

# 헌법불합치결정의 기속력과 개선입법의 구제범위에 대한 연구



헌 법 재 판 소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 해왔습니다. 이 책자는 2017년도 연구계획에 의하여 (사)한국국가법학회로부터 제출받은 연구보고서로, 헌법재판제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

## 머 리 말

이 연구는 한국국가법학회가 2017년도 헌법재판제도 연구용역과제로 수행한 것이다. 우리 연구진은 이 연구를 크게 네 가지로 나누어 진행하였다.

첫째, 헌법불합치결정에 관한 일반이론의 검토이다. 즉, 헌법불합치결정의 개념, 법적 근거, 종류, 정당화 사유, 독자성, 결정정족수를 두루 살펴보았다.

둘째, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 검토이다. 여기에서는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 사례와 법원 및 국회의 조치, 헌법불합치결정의 허용성이 논의되는 형벌조항의 개념과 범위, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 효용성, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용가능성, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 정당화 사유 등을 살펴보았다.

셋째, 헌법불합치결정의 기속력의 내용과 범위에 대한 검토이다. 여기에서는 헌법재판소 결정의 기속력 일반, 헌법불합치결정에 기속력이 인정되는지 여부, 헌법불합치결정 기속력의 규율범위, 헌법불합치결정 기속력의 주관적 범위를 둘러싼 쟁점, 입법시한 도과에 따른 효력상실과 기속력 인정여부 등을 살펴보았다.

넷째, 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무의 검토이다. 여기에서는 법률개선 의무의 의미, 법률제정의무 및 법률관찰의무의 비교, 법률개선 의무의 근거, 법률개선 의무의 발생원인, 법률개선 의무의 내용, 개선된 법률의 소급효, 법률개선 의무 위반의 효과, 입법자의 법률개선 의무 위반에 대한 통제 등을 살펴보았다.

우리 연구진은 헌법불합치결정에 관한 일반이론과 분야별 쟁점을 전부 검토하고 이에 대한 나름대로의 비판과 대안을 제시함으로써 헌법재판소의 헌법불합치결정에 대한 모든 의문점에 대한 해답을 마련하고자 노력하였다. 다만 우리의 이러한 연구 결과는 그 자체로 완성품이라기보다는 구체적인, 그리고 추가적인 논의의 단서를 제공한다는 점에 그 의의를 찾을 수 있을

것이다. 그리고 우리 연구진의 이러한 연구의 결과에 대한 평가는 실무계와 학계의 수용 또는 비판을 통해서 드러날 것이다.

이 연구의 제1장과 제2장은 김현철 교수가, 제3장은 손인혁 교수가, 제4장은 남북현 교수가, 제5장은 허완중 교수가, 제6장은 김현철 교수가 각 담당하였으며, 부록의 정리는 홍계정 연구원이 담당하였다. 무엇보다도 이 연구의 제안서 초안을 마련한 허완중 교수와 부록으로 수록한 헌법불합치 결정례의 입법개선현황을 조사해 준 홍계정 연구원의 수고에 감사드린다. 우리 연구진은 이 연구를 위해 수 차례 연구모임을 개최하고, SNS를 통하여 연구내용에 관한 검토 및 의견교환을 함으로써 연구의 일관성 및 완성도를 높이려고 노력하였다. 그렇지만 각자가 가지고 있는 학문적 입장을 가급적 존중하였고, 각자의 집필부분에 대하여는 집필자가 책임지도록 하였다. 이 연구를 할 수 있도록 전폭적으로 지원해 준 헌법재판소와 한국국가법학회 관계자분들께 감사드린다.

2017년 10월 31일

공동연구책임자 김 현 철

# 목 차

## 제1장 서론

제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 필요성 .....	2
제3절 연구의 범위와 내용 .....	3

## 제2장 헌법불합치결정에 관한 일반이론

제1절 헌법불합치결정의 개념 .....	5
제2절 헌법불합치결정의 법적 근거 .....	6
I. 문제의 제기 .....	6
II. 헌법재판소는 헌법소송절차의 부분적 형성권자이다 .....	6
III. 헌재법의 명문규정에 대한 해석 .....	7
IV. 비교법적 논거 .....	9
제3절 헌법불합치결정의 종류 .....	10
I. 인정근거에 따른 분류 .....	10
1. 독일연방헌법재판소의 경우 .....	10
2. 우리 헌법재판소의 경우 .....	10
II. 원칙적 적용중지와 개정법률의 소급적용 .....	15
1. 원칙적 적용중지 .....	15
2. 개정법률이 소급적용되는 경우 .....	15
3. 소급적용의 범위 .....	17

Ⅲ. 잠정적용을 명하는 경우와 개정법률의 소급적용 여부 .....	18
1. 잠정적용을 명하는 이유 .....	18
2. 개정법률이 소급적용되는 경우 .....	19
3. 경과규율을 하는 경우 .....	21
Ⅳ. 양 헌법불합치결정의 혼용 가능성 .....	22
1. 혼용의 필요성 .....	22
2. 독일의 경우 .....	23
3. 혼용가능성에 관한 우리나라의 학설과 실무 .....	24
4. 검토 .....	26
제4절 헌법불합치결정을 정당화하는 사유 .....	27
Ⅰ. 독일의 정당화 요건 .....	27
1. 평등원칙에 어긋나는 혜택 배제 .....	28
2. 입법자의 입법형성권 .....	28
3. 과도기의 규범을 잠정적으로 계속적용 .....	28
4. 입법부작위의 위헌선언 .....	29
5. 사실관계의 변동으로 위헌성을 지니게 된 경우 .....	29
6. 검토 .....	30
가. 독일의 헌법불합치 사유에 대한 비판적 논의 .....	30
나. 독일의 헌법불합치결정 사유에 대한 평가 .....	31
Ⅱ. 우리 헌법재판소가 제시하는 정당화요건 .....	32
1. 수혜적 법률이 평등원칙에 위반될 때 .....	32
2. 단순위헌결정이 법적 공백이나 혼란을 일으킬 우려 .....	33
3. 합헌부분과 위헌부분의 경계 불분명 .....	33
4. 일부 입법흡결의 경우 : 부진정입법부작위 .....	35

제5절 헌법불합치결정의 독자성 .....	35
I. 단순위헌결정과 비교 .....	35
1. 단순위헌결과와 헌법불합치결정의 관계 .....	35
2. 단순위헌결정의 소급효 문제 .....	36
가. 위헌법률이 당연무효인지 폐지무효인지 여부 .....	36
나. 우리나라 헌법재판소의 위헌결정의 소급효 문제 .....	38
3. 위헌결정의 장래효와 헌법불합치결정의 유용성 .....	40
II. 한정위헌결정과 비교 .....	42
1. 한정위헌결정의 의의 .....	42
2. 한정위헌결정은 ‘법률의 위헌결정’ 또는 ‘헌법소원의 인용결정’에 해당되지 않는가? .....	43
3. 합헌적 법률해석을 포함하는 법률해석권한은 법원에 전속된 권한인가? .....	44
III. 다른 결정유형과의 호환가능성 .....	45
1. 개론 .....	45
2. 단순위헌결정과 호환가능성 .....	45
3. 한정위헌결정과 호환가능성 .....	48
가. 긍정적인 견해 .....	49
나. 부정적인 견해 .....	49
다. 헌법재판소의 경우 .....	50
라. 검토 .....	52
제6절 헌법불합치결정의 결정정족수 .....	53
I. 주문합의 방식에 대한 논의 .....	53
II. 결정주문에 관한 법률규정 .....	55
III. 검토 .....	55

1. 법원조직법 제66조 제2항 제2호를 준용하는 방식	56
2. 법원조직법 제66조 제2항 제2호의 준용을 배제하는 방식	56
3. 위헌주문의 형태만을 별도로 표결하는 쟁점별 합의방식 도입	57
4. 과반의견이 없으면 주문형태에 관한 쟁점별 합의를 하는 방식	57
5. 원칙적으로 주문별 합의 방식, 형벌규정의 경우 쟁점별 합의 방식	57
6. 소결	58

### 제3장 형벌조항에 대한 헌법불합치결정

제1절 개관	60
제2절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 사례와 법원 및 국회의 조치	63
I. 학교보건법 사건(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등)과 관련기관의 조치	63
1. 심판대상과 결정내용	63
가. 심판대상	63
나. 주문	64
다. 결정의 내용과 헌법불합치결정의 사유	64
2. 관련기관의 조치	66
II. 제한상영가 사건(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4)과 관련기관의 조치	69
1. 심판대상과 결정내용	69
가. 심판대상	69
나. 주문	69
다. 결정의 내용과 헌법불합치결정의 사유	70
2. 관련기관의 조치	72
III. 태아의 성별고지금지 사건(헌재 2008. 7. 31. 2004헌 마1010등)과	



관련기관의 조치 .....	72
1. 심판대상과 결정내용 .....	72
가. 심판대상 .....	73
나. 주문 .....	73
다. 결정내용 .....	73
2. 관련기관의 조치 .....	74
IV. 야간옥외집회금지 사건(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)과 관련기관의 조치 .....	76
1. 심판대상과 결정내용 .....	77
가. 심판대상 .....	77
나. 주문 .....	77
다. 결정내용 .....	77
2. 관계기관의 조치 .....	80
가. 법원의 후속조치 .....	80
나. 국회의 개선입법 .....	84
 제3절 헌법불합치결정의 허용 여부가 문제되는 형벌조항의 의의와 범위 .....	84
I. 형벌조항의 의의 .....	84
II. 형벌조항의 범위 .....	85
 제4절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 효용성 .....	88
I. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점 .....	88
II. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 필요한 영역과 효용성 .....	90
1. 범죄구성요건의 지나친 불명확성 또는 광범성에 위헌성이 있는 경우	91
2. 형벌조항의 법정형 부분에 위헌성이 있는 경우 .....	92

3. 형벌조항에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하는 경우.....	93
4. 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효 제한이 필요한 경우.....	96
5. 우리 입법과정의 특수성과 입법현실상의 불가피성 .....	99
6. 소결 .....	100
<b>제5절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용 가능성.....</b>	<b>102</b>
I. 헌법불합치결정의 허용 여부에 대한 견해의 대립 .....	104
1. 전면적 긍정설 .....	104
2. 부분 긍정설 .....	107
3. 부정설 .....	108
II. 학설에 대한 검토 .....	111
1. 부정설에 대한 검토 .....	111
2. 부분 긍정설에 대한 검토.....	115
III. 소결 .....	117
<b>제6절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 정당화 사유와 효력.....</b>	<b>119</b>
I. 형벌규정에 대한 불합치결정의 사유.....	119
1. 후발적인 위헌성으로 인한 경우(사회인식의 변화로 처벌의 필요성이 사라진 경우) .....	119
2. 법적 공백으로 인한 혼란을 방지하고자 하는 경우.....	121
3. 위헌 부분과 합헌 부분 혼재하는 경우 .....	122
II. 형벌규정에 대한 불합치결정의 효력.....	123
1. 적용중지의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위.....	123
2. 잠정적용의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위.....	124
<b>제7절 결어 .....</b>	<b>125</b>

## 제4장 헌법불합치결정 기속력의 내용과 범위

제1절 개설	130
I. 논의의 대상	130
II. 논의의 전제	133
제2절 헌법재판소 결정의 기속력	134
I. 기속력의 개념과 본질	134
1. 기속력의 개념	135
2. 기속력의 본질	136
II. 기속력의 논의상황	137
1. 다른 법률에 규정된 기속력	138
2. 헌법재판소의 심판절차와 기속력	138
3. 결정유형별 기속력에 따른 쟁점	139
III. 헌법재판소 결정의 기속력과 다른 효력과의 관계	141
1. 헌법재판소 결정상 다른 효력과의 관계	141
가. 기판력과의 관계	141
나. 법규적 효력과의 관계	142
2. 위헌결정의 실제법적 효과와 위헌결정의 기속력의 관계	143
IV. 기속력의 근거	145
1. 법률에 근거한 기속력	145
2. 헌법적 효력으로서 기속력	146
3. 검토	147
V. 법률에 관한 위헌결정의 기속력	148
1. 기속력의 주관적 범위	148

가. 원칙	148
나. 기속력과 반복입법금지의 관계	149
다. 행정청에 대한 기속의 의미와 내용	152
라. 기속력과 법원의 재판	154
2. 기속력의 객관적 범위	156
가. 결정주문과 결정이유	156
나. 결정이유의 기속력 인정여부	156
다. 검토	159
라. 결정이유의 기속력과 결정정족수의 관계	160
3. 기속력의 시간적 범위	162
제3절 헌법불합치결정에 기속력이 인정되는 여부	164
I. 헌법불합치결정의 위헌결정 해당 여부	164
1. 헌법불합치결정의 개념과 법적 성격	164
가. 개념	164
나. 법적 성격	165
2. 헌법불합치결정의 선고영역	165
3. 헌법불합치결정의 유형과 그 법적 효과	166
가. 적용중지 불합치결정과 계속적용 불합치결정의 관계	166
나. 계속적용 불합치결정에 내포된 적용중지의 법적 효과	168
4. 위헌결정과의 차이점	170
II. 헌법불합치결정의 구성요소	172
1. 헌법불합치결정과 위헌결정의 구성요소	173
2. 헌법불합치결정의 구성요소별 쟁점	174
가. 불합치성확인	174

나. 불합치법률의 적용방향으로서의 적용중지 내지 계속적용	175
다. 개선입법의무	176
라. 기한설정	177
마. 입법시한 도과시 불합치법률의 효력상실은?	179
Ⅲ. 헌법불합치결정에 기속력이 인정되는 여부와 기속의 의미	180
1. 기속력 인정여부에 관한 국가기관별 견해	180
가. 헌법재판소	180
나. 대법원	180
다. 검토	181
2. 헌법불합치결정의 기속력에 있어 기속의 의미와 내용	184
3. 헌법불합치결정의 구성요소별 기속력 인정여부	185
가. 헌법불합치성 확인	185
나. 불합치법률의 처리방향 설정으로서의 적용중지 또는 계속적용	186
다. 개선입법의무	189
라. 기한설정에 기속력이 인정되는 여부	190
4. 헌법불합치결정의 법적 효과와 기속력의 관계	191
제4절 헌법불합치결정 기속력의 규율범위	193
Ⅰ. 헌법불합치결정 기속력의 주관적 범위	193
Ⅱ. 헌법불합치결정 기속력의 객관적 범위	194
Ⅲ. 헌법불합치결정 기속력의 시적 범위	196
제5절 헌법불합치결정 기속력의 주관적 범위를 둘러싼 쟁점	196
Ⅰ. 일반사항	196
Ⅱ. 입법자에 대한 기속력	197
1. 헌법불합치결정의 기속력과 반복입법의 관계	197

가. 반복입법 해당여부의 판단기준과 정당화사유 .....	197
나. 사례의 검토 .....	197
2. 개선입법의무 부과 .....	199
가. 개선입법의무부과의 범위와 한계 .....	199
나. 개선입법의무와 반복금지의무의 관계 .....	200
다. 입법형성권과의 관계 .....	201
라. 개선입법의무의 내용으로서의 경과적 조치는? .....	204
3. 개선입법의무의 위반인가? 의무의 불이행인가? .....	205
4. 개선입법의무 이행여부 통제 .....	206
가. 개선입법에 대한 위헌성심사 .....	206
나. 개선입법의무 이행 사례 검토 .....	207
다. 개선입법의무 불이행에 대한 대응 .....	207
5. 개선입법시한의 의미와 불합치법률의 효력상실유예 .....	209
Ⅲ. 행정청에 대한 기속력 .....	210
1. 적용중지 헌법불합치결정 .....	211
2. 계속적용 헌법불합치결정 .....	211
3. 헌법불합치로 결정된 법률에 근거한 행정처분의 효력 .....	212
Ⅳ. 법원에 대한 기속력 .....	212
1. 적용중지 헌법불합치결정 .....	212
가. 헌법불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용 여부 .....	213
나. 입법자가 소급적용 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 경우 .....	220
다. 적용중지 불합치결정에 있어 예외적인 소급효의 허용범위 .....	224
라. 대법 2014두35447판결과 헌재 2015헌바208결정의 관계 .....	230
2. 계속적용 헌법불합치결정 .....	238
가. 원칙 .....	238

나. 기속의 의미로서의 계속적용의 강제 .....	239
다. 기속으로서의 확정적 계속적용 .....	241
라. 계속적용 불합치결정이 당해사건등에 미치는 효력 .....	242
3. 반복심판청구와 헌법불합치결정의 기속력 .....	245
가. 계속적용 불합치결정의 경우 .....	245
나. 적용중지 불합치결정의 경우 .....	247
4. 적용중지와 계속적용 불합치결정주문의 동시채택 타당여부 .....	247
가. 판례분석 .....	248
나. 검토 .....	252
<b>제6절 입법시한도과에 따른 효력상실과 그에 대한 기속력 인정여부 검토</b> ...	252
<b>I. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실에 관한 타당성 검토</b> .....	253
1. 현황과 소재 .....	253
가. 현황 .....	253
나. 논의의 소재 .....	255
2. 불합치법률의 효력상실을 규율한 목적 .....	256
3. '입법시한도과에 따른 불합치법률의 효력상실'의 문제점과 부작용 ...	257
가. 문제점 .....	257
나. 부작용과 구조적 모순 .....	258
<b>II. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 운명</b> .....	259
1. 불합치법률의 효력유지설 .....	259
2. 불합치법률의 효력상실설 .....	259
가. 헌법재판소가 정한 바에 따라야 한다는 입장 .....	260
나. 단순위헌결정과 동일한 효과가 나타난다는 입장 .....	261

다. 도과시점에 법률폐지의 효과가 나타난다는 입장 .....	261
라. 효력상실은 입법자에게만 나타난다는 입장 .....	262
3. 불합치법률의 효력상실설에 대한 비판 .....	263
Ⅲ. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실시점 .....	264
Ⅳ. 불합치법률 효력상실 이후의 개선입법에 따른 후속적인 과제 .....	265
1. 문제의 소재 .....	265
2. 현재 2005헌바33결정과 현재 2010헌바354결정 .....	266
가. 현재 2005헌바33결정과 개선입법시한의 도과 .....	266
나. 2009. 12. 31. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 개정 .....	267
다. 현재 2010헌바354결정 .....	267
라. 정리와 쟁점 .....	271
마. 검토 .....	272
Ⅴ. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실에 대한 기속력 인정여부 .....	276
제7절 결어 .....	277

## 제5장 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무

제1절 법률개선 의무의 의의 .....	280
Ⅰ. 법률개선 의무의 개념 .....	280
Ⅱ. 헌법불합치결정의 핵심으로서 입법자의 법률개선 의무 .....	281
Ⅲ. 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무의 헌법적 정당성 .....	282
제2절 법률제정의무 및 법률관찰의무와 비교 .....	284
Ⅰ. 진정입법부작위에 대한 위헌결정의 산물로서 입법자의 법률제정의무 .....	284



1. 법률의 빈틈에서 문제 되는 법률제정의무	284
2. 단순위헌결정의 대상인 입법부작위	285
3. 진정입법부작위에서 문제 되는 법률제정의무	285
Ⅱ. 위헌결정과 관련이 없는 법률관찰의무	286
1. 법률관찰의무의 개념	286
2. 법률개선 의무와 구별되는 법률관찰의무	287
제3절 법률개선 의무의 근거	288
Ⅰ. 학설	288
1. 한국	288
2. 독일	289
Ⅱ. 판례	289
Ⅲ. 검토	290
제4절 법률개선 의무의 발생원인	291
Ⅰ. 부진정입법부작위	292
Ⅱ. 잘못된 예단	294
Ⅲ. 사실관계와 법적 상황 변화	295
제5절 법률개선 의무 내용	296
Ⅰ. 심사대상	296
Ⅱ. 법률개선 의무 대상	296
Ⅲ. 법률의 잘못 제거	297
Ⅳ. 개선대상으로서 유사구범?	298
제6절 개선된 법률의 소급효	299
Ⅰ. 개선된 법률의 소급 적용을 전제하는 헌법불합치결정	299

Ⅱ. 법률 개정을 통한 구제범위 변경 가능성 .....	300
Ⅲ. 소급규정 없는 개선된 법률의 소급 적용 가능성 .....	302
1. 학설 .....	302
2. 판례 .....	304
가. 헌법재판소 .....	304
나. 대법원 .....	305
3. 독일의 학설과 판례 .....	306
가. 학설 .....	306
나. 판례 .....	307
4. 검토 .....	308
Ⅳ. 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률의 소급범위 .....	309
1. 적용중지 헌법불합치결정 .....	309
2. 계속적용 헌법불합치결정 .....	310
Ⅴ. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률의 소급효 .....	312
Ⅵ. 결정 선고 당시 이미 개선된 법률의 소급 적용 .....	315
제7절 법률개선의무 위반의 효과 .....	325
Ⅰ. 법률개선의무를 자주 이행하지 않는 입법자 .....	325
Ⅱ. 헌법불합치로 결정된 법률의 운명 .....	330
1. 효력 상실 여부 .....	330
가. 개선시한이 지남에 따른 해당 법률의 효력 상실 .....	330
나. 학설 검토 .....	332
2. 효력 상실이 확정되는 시점 .....	334
가. 법률개선의무 위반이 확정되는 때 .....	334
나. 기한이 설정되지 않았을 때 상당한 기간 .....	335

다. 상당한 기간을 확정하는 기관 .....	336
라. 개선시한을 설정하였을 때 효력 상실 시점 .....	337
마. 헌법불합치로 결정된 법률이 효력을 상실하는 시점 .....	337
바. 기한 설정에 특별한 효과 ? .....	338
Ⅲ. 법률개선의무 존속 여부 .....	339
1. 개선시한이 지나도 법률개선의무의 원칙적 존속 .....	339
2. 개선 이후 법률을 개선할 때 원칙적 소급 적용 .....	340
Ⅳ. 응급지 못한(불완전한) 법률개선의무 이행에 따른 효과 .....	340
제8절 입법자의 법률개선의무 위반 통제 .....	341
Ⅰ. 입법자의 입법형성권과 법률개선의무 .....	341
Ⅱ. 한국의 학설과 판례 .....	342
1. 학설 .....	342
2. 판례 .....	344
Ⅲ. 독일의 학설과 판례 .....	346
1. 학설 .....	346
2. 판례 .....	347
Ⅳ. 검토 .....	347
1. 법원의 법형성 가능성과 헌법불합치결정의 기속력 .....	347
2. 헌법소원심판 청구 허용 여부와 헌법재판소의 임시규율 가능성 .....	349
3. 국가배상청구권 인정 여부 .....	349
4. 개선시한 경과 후 개선된 법률의 소급 적용 가능성 .....	350

**제6장 연구요약 및 결론**

제1절 헌법불합치결정에 관한 일반이론 ..... 351

제2절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정 ..... 353

제3절 헌법불합치결정 기속력의 내용과 범위 ..... 356

제4절 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무 ..... 359

제5절 결론 ..... 362

[부록] 헌법불합치 결정례의 입법개선현황 (2017년 10월 기준) ..... 379

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

헌법재판소는 법률의 위헌성을 확인하였을 때 단순위헌결정 이외에 헌법불합치결정을 자주 내린다. 헌법재판소가 내리는 변형결정 중에서 양적 측면에서 헌법불합치결정이 단연 압도적이다.<sup>1)</sup> 헌법재판소가 내리는 헌법불합치결정에 관해서 그동안 여러 가지 문제가 제기되었지만 아직 이러한 문제들에 관해서 명확하게 해명되었다고 보기는 어렵다. 오히려 새로운 문제가 새롭게 제기되는 실정이다. 대표적으로 본 연구의 주제인 헌법불합치결정의 기속력 문제나 개선입법의 구체범위에 관한 문제가 그것이다. 따라서 본 연구는 먼저 헌법불합치결정에 관한 일반이론을 명확하게 정리하고 밝히는 것을 목적으로 한다. 이를 위해서 지금까지 나온 모든 학설과 판례를 정리하여 후속 연구의 토대를 마련하려고 한다. 다음으로, 지금까지 나온 헌법불합치결정에 관한 문제를 망라적으로 정리하고 가능한 문제를 모두 찾아서 논의가 필요한 부분을 정리하고자 한다. 끝으로 이러한 문제를 헌법불합치결정의 일반이론을 바탕으로 구체적 해결을 모색하려고 한다. 이때 해결은 개별적 혹은 추상적 해결에 그치는 것이 아니라 일반적이면서 구체적인 해결을 모색하려고 한다. 이를 통해서 헌법재판소가 바로 재판에 적용할 수 있는 해결책을 제공하려고 한다. 이와 같은 목적은 헌법불합치결정에 관한 구체적인 기준과 요건을 명확하게 밝히는 것으로 이루고자 한다. 그리고 이러한 해결은 한국적 상황과 배경을 바탕으로 하여 가능한 한 한국 실정에 맞게 하려고 한다. 물론 이때 비교법적 검토를 충실히 하여 참고할 것이다. 요컨대 본 연구의 목적을 헌법불합치결정에 관한 일반이론을 꼼꼼히 정리하고 헌법불합치결정에 관한 모든 문제를 망라적으로 검토한 후에 그에 대한 해결책을 구체적으로 제시하되 가능한 한 실무에 유용하도록 기준과 요건으로 구체화하려는 것이다.

1) 헌법재판소 통계에 따르면, 1988. 9. 1. 개소 이래 2017. 11. 30.까지 헌법불합치결정은 188건, 한정위헌결정은 70건, 한정합헌결정은 28건이 선고되었다(변형결정의 67.5%). 헌법재판소 홈페이지의 '헌법재판통계-사건통계-누계표' 참조. [<http://www.court.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do>]

## 제2절 연구의 필요성

헌법불합치결정은 변형결정으로서 실정법에 명시적인 규정이 없다. 따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 내릴 수 있는지부터 문제가 된다. 그리고 헌법재판소 결정의 효력 중에서 가장 중요한 기속력도 헌법재판소법(이하 “헌재법”이라 한다) 제47조 제1항은 법률의 위헌결정에만 부여하는데, 이때 법률의 위헌결정에 헌법불합치결정이 속하는지도 문제가 된다. 이러한 점에서 헌법불합치결정에 관한 이론적 검토가 필요하다. 헌법재판소가 적지 않게 헌법불합치결정을 내리면서 헌법불합치결정의 기속력은 자주 의심받았다. 즉, 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 법률을 개선할 의무를 지는 입법자가 법률을 개선하지 않는 때가 왕왕 있었을 뿐 아니라<sup>2)</sup> (대)법원이 헌법불합치결정의 기속력을 부정하거나<sup>3)</sup> 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 간주하는 경우<sup>4)</sup>도 있었다. 이러한 점에서 헌법재판소가 내리는 헌법불합치결정의 실효성 확보를 위해서 헌법불합치결정의 기속력에 관한 구체적 검토가 요구된다. 헌법불합치결정의 핵심은 입법자의 법률개선 의무라는 점에 관해서는 이론이 없다. 그런데 정작 입법자의 법률개선 의무에 관한 논의는 그리 많지 않다. 법률개선 의무에 관한 검토가 이루어지지 않으면 헌법불합치결정의 실효성을 제대로 확보하기 어렵다. 따라서 헌법불합치결정을 논의할 때는 반드시 입법자의 법률개선 의무를 다루어야 한다. 끝으로 헌법불합치결정의 일반이론부터 그 기속력을 거쳐 그에 따른 입법자의 법률개선 의무는 서로 구별되는 것이 아니라 하나의 맥락 속에서 통일적으로 검토가 이루어져야 한다. 그런데 지금까지 그러한 체계적 연구는 이루어진 바가 없었다. 요컨대, 헌법불합치결정에 관한 논의는 그동안 단편적으로 혹은 부분적으로 이루어졌고, 그러한 논의마저 충실하게 이루어졌다고 보기 어렵다. 따라서 헌법불합치결정에 관한 체계적이고 전반적인 연구가 필요하다.

2) 예를 들어 현재 1997. 7. 16. 95헌가6, 판례집 9-2, 1.

3) 예를 들어, 현재 1995. 11. 30. 91헌바1등 결정에 대한 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결과 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등 결정에 대한 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결.

4) 예를 들어, 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결.

### 제3절 연구의 범위와 내용

본 연구는 현재 실무적으로 직접 문제가 되는 헌법불합치결정의 기속력과 그에 따른 입법자의 법률개선의무를 중심으로 한다. 그리고 논의의 전제로서 헌법불합치결정의 일반이론 전반을 상세하게 살펴보고자 한다. 또한, 현재법 제47조 제2항과 제3항에 따라 일반조항(비형벌조항)과 구별되는 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 내릴 수 있는지도 연구범위에 포함할 것이다. 이에 관한 실무상 문제가 자주 대두할 뿐 아니라 특히 헌법재판소와 대법원의 권한분쟁이 일어나는 부분이기도 하기 때문이다.

연구대상인 문제점에 대한 검토는 판례를 중심으로 실무상에서 문제가 되는 것은 물론 비교법적 검토에서 도출되는 것까지 모두 아우를 것이다. 실무상 검토대상은 헌법재판소 결정에 국한하지 않고 법원 판결도 포함할 것이다. 헌법불합치결정과 관련하여, 특히 헌법불합치결정의 기속력과 관련하여 법원에서도 적지 않게 문제가 되기 때문이다. 그리고 비교법적 검토 범위는 독일과 오스트리아에 한정한다. 다른 국가에서는 헌법불합치결정에 관한 유의미한 논의가 있다고 보기 어렵기 때문이다. 또한, 헌법불합치결정은 위헌법률의 적용여부에 따라 적용중지 헌법불합치결정과 잠정적용 헌법불합치결정으로 나뉘는데, 양자는 그 내용과 효과에서 차이가 있으므로 구별하여 검토할 필요가 있다. 이러한 구별은 그 필요성과 구체적 요건에서 출발하여야 할 것이다.

본 연구는 문제가 되는 영역을 중심으로 크게 네 가지로 나누어 진행하고자 한다. 먼저 헌법불합치결정에 관한 일반이론을 자세히 검토하려고 한다. 즉, 헌법불합치결정의 개념, 법적 근거, 정당화 사유, 종류는 물론 단순위헌결정 및 한정위헌결정과 어떻게 다른 것인지까지 차례대로 검토하여 헌법불합치결정을 이론적 관점에서 체계를 세워서 본 연구 논의의 전제를 세울 것이다. 이때 지금까지 제기된 이론적 및 실무적 문제점은 물론 예상할 수 있는 새로운 문제점까지 망라적으로 정리하여 살펴보고자 한다.

다음으로 최근 들어 심각하게 대두하는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 살펴보려고 한다. 여기서 현재법 제47조 제2항과 제3항에 따라서 일반조항과 형벌조항의 구별 필요성을 확인하고 형벌조항에 대해서 헌법불합치결정을 내릴

때 문제점을 자세히 살펴보고 나서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 가능성을 자세하게 다룰 것이다. 이러한 논의를 바탕으로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용요건을 정리하고자 한다.

그리고 헌법불합치결정의 기속력의 내용과 범위를 검토하고자 한다. 기속력의 일반이론을 정밀하게 살펴본 바탕 위에서 헌법불합치결정에 기속력이 귀속되는지를 살펴보고 나서, 헌법불합치결정에 귀속되는 기속력의 특성을 살펴볼 것이다. 이것을 토대로 입법자에 대한 기속력과 법원에 대한 기속력으로 나누어 헌법불합치결정의 기속력의 범위를 자세히 검토할 것이다.

끝으로 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무를 살필 것이다. 그동안 헌법불합치결정에 관해서 많은 연구가 있었지만, 정작 헌법재판소 헌법불합치결정의 핵심인 법률개선 의무에 관한 연구는 찾아보기 어렵다. 헌법재판소 판례에서도 법률개선 의무에 관한 내용은 찾기 어렵다. 따라서 법률개선 의무를 하나씩 세밀하게 검토할 것이다. 개념부터 시작하여 근거, 발생원인, 위반효과, 위반에 대한 통제는 물론 실무상 매우 중요한 개선된 법률의 소급효과까지 살펴볼 것이다.

헌법불합치결정의 법적용자에 대한 법적 효과와 관련하여 입법자가 개선한 법률로 말미암아 구제되는 권리의 범위와 관련된 몇 가지 쟁점이 추가적으로 있다. 이에 관한 검토도 입법자의 법률개선 의무 부분에서 구체적으로 이루어질 것이다.

첫째, 헌법불합치결정에 따른 구제범위는 입법자의 개선입법을 통해서 정해져야 하는지, 아니면 헌법재판소의 결정을 통해서 정해지는지가 문제 된다.

둘째, 헌법불합치결정에 따른 구제범위를 정할 때, 특히 헌법재판소 결정을 통해서 정해진다고 하면 위헌결정에 따른 권리구제 범위를, 다시 말해서 비형벌조항에 대한 위헌결정에서 예외적인 소급효 적용범위 확대와 관련한 논의의 틀을 원용할 수 있는지가 검토되어야 한다.

셋째, 위헌으로 결정된 법률에 근거한 행정처분에 관한 논의를, 헌법불합치로 결정된 법률에 근거한 행정처분에 원용할 수 있는지도 함께 살펴보아야 한다.



## 제2장 헌법불합치결정에 관한 일반이론

### 제1절 헌법불합치결정의 개념

일반적으로 헌법불합치결정은 헌재법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서,<sup>5)</sup> 심판대상이 된 법률조항이 위헌이라 할지라도 입법자의 형성권을 존중하여 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법에 합치하지 아니한다는 선언에 그치는 결정의 주문형식,<sup>6)</sup> 또는 심판대상이 된 법률조항이 실질적으로 위헌임에도 불구하고 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 당해 법률조항의 형식적 존속을 유지시키면서 입법자로 하여금 그 위헌성을 제거하도록 한 뒤, 입법자의 입법개선에 따라 개선된 입법을 적용시킬 것을 명하는 결정,<sup>7)</sup> 또는 위헌성이 확인된 법규범을 즉시 실효시키지 않고 그 헌법불합치성을 선언함과 동시에 그 위헌성을 제거하는 개선입법이 시행될 때까지 형식적으로 존속시키면서 관련 절차를 정지시키거나 잠정적으로 계속적용하도록 하는 결정<sup>8)</sup>이라고 설명되고 있다.

헌법불합치결정은 법규범의 위헌성을 확인한다는 점에서는 위헌결정의 일종이나, 단순위헌결정의 법적 효과인 위헌규범의 즉시실효 원칙에 대한 예외를 설정하고 있다는 점에서 변형결정의 하나이다.<sup>9)</sup> 이러한 헌법불합치결정은 국회의 입법형성권을 존중하고 신법과 구법 사이의 부조화를 해결할 수 있으며 위헌결정으로 인한 법적 혼란 내지 법적 공백의 발생을 예방함으로써, 일면으로 헌법재판의 대상이 된 법률규정의 위헌성을 선언하고, 타면으로 법적안정성을 확보할 수 있다는 점에서 긍정적으로 받아들여지고 있는 제도<sup>10)</sup>라고 한다.

5) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 261.

6) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 197면.

7) 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 법조 551호, 법조협회, 2002, 78면 이하 참조.

8) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 528면.

9) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 8) 528면.

10) 신봉기, “헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 354면.

## 제2절 헌법불합치결정의 법적 근거<sup>11)</sup>

### I. 문제의 제기

헌법은 물론 헌재법에는 헌법재판소가 헌재법 제47조 제2항에 대한 예외를 설정하는 헌법불합치결정을 내릴 수 있도록 하는 명시적인 근거가 없다. 그렇기 때문에 한정합헌결정이나 한정위헌결정만큼은 아니지만 헌법불합치결정의 합법성 내지 정당성에 대해서도 적지 아니한 의문이 제기되었다. 쟁점은 헌법재판소가 과연 현행 법의 규율상태, 특히 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정으로 그 법률은 즉시 효력을 상실한다는 원칙의 명시에도 불구하고 헌법불합치결정을 내릴 수 있는 법적 근거가 존재하는지, 존재한다면 어디서 그것을 찾을 수 있느냐 하는 점이다.

헌재법 제45조 및 제47조를 문자 그대로 이해하거나,<sup>12)</sup> 당연무효설에 입각해 있는 것으로 해석되고 있는 독일 법제와의 차이를 강조하면서<sup>13)</sup> 헌법불합치결정의 가능성 내지 필요성까지도 송두리째 부정하는 견해도 있으나, 통설과 헌법재판소의 판례(법정의견)는 그 가능성을 인정하고 있다. 이하에서 그 논거들을 살펴본다.

### II. 헌법재판소는 헌법소송절차의 부분적 형성권자이다

현행 헌재법이 헌법불합치결정과 같은 변형결정의 가능성에 대하여 침묵하고 있는 법적 상태를, 입법자가 그 가능성을 배제한 것으로 새겨야 한다는 주장은 현행 헌재법의 규율상태에 담긴 입법자의 진정한 의도 및 실체헌법 실현을 위한

11) 이 부분은 한수용/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 8), 530-534면을 참조하였음.

12) 예를 들어, 국회의원선거법상의 차별적 기탁금요건 및 기탁금 국고귀속요건에 관한 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정의 재판관 변정수의 보충의견 및 반대의견(판례집 1, 199, 265-266), 모든 공무원에게 단체행동권을 근본적으로 부인하고 있는 노동쟁의조정법 규정에 관한 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5 결정의 재판관 변정수의 반대의견(판례집 5-1, 59, 90), 텔레비전방송수신료의 금액을 국회의 개입 없이 한국방송공사가 결정하도록 한 한국방송공사법 규정에 관한 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 결정의 재판관 조승형의 반대의견(판례집 11-1, 633, 649-651).

13) 예를 들어 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14 결정의 재판관 조승형의 반대의견(판례집 9-1, 193, 213-215), 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 결정의 재판관 조승형의 반대의견(판례집 11-1, 633, 649-651).

헌법소송법의 봉사기능에 대한 이해부족에서 기인하는 것이다.

입법자는 헌법소송법의 주된 법원(法源)인 헌재법 제40조의 준용규정을 통해서 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한 민사소송에 관한 법령 등 다른 소송법령을 준용하도록 함으로써 헌법소송절차에 관한 입법작업에 들어가는 노력을 절약하는 한편, 헌법소송보다도 오랜 역사를 가진 다른 소송법 영역에서 형성된 경험적 자산을 헌법소송에 활용하도록 하였다.

그렇지만 헌재법 제40조의 포괄적 준용규정에도 불구하고 헌법재판절차를 규율하는 헌재법에는 적지 않은 입법적 흠결이 존재할 수밖에 없다. 헌재법의 대표적인 흠결은 무엇보다도 일단 시행되면 수많은 법률관계의 기초가 되는 법규범을 획일적으로 '전부' 또는 '즉시' 실효시킬 경우 발생하게 될 문제들을 적절히 통제하면서도 합헌상태의 회복을 명하는 변형결정과 관련하여 존재한다.

한편, 헌법소송법은 실체법인 헌법의 실현에 봉사하는 법으로 헌법에 실존적으로 의존하고 있기 때문에 해석의 여지가 있다면 실체법인 헌법에 우호적으로 해석되어야 한다. 그러므로 헌재법은 헌법재판소가 규범의 위헌성을 확인할 때 헌재법이 명시한 원칙적인 법적 효과를 수정하여 위헌상태의 제거라는 헌법적 가치와 동시에 사건해결과 직·간접적으로 관련되어 있는 다른 헌법의 가치들도 실현될 수 있도록 법규범 위헌성 확인의 법적 효과를 적절하게 통제할 수 있는 결정의 유형들에 관한 규율의 흠결을 남기고 있다고 평가하는 것이 타당하다.

헌재법만이 아니라 민사소송법 등 다른 법령에도 재판주문의 형성을 직접 규율하는 명문의 규정이 없다. 결국 규범통제절차에서 주문의 형성방법은 사건해결의 적정성을 기할 수 있는 방향으로 행사되어야 하는 헌법재판소의 재량에 맡겨져 있는 사항으로 보아야 한다.<sup>14)</sup> 헌법재판소는 이처럼 입법적 흠결을 보충하는 권한을 행사할 경우 헌법재판절차의 형성자이고, 따라서 헌법소송에 관한 법규범의 중요한 생산자인 것이다.

### Ⅲ. 헌재법의 명문규정에 대한 해석

헌법소송법의 실존적 가치는 헌법실현을 위하여 봉사하는 것이다. 그러므로

---

14) 헌법재판소도 이러한 사정을 헌법불합치결정을 할 수 있는 논거의 하나로 제시하고 있다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 260). 판례의 이와 같은 논거에 공감하는 견해로 정종섭, 헌법소송법(제6판), 박영사, 2010, 362면 참조.

가능한 한 실제법인 헌법을 보다 잘 실현할 수 있도록 헌법우호적으로 헌법소송법을 해석하여야 한다. 이러한 관점에서 ‘위헌결정’만을 직접적으로 언급하고 있는 헌재법의 조문은 다음과 같이 헌법불합치결정을 포함할 수 있도록 해석하여야 한다.

첫째, 헌재법 제45조는 규범통제절차에서 심판대상인 법률이 위헌으로 판단되는 경우의 주문형태를 한정적으로 열거하는 규정이라기보다는 헌법재판소의 심판범위 한정에 초점을 맞추고 있는 규정이다. 그 규정이 법률의 위헌성이 확인된 경우에 가능한 모든 주문형식을 배타적으로 열거하고 있는 것은 아니다.<sup>15)</sup>

둘째, 헌법재판소의 결정에 기속력을 부여하고 있는 헌재법 제47조 제1항의 위헌결정에는 단순위헌결정만이 아니라 법률의 위헌성을 확인하는 모든 헌법재판소의 결정이 포함된다고 ‘위헌결정’의 의미를 목적론적으로 확대해석하여야 한다. 헌재법 제47조 제1항은 결정유형을 한정하는 규정이 아니므로 그 규정이 단순위헌결정에만 기속력을 부여하는 것이라고 해석하여야 할 이유가 없다.<sup>16)</sup>

셋째, 즉시실효 원칙을 천명하고 있는 헌재법 제47조 제2항도 법률에 대한 위헌결정에 부여되는 실제법적 효력에 관한 원칙만을 규정한 것일 뿐, 법규범의

15) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정 : “헌법재판소법 제45조 본문의 ‘헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다’라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적·법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하여야 한다. 전제사건에 관한 재판은 법원의 고유권한에 속하기 때문이다. 그리고 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 능사로 할 수 없다. 양자택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연·신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적 공백, 법적 혼란 등 법적인정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자율을 제약하고, 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러 가지 변형재판이 필수적으로 요청된다.”(판례집 1, 199, 259)

16) 동갑, 김양균, “헌법재판의 입법통제와 변형결정”, 공법연구 제25집 제1호, 한국공법학회 1997, 220면; 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력”, 「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구」, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소, 1991, 179-180면; 이현환, “위헌결정의 방식에 관한 연구 - 변형결정을 중심으로 -”, 헌법재판의 이론과 실제: 금강김철수교수 화갑기념논문집, 1993.10, 290면; 남복현, “헌법재판소 변형결정의 유형과 문제점”, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구」, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1996, 105-106면; 이명용, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009, 373-375면; 허완중, “헌법재판소의 헌법불합치결정을 정당화하는 사유”, 안암법학 제31호, 안암법학회, 2010.1, 44면 참조.

위헌성을 확인하는 변경결정의 가능성을 부정하고 있는 것으로 해석할 수 없다.<sup>17)</sup>

넷째, 단순위헌결정을 통해 심판대상법률을 즉시 실효시킬 수 있는 헌법재판소의 권한에는 위헌법률의 실효시기를 유예하는 헌법불합치결정을 내릴 수 있는 권한도 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 즉, 법적 효과가 큰 결정을 내릴 수 있는 권한은 그보다 미약한 효과를 미치는 결정을 내릴 수 있는 권한을 포함하고 있다고 해석할 수 있다.<sup>18)</sup>

#### IV. 비교법적 논거

독일에서도 연방헌법재판소가 규범통제절차에서 실정법에서 뒷받침이 되는 뚜렷한 법조문을 찾을 수 없는 헌법불합치결정이라는 변형판결을 해 왔다.<sup>19)</sup> 독일연방헌법재판소는 이 유형의 변형결정을 법률의 수권 없이 문자 그대로 “발명”한 것이다.<sup>20)</sup> 1970년까지 독일연방헌법재판소법상 법규범의 위헌성의 효과는 기본적으로 그 규범의 ‘당연무효’였고, 연방헌법재판소법 제78조, 제82조 제1항, 제95조 제3항도 여전히 이를 출발점으로 삼고 있음에도, 독일연방헌법재판소는 어떻게 보면 그와 같은 명문의 규정들에 반하여, 무효선언의 부작용을 피하기 위하여 이 재판유형을 창조한 것이다. 독일의 입법자는 이와 같이 형성된 재판실무를 뒤따라 재판의 현실에 부합하도록 만들기 위한 노력의 일환으로 1970년도에 연방헌법재판소법에 대한 개정을 통해 제31조 제2항,<sup>21)</sup> 제79조 제1항<sup>22)</sup> 등에 헌법불합치결정을 할 수 있는 법적

17) 同旨, 허완중, 앞의 논문(주 16), 44면.

18) 同旨, 김양균, 앞의 논문(주 16), 219면.

19) 이에 대하여 상세한 설명은 Klaus Schlaich (정태호 역), 독일헌법재판론, 미리교역, 2001, 단락번호 359 이하 참조.

20) 이에 대하여 상세한 설명은 Klaus Schlaich (정태호 역), 위의 책(주 19), 단락번호 360-361.

21) “제13조 제6호, 제11호, 제12호 및 제14호의 사건에서는 연방헌법재판소의 재판은 법률로서의 효력을 가진다. 연방헌법재판소가 법률이 기본법에 합치한다고 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언한 경우에는 제13조 제8호의2의 사건에서도 이와 같다. 법률이 기본법 또는 기타 연방법에 합치한다고 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언된 경우에는 연방법무부장관이 재판주문을 법률관보에 공고하여야 한다. 제13조 제12호 및 제14호 사건의 재판주문에도 이를 준용한다.”

22) “기본법과 합치하지 아니한다거나 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 의거한 형사확정재판에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다.”

근거를 마련하여 준 것에 불과하다.

## 제3절 헌법불합치결정의 종류

### 1. 인정근거에 따른 분류

#### 1. 독일연방헌법재판소의 경우

독일연방헌법재판소는 헌법불합치결정을 하는 경우에 원칙적으로 당해 법률의 적용을 중지하는 명령을 내리고, 예외적인 경우에만 헌법불합치 선언된 법률이 잠정적으로 적용될 수 있음을 명하고 있다. 그리고 연방헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 동시에 위헌법률이 계속 적용될 것을 명시하는 경우, 사실상 위헌결정의 장래효를 의미한다.<sup>23)</sup> 위헌적인 법률의 잠정적인 적용은 무엇보다도 법적안정성의 측면에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여, 일정 기간 동안 입법자의 새로운 입법시까지 위헌적 법률을 존속시켜야 할 필요성이 있는 경우에 인정된다. 그러므로 여기서 위헌적인 법률을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 하는 것은 법치국가적 요청인 법적안정성의 이유이다.<sup>24)</sup>

#### 2. 우리 헌법재판소의 경우

우리 헌법재판소도 독일 연방헌법재판소의 예를 따라 “적용중지형” 헌법불합치결정과 “잠정적용형” 헌법불합치결정을 선고하고 있다. 다만, 결정주문에서 적용중지형인지 잠정적용형인지를 표시하지 아니한 사례도 있는데,<sup>25)</sup> 이들은 일반원칙에 따라 원칙적으로 적용중지형으로 보아야 할

23) 전광석, 앞의 논문(주 16) 156면.

24) 한수용, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995, 519면.

25) 헌법재판소가 1988. 9. 1. 개소 이래 2017. 11. 30.까지 결정주문에서 이를 표시하지 않은 사건은 9건으로 파악되고 있다. 그 사례는 ①헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등 (토지초과이득세법 사건), 판례집 6-2, 64; ②헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등 (소득세법상 기준시가위입 사건), 판례집 7-2, 562; ③헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 (친생부인의 소 출소기간 사건), 판례집 9-1, 193; ④헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등 (그린벨트 사건), 판례집 10-2, 927; ⑤헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 (대학교수 기간임용제 사건), 판례집 15-1, 176; ⑥헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등 (대학

것이다. 그 이유를 보면 다음과 같다.

가. 즉, 현재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정에서는 “이 사건에 관하여 입법자가 토지초과이득세법을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 개정 또는 폐지할 때까지는 법원·행정청 기타 모든 국가기관은 현행 토지초과이득세법을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되, 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 … 헌법불합치결정을 선택하지 아니할 수 없다.”고 판시하였으므로,<sup>26)</sup> 사실상 적용중지를 명하는 것으로 보아야 할 것이다.

현재 1997. 3. 27. 95헌가14등 결정에서도, “입법자가 이 사건 심판대상조항을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 개정할 때까지는 법원 기타 국가기관은 민법 제847조 제1항 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년 내’라는 부분을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 … 헌법불합치결정을 선고하는 것”이라고 판시하였으므로,<sup>27)</sup> 사실상 적용중지를 명하는 것으로 보아야 할 것이다.

현재 1998. 12. 24. 89헌마214등 결정에서도, “행정청은 위헌적 상태를 제거하기 위한 보상입법이 마련되기 전에는 이 사건 법률조항에 근거하여 새로이 개발제한구역의 지정을 하여서는 아니되며 … 청구인들을 포함한 모든 토지소유자가 토지재산권의 사회적 한계를 넘는 가혹한 부담을 받은 경우에 한하여 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 결정에 근거하여 이 사건 법률조항에 의한 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 이 사건 법률조항에 위반하여 행하여진 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다.”고 판시하였으므로,<sup>28)</sup> 이 결정 역시 사실상 적용중지를 명하는 것으로 보아도 좋을 것이다.

한편 현재 2004. 1. 29. 2002헌가22등 결정에서는, “이 사건 법률조항은 위

---

교수 기간임용제 등 사건), 판례집 15-2하, 466; ⑦현재 2004. 1. 29. 2002헌가22 등 (특별한정승인 소급적용 사건), 판례집 16-1, 29; ⑧현재 2008. 11. 27. 2006헌마 352 (KOBACO 방송광고 판매독점 사건), 판례집 20-2하, 367, ⑨현재 2010. 7. 29. 2008헌가15 (사립학교 교원의 퇴직급여 감액 사건), 판례집 22-2상, 16 등이다.

26) 판례집 6-2, 64, 120.

27) 판례집 9-1, 193, 206.

28) 판례집 10-2, 927, 960.

조항이 규정하는 상속인에 대하여는 자신의 의사와 관계없이 상속의 단순승인 의제되는 것으로부터 발생하는 기본권침해의 위험을 구제하는 규정인바, 이 사건 결정으로 인하여 계속된 절차가 중지됨으로써 이 사건 법률조항이 제공하는 구제를 받지 못하게 되는 것은 아닌가 의문이 있을 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 정하는 상속인의 경우에도 이 사건 부칙조항에 따라 이 사건 결정 전인 2002. 4. 15.까지 특별한정승인의 신고를 하여야 하므로 대부분의 경우 더 이상 이 사건 부칙조항의 적용을 받을 여지가 없고, 설령 특별한정승인 신고의 효력에 관한 다툼이 법원에 계속중인 경우에도 이 사건 결정이 미치는 영향은 상속채무의 책임부담에 관한 확인이 입법개선 시까지 미루어지는 것으로서 이 사건 법률조항이 정하는 상속인의 권리구제의 배제가 아니라 권리구제의 지연에 그치는 정도이고, 이 사건의 경우 권리구제의 지연이 사실상 급부나 혜택의 박탈과 같은 효과를 가져오는 것도 아니어서 위와 같은 지연적 효과는 헌법불합치결정에 내재하는 부수적 효과를 넘는 것이라고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 위와 같은 지연적 효과를 차단하기 위하여 이 사건 법률조항을 잠정적용하게 되면 이 사건 청구인들과 같은 상속인의 경우에는 이 사건 법률조항의 규범력이 미치는 결과 확정적으로 권리구제가 배제될 수 있는 문제점이 있고, 또한 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 그 내용의 일부분에 대한 위헌성이 확인되는 경우나 그 내용 안에 위헌적 부분과 합헌적 부분을 포함하는 경우가 아니라 오로지 위 조항이 포함하지 않은 일정 범위의 상속인과의 관계에서 위헌성이 나타나는 것이어서, 이 사건 법률조항이 정하는 상속인 부분만을 분리하여 잠정적용을 명하는 것도 적절치 아니하다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 잠정적용할 필요가 인정되지 아니하므로 입법자가 개선할 때까지 그 적용을 중지하도록 한다.”고 판시하였다.<sup>29)</sup>

나. 다만, 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등 결정에서는, “이 사건의 경우에는 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 헌법에 합치하는 내용의 개정입법이 이미 행하여져 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있으므로, 당재판소는 단순위헌결정을 하지 아니하고 이 사건 위임조항을 적용하여 행한 양도소득세 부과처분 중 확정되지 아니한 모든 사건과 앞으로 행할 양도소득세 부과처분 모두에 대하여 위 개정법률을 적용할 것을 내용으로 하는 헌법불합치결정을” 하였으므로<sup>30)</sup> 사실상 적용중지를 명하는 것으로 볼 수도 있으나, 대법원은 “헌법재판소가 … 구 소득세법 제60조가 위헌임에도 불구하고 굳이

29) 판례집 16-1, 29, 57-58.

30) 판례집 7-2, 562, 595.



헌법불합치결정을 한 것은 단순위헌결정을 하는 경우 그 결정의 효력이 당해사건 등에 광범위하게 미치는 결과 구 법령에 근거한 양도소득세부과처분이 모두 취소되게 되어 법적 공백의 발생, 조세수입 감소로 인한 국가재정의 차질, 기납세자와의 형평 위배 등의 불합리가 발생하므로 이러한 부작용을 회피하기 위하여 개정법령의 시행일 이전에 종전의 법령을 적용하여 한 부과처분을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것이임이 분명하다. … 그렇다면 결국 위헌법불합치결정은 당해 조항의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 이전까지는 종전 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유가 없다.”는 이유로 계속적용형 헌법불합치결정으로 해석하였다.<sup>31)</sup> 그 후 헌법재판소도 이 헌법불합치결정된 법률조항을 적용한 대법원판결에 대한 헌법소원사건에서 재판관 4인<sup>32)</sup>은 적용을 중지해야 한다고 보았으나, 나머지 재판관 5인<sup>33)</sup>은 헌법재판소의 위 명령은 “기준시기에 의하여 양도가액이나 취득가액을 산정함에 있어서 원칙적으로 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거한 개정 소득세법 제99조를 적용하여야 할 것이나, 다만 개정 소득세법 제99조를 적용하여서는 기준시기에 의하여 양도가액이나 취득가액을 산정할 수 없어 그 양도차익의 산정이 불가능하게 되는 예외적인 사정이 있는 경우에는 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거하는 개정법률이 시행되기 전까지는 위 법률조항의 잠정적인 적용을 허용하는 취지인 것”이라고 보았다.<sup>34)</sup>

한편 현재 2003. 2. 27. 2000헌바26 결정에서도, “헌법불합치결정의 경우 입법자에게는 법률의 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법개선 의무가 발생하게 되므로, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 이 사건 법률조항 소정의 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원이 재임용거부되는 경우에 그 사전절차 및 그에 대해 다룰 수 있는 구체절차규정을 마련하여 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.”라고 판시하였으므로,<sup>35)</sup> 사실상 위와 같은 사례군에 대하여는 적용중지를 명하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나, 1999. 8. 31. 법률

31) 대법원 1997. 3. 28. 선고 95누17960 판결, 공1997상, 1274; 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결, 공1997상, 1282 참조.

32) 김용준·신창언·조승형·이영모 재판관

33) 김문희·이재화·정경식·고중석·한대현 재판관

34) 헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461.

35) 판례집 15-1, 176, 193.

제6004호로 개정된 사립학교법 부칙 제2항(계약제 임용에 관한 경과조치)은 “중전의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용된 교원의 경우에는 제53조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 당해 임용기간이 종료될 때까지는 중전의 규정에 의한다.”고 규정하고 있고, 동 부칙조항은 위 헌법재판소의 헌법불합치결정의 심판대상이 아니었기 때문에 동 부칙조항에 의하면 헌법불합치결정된 구법 제53조의2 제3항은 여전히 적용되는 것으로 볼 수도 있다.<sup>36)</sup>

다. 위헌결정에 있어서는 위헌법률의 효력이 바로 상실됨에 비하여 헌법불합치결정에 있어서는 위헌적 법률임에도 그 형식적 존재가 존속한다. 위헌적인 법률임에도 부득이 그 형식적 존재를 유지하게 하는 이유는, 헌법재판소가 그 위헌적 상태를 제거함(단순위헌결정)으로써 스스로 합헌적 상태를 실현할 수 없고 그 실현은 입법자가 맡아서 해야 하는 일이기 때문이다. 이러한 의미에서 헌법불합치결정은 당연히 입법자에 대한 입법촉구결정을 포함하게 되고, 위헌이라는 의미에서 헌법불합치 선언된 법률은 결정 이후 적용될 수 없으며 위헌성이 제거된 신법의 제정을 기다려 그 신법이 적용되어야 한다는 귀결을 포함하게 된다.

36) 헌법재판소는 그 후 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723, 2007헌바109 (병합) 사건에서, “입법자는 중전 헌법불합치결정의 취지에 따라 재임용 심사기준, 사진절차, 재임용 거부에 대한 구체절차 등에 관한 규정을 신설하는 것으로 사립학교법을 개정하고, ‘교원지위향상을 위한 특별법’(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 것)에 사후구제절차를 마련함으로써 중전 헌법불합치결정에서 부과한 입법개선 의무를 이행하였다고 볼 것이고, 나아가 중전 헌법불합치결정일 이전에 재임용에서 탈락한 교원들을 위하여 ‘대학교 교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2005. 7. 13. 법률 제7583호로 제정된 것, 이하 ‘탈락자구제특별법’이라 한다)을 제정하여 재임용탈락에 대한 재심사 기회를 부여한 것은 중전 헌법불합치결정들에서 명한 입법개선 의무에 포함된 것은 아니지만 입법자가 이들의 구체필요성을 인정하여 정책적으로 마련한 입법이라고 할 것이다. 이 사건 부칙조항(중전 헌법불합치결정에 따른 개선입법인 개정 사립학교법의 재임용 관련 조항의 적용범위를 위 개정법 시행일 현재 재직중인 사립대학 교원에 한정하고 있는 사립학교법(2005. 1. 27. 법률 제7352호로 개정된 것) 부칙 제2항)은 개정 사립학교법에 신설된 재임용 관련 조항의 적용범위와 관련하여 위 개정법 시행 당시 재직중인 교원에 대하여만 이를 적용한다고 규정함으로써 ‘중전의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용’된 사립대학 교원 중 위 개정법 시행일 이전에 재임용에서 탈락한 교원과 그 이후에 탈락한 교원을 차별 취급하고 있으나, 이는 재임용과 관련하여 아무런 규정을 두고 있지 않던 개정 사립학교법 시행 이전에 재임용과 관련하여 이미 형성된 법적 지위나 학교법인의 신뢰에 대한 보호필요성 등을 고려한 것으로 그 차별에 합리적인 이유가 있고, 개정 사립학교법 시행 이전에 재임용에서 탈락한 교원에 대하여는 별도로 탈락자구제특별법을 마련하여 재심사 기회를 부여하고 있으므로, 그 구체적인 구체조치의 효력이나 범위에 다소의 차이가 있다는 점만으로 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.”고 하여 합헌결정을 선고하였다.

## II. 원칙적 적용중지와 개정법률의 소급적용

### 1. 원칙적 적용중지

이와 같이 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이므로 헌법불합치결정이 선언된 법률(조항)은 적용이 부인됨이 원칙이다. 따라서 헌법불합치결정이 있는 경우 행정관청과 법원은 원칙적으로 그들에게 계류된 절차를 개선입법이 있을 때까지 중지하여야 한다.<sup>37)</sup>

이렇게 헌법불합치결정에 있어서는 구체적 사건에 관한 법원의 판단을 입법자의 새로운 판단이 있을 때까지 미결상태로 보류하는데 그 특징이 있으며, 법원은 법률의 개정을 기다려 그에 의해 판단함으로써 당사자가 개정법률의 결과에 따른 혜택을 받을 수 있도록 기회를 열어놓아야 한다. 위헌결정에 있어서는 법원에게 최종적이고 확정적인 판단근거가 제공되지만, 헌법불합치결정에 있어서는 그 자체가 완결된 최종판단이 아니고 그 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적 결정을 입법자에게 미루고 있는 것이다.

### 2. 개정법률이 소급적용되는 경우

헌법재판소가 헌법불합치라는 변형결정 주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 경우에는, 이 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 동 법률조항을 적용하여 행할 부과처분에 대하여는 법리상 이 결정 이후 입법자에 의하여 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 한다.<sup>38)</sup>

예컨대, 헌법재판소는 2009. 3. 26. 선고한 2007헌가22 (선거법위반자 50배 과태료) 사건에서, 의무위반자에 대하여 부과할 과태료의 액수를 일률적으로 '제공받은 금액 또는 음식물·물품가액의 50배에 상당하는 금액'으로 정하고 있는 공직선거법 조항에 대하여 입법자가 위 법률조항을 개정할 때까지 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 선고하였고, 이에 국회는 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 동 조항을 개정하여 과태료를 '10배 이상 50배 이하에 상당하는 금액'으로 하였고 그 상한은 3천만원이하로 한정하였다. 그러나 부칙 제1조에서 '이 법은 공포한 날부터 시행한다'고 규정할 뿐, 개정조항의

37) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 120 참조.

38) 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 공보 42, 123, 129.

소급적용에 관하여는 아무런 규정을 두지 않았다. 그렇지만 당해 소송법원인 부산지방법원(2007라760 공직선거법위반결정에대한즉시항고)은 위 법률개정 후인 2010. 2. 18. 원심결정을 취소하고 항고인을 과태료 20만원에 처한다고 결정하였는데, 그 이유는 “헌법재판소의 헌법불합치결정의 취지 및 개정 공직선거법 규정에 비추어 이 사건 과태료 액수에 관하여 보건대, 항고인의 법위반행위의 내용과 정도 및 경위 등 제반사정에 비추어 보면 이 사건 규정에 근거한 원심결정의 과태료 액수 45만원은 너무 무거워 부당하다.”는 것이었다. 이 결정에 대하여는, “국회가 개정법률의 소급적용을 위한 부칙규정을 두지 않았음에도 불구하고 헌법불합치결정의 취지를 존중하여 개정법률을 소급적용하였다는 점에서 평가할 만하며, 이 경우는 법원이 스스로 경과기간 동안의 위헌성을 제거하여 적절히 경과적 규율을 한 사례에 해당한다.”는 긍정적인 평가가 있다.<sup>39)</sup>

이와 관련하여 대법원은 2002. 4. 2. 선고한 99다3358 판결에서, “어떠한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 헌법재판소가 1998. 8. 27. 96헌가22등 사건에서 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되기 전 민법 제1026조 제2호에 대하여 한 (적용중지) 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 개정 전 민법 제1026조 제2호의 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이므로, 비록 개정 민법 부칙 제3항의 경과조치의 적용범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 관하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 개정 민법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.<sup>40)</sup>

39) 방승주, “헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응”, 헌법학연구 제17권 제4호, 한국헌법학회, 2011.12. 354-355면.

40) 同旨, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결 : “어떠한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상, 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구 사립학교법(1999. 8.31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문(前文)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정(헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 및 헌재 2003. 12. 18. 2002

### 3. 소급적용의 범위

이와 같이 개정법률의 소급적용은 헌법불합치결정에 내재하는 본질적 요소이다. 입법자가 헌법불합치결정의 취지에 따라 위헌적 상태를 제거하는 법률을 제정하면 그것은 헌법재판소를 대신하여 합헌적 상태를 소급적으로 회복시키는 것이 되고, 법원이 이렇게 합헌적인 법률을 적용하여야 하는 것은 당연하다. 이러한 이유 때문에 입법자가 그 개정법률의 시행시점을 별도로 규율하는 것은 큰 의미를 갖지 못한다. 따라서 헌법불합치결정의 원칙적 형태인 적용중지를 명하는 경우 헌법재판소의 개선입법명령에 따라 개정된 법률이 소급적용되는 범위는 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같다.<sup>41)</sup> 다만, 위에서 본 바와 같은 일부 ‘입법흡결’의 경우에 하는 헌법불합치결정의 경우에는 주의를 요한다.

즉 헌법재판소는 현재 2008. 10. 30. 2005헌마723등<sup>42)43)</sup> 결정에서, “만일,

---

헌마14등 결정)의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 위 법률조항의 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이므로, 비록 현행 사립학교법 부칙(2005. 1. 27.) 제2항의 경과조치의 적용범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 사립학교법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다.”

- 41) 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정의 경우에도 당해사건에 대해서는 당해 법률의 적용을 배제해야 한다는 견해로 박종연, “헌법불합치 위헌결정의 소급효 배제의 문제점”, 법률신문, 2015.10.12.자, 12면 기고문 참조. 같은 취지의 판례로 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결 참조.
- 42) 청구인들(2005헌마723)은 사립대학에서 기간임용제 교원으로 재직하다가 2005. 1. 27. 개정 사립학교법의 시행일인 2005. 1. 27. 이전에 재임용거부 등의 사유로 면직된 사람들로서, 이미 재임용 탈락을 다투는 소송 등을 진행 중이거나 2005. 1. 27. 개정 사립학교법에 의하여 재임용탈락에 대한 사법심사를 받으려 예정하고 있던 중, 2005. 8. 1. 위 개정법의 소급효를 제한하고 있는 이 사건 부칙조항(종전 헌법불합치결정에 따른 개선입법인 개정 사립학교법의 재임용 관련 조항의 적용범위를 위 개정법 시행일 현재 재직중인 사립대학 교원에 한정하고 있는 사립학교법(2005. 1. 27. 법률 제7352호로 개정된 것) 부칙 제2항)으로 인하여 자신들의 평등권 등이 침해되었다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.
- 43) 이 결정에서 헌법재판소는 “종전 결정에서 지적된 입법형성의무의 내용을 이행하는 개선입법에 대한 위헌성을 심사하기 위해서는 먼저 ①헌법재판소의 종전 결정 등으로 인하여 입법자에게 부과된 입법형성의무의 구체적 내용이 어떠한지의 여부를 검토하고, ②개정법이 적용되는 모든 영역에 관련하여 입법자가 종전 결정의 취지에 따른 입법형성의무의 내용을 제대로 이행하였는지의 여부를 검토해야 하며, 마지막으로 ③심판대상조항으로 인하여 종전결정에서 심리·검토되지 아니하였던 새로운 기본권에 대한 침해 등이 발생하였는지의 여부를 검토해야 한다(현재 2003. 12. 18. 2002헌마91등, 판례집 15-2하, 530, 536-537).”고 판시하였다.(판례집 20-2상, 941, 965)

(헌법재판소의 헌법불합치결정 후) 2005. 1. 27. 개정된 사립학교법<sup>44)</sup> 시행 이전에 재임용에서 탈락한 교원들에게까지 위 개정법을 소급적용할 경우 당해 교원들의 입장에서 보자면 탈락자구제특별법의 적용을 받는 경우와 비교할 때 좀 더 실효적인 구제수단인 개정 교원지위법 소정의 소청심사를 받을 수 있을 뿐만 아니라, 민사소송에 의하는 경우에도 사전절차의 흠결 등을 이유로 더 용이하게 재임용거부결정의 무효확인을 받을 수 있을 것이나, 반대로 학교법인 측에서 보자면 이는 아직 위 개정법이 시행되지 않아 재임용거부 당시에는 존재하지도 않았던 사전절차를 준수하지 않았다는 사유만으로 불이익을 받는 것이 되는데, 이러한 입법은 위 교원들의 구제에만 치중함으로써 보호가치 있는 학교법인의 신뢰나 기왕에 형성된 법적 지위, 학교운영의 안정성 등 학교법인 측의 보호법익을 도외시한 것이므로 부당하다고 하지 않을 수 없다. 따라서, 입법자가 재임용거부에 앞서 거쳐야 할 사전절차가 포함된 2005. 1. 27. 개정 사립학교법의 적용범위를 위 법 시행 이후에 임용기간이 만료되는 교원들에 한정하면서, 다른 한편 기왕에 부당하게 재임용에서 탈락한 교원들을 위하여 별도의 입법인 ‘대학교 교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2005. 7. 13. 법률 제7583호로 제정된 것)을 통하여 사후구제수단을 제공한 것은 대립되는 이해주체의 보호법익을 적절히 형량한 합리적인 선택으로 평가할 수 있을 것이다. 따라서, 2005. 1. 27. 개정 사립학교법 부칙 제2항이 2005. 1. 27. 개정 사립학교법의 적용대상을 위 법 시행일 현재 재직중인 교원으로 한정하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.

### Ⅲ. 잠정적용을 명하는 경우와 개정법률의 소급적용 여부

#### 1. 잠정적용을 명하는 이유

44) 종전 헌법불합치결정등 이후에 개정된 사립학교법(2005. 1. 27. 법률 제7352호로 개정된 것) 제53조의2 제4항 내지 제8항, ‘교원지위향상을 위한 특별법’(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 것) 제7조 제1항은 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원의 재임용과 관련하여 재임용 심사 절차 및 그에 대하여 다룰 수 있는 구체절차 규정을 마련하였으나, 각 개정법률의 부칙에서 그 시행일을 ‘공포한 날(2005. 1. 27.)부터’라고 규정하였다. 또한, 위 개정 사립학교법 부칙 제2항은 종전에 기간임용제로 임용된 교원 중 위 개정법을 시행(2005. 1. 27.) 당시 재직 중인 교원의 재임용 관련절차에만 제53조의2 제4항 내지 제8항의 신설규정을 적용하도록 하였다.

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 즉, 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법이 없어 규율없는 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다.<sup>45)</sup>

그리하여, 앞에서 본 바와 같이 예외적으로 종래의 법적 상태보다 더욱 헌법질서에서 멀어지는 법적 상태의 발생을 방지하기 위하여 위헌법률의 잠정적용(헌법불합치결정의 시점과 개정법률의 발효시점 사이의 기간)을 명할 수 있고,<sup>46)</sup> 이러한 경우에는 결정에서 헌법재판소가 구법을 적용하도록 명시하게 된다.

## 2. 개정법률이 소급적용되는 경우

헌법재판소는 현재 2011. 8. 30. 2008헌마343<sup>47)</sup> 결정에서, “이 사건 헌법소원심판청구는 헌법불합치결정 당시 ‘법원’에 계속중인 사건이 아니고, 이 사건 법률조항<sup>48)</sup>의 위헌여부가 쟁점이 되어 ‘헌법재판소’에 계속중인 사건이다.

45) 현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417, 同旨 현재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 647.

46) 현재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 285.

47) 청구인은 육군 대위로 복무하던 중 증권투자 실패로 부채상환 압박을 받아 군무를 기피할 목적으로, 2004. 8. 11.부터 2007. 10. 8.까지 약 3년 2개월 동안 군무를 이탈하였는데, 이로 인하여 2007. 12. 11. 제32사단 보통군사법원에서 군무이탈죄로 징역 6월을 선고받고 그 무렵 위 판결이 확정되었으며, 위 판결의 확정으로 군인사법 제40조 제1항 제4호, 제10조 제2항 제4호의 규정에 따라 당연제적되었다. 청구인은 2008. 1. 24. 국방부장관에게 퇴직급여를 청구하였는데, 국방부장관은 2008. 2. 5. 구 군인연금법 제33조 제1항 제1호, 군인연금법 시행령 제70조 제1호의 규정에 따라 청구인이 위 형벌을 선고받지 않았다면 받을 수 있었던 퇴직급여액 중 1/2을 감액한 나머지를 지급하였다. 이에 청구인은 2008. 4. 15. 국방부장관의 퇴직급여 감액처분 및 그 근거가 된 위 조항들에 대하여 재산권 및 평등권 침해를 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

48) “군인 또는 군인이었던 자가 ‘복무 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때’에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다.”고 규정된 구 군인연금법(1995. 12. 29. 법률 제5063호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제

그런데 이 사건 청구와 같이 헌법불합치 당시 헌법재판소에 계속중인 사건은 이 사건 법률조항에 대한 위헌여부가 헌법재판의 쟁점이 되어 있으므로 구체적 규범통제의 필요성이 법원에 계속 중인 사건보다 더 클 뿐 아니라, (헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1등 사건의) 헌법불합치결정 이전에 또는 결정과 동시에 선고되었다면 당연히 헌법불합치결정이 내려졌을 것이라는 점을 고려할 때, 2008헌가1등 사건의 헌법불합치결정의 소급효가 이 사건 헌법소원심판청구에도 미치는 것은 당연하다고 할 것이다. 2008헌가1등 사건의 헌법불합치결정은 위헌법률의 잠정적 적용을 명하였으므로, 그에 따라 이 사건 법률조항은 잠정적용시한인 2009. 12. 31.까지는 헌법불합치 상태로 잠정적으로 유효하다가 개선입법이 시행된 2010. 1. 1.부터 효력을 상실하였다고 할 것이다. 그러므로 개선입법이 시행된 2010. 1. 1.부터는 이 사건 법률조항이 더 이상 청구인에게 적용되지 않고, 개선입법만이 청구인에게 적용되게 된다.”<sup>49)</sup>고 판시하였다.

대법원도 같은 입장이다. 즉 대법원은 2011. 9. 29. 선고한 2008두18885 판결<sup>50)</sup>에서, “헌법불합치결정(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128)에 나타난 구 군인연금법 제23조 제1항<sup>51)</sup>(‘구법조항’)의 위헌성, 구법조항에 대한 헌법불합치결정 및 잠정적용<sup>52)</sup> 이유 등에 의하면, 헌법재판소가 구법조항의 위헌성을 확인하였음에도 일정 시한까지 구법조항의 계속적용을 명한 것은

9904호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 제1호.

49) 주문은 각하. [〈결정요지〉 : (1) 헌법불합치결정 당시 헌법재판소에 계속 중인 이 사건 법률조항에 대한 청구 부분은 이 사건 법률조항의 위헌여부가 쟁점이 되어 ‘헌법재판소에 계속 중인 사건’으로서 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 할 것이어서, 위 헌법불합치결정에 따른 개선입법이 시행된 2010. 1. 1.부터는 이 사건 법률조항은 효력을 상실하고 개선입법만이 청구인에게 적용된다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 기본권 침해는 더 이상 존재하지 않게 되므로 청구인에게 권리보호이익이 없어 부적법하다. (2) ‘군인연금법 시행령’(1994. 6. 30. 대통령령 제14302호로 개정된 것) 제70조 제1호는 이 사건 법률조항의 위임에 따른 것으로서 2010. 1. 1.부터 이 사건 법률조항이 효력을 상실하여 위 시행령조항 역시 청구인에게 적용되지 않게 되었다. 따라서 이 사건 시행령조항의 위헌여부를 심판할 권리보호이익이 없으므로 이 사건 시행령조항에 대한 청구 부분은 부적법하다.]

50) 아래 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128 결정의 당해사건인 서울고등법원 2008. 9. 24. 선고 2008누11732 판결(원고항소기각)의 상고심 판결이다.

51) “군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직할 때에는 그때부터 사망할 때까지 다음의 구분에 따라 상이연금을 지급한다. (다음 생략)”

52) <주문〉 : “1. 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제23조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2011. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”



구법조항에 근거한 기존 상이연금 지급대상자에 대한 상이연금 지급을 계속 유지할 필요성 때문이고, 구법조항이 상이연금 지급대상에서 배제한 ‘퇴직 후 폐질상태가 확정된 군인’에 대한 상이연금수급권의 요건 및 수준, 군인연금법상 관련규정의 정비 등에 관한 입법형성권 존중이라는 사유는 구법조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 입법개선을 촉구하는 취지가 담긴 헌법불합치결정을 해야 할 필요성에 관한 것으로 보일 뿐, 구법조항에 의한 불합리한 차별을 개선입법 시행시까지 계속 유지할 근거로는 보이지 않는다. 따라서 위 헌법불합치결정에서 구법조항의 계속적용을 명한 부분의 효력은 기존 상이연금 지급대상자에게 상이연금을 계속 지급할 수 있는 근거규정이라는 점에 미치는 데 그치고, 나아가 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우에 대하여 상이연금 지급을 배제하는 근거규정’이라는 점까지는 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다. 즉, 구법조항 가운데 해석상 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’를 상이연금 지급대상에서 제외한 부분은 여전히 적용중지 상태에 있다고 보아야 한다. (….) 어떤 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡길 이상, 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구법조항에 대한 위 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 헌법불합치결정 당시에 구법조항의 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 해야 하므로, 비록 현행 군인연금법 부칙(2011. 5. 19.)에 소급적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 군인연금법 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다.”고 판시하였다.

### 3. 경과규율을 하는 경우

한편, 헌법재판소는 헌법불합치 및 잠정적용을 명하는 결정을 선고하면서 입법자의 입법개선 이전에 합헌적인 내용의 경과규율을 하기도 한다.

헌법재판소는 현재 2013. 8. 29. 2011헌마122 결정에서, “행정입법자는 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 늦어도 2014. 7. 31.까지 개선입법을

하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 위 시행령 조항은 2014. 8. 1.부터 그 효력을 상실한다. 다만, 이 사건 접견조항<sup>53)</sup>의 개정 이전이더라도 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등 재판청구권의 행사와 관련하여 변호사와 접견할 경우, 교정시설의 규율 및 질서유지를 해하는 결과를 발생시킬 우려가 있다고 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우 등 접촉차단시설이 있는 장소에서 접견하도록 할 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치의 취지에 맞게 접촉차단시설 없는 장소에서의 접견이 시행되어야 할 것이다.”라고 판시하였다.

#### Ⅳ. 양 헌법불합치결정의 혼용 가능성<sup>54)</sup>

##### 1. 혼용의 필요성

헌법재판소는 헌법불합치결정을 할 때 적용중지 또는 계속적용 명령에 따라야 할 기관으로 ‘법원 기타 국가기관 및 지방자치단체’를 명시하는 경우가 일반적이다. 즉, “법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 부분 법률조항의 적용을 중지(또는 계속적용)하여야 한다.”는 주문을 낸다. 헌법재판소는 아직까지 법원을 비롯한 모든 기관에게 일률적으로 계속적용 또는 적용중지의 명령을 하고 있고, 적용중지를 해야 하는 기관과 계속적용을 해야 하는 기관을 분리하여 선고하고 있지 아니하다.

그런데 법원을 비롯한 모든 국가기관, 지방자치단체를 대상으로 적용중지 또는 계속적용의 주문을 동일하게 명해야 하는지에 대해서는 의문이 있다. 예를 들어 수혜적 법률조항의 경우 계속적용 헌법불합치결정의 유형으로 분류되기는 하지만, 해당 규범으로부터 배제된 당사자가 소송을 제기한 경우, 그 취지는 법원은 적용을 멈추고 절차를 중지하였다가 개선입법이 이루어지면 비로소 이를 적용하여 자신을 구제해 달라는 것이고, 해당 규정을 적용하여 수혜 대상자들에게 급부를 집행하던 관할청의 행위를 중단시키기 위한 것은 아닐 것이다. 그러나 헌법재판소는 일률적으로 법원을 비롯한 모든 국가기관에 대해 계속적용을 명령하는 주문을 내고 있는데, 헌법불합치 선언의 취지를

53) 변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제58조 제4항.

54) 이 부분은 지성수, “헌법불합치결정에 관한 연구 - 그 사유와 효력을 중심으로 -”, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2012.7, 82-86면을 참조하였음.

제대로 살리려면 해당 관할청은 기존 혜택을 누리던 자들에 대해 법집행을 계속해야 하고, 법원은 재판절차를 중지하고 개선입법이 될 때까지 기다려 그에 기하여 재판을 하여야 한다.<sup>55)</sup> 만약 법원에서 계속 중인 사건에 헌법불합치 선언된 규정을 그대로 적용하게 되면 이 경우 위헌성 문제제기에 대한 동기를 제공하기가 어렵다. 따라서 사안에 따라서는 헌법불합치 선언을 하면서 적용중지와 계속적용을 혼용하여 사용할 필요가 있다.

## 2. 독일의 경우

독일에서는 해당 기관별로 적용중지와 계속적용을 분리하여 주문하기도 한다. 독일연방헌법재판소는 사적 유용성을 다한 문화재 보호에 관한 사건<sup>56)</sup>에서 헌법불합치결정을 하였는바, 라인란트-팔츠 주의 '문화재 보호 및 관리에 관한 법률'은 보호문화재에 대한 철거 등을 행정당국의 허가를 통해서만 가능하도록 하면서, 그 허가는 공공복리의 필요가 문화재 보호와 관리의 이익을 초월하는 경우에만 할 수 있도록 하여 사적 이익에 대한 고려를 그 허가요건에서 배제하고 있었다. 이에 대해 연방헌법재판소는 해당 규정이 문화재 철거에 방해가 되지 않는 한 규범은 계속 적용되어야 하고, 다만 소유자의 사적 이익의 고려에서 나오는 철거 허가는 이 법률에 의해 발령될 수 없으므로 계류 중인 허가절차와 행정소송은 일정 시점까지 정지된다는 헌법불합치결정을 선고하였다. 즉, 헌법불합치 선언된 규범에 대해 일률적으로 적용중지 또는 계속적용을 명하지 않고 철거가 필요한 문화재에 대한 허가결정은 해당 규정을 적용하여 계속하도록 하면서, 사적 이익의 고려가 문제되어 계류 중인 사건에 대해서는 개선입법을 할 때까지 해당 규정의 적용중지를 명하였던 것이다.

독일은 우리나라와 달리 가치분규정과 집행규정을 두고 있으므로 결정주문을 선택함에 있어 헌법불합치 선언되는 법률의 적용여부나 임시입법의 부기에 이르기까지 다양한 내용의 주문을 낼 수 있다. 연방헌법재판소법 제32조 제1항은 연방헌법재판소가 중대한 손해의 방지를 위하여 급박한 경우, 또는 공공복리를 위해 긴급한 필요가 있는 경우 등에는 가치분으로써 사태를

55) 법원에 대해 적용중지를 명하는 주문을 명시하게 된다면 입법자 또한 그 취지를 받아들여 소송이 계류중인 자들을 비롯하여 혜택으로부터 배제된 자들을 구제하는 소급입법을 하게 될 가능성이 높다.

56) BVerfGE 100, 26

잠정적으로 규율할 수 있도록 하고 있고, 제35조<sup>57)</sup>는 연방헌법재판소가 그 재판에서 재판을 집행할 자나 집행의 방법을 정할 수 있도록 하고 있다. 따라서 연방헌법재판소는 헌법불합치결정을 선언하면서 법원에 대해서는 재판절차의 정지를, 관할 행정청에 대해서는 계속적인 법집행을 동시에 명하는 것에 아무런 문제가 없다.

### 3. 혼용가능성에 관한 우리나라의 학설과 실무

우리나라의 경우는 독일과 달리 법률에 대한 위헌결정에 있어 가치분 규정이나 집행규정이 존재하지 않는다. 그런데 적용중지 또는 계속적용의 혼용 주문 가능성에 관하여, 법적 공백을 메우기 위한 헌법불합치결정의 경우는 당해사건이나 유사사건에 헌법불합치 선언된 법률이 계속 적용되어야 할 것이나, 상대적 위헌성(수혜적 조항에 대한 평등원칙 위반) 때문에 헌법불합치결정된 경우에는 해당 행정청과 법원이 달리 행동하여야 한다고 보는 견해가 있다.<sup>58)</sup> 후자(상대적 위헌성)의 경우는 해당 규정 자체를 위헌 선언하는 것으로는 문제를 해결할 수 없고 입법보충을 통해 위헌성을 제거하도록 하기 위해 헌법불합치결정을 하는 것이므로 헌법불합치 선언된 법률을 국가기관(특히 행정청)은 계속 적용하여야 할 것이고, 법원의 경우는 법률의 위헌성을 다루고 있는 특정 집단에 속한 자들에게 위헌성이 확인된 법률을 적용시킬 수 없으므로 이들에 대해서는 절차를 중단하고 새로운 입법에 의하여 규율하도록 하는 것이 타당하다는 것이다.

수혜자의 범위를 확대하거나 혜택의 내용을 수정하는 개선입법의 경우에는 계속적용 헌법불합치결정의 경우라 하더라도 개선입법의 소급효를 인정하는 것으로 주문의 문제점을 해소하자는 견해<sup>59)</sup>도 동일한 맥락이라고 볼 수 있다. 예를 들어 2007헌가9 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제2조 제2호 등 위헌제정 사건에서 헌법재판소는 계속적용 헌법불합치결정을 하면서, 학교용지부담금 면제조항의 효력은 학교용지부담금 면제의 근거규정이 되는

57) “연방헌법재판소는 그 재판에서 재판을 집행할 자를 지정할 수 있고, 경우에 따라서는 집행의 방법을 정할 수 있다.”

58) 김학성, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 『헌법규범과 헌법현실』(권영성교수 정년기념논문집), 법문사, 2000, 477-478면.

59) 이인호/오수정, “헌법불합치결정에 따른 입법개선 의무의 이행현황 분석과 비판”, 중앙법학 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010, 56면.

범위 내에서 잠정적으로 존속하는 것이므로 교육행정청과의 합의하에 기존 학교 건물을 증축하여 기부채납한 자에 대한 감면규정이 없는 것에 대해서는 적용중지가 되어야 하고, 이 부분에 대해서는 개선입법이 소급 적용되어야 한다고 판시하였다.<sup>60)</sup>

헌법재판소가 결정이유에서는 전체 규율 범위 모두가 아니라 일정 규율 범위에 한해 위헌성을 지적하면서 결정주문에서는 일률적으로 적용중지를 명하는 것에 대해, 주문과 이유 사이의 위와 같은 불일치를 이유에 제시된 논거들을 감안하여 주문을 제한적으로 해석함으로써 적용중지와 계속적용 부분을 구분하지는 견해<sup>61)</sup>도 적용중지와 계속적용의 주문이 반드시 통일적으로 이루어져야 할 필요성은 없다는 점을 말해 준다.

한편, 헌법재판소의 계속적용 헌법불합치결정 중에는 위와 같은 취지의 판시를 이유에서 한 경우가 있다. 헌법재판소는 2001. 6. 28. 선고한 99헌마516 사건에서, 고엽제후유증으로 사망한 자의 유족에 대하여 환자가 생전에 등록신청을 하였는지 여부를 기준으로 유족의 등록신청자격 유무를 결정하고 있던 ‘고엽제후유증 환자지원 등에 관한 법률’ 제8조 제1항 제2호에 대해, “이 조항에 대해 단순위헌결정 등을 하는 경우 그나마 일정 범위의 유족에게 유족등록신청의 길을 열어 놓고 있는 근거규정마저 효력을 잃게 됨으로써 상당한 법적 공백이 생기게 되므로 이 조항의 요건에 맞아 유족등록신청을 할 수 있는 자에게는 이 규정을 잠정적으로 적용할 수 있게 하여야 하고, 다만 입법자는 이 결정에 따라 조속한 시일 내에 이 조항을 헌법에 합치하는 내용으로 개정하여 청구인들과 같은 유족에게 등록신청의 기회를 주어야 한다.”고 하여, 개선입법에서 당해 청구인들에 대한 구제규정을 둘 것을 밝힌 바 있다.<sup>62)</sup>

60) 한편, 국회는 2009. 5. 28. 법률 제9743호로 ‘학교용지확보 등에 관한 특례법’을 개정하여 제5조 제4항 제4호를 신설하는 입법개선을 하였는데, 부칙 제1조에서 그 시행일을 공포한 날로부터로 함으로써 소급적용 경과규정을 두지 않았다.

제5조(부담금의 부과·징수) ④시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 부담금을 면제할 수 있다. 다만, 제1호, 제3호 및 제4호의 경우에는 부담금을 면제하여야 한다.

4. 개발사업시행자가 학교용지 또는 학교시설을 시·도 교육비특별회계 소관 공유재산으로 무상공급하는 경우

61) 정태호, “민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정에 대한 평석 및 위 법률규정의 개정방향”, 인권과 정의 제267호, 대한변호사협회, 1998, 114면.

62) 그런데 입법자에 의한 개선입법은 2002. 1. 26. 법률 제6647호로 이루어져 일정한 자격을 갖춘 유족이면 환자 생전에 유족등록신청을 하였는지를 불문하고 유족등록신청을

대법원은 2011. 9. 29. 선고한 2008두18885 판결에서, 군인이 퇴직 후 공무상의 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우를 상이연금 지급대상에서 제외하고 있던 구 군인연금법 제23조 제1항에 대한 계속적용 헌법불합치결정(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128)과 관련하여, “헌법재판소가 구법조항의 위헌성을 확인하였음에도 일정 시한까지 구법조항의 계속적용을 명한 것은 구법조항에 근거한 기존 상이연금 지급대상자에 대한 상이연금 지급을 계속 유지할 필요성 때문이고, 구법조항에 의한 불합리한 차별을 개선입법 시행 시까지 계속 유지할 근거로는 보이지 않으므로 헌법불합치결정에서 구법조항의 계속적용을 명한 부분의 효력은 기존 상이연금 지급대상자에게 상이연금을 계속 지급할 수 있는 근거규정이라는 점에 미치는 데 그치고, 나아가 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우’에 대하여 상이연금 지급을 배제하는 근거규정이라는 점까지는 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다.”고 하면서, “구법조항 가운데 해석상 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’를 상이연금 지급대상에서 제외한 부분은 여전히 적용중지 상태에 있다.”고 하여 헌법불합치 선언된 법률 규정을 계속적용되는 부분과 적용중지되는 부분으로 나누어 보았다.

#### 4. 검토

헌법불합치결정을 하면서 일률적으로 계속적용 또는 적용중지를 명하는 것은 경우에 따라 청구인의 권리구제에 대한 동기를 부여하지 못하는 결과를 야기할 수 있다. 물론 법률에 대한 위헌심판제도는 규범통제 기능이 주된 것이고, 당사자의 권리구제는 부수적으로 따르는 것이기는 하나, 당사자에게 심판제기에 대한 동기를 부여하지 못하게 되면 헌법재판제도 기능이 제대로 작동하지 못하게 될 가능성이 있다. 따라서 규범통제의 목적을 달성하면서 동시에 당사자의 권리를 구제하여 위헌법률심판제도의 실효성을 담보하려면 헌법불합치결정을 함에 있어 법원에서의 계속적용 또는 적용중지와 해당 관할청에서의 계속적용 또는 적용중지의 문제를 별개로 보아야 한다. 다만 우리 법제에는 독일과 같은 가치분규정이나 집행규정이 별도로 없어 위와 같은

---

할 수 있게 되었으나, 부칙에서는 그 시행일을 공포 후 3개월이 경과한 날로부터 정함으로써 소급적용 경과규정을 두지 않았다.

주문을 낼 수 있을지, 그리고 그 실효성을 담보할 수 있을지에 관하여 의문을 제기할 수 있다.

그러나 적용중지 또는 계속적용의 헌법불합치결정을 하면서 반드시 일률적으로 이를 명해야 한다는 원칙이 별도로 존재하는 것은 아니며, 단지 우리의 제도가 그렇게 형성되어 온 것에 불과하고, 국가기관에 따라 주문을 달리 낼 수 있는지에 관한 문제는 가치분 규정이 명시적으로 요구되는 입법에 준하는 임시조치의 문제가 아니라, 위헌성이 확인된 법률의 효력을 누구에 대하여 실질적으로 유지(계속적용)시킬 것인가의 문제로서 적극적 입법조치가 아닌 위헌결정의 범주에 포섭되는 문제이므로, 하나의 사건에서 국가 기관별로 이를 나누어 적용중지와 계속적용을 혼용하는 것도 충분히 가능하다고 본다.

지금까지는 헌법재판소가 적용중지 또는 계속적용 주문을 일률적으로 해 왔기 때문에 그 주문에 따른 문제점에 대한 보완은 최종적으로 입법자의 개선입법에 의존할 수밖에 없었다. 그러나 입법자는 해당 규정의 성격이나 내용에 관계없이 헌법재판소의 계속적용 헌법불합치결정을 미래효 결정으로 받아들여 개선입법에 대한 소급적용 경과규정을 두지 않는 것이 일반적이었다. 따라서 권리구제의 실효성을 위해 헌법재판소로서는 수혜성 규정과 같은 경우에 적용중지와 계속적용 헌법불합치결정 주문을 혼용하여 사용하는 것을 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다.

## 제4절 헌법불합치결정을 정당화하는 사유

헌법불합치결정은 위헌법률은 무효라는 원칙에 대한 예외로서, 그를 정당화하는 특별한 근거를 필요로 한다.

### 1. 독일의 정당화 요건

독일연방헌법재판소는 헌법불합치결정의 정당화사유로 다음과 같이 들고 있다.<sup>63)</sup>

63) 윤진수, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점(특히 헌법불합치결정의 주문과 관련하여)”, 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000, 200-202면.

## 1. 평등원칙에 어긋나는 혜택 배제

법률이 평등원칙에 위반하여 특정인에게 이익을 부여하는 경우, 즉 평등원칙에 어긋나는 혜택의 배제이다.

예컨대, 소득세법이 공휴일 및 야간근무에 대한 법률상 및 단체협약상의 수당만을 비과세 대상으로 하는 것은 다른 개별계약에 의한 수당을 비과세 대상에서 제외하는 점에서 평등원칙에 어긋난다고 한 판례를 들 수 있다.<sup>64)</sup>

## 2. 입법자의 입법형성권

입법자의 입법형성권을 그 이유로 든다. 즉, 평등원칙 위반이 아닌 자유권과 같은 다른 기본권 침해의 경우에도 (심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려워 입법부가 이를 가리도록 함이 합당한 경우에) 입법자의 형성의 자유를 근거로 하여 헌법불합치 선언을 하는 경우이다.

예컨대 독일연방헌법재판소는, 인쇄물 출판업자의 납본의무를 명한 법규정은 많은 제작비용이 소요되고 발행부수가 작은 경우에도 비용상환을 인정하지 않는 한에서는 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 하면서도, 이 경우에 입법자는 납본제도를 어떻게 규율할 것인가에 관하여 여러 가지의 가능성을 가지므로, 헌법재판소로서는 문제의 법규정을 전부 또는 부분적으로 무효로 선언할 수는 없고 단지 그 위헌성을 확인하는데 그친다고 하였다.<sup>65)</sup>

이에 대하여 Schlaich는, 헌법불합치결정은 평등의 원칙에 위반된 경우에만 정당화될 수 있는 것이고 입법자의 형성의 자유를 존중한다는 명목으로 헌법불합치결정이 이루어져서는 안 된다고 한다.<sup>66)</sup>

## 3. 과도기의 규범을 잠정적으로 계속적용

무효(단순위헌) 선언으로 말미암아 법률의 공백 내지 혼란이 일어나는 경우, 즉 과도기에 규범을 잠정적으로 계속적용하기 위한 이유를 들기도 한다.

예컨대, ‘공무원의 봉급에 관한 법률’(Beamtenbesoldungsgesetz)이 직업공무원제도에 관한 기본법 제33조 제5항에 위배되는 때에도 연방헌법

64) BVerfGE 25, 101.

65) BVerfGE 58, 137.

66) Klaus Schlaich (정태호 역), 독일연방헌법재판소, 헌법재판소, 1999, 292-293면.



재판소는 무효선언을 회피하였는데, 왜냐하면 위 조항 자체가 공무원의 봉급에 관한 사항은 법률로 규율될 것을 요구하고 있으므로, 종래의 법률의 무효선언은 그러한 법률을 전혀 존재하지 않게 하여 헌법합치적인 질서에 더욱 부합하지 않는 상태를 초래할 것이기 때문이다.<sup>67)</sup> 또 연방헌법재판소는 ‘함부르크대학법’(hamburgisches Universitätsgesetz)에 관한 판결에서, 대학입학의 허가에 관한 규정을 대학의 위원회에서 결정하도록 한 위 법 제17조는 법률에 의하여야 할 사항을 포괄적으로 위임한 것으로서 위헌이라고 하면서도, 이를 무효로 선언하면 대학이 아무런 법적 근거 없이 입학허가를 처리하여야 할 긴급권한을 가져야 하게 되어 종래의 입학규정이 헌법합치적으로 적용될 수 있는 현재의 상태보다 더욱 헌법합치적인 질서에서 멀어지게 되므로 입법자에게 위헌상태의 제거를 위하여 상당한 기간을 부여하여야 한다고 하여, “... 대학법 제17조는 기본법과 합치되지 아니한다. ... 그렇지만 이 규정은 새로운 법률적 규율이 있을 때까지, 늦어도 1973년 여름학기 시작할 때까지 적용될 수 있다.”라고 판시하였다.<sup>68)</sup>

#### 4. 입법부작위의 위헌선언

한편, 법규에 대한 위헌적인 흠결을 포함하고 있는 경우에는 헌법불합치결정이 적합하지 아니하고 입법부작위 위헌확인을 선언하는 경우가 있다. 그래서 독일연방헌법재판소는 오해를 피하고 보다 분명한 구분을 위하여 기존의 규율은 합헌이고, 따라서 계속적으로 적용될 수 있으나 특정부작위가 위헌이라는 형태의 주문을 구성하고 있다고 한다.<sup>69)</sup> 이와 관련하여 다수의 사례들에서 문제되고 있는 것은 입법자가 경과규정을 ‘망각한’ 경우라고 한다.<sup>70)</sup>

#### 5. 사실관계의 변동으로 위헌성을 지니게 된 경우<sup>71)</sup>

독일 연방헌법재판소는 문제된 법률이 종래는 합헌적 규율이었으나 이후 사정변경이 생겨(경제적 관계의 변동) 비로소 위헌성이 나타나는 경우에도 단순위헌선언을 피하고 헌법불합치결정을 선고하고 있다.

1958년에 도입된 유자녀 부부의 양육비경감을 위한 소득세감경제도

67) BVerfGE 8, 1.

68) BVerfGE 33, 303.

69) BVerfGE 68, 155; BVerfGE 68, 272; BVerfGE 79, 256 (274) 참조.

70) Klaus Schlaich (정태호 역), 앞의 책(주 66), 295-297쪽, 특히 Rn.(단락번호) 373-374 참조.

71) 이하 5. 및 6. 항목은 지성수, 앞의 박사학위논문(주 54), 46-48면 참조.

(Ehegattensplittung)<sup>72)</sup>와 관련해서 연방헌법재판소는, 이 제도 도입 초기에는 전체 납세자의 95%가 비례세율의 적용을 받았지만, 1974년에 이르러서는 소득이 증대됨으로써 전체근로자의 79% 이상이 누진세율을 적용받게 되었는바, 이 와중에도 유자녀 부부는 소득세감경제도의 혜택으로 여전히 비례세율이 적용되는데 반해, 유자녀 독신가정은 누진세율 적용으로 많은 경제적 부담을 지게 함으로써(더구나 1975년에 이르러서는 소득세 중 자녀공제금액이 폐지되고 대신에 양육보조금제도가 도입되어 유자녀 독신가정의 부담은 더욱 심화되었다) 유자녀 독신가정에 자녀 양육의 경제적 부담을 완화할 소득세감경조치 혜택이 주어지지 않게 하는 것은 헌법에 합치되지 않는다고 보았다.<sup>73)</sup> 경제적 상황의 변화로 소득이 증대하여 대부분 누진세율을 적용받은 상황에서 유자녀 부부에게만 소득세감경조치를 하고, 유자녀 독신자에게는 아무런 조치를 취하지 않아 누진세율을 적용받게 하는 것은 사후적인 경제상황의 변동으로 조정의 필요성이 발생한 것임에도 과거의 상태를 그대로 유지하는 것으로서, 헌법불합치결정의 이유가 되는 것으로 본 것이다.

## 6. 검토

### 가. 독일의 헌법불합치 사유에 대한 비판적 논의

독일 연방헌법재판소의 헌법불합치 선언 사유 가운데는 헌법불합치 사유로서 부적합하다는 비판이 제기되는 사유도 있다. 특히 자유권 침해의 경우에는 평등원칙 위반의 경우와는 달리 상대적인 것이 아니라 절대적인 것이어서, 그 위헌성은 무효선언에 의해서만 제거될 수 있으므로 자유권 침해에 대해 입법자의 형성의 자유를 이유로 하는 헌법불합치결정을 허용될 수 없다고 비판한다.<sup>74)</sup> 입법형성권의 존중이라는 사유는 상대적 위헌인 평등원칙 위반의 경우와 결합되는 경우에 한하여 무효선언 포기의 근거로 삼을 수 있는 것이고, 절대적 위헌인 자유권 침해나 그 밖의 헌법질서 위반에 관하여는 무효선언

72) 이 제도는 소득세 면세점을 일반 면세점보다 배가함으로써 자녀 있는 가정에 면세혜택을 높이려는 것이었다.(예를 들면 5,000 마르크까지 소득세가 면세된다면, 유자녀 부부인 경우에는 10,000 마르크까지 면세되도록 한 것이다. 이는 전업주부의 노동력을 남가 가장의 직업활동과 동일하게 보려는 취지였다.)

73) BVerfGE 61, 319.

74) Klaus Schlaich(정태호 역), 앞의 책(주 19), 단락번호 369.

포기의 근거로 삼을 수 없다는 것이다.

위의 유사한 맥락의 비판으로 자유권 침해에 대해서는 헌법불합치결정을 할 수 없다는 견해도 있다.<sup>75)</sup> 자유권에 대한 부당한 침해를 합헌적 상태로 회복하는 유일한 수단은 그 침해를 제거하는 이외에 다른 방법이 없고, 이와 같은 자유권의 절대성으로 말미암아 평등원칙의 상대성에서 기인하는 입법자의 형성권은 기능할 수 없게 된다는 것이다. 다만 이 입장에서도 규범의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소가 (일부)위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처할 수 없고, 권력분립의 원칙과 민주주의의 원리 관점에서 입법자에게 위헌적 상태를 제거하는 여러 가지 가능성을 인정할 수 있는 경우에는, 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 형성의 자유가 헌법불합치결정을 정당화할 수 있다고 한다.

한편, 평등원칙 위반이라 하더라도 부담을 지우는 경우는 헌법불합치결정이 아닌 무효선언이 이루어져야 한다는 입장도 있다.<sup>76)</sup> 부담 그 자체가 아니라 부담을 지는 수범자 집단의 획정이 위헌일 뿐이라 하더라도 그러한 획정은 더 이상 유효할 수 없으므로 적용되어서는 안되고, 입법자는 관련 수범자 집단을 평등에 부합하게 변경할 경우에만 그 규범내용을 유지할 수 있게 되는데, 부담이 부과된 수범자 집단의 범위를 확장시키는 것은 가능한 대안이 될 수 없고, 이 경우 비교집단까지도 혜택을 향유하도록 하여 헌법적으로 요청되는 평등취급을 달성할 수 있도록 혜택의 배제에 대해 무효를 선언하여야 한다고 본다.

그리고 무효선언으로 말미암아 법적 공백 내지 혼란이 생긴다고 하는 점에 대하여는, 위헌인 법률은 그 자체로 무효이고 무효선언에 의하여 비로소 법적 공백 내지 혼란이 생기는 것은 아니므로 이를 이유로 헌법불합치 선언을 하는 것에 대해 의문을 표시하기도 한다.<sup>77)</sup>

## 나. 독일의 헌법불합치결정 사유에 대한 평가

위헌적인 규정이라도 이를 계속 유지해야 할 불가피한 사유가 있는 경우

75) Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 356; 한수웅, 앞의 논문(주 24), 501-502면.

76) Christian Hillgruber/Christoph Goos(최희수 역), 독일헌법소송법, 헌법재판소, 2010, 단락번호 543.

77) P. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, S. 117; 윤진수, 앞의 논문(주 63), 203면.

행해지는 헌법불합치결정은 결국 단순위헌결정의 시적 효력범위를 제한하게 될 것이므로 이 경우 고려될 수 있는 것은 과거의 위헌 상태를 그대로 유지할 것인지, 아니면 번복해야 할 것인지에 대한 판단으로 수렴된다고 할 수 있다.

독일의 경우 실제 이루어지고 있는 헌법불합치결정은 계속적용을 목적으로 하는 헌법불합치결정이 상당수다. 입법의 불충분으로 인한 합헌성 회복은 해당 규정의 무력화가 아니라 불충분한 내용을 보충하는 형식으로 이루어지는 것이 바람직하므로 이러한 경우에는 계속적용 헌법불합치결정을 하게 될 것이 예상된다. 그러나 이러한 사정이 없음에도 위헌적인 규범의 효력을 그대로 유지하고자 하면 그럴 만한 특단의 이유가 존재하여야 할 것인데, 단순위헌결정으로 인한 법률의 효력은 당연무효가 되고 소급하여 효력을 발휘한다고 하면서, 그 소급을 차단하는 부득이한 이유들을 설득력 있게 설명하는 것이 쉽지는 않을 것이다. 단순위헌결정의 효력에 관하여 우리와 다른 제도를 가진 독일이지만, 이러한 점에서 헌법불합치결정 사유에 있어서는 우리와 크게 다르지 않다고 본다.

## II. 우리 헌법재판소가 제시하는 정당화요건

### 1. 수혜적 법률이 평등원칙에 위반될 때

우리 헌법재판소는, 수혜적 법률이 평등원칙에 위반될 때, 즉 “법률이 평등원칙에 위반된 경우”가 헌법재판소의 헌법불합치결정을 정당화하는 대표적인 사유라고 한다.<sup>78)</sup>

그런데 평등권침해만이 인정된 경우에 단순위헌결정을 한 사례도 있다. 예컨대, 산업기능요원에 편입되어 1년 이상 종사하다가 편입이 취소되어 입영하는 사람의 경우 복무기간을 단축할 수 있다고 규정한 “병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제41조 제4항의 산업기능요원에 관한 부분 중 ‘1년 이상’ 부분”에 대한 헌재 2011. 11. 24. 2010헌마746 결정<sup>79)</sup>이 그것이다.

동 결정이유는 “복무기간단축의 대상자에 관하여 ‘1년 이상 종사한 자’로 한정된 입법은 당시 시행령에서 정하고 있던 복무기간단축을 반영한 것일 뿐 이와 같이 한정된 특별한 이유를 찾아볼 수 없고, 산업기능요원 제도의 취지나

78) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528, 546-547.

79) <주문> : “병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제41조 제4항 중 산업기능요원에 관한 ‘1년 이상’ 부분은 헌법에 위반된다.”

복무형태의 특수성을 고려하더라도 이를 정당화할 만한 어떠한 이유도 찾을 수 없다. 그뿐만 아니라, 현역병이나 공익근무요원 중 행정관서요원은 기왕의 복무기간을 모두 인정해주고 있고, 공익 분야에서의 복무의무를 부과받아 현역복무가 아닌 형태의 복무를 함에도 병역의무의 이행으로 인정받는다는 점과 편입시에 정해진 해당분야에 종사하지 아니한 경우에는 편입취소되어 현역병 내지 공익근무요원으로 복무할 의무를 부과받게 된다는 점에서 산업기능요원과 본질적 동일성을 가지고 있는 다른 보충역의 경우에도 기왕의 복무기간의 장단을 불문하고 ‘현역병 내지 행정관서요원의 의무복무기간/종전의 의무복무기간’의 비율에 따른 기간을 이미 복무한 것으로 인정받도록 하고 있다. 이러한 점을 종합해 볼 때, 기왕의 복무기간 인정여부에 관하여 1년 미만을 종사하다가 편입취소된 산업기능요원만 다른 병역의무자들과 달리 취급하는 것은 합리적 이유 없는 차별취급으로서 청구인의 평등권을 침해한다.”는 것이다.<sup>80)</sup>

## 2. 단순위헌결정이 법적 공백이나 혼란을 일으킬 우려

두 번째로, 단순위헌결정이 법적 공백이나 혼란을 일으킬 우려가 있을 때 헌법불합치결정이 정당화된다고 한다.

이에 대하여는, “단순위헌결정으로 인하여 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 그러나 헌법불합치결정을 할 수 있는 법적 공백이나 혼란이라 함은 위헌결정에 의해 위헌법률이 실효됨으로써 헌법기관의 구성이 불가능하게 되거나 헌법상 국가의 기본권보호의무의 이행이 불가능하게 되는 등으로 헌법의 유지 및 수호가 어려워지게 되는 극히 예외적인 상태를 의미한다. 위헌결정에 의해 위헌법률이 실효됨으로 인해 당연히 뒤따르는 사회적 혼란이나 공백은 합헌상태로 복귀함에 따른 자연스러운 현상일 뿐 그를 이유로 단순위헌을 헌법불합치결정할 수는 없다.”라는 반대의견이 있다.<sup>81)</sup>

## 3. 합헌부분과 위헌부분의 경계 불분명

80) 판례집 23-2하, 527의 [결정요지].

81) 현재 2011.9.29. 2010헌가93, 2010헌가93, 공보 180, 1394, 1398, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견; 현재 2011.11.24. 2010헌가42, 판례집 23-2하, 159, 175, 재판관 김종대의 반대의견.

세 번째로, 헌법재판소는 자유권을 침해하는 법률이라 하더라도 합헌부분과 위헌부분의 경계 불분명한 경우라면 헌법불합치가 정당화된다고 한다.

헌법재판소는 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81 결정에서, “자유권을 침해하는 법률이 위헌이라고 생각되면 단순위헌 선언을 통하여 자유권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있고, 이 경우에는 평등원칙 위반의 경우와는 달리 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에서 고려해야 할 입법자의 형성권은 존재하지 않음이 원칙이다. 그러나 헌법재판소는 그 경우에도 법률의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주주의 원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는, 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권이 헌법불합치결정을 정당화하는 근거가 될 수 있다.”고 판시하였다.<sup>82)</sup>

또한 헌법재판소는 헌재 2002. 9. 19. 2000헌마84 결정에서, “이 사건 법률조항<sup>83)</sup> 중 약사가 아닌 일반인이나 일반인으로 구성된 법인의 약국설립을 금지하는 부분은 헌법에 위반되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는 약국을 개설할 수 있는 자격에 대한 아무런 제한이 없게 되어 약사가 아닌 일반인이나 일반법인도 약국을 개설할 수 있는 상태가 됨으로써, 입법자가 입법형성권의 범위내에서 설정한 제약이 무너지게 되고, 위헌적인 이 사건 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 혼란을 초래할 우려가 있으며, 이 사건 법률조항에 있는 위헌적 요소를 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택가능성이 있을 수 있는데(약사들만으로 구성되는 법인의 형태로 합명회사나 유한회사를 취할 수도 있고, 주주의 자격을 약사로 제한하는 주식회사의 형태로 하는 것도 가능하며, 법인이 운영할 수 있는 약국의 수나 지역범위를 제한할 수도 있다), 이는 입법자가 제반사정을 고려하여 결정해야 할 문제이므로, 입법자가 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지는 위헌적인 법규정을 존속시키고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있어 헌법불합치결정을 선고한다.”고 판시하였다.

82) 판례집 14-1, 528, 546-547.

83) ‘약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다’고 규정한 구 약사법 제16조 제1항.

그러나 이에 대하여는 반대의견이 있었다. 즉, “위헌법률의 제거로 인한 법적 공백이나 혼란의 우려가 있다 하더라도, 그것이 법적안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다.”는 것이다.<sup>84)</sup> 학설 중에서도 헌법재판소의 헌법불합치결정 가운데 국회의 입법형성권을 존중하기 때문이라는 것을 이유로 든 것은 헌법재판소가 법률의 위헌여부심판의 권한을 사실상 포기한 것과 다름없다고 비판한다.<sup>85)</sup>

#### 4. 일부 입법흡결의 경우 : 부진정입법부작위

그 밖에 헌법재판소는 일부 ‘입법흡결’(부진정입법부작위)의 경우에도 헌법불합치결정을 한다. 예컨대, ①헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등 (그린벨트 사건), ②헌재 1999. 10. 21. 97헌바26 (도시계획시설결정 장기미집행 사건), ③헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59 (지방세법상 세액공제·환부 사건), ④헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64 (전통사찰보존법 사건), ⑤헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 (대학교수 기간임용제 사건), ⑥헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28 (양도행위의제 사건), ⑦헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128 (군인연급법상 폐질 사건), ⑧헌재 2010. 7. 29. 2009헌가8 (중혼의 취소권자 사건) 등에서 어떤 제도 자체는 합헌적이거나 그에 따른 보상 또는 구제절차의 미비가 있는 경우에 그 흡결을 보완하라는 의미에서 헌법불합치결정을 하고 있다.

## 제5절 헌법불합치결정의 독자성

### 1. 단순위헌결정과 비교<sup>86)</sup>

#### 1. 단순위헌결정과 헌법불합치결정의 관계

단순위헌결정과 헌법불합치결정은 상호 밀접하게 관련되어 있다.

84) 헌재 2008.11.27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367, 387-388, 재판관 이공현의 단순 위헌의견.

85) 정종섭, 앞의 책(주 14) 380면. 같은 취지로 윤진수, 앞의 논문(주 63), 208면 참조.

86) 이 부분은 지성수, 앞의 박사학위논문(주 54), 15-21면을 참조하였음.

헌법불합치결정은 넓은 의미의 위헌결정의 한 유형으로 이해되지만, 동시에 단순위헌결정으로 인해 나타날 수 있는 문제점을 최소화하고자 고안된 결정 형태이기 때문에 헌법불합치결정의 효력을 잘 이해하기 위해서는 단순위헌결정의 효력에 대해 먼저 이해할 필요가 있다. 단순위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 사이에 별다른 차이가 없다면, 굳이 헌법불합치결정이라는 유형을 도입할 이유가 없었을 것이나, 헌법불합치결정의 도입경위가 단순위헌결정으로 인한 문제점을 시정하고자 한 것이라는 점에서 헌법불합치결정의 유용성 문제는 단순위헌결정의 효력문제와 긴밀하게 연관되어 있다.

그런데 위헌인 법률의 효력과 관련하여, 이는 헌법상 용인될 수 없는 규범으로서 그 탄생 자체가 부정되어야 하므로 그 제정시로 소급하여 효력을 무력화시키는 것이 당연하다고 볼 수도 있고, 국가나 사회를 형성하고 지탱해주는 질서로서의 법률은 해당 국가나 사회가 처한 상황에 따라 발전하고 변해가는 것이므로 헌법과 충돌을 일으키는 법률이라 하더라도 이를 반드시 제정 당시부터 무효화시킬 필요는 없다고 볼 수도 있다. 전자의 입장에 따르는 경우 소급효를 차단하는 효과를 가지는 헌법불합치결정의 유용성은 높을 것이고, 후자의 입장이라면 헌법불합치결정의 유용성에 대해 의문을 제기할지도 모른다. 이하에서는 먼저 단순위헌결정의 소급효과가 헌법정신에 비추어 당연한 논리적 귀결인지, 아니면 사정에 따라 입법자가 선택할 수 있는 입법선택의 문제인지에 대해 살펴보고, 그 전제에서 다른 문제들을 논의한다.

## 2. 단순위헌결정의 소급효 문제

### 가. 위헌법률이 당연무효인지 폐지무효인지 여부

우리 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 제청한다.”고 규정하고 있고, 현재법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.”, 제3항은 “제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음날로 소급하여 효력을 상실한다.”고 규정하고 있으며, 제75조 제6항은 제68조 제2항의 규정에 따른 헌법소원심판 인용결정의 경우 위



제47조 제2항, 제3항을 준용하도록 하고 있다.

그런데 이들 규정과 관련하여 헌법재판소의 위헌결정이 단순한 위헌확인 결정에 불과한 것이지, 아니면 창설적 효력, 즉 헌법재판소의 결정에 의해 비로소 당해 법률의 효력이 상실되는 것인가의 문제에 있어 전자에 입각한 ‘당연무효설’과 후자에 입각한 ‘폐지무효설’이 대립되고 있다. 전자로 이해하는 경우 해당 법률은 존재하지 말았어야 할 무효인 법률로서 처음부터 당연히 효력이 없는 법률이므로 위헌결정을 받은 법률은 처음부터 소급적으로 무효<sup>87)</sup>인 것이고, 후자로 이해하게 되면 위헌인 법률은 헌법재판소가 위헌으로 선고함으로써 비로소 효력이 상실되는 효과를 가지게 되므로 그 효력 상실의 시점과 관련하여 당연무효설을 취하는 경우보다 소급효 문제에 있어 유연성을 가질 수 있게 된다.

당연무효를 주장하는 측에서는, 위헌결정으로 인한 법률의 효력 상실은 법률의 폐지로 파악하게 되면 이는 헌법재판소가 법률폐지권을 가지게 되는 것을 의미하는 것으로, 헌법재판소를 소극적인 입법자로 이해하는 결과를 초래하여 불합리하다고 한다. 그런데 헌법재판소의 위헌결정으로 인한 법률의 효력 상실이 가져오는 소극적 입법의 효과는 헌법재판소가 법률에 대한 위헌심사의 기능을 하는 한 불가피한 것으로서, 이는 헌법재판제도의 본질에 해당하는 것이기 때문에 위헌결정이라는 사법작용 결과 소극적 입법기능의 효과가 나타난다고 하여 헌법재판소가 입법자의 입법권을 대신 행사한다고 볼 수는 없다.

한편, 위헌법률의 효력 상실과 관련하여 이를 폐지무효로 이해하는 경우, 보다 유연하게 법률의 효력이 폐지되는 시점을 정할 수 있다고 보는데, 현행 우리나라의 법체계 하에서는 이를 어떻게 이해할 것인가에 대한 문제가 있다. 폐지무효설을 따른다 하더라도 구체적 타당성 측면에서 해당 법률의 폐지무효 시점을 해당 법률과 헌법이 충돌하게 되는 시점으로 소급시킬 수도 있고, 법적안정성 측면에서 위헌결정 이후에만 그 효력을 미치게 할 수도 있다.<sup>88)</sup> 다만

87) 헌법 제27조 제1항, 제103조, 제107조, 제111조와 헌법의 최고규범성 및 법질서의 단계적 구조 등에 비추어 볼 때, 법률이 위헌인 경우에는 그 법률은 처음부터 당연히 그리고 그에 따라 법률과 헌법이 충돌하는 시점부터 무효라는 견해로 남북현, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 『헌법재판소결정의 효력에 관한 연구』, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1996, 238-253면 참조.

88) 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 세계헌법학회한국학회, 2011, 18면.

폐지무효설의 입장에서 위헌법률에 대해 소급효를 인정하게 되면, 위헌결정의 효력을 당연무효라고 보는 입장과 사실상 차이가 없게 될 것이다.

#### 나. 우리나라 헌법재판소의 위헌결정의 소급효 문제

우리나라 헌법 해석상 헌법재판소의 위헌결정은 원칙적으로 소급효를 가져야 한다고 보는 견해가 있다.<sup>89)</sup> 그 근거로 법관은 헌법과 법률에 의하여 재판하도록 규정하고 있는 헌법 제103조, 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있는 헌법 제27조 제1항, 국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있는 헌법 제10조 후단, 헌법상 평등의 원칙을 규정하는 헌법 제11조 제1항 등을 든다. 위헌법률의 적용금지해는 법치국가적 요청의 당연한 귀결로서, 헌법재판소가 어떠한 결정유형으로 규범의 위헌성을 확인하였든 간에 모든 국가기관은 위헌적 법률의 적용과 집행을 통하여 스스로 위헌적인 국가행위를 하여서는 안 되고, 이와 달리 위헌결정된 법률에 대하여 소급효를 부정하기 위해서는 헌법에 근거가 필요한데, 그러한 헌법상의 근거가 없는 이상 위헌결정의 효력은 원칙적으로 소급한다고 보는 것이 당연하다고 한다.

한편, 헌법으로부터는 직접 위헌결정의 소급효 원칙을 도출할 수 없고, 이 문제는 입법자가 입법형성의 여지의 범위 내에서 결정하여야 할 입법정책의 문제라고 보는 입장도 있다.<sup>90)</sup> 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심사제도와 제111조 제1항 제5호의 헌법소원제도의 본질에서 나오는 당해사건에 대한 구제의 필요성과 같은 지극히 단편적인 단서를 제외하고는 헌법은 이 문제에 관한 명시적인 규율을 두고 있지 않고, 재판청구권이나 국가의 기본권보장의무 모두 절대적인 것은 아니며, 이 역시 헌법 제37조 제2항의 법률유보 하에 있음은 의문의 여지가 없으므로 이러한 것들이 원칙적 소급효의 근거가 될 수는 없다고 본다.

우리 헌법이 위헌결정의 소급효 문제에 대하여 침묵하고 있는 한, 이는 결국

89) 윤진수, “교통사고처리특별법 제4조 제1항 및 그에 근거한 불기소처분에 대한 헌법소원의 적법성”, 판례월보 2011, 11면 이하; 윤진수, “헌법재판소 위헌결정의 소급효”, 헌법문제와 재판(상)(재판자료 제75집), 법원도서관, 1997, 6., 673-676면 참조. 이 견해에 의하면 위헌결정의 장래효를 규정하고 있는 현재법 제47조 제2항은 위헌이 될 것이다.

90) 정태호, “법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰”, 법률행정논총 제19집, 전남대학교 법률행정연구소, 1999, 227면.

입법자가 결정할 문제로서, 다만 현재법 제47조 제2항의 장래효주의를 엄격히 고집할 경우 문제가 있으므로 위 조항의 적용에 있어 예외적으로 소급효를 인정하여야 한다는 견해<sup>91)</sup>도 위헌결정의 소급효 문제를 입법정책의 문제로 보는 점에서는 같은 입장이라고 할 수 있다.

헌법재판소는 1993. 5. 13. 위헌결정의 효력을 장래효로 규정하고 있는 (구)현재법 제47조 제2항에 대한 92헌가10등 사건에서 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관해, 우리 헌법은 위헌으로 선고된 법률의 시적 효력범위의 문제에 관하여 직접적으로 아무런 규정을 두지 않은 가운데 입법자는 (구)현재법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적안정성을 더 높이는 방안을 택하고 있는바, 이는 헌법상 법치주의 원칙의 파생인 법적안정성 내지는 신뢰보호의 원칙에 의하여 정당화될 수 있다고 하였다. 다만 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성을 감안할 때 예외적으로 소급효를 인정할 필요가 있다고 보았는데, ①헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, ②위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해사건(동종사건), ③위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건), ④(위헌결정 이후에 제기된 일반사건 중에서) 소급효를 인정하여도 법적안정성을 침해할 우려가 없고, 기득권자의 이익을 해칠 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인 이 정의와 형평에 심히 배치되는 경우를 들고 있다.<sup>92)</sup>

대법원은 1991. 12. 24. 선고한 90다8176 판결에서 장래효의 예외로서 소급효가 미치는 범위로 당해사건, 동종사건, 병행사건을 들었다가,<sup>93)</sup> 1993. 1. 15. 선고한 92다12377 판결에서 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에도 미친다고 하여 그 범위를 확대한 후 지금까지 이와 같은 입장의 골격을 그대로 견지하고 있는데, 다만 1994. 10. 25. 선고한 93다42740 판결 이래,

91) 손용근, “위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 사법논집 제24집, 대법원 법원행정처, 1993.12, 94면.

92) 헌법재판소는 위헌결정이 아닌 헌법불합치결정에서도 당해사건, 병행사건 등에 헌법불합치결정의 소급효가 미친다는 입장을 취하고 있다.(현재 2006. 6. 29. 2004헌가3 결정 및 현재 2007. 1. 17. 2005헌바41 결정 참조)

93) 이후 대법원 1992. 2. 14. 선고 91누1462 판결에서도 마찬가지로 판시하였다. 다만 그 이전 판결인 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결, 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결 등에서는 당해사건에 위헌결정의 소급효가 미친다고 하였고, 병행사건이나 기타 일반사건에 대한 소급효 문제는 거론하지 않았다.

법적안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에는 법치주의 원칙상 위헌결정의 소급효 제한이 요구된다고 하여 소급효원칙에 대한 예외의 기준을 제시한 바 있다.<sup>94)</sup>

위헌인 법률의 효력에 대해 우리 헌법은 이를 명시적으로 정하거나 구체적으로 위임하고 있지도 않지만, 입법자는 현재법 제47조 제2항에서 위헌결정된 법률의 효력을 장래효로 하면서, 다만 예외적으로 법적 타당성이 우선시될 수 있는 경우에는 소급효를 인정하고 있다.<sup>95)</sup> 즉, 우리 입법자는 법적안정성과 구체적 타당성 사이에서 합헌성 회복의 방법으로 구법질서의 부정이 아니라 미래를 향한 재정비라는 방법으로 문제를 해결하고 있는 것이다. 결국 우리의 경우 위헌결정의 효력 문제는 입법정책의 문제로서 ‘당연무효설에 따른 소급효’가 아니라 ‘폐지무효설에 따른 장래효’를 택하고 있다고 볼 수 있다.

### 3. 위헌결정의 장래효와 헌법불합치결정의 유용성

독일의 경우 위헌결정된 법률은 당연무효로서(연방헌법재판소법 제78조 등) 소급효를 가지므로 그 소급효를 제한하는 효과를 가지는 헌법불합치결정이 상당히 유용할 수 있지만, 오스트리아의 경우는 기속력의 대상이 되는 국가기관에 입법부가 제외되어 있는 것이 특징이고, 법률이 위헌이라 하더라도 당연무효가 아니라 헌법재판소의 판결에 의하여 폐지할 수 있는 것으로 보는 한편, 폐지의 효력은 폐지가 공고된 날(판결에서 기한을 정한 경우에는 그 기한이 경과한 날)부터 발생하도록 하여(헌법 제140조 제5항, 제7항) 소급효를 인정하고 있지

94) 현재법 제47조 제2항이 헌법재판소의 위헌결정에 소급효를 원칙적으로 인정하지 않고 장래효주의를 취하고 있는 것과 헌법 제107조 제1항 현재법 제75조 제7항의 규정을 종합해 보면, 당해사건에 관한 한 소급효가 미친다는 것은 법률이 예상한 것이며, 그 밖에 평등원칙에 비추어 볼 때 형벌법규 이외의 법규라 하더라도 법적안정성을 해하지 않는 범위 내에서 소급효를 인정하는 것이 타당한 경우에는 위헌법률의 적용을 배제하는 길을 열어주는 것이 타당하다고 하는 견해가 있는데, 이는 법원의 입장을 뒷받침하는 견해로 보인다. 박일환, “위헌법률의 효력”, 인권과 정의 제152호, 1989.4.42면 이하. 이 견해는 헌법 제107조 제1항은 독일의 당연무효설에 입각한 소급무효설에 따른 듯하고, 현재법 제47조 제2항은 오스트리아의 폐지무효설에 따른 듯하나, 이 문제는 어떤 하나의 원칙에 의하여 해결될 수 없고, 당해 법률의 내용에 따라 개별적으로 해결될 수밖에 없는바, 헌법 제107조 제2항의 규정에 의하면 당해사건에 대한 소급효가 예상되는데 반해, 현재법 제47조 제2항 규정에 의하면 소급효를 인정하지 않고 즉시효를 예상할 수 있다고 한다.

95) 다만, 현재법 제47조 제2항은 오스트리아 헌법의 영향을 받은 것이 아니라 전적으로 독일의 영향을 받은 조항인바, 독일의 경우처럼 우리나라에도 위헌인 법률은 당연무효로 이해하여야 한다는 견해가 있다. 이강국, “위헌법률의 효력”, 행정판례연구 제2집, 한국행정판례연구회, 1996.4.342면.

않으므로 독일의 경우와 달리 헌법불합치결정의 여지가 별로 없다.

우리나라의 경우 형벌규정을 논외로 한다면 위헌결정의 효력은 장래효과 원칙이므로 시적 효력범위를 제한하는 효과를 가지는 헌법불합치결정의 유용성이 부정될 수도 있다. 위헌결정의 원칙적 소급효를 인정하지 않는다면, 이론상 헌법불합치결정을 이용할 필요성은 상대적으로 적어 보인다.

그런데 위헌결정이 장래를 향해서만 효력이 발생되도록 하고 있다고 하더라도 위헌결정은 그 즉시 해당 규율의 효력을 상실시키므로 필연적으로 법적 공백을 동반할 수밖에 없는바, 일반적으로는 그러한 법적 공백 자체가 합헌성 회복을 의미하는 것으로서 정당화되지만, 경우에 따라서는 법적 공백이 법질서 전체의 측면에서 용인할 수 없는 상황을 초래할 우려가 제기되기도 하므로, 이러한 경우에는 해당 규율의 폐지를 일정 시간 유보하면서 입법자로 하여금 조속한 시일 내에 이를 대체할 개선입법을 하도록 할 수밖에 없다. 단순위헌결정으로 해당 규범의 효력을 즉시 상실시키면 정상적인 입법절차를 거쳐 입법이 완성되기까지 상당한 시간이 소요될 수밖에 없으므로 단순위헌결정으로 인하여 법규범의 공백 상태가 생긴다는 점은 장래효 원칙 하에서도 부정될 수 없고,<sup>96)</sup> 이 경우 그 효력을 유지시키면서 위헌적 법률을 개선하도록 하는 헌법불합치결정이 유용할 수 있다. 위헌결정의 소급효와 헌법불합치결정의 유용성은 서로 긴밀하게 연관되어 있지만, 그렇다고 헌법불합치결정이 위헌결정의 소급효를 전제로 하는 경우에만 성립할 수 있는 주문의 형태는 아니다. 헌법은 국가의 기능을 여러 기관에 분리하여 위임하고 있고, 사법절차와 입법절차가 서로 다른 기관에 의해 진행됨으로 인해 어쩔 수 없이 나타나게 되는 시간상의 간극을 보다 안정적으로 극복하기 위해서는 입법이 진행되는 동안에 규범의 공백이나 흠결을 메울 수 있는 임시적인 조치가 필요하고, 그러한 조치로서 헌법불합치결정이라는 주문형태는 유용할 수 있다.

다만, 계속적용 헌법불합치결정의 경우는 위와 같은 유용성이 있다고 하더라도 적용중지 헌법불합치결정에 대해서는 우리 법제도 하에서 그 유용성을 부정할 수도 있다. 그런데 단순위헌결정과 달리 적용중지 헌법불합치결정의 경우도 입법자의 개선입법에서 살아남은 영역은 여전히 시간적인 단절 없이 유효한 규율로 작용할 수 있다는 점에서 유용성이 전혀 없다고 단언할 수는 없다. 이러한 규율 상태의 계속성은 규정 내용 전부의 효력을 부정해 버리는

96) 윤진수, 앞의 논문(주 63), 209면.

단순위헌결정에는 없는 효용이다.

물론 이러한 효과는 한정위헌결정을 통해서도 동일하게 거둘 수 있는데, 문제는 위헌성 제거를 헌법재판소 스스로 하는 것이 가능한 경우에는 한정위헌결정을 통해 규범의 중단사태를 막는 것이 바람직하겠지만, 여전히 헌법재판소 스스로 하는 것이 불가능하거나 비현실적인 경우에는 부득이하게 입법자의 입법기능에 의존할 수밖에 없으므로 적용중지 헌법불합치결정의 유용성이 전혀 없다고 볼 수는 없다.<sup>97)</sup>

한편, 우리나라의 경우 형벌규정에 대한 위헌결정에 대해서는 소급효를 인정하고 있으므로 위헌결정의 소급효를 차단할 필요성은 위헌결정의 소급효라는 측면에서만 보면 오히려 이 부분에서 발생된다고 볼 수 있다. 즉, 그 유용성이 비형벌규정의 경우보다 훨씬 클 수 있다. 다만, 이 문제와 관련해서는 위헌결정의 효력에 대해 장래효를 원칙으로 하면서도 형벌규정의 경우 소급효를 준 입법태도에 비추어 위헌결정의 소급효를 차단할 수밖에 없다는 논의도 유력한데, 형벌규정에 대한 헌법불합치결정 문제는 별도의 장인 제3장에서 자세히 검토하기로 한다.

## II. 한정위헌결정과 비교

### 1. 한정위헌결정의 의의

한정위헌결정은 심판의 대상이 된 법률조문의 다의적(多義的)인 해석의 가능성 중에서 분명하게 헌법과 조화될 수 없는 내용을 밝힘으로써 그러한 위헌적인 해석의 법적용을 배제하는 결정유형이다. 한정합헌결정과 마찬가지로 심판대상 법률조항을 합헌적으로 축소·제한하는 것이므로 심판대상 법률조항의 존속에는 영향이 없지만, 특히 위헌을 밝힌 내용으로는 해석·적용하거나 집행하지 못하게 되는 법적인 효력 즉 기속력이 발생한다.<sup>98)</sup>

기속력에 따라 모든 국가기관이 헌법재판소의 구체적인 결정에 따라야 하며, 그들이 장래에 어떤 처분을 행할 때 헌법재판소의 결정을 존중하여야

97) 다만, 헌법재판소 스스로 문제의 법률에서 위헌성을 제거하지 못하는 경우라면 입법자라 하여 위헌적 부분을 제거하고 합헌적인 부분만 남기는 입법을 할 수 있을지는 의문이다. 따라서 이러한 경우에는 원칙적으로 단순위헌결정이 고려되어야 하고, 이러한 점에서 우리의 법제에서는 적용중지 헌법불합치결정의 유용성은 적다고 할 수 있다.

98) 허영, 헌법소송법론(제9판), 박영사, 2014, 250면.

한다(결정준수의무). 그러므로 헌법재판소가 위헌결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 판결은 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하는 것이다.<sup>99)</sup> 뿐만 아니라 기속력은 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정에서 문제된 심판대상뿐만 아니라 동일한 사정하에서 동일한 이유에 근거한 동일 내용의 공권력행사 또는 불행사를 금지한다(반복금지주의).

그런데 대법원은 한정위헌결정의 기속력을 인정하지 않고 있으며, 합헌적 법률해석을 포함한 법률해석권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속된 권한이라고 판시하고 있다.<sup>100)</sup>

## 2. 한정위헌결정은 ‘법률의 위헌결정’ 또는 ‘헌법소원의 인용결정에 해당되지 않는가?

대법원은 “헌법재판소의 결정이 주문에서 헌법소원의 대상인 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부가 폐지되는 것과 같은 결과를 가져오는 것이 아니라, 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는 이른바 한정위헌결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 효력을 상실하지 않고 존속하게 되므로, 이러한 한정위헌결정은 유효하게 존속하는 법률이나 법률조항의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 해석기준을 제시하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다.”고 한다.<sup>101)</sup>

생각건대, 물론 구체적 사건에서의 법률의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이 분명하다. 그러나 법률에 대한 위헌심사는 당연히 당해 법률 또는 법률조항에 대한 해석이 전제되는 것이고, 헌법재판소의 한정위헌결정은 단순히 법률을 구체적인 사실관계에 적용함에 있어서 그 법률의 의미와 내용을 밝히는 것이 아니라 법률에 대한 위헌성심사의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻한다. 따라서 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한

99) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 865.

100) 대표적으로 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 95제다14 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결 참조.

101) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95제다14 판결.

유형이라고 할 것이다.<sup>102)</sup>

그러므로 한정위헌결정은 기속력을 갖는다. 따라서 헌법재판소가 위헌이라고 해석하여 적용을 배제한 범위 내에서 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(헌재법 제47조 제1항).<sup>103)</sup> 그런데도 대법원이 한정위헌결정의 기속력을 인정하지 않는 판례를 내는 것은 매우 잘못된 태도로서 비판받아 마땅하다고 할 것이다.<sup>104)</sup>

### 3. 합헌적 법률해석을 포함하는 법률해석권한은 법원에 전속된 권한인가?

대법원은 “구체적 분쟁사건의 재판에 즈음하여 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이고, 법률이 헌법규범과 조화되도록 해석하는 것은 법령의 해석·적용상 대원칙이므로, 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것”이라고 한다.<sup>105)</sup>

생각건대 헌재법 제23조 제2항 제2호에 따르면 “중전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석·적용에 관한 의견을 변경하는 경우” 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 한정위헌결정은 법률의 해석·적용에 관한 헌법재판소의 판시에 해당하는 것이므로 이 조항도 헌법재판소의 법률해석권한의 실정법적 근거가 된다.<sup>106)</sup>

합헌적 법률해석이란 외형상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 그것이 헌법의 정신에 맞도록 해석될 여지가 조금이라도 있는 한 이를 쉽사리 위헌이라고 판단해서는 아니 된다는 법률의 해석지침을 말한다.<sup>107)</sup> 법률의 합헌적 해석은

102) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 845.

103) 허영, 앞의 책(주 98), 251-252면; 정종섭, 앞의 책(주 14), 355면.

104) 허영, 앞의 책(주 98), 251면, 대법원이 한정위헌결정의 기속력을 인정하지 않는 데 대한 설득력 있는 비판으로 남북현, “대법원의 전속적인 법률해석권과 한정위헌결정의 기속력”, 한양법학 제11집, 한양법학회, 2002, 73면 이하 참조.

105) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결

106) 방승주, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력”, 안암법학, 제14호, 안암법학회, 2002, 36면. 방 교수는 그 밖에 헌재법 제43조 제3호, 제4호, 제48조, 제62조 제1항 제2호, 제68조 제1항도 근거규정으로 들고 있다. 동인, 앞의 논문, 36-37면.

107) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 116면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 26면도 같은 취지.



헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화롭게 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니 된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다.<sup>108)</sup>

따라서 합헌적 법률해석은 헌법재판소뿐만 아니라 법원, 행정부 등 법률을 해석·적용하는 모든 국가기관이 준수해야 하는 일반적인 헌법원칙이다. 다만, 헌법재판소의 합헌적 법률해석은 부분적인 위헌선언이라는 실질적인 효과를 가지므로 법원 기타 국가기관이 행하는 합헌적 법률해석과는 구별되는 것이라고 할 것이다.<sup>109)</sup>

### III. 다른 결정유형과의 호환가능성<sup>110)</sup>

#### 1. 개론

위에서 본 바와 같이 헌법불합치결정은 단순위헌결정의 소급효를 제한하는 결정유형으로서 위헌결정의 하나로 보는 것이 일반적인 견해이다. 이러한 연유로 인해 헌법불합치결정과 단순위헌결정은 서로 대체 가능한 주문이 아닌가 하는 것에 대한 논의가 있다. 실제 헌법재판소가 헌법불합치결정 주문을 내는데 있어서도 단순위헌결정을 해야 한다는 의견과 헌법불합치결정을 해야 한다는 의견 사이에 대립이 있는 경우가 많다. 그리고 헌법불합치결정이 사실은 한정위헌결정과 같은 것이나 한정위헌결정에는 기속력이 인정되지 아니하므로 그 기속력을 담보하고자 한정위헌결정을 할 사안에 헌법불합치결정을 하고 있는 것이 아닌가 하는 논의도 있다. 한정위헌결정의 대체주문이 헌법불합치결정이라고 보는 것이다. 이와 같은 논의들과 관련하여 이들 결정 사이에 서로 대체가 가능한지를 살펴본다.

#### 2. 단순위헌결정과의 호환가능성

헌법재판소가 특정 법률에 대한 위헌심판 사건에서 해당 법률에 대해 위헌성을 확인하는 경우 그 주문을 어떻게 할 것인가에 대해서는 우선

108) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 86.

109) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 4. Aufl. C.H.Beck, 1997, S. 295.

110) 이 부분은 지성수, 앞의 박사학위논문(주54), 22-27면을 참조하였음.

단순위헌결정을 고려할 것이고, 단순위헌결정을 하는 것이 부적절하다고 판단될 경우에는 다른 결정 주문이 고려될 것이다. 다른 주문으로서 고려되는 결정유형이 변형결정이고, 그 대표적인 예가 헌법불합치결정이다. 이와 같이 단순위헌결정이 먼저 고려되고, 이후 헌법불합치결정과 같은 변형결정이 순차적으로 고려된다는 점을 감안하면, 이 결정 유형들 사이에 어떤 특정 주문을 반드시 선택해야 할 필연적인 이유는 존재하지 않고, 다만 상황에 따라 단순위헌결정 또는 헌법불합치결정과 같은 변형결정 주문을 선택할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 이와 관련하여 이들 주문들 사이에는 상호 대체가 불가능하다고 보는 입장이 있는 반면, 이들은 서로 호환될 수 있는 주문의 형태라는 입장도 있다.

먼저 대체가 불가능하다는 ‘호환불가론’에서는 법률조항이 헌법에 위반되는 경우 단순위헌결정을 할 것이냐 아니면 헌법불합치결정을 할 것이냐 하는 문제는 양자택일의 문제가 아니라 법리의 문제이기 때문에 그에 적합한 어느 하나를 선택하여야 한다고 본다.<sup>111)</sup> 단순위헌으로 결정하여야 할 경우에 헌법불합치결정을 하면 헌법을 침해하는 법률을 오히려 방치하는 결과를 초래하게 되고, 헌법불합치결정을 해야 하는 경우에 단순위헌결정을 하게 되면 법적으로 보호하여야 하는 이익을 부정하고 법적 공백을 야기하여 헌법재판이 오히려 법질서를 파괴하는 것으로 변질된다는 것이다.

헌법불합치결정과 단순위헌결정 사이에 상호 호환성을 부정하는 입장 중에는 두 결정의 효력이 가지는 차이점에 착안하여 호환성을 부정하는 견해도 있다.<sup>112)</sup> 위헌성의 제거를 입법자가 하도록 하여야 하는 경우와 헌법재판소 스스로 하여야 하는 경우는 분명 나뉘어져 있으므로 단순위헌결정이 필요한 경우에는 단순위헌결정을, 헌법불합치결정이 필요한 경우에는 헌법불합치결정을 하여야 한다고 한다. 이 입장은 합헌질서의 회복수단으로 입법자의 재량을 존중하여야 하는 경우와 헌법재판소 스스로 해당 법률조항을 법질서에서 즉각 배제시켜야 하는 경우가 동일할 수는 없다고 본다.

한편, 단순위헌결정과 헌법불합치결정 사이에는 대체가 가능하다는 입장도 있을 수 있는데, 이 두 결정은 그 위헌성의 정도와 이를 제거하는 방법에 차이가 있을 뿐 본질적인 차이가 있는 것은 아니라고 볼 수도 있기 때문이다.

111) 정종섭, 헌법학원론(제6판), 박영사, 2011, 1487면; 정종섭, “동성동본금혼규정에 대한 헌법불합치결정”, 헌법판례연구(1), 박영사, 1999, 54면.

112) 박진우, “헌법불합치결정에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제35집, 한국법학회, 2009.8, 9면.

헌법재판소가 단순위헌결정을 내린 사건과 관련하여 이는 헌법불합치결정이 바람직하였다고 비판하는 견해나 헌법불합치결정을 선고하였는데 단순위헌결정이 적합하였다고 비판하는 견해, 나아가 단순위헌결정과 헌법불합치결정 중 6인 이상을 차지하는 의견이 없다면 다수결로 주문을 정해야 한다는 견해를 들여다보면, 결국 단순위헌결정과 헌법불합치결정 사이에는 상호 호환이 가능하고, 다만 헌법재판소가 최종적으로 어느 입장을 취하느냐는 여러 가지 현실적인 고려들에 의해 달라질 뿐이라는 인식이 내포되어 있는 듯하다.

예컨대 헌법재판소가 1999. 12. 23. 제대군인이 공무원 채용시험에 응시하는 경우 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산하도록 규정하고 있는 제대군인 지원에 관한 법령 규정들에 대해 단순위헌결정(98헌바33, 98헌마363)을 한 것과 관련하여, 제대군인 가산점제도가 위헌이라고 할지라도 이미 응시한 제대군인들에게까지는 가산점제도를 적용시키는 것이 법치주의원리의 파생원리인 신뢰보호의 원칙에 부합되므로 일정한 기간 위헌결정의 효력을 유예시키는 헌법불합치결정을 내렸어야 한다는 견해<sup>113)</sup>나, 2002. 6. 27. 인터넷 내용규제의 일반조항 역할을 하는 전기통신사업법 제53조에 대해 단순위헌결정(99헌마480)을 한 것에 대해, 이 결정으로 말미암아 정보통신윤리위원회의 활동이 사실상 정지되면 불건전정보에 대한 규제정책에 있어 심각한 문제가 나타나게 되는데, 헌법불합치결정으로 이러한 헌법적 문제점을 치유하였어야 한다는 견해<sup>114)</sup> 등은 모두 단순위헌결정과 헌법불합치결정이 단순한 선택의 문제인 것으로 파악하는 듯하고, 따라서 대체성을 긍정하는 입장으로 이해된다.

그런데 단순위헌결정은 일반적 적용배제를 전제로 하는데 반해, 헌법불합치결정은 개선입법시점까지 헌법불합치 법률의 효력을 형식적으로라도 유지시킨다는 점에서 결정적으로 구분된다.

단순위헌결정이 이루어지면 효력이 상실된 법률의 조항이나 그 일부를 제거할 필요 없이 그 자체로 합헌적 질서가 확보된 것으로 의제되지만, 헌법불합치결정의 경우는 합헌성을 회복하기 위한 법률의 폐지나 개정이라는 입법자의 별도의 조치를 필요로 하게 된다. 때문에 헌법재판소는 입법의 방향이나 대안을 제시하거나 입법기한을 설정한다. 해당 법률에 대한 위헌성

113) 정연주, “가산점제도의 헌법적 문제점”, 헌법판례연구(2), 박영사, 2000, 190면.

114) 명재진, “인터넷 규제제도와 헌법재판소 결정”, 헌법판례연구(4), 박영사, 2002, 140-141면.

제거를 입법자가 하도록 위임하는 결정이 헌법불합치결정이라는 점에서 이 둘 사이에는 특별한 차이가 있다고 볼 수 있다.<sup>115)</sup> 이러한 차이로 인해 단순위헌결정이 내려지는 경우에는 그 부분의 규율에 공백이 생기게 되는데 반해, 헌법불합치결정이 내려지는 경우에는 법적 공백이 발생하지 않으며, 이 경우 입법자는 그 법적 공백을 어떻게 보완할 것인지에 관해 입법재량을 가지게 되고, 구체적인 입법의 내용은 입법자에 의해 마무리된다.

그리고 단순위헌결정의 법적용자에 대한 효과는 일반적 적용배제이고, 적용중지 헌법불합치결정의 법적용자에 대한 법적 효과는 헌법불합치 법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리이며, 계속적용 헌법불합치결정의 법적용자에 대한 법적 효과는 개선입법시까지 헌법불합치 법률의 계속적용과 이후 개선입법에 따른 처리이다. 즉, 전자(단순위헌결정)의 경우 적용대상인 법률이 없는 것과 같은 상태를 예정하고 있는데 반해, 후자(헌법불합치결정)의 경우는 그렇지 아니하다.

이상과 같이 단순위헌결정의 경우는 위헌선언 즉시 법률의 효력이 소멸되고 입법자는 새로운 입법을 할 필요가 없으나, 헌법불합치결정의 경우에는 일정시점까지 위헌선언된 법률이 형식적으로라도 존재하고 불합치 선언된 법률을 폐지하거나 개선하는 입법자의 행위를 필연적으로 요구하게 된다는 점,<sup>116)</sup> 그리고 이러한 연유로 법원의 재판규범으로서의 작용여부도 달라진다는 점에서 성질이 전혀 다른 두 결정 사이에 상호 대체를 인정하기는 어려워 보인다.

다만 이는 이론상 그러하다는 것이고, 실제 단순위헌결정을 해야 하는지, 아니면 헌법불합치결정을 해야 하는지 상당히 애매한 경우도 존재한다. 실제 실무에서 헌법불합치결정의견과 단순위헌의견이 서로 대립하는 일이 발생하는 것도 이러한 이유라고 생각된다. 그러나 현상이 이와 같다고 하여 두 주문 사이에 대체가 허용된다고 볼 것은 아니라고 할 것이다.

### 3. 한정위헌결정과의 호환가능성

115) 남복현, “위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어서의 편차”, 한양법학 제20권 제2집, 한양법학회, 2009, 338면.

116) 김학성, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 헌법규범과 헌법현실(권영성교수 정년기념논문집), 법문사, 2000, 466면; 김현철, “헌법불합치결정의 이론과 실제”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 214-215면.

이 문제는 주로 법원이 헌법재판소의 한정위헌결정을 위헌결정으로 보지 않는데 착안하여, 한정위헌결정 대신에 헌법불합치결정을 활용할 것을 촉구하는 의미에서 논의되고 있다.

### 가. 긍정적인 견해

이러한 입장은, “헌법재판소가 판단하기에 대법원이 채택한 법률해석에 의하면 당해 법률조항에 합헌적인 적용영역과 위헌적인 적용영역이 있는데, 조문의 일부에 대한 일부위헌결정으로서 그 위헌적인 적용범위를 제거할 수 없고 그렇다고 당해 법률조항 전부에 대하여 단순위헌결정을 한다면 당해 법률조항의 합헌적인 적용영역까지 제거되는 결과가 되고, 그것이 단순합헌을 하는 경우보다 오히려 더욱 위헌성이 심한 법적 공백상태에 이르게 된다고 보는 경우에는, 당해 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하여 입법권자에게 합헌적인 적용영역을 살리는 법개정을 촉구하고 개선된 법률에 따라 법률관계가 규율될 수 있도록 한다면 한정결정유형을 활용하지 않고도 위와 같은 문제점을 해결할 수 있을 것이다. 헌법불합치결정에 대하여는 법원도 위헌결정의 한 형식으로 그 효력을 인정하고 있으므로 법원과의 갈등문제도 생기지 않고 당사자의 권리구제에도 훨씬 실효성이 있을 것이다.”라고 주장한다.<sup>117)</sup>

### 나. 부정적인 견해

이에 반대하는 입장은, “한정위헌결정의 대안으로 헌법불합치결정을 제시하는 것은 우선 헌법재판소에게 부여된 자유로운 결정주문 선택권을 침해하는 위헌적인 발상이고, 한정위헌결정과 헌법불합치결정은 ‘위헌으로 선언되는 심판대상의 범위확정’ 문제와 ‘시적인 범위의 제한’ 문제로서 원칙적으로 다른 차원이기 때문에, 헌법재판소가 한정위헌결정을 통하여 해석기준을 정하고 그 기준에 따라 재판하도록 법원에 맡기면 될 것을 가지고 개선입법 시점까지 절차를 중지시키고 권리구제를 지체시킴이 과연 바람직한 것인지 의문”이라거나,<sup>118)</sup> “단순위헌 또는 한정위헌의 결정을 하여 해당 법률의 효력을 바로 상실시켜야 할 사건에서 헌법불합치의 결정을 하면 기본권을 침해하거나 헌법을 침해하는 법률을 방치하는 것이 되어 이러한 헌법재판은 그

117) 최완주, “한정결정, 선택인가 필수인가?”, 법률신문, 2002.10.3.자, 14면.

118) 남복현, “한정결정은 선택이 아닌 필수”, 법률신문, 2002.10.21.자, 14면.

자체 헌법에 위반되는 것으로서, 이 경우에는 헌법재판이 기본권을 침해하거나 헌법을 침해하는 법률을 일정 기간 합법적으로 효력을 가지게 만드는 결과를 초래하여 헌법보호와 기본권보호의 수단으로서의 기능이 상실된다.”고 주장한다.<sup>119)</sup>

#### 다. 헌법재판소의 경우

이러한 논의와는 별도로 헌법재판소에서는 주문의 선택에 있어서 한정위헌 의견과 헌법불합치 의견이 나뉘는 경우가 종종 있다.

##### (1) 법정의견이 한정위헌결정이었던 경우

헌법재판소는 1995. 11. 30. 선고한 94헌바40등 사건<sup>120)</sup>에서, “양도가액은 그 자산의 양도당시의 기준시가에 의한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 실지거래가액에 의한다.”고 규정한 구 소득세법 제23조 제4항 단서와 거주자의 양도차익의 계산에 있어서 양도가액에서 공제할 필요경비를 “당해 자산의 취득당시의 기준시가에 의한 금액. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 취득에 소요된 실지거래가액”이라고 규정한 동법 제45조 제1항 제1호 단서는 ‘실지거래가액에 의한 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한’ 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고했다. 그런데 이 결정에서 김진우 재판관은 “양도차익 산정에 있어 실지거래가액에 의하도록 규정한 위 구 소득세법시행령의 내용이 조세정의 면에서 보아 합헌적인 내용도 있는데도 이 사건 단서규정에 대하여 단순위헌선언을 한다면 납세자들 사이에 형평을 잃게 되어 조세정의에 반하는 등 이 사건 법률조항에 대한 위헌선언을 하지 않을 때보다 조세정의 원칙을 침해하여 오히려 더 헌법적으로 수인할 수 없는 심각한 상태를 초래한다. 그러므로 이 사건 단서규정 전체에 대하여 헌법에 합치하지 않는다는 선언을 하면서 … 합헌적인 내용으로 개정하도록 입법촉구함이 상당하다.”는 취지의 헌법불합치 의견을 개진하였다.<sup>121)</sup>

또한 헌법재판소는 2002. 8. 29. 선고한 2000헌가5등 사건<sup>122)</sup>에서,

119) 정종섭, 앞의 책(주 111), 363면.

120) 판례집 7-2, 616 이하.

121) 동 판례집 640면 이하.

122) 판례집 14-2, 106이하.

상호신용금고법 제37조의3 제1항 중 임원에 관한 부분 및 제2항은 “상호신용금고의 부실경영에 책임이 없는 임원”에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케 하는 범위 내에서, 위 같은 조 제1항 중 과점주주에 관한 부분은 “상호신용금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주”에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케 하는 범위 내에서 각 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고하였다. 그런데 이 결정에서 주선회 재판관은, “위 상호신용금고법 제37조의3을 다수의견과 같이 한정하여 해석하는 것은 일의적인 법문의 한계를 벗어나는 무리한 해석이자 법문에 드러난 입법자의 객관적 의사를 무시하고 실질적으로 헌법재판소가 임의로 새로운 입법을 하는 것과 다름없는 것이므로, 이러한 경우에는 헌법불합치결정을 함으로써 차라리 입법자로 하여금 조속한 시일 내에 헌법재판소 결정의 취지를 살려 새로이 입법하도록 하는 것이 오히려 헌법적으로 바람직하다.”는 취지의 헌법불합치 의견을 개진하였다.<sup>123)</sup>

## (2) 법정의견이 헌법불합치결정이었던 경우

헌법재판소는 2007. 12. 27. 선고한 2004헌마1021 사건<sup>124)</sup>에서, “의료법 제33조 제2항 단서의 ‘의료인은 하나의 의료기관만을 개설할 수 있으며’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”는 (잠정적용) 헌법불합치결정을 선고하였다. 그런데 이 결정에서 조대현 재판관은 “의료법 제33조 제2항 단서는 의료인이 직접 의료행위를 시행하게 하고 의료인이 아닌 자가 의료기관을 관리하는 것을 막기 위하여 의료기관의 개설을 1개의 장소로 제한한 것이라고 봄이 상당하다. 이 조항은 전문적인 면허를 취득한 의료인이 직접 의료행위를 시행하도록 하려는 것으로서, 그 입법목적과 수단이 타당하고, 전문적인 면허제도의 실효성을 확보하기 위하여 의료기관을 여러 장소에 개설하지 못하게 하는 것이 법익비례의 원칙에 위반된다고 보기도 어렵다. 이 사건 법률조항은 위헌이라고 볼 수 없다. 그런데, 보건복지부는 이 사건 법률조항 중 ‘하나의 의료기관’은 한 종류의 의료기관을 의미한다고 해석하는바, 이러한 해석은 의사 면허와 한의사 면허를 모두 취득하여 의료행위와 한방의료행위가 모두 허용된 복수면허자의 직업의 자유를 제한하는 것인데, 그러한 자유 제한을 정당화하는

123) 동 판례집 129면 이하.

124) 판례집 19-2, 795 이하.

이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 보건복지부의 위와 같은 해석은 복수의 의료인 면허에 의하여 허용된 직업의 자유를 정당한 사유도 없이 제한하는 것으로서 헌법 제15조와 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다. 결국 이 사건 법률조항이 합헌적으로 해석될 수 있는 이상 이 사건 법률조항 자체에 위헌성이 있다고 할 수는 없다. 단지 이 사건 법률조항에 대한 보건복지부의 해석 내용이 헌법에 위반될 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되거나 합치되지 아니한다고 선언할 수는 없고, 이 사건 법률 조항 중 ‘하나의 의료기관’을 ‘한 종류의 의료기관’으로 해석하는 것이 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.”는 취지의 한정위헌결정 의견을 개진하였다.<sup>125)</sup>

## 라. 검토

생각건대 헌법불합치결정이 한정위헌결정의 대안이 될 수 있는지 여부는 헌법불합치결정이 적용중지형인지, 아니면 잠정적용형인지에 따라 달리 판단해야 할 것이다.

### (1) 적용중지형 헌법불합치결정의 경우

적용중지형 헌법불합치결정은 개선입법을 기다려 당해사건 등을 규율할 필요가 있고 또 반드시 그렇게 해야만 할 때 선택할 수 있는 결정유형으로 보아야 한다. 그렇다면 적용중지형 헌법불합치결정은 한정위헌결정의 대안이 될 수 없다고 하겠다. 한정위헌결정의 경우 헌법재판소가 위헌이라고 해석한 내용 또는 의미 부분은 해당 법률조항의 전체 내용 또는 의미에서 제거되고 따라서 헌법재판소가 위헌이라고 해석한 부분은 해당 법률조항의 내용 또는 의미에 있어서 효력이 상실되기 때문이다.

예컨대, 헌법재판소는 2006. 5. 25. 선고한 2005헌가17등 결정에서 “이 사건 법률조항(부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률 제5조 제2항 본문)의 위헌적인 부분만을 명시하여, 명의신탁관계가 종료된 경우에도 과징금 부과시점의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하는 것은 위헌이라고 한정위헌결정을 하게 되면, 이 사건 법률조항이 과징금 부과 당시에 명의신탁관계가 종료된 것인지 여부와 상관없이 ‘과징금을 부과하는 날 현재’의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 한다고 규정하고 있어서 한정위헌결정의

<sup>125)</sup> 동 판례집 811면 이하.



문언상 및 범목적상 한계를 넘어서게 되므로, 입법자가 이 사건 법률조항을 위헌이유에 맞추어 새로이 개정할 때까지 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.”는 적용중지형 헌법불합치결정을 선고하였다.<sup>126)</sup>

## (2) 잠정적용형 헌법불합치결정의 경우

반면에 위헌결정의 효력을 장래의 일정시점까지 유예하는 성격의 잠정적용형 헌법불합치결정은 한정위헌결정의 대안이 될 수 있다고 하겠다. 원래 한정위헌결정의 경우 헌법재판소가 위헌이라고 한정해석한 영역은 해당 법률조항에서 제거되어야 하지만, 잠정적용을 명하여야 할 특별한 요청이 있는 경우에는 그 법률조항의 한정영역을 잠정적으로 적용시킬 수 있기 때문이다.

## 제6절 헌법불합치결정의 결정정족수<sup>127)</sup>

### 1. 주문합의 방식에 대한 논의

헌법불합치결정이 다른 결정과 어떤 관계에 있는지를 논하는 문제가 위에서 본 대체가능성 문제였다면, 주문에 관하여 그 정족수 계산을 어떻게 하느냐 문제 역시 다른 결정과의 관계가 문제되는 영역이라고 할 수 있다. 특히 단순위헌결정과 헌법불합치결정 사이에 어느 한 의견이 법정의견에 필요한 정족수를 채우지 못하였을 경우 그 주문을 정하는 방식의 문제에 헌법불합치결정과 다른 결정과의 관계는 중요한 영향을 미친다.

그런데 헌법재판소가 결정주문을 내는데 있어 의견 합산을 어떻게 하여야 하는지에 관한 구체적인 법률규정은 현재 존재하지 않는다. 그동안 헌법재판소는 헌재법 제40조 제1항에 의해 준용되는 법원조직법 66조 제2항 제2호 합의 방식을 수정 준용하여 쟁점별 합의방식이 아닌 주문별 합의방식을 적용하여 왔다.

쟁점별 합의방식은 심판사건의 적법요건 판단과 본안 판단을 구별하여 순차적으로 합의하는 방식으로, 본안 판단에서도 쟁점별로 합의를 하여 주문을

126) 관례집 18, 91-1하, 1, 21.

127) 이 부분은 지성수, 앞의 박사학위논문(주 54), 28-35면을 참조하였음.

내는 방식이고, 주문별 합의방식은 적법요건과 본안을 구별하지 않고, 주문에 초점을 맞추어 전체적으로 함께 합의하여 주문을 내는 방식이다. 쟁점별 합의방식을 택할 경우에는 각 쟁점별로 합의를 하게 되므로 적법요건에서 각하의견을 냈던 재판관의 경우도 그것이 적법요건을 통과하여, 본안으로 넘어가면 다시 그에 관하여 위헌 또는 합헌의 의견을 낼 수 있고, 그 의견은 주문을 결정할 때 합산하게 되어 예컨대 각하의견이 4인, 위헌의견(인용의견)이 5인인 경우 본안으로 들어가 각하의견을 냈던 4인도 본안에 관한 의견을 내 전체 9인의 재판관이 본안에 대해 의견을 낸 것을 바탕으로 주문을 결정하게 된다. 따라서 쟁점별 합의방식은 주문별 합산방식이 각하의견 4인, 위헌의견 5인인 경우에 아무도 제시하지 않은 합헌 주문을 낼 수밖에 없는 상황을 피할 수 있게 된다.

쟁점별 합의방식은, 주문별 합의방식에서 각하의견을 냈던 재판관은 본안에 관하여 의견을 낼 수 없고 단순위헌의견과 헌법불합치의견 사이에 어느 의견 하나로 정족수를 채우지 못하는 경우에도 합의 없이 법원조직법에서 정한 방식에 따라 주문을 결정하는데 대한 비판에서 주장되었다.<sup>128)</sup> 주문별 합의방식에서는 헌법불합치의견을 포함한 위헌의견이 6인 이상이더라도 단순위헌의견에 찬성하는 의견이 6인 미만이면 헌법불합치결정을 하게 되고, 헌법재판소도 이러한 방식으로 주문을 형성해 왔으나, 헌법불합치결정도 그 본질은 위헌결정이므로 단순위헌에 찬성하는 재판관이 그 자체로 6인을 채우지 못하는 경우 단순위헌과 헌법불합치에 찬성하는 재판관만을 대상으로 다시 합의를 하여 과반수를 차지하는 의견으로 주문을 내는 것이 타당하다고 비판한다.<sup>129)</sup> 이하에서는 먼저 결정 주문에 관한 현행법 체계와 헌법재판소 결정

128) 실제 야간옥외집회를 금지한 '집회 및 시위에 관한 법률' 제10조에 대한 위헌제청사건에서 조대현 재판관은, "단순위헌의견에 가담하였으나 계속적용 헌법불합치의견을 낸 2인의 의견에 대해 헌법재판소가 어느 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 그 법률조항을 계속적용하도록 결정하려면 그 점에 대하여 특별한 평의와 합의 절차를 거쳐야 한다고 할 것인데, 이 사건의 경우에는 단순위헌 의견이 5인이고 헌법불합치 의견이 2인인 바, 단순위헌 의견이 단순위헌결정의 정족수에 미달되어 헌법불합치의견과 합쳐서 헌법불합치의 결론에 이르렀다고 하여, 단순위헌 의견이 위헌법률을 계속적용하여도 좋다는 의견으로 바뀌는 것이 아니므로 헌법불합치의견을 표시한 재판관 2인이 헌법에 합치되지 아니하는 이 사건 법률조항들의 계속적용을 결정할 수는 없다고 보아야 한다."는 의견을 개진한 바 있다.(헌재 2009. 9. 24, 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427, 463-468, 재판관 조대현의 적용증지의견 참조)

129) 관순근, "헌법재판상 심판정족수의 원리와 그 운영의 실제 -주문별 합의방식과 특히 헌법불합치결정의 법적 본질을 중심으로-", 고시연구, 고시연구사, 2003.5, 24-25면.

주문에 관한 합의방식에 대한 입장들을 살펴본다.

## II. 결정주문에 관한 법률규정

우리 헌법 제113조 제1항은 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다고 규정하고 있고, 제2항은 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다고 규정하고 있으며, 제3항은 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있는바, 헌법에는 헌법재판의 합의방식에 대한 구체적인 규정이 존재하지 않는다. 그리고 현재법을 살펴보다라도 제23조 제1항에서 심리정족수에 7인 이상을 요한다는 것과, 제2항에서 종국결정에 관한 정족수로서 종국심리는 이에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 결정을 하나, 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석·적용에 관한 의견을 변경하는 결정에는 6인 이상의 찬성이 필요하다는 이외에 다른 규정은 두고 있지 않다. 다만 그 심판절차와 관련하여 제40조 제1항에서 헌법재판소의 심판절차에 관여하는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하고, 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하며, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다고 하고 있을 뿐이다.

이러한 상황에서 헌법재판소는 앞에서 본 바와 같이 주문, 특히 인용주문에 있어 현재법 제40조 제1항에 의해 준용되는 법원조직법 제66조 제2항 제2호의 합의 방식을 수정 준용하여 당사자에게 가장 효력이 유리한 것부터 순차적으로 약한 것을 더하여 6인 이상을 채우는 견해를 주문으로 선택해 왔다.

## III. 검토

주문 합의 방식에 관해서는, 헌법재판소가 지금까지 해 온 주문별 합의방식은 다수결원칙에 부합하지 않고, 아무도 제시하지 않은 주문이 나오게 하는 등 많은 문제점을 내포하고 있으므로 이를 포기하고 쟁점별 합의방식으로 전환하여야

한다고 주장하는 의견<sup>130)</sup>을 포함하여 아래와 같은 주문합의 방식들이 논의되고 있다.

## 1. 법원조직법 제66조 제2항 제2호를 준용하는 방식

단순위헌의견으로 헌재법 제23조 제2항의 정족수를 채우지 못하는 경우 헌재법 제40조 제1항의 준용규정에 의하여 법원조직법 제66조 제2항 제2호<sup>131)</sup>에 따라 단순위헌의견에 헌법불합치이견, 그 중에서도 적용중지 의견을 먼저 합산하고, 이로써도 모자라는 경우 계속적용 의견을 합산하며, 이때까지도 결정정족수에 이르지 못하면 한정위헌의견을 더하는 방법으로 주문을 도출하는 방식이다. 지금까지 헌법재판소는 주문별 합산방식을 기본 전제로 하여 이 방법으로 주문을 결정해 왔다.

## 2. 법원조직법 제66조 제2항 제2호의 준용을 배제하는 방식<sup>132)</sup>

이는 법원조직법 규정이 당연히 준용되어야 하는 것은 아니고, 합의체에서 그 의견을 정하는 일반적인 방식인 다수결 방식으로 주문을 정해야 한다고 보는 입장이다. 재판관의 과반수에 의한 재판은 헌재법 제23조 제1항에서 정하고 있는 일반원칙이므로 헌법불합치이견을 포함한 위헌의견이 6인 이상인 경우 위헌의견 중에서 과반수를 차지하는 의견이 주문으로 되는 것이 일반원칙에 부응하는 것이라고 본다.<sup>133)</sup>

130) 이 견해는 쟁점별 합의방식이 다수결원리에 더 부합하므로 주문별 합의방식을 버리고 쟁점별 합의방식을 채택하여야 한다는 주장이다. (남복현, “헌법재판소 결정주문의 합의방식과 중요한 결정이유의 지속력”, 헌법학연구, 제15권 제1호, 2009.3. 236면 이하 참조) 이러한 입장은 주문별 합의방식을 부정한다는 점에서 아래의 주문별 합의방식에 쟁점별 합의방식을 부분적으로 도입하자는 의견들과 차이가 있다.

131) 법원조직법 제66조(합의의 방법) ②합의에 관한 의견이 3설 이상 분립하여 각각 과반수에 달하지 못하는 때에는 다음의 의견에 의한다.

1. 수액에 있어서는 과반수에 달하기까지 최다액의 의견의 수에 순차 소액의 의견의 수를 더하여 그 중 최소액의 의견
2. 형사에 있어서는 과반수에 달하기까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 순차 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견

132) 법원조직법 규정을 준용하는 방식 이외에 이하 다른 방식들은 모두 헌재법 제23조 제2항 단서의 정족수를 넓은 의미에서 위헌에 찬성하는 의견을 의미하는 것으로 보고, 이 단계에서 6인 이상이 모아지면 그 구체적인 주문 선택을 위한 표결에는 이 규정의 적용을 더 이상 받지 않고, 과반수원칙에 따라 결정하면 된다는 것을 전제하고 있다.

133) 공진성, “헌법불합치결정시 합의방식의 개선방안”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009.3. 132면, 138면.

### 3. 위헌주문의 형태만을 별도로 표결하는 쟁점별 합의방식 도입

구체적인 위헌주문의 형태만을 별도로 표결하는 쟁점별 합의방식 요소를 일부 도입하는 방식이다. 규범통제의 핵심은 법률조항의 위헌여부를 가리는 것이므로 재판관이 각자 구체적인 주문 형태를 표시하기 전에 위헌여부만을 표시하도록 하고, 그러한 의견이 6인 이상 되는 경우 비로소 구체적인 주문 형태를 합의하도록 하는 방식이다.<sup>134)</sup> 이 합의방식은 위헌의견을 가진 재판관이 처음부터 구체적인 위헌주문을 표시할 필요가 없다는 점에서 법원조직법 제66조 제2항 제2호의 준용을 배제하는 방식과 다르다. 재판관은 각자의 구체적인 위헌주문을 내 놓을 필요가 없고, 구체적인 주문의 형태를 무엇으로 할 것인지에 대한 쟁점이 논의되는 때에 비로소 각자 의견을 표명하게 된다. 이 경우 역시 구체적인 주문은 다수결에 의해 결정한다.<sup>135)</sup>

### 4. 과반의견이 없으면 주문형태에 관한 쟁점별 합의를 하는 방식

재판관이 각자 구체적인 주문 형태를 제시한 결과 재판관 6인 이상이 단순위헌결정에 찬성하면 그것이 주문으로 결정되나, 그렇지 않은 경우 주문형태에 대해 다시 합의하여 주문을 내는 방식이다. 이 방식에서는 처음부터 재판관이 구체적인 위헌주문 형태를 표시한다는 점에서 위 쟁점별 합의방식을 일부 도입하는 방식과 구별된다.

### 5. 원칙적으로 주문별 합의 방식, 형벌규정의 경우 쟁점별 합의 방식

주문별 합의 방식을 택하는 경우 동일한 위헌의견 군에 속하는 소수의 헌법불합치의견이 다수의 위헌의견을 압도하는 불합리한 주문이 생산될 수 있지만, 그렇다고 쟁점별 합의방식을 전면적으로 택하다 보면, 헌법재판소 결정 주문이 쟁점별로 결정내용을 담게 되어 난삽해질 수 있기 때문에 기존의 주문별 합의방식을 원칙으로 유지하되, 다만 형벌법규에 대한 위헌심사의 경우에는

134) 이러한 방법을 주장하는 견해는 이명웅, 앞의 논문(주 16), 384면.

135) 유사한 견해로 쟁점별 평의방식을 전면 도입하거나 아니면 일부 도입하여 주문별 평의방식을 완화하는 것이 필요하다는 견해도 있다. 이 견해는 위헌(적용중지)의견이 계속적용의견보다 숫자가 많음에도 계속적용 주문을 내는 것은 재판절차상 문제가 있다고 지적한다. 정영화, “헌법상 야간옥외집회 금지에 대한 위헌심사”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2010, 340면.

예외적으로 쟁점별 합의방식을 채택하는 방식이다.<sup>136)</sup> 형벌규정에 대한 단순위헌결정은 원칙적으로 소급효가 인정됨에도 불구하고 헌법불합치결정을 통해 계속 적용할 수 있도록 하는 것은 위헌법률심판제도의 사명을 저버리는 것이므로 형벌규정의 경우 쟁점별로 합의방식을 통해 야간옥외집회금지 사건과 같이 소수의 계속적용 의견이 다수의 위헌의견을 압도하는 주문이 생산되는 것을 막아야 한다는 이유에서 주장된 방법이다.

## 6. 소결

헌법재판의 주문을 결정하는 방식에 어떤 방식을 택하든 결국 동일한 주문에 찬성하는 재판관수가 결정 정족수에 미치지 못하는 이상, 법원조직법 규정에 따른 방법이 이용될 수밖에 없다는 점에서 법원조직법상의 방법을 완전히 무시할 수는 없고, 이러한 점에서 주문에 필요한 의견의 수를 더해가는 방법으로 청구인에게 가장 유리한 것부터 불리한 순으로 하는 것이 불합리하다고만은 할 수 없다. 헌법이 위헌 또는 인용 결정의 정족수를 6인 이상으로 한 것에는 국회가 제정한 법률에 대해 함부로 그 효력을 부정하지 못하도록 하기 위한 것이고, 따라서 단순위헌결정에 필요한 온전한 정족수로 재판관 6인 이상의 찬성을 요하도록 하는 현행법 구조 하에서 단순위헌의견 4인, 헌법불합치의견 3인으로 단순위헌결정에 필요한 온전한 정족수 6인에 달하지 못한 경우 이들 사이에 다시 표결을 하여 과반수로 주문을 정하도록 하는 것은 온전한 정족수에 미달함에도 불구하고 그에 미치지 못하는 내용으로 단순위헌결정을 하게 하는 것으로 입법자의 의사와 부합한다고 볼 수 없다.

물론 단순위헌결정이 헌법불합치결정을 양적으로 또는 질적으로 포함하고 있는 관계라는 것을 전제(전자)한 경우에 그러하다는 것이고, 두 결정이 전혀 다른 범주의 효력을 가진 것으로 이해하는 전제(후자)에 선다면, 주문에 대한 표결 방식을 어떻게 하여야 할지에 대해 새로운 방안을 모색하여야 할 것이다. 만약 전자의 관계를 상정한 상태에서 다수결로 주문을 정하여야 한다면, 단순위헌결정과 한정위헌결정 사이에도 단순위헌결정과 헌법불합치결정 사이에서 나타나는 주문 선택 문제가 동일하게 발생할 것이다. 그러나 다수결

136) 임지봉, “헌법불합치결정과 함께 내려진 계속적용 결정의 효력 -집시법 제10조에 대한 헌법재판소 결정 평석을 중심으로-”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2010, 271면 이하.

표결을 주장하는 견해에서도 한정위헌의견과 단순위헌의견이 대립하는 경우에는 헌법불합치의견과 단순위헌의견이 대립하는 경우와 같이 다수결로 주문을 정해야 한다는 주장을 명시적으로 하지는 않는다. 그렇다면 후자의 입장을 견지하고 다수결 표결을 주장하는 것으로 생각할 수 있는데, 단순위헌결정과 헌법불합치결정의 관계를 후자처럼 이해할 수는 없다고 생각한다. 헌법불합치 결정은 단순위헌결정의 시간적 효력범위를 제한하는 결정주문이라는 점에서 상호간에 포함관계를 형성하고 있다고 보기 때문이다.

결국 단순위헌결정이나 인용결정의 정족수를 가중시키고 있는 입법자의 의사를 존중한다면, 현재의 주문 선택 방식이 그렇게 불합리하다고는 보이지 않는다. 우리 현행법은 이미 위헌 또는 인용 결정의 정족수를 가중함으로써 상대다수결원리를 일정부분 포기하고 있기 때문이다.

다만 법원조직법 규정에 따라 주문을 합산할 경우 소수의 의견이 주문을 결정하게 될 가능성이 높아진다. 그러나 전부는 부분을 포함할 수 있어도 부분은 전부를 포함할 수 없다는 점을 감안하면, 단순위헌결정에 필요한 온전한 정족수 6인을 충족하지 못한 상황에서 부분 위헌(시적인 효력 제한)이 전부 위헌의견으로 간주되어 단순위헌 주문을 이끌어 내는 것은 현행법 체계에서는 용인될 수 없다고 본다.<sup>137)</sup>

137) 이러한 결론에 대하여는, 단순위헌결정, 적용중지 헌법불합치결정, 계속적용 헌법불합치결정, 한정위헌결정(한정합헌결정), 합헌결정이 위헌성의 정도에서 앞의 주문이 뒤의 주문의 위헌성을 포함하는 관계를 이루고 있다는 전제에 설 경우 타당한데 한정위헌결정과 헌법불합치결정 사이에 이러한 관계가 성립될 수 있는지는 의문이라는 견해가 있다. 남복현, 앞의 논문(주 130), 220면 : “헌법불합치결정의 경우 이 결정으로 인해 위헌으로 제거되는 부분은 헌법불합치결정 상태에서는 확정되지 않고 입법자의 개선입법을 통해 비로소 그 내용이 확정되게 되는데, 입법과정에서 상당부분 합헌적인 규율로서 그대로 존속하는 경우가 있고, 특히 그 규범의 형식적인 면에 위헌성이 있는 경우에는 하위 법령의 조항을 법률 조항으로 승격시킨다든지 하는 등의 방식으로 헌법불합치결정 이전과 내용상의 변화 없이 그대로 규율 내용이 지속되는 경우도 있다. 그렇다면 이러한 헌법불합치결정이 한정위헌결정보다 당사자에게 유리한 주문인지에 대해서는 확인할 수 없다. 또 경쟁된 사항이 개선입법을 통한 구제의 대상에 포함되지 않으면 헌법불합치결정이 선언되었더라도 한정위헌결정보다 유리하다고 볼 수 없고, 계속적용 헌법불합치결정의 경우에는 당해사건 당사자에게 구제의 길이 원칙적으로 열리지 않는다는 점에서 한정위헌결정과 사이의 유·불리를 따지기는 매우 곤란하다. 따라서 단순위헌의견과 헌법불합치의견, 한정위헌의견이 대립하는 경우에는 일률적으로 단순위헌에 헌법불합치의견을 먼저 합산할 것이 아니라 경쟁된 사안의 구제가 가능할 수 있는지 여부 등의 요소들을 고려하여 헌법불합치의견과 한정위헌의견 사이의 합산 순서를 정하는 방법도 실무상 고려해 볼 일이다.”

## 제3장 형벌조항에 대한 헌법불합치결정

### 제1절 개관

헌법불합치결정은 법률조항의 위헌성을 확인하되 그 형식적 존속을 유지시키면서 입법자에게 법률조항의 위헌성을 제거할 의무를 부과하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 국가기관으로 하여금 위헌으로 확인된 법률조항의 적용을 중지시키거나 잠정적용하게 하면서 궁극적으로 개선된 신법의 적용을 받도록 하여 법질서의 합헌성을 회복하게 하는 위헌결정의 한 유형이다.<sup>138)</sup> 즉 헌법불합치결정은, 단순위헌결정으로 위헌인 법률조항이 즉시 효력을 상실하게 됨으로써 발생하는 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위한 법적 안정성 보장의 관점과 법적 공백 상태를 합헌적으로 새롭게 규율할 권한과 책임이 있는 입법자의 입법형성권 존중의 관점에서, 헌재법 제47조 제2항과 제75조 제5항 및 제6항이 정하는 위헌인 법률조항의 즉시실효원칙의 적용을 배제하여 위헌인 법률조항의 효력을 형식적으로 존속하게 하면서 입법자로 하여금 개선입법을 통해 스스로 법적 공백 상태를 메우도록 함으로써 합헌성을 회복하는 위헌결정의 방식이다. 헌법의 기본원리로서 법치주의원리의 핵심적인 내용으로서 법적 안정성의 보장과 민주주의원리 및 권력분립원칙의 내용으로서 입법자의 입법형성권 존중을 목적으로, 위헌인 법률조항의 효력을 형식적으로 존속하게 하면서 개선입법을 통해 그 법적 공백을 메움으로써 합헌적인 질서를 회복하도록 하는 것이다.

그런데 헌법불합치결정은 헌법의 우위와 규범통제제도의 실효성 보장을 위하여 헌재법 제47조 제2항 등의 규정이 정하는 위헌인 법률조항의 즉시실효원칙에 대한 중대한 예외를 헌법재판소의 결정을 통해 설정하는 효력을 가지므로 제2장에서 이미 살펴본 바와 같이 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정된다고 하더라도 법적 안정성의 보장과 입법형성권의 존중이라는 헌법적 근거에 기초한 엄격한 정당화 사유의 범위 내에서만 그 가능성과 타당성을 확보할 수 있을 것이다.

138) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 197면.



헌재법 제47조 제2항은 형벌조항을 제외한 일반 법률조항에 대한 (단순)위헌결정은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다고 하여, 위헌인 법률조항의 효력이 당연무효임을 전제로 위헌결정의 소급효를 규정한다. 독일연방헌법재판소법 제78조와는 달리, 위헌결정의 장래효를 규정하고 있다. 따라서 위헌결정의 소급효로 인한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란으로부터 법적 안정성의 보호를 일차적 목적으로 하는 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 독일의 경우와는 달리 장래효를 원칙으로 하는 우리 헌법재판의 법제에서는 반감됨을 부인하기는 어렵다.<sup>139)</sup> 그러나 헌재법 제47조 제3항 및 제4항에서는 같은 조 제2항에도 불구하고 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우 법적 안정성의 관점보다는 형사사법의 정의 또는 국민의 기본권 보장 등 구체적 타당성의 관점을 강조하여 위헌결정의 소급효를 규정함과 함께 위헌으로 결정된 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서는 재심을 청구할 수 있도록 하고, 다만 같은 형벌조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 예외적으로 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하도록 함으로써 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 일정 범위에서 제한하도록 규정하고 있다. 따라서 일반 법률조항의 경우와는 달리 형벌조항의 경우에는 과거 유효했던 형벌조항에 의한 처벌과 이에 근거하거나 결부된 행정상의 제재 등 법률관계가 일거에 그 제정 또는 개정의 당시로 소급하여 복멸하게 됨으로써 초래되는 법적 안정성에 대한 심각한 위협을 제거하거나 줄이기 위하여 그 소급효를 차단 또는 제한하는 수단으로 헌법불합치결정을 활용하는 것을 충분히 고려할 수 있을 것이다.<sup>140)</sup> 그리고 또한 우리 헌법재판소와 같이 헌법불합치결정의 사유로서 자유권에 대한 침해로까지 입법자의 입법형성권 존중의 관점을 확대하고 있는 경우<sup>141)</sup>에는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의

139) 허영, 헌법소송법론(제11판), 박영사, 2016, 259면 참조.

허영 교수는 '독일에서는 위헌결정의 원칙적인 소급효력 때문에 법률의 소급무효를 피하기 위해서 헌법불합치결정을 하고 적용금지를 명하는 것이 법적 안정성에 크게 기여할 수 있다. 그러나 우리는 법률의 위헌결정이 형벌법규가 아닌 한 장래효를 갖기 때문에 (단순)위헌결정이나 (적용금지)헌법불합치결정이나 법적인 효과 면에서 실질적인 차이가 없다.'고 강조하면서 이 경우 단순위헌결정을 하든지, 법적 공백상태가 우려된다면 잠정 적용의 헌법불합치결정을 활용함이 바람직하다고 한다.

140) 이와 같은 사정은 헌재법 제47조 제3항 단서의 신설을 통해 일률적인 소급효의 관철에 대한 부분적인 제한 사유를 신설하였다고 하더라도 그 제한 사유의 불충분성·불완전성으로 인해 여전히 문제가 된다고 볼 것이다. (제4절, II, 4. "형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효 제한이 필요한 경우" 부분 참조)

141) "자유권을 침해하는 법률이 위헌이라고 생각되면 무효선언을 통하여 자유권에 대한 침해

필요성과 효용성이 더욱 높다고 할 것이다.

그러나 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 문제는 단지 헌법불합치결정의 본질과 효력에 비추어 그 필요성과 법적 허용성의 여부를 판단할 것이 아니다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 그것이 적용중지의 헌법불합치결정이든 아니면 잠정적용의 헌법불합치결정이든 여부와 관계없이 위헌으로 확인된 형벌조항의 효력상실시기를 적어도 개선입법의 효력발생 시까지 유예한다는 점에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 규정하고 있는 헌재법 제47조 제3항에 명시적으로 반하는 문제점이 있다.<sup>142)</sup> 또한 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 입법자에 의해 사후에 행해진 개선입법의 소급적용과 심지어 잠정적용 헌법불합치결정의 경우 이미 헌법재판소에 의해 그 위헌성이 확인된 형벌조항을 개선입법의 효력발생 시까지 계속적용하게 되므로 헌법 제12조 제1항이 정하는 죄형법정주의원칙과 헌법 제13조 제1항이 정하는 형사소급입법금지원칙과 관련하여 해석상 논란을 가중하고 있다.

이러한 법적 상황에도 불구하고 후술하는 바와 같이 헌법재판소는 현재까지 4건에 걸쳐 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 하였고, 대법원은 위에서 본 바와 같은 실정법상·해석론상의 문제점을 들어 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 기속력을 명시적으로 부인하는 상황에 이르렀다. 그리고 이와 같이 양 기관의 입장 차이가 현실적인 문제로 떠오르자 학계에서도 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부와 그 정당화 사유 등을 두고 다양한 견해가 제기되고 있는 상황이다. 일반 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 사례에 비해 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 사례가 아직은 많지 않고, 또한 비교적 초기의 단계에서 그 이론적·실무적 문제점이 드러나고 있으므로 학계와 실무계의 논의에 따라 양 기관의 실무도 함께 개선되거나 수정되어야 할 것이다. 일정한 사유와 조건에서 헌법불합치결정이 허용된다면 헌법재판소는 그와 같은

---

를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있고, 이 경우에는 평등원칙위반의 경우와는 달리 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에서 고려해야 할 입법자의 형성권은 존재하지 않음이 원칙이다. 그러나 그 경우에도 법률의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권이 헌법불합치결정을 정당화하는 근거가 될 수 있다.”(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등)

142) 박정철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 헌법적 검토”, 헌법학연구 제20권 제2호, 한국헌법학회, 2014, 279면 참조.

제약의 범위 내에서 적절하게 헌법불합치결정을 활용할 수 있을 것이고, 대법원 역시 그와 같은 범위 내에서 헌법불합치결정의 기속력을 인정하여야 할 것이며, 반대의 결론에 이르는 경우 헌법재판소는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 활용을 자제하여야 할 것이다.<sup>143)</sup>

이하에서는 1) 헌법재판소가 그동안 한 4건의 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 사례와 이에 대한 법원 및 국회의 대응을 분석하고, 2) 논의의 전제로서 헌법불합치결정의 가능성 및 타당성이 문제되는 형벌조항의 개념과 범위를 분명하게 제시하며, 3) 이론상·실무상 헌법불합치결정의 활용이 필요하거나 효용을 가질 수 있는 영역과 그 법적 가능성(허용성)에 대한 학설을 정리하고, 4) 이를 토대로 헌법불합치결정이 정당화될 수 있는 사유와 그 효력을 적용중지의 헌법불합치결정과 계속적용의 헌법불합결정으로 나누어 차례로 검토하기로 한다.

## 제2절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 사례와 법원 및 국회의 조치

### 1. 학교보건법 사건(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등)과 관련기관의 조치

#### 1. 심판대상과 결정내용

##### 가. 심판대상

○ 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분

학교보건법 제6조(정화구역안에서의 금지행위 등) ①누구든지 학교환경위생정화구역에서는 다음 각호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제4호, 제8호 및 제10호 내지 제14호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

143) 박경철, 앞의 논문(주 142), 280-281면(특히 각주 3); 지성수, 헌법불합치결정에 관한 연구, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2013, 164면 각 참조.

2. 극장, 총포화약류의 제조장 및 저장소, 고압가스·천연가스·액화석유가스 제조소 및 저장소  
 제19조(벌칙) 제6조 제1항의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

## 나. 주문

1. 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 고등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 헌법에 위반된다.
2. 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 헌법에 합치하지 아니한다.

법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.

## 다. 결정의 내용과 헌법불합치결정의 사유

학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호는 같은 법 제19조와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루는데, 헌법재판소는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 고등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분<sup>144)</sup>에 대하여는 단순위헌결정을 하였으나, 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분<sup>145)</sup>에 대하여는 헌법불합치결정을 하면서 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 조항의 적용을 중지하도록 하였다.

헌법재판소는 대학의 정화구역 안에서 극장시설을 일률적으로 금지하는 것은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요최소한의 범위에서 제한한 것이라 볼 수 없고, 정화구역 내에 위치하더라도 극장시설이 공연장이나 영화상영관 등 학생들의 문화적 성장을 위하여 유익한 시설로서의 성격을 가지고 있으므로 정화구역 내의 절대금지구역에서 이와 같은 유형의 극장시설을 절대적으로

144) 고등교육법 제2조가 정하는 각 학교는 아래와 같다.

1. 대학 2. 산업대학 3. 교육대학 4. 전문대학 5. 방송대학·통신대학·방송통신대학 및 사이버 대학(이하 “원격대학”이라 한다) 6. 기술대학 7. 각종학교

145) 초·중등교육법 제2조가 정하는 각 학교는 아래와 같다.

1. 삭제 <2004.1.29.> 2. 초등학교·공민학교 3. 중학교·고등공민학교 4. 고등학교·고등기술학교 5. 특수학교 6. 각종학교

금지하는 것은 극장운영자의 직업수행의 자유, 표현의 자유 및 예술의 자유와 함께 대학생과 아동·청소년의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해한다고 보았다.

그러면서 헌법재판소는 “헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서 (...) 자유권을 침해하는 법률이 위헌이라고 생각되면 무효선언을 통하여 자유권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있고, 이 경우에는 평등원칙위반의 경우와는 달리 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에서 고려해야 할 입법자의 형성권은 존재하지 않음이 원칙이다. 그러나 그 경우에도 법률의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권이 헌법불합치결정을 정당화하는 근거가 될 수 있다. (...) 이 사건 법률조항이 초·중·고등학교·유치원 부근의 정화구역에 관하여 적용되는 경우 그 위헌성이 인정되는 부분은 금지의 예외를 인정하지 아니함으로써 구체적으로 학교의 교육에 나쁜 영향을 미치지 않을 수 있는 유형의 극장도 모두 금지한다는 점이다. 그런데 이와 같은 이유로 하여 단순위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든 극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이다. 그 결과 이와 같이 단순위헌의 결정이 내려진 후 입법을 하는 입법자로서는 이미 자유롭게 설치된 극장에 대하여 신뢰원칙보호의 필요성 등의 한계로 인하여 새로운 입법수단을 마련하는 데 있어서 제약을 받게 될 것이다. 이는 우리가 이 결정의 취지에서 정당한 목적으로서 긍정적인 공익의 측면에서 비추어 보아 바람직하지 아니하다. 그렇다면 이 사건 법률조항 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌의 판단을 하기보다는 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 할 것이다. (...) 다만, 이 사건 법률조항은 학교보건법 제19조와 결합하여 형사처벌조항을 이루고 있으므로 잠정적으로 적용하게 할 경우 위헌성을 담고 있는 이 사건

법률조항에 기하여 형사처벌절차가 진행될 가능성을 부인하기 어려우며 이와 같은 사태가 바람직하지 아니함은 물론이다. 따라서 입법자가 새로운 입법에 의하여 위헌성을 제거할 때까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 헌법불합치결정이 내려진 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.“라고 하면서 적용중지의 헌법불합치결정을 하는 사유를 제시하였다.

요약하면 헌법재판소는 심판대상조항이 극장운영자 등의 직업수행의 자유, 표현의 자유 등 자유권을 침해하므로 단순위헌결정을 통한 소급적 효력상실로 자유권에 대한 침해가 유효하게 배제되는 경우이긴 하지만, 소급적 효력상실로 인해 입법자가 위헌결정 후 새로 극장시설을 설치하는 극장운영자 등의 신뢰를 보호하여야 할 뿐 아니라 대학이 아닌 초·중등학교 부분에 대해서는 입법자에게 예외적으로 허용되는 극장시설 등의 범위 등 다양한 입법수단의 선택 가능성을 부여할 필요가 있다고 하여 법적 공백으로 인한 법적 혼란의 방지<sup>146)</sup>와 입법자의 입법형성권 보호의 관점에서 헌법불합치결정의 정당화사유를 밝혔다.

## 2. 관련기관의 조치

위 결정이 있는 후 당해사건을 담당한 광주지방법원은 제청신청인에 대하여 무죄판결을 선고하였다(광주지방법원 2002고단1864 판결). 위 법원은 ‘형사처벌의 근거가 되는 법률규정이 기본권을 침해하여 위헌이므로 효력이 없으나 입법의 공백을 우려하여 위헌선언을 하지 아니하고 헌법불합치결과와 함께 그 적용이 중지된바, 이는 형사소송법 제326조 제4호의 범죄 후 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당되지는 않는 것으로서 면소사유라 볼 수 없으므로, 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고한다고 판시하였다.<sup>147)</sup>

이에 검사가 항소하였는데, 그 항소이유는 적용중지의 헌법불합치결정은 법률의 효력이 소급하여 상실되는 단순위헌결정과 달리 그 효력이 유지되고 있으면서 다만 그 적용만을 중지하여야 한다는 것이어서, 그 법률의 효력이

146) 구체적으로 위헌결정과 입법자의 새로운 입법 사이에 법적 공백상태를 이용하여 초중등학교 인근에 헌법재판소 결정의 취지에 비추어 반드시 금지되어야 할 극장시설이 아무런 제한없이 설치될 수 있는 법적 혼란의 방지와 그 경우 입법자가 새로운 입법을 하면서 반드시 고려하여야 하는 극장운영자의 신뢰보호를 위한 입법조치, 초중등학교 주위에서 청소년보호의 입법목적과 조화될 수 있는 극장시설의 유형 선택과 관련한 입법자의 형성영역이 입법형성권의 보호대상이 될 것이다.

147) 광주지방법원 2004. 6. 18. 선고 2002고단1864 판결 참조.

유지되는 이상 피고인에 대한 이 사건 공소사실은 구성요건을 모두 충족하는 것이므로 유죄의 판단을 하여야 하며, 설사 법률의 적용중지를 명한 헌법재판소 결정의 취지에 따라 이 사건 공소사실에 대하여 범죄로 되지 않는 경우에 해당한다고 해석하더라도, 본건은 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우에 준하는 것으로 해석하는 것이 상당하므로 형사소송법 제326조 제4호의 규정을 적용하여 면소판결을 하여야 함에도 불구하고, 원심이 법리를 오해하여 무죄를 선고함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 것이었다.<sup>148)</sup>

이에 대하여 항소심 법원은 검사의 항소를 기각하였다(광주지방법원 2004노1401 판결). 헌법불합치결정도 단순위헌결정과 같이 당해 법률조항의 위헌성이 확인된 것이긴 하나, 여러 가지 사유에 의하여 당해 법률을 헌법재판소가 스스로 폐기하지는 아니하고 다만 확인된 위헌상태를 입법자로 하여금 입법활동을 통하여 헌법과 합치되는 방향으로 조형할 수 있는 소재를 제공하는 것이어서 위헌결정의 일종이라고 보아야 할 것이므로, 헌법재판소가 대상법률에 대하여 헌법불합치결정을 하는 경우에도 그 결정의 효력은 헌법과 법률이 규정하는 위헌결정의 효력이 준용된다고 해석하여야 한다고 보았다. 한편 헌법재판소법 제47조 제2항의 위헌결정의 장래효가 무제한 관철되는 경우에는 위헌결정 이전에 위헌법률에 의하여 이미 그 구성요건이 충족된 모든 법률관계에 대하여, 특히 당해사건조차 위헌결정 이후에도 여전히 그 위헌법률이 적용되어야 한다는 결과가 발생하는데, 법률의 위헌여부의 심판제청은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항의 적용을 받지 않으려는 데 그 목적이 있고, 헌법 제107조 제1항에도 위헌결정의 효력이 일반적으로 소급하지 아니하더라도 당해사건에 한하여서는 소급하는 것으로 보아 위헌으로 결정된 법률조항의 적용을 배제한 다음 당해사건을 재판하도록 하려는 취지가 포함되어 있다고 보여 질 뿐 아니라, 만일 제청을 하게 된 당해사건에 있어서도 소급효를 인정하지 않는다면 제청 당시 이미 위헌 여부 심판의 전제성을 흠결하여 제청조차 할 수 없다고 해석되어야 하기 때문에, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위해서라도 적어도 당해사건에 대하여는 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다고 보았다. 그리하여 헌법재판소가 그 적용중지를 명한 학교보건법 제6조 제1항 제2호의 ‘학교’ 부분과 결합하여 형사처벌조항을 이루고 있는 초·중등교육법 제2조에 규정한 ‘각 학교’에 관한

148) 광주지방법원 2004. 10. 6. 선고 2004노1401 판결 참조.

부분은 적어도 이 사건에 관한 한 소급하여 그 효력이 소멸한 것으로 보아야 할 것이므로, 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하는 것이어서 원심판결이 정당하다고 판시하였다.

항소심 판결에 대해 검사가 다시 상고하였는데, 대법원은 “... 법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌 여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 데에 그 목적이 있다는 점과 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 헌법불합치결정은 당해사건에 적용되는 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하는 것이다. ... 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 당해사건뿐만 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 위와 같이 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호를 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없다. 또한, ... 헌법불합치결정이 선고된 이후에 2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정된 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호의2 등은 피고인이 공소사실 기재와 같은 행위를 한 다음에 입법화된 것이 분명하므로, 이미 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 구법을 토대로 하여 개정된 법률조항을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 명문규정에 위배되어 허용될 수 없다”라고 하여 상고를 기각하였다.<sup>149)</sup>

한편 국회는 2005. 3. 24. 법률 제7396호로 학교보건법을 개정하여 제6조 제1항에 제2호의2 및 제2호의3을 신설하여 대학의 정화구역 안에서는 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화만을 상영하는 영화관인 제한상영관을 금지시설로 규정하고, 유치원 및 초·중등학교의 정화구역 안에서는 제한상영관뿐만 아니라 영리 목적으로 영화를 상영하는 영화상영관을 금지시설로 규정하였다.<sup>150)</sup> 이로써 입법자는 정화구역 안에서의 금지행위와 시설 중 극장에 대한 헌법불합치결정의 취지를 반영하여 학생들의

149) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결

150) 법률 제7396호 학교보건법 일부개정 제정·개정 이유 참조(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=67139&lsId=&efYd=20050324&chrClsCd=010202&uriMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#rvsTop>)



문화향유에 관한 기본권 신장과 학교교육의 능률화에 기여할 수 있도록 법률을 개정함으로써 헌법불합치결정의 기속력에 따른 개선입법조치를 이행하였다.

## II. 제한상영가 사건(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4)과 관련기관의 조치

### 1. 심판대상과 결정내용

#### 가. 심판대상

- 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분 및 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것) 제29조 제2항 제5호

**영화진흥법 제21조(상영등급분류) ③제1항의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 본편 영화 상영 전에 상영되는 모든 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.**

**5. “제한상영가” : 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화**

**⑦ 제1항의 규정에 의한 상영등급분류의 절차 및 방법, 제3항의 규정에 의한 상영등급분류의 구체적 기준 등에 관하여 필요한 사항은 영상물등급위원회의 규정으로 정한다.**

**영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제29조(상영등급분류) ②제1항 본문의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 영화 상영 전에 상영되는 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.**

**5. 제한상영가 : 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화**

#### 나. 주문

1. 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야

한다.

2. ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것) 제29조 제2항 제5호는 헌법에 합치되지 아니한다.

위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.

#### 다. 결정의 내용과 헌법불합치결정의 사유

영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제94조<sup>151)</sup>의 구성요건으로 기능하는 같은 법 제29조 제2항 제5호에 대하여 헌법재판소는 헌법불합치결정을 내리면서 2009년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 잠정적용명령을 내렸다.<sup>152)</sup> 헌법재판소는 ‘제한상영가’등급의 영화를 정의한 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호에 대하여 그 위헌성이 제한상영가 등급제도 자체에 있는 것이 아니라 제한상영가 등급이 무엇인지를 명확하게 정하지 못한 입법의 잘못이 있다는 이유로 헌법불합치결정을 하면서 2009. 12. 31.까지 입법자가 입법을 개선할 때까지 위 법률조항의 계속 적용을 명하였다. 다만, 당해 사건에 관하여는 그 적용을 중지하고 영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이라고 이유 중에 실시하였다.

151) 제94조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제29조제3항의 규정을 위반하여 상영등급을 분류받지 아니한 영화를 상영한 자
2. 제29조제5항의 규정을 위반하여 제한상영가 영화를 관람할 수 없는 청소년을 입장시킨 자
3. 제43조제1항의 규정을 위반하여 제한상영가 영화를 제한상영관이 아닌 장소 또는 시설에서 상영한 자
4. 제43조제2항의 규정을 위반하여 제한상영가 영화를 다른 영상물로 제작하거나 그 제작된 영상물을 상영·판매·전송·대여 또는 시청에 제공한 자

152) 제정법원은 처음 영화진흥법 제21조 제7항 전체에 대하여 위헌법률심판을 제청하였으나, 2006. 4. 28. 국회가 영화와 비디오를 하나로 묶고 종래 영화진흥법에서 정한 내용들을 흡수하여 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’을 제정하였고, 특히 영화진흥법 제21조 제3항 제5호의 내용은 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호에서 규정하고, 영화진흥법 제21 제7항에 해당하는 규정은 이를 삭제하였다. 이에 헌법재판소는 양 법률의 해당조항이 동일한 내용을 규정하고 있고 동일한 심사기준이 적용되는 경우에 해당하여 그 위헌 여부에 관하여도 서로 동일한 결론에 이르게 되는 것이 명백하므로 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호로 심판대상을 직권으로 확장하였다.

헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 27면 참조.

헌법재판소는, 영화진흥법 제21조 제3항 제5호는 ‘제한상영가’ 등급의 영화를 ‘상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화’라고 규정하고 있는데, 이것으로는 제한상영가 등급의 영화가 어떤 영화인지를 알 수가 없으므로 명확성원칙에 위배된다고 보았고, 같은 법 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분의 위임규정은 제한상영가 등급 분류의 기준에 대한 것으로, 그 내용이 사회현상에 따라 급변하는 것이 아니고, 특별히 전문성이 요구되는 것도 아니며, 기술적인 사항도 아닐 뿐만 아니라, 더욱이 표현의 자유의 제한과 관련되어 경미한 사항이라고도 할 수 없는, 영화상영 등급 분류의 구체적 기준을 영상물등급위원회의 규정에 위임하고 있어, 이는 그 자체로서 포괄위임금지원칙을 위반하고 있고, 나아가 등급분류의 기준에 관하여 아무런 언급 없이 영상물등급위원회가 규정으로 정하도록 한 점에서도 포괄위임금지원칙에 위반된다고 보았다. 그리고 같은 법 제21조 제3항 제5호가 전환된 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호도 제한상영가 등급의 영화를 종전과 똑같이 규정하고 있어 역시 명확성원칙에 위반된다고 보았다.

그러면서 헌법재판소는 “심판대상조항들은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 제한상영가 등급의 영화에 대한 법적 근거가 상실되어 법적 공백상태가 발생하고, 이로 말미암아 제한상영가 등급의 필요성이 인정되는 영화에 대하여서까지 18세 관람가 등급을 부여하거나 아니면 등급을 아예 부여하지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, 심판대상조항들에 대한 위헌결정이 제한상영가 등급제도 자체를 위헌이라고 판단한 것이 아닌데도 제도 자체가 위헌으로 판단된 경우와 동일한 결과가 나타날 것”이라고 하여 심판대상조항들에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하는 사유를 밝히고, ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호는 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2009. 12. 31.까지는 새 입법을 마련하도록 명하고, 반면 영화진흥법은 이미 폐지되어 효력을 상실하고 있지만 당해사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있으므로 계속적용을 명하는 경우 위헌판단의 효력이 당해사건에 미치지 못할 염려가 있으므로 당해사건과 관련하여 그 적용을 중지하고 개정신법을 적용하도록 하였다.

요약하면, 헌법재판소는 단순위헌결정을 하는 경우 심판대상조항들이 소급하여 효력을 상실하게 되고 그에 따라 적어도 단순위헌결정 시부터 개선입법의 발효 시까지 법적 공백상태가 발생하여 제한상영가 등급의 영화에 대한 법적 취급에 혼란을 발생시키고, 또한 심판대상조항들의 위헌성이 제도 자체의 내용에 있는 것이 아니라 규율의 구체성이나 형식 또는 위임방식에 있는 것으로 입법자에 의한 부수적 부분에 대한 입법적 보충을 통해 합헌성을 회복할 수 있는 경우에 해당하여 헌법불합치결정이 정당화된다는 것이다.

## 2. 관련기관의 조치

이 결정의 당해사건은 행정사건(서울행정법원 2006구합9085)으로 ‘제한상영가 등급분류결정’의 취소를 구하는 내용이었으나 이 결정이 선고된 후인 2009. 4. 소취하로 종료되었다.<sup>153)</sup> 그리고 이 결정 이후 국회에서 심판대상조항과 관련한 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’을 개정한 2009. 11. 9.까지 심판대상조항을 적용한 법원의 판결이 따로 발견되지 아니한다.

한편 국회는 2009. 11. 9 법률 제9657호로 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’을 개정하였고, 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지를 반영하여 “제한상영가 영화” 등급의 내용을 법률에 명확하게 규정<sup>154)</sup>하는 한편, 영상물등급 분류기준의 대강을 법률에 직접 규정하고, 그 구체적인 분류기준은 영상물등급위원회규정에서 대통령령으로 정하도록 위임하였다.

## Ⅲ. 태아의 성별고지금지 사건(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등)과 관련기관의 조치

### 1. 심판대상과 결정내용

153) 박진영, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-형벌조항에 대하여 합헌결정 후 위헌 결정 또는 헌법불합치결정이 이루어진 판례를 중심으로-”, 경희법학 제50권 제3호, 경희법학연구소, 2015, 123면 참조.

154) ②제1항 본문의 규정에 의한 영화의 상영등급은 영화의 내용 및 영상 등의 표현 정도에 따라 다음 각 호와 같이 분류한다. 다만, 예고편·광고영화 등 영화 상영 전에 상영되는 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.

5. 제한상영가: 선정성·폭력성·사회적 행위 등의 표현이 과도하여 인간의 보편적 존엄, 사회적 가치, 선량한 풍속 또는 국민 정서를 현저하게 해할 우려가 있어 상영 및 광고·선전에 일정한 제한이 필요한 영화

## 가. 심판대상<sup>155)</sup>

- 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조의2 제2항 및 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제20조 제2항

의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조의2(태아의 성감별행위 등의 금지) ② 의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니된다.  
의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) ② 의료인은 태아나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.

## 나. 주문

1. 의료법 제19조의2 제2항(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치되지 아니한다.  
법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.
2. 의료법 제20조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다.  
위 규정은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

## 다. 결정내용

의료인으로 하여금 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된

155) 이 사건의 심판대상은 구 의료법 제19조의2 제2항이 헌법에 위반되어 기본권을 침해하는지 여부이다. 그런데 2007. 4. 11. 국회는 의료법을 법률 제8366호로 전부 개정하였는바, 구 의료법 19조의2 제2항은 일부 문언의 변경에도 불구하고 그 실질적 내용에는 변함이 없이 개정 의료법 제20조 제2항으로 조문의 위치가 변경되어 현재에 이르고 있다. 따라서 현행 의료법 제20조 제2항은 그 위헌 여부에 관하여 구 의료법 제19조의2 제2항과 결론을 같이할 것이 명백하다 할 것이므로 헌법재판소는 이를 함께 심판대상에 직권으로 포함시켰다.

헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등, 판례집 20-2상, 240면 참조.

태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하는 것을 금지하는 심판대상조항들에 대하여 헌법재판소는 헌법불합치결정과 아울러 2009년 12월 31일을 시한으로 계속적용하도록 하였다. 이들 심판대상조항은 의료법 제88조와 결합하여 형벌조항으로 기능하는데, 성별고지금지 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위한 것으로 낙태가 사실상 불가능하게 되는 임신 후반기에 이르러서도 태아에 대한 성별정보를 부모에게 알려 주지 못하게 하는 것은 의료인의 직업수행의 자유와 태아 부모의 태아성별정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.

그러면서 헌법재판소는 “구 의료법 제19조의2 제2항 및 개정 의료법 제20조 제2항에 대하여 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 만약 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 태아의 성별고지금지에 대한 근거규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이고, 이는 낙태가 불가능하게 되는 시기를 포함하여 임신 기간 전 기간에 걸쳐 태아의 성별 고지를 금지하는 것이 의료인과 태아 부모의 기본권을 지나치게 침해한다는 위헌결정의 취지와는 달리, 임신기간 전 기간에 걸쳐 태아의 성별 고지를 가능하게 하는 부당한 결과를 야기하게 될 것”이라고 하여 계속적용의 헌법불합치결정을 하는 사유를 밝혔다. 그리고 구 의료법 규정은 이미 개정되어 효력을 상실하였지만 당해사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있어 계속적용을 명하는 경우 그에 대한 위헌성 판단의 효력이 당해사건에 미치지 못할 염려가 있으므로 개정신법을 적용하도록 하였다.

## 2. 관련기관의 조치

태아의 성별정보를 확인하여 주었다는 이유로 보건복지부장관으로부터 6월의 의사면허자격정지처분을 받은 이 사건 청구인이 위 자격정지처분의 취소를 구하는 당해사건에서 서울행정법원은 위 헌법불합치결정이 있기 전인 2005. 10. 5. 청구를 기각하는 원고패소판결을 선고하였다.<sup>156)</sup> 청구인은 2003. 2. 18. 서울지방법원으로부터 산모에게 태아의 성별을 알 수 있도록 한 의료법위반 범죄사실에 관하여 선고유예의 판결을 선고받았고, 그 형사판결은 원고의 항소 및 상고가 모두 기각되어 확정되었으며, 보건복지부장관은 그

156) 서울행정법원 2005. 10. 5. 선고 2005구합16857 판결 참조.

판결이 확정되자 청구인에게 의사면허자격정지 6월의 처분을 한 당해사건에서, 처분사유의 부존재로 인한 위법이나 재량권 일탈·남용의 위법을 찾아볼 수 없고, 심판대상조항이 의사의 직업의 자유나 행복추구권, 산모의 알권리나 행복추구권을 침해한다거나 평등의 원칙 또는 과잉금지원칙에 위배하는 위헌조항이라고 보기 어려우므로 위법하다고 볼 수도 없다는 것이 판결의 요지였다.

한편, 헌법불합치결정이 있는 후 위 의료법 조항이 개정되었는데, 개정된 의료법 제20조 제2항은 “의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.”라고 규정하였다.<sup>157)</sup>

이후 당해사건에 대한 항소심 판결이 선고되었는데, 항소심 법원은 청구인의 항소를 기각하였다.<sup>158)</sup> 항소심에서 청구인은 위 헌법불합치결정이 있는 후 개정된 의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것) 제20조 제2항, 제66조 제1항 제4호, 의료관계 행정처분 규칙(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정된 것) 제4조 [별표] 행정처분기준 제1호 라목 2)에 의하면, 이 사건과 같이 청구인이 행한 임신 32주 이전 태아의 성감별에 대하여는 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있고, 이로 인한 의료관계법령의 위반행위에 관하여 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우 해당 처분기준의 1/3 범위에서 감경하도록 규정하고 있는바, 위 규정들은 이 사건에도 소급적용되는 것이므로, 이와 달리 청구인에 대한 면허취소사유를 의료법 위반에 대한 선고유예 판결에 근거하여 6월의 의사면허자격정지로 감경한 이 사건 처분은 위법하다고 주장하였다.

이에 대하여 항소심 법원은, 헌법재판소의 헌법불합치결정의 내용 및 그

157) 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 의료법을 개정하면서 그 개정이유를 “현행 「의료법」에 서는 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위하여 태아성별고지를 금지하고 있으나, 낙태가 의학적으로 어려운 임신 후 반기까지 이를 전면적으로 금지하는 것은 의료인의 직업수행의 자유와 부모의 태아성별 정보에 대한 접근을 방해받지 아니할 권리를 침해한다는 헌법재판소의 헌법불합치결정(2008. 7. 31. 2005헌바90 등) 취지에 따라, 의료인이 태아나 임부를 진찰하거나 검사 하면서 알게 된 태아의 성별을 고지할 수 있도록 허용하되, 태아의 성별을 이유로 하는 낙태로부터 태아의 생명권을 보호하기 위하여 임신 후반기인 32주 후부터 태아성별고지 가 가능하도록 하는 것”이라고 밝혔다.  
 법률 제9906호 의료법 제정·개정이유 참조 : <https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=98208&lsId=&viewCls=lsRvsDocInfoR&chrClsCd=010102#0000>

158) 서울고등법원 2011. 1. 26. 선고 2005누24386 판결 참조.

주된 이유, 개정 의료법 중 태아의 성감별행위 등에 관한 규정의 내용 및 그 시행시기 등에 비추어 보면, 헌법재판소가 이 사건 법률조항이 위헌임에도 굳이 헌법불합치결정을 한 것은, 그 위헌성이 제거된 개정 법률이 시행되기 전까지는 종전의 법령규정을 그대로 잠정적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 보아야 할 것이고(대법원 1998. 3. 13. 선고 96누6059 판결 참조), 개정 의료법의 시행일 전에 이 사건 조항을 적용하여 한 의사면허자격정지처분의 효력을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것임이 분명하다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두15596 판결 참조)고 보았다. 그리하여, 개정의료법 제20조 제2항, 제65조 제1항 4호, 제66조 제1항 제4호 등의 적용시기인 2009. 12. 31. 전에 원고가 행한 임부에 대한 태아의 성별고지에 대해서는 개정 의료법 규정들이 소급하여 적용되는 것은 아니라고 할 것이므로, 개정 전 이 사건 조항을 적용하여 결정한 이 사건 처분은 적법하다 할 것이어서, 청구인의 주장은 이유 없다고 판시하여 항소를 기각하였다.

청구인은 항소심 판결에 불복하여 2011. 2. 21. 대법원에 상고하였다가, 2011. 10. 27. 상고를 취하여 원심판결이 확정되었다.

당해사건의 경우 심판대상인 의료법조항이 형사처벌의 법적 근거가 아니라 행정제재의 법적 근거로 기능하는 경우이므로 일반 법률조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정의 효력에 근거하여 위헌인 의료법 조항을 잠정적용하여 청구인의 청구를 기각하였다. 즉 대법원은 동일한 금지규정이란도 그것이 형벌조항의 범죄구성요건으로 기능하는지, 아니면 행정제재의 처분구성요건으로 기능하는지 여부에 따라 헌법불합치결정의 내용과 효력에 관해 전혀 다른 접근을 하고 있는 것이다. 그러나 만약 위 헌법불합치결정이 있기 전이나 위 헌법불합치결정이 있는 후 개선입법이 발효되기 전에 성별고지행위로 인해 기소되어 형사판결이 확정되기 전이라면 법원은 무죄판결을 하였을 것으로 예상되고, 형사판결이 확정되었다면 재심을 받아들여 무죄판결을 하였을 것으로 예상된다.<sup>159)</sup>

#### Ⅳ. 야간옥외집회금지 사건(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)과 관련기관의 조치

159) 박진영, 앞의 논문(주 153), 126면 참조. 다만 헌법불합치결정 이전에 이루어진 유죄의 형사판결에 대한 재심과 관련하여 법원은 무죄판결을 할 것이라고 한다.



## 1. 심판대상과 결정내용

### 가. 심판대상

- 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.  
제23조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.  
1.주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금

### 나. 주문

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

### 다. 결정내용

해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 옥외집회, 즉 야간옥외집회를 금지하고 일정한 경우 관할경찰관서장이 이를 허용할 수 있도록 하며, 이에 위반한 경우 형사처벌하는 심판대상조항에 대하여 헌법재판소는 헌법불합치결정을 하면서 2010년 6월 30일을 시한으로 계속적용하도록 하였다. 그리고 종전에 헌법재판소가 한 ‘구 집회 및 시위에 관한 법률(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부 개정된 것) 제10조는 헌법에 위반되지 않는다.’고 판시한 1994. 4. 28. 91헌바14 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하는 명시적인

판례변경을 하였다.<sup>160)</sup>

재판관들의 의견이 5(위헌의견) : 2(헌법불합치의견) : 2(합헌의견)로 나누었는데, 다수의견인 재판관 5명의 위헌의견은, 야간옥외집회에 관한 일반적 금지를 규정한 집시법 제10조 본문과 관할 경찰서장에 의한 예외적 허용을 규정한 단서는 그 전체로서 야간옥외집회에 대한 허가를 규정한 것이므로 헌법 제21조 제2항에 정면으로 위반된다고 보았다. 따라서 집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분은 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 집회에 대한 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반되고, 이에 위반한 경우에 적용되는 처벌조항인 집시법 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분도 헌법에 위반된다고 보았다.<sup>161)</sup>

재판관 2명의 헌법불합치의견은, ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’에 해당 하지 않으므로, 집시법 제10조는 법률에 의하여 옥외집회의 시간적 제한을 규정한 것으로서 그 단서 조항의 존재에 관계없이 헌법 제21조 제2항의 ‘사전허가금지’에 위반되지는 않는다고 보았다. 다만, 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’에 관한 부분은 옥외집회가 금지되는 시간대가 광범위하여 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못한 것으로 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하여 헌법에 위반되고, 이를 구성요건으로 하는 집시법 제23조 제1호의 해당 부분 역시 헌법에 위반된다고 보았다.

160) 한편 재판관 5명의 다수의견은 ‘우리 재판소는 이전에 집시법 제10조가 이 사건 헌법규정에 위배되지 않는다고 판시한 바 있지만, 위 선례는 앞서 본 바와 같은 집회의 자유에 대한 자유민주주의 국가에서의 현대적 의의와 기능 및 이 사건 헌법규정(헌법 제21조 제2항)에 담긴 국민들의 헌법의지에 대하여 충분히 고려하지 않은 채, 제2차적인 위헌심사 기준이며 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항의 위반여부만을 주된 쟁점으로 삼아 판단한 것에 불과하므로, 변경되어야 할 것이다.’(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 443면 참조)하고 하여 종전에 헌법재판소가 한 헌법 제21조 제1항과 제2항의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 판례변경이 필요함을 지적하였으나, 현재법 제23조 제2항 제2호가 정하는 판례변경에 필요한 정족수에 미달하여 주문변경에 관한 판례변경을 함에 그쳤다.

161) 재판관 5명 중 재판관 조대현, 송두환은 위헌보충의견을 개진하였는데, 그 내용은 헌법 제21조 제2항에 위반된다고만 선언할 경우에, 국가가 집시법 제10조 단서를 삭제하면 행정청이 집회의 허부를 결정하는 허가제에 해당되지 않게 되어 헌법 제21조 제2항에 위반되는 점은 해소되지만, 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점의 위헌성은 해소되지 않게 된다. 따라서 집시법 제10조 본문은 야간옥외 집회를 일반적·전면적으로 금지하여 합리적 사유도 없이 집회의 자유를 상당 부분 박탈하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언할 필요가 있다는 것이다. 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 443-444면 참조.

그러면서 주문의 결정과 관련하여 헌법재판소는 ‘심판대상조항이 헌법에 위반된다는 의견이 5명이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 2명이므로, 단순위헌의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 되고, 따라서 심판대상조항이 헌법불합치결정과 함께 2010. 6. 30.을 기한으로 심판대상조항을 계속적용하되, 만일 개선입법이 이루어지지 않을 경우 2010. 7. 1.부터 심판대상조항이 효력을 상실’하도록 명하였다. 그리고 헌법불합치결정의 주문을 개진한 재판관 2명은 “심판대상조항의 위헌성은 야간옥외집회를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라 사회의 안녕질서와 국민의 주거 및 사생활의 평온 등을 보호하는데 필요한 범위를 넘어 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 옥외집회를 금지하는데 있고, 위와 같은 시간대 동안 옥외집회를 금지하는 것에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있는 것이다. 그런데 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’ 중 어떠한 시간대에 옥외집회를 금지하는 것이 위와 같은 입법목적에 달성하면서도 집회예정자의 집회의 자유를 필요최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 할 것이다. 입법자로 하여금 우리나라 일반인의 시간대 별 생활형태, 주거와 사생활의 평온이 절실히 요청되는 ‘심야’ 시간의 범위 및 우리나라 옥외집회의 현황과 실정 등 제반 사정을 참작하여 옥외집회가 금지되는 시간대를 법률로 한정하도록 하는 것이 심판대상조항의 위헌성을 제거하면서도 입법자의 재량을 존중하는 것이기 때문이다.”라고 헌법불합치결정의 사유를 제시하였다.

요약하면 야간옥외집회금지 자체에 위헌성이 있는 것이 아니기 때문에 단순위헌결정으로 인해 제도 자체가 형사처벌의 범위에서 소급적으로 실효됨으로써 야간옥외집회와 관련한 입법 공백과 이로 인한 법적 혼란의 발생을 방지하고, 단순위헌결정으로 인해 초래되는 야간옥외집회에 대한 법적 규율 및 집회의 자유와 공익을 조정·형량하여 합헌적인 금지의 범위를 정할 입법자의 입법형성권을 보호하기 위하여 헌법불합치결정이 정당화된다는 것이다.

결국 계속적용의 헌법불합치결정 주문은 재판관 2명의 헌법불합치의견에 따른 것이었는데, 이에 대하여는 헌법불합치를 선언함에 있어 심판대상조항에 대한 적용중지를 명할 것인지, 잠정적용을 명할 것인지는 헌법불합치의견을

개진한 재판관의 견해에 따를 것이 아니라 위헌의견을 개진한 재판관들과 헌법불합치의견을 개진한 재판관들이 다시 합의해야 할 사항이라는 취지의 재판관 조대현의 주문선택과 관련한 반대의견이 있었다.<sup>162)</sup>

## 2. 관계기관의 조치

### 가. 법원의 후속조치

#### (1) 하급심 판결의 내용

위 헌법불합치결정 이후 하급심에서, 헌법불합치결정을 받은 위 집시법 제23조 제1호, 제10호(집회 주최)로 기소된 사건에 대하여는 무죄판결이 선고되었고,<sup>163)</sup> 집시법 제23조 제3호, 제10조(집회 참가)로 기소된 사건에 대하여는 1건의 유죄판결<sup>164)</sup>을 제외하고는 대부분 무죄판결이 선고되었다.<sup>165)</sup>

162) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 462-467면 참조.

163) 대전지방법원 서산지원 2009. 11. 20. 선고 2009고정203 판결

“... 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이라고 할 것이고, 집시법 제23조 제1호는 같은 법 제10조 본문을 위반하는 것을 구성요건으로 삼고 있으므로 같은 법 제10조 본문은 같은 법 제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률의 조항을 이룬다고 볼 것이며, 형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정될 경우 이는 소급하여 그 효력을 상실하고 그 법률조항에 근거한 기존의 모든 유죄의 확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 이와 같이 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원으로서의 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 위 법률조항을 더 이상 처벌법규로 적용할 수 없다고 할 것이고, 한편 헌법재판소는 “위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”라는 주문을 부가하여 위 결정을 선고하였는바, 위 시한이 도과하거나 입법자가 이를 개정하기 전까지는 위 법률조항이 계속 적용되므로 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에 여전히 옥외집회를 할 수 없고 그에 따른 행정적 규제가 따르는 것은 별론으로 하고, 그 위반을 이유로 위 법률조항을 적용하여 형사처벌을 하는 것은 역시 마찬가지로의 이유로 허용되지 않는다고 할 것이며, 설사 위 결정에 따라 위 법률조항이 개정된다고 하더라도, 이를 위 공소사실에 대하여 소급적용하여 형사처벌을 하는 것도 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위배되어 역시 허용될 수 없다.”  
위 판결의 내용 등 자세한 설명은, 김현철/박경철/박진영/홍영기, “형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구”, 헌법재판연구 제24권, 헌법재판소, 2013. 56면 각주 49) 참조.

164) 울산지방법원 2009. 9. 29. 선고 2009고합100 판결(공소사실에 관하여 유죄를 인정하여 형을 선고하였고 헌법재판소가 2009. 9. 24. 2008헌가25 사건에서 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분에 대하여 헌법불합치결정을 하였다는 사정은 양형에 있어 참작사유로 삼았다), 박진영, 앞의 논문(주 153), 129면 각주 54)에서 재인용.

165) 서울중앙지방법원 2009. 10. 28. 선고 2009고정1140 판결; 서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2009고정1389 판결; 서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2009고단

무죄판결의 이유로는 대체로 학교보건법 사건과 관련한 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111판결의 이유를 원용하면서, ①헌법불합치결정도 위헌결정의 일종으로서 그 법률조항이 소급하여 효력이 상실되고 전면적인 재심이 허용된다는 점, ②개선입법으로 처벌조항을 두는 것은 형벌불소급의 원칙에 위배된다는 점, ③형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 하면서 해당 형벌조항에 대한 잠정적용을 명하는 것은 형벌조항에 관한 헌법재판소법 제47조 제2항과 충돌하고, 다만 행정법규의 성격을 가지는 부분에 대하여만 효력을 가진다고 보아야 한다는 점 등을 근거로 들었다.

(2) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결<sup>166)</sup>

### (가) 법정의견

헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하고, 집시법 제23조 제1호는 집회 주최자가 집시법 제10조 본문을 위반할 것을 구성요건으로 삼고 있어 집시법 제10조 본문은 집시법 제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루게 되므로, 집시법의 위 조항들(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 대하여 선고된 이 사건 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이라 할 것이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다 할 것이고, 법원은 그 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

또한 헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제45조 본문에 의하면 헌법재판소는 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있으므로,

5806 판결; 서울 중앙지방법원 2009. 11. 2. 선고 2009고정2176판결. 박진영. 앞의 논문(주 153), 129면 각주 55)에서 재인용.

166) 원심(부산지방법원 2008. 8. 7. 선고 2008노1809 판결)은 피고인들이 일몰 후 야간옥외 집회를 주최하였다는 공소사실에 대해 심판대상조항을 적용하여 유죄판결을 선고한 제1심 판결(부산지방법원 2008. 5. 9. 선고 2008고단385 등 판결)에 대하여 항소기각판결을 한 것으로, 심판대상조항에 대한 헌법불합치결정이 있기 전에 선고되었다. 국회는 헌법불합치결정에서 입법개선시한으로 정한 2010. 6. 30.까지 심판대상조항에 대한 개선입법을 이행하지 않았고, 대법원 판결은 그 이후에 선고되었다.

형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정된 이상 그 조항은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 정해진 대로 효력이 상실된다 할 것이다. 그러므로 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정의 주문에서 이 사건 법률조항이 개정될 때까지 계속 적용되고, 이유 중 결론에서 개정시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 그 다음날부터 이 사건 법률조항이 효력을 상실하도록 하였더라도, 이 사건 헌법불합치결정을 위헌결정으로 보는 이상 이와 달리 해석할 여지가 없다.

따라서 이 사건 헌법불합치결정에 의하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언되고 그 결정에서 정한 개정시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 이 사건 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다 할 것이므로 이 사건 법률조항을 적용하여 공소가 제기된 야간옥외집회 주최의 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄가 선고되어야 할 것이다.

#### (나) 효력상실시기에 대한 대법관 3명의 별개의견

헌법재판소가 어떠한 형벌법규에 위헌성이 있다고 인정하면서도 그 가운데 합헌적 부분 또한 혼재되어 있어 국회의 입법에 의한 구분의 필요성이 있거나 단순위헌결정이 가져올 법적 안정성에 대한 침해가능성이 중대하다고 보아, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따른 소급효의 적용을 배제하는 것이 불가피하다고 판단하여 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 하면서 아울러 일정한 개선입법이 마련되어 시행되기까지 해당 법규의 잠정적용을 명한 경우, 법원으로서도 이러한 헌법적 가치와 이익형량에 관한 헌법재판소의 판단을 존중할 필요가 있고, 다수의견과 같이 예외적 소급효 제한의 헌법적 당부를 따지지 않은 채 단지 헌법불합치결정이 위헌결정의 일종이고 헌법불합치결정의 대상이 형벌법규이므로 당연히 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용에 따라 소급효가 인정될 뿐 여기에 어떠한 예외도 허용될 수 없다고 기계적으로 해석할 것은 아니다.

이 사건 헌법불합치결정은 그 주문에서 이 사건 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 선언하면서도 2010. 6. 30.을 시한으로 국회가 개정할 때까지 계속 적용된다고 하였는데, 그 결정이유를 보면 이 사건 법률조항은 위헌적인 부분과 함께 합헌적인 부분을 포함하고 있기 때문에 그 효력을 즉시 상실시키기보다는 개정시한을 설정하여 그때까지 잠정적으로 효력을 유지하게 하면서 국회로 하여금 제반 사정을 참작하여 옥외집회가 금지되는 시간대를

합리적으로 설정하게 함으로써 국회의 판단 재량을 존중하는 가운데 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거할 수 있다고 보아 위와 같은 주문의 결정에 이르게 된 것임을 알 수 있다. 아울러 이 사건 헌법불합치결정은 그 위헌 선언의 취지가 몰각되지 않도록 위 잠정적용의 시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 이 사건 법률조항은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실한다고 이유를 통하여 밝히고 있으므로, 이를 종합하여 보면 이 사건 헌법불합치결정은 개선입법이 이루어지지 않은 경우 처음부터 단순위헌결정이 있었던 것과 동일한 상태로 돌아가는 것이 아니라 개선입법의 시한이 만료된 다음날인 2010. 7. 1.부터 이 사건 법률조항의 효력이 상실되도록 한 취지임을 알 수 있다.

그렇다면 헌법재판소가 위와 같은 취지에서 이 사건 헌법불합치결정을 통하여 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 판단하면서도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따른 소급효의 적용을 배제하고 개선입법의 시한 만료일 다음날인 2010. 7. 1.부터 그 효력이 상실되도록 한 이상, 피고인 1에 대한 야간옥외집회 주최의 공소사실은 그 형벌의 근거가 되는 이 사건 법률조항이 2010. 7. 1.부터 효력이 상실됨으로써 ‘범죄 후 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때’에 해당한다고 볼 수 있으므로 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 실제적 재판을 하기에 앞서 면소판결을 하여야 할 것이다.

### (3) 검토

법정의견이나 별개의견 모두 헌재법 제47조 제1항에도 불구하고 규범통제절차에서 헌법불합치결정의 기속력을 부인하는 전제에 서있다. 법정의견은 헌재법 제45조를 근거로 규범통제절차에서 헌법재판소는 법률조항에 대한 단순위헌결정 또는 합헌결정만을 할 수 있다는 것을 전제로 일단 헌법재판소가 법률조항의 위헌성을 확인한다면 그것이 형벌조항인 경우 헌재법 제47조 제2항에 근거하여 소급하여 효력을 상실하게 된다고 한다. 따라서 형벌조항에 대해 헌법불합치결정이 있는 경우 그것이 적용중지이든, 계속적용이든지 간에 단순위헌결정으로 보아야 하고, 개선입법의 시한이나 개선입법의 이행 여부를 고려할 필요없이 법원은 헌법불합치결정(단순위헌결정)에 따라 무죄판결은 선고하면 될 뿐이라고 한다.

별개의견 역시 헌법재판소의 헌법불합치결정 등 변형결정의 기속력을 부인하는 전제에서, 헌재법 제47조 제2항이 정하는 형벌조항에 대한 위헌결정의

전면적 소급효를 제한하는 취지에서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하는 경우 법원은 헌법재판소의 판단을 존중하는 가운데 소급효 제한의 헌법적 당부를 고려하여 위헌인 형벌조항의 효력상실시기를 정할 수 있다고 한다.

## 나. 국회의 개선입법

앞에서 본 바와 같이 국회는 헌법불합치결정에서 정한 개선입법의 시한인 2010. 6. 30.까지 개선입법의무를 이행하지 않았고, 다음 날인 같은 해 7. 1.부터 심판대상조항의 효력이 상실되었다. 그리고 2017. 8. 현재까지 개선입법을 마련하지 않고 있다.

# 제3절 헌법불합치결정의 허용 여부가 문제되는 형벌조항의 의의와 범위

## 1. 형벌조항의 의의

형벌은 일정한 범죄행위에 대해 국가가 부과하는 해악으로서 범죄에 대한 반작용으로 정의할 수 있다.<sup>167)</sup> 법공동체의 법익을 보호하기 위해 국가는 형벌 외에도 다양한 법익보호수단과 이를 위한 절차를 마련하고 있지만, 형벌은 그 자체로 범죄에 상응하는 해악의 본질을 가지므로 굳이 이를 동원하지 않고도 보호할 수 있는 법익에 대한 침해에 대해서는 형벌을 통한 개입이 원칙적으로 금지된다. 이와 같은 취지에서 우리 헌법은 형벌을 그 자체로 국민의 기본권을 침해하게 훼손시킬 수 있는 국가행위의 전형으로 보고 국가형벌권의 자의적이고 과도한 행사로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 여러 안전장치를 두고 있는바, 헌법 제12조 및 제13조의 죄형법정주의원칙, 적법절차원리, 영장제도, 진술거부권, 변호사의 조력을 받을 권리, 형사소급입법금지원칙, 헌법 제27조의 무죄추정원칙 등이 바로 그것이다.<sup>168)</sup> 그리고 현재법 제47조 제3항 본문에서는 형벌조항이 위헌인 경우 그것을 근거로 한 형벌의 부과와 집행, 그리고 그

167) 신동운, 형법총론(제7판), 법문사, 2013, 5면; 김현철/박경철/박진영/홍영기, 앞의 책(주 163), 178면.

168) 김하열, “헌법불합치결정의 사유와 효력”, 저스티스 통권 128호, 한국법학원, 2012, 171면 참조.



법적·사실적 효과를 그대로 남겨두는 것이 구체적 정의의 관념이나 국민의 기본권 보장의 관점에 부합하지 않기 때문에 형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정된 경우 소급하여 그 효력을 상실하도록 규정하고 있다.

그런데 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 그 소송법적 효력으로 위헌인 형벌조항의 효력을 형식적 또는 잠정적으로 존속하게 하면서 그 효력의 상실을 개선입법의 효력발생 시로 유예하게 되므로 현재법 제47조 제3항과 관련하여 그 허용 여부가 문제된다. 그리고 앞에서 이미 본 바와 같이 헌법불합치결정에도 불구하고 위헌인 형벌조항을 잠정적으로 적용하는 경우 뿐 아니라 개선입법을 헌법불합치결정 시까지 소급적용하게 되므로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항이 정하는 죄형법정주의원칙, 형사소급입법금지원칙과 관련하여 해석상의 문제도 함께 야기하게 된다.

그러므로 헌법불합치결정의 허용 여부가 문제되는 형벌에 관한 법률조항은 원칙적으로 이들 헌법 및 현재법 조항이 적용되는 범위에 국한된다.<sup>169)</sup>

## II. 형벌조항의 범위

형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부는 위에서 본 바와 같이 헌법 제12조 1항, 제13조 제1항, 현재법 제47조 제3항과 관련하여 발생하는 문제이므로 그 적용범위도 원칙적으로 국가형벌권으로부터 국민의 기본권 보장과 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 인정 취지에 비추어 그 범위로 한정된다. 죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙은 모두 국가형벌권의 내용으로서 범죄의 구성요건과 그에 대한 해악으로서 형벌을 규정하고 있는 형사실체법을 전제로 한다. 예측가능성과 법적 안정성의 관점에서 시민에게 행위결정의 기준이 되는 것은 행위 당시 국가형벌권의 요소로서 범죄의 구성요건과 그 법적 효과로서 형벌이기 때문이다.<sup>170)</sup> 그리고 형사사법의 정의와 기본권 보장의 관점에서 위헌결정의 소급효가 관철되어야 할 영역은 형사상 불이익한 내용인 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌을 규정하고 있는 형사실체법에 국한된다고 보아야 한다.<sup>171)</sup> 위헌인 형벌조항에 근거한

169) 박경철, 앞의 논문(주 142), 293면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 164면

170) 신동운, 앞의 책(주 167), 41-42면.

171) 박경철, 앞의 논문(주 142), 293면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 165면; 허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 관한 헌법불합치결정”, 공법연구 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010. 6., 135-136면 각 참조.

형사처벌로부터 피해의 회복이라는 형사사법의 정의와 형사처벌로 인한 법적·사실적 불이익의 배제라고 하는 기본권 보장의 관점에서 재심을 통해 무죄를 선언하는 것은 위헌인 형사실체법의 해석 및 적용을 배제하는 것을 통해 가능하기 때문이다.<sup>172)</sup>

한편, 죄형법정주의원칙과 형사소급입법금지원칙, 그리고 현재법 제47조 제3항이 적용되는 영역은 형벌조항 중에서 해당 조항의 적용을 받는 사람이 그로 인해 형사상의 불이익, 즉 유죄로 인정되어 처벌을 받게 되는 영역이다. 따라서 처벌을 받지 않는 불처벌의 특례를 규정한 경우에는 그 적용범위에서 제외된다고 보아야 한다.<sup>173)</sup> 그렇지 않고 이 경우에도 소급효가 인정되어 처벌을 받지 않았던 사람들에게까지 형사상 불이익이 미치는 것으로 해석하는

172) 헌법재판소도 현재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정에서 법정외의 보충하면서 현재법 제 47조 제3항의 형벌에 관한 법률조항에 형사절차법 조항이 포함되지 않는다고 판시하였다(현재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 886-997).

“...형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항이 무엇을 뜻하는가에 관하여, 좁게 보면 범죄의 성립과 처벌에 관한 실제적 법률 또는 법률조항이라는 의미로 해석할 수도 있고, 넓게 보면 실제적인 형벌법규에 한정하지 않고 형사소송법 등 절차에 관한 법률까지 포함한다고 해석할 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있으나, 우리 헌법과 헌법재판소법을 종합하여 검토하여 보면 소급하여 효력을 상실하는 법률은 좁게 해석하는 것이 타당하다고 보아야 한다. 왜냐하면, 먼저 위 법규정의 문면상 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이라고 표현하고 있는 것은 형사법 중에서도 범죄구성요건에 관한 실제법규를 지칭하고 있는 것으로 보아야 하며 여기에 형사절차상의 법규를 포함하고 있는 의미로 넓게 보기는 어렵고, 또한 헌법재판소법 제47조 제3항에서 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 우리 헌법과 헌법재판소법은 위헌으로 결정된 법률의 효력에 대하여 법적 안정성을 중요시하여 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하는 장래효를 원칙으로 하고 소급무효는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”에 한정하여 예외로 인정하고 있는 입법취지를 아울러 고려할 때에 위헌결정의 법규적 효력에 대하여 소급효를 인정하여 재심에 의한 구제를 허용하는 범위는 위헌으로 결정된 실제적인 형벌법규에 의하여 형의 선고를 받았을 때에 한정하여야 하고 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 동조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로도 합당하다 할 것이다.”

대법원 또한 형사절차법 조항의 경우 그것이 아무리 중요한 의미를 가진다고 하더라도 현재법 제47조 제3항의 형벌조항에 포함되지 않는다고 판시하였다(대법원 1999. 8. 9. 자 98모143 결정).

“헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 규정하고 있는바, 여기의 ‘형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항’이라 함은 위 규정의 문언과 동조 제3항의 취지 등에 비추어 보면, 범죄의 성립과 처벌에 관한 실제적인 법률 또는 법률의 조항을 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이고, 형사소송법 등 절차적 법률 또는 법률의 조항은 비록 그 법률의 내용이나 성질상 실제적인 법률 또는 법률의 조항과 동일시 될 수 있을 정도의 중대한 것이라고 하더라도 여기에 포함되는 것으로는 해석될 수 없다.”

173) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110; 현재 2009. 2. 26. 2005헌마764 참조.

경우에는, 행위 당시에는 처벌의 대상이 되지 아니한 행위였지만 소급효를 통해 다시 처벌의 대상이 되는 행위가 되어 법적 안정성의 요청에 반하거나 죄형법정주의원칙, 형사소급입법금지원칙에 위배된다고 할 것이다.

보안처분은 과거의 범죄사실이 아니라 행위자의 사회적 위험성에 근거하여 부과되는 것으로 엄격히 말해 실체적 형벌조항에 해당하지 아니한다. 그러나 보안처분은 행위자의 범죄행위를 요건으로 하여 형사절차에 부수하여 부과되고 주로 신체의 자유에 대한 제한이나 박탈을 내용으로 하거나 수반한다는 점에서 실질적으로는 형벌에 보다 가까운 특성을 보인다.<sup>174)</sup> 이와 같은 취지에서 헌법 제12조 제1항은 죄형법정주의원칙의 적용범위로 보안처분을 명시하고 있고, 헌법재판소도 헌법 제13조 제1항의 형사소급입법금지원칙의 적용범위에 보안처분을 포함하는 것으로 해석<sup>175)</sup>하고 있으므로 보안처분의 부과를 정한 법률조항도 형벌조항에 해당하여 헌재법 제47조 제3항이 적용되고, 따라서 헌법불합치결정의 허용 여부가 문제된다고 보아야 한다.<sup>176)</sup>

형벌조항은 그 제정 이전에 이미 사회·윤리적으로 비난의 대상이 되는 행위를 범죄로 규정한 것도 있는 반면, 일정한 행정목적 달성을 위하여 일반국민에게 부과된 의무의 이행을 강제하기 위하여 그 위반행위를 범죄로 규정한 경우도 있다. 전자를 자연법 또는 형사법, 후자를 법정법 또는 행정법이라 하는데, 후자의 경우 전자와 달리 일반적으로 비난가능성이 크지 않은 경우가 많고, 행위자가 자신의 행위에 대한 가벌성의 인식이나 위법성의 인식이 없는 경우도 많을 것이다. 그리고 전자의 경우에는 그 위험성이 주로 헌법상의 기본원리나 기본권조항과 관련한 원시적인 위헌사유 또는 국민 일반의 법 감정 변화나 후발적인 헌법해석의 변경에 기인하는 경우가 많을 것이지만, 후자의 경우에는 주로 사회·경제적인 환경의 변화와 그에 따른 정책의 변화에 따른 후발적인 위헌사유에 기인하는 경우가 대부분일 것이므로 그 본질상

174) 신동운, 앞의 책(주 167), 41면.

175) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5.

“헌법이 제12조 제1항 후문에서 ‘…법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’라고 규정하여 처벌과 보안처분을 나란히 열거하고 있는 점을 생각해 보면, 상습범등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다고 할 것이다.

176) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 165-166면 참조.

헌법불합치결정의 필요성이나 효용성의 관점에서, 헌재법 제47조 제3항에 따른 일률적인 소급효로 인한 법적 안정성 보장의 관점에서 서로 구별되어야 하는 측면도 있다. 물론 형사범과 마찬가지로 행정범의 경우에도 형법이 정하는 일반원칙이 모두 적용되며, 국민의 입장에서 행정형벌조항을 통한 처벌 역시 기본권 보장이나 법적·사실적 불이익의 측면에서 다르지 않으므로 위헌결정의 효력과 관련하여 자연범과 법정범을 구별할 필요는 없다고 할 것이다.<sup>177)</sup>

그러나 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정의 필요성과 허용성이 긍정된다고 본다면 주로 법정범인 행정형벌의 부분에서 그 필요성이나 효용성이 특별히 강조될 수 있을 것이다.

## 제4절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 효용성

### 1. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점

헌재법 제47조 제2항은 법률조항에 대한 위헌결정의 시간적 효력으로 장래효를 명시하고, 헌재법 제47조 제3항 본문 및 제4항에서는 위 제2항에도 불구하고 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우에는 법적 안정성의 관점보다 형사사범의 정의 관념이나 국민의 기본권 보장 등 구체적 타당성의 관점을 강조하여 예외적으로 소급효를 인정함과 함께, 위헌으로 결정된 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해 재심을 청구할 수 있도록 하고 있다. 그리고 같은 조 제3항 단서에서는 동일한 형벌조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 예외적으로 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하도록 하여 위헌결정의 소급효를 그 범위에서 일부 제한하도록 그 사유와 범위를 규정하고 있다.

형벌조항에 대하여 위헌결정이 있으면 종전에 헌법재판소가 해당 형벌조항에 대하여 합헌결정을 한 사건이 없는 한 원칙적으로 그 제정 또는 개정의 시점으로

<sup>177)</sup> 박경철, 앞의 논문(주 142), 294면 참조.

소급<sup>178)</sup>하여 그 효력을 상실하게 되는바, 그와 같은 전면적이고 일률적인 소급효의 인정이 후술하는 바와 같은 위헌인 형벌조항에 근거한 형사처벌과 그에 기한 법적·사실적 불이익으로부터 국민의 기본권 구제라는 관점에서는 바람직한 것임에 의문이 없을 것이다. 그렇지만 과거 해당 형벌조항에 따른 처벌대상 행위의 가벌성이나 그 위헌성에 일고의 의심조차 없었던 유죄판결 당시 합헌적인 형벌조항에 근거하여 이루어진 형사처벌이 해당 형벌조항의 제정 또는 개정 당시로 소급하여 전면적으로 부정됨으로써 발생하는 국가형벌권에 신뢰의 상실과 권위의 실추, 유죄판결을 전제로 행해진 법적·사실적 후속행위의 효력 등 법적 안정성의 측면<sup>179)</sup>에서는 여러 가지 이론적·실무적인 문제점을 야기한다.

또한 제2장에서 본 바와 같이 형벌조항의 경우에도 단순위헌결정으로 인한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란의 방지, 규범체계상 입법자에 의한 입법적 보충(개선입법)이 법질서의 위헌성 제거 및 합헌성 회복을 위해 불가피한 경우 형벌조항의 효력을 형식적으로라도 존속하게 할 필요성이 있을 것이다.

따라서 이러한 경우 위헌인 법률조항의 효력을 즉시 상실하게 하는 대신에 형식적으로 존속하게 하고 입법자에 의한 개선입법을 통해 그 위헌성을 치유하고 합헌성을 회복하는 헌법불합치결정을 형벌조항에 대한 위헌결정에서도

178) 헌재법 제47조 제3항은 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 규정할 뿐 구체적으로 어느 시점까지 위헌결정의 효력이 소급하는지에 관하여 특정하고 있지 않으므로 소급효의 입법취지에 충실하게 해당 형벌조항의 제정 또는 개정 시까지 소급하는 것으로 보는 것이 일반적인 해석이고(구체적으로 헌법과 형벌조항의 충돌이 발생한 시점이라 볼 수 있지만, 그 시점을 확정하는 것이 사실상 불가능하므로 제·개정 시로 소급한다고 보는 것과 큰 차이가 없을 것이다), 헌법재판소의 실무와 대법원의 판례도 같은 입장이다.

179) “형벌법규는 사회의 도의관념이나 가치체계에 기초를 두고 있어서 그 처벌의 정당성이나 범위는 국가의 정치·사회·경제·문화 각 영역의 동태적 변화 또는 발전에 불가피하게 영향을 받을 수밖에 없고, 국회가 이러한 변화에 적절히 대응하지 못하여 종래에는 합헌으로 평가되었던 형벌법규가 변화된 헌법적 현실에 부합하지 않게 된 경우에도 헌법재판소에 의한 위헌 선언의 가능성과 필요가 생기게 된다. 그런데 위와 같은 경우 헌법재판소의 위헌결정으로 해당 형벌법규가 예외 없이 그 법률의 제정 시로 소급하여 효력을 잃고, 그에 따라 위 형벌법규에 근거하여 유죄의 확정판결을 받았던 모든 사람들에게 재심을 허용하여 무죄판결을 받게 한다면, 이는 과거에 존재하였던 역사적 현실을 완전히 부인하는 것일 뿐만 아니라 위헌성을 제거한 개선입법이 마련될 때까지 발생하는 법적 공백으로 인한 혼란을 피할 수도 없게 된다. 뿐만 아니라 헌법재판소로서도 어떠한 형벌법규가 위헌인지 여부를 심사함에 있어서 과거 그 형벌법규가 제정될 때부터 현재에 이르기까지 전 기간에 걸쳐 시대를 초월하여 위헌성을 갖는다고 인정될 때에만 위헌 선언을 할 수 있다고 한다면, 헌법재판소가 과거의 역사적 현실에 기속되어 현재의 기본권 보호에 관한 헌법적 책무를 제대로 이행하지 못하는 결과를 낳을 수도 있다.”(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결 중 효력상실시기에 관한 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복의 별개의견)

일반 법률조항에서와 같이 활용할 수 있는지 여부가 논의되고 있고, 앞에서 본 바와 같이 헌법재판소도 이미 4차례에 걸쳐 적용중지 또는 계속적용의 헌법불합치결정을 선고한 바 있었다.

그런데 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 그것이 적용중지의 헌법불합치 결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 관계없이 위헌으로 판단된 형벌조항의 효력을 적어도 형식적으로는 존속하게 하고 개선입법의 효력발생 시까지 효력상실을 유예한다는 점에서, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명시하고 있는 헌재법 제47조 제3항에 정면으로 위반하는 문제점이 있다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 개선입법의 소급적용과 경우에 따라서는 위헌으로 판단된 형벌조항을 개선입법의 효력발생 시까지 잠정적으로 계속적용하게 하는 것을 그 내용으로 하므로 헌법 제12조 제1항 제2문에서 정하는 죄형법정주의원칙, 헌법 제13조 제1항 전문이 정하는 행위시법주의 및 형사소급입법금지원칙에 위배되는 문제점을 아울러 가지고 있다.

나아가 현실적인 문제로서 앞에서 본 바와 같이 대법원이 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 헌재법 제47조 제3항 등을 근거로 하여 일반 법률조항에 대한 헌법불합치결정과 달리, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 이해하고 이에 대해 헌법불합치결정의 소송법적 효력을 부인하면서 전면적으로 소급적 효력상실을 인정함과 동시에 재심을 허용하는 입장을 전원합의체 판결<sup>180)</sup>을 통해 명시적으로 밝힌 상황에서는, 형벌조항에 대한 헌법불합치결과 관련한 헌법재판소 판단의 타당성이나 합헌성·합법성 여부의 문제는 별론으로 하더라도 더욱 신중하게 이론적·실무적인 접근이 요청된다고 할 것이다.

## II. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 필요한 영역과 효용성

형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점에도 불구하고 헌법재판소가 4건의 사례에서 적용중지 또는 잠정적용의 헌법불합치결정을 하였던 것은, 단순위헌결정을 통한 위헌인 법률조항의 소급적 효력배제로 인한 법적 공백이나 혼란의 방지, 위헌인 법질서를 제거하고 합헌적인 법질서를 회복함에 있어서

180) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결.

입법자의 입법형성권 보장의 필요성이 위헌인 형벌조항의 소급적 효력배제를 통한 합헌성의 회복보다 더욱 헌법에 부합하고 헌법질서의 실현에 적합한 경우라고 할 수 있다.

이하에서는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 필요한 영역과 그 효용성을 기존의 논의를 중심으로 소개한다. 다만 이 부분에서의 논의는 단순위헌결정과 헌법불합치결정의 효력에 비추어 해당 영역에서 단순위헌결정보다 헌법불합치결정이 더 적합하고 효용성이 크다는 의미이지, 이를 넘어 해당 영역에서 헌법불합치결정이 법적으로 당연히 허용되고 가능하다는 것을 의미하지는 않는다는 것에 유의하여야 한다.

이 부분에 관한 논의는 제5절에서 다루기로 한다.

## 1. 범죄구성요건의 지나친 불명확성 또는 광범성에 위헌성이 있는 경우

형사처벌의 필요성과 당위성이 정치공동체의 법질서 보호를 위해 필요하고 또한 요청되지만, 그 구성요건이 지나치게 불명확하거나 넓어 형벌조항에 위헌성이 있는 경우에 헌법불합치결정이 고려될 수 있을 것이다.<sup>181)</sup> 어떤 행위의 유형이 공동체의 법익에 위해를 가하거나 침해하는 것이 명백하여 가벌성이 인정된다고 하더라도 범죄구성요건이 지나치게 불명확하여 그 외연을 확장할 수 없거나 구성요건에 포섭되는 행위의 유형이 지나치게 넓은 경우 원칙적으로 단순위헌결정이나 일부(한정)위헌결정을 통해 해당 형벌조항의 효력을 즉시 또는 소급적으로 배제하는 것으로 바로 합헌성을 회복할 수 있다. 그러나 그러한 경우에 단순위헌결정을 하게 되면 형사처벌의 필요성과 당위성이 인정되는 합헌적인 부분까지도 함께 효력을 상실하게 되어 국민의 생명·신체의 안전 등 기본권보호를 위한 국가형벌권 행사와 관련하여 중요한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란의 상황이 발생하게 된다. 이 경우 형사처벌의 필요성 및 당위성이 인정되는 합헌적인 부분과 그렇지 않은 위헌적인 부분을 구별하여 위헌 부분만을 법질서로부터 제거하는 일부(한정)위헌결정을 할 수 있을 것이나, 그 역시 사법기관인 헌법재판소의 기능적 한계에 비추어 민주적인 입법형성권을 가진 입법자로 하여금 합헌과 위헌의 영역을 개선입법을 통해 확정하고 위헌성이 제거된 합헌적인 부분으로 구성요건을 수정하게 하는 것이 더욱

181) 허완중, 앞의 논문(주 171), 136-137면.

적합할 수 있을 것이다.

앞에서 본 형벌조항에 대한 헌법불합치결정 중 학교보건법 사건, 태아의 성별고지금지 사건, 제한상여가 사건, 야간옥외집회금지 사건 모두 합헌적인 규율 부분에 대한 법적 공백 및 혼란의 방지와 합헌성 회복을 위한 개선입법의 과정에서 입법자의 입법형성권 보장을 헌법불합치결정의 사유로 들고 있는 것도 부분적으로는 이러한 영역에 해당할 수 있다.

## 2. 형벌조항의 법정형 부분에 위헌성이 있는 경우

형사처벌의 필요성이 인정되고 범죄구성요건도 명확하고 적정하게 규정되었지만, 그 법정형이 지나치게 높아 헌법에 위반되는 경우이다.<sup>182)</sup> 이 경우 선택형이나 부가형 부분으로 인해 법정형이 지나치게 높다고 한다면 그 부분을 제거하는 일부위헌결정을 통해 합헌성을 회복할 수 있을 것이다. 그렇지 않다면 한정위헌결정을 통해 적정한 법정형의 범위를 초과하는 부분을 해석을 통해 제거하거나 그 범위로 해석을 제한함으로써 합헌성을 회복할 수도 있을 것이다. 그런데 법정형이 과도하게 높다는 것이 확인되더라도 어디까지가 합헌이고, 어디부터가 과잉처벌에 해당하는지가 분명하기 않고, 그럼에도 불구하고 형사처벌의 필요성과 당위성이 인정되어 국가형벌권의 공백을 막을 필요가 있는 경우에는 입법자로 하여금 적정한 법정형의 범위를 정하도록 하는 취지에서 헌법불합치결정을 할 수도 있을 것이다.<sup>183)</sup>

마찬가지로 법정형의 과중으로 인해 형벌체계상의 균형을 상실한 경우이다.<sup>184)</sup> 이 때 합헌적 질서를 회복하는 방안은 문제된 형벌조항 자체의

182) 허완중, 앞의 논문(주 171), 137면.

183) 그러나 헌법재판소가 법정형이 지나치게 높다는 이유로 법정형 부분의 위헌성을 확인하면서 헌법불합치결정을 한 사례는 아직 발견되지 아니한다. 이 경우 헌법재판소는 법정형 부분 뿐 아니라 범죄구성요건을 포함하는 해당 형벌조항 전체에 대해 단순위헌결정을 하고 있다. 이와 같은 실무관행은 법정형의 과중으로 인해 해당 형벌조항 전체의 효력을 상실하게 한다는 점에서 행위자의 기본권보장 측면에서는 바람직하지만, 일반국민의 기본권보호를 위한 국가형벌권의 관점에서나 법적 안정성의 관점에서는 적절하지 않은 부분도 있다. 다만 법정형의 과중으로 인해 위헌성이 인정되는 형벌조항의 경우 대부분 형법상의 형벌조항이 아니라 형사특별법상의 형벌조항이었던 관계로 따로 형사처벌상의 법적 공백상태가 발생하지는 않았고, 따라서 헌법불합치결정 대신 단순위헌결정을 한 것으로 이해할 수 있다. 그러한 사례로는 현재 1992. 4. 28. 90헌바24(특가법상 도주 후 유지치사); 현재 2015. 9. 24. 2015헌가17(폭처법상 흥기후대 폭행); 현재 2016. 7. 28. 2015헌바6(공직선거법상 공무원지위이용 선거영향) 등 참조.

184) 김하열, 앞의 논문(주 168), 173면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 138면 각 참조.



법정형을 비교대상인 다른 형벌조항을 고려하여 합리적인 범위 내로 조정하는 것, 거꾸로 문제된 형벌조항과 체계적으로 비교관계에 있는 다른 형벌조항을 합리적인 범위 내로 조정하는 것, 비교대상인 양자의 법정형을 새로 조정함으로써 적절한 균형관계를 유지하게 하는 것 등의 방식이 있을 수 있고, 따라서 이러한 상황에서는 입법자의 입법형성권을 존중하여 헌법불합치결정을 하는 것이 필요하고 또한 적절할 수 있을 것이다.<sup>185)</sup>

### 3. 형벌조항에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하는 경우

형벌조항에 위헌성이 존재하지만 그 가운데 합헌적인 부분 또한 존재하고 그 때문에 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 불분명하여 그 경계의 구분의 획정이 필요하지만, 권력분립원칙과 민주주의의 관점에서 그 경계의 획정과 관련하여 입법자의 입법형성권을 존중할 필요성이 있거나 단순위헌결정으로서는 해당 형벌조항의 합헌 부분까지 모두 효력을 상실하게 되어 형사처벌의 필요성과 정당성이 인정되는 행위에 대해서도 처벌을 할 수 없는 법적 공백과 혼란의 상태가 발생하게 되는 경우, 헌법불합치결정을 고려할 수 있을 것이다.<sup>186)</sup>

해당 법률조항에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하지만 그 구분이 분명하지 않은 경우가 헌법불합치결정을 정당화하는 사유에 해당하는가에 대해서는 견해가 대립된다. 형벌조항 뿐이 아니라 일반 법률조항의 경우에도 자유권을 제한하는 법률조항의 위헌성은 기본권 제한이 가능한가의 문제가 아니라 그 제한의 정도가 과도한가의 문제이다. 기본권 제한 그 자체는 합헌이나 제한의 정도가 기본권 제한을 정당화하는 공익목적의 달성에 필요한 정도를 넘어 과잉으로 제한한다는 이유로 위헌인 경우에도 헌법불합치결정을

185) 법정형이 과중하여 위헌성이 확인된 사례나 형벌체계상의 균형 상실로 인해 위헌성이 확인된 사례 모두 헌법재판소는 헌법불합치결정이 아니라 단순위헌결정을 선고하고 있다. 법정형으로 사형만을 규정하거나 그 자체로 비정상적인 형벌이 아닌 한 형벌조항이 정하는 법정형만을 두고 과잉처벌을 이유로 위헌판단을 하기는 어렵기 때문에 법정형 과중에 위헌성이 있는 경우 예외 없이 동종 또는 유사한 범죄나 살인죄 등 죄질이 무거운 범죄의 법정형과 상호비교의 관점에서 형벌체계상의 균형을 상실하였는지 여부의 문제로 치환하는 방법론을 활용하고 있는 것이다. 형벌체계상의 균형 상실을 이유로 위헌선언을 하는 경우 규범체계상 위헌성의 교정을 통한 합헌성 회복을 위하여 입법자의 입법적 보충이 요구되는 경우이므로 헌법불합치결정을 하는 것이 필요하고 또한 적절함에도 불구하고, 법정형이 과중한 경우와 마찬가지로 해당 형벌조항이 거의 일반형벌이 아닌 특별형벌이었기 때문에 처벌상의 법적 공백이 발생하지 않았기 때문으로 보인다.

186) 이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 재판과 판례 제19집, 대구관례연구회, 2010, 624-625면 참조.

할 수 있다면 위헌인 법률조항의 효력배제를 통해 헌법의 우위를 확보하는 규범통제제도의 취지가 몰각될 뿐 아니라, 자유권에 대한 제한입법의 경우 위헌결정을 통해 그 효력을 상실하게 하는 것으로 바로 위헌성이 제거되고 합헌성이 회복되므로 헌법불합치결정을 통해 존중하여야 할 입법자의 형성의 자유가 애당초 존재하지 아니한다. 따라서 이 경우에도 헌법불합치결정이 정당화된다면 헌법재판소가 법적 안정성의 보호와 입법형성권 존중을 근거로 여러 가지 이유에서 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정으로 나아가게 될 것이므로 원칙적인 단순위헌결정과 예외적인 헌법불합치결정의 관계가 뒤바뀌게 되는 중대한 문제가 발생한다는 발생할 우려가 있으므로 자유권에 대한 제한입법과 관련하여 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재하고 그 경계가 불확실하다는 사유는 헌법불합치결정을 정당화할 수 없다는 견해가 지배적이다.<sup>187)</sup>

부정적인 견해의 핵심적인 취지는 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재하여 그 경계의 획정이 필요하고 이를 위해 입법형성권의 존중이 필요하다는 이유로 헌법불합치결정을 하는 것은 헌법불합치결정을 정당화하는 사유로 적절하지 못하다는 것이다. 그러나 이에 더하여 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재하고, 이에 대해 단순위헌결정을 함으로써 공익에 대한 중대한 위해가 발생할 우려가 명백한 경우에는 법적 공백과 함께 이로 인한 법적 혼란의 정도가 극심한 정도에 이르게 되고, 위헌적인 법률조항이라도 잠정적으로 적용하는 상태가 위헌법률의 즉시 효력상실로 인한 법적 공백 및 법적 혼란의 상태보다도 덜 위헌적인 경우에는 (적용중지의 헌법불합치결정에서 나아가) 부득이 계속적용의 헌법불합치결정을 할 수 밖에 없을 것이라고 한다.<sup>188)</sup>

187) 김하열, 앞의 논문(주 168), 173면 참조; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 175-176면; 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995, 504면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 542-543면 각 참조.

188) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 176면; 한수웅, 앞의 논문(주 187), 505-506면; 한수웅/정태호/김하열/정문식, 위의 책(주 187), 542-543면 각 참조.  
한수웅 교수는 “단지 규범의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소가 (일부)위헌결정으로 적절하게 구분하여 대처할 수 없고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주국가원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거하는 여러 가지 가능성을 인정할 수 있는 경우에는, 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 형성의 자유가 불합치결정을 정당화할 수 있다.”라고 하여(한수웅, 앞의 논문(주 187), 505-506면 참조), 자유권에 대한 제한입법과 관련하여 합헌 부분과 위헌 부분이 공존한다는 이유만으로는 헌법불합치결정을 정당화하는 사유로 적절하지 않지만, 입법자에게 자유권에 대한 제한을 정당화하는 수단선택의 가능성이 존재하고 그것이 권력분립원칙과 민주주의에 부합

결국 자유권 제한입법의 경우 위헌 부분과 합헌 부분이 혼재한다는 사유만으로는 헌법불합치결정을 정당화할 수는 없지만, 이로 인해 공동체의 법질서에 중대한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란의 상태를 야기하고, 합헌성을 회복함에 있어 입법자에게 다양한 수단선택의 가능성을 인정할 수 있을 경우에는 예외적으로 헌법불합치결정을 정당화할 수 있다고 보아야 할 것이다. 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 혼재하고 그 경계의 획정과 관련하여 입법자의 수단선택권이 존중되어야 할 영역이란 결국 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위해서는 입법자의 입법적 개입이 필요한 영역을 의미하는 것이고, 이는 동일한 사항을 관점을 달리하여 이해하는 차이에 불과하다.<sup>189)</sup>

하는 경우에는 헌법불합치결정이 예외적으로 정당화된다고 한다.

김하열 교수는 명시적으로 '합헌적인 부분과 위헌적인 부분의 단순한 경계 불명, 이를 이유로 한 입법형성권 존중을 사유로 (형벌조항에 대한) 헌법불합치결정을 하는 것은 정당하지 않다.'고 한다(김하열, 앞의 논문, 173면 참조). 그러나 부진정입법부작위, 제노나 규율의 기본조항이 지닌 부수적 입법 효결, 복합규범 등 규범구조 등으로 입법적 보충이 필요한 경우에는 헌법불합치결정이 정당화된다고 한다(김하열, 앞의 논문, 163-168면 참조). 자유권 등을 과잉제한하는 입법에서는 부진정입법부작위나 기본 조항·부수적 조항, 복합규범 등 입법적 보충의 규범구조가 절대로 발생하지 않는다는 것을 전제로 한다면 충분히 타당한 지적이지만, 그렇지 않은 경우가 존재한다면 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재하고 그 경계를 획정할 입법자의 입법형성권에 대한 존중이 요청되는 상황에서는 헌법불합치결정이 가능하다는 취지로 이해할 수 있을 것이다.

189) 조대현 재판관은 헌법불합치결정의 필요성과 허용 영역을 설명하면서 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 모호한 영역의 의미를 다음과 같이 설명하고 있다.

“법률조항의 내용 중 일부는 위헌이고 일부는 합헌인 경우에는 위헌부분만 실효시키고 합헌부분은 존속시켜야 한다. 그런데, 법률조항의 내용 중 일부는 위헌이고 일부는 합헌인 경우에 위헌부분을 특정하여 가려낼 수 없거나 권력분립의 원칙상 위헌부분과 합헌부분을 구분하는 일을 입법형성권에 맡기는 것이 타당한 경우에는, 헌법재판소가 위헌부분을 특정할 수 없기 때문에 위헌부분에 대해서만 위헌선언할 수가 없다. 그리고 법률조항의 위헌부분과 합헌부분을 특정할 수 없는 경우에 그 법률조항을 전부 실효시키면 합헌부분까지 부당하게 실효되어 입법권의 침해와 입법의 공백이 초래되고, 그 법률조항을 전부 존속시키면 위헌부분의 규범력까지 존속시키게 되어 위헌법률심판제도의 사명을 포기하게 된다. 그래서 이러한 경우에는 그 법률조항 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하고 위헌부분과 합헌부분을 국회의 개헌입법에 의하여 구분시키는 방법을 취하지 않을 수 없다. 이러한 헌법불합치결정은 헌법재판소가 법률 내용의 일부가 위헌임을 선언하면서 그 위헌부분의 특정을 국회의 입법형성권에 맡기는 것이므로, 법률의 위헌부분과 합헌부분을 구분하는 일이 입법형성권의 소관에 속하기 때문에 헌법재판소가 스스로 위헌부분을 특정할 수 없는 경우에만 허용된다고 할 것이다. 헌법재판소가 스스로 위헌부분을 특정할 수 있는 경우에는 그 위헌부분에 대하여 위헌결정을 하여 효력을 상실시켜야 하므로 헌법불합치결정을 할 수 없다. 선례는 헌법불합치결정이 정당화되는 경우로서 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호한 경우 외에, 평등원칙 위반의 위헌결정이 기존 수혜자의 권익을 부당하게 박탈하는 경우와 위헌결정이 법적 공백을 초래할 우려가 있는 경우를 들고 있지만, 그러한 경우도 구체적으로 따져 보면 모두 법률조항의 내용에 합헌부분과 위헌부분이 공존하고 그 구분업무가 국회의 입법형성권

#### 4. 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효 제한이 필요한 경우

헌재법 제47조 제3항이 정하는 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 즉시실효 및 소급효를 제한할 필요성과 이를 제한할 정당한 사유가 있는 경우에 위헌결정의 효력을 제한하는 헌법불합치결정을 고려할 수 있을 것이다.<sup>190)</sup> 이로써 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소송법적 효력으로서 전면적·일률적인 소급효가 갖는 영향력을 축소시켜 일률적인 재심의 허용과 형사보상청구<sup>191)</sup>의 인정에서 비롯하는 소급효의 인적·물적 폐단을 방지할 수 있다. 그리고 소급효의 제한을 통해 헌법재판소로 하여금 위와 같은 단순위헌결정으로 인한 문제점으로 인한 부담감을 상당한 정도 덜어줄 수도 있다.<sup>192)</sup> 헌법불합치결정을 통해 위헌결정의 효력을 장래를 향하여 또는 과거의 특정 시점으로부터만 발생하게 함으로써 전면적인 소급효의 인정에 따른 부작용을 방지하기 위하여 법적 안정성의 요청이나 범죄와 그에 대한 형벌을 정하는 입법자의 입법형성권 존중을 명분으로 헌법재판소가 만연히 합헌결정으로 도피하거나 일반예방목적에 경도된 획일적인 가중처벌 또는 특별형벌의 위헌성에 눈을 감은 폐단을 방지할 수 있다고 한다.<sup>193)</sup>

특히 형벌조항의 위헌성이 원시적인 것이 아니라 국민의 법 감정 또는 사회윤리적인 가치의 변화, 사회경제적인 상황의 변화나 시대상의 적응에 따른 입법례의 변화에 기인하는 등 후발적인 사유에서 비롯하는 경우, 이에 대한 단순위헌결정은 위헌성이 애당초 발생하기 전인 해당 형벌조항의 제정 또는

---

에 속하는 경우라고 할 수 있다.”(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25. 재판관 조대현의 적용중지의견, 밑줄과 굵은 글씨체는 필자 추가)

190) 남복현, “헌법불합치 결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토”, 헌법실무연구 제10권, 헌법실무연구회, 2010, 486-488면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 166면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 138-139면 가 참조.

191) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제2조(보상 요건) ① 「형사소송법」에 따른 일반 절차 또는 재심(再審)이나 비상상고(非常上告) 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금(未決拘禁)에 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

192) 전면적이고 일률적인 소급효의 인정은 헌법재판소가 위헌결정을 함에 있어서 부수적으로 반드시 참작하여야 할 사유가 되어 위헌성에도 불구하고 위헌판단을 주저하게 하는 요인으로 작용되어 왔음을 부인하기 어렵다. 이러한 사정은 일찍이 형벌조항에 대한 위헌결정의 반대이견(헌재 2000. 1. 27. 98헌가9, 판례집 12-1, 1, 11면 이하)에서도 분명히 드러나고 있는데, ‘신 건축법조항에 대한 위헌결정의 효력을 구 건축법조항과 관련한 사건으로 확장하여 재심청구를 할 수 있도록 하는 것은 헌재법 제47조 제2항 단서에 따라 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 가늠할 수 없게 확장하는 결과가 될 것임을 우려하고 있다.

193) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 166면.

개정의 시점으로 소급하여 해당 형벌조항을 일률적으로 소급무효로 만드는 것이 되어 법적 안정성의 관점에서는 물론이고, 법의 존재 및 국가형벌권에 대한 신뢰와 구체적 정의의 관점에서도 매우 심각한 문제를 야기한다. 이러한 문제점을 시정하기 위하여 몇 번의 입법적 시도 끝에 2014. 5. 20. 법률 제12597호로 현재법 제47조 제3항 단서 부분을 신설<sup>194)</sup>하여 종래 해당 형벌조항에 대해 합헌결정이 있었던 경우 그 결정이 있는 날의 다음날까지로 소급효를 일부 제한하는 입법적 조치를 하였지만, 이 역시 ‘전후의 합헌 및 위헌 결정’과 ‘심판대상의 동일성’이라는 객관적 사실만으로 기계적·일률적으로 소급효의 제한 여부를 결정하므로 종래 합헌결정이 없었던 경우에는 해당 형벌조항에 원시적인 위헌의 사유가 없음에도 불구하고 후발적인 위헌사유에도 일률적·전면적으로 소급효가 발생하게 되는 문제점이 있다.<sup>195)</sup>

이러한 경우 헌법재판소가 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효에 대한 제한의 필요성과 그 구체적 타당성을 논증하면서 형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고, 그에 따라 입법자가 개선입법을 통해 위헌인 형벌조항의 효력상실 시점을 구체적으로 정함으로써 형벌조항에 대한 단순위헌결정에 따른 전면적·일률적인 소급효의 문제점을 일부 완화할 수 있을 것이다.<sup>196)</sup>

194) 현재법 제47조 제3항의 개정경과와 그 문제점에 대해서는 김현철, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한”, 헌법재판연구 제3권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016. 12.; 남북현, “형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점-위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로-”, 공법연구 제43집 제1호, 한국공법학회, 2014. 10.; 손인혁, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-헌재2016. 4. 28. 2015헌바216 결정-”, 법조 통권 721호, 법조협회, 2017; 허완중, “한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석”, 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009 등 참조

195) 현재법 제47조 제3항 단서 부분의 문제점과 관련해서는 특히 남북현, 앞의 논문(주 194), 254-260면; 손인혁, 앞의 논문(주 194), 487-490면 참조.

196) 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 이해하고, 현재법 제47조 제3항 본문을 적용하여 헌법불합치결정의 소급효를 인정한 대법원 2008도7562 전원합의체 판결에서, 별개의견 및 별개의견에 대한 보충의견은 법정외의견과 같이 헌법불합치결정의 기속력을 부인하는 전제에 서면서도 단순위헌결정에 따른 형벌조항의 전면적인 소급효를 제한하기 위하여 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 정당화된다고 한다.

위 별개의견은 ‘헌법재판소의 위헌결정으로 해당 형벌법규가 예외 없이 그 법률의 제정 시로 소급하여 효력을 잃고, 그에 따라 위 형벌법규에 근거하여 유죄의 확정판결을 받았던 모든 사람에게 재심을 허용하여 무죄판결을 받게 한다면, 이는 과거에 존재하였던 역사적 현실을 완전히 부인하는 것일 뿐만 아니라 위헌성을 제거한 개선입법이 마련될 때까지 발생하는 법적 공백으로 인한 혼란을 피할 수도 없게 된다. 뿐만 아니라 헌법재판소로서도 어떠한 형벌법규가 위헌인지 여부를 심사함에 있어서 과거 그 형벌법규가 제정될 때부터 현재에 이르기까지 전 기간에 걸쳐 시대를 초월하여 위헌성을 갖는다고 인정될 때에만 위헌선언을 할 수 있다고 한다면, 헌법재판소가 과거의 역사적 현실에 기속되어 현재의 기본권 보호에 관한 헌법적 책무를 제대로 이행하지 못하는 결과를 낳을 수도

그러나 단순위헌결정으로 인한 소급효를 제한하기 위해 헌법불합치결정을 활용하는 것은 부당하다는 반론도 유력하게 제기된다.<sup>197)</sup> 헌법불합치결정이 단순위헌결정과 본질적으로 다른 점은 법률조항의 효력을 즉시 상실시킴으로써 합헌적 법질서를 회복하려는 것인지, 합헌적 법질서의 회복을 위하여 입법적 보충을 필요로 하는지의 차이에 있을 뿐이므로, 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효 제한은 입법적으로 또는 해석을 통해 해결하는 것이 타당하다고 한다.<sup>198)</sup> 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위해 헌법불합치결정을 활용하는 것은 헌법불합치결정의 고유한 특성을 간과한 채 헌법불합치결정 형식의 남용을 초래할 우려가 있다고 한다.<sup>199)</sup>

헌재법 제47조 제3항 단서가 신설된 것은 위에서 본 바와 같이 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효가 가지는 문제점을 인식하고 이를 제한하기 위함에 그 취지가 있지만, 신설된 제47조 제3항 단서 부분에도 불구하고 소급효 제한과 관련한 문제가 완전히 해결되지 않고 부분적으로만 해결되었음은 위에서 본 바와 같다. 그런데 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 헌법불합치결정을 하는 것에 대하여 반대하는 견해 역시 소급효 제한의 필요성에 대해서는 동의하고 있는바, 그 방안으로 제47조 제3항 단서의 신설과 같은 입법적 해결이나 위 조항의 해석을 통해 소급효를 제한할 것을 제시하고 있다. 구체적으로 해석을 통한 소급효의 제한방법으로는 비 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 법적 장래효(헌재법 제47조 제2항)를 헌법재판소와 법원의 해석을 통해 제한함으로써 일정하게 소급하게 인정하고 있는 것과 같은 논리로 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 법정 소급효 또한 헌법재판소와 법원의 해석을 통해 일정한 범위로 제한할 수 있다고 한다.<sup>200)</sup> 그러나 헌법재판소법에서 법률에 대한 위헌결정의 효력을 명시적으로 정하고 있음에도 불구하고 헌법재판소나 법원이 다시 해석을 통해 소급효를 제한하는 것은 입법권을 침해한다는 반론이 제기될 수 있을 것이고,<sup>201)</sup> 또한 규범통제의

있다.(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결)고 하여 소급효 제한의 필요성을 강조하고 있다.

197) 김하열, 앞의 논문(주 168), 173-174면; 박경철, 앞의 논문(주 142), 306-307면; 박진영, 앞의 논문(주 153), 139면 각 참조.

198) 김하열, 앞의 논문(주 168), 174면.

199) 박경철, 앞의 논문(주 142), 307면.

200) 김하열, 앞의 논문(주 168), 174면; 남복현, 앞의 논문(주 194), 246-247면 각 참조.

201) 손인혁, 앞의 논문(주 194), 16면.

실효성 확보와 위헌적인 법률조항으로부터 기본권 구제를 강화하는 차원에서 예외적으로 소급효를 인정하는 것과 실질적으로 처벌의 범위를 확장하는 결과가 되는 해석을 통한 소급효의 제한은 본질적으로 다른 차원의 문제이므로 해석을 통해 소급효의 제한이 가능한 것인지는 신중한 검토를 필요로 한다.

이와 관련하여 대법원은 소급효를 제한할 필요성은 충분히 인정되지만 전면적 소급효의 인정으로 인해 초래되는 문제의 해결은 법원의 해석이 아니라 입법을 통해 해결되어야 한다고 판단하였다.<sup>202)</sup>

## 5. 우리 입법과정의 특수성과 입법현실상의 불가피성

독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항은 위헌결정의 형식으로 무효선언에 이르지 않은 불합치결정의 형식을 명시적으로 인정하면서, 제79조 제2항에서는 독일기본법과 합치하지 아니하거나 제78조에 의해 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의해 기본법과 합치되지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사확정판결에 대해서는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다고 하여, 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정이 허용된다고 명시적으로 규정하고 있다. 하지만, 실제 독일연방헌법재판소가 형벌조항에 대해 헌법불합치결정을 선고한 사례는 발견되지 아니한다. 이러한 재판실무 및 규범현실과 관련하여 독일의 경우 입법과정이 투명하고 치밀할 뿐 아니라 연방헌법재판소의 권한사항으로 추상적 규범통제절차를 비롯한 다양한 형태의 규범통제절차가 마련되어 있어 위헌성이 확인되는 형벌조항이 많지 않기 때문에 당연히 헌법불합치결정의 사례가 발견되지 않지만, 과거 우리의 입법현실과 특별한 헌정사적 경험에 비추어 볼 때 독일의 경우와는 달리 오히려

202) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결

“형벌조항의 경우에도 그 제정이나 개정 이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 말미암아 비로소 위헌적인 것으로 평가받는 경우에는 그 조항의 효력발생 시점까지 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하는 것이 오히려 사법적 정의에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으므로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에도 불구하고 그 소급효를 제한할 필요성이 있음은 비형벌조항의 경우와 크게 다르지 않고 … 특히 동일한 형벌조항에 대하여 과거 헌법재판소의 결정에 의하여 그 조항의 합헌성이 선언된 바 있음에도 그 후의 사정변경 때문에 새로 위헌으로 결정된 경우에는 더욱 그러할 것이다. 그럼에도 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우, 죄형법정주의 등 헌법과 형사법하에서 형벌이 가지는 특수성에 비추어 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심청구권을 명시적으로 규정한 법률의 문언에 반하여 해석으로 그 소급효 및 피고인의 재심에 관한 권리를 제한하는 것은 허용되기 어렵다 할 것이고, 그에 따른 현저한 불합리는 결국 입법에 의하여 해결할 수밖에 없을 것이다.”

헌법불합치결정이 현실적으로 매우 필요하고 요청된다고 하는 견해가 있다.<sup>203)</sup>

오랜 권위주의체제를 거치는 동안 통치의 수단으로 정권의 유지에 필요에 따른 수많은 형벌조항이 양산되었고, 이를 견제하여야 할 책임을 가진 일반법원이 오히려 이와 같은 형벌조항의 집행에 충실한 협조자였을 뿐 아니라 현행헌법에서 헌법재판소를 설치하기 전까지는 헌법재판제도 역시 장식적이고 유명무실한 존재였음은 주지의 사실이다. 현행헌법으로 개정 이후에도 입법부나 행정부가 과거 독재체제를 유지하기 위한 악법에 대한 청산에 노력을 기울이지 않았고, 헌법재판소 역시 이들 형벌조항의 위헌성을 발견하고도 과감하게 위헌결정을 하는 대신 한정합헌결정 등 정치권, 법원과 타협하는 소극적인 자세를 취하기도 하였음을 부인하기 어렵다. 그리고 헌법과 법률이 정하는 입법절차가 제대로 준수되지 않았을 뿐 아니라 그때그때 사정에 따라 형벌을 가중하거나 구성요건을 추가하는 등의 특별형법의 형식으로 형벌조항을 양산하는 관행이 아직 시정되지 않고 있고, 헌법재판소도 일반예방목적을 강조하여 형사처벌의 필요성만을 강조하면서 이들 형벌조항에 대한 위헌판단을 꺼려온 것이 사실이기도 하다.

이러한 입법관행과 입법현실에서 헌법재판소가 단순위헌결정의 형식만으로 위헌성의 문제를 해결하는 것은 현실적으로 매우 어렵고, 단순위헌결정으로 인한 법적 공백상태와 이로 인한 법적 혼란을 고려하지 않고 형벌조항에 대하여 과감히 위헌선언을 할 수 있도록 명문의 허용규정이 없더라도 일반 법률조항과 마찬가지로의 관점에서 형벌조항의 경우에도 헌법불합치결정을 적극적으로 활용하는 것이 필요하고 또한 요청된다고 한다.<sup>204)</sup>

## 6. 소결

헌법불합치결정은, 단순위헌결정으로 위헌인 법률조항이 즉시 효력을 상실하게 됨으로써 발생하는 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위한 법적 안정성의 관점과 법적 공백 상태를 합헌적으로 새롭게 규율할 권한과 책임을 가진 입법자의 입법형성권 존중의 관점에서, 위헌인 법률조항의 효력을

203) 남복현, 앞의 논문(주 190), 485-486면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 139-141면 각 참조.

204) 박경철 교수는 이러한 주장이 위헌법률심판제도의 제도적 취지를 부정하는 것일 뿐만 아니라 졸속입법현상을 시정하지도 못하고 오히려 이를 용인하고 촉진하는 결과만을 초래하여 법치국가적으로 바람직하지 못한 법상태를 초래하는 문제점이 있다고 지적한다.(박경철, 앞의 논문(주 142), 308면 참조).



즉시 상실하게 하는 대신 그 효력을 형식적으로 존속하게 하여 입법자로 하여금 입법적 보충, 즉 개선입법을 통해 스스로 법적 공백 상태를 메우도록 함으로써 합헌성을 회복하는 위헌결정의 방식이다. 따라서 위헌결정으로 인한 법률조항의 즉시 효력상실로 인해 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 우려되고, 그 공백을 메우는 데 입법자의 역할이 요청되는 상황에서는 일반 법률조항과 마찬가지로 형벌조항에 대한 위헌결정에서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다.

형벌조항의 구성요건이 지나치게 불명확하거나 처벌되는 행위의 유형이 지나치게 광범위한 경우, 구성요건적 행위에 대한 처벌의 필요성과 당위성은 충분히 인정되지만 그 법정형이 필요 이상으로 지나치게 높거나 다른 범죄행위의 법정형과 균형을 상실한 경우, 국가형벌권의 행사에 대한 국민의 신뢰 등 법적 안정성의 관점과 해당 형벌조항의 규범구조적인 특성으로 인해 위헌성을 제거하고 합헌성의 회복을 위하여 입법자의 입법적 보충(개선입법)이 불가피한 경우 등이 형벌조항에서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정되는 전형적인 영역으로 볼 수 있을 것이다.

형벌조항이 수행하는 일반국민의 기본권 보호와 범공동체의 중요한 법익의 보호, 그 전제로서 국가의 안전보장 등 중요한 헌법적 기능과 형벌조항을 통한 행위의 금지 또는 요구와 위반에 대한 처벌이 국민의 일상생활과 기본권 실현 및 보장에 미치는 중요성에 비추어, 무엇을 범죄로 하고 그 위반 시에 어떤 형벌을 어느 정도 부과할 것인지를 정하는 것은 일차적으로 민주주의원리에 따라 입법자의 역할임은 다언을 요하지 않을 것이다. 따라서 헌법불합치결정의 정당화 근거인 법치주의원리의 내용으로서 법적 안정성의 보장과 민주주의원리 및 권력분립원칙의 핵심적 내용으로서 입법형성권의 존중이라는 측면에서 형벌조항의 경우에도 헌법불합치결정이 정당화되는 경우가 많다고 할 것이며, 단지 헌재법 제47조 제3항 단서에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효를 명시적으로 선언하고 있다고 하여 그 필요성과 효용성을 부인할 것은 아니라고 할 것이다.

나아가 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적 소급효를 정하고 있는 헌재법 제47조 제3항으로 인해 사정변경으로 인한 후발적인 위헌사유가 있는 경우나 전면적인 소급효로 인한 법적 안정성의 보호 또는 국가 법질서에 대한 신뢰가 문제되는 경우, 일정한 범위에서 예외적으로 형벌조항에 대한 위헌결정의

소급효를 일부 제한하는 것이 요청됨에도 불구하고 헌재법 제47조 제3항에 대한 해석을 통해 소급효를 제한하는 것에는 한계가 있음을 확인하였다. 이러한 경우에도 법적 공백의 상태를 도저히 묵과할 수 없고 합헌성의 회복을 위하여 입법자에게 수단선택의 가능성이 인정되는 범위에서 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 할 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다.

헌법불합치결정은 법적 안정성의 보호와 입법형성권에 대한 존중의 관점에서 위헌인 법률조항의 효력을 형식적으로 존속하게 하는 것이므로 그와 같은 정당화 사유가 인정되는 경우에 한해 제한적으로 사용되어야 할 것이지만, 그 정당화 사유로서 법적 공백으로 인한 법적 혼란의 방지와 법적 공백을 메우기 위한 입법형성권의 존중은 바로 위헌결정의 즉시 또는 소급적인 효력상실로부터 초래되는 것이다. 그리고 법적 안정성의 보호와 입법형성권의 존중을 위한 입법적 보충을 위해서는 위헌결정의 효력을 시간적으로 제한하는 것이 불가피하고, 그것이 바로 헌법불합치결정의 정당화 근거이며 또한 소송법적 효력이기도 한 것이다.

따라서 위헌결정의 시간적 효력, 특히 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 헌법불합치결정을 활용하는 것은 헌법불합치결정의 본질에 비추어 부당하다는 지적은 전적으로 타당한 것이지만, 소급효로 인한 법적 공백의 방지와 이를 메우기 위한 입법자의 입법적 보충이 필요불가결하다는 측면에서 본다면 서로 동일한 결론에 이르게 된다고 볼 것이다. 헌법불합치결정이 필요성과 효용성을 가지며 또는 정당화 근거를 갖는 사유의 출발점은 바로 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효에서 비롯하고, 이로써 초래되는 법적 안정성에 대한 훼손을 입법자 스스로의 입법적 보충을 통해 메워서 합헌성을 회복하기 위하여 위헌적인 법률조항의 효력을 형식적 또는 잠정적으로 존속하게 하는 것이 바로 헌법불합치결정의 본질적 내용이자 효력이기 때문이다.

## 제5절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용 가능성

독일의 연방헌법재판소법과 같이 형벌조항을 비롯하여 법률조항에 대한

헌법불합치결정의 가능성 및 허용성에 대한 입법적 근거를 명시적으로 둔 입법례와는 달리, 우리 헌법재판의 법제에서는 규범통제절차의 결정형식으로 위헌결정만을 명시하고 있을 뿐 한정위헌결정, 헌법불합치결정 등 그 요건과 효력이 다른 위헌결정의 가능성과 허용성에 대해서는 명시적인 규정을 두지 않음으로써 헌법재판소의 판례와 학설을 통해 이를 해결하도록 맡기고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 규범통제절차의 실효성 보장, 법치국가원리의 핵심적 내용으로서 법적 안정성과 구체적 정의의 조화, 위헌성 제거 및 합헌성 회복을 위한 수단선택의 가능성 및 헌법재판소의 기능적 한계와 입법자의 입법형성권 보장 등을 근거로 하여 한정위헌(합헌)결정, 헌법불합치결정 등 다양한 형식의 위헌결정을 실무적으로 활용하고 있다. 그리고 이러한 다양한 형식의 위헌결정에 대해 학설은 그 가능성과 허용성을 예외 없이 인정하고 있고, 국회·행정부·법원 등 위헌결정의 수범자인 국가기관 등도 부분적으로 이견이 없는 것은 아니지만 대체로 그 허용성과 기속력을 인정하고 있다.

이와 같은 헌법불합치결정의 필요성과 타당성은 제4절에서 살핀 바와 같이 형벌조항의 경우에도 규범구조적인 측면에서, 그리고 법적 공백의 방지와 합헌성 회복을 위한 입법자의 입법적 보충의 측면에서 여전히 인정된다. 그런데 형벌조항의 경우에는 헌재법 제47조 제2항이 정한 위헌결정의 원칙적 장래효에도 불구하고 제47조 제3항에서 위헌결정의 소급효를 규정하고 있는바, 이는 국가형벌권의 행사가 국민의 기본권에 미치는 영향력을 고려할 때 기본권 보장과 형사사법의 정의 등 구체적 타당성의 차원에서 형사처벌로 인한 법적·사실적 불이익을 모두 제거하여 이전의 법적 상태를 회복하게 하는 것이 필요하다는 요청에서 비롯하는 것이다.

헌법불합치결정은 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 위헌성이 확인된 법률조항의 효력을 즉시 상실하게 하는 것이 아니라 형식적 또는 잠정적으로 그 효력을 존속하게 하는 것에 본질적 효력이 있으므로 그 자체로 단순위헌결정의 시간적 효력을 제약하는 효과가 있다. 마찬가지로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 법적 공백의 방지 등 법적 안정성의 보호를 사유로 하든, 입법적 보충을 위한 입법형성권의 존중을 사유로 하든, 나아가 위헌결정의 소급효를 일부 제한하기 위한 사유이든 간에 위헌적인 형벌조항의 효력상실 시기를 일정기간 장래로 미룬다는 점에서 헌재법 제47조 제3항이 정하는 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 실질적으로 배제하는

의미를 갖는다고 할 것이다.

따라서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정으로 인해 사실상 현재법 제47조 제3항의 소급효를 배제하는 결과가 되고, 이를 통해 위헌인 형벌조항으로 인해 형사처벌을 받은 사람의 기본권 구제와 이를 위한 재심청구를 제한한다는 점에서 그 허용성 여부와 관련하여 견해의 대립이 있다.

## 1. 헌법불합치결정의 허용 여부에 대한 견해의 대립

### 1. 전면적 긍정설

헌법재판소법 제47조 제3항에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명시하고 있고, 같은 조 제4항에서는 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심을 허용하고 있다. 이처럼 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 근거로 유죄의 확정판결에 대해서도 재심을 청구할 수 있게 하는 것은 이미 확정된 법원의 유죄판결을 처벌근거인 형벌조항의 위헌성과 이에 대한 위헌결정의 소급효를 이유로 번복하는 것이 되므로 형벌조항에 대해서도 이로부터 보호하여야 할 중대한 법적 공백이나 이로 인한 법적 혼란의 방지 등 헌법불합치결정을 할 사유가 있으면 현재법 제47조 제3항에도 불구하고 적용중지의 헌법불합치결정은 물론이고 잠정적용의 헌법불합치결정을 선고할 수 있다고 한다.<sup>205)</sup>

형벌조항에 대해서 단순위헌결정이 선고되면 현재법 제47조 제3항 본문으로 인하여 그 제정 또는 개정의 시점 또는 형벌조항이 헌법질서와 충돌하게 된 시점까지 소급하여 효력이 상실되고, 제47조 제4항에 의하여 이미 확정된 유죄판결에 대해서도 전면적으로 재심을 허용하고 있어 그로 인해 중대한 법적 혼란이 발생하여 법적 안정성이 파괴될 위험성이 있으므로 이를 제한하기 위하여 헌법불합치결정을 할 수 있다고 할 것이다.<sup>206)</sup> 그리고 일반 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 정당화하는 사유가 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우에도 그대로 인정되는 경우 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정의 형식을 사용할 수 있을 것이다. 즉 형벌조항의 경우에도 단순위헌결정으로 중대한 법적

205) 김현철/박경철/박진영/홍영기, 앞의 책(주 163), 282면.

206) 남복현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보(주), 2011, 266면; 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009, 394면 이하; 김현철/박경철/박진영/홍영기, 앞의 책(주 163), 282면 이하 등 참조.

공백과 법적 혼란이 야기되거나 위헌결정으로 더욱 위헌적인 상태를 초래할 위험성이 있는 경우에는 이를 방지하기 위하여 헌법불합치결정이 필요하다고 한다.<sup>207)</sup>

형벌조항에 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재하고 있는 경우 단순위헌결정이나 한정위헌결정의 형식으로는 양자를 분리할 수 없고,<sup>208)</sup> 합헌 부분과 위헌 부분 간의 확정과 관련하여 다양한 선택가능성이 존재하여 입법자의 입법형성권을 존중하여야 하는 경우가 있을 수 있는데, 이와 같은 경우에 형벌조항이라는 이유로 헌법불합치결정을 할 수 없어 단순위헌결정을 한다면 합헌적인 형사처벌의 대상인 행위까지 처벌할 수 없게 되는 법적 공백의 상태가 발생하게 된다. 그리고 이에 더하여 합헌적인 처벌 부분에 근거한 유죄의 확정판결에 대해서도 일률적으로 재심청구가 가능하게 되는 불합리한 문제가 발생하므로, 단순위헌결정의 전면적 소급효로 인한 법적 안정성의 파괴를 헌법불합치결정을 통하여 제한할 필요가 있다는 점에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 허용할 수 있다고 한다.<sup>209)</sup>

형벌조항의 영역에서 법적 안정성과 구체적 정의가 충돌하는 경우 반드시 구체적 정의를 우선시할 것이 헌법적으로 요구되는 것은 아니므로 형벌조항에 대한 위헌결정에 반드시 소급효를 관철하여야 하는 것은 아니다. 따라서 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 헌법에 명시적인 규정이 없는 한 이는 단지 입법정책적 차원의 문제<sup>210)</sup>일 뿐이고, 이와 같은 맥락에서

207) 김하열, 앞의 논문(주 168), 172면.; 이명웅, 앞의 논문(주 206), 395면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 146면

김하열 교수는 일반 법률조항에 대한 헌법불합치결정과 마찬가지로 위헌적인 형벌권의 행사로부터 개인을 구제하는 데에 입법적 개입이 필요하고 적절한 경우에는 (일반 법률조항과 마찬가지로) 형벌조항에 대해서도 (적용중지) 헌법불합치결정이 가능하다고 한다(김하열, 앞의 논문(주 168), 174면 참조). 그리고 허완중 교수는 법치국가원리의 내용으로서 법적 안정성의 요청이 강조되는 경우 헌법불합치결정이 정당화되는 것과 마찬가지로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정도 헌법적 정당화를 통해 허용된다고 한다(허완중, 앞의 논문(주 171), 146면 참조).

208) 합헌과 위헌의 부분을 회정할 수 있어 위헌 부분만을 특정할 수 있는 경우에는 일부위헌결정이나 한정위헌결정을 통해 그 부분만을 법질서에서 배제하여야 할 것이므로 애당초 헌법불합치결정을 할 사유에 해당하지 않는다고 볼 것이다.

209) 한수웅, 앞의 논문(주 187), 505-506면, 534면; 이영진, 앞의 논문(주 186), 610면.

210) 남복현, 위의 책(주 206), 269면; 이명웅, 앞의 논문(주 206), 396면 각주 52); 허완중, 앞의 논문(주 171), 147면; 현재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226 이하; 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744 이하; 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하.

이와 달리 2006헌바108 결정에서 조대현 재판관은 '헌법재판소법 제47조 제2항 본문에

헌법재판소와 대법원이 헌재법 제47조 제2항에도 불구하고 일반 법률조항에 대한 위헌결정의 장래효에 대한 예외로서 해석을 통해 제한적으로 소급효를 인정하고 있는 것과 마찬가지로 형벌조항에 대한 위헌결정에서도 헌재법 제47조 제3항에 대한 해석을 통해 소급효를 예외적으로 제한할 수 있을 것이라고 한다.<sup>211)</sup>

헌재법에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 전면적으로 재심을 허용하고 있는 것은 위헌인 형벌조항에 근거한 형사처벌로 인해 침해받은 개인의 기본권 구제가 법적 안정성의 요청보다 더 중요하고 우선한다고 보았기 때문이다. 그런데 형벌이라는 수단을 통해 공동체의 법질서를 보장하여야 할 사정은 그 시대상황에 따라 달라질 수 있고, 따라서 어떤 시점에서는 필요하고 유효한 형사처벌이 시대상황에 따라 달라져 더 이상 필요하지 않거나 그 제재가 완화된 필요성도 있을 수 있다. 이러한 경우 그와 같은 형벌조항의 구성요건과 법정형은 폐지되거나 개정되는 것이 마땅하지만, 그렇다고 하여 과거의 처벌까지 정의에 반하는 것으로 의제할 수는 없다. 또한 이와 같은 상황에서 입법자가 스스로 해당 형벌조항을 폐지하거나 개정하지 않으면 헌법재판소가 규범통제절차를 통해 형벌조항에 대해 위헌결정을 할 수밖에 없을 것이고, 이 때 이전에 형사처벌을 받았던 사람들을 모두 재심을 통해 구제하여야 할 필요성이나 당위성은 줄어들 것이고 오히려 그렇게 하는 경우 사안에 따라서는 법적 안정성은 물론이고 국민의 기본권 구제라고 하는 구체적인 타당성의 요청마저도 훼손되는 결과를 낳을 수도 있을 것이다. 따라서 헌재법 제47조 제3항 및 제4항이 정하는 소급효 및 재심의 범위를 일정 부분 제한하는 목적론적 해석을 하여야 할 필요성이 있을 것인데, 그것이 바로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 통해 가능하다고 한다.<sup>212)</sup>

우리나라의 경우 장기간의 독재를 거치는 과정에서 많은 위헌적인 형벌조항이 양산되었고, 그럼에도 불구하고 법원이나 헌법재판소의 소극적·방임적인

---

대해서 위헌법률의 소급적 실효를 부정함으로써 위헌법률심판제도를 마련하여 헌법의 최고규범성을 확보하려는 헌법의 취지에 부합하지 않게 되었다고 하면서 위헌결정의 시간적 효력은 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익 간의 형량의 문제가 아니라 헌법 해석의 문제라고 주장한다(헌재 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하 참조).

211) 남복현, 위의 책(주 206), 266면 이하; 이명웅, 앞의 논문(주 206), 396면; 이현환, 앞의 논문, 290면.

212) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 171-172면 참조.

태도로 인해 위헌적인 형벌조항이 그대로 잔존하고 있으며, 이에 더하여 의회주의의 미성숙으로 인해 형벌과 관련한 입법 역시 졸속으로 이루어지고 있는 현실에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하지 아니하면 단순위헌결정으로 인해 반드시 형사처벌이 필요한 행위까지도 규율할 수 없는 법적 공백 상태를 초래할 우려가 있기 때문에 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하여야 한다고 한다.<sup>213)</sup>

## 2. 부분 긍정설

부분 긍정설은 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 잠정적용의 헌법불합치 결정과 적용중지의 헌법불합치결정 중 어느 하나만 허용된다는 견해이다.

적용중지의 헌법불합치결정만이 허용된다는 견해는, 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효로 인하여 법적 공백이나 법적 혼란을 일으킬 우려가 있는 경우 헌법불합치결정이 허용되어야 하지만, 형벌조항에 대해 위헌이라고 판단하면서도 위헌인 형벌조항의 잠정적용을 명하는 것은 위헌법률에 따른 형사처벌을 그대로 허용하는 결과가 되므로, 이는 범치국가원리 내지 국가의 기본권보장의무와 죄형법정주의의 취지에 비추어 헌법적으로 정당화되기 어렵다는 것을 논거로 한다.<sup>214)</sup>

반대로 잠정적용의 헌법불합치결정만이 허용된다는 견해는, 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 원칙적으로 허용되지 아니하지만 위헌결정을 선고하는 경우 중대한 법적 혼란을 예상되는 경우 잠정적용의 헌법불합치결정을 할 수 있으며, 이 경우 헌법재판소는 단순히 잠정적용을 명할 것이 아니라 잠정적용으로 인해 형사처벌의 대상이 되는 사람들의 피해를 최소화하는 방향으로 특별히 경과규율을 둘 수 있으며, 이 경우 경과규율에 의하여 헌재법 제47조 제4항에 따른 유죄의 확정판결에 대한 재심을 부정하여서는 아니 된다고 한다.<sup>215)</sup> 이 주장은 독일 연방헌법재판소의 낙태판결(BVerfGE 39, 1)이나 국적법판결(BVerfGE 37, 217)에서와 같이 헌법불합치결정된 법률조항의

213) 남복현, 앞의 책(주 206), 266-267면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 140-141면 각 참조.

214) 김현철, 앞의 논문(주 194), 305면; 김하열, 앞의 논문(주 168), 170면 이하; 허완중, 앞의 논문(주 171), 152면; 최창호, “형벌법규 위헌심사에 관한 연구: 양형규정을 중심으로”, 『형사법과 헌법이념』 제3권, 박영사, 2010, 414면 이하; 허영, “헌법재판과 입법”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008, 40면 참조.

215) 황도수, “헌법불합치 결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토”, 헌법실무연구 제10권, 헌법실무연구회, 박영사, 2009, 487-488면 이하 참조.

잠정적용을 명하는 것에서 더 나아가 입법자를 대신하여 헌법재판소가 새로운 내용의 과도기적인 입법적 조치를 독일 연방헌법재판소법에 규정된 가처분제도(독일연방헌법재판소법 제32조)나 집행명령(독일연방헌법재판소법 제35조)의 형태로 발령하는 적극적인 경과조치까지도 포함하는 것으로 이해된다.

### 3. 부정설

헌법불합치결정은 위헌법률의 효력을 형식적으로 존속하게 하거나 일정기간 동안 잠정적으로 유지하게 하는 것에 본질적인 효력이 있다. 형벌조항은 국민의 기본권을 가장 중대하게 제한하는 형사처벌의 근거조항으로서 헌법은 이와 같은 국가형벌권의 자의적이고 과잉적인 행사로부터 국민의 기본권을 보장하기 위해 죄형법정주의원칙(제12조 제1항), 행위시법주의 및 형사소급입법금지원칙(제13조 제1항)을 선언하고 있다. 이와 같이 국가형벌권의 자의적·과잉적인 행사로부터 국민의 기본권을 보장하는 헌법규정의 취지를 고려할 때, 형벌조항이 위헌인 경우 소급하여 그 효력을 상실하게 함으로써 위헌인 형벌조항에 근거한 처벌의 위협뿐 아니라 과거의 처벌결과로부터 국민의 기본권을 보호하고 회복시켜주는 것이 실제적 정의에 부합한다고 할 것이고, 이 때 법적 안정성이라는 법이념은 실제적 정의의 뒤로 후퇴하여야 할 것이다. 따라서 형벌조항이 위헌이면 단순위헌결정을 하여야 하고, 그 경우 헌법불합치결정은 허용되지 아니한다고 한다.<sup>216)</sup>

형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 법적 안정성의 관점에서 현실적으로 필요하다고 하더라도, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명시하고 있는 헌재법 제47조 제3항 본문과 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 유죄확정판결에 대해 전면적으로 재심을 허용하는 제47조 제4항의 규정에 비추어 볼 때 이에 반하는 결과인 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 허용될 수

216) 박경철, 앞의 논문(주 142), 291-308면 참조; 박진영, 앞의 논문(주 153), 139면 이하 참조; 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 헌법학연구 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007, 9., 71면.

박진영 교수는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 헌재법 제47조 제3항에 배치되고, 헌법불합치결정의 소급효 범위와 개선입법의 소급효 범위를 다르게 보는 이상 개선입법의 소급적용과 관련하여 법적 혼란이 발생하며, 개선시한까지 개선입법이 이루어지지 않으면 헌법불합치결정의 의미나 효과가 사라지게 되므로 헌법불합치결정을 통해 형벌조항의 실효시기를 장래로 미루거나 소급효를 제한할 수 있다고 보기는 어렵다고 한다(박진영, 앞의 논문(주 153), 139면 참조).



없으며, 위헌인 형벌조항을 잠정적으로 적용하는 계속적용의 헌법불합치결정은 물론이고 적용중지의 헌법불합치결정도 개선입법의 소급적용을 전제로 하여 결과적으로 피고인의 범죄행위가 종료된 이후에 개정된 개선입법을 소급적용하여 처벌하는 것에 다름 아니므로, 형벌조항에 관한 소급입법을 절대적으로 금지하고 있는 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 정면으로 위배된다는 점에서 헌법불합치결정은 허용될 수 없다고 한다.<sup>217)</sup>

결국 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 현행 헌법재판 법제상 허용되지 아니한다는 입장에서는, 설사 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 법적 안정성 등을 고려하여 헌법불합치결정을 하더라도 헌법불합치결정은 그 본질상 위헌결정의 하나이고, 따라서 헌재법 제47조 제3항 본문에 의하여 형벌조항은 소급하여 효력을 상실하며 이미 확정된 유죄판결에 대해서는 제47조 제4항에 의하여 전면적으로 재심을 청구할 수 있다. 그리고 헌법불합치결정에 따라 개정된 개선입법을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 제13조 제1항의 행위시법주의 및 형사소급입법금지원칙에 위배되는 것이다.

법원의 실무도 부정설을 따르고 있다. 앞에서 이미 본 바와 같이 대법원은 학교보건법 사건(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1)에서, ① 법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌 여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 해당 사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 데에 그 목적이 있다는 점과 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 보면, 해당 사건에 적용되는 법률조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당하고, ② 형벌에 관한 법률조항에 대해서 위헌결정이 선고되면, 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 해당 사건뿐 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항의 규정에 비추어 보면, 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 법률조항을 피고인에 대한 처벌법규로 더는 적용할 수 없으며, ③ 헌법불합치결정이 선고되고 나서 개정된 법률은 피고인이 공소사실 기재와 같은 행위를 한 다음에 입법화한 것이 분명하므로, 이미 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 구법을 토대로 개정된 법률조항을 소급적용하여 피고인을

217) 자세한 것은 박정철, 앞의 논문(주 142), 291-308면 참조할 것.

처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 명문규정에 어긋나 허용될 수 없다고 판시하였다.<sup>218)</sup> 이와 같은 입장에 의하면 대법원은 형벌조항에 대한 헌법재판소의 적용중지의 헌법불합치결정을 부인하고 이를 위헌결정으로서 단순위헌결정으로 취급하는 것으로 보인다.

야간옥외집회금지 사건(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)에서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명한 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조, 제23조 제1호를 잠정적용의 헌법불합치결정의 취지에 따라 계속적용하여 유죄로 판단한 하급심판결<sup>219)</sup>도 있으나, 대부분 ① 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정취지 등에 비추어 보면 위헌결정의 일종이고, ② 형벌법규는 헌법불합치결정에 따라서 위헌으로 확정되어 소급하여 그 조항의 효력이 상실되고(헌법재판소법 제47조 제3항), 위 조항에 근거한 모든 유죄의 확정판결에 대해서 전면적으로 재심이 허용되며(헌법재판소법 제47조 제4항), 국회가 개선입법으로 이 부분에 관해서 소급 적용하여 피고인을 처벌하는 조항을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 형벌불소급원칙에 어긋나 결코 허용될 수 없으므로, 헌법불합치결정 이후 법률이 개선될 때까지의 기간에 발생할 수 있는 법적 공백 및 혼란 상태를 합헌적인 상태로 회복할 방안이 전혀 없을 뿐 아니라 헌법불합치로 결정된 조항을 처벌근거로 한 과거 및 현재 유죄의 확정판결을 받은 모든 피고인이 재심청구를 하면 무죄를 선고할 수밖에 없어, 헌법불합치로 결정된 조항을 계속 적용하여 현재 피고인에게 유죄를 선고하면 헌법불합치로 결정된 조항을 적용하지 않는 때에 비해서 오히려 심각한 법적 혼란이 일어나며, ③ 헌법재판소가 이 사건 결정을 할 때에 헌법불합치결정의 정족수에 관한 합의는 있었지만, 잠정적용결정에 관한 합의는 없었던 것으로 보이는 점, 형사재판에서 의심스러울 때에는 피고인의 이익으로 재판하여야 한다는 점, ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조 본문은 행정법규로서의 측면과 형벌법규의 구성요건의 측면의 양면성을 동시에 검유하는 점, 이 사건 결정의 주문형식 등 제반사정에 비추어 보면, 위 잠정적용결정으로 말미암아 헌법불합치결정의 본질이 위헌결정에서 합헌결정으로 변질한다고 볼 수 없다는 등의 근거를 들어 무죄판결을 선고하였다.<sup>220)</sup>

218) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결.

219) 울산지방법원 2009. 9. 29. 선고 2009고합100 판결.

220) 서울중앙지법 2009. 10. 28. 선고 2009고정1140 판결; 2009. 10. 29. 선고 2009고단

## II. 학설에 대한 검토

### 1. 부정설에 대한 검토

가. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 전면적으로 부정하는 견해는 크게 세 가지의 사유를 근거로 하고 있다.

먼저 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하는 경우 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 위헌인 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심을 규정한 헌재법 제47조 제3항 및 제4항에 위반되고, 또한 이로써 법적 안정성보다 실질적 정의를 우위에 두겠다는 입법자에 의사에 반하므로 헌법불합치결정을 해서는 안 된다고 한다. 다음으로는 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우 헌법재판소가 형사책임의 근거가 되는 법률이 위헌이라고 인정하면서도 법적 공백 등을 이유로 위헌의 형벌조항을 잠정적으로 적용하여 형벌을 가한다는 점에서 법치국가원리에서 비롯되는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의 및 적법절차원칙에의 위배되는 문제점이 있고, 적용중지의 헌법불합치결정은 헌법재판소가 위헌이라고 판단한 형벌조항을 입법자에 의한 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 적용중지시키면서 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 절차진행이 정지된 사건과 재심청구사건 등에 행위 이후에 제정된 개선입법을 소급적용하여 개선입법에 따라 형사책임의 유무를 판단하도록 한다는 점에서 헌재법 제47조 제3항, 제4항 뿐 아니라 헌법 제13조 제1항의 형사소급입법금지원칙에 위배된다는 것을 근거로 한다. 그리고 헌재법에서 헌법불합치결정에 대한 실정법적 근거를 두고 있지 않으므로 일반 법률조항과 마찬가지로 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 하여서는 안 된다고 한다.

나. 헌법불합치결정은 헌재법 제47조 제2항에 따른 위헌법률의 효력을 제약하기 위함에 본질이 있다고 할 것이므로 문언적인 측면에서 형식적으로만 보면 헌법불합치결정은 헌재법 제47조 제2항에 명백히 어긋나는 위헌결정의 주문형식이다. 하지만 헌법불합치결정은 헌법적 정당화를 통해서 헌법재판소 판례를 통해 그 허용성이 확립되었고, 그와 같은 판례에 반대하는 학설을 찾기 어렵다. 즉 헌법불합치결정은 헌법해석을 통하여 법률조항이 정하는 내용에 대해 예외를 설정한 것이므로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부는

---

5806 판결; 2009. 10. 29. 선고 2009고정1389 판결 등 참조.

헌법재판소법 차원에 국한된 해석의 문제가 아니라 헌법의 기본원리를 포함하는 헌법해석에 따라 결정되어야 하는 문제라고 할 것이다.<sup>221)</sup>

법치주의원리의 양대 이념은 법적 안정성과 실질적 정의이다. 따라서 법치주의는 법적 안정성과 실질적 정의의 상호 조화와 균형을 그 본령으로 하는데, 법치국가원리를 구체적으로 실현하는 국가의 입법작용은 결국 서로 대립하거나 모순되어 보이는 법적 안정성의 요청과 실질적 정의의 요청을 서로 형량하거나 조정하여 양 요청 사이의 균형점을 발견하고, 구체적인 상황에서 일방의 요청이 타당의 요청에 우선하도록 입법적 선택을 하는 과정이라 할 수 있다. 위헌인 법률조항의 효력과 관련하여 입법자는 일반 법률조항의 경우 현재법 제47조 제2항을 통하여 법적 안정성의 요청을 중요하다고 보아 이를 우선적으로 고려하는 해결방법을 선택하였고,<sup>222)</sup> 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력과 관련해서는 반대로 현재법 제47조 제3항을 통하여 위헌적인 형사처벌의 효과 및 결과로부터 개인의 기본권 구제를 위하여 법적 안정성을 중시하는 입법적 해결방법을 선택하였다. 즉, 입법자가 현재법 제47조 제3항, 제4항을 통해 형벌조항에 대한 위헌결정에 전면적인 소급효와 재심을 허용한 것은 위헌적인 형사처벌로부터의 기본권 구제의 요청이 법적 안정성의 요청보다는 더욱 중요하고 시급하다고 판단하였기 때문이다.

그러나 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력을 헌법적 차원에서 명시적으로 규정하지 않는 한 입법자의 입법적 선택을 통한 상대적 우위는 구체적 상황에 따라 수시로 바뀔 수 있다. 법적 안정성에 상대적 우위를 부여한 현재법 제47조

221) 허완중, 앞의 논문(주 171), 146면 참조.

222) 헌법재판소는 법적 안전성의 요청을 중시하여 장래효를 정한 현재법 제47조 제2항에 대해 일관하여 “헌법재판소(憲法裁判所)에 의하여 위헌(違憲)으로 선고된 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)이 제정 당시로 소급(溯及)하여 효력을 상실하는가 아니면 장래(將來)에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성(憲法適合性)의 문제라기보다는 입법자가 법적(法的) 안정성(安定性)과 개인(個人)의 권리구제(權利救濟) 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책(立法政策)의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규(刑罰法規)를 제외하고는 법적(法的) 안정성(安定性)을 더 높여 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적(具體的) 타당성(妥當性)이나 평등(平等)의 원칙(原則)이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의(法治主義)의 원칙의 파생인 법적(法的) 안정성(安定性) 내지 신뢰보호(信賴保護)의 원칙에 의하여 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법(憲法)이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.”라고 판시하여 수차례에 걸쳐 합헌결정을 하였다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250면; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바7등, 판례집 13-2, 854, 859-860면; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 527면 각 참조).

제2항의 장래효원칙이 헌법재판소와 법원의 해석을 통해 예외적으로 배제될 수 있는 것처럼, 실질적 정의에 상대적 우위를 부여하는 헌재법 제47조 제3항 역시 예외적으로 법적 안정성에 우위를 두는 것으로 바뀔 수 있는 것이다.

따라서 헌재법 제47조 제3항, 제4항에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 재심을 허용하고, 그럼으로써 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 법적 안정성의 요청보다는 구체적 정의의 요청을 우선하는 것으로 판단한 입법자의 의사에 위반된다는 것을 근거로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성을 부인하는 것은 그 이론적인 설득력이나 타당성이 부족하다고 생각된다.<sup>223)</sup>

결국 형벌조항의 경우에도 헌법불합치결정을 정당화하는 사유가 존재한다면 헌재법 제47조 제3항, 제4항에도 불구하고 언제든지 적용중지든, 잠정적용이든 헌법불합치결정이 가능하다고 할 것이다.

다. 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에서 규정한 죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙의 근본취지는, 범죄구성요건을 통해 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 획정하여 줌으로써 국민에게 어떠한 행위가 금지되고, 위반 시 어떠한 형벌이 예정되어 있는지를 미리 공지하여 스스로의 자율적인 선택으로 행동을 결정할 수 있도록 하자는 데에 있다. 따라서 소급적인 범죄구성요건의 신설과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금지하는 것에 그 취지가 있는 것이지, 범죄구성요건이 소급하여 축소하거나 형벌을 소급하여 감경하는 것까지 금지하는 취지는 아니라고 할 것이다.<sup>224)</sup> 따라서 개선입법에서 위헌으로 판단된 종래 형벌조항보다 범죄구성요건의 범위를 축소하거나 법정형을 감경하는 경우 오히려 범죄자에게 유리하게 개정된

223) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 143), 171-172면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 146-148면 각 참조.

224) 헌법재판소도 이 점을 분명히 하고 있다.

“헌법 제12조 제1항 후단은 “……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 행위로 소추되지 아니하며……”라고 하여 죄형법정주의와 형벌불소급의 원칙을 규정하고 있다. 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 근본 뜻은 형벌법규는 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고, 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하자는 데 있다. (……) 즉 가벌성의 조건을 사후적으로 변경할 것을 요구하는 공익의 요청도 개인의 신뢰보호와 법적안정성에 우선할 수 없다는 것을 명백히 규정함으로써, 위 헌법조항은 ‘소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금’하고 있다.”(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, ‘‘ 부분은 필자 강조).

형벌조항이 적용되므로 그것으로 바로 헌법상의 죄형법정주의원칙이나 형사소급입법금지원칙에 위반되는 것은 아니라고 할 것이다. 특히 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 경우 개선입법을 통해 외형상 소급하여 구성요건을 축소하거나 형벌을 감경하더라도 범죄행위 당시 헌법불합치로 결정된 형벌조항에서 범죄구성요건과 법정형을 사전에 공지하였으므로 죄형법정주의원칙과 범죄행위자의 예측가능성이 보장된다는 점을 감안하여야 한다.<sup>225)</sup>

만약 개선된 형벌조항에서 종래 형벌조항에 비해 구성요건을 확장하거나 법정형을 강화하여 개선입법 효력발생 전의 범죄행위에 이를 적용하여 처벌하는 경우, 그것은 개선법률 자체의 위헌성 문제로서 개선입법이 죄형법정주의원칙과 형사소급입법금지원칙에 위배되는지 여부의 문제일 뿐이지 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성과 관련한 문제는 아니라고 볼 것이다.

라. 또한 부정설은 헌재법에서 헌법불합치결정에 대한 실정법적 근거를 두고 있지 않으므로 일반 법률조항과 마찬가지로 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 하여서는 안 된다고 하고, 이를 근거로 하여 대법원은 ‘헌법불합치결정이 헌법과 헌재법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당’하고, ‘헌법 제111조 제1항과 헌재법 제45조 본문<sup>226)</sup>에서 헌법재판소는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있다’고 규정하고 있으므로 헌법재판소가 그 주문과 이유에서 적용중지든, 계속적용이든

225) 김하열, 앞의 논문(주 168), 175면; 허완중, 앞의 논문(주 171), 147면 각 참조. 김하열 교수는 부정설의 죄형법정주의원칙, 행위시법주의 형사소급입법금지원칙과 관련한 주장을 극히 형식적이라고 지적하고, 헌법불합치결정에 수반되는 입법보충의 의미를 ‘이미 존재하는 합리적 처벌가능성의 확인 + 위헌적 처벌요건의 제거’라고 하면서 개선입법에서 합헌적 가벌성이 유지된 부분은 범죄행위 당시에도 성립·유효하였던 법률이지, 범죄행위 종료 후 비로소 신설된 가벌요건이 아니라고 한다(김하열, 앞의 논문(주 168), 175면 참조).

226) 대법원은 헌재법 제45조의 ‘...법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다.’는 문구에만 치중하여 이를 위헌결정의 유형을 한정된 것으로 해석하고 있지만, 단서 부분과 함께 해석하면 결정형식을 규율하는 것이 아니라 심판대상의 범위를 규율하는 것으로 보아야 한다. 헌재법 제45조를 헌법재판소의 심판대상 범위를 규율하는 것일 뿐 결정형식을 규율하는 것이 아니라고 보는 견해로는 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구 용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999, 91면; 이성환, “한정위헌결정의 기속력”, 세계헌법연구 제2호, 세계헌법학회한국학회, 1997, 547-548면; 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력”, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소, 1991, 180면; 황도수, “헌법재판소의 위헌법률심판권과 법원의 법률해석권”, 저스티스 제99호, 한국법학원, 2007. 8, 228면; 허완중, “한정합헌결정은 합헌결정인가”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2010, 490면; 허완중, “헌법재판소의 헌법불합치결정을 정당화하는 사유”, 안암법학 제31호, 안암법학회, 2010. 1, 43면 등이 있다.

헌법불합치결정을 하더라도 헌법불합치결정이 변형결정으로서 위헌결정인 한 헌재법 제47조 제3항의 형벌조항에 대한 위헌결정으로서 소급효를 인정하지 않을 수 없다고 판시하였다.<sup>227)</sup>

헌법불합치결정은 법률조항의 위헌성을 확인하는 결정이라는 점에서 분명히 위헌결정이다. 하지만 위헌결정에 속하는 헌법재판소 주문형식은 단순위헌결정, 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정이 있는데, 여기서 단순위헌결정, 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정은 선고요건과 법적 효과가 서로 명확하게 구별되는 별개의 결정유형이고, 서로 대체할 수도 없으며, 각기 헌법에 근거하여 정당화되어야 하는 것이다. 헌법재판소가 이를 분명하게 구별하여 위헌결정의 여러 주문유형 중 어느 하나를 선택하는 것은 엄격한 헌법적 정당화에 바탕을 둔 것이므로 그 내용과 효력면에서 서로 철저히 구별되어야 하며, 이는 그 내용과 효력에 따라 법원 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속하게 된다(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항, 헌재법 제47조 제1항, 제75조 제6항). 따라서 법원이 헌법재판소의 판례를 통해 형성된 헌법불합치결정의 내용과 효력에 대해 헌재법에 근거가 없는 변형결정이라는 이유로 임의적으로 단순위헌결정으로 취급할 수는 것이고, 나아가 이를 전제로 기속력을 부인하든지 함부로 소급효를 인정하든 부인할 것도 아닌 것이다. 법원은 헌법재판소가 내린 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 내용과 효력에 엄격히 기속되어 그에 따라 위헌인 형벌조항의 적용을 중지하든 또는 계속적용하고, 개선입법이 효력을 발생하면 합헌성이 유지되는 부분에 대해서는 그대로 처벌하고, 위헌성이 확인되어 확정적으로 효력이 상실된 부분은 처벌의 근거로 삼아서는 안 될 것이다.

마. 결국 부정설은 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항, 헌재법 제45조, 제47조 제3항, 제4항 등 실정법상의 근거를 들어 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성을 부인하고 있지만, 이는 이들 실정법적 근거에 대한 형식적이고 피상적인 해석에 토대를 둔 것으로 그대로 따르기는 어렵다고 할 것이다.

## 2. 부분 긍정설에 대한 검토

부분 긍정설은 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 잠정적용의 헌법불합치

<sup>227)</sup> 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결.

결정과 적용중지의 헌법불합치결정 중 어느 하나만 허용된다는 견해이다. 주로 적용중지의 헌법불합치결정만이 허용된다고 하는데, 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효로 인하여 법적 공백이나 법적 혼란을 일으킬 우려가 있는 경우 헌법불합치결정이 허용되어야 하지만, 형벌조항에 대해 위헌이라고 판단하면서도 위헌인 형벌조항의 잠정적용을 명하는 것은 위헌법률에 따른 형사처벌을 그대로 허용하는 결과가 되므로 이는 법치국가원리 내지 국가의 기본권보장의무와 죄형법정주의의 취지에 비추어 헌법적으로 정당화되기 어렵다는 것을 논거로 한다.

헌법불합치결정은, 단순위헌결정으로 위헌인 법률조항이 즉시 효력을 상실하게 됨으로써 발생하는 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위한 법적 안정성의 관점과 법적 공백 상태를 합헌적으로 새롭게 규율할 권한과 책임을 가진 입법자의 입법형성권 존중의 관점에서, 위헌인 법률조항의 효력을 즉시상실하게 하는 대신 그 효력을 형식적으로 존속하게 하여 입법자로 하여금 입법적 보충, 즉 개선입법을 통해 스스로 법적 공백 상태를 메우도록 함으로써 합헌성을 회복하는 위헌결정의 방식이다. 따라서 위헌결정으로 인한 법률조항의 즉시 효력상실로 인해 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 우려되고, 그 공백을 메우는 데 입법자의 역할이 요청되는 상황에서는 일반 법률조항과 마찬가지로 형벌조항에 대한 위헌결정에서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다.

형벌조항이 기능하는 일반국민의 기본권 보호와 범공동체의 중요한 법익의 보호, 그 전제로서 국가의 안전보장 등 중요한 헌법적 기능과 형벌조항을 통한 행위의 금지 또는 요구와 위반에 대한 처벌이 국민의 일상생활과 기본권 실현 및 보장에 미치는 중요성에 비추어, 무엇을 범죄로 하고 그 위반 시에 어떤 형벌을 어느 정도 부과할 것인지를 정하는 것은 일차적으로 민주주의원리에 따라 입법자의 역할임은 다언을 요하지 않을 것이다. 따라서 헌법불합치결정의 정당화 근거인 법치주의원리의 내용으로서 법적 안정성의 보장과 민주주의원리 및 권력분립원칙의 핵심적 내용으로서 입법형성권의 존중이라는 측면에서 형벌조항의 경우에도 헌법불합치결정이 정당화되는 경우가 많다고 할 것이다.

따라서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성이 있고, 또한 단순위헌결정으로 인한 법적 안정성의 보호 또는 합헌성 회복을 위한 입법자의 입법형성권에 대한 존중이 요청되는 경우에는 적용중지든, 잠정적용이든 헌법불합치결정을



할 수 있어야 할 것이고, 그 중 어떤 유형의 헌법불합치결정을 할 것인지는 해당 사안에서 헌법불합치결정을 정당화하는 사유에 따라 적합한 유형을 헌법재판소가 선택하여야 할 것이다. 따라서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성을 긍정하면서도 적용중지나 잠정적용의 어느 일방만이 가능하다는 주장은 적어도 이론적으로는 설득력이 부족하다고 생각된다.

다만, 일반 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 경우에도 위헌인 법률조항의 계속 적용하도록 한다는 의미에서 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우 특별한 헌법적 정당화가 요구되는 것과 마찬가지로, 형벌조항의 특성상 헌법 제12조, 제13조 등에서 특별한 헌법적 보호절차를 두고 있으므로 잠정적용의 헌법불합치결정을 하는 경우에는 더욱 엄격한 헌법적 정당화를 요청한다고 볼 것이다. 이는 형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정의 허용성 문제가 아니라 잠정적용의 헌법불합치결정의 효력을 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 등에 비추어 제한적으로 해석하는 문제로 귀결될 것이다.

### Ⅲ. 소결

제5절 II에서 검토한 바와 같이 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성과 관련하여 부정설의 입장과 부분 긍정설의 입장은, 위헌법률의 효력과 관련한 헌법적 요청에 대한 형량을 도외시키고 오로지 현재법 조항의 문언에 얽매인 형식적인 해석의 결과라는 점에서, 그리고 헌법불합치결정의 허용성 문제와 위헌적인 형벌조항으로부터 기본권 보장의 측면을 구별하지 못한 결과라는 점에서 그대로 따르기 어렵다고 할 것이다.

형벌은 국가의 법질서 보호와 국민의 생명과 신체의 안전 등 기본권 보호, 국가의 안전을 보장하기 위한 최후적이고 보충인 수단이지만, 그 자체로 국민의 자유를 심대하게 훼손할 가능성이 큰 국가행위이다. 따라서 헌법 제12조, 제13조 등에서 국가형벌권의 자의적이고 과잉적인 행사로부터 국민의 기본권 보장을 위하여 여러 가지 절차적 보호장치를 두고 있고, 헌법재판소법 역시 제47조 제3항, 제4항에서 형벌조항과 일반 법률조항을 달리 취급하여 법적 안정성의 요청보다는 구체적 정의의 관점을 우선하는 입법적 선택을 하고 있는 것이다.

그러나 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적 소급효는 구체적 정의의 실현과

위헌적인 형벌조항으로부터의 기본권 보장에 그 취지를 두고 있고, 또한 이를 통해 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다. 하지만 그것으로 충분한 것은 아니다. 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효로 인해 범공동체의 평화를 훼손하는 행위에 대처하는 법적 수단이 상실되고, 이로 인해 법적 교란과 혼란이 발생하여 우리 범공동체의 중요한 가치가 손상되는 경우에는 예외적으로 소급효를 제한함으로써 법적 평화의 확보와 합헌적인 범위 내에서 처벌의 실효성을 확보하는 것도 매우 중요하다고 할 것이다. 즉, 현재법 제47조 제3항, 제4항은 소급효를 통해 구체적인 정의의 요청을 충족시키는 것과 함께, 법적 안정성이 강하게 요청되는 경우 예외적으로 소급효를 제한할 수 있을 가능성을 확보하고 있을 때 비로소 헌법적 정당성을 완벽하게 갖추었다고 볼 것이다.<sup>228)</sup>

현행 헌법재판의 법제에서 제한된 범위에서 일부 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 입법적인 가능성을 열어 두고 있지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 그 적용영역은 극히 제한적이며, 또한 형벌조항의 본질과 특성에 비추어 볼 때 현재법 제47조 제3항, 제4항에 대한 탄력적인 해석을 통해 소급효를 제한하는 것도 사실상 불가능한 일이다.

결국 이와 같은 상황에서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시점을 일정기간 유예하는 효력을 갖는 헌법불합치결정은 형벌조항의 경우에도 여전히 필요하다고 보아야 하며, 우리 헌법의 기본원리로서 법치국가원리에 의해 그 정당성을 갖는다고 할 것이다. 다만, 형벌조항의 본질과 특성상 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 일반 법률조항의 경우보다 더욱 엄격한 정당화 근거가 제시되어야 할 것이며, 특히 위헌인 법률조항을 잠정적으로 계속 적용하는

228) 이는 일반 법률조항에 대한 위헌결정의 장래효를 규정하고 있는 현재법 제47조 제2항의 경우에도 마찬가지로 요청된다. 예외적인 소급효의 인정 없이는 위헌결정의 장래효는 헌법적으로 정당화되지 않는다. 헌법재판소도, “우리의 입법자는 법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 이러한 선택은 정당화된다고 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다. ……(중략) …… 다만, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고, 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때 등등의 경우에는 소급효를 인정할 수 있지만 어떤 사안이 그 같은 데두리에 들어가는가에 관하여는 일반법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호법의 등을 검토하고 재판이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다.” 라고 판시하여(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바7등), 이를 분명히 하고 있다.

잠정적용의 헌법불합치결정을 함에 있어서는 더욱 신중하여야 할 것이 요청된다고 할 것이다.

## 제6절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 정당화 사유와 효력

### 1. 형벌규정에 대한 불합치결정의 사유<sup>229)</sup>

#### 1. 후발적인 위헌성으로 인한 경우(사회인식의 변화로 처벌의 필요성이 사라진 경우)

법률이 헌법에 위반되는 경우는 법률의 제정 또는 개정 당시부터 위헌의 사유가 있는 원시적인 위헌성을 가진 경우와 제정 또는 개정 당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 위헌의 사유가 발생하는 후발적인 위헌성을 가진 경우가 있다. 후발적인 위헌성을 가진 경우 일반 법률조항에 대한 위헌결정은 장래효가 원칙이므로 위헌결정 당시를 기준으로 해당 법률조항이 효력을 상실하게 되므로 별 문제가 없으나, 형벌조항에 대한 위헌결정은 전면적인 소급효로 인해 과거의 합헌적 처벌의 집행이나 결과까지도 후발적인 위헌성으로 인해 그 효력이 모두 부정되는 사태가 발생하게 된다. 우리 헌법재판의 법제에서는 형벌규정의 경우 과거 합헌적인 규율이던 것이 이후 사정 변화로 위헌결정을 받게 되면, 그 순간 해당 규율은 본래부터 위헌이었던 것처럼 취급을 받게 되어 확정되었던 법률관계들이 모두 뒤집어진다. 이러한 사태가 모두 정당화된다고 볼 수는 없다. 더구나 입법자가 사정 변화에 즉시 대처하여 위헌성을 제거하는 개정을 하게 되면 과거의 법집행이나 그 이후의

229) 허완중 교수는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 허용되는 요건으로 다음을 제시하고 있다. ①해당 법률(조항)이 형벌에 관한 것임을 밝혀야 한다. ②해당 법률(조항)의 위헌성이 명확하게 확인되어야 한다. ③해당 법률(조항)이 일으킨 위헌상태를 합헌상태로 회복시킬 수 있는 다양한 적극적 수단이 헌법적으로 인정되어야 한다. ④공동생활의 질서를 유지하기 위해서 문제가 된 행위를 형벌로 통제할 절실한 필요성이 헌법적으로 인정되어야 한다. 기존의 다른 형벌, 민법의 손해배상이나 행정법의 행정벌 등을 통해서 공동생활의 질서를 유지하는 데 큰 문제가 없다면 굳이 헌법불합치결정을 할 이유가 없기 때문이다. ⑤단순위헌결정을 통해서 위헌성이 확인된 형벌에 관한 법률(조항)을 소급하여 효력을 상실시키는 것은 해당 법률(조항)이 형사처벌하는 행위를 하는 사람을 실질적 정의에 어긋나게 우대하여 수인하기 어려운 법상태를 일으킨다는 점도 헌법적으로 충분히 논증되어야 한다.(허완중, 앞의 논문(주 171), 149면 참조).

법집행은 모두 유효한 법집행이 되는데 반해, 미처 입법자가 대처하지 못하여 헌법재판소로부터 위헌결정을 받게 되면 소급효를 차단할 수 없게 하는 것은 동일한 규율에 대한 법집행의 결과에 있어 엄청난 차이를 불러온다. 이와 같이 입법자의 입법개선이 있었느냐 여부에 따라 과거로의 소급 여부가 가름되는 것은 개선입법이라는 우연적인 사정에 의해 법집행의 결과를 달라지게 하는 것으로서 불합리하다고 할 수 있다.

따라서 법적 안정성을 도모하면서 동시에 정의관념에도 부합하기 위해서는 이와 같은 경우 위헌결정의 효력을 제한하고, 입법자로 하여금 위헌적인 상황을 교정할 수 있도록 하는 결정형식이 필요하고, 이렇게 되어야만 입법자가 스스로 법을 개정하는 경우나 헌법재판소의 결정을 통하는 경우나 동일하게 될 것이다. 한편, 과거에 이미 합헌판단을 받은 사실이 있는 동일한 형벌규정에 대해 이후 위헌이라고 판단하는 경우 현재법 제47조 제3항 단서가 신설되기 전까지는 합헌결정 이전에 당해 규범이 규율했던 모든 법 상태까지도 번복하여 위헌결정의 효력이 미치게 되었지만, 이제는 종전 합헌결정이 있는 날의 다음 날까지로 소급효가 제한된다.

이와 같이 원시적인 사유가 아니라 후발적인 사유에 의한 경우가 헌법불합치 결정이 필요한 전형적인 사유에 해당하고 이와 같은 문제로 인해 현재법 제47조 제3항이 신설되었으나 여전히 그 내용에는 일정한 한계와 문제점이 있음을 보았다.

따라서 위 제47조 제3항 단서가 적용되는 범위 외의 경우, 즉 후발적인 위헌 사유라도 동일한 조항에 대해 과거 합헌결정이 없었거나 합헌결정이 있었더라도 법률개정이 있었던 경우에는 여전히 헌법불합치결정이 필요하고 또한 정당화 될 수 있는 사유라고 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 형벌조항이 정하는 범죄를 자연범과 법정범으로 구분하는 경우 자연범은 형벌조항에서 범죄로 정하기 전에 이미 사회·윤리적으로 비난의 대상이 되는 행위를 말하고, 법정범은 일정한 행정목적 위해 형벌조항에서 범죄로 규정함으로써 비난가능성이 발생하는 경우를 말한다. 따라서 전자의 경우에는 그 위헌성이 주로 헌법상의 기본원리나 기본권조항과 관련한 원시적인 위헌사유 또는 국민 일반의 법 감정 변화나 후발적인 헌법해석의 변경에 기인하는 경우가 많을 것이지만, 후자의 경우에는 주로 사회·경제적인 환경의 변화와 그에 따른 정책의 변화에 따른 후발적인 위헌사유에 기인하는

경우가 대부분일 것이다. 따라서 법정범의 경우 사회·경제 환경의 변화에 따라 입법자가 적극적으로 법률개정으로 반응하여야 하고, 그 과정에서 공익상의 필요에 의해 일정한 행위를 금지하는 경우 법적 안정성의 관점에서나 위반행위자 간의 형평의 관점에서 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 큰 영역이라 볼 수 있을 것이다. 우리 헌법재판소가 한 4건의 헌법불합치결정이 모두 행정형벌로서 법정범에 해당한다는 사실은 이를 반증한다.<sup>230)</sup>

## 2. 법적 공백으로 인한 혼란을 방지하고자 하는 경우

형벌규정의 경우에도 비형벌규정의 경우처럼 단순위헌결정으로 해당 규율을 바로 무효화시키면 그로 인한 법적 혼란이 수인할 수 없을 정도로 중대한 경우 헌법불합치결정이 가능하다. 위헌적인 법률이 존재하는 종래의 상황보다 그나마 존재하지 않게 되면 더욱 헌법질서에서 멀어지게 될 것이 명백히 예상되는 경우 위헌적인 법률이라 하더라도 이를 당장 폐기하기보다 합헌인 대체입법이 만들어질 때까지 유지시키는 것이 전체 법질서에 더 기여하게 될 것이기 때문이다.

다만, 이 경우 법적 공백이 가져오는 혼란으로 인한 사회적 비용과 그 즉시 효력을 상실시킴으로써 회복시킬 수 있는 합헌적 상황을 단순하게 형량하여 전자가 크다는 사정만으로 쉽게 헌법불합치결정이 용인될 수는 없고, 위헌인 법률의 제거가 목인할 수 없는 극심한 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에 한하여 헌법불합치결정을 할 수 있다. 다시 말해 헌법적 질서유지를 위한 요청이 있더라도 그것이 극심한 사회 혼란을 야기하여 기존의 인적·물적 자원으로는

230) 박경철 교수는 이에 대해 명시적으로 반대하는 견해를 제시하고 있다.

“헌법재판소는 전통적인 형사법에 해당하는 법률에 대해서는 헌법불합치결정을 한 사례가 없는데 반하여, 행정형벌에 관한 법률에 대해서만 헌법불합치결정을 하고 있다. 설사 개선입법이 헌법불합치로 선언된 형벌조항보다 범죄구성요건을 엄격히 제한하고 또는 형벌의 정도가 완화된다고 하더라도 부수적 생활관계를 규율하기 위한 행정형벌조항에 헌법불합치결정을 하면서까지 개선입법을 소급적용하여 처벌하면서 달성해야 할 중대한 공익이 있는지, 행정형벌규정에 대해서 단순위헌결정을 했을 때 중대한 법적 공백상태 내지 법적 혼란이 초래되는지 매우 의문스럽다. 또한 행정목적 달성을 위하여 일정한 행위의무를 부과하면서 그 의무이행을 효율적으로 담보할 수 있거나 불이행시 다른 행정 제재수단이나 실효성확보수단 등에 대하여 충분히 숙고하지 아니한 채, 주로 제재효과가 큰 형벌을 사용하려고 하는 입법부와 행정부의 태도로 인하여 행정형벌이 남용되고 있는 우리의 현실을 고려할 때 행정형벌에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 행정형벌의 남용을 방지·시정할 수 없고, 오히려 입법부에 의한 졸속입법과 행정편의주의적인 행정형벌규정의 남발을 야기할 우려가 있다.”(박경철, 앞의 논문(주 142), 309-310면)

수습하기 어려운 상황을 초래하는 것이 아닌 한, 당사자의 구제가 우선으로 고려되어야 할 것이다. 이것이 형벌규정에 대해 위헌결정의 효력이 소급하도록 한 입법자의 입법취지에 부합하는 일일 것이다. 따라서 법적 공백으로 인한 혼란을 이유로 하는 헌법불합치결정이 금지되는 것은 아니지만, 소급효를 인정하는 정신에 비추어 될 수 있는 한 자제되어야 한다.

### 3. 위헌 부분과 합헌 부분 혼재하는 경우

형벌조항에 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하고, 권력분립의 원칙과 민주주의에서 입법자의 입법형성권을 존중할 필요성이 있는 경우 단순위헌결정으로는 당해 법률조항의 합헌적인 영역까지 모두 효력을 잃게 되어 형사처벌이 요청되는 행위에 하여서도 개선입법 시까지는 규제할 수 없게 되므로 이 경우 적용중지의 불합치결정을 할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 상황은 외형상 위헌 부분과 합헌 부분이 혼재하는 경우로 나타나지만, 결국 합헌적인 규율 부분은 여전히 국가 법질서의 핵심적인 부분으로 이를 통해 개인의 기본권, 사회방위 및 국가안전을 보장하는 중추적인 기능을 수행하고 있으므로 이를 법질서에서 제거한다면 심각한 무거운 법적 공백이 발생하게 되고, 또한 위헌적인 부분을 제거하고 합헌적인 법질서를 회복함에 있어 입법자의 역할이 중요한 경우로 제한적으로 이해하여야 할 것이다.

이러한 상황은 또한 원시적으로 규율이나 제도 자체가 위헌성을 가진 경우에는 문제되지 않고, 해당 규율의 포섭범위가 지나치게 넓어 그 일부분에 위헌성이 있는 경우 주로 문제되는데, 이 경우에는 한정위헌결정을 통해 위헌 부분에 대해서는 완전한 소급효를 인정하여야 하며, 분리가 불가능한 경우에는 단순위헌결정으로써 합헌이던 규율 부분까지도 그 위험을 국민에게 전가하지 말고 국가의 부담으로 폐지하는 것이 타당할 것이다. 그러나 법적 안정성에 대한 보호가 더욱 강하게 요청되고, 합헌적인 규율 부분을 통해 극심한 법적 혼란을 상태를 막을 필요성이 있는 경우에는 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 고려할 수 있을 것이다.

형사처벌의 필요성이 명확하게 인정되지만 범죄구성요건이 지나치게 불명확하거나 넓어 과잉처벌이 우려되는 경우, 형사처벌의 필요성이 인정되고 범죄구성요건도 명확·적정하지만 법정형이 지나치게 높거나 다른 범죄의 법정형과 비교하여 체계균형성을 상실한 경우도 부분적으로 여기의 사유에

해당될 것이다.<sup>231)</sup>

## II. 형벌규정에 대한 불합치결정의 효력

### 1. 적용중지의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위

적용중지의 헌법불합치결정은 합헌적인 부분은 그대로 효력을 유지하고 위헌적인 부분은 제거된 개선입법의 소급적용을 전제로 하므로 현재법 제47조 제3항에 배치되지 않으며, 특히 헌법불합치결정의 취지에 따라 위헌성이 치유된 개선입법은 헌법불합치로 선언된 형벌조항보다 범죄구성요건의 범위가 원칙적으로 합헌적인 범위로 줄어들거나 형벌의 정도도 완화된 입법에 해당하므로 헌법이 금지하는 형사소급입법에 해당하지 아니한다. 그래서 헌법불합치결정의 경우 헌법불합치로 결정된 법률조항 전체가 소급하여 실효되는 것이 아니라 헌법불합치결정의 취지에 따라 입법자에 의해 개선입법에서 합헌이라고 인정된 부분은 그대로 존속하여 적용되고, 개선입법에서 확정적으로 위헌으로 인정되어 제거된 부분만이 소급하여 실효되는 것이다. 따라서 헌법불합치로 선언된 형벌조항이 제정된 때부터 헌법불합치결정 당시까지의 사건 중에서 아직 확정되지 아니한 사건, 헌법불합치결정 당시 헌법불합치로 결정된 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심청구사건, 그리고 헌법불합치결정 이후 개선입법 시행일 이전까지 사건에 대해서도 특별한 사정이 없는 한 개선입법을 적용하여 재판을 하여야 할 것이다.

따라서 개선입법이 적용중지된 형벌조항을 대체하는 결과 위헌결정의 경우와 달리 당해사건, 병행사건, 일반사건의 경우 당연히 무죄판결이 선고되는 것이 아니라 구체적인 범죄행위가 개선입법의 범죄구성요건에 해당하는지 여부에 따라 개선입법의 구성요건에 여전히 해당하면 유죄판결이, 그렇지 않고 위헌성이 확인되어 개선입법을 통해 소급적으로 실효되었다면 무죄판결이 선고되어야 한다.

231) 다만, 법정형의 과잉이나 형벌체계상의 불균형을 이유로 위헌성을 가지는 경우는 대부분 일반 형법상의 범죄가 아니라 특별형법상의 범죄인 경우이므로 특별형법상의 형벌조항이 단순위헌결정으로 효력상실되더라도 일반 형법으로 충분히 대체할 수 있을 것이다. 이러한 상황에서는 헌법불합치결정이 불필요하고 또는 헌법적으로 정당화되지도 않을 것이다.

헌법불합치결정된 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심청구도 당연히 허용되는 것이 아니라 개선입법에서 합헌적인 형사처벌로 인정된 부분에 대해서는 재심이 허용되지 아니고, 개선입법에서 위헌적인 형사처벌로 인정되어 삭제된 부분에 대해서만 재심이 허용된다.<sup>232)</sup> 그리고 개선입법 전에 재심이 청구된 경우 개선입법이 있을 때까지 재판의 진행을 정지하여야 한다.

## 2. 잠정적용의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위

잠정적용의 헌법불합치결정이 선고될 경우 헌법불합치결정된 형벌조항은, 그 제정시점부터 헌법재판소의 헌법불합치결정 당시에 진행 중인 재판에는 물론이고 결정시점 이후 개선입법이 시행되기 전까지의 사건에도 잠정적으로 계속 적용되어 형사처벌의 근거가 되며, 개선입법 시행일 이후 그 효력이 상실되므로 그때부터 개선입법에 의하여 규율된다. 그리고 개선입법에서 별도의 경과규정을 두고 있지 아니하는 한, 당해사건을 비롯한 병행사건, 일반사건에 대한 소급효나 개선입법 시행 전에 이미 확정된 유죄판결에 대한 재심청구는 허용되지 아니하며, 다만 개선입법에서 헌법불합치결정된 형벌조항보다 구성요건의 범위를 축소하거나 그 형을 감경한 경우에는 형법 제1조 제2항, 제3항, 그리고 형사소송법 제326조 제4호에 따라 개선입법을 적용하거나 이를 위해 예외적으로 재심을 허용하여야 할 것이다.

형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정은 적용중지로 피할 수 없는 법치주의원리에 비추어볼 때 용인하기 어려운 법적 공백과 혼란을 막기 위한 예외적인 경우에만 허용되어야 하며, 허용되는 경우에도 위헌적 형벌조항이 계속 적용되는 부작용을 최소화하기 위하여 적어도 당해사건에 대해서는 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하거나 당해사건에 대해서는 잠정적용 후에도

232) 이런 맥락에서 남북현 교수는 2009. 1. 15. 선고 대법원 2004도7111 판결을 비판하고 있다. 즉 적용중지의 헌법불합치결정은 헌법불합치결정된 법률조항의 적용배제와 개선입법으로의 대체를 전제로 하므로 대법원은 상고를 기각할 것이 아니라 파기환송하여 원심에서 다시 개선입법에 따라 판단하도록 하여야 했다고 비판한다. 이 사건의 경우 학교 보건법 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 관할교육감이 허가하는 경우 비상설 상영장을 초·중등학교에 설치, 운영 할 수 있도록 시행령을 개정하였으므로 개선입법의 구성요건에 해당하는지를 검토하여 유무죄를 판단했어야 한다고 한다. 그에 따라 사안의 경우 비상설 상영장이 아닌 영화상영관을 설치·운영 하였으므로 개선입법의 취지에 따라 유죄를 인정함이 타당하다고 한다(남북현, 앞의 책(주 206), 282면 이하 참조, 이와 관련하여 자세한 것은 남북현, “판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차: 대상판례: 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111판결”, 한양법학 제 26집, 한양법학회, 2009. 5, 329면 이하 참조).



신법을 소급적용하거나 기타 필요한 경과규율을 두는 것이 바람직하다.<sup>233)</sup>

## 제7절 결어

(1) 현재법 47조 제2항은 법률조항에 대한 위헌결정의 시간적 효력으로 장래효를 명시하고, 현재법 제47조 제3항 본문 및 제4항에서는 위 제2항에도 불구하고 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우에는 법적 안정성의 관점보다 형사사법의 정의 관념이나 국민의 기본권 보장 등 구체적 타당성의 관점을 강조하여 예외적으로 소급효를 인정함과 함께, 위헌으로 결정된 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대해 재심을 청구할 수 있도록 하고 있다. 형벌조항에 대하여 위헌결정이 있으면 종전에 헌법재판소가 해당 형벌조항에 대하여 합헌결정을 한 사건이 없는 한 원칙적으로 그 제정 또는 개정의 시점으로 소급하여 효력을 상실하게 되는데, 그와 같은 전면적이고 일률적인 소급효의 인정이 위헌인 형벌조항에 근거한 형사처벌과 그에 기한 법적·사실적 불이익으로부터 국민의 기본권 구제라는 관점에서는 바람직한 것임에 의문이 없을 것이다. 그렇지만 과거 해당 형벌조항에 따른 처벌대상 행위의 가벌성이나 그 위헌성에 일고의 의심조차 없었던 유죄판결 당시 합헌적인 형벌조항에 근거하여 이루어진 형사처벌이 해당 형벌조항의 제정 또는 개정 당시로 소급하여 전면적으로 부정됨으로써 발생하는 국가형벌권에 신뢰의 상실과 권위의 실추, 유죄판결을 전제로 행해진 법적·사실적 후속행위의 효력 등 법적 안정성의 측면에서는 여러 가지 이론적·실무적인 문제점을 야기한다.

233) 이명웅, 앞의 논문(주 206), 399면. 헌법재판소가 결정에서 이와 같은 취지의 잠정적인 규율을 한 것으로는, 현재 2008. 7. 31. 2007헌가4(“영진법은 이미 폐지되어 효력을 상실하고 있지만 당해 사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있다 할 것인바, 그렇다고 위 영비법과 같이 계속 적용을 명하는 경우 이 사건 영진법 규정에 대한 위헌성 판단의 효력이 당해 사건에 미치지 못할 염려가 있으므로 이 사건 영진법 규정의 경우 당해사건과 관련하여 그 적용을 중지하고, 제한상영가 등급에 관하여 정하고 있는 영비법이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이다.”); 현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등(“이 사건 구 의료법 규정은 이미 개정되어 효력을 상실하고 있지만, 2005헌바90 당해사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있다고 할 것인바, 위 규정의 계속 적용을 명하는 경우에는 그에 대한 위헌성 판단의 효력이 당해 사건에 미치지 못할 염려가 있으므로, 이 사건 구 의료법 규정의 경우 당해사건과 관련하여 그 적용을 중지하고, 현행 의료법 규정이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이다.”).

(2) 이와 같은 문제점을 해결하기 위한 방안으로 위헌인 법률조항의 효력을 즉시 상실하게 하는 대신에 형식적으로 존속하게 하고 입법자에 의한 개선입법을 통해 그 위헌성을 치유하고 합헌성을 회복하는 헌법불합치결정을 형벌조항에 대한 위헌결정에서도 일반 법률조항에서와 같이 활용할 수 있는지 여부가 논의되고 있고, 헌법재판소도 이미 4차례에 걸쳐 적용중지 또는 계속적용의 헌법불합치결정을 선고한 바 있었다.

형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 그것이 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 관계없이 위헌으로 판단된 형벌조항의 효력을 적어도 형식적으로는 존속하게 하고 개선입법의 효력발생 시까지 효력상실을 유예한다는 점에서, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명시하고 있는 현재법 제47조 제3항에 정면으로 위반하는 문제점이 있다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 개선입법의 소급적용과 경우에 따라서는 위헌으로 판단된 형벌조항을 개선입법의 효력발생 시까지 잠정적으로 계속적용하게 하는 것을 그 내용으로 하므로 헌법 제12조 제1항 제2문에서 정하는 죄형법정주의원칙, 헌법 제13조 제1항 전문이 정하는 행위시법주의 및 형사소급입법금지원칙에 위배되는 문제점을 아울러 가지고 있다.

(3) 그런데 위헌결정으로 인한 법률조항의 즉시 효력상실로 인해 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 우려되고, 그 공백을 메우는 데 입법자의 역할이 요청되는 상황에서는 일반 법률조항과 마찬가지로 형벌조항에 대한 위헌결정에서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다. 형벌조항의 구성요건이 지나치게 불명확하거나 처벌되는 행위의 유형이 지나치게 광범위한 경우, 구성요건적 행위에 대한 처벌의 필요성과 당위성은 충분히 인정되지만 그 법정형이 필요 이상으로 지나치게 높거나 다른 범죄행위의 법정형과 균형을 상실한 경우, 국가형벌권의 행사에 대한 국민의 신뢰 등 법적 안정성의 관점과 해당 형벌조항의 규범구조적인 특성으로 인해 위헌성을 제거하고 합헌성의 회복을 위하여 입법자의 입법적 보충(개선입법)이 불가피한 경우 등이 형벌조항에서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정되는 전형적인 영역으로 볼 수 있을 것이다.

형벌조항이 수행하는 일반국민의 기본권 보호와 범공동체의 중요한 법익의 보호, 그 전제로서 국가의 안전보장 등 중요한 헌법적 기능과 형벌조항을 통한 행위의 금지 또는 요구와 위반에 대한 처벌이 국민의 일상생활과 기본권 실현

및 보장에 미치는 중요성에 비추어, 무엇을 범죄로 하고 그 위반 시에 어떤 형벌을 어느 정도 부과할 것인지를 정하는 것은 일차적으로 민주주의원리에 따라 입법자의 역할임은 다언을 요하지 않을 것이다. 따라서 헌법불합치결정의 정당화 근거인 법치주의원리의 내용으로서 법적 안정성의 보장과 민주주의원리 및 권력분립원칙의 핵심적 내용으로서 입법형성권의 존중이라는 측면에서 형벌조항의 경우에도 헌법불합치결정이 정당화되는 경우가 많다고 할 것이며, 단지 헌재법 제47조 제3항 단서에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효를 명시적으로 선언하고 있다고 하여 그 필요성과 효용성을 부인할 것은 아니라고 할 것이다.

(4) 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적 소급효를 정하고 있는 헌재법 제47조 제3항으로 인해 사정변경으로 인한 후발적인 위헌사유가 있는 경우나 전면적인 소급효로 인한 법적 안정성의 보호 또는 국가 법질서에 대한 신뢰가 문제되는 경우, 일정한 범위에서 예외적으로 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 일부 제한하는 것이 요청됨에도 불구하고 헌재법 제47조 제3항에 대한 해석을 통해 소급효를 제한하는 것에는 한계가 있음을 확인하였다. 이러한 경우에도 법적 공백의 상태를 도저히 묵과할 수 없고 합헌성의 회복을 위하여 입법자에게 수단선택의 가능성이 인정되는 범위에서 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 할 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다.

헌법불합치결정은 법적 안정성의 보호와 입법형성권에 대한 존중의 관점에서 위헌인 법률조항의 효력을 형식적으로 존속하게 하는 것이므로 그와 같은 정당화 사유가 인정되는 경우에 한해 제한적으로 사용되어야 할 것이지만, 그 정당화 사유로서 법적 공백으로 인한 법적 혼란의 방지와 법적 공백을 메우기 위한 입법형성권의 존중은 바로 위헌결정의 즉시 또는 소급적인 효력상실로부터 초래되는 것이다. 그리고 법적 안정성의 보호와 입법형성권의 존중을 위한 입법적 보충을 위해서는 위헌결정의 효력을 시간적으로 제한하는 것이 불가피하고, 그것이 바로 헌법불합치결정의 정당화 근거이며 또한 소송법적 효력이기도 한 것이다.

따라서 위헌결정의 시간적 효력, 특히 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 헌법불합치결정을 활용하는 것은 헌법불합치결정의 본질에 비추어 부당하다는 지적은 전적으로 타당한 것이지만, 소급효로 인한 법적 공백의 방지와 이를 메우기 위한 입법자의 입법적 보충이 필요불가결하다는

측면에서 본다면 서로 동일한 결론에 이르게 된다고 볼 것이다. 헌법불합치결정이 필요성과 효용성을 가지며 또는 정당화 근거를 갖는 사유의 출발점은 바로 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효에서 비롯하고, 이로써 초래되는 법적 안정성에 대한 훼손을 입법자 스스로의 입법적 보충을 통해 매워서 합헌성을 회복하기 위하여 위헌적인 법률조항의 효력을 형식적 또는 잠정적으로 존속하게 하는 것이 바로 헌법불합치결정의 본질적 내용이자 효력이기 때문이다.

(5) 형벌은 국가의 법질서 보호와 국민의 생명과 신체의 안전 등 기본권 보호, 국가의 안전을 보장하기 위한 최후적이고 보충인 수단이지만, 그 자체로 국민의 자유를 심대하게 훼손할 가능성이 큰 국가행위이다. 따라서 헌법 제12조, 제13조 등에서 국가형벌권의 자의적이고 과잉적인 행사로부터 국민의 기본권 보장을 위하여 여러 가지 절차적 보호장치를 두고 있고, 헌법재판소법 역시 제47조 제3항, 제4항에서 형벌조항과 일반 법률조항을 달리 취급하여 법적 안정성의 요청보다는 구체적 정의의 관점을 우선하는 입법적 선택을 하고 있는 것이다.

그러나 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적 소급효는 구체적 정의의 실현과 위헌적인 형벌조항으로부터의 기본권 보장에 그 취지를 두고 있고, 또한 이를 통해 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다. 하지만 그것으로 충분한 것은 아니다. 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효로 인해 법공동체의 평화를 훼손하는 행위에 대처하는 법적 수단이 상실되고, 이로 인해 법적 교란과 혼란이 발생하여 우리 법공동체의 중요한 가치가 손상되는 경우에는 예외적으로 소급효를 제한함으로써 법적 평화의 확보와 합헌적인 범위 내에서 처벌의 실효성을 확보하는 것도 매우 중요하다고 할 것이다. 즉, 헌재법 제47조 제3항, 제4항은 소급효를 통해 구체적인 정의의 요청을 충족시키는 것과 함께, 법적 안정성이 강하게 요청되는 경우 예외적으로 소급효를 제한할 수 있을 가능성을 확보하고 있을 때 비로소 헌법적 정당성을 완벽하게 갖추었다고 볼 것이다.

현행 헌법재판의 법제에서 제한된 범위에서 일부 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 입법적인 가능성을 열어 두고 있지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 그 적용영역은 극히 제한적이며, 또한 형벌조항의 본질과 특성에 비추어 볼 때 헌재법 제47조 제3항, 제4항에 대한 탄력적인 해석을 통해 소급효를 제한하는 것도 사실상 불가능한 일이다.

(6) 결국 이와 같은 상황에서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시점을 일정기간 유예하는 효력을 갖는 헌법불합치결정은 형벌조항의 경우에도 여전히 필요하다고 보아야 하며, 이는 우리 헌법의 기본원리로서 법치주의원리에 의해 그 정당성을 갖는다고 할 것이다. 다만, 형벌조항의 본질과 특성상 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 일반 법률조항의 경우보다 더욱 엄격한 정당화 근거가 제시되어야 할 것이며, 특히 위헌인 법률조항을 잠정적으로 계속 적용하는 잠정적용의 헌법불합치결정을 함에 있어서는 더욱 신중하여야 할 것이 요청된다고 할 것이다.

## 제4장 헌법불합치결정 기속력의 내용과 범위

### 제1절 개설

#### 1. 논의의 대상

이 연구의 주제는 헌법불합치결정의 기속력과 개선입법의 구제범위에 관한 것이다. 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하면서 입법자에게 개선입법의무를 부과하였고, 그에 맞춰 입법자가 개선입법을 함으로써 법적용자인 법원과 행정청은 그 개선입법을 적용해서 권리구제를 해주어야 하는 상황이 발생하게 된다. 그런가 하면 헌법불합치결정은 위헌결정의 한 유형으로서 당연히 기속력이 인정된다. 그런데, 논의의 실제에 있어서는 법적용자인 법원이나 행정청이 구체적 사안을 처리함에 있어 헌법불합치결정의 기속력과 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 시행이 상호간에 어떻게 기능을 하는지가 문제된다. 이 때 종국적으로 어느 정도의 범위에서 권리의 구제가 가능한 것인지를 둘러싸고 그 논의는 다양하게 전개되고 있다. 그 중에서 논의의 핵심은 두 가지이다.

그 하나는 현재법 제47조 제1항에 의거해서 법률에 관한 위헌결정에 기속력이 인정되듯이 헌법불합치결정에도 기속력이 인정되며, 입법자나 법적용자에 대응해 제시된 그 구체적인 의미가 무엇인가 하는 점이다. 세부적으로는 헌법불합치결정에 있어 입법자의 개선입법의무는 본질적 징표라 할 수 있는데, 개선입법의무를 이행함에 있어 헌법불합치결정은 어떠한 의미를 지니는가 하는 점이다. 또 하나는 입법자가 개선입법의무를 이행하였을 경우 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지를 적절하게 반영해서 개선입법의 내용을 구성하였을 때에는 문제되지 않겠지만, 그 취지가 다르게 반영되었을 때, 개선입법에 따른 수혜의 폭과 범위를 어떻게 확정할 것인가의 문제도 중요하게 부각되지 않을 수 없다.<sup>234)</sup>

헌법불합치결정의 기속력문제는 기본적으로 위헌결정의 기속력에 대한 논의를 바탕으로 삼아 체계화시키지 않으면 안 된다. 거기에서 헌법불합치결정이 지닌

234) 물론 그 이외에도 형벌법규에 대한 헌법불합치결정의 가능여부와 가능하다고 볼 경우 그 구체적인 이론적 체계화도 문제될 것이다.

고유한 속성, 즉 개념적 정의에 기초해서, 헌법불합치결정이 지닌 본질적인 요소와 그에 상응해서 기속의 의미가 어떻게 자리하고 있는지를 살펴봐야 한다. 물론 그 직전 단계로써 논의되어야 할 사항에 대한 보다 상세한 내용은 앞에서 서술되었기 때문에 여기서는 단지 헌법불합치결정에 관해 개괄적으로 살펴본다. 이는 논의를 전개하기 위한 최소한의 작업으로 여겨지기 때문이다.

헌법불합치결정의 구성요소를 심판대상인 법률<sup>235)</sup>의 불합치성확인,<sup>236)</sup> 불합치 법률의 적용방향설정(적용중지 내지 잠정적인 계속적용), 개선입법의무부과 및 기한설정<sup>237)</sup>이라고 할 때, 이들에 대해 기속의 의미가 어떻게 자리하고 있는지 구획해 봐야 한다. 위헌결정에 있어 기속의 의미는 수범기관에게 결정준수의무, 반복금지 의무(또는 모순저촉금지 의무), 결과제거 의무 등으로 제시되고 있는 바, 이와 같은 의미가 헌법불합치결정에서도 어떻게 의미지워지고 있으며, 구체화될 수 있는지가 논의되어야 할 것이다.

다음, 헌법불합치결정의 기속력에서 검토되어야 할 것이 결정주문만이 아니라 결정이유 중 중요한 부분에 대한 기속력이 인정된다는 것이다.<sup>238)</sup> 이 문제는 특히 헌법재판소가 헌법불합치결정의 실제에 있어 주문에는 헌법과의 불합치만을 선언하고, 이유에서 개선입법의무를 부과함과 아울러 법 적용자에게 처리방향을 제시하는 사례가 적지 않은데, 이에 대한 법적인 의미가 모두 문제될 것이기 때문이다. 게다가 위헌결정의 기속력에 있어 중요한 이유에 대해서도 인정할 경우 입법자의 입법형성권을 침해한다는 문제가 제기되는 바, 그런 점이 헌법불합치결정에서도 마찬가지로 등장하게 된다. 이에 대한 세부적이고 치밀한 검토가 요구된다 할 것이다.

아울러 위헌결정에 있어 중요한 이유에 대한 기속력을 인정하려는 논의의 핵심은 법 적용자인 법원과 행정청으로 하여금 헌법재판소가 선고한 위헌결정의 내용에 따르도록 하고자 하는 점에 있다고 할 것인데, 그 경우 헌법불합치결정에 따른 개선입법의무가 이행되어 입법자가 개선입법을 하였을 때 그와 경합하는

235) 법률만이 헌법불합치결정의 대상이 되는 것은 아니다. 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원 심판절차에서는 법규명령에 대해서도 헌법불합치로 결정된 사례가 다수이다.

236) 대다수의 견해는 법률의 '위헌성확인'으로 칭한다.

237) 필자는 기한설정이 헌법불합치결정의 본질적인 징표에 해당한다고 보는 것에 대해 중대한 의문을 갖고 있긴 하지만, 전반적인 논의체계를 정립해서 전개하기 위해 본질적 요소에 해당함을 전제로 삼기로 한다.

238) 결정주문만이 아니라 결정이유 중 어느 부분까지 기속력을 인정할 것인가를 둘러싸고도 다양한 논의가 전개되고 있음을 본다.

문제가 등장하게 된다. 이에 대한 논의영역의 구획은 매우 중요하다. 보다 근본적으로 앞서 언급한 헌법불합치결정의 구성요소로 지칭되는 것들은 결정주문이나 결정이유에 구체적으로 적시되어 나타날 수밖에 없다. 그런 점에서 이에 대한 논의 역시 객관적 범위에서 논의되어야 할 것이다.

그 외에도 이러한 객관적 범위를 둘러싼 논의차원에서 당연히 심판대상도 중요한 의미를 지닐 것이다. 심판대상에 포함되지 아니한 부분에 대해서는 결정주문의 효력이 미치지 않기 때문이다. 이런 점은 헌법불합치결정에서도 당연히 논의되어야 할 것이고 또 헌법재판소의 결정실체에 있어서도 법적용자에 대한 기속력과 관련해서 아주 중요하게 다루어지지 않으면 안 된다고 하겠다.

사실 헌법불합치결정의 기속력에 있어 객관적 범위문제도 유의미하지만, 이 문제는 모두 주관적 범위에 따라 구획해서 논의를 쟁점별로 다룸이 훨씬 효율적인 것이다. 헌법불합치결정의 구성요소에 관해서는 더욱 그러하다.

우선, 입법자와의 관계에 있어 중요한 이유의 기속력인정에 따른 요소로서의 개선입법의무부과와 입법형성권과의 관계가 무엇보다도 먼저 제기될 것이다. 특히 여기서는 헌법재판소가 입법형성권의 존재를 전제로 하면서 개선입법의무를 부차적인 것으로 다루는 경향이 없지 않은데, 이에 대한 문제점도 지적되어야 한다. 그리고 적용중지 불합치결정에 있어 개선입법의 소급적용여부와 소급적용범위가 헌법재판소가 행한 헌법불합치결정의 기속력이나 소급효과 어떻게 연관되는지도 살펴봐야 한다. 그런가 하면 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 법률을 개선할 의무를 지는 입법자가 법률을 신속하게 개선하지 않은 경우가 적지 않았고 또 지금까지 개선입법을 하지 않은 경우<sup>239)</sup>도 있다.<sup>240)</sup>

법적용자의 경우와 관련해서 보면, 헌법재판소는 적용중지나 계속적용이라는 불합치법률의 적용방향을 설정하고 입법자의 개선입법에 따라 법원이나 행정청으로 하여금 향후 사안을 처리하도록 하는 경우가 대부분이다. 그런가 하면 이미 개정법률이 있는 경우 그에 의하도록 하는 사례도 있다. 그런데, 대다수 헌법불합치결정의 취지에 따르지만, 간혹 대법원이 헌법불합치결정의

239) 예를 들어 현재 1997. 7. 16. 95헌가6, 관례집 9-2, 1.

240) 이에 관해서는 남복현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보(주), 2011, 202면 이하 참조.



기속력을 부정하거나<sup>241)</sup> 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 취급하는 때<sup>242)</sup>도 있었다. 헌법재판소가 내리는 헌법불합치결정에 대해 실효성을 확보하기 위해 헌법불합치결정의 기속력에 관한 구체적 검토와 대안모색이 요구된다.

기한설정의 경우 별도로 기속력문제으로써 그에 관해서도 추가적으로 논의되어야 한다. 물론 앞에서 서술되긴 하였지만, 보다 근본적으로 그것에 대해 기속력이 인정되는 여부, 인정될 경우 그 범위와 한계 등이 먼저 입법자와의 관계에서 논의되어야 한다. 그에 이어 입법자가 적시에 개선입법을 할 경우 크게 문제되지 않겠지만, 개선입법을 설정된 시한 내에 하지 않았을 경우 불합치법률의 효력상실이 된다고 한다면, 법 적용자에게의 기속의 의미는 사뭇 폭넓고 다양하게 나타날 수밖에 없다. 헌법재판소는 물론이고 많은 관계자들이 입법자로 하여금 헌법불합치결정의 취지에 따라 개선입법을 하게 하여야 한다는 생각만 앞세우고 있을 뿐이지, 입법개선시한이 도과되어 불합치법률의 효력상실이 이루어지게 될 경우 법원이나 행정청이 마주하게 될 어려움은 전혀 배려하지 않는 듯하다. 게다가 적용중지 불합치결정이나 계속적용 불합치결정을 하게 된 사유가 해소된 것인지에 대한 천착은 전혀 없다.

## II. 논의의 전제

필자는 이제까지 헌법재판소가 선고한 헌법불합치결정의 사례들을 일관된 시각에서 체계화시킬 능력이 없음이 솔직한 고백이다. 헌법불합치결정 자체에 관한 이론적 문제점을 지닌 경우도 있음은 물론이고, 결정유형이 아닌 심판대상등 다른 헌법소송법이론에서 나타나는 문제점을 내포하는 경우도 있기 때문이다.

필자는 헌법불합치결정의 주문과 결정상 핵심쟁점의 부조화, 헌법불합치 결정과 한정위헌청구의 관계, 입법시한을 도과한 불합치법률의 효력상실 문제 등을 집중적으로 다룬 바 있다.<sup>243)</sup> 이러한 접근이 아직은 그대로 유효하다고 본다. 그렇기 때문에 그러한 기존의 연구성과를 바탕으로 헌법불합치결정의 기속력문제를 다룰 것이고, 그 틀 속에서 헌법불합치결정의 실제에 관해 합리화

241) 현재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562 결정에 대한 대법 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결(공1997상, 1282)과 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670 결정에 대한 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결(공2009상, 174).

242) 대법 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결(공2011하, 1487) 참조.

243) 남북현, 앞의 책(주 240) 참조.

내지 정당화논리를 찾아보고자 한다. 그 구체적인 방안 중의 하나가 계속적용 불합치결정에 있어 계속적용의 법적 효과영역과 적용중지의 법적 효과영역을 구획하고, 거기서 실질에 맞게 분석하는 것이다.

많은 연구자들은 헌법재판소가 행한 헌법불합치결정의 실재를 가능한 한 존중하고, 어떠한 형태로든 합리화 내지 정당화하고자 하지만, 거기에는 현실적으로 많은 어려움이 내재되어 있다고 본다.

관련해서 헌법불합치결정에 관한 접근자세를 간략하게 언급하기로 한다. 기존의 결정실체를 분석하고 평가함에 있어 드러나는 사고의 편차를 지적하고자 한다. 하나의 흐름은 가능한 한 기존의 틀을 존중하고자 하면서 결정사례를 합리화하거나 정당화하려 한다. 그에 반해 다른 흐름은 사안을 비판적으로 접근하고 또 문제점을 적출하려는 자세이다.

구체적으로 지적하면, 전자의 흐름은 논리적으로 해명하고자 하지만 설득력이 떨어지는 부분이 적지 않다는 점이다. 그 이유는 체계정합성에 어긋나는 결정주문의 선택이 적지 않았던 까닭이다. 또 한정위헌청구를 심판대상으로 수용하는 과정에서 청구되지 아니한 부분을 배려하고자 함으로써 거기서 굴곡진 모습이 드러나기도 하였다. 그런가 하면 한정위헌결정을 회피하고 무리하게 불합치로 끌어들이는 과정에도 그 요인을 찾을 수 있을 것이다. 후자의 흐름에 있어서는 사회과학적인 시각에서, 특히 법정정책적인 시각에서 결정실체를 분석하고 평가할 수도 있을 것이다. 하지만 당면한 과제의 해결에는 별로 기여를 하지 못한다. 게다가 너무 주장이 다양하고 세분화시킴으로써 체계화에 또는 단순화에 도움이 되지 못한다는 것이다. 경우에 따라서는 해결이 아닌 갈등의 증폭으로 기여하기도 한다는 점이다.

요컨대 양자의 흐름 모두 고유한 의미를 지니겠지만, 상호간에 교류하고 인식을 공유하는 기회를 가짐이 매우 유용할 것이다. 그 어딘가에 해명의 접점이 있을 것이기 때문이다.

## 제2절 헌법재판소 결정의 기속력

### 1. 기속력의 개념과 본질

## 1. 기속력의 개념

기속력이란 모든 국가기관은 헌법재판소가 한 위헌결정에 속박되어 그 결정에 저촉되는 행동을 할 수 없다는 효력으로서, 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항의 규정뿐만 아니라, 헌법재판소에 최종적인 헌법해석권을 부여하고, 모든 국가기관에게 헌법준수의무를 부과한 헌법의 취지에 따라 인정되는 헌법적 차원의 효력이다.<sup>244)</sup> 기속력의 주된 기능은 법적 평화와 법적 안정성의 형성과 유지이다.<sup>245)</sup>

헌법 제111조 제1항은 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 그리고 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있다. 이에 의거해서 헌법재판소가 각종 심판을 하면 그에 따라 결정을 선고하게 된다. 그 결정에는 각종 효력이 인정되는 바, 이에 대해서는 헌법재판소법이 구체적으로 규율하고 있다.

헌법재판소 결정에 기속력을 부여하는 것은 헌법의 우위를 확보하기 위한 것이다. 헌법의 우위를 법적으로 관철하는 수단이 헌법재판이고 이를 담당하는 기관이 헌법재판소이므로 헌법재판소가 내린 결정에 필요한 범위에 기속력을 부여하지 않고서는 헌법의 우위를 확보할 수 없게 된다.<sup>246)</sup> 헌법질서의 수호자이자 최종적인 해석권자로서의 헌법재판소가 그 기능과 과제를 제대로 수행할 수 있기 위해서는 기속력이 인정되어야 하는 것이다.

기속력과 견주어 지는 것이 기판력인데, 기판력은 원칙적으로 당사자 사이에만 미치는데 반해, 기속력은 모든 국가기관과 지방자치단체에 미친다. 그래서 헌법재판소 결정에 인정되는 기속력은 일반법원의 재판에서는 볼 수 없는 헌법소송상의 특이한 효력이고, 이는 영미법상 선례구속원칙의 성문법적 표현<sup>247)</sup>이라 할 수 있다.

244) 현재 2010. 12. 28. 2008헌바89에서 재판관 김종대의 별개의견, 판례집 22-2하, 659, 675.

245) 허완중, “헌법재판소 결정에 따른 입법자의 의무”, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011, 368면.

246) 김하열, 헌법소송법(제2판), 박영사, 2016, 254면.

247) “미국의 판결에서 법률을 위헌으로 판단한 이유 부분 중 주문 도출의 핵심적인 명제에 선례구속의 원칙을 적용하면, 위헌으로 결정된 법률의 효력이 일반적으로 상실되는 힘을 얻게 되는 것이다. 이는 우리 헌법재판소 결정의 법규적 효력에 대응되는 효력이다. 또

기속력의 주관적 범위는 모든 국가기관과 지방자치단체이다. 그 객관적 범위는 결정주문과, 그 주문을 도출하게 된 근거를 제시하는 것이 이유인데, 그 핵심적인 근거인 이른바 중요한 결정이유에도 기속력이 인정되는 것으로 본다.

## 2. 기속력의 본질

헌법재판소 결정의 기속력이라 할 때, 기속력의 의미와 내용이 무엇인지 문제된다.

먼저, 널리 인정되는 것이 결정준수의무<sup>248)</sup>이다. 그 의미는 결정의 취지나 내용에 따라야 할 의무를 말한다. 결정이 확인이나 형성의 성격을 지닌 경우 그 결정내용에 배치되는 행위의 금지의무를 부과한 것이다.

다음, 반복금지 의무 또는 모순저촉금지 의무이다. 여기서 양자의 관계를 살펴본다. 반복금지 는 모든 국가기관 내지 지방자치단체가 기속력 있는 동일사안에 대하여 다시 판단하거나 결정하는 절차 자체를 반복하는 것을 금지하는 것을 말한다. 그에 대해, 모순저촉금지 는 모든 국가기관 내지 지방자치단체가 기속력 있는 동일사안에 대하여 다시 판단하거나 결정할 수는 있으나, 기속력 있는 결정의 내용과 모순되는 판단이나 결정은 할 수 없다는 것을 의미한다.<sup>249)</sup> 결국 전자가 훨씬 엄격한 셈이다.

반복금지 의무는 입법자에게는 반복입법금지 의무로, 법 적용자, 특히 행정청에게는 동종행위반복금지 의무로 파악된다. 결국 결정내용에 관해 나중의 절차에서 동일한 내용으로 반복입법(결정, 처분등의)하는 것을 금지함을 뜻한다. 헌법재판소 결정의 불가변력에서 반복입법금지 의무의 간접적인 근거를 이끌어낼

---

미국에서 위헌여부를 판단하는 과정에서 나온 규범해석에 대해 선례구속의 원칙이 적용되면, 이는 곧 우리 헌법재판소 결정의 중요한 이유에 대해 기속력을 인정하는 것과 유사해지는 것이다. 이 원칙으로 인해 상급법원의 판단은 하급법원을 구속함에 따라 위헌판단이 대세적 효력을 사실상 가질 수 있게 된 것이다.” 미국의 사법심사제와 결부된 선례구속의 원칙과 독일의 헌법재판소 결정에 부여된 기속력이나 법규적 효력과의 관계를 해명한 논문으로는 홍계정, 선례구속원칙의 한국적 전개, 헌법재판소 결정의 기속력을 중심으로, 석사학위논문(중앙대 대학원), 2008. 12. 69면 이하, 100면 이하 참조. 그리고 이에 관해서는 박인수·조홍석·남복현, “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 - 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로 -”, 헌법재판연구 제21권, 헌법재판소, 2010, 290면 참조.

248) 결정준종의무라 하기도 하지만 윤리적 의무로 비추어질 수 있다는 점을 감안해서 법적 의무라는 점에서 강조하기 위해 결정준수의무라 하기로 한다.

249) 황도수, “헌법재판소 결정의 기속력”, 헌법의 규범력과 법질서, 연천허영박사정년기념논문집, 2002, 789면.

수 있다.<sup>250)</sup> 이 의무를 통해 헌법재판소의 최종적인 헌법해석권과 헌법재판소에 의한 입법통제의 실효성을 확보할 수 있게 된다.<sup>251)</sup>

이어서 결정준수의무가 경우에 따라서는 결정내용 실현의무로도 작용한다.<sup>252)</sup> 이는 입법부작위나 공권력불행사에 대한 헌법소원이 인용되었을 경우 발생한다.

그 외에도 사실행위와 관련해서는 결과제거의무로 작용하기도 한다.

요컨대, 헌법재판소 결정의 기속력에 있어 법률이 계쟁물이 되었을 경우 기속의 의미는 두 가지 형태로 나타난다. 그 하나는 결정준수의무이고, 다른 하나는 반복금지 의무이다. 전자는 기속력에 따라 모든 국가기관이나 지방자치단체가 헌법재판소의 구체적인 결정에 따라야 하며, 그들이 장래에 어떠한 처분을 행할 때, 헌법재판소의 결정을 준수하여야 한다는 것이다. 후자에 관해서 기속력은 모든 국가기관이나 지방자치단체가 헌법재판소의 결정에서 문제된 심판대상뿐만 아니라 동일한 사항하에서 동일한 이유에 근거한 동일한 내용의 공권력 행사 또는 불행사를 금지한다는 것이다.

기속력은 실정법적으로 부여된 힘이다. 다시 말해 실정법이 다르게 모형화할 수도 있고 또 어느 정도의 범위에서는 해석으로도 가능하다고 본다.

결국 기속력은 그 일반적 의미가 아닌 심판유형 계쟁물의 속성에 따라 그 내용이 달리 나타난다고 할 것이다. 계쟁물이 일반적 추상적 규율로서의 법규범인 경우, 개별적 구체적 규율로서의 조치인 경우, 권력적 사실행위인 경우 그리고 부작위인 경우(입법부작위와 행정부작위)에 따라 구체적으로 유형화할 수 있을 것이다.

## II. 기속력의 논의상황

기속력은 헌법재판소의 심판유형에 따라 결정유형에 따라 그 구체적인 내용은 그 모습을 달리한다. 법원의 재판이나 행정심판에서도 실정법에 의해 인정되긴 하지만, 그 역시 마찬가지로이다. 하지만, 논의의 틀과 구성은 공통적이다.

그리고 헌법재판소의 결정과 법원의 재판을 구별해주는 가장 중요한 징표 중의 하나가 바로 광범위하게 미치는 기속력이다.<sup>253)</sup>

250) 허완중, 앞의 논문(주 245), 368면.

251) 허완중, 앞의 논문(주 245), 368면.

252) 김하열, 앞의 책(주 246), 262면.

253) Klaus Schlaich(정태호 역), 독일헌법재판론, 미리교역, 2001, 417면.

## 1. 다른 법률에 규정된 기속력

기속이란 용어가 헌법재판소 결정과 관련해서만 사용되는 것은 아니다. 다른 법률에서도 사용되고 있다. 예컨대 법원조직법 제8조에서는 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해사건에 관하여 하급심을 기속한다고 한다. 민사소송법 제436조 제2항은 “환송이나 이송을 받은 법원은 다시 변론에 의하여 재판하여야 한다. 이 경우 상고법원의 파기이유로 한 사실상과 법률상의 판단에 기속을 받는다”고 규정하고 있다. 그리고 행정소송법 제30조 제1항, 제38조, 제44조 제1항, 제46조 등에 따르면, 행정소송상의 모든 확정판결에 대해 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다고 규정하고 있다. 그리고 행정심판법 제49조 제1항에서는 “심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다”고 한다.

기속대상기관이 법원조직법이나 각종 소송법에 규정된 기속력에 따르지 않고 또 이를 준수치 않을 때, 법원의 확정판결은 아무런 의미도 없게 될 것이다. 이 점을 간과해서는 안 된다. 이것은 헌법재판소 결정에 관해 규정된 기속에도 동일하게 적용되어야 한다. 그리고 헌법재판소법에 규정된 기속은 다른 법률에 규정된 기속과 동일한 의미로 파악되지 않으면 안 된다. 어느 국가기관이 자신의 확정된 국가작용에 대해 다른 기관이 준수할 것을 법적으로 강제하면서도, 그 자신은 다른 국가기관의 국가작용을 준수하여야 함에도 불구하고 준수하지 않는다는 것은 어떻게 이해해야 할 것인지 의문이다.

## 2. 헌법재판소의 심판절차와 기속력

헌법재판소법은 기속력에 관해 모든 결정에 대해 일반적으로 인정하는 것이 아니고 특별심판절차에 따라 달리 규율하고 있다. 이런 점은 독일의 경우 연헌재법 제31조 제1항에서 헌법재판소의 모든 결정에 기속력을 인정하는 것과는 다른 점이다.

먼저, 위헌법률심판과 관련해서는 제47조 제1항에서 “법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.”고 하고 있으며, 헌법소원심판과 관련해서는 제75조 제1항에서 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 하였고, 헌재법 제75조 제6항에서는 헌재법 제75조 제5항의 경우와 같은 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을

인용하는 경우에는 제47조를 준용하도록 함으로써 같은 조 제1항에 따른 기속력을 인정한다. 그리고 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하였다.

여기서 몇 가지 유의미한 사항을 정리할 수 있다.

그 하나는 법률의 위헌심판절차에 있어 청구인용에 해당하는 법률의 위헌결정과 헌법불합치결정에는 각각 기속력이 인정된다.<sup>254)</sup> 이는 헌법재판소와 대법원이 일치된 입장이다. 하지만, 한정위헌결정과 한정합헌결정에 대해 헌법재판소는 인정하지만, 대법원은 인정하지 않는다.

그 둘은 헌법소원의 인용결정에 대해서도 기속력이 인정된다.

그 셋은 권한쟁의심판에 따른 결정의 경우 인용결정만이 아니라 기각결정에 대해서도 기속력이 인정된다. 현재법 제67조 제1항의 기속력에 있어 기속의 내용은 제66조의 결정의 내용에 따라 달리 나타난다.<sup>255)</sup> 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는바, 이러한 기속력은 피청구인의 처분의 취소결정이나 무효확인결정 뿐만 아니라 권한침해의 확인결정에도 인정된다.<sup>256)</sup> 전방적인 의미는 결정의 준수 의무와 반복금지 의무이지만, 그것이 권한유무의 확인, 권한범위의 확인 또는 처분의 취소와 무효확인 및 부작위위헌·위법확인 등의 형태에 따라 그 의미는 달라진다.

### 3. 결정유형별 기속력에 따른 쟁점

헌법재판소의 결정유형별로 기속력의 인정여부를 둘러싸고 다양한 논의가 전개되고 있다.

첫째, 법률에 대한 한정위헌결정과 한정합헌결정에 대해 헌법재판소는 당연히 기속력을 인정하지만,<sup>257)</sup> 대법원은 인정하지 않는다.<sup>258)</sup> 이를 둘러싸고 많은 논란이 있긴 하지만, 이에 관한 검토는 생략한다.

254) 비록 명문에는 법률의 위헌결정으로 규정되어 있지만, 이는 해석상 당연히 도출된다.

255) 남복현, “헌법재판소 권한쟁의심판 결정의 기속력 - 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2결정을 중심으로 -”, 공법학연구 제16권 제3호, 한국공법학회, 2015, 68-69면 참조.

256) 현재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320, 330.

257) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842(헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다.).

258) 대법 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결; 대법 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결; 대법 2008. 10. 23. 선고 2006다66272 판결; 대법 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결 참조.

둘째, 법률의 합헌결정이나 헌법소원의 기각결정에 대해서는 헌법재판소와 대법원은 모두 기속력을 인정하지 않지만, 필자는 인정해야 한다는 입장이다.<sup>259)</sup> 여기서 기속의 의미는 기존상태의 유권적 확인임을 의미하는 것이지 적극적으로 변경금지를 의미하는 것은 아니다. 단지 그 상태만을 말하는 것일 따름이다. 그렇기 때문에 다른 내용으로의 변경도 가능한데, 이에 대해 오해가 있는 듯하다. 견해에 따라서는 독일의 경우에는 명문으로 허용하기 때문에 가능하지만, 우리는 명문의 규정이 없기 때문에 불가능하다고 한다. 이는 지나치게 형식적인 해석이다. 합헌결정의 기속력은 제청법원이나 계속중인 법원에게 위헌이라고 거듭 주장하는 것을 차단하는 효과를 지닌다.

셋째, 각하결정에 대해서는 기속력이 인정되지 않는다.

넷째, 권한쟁의심판절차에서 몇 가지 살펴봄도 유의미하다. 그 하나는 권한의 유무나 범위의 확인은 권한의 귀속을 확인하는 경우와 권한의 침해를 확인하는 경우로 구분할 수 있고, 이때 기각결정이나 인용결정은 기본적으로 권한의 귀속에 관한 객관적인 판단에 기초한 것이므로 그 판단에 기속된다. 아울러 권한침해의 확인에 있어서도 기각결정의 경우 권한의 귀속 그 자체를 인정함을 전제로 피청구인의 권한행사가 합헌적·합법적이라는 헌법재판소의 판단에 기속된다. 그 둘은 인용결정의 경우 소극적 수인의무만이 아니라 피청구인으로 하여금 위헌·위법으로 확인된 행위를 반복할 수 없을 뿐만 아니라 위헌으로 확인된 공권력행사로 초래된 법적·사실적 결과제거의무도 존재한다 할 것이다. 그 셋은 헌법재판소는 국회의원과 국회의장 간 권한쟁의심판사건에서 법률안가결행위가 청구인인 국회의원의 법률안심의·의결권을 침해한 것임을 확인한 반면, 그 가결행위의 무효확인청구는 기각한 경우가 있었다.<sup>260)</sup> 여기서의 논의의 핵심은 권한침해확인결정의 기속력과 무효확인청구기각결정의 기속력의 관계라고 할 것이다.

259) 남복현, 헌법재판소 결정의 소송법적 효력, 한국학술정보(주), 2013, 234면 이하, 아울러 79면 이하도 참조.

260) 이에 관해서는 현재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320 참조. 이 결정을 직접 다룬 문헌으로는 박진영, 국회의원과 국회의장 간의 권한행사. 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 효력을 적극적으로 제거할 작위의무가 부과되는지 여부(현재 2010. 11. 25. 2009헌라12), 헌법재판소결정해설집 2010, 2012, 453-482면; 조재현, “권한쟁의심판에서 결정의 범위와 기속력에 관한 연구”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012, 429-460면; 박경철, “입법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 심판대상과 기속력의 내용 - 헌법재판소의 2009헌라8·9·10(병합)결정과 2009헌라12결정과 관련하여 -” 공법학연구 제13권 제2호, 한국공법학회, 2012, 227-256면 등 참조.



다섯째, 독일의 경우 헌법재판상 모든 심판절차에 기속력이 인정되지만, 우리의 경우 한정적으로 인정할 뿐이다. 이런 점을 감안한다면, 정당해산심판이나 탄핵심판에 대해서도 기속력을 인정함도 가능할 것이다. 그럴 경우 기속력을 심판유형별로 정할 것이 아니고 헌법재판소법상 일반심판절차에다 기속력을 인정하는 방향으로 개선입법을 함이 바람직할 것이다.

### Ⅲ. 헌법재판소 결정의 기속력과 다른 효력과의 관계

#### 1. 헌법재판소 결정상 다른 효력과의 관계

##### 가. 기판력과의 관계

기속력은 기판력과 어떠한 관계를 갖는지에 관하여 견해가 다양하게 나타난다.<sup>261)</sup> 첫째, 독일의 경우 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 규정된 법규적 효력에 의해 기판력이 확장되지만, 기속력은 기판력과 동일하다는 견해가 있다. 둘째, 기속력은 주관적 측면에서 배타적으로 기판력을 확장한다는 견해이다. 셋째, 기속력은 주관적 측면뿐만 아니라 객관적 측면에서도 기판력을 확장한다는 견해이다. 그리고 넷째, 헌법재판은 기판력 이외에도 특별한 기속력이 부여되므로 기판력과 기속력을 구조적 측면에서 파악해야 한다는 견해 등이 있다.

만약 기판력이 기속력과 동일하다고 한다면, 입법자가 무슨 이유로 헌법재판소법에 기속력에 관해 특별히 규정하였으며, 또 게다가 기판력으로 해결할 수 있는 것을 구태여 다른 형태의 것으로 기속력을 규정하였는지가 불분명하게 된다. 입법자가 아무런 명문의 규정을 두지 않았을 때에만, 이 견해가 주장하는 바와 같이, 쓸모없고 혼란스럽게 작용하는 연헌재법 제31조 제1항의 효력이 재판의 효과로서 기판력을 대체할 수 있을 것이다. 따라서 입법자의 의도와 법률의 내용을 살펴볼 때, 기속력은 기판력과는 다른 제도이다.

첫 번째 견해는 기판력과 기속력을 주관적 범위와 객관적 범위, 양자를 동일시하는 것이다. 그에 반해 다른 견해들은 기속력과 기판력이 서로 다름을

261) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 259), 38-39면 참조. Vgl. Wischermann, Rechtskraft, S.38ff.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.234; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.5.

전제로 한다. 양자를 구별하는 표지로서 기속력은 기관력의 주관적 범위를 명문으로 확장하고 있다는 점을 든다. 즉 기관력은 당사자 사이에서만 적용되는 절차법적 효력을 갖는 데 비하여, 기속력은 기관력의 인적 범위를 제3자로 확장하며 실제법적 효력을 갖는다는 것이다. 이에 대해 기관력의 성질을 절차적인 것으로 봄은 논란의 여지가 있으며, 신소송법이론은 구별의 의미를 상대화하려는 경향이 있음을 지적한다. 그렇지만 헌법재판이 기관력을 가지고 있으며, 기관력이 기속력과 다르다고 한다면, 기속력은 기관력을 보완하는 것이어야만 한다. 다시 말하면 형식적 확정력(불가쟁력), 실질적 확정력(기관력) 및 기속력은 헌법재판에서 병존한다.<sup>262)</sup> 이들 효력 그 어떤 것도 다른 것과 동일시되지 않으며, 그 어느 것도 다른 것을 위협하지 않는다.

첫 번째 견해를 제외한 나머지 견해들 상호 간에 대립되는 논란은 다른 일반소송법과는 달리 객관적 범위를 확장하느냐의 여부에 있다. 다시 말하면 결정주문이 기속력을 발생함은 당연하지만 그것을 헌법해석과 관련되는 중요한 결정이유로까지 확장할 수 있느냐 하는 것이다. 즉 전술한 두 번째 견해는 주문만으로 한정하는 견해이고, 세 번째 견해는 중요한 결정이유로 확장하는 견해이며, 그리고 네 번째 견해는 양자를 절충하는 견해라고 할 것이다. 결국 기관력과 기속력의 관계는 결정이유에도 기속력을 부여할 수 있는지의 여부, 즉 기속력의 객관적 범위확장과 직결되는 문제라고 하겠다.

## 나. 법규적 효력과의 관계

양자를 비교한다. 먼저, 기속력은 헌법재판의 심판결과 전반에, 즉 인용결과와 기각결정에 인정되는 반면, 법규적 효력은 법률을 비롯한 법규범이 계쟁물이 되고 심판된 결과, 즉 위헌결정, 헌법불합치결정, 한정결정 및 합헌결정에만 인정된다. 다음, 객관적 범위와 관련해서 기속력은 결정주문만이 아니라 중요한 결정이유에도 미치지만, 법규적 효력은 결정주문에만 미치고, 그런 점에서 법률유사성이 거론된다. 이어서 주관적 범위와 관련해서 기속력은 모든 국가기관과 지방자치단체에게 미치지만, 법규적 효력은 일반적 구속성을 전제로 한다. 그런 점에서 일반적 효력 내지 일반적 구속력이라고도 한다. 마지막으로 시적 범위는 양자가 동일하다.

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

기속력은 법규적 효력<sup>263)</sup>과 구별되어야 한다. 특히 주관적 범위나 객관적 범위에 있어 중요한 의미를 지니고 있다. 그리고 헌법재판소의 결정에 법규적 효력을 부여함으로써 결정이 지니고 있는 다른 효력<sup>264)</sup>의 강화를 초래한다는 점에 대해서는 논란이 있다. 기속은 명령적 또는 금지적 성격을 지닌 준수청구권을 의미하므로, 피기속자는 결정을 준수해야 할 책임을 진다. 결정이 어느 정도나마 준수되어야 한다는 의미에서 강화된 또는 어느 정도 강화된 기속은 존재하지 않는다. 피기속자에 의해 결정이 준수될 수도 있고, 준수되지 않을 수도 있음을 전제로 해서, 기속이라는 의미가 결정준수의 정도를 강화시킴을 뜻하는 것은 아니다. 기속된 모든 국가기관과 단체는 기판력이나 기속력이 부여된 헌법재판소의 결정을 완전하게 준수해야 할 책임이 부과되어 있다. 이러한 측면에서 볼 때, 법규적 효력에 의한 기속의 강화는 불가능하다. 다만 기속이 주관적 또는 객관적 측면에서 기판력이나 기속력의 결과를 확장한다고 할 때, 기속의 범위가 보다 더 확대된다고 할 것이다. 또 재판의 보충적인 부분이 책임 있는 성격을 획득하거나 또는 많은 기관이나 사인이 기속될 때, 법규적 효력은 기속을 확대할 수 있지만 기속의 정도를 강화하는 것은 아니다.<sup>265)</sup>

## 2. 위헌결정의 실체법적 효과와 위헌결정의 기속력의 관계

헌법불합치결정의 기속력과 법적 효과를 해명하기 위해서는 먼저 위헌결정의 실체법적 효과와 위헌결정의 기속력의 관계를 규명해야 한다. 여기에서는 우리나라의 규범체계보다는 독일의 규범상 규율체계를 활용함이 아주 유용하다.

독일의 경우 연헌재법 제31조 제1항과 제2항에 각각 기속력과 법규적 효력을 규정함과 아울러 같은 법 제78조에 위헌무효를, 그리고 제79조에 위헌법률에 근거한 국가작용의 처리방향을 각각 규정하고 있다. 같은 조 제1항에서는 유죄의 확정판결에 대한 재심청구를, 그리고 제2항에서는 그 밖의 국가작용에 대한 처리방향을 규율하고 있다.

263) 이에 관한 상세한 내용은 남북현, 앞의 책(주 259), 93면 이하 참조.

264) 헌법재판소 결정은 법규적 효력 이외에도 내부절차적 기속력(inner-pro-zess-uale Bind-ung), 확정력(Rechtskraft), 기속력(Bind-ungs-wirk-ung), 구성요건적 효력(Tatbestands-wirk-ung), 형성력(Gestalt-ungs-wirk-ung) 등을 가진다. 상세한 내용은 vgl. Pesta-lo-zza, Ver-fassungsproze ß recht, 3.Aufl., S.297ff.

265) Vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.247.

이에 견주어 우리의 규율체계를 보면, 헌재법 제47조 제1항에서는 위헌결정의 기속력을, 같은 조 제2항에서는 위헌결정된 법률의 효력상실을 규정해서 위헌결정의 법규적 효력을 각각 규정한 것으로 파악되고 아울러 앞의 제2항은 위헌결정된 법률의 장래적인 효력상실을 규정함으로써 이에 관해서는 해석상으로 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효를 규율한 것으로 파악된다. 또한 제3항에서는 형벌법규의 위헌결정에 따른 소급적인 효력상실과 예외적인 장래효를, 그리고 제4항에서는 유죄의 확정판결에 대한 재심청구를 규정하고 있다.<sup>266)</sup>

이상을 놓고 견주어보면, 위헌결정의 기속력은 위헌결정 자체에 부과됨을 알 수 있고, 위헌결정의 실체법적 효과는 법률을 위헌으로 결정하였을 경우 위헌결정된 법률이나 그에 근거한 국가작용을 어떻게 처리해야 하는가의 문제로 귀착됨을 볼 수 있다. 이와 관련해서 헌법재판소는 위헌결정에 따른 기속력과 위헌결정된 형벌법규의 소급적 효력상실을 병립적으로 열거함으로써 양자를 명확하게 구별짓고 있다. 즉, “헌재법 제41조의 위헌법률심판절차와 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원 등 구체적 규범통제절차에서는, 특히 형벌조항에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우에는 그 소급효와 법원 등 국가기관에 대한 기속력 때문에 심판대상과 심판범위를 가능한 한 최소한으로 제한하여 명백히 하는 것이 원칙”이라고 하였다.<sup>267)</sup>

이중에 핵심적인 쟁점은 기속력과 소급효의 관계라고 할 것이다. 이와 같이 위헌결정의 효력 전반을 체계적으로 이해하는 차원에서 헌법불합치결정에 관해서도 논의되어야 한다.

그러면, 위헌결정의 기속력과 실체법적 효과가 입법자와 법 적용자에게 구체적으로 어떻게 다르게 나타나는지를 살펴본다.

먼저, 입법자와 관해 살펴보면, 기속력에 있어 기속의 의미는 반복입법금지

266) 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

⑤ 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다

267) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117, 판례집 24-2하, 387, 395 참조.

의무를 말하는데 반해, 법적 효과로서는 자신 행한 입법행위의 내용이 배제됨을 의미하는 것으로 특별히 그 내용이 주장될 여지는 없다. 논의될 여지가 있다면, 입법권통제의 범위와 한계문제 내지 헌법재판의 민주적 정당성 문제로 전개될 것이다.

다음, 법적용자와 관해서는 법원과 행정청에게 공통적으로 나타나는 사항이라 할 것이고, 여기서 기속의 의미는 결정준수의무, 즉 결정내용을 준수하면서 그에 따라 구체적으로 적용할 의무가 부과된다고 할 것이다. 경우에 따라서는 반복금지의무 내지 모순저촉금지의무가 발생하는 경우도 있을 것이다. 그에 반해 법적 효과로는 위헌법률의 효력상실에 따른 일반적 적용배제가 나타난다. 장래효원칙과 예외적인 소급효문제가 등장하고 예외적인 소급효의 적용범위로서 당해사건, 계속사건, 병행사건 내지 일반사건에 미치는지 여부가 논의된다.

#### IV. 기속력의 근거

헌법재판소 결정에 인정되는 기속력의 법적 근거를 어디서 찾을 것인가는 논의된다. 헌법재판소법에 명문으로 규정되어 있기 때문에 법률적 차원에서 그 효력이 뒷받침된다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 하지만, 헌법적 차원에서 기속력이 뒷받침받을 수 있는지가 문제되고 있다.

##### 1. 법률에 근거한 기속력

헌법재판소는 법률에 관한 위헌결정의 기속력에 관해 구체적으로 실시하고 있다.<sup>268)</sup>

모든 국가기관은 헌법의 구속을 받고 헌법에의 기속은 헌법재판을 통하여 사법절차적으로 관철되므로, 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용하여 한 법원의 재판은 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것이다. 기속력은 헌재법 제47조 제1항과 제75조 제1항의 규정에 근거한 것이다.

<sup>268)</sup> 이에 관해서는 대표적으로 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842, 859-860 참조.

한편 헌법이 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여하고 있음에도 법원이 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 아니하는 것은 실질적으로 법원 스스로가 ‘입법작용에 대한 규범통제권’을 행사하는 것을 의미하므로, 헌법은 어떠한 경우이든 헌법재판소의 기속력있는 위헌결정에 반하여 국민의 기본권을 침해하는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소가 다시 최종적으로 심사함으로써 자신의 손상된 헌법재판권을 회복하고 헌법의 최고규범성을 관철할 것을 요청하고 있다. 또한, 청구인과 같이 권리의 구제를 구하는 국민의 입장에서 보더라도, 이러한 결과는 국민이 행정처분의 근거가 된 법률의 위헌성을 헌법재판을 통하여 확인받았으나 헌법재판소의 결정에 위배되는 법원의 재판으로 말미암아 권리의 구제를 받을 수 없는, 법치국가적으로 도저히 받아들일 수 없는, 법적 상태가 발생한다.

## 2. 헌법적 효력으로서 기속력

법률에 관한 위헌결정에 기속력이 인정되는 근거에 관해 헌법재판소는 3단계로 논증하고 있다.<sup>269)</sup> 그 첫째는 모든 국가기관은 헌법의 구속을 받는다는 점이다. 둘째, 헌법에는 기속은 헌법재판을 통하여 사법절차적으로 관철된다는 것이다. 그리고 셋째, 법률에 대한 위헌결정은 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과라는 점이다. 이는 직접적으로 헌법 제107조 제1항과 제111조 제1항 제1호에서 도출된다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용하여 한 법원의 재판은 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단(헌법 제107조 및 제111조)에 정면으로 위배된다. 결국, 그러한 판결은 헌법의 최고규범성을 수호하기 위하여 설립된 헌법재판소의 존재의의, 헌법재판제도의 본질과 기능, 헌법의 가치를 구현함을 목적으로 하는 법치주의의 원리와 권력분립의 원칙 등을 송두리째 부인하는 것이라고 한다. 이러한 태도에 기초해서 기속력은 헌재법 제47조 제1항과 제75조 제1항의 규정뿐만 아니라, 헌법재판소에게 최종적인 헌법해석권을 부여하고, 모든 국가기관에게 헌법준수의무를 부과한 헌법의 취지에 따라 인정되는 헌법적 차원의 효력이라고 한다.<sup>270)</sup>

269) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842, 859-860.

270) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89결정에서 재판관 김종대의 별개의견, 판례집 22-2하, 659, 675.

### 3. 검토

헌법재판소 결정에 기속력이 인정되는 헌법적 근거로는 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호, 제113조 제1항에 규정된 가중된 정족수에서 찾을 수 있다.

헌법 제101조 제1항이 사법권을 법원에게 부여하는 한편, 헌법 제107조 제1항은 법원으로 하여금 자신이 재판할 사건에 적용될 법률의 위헌여부에 관해서는 헌법재판소에 제청해서 그 심판에 따라 재판하도록 하고 있다는 점이다. 이는 헌법재판소가 법률의 위헌여부에 관해 심판을 한 것은 그것이 위헌결정이든 합헌결정이든 아니면 불합치를 포함한 변형결정이든 간에 그에 따라야 할 것임을 직접적이고 명시적으로 규정한 것이다. 이는 다른 해석의 여지가 없는 분명하고 명료한 사항이다. 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있음도 마찬가지이다. 헌법재판소가 위헌여부를 심판한 것에 관해 법원으로 하여금 준수 의무를 부과하지 않는다면, 헌법은 무의미한 규정을 둔 것이고, 헌법재판소 결정의 실효성을 부인하는 것이다.

법률의 위헌여부결정에 대한 기속력이 헌법 제107조 제1항과 제111조 제1항 제1호에 근거해서 인정된다는 점에서 다른 심판절차, 즉 권한쟁의심판절차, 헌법소원심판절차, 탄핵심판절차 및 정당해산절차에 따른 결정에도 헌법 제111조 제1항의 헌법재판소의 관장사항에 근거해서 기속력이 인정된다고 하겠다.

또 이에 기초해서 위헌법률심판의 보완적 절차에 해당하는 헌재법 제68조 제2항의 심판에 따른 헌법재판소의 각종 결정에도 기속력이 인정된다.

게다가 헌법재판소 결정에는 헌재법 제68조 제1항의 심판절차와 권한쟁의심판절차에 따른 경우에도 기속력이 인정되는 것으로 입법자가 이를 규율하고 있는바, 이는 그 기속의 의미와 내용이 지닌 위상을 확인해주는 것이다. 그렇기 때문에 기속의 의미와 위상은 동일한 용어가 유사한 상황을 규율하고 있다는 점을 감안해서 그에 상응하게 설정되지 않으면 안 된다.

그 외에도 헌법 제113조 제1항에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 및 헌법소원의 인용결정에 대해서는 재판관 6인 이상의 찬성으로 의결하도록 요구하는 점도 그에 관한 헌법재판소 결정의 중요성을 반영하는 것이고, 기속력을 인정하는 간접적인 근거라고 할 것이다.

요컨대, 기속력은 헌법이 헌법재판소에 최종적인 헌법해석권을 부여하고, 모든 국가기관에게 헌법준수의무를 부과한 헌법의 취지에 따라 인정되는 헌법차원의 효력이라고 할 것이다.

이상과 같이 보게 되면 탄핵심판과 정당해산심판절차에 따른 헌법재판소 결정에 기속력을 규율하지 않은 것이 오히려 입법의 흠결이라 할 수 있고 이는 독일연헌재법 제31조 제1항과의 비교에서도 또렷하게 드러난다고 하겠다.

## V. 법률에 관한 위헌결정의 기속력

### 1. 기속력의 주관적 범위

#### 가. 원칙

기속력은 주관적 측면에서 헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항과 제75조 제1항에 규정된 수범자의 범위로 확대된다. 그러므로 결정에 의해 심판절차에 참가한 당사자뿐만 아니라 특정한 비당사자(Nicht-beteiligte)도 기속된다.<sup>271)</sup> 여기서 비당사자는 절차에 참가할 자격이 있는지의 여부와 무관하게 포함된다. 비당사자는 동일사안뿐만 아니라, 다른 사안에서도 동일한 법적 문제가 제기될 때, 그때에도 기속된다. 동일한 법적 문제가 제기되었을 때, 다른 사안에서 비당사자의 기속으로 인해 이러한 유형의 사법절차(다른 사안이고 다른 당사자이지만 동일한 법적 문제가 제기되는 경우)가 재차 진행되는 것이 차단된다. 이 점은 주관적 측면에서 기관력을 능가하는 기속의 확장으로 작용한다.<sup>272)273)</sup> 헌법재판소법에 규정된 모든 국가기관은 입법부, 사법부<sup>274)</sup> 및 행정부뿐만 아니라 헌법과 법률에 규정된 모든 기관을

271) Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.235; Maunz, in: Maunz u.a., *BVerfGG*, § 31, Rn.19.

272) Kadenbach, *AöR* 80, S.385; Brox, in: *FS für Geiger*, S.809; Rupp, *FS für Kern*, S.403; Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, S.236; Maunz, in: Maunz u.a., *BVerfGG*, § 31, Rn.19.

273) 이러한 해석에 대해 독일에서는 반론이 제기되었다. 즉 연방헌법재판소의 결정(*BVerfGE* 7, 108; 8, 141)을 무시하고, 기속력은 절차에 참가한 자를 능가하여 기속의 범위가 확대되지만, 그러나 기속은 단지 소송물이었던 법률관계만이 관련됨을 의미한다는 것이었다. 그렇지만 확대된 인적 범위와 무관하게 동일한 내용의 다른 사안에서 기속은 발생하지 않는다는 것이었다(Franz Klein, *Gleichheitssatz und Steuerrecht*, 1966, S.145). Vgl. Maunz, in: Maunz u.a., *BVerfGG*, § 31, Rn.19.

274) 제47조 제1항에는 기속의 대상으로 법원을 명시하고 있다. 그렇지만 제67조 제1항이나



의미한다. 여기서 행정부에는 행정청뿐만 아니라 공공조합, 공공영조물 및 공적인 조합 등도 포함된다.<sup>275)</sup> 그리고 지방자치단체도 기속된다. 여기에는 광역자치단체이건 기초자치단체이건 간에 단체의 행정기관뿐만 아니라 의회도 포함되며, 교육자치단체도 포함된다. 기속력은 특별한 공포나 공시 없이도 이들 기관에게 적용된다.<sup>276)</sup>

그에 반해 헌법재판소 자체는 기속되지 않는다.<sup>277)</sup> 헌법재판소는 전소에서 그가 제시한 법적 견해를 포기하고 전소에서 취한 견해를 후소에서 수정할 수도 있다. 이러한 근거는 독일의 경우 연방헌법재판소법 제16조 제1항을, 우리나라의 경우 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호를 들 수 있다. 마찬가지로 사인(Private)이 기속력에 의해 기속되는 것은 아니지만, 독일의 경우 기본법 제103조 제1항에 따라 어떠한 법적 존중도 그들에게 요구되지 않는 것은 아니다.<sup>278)</sup>

#### 나. 기속력과 반복입법금지의 관계

헌법재판소 위헌결정의 기속력은 모든 국가기관과 지방자치단체에 미친다. 여기서 기속의 의미는 결정준수의무와 반복금지의무이다. 반복금지의무는 입법자인 국회에게는 반복입법금지의무를 말한다. 반복입법이란 종전 위헌결정 중 기속력이 인정되는 판시와 동일하거나 유사한 내용의 재입법을 의미하는 것으로 본다.<sup>279)</sup>

중요한 결정이유에 대한 기속력이 인정된다는 점은 입법자인 국회와 관련해서는 입법자의 입법형성권행사에 제약을 가한다는 문제를 초래하게 된다. 그렇기 때문에 국회로 하여금 헌법재판소의 결정취지에 따르도록 요구함에 많은 논란이 제기되고 있는 것이다.

---

제75조 제1항은 단지 모든 국가기관으로 언급하고 있다. 이는 제47조 제1항이 법률의 위헌심판에 관한 결정의 효력을 규정하고 있고, 제청권은 법원만이 가지고 있음에 따라 강조하는 의미를 지닌 예시적인 것에 지나지 않는다.

275) Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.21.

276) 상세한 내용은 Vgl. Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.26.

277) Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.236; Maunz, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 31, Rn.20.

278) Vogel, BVerfG und GG, Bd.1, S.610; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, S.236.

279) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89에서 김종대 재판관의 별개의견, 판례집 22-2하, 659, 676.

헌법재판소는 2010. 12. 28. 선고한 구 정치자금법 제12조 제2항 등 위헌소원(2008헌바89)사건<sup>280)</sup>에서 법정의견은 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 구 정치자금법 제12조 제2항만을 심판대상으로 삼고자 한 데 반해, 별개의견은 이 사건 기부금지 조항과 불가분의 관계에 있는 구 정치자금법 제12조 제1항까지 심판대상을 확장하여 판단하여야 함을 주장하였다. 그에 기초해서 2008헌바89사건의 법정의견은 그 사건의 심판대상인 법률조항이 95헌마154사건의 심판대상인 법률조항을 반복입법한 것이 아니라고 보았다. 그에 비해 별개의견은 반복입법에 해당하긴 하지만 법적 확신이 변경됨으로 인해 기속력의 시적 범위가 종료된 것으로 보았다.

그러면, 여기서는 이와 관련하여 기속력과 반복입법금지의 관계에 관해 검토한다.<sup>281)</sup>

### (1) 반복입법에 해당하는 여부의 판단기준

이 사건 결정에서 반복입법에 해당하는 여부의 판단기준에 관해 법정의견은 실질적 동일성설에 입각하고 있다. 즉 위헌결정된 법률조항의 반복입법에 해당하는지 여부는 입법목적이나 입법동기, 입법 당시의 시대적 배경 및 관련조항들의 체계 등을 종합하여 실질적 동일성이 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 한다. 그에 비해 별개의견은 내용적 동일성설에 입각하고 있다. 즉 반복입법에 해당하는지 여부의 판단은 위헌결정의 문언에 따라 객관적으로 판정할 수 있는 판정방법에 의하여야 할 것이고, 그 방법은 새로운 입법의 내용이 위헌결정 중 기속력이 인정되는 객관적 범위에 속하는지 여부, 즉 새로운 입법이 규율하는 영역과 내용이 종전의 위헌결정의 판시와 중첩되는지 여부에 의하여 결정해야 한다고 한다.

실질적 동일성설에 따르면, 반복입법에 해당할 여지는 매우 축소된다. 그에 비해 내용적 동일성설에 의하면, 새로운 입법이 종전의 위헌결정의 판시와 내용상 동일하기만 하면 반복입법에 해당하게 되므로, 그에 해당될 가능성은 매우 확대될 것이다.

### (2) 반복입법의 정당화 사유

280) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89, 판례집 22-2하, 659

281) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 259), 372-376면 참조.

그런데 기속력은 헌법개정, 사실관계의 중대한 변화 및 일반적인 법적 견해의 변경이 있으면, 그 힘을 잃게 된다. 이때에는 종래의 위헌결정된 법률조항과 동일한 내용의 입법이 있다 할지라도, 반복입법이라 할지라도, 헌법재판소 결정준수의무를 위반한 것이 아니라 할 것이다.

실질적 동일성설은 반복입법에 해당되는 요건을 매우 엄격하게 설정함으로써 기속력의 시적 한계에 따라 반복입법을 정당화할 필요성은 매우 축소될 것이다. 하지만 내용적 동일성설에 따르면, 반복입법으로 볼 개연성이 높아짐에 따라 반복입법을 정당화하는 요인으로서의 기속력의 시적 한계문제는 중시되지 않을 수 없게 된다.

결국 여기서의 핵심적인 사항은 반복입법에 해당되는 여부를 정당화하는 요인인 기속력의 시적 한계로서의 사정변경이 존재하는 여부가 논증대상이 되는지 여부이다. 실질적 동일성설을 취하는 법정의견에 의해서도 궁극적으로는 사정변경의 사유가 존재하는 여부가 고려되긴 할 것이다. 하지만 내용적 동일성설을 취한 별개의견만큼 존재 여부가 중요시되지는 않는다. 별개의견에 따르게 되면, 사정변경의 사유가 존재하는 여부는 위헌결정의 준수의무를 이행하였는지의 판단에 중요한 요소가 될 것이다.

관련해서 별개의견은 반복입법의 정당화사유로서 사정변경의 사유가 발생하였는지를 추적하면서, 그에 해당하는 것으로는 헌법현실의 변화와 법적 확신의 변천을 들고 있다. 그러면서 이 사건 결정의 심판대상이 된 법률조항이 반복입법에 해당함에도 불구하고 정당화되는 요인으로 법적 확신의 변천이 존재함을 제시하고 있다.

### (3) 반복입법금지에 관한 논의의 실익

위헌결정된 법률조항에 대해 입법자인 국회에게 반복입법금지를 명하는 것은 중요한 결정이유인 기속력을 인정하는 것과 결합함에 따라 입법자에게 보장된 폭넓은 입법형성권을 제약하는 결과를 초래할 것이다. 물론 헌법재판소 결정의 기속력은 모든 국가기관에게 헌법준수의무를 부과한 헌법의 취지에 따라 인정되는 헌법적 차원의 효력이라 할 것이지만, 그에 상응하게 입법자인 국회에게는 입법형성의 자유가 보장된다는 점이다. 그런 점에 비추어 보면, 위헌결정의 기속력에서 반복입법금지의무를 도출할 수 있다 하더라도, 반복입법에 해당하는 여부를 너무 완화시켜 폭넓게 인정할 필요는 없을 것이다.

그런 점에서 입법목적이나 입법동기, 입법 당시의 시대적 배경 및 관련조항들의 체계 등을 종합하여 실질적 동일성이 있는지 여부에 따라 판단하고자 하는 실질적 동일성설을 취하는 법정의견이 타당하다 할 것이다.

게다가 반복입법에 해당한다거나 또는 해당되지 않는다고 해서 그 새로운 입법이 위헌 여부 다툼의 대상에서 배제되는 것은 아니라는 점이다. 구체적으로 살펴본다. 반복입법에 해당되지 않는다면, 그 자체로서 후소에서 새로운 심판대상이 되어 위헌여부가 다투어지게 될 것이다. 반복입법에 해당된다면, 이를 정당화할 사정변경의 사유가 존재하는 여부가 판단되어야 하고, 그 사유가 존재한다면 반복입법에 해당되지 않게 됨에 따라 후소에서 새롭게 위헌여부가 다투어지게 될 것이다. 그런데 사정변경의 사유가 존재하지 않는다면, 다시 말해서 반복입법에 해당한다면, 이는 전소 결정의 기속력에 위반되게 입법자인 국회가 입법을 한 것이 되고 또 그 입법은 전소 결정의 심판대상과 동일한 것으로 파악됨에 따라 후소의 결정은 부적법 각하되어야 할 것이지만, 그 기속력으로 인해 위헌확인을 해야 할 것이다. 이는 동일내용의 반복입법임에 따라 전소의 결정이 지닌 법적 효과가 그에 대해 미치기 때문이다. 결국 반복입법에 해당한다고 주장된 법률에 대한 위헌논증과정만이 달라질 뿐이다. 이는 반복입법에 해당하는 여부를 둘러싼 논의는 그 실익이 없음을 의미한다. 왜냐하면 입법자에 의해 새로운 입법이 이루어지면, 헌법재판소가 유권적인 판단을 내릴 때까지는 사실상 구체적인 법률관계를 형성하고 적용될 것이기 때문이다. 게다가 어떤 식으로든 헌법재판소에 의한 위헌심판의 대상에서 벗어날 수 없기 때문이다.

#### 다. 행정청에 대한 기속의 의미와 내용

행정청에 대한 기속의 의미는 다양할 것이다. 하지만, 이에 대해서는 오로지 위헌결정 이후 위헌법률에 근거한 처분의 집행에 관해서만 다루기로 한다. 이는 결정준수의무에 해당한다.<sup>282)</sup>

관련해서 대법원은 2012. 2. 16.에 선고한 2010두10907 판결<sup>283)</sup>에서 현재법 제47조 제1항에 규정된 위헌결정의 기속력이 위헌결정된 법률에 근거한 처분의 집행을 배제하는 논거임을 제시하였다. 즉, “구 헌법재판소법

282) 남복현, 앞의 책(주 259), 89-92면 참조.

283) 대법 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결, 공2012상, 468.

제47조 제1항이 규정하고 있는 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다고 봄이 타당하다.

따라서 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 그 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다.”고 하였다.

대법원은 2010두10907 판결의 다수의견에서 위헌결정 이후에는 위헌법률의 적용 상태를 그대로 방치하여서는 아니 되고 또 위헌법률의 종국적인 집행을 위한 국가기관의 추가적인 행위를 용납하여서는 아니 된다는 입장을 취하는 근거로는 현재법 제47조 제1항이 규정하고 있는 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청을 제시한다. 결국 이러한 입장은 제소기간 도과로 인해 발생하는 불가쟁력을 사실상 부인하는 것이다.<sup>284)</sup> 위헌결정의 기속력이 실제로는 처분청이 지닌 자력집행력을 부인하는 근거<sup>285)</sup>로 작동한 것으로 봄이 옳다. 선행처분에 대한 위헌결정이 이루어지게 되면, 후행처분은 궁극적으로 선행처분의 집행력이나 실효성을 확보할 목적으로 진행되는 것이기 때문에, 위헌결정의 기속력으로 인해 결정 시점 이후에는 위헌결정된 법률에 근거한 선행처분의 실효성을 확보할 목적으로 진행되는

284) 제소기간 도과는 불가쟁력의 문제일 뿐이고, 집행력문제와는 별건이다. 불가쟁력과 집행력은 다른 차원의 문제이다. 불가쟁력이 발생하였다고 해서 선행처분의 근거법률이 위헌 결정되었을 경우 행정청에게 후행처분을 통한 집행까지 용인하는 것은 아니다. 다른 법리에 의해 집행을 배제한다면, 그에 따라야 한다. 그것이 바로 현재법 제47조 제1항의 위헌결정의 기속력문제이다.

285) 행정처분의 자력집행력은 처분의 본질적인 효력이라기보다는 법률의 규정에 의하여 개별적으로 부여되는 효력이라고 보아야 한다. 장석조, “위헌법률에 기초한 과세처분의 집행력: 구 택지소유상환에 관한 법률에 대한 위헌결정에 따른 부담금 부과처분의 집행문제를 포함하여”, 사법논집 제34집, 대법원 법원행정처, 2002, 12, 717면 참조. 그런데 현재법 제47조 제1항은 처분청으로 하여금 법률에 관한 위헌결정에 기속되도록 명하고 있는 것이다.

일체의 법적 행위는 중지되도록 하고자 함이 헌재법 제47조 제1항의 존재목적인 것이다.

법원의 확정판결에 근거하여 집행이 담보되었을 경우 집행해야 할 집행공무원도 국가기관(사법행정청)에 해당하기 때문에 기속력의 적용대상에서 벗어날 수 없다. 즉 기속된다 함은 선행처분 근거법률의 위헌결정 시점 이후에 후행처분이 이루어졌거나 이루어지지 아니한 상태에서 더 이상 그 법률에 근거한 처분의 집행을 진전시키지 말아야 함을 의미하는 것으로 이해해야 한다. 이와 같은 시각에서 볼 때, 후속절차의 진행이나 집행에 관여한 모든 국가기관은 기속되는 것이고, 거기에 법원의 확정판결이 있다 할지라도, 아직 집행되지 아니한 상태에 있는 한, 마찬가지로 위헌결정의 기속력이 적용된다고 보아야 할 것이다.

요컨대, 위헌결정 이후 위헌법률에 근거한 처분의 집행금지는 기속력에 근거한 것으로서 위헌법률에 근거한 새로운 법률관계의 형성금지를 의미할 뿐 아니라 이미 형성된 법률관계의 소극적인 부인 의무와 구체적인 집행금지의무도 부담하는 것으로 나타난다.

## 라. 기속력과 법원의 재판

### (1) 위헌결정의 기속력에 반하는 법원재판의 위헌성

헌법재판소가 선고한 법률의 위헌결정을 준수하지 아니한 법원의 재판은 기속력에 위반된 것이고, 이에 관해 헌법재판소는 입장이 확고하다.

헌법이 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여하고 있음에도 법원이 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 아니하는 것은 실질적으로 법원 스스로가 ‘입법작용에 대한 규범통제권’을 행사하는 것을 의미하므로, 헌법은 어떠한 경우이든 헌법재판소의 기속력있는 위헌결정에 반하여 국민의 기본권을 침해하는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소가 다시 최종적으로 심사함으로써 자신의 손상된 헌법재판권을 회복하고 헌법의 최고규범성을 관철할 것을 요청하고 있다.<sup>286)</sup>

### (2) 이미 심판을 거친 법률조항에 대한 위헌제청과 기속력의 관계

286) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 860.

헌법재판소가 이미 법률조항에 관해 위헌결정을 하였을 경우 그 법률조항에 대해 또다시 위헌심판제청이나 헌법소원심판청구가 있으며 어떻게 처리해야 하는가가 문제된다.

헌법재판소는 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 기속력이 있어(헌재법 제47조 제1항) 헌법재판소에서 이미 위헌결정이 선고된 법률조항 부분에 대한 위헌법률심판제청은 부적법하다.”<sup>287)</sup> 고 한다.

동일한 심판대상에 대해 반복적으로 심판제청이나 청구가 이루어지면, 헌법재판소는 위헌결정을 반복해야 하는 것이 아니고, 심판제청이나 청구를 각하해야 한다.<sup>288)</sup> 그 이유는 위헌임이 선언되어 법으로서의 효력을 이미 상실한 동일한 법률조항에 대해 효력이 없음을 재차 확인하는 정도에 불과하기 때문이 아니다. 반복적으로 심판을 제청한 법원을 비롯한 국가기관이나 지방자치단체로 하여금 헌재법 제47조 제1항이나 제75조 제1항에 의거해서 먼저 선고된 바 있던 위헌결정에 기속되도록 하고 있기 때문이다.

따라서 기존의 위헌결정을 반복하는 의미는 단순히 “효력이 없음을 재차 확인한 정도에 불과”한 것이 아니다. 심판대상이 동일성이 인정되는 한, 후소의 당해사건에도 전소 결정의 효력이 미쳐야 하고, 전소의 결정을 법원을 비롯한 법적용자들이 준수해야 함을 전제로 한 표현인 것이다.<sup>289)</sup>

이미 효력상실되어 다룰 물건이 없어져서 그런 것이 아니라, 이미 그 법률조항의 처리방향에 대한 입장이 헌법재판소 차원에서 명확하게 정립되었고, 또 그 결정의 기속력과 법규적 효력으로 인해 법적용자인 법원과 행정청은 그에 따라 구체적인 사건을 처리하면 아무런 문제가 없음을 뜻하는 것이다.<sup>290)</sup> 다시 말해서 일반사건, 병행사건, 동종사건의 소송당사자가 헌법재판절차를 더 이상 밟지 않아도, 적법요건을 갖추어 소송을 제기하였거나 제기하는 한, 위헌결정의 편익에 참여할 기회가 보장됨을 실체적으로 의미하는 것이다.<sup>291)</sup>

287) 헌재 2009. 3. 26. 2007헌가5등, 판례집 21-1상, 312, 319; 헌재 2010. 7. 29. 2009헌가4, 판례집 22-2상, 95, 107; 헌재 2014. 7. 24. 2012헌바294등, 판례집 26-2상, 60, 70, 헌법재판소, 헌법재판소사무제요(제2개정판), 2015, 167면 이하 참조.

288) 동지: 허영, 헌법소송법론(제4판), 박영사, 2009, 171면 참조.

289) 남복현, 앞의 책(주 259), 203-212면.

290) 이상에 관해 상세한 내용은 남복현, “판례평석: 단순위헌결정 선고의 폐해와 수습조치의 대안 모색”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 70-71면 참조.

291) 따라서 사태가 이리함에도 일반사건이나 병행사건에서 법익형량을 해서 구체적 사건에서의 정의보다 법적 안정성이 훨씬 클 경우에는 예외적인 소급효의 적용범위를 제한할 수 있다고 함은 재판청구권의 제한을 넘어서서 중대한 침해에 해당한다는 점을 간과해서

## 2. 기속력의 객관적 범위

### 가. 결정주문과 결정이유

헌법재판소의 결정은 주문과 이유로 구성되어 있다. 우리 현재법 제47조 제1항, 제67조 제1항 및 제75조 제1항에 따르면, 헌법재판소 결정은 기속력을 갖는다. 그런데 결정의 어느 부분이 기속력을 갖는지가 문제된다. 이에 관해서 논리적으로 4단계로 유형화할 수 있다.<sup>292)</sup> 즉 첫째, 기속력이 주문에만 한정된다는 것이다. 둘째, 기속력이 주문뿐만 아니라 결정이유에도 인정되지만, 결정이유 모두 인정되는 것은 아니고 구체적인 재판규범이나 주문의 해석에 필수불가결한 결정이유에만 인정된다는 것이다. 셋째, 주문은 물론이고, 주문을 도출하는 데 있어서의 중요한 이유에까지 기속력이 부여된다는 것이다. 넷째로 주문과, 헌법재판소의 모든 구상이나 방론(obiter dicta)까지도 포함하는 모든 결정이유에 기속력이 부여된다는 것이다.

네 가지 유형에서 마지막의 경우를 주장하는 견해는 거의 없다. 그리고 두 번째 유형은 첫 번째 유형과 세 번째 유형을 고집하였을 경우에 야기되는 문제점을 해소하기 위하여 절충적인 입장에서 제기된 것으로 보인다. 절충적인 입장은 이 방법 이외에도 심판대상의 확장 등을 통해 해결하려는 시도도 있다. 그러면 여기서는 중요한 결정이유에도 기속력을 인정할 수 있는지의 여부를 기준으로 나누어 검토한다.

### 나. 결정이유의 기속력 인정여부

#### (1) 인정설

먼저 중요한 결정이유에 기속력이 인정된다는 입장을 살펴본다.

첫째, 중요한 이유에 대해 기속력이 인정된다는 의미를 검토한다. 이는 모든 국가기관에게 결정이유에 진술된 법적인 견해를 존중할 책임을 부과함을 말한다. 이는 헌법재판이 헌법해석과 관련되는 한도에서 중요한 이유는 기속력을 가진다는 것을 뜻한다. 그 효과는 모든 국가기관과 지방자치단체에게 결정에 배치되는 행위를 금지하는 의미를 내포할 뿐만 아니라, 그 이상으로

는 안 된다.

292) Vgl. Maunz, in: Maunz u. a., BVerfGG, § 31, Rn.16; 황우여, “위헌결정의 효력”, 사법논집 제21집, 대법원 법원행정처, 1990, 16면; 남복현, 앞의 책(주 259), 55면 이하.



일반적인 행동준칙으로서 향후의 활동에서 존중해야 한다는 명령적 의미도 지닌다는 것이다. 즉 어떠한 법적용기관도 독자적인 심사를 별도로 해서는 안 되며, 헌법재판소가 행한 헌법해석을 자신의 행동척도로 삼아야 한다.

둘째, 기속력을 중요한 이유로까지 확장되지 않으면 안 될 당위성이다. 그 하나로는 주문에의 기속만으로는 헌법재판의 목적 실현에 충분치 못하다는 점이다. ‘모든 행정청과 법원은 장래의 모든 사건에서 헌법해석에 관해 결정주문과 중요한 결정이유가 제시한 원칙’을 존중하여야 한다는 점이다. 그들은 법적 안정성을 창출한다는 점이다. 즉 헌법재판소가 헌법을 유권해석할 수 있도록 함으로써, 개별사건에서 아무런 제약도 받지 않고 헌법재판소는 침해된 법질서를 회복시킬 수 있다는 것이다. 여기서 헌법재판소는 미래평화적인 작용을 하고, 법적인 명료성을 창출하며, 동일한 유형의 분쟁의 반복을 방지하고, 그리고 분쟁의 소지를 없앤다고 한다. 바로 이러한 점에서 중요한 결정이유에 기속력을 부여할 필요성이 추론된다. 그 셋은 반복의 위험성이 예견될 경우, 기속력에 의해 폭넓게 배제된다는 것이다.

## (2) 부정설

이에 대해 중요한 결정이유의 기속력을 부인하는 입장을 살펴본다. 이 입장에 따르면, 결정의 주문에는 헌법재판의 추론결과인 고유한 결정명제(Entscheidungssatz)만이 포함될 수 있다는 것이다. 따라서 기속력은 구체적으로 결정된 법적 분쟁에 관련해서만 발생한다. 이는 헌법재판소의 사법적 성격을 전제로 하여 헌법재판소의 지위와 기능을 획정한 것이다. 헌법재판소의 활동과 일반법원의 그것을 비교할 때, 개별사건에 관한 헌법재판소의 결정은 그의 고유한 임무의 핵심을 수행하는 것이며, 그때마다 주문의 한도에서만 절차에 참가하지 아니한 국가기관까지도 법적인 기속을 가할 수 있다고 한다.

다음, 기속력을 인정할 수 없는 논거를 살펴본다. 첫째, 권력분립의 구조상 헌법재판소의 지위를 든다. 둘째, 국가기관의 민주적 정당성을 들고 있다. 셋째, 헌법재판소의 결정절차 자체가 지닌 취약성을 든다. 넷째, 헌법재판소 결정의 정당성과 헌법의 규범성을 동시에 약화시킨다는 것이다. 다섯째, 결정이유 중에 어느 부분이 중요한지를 구분짓기란 좀처럼 쉽지 않다는 것이다.

또 중요한 결정이유의 기속력 부인과 관련해서 법원을 비롯한 국가기관이

헌법예의 기속이나 기본권에의 기속에 의거해서 헌법재판소 결정에 따르는 것이지, 결정이유에 기속력이 인정되기 때문에 따르는 것은 아니라고 한다.<sup>293)</sup> 그렇기 때문에 기본권기속의 문제는 헌재법이 규정하고 있는 기속력의 문제가 아니라 헌법해석으로부터 도출되는 공권력의 기본권존중의무의 결과라고 한다. 또한 이 견해에 의할 경우 헌법재판과 일반사법권간의 본질적 차이는 헌법재판소가 그 심판대상이 되는 법적 분쟁을 해결하기 위하여 통제규범인 헌법규정을 적용하여 구체적인 헌법위반사태를 제거하는데 남아 있을 뿐이다.

기속력을 제한적으로 이해할 경우 그 객관적 범위는 주문에 국한되기 때문에 결정이유에 포함된 헌법재판소의 법적 견해는 구체적인 법적 분쟁을 벗어나서까지 다른 국가기관을 구속하지는 못한다. 오히려 이들 기관들은 자신의 행위가 합헌적이라는 확신이 있을 경우, 비록 그것이 헌법재판소의 법적 견해와 배치된다 할지라도, 법적으로 동일한 성질을 띠는 조치를 취할 수도 있으며, 그렇다고 하여 헌법재판소법상 기속력에 위배되는 것도 아니라고 한다.<sup>294)</sup>

그런가 하면, 헌법재판소는 결정이유의 기속력과 관련해서 “헌법재판소법 제47조 제1항 및 제75조 제1항에 규정된 법률의 위헌결정 및 헌법소원 인용결정의 기속력과 관련하여, 입법자인 국회에게 기속력이 미치는지 여부, 나아가 결정주문뿐 아니라 결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부는 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계, 국회의 입법권의 범위와 한계 등을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다.”고 하였다.<sup>295)</sup>

요컨대, 중요한 이유의 기속력을 부인하려는 배경에는 헌법재판소의 결정이유가 성문화(Kanonisierung)되어질 위험성을 염려함과 아울러 거기서 초래될 수 있는 헌법의 고착화 위험성을 의식한 것이다. 게다가 어떠한 입론이 중요한 결정이유에 해당하는가를 조정하는데 발생하는 현실적인 어려움에서도 제기된다.

### (3) 절충설

절충설은 전술한 인정설과 부정설의 양 극단 사이에서, 즉 한편으로는

293) 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2001, 103면.

294) Hoffmann-Riem, Der Staat Bd, 13, 1974, S.341.

295) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1103-1104.

주문에 포함된 본안결정예의 기속과 다른 한편으로는 헌법해석의 법규유사적인 기속성 사이에서 타협적인 해결책을 찾으려고 한다.<sup>296)</sup> 결과적으로 이 견해는 헌법재판소가 법정립기관으로 기능할 수 있는 소지를 제공하는 ‘결정이유예의 기속력 부여’를 부인하려고 하는 점에서 부인설에 동조하고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정은 구체적 사건뿐만 아니라 비슷한 것으로 인식할 수 없는 유사한 사건에서도 구속적이어야 함을 주장하고 있다. 절충설은 단지 양 극단을 회피하고자 할 따름이지, 주장하는 학자들 사이에서 어떠한 통일적인 견해를 형성하고 있는 것은 아니다.

#### (4) 결어

우리나라에서 중요한 결정이유의 기속력을 부인하기 어려운 요인은 법원의 재판이 헌법소원의 심판대상에 제외되어 있다는 점이다. 재판소원이 인정될 경우 중요한 결정이유에 기속력을 인정하지 않고도 사실상 기속의 문제로 해결할 수 있을 것이다. 대법원 판결에 기속력이 인정되지 않아도 행정청이나 하급법원이 이를 준수하지 않을 수 없는 요인은 동일한 쟁점이 다투어질 경우 중국에는 대법원에서 다투어질 수밖에 없다는 점이다.<sup>297)</sup>

#### 다. 검토

헌법재판소 결정의 기속력과 관련하여 독일이나 우리나라에서 가장 논란이 많이 제기되는 기관은 입법기관이다. 특히 중요한 결정이유의 기속력을 인정하는 견해의 가장 큰 취약점이 여기서 나타난다. 즉 중요한 이유에 기속력을 부여한다는 의미는 결국 헌법재판소에 의한 헌법해석이 입법기관의 입법형성권을 실질적으로 통제하게 된다는 것이다. 여기서 민주적 정당성의 문제가 등장하게 된다. 그러나 헌법이 헌법재판소를 설치하였고 헌법에 관한 최종적인 헌법해석권을 궁극적으로 헌법재판소가 담당하게 하지 않을 수 없게 된 이상, 헌법해석의 통일성을 확보하기 위해서는 입법자도 중요한 결정이유로 제시된 부분을 준수하지 않으면 안 된다. 그러나 그렇다고 하여 헌법해석을 한다고 하면서 실제로는 입법방향이나 입법지침을 제시함과 같은 실질적인 입법기능을 수행해서는 안 된다. 이러한 부분에서는 헌법재판소는 자체를

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

297) 최희수, 앞의 박사학위논문(주 293), 110면 참조.

하여야 한다. 헌법재판소가 스스로 행한 헌법해석을 준수하도록 입법자에게 요구한다고 할 때, 그때의 해석방법은 적극적으로 특정한 해석에 추종할 것을 요구하는 것이 아니다. 그때의 해석은 헌법에 위반되는지의 여부만을 확인하는 소극적인 자세에 지나지 않는다. 적극적인 대체입법을 할 것인지, 해석과정에서 포괄적으로 허용된 범위 내에서 어떠한 방법을 선택할 것인지는 입법자의 입법형성권에 위임되어 있다고 할 것이다.

이와 같이 중요한 결정이유의 기속력을 부인하려고 하는 결정적인 요인은 입법자인 국회의 자유로운 입법형성권을 침해할 개연성이 높다는 점에서 제기되는 것이다. 법적용자인 법원이나 행정청 등의 국가기관이나 지방자치단체가 헌법재판소의 결정내용을 벗어나기 위해 만들어진 논리가 아닌 것이다. 중요한 결정이유란 결정주문을 도출하는데 있어서 필수불가결한 논거이며, 헌법해석이 그에 해당된다고 할 것이다.

“기속력이 주문에만 인정된다고 한다면, ‘어떠한 법률이 헌법에 위반된다.’라는 주문의 위헌결정에 따라 심판대상이 된 법률이 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 의하여 효력을 상실하게 되므로, 굳이 기속력을 문제 삼지 않더라도 그 후의 사건에서 그 법률조항이 유효하다고 주장될 여지는 없어 결국 기속력은 별다른 의미가 없게 되므로, 헌법적 근거를 갖는 기속력을 공동화시키게 되는 이 입장은 따를 수 없다. 그렇다고 하여 방론을 포함한 위헌결정의 이유 기재 전체에 기속력을 인정해야 한다는 견해에 선다면, 헌법재판소가 위헌 여부를 판단하기 위하여 행하게 되는 사실관계 판단, 법률 판단, 정책적 판단은 헌법해석의 전제일 뿐, 헌법해석권에 따른 해석내용이 아님에도 다른 모든 국가기관에게 그 판단 부분까지도 따를 것을 요구하는 셈이 되므로, 이 견해 또한 그 헌법적 정당성을 인정하기 어렵다. 따라서 위헌결정의 이유 중 헌법재판소가 헌법으로부터 부여받은 권한인 헌법해석권에 기해서 한 판시 부분 즉, ‘헌법을 구체적 사안에 적용시켜 해석한 부분’의 한도에서 기속력이 발생한다고 하는 것이 가장 적절하다 할 것이다.”<sup>298)</sup>

## 라. 결정이유의 기속력과 결정정족수의 관계

헌법재판소는 “설령 결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도,

298) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89결정에서 재판관 김종대의 별개의견, 판례집 22-2하, 659, 676.

결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것이고(헌법 제113조 제1항 및 현재법 제23조 제2항 참조), 이에 미달할 경우에는 결정이유에 대하여 기속력을 인정할 여지가 없는데, 헌법재판소가 2006. 5. 25. ‘안마사에 관한 규칙’(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 ‘앞을 보지 못하는’ 부분에 대하여 위헌으로 결정한 2003헌마715등 사건의 경우(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등, 판례집 18-1하, 112) 그 결정이유에서 비맹제외기준이 과잉금지원칙에 위반한다는 점과 관련하여서는 재판관 5인만이 찬성하였을 뿐이므로 위 과잉금지원칙 위반의 점에 대하여 기속력이 인정될 여지가 없다.”고 하였다.<sup>299)</sup>

그러나 “헌법재판소가 평의결과에 따라 법정의견인 주문을 결정하면 그 의견은 헌법재판소 전체의 의견으로 확정되는 것이고, 비록 그 주문이 소수의견에 기초한 것이라 할지라도 더 이상 이를 문제 삼을 수는 없는 것이다.”<sup>300)</sup>고 하였다.

생각건대, 결정이유에 기속력의 인정 여부는 몇 명의 재판관이 그에 찬성하였는지와는 무관한 사항이다. 그 논거로는 첫째, 결정이유에 기속력을 인정해야 한다는 문제는 결정주문을 뒷받침하는 논거로서의 결정이유, 그중에서도 법정의견에 대해서만 논의된다. 결정이유의 기속력문제는 주문의 기속력을 항상 전제로 하면서 그에 보완적인 차원에서 논의되는 것일 뿐이다. 둘째, 결정주문의 도출과정에는 다양한 의견이 제시될 수 있지만, 주문을 도출함에 관해서는 헌법재판소 내부에는 확립된 주문채택방식이 마련되어 있다. 주문의 제시요건에 해당되는 법정의견이 전개하는 논거가 결정이유의 핵심내용에 해당할 것이다. 셋째, 결정이유에, 즉 법정의견에 실시된 논거가 모두 기속력 인정의 대상이 되는 것은 아니다. 주문을 이끌어내는 데 없어서는 안 되는 핵심적인 논거만이 그 대상이 될 뿐이다.

따라서 재판관 6인의 찬성에 해당하지 않기 때문에 과잉금지원칙의 위반에 관한 점에 기속력이 인정되지 않는다는 논리는 전혀 부적절하다.<sup>301)</sup>

299) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1103-1104.

300) 대법 2011. 6. 23. 선고 2008도7562판결에서 다수의견에 대한 보충의견(대법관 차한성, 이상훈).

301) 남북현, 앞의 책(주 259), 333-334면.

### 3. 기속력의 시간적 범위

헌법재판소 결정의 기속력에 있어 시적 범위와 한계문제는 기판력의 시적 범위나 한계문제와 그대로 동일하다. 그렇기에 기판력의 문제를 여기에 그대로 원용한다 해서 크게 달라질 바 없다. 그리고 헌법재판소 결정의 효력문제가 주로 위헌법률심판절차나 헌법소원심판절차와 연결되어 해명되는 경향이 아주 높다. 그렇기에 위헌법률심판절차와 기판력을 중심으로 논의를 전개한다.<sup>302)</sup>

헌법재판에 있어서 기판력은 결정이 선고된 시점에 발생한다(기판력의 표준시). 위헌법률심판은 특정한 순간에 개별사건의 결정으로 제시된다. 위헌법률심판은 그 당시에 존재한 사실과 법적 상태만을 근거로 삼을 수 있다. 그러므로 기판력은 결정시점에 제시된 사실 상태와 법적 상태에서만 효력을 발생한다. 헌법재판소의 결정이 선고된 이후에 발생한 변화는 기판력에 포함되지 아니한다. 왜냐하면 모든 사법적 인식은 결정 당시에 존재한 법률관계를 바탕으로 하여 이루어지기 때문이다. 따라서 기판력은 전소 이후에 발생한 새로운 사실을 근거로 한 위헌심판의 제청에 영향을 미치지 아니한다.

결정에 중요한 사정이 결정의 시점 이후에 변경되면 기판력은 종료된다. 이러한 변화는 심판기준과 심판의 객체와 관련해서 제기될 수 있다. 심판대상의 변화는 법의 개정이나 사실의 변경으로 인해 발생할 수 있다. 형식적 의미의 법률이 개정될 경우 기판력이 확장될 수 없는 새로운 심사대상이 된다. 어떠한 조문이 다른 규범의 개정을 통해 체계적으로 조정된 새로운 내용을 받아들인 경우에도 마찬가지이다. 이러한 사례로는 일반원칙에서 예외규정이 폐기되었을 경우를 들 수 있다. 사실의 변경으로는 특히 경제법에서 빈번하게 나타나는 바와 같이 규범의 적용영역에서 근본적인 변화가 발생한 경우를 들 수 있다. 또 사회적 또는 문화적 영역 여건의 변화도 변경으로 작용할 수 있다. 심판객체의 그러한 근본적인 의미변경으로 인해 기판력은 종료된다.

기판력이 종료됨으로 인하여 당사자에게의 기속은 종료한다. 전소에서 합헌으로 선언되었던 조문은 후소에서 새로이 위헌심판의 대상이 된다. 기판력의 시적 한계를 어느 정도 융통성 있게 인정할 경우에는 헌법의 경직성을 방지할 수 있을 것이다. 그렇지만 지나치게 확장할 경우에는 기판력은 공동화되어 버리고 말 것이다.

이상에서 논의된 사항은 기속력에 대해서도 그대로 유효하다. 비록

302) 이에 관해 상세한 내용은 남북현, 앞의 책(주 259), 46-48면 참조.

위헌법률심판을 중심으로 시적 범위와 한계문제를 대전제와 소전제로 구분해서 전개하였지만, 헌법재판의 다른 심판절차에서도 그대로 유효하다.

기속력의 시적 범위는 헌법개정, 법률의 개정 및 사정변경의 사유 발생 등으로 그 효력이 종료될 때까지이고, 그때까지는 그 결정에 의해 부여된 규범적인 힘이 지속된다. 이때 그 기속력이 더 이상 그 힘을 지닐 수 없게 된 때를 시적 종료시점으로 본다.

시적 한계를 설정하는 요인으로서의 사정변경의 사유를 살펴본다. 원래 사정변경은 사실관계의 변화와 법적 상태의 변화를 포괄한다. 사실관계의 변화에서 사실관계는 헌법재판소 결정이 근거하는 사실관계를 말하고, 변화는 헌법재판소 결정의 내용에 영향을 미칠 정도로 의미 있는 것이어야 한다.<sup>303)</sup> 법적 상태의 변화는 규범적 판단기준인 헌법과 심판대상인 법규범 해석에 영향을 주는 관련 법규범의 변화를 말한다. 헌법개정, 헌법에 대한 일반적 해석 변화, 헌법변천, 관련규범 개정<sup>304)</sup>이나 그에 대한 해석 변화<sup>305)</sup> 그리고 일반적인 법적 견해 변화<sup>306)</sup>가 그에 해당한다고 할 것이다.

기속력의 시적인 범위와 한계문제는 주로 입법자와 관련된다. 법적용자인 행정청의 경우 법령을 적용해야 할 의무가 있기 때문에 이를 주장할 여지가 없다. 법적용자인 법원은 법률에 대한 위헌결정의 경우 사정변경의 사유가 발생하였음을 이유로 직권으로 적용을 변경할 수는 없고 헌법재판소에 위헌심판을 제청해야만 할 것이다.

기속력의 시적인 범위와 한계문제는 입법자의 반복입법에 있어 그 정당화사유와 관련해서 아주 중요한 의미를 지니게 된다.<sup>307)</sup> 즉, 기속력의 시적 한계는 결정주문과 이유의 기속력이 미치는 범위를 확정해주고, 입법자에게 반복입법금지 의무를 해소해주며, 합헌결정된 법률에 대한 법원에 의한 새로운 위헌심판제청을 용인한다 할 것이고, 이는 헌법의 경직성을 방지하는 중요한 역할을 한다고 할 것이다.<sup>308)</sup>

303) BVerfGE 20, 56 (87) 참조.

304) BVerfGE 33, 199 (204).

305) BVerfGE 39, 169 (181 f.).

306) BVerfGE 20, 56 (87); 33, 199 (204); 65, 179 (182).

307) 현재 2010. 12. 28. 2008헌바89결정에서 재판관 김종대의 별개의견, 판례집 22-2하, 659, 678.

308) 동지: 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1995, 74면 참조.

그리고 헌법재판소가 어떤 법률에 대해 위헌으로 결정할 당시의 법적·사실적 상황이 변경되어 종전의 위헌결정으로 폐지된 법률규정과 동일한 또는 유사한 규정의 존재필요성이 긍정될 경우 종전 위헌결정의 기속력은 시간적으로 종료하는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 위헌결정된 법률과 동일한 또는 유사한 규정이라 할지라도 법전체의 체계가 바뀌었거나 사실적 상황이 변화되었음에 따라 종전과 전혀 다른 의미를 지니는 경우에도 종전 결정의 기속력이 미치지 아니하는 경우라고 볼 것이다.<sup>309)</sup> 후자의 경우를 정확히 표현하면 종전결정의 기속력이 종료하는 경우라기보다는 종전결정의 기속력이 영향을 미치지 못하는 경우라고 하여야 할 것이다.<sup>310)</sup>

## 제3절 헌법불합치결정에 기속력이 인정되는 여부

### 1. 헌법불합치결정의 위헌결정 해당 여부

#### 1. 헌법불합치결정의 개념과 법적 성격

##### 가. 개념

헌법불합치결정이란 심판대상인 법률에 위헌성이 내재해 있다 할지라도 단순히 위헌결정을 선고하여 당해 법률의 일반적 적용배제라는 법적 효과를 추구할 경우에 야기되는 법적 혼란을 회피하고 입법자의 입법형성권을 존중하기 위해 위헌결정의 법적 효과에 일정한 제약을 가하는 주문유형을 말한다.<sup>311)</sup> 불합치결정의 법적 효과는 위헌결정의 법적 효과인 일반적 적용배제에 대한 일정한 제약을 의도한다. 일정한 제약은 위헌결정이 선고될 경우에 나타날 수 있는 법적 혼란<sup>312)</sup>을 방지하기 위한 것이다.

309) 계희열, “헌법재판과 국가기능”, 『헌법재판의 회고와 전망』, 헌법재판소, 1998, 237면.

310) 최희수, 앞의 박사학위논문(주 293), 120면.

311) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528, 546-547(헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서, 심판대상이 된 법률조항이 실질적으로는 위헌이라 할지라도 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법에 합치하지 아니한다는 선언에 그침으로써 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 효력상실을 제한적으로 적용하는 변형위헌결정의 주문형식이다).

312) 이것의 유형화에 대해서는 남복현, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1994, 310면 이하.



그렇지만, 불합치결정의 개념을 설정함에 있어 불합치결정이 위헌법률의 효력상실을 일정기간 유예하는 것에 지나지 않는다는 시각을 지나치게 강조해서는 안 된다.

## 나. 법적 성격

당연무효설에 입각해서 현재법 제47조 제2항을 해석할 때, 효력상실은 적용배제를 의미한다. 즉 같은 항 본문에서 비형벌법규의 결정일로부터의 효력상실은 결정일로부터의 일반적인 적용배제를 의미하게 된다. 여기서 일반적 적용배제는 법 적용절차에 있어 위헌인 법률의 적용에 관한 다툼이 있을 경우에는 언제나 그 적용이 배제됨을 의미한다.

이러한 시각에서 보면, 불합치결정이 선고되었다고 해서 효력상실의 유예나 장래효원칙에 대한 예외로서의 미래효가 인정될 수는 없다. 즉 잠정적인 계속적용이 당연한 귀결로 연결되는 것은 아니다. 불합치결정이 선고되었을 경우에도 원칙적인 적용중지는 그대로 유지되어야 한다. 물론 법적 효과로서의 적용배제에 대한 일정한 제약은 가능할 것이다.

불합치법률은 위헌성이 내재하여 있지만, 위헌확인이 되지 아니한 상태의 법률이다. 위헌성이 내재하여 있다는 점에서 볼 때, 위헌인 법률이지만, 헌법재판소에 의해 위헌확인이 이루어지지 않았다는 점에서 당연무효라는 법적 효과가 발생하지 아니한 법률이다.

## 2. 헌법불합치결정의 선고영역

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 최고규범성을 보장하기 위하여 그 법률은 원칙적으로 위헌으로 선언되어야 한다. 다만 헌법불합치 결정을 정당화하는 예외적 사유가 인정되는 때에 한하여 불합치결정을 할 수 있다.<sup>313)</sup>

헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는, ① 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌 결정을 하는 때에는 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있다거나, ② 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 심판대상 법률조항의

313) 현재 1999. 10. 21, 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418.

합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려운 경우 등을 들 수 있으나, 자유권을 침해하는 위헌적 법률에 대하여는 위헌결정을 통한 위헌성의 제거로 합헌성이 회복된다는 측면에서 예외적 사유의 긍정에 매우 신중을 기하여야 할 것이다.

위헌법률의 제거로 인한 법적 공백이나 혼란의 우려가 있다 하더라도, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치 결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다.

### 3. 헌법불합치결정의 유형과 그 법적 효과

#### 가. 적용중지 불합치결정과 계속적용 불합치결정의 관계

##### (1) 공통점

헌법불합치결정의 유형은 그 법적 효과의 측면에서 두 가지로 구분할 수 있다. 양자는 기본적으로 헌법재판소가 심판대상이 된 법률의 헌법불합치성을 확인하고 입법자에게 개선입법을 촉구한다는 측면에서는 동일하다. 하지만, 그 선고사유와 법적 효과는 법적용자와 관련하여 서로 달리 나타난다.<sup>314)</sup> 그 하나는 불합치법률의 법적용절차의 중지와 개선입법에 의한 처리이고, 다른 하나는 불합치법률의 잠정적인 계속적용이다. 여기서 전자를 적용중지 불합치결정으로, 후자를 계속적용 불합치결정으로 칭한다. 이중 전자가 원칙적인 모습이고, 후자가 예외적이다.<sup>315)</sup>

##### (2) 차이점

그런데 적용중지 불합치결정과 계속적용 불합치결정은 몇 가지 점에서 중요한 차이를 드러낸다.

첫째, 규율하고자 하는 시적 공간이다. 후자는 주로 불합치결정 시점부터

314) 남북현, 앞의 박사학위논문(주 312), 305면 이하, 남북현, 앞의 논문(주 314), 364면 이하, 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995, 522면 이하.

315) 이에 대해서는 대체로 견해가 일치되는 듯하다. 남북현, 앞의 책(주 240), 216-217면.

개선입법 시점까지의 법적 공백상태를 감안해서 이루어지는데 반해, 전자는 불합치법률의 제정 시점부터 불합치결정 시점까지 발생할 법적 혼란에 주목한다. 물론 전자도 불합치결정 시점부터 개선입법 시점까지의 시적 공간을 고려해야 할 경우가 있다.

둘째, 위헌으로 결정할 경우 발생할 법적 혼란이나 법적 공백상태 및 사회적 급부제공 배제 등의 문제이다. 후자는 주로 초래될 법적 공백상태가 위헌상태를 방지하는 것보다 더 위헌적인 상황이 초래되는 것을 상정한다. 그에 비해 전자는 초래될 수 있는 법적 혼란을 방지하고자 함이다.<sup>316)</sup> 그러나 법적 공백이나 법적 혼란이 명료하게 구획되지 아니하고 양자가 결합되는 경우도 상정할 수 있겠다.

셋째, 양자 모두 입법자에게 개선입법을 촉구하는 법적 효과를 지향한다는 점에서는 공통적이다. 하지만, 후자의 경우 개선입법은 그야말로 불합치결정 시점 이후에 이루어짐은 당연하고 개선입법 시행시점 이후를 또는 개선입법이 정한 시점 이후를, 경우에 따라서는 헌법재판소가 정한 시점 이후를 향해 그 효력을 발생시킬 것이다.<sup>317)</sup> 그렇지만, 전자의 경우 후자의 시점을 포용함은 물론이고, 불합치법률의 제정 시점부터 개선입법 시점 사이의 시적 공간도 규율한다는 점이다. 그뿐 아니라 불합치법률이 규율하였던 시적 공간을 개선입법이 대체한다는 측면에서 볼 때는 그 입법이 불합치법률의 제정 시점에 이루어진 것과 사실상 동일하게 파악된다는 점이다.

넷째, 법적용자에 대한 효과에서 양자는 결정적인 차이를 드러낸다. 당연히 개선입법 시점 이후에는 양자 모두 개선입법이 적용된다. 그렇지만, 불합치결정 시점부터 개선입법 시점까지의 시적 공간을 후자의 경우 불합치법률이 규율하는데 반해, 전자의 경우 개선입법이 규율한다. 그리고 불합치법률의 제정 시점부터 불합치결정 시점까지의 시적 공간에 형성된 법률관계에 관해서는 세부적으로 나누어 살펴보아야 한다. 먼저, 확정력발생사건의 경우 비형벌법규에 있어서는 양자 모두 불합치결정의 법적 효과가 영향을 미치지 아니한다.<sup>318)</sup> 그리고 당해사건, 동종사건, 병행사건 및 일반사건에 있어서는

316) 여기서의 법적 혼란으로는 소송의 범람, 국가재정의 파탄, 위헌법률이 차지하던 시적 공간이 폭넓음으로 인해 초래될 위헌결정의 대량적 효과 등을 예로 들 수 있다. 그리고 평등원칙위반으로 인한 사회적 기본권침해는 다른 차원에서 유형화할 수 있을 것이다.

317) 이 경우 이 시점 이전까지는 불합치법률이 적용된다.

318) 그러나 형벌법규의 경우 계속적용 불합치결정은 불합치법률의 적용상태가 그대로 확정되어 유지되지만, 적용중지 불합치결정에는 개선입법된 결과에 따라 유죄의 확정판결에 대해 재심청구가 허용된다.

후자의 경우 불합치법률이, 전자의 경우 개선입법이 적용된다.<sup>319)</sup>

### (3) 양자의 관계

적용중지 불합치결정과 계속적용 불합치결정의 관계를 살펴본다.

먼저, 양자는 원칙적인 유형과 예외적인 유형의 관계로 파악된다. 불합치결정된 법률은 위헌성이 내재되어 있긴 하지만 위헌선언이 회피된 법률이다. 위헌성이 내재되어 있다는 점 때문에 불가피한 예외적인 경우 이외에는 합헌적인 법질서에서 가능한 배제되어야 한다. 적용중지 불합치결정의 경우 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하였음에 따라 불합치법률의 규범력 발생이 차단된다. 그에 비해 계속적용 불합치결정의 경우 불합치법률을 개선입법시점까지 잠정적으로 계속적용하는 것이다. 물론 불합치법률을 가지고 규율하는 것이 보다 덜한 위헌적인 상황을 만들어낸다는 점에서 그 적용의 정당성을 확보하고 있다. 헌법질서와 법치주의의 체계에서 볼 때, 위헌상태를 최소화한다는 점에서 양자를 원칙과 예외의 관계로 봄에 공감하는 듯하다.

하지만 양자를 서로 다른 결정유형으로 파악하려는 시도도 없지 않다. 분명한 것은 실제에 있어 헌법불합치로 결정하게 된 사유, 규율하고자 하는 영역과 의도하는 법적 효과가 서로 간에 전혀 다르다는 점이다. 그런 점에서 양자를 구별하고 분리시켜 접근하려는 태도가 어긋난 것은 아니라고 본다.

관련해서 양자의 관계를 고려할 뿐만 아니라, 결정주문에 명시하는 것과 관련해서는 “헌법불합치결정에 따른 위헌법률의 적용금지과 절차의 중지라는 법적 효과는 헌법불합치결정에 내재된 본질적 요소라 할 것이므로, 불합치결정을 하는 경우에 심판대상인 법률조항의 적용을 중지시키는 별도의 주문을 적시할 필요도 없는 것이며, 설령 적용중지의 주문을 적시한다 할지라도 그것은 적용중지의 효과를 주의적으로 확인하는 것에 불과하다. 그에 반해 계속적용을 명하는 경우에는 반드시 결정주문에서 위헌법률의 잠정적 적용을 명시하여야만 하는 것”이라고 한다.<sup>320)</sup>

### 나. 계속적용 불합치결정에 내포된 적용중지의 법적 효과

319) 이에 관한 상세한 내용은 제4장 제5절 IV.1.라. 참조.

320) 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139에서 이동흡·송두환 재판관 반대의견, 판례집 19-1, 711, 734-735.

헌법불합치결정에 있어 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따른 처리를 법적 효과로 하는 적용중지 불합치결정이 원칙에 해당하고, 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 법적 효과로 하는 계속적용 불합치결정이 예외적인 것에 해당함은 익히 살펴본 바와 같다.<sup>321)</sup> 하지만, 헌법재판소의 결정실제를 살펴보면, 예외가 원칙인 것처럼 뒤바뀌어져 활용되고 있다. 그러면, 이를 검토하면서 계속적용 불합치결정에 내포된 적용중지의 법적 효과에 관해 해명하기로 한다.

헌법재판소는 부진정 입법부작위의 경우<sup>322)</sup>나 제도는 합헌이지만 구체적인 내용의 규율에 위헌성이 있는 경우<sup>323)</sup>에 대해 계속적용 불합치결정을 선고하곤 하였다.<sup>324)</sup>

이와 관련하여 대법원은 “헌법불합치결정에서 구법 조항(구 군인연금법 [2011. 5. 19. 법률 제10649호로 개정되기 전의 것] 제23조 제1항)의 계속 적용을 명한 부분의 효력은 기존 상이연금 지급대상자에게 상이연금을 계속 지급할 수 있는 근거규정이라는 점에 미치는 데 그치고, 나아가 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우’에 대하여 상이연금 지급을 배제하는 근거규정이라는 점까지는 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다. 즉 구법 조항 가운데 해석상 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’를 상이연금 지급대상에서 제외한 부분은 여전히 적용중지 상태에 있다고 보아야 한다.”고 하였다.<sup>325)</sup> 그 논거로는 “헌법불합치결정<sup>326)</sup>에 나타난 구법 조항의 위헌성, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정 및 잠정적용 이유 등에 의하면, 헌법재판소가 구법 조항의 위헌성을 확인하였음에도 일정 시한까지 구법 조항의 계속 적용을 명한 것은 구법 조항에 근거한 기존 상이연금 지급대상자에 대한 상이연금 지급을 계속 유지할 필요성 때문이고, 구법 조항이 상이연금 지급대상에서 배제한 ‘퇴직 후 폐질상태가 확정된 군인’에 대한 상이연금수급권 요건 및 수준, 군인연금법상 관련 규정의 정비 등에 관한 입법형성권 존중이라는 사유는 구법 조항에 대하여

321) 남북현, 앞의 책(주 240), 216-217면.

322) 남북현, 앞의 책(주 240), 110-113면.

323) 남북현, 앞의 책(주 240), 115-117면.

324) 이에 관한 상세한 내용은 남북현, 앞의 책(주 240), 110면 이하 참조.

325) 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하,2234.

326) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473.

단순 위헌결정을 하는 대신 입법개선을 촉구하는 취지가 담긴 헌법불합치결정을 해야 할 필요성에 관한 것으로 보일 뿐, 구법 조항에 의한 불합리한 차별을 개선입법 시행 시까지 계속 유지할 근거로는 보이지 않는다.”는 것이었다.

앞서 언급한 사례에서 헌법재판소는 계속적용 불합치결정을 선고하면서 계속적용의 대상으로 입법부작위의 경우에는 불완전한 법률조항 그 자체를, 그리고 제도는 합헌이고 내용이 위헌인 경우에도 제도를 규율한 법률조항 그 자체를 삼았다. 다시 말해서 입법부작위 부분 그 자체나 내용이 위헌인 부분 그 자체에 대해서는 결정주문으로 표시되지 않았고 결정이유에서 그 논증만이 있었을 따름이다. 바로 이 부분은 필자가 말하는 핵심적인 쟁점에 관한 사항으로서 헌법재판소의 결정취지는 그 쟁점에 관해서는 개선입법에 따른 처리를 전제로 한 것으로 이해함이 타당하다. 바로 그런 점을 위 대법원 판례는 적절하게 지적하고 있다.<sup>327)</sup>

#### 4. 위헌결정과 차이점

헌법불합치결정과 위헌결정을 비교할 때, 가장 뚜렷하게 드러나는 차이점은 위헌결정은 헌법재판소의 결정을 통해 합헌질서가 회복되는데 반해, 헌법불합치결정은 종국적으로 입법자의 개선입법에 의해 합헌질서가 회복된다는 점이다. 이 두 결정유형을 비교함에 있어 적용중지 불합치결정과 계속적용 불합치결정과 각각 견주어 그 차이점을 드러내기로 한다.

먼저, 적용중지 불합치결정과 위헌결정 사이에는 구조적으로 중대한 차이점이 존재한다.

첫째, 불합치결정이 선고되면 입법자는 신속히 개선입법의무를 수행해야 한다.<sup>328)</sup> 개선입법을 수행함에 있어 입법자는 헌법재판소가 제시한 입법범위에 전적으로 기속되어야 하는 것은 아니다. 그리고 개선입법의 효과는 입법상 일반원칙에 따라 당연히 시행한 날로부터 장래적으로 발생하지만, 그것의

327) 현재 2008헌바128결정에서 조대헌재판관은 별개의견으로 “이 사건 법률조항이 현재 규정하고 있는 내용은 헌법에 위반된다고 볼 수 없고 이 사건 심판대상도 아니므로, 이에 대하여 위헌이나 헌법불합치를 선언해서는 안 되고, 이 사건 법률조항이 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 입법부작위에 대해서만 위헌을 선언하여야 한다.”고 하여 필자와 유사한 입장을 개진하였다. 현재 2010. 6. 24. 2008헌바128. 판례집 22-1하, 473, 474 참조.

328) 이와 관련해서는 한수웅, 앞의 논문(주 314), 521면 이하, 신봉기, “헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 353면 이하.

소급적용을 배제하는 것은 아니다. 그에 비해, 위헌결정이 이루어지면, 그 자체로 합헌상태의 회복이 이루어진 것으로 본다. 별도의 입법조치를 필요로 하지는 않는다. 다시 말해서 위헌결정으로 인해 효력이 상실된 법률의 조항이나 그 일부를 제거할 필요가 없이, 그 자체로 합헌적 질서가 확보된 것으로 본다.

둘째, 헌법재판소가 법률에 관해 헌법불합치로 결정하였다 할지라도, 그것은 당해 법률을 위헌으로 결정한 것이 아니다. 단지 그 법률에 위헌성이 내재해 있음을 확인하고 그 위헌성을 입법자로 하여금 개선토록 조치하는 것이다. 불합치선언된 법률의 법적 성격은 위헌이지만 유효한 법률도 아니고, 처음부터 당연무효인 법률도 아니다. 즉 위헌성이 내재하여 있지만 위헌으로 확인되지는 아니한 법률이다. 다시 말하면 위헌결정의 법적 효과를 제약할 목적을 지니고 있지만 실제적인 위헌선언은 회피된 법률이다. 그에 따라 불합치결정된 법률은 입법자에게 처리를 위임한 법률이라 하겠다.

셋째, 위헌결정은 당해 법률이 헌법질서에 반함을 확인하는 것이므로, 위헌결정이 이루어지면 기존에 존재하였던 법적 틈새를 확인하는 것이 된다. 이에 반해 불합치결정은 이러한 법적 틈새의 발생을 방지할 목적으로 행해진다. 이에 따라 위헌결정에 있어 입법자는 이미 존재하는 법적 틈새를 보완할 것인지 아니면 방치할 것인지에 관해 입법재량권을 가지게 된다. 그러나 불합치결정에서는 그 결정으로 위헌상태의 확인이 이루어졌고, 구체적인 입법형성은 입법자에게 맡겨진 것이다. 다시 말하면 위헌결정에서는 헌법재판소의 위헌결정 자체로 인해 합헌질서의 확보가 이루어졌지만, 불합치결정에서는 입법자에 의한 개선입법에 의해 마무리가 되는 것이다.

넷째, 법적 효과에 있어서도 중대한 차이가 드러난다. 위헌결정의 법적용자에 대한 효과는 일반적 적용배제이다. 그에 비해 불합치결정의 법적 효과는 일반적 적용배제에 대한 일정한 제약을 의미한다. 일정한 제약은 위헌결정이 선고될 경우에 나타날 수 있는 법적 혼란<sup>329)</sup>을 방지하기 위한 것이다. 적용중지 불합치결정의 법적용자에 대한 법적 효과는 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리이다. 즉, 전자의 경우 적용대상인 법률이 없는 것과 같은 상태를 예정하고 있는데 반해, 후자의 경우 불합치법률의 적용을 배제하는 반면에 그 불합치법률이 점하던 시적 공간을 개선입법으로 대체한다는 의미를 지닌다.

329) 이것의 유형화에 대해서는 남복현, 앞의 박사학위논문(주 312), 310면 이하.

법적 효과를 구체적으로 살펴보면, 위헌결정이 이루어지면 당해사건 등은 당연히 권리구제의 대상에 포함된다.<sup>330)</sup> 그러나 그에 비해 불합치결정이 이루어지면, 당해사건 등이 실제로 구제를 받을 수 있을 것인지는 입법결과에 따라 다르게 된다. 단지, 권리구제의 대상이 될 수 있는 기회를 제공해줄 뿐이다.

다섯째, 법률의 위헌결정과 관련해서 입법자에게 개선입법의무가 발생하는 것은 아니다. 그 자체로 합헌상태의 회복이 이루어진 것으로 파악한다. 위헌결정이나 한정결정된 상태를 그대로 방치한다 해서 위헌상태가 지속됨을 의미하는 것은 아니다.

여섯째, 위헌결정이나 적용중지 불합치결정에서 위헌결정 또는 불합치결정된 법률의 적용배제(적용금지)를 말하면서 양자 사이에는 실질적인 차이가 없음을 지적하곤 한다.<sup>331)</sup> 하지만 여기에는 사법절차를 진행하는 과정에 중대한 차이점이 있음을 간과해서는 안 된다. 위헌결정의 경우 그에 따른 사법절차를 진행함에 있어 위헌법률의 적용을 적극적으로 배제하라는 의미이다. 그에 반해 적용중지 불합치결정의 경우 법적용절차를, 즉 사법절차를 중지하고 불합치법률의 적용을 배제하고 기다렸다가 개선입법이 마련되면 그 다음에서야 비로소 개선입법을 반영하여 사법절차를 진행하라는 것이다. 이상과 같이 적용배제나 적용금지가 전혀 다른 의미를 지님에도 불구하고 위헌결정과 적용중지 불합치결정 사이에 실질적 차이가 없음을 말하는 것은 적절치 않다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 적용중지 불합치결정 역시 위헌결정의 일종이라 할 것이지만, 그 성격이나 법적 효과는 많은 편차를 지닌다.

다음, 계속적용 불합치결정을 위헌결정과 비교한다. 위헌결정은 일반적 적용배제를 전제로 하는데 반해, 전자는 개선입법 시점까지 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 의도한다는 점이다. 여기서 양자는 결정적으로 구분된다.

## II. 헌법불합치결정의 구성요소

330) 물론 헌법재판소나 대법원의 경우 일반사건에 대해서는 법익형량을 해야 한다는 입장인 하다. 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10 등, 판례집 5-1, 226, 227-228; 대법 2005. 11. 10. 선고 2005두5628 판결.

331) 예컨대, 김시철, “형벌조항에 대한 불합치결정”, 사법 제8호, 사법발전재단, 2009, 200면; 이종엽, “비형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 일반사건에 관한 소급효”, 대법원판례해설 제103호, 법원도서관, 2015, 589면.



헌법불합치결정의 실체나 구성요소는 위헌결정의 그것과 견주어봄으로써 뚜렷하게 그 모습이 드러난다. 비록 헌법불합치결정이 법률에 명문으로 규율된 것은 아니지만, 판례를 통해 지속적·반복적으로 결정주문의 형태로 제시되고 있다.

그러면 여기서는 먼저 위헌결정과 헌법불합치결정의 관계라는 시각에서 위헌결정의 요소에 견주어 헌법불합치결정의 모습을 드러내고, 그에 기초해서 헌법불합치결정의 요소를 정리하고, 그를 둘러싼 쟁점을 살펴보기로 한다.

## 1. 헌법불합치결정과 위헌결정의 구성요소

법률에 관한 위헌결정에 헌법불합치결정을 견증으로써 헌법불합치결정의 독특한 구성요소를 드러낼 수 있다.

먼저, 법률에 관한 위헌결정은 결정 그 자체로서 합헌상태가 회복된다. 하지만, 헌법불합치결정의 경우에는 결정 그 자체에 의해서가 아니라 불합치법률의 적용방향, 다시 말해서 적용중지나 잠정적인 계속적용이 설정된 다음, 궁극에는 입법자의 개선입법을 통해서야 비로소 합헌상태의 회복이 이루어진다.<sup>332)</sup>

다음, 위헌결정이 이루어지면, 심판대상인 법률의 위헌성을 확인한 것임에 따라 법적 효과로서 위헌결정된 법률의 효력상실이 나타나고, 그 실제적인 의미가 법적용자에게는 위헌결정의 장래효원칙과 예외적 소급효 내지 위헌결정된 법률의 일반적 적용배제로 드러난다. 그에 비해 헌법불합치결정이 이루어지면, 심판대상인 법률의 헌법불합치성이 확인되는 것이고, 그 효과는 이중적으로 나타난다. 즉, 입법자에게는 신속한 개선입법의무가, 법적용자인 법원이나 행정청에게는 헌법재판소가 설정한 불합치법률의 적용방향에 따른, 다시 말해서 적용중지나 계속적용의무가 발생하게 된다.

이어서, 위헌결정의 기속력에 있어 기속의 의미가 결정준수의무와 반복금지 의무라고 할 것인데 반해, 헌법불합치결정의 기속력에 있어서는 그러한 의무가 후술하는 구성요소별로 구체화된 형태로 나타나게 된다.

그리고 여기서 주목해야 할 점은 위헌결정에 있어 기속력과 법적 효과가 구분되는 것처럼, 헌법불합치결정에서도 기속력과 법적 효과는 구별되어야 하고

332) 동지: 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 600면.

또 구별된다는 점이다.<sup>333)</sup>

이상과 같은 입장에서 헌법불합치결정을 정의하면, 헌법불합치결정이란 헌법재판소가 심판대상인 법률에 위헌성이 내재되어 있지만 헌법불합치성만을 확인하고 법적용자에게 불합치법률의 적용중지나 잠정적인 계속적용이라는 불합치법률의 적용방향을 설정해줌과 아울러 입법자로 하여금 신속한 개선입법을 하게하고 그 개선입법을 통해 합헌적일 질서를 회복하도록 하는 결정을 말한다. 이렇게 정의하였을 때, 헌법불합치결정의 구성요소로는 법률의 헌법불합치성확인, 불합치법률의 적용방향 설정(적용중지이나 계속적용), 개선입법의무 및 기한설정 등이 제시되고 있다.<sup>334)</sup> 그 중에서도 불합치성확인, 불합치법률의 적용방향 및 개선입법의무 부과 등 3자는 헌법불합치결정의 본질적 구성요소로 보아야 한다.<sup>335)</sup>

## 2. 헌법불합치결정의 구성요소별 쟁점

헌법불합치결정의 구성요소로는 법률의 헌법불합치성확인, 불합치법률의 적용방향설정(적용중지이나 계속적용), 개선입법의무 부과 및 기한설정 등이 거론되고 있다.

### 가. 불합치성확인

헌법불합치결정의 첫 번째 구성요소는 심판대상인 법률조항의 헌법불합치성 확인이다. 이러한 확인을 통해서 입법자에게는 당연히 신속한 개선입법의무가 부과된다. 이는 결정주문에 명시적인 언급이 없다하더라도 당연히 도출된다. 많은 견해들은 헌법불합치결정에서도 위헌성을 확인하는 것으로 보지만, 위헌성이 내재되어 있긴 하지만 위헌확인을 회피하고 불합치성만을 확인할

333) 이에 관해서는 제4장 제2절 Ⅲ.2.와 제3절 Ⅲ.4. 참조.

334) 그러나, 약간의 표현을 달리 하지만, 대체로 그 구성요소를 법률의 위헌확인, 효력상실유예, 개선입법의무 및 불합치법률의 적용여부 등으로 제시하고 있음을 본다. 특히 효력상실유예가 주목할만한 요소이다. 최완주, “헌법불합치결정”, 『헌법재판 제도의 이해(재판자료 제92집)』, 법원도서관, 2001, 373면; 지성수, “헌법불합치 결정에 관한 연구 - 그 사유와 효력을 중심으로 -”, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2012.7., 96면; 지성수, 헌법불합치결정과 입법시한, 헌법논총 제23집, 헌법재판소 2012, 285면 참조.

335) 동지: 김하열, 앞의 책(주 246), 377면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 332), 600면.

따름으로 이해된다.<sup>336)</sup>

독일의 경우 위헌확인에 따른 무효와 무효에 이르지 않는 경우로 유형화하고 후자를 헌법불합치로 확인하곤 한다. 입법부작위에 있어서는 위헌확인을 대신해서 헌법불합치로의 결정도 가능하다.

아울러 심판대상인 법률의 위헌결정에 따른 법적 효과가 위헌결정된 법률의 효력상실인데, 그러한 법률의 불합치성확인(또는 위헌확인)에는 불합치법률의 효력상실을 유예하는 요소가 포함되어 있음을 주장한다.<sup>337)</sup> 헌법불합치결정이 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 결정이라는 점에서 불합치로 결정된 법률에 대한 효력상실의 유예라는 의미가 도출될 수는 있다고 본다. 적용중지 불합치결정의 경우 불합치법률의 적용을 중지함 속에서, 그리고 계속적용 불합치결정의 경우에는 불합치법률을 잠정적으로 계속적용함 속에서 각각 ‘효력상실의 유예’라는 의미를 도출함은 가능할 것이다.

#### 나. 불합치 법률의 적용방향으로서의 적용중지 내지 계속적용

헌법불합치결정의 두 번째 구성요소는 불합치법률의 적용방향을 설정하는 것이고, 구체적으로는 불합치법률의 적용중지 내지는 불합치법률의 잠정적인 계속적용이다. 이러한 방향설정은 헌법재판소가 반드시 결정주문이나 결정이유에서 명시하지 않으면 안 된다.

견해에 따라서는 법률의 위헌결정이 원칙에 해당한다면, 헌법불합치결정이 예외에 속하고, 적용중지 불합치결정이 원칙에 속한다면, 계속적용 불합치결정은 예외에 속한다고 본다. 이는 헌법불합치결정이 위헌성이 내재된 법률조항에 대해 위헌결정을 회피한 것이라고 할 때, 구체적인 법률관계에 그러한 속성을 지닌 법률조항의 적용가능성을 최소화하는 것이 바람직하다는 점에서 도출된다. 또한 구체적인 언급이 없더라도 그와 같이 파악해야 한다는 것이다.<sup>338)</sup>

336) 대다수의 견해는 그런 점에서 법률의 위헌확인을 거론하지 법률의 헌법불합치성 확인을 말하지 않는다.

337) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 2012, 97-98면; 지성수, 앞의 논문(주 334), 279면.

338) 헌재 2007. 5. 31, 2005헌마1139에서 이동흡·송두환 재판관 반대의견, 판례집 19-1, 711, 734-735.

그리고 적용중지 불합치결정에 있어 불합치법률의 적용중지는 두 가지 의미를 동시에 포용한다. 그 하나는 불합치법률의 적용절차를 중지해야 한다는 점이고, 다른 하나는 반드시 개선입법으로의 대체를 전제로 한다는 점이다. 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 의한 대체는 이 결정유형의 본질적 징표이다.<sup>339)</sup> 다시 말해서 개선입법에 의한 처리를 전제로 하지 않으면 불합치법률 적용절차의 중지는 무의미하다.

양자의 관계를 단절적으로 파악하는 것은 적용중지 불합치결정의 실체를 왜곡하는 것이다. 그리고 견해에 따라서는 불합치법률의 적용금지라고 말하면서 위헌결정에 따른 위헌결정된 법률의 적용금지와 동일한 것으로 보기도 하지만, 이는 적절치 못하다. 왜냐하면, 위헌결정된 법률의 적용배제는 위헌법률의 적용절차를 중지함이 없이 그대로 나타나고 별도의 개선입법에 따른 처리를 요구하지 않는 반면에, 불합치법률의 적용중지는 불합치법률의 적용절차를 반드시 중지할 것을 전제로 함과 아울러 반드시 개선입법에 따라 처리할 것을 요구하기 때문이다. 그런 점에서 양자를 같은 시각에서 접근해서 파악하는 것은 실체를 정확히 인식하지 못한 것이다.

#### 다. 개선입법의무

헌법불합치결정의 세 번째 구성요소는 입법자에게 개선입법의무를 부과하거나 개선입법을 촉구하는 것이다.

먼저, 개선입법의무의 의미와 내용이다. 이는 헌법재판소가 위헌결정을 회피하면서 입법자로 하여금 규율하지 않으면 안 될 최소한의 사항을 지정하고 있는 바, 그에 대해서는 개선입법의무가 발생하는 것으로 보아야 한다. 입법자에게 개선입법의 여부나 개선입법의 소급적용 적용범위에 대해 형성의 자유가 보장되어 있음을 선행적으로 제시해야 할 것이 아니고, 일정한 범위에서 입법자는 개선입법의무를 져야 하고 그 정해진 틀 속에서 입법재량이 인정되는

339) 동지: 김현철, 판례 헌법소송법(제3판), 전남대학교출판부, 2014, 200면(개정 법률의 소급적용은 헌법불합치결정에 내재하는 본질적 요소이다. 입법자가 불합치결정의 취지에 따라 위헌적 상태를 제거하는 법률을 제정하면 그것은 헌법재판소를 대신하여 합헌적 상태를 소급적으로 회복시키는 것이 되고 법원이 이렇게 합헌적인 법률을 적용하여야 하는 것은 당연하다. 이러한 이유 때문에 입법자가 그 개정법률의 시행시점을 별도로 규율하는 것은 큰 의미를 갖지 못한다. 개정된 법률이 소급적용되는 범위는 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같다.); 이종업, 앞의 논문(주 331), 589-590면 참조.

것임을 말해야 한다.

다음, 개선입법의무의 도출근거로는 개선입법촉구 주문에서 발생한다고 보는 경우도 있고, 불합치결정 주문 자체에서 발생한다고 보는 경우도 있다. 헌법재판소의 결정실태를 보면, 불합치주문과 더불어 입법자에게는 개선입법시한을 설정하고, 법 적용자에게는 계속적용이나 적용중지를 명하는 주문을 제시하곤 한다. 그렇지만, 개선입법을 촉구하는 주문을 실시해야만, 입법자의 개선입법의무가 발생하는 것은 아니다. 다시 말해서 입법자의 개선입법의무는 불합치하다는 주문 자체에서 도출되는 것이지, 시한을 규율하거나 입법을 촉구하는 등의 주문이 적시되어야만 하는 것은 아니다.

이어서, 헌법재판소가 부여하는 개선입법의무의 성격에 관해서다. 입법자에게의 개선입법촉구는 헌법재판소의 결정취지를 존중하면서 개선입법을 해야 하며, 구체적인 입법내용은 입법자의 입법형성에 맡겨져 있음을 의미한다. 다시 말해서 반드시 헌법재판소의 결정의도에 맞춰 그에 기속되는 형태로 입법을 수행해야 함을 의미하는 것은 아니다.<sup>340)</sup>

또한, 입법자가 개선입법의무를 이행할 시점은 ‘빠른 시일 내에’ 내지 ‘지체 없이’이다. 이는 헌법 제10조 후단의 국가의 국민의 기본권을 보호할 의무에서 당연히 도출된다.<sup>341)</sup> 이는 후술하는 바와 같이 입법시한을 설정하지 않더라도 당연히 도출된다.

마지막으로 이미 개선입법이 이루어진 경우의 적용에 관해서이다. 이는 사안의 속성상 이미 개선입법이 이루어진 경우 개선입법의무가 발생되지 않음도 가능하다.

## 라. 기한설정

### (1) 기한설정의 법적 성격

---

340) 입법자에 대한 법적 효과로서의 신속한 개선입법의무의 부과, 즉 개선입법촉구의 의미를 재검토하지 않으면 안 된다. 또한 입법의무를 지나치게 확장해서는 안 된다. 그것이 특히 입법자로 하여금 정치적 책임을 묻는 것이라면 모르되, 법적인 책임으로 귀착되는 것이라면, 더욱 그러하다. 그런 점에서 입법자의 입법형성에 관한 법적 의무를 확인하는 형태의 헌법재판소 결정에 대해서는 그 나름대로 가능하고 또 그런 속성을 인정할 수 있겠지만, 잠정합헌결정이나 단순한 개선입법촉구결정에 대해 입법자의 법적 책임이나 개선입법의무를 운위하는 것은 부적절하다고 본다.

341) 남북현, 앞의 논문(주 314), 350-351면; 남북현, 앞의 책(주 240), 216면 참조.

헌법재판소는 다양한 형태로 기한을 설정하고 있다.<sup>342)</sup> 이같이 설정된 시한이 입법자에게는 개선입법의 완료시한으로 작용하며, 법 적용자에게는 불합치법률의 계속적용이나 적용중지의 시한으로 파악되어야 하는지가 문제된다.

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 설정한 시한을 어떻게 보느냐가 문제된다.

먼저, 그렇게 설정된 시한은 헌법불합치결정이 위헌결정의 속성을 지녔으며 미래효결정에 다름 아니라는 점에 주목해서 입법자가 실제로 개선입법의무를 이행하였는지 여부와 무관하게 그 시한이 도과함으로써 당연히 위헌결정으로 전환되는 것으로 파악하기도 한다.<sup>343)</sup> 이에 따르면, 입법자에게 설정된 시한은 권고적 성격을 지니며 지나지 않게 된다. 물론 입법자가 그 시한 이전에 개선입법의무를 이행하게 되면, 그에 따라 법적 효력을 발생할 것이다.

다음, 그렇게 설정된 기한은 입법자에게 개선입법을 촉구하는 시한으로 보아야 한다는 것이다. 헌법불합치결정에서 시간적 요소는 피할 수 없다는 점에서 헌법재판소가 개별적으로 결정에서 정하는 바와 같이 그 기한은 입법자에게는 개선입법의무의 이행시한이라 할 수 있고, 법 적용자에게는 불합치법률의 적용을 중지하거나 불합치법률을 계속 적용하는 시한으로 보아야 한다.

이때, 입법자가 설정된 시한 이전에 개선입법을 할 경우 그 시한 이전이라 할지라도 법 적용자는 헌법재판소의 결정취지에 따라 그 개선입법을 적용해야 한다. 그런데 여기서 문제가 되는 것은 입법자가 개선입법의 시한 내에 개선입법을 하지 아니하였을 경우이다. 이를 둘러싸고 두 가지 형태로 논의가 전개된다. 그 하나는 개선입법의 시한이 도과되었다고 해서 불합치법률의 효력상실 유예가 종료된 것이 아니라는 입장이다. 또 하나는 개선입법의 시한이 도과함으로써 효력상실의 유예가 종료되어 그 시점에 불합치법률의 효력상실이 이루어지게 된다는 것이다.<sup>344)</sup>

342) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, “헌법불합치결정에 있어 기한설정의 실태분석”, 법과 정책연구 제10집 제2호, 한국법정책학회, 2010. 8., 735면 이하; 남복현, 앞의 책(주 240), 176면 이하 참조. 기한설정에는 확정적인 기한설정의 경우, 불확정적인 기한설정의 경우 및 기한설정을 하지 아니한 경우로 구획할 수 있다.

343) 방승주, 헌법실무연구회 제104회 발표회 지정토론편, 3-4면. (효력상실의 효과는 입법자가 입법개선 의무를 이행하든지 않든지와 상관없이 발생하는 계속효력명령의 법적 효과이지 입법자의 입법개선 의무의 법적 효과는 아니다.)

344) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 97-98면.

## (2) 기한설정의 필요성

헌법불합치결정에는 반드시 기한이 설정되어야 하는가가 문제된다. 입법자와 관련해서 기한설정은 불필요하다. 왜냐하면, 입법자에게는 지체 없는 개선입법의무가 부과되었기 때문이다. 입법자의 개선입법의무는 헌법불합치결정 그 자체에서 도출된다. 또 그 의무의 이행시점은 원래 ‘빠른 시일 내에’ 내지 ‘지체 없이’이다.<sup>345)</sup> 이런 시각에서 접근할 때, 헌법재판소가 시한을 명시적으로 설정한 것은 적절치 않다.<sup>346)</sup>

그리고 입법자와 관련해서 기한설정의 속성을 살펴보면, 설정된 기한은 개선입법의무를 이행함에 필요한 시적 공간을 제공할 목적인 것이지, 법률관계의 형성이나 변경 내지 종료를 위해 제공된 시적 공간은 아니다.

물론 법 적용자나 국민에게는 법적 명확성을 제공해야 할 필요성이 크다는 점에서 인정된다. 그리고 후술하는 바와 같이 입법자가 그 의무를 이행해야 할 충분한 시적 공간이 제공되었음에도 이를 이행하지 아니하여 청구인이나 개선입법으로 인해 편익을 볼 수 있는 자들에게 법적 불이익을 발생시켰음을 특정할 필요가 있다는 점에 비추어 보면, 전적으로 부인함에는 한계가 있음을 인정해야 한다.

### 마. 입법시한 도과시 불합치법률의 효력상실은?

앞서 살펴본 헌법불합치결정의 구성요소로서의 기한설정과 밀접한 연관성을 지닌 것이 개선입법의 시한도과시 불합치결정된 법률의 효력상실문제이다.

견해에 따라서는 헌법불합치결정이 불합치법률의 효력상실을 유예하는 성격을 지닌다는 점에서 불합치법률의 효력상실도 헌법불합치결정의 구성요소로 보려고 한다. 이런 태도는 헌법불합치결정 속에는 불합치법률의 효력상실의 유예가 내재되어 있고, 그 시적 한계가 개선입법의 시한으로 설정된 시점으로 봄과 아울러 그 시점이 도과되었을 경우에는 그 시점에 유예라는 요소가 소멸하게 된다는 것이다. 그러므로써 입법시한을 도과한 시점에 불합치법률은

345) 동지: 김주환, “헌법불합치결정의 적용영역과 그 효과”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005. 6., 520-521면.

346) 반대: 정중섭, 헌법소송법, 381면; 허완중, 헌법실무연구회 제104회 발표논문, 12면; 방승주, 헌법실무연구회 제104회 발표회 지정토론문, 4면.(그는 헌법재판소의 기한설정권은 실체적 관점, 기능법적 관점 및 결과고려의 관점에서 헌법적으로 정당화된다고 한다.)

그 효력을 상실하게 된다는 것이다.

그러나 기한설정은 신속한 개선입법 의무의 부과를 구체화하고자 한 취지로 이해되고, 개선입법시한을 헌법재판소가 별도로 규율하지 않아도 입법자는 신속하게 개선입법을 해야 할 의무가 부과되었다고 봄이 정당하다. 그리고 불합치법률의 효력을 상실시키는 목적이 입법자에게 신속한 개선입법을 촉구하려는 점에 있다고 본다면, 효력상실은 부수적인 것이지 본질적인 구성요소라고 할 수는 없다.

그런 점에서 입법시한 도과시 불합치법률의 효력상실은 헌법불합치결정의 구성요소에 해당된다고 할 수 없다. 단지 입법시한 내에 입법자로 하여금 신속한 개선입법을 구현해내려는 집행력 확보장치로 기능한다는 주장을 존중할 따름인 것이다.

### Ⅲ. 헌법불합치결정에 기속력이 인정되는 여부와 기속의 의미

#### 1. 기속력 인정여부에 관한 국가기관별 견해

헌법불합치결정에 기속력이 인정되는 여부에 관한 논의의 전제는 헌법불합치결정의 존재를 인정해야 한다는 것이다. 변형결정으로서 헌법불합치결정을 헌법재판소가 할 수 없음을 전제로 할 경우에는 그에 대한 기속력이 인정된다는 것 자체가 성립할 여지가 없기 때문이다.

#### 가. 헌법재판소

“헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다.”고 하면서, “헌법재판소의 또 다른 변형결정의 하나인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화없이 계속 존속하나, 헌법재판소에 의한 위헌성 확인의 효력은 그 기속력을 가지는 것이다.”고 하였다.<sup>347)</sup>

#### 나. 대법원

347) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842, 860-861.



대법원을 비롯한 각급법원의 태도는 아주 다양하게 나타난다. 물론 기본적으로는 헌법불합치결정을 위헌결정의 한 유형으로서 그 기속력을 인정하는 듯하다.<sup>348)</sup> 하지만, 개별사례에 따라 다르게 접근하는 것으로 보여진다. 대법원은 헌법불합치결정의 기속력을 부정하거나<sup>349)</sup> 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 다룬 경우<sup>350)</sup>도 있었다.

## 다. 검토

그러면, 여기서는 대법원이 헌법불합치결정의 기속력을 부인하거나 다르게 파악한 판례를 검토한다.

### (1) 형벌법규의 헌법불합치결정에 대한 태도

대법원은 헌법재판소가 형벌법규에 대해 적용중지 불합치결정을 한 경우와 계속적용 불합치결정을 한 경우 모두에 대해 헌법불합치결정을 위헌결정으로 이해하고 접근하였다.

먼저 적용중지 불합치결정<sup>351)</sup>에 관해서는 “법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌 여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해 사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 데 그 목적이 있다는 점과 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 볼 때, 당해 사건에 적용되는 법률조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당한다.”고 하였다.<sup>352)</sup>

다음, 계속적용 불합치결정<sup>353)</sup>에 관해서는 “헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하고, 집시법 제23조 제1호는 집회 주최자가 집시법 제10조 본문을 위반할 것을 구성요건으로 삼고 있어 집시법 제10조 본문은 집시법

348) 대법 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결; 대법 1997. 8. 26. 선고 96누6707 판결; 대법 1998. 4. 10. 선고 97누20397 판결.

349) 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562에 대한 대법 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결(집45-2, 451; 공1997상, 1282) 참조.

350) 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결, 공2009상, 174; 대법 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결, 공2011하, 1487.

351) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670.

352) 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결, 공2009상, 174.

353) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2, 427.

제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루게 되므로, 집시법의 위 조항들에 대하여 선고된 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이다.”고 하였다.<sup>354)</sup>

이런 태도는 결정자체를 달리 파악함으로써 헌법불합치결정 자체를 부인하는 결과에 이른 것이다.<sup>355)</sup>

## (2) 헌재 91헌바1결정, 대법 96누11327판결 및 헌재 97헌마301결정

헌법재판소는 1995. 11. 30. 구 소득세법 제60조 등에 관한 위헌소원 사건<sup>356)</sup>에서 헌법불합치결정을 하면서 구 소득세법 제60조가 입법형식의 잘못에 기인한 것으로 한시적으로 계속 적용하지만, 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정입법이 시행되고 있으므로 이 사건 위임조항을 적용하여 행한 양도소득세 부과처분 중 확정되지 아니한 모든 사건과 앞으로 행할 양도소득세 부과처분에 대하여 위 개정법률(소득세법 제99조)을 적용할 것을 명하였다.

이에 대해 대법원은 헌법재판소가 1995. 11. 30. 선고 91헌바1등 병합사건에서 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제60조에 대하여 헌법불합치결정을 한 것은 그 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 전까지는 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지라고 보아야 한다고 하였다.<sup>357)</sup>

이러한 대법원 판결에 대해 다수의 헌법소원심판이 청구되었는데, 그에 관해 헌법재판소는 “법원이 공시지가제도가 시행된 1990. 9. 1. 전에 양도한 토지에 대한 양도소득세부과처분취소사건에서 구 소득세법 제60조를 적용하여 그 부과처분의 적법 여부를 판단한 것은 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등 헌법불합치결정의 기속력에 따른 것이고, 그 이후에 양도한 토지에 대한 양도소득세부과처분취소사건에서 구 소득세법 제60조를 적용하여

354) 대법 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결, 공2011하, 1487. 참조.

355) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 240), 2011, 239면 이하 참조.

356) 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1 등, 판례집 7-2, 562.

357) 대법 1997. 3. 28. 선고 96누11327판결. 이에 관해서는 남복현, “판례평석: 구 소득세법 제60조의 헌법불합치결정과 그와 관련한 후속처리방안. 대상판례: 대법 97. 3. 28. 96누11327판결 양도소득세부과처분취소”, 한양법학 제8집, 한양법학회, 1997, 139면 이하 참조. 이 판결과 동일한 취지의 판결으로는 대법 1998. 2. 10. 선고 97누2771판결, 공1998. 3. 15.(54), 792.

그 부과처분의 적법 여부를 판단한 것은 위 헌법불합치결정의 기속력에 어긋나기는 하나 그로 말미암아 기본권의 침해가 있다고 볼 수 없으므로, 그 어느 것이나 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 재판, 즉 '위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판'에 해당하지 아니하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다."고 하면서 헌법소원심판청구를 모두 각하하였다.<sup>358)</sup>

헌법재판소가 위와 같은 논지를 이끌어낸 논리를 간략하게 소개한다. 먼저 헌법재판소는 위 사건의 결정취지는 원칙적으로 개정 소득세법 제99조를 적용하여야 할 것이나, 다만 개정 소득세법 제99조를 적용하여서는 양도차익의 산정이 불가능한 경우에는 구 소득세법 제60조의 잠정적인 적용을 허용하는 것이라고 한다. 그러면서 1990. 9. 1. 이후에 토지를 양도한 경우에는 개정 소득세법 제99조를 적용해서 양도차익을 산정할 수 있지만, 1990. 9. 1. 전에 토지를 양도한 경우에는 양도차익산정방식이 없음을 인정한다. 따라서 법원으로서 위 헌법불합치결정의 기속력에 따라 개정 소득세법 제99조를 적용하여 그 양도차익을 산정할 수 있는 1990. 9. 1. 이후 양도한 토지에 대한 양도소득세부과처분취소사건에 있어서는 당연히 개정 소득세법 제99조를 적용하여 그 부과처분의 적법 여부를 판단하여야 하고, 개정 소득세법 제99조를 적용하여서는 그 양도차익을 산정할 수 없는 1990. 9. 1. 전에 양도한 토지에 대한 양도소득세부과처분취소사건에 있어서는 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거하는 개정법률이 시행되기 전까지 구 소득세법 60조를 잠정적으로 적용하여 그 부과처분의 적법 여부를 판단할 수 있다고 하였다. 그와 아울러 법원이 개정 소득세법 제99조를 적용하여야 할 사건에서 구 소득세법 제60조를 적용하였다고 하더라도 그 세액이 동일하게 되어 결과적으로 그로 말미암아 기본권이 침해되었다고 할 수는 없다고 한 것이었다.

결국 이상과 같은 논리체계에서 대법원이 구 소득세법 제60조를 1990. 9. 1. 이전에 토지를 양도한 경우에 적용한 것은 계속적용 불합치결정의 기속력을 준수한 것이고, 1990. 9. 1. 이후에 토지를 양도한 경우에 적용한 것은 계속적용 불합치결정의 기속력을 따르지 않은 것이긴 하지만, 결과적으로 양도소득세의 세액이 동일하여 기본권을 침해한 것이 아니며, 그렇기 때문에 헌법소원심판청구를 각하한다는 것이었다. 이러한 논리가 성립할 수 있었던

358) 헌재 1999. 10. 21. 97헌마301, 판례집 11-2, 496, 특히 514 이하 참조.

요인은 입법형식의 잘못에 대해 헌법불합치로 결정함으로써 나타난 현상으로 이해된다.

여기서 지적하고자 하는 바는 다른 국가기관이 헌법불합치결정의 기속력을 준수하지 않았다 해도 헌법재판소에서 실제로 다루어져 받아들이는 바는 극히 드물 것이라는 점이다. 왜냐하면, 헌법재판소에 진입할 수 있는 통로는 헌법소원심판이거나 위헌법률심판의 형태일 수밖에 없기 때문이다. 특히 재판소원의 형태로 다루어야 할 경우 더욱 이를 관철시키기에는 어려움이 크다고 하겠다.

## 2. 헌법불합치결정의 기속력에 있어 기속의 의미와 내용

헌법불합치결정의 기속력 문제는 기본적으로 위헌결정에서 논의되는 기속력을 그대로 받아들임을 전제로 해야 하고, 거기에서 헌법불합치결정이 지닌 고유한 요소에 따라 추가적인 검토가 이루어져야 한다.

먼저, 결정준수의무인데, 이는 헌법불합치로 결정한 취지대로 활동하여야 할 의무가 수범기관에게 부과된다. 입법자에게는 개선입법촉구에 따른 개선입법 의무가 부과된다. 적용자에게는 헌법불합치결정의 취지에 맞춰 불합치법률을 적용중지하거나 계속적용해야 할 의무가 부과된다. 그리고 입법자가 개선입법을 하게 되면 법적용자는 적용중지되었던 불합치법률을 대체해서 개선입법을 적용해야 한다. 그 외에도 법적용자에게는 결정 이후 결정취지와 다른 내용으로 적용해서는 안 된다는 의무가 부과된다.

다음, 반복금지의무이다. 입법자에게는 불합치결정된 법률과 동일한 내용의 입법금지의무를 도출할 수 있다. 그렇지만 헌법불합치결정에 고유한 개선입법 의무는 결정준수의무에서 도출된다고 할 것이다. 그 외에도 법적용자에게는 동종행위반복금지의무가 부과된다고 하겠다.

〈표 1〉 기속력에 있어 위헌결정과 헌법불합치결정의 비교

구분	위헌결정	헌법불합치결정
속 성	위헌확인 효력상실(또는 당연무효)	불합치확인 개선입법 적용중지 또는 계속적용 기한설정
위헌상태의 제거	헌법재판소	입법자
입법자	반복금지의무	반복금지의무 입법개선입법(법률개선입법)
법적용자	결정준수의무, 반복금지의무 장래효원칙과 예외적 소급효 (일반적 적용배제)	결정준수의무, 결과제거의무 적용중지 또는 계속적용

### 3. 헌법불합치결정의 구성요소별 기속력 인정여부

헌법불합치결정의 구성요소는 앞서 살펴본 바와 같이 불합치성확인(위헌성확인), 적용중지 또는 계속적용, 개선입법의무, 기한설정 등으로 제시된다. 그러면, 이상과 같은 구성요소별로 헌법불합치결정에서 인정되는 기속의 의미가 어떻게 구체화되는지를 추적하기로 한다.

#### 가. 헌법불합치성 확인

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 헌법불합치를 확인하는 것은 그 자체로서 기속력이 인정된다. 헌법재판소는 “헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화 없이 계속 존속하나, 헌법재판소에 의한 위헌성 확인의 효력은 그 기속력을 가지는 것이다.”<sup>359)</sup> 라고 하여 위헌성확인이라는 본질적 징표에 대해서는 기속력을 인정하고 있음을 본다.<sup>360)</sup>

헌법불합치성의 확인에는 신속한 개선입법의무가 내재되어 있고, 거기에도 당연히 기속력이 인정되고, 그 내용은 결정준수의무라고 할 것이다.

그리고 여기에서는 반복입법금지의무도 도출된다. 이런 점은 위헌결정의

359) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 860-862.

360) 최완주, 앞의 논문(주 334), 388면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 97면.

기속력에 있어 입법자에게 나타나는 바와 동일하다.<sup>361)</sup> 법적용자는 헌법불합치로 결정된 법률에 대해 합헌이라고 주장하거나 합헌을 전제로 한 행위를 할 수 없다. 또한 법적용자는 잠정적용 헌법불합치결정이 아닌 한 불합치결정된 법률을 그대로 적용하여 사건을 처리해서는 안 된다.

## 나. 불합치법률의 처리방향 설정으로서의 적용중지 또는 계속적용

적용중지 불합치결정이나 계속적용 불합치결정 모두 심판대상인 법률조항의 헌법불합치를 확인함과 아울러 불합치법률의 처리방향을 제시한다. 이렇게 제시된 불합치법률의 적용중지나 불합치법률의 잠정적인 계속적용, 양자 모두 헌법불합치결정에 있어 본질적 징표에 해당하므로 각각 기속력이 인정되고,<sup>362)</sup> 그 내용은 결정준수의무라고 할 것이다.

그런데, 관련해서 각 결정유형에 있어 기속력을 둘러싼 고유한 쟁점이 제기된다.

### (1) 적용중지 불합치결정의 경우

먼저, 적용중지 불합치결정의 경우 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하고 있는바, 두 가지 형태로 논의를 구분지을 수 있다. 그 하나는 불합치법률의 적용절차를 중지한다는 점이고, 다른 하나는 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리해야 한다는 점이다.

헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 개선입법시점까지 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 요구한 경우에 있어 그 기한동안 불합치법률의 적용이 배제됨은 물론이고 보다 근본적으로 그 적용절차조차도 중지되어야 한다. 적용중지는 절차중지, 판단중지를 의미하는 것이므로 위헌법률의 적용을 배제하는 내용으로 사건을 처리해서는 안 된다.<sup>363)</sup> 이런 점은 불합치법률의 처리방향으로서의 적용중지에 인정되는 기속력, 즉 결정준수의무에서 도출된다고 할 것이다.

헌법재판소가 이러한 결정을 선고할 근거는 법치국가적 요청에서 찾을 수

361) 동지: 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 332), 601면.

362) 최완주, 앞의 논문(주 334), 390면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 100-101면.

363) 동지: 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 332), 601면.

있다. 이러한 불합치법률은 위헌성이 내재되어 있으나 위헌확인이 자제된 것이므로, 위헌성이 실존한다는 점에서 가능한 한 합헌적 질서에서 배제시킴이 옳다. 그런 점에서 법적용자인 법원이나 행정청은 불합치법률의 적용을 중지함은 물론이고, 그 절차 역시 개선입법이 이루어질 때까지 정지하지 않으면 안 된다. 이로써 입법자가 입법개선을 통하여 위헌적인 상태를 제거할 때까지 법원의 결정이 보류되어야 하며, 법원은 법률의 개정을 기다려 그에 의해 판단함으로써 당사자가 법률의 개정 결과에 따른 혜택을 받을 수 있도록 기회를 열어놓아야 한다.<sup>364)</sup> 그럼으로써 불합치법률의 개선입법을 통해 소송당사자들은 침해된 권리를 구제받을 기회를 지니게 된다.<sup>365)</sup>

적용중지 불합치결정에 있어 헌법재판소가 입법자에게는 신속한 개선입법을 촉구함과 아울러 법적용자로 하여금 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하였다면, 개선입법된 결과가 당연히 불합치법률이 규율하던 시적 공간을 대체하는 것으로 보아야 한다. 이는 적용중지 불합치결정의 본질적 징표에 해당한다. 개선입법에 의한 처리를 전제로 하지 않는 불합치법률의 적용절차의 중지는 무의미한 것이다. 다만, 불합치법률의 적용영역에 관해 이미 개선입법이 이루어져 이를 규율할 수 있을 경우, 적용중지를 명함도 없이 개선입법에 의한 처리, 즉 개선입법의 소급적용을 명함도 가능할 것이다.

## (2) 계속적용 불합치결정의 경우

계속적용 불합치결정에 있어 법적용자로 하여금 개선입법이 있을 때까지 불합치법률을 잠정적으로 계속적용하게 한다고 할 때, 불합치법률의 처리방향으로서의 계속적용에도 기속력이 인정됨은 당연하다. 주로 법적용자인 법원과 행정청에게 미친다는 점도 당연하다.

그런데, 계속적용 불합치결정에 있어 기속이 의미하는 바가 잠정적인

364) 현재 1999. 10. 21. 97헌마301, 판례집 11-2, 496, 512-513(위헌법률의 적용 금지는 법치국가적 요청의 당연한 귀결로서, 헌법재판소가 어떠한 결정유형으로 규범의 위헌성을 확인하였든 간에 그와 관계없이 모든 국가기관은 위헌적 법률의 적용과 집행을 통하여 스스로 위헌적인 국가행위를 하여서는 아니된다는 것을 의미한다. 따라서 위헌결정의 한 형태인 헌법불합치결정의 경우에도 위헌법률은 적용되어서는 아니되므로, 위헌법률의 적용금지는 법원에 계속중인 사건에 있어서는 당연히 재판절차의 정지라는 형태로 나타난다. 이는 입법자가 위헌법률을 합헌적인 상태로 개정할 때까지 법원의 판단이 보류되어야 하며, 법원이 개정된 법률에 의하여 판단을 함으로써 사건의 당사자가 개정법률의 결과에 따른 혜택을 받을 수 있는 기회를 그 때까지 열어 놓아야 한다는 것을 뜻한다.)

365) 동지: 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 206면.

계속적용을 강제함을 말하는 것인지 아니면, 잠정적인 계속적용을 허용하는 정도에 그치는 것인지가 문제된다.

이에 관해 계속적용을 강제하는 것이 아니라 법적용자가 상황에 따라서는 계속적용을 하지 않을 수 있음을 용인하는 것이라는 견해가 있다.<sup>366)</sup> 그 논거로는 “위헌규범을 계속 적용한다는 것은 법치국가원칙, 헌법의 최고규범성에 대한 중대한 예외라는 점, 법적 안정성 보다는 구체적 정의의 요청이 강한 특별한 사례군이 있을 수 있고 이에 관해서는 법적용기관이 개별적으로 판단하는 것이 더 합당할 수 있다는 점, 법률의 위헌성 확인을 넘어 잠정적으로라도 위헌법률의 적용을 다른 국가기관에게 강제할 권한이 헌법재판소에 있는지 의문인 점, 헌법재판소가 잠정적용 헌법불합치 결정을 필요 이상으로 양산하는 것이 현실인 점” 등을 제시한다. 그러면서 법적용자는 인간의 존엄성이나 기본권의 본질적 내용을 훼손하는 사안에는 적용을 배제할 수 있을 것이고, 당해 사건 당사자에 대해서도 적용을 배제할 수 있을 것이라고 한다.

헌법재판소가 결정실체에 있어 계속적용 불합치결정을 예외적으로 채택해야 함에도 아주 빈번하게 활용하고 있음을 본다. 게다가 구조적으로 부조화한 점을 다수 지니고 있다. 그런 점에서 계속적용의 강제가 아닌 허용으로 보아야 한다는 입장도 이해할 수는 없는 것은 아니다. 위의 논거 중 위헌성이 내재된 법규범을 계속적용함은 아주 예외적이어야 한다는 점에 대해서는 공감한다.

하지만, 법적 안정성 보다 구체적 사건에서의 정의의 요청이 크다면 단순위헌결정을 해야 할 것이다. 법적용자에게 개별적으로 판단하도록 함이 더 합당하다고 하는 것은 헌법재판소가 저야 할 역할을 방기하는 것이다. 다른 국가기관으로 하여금 위헌성이 있는 법률을 적용하도록 강제한 것은 이미 헌법재판소가 정책적인 판단을 한 것으로 이해해야 한다. 인간의 존엄성이나 기본권의 본질적 내용을 훼손하는 사안에 대해서는 헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 선고하지 말아야 함이 옳다. 계속적용 불합치결정이 필요 이상으로 양산한다고 하는 점은 분명하지만, 이 문제는 심판대상을 축소하는 등의 방법으로 해소가 가능하다.

따라서 법적용자가 불합치법률을 잠정적으로 계속적용함은 의무이지 재량이

366) 김하열, 앞의 책(주 246), 378-379면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 332), 602면.



아니다.

#### 다. 개선입법의무

앞서 살펴본 바와 같이 헌법불합치결정에 있어 개선입법의무는 본질적 구성요소이며 헌법불합치성의 확인에서 당연히 도출된다. 여기에 기속력이 인정됨도 당연하다.<sup>367)</sup> 헌법재판소는 “불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선의무를 수반하게 된다.”고 하여<sup>368)</sup> 개선입법의무도 헌법불합치결정의 본질적 구성요소이며 그에 대해 기속력이 부여됨을 간접적으로 인정하고 있다. “입법자는 종전 헌법불합치결정의 취지에 따라 재임용 심사기준, 사전절차, 재임용 거부에 대한 구제절차 등에 관한 규정을 신설하는 것으로 사립학교법을 개정하고, ‘교원지위향상을 위한 특별법’(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 것)에 사후구제절차를 마련함으로써 종전 헌법불합치결정에서 부과한 입법개선의무를 이행하였다고 볼 것”이라고 하였다.<sup>369)</sup>

다음, 결정주문에서 개선입법의무를 명시한 경우에는 기속력이 인정되지만, 주문에서 명시치 않고 결정이유에서만 언급했다고 해서 기속력이 인정되지 않는다 함은 지나친 형식논리라 하지 않을 수 없다. 오히려 결정주문이 헌법불합치성을 확인하는 한, 결정이유에서조차 개선입법을 말하지 않았다 하더라도, 개선입법의무는 당연히 도출된다. 이는 기속력에 있어 결정준수의무에서 도출된다.

그리고 개선입법의무를 이행함에 있어 구체적인 내용에 대해 입법자는 입법형성의 자유를 누린다. 헌법재판소가 결정이유에서 위헌성제거와 관련한 다양한 대안들을 제시하더라도 여기에 구속되지 않는다. 헌법불합치 결정된 해당 법률조항 자체를 개정하는 것이 통상적이지만, 관련된 다른 법률조항을 개정, 폐지, 신설할 수도 있다. 문제된 법률을 폐지하고 새로운 법질서를

367) 동지; 한수웅, 앞의 논문(주 314), 521-522면; 최완주, 앞의 논문(주 334), 393면; 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제1개정판), 2008, 169면; 허완중, “헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무 위반의 법적 효과”, 헌법실무연구 제11권, 2010, 322면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 117-119면; 한수웅/정태호/김하영/정문식(김하영 집필), 앞의 책(주 332), 602-603면. 반대: 정중섭, 헌법소송법, 405-406면.

368) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 959.

369) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723 등, 판례집 20-2상, 941.

창출할 수도 있다. 어느 경우든 개선입법은 종전 헌법불합치결정의 취지에 따른 개선입법의무를 제대로 이행하는 것이어야 하고, 개선입법에 대한 재차의 헌법재판이 청구되면 헌법재판소는 이를 제대로 이행한 것인지 심사하게 된다.<sup>370)</sup>

## 라. 기한설정에 기속력이 인정되는 여부

헌법재판소는 헌법불합치결정을 하면서 결정주문이나 결정이유에서 개선입법을 명시적으로 정한 경우가 적지 않다. 이에 대해 기속력을 인정할 것인가 문제된다.

필자는 기본적으로 명시적인 기한설정은 불필요하다는 입장이다. 하지만, 헌법재판소가 관행적으로 다양하게 입법시한을 설정하고 있는 이상 이를 부인하기는 어려움이 있다. 기한설정을 하는 취지는 입법자로 하여금 신속한 개선입법의무를 구체화하기 위해 명시한 것으로 이해된다. 그렇다면 기한설정은 개선입법의무의 구성요소라 할 것이고, 개선입법의무에서 기속의 근거를 도출할 수 있을 것이다. 필자는 동의하지 않지만, 기한설정 자체에 기속력이 인정됨을 전제로 해야만 개선입법의 시한도과시 불합치법률의 효력상실에 대해서도 기속력 인정에 관해 논의를 전개할 수 있을 것이다.

그리고 적용중지 불합치결정이나 계속적용 불합치결정 모두 기한을 달리 불여지가 없고 또 피할 수 없는 요소이다. 어차피 입법자는 신속하게 개선입법을 통해 합법적인 상태를 만들어야 하기 때문이다. 거기에 시간의 관념이 반영될 수밖에 없다. 그리고 법적용자 역시 그렇게 설정된 시한에 맞추거나 입법자의 개선입법에 맞춰 그 법적 효과를 펼쳐야 하기 때문이다. 그런 점에서 헌법불합치결정은 법적 효과를 시적으로 제약하는 형태, 즉 시적 효력 영역을 구획하는 속성을 지닌다고 표현하게 되는 것이다.<sup>371)</sup>

요컨대, 헌법재판소가 헌법불합치 결정의 주문이나 결정이유에서 입법시한을 설정한 경우 여기에도 기속력이 인정된다고 할 것이다.<sup>372)</sup> 따라서 입법자는 설정된 기한 내에 개선입법을 해야 한다. 헌법재판소가 입법시한을 설정하지

370) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91, 판례집15-2, 530.

371) 남북현, 앞의 책(주 240), 217면.

372) 최완주, 앞의 논문(주 334), 393면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 98면. Vgl. BVerfGE 82, 126(155).

않은 경우<sup>373)</sup>에도 입법개선에 필요한 상당한 기한 내에 개선입법을 해야 할 것이다.<sup>374)</sup>

#### 4. 헌법불합치결정의 법적 효과와 기속력의 관계

앞서 살펴본 바와 같이 위헌결정의 법적 효과와 기속력은 서로 구분된다. 위헌결정의 법적 효과는 비형벌법규의 경우 장래효원칙과 예외적인 소급효라는 이름으로 논의가 되고 예외적인 소급효를 허용하는 범위가 핵심적인 사안에 해당된다. 그래서 그 범위에 관해 당해사건, 동종사건, 병행사건 및 일반사건이 거론되는 것이다.

마찬가지로 헌법불합치결정에 있어서도 그 법적 효과와 기속력은 구분되어야 한다. 여기서 논의될 법적 효과라 함은 예외적인 소급효의 허용범위에 관한 것이다. 그리고 이 논의는 적용중지 불합치결정의 경우와 계속적용 불합치결정의 경우로 나누어 살펴봐야 한다.

먼저, 계속적용 불합치결정에 있어 소급효문제는 논의의 여지가 없다. 왜냐하면 결정시점부터 개선입법시점까지 불합치법률을 잠정적으로 계속적용하도록 함은 그 이전에 형성된 법률관계조차도 불합치법률의 적용을 용인하는 것에 다름 아니기 때문이다. 계속적용 불합치결정의 경우에는 그 법적 효과로서의 소급효문제가 등장할 여지가 없고,<sup>375)</sup> 그렇기 때문에 기속력과 관계에서는 논의될 여지가 없다. 소급효문제는 법적용자와의 관계에서 제기되는 것인데, 이미 법적용자에게는 기속력차원에서 잠정적인 계속적용이라는 결정내용을 준수할 의무가 부과되었기 때문이다.<sup>376)</sup>

다음, 양자의 관계문제는 주로 적용중지 불합치결정에서 제기된다. 적용중지 불합치결정의 소급효를 적용하는 범위는 위헌결정의 소급효를 적용하는 범위와 동일한 것으로 파악된다. 이는 위헌성이 내포된 법률에 대해 위헌결정을

373) 예를 들어, 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49; 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14; 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26

374) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 124면. 합리적인 시점 이내에 개선입법을 해야 한다는 견해로, 정중섭, 헌법소송법, 392면

375) 김하열, 앞의 책(주 246), 376면.

376) 하지만, 실제에 있어서는 계속적용 불합치결정을 하게 된 실제적인 취지에 따라 다르게 파악되고 있는 형편이다. 이와 관련해서는 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234 참조. 아울러 이에 관한 상세한 내용은 제4장 제3절 I.3.나. 참조.

사제하고 헌법불합치로 결정한 측면에서 그리 파악된다.

그런데, 적용중지 불합치결정의 경우 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 의거한 처리를 전제로 함에 있어 불합치법률의 적용중지는 개선입법에 의거한 처리를 논리적 전제로 하고 있다는 점이다. 이때 입법자에게는 불합치결정의 취지에 맞게 개선입법의무가 부과된 것이고, 법적용자에게는 그렇게 개선입법된 결과를 그대로 적용중지된 시적 규율영역에 대입시켜 적용해야 할 의무가 부과되는 것이다. 그렇게 볼 때, 적용중지 불합치결정의 소급효문제는 위헌결정과 동일한 차원에서 인정되는 법적 효과 내지 소급효문제라 할 것이고, 거기서는 법규적 효력과 연결지워 파악되는 반면에,<sup>377)</sup> 개선입법의 소급적용문제는 기속력의 측면에서 개선입법에 의거한 처리라는 임무가 적용중지와 결부되어 인정되는 것으로 보아야 한다. 그때 소급적용되어야 할 개선입법은 입법자가 배척하고자 하는 의사를 적극적으로 제시하지 않는 한, 당연히 헌법불합치결정의 소급효가 인정되는 범위를 그대로 대체한다고 할 것이다.<sup>378)</sup>

이때 만약 입법자가 적극적으로 배척해서 소급적용될 개선입법의 적용대상에서 배제된, 불합치결정의 소급효가 적용됨으로써 구제범위에 포함되었을 당사자들은 그에 대해 추가적인 위헌여부의 다툼이 가능할 것이다. 그때 위헌여부가 다투어지는 측면은 개선입법의 적용대상에 포함되어 불합치결정의 편익에 참여하지 못하게 한 것이 헌법에 위반되는 여부가 될 것이다.

대체로 헌법재판소도 이상과 같은 차원에서 헌법불합치결정에 있어 소급효와 기속력의 관계를 해명하고 있다. 즉, 헌법재판소는 사립학교법 부칙 제2항 위헌확인사건<sup>379)</sup>에서 구 사립학교법의 기간임용제 근거 조항에 대한 종전 헌법불합치결정 및 그 개선입법의 소급효가 미치는 범위에 관해서는 “종전 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 종전 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및

377) 여기서 형벌법규와 비형벌법규의 경우 각각 위헌결정된 경우와 동일하게 이해함이 옳다고 본다.

378) 김하열, 앞의 책(주 246), 375면(헌법불합치결정의 본질상 당해사건 등에 대한 소급효 인정은 필연적이다. 그 소급효는 그 결정에 따른 개선입법의 소급효라는 형태로 나타난다. 당해사건, 병행사건을 넘어 개선입법의 소급효를 더 넓게 인정할 것인지는 입법자가 정책적으로 결정할 수 있다.)참조.

379) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723 등, 판례집 20-2상, 941.

헌법불합치결정 당시에 구 사립학교법의 기간임용제 근거 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다.”고 하였고, 종전 헌법불합치결정이 부과한 입법개선 의무가 제대로 이행되었는지의 여부에 관해서는 “입법자는 종전 헌법불합치결정의 취지에 따라 재임용 심사기준, 사전절차, 재임용 거부에 대한 구제절차 등에 관한 규정을 신설하는 것으로 사립학교법을 개정하고, ‘교원지위향상을 위한 특별법’(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 것)에 사후구제절차를 마련함으로써 종전 헌법불합치결정에서 부과한 입법개선 의무를 이행하였다고 볼 것”이라고 하였다. 이로써 헌법재판소는 헌법불합치결정의 법적 효과로서의 소급효와 그 결정 자체가 지닌 기속력을 명료하게 구분짓고 있다.

## 제4절 헌법불합치결정 기속력의 규율범위

### 1. 헌법불합치결정 기속력의 주관적 범위

헌법재판소가 각종 결정을 선고하면, 모든 국가기관과 지방자치단체가 그에 기속된다. 그리고 기속력의 주관적 범위로는 입법자와 법적용자로 구분해서 논의가 전개된다. 그런 점은 헌법불합치결정에서도 마찬가지이다.

위헌결정의 경우 입법자에게는 반복입법금지의무만이 부과될 뿐이고 주로 법적용자인 법원과 행정청에게 결정준수의무가 뚜렷하게 강조된다. 그에 비해 헌법불합치결정의 경우에는 입법자에게 반복입법금지의무만이 아니고 불합치결정의 본질인 심판대상인 법률의 불합치성 확인에서 도출되는 개선입법 의무가 강조되지 않을 수 없다. 입법자가 개선입법을 하지 아니하면 헌법불합치결정을 선고한 취지를 구현하기 어렵기 때문이다. 그리고 법적용자인 법원과 행정청의 경우에도 위헌결과와는 달리 반응해야 한다. 즉, 적용중지 불합치결정의 경우에 법원과 행정청은 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법이 있을 때까지 기다렸다가 불합치법률을 개선입법으로 대체해서 처리해야 한다. 그리고 계속적용 불합치결정의 경우에 법원과 행정청은 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 계속 적용해야 한다.<sup>380)</sup>

380) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 207면(헌법불합치결정에 있어서는 헌법재판소가 위헌적 상태의 제거에 관한 최종적인 결정을 입법자에게 미루고 있으며

기속력에 있어 주관적 범위에서 제기되는 쟁점은 절을 바꾸어 집중적으로 다루기로 한다.

## II. 헌법불합치결정 기속력의 객관적 범위

헌법재판소 결정의 기속력에 있어 객관적 범위의 문제는 결정주문과 결정이유 중 중요한 부분에 기속력이 인정되는 여부에 논의가 집중되어 있다. 그런 점에서 헌법불합치결정에 있어 기속력의 객관적 범위 역시 같은 차원에서 논의가 전개되어야 한다. 그리고 거기에다 헌법불합치결정을 구성하는 본질적 요소들에 대해서도 기속력이 인정되는 문제가 있다.

그러면 여기서는 결정주문과 중요한 결정이유에 대한 기속력의 문제로서 보다는 헌법불합치결정의 구성요소라는 차원에서 논의를 전개하기로 한다.

헌법불합치결정의 구성요소로는 앞서 살펴본 바와 같이 헌법불합치성의 확인, 불합치법률의 적용방향으로서의 적용중지와 계속적용, 개선입법의무 및 기한설정에 대해 기속력이 인정된다고 본다.<sup>381)</sup> 그 내용이 결정주문이나 결정이유, 어디에 표시되었는지와 관계없이 헌법불합치결정의 징표에 해당하는 요소들에 대해서는 그 자체로서 기속력이 인정된다.

헌법불합치결정에 있어 중요한 이유의 기속력을 다시금 검토한다. 중요한 이유란 결정이유 중 핵심적인 부분으로서, 그 이유가 없이는 주문이 도출될 수 없을 정도의 비중을 지닌 것으로 이해된다. 다시 말해서 그러한 이유가 없었더라면 결정이 달리 선고되지 않으면 안 될 정도의 중요성을 지닌 것을 의미한다. 이는 결국 이유 중에 결정주문 도출에 필연적인 연관성을 지닌 것을 대상으로 해서 기속력을 인정함을 말하는 것이다.<sup>382)</sup>

그렇다면, 심판대상에 위헌성이 내재하여 있음을 확인하는 과정, 즉 위헌확인 단계, 불합치결정을 하지 않으면 안 되는 요인 및 불합치성을 바로잡도록 하는 입법자에게의 개선입법의무 그리고 헌법불합치상황의 구체적인

---

로, 법원은 입법자의 최종 결정을 기다려 그에 따라 판단을 해야 하는 것이다.)

381) 동지: 지성수, 앞의 논문(주 334), 286면 이하; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 332), 547, 559면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 332), 601면.

382) 김정중, “비형벌조항에 대한 잠정적용 유형의 헌법불합치결정”, 대법원판례해설 제89호, 법원도서관, 2012, 792면(위헌 법률의 계속적용은 해당 현재 결정의 주문뿐만 아니라 관련 이유도 함께 살펴 그 정당성을 인정할 만한 효력범위를 실질적으로 파악하여야 한다.) 참조.

처리방향 등에는 각각 기속력이 인정되는 것으로 보아야 한다. 그런 사항이 결정주문에 적시되지 않고 결정이유에만 언급되어 있다 할지라도, 기속력을 인정함이 타당할 것이다.

전해에 따라서는, 특히 결정주문에 대해서만 기속력이 인정된다는 입장에서는 불합치결정의 본질적 징표에 해당하는 사항이 주문으로 적시된 경우로 한정해서만 기속력이 인정될 뿐이고, 결정이유에 적시된 사항은 권고적 효력을 지님에 지나지 않는다는 주장을 전개할 여지도 없지 않을 것이다. 그리고 중요한 이유의 기속력을 부인하는 입장은 헌법재판소가 수행하는 과제의 중점은 일반법원의 활동과 유사하게 개별사례의 해결에 있다고 보는 바, 이러한 입장을 존중할 경우 헌법불합치결정의 본질적 징표를 위헌성이 내재된 법률의 적용을 중지하고 입법자가 개선입법의무를 수행한 결과인 개선입법을 통해 처리하도록 하는 것은 이와 전혀 조화를 이룰 수 없다는 점이다. 왜냐하면 개선입법의 결과물은 당연히 일반적 추상적 규율로서의 속성을 지닐 것이고, 불합치결정의 원인이 된 당해사건만이 아닌 유사사건에도 폭넓게 적용될 것을 전제로 하고 있기 때문이다.

헌법불합치결정에서 입법자에 대한 개선입법명령은 위헌성을 제거하면서도 법적 공백상태가 초래되는 것을 방지하기 위한 효과적인 수단이 되므로 중요한 이유로 취급될 수 없다 할지라도 입법자를 기속하는 힘을 갖는다 할 것이라고 한다. 즉 이것은 법률의 위헌성 확인과 논리필연적인 관계에 있다고 볼 수 없기 때문에 중요한 이유로 간주되기 어렵다고 한다.<sup>383)</sup> 그럼에도 불구하고 개선입법명령의 기속력은 입법자의 기본권보장의무 내지 보호의무를 규정하고 있는 헌법 제10조와 위헌법률심판제도를 규정한 헌법규정으로부터 직접 도출된다고 한다.<sup>384)</sup> 하지만, 이러한 사고체계는 위헌결정에 있어 주문과 이유와의 관계라는 시각이 아닌 위헌확인과 그 논증의 관계라는 시각에서 접근하는 것으로 보인다. 헌법불합치결정을 위헌성확인에 얽매어 그에 초점을 맞춰 그 논증과정에 대해서만 중요한 이유의 기속력문제를 제기할 것이 아니고, 그는 물론이고 불합치결정의 사유 등에 대해서도 기속력 인정대상인 결정이유로 파악함이 적절하다고 본다.

헌법재판소가 ‘개선입법의 시한도과시 불합치법률의 효력상실’을 실제로

383) 최희수, 앞의 박사학위논문(주 293), 100면.

384) 최희수, 앞의 박사학위논문(주 293), 100면 참조.

결정주문으로 명시한 경우가 적지 않다. 결정주문의 기속력이라는 차원에서 보면, 주문에 그와 같이 명시한 경우에는 당연히 입법자나 법적용자에게는 그에 상응한 의무가 부과된다고 보아야 할 것이다. 그러나 원래의 결정취지가 입법자에게 신속한 개선입법의무를 이행하게 하려 했다 하지만, 실제로는 법적용자인 법원이나 행정청으로 하여금 실무를 수행하는 과정에서 혼란만을 초래하는 것에 지나지 않는다.

그래서 계속적용 불합치결정에 있어 법적용자에 대한 법적 효과로서의 잠정적인 계속적용에 있어 기속의 의미가 잠정적용의 강제인지 아니면 잠정적용의 허용인지를 둘러싸고 논의를 전개하는 그 원인도 궁극에는 잠정적인 계속적용이 지닌 의미가 실무에서는 부적절하게 나타남을 해소하려는 타개책의 일환으로 보여진다.

### Ⅲ. 헌법불합치결정 기속력의 시적 범위

헌법불합치결정의 기속력에 있어 시적 범위는 다른 결정유형에 따른 기속력과 동일하게 파악될 수 있다. 그런 점에서 시적 범위와 한계에 대한 논의는 불필요하다고 본다.

다만, 기속력의 시적 범위와 한계문제는 헌법불합치결정에 내재하는 시적 요소와는 다른 차원에서 접근해야 한다는 점을 강조하고자 한다. 게다가 개선입법시한을 도과한 경우 불합치법률의 효력상실 역시 여기서 말하는 기속력의 시적 범위와는 무관한 사항이다. 기속력은 결정자체에 부여된 효력을 말하는 것이고, 효력상실문제는 입법자에게 신속한 개선입법을 촉구하는 효과를 말하는 것이기 때문이다.

## 제5절 헌법불합치결정 기속력의 주관적 범위를 둘러싼 쟁점

### Ⅰ. 일반사항

앞서 살펴본 바와 같이 헌법불합치결정은 법률의 불합치성확인, 불합치 법률의 적용방향설정, 입법자에 대한 개선입법의무 부과 및 개선입법시한 등을



그 구성요소로 하고 있다. 이로 인해 수법기관에 대해서는 단계별로 순차적으로 기속의 문제가 등장하게 된다. 그러나 이러한 구성요소들에 대한 기속의 문제는 위헌결정 자체의 기속력과 무관하게 독특하게 헌법불합치결정에서만 제기되는 것이다. 그리고 위헌결정 자체의 기속력에서 논의되는 사항이 그대로 헌법불합치결정에서도 등장할 수도 있다.

그러면 여기서는 헌법불합치결정의 기속력을 둘러싸고 제기되는 쟁점들을 주관적 범위를 기준으로 검토하기로 한다.

## II. 입법자에 대한 기속력

헌법불합치결정이 지닌 입법자에 대한 기속력 문제는 두 가지 차원으로 논의될 수 있다. 그 하나는 헌법불합치결정의 구성요소로서의 불합치성확인에 관한 것이다. 이는 위헌결정에 있어 위헌확인에 따라 입법자에게는 위헌성을 지닌 동일한 내용의 법률을 반복해서 제정하는 것을 금지함과 같은 차원이다. 즉 반복입법금지 의무에 관한 사항이다. 그들은 개선입법 의무의 부과에 관한 것으로 입법자가 헌법재판소가 선고한 헌법불합치결정의 이유에서 제시한 바를 준수하였는지에 관한 사항으로서 입법형성의 자유와 어떻게 조화를 이루게 할 것인지에 관한 사항이다.

### 1. 헌법불합치결정의 기속력과 반복입법의 관계

#### 가. 반복입법 해당여부의 판단기준과 정당화사유

위헌결정이 아닌 헌법불합치결정에서도 반복입법금지 의무 위반의 문제가 제기될 여지가 있다.

위헌결정과 관련하여 제기된 반복입법에 해당하는 여부와 정당화사유가 그대로 불합치결정에도 적용될 수 있다고 본다. 그런 점에서 이에 관해서는 별도로 논의하지 않고 앞서 위헌결정의 주관적 범위에서 논의한 사항을 그대로 원용하기로 한다.<sup>385)</sup>

#### 나. 사례의 검토

---

385) 제4장 제2절 V.2.나. 참조.

(1) 헌법불합치결정에 따른 개선입법으로서 개정된 ‘사립학교교직원연금법’ 조항이 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부

헌법재판소는 “구 공무원연금법조항이 공무원의 ‘신분이나 직무상 의무’와 관련이 없는 범죄에 대해서도 퇴직급여의 감액사유로 삼는 것이 퇴직공무원들의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법불합치결정(2005헌바33)을 하였고, 구 공무원연금법조항을 준용하고 있던 구 ‘사립학교교직원연금법’조항에 대하여도 같은 취지로 헌법불합치결정(2008헌가15)을 하였다. 그에 따른 개선입법인 위 조항은 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’를 제외하고 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정하고 있는바, 교원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 교원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반한 것으로 볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액사유에서 제외하지 아니하더라도 위 헌법불합치결정의 기속력에 저촉된다고 할 수 없다.”<sup>386)</sup> 고 하였다.<sup>387)</sup>

분명 헌법재판소는 2008헌가15사건에서는 고의범이나 과실범을 구분함이 없이 직무관련성이 없는 범죄에 대해 퇴직급여를 감액하는 것에 관해 헌법불합치로 결정하였다. 그러나 이에 대한 개선입법으로서 개정된 ‘사립학교교직원연금법’조항은 직무관련성이 없는 범죄 중 과실범에 대해서만 퇴직급여의 감액대상에서 제외하였지만, 그 고의범에 대해서는 감액대상에 그대로 포함시켰다. 이는 중전 헌법불합치결정의 기속력에 배치되는 반복입법에 해당하는 것이 아닌가 문제되었던 것이다. 이에 대해 헌법재판소는 2010헌가89등 사건에서 교원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 교원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반한 것으로

386) 헌재 2013. 8. 29. 2010헌가89등, 판례집 25-2상, 586, 598-599; 헌재 2013. 9. 26. 2013헌바170, 판례집 25-2상, 761, 774-775.

387) 이와 동일한 취지로서, ① 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 헌법불합치결정된 법률조항의 반복입법에 해당하는지 여부에 관해서는 헌재 2013. 8. 29. 2010헌바354등, 판례집 25-2상, 382, 396-397과 ② 헌법불합치결정에 따라 군인이 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’를 제외하고 복무 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 개정된 군인연금법조항이 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부에 관해서는 헌재 2013. 9. 26. 2011헌바100, 판례집 25-2상, 661, 671 참조.

볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액사유에서 제외하지 아니하더라도 위 헌법불합치결정의 기속력에 저촉된다고 할 수 없다고 하였다.

하지만, 이는 기속력에 위반된 것이 아니고, 판단되지 아니한 사항을 입법에 반영한 것으로 이해해야 하지 않을까 한다. 그런 차원에서 입법자는 직무관련 없는 고의범을 퇴직급여 등의 감액대상에서 제외한 것이다. 그리고 헌법불합치결정의 소급효에 근거해서 소송당사자들에게 구제받을 수 있는 기회를 제공할 뿐이지, 반드시 구제대상에 포함되어야 하는 것은 아니다. 이와 같이 구제대상에 포함되지 않았을 경우 개선입법에 대한 추가적인 다툼이 가능함은 물론이다.

(2) 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사업자의 경우  
한국방송광고진흥공사가 위탁하는 방송광고에 한하여  
방송광고를 할 수 있도록 한 규정이 구 방송법령에 대한  
헌법불합치결정의 기속력에 반하지 않는다고 본 사례

헌법재판소는 “구 방송법령에 대한 종전 헌법불합치결정의 취지는 한국방송광고공사가 독점하던 방송광고판매대행업에 제한적이거나 실질적인 경쟁체제가 이루어질 수 있도록 하여야 한다는 것이었고, 이 결정에 따라 새로 제정된 방송광고판매대행 등에 관한 법률에서는 공영미디어법인 한국방송광고진흥공사 이외에 민영미디어렐도 방송광고판매대행업을 할 수 있도록 제한 경쟁체제를 도입하고 있으므로, 위 조항이 구 방송법령에 대한 헌법불합치결정의 기속력에 반한다고 볼 수 없다.”<sup>388)</sup>고 하였다.

## 2. 개선입법의무 부과

### 가. 개선입법의무부과의 범위와 한계

헌법불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거하여야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 된다.<sup>389)</sup> 헌법재판소가 이러한 헌법불합치결정을 하는 주된 이유는 권력분립원칙과 민주주의원칙의 관점에서 볼 때 입법자가 입법개선을 통하여 위헌적 상태를 궁극적으로 제거하는 것이 바람직하다는

388) 헌재 2013. 9. 26. 2012헌마271, 판례집 25-2하, 68, 84-85.

389) 헌재 1999. 10. 21. 97헌마301, 판례집 11-2, 496.

판단에 따른 것이라는 입장이다.

앞서 언급한 바와 같이 헌법불합치결정에 있어 개선입법의무는 본질적 징표이고, 불합치결정에서 설정한 방향을 존중하면서 입법자가 실제로 개선입법을 하도록 하는 것이 기속력을 구성하는 내용이라고 하겠다.

관련해서 지적되어야 할 것은 개선입법의 소급적용에 관한 경과적 규율도 의무의 범위에 포함된다는 점이다. 만약 이를 준수하지 않았다고 해서 후술하는 바와 같이 소급적용이 차단되는 것은 아니다. 그런 점은 법적용자로 하여금 불합치법률의 적용절차의 중지와 개선입법에 따른 처리에서 당연히 도출된다.<sup>390)</sup>

## 나. 개선입법의무와 반복금지의무의 관계

헌법불합치결정에 있어 개선입법의무와 반복금지의무의 관계가 문제된다.

여기서 개선입법의무는 헌법불합치결정의 본질적 징표로서 그 결정에서만 고유하게 인정되는 기속의 내용이라 할 것이고, 반복금지의무 내지 반복입법금지의무는 위헌결정에 따른 입법자에 대한 기속력에서 도출되는 내용이다. 양자 모두 기속력과 관련된 의무이긴 하지만, 후자는 입법자에게 과해지는 전통적인 의무이고, 전자는 헌법불합치결정의 본질에 해당하는 입법개선 의무에 부여된 기속력에 근거해서 제기되는 것이다.

후자는 반복금지 내지는 모순저촉금지의무 위반 문제로 볼 수 있고, 전자는 결정준수의무 위반 문제로 볼 수 있다. 물론 반복금지의무는 결정준수의무의 구체적이고 세부적인 표현에 속한다.<sup>391)</sup> 전자에서 한걸음 더 들어가 제기될 수 있는 사안이 어디까지가 개선입법의무에 해당하고, 어디부터가 입법형성의 자유에 맡겨지는가 하는 점이다.

양자가 동시에 거론될 수 있는 상황으로는 종전에 헌법재판소가 헌법 불합치결정을 하였고, 그에 의거해서 개선입법이 이루어졌지만, 그 개선입법이 거듭 헌법재판소에서 위헌여부 다툼의 대상이 된 경우를 상정할 수 있다. 실제로 헌법재판소에 이와 같이 문제된 경우는 여러 차례이다. 하지만, 이때 주로 논의가 된 것은 입법자가 헌법재판소의 헌법불합치결정의 취지에

390) 그러나 개선입법의 시한도과로 인한 불합치법률의 효력상실은 불필요한 논란만 키웠다 보여진다.

391) 반대: 허완중, 앞의 논문(주 245), 369-370면 참조.

맞춰 개선입법의무를 제대로 준수하였는지 여부이었다. 그리고 반복입법에 해당하는 여부와 반복입법금지여부를 위반하였는지의 여부의 문제는 비단 헌법불합치결정에서만이 아니라 위헌결정에서 제기될 여지가 높다고 할 것이다.

## 다. 입법형성권과의 관계

### (1) 입법형성권과 개선입법의무의 선후관계

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 입법자에게 개선입법의무를 부과하곤 하는데, 이것이 입법자의 입법형성권 내지 입법재량권과의 관계에서 논란의 여지를 제공한다. 그렇기 때문에 입법자의 개선입법의무에 따른 영역과 입법형성권 내지 입법재량권에 따른 영역 사이에 적정한 획정이 이루어져야 할 것이다. 이 문제는 두 가지 측면에서 논의의 여지가 있다.

그 하나는 헌법재판소가 심판대상 영역을 명료하게 구획하지 않고 판단해서 헌법불합치로 결정하였을 경우 개선입법의무가 부과된 사항과 입법형성 내지 입법재량에 해당하는 사항의 구획을 둘러싸고 논란이 벌어지는 때를 상정할 수 있다. 다른 하나는 헌법불합치결정에 따른 입법자에게의 개선입법의무는 그 결정의 기속력에서 도출되는바, 이때 그 기속력이 입법자에게의 입법재량영역을 전혀 인정함이 없이 엄격하게 발현되는 것은 아니라는 점이다. 다시 말해서 개선입법의무와 개선입법재량권의 조화문제가 제기된다.

전자의 문제는 심판의 기술문제로서 심판대상의 획정을 통해 해소가 가능할 것이다. 하지만, 후자의 문제는 헌법불합치결정에 있어 개선입법의무는 본질적 구성요소에 해당하고 기속력이 인정된다 하지만, 법률에 관한 위헌결정에 있어 입법자에 대한 기속력을 인정하는 것을 둘러싸고 입법재량영역의 존중문제가 제기되듯이, 마찬가지로 헌법불합치결정에서도 개선입법의무의 범위와 한계문제가 등장하게 된다. 아니 오히려 더 심각하고 폭넓게 제기된다.

헌법불합치결정에서 개선입법에 관한 입법자의 재량권이 허용되는 범위와 한계와 관련하여 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 형벌에 관한 것이 아닌 한 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하고(헌재법 제47조 제2항), 어떤 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상, 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의

재량에 달린 것이며,<sup>392)</sup> 헌법불합치결정에 의한 입법개선 의무에 따라 입법자가 개선입법을 함에 있어 소급적용 규정을 둘 의무가 있는 경우에도 그 구체적인 소급적용의 범위는 구체적 사안마다 헌법불합치결정의 취지, 헌법불합치결정이 선고된 법률조항의 위헌성의 내용과 정도, 개선입법의 내용과 그 소급적용이 다른 보호법익에 미치는 영향 정도 등 제반 사정을 고려하고 헌법상 보호법익을 비교형량하여 도출되어야 할 것이고, 입법자는 이러한 의무에 반하지 않는 범위 내에서 입법형성의 재량을 갖는다 할 것이므로,<sup>393)</sup> 헌법불합치결정에 따른 개선입법이 제한 없이 소급적용되어야 하는 것은 아니다.<sup>394)</sup>”라고 한다.

여기서 두 가지를 구분해서 검토할 수 있다. 그 하나는 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이라는 점이고, 다른 하나는 개선입법의 소급적용 의무가 있을 경우 구체적인 소급적용 범위를 확정하는 방법에 관한 것이다.

우선, 전자의 경우 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위에 관해 입법자가 원칙적으로 재량권을 행사한다 할지라도, 헌법불합치결정의 취지는 존중해야 함을 전제로 한다는 점이다. 그런 점은 적용중지 불합치결정이 불합치법률 적용절차의 중지와 개선입법에 따른 처리를 전제로 하고 있음에 근거한 것이다.

다음, 후자의 경우 헌법재판소는 개선입법의 소급적용 범위가 제한될 수 있음을 인정한다. 그 확정방법에 관해서는 위헌결정의 예외적인 소급효를 허용하는 범위와 관련해서 일반사건에서 보여주는 바와 유사한 논리체계로 법익형량을 전개하는 것으로 보인다. 필자는 법률에 관한 위헌결정의 경우 이른바 일반사건에 대해서도 모두 권리구제의 대상에 포함시켜야 한다는 입장이고, 이는 적용중지 불합치결정에서도 마찬가지이다. 이는 일반사건 역시 헌법불합치결정 당시 구체적인 법률관계를 형성하였지만 그 당시 소송이 제기되지 아니한 사건으로서 아직 확정되지 않았다는 점에서 당해사건이나 동종사건 내지 병행사건과 아무런 차이가 없다는 점, 일반사건의 소송당사자들에게도 권리를 구제받을 기회에 참여시켜야 한다는 점과 거듭 말하지만, 적용중지 불합치결정이 지닌 본질적 속성을 존중해야 한다는 점에서

392) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등; 헌재 2007. 1. 17. 2005헌바41·42; 헌재 2006. 6. 29. 2004헌가3; 대법 2015. 5. 29. 선고 2014두35447 판결 등 참조.

393) 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 판례집 16-1, 29, 56.

394) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등; 헌재 2004. 1. 29. 2002헌가22 참조.

당연한 것이다.

## (2) 기속의 틀 속에서의 입법형성권

이상에서 살펴보듯이 헌법재판소는 헌법불합치결정에 따른 개선입법과 관련해서 개선입법의무보다는 입법형성권 내지 입법재량권을 존중하고 또 우선시하는 것처럼 보인다. 이러한 논리체계는 헌법불합치결정을 선고하였다 하더라도 입법자에게는 우선적이고 포괄적인 입법재량권이 인정되고, 개선입법의무는 그저 부분적이고 예외적인 것으로 치부하는 듯이 보인다.

하지만, 그보다는 헌법불합치결정이 지닌 본질적인 특성상 불합치결정이 지닌 고유한 속성에서 나타나는 입법자에게의 기속력이 존재한다는 점을 전제로 해야 함이 타당할 것이다.

첫째, 헌법불합치결정은 입법자에게의 개선입법의무를 전제로 채택한 주문유형이라는 점이다. 여기서는 폭넓은 입법재량이 아니고 기속의 틀 속에서의 재량에 지나지 않는다. 구체적인 결정례를 들어 설명한다. 헌법재판소는 군인연금법 제23조 제1항 위헌소원사건<sup>395</sup>에서 적용중지상태의 해소와 관련해서 “① 퇴직 후 폐질상태가 확정된 군인에 대해서도 상이연금수급권이 인정되어야 한다는 것이 헌법적 요청이라고 하더라도 ② 그 상이연금수급권의 요건 및 수준을 결정하는 것은 종국적으로 군인연금 기금의 재정 상태와 수급 구조, 경제 상황 등을 고려하여 입법자가 결정해야 할 사항이며, 나아가 ③ 입법자가 위와 같은 결정을 함에 있어 충분한 사회적 합의를 거쳐 이 사건 법률조항의 위헌적인 문제점을 제거하고 동시에 군인연금법상의 관련 규정도 함께 정비하는 것이 요청된다고 할 것”이라고 하였다. 여기서 ① “퇴직 후 폐질상태가 확정된 군인에 대해서도 상이연금수급권이 인정되어야 한다는 것”이 헌법적 요청이라고 한 부분은 입법자에게 결정준수의무를 부과한 것이고, ② 그 상이연금수급권의 요건 및 수준을 결정하는 것은 종국적으로 군인연금 기금의 재정 상태와 수급 구조, 경제 상황 등을 고려하여 입법자가 결정해야 할 사항이라는 점은 입법재량권을 말한 것이며, ③ 입법자가 위와 같은 결정을 함에 있어 충분한 사회적 합의를 거쳐 이 사건 법률조항의 위헌적인 문제점을 제거하고 동시에 군인연금법상의

395) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473, 492, 같은 결정취지로 는 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456 참조.

관련 규정도 함께 정비하는 것이 요청된다고 함은 방론에 해당한다고 하겠다. 이처럼 헌법불합치결정에서는 입법자에게의 개선입법의무가 전제된 범위에서 입법재량이나 입법형성이 논의되어야 한다.

둘째, 불합치법률의 적용방향으로서의 적용중지와 계속적용 역시 입법자에게 간접적으로나마 당해사건등의 처리에 대해 규율할 것을 명한 것이다. 다시 말해서 당해사건등을 처리할 경과규정을 규율할 의무가 거기서 도출된다. 이런 점은 입법자에게 입법재량이나 입법형성이 존중되는 속에서도 반드시 불합치결정을 준수해야만 할 요소로 자리한다고 할 것이다. 이는 적용중지 불합치결정에서 더욱 뚜렷하다.

### 라. 개선입법의무의 내용으로서의 경과적 조치는?

헌법재판소가 헌법불합치결정을 함에 있어 입법자에게 개선입법의무를 부과함은 불합치결정의 본질적 징표에 해당한다. 그러면, 경과적인 조치를 당연히 규율해야 함이 개선입법의무에 포함되는가, 다시 말해서 개선입법의 소급적용까지도 마땅히 규율해야 하는가가 문제된다. 이 문제는 입법자가 개선입법을 하면서 부칙에서 경과적인 조치를 하지 않았을 경우 법적용자는 이를 어떻게 처리해야 하는가를 둘러싸고 벌어지는 논란을 해결하는 단초를 제공한다. 이 문제는 계속적용 불합치결정에서도 나타날 여지가 있지만, 주로 적용중지 불합치결정에서 제기되는 사안이다.

계속적용 불합치결정은 기본적으로 개선입법시점까지 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 전제로 하고, 그 취지는 불합치결정 시점 이전에 형성된 법률관계는 물론이고 개선입법시점까지 형성된 법률관계에 대해서도 법적 공백상태로 인한 더 위헌적인 상황의 발생을 방지할 목적으로 계속적용하게 한 것이다.<sup>396)</sup> 그렇기

396) 우리 헌법재판소가 일반적으로 행하고 있는 계속적용 불합치결정은 이 사례와는 다르게 접근되어야 한다. 예컨대 헌법재판소가 2010. 6. 24. 군인연금법 제23조 제1항 위헌소원사건에서는 부진정 입법부작위부분이 다투어져 계속적용 불합치결정을 선고하였지만, “이 사건 법률조항을 단순위헌으로 선언하여 즉시 그 효력을 상실하게 하는 경우에는 법적 공백 상태와 부작용이 초래될 우려가 있는 점”은 핵심적인 쟁점에 해당하지 않는 군인연금법 제23조 제1항 그 자체를 계속적용을 말하고 있을 따름이다. 이런 경우는 당연히 계속적용되어야 한다고 하겠지만, 엄격히 말해서 그 조항은 심판되지 않은 부분이고, 그에 대해 심판대상에 포함시키지 않으면 아무런 연금의 필요성도 없게 된다. 그런데, 형식논리에 따라 포함시킴으로써 불필요한 ‘계속적용’을 반복하는 것이라고 하겠다. 관련해서 대표적인 사례로는 현재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473 참조.



때문에 경과적인 조치의 필요성은 상대적으로 덜하다.

그러나 적용중지 불합치결정의 경우 기본적으로 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따른 처리를 전제로 한다. 여기서 말하는 개선입법의무는 헌법불합치 상태를 신속하게 해소하도록 하는 취지에서 부과한 것이고, 적용중지를 명하는 내용을 정확히 표현하면, 불합치법률의 적용절차를 개선입법의 시행이 있을 때까지 중지하고 개선입법이 마련되어 시행되게 되므로 개선입법으로 불합치법률이 규율하던 영역을 대체하라고 명한 것이다.

이에 관해 헌법재판소는 “입법자는 원칙적으로 개선입법의 제정 시 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 범위를 고려하여 이에 부합하는 내용의 경과규정을 두어야 하며, 소급적용의 범위는 원칙적으로 헌법불합치결정의 시점까지로 될 것이나, 구체적 사안마다 헌법불합치결정의 취지, 헌법불합치결정이 선고된 법률조항의 위헌성의 내용과 정도, 개선입법의 내용과 그 소급적용이 다른 보호법익에 미치는 영향 정도 등 제반 사정을 고려하여 헌법상 보호법익을 비교형량하여 도출되어야 할 것이고, 입법자는 이러한 의무에 반하지 않는 범위 내에서 입법형성의 재량을 갖는다.”<sup>397)</sup>고 하였다.

이상과 같은 시각에서 볼 때, 입법자가 개선입법의무를 이행하는 내용에 경과적인 조치를 두어야 함은 의무이고,<sup>398)</sup> 입법자는 이러한 의무를 벗어나지 않는 범위 내에서 입법형성의 재량권을 갖는다고 하겠다. 그리고 법원등의 법 적용자에게는 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 의한 처리라는 요소에서 불합치법률을 대체한 개선입법의 적용의무가 당연히 도출된다.

### 3. 개선입법 의무의 위반인가? 의무의 불이행인가?

입법자가 입법시한 내에 개선입법을 하지 아니한 것에 대해 의무위반으로 접근할 것인지, 아니면 의무의 불이행으로 보아야 할 것인지가 문제된다.<sup>399)</sup>

397) 헌재 2004. 1. 29. 2002헌가22, 판례집 16-1, 29, 56.

398) 동지; 최완주, 앞의 논문(주 334), 393면; 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 헌법실무연구 제4권, 헌법실무연구회, 박영사, 2003, 262면; 김정중, 앞의 논문(주 382), 803면 참조.

399) 의무위반과 의무불이행의 차이에 주목해야 한다. 원래 의무불이행을 논의하는 것은 장래를 향해 의무이행을 관철하고자 하는 시도에서 접근하는 것인 반면에, 의무위반문제는 과거의 의무위반에 대한 제재라는 시각에서 접근한다는 점에서 양자는 근본적으로 차이가 있다.

헌자는 과거의 비행에 대한 제재로서의 속성을 강조한 것이다.<sup>400)</sup> 이런 시각에서 접근하면, 입법자에게 개선입법의 시한을 부과하고 그 시한이 도과하면 불합치법률의 효력상실을 규율하는 취지도 의무위반에 대한 제재의 효과를 가진 것이라는 평가가 가능하다.

이에 비해 후자의 시각으로, 즉 입법자의 개선입법의무 불이행이라는 시각에서 접근하면, 어떻게 하면, 입법자의 입법형성권이 적시에 행사될 수 있도록 해야 하는지에 초점을 맞출 수 있게 된다. 그렇기 때문에 불합치법률의 효력상실이라는 제재를 통한 개선입법의 구현이라기보다는 어떠한 형태로든 입법자가 실제로 신속하게 개선입법을 하도록 강제하는 방법이 바람직하고 또 타당하다고 보인다.

헌법재판소는 이중 어떠한 것인지에 관해 적극적인 의사를 피력하지는 않았지만, 결정주문이나 결정이유에서 불합치법률의 효력상실을 지속적으로 피력하는 것을 보면, 개선입법의무 불이행으로 보기보다는 의무의 위반으로 접근하는 듯이 보인다.

생각건대, 입법자의 입법형성권을 존중한다는 시각에서 보면, 의무위반에 대한 제재이기보다는 의무불이행에 대한 대응이 적절할 것이다.<sup>401)</sup>

#### 4. 개선입법의무 이행여부 통제

##### 가. 개선입법에 대한 위헌성심사

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하였음에 따라 입법자가 개선입법을 하였지만 그 개선입법에 대해 또다시 위헌여부가 다투어진 적이 적지 않다. 이때 헌법재판소가 부과한 개선입법의무가 개선입법에 제대로 반영되었는지를 심사하게 된다.

이에 관해 헌법재판소는 종전 결정에서 지적된 입법형성의무의 내용을 이행하는 개선입법에 대한 위헌성을 심사하기 위해서는 ① 먼저, 우리 재판소의 종전 결정 등으로 인하여 입법자에게 부과된 입법형성의무의 구체적 내용이 어떠한지 여부를 검토해야 하고, ② 다음으로 개정민법이 적용되는 모든 영역에 관련하여 입법자가 종전 결정의 취지에 따른 입법형성의무의 내용을 제대로

400) 이와 같은 시각의 접근으로는 허완중, 헌법실무연구회 제104회 발표논문, 10면 이하.

401) 남북현, 앞의 책(주 240), 225면.

이행하였는지 여부를 검토해야 하며, ③ 마지막으로 이 사건 법률조항으로 인하여 종전 결정에서 심리·검토되지 아니하였던 새로운 기본권에 대한 침해 등이 발생하였는지 여부 등을 순차적으로 검토해야 한다.<sup>402)</sup>

#### 나. 개선입법의무 이행 사례 검토

헌법재판소가 선고한 헌법불합치결정에 따라 입법자인 국회가 개선입법의무를 제대로 이행하였다고 받아들인 사례를 소개한다.

헌법재판소는 사립학교법 부칙 제2항 위헌확인 등 사건<sup>403)</sup>에서 “입법자는 종전 헌법불합치결정의 취지에 따라 재임용 심사기준, 사전절차, 재임용 거부에 대한 구제절차 등에 관한 규정을 신설하는 것으로 사립학교법을 개정하고, ‘교원지위향상을 위한 특별법’(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 것)에 사후구제절차를 마련함으로써 종전 헌법불합치결정에서 부과한 입법개선의를 이행하였다고 볼 것”이라고 하였다.<sup>404)</sup>

이는 헌법불합치결정의 구성요소에 해당하는 입법개선의를 입법자가 이행한 것이라 할 것이고, 이러한 입법개선주의의 이행은 기속력의 내용에 해당하는 결정준수의무를 구체화한 것이다.

#### 다. 개선입법의무 불이행에 대한 대응

헌법재판소가 입법자에게 개선입법촉구를 하였음에도 입법자가 장기간에 걸쳐 개선입법의무를 이행하지 않고 방치된 상태가 문제된다.<sup>405)</sup> 불합치결정을 선고한 취지에 따라 입법자가 개선입법을 수행하지 않은 경우 집행력을 확보할 수 있는 방안이 있는가가 논의대상이다. 견해는 대체로 세 가지가 있다.

402) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91등, 판례집 15-2하, 530, 536-537.

403) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723 등, 판례집 20-2상, 941.

404) 그러면서 나아가 “종전 헌법불합치결정일 이전에 재임용에서 탈락한 교원들을 위하여 ‘대학교 교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2005. 7. 13. 법률 제7583호로 제정된 것)을 제정하여 재임용탈락에 대한 재심사 기회를 부여한 것은 종전 헌법불합치결정들에서 명한 입법개선주의에 포함된 것은 아니지만 입법자가 이들의 구제필요성을 인정하여 정책적으로 마련한 입법이라고 할 것”이라고 하였다.

405) 이와 관련해서 기한설정 자체를 전반적으로 검토할 필요성이 제기된다. 기한설정의 법적 성격, 명시적인 기한설정의 타당성 여부, 설정된 기한을 도과한 불합치법률의 법적 운명 및 법적용자의 대처 등이 그것이다. 이에 관한 상세한 내용은 남북현, “헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력 상실”, 공법학연구 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010. 8., 41-52면.

첫째는 개선입법의 시한이 명시된 경우 그 시한이 도과하거나 명시되지 아니한 경우 상당한 시일이 소요된 다음, 그 불합치법률은 당연히 효력을 상실한다는 견해이다.<sup>406)</sup> 둘째로는 그런 경우 거듭 위헌심판의 대상으로 삼아 전소에서 불합치로 결정하였던 법률에 대해 후소에서 위헌결정을 선고해야 한다는 견해이다. 셋째로는 입법개선 의무의 이행시기가 도과되었다는 것을 이유로 불합치로 선언된 법률이 당연히 효력을 상실하는 것으로 보기는 어렵고, 피해를 입은 국민은 헌법재판소에 입법부작위에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하거나 입법상 불법책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기해서 구제를 받을 수 있을 뿐이라는 견해이다.

첫 번째 견해는 불합치결정을 선고한 취지에 부합하지 않는다. 특히 계속적용 불합치결정의 경우 불합치결정 시점부터 개선입법 시점까지의 법적 공백상태의 발생방지를 의도한 것이다. 그럼에도 입법시한까지 입법되지 않았음을 이유로 효력을 상실시킴은 결정의 의도에 어긋난다. 그리고 적용중지 불합치결정의 경우 개선입법에 의거해서 처리할 목적으로 불합치법률의 적용이 중지된 상태이다. 이런 상태라면, 입법자의 개선입법 의무를 이행하도록 사실상 억압하는 것이 필요하지, 법적용자가 나서서 대안을 모색하도록 하게 하는 것은 적절치 않다.

두 번째 견해는, 불합치결정이 심판대상인 법률에 위헌성이 내포되어 있음을 전제로 하고 있는 관념이라는 점에 비추어 볼 때, 후소에서 당해 법률에 대해 새로이 위헌결정을 선고하는 것은 불합치결정의 선고 취지에 부합하지 않는다.

요컨대, 어느 누구도 입법자의 개선입법 의무를 대체하거나 대신할 수는 없다.<sup>407)</sup> 집행력확보수단으로서의 입법대집행도 허용되어서는 안 된다. 고려할 수 있는 방안으로는 두 가지를 모색할 수 있다. 그 하나는 이미 불합치결정된 법률에 대해 거듭해서 위헌확인을 구하는 것이 아니라 헌법불합치결정에 의해 부과된 개선입법 의무를 해태하였거나 이행하지 않았음을 이유로 입법부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있을 것이다.<sup>408)</sup> 하지만, 이 방안은 헌법재판소의 영역을 벗어나지 못하는 한계를 지닌다. 다른 하나는 장기간의 입법부작위로 인해 손해를 입게 된 국민들이 입법부작위를 국가기관의

406) 이 견해가 우리 헌법재판소의 입장이고 다수설이다.

407) 이는 민주적 정당성, 입법자의 입법형성권, 권력분립의 원리 등에 배치된다.

408) 이명용, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009, 394면; 지성수, 앞의 논문(주 334), 291-292면.

불법책임으로 구성하여 국가배상청구를 모색하는 방안이다.<sup>409)</sup>

그러나 헌법재판소는 개선입법의 시한이 도과되면 불합치법률의 효력이 상실됨을 결정주문으로 또는 결정이유로 아주 다양하게 제시하고 있다.<sup>410)</sup> 이는 수많은 문제점을 내포하고 있으며, 그에 대해 지속력을 과연 인정할 수 있을 것인지에 대해서는 절을 바꾸어 집중적으로 검토하기로 한다.<sup>411)</sup>

## 5. 개선입법시한의 의미와 불합치법률의 효력상실유예

헌법불합치결정이 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 결정이라는 점에서 불합치로 결정된 법률에 대한 효력상실의 유예라는 의미가 도출될 수는 있다. 헌법불합치결정은 일정기간 유예를 두고 개선입법이 이루어질 때까지만 효력을 유지시키는 결정이라는 점에서 입법시한을 둔 것은 불합치선언된 법률의 효력상실의 유예시점을 정하는 것이라고 한다.<sup>412)</sup> 다시 말해서 개선입법시한 내에 개선입법이 있으면, 그에 의하지만, 그 시한 내에 개선입법이 이루어지지 않으면, 그 시점을 도과할 때에 불합치법률의 효력상실에 대한 유예가 종료해서 효력상실이 발생하게 된다는 것이다.<sup>413)</sup>

그런데, 개선입법시한을 불합치법률의 효력상실의 유예시한과 연결지우는 것이 타당한 것인지는 의문이다.

양자를 연결시킴이 타당하다면, 개선입법시한이 도과하면 그 즉시 불합치법률의 효력상실이 그대로 발생하게 될 것이다. 이처럼 헌법불합치결정을 불합치결정된 법률의 효력상실 유예부 결정으로 볼 경우, 그것은 오스트리아 헌법 제140조 제5항에서 효력상실유예부 미래효결정과 동일한 형태로 파악하는 것이다. 그렇게 볼 경우 개선입법의 시한이 도과되면 불합치법률의 효력이 상실한다고 보는 것에는 충분히 그 개연성이 있다.

원래 개선입법의 시한은 입법자로 하여금 헌법불합치결정의 취지에 맞춰 신속하게 개선입법을 촉구하기 위해 설정한 기한이고, 법적용자나 국민들에게 법적인 명확성이나 예측가능성을 제공하기 위해 필요한 것으로 파악된다.

409) 남복현, 앞의 박사학위논문, 305면; 남복현, 앞의 논문(주 314), 360-361면.

410) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 240), 176면 이하 참조.

411) 후술하는 '제6절 입법시한도과에 따른 효력상실과 그에 대한 지속력 인정여부 검토' 참조.

412) 최완주, 앞의 논문(주 334), 373면; 지성수, 앞의 논문(주 334), 279면.

413) 이에 대해 지속력이 인정된다는 견해로는 최완주, 앞의 논문(주 334), 389면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 334), 97-98면.

개선입법의 시한은 바로 그 차원에서만 의미를 지닐 따름이지, 불합치법률의 효력상실유예와 연관지을 것은 아니라고 본다.

오히려, 불합치법률의 효력상실 유예를 종료시킬 것인지는 입법시한의 도과와 연결지을 것이 아니라, 불합치결정의 사유와 연동지음이 옳다. 즉, 적용중지 불합치결정을 선고한 사유는 법적 혼란의 발생방지를 의도한 것이므로, 불합치법률의 효력을 상실시킨다 하더라도, 당초 예상했던 법적 혼란이 발생할 여지가 없어야만 가능하다고 보아야 한다. 또 계속적용 불합치결정의 경우도 마찬가지이다. 법적 공백상태의 발생방지를 의도한 것이었다면, 효력을 상실시킨다 하더라도 법적 공백상태가 발생하지 말아야만 가능한 것이고 또 타당한 것이다.

그리고 개선입법의 시한이 불합치법률의 효력상실을 유예하는 기한에 해당하기 때문에, 그 시한이 도과됨으로써 불합치법률의 효력이 상실된다고 본다면, 입법자에게도 개선입법의무는 소멸된 것으로 보아야 함이 옳다. 그렇기 때문에 효력상실에 따른 유예와 입법자에게의 개선입법시한을 연결시켜서는 안 된다.

분명 불합치법률의 효력상실유예가 헌법불합치성의 확인에서 나타난다 하지만, 이를 기한설정과 연관지을 것은 아니고, 오히려 불합치법률의 적용방향과 연결지워 파악함이 타당하다고 본다. 특히 불합치결정을 하지 않으면 안 되었던 상황의 측면에서 효력상실유예의 종료여부가 판단되어야 할 것이다.

이상과 같은 점에서 입법자가 개선입법시한 이내에 개선입법의무를 불이행하였다 하더라도, 불합치법률의 효력상실에는 영향을 미치지 않는다고 할 것이고, 효력상실이 입법시한 내에 입법자로 하여금 개선입법을 구현하도록 하는 집행력 확보장치로 일부 기능할 수 있다 하더라도, 후술하는 바와 같이 그로 인한 부작용이 적지 않으므로, 다른 방안을 모색함이 타당할 것이다.

### III. 행정청에 대한 기속력

헌법불합치결정에 따른 법적용자로서의 행정청에 대한 기속력은 기본적으로 법원에 대한 기속력과 그 궤를 같이 한다. 헌법불합치결정의 유형이 불합치법률의 적용방향을 기준으로 구분됨이 보여주듯이 행정청의 그에 대한

대응도 전혀 다르게 나타날 수밖에 없다.

## 1. 적용중지 헌법불합치결정

적용중지 불합치결정의 경우 불합치시점부터 결정시점까지 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하고 있다. 행정청은 개선입법시점까지 불합치법률의 적용절차를 중지하고 기다려야만 한다.

그런데, 입법자가 개선입법으로 정한 내용과 불합치결정의 내용이 다른 경우 행정청은 어느 것을 우선해서 적용할 것인가를 살펴본다. 만약 입법자가 이를 달리 정했을 경우에는 그에 의하고, 부칙에 아무런 경과조치가 없을 경우에는 헌법불합치결정의 취지를 존중해야 함이 옳다. 여기서 입법자가 헌법재판소의 결정취지와 달리 개선입법의 내용을 정하였으면, 그 자체로 추가적인 다툼의 대상이 됨은 별개문제다.

## 2. 계속적용 헌법불합치결정

헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 선고하는 경우 행정청은 개선입법이 있을 때까지 불합치법률을 잠정적이지만 계속적용하여야 한다.

헌법재판소는 위헌결정을 통하여 위헌법률을 법질서에서 제거하는 것이 오히려 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 헌법불합치결정을 하면서 위헌 법률을 일정 기간 동안 계속 적용을 명하는 경우가 있는데, 모든 국가기관은 이에 기속되고, 이러한 예외적인 경우에 위헌법률을 계속 적용할 수 있다.<sup>414)</sup>

계속적용 불합치결정 중 부진정 입법부작위의 경우나 제도는 합헌이지만 구체적인 내용의 규율에 위헌성이 있는 경우에 대해서 행정청은 결정주문만 보고 대응할 것이 아니고 결정이유까지 살펴야 할 것이다. 즉, 심판대상인 불완전한 법률조항이나 합헌인 제도를 규율한 법률조항에 대해서는 계속적용의 의미를 살려 반응해야 할 것이고, 부진정 입법부작위에 관한 부분이나 구체적인 내용에 위헌성이 있는 부분에 대해서는 적용중지의 의미로 대처해야 할 것이다. 그것이 헌법재판소의 결정취지를 살리는 것이다. 차라리 헌법재판소는 부진정 입법부작위의 경우나 제도는 합헌이지만 구체적인 내용의 규율에 위헌성이 있는

414) 헌재 2013. 9. 26. 2012헌마806, 판례집 25-2하, 111, 116.

경우에 대해 계속적용 불합치결정을 선고하고자 할 경우 그 부분을 추가적으로 주문으로 적시하는 방안을 모색함이 좋을 것이다.<sup>415)</sup> 그럼으로써 불필요한 혼란을 해소하는 효과를 지니게 될 것이다.

### 3. 헌법불합치로 결정된 법률에 근거한 행정처분의 효력

헌법불합치결정된 법률에 근거한 처분의 효력에 관해서는 위헌결정된 법률에 근거한 처분의 효력과는 다른 차원에서 접근하지 않으면 안 된다.<sup>416)</sup> 헌법불합치결정은 당해 법률을 위헌으로 확인한 결정이 아니다. 따라서 법률이 헌법불합치로 결정되었다고 해서 불합치결정된 법률에 근거한 처분에 하자가 있다고 단정할 수는 없다고 보아야 한다. 법률의 개정 또는 폐지로 인해 당해 처분의 법적 근거가 변경 또는 소멸된 것으로 이해함이 타당하다. 그러므로 여기서는 하자있는 행정행위의 관념으로 논의되어야 할 것이 아니고, 입법자가 법률을 개폐하면서 제시한 경과규정에 따라 처리하여야 할 것이다.

이러한 점은 불합치법률에 근거한 행정행위의 집행력을 배제할 것인지의 문제에서도 마찬가지이다. 헌법불합치로 결정된 법률에 근거한 행정행위는 하자있는 행정행위가 아니라 법적 근거가 변경 또는 소멸된 것으로 보아야 한다.<sup>417)</sup> 그러나 보다 근본적으로는 입법자가 정한 경과규정에 따라 처리되어야 할 것이다. 여기서 입법자는 위헌결정의 효과를 제약하는 취지에 어긋나게 개선입법해서는 안 된다.

## IV. 법원에 대한 기속력

### 1. 적용중지 헌법불합치결정

앞서 살펴본 바와 같이 적용중지 불합치결정은 법적용자로 하여금 적용중지로서의 불합치법률의 적용방향을 설정하고 개선입법에 따라 적용중지영역을 대체하도록 하는 그런 속성을 지닌다. 필자는 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리를 말하는데, 통설이나 판례는 위헌법률의

415) 제4장 제3절 I.3.나. 참조.

416) 남복현, 앞의 논문(주 314), 377면 이하 참조.

417) 이른바 토초세법의 헌법불합치결정과 관련해서는 집행력배제문제까지 진전되지 않고 그 이전 단계에서 거의 모두 매듭이 지어진 것으로 보인다.



적용금지와 개선입법의 소급적용이라는 용어로 사태를 정리한다. 그 과정에서 위헌법률의 적용금지는 위헌결정에 따른 위헌법률의 적용금지와 실질적인 차이가 없음을 말하기도 하고, 적용금지와 개선입법의 소급적용을 구분지어 해명하려는 시도가 등장하곤 한다. 이때 헌법불합치결정에서의 위헌법률의 적용금지를 헌법불합치결정의 소급효로 이해하면서 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위의 문제로 논의를 전개하기도 한다.<sup>418)</sup> 그래서 양자가 동일한 것인지 아니면 구별되는 것인지가 핵심을 이루기도 하고, 개선입법의 소급적용범위가 헌법불합치결정시점인지 그 이전까지도 가능한 것인지도 논란이 되기도 한다. 이런 논의는 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 범위로서의 당해사건과 결정 당시 법원에 계속중인 사건에 개선입법이 소급적용됨을 넘어 불합치결정 당시 아직 소송이 제기되지 아니한 사건, 이른바 일반사건에도 불합치결정의 소급효가 인정되는가, 다시 말해서 개선입법이 소급적으로 적용되는가까지 논의되기에 이르렀다.<sup>419)</sup> 바로 이를 둘러싸고 대법원 2014두35447판결과 현재 2015헌바208결정이 서로 입장을 달리하고 있는 것이다.

## 가. 헌법불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용 여부

### (1) ‘불합치법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리’와의 관계

헌법재판소와 대법원은 헌법불합치결정의 소급효와 불합치결정에 따라 입법자가 개선입법을 하였을 경우 개선입법이 소급적용되는 여부와 소급적용되는 범위를 둘러싸고 다양하게 논의를 전개하고 있다. 이러한 논의 속에는 불합치법률의 적용중지가 단순위헌결정에 따른 적용금지와 동일한 것으로 파악하고 소급적용의 여부와 그 범위는 입법자가 정한 바에 따라야 함을 주장하면서, 적용중지 불합치결정이 지닌 본질적 속성에 해당하는 불합치법률

418) 이는 헌법불합치결정에 따른 구체범위가 입법자의 개선입법을 통해서 정해져야 하는지, 아니면 헌법재판소 결정을 통해서 정해지는지를 구획하는 것이다. 이는 달리 말하면 헌법불합치결정의 기속범위의 문제이다.

419) 헌법불합치결정에 따른 구체 범위를 정할 때, 특히 헌법재판소 결정을 통해서 정해진다고 하면 위헌결정에 따른 권리구제 범위를, 다시 말해서 비형벌조항에 대한 위헌결정에서 예외적인 소급효 적용범위 확대와 관련한 논의의 틀을 원용할 수 있는지의 문제이기도 하다.

적용절차의 중지라는 요소와 개선입법에 따른 처리라는 요소를 분리시켜 접근하는 경향이 없지 않다. 그런가하면 불합치법률의 적용절차를 중지시킴은 궁극적으로는 당해사건등의 소송당사자들에게 개선입법에 규율된 바에 따른 권리구제의 범위에 참여할 기회를 제공하고자 함인데, 이런 점은 전혀 고려하지 않는 것으로 보이기도 한다. 그 외에도 헌법불합치결정의 소급효라고 해서 결정시점을 기준으로 논의를 전개함으로써 불합치결정의 장래효에는 영향을 미치지 않는 듯이 설명하기도 한다. 하지만, 필자는 불합치법률의 적용절차를 중지하도록 하고 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 그 논리 속에는 당연히 불합치결정 시점 이전에 형성된 법률관계는 물론이고, 개선입법시점 이전까지 형성된 법률관계에 대해서도 개선입법에 의해 처리되어야 함을 바탕으로 하고 있음을 먼저 밝히고자 한다.

그러면, 이상에 관해 단계적으로 논의를 전개하기로 한다.

## (2) 학설

헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 선고하였을 경우 그 결정에는 위헌결정과 마찬가지로 예외적 소급효가 인정되어야 하고, 그 소급효가 적용되는 사건의 영역에 그대로 개선입법이 소급적용될 수 있는가 하는 점이다. 개정법률의 소급적용범위가 불합치결정의 소급효의 인정범위와 동일한지를 둘러싸고 논란이 제기된다.<sup>420)</sup> 이에 대해서는 크게 두 가지 시각이 있다.

그 하나는 헌법재판소의 불합치결정은 입법자의 개선입법을 통해서 비로소 그 실질적인 내용과 효력을 갖게 되므로, 헌법불합치결정의 소급효는 당연히 개선입법의 소급효를 의미한다는 것이다. 그래서 소급효의 범위는 양자가 동일하다는 견해이다.<sup>421)</sup> 이른바 동일설이다.<sup>422)</sup> 이 견해는 불합치법률의 적용이 중지된 영역에 그대로 개선입법이 적용된다는 것으로, 불합치법률을 개선입법이 대체하는 것으로 본다. 그런 점에서 개선입법에 경과규정을 두지 않았다 하더라도, 적용중지가 지닌 기속력으로 인해 당연히 개선입법이 불합치법률이 규율하던 영역에 그대로 적용된다는 것이다.

다른 하나는 불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용을 분리시켜 양자의

420) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 240), 255-259면 참조.

421) 한수웅, 앞의 논문(주 314), 489면; 한수웅, 헌법불합치결정의 소급효력, 판례월보 제325호, 판례월보사, 1997, 13면; 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제1개정판), 2008, 170면.

422) 이 용어에 관해서는 김시철, 앞의 논문(주 331), 202면 이하 참조.

관계를 단절적으로 파악하는 시각이다.<sup>423)</sup> 그래서 구별설이라 지칭된다.<sup>424)</sup> 이 견해는 개선입법의 소급적용은 입법자가 소급적용 여부와 그 범위를 확정하는 문제일 따름이지, 헌법불합치결정에 의해 영향을 받는 것은 아니라고 한다. 또, 개선입법에 경과규정을 두지 않는 한, 개선입법이 당연히 소급적용되는 것은 아니라고 한다.

### (3) 헌법재판소

헌법재판소는 “헌법재판소가 헌법불합치라는 결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 경우에는, 그 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 헌법불합치결정이 선고된 법률조항을 적용하여 행할 부과처분에 대하여는 법리상 그 결정 이후 입법자에 의하여 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 한다.”고 하였다.<sup>425)</sup> 그러면서 헌법재판소의 헌법불합치결정은 입법자의 개선입법을 통해서 비로소 그 실질적 내용과 효력을 갖게 되므로, 헌법불합치결정의 소급효는 개선입법의 소급효를 의미한다. 헌법불합치결정에 있어서는 헌법재판소가 최종결정을 포기하고 위헌적 상태의 제거를 입법자에게 일임하므로 입법자가 헌법재판소를 대신하여 합헌적 상태를 소급하여 회복시키는 것이다. 따라서 개정된 법률이 소급적용되는 범위는 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같다고 한다.<sup>426)</sup>

### (4) 대법원

헌법불합치결정의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 해야 하므로, 비록 현행

423) 이상훈, 위헌결정 및 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상의 적용, 사법논집 제38집, 법원도서관, 2004, 27-28면; 최완주, 앞의 논문(주 334), 397면; 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 16면.

424) 이 용어에 관해서도 김시철, 앞의 논문(주 331), 203면 이하. 이 견해는 구별설을 “불합치결정의 효력은 그 결정 자체의 성질과 구조에 의해 일관되게 결정되어야 할 것이고, 사후에 입법자가 개선입법을 제정하면서 소급적용의 범위를 어떻게 정하는가에 따라 불합치결정의 효력이 달라질 수는 없다”는 입장이라고 한다.

425) 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 16, 39.

426) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 207면.

군인연금법 부칙(2011. 5. 19.)에 소급 적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 군인연금법 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다고 한다.<sup>427)</sup>

## (5) 검토

헌법불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용의 의미는 동일하게 보아야 한다. 이렇게 보는 점은 헌법재판소와 대법원도 마찬가지이다. 적용중지 불합치결정에 있어 불합치법률 적용절차의 중지와 개선입법에 따른 처리는 양자를 동일시하는 명확한 근거이다.<sup>428)</sup> 그러면, 양자를 서로 달리 파악하는 구별설에 대해 비판적으로 접근한다.

첫째, 개선입법의 소급적용문제가 등장하게 된 요인이다. 이에 관해 구별설은 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 선고하게 되면, 입법공백이 발생하고, 그 입법공백상태를 해소하기 위해 개선입법이 등장하기 때문에 그 개선입법시점까지는 입법공백상태가 유지되는데, 그 개선입법을 법률개정 이전의 입법공백상태에 적용할 수 있는지 여부가 문제된다고 한다.<sup>429)</sup>

분명, 적용중지 불합치결정을 하게 되면, 결정시점부터 개선입법시점까지 불합치법률의 적용중지상태가 발생한다. 기존에 형성되어 법적 분쟁이 발생한 경우나 그 시적 공간동안 법률관계가 형성된 경우에 대해 잠정적인 적용중지상태가 발생하는 것이다. 그에 대해 그런 상황을 인식하면서도 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 한 것이다. 이는 필연적인 현상적 결과이다.

둘째, 개선입법의 소급적용을 입법자가 규율해야만 비로소 개선입법이 소급적용될 수 있을 뿐이고, 이를 규율하지 않으면 불가능하게 된다는 것이다.

적용중지 불합치결정에서 불합치법률의 적용을 중지하게 한 취지는 개선입법에 의한 대체를 전제로 함이다. 이는 본질적 징표이다. 구별설은 이를 부인한다.

셋째, 구별설은 불합치결정시점 이전에 형성된 법률관계에 대해서는 단순위헌결정과 동일하게 불합치결정에도 소급효가 적용되며, 입법자가

427) 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234.

428) 대법원이 취한 이러한 태도를 헌법불합치결정의 소급효가 개선입법의 소급적용을 의미한 것임을 전제로 하는 것이라고 한다. 이종업, 앞의 논문(주 331), 591면.

429) 김시철, 앞의 논문(주 331), 201면.

개선입법의 소급적용을 명한 경우에 한해서만 문제된 법률관계<sup>430)</sup>에 소급적용이 가능하다고 한다.

그러나 이는 불합치법률의 적용중지와 개선입법의 소급적용을 단절적으로 파악하는 오류에서 나온 것이다. 몇 가지 측면에서 지적한다.

그 하나는, 헌법재판소의 헌법불합치결정의, 즉 결정주문과 이유에 제시한 취지를 부인하는 것이다. 헌법재판소 결정 자체의 고유한 속성을 무시하는 행태이다.

그 둘은, 불합치결정의 본질적 징표는 입법자에게 신속한 개선입법의무의 부과에도 있다. 그 개선입법의 구체적 내용은 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있긴 하지만, 그 대강 내지 윤곽에 대해서는 헌법재판소의 결정취지를 준수해야 한다.

그 셋은, 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 의해 처리하는 것이다. 다시 말해서 소급적용 여부를 입법자가 경과규정으로 정하였는지의 여부와 무관하게, 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지에서 도출되어야 한다. 개선입법에 따른 처리를 전제로 하지 않는 불합치법률의 적용절차를 중지시키면 아주 무의미한 일인 것이다. 게다가 이미 거기에는 개선입법의 소급적용이라는 요소를 바탕에 깔고 있는 것이다. 물론 이 문제는 개선입법의무를 전혀 이행하지 않은 경우, 즉 입법을 해태한 경우와는 다른 차원에서 접근해야 한다.

넷째, 불합치법률을 합헌적으로 개정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속한다는 것이다.<sup>431)</sup> 그에 따라 개선입법의 소급적용여부와 소급적용의 범위는 전적으로 입법자의 재량에 속한다고 한다.

그러나 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 개선입법의무를 부과한 것으로 보아야 한다. 개선입법의 내용을 구성함에 있어 입법자의 재량을 용인하는 것이지, 소급적용 여부나 소급적용의 범위까지 그에 속한 것은 아니다. 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 개선입법에 따라 처리할 것을 이미 전제로 한 것이며, 이른바 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 헌법재판소가 정한 바를 준수하지 않으면 안 된다.<sup>432)</sup> 이는 헌재법 제47조 제1항과 제75조

430) 여기서는 불합치결정시점 이전에 형성된 경우뿐만 아니라 개선입법시점까지 형성된 경우까지 포함하는 듯이 보인다.

431) 김시철, 앞의 논문(주 331), 200면.

432) 만약 입법자가 이를 준수하지 않고 달리 정함으로써 당해사건등의 소송당사자가 권리를 구제받을 기회가 차단된 경우에는 그 개선입법에 대해 새로이 그 위헌여부를 다룰 수 있다고 할 것이다.

제1항 및 같은 조 제6항의 기속력에서 오는 당연한 귀결이다. 물론 구법이 심판대상이 되었고, 그 구법이 이미 개정되어 있을 경우 그 개정된 법률을, 새로이 개선입법을 할 것이 없이, 적용하도록 하는 것도 가능하다.

헌법불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용을 분리시켜 접근하는 구별설은 양자를 동일하게 보려는 동일설을 여러 가지 시각에서 비판한다.<sup>433)</sup> 각각의 비판에 대해 검토한다.

첫째, 입법자가 헌법불합치결정에 있어 개선입법시한을 명시한 경우 개선입법조치 없이 그 기한을 초과하면 단순위헌결정의 경우와 유사한 법적 효과가 발생하게 되는데, 이에 대한 해명이 불가능하다고 지적한다.

이는 헌법불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용을 동일시하는 동일설에 따르게 되면, 소급적용의 대상이 된 개선입법이 이루어지지 않았기 때문에 논리 구성 자체가 불가능함을 지적한 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이, 개선입법시한이 초과된 경우 불합치법률의 효력이 상실되는 것으로 봄이 타당한 것인지는 근본적으로 의문이다.

둘째, 입법공백상태에 대한 개선입법의 소급적용문제는 불합치결정의 소급효가 문제되지 않는 영역에서도 발생한다는 것이다. 즉 헌법불합치결정의 장래효가 미치지만, 개선입법의 소급적용 여부가 문제되는 영역이 존재한다는 지적이다.

법적용절차의 중지와 개선입법에 의한 처리는 구별설이 주장하는 불합치결정의 소급효와는 다른 차원에서 접근해야 할 사안이다. 소급효란 표현은 불합치법률의 시행시점부터 불합치결정시점까지의 시적 공간 동안 법률관계가 형성되었지만 아직 확정력이 발생하지 아니한 사건 일체를 지칭하는 것으로 파악된다. 그런가하면 불합치결정의 장래효는 결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간에 대한 규율문제를 지칭한다.<sup>434)</sup> 그런데

433) 김시철, 앞의 논문(주 331), 204-205면 참조.

434) 헌법불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용의 관계를 단절적으로 파악하는 구별설은 헌법불합치결정의 소급효는 불합치결정시점 이전에 형성된 법률관계를 규율해야 하는 측면에서 고려되는 것이고, 개선입법의 소급적용은 불합치결정시점까지만으로서의 소급으로 한정지으려 한다. 이런 점은 양자를 동일시하는 견해에서도 나타난다. 그러나 개선입법의 소급적용이 반드시 불합치결정시점으로 한정되어야 하는 것은 아니다. 논의의 편의상 그리 서술한 것으로 보이기도 한다. 경우에 따라서는 이러한 논리체계를 전개하는 이유가 후술하는 바와 같이 당해사건등과 일반사건을 구분하려는 의도도 있는 듯이 보인다. 하지만, 둘 다 법률관계의 형성은 결정시점 이전에 이루어진 것임에도 그렇다.

불합치법률의 적용절차를 중지하라 함은 불합치법률의 시행시점부터 불합치결정시점까지는 물론이고 개선입법시점까지의 시적 공간 일체를 규율하도록 한 의미인 것이다. 따라서 비판은 초점을 맞추지 못한 것이다.

셋째, 위헌법률심판제도의 본질과 권력분립원칙에 의거한 비판이다. 위헌결정은 그 결정 자체로 합헌상태가 회복된 것이다. 여기서는 입법자의 별다른 기여를 요구하지 않는다. 오로지 법적용자에게 위헌결정의 법적 효과로서 일반적 적용배제만을 요구할 따름이다.

하지만 헌법불합치결정의 경우 법적 공백상태의 초래 등으로 인해 발생하는 법적 혼란을 방지하기 위해 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 결정유형이다. 그래서 위헌결정이 회피되고 불합치성만을 확인하였을 따름이다. 그렇지만 불합치법률에도 위헌성이 내재되어 있기 때문에 구체적인 사건처리에 있어서는 그 적용을 배제하는 반면, 신속하게 입법자가 개선입법한 내용으로 대체하도록 하는 것이다. 이렇게 볼 때, 위헌법률심판제도의 본질에 어긋나거나, 권력분립원칙에 어긋나는 것은 아니다. 오히려 법적안정성과 실질적 정의를 공존하게 하는 합리적인 방안으로 이해해야 한다.

따라서 입법자의 경과규정이 없더라도 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하면서 밝힌 취지에 맞춰서 접근함이 타당하다.<sup>435)</sup> 특히 법원은 법률에만 기속되는 것이 아니고 헌재법 제47조 제1항, 제75조 제1항 및 같은 조 제6항에 따라 헌법재판소 결정취지를 준수해야 할 의무가 존재한다. 결정이유에 대해서까지도 기속력을 인정해야 한다는 주장이 펼쳐지는 이유는 법적용자인 법원과 행정청으로 하여금 헌법재판소의 결정내용에 부합하게 구체적인 사건을 처리하도록 하고자 함이다.

요컨대, 구별설이 전개하는 인식태도는 헌법재판소의 헌법불합치결정에 관한 실체를 정확하게 파악한 것이 아니다. 게다가 헌법 제107조 제1항은 법원으로 하여금 헌법재판소의 심판결과에 따라 재판하도록 하고 있는 바, 심판결과를 표시한 결정주문과 결정이유에 대해 그 취지를 그대로 받아들인다면, 모든 문제는 쉽게 해결될 것이다.<sup>436)</sup>

435) 동지: 김하열, 앞의 책(주 246), 375면.

436) 동지: 김시철, 앞의 논문(주 331), 190면(헌법재판소가 위헌법률심판절차에서 선고하는 모든 유형의 결정[위헌결정뿐만 아니라 합헌결정도 포함됨]은 당해 사건에 관하여 그 심판을 행한 헌법재판소뿐만 아니라 담당 법원까지도 기속한다는 점은 헌법에 명시된 사항이다.) 참조.

## 나. 입법자가 소급적용 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 경우

### (1) 논점

헌법재판소가 불합치결정을 하면서 입법자에게 개선입법을 촉구하고 법적용자에게는 절차의 중지와 개선입법에 따른 처리를 하도록 하였을 경우, 나중에 입법자가 개선입법을 하였지만, 경과규정으로 개선입법의 소급적용을 명시하지 않은 경우에 대해 문제를 제기하곤 한다.

### (2) 적용중지 불합치결정의 소급효, 장래효 및 개선입법의 소급적용 범위

입법자가 개선입법으로 소급적용 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 경우에 관한 논의를 전개하기 이전에 여기서 언급되는 시적 범위를 규율하는 용어에 대한 의미를 정립하기로 한다. 헌법재판소나 대법원 및 학설도 이런 입장이다.

우선, 적용중지 불합치결정의 장래효라 함은 결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간을 규율하는 의미로 사용된다. 이는 위헌결정의 장래효원칙이 위헌결정시점 이후 장래적인 효력상실을 의미하는 바와 동일한 취지이다.

다음, 적용중지 불합치결정의 소급효라 함은 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지의 시적 공간을 규율하고자 하는 의미로 사용된다. 여기에는 불합치결정의 원인을 제공한 당해사건, 동종사건 및 병행사건이 포함된다. 그리고 이른바 일반사건, 즉 불합치결정당시 구체적인 법률관계를 형성하긴 하였지만, 아직 소송이 제기되지 아니한 사건도 소급효라는 틀 속에서 논의가 이루어진다. 물론 그렇다고 권리구제의 범위에 당연히 포함시켜야 한다는 취지로 논의가 전개되는 것은 아니다.

이어서 개선입법의 소급적용 범위에 관해서다. 입법자가 특별한 규율이 없는 한, 개선입법은 시행일로부터 장래적으로 효력을 발생한다. 그런데, 입법자가 소급적용을 일상적으로 허용할 수 있는 범위는 불합치결정시점까지로 한정하려는 시각이 강하다. 그래서 그 소급적용의 범위를 불합치결정시점 이전으로 끌어내려 당해사건등도 개선입법에 의거해서 처리하게 하려는 것이다. 결국 헌법불합치결정이라는 측면에서 접근 하면 결정의 장래효 문제이지만,



개선입법의 시행이라는 측면에서 보면 과거에 대한 개선입법의 소급적용 문제가 되는 셈이다.

관련해서 개선입법의 소급적용범위를 적용중지 불합치결정의 장래효과와 그 결정의 소급효로 구분해서 입법자의 개선입법의무와 연결지워 해명을 시도하기도 한다.<sup>437)</sup> 즉, 입법자가 적용중지 불합치결정의 취지에 따라 개선입법을 마련해야 하고 또 개선입법의 규율의 시적 범위를 헌법불합치결정시까지 소급하여 규율해야 함은 의무에 해당하며, 이 범위에서 개선입법의 소급적용은 입법재량에 속할 수 없다고 한다. 하지만, 헌법불합치결정의 소급효가 적용되는 당해사건등에 대해 권리구제의 대상에 포함시킬 것인지의 여부는, 다시 말해서 헌법불합치결정 시점 이전까지 개선입법을 소급적용하여 권리구제를 할 것인지 여부는 입법재량의 영역이라는 것이다.

### (3) 학설

입법자가 적용중지 불합치결정에 따라 개선입법을 하면서 소급적용 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 경우를 어떻게 파악하고 어떻게 접근해야 하는가에 관해서는 불합치법률의 적용중지와 개선입법의 소급적용의 관계라는 시각에서 마찬가지로 분석되어야 한다.<sup>438)</sup>

구별설은 개선입법의 소급적용에 관해 문제가 발생된 법률관계의 해결을 위해 새로 제정된 개선입법을 어떠한 범위에서 어떠한 방식으로 소급적용할 것인지의 시각에서 접근한다. 앞서 언급한 바와 같이 불합치결정의 소급효과와 개선입법의 소급적용이 서로 다른 사항을 규율한 것이기 때문에, 입법자가 개선입법에 경과규정을 두지 않은 경우 개선입법이 당연히 소급적용되는 것은 아니라는 주장이 가능하게 된다. 그래서 법원은 입법자가 개선입법의 소급적용을 경과규정으로 규율하지 아니하였을 경우 입법자의 의사를 그대로 반영하면 되는 것이고, 개선입법의 소급적용을 규율하지 아니한 것은 부진정 입법부작위에 해당하고 이에 대해서는 위헌심판제청을 통한 다툼이 가능하다는 것이다.

동일설에 따르면, 입법자가 경과규정에서 개선입법의 소급적용을 정하지 아니하였을지라도, 개선입법이 당연히 소급적용된다는 것으로, 그 논거에 관해

437) 김정중, 앞의 논문(주 382), 810-811면 참조.

438) 이에 관한 상세한 내용은 김정중, 앞의 논문(주 382), 803-805면 참조.

견해가 둘로 나뉜다.

그 하나는 개선입법의 소급적용은 적용중지 불합치결정의 본질에서도 출되는 사항으로써 입법자가 개선입법의 소급적용을 경과규정으로 두지 않았다 하더라도 당연히 헌법불합치결정의 소급효에 근거해서 소급적용이 된다는 것이다. 다시 말해서 경과규정이 불비되어 있다 할지라도, 헌법재판소 결정취지에 맞춰 불합치법률의 적용이 배제된 공간을 개선입법으로 대체하는 것으로 파악해야 한다는 것이다. 이에 의거할 때, 불합치법률이 규율하였지만 아직 확정되지 아니한 모든 절차에 대해서는 헌법불합치결정의 효력으로 인해 개선입법이 소급적용되어야 한다는 것이다.

다른 하나는 입법자가 개선입법에 경과규정을 두지 아니한 것은 입법상 흠결에 해당하고 이에 대해서는 법관이 법형성을 통하여 해결하여야 한다는 것이다. 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 한 경우 입법자에게는 개선입법을 하면서 소급적용이 가능하도록 규율해야 할 헌법상 의무가 있다는 것이다. 즉, 입법자가 입법내용을 규율함에 있어서는 형성의 자유가 있지만, 개선입법의 소급적용을 규율함은 의무에 해당하는 것으로 본다. 그런데, 입법자가 개선입법의 소급적용을 규율하지 아니한 것은 입법상 흠결에 해당하고, 이에 대해서는 법관의 법형성을 통한 해결이 가능하다고 본다. 이럴 경우 부진정 입법부작위에 대해 헌법재판소에서 다투기보다는 법원차원에서 해결이 가능하다고 보는 것이다.

#### (4) 헌법재판소

헌법재판소는 입법자가 경과규정으로 개선입법의 적용을 명시하지 아니하였을 지라도 개선입법을 적용하지 않으면 안 되는 사유를 제시한다.<sup>439)</sup> 첫째, 당해사건이나 병행사건에 대해 불합치결정의 취지에 따라 개정된 법률을 적용하도록 하는 것은 불합치결정이 의도하는 효력의 본질적 부분 중의 하나라는 점이다. 둘째, 불합치결정은 구법조항들 중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 획정을 입법자의 형성의 자유에 맡겨 놓은 것이다. 셋째, 입법자가 헌법재판소의 결정취지에 맞추어 해당조항을 개정할 때에야 비로소 불합치결정에 의해 무효로 될 부분이 구체적으로 확정되는 것이다. 이상과 같은 사유로 당해사건이나 병행사건에 관하여는 구법조항들 중의 위헌부분이 제거된

439) 현재 1995. 7. 27. 93헌마1, 판례집 7-2, 221, 246-247 참조.

것으로 보아야 할 개정법률 조항들을 적용할 수밖에 없다고 한다.

### (5) 대법원

대법원은 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다는 입장을 전제로 하면서, 개선입법에 소급적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 개선입법이 적용되는 것으로 보아야 한다는 입장이다.<sup>440)</sup>

이런 태도는 적용중지 불합치결정이라는 속성을 존중하고 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효라는 종래 대법원이 지녔던 위헌결정의 효력을 헌법불합치결정에도 그대로 원용하겠다는 것으로 보인다.

### (6) 검토

몇 가지 핵심적인 사항이 지적되어야 한다.

첫째, 개선입법의 소급적용 문제는 불합치결정에 따른 불합치법률의 적용절차 중지와 그대로 연계된 문제이다. 즉 불합치법률의 적용중지는 위헌결정된 법률의 적용배제와 동일한 차원에서 접근해서는 안 된다. 불합치법률의 적용중지는 개선입법에 의한 대체를 전제로 한 관념이다. 단순히 적용배제에만 주목하고 개선입법에 의한 대체라는 관념을 일탈하고 접근함으로써 불합치결정의 법적 효과가 위헌결정의 그것과 동일하다는 결론에 너무 쉽게 젖어 들어서는 안 된다.

둘째, 입법자가 개선입법을 하면서 경과규정을 두지 아니하였더라도 적용중지 불합치결정의 취지에 따라 개선입법이 소급적용됨이 마땅하다. 그렇기 때문에 입법자가 개선입법을 하면서 개선입법의 소급적용을 적극적으로 배제하려고 하는 의사가 드러나지 않는 한, 적용중지 불합치결정의 취지를 존중하는 형태로 해석하고 적용해야 한다.

440) 대표적으로는 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234 참조.

셋째, 개선입법의 소급적용범위와 관련해서 헌법불합치결정의 장래효와 소급효로 구분해서 결정의 장래효가 적용되는 시적 영역에 대해서는, 즉 헌법불합치결정시점까지는 입법자가 경과규정을 두지 않았다 하더라도 개선입법이 소급적용됨이 당연하지만, 결정의 소급효가 적용되는 시적 영역에는, 즉 헌법불합치결정의 원인을 제공한 당해사건이나 그 결정 당시 법원에 소송이 계속중인 사건은 그 소급적용여부가 입법자의 재량영역에 속한다는 것이다. 그러면서도 적용중지 불합치결정을 하게 된 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려해서 소급효의 인정범위가 확대되어야 한다는 것이 헌법재판소와 대법원의 입장이다.

## 다. 적용중지 불합치결정에 있어 예외적인 소급효의 허용범위

### (1) 논의방향

적용중지 불합치결정의 법적 효과를 규율함에 있어 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효의 논리가 그대로 원용된다고 본다. 그렇지만, 그 허용범위를 둘러싸고는 입장이 아직 정리되지 않은 듯하다.

적용중지 불합치결정은 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따른 처리를 기본적인 전제로 하고 있다. 필자는 그런 점에서 헌법불합치결정에 따른 권리구제의 범위를 확장함에 있어서도 당연히 당해사건, 동종사건 및 병행사건만이 아니라 일반사건의 당사자들에게도 구제받을 수 있는 기회를 제공해야 한다는 입장이다.

그러면, 이에 관해 헌법재판소와 대법원의 판례가 보여준 입장을 소개하고, 당해사건등과 일반사건으로 구분해서 논의를 전개하기로 한다.

### (2) 헌법재판소

헌법재판소는 적용중지 불합치결정에 있어 헌법불합치결정의 소급효 내지 개선입법의 소급적용 범위와 관련해서 다양한 형태로 그 입장을 제시하였다.

먼저, 토지초과이득세법 제10조 등 위헌소원사건<sup>441)</sup>에서는 당장 토초세법에 대한 단순위헌결정을 선고한다면 이 결정의 효력이 미치게 되는 이른바 ‘당해사건’ 관계자들과 현행법에 따른 기발생 토초세를 전부 납부하고도 아무런

441) 헌재 1994. 7. 29. 92헌마49 등, 판례집 6-2, 64, 68.

이의를 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래하는 것이라고 한 적이 있었다.

토지초과이득세법 제8조 등 위헌소원사건<sup>442)</sup>에서는 입법자가 그 결정취지에 맞추어 해당 조항을 개정할 때 비로소 그 결정에 의하여 무효로 될 부분을 구체적으로 확정할 수 있게 되므로, 개정법률 중 당해 사건 및 병행사건에 관하여 적용되어야 할 부분은 구법 조항 중 위헌부분이 제거된 것으로 보아야 할 개정법률조항에 한한다고 하였다.

소득세법 제60조등 위헌소원사건<sup>443)</sup>에서는 이 사건의 경우에는 헌법에 합치하는 내용의 개정입법이 이미 행하여져 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있으므로 이 사건 위임조항을 적용하여 행한 양도소득세 부과처분 중 확정되지 아니한 모든 사건과 앞으로 행할 양도소득세 부과처분에 대하여 위 개정법률을 적용할 것을 내용으로 하는 헌법불합치결정을 하기로 한다고 하였다.

법인세법 제59조의2 제1항 등 위헌소원사건<sup>444)</sup>에서는 헌법재판소가 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 경우에는, 헌법불합치 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 위 법률조항들을 적용하여 행할 부과처분에 대하여는 법리상 헌법불합치 결정 이후 입법자에 의하여 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 한다고 하였다. 사립학교법 부칙 제2항 위헌확인사건<sup>445)</sup>에서는 종전 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 종전 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 헌법불합치결정 당시에 구 사립학교법의 기간임용제 근거 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하였다.<sup>446)</sup>

### (3) 대법원

대법원은 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 적용중지와

442) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1, 판례집 7-2, 221.

443) 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562.

444) 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 16.

445) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723 등, 판례집 20-2상, 941.

446) 같은 취지의 결정으로는 헌재 2006. 6. 29. 2004헌가3, 공보 117, 872; 헌재 2007. 1. 17. 2005헌바41 등, 판례집 19-1, 14 참조.

개선입법에 따른 처리를 전제로 하였고, 그에 근거해서 입법자인 국회가 개선입법을 하였을 경우 개선입법의 소급적용범위와 관련하여 밝힌 입장은 세 가지로 정리할 수 있다. 그중에 대법원은 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 동일하다는 입장을 취하였음에 따라 여기서는 논의의 여지가 없다.<sup>447)</sup> 그리고 비형벌법규의 경우에는 국회가 스스로 헌법불합치결정취지에 맞춰 개선입법을 하면서 경과규정으로 소급적용을 규율한 경우와 국회가 소급적용여부에 관해 아무런 경과규정도 두지 않은 경우를 상정해서 소개한다.

먼저, 전자와 관련하여 대법원은 “헌법재판소가 1998. 8. 27. 96헌가22 등 사건에서 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되기 전 민법 제1026조 제2호에 대하여 한 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 개정 전 민법 제1026조 제2호의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이므로 비록 개정 민법 부칙 제3항의 경과조치의 적용 범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 관하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 개정 민법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.”고 하였다.<sup>448)</sup> “2007. 8. 30. 이전에 발생한 실화는 원칙적으로 개정 실화책임법의 적용 범위에 포함되지 않지만, 위 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 규범통제의 실효성 보장 및 개정 실화책임법 부칙의 소급적용 취지를 고려하면, 비록 2007. 8. 30. 이전에 발생한 실화라 하더라도 위 헌법불합치결정 당시에 구 실화책임법의 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 효력이 미쳐 구 실화책임법이 적용되지 않고 위헌성이 제거된 개정 실화책임법이 유추적용되는 것으로 보아야 한다.”고 하였다.<sup>449)</sup>

그런가 하면 대법원은 후자의 경우에 대해 1996. 토지초과이득세부과처분 취소사건<sup>450)</sup>에서는 구 토지초과이득세법령 중에서 입법자가 헌법불합치결정에 따라 그 결정에서 지적된 위헌적 요소를 제거하거나 그 개선을 위하여 개정한

447) 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결, 공2009상, 174; 대법 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결, 공2011하, 1487 참조.

448) 대법 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결, 집50(1)민, 343; 공2002.6.1.(155), 1059.

449) 대법 2010. 6. 24. 선고 2006다61499 판결, 공2010하, 1414.

450) 대법 1996. 1. 26. 선고 93누17911 판결, 집44(1)특, 677; 공1996.3.15.(6), 814.

모든 법, 시행령 및 시행규칙의 각 조항은 그것이 납세의무자에 불리하게 적용되지 아니하는 한 당해 사건 등에 대하여 적용된다고 하였다.<sup>451)</sup> 교원재임용제외결정무효확인사건<sup>452)</sup>에서는 구 사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문(전문)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 위 법률조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이므로 비록 현행 사립학교법 부칙(2005. 1. 27.) 제2항의 경과조치의 적용 범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 사립학교법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다고 하였다. 2011. 상이연금지급거부처분취소사건<sup>453)</sup>에서는 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정(헌재 2010. 6. 24. 선고 2008헌바128결정)의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 해야 하므로, 비록 현행 군인연금법 부칙(2011. 5. 19.)에 소급적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 군인연금법 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다고 하였다.

그런가 하면 대법원은 2015. 상이연금지급거부처분취소사건<sup>454)</sup>에서 어느 법률 또는 법률조항에 대한 적용중지의 효력을 갖는 헌법불합치결정에 따라 개선입법이 이루어진 경우 ‘헌법불합치결정 이후에 제소된 일반사건’에 관하여 개선입법이 소급하여 적용될 수 있는지 여부는, 그와 같은 입법형성권 행사의 결과로 만들어진 개정법률의 내용에 따라 결정되어야 할 것이므로,

451) 같은 취지의 판례로는 대법 1996. 6. 28. 선고 93누13810 판결, 공1996. 8. 15.(16), 2414 참조.

452) 대법 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결, 공2006. 4. 15.(248), 569.

453) 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234.

454) 대법 2015. 5. 29. 선고 2014두35447 판결, 공2015하, 896.

개정법률에 소급적용에 관한 명시적인 규정이 있는 경우에는 그에 따라야 하고, 개정법률에 그에 관한 경과규정이 없는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치결정 전의 구법이 적용되어야 할 사안에 관하여 그 개정법률을 소급하여 적용할 수 없는 것이 원칙이라고 하였다.

#### (4) 검토

##### (가) 당해사건, 동종사건 및 병행사건의 경우

이상에서 살펴본 입장을 대체적으로 정리한다.

먼저, 적용중지 불합치결정이 이루어지면, 헌법불합치결정의 장래효원칙으로 인해 개선입법이 헌법불합치결정의 시점으로 소급적용됨은 당연한 것으로 여기는 것이 헌법재판소와 대법원의 입장이다.

여기서 한 단계 더 나아가 헌법불합치결정의 소급효로 인해 개선입법이 불합치결정시점 이전으로 소급하는 범위와 관련하여 헌법재판소와 대법원은 당해사건, 동종사건 및 병행사건에까지 미치는 것으로 본다. 즉, 헌법재판소와 대법원은 설사 헌법불합치결정에 따른 개선입법에서 신법 조항의 소급적용에 관하여 명시적인 경과규정을 두지 않았다 하더라도, 구법 조항에 대한 종전 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 ‘법원의 제청·헌법소원청구를 통하여 종전 헌법불합치결정을 하도록 계기를 부여한 사건(이른바 당해 사건) 및 종전 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건(이른바 동종사건 또는 병행사건)’에 대하여는 종전 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 소급효가 미친다고 해석하고 있다.<sup>455)</sup>

그러나 이른바 일반사건에 대해서는 후술하는 바와 같이 대법원이나 헌법재판소 모두 이와는 서로 다른 입장을 취하고 있다.

##### (나) 일반사건의 경우

적용중지 불합치결정에 따라 불합치결정의 장래효가 미치는 영역에 개선입법이 소급적용됨은 당연하고, 그 결정의 소급효가 미치는 영역 중 당해사건, 동종사건 및 병행사건에 대해서는 적용중지 불합치결정의 취지와

455) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등; 헌재 2007. 1. 17. 2005헌바41·42; 헌재 2006. 6. 29. 2004헌가3; 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결 등 참조



구체적 규범통제의 실효성 보장의 측면에서 권리구제의 범위에 포함시켜야 한다는 점에 헌법재판소와 대법원의 입장이 일치된 듯하다. 하지만, ‘헌법불합치결정 이후에 제소된 일반사건’에 대해 대법원의 입장은 뚜렷한 반면에, 헌법재판소는 당해사건의 개념으로 환치시켜 접근하는 듯이 보인다.

먼저, 대법원의 입장을 살펴본다. 즉, 어느 법률 또는 법률조항에 대한 적용중지의 효력을 갖는 헌법불합치결정에 따라 개선입법이 이루어진 경우 ‘헌법불합치결정 이후에 제소된 일반사건’에 관하여 개선입법이 소급하여 적용될 수 있는지 여부는, 그와 같은 입법형성권 행사의 결과로 만들어진 개정법률의 내용에 따라 결정되어야 할 것이므로, 개정법률에 소급적용에 관한 명시적인 규정이 있는 경우에는 그에 따라야 하고, 개정법률에 그에 관한 경과규정이 없는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치결정 전의 구법이 적용되어야 할 사안에 관하여 그 개정법률을 소급하여 적용할 수 없는 것이 원칙이다.<sup>456)</sup>

이러한 대법원의 태도는 일반사건에 대해서는 적용중지 불합치결정의 취지와 구체적 규범통제의 실효성 보장의 측면에서 고려할 여지가 없고, 입법형성권 행사의 결과인 개정법률이 규율한 바에 따라야 함을 제시한 것이다. 이런 모습은 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효에 있어 소급효의 허용범위에 있어 일반사건에 대해서는 법익형량을 취하는 것<sup>457)</sup>과 견주어 훨씬 엄격한 태도를 취하는 것으로 보인다.

다음, 헌법재판소는 기본적으로 “헌법불합치결정에 따른 개선입법이 제한 없이 소급적용되어야 하는 것은 아니”라는 입장<sup>458)</sup>을 취하고 있다. 그러면서 헌법재판소는 개선입법의 “구체적인 소급적용의 범위는 구체적 사안마다 헌법불합치결정의 취지, 헌법불합치결정이 선고된 법률조항의 위헌성의 내용과 정도, 개선입법의 내용과 그 소급적용이 다른 보호법익에 미치는 영향 정도 등 제반 사정을 고려하고 헌법상 보호법익을 비교형량하여 도출되어야 할

456) 대법 2015. 5. 29. 선고 2014두35447 판결, 공2015하, 896.

457) 대법 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결, 공1994.12.1.(981), 3077(헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에도 미친다고 할 것이나, 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바라 할 것이다.).

458) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등, 판례집 20-2상, 941; 헌재 2004. 1. 29. 2002헌가22, 판례집16-1, 29-68 참조.

것”이라고 하여 일반사건에 대해서도 위헌결정의 예외적인 소급효와 마찬가지로 법익형량을 해야 한다는 입장을 피력하는 듯이 보인다.<sup>459)</sup> 헌법재판소는 사안에 따라서는 종전 불합치결정의 소급효나 개선입법의 소급적용범위라는 측면으로 접근하질 아니하고, 개선입법이 경과규정을 두지 않았고 이를 법원이 해석함에 있어 소급적용의 범위에 포함시키지 아니하고 권리구제의 기회를 배제한 것이, 즉 부진정 입법부작위가 위헌인지 여부를 가지고 접근할 수도 있다. 헌법재판소는 그러면서 후술하는 바와 같이 또다시 헌법불합치로 결정하였다. 요컨대, 헌법재판소는 헌법불합치결정 이후에 제소된 일반사건에 대해 구조적인 특성상 당해사건의 형태로 접근할 기회가 많을 것으로 추단된다. 왜냐하면, 종전의 헌법불합치결정에 따라 개선입법이 이루어졌고, 그 개선입법의 소급적용문제가 제기되었을 경우, 그 문제는 그 즉시 구체적 규범통제로 전환될 수 있을 것이기 때문이다.

## 라. 대법 2014두35447판결과 헌재 2015헌바208결정의 관계

### (1) 논의방향

입법자가 종전 헌법불합치결정에 따라 퇴직후 장애상태가 확정된 군인도 상이연금을 받을 수 있도록 개선입법을 하였으나 개선입법의 소급적용을 위한 경과규정을 두지 아니한 경우 이에 대해 어떻게 접근해야 하는가가 구체적으로 문제되었다.

이에 대해 대법원은 2014두35447판결에서 헌법불합치결정의 소급효가 적용되는 범위는 당해사건, 동종사건 및 병행사건까지이며 이들 사건까지만 개선입법이 소급적용되므로, 헌법불합치결정 당시 구체적인 법률관계를 형성하였지만, 아직 소송이 제기되지 아니한 일반사건에 대해서는 소급효가 미치지 않아 개선입법이 소급적용될 수 없고 구법이 그대로 적용되어야 한다고 하였다.<sup>460)</sup> 그에 반해 헌법재판소는 2015헌바208결정에서 퇴직후

459) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10 등, 판례집 5-1, 226, 250(위헌결정의 예외적인 소급효의 적용범위와 관련하여 일반사건에 대해서는 “당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때”에는 소급효가 인정된다고 하였다.) 참조.

460) 대법 2015. 5. 29. 선고 2014두35447 판결, 공2015하, 896.

장애상태가 확정된 군인도 상이연금을 받을 수 있도록 개선입법을 하였지만 개선입법 시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인에게 개선입법이 적용될 수 있도록 경과규정을 두어야 했음에도 두지 아니한 것, 즉 부진정 입법부작위에 대해 헌법불합치로 결정하였다.<sup>461)</sup> 이로 인해 입법자는 헌법재판소의 헌법불합치결정의 취지에 맞춰 개선입법을 해야 하고, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하게 된 2015헌바208사건의 헌법소원과 관련된 소송사건인 대법 2014두35447사건의 소송당사자는 현재법 제75조 제7항에 따라 대법원에 재심을 청구할 수 있게 되었다.

결국 여기서 논의의 핵심은 입법자는 어떠한 내용으로 개선입법을 하여야 하며, 대법원은 재심청구를 받아들여 어떻게 재심재판을 해야 하는가이다.

그렇지만, 여기까지 이르기까지에는 많은 논의과정을 거쳐야 한다. 이를 위해 이 사건 관련 실제법적 내용이 어떻게 개선되었는지를 먼저 살핍으로써 논의의 흐름이 명확해질 것이다. 이어서 위 대법원 2014두35447판결과 위 헌재 2015헌바208결정이 나오게 된 사태의 경과와 향후 전개방향을 시계열적으로 소개한다. 그 다음에는 쟁점을 제시하고 쟁점별로 검토하고, 마지막으로 향후 사태의 수습방안을 제시하기로 한다.

## (2) 이 사건 관련 실제법적 내용의 개선사항

헌법재판소는 2010. 6. 24. 2008헌바128 사건에서 구 군인연금법 제23조 제1항<sup>462)</sup>이 퇴직후 폐질상태가 발생한 군인에 대한 상이연금의 지급근거를 마련하지 아니한 부진정 입법부작위에 관해 헌법불합치결정을 하였다.

이에 입법자인 국회는 ‘퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때’를 삽입하여 개선입법을 하였고,<sup>463)</sup> 그 내용은 ‘퇴직 후에 그 질병 또는

---

461) 현재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456.

462) 구 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정되고, 2011. 5. 19. 법률 제10649호로 개정되기 전의 것) 제23조(상이연금) ① 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때에는 그때부터 사망할 때까지 다음의 구분에 따라 상이연금을 지급한다.

463) 구 군인연금법(2011. 5. 19. 법률 제10649호로 개정되고, 2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정되기 전의 것) 제23조(상이연금) ① 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 그때부터 사망할 때까지 다음의 구분에 따라 상이연금을 지급한다.

부상으로 인하여 장애 상태가 된 때'로 조정되어 그대로 유지되었다.<sup>464)</sup>

하지만, 개선입법된 내용을 시행함에 있어 군인연금법 부칙<sup>465)</sup>은 개선입법의 시행일만을 규정하고 있을 뿐이지, 퇴직후 신법시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인에 대해서는 아무런 규율도 두지 않았다.

이상을 정리한다. 종래 군인연금법은 폐질발생으로 퇴직한 군인에 대해서만 상이연금 수령대상으로 한정하였고, 이에 관해 헌법재판소가 헌법불합치로 결정하였다. 이 결정에 따라 국회는 개선입법을 해서 퇴직한 후 장애상태가 발생된 군인도 상이연금 수혜대상에 포함시켰다. 하지만, 개선입법의 부칙에 퇴직후 신법시행일 이후 장애상태가 발생한 군인만 해당되는 것인지, 아니면 신법 시행일 이전에 장애상태가 발생한 군인도 포함되는지에 관해 아무런 경과규정도 규율하지 아니하였다.

### (3) 사태의 경과와 향후 전개방향

#### (가) 대법 2008두18885판결에 이르기까지의 경과

청구인은 국방부장관에게 상이연금의 지급을 청구하였으나 구 군인연금법 제23조 제1항이 퇴직후 장애상태가 확정된 군인이 상이연금의 지급대상이 되는지에 관해 아무런 규정도 하지 않았음(부진정 입법부작위)을 이유로 거부처분을 받았다.

이에 청구인은 거부처분 취소소송을 제기하였지만, 서울고등법원은 취소소송을 기각함<sup>466)</sup>과 아울러 위 제23조 제1항의 위헌심판제청신청도 기각하였다. 이에 따라 청구인은 현재법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 2010. 6. 24. 위 구법조항에 관해 계속적용 불합치로 결정하였다.<sup>467)</sup> 이에 의거해서 입법자인 국회는 부진정 입법부작위부분에 관해, 퇴직후 장애상태가 확정된 군인의 상이연금 수혜대상의 배제부분에 관해

464) 군인연금법(2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정된 것) 제23조(상이연금) ① 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 장애 상태가 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 장애 상태가 된 때에는 그때부터 사망할 때까지 다음 각 호의 구분에 따라 상이연금을 지급한다.

465) 군인연금법 부칙(2011. 5. 19. 법률 제10649호) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 군인연금법 부칙(2013. 3. 22. 법률 제11632호) 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날이 속하는 달의 다음 달 1일부터 시행한다.

466) 서울고법 2008. 9. 24. 선고 2008누11732 판결.

467) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473

개선입법을 하였다.

대법원은 2011. 9. 29. 계속적용 불합치결정의 법적 효과에 대해 이원적 성격을 지적하면서 ‘퇴직후 장애상태가 확정된 군인’에 대해서는 그 법적 효과가 적용증지에 해당하고, 당해사건과 법원에 계속중인 사건에는 적용증지 불합치결정의 소급효가 미치며 거기에는 경과규정이 없다 하더라도 개정입법의 소급적용범위에 포함된다고 판결하였다.<sup>468)</sup> 여기서 서울고법 2008누11732사건은 현재 2008헌바128사건의 헌법소원과 관련된 소송사건(당해사건)이며, 대법 2008두18885판결은 그 사건의 상고심판결이다.

#### (나) 현재 2015헌바208결정에 이르기까지의 경과

청구인은 퇴직 이후에 장애 상태가 확정된 군인임을 근거로 상이연금 지급을 신청하였으나, 국방부장관은 상이연금 수급요건인 청구인의 장애상태가 신법조항의 최초 시행일인 2011. 5. 19.(이하 ‘신법 조항 시행일’이라 한다) 이전에 발생하였고, 신법 조항은 소급 적용되지 않으므로 청구인은 상이연금 수급자격이 없다는 이유로 2012. 9. 17. 거부처분을 하였다.

이에 청구인은 거부처분 취소소송을 제기하였지만, 궁극적으로 대법원은 취소소송을 기각함<sup>469)</sup>과 아울러 위 제23조 제1항의 위헌심판제청신청도 기각하였다. 이때 대법원은 개선입법의 소급적용범위에는 헌법불합치결정의 소급효가 미치지 않는 일반사건은 포함되지 아니한다고 판결하였다. 이에 따라 청구인은 현재법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 헌법재판소는 2016. 12. 29. 퇴직후 신법 시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인들이 상이연금 수혜대상에 포함되는 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 부진정 입법부작위에 대해 또다시 헌법불합치로 결정하였다.<sup>470)</sup> 이 결정에서의 반대의견은 소급적용의 경과규정을 두지 아니한 부진정 입법부작위가 입법재량을 일탈한 것도 아니고, 퇴직후 신법 시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인에 대해 합리적 이유 없는 차별도 아니라고 하였다. 일반사건에는 헌법불합치결정의 소급효가 미치지 않는다는 대법 2014두35447사건은 현재 2015헌바208결정의 당해 헌법소원과 관련된 소송사건(당해사건)이다.

468) 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234.

469) 대법 2015. 5. 29. 선고 2014두35447 판결, 공2015하, 896.

470) 현재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456.

#### (다) 현재 2015헌바208결정 이후의 과제

헌법재판소가 2015헌바208사건에서 또다시 헌법불합치결정을 함으로써 두 단계의 과제가 등장하게 되었다.

그 하나는 입법자인 국회는 헌법재판소의 적용중지 불합치결정의 취지에 맞춰 ‘퇴직후 신법 시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인’이 상이연금의 수혜대상에 포함될 수 있도록 개선입법을 해야 한다는 점이다. 또 하나는 대법원은 그러한 개선입법에 근거해서 2014두35447판결에 대한 재심청구를 받아들여 헌법불합치결정의 원인을 제공한 당해사건으로서의 2014두35447사건에 대한 재심인용판결을 해야 한다는 점이다.

#### (4) 쟁점의 정리

이들의 논의과정에서 쟁점은 크게 세 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 대법원은 2008두18885판결에서 현재 2008헌바128결정이 제시한 법적 효과를 이원적으로 파악하고 상이연금 지급대상에서 제외된 부분은 여전히 적용중지 상태라고 하면서 그 부분에 대해서는 적용중지 불합치결정으로 보아 사건을 처리하였다는 점이다. 이에 대한 논의가 정리되어야 한다.

둘째, 대법원은 2014두35447판결에서 개선입법을 소급적용함에 있어 일반사건은 헌법불합치결정의 소급효가 적용되는 범위에 포함되지 않는다고 보았다는 점이다.

셋째, 헌법재판소는 2015헌바208결정에서 신법시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인들을 상이연금의 수혜대상에 해당하는 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 것에 관해 헌법불합치로 결정하였다는 점이다.

#### (5) 검토

##### (가) 계속적용 불합치결정이 지닌 이원적 속성

대법원은 2008헌바128사건의 당해사건에 대한 상고심판결에서 “위 헌법불합치결정에서 구법조항의 계속적용을 명한 부분의 효력은 기존 상이연금 지급대상자에게 상이연금을 계속 지급할 수 있는 근거규정이라는 점에 미치는 데 그치고, 나아가 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우’에 대하여 상이연금 지급을 배제하는 근거규정이라는 점까지는 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다. 즉 구법 조항 가운데 해석상

‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’를 상이연금 지급대상에서 제외한 부분은 여전히 적용중지 상태에 있다고 보아야 한다.”고 하였다.<sup>471)</sup>

이로써 다투어진 부분에 대해서는 적용중지 불합치결정으로 파악하였고, 대법원은 그에 의거해서 상이연금 지급대상에서 제외된 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’에 관해 개선입법에 근거하여 판단한 것이었다. 이런 태도는 계속적용 불합치결정이 지닌 법적 효과의 이원성을 정확하게 꿰뚫어 보고, 사건해결의 실마리로 잡았다는 점에서 높이 평가할 만하다.<sup>472)</sup>

#### (나) 헌법불합치결정의 소급효적용범위에 일반사건이 포함되는 여부

대법원은 2014두35447사건에서 개선입법이 소급적용됨에 있어 일반사건에는 헌법불합치결정의 소급효가 적용되지 아니한다고 판결하였고, 아울러 신법시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인들을 상이연금의 수혜대상에 해당하는 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 부진정 입법부작위에 관한 위헌심판제청신청에 대해서는 기각시켰다.

이에 관해서는 앞서도 검토하였고 또 후술할 것이므로 더 이상의 논의는 생략한다.

#### (다) 신법시행일 이전에 장애상태가 확정된 군인들을 상이연금의 수혜대상에 해당하는 여부를 경과규정으로 규율하지 아니한 경우에 대한 해결방법

입법자가 종전 헌법불합치결정에 따라 퇴직 후 장애 상태가 확정된 군인도 상이연금을 지급받을 수 있도록 입법개선을 하였으나, 개선입법의 소급적용을 위한 경과규정은 두지 않았을 경우 이에 대해 어떻게 접근해야 하는가가 직접적으로 문제되었다. 이 문제는 논리적으로 크게 세 가지의 시각으로 접근할 수 있다.

첫째로는 경과규정을 두지 아니한 것을 해석을 통해 해결하려 하는 방법이다. 이에 관해 대법원은 개선입법의 소급적용 범위를 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 당해사건과 법원에 계속중인 사건으로 보지만, 헌법불합치결정 이후

471) 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234.

472) 이에 관해서는 제4장 제3절 I.3.나. 참조.

법원에 소송이 제기된 일반사건은 개선입법이 아닌 구법이 적용되어야 하므로 소급효가 미치지 않는다고 하였다. 이런 태도는 입법자가 일반사건에 관해서는 권리구제의 대상에서 적극적으로 배척한 것으로 보는 것이다. 이러한 행태가 타당한 것인지는 또다시 그 부분에 대한 위헌여부의 다툼을 제기함으로써 판단될 수 있을 것이다.

둘째로는 입법적 흠결로 보아 부진정 입법부작위로 접근하는 것이다. 이때에는 입법자가 개선입법의무를 제대로 준수한 것인지, 또 그 내용에 합헌성을 인정할 수 있을 것인지가 핵심적으로 다투어질 것이다.

셋째로는 경과규정을 두지 않았다 하더라도 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 의거한 처리가 적용중지 불합치결정의 취지이므로 마땅히 소송당사자들에게 권리구제에 참여할 기회가 제공되어야 한다는 것이다. 이런 입장은 위헌결정의 소급효가 일반사건에 대해서도 당연히 미친다고 보는 것과 마찬가지로 취지로 적용중지 불합치결정에도 소급효가 인정되어야 한다는 점에 근거한다.<sup>473)</sup> 게다가 구제의 대상에서 제외시킬 경우 장래적으로 침해상태가 지속되기 때문이다.

이와 관련해서 헌법재판소는 2016. 12. 29. 구 군인연금법 제23조 제1항 등 위헌소원 등사건<sup>474)</sup>에서 부진정 입법부작위부분이, 즉 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 퇴직 후 장애 상태가 확정된 군인에게 상이연금을 지급하도록 개정된 군인연금법 제23조 제1항을 개정법 시행일 이후부터 적용하도록 한 군인연금법 부칙(2011. 5. 19. 법률 제10649호) 중 구 군인연금법 제23조 제1항에 관한 부분이 헌법에 위반되는 여부를 심판대상으로 삼아 헌법불합치로 결정하였고, 그 조항에 대해서는 잠정적인 계속적용을 명하였다.<sup>475)</sup>

생각건대, 입법자가 개선입법을 하면서 명시적으로 경과적인 조치를 규율하였다면, 그 명시적인 의사가 권리구제의 대상에 포함시키지 않으려 하는 것이었다 하더라도, 법적용자는 입법자의 의사에 따라 처리해야 할 것이다.

473) 황도수, 앞의 논문(주 398), 260-261면.

474) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456.

475) 여기서의 계속적용 역시 군인연금법 부칙(2011. 5. 19. 법률 제10649호) 중 구 군인연금법 제23조 제1항에 관한 부분에 대한 것이었지, '퇴직 후 신법 조항 시행 전에 장애 상태가 확정된 군인'에게 신법조항을 소급적용하라는 경과규정을 두지 아니한 부진정 입법부작위부분에 관한 것이 아니었다. 오히려 후자에 관해서는 적용중지 불합치결정을 한 것으로 봄이 합리적이다. 이에 관해서는 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바208등에서 재판관 김창중의 반대이견, 판례집 28-2하, 456 참조. 이러한 태도로는 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234 참조.



하지만, 아무런 규율이 없었을 경우에는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 한 취지에 따라 법적용자는 구제대상에 포함시켜야 함이 타당할 것이다. 특히 이런 점은 위헌여부를 다투는 궁극적인 취지가 침해된 권리를 구제받고자 함에 있고, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하는 취지도 구제의 대상에 포함시킬 경우 제기될 재정적 부담들을 고려하면서 입법자로 하여금 반영해줄 것을 요구한 것이기 때문에, 구체적 규범통제의 결과로 야기된 것이라고 한다면, 이들을 배제하기 보다는 헌법재판소의 결정취지인 개선입법에 따른 처리를 존중함이 옳다고 본다.

따라서 2015헌바208등사건에서 다투어진 ‘퇴직 후 신법 조항 시행일 전에 장애 상태로 된 군인’들도 마땅히 개선입법에 따른 편익에 참여할 기회가 보장되어야 한다. 그런 시각에서 본다면, 법원은 2015헌바208등사건으로 다투어 계속 이어지게 할 것이 아니었고, 종전 헌법불합치결정의 취지에 따른 개선입법의 편익에 그들을 참여시켜 재판함이 타당하였을 것이었다.

## (6) 향후 전개

앞서 언급한 바와 같이 헌법재판소가 ‘퇴직 후 신법 조항 시행일 전에 장애 상태로 된 군인’부분에 대해 적용중지 헌법불합치결정을 선고한 이상 입법자는 그 결정취지에 맞춰 개선입법을 해야 함이 마땅하다. 이런 점은 국회가 헌법재판소의 결정취지에 맞춰 개선입법을 한 사례가 적지 않으므로 크게 문제되지는 않을 것이다.

다음, 대법원은 그러한 개선입법에 근거해서 2014두35447판결에 대한 재심청구를 받아들여 헌법불합치결정의 원인을 제공한 당해사건으로서의 2014두35447사건에 대한 재심인용판결을 해야 할 것이다. 관련해서 검토한다.

대법원이 재심청구를 받아들여야 할 법적 근거는 현재법 제75조 제7항이라 할 것이다. 이 조항의 의미에 관해 대법원은, “현재법 제75조 제7항의 규정취지는 당사자의 위헌심판제청신청을 법원이 기각하여 그 신청을 한 당사자가 헌법소원심판을 청구하는 경우 그 헌법소원심판절차 중에도 법원에 계속중인 당해 소송사건의 재판은 정지되지 아니한 채 확정되는 수도 있음을 고려하여 그 헌법소원이 인용된 경우에 그에 앞서 이미 확정된 당해 사건의 구제를 위한 불복수단을 마련해 주고자 함에 있는 것이므로, 위 규정 소정의

‘당해 헌법소원과 관련된 소송사건’이라 함은 당해 헌법소원의 전제가 된 당해 소송사건만을 가리키는 것이다.”<sup>476)</sup>고 한다.

이와 관련해서 헌법재판소는 “헌재법 제75조 제7항에서 말하는 ‘헌재법 제68조 제2항의 헌법소원이 인용된 경우’란 법원이 위헌적인 법률을 적용한 경우를 의미하는 것이며, 여기서 법원이 ‘위헌적인 법률’을 적용한 경우란, 헌법재판소가 어떠한 주문형식으로든 법원이 적용한 법률의 위헌성을 확인한 모든 경우를 말하는 것인데, 이러한 위헌성확인 결과에 법원에 대하여 절차적으로 강제하고자 하는 규정이 바로 헌재법 제75조 제7항의 재심허용규정인 것이다.”라고 한다.<sup>477)</sup>

이상에 비추어 두 가지가 정리되어야 한다. 그 하나는 헌재 2015헌바208결정은 대법 2014두35447사건을 당해 헌법소원의 전제가 된 당해 소송사건으로 한 결정이라는 점이다. 또 하나는 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에는 법원이 위헌적인 법률을 적용한 경우를 의미하고, 여기에는 법원이 적용중지 불합치결정된 법률을 적용한 경우도 마땅히 포함된다는 점이다.

요컨대, ‘퇴직후 신법 시행일 이전에 장애가 확정된 군인’을 경과규정으로 규율하지 아니한 부진정 입법부작위부분은 헌법재판소의 헌법불합치결정(2015헌바208)으로 적용중지상태라 할 것이고, 이에 대해 국회가 새로이 개선입법을 하였지만, 또다시 경과규정으로 규율하지 않았다 하더라도, 대법원의 판결취지에 따르면, 당해사건, 동종사건 및 병행사건(법원에 계속중인 사건)의 경우 위 불합치결정의 취지에 따라 소급효가 인정된다고 할 것이다.

## 2. 계속적용 헌법불합치결정

### 가. 원칙

원래 계속적용 불합치결정에 있어 법원을 비롯한 법적용자에게 미치는 기속의 의미는 간명하다. 기속의 내용으로서 불합치법률의 적용방향으로서의 잠정적인 계속적용은 법원에게 개선입법시점까지 그대로 불합치법률의 적용상태를 유지하게끔 하는 것이다.

그런데, 헌법재판소는 아주 예외적인 헌법불합치결정의 유형에 해당하는

476) 대법 1992. 5. 12. 선고 91누7101 판결; 대법 1993. 7. 27. 선고 92누13400 판결.

477) 헌재 2003. 4. 24. 2001헌마386, 공보 80, 405 이하 참조.

계속적용 불합치결정을 남용한다 할 정도로 적극 활용하고 있음이 나타나고 있다. 이는 구조적으로 많은 문제점을 내포하고 있다. 그렇기 때문에 이에 대한 지속력을 논의함에 있어서도 논의되어야 할 여러 가지 사항들이 등장하게 된다. 그 하나는 헌법재판소가 이 결정유형을 선고하면서 계속적용이라는 법적 효과를 지향하고 있는데, 그 의미가 계속적용의 강제를 의미하는지, 아니면 계속적용의 허용을 의미하는지가 논의되고 있다. 그 둘은 법적용자인 법원쪽에서 논의되는 사항으로서 계속적용되었던 영역에 나중에 개�입법이 소급적용될 수 있는 것은 아닌지의 측면에서 임시적 계속적용과 확정적 계속적용이 문제된다. 그 셋은 계속적용이라는 법적 효과는 불합치결정의 원인을 제공한 당해사건에서조차 관철되어야 하는 바, 실제로 그러하며, 그렇게 유지할 수 있는 것인가 하는 점이다.

하지만, 계속적용 불합치결정의 지속력과 관련한 기본적인 모습은 분명하다. 즉, 헌법재판소는 위헌결정을 통하여 위헌법률을 법질서에서 제거하는 것이 오히려 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 헌법불합치결정을 하면서 위헌 법률을 일정 기간 동안 계속 적용을 명하는 경우가 있는데, 모든 국가기관은 이에 기속되고, 법원은 이러한 예외적인 경우에 위헌법률을 계속 적용하여 재판할 수 있다.<sup>478)</sup>

그러면, 여기서는 이상의 쟁점에 관해 검토하기로 한다.

#### 나. 기속의 의미로서의 계속적용의 강제

헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 하였을 경우, 법적용자인 법원이나 행정청에 대한 법적 효과는 불합치법률의 잠정적인 계속적용이다. 그런데, 이때 계속적용이라는 법적 효과가 법적용자에게 어떠한 의미로 다가오는지가 문제된다. 앞서 살펴본 바와 같이 불합치법률의 적용방향으로서의 계속적용에도 지속력이 인정되는데, 이를 둘러싸고 계속적용의 강제로 파악되는지, 아니면 계속적용의 허용으로 이해할 수 있는지가 논란이 될 수 있다.

계속적용 불합치결정과 관련해서 법적용자인 대법원을 비롯한 법원은 심판대상규범이 형벌법규인지, 비형벌법규인지에 대해 태도를 달리하고 있다.

먼저, 형벌법규에 대한 계속적용 불합치결정과 관련해서 대법원은 근본적으로 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은, 그것이 적용중지이건

<sup>478)</sup> 헌재 2013. 9. 26. 2012헌마806, 판례집 25-2하, 111, 116.

계속적용이건 간에, 단순위헌결정과 동일한 것으로 파악하고 그에 따른 법적 효과가 발생하는 것으로 본다.<sup>479)</sup> 이런 태도는 계속적용의 강제나 허용이란 논의 자체를 무색하게 하는 행태이다.

다음, 비형벌법규에 대한 계속적용 불합치결정과 관련해서는 대법원의 태도는 이중적으로 나타남을 본다. 그 하나는 기본적으로 이를 준수하고 오히려 후술하는 바와 같이 확정적 계속적용, 즉 개선입법시점까지 불합치법률의 계속적용이 이루어지고 이에 대해 개선입법의 소급적용은 불가능함을 말한다.<sup>480)</sup> 이는 계속적용의 강제로 파악한 듯이 보인다. 다른 하나는 부진정 입법부작위의 경우나 제도는 합헌이지만 내용이 위헌인 경우에 대한 계속적용 불합치결정이 있었던 사안에서 계속적용이라는 법적 효과를 한정적으로 파악해서 불완전한 법률조항이나 제도 자체에 대해서만 계속적용의 강제로 이해하고, 부진정 입법부작위부분이나 구체적인 내용이 위헌성을 지닌 경우에 대해서는 거기에 적용되는 법적 효과를 적용중지로 보는 것이다.<sup>481)</sup> 이런 자세는 계속적용의 허용이 아닌 한정된 범위 내에서의 계속적용의 강제로 이해한 것이다.

계속적용의 강제나 아니면 계속적용의 허용이라는 논의가 등장하게 된 요인은 앞서 지적한 바와 같이 헌법불합치결정을 선고하면서 핵심쟁점과 결정주문의 부조화에서 찾을 수 있을 것이다. 바로 앞서 소개한 바와 같이 부진정 입법부작위의 경우나 제도는 합헌이지만 내용이 위헌인 경우에 있어 헌법불합치결정을 함으로써 불완전한 법률조항이나 합헌인 제도에 대해서는 법적 효과로서의 계속적용을 유지할 수 있지만, 부진정 입법부작위부분이나 구체적 내용이 위헌인 경우에는 계속적용을 고집할 수 없는 한계를 드러낸다는 점이다. 바로 이 국면에서 계속적용의 허용이라는 논리가 자리할 여지가 생기게 된다.

계속적용 불합치결정을 하면서 위헌성이 내재된 상태를 그대로 유지 존속시키는 취지는 잠정적용을 허용하지 않으면 중대한 법적 공백상태의 발생을 방지할 수 없기 때문으로 이해된다. 이때 잠정적용을 허용할 뿐이고 강제하는

479) 적용중지 불합치결정에 대한 경우로는 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결, 공2009상, 174. 계속적용 불합치결정에 대한 경우로는 대법 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결, 공2011하, 1487 참조.

480) 대법 2009. 1. 15. 선고 2008두15596 판결, 공2009상, 167 참조.

481) 관련해서 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234 참조.

것은 아니라고 한다면, 법적용자인 법원이나 행정청이 헌법불합치결정의 의도에 부합하지 않게 처리해도 헌법재판소는 그것을 그대로 방임할 것임을 의미하는 것으로 여겨진다. 하지만, 이는 불합치결정을 한 의도에 배치되는 것이다. 그렇다면 차라리 합헌결정이나 그에 바탕을 둔 개선입법을 촉구하는 결정을 함이 타당하다고 여겨진다.

요컨대, 기속력과 잠정적용 강제 내지 허용의 관계는 기속력의 본질적 구성요소 차원에서 접근함이 타당하다. 다시 말해서 계속적용의 강제로 보아야 한다. 다만, 계속적용 불합치결정에서 법적 효과로서의 계속적용을 요구한 취지에 맞춰 결정내용을 해체해서 접근함이 합리적이라고 할 것이다.

#### 다. 기속으로서의 확정적 계속적용

계속적용 불합치결정에 있어 법적용자에 대한 법적 효과는 불합치법률의 잠정적인 계속적용이다. 그런데, 계속적용된 불합치법률을 대체해서 개선입법의 소급적용이 가능한지를 둘러싸고 논의의 여지가 있다.<sup>482)</sup>

여기서 ‘확정적 계속적용’이라 함은 개선입법이 이루어진다 할지라도 불합치법률이 계속적용되던 영역에 개선된 입법이 소급적용되지 아니함을 말하고, ‘임시적 계속적용’이라 함은 계속적용되던 불합치법률을 대체해서 개선입법이 이루어지면 사후적으로 소급적용하는 것을 말한다.

헌법재판소가 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 대상법률에 관하여 임시적 성격을 갖는 계속적용을 명하는 한편, 입법자에게는 불합치결정시까지 소급적으로 규율할 개선입법을 명하는 것이 불가능하지는 않을 것이라고 한다. 이는 위헌결정으로 인한 법적 공백을 방지하는 한편 개선입법을 소급적용하여 헌법불합치결정 이후의 법률관계를 최대한 합헌적으로 규율한다는 점에서 긍정적이라고 한다.<sup>483)</sup>

그러나 실제로 헌법재판소가 이러한 법적 효과를 적극적으로 의도하는 결정을 선고한 적은 없는 듯이 보인다. 하지만, 결과적으로 임시적 계속적용으로 불여지가 없지 않은 경우도 있다고 보여진다. 우선, 집시법상 야간옥외집회 부분에

482) 독일에서는 개선입법이 소급적용될 것을 전제로 한 ‘임시적 계속적용’이 허용되기도 하고(BVerfGE 40, 296), 개선입법이 소급 적용되지 않는 것을 전제로 한 ‘확정적인 계속적용’이 허용되기도 한다(BVerfGE 87, 153)는 것이다. 최완주, 앞의 논문(주 334), 383면; 김정중, 앞의 논문(주 382), 790면 참조.

483) 김정중, 앞의 논문(주 382), 790면.

대한 헌법불합치결정<sup>484)</sup>의 경우 계속적용을 명하였는데, 나중에 개선입법이 이루어졌고, 그 개선입법이 구성요건을 축소하거나 형벌의 완화를 내용으로 하였을 경우 형법 제1조 제2항으로 인해 사실상 그런 효과가 발생할 수도 있었을 것이다. 다음, 구법에 대해 심판청구가 되었지만, 심판절차를 진행하던 중에 개선입법이 이루어졌을 경우 신법도 심판대상에 포함시켜 심판하면서 구법에 대해서는 적용중지를, 신법에 대해서는 계속적용을 명하곤 하는바,<sup>485)</sup> 여기서 신법에 대한 계속적용은 궁극에는 개선입법에 의한 소급적용으로 대체될 수밖에 없고, 그를 통해서 소송당사자들에게 권리구제의 기회가 제공될 수밖에 없을 것이다.<sup>486)</sup> 그런 점에서 이에 해당되는 것으로 파악할 수 있다. 마지막으로 ‘개선입법시한의 도과시 불합치법률의 효력상실’이란 논리도 경우에 따라서는 확정적인 계속적용을 뒤흔들고 임시적 계속적용으로 파악하도록 만드는 결과가 될 수도 있을 것이다. 잠정적으로 계속적용을 명함과 아울러 개선입법의 시한이 도과되었을 경우 불합치법률의 효력이 상실됨을 결정주문이나 결정이유에서 밝혔고, 실제로 개선입법이 설정된 시한 내에 이루어지지 않았을 때에는 그 계속적용이 임시적인 것에 지나지 않는 것으로 파악될 수도 있기 때문이다.

요컨대, 임시적 계속적용을 허용함은 불필요한 문제를 불러일으킬 여지가 적지 않다. 즉, 개선입법시점까지는 불합치법률을 그대로 적용해서 그에 따라 법률관계를 확정해야 하는데, 그 후에 다시 개선입법을 소급적용한다 함은 이미 확정된 법률관계를 뒤흔드는 것이 되어 법적 안정성에 중대한 혼란을 초래할 것이다.<sup>487)</sup> 그런 점에서 계속적용 불합치결정의 구성요소로서의 불합치법률의 잠정적인 계속적용은 불합치결정시점부터 개선입법시점까지 법적 공백상태를 방지하기 위해 행해지는 것으로서 그 자체로서 기속력이 인정된다고 할 것이다.

## 라. 계속적용 불합치결정이 당해사건등에 미치는 효력

헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 선고하면 법 적용자에게는 개선입법시점까지 불합치법률의 잠정적인 계속적용이라는 법적 효과가 발생하게

484) 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427.

485) 현재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20-49; 현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 2005헌바90등, 판례집 20-2상, 236-268; 현재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 판례집 22-2상, 74; 현재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222.

486) 이에 관해서는 남북현, 앞의 책(주 240) 105-107면 참조.

487) 동지: 이상훈, 앞의 논문(주 423), 84면.

된다. 다시 말해서 법원은 계속적용 불합치결정의 원인을 제공한 당해사건이나 불합치결정 당시 법원에 계속중인 사건에 대해서도 불합치법률을 잠정적으로 계속적용해야 하지 개선입법이 사후적으로 대체되어야 하는 것은 아니다.<sup>488)</sup> 이는 계속적용 불합치결정의 경우 결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간동안 발생할 법적 공백상태를 방지하기 위해 채택되는 결정유형으로서 그 전제에는 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지의 시적 공간도 당연히 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 전제로 하고 있기 때문이다. 이를 둘러싸고 대법원이 보여준 몇 가지 반응을 정리하고 검토한다. 이에 관해서는 입법자가 개선입법의 시한을 준수하였는지 여부를 기준으로 구분해서 논의한다. 먼저, 준수한 경우이다.

첫째, 사안에 따라서는 당해사건에 대해서는 예외적인 구제대상에 포함시켜야 함이 주장되는 경우도 없지 않다. 대법원 1991. 6. 11. 선고한 90다5450 판결<sup>489)</sup>에서 계속적용 불합치결정<sup>490)</sup>은 “헌재법 제45조 본문 및 같은 법 제47조 제1항 소정의 위헌결정임이 틀림없고, 이는 다만 같은 법 제47조 제2항 본문의 예외로써 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있음에 지나지” 않는다고 하면서, 구체적 구범통제의 실효성을 보장하기 위하여서라도 적어도 당해사건에 한해서는 불합치결정된 법률의 적용이 배제된다고 하면서 국회의원선거에서의 기탁금 중 국고귀속분에 관해 부당이득금으로 보아 반환청구를 받아들인 적이 있었다.<sup>491)</sup> 그러나 대법원이 이러한 자세를 일상적으로 취한 것은 아니었다.

둘째, 대법원이 계속적용 불합치결정에 대해서는 불합치법률의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 전까지는 위 개정 전 불합치법률을 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해사건이나 이른바 병행사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유는 없다고 하였다.<sup>492)</sup>

488) 하지만, 이는 형벌법규에 대한 계속적용 불합치결정과 관련해서는 논란의 여지가 매우 크다. 그런 점에서 심각하게 고려되지 않으면 안 된다. 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 240), 241-300면 참조.

489) 대법 1991. 6. 11. 선고한 90다5450 판결, 집39(3)민,1; 공1991. 8. 1.(901), 1895.

490) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199.

491) 이 판결은 헌법재판소가 초기에 선고한 헌법불합치결정에 반응한 것이었고, 당해 사건이 선거소송이 아닌 부당이득반환청구소송이었기 때문에 그렇게 판결한 것으로 보여진다.

492) 대법 2009. 1. 15. 선고 2008두15596 판결, 공2009상, 167.

셋째, 대법원은 계속적용 불합치결정에 대해 결정주문과 결정이유를 검토해서 “헌법불합치결정에서 구법조항의 계속 적용을 명한 부분의 효력은 기존 상이연금 지급대상자에게 상이연금을 계속 지급할 수 있는 근거규정이라는 점에 미치는 데 그치고, 나아가 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우’에 대하여 상이연금 지급을 배제하는 근거규정이라는 점까지는 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다. 즉 구법조항 가운데 해석상 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’를 상이연금 지급대상에서 제외한 부분은 여전히 적용중지 상태에 있다고 보아야 한다.”고 하면서, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정<sup>493)</sup>의 ‘취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효과 미친다고 해야 하므로, 비록 현행 군인연금법 부칙(2011. 5. 19.)에 소급 적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 군인연금법 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다.”고 하였다.<sup>494)</sup>

다음, 헌법재판소가 개선입법시한이 도과되면 불합치법률의 효력이 상실된다고 한 것과 관련해서 대법원이 당해사건등에 대해 보여준 태도를 살펴본다. 대법원은 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정에 대하여는 헌법재판소의 취지에 따라 잠정적용을 하고 있으나, 개선입법이 이루어지지 아니한 채 개정시한이 도과되어 법률조항의 효력이 상실된 경우, 그 효과는 장래를 향하여 미친다고 보아, 당해사건이나 병행사건의 경우에도 헌법불합치된 법률조항을 그대로 적용한다고 한다.<sup>495)</sup> 헌법재판소는 통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 통신제한조치기간의 연장에 관한 부분이 총연장기간이나 횟수를 제한하지 아니하고 계속해서 연장될 수 있도록 한 것에 대하여 2011. 12. 31.을 시한으로 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 하였는데,<sup>496)</sup> 개선입법이 이루어지지 아니한 채 위 개정시한이 도과되었다. 대법원은 위 헌법불합치 결정의 취지가 법적공백이나 혼란을 방지하기 위한

493) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473.

494) 대법 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 공2011하, 2234.

495) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 210면.

496) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545.



것이었으므로, 개정시한 도과로 법률조항의 효력이 상실되었다 하더라도 그 효과는 장래를 향하여만 미칠 뿐이며, 위 법률조항에 따라 이루어진 통신제한조치기간 연장의 적법성이나 효력에는 영향을 미치지 아니한다고 하면서, 이는 당해사건이라고 하여 달리 취급할 이유가 없다고 하였다.<sup>497)</sup>

정리하면, 계속적용 불합치결정에 대해 대법원이 보여준 태도는 ① 그러한 결정 중에 법적 효과를 계속적용과 적용중지로 구분할 수 있는 경우 당해사건이나 법원에 계속중인 사건에 대해 그에 따라 각각 다르게 발생한다는 것으로 파악하려는 듯하고, ② 그러한 결정으로서 개선입법의 시한이 준수된 경우에는 당연히 당해사건이나 법원에 계속중인 사건에는 불합치법률이 적용되며, 설혹 준수되지 않았다 하더라도 불합치법률의 효력상실이 당해사건이나 법원에 계속중인 사건에는 영향을 미치지 않고 불합치법률의 효력상실은 장래효만을 가질 따름이라고 한다. 그런데, 여기서 장래효의 발생시점이 불합치결정시점인지, 아니면 개선입법시한으로 정해진 그 시점으로 보는지는 명확하지 않다.<sup>498)</sup>

### 3. 반복심판청구와 헌법불합치결정의 기속력

위헌결정이 이루어진 법률에 대해 반복적으로 다툼이 제기될 경우 헌법재판소는 전소 결정의 기속력으로 인해 각하결정을 한다.<sup>499)</sup> 이 문제는 헌법불합치결정에서도 마찬가지로 제기되는 쟁점이다.

#### 가. 계속적용 불합치결정의 경우

헌법재판소는 국가기관 등 채용시험에서 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에 관한법률조항에 대하여 2007. 6. 30.까지 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정(헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등)을 선고하였음에도 법원이 재차 동일한 조항에 대하여 위헌법률심판제청을 한 사안에서, 이미 헌법불합치결정이

497) 대법 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결. 공2012하, 1864.

498) 이와 관련해서 헌법재판소는 결정주문이나 결정이유에서 개선입법시한을 구체적으로 설정하고 그 시한이 도과된 다음 날 불합치법률의 효력이 상실됨을 명시하는 경우가 적지 않다. 이런 입장을 존중한다면, 후자로 보지 않을까 한다. 그래야만 그나마 계속 적용 불합치결정에 불합치법률의 효력상실이 조화를 이룰 것이기 때문이다.

499) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 259), 203-212면 참조.

선고된 바 있어 심판의 이익이 없다는 이유로 각하결정을 하였다.<sup>500)</sup> 이와 관련해서 “이 결정 당시 헌법불합치된 법률조항은 입법시한이 경과되기 전이어서 계속 적용되고 있었으므로 헌법불합치결정으로 효력을 상실하여 심판의 대상이 될 수 없다는 이유로 각하할 수 없었던 것으로 보인다”고 한다.<sup>501)</sup>

하지만, 이는 위헌결정 자체가 지닌 기속력의 경우와 마찬가지로 헌법불합치결정에 있어서도 불합치법률의 적용중지, 계속적용 내지 효력상실 등의 효과와 무관하게 헌법불합치결정이 지닌 법적용자에 대한 기속력으로 인해 각하결정을 한 것으로 파악함이 적절하다. 즉, 제청법원은 종전 결정을 준수해야 할 의무가 부과되어 있기 때문이다.

다음, 헌법재판소가 체육시설의 구체적 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 위임한 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률조항에 대하여 포괄위임원칙에 위배된다는 이유로 2012. 12. 31.까지 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정(헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166등)을 선고하였음에도 재차 동일한 조항에 대하여 헌법소원을 제기한 사안에서, 헌법재판소는 심판의 대상이 될 수 없어 부적법하다는 이유로 각하결정을 하였다.<sup>502)</sup>

이 역시 헌법재판소는 단순히 심판대상이 될 수 없다는 점을 밝힐 것이 아니라 종전의, 즉 2008헌바166결정의 기속력으로 인해 각하결정을 하였어야 함이 타당하다. 여기서 심판대상이 될 수 없다 함은 심판대상인 법률조항의 운명에 영향을 미쳤음을 전제로 하는 듯이 보이지만, 스스로 지적하듯이 불합치법률이 잠정적으로 계속적용중인 상태이었기 때문에 그 논거가 적절치는 않은 것으로 보인다.

한편, 헌법재판소가 헌재법 제68조 제1항 헌법소원에서 군인 또는 군인이었던 자가 복무 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 정하고 있는 구 군인연금법 제33조 제1항 제1호에 대하여 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 한 이후 병합되지 않고 같은 법률조항에 대한 헌법소원이 헌법재판소에 계속 중인 사건에 대하여, 헌법불합치결정으로 인한 개선입법의 소급효는 헌법재판소에 계속 중인 사건에도 미치지 때문에, 권리보호의 이익이

500) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌가13, 판례집 18-1하, 165, 175-176.

501) 헌법재판소, 헌법실무제요(제2개정판), 2015, 173면.

502) 헌재 2014. 7. 24. 2012헌바294등, 판례집 26-2상, 60, 70.

없다는 이유로 각하한 사례도 있다.<sup>503)</sup>

이 역시 “헌법불합치결정으로 인한 개선입법의 소급효는 헌법재판소에 계속 중인 사건에도 미치지 때문”이 아니라 동일한 심판대상에 대해 헌법재판소가 유권적으로 결정을 하였고 그 결정에는 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 힘이 부여되었기 때문에 그에 따라 재판하면 될 것이므로 헌법재판소에서 추가적인 심판의 여지가 없어졌다고 하여야 함이 타당하였을 것이다.

요컨대, 헌법재판소 결정의 기속력에 근거해서, 종전 결정이 정해진 방향으로 처리해야 한다. 그것이 바로 기속이 의미하는 바이다. 결정준수의무에 따른 결과이다.

또한 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정에 따라 당해사건의 법원이 그 취지에 따라 법률조항을 그대로 적용하여 재판한 경우, 그 재판은 헌법불합치결정에 따라 재판한 것이므로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 재판이라고 볼 수 없다. 따라서 이러한 재판에 대하여 재판취소를 구하는 헌법소원은 부적법하다.<sup>504)</sup>

#### 나. 적용중지 불합치결정의 경우

적용중지 불합치결정에 대해 거듭 심판청구된 경우도 마찬가지이다.

### 4. 적용중지와 계속적용 불합치결정주문의 동시채택 타당여부

헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고하면서 법적 효과로서의 적용중지와 계속적용을 한꺼번에 규율한 적이 여러 차례<sup>505)</sup>이다. 원래 구법이 심판대상이었으나 심판대상을 확장해서 신법을 포함시키고 구법에 대해서는 적용중지를, 신법에 대해서는 계속적용을 명하였다.

그러면, 먼저 해당되는 헌법재판소 결정례를 분석하고, 이어서 그에 대한 타당성을 검토하기로 한다.

503) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마343, 판례집 23-2상, 402, 408-409.

504) 헌재 2013. 9. 26. 2012헌마806, 판례집 25-2하, 111, 116-117.

505) 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20-49; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010·2005헌바90등, 판례집 20-2상, 236-268; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가 28, 판례집 22-2상, 74; 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222.

## 가. 판례분석

### (1) 의료법 제19조의2 제2항 위헌 확인

헌법재판소는 2008. 7. 31. 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인사건<sup>506)</sup>에서 헌법불합치결정을 하면서 구 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조의2 제2항은 적용중지를, 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제20조 제2항은 계속적용을 각각 명하였다.<sup>507)</sup>

먼저, 구 의료법 조항에 대해 적용중지를 명하는 취지가 이 사건 심판대상인 조항이 제재법규의 구성요건으로 기능하므로 당해사건과 관련된 소송사건(2005헌바50)은 개선입법의 결과에 따라 달리 조치하라는 배려로 보인다. 그런 취지에 일면 타당성을 인정한다.

다음, 이 사건 결정취지에 의하면, 불합치결정시점부터 개선입법시점까지는 현행법 조항을 잠정적으로 계속적용하도록 하고 있다. 이는 태아의 성별정보가 제공될 경우 그에 대해서는 제재법규로 기능하도록 요구함을 의미한다. 그런데 실제로 그렇게 제재법규로 기능할 것인지는 자못 의문이다. 특히 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지는 불합치법률의 적용을 중지시키면서도, 결정시점부터 개선입법시점까지는 잠정적인 계속적용을 명함으로써 불합치법률의 수범자들을 차별적으로 처우한다는 지적을 피할 길이 없다.<sup>508)</sup>

이어서, 불합치법률의 잠정적인 계속적용이란 의미는 개선입법의 소급 적용으로 재정비를 용인하는 것이 아니고 그 자체로 종결되어야 함을 요구하는 것으로 이해해야 한다.<sup>509)</sup> 앞서 언급한 바와 같이 확정적 계속적용을 의미한다.

생각건대, 이 사건 결정에서는 성별고지행위가 낙태로 직결됨이 논증되어야만 타당성이 인정될 것인데, 그렇지 않다면, 오히려 단순위헌주문이 적절하였을 것이다.

506) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236-268.

507) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 240), 105-107면.

508) 물론 적용중지의 불합치법률은 구법이고, 계속적용을 요구한 불합치법률은 현행법이기 때문에, 문제되지 않음을 주장할지 모른다. 하지만, 불합치결정 시점 이전에 이미 현행법이 발효되었기 때문에 이와 같은 비판은 그대로 유효하다.

509) 이에 관해 상세한 내용은 남복현, 야간옥외집회금지에 대한, 헌법불합치결정의 실제와 그에 따른 법원·검찰의 조치, 연세 공공거버넌스와 법 제1권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010. 2., 32면 이하.

## (2) 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등의 위헌심판제정

헌법재판소는 2008. 7. 31. 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등의 위헌심판제정사건<sup>510)</sup>에서 헌법불합치결정을 하면서 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것, 이하 ‘영진법’이라 한다) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분은 적용중지를, ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것, 이하 ‘영비법’이라 한다) 제29조 제2항 제5호는 계속적용을 각각 명하였다.<sup>511)</sup> 이 사건에서 심판대상은 영진법 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분과 영비법 제29조 제2항 제5호이 헌법에 위반되는지 여부이었다. 그리고 여기서 동원된 심판기준은 명확성원칙과 포괄위임금지원칙이었다.

이 사건 영진법 규정의 경우 이미 폐지되었지만, 당해사건에 대해서는 이 영진법의 적용을 배제하고 제한상영가 등급에 관해 정하고 있는 영비법이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하도록 하고 있다는 점이다. 다시 말해서 폐지된 법률을 새롭게 개정하도록 하는 것이 아니고 개정될 영비법을 당해사건에 적용하도록 한 것이다.

이 사건 결정에서 불합치를 확인하게 된 요인은 명확성원칙의 위반과 포괄위임입법금지원칙의 위반이다. 이 두 가지 원칙은 모두 입법형식의 잘못이지 입법내용의 잘못이 아니다. 그래서 만약 제한상영가 영화가 어떤 내용의 영화인지를 예측할 수 있도록 그 영화 자체가 어떤 내용의 영화인지에 대한 정보를 법률 규정이 제공하고 또 상위법령에서 구체적인 기준을 제시해서 위임한다면, 당해사건에서 문제된 판정처분이 그대로 유지될 수 있을 것이다. 이는 불합치결정이 개선입법에 따른 권리구제의 기회를 제공할 뿐이지, 위헌결정처럼 반드시 권리구제를 해주어야 하는 것은 아니라는 점에서 나타난다.

따라서 이 사건 결정과 관련해서 개선입법이 결정취지에 맞게 이루어진다면, 잠정적인 계속적용의 의미는 개선입법 시점 이후에도 그대로 관철될 것이다. 그렇지만, 불합치법률의 제정 시점부터 불합치결정 시점까지의 시적 공간 동안 영진법의 적용을 중지하고 개정될 신법인 영비법에 근거해서 당해사건을

510) 현재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20-49.

511) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 앞의 책(주 240), 103-104면.

처리하도록 함은 아무런 의미도 지닐 수 없게 될 것이다. 즉, 권리구제의 기회를 갖지 못하게 될 것이다.

이상과 같은 취지라면, 불합치주문을 냄이 적절하다. 하지만, 법적용자에 대한 효과는 양자 모두 계속적용을 명함이 타당하다고 하겠다.

### (3) 병역법 제35조 제2항 등 위헌제청

헌법재판소는 2010. 7. 29. 병역법 제35조 제2항 등 위헌제청사건<sup>512)</sup>에서 헌법불합치로 결정하면서, 구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되기 전의 것) 제35조 제3항 중 “제1항 제6호에 해당하여 제2항의 규정에 의하여 공중보건의사의 편입이 취소된 사람은 편입되기 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하여야 한다.”는 부분에 관해서는 적용중지를, 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제35조 제3항 중 “제1항 제6호에 해당하여 제2항에 따라 공중보건의사로서의 편입이 취소된 사람은 편입되기 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하여야 한다.”는 부분에 관해서는 계속적용을 각각 명하였다.

이 사건 심판대상조항의 위헌성은 ‘국가공무원 임용 결격사유에 해당하여 공중보건의사 편입이 취소된 사람을 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하는 것’ 자체에 있는 것이 아니라 현역병 입영 또는 공익근무요원 소집에 있어 ‘불평등하게도 기왕의 복무기간을 현역병이나 공익근무요원의 의무복무기간에 전혀 반영하지 않는 것’에 있다는 점에 있었다. 헌법재판소는 이 사건에서 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 현역병 입영처분이나 공익근무요원 소집 처분의 근거조항마저 사라진다는 점을 우려하였다.

그래서 헌법재판소는 이 사건 현행법조항을 잠정적으로 계속적용하도록 하였던 반면에, 이 사건 구법조항마저도 계속적용을 명할 경우에는 당해사건에 영향을 미칠 것이므로 당해사건과 관련해서는 적용중지를 명할 수밖에 없음을 밝힌다.

하지만, 이 사건 결정은 제도는 합헌이지만 구체적 내용에 위헌성이 있는

512) 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 판례집 22-2상, 74.

경우에 해당한다. 그렇기 때문에 구체적 내용에 위헌성이 있는 부분으로 한정해서 적용중지 불합치로 결정하였다면, 문제를 수월하게 해결하였을 것이다. 그리고 이 사건 결정의 당해사건은 이 사건 구법조항의 적용을 둘러싸고 다투어진 것으로 개선입법에 따라 처리하면 되었을 것이라는 점에서 문제되지 않을 것이지만, 이 사건 현행법조항의 계속적용을 받아야 하는 ‘기왕의 복무기간을 의무복무기간에 반영받지 못한’ 현역병이나 공익근무요원이 당해사건의 소송당사자와 같은 다툼을 반복해야 하는 문제를 야기시킨다. 이는 형평에도 어긋나는 것이다.

요컨대, 이 사건에서는 구체적인 내용에 위헌성이 있는 부분으로 한정해서 구법이나 신법 모두에 대해 적용중지 불합치결정을 하였으면 말끔하였을 것이다.

#### (4) 구 소득세법 제89조 제3호 등 위헌소원

헌법재판소는 2011. 11. 24. 구 소득세법 제89조 제3호 등 위헌소원사건<sup>513)</sup>에서 헌법불합치결정을 하면서 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택에 대하여 양도소득세 중과세를 규정하고 있는 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부를 심판함과 아울러 심판대상을 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호로 확장하였고, 이 사건 법률조항인 구법조항에 대해서는 적용중지를, 신법조항에 대해서는 계속적용을 각각 명하였다.

이 사건 법률조항의 위헌성은 이 사건 법률조항이 혼인으로 인하여 새로이 1세대를 이루게 되어 비로소 1세대 3주택 이상 보유자가 된 자로 하여금 혼인의 날로부터 적절한 기간 내에 보유 주택수를 줄일 수 있도록 하고 그 경과규정 내에 주택을 양도하는 경우에는 혼인 전의 주택수에 따라 양도소득세를 정하는 등의 조정조항을 두지 않은 것에 있다는 점이다. 하지만, 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 양도소득세 중과세에 위헌성이 있는 것은 아니라는 점이다.

결국 이 사건도 앞서 언급한 병역법 제35조 제2항 등 위헌제정사건에서의 헌법불합치결정과 동일한 맥락에서의 지적이 가능하다. 요컨대, 이 사건 역시 구체적인 내용에 위헌성이 있는 부분으로 한정해서 구법이나 신법 모두에 대해

513) 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222.

적용중지 불합치결정을 하였으면 말끔하였을 것이다.

## 나. 검토

이상에서는 구법조항과 신법조항을 한꺼번에 심판대상으로 삼아 구법조항은 적용중지를, 신법조항은 계속적용을 법적 효과로 하는 헌법불합치결정을 선고하는 사례에 관해 개별적으로 살펴보았다. 이와 같이 법적 효과를 달리하는 결정주문을 채택하게 된 이유는 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지 발생한 법적 혼란을 해소하기 위해 불합치법률을 개선입법으로 대체시키는 한편, 다른 한편으로는 불합치법률이 규율하던 영역에서 발생할 법적 공백상태를 해소하기 위해 불합치법률의 잠정적인 계속적용이 명한 것으로 이해된다.

하지만, 여기에는 증대한 함정 내지 흠이 있다. 불합치결정시점부터 개선입법시점까지 법적공백상태의 해소필요성을 인정하긴 하지만, 여기서 신법에 대한 계속적용은 궁극에는 개선입법에 의한 소급적용으로 대체될 수밖에 없고, 그를 통해서 소송당사자들에게 권리구제의 기회가 제공될 수밖에 없을 것이다.<sup>514)</sup> 즉, 이는 적용중지로 귀결되는 것이고, 이를 용인하지 않으면 형평의 문제를 불러일으킬 것이다.

구체적인 해결책을 제시하면, 태아의 성별고지사건은 단순위헌결정을, 제한상영가 영화등급사건은 계속적용 불합치결정을, 그리고 공중보건의사의 현역병 입영 사건과 1가구 3주택 이상 양도소득세 중과세 사건은 각각 구체적인 내용에 위헌성이 있는 경우에 해당하여 그 부분에 대해서만 각각 적용중지 불합치결정을 선고하였음이 타당하였을 것이다.

## 제6절 입법시한도과에 따른 효력상실과 그에 대한 기속력 인정여부 검토

514) 이에 관해서는 남복현, 앞의 책(주 240), 105-107면 참조.



# 1. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실에 관한 타당성 검토

## 1. 현황과 소재

### 가. 현황

헌법재판소는 헌법불합치결정을 하면서 개선입법의 시한을 설정하고 그 시한까지 개선입법이 이루어지지 않았을 경우 불합치법률의 효력상실을 명시하곤 한다. 결정주문에서 명시하는 경우도 있고 또 결정이유에서 언급하는 경우도 있다. 이는 적용중지 불합치결정이나 계속적용 불합치결정, 모두에서 나타나는 공통적인 현상이다.

헌법재판소가 2010년도 이후에 헌법불합치결정을 하면서 개선입법시한이 도과된 경우에는 그 다음 날 불합치법률의 효력이 상실됨을 밝힌 결정실제<sup>515)</sup>를 살펴보면, 총 21건이다.

먼저, 적용중지 불합치결정을 하면서 효력상실을 밝힌 경우는 3건으로, 2건을 결정주문에서,<sup>516)</sup> 나머지 1건은 결정이유에서<sup>517)</sup> 제시하였다. 나머지 18건은 모두 계속적용 불합치결정으로서 효력상실을 결정이유에서만 밝혔다.

다음, 헌법불합치결정의 원인별로 유형화를 해보면, 부진정 입법부작위에 해당하는 경우가 8건,<sup>518)</sup> 제도는 합헌이지만 구체적 내용의 규율에 위헌성이 있는 경우가 7건,<sup>519)</sup> 합헌부분과 위헌부분의 구획이 불분명한 경우가 3건,<sup>520)</sup>

515) 그 이전에 행해진 헌법불합치결정의 사례에 관한 분석으로는 남복현, 앞의 책(주 240), 176면 이하 참조.

516) 현재 2010. 7. 29. 2008헌가4, 판례집 22-2상, 1; 현재 2010. 9. 2. 2010헌마 418, 판례집 22-2상, 526.

517) 현재 2016. 12. 29. 2015헌마509등, 공보 243, 208.

518) 현재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473; 현재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494; 현재 2015. 5. 28. 2013헌마129, 판례집 27-1하, 251; 현재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370; 현재 2015. 9. 24. 2013헌마197, 판례집 27-2상, 636; 현재 2015. 12. 23. 2013헌바68등, 판례집 27-2하, 480; 현재 2016. 2. 25. 2015헌가15, 판례집 28-1상, 13; 현재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456.

519) 현재 2010. 7. 29. 2008헌가4, 판례집 22-2상, 1; 현재 2015. 10. 21. 2013헌마757, 판례집 27-2하, 102; 현재 2015. 11. 26. 2012헌마858, 판례집 27-2하, 306; 현재 2015. 12. 23. 2014헌바446 등, 공보 231, 139; 현재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2하, 511; 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 판례집 28-2상, 316; 현재 2016. 12. 29. 2015헌마509등, 공보 243, 208.

520) 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526; 현재 2014. 1. 28. 2012

그리고 기타에 해당하는 경우가 3건<sup>521)</sup>이었다.

그리고 헌법재판소는 2015. 4. 30. 민법 제844조 제2항<sup>522)</sup> 등 위헌확인사건<sup>523)</sup>에서 헌법불합치로 결정하면서 “입법자가 심판대상조항을 국민의 기본권을 보장하는 방향으로 개선할 때까지 일정 기간 이를 잠정적으로 적용할 필요가 있다. 그러므로 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다.”고 하면서 잠정적용을 명하였다.

이에 대해 반대의견<sup>524)</sup>은 “그 동안 입법시한이 정해진 헌법불합치결정에 대하여 상당수가 그 시한이 지나도록 개선입법이 이루어지지 않는 입법관행이 존재하고 있다. 이에 비추어 볼 때 다수의견이 잠정적용, 헌법불합치로 결정하면서 입법시한을 두지 않는 것은 자(子)에 대한 법적 보호의 공백상태를 우려한 교육지책으로 볼 수는 있지만, 이는 정상적인 헌법불합치 결정 방식이 아니다. 또한 그 개선입법까지 얼마나 많은 시간이 소요될지 알 수 없어 다수의견이 지적하는 위헌성은 언제 해결될지 전망하기 어렵다. 다수의견은 자식에 대한 권리 구제를 원하는 청구인에 대하여 권리를 전혀 구제해주지 못하면서 결과적으로 심판대상조항에 대하여 상당한 기간 동안 잠정 합헌을 선언하는 것과 다름없다.”고 하였다. 반대의견은 이 사건 결정에서 개선입법시한의 도과시 불합치법률의 효력상실을 규율하였을 경우 법적 공백상태가 발생할 수 있다는 점에서 구체적인 개선입법시한과 도과시 불합치법률의 효력상실을 각각 규율하지 아니한 취지는 이해할 수 있지만, 입법자가 개선입법시한을 준수하지 않은 입법관행이 다수 존재한다는 점과 개선입법을 통한 신속한 위헌성해결을 전망하기 어렵다는 점을 문제점으로 지적한다. 이와 같이 규율하는 것은 헌법불합치결정의 정상적인 선고방식에 해당하지 아니함을 지적함과 아울러 사실상 잠정합헌을 선언한 것과 다르지

---

헌마409등, 판례집 26-1상, 136; 헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391.

521) 헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320; 헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256 등, 판례집 26-2상, 173; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바182, 판례집 28-2하, 391.

522) 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제844조(부의 친생자의 추정) ② 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다.

523) 헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107, 116.

524) 헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623에서 재판관 이진성, 김창중, 안창호의 반대의견, 판례집 27-1하, 107, 119.

않다고 한다.

이러한 반응에서 헌법재판소는 불합치법률의 효력상실을 결정주문이나 결정이유에서 명시하는 이유는 입법자에게 입법시한의 준수를 강제하고자 함에 있으며 불합치법률의 효력상실이라는 자세가 헌법불합치결정에 있어 정상적인 선고방식에 해당함을 강조한 것으로 이해된다.

## 나. 논의의 소재

필자는 기본적으로 헌법불합치결정을 함에 있어 그것이 적용중지 불합치결정이든 계속적용 불합치결정이든 간에, 개선입법의 시한이 도과되었다고 해서 불합치법률의 효력을 상실시켜야 하는 것은 아니라고 본다. 하지만, 헌법재판소는 결정이유에서만이 아닌 결정주문에서도 개선입법의 시한이 도과되었을 경우 불합치법률의 효력상실을 명시적으로 표시하고 있는 실정이다. 이를 둘러싸고 다양하게 의문을 제기하지 않을 수 없다.

가장 근원적인 것이 입법시한이 도과되었다고 해서 불합치법률의 효력이 상실되는 것으로 봄이 타당한 것인가 하는 점이다. 또 헌법재판소가 그리 규율함이 바람직하고 또 적절한 것인가. 그리 규율하지 않았을 경우에는 어떠한 문제점이 나타나는가. 그리고 궁극에는 이를 결정주문으로 규율한 경우와 결정이유에서 규율한 경우 각각 규범적 힘으로서의 기속력을 인정할 것인가의 문제가 제기된다.

개선입법시한도과시 불합치법률의 효력상실문제는 헌법불합치결정에 있어 법적용자에 대해 적용중지나 계속적용 중 어떠한 법적 효과를 지향하건 간에 현재법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에서 이루어진 헌법불합치결정과 관련한 경우에는 크게 문제되지 않는다. 왜냐하면, 법적용자와 관련해서 현실적으로 문제된, 즉 구체적 법률관계를 형성해서 구체적인 법적 분쟁이 제기된 사례는 거의 드물 것이기 때문이다.

개선입법시한도과시 불합치법률의 효력상실문제는 개선입법시한이 도과되었음에도 입법자가 전혀 개선입법을 하지 않고 방치하였을 경우가 오히려 논의하기에 수월하다. 왜냐하면, 그 시한 내에 개선입법을 할 것임을 전제로 이론구성을 하였지만, 하지 않아 그 시한이 도과되었고 그로 인해 불합치법률의 효력이 상실되면, 그 자체로써 이론을 구축할 수 있을 것이기 때문이다. 이보다 더 문제가 되는 경우가 개선입법시한이 도과된 다음에 입법자가 개선입법을

하였을 경우이다. 전자와 후자는 입법자가 개선입법의 시한 내에 개선입법을 하지 않았고, 그로 인해 불합치법률의 효력이 상실되었다는 공통점을 지닌다. 후자는 전자와는 달리 불합치법률의 효력이 상실된 다음에서야 입법자가 개선입법을 하였다는 것인데, 이 경우 그 개선입법의 효력을 어디까지 미치게 할 것이며, 또 개선입법이 시한 내에 이루어지지 않음으로써 불합치법률의 효력을 상실시키면서 만들어 놓은 법적 상태를 어떻게 재정리를 해야 할 것인가가 추가적으로 제기되기 때문이다.

요컨대, 개선입법시한도과시 불합치법률의 효력상실문제는 전지적 관점에서 논의를 전개할 사안이 아니다. 그보다는 시계열적으로 차분히 따져가면서 법적용자인 행정청이나 법원이 겪어야만 할 혼란과 혼돈을 살펴봐야 한다. 입법자에 대한 기속력을 확보하기 위해, 즉 개선입법의무를 설정된 시한 내에 또는 신속하게 구현하도록 실효성을 확보하기 위한 수단으로 활용하고자 함은 납득할 수 있다. 하지만 실제로 그런 성과를 얻어내고 있으며 부작용은 없는지 분석해야 한다. 그 외에도 개선입법의 시한이 도과된 경우 불합치법률의 효력상실 역시 불합치결정의 본질로 볼 수 있으며, 또한 기속력도 인정할 수 있는 것인지도 논의되어야 한다.

## 2. 불합치법률의 효력상실을 규율한 목적

헌법재판소가 입법시한이 도과된 다음날에 불합치법률의 효력이 상실됨을 결정주문으로 명시하는 경우가 적지 않음을 본다. 이처럼 개선입법의 시한도과시 불합치법률의 효력상실을 규율하고자 하는 이유를 살펴본다. 헌법재판소가 구태여 헌법불합치결정을 선고한 까닭은 위헌결정을 회피하고자 한 것이긴 하지만, 입법자가 설정된 개선입법시한 내에 입법을 하지 않았을 경우에는 불합치법률의 효력을 상실시킴으로써, 즉 위헌결정과 동일한 법적 효과를 제시함으로써 입법자에게 개선입법의무 이행을 강제하려는 의도로 읽혀진다. 앞서 살펴본 민법 제844조 제2항 등 위헌확인사건에서의 반대의견<sup>525)</sup>은 그런 점을 명료하게 보여주고 있다. 즉, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하였지만 입법자가 신속하게 개선입법을 하지 아니하는 입법관행이 다수 존재하고 또 이를 방지할 경우 신속한 위헌성해결도 기대하기

525) 헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623에서 재판관 이진성, 김창중, 안창호의 반대의견, 판례집 27-1하, 107, 119.

어렵다는 점에서 입법시한도과시 불합치법률의 효력상실을 결정주문이나 이유에서 명시해야 함을 밝힌 것으로 이해된다.

위와 같은 이유 이외에 불합치법률의 효력을 상실시켜야 할 다른 까닭을 찾을 수 없다. 입법자는 개선입법시한을 준수하지 않았다 해서 정치적인 비난을 받을 뿐이지, 효력상실된 불합치법률의 적용문제에 있어서는 아무런 부담도 지지 않는다는 점에 주목하여야 한다. 게다가, 불합치법률의 효력상실은 헌법불합치결정의 선고사유에 해당하는 법적 공백상태의 발생방지나 법적 혼란 회피와는 전혀 조화를 이루지 못한다.

### 3. '입법시한도과에 따른 불합치법률의 효력상실'의 문제점과 부작용

#### 가. 문제점

입법시한이 도과하였을 경우 불합치법률의 효력이 상실한다고 결정한 구체적 사례에서 나타난 문제점을 지적한다.

계속적용 불합치결정의 경우를 살펴본다. 예컨대, 군인연금법 제23조 제1항 위헌소원사건<sup>526)</sup>에서는 부진정 입법부작위부분의 위헌여부가 핵심쟁점으로 다루어졌지만, 심판대상은 군인연금법 제23조 제1항이었다. 그런데 이 결정의 주문 제2항에서는 “위 법률조항은 2011. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”고 하였지만, 결정이유에서는 “입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 해야 할 의무가 있다 할 것이고, 늦어도 2011. 6. 30.까지 개선입법을 이행하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 법률조항은 2011. 7. 1.부터 그 효력을 상실하게 된다.”고 하였다.

여기서 입법자가 개선입법을 하여야 할 사항은 “공무상 질병 또는 부상으로 ‘퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인’에 대해서 상이연금 지급에 관한 규정을 두지 아니한 것”에 대한 것이지 ‘폐질상태의 확정이 퇴직 이전에 이루어진 군인’에 관한 부분은 아무런 관련성이 없다. 그럼에도 불구하고 입법자가 개선입법을 하지 않았다고 해서 군인연금법 제23조 제1항의 효력을 상실시킨다 함은 개선입법의 대상인 부진정 입법부작위부분은 그대로 방치하면서 실제로는 다툼의 대상이 되지 아니한 사항에 대해 효력상실을 결부시킨 것이다. 이는

<sup>526)</sup> 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473.

‘개선입법시한 도과시 불합치법률의 효력상실’이 얼마나 무의미하고 부적절한 모습을 지니고 있는지 적나라하게 보여주는 것이다.

이런 문제점은 부진정 입법부작위로 인한 경우 이외에도 제도 자체는 합헌이지만 구체적인 규율내용에 위헌성이 있는 경우와 합헌부분과 위헌부분의 규율영역이 명확하지 아니한 경우에도 공통적으로 나타난다.

## 나. 부작용과 구조적 모순

먼저, ‘입법시한도과에 따른 불합치법률의 효력상실’이 관찰됨에 따라 나타나는 부작용을 제시한다.<sup>527)</sup> 그로 인한 부작용은 법적용자, 특히 법원이나 일반국민과의 관계에서 뚜렷하게 드러난다. 첫째, 법치국가원리에서 파생되는 예측가능성이 침해된다는 점이다. 불합치법률의 효력상실을 폭넓게 허용하게 되면, 입법자가 개선입법을 적시에 할 것인지를 의식하면서 법을 적용해야 하는 불합리가 발생하게 된다. 둘째, 입법시한 내에 개선입법이 이루어지는 여부에 따라 법원은 구체적인 사건의 처리를 달리 해야 한다는 점이다.

다음, ‘입법시한도과에 따른 불합치법률의 효력상실’이라는 논리가 지닌 구조적 모순점이다.<sup>528)</sup> 첫째, 불합치법률의 효력상실로 인해 입법자가 저야 할 부담은 없고, 오히려 법적용자인 법원이나 행정청에게 그 부담을 전가하였다는 점이다. 헌법불합치결정은 기본적으로 단순위헌결정으로 초래될 법적 혼란이나 법적 공백상태를 방지할 목적으로 행해지는 것이다. 그런데, 불합치법률의 효력을 상실시키게 되면, 그와 같은 상황발생의 우려가 극복된 것인가 하는 점이다. 이에 대한 답변은 몇 가지로 나타날 수 있다. 그 하나는 헌법재판소가 단순위헌결정을 해도 전혀 문제되지 않을 사안에 대해 불필요하게 헌법불합치결정을 한 것이라는 점이다. 그 둘은 결정 당시에는 그러한 혼란이 예측되어 이를 방지하고자 불합치로 결정하였으나 막상 시간이 지나고 보니 그렇지 않았다는 것이다. 여기서 후자는 결과론적인 상황인식이다. 그렇기 때문에 적절치 않다. 그 셋은 헌법불합치결정이 선고되자 입법자는 제대로 개선입법의무를 이행하려는 노력을 기울이지 아니하였으나 법적용자나 이해관계를 지닌 국민들이 미리 제 자리에 위치하는 경우도 있을 수 있을 것이다. 그러나 이 경우도 그런 정도라면, 입법자가 개선입법의무를 당연히

527) 이에 관한 상세한 내용은 남북현, 앞의 책(주 240), 226-228면 참조.

528) 이에 관한 상세한 내용은 남북현, 앞의 책(주 240), 228-233면 참조.

적시에 이행하였을 것이다.

요컨대, 위의 논리는 입법자에게 신속한 개선입법의무 이행을 관철하려는 의도로 읽혀진다 하지만, 그로 인해 법적용자인 법원과 행정청이 지불해야 할 비용이 너무 크다는 점이다.

## II. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 운명

개선입법시한이 도과되었음에도 입법자가 개선입법을 전혀 하지 않았을 경우 그 시한의 도과시점에 적용중지 내지 계속적용된 불합치법률의 운명은 어떻게 되는가가 문제된다. 이에 관해 앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 개선입법의 시한이 도과된 다음날 불합치법률의 효력이 상실됨을 결정주문이나 결정이유에서 밝히고 있다.

여기서는 불합치법률의 운명이란 차원에서 넓게 논의를 전개한다.

### 1. 불합치법률의 효력유지설

먼저, 개선입법시한이 도과되었다 하더라도 그로 인해 불합치법률의 효력이 상실되는 것은 아니라는 입장이다. 이 입장은 헌법재판소가 불합치법률의 효력상실을 결정주문이나 결정이유에서 적극적으로 제시하는 것이 오히려 적절치 않은 태도로 본다.

입법시한이 도과되었더라도 해당 법률 규정들은 적용중지 또는 계속적용 상태에 놓여 있을 뿐이고, 입법자는 신속한 개선입법의무를 부담할 뿐이다. 이와 같이 보아야 사건처리 과정에서 발생하는 후속 조치에 대한 논란이나 법적 혼란을 최소화할 수 있다. 예컨대, 계속적용 불합치결정의 경우 개선입법시한 도과로 효력이 상실된다고 보게 되면 법적공백 상태가 해소되는 것이 아니라 오히려 심화될 것이므로 입법시한 도과로 효력이 상실된다고 보는 것은 불합치결정의 선고사유와 부합하지 않는다. 기한설정의 원래 취지는 해당 규정에 대한 효력 여부를 판단하기 위한 것이 아니라 입법자에게 개선입법의무를 성실히 수행하도록 하기 위한 것이다.<sup>529)</sup>

### 2. 불합치법률의 효력상실설

529) 남북현, 앞의 책(주 240), 234면.

다음, 개선입법시한이 도과하면 그로 인해 그 시점에 불합치법률의 효력이 상실된다고 하는 바, 결정주문이나 이유에서 밝힌 바에 효력상실 여부가 좌우된다는 견해가 있는가 하면, 효력상실의 효과가 구체적으로 어떻게 나타나는지에 관해서도 다양한 견해가 있다.

### 가. 헌법재판소가 정한 바에 따라야 한다는 입장

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 결정주문에서 입법의무불이행의 효과를 명시하고 있으면 입법시한 도과로 불합치법률의 효력은 상실되지만, 그렇지 않은 경우에는 입법시한 도과와 해당 법률의 효력상실 문제를 개별적·구체적으로 살펴봐야 한다는 입장이다.<sup>530)</sup> 헌법재판소가 결정주문에서 시한도과의 효과에 관해 규율하지 않은 경우에는 경과규율헌법불합치결정<sup>531)</sup>의 전제가 되는 위헌상태가 단순위헌결정의 상태였는가, 단순헌법불합치결정<sup>532)</sup>의 상태였는가를 기준으로 그 효력을 판단해야 한다고 본다.<sup>533)</sup> 단순위헌결정에 부과된 경과규율헌법불합치결정은 원래 위헌선언된 대상법률에 대해 잠정적용을 명한 것이므로 이때의 계속적용기간은 법적 혼란의 해소기간으로 보아야 하고, 이 경우 계속적용기간의 도과는 단순위헌결정으로서의 효력을 발생시키게 되나, 단순헌법불합치결정에 부과된 경과규율헌법불합치결정의 경우에는 계속적용기간의 도과가 대상법률의 효력을 상실시킨다고 보기는 어렵고, 입법개선에 대한 입법부작위가 지속된다고 볼 수밖에 없다고 한다.

경과규율헌법불합치결정이 단순위헌결정에 부과된 것인지, 단순헌법불합치결정에 부과된 것인지에 따라 불합치 선언된 법률의 효력 상실 여부를 판단하는 것은 해당 법률의 내용에 따라 입법시한 도과의 효과를 달리

530) 황도수, 앞의 논문(주 398), 273면.

531) 여기서 경과규율헌법불합치결정이라 함은 법적공백을 통하여 대상법률의 위헌성 자체는 해결할 수 있으나, 법적공백이 초래하는 사회적, 국가적 혼란 또는 당사자에게 발생하는 피해가 너무 커서 법적공백을 그대로 둘 수 없는 경우에 하는 헌법 불합치결정이라고 한다.

532) 여기서 단순헌법불합치결정이라 함은 법적공백 부분을 일정한 내용을 채워 넣어야만 비로소 합헌성을 회복할 수 있는 경우에는 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 할 수 있다고 보는데(대표적으로 규범이 평등원칙에 위반되는 경우), 이때의 헌법 불합치결정을 그리 칭한다.

533) 결국 그는 적용중지 불합치결정 중 평등원칙위반으로 인한 경우만을 단순헌법불합치결정으로 보고, 그 이외의 헌법불합치결정을 경과규율헌법불합치결정으로 보는 듯하다.



보게 되어 법률관계를 일의적으로 확정할 수 없다는 단점이 있고, 그 효력이 헌법재판소 주문에 의해서가 아니라 해당 규정의 내용에 의해 좌우된다는 점에서 동의하기 어렵다.<sup>534)</sup>

#### 나. 단순위헌결정과 동일한 효과가 나타난다는 입장

헌법재판소가 개선입법시한을 부과하였음에도 입법자가 그 시한 내에 개선입법을 하지 않고 도과시켰을 경우 불합치법률의 효력은 상실되는 바, 아무런 개선입법 조치 없이 입법시한이 도과되는 경우 이를 단순위헌결정이 내려진 것과 동일하게 보는 견해<sup>535)</sup>이다. 이 입장에 따르면, 입법자가 그 입법시한까지 개선입법을 하지 않는 경우 불합치법률에 단순위헌결정이 내려진 것과 동일한 효과가 발생하므로 개선입법 도과시점에 위헌결정에 따른 해당 법률의 효력이 상실되는 효과가 나타난다는 것이다. 이때 효력상실시점이 불합치결정시점으로 소급하는지, 아니면 개선입법 도과시점에 발생하는지에 관해서는 후술한다.

입법시한 도과로 단순위헌결정을 한 것과 동일한 효과가 나타난다고 보는 견해에 의하면, 불합치 법률의 효력은 상실되고, 이에 따라 해당 사안들은 단순위헌결정의 소급효 문제로 처리될 것이지만, 이는 불합치결정의 본질을 왜곡하는 것이라고 비판한다.<sup>536)</sup>

#### 다. 도과시점에 법률폐지의 효과가 나타난다는 입장

헌법재판소가 개선입법시한을 부과하였음에도 입법자가 그 시한 내에 개선입법을 하지 않고 도과시켰을 경우 불합치법률의 효력은 상실되는 바, 입법시한의 도과는 단순위헌결정의 효과가 아니라 불합치법률을 폐지하는 효과를 발생시킨다는 것이다.<sup>537)</sup>

이 견해는 헌법불합치결정으로 해당 법률의 운명이 입법자에게 넘어간 이상, 그 법률의 운명은 입법개선 의무를 부여받은 입법자의 적극적 혹은

534) 동지: 지성수, 앞의 논문(주 334), 294면.

535) 이상훈, 앞의 논문(주 423), 87-88면; 최환, “헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력”, 판례연구 제23집, 부산 판례연구회, 2012, 592면.

536) 지성수, 앞의 논문(주 334), 298면.

537) 지성수, 앞의 논문(주 334), 298면.

소극적 조치들에 의해 결정된다고 보아야 한다는 것이다. 즉, 입법시한의 설정은 입법자가 개선입법을 하여야 할 최대한의 유예기간이므로 그 기간 안에 입법자가 개선입법을 하지 않았다면 헌법불합치결정으로 발생하게 된 임시적인 상황은 종료된다는 것이다. 게다가 입법시한이 초과하였음에도 불구하고 실제 개선입법이 이루어질 때까지 불합치 선언된 법률의 효력을 무한정 연장시키는 것은 헌법불합치결정을 한 취지에 반한다는 것이다.

입법자가 아무런 입법조치도 없이 입법시한을 초과시킨 것 그 자체도 입법자의 소극적 입법행위로 보아야 하고, 그에 의해 해당 법률의 효력이 좌우된다는 것이다. 이는 입법자에게 개선입법 의무가 주어지더라도 입법자는 개정 대신 해당 법률을 폐기하는 방법도 얼마든지 선택할 수 있기 때문에 그렇다는 것이다

그러나 개선입법의 시한이 초과함으로써 발생하게 되는 불합치법률의 효력상실을 법률의 폐지와 동일한 것으로 이해하게 될 경우 중대한 문제점을 내포하게 된다. 즉, 불합치법률은 그 초과시점에, 즉 효력상실시점에 폐지된 것이 됨으로써 행위시법으로 작용하게 된다. 그렇게 될 경우 그 상실시점 이후에도 그대로 적용되어야 한다는 논리가 성립하게 된다. 이는 행위시법의 원칙에 근거한 것이다. 이러한 모습은 불합치법률의 효력상실이라는 의도가 무엇인지 이해할 수 없게 한다.

## 라. 효력상실은 입법자에게만 나타난다는 입장

헌법재판소가 개선입법시한을 설정하면서 헌법불합치결정을 하였으나, 입법자가 그 시한 내에 개선입법을 하지 않으면 그 초과시점에 불합치법률의 효력이 상실되지만, 효력상실은 입법자에게만 나타나고 법관에게는 법적 공백상태를 보충해야 하는 법형성의 기회를 주는 것이라는 입장이다.<sup>538)</sup>

이 견해에 따르면, 입법시한도과로 인한 불합치법률의 효력상실은 법의 공백으로 볼 수 있고, 그 공백을 법관이 법형성을 통해 메꿀 수 있다는 것이다. 여기서 효력상실은 입법자와의 관계만으로 해명되어야 하고, 법 적용자에게는, 특히 법원에게는 사안해결의 권한이 맡겨져 있긴 하지만, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 한 취지에 맞춰서 행사하여야 한다는 것이다.

그런데, 행정정도 그런 문제에 마주치게 될 터인데, 이를 어떻게 해결해야

538) 허완중, 앞의 논문(주 367), 342면.

하는가의 과제가 등장하게 된다. 어차피 법원이 중국적인 법해석적용기관으로서 법형성을 통해 해결할 수는 있을 것으로 보여진다. 하지만, 행정청에서 다양한 형태로 적용됨으로써 나타나는 혼란을 해소할 수 있으며, 법적용의무가 기본적인 전제가 되어 있는 행정청에게 형성의 여지를 맡김으로써 불합치결정의 취지를 살릴 수 있을 것인지는 의문이다.

게다가 나중에 개선입법이 이루어지게 되면 개선입법된 내용이 법형성된 내용과 다르게 되었을 경우 적용상 선후의 문제를 야기시킬 것이다.

### 3. 불합치법률의 효력상실설에 대한 비판

개선입법의 시한이 도과하면 불합치법률이 효력상실이 된다는 견해는 몇 가지 점에서 비판되지 않을 수 없다.

첫째, 불합치법률의 효력상실 여부를 입법자가 입법시한을 준수하였는지의 여부에 연관지우는 것은 논리적으로 합리성을 결여한 것이다. 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고한 목적은 법적 공백상태의 발생방지와 법적 혼란의 초래방지라 할 것이지, 입법자가 시한에 맞춰 개선입법을 할 것인지와는 무관하다. 물론 입법자가 설정된 시한 내에 개선입법을 하게 함으로써 헌법재판소가 행한 헌법불합치결정의 취지를 존중하고 신속하게 법적인 안정을 가져오게 해야 한다는 점도 아주 중요하고 또 이를 관철하려는 의지의 표현으로 이해할 수 있다. 그러나 오히려 그보다는 헌법불합치결정을 하지 않을 수 없는 사유가 소멸되었는지와 결부시켜야 함이 적절할 것이다. 이는 근본적으로 헌법불합치결정이 아닌 단순위헌결정이 적절하였던 것을 위헌결정을 의도적으로 회피한 것으로 밖에 이해되지 아니한다. 입법시한의 도과로 인해 불합치법률의 효력상실이 이루어짐을 주장하고 용인되기 위해서는 적용중지 불합치결정이든 계속적용 불합치결정이든 그러한 결정을 선고하게 된 사유가 모두 해소되어야만 타당할 것이다.

둘째, 불합치법률의 효력상실은 사후적으로 법적용자에게 불필요한 부담을 부과한다. 시계열적으로 보면, 적용중지 불합치결정의 경우 불합치결정이 선고됨으로써 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법을 기다렸지만, 개선입법이 이루어지지 아니함으로써 그 시점에 불합치법률의 효력이 상실됨에 따라 적용을 배제하는 절차를 진행해야 하고 그 이후 나중에 개선입법이 되었을 경우 이를 또다시 반영해야 하는 상황을 초래하게 된다. 계속적용 불합치결정의

경우 불합치결정이 선고됨으로써 불합치법률을 잠정적으로 계속적용하였지만 개선입법이 이루어지지 아니함으로써 불합치법률의 적용을 배제해야 하고 그 후 나중에 개선입법이 이루어졌을 경우 이를 반영해야 하는 문제가 나타나게 된다. 이는 달리 말하면 헌법재판소가 처음부터 단순위헌결정이 가능하였음에도, 위헌결정을 선고함으로 인해 발생하게 될 각종 부담<sup>539)</sup>을 모면하고자 구태여 채택하지 않아도 될 헌법불합치결정을 한 것이라는 비판에서 자유로울 수 없다고 본다.

셋째, 계속적용 불합치결정 중 부진정 입법부작위의 경우와 제도는 합헌이지만 구체적인 내용의 규율에 위헌성이 있는 경우에 있어 중대한 모순점을 드러낸다. 즉, 개선입법의 시한이 도과됨으로써 효력상실이 되는 것은 부진정 입법부작위의 경우와 제도는 합헌이지만 구체적인 내용의 규율에 위헌성이 있는 경우가 아니고 불완전한 법률조항 자체와 합헌인 제도를 규율하는 법률조항 자체라는 점이다. 헌법재판소가 판단대상으로 포함시키지도 아니한 조항을 입법자에게 개선입법을 관철하기 위해 효력상실을 시키는 것은 헌법재판권의 남용 내지 횡포라 하지 않을 수 없다.

생각건대, 개선입법의 시한도과시 불합치법률의 효력상실을 주장하고자 할 때, 그 효력상실의 효과는 법률의 위헌결과와 동일한 효과가 나오는 것으로 봄이 그나마 혼란을 줄일 것으로 보인다. 그리고 불합치법률의 효력상실시점은 불합치결정시점으로 소급해서 위헌결정된 것으로 봄이 그나마 합리적일 것으로 본다.

하지만, 필자는 입법시한 도과시 불합치법률의 효력상실이라는 논리는 전혀 부적절하다고 봄에 변함이 없다

### Ⅲ. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실시점

개선입법의 시한도과에 따라 불합치법률의 효력이 상실된다고 하는바, 구체적으로 그 효력의 상실시기가 논의된다. 이에 관해서는 대체로 세 가지 입장으로 파악된다.

먼저, 헌법재판소는 결정주문이나 이유에서 개선입법의 시한이 도과된

539) 헌법불합치결정의 사유로서 법적 공백상태나 법적 혼란을 말하지만, 실제로는 결정이 지닐 파급효과나 후유증에 대한 확신의 결여 등이 오히려 적절하지 않을까 한다.

다음날 효력이 상실되는 것으로 결정하고 있음을 본다. 이러한 태도는 개선입법시한의 도과시점을 효력상실시기로 이해하는 것이다.

다음, 개선입법의 시한도과시점이 효력상실시점이긴 하지만, 그 법적 효과는 헌법불합치결정의 선고일로 소급한다는 것이다.

이어서, 입법시한이 도과하였을 때 불합치법률의 효력상실시점에 관해 계속적용 불합치결정의 경우 입법시한 도과시점에, 적용중지 불합치결정의 경우 불합치결정시점으로 소급하여 불합치법률은 각각 폐지되는 효과를 가진다는 것이다. 계속적용 불합치결정을 통한 임시적인 효력 유지 조치는 입법시한의 도래로 만료된다는 점에 그 근거를 둔다. 적용중지 불합치결정의 경우 입법시한의 도과시점으로 보게 되면 법적 공백이 생기고, 불합치결정시점으로 소급한다해도 적용중지가 되었기 때문에 문제되지 않는다고 한다.<sup>540)</sup>

이상에 관해 검토한다.

첫째, 불합치결정에 따른 입법시한도과시 불합치법률의 효력상실시점은 불합치결정의 경우 어떠한 법적 효과를 의도하던 간에 동일하게 파악함이 합리적일 것이다.

둘째, 입법시한이 도과된 경우 불합치법률의 효력상실시점을 서로 다르게 파악하려는 이유는 적용중지 불합치결정의 경우 개선입법시한까지의 적용중지로 제기된 문제상황을 해소하고자 한 취지로 읽혀지지만, 중대한 문제점을 내포하고 있다. 불합치결정시점에 폐지된 것으로 봄으로써 폐지된 행위시법은 불합치결정시점까지 형성된 법률관계에 입법시한 도과시에도 유효하게 적용되어야 한다고 볼 것이고, 게다가 결정시점부터 개선입법시한까지 형성될 법률관계에 대해서는 개선입법시한 이후의 경우와 동일하게 법적 규율이 없는 상황으로 파악되어야 할 것이다. 따라서 이상에 비추어 보면, 입법시한도과시에 불합치법률의 효력상실은 입법자에 의한 폐지와 동일한 효과를 가져온다는 견해를 수용하기는 어렵다고 본다.

## Ⅳ. 불합치법률 효력상실 이후의 개선입법에 따른 후속적인 과제

### 1. 문제의 소재

540) 지성수, 앞의 논문(주 334), 301-302면.

이상에서는 개선입법의 시한이 도과됨으로써 불합치법률의 효력이 상실된다는 견해와 그 견해가 지닌 효력상실의 의미를 살펴보고, 구체적인 효력상실의 시점을 둘러싼 논의에 대해서도 살펴보았다.

필자의 기본적인 입장은 개선입법의 시한이 도과되었다고 해서 불합치법률의 효력이 상실되는 것은 아니고, 입법자에게는 지속적으로 개선입법의무가 부과된 상태이라는 것과 법 적용자에게는 헌법재판소가 제시한 불합치법률의 적용방향에 따라야 한다는 것, 즉 법 적용절차를 중지하거나 잠정적으로 계속적용해야 한다는 것 등이다.<sup>541)</sup> 그리고 개선입법 시한의 도과로 인해 불합치법률의 효력이 상실되면, 그에 따라 법 적용자인 법원과 행정청은 구체적인 사안들을 처리했다가, 그 이후에 개선입법이 실제 이루어지게 되면 기존에 처리했던 사안들을 다시 처리해야 하는 점이 지닌 문제점 역시 이미 지적한 바와 같다.

실제로 효력상실 이후에 개선입법이 이루어져서 혼돈상태가 발생하게 된 경우도 있었다. 이에 관해 살펴본다.

## 2. 현재 2005헌바33결정과 현재 2010헌바354결정

### 가. 현재 2005헌바33결정과 개선입법시한의 도과

헌법재판소는 2007. 3. 29. 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 관해 헌법불합치로 결정하였다.<sup>542)</sup> 그러면서 이 법률조항은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다고 하였다. 이 사건에서 결정내용은 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것이 헌법에 합치되지 않는다는 것이었다.

그런데, 입법자인 국회는 개선입법시한인 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하지 않았고, 그에 따라 공무원연금공단은 2009. 1. 1.부터 위 법률조항의 효력이 상실된 것으로 보아 퇴직연금 전액을 지불하였다.

541) 물론 여기서 신속하게 개선입법의무를 이행하도록 하는 방안이 모색되어야 하고 이에 관해서는 이미 전술하였다. 제4장 제5절Ⅱ.4.다. 참조.

542) 현재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 221-224.

## 나. 2009. 12. 31. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 개정

입법자인 국회는 개선입법의 시한이 1년이나 도과한 2009. 12. 31.에서야 개선입법을 하였다. 그 내용은 공무원연금법 제64조 제1항 제1호는 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우라도 직무와 관련 없는 과실로 인한 경우 및 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 퇴직급여 등을 감액하지 아니한다는 것이었다.<sup>543)</sup> 그리고 부칙 제1항 단서는 제64조의 개정규정은 2009. 1. 1.부터 적용한다고 규정하였고, 제7조 제1항 단서에서는 위 제64조의 개정 규정을 2009. 1. 1. 전의 퇴직연금·조기퇴직연금수급자가 2009. 1. 1. 이후에 받는 퇴직연금·조기퇴직연금 및 2009. 1. 1. 이후에 지급의 사유가 발생한 퇴직급여 및 퇴직수당의 지급에 대하여도 적용한다는 규정을 두었다.<sup>544)</sup> 이로써 입법시한 도과 후 개선입법이 이루어지기까지의 공백 기간에도 개정 규정을 소급적용하도록 하였다.

## 다. 현재 2010헌바354결정<sup>545)</sup>

### (1) 사건의 개요

청구인은 공무원으로 재직하던 중 직권남용죄로 징역 6월에 집행유예 2년의 유죄판결을 선고받고 확정되어 당연퇴직하였다. 청구인은 퇴직 이후 2008. 12. 31.까지 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2009.

543) 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조(형벌 등에 따른 급여의 제한) ① 공무원이거나 공무원이었던 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 낸 기여금의 총액에 민법 제379조에 따른 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

1. 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우(직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 및 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 제외한다)

544) 부칙 <법률 제9905호, 2009.12.31.> 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날이 속하는 달의 다음달 1일부터 시행한다. 다만, 제64조의 개정규정은 2009년 1월 1일부터 적용한다.

제7조(급여지급에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전에 지급사유가 발생한 급여의 지급은 종전의 규정에 따른다. 다만, 제47조제2항의 개정규정은 이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 적용하고, 제64조의 개정규정은 2009년 1월 1일 전의 퇴직연금·조기퇴직연금수급자가 2009년 1월 1일 이후에 받는 퇴직연금·조기퇴직연금 및 2009년 1월 1일 이후에 지급의 사유가 발생한 퇴직급여 및 퇴직수당의 지급에 대하여도 적용한다.

545) 현재 2013. 8. 29. 2010헌바354 등, 판례집 25-2상, 382

12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호(다음부터 ‘구법조항’이라 한다)에 따라 퇴직연금을 감액하여 지급받아 오던 중 2007. 3. 29. 헌법재판소가 구법조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33 결정) 2008. 12. 31.까지 입법개선을 촉구하였으나 법이 개정되지 아니하였고, 그에 따라 2009. 1. 1.부터 구법조항의 효력이 상실되었다. 공무원연금공단은 구법조항의 효력이 상실됨에 따라 2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31.까지 청구인에게 퇴직연금 전액을 지급하였다. 이때 개선입법에 따라 퇴직연금의 일부가 환수될 수 있음도 아울러 통지하였다.

한편, 공무원연금법은 2009. 12. 31. 개정되었는데, 공무원연금법 제64조 제1항 제1호는 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우라도 직무와 관련 없는 과실로 인한 경우 및 소속 장관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 퇴직급여 등을 감액하지 아니하도록 개정되었고, 부칙 제1조 및 제7조에서 공무원연금법 제64조의 개정규정은 2009. 1. 1.부터 적용하도록 규정되었다.

공무원연금공단은 2010. 1. 20. 청구인에게 2010년 1월부터 퇴직연금을 다시 감액하여 지급하고, 이미 지급한 2009년분 퇴직연금액 중 2분의 1 상당액을 환수하는 내용의 처분을 하였다. 이에 청구인은 위 감액처분 및 환수처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(서울행정법원 2010구합17953), 그 소송 계속 중 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 및 부칙 제1조와 제7조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2010. 7. 16. 기각되자, 2010. 8. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## (2) 심판대상과 결정주문

이 사건 심판대상은 ① 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조 제1항 제1호(다음부터 ‘이 사건 감액조항’이라 한다), ② 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제1조 단서 및 제7조 제1항 단서 후단(다음부터 이를 합하여 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)의 위헌 여부이다.

이 사건에서 헌법재판소는 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제1조 단서, 제7조 제1항 단서 후단을 위헌으로, 같은 법 제64조 제1항 제1호를 합헌으로 각각 결정하였다.



### (3) 결정요지<sup>546)</sup>

#### (가) 이 사건 감액조항이 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부

헌법재판소는 2007. 3. 29. 2005헌바33 사건에서 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호가 공무원의 '신분이나 직무상 의무'와 관련이 없는 범죄에 대해서도 퇴직급여의 감액사유로 삼는 것이 퇴직공무원들의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법불합치결정을 하였고, 이 사건 감액조항은 그에 따른 개선입법이다. 공무원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 공무원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반한 것으로 볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액사유에서 제외하지 아니하더라도 위 헌법불합치결정의 취지에 반한다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 감액조항은 위 헌법불합치결정의 기속력에 저촉된다고 할 수 없다.

#### (나) 이 사건 부칙조항이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부

##### ① 법정의견

이 사건 부칙조항은 이미 이행기가 도래하여 청구인들이 퇴직연금을 모두 수령한 부분까지 사후적으로 소급하여 적용되는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 의하여 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 소급입법에 해당한다.

헌법재판소의 위 헌법불합치결정에 따라 개선입법이 이루어질 것이 미리 예정되어 있기는 하였으나 그 결정이 내려진 2007. 3. 29.부터 잠정적용시한인 2008. 12. 31.까지 상당한 시간적 여유가 있었는데도 국회에서 개선입법이 이루어지지 아니하였다. 그에 따라 청구인들이 2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31.까지 퇴직연금을 전부 지급받았는데 이는 전적으로 또는 상당 부분 국회가 개선입법을 하지 않은 것에 기인한 것이다. 그럼에도 이미 받은 퇴직연금 등을 환수하는 것은 국가기관의 잘못으로 인한 법집행의 책임을 퇴직공무원들에게 전가시키는 것이며, 퇴직급여를 소급적으로 환수당하지 않을 것에 대한 청구인들의 신뢰이익이 적다고 할 수도 없다.

546) 법정의견이나 반대의견 중 여기서 논의하고자 하는 사항과 관련된 부분만 소개하기로 한다.

이 사건 부칙조항으로 달성하려는 공무원범죄의 예방, 공무원의 성실 근무 유도, 공무원에 대한 국민의 신뢰 제고, 제재의 실효성 확보 등은 범죄를 저지른 공무원을 당연퇴직시키거나, 장래 지급될 퇴직연금을 감액하는 방법으로 충분히 달성할 수 있고, 이 사건 부칙조항으로 보전되는 공무원연금의 재정규모도 그리 크지 않을 것으로 보이는 반면, 헌법불합치결정에 대한 입법자의 입법개선 의무의 준수, 신속한 입법절차를 통한 법률관계의 안정 등은 중요한 공익상의 사유라고 볼 수 있다.

따라서 이 사건 부칙조항은 헌법 제13조 제2항에서 금지하는 소급입법에 해당하며 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우에도 해당하지 아니하므로, 소급입법금지원칙에 위반하여 청구인들의 재산권을 침해한다.

#### ② 재판관 서기석, 조용호의 반대이견

구법조항에 대한 헌법불합치결정 및 그에 따른 개선입법 과정을 볼 때, 이 사건 부칙조항은 위 헌법불합치결정에서 정한 잠정적용 시한이 도과하여 위 법률조항 중 합헌적 부분까지 효력을 상실함으로써 인하여 발생한 입법의 공백을 보충한 데에 불과한 것이다. 더욱이 퇴직 공무원들로서는 공무원연금공단으로부터 퇴직연금 등을 전액 지급받으면서 향후 법률 개정에 따라 퇴직연금 등의 일부가 환수될 수 있음을 통지받았으므로, 장차 위 법률조항이 개정되면 그에 따라 퇴직연금이 소급적으로 감액·환수될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 할 것이고, 따라서 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우에 해당한다. 뿐만 아니라, 국회에서 입법이 지연되었다는 우연한 사정만으로 퇴직연금 등을 전액 지급하는 것은 공무원에 대한 일반 국민의 신뢰 제고, 제재방안의 실효성 확보, 사회 정의와 형평 실현 등의 공익에 반하므로, 이를 제한하는 이 사건 부칙조항은 이러한 중대한 공익에 이바지한다 할 것이다. 또한 공무원연금은 만성적인 적자로 국고에 부담이 되고 있으므로, 공무원연금재정의 보전이라는 공익 또한 중대하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에도 해당한다.

그렇다면 이 사건 부칙조항은 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우에 해당하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

## 라. 정리와 쟁점

이 사건 결정의 핵심적인 내용을 정리한다. 헌법재판소는 먼저, 이 사건 감액조항에 관해 종래 헌법불합치결정의 기속력에 위반되는 것도 아니고 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙에도 위반되지 않는다고 보았다. 다음, 불합치법률의 효력상실로 인해 퇴직급여를 전액 지급받았던 직무관련 없는 범죄의 고의범의 경우에는 개선입법의 소급적용으로 인해 차액부분에 대해 환수처분을 받게 되었는데, 그 근거법률인 이 사건 부칙조항이 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지의 원칙에 위반되어 위헌이라고 하였다.

그러면, 쟁점을 제시한다.

먼저, 이 사건 감액조항, 즉 퇴직공무원 중 직무관련 없는 범죄의 고의범의 경우를 퇴직급여의 감액대상에 포함시키지 아니한 것이 헌법불합치결정의 기속력에 위반되는 여부가 문제된다.

다음, 이 사건 부칙조항이 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지의 원칙에 위반된다고 한 점에 관해서는 근원적인 것조차 제기되지 않을 수 없는 많은 쟁점을 담고 있다.

첫째, 헌법불합치결정을 하면서 개선입법시한의 도과를 이유로 불합치법률의 효력을 상실시켜 놓고선 나중에 개선입법을 하면서 경과규정으로 소급적용을 하도록 하였는바, 그렇다고 해서 그것이 소급입법금지의 원칙에 위반된다고 보는 것이 타당한 것인가 하는 점이다. 입법자인 국회가 입법시한을 준수하지 못하고 입법하였다고 해서 그런 방식으로 사실상으로 입법책임은 묻는 것이 적절한 것인가가 논의되어야 한다.

둘째, 보다 근본적인 문제점을 지적하면, 그 하나는 이 사건 결정의 근본적인 원인을 제공한 2005헌바33사건에서 합헌부분과 위헌부분의 구분이 불명확함을 이유로 계속적용 불합치로 결정한 것이 적절한 것이었는지부터 검토되어야 한다. 그 둘은 계속적용이나 적용중지 불합치결정을 하면서 개선입법의 시한이 도과하였다고 해서 불합치법률의 효력을 상실시킴이 타당한 것인지도 문제된다. 그 셋은 2005헌바33사건에서 합헌부분과 위헌부분 모두에 대해 계속적용 불합치로 결정할 것이 아니라 위헌부분으로 한정해서 적용중지 불합치결정을 하였을 경우에는 어떠한 결과가 나타났을까 하는 점이다. 그 넷은 개선입법시한이 도과되었다 하더라도 불합치법률의 효력을 상실시킴이 없이

불합치법률을 그대로 계속적용하였을 경우에는 이와 같은 문제가 발생하지 않았을 것이라는 점이다.

셋째, 공무원연금공단은 불합치법률의 효력상실로 인해 퇴직급여의 전액을 지급하면서도 개선입법에 따라 퇴직연금의 일부가 환수될 수 있음을 통지하였는바, 이런 경우 직무관련 없는 범죄의 고의범에 대한 환수처분은 신뢰보호의 대상에서 제외된다고 봄이 타당할 것이다.

넷째, 입법자인 국회가 입법시한을 도과해서 개선입법을 함으로써 발생할 수 있는 혼란을 해소하고자 경과규정을 마련하였는바, 이 사건에서는 그 경과규정을 위헌으로 결정하였는데, 그 결정의 효과가 어디까지 미치는가 하는 점이다.

이상의 쟁점 중 많은 것들은 이미 앞서 검토하였다. 그렇기 때문에 검토되지 아니한 사항을 중심으로 간략하게 검토하기로 한다.

## 마. 검토

### (1) 직무관련 없는 고의범과 헌법불합치결정의 기속력

2005헌바33사건에서는 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것에 관해 헌법불합치로 결정한 것이었고, 개선입법에서는 직무와 관련이 없는 과실범과 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따른 과실범을 퇴직급여의 제한대상에서 제외하였지만, 직무와 관련 없는 고의범에 대해서는 퇴직급여의 제한대상으로 그대로 두었다. 그로 인해 직무와 관련 없는 고의범인 청구인들이 2010헌바354사건에서 재산권침해와 평등원칙위반을 다투게 된 것이었다.

이 사건 결정의 취지는 개선입법이 공무원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에 대해 퇴직급여의 제한대상에서 제외하지 않은 것은 2005헌바33사건의 헌법불합치결정의 기속력에 어긋나지 않는다는 것이었다.

### (2) 이 사건 결정이 지닌 근본적인 문제점

이 사건은 개선입법시한이 도과된 불합치법률의 효력상실이란 논리가 빚은 혼란에 해당한다. 그 직접적인 요인을 살펴본다. 기본적으로 먼저, 입법자인 국회가 개선입법의 시한을 준수하지 않았다는 점이 지적되어야

한다. 다음으로는 공무원연금공단은 개선입법시한이 도과된 불합치법률은 그 효력이 상실된다는 것에 근거해서 개선입법이 있을 때까지 기존에 감액하던 연금을 전액 지급하였다는 점이다. 이어서 개선입법이 이루어지자 개정법률의 경과규정에 따라 퇴직연금 중 1/2를 환수처분하였다는 점이다.

개선입법시한이 도과되었다 하더라도 불합치법률의 효력을 상실시킴이 없이 잠정적으로 불합치법률을 계속적용하였으면, 이런 문제가 발생하지는 않았을 것이다. 보다 근본적으로는 합헌부분과 위헌부분을 구분해서 위헌부분에 대해서만 적용중지 불합치결정을 하였으면 마찬가지로 문제되지 않았을 것이다. 즉, 헌법재판소가 2005헌바33사건에서 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우 퇴직급여 등을 제한하는 것에 관해 헌법불합치로 결정하고 적용중지한 다음, 개선입법에 따르도록 하였을 경우에는 문제되지 않았을 것이다.

직무 관련 없는 범죄의 고의범과 과실범은 2005헌바33결정 이전부터 그 결정 이후 개선입법시점까지 그 입법내용과 계속적용의 취지에 따라 퇴직급여를 감액당하였다. 하지만, 개선입법이 그 기한 내에 이루어지지 않아 근거법률 조항의 효력이 상실되었음을 이유로 연금공단은 감액하지 않고 퇴직급여의 전액을 지급하였다. 개선입법의 소급적용이 경과규정으로 규율되었으나, 그 과실범은 감액대상에서 제외되어 전액지급받은 것이 문제되지 않았지만, 그 고의범은 감액대상에 그대로 남아 있게 됨으로써 전액지급받았던 것을 반환해야 하는 문제가 발생한 것이었다.

이때 불합치법률의 효력이 상실되는 것이 아니라 효력이 유지되었더라면, 직무 관련 없는 범죄의 고의범은 그대로 감액상태가 유지되었을 것이고, 그 과실범은 개선입법 이후 소급해서 전액지급을 받았을 것이다. 그런 점은 2005헌바33사건에서 다루어진 부분에 대한 적용중지 불합치결정을 하였어도 마찬가지이었을 것이다.

### (3) 이 사건 위헌결정이 미치는 법적 효과

2005헌바33결정에 따른 개선입법의 시한이 준수되지 않아 효력상실이 된 부분은 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 ‘재직중의 사유’로 보여진다. 그 조항의 효력상실로 인해 직무관련 없는 범죄의 고의범과 과실범만이 아니라 공무원의 신분이나 직무와 관련된 범죄의 고의범과 과실범까지도 퇴직급여가

감액되지 아니하고 전액이 지급되는 결과에 이르렀다.

입법자인 국회는 입법시한을 도과해서 개선입법을 함으로써 발생할 수 있는 혼란을 해소하고자 이 사건 부칙조항에서 경과규정을 마련하였지만, 이 사건에서는 그 경과규정을 위헌으로 결정한 것이었다. 그런데, 이 사건 결정에서 경과규정이 위헌결정됨으로써 환수처분의 근거가 없어져버리는 결과가 초래되었다. 그러면 그로 인해 미치는 법적 효과가 어디까지인가가 문제된다.

먼저, 이 사건 결정으로 인해 직무상 관련 없는 범죄의 고의범에게 2009년 퇴직급여 전액지급분 중 환급분을 환수할 수 없게 되었음은 명료하다. 그러면, 직무상 관련 없는 고의범에 대한 환수근거를 사라지게 함으로써 직무관련 없는 과실범에 대한 소급적용 근거 역시 사라진 것으로 보아야 하는 것은 아닌지가 문제된다. 전액지급의 근거는 입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실로 인해 발생한 것이기 때문에 이 사건 위헌결정으로 인해 영향을 받지 않는다. 오로지 직무관련 고의범에 대한 회수근거가 사라진 것일 따름이다.

다음, 이 사건 위헌결정으로 인해 소급적용의 근거규정이 사라짐으로써 공무원의 신분이나 직무와 관련 있는 범죄를 저지른 퇴직공무원들에게 2009년 전액 지급된 퇴직급여를 환수할 수 있는 법적 근거마저 사라지게 되었다는 점이다. 이런 점을 고려하였다면, 헌법재판소는 소급입법금지원칙에 위반되는 것으로 접근할 것은 아니었다. 이런 점은 '재직상의 사유'에 관해 효력을 상실시킴으로써 나타난 파행적인 현상으로 보아야 할 것이다. 이는 특히 불합치결정의 핵심적인 쟁점에 해당되지도 않았던 법률조항에 관해 개선입법시한의 도과를 이유로 그 효력을 상실시킨 것으로 아주 부적절한 것이다.

#### (4) 개선입법의무 불이행의 책임추궁방식으로서의 적절성

헌법재판소는 입법자가 개선입법의 시한을 준수하지 않고 도과하는 경우가 빈번함을 지적하면서 그 실효성을 담보하기 위해 개선입법시한의 도과를 이유로 불합치법률의 효력을 상실시키고 있었다. 즉, 불합치결정시점부터 잠정적용시한까지 상당한 기간적 여유가 있었음을 지적하고 또 감액대상이 될 수밖에 없었던 청구인들과 같은 직무관련 없는 고의범들이 퇴직연금을 전부 지급받은 것은 국회가 개선입법을 하지 않은 것에 기인한 것임을 적시한다. 그럼에도 이미 받은 퇴직연금을 환수하는 것은 국가기관의 잘못으로 인한

법집행의 책임을 퇴직공무원들에게 전가시키는 것이라고 한다. 게다가 소급입법을 통한 퇴직급여 환수를 금지시키는 것은 헌법불합치결정에 대한 입법자의 입법개선 의무의 준수라는 중요한 공익상의 사유와 그 맥을 같이 한다는 것이다.

결국 직무관련 없는 범죄의 고의범들에게 퇴직연금이 마땅히 감액되어야 함에도 2009년에 전액지급하게 된 책임은 입법자인 국회가 입법을 지체함으로써 발생한 것으로서 헌법불합치결정에 대한 입법자의 입법개선 의무의 준수라는 기속력에 반한 것임을 지적한 것으로 보인다.

그러나 거듭 지적하는 바와 같이 이런 방식으로 입법자인 국회에 전적인 책임을 떠넘기는 태도가 옳다고 보여지진 않는다. 앞서 언급한 바와 같이 다른 방식으로의 구현방법도 있었기 때문이다. 게다가 헌법불합치결정에 대한 개선입법 의무의 준수를 관철한다고 하는 것이 실제로는 사실상 개선입법의 내용을 헌법재판소의 결정취지에 맞추도록 강요함과 다르지 않다고 본다.

#### (5) 개선입법에 따른 환수조치 통보와 신뢰이익의 보호

공무원연금공단은 불합치법률의 효력상실로 인해 퇴직급여의 전액을 지급하면서도 개선입법에 따라 퇴직연금의 일부가 환수될 수 있음을 통지하였다.

이 사건 결정의 반대의견은 위 법률조항이 개정되면 그에 따라 퇴직연금이 소급적으로 감액·환수될 수 있음을 청구인들이 충분히 예상할 수 있었음을 지적하다. 그에 반해 이 사건 결정의 법정의견은 퇴직급여를 소급적으로 환수당하지 않을 것에 대한 청구인들의 신뢰이익이 적다고 할 수 없다고 한다. 게다가 이미 받은 퇴직연금 등을 환수하는 것은 국가기관의 잘못으로 인한 법집행의 책임을 퇴직공무원들에게 전가시키는 것임을 지적한다.

분명 직무관련 없는 고의범인 퇴직공무원들에게 이미 퇴직연금의 일부가 환수될 수 있음을 통지하였고, 이는 어떠한 형태로 개선입법이 이루어질지 명확하지 아니한 상태에서 보여줄 수 있는 법적용기관의 최선의 선택이라고 본다. 이런 경우 입법자의 개선입법이 지체되었다고 해서 소급입법에 해당하고 정당화사유가 없다고 보는 것은 적절치 않다고 본다.

#### (6) 소결

헌법불합치결정을 하면서 개선입법시한의 도과를 이유로 불합치법률의 효력을 상실시켜 놓고선 나중에 개선입법을 하면서 경과규정으로 소급적용을 하도록 하였다고 해서 소급입법금지의 원칙에 위반된다고 보는 것은 온당치 못하다. 입법자인 국회가 입법시한을 준수하지 못하고 입법하였다고 해서 입법책임은 사실상 물은 것이 적절한 것인지는 매우 의문이다.

또한 불합치법률의 효력상실이 아닌 다른 방법을 통해 개선입법을 관철시킴도 가능하였을 것을 합리성이 결여된 이론에 기초해서 지급하지 않아도 될 퇴직연금을 지급하게 해놓고선 이를 문제삼는 태도는 적절치 못하다고 본다.

## V. 개선입법시한의 도과에 따른 불합치법률의 효력상실에 대한 기속력 인정여부

이미 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 헌법불합치결정을 하면서 개선입법시한을 명시하고 개선입법의 시한이 도과하면 불합치법률의 효력이 상실된다는 점을 결정주문이나 결정이유에 명시한 경우도 있고, 명시하지 아니한 경우도 있었다. 그러면, 입법시한 도과에 따라 불합치법률의 효력이 상실됨에 관해서는 결정주문이나 이유에서 명시한 경우에 대해서만 기속력을 인정할 것인지, 아니면 명시하지 아니한 경우에도 효력이 상실되고 또 그에 대해 기속력을 인정할 것인지가 문제된다.

보다 근본적으로는 개선입법시한을 결정주문이나 이유에서 설정하였을 경우 그에 대해 기속력을 인정할 것인지가 논의의 전제로 등장한다. 기한설정 자체에 기속력이 인정됨을 전제로 해야만 시한도과시 효력상실에 대해서도 기속력을 인정할 것인지에 대해 논의가 전개될 수 있을 것이기 때문이다.

헌법재판소가 입법개선의 시한을 명시한 경우에, 입법개선 시한까지 개정이 이루어지지 않은 경우에는 당해 조항은 효력을 상실하므로, 그때까지 소송이 계속 중이라면 그 재판에서 적용이 배제될 것<sup>547)</sup>이라고 하여 헌법재판소는 불합치법률의 효력상실에 대해 기속력을 인정하는 듯이 보인다.

설정된 개선입법기한의 성격과 시한도과로 인한 효력상실의 성격은 다르게 파악되어야 한다. 개선입법기한을 설정함으로써 그 기한은 입법자에게 신속한 개선입법을 요구하고 법적용자에게 그 시한을 감안하여 입법결과를 보면서 대응하도록 하는 여건을 제공하며 국민들에게 예측가능성을 제공할 것이다.

547) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 207면.



물론 명시적인 기한설정이 바람직한 것인지에 대해서는 필자의 경우 의문이 없지 않지만 나름대로의 유용성은 있다고 본다. 그런 점에 비추어 그에 대해 기속력을 인정함은 무리가 없다고 본다. 하지만 헌법재판소는 불합치법률의 효력상실의 경우 입법자로 하여금 설정된 기한 내에 신속하게 개선입법의무를 이행하도록 하는 장치로 기능할 것을 의도한 것이다. 불합치법률의 효력상실에 관해 기속력을 인정할 경우 법적용자는 적용중지 불합치결정의 경우에는 개선입법에 근거해서 처리할 것을 예상하면서 법적용절차를 중지하고 있다가 개선입법시한이 도과하면 불합치법률의 적용을 배제하도록 강요하는 것이 된다. 계속적용 불합치결정의 경우에는 계속적용을 의무로 부과하고 있다가 그 시한의 도과로 적용배제를 의무로 부과하는 셈이다. 그러다가 나중에 입법자가 개선입법을 하면 법적용자는 그에 따라 장래적으로 또는 소급적으로 처리해야 하는 것도 의무가 될 것이다.

이상과 같은 모습은 헌법불합치결정의 기속력이 지닌 규범적 실효성을 저하시키는 것이다. 신속한 개선입법의무나 설정된 기한의 준수 의무는 입법자에 대한 기속력에서, 헌법재판소가 제시한 불합치법률의 적용방향으로서의 적용중지나 계속적용을 법적용자가 준수하는 것 역시 기속력에서 도출된다. 하지만, 입법시한 도과시 효력상실에 대해서는 기속력을 인정하기 어렵다고 본다. 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 효력상실을 명시하지 아니한 경우는 물론이고, 결정이유나 결정주문으로 효력상실을 명시하였다 하더라도, 입법자에게는 아무런 실효성 없는 부담을 부과하는 것에 지나지 않고, 또 개선입법이 이루어지는 과정에 아무런 관련도 없는 법적용자에게 부담을 전가하는 것이라는 점에서 기속력을 인정해서는 안 된다고 할 것이다.

## 제7절 결어

이상에서는 헌법불합치결정의 기속력이 지닌 내용과 범위에 관해 살펴보았다.

헌법불합치결정의 실제에 있어 부진정 입법부작위의 경우와 제도는 합헌이지만 구체적인 내용의 규율에 위헌성이 있는 경우에 대해 계속적용

불합치결정을 선고한 사례가 적지 않다. 이런 결정의 경우 부진정 입법부작위 부분과 구체적 내용의 규율에 위헌성이 있는 부분에 대해서는 적용중지 불합치결정으로 파악해서 접근하였음을 먼저 밝혀 둔다. 이런 취지로 접근한 대법원 2008두18885판결의 태도는 합리적이고 또 타당하다고 여겨진다.

먼저, 몇 가지 사항을 결론적으로 요약한다.

첫째, 헌법불합치결정의 구성요소로는 헌법불합치성의 확인, 불합치법률의 적용방향으로서의 적용중지와 계속적용, 개선입법의무 및 기한설정을 들 수 있고 이에 대해서는 각각 기속력이 인정된다. 그 내용이 결정주문이나 결정이유, 어디에 표시되었는지와 관계없이 헌법불합치결정의 징표에 해당하는 요소들에 대해서는 그 자체로서 기속력이 인정된다.

둘째, 헌법불합치결정에 있어 헌법재판소가 심판대상인 법률조항에 대해 헌법불합치성을 확인함으로써 입법자에게는 개선입법의무가 부과된 것으로 보아야 한다. 개선입법을 전제로 하지 않는 헌법불합치결정은 상상할 수 없다.

셋째, 적용중지 불합치결정에 있어 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 한 것과 관련하여 위헌결정에서 위헌법률의 적용배제와는 달리 불합치법률의 적용중지일 따름이고 개선입법이 불합치법률을 대체하는 것이라는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

넷째, 적용중지 불합치결정에 있어 결정의 소급효와 개선입법의 소급적용은 동일한 취지로 접근해야 한다. 헌법재판소와 대법원은 불합치결정의 소급효과 적용되는 당해사건과 법원에 계속중인 사건에 개선입법이 소급적용된다는 점에 관해 입장을 같이 한다. 하지만, 헌법불합치결정 당시 아직 소송이 제기되지 아니한 사건, 즉 일반사건에 대해 대법원은 구법이 적용되어야 하기 때문에 개선입법이 소급적용될 수 없다고 본 반면, 헌법재판소는 부진정 입법부작위로 보아 헌법불합치로 결정하였다. 일반사건이 위헌결정에서도 구체대상에 포함되었듯이 헌법불합치결정에서도 포함시킴이 타당하다고 본다.

다섯째, 개선입법시한의 도과시 불합치법률의 효력상실은 전혀 무의미하고 또 부적절한 것이다. 이에 대한 근본적인 천착과 개선을 적극 권유하고자 한다.

다음, 헌법불합치결정의 기속력과 개선입법의 구체범위를 분석함에 있어 가장 큰 장애가 심판대상과 핵심쟁점이 부조화한 경우이었다. 결정주문을 채택함에 있어 위와 같은 경우 헌법재판소가 헌법불합치로 결정한 근본취지를 명확하게 드러내지 못하는 한계가 있으므로, 이를 극복하는 방안을 제시한다.

첫째, 핵심쟁점을 기준으로 헌법불합치결정 실재를 재검토할 필요가 크다. 그리고 그 핵심쟁점을 기준으로 헌법재판소의 결정취지를 정확히 파악하고 그에 입각해서 헌법불합치결정의 효과를 명확하게 정리해서 처리하도록 함이 옳다고 본다.

둘째, 심판대상을 핵심쟁점부분으로 한정하지 않는 관행을 그대로 유지하고자 한다면, 헌법불합치결정 주문을 제시함에 있어 심판대상이 되었지만, 위헌여부가 판단되지 아니한 부분은 계속적용을 명하는 반면에, 핵심쟁점으로서 위헌여부가 판단된 부분에 관해서는 적용중지를 함께 명함이 좋을 것이다.

## 제5장 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무<sup>548)</sup>

### 제1절 법률개선 의무의 의의

#### I. 법률개선 의무의 개념

헌법은 권력분립원리에 따라 국민에게서 나오는 권력(헌법 제1조 제2항)을 입법권, 행정권, 사법권으로 나누어 각각 국회, 정부, 법원에 맡긴다(헌법 제40조, 제66조 제4항, 제101조 제1항). 따라서 입법자인 국회는 입법권이 있다. 하지만 입법자는 입법권뿐 아니라 입법의무도 있다. 입법자가 지는 다양한 입법의무 중에서 입법자가 헌법과 어긋나는 법률의 잘못을 헌법에 맞게 바로잡아야 할 적극적(이고 구체적인) 입법의무를 법률개선 의무라고 한다. 개선에는 대상이 되는 기존 법률이 필수적이다. 기존 법률이 있어야 비로소 개선할 수 있기 때문이다. 따라서 법률개선 의무는 입법자가 법률을 만들어야 비로소 발생한다. 즉 법률개선 의무는 대상 법률이 제정되었음을 전제한다. 이러한 점에서 법률개선 의무는 입법권이 행사되고 나서 문제 된다. 그리고 대상 법률의 위헌성이 확인되었을 때 비로소 소극적으로 확정된다. 즉 입법권이 합헌적으로 행사되고 이후 해당 법률의 합헌성이 유지된다면 법률개선 의무는 발생하지 않는다. 이러한 점에서 법률개선 의무는 상대적 의무이다.<sup>549)</sup>

법률개선 의무를 입법개선 의무<sup>550)</sup>나 개선입법 의무<sup>551)</sup>라고 부르기도 한다.

548) 이 장은 허완중, 헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011, 378-411면을 확대·발전시킨 것임을 밝힌다.

549) Christian Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996, S. 152.

550) 방승주, “헌법불합치결정”, 헌법재판 주요선례연구 1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012, 420면; 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012, 207면; 이상훈, “위헌결정 및 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상의 적용”, 사법논집 제38집, 법원도서관, 2004, 84면; 이준일, 헌법학강의(제6판), 홍문사, 2015, 1059면; 최희수, 헌법소송법 요론(개정판), 대명출판사, 2015, 119면; 한수웅, 헌법불합치결정의 소급효력, 판례월보 제325호, 판례월보사, 1997, 11면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 543면; 홍성방, 헌법소송법, 박영사, 2015, 137면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 602면.

551) 김하열, 헌법소송법(제2판), 박영사, 2016, 379면; 남북현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보(주), 2011, 215면; 지성수, 헌법불합치결정에 관한 연구, 이화여자대학

헌법재판소도 입법개선의무라는 용어를 사용한다.<sup>552)</sup> 그러나 개선 대상은 입법이 아니라 법률이다. 그리고 ‘입법’은 법률을 제정하는 것이나 그 행위를 뜻한다.<sup>553)</sup> 따라서 입법개선의무나 개선입법의무는 그 자체로 개념상 맞지 않아서 적절한 용어로 보기 어렵다. 이러한 점에서 법률개선의무가 정확한 용어라고 생각한다.<sup>554)</sup> 특히 법률제정의무와 법률관찰의무라는 용어와 입법개선의무나 개선입법의무가 아니라 법률개선의무가 더 잘 어울린다.

## II. 헌법불합치결정의 핵심으로서 입법자의 법률개선의무

법률의 ‘무효’ 여부를 판단하는 독일 연방헌법재판소(연방헌법재판소법 제100조 제1항)와 달리 한국 헌법재판소는 법률의 ‘위헌’ 여부를 판단한다(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호). 따라서 독일 연방헌법재판소의 정형결정(기본결정)은 무효선언(Nichtigerklärung)과 합치선언(Vereinbarerklärung)이지만, 한국 헌법재판소의 정형결정(기본결정)은 단순위헌결정과 단순합헌결정이다. 그에 따라 한국 헌법재판소는 법률의 위헌성을 확인하면 원칙적으로 법률을 위헌이라고 결정한다. 단순위헌결정에 따라 법률이 폐기되면 일반적으로 합헌상태가 바로 회복된다. 즉 단순위헌결정은 법률의 빈틈이나 규율 없는 상태를 만들지 않고 법률상황을 합헌으로 돌린다. 단순위헌결정은 입법자에게 아무것도 요구하지 않는다. 그러므로 입법자는 어떤 행위도 하지 않고 가만히 있어도 된다. 그리고 입법자는 위헌으로 선언된 법률을 개정하거나 의미 없게 된 법률 파편을 법전에서 제거할 수도 있다. 또한, 입법자는 같거나 비슷한 목적이 있는 법률을 새롭게 제정할 수도 있다. 그 밖에 입법자는 아무런 의무를 지지 않는다. 즉 입법자는 입법권에

---

교 박사학위논문, 2011, 117면; 최완주, 헌법불합치결정, 헌법재판제도의 이해(재판자료 제92집), 법원도서관, 2001, 384면.

552) 예를 들어 현재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927, 959; 현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 418; 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 732; 현재 2004. 1. 29. 2002헌가22, 판례집 16-1, 29, 46, 56-57; 현재 2008. 10. 30. 2005헌마723, 판례집 20-2상, 941, 964-965.

553) 국립국어원 표준국어대사전: [http://stdweb2.korean.go.kr/search/List\\_dic.jsp](http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp) (2017년 7월 9일 방문); 다음 한국어사전: <http://dic.daum.net/word/view.do?wordid=kkw000210850&supid=kku000268289> (2017년 7월 9일 방문).

554) 같은 견해: 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구”, 공법연구 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002, 284면.

기초하여 다양한 선택을 할 수 있다.<sup>555)</sup>

그런데 때에 따라 위헌결정에 따른 법률 폐기로 말미암아 감내할 수 없는 법적 공백이 나타날 수도 있다. 그리고 법률의 위헌성이 오로지 보충이나 수정만으로 제거될 수도 있다. 이러한 때 법률의 합헌성은 단순위헌결정만으로 회복되지 않는다. 이러한 상황을 극복하려고 헌법재판소는 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정, 즉 법률이 헌법에 합치하지 않는다는 결정을 내린다. 헌법재판소가 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 내리는 이유는 해당 법률의 위헌성을 확인하면서 그 형식적 존속을 유지하되 입법자에게 법률의 위헌성을 제거할 의무를 부과하려는 것이다. 이것은 근본적으로 헌법재판소는 입법권을 행사할 수 없는 사법기관(특별한 법원)이기 때문이다. 헌법재판소는 심판대상이 된 법률의 위헌성을 확인하는 권한이 있을 뿐이다. 이것이 사법작용인 헌법재판의 근본적인 기본한계이다. 따라서 헌법불합치결정은 상당한 기간 안에 혹은 기한이 설정되면 기한 안에 위헌법률을 개선할 의무를 입법권이 있는 입법자에게 부과한다. 즉 법률 개선을 통한 합헌질서 회복은 헌법불합치결정의 핵심으로서 헌법불합치결정의 기속력에는 입법자의 법률개선의무가 필연적으로 포함된다.<sup>556)</sup> 따라서 법률개선의무를 결정주문이나 결정이유에서 명시하지 않더라도 입법자는 신속히 법률을 개선하여 위헌상태를 제거하여야 한다.<sup>557)</sup>

### Ⅲ. 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무의 헌법적 정당성

입법자는 독자적인 자기 의사에 따라 법률을 제정할 헌법적 권한이 있다(헌법 제40조, 제52조, 제53조). 그러므로 입법자는 법률질서를 창설하고 보충하고 변경할 수 있다. 입법자는 단순히 헌법을 집행하는 기관이 아니라 고유한 정치의사를 형성할 수 있다. 따라서 입법자는 정치적 형성재량이 있다. 입법목적을 달성하려고 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인지는

555) Yooncheol Choi, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, Diss. jur. Hamburg, 2002, S. 131.

556) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 959; 김하열, 앞의 책(주 551), 379면.

557) 같은 견해: 김하열, 앞의 책(주 551), 380면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 118면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 550), 603면.

입법자의 결정이 현저하게 불합리하거나 불공정한 것이 아니라면 입법자의 재량에 속한다.<sup>558)</sup> 이러한 입법형성의 자유에는 입법자가 법률을 제정할 때 어떤 내용을 선택할 것인지는 물론 법률을 제정할 것인지와 언제 법률을 제정할 것인지도 포함된다. 입법형성의 자유와 관련하여 헌법재판소는 입법자가 입법목적에 맞게 법률을 제정하였는지가 아니라<sup>559)</sup> 단지 법률이 합헌인지만을, 즉 법적 한계인 헌법원리와 국민의 기본권을 존중하는지만을 통제할 수 있다. “결국, 입법자는 오로지 법률에 관해서만 책임진다.”<sup>560)</sup> 즉 입법자는 입법과정이나 입법행위에 관해서 직접 책임지지 않고, 입법의 결과물에 대해서만 직접 책임진다. 입법과정이나 입법행위는 입법의 결과물인 법률의 위헌성을 판단하는 과정에서 간접적으로만 입법자가 책임을 진다. 그래서 입법과정이나 입법행위에 아무런 문제가 없어도 법률이 위헌으로 판단되면 입법자는 책임을 져야 한다.

입법자는 국가권력 일부로서 헌법에 구속되므로(헌법 제10조 제2문), 헌법의 1차적 수범자인 입법자도 전체 법질서를 헌법 기준에 맞게 형성하여야 하는<sup>561)</sup> 독립적인 헌법적 의무와 책임이 있다. 따라서 입법자가 유효한, 즉 효력이 있는 합헌적 법률을 제정할 의무를 진다는 것이 일반적으로 인정된다.<sup>562)</sup> 이러한

558) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 166.

559) BVerfGE 1, 14 (32); 3, 162 (182); 12, 326 (338); 33, 171 (189); 36, 174 (189); 38, 312 (322); 71, 364 (384); Ernst Benda, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik, in: ZRP 1977, S. 3; Jutta Limbach, Missbraucht die Politik das Bundesverfassungsgericht?, Köln 1997, S. 18; ders., Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stuttgart 2001, S. 20; Michael Piazzolo, Das Bundesverfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen, in: ders. (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 252; Horst Säcker, Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht?, in: Michael Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 194; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, S. 1306 참조.

560) Klaus Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39, Berlin 1981, S. 109; ders./Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010, Rdnr. 542.

561) Hanno Kube, Die Bindungswirkung der Normverwerfung – Zur Stellung der Parlamente im Verfassungsstaat –, in: DÖV 2002, S. 738 f.

562) Yooncheol Choi (Anm. 8), S. 49; Michaela Eisele, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß, Berlin 1999, S. 143 f.; Christian Mayer (Anm. 2),

점에 비추어 입법자도 위헌상태를 제거할 의무를 진다.<sup>563)</sup> 그래서 헌법은 입법자에게도 한계로서 기능한다. 이것은 모든 국가기관의 행위를 구속하는 헌법 우위에서 당연히 도출된다. 따라서 입법자는 언제나 자기 행위의 합헌성을 심사하여야 한다.<sup>564)</sup> 이러한 맥락에서 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무는 헌법불합치결정 선고를 통해서 비로소 입법자에게 부과되는 것이 아니라 헌법에서 도출되는 입법자의 법률개선 의무를 헌법재판소가 결정을 통해서 확인하는 것에 불과하다. 결국, 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무는 헌법이 입법자에게 부과하는 입법 의무에서 정당성을 찾을 수 있다.

## 제2절 법률제정의무 및 법률관찰의무와 비교

### 1. 진정입법부작위에 대한 위헌결정의 산물로서 입법자의 법률제정의무

#### 1. 법률의 빈틈에서 문제 되는 법률제정의무

입법자에게 입법 의무를 지우는 원인은 법률의 불완전성(법률의 하자: Gesetzesmangel)이다. 법률의 불완전성은 법률의 빈틈(법률의 흠결: Gesetzeslücke)과 법률의 잘못(법률의 결함 혹은 오류: Gesetzesfehler)으로 구성된다.<sup>565)</sup> 그에 따라서 입법 의무는 법률의 빈틈을 메워야 하는 의무와 법질서 안에서 법률의 잘못을 바로잡아야 하는 의무로 나타난다. 법률의 빈틈에서 법률제정의무가, 법률의 잘못에서 법률개선 의무가 문제 된다. 법률제정의무는 입법자가 법률로 법적 영역을 규율하여야 한다는 의무를 말한다. 이러한 의무는 헌법에서 직접 도출된다(헌법 제10조 제2문). 그래서 법률제정의무는 명시적이거나 묵시적인 헌법위임이 있을 때 발생한다.

S. 34 참조.

563) Klaus Schlaich/Stefan Koriath (Anm. 13), Rdnr. 411.

564) Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1980, S. 775 참조.

565) Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart 2010, S. 235 (칼 엥기쉬, 안법영/윤재왕 옮김, 법학방법론, 세창출판사, 2011, 228-229면).



## 2. 단순위헌결정의 대상인 입법부작위

기본권과 다양한 법적 가치는 작위와 부작위를 통해서 법적으로 똑같이 침해될 수 있다. 법률제정의무는 부작위와 관련된다. 그러나 법률로 법적 영역을 규율하는 것은 헌법재판소가 아니라 입법자의 과제이다.<sup>566)</sup> 따라서 헌법재판소는 단지 입법자의 위헌적인 입법부작위를 확인할 수 있을 뿐이고, 법률로 법적 영역을 규율하는 것에 관한 중요결정은 입법자에게 맡겨야 한다. 헌법재판소는 위헌결정을 통해서 위헌법률의 무효성을 확인하지 않는다. 그러므로 헌법재판소는 헌법에 어긋나는 입법부작위를 위헌으로 선언한다. 즉 헌법재판소는 위헌적인 입법부작위가 확인되면 단순위헌결정을 내린다. 그에 반해서 무효선언을 정형결정(기본결정)으로 삼는 독일 연방헌법재판소는 제정되지 않은 법률을 무효로 선언할 수 없다. 따라서 위헌적인 입법부작위를 헌법에 합치하지 않는다고 선언한다(불합치선언).

## 3. 진정입법부작위에서 문제 되는 법률제정의무

넓은 뜻의 입법부작위는 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 포함한다. 진정입법부작위는 법률에 빈틈이 있을 때, 즉 입법자가 헌법에 따른 법률제정의무가 있는 사항에 관해서 법률을 전혀 제정하지 않았을 때 발생한다. 그에 반해서 부진정입법부작위는 법률에 잘못이 있을 때, 즉 입법자가 헌법에 따른 법률제정의무가 있는 사항에 관한 법률을 제정하기는 하였지만, 법률의 내용·범위·절차 등이 해당 사항을 응급지 않거나(불완전하거나) 불충분하거나 불공정하게 규율하였을 때 나타난다.<sup>567)</sup> 법률제정의무는 부진정입법부작위가 아니라 진정입법부작위에서만 문제가 된다. 부진정입법부작위에서는

---

566) Wolfgang Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen - Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen, in: EuGRZ 1988, S. 211.

567) 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 489; 헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 18, 648, 651; 헌재 1996. 11. 28. 95헌마161, 공보 19, 93, 96; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1437; Herbert Bethge, Erhebung der Verfassungsbeschwerde, in: Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar, Bd. 2, München 2007 (Stand: Juli 2007), § 90 Rdnrn. 220 f.; Klaus Schlaich/Stefan Koriath (Anm. 13), Rdnr. 213.

입법부작위가 아니라 잘못된 입법행위의 결과, 즉 제정된 법률을 다루어야 하기 때문이다.<sup>568)</sup>

## II. 위헌결정과 관련이 없는 법률관찰의무

### 1. 법률관찰의무의 개념

헌법은 국회에 입법권을 부여한다(헌법 제40조). 그러나 입법자에게 부여된 입법권은 ‘권한’으로서 개인의 ‘권리’와 달리 마음대로 행사할 수 없다. 입법자는 입법권을 행사하여 기본권 보호라는 헌법이 부여한 과제를 수행할 수 있는 데 그치는 것이 아니라 수행하여야 한다. 즉 입법은 입법자의 권한일 뿐 아니라 의무이다(헌법 제10조 제2문). 이러한 점에서 입법은 입법자가 기본권을 보장하는 수단이다. 입법자의 입법적무는 한 번의 행위로 소멸하는 것이 아니라 계속 존속한다.<sup>569)</sup> 기본권은 헌법현실 변화와 상관없이 늘 보호되어야 하므로, 입법자는 끊임없이 바뀌는 헌법현실에 맞게 법률을 제정하고 개정하고 폐지하여야 하기 때문이다. 따라서 “입법자가 법률을 제정할 때 아직 예상할 수 없었던 새로운 변화 때문에 그 근거가 결정적으로 의심받는 결정을 하였다면, 입법자는 최초 결정이 바뀐 상황에서 유지될 수 있는지도 심사할 의무가 헌법에서 도출될 수 있다.”<sup>570)</sup> 이러한 심사를 위해서 관찰이 필요하다. 입법에서 ‘관찰’은 법률 이행 통제와 법률 효력 관찰이다.<sup>571)</sup> 따라서 입법에서 관찰은 기존 규율을 실제상황에 적응시킴으로써 법률의 규범적 효력을 향상하거나 법률이 헌법에 어긋나기 전에 적절한 조치를 취하기 위해서 이행된다.<sup>572)</sup> 이러한 점에서

568) 헌재 1989. 7. 28. 89헌마1, 판례집 1, 157, 163-164; 김지형, 입법부작위에 관한 헌법문제(상), 판례월보 제260호, 판례월보사, 1992. 5., 13~14면; BVerfGE 29, 268 (273); 56, 54 (71); Klaus Stern, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Graßhof (Hrsg.), BK, München 2007 (Stand: Juni 2007), Art. 94 Rdnr. 648.

569) Alexander Roßnagel, Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers im Atomrecht, in: JZ 1985, S. 715, BVerfGE 88, 203 (310): “즉 합헌적 질서에 대한 입법자의 구속(독일 기본법 제20조 제3항)은 법률을 제정할 때 헌법적 한계를 지켜야 한다는 의무에 그치는 것이 아니다. 그것은 제정된 법률을 독일 기본법과 합치되도록 유지하여야 한다는 책임도 포함한다.”

570) BVerfGE 49, 89 (130).

571) Ulrich Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989, S. 39.

572) 최윤철, “입법자의 법률관찰의무”, 토지공법연구 제21집, 한국토지공법학회, 2004, 468-469면; 같은 사람, “의원입법의 평가와 평가제도의 발전에 관한 이론

입법자의 법률관찰의무는 법률의 규범력을 유지하거나 향상하기 위해서 법률이 제정되고 나서 입법자가 생각하였던 대로 법률이 현실을 적절하게 규율하는지를 확인하여야 하는 입법의무이다.<sup>573)</sup>

## 2. 법률개선 의무와 구별되는 법률관찰 의무

입법자는 법률관찰의무를 이행함으로써 자신의 법률개선 의무를 확인할 수도 있다. 그리고 법률개선 의무와 마찬가지로 법률관찰 의무는 입법자의 적극적 행위와 관련된다. 그러나 법률관찰 의무는 법률개선 의무와 구별된다. 법률관찰 의무는 단순합헌 결정이나 촉구 결정에서 문제가 되는 것으로 법률의 합헌성과 결합하지만, 법률개선 의무는 헌법불합치 결정에서 도출되는 것으로 법률의 위헌성을 전제로 하기 때문이다. 그래서 법률관찰 의무는 입법자에게 법률을 개선하도록 ‘촉구’하는 것에 그친다. 하지만 법률개선 의무는 입법자에게 법률을 개선하도록 ‘명령’한다. 따라서 법률관찰 의무는 추상적이어서 특정한 행위와 관련을 맺지 않는 것이 일반적이다. 하지만 법률개선 의무는 구체적이어서 특정한 행위를 지적한다. 그래서 구체적 의무인 법률개선 의무는 그 구체적 내용이 확정되거나 확정될 수 있다. 하지만 추상적 의무인 법률관찰 의무는 의무 존재를 확인하거나 확인할 수 있지만, 그 내용을 구체화할 수 없거나 구체화하기 어렵다. 따라서 헌법재판소는 구체적 의무인 법률개선 의무 위반을 적극적으로 확인할 수 있지만, 추상적 의무인 법률관찰 의무 위반은 적극적으로 확인하기가 쉽지 않다. 이러한 점에서 헌법불합치 결정과 관련하여 법률개선 촉구, 입법개선 촉구, 입법촉구와 같은 용어를 사용하는 것은 옳바르지 않다. 헌법불합치 결정에 입법촉구 결정이 결합한 것으로 이해하는 견해도 마찬가지이다.<sup>574)</sup> 헌법불합치 결정은 입법자에게 단순히 법률개선을 ‘촉구’하는 것이 아니라 법률개선 의무를 부과하여 입법을

---

적 검토”, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 18면; 같은 사람, “법률과 시간 - 시간의 경과에 따른 법률의 효력 변화”, 토지공법연구 제35집, 한국토지공법학회, 2007, 499면; Yooncheol Choi (Anm. 8), S. 65.

573) 이상 허완중, “입법자의 법률관찰의무”, 공법연구 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011, 241-242면.

574) 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 앞의 책(주 550), 205면; 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사, 2011, 453면; 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015, 189면; 정중섭, 헌법소송법(제8판), 박영사, 2014, 393면; 최희수, 앞의 책(주 550), 119면; 허 영, 헌법소송법론(제12판), 박영사, 2017, 255면.

‘강제’하는 것인데, ‘촉구’라는 용어는 헌법불합치결정이 입법자에게 부여하는 법률개선 의무의 성격이나 내용을 오해하게 할 수 있기 때문이다. 그러므로 헌법불합치결정과 관련하여서는 ‘법률개선명령’이라는 용어를 사용하여 입법자가 법률개선 의무를 진다는 점을 명확하게 밝히는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>575)</sup>

### 제3절 법률개선 의무의 근거

#### 1. 학설

##### 1. 한국

먼저 ① 법률개선 의무의 근거를 헌법 제10조 제2문에서 찾으려는 견해가 있다.<sup>576)</sup> 이 견해는 법률개선 의무의 근거를 헌법재판소법 제47조 제1항과 제2항(헌법재판소 결정의 기속력과 법률적 효력)에서 찾기가 쉽지만, 입법자의 입법형성권을 침해하는 문제가 발생할 수 있다고 한다. 그리고 헌법 제10조 제2문 국가의 기본권보장 의무 때문에 입법자인 국회는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 확인한 헌법불합치상태를 신속히 교정할 의무를 부담한다고 한다. 또한, 입법자의 법률개선 의무는 헌법불합치결정이 선고되어도 국민의 기본권침해에 대한 구제 폭이 축소되어서는 안 되고, 가능한 한 그대로 유지하여야 한다는 법 적용자에 대한 법적 효과와 들어맞는다고 한다.

다음 ② 입법자의 헌법불합치결정으로 말미암은 법률개선 의무는 헌법상 의무라는 견해도 있다.<sup>577)</sup> 이 견해는 헌법이 법률을 제·개정할 권한과 의무를 입법자에게 부여하였으므로, 입법자가 법률을 제·개정할 때 헌법에 들어맞도록 할 의무가 발생하고, 헌법재판소도 헌법에 따라서 입법자가 만든 법률의 위헌 여부를 판단할 권한을 부여받았으므로, 이때 헌법에 합치하도록 입법할 의무가 있는 입법자는 헌법불합치로 결정된 법률을 헌법에 부합하도록 개선할 의무가

575) 이상 허완중, 앞의 논문(주 573), 242-243면.

576) 남복현, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 문광삼/남복현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 350~351면.

577) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 119면.

당연히 있다고 한다.

끝으로 ③ 헌법질서에 부합하는 법률적 상태를 조성하여야 할 입법자의 법률개선의무도 헌법 우위에서 발원한다는 견해가 있다.<sup>578)</sup> 이 견해는 헌법이 하위규범의 타당성과 효력을 즉시 부정하지 않으면 헌법 우위는 위헌규범으로 교란된 법질서를 복구할 것을 요구한다고 한다.

## 2. 독일

독일에서는 법률개선의무의 근거를 독일 기본법에서 찾는다. 먼저 ① 오직 독일 기본법 제20조 제3항<sup>579)</sup>과 제1조 제3항<sup>580)</sup>만 법률개선의무의 근거가 될 수 있다는 견해가 있다.<sup>581)</sup> 이 견해를 따르면 법률 개선은 독일 기본법에서 도출되는 헌법적 의무라고 한다. 그리고 ② 입법자의 헌법 구속(독일 기본법 제20조 제3항), 입법독점의 의무적 성격 그리고 원상회복원칙(Restitutionsprinzip)이 법률개선의무를 근거 지을 수 있다는 견해도 있다.<sup>582)</sup> 또한, ③ 법률개선의무는 기본권에서 획득되어야 할 보호효력의 특별한 법적 효과라는 견해도 있다.<sup>583)</sup> 그 밖에 ④ 법률개선의무의 법적 근거는 헌법규정의 급부적 또는 보호적 내용이라는 견해도 있다.<sup>584)</sup>

## II. 판례

한국 헌법과 독일 기본법은 법률개선의무를 명확하게 규정하지 않는다. 그러나 독일 연방헌법재판소는 법률개선의무를 오래전부터 인정하였다.<sup>585)</sup> 한국

578) 한수용/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 543-544면.

579) “입법은 헌법합치적 질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법(Gesetz und Recht)에 구속된다.”

580) “이하의 기본권은 직접 효력이 있는 법으로서 입법, 집행 그리고 사법을 구속한다.”

581) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München 1994, S. 1159.

582) Christian Mayer (Anm. 2), S. 153 ff.

583) Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, in: Georg Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 482 f.

584) Michaela Eisele (Anm. 15), S. 177.

585) BVerfGE 49, 89 (130); 56, 54 (79).

헌법재판소도 많은 결정에서 구체적으로 논의하지는 않았지만, 입법개선 의무를 언급하였다.<sup>586)</sup> 독일 연방헌법재판소는 법률개선 의무를 헌법적 의무로 본다.<sup>587)</sup> 이러한 헌법적 의무는 일반적으로 입법자의 헌법합치적 질서에 대한 구속(독일 기본법 제20조 제3항)<sup>588)</sup>이나 기본권구속의 효력(독일 기본법 제1조 제3항) 혹은 입법자의 다른(예를 들어 선거구획정에서 선거권평등원칙, 정당재정보조규정에서 정당의 기회균등원칙이나 독일 기본법의 재정헌법에 대한) 헌법적 구속<sup>589)</sup>에서 도출된다고 한다. 그리고 법률개선 의무를 보호의무에서 도출하는 독일 연방헌법재판소 재판도 있다.<sup>590)</sup>

### III. 검토

헌법은 모든 국가권력을 조직·구성·제한하고, 그 임무와 절차, 권한을 규율한다. 따라서 모든 국가권력은 헌법에 구속된다(헌법 제10조 제2문). 그래서 국가권력은 언제나 합헌상태를 유지하여야 하고, 합헌상태가 깨지면 합헌상태를 회복하여야 한다. 그러므로 국가권력은 위헌상태를 제거할 ‘권한’이 있을 뿐 아니라 위헌상태를 제거할 ‘의무’도 진다. 그리고 기본권을 보호하고 구체화하는 것은 헌법 목적으로서 국가의 과제이며 의무이다.<sup>591)</sup> 또한, 기본권규범은 국가에 대한 개인의 주관적 권리일 뿐 아니라 헌법적 기본결정으로서 모든 범영역에 효력을 미치고 입법, 집행 그리고 사법에 대한 지침과 동인을 제공하는 객관적 가치질서도 포함한다. 게다가 많은 기본권,

586) 예를 들어 현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383; 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714; 현재 2004. 2. 26. 2003헌마285, 판례집 16-1, 327; 현재 2008. 10. 30. 2005헌마723등, 판례집 20-2상, 941; 현재 2013. 9. 26. 2013헌바170, 판례집 25-2상, 761; 현재 2016. 4. 28. 2015헌마1177등, 판례집 28-1하, 141; 현재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456; 현재 2017. 2. 7. 2017헌마59; 현재 2017. 3. 7. 2017헌아88.

587) BVerfGE 41, 399 (426); 43, 291 (321); 45, 187 (252); 49, 89 (130); 53, 257 (312 f.); 55, 274 (308); 59, 119(127); 67, 299 (328); 68, 287 (309); 88, 203 (309).

588) BVerfGE 15, 337 (349 f.).

589) BVerfGE 82, 353 (380).

590) BVerfGE 56, 54 (79, 81); 88, 203 (309); BVerfG, Beschluss vom 26. 10. 1995, in: NJW 1996, S. 652.

591) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 291 (콘라드 헤세, 제헌열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001, 189면).

특히 재산권과 사회권은 구체화와 형성이 필요하다. 그래서 국가는 기본권을 소극적으로 존중하여야 할 뿐 아니라 적극적으로 보호하고 실현하여야 한다.<sup>592)</sup> 따라서 입법자는 국가권력 일부로서 합헌상태를 형성하고 위헌상태를 제거할 의무를 진다. 특히 헌법이 입법자에게 입법권을 부여하여(헌법 제40조) 법률제·개정권을 독점시켰으므로, 입법자는 법률을 헌법에 맞게 제·개정하고, 법률의 합헌상태를 계속 유지하여야 한다. 이러한 입법자의 입법적무에 법률개선적무가 당연히 포함된다. 이러한 점에서 법률개선적무의 근거는 헌법에 대한 입법자의 구속이다. 헌법재판소는 법률의 위헌성을 단지 확인할 수 있을 뿐이므로, 헌법재판소 결정 자체나 그 효력은 법률개선적무의 직접 근거가 될 수 없다. 그러나 헌법에 대한 입법자의 구속은 구체적인 내용을 포함하지 않는다. 이러한 구체적 내용은 오로지 관련된 개별 헌법규정에서만 도출될 수 있다. 결국, 법률개선적무는 헌법에 대한 입법자의 구속과 결합한 관련된 개별 헌법규정에서 도출된다.<sup>593)</sup> 이러한 점에서 기본권보호의무<sup>594)</sup>에서는 제3자의 기본권 침해가 문제 되고 국가의 기본권 침해는 문제가 되지 않으므로 기본권보호의무에서 법률개선적무가 도출될 수 없다는 견해<sup>595)</sup>는 부분적으로 옳지 않다. 입법자가 과소보호금지원칙<sup>596)</sup>에 어긋나게 법률을 제·개정하면 기본권은 침해될 수 있기 때문이다.

## 제4절 법률개선적무의 발생원인

법률개선적무는 늘 개선 대상인 현재 효력이 있는 법률을 전제한다. 따라서 법률에 빈틈이 있을 때가 아니라 법률에 잘못이 있을 때 법률개선적무가 문제 된다.<sup>597)</sup> 이때 잘못된 법률을 헌법에 어긋나게 할 정도, 즉 법률을 위헌이 되게

592) Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, S. 33.

593) Klaus Stern (Anm. 12), S. 1316 참조.

594) 이에 관한 자세한 검토는 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스 제115호, 한국법학원, 2010. 2., 85~90면 참조.

595) Werner Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss. jur. Mainz, 1989, S. 127.

596) 이에 관한 자세한 검토는 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지 원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 201~227면 참조.

597) Christian Mayer (Anm. 2), S. 47 참조.

할 정도이어야 한다. 입법자는 법률에 잘못이 있는 한 언제나 그러한 잘못을 바로잡아야 하므로, 법률의 잘못이 처음부터 존재하였는지 또는 후발적으로 발생하였는지는 중요하지 않다. 법률의 잘못이 있는지를 판단하는 시점에 법률의 잘못이 있으면 된다. 법률개선 의무의 발생원인은 ① 부진정입법부작위, ② 잘못된 예단, ③ 사실관계와 법적 상황 변화가 제시될 수 있다.

## 1. 부진정입법부작위

입법자가 법률을 제·개정할 때 법률의 내용·범위·절차 등 규율사항을 옹글지 않거나(불완전하거나) 불충분하거나 불공정하게 규율하여서 법률이 이미 제정 당시에 위헌이면(부진정입법부작위) 법률개선 의무가 문제 된다.<sup>598)</sup> 입법자는 모든 법적 사항을 규율하여야 하고 이러한 규율은

598) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199; 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91; 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59; 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64; 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264; 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562; 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 판례집 9-2, 243; 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339; 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686; 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 16; 헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 판례집 13-1, 941; 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집 13-1, 1017; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바516, 판례집 13-1, 1393; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363; 헌재 2001. 11. 29. 99헌바494, 판례집 13-2, 714; 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528; 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268; 헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48; 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176; 헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38; 헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집 15-2상, 291; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 판례집 15-2하, 466; 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 판례집 16-1, 29; 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670; 헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 판례집 17-1, 508; 헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 판례집 17-1, 796; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌가17등, 판례집 18-1하, 1; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌바165등, 판례집 18-1하, 337; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211; 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 판례집 19-1, 711; 헌재 2007. 6. 28. 2004헌바643, 판례집 19-1, 843; 헌재 2007. 6. 28. 2004헌바644등, 판례집 19-1, 859; 헌재 2007. 8. 30. 2004헌가25, 판례집 19-2, 203; 헌재 2007. 12. 27. 2004헌마1021, 판례집 19-2, 795; 헌재 2008. 5. 29. 2007



응글고(완전하고) 충분하며 공정하여야 한다. 그렇지 않으면 입법자가 제정한 법률은 위헌이고 입법자는 이러한 법률을 개선하여야 한다. 법률의 위헌성이 효력이 발생하고 나서 드러났더라도 객관적으로 아무것도 바뀌지 않고 오로지 인식상태가 개선되었을 뿐이므로, 언제 법률의 위헌성이 인식되었는지는 전혀 중요하지 않다.<sup>599)</sup> 이러한 점에 비추어 법률개선의무의 발생원인으로서 부진정입법부작위는 원시적 위헌에 국한된다. 법률의 제·개정할 때 해당 법률이 위헌이라는 것만으로 충분하고, 위헌 근거가 무엇인지는 중요하지 않다.

---

헌마1105, 판례집 20-1하, 329; 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236; 헌재 2008. 9. 25. 2007헌가9, 판례집 20-2상, 424; 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등, 판례집 20-2하, 1; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌가22, 판례집 21-1상, 337; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌가8, 판례집 21-1하, 1; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마413, 판례집 21-1하, 928; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1등, 판례집 21-2상, 18; 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌가13등, 판례집 21-2하, 710; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가4, 판례집 22-2상, 1; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가15, 판례집 22-2상, 16; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 판례집 22-2상, 74; 헌재 2010. 7. 29. 2009헌가8, 판례집 22-2상, 113; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526; 헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545; 헌재 2011. 6. 30. 2010헌가86, 판례집 23-1하, 268; 헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166등, 판례집 23-1하, 288; 헌재 2011. 9. 29. 2010헌가93, 판례집 23-2상, 501; 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222; 헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바190, 판례집 24-1하, 347; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마278, 판례집 24-1하, 626; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 판례집 24-2상, 420; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바167, 판례집 24-2상, 438; 헌재 2013. 7. 25. 2011헌가32, 판례집 25-2상, 9; 헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494; 헌재 2013. 10. 24. 2011헌마724, 판례집 25-2하, 263; 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136; 헌재 2014. 4. 24. 2013헌가28, 판례집 26-1상, 610; 헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256등, 판례집 26-2상, 173; 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등, 판례집 26-2상, 639; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌바129, 판례집 27-1하, 251; 헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370; 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마197, 판례집 27-2상, 636; 헌재 2015. 10. 21. 2013헌마757, 판례집 27-2하, 102; 헌재 2015. 11. 26. 2012헌마858, 판례집 27-2하, 306; 헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391; 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2하, 511; 헌재 2015. 12. 23. 2013헌마712, 판례집 27-2하, 670; 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바446등, 공보 231, 139; 헌재 2016. 2. 25. 2015헌가15, 판례집 28-1상, 13; 헌재 2016. 7. 28. 2015헌바20, 판례집 28-2상, 104; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 276; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 판례집 28-2상, 316; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바182, 판례집 28-2하, 391; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마1160; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456; 헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653.

599) Christian Mayer (Anm. 2), S. 121 참조.

## II. 잘못된 예단

법률이 근거하는, 규율에 중요한 사실이나 법률의 작용에 대한 예단이 효력이 발생하고 나서 전체적으로 혹은 부분적으로 잘못된 것으로 밝혀지면(잘못된 예단) 법률개선의무가 발생할 수 있다.<sup>600)</sup> <sup>601)</sup> 여기서 예단의 범위는 법률을 제·개정할 때 예측할 수 있는 변화에 국한된다.<sup>602)</sup> 입법자가 예단할 때 규율에 중요한 사실이나 법률의 작용결과를 실제로 고려하였는지는 문제가 되지 않는다. 잘못된 예단은 법률을 제·개정할 때 이미 위헌의 싹이 있었으나, 해당 법률의 위헌성은 제·개정 이후에 비로소 확인할 수 있다는 점에 특징이 있다.

600) BVerfGE 88, 203 (309 f.); Peter Badura (Anm. 36), S. 484; ders., Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 163 Rdnr. 30; Jens Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998, S. 121; Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000, S. 1007; Helmut Miernik, Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgeber, Diss. jur. Leipzig, 1997, S. 12 ff.; Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts – Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Tübingen 1976, S. 517 f.; ders., Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht: Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß, Bd. I, Tübingen 2001, S. 40; Rudolf Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, in: Der Staat 26 (1987), S. 164 f.; Klaus Stern (Anm. 12), S. 1315; Rupert Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, in: DVBl. 1982, S. 1125; Andreas Voßkuhle, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Würtemberger, Thomas (Hrsg.), Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich, Berlin 2006, S. 220.

601) 예를 들어 현재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367, 382: “이 사건 규정엔 한국방송광고공사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하던 것을 해제하여 한국방송광고공사가 출자한 회사의 경우에도 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 함으로써 외관상으로는 제한적 경쟁체제를 도입하였다. 그런데 실제 이 사건 규정이 만들어진 2000년 이후 오늘날까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없으며, 이와 같이 한국방송광고공사가 경영상의 판단을 이유로 지금까지 계속해서 출자를 미룬다면, 한국방송광고공사의 독점체제는 무너지지 않을 것이다.”

602) BVerfGE 25, 1 (12 f.); 77, 84 (109) 참조.

따라서 잘못된 예단은 위헌성을 확인할 수 있는 시점을 기준으로 하면 후발적 위헌에 해당하지만, 위헌성이 발생한 시점을 기준으로 하면 원시적 위헌으로 볼 수 있다.

### Ⅲ. 사실관계와 법적 상황 변화

사실관계와 법적 상황이 바뀌어서 법률과 사실의 불일치가 발생하면(사실관계와 법적 상황 변화) 법률개선의무가 나타날 수 있다.<sup>603) 604)</sup> 이때 변화 대상은 법률을 제·개정할 때 예측할 수 없었던 변화에 국한된다. 그리고 이러한 변화는 법률의 위헌성에 영향을 미쳐야 한다.<sup>605)</sup> 사실관계 변화는 규율되어야 할 현실인, 법률이 근거하는 사실이 바뀐 것을 뜻한다. 법적 상황 변화에는 헌법개정, 바뀐 헌법해석 또는 심지어 ‘헌법변천’, 관련 법규범 개정 등에 따른 규범적 판단기준 변경이 포함된다. 그러나 법률 자체가 개정되면 심판대상 자체가 바뀌므로 이것은 법적 상황 변화에서 제외된다.<sup>606)</sup> 사실관계와 법적 상황 변화는 후발적 위헌에 해당한다. 법률을 제·개정할 때 합헌으로 판단되었던 법률이 나중에 새로운 고찰방법이나 평가변화 때문에 위헌으로 증명될 수도 있다. 이때는 사실관계와 법적 상황에 형식적으로 아무런 변화가 없지만, 평가 측면에서 보면 사실관계와 법적 상황에 실질적 변화가 생긴 것으로 볼 수 있다.

603) BVerfGE 65, 1 (56); 88, 203 (309 f.); Peter Badura (Anm. 36), S. 484; ders., (53), § 163 Rdnr. 30; Jens Blüggel (Anm. 53), S. 121; Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1985, S. 207 f.; Klaus Meßerschmidt (Anm. 53), S. 1007; Helmut Miernik (Anm. 53), S. 22 ff.; Fritz Ossenbühl (Anm. 53), *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung*, S. 40; Klaus Stern (Anm. 12), S. 1315.

604) 예를 들어 현재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193; 현재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1; 현재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502; 현재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1; 현재 2006. 2. 23. 2004헌마675등, 판례집 18-1상, 269; 현재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287; 현재 2007. 6. 28. 2005헌마772, 판례집 19-1, 899; 현재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91; 현재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 판례집 20-2하, 477; 현재 2009. 3. 26. 2006헌마67, 판례집 21-1상, 512; 현재 2009. 3. 26. 2006헌마240등, 판례집 21-1상, 592; 현재 2014. 10. 30. 2012헌마192등, 판례집 26-2상, 668; 현재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107; 현재 2015. 12. 23. 2013헌바68등, 판례집 27-2하, 480.

605) Peter Badura (Anm. 36), S. 486 참조.

606) Christian Mayer (Anm. 2), S. 114.

따라서 이러한 때도 사실관계와 법적 상황 변화에 포섭할 수 있다.

## 제5절 법률개선의무 내용

### I. 심사대상

헌법재판소는 관련된 헌법적 심사절차가 없으므로 법률개선의무 발생과 함께 명령받은 입법자의 행위를 직접 심사할 수 없다. 입법자는 특정한 행위가 아닌 법률에 대해서만 책임을 진다. 그러므로 규범통제에서 헌법재판소의 과제는 법률의 헌법합치성을 심사하는 것이다. “따라서 헌법재판소는 단지 의심스럽고 개선이 필요한 것으로 보이는 법률을 심사하는 범위 안에서만 입법자의 법률개선의무에 대해서 통제할 수 있다.”<sup>607)</sup> 그래서 헌법재판소는 문제 되는 시점에 효력이 있는(정확하게는 구체적 사건에 적용되는) 법률의 상태를 기준으로 법률개선의무 이행 여부를 심사할 수 있다. 행위 여부가 아니라 행위에 따른 결과물 존재 여부가 헌법재판소의 심사대상이다.

### II. 법률개선의무 대상

법률개선의무를 헌법이 입법자에게 부여한 (일반적 의미의) 입법의무로 이해할 수 있다. 법률이 제정되고 나서 사실관계와 법적 상황은 언제든지 바뀔 수 있어 법률과 현실의 불일치는 수시로 발생할 수 있다. 이때 해당 법률이 위헌이 되지 않더라도 법률을 개선할 필요성은 인정될 수 있다. 이러한 점에서 어떠한 법률도 법률개선의무 대상에서 제외될 수 없다는 결론이 도출될 수도 있다. 그러나 법률개선의무가 이러한 의미로 매우 넓게 이해된다면, 그 규범적 효력과 기본권의 구속력은 오히려 약화할 수 있다. 심지어 법률개선의무는 오로지 정치적 의미만 있는 것처럼 이해될 수도 있다. 그렇지 않다면 이러한 인식은 헌법재판소가 사실적 측면에서 청구를 전제로 관련 있는 입법자의 모든 행위를 통제할 수 있다는 결론에 이를 수도 있다. 이러한 불합리한 결과를 막으려면 법률의 잘못으로 말미암아 위헌인 법률만 법률개선의무 대상이 된다고

<sup>607)</sup> Rudolf Steinberg (Anm. 53), S. 177.

보아야 한다. 결론적으로 법률개선의무 발생은 위헌인 법률을 전제한다.<sup>608)</sup> 그러나 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률과 진정입법부작위에서는 처음부터 개선 대상이 없으므로 (법률제정의무가 문제 될 수는 있어도) 법률개선의무는 문제 되지 않는다.<sup>609)</sup>

### Ⅲ. 법률의 잘못 제거

헌법불합치결정에 따라 입법자는 법률의 잘못을 가능한 한 빨리 제거하여야 한다. 따라서 입법자는 이른 시일 안에 법률을 헌법과 조화시킬 의무를 진다.<sup>610)</sup> 그래서 입법자는 위헌법률을 헌법과 합치하는 법률로 즉시 교체하여야 한다. 이때 입법자가 제거하여야 할 법률의 잘못은 헌법재판소가 위헌성을 확인한 것에 국한된다. 그러나 헌법재판소가 위헌성을 확인하지 않은 범위 밖에서도 입법자는 자신의 입법형성권 범위 안에서 언제든지 법률을 개선할 수 있다. 법률의 잘못을 제거하는 방법은 다양할 수 있다. 즉 법률을 폐지하거나 개정하거나 다른 법률로 대체하는 것 등 여러 가지 방법으로 법률의 잘못을 바로잡을 수 있다. 여러 가지 방법 중 어느 것을 선택할 것인지는 입법자의 재량에 속한다. 즉 구체적으로 법률개선의무를 어떻게 이행할 것인지는 입법자의 재량이다.<sup>611)</sup> 헌법재판소가 결정이유에서 위헌성을 제거하는 다양한 대안을 제시하더라도 입법자는 이것에 구속되지 않는다.<sup>612)</sup> 다만, 입법자는 헌법불합치결정의 취지는 준수하여야 한다.<sup>613)</sup> 물론 법률의 잘못을 제거하는 방법이 오로지 하나만 있다면 입법자에게 선택재량은 없다.

헌법재판소는 때에 따라서 법률개선의무 이행과 관련하여 기한을 설정할 수도 있다. 그러나 헌법재판소가 기한 설정을 반드시 하여야 하는 것은 아니다. 헌법불합치결정에 따라서 입법자에게 바로 법률개선의무가 부과되기 때문이다. 헌법불합치결정에서 도출되는 입법자의 법률개선의무의 이행시점은 ‘즉시’나 ‘가능한 한(되도록) 이른 시일 안’이다. 이것은 헌법 제10조 후단의

608) Rudolf Steinberg (Anm. 53), S. 169 참조.

609) 같은 견해: 최윤철, “독일에 있어서의 ‘입법자의 법률개선의무’에 관한 논의”, 공법연구 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 373~374면.

610) BVerfGE 82, 126 (155) 참조.

611) 같은 견해: 김하열, 앞의 책(주 551), 380면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 550), 603면.

612) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 206-207 참조.

613) 같은 견해: 남복헌, 앞의 책(주 551), 216면.

기본권보장의무에서 당연히 도출된다.<sup>614)</sup> 하지만 그렇다고 헌법재판소의 기한 설정이 아무런 의미가 없는 것은 아니다. 법률개선의무 개선시한의 불명확성을 제거하기 때문이다. 따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정에서 기한을 설정하면 여기에도 기속력이 있다.<sup>615)</sup> 따라서 헌법불합치결정에 따라서 입법자는 즉시<sup>616)</sup>, 즉 정당한 사유 없이 지체하지 말고 법률을 개선하여야 한다.<sup>617)</sup> 이때 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 법률을 개선하여야 한다.

#### IV. 개선대상으로서 유사규범?

소송경제적 이유로 개선대상을 확장하려는 견해가 있다.<sup>618)</sup> 이 견해를 따르면 입법자는 지난날과 앞날을 향한 새로운 법률을 제정할 때 위헌으로 결정된 법규범뿐 아니라 유사규범도 포섭하여야 한다고 한다. 유사규범에서도 독일 기본법 제100조 제1항에 따른 법원의 제청이나 당사자의 헌법소원심판 청구에 따라서 독일 연방헌법재판소의 심판대상이 될 것이고, 이때 독일 연방헌법재판소는 그것에 대해서 똑같이 결정할 것이기 때문이라고 한다.

그러나 헌법재판소는 심판대상이 아닌 유사규범에 관해서 아직 심사하지 않았고, 심사할 수도 없다.<sup>619)</sup> 그리고 법규범의 문구가 같다고 하더라도 때에 따라서 그 의미가 다양할 수 있다. 따라서 개선 대상은 헌법재판소 심판대상으로서 헌법과 합치하지 않는다고 결정된 법률에 국한된다고 보아야 한다.

614) 남북현, 앞의 책(주 551), 216면.

615) 김하열, 앞의 책(주 551), 380-381면.

616) BVerfGE 107, 150 (185 f.) 참조. 독일 판례에는 그 밖에도 적정한 사한 안에 (BVerfGE 81, 363 [384]), 신속하게(BVerfGE 89, 15 [27]), 즉시(BVerfGE 90, 60 [105])라는 표현도 등장한다.

617) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 544면.

618) Hermann Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, in: NJW 1982, S. 261.

619) Peter E. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht - Grundlage, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen, Baden-Baden 1988, S. 180; Christian Pestalozza, „Noch verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts - Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Tübingen 1976, S. 563; Michael Sachs, Die Folgen der Unvereinbarkeit des Hausarbeitstagsanspruchs für Frauen mit dem Grundgesetz, in: FamRZ 1982, S. 983; Klaus Schlaich/Stefan Koriöth (Anm. 13), Rdnr. 416 참조.

## 제6절 개선된 법률의 소급효

### 1. 개선된 법률의 소급 적용을 전제하는 헌법불합치결정

헌법불합치결정도 본질에서 위헌결정이다. 따라서 헌법불합치결정으로 위헌성이 확인된 법률은 원칙적으로 헌법불합치결정 선고시점 이후에는 적용되지 않아야 한다. 그런데 헌법불합치결정의 특징은 구체적 사건에 관한 법원의 판단을 입법자가 새로운 판단을 내릴 때까지 미결상태로 보류하는 것이다. 따라서 법원은 법률이 개정되기를 기다려 개선된 법률에 따라 판단함으로써 당사자가 개선된 법률의 결과에 따른 혜택을 받을 기회를 열어놓아야 한다.<sup>620)</sup> 이러한 점에서 헌법불합치결정은 개선된 법률의 소급 적용을 전제한다. 그러므로 입법자는 소급효 있는 법률을 제정할 의무가 있다.<sup>621)</sup> 이처럼 헌법불합치결정은 입법자의 법률 개선을 통해서 비로소 실질적 내용과 효력이 있게 된다. 그래서 헌법불합치결정의 소급효는 개선된 법률의 소급효를 뜻한다.<sup>622)</sup>

이때 개선된 법률이 소급 적용되는 범위는 단순위헌결정에서 위헌으로 확인된 법률 적용이 배제된 범위와 같고, 특별한 사정이 없으면 헌법불합치결정 선고시점까지 소급 적용되는 것이 원칙이다. 헌법재판소도 “헌법불합치결정은 위헌결정과 달리 입법개선을 기다려 개선된 입법을 소급하여 적용함으로써 합헌적 상태를 회복할 수 있으나, 헌법불합치결정도 위헌결정의 일종이므로 그 결정의 효력은 결정이 있는 날로부터 발생하고, 위헌결정의 경우와 같은 범위에서 소급효가 인정된다. 따라서 헌법불합치결정에 따른 개선입법이 소급 적용되는 범위도 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치결정 당시의 시점까지 소급되는 것이 원칙이라 할

620) 한수웅, 앞의 논문(주 550), 11~12쪽; Hartmut Maurer, Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen, in: Hans Schneider/Götz Volkmar (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 361.

621) 김현철, 판례 헌법소송법(제4판), 전남대학교출판부, 2016, 203~204면; 윤진수, “헌법재판소 위헌결정의 소급효”, 헌법문제와 재판(상)(재판자료 제75집), 법원도서관, 1997, 677~678면; 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995, 526면; 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 헌법실무연구 제4권, 헌법실무연구회, 박영사, 2003, 262면.

622) 정연주, 앞의 책(주 574), 191면; 최희수, 앞의 책(주 550), 119면; 허영, 앞의 책(주 574), 260~261면.

것이다.”<sup>623)</sup>라고 하였다. 이러한 소급효는 기한이 설정되고 나서 기한 이후에 법률이 개선되어도 인정될 수 있다.<sup>624)</sup>

## II. 법률 개정을 통한 구제범위 변경 가능성

헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정을 내리면, 입법자는 적어도 헌법불합치결정 선고시점까지 개선된 법률을 적용하도록 경과규정을 둘 의무가 있다.<sup>625)</sup> 따라서 헌법불합치로 결정된 법률을 적용받던 사람들은 그

623) 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 판례집 16-1, 29, 56.

헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 16, 39: “헌법재판소가 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 경우에는, 이 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 이 사건 법률조항을 적용하여 행할 부과처분에 대하여는 법리상 이 결정 이후 입법자에 의하여 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 할 것임을 밝혀두는 것이다.”

헌재 2006. 6. 29. 2004헌가3, 공보 117, 872, 875: “무릇 어떠한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡긴 이상, 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 이 사건 법률조항에 대한 위 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 할 것이므로, 비록 현행 사립학교법 부칙(2005. 1. 27.) 제2항의 경과조치의 적용 범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 사립학교법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다[대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결(공2006상, 569)].”

624) 이준일, 앞의 책(주 550), 1064면.

625) 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 판례집 16-1, 29, 47-48: “이 사건 부칙조항은 종전 불합치결정 이후 개정민법 시행 전까지의 법의 공백을 규율할 필요성에 따른 특별한 정승인의 경과조치이므로 위와 같은 법의 공백시기의 상속법률관계에 관하여 개정민법 시행 후와 동일한 요건에 대하여는 동등하게 규율되도록 규정되어야 할 것이다. 즉 개정민법의 효력발생일 이후에 중대한 과실 없이 상속채무초과사실을 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 알지 못하여 자신의 의사와 무관하게 단순승인 의제된 후에도 개정민법 시행일 이후에 그 사실을 알게 된 상속인이, 개정규정에 의거하여 상속채무초과사실을 안 날로부터 3월 내에 특별한정승인을 선택함으로써 상속채무에 대한 무한책임의 부담이라는 위험에서 벗어날 수 있게 된 것과 마찬가지로, 종전 불합치결정 이후 개정민법 시행 전의 법의 공백시기에도 같은 요건을 충족하여 단순승인 의제된 상속인의 경우에는 동등하게 특별한정승인을 할 수 있는 기회를 제공하는 것이어야 할 것이다. 또한 이와 같이 경과규정을 둔다 하더라도 종전 불합치결정의 이유에서 밝히고 있는 바와 같이 상속채권자 등 이해관계인의 이익과 법적 안정성 등을 고려하여 그 적용의 범위가 정해질 필요가 있고, 그 범위는 위 결정 당시 이미 상속법률관계가 상속인의 의사에 의하여 확정되었는가(예컨대 단순승인을 한 경우), 또는 기간 도과 등 상속인에게 그 책임을 돌릴 수 있는 사유로 확정되었는가(예컨대 단순승인이 의제된 것에 상속인의 귀책사유가 있는 경우)의



법률 적용대상에서 제외되고, 개선된 법률의 규율을 받게 된다. 적용중지 헌법불합치결정에서 이러한 경과규정은 입법자의 의무이고, 이에 관해서 입법자는 입법재량이 없다. 즉 입법자는 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 개선된 법률이 소급 적용되도록 하여야 한다. 헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정을 내렸다는 것은 선고시점을 기준으로 해당 법률을 더는 적용하여서는 아니 된다는 것이다. 이때 개선된 법률이 소급 적용되지 않으면 적용중지시점부터 법률개선시점까지 법적 공백이 생긴다. 따라서 적용중지 헌법불합치결정에 따라서 반드시 개선된 법률을 소급 적용하는 경과규정을 담아야 한다. 이러한 점에서 적용중지 헌법불합치결정에 따른 적용 중지 및 절차 중지라는 효력과 입법자의 소급효 있는 법률개선 의무는 불가분관계에 있다.<sup>626)</sup> 물론 (소급입법을 금지하는 장애사유가 없는 한) 입법자가 소급적용시점을 적용중지시점을 넘어 더 지난날로 설정하는 것도 가능하다.

계속적용 헌법불합치결정은 입법자에게 소급효 있는 법률개선 의무를 부과하지 않는다. 따라서 입법자는 개선된 법률의 소급 적용 여부에 관해서 입법재량이 있다. 즉 헌법재판소가 계속적용 헌법불합치결정을 내리면 개선된 법률을 소급 적용할 것인지에 관해서 입법자 스스로 결정을 할 수 있다. 심한 법률의 위헌성을 확인하고도 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 내리면서도 여러 가지 사정을 고려하여 헌법재판소가 계속 적용을 명령하였다면, 법률개선시한(정확하게는 법률개선시한 안에 법률을 개선한 시점)까지는 헌법불합치로 결정된 법률이라도 유효한 법률로서 기능한다. 따라서 입법자는 법률개선시점 이후에만 개선된 법률이 적용되도록 할 수 있다. 개선된 법률에 해당 법률을 소급 적용하도록 하는 경과규정을 두지 않더라도 입법자는 법률개선 의무를 불충분하게 이행한 것이 아니다. 그러나 (소급입법을 금지하는 장애사유가 없는 한) 입법자는 경과규정을 두어 개선된 법률이 소급 적용되도록 할 수도 있다. 개선된 법률의 소급 적용을 금지하여야 할 특별한 이유가 없기 때문이다.<sup>627)</sup> 다만, 헌법재판소가 헌법불합치로 선언된 법률의 계속 적용을 명령하였다더라도 해당 법률의 계속 적용이 제한 없이 허용되는 것은 아니다. 즉 입법자가 해당 법률을 개선하여야 하는 시점까지만, 즉 상당한 기간 또는 기한이

---

여부를 기준으로 판단할 수 있다 할 것이다.”

626) 이상 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 119-120면.

627) 이상 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 120-121면.

설정되면 그 기한까지만 해당 법률은 계속 적용될 수 있다. 따라서 이러한 시점이 지나면 해당 법률도 더는 적용될 수 없다. 그래서 이후 입법자가 해당 법률을 개선할 때 개선된 법률을 개선시한종료시점까지 소급하여 적용하도록 하여야 한다.

결론적으로 개선된 법률의 소급 적용 여부는 원칙적으로 적용중지 헌법불합치결정에서만 문제가 되고, 계속적용 헌법불합치결정에서는 문제가 되지 않는다.<sup>628)</sup>

### Ⅲ. 소급규정 없는 개선된 법률의 소급 적용 가능성

개선된 법률의 소급 적용이 당연한 이상 법률이 소급 적용을 규정하는 것은 별 의미가 없다.<sup>629)</sup> 물론 소급 적용 범위를 확대하는 규정은 당연히 의미가 있다. 이와 관련하여 입법자가 적용중지 헌법불합치결정에 따라서 개선된 법률의 소급 적용을 규정하는 경과규정을 두어야 하는데도, 입법자가 이러한 의무를 게을리하여 이러한 경과규정을 두지 않을 수도 있다. 이러한 때 이러한 경과규정이 없어도 개선된 법률을 소급 적용할 수 있는지가 문제 된다.

#### 1. 학설

소급적용규정 유무에 관계없이 개선된 법률이 소급 적용될 수 있다는 견해가 있다.<sup>630)</sup> 이 견해는 단순위헌결정이 법원에 최종적이고 확정적인 판단근거를 제공하지만, 헌법불합치결정에서는 그 자체가 완결된 최종판단이 아니고 그 위헌상태 제거에 관한 최종결정을 입법자에게 미루는 것이라고 한다. 따라서 개선된 법률의 소급 적용은 헌법불합치결정에 내재하는 본질적 요소라고 한다. 입법자가 헌법불합치결정에 따라서 위헌적 상태를 제거하는 법률을 제정하면 그것은 헌법재판소를 대신하여 합헌상태를 소급하여 회복하는 것이고, 법원이 이러한 합헌법률을 적용하여야 하는 것은 당연하다고 한다. 이렇게 보면 입법자가 개선된 법률의 시행시점을 별도로 규율하는 것은 큰 의미가 없다고 한다.

628) 같은 견해: 이준일, 앞의 책(주 550), 1064-1065면.

629) 김현철, 앞의 책(주 621), 204면.

630) 남복현, “헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 - 실제적 형법법규를 중심으로 -”, 헌법실무연구 제10권, 박영사, 2009, 479-480면; 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 앞의 책(주 550), 209면; 이명용, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009, 388면; 한수웅, 앞의 논문(주 621), 525~527면; 같은 사람, 앞의 논문(주 550), 12~13면.

그리고 소급 적용을 할 수 있다는 견해는 ① 적용중지 헌법불합치결정으로 말미암아 입법자 법률개선 의무의 시적 범위 문제와 입법자가 그 의무를 이행하려고 제정한 개선된 법률의 적용범위가 원칙적으로 일치하여야 한다는 점, ② 관련 사건들에 헌법불합치로 결정된 구법이 적용됨에 따라 그 사건들에 관해서 더는 확정력이나 기판력이 형성될 수 없는 상태에서 헌법불합치로 결정된 구법에 따라서 규율된 사항을 합헌적으로 규율하는 개선된 법률이 있으므로 비록 소급 적용을 명하는 명문 경과규정이 없더라도 해석을 통해서 개선된 법률을 소급 적용하는 것이 법리적으로 무리라고 보기 어려운 점, ③ 관련 개인들에게 다시 입법부작위나 개선된 법률의 위헌확인을 구하는 헌법소송을 제기하도록 하는 시간적·경제적 비용을 덜어 준다는 점에서 강한 설득력이 있으나, 이러한 견해는 입법자가 개선된 법률 시행 이전 사건 중 일부에 관해서만 개선된 법률을 적용하는 명문의 경과규율을 두면 어려움에 봉착할 수 있다는 점을 고려하면, 개선된 법률은 입법자의 명시적인 의사에 어긋나지 않는 한 개선된 법률의 소급 적용을 명하는 경과규정이 없더라도 소급 적용될 수 있다는 견해도 있다.<sup>631)</sup>

이에 대해서 개선된 법률에서 소급효를 인정하는 규정이 없으면 신법이 당연히 소급하여 적용되는 것은 아니라는 견해가 있다.<sup>632)</sup> 법률의 소급 적용은 법률로써 결정하여야 할 사항으로 입법권에 속하는 것이기 때문이라고 한다. 이 견해는 개선된 법률이 이러한 소급효를 인정하지 않으면 여전히 위헌인 것으로 되어 개선된 법률은 다시 위헌여부심판 대상이 될 수 있다고 한다.

그리고 적용중지 헌법불합치결정은 개선된 법률의 소급 적용을 전제하므로 헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정을 내리면 입법자는 소급효 있는 법률개선을 할 의무가 있으나, 법률의 소급 적용 여부는 법률로서 규율되어야 할 사항으로서 입법자가 결정하여야 하므로, 개선된 법률 소급 적용에 관한 경과규정이 없다면 해당 법률은 일반원칙에 따라 즉시효(장래효)만 있다고 보아야 할 것이고, 이러한 입법자의 조치는 소급효 있는 법률 개선을 할 의무를

631) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 546면.

632) 김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정”, 사법 제8호, 사법발전재단, 2009, 204~205면; 윤진수, 앞의 논문(주 621), 677면; 같은 사람, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점”, 헌법논총 제11집, 2000, 218~225면; 이상훈, 앞의 논문(주 550), 86면; 이준일, 앞의 책(주 550), 1065면; 정중섭, 앞의 책(주 574), 409면; 최완주, 앞의 논문(주 551), 397~398면; 최 환, “헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력”, 판례연구 제23집, 부산판례연구회, 2012, 590-591면.

이행하지 아니한 것으로서 헌법에 위반되는 것이므로 법원은 독자적으로 개선된 법률을 적용하여서는 아니 되고, 개선된 법률에 소급 적용 경과규정을 두지 않은 것을 문제 삼아 헌법재판소에 위헌제청을 하여 문제를 해결하여야 할 것이라는 견해도 있다.<sup>633)</sup>

그 밖에 개선된 법률을 해석하여 동 법률의 소급 여부를 결정하여야 한다는 견해도 있다.<sup>634)</sup> 즉 개선된 법률을 해석한 결과 개선된 법률에서 비록 경과규정을 두지 않았지만, 개선된 법률을 소급 적용하여야 할 것으로 해석되면 개선된 법률을 소급 적용할 수 있다고 한다. 그러나 해석 결과 개선된 법률을 소급 적용하는 것으로 해석되기 어려우면 입법자가 입법개선의무를 일부 게을리하는 것으로 보아야 한다고 한다.

## 2. 판례

### 가. 헌법재판소

헌법재판소는 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무에 따라 입법자가 법률을 개선할 때 소급적용규정을 둘 의무가 있다면 그 소급 적용 범위는 원칙적으로 헌법불합치결정 시점까지로 될 것이나, 구체적 사안마다 헌법불합치결정의 취지, 헌법불합치결정이 선고된 법률조항 위헌성의 내용과 정도, 개선된 법률 내용과 그 소급 적용이 다른 보호법익에 미치는 영향 정도 등 제반 사정을 고려하여 헌법상 보호법익을 비교형량하여 도출되어야 할 것이고, 입법자는 이러한 의무에 어긋나지 않는 범위 안에서 입법형성의 재량이 있어서 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률이 제한 없이 소급 적용되어야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>635)</sup> 그러나 헌법재판소는 어떠한 법률조항에 대해서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡긴 이상, 그 개선된 법률의 소급 적용 여부와 소급 적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구법 조항에 대한 종전 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서 구체적 규범통제의 실효성 확보라는 측면을 고려하면, 헌법불합치결정에 따라 개선된

633) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 155-156면.

634) 황도수, 앞의 논문(주 621), 263면.

635) 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 판례집 16-1, 29, 56; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등, 판례집 20-2상, 941, 966.

법률에서 신법 조항의 소급 적용에 관해서 명시적인 경과규정을 두지 않더라도, 적어도 ‘법원의 제정·헌법소원심판 청구를 통하여 종전 헌법불합치결정을 하도록 계기를 부여한 사건(이른바 당해 사건) 및 종전 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건(이른바 동종사건이나 병행사건)에 대해서는 종전 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률의 소급효가 미친다고 한다.<sup>636)</sup> 헌법재판소가 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정하거나 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡기면, 이 결정의 효력이 소급하여 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 이 사건 법률조항을 적용하여 행할 부과처분에 대하여는 법리상 이 결정 이후 입법자가 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 한다고 한 결정도 있다.<sup>637)</sup>

## 나. 대법원

대법원은 어떠한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정하거나 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡긴 이상, 그 개선입법의 소급 적용 여부와 소급 적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구법 조항에 대한 이 사건 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려하면, 적어도 이 사건 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건과 이 사건 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대해서는 이 사건 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이라고 한다.<sup>638)</sup> 따라서 어느 법률이나 법률조항에 대한 적용 중지의 효력이 있는 헌법불합치결정에 따라 법률 개선이 이루어지면 헌법불합치결정 이후에 제소된 일반사건에 관하여 개선입법이 소급하여 적용될 수 있는지는, 그러한

636) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1, 판례집 7-2, 221, 246-247; 헌재 2006. 6. 29. 2004헌가3, 공보 117, 872, 875; 헌재 2007. 1. 17. 2005헌바41등, 판례집 19-1, 14, 20; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등, 판례집 20-2상, 941, 959-960.

637) 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 16, 39.

638) 대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결(집50-1, 343; 공2002상, 1059); 대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다62476 판결(공2002하, 1389); 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다21882 판결(공2003상, 29); 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결(공2006상, 569); 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005다16041 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2006다46131 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2008다18885 판결(공2011하, 2234).

입법형성권 행사의 결과로 만들어진 개선된 법률 내용에 따라 결정되어야 할 것이므로, 개선된 법률에 소급 적용에 관한 명시적인 규정이 있으면 그에 따라야 하고, 개선된 법률에 그에 관한 경과규정이 없으면 다른 특별한 사정이 없으면 헌법불합치결정 전의 구법이 적용되어야 할 사안에 관하여 그 개선된 법률을 소급하여 적용할 수 없는 것이 원칙이라고 한다.<sup>639)</sup>

다만, 대법원 판례 중에는 “결정(헌재 1995. 11. 30. 95헌바12등) 이유 전단에서는 종래의 법령의 계속 적용이 가능하다고 하면서도 후단에서는 개정법률이 위헌성이 제거되었다는 이유로 이를 당해 사건 등에 소급하여 적용할 것을 실시하고 있으나, 이를 소급 적용할 법리상 근거도 없을 뿐만 아니라 개별공시지가 시행 이전에 이미 양도가 이루어진 사건에 있어서는 위 개정법률은 양도 당시의 과세시가표준액 등에 의한 기준시가를 위 개정법률이 정하고 있는 개별공시지가로 환산하는 규정을 결하고 있으므로, 위와 같은 사례에 있어서는 그 처분이 전부 취소될 수밖에 없어 위 결정 이유 전단에서 헌법불합치결정을 채택하는 근거로 내세운 법적 공백의 회피, 국가의 재정차질 방지 및 납세자 사이의 형평 유지에 정면으로 모순되는 결과가 발생하게 된다. 그렇다면 결국 이 사건 헌법불합치결정은 당해 조항의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 이전까지는 종전 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해 사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유가 없다.”라고 하여 개선된 법률이 당연히 소급 적용되는 것은 아니라고 판단한 것도 있다.<sup>640)</sup> 하지만 이 판결은 개선된 법률을 소급 적용하면 헌법불합치결정 취지와 모순되는 사례 자체의 문제점 때문에 예외적으로 개선된 법률의 소급 적용을 부정한 것에 지나지 않는 것으로 보아야 한다고 생각한다.

### 3. 독일의 학설과 판례

#### 가. 학설

독일의 지배적 견해는 원칙적으로 개선된 법률의 소급효를 요구한다. 그러나 그에 관한 근거는 다양하다.

먼저 ① 불합치선언은 무효선언처럼 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항의

639) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014두35447 판결(공2015하, 896).

640) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결(집45-2, 451; 공1997상, 1282).

기본사고에 맞게 처리하여야 한다는 견해가 있다.<sup>641)</sup> 이 견해는 개선된 법률은 아직 확정력 있는 절차종료에 이르지 않은 모든 사건에 소급하여 적용된다고 한다.

그리고 ② 불합치선언은 법률적 효력(법규적 효력: 독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항 제1문) 때문에 모든 사건에 대해서 (대세적으로) 위헌규범과 독일 기본법의 충돌 시점부터 (소급하여) 창설적 효력이 있고 입법자에게 위헌적 법상태를 제거할 의무를 부과한다는 견해도 있다.<sup>642)</sup> 이 견해를 따르면 입법자는 헌법합치적 질서에 대한 입법자의 구속(독일 기본법 제20조 제3항) 때문에 즉시 (지체 책임 없이) 합헌적 법상태를 창출하여야 하므로, 입법자가 헌법과 합치하지 않는 것으로 확인한 법적 상황을 바꾸지 않고 지속시키는 것은 허용되지 않는다고 한다. 여기서 입법자는 과거에 대한 독일 기본법의 요구를 정당하게 평가할 의무가 있다고 한다.

또한, ③ 권력분립과 권한질서에 근거한, 다른 국가기관의 유효한 결정을 서로 존중하여야 한다는 국가기관의 헌법적 의무와 법률적 측면에서 독일 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 따른 구속력에서 국가기관이 스스로 제거하고 소급하여 해결하여야 한다는 명령이 도출되므로,<sup>643)</sup> 입법자는 과거를 ‘합헌상태로 돌려야’ 한다는<sup>644)</sup> 견해도 있다.

그 밖에 ④ 입법자의 헌법구속과 헌법합치적 법상태를 창출하기 위해서 노력하여야 한다는 입법자의 법률개선 의무 목적에 따라서 모든 헌법위반은 처음부터 제거되어야 한다는 견해도 있다.<sup>645)</sup> 이 견해는 이러한 의무 지움을 원칙적으로 위헌성 확인에 포섭되는 전체 시간영역으로 확장한다.

## 나. 판례

독일 연방헌법재판소를 따르면 상당한 기간 안에 헌법에 합치하는 법상태를 창출하여야 하는 입법자의 의무는 원칙적으로 확인이 포섭하는 전체 시간영역,

641) Peter E. Hein (Anm. 72), S. 171 ff.; Wolfgang Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: Wolfgang Zeidler/Theodor Maunz/Gerd Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 54 ff.; Klaus Schlaich/Stefan Koriath (Anm. 13), Rdnr. 427.

642) Hermann Heußner (Anm. 71), S. 258.

643) Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., München 1991, § 20 Rdnr. 65.

644) Christian Pestalozza (Anm. 95), § 20 Rdnr. 129.

645) Christian Mayer (Anm. 2), S. 175.

즉 불합치선언과 관련되는 전체 시간영역까지 확대되고, 최소한 위헌으로 결정된 규율에 근거한, 아직 확정력 없는 모든 재판을 포섭한다고 한다. 입법자가 헌법과 합치하지 않는 법적 상태를 (과거에 대해서도) 존속시키는 것은 허용되지 않는다고 한다. 이것은 특히 독일 연방헌법재판소법 제31조가 규정한 독일 연방헌법재판소 재판의 기속력에서 도출된다고 한다.<sup>646)</sup> 그에 반해서 입법자가 다투어진 법규범의 효력발생시점부터 합헌적 규율을 창출할 의무를 진다는 독일 연방헌법재판소 재판도 있다.<sup>647)</sup>

#### 4. 검토

헌법불합치결정은 본질에 비추어 위헌결정이므로, 헌법불합치결정을 받은 법률은 (결정주문에서 예외적으로 잠정 적용을 명령하지 않는 한) 가능하면 적용되지 아니하도록 할 필요가 있다. 그래서 입법자가 ‘마음대로’ 개선된 법률의 소급범위를 정하는 것은 헌법불합치결정 취지에 어긋난다. 즉 헌법재판소는 심사한 법률을 위헌이라고 판단하여 그 적용을 배제하면서 오로지 합헌상태 회복만을 입법자의 재량에 맡긴 것이다. 따라서 입법자에게는 위헌인 법률을 계속 적용하게 할 권한이 없어서, 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 범위에서는 개선된 법률에 소급 적용에 관한 경과규정이 포함되어 있는지와 상관없이 개선된 법률이 적용되어야 한다. 그리고 입법자가 법률을 개선할 때까지 재판절차가 중단되므로, 법적 안정성을 고려할 필요가 없다.<sup>648)</sup> 또한, 위헌법률을 적용하는 것은 위헌이므로,<sup>649)</sup> 개선된 법률을 소급 적용하지 않으면 법적 공백이 발생한다. 소급 적용을 규정하지 않는다는 이유로 개선된 법률을 다시 헌법재판소 심판대상으로 삼아 위헌결정을 받아내라고 하는 요구는 당사자 구제를 늦추는 의미밖에 없다. 새로운 위헌법률심판과 그에 따른 새로운 법률을 통해서 단지 개선된 법률의 소급효만 확인될 수 있기 때문이다. 그리고 헌법재판소의 헌법불합치결정을 통해서 이미 개선된 법률의 소급효는 확정되었고 개선된 법률의 다른 내용은 바뀌거나 폐지되지 않으므로, 법원이 소급효규정 없는 개선된 법률을 소급 적용한다고 하더라도 입법자의 권한은

646) BVerfGE 81, 363 (384); 87, 114 (137); 87, 153 (178).

647) BVerfGE 55, 100 (110 f.); 61, 319 (357).

648) 같은 견해: 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 544면.

649) Hartmut Maurer, Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen, in: Hans Schneider/Götz Volkmar (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 362 참조.



침해되지 않는다.

## Ⅳ. 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률의 소급범위

### 1. 적용중지 헌법불합치결정

적용중지 헌법불합치결정은 위헌성이 확인된 법률 적용을 중지하고 개선된 법률을 소급 적용함으로써 합헌적 질서를 회복하는 것이 본질이다. 여기서 개선된 법률의 소급 적용을 통해서 합헌성이 회복되는 대상은 단순위헌결정으로 말미암아 위헌법률 적용이 배제되는 대상과 같다. 즉 개선된 법률이 소급 적용되는 범위는 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같다.<sup>650)</sup> 따라서 법률개선 계기를 부여한 헌법재판소 결정이 선고된 시점을 넘어서 소급효가 미칠 수 있다. 그런데 단순위헌결정에서는 위헌성이 확인된 법률 적용이 배제되지만, 헌법불합치결정에서는 개선된 법률의 소급 적용 형태로 나타난다. 따라서 단순위헌결정에서는 헌법재판소 선고만으로 구제범위가 바로 확정되지만, 헌법불합치결정에서는 입법자의 법률 개선을 매개로 구제범위가 확정된다는 점에서 차이가 있다.<sup>651)</sup> 먼저 개선된 법률은 적용중지 헌법불합치결정 선고 전에 재판계속 중이었으나 아직 확정되지 아니한 사건들에 소급 적용된다. 따라서 적용중지 헌법불합치결정의 직접적 계기가 된 당해 사건은 물론 적용중지 헌법불합치결정 선고 당시에 헌법불합치로 결정된 법률의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 병행사건에도 개선된 법률이 소급 적용된다.<sup>652)</sup> 그리고 적용중지 헌법불합치결정 선고 전에 발생하였으나 적용중지 헌법불합치결정 선고 이후에 비로소 법원에 제소된 일반사건들도 헌법불합치로 결정된 법률 적용이 정지되므로 개선된 법률이 소급 적용된다. 또한, 적용중지 헌법불합치결정이 선고되고 나서 비로소 발생한, 헌법불합치로 결정된 법률의 위헌 여부가 재판이나 처분의 전제가 되는 사건들에도 개선된 법률이 소급 적용된다. 헌법불합치로 결정된 법률 적용이 금지되고, 관련

650) 정종섭, 앞의 책(주 574), 411면; 한수웅, 앞의 논문(주 550), 12면; BVerfGE 37, 217 (262) 참조.

651) 이상 김하열, 앞의 책(주 551), 374-375면 참조.

652) 현재 2006. 6. 29. 2004헌가3, 공보 117, 872, 875; 현재 2007. 1. 17. 2005헌바41등, 판례집 19-1, 14, 20. 대법원도 기본적으로 이러한 견해이다. 예를 들어 대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결(집50-1, 343; 공2002상, 1059); 대법원 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결(공2011하, 2234).

절차가 정지되기 때문이다.<sup>653)</sup> 결국, 아직 기판력이나 확정력이 형성되지 아니한 모든 절차가 정지되므로 이러한 미결 사건들 모두가 개선된 법률의 소급 적용 대상이다.<sup>654)</sup> 그러나 적용중지 헌법불합치결정 당시에 이미 확정력이나 기판력이 발생한 사건들은 개선된 법률의 소급 적용 대상이 아니다.<sup>655)</sup>

## 2. 계속적용 헌법불합치결정

계속적용 헌법불합치결정에서는 위헌성이 확인된 법률이 잠정적으로 적용되도록 하므로 개선된 법률의 소급 적용이 본질적 요소가 아니다. 따라서 입법자가 법률을 개선할 때까지 헌법재판소가 위헌법률의 계속 적용을 명령하면 개선된 법률이 당연히 소급 적용되지 않는다.<sup>656)</sup> 개선된 법률의 소급 적용은 입법자의 결정에 따라 결정된다. 그래서 입법자가 개선된 법률을 소급 적용하는 경과규정을 두지 않으면 개선된 법률은 당해 사건에도 적용되지 않는다.<sup>657) 658)</sup>

653) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 544-545면.

654) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 545면. 독일 판례도 기본적으로 이러한 견해이다. 예를 들어 BVerfGE 87, 153 (178); 99, 280 (298).

655) 이상 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 545면.

656) 같은 견해: 김선택, “대학교원의 신분보장 - 교수임용방식 개선방향과 해직교수 구제 방안”, 공법연구 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003, 244면.

657) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013두6435 판결: “구 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호(이하 ‘구법 조항’이라 한다)는 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당(이하 ‘퇴직급여 등’이라 한다)의 일부를 감액하여 지급한다고 규정함으로써, 재직 중에 발생한 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 그것이 직무와 관련된 것인지 여부를 묻지 아니하고 구법 조항이 적용되도록 하고 있다. 그런데 헌법재판소는 2007. 3. 29. 선고 2005헌바33 전원재판부 결정에서, 구법 조항이 비례의 원칙에 반하여 재산권인 급여수급권을 침해하고, 공무원을 국민연금법상 사업장가입자 및 근로기준법상 근로자에 비해 불평등하게 대우하여 헌법에 위배된다고 판단한 뒤, 다만 ① 이미 공무원연금과 관련된 연간 국가예산 및 기금운용계획이 확정된 상태에서 구법 조항에 대한 단순위헌선언으로 그 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있고, ② 또한 이미 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받아 급여를 감액당한 다른 퇴직공무원과의 형평성도 고려하여야 한다는 이유를 들어, ‘구법 조항은 헌법에 합치되지 아니하고, 2008. 12. 31. 을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다’는 취지의 헌법불합치결정을 선고하였다(이하 ‘이 사건 결정’이라 한다). 이 사건 결정에 나타난 구법 조항에 대한 헌법불합치결정 및 잠정적용의 이유 등에 따르면, 이 사건 결정은 2008. 12. 31. 을 시한으로 구법 조항에 대한 개선입법이 시행되기 전까지는 구법 조항을 그대로 적용하여야 한다는 취지라고 이해할 수밖에 없고, 이 사건 결정에서 정한 개선입법의 시한이 경과할 당시 구법 조항에 따른 처분의 적법 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건이라고 하여 이와 달리 취급하여야 할 이유는 없다.”

658) 이상 김하열, 앞의 책(주 551), 376면 참조.

그러나 대법원은 법률의 위헌 여부심판 제청은 그 전제가 된 당해 사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용받지 않으려는 데 그 목적이 있고, 헌법 제107조 제1항에도 위헌결정의 효력이 일반적으로는 소급하지 아니하더라도 당해 사건에 한하여는 소급하는 것으로 보아, 위헌으로 결정된 법률조항 적용을 배제한 다음 당해 사건을 재판하도록 하려는 취지가 포함되어 있다고 보일 뿐 아니라, 만일 제청을 하게 된 당해 사건에서도 소급효를 인정하지 않는다면, 제청 당시 이미 위헌여부심판의 전제성이 없어 제청조차 할 수 없다고 해석되어야 하므로, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여서라도 적어도 당해 사건에 한해서는 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다고 해석되고, 이러한 해석은 이 사건처럼 헌법재판소가 실질적으로 위헌결정을 하면서도 그로 말미암은 법률조항의 효력상실시기만을 일정기간 뒤로 미루는 계속적용 헌법불합치결정에도 마찬가지로 적용된다고 하였다.<sup>659)</sup>

이에 대해서는 위헌심판제청이나 헌법소원에서 재판의 전제성은 위헌 여부가 문제 되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것일 때 그 법률이 헌법에 위반되는지에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 것을 말하므로, 위헌심판제청이나 헌법소원을 제기하는 단계에서는 헌법재판소가 단순위헌결정을 하거나 헌법불합치결정을 하면서 적용 중지를 택할 가능성도 있어서 재판의 전제성은 충족되고, 그 후 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 적용 중지를 선택하였으므로 대상법률을 당해 사건에서 계속 적용한다고 소급하여 재판의 전제성이 없어지지 않고, 헌법불합치결정의 효력이 당해 사건에 미치므로 당해 사건에서는 불합치로 선언된 법률조항을 적용할 수 없어서 계속 적용 명령이 있어도 당해 사건에서는 대상 법률조항이 단순위헌결정으로 무효가 된 것처럼 재판하면 된다는 논리는 헌법불합치결정의 이론체계에 맞지 않는다는 비판이 있다.<sup>660)</sup>

그리고 병행사건이나 일반사건까지 확대하기는 어렵지만, 당해 사건만큼은 형평성 문제나 법적 근거 문제가 있더라도 헌법소송의 개시자 혜택<sup>661)</sup>을 주어야

659) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결(집39-3, 1; 공1991, 1895).

660) 이상훈, 앞의 논문(주 550), 95-96면.

661) 개시자 혜택이라는 논리로 접근해서 아주 일정한 사건 범위 안에서만 편익을 누리게 하면, 당해 사건과 동종사건, 병행사건, 일반사건, 헌법불합치결정시점과 법률개선시점 사이에 형성된 사건 및 이미 확정력이 발생한 사건 사이에 형평 문제가 발생하므로, 동등한 여건을 갖춘 사건을 동등하게 처우되어야 하고, 달리 처우하여야 할 특별한 근거가 없다는 주장도 있다(남복현, 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편

한다는 견해도 있다.<sup>662)</sup> 이 견해는 이로 말미암아 법적 안정성에 큰 지장을 초래하는 것도 아니고, 그렇지 않으면 헌법불합치결정이 위헌결정의 하나인데도 당사자에게는 기각결정이나 다름없게 되므로 헌법재판소가 주문이나 이유에서 당해 사건은 적용을 중지하고 신법을 적용하라고 하던지, 아니면 당해 사건에도 ‘임시로’ 계속 적용하도록 하되 개선된 법률이 당해 사건에 소급 적용될 수 있다는 이유를 남기는 것이 바람직하다고 한다.

또한, 형벌조항이 아닌 법률에 헌법불합치결정에서 적용중지 헌법불합치결정은 물론 계속적용 헌법불합치결정도 개선된 법률의 소급효를 인정하여야 하므로 입법자가 법원 해석에 따라 적용 여부가 달라지는 실태를 인지하여 논란이 없도록 소급규정을 제정하는 것이 바람직하다는 주장도 있다.<sup>663)</sup> 이 견해는 ‘계속 적용’이라는 유형에만 초점을 맞추지 말고 ‘왜’ 계속 적용을 명령할 수 없는지에 관한 고려를 하여야 한다고 한다. 하지만 이 견해를 따르면 기존 법률을 토대로 형성된 법적 관계를 개선된 법률에 따라 다시 새롭게 형성하도록 함으로써 법적 안정성을 해칠 수밖에 없다. 따라서 개선된 법률의 소급 적용을 강제하는 것보다는 입법자의 판단에 맡기는 것이 타당하다고 생각한다.

## V. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률의 소급효

헌법재판소는 형벌조항에 대해서 적용중지 헌법불합치결정<sup>664)</sup> 뿐 아니라 계속적용 헌법불합치결정<sup>665)</sup>도 내린다. 그런데 대법원은 적용중지 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률을 당해 사건에 적용하지 않는다. 즉 법원이 위헌여부심판을 제청하는 목적이 된 당해 사건에 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 것이고, 헌법재판소법 제45조와 제47조의 규정 취지에 비추어 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당하며, 형벌에 관한 법률조항에 대해서 위헌결정이 선고되면 그 법률조항의 효력은 소급하여 상실되고, 당해 사건뿐 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든

차, 한양법학 제26집, 한양법학회, 2009, 342면).

662) 이명용, 앞의 논문(주 630), 391-392면.

663) 정혜영, “헌법불합치결정의 효력에 관한 연구”, 아주법학 제8권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2015, 120-121면.

664) 예를 들어 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670.

665) 예를 들어 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427.

유죄확정판결까지 전면적으로 재심이 허용된다는 구 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 제3항에 비추어 이러한 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않다고 한 형사처벌법규를 적용할 수 없으며, 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률조항을 소급 적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에 어긋나서 허용될 수 없다고 한다.<sup>666)</sup> 이러한 논리를 대법원은 계속적용 헌법불합치결정에도 그대로 적용한다. 즉 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정이고, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌에 관한 법률조항에 대해서 위헌결정이 선고되면 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하므로 해당 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니할 때에 해당하여 법원은 그 피고사건에 대해서 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다고 한다.<sup>667)</sup>

이에 대해서 대법원 소수의견은 헌법재판소가 어떠한 형벌법규에 위헌성이 있다고 인정하면서도 그 가운데 합헌적 부분도 혼재되어 국회 입법을 통한 구분 필요성이 있거나 단순위헌결정이 가져올 법적 안정성에 대한 침해 가능성이 중대하다고 보아, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따른 소급효 적용을 배제하는 것이 불가피하다고 판단하여 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 하면서 아울러 일정한 개선입법이 마련되어 시행되기까지 해당 법규의 계속 적용을 명하면, 법원으로서도 이러한 헌법적 가치와 이익형량에 관한 헌법재판소의 판단을 존중할 필요가 있고, 다수의견과 같이 예외적 소급효 제한의 헌법적 당부를 따지지 않은 채 단지 헌법불합치결정이 위헌결정의 일종이고 헌법불합치결정의 대상이 형벌법규이므로 당연히 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용에 따라 소급효가 인정될 뿐이고 여기에 어떠한 예외도 허용될 수 없다고 기계적으로 해석할 것은 아니라고 하면서 다수의견을 비판한다.<sup>668)</sup>

이와 관련하여 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률 적용이 형벌불소급원칙에 어긋난다는 결론은 지극히 형식적이라는 주장이 있다.<sup>669)</sup> 이 견해는 헌법불합치 결정에 수반되는 입법보충의 의미는 ‘이미 존재하는 합헌적 처벌 가능성 확인과

666) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결(공2009상, 174).

667) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결(공2011하, 1487).

668) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결(공2011하, 1487) 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복의 별개의견.

669) 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 550), 605면.

위헌적 처벌요건 제거'이므로, 개선된 법률에서 합헌적 가벌성이 유지된 부분은 범죄행위 당시에도 성립·유효하였던 법률이지, 범죄행위 종료 후 비로소 신설된 가벌요건이 아니라서, 개선된 법률에 따라 당해 사건 피고인에 대해서 유죄 판단을 하는 것은 형벌불소급원칙에 어긋나지 않는다고 한다. 그리고 개선된 법률은 폐지된 구성요건을 다시 구성요건화하는 것이 아니라 효력이 유지되던 법률규정을 헌법에 부합하도록 구성요건적 행위를 축소하거나 형벌을 완화하는 개정에 지나지 않는다고 하면서, 입법자의 법률 개선은 입법보충을 통해서 개선된 법률에서 가벌성이 유지된 부분은 범죄행위 당시에도 유효하였던 것으로서 범죄행위 종료 후에 신설된 처벌요건은 아니라는 견해도 있다.<sup>670)</sup>

먼저 적용중지 헌법불합치결정은 물론 계속적용 헌법불합치결정은 단순위헌 결정과 구별되는 별개의 헌법재판소 결정유형이다. 즉 헌법불합치결정과 단순위헌결정은 선고요건과 법적 효과가 명확하게 다르다. 따라서 단순위헌결정과 헌법불합치결정을 포함한 모든 위헌결정에 기속되는 법원(헌법재판소법 제47조 제1항)은 헌법재판소가 내린 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 간주할 권한이 없다. 대법원이 헌법재판소의 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 간주하는 것은 대법원이 재심을 통해서 새롭게 단순위헌결정을 내리는 것과 다름없다. 이것은 대법원이 헌법재판소의 권한을 찬탈하는 것으로 볼 수 있다. 특히 이것은 법률이 헌법에 위반되는지가 재판의 전제가 되면 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 따라서 재판한다고 규정한 헌법 제107조 제1항에 어긋난다. 따라서 헌법재판소의 헌법불합치결정이 문제가 있더라도 대법원은 이를 따를 수밖에 없다. 만약 이에 따라서 법적 공백이 발생하면 그때 법원은 법관법을 형성하여 재판할 수 있을 뿐이다. 다음 헌법 제12조 제1항 제2문 후단과 제13조 제1항 전단에서 규정한 죄형법정주의와 형벌불소급원칙의 근본 뜻은 형벌에 관한 법률은 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확하게 밝혀서 어떠한 행위가 금지되고, 그에 위반하면 어떠한 형벌을 받을 수 있는지를 미리 개인에게 알려져 자기 행위를 결정할 수 있도록 함으로써 예측 가능성을 확보하려는 것이다.<sup>671)</sup> 이것은 소급적인 범죄구성요건 제정과 형벌 가중을 엄격히 금지하는 취지이지 범죄구성요건을 소급하여 축소하거나 형벌을 소급하여 완화하는 것까지 금지하려는 것은 아니다. 따라서 개선된 법률이 위헌으로 확인된 종래 법률보다 범죄구성요건을

670) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 187면.

671) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2, 판례집 8-1, 51, 82-83.

축소하거나 형벌을 완화하면 죄형법정주의나 형벌불소급원칙에 어긋나지 않는다. 특히 소급하여 범죄구성요건을 축소하거나<sup>672)</sup> 형벌을 완화하더라도 헌법불합치로 결정된 법률이 그러한 내용, 즉 그러한 행위가 형사처벌을 통해서 금지된다는 것을 그 행위 이전에 이미 알렸으므로, 당사자의 예측 가능성이 보장된다는 점에 주목하여야 한다.<sup>673)</sup> 이러한 점에 비추어 헌법불합치결정에 따라 개선된 법률조항을 소급 적용하여 헌법불합치결정 이전에 범죄를 범한 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에 어긋나지 않는다. 결국, 헌법재판소가 형벌에 관한 법률에 대하여 내린 헌법불합치결정에 따라서 개선된 법률은 원칙대로 헌법불합치결정의 선고시점까지 소급하여 당해 사건에도 적용된다.

## VI. 결정 선고 당시 이미 개선된 법률의 소급 적용

헌법재판소가 헌법불합치결정을 내릴 때 입법자에게 법률개선의무를 부여한다는 것은 위헌성이 확인된 법률이 개선될 필요가 있다는 것을 전제한다. 그런데 헌법재판소가 결정을 내리는 시점에 이미 개선된 법률이 시행되었거나 시행 예정일 때가 있다. 이때는 이미 입법자의 의사가 확인되어서 헌법불합치결정을 통해서 입법자에게 법률개선의무를 부여할 필요가 없다. 즉 이때는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 내려도 입법자의 법률개선의무는 발생하지 않는다. 따라서 이미 개선된 법률의 소급 적용 여부와 헌법불합치로 선언된 법률의 계속 적용 여부가 문제 될 뿐이다. 이것은 법적 공백을 어떻게 메울 것인지에 관한 문제로 결국 이에 관한 권한이 헌법재판소에 있는지로 귀결된다. 특히 헌법재판소가 개선된 법률을 소급 적용하도록 할 때는 입법자가 정한 적용시점을 헌법재판소가 변경한다는 점에서 입법권 침해 여부가 문제 된다.

먼저 개선된 법률이 헌법불합치결정을 내리는 시점을 기준으로 이미 시행된 때, 즉 선고시점에 개선된 법률이 적용될 때와 선고시점 이후에 시행될 예정인

672) 개선된 법률이 범죄구성요건을 축소하여도 당사자의 행위가 그 구성요건에 여전히 포섭된다면 당사자에게 유리하지 않은 소급입법이라는 비판이 있을 수 있다. 그러나 이러한 때 개선된 법률은 당사자에게 불리하지도 않으므로 형벌불소급원칙과 충돌하지 않는다.

673) 이상 허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정”, 공법연구 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010, 147면.

때로 나눌 수 있다. 다음 각 경우에 헌법재판소가 헌법불합치로 선언된 법률을 적용 중지하는 때와 계속 적용을 명령하는 때 그리고 개선된 법률을 소급 적용하는 때로 나눌 수 있다.

① 개선된 법률이 이미 시행 중일 때 개선된 법률에 소급규정이 있으면 헌법재판소는 단순위헌결정을 내리는 것으로 충분하다. 단순위헌결정으로 위헌으로 선언된 법률은 더는 적용되지 않고, 개선된 법률의 소급규정으로 말미암아 법적 공백이 발생하지 않아서 헌법불합치결정을 내릴 이유가 없기 때문이다.

② 개선된 법률이 이미 시행 중일 때 개선된 법률에 소급규정이 없으면 헌법재판소는 개선된 법률을 아직 확정되지 않은 모든 사건에 소급 적용할 것을 명령하는 헌법불합치결정을 내려야 할 것이다. 이때 헌법불합치로 선언된 법률에 대해서 적용 중지를 명령하면 적용중지시점과 개선된 법률시행시점 사이에 법적 공백이 발생하고, 계속 적용을 명령하면 헌법재판소는 위헌상태를 근거 없이 지속시키는 것이기 때문이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 선고 당시에 이미 개선된 법률을 아직 확정되지 않은 모든 사건과 앞으로 일어날 사건 모두에 적용할 것으로 내용으로 하는 헌법불합치결정을 내린 적이 있다.<sup>674)</sup> 이것은 입법자에게 법률개선 의무를 부과하는 대신에 결정선고일(1995년 11월 30일)부터 개선된 법률 시행일(1996년 1월 1일)까지의 기간에 개선된 법률을 적용할 것을 명령한

674) 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 594-595: “위와 같이 이 사건 위임조항은 헌법에 위반되므로 원칙으로 위헌결정을 하여야 할 것이나 이에 대하여 단순위헌결정을 선고하여 당사 그 효력을 상실시킬 경우에는 기준시기에 의한 양도소득세를 부과할 수 없게 됨은 물론, 이 법률 조항의 위임에 근거한 소득세법시행령 제115조를 인용하고 있는 구 법인세법시행령 제124조의2 제8항(1978.12.30. 대통령령 제9230호로 개정된 후 1994.12.31. 대통령령 제14468호로 삭제되기 전의 것) 등도 이를 시행할 수 없게 되는 등 법적 공백 상태를 야기하게 되고 이에 따라 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 줌과 아울러 이미 이 조항에 따른 양도소득세를 납부한 납세의무자들과 사이에 형평에 어긋나는 결과를 초래하는 데다가 이 사건 위임조항의 위헌성을 국회에서 법률로 제정하지 아니한 단지 입법형식의 잘못에 기인하는 것으로서 이를 한시적으로 계속 적용한다고 하더라도 그것이 반드시 구체적 타당성을 크게 해쳐 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 것이라고는 생각되지 아니하고 더욱이 이 사건의 경우에는 1994.12.22. 법률 제4803호로 헌법에 합치하는 내용의 개정입법이 이미 행하여져 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있으므로 당재판소는 단순위헌결정을 하지 아니하고 이 사건 위임조항을 적용하여 행한 양도소득세 부과처분 중 확정되지 아니한 모든 사건과 앞으로 행할 양도소득세 부과처분 모두에 대하여 위 개정법률을 적용할 것을 내용으로 하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.”(밑줄은 필자가 그은 것임. 이하 같음)



것이다.

그러나 대법원은 이러한 헌법불합치결정 취지를 단순위헌결정을 내리면 그 결정의 효력이 당해 사건 등에 광범위하게 미쳐서 구 법령에 근거한 양도소득세 부과처분이 모두 취소되어 법적 공백 발생, 조세수입 감소로 말미암은 국가재정 차질, 기납세자와 형평 위배 등의 불합리한 결과가 발생하므로 이러한 부작용을 피하고자 개정법령의 시행일 전에 종전 법령을 적용하여서 한 부과처분은 그대로 유지하고, 그 시행일 전에 과세할 소득세에 관해서도 종전 법령을 적용함이 옳다는 판단에서 나온 것이라고 하면서, 결국 이러한 헌법불합치결정은 그 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 전까지는 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정으로 보아야 한다고 하였다.<sup>675)</sup>

대법원이 이렇게 보는 것은 헌법재판소가 결정이유 전단에서는 종래 법령의 계속 적용이 가능하다고 하면서 후단에서는 개선된 법률이 위헌성이 제거되었다는 이유로 이를 당해 사건 등에 소급하여 적용할 것을 실시하나, 이를 소급 적용할 근거가 없을 뿐 아니라 개별공시지가 시행 이전에 이미 양도가 이루어진 사건에서는 개선된 법률은 양도 당시의 과세시가표준액 등에 따른 기준시가를 개선된 법률이 정하는 개별공시지가로 환산하는 규정이 없어서, 이러한 사례에서는 그 처분이 전부 취소될 수밖에 없어 결정이유 전단에서 헌법불합치결정을 채택하는 근거로 내세운 법적 공백 회피, 국가재정 차질과 납세자 사이의 형평 유지에 정면으로 모순되는 결과가 발생하기 때문이라고 한다.<sup>676)</sup>

이 헌법불합치결정에서 소급 적용을 요구한 소득세법 개정조항은 개선된 법률이라고 볼 수 없다는 주장도 있다.<sup>677)</sup> 이 견해는 입법자가 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라서 부과된 법률개선 의무를 이행하려고 법률을 개선하는 것이므로 헌법불합치결정 이후에 법률이 개선되어야 하는데, 소득세법

675) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결(집45-2, 451; 공1997상, 1282); 대법원 1997. 3. 28. 선고 95누17960 판결(집45-2, 451; 공1997상, 1274); 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누16704 판결(공1997상, 1777); 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누9973 판결(공1997하, 3679); 대법원 1998. 2. 10. 선고 97누2771 판결(공1998상, 792); 대법원 1998. 3. 13. 선고 96누6059 판결(공1998, 1084).

676) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결(집45-2, 451; 공1997상, 1282).

677) 이광열, “헌법불합치결정의 기속력”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 13면; 최완주, 앞의 논문(주 551), 401-402면.

개정조항은 대상법률에 대한 헌법불합치결정이 있기 전에 입법자가 자발적으로 대상법률의 위헌성을 인식하고 이를 바로잡은 것이지<sup>678)</sup> 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무를 이행한 것이라고 볼 수는 없어서 소급적용규정을 둘 헌법상 의무가 없으므로 소급적용규정을 두지 않은 것을 입법상 흠결이라고 볼 수 없어서 소득세법 개정조항의 소급 적용 여부는 일반원칙에 따라 오로지 그 부칙의 효력규정에 따라야 하는데, 소급 적용에 관한 규정이 없어서 소급 적용할 수 없다고 한다. 설령 소득세법 개정조항을 개선된 법률이라고 보더라도 헌법재판소가 계속 적용하여야 할 사안이라고 하면서 개선된 법률의 소급 적용을 요구하는 것은 모순이라고 한다. 다만, 헌법불합치결정이 내려지고 나서는 기존 개정법률을 개선된 법률로 볼 수 있다고 한다.

대법원 판결에 대해서는 (i) 헌법불합치로 선언된 법률을 입법자가 이미 개선하면, 법률 개선을 구태여 추가로 명령할 필요가 없고, (ii) 이미 헌법불합치로 선언된 법률이 개선되면, 개선된 법률의 소급 적용을 법 적용자로 하여금 명령하는 것도 불가능하지 않는데, 이것은 법관에게 헌법과 법률에 합치되는 법률에 따라서 재판하도록 한 헌법 취지에 들어맞으며, (iii) 구체적인 사건을 해결할 때 어려움이 있다고 해서 다른 국가기관의 유권적인 결정을 전혀 다른 의미로 왜곡하거나 무시하는 태도는 결코 바람직하지 못하다는 비판이 있다.<sup>679)</sup> 그리고 헌법재판소는 아직 확정되지 아니한 양도소득세 부과처분사건들에 관해서 개선된 법률을 적용하면 입법형식상 위헌성이 제거될 수 있을 뿐 아니라 법률을 단순히 위헌으로 선언하면 발생할 수 있는 법적 공백 상태 문제를 동시에 해결할 수 있다고 본 것이어서 이러한 헌법불합치결정은 헌법적으로 정당화할 수 있는 독자적 경과규정이라는 견해도 있다.<sup>680)</sup>

해당 헌법불합치결정 이후에 헌법재판소는 헌법불합치결정 선고시점에 개선된 법률이 있었으나, 개선된 법률을 시행 이전 사건에 적용할 근거가 없다고

678) 헌법불합치결정에 따라 법률개선의무를 이행한 결과가 아니라 헌법불합치결정과는 무관하게 개정된 법률을 헌법재판소가 소급 적용하도록 결정하는 것은 결국 적극적 입법 기능을 행사한 것으로서 입법부의 고유권한을 침해한 것인지 의문이라는 주장도 있다 (소순무, “구소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정과 당해사건의 처리”, 법조 제46권 제10호, 법조협회, 1997. 10., 140면).

679) 남복현, “법률에 관한 변형결정의 유형과 효력”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998, 1016면.

680) 방승주, “구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력”, 헌법실무연구 제1권, 박영사, 2000, 279면.

하면서 기존 법률의 계속 적용을 명령하였다.<sup>681)</sup> 그리고 헌법재판소는 이미 개선된 법률을 소급 적용하려면 경과규정을 신설하여야 한다고 하였다.<sup>682)</sup>

681) 현재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271, 1300-1302: “그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법상 조세법률주의 및 재산권보장의 원칙에 반하여 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이다. 이 사건 법률조항의 위헌성은 단지 입법형식의 잘못에 기인하는 것인데, 만일 헌법위반을 이유로 단순위헌을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는, 이 사건 구 상속세법에 의한 상속세를 부과할 수 없게 되는 등 법적 공백 상태를 야기하게 되고, 이에 따라 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 주며, 이미 이 사건 법률조항에 따른 상속세를 납부한 납세자와 국세청 사이에 형평에 어긋나는 결과를 초래함으로써, 위헌적인 이 사건 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있다. 따라서, 위와 같은 위헌 판단의 근거 및 단순위헌으로 선고할 경우 발생할 수 있는 부정적인 결과, 그리고, 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 특히 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서는 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 줌이 옳다고 보여지는 점, 비록 1994. 12. 22. 법률 제4805호와 1996. 12. 30. 법률 제5193호에 의한 헌법합치적 개정이 행하여져 이미 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있기는 하나, 이들 개정법률이 시행되기 이전에 상속이 개시된 본건 등에게까지 이를 적용할 근거가 없는 점 등을 참작하면, 결국 이 사건 법률조항의 적용을 그대로 유지하는 것이 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법적 공백의 합헌적인 상태보다 오히려 여러 가지 충격과 혼란을 방지하는 등 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되고, 비록 이로 인하여 청구인들이 위헌법률의 적용금지를 통한 권리구제의 목적은 달성할 수 없게 되지만, 헌법소원의 기능은 권리구제라는 주관적 측면 이외에 헌법질서의 유지라는 객관적 측면도 있다는 점에서 이를 반드시 불합리한 결과라고는 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항의 계속 적용을 명한다고 하여 위헌 판단의 의미 및 효력이 없어지게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 결국, 입법자가 위 헌법합치적 개정법률이 시행되기 이전에 적용되는 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속해 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이다 (현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 256-263; 현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 114-116; 현재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59, 72; 현재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 283-287; 현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-419; 현재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 184-187 참조). 그러므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니하나, 이를 대체하여 적용할 새로운 입법이 이루어질 때까지 이 사건 법률조항을 잠정적으로 계속 적용하도록 명하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.”

682) 현재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 63-64: “따라서 입법자는 이 결정에 따라 조속한 시일 내에 이 사건 법률조항을 헌법에 합치하는 내용으로 개정하여, 이 사건과 같이 제3자적 국가기관이 그 소유자의 의사와 관계없이 공용수용 등의 형식으로 그 경내지 등의 소유권을 변동시키려고 시도하는 제3유형에 관하여도 이를 용인하는 관할 국가기관의 의사표시를 그 소유권변동의 효력요건으로 함으로써 해당 전 통사찰의 보존을 실질적으로 보장할 수 있는 내용의 입법을 하여야 하고, 그 개정시까지 이 사건 법률조항의 효력은 잠정적으로 존속한다. 다만, 이 사건의 경우 입법자는 이 사건 처분에 관한 소송사건이 법원에 계속 중이던 1997. 4. 10. 법률 제5320호로 법 제9조를 개정하였는데, 그 제1항에는 ‘전통사찰의 경내지에 대하여 다른 법률에 의한 수용·사용 또는 제한의 처분을 하고자 하는 자는 사전에 문화체육부장관의 동의를 얻어야 한다’, 그 제2항에는 ‘문화체육부장관은 제1항의 규정에 의한 동의를 하고자 할

먼저 헌법불합치결정의 기본취지는 입법자의 입법형성권 존중이다. 따라서 입법자가 내린 결정을 따른다면 그러한 결정이 헌법불합치결정 선고시점 이전에 있든 이후에 있든 상관없이 헌법불합치결정 취지에 들어맞는다. 헌법불합치결정에서는 헌법재판소가 아니라 입법자 스스로 결정한다는 것이 중요하기 때문이다. 따라서 헌법불합치결정 선고시점 이전이든 이후이든 입법자가 법률을 개선한다면 달리 취급할 수 없다. 그리고 개선될 법률을 적용하도록 하는 것보다 개선된 법률을 적용하는 것이 입법자의 입법형성권을 존중하는 것으로 볼 수 있다. 입법자의 입법형성권에는 법률의 내용뿐 아니라 법률의 제·개정 여부와 시기도 포함된다. 따라서 법률의 제·개정 여부와 시기가 강제되는 개선될 법률 적용보다 그러한 결정을 이미 한 개선된 법률 적용이 입법자의 입법형성권을 덜 제한한다.

다음 위헌성이 확인되어 효력을 상실할 법률을 계속 적용할 수 있는 헌법재판소는 합헌적으로 개선된 법률을 소급 적용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 위헌법률을 계속 적용하는 것은 위헌상태를 일정기간 연장시키는 것이지만, 합헌적으로 개선된 법률을 소급 적용하는 것은 합헌상태를 확대하는 것이기 때문이다. 그리고 개선된 법률을 헌법재판소가 소급 적용하도록 할 수 없다면 헌법재판소는 입법자에게 개선된 법률에 소급적용규정을 추가하도록 법률개선 의무를 부과하여야 하는데, 이것은 당사자 구제를 지연시키는 것에 불과하다. 또한, 헌법불합치결정을 통해서 입법자에게 법률개선 의무를 부과하는 것이 허용된다면, 법률개선 의무를 선이행한 것으로 볼 수 있는 이미 개선된 법률의 소급 적용을 입법자의 입법형성권 침해로 보기 어렵다. 더하여 입법자가 법률을 개정하면서 소급규정을 두지 않은 것은 위헌상태를 내버려 둔 것으로 그 자체로 위헌행위로 볼 수 있다. 그 밖에 입법자는 (소급입법금지 위반에 해당하지 않는 한) 언제든지 개선된 법률을 개정하여 소급규정을 둘 수 있다.

끝으로 평등은 하향적 평등이 아니라 상향적 평등을 뜻하므로<sup>683)</sup> 다른 사람의 불이익 제거가 이루어지지 않는 것은 당사자의 불이익을 제거하지 않는 근거가

---

때에는 전통사찰의 소속대표단체의 대표자와 협의하여야 한다"라고 규정되어 있다. 그렇다면, 입법자는 이 사건 처분 등에 관련하여 ① 우리 재판소의 헌법불합치결정의 취지에 따라서 이 사건 법률조항 자체를 개정할 수도 있고, ② 만일 입법자가 1997. 4. 10. 개정된 법 제9조 제1항, 제2항을 이 사건 처분 등에 대하여 적용될 수 있도록 하는 취지의 경과규정을 신설함으로써 이 결정에 따른 입법이 이루어지는 것으로 판단한다면, 이러한 경과규정을 신설하는 법률개정방식을 선택할 수도 있을 것이다."

683) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 196-197.

되지 않는다. 그리고 위헌법률로 말미암은 행정 공백은 국가 스스로 책임을 져야 하지 국민에게 그 책임을 넘길 수 없다. 또한, 개선된 법률의 소급 적용으로 말미암은 법적 공백은 법원이 법관법 형성을 통해서 메울 수 있다. 물론 이때 법원은 위헌법률을 적용하는 방식으로 법관법 형성을 할 수는 없다. 법원은 합헌적인 법관법만을 형성할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 법원이 위헌성이 확인된 법률을 계속 적용할 권한은 없다고 보아야 할 것이다.

이러한 점에 비추어 대법원 다수의견은 타당하지 않고, 헌법재판소는 이미 개선된 법률을 소급 적용하도록 하는 헌법불합치결정을 내릴 수 있다고 생각한다.

③ 선고시점에 법률이 이미 개선되었으나 선고시점 이후에 시행될 예정일 때 개선된 법률에 소급규정이 있다면, 헌법재판소는 관련 사건이 확정되지 않도록 단순히 위헌성이 확인된 법률에 대해서 적용중지 헌법불합치결정을 내리는 것으로 충분하다.<sup>684)</sup> 헌법불합치결정으로 헌법불합치로 선언된 법률이 적용 중지된 상황에서 이후 개선된 법률이 시행되면 소급규정으로 말미암아 법적 공백이 메워질 것이기 때문이다. 그러나 개선된 법률에 소급규정이 없으면

684) 헌재 2011. 6. 30. 2010헌가86, 판례집 23-1하, 268, 276-277: “다. 주문의 형태

(1) 이 사건 심판대상조항의 개정

이 사건 심판대상조항은 2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정(이하 위 개정법률을 ‘이 사건 신법’이라 하고, 이 사건 심판대상조항에 대한 개정법률조항을 ‘이 사건 신법 조항’이라 한다)되면서 기부행위 제한을 위반하여 금전·물품, 그 밖의 재산상의 이익을 제공받은 자는 3천만 원의 한도 내에서 그 제공받은 금액이나 가액(價額)의 10배 이상 50배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과받게 되어 이 사건에서 위헌이라 판단된 과태료 산정방식의 획일성이 완화·개선되었다. 그리고 이 사건 신법 부칙 제1조 본문은 이 사건 신법 조항을 2012. 3. 2.부터 시행하도록 하는 한편, 같은 부칙 제8조 단서는 이 사건 신법 조항 중 과태료 금액에 관한 부분은 이 사건 신법 시행 전의 행위에 대하여도 소급적용하도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 신법 조항이 시행되기 전에 이 사건 심판대상조항을 위반한 자라고 하더라도 2012. 3. 2.부터는 이 사건 신법 조항의 적용을 받게 된다.

(2) 헌법불합치결정 및 적용중지명령

앞에서 본 바와 같이 이 사건 심판대상조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이는 이 사건 심판대상조항에 따른 과태료 제재 자체가 위헌이라고 판단한 것이 아니라, 이 사건 심판대상조항에 따라 위반행위자에 대하여 부과되는 과태료의 기준 및 액수가 책임원칙에 부합되지 않게 획일적일 뿐만 아니라 지나치게 과중하다는 이유에서 비롯된 것인데, 만일 이 사건 심판대상조항에 대하여 단순위헌 결정을 선고하여 당장 그 효력을 상실시킨다면 이 사건 신법 조항의 시행일까지 이 사건 심판대상조항이 적용되는 범위반행위자에 대한 법적 규제의 공백상태를 초래하여 법 집행상의 혼란과 형평의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 헌법불합치결정을 선고하되, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 이 사건 신법 조항의 시행일 이전인 2012. 3. 1.까지 이 사건 심판대상조항의 적용을 중지하고 그 이후에는 개선입법된 이 사건 신법 조항을 적용하도록 함이 타당하다.”

헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정을 내릴 수 없다. 적용중지시점부터 개선된 법률 시행시점 사이의 기간에 법적 공백이 발생하기 때문이다.

④ 선고시점에 법률이 이미 개선되었으나 소급규정이 없으면 헌법재판소는 개선된 법률을 소급 적용하도록 헌법불합치결정을 내려야 할 것이다. 이때는 위헌결정으로 법률이 효력을 상실할 시점과 개선된 법률이 시행될 시점 사이의 법적 공백을 어떻게 메울 것인가가 문제 된다. 위헌성이 확인된 법률과 소급규정이 없는 개선된 법률은 모두 이러한 기간에 본래 적용될 수 없다. 그러나 위헌성이 확인된 법률을 적용하는 위헌상태가 유지되고, 소급규정이 없는 개선된 법률이 적용되면 합헌상태가 된다. 이때 합헌적으로 행위를 하여 합헌상태를 형성하고 유지할 의무가 있는 헌법재판소는 합헌상태를 만드는 소급규정이 없는 개선된 법률의 소급 적용을 선택하여야 할 것이다. 이러한 점에서 이러한 때에 헌법재판소가 계속적용 헌법불합치결정을 내린 것<sup>685)</sup>은

685) 현재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544, 560 재판관 윤영철, 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 이공현의 의견: “위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 위헌성은 부정주의의 원칙을 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라 부의 성을 사용할 것을 강제하는 것이 부당한 것으로 판단되는 경우에 대해서까지 아무런 예외를 규정하지 않고 있는 것에 있다 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항에 대하여 위헌을 선고할 경우 부정주의의 원칙 자체에 대해서까지 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로 헌법불합치결정을 선고하되 이 사건 법률조항에 대한 개선 입법이 있을 때까지 이 사건 법률조항의 효력을 유지시키기로 하는바, 이 사건 법률조항에 대한 개정 법률이 이미 공포되어 2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있으므로 2007. 12. 31.까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명함이 상당하다.”

현재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544, 567 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 의견: “그런데 법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통해 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다(현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418; 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 186 참조). 이 사건 법률조항은 개인의 성을 정하고 사용하는 원칙을 규정한 조항인바, 만약 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 이 사건 법률조항은 그 효력을 상실하게 되어 성의 결정과 사용에 대해 아무런 기준이 없어지게 되는 법적 공백과 혼란이 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항이 개정되어 시행되기 전까지는 이 사건 법률조항의 효력을 유지시켜 잠정적인 적용을 허용하는 내용의 헌법불합치결정을 선고함이 상당한바, 이 사건 법률조항에 대한 개정 법률이 공포되어 2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있으므로 2007. 12. 31.까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명함이 상당하다.”

현재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 276, 291: “가. 이상과 같이 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해하므로, 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 것이 원칙이다. 그러나 심판대상조항의 위헌성은 보호입원을 통한 치료의 필요성 등에 관하여 독립적이고 중립적인 제3자에게 판단 받을 수 있는 절차를 두지 아니한 채 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 판단만으로 정신질환자 본인의 의사에 반하는 보호입원을 가능하게 함으로써, 제도의 악용이나 남용 가능

타당하다고 보기 어렵다.

그러나 ⑤ 선고시점에 법률이 이미 개선되었으나 소급규정이 없을 때 새롭게 기관을 만들어야 하거나 조직 개편 혹은 인력 충원의 필요성이나 절차 미비, 예산상 어려움 등으로 말미암아 개선된 법률을 소급하여 시행하는 것이 곤란하다면 헌법재판소는 헌법불합치로 선언된 법률을 개선된 법률의 시행일까지 계속 적용하도록 헌법불합치결정을 내려야 할 것이다.<sup>686)</sup>

⑥ 선고시점에 헌법불합치로 선언된 법률이 이미 개선되었는데도 이에 관한 언급 없이 헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정<sup>687)</sup>이나 계속적용

성을 배제하지 못하고 있다는 점에 있다. 이러한 상황에서 심판대상조항에 대하여 단 순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면 보호입원의 법률적 근거가 사라져 정 신질환자에 대한 보호입원의 필요성이 인정되는 경우에도 보호입원을 시킬 수 없는 법 적 공백 상태가 발생하게 된다. 따라서 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자가 심판대상조항의 위헌성을 제거하고 합헌적 인 내용으로 법률을 개정할 때까지 심판대상조항이 계속 적용되도록 할 필요가 있다. 나. 다만, 국회는 2016. 5. 29. 법률 제14224호로 정신보건법을 '정신건강증진 및 정신 질환자 복지서비스 지원에 관한 법률'로 전부개정하였고, 위 개정법률은 2017. 5. 30.부 터 시행될 예정이다. 그러나 개정법률의 내용이나 개정법률에서 심판대상조항의 문제점 을 해소하였는지 여부에 대하여는 나아가 판단하지 아니한다."

686) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 285-286: "헌법불합치선언의 목적 은 1차적으로는 위헌결정의 경우 위헌적 법률 또는 법률조항이 바로 그 효력을 상실하게 되는 법률효과를 회피하고 이를 형식적으로 존속하게 하는 데 있다. 다만, 헌법재판이 구 체적 규범통제로서의 그 실효성을 확보하기 위하여는 헌법불합치가 선언된 경우에도 위 헌제청의 당해 사건과 심판대상 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 모든 병행사건에 대하여는 결정의 선고와 동시에 불합치로 선언된 법률의 적용이 배제되어야 할 것인바[당재판소 1993.5.13. 선고, 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24·50(병합)결정 참 조], 이 사건에 있어서도 각 당해 사건 등에 대하여는 심판대상 법률조항의 적용이 배제 되고 행정소송에 관한 일반법인 행정소송법의 규정에 따른 심리가 계속되어야 한다는 주 장이 제기될 수도 있다. 그러나 그렇게 되어서는 헌법재판소가 심판대상 법률조항의 위 헌성을 인정하면서도 굳이 위헌선언을 피하고 헌법불합치선언을 선택한 목적의 달성이 어렵게 될 것이다. 왜냐하면 입법자가 개정 법률의 시행시기를 1998.3.1.로 정하고 헌 법재판소가 입법자의 이러한 의사를 존중하여 위 시점까지 이 사건 심판대상 법률조항의 적용을 명하는 것은 현재의 일반법원의 조직과 인력으로서는 특히쟁송의 전문성에 상응 하는 재판업무를 원활하게 수행하기 어렵다는 판단에 근거한 것임에 비추어, 만약 이 사 건의 당해사건과 이 사건 결정이 선고되는 시점에 법원에 계속중인 모든 특허 및 의장쟁 송사건에 대하여 심판대상 법률조항의 적용이 배제되고 행정소송법의 규정에 따른 절차 가 진행되어야 한다면 현실적으로 재판을 담당할 준비를 갖추지 못한 일반법원에 대하여 재판의 담당을 강제하는 결과로 되어 버릴 가능성이 크기 때문이다. 그러므로 당재판소 는, 심판대상 법률조항이 헌법에 불합치함을 선언하면서도, 합헌적인 개정법률이 시행될 때까지는 이를 잠정적으로 그대로 계속 적용할 것을 명함과 동시에, 헌법불합치선언이 당해 사건 등에 미칠 효과로 인한 법률적 혼란과 충격을 막기 위하여 이 사건 위헌여부심 판제청의 당해 사건을 포함한 모든 특허 및 의장쟁송사건에 대하여 위 심판대상 법률조 항의 적용을 명하는 것이다."

687) 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가15, 판례집 22-2상, 16, 27: "이 사건 법률조항에 대하 여는 단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시키는 것이 원칙이라고 할 것이지만,

헌법불합치결정<sup>688)</sup>을 내리기도 한다. 이때 (i) 개선된 법률에 소급규정이 있으면 헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정을 내리든 계속적용 헌법불합치결정을 내리든 상관없이 소급규정에 따라 개선된 법률이 소급하여 적용되어야 한다. 그리고 (ii) 개선된 법률에 소급규정이 없어도 시행시점이 선고시점 이전이라면 선고시점 당시에 확정되지 않은 모든 사건에 개선된 법률이 적용되어야 한다. (iii) 개선된 법률에 소급규정이 없을 때 시행시점이 선고시점 이후라도 헌법재판소가 적용중지 헌법불합치결정을 내렸다면 헌법재판소는 합헌성이 제거된 법률이 소급하여 적용할 것을 명령한 것이므로 개선된 법률이 소급하여 적용되어야 한다. (iv) 개선된 법률에 소급규정이 없고 시행시점이 선고시점 이후일 때 헌법재판소가 계속적용 헌법불합치결정을 내리면 개선된 법률을 소급 적용할 수 없는 특별한 사유가 없는 한 개선된 법률을 소급하여 적용하여야 할 것이다. 입법자의 의사가 확인된 이상

외의 종류와 내용을 묻지 않고 모든 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에 퇴직 급여 등을 제한하는 것의 위헌성을 제거하고 퇴직급여 등의 제한사유를 구체적으로 설정하는 것은 입법부의 몫이라 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 그 위헌성을 확인하되 형식적인 존속은 유지하도록 하고, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이며, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 개선입법이 시행될 때까지 이 사건 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.” 그러나 국회는 2009년 12월 31일 법률 제9908호로 사립학교 교원이 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받고 당연퇴직하는 경우에만 「공무원연금법」 제64조 제1항 제1호를 준용하도록 하고, 직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우나 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 제외되도록 개정하였다. 그리고 부칙 제1조에서 이 조항은 2009년 1월 1일부터 소급하여 적용하도록 하였다.

688) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등, 판례집 26-2상, 639, 650-651: “그런데 법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 참조). 이 사건 법률조항은 지구개발사업의 시행자인 민간개발자가 그 사업의 시행에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 한 규정으로서, 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정을 선고하여 그 효력을 당장 상실시킨다면, 공공필요성이 있는 지구개발사업 시행을 위한 민간개발자의 공용수용까지 허용되지 않는 결과가 되어 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 어려운 법적 공백과 혼란이 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하되, 이 사건 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하기로 한다.” 그러나 국회는 2014. 6. 3. 법률 제12738호로 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률을 개정하여 지역균형개발에 관한 관련조항을 삭제(지방중소기업 육성에 관한 조항은 그대로 존치)하고, 2014. 6. 3. 법률 제12737호로 지역개발 및 지원에 관한 법률을 제정하여서 이미 헌법불합치로 선언된 법률을 개선하였다. 따라서 헌법재판소가 해당 법률을 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하라고 명령한 것은 이미 개선된 법률이 시행되는 시점인 2015년 1월 1일 이전인 2014년 12월 31일까지 헌법불합치로 선언된 법률을 적용하라는 것으로 해석할 수 있다.



헌법불합치로 선언된 법률을 계속 적용할 근거가 없기 때문이다.

## 제7절 법률개선 의무 위반의 효과

### 1. 법률개선 의무를 자주 이행하지 않는 입법자

헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 개선시한을 명시하여 입법자에게 법률개선 의무를 부여하여도 입법자가 개선시한을 넘겨서야 비로소 법률을 개선하는 때가 적지 않다. 즉 (1) 1991년 5월 말에 개선시한인 국회의원선거법(1988. 3. 17. 법률 제4003호로 전문개정된 것) 제33조 및 제34조<sup>689)</sup>는 1991년 12월 31일에 비로소 개선되었고, (2) 1998년 12월 31일이 개선시한인 민법 제809조 제1항(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)<sup>690)</sup>은 2005년 3월 31일에 비로소 개선되었으며, (3) 1999년 12월 31일이 개선시한인 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호) 제1026조 제2호<sup>691)</sup>는 2002년 1월 14일에 비로소 개선되었고, (4) 1999년 12월 31일이 개선시한인 한국방송공사법(1990. 8. 1. 법률 제4264호로 개정된 것) 제36조 제1항<sup>692)</sup>은 2000년 1월 12일에 개선되었으며, (5) 2003년 12월 31일이 개선시한인 공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제25조 제2항에 의한 [별표1]의 「국회의원지역선거구구역표」<sup>693)</sup>는 2004년 3월 13일에 개선되었고, (6) 2003년 12월 31일이 개선시한인 재외동포의출입국과법적지위에관한법률(1999. 9. 2. 법률 제6015호로 제정된 것) 제2조 제2호와 재외동포의출입국과법적지위에관한법률시행령(1999. 11. 27. 대통령령 제16602호로 제정된 것) 제3조<sup>694)</sup> 중 재외동포의출입국과법적지위에 관한법률(1999. 9. 2. 법률 제6015호로 제정된 것) 제2조 제2호는 2004년 3월 5일, 재외동포의출입국과법적지위에관한법률시행령(1999. 11. 27. 대통령령 제16602호로 제정된 것) 제3조는 2007년 10월 5일에 각각 개선되었으며, (7) 2006년 4월 30일이 개선시한인 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 및 같은 조 제3항의 ‘제2항의

689) 현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199.

690) 현재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1.

691) 현재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339.

692) 현재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633.

693) 현재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502.

694) 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714.

규정에 의한 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다'고 한 규정 중 '입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분'<sup>695)</sup>은 2006년 10월 4일에 개선되었으며, (8) 2008년 12월 31일이 개선시한인 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후의 것) 제64조 제1항 제1호<sup>696)</sup>는 2009년 12월 31일에 개선되었고, (9) 2008년 12월 31일이 개선시한인 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제22조 제1항 및 제26조 제1항에 의한 [별표2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」 중 경기도의회의원 선거구들 부분(2006. 3. 2. 법률 제7850호로 개정된 것 포함)과 전라북도의회의원 선거구들 부분<sup>697)</sup>은 2010년 1월 25일에 개선되었으며, (10) 2008년 12월 31일이 개선시한인 주민투표법(2004. 1. 29 법률 7124호로 제정된 것) 제5조 제1항 중 “그 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분<sup>698)</sup>은 2009년 2월 12일에 개선되었고, (11) 2008년 12월 31일이 개선시한인 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분, 제16조 제3항 중 “당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민”에 관한 부분, 제37조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자”에 관한 부분, 제38조 제1항 중 “선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자”에 관한 부분과 국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 “그 관할구역 안에 주민등록이 된 투표권자”에 관한 부분<sup>699)</sup>은 2009년 2월 12일에 개선되었으며, (12) 2008년 12월 31일이 개선시한인 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제33조 제2항 단서의 '의료인은 하나의 의료기관만을 개설할 수 있으며' 부분<sup>700)</sup>은 2009년 1월 30일에 개선되었고, (13) 2009년 12월 31일이 개선시한인 국세징수법(2002. 12. 26. 법률 제6805호로 개정된 것) 제78조 제2항 후문<sup>701)</sup>은 2010년 1월 1일에 개선되었으며, (14) 2009년 12월 31일이 개선시한인 공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것)

695) 현재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 판례집 17-1, 508.

696) 현재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211.

697) 현재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287.

698) 현재 2007. 6. 28. 2004헌마643, 판례집 19-1, 843.

699) 현재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859.

700) 현재 2007. 12. 27. 2004헌마1021, 판례집 19-2, 795.

701) 현재 2009. 4. 30. 2007헌가8, 판례집 21-1하, 1.

제56조 제1항 제1호<sup>702)</sup>는 2012년 1월 17일에 개선되었고, (15) 2009년 12월 31일이 개선시한인 ‘경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례’(2006. 1. 12. 조례 제2902호로 전부 개정된 것) 제2조의 [별표] 중 상주시의회의원 지역선거구들 부분, 영천시의회의원 지역선거구들 부분, 김천시의회의원 지역선거구들 부분<sup>703)</sup>은 2010년 2월 18일에 개선되었으며, (16) 2011년 6월 30일이 개선시한인 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제35조 제3항 중 “제1항 제6호에 해당하여 제2항에 따라 공중보건의사로의 편입이 취소된 사람은 편입되기 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하여야 한다.”는 부분<sup>704)</sup>은 2011년 7월 5일에 개선되었고, (17) 2011년 12월 31일이 개선시한인 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제818조<sup>705)</sup>는 2012년 2월 10일에 개선되었으며, (18) 2013년 12월 31일이 개선시한인 구 상속세 및 증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제19조 제2항<sup>706)</sup>은 2014년 1월 1일 개선되었고, (19) 2014년 12월 31일이 개선시한인 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조 제1항 단서 제5호 중 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제2조 제2호 “다목”의 규정에 따른 “주택재건축사업”에 관한 부분<sup>707)</sup>은 2015년 1월 20일에 개선되었으며, (20) 2015년 12월 31일이 개선시한인 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받아 그 형의 집행이 종료되지 아니한 자의 ‘공법상의 선거권’에 관한 부분<sup>708)</sup>은 2016년 1월 6일에 개선되었고, (21) 2014년 12월 31일이 개선시한인 학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조 제1항 단서 제5호 중 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제2조 제2호 “나목”의 규정에 따른 “주택재개발사업”에 관한 부분<sup>709)</sup>은 2015년 1월 20일에 개선되었으며, (22) 2015년 12월 31일이

702) 현재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 판례집 20-2하, 477.

703) 현재 2009. 3. 26. 2006헌마67, 판례집 21-1상, 512.

704) 현재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 판례집 22-2상, 74.

705) 현재 2010. 7. 29. 2009헌가8, 판례집 22-2상, 113.

706) 현재 2012. 5. 31. 2009헌바190, 판례집 24-1하, 347.

707) 현재 2013. 7. 25. 2011헌가32, 판례집 25-2상, 9.

708) 현재 2014. 1. 28. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136.

709) 현재 2014. 4. 24. 2013헌가28, 판례집 26-1상, 610.

개선시한인 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제2항 별표 1 국회의원지역선거구구역표<sup>710)</sup>는 2016년 3월 3일에 개선되었고, (23) 1997년 5월 31일에 개선시한 설정 없이 헌법불합치로 선언된 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 최종개정된 것) 제847조 제1항 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년내’ 부분은 2005년 3월 31일에 비로소 개선되었으며, (24) 2009년 12월 29일에 개선시한 설정 없이 헌법불합치로 선언된 형사소송법 제482조 제1항(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 및 제482조 제2항(2004. 10. 16. 법률 제7225호로 개정된 것)<sup>711)</sup>은 2015년 7월 31일에 개선되었다.

그리고 개선시한이 지났는데도 아직 개선되지 않은 법률도 여러 개다. 즉 ① 2010년 6월 30일이 개선시한인 집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회”,<sup>712)</sup> ② 2011년 12월 31일이 개선시한인 통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것) 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분,<sup>713)</sup> ③ 2015년 12월 31일이 개선시한인 국민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9467호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 ‘그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 투표권자 및 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제2조에 따른 재외국민으로서 같은 법 제6조에 따른 국내거소신고가 되어 있는 투표권자’에 관한 부분,<sup>714)</sup> ④ 2017년 6월 30일이 개선시한인 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분,<sup>715)</sup> ⑤ 2017년 6월 30일이 개선시한인 여객자동차 운수사업법(2012. 2. 1. 법률 제11295호로 개정된 것) 제24조 제4항 제1호 가목 중 제3항 제1호 다목에 관한 부분 및 여객자동차

710) 현재 2014. 10. 30. 2012헌마192등, 판례집 26-2상, 668.

711) 현재 2009. 12. 29. 2008헌가13등, 판례집 21-2하, 710.

712) 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427.

713) 현재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545.

714) 현재 2014. 7. 24. 2009헌마256등, 판례집 26-2상, 173.

715) 현재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2하, 511.

운수사업법 시행령(2012. 7. 31. 대통령령 제24010호로 개정된 것) 제16조와 구역·여행객자동차 운수사업법(2012. 2. 1. 법률 제11295호로 개정되고, 2014. 1. 28. 법률 제12377호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 단서 제3호의 제24조 제4항 제1호 가목 중 제3항 제1호 다목에 관한 부분 및 여행객자동차 운수사업법(2014. 1. 28. 법률 제12377호로 개정된 것) 제87조 제1항 단서 제3호의 제24조 제4항 제1호 가목 중 제3항 제1호 다목에 관한 부분<sup>716)</sup> 그리고 ⑥ 2002년 9월 19일 개선시한 없이 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 선고된 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조 제1항<sup>717)</sup>과 ⑦ 2015년 4월 30일 개선시한 없이 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 선고된 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분<sup>718)</sup>은 아직 개선되지 않고 있다. 이러한 점에 비추어 입법자는 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따른 법률개선사무를 성실하게 이행한다고 보기 어렵다. 그에 따라 헌법불합치결정의 실효성을 확보하기 위해서 입법자를 어떻게 통제할 것인지가 문제 된다.

참고로 2017년 12월 31일 개선시한으로 하여 헌법불합치결정이 내려진 ① ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2010. 7. 23. 법률 제10371호로 제정된 것) 제8조 제1항,<sup>719)</sup> ② 군인연금법(2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정된 것) 제33조 제2항,<sup>720)</sup> ③ 산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전부개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목과 2018년 6월 30일 개선시한으로 헌법불합치결정이 내려진 국민연금법(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 제64조 제1항,<sup>721)</sup> ④ 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제56조 제1항 제2호 중 ‘비례대표국회의원선거’에 관한 부분,<sup>722)</sup> ⑤ 군인연금법 부칙(2011. 5. 19. 법률 제10649호) 중 구 군인연금법(2011. 5. 19. 법률 제10649호로 개정되고, 2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항에 관한 부분 및 군인연금법 부칙(2013. 3. 22. 법률 제11632호) 제1조 중 군인연금법(2013. 3. 22. 법률

716) 현재 2015. 12. 23. 2014헌바446등, 공보 231, 139.

717) 현재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268.

718) 현재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107.

719) 현재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391.

720) 현재 2016. 7. 28. 2015헌바20, 판례집 28-2상, 104.

721) 현재 2016. 12. 29. 2015헌바182, 판례집 28-2하, 391.

722) 현재 2016. 12. 29. 2015헌마1160등.

제11632호로 개정된 것) 제23조 제1항에 관한 부분<sup>723)</sup>은 아직 개선 전이다.

## II. 헌법불합치로 결정된 법률의 운명

### 1. 효력 상실 여부

#### 가. 개선시한이 지남에 따른 해당 법률의 효력 상실

헌법불합치결정은 심판대상이 된 법률의 위헌성을 확인한다. 위헌성이 확인된 법률은 효력을 상실하는 것이 원칙이다(헌법재판소법 제47조 제2항 및 제3항과 제75조 제5항 및 제6항). 그러나 헌법불합치결정은 법률이 즉시 효력을 상실함으로써 발생하는 입법자의 입법형성권 침해나 법적 공백과 혼란을 방지하기 위해서 법률의 효력 상실을 일정 기간 유보하면서 입법자에게 법률개선의무를 부여한다. 헌법불합치결정의 목적은 위헌법률의 단순한 존속이 아니라 개선을 위한 위헌법률 효력의 '임시'존속이다. 즉 위헌법률의 효력 존속이라는 위헌상태는 입법자가 법률을 개선할 때까지 오로지 '잠정적으로'만 감내할 수 있고, 감내하는 것이 허용된다.<sup>724)</sup> 따라서 입법자가 법률을 개선하기에 충분한 시간 안에 입법자는 위헌상태를 제거하고 합헌상태를 회복하여야 한다. 입법자가 이러한 시간이 지나고 나서도 이러한 의무를 이행하지 않으면, 입법자의 입법형성권을 존중할 헌법적 근거가 사라지거나 입법자가 법적 공백과 혼란을 제거할 의사나 능력이 (적어도 일시적으로) 없는 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 헌법불합치결정은 존속될 정당성을 상실하고 결국 헌법불합치결정에서 법률의 위헌성을 확인하는 내용만 남아서 법률의 효력 상실이라는 결과를 부른다. 그래서 헌법불합치로 결정된 법률이 입법자가 법률을 개선하기에 충분한 시간이 지나고 나서도 개선되지 않는다면, 그 효력을 상실하고, 그것은 더는 행정처분이나 재판의 근거가 되지 못한다.<sup>725)</sup> 헌법재판소는 결정주문에서 법률개선시한을 설정하고

723) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456.

724) Albrecht Peter Pohle, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Frankfurt am Main/Bern/Cirencester 1979, S. 163 참조.

725) 같은 견해: 김하열, 앞의 책(주 551), 381면; 정연주, 앞의 책(주 574), 191-192면; 정종섭, 앞의 책(주 574), 396면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 550), 603-604면; 허 영, 앞의 책(주 574), 260면.

결정주문<sup>726)</sup>이나 결정이유<sup>727)</sup>에서 그 시한까지 법률 개선이 이루어지지 않으면 해당 법률의 효력이 상실됨을 명시적으로 천명한다는 점에서 법률개선시한이 설정된 때는 이러한 견해를 따른다고 볼 수 있다.<sup>728)</sup> 독일 연방헌법재판소도

726) 현재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1; 현재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 판례집 9-2, 243; 현재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339; 현재 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686; 현재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집 13-1, 1017; 현재 2006. 5. 25. 2005헌가17등, 판례집 18-1하, 1; 현재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91; 현재 2009. 4. 30. 2007헌가8, 판례집 21-1하, 1; 현재 2010. 7. 29. 2008헌가4, 판례집 22-2상, 1; 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526; 현재 2016. 12. 29. 2015헌마1160.

727) 현재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59; 현재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633; 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714; 현재 2006. 2. 23. 2004헌마675등, 판례집 18-1상, 269; 현재 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 판례집 19-1, 711; 현재 2007. 6. 28. 2004헌마643, 판례집 19-1, 843; 현재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859; 현재 2007. 12. 27. 2004헌마1021, 판례집 19-2, 795; 현재 2008. 11. 13. 2006헌바112등, 판례집 20-2하, 1; 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427; 현재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473; 현재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320; 현재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494; 현재 2014. 1. 28. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136; 현재 2014. 7. 24. 2009헌마256등, 판례집 26-2상, 173; 현재 2015. 5. 28. 2013헌바129, 판례집 27-1하, 251; 현재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370; 현재 2015. 9. 24. 2013헌마197, 판례집 27-2상, 636; 현재 2015. 10. 21. 2013헌마757, 판례집 27-2하, 102; 현재 2015. 11. 26. 2012헌마858, 판례집 27-2하, 306; 현재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391; 현재 2015. 12. 23. 2013헌바68등, 판례집 27-2하, 480; 현재 2015. 12. 23. 2013헌마712, 판례집 27-2하, 670; 현재 2015. 12. 23. 2014헌바446등, 공보 231, 139; 현재 2016. 2. 25. 2015헌가15, 판례집 28-1상, 13; 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 판례집 28-2상, 316; 현재 2016. 12. 29. 2015헌바182, 판례집 28-2하, 391; 현재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 판례집 28-2하, 456; 현재 2017. 9. 28. 2015헌마653.

728) 효력 상실 어부에 침묵하는 때로는 현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199; 현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91; 현재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264; 현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383; 현재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502; 현재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528; 현재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584; 현재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 판례집 17-1, 508; 현재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 판례집 17-1, 796; 현재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544; 현재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211; 현재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287; 현재 2008. 5. 29. 2007헌마1105, 판례집 20-1하, 329; 현재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20; 현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236; 현재 2008. 9. 25. 2007헌가9, 판례집 20-2상, 424; 현재 2008. 11. 27. 2006헌바352, 판례집 20-2하, 367; 현재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 판례집 20-2하, 477; 현재 2009. 3. 26. 2006헌마67, 판례집 21-1상, 512; 현재 2009. 3. 26. 2006헌마240등, 판례집 21-1상, 592; 현재 2009. 6. 25. 2008헌마413, 판례집 21-1하, 928; 현재 2009. 7. 30. 2008헌가1등, 판례집 21-2상, 18; 현재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 판례집 22-2상, 74; 현재 2010. 7. 29. 2009헌가8, 판례집 22-2상, 113; 현재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545; 현재

개선시한까지 해당 법률이 개선되지 않으면 개선시한 이후부터 더는 적용되지 않는다고 한다.<sup>729)</sup> 이러한 측면에서 헌법불합치결정에 따른 법률개선 의무를 입법자가 법률을 개선하기에 충분한 시간이 지나도록 이행하지 않으면 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 같은 효력이 있다. 이것은 헌법불합치결정이 위헌성이 확인된 법률의 효력 상실 시기를 일정 기간 뒤로 미루는 것이라는 점<sup>730)</sup>에서 당연한 결과라고 볼 수 있다.

## 나. 학설 검토

① 법관법 형성을 통해서 혼란을 막을 수 있더라도 국가재정의 주요 수입원을 규율하는 세법규정의 효력 상실처럼 법원 판단으로 그 공백을 메울 수 없는 때도 적지 아니하고 이미 발생한 사건들의 사후처리와 관련하여 법원마다 다른 결론이 날 가능성이 크고, 대법원의 최종 판단까지 많은 사건 처리가 부동하는 부작용을 유발하게 될 것이므로, 법률개선시한이 설정되면 원칙적으로 그 시한 경과와 동시에 헌법불합치로 결정된 법률은 효력을 상실한다고 보되, 그때 그 법률의 효력 상실로 공동체에 심각한 혼란이나 중대한 법익에 대한 손상이 발생할 것으로 예상하면 헌법재판소가 직권으로 경과규율을 발함으로써 혼란을 막아야 한다는 견해가 있다.<sup>731)</sup> 이 견해는 이러한 헌법재판소의 대체입법자 역할은 그 경과규율이 한시성을 띠는 점, 입법자가 법률개선 의무를 게을리함으로써 헌법재판소가 그 역할을 떠맡도록 사실상 강요하였다는 점에 비추어 보면 헌법이 예정한 권력균형 추가 헌법재판소로 기울어져 권력분립원리에 어긋나지 않는다고 한다.

2011. 6. 30. 2008헌바166등, 판례집 23-1하, 288; 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바 146, 판례집 23-2하, 222; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바190, 판례집 24-1하, 347; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마278, 판례집 24-1하, 626; 헌재 2013. 7. 25. 2011헌가32, 판례집 25-2상, 9; 헌재 2013. 10. 24. 2011헌마724, 판례집 25-2하, 263; 헌재 2014. 4. 24. 2013헌가28, 판례집 26-1상, 610; 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192등, 판례집 26-2상, 668; 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2하, 511; 헌재 2016. 7. 28. 2015헌바20, 판례집 28-2상, 104.

이중에서 선고시점에 이미 개선된 법률이 있는 것은 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544이고, 결정 이유에서 개선된 법률 적용을 요구하는 것으로는 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236이다.

729) BVerfGE 92, 53 (74); 102, 68 (99); 107, 133 (149).

730) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 260; 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다 5450 판결(집39-3, 1; 공1991, 1895).

731) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 554면.



이 견해의 주장은 타당하나, 대체입법자로서 헌법재판소가 행동하는 것은 예외적일 때만 허용되고, 입법자의 법률개선의무 불이행을 예측하기가 쉽지 않아서 제한적인 해결책에 불과할 것이다.

② 헌법불합치결정에서 주문 표시에 차이가 있더라도 법률개선시한을 정하는 이상 그 시한이 지나가면 종전 위헌법률의 효력을 상실시키는 취지라고 보는 것이 타당하나, 적어도 종전 법률조항의 효력에 관한 한 입법자가 상당한 기간 안에 법률을 개선하지 않더라도 헌법재판소가 시한을 정하지 않는 한 그 효력을 상실한다고 보기는 어렵다는 견해가 있다.<sup>732)</sup>

그러나 기한 설정 유무에 따라 기한이 지남을 명확하게 확인할 수 있다는 것 이외에는 달리 볼 사정이 없다는 점에서 기한 설정이 된 때만 해당 법률이 상실된다고 볼 이유는 없다고 생각한다.

③ 헌법불합치로 결정된 법률에 위헌적 요소가 포함된 것은 분명하나, 이에 대해서 헌법재판소가 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 내림으로써 위헌성 제거 임무를 입법자에게 일임한 이상, 헌법재판소 결정 자체 효력이 해당 법률의 운명을 좌우할 수 없고, 헌법불합치결정이 선고되면 그 이후 조치는 입법자의 재량 영역으로 이관되고, 국회는 해당 법률을 폐지할 권한도 있으므로 입법자가 아무런 조치를 하지 않으면 이것은 소극적 입법으로서 해당 법률을 폐지한 것에 해당하고, 거기에 다시 단순위헌결정과 같은 효력이 부여되는 것은 아니며, 다만 법률개선의무를 이행하지 아니한 것에 대한 책임 문제가 발생한다는 견해가 있다.<sup>733)</sup>

그러나 먼저 법률개선시한이 지나도 해당 법률은 폐지되는 것이 아니라 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따라서 효력을 상실할 뿐이다. 법률 폐지는 오로지 입법자의 명시적 행위를 통해서만 이루어질 수 있기 때문이다. 따라서 법률개선시한 도과를 소극적 입법으로 간주할 수는 없다. 그리고 헌법불합치결정으로 위헌성이 확인된 해당 법률의 효력 상실이 잠정적으로 유보되고 입법자는 법률을 개선할 의무를 질 뿐이므로 해당 법률의 운명이 헌법재판소의 손에서 떠나 입법자의 손으로 넘어가 버리는 것은 아니다. 또한, 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 마찬가지로 위헌결정에 해당한다. 다만, 위헌성 확인에 따른 효력 상실이 일정 기간 유보될 뿐이다. 게다가 법률개선의무를 인정하면서 입법자의 재량을 제한 없이 인정하는 것은

732) 이명웅, 앞의 논문(주 630), 393-394면.

733) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 134면.

모순이다. 의무인 이상 이행 여부가 온전히 입법자의 재량에 맡겨질 수는 없기 때문이다. 이러한 점에 비추어 이 견해는 타당하다고 보기 어렵다.

④ 개선시한이 명시되면 그 시한이 지나거나 명시되지 아니하면 상당한 시일이 지나고 나서 헌법불합치로 결정된 법률은 당연히 효력이 상실된다는 견해는 헌법불합치결정을 선고한 취지에 들어맞지 않는다는 반론이 있다.<sup>734)</sup> 특히 계속적용 헌법불합치결정은 헌법불합치결정시점부터 법률개선시점까지의 법적 공백상태 발생 방지를 의도한 것인데 개선 시한까지 입법되지 않았음을 이유로 효력을 상실시키는 결정 의도에 어긋난다고 한다. 그리고 적용중지 헌법불합치결정은 개선된 법률에 따라서 처리할 목적으로 헌법불합치로 결정된 법률 적용을 중지한 상태인데, 이때는 입법자의 법률개선 의무를 사실적 측면에서 억압하는 것이 필요하지, 법적용자가 나서서 대안을 모색하는 것은 적절하지 않다고 한다. 그래서 이 견해는 먼저 적용중지 헌법불합치결정에서는 결정취지에 따라 법률 개선을 기다려야 하고, 법적용자는 개선된 법률 내용에 따라 당해 사건 등을 처리함이 옳다고 한다. 그리고 계속적용 헌법불합치결정에서는 실제 법률개선 시점까지 그대로 불합치법률을 잠정적으로 계속 적용함이 옳다고 한다.

그러나 ① 헌법재판소는 입법자가 위헌상태를 제거하고 합헌상태를 제거할 의사와 능력이 있다는 신뢰를 바탕으로 헌법불합치결정을 내리는 것이고, ② 헌법불합치결정은 일정 기간 안에 입법자가 위헌상태를 제거하리라는 것을 전제로 위헌성이 확인된 법률의 효력 상실을 잠정적으로만 유보하며, ③ 헌법불합치로 결정된 법률 개선은 입법자의 ‘재량’이 아니라 ‘의무’이므로 그 불이행에 대한 제재가 필요하고, ④ 입법자의 법률개선 의무 이행은 위헌상태를 제거하고 합헌상태를 회복할 제일 나은 방법이지, 유일한 방법은 아니라는 점에서 이 견해는 타당성을 인정받기 어렵다고 생각한다.

## 2. 효력 상실이 확정되는 시점

### 가. 법률개선 의무 위반이 확정되는 때

734) 남복현, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 한양대학교 법학박사학위논문, 1994, 305면; 같은 사람, 앞의 논문(주 576), 360면; 같은 사람, 앞의 논문(주 630), 474~475면; 같은 사람, 앞의 책(주 551), 222, 224-236면.

입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 헌법불합치로 결정된 법률을 개선하지 않으면, 그 효력 상실은 확정된다.<sup>735)</sup> 이때 법률개선의무 위반이 확정되기 때문이다. 헌법재판소는 기한 설정 없이 입법자가 개선할 때까지 계속 적용된다는 결정을 내리는 때<sup>736)</sup>가 있다. 이때도 입법자에게 법률 개선에 관한 제한 없는 입법형성권이 부여된다면, 위헌상태의 잠정적 수인이라는 헌법불합치결정의 내용 및 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무의 의무적 성격과 들어맞지 않는다. 그리고 헌법불합치결정의 본질은 위헌결정이다. 또한, 헌법불합치결정의 실효성을 확보하려면 입법자의 법률개선의무 불이행을 내버려 둘 수 없다. 이러한 점에 비추어 기한 설정 없는 때와 마찬가지로 상당한 기간 안에 헌법불합치로 결정된 법률을 개선하지 않으면 그 효력 상실은 확정되는 것으로 다루는 것이 옳다고 생각한다.

#### 나. 기한이 설정되지 않았을 때 상당한 기간

기한이 설정되지 않았을 때 상당한 기간은 입법자가 헌법불합치로 결정된 법률을 개선하는 데 필요한 충분한 시간을 말한다. 상당한 기간은 통상 법률을 제·개정할 때 걸리는 시간을 기준으로 해당 법률의 성격(특히 형벌에 관한

735) 같은 견해: 이인호/오수정, “헌법불합치결정에 따른 입법개선의무의 이행현황 분석과 비판”, 중앙법학 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010, 46면; BVerfGE 101, 158 (238); Marius Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, Baden-Baden 1998, S. 452; Michael Sachs, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, in: NVwZ 1982, S. 659 f. 참조.

736) 헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 판례집 13-1, 941; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363; 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 판례집 15-2하, 466; 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386; 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337; 헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772, 판례집 19-1, 899; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌가13등, 판례집 21-2하, 710; 헌재 2011. 9. 29. 2010헌가93, 판례집 23-2상, 501; 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등, 판례집 26-2상, 639; 헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 276.

이중에서 헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271과 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등, 판례집 26-2상, 639는 선고 당시 개선된 법률이 이미 시행 중이었고, 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 276은 선고 당시 법률이 개선되어 2017년 5월 30일부터 시행 예정이었다.

법률은 신속한 개선 요구), 입법논의 성숙도, 관련 법익의 규범서열과 종류, 그 법익에 대한 침해나 침해위험의 종류, 근접도, 크기 등을 고려하여 구체적으로 확정하여야 한다. 그리고 회기계속원칙은 국회를 매회기마다 독립한 별개의 국회가 아니라 입법기 중에는 일체성과 동일성이 있는 의회로 보는 것이어서 국회의원 임기가 만료된 때, 즉 해당 입법기가 종료한 때는 적용되지 않는다. 그러므로 국회의원 임기가 만료되면 해당 법률안이 폐기된다(헌법 제51조). 따라서 국회의원 임기도 상당한 기간을 산정할 때 고려하여야 한다.

#### 다. 상당한 기간을 확정하는 기관

상당한 기간은 입법형성권이 있는 입법자 스스로 확정할 문제이지만, 입법통제 관점에서 보면 헌법재판소가 최종적으로 확정하게 될 것이다. 하지만 법률개선 의무 불이행에 따른 국가배상 청구는 법원에서 담당하므로 이럴 때는 결국 법원이 상당한 기간을 확정할 수밖에 없을 것이다. 상당한 기간을 확정하기가 쉽지 않아서 언제 헌법불합치로 결정된 법률의 효력 상실이 확정되는지가 다투어질 수도 있다. 헌법재판소는 이러한 불명확성을 제거하려고 입법자가 법률을 개선하여야 할 기한을 설정하기도 한다.<sup>737)</sup> 헌법불합치결정에 따른 법적 관계에 관해서 아직도 다툼이 있다는 점을 고려하면, 헌법불합치결정과 관련한 법적 관계를 명확하게 하여 불필요한 논란을 제거하기 위해서 헌법재판소가 법률개선시한을 설정하는 것이 바람직하다고

737) 효력이 상실되는 시기를 정하지 아니한 헌법불합치결정은 지양하는 것이 타당하다는 견해가 있다[정종섭(주 574), 392면]. 이 견해를 따르면 효력 상실 시기가 없는 헌법 불합치결정은 결국 '합리적인 시점 이내' 새로운 입법을 할 것을 명령하는 것이라고 할 것인데, 이때 '합리적인 시점'이 언제까지인지가 불분명하므로, 위헌인 법률의 효력이 유지되는 시한을 정하여 그 시한이 지나면 효력이 상실되는 것을 선고하지 않고 단순히 헌법에 합치하지 않는다는 것만 선언하는 것은 헌법재판의 기능과 실효성을 불확실하게 한다고 한다. 그리고 이러한 헌법불합치결정은 단순위헌으로 선고하여야 할 사안에서도 헌법불합치결정으로 도피할 출구를 열어놓은 것이 되어 헌법재판의 기능과 권위를 훼손할 우려가 있다고 한다. 헌법에 위반되는 법률 혹은 법률조항의 효력을 부정기간 내버려 두는 결과가 되므로, 기본적으로 위헌결정인 헌법불합치결정을 선고하면서 위헌인 법률이나 법률조항의 효력 상실 시기를 명시하지 않는 헌법재판소 태도는 정당하다고 보기 어렵다는 견해도 있다[신 평(주 574), 474면]. 이에 대해서 명시적으로 기한을 설정하면 법적용자에게는 법적 명확성을 부여하고, 입법자에게는 입법 개선 촉구라는 장점이 있지만, 입법 시한을 지나는 때가 상당수인 것을 고려하면 명시적인 입법 시한 설정에 관해서 다시 고려하여야 한다는 견해도 있다[이인호/오수정(주 735), 63~64면]. 이 견해는 고정된 시한을 제시하기보다는 개선입법이 이루어지는 시점까지라고 함으로써 입법자에게 개선의무 이행을 환기하는 방법을 고려해 볼 수 있다고 한다.

생각한다. 헌법재판소가 법률개선시한을 설정하는 권한은 헌법재판소가 상당한 기간을 최종적으로 확정한다는 입법통제적 관점에서 비롯된다. 법원은 입법자를 통제하는 권한이 없으므로, 헌법재판소가 법률개선시한을 설정하면 법률개선 의무 불이행에 따른 국가배상 청구를 담당하는 법원도 이에 구속된다. 같은 맥락에서 헌법재판소가 상당한 기간을 확정하면 법원은 그에 구속된다.

## 라. 개선시한을 설정하였을 때 효력 상실 시점

헌법재판소가 법률개선시한을 정하였다면, 헌법불합치로 결정된 법률은 헌법재판소가 설정한 기한이 지날 때까지 입법자가 법률개선 의무를 이행하지 않으면 기한의 다음 날부터 효력을 상실한다.<sup>738)</sup> 헌법재판소는 헌법불합치로 결정된 법률 적용을 중지할 때는 결정주문에<sup>739)</sup>, 그 법률을 계속 적용할 때는 결정이유에<sup>740)</sup> 이러한 내용을 적시한다. 헌법재판소가 이러한 내용을 적시하지 않더라도 헌법재판소가 기한을 정하는 취지에 비추어 기한이 지나면 헌법불합치로 결정된 법률은 효력을 상실한다. 따라서 이러한 내용을 반드시 결정주문이나 결정이유에 적시할 필요는 없다. 하지만 논란의 불씨를 제거한다는 측면에서 굳이 그것을 적시하려 한다면 명확성을 담보하기 위해서 적용 중지인지 계속 적용인지와 상관없이 결정주문에 적시하는 것이 바람직하다고 생각한다.

## 마. 헌법불합치로 결정된 법률이 효력을 상실하는 시점

헌법불합치로 결정된 법률의 효력 상실이 확정되는 시점과 그 법률이 효력을 상실하는 시점은 언제나 같은 것은 아니다. 헌법불합치로 결정된 법률이 효력을 상실하는 시점은 적용중지 헌법불합치결정에서는 헌법불합치결정이 선고되는 시점이고, 계속적용 헌법불합치결정에서는 입법자의 법률개선 의무 위반이 확정되는 시점, 즉 입법자가 상당한 기간 안에 법률개선을 하지

738) 같은 견해: 이명용, 앞의 논문(주 630), 393~394면; 이상훈, 앞의 논문(주 550), 87~88면; 이준일, 앞의 책(주 550), 1064면; 정종섭, 앞의 책(주 574), 396~397, 406~407면; 최완주, 앞의 논문(주 551), 402~403면.

739) 주문에서 개선시한을 정하고 적용 중지를 명령하면 예외 없이 주문에 개선시한이 지나면 효력을 상실한다고 명시한다.

740) 주문에서 개선시한을 정하고 계속 적용을 명령할 때 개선시한이 지나면 효력을 상실한다고 명시하면 그것은 언제나 결정이유에 나타난다. 그러나 효력 상실 여부를 명시하는 때도 상당히 많다.

않은 시점이나 기한이 설정되면 법률개선 없이 그 기한이 지난 시점이다.<sup>741)</sup> 적용중지 헌법불합치결정에서는 선고시점부터 해당 법률 적용이 중지되어 법적 안정성이 문제 되지 않고, 적용중지 헌법불합치결정은 헌법불합치로 선언된 법률 적용 배제를 이미 선고시점에 확정하였기 때문이다. 그리고 계속적용 헌법불합치결정에서는 헌법불합치로 선언된 법률은 입법자의 법률개선의무 위반이 확정되는 시점까지는 적용할 수 있는 것이므로, 이때도 선고시점에 헌법불합치로 선언된 법률의 효력이 상실된다고 보면, 선고시점부터 법률개선의무 위반 확정시점까지 법적 공백이 발생할 뿐 아니라 개별 사건에 이미 적용된 법률의 효력이 상실되게 되어서 법적 혼란도 발생할 수 있기 때문이다. (형벌에 관한 헌법불합치결정이 허용된다면) 형벌에 관한 헌법불합치결정에서는 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라서 헌법불합치로 결정된 법률은 소급하여 효력을 상실한다. 소급하는 시점은 해당 법률과 헌법이 충돌하는 때이다. 따라서 소급하는 시점이 법률을 제·개정한 시점이 아닐 수도 있다.

#### 바. 기한 설정에 특별한 효과 ?

기한 설정에 특별한 법적 효과가 있다는 견해가 있다.<sup>742)</sup> 이 견해를 따르면 기한을 정한 헌법불합치결정에서는 특정 기한을 넘겨 입법자가 법률을 개선하지 않으면 해당 규정의 위헌성이 확정된다고 한다. 그러나 기한을 정하지 아니한 헌법불합치결정은 입법자에게 신속히 법률을 개선할 의무를 지우지만 ‘일정한 기한’이 지났는데도 그 의무를 이행하지 아니하면 법률개선 부작용에 대한 헌법소원을 제기하거나 해당 규정이 위헌임을 다투는 위헌법률심판이나 위헌소원심판을 청구할 수 있을 뿐이라고 한다. 그리고 입법자가 법률개선의무를 이행하지 않으면 원칙적으로 결정주문에 따라서 헌법과 합치되지 않는 것으로 결정된 법률이 효력을 상실하는지가 결정된다는 견해도 있다.<sup>743)</sup> 이 견해는 결정주문이 법률개선의무 위반 효과를 규정하였다면,

741) 같은 견해: 김하열, 앞의 책(주 551), 382면; 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 136-137면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 앞의 책(주 550), 604면; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 앞의 책(주 550), 544, 555-556면.

742) 신봉기, “헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 355~356면.

743) 황도수, 앞의 논문(주 621), 264~265면.

그에 따라서 법률의 효력이 결정된다고 한다. 그렇지 않다면 특별한 상황이 없는 한 법률이 기한을 지나고 나서 당연히 효력을 상실한다는 결론을 도출하기 어렵다고 한다.

그러나 ① 헌법불합치결정은 선고시점에 이미 해당 법률의 위헌성을 확인하지만, 그 법률의 효력을 입법자가 개선할 때까지만 잠정적으로 존속시킨다는 점, ② 기한 설정은 입법자의 법률개선 의무 위반 시점을 명확하게 밝히는 것에 그친다는 점, ③ 헌법재판소가 헌법불합치결정 주문에서 법률개선 의무 위반의 법적 효과를 달리 정한다면 이것은 헌법불합치결정의 목적에 어긋나서 헌법적 정당성을 상실한다는 점에 비추어 이러한 견해들은 정당성을 인정받기 어렵다고 생각한다.

### Ⅲ. 법률개선 의무 존속 여부

#### 1. 개선시한이 지나도 법률개선 의무의 원칙적 존속

입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 법률을 개선하지 않아서 법률이 효력을 상실하여도 입법자의 법률개선 의무는 여전히 존속한다.<sup>744)</sup> 따라서 입법자는 헌법불합치로 결정된 법률을 개선할 의무를 계속 진다. 법률개선시한이 지나가도 법률개선의 헌법적 필요성이 사라지는 것이 아니라 헌법불합치결정에 따른 법률개선 의무를 지는 입법자가 그 의무를 (적어도 일시적으로) 이행할 의사가 없거나 이행할 수 없다는 것이 확인된 것에 불과하고, 입법자의 법률개선 의무는 헌법재판소의 헌법불합치결정에서 비로소 도출되는 것이 아니라 헌법이 입법자에게 부과하는 것이기 때문이다. 헌법재판소가 법률 전체에 대해서 헌법불합치결정을 내렸다면,<sup>745)</sup> 법률 전체가 효력을 상실하여 법률 자체가 적용될 수 없게 된다. 따라서 이러한 때 규율의 헌법적 필요성이 인정된다면 입법자의 법률개선 의무는 법률제정의무로 바뀌게 된다(효력이 상실되어도 해당 법률이 법전에서 제거되지 않는다는 점에서 진정한 법률제정의무는 아니다). 헌법불합치로 결정된 법률이 효력을 상실하지만, 입법자의 법률개선 의무가 여전히 남는다는 점에서

744) 같은 견해: Christian Mayer (Anm. 2), S. 185.

745) 예를 들어 현재 1994. 7. 29. 92헌바49, 판례집 6-2, 64, 86: “토지초과이득세법(제정 1989.12.30, 법률 제4177호, 개정 1993.6.11, 법률 제4561호, 1993.6.11, 법률 제4563호)은 헌법에 합치되지 아니한다.”

헌법재판소의 헌법불합치결정은 입법자의 법률개선 의무 위반이 확정되는 시점에도 단순위헌결정으로 성질이 바뀐다고 볼 수는 없다. 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하고 나서 사정변경(사실관계나 법적 상황 변화)이 발생하여 법률개선의 헌법적 필요성이 더는 없다면, 법률개선시한 도과 여부와 상관없이 입법자의 법률개선 의무가 소멸할 수도 있다. 그리고 헌법재판소가 법적 공백이나 법적 혼란을 이유로 헌법불합치결정을 내렸는데 선고 시점 이후에 법적 공백이나 법적 혼란이 발생하지 않음이 확인되면 헌법불합치결정은 그 근거를 상실하여 입법자의 법률개선 의무도 사라질 것이다.

## 2. 개선 이후 법률을 개선할 때 원칙적 소급 적용

입법자가 상당한 기간이 지나서 또는 기한이 설정되면 그 기한을 지나서 법률을 개선하여도 그 법률은 헌법불합치결정이 선고된 시점까지 소급하여 적용되는 것이 원칙이다. 다만, 계속 적용 명령이 있었다면 입법자의 법률개선 의무 위반이 확정된 시점까지만 소급하여 적용된다. 그러나 입법자의 법률개선 의무 위반이 확정되고 나서 행정행위의 확정력이나 판결의 기판력이 발생하였다면, 개선된 법률은 소급하여 행정행위의 확정력이나 판결의 기판력을 깨뜨리지 못한다. 따라서 법률개선시한이 지나서 기판력이나 확정력이 발생한 사건에 대해서는 법률개선시한이 지나서 개선된 법률을 소급하여 적용할 수 없다. 다만, 법원은 이러한 때 일부판결의 가능성이나 일부판결로 볼 가능성을 면밀하게 검토할 필요가 있다. 그리고 법률개선시한이 지나고 나서 발생한 사건과 관련하여 법률개선시한이 지나서 개선된 법률 적용이 규율대상자에게 불리하다면 해당 법률은 진정소급입법에 해당하여 해당 사건에 적용될 수 없다.<sup>746)</sup>

## Ⅳ. 응급지 못한(불완전한) 법률개선 의무 이행에 따른 효과

입법자가 헌법불합치로 결정된 법률을 개선하기는 하였으나 법률개선 의무가 응급지 않거나(불완전하거나) 불충분하거나 불공정하게 이행되어 위헌상태를

746) 개선된 법률의 소급 적용이 규율 대상자에게 불리한데도 법률개선시한 경과로 규율 상태가 없던 시간 동안에 개선된 법률을 소급 적용하도록 하는 경과규정을 두면 이에 관한 위헌성 문제가 발생할 수 있다는 견해로는 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 140면.



응급계(완벽하게) 제거하지 못하였다면, 헌법불합치로 결정된 법률을 개선할 입법자의 의무는 개선된 법률을 다시 개선할 의무로 바뀌어 존재한다. 그러나 아직 이러한 의무를 헌법재판소가 확인하지 않았으므로 개선된 법률은 효력을 발생한다. 따라서 이러한 법률에 대해서 위헌법률심판이나 위헌소원심판이 청구될 수 있고, 응급지 않계(불완전하게) 개선된 법률로 말미암아 헌법이 보장한 자기 기본권을 침해받은 사람은 이 법률에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 새로운 심판절차에서 헌법재판소는 먼저 ① 헌법불합치결정에 따른 입법자 법률개선 의무의 구체적 내용이 무엇인지, ② 개선된 법률이 적용되는 모든 영역에서 입법자가 헌법불합치결정에 따른 법률개선 의무를 제대로 이행하였는지 그리고 ③ 개선된 법률로 말미암아 새로운 기본권침해가 발생하였는지를 검토하여야 한다.<sup>747)</sup>

## 제8절 입법자의 법률개선 의무 위반 통제

### 1. 입법자의 입법형성권과 법률개선 의무

입법자는 입법권자이면서 입법 의무자이다. 그리고 입법자는 법률질서를 형성할 수 있는 유일한 국가기관이다. 헌법재판소는 법률의 위헌결정을 통해서 해당 법률의 효력을 상실시킴으로써 소극적 입법자와 비슷한 기능을 수행한다. 하지만 헌법재판소는 해당 법률의 위헌성을 확인할 수 있을 뿐이고, 그러한 위헌결정도 오로지 청구가 있을 때만 내릴 수 있다. 이러한 점에서 헌법이 헌법위임을 통해서 입법자에게 부과하는 법률제정의무와 법률개선 의무는 입법자의 입법형성권 한계로서 작용한다. 따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 입법자의 법률개선 의무를 확인하였는데도 입법자가 해당 법률을 개선하지 않으면 입법자는 확인된 법률개선 의무의 범위 안에서 더는 입법형성권을 주장하지 못한다. 여기서 입법자의 입법형성권을 법률개선 의무를 통해서 어떻게 통제할 것인가가 문제 된다. 구체적으로 입법자에게 해당 법률 개선을 어떻게 강제할 수 있는지, 나아가 예외적으로 헌법재판소 스스로 잠정적이거나 입법자의 입법형성권을 대신 행사할 수

747) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91등, 판례집 15-2하, 530, 536-537; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마723등, 판례집 20-2상, 941, 965 참조.

있는지가 문제 된다.

## II. 한국의 학설과 판례

### 1. 학설

먼저 ① 개선시한이 지남으로써 법률이 당연히 효력을 상실한다는 견해와 거듭 위헌심판 대상으로 삼아서 후소에서 단순위헌결정을 선고하여야 한다는 견해는 헌법불합치결정을 선고한 취지에 들어맞지 않는다는 견해가 있다.<sup>748)</sup> 이 견해는 특히 계속적용 헌법불합치결정은 헌법불합치결정 선고시점부터 법률개선시점까지의 법적 공백상태 발생 방지를 의도한 것인데, 개선 시한까지 입법되지 않았음을 이유로 효력을 상실시킴은 결정 의도에 어긋난다고 한다. 그리고 적용중지 헌법불합치결정은 개선입법에 따라서 처리할 목적으로 헌법불합치로 결정된 법률 적용이 중지된 상태이므로, 입법자의 법률개선의무를 사실적 측면에서 억압하는 것이 필요하지, 법적용자가 나서서 대안을 모색하는 것은 적절하지 않다고 한다. 또한, 거듭 위헌심판 대상으로 삼아 전소에서 헌법불합치로 결정되었던 법률에 대해서 후소에서 위헌결정을 하여야 한다는 견해는 헌법불합치결정이 심판대상인 법률에 위헌성이 내포됨을 전제로 하는 관념이라는 점에 비추어 보면, 후소에서 해당 법률에 대해서 새로이 위헌결정을 선고하는 것은 헌법불합치결정의 선고 취지에 들어맞지 않는다고 한다. 이 견해를 따르면 민주적 정당성, 입법권자의 입법형성권, 권력분립원리 등 때문에 누구도 입법자에게 법률개선의무를 강제할 수 없고 집행력확보수단으로서 입법대집행도 허용되어서는 안 된다고 한다. 단지 국가기관의 불법행위에 대한 손해배상청구를 고려하여야 한다고 한다.

다음 ② 효력유지기간이 지나도 법률 개선이 없거나 효력유지기간이 없더라도 상당한 기간이 지나도 법률 개선이 없으면 헌법불합치로 개선된 구법을 해당 사건에 적용하여 재판할 수 없어서, 국회가 무한정 법률 개선을 하지 않으면 법원이 재판을 진행하지 못하는 사태가 발생하는데, 이때 국회의 법률개선의무가 헌법에 근거한 것이면 입법부작위에 대한 헌법소원심판을

748) 남복현, 앞의 논문(주 734), 305면; 같은 사람, 앞의 논문(주 576), 360~361면; 같은 사람, 앞의 논문(주 629), 474~475면; 같은 사람, 앞의 책(주 551), 235-236면.

청구할 수 있다는 견해가 있다.<sup>749)</sup> 이 견해는 이때 법원은 가능한 한 당사자의 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 기다려 재판하는 것이 바람직하다고 한다.

③ 헌법재판소의 헌법불합치결정이 있었는데도 국회가 그 결정 취지에 따른 법률개선을 무작정 하지 않으면, 법률개선의무 불이행으로 말미암아 피해를 본 국민은 헌법재판소에 입법부작위에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하여 법률개선을 재차 강제하거나 국가배상을 청구하는 방법으로 구제를 받을 수 있다는 견해도 있다.<sup>750)</sup> 그리고 ④ 헌법재판소가 헌법불합치로 결정한 법률의 효력 시한을 정한 때는 그 효력 시한이 지나면 그 법률이 효력을 상실하여 법원이나 행정기관은 더는 그 법률을 적용할 수 없고, 입법자가 법률개선 시한을 존중하지 않아 입법부작위를 통한 기본권 침해가 발생하면 헌법소원심판 대상이 된다는 견해도 있다.<sup>751)</sup> 또한, ⑤ 입법 시한을 정하지 않으면 입법자가 상당한 기간 안에 입법하지 않았다고 하더라도 헌법재판소가 시한을 정하지 않은 한 그 효력을 상실한다고 보기는 어렵지만, 법률개선 지연으로 말미암아 적용중지 헌법불합치결정에서 재판의 장기화가 문제 될 수 있는데, 이때 국가배상소송이나 입법부작위 위헌소송이 가능할 것이라는 견해도 있다.<sup>752)</sup> 그 밖에 ⑥ 법원의 법보충을 통한 해결은 해당 법률이 없는 상태에서 입법하는 것일 뿐이므로 가능한 방법으로 보이지 않고, 임시규율은 헌법재판소 재량사항이 될 수 없으므로, 결국 입법부작위 위헌소송과 손해배상청구소송을 통해서 해결할 수밖에 없다는 견해도 있다.<sup>753)</sup> 다만, 이 견해는 수혜적 법률에서 법률개선 없는 개선시한 도과는 평등 실현에 관한 재량이 있는 입법자가 수혜를 모두 폐지하는 쪽으로 입법을 한 것으로 볼 수도 있으므로 새로운 입법조치나 손해배상 청구가 요구되지 않을 수도 있다고 한다. 문제는 입법자에게 그러한 의도가 없었던 때인데, 이러할 때라면 관할청에서는 법률 근거가 없음을 이유로 그 급부를 거절할 것으로는 보이지 않고, 사후에 다시 근거가 마련될 때까지 사실상 종래대로 급부를 계속할 가능성이 크다고 한다. 따라서 이때는 효력이 상실된 규정이라고 하더라도 입법자가 다시 입법할 때까지 사실상 규범력이 있고 그 기능을 발휘할 가능성이 크다고 한다. 폐지를 이유로 급부를 중단한다면

749) 정종섭, 앞의 책(주 574), 397면.

750) 신 평, 앞의 책(주 574), 466면; 이상훈, 앞의 논문(주 550), 87면; 황도수, 앞의 논문(주 621), 264~265, 272~273면.

751) 허 영, 앞의 책(주 574), 260면.

752) 이명웅, 앞의 논문(주 630), 394면.

753) 지성수, 앞의 박사학위논문(주 551), 140면.

당사자들은 손해배상청구나 입법부작위 위헌소송을 통해서 구제의 길을 모색하게 될 것이라고 한다.

⑦ 헌법재판소가 정한 기한이 지나도록 입법자가 법률개선 의무를 이행하지 않으면, 기한 다음 날부터 대상법률은 효력을 상실한다고 하면서, 대상법률이 권리침해적이거나 부담을 부과하는 근거가 되는 법률이면 법원이 그 효력이 없는 것을 전제로 사건을 처리하는 데 별문제가 없을 것이라는 견해도 있다.<sup>754)</sup> 다만, 이 견해는 대상법률이 무효인 것을 전제로 사건을 처리하는 것이 곤란하거나 부적절한 때가 있을 수 있는데, 이때는 법원이 범보충권을 행사하여 사안에 가장 적절한 결론을 내리는 방법을 고려해 볼 수 있다고 한다.

끝으로 ⑧ 입법자의 법률개선 의무 불이행으로 말미암아 피해를 당한 국민은 헌법재판소에 입법부작위에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하여 법률 개선을 재차 강제하도록 하거나 국가배상을 청구하는 방법으로 구제받을 수 있다는 견해도 있다.<sup>755)</sup>

## 2. 판례

헌법재판소는 1998년 8월 27일에 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 상속개시가 있음을 안 날부터 3월 안에 한정승인이나 포기를 하지 못한 때도 단순승인을 한 것으로 보는 민법 제1026조 제2호가 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조에 위반된다는 이유로 헌법불합치결정을 내리면서, 입법자가 1999년 12월 31일까지 개정하지 아니하면 2000년 1월 1일부터 그 효력을 상실한다고 결정하였다.<sup>756)</sup> 입법자가 법률개선시한까지 해당 법률을 개정하지 않아 해당 법률이 효력을 상실하자, 서울지방법원은 해당 법률관계를 규율하는 규정이 현재로서는 없다고 하면서, 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지에 따라 상속인이 상속받을 재산보다 채무가 많으면 상속재산을 초과하는 채무는 상속하지 않겠다는 한정승인 의사표시를 하지 않았어도 채무까지 상속한 것으로 볼 수 없다고 판결하였다.<sup>757)</sup>

그리고 헌법재판소는 2007년 3월 29일 공무원의 신분이나 직무상 의무와

754) 최완주, 앞의 논문(주 551), 402~403면.

755) 최 환, 앞의 논문(주 632), 591면.

756) 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22, 판례집 10-2, 339.

757) 서울지법 2001. 11. 21. 선고 2000가합33206 판결.

관련 없는 범죄에도 일률적·필수적으로 퇴직급여 등을 제한하는 것은 공무원범죄를 예방하고자 하는 입법목적에 적합한 수단이라고 볼 수 없고 법익의 최소침해성과 법익균형성도 충족하지 못하여 재산권을 침해하며, 공무원을 국민연금법상 사업장가입자 및 근로기준법상 근로자와 비교하면 마음대로 차별대우하여 평등원칙에 어긋난다는 이유로 '재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때'에 급여를 제한할 수 있도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대해서 2008년 12월 31일을 법률개선시한으로 계속 적용하도록 하는 헌법불합치결정을 내렸다.<sup>758)</sup> 국회가 법률개선시한까지 해당 법률을 개정하지 않자, 서울행정법원은 국회가 법률개선시한까지 법률을 개선하지 않으면, 헌법불합치결정에 따른 법상태는 헌법불합치결정의 효력과 그 결정 취지를 바탕으로 판단할 수밖에 없다고 하면서, 이 사건 법률조항은 2009년 1월 1일 자로 효력을 상실하였고, 이러한 법상태는 2009년 1월 1일 자로 이 사건 법률조항에 대해서 헌법재판소의 단순위헌결정이 있었던 것에 버금가는 것으로 볼 수 있다고 하였다. 그리고 ① 원고는 공무원으로서의 직무상 의무나 신분과 관련이 없는 범죄로 말미암아 금고 이상의 형을 선고받았는데, 이러한 때도 퇴직급여 등을 제한하는 것은 위헌이라는 것이 이 사건 헌법불합치결정 취지로 보이는 점, ② 원고에 대한 형의 선고와 확정은 헌법불합치결정이 선고되고 나서 발생한 것으로, 이처럼 처분의 기초가 되는 사실관계 자체가 헌법불합치결정 이후에 발생한 때에 대해서 행정청이 해당 법률조항의 효력이 존속한다는 이유만으로 헌법불합치결정 취지에 반하는 내용의 처분을 할 수 있다고 보는 것은, 행정작용이 합헌적 법률에 따라서 이루어져야 한다는 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 할 것인 점, ③ 비록 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정을 하면서 일정한 시한까지 이 사건 법률조항의 효력을 유지하게 하고 잠정적으로 적용하도록 결정하였다고 하더라도 이 사건처럼 헌법불합치로 결정된 법률조항 중 합헌인 부분과 위헌인 부분이 적용영역에서 어느 정도 구분될 수 있으면 합헌인 부분에 한정하여 계속 적용하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것인 점 등을 종합해 보면, 원고에게 이 사건 법률조항을 적용하여 퇴직급여 등을 제한한 이 사건 처분은 위법하다고 판결하였다.<sup>759)</sup> 또한, 퇴직 후 재직 중의 사유와 관련된 죄로 금고 이상의 형이 확정되었음을

758) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211.

759) 서울행법 2009. 8. 20. 선고 2008구합9379 판결(각공2009하, 1653).

이유로 공무원연금법 관련 조항에 따라 이미 지급한 퇴직연금 일시금 및 퇴직수당의 2분의 1에 대해서 환수처분 후 그에 따른 분할납부금을 내지 않음에 따라 부동산을 압류처분한 사안에서, 서울행정법원은 제64조 제1항 제1호가 헌법불합치결정에서 정한 법률개선시한인 2008년 12월 31일까지 법률이 개선되지 않아 2009년 1월 1일부터 효력을 상실하고 나서 압류처분이 있었다고 하더라도 이 조항의 효력이 지속하던 2008년 9월 12일에 환수처분이 적법하게 이루어졌고, 압류처분은 이 조항이 효력을 상실하고 나서인 2009년 3월 23일에 이루어졌으나, 압류처분은 환수처분의 후속조치로서 이루어진 징수처분에 불과하고 이 환수처분을 받은 자는 원칙적으로 반납고지서를 받은 날부터 30일 이내에 이를 내야 하는 한, 원고는 피고의 승인에 따라 분할납부가 허용되어 일부 환수금의 납부기한이 해당 조항의 효력상실일 이후로 유예된 것이므로 해당 조항의 효력 상실 전에 해당 조항에 근거한 환수처분을 받고 그 납부를 마친 때와 형평성을 고려하여야 하며, 더구나 해당 헌법불합치결정에서는 “공무원의 직무상 의무나 공무원 신분과 관련된 범죄로 인하여 금고 이상의 형을 선고받은 자에 대하여 퇴직급여 등을 감액하는 것은 위 입법목적의 달성에 상당한 수단”이라고 판시하였으므로, 직무상 의무나 신분과 관련된 죄로 금고 이상 형이 확정된 원고는 해당 조항 개정으로 퇴직급여 등의 감액대상에서 배제될 가능성이 거의 없어서 이 사건 압류처분은 적법하다고 하였다.<sup>760)</sup>

요컨대 서울지방법원과 서울행정법원은 입법자의 법률개선 의무 위반이 확정되면 헌법불합치로 결정된 법률의 효력이 상실된다는 것을 전제로 헌법불합치결정의 취지에 맞게 사건을 해결하는 방향으로 판결을 내리는 것으로 보인다.

### Ⅲ. 독일의 학설과 판례

#### 1. 학설

입법자가 법률개선 의무를 이행하지 않으면, 관련된 개인은 지체된 입법자의 행위가 그에게 일으킨 손해에 대해서 국가배상을 청구할 가능성만 있다는 견해가 있다.<sup>761)</sup> 대집행, 예를 들어 새로운 청구에 따라서 독일

760) 서울행법 2009. 10. 22. 선고 2009구합28902 판결.

761) Peter E. Hein (Anm. 72), S. 179; Klaus Schlaich/Stefan Koriöth (Anm. 13),

연방헌법재판소가 문제 되는 법률에 대해서 무효선언함으로써 이루어지는 대집행은, 독일 연방헌법재판소는 대제입법자가 아니고 누구도 최고 헌법기관인 입법자에게 그의 헌법의무를 이행하도록 강제할 수 없으므로 가능하지 않다고 한다. 이에 반해서 헌법재판소는 극단적일 때 필요하다면 위헌법률을 계속 존속시키지 않기 위해서 (물론 권력분립원리 때문에 단지 잠정적으로만) 스스로 합헌상태를 창출시킬 수 있어야 한다는 견해도 있다.<sup>762)</sup> 그러나 이 견해는 헌법재판소가 직권으로 활동할 수 없으므로, 모든 관련자가 기간이 지나고 나서 헌법소원심판을 새롭게 청구할 수 있어야 한다고 한다. 그리고 단지 헌법에 합치하지 않는다고 결정된 법률은 자동으로 효력을 상실하지 않으므로, 기간이 지나고 나서도 이행되지 않고 남아 있는 법률개선 의무의 구체적 효과는 결국 새롭게 청구된 헌법소원심판에서 밝혀질 수 있다는 견해도 있다.<sup>763)</sup>

## 2. 판례

독일 연방헌법재판소는 입법자가 헌법위반을 상당한 기간 안에 제거하지 않는다면, 스스로 위헌적으로 행동하려고 하지 않는 법원은 계류 중인 사건을 계속 진행하고 헌법합치적으로 재판하여야 한다고 한다.<sup>764)</sup> 이 결정은 헌법합치적으로 재판하는 것이 구체적으로 무엇을 뜻하는지를 밝히지 않았다. 그러나 헌법합치적으로 재판한다는 것은 법원이 법관의 범형성을 통해서 계류 중인 사건에서 합당한 결론을 끌어내야 한다는 것으로 해석할 수 있다.

## IV. 검토

### 1. 법원의 범형성 가능성과 헌법불합치결정의 기속력

헌법불합치결정에 따라서 입법자는 법적 상태를 즉시 헌법과 합치시킬 의무를 지고, 법원은 계류 중인 절차를 입법자가 법률을 개선할 때까지 중단시켜야 한다. 그러나 이러한 유동상태가 너무 오랫동안 지속한다면 위헌상태를 내버려 두고 당사자의 권리구제를 외면하는 것과 다를없어서 위헌상태를 제거하여

---

Rdnr. 426.

762) Albrecht Peter Pohle (Anm. 176), S. 162 f.

763) Christian Mayer (Anm. 2), S. 184.

764) BVerfGE 82, 126 (155).

합헌상태를 유지하여야 한다는 법치국가원리에 어긋난다. 신속한 합헌상태 회복을 요구하는 법치국가원리에 비추어 위헌적 법적 상태에서 비롯되는 사법절차 중단은 오로지 제한된 기간 안에서만 받아들여질 수 있을 뿐이다.<sup>765)</sup> 따라서 헌법재판소가 법률에 대해서 헌법불합치결정을 내렸을 때 입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 그 법률을 개선하지 않는다면, 그 법률은 위헌이어서 효력을 상실한다. 법원은 효력이 상실된 법률을 적용할 수 없으므로 법적 공백이 발생한다. 이것은 헌법불합치결정이 단순위헌결정과 달리 해당 법률의 효력 상실만으로 합헌상태가 회복되지 않기 때문이다. 이때 법률에 빈틈이 있을 때의 일반원칙에 따라서 법원이 계류 중인 사건에서 법관의 법형성을 통해서 합당한 결론을 끌어내는 것 이외에는 다른 방법이 없다.<sup>766)</sup> 다만, 법관의 법형성을 통해서 기본권을 직접 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항 때문에 허용되지 않는다. 특히 형벌에 관한 법률에 대해서 헌법불합치결정을 내려 입법자에게 법률개선명령을 하였는데도 입법자가 해당 법률을 개선하지 않았다면, 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항 제2문 후단, 제13조 제1항 전단) 때문에 법관은 법형성을 통해서 형벌을 부과할 수는 없다. 즉 헌법불합치로 결정된 형벌에 관한 법률은 입법자의 법률개선 의무 위반이 확정되었을 때 소급하여 그 효력을 상실하고 해당 행위는 더는 형벌로 통제될 수 없다. 다만, 이때 재심의 허용 가능성은 헌법불합치결정 취지에 따라 판단하여야 할 것이다.

입법자가 헌법불합치결정에 따른 법률개선 의무를 이행하지 아니하여 법관이 법형성을 할 때 헌법불합치결정(대부분 중요이유)은 가장 중요한 판단기준이 된다. 입법자가 헌법불합치결정 취지에 따라서 법률을 개선하여야 하므로, 입법자의 법률개선 의무 위반에 따른 법적 공백을 메우는 법관의 법형성도 당연히 헌법불합치결정의 취지에 따라야 하기 때문이다. 이러한 법관의 법형성은 ① 입법자의 법률개선 의무 위반이 일으킨 법적 공백을 단지 잠정적으로만 메우는 것이고, ② 입법자는 언제나 자신의 법률개선 의무를 이행하여 자기 결정이 앞날을 향해서 사법재판에 우선하게 할 수 있으므로, 이러한 때 입법자의 입법형성권은 침해된다고 보기 어렵다.

765) BVerfGE 82, 126 (155) 참조.

766) Michael Sachs (Anm. 187), S. 659 f. 참조.



## 2. 헌법소원심판 청구 허용 여부와 헌법재판소의 임시규율 가능성

일반사법재판은 일반적 구속력이 없고 단지 개별적 효력만 있으므로 일반사법재판은 임시규율로서 기능하지 못하고 해당 사건을 해결하는 것에 그친다. 물론 일반사법재판(특히 대법원 판결)도 선례적 구속력을 통해서 해당 사건을 넘어 영향력을 미칠 수도 있다. 하지만 선례적 구속력은 추정적 구속력에 그친다. 이러한 점에서 구속력과 법률요건적 효력이나 형성력 혹은 법률적 효력(법규적 효력)이 있는 헌법재판소 결정은 중요한 의미가 있다. 그리고 입법자의 법률개선 의무와 관련하여 헌법재판소 통제가 허용되지 않는다면, 법률개선 의무 이행은 사실적 측면에서 입법자의 재량에 속하게 될 것이다. 따라서 입법자의 법률개선 의무 불이행 때문에 헌법이 보장한 자기 기본권을 침해받은 사람은 이러한 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다.<sup>767)</sup> 이러한 헌법소원심판은 입법부작위가 계속되는 한 기간 제약 없이 허용된다. 헌법재판소는 이러한 입법부작위를 위헌으로 결정할 수 있고, 입법자가 법률을 개선할 수 없거나 개선하려고 하지 않는다는 것을 근거로 필요한 때에 한하여 긴급입법자로서 입법자가 법률을 개선할 때까지 잠정적으로만 적용되는 임시규율을 제정할 수 있다. 이러한 임시규율은 입법자의 입법형성권을 침해하지 않기 위해서 법률이 반드시 포함하여야 할 최소한에 국한된다.

## 3. 국가배상청구권 인정 여부

국가가 불법행위를 하면 피해자는 국가에 국가배상을 청구할 수 있다. 국가의 행위에는 집행부의 행위는 물론 입법부와 사법부의 행위도 포함된다. 따라서 피해자는 입법자의 불법행위에 대해서도 국가배상을 청구할 수 있다. 헌법재판소가 헌법해석을 통해서 명확하게 확인한 법률개선 의무를 이행하지 않는 것은 헌법 위반으로서 위법한 행위에 해당한다. 따라서 입법자의 법률개선 의무 불이행으로 말미암아 손해를 입은 사람이 있다면, 그 사람은 입법자의 불법행위를 이유로 국가배상청구의 소를 제기할 수 있다. 그러나 입법자의 법률개선 의무 불이행과 피해자의 손해 사이에 인과관계가 있음을 증명하기는 쉽지 않다. 따라서 실제로 법률개선 의무 불이행을 근거로 피해자가 배상을 받기는 매우 어렵다.

<sup>767)</sup> Yooncheol Choi (Anm. 8), S. 166 f. 참조.

#### 4. 개선시한 경과 후 개선된 법률의 소급 적용 가능성

입법자는 개선시한 경과 후 언제든지 헌법불합치로 선언된 법률을 개선할 수 있다. 이때 입법자는 개선된 법률을 개선시한 이전 시점으로 소급하는 규정을 둘 수도 있다. 하지만 이러한 소급규정은 수범자에게 유리할 때만 허용된다. 개선시한 이후 헌법불합치로 선언된 법률의 효력 상실에 따라 형성된 법적 관계를 건드리는 소급규정은 진정소급입법으로서 원칙적으로 허용되지 않기 때문이다. 다만, 헌법불합치결정 취지에 비추어 개선된 법률에 포함될 것이라고 예상할 수 있는 내용이라면 이에 관해서는 수범자의 보호가치 있는 신뢰가 없으므로 예외적으로 소급 적용이 허용될 것이다. 예를 들어 2008년 12월 31일을 개선시한으로 하여 헌법불합치로 선언된 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후의 것) 제64조 제1항 제1호<sup>768)</sup>를 입법자는 개선시한을 넘겨 2009년 12월 31일에 비로소 개선하면서 부칙 제7조 제1항 후단에서 제64조의 개정규정은 2009년 1월 1일 전의 퇴직연금·조기퇴직연금수급자가 2009년 1월 1일 이후에 받는 퇴직연금·조기퇴직연금 및 2009년 1월 1일 이후에 지급의 사유가 발생한 퇴직급여 및 퇴직수당의 지급에 대하여도 적용한다는 경과규정을 두었다. 그러나 이러한 개정규정은 해당 헌법불합치결정 취지에 비추어 충분히 예상할 수 있는 내용이어서 소급입법금지나 신뢰보호원칙에 위반되지 않는다.<sup>769)</sup>

768) 현재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211.

769) 실제로 개정규정에 대한 헌법소원에서 소급입법금지나 신뢰보호원칙의 위반은 문제되지 않았다(현재 2013. 8. 29. 2010헌마196).

## 제6장 연구요약 및 결론

### 제1절 헌법불합치결정에 관한 일반이론

일반적으로 헌법불합치결정은 헌재법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서, 심판대상이 된 법률조항이 위헌이라 할지라도 입법자의 형성권을 존중하여 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법에 합치하지 아니한다는 선언에 그치는 결정의 주문형식, 또는 심판대상이 된 법률조항이 실질적으로 위헌임에도 불구하고 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 당해 법률조항의 형식적 존속을 유지시키면서 입법자로 하여금 그 위헌성을 제거하도록 한 뒤, 입법자의 입법개선에 따라 개선된 입법을 적용시킬 것을 명하는 결정, 또는 위헌성이 확인된 법규범을 즉시 실효시키지 않고 그 헌법불합치성을 선언함과 동시에 그 위헌성을 제거하는 개선입법이 시행될 때까지 형식적으로 존속시키면서 관련 절차를 정지시키거나 잠정적으로 계속적용하도록 하는 결정이라고 설명되고 있다.

헌법불합치결정은 법규범의 위헌성을 확인한다는 점에서는 위헌결정의 일종이나, 단순위헌결정의 법적 효과인 위헌규범의 즉시실효 원칙에 대한 예외를 설정하고 있다는 점에서 변형결정의 하나이다. 이러한 헌법불합치결정은 국회의 입법형성권을 존중하고 신법과 구법 사이의 부조화를 해결할 수 있으며 위헌결정으로 인한 법적 혼란 내지 법적 공백의 발생을 예방함으로써, 일면으로 헌법재판의 대상이 된 법률규정의 위헌성을 선언하고, 타면으로 법적안정성을 확보할 수 있다는 점에서 긍정적으로 받아들여지고 있는 제도이다.

독일 연방헌법재판소법과는 달리 우리 헌재법은 헌법불합치결정을 명문으로 규정하고 있지 않다. 그러나 그 점이 우리 법제상 헌법불합치결정은 인정되지 않는다는 논거가 될 수 없다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 헌재법 제45조는 규범통제절차에서 심판대상인 법률이 위헌으로 판단되는 경우의 주문형태를 한정적으로 열거하는 규정이라기보다는 헌법재판소의 심판범위 한정에 초점을 맞추고 있는 규정이다. 둘째, 헌법재판소의 결정에 기속력을 부여하고

있는 헌재법 제47조 제1항의 위헌결정에는 단순위헌결정만이 아니라 법률의 위헌성을 확인하는 모든 헌법재판소의 결정이 포함된다고 ‘위헌결정’의 의미를 목적론적으로 확대해석하여야 한다. 셋째, 즉시실효 원칙을 천명하고 있는 헌재법 제47조 제2항도 법률에 대한 위헌결정에 부여되는 실제법적 효력에 관한 원칙만을 규정한 것일 뿐, 법규범의 위헌성을 확인하는 변경결정의 가능성을 부정하고 있는 것으로 해석할 수 없다. 넷째, 단순위헌결정을 통해 심판대상법률을 즉시 실효시킬 수 있는 헌법재판소의 권한에는 위헌법률의 실효시기를 유예하는 헌법불합치결정을 내릴 수 있는 권한도 포함되어 있다고 해석할 수 있다.

우리 헌법재판소는 독일 연방헌법재판소의 예를 따라 “적용중지형” 헌법불합치결정과 “잠정적용형” 헌법불합치결정을 선고하고 있다. 다만, 결정주문에서 적용중지형인지 잠정적용형인지를 표시하지 아니한 사례도 있는데, 이들은 일반원칙에 따라 원칙적으로 적용중지형으로 보아야 할 것이다. 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이므로 헌법불합치결정이 선언된 법률(조항)은 적용이 부인됨이 원칙이다. 따라서 헌법불합치결정이 있는 경우 행정관청과 법원은 원칙적으로 그들에게 계류된 절차를 개선입법이 있을 때까지 중지하여야 한다(원칙적 적용중지). 적용중지 헌법불합치결정은 구체적인 사건에 관한 법원의 판단을 입법자의 새로운 판단이 있을 때까지 미결상태로 보류하는데 그 특징이 있으며, 법원은 법률의 개정을 기다려 그에 의해 판단함으로써 당사자가 개정법률의 결과에 따른 혜택을 받을 수 있도록 기회를 열어놓아야 한다.

한편, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 즉, 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법이 없어 규율없는 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다. 그리하여, 종래의 법적 상태보다 더욱 헌법질서에서 멀어지는 법적 상태의 발생을 방지하기 위하여 위헌법률의

잠정적용(헌법불합치결정의 시점과 개정법률의 발효시점 사이의 기간)을 명할 수 있다.

헌법재판소가 결정주문을 내는데 있어 의견 합산을 어떻게 하여야 하는지에 관한 구체적인 법률규정은 현재 존재하지 않는다. 그동안 헌법재판소는 헌재법 제40조 제1항에 의해 준용되는 법원조직법 66조 제2항 제2호 합의 방식을 수정 준용하여 쟁점별 합의방식이 아닌 주문별 합의방식을 적용하여 왔다. 이러한 헌법재판소의 입장에 대하여는 여러 가지 반대의견 및 대안의견이 있지만, 헌법재판의 주문을 결정하는 방식에 어떤 방식을 택하든 결국 동일한 주문에 찬성하는 재판관수가 결정 정족수에 미치지 못하는 이상, 법원조직법 규정에 따른 방법이 이용될 수밖에 없다는 점에서 법원조직법상의 방법을 완전히 무시할 수는 없고, 이러한 점에서 주문에 필요한 의견의 수를 더해가는 방법으로 청구인에게 가장 유리한 것부터 불리한 순으로 하는 것이 불합리하다고만은 할 수 없다. 단순위헌결정이나 인용결정의 정족수를 가중시키고 있는 입법자의 의사를 존중한다면, 현재의 주문 선택 방식이 그렇게 불합리하다고는 보이지 않는다. 우리 현행법은 이미 위헌 또는 인용 결정의 정족수를 가중함으로써 상대다수결원리를 일정부분 포기하고 있기 때문이다.

## 제2절 형벌조항에 대한 헌법불합치결정

헌재법 제47조 제3항에 의한 형벌조항에 대한 위헌결정의 (일반적) 소급효원칙 및 같은 조 제4항에 의한 이미 확정된 형사판결에 대한 재심의 허용과 관련하여, 이미 확정된 형사판결의 기판력을 복멸시키는 것이 법적 안정성의 요청에 심히 반하는 예외적인 경우, 헌법재판소가 헌법불합치결정이라는 변형결정을 통하여 위헌결정의 소급효를 차단할 수 있는지의 문제가 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 문제와 관련하여 제기된다. 이에 대한 학설은 크게 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 나누어진다.

긍정설은 형벌에 관한 법률(조항)을 단순히 위헌으로 결정할 때에 중대한 법적 혼란이 발생한다면 헌법불합치결정이 선고될 수 있다는 입장이다.

위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률(조항)의 효력을 형벌에 관한 법률(조항)과 헌법이 충돌하는 시점까지 소급하여 상실시키고 재심청구를 폭넓게 허용하여 정의는 철저히 확보할 수 있지만, 이때에 법적 안정성의 파괴는 상상을 불허하므로, 이론과 현실의 절충이나 타협을 모색하여야 한다고 한다. 그리고 개선입법에서는 헌법불합치로 결정된 법률보다 범죄의 구성요건을 엄격하게 규정하거나 형량을 완화하여 규정할 것이므로, 형벌불소급의 원칙에 어긋나지 않는다고 한다. 현재법 제47조 제3항은 청구인용에 해당하는 대표적인 결정유형으로서 위헌결정을 예시한 것이라는 점, 위 조항의 해석상 장래효 원칙과 예외적인 소급효를 도출해낼 수 있는 것과 마찬가지로 형벌법규에 대한 위헌결정에 의한 소급적 효력 상실의 효과나 재심청구효과를 불합치결정으로 완화시킬 수 있다고 보아야 하는 점, 형벌법규에서 반드시 정의만을 추구해야 하는 것은 아니라는 점, 독일의 경우 입법실체가 매우 치밀해서 불합치결정의 필요성이 거의 없어 헌법불합치결정이 이루어지지 않으나 우리의 경우는 그렇지 못한 경우가 많다는 점 등도 논거로 언급된다. 그 밖에 형벌에 관한 법률(조항)이 위헌결정을 받으면 소급하여 효력을 상실하는데(현재법 제47조 제3항), 형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고 나서 계속 적용하게 하는 것은 위헌법률에 따른 형사처벌을 허용하는 것이므로 법치국가적으로 문제가 있다고 하면서, 형사법규에 대하여 적용중지형 헌법불합치결정은 허용되나, 잠정적용형 헌법불합치결정은 허용되지 않는다는 견해도 있다.

부정설은 어떠한 법률조항이 형사처벌의 근거조항이 되거나 형사처벌조항일 때에 그 규정이 위헌이면 바로 위헌을 선언해야지 헌법불합치결정은 적합하지 않다는 견해이다. 형벌에 관한 법률(조항)에 대해서 위헌결정을 하면 그 조항은 법정 당시부터 소급하여 효력을 상실하는데, 헌법불합치결정은 법률의 효력 상실을 일정 기간 유예하는 데에 본질적 의의가 있어서, 위헌인 형벌에 관한 법률(조항)을 소급하여 효력을 상실시키는 것이 실제적 정의에 합치되고, 이때에는 법적 안정성이라는 법이념이 후퇴할 수밖에 없기 때문이라는 것이다. 또한, 현재법 제47조 제3항과 같은 법 제75조는 형벌에 관한 법률(조항)에 대한 위헌결정의 (원칙적) 전면적 소급효를 명시적으로 규정하고, 해당 법률(조항)을 처벌 근거법률로 적용하여 이미 확정된 유죄판결에 대해서까지도 일반적으로 재심을 청구할 수 있으므로(현재법 제47조 제4항, 제75조), 위헌결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 이미

헌법불합치결정을 받은 법률규정을 더는 피고인에 대한 형벌조항으로 적용할 수 없고, 헌법불합치결정으로 말미암아 사후적으로 개정된 개선입법을 그 시행 이전에 종료한 행위에 대한 처벌 근거법률로서 소급적용하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 규정된 형벌불소급원칙에 어긋난다고 하면서 형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법불합치결정을 부정하는 견해도 있다. 한편, 국가가 형벌권을 발동할 수 있게 하고 국민의 형사처벌과 관련이 있는 법률조항이 위헌이면 헌법불합치결정을 자제하고 원칙적으로 단순위헌결정을 선고하여야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 법적 안정성이 헌법불합치결정을 하는 주된 이유 중 하나이나, 국가의 형벌권 발동과 관련될 때에는 법적 안정성보다는 실제적 진실 발견과 구체적 정의 실현이 더 우선되어야 하는데, 헌재법 제47조 제3항에서 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률(조항)의 직접 소급효를 인정하는 것은 법적 안정성의 요청보다 구체적 정의 실현의 요청을 우선시하는 것으로 파악할 수 있으므로, 국가의 형벌권 발동이나 국민의 형사처벌과 관련되는 법률이나 법률조항이 위헌적 요소를 내포하면 헌법재판소는 구체적 정의의 요청 때문에 단순위헌결정을 선고하여야 하고, 입법적 고려 등이 요청되어 단순위헌결정이 곤란하다면 헌법불합치결정보다는 한정위헌결정을 하는 것이 타당하다고 한다.

생각건대, 헌재법이 명문으로 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 할 수 있는 근거규정을 두지 않은 점, 헌재법은 형벌규정에 대한 위헌결정의 효력을 비형벌규정에 대한 위헌결정의 효력과 완전히 다르게 취급하고 있는 바, 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 헌재법 제47조 제3항에 배치되는 점, 헌법불합치결정의 소급효의 범위와 개선입법의 소급적 적용범위가 다르다고 보는 이상 형벌에 대한 헌법불합치결정을 인정하더라도 개선입법의 소급적용과 관련하여 많은 문제점이 발생할 수 있는 바, 이는 형벌법규에 요구되는 속성과 맞지 않는 점, 헌법재판소가 정한 개선입법시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 헌법불합치결정은 단순위헌결정이 되어 헌법불합치결정을 한 의미나 효과가 사라지는 점, 헌법불합치결정으로 형벌규정이 무효화되므로, 개선입법에 의한 처벌은 형벌불소급의 원칙에 위반되는 점, 독일에 있어서도 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 있는 경우 재심을 청구할 수 있도록 규정하고 있음에도 불구하고(독일연방헌법재판소법 제79조 제1항) 독일에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 이루어진 예를 찾아볼 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때,

형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 통하여 형벌규정에 대한 실효시기를 장래로 미루거나 소급효를 제한할 수 있다고 보기는 어렵다.

### 제3절 헌법불합치결정 기속력의 내용과 범위

헌법불합치결정은 위헌결정의 한 유형으로서 당연히 기속력이 인정된다. 헌법불합치결정의 기속력 문제는 기본적으로 위헌결정의 기속력에 대한 논의를 바탕으로 삼아 체계화시키지 않으면 안 된다. 거기에서 헌법불합치결정이 지닌 고유한 속성, 즉 개념적 정의에 기초해서, 헌법불합치결정이 지닌 본질적인 요소와 그에 상응해서 기속의 의미가 어떻게 자리하고 있는지를 살펴봐야 한다.

먼저, 결정준수의무인데, 이는 헌법불합치로 결정한 취지대로 활동하여야 할 의무가 피기속기관에게 부과된다. 입법자에게는 개선입법촉구에 따른 개선입법 의무가 부과된다. 적용자에게는 헌법불합치결정의 취지에 맞춰 불합치법률을 적용중지하거나 계속적용해야 할 의무가 부과된다. 그리고 입법자가 개선입법을 하게 되면 법적용자는 적용중지되었던 불합치법률을 대체해서 개선입법을 적용해야 한다. 그 외에도 법적용자에게는 결정 이후 결정취지와 다른 내용으로 적용해서는 안 된다는 의무가 부과된다.

다음, 반복금지의무이다. 입법자에게는 불합치결정된 법률과 동일한 내용의 입법금지의무를 도출할 수 있다. 그렇지만 헌법불합치결정에 고유한 개선입법 의무는 결정준수의무에서 도출된다고 할 것이다. 그 외에도 법적용자에게는 동종행위반복금지의무가 부과된다고 하겠다.

그런데 적용중지 불합치결정이나 계속적용 불합치결정 모두 심판대상인 법률조항의 헌법불합치를 확인함과 아울러 불합치법률의 처리방향을 제시한다. 이렇게 제시된 불합치법률의 적용중지나 불합치법률의 잠정적인 계속적용, 양자 모두 헌법불합치결정에 있어 본질적 징표에 해당하므로 기속력이 인정되고, 그 내용은 결정준수의무라고 할 것이다. 이와 관련하여 각 결정유형에 있어 기속력을 둘러싼 고유한 쟁점이 제기된다.

먼저, 적용중지 불합치결정의 경우 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하고 있는바, 두 가지 형태로 논의를 구분지를



수 있다. 그 하나는 불합치법률의 적용절차를 중지한다는 점이고, 다른 하나는 불합치법률의 적용중지하고 개선입법에 따라 처리해야 한다는 점이다. 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 개선입법시점까지 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 요구한 경우에 있어 그 기간동안 불합치법률의 적용이 배제됨은 물론이고 보다 근본적으로 그 적용절차조차도 중지되어야 한다. 적용중지는 절차중지, 판단중지를 의미하는 것이므로 위헌법률의 적용을 배제하는 내용으로 사건을 처리해서는 안 된다. 이런 점은 불합치법률의 처리방향으로서의 적용중지에 인정되는 기속력, 즉 결정준수의무에서 도출된다고 할 것이다. 적용중지 불합치결정에 있어 헌법재판소가 입법자에게는 신속한 개선입법을 촉구함과 아울러 법적용자로 하여금 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하였다면, 개선입법된 결과가 당연히 불합치법률이 규율하던 시적 공간을 대체하는 것으로 보아야 한다. 이는 적용중지 불합치결정의 본질적 징표에 해당한다. 개선입법에 의한 처리를 전제로 하지 않는 불합치법률의 적용절차의 중지는 무의미한 것이다. 다만, 불합치법률의 적용영역에 관해 이미 개선입법이 이루어져 이를 규율할 수 있을 경우, 적용중지를 명함이 없이 개선입법에 의한 처리, 즉 개선입법의 소급적용을 명함도 가능할 것이다.

다음으로, 계속적용 불합치결정에 있어 법적용자로 하여금 개선입법이 있을 때까지 불합치법률을 잠정적으로 계속적용하게 한다고 할 때, 불합치법률의 처리방향으로서의 계속적용에도 기속력이 인정됨은 당연하다. 주로 법적용자인 법원과 행정청에게 미친다는 점도 당연하다. 그런데, 계속적용 불합치결정에 있어 기속이 의미하는 바가 잠정적인 계속적용을 강제함을 말하는 것인지 아니면, 잠정적인 계속적용을 허용하는 정도에 그치는 것인지가 문제된다. 이에 관해 계속적용을 강제하는 것이 아니라 법적용자가 상황에 따라서는 계속적용을 하지 않을 수 있음을 용인하는 것이라는 견해가 있다. 그 논거로는 “위헌규범을 계속 적용한다는 것은 법치국가원칙, 헌법의 최고규범성에 대한 중대한 예외라는 점, 법적 안정성 보다는 구체적 정의의 요청이 강한 특별한 사례군이 있을 수 있고 이에 관해서는 법적용기관이 개별적으로 판단하는 것이 더 합당할 수 있다는 점, 법률의 위헌성 확인을 넘어 잠정적으로라도 위헌법률의 적용을 다른 국가기관에게 강제할 권한이 헌법재판소에 있는지의문인 점, 헌법재판소가 잠정적용 헌법불합치 결정을 필요 이상으로 양산하는

것이 현실인 점” 등을 제시한다. 그러면서 법적용자는 인간의 존엄성이나 기본권의 본질적 내용을 훼손하는 사안에는 적용을 배제할 수 있을 것이고, 당해 사건 당사자에 대해서도 적용을 배제할 수 있을 것이라고 한다. 하지만, 법적 안정성 보다 구체적 사건에서의 정의의 요청이 크다면 단순위헌결정을 해야 할 것이다. 법적용자에게 개별적으로 판단하도록 함이 더 합당하다고 하는 것은 헌법재판소가 저야 할 역할을 방기하는 것이다. 다른 국가기관으로 하여금 위헌성이 있는 법률을 적용하도록 강제한 것은 이미 헌법재판소가 정책적인 판단을 한 것으로 이해해야 한다. 인간의 존엄성이나 기본권의 본질적 내용을 훼손하는 사안에 대해서는 헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 선고하지 말아야 함이 타당하다. 계속적용 불합치결정이 필요 이상으로 양산한다고 하는 점은 분명하지만, 이 문제는 심판대상을 축소하는 등의 방법으로 해소가 가능하다고 본다. 따라서 법적용자가 불합치법률을 잠정적으로 계속적용함은 의무이지 재량이 아니라고 본다.

이상의 논의 결과 다음과 같은 결론을 도출하였다. 첫째, 헌법불합치결정의 구성요소로는 헌법불합치성의 확인, 불합치법률의 적용방향으로서의 적용중지와 계속적용, 개선입법의무 및 기한설정을 들 수 있고 이에 대해서는 기속력이 인정된다. 그 내용이 결정주문이나 결정이유, 어디에 표시되었는지와 관계없이 헌법불합치결정의 징표에 해당하는 요소들에 대해서는 그 자체로서 기속력이 인정된다. 둘째, 헌법불합치결정에 있어 심판대상인 법률조항에 대한 헌법불합치성을 확인함으로써 입법자에게는 개선입법의무가 부과된 것으로 보아야 한다. 개선입법을 전제로 하지 아니한 헌법불합치결정은 상상할 수 없다. 셋째, 적용중지 불합치결정에 있어 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 한 것과 관련해서 위헌결정에서 위헌법률의 적용배제와는 달리 불합치법률의 적용중지일 따름이고 개선입법이 불합치법률을 대체하는 것이라는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 넷째, 적용중지 불합치결정에 있어 결정의 소급효과 개선입법의 소급적용은 동일한 취지로 접근해야 한다. 헌법재판소와 대법원은 불합치결정의 소급효과 적용되는 당해사건과 법원에 계속중인 사건에 개선입법이 소급적용된다는 점에 관해서는 입장을 같이 한다. 하지만, 헌법불합치결정 당시 아직 소송이 제기되지 아니한 사건, 즉 일반사건에 대해 대법원은 구법이 적용되어야 하기 때문에 개선입법이 소급적용될 수 없다고 본 반면, 헌법재판소는 부진정 입법부작위로 보아

헌법불합치로 결정하였다. 일반사건에 대해 위헌결정에서도 구제대상에 포함되듯이 헌법불합치결정에서도 포함시킴이 타당하다고 할 것이다. 다섯째, 개선입법시한의 도과시 불합치법률의 효력상실은 전혀 무의미하고 또 부적절한 것이다. 이에 대한 근본적인 천착과 개선을 적극 권유한다.

## 제4절 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무

헌법은 권력분립원리에 따라 국민에게서 나오는 권력(헌법 제1조 제2항)을 입법권, 행정권, 사법권으로 나누어 각각 국회, 정부, 법원에 맡긴다(헌법 제40조, 제66조 제4항, 제101조 제1항). 따라서 입법자인 국회는 입법권이 있다. 하지만 입법자는 입법권뿐 아니라 입법의무도 있다. 입법자가 지는 다양한 입법의무 중에서 입법자가 헌법과 어긋나는 법률의 잘못을 헌법에 맞게 바로잡아야 할 적극적(이고 구체적인) 입법의무를 법률개선 의무라고 한다. 개선에는 대상이 되는 기존 법률이 필수적이다. 기존 법률이 있어야 비로소 개선할 수 있기 때문이다. 따라서 법률개선 의무는 입법자가 법률을 만들어야 비로소 발생한다. 즉 법률개선 의무는 대상 법률이 제정되었음을 전제한다. 이러한 점에서 법률개선 의무는 입법권이 행사되고 나서 문제 된다. 그리고 대상 법률의 위헌성이 확인되었을 때 비로소 소극적으로 확정된다. 즉 입법권이 합헌적으로 행사되고 이후 해당 법률의 합헌성이 유지된다면 법률개선 의무는 발생하지 않는다. 이러한 점에서 법률개선 의무는 상대적 의무이다.

법률의 '무효' 여부를 판단하는 독일 연방헌법재판소(연방헌법재판소법 제100조 제1항)와 달리 한국 헌법재판소는 법률의 '위헌' 여부를 판단한다(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호). 따라서 독일 연방헌법재판소의 정형결정(기본결정)은 무효선언(Nichtigerklärung)과 합치선언(Vereinbarerklärung)이지만, 한국 헌법재판소의 정형결정(기본결정)은 단순위헌결정과 단순합헌결정이다. 그에 따라 한국 헌법재판소는 법률의 위헌성을 확인하면 원칙적으로 법률을 위헌이라고 결정한다. 단순위헌결정에 따라 법률이 폐기되면 일반적으로 합헌상태가 바로 회복된다. 즉 단순위헌결정은 법률의 빈틈이나 구울 없는 상태를 만들지 않고 법률상황을 합헌으로 돌린다. 단순위헌결정은 입법자에게 아무것도 요구하지

않는다. 그러므로 입법자는 어떤 행위도 하지 않고 가만히 있어도 된다. 그리고 입법자는 위헌으로 선언된 법률을 개정하거나 의미 없게 된 법률 파편을 법전에서 제거할 수도 있다. 또한, 입법자는 같거나 비슷한 목적이 있는 법률을 새롭게 제정할 수도 있다. 그 밖에 입법자는 아무런 의무를 지지 않는다. 즉 입법자는 입법권에 기초하여 다양한 선택을 할 수 있다.

법률개선 의무의 근거로 첫째, 헌법 제10조 제2문에서 찾으려는 견해가 있다. 이 견해는 법률개선 의무의 근거를 헌재법 제47조 제1항과 제2항(헌법재판소 결정의 기속력과 법률적 효력)에서 찾기가 쉽지만, 입법자의 입법형성권을 침해하는 문제가 발생할 수 있다고 한다. 그리고 헌법 제10조 제2문 국가의 기본권보장의무 때문에 입법자인 국회는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 확인한 헌법불합치상태를 신속히 교정할 의무를 부담한다고 한다. 또한, 입법자의 법률개선 의무는 헌법불합치결정이 선고되어도 국민의 기본권침해에 대한 구제 폭이 축소되어서는 안 되고, 가능한 한 그대로 유지하여야 한다는 법적용자에 대한 법적 효과와 들어맞는다고 한다. 둘째, 입법자의 헌법불합치결정으로 말미암은 법률개선 의무는 헌법상 의무라는 견해도 있다. 이 견해는 헌법이 법률을 제·개정할 권한과 의무를 입법자에게 부여하였으므로, 입법자가 법률을 제·개정할 때 헌법에 들어맞도록 할 의무가 발생하고, 헌법재판소도 헌법에 따라서 입법자가 만든 법률의 위헌 여부를 판단할 권한을 부여받았으므로, 이때 헌법에 합치하도록 입법할 의무가 있는 입법자는 헌법불합치로 결정된 법률을 헌법에 부합하도록 개선할 의무가 당연히 있다고 한다. 셋째, 헌법질서에 부합하는 법률적 상태를 조성하여야 할 입법자의 법률개선 의무도 헌법 우위에서 발원한다는 견해가 있다. 이 견해는 헌법이 하위규범의 타당성과 효력을 즉시 부정하지 않으면 헌법 우위는 위헌규범으로 교란된 법질서를 복구할 것을 요구한다고 한다.

법률개선 의무를 헌법이 입법자에게 부여한 (일반적 의미의) 의미로 이해할 수 있다. 법률이 제정되고 나서 사실관계와 법적 상황은 언제든지 바꿀 수 있어 법률과 현실의 불일치는 수시로 발생할 수 있다. 이때 해당 법률이 위헌이 되지 않더라도 법률을 개선할 필요성은 인정될 수 있다. 이러한 점에서 어떠한 법률도 법률개선 의무 대상에서 제외될 수 없다는 결론이 도출될 수도 있다. 그러나 법률개선 의무가 이러한 의미로 매우 넓게 이해된다면, 그 규범적 효력과 기본권의 구속력은 오히려 약화할 수 있다. 심지어 법률개선 의무는 오로지

정치적 의미만 있는 것처럼 이해될 수도 있다. 그렇지 않다면 이러한 인식은 헌법재판소가 사실적 측면에서 청구를 전제로 관련 있는 입법자의 모든 행위를 통제할 수 있다는 결론에 이를 수도 있다. 이러한 불합리한 결과를 막으려면 법률의 잘못으로 말미암아 위헌인 법률만 법률개선 의무 대상이 된다고 보아야 한다. 결론적으로 법률개선 의무 발생은 위헌인 법률을 전제한다. 그러나 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률과 진정입법부작위에서는 처음부터 개선 대상이 없으므로 (법률제정의무가 문제 될 수는 있어도) 법률개선 의무는 문제 되지 않는다.

헌법불합치결정도 본질에서 위헌결정이다. 따라서 헌법불합치결정으로 위헌성이 확인된 법률은 원칙적으로 헌법불합치결정 선고시점 이후에는 적용되지 않아야 한다. 그런데 헌법불합치결정의 특징은 구체적 사건에 관한 법원의 판단을 입법자가 새로운 판단을 내릴 때까지 미결상태로 보류하는 것이다. 따라서 법원은 법률이 개정되기를 기다려 개선된 법률에 따라 판단함으로써 당사자가 개선된 법률의 결과에 따른 혜택을 받을 기회를 열어놓아야 한다. 이러한 점에서 헌법불합치결정은 개선된 법률의 소급 적용을 전제한다. 그러므로 입법자는 소급효 있는 법률을 제정할 의무가 있다. 이처럼 헌법불합치결정은 입법자의 법률 개선을 통해서 비로소 실질적 내용과 효력이 있게 된다. 그래서 헌법불합치결정의 소급효는 개선된 법률의 소급효를 뜻한다. 이때 개선된 법률이 소급 적용되는 범위는 단순위헌결정에서 위헌으로 확인된 법률 적용이 배제된 범위와 같고, 특별한 사정이 없으면 헌법불합치결정 선고시점까지 소급 적용되는 것이 원칙이다.

계속적용 헌법불합치결정에서는 위헌성이 확인된 법률이 잠정적으로 적용되도록 하므로 개선된 법률의 소급적용이 본질적 요소가 아니다. 따라서 입법자가 법률을 개선할 때까지 헌법재판소가 위헌법률의 계속 적용을 명령하면 개선된 법률이 당연히 소급 적용되지 않는다. 개선된 법률의 소급 적용은 입법자의 결정에 따라 결정된다. 그래서 입법자가 개선된 법률을 소급 적용하는 경과규정을 두지 않으면 개선된 법률은 당해 사건에도 적용되지 않는다. 그러나 대법원은 법률의 위헌 여부심판 제청은 그 전제가 된 당해 사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용받지 않으려는 데 그 목적이 있고, 헌법 제107조 제1항에도 위헌결정의 효력이 일반적으로는 소급하지 아니하더라도 당해 사건에 한하여는 소급하는 것으로 보아, 위헌으로 결정된 법률조항 적용을 배제한

다음 당해 사건을 재판하도록 하려는 취지가 포함되어 있다고 보일 뿐 아니라, 만일 제청을 하게 된 당해 사건에서도 소급효를 인정하지 않는다면, 제청 당시 이미 위헌여부심판의 전제성이 없어 제청조처 할 수 없다고 해석되어야 하므로, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여서라도 적어도 당해 사건에 한해서는 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다고 해석되고, 이러한 해석은 이 사건처럼 헌법재판소가 실질적으로 위헌결정을 하면서도 그로 말미암은 법률조항의 효력상실 시기만을 일정기간 뒤로 미루는 계속적용 헌법불합치결정에도 마찬가지로 적용된다고 하였다.

## 제5절 결론

헌법불합치결정의 기속력과 개선입법의 구체범위를 분석함에 있어 가장 큰 장애가 심판대상과 핵심쟁점이 부조화한 경우이었다. 대안으로서 결정주문을 채택함에 있어 위와 같은 경우 헌법재판소가 헌법불합치로 결정한 근본적인 취지를 명확하게 드러내지 못하는 한계가 있으므로, 이를 극복하는 방안을 제시한다.

첫째, 핵심쟁점을 기준으로 불합치결정 실재를 재검토할 필요가 크다. 그리고 핵심쟁점을 기준으로 헌법재판소의 결정취지를 정확히 파악해서 불합치결정의 효과를 명확하게 정해서 처리하도록 함이 옳다고 본다. 둘째, 심판대상을 핵심쟁점부분으로 한정하지 않는 관행을 그대로 유지하고자 한다면, 불합치결정 주문을 제시함에 있어 심판대상이 되었지만, 위헌여부가 판단되지 아니한 부분은 계속적용을 명하는 반면에, 핵심쟁점으로서 위헌여부가 판단된 부분에 관해서는 적용중지를 함께 명함이 좋을 것이다.

입법자는 입법권자이면서 입법의무자이다. 그리고 입법자는 법률질서를 형성할 수 있는 유일한 국가기관이다. 헌법재판소는 법률의 위헌결정을 통해서 해당 법률의 효력을 상실시킴으로써 소극적 입법자와 비슷한 기능을 수행한다. 하지만 헌법재판소는 해당 법률의 위헌성을 확인할 수 있을 뿐이고, 그러한 위헌결정도 오로지 청구가 있을 때만 내릴 수 있다. 이러한 점에서 헌법이 헌법위임을 통해서 입법자에게 부과하는 법률제정의무와

법률개선의무는 입법자의 입법형성권 한계로서 작용한다. 따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 입법자의 법률개선의무를 확인하였는데도 입법자가 해당 법률을 개선하지 않으면 입법자는 확인된 법률개선의무의 범위 안에서 더는 입법형성권을 주장하지 못한다고 보아야 할 것이다.

# 참고문헌

## 1. 국내문헌

- Christian Hillgruber/Christoph Goos, (최희수 역), 독일헌법소송법, 헌법재판소, 2010
- Klaus Schlaich, (정태호 역), 독일연방헌법재판소, 헌법재판소, 1999
- Klaus Schlaich, (정태호 역), 독일헌법재판론, 미리교역, 2001
- 계희열, “헌법재판과 국가기능”, 「헌법재판의 회고와 전망」, 헌법재판소, 1998
- 공진성, “헌법불합치결정시 합의방식의 개선방안”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009.3.
- 곽순근, “헌법재판상 심판정족수의 원리와 그 운영의 실제 -주문별 합의방식과 특히 헌법불합치결정의 법적 본질을 중심으로-”, 고시연구, 고시연구사, 2003.5.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009
- 김선택, “대학교원의 신분보장 - 교수임용방식 개선방향과 해직교수 구제방안”, 공법연구 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003
- 김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정”, 사법 제8호, 사법발전재단, 2009
- 김양균, “헌법재판의 입법통제와 변형결정”, 공법연구 제25집 제1호, 한국공법학회, 1997
- 김정중, “비형벌조항에 대한 잠정적용 유형의 헌법불합치결정”, 대법원판례해설 제89호, 법원도서관, 2012
- 김주환, “헌법불합치결정의 적용영역과 그 효과”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005. 6
- 김지형, “입법부작위에 관한 헌법문제(상)”, 판례월보 제260호, 판례월보사, 1992. 5.
- 김하열, “헌법불합치결정의 사유와 효력”, 저스티스 통권 128호, 한국법학원,



2012

- 김하열, 헌법소송법(제2판), 박영사, 2016
- 김학성, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 「헌법규범과 헌법현실」(권영성교수 정년기념논문집), 법문사, 2000
- 김현철, “헌법불합치결정의 이론과 실제”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003
- 김현철, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한”, 헌법재판연구 제3권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원2016. 12.
- 김현철, 판례 헌법소송법(제3판), 전남대학교출판부, 2014
- 김현철, 판례 헌법소송법(제4판), 전남대학교출판부, 2016.
- 김현철/박경철/박진영/홍영기, “형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구”, 헌법재판연구 제24권, 2013
- 남복현, “위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어서의 편차”, 한양법학 제20권 제2집, 한양법학회, 2009
- 남복현, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 「헌법재판소결정의 효력에 관한 연구」, 헌법재판연구 제7권, 1996
- 남복현, “대법원의 전속적인 법률해석권과 한정위헌결정의 기속력”, 한양법학, 제11집, 2002
- 남복현, “판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차 : 대상판례: 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111판결”, 「한양법학」 제26집, 한양법학회, 2009. 5.
- 남복현, “한정결정은 선택이 아닌 필수”, 법률신문, 2002.10.21.자
- 남복현, “헌법불합치 결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토”, 헌법실무연구 제10권, 헌법실무연구회, 2010
- 남복현, “헌법재판소 결정주문의 합의방식과 중요한 결정이유의 기속력”, 헌법학연구 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009.3
- 남복현, “헌법재판소 변형결정의 유형과 문제점”, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구」, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1996
- 남복현, “형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점-위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로-”, 공법연구 제43집 제1호, 한국공법학회, 2014. 10.

- 남복현, “법률에 관한 변형결정의 유형과 효력”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998
- 남복현, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1994
- 남복현, “야간옥외집회금지에 대한, 헌법불합치결정의 실체와 그에 따른 법원·검찰의 조치”, 연세 공공거버넌스와 법 제1권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010. 2
- 남복현, “위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차”, 한양법학 제26집, 한양법학회, 2009
- 남복현, “판례평석: 구 소득세법 제60조의 헌법불합치결정과 그와 관련한 후속처리방안. 대상판례: 대법 97. 3. 28. 96누11327판결 양도소득세부과처분취소”, 한양법학 제8집, 한양법학회, 1997
- 남복현, “판례평석: 단순위헌결정 선고의 폐해와 수습조치의 대안 모색”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008
- 남복현, “헌법불합치결정에 있어 기한설정의 실태분석”, 법과 정책연구 제10집 제2호, 한국법정책학회, 2010
- 남복현, “헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력상실”, 공법학연구 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010. 8
- 남복현, “헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 - 실제적 형법법규를 중심으로 -”, 헌법실무연구 제10권, 박영사, 2009
- 남복현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보(주), 2011
- 남복현, 헌법재판소 결정의 소송법적 효력, 한국학술정보(주), 2013
- 남복현, 헌법재판소 권한쟁의심판 결정의 기속력, 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2결정을 중심으로, 공법학연구 제16권 제3호, 한국공법학회, 2015
- 남복현, “헌법재판소의 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1996
- 명재진, “인터넷 규제제도와 헌법재판소 결정”, 헌법판례연구(4), 박영사, 2002
- 박경철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 헌법적 검토”, 헌법학연구

- 제20권 제2호, 한국헌법학회, 2014
- 박경철, “임법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 심판대상과 기속력의 내용. 헌법재판소의 2009헌라8·9·10(병합)결정과 2009헌라12결정과 관련하여”, 공법학연구 제13권 제2호, 한국비교공법학회, 2012
- 박인수·조홍석·남복현, “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 「미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로」 헌법재판연구 제21권, 헌법재판소, 2010
- 박종연, “헌법불합치 위헌결정의 소급효 배제의 문제점”, 법률신문, 2015.10.12.자
- 박진영, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-형벌조항에 대하여 합헌결정 후 위헌결정 또는 헌법불합치결정이 이루어진 판례를 중심으로-”, 경희법학 제50권 제3호, 경희법학연구소, 2015
- 박진영, “국회의원과 국회의장 간의 권한행사. 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 효력을 적극적으로 제거할 작위의무가 부과되는지 여부(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12)”, 헌법재판소결정해설집 2010, 2012
- 박진우, “헌법불합치결정에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제35집, 한국법학회, 2009.8
- 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 세계헌법학회한국학회, 2011
- 방승주, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력”, 안암법학, 제14호, 2002
- 방승주, “헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응”, 헌법학연구 제17권 제4호, 한국헌법학회, 2011.12
- 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 헌법학연구 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007. 9.
- 방승주, “구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력”, 헌법실무연구 제1권, 박영사, 2000
- 방승주, “헌법불합치결정”, 헌법재판 주요선례연구 1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012

- 방승주, 헌법실무연구회 제104회 발표회 지정토론문
- 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012.
- 손순무, “구소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정과 당해사건의 처리”, 법조 제46권 제10호, 법조협회, 1997.
- 손용근, “위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 사법논집 제24집, 대법원 법원행정처, 1993,12
- 손인혁, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-헌재2016. 4. 28. 2015헌바216 결정-, 법조 통권 721호, 법조협회, 2017
- 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사, 2011.
- 신동운, 형법총론(제7판). 법문사, 2013
- 신봉기, “헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996
- 양 건/김문현/남복현, “헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서”, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999
- 윤진수, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점(특히 헌법불합치결정의 주문과 관련하여)”, 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000
- 윤진수, “교통사고처리특별법 제4조 제1항 및 그에 근거한 불기소처분에 대한 헌법소원의 적법성”. 판례월보, 판례월보사, 2011
- 윤진수, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점”, 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000
- 윤진수, “헌법재판소 위헌결정의 소급효”, 헌법문제와 재판(상)(재판자료 제75집), 법원도서관, 1997. 6
- 이강국, “위헌법률의 효력”, 행정판례연구 제2집, 한국행정판례연구회, 1996.4.
- 이광열, “헌법불합치결정의 기속력”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997
- 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009
- 이상훈, “위헌결정 및 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상의 적용”, 사법논집 제38집, 법원도서관, 2004

- 이성환, “헌정위헌결정의 기속력”, 세계헌법연구 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 1997
- 이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 재판과 판례 제19집, 대구판례연구회, 2010
- 이인호/오수정, “헌법불합치결정에 따른 입법개선 의무의 이행현황 분석과 비판”, 중앙법학 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010
- 이종엽, “비형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 일반사건에 관한 소급효”, 대법원 판례해설 제103호, 법원도서관, 2015
- 이준일, 헌법학강의(제6판), 홍문사, 2015.
- 이현환, “위헌결정의 방식에 관한 연구 - 변형결정을 중심으로 -”, 헌법재판의 이론과 실제: 금강김철수교수 화갑기념논문집, 1993.10
- 임지봉, “헌법불합치결정과 함께 내려진 계속적용 결정의 효력 - 집시법 제10조에 대한 헌법재판소 결정 평석을 중심으로 -”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2010
- 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력”, 「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구」, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소, 1991
- 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1995
- 정연주, "가산점제도의 헌법적 문제점", 헌법판례연구(2), 박영사, 2000
- 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015.
- 정영화, “헌법상 야간옥외집회 금지에 대한 위헌심사”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2010
- 정중섭, "동성동본금혼규정에 대한 헌법불합치결정", 헌법판례연구(1), 박영사, 1999
- 정중섭, 헌법소송법(제6판), 박영사, 2010
- 정중섭, 헌법소송법(제8판), 박영사, 2014.
- 정태호, "법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰", 법률행정논총 제19집, 전남대학교 법률행정연구소, 1999
- 정태호, “민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정에 대한 평석 및 위 법률규정의 개정방향”, 인권과 정의 제267호, 대한변호사협회, 1998

- 정혜영, “헌법불합치결정의 효력에 관한 연구”, 아주법학 제8권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2015
- 조재현, “권한쟁의심판에서 결정의 범위와 기속력에 관한 연구”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012
- 지성수, “헌법불합치결정에 관한 연구 - 그 사유와 효력을 중심으로 -”, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2012.7
- 지성수, “헌법불합치결과 입법시한”, 헌법논총 제23집, 헌법재판소 2012
- 지성수, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2011.
- 최 환, “헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력”, 판례연구 제23집, 부산판례연구회, 2012
- 최완주, “한정결정, 선택인가 필수인가?”, 법률신문, 2002.10.3.자
- 최완주, “헌법불합치결정”, 헌법재판제도의 이해(재판자료 제92집), 법원도서관, 2001
- 최윤철, “독일에 있어서의 ‘입법자의 법률개선 의무’에 관한 논의”, 공법연구 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003
- 최윤철, “법률과 시간 - 시간의 경과에 따른 법률의 효력 변화”, 토지공법연구 제35집, 한국토지공법학회, 2007
- 최윤철, “의원입법의 평가와 평가제도의 발전에 관한 이론적 검토”, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005
- 최윤철, “입법자의 법률관찰의무”, 토지공법연구 제21집, 한국토지공법학회, 2004
- 최창호, “형벌법규 위헌심사에 관한 연구: 양형규정을 중심으로”, 「형사법과 헌법이념」 제3권, 박영사, 2010
- 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2001
- 최희수, 헌법소송법 요론(개정판), 대명출판사, 2015.
- 한수웅, “헌법불합치결정의 소급효력”, 판례월보 제325호, 판례월보사, 1997. 10.
- 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995

- 한수웅/정태호/김하열/정문식, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판 연구원, 2015
- 허 영, 헌법소송법론(제12판), 박영사, 2017
- 허 영, “헌법재판과 입법”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008
- 허 영, 헌법소송법론(제11판), 박영사, 2016
- 허 영, 헌법소송법론(제4판), 박영사, 2009
- 허 영, 헌법소송법론(제9판), 박영사, 2014
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013
- 허완중, “한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석”, 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009
- 허완중, “한정합헌결정은 합헌결정인가”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2010
- 허완중, “헌법재판소의 헌법불합치결정을 정당화하는 사유”, 안암법학 제31호, 안암법학회, 2010.1
- 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008
- 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스 제115호, 한국법학원, 2010. 2.
- 허완중, “입법자의 법률관찰의무”, 공법연구 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011
- 허완중, “헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무 위반의 법적 효과”, 헌법실무연구 제11권, 헌법재판실무연구회, 2010
- 허완중, 헌법실무연구회 제104회 발표논문
- 허완중, “헌법재판소 결정에 따른 입법자의 의무”, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011
- 허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정”, 공법연구 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제1개정판), 2008
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015
- 홍계정, “선례구속원칙의 한국적 전개 - 헌법재판소 결정의 기속력을 중심으로 -”, 석사학위논문, 중앙대 대학원, 2008. 12.

- 홍성방, 헌법소송법, 박영사, 2015.
- 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구”, 공법연구 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002
- 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 법조 551호, 법조협회, 2002
- 황도수, “헌법재판소의 위헌법률심판권과 법원의 법률해석권”, 저스티스 제99호, 한국법학원, 2007.8
- 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 헌법실무연구 제4권, 헌법실무연구회, 박영사, 2003,
- 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문
- 황도수, “헌법재판소 결정의 기속력”, 헌법의 규범력과 법질서, 연천허영박사정년기념논문집, 2002
- 황우여, “위헌결정의 효력”, 사법논집 제21집, 대법원 법원행정처, 1990

## II. 해외문헌

- P. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988
- Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber, 1974
- Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 4. Aufl. C.H.Beck, 1997
- Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, in: Georg Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982
- Peter Badura, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die



- Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: Josef Isensee/  
Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 163
- Ernst Benda, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von  
Recht und Politik, in: ZRP 1977
- Werner Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten,  
Diss. jur. Mainz, 1989.
- Jens Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das  
Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998.
- Yooncheol Choi, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von  
Gesetzesmängeln, Diss. jur. Hamburg, 2002.
- Michaela Eisele, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß,  
Berlin 1999.
- Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart  
2010 (칼 엥기쉬, 안법영/윤재왕 옮김, 법학방법론, 세창출판사, 2011).
- Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und  
Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.
- Peter E. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger  
Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht – Grundlage,  
Anwendungsbereich, Rechtsfolgen, Baden-Baden 1988.
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (콘라드 헷세, 계획열 역,  
통일독일헌법원론, 박영사, 2001).
- Hermann Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes  
ohne Nichtigerklärung, in: NJW 1982
- Wolfgang Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der  
Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: Wolfgang  
Zeidler/Theodor Maunz/Gerd Roellecke (Hrsg.), Festschrift für  
Hans Joachim Faller, München 1984
- Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983.
- Ulrich Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und  
Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989.

- Hanno Kube, Die Bindungswirkung der Normverwerfung – Zur Stellung der Parlamente im Verfassungsstaat –, in: DÖV 2002
- Jutta Limbach, Missbraucht die Politik das Bundesverfassungsgericht?, Köln 1997.
- Jutta Limbach, Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stuttgart 2001.
- Hartmut Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Hans Schneider/Götz Volkmar (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974
- Christian Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.
- Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1980, S. 773–779.
- Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, Berlin 2000.
- Helmut Miernik, Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgeber, Diss. jur. Leipzig, 1997.
- Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts – Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Tübingen 1976, S. 458–518.
- Fritz Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht: Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß, Bd. I, Tübingen 2001
- Christian Pestalozza, „Noch verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des

- Bundesverfassungsgerichts – Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Tübingen 1976
- Christian Pestalozza, Verfassungsprozeß recht, 3. Aufl., München 1991.
- Michael Piazzolo, Das Bundesverfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen, in: ders. (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995
- Albrecht Peter Pohle, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Frankfurt am Main/Bern/Cirencester 1979.
- Marius Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, Baden–Baden 1998.
- Alexander Roßnagel, Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers im Atomrecht, in: JZ 1985
- Michael Sachs, Blo ß e Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, in: NVwZ 1982
- Michael Sachs, Die Folgen der Unvereinbarkeit des Hausarbeitstagsanspruchs für Frauen mit dem Grundgesetz, in: FamRZ 1982
- Horst Säcker, Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht?, in: Michael Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995
- Klaus Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39, Berlin 1981
- Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010.
- Rudolf Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, in: Der Staat 26 (1987)
- Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988.

- Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München 1994.
- Klaus Stern, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Graßhof (Hrsg.), BK, München 2007 (Stand: Juni 2007), Art. 94.
- Rupert Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, in: DVBl. 1982
- Andreas Voßkuhle, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Würtenberger, Thomas (Hrsg.), Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich, Berlin 2006
- Wolfgang Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen – Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen, in: EuGRZ 1988

## 연구자 약력

김현철

서울대학교 법과대학 법학과 (법학사)

연세대학교 법무대학원 저작권학과 (법학석사)

연세대학교 대학원 법학과 (법학박사)

전 춘천지방법원 법원사무관

전 헌법재판소 사무처 법원사무관 · 법원서기관

전 헌법재판소 헌법연구관

현 전남대학교 법학전문대학원 교수

남복현

한양대 법정대학 법학과 (법학사)

한양대 대학원 법학과 석사과정 (법학석사)

한양대 대학원 법학과 박사과정 (법학박사)

독일 Köln대학교 국가철학 및 법정정책학 연구소 객원교수

전 헌법재판소 방문연구교수

현 한국국가법학회 회장

현 호원대학교 법경찰학부 교수

손인혁

연세대학교 법과대학 법학과 (법학사)

연세대학교 대학원 법학과 석사과정 수료

사법연수원 제28기 수료

전 헌법재판소 헌법연구관

전 헌법재판연구원 제도연구팀장

현 연세대학교 법학전문대학원 교수

허완중

고려대학교 법과대학 법학과 (법학사)

고려대학교 대학원 법학과 석사과정 (법학석사)

독일 뮌헨대학교 법학과 (법학박사)

전 성균관대학교 BK21 사업단 박사후연구원

전 고려대학교 법학연구원 연구교수

전 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구관

현 전남대학교 법학전문대학원 부교수

## [부록] 헌법불합치 결정례의 입법개선현황

(2017년 10월 기준)

### 1. 잠정적용을 명한 경우 (83건)

사건명 (001)	헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 국회의원선거법상 기탁금반환 사건 [판례집 1, 199]	
주 문	“국회의원선거법(1988. 3. 17. 법률 제4003호로 전문개정된 것) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”	
관련판례	헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91 등, 판례집 13-2, 77 [한정위헌]	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
1991년 5월말	1차 (1991. 12. 31.) 2차 (2000. 2. 16.)	국회는 헌법재판소가 설정한 개선입법시한이 경과한 1991. 12. 31. 법률 제4462호로 국회의원선거 기탁금을 정당추천후보와 무소속후보를 가리지 않고 1천만원으로 정하고(동법 제33조), 기탁금의 국고귀속요건을 “후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 당해 지역구의 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1을 초과하지 못하는 때 또는 전국구후보자의 경우 그 소속정당의 전국구후보자 중 당선자가 없는 때”로 개정하였다(동법 제34조). 그 후 공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)은 지역구 국회의원의 경우 기탁금을 2천만원으로 정하였고(동법 제56조 제1항 제2호), 기탁금국고귀속의 요건으로서 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 미만이고 유효투표총수의 100분의 20 미만인 경우로 정하였는데(동법 제57조 제2항), 이 부분에 대하여 헌법재판소는 그 후 2001. 7. 19. 선고한 2000헌마91등 사건에서 “위헌”결정을 선고하였다(판례집 13-2, 77).

사건명 (002)	현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 지방의회의원선거법상 기탁금 사건 [판례집 3, 91]	
주 문	“지방의회의원선거법(1990. 12. 31. 법률 제4311호로 제정된 것) 제36조 제1항의 ‘시·도회의원 후보자는 700만원의 기탁금’ 부분을 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항부분은 위 법률시행 후 최초로 실시하는 시·도회의원 선거일 공고일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
위 법률 시행 후 최초로 실시하는 시·도 의회의원 선거일 공고일	1991. 5. 23.	국회는 1991. 5. 23. 법률 제4368호로 제36조 제1항을 다음과 같이 개정하였다. 「제36조(기탁금) ①후보자가 되려고 하는 자는 등록신청시에 대통령령이 정하는 바에 따라 시·도회의원후보자는 400만원, 구·시·군의회의원후보자는 200만원의 기탁금을 관할선거구선거관리위원회에 기탁하여야 한다.」

사건명 (003)	현재 1993. 3. 11. 88헌마5, 노동쟁의조정법상 공무원의 단체행동금지 사건 [판례집 5-1, 59]	
주 문	“노동쟁의조정법 제12조 제2항(1963. 4. 17. 법률 제1327호 제정, 1987. 11. 28. 법률 제3967호 개정) 중 ‘국가·지방자치단체에 종사하는 근로자’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 1995년 12월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
1995년 12월말	1996. 12. 31. (구법폐지)  1997. 3. 13. (입법개선)	국회는 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 이 법 자체를 폐지하고, 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 노동조합및노동관계조정법을 제정하였는데, 동법 제41조 제2항의 내용은 다음과 같다. 「제41조(쟁의행위의 제한과 금지) ②방위산업에관한 특별조치법에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며, 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.」



사건명 (004)	헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 특허사건 등의 사실심배제 사건 [판례집 7-2, 264]	
주 문	“특허법(1995. 1. 5. 법률 제4892호로 개정되기 전의 것) 제186조 제1항 및 의장법(1995. 1. 5. 법률 제4894호로 개정되기 전의 것) 제75조 중 특허법 제186조 제1항을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 위 두 법률조항은 특허법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4892호) 및 의장법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4894호)이 시행되는 1998. 3. 1.의 전일까지 이 사건 위헌여부심판제청의 각 당해사건을 포함한 모든 특허 및 의장 쟁송사건에 대하여 그대로 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	1995. 1. 5. (결정일 당시 신법 시행예정)	이 사건에서 헌법불합치 결정성고 당시에는 합헌적인 내용의 신법, 즉 특허법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4892호) 및 의장법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4894호)이 이미 공포되어 1998. 3. 1.부터 시행될 예정이었다.

사건명 (005)	헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, TV수신료 사건 [판례집 11-1, 633]	
주 문	“한국방송공사법(1990. 8. 1. 법률 제4264호로 개정된 것) 제36조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 1999. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
1999. 12. 31.	2000. 1. 12.	2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정된 방송법 제65조(수신료의 결정)는 “수신료의 금액은 이사회가 심의·의결한 후 방송위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻어 확정되고, 공사가 이를 부과·징수한다.”고 규정하여 헌법재판소의 결정취지를 반영하였다.

사건명 (006)	헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 도시계획시설결정 장기미집행 사건 [판례집 11-2, 383]	
주 문	“도시계획법 제4조(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전문개정되어 1991. 12. 14. 법률 4427호로 최종개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2001. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2001. 12. 31.	2000. 1. 28.	이 결정 후 국회는 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 도시계획법을 전문개정하였는데, 이 사건 법률조항(구법 제4조)은 개정법에서 제46조(개발행위의 허가)로 옮겨 규정되었으며, 한편 보상적 조치로서 도시계획시설부지의 매수청구권규정(제40조)와 도시계획시설결정의 실효규정(제41조)을 두었다.

사건명 (007)	현재 2000. 7. 20. 99헌가7, 상소제기기간의 법정산입 불포함 사건 [판례집 12-2, 17]	
주 문	“형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제482조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례	현재 2009. 12. 29. 2008헌가13등, 상소제기 후 상소취하시까지 구금일수 불산입 사건 [공보 159, 29] - 047사건	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	1차 (2004.10.16.)  2차 (2007.6.1.)  3차 (2015.7.31.)	<p>이 결정 이후, 국회는 2004. 10. 16. 법률 제7225호로 형사소송법을 개정하면서 다음과 같이 제482조 제2항을 신설하였다.</p> <p>제482조 (상소제기후 판결전 구금일수 등의 산입) ①상소제기후의 판결선고전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 검사가 상소를 제기한 때</li> <li>2. 피고인 또는 피고인 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때</li> </ol> <p>②상소제기기간중의 판결확정전 구금일수 (상소제기 후의 구금일수를 제외한다)는 전부 본형에 산입한다.</p> <p>이후 국회는 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 다음과 같이 제482조 제1항·제4항·제5항을 개정하고, 제3항을 신설하였다.</p> <p>제482조 (상소제기후 판결전 구금일수 등의 산입) ①상소제기후의 판결선고전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 검사가 상소를 제기한 때</li> <li>2. 검사가 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때</li> </ol> <p>②상소제기기간중의 판결확정전 구금일수(상소제기후의 구금일수를 제외한다)는 전부 본형에 산입한다.</p> <p>③상소기각 결정 시에 송달기간이나 즉시항고기간 중의 미결구금일수는 전부를 본형에 산입한다.</p> <p>④제1항부터 제3항까지의 경우에는 구금일수의 1일을 형기의 1일 또는 벌금이나 과료에 관한 유치기간의 1일로 계산한다.</p> <p>⑤상소법원이 원심판결을 파기한 후의 판결선고전 구금일수는 상소중의 판결선고전 구금일수에 준하여 통산한다.</p> <p>그 이후 개정이 이루어지지 않다가 2009. 12. 29. 2008헌가13등 결정(헌법불합치)이 내려진 후에, 국회는 2015. 7. 31. 법률 제13454호로 제1항 내지 제3항을 다음과 같이 개정하였다.</p> <p>제482조(판결확정 전 구금일수 등의 산입) ① 판결선고 후 판결확정 전 구금일수(판결선고 당일의 구금일수를 포함한다)는 전부를 본형에 산입한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>②상소기각 결정 시에 송달기간이나 즉시항고기간 중의 미결구금일수는 전부를 본형에 산입한다.</li> <li>③ 제1항 및 제2항의 경우에는 구금일수의 1일을 형기의 1일 또는 벌금이나 과료에 관한 유치기간의 1일로 계산한다.</li> </ol>

사건명 (008)	헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 국적법상 부계혈통주의 사건 [판례집 12-2, 167]	
주 문	“국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제7조 제1항 중 ‘…10년 동안에’ 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2001. 12. 19.	<p>국회는 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 구 국적법을 전문개정하면서 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 바꿈으로써(제2조 제1항 제1호), 구법조항의 위헌성을 제거하였다. 그러나 신법 시행 이전에 출생한, 모가 한국인인 자녀가 구법조항으로 인하여 침해받은 기본권을 회복시켜 줌에 있어 부칙조항은 신법 시행 전 10년 동안에 출생한 자녀에게는 대한민국 국적을 부여한 반면, 신법 시행 10년 이전에 출생한 자에게는 국적을 부여하지 않았다.</p> <p>이에 대해 헌법재판소는 동법 부칙 제7조 본문의 “…10년 동안에” 부분에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였고, 국회는 2001. 12. 19. 법률 제6523호로 부칙 제7조 본문을 다음과 같이 개정하였다.</p> <p>[개정 전] 부칙 제7조 (부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례) ①이 법 시행전 10년 동안에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법의 시행일부터 3년 내에 대통령이 정하는 바에 의하여 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 모가 현재 대한민국의 국민인 자</li> <li>2. 모가 사망한 때에는 그 사망 당시에 모가 대한민국의 국민이었던 자</li> </ol> <p>[개정 후] 부칙 제7조(부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례) ①1978년 6월 14일부터 1998년 6월 13일까지의 사이에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2004년 12월 31일까지 대통령이 정하는 바에 의하여 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.</p>

사건명 (009)	헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 지방세법상 세액공제·환부 사건 [판례집 13-1, 941]	
주 문	“지방세법(1988. 12. 26. 법률 제4028호로 개정된 것) 제233조의9 제1항 제2호는 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2001. 12. 19.	국회는 헌법재판소의 결정 이후인 2001. 12. 19. 법률 제6549호로 헌법재판소의 결정취지를 반영하여, 제조장 또는 보세구역에서 반출된 담배가 포장 또는 품질의 불량 등의 사유로 다시 반입되는 경우에만 담배소비세를 공제·환부하도록 하는 제233조의 9 제1항 제2호를 판매부진 그밖의 부득이한 사유로 인하여 담배가 다시 반입되는 경우에도 담배소비세를 공제·환부하도록 개정하였다. [개정 후] 「제233조의9(세액의 공제 및 환부) ①다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 세액을 공제하거나 환부한다. … 2. 제조장 또는 보세구역에서 반출된 담배가 포장 또는 품질의 불량, 판매부진 그밖의 부득이한 사유로 제조장 또는 수입판매업자의 담배보관장소로 반입된 경우 …」

사건명 (010)	헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 상속세법상 상속재산가액평가 사건 [판례집 13-1, 1271]	
주 문	“구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항 중 '상속재산의 가액 ... 는 상속개시 당시의 현황에 의한다.'는 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	1994. 12. 22. (결정일 당시 신법 시행)  2002. 12. 18. (부칙 개정)	헌법재판소는 이 결정 당시에 이미 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 합헌적인 내용의 개정입법이 행하여져 1995. 1. 1.부터 시행되고 있었음에도 불구하고 헌법불합치 결정 및 계속적용명령을 내렸다. 그런데 국회는 헌법재판소의 이 결정 후인 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 상속세및증여세법을 개정하면서 부칙 제11조(상속재산의 가액평가에 대한 쟁송사건 등에 관한 적용례)에서, “중전의 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 법률을 말한다) 제9조 제1항의 규정을 적용하여 행하여야 할 처분과 행하여진 처분(이의신청·심사청구·심판청구 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 관하여는 중전의 상속세법(법률 제4805호로 개정된 것을 말한다) 제9조 제1항 및 제2항의 규정을 적용한다.”고 규정하였다.

사건명 (011)	헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 고엽제후유증환자 유족특례 사건 [판례집 13-1, 1393]	
주 문	“고엽제후유증환자지원등에관한법률(1997. 12. 24. 법률 제5479호로 전문개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6042호에 의해 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제2호는 헌법에 합치하지 아니한다. 위 규정부분은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2002. 1. 26.	<p>국회는 2002. 1. 26. 법률 제6647호로 제8조의 제목을 변경하며 제1항을 다음과 같이 개정하였다.</p> <p>「제8조 (사망한 고엽제후유증환자 등의 유족에 대한 처우) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자의 유족으로서 국가유공자등예우및지원에관한법률 제5조의 규정에 해당하는 유족(이하 “이미 사망한 고엽제후유증환자등의 유족”이라 한다)중 월남전에 참전하고 전역된 자등의 유족에 대하여는 동법 제4조 제1항 제3호의 규정에 의한 전몰군경의 유족으로, 남방한계선 인접지역에서 복무하고 전역된 자등의 유족에 대하여는 동법 제4조 제1항 제5호의 규정에 의한 순직군경의 유족으로 각각 보아 동법이 정하는 바에 의하여 보상을 행한다.</p> <p>1. (생략) 2. 남방한계선 인접지역에서 복무하고 전역된 자 등으로서 제4조의 규정에 의한 등록 전에 제5조 제1항 각호의 1에 해당하는 고엽제후유증으로 인하여 사망하였음이 인정되는 자」</p>

사건명 (012)	헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 세무사자격 자동부여 사건 [판례집 13-2, 338]	
주 문	“세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 부칙 제3항은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 이 부칙조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2002. 12. 30.	국회는 2002. 12. 30. 법률 제6837호로 부칙 제3항을 다음과 같이 개정하였다. 「부칙 ③(세무사자격에 대한 경과조치) 2000년 12월 31일 이전에 국세(관세를 제외한다)에 관한 행정사무에 종사한 자에 대하여는 제3조 제2호의 개정규정에 불구하고 종전의 규정을 적용한다.」

사건명 (013)	헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 변리사자격 자동부여 사건 [판례집 13-2, 363]	
주 문	“변리사법(2000. 1. 28. 법률 제6225호로 개정된 것) 부칙 제3항은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 이 부칙조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2002. 12. 5.	2000. 12. 31. 이전에 특허청에서 특허행정사무에 종사한 자에 대하여 변리사자격을 부여하도록 하였다. 국회는 2002. 12. 5. 법률 제6753호로 부칙 제3항을 다음과 같이 개정하고, 제4항은 삭제하였다. 「③(변리사자격 자동취득에 관한 경과조치) 2000년 12월 31일 이전에 특허청에서 특허행정사무에 종사한 자에 대하여는 제3조제1항제3호의 개정규정에 불구하고 종전의 규정을 적용한다.」



사건명 (014)	헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 국회의원지역선거구구역표 사건 [판례집 13-2, 502]	
주 문	“공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표1] 「국회의원지역선거구 구역표」(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 선거구구역표는 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2003. 12. 31.	2004. 3. 12.	헌법재판소는 2000헌마92등 결정에서 “경기 안양시 동안구 선거구”의 경우 전국 선거구의 평균인구수로부터 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 그 선거구의 획정은 국회의 재량의 범위를 일탈한 것으로서 청구인의 헌법상 보장된 선거권 및 평등권을 침해한다고 하면서 국회의원지역선거구구역표에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다. 이후, 국회는 개정시한이 지난 2004. 3. 12. 법률 제7189로 공 직 선 거 및 선 거 부 정 방 지 법 제 2 5 조 제 2 항 에 의 한 [별표1]「국회의원지역선거구구역표」를 개정하였다. 기존에 안양시의 선거구가 ‘동안구와 만안구’로 구분되어 있던 것을 ‘만안구와 동안구 갑선거구, 동안구 을선거구’로 변경하여 선거구 획정의 위헌성을 제거하였다.

사건명 (015)	헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 재외동포법 사건 [판례집 13-2, 714]	
주 문	“재외동포의출입국과법적지위에관한법률 (1999. 9. 2. 법률 제6015호로 제정된 것) 제2조 제2호, 재외동포의출입국과법적지위에관한법률시행령(1999. 11. 27. 대통령령 제16602호로 제정된 것) 제3조는 헌법에 합치하지 아니한다. 이들 조항은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2003. 12. 31.	2004. 3. 5. (법률 개선)  2007. 10. 15. (시행령 개선)	<p>이 사건은 재외동포법의 적용범위에 정부수립이전에 국외로 이주한 자를 제외한 것이 평등원칙에 반하여 헌법불합치결정이 이루어진 것으로서, 국회는 재외동포법 제2조 제2호와 시행령 제3조의 개정을 통해 정부수립이전에 국외로 이주한 자를 재외동포법의 적용범위에 포함시켜 위헌성을 제거하였다.</p> <p>국회는 2004. 3. 5. 법률 제7173호로 외국국적동포를 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자중 대통령령이 정하는 자”로 개정하였다.</p> <p>또한 국회는 2007. 10. 15. 대통령령 제20321호로 재외동포의출입국과법적지위에관한법률 시행령 제3조의 내용을 다음과 같이 개정하였다.</p> <p>[개정 전] 시행령 제3조 (외국국적동포의 정의) 법 제2조제2호에서 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자중 대통령령이 정하는 자”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 정부수립 이후에 국외로 이주한 자중 대한민국의 국적을 상실한 자와 그 직계비속</li> <li>2. 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자중 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인받은 자와 그 직계비속</li> </ol> <p>[개정 후] 시행령 제3조(외국국적동포의 정의) 법 제2조제2호에서 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자중 대통령령이 정하는 자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)로서 외국국적을 취득한 자</li> <li>2. 부모의 일방 또는 조부모의 일방이 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자로서 외국국적을 취득한 자</li> </ol>

사건명 (016)	헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 지적법상 지적측량 대행독점 사건 [판례집 14-1, 528]	
주 문	“지적법(2001. 1. 26. 법률 제6389호로 전문개정된 것) 제41조 제1항은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 조항은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례	헌재 2007. 6. 28. 2004헌마262, 판례집 19-1, 814.	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2003. 12. 31.	2003. 12. 31.	국회는 2003. 12. 31. 법률 제7036호 개정법에서 제41조의3을 신설하여 지적측량업자로 등록된 자는 경계점좌표등록부가 비치된 지역에서의 지적측량과 도시개발사업 등이 완료됨에 따라 실시하는 지적확정측량만을 수행할 수 있도록 그 업무범위를 제한하였다. [헌법소원] 이 개정조항에 대한 헌법소원사건에서 헌법재판소는 동 조항이 지적측량업자의 직업의 자유와 평등권을 침해하지 않으므로 합헌이라는 결정을 선고하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마262, 판례집 19-1, 814).

사건명 (017)	헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 약사법상 약국개설자격 사건 [판례집 14-2, 268]	
주 문	“약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조 제1항은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	미개정	헌법재판소에 의해 헌법불합치결정이 내려진 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조 제1항에서 “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”이라고 규정하고 있었다. 결정이 내려진 이후, 국회는 아무런 입법개선을 하지 않다가 2007.4.11. 법률 제8365호로 약사법 전부개정이 이루어지면서 약사법 제16조 제1항이 제20조 제1항으로 위치가 변경되었다. 그러나 국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

사건명 (018)	현재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 국가정보원직원의 비밀엄수 사건 [판례집 14-2, 584]	
주 문	“국가정보원직원법 제17조 제2항(1999. 1. 21. 법률 제5682호로 개정된 것) 중 ‘직원(퇴직한 자를 포함한다)이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.’는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2003. 12. 31.	2003. 12. 31.	<p>국회는 2003.12.30. 법률 제7012호로 국가정보원직원법 제17조 제3항 제4항을 다음과 같이 신설하여 국가정보원 직원이 직무상의 비밀에 관한 사항을 증언 또는 진술하기 위해 미리 원장의 허가를 받는 경우, 원장은 그 허가여부를 결정함에 있어서 국가의 중대한 이익을 해하는 경우 또는 군사·외교·대북관계 등 국가안위에 중대한 영향을 미치는 경우를 제외하고는 허가를 거부하지 못하도록 규정하였다.</p> <p>[개정 전] 제17조 (비밀의 엄수) ①모든 직원은 재직중은 물론 퇴직한 후에도 있어서도 직무상 지득한 비밀을 누설하여서는 아니된다. ②직원(퇴직한 자를 포함한다)이 법령에 의한 증인·참고인·감정인 또는 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 증언 또는 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.</p> <p>[개정 후] 제17조 (비밀의 엄수) ①모든 직원은 재직중은 물론 퇴직한 후에도 직무상 지득한 비밀을 누설하여서는 아니된다. ②직원(퇴직한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)이 법령에 의한 증인·참고인·감정인 또는 사건당사자로서 직무상의 비밀에 관한 사항을 증언 또는 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다. ③직원을 증인·참고인·감정인으로 신청한 법률상 이해관계가 있는 사건관계인은 당해 직원이 제2항의 규정에 의한 허가를 신청하지 아니함으로써 불이익을 받을 우려가 있는 때에는 법원의 허가를 받아 원장에게 증언 또는 진술의 허가를 신청할 수 있다. ④원장은 제2항 또는 제3항의 규정에 의하여 허가여부를 결정함에 있어서 국가의 중대한 이익을 해하는 경우 또는 군사·외교·대북관계 등 국가안위에 중대한 영향을 미치는 경우를 제외하고는 허가를 거부하지 못한다. ⑥원장이 제2항 또는 제3항의 규정에 의한 증언 또는 진술의 허가를 한 경우에 법원은 공무상 비밀보호 등을 위한 비공개증언 등 적절한 조치를 할 수 있다.</p>

사건명 (019)	헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 전통사찰주지의 행위에 대한 허가 사건 [판례집 15-1, 48]	
주 문	“구 전통사찰보존법(1997. 4. 10. 법률 제5320호로 개정되기 전의 것) 제6조 제5항 중 같은 조 제1항 제2호 소정의 ‘동산 또는 대통령령이 정하는 부동산의 양도’에 관련된 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 위 규정부분은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 12. 14.	<p>구 전통사찰보존법 제6조 제1항 제2호 및 제5항에서는 전통사찰의 주지가 전통사찰의 경내지 안에 있는 동산 또는 대통령령이 정하는 부동산(대통령령이 정하는 부동산이라 함은 당해 사찰의 소유 또는 사찰 소속 대표단체의 소유의 부동산을 말함)양도하고자 하는 때에는 소속단체 대표자의 승인서를 첨부하여 문화관광부장관의 허가를 받아야 하며, 허가를 받지 않을 경우 해당 행위가 무효로 된다고 규정하고 있었다. 그런데 동법은 일반사인에 의한 양도의 경우에만 허가를 요하는 것이고, 공용수용의 경우에는 허가를 요건으로 하고 있지 않아 두 사안을 불합리하게 차별하여 평등원칙에 위반된다는 취지로 헌법불합치결정이 내려졌었다.</p> <p>국회는 2005.12.14. 법률 제7729호로 전통사찰보존법 제6조를 개정하였다. 일반사인에 의한 부동산 양도의 경우 허가자제를 제외하고 전통문화의 발전에 기여하는 공익목적의 공용수용의 경우에만 허가가 가능하도록 하였다. 이는 전통사찰을 보존함으로써 민족문화의 향상에 이바지하게 함을 목적으로 하는 해당 법률의 목적을 고려한 것이다.</p> <p>[개정 전]</p> <p>제6조 (허가사항) ① 전통사찰의 주지가 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 제2호의 행위를 하고자 할 때에는 소속대표단체의 대표자의 승인서를 첨부하여야 한다.</p> <p>2. 동산 또는 대통령령이 정하는 부동산의 대여·양도 또는 담보의 제공</p> <p>⑤제1항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 제1항제2호의 행위를 한 때에는 이를 무효로 한다.</p>

정하지 않음	2005. 12. 14.	<p>[개정 후]</p> <p>제6조 (허가사항) ①전통사찰의 주지는 동산 또는 부동산(당해 전통사찰의 경내지 안에 있는 당해 사찰의 소유 또는 사찰 소속 대표단체의 소유의 부동산을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 양도하고자 하는 때에는 소속 대표단체의 대표자의 승인서를 첨부하여 문화관광부장관의 허가를 받아야 한다.</p> <p>②전통사찰의 주지는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고자 하는 때에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가 받은 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 제1호의 행위를 하고자 하는 때에는 소속 대표단체의 대표자의 승인서를 첨부하여야 한다.</p> <p>1. 동산 또는 부동산의 대여·담보의 제공</p> <p>③문화관광부장관 또는 시·도지사는 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 허가신청 대상 행위가 전통사찰의 보호에 지장을 주지 아니하고 수행환경을 훼손하지 아니하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 적합한 경우에 한하여 허가를 하여야 한다. 이 경우 제2항제2호 내지 제5호의 규정에 의한 허가신청 대상 행위는 각 해당 법률의 허가기준에도 부합하여야 한다.</p> <p>1. 전통사찰의 이용가치를 증대하는 행위일 것</p> <p>2. 주민을 위한 편의 제공 등 공공용 목적일 것</p> <p>3. 전통문화의 보급 및 활용에 이바지할 것</p> <p>4. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조의 규정에 의한 공익사업일 것</p> <p>⑦제1항 및 제2항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 제1항 및 제2항제1호의 규정에 의한 행위를 한 때에는 이를 무효로 한다.</p>
--------	---------------	---

사건명 (020)	헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 교수재임용거부 재심청구 사건 [판례집 15-2하, 466]	
주 문	“2. 교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) 제9조 제1항전문은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례	헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 대학교수 기간임용제 등 사건 [판례집 15-2하, 466] - 113사건	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 1. 27.	<p>〈한 결정에서 두 가지 주문을 낸 사례〉  구 사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항에 대해서는 불합치 주문을 내면서, 교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) 제9조 제1항에 대해서는 계속적용 불합치 주문을 냈다.</p> <p>이 결정 후 국회는 위 헌법불합치결정의 취지를 반영하여 2005. 1. 27. 법률 제7352호로 사립학교법을 개정하였는데, 동법 제53조의2는 제3항을 그대로 둔 채 제4항 내지 제8항에서 재임용이 거부된 경우의 불복절차 등에 관하여 규정하였다. 또한 국회는 2005. 1. 27. 법률 제7354호로 교원지위향상을위한특별법 제9조와 제10조를 개정·공포하여 같은 날부터 시행하였다.</p> <p>한편 위 법률 제7354호 개정법은 제7조 제1항에서 교원소청심사위원회의 심사대상이 되는 '교원의 의사에 반하는 불리한 처분'에 개정 '사립학교법 제53조의2 제6항의 규정에 의한 교원에 대한 재임용거부처분이 포함'되는 것으로 규정하는 한편, 부칙 제1조에서 위 개정법은 “공포한 날부터 시행한다”고 규정하였다. 위 개정에 따라 재임용에서 탈락한 사립대학의 교원은 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있고, 그 결과에 따라 소청심사위원회를 상대로 기각 또는 각하결정의 취소 등을 구하는 행정소송을 제기할 수 있게 되었다.</p>

사건명 (021)	헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 구속적부심사청구 사건 [판례집 16-1, 386]	
주 문	“1. 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정된 것) 제214조의 2 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 규정은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2004. 10. 16.	국회는 2004. 10. 16. 법률 제7225호로 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정된 것) 제214조의 2 제1항을 개정하여 구속적부심사의 청구인적격이 피의자 등으로 한정되어 있던 것을 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 법원이 피의자를 심문할 수 있도록 하였다.

사건명 (022)	헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 호주제 사건 [판례집 17-1, 1]	
주 문	“1. 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항들은 입법자가 호적법을 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
호적법을 개정할 때까지	2005. 3. 31.	2005. 3. 31. 호주제도 폐지 등에 관하여 법률 제7427호로 민법 제778조·제780조 및 제782조 내지 제796조 삭제, 법 제779조 등의 개선이 있었다. 호주에 관한 규정과 호주제도를 전제로 한 입적·복적·일가창립·분가 등에 관한 규정을 삭제하는 한편, 호주와 가(家)의 구성원과의 관계로 정의되어 있는 가족에 관한 규정을 새롭게 정하였다. 한편, 국회는 2007. 5. 17. 호적법 폐지와 함께 가족관계의 등록등에 관한 법률을 새롭게 제정하였으며, 2008. 1. 1. 법률 제8435호로 시행되었다.



사건명 (023)	헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 입찰참가자격 제한 사건 [판례집 17-1, 508]
주 문	“1. 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 및 같은 조 제3항의 ‘제2항의 규정에 의한 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다’고 한 규정 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2006. 4. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 입찰참가자격 제한 사건 [판례집 17-1, 796] : 유사한 내용이 문제된 사건 (024 사건)

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2006. 4. 30.	2006. 10. 4.	<p>국회는 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 및 같은 조 제3항 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분’에 대하여 2006. 10. 4. 법률 제8049호로 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 및 제3항을 개정하여 2년 이내의 범위에서 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 하였다.</p> <p>[개정 후]</p> <p>제20조 (회계원칙등) ②투자기관은 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여는 2년 이내의 범위에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.</p> <p>③제1항 및 제2항의 규정에 의한 회계처리 및 계약의 기준·절차 및 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다.</p> <p>이후, 정부투자기관관리기본법은 2007.1.19. 법률 제8258호로 폐지되었고, 2007.1.19. 법률 제8258호로 공공기관의 운영에 관한 법률이 제정되었다. 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 및 제3항은 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항 및 제3항에 그대로 반영되어 현재까지 시행 중이다.</p> <p>제39조(회계원칙 등) ②공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.</p> <p>③제1항과 제2항의 규정에 따른 회계처리의 원칙과 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.</p>

사건명 (024)	헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 입찰참가자격 제한 사건 [판례집 17-1, 796]	
주 문	“1. 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2006. 4. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례	헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 입찰참가자격 제한 사건 [판례집 17-1, 508] : 유사한 내용이 문제된 사건 (023 사건)	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2006. 4. 30.	2005. 12. 14.	<p>국회는 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분’에 대하여, 2005. 12. 14. 법률 제7722호로 개정하여 입찰참가자격의 제한기간을 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정할 수 있도록 하였다.</p> <p>[개정 후] 제27조 (부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다.</p> <p>이후 현재까지 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항에 대한 개정[2012.12.18. 법률 제11547호, 2016.3.2. 법률 제14038호]이 두 차례 더 이루어졌으나, 입찰참가자격의 제한기간을 2년 이내의 범위로 정하고 있는 부분에 대해서는 개정된 바 없다.</p>

사건명 (025)	헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 부성주의(父姓主義) 사건 [판례집 17-2, 544]	
주 문	“1. 민법 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 ‘자는 부의 성과 본을 따르고’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2007. 12. 31.까지 계속 적용된다.”	
관련판례	헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 호주제 사건 [판례집 17-1, 1] - 022 사건	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2007. 12. 31.	2005. 3. 31.	<p>2005. 3. 31. 법률 제7427호로 민법이 개정되어 2008. 1. 1. 시행을 앞두고 있었으며, 제781조 제1항 및 제6항이 다음과 같이 개정되었다.</p> <p>[개정 전] 제781조 (자의 입적, 성과 본) ①자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.</p> <p>[개정 후] 제781조 (자의 성과 본) ①자는 부의 성과 본을 따른다. 다만, 부모가 혼인신고시 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다.</p> <p>⑥자의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다. 다만, 자가 미성년자이고 법정대리인이 청구할 수 없는 경우에는 제777조의 규정에 따른 친족 또는 검사가 청구할 수 있다.</p> <p>한편, 위 결정이 내려질 시점에는 호적법의 폐지와 함께 법률 제8435호로 ‘가족관계의 등록등에 관한 법률’이 제정되어 2008. 1. 1. 부터 시행예정이었다.</p>
비 고	1. 주문과 관련하여 2.항에서 “입법자가 개정할 때까지” 라는 문구가 없는 것은 이 결정 당시 이미 법률 제7427호 개정법률이 공포되어 2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있었기 때문이다.	

사건명 (026)	헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등, 국가유공자 가산점 사건 [판례집 18-1상, 269]	
주 문	“국가유공자등예우및지원에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7104호로 개정된 것) 제31조 제1항, 제2항, 독립유공자예우에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7104호로 개정된 것) 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항, 제2항 준용 부분, 5·18민주유공자예우에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7105호로 개정된 것) 제22조 제1항, 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항들은 2007. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2007. 6. 30.	2007. 3. 29.	국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 한 규정에 대하여, 국회는 2007. 3. 29. 법률 제8327호로 채용시험에 국가유공자와 국가유공자의 유족이 응시하는 경우에는 만점의 10퍼센트를 가점하고, 유공자의 가족이 응시하는 경우에는 만점의 5퍼센트를 가점하도록 개정하였다.

사건명 (027)	헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 신문법 및 언론중재법 사건 [판례집 18-1하, 337]
주 문	“2. 신문등의자유와기능보장에관한법률(2005. 1. 27. 법률 제7369호로 전문개정된 것) 제15조 제3항은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2009. 7. 31.	2009. 7. 31. 법률 제9785호 전부개정된(시행 2010.2.1) 위 법률은 일간신문·뉴스통신·방송사업 간의 상호 경영금지를 폐지하고, 일간신문·뉴스통신 또는 방송사업 법인의 주식·지분 소유자의 일간신문·뉴스통신 법인의 주식 및 지분 취득 제한을 폐지하며, 대기업은 일반일간신문 법인이 주식 또는 지분의 2분의 1을 초과하여 취득 또는 소유할 수 없도록 하여, 제18조(대기업의 일반일간신문 소유제한 등)에서 “①「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 기업집단 중 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사(이하 '대기업'이라 한다)와 그 계열회사(대통령령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자를 포함한다)는 일반일간신문을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1을 초과하여 취득 또는 소유할 수 없다. ②일반일간신문을 경영하는 법인의 이사(합명회사의 경우에는 업무집행사원, 합자회사의 경우에는 무한책임사원을 말한다) 중 그 상호 간에 「민법」 제777조에 따른 친족관계에 있는 자가 그 총수의 3분의 1을 넘지 못한다.”라고 규정하였다.

사건명 (028)	헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 공무원연금법상 퇴직급여 및 퇴직수당 감액 사건 [판례집 19-1, 211]
주 문	“1. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후의 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률 조항은 2008년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2008. 12. 31.	2009. 12. 31.	국회는 입법개선시한을 도과한 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정함에 따라, 재직 중 금고 이상의 형을 받은 경우 퇴직급여 및 퇴직수당 일부를 감액하여 지급하되, 직무와 관련 없는 과실로 인한 경우 및 소속상관의 정당한 명령에 따른 직무수행 중 과실로 인한 경우에는 그 감액 대상에서 제외하였다.

사건명 (029)	현재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 시·도의원 선거구 간 인구편차 사건 [판례집 19-1, 287]	
주 문	“1. 공직선거법 제22조 제1항 및 제26조 제1항에 의한 [별표2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 경기도의회의원 선거구들 부분(2006. 3. 2. 법률 제7850호로 개정된 것 포함)과 전라북도의회의원 선거구들 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 제22조 제1항 및 위 선거구구역표 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2008. 12. 31.	2010. 1. 25.	국회는 2010.1.25. 법률 제9974호로 공직선거법 제22조 제항에 의한 [별표2] 시·도의회의원지역선거구구역표를 개정하였다. 시·도위원의 정수를 증원하고, 용인시의 경우 4개에서 7개로, 군산시의 경우 2개에서 4개로 선거구수를 늘렸다.

사건명 (030)	현재 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 4급이상 공무원의 병력공개 사건 [판례집 19-1, 711]	
주 문	“1. ‘공직자들의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’(2004. 12. 31. 법률 제7268호로 개정된 것) 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항 부분은 입법자가 2007. 12. 31.을 시한으로 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2007. 12. 31.	2007. 12. 14.	<p>국회는 4급 이상 공직자 본인의 병역사항 중 병역이 면제 된 경우 등의 질병명을 예외 없이 공개하도록 한 법 제8조에 대하여 헌법불합치 결정(2007. 5. 31. 2005헌마1139)이 내려짐에 따라, 2007.12.14. 법률 제8684호로 병무청장에게 공직자 본인의 일정한 질병명·심신장애내용 또는 처분사유의 비공개를 요청할 수 있도록 하고, 병무청장은 신고된 병역 변동사항 중 일정한 질병명 등에 대하여는 공개하지 아니하도록 관련조항을 개선하였다.</p> <p>제8조 (병역사항의 공개 및 이의신청 등) ① 병무청장은 신고기관의 장으로부터 제4조제3항에 따라 병역사항(같은 항에 따라 지방병무청장에게 통보된 병역사항을 포함한다)을 통보받으면 1개월 이내에, 제5조제2항에 따른 확인 결과 병역 변동사항이 있을 때에는 매 분기의 다음 달 중에 그 변동사항을 관보와 인터넷에 게재하여 공개하여야 한다. 다만, 「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 당선되어 신고의무자가 된 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 병역사항의 공개일자를 달리할 수 있다.</p> <p>② 병무청장은 제1항에 따라 병역사항을 공개하고자 하는 경우에는 공개될 병역사항을 인터넷 등을 통하여 신고의무자에게 미리 열람하게 하여야 한다. 이 경우 신고의무자는 그 병역사항에 착오·누락 등이 있으면 그 열람기간 중에 병무청장에게 이의신청을 할 수 있다.</p> <p>③ 신고의무자는 신고대상자가 대통령령으로 정하는 질병·심신장애 또는 처분사유로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 병적증명서 발급을 신청하거나 병역사항 또는 변동사항을 신고할 때에 질병명·심신장애내용 또는 처분사유를 비공개를 요구할 수 있다. 이 경우 병무청장은 그 질병명·심신장애내용 또는 처분사유를 공개하여서는 아니 된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제2국민역에 편입된 경우</li> <li>2. 병역이 면제된 경우</li> </ol> <p>④ 병무청장은 제5조제2항에 따라 확인한 신고대상자의 병역 변동사항 중 신고의무자가 대통령령으로 정하는 바에 따라 비공개를 요구할 수 있는 질병명·심신장애내용 또는 처분사유가 있으면 이를 공개하여서는 아니 된다. 다만, 신고의무자가 공개를 요구하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>⑤ 제2항에 따른 열람기간과 이의신청의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>

사건명 (031)	헌재 2007. 6. 28. 2004헌마643, 재외국민 주민투표권 불인정 사건 [판례집 19-1, 843]	
주 문	“1. 주민투표법(2004. 1. 29 법률 7124호로 제정된 것) 제5조 제1항 중 “그 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2008. 12. 31.	2009. 2. 12.	<p>국회는 2009. 2. 12 법률 제9468호에 의하여 2007. 6. 28 헌법불합치 결정이 선고된 제5조 제1항을 다음과 같이 개정하였다.</p> <p>[개정 전] 제5조 (주민투표권) ①20세 이상의 주민으로서 제6조제1항의 규정에 의한 투표인명부작성기준일 현재 그 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 자(공직선거및선거부정방지법 제18조의 규정에 의하여 선거권이 없는 자를 제외한다)는 주민투표권이 있다.</p> <p>②20세 이상의 외국인으로서 출입국관리 관계법령의 규정에 의하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 자는 주민투표권이 있다.</p> <p>[개정 후] 제5조 (주민투표권) ① 19세 이상의 주민 중 제6조제1항에 따른 투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 주민투표권이 있다. 다만, 「공직선거법」 제18조에 따라 선거권이 없는 사람에게는 주민투표권이 없다.</p> <p>1. 그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람 또는 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조에 따라 국내거소신고가 되어 있는 재외국민 2. 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람</p>



사건명 (032)	헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 재외국민 국정선거권 불인정 사건 [판례집 19-1, 859]	
주 문	“1. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분, 제16조 제3항 중 “당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민”에 관한 부분, 제37조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자”에 관한 부분, 제38조 제1항 중 “선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자”에 관한 부분과 국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 “그 관할구역 안에 주민등록이 된 투표권자”에 관한 부분은 각 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 각 법률조항 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례	헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772, 판례집 19-1, 899	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2008. 12. 31.	2009. 2. 12.	국회는 선거인명부 등재, 부재자 신고와 지방선거의 선거권·피선거권 행사의 요건으로 주민등록을 요구함으로써 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 참정권 행사를 제한하는 이 법의 각 조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치 결정(2007. 6. 28. 선고, 2004헌마644 사건 등)을 함에 따라 재외국민도 일정한 요건하에서 선거권을 행사할 수 있도록 관련조항을 개선하였다.

사건명 (033)	헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772, 해상장기거주 선원들 부재자투표권 불인정 사건 [판례집 19-1, 899]
주 문	“공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제38조 제3항 및 제158조 제4항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항들은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 재외국민 국정선거권 불인정 사건 [판례집 19-1, 859] - 032 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2009. 2. 12.	국회는 부재자투표 대상자에 ‘해상에 장기거주하는 선원들’이 포함되어 있지 않아 선거권 행사를 제한하는 공직선거법의 각 조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치 결정(2007. 6. 28. 선고, 2004헌마644 사건 등)을 선고함에 따라 2009. 2. 12. 법률 제9466호로 관련조항을 개선하였다.  이 결정에서 불합치결정되었던 심판대상 조항 중에서 부재자투표의 방법을 정하고 있는 공직선거법 제158조 제4항은 직접적인 입법개선의 대상이 되지 않았다. 2012. 2. 29. 법률 제11374호에 의하여, 불합치결정된(2007.6.28.) 제158조 제4항의 내용을 보완하기 위해 제158조 제1항을 개정하고, 제158조의2(선상투표)를 신설하였기 때문이다.

사건명 (034)	헌재 2007. 12. 27. 2004헌마1021, 의료인의 복수 의료기관 개설금지 사건 [공보 135, 96]
주 문	“의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제33조 제2항 단서의 ‘의료인은 하나의 의료기관만을 개설할 수 있으며’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2008. 12. 31.	2009. 1. 30.	국회는 2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정하여, 의료인은 하나의 의료기관만을 개설할 수 있도록 한 의료법 규정에 대하여, 복수면허 의료인이 의원급 의료기관을 개설하려는 경우 하나의 장소에 한하여 면허종별에 따른 의료기관을 개설할 수 있도록 하였다.

사건명 (035)	헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 영화진흥법상 제한상영가 등급 사건 [공보 142, 1001]
주 문	“2. ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것) 제29조 제2항 제5호는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2009. 5. 8.	<p>〈한 결정에서 적용중지(096사건)와 계속적용(035사건)을 동시에 명한 사례〉</p> <p>헌법재판소는 2007헌가4 결정에서 심판대상을 확장하면서, ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것) 제29조 제2항 제5호에 대하여 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을, 구 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분에 대하여는 적용중지를 명하는 주문을 냈다.</p> <p>국회는 2009. 5. 8. 법률 제9657호로 ‘제한상영가’ 등급의 영화 정의규정과 등급분류기준을 영상물등급위원회의 규정에 위임하는 규정을 개정하였다.</p> <p>제한상영가 영화를 “선정성·폭력성·사회적 행위 등의 표현이 과도하여 인간의 보편적 존엄, 사회적 가치, 선량한 풍속 또는 국민 정서를 현저하게 해할 우려가 있어 상영 및 광고·선전에 일정한 제한이 필요한 영화”로 규정하고, 법률에 분류기준에 관하여 구체적으로 규정하였다.</p>

사건명 (036)	헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1105, 공무원시험 응시연령 상한 사건 [판례집 20-1하, 329]
주 문	“2. 공무원임용시험령(2004. 6. 11. 대통령령 제18424호로 전문개정된 것) 제16조 [별표 4] 중 5급 공개경쟁채용시험의 응시연령 상한 ‘32세까지’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2008. 12. 31.	2008. 10. 20.	<p>「국가공무원법」의 개정(법률 제8996호, 2008. 3. 28. 공포, 2009. 1. 1. 시행)에 따라 일반직 및 기능직 공무원의 공개경쟁채용시험 등의 응시 상한연령을 폐지하였다. 이에 2008. 10. 20. 대통령령 제21086호로 공무원임용시험령 제16조 [별표 4]의 채용시험응시연령표는 삭제되었다.</p>

사건명 (037)	헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 의사의 태아성별 고지금지 사건 [공보 142, 1097]
주 문	“2. 의료법 제20조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 규정은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 의사의 태아성별 고지금지 사건 [공보 142, 1097] - 097 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2009. 12. 31.	<p>&lt;한 결정에서 적용중지(097사건)와 계속적용(037사건)을 동시에 명한 사례&gt;  헌법재판소는 2004헌마1010등 결정에서 심판대상을 확장하면서, 구의료법 제19조의2 제2항(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)에 대해서는 적용중지를, 의료법 제20조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)에 대해서는 2009. 12. 31.을 시한으로 계속적용을 명하는 주문을 냈다.  국회는 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 의료법 제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) 제2항을 “의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.”고 개정하였다.</p>

사건명 (038)	헌재 2008. 9. 25. 2007헌가9, 학교용지부담금 사건 [공보 144, 1244]
주 문	“2. 구 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정되고 2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정되기 전의 것) 제5조 제4항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2009. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 6. 30.	2009. 5. 28.	국회는 2009. 5. 28. 법률 제9743호로 학교용지확보 등에 관한 특례법 제4조의 2 신설 및 제5조 개정을 통하여, 개발사업시행자가 학교용지 또는 학교시설을 시·도 교육비특별회계 소관 공유재산으로 무상공급하는 경우에도 학교용지부담금의 필요적 면제사유에 포함될 수 있도록 하였다.

사건명 (039)	헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등, 종합부동산세 사건 [공보 146, 1634]
주 문	“2. 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9조 제1항·제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 각 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2008. 12. 26.	국회는 2008. 12. 26. 법률 제9273호로 종합부동산세법을 개정하였다. 이에 주택분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정하고 있는 부분에 대하여, 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어 과세표준과 세율을 조정하고, 1세대 1주택자에 대하여 보유자의 연령, 보유기간에 따라 세액이 공제되도록 하였다.

사건명 (040)	헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 방송광고판매독점 사건 [공보 146, 1789]
주 문	“2. 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 및 ‘방송법 시행령’ 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 제2항 규정들은 2009. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2012. 1. 17.	한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파 방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 하는 규정에 대하여 입법개선이 이루어졌다. 국회는 2012. 1. 17. 법률 제11373호에 의하여 헌법불합치 결정이 선고된 법 제59조 제5항을 삭제하였고, 2012. 7. 17. 대통령령 제23958호에 의하여 헌법불합치 결정이 선고된 동법 시행령 제59조제5항을 삭제하였다.

사건명 (041)	현재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 대통령선거기탁금(5억원) 사건 [공보 146, 1847]	
주 문	“공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2012. 1. 17.	국회는 대통령선거의 후보자 등록요건으로 5억원의 기탁금을 정하고 있는 부분에 대하여, 2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정하여 대통령선거의 기탁금을 3억원으로 낮췄다.

사건명 (042)	현재 2009. 3. 26. 2006헌마67, 지방의회선거구 사건 [공보 150, 661]	
주 문	“1. ‘경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례’(2006. 1. 12. 조례 제2902호로 전부 개정된 것) 제2조의 [별표] 중 상주시의회의원 지역선거구들 부분, 영천시의회의원 지역선거구들 부분, 김천시의회의원 지역선거구들 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 [별표] 중 상주시의회의원 지역선거구들 부분, 영천시의회의원 지역선거구들 부분, 김천시의회의원 지역선거구들 부분은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2010. 2. 18.	입법자(경상북도)는 2010. 2. 18. 조례 제3152호로 경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례 제2조의 [별표] 중 경상북도 시·군의회의원 선거구부분을 개정하여, 상주시 마 선거구, 영천시 다 선거구의 의원정수를 늘리고, 김천시 라 선거구를 재편성하였다.

사건명 (043)	헌재 2009. 3. 26. 2006헌마240등, 지방의회선거구 사건 [공보 150, 661]	
주 문	“1. ‘충청남도 시·군의회의원 지역구의 명칭·구역 및 의원정수에 관한 조례’(2005. 12. 30. 조례 제3174호로 전부 개정된 것) 제3조의 [별표 2] 중 홍성군의회의원 지역선거구들 부분, 예산군의회의원 지역선거구들 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 [별표 2] 중 홍성군의회의원 지역선거구들 부분, 예산군의회의원 지역선거구들 부분은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2009. 12. 30.	<p>‘충청남도 시·군의회의원 지역구의 명칭·구역 및 의원정수에 관한 조례’(2005. 12. 30. 조례 제3174호로 전부 개정된 것) 제3조의 [별표 2]에서는 홍성군의 선거구역은 총 11개 읍면, 지역구의원정수는 총9명으로 구성된 것에 대하여 각각 홍성군 가(2인, 홍성읍), 홍성군 나(3인, 홍북면, 금마면, 갈산면, 구항면), 홍성군 다(2인, 광천읍, 홍동면, 장곡면), 홍성군 라(2인, 은하면, 결성면, 서부면)으로 할당되어 있었다. 또한 예산군의 선거구역이 총 12개 읍면, 지역구의원정수는 총9명으로 구성된 것에 대하여 각각 예산군 가(2인, 예산읍), 예산군 나(2인, 대술면, 신양면, 광시면), 예산군 다(2인, 대흥면, 응봉면, 신암면, 오가면), 예산군 라(3인, 삽교읍, 덕산면, 봉산면, 고덕면)으로 정하고 있었다.</p> <p>국회는 2009. 12. 30. 충청남도 조례 제3452호 제3조의 [별표2]로 다음과 같이 개정하였다. 홍성군에 대해서는 홍성군 가(3인, 홍성읍), 홍성군 나(2인, 홍북면, 금마면, 갈산면, 구항면), 홍성군 다(2인, 광천읍, 홍동면, 장곡면), 홍성군 라(2인, 은하면, 결성면, 서부면)으로 개정하였고, 예산군에 대해서는 예산군 가(3인, 예산읍), 예산군 나(2인, 대술면, 신양면, 광시면), 예산군 다(2인, 삽교읍, 대흥면, 응봉면, 오가면), 예산군 라(2인, 덕산면, 봉산면, 고덕면, 신암면)으로 변경하여 헌법재판소의 결정취지에 따라 조례의 위헌성을 제거하였다.</p>

사건명 (044)	헌재 2009. 6. 25. 2008헌마413, 비례대표국회의원 의석승계 사건 [공보 153, 1317]
주 문	“1. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제200조 제2항 단서 중 ‘임기만료일 전 180일 이내에 비례대표국회의원에 결원이 생긴 때’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2010. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2009. 10. 29. 2009헌마350 등, 판례집 21-2하, 426

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2010. 12. 31.	2010. 1. 25.	국회는 2010. 1. 25. 법률 제9974호로, 공직선거법 제200조 제2항 단서 중 ‘임기만료일 전 180일 이내에 비례대표국회의원에 결원이 생긴 때’부분에 대하여, ‘임기만료일 전 120일 이내에 비례대표국회의원에 결원이 생긴 때’로 개정하였다.  한편, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제200조 제2항 단서 중 "비례대표국회의원 당선인이 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 때" 부분은 단순위헌결정(2009헌마350)이 내려짐에 따라 효력이 상실되었다.

사건명 (045)	헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1등, 군인연금법상 퇴직급여 및 퇴직수당 감액 사건 [공보 154, 1373]
주 문	“1. 군인연금법(1995. 12. 29. 법률 제5063호로 개정된 것) 제33조 제1항 제1호는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 조항은 2009년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2009. 12. 31.	국회는 2009. 12. 31. 법률 제9904호로 군인연금법을 개정 하였는 바, 군인 또는 군인이었던 자가 복무 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 군인연금법 규정에 대하여, ‘직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 및 소속상관의 정당한 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’는 급여제한사유에서 제외하였다.



사건명 (046)	헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 야간옥외집회금지 사건 [공보 156, 1633]	
주 문	“집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부개정된 것) 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2010. 6. 30.	미개정	<p>헌법재판소의 위 결정 이후 법원의 처리 상황을 보면, “해당 조항이 위헌이란 사실이 확인된 만큼 유죄라고 판단할 수 없다.”는 이유로 무죄가 선고된 경우도 있고, “헌재에서 지정한 시한까지는 처벌규정이 유효하다.”며 유죄선고가 내려진 경우도 있는 등 판결이 엇갈리기도 했다. 하지만 대부분의 재판부는 국회에서 개선입법이 이루어질 때까지 관련사건을 추정처리해 판단을 미루었다.</p> <p>그런데 국회가 헌재가 제시한 개선입법시한을 넘기면서 법원과 검찰이 관련사건 처리에 골머리를 앓고 있다. 검찰의 경우 “야간옥외집회”는 공소를 취소하고, “야간시위”는 공소장 변경을 통해 공소를 유지한다는 방침이다.</p> <p>법원의 경우 검찰이 야간옥외집회 부분에 대해 공소취소를 하면 재판부는 공소기각 결정을 통해 사건을 종결하게 된다. 검찰의 공소취소가 불가능한 2심부터는 판결을 통해 무죄가 선고될 가능성이 높다.</p>

사건명 (047)	2009. 12. 29. 2008헌가13등, 상소제기 후 상소취하시까지 구금일수 불산입 사건 [공보 159, 29]
주 문	“1. 형사소송법 제482조 제1항(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 및 제482조 제2항(2004. 10. 16. 법률 제7225호로 개정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 각 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 상소제기기간의 법정산입 불포함 사건 [판례집 12-2, 17] - 007 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	1차 (2004. 10. 16.)  2차 (2007. 6. 1.)  3차 (2015. 7. 31.)	2000. 7. 20. 99헌가7 결정(헌법불합치)이 내려진 이후, 1차 개정(2004. 10. 16)이 있었으며, 2차 개정(2007. 6. 1)이 이루어진 바 있다. 2009. 12. 29. 2008헌가13등 결정(헌법불합치)이 내려진 후에, 국회는 2015. 7. 31. 법률 제13454호로 제1항 내지 제3항을 다음과 같이 개정하였다. 제482조(판결확정 전 구금일수 등의 산입) ① 판결선고 후 판결확정 전 구금일수(판결선고 당일의 구금일수를 포함한다)는 전부를 본형에 산입한다. ② 상소기각 결정 시에 송달기간이나 즉시항고기간 중의 미결구금일수는 전부를 본형에 산입한다. ③ 제1항 및 제2항의 경우에는 구금일수의 1일을 형기의 1일 또는 벌금이나 과료에 관한 유치기간의 1일로 계산한다.

사건명 (048)	헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 퇴직이후 폐질상태 군인의 상이연금지급 사건 [공보 165, 1129]
주 문	“1. 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제23조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2011. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2011. 6. 30.	2011. 5. 19.	국회는 2011. 5. 19. 법률 제10649호로 헌법불합치결정이 내려진 제23조 제1항을 개정하여, 퇴직 전의 질병 또는 부상으로 폐질상태가 확정된 사람에게만 지급되는 상이연금을 퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인에 대해서도 지급할 수 있도록 하였다.

사건명 (049)	헌재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 공중보건의사의 현역병 입영 사건 [공보 166, 1293]	
주 문	“2. 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제35조 제3항 중 “제1항 제6호에 해당하여 제2항에 따라 공중보건의사로서의 편입이 취소된 사람은 편입되기 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하여야 한다.”는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2011. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2011. 6. 30.	2011. 7. 5.	헌법재판소는 국가공무원 임용 결격사유에 해당하여 공중보건의사 편입이 취소된 사람을 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하는 경우 의무복무기간에 기왕의 복무기간을 전혀 반영하지 아니하는 병역법 제35조 제3항이 평등원칙에 반한다고 판단하여 불합치결정(2010. 7. 29. 2008헌가28)을 선고하였다. 국회는 2011.7.5. 법률 제10814호로 공익근무요원과 공중보건의사 등이 복무이탈 또는 복무의무 위반 외의 사유로 소집·편입이 취소된 경우 남은 복무기간을 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하되, 현역병의 기본군사훈련기간 및 임무숙련기간 등을 고려하여 남은 복무기간이 6개월 미만인 경우에는 공익근무요원으로 소집할 수 있도록 병역법을 개정하였다.

사건명 (050)	헌재 2010. 7. 29. 2009헌가8, 중훈의 취소권자 사건 [공보 166, 1311]	
주 문	“1. 민법 제818조(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2011. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2011. 12. 31.	2012. 2. 10.	국회는 2012. 2. 10. 법률 제11300호에 의하여 중훈의 취소청구권자의 범위에 직계존속 외에 직계비속도 포함되도록 개정하였다. [개정 전] 제818조 (중훈의 취소청구권자) 혼인이 제810조의 규정을 위반한 때에는 당사자 및 그 배우자, 직계존속, 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사가 그 취소를 청구할 수 있다. [개정 후] 제818조(중훈의 취소청구권자) 당사자 및 그 배우자, 직계혈족, 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사는 제810조를 위반한 혼인의 취소를 청구할 수 있다.

사건명 (051)	헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 통신제한조치기간 연장 사건 [공보 171, 54]	
주 문	“통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것) 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 위 법률조항은 2011. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2011. 12. 31.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (052)	헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166등, 국토이용법상 체육시설 사건 [공보 177, 903]	
주 문	“1. ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정된 것) 제2조 제6호 라목 중 “체육시설” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2012. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2012. 12. 31.	2012. 12. 18.	2012. 12. 18. 법률 제11579호에 의하여 2011.6.30. 헌법불합치 결정된 제2조 제6호 라목을 개정하였다. 개별 체육시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채 포괄적으로 대통령령에 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 판단한 헌법재판소의 헌법불합치 결정취지에 따라 체육시설의 경우 공공필요성이 있는 경우에만 기반시설로 인정하도록 함으로써 위헌성을 제거하였다.

사건명 (053)	헌재 2011. 9. 29. 2010헌가93, 의료기기법 위반행위 사건 [공보180, 1394]	
주 문	“1. 의료기기법(2008. 12. 26. 법률 제9185호로 개정되고 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 중 「판매업자에 대하여는 시장·군수 또는 구청장이 보건복지가족부령이 정하는 기간 이내의 범위에서 그 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다.’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 다만 위 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2013. 8. 13.	헌법재판소는 업무정지기간의 상한을 법률에 명시하지 아니한 채 하위법령에 포괄적으로 위임하고 있는 「의료기기법」(2008. 12. 26. 법률 제9185호로 개정되고, 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것) 제32조제1항 부분에 대하여 포괄위임입법금지의 원칙 위반을 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다. 이후 국회는 2013. 8. 13. 법률 제12107호로 법률을 개정하여 이 법의 의료기기 제조업자·수입업자·수리업자·판매업자·임대업자에 대한 업무정지 기간 상한을 1년으로 명시하였다.

사건명 (054)	헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 1가구 3주택 이상 양도소득세 종과세 사건 [공보 182, 1766]
주 문	“2. 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 규정은 2013. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 1가구 3주택 이상 양도소득세 종과세 사건 [공보 182, 1766] – 104 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2013. 6. 30.	2012. 2. 2. (소득세법 시행령 개정)	<p>〈한 결정에서 적용중지와 계속적용을 명한 사례〉  구 소득세법이 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 일부 개정되었는데, 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3은 일부 문언의 변경에도 불구하고 그 실질적 내용에는 변함이 없다. 이에 헌법재판소는 개정 소득세법 제104조 제1항 제4호는 그 위헌 여부에 관하여 위 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3과 결론을 같이할 것이 명백하다는 점을 들어 개정 소득세법 제104조 제1항 제4호도 심판대상에 포함시켰다.  그러나 결정주문에서 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3에 대해서는 적용중지를, 개정 소득세법 제104조 제1항 제4호에 대해서는 잠정적용을 명하였다.  국회는 헌법불합치 결정된 제104조 제1항 제4호부분과 관련하여, 소득세법 시행령 (2012. 2. 2., 대통령령 제23588호) 제167조의3을 신설하였다.  [개정 후] 시행령 제167조의3(1세대 3주택 이상에 해당하는 주택의 범위) ⑨ 제1항에도 불구하고 1주택 이상을 보유하는 자가 1주택 이상을 보유하는 자와 혼인함으로써 혼인한 날 현재 제1항에 따른 1세대3주택 이상에 해당하는 주택을 보유하게 된 경우로서 그 혼인한 날부터 5년 이내에 해당 주택을 양도하는 경우에는 양도일 현재 양도자의 배우자가 보유한 주택 수(제1항에 따른 주택 수를 말한다)를 차감하여 해당 1세대가 보유한 주택 수를 계산한다. 다만, 혼인한 날부터 5년 이내에 새로운 주택을 취득한 경우 해당 주택의 취득일 이후 양도하는 주택에 대해서는 이를 적용하지 아니한다.</p>

사건명 (055)	헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 부재자투표 개시시간 사건 [공보 185, 496]	
주 문	“2. 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제155조 제2항 본문 중 ‘오전 10시에 열고’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 이 법률조항은 2013. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2013. 6. 30.	2012. 10. 2.	국회는 2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정하여 부재자투표의 개시시간을 “오전 10시”에서 “오전 6시”로 앞당겼다.

사건명 (056)	헌재 2012. 5. 31. 2009헌바190, 배우자 상속공제 인정요건 사건 [공보 188, 994]	
주 문	“1. 구 상속세 및 증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제19조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2013. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2013. 12. 31.	2014. 1. 1.	헌법재판소는 배우자 상속공제를 인정받기 위한 요건으로 배우자상속재산기한등까지 배우자의 상속재산을 분할하여 신고하도록 하고 있는 구 상속세 및 증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제19조 제2항 부분에 대하여 재산권 및 평등권 침해가 이유로 불합치결정을 선고하였다. 이에 국회는 2014. 1. 1. 법률 제12168호로 제19조제3항 본문 중 “배우자상속재산분할기한의”를 “배우자상속재산분할기한[부득이한 사유가 소(訴)의 제기나 심판청구로 인한 경우에는 소송 또는 심판청구가 종료된 날]”로 개정하였다.

사건명 (057)	현재 2012. 5. 31. 2010헌마278, 경찰공무원 응시연령 상한(30세) 사건 [공보 188, 1117]	
주 문	“2. 경찰공무원임용령(2005. 5. 13. 대통령령 제18826호로 개정된 것) 제39조 제1항 중 순경 공개경쟁채용시험의 응시연령 상한을 ‘30세 이하’로 규정한 부분과 소방공무원임용령(2003. 1. 20. 대통령령 제17887호로 개정된 것) 제43조 제1항 별표 2 중 소방사·지방소방사 공개경쟁채용시험 및 특별채용시험의 응시연령 상한을 ‘30세 이하’로 규정한 부분과 제2항 중 소방간부후보생 선발시험의 응시연령 상한을 ‘30세 이하’로 규정한 부분은 각 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항 부분은 2012. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 각 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2012. 12. 31.	2012. 12. 28. (경찰공무원 임용령)  2012. 9. 28. (소방공무원 임용령)	2012. 12. 28. 대통령령 제24275호로 경찰공무원임용령 제39조 제1항 중 순경 공개경쟁채용시험의응시연령 상한을 ‘30세 이하’에서 ‘40세 이하’로 개정하였다.  또한 2012. 9. 28. 대통령령 제24125호로 소방공무원임용령 제43조 제1항 별표 2 중 소방사·지방소방사 공개경쟁채용시험 및 특별채용 시험의 응시연령 상한을 ‘30세 이하’에서 ‘40세 이하’로, 제2항 중 소방간부후보생 선발시험의 응시연령 상한을 ‘30세 이하’에서 ‘40세 이하’로 개정하였다.



사건명 (058)	헌재 2013. 7. 25. 2011헌가32, 학교용지부담금 부과제의 사건 [공보 202, 894]
주 문	“1. ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조 제1항 단서 제5호 중 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제2조 제2호 “다목”의 규정에 따른 “주택재건축사업”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2014. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2014. 4. 24. 2013헌가28, 학교용지부담금 제외 사건 [공보 211, 730] - 062사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2014. 12. 31.	2015. 1. 20.	<p>학교용지 확보 등에 관한 특례법에서 개발사업의 시행자에게 학교용지부담금을 부과하는 목적은 개발사업의 시행자가 개발사업에 따른 인구 유입과 취학 수요의 증가를 초래하여 학교시설 확보의 필요성을 유발하기 때문이다.</p> <p>그런데 동법은 학교시설 확보의 필요성 여부에 대한 고려 없이 주택재건축사업 등에서 기존 거주자와 토지 및 건축물의 소유자에게 분양하는 경우에 해당하는 개발사업분만을 학교용지부담금 부과대상의 예외 사유로 규정하고 있어서, 매도나 현금청산의 대상이 되어 제3자에게 일반분양됨으로써 기존에 비하여 가구 수가 증가하지 아니하더라도 그 개발사업분을 학교용지부담금 부과 대상에서 제외하지 아니하고 있어 주택재건축사업의 시행자들 사이에 학교시설 확보의 필요성을 유발하는 정도와 무관한 불합리한 기준으로 학교용지부담금의 납부액을 달리 하고 있어 평등원칙에 반한다는 이유로 헌법불합치 결정이 선고되었다.</p> <p>이후 국회는 불합치결정의 취지를 반영하여 2015. 1. 20. 법률 제13006호로 제5조 제1항 단서 제5호를 개정하여 개발사업의 시행 결과 해당 구역 내 가구 수가 증가하지 아니하는 경우를 학교용지부담금 부과대상의 예외 사유로 규정하였다.</p>

사건명 (059)	현재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 수형자의 변호인접견 제한 사건 [공보 203, 1179]
주 문	“2. ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제58조 제4항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항은 2014. 7. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2014. 7. 31.	2014. 6. 25.	그 후 위 조항은 2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 소송대리인인 변호사와의 접견을 접촉차단시설이 없는 장소에서 실시하도록 개정되었다. 한편 위 위험결정 이후, 법무부는 2014. 4. 전국 교정시설에 ‘소송대리인인 변호사와 접견 시 업무처리 지침’을 내려, 2014. 8. 1.부터 수용자와 소송대리인인 변호사의 접견을 접촉차단시설이 없는 기존의 변호인 접견실에서 실시하되, 변호인 접견실을 이용할 수 없는 때에는 접촉차단시설이 없는 수사접견실이나 상담실에서 실시하도록 지시하였다. 이에 따라 현재 전국 교정시설에서는 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 변호인 접견실에서 실시하고 있다.

사건명 (060)	현재 2013. 10. 24. 2011헌마724, 독립유공자 손자녀 중 1명만 보상금지급 사건 [공보 205, 1535]
주 문	“1. 독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2015. 12. 31.	2014. 5. 21.	2014. 5. 21. 법률 제12668호에 의하여 2013. 10. 24. 헌법재판소에서 헌법불합치 결정된 제2항 및 제4항 제1호 부분을 개정하였다. 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 제12조 제1항에 대하여, 대통령령으로 정하는 생활수준 등을 고려하여 지급하되, 1. 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀 1명, 2. 1945년 8월 15일 이후에 사망한 독립유공자의 유족으로 최초로 등록할 당시 자녀까지 모두 사망한 경우 손자녀 1명에 대하여 보상금을 지급하는 것으로 제12조 제2항을 개정하였다. 또한 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’은 삭제하였다.

사건명 (061)	헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등, 수형자 선거권제한 사건 [공보 208, 337]	
주 문	“2. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 중 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 관한 부분, 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받아 그 형의 집행이 종료되지 아니한 자의 ‘공법상의 선거권’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 각 법률조항 부분은 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2015. 12. 31.	2015. 8. 13. (공직선거법)  2016. 1. 6. (형법)	국회는 2015. 8. 13. 법률 제13497호로 공직선거법 제18조 제1항 제2호를 개정하여, 1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람의 선거권을 제한하되, 그 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중에 있는 사람은 제외하였다. 2016. 1. 6. 법률 제13719호로 형법을 개정하여 유기징역 또는 유기금고의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 당연히 자격이 정지되도록 하고 있는 제43조 제2항에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에 따르도록 하였다.

사건명 (062)	헌재 2014. 4. 24. 2013헌가28, 학교용지부담금 제외 사건 [공보 211, 730]
주 문	“1. ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조 제1항 단서 제5호 중 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제2조 제2호 “나목”의 규정에 따른 “주택재개발사업”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2014. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2013. 7. 25. 2011헌가32, 학교용지부담금 부과제외 사건 [공보 202, 894] - 058 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2014. 12. 31.	2015. 1. 20.	2011헌가32 결정과 2013헌가28 결정은 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조 제1항 단서 제5호 부분이 문제된 것으로, 2015. 1. 20. 입법개선이 동시에 이루어졌다. 국회는 불합치결정의 취지를 반영하여 2015. 1. 20. 법률 제13006호로 제5조 제1항 단서 제5호를 개정하여 개발사업의 시행 결과 해당 구역 내 가구 수가 증가하지 아니하는 경우를 학교용지부담금 부과대상의 예외 사유로 규정하였다.

사건명 (063)	헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256 등, 재외선거인 선거권 및 국민투표권 제한 사건 [판례집 26-2상, 173]
주 문	“1. 국민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9467호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 ‘그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 투표권자 및’ 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조에 따른 재외국민으로서 같은 법 제6조에 따른 국내거소신고가 되어 있는 투표권자’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 재외국민 국정선거권 불인정 사건 [판례집 19-1, 859] - 032 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2015. 12. 31.	미개정	국민투표법 제14조 제1항은 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644 사건에서 불합치결정이 내려진 이후로 한 차례 개정된 바 있으나, 또 다시 이번 헌법불합치결정이 내려진 이후 입법시한이 도과하였음에도 국회는 아직까지 개선입법을 하지 않았다.

사건명 (064)	헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 지역균형개발법 민간개발자 고급골프장 수용 사건 [판례집 26-2상, 639]	
주 문	“1. 구 ‘지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률’(2005. 11. 8. 법률 제7695호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10762호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항의 ‘시행자’ 부분 중 ‘제16조 제1항 제4호’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2014. 6. 3.	국회는 2014. 6. 3. 법률 제12738호로 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률을 개정하여 지역균형개발에 관한 관련조항을 삭제(지방중소기업 육성에 관한 조항은 그대로 존치)하고, 2014. 6. 3. 법률 제12737호로 지역개발 및 지원에 관한 법률을 제정하였다. 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제19조 제1항 ‘시행자’ 부분 중 ‘제16조 제1항 제4호’에 관한 부분에서 ‘고급골프장 등’ 공공의 필요성이 없는 지구개발사업을 위한 경우까지 민간개발자의 수용권을 인정하고 있는 점에 대하여, 입법개선이 이루어졌다.

사건명 (065)	헌재 2014. 10. 30. 2012헌마190등, 국회의원선거구 사건 [공보 217, 1725]	
주 문	“2. 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제2항 별표 1 국회의원지역선거구구역표는 헌법에 합치되지 아니한다. 3. 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제2항 별표 1 국회의원지역선거구구역표는 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2015. 12. 31.	2016. 3. 3.	국회는 2016. 3. 3. 법률 제14073호로 공직선거법 제25조 제2항 별표 1 국회의원지역선거구구역표를 다음과 같이 개정하였다. 경기도 용인시 갑선거구의 선거구역수를 13개에서 11개로, 경기도 용인시 을선거구의 선거구역수를 10개에서 7개로, 충청남도 천안시 갑선거구의 선거구역수를 18개에서 15개로, 충청남도 천안시 을선거구의 선거구역수를 10개에서 8개로, 서울특별시 강남구 갑선거구의 선거구역수를 11개에서 7개로, 인천광역시 남동구 갑선거구의 선거구역수를 11개에서 9개로 줄였다.

사건명 (066)	헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 전 남편 친생자 추정 사건 [공보 223, 745]	
주 문	“1. 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항 부분은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (067)	헌재 2015. 5. 28. 2013헌바129, 외국에서의 형집행 임의적 감면 사건 [공보 224, 866]	
주 문	“1. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제7조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2016. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2016. 12. 31.	2016. 12. 20.	국회는 2016. 12. 20. 법률 제14415호로 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 임의적으로 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정한 형법 제7조를 외국에서 집행된 형의 전부 또는 일부를 우리나라에서 선고하는 형에 반드시 산입하도록 개정하였다.

사건명 (068)	현재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 성폭력특례법상 신상정보 20년 관리조항 사건 [공보 226, 1254]	
주 문	“1. ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제45조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항은 2016. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2016. 12. 31.	2016. 12. 20.	헌법재판소는 성범죄자의 재범위험성 등을 고려하지 아니하고 일률적으로 20년간 성범죄자의 신상정보를 등록하여 보존·관리하도록 한 신상정보 관리조항에 대해서 2016년 12월 31일까지 잠정적으로 적용하도록 하는 헌법불합치 결정(2014헌마340, 2015. 7. 30. 결정)을 선고하였다. 이에 따라 국회는 그 취지를 반영하여 2016. 12. 20. 법률 제14412호로 법률을 개정하여 신상정보의 등록기간을 차등화함으로써 위헌성을 제거하였다.

사건명 (069)	현재 2015. 9. 24. 2013헌마197, 외국에서의 치과의사전문의 과정 불인정 사건 [공보 228, 1459]	
주 문	“1. ‘치과의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정’(2010. 3. 15. 대통령령 제22075호로 개정된 것) 제18조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 조항은 2016. 12. 31.을 시한으로 행정입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2016. 12. 31.	2016. 12. 5.	2016. 12. 5. 대통령령 제27664호로 외국 수련자에 대한 치과의사전문의 응시자격을 부여하는 제18조 제1항 제1호의2를 신설하였다.

사건명 (070)	현재 2015. 10. 21. 2013헌마757, 전국기능경기대회 입상자 국내기능경기대회 참가금지 사건 [공보 229, 1687]	
주 문	“1. ‘숙련기술장려법 시행령’(2010. 12. 31. 대통령령 제22604호로 전부개정된 것) 제27조 제1항, 제2항 중 각 ‘전국기능경기대회에 참가하여 입상한 사실이 없는 사람에게만 참가자격을 부여한 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 각 조항 부분은 2016. 6. 30.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2016. 6. 30.	2016. 6. 28.	전국기능경기대회에서 입상한 경력이 있는 자들의 국내기능경기대회 참가를 전면적, 일률적으로 금지하는 부분에 대하여, 2016. 6. 28. 대통령령 제27279호로 개정하였다. 전국기능경기대회의 입상자 모두에 대하여 국내기능 경기대회 출전을 제한하는 것은, 해당 종목의 1위와 2위에 해당하는 상위 득점자가 아닌 나머지 입상자에 대하여 국제기능올림픽 대표선발전에 출전할 기회를 봉쇄함으로써 행복추구권을 침해한다는 헌법재판소의 헌법불합치 결정(2013헌마757, 2015. 10. 21. 결정)의 취지를 반영하여, 이미 국제기능올림픽대회에서 입상한 사람 또는 전국기능경기대회의 입상자 중에서 국제기능올림픽대회의 참가선수로 선발될 수 있는 기회가 주어진 사람이거나 재참가 하려는 국내기능경기대회 후 처음 열리는 국제기능올림픽대회의 참가연령을 초과하는 사람을 제외하고는 국내기능경기대회에의 참가를 허용하도록 하였다.



사건명 (071)	헌재 2015. 11. 26. 2012헌마858, 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견제한 사건 [공보 230, 1819]
주 문	“1. 구 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정되고, 2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정되기 전의 것) 제58조 제2항, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정된 것) 제58조 제2항 중 각 ‘수형자’에 관한 부분 및 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정된 것) 제58조 제3항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 시행령 조항들은 2016. 6. 30.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.”
관련판례	헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 수형자의 변호인접견 제한 사건 [공보 203, 1179] - 059 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2016. 6. 30.	2016. 6. 28.	<p>헌법재판소는 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견을 일반 접견에 포함시켜 시간은 30분 이내로, 횟수는 월 4회로 제한한 관련조항에 대하여 재판청구권 침해를 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다. 이에 국회는 2016. 6. 28. 대통령령 제27262호에 의하여 2015. 11. 26. 헌법불합치 결정된 제58조제2항 중 ‘수형자’ 부분 및 같은 조 제3항을 신설된 제59조의2에 반영하였다.</p> <p>[개정 후] 제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견) ① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.</p> <p>② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.</p> <p>③ 소장은 제58조제1항과 이 조 제1항 및 제2항에도 불구하고 소송사건의 수 또는 소송내용의 복잡성 등을 고려하여 소송의 준비를 위하여 특히 필요하다고 인정하면 접견 시간대 외에도 접견을 하게 할 수 있고, 접견 시간 및 횟수를 늘릴 수 있다.</p> <p>④ 소장은 제1항 및 제2항에도 불구하고 접견 수요 또는 접견실 사정 등을 고려하여 원활한 접견 사무 진행에 현저한 장애가 발생한다고 판단하면 접견 시간 및 횟수를 줄일 수 있다. 이 경우 줄여든 시간과 횟수는 다음 접견 시에 추가하도록 노력하여야 한다.</p> <p>⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.</p> <p>한편, 2014.6.25. 대통령령 제25397호에 의하여 헌법재판소의 불합치결정(2013. 8. 29. 2011헌마122사건)이 내려진 동법 시행령 제58조 제4항을 개정한 바 있다.</p>

사건명 (072)	헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 성폭력범죄자 성총동 약물치료명령 사건 [공보 231, 56]	
주 문	“2. ‘성폭력범죄자의 성총동 약물치료에 관한 법률’(2010. 7. 23. 법률 제10371호로 제정된 것) 제8조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 이 법률조항은 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 12. 31.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (073)	헌재 2015. 12. 23. 2013헌바68등, 주민등록번호 변경불가 사건 [공보 231, 94]	
주 문	“1. 주민등록법(2007. 5. 11. 법률 제8422호로 전부개정된 것) 제7조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 조항은 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 12. 31.	2016. 5. 29.	국회는 2016. 5. 29. 법률 제14191호로 개정하여, 주민등록번호의 유출로 인하여 발생할 수 있는 피해에 대한 국민의 불안감이 높아짐에 따라 주민등록번호가 유출되어 생명·신체 또는 재산에 대한 피해를 입을 우려가 있다고 인정되는 경우 등에는 행정자치부에 설치된 행정위원회인 주민등록번호변경위원회의 결정에 따라 주민등록번호의 변경이 가능하도록 하였다.

사건명 (074)	헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 정당에 대한 재정후원금지 사건 [공보 231, 108]	
주 문	“1. 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 '이 법에 정하지 아니한 방법' 중 제6조에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 각 조항 부분은 2017. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 6. 30.	2017. 6. 30.	국회는 2017. 6. 30. 법률 제14838호에 의하여 헌법재판소에 의해 불합치결정된 정치자금법 제6조를 개정하여 후원회지정권자에 중앙당이 포함되도록 하였다.

사건명 (075)	현재 2015. 12. 23. 2013헌마575등, 마약류 전과자 택시기사 결격사유 사건 [공보 231, 139]	
주 문	“1. 여객자동차 운수사업법(2012. 2. 1. 법률 제11295호로 개정된 것) 제24조 제4항 제1호 가목 중 제3항 제1호 다목에 관한 부분 및 여객자동차 운수사업법 시행령(2012. 7. 31. 대통령령 제24010호로 개정된 것) 제16조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 구 여객자동차 운수사업법(2012. 2. 1. 법률 제11295호로 개정되고, 2014. 1. 28. 법률 제12377호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 단서 제3호의 제24조 제4항 제1호 가목 중 제3항 제1호 다목에 관한 부분 및 여객자동차 운수사업법(2014. 1. 28. 법률 제12377호로 개정된 것) 제87조 제1항 단서 제3호의 제24조 제4항 제1호 가목 중 제3항 제1호 다목에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 3. 위 각 조항은 2017. 6. 30.을 시한으로 입법자가 이를 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 6. 30.	2017. 6. 30.	<p>마약류 관리에 관한 법률을 위반하여 금고 이상의 실형을 선고받은 사람에 대한 택시운송사업의 운전업무 종사자격의 제한기간을 일률적으로 20년으로 정한 것에 대하여 헌법재판소의 헌법불합치결정이 내려진 것에 대하여 국회의 입법개선이 이루어졌다.</p> <p>마약류 관리에 관한 법률 등에 따른 죄를 범하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 날부터 최대 20년의 범위에서 범죄의 종류, 죄질, 형기의 장단 및 재범위험성 등을 고려하여 대통령령으로 정하도록 하는 등의 내용으로 2016. 12. 2. 법률 제14342호로 여객자동차 운수사업법을 개정하였다. 나아가 범죄의 종류와 법정형의 장단에 따라 자격제한 기간을 2년, 4년, 6년, 9년, 10년, 15년, 18년 등의 기간으로 세분화하여 설정하도록 2017. 6. 60. 대통령령 제28175호로 여객자동차 운수사업법 시행령 제16조를 개정하였다.</p>

사건명 (076)	헌재 2015. 12. 23. 2013헌마712, 수형자 사복착용 불허 사건 [공보 231, 179]	
주 문	“1. 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것) 제88조가 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 같은 법 제82조를 준용하지 아니한 것은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 제88조는 2016. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2016. 12. 31.	2016. 12. 2.	미결수용자가 수사, 재판 등에 참석할 때는 사복을 착용할 수 있도록 하는 법 제82조를 준용하지 않고 있는 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것) 제88조로 인하여, 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자의 경우 사복착용이 허용되지 않음에 따라, 헌법재판소가 이에 대해 불합치결정을 선고하였다. 이후 국회는 2016. 12. 2. 법률 제14281호에 의하여 제88조가 제82조를 준용하도록 개정하여 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자, 사형확정자에 대하여도 미결수용자와 마찬가지로 수사, 재판 등에 참석할 때는 사복을 착용할 수 있도록 하였다.

사건명 (077)	현재 2016. 2. 25. 2015헌가15, 공중보건의사 복무기간의 교직원 재직기간 불산입 사건 [공보 233, 326]	
주 문	“1. ‘사립학교교직원 연금법’(2009. 12. 31. 법률 제9908호로 개정된 것) 제31조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2017. 6. 30.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 6. 30.	2016. 12. 20.	<p>구 「농어촌등보건의료를위한특별조치법」의 개정으로 1992년 6월 1일부터는 공중보건의사가 공무원 신분을 갖도록 근거를 두어 그 이후 공중보건의사로 복무한 기간은 「사립학교교직원 연금법」에서 사립학교의 교직원 재직기간에 산입할 수 있으나, 「사립학교교직원 연금법」에서 그 이전의 복무기간을 재직기간에 반영할 수 없도록 한 것이 평등원칙에 위반된다고 하여 헌법재판소의 헌법불합치결정(2015헌가15, 2016. 2. 25. 결정)이 선고되었다.</p> <p>이에 국회는 헌법불합치결정의 취지에 따라 2016. 12. 20. 법률 제14394호로 법률을 개정하여, 1979년 1월 1일부터 1992년 5월 31일까지의 기간 중 공중보건의사로 복무한 기간도 병역복무기간과 동일하게 본인의 의사에 따라 교직원 재직기간에 산입할 수 있는 근거를 마련하고, 그 산입방법 및 소급개인부담금 납부에 관하여서도 병역의무를 이행한 경우와 동일하게 취급하도록 위헌성을 제거하였다.</p>

사건명 (078)	현재 2016. 7. 28. 2015헌바20, 형이 확정되었다가 그 사유가 소멸한 경우 퇴직급여 이자불산입 사건 [공보 238, 1240]	
주 문	“1. 군인연금법(2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정된 것) 제33조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 12. 31.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (079)	헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 정신질환자에 대한 보호입원 요건 사건 [공보 240, 1457]	
주 문	“1. 정신보건법(2011. 8. 4. 법률 제11005호로 개정된 것) 제24조 제1항, 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항들은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2016. 5. 29. (선고일 당시 신법 시행예정)	국회는 2016. 5. 29. 법률의 명칭을 「정신보건법」에서 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(법률 제14224호)」로 변경하였는데, 헌법불합치결정이 내려질 당시에는 이미 개정법률이 시행예정이었다. 보호의무자에 의한 입원 시 입원 요건과 절차를 강화하여 진단입원 제도를 도입하고, 계속 입원 진단 전문의 수 및 소속을 서로 다른 정신의료기관에 소속된 정신과 전문의 2명 이상(그 중 국공립 정신의료기관 또는 보건복지부장관이 지정하는 정신의료기관에 소속된 정신과 전문의가 1명 이상 포함되도록 함)으로 하며, 계속입원 심사 주기를 단축하였다(제43조).

사건명 (080)	헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 출퇴근 사고와 산재보험 사건 [공보 240, 1474]	
주 문	“1. 산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전부개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2017. 12. 31.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (081)	현재 2016. 12. 29. 2015헌바182, 연금형성에 기여 없는 이혼배우자에 대한 분할연금수급권 사건 [공보 243, 83]	
주 문	“1. 국민연금법(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 제64조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2018. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2018. 6. 30.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (082)	현재 2016. 12. 29. 2015헌바208등, 군인의 상이연금규정 장래적용 사건 [공보 243, 112]	
주 문	“1. 군인연금법 부칙(2011. 5. 19. 법률 제10649호) 중 구 군인연금법(2011. 5. 19. 법률 제10649호로 개정되고, 2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항에 관한 부분 및 군인연금법 부칙(2013. 3. 22. 법률 제11632호) 제1조 중 군인연금법(2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정된 것) 제23조 제1항에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 2018. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2018. 6. 30.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

사건명 (083)	현재 2017. 9. 28. 2015헌마653, 청원경찰법상 노동운동 금지사건 [공보 제252호, 1012]	
주 문	1. 청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것) 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 부분을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2018. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2018. 12. 31.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.



## 2. 적용중지를 명한 경우(24건)

사건명 (084)	헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 동성동본금혼 사건 [판례집 9-2, 1]	
주 문	“민법 제809조 제1항(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 입법자가 1998. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1999. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
1998. 12. 31.	2005. 3. 31.	대법원은 헌법재판소의 위 결정직후 동성동본인혈족사이의혼인신고에관한예규(1997. 7. 30.자 대법원호적예규 제535호)를 제정하여 동성동본인 자들의 혼인신고를 수리하도록 하였다.  국회는 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 민법 제809조를 개선하였다. 남녀평등과 혼인의 자유를 침해할 우려가 있는 동성동본금혼제도를 폐지하고 근친혼금지제도로 전환하되, 근친혼제한의 범위를 합리적으로 조정하였다.

사건명 (085)	헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 퇴직금우선변제 사건 [판례집 9-2, 243]	
주 문	“구 근로기준법(1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정되고 1989. 3. 29. 법률 제4099호로 개정되어 1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지된 것) 제30조의2 제2항 및 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정된 것) 제37조 제2항 중 각 ‘퇴직금’부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 중 각 ‘퇴직금’부분은 입법자가 1997. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1998. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항 중 각 ‘퇴직금’부분의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
1997. 12. 31.	1997. 12. 24.	<p>국회는 1997. 12. 24. 법률 제5473호로 헌법재판소의 결정취지에 따라 근로기준법 제37조를 개정하고 그 부칙(제2조)에서는 경과규정을 두었다.</p> <p>제37조(임금채권 우선변제) ①임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다.</p> <p>②제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다.</p> <p>1. 최종 3월분의 임금. 2. 최종 3연간의 퇴직금. 3. 재해보상금</p> <p>③제2항제2호의 퇴직금은 계속근로년수 1년에 대하여 30일분의 평균임금으로 계산한 금액으로 한다.</p> <p>부 칙 제 2 조 ( 임 금 채 권 우 선 변 제 에 대 한 경 과 조 치 )</p> <p>①제37조제2항제2호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행전에 퇴직한 근로자의 경우에는 1989년 3월 29일 이후의 계속근로년수에 대한 퇴직금을 우선변제의 대상으로 한다. ②제37조제2항제2호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행전에 채용된 근로자로서 이 법 시행후 퇴직하는 근로자의 경우에는 1989년 3월 29일 이후부터 이 법 시행전까지의 계속근로년수에 대한 퇴직금에 이 법 시행후의 계속근로년수에 대하여 발생하는 최종 3연간의 퇴직금을 합산한 금액을 우선변제의 대상으로 한다. ③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 우선변제의 대상이 되는 퇴직금은 계속근로년수 1년에 대하여 30일분의 평균임금으로 계산한 금액으로 한다. ④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 우선변제의 대상이 되는 퇴직금은 250일분의 평균임금을 초과할 수 없다.</p>

사건명 (086)	헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 단순승인의제 사건 [판례집 10-2, 339]
주 문	“민법 제1026조 제2호(1958. 2. 22. 법률 제471호)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”
관련판례	헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 특별한정승인의 소급적용 사건 [판례집 16-1, 29] - 114 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
1999. 12. 31.	2002. 1. 14.	국회는 위 기한까지 개선입법을 마련하지 아니하였다가 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 제1019조 제2항을 “상속인은 제1항의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속재산을 조사할 수 있다.”고 개정하고, “제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간내에 알지 못하고 단순승인(제1026조제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있다.”는 내용의 제3항을 신설하였다. 한편, 제1026조 제2호에서 “상속인이 제1019조 제1항의 기간내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때”에도 단순승인을 한 것으로 본다는 규정을 신설하였으나 이 규정은 종전의 심판대상조항과 내용이 동일하다. 그리고 동법은 부칙에서 「①(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. ②(이 법의 효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. ③(한정승인에 관한 경과조치) 1998년 5월 27일부터 이 법 시행전까지 상속개시가 있음을 안 자중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1019조 제1항의 기간내에 알지 못하다가 이 법 시행전에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해 기간내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.»는 경과규정을 두었다. 이후, 위 부칙 규정에 대해서는 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40등 결정에서 불합치로 선언된 바 있다.

사건명 (087)	헌재 1999. 12. 23. 99헌가2, 취득세시가표준액위임 사건 [판례집 11-2, 686]	
주 문	“지방세법(1995. 12. 6. 법률 제4995로 개정된 것) 제111조 제2항 제2호는 헌법에 합치되지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 2000. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2001. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2000. 12. 31.	2000. 2. 3.	위 법률조항은 이 결정 후 2000. 2. 3. 법률 제6260호로 헌법재판소결정의 취지를 반영하여 개정되었고, 동법 부칙에서는 헌법재판소의 불합치결정일인 1999. 12. 23.부터 동법 시행(2000. 2. 3.) 전까지 토지 외의 취득세·등록세의 과세대상물을 취득한 경우로서 시가표준액을 적용하여야 하는 때에는 그 지방자치단체의 장이 제111조 제2항 제2호의 개정규정에 의하여 결정한 시가표준액에 의하고(부칙 제2항), 종전의 지방세법 제111조 제2항 제2호의 규정을 적용하여 행하여진 처분(이의신청·심판청구 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 소급하여 적용된다는 경과규정(부칙 제3항)을 두었다.

사건명 (088)	헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 특별부가세과세표준 위임 사건 [판례집 12-1, 16]	
주 문	“구 법인세법(1978. 12. 5. 법률 제3099호로 개정되어 1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항과 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되어 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항들의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2000. 2. 3.	구 법인세법은 이 사건 결정 이전인 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되어 심판대상조항은 조문의 위치가 제99조(과세표준)로 바뀌어 같은 내용인 “①특별부가세의 과세표준은 대통령령이 정하는 토지, 건물, 부동산에 관한 권리, 주식 또는 출자지분(이하 ‘토지등’이라 한다)의 양도로 인하여 발생한 양도차익으로 한다.”고 규정하고 있었으나, 이 사건 결정 직후인 2000. 2. 3. 헌법재판소의 결정취지에 따라 제99조 제1항을 개정하였고, 다시 2000. 12. 29. 법률 제6293호로 위 법률 제6259호의 부칙에 제3항(특별부가세의 쟁송사건에 대한 적용례)을 신설하여 “이 법은 종전의 법인세법(법률 제5581호로 개정되기 전의 법률을 말한다) 제59조의2 제1항의 규정을 적용하여 행하여진 처분(이의신청·심판청구 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 관하여 이를 적용한다.” 라고 하여 경과규정을 두었다.

사건명 (089)	헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 부동산실명제법상 과징금 사건 [판례집 13-1, 1017]	
주 문	“부동산실권리자명의등기에관한법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호) 제5조 제1항, 제10조 제1항 본문, 제12조 제2항 중 제5조 제1항 적용부분, 제14조 제2항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 각 법률조항은 입법자가 2002. 6. 30.까지 개정하지 아니하면 2002. 7. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 각 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2002. 6. 30.	2002. 3. 30.	국회는 이 결정 후 2002. 3. 30. 법률 제6683호로 헌법재판소의 결정취지에 따라 동 법률조항을 개정하였고, 부칙에서는 “①(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. ②(적용례) 제5조 제1항·제3항(제12조 제2항의 규정에 의하여 적용되는 경우를 포함한다), 제10조 제1항·제2항 및 제14조 제2항·제3항의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 과징금을 부과하는 분부터 적용한다. 다만, 종전의 규정에 의하여 부과된 과징금처분(행정심판 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 대하여도 이를 적용한다.”고 하여 경과규정을 두었다.

사건명 (090)	헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 양도행위의제 사건 [판례집 15-2상, 38]	
주 문	“소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 이전의 것) 제101조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 법률 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2003. 12. 30.	국회는 2003. 12. 30. 법률 제7006호로, 증여자, 수증자, 양수자 사이의 다단계 거래가 적용요건을 갖출 경우, 증여받은 자산에 대해서는 증여세 부과를 하지 않는 것으로 소득세법을 개정(제101조 후단 삽입)하였다. [개정 후] 제101조 (양도소득의 부당행위계산) ②양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 제1항에 규정하는 특수관계자에게 자산을 증여(제97조제4항의 규정을 적용받는 배우자의 경우를 제외한다)한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 3년 이내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 본다. 이 경우 당초 증여받은 자산에 대하여는 상속세및증여세법의 규정에 불구하고 증여세를 부과하지 아니한다.

사건명 (091)	현재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 지방세법상 획일적 가산세 사건 [판례집 15-2상, 291]	
주 문	“지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정된 것) 제121조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 이 법률조항은 국회가 이를 개정할 때까지 그 적용을 중지한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2003. 12. 30.	<p>국회는 2003. 12. 30. 법률 제7013호로 가산세를 부과함에 있어 신고불성실가산세와 납부불성실가산세를 구별하여 부과하는 것으로 소득세법을 개정하였다.</p> <p>[개정 후] 제121조 (부족세액의 추징 및 가산세) ① 취득세 납세의무자가 제120조의 규정에 의한 신고 또는 납부의무를 다하지 아니한 때에는 제111조 및 제112조의 규정에 의하여 산출한 세액(이하 이 조에서 "산출세액"이라 한다) 또는 그 부족세액에 다음 각호의 가산세를 합한 금액을 세액으로 하여 보통징수의 방법에 의하여 징수한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제120조의 규정에 의하여 신고하지 아니하였거나 신고한 세액이 산출세액에 미달하는 때에는 당해 산출세액 또는 부족세액의 100분의 20에 상당하는 신고불성실가산세</li> <li>2. 제120조의 규정에 의하여 납부하지 아니하였거나 산출세액에 미달하게 납부한 때에는 그 납부하지 아니하였거나 부족한 세액에 금융기관의 연체이자율을 참작하여 대통령령이 정하는 율(이하 "가산율"이라 한다)과 납부지연일자를 곱하여 산출한 납부불성실가산세</li> </ol>



사건명 (092)	헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 학교정화구역 사건 [판례집 16-1, 670]
주 문	“학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”
관련판례	헌재 1997. 3. 27. 94헌마196 등, 판례집 9-1, 375 [위헌]

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 3. 24.	국회는 2005. 3. 24. 법률 제 7396호로 유치원 및 초·중·고등학교의 정화구역 중 극장영역을 절대적으로 금지하고 있는 절대금지구역 부분에 대하여, 극장의 경우를 세분화하여 영리목적의 영화상영관과 제한상영관에 대해서만 학생정화구역 내 극장영역을 금지하는 것으로 개정하였다. 한편, 헌법재판소는 94헌마196결정(1997. 3. 27.)에서 학교환경위생정화구역안에서는 당구장시설을 할 수 없도록 규정한 학교보건법 제6조 제1항 제13호 “당구장”부분에 대하여 단순위헌결정을 내린 바 있다.

사건명 (093)	헌재 2006. 5. 25. 2005헌가17등, 부동산실명법상 과징금 사건 [판례집 18-1하, 1]
주 문	“1. 부동산실권리자명의등기에관한법률(2002. 3. 30. 법률 제6683호로 일부 개정된 것) 제5조 제2항 본문은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 2007. 5. 31.까지 개정하지 아니하면 2007. 6. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2007. 5. 31.	2007. 5. 11.	국회는 2007. 5. 11. 법률 제8418호로, 과징금을 부과받은 날 이미 명의신탁관계를 종료하였거나 실명등기를 하였을 때에는 명의신탁관계 종료시점 또는 실명등기시점의 부동산가액으로 과징금을 산정하도록 개정하였다.

사건명 (094)	헌재 2007. 8. 30. 2004헌가25, 실화책임에관한법률 사건 [공보 131, 931]	
주 문	“1. ‘실화책임에 관한 법률’은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 입법자가 위 법률을 개정할 때까지 그 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2009. 5. 8.	국회는 2009. 5. 8. 법률 제9648호로, 경과실로 인한 실화의 경우 실화피해자의 손해배상청구권을 전면부정하는 규정에 대하여, 경과실의 손해배상의무자는 법원에 손해배상액의 경감을 청구할 수 있도록 하고, 청구가 있을 경우 화재의 원인과 규모, 피해의 대상과 정도, 연소 및 피해 확대의 원인, 피해확대방지를 위한 실화자의 노력, 배상의무자 및 피해자의 경제상태 등을 고려하여 법원이 경감할 수 있도록 개정하였다.

사건명 (095)	헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 우체국예금·보험에 관한 법률 제45조 사건 [공보 140, 719]	
주 문	“1. 우체국예금·보험에 관한 법률(1999. 12. 28. 법률 제6062호로 개정된 것) 제45조 중 ‘압류’부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 2009. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2010. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2009. 4. 22.	국회는 2009. 4. 22. 법률 제9628호로, 우체국보험금 및 환급금 청구채권 전액에 대하여 무조건 압류를 금지하는 규정에 대하여, 사망보험금, 장애보험금, 국민기초생활급여수급자나 장애인인 보험수익자로 취득하는 보험금, 장애인에게 보험사고가 발생하여 취득하는 보험금 청구권의 2분의 1에 해당하는 금액과, 보장성보험의 청구권 증액 중 보험수익자 또는 보험계약자의 생계유지에 필요하다고 인정하여 대통령령으로 정하는 금액은 압류할 수 없도록 개정하였다.

사건명 (096)	헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 영화진흥법상 제한상영가 등급 사건 [공보 142, 1001]	
주 문	“1. 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2009. 5. 8.	<p>〈한 결정에서 적용중지(096사건)와 계속적용(035사건)을 동시에 명한 사례〉</p> <p>헌법재판소는 2007헌가4 결정에서 심판대상을 확장하면서, ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것) 제29조 제2항 제5호에 대하여 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을, 구 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분에 대하여는 적용중지를 명하는 주문을 냈다.</p> <p>헌법재판소는 ‘제한상영가’ 등급의 영화를 ‘상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화’라고 규정하고 있는 영진법 제21조 제3항 제5호와, 영화상영등급분류의 구체적 기준을 영상물등급위원회의 규정에 위임하고 있는 영진법 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분의 위임 규정에 대하여 명확성 원칙 및 포괄위임입법금지의 원칙 위반을 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다.</p> <p>이에 국회는 2009. 5. 8. 법률 제9657호에 의하여 “제한상영가 영화” 등급의 내용을 법률에 명확하게 규정하는 한편, 영화 상영등급 분류기준의 대강을 법률에 직접 규정하고, 그 구체적인 분류기준은 현행 영상물등급위원회규정에서 대통령령으로 정하도록 개정하였다.</p>

사건명 (097)	헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 의사의 태아성별 고지금지 사건 [공보 142, 1097]
주 문	“1. 의료법 제19조의2 제2항(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”
관련판례	헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 의사의 태아성별 고지금지 사건 [공보 142, 1097] - 037 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2009. 12. 31.	<p>&lt;한 결정에서 적용중지(097사건)와 계속적용(037사건)을 동시에 명한 사례&gt;  헌법재판소는 2004헌마1010등 결정에서 심판대상을 확장하면서, 구의료법 제19조의2 제2항(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)에 대해서는 적용중지를, 의료법 제20조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)에 대해서는 2009. 12. 31.을 시한으로 계속적용을 명하는 주문을 냈다.  국회는 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 의료법 제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) 제2항을 “의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.”고 개정하였다.</p>

사건명 (098)	헌재 2009. 3. 26. 2007헌가22, 선거법위반자 50배 과태료 사건 [공보 150, 583]
주 문	<p>“1. 구 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것) 제261조 제5항 제1호 및 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제261조 제5항 제1호는 헌법에 합치되지 아니한다.  2. 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 입법자가 위 법률조항을 개정할 때까지 그 적용을 중지하여야 한다.”</p>
관련판례	

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2010. 1. 25.	<p>국회는 2010. 1. 25. 법률 제9974호로, 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 50배에 상당하는 금액을 과태료로 부과하게 한 공직선거법 규정에 대하여, 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품가액의 10배 이상 50배 이하에 상당하는 금액(주례의 경우에는 200만원)의 과태료를 부과되 그 상한은 3천만원으로 개정하였다.</p>

사건명 (099)	헌재 2009. 4. 30. 2007헌가8, 공매절차 계약보증금 국고귀속 사건 [공보 151, 816]	
주 문	“1. 국세징수법(2002. 12. 26. 법률 제6805호로 개정된 것) 제78조 제2항 후문은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 2009. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2010. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2009. 12. 31.	2010. 1. 1.	국회는 2010. 1. 1. 법률 제9913호로, 국세징수법상 공매절차에서 매수인이 기한 내에 대금납부의무를 이행하지 아니하여 매각결정이 취소되는 경우 그가 납부한 계약보증금을 국고에 귀속하도록 한 규정에 대하여, 계약보증금을 ‘채납처분비, 압류와 관계되는 국세·가산금’ 순으로 총당하고 잔액은 채납자에게 지급’하도록 개정하였다.

사건명 (100)	헌재 2010. 7. 29. 2008헌가4, 형사보상청구기간 사건 [공보 166, 1258]	
주 문	“1. 형사보상법 제7조는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 2011. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2012. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2011. 12. 31.	2011. 5. 23.	헌법재판소는 형사보상의 청구는 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하도록 규정하고 있는 형사보상법 제7조에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였다. 이에 국회는 2011. 5. 23. 법률 제10698호로 법률명을 ‘형사보상법’에서 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’로 변경하고, 형사보상청구권을 실질적으로 보장하기 위하여 형사보상의 청구기간을 무죄재판의 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내로 확대하였다.

사건명 (101)	현재 2010. 7. 29. 2008헌가28, 공중보건직의사의 현역병 입영 사건 [공보 166, 1293]	
주 문	“1. 구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되기 전의 것) 제35조 제3항 중 “제1항 제6호에 해당하여 제2항의 규정에 의하여 공중보건직의사의 편입이 취소된 사람은 편입되기 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하여야 한다.”는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항 부분의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2011. 7. 5.	국가공무원 임용 결격사유에 해당하여 공중보건직의사 편입이 취소된 사람을 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하는 경우 의무복무기간에 기왕의 복무기간을 전히 반영하지 아니하는 현행 규정이 평등원칙에 반한다는 헌법재판소의 헌법불합치결정(2010. 7. 29. 2008헌가28)이 선고되었다. 이 불합치결정의 취지에 따라, 국회는 2011. 7. 5. 법률 제10814호로, 공익근무요원과 공중보건직의사 등이 복무이탈 또는 복무의무 위반 외의 사유로 소집·편입이 취소된 경우 남은 복무기간을 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집하되, 현역병의 기본군사훈련기간 및 임무숙련기간 등을 고려하여 남은 복무기간이 6개월 미만인 경우에는 공익근무요원으로 소집할 수 있게 하였다.

사건명 (102)	현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 지방자치단체장 직무정지 사건 [공보 167, 1539]	
주 문	“1. 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부 개정된 것) 제111조 제1항 제3호는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 2011. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2012. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 3. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2011. 12. 31.	2011. 5. 30.	국회는 2011. 5. 30. 법률 제10739호로 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받은 경우 직무를 정지하고 부단체장이 권한을 대행하도록 한 제111조 제1항 제3호를 삭제하였다.

사건명 (103)	헌재 2011. 6. 30. 2010헌가86, 기부금액 50배 과태료 사건 [공보 177, 884]	
주 문	“1. 구 농업협동조합법(2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되고, 2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정되기 전의 것) 제174조 제4항은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 2012. 3. 1.까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2011. 3. 31. (신법 시행예정)	이 사건 결정 당시 이미 개선입법인 농업협동조합법(2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정된 것) 제174조 제4항이 마련되어 있었으므로, 헌법재판소는 개선입법의 시행일 이전인 2012. 3. 1.까지 이 사건 심판대상조항의 적용을 중지하는 헌법불합치결정을 선고하였다. 국회는 기부금액의 50배에 상당하는 금액의 과태료를 부과하되, 그 상한액은 5천만원으로 정하고 있던 제174조 제4항 부분에 대하여, 개정법률인 농업협동조합법(2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정된 것)로 기부금액의 10배 이상 50배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과하되, 그 상한액은 3천만원으로 조정하였다.

사건명 (104)	헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 1가구 3주택 이상 양도소득세 종과세 사건 [공보 182, 1766]
주 문	“1. 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.
관련판례	헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 1가구 3주택 이상 양도소득세 종과세 사건 [공보 182, 1766] – 054 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2012. 2. 2.	<p>〈한 결정에서 적용중지와 계속적용을 명한 사례〉 헌법재판소는 2009헌바146사건에서 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3과 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서 전자에 대해서는 적용중지를, 후자에 대해서는 계속적용을 명한 바 있다.</p> <p>결정 이후, 국회는 2011. 11. 24. 헌법재판소에서 헌법 불합치 결정된 제104조제1항제4호와 관련하여 소득세법 시행령 (2012. 2. 2., 대통령령 제23588호)을 개정함으로써 위헌성을 제거하였다.</p>



사건명 (105)	헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 토양환경보전법상 오염원인자 사건 [공보 191, 1558]
주 문	“2. 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”
관련판례	헌재 2012. 8. 23. 2010헌바167, 토양환경보전법상 오염원인자 사건 [공보 191, 1566] - 106사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2014. 3. 24.	<p>2010헌바28 결정과, 2010헌바167 결정은 동일한 법률에서 유사한 내용이 문제된 사안으로, 입법개선이 동시에 이루어졌다. 국회는 2014. 3. 24. 법률 제12522호로 법률을 개정하였으며, 구체적인 내용은 2010헌바167의 경우와 같다.</p> <p>[개정 전] 제10조의3 (토양오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재·지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다.</p> <p>③다음 각호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자로 본다. 다만, 제3호 (토양오염 관리대상 시설을 양수한 자에 한한다) 및 제4호의 경우에 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자</li> <li>2. 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자</li> <li>3. 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자</li> <li>4. 민사집행법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가, 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자</li> </ol> <p>[개정 후] 제10조의4(오염토양의 정화책임 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 정화책임자로서 제11조제3항, 제14조제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따라 토양정밀조사, 오염토양의 정화 또는 오염토양 개선사업의 실시(이하 이 조에서 "토양정화등"이라 한다)를 하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 토양오염물질의 누출·유출·투기(投棄)·방치 또는 그 밖의 행위로 토양오염을 발생시킨 자</li> </ol>

<p>정하지 않음</p>	<p>2014. 3. 24.</p>	<p>2. 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상 시설의 소유자·점유자 또는 운영자</p> <p>3. 합병·상속이나 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자</p> <p>4. 토양오염이 발생한 토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자</p> <p>② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 같은 항 제4호에 따른 정화책임자로 보지 아니한다. 다만, 1996년 1월 6일 이후에 제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 자에게 자신이 소유 또는 점유 중인 토지의 사용을 허용한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 1996년 1월 5일 이전에 양도 또는 그 밖의 사유로 해당 토지를 소유하지 아니하게 된 경우</li> <li>2. 해당 토지를 1996년 1월 5일 이전에 양수한 경우</li> <li>3. 토양오염이 발생한 토지를 양수할 당시 토양오염 사실에 대하여 선의이며 과실이 없는 경우</li> <li>4. 해당 토지를 소유 또는 점유하고 있는 중에 토양오염이 발생한 경우로서 자신이 해당 토양오염 발생에 대하여 귀책 사유가 없는 경우</li> </ol> <p>③ 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제11조제3항, 제14조제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따라 토양정화등을 명할 수 있는 정화책임자가 둘 이상인 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 토양오염에 대한 각 정화책임자의 귀책정도, 신속하고 원활한 토양정화의 가능성 등을 고려하여 토양정화등을 명하여야 하며, 필요한 경우에는 제10조의9에 따른 토양정화자문위원회에 자문할 수 있다.</p> <p>④ 제11조제3항, 제14조제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따라 토양정화등의 명령을 받은 정화책임자가 자신의 비용으로 토양정화등을 한 경우에는 다른 정화책임자의 부담부분에 관하여 구상권을 행사할 수 있다.</p> <p>⑤ 국가는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제11조제3항, 제14조제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따라 토양정화등을 하는 데 드는 비용(제10조의4제4항에 따른 구상권 행사를 통하여 상환받을 수 있는 비용 및 토양정화등으로 인한 해당 토지 가액의 상승분에 상당하는 금액은 제외한다. 이하 같다)의 전부 또는 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제1항제1호·제2호 또는 제3호의 정화책임자가 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 자신의 부담부분을 현저히 초과하거나 해당 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영을 통하여 얻었거나 향후 얻을 수 있을 것으로 기대되는 이익을 현저히 초과하는 경우</li> <li>2. 2001년 12월 31일 이전에 해당 토지를 양수하였거나 양도 또는 그 밖의 사유로 소유하지 아니하게 된 자가 제1항제4호의 정화책임자로서 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 해당 토지의 가액을 초과하는 경우</li> <li>3. 2002년 1월 1일 이후에 해당 토지를 양수한 자가 제1항제4호의 정화책임자로서 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 해당 토지의 가액 및 토지의 소유 또는 점유를 통하여 얻었거나 향후 얻을 수 있을 것으로 기대되는 이익을 현저히 초과하는 경우</li> <li>4. 그 밖에 토양정화등의 비용 지원이 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우</li> </ol>
---------------	---------------------	---

사건명 (106)	헌재 2012. 8. 23. 2010헌바167, 토양환경보전법상 오염원인자 사건 [공보 191, 1566]
주 문	“2. 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제10조의3 제3항 제2호는 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”
관련판례	헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 토양환경보전법상 오염원인자 사건 [공보 191, 1558] - 105사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2014. 3. 24.	<p>구 토양환경보전법에서는 토양오염의 피해에 대한 무과실책임을 실현하고 토양오염을 신속히 치유하여 국민 건강 및 환경상의 위해를 예방하기 위해 토양오염에 대한 책임자를 특정하고 그에 대한 책임이행을 확보할 수 있도록, 오염원인자의 범위를 직접오염유발자와 더불어 토양오염유발시설의 소유자·점유자·운영자 및 양수자까지 확장하여 이들에게도 1차적인 무과실의 정화책임을 부과하고 있었다.</p> <p>이에 대해 헌법재판소는 토양오염 관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 정화책임은 과중한 정화비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 한다는 점과 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 인정하지 않는다는 점에서 재산권 및 평등권을 침해하였으며, 토양오염관리대상시설의 양수자의 정화책임은 양수시기에 상관없이 무제한적으로 정화책임을 부과한다는 점에서 신뢰보호의 원칙을 침해하므로, 대상 오염원인자 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하였다.</p> <p>국회는 2014. 3. 24. 법률 제12522호로 개정하여 토양오염에 따른 피해배상 및 정화책임에 관한 공법과 사법 간의 영역을 구분(제10조의3)하고, 정화책임의 면책범위 확대와 책임한도를 설정(제10조의4)하며, 정화조치명령의 우선순위를 도입하고 다른 정화책임자에게 구상권을 청구할 수 있도록 하였다.</p>

사건명 (107)	현재 2016. 12. 29. 2015헌마509등, 비례대표국회의원선거의 기탁금 1,500만원 [공보 243, 208]	
주 문	“1. 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제56조 제1항 제2호 중 '비례대표국회의원선거'에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 2018. 6. 30.까지 개정하지 아니하면 2018. 7. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
2018. 6. 30.	미개정	국회는 아직까지 입법개선을 하지 않고 있다.

### 3. 적용여부에 관하여 주문에 명시하지 않은 경우(9건)

사건명 (108)	헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 토지초과이득세법 사건 [판례집 6-2, 64]	
주 문	“토지초과이득세법(제정 1989. 12. 30. 법률 제4177호, 개정 1993. 6. 11. 법률 제4561호, 1993. 6. 11. 법률 제4563호)은 헌법에 합치되지 아니한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	1994. 12. 22. 4차 개정 이후 법률폐지	토지초과이득세법은 이 결정 후 1994. 12. 22. 1차 개정(법률 제4803호·제4807호), 1995. 12. 29. 2차 개정(법률 제5108호), 1996. 12. 30. 3차 개정(법률 제5193호), 1997. 12. 13. 4차 개정(법률 제5454호) 되었다가, 마침내 1998. 12. 28. 법률 제5586호로 폐지되었다.

사건명 (109)	헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 소득세법상 기준시가위임 사건 [판례집 7-2, 562]	
주 문	“구 소득세법 제60조(1978. 12. 5. 법률 제3098호로 개정된 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것)는 헌법에 합치하지 아니한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	1994. 12. 22. (선고일 이전 법률개정) 1995. 12. 29. (선고일 이후 1차 입법개선)	국회는 이미 이 결정이 선고되기 전인 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 소득세법을 전문개정하였는데, 위 심판대상조항은 제96조(양도가액)와 제99조(기준시가의 산정)으로 그 조문의 위치가 바뀌었다. 한편, 국회는 그 후 이 결정취지에 따라 1995. 12. 29. 법률 제5108호로 다시 동 조항을 개정하였다.

사건명 (110)	헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 친생부인의 소 출소기간 사건 [판례집 9-1, 193]	
주 문	“민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 최종개정된 것) 제847조 제1항 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년내’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 3. 31.	국회는 2005. 3. 31. 법률 제7427호에 따라 ‘그 사유가 있음을 안날부터 2년 내’에 제기하여야 하는 것으로 개정하였다.

사건명 (111)	헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 그린벨트 사건 [판례집 10-2, 927]	
주 문	“도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것) 제21조는 헌법에 합치되지 아니한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2000. 1. 28.	이 결정 후 입법자는 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 도시계획법을 전문개정하였는데, 동법 제34조(개발제한구역의 지정)는 “개발제한구역의 지정 또는 변경에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 하였고, 제56조(개발제한구역 안에서의 행위제한 등)에서는 “개발제한구역 안에서의 행위제한 기타 개발제한구역의 관리에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 규정하였으며, 이에 대한 법률은 2000. 1. 28. 법률 제6241호로 제정된 ‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’이다. 신 도시계획법 제68조(토지수용법의 준용) 제1항은 “... 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지수용법을 준용한다”고 규정하여 ‘수용 및 사용’에 관하여는 토지수용법에 의한 보상이 가능하도록 하였다. 한편, 위 특별조치법 제16조이하에서는 개발제한구역의 지정으로 인하여 동 구역 안의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 또는 당해 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지의 소유자로 하여금 건설교통부장관에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있는 권리, 즉 ‘매수청구권’을 규정하고 있다. 그리고 동 특별조치법시행령 제28조 내지 제33조에서는 매수대상토지의 판정기준, 산정시기 그리고 방법, 매수절차 등을 규정하고 있다.

사건명 (112)	헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 대학교수 기간임용제 사건 [판례집 15-1, 176]	
주 문	“구 사립학교법 제53조의2 제3항(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치하지 아니한다.”	
관련판례	헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 교수재임용거부 재심청구 사건 [판례집 15-2하, 466] - 020사건	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 1. 27.	이 결정 후 국회는 2005. 1. 27. 법률 제7352호로 사립학교법을 개정·공포하여 같은 날부터 시행하였는데, 동법 부칙 제2항은 ‘기간임용된 대학교육기관 교원의 재임용 절차에 관한 경과조치’로서 “이 법 시행 당시 종전의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용되어 재직중인 대학교육기관 교원의 재임용 관련절차는 제53조의2 제4항 내지 제8항의 개정규정에 의한다.”고 규정하였다.

사건명 (113)	헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 대학교수 기간임용제 등 사건 [판례집 15-2하, 466]
주문	“1. 구 사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문은 헌법에 합치하지 아니한다.”
관련판례	헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 교수재임용거부 재심청구 사건 [판례집 15-2하, 466] - 020 사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 1. 27.	<p>&lt;한 결정에서 두 가지 주문을 낸 사례&gt;  구 사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항에 대해서는 불합치 주문을 내면서, 교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) 제9조 제1항에 대해서는 계속적용 불합치 주문을 냈다.  결정 이후, 국회는 2005. 1. 27. 법률 제7352호로, 재임용거부를 사전에 통지하도록 하는 규정과 재임용에 대해 심의를 요청할 수 있는 규정, 나아가 재임용거부처분에 대한 불복 규정을 마련하였다.  (가) 사립학교법 및 교원지위법의 개정  헌법재판소의 헌법불합치결정 이후 개정된 사립학교법(2005. 1. 27. 법률 제7352호로 개정된 것)은 임용기간 만료의 통지(사립학교법 제53조의2 제4항), 재임용 심의의 신청(제5항), 재임용 여부 및 재임용 거부시 거부사유의 통지(제6항), 교원에게 의견 제출의 기회 부여(제7항), 불복절차(제8항) 등을 명시적으로 규정하여 기간제로 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원의 재임용과 관련하여 그 사전절차 및 이에 대해 다툴 수 있는 구제절차 규정을 마련하였다.  또한 2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 ‘교원지위 향상을 위한 특별법’(교원지위법) 역시 제7조 제1항에서 교원소청심사위원회의 심사대상이 되는 ‘교원의 의사에 반하는 불리한 처분’에 교원에 대한 재임용거부처분이 포함되는 것으로 정함으로써, 재임용에서 탈락한 교원은 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있고 그 결과에 따라 교원소청심사위원회를 상대로 기각 또는 각하결정의 취소 등을 구하는 행정소송을 제기할 수 있게 되었다.  (나) 특별법의 제정 및 그 내용  그런데 개정 사립학교법과 교원지위법은 그 시행일을 ‘공포한 날부터’라고만 정할 뿐 그 이전에 재임용이 거부되었던 교원에 대하여 별도의 경과규정을 두지 아니하여 위 개정법들의 시행일인 2005. 1. 27. 이전에 재임용에서 탈락한 교원들은 구제의 대상에서 제외되었다. 이에 입법자는 개정법의 구제대상에서 제외된 재임용 탈락 교원들에게 재임용탈락결정이 정당한 기준에 의하여 이루어졌는지 여부에 대한 재심사 기회를 부여하기 위하여 2005. 7. 13. 법률 제7583호로 ‘대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’을 제정하였다.</p>



정하지 않음	2005. 1. 27.	<p>[특별법에 대한 위헌소원]</p> <p>한편 위 ‘대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’은 제2조 제2호에서 동특별법에 의해 재임용 재심사를 청구할 수 있는 해임, 파면 또는 면직 교원의 범위를 제한하고 있는 것이 교원지위법정주의 및 평등원칙에 위반된다는 규범통제형 헌법소원이 2007. 10. 5. 제기되었는바, 헌법재판소는 “특별법 제2조 제2호는 특별법에 의한 구제의 범위를 원칙적으로 재임용 탈락자의 경우로 한정하면서도 특별법에 의한 권리구제의 실효성을 확보하기 위하여 해임, 파면 또는 면직된 교원도 임용기간 만료를 이유로 이를 다루는 소송에서 각하판결을 받거나 승소판결을 받고도 임용기간 만료라는 사유로 재임용되지 못한 경우에는 이 법에 의한 재임용 재심사를 청구할 수 있도록 규정함으로써 교원의 신분에 대한 최소한의 보호의무를 충실히 이행하고 있으며, 특별법상 재임용 재심사를 청구할 수 있는 교원의 범위를 해임, 파면 또는 면직된 교원 중의 일부로 제한한 것은 종래 이에 대한 구제수단이 존재했는지 여부를 고려한 것으로 이러한 제한에는 합리적인 이유가 존재하는바 위 조항은 교원지위법정주의 및 평등원칙에 위배되지 아니한다.”는 이유로 합헌결정을 하였다.</p>
--------	--------------	---

사건명 (114)	현재 2004. 1. 29. 2002헌바40등, 특별한정승인의 소급적용 사건 [판례집 16-1, 29]	
주 문	“2. 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 부칙 제3항 본문 중 “1998년 5월 27일부터 이 법 시행 전까지 상속개시가 있음을 안 자 중” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.”	
관련판례	현재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 단순승인의제 사건 [판례집 10-2, 339] - 086사건	
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2005. 12. 29.	<p>국회는 1998. 5. 27. 전에 상속개시가 있음을 알았으나 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 알지 못하다가 1998. 5. 27. 이후 상속채무 초과사실을 안 자에 대해서 특별한정승인을 할 수 있도록 법률 제7765호(2005.12.29.)로 개정하였다.</p> <p>한편, 이 사건의 심판대상인 민법 부칙 제3항은 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치 결정(96헌가22등)에 따라 입법개선의 일환으로 도입된 경과규정이었으나, 또 다시 불합치결정이 내려지게 되어 개정되기에 이르렀다.</p>

사건명 (115)	헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 방송광고 판매독점 사건 [판례집 20-2하, 367]	
주 문	“1. 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치되지 아니한다.”	
관련판례		
<b>입법개선현황</b>		
개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2012. 2. 22.	<p>〈한 결정에서 두 가지 주문을 낸 사례〉</p> <p>헌법재판소는 이 결정에서 심판대상을 확장하여 구 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 구 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것)외에도, 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 및 ‘방송법 시행령’ 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)을 심판대상으로 포함시켰다. 전자에 대해서는 불합치만을 선언하는 주문을, 후자에 대해서는 계속적용을 명하는 주문을 냈다. 국회는 2012. 1. 17. 법률 제11373호에 의하여 헌법불합치 결정이 선고된 법 제59조 제5항을 삭제하였고, 2012. 7. 17. 대통령령 제23958호에 의하여 헌법불합치 결정이 선고된 동법 시행령 제59조제5항을 삭제하였다.</p>

사건명 (116)	헌재 2010. 7. 29. 2008헌가15, 사립학교 교원의 퇴직급여 감액 사건 [공보 166, 1265]
주 문	“구 ‘사립학교교직원 연금법’ 제42조 제1항 전문(2006. 3. 24. 법률 제7889호로 개정되고 2009. 12. 31. 법률 제9908호로 개정되기 전의 것) 중 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 준용 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.”
관련판례	헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 공무원연금법상 퇴직급여 및 퇴직수당 감액 사건 [판례집 19-1, 211] - 028사건

**입법개선현황**

개선시한	개선여부 및 시기	개선내용
정하지 않음	2009. 12. 31. (선고일 이전 법률개정)	<p>헌법재판소는 이번 결정이 있기 전, 2007. 3. 29. 선고된 2005헌바33결정(판례집 19-1, 211)에서 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 이 사건 법률조항과 유사하게 직무관련성이나 고의, 과실 여부를 불문하고 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것)가 헌법에 합치되지 아니한다고 판단한 바 있다.</p> <p>이에 따라 국회는 2009. 12. 31. 공무원연금법을 개정하였고, 법률개정이 있기 전 2008. 5. 7. 법원의 위헌법률심판제청이 이루어진 이번 결정(2008헌가15)이 선고될 당시에는 이미 입법개선이 이루어진 상태였다.</p> <p>즉, 국회는 선고일 이전인 2009. 12. 31. 법률 제9908호로 사립학교 교원이 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받고 당연퇴직하는 경우에만 「공무원연금법」 제64조 제1항 제1호를 준용하도록 하고, 직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우나 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 제외되도록 개정하였다.</p>



판 권

소 유

---

헌법재판연구 제28권

헌법불합치결정의 기속력과  
개선입법의 구제범위에 대한 연구

---

---

2017년 12월 22일 인쇄

2017년 12월 26일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화:(대)708-3456

인 쇄 서라벌이앰피

---

---

(비매품)