재판소 결정례	21
제3절 신속한 재판을 받을 권리의 한계	26
I. 공정하고 적정한 재판	26
II. 피고인의 방어권 - 공정한 재판을 받을 권리의 핵심	29
III. 심급제도 등 재판의 적정을 위한 장치	30

제3장 우리나라의 헌법재판절차

제1절 현행 헌법재판절차의 특징	32
I. 헌법재판소의 기능	32
II. 헌법재판절차의 특징과 심판기간	34
1. 헌법재판절차의 특징	34

2. 심판기간의 현황과 문제점	37
제2절 법정심판기간	40
I. 헌법재판소법 제38조의 해석과 적용	40
II. 헌법재판소의 판례	44
III. 소결	46
제3절 법원의 재판과 신속한 재판	48
I. 민사소송의 신속한 재판	48
II. 형사소송의 신속한 재판	50
1. 형사소송의 이념과 신속한 재판	50
2. 신속한 형사재판을 위한 제도	51
III. 상고심의 제도개혁과 신속한 재판	53
1. 대법원 및 상고제도의 변천	53
가. 개관	53
나. 대법원의 2원적 구성(1959~1961)	56
다. 2원적 4심제(1961~1963)	59
라. 상고허가제(1981~1990)	61
마. 심리불속행(1994~현재)	63
2. 심리불속행제도의 도입과정	64
IV. 소결	71
제4절 헌법재판의 신속성 강화 방안	72

제4장 독일에서의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토

제1절 서론	79
--------------	----

제2절 기본법 제19조 제4항의 기본권 보장의 문제로서 적절한 기간 내의 권리보호	82
제3절 독일연방헌법재판소법상의 소송기간에 대한 법적 검토	85
I. 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항	85
II. 독일에서의 소송절차의 기간	88
III. 연방헌법재판소법의 개정을 통한 연방헌법재판소법 제97a조 -제97e조의 소송지연소원(Verzögerungsbeschwerde)의 도입	92
IV. 지정재판부의 업무와 소송기간 단축의 문제	98
1. 헌법소원에서의 지정재판부의 결정을 통한 소송기간의 단축	99
2. 지정재판부 권한의 다른 절차에로의 확대	102
V. 재판연구관(wissenschaftliche Mitarbeiter)의 소송지원	102
VI. 헌법소원의 취하(Rücknahme)를 통한 조속한 해결 ..	104
제4절 비전형적인 소송절차의 종료	104
I. 위헌법률심판제청의 보고서(Berichterstattungsschreiben)에 의한 소송절차의 종료	104
II. 합의에 의한 해결(Verständigungslösungen) 그리고 화해 (Vergleich)	106
제5절 유럽인권법원에 의한 독일연방헌법재판소의 소송기간 의 통제	111
제6절 유럽연합법원의 사전결정절차에서의 적절한 시기의 권리보장의 문제	115
제7절 2012년 10월 1일의 지연소원에 대한 독일연방헌법재 판소의 지연소원지정재판부(Beschwerdekammer)의	

결정내용에 대한 검토	119
제8절 한국헌법재판소법 규정, 유럽인권법원 그리고 독일연방헌법재판의 결정에 나타난 판단기준들에 대한 비교법적 검토의 필요성	126
I. 한국 헌법재판소법상의 심판기간규정	128
II. 잠정적 권리보호의 요구실현의 문제로서 가처분의 인정	129
III. 헌법재판에서의 신속한 재판의 요구와 헌법재판의 독립성의 보장	130
IV. 비교헌법적 연구로서 유럽인권협약 제6조 제1항의 검토의 필요성	131
제9절 결론	132

제5장 프랑스 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토

제1절 헌법재판소의 권한과 구성	134
I. 헌법재판소의 권한	134
1. 사법적 권한	134
2. 자문에 관한 권한	137
II. 헌법재판소의 구성과 조직	138
1. 재판관	138
2. 조직	140
제2절 권한별 심판기간과 사건 처리 현황	142
I. 권한별 심판기간	142
1. 사전적 위헌법률심판	142
2. 사후적 위헌법률심판	143

3. 법률과 명령에 대한 판단(헌법 제37조)	144
4. 정부제출 법률안의 제출 조건에 대한 심사(헌법 제39조)	145
5. 의원발의 법률안이나 수정안에 대한 불수리 선언	146
6. 선거에 관한 적법성 통제	146
7. 국민투표에 대한 통제	147
II. 사건 처리 현황	147
1. 위헌법률심판사건 처리현황(2013년 3월까지)	147
2. 선거소송 결정(2013년 3월까지)	148
제3절 헌법재판소의 사건 처리과정과 심판기간	149
I. 헌법재판소의 사건 처리 과정	149
II. 헌법재판소 결정	150
III. 단기간의 심판기간에 대한 분석	153
1. 사전적 위헌법률심판	153
2. 사후적 위헌법률심판	156
3. 대통령 선거와 국회의원 선거, 국민투표	158
제4절 헌법재판절차에서 나타나는 특징과 평가	159
I. 입법절차에서의 행정부의 역할과 헌법재판소	159
II. 평가	165

제6장 미국 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토

제1절 서론	169
제2절 미국 연방대법원의 법적 지위와 역할	171
I. 연방헌법의 제정과 연방대법원의 법적 지위	171
1. 연방사법체계의 형성과 주법원과의 관계	172

2. 연방대법원의 위헌심사권	173
II. 연방대법원의 관할	174
1. 원심관할(Original Jurisdiction)	174
2. 권리상고에 의한 상고관할(Appeal Jurisdiction)	175
3. Certiorari 관할 : certiorari 신청에 의한 상고허가관할 · 176	
제3절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (1) : 상고허가 관할	177
I. 연방대법원의 상고허가관할 제도	177
II. 상고허가관할 창설 및 그 확장에 관한 역사	178
1. 연방순회항소법원의 설립과 상고허가관할의 창설 ····	178
2. 1925년 연방대법원 관할 개혁에 관한 연방입법	179
3. 1988년 입법에 의한 관할 변화	180
III. 연방대법원의 사건선별 기준 및 평의방식	180
1. 사건선별 기준	180
2. 연방대법원의 사건선별의 평의방식	182
IV. 상고허가관할 제도의 전면적 도입의 효과	183
1. 사건부담의 경감 및 신속한 사건 처리의 효과	183
2. 연방대법원의 역할과 기능의 변화	183
3. 당사자, 소송주체들의 노력의 효과적 배치	184
제4절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (2): 약식재판 제도(Summary Disposition)	185
I. 약식재판(Summary Disposition)	185
II. 약식재판의 유형	186
1. 이유를 기재하지 아니한 약식재판(summary disposition without opinion)	186

2. 약식의 파기환송 재판(Summary Reconsideration Order)	187
3. 약식의 이유가 붙은 대법관들의 서명없는 재판(Summary Disposition on the Merits by Per Curiam Opinion)	187
Ⅲ. 약식재판의 평의방법과 그 효력	187
제5절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (3): 당사자가 제출하는 의견서의 제출 횟수 및 분량의 제한	188
Ⅰ. 제도의 의의 및 기능	188
Ⅱ. 제도의 적용범위	189
Ⅲ. 연방대법원 규칙의 구체적인 규율내용	190
1. certiorari 신청단계의 경우	190
2. 상고허가 이후의 단계	191
가. 본안 서면의 제출기간 및 횟수	191
(1) certiorari 신청을 한 당사자(appellant, 이하 ‘청구인’이라고 한다)의 경우	191
(2) 반대당사자의 경우	191
(3) 추가서면	192
나. 의견서의 분량	192
(1) 현재 연방대법원 규칙이 정하고 있는 분량의 한계	192
(2) 서면분량을 초과할 경우 재판부의 사전 허가	192
3. 제도의 효과	193
제6절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (4): 동일 개정기 변론사건에 대한 동일 개정기 재판의 원칙	193
제7절 구두변론 제도의 운영과 신속한 재판의 구현	194
Ⅰ. 연방대법원의 구두변론 제도	194
Ⅱ. 구두변론 절차의 운영과 평의일정	195

1. 구두변론절차의 일정과 평의일정의 결합	195
2. 구두변론절차 일정과 평의일정 결합의 효과	196
제8절 우리 헌법재판제도에 주는 시사점	198
I. 재량에 의한 사건선별 제도의 도입 가능성과 필요성	198
1. 사건 선별의 의미	198
2. 사건선별 제도의 도입 가능성	198
가. 재판소원 제도 도입과 관련	198
나. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판 제도의 개선과 관련	200
3. 사건 선별에 관한 구체적 제도 형성	201
II. 서면의 분량 등의 제한에 관한 제도 도입 가능성과 필요성	202
제9절 결어	203

제7장 신속한 헌법재판을 위한 제도개선방안

제1절 심판절차 체계	205
I. 현행법에 의해서도 가능한 제도개선 - 이른바 ‘합의에 의 한 해결(Verständigungslösungen)’ 또는 화해(Vergleich) 제도 도입여부	205
II. 입법적 해결이 필요한 제도개선	208
1. 지정재판부의 권한확대	208
2. 사전적 위헌법률심판의 도입	210
제2절 재판처리 실무의 개선	216
I. 현행법에 의해서도 가능한 제도개선	216
1. 평의 실무 개선	216

2. 지정재판부의 청구요건 사전심사강화	218
II. 입법적 해결이 필요한 제도개선	220
1. 위헌법률심판제청신청 결정의 원용	220
2. 서면분량 등의 제한에 관한 제도 도입	222
제3절 남소 방지를 위한 제도적 장치	225
I. 현행법에 의해서도 가능한 제도개선 - 공탁금 제도 적극 활용	225
II. 입법적 해결이 필요한 제도개선 - 헌법소원에서 이른바 '소원허가제'의 도입	228

제8장 결론

234

참고 문헌	237
관련 문헌	244

<표 차례>

표 1 [심판사건 평균 처리기간]	38
표 2 [법원조직법상 대법원 구성의 변천]	54
표 3 [대법원 소부 구성의 변천]	55
표 4 [민사상고사건 수의 추이]	59
표 5 [위헌법률심판사건 처리현황(2013년 3월까지)]	147
표 6 [선거소송 결정(2013년 3월까지)]	148
표 7 연방대법원 규칙	181

<그림 차례>

그림 1 [인구 및 전체사건수의 연도별 비교] 14

제1장 서론

제1절 연구의 목적

이 연구의 목적은 헌법재판에 있어서 신속한 사건 처리를 위한 제도를 개선하는 방안을 제시하는 것이다. 헌법재판에 있어서 사건을 신속하게 처리하는 것은 우리 헌법 제27조에서 기본권으로 규정하는 재판청구권의 보장과 헌법상의 기본원리인 법치국가원리의 실현의 문제와 밀접하게 관련된다. 헌법재판을 신속하게 한다는 것은, 헌법재판을 통한 효율적 권리보장의 실체법적인 요구를 어떻게 소송법적인 절차규정상의 기간에 대한 규정을 정확한 준수하여 관철할 것인가라는 단편적인 소송법 규정을 통하여 기본권을 보장하는 문제로 이해할 수도 있다. 그러나 이 문제는 일반법원의 재판과 다른 원리에 의하여 지배되는 헌법해석을 바탕으로 행해지는 헌법재판의 특수성과 최고규범으로서 헌법의 규범력 보장을 위한 헌법재판의 특성에 대한 분석이 전제되어야만 한다. 헌법재판에 대한 오랜 전통을 가지고 있는 독일의 경우에는 독일기본법이나 독일연방헌법재판소법에서 헌법재판의 심판기간에 대한 일반적 규정을 두고 있지 않다. 그 이유는 크게 두 가지 측면에서 접근할 수 있다. 그 첫 번째 이유는 헌법재판의 특성상 법규정을 통한 적절한 심판기간의 확정은 매 사건마다 다양하게 나타날 수 있는 헌법재판사건의 구체적인 특수성의 고려의 요구를 무시할 수 있다는 점이다. 또 다른 이유는 일반적인 심판기간의 강제적 준수를 통한 헌법재판소의 결정의 재측은 헌법재판의 독립과 정확한 결정의 보장의 요구를 침해할 수 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 신속한 처리의 보장의 요구는 우리 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리 그리고 법치국가원리에서 그 근거가 도출될 수 있다.

이러한 점들을 고려해 볼 때 헌법재판의 신속한 처리 보장의

요구는 다른 재판과 구분되는 헌법재판의 특성에 대한 연구 그리고 그와 동시에 5개의 다양한 헌법재판소의 심판사항의 개별적 특성보장의 요구와 조화되는 선에서 인정될 수 있다. 다른 법원의 재판과 마찬가지로 헌법재판도 궁극적으로는 분쟁에 대한 해결기능적 성격을 가진다면, 분쟁의 신속한 해결의 요구는 당연히 헌법재판과 관련된 개별적 사례에서도 충족되어야만 한다. 이와 같이 분쟁해결의 기능이 헌법재판의 신속한 처리에 대한 중요한 규범적 근거가 된다고 할 수 있으므로 헌법재판에 있어서도 신속한 분쟁해결기능의 요구를 충족시키기 위한 법제도적 장치를 보완하고 완성할 필요가 있다. 이 연구는 이와 같은 법이론적, 실증적 연구를 통해 헌법국가의 완성을 위한 규범적 기준을 제기하고자 하는 것이다.

우리 헌법 제27조는 기본권으로서 재판청구권을 보장하고 있다. 그와 동시에 우리 헌법은 법원에 관한 제5장에서 국가의 사법권이 귀속되는 법원의 조직·기능·절차 등에 관하여 규정하고, 헌법재판권의 보장에 대해서는 제6장과 헌법 제107조 제1항에서 규정하고 있다. 이렇게 사법권과 헌법재판권을 구분하고 있는 우리 헌법에서는 법원의 재판을 받을 권리는 헌법 제27조 제1항, 헌법 제101조 제1항에 의하여 보장되고, 헌법재판을 받을 권리는 헌법 제27조 제1항과 헌법 제111조 제1항에 의하여 보장된다. 따라서 우리 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 속의 재판에는 민사재판·형사재판·행정재판·헌법재판 등이 있으므로, 재판을 받을 권리라 함은 구체적으로 민사재판청구권·형사재판청구권·행정재판청구권·헌법재판청구권 등을 의미한다. 특히, 재판청구권의 보장과 관련하여 우리 헌법은 제27조 제3항에서 「모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.」고 규정하여 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 이것은 사법권의 독립이 보장되고 헌법과 법률에 의하여 자격이 인정된 법관에 의한 적정하고, 신속한 경제적인 재판을 받을 권리를 헌법적으로 규범화한 것이다.

기본권으로서 재판청구권은 국민에게 그와 같은 재판원칙을 보

장함으로써 기본적 인권을 보장하고 법적 정의를 실현하려는 것이다. 헌법에 의하여 보장되는 기본권 침해에 대한 가장 중요한 사후구제절차로서 재판청구권은 법관의 법(헌법)과 법률에 대한 구속(Bindung des Richters an Recht und Gesetz)에 의하여 합헌적인 법률에 의한 재판을 받을 권리이다. 이런 점을 고려해 볼 때 헌법재판에서의 신속한 사건 처리를 위한 제도개선방안에 대한 연구는 기본권으로서 재판청구권의 보장의 핵심적 보호영역의 실현의 문제가 된다. 이러한 제도개선에 대한 요구는 법원뿐만 아니라 입법자에 대해서도 수용 가능한 소송절차기간의 보장을 요구한다. 그리고 더 나아가서 이 연구는 이러한 기본권적 요구의 입법작용, 집행작용 그리고 사법작용에 의한 제도적 실현과정에 대한 분석도 요구한다. 이러한 점을 고려해 볼 때 이에 대한 연구를 통해 개인의 기본권을 실질적으로 보장하고 헌법규범의 실효성을 제고하기 위하여 필요한 규범적 기준을 도출할 수 있을 것이다.

제2절 연구의 범위

이 연구는 헌법재판의 일반적인 이론적 연구를 토대로 하여 그 절차법적 제도의 분석과 헌법정책적인 관점을 바탕으로 일정한 연구범위를 제한할 필요가 있다. 독일 기본법(Grundgesetz) 제19조 제4항 그리고 스위스(Schweiz)의 연방헌법(Bundesverfassung) 제29a조에 보장된 사법적 구제보장(Rechtswegsgarantie)은 국가법원에 대한 재판청구권을 보장하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법 제27조의 재판청구권 보장과는 달리 「공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려있다. 다른 관할권의 이유가 없는 한, 통상적 권리구제절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문은 그대로 적용된다.」고 규정하고 있는 독일 기본법 제19조 제4항은 공권력에 의한 권리침해에 대한 보호(Rechtsschutz gegen öffentliche Gewalt)만을 규정하고 있다. 기본권 침해에 대한 사법

적 구제의 보장으로서 재판청구권의 보장은 효과적인 권리보호를 위한 기본권(Recht auf effektiven Rechtsschutz)으로서 기능의 보장뿐만 아니라 법치국가원리의 반영의 결과이다¹⁾. 이런 점에서 볼 때 우리 헌법 제27조의 재판청구권의 보장은 법치국가실현의 핵심적 내용을 구성하는 일반적 권리보호를 위한 사법권의 보장, 즉 우리 헌법 제101조의 사법권의 행사와 헌법 제111조의 헌법재판권의 행사와 밀접한 관련성을 가지고 있으므로 연구목적은 달성하기 위해서는 다음 사항을 주된 연구범위로 설정하고자 한다.

첫째, 신속한 재판을 받을 권리에 대한 헌법적 의미와 한계를 규명하고자 한다. 이는 헌법재판을 신속하게 운영하는 제도를 도출하기 위한 법이론적 기초로서 헌법재판작용도 역시 우리 헌법 제27조에서 규정하는 국민의 재판청구권을 바탕으로 하기 때문이다. 재판청구권은 신속한 재판을 받을 권리를 포함하는데, 그것이 헌법규범적으로 어떠한 의미를 가지며, 헌법의 전체 규범체계에서 어떠한 위상을 가지는 것인지를 먼저 규명함으로써 신속한 헌법재판을 받을 권리가 지향하는 헌법가치를 설정할 수 있을 것이다. 이를 위해서 신속한 재판을 받을 권리에 대하여 헌법재판소와 대법원이 채택하고 있는 판례를 검토하고, 이를 바탕으로 신속한 재판을 받을 권리의 헌법적 한계를 제시하고자 한다. 신속한 재판이 중요하다고 하더라도 이것이 헌법이 지향하는 유일한 가치가 아니므로 재판청구권이 보장하는 또 다른 헌법적 가치와 규범적으로 조화를 이루어야 할 것이다. 즉, 신속한 재판을 받을 권리는 공정하고 적정한 재판을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리의 핵심을 이루는 피고인의 방어권, 그리고 심급제도를 비롯한 재판의 적정성을 보장하기 위한 제도적 장치에 의해서 일정한 한계를 가진다고 할 것이다.

특히, 우리 헌법 제27조 제1항의 재판청구권의 구성요소로서 효율적인 권리보장의 요구로부터 심판기간의 보장에 대한 구체적인

1) Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl., München 2009, § 44 Rn. 3.

요구를 도출해 낼 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 효율적인 권리보장의 원칙이 적당한 기간의 범위 내에서 확정적인 법원의 결정이 내려질 것을 요구함에도 불구하고²⁾, 법원의 결정이 내려지는 엄격한 시간적 범위를 확정할 수 없는 이유는, 엄격하게 설정된 시간적 범위 내에서 법원의 결정이 내려지는 것을 강제하는 것은 헌법에 의하여 보장된 법원의 독립과 충돌할 수 있기 때문이다³⁾. 이런 점을 고려해 볼 때 헌법재판의 신속한 처리보장의 요구의 한계는 헌법재판의 독립보장과 올바른 결정을 위한 시간적 범위의 보장의 요구이다. 이와 관련하여 헌법재판의 심판기간의 강제가 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부에 대한 실체법적 검토가 행해지게 된다.

둘째, 우리나라의 헌법재판절차의 특징과 문제점을 신속한 재판을 받을 권리의 관점에서 분석하고자 한다. 현재 우리나라의 헌법재판절차에 있어서 신속한 재판을 받을 권리를 보장하고, 재판의 효율성과 경제성을 확보하기 위해 채택하고 있는 제도적 장치를 살펴보고 그 장단점을 분석하는 것은 신속한 재판을 실현하기 위한 보다 새로운 법제도를 제시하는 기초가 될 것이다. 우리나라의 헌법재판제도의 연원을 기초로 그 특성을 개괄하고, 헌법재판절차의 특징으로서 심판기간을 중점적으로 분석하여 그 현황과 문제점을 실증적으로 제시하고자 한다. 이와 함께 헌법재판 이외의 사법작용, 즉 민사재판, 형사재판 등에서 신속한 재판을 실현하기 위한 제도적 장치를 검토하고, 특히 심급구조에 있어서 상고심을 제한하는 법제도를 분석하여 헌법재판의 신속성을 도모하는데 참고하고자 한다.

우리 헌법 제27조 제1항의 재판청구권의 보장은 효율적인 권리보호(effektiver Rechtsschutz)를 보장한다. 독일 기본법 제19조 제4항의 효율적인 권리보호의 명령은 적절한 시간 안에서의 권리보

2) BVerfGE 54, 39 (41).

3) Michael Kloepfer, Verfassungsrecht II - Grundrechte -, München 2010, § 74 25.

호, 즉 다툼의 대상이 되는 법률관계를 적절한 시간적 범위 내에서 해결할 것을 요구한다.⁴⁾ 이러한 시간적 범위의 적절성 여부에 대한 판단은 단지 개별적 사례 속의 모든 상황을 고려해서 해야만 한다. 이와 관련하여 법원은 소송절차의 전체적 진행기간을 고려해야만 하고, 소송의 진행 기간이 늘어나는 경우에는 점진적으로 소송절차의 신속한 진행을 위하여 노력해야만 한다⁵⁾. 그럼에도 불구하고 이러한 소송절차의 신속한 진행과 빠른 법원의 결정의 요구는 소송절차규정의 정확한 준수와 정당한 결정의 요구와 서로 대립되게 된다. 이러한 점을 고려해 볼 때 헌법재판에서의 신속한 사건 처리의 요구는 효율적인 권리보장의 요구로서 소송절차의 신속한 진행과 재빠른 결정의 요구를 헌법재판의 소송진행에 관한 관련규정의 정확한 준수와 올바른 결정의 요청을 어떻게 잘 조화시킬 것인가 하는 문제이다. 우리 헌법질서 하에서의 헌법재판의 심판기간에 대한 소송절차규정은 「헌법재판소는 심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 중국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다.」고 규정하고 있는 헌법재판소법 제38조이다. 대부분의 심판사건의 처리기간이 심판사건을 접수한 날로부터 180일을 넘기고 있는 헌법재판의 현실적인 소송의 진행 관행을 살펴볼 때 이 소송절차규정의 정확한 준수는 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다. 이러한 까닭에 헌법재판소도 이 규정을 훈시규정으로 해석하고 있다. 헌법적 가치의 다양성, 복잡성, 난이성 뿐만 아니라 가변적인 발전가능성까지도 고려해야만 하는 헌법재판의 특성상 모든 헌법재판사건을 일률적으로 180일 이내에 심판한다는 것은 무리이다. 독일 연방헌법재판소법 역시 심판기간에 대한 제한규정을 별도로 두고 있지 않고 있다.

헌법소송절차와 관련된 기간(Fristen)은 법률(Gesetz)이 법원이 나 법원근무자에게 직무행위를 위해서 설정하거나, 절차를 연기하

4) BVerfGE 54, 39 (41); 55, 349 (369); 60, 253 (269); 93, 1 (13).

5) BVerfG, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 BvR 232/11.

거나 중지하기 위하여 부여한 비실제적(uneigentliche Fristen) 기간과 대조적으로 주어진 시간적 범위 내에서 행위나 준비작업을 할 수 있는 실제적 기간(eigentliche Fristen)으로 구분할 수 있다⁶⁾. 우리 헌법재판의 심판기간을 규정하고 있는 헌법재판소법의 규정이 실제적 기간으로 해석될 수 있도록 하기 위해서는 우선적으로 헌법소송법적인 측면에서의 기간의 개념에 대한 분석과 적절한 심판기간의 설정에 대한 다양한 측면에서 구체적인 통계연구분석이 필요하다고 볼 수 있다.

셋째, 헌법재판에 관한 오랜 전통과 이론적 연구가 선행된 다른 나라의 사례를 비교법적으로 검토하여 그 역사적인 발전과정에서 발생한 다양한 장점과 단점을 비교하여 우리나라의 헌법재판을 개선하는데 참고하고자 한다. 특히, 독일, 프랑스, 미국 등 다양한 역사적 전통과 상이한 문화적 배경으로 헌법재판을 운영한 경험은 우리에게 유익한 시사점을 제공할 수 있을 것이다. 특히, 유럽인권협약(EMRK) 제6조 제1항 제1문과 유럽연합의 기본권 헌장(Charter der Grundrechte der Europäischen Union) 제47조 제2항은 적절한 기간 내에서 법원의 재판을 권리를 보장하고 있다. 즉, 유럽인권협약 제6조 제1항의 적절한 기간의 보장과 관련하여 어떠한 확정적인 시간적 한계는 제시될 수 없다. 유럽인권법원은 각 사례마다 개별적으로 적정한 시간적 범위를 결정하고, 각 사례의 특별성을 고려하고 있다⁷⁾. 이러한 점을 고려해 볼 때 유럽인권법원이 각 개별적 사례에서 적절한 시간적 범위로 제시한 내용들은 중요한 비교헌법적 연구로서의 의미를 가진다. 이것은 결국 헌법재판에 있어서 일반적인 심판기간의 강제는 특별한 의미가 없다는 비교헌법적 분석의 근거도 될 수 있다.

이러한 유럽인권협약 제6조 제1항 제1문의 해석과 관련하여 유럽인권법원(EGMR)이 제시한 적절한 시간적 설정기준들에 대해서

6) Vgl. Hans Rechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München 2006, Vor § 17 Rn. 46.

7) Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Artikel 6 Rn. 199 f..

독일의 법원들은 항상 만족하지 않았다. 그러한 까닭에 독일은 여러 번 유럽인권법원에 의하여 많은 비난을 받게 되었다⁸⁾. 유럽인권협약의 준수와 관련하여 유럽인권법원에 대한 개인소원제도가 도입됨으로 인하여 독일연방헌법재판소의 결정이 유럽인권법원의 통제를 받는 상황에서, 독일헌법재판소의 결정이 지연되는 것은 독일의 국내적 권리보장 그리고 유럽인권법원에 대하여 어떠한 의미를 가지는가에 대한 분석도 매우 중요한 의미를 가진다.⁹⁾ 이러한 외국의 사례를 검토함에 있어서 헌법재판에 있어서 잠정적 권리보호의 요구실현의 문제로서 가처분제도에 대해서도 이를 신속한 재판의 관점에서 검토하고자 한다.

헌법재판의 신속한 처리요구가 관철되지 않는 경우에 있어서 제기되는 잠정적 권리보장의 요구는 헌법재판에서 가처분 인정의 요구이다. 본안에 대한 결정에 앞서서 가처분을 인정하지 않으면 헌법질서나 국가작용 또는 가처분을 신청한 신청인에게 중대하고도 회복할 수 없는 불이익이 발생하는 경우에는 헌법재판소는 가처분을 할 필요가 있다. 가처분의 인정에 있어서 본안판단의 결과에 대한 형량에 있어서 이중가설(Doppelhypothese in eine Folgenabwägung)에도 불구하고, 헌법재판에서의 가처분의 인정의 근거는 기본권 침해의 회복불가능성에서 찾아야만 한다¹⁰⁾. 왜냐하면 가처분이 인정되지 않는다면 헌법재판소가 본안사건에 대한 결정을 하여도 본안사건에 대한 결정이 있기 전까지 다툼의 대상이 되는 법관계가 정지되고 않고 그대로 방치되어서, 즉 그러한 법상태가 계속 진행되어서 더 이상 돌이킬 수 없는 상태가 확정되어서 권리의 주체나 법질서에 회복할 수 없는 불이익을 야기할 수 있기 때문이다. 따라서 회복이 불가능한 권리침해의 위협이 존재하는 경우에 있어서 잠정적인 권리보호의 보장은 권리보호보장의 본질

8) Michael Kloepfer, 앞의 책, § 74, Rn. 26.

9) Christian Tomuschaft, The Effect of the Judgements of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court, German Law Journal 11 (2010), p. 515.

10) Rechner/Zuck, 앞의 책, § 32 Rn. 22.

적 구성요소에 해당한다고 볼 수 있다¹¹⁾. 이러한 점을 고려해 볼 때 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 등 모두 5가지의 헌법재판소의 관장사항에서의 가치분 인정여부에 대한 검토도 이에 대한 보완적 연구로서 중요한 의미를 가진다. 위헌정당해산심판과 권한쟁의심판의 경우에는 이미 헌법재판소법에 가치분규정(제57조, 제65조)을 두고 있다.

제3절 연구의 특성과 기대효과

이 연구의 특징은 헌법재판의 신속한 처리를 위한 제도개선방안에 대한 연구라는 점에서 독일, 프랑스, 미국의 헌법재판제도의 유형에 대한 비교법적 분석을 시도한다. 이것은 이 용역연구의 중요한 장점이 되는 동시에 신속한 헌법재판을 받을 권리의 보장여부와 관련된 다양한 비교헌법적 연구의 수용이라는 기대효과도 충족시킨다.

그리고 이 연구용역 핵심주제는 궁극적으로는 개인의 권리보장의 요구와 헌법재판의 독립과 정당한 결정보장 요구의 조화실현의 문제로서 헌법재판에서 심판기간의 확정과 심판기간의 준수에 대한 강제적 효력의 인정여부의 정당화를 실현시킬 제도적 메커니즘에 대한 분석이다. 헌법질서를 보장하기 위한 헌법재판제도는 헌법의 우위와 기본권에 대한 국가권력의 구속을 전제로 한다. 이러한 헌법재판의 신속한 처리를 위한 제도개선방안에 대한 연구는 궁극적으로 헌법의 규범력을 신속하게 실현하기 위한 수단이 된다.

이 연구보고서는 우리나라의 헌법재판제도의 현황과 문제점을

11) BVerfGE 79, 69 (74); Peter Michael Huber, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, München 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 479.

바탕으로 하고, 외국의 헌법재판제도를 비교법적으로 검토하여 이를 우리나라의 헌법재판을 개선하는데 활용하고자 하는 목적을 달성하기 위해서 최종적인 제도적 개선방안을 제시하고자 한다. 이는 헌법재판에 있어서 심판절차 체계의 조정, 관련 법령의 정비, 헌법재판처리 실무의 개선, 남소 방지를 위한 제도적 장치 등으로 그 범주를 나누어 구체적인 개선방안을 제시함으로써 헌법재판을 보다 국민의 기본권을 보장하고 헌법적 가치를 제대로 실현하는 장치로 만들어 갈 수 있을 것이다.

제2장 신속한 재판을 받을 권리의 헌법적 의미와 한계

제1절 헌법규범적 의미

재판이 부당하게 지연되지 않고 적정한 시점 내에서 이루어지는 것은 중요하다. 왜냐하면 재판이 아무리 공정하게 이루어지더라도 재판이 신속하게 이루어지지 않는다면 국민에게 부당한 고통을 가할 수 있어 본래의 목적을 달성하지 못할 가능성이 크기 때문이다.¹²⁾ 이렇듯 국민에게 신속한 재판을 받을 권리를 보장하는 것은 국민의 인권 보장과 권리 구제를 위해 반드시 필요하다. 이러한 필요성 때문에 신속한 재판을 받을 권리는 역사적으로 보장이 되게 되었으며, 세계 각국의 헌법에서도 공통적으로 신속한 재판에 관한 규정¹³⁾을 두고 있다. 우리 헌법에서도 제27조 제3항에 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 신속한 재판 받을 권리를 보장하고 있다.

이 조항의 헌법규범적 의미는 최근 들어 주목을 받았다. 현실적으로 접근했을 때 법원의 업무 폭증은 재판의 장기화를 가져왔고, 재판의 장기화는 재판당사자에게 필요이상의 고통을 부여하였다. 나아가 재판이 종결되었다 하더라도 이미 상당한 기간이 경과하여 당사자의 실질적 권리구제에 실기하는 경우¹⁴⁾가 다반사였다. 이에

12) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2013년, 828면; 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006년, 636면.

13) 미국의 경우 수정헌법 제6조(공정한 재판을 받을 권리)에서, 일본의 경우 일본국헌법(昭和21년 [1946년] 11월 3일 제정) 제37조 제1항에서, 유럽의 경우 유럽인권협약 제5조 및 제6조에서 각각 신속한 재판을 받을 권리가 명시되어 있다.

14) 대표적인 사례로 현대미포조선 노조의 김석진씨의 경우 회사에서 해고를 당하여 1997년 4월에 복직무효소송을 제기하여 그 확정판결은 소송제기 시부터 5년 5개월이 지난 2005년 7월에 중국 승소하였다(한

재판을 통한 정의실현은 공정하고 적정한 재판 뿐 아니라 신속한 재판도 수반되어야 한다는 공감대가 형성되어 학계나 실무계에서 활발한 논의가 이루어지게 된 것이다.

신속한 재판을 받을 권리의 헌법규범적 의미는 ‘신속’한 재판의 규범적 의미 분석에서 시작된다. 먼저 ‘신속’의 규범적 의미는 단순하게 재판의 과정이 시간적으로 신속하게 이루어져야 한다는 것에 국한되지 않는다. 왜냐하면 재판은 구체적 사건에 관한 정의확립과정으로 실체에 부합하는 재판이야말로 가장 본질적인 것이기 때문이다. 따라서 ‘신속’한 재판은 ‘적정’한 재판을 하는데 필요한 기간을 넘어 부당하게 지연됨이 없는 재판이어야 한다.¹⁵⁾ 또한 ‘신속’은 그 내용으로 볼 때 재판기간의 시간적 단축 외에도 재판절차의 효율적인 진행도 포함하고 있다. 헌법재판소는 ‘신속’한 재판에 대하여 마찬가지로의 입장을 견지하고 있다.

“헌법 제27조 제3항에 의하여 보장되는 신속한 재판을 받을 권리의 ‘신속’의 개념에는 분쟁해결의 시간적 단축과 아울러 효율적인 절차의 운영이라는 요소도 포함되며, 특히 부동산강제집행절차는 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 판결절차에 있어서보다 신속성의 요청은 더욱 강하게 요구된다.”¹⁶⁾

“헌법은 제27조에서 국민의 권리구제 및 분쟁해결 수단으로 재판청구권을 보장하고 있는바, 실효적인 권리구제를 위해서는 우선 재판의 공정성과 적법절차가 확보되어야 하고, 아울러 적절한 기간 내에 권리구제절차가 이루어지도록 재판의 신속성도 요청된다. 아무리 공정하고 적정한 재판이라 하더라도 그 재판의 종결이 지나치게 지연되는 경우에는 당사자가 재판에서 종국적으로 승소하더라도 권리구제의 실효를 거둘 수 없게 되거나 또는 그 의미가 반감될 수 있다. 나아가 상당한 정도를 넘는 재판의 지연은 당사

상희, “신속한 재판을 받을 권리: 유럽인권재판소의 결정례를 중심으로”, 『공법학연구』 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2008, 5면.

15) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006년, 636면.

16) 헌재 2007. 3. 29. 2004헌바93

자의 법적 지위를 불안정한 상태에 놓이게 하여 미래의 삶을 예측하기 어려운 상태에 처하게 하고, 일상적인 생활에서 정신적·신체적 활동을 제약하며, 경우에 따라서는 소송비용의 증가 등 재산적 손해도 발생하게 할 수 있다. 그러므로 헌법 제27조 제3항은 사법절차상 기본권 중의 하나로 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있는 것이다.”

그런데 헌법 제27조에 의하여 국민에게 보장된 재판청구권에는 법치주의의 이념상 본질적 요소인 동시에 효과적 권리구제를 위한 필수적 요소인 재판의 공정 및 적법절차의 요청이 내재되어 있으므로, 재판의 신속 내지 효율성만을 강조하여 재판의 공정 내지 적정을 훼손하는 일이 있어서는 아니 될 것이다. 따라서 여기에서 ‘신속한 재판’이라 함은 공정하고 적정한 재판을 하는 데 필요한 기간을 넘어 부당하게 지연됨이 없는 재판을 말한다고 할 것이다.

“이러한 신속한 재판을 받을 권리를 실현하는 구체적인 방법으로는, 소송절차에서 단계별로 소송을 촉진하는 수단을 적절히 배치하거나, 효율적인 소송절차의 운영을 위하여 필요한 인적·물적 시설을 확충하는 등 여러 가지 방안이 있을 수 있는바, 사법절차적 기본권으로서의 청구권적 성격을 고려할 때 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위한 방법들은 헌법 규정으로부터 곧바로 도출되는 것이 아니고 구체적인 입법형성을 필요로 한다.”¹⁷⁾

다음으로 신속한 재판을 받을 권리의 법적 성격을 살펴본다. 재판의 신속성은 사건의 난이도, 사건수¹⁸⁾, 법원 인적·물적 토대의 구축정도 등 외부적 여건에 좌우되므로 신속한 재판을 받을 권리는 위와 같은 인적·물적 토대를 형성하는 입법을 필요로 한다. 이렇게 볼 때 신속한 재판을 받을 권리가 과연 구체적인 권리(기본권)의 성격을 가지는지 여부가 문제된다. 이는 헌법상 사회권적 기본권의 법적 성격문제와 궤를 같이 하는 것이다.

17) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732

18) 대한민국 법원, 사법연감, 2011년 사건의 개황, 인구 및 전체사건수의 연도별 비교

]따라서 신속한 재판을 받을 권리의 법적 성격에 대하여 ① 위 권리는 국가의 정치적 강령을 헌법에 선언한 것에 불과하여 현실적으로 국가의 입법이 있을 때 구체적 권리성을 갖게 된다는 입법 방침규정설, ② 위 권리는 개인에게 주관적 권리를 부여하긴 하지만 여러 가지 가치의 형량에 의해 구체적인 권리가 된다고 하는 원칙규범설, ③ 위 권리는 헌법규범화 되었으므로 그 규범성을 부인할 수 없으나 구체적인 입법이 없는 경우에는 구체적 권리성이 부인된다는 추상적권리설, ④ 위 권리는 헌법에 규정되어 있는 이상 규범성을 띠며, 이는 국가로 하여금 일정한 헌법적 의무를 부여하여 결국 구체적 권리성을 띠는 구체적권리설이 제기될 수 있다.¹⁹⁾

헌법재판소는 헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하고, 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 이 헌법 규정으로부터 직접 발생하지 아니한다고 판시한 바 있다.

“신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형

인구 및 전체사건수의 연도별 비교-접수(표 2)

연도	구분		전체사건		소송사건				비소송사건 (등기, 가족관계 등록, 공탁)	
	인구		사건수		본안사건		본안외사건		사건수	
	인구수	지수	사건수	지수	사건수	지수	사건수	지수	사건수	지수
2002	48,229,000	100.0	18,454,961	100.0	1,405,956	100.0	4,320,888	100.0	12,728,117	100.0
2003	48,386,000	100.3	19,049,082	103.2	1,545,934	110.0	4,908,844	113.6	12,594,304	98.9
2004	48,583,000	100.7	17,900,310	97.0	1,611,528	114.6	4,666,162	108.0	11,622,620	91.3
2005	48,782,000	101.1	18,087,554	98.0	1,520,532	108.1	4,037,371	93.4	12,520,651	98.4
2006	48,991,000	101.6	18,870,971	102.3	1,704,716	121.2	3,928,113	90.9	13,238,082	104.0
2007	49,268,000	102.2	18,317,691	99.3	1,670,475	118.8	4,392,571	101.7	12,254,645	96.3
2008	49,540,000	102.7	18,402,098	99.7	1,753,088	124.7	4,592,473	106.3	12,056,537	94.7
2009	49,773,000	103.2	17,910,728	97.1	1,594,952	113.4	4,750,487	109.9	11,565,289	90.9
2010	50,515,000	104.7	17,405,933	94.3	1,482,074	105.4	4,734,122	109.6	11,189,737	87.9
2011	50,734,000	105.2	18,295,844	99.1	1,503,696	107.0	4,784,127	110.7	12,008,021	94.3

주: 1. 인구수는 통계청 홈페이지(stat-korea) 주민등록인구에 의한 것임(1,000 미만은 버림).
2. 비소송사건 중 등기사건은 등·초판발급건수를 제외한 등기신청사건만을 파악한 것임.

19) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2012년, 728면 이하 참조. 위 교재에서는 사회적 기본권의 법적성격에 대해 논의되고 있으나 국가의 입법조치에 의해 기본권의 내용이 구체화된다는 측면에서 신속한 재판을 받을 권리도 마찬가지로 논의가 이루어질 수 있다

성이 필요하고, 신속한 재판을 위해서 적정한 판결선고기일을 정하는 것은 법률상 쟁점의 난이도, 개별사건의 특수상황, 접수된 사건량 등 여러 가지 요소를 복합적으로 고려하여 결정되어야 할 사항인데, 이때 관할 법원에게는 광범위한 재량권이 부여되므로 법률에 의한 구체적 형성없이 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 발생하지 아니한다.”²⁰⁾

살피건대, 신속한 재판을 받을 권리는 헌법에 규정되어 있으므로 그 규범성을 부인하여서는 아니된다. 국가의 최고규범인 헌법에 일정한 기본권을 규범화해놓고도 그 규범성을 부인한다면 법치국가원리에 정면으로 반하는 것이고, 아울러 그와 같은 규범성의 예외를 인정해주면 국가에 통치의 자의를 부여하는 것에 다름없게 된다. 따라서 신속한 재판을 받을 권리는 구체적 권리로서 규범성을 확보하고 있고, 일정한 사안에서 재판규범으로 작용한다고 보아야 할 것이다.²¹⁾ 만약 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 입법이 있는 경우 위헌법률심판 또는 헌법소원에 의해 규범통제가 행해질 수 있고, 나아가 국가가 신속한 재판을 받을 권리를 확보하기 위한 입법을 전혀 하지 않는 경우 입법부작위를 이유로 한 헌법소원도 가능하다고 할 것이다.²²⁾²³⁾

다만, 권리구제의 방법과 관련하여 국가의 재정 정도 등이 고려될 수 있고, 그에 따라 국가에 자유권적 기본권 보다는 다소 광범

20) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75

21) 한상희, 앞의 논문, 29면.

22) 헌법재판소는 “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다”고 판시한바 있다(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 2002년도 국민기초생활보장최저생계비 위헌확인)

23) Capuano vs. Italy(Appl 9381/81) 사건. 위 사건은 재산권침해를 이유로 1977년 1월 10일 이탈리아 법정에서 소송이 제기된지 10년이 지나도록 항소심절차조차 제대로 종결되지 않은 사건으로 유럽인권재판소는 재판기일 지정이 지나치게 지체되어 이는 신속한 재판을 받을 수 있는 유럽인권협약 제6조 위반이 된다고 판시한 바 있다.

위한 입법재량이 부여될 수 있다는 특수성은 받아들여야 할 것으로 본다.

한편, 신속한 재판을 받을 권리의 주체와 관련된 문제를 검토하기로 한다. 우리 헌법 제27조 제3항에서는 ‘모든 국민’은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있다. 비교법적으로 검토하였을 때 우리 헌법에서 신속한 재판을 받을 권리를 가지는 주체로 ‘모든 국민’을 설정해 놓은 것은 주목할 만한 사항이다. 신속한 재판을 받을 권리의 주체에 대해서 미국에서는 피고인, 캐나다에서는 기소된 사람, 일본에서는 피고인, 유럽인권협약에서는 구속된 사람(those who arrested)으로 보고 있다.²⁴⁾ 신속한 재판의 필요성은 형사재판에 국한되는 것이 아니라 민사사건, 행정사건, 헌법소송 등 판결절차뿐만 아니라 집행절차에도 요구된다. 따라서 우리 헌법에서 다른 국가의 헌법과 달리 신속한 재판을 받을 권리의 주체를 형사 피고인에 한정하지 않고 모든 국민이라고 규정한 것은 타당한 접근이라고 보여 진다.

나아가 ‘모든 국민’에 범인과 외국인이 포함될 수 있는지가 문제된다. 사전적 의미의 ‘국민’은 대한민국 국적을 가진 자연인을 의미하는 것이어서 일용 외국인은 배제될 수 있는 것으로 보일 수 있으나 헌법규범해석은 사전적 의미에 따르는 것이 아니라 규범적 판단에 의해서 이루어져야 한다. 우리 헌법이 법치국가를 지향하고 있고, 정당한 이유없는 차별을 부인하고 있으므로 재판의 신속성에서 외국인이 배제될 이유가 없다. 더군다나 우리는 글로벌화된 국가를 지향하고 있기 때문에 외국인을 법적 구제절차에서 대한민국 국적을 가진 자연인과 동등하게 대우해야 할 필요성이 있다 할 것이다. 따라서 외국인도 우리 헌법상 신속한 재판을 받을 권리를 향유할 수 있다고 봄이 타당하다. 다만, 외국인이 그 주소를 외국에 두고 있어 송달의 어려움 등으로 인한 기술적 차별까지 부

24) 우리 헌법도 제27조 제3항 제2문에서 형사피고인에 대해서 지체없는 공개재판을 받을 권리를 규정하여 형사피고인에 대한 신속한 재판을 받을 권리에 대해서 별도의 규정을 두고 있다.

인되어야 할 필요는 없다.

‘국민’의 범위에 법인이 포함되는지에 관한 문제도 있다. 이 역시 ‘국민’의 헌법규범적 해석범위에 관한 것이긴 하나 일반적인 학설논의는 기본권의 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용되어야 한다는데 공감대가 형성되어 있다. 헌법재판소도 “우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 할 것으로 본다.”고 판시한 바 있다.²⁵⁾ 독일은 기본법에 “기본권이 그 성질상 내국법인에게 적용될 수 있는 때에는 그들에게도 적용된다.”고 규정하고 있다.

입법론적으로는 신속한 재판을 받을 권리의 주체를 ‘모든 재판 당사자’로 보게 되면 특정 주체가 신속한 재판을 받을 권리를 헌법적으로 보장받지 못하는 일이 없어질 것으로 본다.

제2절 신속한 재판을 받을 권리에 대한 판례

I. 대법원 판례

신속한 재판을 받을 권리가 대법원 판결에서 어떻게 구현되는지 아래에서 구체적으로 살펴보기로 한다. 대법원은 판결에서 구속사건에 대해서는 법원이 구속기간 내에 재판을 하면 되는 것이고 구속만기 25일을 앞두고 제1회 공판이 있었다 하여 헌법에 정한 신속한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 수 없다고 보았다.²⁶⁾ 또한, 형사소송법 제361조(소송기록과 증거물의 송부)의 규

25) 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56

26) 대법원 1990.6.12. 선고 90도672

정은 혼시적 규정이므로 동 규정의 기간을 준수하지 아니하였다고 하여 그 소송 절차가 무효라고 할 수 없으며, 위 규정에 위반되었다고 하더라도 원심판결 결과에 아무런 영향이 없다할 것이고 아울러 검사와 피고인 쌍방이 항소한 경우에 1심선고형기 경과 후 2심공판이 개정되었다고 하여 이를 위법이라 할 수 없고 신속한 재판을 받을 권리를 박탈한 것이라고 할 수 없다고 하였다.²⁷⁾ 행정심판전치주의는 행정의 자율적 통제와 사법기능의 보충이라는 그 나름대로의 존재이유가 있고, 행정심판은 부당한 처분에 대한 구제 등 행정소송과는 다른 권리구제의 영역도 가지고 있으며, 행정심판청구가 있는 날로부터 일정한 기간이 지나도 재결이 없을 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고도 취소소송을 제기할 수 있도록 하는 등(행정소송법 제18조 제2항) 행정심판의 재결이 부당하게 지연되어 국민이 입게 될 불이익을 구제하기 위한 조치도 마련하고 있는 이상 행정심판에서의 권리구제가 행정소송에서의 그것에 미치지 못한다고 하여 행정소송 제기의 전제요건으로 행정심판을 거치게 하는 것이 신속한 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하는 것으로도 볼 수 없다고 하였다.²⁸⁾

한편, 대법원은 재정신청부심판 결정에 대한 즉시항고 기각결정에 대한 재항고 사건에서 다수의견은 공직선거및선거부정방지법 제273조 제2항에 의하여 같은 조 제1항의 규정에 의한 재정결정에 준용되는 형사소송법 제262조에 의하면 같은 조 제1항의 재정신청 기각결정이나 관할지방법원의 심판에 부하는 결정에 대하여는 같은 조 제2항에 의하여 항고할 수 없도록 되어 있으나, 헌법 제107조 제2항과 형사소송법 제415조의 규정의 취지에 비추어 볼 때 재정신청 기각결정에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에는 대법원의 최종적 심사를 받기 위하여 재항고를 할 수 있다. 그러나 형사소송법 제262조 제1항의 재정결정 중 관할지방법원의 심판에 부하는 결정에 잘못이

27) 대법원 1972.5.23. 선고 72도840

28) 대법원 1998. 12. 22. 선고 97누1563

있는 경우에는 그 결정을 통하여 심판에 회부된 본안사건 자체의 재판을 통하여 대법원의 최종적인 판단을 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 이와 같은 심판회부의 결정에 대한 재항고를 허용하지 않는다고 하여 재판에 대하여 최종적으로 대법원의 심사를 받을 수 있는 권리가 침해되는 것은 아니라고 할 것이므로 같은 법 제 262조 제1항의 결정 중 관할지방법원의 심판에 부하는 결정에 대하여는 같은 법 제415조의 재항고는 허용되지 않는다고 보았다.²⁹⁾ 이에 대하여 재항고를 허용해야한다는 반대의견은 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리를 주장하였는데 그 내용은 다음과 같다.

고등법원의 재정신청 기각결정에 대하여서 뿐만 아니라 심판에 부하는 결정에 대하여도 곧바로 형사소송법 제415조에 의한 재항고가 허용된다는 종래의 관례는 존중되고 마땅히 그대로 유지되어야 하며, 심판에 부하는 결정에 대하여 본안사건에서 대법원의 최종적인 판단을 받을 수 있다는 이유만으로 새삼스러이 이를 허용하지 않는 것은 우리 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판청구권, 형사소송법 제372조의 비약적 상고제도, 대법원 64모38 전원합의체 결정의 취지에 모두 반한다고 보아 다수의견에 반대한다. 그 구체적 논거는 다음과 같다.

첫째, 형사소송법 제262조 제2항이 고등법원의 재정결정(재정신청 허부결정)에 대하여 항고할 수 없다고 규정하고 있음에도, 대법원 1965. 5. 12.자 64모38 전원합의체 결정은 국민의 재판청구권을 최대한 보장하기 위하여 고등법원의 재정결정(재정신청 허부결정)에 대하여도 그것이 헌법이나 법률 등에 위반되는 것임을 이유로 하는 이상 형사소송법 제415조에 의한 재항고는 할 수 있고 형사소송법 제415조에 저촉되는 한도에서 같은 법 제262조 제2항은 변경된 것으로 보아야 한다고 판시하였는데 위 전원합의체 결정이 취하고 있는 기본적 입장과 같이 국민의 재판청구권은 그것이 유효적절한 권리의무의 구제수단이 되지 못하거나 권한 남용에 해당

29) 대법원 1997. 11. 20. 자 96모119 전원합의체 결정

되지 않는 한 최대한 보장되는 것이 마땅하다.

둘째, 다수 의견에 의하면, 고등법원의 심판회부결정에 헌법이나 법률위반의 위법이 있는 경우 그에 대한 1차적 당부 판단을 피고분안사건이 계속될 지방법원이 담당하게 될 것인바, 이는 고등법원의 판단의 위법 여부를 하급심인 지방법원이 판단한다는 점에서 심급구조의 본질에 반할 뿐만 아니라, 모든 국민에게 특히 형사피고인에게 신속한 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제3항의 취지에 반함은 물론 법령 해석의 통일에 신속을 기하고 피고인의 이익을 조기에 회복하기 위하여 법령 위반이 있는 제1심판결에 대하여 항소를 제기함이 없이 곧바로 대법원에 상고를 제기할 수 있는 비약적 상고제도(형사소송법 제372조)를 특별히 두고 있는 우리 나라 형사소송법의 구조와도 모순되어 어느 모로 보나 적절하지 아니하다.

셋째, 재정신청인이 불이익한 결정(재정신청 기각결정)을 받은 경우에 헌법·법률 등의 위반이 있음을 이유로 하는 때에는 대법원에 재항고할 수 있다고 하면서 동일한 재판절차 내에서 상대방이 불이익한 결정(심판회부결정)을 받은 때에는 헌법·법률 등의 위반이 있더라도 피고분안사건의 재판을 통하여 우회적으로만 대법원에 불복할 수 있고 곧바로 재항고할 수 없다고 하는 것은 고소·고발인과 피의자를 법률상 명문의 근거 없이 차별 대우하는 결과가 되어 공평의 관념에도 어긋난다. 결국, 형사소송법 제262조 제1항의 재정신청을 기각하는 결정이나 심판에 부하는 결정이나 모두 고등법원의 결정임이 분명하고, 위 64모38 전원합의체 결정이 국민의 재판청구권을 최대한 보장하기 위하여 심판회부의 허부결정 모두에 적용되는 같은 법 제262조 제2항을 형사소송법 제415조와 저촉되지 않도록 제한적으로 해석하는 기본적 입장을 취하고 있으므로, 이러한 기본적 입장을 변경한다면 모르되 이를 그대로 유지하는 이상 고등법원의 재정결정에 형사소송법 제415조가 규정하는 헌법 또는 법률 위반 등의 사유가 있는 한 허부결정 모두 재항고를 할 수 있다고 해석하여야 한다.

II. 헌법재판소 결정해

신속한 재판을 받을 권리가 헌법재판소 결정에서 어떻게 해석되고 구현되고 있는지 아래에서 살펴보기로 한다.

먼저, 헌법재판소는 청구인들은 피청구인 서울고등법원과 대법원이 처분취소사건들에 대하여 심리와 판결선고를 부당하게 지연하여 소송의 대상이 된 보안관찰처분들의 효력이 만료되는 시점까지 판결을 각 선고하지 아니함으로써 공정하고 신속한 재판을 받을 권리와 평등권을 침해하였다고 주장하면서 헌법소원을 제기한 사건에서 “헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 법규정으로는 민사소송법 제184조를 들 수 있다. 이 법규정은 심리를 신속히 진행함으로써 판결의 선고를 소가 제기된 날로부터 5월내에, 항소심 및 상고심에 있어서는 기록의 송부를 받은 날부터 5월내에 하도록 규정하고 있다. 이 법규정은 행정소송법 제8조 제2항에 의거하여 위 처분취소사건들의 경우에도 준용된다. 그러나 이 법규정 소정의 판결선고기간을 직무상의 훈시규정으로 해석함이 법학계의 지배적 견해이고, 법원도 이에 따르고 있으므로, 위 기간 이후에 이루어진 판결의 선고가 위법으로 되는 것은 아니다. 따라서 피청구인은 민사소송법 제184조에서 정하는 기간 내에 판결을 선고하도록 노력해야 하겠지만, 이 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 법률상의 의무가 발생한다고는 볼 수 없다. 그리고 이 법규정 외에는 청구인이 기본권의 주체로서 신속한 판결선고를 청구할 수 있는 다른 법률상의 근거도 존재하지 아니한다. 그렇다면 이 사건에서 피청구인들이 청구인들에 대한 위 보안처분들의 효력이 만료되는 시점까지 판결을 선고해야 할 법률상의 작위의무가 있다고는 볼 수 없다. 다음으로 피청구인들이 위 처분취소사건들에서 위 보안처분들의 효력이 만료되기 전까지 판결을 선고해야 할 헌법상의 작위의무가 있는지를 본다. 헌법 규정으로부터 도출되는 공권력 주체의 작위의무는, 헌법규범을 준수해야 하는 일반적인 의무가 아니라 개별

사안에 있어서 이행해야 할 구체적인 작위의무를 말하며, 이에 근거하여 기본권 주체가 구체적인 공권력행위를 청구할 수 있는 권리가 발생해야 한다. 헌법 제27조 제3항 제1문은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 그러나 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다. 특히 신속한 재판을 위해서 적정한 판결선고기일을 정하는 것은 법률상 쟁점의 난이도, 개별사건의 특수상황, 접수된 사건량 등 여러 가지 요소를 복합적으로 고려하여 결정되어야 할 사항인데, 이때 관할 법원에게는 광범위한 재량권이 부여된다. 따라서 법률에 의한 구체적 형성없이 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 발생하지 아니한다. 따라서 피청구인들이 위 보안처분들의 효력만료 전까지 판결을 선고해야 할 구체적인 의무가 헌법상으로 직접 도출된다고는 볼 수 없다. 그렇다면 피청구인들이 위와 같이 판결을 선고해야 할 구체적인 행위를 요구할 수 있는 청구인들의 권리가 헌법 제27조 제3항 제1문상의 신속한 재판을 받을 권리로부터 발생하지 아니한다고 할 것이다. 위와 같이 피청구인들이 신속한 재판을 해야 할 어떠한 법률상의 의무나 헌법상의 의무도 존재하지 않으므로, 위 보안처분들의 효력이 만료되는 시점까지 판결을 선고하지 아니한 것은 피청구인들의 공권력의 불행사라고는 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.³⁰⁾

또한, 헌법재판소는 국가보안법상 경미한 범죄에 대해서도 피의자 구속기간을 50일까지 인정한 사안에 대하여 “신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신, 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도피할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 인신의 구속은 신체의 자유에 대한 본질적인 제약임에 비추어 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그

30) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75

처야 하고, …(중략)… 그리하여 수사단계에서의 구속기간을 최소
 한에 그치게 하려는 헌법정신에 따라 형사소송법은 사법경찰관이
 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지
 아니하면 반드시 석방하여야 하고 더 이상 구속기간의 연장이 허
 용되지 아니하며(형사소송법 제202조), 검사가 피의자를 구속한 때
 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내
 에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 하나(형사소송법 제203
 조), 다만 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에
 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니한 한
 도에서 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있도록 하고
 있다(형사소송법 제205조 제1항). 즉 수사단계에서의 구속기간은
 사법경찰관이 10일, 검사가 20일, 도합 30일을 초과할 수 없게 되
 어 있다. 그리고 위와 같은 구속기간은 오랜 수사경험에 비추어
 그 정도의 기간이면 공소제기 여부의 판단에 지장이 없을 것으로
 보아 책정된 것이라고 말할 수 있으며, 이 구속기간은 헌법상의
 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서
 설정된 기간이다. 그러므로 이 구속기간을 더 연장하는 것은 예외
 에 대하여 또 다시 특례를 설정하여 주는 것이 되고 이처럼 기본
 권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 확장하는 데에는
 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상
 충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요
 구되며 따라서 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 할 것이
 다. 그런데 국가보안법 제19조는 같은 법 제3조 내지 제10조 위반
 의 피의자에 대하여 구속기간의 한도를 넓혀서(예외를 확장하여)
 지방법원판사로 하여금 사법경찰관에 대하여 10일간의 구속기간을
 1차 연장허가할 수 있게 하고 검사에 대하여는 2차에 걸쳐 연장허
 가할 수 있게 함으로써 결국 국가보안법 제3조 내지 제10조 위반
 으로 구속된 피의자는 사법경찰관에 의하여 20일, 검사에 의하여
 30일, 도합 50일을 구속당할 수 있게 되어 다른 범죄피의자에 대
 한 최대한의 구속기간 30일보다 20일을 더 구속당할 수 있게 되어
 그만큼 수사기관에 의하여 신체의 자유, 그 보장원리로서의 무죄

추정의 원칙과 신속한 재판을 받을 권리를 더 많이 제한 당하게 되는 것이므로 이것이 과연 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법이념에 합당한 것인지 문제되지 않을 수 없다. …(중략)… 국가보안법 제3조 내지 제10조 위반의 죄라고 해서 모두가 반드시 다른 범죄보다 지능적이거나 조직적이라고는 말할 수 없고 형사소송법상의 최장구속기간 30일 이내에 공소제기 여부를 결정하기 어려우리만큼 사건이 복잡하거나 증거수집이 어려운 죄라고는 일률적으로 인정할 수 없으며 국가보안법과 같이 국가안전보장 내지 국가존립의 기초를 그 보호법익으로 하는 형법상의 내란죄·외환죄의 경우에도 수사기관에서의 구속기간은 30일을 초과할 수 없고 또 어느 면에서는 국가보안법위반범죄보다도 오히려 조직적이고 지능적이라 할 수 있는 마약사범이나 조직폭력사범의 경우에도 수사기관에서의 구속기간이 30일을 초과할 수 없게 되어 있는 점을 감안한다면 법무부장관의 의견은 국가보안법 제19조가 적용될 수 있게 되어 있는 동법 제3조 내지 제10조의 모든 범죄에 다 해당될 수 있는 견해는 될 수 없다. 위 법률조항 등을 자세히 검토해 보면, 수사에 착수하여 공소 제기여부의 결정을 하기까지 소요되는 시간과 노력의 정도는 구체적 사건에서의 사안의 경중 및 수사의 난이도 등에 따라 다르겠지만 위 법률조항 등에 나타난 구성요건의 내용으로 볼 때 일용 국가보안법 제3조(반국가단체의 구성 등), 제4조(목적수행), 제5조(자진 지원·금품수수), 제6조(잠입·탈출), 제8조(회합·통신 등), 제9조(편의 제공)의 각 죄에 있어서는 모든 사건이 다 그런 것은 아니지만 사건에 따라서는 수사에 착수하여 공소제기 여부를 결정을 하기까지는 일반 형사사건에서보다는 비교적 시간과 노력이 더 필요할 수도 있다고 보여진다(이 경우에도 30일을 넘지 않도록 노력해야 한다). 그러나 동법 제7조(찬양·고무 등) 및 제10조(불고지)의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아니어서 굳이 수사기관에서 일반형사사건의 최장구속기간 30일보다 더 오래 피의자를 구속할 필요가 있다고 인정되지 아니한다. 그럼에도 불구하고, 국가보안법 제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까

지 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙 등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임이 명백하다.”고 판시한 바 있다.³¹⁾

그 외에도 헌법재판소는 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실현을 위하여 둔 제도이지 집행불능을 사전에 방지하려는 제도가 아니므로, 국가에 대하여 집행이 불가능하게 될 염려가 없다고 해서 가집행 선고의 필요가 없는 것도 아니고, 가집행으로 인한 국가회계질서 문란의 우려는 국가 스스로 얼마든지 이를 예방할 수 있는 것이므로 아무런 문제가 될 수 없으며, 가집행 후 상소심에서 판결이 번복되었을 경우 원상회복이 어렵게 될 경우를 예상할 수 있으나, 이러한 문제는 국가가 피고일 경우에만 생기는 문제가 아니라 가집행제도의 일반적인 문제라 할 것이어서, 이러한 문제는 법원이 판결을 함에 있어 가집행을 붙이지 아니할 상당성의 유무를 신중히 판단하고 민사소송법 제199조 제1항에 의한 담보제공명령이나 같은 법조 제2항에 의한 가집행 면제제도를 적절하게 운용하며 또, 국가로서도 민사소송법 제473조, 제474조에 의하여 법원에 신청하여 가집행 정지명령을 받는 등의 방법으로 사전에 예방할 수 있는 것이므로 위와 같은 문제가 있다고 해서 그것이 국가에 대하여 예외적으로 가집행선고를 금지할 이유가 될 수 없다. 따라서, 법무부장관이 주장하는 사유는 어느 것이나 필요적 가집행선고를 규정한 소송촉진등에관한 특별법 제6조 제1항 본문에도 불구하고 국가에 대하여 차별적 우대를 하는 예외적 규정을 두어야 할 합리적 이유가 될 수 없으며

31) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82

로 소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항 중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다”라는 부분은 헌법에 위반된다고 판시하였다.³²⁾

제3절 신속한 재판을 받을 권리의 한계

I. 공정하고 적정한 재판

헌법 제27조에 따른 재판청구권은 재판의 공정 및 적법절차의 요청이 포함되어 있는 것이므로 신속한 재판도 공정하고 적정한 재판이 이루어지는 한도 내에서 행하여져야 한다는 한계가 있다. 재판은 사회적 분쟁에서 법적 정의를 실현하는 과정이므로 재판의 내용은 기본적으로 실체에 부합해야한다는 것이 기본이 되는 것이고 신속성이나 효율성만을 강조해서 재판의 공정성이나 적정성을 훼손하면 아니된다. 헌법재판소나 대법원은 위와 같은 입장을 확고하게 견지하고 있다.

헌법재판소는 “헌법 제27조에 의하여 국민에게 보장된 재판청구권에는 재판의 공정 및 적법절차의 요청이 내재되어 있으므로, 재판의 신속 내지 효율성만을 강조하여 재판의 공정 내지 적정을 훼손하는 일이 있어서는 아니된다. 따라서 헌법 제27조 제3항의 ‘신속한 재판’은 공정하고 적정한 재판을 하는 데 필요한 기간을 넘어 부당하게 지연됨이 없는 재판을 말한다. 신속한 재판을 받을 권리를 실현하는 구체적인 방법으로는, 소송절차에서 단계별로 소송을 촉진하는 수단을 적절히 배치하거나, 효율적인 소송절차의 운영을 위하여 필요한 인적·물적 시설을 확충하는 등 여러 가지 방안이 있을 수 있는바, 사법절차적 기본권으로서의 청구권적 성격을 고려할 때 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위한 방법들은

32) 헌재 1989. 1. 25. 88헌가7

헌법 규정으로부터 곧바로 도출되는 것이 아니고 구체적인 입법형성을 필요로 한다. …(중략)… 모든 헌법재판에 대하여 일정한 기간 내에 반드시 중국결정을 내리도록 일률적으로 강제하는 것은 오히려 공정하고 적정한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있기 때문이다. 헌법재판의 심판기간을 180일로 하여 중국결정을 선고해야 할 지침을 제시한 것은 구체적 사건의 공정하고 적정한 재판에 필요한 기간을 넘어 부당하게 중국결정의 선고를 지연하는 것을 허용하는 취지는 아니다. 따라서 헌법 제27조 제3항이 보장하는 ‘신속한 재판’의 의미와 심판대상조항의 취지 및 효과 등을 종합하여 보면, 위 조항이 헌법상 ‘신속한 재판을 받을 권리’를 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.”고 판시한 바 있다.³³⁾

그런데, 재판의 신속성에 대한 재판의 공정성·적정성 우위 입장에도 불구하고 위 결정에 대하여 논란이 있다. 즉, 위 헌법재판소 결정은 신속한 재판을 받을 권리의 구체적 내용으로 표현된 위 재판기간에 관한 법률규정³⁴⁾은 재판의 공정·적정이라는 본래적 가치를 배제할 수 없으므로 훈시규정으로 해석해야한다는 것인데, 과연 위 재판규정을 위 헌법재판소와 같이 훈시규정에 불과한 것으로 봐야할 지 아니면 강행규정으로 봐야할 지에 대한 논의가 있다. 만약 재판기간이 후자라면 재판기간을 도과한 판결은 위법한 판결로서 취소되거나, 위헌확인되어 국가는 국가배상의무를 부담하게 될 것이다.

살피건대, 법률에서 재판기간으로 명시한 것을 단순한 훈시규정으로 해석하는 것은 법원이 규범력을 스스로 부인하는 것과 같다. 즉, 재판기간이 법규범화된 이상 모든 그 법규범 수범자는 이를

33) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732

34) 민사소송법 제199조(중국판결 선고기간) “판결은 소가 제기된 날로부터 5월 이내에 선고한다. 다만, 항소심 및 상고심에서는 기록을 받은 날부터 5월 이내에 선고한다.”, 헌법재판소법 제38조(심판기간) “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 중국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 결위로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 결위된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다.”

준수하도록 노력하는 것이 아니라 반드시 준수해야하는 것이다. 물론 사건수, 사건난이도, 법원인력의 부족 등으로 신속한 재판을 하기 곤란한 경우가 없다고는 할 수 없다. 그러나 그러한 예외적인 사유가 예상되면 그 예외적인 사유를 법규범화 하든지, 아니면 재판기간을 준수하기 위해서 법원의 인적·물적인 지원도를 높이든지 해야 정당하고 나아가 법치주의원리에도 합당하다하겠다. 위 헌재98헌마75사건(헌법재판기간을 180일로 규정한 헌법재판소법 제38조의 위헌성을 다룬 사건)에서 조대현, 김종대 재판관은 “180일 심판기간 조항을 지키기 어렵고, 제재규정이 없다는 이유로 이를 훈시규정이라고 해석하는 것은 헌법재판의 신속성을 도모하고자 하는 국회의 입법결정을 무시할 뿐 아니라 ‘신속한 헌법재판을 받을 권리’를 보장하여야 하는 의무를 저버리게 될 우려가 있다.”는 반대의견을 표시한 바 있다.

요컨대, 재판기간이 법률에 규범화된 것은 재판의 신속성이라는 가치만을 염두에 둔 것이 아니라 재판의 신속성과 재판의 공정·적정을 비교형량하여 실체에 부합하는 재판을 할 수 있으면서도 신속한 재판을 도모할 수 있는 기간을 입법부가 예상하여 이를 법규범화한 것이다. 그렇다면 법률에 규정된 재판기간을 법원의 현실적 운용 한계를 들어서 훈시규정으로 해석하여 가치가 없는 법규범으로 전락시킬 필요는 없을 것이다. 만약 위와 같은 재판기간을 준수하는 것이 어렵다고 판단된다면 정당한 사유가 있을 것을 조건으로 재판기간을 2차에 걸쳐 연장할 수 있다든지, 실제진실발견의 목표를 희생할 수 없다면 재판기간을 위반한 재판에 대해서 그 유효성은 인정하되, 다만 피해 당사자에게 일정한 보상책임을 국가가 분담하는 등의 입법적 보완책을 마련하는 것이 타당하다고 본다.

II. 피고인의 방어권 - 공정한 재판을 받을 권리의 핵심

신속한 재판을 받을 권리는 형사재판이든 민사재판이든 모든 재판당사자들이 누리는 것이나, 위 권리를 향유할 주된 주체는 바로 형사 피고인이 될 것이다. 헌법재판소도 신속한 재판을 받을 권리를 주로 피고인의 이익을 보호하기 위한 기본권으로 보고 있고, 미국·일본·캐나다의 헌법에서는 피고인을 위 권리의 주체로 특정하고 있다.³⁵⁾ 우리 헌법도 신속한 재판을 받을 권리에 대하여 일반적인 규정을 헌법 제27조 제2항 1문에서 적시하고, 동항 2문에서 특별히 피고인의 신속한 재판을 받을 권리에 대하여 다시 규정하고 있다. 재판지연은 재판당사자를 심각하게 불안정한 상태에 있게 하고, 아울러 권리회복의 적기를 놓치는 경우 재판자체가 무용한 경우가 발생하게 되는데 이러한 재판지연의 폐해가 가장 심각하게 대두될 수 있는 영역이 바로 형사피고인의 경우라 할 것이다. 따라서 신속할 재판을 받을 권리의 주된 내용은 형사재판의 피고인의 이익을 보호하는 내용으로 보는 입장은 충분히 납득할 수 있는 것이다.

이러한 입장에 따라 헌법재판소는 제27조 제3항 2문 이를 이유로 외국거주만을 기준으로 전문진술에 증거능력을 인정하는 것은 헌법 제27조의 재판청구권 중 공정한 재판을 받을 권리의 핵심인 피고인의 방어권을 침해하는 것이라고 보았다. 동조 단서에서 그 조서 또는 서류의 진술 및 작성이 “특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한한다.”고 규정하여 그 적용범위를 합리적으로 최소화하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다. 마지막으로 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 신속한 재판과 실제적 진실발견은 헌법 제27조가 정한 재판청구권을 실현하기 위한 수단들 중의 하나인 반면,

35) 하태훈, “신속한 재판의 원칙과 범치국가이념”, 「안암법학」 7권, 안암법학회, 1996, 152면. 위 논문에서 저자는 신속한 재판을 받을 권리를 사법절차적 기본권의 관점에서 바라보고 있다.

이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 피고인의 방어권은 헌법 제 27조의 재판청구권 중에서도 가장 중요한 내용인 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적 구성요소로 볼 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 외국거주만을 기준으로 전문진술에 증거능력을 인정함으로써 빚어지는 기본권 제한은 결코 그로 인한 공익에 비하여 가볍다고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항은 법익균형성의 요청도 충족시키지 못하였다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 나머지 점에 관하여 나아가 볼 것도 없이 헌법 제27조의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하여 헌법에 위반된다고 판시한 바 있다.³⁶⁾

Ⅲ. 심급제도 등 재판의 적정을 위한 장치

신속한 재판만을 생각한다면 단심으로 재판을 하는 것이 가장 효과적이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 재판의 적정이라는 가치는 신속한 재판에 우위를 가지는 가치이므로 실제적 진실을 가리기 위해 단심의 재판으로 분쟁을 종결하는 것은 곤란하다. 따라서 각국에서는 사법제도 운용의 역사적 배경에 따라 조금씩 다르지만 3심제를 심급제도의 기본적 형태로 상정하고 있고 우리의 경우에도 마찬가지이다. 다만, 사건의 종류에 따라 3심제를 일률적으로 관철하기 부적절한 경우도 있기 때문에 우리의 경우 특허재판은 특허법원이 1심, 대법원이 2심으로 재판³⁷⁾하고 있고, 선거재판은 대통령·국회의원·광역지방자치단체장 선거소송은 대법원이 1심으로 종심역할을 하고, 그 밖에 선거소송에 관한 소송은 고등법원이 1심으로 대법원이 2심으로 재판³⁸⁾을 하고 있다.³⁹⁾ 특허재판은

36) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45

37) 특허법 제186조

38) 공직선거법 제222조, 제223조

39) 그 밖에도 해양안전소송은 지방해양안전심판원 재결, 중앙해양안전심판원 재결을 거쳐 대법원의 재판을 받는 단심제로 운영되고, 비상계엄하에서 군사재판의 경우 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한

특허심판이 전치되어야 하므로 실질적으로 3심이나 다름없고, 선거에 관한 소송은 정치적인 사안이므로 법적안정을 확보하기 위한 특별한 사유가 있기 때문에 3심제의 구도에서 벗어난 것이다. 결론적으로 3심제를 기본으로 하는 심급제도는 신속한 재판을 받을 권리의 한계로 작용하는 것이다.

대법원은 심급제도에 대하여 “심급제도는 본래 사법에 의한 권리보호를 위하여 한정되어 있는 법발견 자원을 합리적으로 분배하는 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐 하는 문제에 관한 것이므로 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이라 할 것이다”라고 판시한 바 있다.⁴⁰⁾

경우에 한하여 단심으로 운영할 수 있다.

40) 대법원 2001. 10. 31. 자 2001초532

제3장 우리나라의 헌법재판절차

제1절 현행 헌법재판절차의 특징

I. 헌법재판소의 기능

1987년 제9차 개정헌법에 의하여 헌법재판소제도가 도입되고 1988년 헌법재판소법이 제정되어 활동을 개시한지 오는 9월이 되면 만 25년이 되기에 이른다. 올해 새로이 헌법재판소장이 임명되고, 9명의 재판관임명이 마무리되면서 명실상부한 제5기 재판부가 출범하여 활동을 하기 시작하였다. 그동안 헌법재판소는 많은 양의 사건을 처리하였을 뿐 아니라⁴¹⁾ 주요한 결정을 통하여 국가의 운명을 좌우할만한 영향력을 행사해왔고 나아가 국가의 목표와 방향을 제시하면서 그 위상을 다져왔다. 헌법재판소는 대표적으로 2004년의 노무현대통령탄핵사건과 신행정수도특별법 사건뿐 아니라 영화검열사건, 양심적 병역거부 사건, 호주제사건, 과외금지사건, 최근의 일본군위안부 사건 등 우리 사회에서 격렬한 논쟁거리이면서 하나하나가 국가의 이익에 심대한 영향을 미치며, 또한 관련된 국민들과 집단의 이해관계가 첨예화되어 있는 사건들에 대하여 결정해왔다. 이들 사건들은 결정 그 자체가 국가와 사회에 준 영향은 막대하였으며 그 파장은 지금도 계속되고 있다.

지난 25년간의 헌법재판소의 기능과 역할이 현실에서 어떻게 작용하고 있는지 여부는 여러 가지 측면에서 과학적으로 검토될 수 있다.⁴²⁾ 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 헌법적으로 국가최고기관

41) 헌법재판소 홈페이지(<http://www.court.go.kr>, 2013. 7. 25. 최종방문)의 심판사건 누계표에 의하면 2013. 6. 30. 현재까지 총 24,055건의 사건이 접수되어 2,3211건을 처리하였으며, 그중 위헌결정 464건, 헌법불합치 결정 146건, 한정위헌 결정 66건, 한정합헌 결정 28건, 권한쟁의 및 헌법소원 인용결정 436건을 선고하였다.

이며 헌법해석의 최종기관으로서 헌법과 법률에 규정된 범위에서 독자적으로 헌법 규정을 해석하고 국가기관이 헌법을 준수하고 있는지를 감시함으로써 헌법질서를 수호하고 국민의 기본권을 보장하며 나아가 다양한 이해관계로 인하여 발생하는 갈등을 해결하여 헌법적평화를 유지하는 기능을 수행해 온 것은 누구도 부인할 수 없다.⁴³⁾

헌법재판소가 설립된 이후 질적·양적으로 한국의 헌법재판이 비약적으로 발전함으로써 민주주의와 법치주의가 안정적으로 정착하여 발전하는 데에 기여를 한 것은 틀림없는 일이다. 반면 그간 헌법재판제도를 운영하면서 나타난 문제점을 파악하고 이를 개선하기 위한 노력 역시 계속되어 왔다. 헌법재판소 제도 자체가 출범시부터 정치세력간의 타협을 거쳐 등장하였고, 구체적인 재판절차 역시 과거 운영경험이 일천한 상황에서 법원, 검찰 등 각 국가기관의 이해관계에 따른 각종 제도의 절충을 통해 마련되었으므로⁴⁴⁾ 시행과정에서 많은 문제점이 노출될 수밖에 없었다. 그간 수차례 헌법재판소법의 개정을 통하여 이러한 문제들을 해결하기 위하여 노력해왔으며, 현재도 이러한 노력은 계속되고 있다. 그러나 여전히 절차상의 여러 가지 문제들은 해결되지 않았고 지속적으로 문제가 제기되고 있다. 이와 같이 계속하여 문제시 되고 있는 부분 중의 하나가 헌법재판의 심판기간 문제이다.

헌법재판소법은 제38조에서 “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판

42) 그러한 연구의 대표적인 것으로서 박인수·조홍석·남복현, 『헌법재판소에 의한 헌법재판이 우리 사회에 미친 영향』, 정책개발연구, 헌법재판소, 2010. 이 있다. 이 연구는 헌법재판소의 결정이 우리 사회에 미친 영향을 법학자뿐만 아니라 경제학, 정치학 등 사회과학자들도 참여하여 제도 및 규범적인 측면뿐만 아니라 정제, 경제, 사회, 문화 각 분야의 측면에서 분석하였다.

43) 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, 「공법학연구」 제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005, 126-127면.

44) 헌법재판소제도의 탄생과 헌법재판소법 제정과정에 대한 자세한 내용은 헌법재판소, 『헌법재판소법 제정 약사』, 헌법재판소, 2006, 3-7면 참조.

판의 쫓위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 쫓워된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다.”고 하여 심판기간을 규정하고 있다. 이에 의하면 헌법재판소는 재판관이 쫓워된 예외적인 경우를 제외하고 사건의 종류와 난이도 등에 상관없이 모두 180일 이내에 종국결정을 선고하여야 한다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이 일단 해석론으로 이러한 문제를 해결하고 있으나 헌법재판이 법률을 위반하고 있다는 인상을 주는 점에서 문제의 제기가 계속되고 있으며, 개정안을 마련해야 한다는 것에 대체로 의견들이 일치하고 있는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 사건의 처리를 일정한 기간 안에 하여야 한다는 신속한 사건 처리에 대한 요구는 끊임없이 계속되고 있고, 그러한 점에서 헌법재판소법 제38조가 개정이 불가피하다 하더라도 심판기간에 대한 규정을 없애는 것이 바람직한지, 아니면 일정한 기간규정은 존재하는 것이 필요한지 여부에 대한 판단은 이루어져야 한다. 나아가 이와는 별도로 신속한 사건해결을 위한 다른 방안들도 검토할 필요가 있다.

이 글에서는 심판기간과 신속한 사건해결방안을 마련하기 위하여 우선 헌법재판절차의 특징과 심판기간의 현황과 문제점 등을 확인하고 헌법재판소법 제38조의 법정심판기간에 대한 논의들을 정리하여 대안을 제시해본다. 나아가 법원의 민사 및 형사재판에서 신속한 재판을 위하여 어떠한 제도들을 채택하고 있는지를 살펴보고, 특히 대법원의 상고심 개편을 위한 역대 사법개혁의 논의들을 정리하여 신속한 헌법재판을 위한 시사점을 찾아보기로 한다.

II. 헌법재판절차의 특징과 심판기간

1. 헌법재판절차의 특징

헌법재판은 헌법의 규범력과 실효성을 보장하며, 헌법에서 보장하고 있는 기본권을 실현하고, 국가작용의 합헌성을 보장하여 모

든 국가작용이 헌법질서 속에서 행해지도록 함으로써 헌법을 보호하고 실현하는 것을 목표로 삼는다. 따라서 헌법재판은 입헌주의와 자유민주주의의 핵심적 징표 중의 하나로 평가된다.⁴⁵⁾ 헌법재판은 기본적으로 헌법재판소라는 재판기관에 의해 기관력과 기속력이 있는 유권적 판단이 행해진다는 점에서 재판작용이기는 하나, 규범통제를 통하여 입법작용과 같은 결과를 가져올 수 있고, 헌법 자체가 추상적인 규범으로서 공동체의 의사와 질서를 적극적으로 형성하는 정치와 긴밀하게 관련되어 있는 점에서 정치작용으로서의 성질도 부인할 수 없다. 과거의 여러 결정례에서 보는 바와 같이 헌법재판소의 결정이 상당 수준 정치적 관련성을 가지고 영향을 미침으로써 정치적 결과를 초래하고 있는 것을 보면 이러한 점은 분명하다.⁴⁶⁾ 따라서 헌법재판절차는 단순한 법적 분쟁의 해결을 넘어서 이러한 헌법재판의 기능을 사법절차적으로 보장하는 기능을 수행해야 하는 점에서 민사·형사 등 일반법원의 재판절차와는 구별되는 특성을 가질 수밖에 없다. 헌법재판의 일반심판절차에서 서면심리의 원칙, 직권심리주의, 변호사강제주의, 심판비용의 국고부담원칙 등이 기본적인 원칙으로 적용되는 것은 바로 이와 같은 헌법재판의 기능에서 그 이유를 찾을 수 있다.

헌법재판절차를 규정하는 기본적인 법률은 헌법재판소법이다. 물론 헌법재판소법은 헌법재판과 관련된 소송절차만을 규정하고 있는 것은 아니며 헌법재판소의 조직과 구성에 대해서도 규정하고 있어 소송절차법의 측면과 구성법의 측면을 동시에 가지고 있기는 하다. 헌법재판소법은 심판절차를 일반심판절차와 특별심판절차를 나누어 규정하고, 특별심판절차를 다시 관장사항별로 위헌법률심판절차, 탄핵심판절차, 정당해산심판절차, 권한쟁의심판절차, 헌법소원심판절차로 나누어 규정하고 있다.

헌법재판의 심판절차는 절차적인 면에서 보면 상당히 불완전하

45) 정종섭, 『헌법소송법』, 박영사, 2012, 4면.

46) 대표적인 결정으로 노무현대통령 탄핵 사건과 신행수도특별법 사건이 있다.

게 규정되어 있다. 아무런 경험이 없는 상황에서 급박하게 만들어졌던 이유로 미처 예상하지 못한 많은 사항들이 규정에서 제외될 수밖에 없었다. 헌법재판소법은 헌법재판심판절차에 관하여 기본적으로 헌법재판소법이 적용되는 것을 전제로 법적 공백이 발생하는 경우 헌법재판소가 스스로 심판에 필요한 절차를 규칙을 통해 자율적으로 규율할 수 있도록 하고 있으며(제10조 제1항), 나아가 폭넓은 준용규정을 두어 이러한 문제를 해결하고 있다. 일반적으로 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하며(제40조 제1항 전문), 탄핵심판에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원에는 행정소송법을 함께 준용한다(제40조 제1항 후문). 이때 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다(법 제40조 제2항). 또한 헌법재판소는 헌법재판소 심판규칙을 제정하여 심판절차에 관한 구체적이고 세부적인 사항을 규정하고 있다.

헌법재판은 기본적으로 재판절차이므로 헌법을 수호하고 실현하는 자신의 과제를 위하여 스스로 적극적으로 대상을 선택하여 활동할 수는 없다. 당사자에 의한 심판의 청구가 있을 후 사건의 심리를 통해 결정을 선고하는 수동적인 기능을 수행할 뿐이다.⁴⁷⁾ 따라서 헌법재판 심판절차는 일반적으로 다음과 같이 이루어진다.

심판의 청구 → 접수 → 사건번호, 사건명 부여 → 사건의 배당 → 연구부의 연구조사(연구보고서 작성) …≫ 지정재판부에 의한 사전심사(헌법소원심판사건) …≫ 사건의 심리(변론, 증거조사, 연구관의 연구조사 등) → 평의 → 결정문 작성 → 결정 선고

일반적으로 심판의 청구와 연구조사 및 사건의 심리 그리고 평의를 거친 결정의 선고의 순서로 절차가 진행되며, 다만 헌법소원

47) 김상겸, 앞의 글, 130-131면.

심판의 경우 지정재판부에 의한 사전심사가 필요하므로 이를 위한 연구조사가 별도로 이루어지게 된다. 심판청구 이후 관계기관의 의견과 관련자료를 수집하는 과정에서 상당한 시간이 소요되기는 하나 일반적으로 연구조사와 사건의 심리가 심판절차의 중심이 되며, 이어서 평의와 결정문작성 단계에서도 많은 시간이 소요되기도 한다.

특히 헌법재판은 전반적으로 직권주의가 적용되고 있으므로 사건의 경중과 난이도 등에 따라 헌법재판소가 심리의 방식과 자료수집의 범위 등을 결정할 수 있고, 당사자의 참여와 활동의 영향으로부터 상대적으로 자유롭게 절차를 진행할 수 있다. 예를 들면 탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의 심판에서는 원칙적으로 구두변론에 의하나, 위헌법률심판 및 헌법소원심판에서는 서면심리를 원칙으로 재판부의 필요에 따라 구두변론을 열 수 있다(헌법재판소법 제30조). 따라서 심판기간을 정하고 신속한 사건을 처리할 것을 요구하는 경우에도 이와 같은 헌법재판의 특성은 고려되어야 한다.

2. 심판기간의 현황과 문제점

헌법재판소법이 38조에서 심판기간을 접수 후 180일로 규정하고 있기는 하나 실제 헌법재판소는 이를 훈시규정으로 해석하고 있다. 헌법재판소가 출범한 초기부터 심판기간에 대한 문제제기는 계속되고 있다. 그러나 접수 후 결정선고시까지 평균적으로 1년이 넘는 기간이 소요되는 상황이 현재까지 이어지고 있다. 다음은 헌법재판소의 심판기간의 현황이다.

[심판사건 평균 처리기간]

2013. 3. 31. 현재

구 분	금 년		개소이래 누계	
	처 리	평균처리기간	처 리	평균처리 기간
합 계	86	410.5 (약 1년2개월)	11,572	376.7 (약 1년)
위헌법률	1	395.0 (약 1년1개월)	763	433.8 (약 1년2개월)
탄핵	-	-	1	63.0 (약 2개월)
권한쟁의	-	-	73	606.4 (약 1년8개월)
68조1항	65	356.2 (약 1년)	8,722	322.0 (약 11개월)
68조2항	20	587.6 (약 1년7개월)	2,013	584.0 (약 1년7개월)

※ 지정재판부의 처리사건 제외, 헌법재판소 제공

지금까지 1건밖에 없었던 탄핵사건이 2개월 소요된 것은 대통령탄핵사건이라는 특수성에 기인한 것으로 보고 이를 제외하면, 개소이래 평균적으로 사건의 처리기간은 약1년이 소요되는 것으로 나온다. 특히 위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 법률에 대한 사법심사만을 한정하여 보면 1년 2개월 또는 1년 7개월이 소요되고 있어 상대적으로 기간이 긴 것을 확인할 수 있다. 또한 2013년의 통계를 보더라도 누적평균과는 큰 차이가 없는 점을 보면 심판기간의 면에서 보면 헌법재판소가 매년 크게 달라지고 있지 않음을 알 수 있다.

당사자 사이의 분쟁해결 또는 개인에 대한 국가형벌권의 행사

를 주목적으로 하는 일반법원의 민·형사 사건과는 달리 헌법재판은 헌법질서의 수호와 기본권보장 등 헌법의 규범력을 확보하는 것을 목적으로 한다. 따라서 헌법재판의 심판기간이 길어진다는 것은 당시 존재하고 있는 위헌적인 상황이 그만큼 교정됨이 없이 계속된다는 의미이다. 이는 민·형사 사건에서 사건에 관련되어 있는 소수개인의 이해관계가 재판의 지연으로 말미암아 달성되지 않는 상황과는 근본적으로 다르다. 특히 법률의 위헌심사가 늦어지는 것은 당해 법률을 적용받는 모든 국민의 이해관계와 직결되는 것일 뿐만 아니라 국가 헌정질서에도 큰 문제를 야기할 수 있는 것이어서 그 자체로 별도의 위헌성을 가진다는 문제제기도 가능하다.

다른 한편 그와 같이 전국민의 이해관계와 관련되는 문제이므로 헌법재판의 결론에 도달하려면 사건마다 현실적으로 관련된 모든 이해관계를 고려하여야 하는 것은 물론 나아가 향후 발생할 수 있는 문제까지 예측하여 종합적으로 고려하지 않으면 안된다. 또한 최종헌법해석기관으로서의 헌법재판소의 위상으로부터 당해 판례의 선례로서의 지위, 다른 국가기관의 판단에 대한 영향 등을 생각하면 결정문의 이론적, 논리적 체계성도 최고도로 달성되지 않으면 안된다. 이러한 점에서 보면 헌법재판의 심리는 일반법원의 다른 어떤 사건보다도 신중하게 이루어져야 하며, 결정의 완성도를 높이기 위하여 노력하여야 한다. 이를 위해 많은 시간이 소요된다 하더라도 그것이 헌법재판의 본질에서 벗어나는 것은 아니다.

이와 같이 헌법재판의 심판기간은 두 가지 측면을 동시에 가지므로 신속하게 처리하는 것만이 바람직하다고 볼 수는 없다. 결국 사건의 경중과 난이도, 헌법적 중요성에 따라 신속하게 처리해야 할 필요성이 있는 사건을 가려내어 빠른 기간내에 처리하고 신중하게 처리해야 할 사안은 그에 맞게 충분한 심리를 거쳐 결정을 선고하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이와 같이 신속한 절차와 신중한 절차를 구분하여 처리하도록 하는 것과는 별도로 각 절차

내에서 주어진 역량과 자원들을 최대한 활용하여 가장 효율적으로 사건을 처리할 수 있도록 하는 노력도 필요한 것은 물론이다. 따라서 헌법재판에서 신속한 재판을 달성하기 위한 노력은 결국 fast track의 도입과 자원의 효율적 배분의 두 가지로 나누어 생각해 볼 수 있다.

제2절 법정심판기간

I. 헌법재판소법 제38조의 해석과 적용

앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소법은 제38조에서 심판기간을 접수 후 180일로 규정하고 있다. 이는 헌법 제27조 제3항이 규정하고 있는 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 구현하기 위한 것으로 해석된다. 이와 유사한 심판기간에 대한 규정은 민사소송이나 형사소송에서도 찾아볼 수 있다. 예를 들면 민사소송법은 제199조에서 판결은 소가 제기된 날부터 5월 이내에 선고한다고 하고, 항소심 및 상고심에서는 기록을 받은 날부터 5월 이내에 선고하는 것으로 규정하는 한편 제207조에서 판결은 변론이 종결된 날부터 2주 이내에 선고하여야 하며, 복잡한 사건이나 그 밖의 특별한 사정이 있는 때에도 변론이 종결된 날부터 4주를 넘겨서는 아니된다고 규정하고 있다. 따라서 법상 민사소송에서는 총 심판기간 5개월 이내 그리고 변론종결 후 늦어도 4주 이내에는 판결을 선고하여야 한다. 형사소송에 관하여는 소송촉진 등에 관한 특례법 제21조에서 판결의 선고는 제1심에서는 공소가 제기된 날부터 6개월 이내에, 항소심 및 상고심에서는 기록을 송부받은 날부터 4개월 이내에 하여야 한다고 하여 역시 판결 선고기간을 규정하고 있다. 이와 함께 형사소송법은 제318조의4에서 판결의 선고는 원칙적으로 변론을 종결한 기일에 하여야 한다고 하고, 다만 특별한 사정이 있는 때에는 따로 선고기일을 지정할 수 있다고 하며, 나아가

별도의 선고기일을 정하는 경우에는 변론종결 후 14일 이내로 지정되어야 한다고 규정하고 있어, 마찬가지로 총 심판기간과 함께 변론종결 후 선고기일 지정기간을 정하고 있다. 따라서 입법의 예로 보면 헌법재판소법 제38조가 예외적인 규정이라 볼 수는 없다.

문제는 현실적으로 이러한 기간이 제대로 지켜지지 않고 있다는 점이다. 이러한 현상에 대하여 법정심리기간이 근본적으로 비현실적으로 정해져 있다고 보거나, 심판절차의 종류나 사건의 난이도를 고려하지 않고 획일적으로 기간을 정한 것이 문제라고 보기도 하며, 법정심리기간 자체는 적정하다 하더라도 현실적으로 헌법재판소의 업무처리능력에 비추어 지나치게 과중하여 재판이 지연되는 것으로 보기도 한다. 나아가 헌법재판소가 재판을 태만히 하거나 정치적 고려 등에 의해 재판이 지연되는 것은 아닌가 생각할 수도 있다.⁴⁸⁾

헌법재판소법 제38조의 근원은 이전의 헌법위원회법 제39조에 있다. 이 조항은 위헌여부심판, 탄핵심판 및 정당해산심판에 대하여 제소장을 수리한 날로부터 15일 이내에 심리를 개시하고 90일 이내에 결정을 선고해야 한다고 규정하고 있었고, 법무부의 헌법재판소법 제정 실무위원회는 이를 토대로 논의를 시작하였다. 실무위원회의 초기논의를 보면, 심판기간에 대하여 위헌심판 등의 경우 90일이나 180일 정도의 기간은 필요하다는 점에 의견이 일치하였고, 이에 따라 만들어진 실무위원회안은 심리기간을 개별심판절차에 따라 두 가지로 나누어 규정하고 있었다. 위헌여부심판과 탄핵심판 또는 정당해산심판의 경우 헌법위원회법에 따라 제청서나 의결서 또는 제소장을 수리한 날로부터 15일 이내에 심리를 개시하고 90일 이내에 결정의 선고를 하도록 규정하고, 권한쟁의심판청구와 헌법소원에 관하여는 청구서나 소원제기장을 수리한 날로부터 180일 이내에 결정의 선고를 하여야 하는 것으로 규정한 것이다.

48) 이상의 견해들은 김철용·김문현·정재황, 『헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구』, 헌법재판연구 4권, 헌법재판소, 1993, 31-32면.

이에 대하여 헌법위원회는 모든 절차에서 공통적으로 심판사건을 수리한 날로부터 180일 이내에 결정의 선고를 하여야 하며 다만 국회의 개회연장으로 3명의 재판관이 임명되지 않을 경우 등을 예상하여 헌법재판관이 궐위되어 7인의 출석이 불가능할 때에는 궐위기간을 산입하지 아니하는 것으로 규정할 것을 주장하였다. 결국 법무부 입법예고안은 이러한 헌법위원회의 의견을 받아들였고, 이를 반영한 법률안이 국무회의에 상정되었다. 당시 여당인 민주정의당 역시 같은 의견을 가지고 있었다. 한편 이에 대하여 기본적으로 180일의 심판기간에서는 동일하나 부득이한 경우 기간연장결정 및 이를 당사자에게 송달하도록 하는 규정을 제시하였고, 야당은 기간연장제도를 제외하고 180일 규정에 동의하였다. 결국 국회법제사법위원회가 민주정의당 안을 채택하여 현재 헌법재판소법 제38조가 규정되기에 이른다.⁴⁹⁾

이와 같은 헌법재판소법 제정과정을 보면, 기본적으로 심판기간 규정은 과거 헌법위원회법에서 심판기간을 180일로 연장한 것 이외에 별다른 변화는 없었다. 심판기간이 실질적인 규범력을 가지려면 헌법재판의 개별사건별 심판기간에 대한 실증적 자료 등에 근거하여 현실적인 심판기간을 예측하여 정하는 것이 필요하다. 그럼에도 실제 헌법재판의 경험이 전무한 상태에서 이루어진 근거 없는 기간의 설정은 입법과정에서 알 수 있는 바와 같이 그 자체로 이를 준수하라고 요구하기 어려운 것이었다. 이러한 점은 위에서 살펴본 현재까지 25년간 이루어진 헌법재판소의 실제 심판기간 자료를 보면 명확해진다.

그와 함께 헌법재판소의 관장사항 자체가 가지는 다양성과 함께 개별심판절차안에서도 사안의 중요성, 난이도 등에 따라 사건의 심판에 필요한 기간은 달라질 수밖에 없다. 이러한 점들을 고려하지 않고 획일적 법정심판기간을 두는 경우 재판기관으로서는 부득이하게 심판기간을 지킬 수 없는 상황이 발생할 수 있고, 이

49) 헌법재판소, 앞의 책(각주 44), 25-26면을 정리한 것임.

는 헌법재판 전반에 걸친 국민의 비판과 불신의 원인이 될 수 있다.⁵⁰⁾ 따라서 획일적 법정심판기간을 그대로 존치시킬 수는 없으며, 사건의 성격에 따른 변동이 가능하도록 하여야 한다.⁵¹⁾

헌법재판소는 지금까지 문언에 충실하게 보면 강행규정으로 해석해야 할 위 규정을 훈시규정으로 보아 이를 준수하지 않고 있다. 헌법재판소가 제시하는 이유로는 첫째로, 심판사건의 난이성·다양성·비정형성·복잡성 등을 고려할 때 많은 사건을 일률적으로 위 심판기간 내에 처리한다는 것은 사실상 곤란하고, 둘째로, 위 규정이 강행규정이라면 위반시 결정의 효력이나 제재 등에 관한 별도의 규정이 있어야 하는데 그에 관한 규정이 없으며, 셋째로, 외국의 입법례(독일연방헌법재판소법 등)를 보아도 심판기간의 제한규정이 없고, 넷째로, 중국판결 선고기간을 규정한 민사소송법 규정들도 훈시규정으로 보고 있는 점 등이 있다.⁵²⁾

이와 같이 헌법재판소법 제38조를 훈시규정으로 해석할 수밖에 없는 점에 대하여는 대체로 학계에서도 의견이 일치한다. 그럼에도 불구하고 현실성이 없는 규정을 존치해놓는 것은 오히려 헌법재판소의 위상에 흠집을 내는 결과가 초래되는 등 문제가 있으므로 이를 현실에 맞게 개정해야 한다는 의견 역시 상당수 존재한다.⁵³⁾

50) 형사소송에서 사건의 성질과 난이를 고려하지 않고 판결선고기간을 결정한다는 것은 졸속재판을 초래할 위험이 있어 입법론적으로 타당하지 않고 형사소송법상의 판결선고기간도 훈시기간에 지나지 않는다는 견해로서 이재상, 『형사소송법(제9판)』, 박영사, 2013, 35면.

51) 한편 심판사건에 비하여 업무가 과중하거나 정치적인 이유로 사건 처리를 미루고 있어 심판기간이 길어진다는 문제제기에 대하여 전자의 경우 결국 인력 등의 확충과 업무의 효율적 처리를 위한 업무프로세스의 정착을 통해 헌법재판소 심판능력을 향상시키면 어느 정도 해결될 수 있는 문제이며, 후자의 경우 만약 존재한다면 이는 일반적인 심판기간의 문제와는 별도로 고려하여야 하는 것으로서 헌법재판소법 제38조의 해석 및 적용과는 관련이 없는 것으로 보아야 한다.

52) 헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제1개정증보판)』, 헌법재판소, 2008, 92면.

53) 이러한 의견들의 예로는 김철용·김문현·정재황, 앞의 책, 33-35면; 양건·김문현·남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역 보고서』, 헌법재판소연구 10권, 헌법재판소, 1999, 67-71면; 윤명선,

II. 헌법재판소의 관례

헌법재판소는 2009. 7. 30. 2007헌마732 사건 결정에서 헌법재판소법 제38조를 훈시규정으로 해석해야 하며 이로써 청구인의 신속한 재판을 받을 권리가 침해되지 않았다고 판시하여, 위 규정의 해석 및 적용에 대한 최종적인 판단을 하였다.

위 사건은 청구인이 2006. 5. 3. 공직선거법 제53조 제1항 제1호 등에 관한 위헌확인 의 헌법소원심판을 청구하고, 그로부터 180일이 되는 2006. 10. 30.이 지났음에도 불구하고 헌법재판소가 종국결정을 하지 않자 선행사건의 청구인이 헌법재판소법 제38조가 훈시규정으로 해석되는 한도 내에서 청구인의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라는 이유로 헌법소원심판을 청구한 것이었다.⁵⁴⁾

이에 대하여 헌법재판소는 이 사건의 심판대상조항은 신속한 헌법재판을 실현하기 위한 방법의 하나로 헌법재판의 종국결정까지의 심판기간을 ‘심판사건을 접수한 날로부터 180일’로 정하고 있다고 하면서 다음과 같은 이유로 이것이 훈시규정이라고 판시하였다.

“헌법소원 등 헌법재판소의 관할 사건에 대하여 공정한 절차에 따라 적정한 결론을 찾아 종국결정을 선고하는 데 필요한 기간은 구체적 사건에서 사실관계의 복잡성, 법률적 및 헌법적 쟁점의 난이도와 중요성, 당사자 및 이해관계인 사이의 공방을 통한 소송진

“헌법재판제도의 개선방향 - 입법론적 접근-”, 「경희법학」 제29권 제1호, 1994, 90-91면; 김상겸, 앞의 글, 143면; 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, 165면.

54) 이 사건에서는 적법요건에 대한 쟁점으로서 심판대상인 법률규정이 아닌 해석을 다투는 것인지 여부, 심판대상의 직접성을 인정할 수 있는지 여부 및 주관적 권리보호이익의 인정여부도 문제가 되었으나, 헌법재판소는 심판대상은 법률규정 자체이며, 직접성도 인정되고, 주관적 권리보호이익과는 별도로 심판의 이익을 인정하여 적법요건을 모두 충족하는 것으로 보았다.

행의 경과 등 특수한 사정에 따라 개별적으로 달라질 수밖에 없을 뿐만 아니라, 현실적인 제반여건(헌법재판소에 계속중인 사건의 총계, 그 중 우선적 처리가 필요한 사건의 수, 인적·물적 시설 등)의 영향도 받지 않을 수 없으므로, 개별사건의 특수성 및 제반여건을 불문하고 모든 사건에서 반드시 준수하여야 할 심판기간을 미리 예측하여 일률적으로 정해 놓는 것은 적절하지 않을 뿐만 아니라 가능하지도 않다. 나아가, 헌법재판이 국가작용 및 사회 전반에 미치는 과급효과 등의 중대성에 비추어 볼 때 심판대상조항이 정한 180일의 심판기간은 개별사건의 특수성 및 현실적인 제반여건을 불문하고 모든 사건에 있어서 공정하고 적정한 헌법재판을 하는 데 충분한 기간이라고는 볼 수 없음이 분명하다. …(중략)… 위와 같은 점들 때문에 헌법재판소법은 심판대상조항이 정한 심판기간 경과 시의 제재 등 특별한 법률효과의 부여를 통하여 심판기간의 준수를 강제하는 규정을 두지 아니하고 있는 것이다.”(판례집 21-2 상, 342-343)

특히 헌법재판소는 모든 헌법재판에 대하여 일정한 기간 내에 반드시 종국결정을 내리도록 일률적으로 강제하는 것은 공정한 절차에 따라 실제적으로 적정한 결론을 도출하는 데 필요한 심리를 과도하게 제한할 수 있어, 오히려 헌법상 재판청구권의 중요한 내용 중 하나인 공정하고 적정한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있다고 하면서 헌법재판기관이 개별사건마다 재판의 공정 및 적정과 신속의 요청 등을 복합적으로 고려하여 효율적인 절차의 운영을 도모하는 가운데 적절하게 결정할 수 있도록 상당한 재량이 부여되어야 할 것이라고 하였다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 위 규정에 대하여 다음과 같이 그 의의를 밝혔다.

“심판대상조항이 헌법재판의 심판기간을 규정하고 있는 것은 심판기간에 관한 지침의 제시를 통하여 헌법재판기관으로 하여금 가능한 한 신속한 심리를 지향하도록 하기 위한 것이고, 그리하여 심판대상조항이 비록 공정하고 적정한 동시에 신속한 재판을 실현

하는 최적의 방안은 아니라 할지라도 신속한 재판에 기여하는 측면이 있다.”(판례집 21-2 상, 344)

이러한 이유로 헌법재판소는 심판대상조항이 헌법상 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 하며 청구인의 심판청구를 기각하였다. 이에 대하여는 심판대상조항은 헌법재판소가 헌법이 부여한 사명을 제대로 담당할 수 없을 정도로 헌법재판소의 심판권을 지나치게 제약하는 것이어서 헌법에 합치되지 아니한다는 조대현 재판관의 위헌의견과, 마찬가지로 심판대상 조항은 기대불가능한 것을 요구하고 있는 것이므로 현저하게 합리성을 결여하였으며, 심판기간준수에 대한 법익만을 강조한 나머지 공정한 재판을 받을 권리, 적법절차에 따른 적정한 재판을 받을 권리를 과도하게 침해하고 있어 위헌이라는 김종대 재판관의 위헌의견이 있었다.

III. 소결

헌법재판소법 제38조의 심판기간 규정은 제정당시 실제 헌법재판의 경험이 전무한 상태에서 막연한 기대와 예상에 근거하여 만들어진 것으로서 이후 헌법재판이 실제로 진행되면서 규범력을 가지고 지켜질 것을 예상하기는 어려운 것이었다. 실제 헌법재판소는 위 규정을 훈시규정으로 보고 이를 지키지 않았고, 학계에서도 일치하여 이 규정이 문제있음을 주장하였다. 물론 헌법재판소가 판례에서 이를 훈시규정으로 확정적으로 선언하고 위헌임을 확인하지는 않았으나, 위 규정이 불합리함은 조대현, 김종대 두 재판관의 위헌의견을 통하여 확인되었다. 따라서 학계와 헌법재판소가 모두 위 규정의 개정 필요성에 대하여 충분히 인식하고 있다고 보아야 한다.

개정의 방향⁵⁵⁾으로서 우선적으로 생각할 수 있는 것이 심판기

55) 이하 개정의 방향은 양건·김문현·남복현, 앞의 책, 69-71면을 정리

간에 대한 규정을 두지 않는 것이다. 강행규정을 두더라도 현실적으로 효력을 가질 수 없다면 굳이 혼시규정을 두어 불필요한 오해와 헌법재판결과의 합법성에 대한 시비를 일으킬 이유가 없다는 점에서 폐지를 심각히 고려해볼 수 있다.

나아가 혼시규정을 두고 심판기간을 2년 정도의 장기로 규정하는 방법도 생각해볼 수 있다. 이와 같은 규정은 헌법 제27조 제2항에 따라 신속한 헌법재판을 촉구하는 의미를 가지는 것으로 볼 수 있으나, 혼시규정이라는 점과 2년 정도의 기간이 정해져 있는 상황에서도 여전히 심판기간이 너무 길다는 비판이 계속될 수 있는 점에서 의미가 크다고 볼 수는 없다.

마지막으로 강행규정을 유지하면서 구체적으로 필요한 경우 헌법재판소가 이유를 들어 심판기간을 일정기간 연장할 수 있도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이는 헌법재판소가 사건이 충분히 성숙하고 판단의 준비가 되어 있음에도 불구하고 고의로 결정을 회피하는 경우를 방지할 수 있고, 나아가 심판기간을 준수하기 위한 필요성에서 헌법재판소가 인력의 확충 및 제도의 개선 등을 통한 효율적 사건 처리에 노력할 근거가 된다는 점에서 의미가 있을 수 있다. 다만, 강행규정으로 유지하는 경우 그럼에도 불구하고 사건에 따라 이를 위반할 수밖에 없는 경우가 존재할 수 있고, 당해 사건결정의 효력 등을 어떻게 처리해야 할지에 대한 대비가 반드시 이루어져야 한다. 예를 들면 강행규정 위반시의 효력 규정이나 또는 다른 절차적 보완규정이 존재하지 않는 한 강행규정의 유지의 의미가 없기 때문이다.⁵⁶⁾

한 것임.

56) 양건·김문현·남복현, 앞의 책, 71면은 개정안에서 이러한 경우에 당사자나 이해관계인 등이 헌법재판소에 그 이유에 대한 서면답변을 청구할 수 있도록 하여 헌법재판소에 간접적으로 심판기간 준수를 촉구하는 방법을 채택하고 있다. 이에 따르면 시간도과의 결정이라고 효력 자체에는 차이가 없게 된다.

제3절 법원의 재판과 신속한 재판

I. 민사소송의 신속한 재판

민사소송제도는 사인의 권리보호와 사법질서의 유지를 목적으로 하여 국가가 마련한 제도로서, 민사소송이 어떻게 이루어지고 진행되는 것이 가장 바람직한가에 관한 이념으로서 일반적으로 적정, 공평, 신속, 소송경제를 든다. 우리 민사소송법도 제1조 제1항에서 “법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.”고 하여 공정과 신속 및 소송경제를 이상으로 삼고 있음을 분명히 하고 있으며, 제2항에서 “당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.”고 하여 제1항의 이상을 제대로 실현하기 위한 수단적 원칙으로 신의칙을 규정하고 있다.⁵⁷⁾

‘권리보호의 지연은 권리보호의 거절과 같은 것’이고 ‘지연되는 정의는 정의가 아니다’라는 법언에서 알 수 있는 바와 같이 민사소송에서도 신속한 재판이 이루어져야 권리보호에 실효성이 있게 된다. 소송의 촉진은 법원의 의무인 동시에 헌법 제27조 제3항에서 보장하고 있는 국민의 기본권이므로 민사소송에서도 당연히 이를 보장하도록 각종 제도를 두고 있다.⁵⁸⁾

현행 민사소송에서 신속한 재판을 위하여 채택한 제도들을 보면, 우선 민사소송법과 특별법에서 독촉절차·제소전화해절차·소액사건심판절차·민사조정 등의 특수절차를 규정하고 있고, 민사소송법에서 소송절차의 신속한 진행을 위한 제도로서 변론준비절차(제279조 이하), 적시제출주의(제146조), 주장 및 증거제출기간의 제한 및 실기한 공격방어방법에 대한 각하(제146조, 제149조), 기일의

57) 호문혁, 『민사소송법(제7판)』, 법문사, 2009, 38면.

58) 이시윤, 『신민사소송법(제5판)』, 박영사, 2010, 22면.

연장을 제한하고 기일불출석에 대한 제재로서 자백간주(제150조)·취하간주(제268조)·진술간주(제148조) 등의 제도를 두고 있다. 이와 함께 판결선고기간 및 상하급심간의 기록송부기간의 법정(제199조, 제400조, 제438호), 선고기일의 제한(제207조), 소송지휘권에 의한 절차의 직권진행(제136조 이하) 등도 신속한 재판을 위한 것이다.⁵⁹⁾

그밖에 피고의 소송지연에 대한 방지책으로 연 20%의 지연손해금제도, 변론준비절차 종료 후 바로 변론기일 지정, 소송지연을 목적으로 한 제척·기피신청에 대한 간이각하, 원칙적 가집행선고, 원심재판장의 상소장심사제도, 소액사건심판법상의 이행권고결정제·변론종결 후 즉시 판결의 선고·판결서의 이유 기재 생략·상고의 제한 등도 소송의 촉진에 큰 도움이 되는 제도들이다. 그리고 쟁점정리 뒤에 집중증인신문 등으로 심리를 마치도록 한 집중심리제도도 그 목표가 소송의 촉진을 위한 것이다.⁶⁰⁾

일반적으로 민사소송의 4대 이상을 적정·공평과 신속·경제의 두 부류로 나누어서 양자는 서로 모순, 상치된다고 설명한다. 실체적 진실을 발견하고 양 당사자를 동등하게 다루려면 아무래도 시간과 비용, 노력이 많이 들게 마련이다. 반면 소송을 빨리 진행시키고 비용과 노력을 절약하여 심리하면 그 재판은 오판이 되거나 한 당사자를 소홀하게 취급할 가능성이 커진다. 그러므로 서로 모순, 상치되는 이상들을 어떻게 조화시키느냐 하는 것이 민사소송의 큰 과제가 된다.⁶¹⁾

신속한 재판과 관련하여 종래 우리나라 민사소송의 병폐 중 하나를 ‘오래 끌고 돈 많이 드는’것으로 보기도 한다. 민사소송은 고비용 저효율 구조로 평가되고 있고 그 결과 국민들은 권리구제를 위하여 본안소송제도를 외면하고 제도 외적 해결을 모색하는 현상이 나타나고 있다. 민사사건의 형사사건화, 가압류·가처분의 남용,

59) 호문혁, 앞의 책, 39-40면.

60) 이시윤, 앞의 책, 24면.

61) 호문혁, 위의 책, 40-41면.

권력기관·주무행정기관·언론기관 등에의 탄원 나아가 해결사 등 폭력의 동원, 집단소요와 시위·농성에 의한 간접 강제책까지 등장하고 있다. 이는 자력구제의 현대판이며 민사소송제도의 존재의의와 법치주의를 위협하는 일이다. 소송을 끝수록 그만큼 비용도 더 지출하여야 하므로 소송지연의 해결은 곧 소송경제를 도모하는 것이 되어 민사소송에서도 소송지연에 대한 대책은 아무리 강조해도 지나침이 없다. 자신이 없는 당사자는 소송을 되도록 끌려하고 소송관계인은 비협조적이며 법관의 재판부담은 과중한 상황에서 여전히 민사에서 소송촉진책의 모색은 난제로 평가되고 있다.⁶²⁾

II. 형사소송의 신속한 재판

1. 형사소송의 이념과 신속한 재판

형사소송⁶³⁾은 형법의 구체적 실현을 위한 절차이므로, 형사소송에 의하여 비로소 형법은 구체적 사건에 적용될 수 있다. 형법의 적정한 적용을 위해서는 사건의 진상을 파악하여 범죄에 대한 혐의의 진부를 명백히 하고 죄 있는 자와 죄 없는 자를 구별하여 죄 있는 자를 처벌하고 죄 없는 자를 벌하지 않음으로써 판결의 실질적 정당성을 확보하여야 한다. 이러한 의미에서 형사소송의 최고 이념은 실체진실의 발견에 있다고 할 수 있다. 그러나 실체진실의 발견은 어떤 희생을 치르더라도 달성해야 할 형사소송의 유일한 목적이 될 수는 없으며, 실체진실의 발견도 적정절차(due process)에서 신속하게 이루어져야 한다는 제한을 받지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 형사소송의 목적은 적정한 절차에 의하여 정당한 판결, 즉 진실과 정의에 기초한 판결을 얻는데 있다고 할 수 있고,

62) 이상의 내용은 이시윤, 앞의 책, 26면을 정리한 것임.

63) 이하 형사소송의 신속한 재판에 관한 내용은 이재상, 앞의 책, 21-22, 30-39면을 요약, 정리한 것으로서 별도로 각주를 붙이지 않는다.

실체진실주의와 적정절차 및 신속한 재판의 원칙은 형사소송의 목적원리로 등장하게 된다. 다만 실체진실주의, 적정절차와 신속한 재판의 원칙은 긴장관계에 있을 수밖에 없다. 실체진실주의를 추구하면 적정절차와 신속한 재판의 이념은 후퇴하게 되고, 반대로 적정절차와 신속한 재판을 강조하면 실체진실의 발견이 제한되지 않을 수 없다. 이러한 형사소송의 모순된 목적원리를 어떻게 조화할 것인가가 형사소송에서 중요한 의미를 가지게 된다.

신속한 재판은 원래 적정절차 특히 피고인보호의 원칙의 내용으로 이해되던 것이었으나 점차 독립성이 인정되어 형사소송의 일반적 지도이념이 되었다. 신속한 재판은 피고인에 대한 재판 전의 부당한 장기구금을 방지하고 재판에 대한 불안과 재판이 진행되는 동안의 일반의 비난을 최소화할 뿐만 아니라 동시에 재판이 진행되는 동안 피고인의 방어능력이 침해될 가능성을 없애기 위한 것이다. 소송의 지연으로 인하여 증인이 사망하거나 행방불명이 된 때에는 피고인에 대한 현실적인 피해가 명백하다. 나아가 신속한 재판은 소송이 지연되면 증거가 멸실 또는 왜곡되는 경우가 허다하여 실체진실의 발견이 저해된다는 의미에서 실체진실의 발견을 위해서도 필요하다. 또한 소송의 지연은 형벌의 일반예방적 효과는 물론 피고인의 사회복귀에도 유해한 결과를 초래하여 형벌의 목적을 달성하는데 지장을 가져오고, 장기간의 구속 등 형사절차에 소요되는 비용과 노력을 더하게 된다. 이러한 의미에서 신속한 재판의 원칙은 피고인 뿐 아니라 국가를 위하여도 필요한 형사소송의 기본적 요구라 할 수 있다.

2. 신속한 형사재판을 위한 제도

형사소송상 신속한 재판을 위한 제도는 크게 수사와 공소제기의 신속을 위한 제도, 공판절차의 신속한 진행을 위한 제도, 그리고 상소심재판 및 특수한 공판절차를 위한 제도로 나누어 볼 수

있다.

수사와 공소제기의 신속을 위한 제도로는 우선 형사소송법상 수사기관인 검사와 사법경찰관의 구속기간 제한(제202조, 제203조)으로 인한 구속사건에 대한 신속한 수사의 강제와 공소시효제도(제249조)가 있다. 검사를 수사의 주체자로 하여 수사권과 수사지휘권을 검사에게 부여한 것(제195조)도 간접적으로 신속한 수사를 촉진하는 것이며, 검사가 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있고(제249조), 제1심 판결선고 전까지 공소를 취소할 수 있도록 한(제255조) 기소편의주의와 기소변경주의도 피의자를 불기소처분에 의하여 신속히 형사절차에서 해방시킬 수 있도록 한 점에서 신속한 재판의 이념과 일치한다고 볼 수 있다.

공판절차의 신속한 진행을 위한 제도로는 우선 공판준비절차가 있다. 공소장부분의 송달(제266조), 공판기일의 지정과 변경(제267조, 제270조), 공판기일의 증거조사와 증거제출(제273조, 제274조) 등의 공판준비절차는 공판기일에서 심리의 원활과 신속을 위한 제도로써 이에 의하여 공판기일에서의 신속한 재판이 이루어질 수 있다. 제1회 공판기일 전에 쟁점과 증거를 정리하기 위하여 신설된 공판전 준비절차(제256조의5내지 14) 및 기일 전 공판준비절차도 재판의 신속하고 충실한 진행을 위한 것이다. 이와 함께 법원의 심판범위를 공소장에 기재된 공소사실에 제한하는 것도 피고인의 방어준비에 주된 목적이 있으나 동시에 공판심리의 신속을 위하여도 기여한다. 구속된 피고인이 정당한 이유없이 출석을 거부하고 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 경우 피고인의 출석없이 공판절차를 진행할 수 있고(제277조의 2), 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 피고인이 공판기일에 2회 불출석한 경우 피고인의 출석없이 공판절차를 진행(제458조의 2항)하는 필석재판제도 역시 신속한 진행을 하기 위한 규정이다. 공판기일의 심리를 집중하여 부득이한 사정이 없는 한 매일 계속하여 심리를 개정하여야 하며, 부득이한 경우 전회의 공판기일로부터 14일 이내로 다음 공판기일을 지정하도록 한 집중심리주

의(제267조의 2)도 신속한 재판의 원칙에 충실한 제도이며, 재판관의 공판기일의 지정과 변경(제267조, 제270조), 증거신청에 대한 결정(제295조), 불필요한 변론의 제한(제299조), 변론의 분리와 병합(제300조) 등 재판장의 적절한 소송지휘권(제279조)의 행사도 신속한 재판을 실현하는 최선의 방책이 된다. 그밖에 심급에 따른 구속기간의 제한(제92조), 변론종결 후 선고기일 지정의 제한(제318조의4), 그리고 소송촉진 등에 관한 특례법상의 판결선고기간 제한(제21조, 제22조) 역시 신속한 재판의 실현에 기여한다.

상소심재판의 신속을 위한 제도로는 상소기간(제358조, 제374조), 상소기록의 송부기간(제361조, 제377조), 상소이유서 또는 답변서제출기간(제361조의 3, 제379조) 등 상소에 관한 기간제한이 있으며, 근본적으로 상고심을 순수한 사후심으로 하고 항소심을 속심적 성격을 유지하면서도 항소이유와 항소심의 심판범위를 제한하는 등 사후심의 성격을 가지도록 하는 것은 상소남용의 폐해를 억제하고 신속한 상소심재판이 가능하도록 기여한다. 그밖에 형사소송법은 신속한 재판의 이념을 실현하기 위하여 간이공판절차와 약식절차를 마련하여 증거조사의 간이화, 서면심리에 의한 재판 등을 통해 신속한 재판을 실현하고 있다.

Ⅲ. 상고심의 제도개혁과 신속한 재판

1. 대법원 및 상고제도의 변천

가. 개관

최고법원으로서의 대법원은 설치 이후 상고심의 부담이 커지면서 업무경감방안과 이를 통한 신속한 재판을 실현하기 위하여 끊임없이 제도개혁을 도모해왔다. 따라서 대법원과 상고제도의 변천

과 그 과정에서의 논의들을 살펴보는 것은 헌법재판소의 업무부담의 경감 및 신속한 재판을 실현하기 위한 제도개선에 많은 시사점을 제시해 줄 것이다.

역대 법원조직법상 대법원의 구성과 소부 구성의 변천은 다음과 같이 정리할 수 있다.⁶⁴⁾

[법원조직법상 대법원 구성의 변천]

제정·개정 시기	대법관의 수	부의 구성	비고
1948.5.4. (과도 법원조직법)	대법관 11인 이내	5인 이상으로 구성된 소부 (민사부, 형사 부, 특별부)	고법 상고부 (단독사건에 한함) 설치
1949.9.26. (제정 법원조직법)	대법관 9인 이내	+ 전원연합부	고법 상고부 폐지
1959.1.13.	대법관 9인 이내 + 대법원판사 11인 이내	대법관 1인 이상이 포함된 법관 5인으로 구성된 소부 (민사부, 형사 부, 특별부) + 대법관만으로 구성된 소부 + 대법관 전 원으로 구성된 연합부	

64) 사법개혁위원회 편, 『사법개혁위원회 자료집(I) - 제1차~제13차 회의 결과』, 법원행정처, 2004, 79~80면. 이하 대법원 및 상고제도의 변천에 대한 서술은 위 자료집 81~97면을 요약, 정리한 것으로서 별도로 각주를 붙이지 않는다.

1961.8.12.	대법원장 포함 대법원 판사 9인	전원합의부만 등	고 법 상 고 부 (단 독 사 건 에 한 함) 설 치 ‘대 법 관’ 에 서 ‘대 법 원 판 사’ 로 명 칭 변 경
1963.12.13.	대법원장 외 12인	3인 이상으로 구성된 소부 + 전원합의부	고 법 상 고 부 폐 지 (이 유: 법 령 해 석 의 통 일 성 에 반 함, 위 헌 론)
1969.1.20.	대법원장 외 15인		
1981.1.29.	대법원장 외 12인		상 고 허 가 제 실시(1981.3.1.)
1987.12.4.~현재	대법원장 외 대법관 13인		대 법 관 으 로 명 칭 변 경 상 고 허 가 제 폐 지(1990.9.1.) 심 리 불 속 행 제 시 행 (1994.9.1.)

[대법원 소부 구성의 변천]

대법관 수 (시행기간)	소부 구성 시기	실제 구성	비고
대법원장 외 15인 (1969.1.20.~1981.1.28.)	1975.10.20.	4인 소부 3개 + 3인 소부 1개	
	1977.2.21.	4인 소부 4개	대법관 1인이 2개부 겸직

	1980.6.1.	3인 소부 5개	
	1980.8.11.	4인 소부 1개 + 3인 소부 2개	
	1980. 9. 15.	3인 소부 4개	1981.2.1개월 간 1개부를 2 인으로 구성 1981.3.1개월 간 2개부를 2 인으로 구성
대법원장 외 12인 (1981.1.29.~ 1988.2.24.)	1981.4.21.	4인 소부 3개	
	1987.1.1.	3인 소부 4개	1개부는 상고허가신청부 경임
대법원장 외 13인 (1988.2.25. ~현재)	1989.3.1. ~현재	4인 소부 3개	1989.3.1. 상고허가신청부 폐지

이하에서는 대법원 구성 및 상고심제도의 변천 중 대법원의 2원적 구성, 고법상고부의 설치, 상고허가제, 심리불속행 제도 등 주요한 제도들의 시행이유와 문제점 등을 간략히 살펴본다.

나. 대법원의 2원적 구성(1959~1961)

1959. 1. 13.부터 1961. 8. 11.까지 사이에는 대법원을 2원적으로 구성하기도 하였다. 사건부담을 해소하기 위하여 대법원에서 국회에 대법관 이외에 11인의 대법원 판사를 둘 수 있도록 하는 입법을 요청하였고, 국회가 이에 응하여 1959. 1. 13. 법원조직법을 개정하였다.⁶⁵⁾

개정 후 대법원장을 제외하면 대법관의 실제 인원수는 7인이었고, 대법원판사는 지방법원장급으로 11인이 임명되었다. 대법원에는 민사부, 형사부, 특별부의 3개 종류의 부를 두었고, 각부의 구성은 법원조직법 제7조에 따라 다음과 같이 이루어졌다.⁶⁵⁾ 우선 민사담당에는 대법관 4인과 대법원판사 6인이 배정되었다. 대법관 1인(재판장) + 대법원판사 4인(배석판사)으로 합의부를 구성하였는데, 배석이 되는 대법원판사는 주심 대법원판사 및 그 다음 서열자 3인으로 하였다. 다만 소송물가액 500만환을 넘는 민사사건, 인지소송사건은 대법관만으로 5인 합의부를 구성하여야 하므로, 형사부 대법관 1인을 빌려와서 합의부를 구성하였다. 형사담당에는 대법관 3인과 대법원판사 5인이 배정되었다. 형사합의부는 대법관 3인 + 대법원판사 2인으로 구성하였고, 배석이 되는 대법원판사는 주심 대법원판사 및 그 다음 서열자 1인으로 하였다. 다만, 사형, 무기징역, 무기금고에 해당하는 범죄에 관한 사건은 대법관만으로 5인 합의부를 구성하여야 하므로, 민사부 대법관 중 2인을 빌려와서 합의부를 구성하였다. 특별부는 선거소송사건, 행정소송사건을 담당하였으며 대법관만으로 구성하여야 하였다. 결국 민사부, 형사부를 맡은 대법관들이 중복하여 담당하였고, 주심 대법관 및 그

65) 법원조직법(1959. 1. 13. 법률 제516호로 개정된 것) 제5조 ① 대법원에는 대법관 및 판사, 고등법원, 지방법원에는 판사를 둔다.

② 대법관의 원수는 9명 이내로 하고, 판사의 원수는 다른 법률로써 정한다. 단, 대법원판사의 원수는 11명 이내로 한다.

66) 법원조직법 제7조 ① 대법원의 심판권은 대법관 1인 이상을 포함한 법관 5인으로써 구성된 합의부에서 이를 행한다. 단, 다음 사건에 관하여는 대법관만으로써 구성된 합의부에서 이를 행한다.

1. 소송물의 가격이 5백만환을 초과하는 민사사건 및 인사에 관한 소송사건
2. 사형, 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에 관한 사건
3. 대통령, 부통령 및 국회의원의 선거에 관한 소송사건
4. 행정소송사건

② 연합사건을 요할 때에는 대법관전원 및 당해 계속사건에 관여한 판사전원으로써 구성된 연합부에서 이를 행한다.

③ 전항의 경우에는 전항의 법관전원의 3분의 2이상의 출석이 있어야 한다.

다음 서열자 4인으로 합의부를 구성하였다. 그 밖에 대법관들로만 구성되는 전원합의부인 연합부가 존재하였다. 대법원판사가 연합부에 참여하는 것이 법률상 가능하였으나, 실제로는 참여하지 않았다.

사건부담을 경감하고 신속한 사건 처리를 위한 대법원의 2원적 구성으로 일정 정도 그 목적을 달성할 수 있었으나 이후 여러 가지 문제점이 드러나면서 결국 폐지되기에 이른다. 무엇보다 당시의 사회, 경제적 사정상 대법관 자체가 부족하게 됨으로써 재판부 구성이 이루어지기 어려웠다. 1960년 4·19의 영향으로 대법관 중 사임자가 많아 같은 해에는 현직 대법관이 6인에 불과하였고 이에 따라 대법관만의 재판부 5인을 구성하기도 어려웠다. 대법관 부족으로 이때부터 형사부도 민사부처럼 대법관 1인(재판장) + 대법원판사 4인(배석판사)으로 구성하였다. 결국 '대법관직무대리에 관한 임시조치법'을 제정하여 같은 해 9. 12. 대법원판사전원을 대법관직무대리로 발령으로 내어 대법관의 직무를 행하게 하였다.

또한 대법원판사가 담당할 수 있는 사물관한의 제한으로 대법원 재판부 구성에 애로가 있으므로 대법관과 대법원판사 간 사물관할을 동일하게 하여야 한다는 주장이 계속 제기되었다. 어차피 대법관이 재판장이 되므로 사물관할 제한을 풀어도 무방하다는 것이었다. 실제로 국회 법제사법위원회는 1959. 6. 선거소송을 제외한 모든 사건을 대법원판사가 담당할 수 있도록 하는 법원조직법 개정시안을 마련하기도 하였다.

한편 이렇게 운영할 바에야 대법원판사 제도를 없애고 대법관의 수를 증원하자는 의견이 대두되었다. 대법원은 1960. 9. 국회에 대한 건의안에서, 대법원판사 제도를 없애고 대법관 수를 16인으로 하며, 대법원장이 필요하다고 생각하는 경우 21인까지 증원할 수 있도록 하자고 주장하였고, 대한변호사협회는 대법관 수를 20인으로 증원하자고 주장하였다. 마지막으로 대법원의 2원적 구성으로 하급심이 크게 약화되어 상고사건의 증가를 초래하였다는 주장이 있었으나 1959~60년의 상고사건수는 커다란 변화가 없어 대

법원의 2원적 구성과 상고사건수는 별 관련이 없었다고 볼 수 있다. 오히려 대법원의 2원적 구성이 폐지된 1961년부터 상고사건이 급증하였다.⁶⁷⁾

결국 이러한 문제제기가 이어지면서 1961년 5·16 이후 별다른 여론 수렴없이 전격적으로 1961. 8. 12. 대법관을 9인으로 하고 고법에 상고부를 두는 내용으로 법원조직법이 개정되었다. 이에 따라 대법원의 소부를 폐지하고 대법원은 전원합의부로만 재판을 하고 지법 항소부 사건에 대한 상고심을 고법 상고부에서 담당하는 2원적 4심제가 도입되었다.

다. 2원적 4심제(1961~1963)

1961. 8. 12.부터 1963. 12. 13.까지 고등법원에 상고부를 설치하고 2원적인 4심제를 실시하였다. 조건만 대법원장이 취임하면서 창안하여 실시된 것으로 알려져 있으며, 대법원은 소부제도를 폐지하고 모든 사건을 전원합의부로만 심리하였다.⁶⁸⁾ 당시 대법관을 대법원판사로 호칭을 변경하고 정원은 대법원장으로 포함하여 9인이었다.

종래에 시행하여오던 3급 3심제(1심은 지방법원, 항소심은 고등법원, 상고심은 대법원)을 수정하여, 지방법원 본원의 항소부와 고등법원 상고부를 신설하였다(4급 3심제).⁶⁹⁾ 단독판사관할사건에 대

67) 민사상고사건 수의 추이

연도	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966
사건수	681	893	915	1,017	934	1,776	1,853	2,212	2,019	2,686	2,733

68) 법원조직법(1961. 8. 12. 법률 제679호로 개정된 것) 제7조 대법원의 심판권은 대법원판사전원의 3분의2이상의 합의체에서 이를 행한다.

69) 이에 따라 고등법원에 1961. 8. 상고부가 총 4개 설치되었다. 서울고법에 민사부와 형사부 각 1개가 설치되었고 민사부는 고법원장이, 형사부는 수석부장이 재판장이 되었다. 대구고법과 광주고법에는 민사부 겸 형사부 1개씩이 설치되었다. 이 경우 고법원장이 재판장이 되었다.

한 항소·상고는 지방법원 본원합의부에서 심판하고 이에 대한 상고 및 재항고사건·비상상고사건은 고등법원에서 최종심으로 심판하였다. 지방법원합의부사건은 고등법원에서 항소심을 맡고 대법원이 상고심이 되었다. 고등법원의 상고심판결에 대한 불복방법은 민사와 형사의 경우가 달랐다. 민사재판의 경우 고법 상고심판결에 대하여 헌법위반, 대법원판례위반, 고등법원 상고심판례위반 등을 이유로 대법원에 특별상고를 할 수 있었으나,⁷⁰⁾ 형사재판의 경우에는 민사재판과 같은 특별상고제도를 두지 않아서 고법 상고심에 대한 불복방법은 사실상 존재하지 않았다. 검찰총장이 법령위반을 이유로 대법원에 비상상고하는 방법만 있었을 뿐이다.⁷¹⁾

이 제도 역시 시행하면서 문제점을 드러냈다. 무엇보다 상고심이 여러 곳에 나누어져 있어서 법령해석의 통일을 기하기 어려웠다. 또한 모든 국민으로 하여금 대법원의 판결을 받을 기회를 보장하는 것이 헌법상 국민의 권리실현에 도움이 된다는 주장도 제기되었다. 이에 따라 법무부는 1962. 9. 상고심제도를 종전대로 환원하는 형사소송법 개정시안을 마련하였고, 같은 해 10. 전주변호사회에서 상고심을 대법원에서만 관장하는 방안을 건의하였다. 대법원이 우리나라의 최고법원으로서 법적 안정을 위한 최종기관이

70) 민사소송법(1961. 9. 1. 법률 제706호로 개정된 것) 제408조의2 (특별상고) ① 고등법원이 상고심으로서 선고한 중급판결에 대하여는 다음 사유가 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 특별상고할 수 있다.

1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반이 있는 때
2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있는 때
3. 대법원의 관례가 없는 경우에 고등법원의 상고심판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있는 때

② 전항의 소송절차에는 상고에 관한 규정을 준용한다.

71) 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제371조 (상고할 수 있는 판결) 제2심판결에 대하여 불복이 있으면 지방법원본원합의부가 선고한 것은 고등법원에 상고할 수 있으며 고등법원이 선고한 것은 대법원에 상고할 수 있다.

제441조 (비상상고이유) 검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다.

고, 상고심 재판이 고등법원에서 분산관장되면 법해석의 통일을 기하기 어려우니 대법원에서만 관장하도록 함이 적절하다는 이유였다. 1963. 7.에는 대한변호사협회에서 대법원 및 법무부에 대법원에서 형사소송절차의 상고심을 모두 맡는 것으로 제도를 바꿀 것을 건의하였다. 모든 국민으로 하여금 최고법원의 판결을 받을 기회를 보장함으로써 헌법상의 국민의 권리가 실현되도록 하여야 한다는 것이 주된 이유였다.

결국 고등법원 상고부는 폐지되었고, 대법원은 모든 상고사건과 고법의 결정·명령 및 지법본원합의부의 제2심 결정·명령에 대한 항고사건 등을 중심으로 재판하게 되었다. 이를 위해 대법원판사를 12명으로 증원하였고, 4인제 재판부 3개를 두어 사건을 처리하도록 하였다. 이러한 형태의 상고심처리제도는 상당기간 지속되다가 1981년 상고허가제가 도입되면서 변경되었다.

라. 상고허가제(1981~1990)

1981. 1. 24. 국가보위입법회의는 별다른 의견 수렴 없이 전격적으로 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’을 의결하여 같은 해 3. 1.부터 상고허가제를 실시하였다. 이 법률은 제11조에서 헌법위반, 법령위반, 관례위반의 경우에만 권리로서 상고할 수 있도록 하고(이른바 권리상고)⁷²⁾ 그 외의 경우에는 대법원에 상고허가신청을 하여 허

72) 소송촉진 등에 관한 특례법(1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정된 것) 제11조 (상고이유의 제한) ① 민사소송법 제393조 및 제394조의 규정에 불구하고 상고는 판결에 영향을 미친 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있음을 이유로 하는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

1. 헌법에 위반하거나 헌법의 해석이 부당한 때
 2. 명령·규칙 또는 처분의 법률위반여부에 대한 판단이 부당한 때
 3. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석이 대법원관례와 상반된 때
- ② 제1항 제3호에 규정된 사유가 있는 경우에 대법원이 종전의 대법원관례를 변경하여 원심판결을 유지함이 상당하다고 인정할 때에는 상고를 기각하여야 한다.

가를 받은 경우에만 상고를 할 수 있도록 하였다. 위 법률 제12조는 제1항에서 대법원이 제11조에 규정된 상고이유가 없는 경우에도 법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하는 것으로 인정되는 사건에 관하여는 그 판결확정 전에 당사자의 신청이 있는 때에 한하여 대법원규칙이 정하는 바에 따라 상고를 허가할 수 있다고 규정하고, 제2항에서 상고가 허가된 경우 원심판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의와 형평에 반한다고 인정할 만한 중대한 법령위반이 있을 때에 원심판결을 파기하도록 파기사유를 규정하였다.⁷³⁾

이를 시행하기 위해 대법원은 4인으로 구성된 소부 3개를 설치하고, 각 소부에서 각자 상고허가신청사건을 담당하도록 하였다. 이후 1987. 1. 1.부터는 3인으로 구성된 4개의 소부를 설치하여 소부 중 1개가 상고허가신청사건을 전담하도록 하였다. 이러한 상고허가신청전담부 제도는 1989. 3. 1. 폐지되었다. 상고허가신청전담부의 폐지는 상고허가신청 담당재판부와 상고심본안 담당재판부가 달라지면서 상고허가신청 인용후 상고를 기각하는 경우가 늘어나고 이로 인한 당사자들의 비난이 거세었기 때문이다.⁷⁴⁾ 상고허가신청사건에 대하여도 사건기록 전체를 대법원에 송부하도록 하여 이를 검토하고 허가여부를 판단하였다. 이는 미국 등의 국가들이 상고신청서 및 답변서, 원심판결만을 검토하고 상고허가 여부를 결정하고 있는 것과 상당히 다른 것이었고 그만큼 업무부담은 클 수밖에 없었다.

상고허가제는 국민으로 하여금 대법원의 판결을 받을 기회를 제한하다는 비판을 받았고 결국 1990. 9. 1. 폐지되었다. 상고허가제 시행기간 동안 상고사건은 점진적인 증가율을 보여 상고심 민사본안사건 수는 1981년 2,398건에서 1989년 4,277건으로 증가하였다. 그러나 상고허가제 폐지 후 상고사건은 급증하여 상고심 민사

73) 그밖에 제13조는 항고법원의 결정과 고등법원의 결정 및 명령에 대한 재항고의 경우 상고에 관한 조항들을 준용하도록 규정하고 있었다.

74) 상고허가신청인용율은 1985년 10.48%였으나 전담부가 설치된 1987년에는 25.85%로 높아진 반면, 상고심 본안사건의 파기율은 연간 7~8% 정도에 불과하였다.

본안사건 수는 1993년 6,336건이 되었다. 이에 따라 다시한번 상고심제도를 개혁하여 업무부담을 덜고 신속한 재판을 이루어야 한다는 논의가 이루어졌다.

마. 심리불속행(1994~현재)

상고허가제도가 폐지된 후 상고사건이 급증하게 되어 이에 대한 대책이 시급하게 되자 1993. 11. 10. 대법원에 설치된 ‘사법제도발전위원회’에서 상고허가제에 대한 대안으로 심리불속행제도가 제안되었다.⁷⁵⁾ 이에 따라 ‘상고심 절차에 관한 특례법’(1994. 7. 27. 법률 제4769호로 제정)이 제정되어 1994. 9. 1. 시행되었다.

심리불속행제도란 대법원이 상고이유에 관한 주장이 헌법위반, 법령위반, 관례위반 등을 포함하지 않는 경우 원심법원으로부터 상고기록을 송부받은지 4개월 이내에 심리불속행 판결을 하여 사건을 종결할 수 있도록 하는 것이다.⁷⁶⁾ 이는 민사소송, 가사소송 및 행정소송의 상고사건에만 적용되며(제2조), 민사소송법의 관련 규정들은 위 법의 규정에 저촉되는 경우 적용이 배제된다(제3조). 가압류 및 가처분에 관한 판결과 민사, 가사, 행정소송의 재항고

75) 사법제도발전위원회에서의 개혁 논의에 대한 자세한 내용은 III. 2.에서 검토하고 여기에서는 간략히 제도의 개요를 정리한다.

76) 상고심절차에관한특례법 제4조 (심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원관례와 상반되게 해석한 때
4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원관례가 없거나 대법원관례를 변경할 필요가 있는 때
5. 제1호 내지 제4호외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
6. 민사소송법 제394조제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

및 특별항고사건에 대하여도 마찬가지로 처리할 수 있고(제4조 제2항, 제7조), 상고이유에 관한 주장이 그 주장 자체로 이유가 없는 경우나 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 경우에도 심리불속행 판결을 할 수 있다(제4조 제3항). 다만 대법원이 원심법원으로부터 상고기록을 송부받은 날부터 4월 이내에만 가능하며, 이 기간이 경과하면 심리불속행 판결을 할 수 없다(제6조 제2항). 심리불속행판결은 결정이 아닌 판결이기는 하나 이유를 기재하지 않을 수 있고, 선고를 요하지도 않으며, 상고인에게 송달됨으로써 효력이 발생한다(제5조).

이와 같이 간략하게 사건을 종결할 수 있도록 한 심리불속행 제도는 판결에 이유를 기재하지 않을 수 있으며, 판결의 선고를 요하지 않고 판결을 송달만 하면 되기 때문에 대법원의 업무부담 경감에 상당히 기여할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 심리불속행 판결의 경우에도 사건기록에 대한 검토와 연구는 다른 사건과 동일하게 매우 자세하게 이루어지므로 대법원의 업무부담 경감에는 큰 도움이 되지 않고 있다는 지적이 있다. 단순히 판결에 이유만 기재하지 않을 뿐이므로, 사건기록에 대한 검토, 연구, 합의는 여전히 동일하게 이루어져야 하기 때문이다. 따라서 대법원이 중요한 사건에만 집중하여 충실한 심리와 판결을 한다는 관점에서 보면 부분적으로만 기여하는 것으로 볼 수 있다. 이와 함께 시민단체나 변호사단체에서 심리불속행제도가 국민의 재판받을 권리를 침해한다며 폐지를 주장하고 있어, 이에 대한 개혁 및 개선을 위한 노력은 계속되고 있다.⁷⁷⁾

2. 심리불속행제도의 도입과정

77) 심리불속행제도 시행 이후 2003년부터 2006년에 걸쳐 있었던 사법개혁위원회와 사법개혁추진위원회에서의 대법원과 상고심에 대한 개혁 논의에서는 고등법원상고부 설치가 채택되어 입법이 추진되기도 하였으나 실제 제도가 도입되지는 않았다,

대법원 업무부담의 경감을 위한 상고제도의 개선은 1993년에 발족한 사법제도발전위원회에서 다시한번 주요안건이 되었고, 논의는 당시까지의 대법원 구성 및 상고심제도의 경험을 기반으로 여러 가지 대안들을 안건으로 상정하여 검토하는 과정으로 이루어졌다.⁷⁸⁾

사법제도발전위원회에서의 상고제도 개선은 대법원이 상고심으로서의 본래적 임무와 기능을 적절히 수행하고 있는지를 검토하고 있는 것에서 출발하였다. 상고심의 본질은 법률심으로서 하급심의 법령적용상의 오류시정이 본질적인 역할이다. 따라서 사실인정의 당부판단은 항소심의 역할로 보아야 하며 상고심은 법령해석의 통일과 함께 사법운영에 대한 최고경영관리자적 관점에서 의견을 내는 것을 그 역할로 하여야 하므로 제2의 항소심으로 되어서는 안된다. 그럼에도 불구하고 당시 대법원은 전체의 소송기록과 상고이유서 등을 모두 검토한 연후에 비로소 상고이유의 당부를 판단하고, 상고인이 “판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반”의 내용을 넓게 주장하여 실제로는 사실인정을 다투면서도 이를 법령위반이라고 포장하여 주장하면 대법원이 그에 상응하여 구체적 사실관계에 입각한 결론의 당부를 판정하는 등 사실상 사실심판결에 대한 제2의 항소심으로 기능하고 있었다. 따라서 상고심임에도 불구하고 지나치게 개개사건의 구체적 진실발견에 시간과 노력이 집중되었고, 대법원은 법령해석의 통일과 법률문화의 발전이라는 최고법원으로서의 상고심 역할을 완벽하게 수행하지 못하고 있었다.

물론 상고사건의 수가 적정한 수준이라면 기존의 방식도 부적절한 것은 아니었다. 그러나 상고심에 접수되는 사건은 해마다 기하급수적으로 증가하여 이미 1993년 대법관 1인당 월간 약 100건(연간 약 1,200건)에 이르는 상황이었다. 사건 처리의 부담으로 인

78) 이하 사법제도발전위원회에서의 논의과정은 대법원, 『사법제도개혁백서(上)』, 대법원, 1994.의 관련내용을 요약, 정리한 것으로서 별도로 각주를 붙이지 않는다.

하여 주요한 법령해석이 쟁점인 사건을 충분히 검토할 수 없었고 소부판결이 일반화되어 대법관 1인의 단독재판과 같은 상황이 나타났다. 사건 처리에 치중함으로써 각 부별로, 동일 부내에서도 주심별로 사건이 파악되고, 다른 부 소속 대법관 혹은 동일 부내의 주심이 아닌 대법관은 기록을 보지 못한 채 주심의 의견을 따르는 경우가 많게 된 것이다.

이와 같이 사건이 폭주함으로써 각 사건에 투입할 시간과 노력이 절대 부족한 상황에서는 구체적 정의실현을 기하기 어려웠을 뿐만 아니라 정당한 당사자의 권리실현이 지연되는 상황이 초래되었다. 대부분의 사건이 결국 패소 확정되어 당사자의 지연책 또는 쓸데없는 분쟁상태의 지속화로 인하여 신속히 이루어져야 할 정당한 당사자의 권리구제가 지연되는 중대한 문제가 발생한 것이다.

이러한 문제들의 해결방안은 크게 보아 대법원 인적 구성의 확대와 상고사건 자체의 수를 줄이는 방안이 있었다. 사법제도발전위원회에서는 이러한 기본적인 방향을 토대로 상고허가제의 재도입, 선택적 4심제와 이원적 4심제, 대법원의 2원적 구성, 대법관수의 대폭적인 증가, 상고이유제한 또는 이유의 기재 생략 등의 7가지 안을 제시하고 이에 대한 장단점을 검토하였다.

우선 상고허가제의 경우 직전 시행하다 문제점으로 말미암아 폐지된 것으로서 그대로 다시 도입할 수는 없었다. 이에 따라 우선 상고허가제를 도입하기 위하여 하급심의 강화조치로서 법관임용자격의 강화, 제1심 법원 및 법관수의 확충, 경력이 일천한 판사의 제1심 판결 관여 제한, 법관에 대한 연수교육 강화, 고등법원과 항소부 법관구성의 상향조정 등이 이루어져야 하며, 변론준비절차의 활성화, 집중심리 등을 통해 충분한 심리가 이루어지도록 할 것 등이 동시에 이루어져야 할 것으로 논의되었다. 재판의 승패는 원칙적으로 제1심, 예외적으로 항소심에서 결정된다는 국민적 인식전환이 이루어지도록 노력해야 한다는 점도 지적되었다. 이러한 전제하에 도입을 고려할 수 있는 새로운 상고허가제도는 권리상고

를 폐지하고 모든 사건에 관하여 상고허가제도를 도입하며, 상고허가여부결정의 담당기관, 결정기관, 허가기준을 대법원규칙으로 정하고, 민사·가사 뿐만 아니라 행정소송과 함께 형사소송에도 도입하는 것이 기본적인 틀로 제시되었다. 이를 도입하는 경우 상고심의 본래적 기능을 수행하고, 정당한 권리자를 보호하며, 기존의 재판연구관을 축소하여 중견법관을 재판업무일선에 배치하는 것이 가능해진다고 효과를 예상하였다.

두 번째로 제시된 것이 선택적 4심제이다. 이는 고등법원에 상고부를 두어 사실심의 제3심을 담당하도록 하고 대법원은 순수 법률심으로 함으로써 당사자에게 불복절차를 선택할 수 있도록 하게 하는 것으로, 전면적인 상고허가제를 도입하기까지 과도체제로서 제안된 것이다. 선택적 4심제는 재판을 받을 권리를 사실심을 3심까지 받을 수 있는 권리라고 보는 국민들의 일반적인 인식을 바탕으로 한 것으로 상고허가제에 대한 심정적 반감을 완화하고 대법원의 법률심을 강화하는 방안으로 제시되었다. 선택적 4심제에 의하면 심급구조는 다음과 같다.

단독사건 : 지방법원 단독 → 지방법원 항소부 → 고등법원 상고부 → 대법원 허가 재상고 [또는 당사자의 선택에 따라] 대법원 허가상고

합의사건 : 지방법원 합의부 → 고등법원 항소부 → 고등법원 상고부 → 대법원 허가재상고 [또는 당사자의 선택에 따라] 대법원 허가상고(민사, 가사사건 뿐 아니라 형사, 행정사건에도 적용)

소액사건 : 지방법원 단독 → 지방법원 항소부 → 고등법원 상고부(재상고 불인정)

이렇게 되면 상고사건이 고등법원과 대법원에 분산되어 업무처리의 효율화를 기할 수 있으며, 신속한 재판을 원하거나 2심까지의 사실인정을 다투지 아니하는 국민으로 하여금 고등법원 상고부

대신 곧바로 대법원의 최종적인 판단을 받을 수 있도록 하여 국민에게 선택권을 부여하고 신속한 권리구제가 가능하게 된다. 이를 위해 고등법원에 8개 내지 10개의 상고재판부를 설치하고 재판연구관을 배치하는 등 고등법원의 구조개선이 필수적이게 된다.

이러한 선택적 4심제와 유사한 것으로서 이원적 4심제 방안이 있다. 이는 고등법원 상고부를 설치하여 4심제를 유지하되 국민이 선택하도록 하는 것이 아닌 심급구조를 미리 정해놓는 것이다. 이 방안에서 제시된 심급구조는 다음과 같다.

민·형사단독사건 : 지방법원 단독 → 지방법원 항소부 → 고등법원 상고부(허가제 가능) → 대법원재상고(허가, 전원합의)

민·형사합의사건, 행정사건 : 지방법원 합의부 → 고등법원 항소부 → 대법원상고

소액사건 : 지방법원 단독 → 지방법원 항소부 → 고등법원 상고부(허가제)

대법원의 업무량의 적정화를 위해서는 1심을 원칙적으로 단독으로 운영하여야 하며, 극히 예외적으로 합의부에서 심리하는 방식을 전제로 하지 않으면 안된다. 고등법원 상고심판결에 대한 재상고는 모두 허가제로 운영하여야 하며, 종전의 권리상고에 해당하는 것만을 상고이유로 하는 것이 필요하다.

이와 같은 4심제들에 대한 검토결과 많은 문제점이 예상되었다. 우선 각 심급에서의 신속한 처리 못지않게 중요한 것이 최종적 해결에 이르기까지의 신속성인데 심급구조가 다단계가 됨으로써 분쟁의 최종적인 해결이 그만큼 지연되는 결과가 초래될 수 있고, 어떤 방법이든지 4심제를 허용하면 국민의 정서상 고등법원 상고부를 거친 다음 어차피 계속하여 대법원에까지 사건을 끌고 올 것이 예상되므로 법원 전체적으로 업무량이 크게 증대될 것이며, 대

법원의 업무경감을 위해서는 어차피 재상고에 대한 전면적 허가제가 도입되어야 한다는 비판이 제기되었다. 이는 대법원의 업무부담을 덜려는 데에만 치중하여 고등법원의 비대화와 함께 하급심의 상대적 취약화라는 대가를 치러야 하며, 대법원만에 한정하여 보면 전면적인 상고허가제의 도입과 차이가 없게 된다는 것이다. 이에 더하여 선택적 4심제는 절차가 번거로와 국민의 편의를 위해서는 간명한 절차가 바람직하다는 주장이 있었고, 이원적 4심제의 경우에는 합의사건은 현행대로, 단독사건은 4심으로 운영하는 것은 사건의 경중에 따른 처리와 모순되는 문제까지 있었다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라에서는 1960년대 고등법원 상고부를 둔 적이 있으나 당시 고등법원에 상고부를 두어 중심으로 하는 것에 위헌의 소지가 있다는 점과 상고심의 법령해석통일기능의 약화 등을 이유로 폐지되었던 경험도 제도도입에 주요한 고려요소였다.

심급구조의 변화를 통한 문제해결방식과 함께 제시된 것이 대법원 구조의 개선을 통한 업무부담경감이다. 그중 우선 생각할 수 있는 것이 대법원에 대법관 아닌 판사를 두고 대법관 1인 이상을 포함하는 소부를 설치하여 사건을 처리하도록 하는 대법원의 2원적 구성방법이다. 헌법이 대법원에 대법관 아닌 법관을 둘 수 있다고 규정하고 있으므로(헌법 제104조 제3항), 법원조직법을 일부 개정하여 부의 사건 처리에 대한 근거를 두면 간명하게 제도의 개선이 이루어질 수 있었다. 마찬가지로 대법관 수를 대폭적으로 증가시키면 대법원 자체의 업무에는 변화가 없을 것이나 개별 대법관의 업무부담이 경감되고 사건 처리가 신속하게 될 수 있는 점에서 대법원 수의 증가 방안도 제시되었다.

우선 전자에 대하여는 대법원이 비대화되고 재판부의 구성이 이질적인 양자의 혼합형식을 취함으로써 대법원판결에 대한 불신, 하급심의 약화로 인한 상고의 폭증, 대법관 자신의 업무경감효과에 대한 회의, 합의부의 증가로 인한 법령해석통일의 어려움 등의 문제가 발생할 수 있다는 검토결과가 제시되었고, 무엇보다 이는 대법원의 권위에 집착하여 대법관 수를 늘리는 원칙적인 방법을

사용하지 않는 기교적인 방안이라는 점과 재판연구관을 강화하는 것으로 유사한 효과를 볼 수 있는 점에서 채택의 필요성이 없다는 의견이 제시되었다. 대법관 수의 증원에 대하여는 사건증가추이에 비추어 적정수의 대법원판결을 선고하기 위해서는 대법관 수가 100여명 정도로 증가되어야 하며, 부판결을 배제 내지 축소하여야 한다는 기본원칙에 어긋나고 대법원이 제2의 항소심, 제3의 사실심으로 될 가능성이 있어 법률심으로서의 기능이 약화될 수 있다는 문제가 예상되었다. 결국 이는 법령해석의 통일을 위한 제4심이 필요하다는 것으로 귀결될 수 있다는 점에서 이렇게 되면 앞서 살펴본 4심제의 문제가 복합적으로 작용할 수 있다는 문제점도 지적되었다.

대법원의 구조개선이 아닌 업무의 방식의 변경을 통한 문제해결방식도 제시되었다. 그중 첫 번째가 민·형사소송법상의 상고이유를 축소하는 방안이다. 예를 들면 종전 상고허가제상의 권리상고이유에 상당하는 것으로 제한하거나 상고이유가 사실인정을 다투는 취지인 경우에는 상고이유가 없는 것으로 보아 제한하는 방안이다. 두 번째는 대법원 판결에 이유의 기재를 생략할 수 있게 하는 방안이다. 이는 상고기각할 경우 이유기재를 생략하게 하고, 이유기재 생략시 판단유탈을 제심사유에서 제외하는 것이다. 이러한 방안에 대하여도 전자의 경우 어느 정도 대법원의 사건 처리 부담이 경감될 수 있으나 사실상 상고허가제와 차이가 없으며 상고심리절차의 개선없이 이유만을 제한하는 것은 법률심의 기능강화라는 취지에 반한다는 문제제기가 있었고, 후자의 경우 어파치 기록을 모두 검토해야 한다는 점에서 큰 의미가 없으며, 특별한 제도 개선없이 극히 간략한 이유를 기재하는 등 운용상의 개선만으로 유사한 효과를 거둘 수 있는 점에서 독립적인 방안이 될 수 없는 것이라고 검토되었다.

사법제도발전위원회는 이러한 방안들을 대상으로 국민의 권리보호와 개선의 효과 등을 검토하고 전국의 법관회의를 개최하여 법관들의 의견을 청취⁷⁹⁾하는 등의 과정을 거쳐 실질적 상고심사제

를 도입하는 것이 필요하다는 것으로 의견을 모았다. 이러한 상고심사제에 대하여 이는 국민의 재판권을 받을 권리를 제한하는 것으로서 국민의 편의를 도모하는 방향으로 사법제도를 개선하겠다는 위원회의 방침과 어긋나며, 국민의 정서에 반하고, 특히 시행되다가 폐지된지 얼마안되는 상황에서 다시 도입하는 것에 저항감이 있을 수 있다는 반대의견이 제기되기도 하였다. 그러나 대법원의 상고심 사건 처리를 검토해보면 1992년의 경우 단지 8.2%만이 파기환송(破棄還送) 또는 파기자판(破棄自判)의 판결이 선고되어 절대다수의 사건에 있어서 패소당사자의 쓸데없는 상고로 인하여 정당한 당사자의 권리구제가 늦어지고 있다고 볼 수 있는 점, 상고를 선별하여 중요한 논점이 있는 사건의 해결에 대법원의 노력을 집중할 수 있게 하는 것이 국민의 권리구제라는 측면에서 옳은 점, 인지첩부와 변호사 비용 등으로 인하여 남상고로 인한 국민의 소송비용부담이 과중한 점, 대법원이 사실관계에 대한 심리를 하지 않더라도 국민의 재판권을 침해하는 것이 아닌 점 등을 근거로 위원회는 상고의 실질심사를 거쳐 이유기재를 생략하는 ‘심리불개시판결’이 가능하도록 특별법을 제정하는 방안을 제시하였다. 결국 사법제도발전위원회의 이러한 의견을 바탕으로 ‘상고심 절차에 관한 특별법’이 제정되어 심리불속행제도가 도입되었다.

IV. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 법원의 재판에서도 민사와 형사를 막론하고 신속한 재판절차를 실현하는 것은 매우 중요한 재판절차의 원리이다. 이에 따라 민사소송과 형사소송에서 공통적으로 심리자체를 신속하게 진행할 수 있도록 하는 다양한 제도들을 도입하여 실행하고 있다. 각종 사전 준비절차를 통하여 쟁점을 확인하고 재판을 위한 자료들이 사전에 준비됨으로써 본 재판 자체가 밀도

79) 전국의 법관회의를 거쳐 취합한 판사들의 의견을 보면 상고허가제를 지지하는 견해가 50%를 상회하였다.

있게 이루어질 수 있도록 하고, 심리자체가 신속하게 이루어질 수 있도록 당사자들의 행위를 제한하며, 판결선고가 늦어지지 않도록 각종 기한을 법률에 정하는 등 기존 민·형사재판의 신속한 진행을 위한 많은 제도들이 존재한다. 한편 정식재판과는 별도의 간이한 절차를 마련하여 신속하게 분쟁을 해결하기도 한다. 대법원 상고심과 관련하여 보면 오랜 기간 업무부담을 경감하고 상고심 본래의 역할에 충실하면서 신속한 재판을 실시하기 위한 각종 제도들이 도입되어 시행되었다. 대법원의 대폭증원을 제외하고, 상고를 제한하고 심사하도록 함으로써 심판대상 사건 수를 줄이려는 노력부터, 대법원의 인원을 보강하여 개별 대법관별 업무부담을 줄이는 것, 나아가 고등법원이 상고심의 일부를 맡도록 하여 대법원의 사건부담을 줄이는 등 지금까지의 경험만을 살펴보아도 충분히 여러 가지 방안들을 찾아낼 수 있으며, 실제 현재 시행되고 있는 심리불속행 제도의 도입시 이러한 방안들이 모두 검토되기도 하였다.

이상에서 살펴본 법원의 재판에서 신속한 재판을 실현하기 위한 제도들은 크게 기존재판절차의 신속한 진행을 위한 제도, 심판대상의 제한과 별도의 신속한 절차 도입을 통한 사건 수의 제한, 인원과 구성의 변경을 통한 신속한 재판의 구현 등으로 나누어 볼 수 있다. 물론 일반 법원의 재판과 헌법재판은 그 특성이 다르므로 이들 제도들을 그대로 도입할 수는 없으나 법원에서의 논의들은 헌법재판의 신속한 재판을 위한 제도개선에 많은 참고가 될 수 있을 것이다.

제4절 헌법재판의 신속성 강화 방안

1987년 헌법 개정으로 헌법재판소제도가 도입된 후 헌법재판소법 제정을 위한 노력이 계속되었고, 법무부의 실무위원회를 비롯하여 대한변호사협회 등 각계에서 의견을 제출하고 이러한 의견을 종합하여 초기입법이 이루어졌다.⁸⁰⁾ 헌법재판소법 제정을 위한 준

비와 작업 기간이 길지 않았고, 무엇보다 당시까지 실질적으로 헌법재판을 실행하여온 경험이 거의 없었던 상황에서 이루어진 초기 헌법재판소법은 많은 미비점을 가질 수밖에 없었다. 의견의 절충 과정에서 발생할 수밖에 없는 논리적, 이론적인 문제와 함께 시행 과정에서 예상하지 못했던 많은 문제들이 나타났고, 이러한 문제들은 수차례 헌법재판소법의 개정을 통하여 해결하기도 하였으나 여전히 남아있는 문제들이 존재한다.

지난 25년간 헌법재판제도의 시행과 연구를 통해 헌법재판소법의 개선방향을 모색하는 많은 시도들이 있었으나 대부분은 헌법재판소의 관할문제나 대법원과의 갈등을 해결하기 위한 방법 등 주요한 문제를 중심으로 이루어졌고,⁸¹⁾ 신속한 헌법재판을 위한 별도의 연구는 찾아보기 어렵다. 다만 전반적인 헌법재판제도의 문제와 개선방향을 제시한 연구 중 몇 가지 신속한 재판을 위한 내용을 찾아볼 수 있을 뿐이다. 이들 지금까지의 연구성과를 바탕으로 법원재판의 경험을 참고로 하여 신속한 헌법재판을 위한 제도 개선방안을 구상해본다.

우선 헌법재판소의 인적 구성과 관련하여 헌법재판소 역시 재판관과 헌법연구관 등의 인력을 보완하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 현행 헌법은 헌법재판소 재판관의 수를 9인으로 하고 있다. 장기의 심판기간과 날로 가중되는 업무부담을 고려하면 9인이 적정

80) 헌법재판소, 앞의 책(각주 44), 4-6면.

81) 예를 들면, 김문현, “현행 헌법상 헌법재판제도의 구조상의 문제점과 그 개선에 관한 일 고찰”, 「법학논집」 제10권 제1호, 이화여자대학교, 2005.; 최완주, “헌법재판제도의 재구성 -사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로-”, 법조 제55권 제3호, 법조협회, 2006.; 남북현, “헌법재판 관할권의 재설계 -현행헌법 20년 운영경험을 바탕으로-”, 「공법연구」 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007.; 황치연, “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 「헌법판례연구」 제11권, 한국헌법판례연구학회, 2010.; 남북현, “헌법재판소법 개정방향 -특별심판절차와 관련하여-”, 「헌법학연구」 제17권 제4호, 한국헌법학회, 2011. 그밖에 헌법재판소가 자체적으로 연구용역으로 헌법재판제도의 개선을 위한 연구를 진행한 것으로 김철용·김문현·정재황, 앞의 책, 1993. 및 양건·김문현·남북현, 앞의 책, 1999. 이 있다.

수인지는 다시 생각해볼 필요가 있다. 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 경우 예상되는 헌법소원심판사건의 증가에 대비하기 위해서 증가의 필요성이 인정되며, 증원하는 경우 12인으로 확대하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.⁸²⁾ 물론 재판관이 증원되면 재판부의 구성과 심리방법의 변화에 따라 개별 재판관별 업무부담을 감경할 수 있는 여지가 커진다는 장점이 있기는 하다. 다만 현재와 같이 전원재판부의 재판이 원칙적으로 되어 있는 상황에서 재판관의 수가 확대된다고 해도 업무부담의 경감이나 신속한 사건 처리에 도움이 될지는 의문이다. 게다가 재판관 수의 확대는 헌법 개정사항이므로 설사 증원이 바람직하다 하더라도 언제 실현될지 알 수 없는 것으로서 장기적 검토사안으로 보는 것이 타당하다.

헌법재판소에서 사건 처리에 직접 관여하는 인력으로는 헌법연구관(보)이 존재한다. 헌법연구관은 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 대한 조사·연구에 종사하며, 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임용하는 자체연구관들과 법원, 검찰, 행정부 등 다른 국가기관으로부터 파견받은 파견연구관들로 구성되어 있다(헌법재판소법 제19조). 그밖에 사건의 심리 및 심판에 관한 전문적인 조사·연구를 위한 헌법연구위원(같은 법 제19조의 3) 및 심도있는 연구와 교육을 위한 별도의 기구인 헌법재판연구원이 존재하는 하나(제19조의 4) 이들이 사건에 대한 연구보고서나 결정문 초안 작성에 직접 참여하지 않는 점에서 사건 처리를 위한 직접적인 인력으로 볼 수는 없다. 헌법연구관의 역할을 감안할 때 인력의 확충, 전문인력의 보강 등이 필요하며, 이를 통해 재판관의 업무부담을 경감하고 신속한 재판을 실현해야함은 당연하다.⁸³⁾ 특히 개소 이래 지금까지 상당수의 연구관을 법원 등 외부기관의 파견을 받아 충원하고 있고 이들이 사건 처리에 중요한 역할을 수행함으로써 헌법사건에 대한 전문성과 헌법판례에 대한 지식

82) 윤명선, 앞의 글, 85면

83) 권영실, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, 「헌법학연구」 제12집 제1호, 한국헌법학회, 2006, 73면.

의 부족으로 여러 가지 문제가 발생할 우려가 있다. 따라서 파견 연구관의 축소와 헌법전문 자체연구관의 강화는 신속성뿐만 아니라 결정의 완전성을 위하여도 반드시 필요한 과제라 할 수 있다. 다만, 헌법상 대법관과 함께 대법원 이외의 법관의 지위가 규정되어 있어 대법관 아닌 대법원판사가 직접 사건 심리에 참여할 수 있는 대법원과는 달리 헌법연구관은 재판관과의 합의부의 구성 등으로 사건 처리에 참여하는 것이 불가능하며 사건심리를 위한 보조기능에 업무가 한정되므로, 헌법연구관의 증원 등이 이루어진다 하더라도 기타 다른 조치들이 병행하여 이루어지지 않으면 실제 신속한 사건 처리에 기여하는 정도는 떨어질 수 있다.

다음으로 재판절차 자체의 신속을 위한 제도로써 직권주의의 완화와 당사자주의의 실현을 통한 심리범위를 제한하는 것을 생각해볼 수 있다. 헌법재판은 원칙적으로 당사자주의가 아닌 직권주의에 의하여 심판이 이루어지며, 심판대상의 확정과 변경, 쟁점의 제기 등이 당사자들의 주장이 아닌 헌법재판소의 직권에 의한 결정으로 이루어지고 있다. 이에 따라 극단적으로는 소송대리인은 심판청구서에 청구취지만 적어 위헌주장을 해도 모든 주장과 논거, 자료를 헌법재판소가 스스로 찾아 판단하며, 구두변론이 이루어지지 않는 경우 심판청구서를 제출하고 나면 소송대리인이 더 이상 할 일이 없게 된다.⁸⁴⁾ 물론 헌법재판에서 당사자 자체가 의미없는 경우가 많이 있고 헌법재판의 객관적 가치보호의 중요성과 청구인 및 대리인들의 전문성이 높지 않은 상황에서 헌법재판소가 적절히 권한을 행사하여 주장과 심판대상을 통제해야할 필요성이 있음은 충분히 인정할 수 있다. 그럼에도 불구하고 직권주의로 인하여 부실한 심판청구서가 접수되며 이를 보완하기 위해 불필요한 연구인력이 낭비되고 사건 처리가 지연되고 있음을 고려하면 직권주의의 완화와 당사자주의의 강화를 통한 쟁점의 제한은 신속한 사건 처리에 충분히 기여할 수 있다. 이와 관련하여 구두변론의 활성화는 쟁점을 명확하게 하고 논증의 설득력을 높이는 방안으로

84) 권영설, 앞의 글, 51면.

서 재판의 완성도를 높이는 효과가 크므로 직권주의의 완화와 함께 추진하고, 변론에서 확인된 것으로 쟁점을 한정하고 변론종결 후 결정선고 기일을 일정기한 이내로 제한하는 조치가 병행된다면⁸⁵⁾ 신속한 사건 처리를 위한 좋은 방안이 될 수 있을 것이다.

신속한 헌법재판을 위해 무엇보다 중요한 것은 정치적, 사회경제적 중요성과 헌법이론적 중요성을 가진 이른바 주요사건을 충실히 하면서도 그 이외의 기타 사건들을 간략하게 처리하는 간이절차 이른바 fast track 절차를 어떻게 구성할 것인가 하는 것이다. 이는 간이하게 처리할 수 있는 사건과 주요심리사건을 구분하는 점에서 심판사건 자체를 제한하는 것과 같은 효과를 가질 수 있다. 이와 관련하여 심판사건접수의 강화를 통한 민원성 사건의 간이처리와 함께 현재 헌법소원심판사건의 적법요건심사에 제한되어 있는 지정재판부의 기능을 강화하여 이러한 문제를 해결하는 방안이 논의되어 왔다. 사건의 접수단계에서의 처리는 심판사무국에서 사무처의 공무원들에 의한 형식적 심사를 통해 이루어지고 있다. 이를 넘어 헌법소원의 경우 형식적 요건을 모두 갖추었지만 헌법소원의 실질을 갖추지 못하고 단순 민원에 그치는 사건들을 지정재판부에 가기 전에 헌법연구관 등의 심의를 거쳐 보완 등을 지도, 권고하여 사건심리의 부담을 줄이는 실질심사제도를 도입해야 한다는 의견이 있다.⁸⁶⁾ 지정재판부의 기능강화는 우선 적법요건심사를 강화하여 본안판단의 부담을 경감시키는 방안을 생각해볼 수 있다. 지금까지의 법령의 해석과 판례의 입장을 재검토하여 적법요건의 판단이 실질적으로 무의미한 헌법소원을 거르는 장치로 기능하도록 하는 것이다. 그러나 적법요건 자체가 법령과 이론적 근거에 의하여 만들어진 것으로서 판례로서 이를 강화한다고 해도 한계가 있음은 분명하며 이를 통한 신속한 재판에 대한 효과 역시

85) 이와 관련하여 앞서 살펴본 바와 같이 현재와 같은 심판기간제한 규정은 심판절차를 신속하게 종결하는 데에 별다른 기여를 하지 않으므로 이를 개정하여 변론종결 후 결정선고기간 제한으로 대체하는 것이 바람직하다.

86) 김철용·김문현·정재황, 앞의 책, 325면

제한적일 수밖에 없다. 따라서 결국 실질적인 지정재판부의 강화는 일정한 정도의 본안판단의 권한을 부여하여 사건을 처리하도록 하는 방안으로 귀결된다. 일정 사건들에 한하여 지정재판부가 헌법소원의 인용결정을 할 수 있도록 하자는 견해도 있으나,⁸⁷⁾ 현행 헌법 제113조 제1항이 헌법소원의 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 함을 규정하고 있으므로 헌법 개정이 이루어지지 않는 한 지정재판부에서 인용결정을 하는 것은 불가능하다. 따라서 지정재판부의 권한강화는 일정한 경우 헌법소원에 대한 기각결정을 할 수 있는 방향으로 이루어져야 한다. 그러한 점에서 3인의 지정재판부가 기각결정을 하는 경우 나머지 6인 재판관에 의한 인용결정의 가능성을 막아버리는 문제가 있으므로, 지정재판부의 재판관 수를 4인으로 하여 헌법소원심판청구가 명백히 이유없는 사건의 경우 전원일치로 헌법소원청구를 기각할 수 있도록 하자는 견해는 눈여겨 보아야 할 것이다.⁸⁸⁾ 나아가 이와 같이 2개의 지정재판부를 구성하고 기각결정권을 부여한다면 이를 헌법소원심판에 한정하지 않고 위헌법률심판과 권한쟁의심판 등에도 확대하는 것도 가능할 것이다.

이러한 지정재판부의 강화와 관련하여 생각해 볼 수 있는 것이 헌법재판소 결정의 이유기재를 간략화하는 방안이다. 물론 전원재판부에서 집중적으로 심리해야 할 주요사건의 경우 독일연방헌법재판소나 미국연방최고법원의 판결문과 비교하여 보면 오히려 지금의 결정문 분량이 과다하다 하기 어렵다. 이와는 달리 간략하게 처리할 수 있는 사건들의 결정문을 작성하는 데에 지금과 같이 많은 노력을 들이는 것은 인력과 시간의 효율적 사용이라 할 수 없다. 따라서 지정재판부의 각하결정문은 물론이고 기각결정문의 경우에도 사건에 따라 특별한 헌법적 쟁점이 없는 경우 간략히 '이유없으므로 기각함'과 같이 이유의 요지만 작성할 수 있도록 하는 것을 생각할 수 있다.⁸⁹⁾ 이와 같은 이유기재의 간략화를 전제로

87) 김철용·김문현·정재황, 위의 책, 326면; 윤명선, 앞의 글, 148면

88) 양건·김문현·남복현, 앞의 책, 390-392면

89) 예를 들면 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원심판사건의 기각결정문

할 때 신속하고 간략한 사건 처리와 신중하고 충실한 심리의 필요성을 조화롭게 이룰 수 있을 것이다.

은 “이 사건 수사기록을 자세히 살펴봐도 피청구인이 형평에 반하는 수사를 하였거나 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 이 부분 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하므로 청구인 주장의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.”는 전형적인 문구로 간략히 작성되었다.

제4장 독일에서의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토

제1절 서론

독일 기본법(Grundgesetz) 제19조 제4항 그리고 스위스(Schweiz)의 연방헌법(Bundesverfassung) 제29a조에 보장된 사법적 구제보장(Rechtswegsgarantie)은 국가법원에 대한 재판청구권을 보장하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법 제27조의 재판청구권 보장과는 달리 「공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려있다. 다른 관할권의 이유가 없는 한, 통상적 권리구제절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문은 그대로 적용된다.」고 규정하고 있는 독일 기본법 제19조 제4항은 공권력에 의한 권리침해에 대한 보호(Rechtsschutz gegen öffentliche Gewalt)만을 규정하고 있다. 기본권 침해에 대한 사법적 구제의 보장으로서 재판청구권의 보장은 효과적인 권리보호를 위한 기본권(Recht auf effektiven Rechtsschutz)으로서 기능의 보장뿐만 아니라 법치국가원리의 반영의 결과이다⁹⁰⁾. 이런 점에서 볼 때 우리 헌법 제27조의 재판청구권의 보장은 법치국가실현의 핵심적 내용을 구성하는 일반적 권리보호를 위한 사법권의 보장, 즉 우리 헌법 제101조의 사법권의 행사와 헌법 제111조의 헌법재판권의 행사와 밀접한 관련성을 가진다.

독일 기본법 제19조 제4항의 권리보호보장(Rechtsschutzgarantie)과 관련하여 사법부의 권리침해에 대한 권리보호의 요구도 포함되는가 하는 문제가 제기된다. 이에 대하여 독일연방헌법재판소와 대부분의 견해는 부정적 입장을 취하고 있다⁹¹⁾. 독일 기본법 제19조 제4항은

90) Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl., München 2009, § 44 Rn. 3.

법관에 대한 권리보호가 아닌, 법관을 통한 권리보호를 보장한다⁹²⁾. 기본법 제19조 제4항의 권리보호보장에 대한 사법권의 구속과 관련하여 Dieter Lorenz는 기본법 제19조 제4항은 법원의 소송행위에 대한 심사를 요구한다. 왜냐하면 법원은 두 당사자 사이의 아무런 이해관계가 없는 방관자로서 결정하는 것이라, 독자적으로 소송절차에 대한 지배적 권한을 행사하기 때문이다⁹³⁾.

헌법재판에 있어서 신속한 사건 처리를 위한 제도개선에 관한 연구용역의 연구목적은 기본권으로서 우리 헌법 제27조의 재판청구권의 보장 그리고 우리 헌법상의 기본원리인 법치국가원리의 실현의 문제와 관련성을 가진다. 따라서 이 문제는 적절한 기간 내에서 행해지는 헌법재판을 통한 효율적 권리보장의 실제법적인 요구를 어떻게 소송법적인 절차규정의 정확한 준수를 통해서 관찰할 것인가 하는 단편적인 소송법 규정을 통한 기본권 보장의 문제로 이해할 수도 있다. 그러나 이 문제는 일반법원의 재판과 다른 원리에 의하여 지배되는 헌법해석을 바탕으로 행하여지는 헌법재판의 특수성과 최고규범으로서 헌법의 규범력 보장을 위한 헌법재판의 특성에 대한 분석이 전제되어야만 한다. 그럼에도 불구하고 이 연구의 가장 중요한 이면에는 독일연방헌법재판소가 최근의 결정에서 강조한 바와 같이 일반법원을 통한 권리보호와는 다른 헌법재판소의 과제와 지위의 특수성에 근거한 헌법재판의 특수성에 대한 검토도 아울러 요구된다.

헌법재판소의 심판기간에 대하여 독일 기본법(Grundgesetz)은

91) BVerfGE 11, 263 (265); 49, 329 (340); 76, 93 (98).

92) Harmut Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, S. 481.

93) Martin Ibler, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Berlin 2013, C Art. 19 IV Rn. 90; Dieter Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973, 241 ff; Maurer, 위의 논문, S. 481 f.

일반적 규정을 두고 있지 않고, 단지 연방헌법재판소법(BVerfGG) 제30조 제1항에 의하면 연방헌법재판소의 결정은 서면심리에 의한 경우에는 비공개에 평의에서 내려지고, 구두변론이 개최된 경우에 있어서는 「구두변론의 종료와 판결선고 사이의 기간이 3개월을 넘어서는 안 된다. 기일은 연방헌법재판소의 결정(Beschluß)을 통하여 연기될 수 있다.」고만 규정하고 있다. 따라서 독일연방헌법재판소법은 구두변론이 개최된 경우에 있어서의 판결선고기간에 대해서만 규정하고 있기 때문에, 그 이전의 소송진행기간에 대해서는 아무런 법적 규정을 두고 있지 않고 있었다.

그 후 2012년의 12월 3일의 연방헌법재판소법의 개정을 통하여 연방헌법재판소법 제97a조-제97e조의 소송지연소원(Verzögerungsbeschwerde)을 도입하고 있다. 특히 지연소원청구의 이전단계로서 행해지는 지연질책(Verzögerungsrüge)에 관한 규정인 제97b조 제1항에서 「지연질책의 청구는 빨라도 연방헌법재판소의 소송절차가 개시된 후 12개월 후에만 허용될 수 있다.」고 규정하고 있는 점을 고려하여 1년의 헌법재판의 소송기간은 부적절한 소송기간으로 보지 않는다.

이렇게 독일 기본법이나 독일 연방헌법재판소법에서 헌법재판의 심판기간에 대한 일반적 규정을 두고 있지 않은 이유는 크게 두 가지 측면에서 접근할 수 있다. 그 첫 번째 근거는 헌법재판의 특성상 법규정을 통한 적절한 심판기간의 확정은 매 사건마다 다양하게 나타날 수 있는 헌법재판사건의 구체적인 특수성 고려의 요구를 무시할 수 있다는 점이다. 또 다른 측면에서 일반적인 심판기간의 강제적 준수를 통한 헌법재판소의 결정의 재촉은 헌법재판의 독립과 정확한 결정의 보장의 요구를 침해할 수 있다는 점이다. 이러한 점은 유럽인권법원(EGMR)의 유럽인권협약(EMRK) 제6조 제1항의 해석을 통해서 발전시킨 적절한 소송기간의 준수여부에 대한 판단기준을 그대로 수용하면서, 이와 별도로 독일연방헌법재판소의 과제와 지위의 특수성에 근거한 독자적인 판단기준을 제시하고 있는 독일연방헌법재판소의 2012년 10월 1일 지연소원지

정재판부(Beschwerdekammer)의 결정⁹⁴⁾에서 잘 나타나고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 신속한 처리의 보장의 요구는 우리 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리 그리고 법치국가원리에서 그 근거가 도출될 수 있다.

이러한 점들을 고려해 볼 때 헌법재판의 신속한 처리 보장의 요구는 다른 재판과 구분되는 헌법재판의 특성에 대한 연구 그리고 그와 동시에 5개의 다양한 헌법재판소의 심판사항의 개별적 특성보장의 요구와 조화되는 선에서 인정될 수 있다. 다른 법원의 재판과 마찬가지로 헌법재판도 궁극적으로는 분쟁에 대한 해결기능적 성격을 가진다면, 분쟁의 신속한 해결의 요구는 당연히 헌법재판과 관련된 개별적 사례에서도 충족되어야만 한다. 바로 이 점이 헌법재판의 신속한 처리에 대한 중요한 규범적 근거가 된다는 점에서, 헌법재판에서의 신속한 분쟁해결기능의 요구의 충족여부에 대한 연구는 중요한 연구목적이 된다.

제2절 기본법 제19조 제4항의 기본권 보장의 문제로서 적절한 기간 내의 권리보호

기본법 제19조 제4항은 시민들에게 공권력 행사자에 의한 주관적 권리침해에 대하여 사법권에 의한 현실적으로 유효한 그리고 적절한 기간 내에 행해지는 권리보호를 보장한다⁹⁵⁾. 이 기본법 제19조 제4항의 효과적인 권리보호의 보장으로부터 소송절차에 대한 구체적인 요구를 도출할 수 있다. 효과적인 권리보호의 원칙은 적절한 기간 내에 확정적인 법원의 결정이 내려지는 것을 요구한다⁹⁶⁾. 그러나 엄격한 법원의 소송기간의 설정은 인정될 수 없다.

94) BVerfG (Beschwerdekammer), Beschl. v. 1. 10. 2012 - 1 BvR 170/06 - Vz 1/12.

95) Hans Jürgen Papier, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, Heidelberg 2010, § 176 Rn. 5.

왜냐하면 이것은 헌법에 의하여 인정된 법원의 독립과 충돌할 수 있기 때문이다⁹⁷⁾. 회복할 수 없는 권리침해의 위험이 존재하는 경우에 있어서 잠정적인 권리보호의 보장은 기본법 제19조 제4항의 권리보호보장의 본질적 구성요소에 해당한다⁹⁸⁾. 이러한 적절한 시기의 권리보장의 요구는 입법자에 대해서는 사법적 구제절차를 마련할 것을, 법원에 대해서는 이러한 헌법적 요구를 개별적 사례에서 고려해서 재판할 것을 요청한다⁹⁹⁾.

효과적인 권리보호의 최소한의 기준으로서 효율성 명령(Effektivitätsgebot)은 법원의 결정이 적절한 소송기간 내에 내려질 것을 요구한다. 기본법 제19조 제4항 내지 유럽인권협약 제6조 제1항의 「적합한 소송기간 내에서(innerhalb angemessener Frist)」의 해석과 관련하여 독일연방헌법재판소 및 유럽인권법원(EGMR)은 “효과적인 권리보호는 적절한 기간 내의 권리보호를 의미한다.”고 서로 일치하여 강조하고 있다¹⁰⁰⁾. 이와 관련하여 적절한 소송기간은 개별사례의 상황에 따라 결정된다¹⁰¹⁾. 유럽인권법원 역시 소송기간의 적절성 여부를 각각의 사례에 따라 그 사례의 특수성을 고려하여 결정하고 있다. 그래서 비교적 짧은 기간이라 할지라도 법원이 소송절차를 진행하지 않은 기간은 유럽인권협약 제6조 제1항의 침해가 인정될 수 있다¹⁰²⁾.

어떠한 경우든 적절한 시기의 권리보호명령이 더 이상 효력을 발생할 수 없도록 권리보호가 늦게 행해진다면, 이 명령은 침해된

96) BVerfGE 54, 39 (41).

97) Michael Kloepfer, Verfassungsrecht II - Grundrechte -, München 2010, § 74 Rn. 25.

98) BVerfGE 79, 69 (74).

99) BVerfGE 79, 69 (75); Peter Michael Huber, Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, München 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 479.

100) BVerfGE 55, 349 (369); 93, 1 (13) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. Rn. 484.

101) BVerfGE 55, 349 (369).

102) EGMR v. 13. 10. 2007, 4983/04 Nr. 16 - Gjashta/Griechenland; Jens Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl., 2003, Artikel 6 Rn. 200.

것이다. 예를 들면 개인의 생명·신체의 안전과 관련된 개인적 위기상황에 대한 국가의 기본권보호의무의 실현이 요구되는 경우처럼, 국가책임이 문제되는 영역에서는 국가는 소송기간의 장기화의 정당화를 주장할 수 없다¹⁰³⁾. 이와 관련하여 법원은 적절한 소송기간에 대한 고려를 하고, 계속 늘어나는 소송기간 중에도 지속적으로 절차의 신속한 처리를 위하여 노력할 의무가 부여된다¹⁰⁴⁾. 이러한 원칙은 긴급처리절차(Eilverfahren)에 대해서도 적용된다. 이러한 까닭에 입법자는 법원이 효율성 명령을 최대한 실현할 수 있도록 소송법의 내용을 형성하여야만 한다. 이러한 요구실현의 예로서 입법자에 의한 행정소송의 신속화명령(verwaltungprozessuales Beschleunigungsverbot 독일행정소송법(VwGO) 제87조 이하, 제116조)의 실행을 들 수 있다¹⁰⁵⁾.

적절한 시기의 권리보장의 명령은 소송당사자의 효과적인 권리보호의 가능성이 보장되는 한에서는, 소송이 과도하게 집중된 경우에 법원이 몇몇의 모범적 소송절차(Musterverfahren)를 선택하여 이를 우선적으로 진행하고, 그 과정에서 다른 소송절차를 뒤로 미루는 것이 가능하다¹⁰⁶⁾. 그러한 한에서는 기본법 제19조 제4항은 가능한 한 가장 빠른 그리고 동시적인 심리(Verhandlung)의 진행을 요구하지 않을 뿐만 아니라, 법원에 대하여 일반적인 소송비용의 부담을 감경시킬 의무를 부과하지 않는다¹⁰⁷⁾. 행정소송법(VwGO) 제93a조는 이에 대하여 규정하고 있다¹⁰⁸⁾. 이러한 입장은 연방헌법재판소가 어떤 중요한 헌법적 문제들과 관련된 여러 가지 동종 혹은 유사의 헌법소송들 중에서 가장 중요한 의미를 가지는

103) Vgl. BVerfGK 5, 155 (159); 1NbT 1304/09, juris, Rn. 14.

104) BVerfG, 1 BvR 1304/09, juris, Rn. 14, 27; Huber, 앞의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 484.

105) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 485.

106) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 505; BVerfGE 54, 39 (40 ff.); Michael Sachs, in: 같은이 (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2011, Art. 19 Rn. 144.

107) BVerfGE 54, 39 (41 f.).

108) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 505.

하나의 소송만을 선별하여 우선적으로 소송절차를 진행하는 안내 소송절차(Pilotverfahren)를 정당화하는 2012년 10월 1일의 지연소원지정재판부(Beschwerdekammer)의 결정¹⁰⁹⁾의 내용에서도 확인되고 있다.

제3절 독일연방헌법재판소법상의 소송기간에 대한 법적 검토

독일연방헌법재판소법 제25조 제1항은 모든 당사자들이 명시적으로 구두변론을 포기한 것이 아닌 경우라면, 다른 규정이 없는 한에서는, 구두변론에 근거하여 결정한다고 규정하고 있다. 연방헌법재판소법 제25조 제2항에 의하면 구두변론에 근거한 결정은 판결(Urteil)로 선고되고, 구두변론없이 내려진 결정은 결정(Beschluß)으로 선고된다. 독일연방헌법재판소법상의 소송기간에 대한 법적 검토로서 제30조 제1항 그리고 2011년의 연방헌법재판소법의 개정을 통하여 도입된 소송지연소원(Verzögerungsbeschwerde)에 대하여 규정하고 있는 헌법재판소법 제97a조-97e조의 소개를 중심으로 기술한다.

I. 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항

독일연방헌법재판소법 제30조 제1항은 결정과 결정의 선고에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: 「연방헌법재판소는 심리(Verhandlung)의 내용과 증거채택의 결과로 인하여 형성된 자신의 자유로운 확신에 따라 비공개의 평의 속에서 결정한다. 결정은 서면으로 작성되고, 이유가 제시되고 그리고 참가한 재판관들이 서

109) BVerfG (Beschwerdekammer), Beschl. v. 1. 10. 2012 - 1 BvR 170/06 - Vz 1/12.

명해야만 한다. 구두변론(mündliche Verhandlung)이 개최된 경우라면, 결정은 중요한 결정이유(Entscheidungsgründe)를 고지하면서 공개적으로 선고되어야만 한다. 결정선고의 기일은 구두변론 속에 공지되거나 혹은 평의종료 후에 확정될 수 있다. 후자의 경우에는 결정선고의 기일은 즉시 소송당사자에게 통지되어야만 한다. 구두변론의 종료와 판결선고 사이의 기간이 3개월을 넘어서는 안된다. 기일은 연방헌법재판소의 결정(Beschluß)을 통하여 연기될 수 있다.」 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항에 의하면 연방헌법재판소의 결정은 서면심리에 의한 경우에는 비공개의 평의에서 내려지고, 구두변론을 거친 경우에는 공개적으로 결정을 선고해야만 한다. 동법 제30조 제1항은 후자의 경우에 있어서 결정의 선고는 구두변론 종결 후 3개월 이내에 내려져야만 한다고 규정하고 있다.

처음의 연방헌법재판소법 제30조 제1항에 의하면 결정선고의 기일은 항상 구두변론 중에 공지되도록 명령하고 있다. 왜냐하면 결정선고의 기일은 미리 규정될 수 없기 때문이었다. 현재의 구두변론의 종결과 결정의 선고 사이의 3개월의 기간설정은 신속한 헌법재판절차의 진행을 위하여 1956년의 제2차 연방헌법재판소법 개정을 통하여 도입된 것이다¹¹⁰⁾. 평의의 종료 후에 결정선고의 기일을 확정할 가능성은 1985년의 연방헌법재판소법의 개정을 통하여 도입되었다. 왜냐하면 광범위하게 진행되는 소송절차 속에서 판결의 완료에 필요한 시간은 평의종료 후에만 확정될 수 있기 때문이다¹¹¹⁾.

결정은 완전한 결정문이 작성된 후에 선고된다. 헌법재판소는 이미 구두변론 중에 결정선고의 기일을 고지한다. 그와 동시에 구두변론의 종결 이후 3개월의 결정선고기간의 준수로 하여, 결정문의 작성과 결정의 선고가 파다하게 지체되는 것을 방지할 수 있

110) Doris Hennecke, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., Heidelberg 2005, § 30 Rn. 1.

111) Hennecke, 위의 책, § 30 Rn. 1.

다¹¹²⁾. 그럼에도 불구하고 동법 제30조 제1항에 의하여 재판부의 결정(Beschluss des Senats)을 통하여 선고기간을 연장하고 그리고 이를 통해서 3개월의 기간을 넘어서는 것은 예외적 사례들에 대하여 요구되는 재량영역(Spielraum)을 만들어 내는 것도 가능하게 된다¹¹³⁾.

결정선고의 기일(Verkündungstermin)의 지정은 - 공중(Öffentlichkeit)에 대한 자신의 기능은 별도로 하더라도 - 어쨌든 연방헌법재판소가 또한 소송비용법적인 의미(im kostenrechtlichen Sinne)에서 소송대리인의 소송참가를 항상 목적에 적합하고 유용하게 설명할 수 있어야만 하기 때문에, 독일연방헌법재판소의 입장에서는 매우 의미있게 평가된다. 소송참가는 일상적으로 행해지는 것 뿐만 아니라, 구두변론절차의 의미와 효과에 맞게 행해져야 한다. 따라서 재판절차의 종결에 대한 개인적 그리고 직접적 정보요구권이 인정된다¹¹⁴⁾. 1993년 8월 2일의 제5차 헌법재판소법 개정에 의하여 구두변론절차를 거쳐서 선고된 판결(Urteile) 뿐만 아니라 서면절차를 통하여 행해진 결정(Beschlusse)도 고지되어야만 한다¹¹⁵⁾.

독일연방헌법재판소법 제30조 제1항은 구두변론이 개최된 경우에 있어서의 판결선고기간에 대해서만 규정하고 있을 뿐, 그 이전의 소송진행기간에 대해서는 아무런 내용도 규정하고 있지 않기 때문에, 이 규정을 헌법재판의 소송기간의 제한에 대한 일반적 규정으로 볼 수 없다고 생각된다.

112) Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 5. Aufl., München 2006, Art. § 30 Rn. 10.

113) Lechner/Zuck, 위의 책, Art. § 30 Rn. 10.

114) BVerfGE 36, 308 [309]; Hennecke, 위의 책, § 30 Rn. 12.

115) Hennecke, 위의 책, § 30 Rn. 13.

II. 독일에서의 소송절차의 기간

독일 기본법 제19조 제4항을 통한 사법적 구제청구권의 보장은 현실적으로 공권력의 행사에 대한 유효한 사법적 통제가 행해지는 것을 전제로 한다. 권리구제의 효율성 명령은 소송절차의 기간과 중요한 관련성을 가진다. 왜냐하면 적절한 기간 내의 권리보호만이 효과적인 권리보호가 될 수 있기 때문이다. 그러한 까닭에 소송절차의 부적절한 지연과 지체는 비례성의 원칙의 측면에서 볼 때 특히 소송기간이 연장됨에 따라 많은 소송비용이 부가되는 소송절차에 대해서는 적절한 소송기간의 조정에 의한 소송기간의 축소가 요구된다. 이러한 요구는 행정재판의 영역 특히 징계절차(Disziplinarverfahren)와 밀접한 관련성을 가진다.

그러한 한에서 유럽법에 근거한 제재의무(Sanktionspflicht)의 실행과 관련된 경우에 있어서 유럽인권법원(EGMR)은 당사자가 잠정적으로 자신의 직업행사가 금지될 위험이 존재하는 경우에는, 어떠한 경우이든 징계절차는 유럽인권협약 제6조 제1항 제1문의 의미 속의 민법적 청구권(zivilrechtliche Ansprüche)으로 이해되어야 한다고 명백히 설명하였다¹¹⁶⁾. 이와 유사하게 형사절차에 대해서도 독일연방헌법재판소는 징계처분의 완화를 필요한 것으로 보았다¹¹⁷⁾.

독일연방헌법재판소의 만성적인 업무의 겹침으로 인하여 평균적인 소송절차기간(Verfahrensdauer) 비교적 상당히 긴 편이다. 추상적 규범통제나 헌법소원에서 관련 정부기관의 의견서 제출의 요

116) EGMR, Urt. v. 21. 12. 1999 - 26602/95, WR gegen Österreich -.

117) BVerfGE 46, 17 (28 f.). 물론 공공복리에 대한 지속적인 위협이 바로 부적합한 공무원의 직무로부터 배제를 명령하지 않는다면, 징계처분의 완화가 고려될 수 있다는 제한이 추가된. Markus Kenntner, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 2005, II/1 Rn. 54.

구로 인하여(연방헌법재판소법 제99조, 제77조) 절차가 지연되거나 혹은 보다 신중한 재판부의 결정의 준비가 요구되기 때문에, 소송기간은 최소한 기간보다 더 늘어나서 1년에서 2년 정도 소요 된다¹¹⁸⁾.

이와 관련하여 모든 재판관들을 통한 소송대상에 대한 집중적인 검토를 요구하는 평의절차의 진행의 어려움 및 지정재판부에 소속된 모든 재판부구성원들이 지정재판부에서의 헌법소원청구의 각하결정에 소요되는 부담이 너무 크기 때문에 소송기간은 더 길어진다¹¹⁹⁾.

1990년 이래로 구 동독지역에서의 헌법소원의 계기를 고려해 볼 때 중간정도의 소송기간이 예측 가능한 장래에서는 단축될 수 없고, 개별절차의 소송기간의 장기화 역시 피할 수 없게 되었다. 헌법소송건수의 증가와 관련하여 그 어려움에도 불구하고 또 다른 재판부의 신설도 고려되고 있다¹²⁰⁾.

1990년에서 2001년까지의 헌법소원의 평균적 소송기간은 1년이 67.8%이고 2년이 20.8%이고, 3년이 4.3%이고 4년 이상은 3.3%이다. 그리고 계속적으로 계류된 소송절차는 3.8%이다¹²¹⁾.

독일연방헌법재판소의 2012업무년도 통계 중 2011과 2012 업무년도에서의 업무발생 및 종료에 대한 통계는 다음과 같다¹²²⁾.

118) Horst Sacker, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., Bonn 2003, S. 96

119) Sacker, 위의 책, S. 96

120) Sacker, 위의 책, S. 96

121) Sacker, 위의 책, S. 97.

122) 아래에 제시된 통계는 독일연방헌법재판소 홈페이지에 제시된 통계를 참조한 것이다

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2012/A-III-1.html>,

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2012/A-III-2.html>.

① 2011년 1월 1일자 전년도 (2010)에 제기되어 진행 중인 소송:

제 1 재판부 1,656 건

제 2 재판부 1,327 건

(합계 - 총 2,983 건)

② 2012년 1월 1일자 전년도 (2011)에 제기되어 진행 중인 소송:

제 1 재판부 1,532 건

제 2 재판부 1,593 건

(합계 - 총 3,125 건)

③ 2011년 부가 또는 첨부되어진 소송:

제 1 재판부 3,288 건

제 2 재판부 2,920 건

(합계 - 총 6,208 건)

④ 2012년 부가 또는 첨부되어진 소송:

제 1 재판부 2,864 건

제 2 재판부 3,083 건

(합계 - 총 5,947 건)

⑤ 2012년 제 1 재판부와 제 2 재판부에 부가 또는 첨부되어진
소송 중에서 헌법소원 (Verfassungsbeschwerden)

제 1 재판부 2,814 건

제 2 재판부 3,004 건

(합계 - 총 5,818 건)

⑥ 추상적 그리고 구체적 규범통제(abstrakte und konkrete Normenkontrolle)

제 1 재판부 22 건

제 2 재판부 9 건

(합계 - 총 31 건)

⑦ 가처분(einstweilige Anordnungen)

제 1 재판부 28 건

제 2 재판부 56 건

(합계 - 총 84 건)

⑧ 권한쟁의심판 (Organstreitigkeiten)

제 2 재판부 14 건

(합계 - 총 14 건)

⑨ 그 외 소송 - 선거심사소송에서의 소원(Beschwerden im Wahlprüfungsverfahren)

제 2 재판부 0건

⑩ 총회의 건 (Plenarsache)

제 2 재판부 0건

III. 연방헌법재판소법의 개정을 통한 연방헌법재판소법 제97a조-제97e조의 소송지연소원(Verzögerungsbeschwerde)의 도입

독일연방헌법재판소법의 개정법률안이 2011년 11월 24일 의결되고¹²³⁾을 통해서 2011년 12월 2일 공포되고, 그 다음날인 12월 3일에 편입된 연방헌법재판소법 제4편(IV. Teil) 속에 소송절차의 지연소원(Verzögerungsbeschwerde)에 대하여 규정하고 있는 제 97a조-제97e조가 추가되었다. 이 헌법재판소 개정안은 기본법 제 19조 제4항, 제20조 제3항 그리고 유럽인권협약 제6조 제1항 속에 보장된 효과적인 권리보호 청구권(Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)이 적절한 기간 내의 권리보호의 실행을 요구하고 있음에도 불구하고, 지금까지 다양한 소송법 규정들이 소송기간의 장기화에 대하여 규정하고 있는 법률규정을 두지 않고, 단지 법관법(Richterrecht)에 의하여 발전된 법적 구제수단(Rechtsbehelf)만이 존재하였다. 이러한 점을 고려해 볼 때 독일연방헌법재판소법 개정법률안은 이에 대한 법적인 보호의 흠결을 충족하는 것이다¹²⁴⁾.

독일연방헌법재판소의 업무과중에도 불구하고 68.7%의 헌법소원이 1년 안에 처리되고, 19.3%의 헌법소원이 2년 안에 처리되는 것¹²⁵⁾을 고려해 볼 때, 독일연방헌법재판소의 재판지연은 그리 심각하다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 배당된 사건들 중에 3.9%가 3년 안에 처리되고 그리고 1.9%가 4년 이상의 소송기간이 소요된다¹²⁶⁾. 이러한 상황이 연방헌법재판소법 제4편 속에 소송절

123) BGBl. I S. 2302.

124) BT-Drs. 17/3802, S. 1 ff.; BT-Drs. 17/7217, S. 1 ff.; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., München 2012, Rn. 345a.

125) Jahresstatistik 2010, 20; Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 266.

126) Zuck, 위의 논문, S. 266.

차의 지연소원제도 도입의 정당화 근거가 된다. 이것은 특히 독일 연방헌법재판소의 소송절차기간을 유럽인권협약 제6조 제1항의 적합한 소송절차기간 준수요구의 위반여부에 대한 심사대상으로 고려하고 있는 유럽인권법원의 판례의 입장을 반영한 것이다¹²⁷⁾. 그러나 연방헌법재판소법 제97a조-97e조의 추가적 개정에 대한 공식적 근거(amtliche Begründung)는 제시되지 않고 있다¹²⁸⁾. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소법 제97a조 이하의 지연소원제도 도입의 정당화 근거는 연방헌법재판소의 특별한 지위와 이와 결부된 헌법재판의 특수적 기능에서 찾을 수 있다¹²⁹⁾: 「국가적 생활과 일반대중에 대하여 중요한 의미를 가지는 원칙적인 헌법적 문제에 대하여 결정하고 그리고 - 필요한 경우에는 - 개인의 기본권보호를 관철하는 것이 연방헌법재판소의 과제이다.」

연방헌법재판소의 소송기간의 지연에 대한 지연소원에 대하여 연방헌법재판소법 제97a조-제97e조는 상세히 규정하고 있고, 이것은 연방헌법재판소의 소송기간의 장기화에 대한 법적인 구제수단으로서의 의미를 가진다¹³⁰⁾. 독일연방헌법재판소법 제97a조는 소송기간의 적절성(Angemessenheit der Verfahrensdauer)에 대하여 규정하고 있다. 제97b조는 지연소원(Verzögerungsbeschwerde)과 지연소원의 제기의 전제조건으로서 지연질책(Verzögerungsrüge)에 대하여 규정하고 있다. 제97c조는 지연소원에 대한 연방헌법재판소의 소원지정재판부(Beschwerdekammer)의 관할과 권한에 대하여 규정하고 있다. 제97d조는 지연소원에 대한 지정재판부 재판부의 의견표명, 이에 대한 결정 그리고 지정재판부 결정의 확정성에 대하여 규정하고 있다. 제97e조는 연방헌법재판소법 개정안의 효력발생일인 2011년 12월 3일에 이미 계류된 소송절차 및 이미

127) EGMR, NJW 2001, 2694 ff.; NJW 2006, 2389 ff.; Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 345a; Zuck, 앞의 논문, S. 266.

128) BT-Drs. 17/3802, S. 2.

129) BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 5. 10. 2011 - 2 BvR 1064/11, BeckRS 2011, 55536 Rn. 1; Zuck, 위의 논문, S. 266.

130) Schlaich/Koriath, 위의 책, Rn. 345b.

소송이 완료되었지만 2011년 12월 3일에 유럽인권법원의 개인소원의 대상이 된 혹은 그 대상이 여전히 될 수 있는 소송절차에 대한 연방헌법재판소법의 지연소원에 관한 규정의 적용에 대하여 규정하고 있다.

독일연방헌법재판소법 제97a조 제1항은 「독일연방헌법재판소의 재판절차의 부적절한 소송기간(unangemessene Dauer)으로 인하여 소송절차참가자(Verfahrensbeteiligter)로서 혹은 독일연방헌법재판소의 결정을 기다리기 위하여 중지된 소송절차 속의 참가자(Beteiligter)로서 손실(Nachteil)을 입은 자는 적절한(angemessen) 배상을 받는다. 소송기간의 적절성은 연방헌법재판소의 과제와 지위를 고려하여 개별적 사례의 상황에 따라 판단한다.」고 규정함으로써 지연소원절차를 통해서 독일연방헌법재판소가 자신의 소송절차의 소송기간의 적절성 여부에 대하여 심사할 수 있음을 명백히 하고 있다. 연방헌법재판소법 제97a조 제1항은 헌법소원의 청구기간에 대하여 규정하고 있는, 기본법 제9조 제1항, 제2항에 규정된 모든 절차들 그리고 기본법 제93조 제3항의 위임에 의한 일반법적인 권한(einfachrechtliche Zuständigkeiten)에 대해서도 타당하게 적용된다¹³¹⁾. 이러한 지연소원제도의 도입을 통하여 모든 다른 소송절차에 부수적인 절차로서 법 위반적인 고권적인 소송절차(hoheitliche Verfahren)로 인한 손해에 대한 국가책임법적인 독자적인 청구권(Anspruch sui generis)이 인정된다¹³²⁾. 이 법률규정들의 대상은 소송기간의 부적절한 장기화에 대한 손실의 조정(Nachteilsausgleich)이다. 이러한 손실의 조정은 단지 간접적으로 소송기간의 단축에 기여하게 될 것이다. 그럼에도 불구하고 이 법률규정들의 효과를 과소평가할 수 없다¹³³⁾.

이러한 손실의 조정은 손해배상청구권(Schadenersatzanspruch)이 아닌, 보상청구권(Entschädigungsanspruch)의 근거가 된다. 손해

131) Zuck, 앞의 논문, S. 266.

132) BT-Drs. 17/3802, S. 19; Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 345b.

133) Zuck, 위의 논문, S. 266.

의 조정은 연방헌법재판소 결정의 결과와 관계없이 단지 소송절차의 부적절한 기간의 경과로 인하여 발생한 손실에 대해서만 행해진다¹³⁴⁾. 보상은 정신적 손실에 대해서는 보상을 통해서, 물질적 손실에 대해서는 우선적으로 다른 방식에 의한 원상회복을 하고, 단지 보충적으로 금전보상이 행해진다(연방헌법재판소법 제97a조).

연방헌법재판소법 제97a조 제2항은 손실보상의 청구조건과 보상액수에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다: 「연방헌법재판소의 소송절차가 부적절하게 오래 진행된다면, 재산적 손실이 아닌 손실은 추정된다. 이에 대하여 보상(Entschädigung)은 특히 소송기간의 부적절성의 확정을 통한 다른 방식에 의한 보상이 개별적 사례의 상황에 있어서 충분하지 않은 경우에만 청구될 수 있다. 제2문(Satz)에 의한 보상은 매 지연 연도(Jaher der Verzögerung)에 1200유로(Euro)이다. 제3문에 의한 보상액수가 개별적 사례의 상황에 따라 부당하다면, 연방헌법재판소는 보다 높은 액수 혹은 보다 낮은 액수를 확정할 수 있다.」 소송의 지연으로 인한 정신적 혹은 물질적 손실은 원칙적으로 지연소원청구인이 입증하여야 한다. 손실입증과정에서 발생하는 전형적인 손실입증의 어려움을 고려하여, 연방헌법재판소법 제97a조 제2항 제1문에 의하여 소송기간이 부적절하게 긴 경우에는, 정신적 손실이 추정된다¹³⁵⁾. 금전보상에 우선하여 다른 방식의 원상회복으로서 연방헌법재판소법은 예를 들면 소송기간의 부적절성의 사법적 확정(gerichtliche Feststellung)을 언급하고 있다. 다른 방식의 원상회복이 고려될 수 없다면, 정신적 손실에 대한 보상으로서 매 지연년도(pro Verzögerungsjahr)에 따라 합산해서 1.200유로가 지급된다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소는 보상액수의 공평성(Billigkeit)의 보장을 위하여 보상액수를 높이거나 낮출 수 있다¹³⁶⁾.

제97a조 제2항은 물질적 손실(재산적 손실)의 보상에 대해서는

134) Zuck, 앞의 논문, S. 268.

135) Schlaich/Koroith, 앞의 책, Rn. 345b.

136) Schlaich/Koroith, 위의 책, Rn. 345b.

명백히 언급하고 있지 않고 있다. 제97a조 제2항 속에 정신적 손실의 추정만이 규정된 점으로 고려해 볼 때, 지연소원절차 참가인은 재산적 손실을 입증해야만 한다. 이러한 입증책임의 부담은 소송기간의 장기화와 재산적 손실의 인과관계입증에도 유효하게 적용된다¹³⁷⁾.

물질적 손실이 발생하였다면, 정부안(Regierungsentwurf)의 의도¹³⁸⁾에 반하여 민법 제249조 이하에 의하여 완전히 배상되지 않는다. 보상은 적절한 보상(angemessene Entschädigung)에 한정한다. 특히 놓쳐버린 이익은 포함되지 않는다¹³⁹⁾.

연방헌법재판소법 제97b조 제1항은 지연소원(Verzögerungsbeschwerde)과 지연소원청구의 사전적 전제조건인 지연질책(Verzögerungsrüge)의 제기에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다: 「연방헌법재판소에 대한 소원을 근거로 하여 보상(Entschädigung)과 원상회복(Wiedergutmachung)이 결정된다. 지연소원(Verzögerungsbeschwerde)은 소원청구인이 연방헌법재판소에 대하여 소송기간의 지연을 질책(rügen)한 경우에만 허용된다. 지연질책(Verzögerungsrüge)은 문서에 의하여 그리고 소송기간의 부적절성을 근거지우는 상황에 대한 설명이 수반되어 제기되어야만 한다. 지원질책의 제기는 빨라도 연방헌법재판소의 소송절차가 개시된 후 12개월 후에만 허용될 수 있다. 지원질책에 대한 답변은 필요하지 않다.」 연방헌법재판소법 제97b조 제1항에 의하면 지연소원청구인은 지연소원청구허가의 전제조건으로서 우선적으로 연방헌법재판소에 지연질책(Verzögerungsrüge)을 제기해야만 한다. 지연질책은 소송기간의 부적절성을 근거지우는 모든 상황들을 문서로 기술하여, 빨라도 소송의 개시 후 12개월이 지난 후에 연방헌법재판소에 제기할 수 있다. 그럼에도 불구하고 예를 들면 문서열람권의 보장(연방헌법재판소법 제34a조), 가끔씩 이유 없이 오

137) Zuck, 앞의 논문, S. 268.

138) BT-Drs. 17/3802, S. 19.

139) BT-Drs. 17/7217, S. 27 f.; Schlaich/Koroth, 앞의 책, Rn. 345b.

래 걸리는 비용상환절차(연방헌법재판소법 제34a조) 혹은 가치분의 신청(연방헌법재판소법 제32조)과 같이 1년이 기간이 맞지 않는 일련의 소송절차가 존재한다. 특히 가치분 신청의 경우에는 소송기간의 지연의 문제가 1년이 되기 전에 훨씬 앞서서 나타난다. 그럼에도 불구하고 1년의 소송기간의 정당화는 실무적 관점에서 정당화될 수 있다¹⁴⁰⁾.

연방헌법재판소법 제97b조 제2항은 지연소원의 청구기간과 청구권의 양도에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다: 「지연소원은 빨라도 지연절책의 청구 후 6개월 후에 청구될 수 있다. 연방헌법재판소의 결정이 내려지거나 혹은 절차가 다른 방식에 의하여 종료된다면, 지연소원은 3개월 내에 청구되어야만 한다. 지연소원은 문서에 의하여 청구되고, 그와 동시에 청구이유가 제시되어야만 한다. 지연소원에 대한 확정력이 있는 결정(rechtskräftige Entscheidung)이 내려지기 전까지는 청구권(Anspruch)은 양도될 수 없다.」 지연소원은 지연절책의 제기 후 6개월 후에 청구할 수 있다. 이미 연방헌법재판소의 결정이 내려졌거나 혹은 소송절차가 다른 방식에 의하여 종료되었다면, 지연소원은 제97b조 제2항 제3문에 의하여 3개월 이내에 제기되어야 한다.

연방헌법재판소법 제97e조는 2011년 12월 3일의 연방헌법재판소법 제IV편의 편입 이전의 사건들의 유효기간(Geltungsdauer)에 대하여 엄격한 기준적용을 다음과 같이 규정하고 있다: 「제97a조에서 제97d조는 또한 이미 2011년 12월 3일에 계류된 소송절차 및 이미 관련된 소송이지만, 2011년 12월 3일에 그 소송기간이 유럽인권법원에 대한 소원이 대상이 된 혹은 여전히 대상이 될 수 있는 확정된 소송절차(abgeschlossene Verfahren)에 대해서도 유효하게 적용된다. 확정된 소송절차에 대해서는 제97b조 제1항 제2문에서 제5문이 유효하게 적용되지 않는다. 왜냐하면 제97b조는 지연소원이 즉시 제기될 수 있고, 늦어도 2012년 3월 2일에는 제기되어만 하는 것을 조건으로 유효하게 적용된다.」 제97e조 제2문

140) Zuck, 앞의 논문, S. 269.

은 제97b조 제2항이 2011년 12월 3일 이전사건(Altverfahren)에 대해서도 적용되기 위해서는, 지연소원이 즉시 제기되고, 늦어도 2012년 3월 3일까지 제기되어만 한다고 규정하고 있다¹⁴¹⁾.

연방헌법재판소법 제97c조 제1항은 지연소원에 대한 소원지정 재판부(Beschwerdekammer)의 관할(Zuständigkeit)에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다: 「지연소원에 대해서는 전원합의체(Plenum)가 각 재판부에서 두명의 재판관을 임명하는 소원지정 재판부에서 결정한다. 정규임기(regelmäßige Amtszeit)는 2년이다.」 제97c조 제2항은 보고자(Berichterstatter)인 소송절차의 주심재판관이 소원지정재판부 구성원으로서의 자격배제에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다: 「이의가 제기된 소송절차의 보고자가 소원지정재판부의 구성원인 경우에는, 그는 소원절차에 대한 참여가 배제된다.」 제97c조 제3항은 지정재판부 구성에 대한 상세한 내용은 사무규칙이 규정할 수 있음을 다음과 같이 규정하고 있다: 「특히 의장직의 확정 그리고 퇴임하는 지정재판부 구성원의 계속적인 후임충원 및 지정재판부 속에서의 대표에 대한 상세한 내용은 사무규칙(Geschäftsordnung)이 규정한다.」

IV. 지정재판부의 업무와 소송기간 단축의 문제

연방헌법재판소의 모든 재판부는 연방헌법재판소법 제15a조 제1항에 의하여 업무년도(Geschäftsjahr) 동안에 3인의 재판관으로 구성되는 수개의 지정재판부를 구성할 수 있다. 각 재판부는 3개의 지정재판부를 구성한다. 지정재판부의 구성은 3년이상 동안 변경되지 않은 채로 존재할 수 없다. 1986년 1월 1일 이래로 단지 헌법소원의 심판회부여부에 대해서만 결정할 수 있었던 이전의 심사권한이 확대되었다¹⁴²⁾.

141) Zuck, 앞의 논문, S. 269.

142) Säcker, 앞의 책, S. 60.

1. 헌법소원에서의 지정재판부의 결정을 통한 소송기간의 단축

독일은 연방헌법재판소의 권한(Kompetenz)¹⁴³⁾인 동시에 관장 사항(Zuständigkeit)¹⁴⁴⁾으로서 기본법 제93조 제1항 제4a호, 연방헌법재판소법 제13조 제8a호 그리고 제90조 이하에서 헌법소원에 대하여 규정하고 있다.

연방헌법재판소법 제90조 제1항과 결부된 기본법 제93조 제1항 속에 언급된 권리의 주체인 모든 사람은 헌법소원의 청구권자가 된다¹⁴⁵⁾. 제한된 범위 내에서는 태아도 기본권 주체가 되기 때문에 헌법소원 청구권자가 된다.

연방헌법재판소법 제93조 제1항에 의하면 헌법소원은 1월 이내에 청구해야만 하고, 청구의 근거 즉 청구이유를 제시해야만 한다. 한달의 청구기간의 개시는 또한 법적 효력을 가지지 않는 결정(nicht rechtskräftige Entscheidungen)의 경우에도 개시된다. 청구기간의 개시는 연방헌법재판소법 제90조 제2항에 의한 다른 법률에 의한 구제수단의 실행의 요구 즉 이른바 보충성의 원칙(Subsidiaritätsgrundsatz)이 요구되지 않는 사례들에 대해서 중요한 의미를 가진다¹⁴⁶⁾.

보충성의 원칙의 적용 때문에 다른 구제절차에 대하여 이의신청이 있는 경우에는, 이러한 이의신청은 연방헌법재판소법 제93조 제1항 제1문에 의하여 한달의 기간내에 청구되어야만 한다. 한달의 청구기간은 이의신청에 대한 결정이 내려진 때로부터 진행된다¹⁴⁷⁾. 미리 헌법소원을 청구한 자는 상황에 따라서 이의신청에 대한 결정을 자신의 헌법소원청구에서 고려해야만 한다¹⁴⁸⁾.

143) 독일기본법 제93조 제1항 참조.

144) 독일연방헌법재판소법 제13조 참조.

145) BVerfGE 12, 6.

146) Lechner/Zuck, 앞의 책, § 93 Rn. 43.

147) Vgl. BVerfG(K) NJW 1995, 2544; NJW 1995, 3248.

148) Lechner/Zuck, 앞의 책, § 93 Rn. 44.

청구기간의 개시의 시점에 대해서는 연방헌법재판소법 제93조 제1항은 다양하게 규정하고 있다. 연방헌법재판소법 제93조 제1항 제2문에 의하면 완전한 형식에 기초하여 내려진 결정의 전달 혹은 무형의 통지가 표준적인 절차법적인 규정에 의하여 관청의 직권에 의하여 행해질 수 있다면, 청구기간은 결정의 전달 혹은 무형의 통지가 행해진 시점부터 시작된다. 연방헌법재판소법 제93조 제1항 제3문은 그 이외의 경우에 대하여 규정하고 있다. 다른 경우에는 청구기간은 결정의 공지(Verkündung)로부터 시작되거나 혹은 결정이 공지될 수 없는 경우에는, 헌법소원청구인에 대한 그 밖의 다른 형태의 결정의 고지(Bekanntgabe)로 부터 개시된다. 이와 관련하여 헌법소원청구인에 대하여 완전한 형식의 결정등본이 전달되지 아니하면, 제1항의 청구기간은 헌법소원청구인이 서면으로 혹은 완전한 형식으로 작성된 결정의 교부를 사무처의 조서(Protokol der Geschäftsstelle)로 요청하는 것을 통해서 중단된다. 청구기간의 중단은 완전한 형식의 결정이 헌법소원청구인에게 전달되거나 혹은 관청의 직권에 의하여 한 절차의 한 당사자에 의하여 송달될 때까지 계속된다.

그 외에도 명백히 허용되지 않은 법적인 권리구제수단을 이용한 경우에는 한달의 청구기간은 새로이 진행되지 않는다¹⁴⁹⁾. 본인의 귀책사유가 아닌 장애사유로 인하여 청구기간의 준수가 방해된 경우, 즉 청구기간이 경과된 경우에는 연방헌법재판소법 제93조 제2항에 의하여 헌법소원청구인에게 이전의 상태로 복귀 청구권이 인정된다. 이러한 청구권은 장애사유가 없어진 때로부터 이주 이내에 행사되어야만 한다.

지정재판부의 심판회부결정(Annahme zur Entscheidung)과 관련하여 독일연방헌법재판소법 제93a조 제1항은 「헌법소원은 심판회부결정을 필요로 한다.」고 규정하고 있다. 제93a조 제2항은 심판회부결정을 해야만 하는 경우로서 「a) 헌법소원에 원칙적 의미

149) BVerfGE 5, 17 (19).

가 부여되는 경우, b) 헌법소원이 연방헌법재판소법 제90조 제1항에 언급된 권리들의 관철을 위하여 청구된 경우, 본안판단(Entscheidung zur Sache)에 대한 거부를 통하여 헌법소원청구인에게 특별히 중대한 손해가 발생한 경우에도 또한 이에 해당한다。」고 규정하고 있다.

지정재판부의 권한(Kompetenz)에 대하여 독일연방헌법재판소법 제93b조는 「지정재판부(Kammer)는 헌법소원의 심판회부를 거부하거나 혹은 제93c조의 경우에는 헌법소원의 심판회부를 인정한다. 그 이외의 경우에는 재판부가 심판회부에 대하여 결정한다。」고 규정하고 있다.

지정재판부를 통한 헌법소원의 인용(Stattgabe der Beschwerde)에 대하여 독일연방헌법재판소법 제93c조는 규정하고 있다. 제93c조 제1항은 「제93a조 제1항 문자(Buchstabe)의 전제조건이 충족되고, 헌법소원에 대한 판단에 있어서 중요한 기준이 되는 헌법적 문제가 연방헌법재판소에 의하여 이미 결정된 경우에는, 헌법소원이 명백히 이유있다면, 지정재판부는 헌법소원을 인용할 수 있다. 결정은 재판부(Senat)의 결정과 동일한 효력을 가진다. 어떤 법률이 기본법 혹은 그 이외의 연방법과 불합치(unvereinbar) 혹은 무효(nichtig)라고 결정하는 제31조 제2항의 효력을 가지는 결정(Entscheidung)은 재판부(Senat)에 유보된다。」고 규정하면서 지정재판부에서는 헌법소원의 인용결정만 할 수 있을 뿐, 법률의 위헌결정에 해당하는 헌법불합치 혹은 위헌무효결정은 지정재판부가 할 수 없도록 규정하고 있다.

우리 헌법재판소법에 의하면 지정재판부는 헌법소원의 각하결정(헌법재판소법 제72조 제3항)과 심판부회부결정(헌법재판소법 제72조 제4항)만 할 수 있는데 반하여, 독일의 경우에는 연방헌법재판소의 지정재판부가 연방헌법재판소법 제93c조 제1항에 해당하는 경우에는 헌법소원의 인용결정을 할 수가 있다는 것은 매우 중요한 차이가 된다. 개인적으로 더 나아가서 이것은 헌법소원청구에 대한 빠른 소송법적인 해결 즉 소송기간의 단축에 기여하는 제

도라고 판단된다.

지정재판부의 심판절차와 관련하여 연방헌법재판소법 제93d조 제1항은 「제93b조와 제93c조에 의한 결정은 구두변론 없이 선고된다. 심판회부에 대한 거부는 이유가 제시될 필요가 없다.」고 규정하고 있다. 지정재판부의 결정은 다툼 수 없다(unanfechtbar). 제93d조 제1항 제1문에 의하면 제93b조의 헌법소원의 각하결정과 심판회부결정, 제93c조의 인용결정은 구두변론없이 신속히 진행될 수 있다. 더 나아가서 93d조 제1항 제2문은 우리 대법원의 심리불속행제도와 같이 각하이유 불고지를 규정하고 있다. 우리 헌법재판소법은 제72조 제3항에서 지정재판부의 헌법소원심판청구의 각하 사유를 정형화해서 규정하고 있다.

2. 지정재판부 권한의 다른 절차에로의 확대

연방헌법재판소법 제81a조는 지정재판부의 권한의 연방헌법재판소법 제80조의 구체적 규범통제절차에로의 확대와 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다: “지정재판부는 연방헌법재판소법 제80조에 의한 청구의 불허용성(Unzulässigkeit) 여부에 대하여 확정할 수 있다. 주헌법재판소 혹은 연방최고법원에 의하여 청구가 제기된 경우에는, 결정은 재판부(Senat)에 유보되어 있다.

V. 재판연구원(wissenschaftliche Mitarbeiter)의 소송지원

연방헌법재판소의 결정의 준비를 위하여 각 재판관들에게 몇 년 동안 - 일반적으로 3년 동안 - 연방근무(Bundesdienst) 혹은 주근무(Landesdienst)로 독일연방헌법재판소에 파견되는 재판연구원들이 배정된다. 독일연방헌법재판소에는 재판연구원으로 모든 법원의 판사, 검사 그리고 대학의 강사들이 활동하고 있다¹⁵⁰. 재

판관들의 평의에는 재판연구관들은 참석할 수 없다. 왜냐하면 독일연방헌법재판소 사무규칙(Geschäftsordnung) 제25조에 의하여 평의에는 재판에 참가하는 재판관들만 참석할 수 있기 때문이다. 법원조직법(GO) 제13조 제1항은 재판연구관에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다: “재판연구관들은 그들의 업무수행에 있어서 자신들에게 배정된 법관을 지원한다. 그들은 업무수행의 과정에서 법관의 지시(Weisung)에 구속된다.”, 법원조직법 제13조 제2항에 의하면 모든 법관은 자신의 재판연구관을 독자적으로 선발할 수 있다. 재판연구관이 되기 위한 기본적 전제조건은 - 일반적으로 우수한 성적으로 가진 - 제2차 국가시험(Staatsexamen) 합격자이다¹⁵¹⁾.

법관들은 자신에게 소속된 재판연구관들의 외적인 활동에 대해서도 결정한다. 특히 조직적인 영역에서 연방헌법재판소법 제93c조에 의한 결정의 준비 혹은 구두변론의 준비에 있어서 결정이(또한 재판연구관의 독자적 서명이 수반되어) 행해진다¹⁵²⁾. 재판연구관의 활동종료시에 담당법관은 근무평정(dienstliche Beurteilung)을 한다(법원조직법(GO) 제13조 제3항). 연방헌법재판소의 재판연구관으로서의 근무경력도 도움이 되는 경력이 된다.

헌법재판의 소송절차의 신속한 진행에 있어서 이러한 재판연구관의 역할의 매우 중요하다. 개인적으로 보고서작성자의 1990년대 말 독일유학시절에 당시 Humboldt 대학 공법교수인 Gunnar Folke Schuppert교수님께서 과소보호금지(Untermaß)는 이전에 Helmut Simon 연방헌법재판소 재판관의 재판연구관으로 근무하면서 본인이 창안한 것이라고 이야기한 것을 들은 기억이 있다. 드러나지 않은 재판연구관들의 헌법재판의 발전에 대한 기여들은 매우 많으리라 판단된다.

150) Säcker, 앞의 책, S. 54.

151) Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl., München 2006, Rn. 917.

152) Zuck, 위의 책, Rn. 917.

VI. 헌법소원의 취하(Rücknahme)를 통한 조속한 해결

모든 헌법소원들 중 5%에서 7% 사이의 헌법소원이 취하된다¹⁵³⁾. 두 재판부의 확립된 관행에 의하면 헌법소원의 취하를 통한 절차의 종료는 보고자(Berichterstatter)의 기록 속에서 확정된다. 그 후 절차는 기록에서 제외된다.

제4절 비전형적인 소송절차의 종료

I. 위헌법률심판제청의

보고서(Berichterstattungsschreiben)에 의한 소송절차의 종료

연방헌법재판소에 계류중인 소송절차의 종결을 위한 연방헌법재판소의 모든 노력들이 반드시 연방헌법재판소법에 근거해야만 하는 것은 아니다. 법관의 위헌법률심판제청(Richtervorlage)에 있어서 위헌법률심판제청의 미흡함을 제시하거나 혹은 위헌법률심판제청이 아마도 유지될 수 없는 이유가 포함된 법적인 조언(rechtliche Hinweise)을 제시하는 보고서(Berichterstattungsschreiben)는 헌법재판소의 결정없이 절차를 종료하는 수단들에 해당한다¹⁵⁴⁾. 이것은 자연적으로 법원의 판단에 의하여 행해지는 법원의 합리적인 행위방식이다. 그럼에도 불구하고 이러한 해결방식은 미래에 있어서 법률지식에 정통한 소송법원의 적극적인 위헌법률심판제청을 위한 노력을 약화시킬 수도 있다. 왜냐하면 이러한 해결방식은

153) Zuck, 앞의 책, Rn. 1097.

154) Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Heidelberg 2005, § 70 Rn. 225.

법원이 자신의 결정을 단지 마지못해서 다른 기관에 평가에 맡기는 결과를 야기할 수 있기 때문이다¹⁵⁵⁾.

예를 들면 행정법원(Verwaltungsgericht)이 법률변경적 내용을 가지는 명령(eine gesetzändernde Verordnung)을 기본법 제100조 제1항의 위헌법률심판제청과 관련하여 ‘법률’로서 제청한다면 문제가 간단하지 않다¹⁵⁶⁾. 이러한 명령은 위헌법률심판제청의 대상이 될 수 있다고 볼 수도 있다. 그러나 보고자(Berichterstatter)는 독일연방행정재판소의 판례를 검토와 이에 대한 숙고를 다시 한번 요청한다. 법원의 결정과 그 결정에 적용된 도그마틱(Dogmatik)이 얼마나 논의의 대상이 되는지에 관계없이 위헌법률심판제청가능성을 인정하는 입장은 잘 근거지워질 수 있다¹⁵⁷⁾. 제청법원이 위헌법률심판제청의 문제를 제청불가능성에 대한 암시로 오해하였기 때문에, 위헌법률심판제청을 하는 것을 포기하였다면, 상황에 따라서는 중요한 국가법적 문제가 결정되지 않은 상태로 남아있게 된다. 왜냐하면 이 문제가 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상으로 넘어가지 않았기 때문이다. 그 이후의 절차는 아마도 예상가능하다. 행정법원은 위헌법률심판제청이 받아들여질 수 없는 경우에는 독자적으로 명령에 대하여 심사를 하고 - 제청결정에서 명백히 나타난 법적인 견해에 따라 - 결과적으로 명령을 적용하지 않을 것이다. 따라서 이 사건의 당사자인 주(Land)는 현재 생성된 규범의 유효성에 대한 의심을 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle)를 통하여 해소하려고 노력할 것이다. 왜냐하면 추상적 규범통제를 통해서 헌법재판소가 다시 이 문제를 심사할 가능성이 보장되기 때문이다¹⁵⁸⁾.

155) Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 225.

156) 2 BvL 11/02 u. a., Vorlagebeschuß VG Gelsenkirchen wegen der gesetzlicher Änderung der NRW-Beihilfe VO; Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 225.

157) 2004년 2월 10일의 Gelsenkirchen 행정법원은 제청결정 (Vorlagebeschuß v. 10. 2. 2004 - 3 K 3713/99 -)은 결정(Beschluß)을 통해서 유지되었다. Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 225.

158) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 225.

II. 합의에 의한 해결(Verständigungslösungen) 그리고 화해(Vergleich)

서로 대립되는 분쟁 내지 그렇지 않은 분쟁의 당사자들에 대하여 법원이 제시한 법적 견해를 바탕으로 하여 재판 외의 해결책을 강구하라는 요구를 소송법적인 측면에서 정당화하는 것은 매우 어려운 작업이다. 이와 관련하여 적어도 지금까지 세 가지 제안이 제시되었다¹⁵⁹⁾.

첫 번째 서면에 의한 해결(Brieflösung)¹⁶⁰⁾의 경우에는 재판부(Senat)가 권한쟁의심판절차(Organstreitverfahren)에 있어서 당사자들에게 ‘실질적으로 협의한 것’을 알려는 것이다. 그 외에도 서면은 재판부가 헌법적 문제점들에 대하여 숙고한 것에 대해서도 전달한다. 계속적으로 재판부는 - 항상 접속법(Konjunktiv)을 통하여 - 당사자들에 대하여 법적 상황을 간결하게 설명하고, 당사자에 대하여 기간을 설정하여 헌법재판소의 고려를 바탕으로 하여 분쟁의 의회를 통한 해결이 가능한지 여부에 대하여 알려줄 것을 요청한다. 물론 재판부는 이에 대한 합의가 성립되지 않는 경우에는 바로 결정한다는 내용도 반드시 첨부한다¹⁶¹⁾.

국정조사위원회법(Untersuchungsausschußrecht)과 관련된 권한쟁의심판의 당사자에 대하여 제시되는 접속법적인 법적 견해(konjunktivische Rechtsauffassung)는 거의 법률(Gesetz)이 된다. 당사자들의 합의에 의한 해결의 가능성을 배제할 수 없다. 왜냐하면 어떠한 당사자도 이러한 법적 견해(Wille)를 법률로서 받아들이지 않는 것에 대한 책임을 헌법재판소에 대하여 질려고 하지 않기 때문이다¹⁶²⁾.

159) Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 226.

160) BVerfGE 83, 175.

161) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 226.

162) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 226.

이것은 어느 정도까지는 법적 분쟁의 빠른 해결에 기여한다. 그러나 이것은 헌법을 형성할 헌법재판소의 과제를 등한시하게 만든다. 왜냐하면 이러한 접속법적인 법적 견해제시를 통한 해결방식을 통해서 헌법재판소는 자신의 판례를 통한 헌법형성을 할 수가 없기 때문이다. 그러나 헌법재판소는 또한 이러한 문제점에 대해서도 해결책을 마련하였다¹⁶³).

재판부의 결정으로서 공보(Amtliche Sammlung)에 공고되는 절차를 종결하는 소송상의 결정을 내리는 과정에서 서면(Brief)은 절차의 종결과정의 한부분으로서 공보에 기재된다. 문법적인 접속법(grammatische Konjunktiv)을 통해서 표현된 내용이 이 놀라운 방법을 통해서 법적인 직설법(rechtliche Indikativ)적인 표현으로 바뀌게 된다¹⁶⁴).

국정조사위원회법(Untersuchungsausschußrecht)에 대한 판례와 학술적 저작물은 접속법적인 화법을 통해서 결정된 소송사안(Sache)을 오래 전부터 국정조사위원회법에 대한 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung)의 한 부분으로 다루어 왔다. 그 밖의 점에서는 청구인이 청구의 취소에 대하여 결정할 수 없음에도 불구하고 소송절차는 재판부에 의하여 종결된다¹⁶⁵. 헌법재판소에 의하여 강제된 합의(Kompromiß)에 의하여 당사자들 사이에는 더 이상 분쟁이 존재하지 않기 때문에, 이것은 의심할 여지없이 정확하다¹⁶⁶).

이른바 독자적 해결이 이전의 독일 민주공화국(Deutsche Demokratische Republik) 내에서의 전력망에 대한 분쟁에 있어서 나타난 바와 같이¹⁶⁷, 절차가 대립적으로 혹은 비대립적으로 진행되는지 여부는 이러한 연관성 속에서 아무런 역할을 수행하지 않

163) Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 226.

164) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 226.

165) BVerfGE 83, 175 (181).

166) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 226.

167) 2 BvR 1043/91; 2 BvR 1183/91; 2 BvR 1457/91.

는다. 전체적으로 164 게마인데(Gemeinde)들이 자신들의 행정자치권 침해를 이유로 하여 자치단체헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)을 청구하였다. 왜냐하면 그들은 당시의 7개의 거대한 기업결합(Verbundunternehmen)을 통한 전력망 인수를 통해서 시영기업의 독자적인 전기공급권이 침해된다고 보았다¹⁶⁸⁾.

자치단체에 대한 헌법소원에 대한 1992년 10월 27일 구두변론의 진행과정에서 재판부는 의미있는 해결책으로 볼 수 있는 제안을 제시하였다. 재판부는 - 구두변론기록에 나타난 바와 같이 - 제시한 특정한 해결책의 기본적 내용들을 고려할 것을 긴급히 요청하였다. 특히 164개의 개별적 사례들에 대한 헌법재판소의 결정은 여전히 어떠한 확정적인 법적 해결책을 제시할 수 없기 때문이었다. 헌법재판소는 수개월간의 계속되는 변론과정 속에서 항상 다시 연장되어진 합의를 위한 기간을 설정하였다. 변론과정 속에서 최종적으로 화해적인 합의가 도출되었다. 그 결과 헌법소원청구는 취하되었다¹⁶⁹⁾. 이러한 헌법재판소의 제안은 실질적 자제의 표현이고, 제안의 내용은 조잡한 기본적 내용이상으로 - 명확한 결정도 아닌 - 변론기록 속에 기재되어 있지 않다. 헌법재판소의 제안이 헌법적으로 강제된 것인지 여부에 대해서는 전적으로 알 수가 없다. 소송당사자들인 연방정부, 기업들 그리고 지방자치단체들이 충분히 강력한 합의에 도달하였는지 여부 역시 확인할 수 없다. 왜냐하면 각 당사자들에게는 판단방법에 따라서는 헌법재판소의 결정이 추측상 유리할 수도 혹은 불리할 수 있기 때문이다¹⁷⁰⁾.

헌법재판소의 이러한 소송절차의 종결방식을 통해서 헌법소원 청구인의 입장에서 보면 헌법소원의 개인권리보호적 기능은 효과적으로 보장될 수 있지만, 헌법소원의 객관적-법적 기능은 오히려 등한시되게 된다. 왜냐하면 헌법재판소가 중요한 법적인 문제에

168) Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 227.

169) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 227.

170) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 227.

대한 법적인 판단을 내리지 않은 채로 소송절차가 종결되었기 때문이다. 결국 이 문제에 대한 법적인 결정은 결국 에너지 공급에 있어서의 게마인데(Gemeinde)의 법적지위와 관련된 1998년의 에너지경제법(Energiewirtschaftsgesetz)의 새로운 개정법률에 대한 규범통제 그리고 자치단체헌법소원 속으로 미루어지게 되었다¹⁷¹⁾.

가장 최근의 조정은 브란덴부르크 주의 윤리수업(Brandenburgischer Ethikunterricht)에 대한 헌법재판소의 대응방식이다¹⁷²⁾. 브란덴부르크 주의 국립학교에 대한 기독교 종교수업의 규범적 배정에 대하여 연방의회의 한 원내교섭단체(ein Bundestagsfraktion)는 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle)를 제기하였다¹⁷³⁾. 2011년 6월에 연방헌법재판소의 제1재판부는 이 사건에 대한 구두변론을 개시하였다. 헌법재판소는 구두변론과정에서 또한 헌법소원을 제기한 116명의 부모들과 학생들 그리고 두 개의 기독교 교회가 포함된 당사자들의 합의준비를 요청하였다. 소송참가자들이 합의준비가 되었다는 의사표시를 한 후에(그들이 소송당사자로서 이와 다른 무엇을 할 수 있었을까?), 재판부는 합의를 위한 제안을 제시하였다¹⁷⁴⁾. 합의의 목적은 브란덴부르크 교육법(Brandenburgisches Schulgesetz)의 개정을 통하여 추상적 규범통제 청구인과 헌법소원 청구인들이 절차를 종료할 수 있는 선언을 하기위한 전제조건을 마련하는 것이었다. 합의당사자들은 추상적 규범통제 청구인들, 헌법소원 청구인들 그리고 주정부(Landesregierung)였다. 당사자들의 이에 대한 구속여부에 관계없이 연방헌법재판소는 주정부가 특정한 종료기간 내에 (개정법률이 2002/2003 학기(Schuljahr)의 시작 전에 효력을 발생할 수 있도록) 브란덴부르크 교육법의 특정조항을 개정할 의무를 부과하였다. 이러한 모든 사항들이 완료되어진다면, 추상적 규범통제청구와 헌법

171) 2 BvR 1645/98; 2 BvR 2257/98; 2 BvF 1/98; Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 227.

172) Vgl. BVerfGE 104, 305.

173) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 228.

174) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 228.

소원 청구는 취하된다¹⁷⁵⁾.

이러한 해결방식에 있어서 법적인 의미에서의 소송상의 화해 (prozessualen Vergleich)가 문제되지 않았다는 것은 명백하다. 그 근거로서는 첫 번째로 두 당사자들 사이의 법률관계에 다툼이 존재하는 경우에만, 실질적-법적 그리고 소송법적인 법률행위로서 화해(Vergleich als materiell-rechtliches und prozessuales Rechtsgeschäft)가 성립된다. 여기에서 문제가 된, 당사자가 서로 대립되지 않은 절차는 이러한 경우라고 볼 수 없다¹⁷⁶⁾. 두 번째로 당사자들이 실질적-법적인 화해를 성립시키기 위해서는 당사자들이 소송대상(Gegenstand)에 대한 처분권한이 있어야만 한다. 그러나 법률규정의 폐지 혹은 새로운 법률규정의 제정은 주정부의 처분권의 대상이 될 수 없다. 세 번째로 헌법재판절차의 종료는 화해를 통해서 성립되는 것이 아니고, 새로운 법률규정의 공포 후에 소의 취하선언(Rücknahmeerklärungen)을 통해서 성립된다. 청구의 대상이 된 법률이 새로운 법률규정으로 대체되었기 때문에, 추상적 규범통제와 헌법소원의 대상이 더 이상 존재하지 않기 때문이다¹⁷⁷⁾.

계류 중인 절차의 종료의 측면에서 검토해 보면 그러한 형태의 헌법재판소의 대응방식은 피상적으로 볼 때는 가장 적절한 대응방식이 될 수도 있다. 헌법재판소는 당사자들에게 자신의 입장에서 볼 때 어떠한 경우이든 소송을 통한 다툼의 해결보다 나은, 헌법적으로 문제가 없는 해결책을 제시한다¹⁷⁸⁾.

헌법재판소에 의하여 제시된 해결책은 양쪽의 입장에서 볼 때 완전한 최선이 될 수는 없지만, 이러한 해결책은 위협부담이 없다. 헌법소원청구인들이 완전히 합의했는지 여부는 중요하지 않다. 헌법소원의 대상이 된 법률규정이 더 이상 존재하지 않고, 새로 개

175) Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 228.

176) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 228.

177) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 228.

178) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 229.

정된 법률이 더 이상 이전의 기본권 침해사유(Beschwer)를 포함하고 있지 않다면, 헌법재판소는 헌법소원 청구에 대하여 결정할 필요가 없다. 따라서 헌법소원청구가 취하되거나 혹은 헌법소원 청구인이 청구를 고집하게 되면, 헌법소원청구는 연방헌법재판소법 제24조에 의하여 각하될 것이다. 왜냐하면 헌법소원청구의 전제조건이 결정당시에 새로운 법률개정으로 인하여 존재하지 않기 때문이다¹⁷⁹⁾.

브란덴부르크 교육법에 대한 연방헌법재판소의 대응방식은 헌법재판소에 부여된 역할을 침해하였다. 왜냐하면 이러한 대응방식을 통해서 헌법재판소는 자신의 수동적인 감시자로서의 역할을 넘어서서 적극적인 형성자로서의 역할을 수행하였기 때문이다¹⁸⁰⁾. 이러한 점은 헌법소원청구인들의 한 집단이 새로 개정된 법률규정 속에서 기독교-종교 발현권(christlich-religiöse Entfaltungsfreiheit)에 대한 충분한 고려를 발견할 수 없기 때문에, 이 규정에 대하여 헌법소원을 청구한 점에서 명백히 드러난다.

화해의 단점은 절차가 완전히 종료되지 않는다는 점이다. 화해의 단점은 화해가 법적인 효력을 가지는 절차의 종료를 성립시키는 것이 아니라, 중립적인 방관자 입장에서 적합하게 판단해야만 하는 헌법재판소가 절차에 적극적으로 개입하여 소송외적인 해결을 성립시킨다는 점이다¹⁸¹⁾.

제5절 유럽인권법원에 의한 독일연방헌법재판소의 소송기간의 통제

적절한 시기의 권리보호명령은 법원의 소송절차에 대하여 우선적으로 적용된다. 이 명령은 법원의 기일지정실무

179) 절차종료에 대한 결정 BVerfGE 106, 210; Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 229.

180) 절차종료에 대한 결정 BVerfGE 106, 210; Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 230.

181) 절차종료에 대한 결정 BVerfGE 106, 210; Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 230.

(Terminierungspraxis) 뿐만 아니라 소송절차종료실무 (Erledigungspraxis)에도 영향을 미치고 특히 개인적 권리에 중점을 둔 권리보호의 요구를 위한 소송절차종료의 우위 (Erledigungsvorrang)를 근거지울 수 있는 최적화 문제 (Optimierungsproblem)로서 법관의 결정의 높은 질적 수준 확보의 요구와 긴장관계를 형성한다¹⁸²⁾. 종종 법원들의 소송절차의 장기화 특히 행정법원의 장기적인 소송절차는 5년이 넘지않은 기간동안에 두 번의 근본적인 행정소송법(VwGO)의 개정의 원인이 되었다. 연방헌법재판소 그리고 유럽공동체법원 제1심 법원(EuG)과 유럽공동체법원(EuGH)¹⁸³⁾ 역시 항상 적절한 시기의 권리보호의 요구를 고려한 것은 아니었다¹⁸⁴⁾.

Gerhard Süßmann/Deutschland 결정¹⁸⁵⁾에서 유럽인권법원은 14 : 6 의 다수결로 독일연방헌법재판소의 유럽인권협약 제6조 제1항의 침해를 인정하지 않았다. 이 사건에 대한 유럽인권법원의 결정의 핵심적 내용은 다음과 같이 요약될 수 있다¹⁸⁶⁾: 1. 유럽인권협약 제6조 제1항(법원의 소송절차의 적절한 기간) 또한 단지 헌법재판소의 소송절차의 대상이 되는 소원에 대해서도 적용된다(기존의 판례의 확장). 2. 사회보험법적인 관계는 유럽인권협약 제6조 제1항의 의미 속의 민법적 청구권 그리고 책임이다. 3. 독일통일과 관련된 다른 사회적 그리고 정치적으로 중요한 의미를 가지는 소

182) Huber, 앞의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 504.

183) 유럽공동체가 없어진 리스본 조약 이후에는 유럽연합법원으로 명칭이 변경되었지만, 그 이전의 정식명칭은 유럽공동체 법원임. EuGHE 1998, I-8417, 8498 ff. - P Baustahlgewerbe GmbH/Kommission; Volker Schlette, Der Anspruch auf Rechtsschutz innerhalb angemessener Frist - Ein neues Prozeßgrundrecht auf EG-Ebene/Zum Urteil des EuGH vom 17.12.1998, Baustahlgewerbe GmbH/Kommission EuGRZ 1999, S. 369 ff.; Rudolf Streinz, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 317; Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 529.

184) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 504.

185) Süßmann/Deutschland, Urteil vom 16. September 1996, EGMR, EuGRZ 1996, S. 514.

186) MenschenRechtsMagazin Heft 3/Juni 1997, S. 26.

송절차로 인하여 결정의 보류가 행해졌다면, 헌법소원의 허용절차(Verfahren über die Annahme der Verfassungsbeschwerde)에서의 3년 4개월의 소송기간은 유럽인권협약 제6조 제1항을 침해하지 아니한다. 이 결정의 핵심적 내용은 문제가 된 각하결정(Nichtannahmeentscheidung)으로 종결된 헌법소원절차에 대한 3년 4개월의 기간은 여전히 허용가능하다는 것이다. 왜냐하면 독일통일과 관련된 다른 사건들에 비하여 이 사건의 정치적 그리고 사회적 중요성은 상대적으로 떨어지기 때문이다. 유일무이한 독일통일과의 관련성 그리고 구동독에서의 근로관계의 종료와 관련된 법적 분쟁의 사회정책적 배경에 대한 진지한 고려에 의하여 독일연방헌법재판소가 독일통일과 관련된 문제를 우선적으로 다루어만 하는 것이 정당화되었다¹⁸⁷⁾.

Gerhard Süßmann/Deutschland 결정에서 유럽인권법원은 3년 4개월의 소송기간의 유럽인권협약 제6조 제1항 위반여부에 대한 판단에 적용될 수 있는 심사기준(applicable criteria)으로서 다음의 네가지를 들고 있다: 1. 사건의 복잡성(complexity of the case), 2. 헌법소원의 청구인의 행위(conduct of applicant), 3. 연방헌법재판소의 행위(conduct of the Federal Constitutional Court), 4. 헌법소원 청구인에게 무엇이 중요한 문제였는가(What was at stake for the applicant). 이 심사기준을 적용하여 유럽인권법원은 재판관 14대6의 결정으로 독일연방헌법재판소의 소송기간이 유럽인권협약 제6조 제1항에 위반되지 않는다고 결정하였다.

가끔씩 독일연방헌법재판소의 소송절차를 유럽인권협약위반에 위반되는 장기간의 소송기간으로 인정하는 유럽인권법원의 확고한 판례에 대하여 큰 반항은 제기되지 않는다. 독일연방헌법재판소는 이 문제에 대한 헌법 해석적 판단기준으로 법치국가원리 그리고 비례성의 원칙과 결부된 기본법 제2조를 적용하고 있다¹⁸⁸⁾. 2001

187) Huber, 앞의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 504 Fn. 512.

188) Vgl. BVerfG (1. Kammer des Ersten Senat), Beschl. v. 20.7.2000 - 1 BvR 352/00 - (NJW 2000, 491); (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 25.7.2003 - 2 BvR 153/03 - (NJW 2003, 2807);

년 유럽인권법원이 유럽인권협약위반여부에 대하여 판단한 888개의 판결들 중 480(54%)개의 판결이 전적으로 혹은 주로 소송기간의 장기화와 관련된 것이었다. 이러한 사례들 중 359개는 이탈리아로부터 청구되었다¹⁸⁹⁾.

이와 관련하여 유럽인권법원은 주지하다시피 다른 많은 유럽인권협약 가입국들이 인정하고 있지 않는 헌법소원제도를 통해서 특별한 법적구제수단으로서 부수적인 기본권심사심급(Grundrechtsprüfinstanz)을 두고 있다는 상황을 고려하지 않았다. 그 결과 유럽인권법원은 헌법소원의 소송기간을 전체소송기간(Gesamtverfahrensdauer)의 측면에서 고려해야만 했다¹⁹⁰⁾.

유럽인권법원의 입장에 의하면 어떠한 경우이든 유럽인권협약 제6조 제1항은 모든 유럽인권협약 가입국가에 대하여 법원이 적절한 기간 내에서 법적 문제에 대하여 결정해야하는 의무를 포함한 모든 요구조건들을 충족할 수 있도록 자신의 법체계를 형성할 의무를 부과한다¹⁹¹⁾. 소송기간의 적정성여부에 대한 판단은 소송당사자와 관련기관의 태도 그리고 특별한 상황에 따른 개별사례의 복잡성의 정도와 난이도에 따라 결정된다¹⁹²⁾.

Jan Bergmann, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Heidelberg 2005, Kap. III Rn. 12.

189) Vgl. Luzius Wildhaber, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den EGMR, EuGRZ 2002, S. 571; Bergmann, 위의 책, Kap. III Rn. 12 Fn. 12.

190) Bergmann, 위의 책, Kap. III Rn. 12.

191) EGMR, Entscheidung vom 28.6.1990, Beschwerde Nr. 6/1989/166/222 - Obermeier gegen Österreich. 유럽인권법원은 이 사건에서 9년의 소송기간을 유럽인권협약위반으로 결정하였다; Bergmann, 위의 책, Kap. III Rn. 12.

192) Vgl. EGMR (Große Kammer), Entscheidung vom 25.3.1999, Beschwerde Nr. 25444-94 (NJW 1999, 3545)ö Entscheidung vom 16.9.1996, Beschwerde Nr. 57/1995/563/649 - Süßmann gegen Deutschland (EuGRZ 1996, 514).

그 외에도 유럽인권법원은 2000년 10월 26일의 자신의 판결 속에서 - 그것이 부작위소원(Untätigkeitsbeschwerde)으로서, 국가책임구성요건의 형식으로서 행해지든 관계없이 - 법실무속에서 지금까지 관찰되지 않은, 소송기간의 장기화에 대한 법적구제수단을 유럽인권협약 가입국가들의 의무를 유럽인권협약 제13조의 유효한 소원권(Recht auf wirksame Beschwerde)으로부터 직접적으로 도출하였다¹⁹³). 유럽인권법원 역시 그 동안 만성적인 업무부담의 가중으로 소송절차의 장기화 문제를 해결하기 위하여 노력하고 있는 중이었고, 유럽인권법원이 연방헌법재판소에 대하여 요구한 것을 정작 자신이 실행할 수 없는 상황에 직면하고 있는 현실을 고려해 볼 때, 이러한 유럽인권법원의 판례가 독일연방헌법재판소에 대한 유럽인권법원의 권위를 드높이지 못했다는 것이 자명하다¹⁹⁴).

제6절 유럽연합법원의 사전결정절차에서의 적절한 시기의 권리보장의 문제

유럽연합의 기본권에 위반되는 법적 행위(Rechtsakte)는 무효이다(unwirksam). 다만 평등기본권(Gleichheitsgrundrechte) 그리고 소송절차기본권(Verfahrensgrundrechte)의 경우에는 제한이 가능하다. 그러나 오로지 유럽연합법원만(EuGH)이 어떤 법적 행위가 무효라고 확정할 수 있는 권한을 가진다. 유럽연합법원은 무효소송(Nichtigkeitsklage) 혹은 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren, 유럽연합의 기능에 관한 조약 제 267조)를 통하여 이러한 결정을 할 수 있다¹⁹⁵). 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren, 유럽연합의 기능에 관한 조약

193) EGMR, Entscheidung vom 26.10.2000 (NJW 2001, S. 2694) - Kalda -, Bergmann, 앞의 책, Kap. III Rn. 12.

194) Bergmann, 위의 책, Kap. III Rn. 12.

195) Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. München 2010, Einl. Rn. 58.

(AEUV) 제267조)를 통해서 유럽연합의 구성국가의 법원은 예를 독일연방재정법원, 독일연방법원(Bundesgerichtshof) 혹은 연방재정법원(Bundesfinanzhof)과 같은 최종심(letzte Instanz)이 문제되는 한에서는 유럽연합법의 해석의 문제를 유럽연합법원(EuGH)에 제청하는 것 내지 제청해야만 한다. 그 외에도 유럽연합의 구성국가의 국내법원은 유럽의 입법행위(Gesetzgebungsakt)가 유효한지 여부에 대하여 심사를 유럽연합법원에 의뢰할 수 있다¹⁹⁶⁾.

이러한 제청절차는 특별한 정도로 유럽연합법의 효력관철에 노력해야만 하는 구성국가의 법원을 통한 유럽연합법의 통일적 적용을 보장해준다. 구성국가의 국내법원이 어떤 문제를 제청하기 위해서는, 자신의 업무수행이 유럽연합법의 해석 내지 유효성을 전제로 해야만 한다¹⁹⁷⁾. 유럽연합법의 해석 내지 유효성은 법원의 결정에 있어서 중요한 의미를 가져야만 하고(entscheidungserheblich), 유럽연합법의 해석이 이미 미리 행해지지 않아야만 한다. 구성국가의 법원은 유럽연합법원의 결정이 있기 전까지 재판을 중지한다. 제청된 문제들은 우선적으로 모든 공용어로 번역되어서 공보에 공고된다. 이를 통해서 구성국가 그리고 유럽연합의 기관들을 포함한 모든 참여 당사자들(beteiligte Parteien)에게 자신의 의견을 표명할 기회가 부여된다. 법원의 판결이 내려지기 전에 구두변론 그리고 법무관¹⁹⁸⁾의 최종적 의견제출(Schlussanträge des Generalanwalts)이 행해진다. 제청법원과 다른 법원은 유사한 사건에 있어서 유럽연합법원의 판결(Urteil)에 구속된다¹⁹⁹⁾.

196) 박진완, “유럽연합의 법질서에 있어서 기본권의 효력보장의 문제로서 유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 위반의 법적 효과에 대한 검토”, 「유럽헌법연구」 제13호, 유럽헌법학회 2013, 79-80면.

197) 박진완, 위의 논문, 80면.

198) 유럽연합법원의 법무관(Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof)은 법원의 결정에 있어서 유럽법원의 재판관(Richter)을 지원한다.

199) 박진완, 위의 논문, 80면.

행정절차 속에서 기본권에 위반되는 법적 행위는 처음부터 무효가(inexistent) 아닌 한에서는 일반적으로 적용된다. 이를 통해서 기본권에 대한 구속이 현저하게 상대화된다. 그 외에도 독일의 경우 기본법(Grundgesetz)에 구속되는 행정기관은 유럽연합법에 위반되는 국내법을 적용해서는 안 된다는 판단을 내리고 있다²⁰⁰⁾. 그래서 행정기관은 특별한 주의를 가지고 기본권 적합적 해석(grundrechtskonforme Auslegung)의 가능성을 심사해야만 한다²⁰¹⁾. 따라서 이러한 유럽연합법원의 결정이 내려지기 전에는 법적 행위는 그 행위의 기본권 위반성에도 불구하고 유효하게 다루어 진다. 단지 중대하고 명백한 기본권 위반(schwerwiegende und offenkundige Grundrechtsverstöße)의 경우에는, 그 행위는 예외적으로 법적으로 처음부터 무효이다(inexistent)²⁰²⁾. 이러한 사전결정절차에 대해서 적절한 시기의 권리보장의 요구가 항상 적용된다. 그럼에도 불구하고, 유럽연합법원의 결정이 내려지기 전에도 유럽연합의 기능에 관한 조약 제278조-제279조 속에 포함된 가치를 근거로 하여 유럽화된 독일소송법 규정에 따라 잠정적인 권리보호가 행해질 수 있다. 그러나 모든 경우에 적절한 시기의 권리보호보장이 행해지는 것은 아니다²⁰³⁾. 이렇게 볼 때 사전결정절차가 개시된 경우에는, 이를 넘어서서 (가처분과 같은) 잠정적인 권리보호의 영역에서는 예외가 존재한다²⁰⁴⁾. 그럼에도 불구하고 사전결정절차에서의 유럽연합법원의 가처분의 인정의 문제는 엄밀하게 검토해보면 처음의 법적 분쟁과 다른 소송대상(Streitgegenstand)이 된

200) 이에 관해서는 Jarass, Grunfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts. Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln; Berlin; Bonn; München, 1994, S. 102 f.

201) Jarass, 위의 책, Einl. Rn. 60; 박진완, 위의 논문, 81면.

202) 박진완, 위의 논문, 80면.

203) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 486.

204) EuGH, Rs. 143/88, Slg. 1991, I-415 Rn. 19 f.; Rs. 465/93, Slg. 1995, I-3761 Rn. 40 ff.; Rs. 334/95, Slg. 1997, I-4517 Rn. 44, 47; Jarass, 위의 책, Einl. Rn. 59.

다. 이러한 가치분 인정에 내제한 본질적인 문제점은 가치분의 인정에 대한 유럽연합법적 요구의 축소 및 유럽연합의 기능에 관한 조약 제279조에 대한 유럽연합법원의 관례변경을 통해서 조정될 수 있다²⁰⁵⁾. 이러한 소송기간의 장기화의 문제점을 시정하기 위하여 유럽연합법원은 자유, 안전 그리고 사법의 영역(Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts)의 범위에 대해서는 사전결정을 위한 긴급절차를 인정하였다²⁰⁶⁾. 이러한 해결책은 결국 국내법적인 권리보호보장의 요구의 실현과 관련하여 개인의 기본권 보호에 관련된 사안에 있어서는 적시의 권리보호보장의 요구가 강화되어야 한다는 기본적 요청의 유럽연합법원의 소송절차를 통한 실현이라는 점에서 매우 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다.

더 나아가서 독일은 사전결정절차에서의 가치분 인정으로 인한 문제점 해결을 위한 대안으로서 개인의 권리보호를 위한 직접소송의 가능성을 확대하는 유럽연합조약의 개정을 시도해야만 했다²⁰⁷⁾. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제263조의 무효소송을 통한 개인소송가능성(Individualklagemöglichkeit)은 유럽헌법상의 개인의 기본권 보호 즉 유럽연합시민의 기본권 보호에 있어서 특히 중요한 역할을 수행하게 될 것이다. 왜냐하면 이러한 개인소송의 보장형태는 독일과 우리나라의 헌법소원제도와 같은 기본권 소원(Grundrechtsbeschwerde)제도로서의 역할을 수행할 수 있기 때문이다²⁰⁸⁾. 이것은 기존의 유럽공동체 조약 제230조 제4항에 의한 개인의 무효소송(Nichtkeitsklage Einzelner)의 보장형태를 유럽연합의 기능에 관한 조약 제263조 제4항의 직접소송(Direktklage)의

205) Huber, 앞의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 486.

206) 자유, 안전 그리고 사법의 영역에 대한 사전결정요청에 대한 긴급절차의 시행에 따른 보충 (Ergänzung infolge des Inkrafttretens des Eilverfahrens für Vorabentscheidungsersuchen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl.EU Nr. C 64-1 vom 8. 3. 2008) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 486.

207) Huber, 위의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 486.

208) Norbert Reich, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2002, S. 375 제정회의의 기록 (Konvents-Dokumente). CONV 72/02, I.3; CONV 354/02.

보장형태로 수용계승한 것이다²⁰⁹⁾. 무효소송은 공동체기관의 행위에 대한 개인의 객관적 법적 통제와 주관적 권리보호의 가능성을 동시에 열어놓은 것이라는 점에서 매우 중요하다²¹⁰⁾. 이런 점에서 무효소송은 우리 헌법재판에서 인정되는 헌법소원의 이중적 기능처럼 유럽법질서의 객관적 보호 그리고 개인의 기본권 보호의 두 가지 상이한 목적을 동시에 추구하고 있다. 무효소송은 개인이 직접적으로 개인이 관련된 공동체의 법적 행위에 의하여 권리침해를 받게 되는 경우에 한하여 제기할 수 있다²¹¹⁾.

제7절 2012년 10월 1일의 지연소원에 대한 독일연방헌법재판소의 지연소원지정재판부(Beschwerdekammer)의 결정내용에 대한 검토

독일연방헌법재판소는 헌법소원절차의 소송지연과 관련하여 2012년 10월 1일의 지연소원지정재판부(Beschwerdekammer)의 결정²¹²⁾에서 다음과 같이 결정하였다.

1. 독일연방헌법재판소법 제97a조 제1항 제1문에 의한 소송절차기간의 적법성에 대한 판단을 위한 개별적 사례의 상황의 확정은 너무 긴 소송절차에 대한 판단과 관련하여 독일연방헌법재판소 그리고 유럽인권법원이 이미 발전시킨 판단기준에 의하여 결정되어야만 한다. 부가적으로 조직적 그리고 소송절차적 특수성을 이끌

209) Alexander Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach den Vertrag von Lissbon - (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, S. 43.

210) Vgl. Franz C. Mayer, Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, DVBl 2004, S 609; 같은이, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, AöR 129 (2004), S. 245 f.1

211) 박진완, 앞의 논문, 77-78면.

212) BVerfG (Beschwerdekammer), Beschl. v. 1. 10. 2012 - 1 BvR 170/06 - Vz 1/12.

어 내는 독일연방헌법재판소의 특수한 과제와 지위를 고려해야만 한다²¹³⁾.

2. 지연질책(Verzögerungsrüge)의 청구는 빨라도 연방헌법재판소의 소송절차가 개시된 후 12개월 후에만 허용될 수 있다고 규정하고 있는 독일연방헌법재판소법 제97b조 제1항 제4문의 규정은 헌법재판소의 소송절차의 조직적 그리고 절차적 특수성을 고려하고 있다. 이것은 어떠한 경우이든 독일연방헌법재판소에 있어서는 일년의 소송기간은 여전히 부적합하게 긴 것으로 볼 수 없다는 입장의 근거가 된다 [편집된 주문(Leitsätze der Redaktion)]²¹⁴⁾.

이 결정에서 독일연방헌법재판소는 장기간의 소송절차에 대한 판단기준에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다:

「기본법으로부터 언제를 장기간의, 권리보장을 방해하는 그리고 그와 동시에 부적절한 소송기간으로 볼 수 있는가에 대한 일반적으로 유효한 시간적 기준을 도출할 수 없다. 왜냐하면 이것은 오히려 개별적 사례에 있어서 형량의 문제이기 때문이다(vgl. BVerfGE 55, BVERFGE Jahr 55 Seite 349 [BVERFGE Jahr 55 369] = NJW 1981, NJW Jahr 1981 Seite 1499; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 503; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14. 12. 2010 - BVERFG Aktenzeichen 1BVR40410 1 BvR 404/10, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 48160). 언제부터 소송절차가 지나치게 오래 진행되는 것으로 볼 수 있는가의 문제에 대한 헌법적 판단에 있어서는 개별적 사례의 전체적 상황들, 특히 소송절차의 특성(Natur des Verfahrens) 그리고 당사자들에 대한 소송의 의미(Bedeutung der Sache für die Parteien), 장기간의 소송절차의 소송참가자들(Beteiligten)에 대한 영향, 소송의 실질적 내용의 난이도(Schwierigkeit der Sachmaterie), 소송참가자들의 책임이 인정되는 행위, 특히 소송참가자들을 통한 소송절차의 지연

213) NVwZ 2013, 790.

214) NVwZ 2013, 790.

(Verfahrensverzögerungen) 및 재판에 영향을 줄 수 없는 제3자, 무엇보다도 전문가의 활동을 고려해야만 한다(vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2001, NJW Jahr 2001 Seite 214; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14. 12. 2010 - BVERFG Aktenzeichen 1BVR40410 1 BvR 404/10, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 48160). 이에 반해서 국가는 자신의 책임영역에 있는 그러한 상황을 판단기준으로 원용할 수 없다(vgl. BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2004, NVWZ Jahr 2004 Seite 334 [NVWZ Jahr 2004 335] = NJW 2004, NJW Jahr 2004 Seite 1236 L; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NZS 2010, NZS Jahr 2010 Seite 381; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14. 12. 2010 - BVERFG Aktenzeichen 1BVR40410 1 BvR 404/10, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 48160). 그 외에도 법원은 또한 소송절차의 전체기간을 고려해야만 하고, 소송기간이 늘어나는 경우에도 계속적으로 소송절차의 신속화를 위하여 노력해야만 한다(vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2001, NJW Jahr 2001 Seite 214 [NJW Jahr 2001 215]; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 24. 9. 2009 - BVERFG Aktenzeichen 1BVR130409 1 BvR 1304/09; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14. 12. 2010 - BVERFG Aktenzeichen 1BVR40410 1 BvR 404/10, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 48160; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 7. 6. 2011 - BVERFG Aktenzeichen 1BVR19411 1 BvR 194/11) .

전문법원의 재판영역에서 발전된 규칙들이 연방헌법재판소의 과제와 지위의 특수성 때문에 연방헌법재판소의 재판영역에도 그대로 적용될 수 없다는 점을 다음과 같이 설명하고 있다²¹⁵⁾:

「이렇게 전문법원의 재판영역을 위하여 발전된 규칙들은 또한 원칙적으로 기본법 제92조에 의하여 사법권의 구성요소가 되는 연

215) NVwZ 2013, 790.

방헌법재판소에 대해서도 유효하게 적용된다는 것은 연방헌법재판소의 특별한 과제와 지위를 통해서 수정된다.]

다시 말하면 이것은 전문법원의 재판영역에서의 판단기준의 적용이 헌법재판의 영역에서는 헌법재판소의 특별한 과제와 지위에 대한 고려를 통해서 제한될 수 있다는 점을 의미한다.

그 외에도 독일연방헌법재판소는 유럽인권법원에 의하여 개발된 판단기준에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다²¹⁶⁾:

「유럽인권법원의 판례에 의하면 유럽인권협약 제6조 제1항은 유럽인권협약 가입국가들에 대하여 적절한 기간 내에 소송에 대한 결정이 내려질 수 있도록 사법제도를 설치할 의무를 부과한다(EGMR, Urt. v. 27. 7. 2000 - EGMR Aktenzeichen 3337996 33379/96 Rdnr. 42 - Klein/Deutschland). 소송절차의 기간이 적합한지에 대한 문제에 대해서는 사례의 상황 그리고 다음의 판단기준에 대한 고려하에서 결정될 수 있다: 사례의 복잡성, 소원청구인, 관할관청 그리고 법원의 태도(Verhalten) 및 소원청구인에 대한 소송의 의미(EGMR, Urt. v. 2. 9. 2010 - EGMR Aktenzeichen 4634406 46344/06 Rdnr. 41 - Rumpf/Deutschland; EGMR, Urt. v. 21. 10. 2010 - EGMR Aktenzeichen 4315508 43155/08 Rdnr. 26 - Grumann/Deutschland)」.

유럽인권법원은 유럽인권법원의 판례에 의하여 확립된 판단기준을 헌법재판소의 재판절차에 적용시킬 수 있고, 독일연방헌법재판소의 만성적인 업무과다로 인하여 반복되는 재판의 지연이 소송기간의 장기화를 정당화 시킬 수 없다고 보고 있다: 「이러한 기준들은 원칙적으로 그 결정이 전문법원의 법적 분쟁에 결정적 의미를 가지는 헌법재판소의 소송절차에 유효하게 적용된다(EGMR, Urt. v. 27. 7. 2000 - EGMR Aktenzeichen 3337996 33379/96 Rdnr. 29 - Klein/Deutschland). 유럽인권법원의 판례에 의하면 독일연방헌법재판소의 만성적인 업무과다로 인하여 발생하는 끊임

216) NVwZ 2013, 790.

없이 반복되는 재판의 지연이 소송기간의 장기화를 정당화시킬수 없다 (EGMR, Urt. v. 25. 2. 2000 - EGMR Aktenzeichen 2935795 29357/95 Rdnr. 78 - Gast und Popp/Deutschland; EGMR, Urt. v. 27. 7. 2000 - EGMR Aktenzeichen 3337996 33379/96 Rdnr. 43 - Klein/Deutschland).」

독일연방헌법재판소는 이러한 유럽인권법원의 판례에 의하여 확립된 판단기준들 뿐만 아니라 연방헌법재판소의 과제와 지위의 특수성도 중요한 판단기준으로 추가하고 있다. 특히 전문법원과 달리 만성적인 업무과다로 인한 재판지연에 대한 반응으로서 연방헌법재판소의 수용능력 확대는 원칙적으로 불가능하다고 지적하고 있다²¹⁷⁾:

「헌법재판절차의 소송기간이 적절한지 여부에 대한 판단에 있어서 연방헌법재판소법 제97a조 제1항 제2문에 의하여 헌법재판소의 조직적 그리고 절차적 특수성의 원인이 되는 헌법재판소의 과제와 지위의 특수성을 고려해야만 한다(vgl. BT-Dr 17/3802, S. 26).

조직적 측면에서 전문법원과 달리 소송사건의 수 (Eingangszahlen)의 증가에 대한 반응으로서 연방헌법재판소의 수용능력의 확대는 원칙적으로 불가능하다. 왜냐하면 연방헌법재판소의 구조는 자신의 기능에 의하여 한계가 설정되고, 헌법과 연방헌법재판소법 속에 규정되어 있기 때문이다. 소송기간의 단축을 목적으로 한 연방헌법재판소의 조직에 관한 조치 (organisatorischen Maßnahmen)는 이를 통해서 구조적 한계가 설정된다.」

그 외에도 연방헌법재판소는 연방헌법재판소의 절차적 특수성을 독일연방헌법재판소법 제31조에 의하여 법률적 효력 (Gesetzeskraft)이 인정되는 연방헌법재판소의 헌법해석의 구속력 확보라는 헌법재판의 과제에서 찾고 있다. 이로 인하여 연방헌법

217) NVwZ 2013, 790 f.

재판소의 결정은 신중하게 내려져야만 한다고 강조하고 있다²¹⁸⁾:

「왜냐하면 원칙적으로 모든 헌법재판절차 속에서 신속한 절차 진행에 한계를 설정하는 속 깊은 그리고 형량이 행해지는 심사가 요구되기 때문이다(BT-Dr 17/3802, S. 26).」

특히 연방헌법재판소는 헌법의 수호자(Hüter der Verfassung)로서 연방헌법재판소의 특수한 역할을 상황에 따라서는 소송절차의 진행에 있어서 연방헌법재판소의 기록부에 접수된 시간적 순서에 따른 기준이 아닌 다른 상황을 고려하는 것을 정당화시키는 근거로서 제시하고 있다²¹⁹⁾:

「예를 들면 공동체(Gemeinwesen)에 특별한 의미를 가지는 소송절차를 우선적으로 다루어야만 하기 때문이다(vgl. BT-Dr 17/3802, S. 26).」 연방헌법재판소는 이러한 기준을 유럽인권법원 역시 유럽인권협약 제6조 제1항의 해석에서 인정하고 있다고 설명하고 있다²²⁰⁾: 「... 헌법의 수호자로서 헌법재판소의 역할은 예를 들면 사건의 종류 그리고 그 사건의 정치적 그리고 사회적 의미와 같은 사건이 접수된 시간적 순서 외에 다른 기준을 고려하는 것을 요구하기 때문이다(EGMR, Urt. v. 25. 2. 2000 - EGMR Aktenzeichen 2935795 29357/95 Rdnr. 75 - Gast und Popp/Deutschland; EGMR, Urt. v. 8. 1. 2004 - EGMR Aktenzeichen 4716999 47169/99 Rdnrn. 49, 52 - Voggenreiter/Deutschland; EGMR, Urt. v. 6. 11. 2008 - EGMR Aktenzeichen 5891100 58911/00 Rdnr. 63 - Leela Förderkreis e. V. u. a./Deutschland; EGMR, Urt. v. 22. 1. 2009 - EGMR Aktenzeichen 4574906 45749/06 und EGMR Aktenzeichen 51115/06 Rdnrn. 61 ff. - Kaemena und Thöneböhn/Deutschland).」

이와 관련하여 연방헌법재판소는 어떤 중요한 헌법적 문제들과

218) NVwZ 2013, 791.

219) NVwZ 2013, 791.

220) NVwZ 2013, 791.

관련된 여러 가지 동종 혹은 유사 헌법소송들 중에서 가장 중요한 의미를 가지는 하나의 소송만을 선별하여 우선적으로 결정하는 안내소송절차(Pilotverfahren)의 중요성을 근거지우고 있다²²¹⁾:

「... 혹은 왜냐하면 나머지의 동종 혹은 유사 소송절차들은 잠정적으로 연기되기 때문이다(vgl. BT-Dr 17/3802, S. 26; EGMR, Ur. v. 25. 2. 2000 - EGMR Aktenzeichen 2935795 29357/95 Rdnr. 75 - Gast und Popp/Deutschland; EGMR, Ur. v. 8. 1. 2004 - EGMR Aktenzeichen 4716999 47169/99 Rdnr. 49 - Voggenreiter/Deutschland; EGMR, Ur. v. 6. 11. 2008 - EGMR Aktenzeichen 5891100 58911/00 Rdnrn. 63 f. - Leela Förderkreis e. V. u. a./Deutschland).」

그 외에도 연방헌법재판소는 이러한 안내소송절차(Pilotverfahren)의 선별로 인한 다른 소송절차들의 지연이 모든 소송참가자들의 잘 이해된 이익의 고려 하에서 연방헌법재판소의 과제의 효율적 수행에 기여하는 것이 안내소송절차의 선별적 결정 당시의 시점에서 합리적인 방식으로 예견될 수 있는지에 대한 판단이 요구된다는 것을 강조하고 있다²²²⁾.

연방헌법재판소는 지연소원청구의 전제조건인 지원질책(Verzögerungsrüge)의 청구가 소송제기 후 1년 후에 가능하다는 점을 들어 1년의 소송기간은 적합하다는 입장을 제시하고 있다:

「지원질책(Verzögerungsrüge)의 청구는 빨라도 연방헌법재판소의 소송절차가 개시된 후 12개월 후에만 허용될 수 있다고 규정하고 있는 독일연방헌법재판소법 제97b조 제1항 제4문의 규정은 헌법재판소의 소송절차의 조직적 그리고 절차적 특수성을 고려하고 있다. 이것은 어떠한 경우이든 독일연방헌법재판소에 있어서는 일년의 소송기간은 여전히 부적합하게 긴 것으로 볼 수 없다는 입장의 근거가 된다 (vgl. BT-Dr 17/3802, S. 27).」

221) NVwZ 2013, 791.

222) NVwZ 2013, 791.

제8절 한국헌법재판소법 규정, 유럽인권법원 그리고 독일연방헌법재판의 결정에 나타난 판단기준들에 대한 비교법적 검토의 필요성

우리 헌법 제27조는 기본권으로서 재판청구권을 보장하고 있다. 그와 동시에 우리 헌법은 법원에 관한 제5장에서 국가의 사법권이 귀속되는 법원의 조직·기능·절차 등에 관하여 규정하고, 헌법재판권의 보장에 대해서는 제6장과 헌법 제107조 제1항에서 규정하고 있다. 이렇게 사법권과 헌법재판권을 구분하고 있는 우리 헌법에서는 법원의 재판을 받을 권리는 헌법 제27조 제1항, 헌법 제101조 제1항에 의하여 보장되고, 헌법재판을 받을 권리는 헌법 제27조 제1항과 헌법 제111조 제1항에 의하여 보장된다. 우리 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 속의 재판에는 민사재판·형사재판·행정재판·헌법재판 등이 있으므로, 재판을 받을 권리라 함은 구체적으로 민사재판청구권·형사재판청구권·행정재판청구권·헌법재판청구권 등을 의미한다.

특히 재판청구권의 보장과 관련하여 우리 헌법은 제27조 제3항에서 「모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.」고 규정하여 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 이것은 사법권의 독립이 보장되고 헌법과 법률에 의하여 자격이 인정된 법관에 의한 적정하고, 신속한 경제적인 재판을 받을 권리를 헌법적으로 규범화한 것이다.

기본권으로서 재판청구권은 국민에게 그와 같은 재판원칙을 보장함으로써 기본적 인권을 보장하고 법적 정의를 실현하려는 것이다. 헌법에 의하여 보장되는 기본권 침해에 대한 가장 중요한 사후구제절차로서 재판청구권은 법관의 법(헌법)과 법률에 대한 구속(Bindung des Richters an Recht und Gesetz)에 의하여 합헌적인 법률에 의한 재판을 받을 권리이다.

이런 점을 고려해 볼 때 헌법재판에서의 신속한 사건 처리를 위한 제도개선방안에 대한 연구는 기본권으로서 재판청구권의 보장의 핵심적 보호영역의 실현의 문제가 된다. 이러한 제도개선에 대한 요구는 법원뿐만 아니라 입법자에 대해서도 수용가능한 소송 절차기간의 보장을 요구한다. 그리고 더 나아가서 이 연구용역은 이러한 기본권적 요구의 입법작용, 집행작용 그리고 사법작용에 의한 제도적 실현과정에 대한 분석도 요구한다.

독일 기본법(Grundgesetz) 제19조 제4항 그리고 스위스(Schweiz)의 연방헌법(Bundesverfassung) 제29a조에 보장된 사법적 구제보장(Rechtswegsgarantie)은 국가법원에 대한 재판청구권을 보장하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법 제27조의 재판청구권 보장과는 달리 「공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려있다. 다른 관할권의 이유가 없는 한, 통상적 권리구제절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문은 그대로 적용된다」고 규정하고 있는 독일 기본법 제19조 제4항은 공권력에 의한 권리침해에 대한 보호(Rechtsschutz gegen öffentliche Gewalt)만을 규정하고 있다. 기본권 침해에 대한 사법적 구제의 보장으로서 재판청구권의 보장은 효과적인 권리보호를 위한 기본권(Recht auf effektiven Rechtsschutz)으로서 기능의 보장뿐만 아니라 법치국가원리의 반영의 결과이다²²³⁾. 이런 점에서 볼 때 우리 헌법 제27조의 재판청구권의 보장은 법치국가실현의 핵심적 내용을 구성하는 일반적 권리보호를 위한 사법권의 보장, 즉 우리 헌법 제101조의 사법권의 행사와 헌법 제111조의 헌법재판권의 행사와 밀접한 관련성을 가진다.

223) Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl., München 2009, § 44 Rn. 3.

I. 한국 헌법재판소법상의 심판기간규정

우리 헌법 제27조 제1항의 재판청구권의 보장은 효율적인 권리 보호(effektiver Rechtsschutz)를 보호한다. 독일 기본법 제19조 제4항의 효율적인 권리보호의 명령은 적절한 시간 안에서의 권리보호, 즉 다툼의 대상이 되는 법률관계를 적절한 시간적 범위 내에서 해결할 것을 요구한다²²⁴⁾. 이러한 시간적 범위의 적절성 여부에 대한 판단은 단지 개별적 사례 속의 모든 상황을 고려해서 해야만 한다. 이와 관련하여 법원은 소송절차의 전체적 진행기간을 고려해야만 하고, 소송진행기간이 늘어나는 경우에는 점진적으로 소송절차의 신속한 진행을 위하여 노력해야만 한다²²⁵⁾. 그럼에도 불구하고 이러한 소송절차의 신속한 진행과 빠른 법원의 결정의 요구는 소송절차규정의 정확한 준수와 정당한 결정의 요구와 서로 대립되게 된다. 이러한 점을 고려해 볼 때 헌법재판에서의 신속한 사건 처리의 요구는 효율적인 권리보장의 요구로서 소송절차의 신속한 진행과 재빠른 결정의 요구를 어떻게 헌법재판의 소송진행에 관한 관련규정의 정확한 준수와 올바른 결정의 요청과 잘 조화시킬 것인가 하는 문제이다. 우리 헌법질서 하에서의 헌법재판의 심판기간에 대한 소송절차규정은 「헌법재판소는 심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다.」고 규정하고 있는 헌법재판소법 제38조이다. 대부분의 심판사건의 처리기간이 심판사건을 접수한 날로부터 180일을 넘고 있는 헌법재판의 현실적인 소송진행관행을 살펴볼 때 이 소송절차규정의 정확한 준수는 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다. 이러한 까닭에 헌법재판소도 이 규정을 훈시규정으로 해석하고 있다. 헌법적 가치의 다양성, 복잡성, 난이성 뿐만 아니라 가변적인 발전가능성까지도 고려해야만 하는 헌법재판

224) BVerfGE 54, 39 (41); 55, 349 (369); 60, 253 (269); 93, 1 (13).

225) BVerfG, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 BvR 232/11.

의 특성상 모든 헌법재판사건을 일률적으로 180일 이내에 심판한다는 것은 무리이다. 독일 연방헌법재판소법 역시 심판기간에 대한 제한규정을 별도로 두고 있지 않고 있다.

헌법소송절차와 관련된 기간(Fristen)은 법률(Gesetz)이 법원이나 법원근무자에게 직무행위를 위해서 설정하거나, 절차를 연기하거나 중지하기 위하여 부여한 비실제적(uneigentliche Fristen) 기간과 대조적으로 주어진 시간적 범위내에서 행위나 준비작업을 할 수 있는 실제적 기간(eigentliche Fristen)으로 구분할 수 있다²²⁶⁾. 우리 헌법재판의 심판기간을 규정하고 있는 헌법재판소법의 규정이 실제적 기간으로 해석될 수 있도록 하기 위해서는 우선적으로 헌법소송법적인 측면에서의 기간의 개념에 대한 분석과 적절한 심판기간의 설정에 대한 다양한 측면에서 구체적인 통계연구분석이 필요하다고 볼 수 있다.

II. 잠정적 권리보호의 요구실현의 문제로서 가치분의 인정

헌법재판의 신속한 처리요구가 관철되지 않는 경우에 있어서 제기되는 잠정적 권리보장의 요구는 헌법재판에서 가치분 인정의 요구이다. 본안에 대한 결정에 앞서서 가치분을 인정하지 않으면 헌법질서나 국가작용 또는 가치분을 신청한 신청인에게 중대하고도 회복할 수 없는 불이익이 발생하는 경우에는 헌법재판소는 가치분을 내릴 필요가 있다. 가치분의 인정에 있어서 본안판단의 결과에 대한 형량에 있어서 원칙적으로 이중가설(Doppelhypothese in eine Folgenabwägung)이 적용됨에도 불구하고, 헌법재판에서의 가치분의 인정의 근거는 기본권 침해의 회복불가능성에서 찾아야만 한다²²⁷⁾. 왜냐하면 가치분이 인정되지 않는다면 헌법재판소가 본안사건에 대한 결정을 하여도 본안사건에 대한 결정이 있기 전

226) Vgl. Rechner/Zuck, 앞의 책, Vor § 17 Rn. 46.

227) Rechner/Zuck, 앞의 책, § 32 Rn. 22.

까지 다툼의 대상이 되는 법관계가 정지되고 않고 그대로 방치되어서, 즉 그러한 법상태가 계속 진행되어서 더 이상 돌이킬 수 없는 상태가 확정되어서 권리의 주체나 법질서에 회복할 수 없는 불이익을 야기할 수 있기 때문이다. 따라서 회복불가능한 권리침해의 위협이 존재하는 경우에 있어서 잠정적인 권리보호의 보장은 권리보호보장의 본질적 구성요소에 해당한다고 볼 수 있다²²⁸⁾. 이러한 점을 고려해 볼 때 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 등 모두 5가지의 헌법재판소의 관장사항에서의 가처분 인정여부에 대한 검토도 이에 대한 보완적 연구로서 중요한 의미를 가진다. 위헌정당해산심판과 권한쟁의심판의 경우에는 이미 헌법재판소법에 가처분규정(제57조, 제65조)을 두고 있다.

Ⅲ. 헌법재판에서의 신속한 재판의 요구와 헌법재판의 독립성의 보장

우리 헌법 제27조 제1항의 재판청구권의 구성요소로서 효율적인 권리보장의 요구로부터 심판기간의 보장에 대한 구체적인 요구를 도출해 낼 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 효율적인 권리보장의 원칙이 적당한 기간의 범위 내에서 확정적인 법원의 결정이 내려질 것을 요구함에도 불구하고²²⁹⁾, 법원의 결정이 내려지는 엄격한 시간적 범위를 확정할 수 없는 이유는, 엄격하게 설정된 시간적 범위 내에서 법원의 결정이 내려지는 것을 강제하는 것은 헌법에 의하여 보장된 법원의 독립과 충돌할 수 있기 때문이다²³⁰⁾. 이런 점을 고려해 볼 때 헌법재판의 신속한 처리보장의 요

228) BVerfGE 79, 69 (74); Huber, 앞의 책, Art. 19 Abs. 4 Rn. 479.

229) BVerfGE 54, 39 (41).

230) Kloepfer, 앞의 책, § 74 Rn. 25.

구의 한계는 이미 앞의 독일연방헌법재판소와 유럽인권법원의 판례에서 나타난 바와 같이 헌법재판소의 과제와 지위의 특수성에서 찾을 수 있다. 이것은 또한 헌법재판의 독립보장과 올바른 결정을 위한 시간적 범위의 보장의 요구이다. 이와 관련하여 헌법재판의 심판기간의 강제가 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부에 대한 실체법적 검토로서 유럽인권협약 제6조 제1항 그리고 유럽연합의 기본권 헌장 제47조 제1항에 대한 검토의 필요성도 제기된다.

IV. 비교헌법적 연구로서 유럽인권협약 제6조 제1항의 검토의 필요성

유럽인권협약(EMRK) 제6조 제1항 제1문과 유럽연합의 기본권 헌장(Charter der Grundrechte der Europäischen Union) 제47조 제2항은 적절한 기간 내에서 법원의 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 유럽인권협약 제6조 제1항의 적절한 기간의 보장과 관련하여 어떠한 확정적인 시간적 한계는 제시될 수 없다. 유럽인권법원은 각 사례마다 개별적으로 적정한 시간적 범위를 결정하고, 각 사례의 특별성을 고려하고 있다²³¹⁾. 이러한 점을 고려해 볼 때 유럽인권법원이 각 개별적 사례에서 적절한 시간적 범위로 제시한 내용들은 중요한 비교헌법적 연구로서의 의미를 가진다. 이것은 결국 헌법재판에 있어서 일반적인 심판기간의 강제는 특별한 의미가 없다는 비교헌법적 분석의 근거도 될 수 있다.

유럽인권협약 제6조 제1항 제1문의 해석과 관련하여 유럽인권법원(EGMR)이 제시한 적절한 시간적 설정기준들에 대해서 독일의 법원들은 항상 만족한 것은 아니었다. 그러한 까닭에 독일은 여러 번 유럽인권법원으로부터 많은 비난을 받게 되었다²³²⁾. 유럽인권협약의 준수와 관련하여 유럽인권법원에 대한 개인소원제도가

231) Meyer-Ladewig, 앞의 책 Artikel 6 Rn. 199 f.

232) Kloepfer, 앞의 책, § 74, Rn. 26.

도입됨으로 인하여 독일연방헌법재판소의 결정이 유럽인권법원의 통제를 받는 상황에서, 독일헌법재판소의 결정이 지연되는 것은 독일의 국내적 권리보장 그리고 유럽인권법원에 대하여 어떠한 의미를 가지는가에 대한 분석도 매우 중요한 의미를 가진다²³³⁾.

마지막으로 최근에 독일연방헌법재판소법에 도입된 지연질책과 지연소원 제도의 도입을 규정하고 있는 독일연방헌법재판소법 제 97a-제97e조에 대한 법적인 검토의 필요성은 매우 크다. 그 외에도 헌법재판소의 소송절차의 지연에 관한 판단과 관련하여 유럽인권법원의 판례에서 확립된 판단기준을 대부분 수용하면서도 헌법재판소의 과제와 지위의 특수성을 강조하면서 자신들이 설정한 기준들을 정당화하고 있는 최근의 독일연방헌법재판소의 판례에 나타난 판단기준에 대한 검토는 우리 헌법상의 헌법재판의 소송기간의 적절성의 확보에 대한 법적인 검토에 있어서 아주 중요한 의미를 가진다고 판단해 본다.

제9절 결론

우리나라의 헌법재판의 신속한 처리를 위한 제도개선방안 요구를 실현하기 위해서는 우선적으로 다른 나라의 헌법재판제도에 대한 비교법적인 제도분석이 요구된다. 이와 관련하여 우선적으로 독일에서의 헌법재판의 적절한 기간내의 실현여부에 대한 법적 검토를 하였다. 이 연구용역 핵심주제는 궁극적으로는 개인의 권리보장의 요구와 헌법재판의 독립과 정당한 결정보장의 요구와 조화 실현의 문제로서 헌법재판에서의 심판기간의 확정과 심판기간의 준수에 대한 강제적 효력의 인정의 여부의 정당화를 실현시킬 제도적 메커니즘에 대한 분석이다.

233) Christian Tomuschaft, The Effect of the Judgements of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court, German Law Journal 11 (2010), p. 515.

위계질서에 의하여 단계가 구분된 질서로서 헌법질서를 보장하기 위한 헌법재판제도는 헌법의 우위와 기본권에 대한 국가권력의 구속을 전제로 한다. 이러한 법질서의 단계구조를 전제로 하고 있는 헌법질서에서 일반적 법질서의 헌법화는 너무나 자명한 현실이다. 이러한 헌법재판의 신속한 처리를 위한 제도개선방안에 대한 연구는 궁극적으로 헌법의 규범력을 신속히 실현하기 위한 수단이 된다.

제5장 프랑스 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토

제1절 헌법재판소의 권한과 구성

I. 헌법재판소의 권한

프랑스에서 헌법재판소(Conseil constitutionnel)²³⁴⁾는 헌법에 대한 최종적인 유권해석기관이다. 그러나 헌법재판소가 위헌법률심판만을 하는 것이 아니라 정부에 대한 자문 등 다양한 권한을 행사하면서 법령에 대한 해석도 한다고 볼 수 있다. 헌법재판소의 권한을 보면 다음과 같다.²³⁵⁾

1. 사법적 권한

첫째로 프랑스 헌법재판소는 헌법 제61조에 근거하여 조직법률(lois organiques)과 보통법률(lois ordinaires), 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

234) 프랑스의 Conseil constitutionnel을 헌법평의회, 헌법위원회, 헌법법원 등으로 번역을 하는 경우도 있으나 여기서는 헌법재판소라 번역하기로 한다.

235) 전학선, “프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교”, 「공법학연구」 제10권 제1호, 한국비교공법학회, 2009, 267면 이하 참조.

우리나라의 국회법에 해당하는 것으로서 국민의회는 국민의회 규칙(le règlement de l'Assemblée nationale)을 가지고 있고 상원은 상원 규칙(le règlement du Sénat)을 가지고 있다. 이 규칙도 반드시 위헌심사를 거치도록 되어 있다. 또한 2008년 7월 헌법 개정으로 국민투표 법률가운데 국회의원이 발의한 국민투표법률도 의무적 위헌심사의 대상이 되었다. 보통법률은 청구권자의 청구가 있어야만이 위헌심사를 할 수가 있게 되어 있는데, 청구권자가 대통령, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장 그리고 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원 의원이다.

두 번째로는 국제조약에 대한 위헌심사이다. 우리나라와는 달리 국제조약에 대해서도 명문으로 헌법에서 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있다고 규정을 하고 있는 것이다.²³⁶⁾ 정부가 국제조약을 체결하는 경우에 대통령이나 수상, 국민의회 의장, 상원 의장, 60인 이상의 국민의회 의원 또는 60인 이상의 상원 의원이 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 수 있는데, 헌법재판소가 국제조약이 헌법에 위반되는 내용을 포함하고 있다고 선언하면 헌법을 개정하여야만 조약을 체결할 수 있다.

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

네 번째로 선거에 관한 것으로서, 헌법 제58조와 제59조에서 대통령 선거와 국민의회 의원선거, 상원 의원선거에 관여할 권한을 부여하고 있는데, 대통령 선거의 적법성을 감독하고 선거에 대한 이의를 심사하며 선거결과를 선언하다. 또한 국민의회 의원선거와 상원 의원선거의 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

236) 이에 관해 자세한 것은 전학선, “프랑스에서 국제법과 헌법재판”, 「공법학연구」 제9권 제1호, 한국비교공법학회, 2008, 275면 이하 참조.

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 수정안 대하여 수상이나 해당 국회의장이²³⁷⁾ 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, 또는 déclasserment)²³⁸⁾ 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, 의장단과 정부의 견해가 일치하지 않는 경우에는 해당 국회의장이나 수상이 일주일 이내에 헌법재판소에 그 결정을 청구할 수 있도록 하였다.

일곱 번째로 2008년 7월 23일 헌법 개정으로 신설된 헌법 제 61-1조에 의하여 행정최고재판소(Conseil d'Etat)²³⁹⁾나 대법원(Cour de cassation)²⁴⁰⁾은 구체적 사건에 있어서 재판 중에 헌법상 보장되는 기본권을 침해하는 입법조항에 대하여 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 수 있다. 이는 사후적 규범통제를 시행하는 것으

237) 2008년 7월 헌법 개정 전에는 정부만이 불수리를 선언할 수 있었으나 헌법 개정으로 정부 또는 국회의장이 불수리를 선언할 수 있도록 하였다.

238) 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.

239) 프랑스의 Conseil d'Etat를 국사원으로 번역하기도 하나 여기서는 행정최고재판소로 번역하기로 한다.

240) 프랑스의 Cour de cassation을 파기원으로 번역하기도 하나 여기서는 대법원으로 번역하기로 한다.

로 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).

2. 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, 국민의회 의장, 상원 의장 및 헌법재판소의 공식적이 자문을 거친 후 당면상황에 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 또한 2008년 7월 헌법 개정으로 제16조 제6항을 신설하여 헌법재판소가 대통령의 비상대권 행사에 대한 통제를 할 수 있도록 되었다. 비상대권이 행사된 후 30일 후에, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장 또는 60인 이상의 국민의회 의원이나 60인 이상의 상원 의원이 헌법재판소에 비상대권의 행사요건 충족여부에 대하여 심사를 청구할 수 있고, 헌법재판소는 가장 빠른 기간 안에 공개적으로 견해를 발표하여야 한다. 비상대권 행사기간이 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.²⁴¹⁾

241) 프랑스 헌법재판소의 위헌법률심판에 있어서 자기제소권과 심판범위에 관해서는 전학선, “프랑스 위헌법률심판에서 심판범위”, 『외법논집』 제8집, 2000. 8, 379면 이하 참조.

II. 헌법재판소의 구성과 조직

1. 재판관

프랑스 헌법재판소 재판관은 9명의 임명직 재판관과 당연직 재판관인 전직대통령들로 구성되어 있다. 헌법재판소의 임명직 재판관은 9명이다. 그 가운데 3명은 대통령(Président de la République)에 의하여 임명되고, 3명은 상원 의장(le président du Sénat), 그리고 나머지 3명은 국민의회 의장(le président de l'Assemblée nationale)에 의하여 임명된다. 재판관의 임기는 9년으로 3년마다 3분의 1씩, 즉 3명씩 교체되도록 되어 있다. 3명이 교체될 때 3명의 임명권자가 임명한 사람이 각각 한사람씩 포함된다. 이렇게 3분의 1씩 3년마다 교체되도록 하는 것은 헌법재판의 효율성을 증대시키기 위한 것이다. 헌법재판소 재판관이 한꺼번에 많이 교체되면 헌법재판의 효율성이 떨어지기 때문에 3년마다 3분의 1씩 교체되도록 하고 있는 것이다.

임명직 재판관의 임명과 관련하여 자격제한이 전혀 없으나 국회가 비토(veto)권을 행사할 수가 있다. 대통령이 임명하는 재판관의 경우에는 국민의회와 상원의 소관 상임위원회의 위원 5분의 3 이상이 반대하면 임명할 수 없고, 국회의장이 임명하는 경우에는 해당 국회 소관 상임위원회 위원 5분의 3이 반대하면 역시 임명할 수 없도록 하고 있다.

전직대통령은 당연직 재판관으로 종신의 자격을 가진다. 전직대통령은 임명직 재판관과 동일한 자격을 가지고 헌법재판에 참여한다.

전직 대통령이 종신제로 헌법재판소의 당연직 재판관이 되는 것에 대하여 논란이 많았고 비판도 많다.²⁴²⁾ 따라서 헌법 제56조

242) Guy Carcassonne, Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel,

를 개정하여 당연직 재판관 제도를 폐지하고자 하는 제안이 있었다. 상원에서 1회독하는 과정에서 2008년 6월 24일 포텔리를 비롯한 몇몇 의원들이 전직 대통령이 종신제 당연직 재판관으로 되는 것을 폐지하는 안을 제시하였다. 이는 정당성이 없고 시대착오적인 제도라는 것이었다. 또한 유럽인권협약(la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) 제6조²⁴³⁾에도 위반된다는 이유에서였다. 사후적 규범통제의 채택으로 재판으로서의 성격이 더욱 강화되었는데, 유럽인권협약 제6조에서 요구하는 법관의 독립성과 중립성에 위협이 될 수 있다는 것이었다. 그러나 이러한 제안은 채택되지 않았다.²⁴⁴⁾

전직 대통령이 당연직 재판관이 됨으로써 훗날 전직 대통령의 숫자가 늘어나게 되면 헌법재판소가 결정을 하는데 있어서 임명직 재판관보다도 당연직 재판관의 의견이 많아져서 헌법재판소가 제 기능을 발휘하기 어렵다는 비판이 있을 수 있다.²⁴⁵⁾

2013년 8월 말 현재 전직대통령으로는 Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac, Nicolas Sarkozy 등 3명이 있다. 헌법과 법률에 의하여 전직대통령은 임명직 재판관과 동일한 권한을 행사할 수 있다. 그러나 과거에는 전직대통령들이 헌법재판소 평의에 참석하지 않고 따라서 결정에 관여하지 않는 것이 관례였으나²⁴⁶⁾ 2004년 11월부터 Valéry Giscard d'Estaing 전직 대통령이 참석하기 시작하여 Jacques Chirac 전직 대통령도 참석하였다. 사후적 위헌법률심판이 도입된 2010년 3월 이후 Jacques Chirac 전 대통령이 사후적 위헌법률심판에 몇 번 참여하였으나 201년 12월

3 novembre 2008.

243) 유럽인권협약 제6조는 공정한 재판을 받을 권리에 관한 내용이다.

244) Amendement présenté par MM. PORTELLI, GÉLARD et LECERF, Mme HENNERON et M. POZZO di BORGO.

245) 전학선, 앞의 논문(각주235), 275면.

246) 전학선, 「프랑스의 헌법재판소 재판관」, 「광운비교법학」 제7호, 2006, 157면.

9일 이후에는 참석하지 않고 있으며, 전직대통령들은 사후적 위헌 법률심판에는 관여하지 않고 있고 최근에는 Valéry Giscard d'Estaing 전 대통령만이 사전적 위헌법률심판에만 참여하고 있는 실정이다.

2. 조직

헌법재판소에는 사무처장(le secrétaire général) 1인을 두도록 하고 있다. 사무처장은 헌법재판소장의 제청으로 대통령이 데크레(décret)를 통하여 임명하도록 되어 있다. 사무처장이 지휘하는 사무처에는 4개의 국을 두도록 하고 있다. 4개의 국은 심판사무국(Le Service juridique), 행정·재정사무국(Le Service administratif et financier), 자료사무국(Le Service Documentation), 대외사무국(Le Service des relations extérieures)이다. 이 가운데 심판사무국이 사건 처리와 관련하여 재판관들을 돕는 역할과 기능을 하는 국이다. 따라서 사무처의 심판사무국과 행정·재정사무국, 자료사무국, 대외사무국 가운데 핵심은 심판사무국이라 할 수 있다. 일반적으로 심판사무국은 행정법원의 판사와 일반법원의 판사 그리고 국회의 행정직원으로 구성된다. 이들은 1명의 보좌관과 몇몇의 견습생들의 보좌를 받는다. 견습생들은 주로 대학에서 박사과정에 있으면서 박사학위 논문을 준비하는 학생들로 이루어진다. 심판사무국의 구성원들이 하는 업무는 재판관들이 헌법재판을 하는데 있어서 직접적인 보좌를 하는 것으로 사무처장의 지휘와 감독을 받는다.²⁴⁷⁾

사무처장을 보통 제10번째 재판관이라고 할 정도로 중요한 역할을 한다고 할 수 있다. 헌법재판소의 사건 처리에 있어서 각종 준비작업을 하는 것을 총 지휘하는 역할을 하기 때문에 매우 큰

247) Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, 3e éd., PUF, 2011, p.193.

영향을 미칠 수가 있는 것이다. 사무처장은 행정최고재판소 출신인 경우가 대부분이었는데, 이들도 법조인으로 전문성을 가지고 헌법재판에 기여를 한다고 할 수 있다. 프랑스에서 헌법재판소의 사무처장은 헌법재판에 있어서 매우 중요한 역할을 한다고 볼 수 있는데, 헌법재판소장이 임면권을 가지고 있다고 할 수 있다. 다만 그 임명은 대통령의 테크레로 할 뿐인 것이다. 따라서 사무처장은 헌법재판소장의 신임을 얻어야 하는 것이고 상호 신뢰가 있어야 한다. 1958년부터 2013년 9월말 현재까지 사무처장이 7번 임명되었다. 1959년 3월부터 1962년 5월까지 Jacques Boitreaud이었고, 1962년 5월부터 1983년 4월까지 Pierre de Lamothé-Dreuzy이었고, 1983년 4월부터 1986년 4월까지는 Bernard Poullain, 1986년 4월부터 1993년 1월까지는 Bruno Genevois, 1993년 1월부터 1997년 6월까지는 Olivier Schrameck, 1997년 6월부터 2007년 6월까지는 Jean-Éric Schoettli이었고, 2007년 6월부터 2013년 9월 현재는 Marc Guillaume가 사무처장을 맡고 있다. 이들 가운데 Bernard Poullain을 제외한 모두는 행정최고재판소 구성원이어서 공법분야의 전문가라 할 수 있고, Bernard Poullain도 법원의 판사출신이다.

사무처의 소속 공무원들이 실질적으로 헌법재판소 재판관들의 소송수행을 보조하는 역할을 하는데, 우리나라로 비유하면 연구관과 연구원 그리고 사무처 공무원들이 모두 이에 속한다. 2011년 1월 1일 기준으로 55명의 사무처 직원들이 있다. 55명의 직원들은 A급 직위 공무원 21명, B급 직위 공무원 15명, C급 직위 공무원 19명으로 구성되어 있다.²⁴⁸⁾

3명의 전직대통령을 포함하여 12명의 헌법재판소 재판관들이 헌법재판을 담당하면서 55명의 직원들로부터 보조를 받고 있는데 이는 너무 적은 인원이라고 평가를 받고 있다.²⁴⁹⁾ 소속 직원의 숫

248) Pierre Avril et Jean Jicquel, *Le Coinseil constitutionnel*, 6e éd., Montchrestien, 2011, p.89.

249) Jean-Éric Schoettli, *Ma cinquantaine rue de Montpensier*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°25, 2008,

자가 적기 때문에 소속 직원들의 선발할 때 능력있는 사람을 선발하고 능력있는 자들로 재판관들을 보좌하도록 하여 최대한 효율적으로 운영하려고 하고 있다.

제2절 권한별 심판기간과 사건 처리 현황

I. 권한별 심판기간

1. 사전적 위헌법률심판

위헌법률심판에 있어서 심판기간은 비교적 단기간에 결정을 하도록 하고 있다. 사전적 위헌법률심판과 사후적 위헌법률심판의 심판기간이 다르게 되어 있는데, 프랑스 헌법 제61조 제3항에서는 조직법률에 대한 위헌심사와 보통법률에 대한 위헌심사 그리고 의회 규칙에 대한 위헌심사에 있어서는 청구된 날로부터 1개월 이내에 선고를 하도록 하고 있다. 따라서 사전적 위헌법률심판에 있어서는 국회가 법률안에 대하여 의결을 한 후 대통령이 공포하기 전까지 헌법재판소가 위헌심사를 하는 것이므로 비교적 짧은 기간을 정해 놓고 있다. 그나마 1개월의 기간도 정부의 요청에 따라 긴급한 경우에는 8일²⁵⁰⁾로 단축된다.

이러한 심판기간은 헌법에서 규정하고 있다. 헌법 제61조 제3항에서 심판기간을 규정하고 있는 것이다. 우리나라의 경우에는 심판기간을 헌법재판소법에서 규정하고 있는데 반하여 프랑스에서는 사전적 규범통제의 경우에는 헌법에서 직접 심판기간을 규정하고

(<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/print/51706.htm>) 2013. 8. 23. 검색.

250) 프랑스에서 8일이라고 하는 것은 우리나라의 기간계산에 따르면 7일에 해당한다.

있는 것이다. 이러한 헌법 규정을 프랑스 헌법재판소법(Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.) 제19조에서 준수하도록 규정하고 있다.

국제법에 대한 사전적 위헌심판의 경우에는 헌법이나 헌법재판소법에 심판기간에 대한 규정이 없다. 그러나 헌법재판소는 국제법에 대한 위헌심사에 있어서도 위헌법률심판의 기간이 그대로 적용된다고 하였다. 즉 청구된 날로부터 1달 이내에서 선고하여야 하고 정부가 긴급을 요구하는 경우에는 8일 안에 선고하여야 한다고 하고 있다.²⁵¹⁾

2. 사후적 위헌법률심판

2008년 7월 헌법 개정으로 2010년 3월부터 시행된 사후적 위헌법률심판에 있어서는²⁵²⁾ 심판기간을 헌법에서 규정하고 있지 않고 이를 법률에서 규정하고 있다. 헌법재판소법 제23-10조에서는 사후적 위헌법률심판의 경우에는 청구된 날로부터 3개월 안에 선고를 하도록 하고 있다. 따라서 사전적 위헌법률심판의 경우보다 2개월 더 긴 시간동안 심판을 할 수 있도록 하고 있다. 사전적 위헌법률심판의 경우에는 긴급을 요하는 경우 정부가 요청하면 심판기간이 8일로 단축되는데, 사후적 위헌법률심판에는 이러한 규정이 없기 때문에 3개월의 심판기간만 적용된다.

1심법원에서 위헌법률심판제청이 신청되면 법원은 지체없이 송부여부를 결정하여야 하며, 송부결정을 하면 8일 이내에 최고법원

251) CC. n°92-308 DC du 09 avril 1992; CC. n°97-394 DC du 31 décembre 1997; CC. n°98-408 DC du 22 janvier 1999; CC. n°99-412 DC du 15 juin 1999

252) 프랑스의 사후적 위헌법률심판에 관해서는 전학선, “프랑스에서 사후적 규범통제 도입에 따른 헌법재판의 변화”, 「헌법학연구」 제18권 제3호, 2012. 9, 511면 이하 참조.

에 송부하여야 한다. 송부받은 최고법원은 3개월 이내에 헌법재판소에 제청 여부를 결정하여야 하는데 3개월 이내에 결정을 하지 못하면 자동으로 헌법재판소에 위헌제청이 되도록 하고 있다.

이에 대하여 1심법원에서의 송부 결정기간(지체없이), 최고법원에서의 제청결정기간(3개월 이내)과 헌법재판소에서의 결정기간(3개월 이내)을 거치면 6개월 이상이 될 수 있으므로 기간이 너무 길어 법적 안정성이 문제가 될 수 있고 프랑스 사회가 사법화 될 우려가 있다는 지적도 나오고 있다.²⁵³⁾

그러나 3개월에 대한 강제조항이 없어 제청이 늘어나면 어려움이 발생할 수도 있다.

3. 법률과 명령에 대한 판단(헌법 제37조)

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 신체상 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 지방의회

253) Henry Roussillon et Pierre Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, 7e éd., 2011, p.117; Anni Borzeix, *La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique?*, RDP, 2010, p.981.

의 선거제도, 각종의 공공단체의 창설, 국가의 공무원 및 군인에게 인정되는 기본적 보장, 기업의 국유화 및 공기업에서 사기업으로의 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.²⁵⁴⁾

이처럼 프랑스에서는 법률로 규정할 수 있는 사항과 명령으로 규정할 수 있는 사항이 구분되는데, 명령에 해당하는 사항임에도 불구하고 법률로 규정하고 있는 경우에는 행정최고재판소의 의견을 청취한 후 명령으로 개정할 수 있도록 하고 있다. 그러나 1958년 헌법이 발효한 후에 제정된 법률이 명령에 해당하는 내용을 포함하고 있는 경우에는 수상의 청구로 헌법재판소가 심판을 하여 명령에 해당하는지 여부를 심판하게 된다.

이러한 법률과 명령의 구분에 관한 심사에 있어서는 심판기간이 1달이다. 헌법재판소법 제25조에 의하면 수상에 의하여 청구가 되면 헌법재판소는 1달 안에 선고를 하도록 하고 있는데, 정부가 긴급을 요한다고 하는 경우에는 8일 안에 선고하도록 하고 있다.

4. 정부제출 법률안의 제출 조건에 대한 심사(헌법 제39조)

2008년 7월 헌법 제39조를 개정하여 정부제출 법률안에 대하여 해당 의회 의장단이 조직법률에 위반된다고 하면 그 법률안은 회기에 등록될 수 없도록 하였는데, 의장단과 정부의 견해가 일치하지 않는 경우에는 해당 국회의장이나 수상이 일주일 이내에 헌법재판소에 그 결정을 청구할 수 있도록 하였다.

이 경우에 헌법재판소는 8일 안에 선고하여야 한다.

254) 전학선, “프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구”, 「공법학연구」, 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011, 211면.

5. 의원발의 법률안이나 수정안에 대한 불수리 선언

정부 또는 법률안을 제출받은 의회의 의장은 입법절차 중에 의원발의 법률안 또는 개정안이 법률의 소관사항이 아니거나, 헌법 제38조에서 위임한 것에 위반된다고 판단하는 경우 그 수리를 거부할 수 있다. 이 경우 수리 거부와 관련하여 정부와 해당 의회의장의 의견이 일치하지 않는 경우에는 헌법재판소에 청구하여 헌법재판소 결정에 따르도록 하고 있다. 헌법재판소에 불수리 여부에 관하여 청구가 되면 헌법재판소는 8일 안에 결정을 하여야 한다.

6. 선거에 관한 적법성 통제

헌법재판소는 대통령선거와 국회의원 의원 선거, 상원 의원 선거에 있어서 적법성을 통제하도록 되어 있다. 우리나라의 선거에 관한 소송을 담당하는 것에 해당한다. 이 경우에는 청구된 날로부터 언제까지 헌법재판소가 결정을 하여야 하는가에 관한 규정은 헌법과 헌법재판소법에는 없다.

다만 대통령 선거와 관련하여 선거결과를 공포하여야 하는 기간을 정해놓고 있다. 프랑스에서 선거는 일요일에 실시하는데 1회전 선거가 끝난 후 절대 과반수 득표자가 없을 때에는 다음 수요일 20시까지 각 후보자들의 득표수를 공포하도록 되어 있다. 그리고 1회전 선거에서 유효투표의 과반수 이상 득표자가 있거나 또는 2회전 선거에서는 투표가 종료된 날로부터 10일 이내에 선거결과를 공포하도록 되어 있다.²⁵⁵⁾

255) Article 29, Décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

7. 국민투표에 대한 통제

프랑스 헌법재판소는 국민투표의 적법성을 심사하도록 되어 있는데, 이 역시 심판기간에 관한 규정은 헌법과 헌법재판소법에는 없다.

II. 사건 처리 현황

앞에서 살펴본 바와 같이 프랑스 헌법재판소는 위헌심판과 선거에 대한 적법성 통제, 국민투표에 대한 적법성 통제 이외에도 자문에 관한 등 다양한 권한을 가지고 있으나 여기서는 위헌심판 사건과 선거 그리고 국민투표에 관한 사건의 처리 현황만을 제시해 본다.

1. 위헌법률심판사건 처리현황(2013년 3월까지)

	사전적 위헌법률심판					사후적 위헌 법률 심사	총
	보통법	조직법	조약	국회 규칙	지방법		
1958~1967	5	13		16			34
1968~1977	23	21	2	9			55
1978~1987	116	16	1	9			142
1988~1997	106	30	3	22			161
1998~2007	120	27	6	11	2		166
2008	9	1		2			12
2009	17	6		3			26

2010	15	9				64	88
2011	15	6		2		110	133
2012	12	4	1			74	91
2013.3까지	2			1		9	12
총	440	133	13	75	2	257	920

2. 선거소송 결정(2013년 3월까지)

	국민의회 의원선거	상원 의원선거	기타 의원선거	대통령 선거	국민 투표	총
1958~1967	341	32		11	9	393
1968~1977	106	14		22	2	144
1978~1987	147	17	3	16		183
1988~1997	1,068	27	12	44	9	1,160
1998~2007	680	31	9	49	18	787
2008	114	2	1			117
2009	11	1				12
2010	5					5
2011		3				3
2012	83	3	1	13		100
2013.3까지	179					179
총	2,734	130	26	155	38	3,083

제3절 헌법재판소의 사건 처리과정과 심판기간

I. 헌법재판소의 사건 처리 과정

헌법재판소의 사전적 위헌법률심판 사건의 처리 과정을 보면 다음과 같다.

법률이 의회에서 의결이 되면 정부로 이송되는데, 대통령이 이를 15일²⁵⁶⁾ 안에 공포하든가 아니면 의회에 재의를 요구하여야 한다. 대통령이 15일 안에 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하면 재의를 요구할 수 있는 기간인 15일에는 청구된 날로부터 헌법재판소의 결정이 있을 때까지의 기간은 포함되지 않는다.²⁵⁷⁾ 의회에서 의결이 되면 조직법률이나 국회규칙의 경우에는 의무적으로 헌법재판소의 위헌법률심판을 거쳐야 하고 보통법률은 대통령이나 수상, 국회의원 의장, 상원 의장 또는 60인 이상의 국회의원 의원이나 60인 이상의 상원의원의 청구가 있어야지만 헌법재판소가 위헌법률심판을 할 수 있다.

헌법재판소에 위헌법률심판이 청구가 되면 헌법재판소 사무처는 이를 곧바로 내각사무처장(*secrétaire général du gouvernement*)에게 통보한다. 사건이 접수되면 헌법재판소장에 의하여 주심이 임명된다. 이와 더불어 다른 청구가 있는지 여부를 확인하고 대통령과 국회의원 의장과 상원 의장에게 청구사실을 통지한다.

그 후 주심의 지휘 아래 다양한 연구와 검토를 통하여 다양한 법리검토를 한다. 주심과 내각사무처장과 관련 부처의 회합을 가지고 난 후 위헌심사에 대한 내각사무처의 보고서가 나온다. 이

256) 프랑스 법에서 15일은 우리나라 기간 계산에 따르면 14일이 된다.

257) 프랑스 대통령의 법률안 거부권에 대해서는 전학선, “프랑스 대통령의 법률안거부권”, 『세계헌법연구』 제18권 제2호, 2012. 8, 309면 이하 참조.

보고서는 청구인에게 통지된다. 이 보고서에 대한 청구인의 이의 제기가 있으면 이를 내각사무처장에게 통보하고 이에 대하여 내각사무처는 다시 새로운 보고서를 작성하는가 아니면 심리가 계속된다. 이후 주심의 지휘아래 내부검토를 계속하면서 결정문 초안을 작성한다. 이를 전체 평의에 부치고 선고를 하게 된다.

심판기간으로 정해진 기간 동안에는 심판절차를 어떻게 운영할 것인가 하는 것은 전적으로 헌법재판소의 재량에 맡겨져 있다. 어떠한 법령도 심판절차에 대하여 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 주심재판관이 보고서를 작성하면 헌법재판소장에게 제출하고 헌법재판소장은 재판관들을 소집한다.

II. 헌법재판소 결정

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 참여 재판관의 과반수로 결정된다. 그러나 가부동수의 경우가 발생한 때에는 헌법재판소장이 결정권을 가진다.²⁵⁸⁾ 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 재판

258) 헌법재판소장이 결정권을 행사한 예는 CC. n°86-225 DC du 23 janvier 1987.

관의 독립을 위하여 필요한 것이라는 견해²⁵⁹⁾와 헌법재판소의 결정의 권위를 위하여도 보충의견과 반대의견을 인정하지 아니하는 것이 좋다는 견해도 있다.²⁶⁰⁾

결정문을 보면 처음에 관련 법조문이 나오고 그 뒤에 이유가 나오며 그리고 주문이 나온다. 이러한 프랑스 헌법재판소의 결정 형식은 프랑스 행정최고재판소(Conseil d'Etat)와 대법원(Cour de cassation)의 예를 많이 따랐는데, 특히 행정최고재판소의 예를 따르는 것으로 그리 놀라운 일이 아니었다. 왜냐하면 초대 헌법재판소장²⁶¹⁾이 행정최고재판소 재판관(Conseiller d'Etat)이었기 때문이다. 그 외에도 2명의 재판관이 행정최고재판소 재판관이나 논고담당관(Maître des requêtes au Conseil d'Etat)을 역임하였다.²⁶²⁾ 그 외에도 1기 재판관 가운데 한명은 대법원판사 출신이었다.²⁶³⁾ 게다가 사무처장(secrétaire général)은 행정최고재판소 구성원 가운데 한사람이 맡고 있는 실정이다.

259) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 9e éd., Montchrestien, 2010, p.88; Wanda Mastor, Les opinions séparées des juges constitutionnels, PUAM, 2005; Paul Thibaud, Le Conseil constitutionnel - Un échange avec Léo Hamon, Le débat, n°43, 1987, p.70.

260) 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 et Pierre Esplugas, Le Conseil constitutionnel, 7e éd., 2011, p.51; Georges Vedel, Préface, in Droit du contentieux constitutionnel (Dominique Rousseau), 9e éd., Montchrestien, 2010, p.9.

261) 초대 헌법재판소장은 드골 대통령에 의하여 임명된 레옹 노엘(Léon Noel)이었다. 1959년부터 1965년까지 6년 동안 헌법재판소장을 역임하였다.

262) 드골 대통령에 의하여 임명된 조지 폼피두(Georges Pompidou)는 행정최고재판소의 논고담당관(Maître des requêtes au Conseil d'Etat)을 역임하였으며 당시 상원의 의장인 가스통 모네르빌(Gaston Monnerville)에 의하여 임명된 모리스 델르핀(Maurice Delepine)은 행정최고재판소 재판관(Conseiller d'Etat)을 역임하였다.

263) 드골 대통령에 의하여 임명된 모리스 빠탱(Maurice Patin)은 대법원의 형사부 재판장(Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation)을 역임하였다.

결정은 헌법재판소장과 사무처장 그리고 주심에 의하여 서명되고, 결정이 있는 지 하루나 이틀 후에 관보(Journal Officiel)에 게재된다.

결정문은 처음에 청구인을 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 조문형식으로 작성된다. 또한 결정이유에서도 행정최고재판소의 형식을 빌려서 “...을 고려하며 (considérant que)로 시작하며 간략하게 판결이유를 설명하고 있다.²⁶⁴⁾ 그러나 결정문은 헌법재판소 창설 초기에는 간결하였으나 80년대 초반부터 차츰 길어지기 시작하여 상세한 이유를 설명하고 있다. 즉 초기에는 한 결정에서 십여 개의 considérant이 사용되었으나 요즘은 수십 번 사용되기도 하고 백여 개가 넘는 결정문도 있다. 예를 들면 1993년 8월 13일의 이민의 조절(Maîtrise de l’immigration)에 관한 위헌심사²⁶⁵⁾에서 134번의 considérant이 사용되었다. 이러한 결정문의 장문화는 판결이유의 시작에서 청구인의 주장을 설명하기 때문에 더 한층 심화되었다. 1983년까지는 비공식적으로 청구인의 주장내용을 알 수 있었을 뿐, 공식적으로 알 수는 없었다. 그러나 1983년 이후 헌법재판소의 결정이 관보에 게재됨과 동시에 청구인의 청구내용도 관보에 게재된다. 이러한 점은 우리가 프랑스 헌법재판소의 결정내용을 이해하는 데 도움이 되고 있다.²⁶⁶⁾ 또한 인터넷을 통하여 프랑스 헌법재판소 홈페이지에서 결정문을 검색하면 법률안과 청구내용, 관련 자료들을 검색할 수 있도록 되어 있다.

264) 그러나 초기 두 결정(CC. n°59-2 DC du 17·18 et 24 juin 1959 et CC. n°59-3 DC du 24·25 juin 1959)은 considérant을 사용하지 아니하였다.

265) CC. n°81-132 DC du 16 janvier 1982.

266) 최희수·전학선·차진아, 『추상적 규범통제제도에 관한 고찰』, 헌법재판연구 제22권, 헌법재판소, 2011, 164면 이하.

III. 단기간의 심판기간에 대한 분석

프랑스 헌법재판소는 비교적 단기간에 위헌심판사건을 처리하고 있다.

1. 사전적 위헌법률심판

사전적 위헌법률심판의 경우에는 1달 이내에 하고 정부가 긴급을 요한다고 하는 경우에는 8일 안에 처리하도록 하고 있다.

정부가 긴급을 요구하는 경우는 예외적인 경우이다. 지금까지 몇 번 없었는데, 1973년 12월 27일 1974년 예산법률사건²⁶⁷⁾과 1982년 2월 11일 국영화 사건 II,²⁶⁸⁾ 1989년 7월 8일 사면법 사건²⁶⁹⁾에서 정부가 긴급을 요구하였고 헌법재판소는 8일안에 선고를 하였다.

정부가 긴급을 요구한 경우에 헌법재판소는 결정문에서 그 사실을 명시하고 있다. 헌법재판소는 결정문에서 ‘헌법 제61조 제3항에 규정된 긴급절차에 따라 OOOO년 O월 O일 수상이 헌법재판소에 요청한 서신에 근거하여(Vu la lettre du Premier ministre, en date du 4 juillet 1989, demandant au Conseil constitutionnel de bien vouloir statuer selon la procédure d’urgence prévue à l’article 61, alinéa 3, de la Constitution)’라고 실시하고 있다.

현재 정부가 긴급을 요구하는 경우는 주로 보통법률의 경우이며, 보통법률 가운데에서도 주로 예산법률에 대하여 긴급을 요구하고 있다.²⁷⁰⁾ 헌법 제61조 제3항이 8일 안에 ‘선고 하여야 한다.’

267) CC. n°73-51 DC du 27 décembre 1973.

268) CC. n°82-139 DC du 11 février 1982.

269) CC. n°89-258 DC du 08 juillet 1989.

270) Pascal Jan, 『Le procès constitutionnel』, 2e éd., LGDJ, 2010, p.176.

라고 규정하고 있으나, 이러한 헌법 규정이 헌법재판소에 강행 규정으로 적용되는지에 대한 판단을 헌법재판소는 명시적으로 하지는 않았지만, 수상이 긴급을 요구한 경우에는 항상 헌법재판소는 8일 안에 결정을 하였다.

정부의 긴급절차요구의 성격에 대하여 견해가 나누어진다. 정부의 긴급절차요구를 정부의 특권으로 인정하여 헌법 제61조 제3항이 정부에게 헌법재판소의 심판기간을 통제할 수 있는 권한이라고 해석하는 견해가 있고,²⁷¹⁾ 정부가 헌법재판소에 긴급절차를 요구하더라도 긴급절차요구에 대한 헌법 제61조 제3항에서 요구되는 조건을 충족하였는지 여부를 헌법재판소가 판단하여 독자적으로 판단하여 결정할 수 있다고 보는 견해가 있다.²⁷²⁾ 두 번째 견해에 따르면 정부의 긴급절차요구는 1958년 헌법 제정 당시부터 존재하였는데, 1974년에 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원 의원에게 청구권을 부여하는 헌법 개정을 할 때 정부의 긴급절차요구를 규정하고 있는 헌법 제61조 제3항도 개정을 했어야 한다고 보면서, 사전적 규범통제에서 청구인을 대통령, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장, 60인 이상의 국민의회 의원, 60인 이상의 상원의원으로 다양화되어 있는 상황에서 정부의 긴급절차요구를 정부의 독자적인 권한으로 정부가 요구하는 경우에는 헌법재판소가 무조건 8일 이내에 선고하여야 한다고 해석하면 정부가 헌법재판소의 심판기간을 조절하여 헌법재판소의 권한행사에 제한을 하게 된다고 보고 있다. 따라서 ‘정부의 요청’과 ‘긴급한 상황이 존재하는 경우’의 두 가지 조건을 헌법재판소가 판단하여 기간을 단축하여 선고할 것인가를 결정할 수 있다고 보고 있다. 이와 관련하여 행정최고재판소는 수상의 긴급절차요구권 행사는 입법절차와 불가분의 관계에 있는 것으로 보고 통치행위의 일종으로 보아 법원이 관여할 수 없다고 하였다.²⁷³⁾

271) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., PUF, 2011, p.371.

272) Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 10e éd., Dalloz, 1999, 477.

273) CE. 9 oct. 2002, Meyet, req. n°235856 ; AJDA, 2002, p.1099.

이러한 짧은 기간으로 사전적 위헌법률심판을 할 수 있는 것은 프랑스 위헌법률심판의 특징에서 비롯된다고 할 수 있다. 프랑스에서 조직법률과 국회규칙은 국회의 의결을 거친 후 공포되기 전에 반드시 헌법재판소의 위헌법률심판을 거치도록 되어 있다. 따라서 조직법률이라든가 혹은 의회 규칙이 개정되기 위한 논의가 있으면 헌법재판소는 이에 대하여 위헌여부에 대한 검토에 들어간다.

또한 보통법률과 같은 경우에도 개정 논의가 있다든가 혹은 새롭게 법률이 제정되는 경우에는 헌법재판소가 미리 위헌성 검토를 시작하곤 한다. 따라서 청구가 된 후에 위헌성 검토를 시작하는 것이 아니라 그 이전에 위헌성 검토를 시작하는 것이다. 위의 표에서 보는 바와 같이 과거에는 2010년 3월 사후적 위헌법률심판이 시작되기 전에는 청구된 사건의 수가 그리 많은 편은 아니었다. 게다가 1974년 사전적 위헌법률심판에서 청구인을 60인 이상의 국민의회의 의원 또는 60인 이상의 상원의원으로 확대하기 전에는 더욱 더 청구 사건 수가 적었던 것이다. 따라서 그리 긴 시간이 필요하지 않았던 것이다.

또한 국회에서 의결되는 법률안을 보면, 예를 들어 11대 국회인 1997년 6월부터 2002년 4월까지 정부제출 법률안은 341건의 통과된데 반하여 의원발의 법률안은 81건만 통과되었다.²⁷⁴⁾ 따라서 정부제출 법률안이 80%를 넘게 차지하고 있는데, 헌법 제39조에서는 정부제출 법률안의 경우 반드시 행정최고재판소의 의견을 듣고 난 후에 국무회의 심의를 거쳐 발의하도록 되어 있다. 정부제출 법률안의 경우 행정최고재판소의 의견을 듣고 난 후에야 발의할 수 있으므로 행정최고재판소에서 많은 부분 위헌성에 대한 검토가 있게 된다. 따라서 행정최고재판소에서 검토된 부분이 있으므로 그 만큼 헌법재판소에서의 심판기간이 단축될 수 있는 것이다. 또한 위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소 사무처장이 행정최고재판

274) Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, Droit constitutionnel, 30e éd., Sirey, 2011, p.469.

소 출신이기 때문에 행정최고재판소와 헌법재판소 간의 관계가 유기적으로 협조가 잘 되는 관계를 형성하고 있다는 것도 크게 작용한다고 할 수 있다.

그러나 헌법재판소가 결정 선고를 1달 혹은 정부가 요구하여 긴급한 경우에는 8일 안에 하여야 하는 점에 대하여 문제점이 있다고 지적되고 있다. 오늘날 위헌법률심판을 하면서 청구인과 정부의 대립적 구조로 의견이 나뉘는 경우가 많아 심판기간이 길게 요구되고 있으며, 청구인들이 청구하는 법률의 경우에도 청구하는 조문이나 법률의 수가 많아지고 있고, 점점 더 법률의 내용이 다양하고 많아지기 때문에 심판기간이 너무 짧을 수도 있다고 보는 견해도 있다.²⁷⁵⁾

또한 헌법재판소 초창기와 달리 사건이 1974년에 청구권을 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원 의원에게도 부여하여 위헌법률심판 사건 수가 늘어났으며 2008년 헌법 개정으로 사후적 규범통제도 병행하여 시행하고 있기 때문에 헌법재판소에 청구되는 사건 수가 늘어나서 헌법재판소가 심판기간 안에 선고하기가 점점 어려워질 수도 있을 수 있다.

2. 사후적 위헌법률심판

사후적 위헌법률심판과 관련하여서는 헌법재판소의 심판기간이 사전적 위헌법률심판보다는 긴 3개월 이내에 하도록 되어 있다.

헌법 제61-1조에 따른 사후적 규범통제의 경우에 헌법재판소에 위헌법률심판이 청구되면 헌법재판소는 즉시 이러한 사실을 대통령과 수상 그리고 국민의회 의장과 상원 의장에게 통보하도록 되어 있다. 통보를 받은 대통령과 수상 그리고 국민의회 의장과 상원 의장은 위헌여부에 관하여 자신들의 의견을 헌법재판소에 제출

275) Pascal Jan, 『Le procès constitutionnel』, 2e éd., LGDJ, 2010, p.177.

할 수 있다. 위헌법률심판의 당사자들은 3달의 기간 안에 자신들의 의견을 헌법재판소에 제출할 수 있다.

국민의회 Jean-Luc Warsmann 의원이 2010년 10월 법사위원회에 제출한 보고서에 따르면²⁷⁶⁾ 행정최고재판소의 경우에 평균 헌법재판소에 제청하는데 걸리는 심판기간은 51일이었다고 하고 있는데, 가장 짧은 기간은 1일이었고 가장 긴 기간은 2달 28일이었다고 한다. 대법원의 경우에는 행정최고재판소의 경우보다 조금 더 긴 기간을 소요하고 있는데 평균 2달 반이 걸린다고 하고 있다. 최장기간의 경우는 3달의 기간만료일 직전에 위헌제청을 한 경우가 있고, 가장 단 기간에 제청신청을 한 경우는 18일 거렸다고 한다. 헌법재판소의 경우에 있어서 심판기간은 평균 심판기간은 2달을 넘지 않는다고 하였다. 가장 긴 심판기간은 91일이었고 가장 짧은 심판기간은 23일이었다고 한다.²⁷⁷⁾

헌법재판소는 3개월의 심판기간을 단축하고자 노력하고 있다고 보고 있다. 그러나 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판이 청구되는 사건 수를 보면 사전적 위헌법률심판과 비교하여 큰 폭으로 사건 수가 증가한 것을 알 수 있다. 2010년 5월 28일 첫 결정을 한 이래 2013년 9월 20일까지 340여건을 처리하였는데, 2010년에 64건을 처리하였고, 2011년에는 110건을 처리하였으며, 2012년에는 전년도보다는 줄어 74건을 처리하였다. 2013년의 경우에는 9월 20일까지 47건을 처리하였다. 사전적 위헌법률심판의 경우에는 1년에 평균 30건이 안 되는 사건을 처리하고 있는데 반하여(국제조약과 의회 규칙 포함하여) 사후적 위헌법률심판은 100여건을 처리하여야 하기 때문에 헌법재판소의 업무가 가중될 것으로 보고 있다. 따라서 헌법재판소의 심판기간을 3개월로 규정하고 있으나 이 기간을 초과한 경우에는 어떻게 할 것인가에 관한 규정은 없기 때문에 문제점으로 지적되고 있다.²⁷⁸⁾

276) Le rapport d'information de Jean-Luc Warsmann, AN, n°2838, XIIIe Législature, 5 oct. 2010.

277) Xavier Magnon et s, La Question prioritaire de constitutionnalité ; Pratique et contentieux, Litec, 2011, p.19.

3. 대통령 선거와 국회의원 선거, 국민투표

헌법재판소는 대통령 선거와 국회의원 선거의 적법성을 감독하고 국민투표의 적법성을 감독할 권한을 가지고 있는데, 선거와 국민투표의 적법성을 심판하면서 심판기간에 대한 제한 규정은 없다. 그러나 심판기간에 대한 제한이 없어도 과거에 그리 문제점이 발생하지는 않았다. 비록 선거에 대한 심판기간이 길어지면 선거 결과에 대한 법적 안정성에 문제가 있을 수는 있지만 크게 문제된 적은 없다. 1978년 국회의원 선거까지는 평균 선거에 관한 적법성 감독에 있어서 심판기간은 10달에서 12달 정도였다. 1978년부터는 심판기간이 조금은 단축되었다.

1990년부터 선거자금관련 부분이 추가됨에 따라 헌법재판소의 선거관련 적법성 감독의 사건 수가 증가하였다.

2007년 국회의원 선거에서 선거운동 자금을 대한 통제는 2008년 5월에 끝났다. 따라서 헌법재판소는 1년 안에 선거에 관한 적법성 통제를 끝낸 것이다. 이러한 기간은 종전의 국회의원 선거에 있어서 보다는 더 심판기간이 연장된 것이었는데, 1981년부터 1988년 사이의 선거에 있어서 적법성 통제 심판기간보다 더 길어졌다고 하여 반드시 비판을 할 수만은 없는 상황이 되었다고 할 수 있다. 그 이유는 첫째, 선거 후에 선거 자금을 대하여 6개월 안에 결정하여야 하는 국가선거운동경비 및 정치자금통제위원회 (Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques)의 결정을 기다려야 하고,²⁷⁹⁾ 둘째, 점점 더 청구 이유 등이 증가하기 때문이다. 2007년 선거에서 선거운동 자금과 관련되지 않은 적법성 통제 사건은 2007년 11월에 모두 처리하였다. 따라서 헌법재판소는 선거에 있어서 적법성 통제 심판

278) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., PUF, 2011, p.477.

279) 프랑스의 정치자금법제에 관해서는 전학선, “프랑스의 정치자금제도에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2003 참조.

기간을 단축하여 당선자의 불안정한 법적 지위를 빨리 없애려고 노력하고 있다고 할 수 있다.

국민투표의 적법성 통제와 관련해서는 심판기간에 대하여 규정이 없는데, 지금까지 상대적으로 짧은 기간 안에 그 결과를 공포하였다. 제5공화국에서 국민투표는 모두 10번 치러졌는데,²⁸⁰⁾ 가장 최근에 치러진 2005년 5월 29일의 유럽헌법조약에 관한 국민투표에 대해서는 6월 1일에 결과를 공포하였고, 이의제기도 1달 안에 처리하였다. 2000년 9월 24일에 있었던 대통령임기를 5년으로 하는 것을 내용으로 하는 헌법 개정에 대한 국민투표에서 9월 28일에 결과를 공포하였고 이의제기에 대한 것도 며칠 안에 처리하였다.

제4절 헌법재판절차에서 나타나는 특징과 평가

I. 입법절차에서의 행정부의 역할과 헌법재판소

프랑스에서 헌법재판에서 심판기간을 비교적 단기간으로 설정하고 있음에도 불구하고 심판기간 안에 사건을 처리하는 것이 프랑스 헌법재판의 특징이라 할 수 있다.

이러한 특징이 나타날 수 있는 것은 입법단계에서 헌법재판소가 이미 위헌성 여부를 판단하게 된다는 데에 있다. 프랑스에서도 의원제출 법률안보다는 정부제출 법률안이 다수를 차지하고 있는데, 정부제출 법률안은 반드시 행정최고재판소의 의견을 들어야 하기 때문에 이 단계에서 위헌의 의심이 가는 법률안 경우에는 헌법재판소와 행정최고재판소의 유기적인 관계에 의하여 협력이 이루어지고 있다고 할 수 있다. 헌법재판소 사무처장이 행정최고재

280) 이에 대해 자세한 것은 전학선, “프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법 개정”, 「헌법학연구」 제13집 제1호, 2007. 3, 511면 이하 참조.

판소의 구성원인 경우가 대부분이기 때문에 헌법재판소와 행정최고재판소가 서로 유기적인 관계를 가지고 협력을 하기 때문이다.

정부제출 법률안의 경우 행정최고재판소에서 심의를 거치도록 되어 있으므로 행정최고재판소가 정부제출 법률안에 대하여 정부의 법률안 작성 단계에서 위헌성 여부를 판단한다. 예를 들어 프랑스의 경우 2010년 10월 11일 공공장소에서 복면을 금지하는 법률(La loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public)을 제정하였다. 프랑스는 우리나라와는 달리 집회 및 시위의 경우뿐만이 아니라 일반적인 경우, 즉 집회나 시위를 하는 경우가 아닌 평상시에도 공공장소에서는 복면을 하는 것을 금지하는 것을 내용으로 하는 법률이 제정된 것이다. 공공장소에서 복면을 하는 것을 금지하는 것에 대하여 프랑스에서도 찬반이 많았으나 공공질서를 위하여 복면금지법을 제정하였다.

2009년 6월 공산당 소속의 국민의회 의원인 André Gérin이 58명의 국민의회 의원들의 지지를 받고 '부르카(burqa)나 니캅(niqab) 착용 실태에 관한 조사위원회'를 구성할 것을 제의하였다. 이는 2009년 6월 22일 사르코지 대통령이 의회 연설에서 여성들의 굴복과 복종의 상징인 부르카는 프랑스에서는 환영받지 못한다고 한 것에 기인한 것이었다. 이러한 얼굴을 가리는 복장착용에 대한 찬반 논쟁이 의회에서 불거진 가운데 2010년 1월 26일 공공서비스 분야에서 전체적으로 얼굴을 가리는 것을 금지하는 법률안이 구체화되었다. 그러자 수상은 이 문제에 대하여 행정최고재판소에 의견을 구하였고, 행정최고재판소는 2010년 3월 얼굴을 가리는 복장착용을 금지하는 것은 많은 문제점을 가지고 있다는 부정적인 의견을 담은 보고서를 수상에게 제출하였다.²⁸¹⁾ 그럼에도 불구하고 프랑스 정부는 공공장소에서 얼굴을 가리는 복장착용을 금지하는 법안을 만들었고 동 법안은 국회에서 가결되었으며, 국민의회 의

281) Conseil d'Etat, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, 25 mars 2010.

장과 상원 의장이 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였으나 헌법재판소가 2010년 10월 7일 조건부 합헌결정²⁸²⁾을 하여²⁸³⁾ 2010년 10월 11일 복면금지법이 공포되었다.

행정최고재판소가 복면금지법에 대하여 많은 문제점이 있다는 보고서를 수상에게 제출하였음에도 불구하고 복면금지법은 의회에서 거의 만장일치로 가결되었다. 국민의회에서는 찬성 335, 반대 1로 가결되었고 상원에서는 찬성 246, 반대 1로 가결되었다.

이 사건에서 복면금지법안이 국민의회에 제출된 것은 2010년 5월 19일이고 최종적으로 상원의 통과한 것이 2010년 9월 14일이었다. 상원에서 표결에서 찬성을 얻어 최종 통과된 9월 14일 국민의회 의장과 상원 의장이 각각 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였는데, 헌법재판소는 청구된 날로부터 30일 이내인 2010년 10월 7일에 결정을 선고하였다. 복면금지법의 제정과정에서 법률안이 의회에 제출되기 전에 수상이 행정최고재판소에 법안의 문제점에 대하여 검토하라고 요구하였고 이에 따라 행정최고재판소는 40여면에 달하는 보고서를 작성하였는데, 그 보고서에는 복면금지법안의 위헌성에 대한 검토가 충분히 담겨져 있다. 행정최고재판소가 수상에게 제출한 보고서에 따르면 공공장소에서 복면을 금지하는 것은 프랑스 헌법 제1조에서 규정하고 있는 종교적 중립성(*laïcité*)과 관련되고, 왕래의 자유(*la liberté d'aller et venir*), 상공업의 자유(*la liberté du commerce et de l'industrie*), 종교의 자유(*la liberté de religion*), 신념의 자유(*la liberté de manifester ses convictions*)와 관련된다고 하고,²⁸⁴⁾ 헌법에 위반된다는 것이었다.²⁸⁵⁾

282) 조건부 합헌결정은 일종의 합헌결정으로 변형결정에 해당한다고 할 수 있다. 위헌의 의심에서 벗어나는 것이나 완전한 합헌은 아니라는 것이다. 헌법재판소가 합헌에 조건을 다는 것이며 이러한 조건하에서만 합헌이라는 것이다. 전학선, “프랑스의 위헌법률심사의 결정유형과 그 효력”, 판례실무연구 제4권, 2000. 9, 67면.

283) CC. n°2010-613 DC du 7 octobre 2010.

284) Conseil d'Etat, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, 25 mars 2010, p.17 et s.

따라서 이와 같이 행정부 내에서 법률안이 의회에 제출되기 전에 위헌여부에 대한 검토가 충분히 이루어지고 이를 바탕으로 하여 헌법재판소가 위헌성 심사를 하는 것이므로 헌법재판소에서의 심판기간이 단축될 수 있는 것이다. 특히 행정최고재판소의 구성원이 헌법재판소 사무처장을 맡고 있기 때문에 헌법재판소와 행정최고재판소와의 유기적인 협력이 잘 이루어질 수 있는 요인이 되기도 한다.

또한 사전적 위헌법률심판이 청구되면 내각 사무처장이 보고서를 작성하게 제출하는데, 이 보고서가 위헌성 검토를 충실하게 담고 있다. 예를 들어 2013년 5월 프랑스는 동성간의 혼인을 허용하는 법률을 제정하였는데, 2013년 4월 23일 국민의회에서 동성간의 혼인을 허용하는 법률안이 최종적으로 통과되자 2013년 4월 23일 60인의 국민의회 의원과 60인의 상원 의원이 각각 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였다. 그러자 2013년 5월 2일 동 법률안에 대하여 정부의 보고서가 제출되었는데, 20여면에 달하는 이 보고서가 동 법률안에 대하여 위헌성 여부를 충분히 검토하고 있다.

헌법재판소의 심판기간이 1달은 실질적으로는 3주 정도에 불과하다고도 할 수 있다. 이는 헌법재판소가 1달의 심판기간을 초과하여 선고를 연기할 수는 없기 때문에 청구되고 선고를 준비하는 과정에서 소요되는 시간이 필요하기 때문이다. 헌법재판소의 자료 사무국은 국회에서 법률안이 제정되는 과정을 주의 깊게 관찰한다. 이를 통하여 국회에서 논란이 되는 법률안에 대하여 위헌법률심판이 청구될 가능성이 있기 때문에 국회에서의 입법과정을 살펴보는 것이다. 이러한 가운데 헌법재판소장은 위헌법률심판 청구와 관계없이 사전에 미리 주심 재판관을 임명한다. 주심재판관이 임명되면 주심재판관이 국회에서의 논의 과정을 주의 깊게 관찰하고 국회에서의 모든 과정을 검토한다. 헌법재판소에 위헌법률심판이 청구되면 심리가 진행되는데, 헌법재판소의 심리는 3단계로 구분

285) 이에 대해 자세한 것은 전학선, “프랑스 복면금지법과 헌법재판소 결정에 관한 연구”, 「외법논집」 제37권 제3호, 2013. 8, 3면 이하 참조.

할 수 있다. 위헌법률심판이 청구되면 주심재판관은 사무처의 도움을 받아 정부에 제시할 문제집을 작성한다. 이 문제집에는 법적인 문제와 사실적인 문제가 모두 포함된다. 헌법재판소에 위헌법률심판이 청구되면 내각사무처장이 심판의 대상인 법률에 대하여 방어적인 입장을 취하게 되는데, 이는 1958년 헌법재판소 창설 이후 줄곧 관행처럼 이어져 왔다. 이는 논리적으로 당연할 수밖에 없는데, 위헌심판청구되는 법률의 90%는 정부제출 법률안이기 때문에 내각사무처장은 위헌심판청구에 대하여 방어적인 입장을 가질 수밖에 없는 것이다. 주심재판관이 작성한 문제집을 기본으로 하여 내각사무처장과 관련 정부부처 관계자가 참석하는 회의를 주심재판관이 소집하여 논의를 한다. 이 회의에서 정부는 직권으로 기술적인 측면이나 혹은 문제점에 대하여 의견서를 작성한다. 이 정부의 의견서는 청구인에게 즉시 통보된다. 헌법재판소에서 심리가 진행되는 동안 주심재판관은 전문적인 사건의 해결을 위하여 전문가를 초빙하여 도움을 받을 수도 있다.²⁸⁶⁾

헌법재판소가 신속하게 사건을 처리하기 위해서는 헌법재판소에 청구될 것 같은 사건을 미리 예측하여 준비하는 것이 필요하다. 일정한 경우는 미리 예측이 가능하다. 사전적 규범통제에 있어서는 조직법률과 의회규칙은 의무적으로 헌법재판소의 사전적 규범통제를 받도록 되어 있으므로 조직법률과 의회규칙이 개정된다거나 제정되는 경우에는 헌법재판소는 입안단계에서부터 위헌법률심판청구를 예상하여 이에 대한 준비를 할 수 있다. 또한 최근에는 예산법률의 경우 거의 매년 헌법재판소에 사전적 규범통제로써 위헌법률심판이 청구되기 때문이 이에 대한 대비를 할 수 있는 것이다.²⁸⁷⁾ 따라서 의무적으로 헌법재판소의 사전적 위헌법률심판을

286) Olivier Dutheillet de Lamothe, Les méthodes de travail du Conseil constitutionnel, 16 Juillet 2007. (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/rot/bank_mm/pdf/Conseil/20070716Dutheillet.pdf) 2013. 8. 17. 검색.

287) 프랑스 국가재정과 이에 대한 통제에 대해서는 전학선, 『주요국가의 재정법제 연구(Ⅲ) - 프랑스의 재정관련 헌법조항을 중심으로』, 한국법제연구원, 2009. 참조.

거쳐야 하는 조직법률과 의회규칙은 입안단계에서부터 헌법재판소가 청구되는 것을 고려하여 준비를 하게 된다. 그러나 그 이외의 경우, 즉 보통법률이나 국제조약의 경우에는 청구인들의 청구가 있어야만 위헌심사를 할 수 있기 때문에 전반적인 상황을 고려하여 판단을 하게 된다. 정부제출 법률안의 경우에는 행정최고재판소의 의견을 통하여 법률안 입안 단계부터 준비를 할 수 있고, 그 이외에도 국회에서의 법률안 심의과정에서 찬반논란이 되는 것을 주시하면서 위헌법률심판이 청구될 것을 예상하기도 한다. 이러한 예상에는 국회 야당의 사무처라든가 혹은 언론기관, 압력단체, 내각사무처 등을 통해서 위헌청구를 예상하기도 한다.²⁸⁸⁾

국제조약의 경우에는 대통령궁의 사무처장이나 혹은 정부의 내각사무처장이 헌법재판소의 사무처장에게 청구서가 접수되기 전에 위헌심판이 청구될 것이라는 것을 알려오는 경우가 있다. 예를 들어 유럽연합 조약에 관한 사건으로 2004년 10월 29일 로마에서 유럽헌법조약(Traité établissant une Constitution pour l'Europe)이 체결되었다. 같은 날 대통령은 유럽헌법조약을 체결하는데 있어서 헌법을 개정할 필요가 있는가를 헌법재판소에 청구하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 2004년 11월 19일 대부분의 유럽헌법조약의 조항들을 헌법에 합치한다고 하였지만 몇몇 조항들이 국민주권실행의 '본질적 조건'에 영향을 주는 범위에서 헌법에 위반된다고 하면서 헌법을 개정한 후에야 유럽헌법을 비준할 수 있다고 결정²⁸⁹⁾하였다.²⁹⁰⁾ 이 사건에서 대통령의 위헌심판청구 후 3주 만에 결정을 하였다. 그러나 실질적으로 3주가 아닌 4달 이상의 기간을 두고 심사를 한 것과 같았다고 한다. 왜냐하면 대통령의 위헌심판

288) Jean-Éric Schoettl, Ma cinquantaine rue de Montpensier, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°25, 2008, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/print/51706.htm>) 2013. 8. 23. 검색.

289) CC n°2004-505 DC du 19 novembre 2004

290) 이에 대해 자세한 것은 전학선, 앞의 논문(각주 236), 275면 이하; 전학선, "유럽헌법과 프랑스 헌법 개정", 「유럽헌법연구」, 유럽헌법학회 창간호, 2007. 6, 65면 이하 참조.

청구이전에 헌법재판소가 유럽헌법조약과 프랑스 헌법의 충돌여부를 미리 검토할 수 있었던 것이다. 그 이유는 첫째, 대통령이 이미 수개월 전에 국민들에게 헌법재판소의 위헌심사 후에 국민투표를 통해 조약에 대한 찬반 여부를 묻겠다고 하였다. 따라서 이미 대통령의 위헌심사청구가 예견되었던 것이다. 둘째, 유럽헌법조약은 2004년 6월 18일 이후 어느 정도 구체화되었었던 것이다. 왜냐하면 2004년 6월 18일에 유럽연합 회원국 국가 대표들이 최종적인 조약안을 확정했기 때문이다. 따라서 2004년 6월경에 프랑스 헌법재판소는 주심재판관이 임명됐고 견습직원들의 도움을 받아 헌법재판소 사무처는 조약안의 검토에 들어갔던 것이다. 따라서 3주가 아닌 4개월 가량의 심사기간을 확보할 수 있었던 것이다.²⁹¹⁾

II. 평가

프랑스에서 헌법재판소는 처음에는 정치적 기관인가 또는 사법기관인가 하는 논의가 있을 정도로 법적 성격이 모호하였는데, 1974년에 위헌법률심판 청구권을 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원 의원에게도 부여함으로써 위헌법률심판이 활발하게 이루어졌다. 1958년 창설 때부터 위헌법률심판에 있어서는 사전적 규범통제만을 하다가 그 후 2008년 헌법 개정을 통하여 사후적 위헌법률심판을 병행함으로써 더욱 더 활발하게 위헌법률심판이 이루어지고 있다.

프랑스 헌법재판소는 위에서 살펴본 바와 같이 여러 권한이 있으나, 그 가운데 본 글에서 연구하고자 하는 위헌법률심판과 관련된 권한행사에 있어서 심판기간을 중심으로 분석해 보고자 한다.

291) Jean-Éric Schoettl, Ma cinquantaine rue de Montpensier, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°25, 2008, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/print/51706.htm>) 2013. 8. 23. 검색.

사전적 규범통제에 있어서는 심판기간이 상대적으로 짧다. 청구된 날로부터 1달 이내에 선고하여야 하고 정부가 긴급을 요하는 경우에는 8일 안에 선고를 하여야 한다. 이처럼 심판기간을 단기간으로 하고 있으나 심판기간을 초과하여 선고하지는 않고 있다. 사후적 위헌심사의 경우에는 청구된 날로부터 3개월 안에 선고하도록 되어 있다.

이처럼 심판기간을 단기간으로 규정한 이유와 심판기간을 초과하여 선고하지 않을 수 있는 이유를 분석해 보면 다음과 같다.

프랑스 헌법재판소의 위헌법률심판은 1958년에 시작되면서 사전적 규범통제만을 하도록 하였다. 의회에서 법률안이 의결되면 대통령이 공포하기 전에 위헌법률심판을 하는 것이었다. 그러면서 조직법률과 의회규칙은 의무적으로 헌법재판소의 위헌법률심판을 거치도록 하였고, 보통법률과 국제조약은 청구권자의 청구가 있어야지만 위헌심사를 할 수 있도록 하였다. 당시에는 청구권자도 대통령, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장 등 4인으로 제한적이었다. 따라서 별로 위헌법률심판이 청구되는 사건이 적었고, 크게 심판기간이 단기간이라는 논의가 없었다. 실제로 1974년 12월 20일 국민의회 의원들이 위헌심사를 청구하기 전까지 1958년부터 1974년까지 헌법재판소는 위헌심사를 52건밖에 하지 않았다. 약 16년 동안 52건을 처리하는데 그쳤으니 1년에 평균 3.2건의 위헌심사를 한 것이었다. 따라서 심판기간을 그리 길게 잡을 필요가 없었다. 그 후 1974년 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원 의원에게도 위헌심판 청구권을 부여하면서 헌법재판소의 위헌심판 사건 수는 늘어나게 되었다. 1975년부터 2013년 8월까지 617여건의 사건을 처리하였으니 37년 동안 1년에 평균 16.6건을 처리한 것이 된다. 따라서 사전적 규범통제에 있어서도 1974년 헌법 개정 이후 사건 수가 늘어난 것이다. 2008년 헌법 개정으로 사후적 위헌법률심판이 병행되면서 사후적 위헌법률심판의 처리건수는 2010년 5월 28일 첫 결정을 한 이후 2013년 9월 20일까지 295건을 선고하여 년 평균 90여건을 처리한 것으로 나타나고 있다. 따라서

최근에 헌법재판소는 사건 처리에 있어서 심판기간이 너무 짧은 것 아닌가 하는 이야기가 나오고 있다.

프랑스 헌법재판소가 심판기간이 우리나라와 비교하여 짧은 기간임에도 불구하고 심판기간을 도과하지 아니하고 사건을 처리할 수 있는 것은 몇 가지 이유에서이다.

첫째, 프랑스의 경우 이원정부제의 정부형태를 가지고 있는 국가로서²⁹²⁾ 법률안 제출권이 국회의원과 정부에게 있다. 따라서 법률안의 대부분이 정부제출 법률안인 것이다. 정부제출 법률안의 경우 행정부와 헌법재판소가 유기적인 관계를 가지고 있고 서로 정보를 주고받기 때문에 법률안 입안 단계에서부터 헌법재판소는 위헌성 검토가 가능한 것이다. 또한 행정부에서도 법률안을 제출할 때에는 행정최고재판소의 의견을 거치도록 하고 있기 때문에 이 단계에서 이미 법률안의 위헌성에 대한 검토가 이루어지고 행정최고재판소의 견해를 참고할 수 있다. 또한 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판이 청구되면 정부의 내각사무처장이 보고서를 제출하기도 하는데 이 보고서가 위헌심판을 하는데 큰 참고자료 역할을 하고 있다.

둘째, 사전적 위헌법률심판에 있어서 조직법률과 의회규칙은 의무적으로 헌법재판소의 위헌심사를 거쳐야 하므로 조직법률과 의회규칙에 대한 개정 내지 제정 논의가 있으면 그 때부터 헌법재판소는 법안의 위헌성 여부에 대한 심사준비를 하게 된다.

셋째, 사전적 규범통제에 있어서는 청구인이 대통령, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장, 60인 이상의 국민의회 의원, 60인 이상의 상원의원으로 제한되어 있다. 이들은 모두 정치인으로 청구할 수 있는 권한을 부여받은 개인이나 단체가 6그룹밖에 안된다. 따라서 이들이 국회에서나 혹은 대외적으로 논의가 많은 법률안에 대해서는 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 가능성이 크기 때문에 이들의

292) 프랑스의 정부형태에 관해서는 전학선, “프랑스의 정부형태”, 「세계헌법연구」 제12권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2006. 6, 35면 이하 참조.

주장을 항상 살피면서 미리 위헌심판청구에 대비하여 위헌성을 검토하는 것이다.

넷째, 프랑스 헌법재판소의 위헌법률심판에 있어서는 헌법재판소 사무처장의 역할이 매우 중요하다. 헌법재판소 사무처장은 현재 7번째 사무처장이 임명되어 있는데 6명이 행정최고재판소 구성원이고 나머지 한 명도 일반 법원의 판사출신인 것이다. 따라서 법조인들이 사무처장을 맡고 있다고 할 수 있다. 사무처장이 심판 사건과 관련하여 모든 준비를 하고 헌법재판소장의 지휘 하에 사무처를 감독한다고 할 수 있다.

그러나 헌법재판소 재판관을 보좌하는 연구진의 숫자가 너무 적어 이를 보완하여야 한다는 주장이 나오고 있다. 과거에 사전적 규범통제만을 하던 시기에는 별 문제없이 사건을 심판기간 안에 처리할 수 있었으나 사후적 위헌법률심판을 병행하면서 청구되는 사건의 수가 비교할 수 없을 정도로 크게 증가하여 이에 대한 우려의 목소리도 나오고 있다.

이와 더불어 우리나라의 경우에는 헌법재판소법 제38조에서 '접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다.'라고 규정하고 있는데, 이에 대하여 훈시규정으로 해석하고 있으며 심판기간을 1년 내지 2년으로 연장하자는 주장도 나왔다.²⁹³⁾ 그러나 프랑스에서는 사후적 위헌법률심판에 있어서 당사자가 위헌법률심판제청신청을 하면 제1심 법원에서는 지체없이 송부 여부를 결정하여야 하고 최고법원은 3개월 이내에 하여야 하고 헌법재판소는 3개월 이내에 결정을 선고하여야 하는데 이러한 기간도 너무 길어서 문제가 될 수 있다는 지적이 나오고 있다. 이러한 점은 우리나라에서도 고려를 해 볼 필요가 있다.

293) 양건·김문현·남복현, 앞의 책, 70면.

제6장 미국 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 검토

제1절 서론

미국 연방대법원은 세계최초로 위헌법률심판제도를 도입하였다. 또한 연방대법원은 미국 연방의 최고법원으로서 최종의 상소심 법원이다. 연방지방법원, 연방항소법원의 결정에 불복하거나 또는 주 대법원의 판결에 불복하는 사건 중에서 연방대법원의 관할에 해당하는 사건에 대하여 판단한다.

연방대법원은 신속한 재판이라는 가치를 구현하기 위하여 다양한 제도와 실무관행을 도입하여 유지하고 있다. 신속한 재판을 위한 다양한 제도와 관행 가운데에는 사건을 효율적으로 신속하게 처리할 수 있는 메커니즘만을 목적으로 하는 것도 있으나, 대부분의 경우 최고의 헌법재판기관이 추구해야 할 공정한 재판 등의 가치와 신속한 재판이라고 하는 가치를 동시에 추구하는 것이라는 점에 특색이 있다. 가령, 신속한 재판이라고 하는 가치의 관점에서 보는 경우에는 최고헌법재판기관의 판단을 1개의 전원재판부에서 판단하기 보다는 여러 개의 부로 나누어 판단하는 방식이 보다 바람직한 방식이 될 것이다. 그러나 연방대법원은 최고헌법재판기관의 사법판단이 갖추어야 할 가치를 헌법해석의 통일성과 일관성, 다양한 가치에 기초한 토의, 구성 대법관들의 헌법적 지혜의 통합이라고 파악함으로써 그와 같은 여러 개의 소부에 의하여 판단하는 시스템을 최고헌법재판기관으로서의 가치를 훼손하는 것이라고 평가하며 원천적으로 부정하고 있다.

그리하여 미국 연방대법원은 신속한 재판이라는 가치를 추구하면서도 헌법해석의 최고성, 사법판단의 일관성, 헌법적 논의의 다양성 등의 가치를 조화롭게 추구함으로써, 최고 헌법재판기관이라

고 하는 헌법적 지위와 역할이 재판의 신속성을 명분으로 훼손되지 아니하도록 세심한 주의를 기울이고 있다.

연방대법원이 신속한 재판의 가치를 달성하기 위하여 사용하는 제도 또는 관행으로는 다음과 같은 것들을 열거할 수 있다.

첫째, 연방대법원은 연방대법원에 접수되는 사건 가운데 어떤 사건을 심판할 것인지 여부를 스스로 선택할 수 있는 제도를 운영하고 있다. 19세기 후반 이후 특히 20세기에 접어들어서 연방대법원의 사법적 판단이 갖는 정치적, 사회적, 법적인 가치가 중요성을 갖게 되었다. 연방대법원에 상고되는 사건 수가 증가하였고, 그 당연한 결과로서 사건 처리도 지연되게 되었다. 연방대법원은 사건 처리 지연의 문제를 해결하는 방식으로 사건 처리를 간략하게 하는 방식 보다는 사건 자체를 선별할 수 있는 권한을 확대하는 방식을 선택하였다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이 연방대법원의 재량적 사건 선별권한은 오늘날 연방대법원의 역할과 사명을 형성하는 결정적인 수단으로 작용하였다. 이와 같이 연방대법원의 재량적 사건 선별권한은 누적되는 과중한 사건 부담과 그에 따른 사건 처리 지연을 해결하기 위하여 도입된 제도였지만, 결과적으로는 연방대법원의 역할과 정체성을 새로이 설정한 제도가 되었다고 하는 점에서 신속한 재판의 문제 해결과 헌법재판기관의 역할 정립의 문제는 분리되어 있는 문제가 아니라는 점을 시사한다.

둘째, 연방대법원은 certiorari 신청을 받아들이는 재판을 하는 동시에 사건의 실체에 관하여 약식으로 재판하는 약식재판(summary disposition) 제도를 운영하고 있다. 이와 같은 약식재판은 certiorari 신청을 심리하는 단계에서 그 신청을 허가하는 재판과 동시에 본안에 관한 재판을 하는 것이기 때문에 별도의 구두변론이 이루어지거나, 사건의 본안에 관한 서면제출 없이 재판을 하는 것이고, 따라서 신속한 재판에 기여하는 바가 크다. 하지만, 공정한 재판의 가치를 훼손하지 아니하기 위하여 사안의 결론이 자명하여 논란의 여지가 없는 한정적인 경우에 사용되는 제도라는 한계를 가지고 있다.

셋째, 연방대법원의 경우에는 우리 헌법재판소법 제38조의 규정과 같이 계속된 사건에 대하여 접수일로부터 일정한 기간 내에 재판을 종료할 것을 정한 규범은 존재하지 않는다. 하지만, 연방대법원은 변론을 마친 사건에 대하여는 그 평의의 일정을 변론의 일정과 결합시켜 정하는 원칙, 변론을 마친 사건에 대하여는 동일 개정기에 선고를 하는 원칙, 개정기에 변론을 마치지 못한 사건에 대하여는 다음 개정기의 초반에 변론을 여는 원칙 등을 관행으로 설정함으로써 신속하고 효율적인 재판의 이념을 스스로 강제하는 방법을 사용하고 있다.

넷째, 미국 연방대법원은 접수되는 의견서의 횟수 및 분량을 제한한다. 제출하는 의견서의 횟수와 분량이 많은 경우 전체적인 주장의 초점을 흐리게 한다. 의견서의 분량을 제한하지 아니하는 경우 당사자는 쟁점을 무제한적으로 발굴하여 주장할 가능성이 있을 뿐 아니라 재판부의 판단력을 어지럽히거나 혼란에 빠뜨리는 주장을 펼칠 가능성도 있다. 이는 심판의 집중도와 제출되는 서면의 신뢰도를 떨어뜨리게 되므로 재판부를 위하여서나 당사자를 위하여서 바람직하지 아니하다. 이와 같이 당사자가 제출하는 의견서의 분량과 횟수를 제한하는 것은 신속한 재판을 위한 것일 뿐 아니라 바람직한 재판결과를 보장하는 절차규범으로서의 의미도 갖는 것이다.

제2절 미국 연방대법원의 법적 지위와 역할

I. 연방헌법의 제정과 연방대법원의 법적 지위

미국 연방헌법 제3조 제1항은 “미 합중국의 사법권은 연방대법원에 귀속되며 그 하급법원은 연방의회가 이를 설치할 수 있다.”고 규정하고 있다. 연방헌법에서 명시적으로 인정한 연방법원은

연방대법원뿐이다. 연방헌법은 연방대법원 산하에 연방지방법원 등 연방하급법원이 존재하여야 하는 것인지 여부, 연방대법원이 주 법원의 판단에 관하여 심사할 수 있는지 여부에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않았다.

1. 연방사법체계의 형성과 주법원과의 관계

연방헌법 제정 이후 1789년 제정된 법원조직법(Judiciary Act) 및 그 이후의 후속 입법에 따라 연방대법원을 최고법원으로 하고 연방항소법원과 연방지방법원을 그 하급법원으로 하는 연방사법체계가 형성되었다.

각 주의 법원 조직은 연방헌법의 제정 이전, 즉 합중국의 건국 이전부터 존재하여 왔다. 연방헌법의 제정과 그에 따른 연방대법원 및 연방사법체계의 설립 이후에도 주법원은 연방지방법원 및 항소법원 등 연방법원의 하급법원이 아니라 연방법원조직과 병행하여 존재하는 별도의 법원조직이다.

연방헌법제정회의에서 연방대법원이 주 법원의 판단에 대하여 심사할 수 있는 것인지 여부에 관하여 논쟁하였으며 그 결론을 내리지 못하였다. 1789년 제정된 법원조직법은 이와 같은 논쟁에 종지부를 찍고 연방대법원이 주 최고법원의 판결을 심사도록 하였다.

오늘날 연방대법원은 주 최고법원의 최종적인 판결(judgment), 명령(decree)에 대하여 심사할 수 있으며, 그 대상영역은 (i) 연방법률이나 조약의 유효성이 쟁점으로 된 경우, (ii) 주 법률의 유효성이 연방헌법, 조약, 연방법률에 저촉되는지 여부가 쟁점으로 된 경우, (iii) 소유권, 권리, 수급권 등이 연방헌법, 조약, 연방법률 등에 기초하여 주장된 경우 등이다.²⁹⁴⁾

294) 오늘날 연방대법원의 주법원의 판결에 대한 관할권을 규정한 법률은 28 U.S.C. 1257이다.

주법원이 연방대법원에 대하여 별도의 독립한 사법체계를 형성하고 있는 점을 보여주는 대표적인 측면이 주법원의 주법해석권한이다. 주법이 연방헌법을 위반하는 등 연방법적 쟁점과 관련되지 아니하는 한 주 법원은 자신의 주법의 해석에 관한 최종적인 권한을 가지고 있는 것이다.²⁹⁵⁾

2. 연방대법원의 위헌심사권

연방대법원은 주와 연방의 각종 국가기관의 권한행사가 연방헌법에 위반되는 것인지 여부를 최종적으로 심판할 수 있는 헌법재판 권한을 보유하고 있는바, 이를 연방대법원의 헌법재판 권한(power of judicial review)이라고 한다.²⁹⁶⁾

예초에 연방헌법은 연방대법원의 위헌심사권(authority of judicial review)에 관하여 규정하지 아니하였다. 연방대법원은 설립 초기에 그 권한이 확보되어 있지 아니하였고, 다른 국가기관에 대한 상대적 권위도 미약하였다. 그리하여 다른 국가기관과 충돌되는 판단을 하는 경우에는 과연 연방대법원의 판결이 집행될 것인지 조차 확신할 수 없는 상황이었다. 따라서 헌법에 명문으로 규정되지도 아니한 권한으로서, 연방대법원이 연방법이나 주법, 연방대통령의 행위에 대한 위헌심사권을 갖고 있는지 여부에 관하여는 의문시 될 수밖에 없는 상황이었다. 특히 연방대법원이 연방의회가 제정한 연방법률에 대한 위헌심사권을 갖는지 여부에 관하여 논란이 되었다.

1803년 연방대법원은 연방대법원장 John Marshall이 주도한 *Marbury v. Madison*²⁹⁷⁾ 결정에 의하여 연방대법원의 연방법률에

295) Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Wolters Kluwer(2007), 656-657면

296) 일반적으로 다른 국가기관의 권한행사에 대하여 그 위헌 여부를 심사할 수 있는 법원의 권한을 헌법심사(Judicial review)라고 한다.

대한 위헌심사권한을 확보하였다.²⁹⁸⁾

한편, 미국은 분권형 헌법재판국가로서 연방대법원 뿐 아니라 연방지방법원 및 연방항소법원 등 각급 연방법원이 모두 공권력 행사의 연방헌법 위반 여부를 판단하는 헌법재판권을 행사한다. 연방대법원은 최종의 상고심으로서 하급법원들의 헌법재판에 대하여 최종적인 판단권한을 행사하고 있다.²⁹⁹⁾

II. 연방대법원의 관할

미국 연방대법원은 제한적 사물관할권을 가진 법원이다. 따라서 어떤 사건이 연방대법원의 사물관할에 속하려면 미국 연방헌법 제 3조에서 정하는 ‘미국 연방의 사법권(the judicial Power of the United States)’의 범위 내에 속하거나 혹은 ‘미 연방의회가 제정한 관할권에 관한 법(Congressional acts)’의 범위 내에 속해야만 한다.³⁰⁰⁾

연방대법원의 관할 가운데 가장 중요한 관할은 원심관할(Original jurisdiction), 항소심관할(Appeal jurisdiction), 상고허가관할(Certiorari Jurisdiction)의 3가지 종류이다.³⁰¹⁾

1. 원심관할(Original Jurisdiction)

297) 5 U.S.(1 Cranch) 137(1803)

298) 미국 연방대법원의 헌법재판권한의 역사와 그에 대한 논란에 관한 상세한 소개로는 헌법재판소, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점』, 헌법재판연구 제21권, 헌법재판소, 2010, 186-212면. 참조

299) 헌법재판소, 위의 책(각주 298), 214면.

300) 헌법재판소, 위의 책(각주 298), 214면.

301) 그 밖에 널리 사용되지 아니하는 법원의 자문관할(Certification), 개별 구체적인 명령에 관한 관할(Extraordinary Writs) 등이 있다.

연방대법원의 원심관할이란 연방대법원이 제1심이면서 최종심으로서 관할권을 갖는다는 의미이다. 미국 연방헌법 제3조 제2항은 연방대법원과 연방하급법원 사이에서의 사법권의 배분을 규정하고 있으며, 그 가운데 제2문에서는 “연방대법원은 대사, 그 밖의 외교사절 및 영사에 관한 사건 및 주가 한쪽 당사자인 사건에 대하여 원심(제1심) 관할권을 가진다.”고 규정함으로써 연방대법원이 원심 관할권을 갖는 사건을 명시적으로 열거하고 있다.³⁰²⁾

연방헌법 규정에 연방대법원이 원심관할을 갖는 것으로 열거된 사건에 관하여 연방대법원이 반드시 제1심을 담당하여야 하는가의 문제는 헌법 규정만으로는 명확하지 아니하였다.³⁰³⁾ 연방의회는 연방대법원의 판단에 기초한 제정법을 통하여 이 문제를 명확하게 하였다.³⁰⁴⁾

2. 권리상고에 의한 상고관할(Appeal Jurisdiction)

권리상고에 의한 상고관할이란 연방대법원이 상고사건의 심판 여부를 스스로 자유롭게 결정하지 못하는 사건 관할을 의미한다. 오늘날 연방대법원에 대한 일반적인 상고심 신청 방식은 다음에서 살펴보는 certiorari 신청에 의한 상고관할의 형태이다. 연방대법원은 certiorari 신청을 받아들여 해당 하급심의 판단을 심사할 것인지 여부에 관하여 자유로이 결정할 권한을 가지고 있다. 이에 대

302) 연방헌법 제3조 제2항 제2문

303) 연방대법원은 1821년 *Cohens v. Virginia* 사건을 통하여 연방의회는 다른 하급법원에 병존적인 관할을 설정할 수 있음을 판시하였다. *Cohens v. Virginia*, Wheat. 264, 392-394

304) 연방입법은 ‘두 개 이상의 주가 다투는 사건’에 관하여는 연방대법원이 독점적인 원심관할권을 갖고 있으나, ‘대사, 그 밖의 외교사절 및 영사에 관한 사건 및 연방정부와 주정부 간의 분쟁, 주 정부의 다른 주 주민간의 분쟁, 주 정부와 외국인간의 분쟁 등’에 관하여는 연방대법원이 원심관할권을 갖고 있으나, 독점적인 것은 아닌 것으로 규정하고 있다. 28 U.S.C. 1251(1982)

하여 일부 유형의 상고에 관하여는 연방대법원이 그 심판 여부를 자유롭게 결정하지 못하고 요건을 갖춘 경우에는 판단할 것이 강제되는 관할이 있는바, 이것이 연방대법원의 상고관할이다.

연방헌법은 연방대법원의 상고관할에 관하여 “연방의회에서 정한 규율에 따라 그 원심 관할권 외의 모든 사건에서 법률문제와 사실문제에 관한 상고심으로서의 관할권을 가지고 있다.”고 규정하고 있다(연방헌법 제3조 제2항 제2문 후단).³⁰⁵⁾

이와 같은 헌법 규정에 따라서 연방대법원의 상고관할권은 연방의회의 입법에 의하여 그 범위 및 그 한계가 결정된다. 연방대법원은 상고관할 사건에 관하여 판단 여부의 재량을 가지고 있지 않으므로 이는 연방대법원에 과중한 사건 처리의 부담과 처리지연을 초래하였다.

3. Certiorari 관할 : certiorari 신청에 의한 상고허가관할

연방의회는 1925년 입법의 전면적인 관할 개혁 및 1988년 입법 개정을 통하여 연방대법원의 판단이 강제되는 권리상고에 의한 상고관할권을 폐지하고, 실질적으로 모든 연방대법원의 상고사건을 상고허가관할 대상으로 만들었다.

연방대법원의 사법심사를 받고자 하는 당사자는 연방대법원에 대하여 writ of certiorari를 발급해줄 것을 요구하는 신청(petition)을 하며, 신청을 받은 연방대법원은 그 신청을 받아들일 것인지 여부에 관하여 자유롭게 판단한다. 이와 같이 하급심의 판결에 대하여 불복하는 당사자가 연방대법원에 certiorari 신청을 하고, 연방대법원은 그 신청에 대하여 재량에 기하여 허가 여부의 판단을 하고, 허가판단을 부여한 경우에만 연방대법원의 사법판단을 하게

305) In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

되는 관할이 certiorari 신청에 의한 상고허가관할(이하, '상고허가관할'이라고 한다) 이다.³⁰⁶⁾

Certiorari 관할의 창설과 관할은 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도의 중심적 위치를 차지하므로 이에 관하여는 아래에서 상세히 살펴보기로 한다.

제3절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (1) : 상고허가관할

I. 연방대법원의 상고허가관할 제도

앞서 살펴본 바와 같이 연방대법원의 사법심사를 받고자 하는 당사자는 연방대법원에 대하여 writ of certiorari를 발급해줄 것을 요구하는 신청(petition)을 하며, 그 신청에 대한 연방대법원의 재량적 허가 판단을 부여한 경우에만 연방대법원의 사법판단을 하게 되는 관할이 상고허가관할이다.

아래에서 보는 바와 같이 미국 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도는 재판의 신속만을 목적으로 하는 제도로서 존재하지 아니한다. 연방대법원은 재판의 신속이라고 하는 가치를 그 자체로서 목적으로 설정하여 달성하려고 하지 아니한다. 재판의 신속이라고 하는 문제는 연방대법원의 과중한 사건 부담이라는 문제와 필연적으로 연관되어 있다는 점을 포착하여, 그 문제를 사건 부담의 경감이라는 과정을 통하여 해결하려는 경향을 보이고 있다. 그런데 사건의 부담을 경감하는 제도의 도입은 연방대법원의 역할 및 정체성과 직접적으로 연결되어 있으므로 매우 신중하게 논의하

306) certiorari 신청에 의한 상고허가관할의 내용은 신속한 재판을 구현하는 가장 중요한 제도라고 할 수 있으므로 그 상세한 내용에 관하여는 다음 항목에서 살펴보기로 한다.

며 발전시켰다.

이와 같은 발전과정에 결정적으로 연관을 맺고 있는 것이 상고허가관할 제도의 창설 및 그 확장이다. 연방대법원의 상고허가관할의 창설 및 그 확장에 관한 역사는 연방대법원의 사건부담의 경감 및 사건의 신속한 처리 및 사건 부담의 경감에 관한 미국 연방사법정책의 발전의 역사라고 할 수 있다.

II. 상고허가관할 창설 및 그 확장에 관한 역사

1. 연방순회항소법원의 설립과 상고허가관할의 창설

1865년 남북전쟁이 종료된 이후 미국 사회는 정치·경제·사회는 급속한 변화를 겪었다. 그 자연스러운 결과로 연방대법원에 접수되는 사건의 수가 급증하기 시작하였으며, 연방대법원의 사건의 처리가 지연되었다.

가령, 남북전쟁 직전인 1860년의 경우, 연방대법원에 계속되어 있는 사건은 310건이었던 것에 대하여 실제 판결을 내린 사건은 91건에 불과하였다. 이 추세는 점차 가중되었다. 1880년에는 1,202건의 사건이 연방대법원에 계속되었고 이 가운데 365건에 대하여 판단을 하였다. 이와 같은 상황은 더욱 악화되어 1888년경에는 연방대법원에 사건이 접수된 이후 3년 정도 기다려야 판단을 받을 수 있게 되었다.³⁰⁷⁾

연방의회는 1891년 입법을 통하여 연방순회항소법원(the circuit court of appeals)을 새로 설립하였다. 동법은 연방대법원의 필요적 상고관할이었던 사건의 일부를 연방순회항소법원의 관할로 하

307) Edward A. Harnett, Questioning certiorari : Some Reflections 75 Years After the Judge's Bill, 2000 CLMLR (Columbia Law Review) p. 1651.

였으며, 그 가운데 일부 유형의 사건에 대하여는 원칙적으로 연방 순회항소법원의 판단이 최종적인 것으로 하면서 그 사건들에 대하여 불복하는 당사자들은 연방대법원에 certiorari 신청을 할 수 있도록 하였고, 연방대법원은 그 신청을 심사하여 재량적으로 그 상고를 허가하였는바, 이것이 상고허가관할(certiorari 관할)의 최초의 창설이었다.³⁰⁸⁾

이와 같이 남북전쟁 이후의 사회변화 및 사법환경의 변화에 대응하기 위하여 창설된 상고허가관할은, 연방대법원의 사건 부담을 줄이기 위하여 연방순회항소법원의 일부 유형의 사건의 판단에 대하여는 더 이상 다투지 못하는 것으로 하는 과정에서 그 안전장치로서 도입되었다.

2. 1925년 연방대법원 관할 개혁에 관한 연방입법

20세기에 들어서며 미국은 경제·사회·정치적으로 급속한 발전을 이루었다. 그 결과 연방대법원은 다시 무거운 사건 부담에 직면하게 되었다.³⁰⁹⁾

연방대통령을 지낸 이후 연방대법원장에 취임한 William Howard Taft 대법원장은 연방대법원장에 취임 직후인 1922년 연방대법원의 관할 개혁에 관한 법안을 연방의회에 제안하였다.³¹⁰⁾ 법안의 중심내용은 연방순회항소법원의 재판에 대한 상고 사건을 모두 상고허가관할로 돌리는 것이었다.

1925년 연방의회는 위 개혁법안을 내용으로 하는 법원조직법(Judiciary Act)의 개정안을 통과시켰고 이를 통하여 연방대법원이 접수하는 사건 가운데 약 4분의 3에 해당하는 사건의 관할을 심판이 강제되는 상고관할로부터 연방대법원의 재량에 의하여 심판여

308) Harnett, 앞의 논문, p. 1656.

309) Eugene Gressman, Supreme Court Practice, BNA Books(2007). 235면.

310) Harnett, 위의 논문, p. 1662.

부를 결정하는 상고허가관할 사건으로 변경하였다.³¹¹⁾

3. 1988년 입법에 의한 관할 변화

1925년의 개혁입법에 의하여 연방대법원의 사건부담은 현저하게 감소되었다. 하지만 세월이 흘러가면서 상고관할로 남아있는 사건들은 다시 연방대법원에 커다란 부담으로 작용하게 되었다. 1988년 연방의회는 다시 입법을 개정하여 연방대법원이 필요적으로 심사하여야 하는 상고관할을 실질적으로 폐지하고, 연방대법원의 상고관할을 실질적으로 모두 상고허가관할 대상으로 만들었다.³¹²⁾ 그리하여 연방대법원은 연방대법원에 계속되어 있는 사건을 자유롭게 통제할 수 있게 되었다.

III. 연방대법원의 사건선별 기준 및 평의방식

1. 사건선별 기준

허가를 부여하는 기준에 관한 법률은 존재하지 아니한다. 그 기준을 법에 정하지 아니한 것은 상고허가관할의 본질이 어떠한 법적 기준에 기속되지 아니하고 자유롭게 그 사건의 상고심사에 관한 허가 여부를 결정한다는 것에 있기 때문이다.

연방대법원은 종래 선례의 기준을 종합한 guide line을 정하여 연방대법원 스스로 제정하는 연방대법원 규칙에 정하고 있다. 연방대법원은 동 규칙을 통하여 연방대법원이 상고허가를 부여하는

311) 43 Stat. 936 ; 입법과정 및 그 역사에 관하여는 후술함, Justice Frankfurter Dick v. New York Life Insurance Co. 359 U.S. 437, 448-463(1959), 반대의견 참조

312) 102 Stat. 662

것은 당사자의 권리로서 인정되는 것이 아니라 연방대법원의 재량에 의하여 부여하는 것임을 명백하게 선언하고 있다. 그리하여 연방대법원은 동 규칙의 규율내용이 정하고 있는 기준은 일응의 기준에 불과할 뿐 그 최종적인 허가 여부의 결정은 구체적인 사건을 판단하는 연방대법원의 판단에 의하는 것이다.

이 규칙에 따르면 연방대법원이 상고허가를 하는 기준은 해당 법적 쟁점의 ‘중요성’이라고 하는 기준이라고 할 수 있다.

연방대법원 규칙(Supreme Court Rule)

제10조 (certiorari 사건 심사에서의 고려하여야 할 기준)
certiorari 신청 사건에 대하여 연방대법원이 심사를 하는 것은 권리로서 인정되는 것이 아니라 연방대법원의 재량으로 결정되는 것이다. certiorari 신청은 불가결한 이유(compelling reasons)가 있는 경우에만 받아들여진다. 다음의 사항은 연방대법원이 고려하는 이유들이다. 그러나 이들 요소들은 연방대법원의 재량판단의 결정적인 것은 아니며, 연방대법원이 고려하는 사건 선별의 이유의 특징을 보여주는 것에 불과하다.

(a) 어느 연방항소법원이 중요한 법적 쟁점에 관하여 다른 연방항소법원과 충돌하는 판결을 내린 경우; 어느 연방항소법원이 중요한 연방법 쟁점에 대하여 다른 주 최고 법원이 내린 판결과 충돌하는 판결을 내린 경우; 연방항소법원이 널리 인정되는 통상적인 사법절차 진행과는 다른 방식으로 절차진행을 하거나 또는 하급법원의 그와 같은 절차진행을 허가함으로써 연방대법원의 감독

권을 발동해야 할 경우

(b) 주 최고법원이 중요한 연방법 쟁점에 간하여 다른 주 최고법원 또는 연방항소법원과 충돌이 되는 판결을 내린 경우

(c) 주 법원 또는 연방항소법원이 아직 연방대법원이 다루지 아니하였지만 반드시 다루어야 할 연방법의 중요한 문제에 관한 판단을 한 경우, 또는 이들 법원이 연방법의 중요한 문제에 관하여 연방대법원의 관련 선례와 충돌되는 판결을 한 경우

잘못된 사실 인정 또는 법의 잘못된 해석 적용으로 잘못된 판결이 내려진 경우 이에 대한 certiorari 신청은 매우 드물게 받아들여진다.

중요성의 판단요소로는 당해사건에서 문제되는 법적 쟁점의 특성, 하급법원의 판단오류의 정도 등 다양한 요소가 고려될 수 있다. 하지만 가장 결정적인 것은 해당 법적 쟁점이 얼마나 많은 사람들에게 영향을 미칠 것인가 하는 판단이다. 연방대법원이 선별하는 사건 가운데 헌법적 쟁점이 사건이 많은 이유도 헌법적 쟁점의 영향력이 가장 중대하기 때문이다.

2. 연방대법원의 사건선별의 평의방식

연방대법원은 지정재판부 또는 소부를 두고 있지 않으며 모든 평의는 전원재판부에서 행하고 있다. certiorari 신청 사건에 대한 평의 역시 전원재판부에서 행한다. 그리하여 그 허가 여부의 판단을 전원재판부의 평의에서 4명 이상의 대법관이 찬성할 경우 신청

을 받아들여 사법심사를 허가하는 전통을 형성하였다. 이를 일반적으로 4표의 법칙(Rule of Four)이라고 부른다.

IV. 상고허가관할 제도의 전면적 도입의 효과

1. 사건부담의 경감 및 신속한 사건 처리의 효과

연방대법원은 증가하는 상고사건 수와 사건 처리가 지연되는 문제에 대한 대책으로서 상고허가관할을 창설하였으며, 그 관할의 범위를 점차 확대하였다. 연방대법원의 사법판단 여부에 관한 재량적 권한은 연방대법원이 과중한 사건 수의 부담을 덜어내는 기능, 계속되어 있는 사건을 신속하게 처리하는 것을 가능하게 한다.

그리하여 연방대법원은 오늘날 해마다 접수되는 8천여 건의 사건 중에서 60-80여건의 사건에 대하여만 선택하여 그에 관한 사법심판을 하고 있다. 가령, 2009-2010년 개정기 동안 연방대법원에 접수된 총 8,085건의 사건 가운데 연방대법원이 선별하여 정식의 판결을 하였던 건수가 모두 77건이고, 약식재판으로 처리한 사건이 91건이며, 나머지 7,917건은 certiorari 신청이 기각되었다.³¹³⁾

2. 연방대법원의 역할과 기능의 변화

오늘날 연방대법원에 접수되는 거의 모든 사건은 상고허가관할 사건으로 접수되고 있으며, 연방대법원은 당사자의 certiorari 신청이 접수된 경우 법적 쟁점의 중요성을 기준으로 사건을 선별하여 사법판단하고 있다. 사건이 담고 있는 법적 쟁점이 중요하지 아닐 경우에는 가사 연방항소법원의 판단에 오류가 있는 경우에도

313) 124 Harv. L. Rev.(2010) 411, 419

이를 선별하지 아니한다. 하급심의 잘못된 판단을 발견하여 교정하는 것은 더 이상 연방대법원이 담당하는 역할이 아닌 것이다.³¹⁴⁾

오늘날의 연방대법원은 비록 대법원이라고 하는 명칭을 유지하고 있으나 하급심의 오판을 시정하는 기능보다는, 주로 헌법적 쟁점 또는 국가적으로 중요한 헌법적·법적 쟁점에 대한 통일적 해석을 하는 역할에 집중하고 있다.

연방대법원이 하급심의 잘못을 시정하는 역할에 중심을 두지 아니하게 된 것은 연방대법원이 사건을 심판할 것인지 여부에 관한 자유로운 재량을 갖는 상고허가관할을 창설하면서 부터이다.

William Rehnquist 전 대법원장은 연방대법원의 상고관할이 실질적으로 폐지되고 상고허가관할로 통합된 것이 연방대법원의 역할에 어떠한 영향을 미쳤는지에 관하여 다음과 같이 언급하였다.

연방대법원은 하급심의 잘못을 교정하는 일반적인 관할을 갖고 있는 항소심 법원(from an error-correcting court of general appellate jurisdiction)으로부터 헌법의 해석과 연방법에 관한 중대한 문제(constitutional interpretation and significant questions)를 해결하는 특별한 법원으로 거듭나게 되었다.³¹⁵⁾

3. 당사자, 소송주체들의 노력의 효과적 배치

314) 하급법원의 잘못된 판결에 대하여 Certiorari 허가를 부여하는 경우가 전혀 없다는 것은 아니다. 연방대법원은 비록 그 자체가 사회적 중요성이 없는 쟁점인 경우에도 잘못된 판결에 대한 허가를 부여 하였던 경우가 있었으나, 이는 예외적인 경우이다. 가령 사법시스템이 지나치게 잘못 운영되었다는 점을 발견하거나(Thomson v. City of Louisville, 362 U.S. 199 (1960)) 당사자에게 중대한 피해를 발생시키는 판결인 경우(Montana v. Kennedy, 366 U.S. 308, 309 (1961)) 등이다.

315) Rehnquist, *Seen in a Glass Darkly: The Future of the Federal Courts*, 1993 Wis. L. Rev. 1, 11

연방대법원은 상고허가 절차를 통하여 국가적으로 중요한 헌법적·쟁점을 가지고 있는 극히 일부의 사건만을 선별한다. 이와 같은 엄격한 절차를 거쳐서 상고허가를 받은 사건의 대리인들은 최선의 주장을 할 수 있도록 최대의 역량을 집중한다. 그리하여 재판부의 시간 소모를 경감시켜 주고, 재판부의 능력을 보완하여 주는 재판부의 지원군이 된다.

변호사 및 로펌은 연방대법원의 본안 사건을 대리하는 것은 당해 변호사 및 로펌의 지명도를 높일 수 있는 커다란 기회로 여기고 있다. 연방대법원에서 사건의 변론을 상시적으로 하는 로펌은 대형로펌 가운데에서도 이례적인 경우이며, 이들 대형로펌에서도 연방대법원의 상고허가를 받은 사건의 대리인은 연방대법원의 소송에 가장 정통한 해당 로펌의 대표주자를 선정하는 것이 관례이다.

대법원의 변론사건을 대리하는 변호사들은 하나의 변론 사건에 집중하여 사건을 연구한다. 그리하여 이들의 구두변론은 대법관들이 사건의 판단을 형성하는 것에 중요한 도움이 되는 것이다.

제4절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (2): 약식재판 제도(Summary Disposition)

I. 약식재판(Summary Disposition)

certiorari 신청을 받아들이는 재판을 하는 동시에 사건의 실체에 관하여 약식으로 재판하는 경우가 있다. 이와 같은 약식재판은 certiorari 신청을 허가하는 재판과 동시에 이루어지기 때문에 별도의 구두변론이 이루어지거나, 사건의 본안에 관한 서면제출기회가 주어지지 아니한 채 재판을 받게 된다.³¹⁶⁾ certiorari 신청 사건에 대한 처리를 규율하고 있는 연방대법원 규칙 제16조는 연방대법원

의 판단 형태는 본안에 관한 약식재판 형태일 수 있다고 규정하여 약식처리 절차의 근거를 규정하고 있다.

II. 약식재판의 유형

현재 연방대법원의 실무관행상 certiorari 심사단계에서 본안에 관한 판단까지 내리는 약식재판의 유형을 살펴보면 다음과 같다.

1. 이유를 기재하지 아니한 약식재판(summary disposition without opinion)

이유를 기재하지 아니하는 약식재판은 사건의 실체에 관한 사법판단으로서 certiorari 신청을 받아들인다는 판단과 이유를 기재하지 아니한 채 사건에 관한 사법판단을 하는 재판이다. 주로 하급심 법원의 판단을 파기하고, 연방대법원 스스로 사건에 대하여 재판을 하는 경우, 즉 하급심 판단을 번복(reversal)하는 판단에 사용하는 것이 일반적이다. 하지만 하급심 판단을 유지한다는 판단을 하는 것에 사용하기도 한다.³¹⁷⁾ 이와 같은 이유없는 약식판단은 하급심 법원의 판단이 명백하게 잘못된 판단이고, 이와 엇갈린 다른 법원의 판단이 명백하게 잘못된 경우에 주로 내려진다.³¹⁸⁾ 또한 이 유형의 판단은 연방대법원이 유사한 일련의 사건이 계속되어 있고, 새로운 법리를 세워 정식으로 판단을 하면서 나머지 사건을 약식으로 판단하는 경우에 내려지기도 한다.³¹⁹⁾

316) Eugene Gressman, 앞의 책(Supreme Court Practice), p. 342.

317) Eugene Gressman, 위의 책(Supreme Court Practice), p. 343.

318) United States v. Lane Motor Co., 344 U.S. 630 (1935)

319) Landau v. Fording, 388 U.S. 456 (1967)

2. 약식의 파기환송 재판(Summary Reconsideration Order)

이는 certiorari 신청을 받아들인다는 판단과 하급심 법원의 판단을 파기하는 판단을 하면서, 연방대법원 스스로 판단을 하지 않고 사건을 하급심으로 환송하는(remand)하는 경우이다. 이와 같은 판단은 본안에 관한 것일 경우도 있고, 적법성에 관한 것일 경우도 있다.³²⁰⁾

3. 약식의 이유가 붙은 대법관들의 서명없는 재판(Summary Disposition on the Merits by Per Curiam Opinion)

약식재판 중에는 certiorari 신청을 받아들이는 재판을 하면서, 사실관계와 이유를 기재하면 본안에 일부에 관하여 판단하는 재판이 있다. 이 형태의 재판에는 대법관들이 서명을 하지 아니하고 연방대법원 재판부로서 판단하는 판결문 형식(Per Curiam Opinion)을 취한다. 이와 같은 형태의 약식 재판은 예외적이고 드물다. 이와 같은 형태의 재판을 하는 경우는 주로 해당 분야의 법이 매우 확고하게 확립되어 있고, 사실관계에 관하여도 다툼이 없으며, 해당 사건의 하급법원이 판단의 오류를 범하였음이 명백한 경우이다.³²¹⁾

III. 약식재판의 평의방법과 그 효력

약식의 재판은 certiorari 신청에 대한 인용 판단과 함께 본안에 관한 재판을 하는 형태의 재판이므로 해당 사건에 관한 평의도

320) Eugene Gressman, 앞의 책(Supreme Court Practice), p. 345.

321) Schweiker v. Hansen, 450 U.S. 785, 791 (1981), Marshall 대법관 반대이견

certiorari 신청에 대한 평의와 함께 이루어진다.

약식재판은 연방대법원의 본안에 대한 재판으로서 판단내용에 따라 당사자에 대한 효력을 미친다. 또한 이는 본안에 대한 판단이므로 하급심의 판단을 유지한 재판이거나, 하급심의 판단을 파기한 재판이거나 선례로서의 가치를 갖는다.³²²⁾ 다만 연방대법원의 약식재판은 전면적인 심사를 통한 재판이 아니므로 특히 하급심을 유지한 재판은 선례로서의 구속력이 어느 정도 약화된다.³²³⁾

제5절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (3): 당사자가 제출하는 의견서의 제출 횟수 및 분량의 제한

I. 제도의 의의 및 기능

연방대법원은 연방대법원 규칙(2010. 1. 12. 개정, 2010. 2. 16. 발효, 이하 ‘연방대법원 규칙’이라고 한다)에 상세한 규정을 두어 당사자가 제출하는 의견서의 제출 횟수 및 분량을 엄격하게 제한한다.

의견서의 제출횟수 및 분량을 제한하지 아니하는 경우 당사자는 문제되는 사건과 관련되어 있는 법적인 쟁점을 무제한적으로 발굴하여 주장할 가능성이 있다. 이는 심판의 집중도를 떨어뜨리는 요인으로 작용함으로써 재판의 신속을 저해하는 요소가 된다.

한편, 당사자에게 자신의 주장을 할 수 있는 기회를 최대한 보장한다고 하는 절차적 보장의 차원에서 본다면 이와 같은 제출 횟수 및 분량을 제한하는 원칙은 문제가 있다. 그럼에도 불구하고

322) Eugene Gressman, 앞의 책(Supreme Court Practice), p. 344.

323) Hohn v. United States, 524 U.S. 236, 251(1998)

연방대법원은 매우 엄격하게 그 원칙을 수립하고 있을 뿐 아니라 그 원칙을 철저히 관철시키고 있다. 당사자가 자신의 주장을 효과적으로 개진할 수 있는 기회를 보장한다고 하는 전제 하에 주장 기회의 남용 가능성을 차단함으로써 신속한 재판이라는 가치를 우선하고자 하는 제도이다. 압축적이고 효과적인 의견 주장이 신속한 재판 뿐 아니라 공정한 재판에도 도움이 된다고 하는 믿음에 기초하고 있는 제도라고 할 수 있다.

II. 제도의 적용범위

동 제도는 연방대법원의 모든 관할의 사건에 적용되는 원칙이다. 아래에서는 연방대법원의 관할 가운데 가장 전형적이며 일반적인 관할인 상고허가관할의 경우를 중심으로 살펴보기로 한다.

상고허가관할의 경우 당사자는 두 단계의 판단과정을 거치게 되며, 그 단계에 대응하여 2단계의 서면제출단계를 거치게 된다. 의견서의 제출 횟수 및 분량이 제한 원칙은 certiorari 신청단계에서 제출되는 서면에 적용되는 원칙일 뿐 아니라, certiorari 신청을 허가하여 본격적인 사법심사를 하는 단계에서도 적용되는 원칙이다.

첫째, 연방대법원에 사법심사를 신청하는 당사자는 certiorari 신청단계에서 서면을 제출한다. 이 단계에서 제출하는 서면에서 당사자는 해당 사건이 연방대법원의 사법심사를 받을 필요가 있는 중요한 사건이라는 내용을 주장한다. 상고허가를 신청하는 사건이 중요한 헌법적 내지는 법적 쟁점을 가지고 있으므로 이에 대하여 상고심 사법판단의 허가를 해주는 것이 마땅하다는 내용을 기재하게 된다. certiorari 신청단계에서 연방대법원은 과연 당해 사건이 상고허가를 부여할 만큼 중요한 법적 의미를 갖고 있는 것인가를 판단하는 것이므로 제출하는 서면의 내용에서 신청자가 마땅히 승소해야 한다는 내용의 의견서는 재판부의 판단에 도움이 되지 아

니할 뿐 아니라 신청자 스스로에게도 전혀 이롭지 않은 서면이 되는 것이다.

둘째, certiorari 신청 허가를 받게 되면 사건의 본안에 관하여 주장하는 단계로서 본안과 관련하여 자신들의 주장을 담은 서면을 제출하게 된다. 문제되는 법적 쟁점에 대한 당사자 관점에서의 해석을 주장하며 제출하는 서면의 내용에서 신청자가 마땅히 승소해야 한다는 내용을 주장하게 된다.

상대방 당사자 역시 certiorari 신청단계 및 본안단계에서 각 대응하는 서면을 제출할 수 있다. 즉, 상대방 당사자는 certiorari 신청단계에서는 당사자의 의견서에 대응하여 해당 법적 쟁점은 상고허가를 부여할 만큼 중요한 성격을 갖고 있지 아니하다는 내용을 의견서로 작성하여 제출한다. 또한 상고허가가 부여된 단계에서는 해당 사건이 부적법하다거나, 이유가 없다는 등의 내용의 의견서를 제출함으로써 사건과 관련된 쟁점을 다투게 되는 것이다.

III. 연방대법원 규칙의 구체적인 규율내용

미국 연방대법원에 사법심사를 신청하는 당사자는 certiorari 신청단계에서는 해당 사건이 연방대법원의 사법심사를 받을 필요가 있는 중요한 사건이라는 내용의 서면을 제출하게 되고, certiorari 신청 허가를 받게 되면 사건의 본안과 관련하여 자신들의 주장을 담은 서면을 제출하게 된다. 상대방 당사자 역시 certiorari 신청단계 및 본안단계에서 각 대응하는 서면을 제출할 수 있다.

1. certiorari 신청단계의 경우

certiorari 신청 당사자는 1차례의 서면 제출 기회를 갖는다. 서면은 간략하고 명료하게 작성되어야 하며, 그 서면은 9,000단어의

제한을 넘어서는 안 된다(연방대법원 규칙 14조 제3호, 제33조).

상대방 당사자도 1회의 답변서를 제출할 기회를 갖는다. 법원이 명령을 하거나, 사형집행과 관련된 사건이 아닌 한 상대방 당사자의 답변이 강제되는 것은 아니다. 그 서면은 9,000단어의 제한을 넘어서는 안 된다(연방대법원 규칙 제15조 제2호, 제33조).

2. 상고허가 이후의 단계

certiorari 신청 허가를 받은 본안 서면을 중심으로 당사자들이 제출하는 서면이 과연 어떠한 시기, 횟수, 분량의 제한을 받는 것인지에 관하여 연방대법원 규칙의 내용을 중심으로 살펴보기로 한다.

가. 본안 서면의 제출기간 및 횟수

(1) certiorari 신청을 한 당사자(appellant, 이하 ‘청구인’이라고 한다)의 경우

연방대법원으로부터 certiorari 신청의 허가를 받은 청구인은 그 허가 결정이 내려진 후 45일 이내에 본안의 의견서를 제출하여야 한다(동 규칙 제25조 제1항). 청구인은 반대당사자의 서면이 접수된 후 30일이 경과하기 전까지 재반대 의견서를 제출할 수 있다(동 규칙 제25조 제3항). 결국, 청구인의 경우에는 원칙적으로 2번의 본안 서면 제출기회를 갖게 된다.

(2) 반대당사자의 경우

반대당사자(respondent)는 청구인의 본안 서면이 접수된 이후 30일 이내에 반대 의견서를 제출하여야 한다(동 규칙 제25조 제2항). 반대 당사자의 경우에는 원칙적으로 1번의 서면 제출기회를 갖는다.

(3) 추가서면

당사자들은 연방대법원의 변론 전까지는 추가서면을 제출할 수 있다. 하지만 그와 같은 추가서면은 종전 서면을 제출한 이후에 내려진 새로운 판례, 새로이 제정·개정된 법률사항, 그 밖에 원래의 서면 제출기한에는 가능하지 아니하였던 자료들에 관한 내용으로 한정된다(동 규칙 제25조 제6항).

나. 의견서의 분량

(1) 현재 연방대법원 규칙이 정하고 있는 분량의 한계

현재 연방대법원 규칙이 정하고 있는 제출서면 분량의 한계는 다음과 같다. 청구인의 최초 서면과 상대방 당사자의 반대서면은 15,000 단어의 한계 내에서 작성하여야 하며, 청구인의 재반대서면은 6,000 단어 내로 작성하여야 한다(동 규칙 제33조 제1항).³²⁴⁾

(2) 서면분량을 초과할 경우 재판부의 사전 허가

324) 연방대법원 규칙의 동 조항에서는 단어 수 뿐 아니라 해당 서면의 책자 형태, 색깔, 글자형태, 글자 자간, 줄 간격 등 매우 세세한 부분도 엄격하게 통일하여 규정하고 있다.

위에 기술한 바와 같은 서면분량을 초과하여 제출하고자 하는 당사자는 개별 연방대법관 또는 연방대법원 재판부로부터 사전에 허가를 받아야 한다{동 규칙 제33조 제1항 (d), 동 규칙 제22조}. 그런데 이와 같은 허가를 받는 경우는 물론이고 그와 같은 허가신청이 이루어진 경우도 매우 드물다.³²⁵⁾

3. 제도의 효과

연방대법원이 서면의 분량을 제한하는 것은 사건의 핵심적인 쟁점에 집중하여 주장을 하도록 하여 부차적이거나 반드시 필요하지 아니한 주장에 관하여는 이를 다루지 아니하도록 하는 효과가 있다. 또한 접수되는 서면의 횟수와 분량을 엄격하게 제한하는 제도는 접수되는 의견서의 제출 기간을 제한하는 제도와 결합하여 당사자의 대리인에게 서면 작성에 집중하게 하는 효과를 낳고 있다. 결국 이 제도는 연방대법원의 사건의 당사자들로 하여금 절차속에서 신속하게 사건을 분석하고, 그 주장을 명료하게 가다듬어 제출하도록 함으로써 전체적인 심판구조가 신속한 재판의 원리를 실현하는 방향으로 작동하도록 하는 데에 큰 기여를 하고 있다.

제6절 연방대법원의 신속한 재판을 위한 제도 (4): 동일 개정기 변론사건에 대한 동일 개정기 재판의 원칙

연방대법원에는 우리 헌법재판소법 제38조의 규율과 같이 접수된 이후 일정한 기간 내에 종국결정을 선고해야 한다는 규율을 갖고 있지 아니하다.³²⁶⁾ 하지만 이와 같은 유형의 규율로서 연방대

325) Eugene Gressman, 앞의 책(Supreme Court Practice), p. 703.

법원은 당해 개정기에 변론한 사건에 대하여는 당해 개정기에 선고를 하는 원칙을 관행으로 유지하고 있다.³²⁷⁾

각 대법관들이 독립적인 진도에 따라 사건 연구를 마치고 나서야 비로소 사건에 대한 평의를 여는 방식으로는 이 원칙을 유지하기 어렵다. 앞에 소개한 바와 같이 사건에 대한 변론을 진행한 직후에 평의를 하여 사건에 대한 잠정적 결론을 내리는 원칙을 관행으로 유지하고 있는바, 이 원칙은 많은 수의 사건에 대하여 변론을 열면서도 사건이 접수된 이후 1년이 채 경과하기 이전이라고 하는 신속한 기간 내에 재판을 종료하는 것이 가능한 것이다.

제7절 구두변론 제도의 운영과 신속한 재판의 구현

I. 연방대법원의 구두변론 제도

연방대법원은 사법심사하여 정식으로 판결할 사건으로 선별한 사건들에 대하여는 모두 구두변론을 거치도록 하고 있다. 연방대법원은 1년에 약 60-100여건의 사건에 대하여 상고심을 허가하는 certiorari 명령장을 부여하고 있으며 이들 사건에 대하여 구두변론을 거치게 된다.

연방대법원은 연방대법원에 접수되는 모든 상고사건에 대하여 심리를 진행하는 것이 아니라 연방대법원이 판단하기에 중요한 법

326) 우리 헌법재판소법 제38조는 헌법재판소에 접수된 사건의 심판기간을 정하는 규율을 하고 있다. 즉 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다는 규정을 두고 있다.

327) Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, Thomas G. Walker, *The Supreme Court Compendium, A Division of Congressional Quarterly*(2007년), p. 76.

적 쟁점을 가지고 있는 사건을 엄격하게 선별하여 판단하고 있다고 하는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 구두변론제도는 서면심리제도에 비하여 심리의 효율성이 떨어지고 따라서 사건의 신속한 재판의 가치를 실현하는 제도라고 하기 보다는 그 반대의 방향으로 작용하는 제도라는 측면이 있다. 연방대법원이 상고허가 제도를 통하여 사건선별을 한다고 하여 사건의 신속하고 효율적인 처리만을 추구하는 것이 아니라고 하는 점은 상고허가를 받은 모든 사건에 대하여 모두 구두변론을 시행하는 점에서 발견할 수 있다.

구두변론 절차에 대하여 연방대법원 스스로 높은 가치를 인정한다. 구두변론 절차는 단지 국민들에게 보여주기 위한 형식적인 것이 아니라 실질적으로 재판의 결과에 직접적으로 기여하는 장으로 활용되고 있다. 구두변론 절차의 긍정적인 운영은 대리인 변호사들의 역량에 의존하는 바가 매우 크다고 평가할 수 있다. 구두변론절차는 연방대법관들이 사건에 관하여 부족한 이해를 보충하고, 잘못된 관점을 수정하는 절차로 활용된다.

II. 구두변론 절차의 운영과 평의일정

1. 구두변론절차의 일정과 평의일정의 결합

연방대법원은 상고허가를 부여한 이후 통상 3개월 이상의 여유를 두고 구두변론의 일정을 잡는다.³²⁸⁾ 당사자들에게 본안에 대한 변론을 준비하고, 그 의견서를 서로 교환함으로써 상대방의 주장에 대하여 충분히 고려할 수 있도록 하기 위한 취지이다.

연방대법원의 개정기는 매해 10월 첫째 주 월요일에 개시되고 당일 첫 번째 구두변론이 개최된다. 개정기의 마지막 구두변론은 통상 4월의 마지막 주에 개최된다. 그리하여 연방대법원은 10월에

328) Lee Epstein, 앞의 책, p. 48.

시작한 정규 개정기 가운데 약 7개월 동안의 구두변론을 진행한 다. 그리고 한 달을 놓고 보았을 때, 통상 2주간 동안 변론을 개최 하고, 2주간 동안 휴지기를 갖는 방식으로 구성한다. 변론주간은 가급적 서로 연이어서 배치되도록 한다. 변론주간 중 실제로 변론 이 열리는 요일은 월, 화, 수요일이다.³²⁹⁾

연방대법원의 구두변론절차가 종료되면 변론이 열린 그 주간의 평의일에 해당 사건에 관한 평의를 마치는 것을 원칙으로 한다. 이로써 연방대법원은 상고허가를 부여하여 정식의 재판을 하는 모 든 사건에 대한 구두변론을 진행하며, 연방대법원의 사건 평의는 해당 사건에 대한 구두변론을 하였던 주에 이루어지도록 하는 것 이다.

그리하여 변론주간의 금요일은 원칙적인 평의일이다. 그 주에 변론이 이루어진 사건들 중 이미 수요일 오후에 평의를 하였던 월 요일 변론 사건을 제외한 나머지 사건들에 대하여 평의한다. 구두 변론 주간의 수요일 오후에 그 주의 월요일에 변론이 이루어졌던 사건에 대한 평의가 열리기도 한다. 이는 원칙적인 평의일인 금요일 평의의 부담을 덜기 위함이다.³³⁰⁾

2. 구두변론절차 일정과 평의일정 결합의 효과

구두변론과 평의의 일정을 가깝게 배치하는 관행은 연방대법원 의 판단작용에 다양한 긍정적인 효과를 피하기 위한 의도적인 설 계이다. 그 효과를 보면 다음과 같다.

첫째, 구두변론 직후에 평의를 하는 것은 대법관들의 판단작용 및 기억에 도움이 된다. 모든 정식재판 사건에 대하여 구두변론을

329) <http://www.supremecourt.gov> 중 연방대법원의 구두변론 및 평의일 정 캘린더 참조

330) William H. Rehnquist, Supreme Court, Vintage Books(2002년), p. 252.

진행하는 것이므로 한 달 평균 약 십여 건 사건에 대한 변론이 스케줄에 따라 계속 진행된다. 따라서 이와 같은 스케줄이 아닌 경우에는 한 사건의 변론에 대한 기억이 다른 사건의 변론과 혼동되어 판단작용에 어려움을 겪게 되며, 변론에서 논의하였던 것들이 무위로 돌아갈 가능성도 있다.

둘째, 구두변론 직후에 평의를 하는 실무관행에 따라 연방대법관들은 변론을 준비하며 사건에 자신의 의견을 형성하기 위하여 충분히 준비하게 되며, 평의에서 자신의 확정적 결론을 발표하기 위하여 변론과정을 보다 적극적으로 활용하게 된다. 구두변론을 준비하는 연방대법관들은 변론직후에 평의가 이루어질 것을 알고 있으므로 변론을 준비하는 과정 및 변론에 참여하는 과정에서 보다 밀도있게 사건에 대한 판단을 위한 준비를 하게 되는 것이다.

연방대법관들은 사건 연구에 대한 기억이 신선한 상태에서 변론에 참여하게 되고, 변론에 대한 기억이 신선한 상태에서 사건의 결론에 대한 의사형성을 집중적으로 하게 되며 이와 같은 과정을 통하여 신속한 재판이 간접적으로 강제된다.³³¹⁾

이와 같은 변론일정과 평의일정 스케줄의 관행은 신속한 재판을 실현하는 원칙인 동시에 재판부는 물론이고 당사자 대리인들을 포함한 재판절차의 참여자들이 구두변론 과정에 역량과 준비를 집중하게 만드는 제도이기도 하다. 재판절차의 참여자들은 구두변론의 과정이 재판의 결론에 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 과정임을 알고 있기 때문에 구두변론과정에 최대한의 역량을 투입하여 각자의 관점에서 가장 바람직한 결과를 도출하는 제도로 운영하고 있다. 연방대법원의 구두변론절차와 평의의 일정은 연방대법원의 사법심사에서 변론의 논의가 중요한 일부가 될 수 있도록 설계되어 있다.

331) 해당 사건에 대한 변론이 끝난 이후 사건에 대한 평의가 이루어지기 까지 그 사건에 대한 별도의 집중적인 연구를 하지 아니하는 것이 일반적인 관행이나, 판결문 작성 과정에서 판결문 작성 대법관 주도 하에 별도의 연구가 이루어진다.

제8절 우리 헌법재판제도에 주는 시사점

I. 재량에 의한 사건선별 제도의 도입 가능성과 필요성

1. 사건 선별의 의미

일반적으로 헌법재판소 및 대법원 등 최고법원의 사법판단은 두 가지 기능을 담당한다. 그 하나는 재판부 앞에 와서 다투고 있는 당사자들 간의 분쟁을 해결하는 기능(dispute resolution)이고 다른 하나는 미래의 당사자들 간의 분쟁을 방지하기 위한 규범을 형성하는 기능(rule making)이다. 연방대법원이 certiorari 관할을 통하여 사건선별의 권한을 갖고, 그 권한을 통하여 상고신청 사건 가운데 매우 한정된 수의 사건에 대하여만 심판을 하는 것은 위 두 가지 사법기능 가운데 규범을 형성하는 기능(rule making)에 집중하고 있는 것을 알 수 있다. 규범이란 일반적인 효력에 의하여 장래의 수많은 분쟁을 규율할 가능성을 갖는다. 연방대법원이 규범형성의 기능에 집중한다는 것은 현재 계쟁된 사건의 당사자들 사이의 분쟁에 관한 해결에 집중하는 것이 아니라 장래의 수많은 당사자 간의 법적 분쟁을 규율하는 것에 집중하고 있다는 의미로 해석할 수 있다.

2. 사건선별 제도의 도입 가능성

가. 재판소원 제도 도입과 관련

우리 헌법재판소법은 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 아님을 규정하고 있다(제68조 제1항). 법원의 재판에 대한 헌법소원의 도

입 필요성에 관하여는 많은 헌법학자들의 강조하여 주장하고 있으며, 헌법재판소도 최근 재판에 대한 헌법소원의 도입을 내용으로 하는 헌법재판소법 개정의견을 국회에 제출한 것으로 알려지고 있다.

재판소원 제도를 도입하는 경우에는 그 제도를 단순히 소원을 청구하는 개인의 기본권 구체 차원의 제도로 운용할 것인가, 아니면 법률해석에 있어서의 합헌적 법률해석의 보장 및 헌법상 기본권의 수호와 보장의 제도로써 도입할 것인가의 결정이 필요하다.

헌법재판소의 가용자원에 비추어 보았을 때 재판소원 제도를 전면적인 개인의 구제제도로서 운용하는 것은 효율적인 헌법 및 기본권 보장수단이라고 보기 어렵다. 법원의 재판에서 패소한 당사자들은 거의 대부분 헌법재판소로 사건을 청구함으로써 승소할 수 있는 마지막 기회로 활용할 가능성이 많다. 현재도 적지 않은 사건 부담에 시달리는 헌법재판소가 현재 대법원에 계속되는 사건 수만큼의 새로운 사건 부담을 갖게 되는 경우에는 당사자의 권리 구제도 효과적으로 보장할 수 없을 뿐 아니라 헌법재판소가 담당하여야 할 규범형성기능도 충분히 달성하지 못할 것이기 때문이다.

따라서 헌법재판소가 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 경우에는 장래의 법형성 기능에 집중하는 미국 연방대법원의 certiorari 제도를 참고할 필요가 있다. 즉, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 경우에 중요사건을 선별하여 사법판단을 하는 방안이 보다 적절할 것으로 판단된다.

사건을 선별하여 심사대상으로 삼는 certiorari 유사 제도를 도입하는 경우에는 비록 법원의 재판에 의하여 기본권 침해가 당하였다고 하는 모든 당사자를 구제할 수 없는 문제가 있으나, 헌법재판소가 중요한 헌법적 쟁점을 가지고 있는 재판으로서 합헌적 법률해석의 원칙에 합치하지 않는 방법으로 법률을 해석·적용한 재판에 집중하는 효과를 기대할 수 있다. 이들 재판은 규범형성 작용을 통하여 수많은 미래의 당사자들에게 영향을 미칠 것이며,

헌법의 규범력에 직접적으로 영향을 미치는 재판들이기 때문이다.

나. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판 제도의 개선과
관련

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 위헌법률심판 제청 권한을 가지고 있는 법원이 그 권한을 적극적으로 활용하지 아니함으로 인하여 위헌법률심판 제도가 유명무실화 되는 것을 방지하기 위하여 당사자에게 헌법소원 형태로 위헌법률심판을 구하도록 한 것이다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 경우에는 법원에 소송이 계속되어 있는 당사자는 자신의 사실관계에 적용되는 법률조항에 관하여 위헌의 주장을 함으로써 적법성을 쉽게 획득할 수 있다. 따라서 위헌성의 의심이 있다고 보기 어려운 지극히 상식적인 법률조항에 관하여도 적법하게 위헌심판의 청구를 할 수 있다. 또한 자신과 직접적으로 관련이 없는 규율영역에 관한 위헌의 주장을 하는 것도 가능하다. 그런데 헌법재판소의 실무는 심판대상인 규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사한다고 하는 입장으로서(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680) 특별히 심판대상을 한정하지 아니하는 이상 청구된 법률조항 전부에 대하여 모든 헌법적인 관점에서 심사하는 것을 원칙으로 하고 있다. 그리하여 위에서 언급한 바와 같은 전혀 위헌성이 인정되기 어려운 조항, 청구인과 관련없는 규율영역의 위헌성을 다투는 심판대상 조항에 관하여도 아무런 제한없이 전면적으로 위헌 여부의 심사를 하여야 하는 것이다.³³²⁾

332) 그리하여 일부 견해에서는 당사자의 사정과 구체적인 관계가 없는 사건규범들은 심판의 대상에서 제외되어야 한다는 주장을 한다. 김시철, “우리 위헌법률심판절차 등의 심판대상(심사범위)”, 「헌법실무연구」 제4권, 헌법실무연구회, 2003, 504면, 그러나 이와 같은 주장은 적법성 여부의 판단과 심판대상의 한정을 구분하지 아니한 문

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 다른 나라에서 도입하지 아니 하고 있는 매우 획기적인 제도로서 헌법재판소 창립 당시의 사법현실에 비추어 보았을 때 반드시 필요한 제도였으며, 위헌법률심판 제도가 성공적으로 운영되는 것에 큰 기여를 하였다. 하지만 제도가 정착이 된 현재의 헌법재판현실에서는 헌법재판소의 과중한 사건 부담의 원인으로 작용하고 있는 것이 사실이다. 따라서 그 개선점에 관하여 논의할 필요가 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 본질은 기본권 침해에 따른 헌법소원이 아니라 법원의 위헌제청신청권 불행사에 대한 견제로서의 규범통제 제도로서의 성질을 가지고 있다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 대한 제도적 제한은 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원 제도에 비하여 광범위한 형성여지가 있으며, 따라서 이를 제한하는 형태의 개선안을 마련하는 것도 상대적으로 자유롭게 상정할 수 있다.

3. 사건 선별에 관한 구체적 제도 형성

앞서 논의한 바와 같은 취지에 따라 우리의 헌법재판제도에 재판소원 제도를 도입하는 경우, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 심판을 개선하는 경우 중요한 사건을 선별하는 제도를 도입한다면 그 선별하는 방식과 절차를 어떻게 마련하는가는 매우 중요한 문제이다.

현재 헌법재판제도에는 헌법소원 사건의 사전심사를 위한 지정재판부 제도를 운용하고 있다. 따라서 사건을 선별할 것인지 여부를 전원재판부의 평의를 통하여 판단할 것이 아니라, 기존의 지

제가 있으며, 과연 현실적으로 그와 같은 심판대상의 한정어 쉽지 아니하다는 문제가 있다. 이에 관하여는 김진한, “법률조항의 위헌심사 범위 및 심판청구의 적법성(당해사건의 사실관계와 무관한 경우를 중심으로)”, 헌법재판소 내부보고서, 헌법재판소, 2010, 참조.

정재판부 제도를 활용하는 것이 효율적이라는 의견이 있을 수 있다. 하지만 다음과 같은 이유 때문에 사건을 선별하는 작업은 전원재판부에서 행할 필요성이 강하다.

첫째, 선별기준이 개방적인 경우에는 그 판단의 재량이 일반적인 헌법소원 심판청구의 적법성 요건에 비하여 광범위하므로 지정 재판부별로 판단의 편차가 극심할 우려가 있다. 중요성 심사 내지 위헌성 의심 여부의 심사는 사건의 본안에 관한 중요한 평가를 담고 있는 판단으로서 본질적으로 주관적인 판단이므로 3인의 지정 재판부가 헌법재판소를 대표하여 담당하기에 적당하지 아니한 특징을 가지고 있다.

둘째, 전원재판부의 평의에서 선별할 경우에는 다양한 논의와 문제제기를 통하여 사건의 중요성이 새롭게 부각될 가능성이 있다. 따라서 중요한 헌법적 쟁점에 대한 헌법재판소의 판단을 보장하기 위해서는 전원재판부에서 판단할 필요가 있다.

셋째, 사건의 중요성 등을 기준으로 사건을 선별한다는 것은 중요하지 아니한 사건을 떨어낸다는 의미 보다는 장기적으로 헌법재판소의 역할과 정체성을 형성하는 정책적 판단으로서의 의미를 가지고 있으므로 이는 전원재판부에서 담당하는 것이 적합한 판단이라고 할 것이다.

II. 서면의 분량 등의 제한에 관한 제도 도입 가능성과 필요성

헌법재판소의 판단은 헌법적·법적 쟁점에 대한 판단으로서 심판이 계속되어 있는 동안 새로운 증거를 계속 발견할 수 있는 심판이 아니다. 따라서 대리인이 집중하여 준비한다면 여러 차례에 걸쳐 반복적으로 서면을 낼 필요가 없이 한 번에 제출할 수 있는 것이다. 오히려 그와 같이 준비하는 것이 당사자의 주장을 효과적으로 정리하는 측면이 있다.

횟수 제한없이 제출할 수 있는 체제의 단점은 준비하는 대리인들의 집중력이 떨어지며, 제출되는 서면에 기재되어 있는 내용도 반복적인 내용이 많다는 점이다. 또한 반복적으로 제출되는 서면 가운데에는 사건의 쟁점에 관하여 주장을 하는 서면이라고 하기 보다는 대리인이 얼마나 성의를 다하고 있는가를 보이기 위한 서면 제출인 경우가 많다. 이와 같은 반복적인 서면 제출은 재판부 및 연구부의 제출 서면에 대한 집중력을 떨어뜨리고, 사건의 핵심을 흐리게 하는 경우가 많다.

헌법재판의 심리에서 중요한 법적인 쟁점은 1-3개 정도로 집중된다. 하지만 헌법규범의 개방성으로 인하여 당사자가 노력하기에 따라서는 이보다 훨씬 많은 수의 쟁점을 주장할 수 있다. 의견서의 분량을 제한하지 아니하는 경우 당사자는 쟁점을 무제한적으로 발굴하여 주장할 가능성이 있으며, 그에 따라 제출서면의 분량도 무한정 증가할 가능성이 있다. 이는 심판의 집중도와 대리인 제출서면의 신뢰도를 떨어뜨리게 되므로 재판부를 위하여서나 당사자를 위하여서 바람직하지 아니하다.

결국, 당사자가 제출하는 의견서의 분량과 횟수를 제한하는 것은 효율적인 재판을 위한 것일 뿐 아니라 효과적인 재판을 위하여도 필요한 제도라고 할 수 있다. 다만, 제도를 도입하는 경우에도 너무 경직적으로 운영할 것이 아니라 반드시 필요한 경우에는 그 사유를 소명하여 재판부로부터 허가받은 이후 일정한 분량을 더 작성하여 제출할 수 있도록 하거나, 일정한 횟수 더 제출할 수 있도록 하는 것이 바람직한 방안으로 생각한다.

제9절 결어

사법판단을 통한 실효적인 권리구제를 위해서는 우선 재판의 공정성과 적법절차가 확보되어야 하고, 아울러 적절한 기간 내에

권리구제절차가 이루어지는 재판의 신속성도 요청된다. 아무리 공정하고 적정한 재판이라 하더라도 그 재판의 종결이 지나치게 지연되는 경우에는 재판에서 중국적으로 승소하더라도 권리구제의 실효를 거둘 수 없게 되거나 또는 그 의미가 반감될 수 있다.

한편, 신속한 재판이라고 하는 가치는 헌법재판이 추구해야 할 유일한 가치가 아니라 다양한 이념과 가치 가운데 하나의 가치이다. 따라서 다른 중요한 가치들과 분리되어 독립적으로 추구할 수 있는 것이 아니라 다른 가치를 함께 고려하는 가운데 실현할 수 있다. 다양한 가치와 이념 가운데에는 신속한 재판의 이념과 상충하는 가치도 있는바, 그들 상충하는 가치 가운데 과연 무엇을 포기하고, 과연 어느 지점에서 절충하고, 조화하여 그들 가치를 실현할 것인가의 문제는 해당 재판기관의 역할 및 사명을 무엇으로 보는가의 문제와 깊이 연관되어 있다.

연방대법원이 신속한 재판의 원칙을 구현하기 위한 제도 및 실무를 살펴보는 것은 단순히 신속한 재판의 원칙을 어떻게 실현하고 있는가의 문제에 그치는 것이 아니라 신속한 재판의 원칙을 구현하는 과정에서 연방대법원이 선택하였던 가치의 경로를 살펴보는 것이라는 점에서 의미있는 작업이다.

헌법재판소의 재판의 신속성을 위한 제도의 개선은 헌법재판의 정체성과 역할을 과연 어떻게 파악할 것인가에 관한 고민의 기초 위에 이루어질 필요가 있으며, 그 제도 개선을 통하여 단순히 신속성을 개선하는 차원을 넘어 헌법재판기관의 정체성과 역할을 재정립할 필요가 있다.

제7장 신속한 헌법재판을 위한 제도개선방안

제1절 심판절차 체계

I. 현행법에 의해서도 가능한 제도개선 - 이른바 ‘합의에 의한 해결(Verständigungslösungen)’ 또는 화해(Vergleich) 제도 도입여부

최근 당사자의 법적 분쟁을 해결하는 수단으로서 전통적인 재판절차(Litigation) 이외에 다양한 형태의 재판 이외 분쟁해결수단(Alternative Dispute Resolution, ADR)이 적극적으로 활용되고 있다. 법률적 분쟁에 있어서 당사자들에 대하여 법원이 제시한 법적 견해를 바탕으로 재판 이외의 해결수단을 강구하고, 그에 따라 분쟁을 해결하라고 요구하는 것은 법원에 의한 재판을 청구할 수 있는 권리를 침해할 수 있다는 점에서 소송법적인 측면에서 정당화하는 것은 매우 어려운 작업이다. 하지만 이러한 재판 이외의 분쟁해결수단은 신속하게 분쟁을 해결할 수 있을 뿐만 아니라 당사자가 수용할 수 있는 내용으로 분쟁을 종국적으로 해결할 수 있으며, 엄격한 재판절차를 이용하지 않는다는 점에서 사법부의 업무 경감과 효율적인 재판진행을 위해서 불가피한 측면도 있어 다양한 분야에서 점차 확대되고 있는 추세이다.

이러한 현상은 헌법재판의 경우에도 마찬가지로 적용할 수 있다. 즉, 신속한 헌법재판의 도모와 헌법재판소의 업무 경감을 위해 헌법재판에서도 이런 재판 이외의 분쟁해결수단을 적극적으로 활성화하는 것을 검토해 볼 수 있다. 이 부분에 있어서도 독일의 헌법재판제도의 사례를 참고할 수 있을 것이다. 독일에서도 엄격한 소송법적 원칙에 따른 재판절차 이외에 위와 같은 재판 이외의 분쟁해결수단이 동원되고 있다. 이와 관련하여 지금까지 주로 세 가

지 해결방안이 제시되고 있다. 우선, 권한쟁의심판절차(Organstreitverfahren)에서 이루어지고 있는 서면에 의한 해결(Brieflösung)이 있다. 즉, 재판부(Senat)는 심판진행 과정에서 사건과 관련한 헌법적 문제들에 대하여 숙고한 내용을 서면으로 전달하고, 계속적으로 관련 법적 상황을 간결하게 설명하면서, 당사자에 대하여 기간을 설정하여 헌법재판소의 견해를 바탕으로 하여 분쟁을 의회에서 해결할 수 있는지 여부에 대하여 알려줄 것을 요청하는 방식이다. 물론 이 과정에서 재판부는 당사자 사이에 합의가 성립되지 않는 경우 스스로 즉시 결정한다는 내용도 반드시 서면에 첨부하도록 한다.

이러한 방법은 어느 정도 헌법적 분쟁의 신속한 해결에 기여할 수 있다. 하지만 이는 헌법재판소로 하여금 헌법의 내용을 구체적으로 형성할 본래적 임무를 해태하게 하는 결과를 초래할 수 있는 위험성이 있다. 이러한 법적 견해(Wille)의 제시를 통한 해결 방식을 동원해서는 헌법재판소가 자신의 헌법적 판단이나 결정을 통해 헌법내용을 적극적으로 형성할 수 없기 때문이다. 즉, 이러한 헌법재판절차의 종결절차는 헌법재판의 객관적 법적 기능은 소홀히 한다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 독일연방헌법재판소는 이러한 문제점에 대해서도 해결책을 마련하였다. 즉, 재판부의 결정으로서 헌법재판 절차를 종결하는 과정에서 서면(Brief)은 절차 종결 과정의 일부로서 공보(Amtliche Sammlung)에 기재하도록 규정하고 있다. 이러한 방법을 통해서 헌법재판 과정에서 재판부가 법적 견해를 제시함으로써 실질적으로 헌법내용에 대한 판단과 형성으로 이어질 수 있도록 하고 있는 것이다. 계속 중인 절차의 종료라는 측면에서 검토해 보면 이러한 형태의 독일연방헌법재판소의 대응방식은 가장 적절한 방식이 될 수도 있다. 헌법재판소는 재판부의 입장에서 볼 때 당사자들에게 어쨌든 헌법소송을 통한 다툼의 해결보다는 보다 헌법적으로 문제가 없는 상태에서 분쟁에 대한 해결책을 제시하는 것이다. 헌법재판소에 의하여 제시된 이러한 해결책은 당사자 양측의 입장에서 볼 때 완벽한 최선책은 아니겠지만 적어도 모든 것을 상실하게 되는 위험부담은 거의 사라지게

된다.

신속한 헌법재판을 도모하고 헌법재판소의 업무과중을 피하기 위해 우리의 헌법재판소에서 이러한 방식의 분쟁해결 방안의 도입·실행 여부를 검토할 수 있다. 먼저 위와 같은 분쟁해결 방식의 도입여부에 관해서 중립적 입장에서 판단해야만 하는 헌법재판소가 헌법재판 절차에 적극적으로 개입하여 소송 외적인 해결을 이룬다는 점은 다소 부담스러운 측면이 있으나 앞으로의 헌법재판의 지속적인 증가에 대비하기 위해서는 이러한 분쟁해결 방안도 적극 고려할 필요성이 있다고 판단된다. 이러한 경우에는 민사재판뿐만 아니라 형사, 지적재산, 혼인과 상속, 국제투자분쟁 등 현재 다양한 분야에서 활용되고 있는 재판 이외의 분쟁해결수단의 적용사례를 면밀히 검토하여 그 장단점을 분석하고, 이를 헌법재판의 특성과 차이점을 고려하여 적절히 반영하여야 할 것이다. 다음으로 위와 같은 분쟁해결방식의 도입이 현행법으로 가능한지, 입법적인 뒷받침이 있어야 하는 것인지 문제된다. 헌법재판소법 제40조 제1항에서는 헌법재판소의 심판절차는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 민사소송의 법령을 준용한다고 되어 있고, 특히 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 준용하도록 되어 있다. 또한 행정소송법에서도 당해 법률에 특별한 규정이 없는 경우 민사소송법을 준용하도록 되어 있다.³³³⁾ 현행 민사소송법 제220조, 제231조에서는 재판상 화해 또는 화해권고결정 제도에 관하여 규정되어 있다. 즉, 현행 행정소송법에서 재판상 화해 또는 화해권고결정을 배제하는 규정이 없기 때문에 형식적으로는 헌법재판에서도 (탄핵심판은 제외) 민사소송법 상 재판상 화해 또는 화해권고결정 제도가 이용될 수 있는 것으로 보인다. 그러나, 헌법재판은 민사재판처럼 사인들간의 법적 분쟁을 해결하는 것이 아니라, 공권력과 사인간 또는 공권력 간의 분쟁을 해결하는 분쟁해결절차이다. 사인간의 법적분쟁해결은 사적자치의 원칙이 적용될 수 있는 연장선

333) 행정소송법 제8조

상에 있는 것이라고 할 수 있으나, 공권력을 둘러싼 법적분쟁해결은 분쟁 당사자들의 이익을 조정하는 과정이 아니라 헌법의 내용을 확인하는 과정이라 할 것이다. 당사자들간 분쟁을 당사자들이 스스로 결정한다고 하더라도 그것이 제3자에게 어떤 피해를 입히지 않지만, 공권력이 개입되어 있는 분쟁에서는 분쟁당사자들이 스스로 만든 분쟁해결방안이 제3자에게는 일정한 피해나 손해를 가할 수 있기 때문에 또는 헌법해석과 관련된 것이므로 헌법재판제도에서 당사자들의 분쟁해결을 스스로에게 맡기고 그것에 일정한 규범력을 부여하는 것은 다소 부적절해 보인다. 다만, 앞서 거론된 독일에서의 제도처럼 권한쟁의심판과 같은 헌법재판에서는 당사자들의 자율적인 분쟁해결을 인정하는 것을 고려해볼 수 있을 것이다. 그런데 이러한 화해제도를 도입한다고 해도, 이는 사적자치에 바탕에 깔려있는 민사소송법 상 재판상 화해제도와는 근본적으로 성격을 달리한다. 즉, 권한쟁의 분쟁에 대한 당사자간의 일정한 합의가 있더라도 그 내용이 헌법 및 법률에 어긋나서는 안 되는 것이므로 민사소송법의 재판상 화해규정을 권한쟁의심판에 직접 적용하기는 어렵다고 보여진다. 따라서 권한쟁의 심판에 대해서 화해제도를 도입한다면 그 내용을 법률에 구체적으로 규정할 필요는 있는 것이다.

II. 입법적 해결이 필요한 제도개선

1. 지정재판부의 권한확대

현재 우리나라의 헌법재판제도에서는 지정재판부가 운영되는데, 헌법재판절차에서 헌법재판관 3인으로 구성된 지정재판부는 헌법재판소법 제68조 제1항과 제2항의 헌법소원심판에서 사전심사를 하는 경우에만 이용되고 있다. 그리고 동법 제72조 제3항에 따라 3인 모두의 찬성으로 소송요건의 불비를 이유로 각하할 수 있다.

또한, 지정재판부는 동법 제72조 제4항에 따라 전원재판부의 심판에 회부하는 결정을 할 수도 있다. 그러나 지정재판부는 본안에 대한 인용이나 기각을 결정할 권한은 가지고 있지 않다. 다만, 본안에 관하여 제한된 범위에서 관여할 수 있는데, 사안의 필요성과 긴급성을 고려하여 가처분 신청에 대한 기각결정은 할 수 있다. 여기에서 헌법재판의 신속성과 효율성을 확대하기 위해서 현재 극히 제한된 권한만 인정되고 있는 지정재판부의 권한을 확대하는 것을 생각해 볼 수 있다. 물론 지정재판부의 권한을 확대하기 위해서는 헌법재판소법의 개정이 필요할 것이다.

헌법재판에 있어서 지정재판부의 권한의 배분과 조정은 독일의 헌법재판제도의 사례를 통해 시사점을 도출할 수 있다. 독일연방헌법재판소법 제93c조는 지정재판부를 통한 헌법소원의 인용(Stattgabe der Beschwerde)에 대하여 규정하고 있다. 즉, 제93c조 제1항은 「제93a조 제1항 문구(Buchstabe)의 전제조건이 충족되고, 헌법소원에 대한 판단에 있어서 중요한 기준이 되는 헌법적 문제가 연방헌법재판소에 의하여 이미 결정된 경우에는, 헌법소원이 명백히 이유 있는 경우 지정재판부는 헌법소원을 인용할 수 있다. 이 결정은 재판부(Senat)의 결정과 동일한 효력을 가진다. 단, 어떤 법률이 기본법 혹은 그 이외의 연방법과 합치되지 않거나(unvereinbar) 혹은 무효(nichtig)라고 선언하는 제31조 제2항의 효력을 가지는 결정(Entscheidung)은 재판부(Senat)에 유보된다.」고 규정하고 있다.

따라서 지정재판부는 헌법소원의 인용결정을 할 수 있고, 다만 법률의 위헌결정에 해당하는 헌법불합치 혹은 위헌무효결정은 할 수 없도록 하고 있다. 이와 같이 독일 연방헌법재판소의 지정재판부가 연방헌법재판소법 제93c조 제1항의 헌법소원의 인용결정을 할 수 있도록 하는 것은 헌법소원의 진행기간을 대폭적으로 단축할 수 있는 기능을 한다. 우리나라의 경우에도 헌법소원절차에서는 지정재판부의 권한을 확대하여 제한된 범위에서 헌법소원에 대해 인용결정할 수 있는 권한을 부여하도록 제도를 개정하는 것은

국민의 재판받을 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 재판의 신속성과 효율성을 제고할 수 있는 기능을 할 것이므로 이러한 제도의 도입도 적극적으로 검토할 수 있다고 생각된다.

이와 함께 지정재판부의 심판절차와 관련하여 연방헌법재판소법 제93d조 제1항은 「제93b조와 제93c조에 의한 결정은 구두변론 없이 선고된다. 심판회부에 대한 거부는 이유제시의 필요가 없다.」고 규정하고 있다. 제1문에 의하면 제93b조의 헌법소원의 각하결정과 심판회부결정 및 제93c조의 인용결정은 구두변론이 요구되지 않아 신속한 재판진행을 도모할 수 있다. 더 나아가 제2문은 우리 대법원의 심리불속행 제도와 마찬가지로 각하이유의 불고지를 규정하고 있다. 이와 같이 절차를 간소화하는 절차규정은 헌법소원 진행기간을 단축하여 신속한 재판을 달성하는 수단이 될 것이다. 따라서 우리나라의 헌법소원절차에서도 국민이 재판청구권과 조화와 균형을 유지하면서도 신속한 재판진행을 위해 이러한 제도의 도입을 검토해 볼 수 있으리라 판단된다.

2. 사전적 위헌법률심판의 도입

우리나라의 현행 헌법재판제도는 위헌법률심판에 있어서 헌법 제107조와 헌법재판소법 제41조를 통해 법률의 헌법 위반 여부가 재판의 전제가 되어야 함을 요구하고 있다. 여기서 위헌심사의 대상이 되는 법률은 형식적 의미에서의 법률이므로 원칙적으로 국회에서 의결되어 공포됨으로써 효력이 발생한 법률이어야 한다. 이러한 헌법재판절차를 신속히 수행하기 위하여 사전적 위헌심사제를 도입하는 방법을 고려해볼 수 있을 것이다. 헌법재판, 특히 위헌법률심판에 있어서 위헌적인 상황이 발생한 경우에 사후적으로 이를 교정하는 것은 이미 발생한 위헌적 결과를 시정하기 어려울 뿐만 아니라 그와 관련하여 발생한 파급적인 권리관계에도 영향을 미치게 되어 법적 분쟁의 해결이 복잡하게 된다. 따라서 이러한

위헌적인 상황이 발생하지 않도록 사전에 배려하고 조정하는 것이 가능하다면, 나중에 발생한 헌법재판의 쟁점을 명확하게 하여 재판의 신속성과 효율성을 제고하는 것은 물론 관련 당사자들의 복잡한 권리의무와 이해관계의 혼란을 사전에 차단하는 효과가 있다. 이에 대해서는 프랑스의 헌법재판제도를 참고할 수 있을 것이다.

프랑스는 사전적 위헌법률심사를 하는 대표적인 국가로 평가받고 있다. 프랑스 헌법은 원래 우리의 경우와 달리 법률이 공포되기 전에 법률의 규정이 헌법에 합치되는지 여부에 대해 헌법재판소가 심사하는 사전적 위헌법률심사제도만을 인정하였으나, 헌법을 개정하여 사전적 위헌법률심사와 함께 법률이 공포된 후 법원의 재판 중에 법률규정이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해하는지 여부에 대해 심사하는 사후적 위헌법률심사제도 모두를 인정하고 있다. 즉, 프랑스의 경우에는 사전적 위헌법률심사제도는 제5공화국 헌법제정시부터 존재했으나, 사후적 위헌법률심사제도는 2008년 헌법 개정으로 새로이 도입된 것이었다.³³⁴⁾ 사전적 위헌법률심사제도와 관련하여 프랑스는 1789년 프랑스혁명 이래 1958년 헌법이 시행될 때까지 의회가 국민의 유일한 대표자라고 하는 의회주권주의 또는 의회우위주의의 사고 및 사법에 의한 통치에 대한 공포와 불신이 지배적이었다. 이에 따라 의회의 활동을 통제하거나 그의 절대적인 주권을 제한할 수 있는 권한을 부여받은 다른 국가기관이 존재할 수 없었다. 그러다가 1958년 헌법에서 비로소 의회의 권력남용을 방지하기 위하여 규범통제기관으로서 헌법재판소(Conseil Constitutionnel)를 설치하였고, 헌법재판소에 의한 사전적 규범통제절차를 도입하였던 것이다.

프랑스 헌법 제61조는 법률을 ‘조직법률’(loi organique)과 ‘보통법률’(loi ordinaire)로 구분하는데, ‘조직법률’과 ‘의회규칙’(règlements des assemblées parlementaires)과 ‘국민투표를 통

334) 한동훈, 『프랑스의 위헌법률심사제도』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012, 26면.

한 법률’(loi référendaire)에 대해서는 법률이 공포되기 전에 자동적·의무적으로 헌법재판소에 의한 위헌심사를 거치도록 하며, ‘보통법률’은 단지 심판청구가 있는 경우에만 위헌심사를 받게 된다. 조직법률은 공권력의 조직에 관해 헌법의 시행에 관한 것으로서 헌법과 보통 법률의 중간에 있다고 볼 수가 있는데, 우리나라의 국회법에 해당하는 의회규칙도 의회와 정부 간의 권력균형에 관한 근본적인 의미를 가지고 있는 법률이라는 점에서, 프랑스 헌법은 공포 전 헌법재판소에 의한 위헌심사를 필요적으로 거치도록 규정하고 있다. 또한 2008년 7월 헌법 개정으로 국민투표를 통한 법률 가운데 국회의원이 발의한 경우도 의무적 위헌심사의 대상이 되었다. 이처럼 법률 중에서도 특별히 중요성을 가지는 경우에 효력을 발하기 이전에 미리 위헌심사 과정을 거치도록 하는 프랑스 헌법 재판절차는 입법단계에서 헌법재판소가 이미 위헌성 여부를 판단하게 된다는 것이 핵심적인 특징이다. 이는 위헌성을 내포하는 법률이 시행되어 폐단이 발생한 후 비로소 청구에 의해 위헌 여부가 논의되는 것보다 더욱 신속하고 효율적일 수 있다. 종래 우리나라의 사후적·구체적 위헌법률심사 절차를 보다 신속하게 진행할 수 있게 만드는 데에는 이러한 프랑스의 심판절차 방식이 부분적으로라도 도입되는 방안이 고려될 수 있으리라 생각한다.

나아가 프랑스 헌법은 사전적 위헌법률심사제도의 심사기간이 지연되는 것을 방지하기 위해 헌법에 심사기간의 제한을 두고 있다. 사전적 위헌법률심사제도의 헌법적 근거인 프랑스 헌법 제61조는 “ ① 헌법재판소에로 심판회부는 조직법률의 경우에는 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안의 경우에는 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙의 경우에는 그것이 시행되기 전에 한다. ② 이와 같은 목적을 위해 공화국 대통령·수상·하원의장·상원의장·60인의 하원의원·60인의 상원의원은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 제청할 수 있다. ③ 제1항과 제2항의 경우 헌법재판소는 1개월 내에 결정하여야 한다. 단, 긴급한 경우 정부의 요구에 따라, 그 기간은 8일로 단축된다. ④ 제1항, 제2항, 제3항의 경우, 헌법재판소에 대한 제청은 공포기간의 진행을 중단

시킨다.”고 규정하고 있다. 즉, 헌법 제61조 제3항과 제4항은 심사기간을 1개월로 규정하고, 긴급한 경우 정부의 요구에 따라, 그 기간을 8일로 단축할 수 있음을 규정하고 있는 것이다. 우리도 헌법재판소법 제38조(심판기간)에서 “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 결위로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 결위된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다.”고 규정하고 있어 유사한 취지의 규정을 두고 있다. 프랑스의 심판기간은 우리에게 비해 단기간인데 이는 입법으로 인해 야기될 수 있는 정치적 사회적 논란을 조기에 불식시키기 위한 제도적 취지가 담긴 것으로 평가할 수 있다. 또한 프랑스는 사전적 규범통제의 심사기간을 헌법차원에서 규정하고 있는데, 이는 우리가 헌법재판소법에서 심사기간 조항을 두고, 이를 강제성 없는 훈시규정으로 해석하는 것과 비교할 때 신속한 재판에 대한 규범력을 확보하고자 노력한 것으로 평가할 수 있다.

한편 프랑스의 국회에서 의결되는 법률안 중 그 대부분을 차지하는³³⁵⁾ 정부제출 법률안의 경우 헌법재판소를 통한 사전적 위헌심사 외에 별도의 사전적 위헌심사가 있다. 프랑스 헌법 제39조에서는 정부제출 법률안의 경우 반드시 행정최고재판소의 의견을 듣고 난 후에 국무회의 심의를 거쳐 발의하도록 되어 있다. 그래서 정부제출 법률안의 경우 행정최고재판소의 의견을 듣고 난 후에야 발의할 수 있으므로 행정최고재판소에서 많은 부분 위헌성에 대한 검토가 있게 된다. 따라서 법률안의 위헌성에 대해서 행정최고재판소에서 이미 검토된 부분이 있으므로 그만큼 헌법재판소에서 심사기간이 단축될 수 있는 것이다. 또한, 헌법재판소 사무처장이 행정최고재판소 출신인 경우가 대부분이기 때문에 행정최고재판소와 헌법재판소 간의 관계가 유기적으로 협조가 잘 되는 관

335) 대부분을 차지하고 있는데, 11대 국회인 1997년 6월부터 2002년 4월 까지 정부제출 법률안은 341건의 통과된데 반하여 의원발의 법률안은 81건만 통과되었다.

336) Pierre Pactet et Ferdinand Melin-Soucramanien, Droit constitutionnel, 30e ed., Sirey, 2011, p.469.

계를 형성하고 있다는 것도 크게 작용한다고 할 수 있다. 그리고 헌법재판소에 사전적 위헌법률 심판이 청구되면 정부의 내각사무처장이 보고서를 제출하기도 하는데 이 보고서가 위헌심판을 하는데 큰 참고자료 역할을 하고 있다.

요컨대, 프랑스에서는 헌법재판소가 위헌심사의 최고기관으로 활동하나, 다만 그 위헌심사가 주로 이루어지는 시점이 법령 공포·시행 이전이라는 점이 특색이 있다. 이러한 사전적 위헌심사는 앞서 언급한 바와 같이 법령의 공포·시행 이전에 미리 법령의 합헌성 여부를 심사하여 위헌적인 법령이 실제 시행되는 시행착오를 줄이자는 의도를 내포하고 있다. 신속한 재판이라는 관점에서 볼 때 장차 시행될 위헌적인 법령의 수를 줄일 수 있다면 헌법재판에 회부되는 사건수가 줄어들 것이고 그렇다면 이는 신속한 재판에 기여할 수 있는 것이기 때문에 사전적 위헌심사를 도입하자고 주장하는 것이다.

한편, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제도는 2008년 헌법 개정에 따라 도입되었는데, 이는 사전적 위헌심사의 제청권자들이 위헌성이 있는 법률규정에 대해 위헌심사를 제청하지 않고 지나쳐 버린 경우나 법률이 시행된 다음에 비로소 위헌성이 나타나는 경우에 국민의 기본권의 보호에 부족하다는 지적이 제기되었기 때문이다.³³⁷⁾ 프랑스의 사후적 위헌법률심판에서 신속한 재판을 도모하는 규정 중 우리가 참고할 점은 다음과 같다.

프랑스에서는 사후적 위헌법률심판이 제청된 경우 당해 사건 소송의 종료로 인해 사후적 위헌법률심판에 어떠한 영향이 미치지 않도록 규정함으로써 당사자가 소를 취하하거나, 사망하거나에 관계없이 헌법소송은 계속되도록 규정하고 있다. 이에 반하여, 우리는 구체적 규범통제제도의 성격을 강조하여 당해 사건 소송의 당사자가 법원에 계속된 소송의 종료를 초래하는 소송행위(소·항소·상고등의 취하, 화해, 인낙 등)를 하는 경우 위헌법률심판절차

337) 한동훈, 앞의 책, 50면.

도 종료되도록 하고 있다. 당해 사건의 소송 당사자의 소송행위로 인해 소송이 종료되는 경우, 우리의 경우가 프랑스보다 헌법소송을 조기에 종결하도록 규정되어 있다고 평가할 수 있으나, 당해 사건과 관련하여 헌법적 해명이 필요한 사안에 대하여도 엄밀한 검토 없이 위헌법률심판절차를 종료할 수 있다는 점에서 반드시 바람직하다고 평가하기는 어렵다.

프랑스의 사후적 위헌법률심사제도의 경우 최고법원인 파기원과 국사원은 사건이 접수된 후 3개월 내에 헌법재판소로 사후적 위헌법률심판을 제청할지를 결정해야 하며, 이 기간 내에 결정을 내리지 않은 경우 자동적으로 제청이 있는 것으로 간주된다. 그리고 이와 같은 최고법원의 제청거부결정에 대한 이의신청은 불가능하다. 이에 반해, 우리의 경우에는 하급심 법원의 위헌제청결정을 대법원이 저지할 제도적 장치가 더 이상 존재하지 않는다.³³⁸⁾ 현재 우리 헌법재판소법에 의하면 각급 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의해서 위헌법률심판제청신청을 할 수 있고, 다만 위 신청은 대법원을 단순히 경유하게 되어 있다. 따라서 위헌법률심판 대상이 되느냐 되지 않느냐는 전적으로 각 법원의 재량에 맡겨져 있는 것이다.

따라서 위 프랑스의 사례를 참작하여 신속한 재판이라는 목적에서 볼 때 각급 법원이 헌법재판소에 직접 위헌법률심판제청신청을 할 것이 아니라, 대법원에 위 신청을 하고 대법원이 최종적으로 이에 대하여 헌법재판소 회부 또는 불회부 결정을 하게 하는 방안을 생각할 수 있다. 대법원의 특정 재판부가 헌법재판에 대한 전문성을 확보하여 이러한 업무를 전담한다면 헌법위반 여부가 문체된 일정한 분쟁이 신속하게 해결될 수 있는 한 수단이 될 수 있는 것이다. 다만, 대법원이 헌법재판소에 대한 회부여부에 대한 독립적인 판단권을 확보하게 될 경우 법원의 독립과 재판의 독립이라는 또 다른 헌법적 가치가 훼손될 수 있는 여지가 있다는 지적도 있을 수 있다. 왜냐하면 위헌법률심판제청신청은 구체적 사건

338) 한동훈, 앞의 책, 67-68면.

이 전제된 것으로 그 사건을 담당할 법원의 판단에 대해서 상급법원이 이에 관여하는 것은 일견 법원의 독립에 부정적일 수 있기 때문이다. 따라서 향후 이러한 제도 도입 여부가 문제된 경우 신속한 재판의 필요성과 재판의 독립성에 대한 침해의 가능성에 대하여 심도 깊은 논의가 전제되어야 할 것으로 보인다.

제2절 재판처리 실무의 개선

I. 현행법에 의해서도 가능한 제도개선

1. 평의 실무 개선

헌법재판을 신속하게 진행하기 위해서는 절차적으로 필요한 기간을 최대한 단축하는 것이 요구된다. 물론 현재 헌법재판관의 인원이나 조직, 구성과 업무부담 등을 고려할 때 물리적으로 필요한 최소한의 시간은 있지만, 헌법재판의 필요한 절차기간을 단축하는 방향에서 관련 법제도와 시스템을 전환하는 것을 고려할 필요가 있다. 현행 헌법재판소법 제30조는 “ ① 탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의한다. ② 위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다.” 고 규정하여 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판은 구두변론으로만 진행하고, 사건의 대부분³³⁹⁾에 해당하는 위헌법률심판과 헌법소원심판은 원칙적으로 신속한 헌법재판을 위하여 서면심리에 의하지만 예외적으로 재판

339) 헌법재판소 홈페이지(<http://www.ccourt.go.kr>, 2013. 9. 26. 최종방문)의 심판사건 누계표에 의하면 2013. 8. 31. 현재까지 총 24,341건의 사건 중 탄핵심판 1건, 정당해산심판 0건, 권한쟁의심판 81건 외의 모든 심판이 위헌법률심판과 헌법소원심판이다.

부의 판단에 따라 구두변론에 의할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 구두변론에 의하여 심리하는 경우의 구두변론 후 평의일과 관련하여서는 우리 헌법재판소법 및 헌법재판소 심판규칙 등 관련 법령에서는 별도의 규정을 두지 않고 있다.

헌법재판의 신속성과 효율성을 제고하기 위한 비교법적 사례로는 미국의 경우를 들 수 있고, 이를 참고할 수 있을 것이다. 즉, 신속한 헌법재판을 실현하기 위하여 미국 연방대법원이 상고허가 제도를 통하여 선별된 1년에 약 60-100여건의 사건에 대해서는 구두변론을 실시하면서 동시에 원칙적으로 구두변론절차가 종결되면 변론이 열린 그 주간의 평의일에 해당 사건에 관한 평의를 마치는 관행이 있는 것을 헌법재판소 재판처리 실무에 참고할 수 있다. 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판을 구두변론으로 진행하는 경우와 위헌법률심판과 헌법소원심판을 사건의 중요성 등을 고려하여 구두변론으로 진행하는 경우에 구두변론을 마친 그 주간에 평의일을 잡는 것을 규칙이나 내규로 정할 필요가 있다. 구두변론을 마친 그 주간에 평의일을 정한다면 헌법재판관들의 판단작용 및 기억에 도움이 될 뿐만 아니라, 구두변론 직후에 평의를 하게 되므로 구두변론을 준비하는 과정에서 평의를 대비하기 위해 자신의 의견을 형성하기 위해서 충분히 준비하게 되므로 신속한 헌법재판이 가능해지게 된다.

만약, 구두변론을 마친 주간에 평의일을 정하는 것을 규정화 한다면 헌법재판소 심판규칙 제12조가 “ ① 구두변론은 사전에 제출한 준비서면을 읽는 방식으로 하여서는 아니 되고, 쟁점을 요약·정리하고 이를 명확히 하는 것이어야 한다. ② 재판관은 언제든지 당사자에게 질문할 수 있다.” 고 규정하여 구두변론을 하는 경우 준비서면을 읽는데 그치는 것이 아니라 실질적으로 중요한 법적 쟁점을 충분히 심사할 수 있도록 한 취지를 살릴 수 있을 뿐만 아니라 동시에 신속한 헌법재판이 가능해 질 것이다. 이와 같이 재판절차의 과정에서 구두변론과 그에 후속되는 평의일을 법령에 규정하는 것은 구체적인 타당성과 탄력성을 보장하면서도 재판의 신

속성을 제고할 수 있는 수단이 될 수 있을 것이다.

다음으로 미국 연방대법원은 동일 개정기 재판원칙을 수립하고 이를 재판에 반영하고 있는데, 즉 미국 연방대법원은 구두변론을 진행한 후, 당해 개정기 내에 변론을 마쳤으면 가급적 당해 개정기에 선고를 하거나, 당해 개정기에 변론을 마치지 못한 사건에 대해서는 다음 개정기의 초반에 변론을 여는 원칙을 관행으로 갖고 있다. 그런데 미국 연방대법원과 달리 헌법재판소는 ‘개정기’라는 개념이 없기 때문에 위와 같은 미국 연방대법원의 재판실무를 우리의 경우에 직접 적용할 수는 없다고 보여진다. 다만 먼저 심리가 시작된 사건에 시간적인 우선권이 부여되어야 한다는 위 원칙은 우리의 헌법재판에 참고할 필요가 있다. 우리의 경우 헌법재판소의 결정은 대개 구두변론이 아니라 서면심리에 의해서 이루어지면서 다만 ‘평의’절차가 선행되고 있다. 그런데 ‘평의’에 상정되는 것은 사건접수 순서가 아니라 헌법재판소가 최종적인 결정을 할 수 있을 정도로 사건심리가 진행된 사건이 우선적으로 상정되는 순위에 있다. 따라서 신속한 헌법재판을 받을 권리보장과 관련하여 ‘평의’에 상정되는 우선순위는 사건접수번호에 따르고, 만약 ‘평의’ 이후에도 헌법재판소 결정을 하기 어렵다면 다음 평의 때마다 그 사건에 우선순위를 부담하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다. 물론 위 실무화의 변화를 위해서 평의일에 상정될 수 있는 사건에 대한 우선순위에 관한 사항을 헌법재판소 심판 규칙이나 내규 등에 규정한다면 신속한 헌법재판을 위한 하나의 제도가 될 수 있을 것이다.

2. 지정재판부의 청구요건 사전심사강화

헌법재판소법 제72조에 의해서 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부는 헌법소원심판의 청구가 다른 구제절차를 모두 거치지 않은 경우, 제69조의 청구기간이 지난 경우, 헌법재판소법 제25조에

다른 대리인의 선임 없이 청구된 경우, 그 밖에 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우 등에 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다. 이러한 헌법재판소 지정재판부의 사전 요건 심사가 강화된다면 신속한 헌법재판이라는 공익이 달성될 수 있고, 완화된다면 개별국민의 권리구제에 도움이 되어 국가작용의 헌법위반의 오류를 시정할 수 있는 기회가 많아질 것이다.

헌법재판의 적법요건을 심사하는 지정재판부의 권한과 운영에 대해서도 미국의 사례를 참고할 수 있다. 즉, 현재의 미국 연방대법원은 하급심의 오류시정 보다는 헌법적 쟁점 및 국가적·사회적으로 중요한 쟁점들을 통일적·일관적으로 해석하는 역할에 중점을 두고 있다. 개별 국민의 권리구제차원 측면에서는 한 번의 권리구제 기회가 없어졌다는 비판도 가능하지만, 하급심의 잘못을 교정하는 항소심법원의 역할을 하기보다는 헌법의 통일적 해석과 중대한 문제를 해결하는 법원으로써의 역할을 하기 위하여 재량에 의한 상고허가관할제도를 도입한 것이다. 우리의 헌법재판의 경우에도 헌법적으로 중요한 쟁점을 충분히 심사하고 신속하게 심판하기 위하여 지정재판부가 헌법소원의 청구요건을 심사하는 기능을 강화하는 것을 적극적으로 고려할 수 있다. 청구 요건의 심사를 강화하는 것과 관련하여 기본적으로 헌법재판소의 헌법연구관의 수를 늘려야 할 것이다.³⁴⁰⁾ 이를 위해서는 현재 헌법재판소에 일시적으로 판견근무를 하는 판사 또는 검사의 인원 수 확대를 통한 연구관 확보보다는 계속적으로 근무하는 헌법연구관을 확보한 후 지정재판부를 전담하는 헌법연구관을 늘림으로써 지정재판부의 헌법재판관이 청구요건 심사를 신속하게 할 수 있도록 하여야 한다.

340) 김철용·김문현·정재황, 앞의 책, 36면.

II. 입법적 해결이 필요한 제도개선

1. 위헌법률심판제청신청 결정의 원용

우리나라 헌법재판소법 제38조는 「헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7인의 출석이 불가능한 때에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 이를 산입하지 아니한다.」고 규정하여 헌법재판소의 심판기간을 심판절차의 종류와 관계없이 180일 이내로 제한하고 있다. 이는 헌법 제27조 제3항이 규정하고 있는 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 구현한 것이라고 해석된다. 이러한 법정 심판기간에 관한 규정에 대하여 헌법재판소는 앞에서 검토한 바와 같이 일반적으로 강행규정이나 효력규정이 아니라 훈시규정에 불과하다고 보고 있다.³⁴¹⁾ 이렇게 훈시규정으로 본다면 헌법재판소법 제38조의 규정의 의미는 헌법 제27조 제3항에 따라 신속한 헌법재판을 촉구하는 정도라고 보아진다. 그러나 재판처리 실무를 놓고 보면, 이와 같은 법정 심리기간이 현실적으로 제대로 지켜지고 있지 않다는 점이 문제가 있다.

재판처리 실무에 있어 법정심리기간을 빈번히 초과하는 이유는 법정심리기간이 비현실적이거나 또는 심판절차의 종류나 사건의 난이도를 고려하지 않고 획일적 기간을 둔 점, 혹은 법정심리기간 자체는 적정하다 하더라도 현실적으로 헌법재판소의 업무처리능력에 비추어 업무가 지나치게 과중하여 재판이 지연되는 점 등에서 찾을 수 있을 것이다. 이러한 부분에 대해서는 독일의 헌법재판제

341) 앞에서 본 민사소송법규정이나 소송촉진등에 관한 특례법규정에 대해서도 훈시규정으로 보고 있다(이시윤, 『신판 민사소송법』, 박영사, 1991, 673-674면.; 이재상, 앞의 책, 35면.); 그러나 신속한 심판을 받을 권리를 보장해 주기 위해서 이를 강제규정으로 보아야 할 것이라는 견해도 있다.(김철수, “헌법소송제도의 문제점과 개선방안”, 이규석교수정년기념논문집, 1992, 553면.)

도에서 채택하고 있는 위헌법률심판제청 보고서를 통해 간이하게 종결하는 방식을 참고할 수 있을 것이다. 독일 헌법재판절차의 경우 독일연방헌법재판소법 제30조 제1항은 “결정의 선고는 구두변론의 종결로부터 3월 이내에 하여야 한다.” 고 규정하고 있을 뿐인데, 연방헌법재판소의 만성적인 업무의 겹침으로 인하여 평균적인 소송절차기간(Verfahrensdauer)은 비교적 상당히 긴 편이다. 1990년에서 2001년까지의 헌법소원의 평균적 소송기간은 1년이 67.8%, 2년이 20.8%, 3년이 4.3%, 4년 이상은 3.3%이며, 계속적으로 계류된 소송절차는 3.8%이다³⁴²⁾. 이는 모든 재판관들을 통한 소송 대상에 대한 집중적인 검토를 요구하는 평의절차 진행의 어려움 및 지정재판부에 소속된 모든 재판부구성원들이 지정재판부에서의 헌법소원청구의 각하결정에 소요되는 부담이 너무 크다는 점에서 기인한다고 분석되고 있다.³⁴³⁾ 1990년 이래로 구동독지역에서의 헌법소원의 제기를 고려해 볼 때 중간정도의 소송기간이 예측 가능한 장래에서는 단축될 수 없고, 헌법재판에 있어서 개별절차의 소송기간의 장기화 역시 피할 수 없게 되었다. 이러한 사정을 이유로 또 다른 재판부의 신설도 고려되고 있는 실정이다³⁴⁴⁾.

이러한 점에서 독일에서도 재판처리 절차 개선을 통한 소송기간의 단축방안이 논의되고 있는 바, 이는 유사한 소송기간 문제를 겪고 있는 한국에 시사하는 바가 클 것으로 보인다. 그 중에서도 위헌법률심판제청의 보고서(Berichterstattungsschreiben)에 의하여 소송절차를 종료시키는 방안에 대하여 주목해볼 필요가 있겠다. 독일의 경우, 연방헌법재판소에 계류중인 소송절차의 종결을 위한 연방헌법재판소의 모든 노력들이 반드시 연방헌법재판소법에 근거해야만 하는 것은 아니다. 즉, 법관의 위헌법률심판제청(Richtertervorlage)에 있어서 해당법관은 위헌법률심판제청의 미흡함을 제시하거나 혹은 위헌법률심판제청이 아마도 유지될 수 없는 이유가 포함된 법적인 조언(rechtliche Hinweise)을 제시하는 보고

342) Säcker, 앞의 책, S. 97.

343) Säcker, 위의 책, S. 96

344) Säcker, 위의 책, S. 96

서(Berichterstattungsschreiben)를 작성하여 헌법재판소에 제출하는데 헌법재판소는 위 보고서가 타당하다고 판단될 경우 위 보고서를 통해 헌법재판소의 결정없이 절차를 종료한다.³⁴⁵⁾

독일의 위와 같은 절차는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서 고려해 볼 만하다. 각급 법원은 당해 재판의 당사자로부터 위헌법률심판제청신청을 받은 뒤 이에 대하여 신청이 이유있다고 판단하면 헌법재판소에 위헌법률심판제청신청을 하고, 신청이 이유없다고 판단하면 기각결정을 하게 된다. 즉, 기각결정을 할 때 각급 법원은 헌법적 판단이 포함된 결정문을 작성하게 되는데, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서 헌법재판소는 위 법원의 기각결정이 타당하다고 판단될 때에는 별도로 변론절차를 거치거나 결정문을 작성하지 말고 위 기각결정문을 원용하면 되는 것이다.

현행 헌법재판소법에서는 이와 같은 원용이 가능한지 여부에 대해서 어떤 규정도 두고 있지 아니하나, 위와 같은 간이절차는 이러한 해결방식이 법원이 자신의 결정을 단지 마지못해서 다른 기관의 평가에 맡기는 결과를 야기할 수 있다는 문제점이 있다.³⁴⁶⁾ 따라서 이 제도의 도입은 일정한 공론화 과정을 거쳐 법률로 규정된 이후 시행됨이 바람직하다.

2. 서면분량 등의 제한에 관한 제도 도입

헌법재판소법 제26조 제1항은 “헌법재판소에의 심판청구는 심판절차별로 정하여진 청구서를 헌법재판소에 제출함으로써 한다. 다만, 위헌법률심판에서는 법원의 제청서, 탄핵심판에서는 국회의 소추의결서(訴追議決書)의 정본(正本)으로 청구서를 갈음한다.” 고 규정하며, 제43조는 위헌법률심판에 있어서의 법원 제청서의 기재

345) Löwer, 앞의 책, § 70 Rn. 225.

346) Löwer, 위의 책, § 70 Rn. 225.

사항, 제56조는 정당해산심판 청구서의 기재사항, 제64조는 권한쟁의심판 청구서의 기재사항, 제71조는 헌법소원심판 청구서의 기재사항에 대해서 규정하고 있다. 다만, 그 청구서의 분량 등과 관련하여서는 헌법재판소법 및 심판규칙에서 제한하고 있는 바가 없다. 헌법재판소³⁴⁷⁾는 판단유탈을 재심사유로 허용하고 있으며, 따라서 당사자는 청구서의 분량 제한이 없기 때문에 헌법규범의 개방성으로 인하여 사건과 직접적 관련이 없더라도 생각해낼 수 있는 모든 사유를 청구서에 적어내는 것이 유리하게 된다. 이에 대해서 헌법재판소는 모두 판단해야 하기 때문에 신속한 헌법재판이 어려워진다.

우리 헌법재판소의 결정들을 분석해보면 심리에서 중요한 법적인 쟁점은 1-3개 정도로 압축된다. 하지만 제출서면의 분량에 대한 제한에 대해 아무런 규정을 가지고 있지 않는 법제도로 인하여 당사자의 노력여하에 따라서는 이보다 훨씬 많은 수의 쟁점을 주장할 수 있게 되었고, 그에 따라 제출서면의 분량도 무한정 늘어나는 결과가 초래되었다. 이는 재판의 신속성을 저해할 뿐만 아니라 심판의 집중도와 대리인 제출서면의 신뢰도를 떨어뜨리게 되므로 재판부를 위하여서나 당사자를 위하여서 바람직하지 아니하다. 미국의 연방대법원 규칙(2010. 1. 12. 개정, 2010. 2. 16. 발효, 이하 ‘연방대법원 규칙’이라고 한다)에는 의견서 분량에 대한 제한규정이 있는데, 이는 우리 헌법재판절차의 신속성을 향상시키는데 있어서 시사하는 바가 크다.

연방대법원은 연방대법원 규칙에 상세한 규정을 두어 당사자가 제출하는 서면의 제출 횟수 및 분량을 엄격하게 제한한다. 연방대법원으로부터 certiorari 신청의 허가를 받은 청구인은 그 허가 결

347) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3, 판례집 13-2, 457

공권력의 작용에 대한 권리구제형 헌법소원심판절차에 있어서 ‘헌법재판소의 결정에 영향을 미칠 중대한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’를 재심사유로 허용하는 것이 헌법재판의 성질에 반한다고 볼 수는 없으므로, 민사소송법 제422조 제1항 제9호를 준용하여 “판단유탈”도 재심사유로 허용되어야 한다.

정이 내려진 후 45일 이내에 본안의 의견서를 제출하여야 한다(동 규칙 제25조 제1항). 청구인은 반대당사자의 서면이 접수된 후 30일이 경과하기 전까지 재반대 의견서를 제출할 수 있다(동 규칙 제25조 제3항). 결국, 청구인의 경우에는 원칙적으로 2번의 본안 서면 제출기회를 갖게 된다. 반대당사자(respondent)의 경우에는 청구인의 본안 서면이 접수된 이후 30일 이내에 반대 의견서를 제출하여야 한다(동 규칙 제25조 제2항). 반대 당사자의 경우에는 원칙적으로 1번의 서면 제출기회를 갖는다. 또한 당사자들은 연방대법원의 변론 전까지는 추가서면을 제출할 수 있다. 하지만 그와 같은 추가서면은 종전 서면을 제출한 이후에 내려진 새로운 판례, 새로이 제정·개정된 법률사항, 그 밖에 원래의 서면 제출기한에는 가능하지 아니하였던 자료들에 관한 내용으로 한정된다(동 규칙 제25조 제6항). 현재 연방대법원 규칙은 “청구인의 최초 서면과 상대방 당사자의 반대서면은 15,000 단어의 한계 내에서 작성하여야 하며, 청구인의 재반대서면은 6,000 단어 내로 작성하여야 한다.”(동 규칙 제33조 제1항)고 규정하고 있다.³⁴⁸⁾

이와 같이 연방대법원이 서면의 분량을 제한하는 것은 당사자들로 하여금 부차적이고 반드시 필요하지 아니한 주장에 관하여는 이를 다루지 아니하도록 간접적으로 강제하는 효과가 있다. 또한 접수되는 서면의 횟수와 분량을 엄격하게 제한하는 제도는 당사자의 대리인으로 하여금 서면 작성에 집중하게 하는 효과를 낳고 있다. 결국 이 제도는 연방대법원의 사건의 당사자들로 하여금 절차속에서 신속하게 사건을 분석하고, 그 주장을 명료하게 가다듬어 제출하도록 함으로써 전체적인 심판구조가 신속한 재판의 원리를 실현하는 방향으로 작동하도록 하는 데에 큰 기여를 하고 있다. 많은 한국의 헌법재판에 있어 사안의 핵심과는 관련성이 극히 희박하면서도 부차적인 쟁점으로 인해 많은 시간적 낭비가 야기되고 있다는 점을 고려할 때, 의견서의 제출 횟수 및 분량을 제한하는

348) 연방대법원 규칙의 동 조항에서는 단어 수 뿐 아니라 해당 서면의 책자 형태, 색깔, 글자형태, 글자 자간, 줄 간격 등 매우 세세한 부분도 엄격하게 통일하여 규정하고 있다.

미국 헌법재판의 특징은 주목할 만하다.

결국, 당사자가 제출하는 의견서의 분량과 횟수를 제한하는 것은 효율적인 재판을 위한 것일 뿐 아니라 효과적인 재판을 위하여도 필요한 제도라고 할 수 있다. 미국 연방대법원 규칙 제15조, 제25조, 제33조 등에 나타난 구체적인 제한 사항들은 헌법재판관련 규정의 개정에서 좋은 참고자료가 될 것으로 보인다. 헌법재판소 규칙에 이러한 조항들을 삽입하되 구체적인 제한의 내용은 미국의 예에 준하게 한 후, 재판운영의 경과를 지켜보며 수정을 가하는 방법이 바람직할 것이다. 물론 이러한 제출서류의 분량제한은 헌법재판소 재판장의 소송지휘권에 의해 이루어질 수도 있다. 그러나 이는 당사자들의 반발을 살 수 있다는 점에서 일정한 규범이 바탕이 된다면 논란의 여지를 피할 수 있다고 보여 진다. 위와 같은 제도를 도입하는 경우에도 너무 경직적으로 운영하여서는 곤란하다. 반드시 필요한 경우에는 그 사유를 소명하여 재판부로부터 허가받은 이후 일정한 분량을 더 작성하여 제출할 수 있도록 하거나, 일정한 횟수 더 제출할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 판단된다.

제3절 남소 방지를 위한 제도적 장치

I. 현행법에 의해서도 가능한 제도개선 - 공탁금 제도 적극 활용

앞서 살펴본 바와 같이 신속한 헌법재판을 가능하게 함에 있어서 가장 큰 문제가 되는 점이 헌법재판소의 업무가 지나치게 과중하다는 것인데, 이러한 업무 부담을 줄이기 위해서는 일단 헌법재판소가 처리해야 할 사건은 직접적으로 처리하되, 그렇지 않아야 할 사건은 헌법재판소에서 판단하지 않도록 하는 제도적 장치가

필요할 것이다. 이러한 점에서 헌법재판 절차의 지연에서 문제되는 것이 남소의 폐해일 것이다.

헌법소원에 있어 남소의 경향은 헌법소원제도에 대한 무지와 오해, 그리고 소송광적인 태도 등에 의해 초래된다. 헌법재판 현황 통계에서도 볼 수 있듯이 우리나라나 독일이나 헌법재판사건 중 헌법소원사건이 가장 많은 반면 헌법소원사건 중 인용되는 경우는 극히 희소하다.³⁴⁹⁾ 우리나라의 경우, 2001년 헌법소원사건 각하율은 40.2%에 불과했으나 이후 계속 증가해 2010년에는 79.0%에 이르러 10건 중 8건이 각하되었다. 독일의 경우에는 이러한 점에 착안하여 남소의 방지를 위한 공탁금제도를 비롯한 장치들이 도입되어 시행되고 있다. 우선 독일의 1970년 12월 21일 연방헌법재판소법 제4차 개정에서는 남소(濫訴)를 방지하기 위하여 1,000DM 내지 5,000DM에 달하는 공탁금이 도입되고, 1984년에 법무부로부터 남소비용의 확대와 같이 헌법소원의 증가되는 홍수에 대한 조치가 고려되었던 것³⁵⁰⁾을 비롯하여, 연방헌법재판소의 업무의 부담경감을 위해 남소를 방지하는 제도적 장치를 마련하기 위한 시도들이 이루어져왔다.

또한, 모든 헌법소원사건들이 각 원으로 바로 이송되지 않고 우선 사전채택절차(연방헌법재판소법 제15a조 제1항, 제93a조, 제93b조, 제93c조)를 거치도록 한 것은 남소(濫訴)를 부분적으로 방지하기 위해 헌법재판소와 연방헌법재판소법 입법자들이 고민하고 노력한 결과이다. 이처럼 연방헌법재판소 창설 초기부터 헌법소원의 쇄도에 따른 재판소 업무의 과부하가 지속적으로 문제시되어 오면서, 이후 남소(濫訴)를 방지하기 위한 소송비용 부담, 지정재판부를 통한 사전채택절차 등이 도입된 점 등을 눈여겨볼만 하다. 한편, 이와 같이 남소를 방지하기 위한 공탁금 제도 혹은 소송비용

349) 독일의 경우 1951. 9. 9 - 1989. 12. 31 간 연방 헌법재판소에 접수된 총 78,596건 중 75,140건이 헌법소원이며 총처리 75,925건 중 72,628건이 헌법소원인데 72,628건 중 1,086건만이 인용되어 인용비율은 1.5% 정도에 불과하다.

350) FAZ7.3.1984,S.5.

부담 제도를 도입하는 방법은 현재 우리 헌법재판소법에서도 제37조 제1항 및 제2항에서의 공탁금 납부명령 제도를 통해 도입되어 있다.

헌법재판소는 헌법소원심판에 국한하여 헌법소원심판의 청구인에 대하여 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 공탁금의 납부를 명할 수 있으며 헌법소원을 각하하는 경우와 기각하는 경우에 그 심판청구가 권리의 남용이라고 인정되면 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있다. 이러한 공탁금 납부명령 제도가 마련되어 있는 이상, 헌법재판소법 제37조 제1항에 따라 심판비용을 국가가 전적으로 부담하되, 그 대신 동조에서 규칙에 위임하고 있는 공탁금 납부명령제도 등을 적극적으로 활용하는 것이 필요할 것인데, 현실적으로는 공탁금 납부제도 역시 금전을 지급하게 하여 헌법소원의 청구를 제한한다는 지적이 있어서 제대로 활용되지 않고 있는 것이 현실이다.

이러한 의미에서 독일에서 도입되어 시행되었던 제도로써 헌법소원의 수리가 거절된 경우에 당사자에게 패소료를 부과하였던 제도와 이를 위한 공탁금을 요구하고 미이행한 경우 헌법소원의 수리를 거절할 수 있도록 하였던 제도를 우리나라에서도 우리 헌법재판의 실정과 신속한 재판에 대한 요구 및 재판청구권의 보장 등을 종합적으로 고려하여 도입하는 것을 논의해볼 수 있을 것이다. 다만, 남소방지를 위한 공탁제도는 도입 당시 국민의 헌법재판청구권 보장의 측면에서 소액의 공탁금마저 부담스러운 사회적 약자의 재판청구권을 제약할 가능성이 있다는 우려가 있을 수도 있다. 그러나, 사회적 약자를 배려하는 방법으로는 보증보험제도를 활용할 수 있을 것이고 나아가 공탁금이 몰취되는 요건 즉 ‘헌법소원이 권리남용으로 인정되는 경우’를 좁게 해석하면 될 것이므로 공탁금 제도를 적극 활용하면 남소를 통제할 수 있는 유효한 수단이 된다고 본다.

나아가 현행 헌법재판소법에는 소송비용에 대한 부담의 규정이 없다. 이는 헌법 재판소법 제37조 제1항 “헌법재판소의 심판비용

은 국가부담으로 한다. 다만 당사자 신청에 의한 증거조사 비용은 헌법재판소 규칙으로 정하는 바에 따라 그 신청인에게 부담시킬 수 있다.”에 근거한 것이다. 물론 헌법재판은 헌법의 해석에 관한 재판으로 그 공익적 성격이 강한 것이므로 그 소송비용을 국가가 부담하는 것은 일응 타당하다고 보여진다. 그러나 헌법소원 또는 재판의 전제가 된 위헌법률심판의 진행은 완전히 공익적 차원에서 이루어지는 것이 아니고 그 신청인의 일정한 이익 보호차원에서 시작되는 부분도 포함되어 있다. 따라서 위와 같은 경우에 그 재판비용의 부담을 신청자에게 부담시킬 필요성이 있다. 현행 민사소송법 제3장 소송비용에 관한 부분이 준용될 여지가 있는지 문제되나, 헌법재판소법 제40조에서는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우 민사소송법의 규정 준용이 배제된다고 규정되어 있고, 헌법재판의 비용은 국가가 부담한다는 위 헌법재판소 제37조 제1항은 ‘특별한 규정’에 해당되므로 민사소송법의 소송비용에 관한 규정을 헌법재판 절차에 준용할 수 없다고 보여진다. 따라서 차제에 헌법심판의 남소를 방지하기 위해 소송비용에 관한 제도를 도입한다면 위 헌법 제37조가 개정되어야 할 것으로 보인다.

II. 입법적 해결이 필요한 제도개선 - 헌법소원에서 이른바 ‘소원허가제’의 도입

우리 헌법은 제27조에서 국민의 재판청구권을 기본권으로 인정하고 있고, 자신의 권리가 침해당한 경우에는 법률의 규정에 따라 법원에 의한 재판을 받을 절차적 권리를 가진다. 따라서 재판청구권을 제한할 경우에는 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 비례의 원칙에 따라 엄격한 심사기준에 따라 헌법적으로 정당화되어야 한다. 이때 재판청구권은 다른 기본권과 달리 고유한 보호영역이 명확하지 않고, 그 대상이 되는 기본권이나 권리의 실현을 위한 기본권이므로 그 기본권 또는 권리가 형식화되지 않고 실질적으로 보장받을 수 있도록 해야 한다. 따라서 헌법상 기본권이 침해된

경우에는 이를 제한 없이 헌법소원을 통해 구제될 수 있어야 하며, 이러한 의미에서 헌법소원에 대해 이를 헌법재판소가 사전에 심사하여 허가하는 제도는 매우 엄격하고 신중하게 채택되어야 한다. 헌법재판의 신속성을 제고하는 측면에서 보면, 헌법재판의 청구에 있어서 적법요건을 판단하는 심사 이전의 단계에서 재판수행의 적법성과 정당성을 심사하여 이를 허가하는 것은 매우 유용한 수단이 될 수 있을 것이다. 특히, 구체적 규범통제를 실시하고 있어 헌법재판의 과정에서 법원이 관여하는 위헌법률심판제도와는 달리 헌법소원의 경우에는 비록 변호사강제주의를 채택하고 있으나 기본적으로 당사자의 신청주의에 따라서 헌법재판으로 개시된다.

따라서 헌법소원이 많은 부분을 차지하고 있는 우리나라의 현실에서 법원에 의해 절차적으로 통제되지 아니하는 헌법소원의 청구에 대해 사전에 심사하여 허가하는 제도를 도입할 경우에는 재판의 신속성이나 효율성은 크게 제고될 것이다. 그러나 기본적으로 이러한 제도는 우리 헌법이 보장하는 재판청구권을 침해하지 않도록 해야 하는 한계를 가지므로 신중하게 접근해야 할 것이다. 이에 대해서는 미국 연방대법원의 사례를 참고할 수 있는데, 우리나라의 경우 아직 대법원이나 헌법재판소가 사건을 선별하는 제도가 없으나 미국의 경우 연방대법원에 접수되는 사건의 수가 급증하면서 먼저 1891년 입법으로 연방순회항소법원을 설립하였다. 1925년에는 연방대법원의 사건 부담이 급증하자 연방대법원의 관할 개혁에 관한 법안으로 심판이 강제되는 상고관할로부터 상고허가관할로 변경하였다. 즉, 미국의 헌법재판에 있어 연방대법원의 사법심사를 받고자 하는 당사자는 연방대법원에 대하여 writ of certiorari를 발급해줄 것을 요구하는 신청(petition)을 하며, 그 신청에 대한 연방대법원의 재량적 허가 판단을 부여한 경우에만 연방대법원의 사법판단을 하게 되는 것이다. 이와 같이 증가하는 상고사건 수와 사건 처리가 지연되는 문제에 대한 대책으로서 연방대법원은 상고허가관할을 창설하였으며, 그 관할의 범위를 점차 확대하였다.

연방대법원은 오늘날 해마다 접수되는 8천여 건의 사건 중에서 60-80여건의 사건에 대하여만 선택하여 그에 관한 사법심판을 하고 있다. 가령, 2009-2010년 개정기 동안 연방대법원에 접수된 총 8,085건의 사건 가운데 연방대법원이 선별하여 정식의 판결을 하였던 건수가 모두 77건이고, 약식으로 처리한 사건이 91건이며,³⁵¹⁾ 나머지 7,917건은 certiorari 신청이 기각되었다.³⁵²⁾ 연방대법원 규칙에 의하여 이러한 상고허가관할은 오로지 연방대법원의 재량에 의하게 함으로써 사건부담을 경감하였고 신속한 사건 처리가 가능하게 되었다.³⁵³⁾ 헌법재판소는 헌법의 규범력을 보장하고 헌법상 보장된 기본권을 실현하는 것을 목표로 함과 동시에 모든 국가작용이 헌법질서 속에서 행해지도록 하는 것을 목표로 삼는다. 헌법이 보장하는 개별 국민들의 기본권을 보장하기 위하여 개별 국민이 제기하는 모든 권리구제 헌법소원 사건을 동일한 비중을 두어 처리한다면 한정된 사법자원 안에서 신속한 헌법재판이 어려울 수밖에 없다. 따라서 헌법재판소에 대한 남소를 방지하기 위한 장치로써 미국의 위와 같은 제도를 도입할 필요가 있고 무엇보다도 헌법재판에서 가장 많은 비중을 차지하고 있는 ‘헌법소원’에서 그 도입여부가 거론될 수 있을 것이다.

우리 헌법재판소법은 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 아님을 규정하고 있다(제68조 제1항). 하지만 법원의 재판에 대한 헌법소원의 도입 필요성에 관하여는 많은 헌법학자들이 강조하여 주장하고 있으며,³⁵⁴⁾ 헌법재판소 역시 지난 6월 19일, 법원의 재판도 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는 의견을 국회에 제출한 바, 재판헌법소원제가 도입되는 상황을 대비하지 않을 수 없다. 물론 사실상 헌법재판소가 법원에 대하여 최종심의 기능을 한다는

351) 연방대법원이 약식판결을 하는 경우에 관하여는 본 논문의 내용 가운데 ‘8. Certiorari 신청에 대한 투표 및 결정’ 중 ‘다. certiorari 신청에 대한 인용과 약식재판(Summary Disposition)’ 참조

352) 124 Harv. L. Rev.(2010) 411, 419

353) 박인수·조홍석·남복현, 앞의 책, 247면.

354) 가령, 허영, 앞의 책, 366면

문제점이 있을 수 있지만 재판 헌법소원을 인정하는 것은 법원과 헌법재판소간의 권한 배분 및 역할관계에 관하여 야기되는 것으로 입법정책이나 입법기술적인 문제이지 헌법 본질적인 문제가 아니다.³⁵⁵⁾ 따라서 재판 헌법소원은 입법적으로 도입 가능한 것이며 사건 선별에 관한 제도를 창설하는 것도 입법자의 입법재량권에 속하는 범위 안의 일이 될 것이다. 재판에 대한 헌법소원이 인정될 경우 심판대상이 될 법원의 재판을 선별하는 과정이 중요해진다. 심판대상을 제한하지 않는다면 헌법재판소가 실질적인 제4심으로서 기능하게 될 것이고 이는 필연적으로 업무의 급증으로 이어질 것이기 때문이다. 지금도 많은 업무부담에 시달리고 있는 헌법재판소가 현재 대법원에 계속되는 사건 수만권의 새로운 사건 부담을 갖게 된다면 소송경제상 심각한 문제가 될 수밖에 없으므로 재판소원제도의 도입을 고려할 경우에 ‘소원허가제’의 도입은 필수적으로 논의되어야 할 것이다.

다만, ‘소원허가제’ 도입시 심사 대상 사건으로 선별하는 방식과 절차를 어떻게 마련할 것인가가 매우 중요한 문제로 나타난다. 현재 헌법재판제도에는 헌법소원 사건의 사전심사를 위한 지정재판부 제도를 운용하고 있으므로, 사건을 선별할 것인지 여부를 전원재판부의 평의를 통하여 판단할 것이 아니라 기존의 지정재판부 제도를 활용하는 것이 효율적이라는 의견이 있을 수 있다. 하지만 앞에서 검토한 바와 같이 다음과 같은 이유 때문에 재판소원의 경우 사건을 선별하는 작업은 전원재판부에서 행할 필요성이 강하다고 할 수 있다. 먼저, 선별기준이 개방적인 경우에는 그 판단의 재량이 일반적인 헌법소원 심판청구의 적법성 요건에 비하여 광범위하므로 지정재판부별로 판단의 편차가 극심할 우려가 있다. 중요성 심사 내지 위헌성 의심 여부의 심사는 사건의 본안에 관한 중요한 평가를 담고 있는 판단으로서 본질적으로 주관적인 판단이므로 3인의 지정재판부가 헌법재판소를 대표하여 담당하기에 적당하지 아니한 특징을 가지고 있다는 점도 고려해야 한다. 또한, 전원

355) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2009, 1252면.

재판부의 평의에서 선별할 경우에는 다양한 논의와 문제제기를 통하여 사건의 중요성이 새롭게 부각될 가능성이 있다. 따라서 중요한 헌법적 쟁점에 대한 헌법재판소의 판단을 보장하기 위해서는 전원재판부에서 판단할 필요가 있다.

이외에도 사건의 중요성 등을 기준으로 사건을 선별한다는 것은 중요하지 아니한 사건을 떨어낸다는 의미 보다는 장기적으로 헌법재판소의 역할과 정체성을 형성하는 정책적 판단으로서의 의미를 가지고 있으므로 이는 전원재판부에서 담당하는 것이 적합한 판단이라고 할 것이다. 한편, 이른바 ‘소원허가제’는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 제도에 있어서도 그 도입여부가 문제된다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서 법원에 소송이 계속되어 있는 당사자는 자신의 사실관계에 적용되는 법률조항에 관하여 위헌의 주장을 하는 것만으로도 쉽게 적법성을 획득할 수 있다. 거기에다 헌법재판소는 실무상으로 “심판대상인 규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사한다”는 입장을 취하고 있어(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680) 전혀 위헌성이 인정되기 어려운 조항, 청구인과 관련 없는 규율영역의 위헌성을 다루는 심판대상 조항에 관하여도 전면적으로 위헌 여부의 심사를 하고 있다.³⁵⁶⁾ 이는 헌법재판소의 업무량을 증가시키는 주된 요인 중 하나로 작용하고 있어 신속한 재판에도 영향을 미치고 있다.

결국, 제68조 제2항의 헌법소원의 본질은 기본권 침해에 따른 헌법소원이 아니라 법원의 위헌제청신청권 불행사에 대한 견제로

356) 그리하여 일부 견해에서는 당사자의 사정과 구체적인 관계가 없는 사건규범들은 심판의 대상에서 제외되어야 한다는 주장을 한다. 김시철, 우리 위헌법률심판절차 등의 심판대상(심사범위), 헌법실무연구회, 제4권, 504면, 그러나 이와 같은 주장은 적법성 여부의 판단과 심판대상의 한정을 구분하지 아니한 문제가 있으며, 과연 현실적으로 그와 같은 심판대상의 한정이 쉽지 아니하다는 문제가 있다. 이에 관하여는 법률조항의 위헌심사 범위 및 심판청구의 적법성(당해 사건의 사실관계와 무관한 경우를 중심으로), 김진한, 헌법재판소 내부보고서(2010. 1.), 참조

서의 규범통제 제도로서의 성질을 가지고 있으므로 입법자가 이에 대하여 제도적 제한을 설정하는 것은 제68조 제1항의 헌법소원보다 광범위한 입법형성의 여지가 있다고 할 것이다. 따라서 제68조 제2항의 헌법소원이 도입초기의 취지와 다르게 현재의 헌법재판현실에서 부담이 되고 있고, 당사자의 위헌제청신청이 이미 법원의 심사를 한 번 거친 것이므로 미국 연방대법원의 certiorari 제도를 참고하여 제68조 제2항의 헌법소원에도 ‘소원허가제’를 도입할 필요성을 적극적으로 검토할 것이 요구된다. 만약 ‘소원허가제’를 도입하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 제기에 대한 제한을 가하게 된다면 제한의 기준과 방법을 어떻게 해야 할지 결정할 필요가 생긴다. 앞서 살펴본 미국 헌법재판상의 상고관할허가 제도는 이 경우에도 도움을 줄 수 있을 것이라 생각되며, 재판헌법소원의 경우와 마찬가지로 전원재판부에서 사건을 선별하는 방향으로 하는 것이 타당할 것이다.

제8장 결론

헌법재판제도가 도입된 지 25년이 넘어서고 있다. 제9차 헌법 개정 시 도입된 헌법재판제도는 초기의 우려를 말끔히 씻어내고 현재는 국민의 권익신장, 헌법에 대한 중요성을 일깨워주는 중요한 역할을 해내고 있다. 우리의 헌법재판제도의 비약적인 발전은 세계를 놀라게 했고, 헌법재판 후발국가들이 우리의 헌법재판제도를 일종의 모범케이스로 삼아 이를 도입하고자 하고 있다.

이러한 헌법재판제도의 발전으로 인한 국민의 권익구제의 긍정적인 효과에도 불구하고 지나치게 장기간의 재판기간은 국민의 권익구제에 다소간의 흠으로 지적되고 있다. 모든 재판이 그러하듯이 헌법 재판 역시 일정한 법적 분쟁 상태를 전제로 한 것인데, 재판기간이 길게 되면 법적분쟁 당사자는 지속적인 법적 불안상태 속에 놓이게 되어 그 심적 고통은 이루 말할 수 없게 된다. 때로는 법적 분쟁 당사자가 장기간의 헌법재판을 통해 승소를 했다고 하더라도 이미 법적 분쟁으로 헝크러진 법률관계가 고착되어 버림으로써 헌법재판소의 중국결정이 당사자의 권익구제에 크게 쓸모없는 것이 되어 버리는 수가 있다. 이러한 점에서 재판기간의 지연은 걱정하지 못한 재판과 마찬가지로 법적 정의를 훼손한다는 점을 잘 인식해야한다.

이러한 문제인식하에 앞서 독일, 프랑스, 미국의 헌법재판제도 및 신속한 헌법재판을 받을 권리를 보장하기 위해 각국이 어떠한 제도적 보완장치를 갖추고 있는지 개관해 보았다. 물론 어떤 국가도 신속한 헌법재판을 받을 권리를 실현하기 위한 이상적인 제도를 갖추지 못했지만, 그럼에도 불구하고 모든 국가는 신속한 헌법재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도적 보완을 하고 있음은 일종의 컨센서스로 받아들여지고 있다. 각국이 서로 상이한 헌법재판제도, 헌법재판 현실을 취하고 있는 까닭에 그들의 제도를 일률적으로 우리의 헌법재판제도에 이식할 수 없지만, 우리에게 중요한 아이디어를 제공한다는 측면에서 의미 있는 작업이라 하겠다.

이에 독일, 프랑스, 미국의 헌법재판제도의 일별을 통해 우리의 헌법재판에서 신속한 헌법재판을 이뤄내기 위한 제도적 개선방안을 살펴보았다. 먼저 기존 심판절차 체계개선이라는 측면에서 ① 지정재판부의 권한확대, ② 합의 또는 화해에 의한 재판종결, ③ 사전적 위헌법률심판제도의 도입, ④ 정부제출법률안의 선행적 위헌심사절차 도입을 살펴보고, 관련법령 정비라는 측면에서 ① 재판기간 규정에 대한 변화, ② 심판기간 단축 규범의 실질화를 살펴보았다. 재판처리 실무의 개선이라는 측면에서 ① 위헌법률심판제청 보고서를 통한 재판종결, ② 구두변론일 후 신속한 평의일 선정, ③ 평의실무 개선, ④ 지정재판부의 청구요건 사전심사 강화, ⑤ 서면분량 등의 제한에 관한 제도의 도입을 검토해 보고, 마지막으로 남소방지를 위한 제도적 장치로서 ① 공탁금 제도의 적극활용 또는 소송비용 부담제도의 도입, ② 헌법소원에서 이른바 ‘소원허가제’의 도입을 살펴보았다.

물론 위와 같은 제도 도입여부는 헌법재판실무를 정확하게 파악한 뒤 정밀한 문제 진단이 선행되어야 할 것이다. 만약 헌법재판을 위한 필수인력이 객관적으로 부족함에도 신속한 헌법재판이라는 목적을 위해 마냥 헌법재판기간 180일을 강행규정화하는 방안을 택했다면 이는 잘못된 진단에 의한 잘못된 처방이 되는 것이다. 따라서 신속한 헌법재판을 위한 각종 제도도입에 앞서 가장 시급한 것은 각 사건별로 요청되는 재판기간의 과학적 분석이 선행되어야 한다. 과학적 분석을 통해 사건의 종류, 사건의 난이도 등 여러 기준에 따른 재판기간의 객관적 데이터가 수집된 후 위 제도도입을 적절하게 취할 수 있는 것이다.

나아가 앞서 언급했다시피 신속한 재판을 받을 권리가 아무리 강조된다하더라도 걱정된 재판을 받을 권리를 침해해서는 아니된다는 점을 염두에 두어야 한다. 신속한 재판을 받을 권리를 도모하기 위해 재판의 시간적 기간을 단축함으로써 ‘올바른 재판’이 해쳐진다면 그야말로 이는 ‘교각살우(矯角殺牛)’의 과오를 범하는 것임을 잘 인식하고 있어야 할 것이다.

참고 문헌

- 권영설, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, 『헌법학연구』 제12집 제1호, 한국헌법학회, 2006.
- 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, 『공법학연구』 제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005.
- 김시철, “우리 위헌법률심판절차 등의 심판대상(심사범위)”, 『헌법실무연구』 제4권, 헌법실무연구회, 2003.
- 김진한, “법률조항의 위헌심사 범위 및 심판청구의 적법성(당해 사건의 사실관계와 무관한 경우를 중심으로)”, 헌법재판소 내부보고서, 헌법재판소, 2010.
- 김철수, “헌법소송제도의 문제점과 개선방안”, 이규석교수정년 기념논문집, 1992.
- 김철용·김문현·정재황, 『헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구』, 헌법재판연구 4권, 헌법재판소, 1993.
- 대법원, 『사법제도개혁백서(上)』, 대법원, 1994.
- 사법개혁위원회 편, 『사법개혁위원회 자료집(I) - 제1차~제13차 회의 결과』, 법원행정처, 2004.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2009.
- _____, 『헌법학』, 법문사, 2012.
- _____, 『헌법학』, 법문사, 2013.
- 양건·김문현·남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』, 헌법재판소연구 10권, 헌법재판소, 1999.
- 윤명선, “헌법재판제도의 개선방향 - 입법론적 접근-”, 『경희

- 법학」 제29권 제1호, 1994.
- 이시윤, 『신판 민사소송법』, 박영사, 1991.
- _____, 『신민사소송법(제5판)』, 박영사, 2010.
- 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2013.
- 전학선, 『주요국가의 재정법제 연구(Ⅲ) - 프랑스의 재정관련 헌법조항을 중심으로』, 한국법제연구원, 2009.
- _____, “유럽헌법과 프랑스 헌법 개정”, 「유럽헌법연구」, 유럽헌법학회 창간호, 2007.
- _____, “프랑스 대통령의 법률안거부권”, 「세계헌법연구」 제18권 제2호, 2012.
- _____, “프랑스 복면금지법과 헌법재판소 결정에 관한 연구”, 「외법논집」 제37권 제3호, 2013.
- _____, “프랑스 위헌법률심판에서 심판범위”, 「외법논집」 제8집, 2000.
- _____, “프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교”, 「공법학연구」 제10권 제1호, 한국비교공법학회, 2009.
- _____, “프랑스에서 국제법과 헌법재판”, 「공법학연구」 제9권 제1호, 한국비교공법학회, 2008.
- _____, “프랑스에서 사후적 규범통제 도입에 따른 헌법재판의 변화”, 「헌법학연구」 제18권 제3호, 2012.
- _____, “프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법 개정”, 「헌법학연구」 제13집 제1호, 2007.
- _____, “프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구”, 「공법학연구」, 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011.
- _____, “프랑스의 정부형태”, 「세계헌법연구」 제12권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2006.

_____, “프랑스의 정치자금제도에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2003.

_____, “프랑스의 위헌법률심사의 결정유형과 그 효력”, 판례 실무연구 제4권, 2000.

_____, “프랑스의 헌법재판소 재판관”, 「광운비교법학」 제7호, 2006.

정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006.

_____, 『헌법소송법』, 박영사, 2012.

최희수·전학선·차진아, 『추상적 규범통제제도에 관한 고찰』, 헌법재판연구 제22권, 헌법재판소, 2011.

하태훈, “신속한 재판의 원칙과 법치국가이념”, 「안암법학」 7권, 안암법학회, 1996.

한상희, “신속한 재판을 받을 권리: 유럽인권재판소의 결정례를 중심으로”, 공법학연구 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2008.

허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011.

헌법재판소, 『주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점』, 헌법재판연구 제21권, 헌법재판소, 2010.

_____, 『헌법재판실무제요(제1개정증보판)』, 헌법재판소, 2008.

호문혁, 『민사소송법(제7판)』, 법문사, 2009.

Alexander Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach den Vertrag von Lissbon - (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010.

Anni Borzeix, La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique?, RDP, 2010.

Christian Tomuschaft, The Effect of the Judgements of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court, German Law Journal 11, 2010.

Conseil d'Etat, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, 25 mars 2010.

Dieter Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.

Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 9e éd., Montchrestien, 2010.

Doris Hennecke, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., Heidelberg 2005.

Edward A. Harnett, Questioning certiorari : Some Reflections 75 Years After the Judge's Bill, 2000 CLMLR (Columbia Law Review)

Erwin Chemerinsky, Federal Jurisdiction, Wolters Kuwer, 2007.

Eugene Gressman, Supreme Court Practice, BNA Books, 2007.

Georges Vedel, Préface, in Droit du contentieux constitutionnel (Dominique Rousseau), 9e éd., Montchrestien, 2010.

Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, 3e éd., PUF, 2011.

Guy Carcassonne, Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008.

Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. München 2010.

Hans Jürgen Papier, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, Heidelberg 2010.

Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 5. Aufl., München 2006.

Harmut Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001.

Henry Roussillon et Pierre Esplugas, Le Conseil constitutionnel, 7e éd., 2011.

Jan Bergmann, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Heidelberg 2005.

Jarass, Grunfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts. Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln; Berlin; Bonn; München, 1994.

Jean-Éric Schoettl, Ma cinquantaine rue de Montpensier, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°25, 2008.

Jens Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl., 2003.

Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Baden-Baden 2011.

Klaus Schlaich/Stefan Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., München 2012.

Le rapport d'information de Jean-Luc Warsmann, AN, n°2838, XIIIe Législature, 5 oct. 2010.

Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, Thomas G. Walker, *The Supreme Court Compendium, A Division of Congressional Quarterly*, 2007.

Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 10e éd., Dalloz, 1999.

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.

Markus Kenntner, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg 2005.

Martin Ibler, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 2, Berlin 2013.

Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, München 2010.

Pascal Jan, 『Le procès constitutionnel』, 2e éd., LGDJ, 2010.

Peter Michael Huber, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, München 2010.

Pierre Avril et Jean Jicquel, *Le Coinseil constitutionnel*, 6e éd., Montchrestien, 2011.

Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 30e éd., Sirey, 2011.

Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsberschwerde*, 3.

Aufl., München 2006.

Süßmann/Deutschland, Urteil vom 16. September 1996, EGMR, EuGRZ 1996.

Vgl. Franz C. Mayer, Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, DVBl 2004.

Vgl. Franz C. Mayer, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, AöR 129, 2004.

Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl., München 2009.

Vgl. Hans Rechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München 2006.

Vgl. Luzius Wildhaber, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den EGMR, EuGRZ 2002.

Wanda Mastor, Les opinions séparées des juges constitutionnels, PUAM, 2005; Paul Thibaud, Le Conseil constitutionnel - Un échange avec Léo Hamon, Le débat, n°43, 1987.

William H. Rehnquist, Supreme Court, Vintage Books, 2002.

Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Heidelberg 2005.

Xavier Magnon et s, La Question prioritaire de constitutionnalité ; Pratique et contentieux, Litec, 2011.

Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012.

관련 문헌

- 김문현, “현행 헌법상 헌법재판제도의 구조상의 문제점과 그 개선에 관한 일 고찰”, 「법학논집」 제10권 제1호, 이화여자대학교, 2005.
- 남복현, “헌법재판 관할권의 재설계 -현행헌법 20년 운영경험을 바탕으로-”, 「공법연구」 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007.
- _____, “헌법재판소법 개정방향 -특별심판절차와 관련하여-”, 「헌법학연구」 제17권 제4호, 한국헌법학회, 2011.
- 박인수·조홍석·남복현, 『헌법재판소에 의한 헌법재판이 우리 사회에 미친 영향』, 정책개발연구, 헌법재판소, 2010.
- 최완주, “헌법재판제도의 재구성 -사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로-”, 법조 제55권 제3호, 법조협회, 2006.
- 헌법재판소, 『헌법재판소법 제정 약사』, 헌법재판소, 2006.
- 황치연, “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 「헌법판례연구」 제11권, 한국헌법판례연구학회, 2010.