

創刊辭

헌법재판의 경험과 학문적 연구가 축적되지 아니한 상황에서
도 1988.9. 19 구성된 헌법재판소는 2년 남짓의 짧은 기간에 400
여건의 違憲法律審判과 憲法訴願審判결정을 함으로써 헌법을 국
민속에 살아 움직이는 生活 憲法으로 승화시키고 확고한 헌법수
호의 意志를 표명하여 왔다고 평가되고 있습니다.

그러한 노력에 부응하여 헌법재판의 발전에 다소나마 보탬이
되고자 헌법연구관을 비롯한 전직원들도 꾸준히 연구하여 왔고
그 研究結實중 몇편을 선택하여 憲法論叢 第1輯을 發刊하게 되
었습니다.

특히 과중한 재판업무 중에도 귀중한 시간을 쪼개어 특별히
기고하여 주신 한병채·이시윤, 두 재판관님께 衷心으로 감사드
립니다.

또한 헌법연구관들과 직원여러분들의 어려운 업무환경 속에서
도 훌륭한 논문을 작성한데 대하여 마음 뿌듯함을 느끼면서 노
고를 치하하고 계속 연구에 精進하기를 기대하며 아울러 憲法論
叢의 創刊이 헌법재판에 대한 理解의 제고와 制度의 정착에 기
여할 수 있기를 기대합니다.

1990.12.

憲法裁判所

事務處長 변情一

目 次

美國 違憲審查의 政治的 背景과 憲法裁判 의 動向····· 韓 炳 榮 ·····	3
憲法裁判에 관한 管見(I)····李 時 潤 ·····	51
命令·規則에 對한 憲法訴願····邊 精 一 ·····	75
過剩禁止의 原則	
- 特히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -····· 梁 三 承 ·····	99
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例·····金 種 彬 ·····	143
스페인 憲法의 發展過程·····金 泳 哲 ·····	172
美國의 憲法裁判制度와 裁判에 관한 根本理論·····孫 容 根 ·····	198
違憲法律의 效力	
- 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討-·····尹 眞 秀 ·····	248
違憲法律判決節次에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權·····鄭 宗 燮 ·····	292
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 -認容決定을 中心으로-··李 石 淵 ·····	325
言論에 비친 憲法裁判 ····· 李 宰 鎬 ·····	361
憲法訴願의 對象에 關한 小考····· 金 顯 哲 ·····	391
國家의 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 關한 考察····· 辛 奉 起 ·····	438

美國 違憲審查의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向

韓 炳 榮

常任裁判官

- 目 次 -

I. 序 論

II. 美國의 違憲審查制度

1. 美國의 聯邦憲法과 聯邦最高裁判所

가. 美合衆國 建國初期의 聯邦派와 共和派

나. 美國 聯邦憲法の 特性

다. 美國 聯邦最高裁判所の 特性

2. 美國의 二元的 司法制度

가. 聯邦裁判所와 州의 法院

나. 裁判官의 地位와 意見權

3. 존 마샬(John Marshall)의 司法的 違憲審查理論

가. 建國初期의 政治的 背景

나. 違憲審查理論

III. 違憲審查의 全盛時代

1. 聯邦最高裁判所の 違憲審判
2. 保守的인 實體的 適法節次의 時代
3. 뉴딜政策과 聯邦最高裁判所
4. 홈스(Holmes)裁判官이 違憲審查限界論
5. 違憲審查의 二重基準論

IV. 現代 憲法裁判의 動向

1. 워렌(Earl Warren)의 最高裁判所の 性格
2. 司法的 立法形成理論
 - 가. 司法審查의 神聖한 原則
 - 나. 워렌(Warren) 時代의 違憲審查理論
3. 워렌(Warren) 時代의 憲法裁判의 動向
4. 現 美國最高裁判所の 裁判動向
 - 가. 새로운 違憲審查時代
 - 나. 嚴格解釋論時代

V. 結 論

I. 序 論

우리는 흔히 憲法裁判이라고 하면 西歐大陸法系の 憲法裁判制度만을 생각하기 쉽고 그래서 獨逸의 憲法裁判에 대하여 많이 論議하고 있다. 그러나 現代的 意味의 憲法裁判은 오스트리아나 獨逸보다 100여년 前인 19世紀初부터 美國의 聯邦最高裁判所에서 시작되었음을 간과해서는 안 된다.

美國의 聯邦最高裁判所는 일찍이 헌법의 기초자들이 만들어 낸 가장 새롭고 珍奇한 制度라고 말하고 있듯이 憲法裁判에 가장 먼저 눈을 뜨고 있었다. 프랑스의 알렉시스 토끄빌(Alexis de Tocqueville)은 1831년에 미국을 돌아보고 1835년에 발간한 그의 저서 『美國의 民主主義』(Democracy in America)에서 美國의 聯邦最高裁判所는 일찍부터 違憲性 問題에 대하여 司法的인 審査를 하였고 政治的인 問題 역시 다루지 않는 것이 거의 없었다고 喝破하였다.

聯邦最高裁判所는 1803년 Marbury v. Madison 事件에서 이미 다른 나라에서 찾아 볼 수 없는 獨特한 司法的 違憲審査理論을 전개하여 大陸法系の 大法院과는 根本的으로 다른 大審制度로서 違憲審査權을 가진 憲法機關으로서의 地位를 확립하여 왔다.

이것은 建國 初期 聯邦最高裁判所の 機能과 任務를 찾아내는데 있어서 理想과 理論을 겸비한 政治人이며 聯邦主義者인 아담스大統領 밑에서 聯邦國務長官을 역임한 존 마샬(John Marshall)裁判所長의 指導力에 의한 것이었다. 펠릭스 프랭크훤터(Felix Frankfurter)裁判官이 “法律은 人間의 모든 關心事를 取扱한다”라고 하였듯이 美國에서는 그 憲政史에서 各 時代의 政治的 憲法的 論爭거리들은 모두 聯邦最高裁判所の 裁判에 回附되어 審判되어 왔다.

그리고 聯邦憲法은 政治的 社會的 여러 問題들을 어김없이 憲法事項이 되도록 하여 聯邦最高裁判所에서 違憲審判을 하도록 보장하여 온 것이다.

聯邦最高裁判所는 처음부터 聯邦法과 州法 및 政府의 命令과 處分이 違憲이라고 解釋되면 이를 無效化할 수 있는 權限을 가지고 政策形成에 關여하는 憲法機關으로 출발한 것이다. 美國의 聯邦最高裁判所는 一般 民·刑事裁判에 중점을 두는 다른 나라의 大法院과는 달리 國家의 關心事가 되는 重要하고 論爭의 餘지가 있는 憲法事件을 審理하고 判斷하여 온 것이다. 그리고 憲法解釋權을 통하여 憲法上 基本權을 直接的으로 侵害하는 議會 또는 行政府의 意思를 效果的으로 無效化할 수 있었다.

이는 建國初期의 존 마셜 裁判官長으로부터 시작하여 조잡한 판결이라고 비판을 받은 태니(R. B. Taney) 裁判所長의 악명높은 Dred Scott 判決로서 奴隸制禁止를 내용으로 하는 法律을 違憲이라고 無效宣言하여 南北戰爭의 한 원인 되기도 하여 違憲審判制度에 대하여 많은 批判을 받은 時代가 있었다. 그러나 이러한 歷史的 過程을 거쳐 화이트(E. D. White)와 태프트(W. H. Taft) 裁判所長 時代에 와서는 違憲審判의 全盛時代를 이루어 保守的인 憲法裁判의 전통을 확립하였다. 그 후 워렌(Warren) 裁判所長 時代의 新司法積極主義의 時代를 거쳐 現 랭퀴스트裁判所長의 消極的 司法審查主義에 이르기까지 모두에 해당되는 말이다.

그것은 現 聯邦最高裁判所가 每年 직접 접수하는 5,000여件 중에서 事件移送命令狀 許可節次에 의하여 憲法的인 主要 政策의 事件 약150件만을 選定하여 審判하고 있는 것을 보아도 이를 알 수 있다.

이러한 美國 聯邦最高裁判所の 性格에 대하여 잘 알지 못하고

一般的으로 다른 나라에서도 一般 大法院이 司法的 違憲審查權을 가지기만 하면 된다는 皮상적인 理解와 形式的 論理를 가지고 이를 모방하여 만든 各國의 司法審查制度가 모두 실패하고 있는 것은 당연한 귀결이라 할 것이다.

여기에서 獨逸과 이태리, 스페인 등 西歐 大陸法系 國家에서는 1920년대의 主要 問題型 違憲審查方式인 抽象的 規範統制를 기본으로 한 오스트리아 憲法裁判制度에다가 美國式 前提問題型 違憲審查方式인 具體的 規範統制를 도입하고 새로이 憲法訴願制度를 가미한 오늘날의 憲法裁判所를 두게 된 것이다. 그 중에서 獨逸의 制度가 가장 基本的인 모델로 알려져 있다.

그러므로 憲法裁判制度를 올바르게 理解하고 運用하려면 美國의 違憲審查制度를 理解하고 그 動向을 살펴보지 않을 수 없다.

II. 美國의 違憲審查制度

美國의 司法審查라 하면 議會의 制定法律이나 行政府의 法規 執行이 憲法에 違背되는가 여부를 審査하는 違憲審查 뿐만 아니라 우리 法院이 一般行政處分の 違法性與否에 대하여 심리하는 우리의 行政訴訟에 해당하는 것까지 포함한다고 보는 것이 보통이다.

그러나 憲法裁判理論에서 말하는 司法審查는 公權力에 對한 司法的 統制의 作用인 違憲審查를 의미하는 것이므로 通常의 憲法裁判을 뜻하는 것이라고 말할 수 있다.

1. 美國의 聯邦憲法과 聯邦最高裁判所

가. 美合衆國 建國初期의 聯邦派와 共和派

美國의 聯邦憲法와 聯邦最高裁判所の 司法的 違憲審査는 聯邦主義에 입각한 聯邦體制를 유지해 온 歷史的, 政治的 背景과 깊은 關聯을 맺고 있다. 여기에서부터 美國의 最高裁判所는 일반 單一國家(例 우리나라와 일본, 대만 등)의 大法院과는 根本적으로 다르다는 것을 먼저 認識하지 않으면 안 된다. 美國은 50個의 獨立된 主權과 權力分立制度를 가진 나라(州)가 合하여 聯邦國家의 형태를 갖춘 合衆국이며 각 州마다 三審制와 一般民事·刑事·行政事件의 最上級法院의 기능을 주로 하는 大法院을 가지고 있다. 그렇기 때문에 聯邦最高裁判所는 一般國家의 大法院과는 달리 美國의 聯邦主義를 強化하고 聯邦憲法을 지키는 管轄권을 가진 독특한 大審制度의 役割을 하고 있다. 따라서 그 性格이나 機能은 憲法裁判所와 유사한 점이 더 많다는 것을 유의하여야 한다.

美國 聯邦最高裁判所の 司法的 違憲審査는 聯邦制를 유지하고 守護하는데 기여했고, 初期 존 마셜 裁判所長이 남긴 불후의 공적도 聯邦體制의 守護였다. 美國의 初代 大統領인 조지 워싱턴과 제2대 大統領이 된 아담스는 건국초기에 初代 大統領과 副統領으로서 美國의 聯邦國家를 건설하기 위해 공헌한 사람이고 聯邦主義를 지켜가기 위해 聯邦派를 結成하여 州權중중을 주장하는 反聯邦主義派인 조오지 클린턴과 제퍼슨이 주도한 共和黨과 1792년 選舉에 격전을 치르기도 했다. 그러나 1800년 아담스의 후임으로 共和派인 제퍼슨이 다음 大統領이 되자 아담스 大統領은 그의 퇴임 시에 聯邦司法府의 判事들은 聯邦派 一色으로 임명하였다. 이러한 聯邦派와 共和派의 對立이 격심한 政治的 商況에서 마아베리 事件이 일어나게 된 것이다.

건국초기 聯邦最高裁判所가 違憲 判決을 한 州憲法과 州法律은 違憲宣言된 聯邦法律의 약 7배에 이르렀고 그 判決理由도 聯邦最高裁判所가 州法에 대해 違憲無效를 宣言할 수 없다면 美國의 聯邦制는 무너지게 된다는 생각에 기초하고 있었다(Abraham, The Judicial Process, 1968; Mason & Beaney, American Constitutional Law, 1968).

나. 美國 聯邦憲法の 特性

美國 聯邦憲法은 美國의 建國初期에 聯邦規約에 서명한 13個 州의 自治에서 얻은 경험과 英國의 植民地下에서의 투쟁 및 그 獨立精神에 따라 聯邦體制를 形成하고 이를 完成하기 위하여 成文憲法을 만들게 되었다는 특수한 歷史的 背景을 가지고 있다. 물론 그 憲法은 各 州의 主權과 獨立宣言文에 明示된 바와 같이 國民의 財産과 自由를 保障하고 國民에 대하여 봉사한다는 國民의 基本權에 관한 것이 들어 있다. 이것이 英國의 政治文化圈에 있던 美國이 英國의 不文憲法の 전통과는 달리 成文憲法을 갖게 되고 聯邦議會와 司法府 그리고 大統領의 權限이 英國의 議會主權에 대한 普通法(Common Law)思想이나 哲學과는 다른 方向으로 發展하게 된 것이다. 따라서 美國의 司法的 違憲審查에 있어서도 Coke判事の Dr. Bonham 事件의 判決論理와는 다른, 존 마샬의 마아베리 事件에서 보여주는 司法的 違憲審查理論이 成功할 수 있는 배경을 이루는 것이다.

美國의 憲法과 司法府를 이해함에 있어서 가장 중요한 것은 美國憲政史의 發展過程과 그 時代의 政治的 狀況을 同時에 파악하여야 한다는 것이고 그래야 美國 最高裁判所의 違憲審查制度를 정확하게 이해할 수 있다는 것이다. 現在 美國동부에 있는 13 個州가 1776년 英國 植民地로부터 獨立을 宣布하면서 美合衆國

이라는 명칭을 사용했다. 1781년 메릴랜드주가 마지막 13번째 聯合規約에 인준함으로써 극히 한정된 權限만을 지닌 聯邦政府를 창설하는 기초를 만들었다. 美國聯邦憲法이 기초가 된 것은 그러한 不安스러운 상태에서 1787년 9월 17일 美國獨立宣言文을 채택했던 필라델피아의 獨立회관(independence hall)에서 聯邦議會에 의해 制定되고 1789년 3월 4일 정식으로 成文憲法이 선포되었다. 各 州間의 主權관계를 조절하고 聯合을 強化하는 광범위한 權限과 外交, 國防, 通商 등의 艱요한 問題를 처리하는 強力한 聯邦政府를 수립하기 위하여 成文憲法을 만든 것이다. 이러한 연유로 인하여 美國聯邦憲法은 美國聯邦議會(Congress)의 性格과 權能에 대해서도 英國의 議會(Parliament)와 같은 政治的인 位置와 全權을 부여하고 있지 않았다. 聯邦議會에 그러한 全權을 주지 않기 위해서 더 나아가 聯邦主義를 지켜가기 위해서 美國은 成文憲法을 만들었기 때문에 憲法에 違憲審査에 관한 明文規定이 없어도 憲法에 모순되는 法律에 대한 違憲審査를 일찍부터 聯邦最高裁判所가 行使할 수 있었다. 따라서 이러한 司法審査는 聯邦最高裁判所 뿐만 아니라 모든 法院의 重要한 權限이 되었으며 美國司法部와 美國憲法의 가장 기본적인 과제가 되었다.

美國 憲法制定者들의 意圖는 聯邦大統領과 聯邦議會(下院과 上院) 및 聯邦最高裁判所간의 權力分立의 原則뿐만 아니라 聯邦政府 對 州政府 상호간의 牽制와 均衡을 維持하는데 중점을 두었으며 이러한 二元的 權力分立으로 聯邦國家를 만들어 偉大한 美國을 건설하는데 있는 것이었다(Eugene Rostow, 'The Court and People Will' in the Sovereign Prerogative(1962)).

다. 美國 聯邦最高裁判所の 特性

美國 聯邦最高裁判所の 司法權은 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 이러한 二元的 權力分立主義의 特性을 가지고 있었기 때문에 美國의 裁判官들은 일찍부터 政治的 裁判을 行使하는 違憲審査權을 확립할 수 있었던 것이다.

나아가 오늘날까지 美國의 聯邦主義와 自由의 特權을 유지하기 위하여 美國의 司法府는 議會制定法을 違憲으로 宣言할 수 있는 강력한 權限을 行使할 수 있게 된 것이다. 그래서 美國의 司法府는 그 구성원인 判事의 憲法上 차지하는 위치와 權威를 지극히 尊重하고 判事 個個人에 대한 成長過程과 自由主義思想을 대단히 중요시하며 또한 裁判官에 대한 사회적 신뢰와 존경도 따라야 한다고 생각하고 있다. 美國의 判事들은 大陸法系의 判事들과는 달리 광범위한 社會問題를 다루고 있기 때문에 判決文을 作成함에 있어서도 單純한 形式論理나 전문지식의 조작이 아닌 長文의 수려한 수필식 文章으로 쓴다는 것도 유의하여야 할 것이다.

이러한 聯邦憲法의 特性과 聯邦主義의 歷史的 배경을 고려하지 않고는 美國의 司法審査制度를 올바르게 理解할 수 없다. 美國의 最高裁判所를 一般大法院 또는 最高法院과 同一視하여 憲法裁判을 一般大法院의 裁判과 같은 次元에서 다루고 연구한다면 制度的으로 뿐만 아니라 憲法裁判을 理解하는데 중대한 과오를 범하게 될 것이다. 따라서 美國의 違憲審査制度를 그대로 자기 나라의 司法府에 모방하는 식으로 도입하여 違憲審査를 한다면 失敗할 수밖에 없다. 거기에도 法實證主義 思考에 굳어 있는 一般 法曹人이 一般事件을 다루듯 形式的으로 憲法과 法律 사이의 論理的 解決만으로 풀어간다면 그것은 憲法裁判이 될 수 없고 그렇게 하기 위하여 美國의 違憲審査制度가 도입된다면 그 制度와 理論은 空虛하며 無意味한 것이 된다는 토그빌의 名言을

망각해서는 안 된다(Alexis de Tocqueville: Democracy in America(1964); Friedman & Israel, The Justices of U.S. Supreme Court. 4 vols(1971)).

違憲審査制度的 채택 내지 성공 여부는 各國의 그 나라 法律文化와 歷史的 背景 및 社會的 條件과 직결되는 것이다. 그래서 로벤슈타인(Loewenstein)교수는 美國式 司法審査制度的 特性을 본질적으로 이해하지 못하고 그 制度를 形式的으로 모방하여 이를 채택한 國家들은 대부분 실패할 수밖에 없다고 지적하고 있다(Political Power and Governmental Process, 1965, p. 250).

2. 美國의 二元的 司法制度

가. 聯邦裁判所와 州의 法院

美國의 司法府는 聯邦最高裁判所를 정점으로 하는 聯邦法院과 各 州마다 그 州에 소속한 獨立된 司法權을 가지고 있는 二元的인 司法制度로 구성되어 있다. 聯邦憲法이 制定되기 전부터 各 州는 州마다 獨立된 司法制度가 存在하였다. 그래서 制憲當時에 各 州 代表들 사이에 聯邦裁判所가 과연 필요한 것이냐 그리고 各 州의 司法權과 그 位相을 어떻게 설정하느냐에 대하여 상당한 논란이 있었다.

그 타협의 결과 各 州의 獨立된 司法制度는 그대로 존속시키고 聯邦體制에 필요한 制限된 權限만을 인정하는 聯邦最高裁判所를 두게 되었다. 憲法 第3條에 의해 聯邦最高裁判所를 창설하고 기타의 聯邦下級法院은 議會에서 制定하는 法律로서 설치하도록 하였다.

聯邦初期의 司法制度는 憲法에 의해 설치된 最高裁判所와 法律에 의해 그 밑에 나누어진 各 地域法院(district court)으로 구

성되었다. 그후 改革을 거듭해 現在는 聯邦最高裁判所(Supreme Court) 밑에 高等法院에 해당하는 11個의 抗訴法院(Court of appeals)와 91個의 地域法院으로 되어 있고 그 외에 3個의 特別裁判所(Court of special Jurisdiction)가 있다. 最高裁判所를 제외한 이상의 다른 裁判所는 議會에서 임의로 조정하고 設置와 廢地를 할 수 있다. 聯邦最高裁判所의 管轄 事件은 주로 (1)聯邦憲法, 法律 및 條約에 관한 違憲訴訟事件 (2)聯邦과 州 그리고 州相互間의 權限爭議事件 (3)大統領과 上下議員, 法官 등 重要 公職者의 彈劾審判事件 (4)海事 및 海洋訴訟事件 (5)外國의 大使, 公使 등에 관한 것 (6)聯邦政府가 當事者가 되거나 州政府와 外國人間의 訴訟 등을 주로 하고 있다.

州法院과 聯邦法院 간에 복잡하게 형성된 管轄사항은 法律로 정해져 있다. 보통 州法에 따라 發生한 事件은 그 州의 三級審制度가 確立된 州司法府에 맡기고 原則적으로 聯邦法院이 管轄하거나 審理하지 않는다. 그리고 州法院은 필요에 따라 聯邦法院의 管轄사건에 대하여 裁判을 할 수 있는 州法院의 特權적인 권한을 가진다. 이와 같이 一般裁判事件은 聯邦法院보다 州法院이 우선적 管轄권을 가지도록 한 完全히 獨立된 司法制度가 各 州마다 確立되어 있다. 그러므로 一般 民·刑事 事件은 各 州의 大法院에서 最終적으로 確定된다. 이 二元的인 兩裁判制度間에 생기는 배타적이고 並行的인 管轄권에 관한 規정은 대단히 복잡하다. 그리고 이 問題는 違憲審查制度를 論하는 여기에서 더 言及할 것이 아니라고 본다.

나. 裁判官의 地位와 意見權

美國聯邦最高裁判所는 裁判官은 그 任期가 없는 終身制이기

때문에 어느 大統領이든 一時에 裁判官 全員을 任命할 수가 없고 따라서 最高裁判所를 政治的으로 活用할 수 없게 되어 있다. 大統領在任 중 한두명의 재판관을 임명한 대통령이라도 그의 뜻대로 재판소의 견해를 바꿀 수는 없었다.

裁判官의 任期를 종신제로 함으로써 裁判의 獨立과 裁判官의 身分이 憲法에 의해 完全히 保障되어 그 權威는 어느 憲法機關보다 대단한 것이다.

聯邦最高裁判所는 憲法에 의해서 창설된 유일한 聯邦最高裁判所이며 그 裁判官에 의한 裁判은 모든 國家機關이 이를 존중하여야 하며 그 裁判의 結果와 內容에 대하여 다른 어떤 機關에도 다투거나 上訴할 수 없다.

議會는 裁判官의 任命同意와 그 定員의 數를 定할 權限과 그 관할 事件의 種類를 調整할 수는 있지만 憲法자체에 의해 부여된 最高裁判所의 裁判權限을 制限하거나 變更할 수는 없다. 모든 憲法機關이 그러하겠지만 특히 憲法에 의하여 그 權限과 終身의 任期가 保障되는 9명의 裁判官(justice)으로 組織되는 聯邦最高裁判所의 裁判과 그 裁判에 직접 관여하는 個人的인 裁判官의 意見이 社會에 미치는 影響이란 대단히 큰 것이다. 그래서 大統領이 在職時 裁判官을 任命할 수 있는 기회를 갖는 것을 큰 자랑으로 생각하여 裁判官의 任命과 議會의 同意는 중요한 國家行事의 하나로 다루어지고 있다.

美國의 最高裁判所는 初創期부터 裁判官의 權威와 그 意見を 최대한 존중하여 왔기 때문에 司法審査와 裁判內容이 裁判官의 個性에 크게 左右되어 왔다. 더구나 反對意見에 대하여도 判決에 明示하여 발표할 수 있도록 制度化하여 존중하여 왔다. 裁判合意의 結果는 國民에게 公開하도록 하였으며 그 決定 內容과 反對意見도 모든 國民이 분명하게 알 수 있게 되어 있다. 그래서 그

합의의 成立에 있어서 5대 4 判決인 경우 裁判官 1인의 判斷이 社會全般에 미치는 영향과 價値는 대단히 큰 것이라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 違憲審判의 全盛期에 保守的인 違憲審查에 대하여 反對論을 편 有名한 裁判官이었던 John Marshall Harlan, Oliver Wendell Holmes, Louis D. Brandeis, 그리고 Benjamin Cardozo와 Harlon F. Stone의 反對論의 哲學이 後代에 와서 美國의 違憲審查制度和 發展에 크게 영향을 주게 되고 이들이 남긴 反對意見이 오늘날의 現代最高裁判所(Modern Supreme Court)를 운영하는데 가장 중요한 부분을 이룬다. 그래서 이들을 흔히 “偉大한 反對者”(The Great Dissenters)라고 부른다.

3. 존 마샬(John Marshall)의 司法的 違憲審查理論

가. 建國初期의 政治的 背景

美國憲政史上 違憲審查制度를 분명히 확립하여 놓은 것은 마 아베리 대 메디슨(Marbury v. Madison) 사건에서 전개한 마샬(John Marshall)의 司法的 違憲審查理論이다. 이는 政治的 이유에 의해서 우연히 발생한 歷史的 事件이지만 美國의 違憲審查制의 시발을 이루는 중요한 事件이므로 그 배경과 사건의 내용을 간단히 살펴볼 필요가 있다.

美國의 건국 초기에 聯邦憲法이 制定되고 聯邦主義者인 조지 워싱턴이 大統領이 되고 존 아담스가 副統領이 되어 1789년부터 1796년까지 執權하였으나 憲法으로 統制할 國民들은 유럽 각국에서 移民 온 다양한 民族과 信仰 그리고 利害와 階層이 다른 사람들이었기 때문에 통일된 聯邦體制를 유지하는데 엄청난

장애가 있었다.

더구나 美國에 移民 온 대부분이 종교적 정치적 탄압을 피하거나 身分과 階級社會를 탈피하여 個人의 自由와 經濟的 欲求를 充足하기 위하여 新天地를 찾아 大西洋을 건너온 사람들이기 때문에 聯邦政府가 聯邦體制를 유지하는 데에 많은 취약점을 가지고 있었다. 初代 大統領 조지 워싱턴의 말을 빌리면 13個州의 聯合은 모래의 끈으로 연결되어 있을 뿐이다라고 하듯이 많은 어려움을 안고 있었다.

美建國初期 當時부터 聯邦政府 확립을 강력히 지향하는 聯邦主義派와 州의 主權尊重을 주장하는 反聯邦主義派의 對立은 심각하였었다. 이러한 상황 속에서 憲法과 法律로 聯邦體制를 확고히 해야 한다는 法律家이며 聯邦主義者인 아담스가 1796년 第2代 大統領으로 當選되어 취임하게 된다. 아담스 大統領은 자기 任期가 끝난 후에도 聯邦體制는 확고하게 유지되어야 한다는 政治的 所信 때문에 反聯邦主義 共和派인 다음 3代 大統領 제퍼슨이 취임하기 직전 聯邦最高裁判所와 司法府를 聯邦派 一色으로 任命하고 퇴임하게 된다. 이와 같이 聯邦憲法과 政治體制의 확립에 공헌한 聯邦主義者인 존 아담스(John Adams)는 初代 副統領을 지냈고, 共和派인 제퍼슨(Jefferson)은 初代 國務長官을 지냈으며 이들은 모두 辯護士 출신으로 第2代와 第3代의 大統領을 지냈다. 아담스는 聯邦國家를 건설하는데 전력을 기울여 헌신적인 공헌을 한 聯邦主義者이었고 제퍼슨은 美國의 獨立宣言文을 작성하고 人權宣言과 各州의 主權을 尊重하는 反聯邦主義的인 것을 基本으로 憲法을 理解하여야 한다는 것을 주장한 共和主義者였다. 마아베리(Marbury)事件은 바로 이러한 聯邦主義派에서 共和主義派로 政權이 넘어가는 과정에서 일어났다.

美國의 3대 대통령 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 워싱

톤 大統領 밑에서 初代 國務長官으로 있을 때 國立銀行의 設置 등 中央權力을 強化하려는 해밀턴 財務長官과의 사이에 經濟 및 外交政策을 가지고 격렬하게 對立했다. 제퍼슨은 聯邦派의 聯邦政府의 權限을 擴大強化하는 것을 막기 위하여 民主共和黨(民主黨의 前身)을 결성하여 해밀턴의 聯邦派에 對抗함으로 인하여 1793년에 辭任한다. 그후 1796년 아담스 밑에서 副統領을 하였으나 1800년 선거에서 아담스와 大統領 선거에 競합하여 勝利함으로써 第3代 大統領에 當選되자 아담스 大統領을 중심으로 한 聯邦派들은 共和派에 政권을 물려준 후에도 美國의 司法府를 장악하여 聯邦主義를 강력히 유지하려고 했다. 그래서 아담스 大統領은 任期 마지막 1개월 전에 자기의 國務長官인 마샬(John Marshall)을 공식적인 裁判所長에 任命하여 兼任시키고, 한편 聯邦派가 지배하고 있던 議會는 法院組織法(The Judiciary Act of 1801)을 制定하여 最高裁判所 裁判官 定員 6인을 5인으로 감축시키고 聯邦派 人士 16인의 聯邦巡廻抗訴法院 判事を 새로 任命하고 最高裁判所の 巡廻任務를 廢止하였다. 더 나아가 任期終了 1주일을 앞두고 聯邦派가 多數인 議會는 콜롬비아 地區組織法을 통과시켜 신설된 콜롬비아 지구 42개의 治安判事 역시 聯邦派 人士 일색으로 任命하였다. 聯邦派의 이러한 조치로 인하여 共和派와 政治的인 충돌을 야기하게 되었다. 제퍼슨은 해밀턴이 聯邦憲法을 擴大解釋하여 聯邦政府의 權限을 強化하려고 한데 대해서 對抗하고 州의 主權을 존중하고 聯邦政府의 權限을 制限해야 한다고 主張하면서 民主共和派를 結성한 사람이기 때문에 聯邦派의 이러한 조치를 용서할 수 없었다 마아베리 대 매디슨(Marbury v. Madison)事件에서 原告 마아베리(William Marbery)

는 이러한 政治的 격동속에서 아담스 大統領에 의해 그 任期의 마지막 날인 1801년 3월 3일에 上院에서 認准을 받아 任命된

콜롬비아 地區의 治安判事들 중의 한 사람이다. 그러기 때문에 아담스 大統領과 國務長官 마샬이 署名한 任命狀은 그들이 퇴임하는 마지막날까지 交付되지 못하였다. 그 다음날 새로 취임한 제퍼슨 大統領은 아직 傳達되지 못한 任命狀을 交付하지 않고 모두 無效로 處理했다.

마아베리 등 4인은 제퍼슨 大統領下의 國務長官 메디슨을 상대로 그들의 任命狀을 交付해 달라고 聯邦最高裁判所에 執行令狀(Writ of mandamus)을 請求하게 된 것이다.

제퍼슨 大統領은 또한 취임한 다음해인 1802년 위의 法院組織法 廢止案을 提案하여 議會에서 통과 확정시켰다. 거기에는 마아베리 事件을 審理中에 있는 마샬 등 聯邦派 裁判官들을 추방할 계획을 세워 彈劾을 요구하는 敎書를 下院에 提出하였다. 이것은 副統領 아론 버(Aaron Burr)의 영향하에 있던 北部 共和派의 반기로 인하여 成功하지 못하자 彈劾이 有用한 道具가 아님을 깨닫고 그 司法波動은 끝이 났지만 마아베리 事件의 決定은 이같은 政治的 激動의 渦中에서 誕生한 政治的 事件이었다. 아론 버는 대통령 선거에서 제퍼슨과 同數의 票가 나와 下院의 決選投票를 7일만에 걸쳐 36회기 되풀이 된 후 제퍼슨이 大統領에 버는 副統領이 된 막강한 政治指導者였다. 이와같은 政治的 격동속에서 判決 時點을 맞이하게 된 마아베리 事件에서, 가령 最高裁判所가 任命狀을 發付하라는 판결을 한다고 하더라도 제퍼슨 政府가 이를 無視할 것이 분명하였고 따라서 最高裁判所의 權威는 失墜할 것이 명백하였다. 그렇다고 請求를 棄却한다면 共和派의 勝勢에 패배당하여 聯邦派가 屈服하는 것이 되어 마샬은 진퇴양난의 상황이었다. 여기서 마샬이 생각해 낸 것이 美國式 司法的 違憲審查理論이었는데 이 事件에서 最高裁判所 스스로가 違憲審查權을 발동하는 기발한 理論이 나오리라고 豫想했던 사람은 없

었다고 한다(Powell, Vagaries and Varieties in constitutional Court Pretation (1956); Wright, The Growth of American constitutional Law(1942))

나. 違憲審査理論

존 마샬은 마아베리 事件請求를 裁判主文에서는 받아들이지 않으면서 그 理由에서 이 訴訟의 問題點을 열거하였다.

“原告는 그가 主張하는 任命狀을 請求할 權利가 있다. 그 權利가 侵害되었다면 法律은 그에게 救濟를 許容하여야 한다. 그리고 그 救濟는 最高裁判所로부터 執行令狀 發付가 될 수 있는 것이며 그 令狀의 性質은 最高裁判所 權限에 의하여 決定될 것이다”라고 하는 附隨意見(obiter dictum)을 強調하여 豫想 外の 理論을 展開하였다. 그 意見에서 “原告들이 論據로 주장하고 있는 1789년의 法院組織法 第13條는 聯邦最高裁判所の 原審管轄로서 認定할 수 없는 것을 規定하였기 때문에 聯邦憲法에 違反되는 것이므로 原告측의 主張은 그 理由가 成立될 수 없다”는 것이다. 最高裁判所가 原審으로서 管轄權을 가지는 것은 聯邦憲法 第3條 2項의 경우에 한하는데 이에 違反되는 法律으로써 最高裁判所に 원심관할권을 인정한다면 이는 違憲的 法律이 된다는 것이다. 憲法과 法律이 서로 相反되는 規定으로 衝突될 때 法院이 最高法인 聯邦憲法에 따라야 한다는 것을 確因宣言한 것이다. 마샬은 이 決定속의 긴 判示理由(obiter dictum)에서 聯邦憲法の 優位性을 강조하면서도 一面 당시의 政治的 狀況을 고려한 政治的인 判斷을 하여 聯邦主義를 수호하는 근거를 마련하고 最高裁判所の 權威와 位置를 지켜가는 有名한 美國式의 政治的 裁判을 하였다.

共和派는 判決主文에서 勝訴하였지만 이 判決理由에 대하여

지극히 불만을 가졌고 반면에 마샬은 自派를 敗訴시켰지만 聯邦制의 固守와 最高裁判所의 優位確立이라는 政治的 目的을 達成할 수 있었다. 더 나아가서 마샬은 各州가 聯邦政府에서 이탈하지 못하도록 聯邦憲法機關의 權限을 強化하는 것으로 만족하였다. 그래서 이 判決은 마샬의 政治的 戰略의 傑作(masterpiece of political strategy)이라고 한다. 당시의 政治的 狀況에서는 “제퍼슨主義와 思想에 대한 反動인 동시에 그 時代에 適應하는 革命的인 決斷이었다(Swisher, The Growth of Constitutional Power in U.S.(1946), p.56.).

통상적인 訴訟節次에서 보면 마샬은 자기가 事件 當事者를 直接 任命한 사람이므로 그 裁判에서 回避하여야 하는데 回避하지 않았고 또한 同 事件에 대하여 管轄權이 없다고 간단하게 却下 判決하면 되는데 지나치게 극단적인 憲法解釋까지 하였다는 批判도 있다. 하지만 그 裁判에서 隨筆式的인 長 判決理由를 設치하면서 法律의 合憲性에 대한 憲法的 判斷을 하여 司法審查理論을 展開함으로써 違憲審查制度의 確立에 기여했다. 여기에 기초하여 그후부터 美國 最高裁判所는 憲法에 反하는 法律을 違憲·無效라고 宣言할 수 있는 原則을 확립하게 되었다(Kelly & Harlison, The American constitution, A. J. Beneridge, Life of John Marshall(1919)).

그리고 이 事件은 美國 司法府의 모든 法院이 裁判의 前提가 되는 具體的 法規에 대하여 違憲與否를 審査할 수 있는 오늘날의 美國式 司法的 違憲審查制度를 確立하는데 기초가 된 것이다.

III. 違憲審查의 全盛時代

1. 聯邦最高裁判所의 違憲審判

美國 初期의 聯邦最高裁判所는 聯邦制 守護를 위해 存立했고 19世紀에 들어와서는 私有財產權의 保護를 위해 헌신했다. 이를 위하여 議會가 制定한 法律 또는 大統領이나 州政府의 조치에 대하여 違憲審査를 할 수 있었다. 그리고 이러한 保守主義的인 強力한 違憲審査를 하는 경향은 19세기 全般에 걸쳐서 美國社會를 支配하고 있었다.

建國初期에는 完全한 聯邦制를 確立하기 위하여 司法的 違憲審査가 시작되었으나 19世紀初의 태니(Rogee B. Taney)裁判所長의 時代(1836~1841)에 와서는 다소 조잡한 判決이라고 評하고 있지만 個人의 基本權保障을 위하여 違憲審査를 하는 데에까지 확대하였다. 더 나아가 19세기말부터는 産業革命, 移民의 大量 流入 등 美國社會의 急激한 變化가 일어났고 이에 適應하기 위한 議會의 立法과 行政府의 政策들이 最高裁判所의 保守的인 違憲審査로 인하여 견제를 받게 되었다. 특히 19世紀末과 20世紀初期의 産業革命으로 社會構造가 바뀌는 世界的 變革에 適應하기 위한 議會의 進歩的인 經濟·社會 立法을 私有財產權 侵害라는 理由로 無效化시키는 違憲審査를 世界 어느 나라도 생각하지 못할 때 이미 이를 적극적으로 함으로써 違憲審査의 全盛時代를 이루고 있었다. 이때의 美國 聯邦最高裁判所의 主要한 업적은 美國 司法府의 權威를 確立한 것과 憲法裁判을 통하여 保守的인 司法府가 美國을 支配하는 時代를 만들었다는 것이다. 그러나 이로 인하여 司法的 違憲審査理論에 대하여 새로운 論爭과 反對를 불러일으키기도 했지만 그러한 과정을 거치면서 現代的 憲法裁判의 母體가 되는 違憲審査의 전통과 發展을 가져오게 된다는 것을 우리는 찾아볼 수 있다.

19세기 후반은 英國 産業革命이 꽃피우고 植民地 政策으로 西

歐列強들이 世界文化를 새로이 創造하는 때이다. 이때인 1884년 22代 대통령으로 당선된 클리블랜드(Cleveland)는 뉴욕 州知事로서 南北戰爭後 처음으로 民主黨 大統領으로 탄생한 것인데 철저한 保守主義者인 홀리(Melville Fuller, 1888~1910在任)를 裁判所長으로 任命했다. 그리고 클리블랜드大統領은 23대 해리슨에게 落選되고 1892년 24대 大統領으로 4年後 다시 復歸한 유일한 大統領이다. 당시는 不況이 심각하여 과업과 失業者의 急增 등 社會不安이 增大되고 農産物價格의 下落으로 農民의 분노와 物價를 安定시켜야 한다는 소리가 높았는데 1894년 철도과업이 심해지자 軍隊를 動員하는 등 政局은 강력한 保守主義로 굳어졌다. 그 후 불과 몇 년 사이에 最高裁判所의 裁判官은 保守一色으로 바뀌었다. 이때부터 最高裁判所는 수정憲法 제14조를 당시 유럽의 政治思想家이며 哲學者인 몽테스큐나 로크(J. Locke)의 영향을 받아 絶對的인 個人主義와 自由放任主義 原則에 立脚하여 과약함으로써 個人의 私有財産과 自由를 絶대적으로 保障하는 保守的인 哲學으로 憲法을 解釋하기 시작하였다.

個人主義와 自由主義 經濟哲學에 사로잡힌 最高裁判所의 保守的 性向으로 인하여 今世紀초인 1904년 26대 大統領으로 데오도르 루즈벨트(Theodore Roosevelt)가 出現하여 武力으로 파나마 運河를 支配하는 강력한 새로운 國家主義(New Nationalism)가 國民의 絶대적인 지지속에 人氣絶頂을 이루고 있었는데도 最高裁判所는 이를 과감하게 견제를 했고 1912년과 1916년에 당선된 28代 윌슨(Wilson)大統領의 平和主義的 思想主義(Liberalism)도 無視하고 그에 따른 條約의 違憲無效를 宣言했다.

이러한 保守的인 흐름 속에서 세계 第1次大戰이 발발하고 獨占禁止政策 등 革新的이고 進步的인 國家政策을 주장하는 政治的 狀況이 대두하고 있었다. 1902년과 1916년에 각각 最高裁判所

裁判官으로 任命된 홈즈(Holmes)와 브랜다이스(Brandeis)는 이러한 時代的 요구와 흐름을 外面해서는 안된다고 保守主義를 裁判傾向에 강력하게 反對를 하였으나 保守的인 違憲審判을 막을 수는 없었다. 그 때의 裁判들을 보면 대담한 憲法裁判을 하였음을 알 수 있다. 個人의 自由와 財産權에 대한 保守的인 絶對主義思想으로 홀리(Fuller)裁判所長 時代에 聯邦法에 대한 15건의 違憲決定이 있었다. 그리고 Fuller시대에 가장 保守的인 裁判官이었던 화이트(White)가 裁判所長이 된 후인 1910~1921년에는 13건의 違憲審判이 있었고 제27대 大統領을 지낸 태프트(William Howard Taft)裁判所長 時代인 1921년~1930년에는 13건의 聯邦議會에서 制定한 法律에 대하여 保守的인 實體的 適法節次를 내세워 違憲審判으로 無效化하는 憲法裁判을 했다. 가장 保守的이고 獨占資本의 代辯者라고 칭하던 태프트 裁判所長이 1930년에 病死하고 1931년 그의 후임으로 등장한 휴즈(Hughes) 裁判所長 時代에도 前任者の 強力한 保守性은 그대로 계속되었다. 특히 휴즈 裁判所長의 時代인 1931년~1937년은 世界的인 經濟 大恐慌으로 美國의 經濟에까지 그 여파가 밀어 닦았는데 勞使紛糾까지 심각하게 번져 經濟的 社會的으로 극심하게 不安한 時代였다. 이를 해결하기 위하여 1933년에 당선된 프랭클린 루즈벨트 大統領의 뉴딜政策을 강력하게 추진하는데 必要的인 立法에 대해서까지 Hughes 最高裁判所는 적극적으로 違憲을 宣言하는 등 16건의 聯邦法律에 대한 違憲判決이 있었다. 이 시대에 다루어진 主要한 事件들을 보면 議會에서 制定한 法律을 無效化시키는 데에 지나치게 과감했다고 評하듯이 憲法裁判의 全盛時代를 이루었다는 것을 쉽게 알 수 있다(Corwin, American Constitutional History(ed. by Mason & Garrvey, 1964), p.71. cf. Abraham, The Judicial Process, p.250 f. 이러한 숫자는 1937 이후의 통계와 비교하면 매우 印象的이다.).

2. 保守的인 實體的 適法節次의 時代

第1次 大戰後 파리를 방문한 윌슨大統領은 國際聯盟規約을 가지고 귀국하였으나 1920년 3월 上院에서 그 批准을 거부당하는 등 美國의 전통적인 門羅主義로 回歸하고 있었다. 윌슨 大統領의 理想主義는 國民이 싫증을 느끼고 있었던 때라 當時의 強力한 保守勢力에 의하여 政治的으로 밀려났다. 1920년 共和黨은 候補 亂立으로 답배연기 자욱한 방에서 妥協 候補로서 幸運을 얻는 하딩(Harding)이 다음 29代 大統領으로 壓勝하여 취임하자마자 그의 선거 총참모인 테프트(William Howard Taft)를 裁判所長에 任命하였다. Taft는 1908년 27代 大統領을 지낸 政治的 巨物인데 그 대통령선거에서 選舉公約으로 個人의 自由와 私有財産의 絶對的 保障을 내세우고 實體的 “適法節次에 의하지 아니하고는 財産權을 박탈당하지 않도록 保障하기 위한 방패(bulwark)로서 最高裁判所를 유지하는 것보다 더 重要한 國內問題는 없다”고 遊說하여 無名의 하딩을 60.3%의 得票를 얻는 大勝을 하게 한 사람이다. 그리고 하딩 大統領은 政治的 前任 大統領인 테프트의 意見에 따라 나머지 다른 公席에도 確固한 保守派 裁判官으로 多數勢力을 구축하였다. 그렇게 하여 政治的 指導力을 갖춘 테프트 裁判所長에 의해 保守的인 實體的 適法節次의 時代를 確立하여 강력한 違憲審判을 하였다.

다만 그 와중에서도 1924년 30代 大統領으로 共和黨 出身 쿠올리지(Calvin Coolidge)가 當選되고 그에 의하여 1925년에 進步的 性向을 가진 스톤(Halan Stone)裁判官이 任命되어 그 保守勢力에 反對하게 된다. 그래서 保護勢力에 반대하는 Holmes-Brandeis-Stone 3인은 進步的 反對論者로서 유명하였고 이들 反

對勢力的 強力한 主張이 있음에도 불구하고 Taft 裁判所長은 그의 最高裁判所를 ‘超立法府(Super-Legislature)’라고 評을 하듯이 政治的으로 強力하게 몰고 갔다. 수많은 州法과 聯邦法을 ‘適法節次’ 違反이라는 理由로 과감하게 違憲判決을 하였다. 이를 두고 일부에서는 “違憲의 祝祭”(Carnival of Unconstitutionality)時代라고 비꼬았고 홈스(Roscoe Pound Holmes)裁判官은 自己가 속해 있는 聯邦最高裁判所를 “하늘 높은 줄 모르고 마음대로 違憲無效를 宣言한다”고 강력히 批判하였다.

이러한 保守的 適法節次 時代의 憲法審判은 당시의 社會·經濟問題를 解決하려는 立法府에서 制定과 法律과 行政府의 중요한 政策들을 違憲으로 無效를 宣言함으로써 改革意志를 霧散시키는 것이었다. 1920年代에 美 共和黨 政權下에서 美國史上 초유의 繁榮과 好景氣를 누렸다. 經濟의 自由放任, 行政의 簡素化, 低稅率로 國民의 負擔도 적은 時代였다. 보다 많은 사치와 낭비가 追求되는 반면 多數民衆의 貧困迫放을 力說하는 때였다. 그에 따라 進步的인 立法들이 制定되었으나 最高裁判所에 의해 拒否 당하자 당시 上院의 進步的 指導者들은 9명의 最高裁判所裁判官이 500여명의 上·下院議員 전체보다도 더욱 強力하고 最高裁判所의 違憲審判을 신랄하게 批判하기도 했다. 더구나 이러한 政治的 狀況에서 1929년 世界的인 經濟 大恐慌이 뉴욕 월街에 휘몰아쳐 왔다. 그것이 곧 全國으로 번지게 되어 美國은 건국 이래 처음 겪는 經濟的 社會的 難局을 맞게 된다. 이를 해결하기 위한 방안으로 뉴딜정책을 제창한 프랭클린 루즈벨트(Franklin Delano Roosevelt)가 1933년 美國 32代 大統領으로 當選되어 취임하게 된다.(F.D. Roosevelt는 서기 1933년~45년까지 재임한 미국 제32대 대통령이다).

3. 뉴딜政策과 聯邦最高裁判所

후버大統領의 취임 다음해인 1929년 2월에 월街를 엄습한 經濟大恐慌이 共和黨 時代의 종언을 고하였다. 뉴욕 州知事인 프랭클린 D.루즈벨트가 民主黨候補로 指名受諾하면서 미증유의 經濟危機를 극복하기 위한 뉴딜政策을 提唱하여 國民의 기대를 한몸에 모아 압도적인 勝利를 하였다. 1932년의 F. D. Roosevelt의 大統領 當選과 New Deal 政策은 세계적으로 심각한 經濟大恐慌으로부터 美國을 구하려는 美國史의 새로운 章을 여는 時代였다. 뉴딜政策은 대규모의 公共事業과 광범한 農民의 保護措置 등으로 實業界의 反對를 사기는 하였으나 勞動者, 農民, 黑人等 低所得層의 絶對적인 支持를 얻고 있어서 1936년 選舉에서 60.8%를 得票하는 大統領 選舉史上 최대의 勝利를 기록하는 政治的 變遷을 일으킨 政策이다. 그러함에도 불구하고 聯邦最高裁判所는 이러한 歷史的인 政治的 要求와 社會的 흐름마저 거부하였다. 保守主義 裁判官이 주도하는 당시 휴즈(Hughes)最高裁判所는 1935~1936년 사이에 무려 13개의 뉴딜(New Deal)立法을 個人의 自由와 私有財産權의 侵害라는 理由로서 違憲無效化시켰다. 그러나 이들의 裁判은 그 대부분이 5대 4 또는 6대 3으로 이루어졌기 때문에 進步的인 民主黨側의 심각한 政治的 反對도 있었다. 뉴딜(New Deal)政策이 聯邦最高裁判所에 의해 위협을 받게 되자 F. D. Roosevelt는 1937년 3월 9일 “爐邊談話”(Fire-side chat)를 통해서 “最高裁判所改革案”(Court Packing Plan)을 提示하여 뉴딜政策에 反對하는 保守的인 裁判官을 몰아내고 새로운 最高裁判所를 만들려고 했다. 즉 大統領은 70세가 넘는 最高裁判所 裁判官은 裁判을 하지 않아도 되고 그 수 만큼 裁判官을 새로 追加 任命할 수 있게 한 內容의 改革案을 議會에 提案하였다. 그러나 이것은 결국 議會가 最高裁判所의 편에 서서

받아들이지 않아 失敗하고 말았지만 루즈벨트는 美國選舉史上 唯一하게 4選을 한 가장 偉大한 大統領의 한 사람이었기 때문에 그 영향은 여러 方面에 크게 미치고 있었다. 거기에다 通貨 및 金融의 統制, 農民의 救濟, 公共 및 開發事業의 促進, 勞動組織의 整備, 社會保障制度의 實施 등을 骨子로 하는 New Deal 政策을 지지하는 進歩主義者의 勢力은 대단히 컸다. 뿐만 아니라 Corwin 教授와 같은 著名한 學者를 비롯한 學界도 루즈벨트 大統領과 뉴딜政策을 支持하여서 保守的인 最高裁判所를 批判하는 輿論造成에 큰 성공을 일으키고 있었다. 이로 인하여 最高裁判所의 動向에도 크게 영향을 미치게 된다.

이러한 輿論과 政治的 威脅속에서 다소 中道的 見解를 代辯해 오기도 한 휴즈(Hughes) 裁判所長과 로버트(Roberts) 裁判官이 뉴딜政策을 지지하는 進歩派에 合勢하여 Washington州의 最低賃金法을 5대 4로 合憲이라고 裁判하게 된다(West Coast Hotel Co. v. Parrish 300 U. S. 379(1937)). 最高裁判所는 바로 1년전에 이와 類似한 法律을 違憲이라고 判示하였는데 이를 반복하는 새로운 裁判으로써 最高裁判所이 批判勢力과 大統領 및 議會와의 政治的 충돌을 피할 수 있게 되었다. 이로써 당시의 政治的 狀況을 무마하는 계기가 되었기 때문에 이 裁判을 “9명의 裁判官을 구한 적절한 轉向”(Switch-in-time that Saved Nine)이라고 評을 하였다(Moorhead v. N. Y. ex rel Tipaldo 298 U. S. 587(1936)). 그리고 이 裁判을 계기로 保守的인 實體的 適法節次時代와 經濟的 保守主義는 쇠퇴하고 違憲審査에는 限界가 있어야 한다는 主張과 司法審査에는 二個의 原則(double standard)이 있어야 한다는 새로운 時代를 맞게 되는 전기가 된다.

4. 홈스裁判官이 違憲審査의 限界論

홈스(Oliver Wendell Holmes)裁判官은 뉴욕州知事 出身인 26代 데오도르 루즈벨트(Theodore Roosevelt)大統領에 의해 任命되었다. T. 루즈벨트 大統領은 뉴욕州知事 때에 大企業에 대한 公正課稅 등으로 社會正義의 實現을 꾀하는 進步的 知事였다. 그가 大統領이 된 후에도 대외적으로는 武力으로 파나마運河를 支配하는 棍棒外交를 展開하는 등 大膽한 外交를 하였고 內政에서도 스탠더드 오일社와 터바코의 特權의 解體, 鐵道의 政府統制強化, 郵便貯金 및 小包制의 創設 등 聯邦政府의 積極적이고 進步的인 大膽한 政策들을 펴고 그것들이 모두 奏效하여 그의 人氣는 링컨에 필적할 만큼 높았다. 그러기 때문에 당시의 保守的이었던 最高裁判所의 違憲裁判을 견제하고 聯邦政府가 推進하는 進步的인 政策을 지지하는 裁判官이 필요했다. 그래서 뉴욕의 名門出身이고 自己와 하버드大學 동창이며 自己의 進步的 政策을 지지하는 有能하고 名望이 있는 홈스高等法院長을 裁判官으로 발탁하였다. 이러한 政治的 狀況과 時代的 背景에서 出現한 홈스는 당시의 保守的인 最高裁判所의 裁判에 대하여 시종일관 進步的인 새로운 理論과 哲學으로 反對를 한 有名한 裁判官이다.

美國 裁判史에서 손꼽는 그 偉大한 反對論者 중에서 가장 유명한 홈스(Holmes)裁判官은 뚜렷한 哲學을 가진 法律家였다. 美國最高裁判所의 많은 위대한 裁判官들의 대부분이 政治的 人物이었는데 반하여 Holmes는 Harvard 法大를 나온 法學士(LL. B.)學位를 지닌 순수 法官出身의 최초의 最高裁判所 裁判官이기도 하다. 그러기 때문에 그의 人間主義的인 哲學과 法理論으로 提示한 違憲審査의 二重基準을 살펴 보는 것은 美國最高裁判所의 憲法裁判을 理解하는데 대단히 중요하다 할 것이다.

그는 누구보다도 裁判은 訴訟에 의한 司法的 判斷이기 때문

에 立法政策에 직접 관여하거나 政治的 裁判을 하여서는 안 된다고 생각하였다. 政治的 事件에 대한 司法審査權 行使에는 司法府의 非民主性으로 인하여 內在하는 危險과 限界를 가지고 있다고 하면서 裁判官이 違憲審査權 行使에는 限界가 있어야 한다는 주장을 分明히 하고 強力한 保守的인 違憲裁判에 대하여 항상 反對하면서 自制를 促求하였다. 그는 保守的인 同僚 裁判官들이 그 限界와 自制를 無視하고 과감하게 經濟 및 社會立法에 대하여까지 任意로 違憲宣言을 行使하는데 대하여 확고한 信念과 理論을 가지고 強力히 反對하였다. 그는 哲學을 가지고 항상 “國民의 基本權保障에 대하여는 적극적인 裁判을 해야 되지만 議會와 大統領의 政策的 立法에 대하여 간섭하는 裁判을 해서는 안 된다”고 말했다. 그는 政策的인 法律과 基本權에 관한 法律을 나누어 合憲性 推定の 原理를 달리 보아야 한다고 했다. 그래서 自由權에 관한 事件의 判決理由에서 Holmes는 우리나라에서도 널리 알려진 그 有名한 “明白하고도 現存하는 危險”(clear and present danger test)의 原則을 제시하여 國民의 自由를 保護하기 위한 違憲審査權 行使에는 누구보다 엄격하게 다루어야 한다고 적극적인 主張을 하는 반면 立法政策的인 事項에 대하여는 가급적 違憲의 問題로 裁判에서 간섭할 사항이 아니라는 哲學을 提示하였다. 이와 같이 그는 항상 國民의 基本權이 表現의 自由에 대한 判決에서는 自己의 人間主義的 哲學에 의한 確固한 信念을 가지고 적극적으로 保障하여야 한다고 하여 違憲審査裁判에서 지켜가야할 二個의 基準을 그의 수많은 反對理由에서 명백하게 提示하였다(Schenck v. U. S., 249, U. S. 47(1919)).

홈스裁判官의 反對理由를 종합하여 보면 民權 分野에서의 積極主義와 經濟·社會立法 分野에서의 積極主義라고 하는 違憲審査의 理論的 근거는 權力分立主義에 두고 있음을 찾아볼 수 있

으며, 또한 그의 二重基準(double standard)의 哲學은 民主主義의 基本原理에 立脚하고 있음을 엿볼 수 있다. Holmes의 判決文은 哲學的이고 思辨的이었는데 그의 論旨에는 수많은 事實과 資料로 가득차 있었다.

保守的인 同僚들이 進歩的인 社會·經濟立法을 私有財産의 神聖한 權利의 保障을 理由로 無效化하는데 대하여 Holmes와 Brandeis가 한결같이 反對하였던 것은 政策的인 社會·經濟立法이나 政治的 問題에 대하여는 國民의 代表機關의 議會의 權限에 속하는 사항이므로 이를 존중하여야 한다는 權力分立主義의 原理에 대하여 確固한 信念과 哲學을 가지고 있었기 때문이다. 그래서 Holmes와 Brandeis는 司法自制論의 要素와 積極主義者의 要素를 兼備했던 偉大한 裁判官이었으며, 또한 違憲審査의 限界를 아는 司法的 政治家(Judicial statesman)였다고 한다(물론 Brandeis는 Ashwander 判決에서 憲法判斷回避의 準則을 제시하기도 했다(Gunther-Dowling, Constitutional Law, pp.142-143)).

5. 違憲審査의 二重基準論

違憲審判 全盛時代의 保守的인 憲法裁判의 擴大에 대하여 항상 反對한 홈스와 브랜다이스裁判官들의 反對論의 哲學은 휴즈 裁判所長 時代의 스톤(Halan stone)裁判官에 의해서 完成된다.

1930년대에 New Deal 立法인 農業調整法(A.A.A.)을 違憲이라고 判定한 U. S. v. Butler에서 Stone 裁判官은 다음과 같은 有名한 反對意見을 提示했다. 議會에서 制定한 法律을 違憲이라고 宣言할 수 있는 裁判所의 權限은 司法審査에서 무시할 수 없는 두 개가 原則에 입각하여야 한다. 먼저 裁判所의 違憲審査는 法律을 制定하는 權力行使가 適法하게 이루어졌는가 하는 適法

節次에만 중점을 두어야 하며, 그 法律內容의 妥當性이나 合理性에 속한 立法政策的인 問題에까지 깊이 관여하여서는 안된다는 것이다. 다른 하나는 行政府나 立法府의 權力的 違憲的 行使에 대하여 司法的 制限(Judicial restraint)을 할 때에는 權力分立主義의 原則에 따라 司法府에 속해 있는 裁判官으로서 할 수 있는 것인가에 대하여 스스로 자제하는 자세가 있어야 한다. 立法政策的으로 잘못 制定한 法律을 廢棄하는 것은 原則적으로 裁判所의 任務가 아니고 選舉와 기타 政府의 民主的 節次에서 選出된 國民代表가 決定하는 것이다라는 認識을 가지고 스스로 自制하는 基本的인 資質을 갖추어야 한다는 것이다. 이것은 Stone 裁判官이 違憲審査에 있어서의 두개의 基本原則(Double Standard)을 明確히 宣言한 것이라 볼 수 있다(U. S. v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144(1938)).

그리고 Stone 裁判官(뒤에 裁判所長이 되었음)은 “正常的인 通商에 대한 規制立法은… 立法者의 知識과 經驗의 合理的 基礎에 根據하고 있다는 假定을 존중하여야 하며 그것이 명백하게 잘못된 것이 아닌 한 違憲으로 宣言하여서는 안된다”라고 하여 議會에서 制定한 經濟關係規制立法은 原則적으로 合憲성이 推定된다고 강조하였다.

이로서 經濟自由를 制限하는 經濟規制立法은 合憲성의 推定을 넓게 받아들여 최대한 尊重하여야 하며 人權의 自由를 制約하는 法律은 合憲性推定을 좁게 嚴格히 다루어야 한다는 “二重基準”의 原則을 明白히 確立한 것이었다(Abraham, Freedom and the Court(1972), p. 14.).

스톤(Halan Stone) 裁判官은 1925년 30代 쿠올리지(Calvin Coolidge)大統領에 의해 任命되었다. 쿠올리지는 1924년 選舉戰에서 하딩의 汚職事件이 標的이 되어 곤욕을 치루었는데다가 테

프트最高裁判所の 超立法府의인 違憲審判에 反對하는 議會의 分
위기를 고려하여 進歩的인 스톤을 任命하였다.

그후 1921년부터 1941년까지의 스톤裁判官이 일관성 있게 주
장하는 裁判哲學을 보고 1941년 F. D. 루즈벨트大統領에 의해
裁判所長으로 任命되었는데 그의 在任期間인 1946년까지 그의
憲法審判의 二重基準의 原則을 多數意見으로 憲法裁判의 原則으
로 確立하였다.

그후 美國 聯邦最高裁判所가 하고 있는 이 準則 즉 經濟社會
立法에서는 自制하고 民權分野에서는 積極的이어야 하는 理由는
무엇인가, 그리고 法院이 이와 같이 二個의 基準을 採擇하는 것
을 어떻게 論理的으로 正當化할 것인가 하는 問題에 대하여 研
究과제로서 많은 논란이 있었다. 이것은 法實證主義者들의 型式
理論으로 볼 때 論理的으로 많은 문제가 있어서 解答하기는 어
렵다. 하지만 憲法裁判은 實質的 狀況을 고려하여야 하는 것이므
로 實際的인 必要에 의해서 美國의 最高裁判所가 現實狀況에 적
절하게 適用하여 合理的으로 運營하고 있다. 聯邦最高裁判所는
단순한 爭訟事件의 紛爭解決者만이 아니라, 憲法을 守護하고 市
民的 自由를 效果的으로 保障한다는 英美法의 특유한 合理的 理
由에서 이와 같은 原則이 나온 것이므로 自然法思想이나 COMMON
LAW(Common Law)理論에서 解答을 찾아야 할 것이다. 이런 유연
한 憲法解釋으로 聯邦憲法을 守護하여 옴으로 인하여 美國의 聯
邦最高裁判所는 오늘날까지 憲法의 象徴(symbol)으로 추앙되고
있다. 이러한 原則과 哲學은 理論上의 問題를 떠나서 1937년 이
후의 美國 聯邦最高裁判所를 運用하는 주요한 哲學으로 作用하
여 왔으며 특히 Warren 裁判所長 時代에 民權分野에서 自由와
平等을 保障하기 위한 새로운 憲法裁判을 펴 가는 始原을 形成
하는 기초적인 理論이 되고 있다는 점에 큰 意義가 있다고 할

것이다.

美國의 司法的 違憲審査제는 憲法上 明文의 근거가 없음에도 불구하고 美國 司法府가 違憲審査權을 行使하는 過程에서 이를 적극적으로 행사하여야 한다는 主張과 거기에는 限界가 있어야 한다는 主張이 서로 相互交合하면서 發展하여 왔고 이것이 오늘날의 유럽 大陸法系의 憲法裁判所가 창설되고 發展하는데 크게 영향을 주었다.

IV. 現代 憲法裁判의 動向

1. 워렌(Earl Warren)의 裁判所의 性格

聯邦最高裁判所는 200년이 넘는 긴 歷史를 가지고 있지만 지금까지 任命된 裁判官은 약 100여명에 불과하다. 裁判所長도 裁判 때에는 다른 裁判官 8명과 함께 그 중의 1인으로 權限을 행사할 뿐이다. 그런데 二次 世界大戰 後에 任命된 워렌裁判所長은 現代的 憲法裁判을 강력하게 확립한 대표적인 人物이다.

1953년 워렌(Earl Warren)裁判所長의 就任시기는 독일, 이태리 등 유럽에서 憲法裁判所가 창설되고 세계적으로 憲法裁判時代가 전개되는 때여서 憲法裁判 發展史에 있어 새로운 轉期를 마련하는 것이었다.

워렌 裁判所長 時代는 人種問題, 刑事司法의 運營, 政治過程의 作用을 支配하는 중요한 政治的인 問題까지 적극적으로 관여하여 憲法裁判의 原則을 새로이 確立시켜 왔다. 美國의 司法審査制度를 憲法裁判으로 활용하여 그 機能을 확대함으로써 社會的 영향은 대단히 큰 것이었다. 반면에 이 變化는 너무나 광범위하고

迅速한 것이었기 때문에 最高裁判所의 正當한 役割이 무엇인가 하는 司法的 違憲審査制度에 대하여 많은 비판과 새로운 論爭을 야기시키기도 했다. 이 問題는 議會의 權限과 關係되어 議會指導者의 反발이 있었고 특히 法律家 出身인 닉슨大統領 같은 사람은 選舉에서까지 이에 대하여 공격을 하고 나올 정도로 政治的으로도 飛火되었다. 이것은 주로 聯邦最高裁判所의 憲法上의 地位와 憲法裁判의 機能에 관한 것이었다(Archibald Cox, The Warren Court, 1968). 그러나 이 時期는 유럽에서도 憲法裁判制度가 現代民主社會의 維持·發展에 필수적인 制度로 확인되고 各國의 憲法이 憲法裁判의 時代를 열어가고 있는 때였기 때문에 美國 最高裁判所의 積極的인 違憲審判은 20世紀 후반의 世界적인 憲法裁判의 時代를 열어가는 데에 결정적인 의미를 갖는다.

워렌은 캘리포니아 州知事에 세번이나 當選된 共和黨員이었고 그 후 共和黨 내의 進歩派에 대한 政治的 배려로 34代 아이젠하워(Eisenhower)大統領에 의해 最高裁判所長에 任命되었다. 1952년 共和黨候補로 出馬한 아이젠하워는 제2차 世界大戰의 英雄이 있으나 政治人은 아니었다. 그는 反共政策, 韓國戰爭 解決, 부패 단절 등 經濟發展과 國際平和維持라는 슬로건을 내걸어 大統領에 當選되었다. 하지만 당시 政治的인 기반이 약한 아이크는 共和黨內의 여러 가지 政治的 事情을 배려하여 西部에서 가장 큰 영향력을 가진 캘리포니아 州知事인 워렌을 1953년에 裁判所長으로 任命하였다. 그 州知事로서의 워렌은 상당히 保守的인 政治指導者였기 때문에 進歩的인 民權을 強調하는 裁判官이 되리라고는 아무도 생각하지 못하였다고 한다(Murphy, The Constitution in Crisis times(1972)).

물론, 裁判所長도 裁判 때에는 裁判官 9名 中の 한 사람으로 단 1표를 행사하는데 불과하므로 그 裁判을 完全히 支配할 수는

없는 것이지만 워렌만은 偉大하고도 탁월한 政治的 指導力을 가지고 違憲審判을 과감하게 이끌어 온 裁判所長이었다. 단순한 裁判官이 아니라 憲法裁判의 신기원을 이루어 오늘날 美國의 違憲 審査制度를 確立한 司法政治家였다고 말한다. 그가 남긴 有名한 裁判들의 動向을 보면 人間의 自由와 平等에 대하여 “美國의 理想(American Dream)”을 구현하였다고들 한다. 그래서 이 時代의 變化를 가히 “憲法革命(Constitutional revolution)”의 時代라고도 한다(Corwin, The constitutional and what it means today, 1973, p.245)

2. 司法的 立法形成理論

가. 司法審査의 神聖한 原則

워렌(Warren)裁判所는 美國의 司法審査制度를 이와 같이 憲法 裁判制度로 적극적으로 改革하므로 인하여 裁判을 단순히 法을 發見하고 宣言하는데 그치지 않고 裁判으로 立法을 形成하고 統合하는 實現作用으로 과감하게 違憲을 宣言하였다. 그로 인하여 憲法裁判의 本質과 機能에 대하여 새로운 認識을 갖게되고 그에 따른 새로운 立法形成理論의 문제를 제기하였다.

많은 사람은 그때까지 最高裁判所는 司法府의 最高機關으로서 權力分立의 精神에 따라 法을 創造하되 그것은 制限된 범위 내에서 間隔만을 채울 뿐이다라고 생각해 왔다. 裁判官은 자기의 主張과 理想을 判決에 投入해서는 아니되며, 신성한 法律上的 原則下에서 法律의 內容을 解釋適用하는 裁判만을 하여야 한다는 것이었다. 그래서 그 神聖한 原則(Consecrated Principle)이란 무엇인가에 대하여 집중적으로 연구가 되었다. 이러한 問題는 바로

民主社會에서의 司法府를 構成하는 法院이 찾아야 할 問題이며 나아가 憲法裁判의 正當한 役割이 무엇인가 하는 原則을 찾는 새로운 課題로서 論議하여야 할 것이라고 하였다(Cardozo, The nature of judicial Process(1921) p.113, p.141).

이 問題는 마샬(Marshall) 最高裁判所에서 現代 最高裁判所에 이르기까지 理論上 가장 重要한 論爭의 對象이었으며, 美國의 裁判官과 憲法學者들이 그 解答을 찾으려고 勞力한 것이다. 그러나 裁判官이 高貴하고 神聖한 原則만을 그 判決에 投入한다는 것은 매우 바람직한 理想이지만 美國의 司法審査의 歷史가 보여 주듯 美國의 聯邦最高裁判所는 그 神聖한 原則만을 찾는 것이 아니라 그 時代의 精神과 現實的 狀況을 그 判決에 과감하게 投入하는 憲法裁判을 하여왔다. 美國의 違憲審査에는 事件의 解決을 위한 事實의 確定인 判決事實 以外에 法律制定의 기초가 되는 立法形成過程의 立法事實에 대한 合理的 根據인 社會的, 經濟的, 政治的 狀況 등 一般 現實的 事項이 크게 고려되어 裁判에 영향을 미쳐왔다. 이것이 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 司法的 立法形成理論을 確立하는 憲法裁判의 새로운 理論이 되고 美國司法府의 違憲審査制度가 定着되는 根源이며 특징이라 할 수 있다(女性의 勞動時間을 規制하는 오레곤州法の 合憲論爭에서 한 브랜다이스의 論據 Muller v. Oregon, 208, U. S.(1908)).

워렌(Warren)時代에 이르러 전개되는 새로운 憲法裁判의 動向은 美國裁判史上 類例가 없이 광범위한 社會的 政治的인 문제에 깊이 관여했고 그 時代의 現實的 狀況들에 대하여 憲法的 正義를 實現할 수 있었던 것은 1919년 매클로치 대 메릴랜드州 事件의 判決에 기초하고 있다. 즉 『憲法은 장차 유구한 세월에 걸쳐 人間社會의 온갖 위기와 변화에도 지속적으로 適用할 수 있도록

유연하게 만들어진 것이다』라고 美國聯邦憲法の 유연성과 간결성을 宣言하면서 最高裁判所の 憲法解釋과 違憲審査에는 유연하게 그 時代의 現實狀況에 적응하여야 한다고 判示하였다.

이러한 憲法과 憲法裁判의 柔軟성이 美國의 憲法을 守護하고 違憲審査制度를 발전시켜 왔다(Robert G. McCloskey, The American Supreme Court, The Univ. of Chicago Press(1960)).

나. 워렌(Warren)의 違憲審査 理論

美國의 初期 존 마셜 時代에서 시작된 司法的 違憲審査가 워렌시대에 와서 完成되었다고 할 수 있는 것은 워렌(Warren)時代의 많은 民權關係判決에서 보여준 다음 몇 가지의 새로운 憲法裁判의 原則과 理論에서 찾아볼 수 있다. 첫째, 憲法の 守護를 裁判의 至上任務로 생각하였으며, 특히 個人의 自由와 權利를 保障하는 權利章典은 그 時代에 따라 변하는 것이 아닌 거의 絶對的인 眞理로 確立하고 있다는 것이다. 이것은 워렌 자신이 個人의 自由와 權利를 保障하는데 代만해서는 안된다는 그의 확고한 信念을 가지고 있는 데에서 나온 것임을 그의 취임사에서도 찾아볼 수 있다.

둘째, 聯邦最高裁判所の 違憲審査에 있어서는 一般 法院과는 달리 裁判을 回避하는 事項이 있어서는 안된다는 것이다. 종래에 많이 論議되던 “憲法裁判回避의 準則”을 無視하고 獨創적으로 裁判할 수 있다는 것이다. 政治的이고 社會的인 모든 政策的 問題에까지 憲法적 正義에 立脚하여 判斷되고 그 憲法の 最高性的 價値가 現實에 適用·實現되도록 裁判을 하여야 한다는 것이다.

憲法裁判에 있어서 요구되는 것은 새로운 “憲法裁判의 選好”(Willingness to decide constitutional issues)라고 말할 수 있

으므로 이 時代의 要請에 따라야 한다는 것이다. 이러한 課題들을 憲法裁判의 對象으로 광범위하게 확장하여 새로운 違憲審査理論을 確立하였다는 것이다.

셋째, 美國司法秩序를 支配하고 있는 基本的인 先判例拘束原則(Stare Decision)을 聯邦最高裁判所の 憲法裁判에서는 거의 完全히 無視하고 獨創적으로 裁判한다는 것이다. 憲法問題에 관한 한, 最高裁判所는 從來의 判例에 구애됨이 없이 裁判을 하였고 나아가 前代의 判決을 뒤엎는 作業으로 始終해서 先判例를 살펴 보아야 한다는 一般原則은 설 자리가 없어졌다고 한다(Douglas, We the judges, 1956, p.429).

넷째, 憲法問題에 관한 한 最高裁判所는 管轄權의 有無를 스스로 決定하여 裁判함으로써 管轄문제에 관한 裁判의 制約을 받지 않았다. 每 開廷期마다 裁量審査權을 行使하여 憲法上 國家的으로 重要な 事件만을 限定하여 事件을 審理한다. 裁判官들은 數千件의 事件 中 스스로 審理할 事件을 選擇하는 權限이 있고 그 나머지는 事件移送命令狀 許可節次에 의하여 却下되거나 移送하여 處理한다. 그로 인하여 裁判으로 관여할 수 없다는 政治的 問題의 領域에 대해서도 워렌(Warren)時代에는 大幅으로 擴大되었다. 最高裁判所는 政治問題에도 과감하게 관여하는 判決을 하여 이른바 “政治的 덩불”(Political thicket)에 뛰어들었고 나아가 議會의 내부문제도 制限의 이나마 最高裁判所가 統制를 하게 되었다(Gunther-Dowling, Constitutional Law(1970), pp.577-587).

다섯째, 憲法訴訟에 있어서는 裁判의 對상을 制限하는 當事者 適格(Standing)의 要件을 嚴格히 要求하지 않았다. 當事者適格의 問題야말로 訴訟法上的 形式要件을 가지고 裁判을 배척하는 경우가 많아서 결과적으로 裁判權의 限界를 가져오는 訴訟法上的 準則이며 司法府의 立法府化를 防止하는 안전판이라 할 수 있었

는데, 이를 嚴格하게 解釋하지 않았다. 오히려 이를 고려하지 않고 裁判을 통한 立法形式의 役割을 助力하는 쪽으로 그 原理가 發展함으로써 違憲審査로서 憲法裁判의 機能과 範圍를 확대하여 왔다는 것이다. 따라서 消費者保護團體 등 社會公共利益集團도 當事者 適格이 있는 것으로 訴訟要件을 확장함으로써 인하여 市民의 權利保護와 教育 및 環境法에 관한 憲法訴訟이 可能하도록 하였다.

여섯째, 憲法을 그 時代의 現實的 狀況에 맞추어 創造적이고 積極적으로 解釋하였다. 立法形成的 政策判斷의 質을 높이기 위하여 새로운 理論과 經綸 새로운 情報과 專門家の 見解 그리고 特殊利益集團의 利害를 調整하기 위하여 事件審理에 있어서 다양한 政策的 見解를 가진 參考意見을 청취할 수 있는 節次上的 問題를 改善하고 새로이 採擇하였다. 따라서 憲法, 특히 權利章典에 대하여는 絶對的인 意味를 부여하여 自由와 基本權에 대한 價値를 그 時代에 맞게 적절하게 適用함으로써 憲法規範의 最高 價値性을 裁判을 통하여 과감하게 實現한 것이다.

일곱째, 무엇보다 重要한 것은 “二重基準”의 原則을 憲法裁判의 基本的 準則으로 確立한 것이다. 이 점에서 워렌(Warren)時代의 憲法裁判은 19세기말부터 New Deal 時代에 이르는 保守的 違憲審査의 全盛時代와 근본적으로 다른 것이다. 이것은 새로운 時代的 要求에 立脚한 現代的 意味의 憲法裁判制度를 確立하는 準則과 限界를 제시하는 새로운 憲法裁判理論이라고 할 것이다.

3. 워렌(Warren) 時代의 憲法裁判의 動向

워렌時代의 違憲審判에서 보여 준 理論과 그 動向은 1950년 이후 美國 뿐만 아니라 全世界의 憲法裁判制度에 미친 영향이

대단히 크므로 여기에서 중요한 몇 개의 判例를 더 살펴볼 필요가 있다.

워렌(Warren)最高裁判所の 進歩的이고 自由主義的인 違憲審判은 일관된 哲學을 가지고 民權의 全分野에 廣範하게 확대하였다. 무엇보다도 公立學校에서의 黑白間의 統合을 命한 人種差別撤廢는 당시의 美國內의 여론과 분위기로서는 대단히 놀라운 과격적인 결단으로 볼 수밖에 없는 그의 초기의 代表的인 裁判이다 (Brown v. Board of Education at Topeka, 347. u.s. 483(1954); Coopee v. Aaron, 358. u.s. 1(1958)).

그리고 계속해서 國會의 調查機能과 言論의 自由問題, 被告人의 權利 등이 1950년대에 주로 다루어졌다. 그 중에서도 言論自由에 대한 自由主義的 判決은 역시 대담한 것이었다(Abraham, Freedom and the Court(1972), p.205; Shapire Freedom of Speech: The Supreme court and Jundicial review(1966), p.172).

60년대의 選舉區 有權者의 主權과 관계되는 人口數의 平等問題, 被疑者의 人權과 관계되는 基本權 保護問題, 宗教의 自由, 기타 行動的 表現의 自由에 대한 絶對的인 保障問題 등 그 때에 宣告된 과감한 憲法裁判은 政治的 立法을 비롯하여 美國社會 全般에 크게 影響을 주었다. 이 憲法裁判은 단순히 基本權 擁護 뿐만이 아니라 聯邦最高裁判所를 憲法裁判所로서 그의 位相을 確立하고 憲法主義를 實現시켰으며 裁判을 통하여 憲法의 現實的 實現作用을 命하는 憲法上의 意志를 심어주는 裁判을 한 것으로 평가된다(Alexander v. Holmes County Board of Education, 396 u.s. 19).

이 때의 違憲審查는 지나치게 대담하고 모험적인 憲法裁判으로써 司法府가 社會적인 모든 문제를 憲法으로 해결하려고 한다는 비판과 반대도 많았다. 그러나 그로 인하여 20세기 후반은 憲法裁判의 時代라고 말하듯이 現代의 憲法裁判의 發展에 새로운

전기를 마련하여 준 것은 부정하지 못할 것이다. 따라서 그러한 憲法裁判에 대하여 贊反論爭이 많았지만 그 結論이 어떻게 評價되든 그것은 별개의 문제이다.

오히려 워렌(Warren)最高裁判所の 이러한 새로운 憲法裁判理論은 二次大戰 前의 獨裁國家와 帝國主義 植民地時代가 끝나고 自由民主國家가 世界 곳곳에서 탄생하는 時代였고 그 新生國家가 獨立하는 世界 조류에 副應하는 것이라고도 할 수 있다. 그리고 國內的으로는 美國의 聯邦政府和 州政府의 역할이 國民의 要求와 歷史의 흐름에 따라가지 못하고 中央政府와 議會가 憲法機關으로서 해야 할 自己 課業을 다하지 못한 데에서 聯邦最高裁判所가 그 任務를 代身할 것이라고 보는 見解가 많다는 것도 알아 한다(Cox, The Warren Court(1968), p.118 Much of the activism of the Warren Court is the consequence of the neglect of other agencies of government).

當時 美國의 議會가 國民의 社會的 欲求를 充足할 수 있는 機能을 다하지 못하여 停滯狀態에 빠진 民主主義의 眞空(Vacuum)을 招來하였기 때문에 그것을 最高裁判所가 메웠다는 政治的 背景을 가지고 있었다고 보는 見解가 많다는 것이 19세기부터 New Deal 時代에 이르는 最高裁判所가 議會와 政府의 積極적인 立法政策 수행기능에 保守的인 哲學을 가지고 制動을 한 保守的 積極主義와 근본적으로 다른 큰 差異點이라는 것이다.(McCloskey, The Modern Supreme Court(1972), p.358).

워렌(Warren)最高裁判所를 비판하는 사람들은 裁判의 限界點을 無視하고 憲法裁判을 政治的으로 擴大했다는 것이나 그로 인하여 美國의 司法審查와 統治方式을 크게 바꾼 것은 事實이다. 最高裁判所가 政治에 관여하고 社會改革을 하는 것은 限界가 있는데, 그것을 무시하고 裁判을 擴大하여 統治作用에 逆效果를 가져왔다는 主張도 많은 것은 事實이다. 그러나 지배적인 見解는

워렌最高裁判所가 자신의 權限을 남용하거나 이탈하였다고 主張하는 것은 크게 잘못된 것이라고 보고 있다. 全般的으로 볼 때 50년대와 60년대의 最高裁判所의 判決의 흐름은 새로운 美國을 건설하는데 기여했고 나아가 美國史의 주된 흐름과 美國國民의 要求에 合致하는 것이라고 한다.

워렌(Warren)時代의 最高裁判所는 항상 政治的 소용돌이 속에서 과감하게 새로운 命令을 하는 裁判을 하였다. 黑白間의 人種差等を 撤廢하라, 不平等한 選舉區를 人口比例로 再劃定하라, 被疑者의 基本權을 制限하는 刑事節次를 改善하라라고 하는 과거에 없던 大膽한 判決을 宣告할 때마다 新聞의 일면을 裝飾하곤 했다. 당시 最高裁判所의 動向은 文明된 美國을 건설하기 위한 “改革의 道具(instrument of reform)로서 憲法裁判을 적절히 運用하였다는 것이다. 그리고 憲法裁判制度의 確立에 기초를 이루고 이것이 오늘날 世界的으로 憲法裁判의 時代를 열어가는데 크게 影響을 주는 획기적인 공헌을 남긴 것은 누구도 부인할 수 없다는 것이다(Cox, The Role of the Supreme Court in American Government(1975), p.100).

4. 現 美國最高裁判所의 裁判動向

가. 새로운 違憲審查時代

워렌裁判所長의 時代가 끝나고 버거(Burger)裁判所長의 새로운 違憲審查時代를 맞는다. 1968년은 大統領選舉의 해였는데 그 해 3월 존슨大統領은 베트남戰爭의 反對를 외치는 강력한 批判 속에서 再出馬의 포기宣言을 했다.

그런 가운데 共和黨候補였던 닉슨(Richard Nixon)은 워렌式 裁判에 대하여 맹렬한 批判과 攻勢를 하면서 大統領이 되면 法

을 嚴格히 解釋하는 保守主義者를 裁判官에 任命하겠다고 하였다. 그 와중에 그해 6月 워렌裁判所長도 은퇴를 표명했는데 워렌의 裁判動向을 支持하는 進步的 人物이 존슨大統領 퇴임 전에 後任者로 任命되기를 열망했다. 존슨도 自由主義에 부응하는 人物을 자기가 任命하고 싶었으나 保守派의 反對로 議會의 認准을 받지 못해 철회하고 말았기 때문에 후임裁判所長은 次期 大統領이 지명하게 되었는데 그해 닉슨이 大統領으로 당선되었다. 닉슨(Nixon)大統領은 그가 취임한 1969年 憲法을 嚴格하게 解釋하여 最高裁判所가 政府와 議會政策的인 立法活動에 적극적으로 관여하지 않을 保守的인 人物로 認定되는 콜롬비아地區 抗訴審 判事였던 버거(Warren Burger)를 議會의 認准을 받아 後任 裁判所長으로 任命했다. 버거最高裁判所는 司法府는 立法府의 判斷을 최대한 尊重해야 하며 중요한 社會問題나 經濟的인 問題는 항상 國民의 代表機關인 議會와 大統領에 맡겨야 한다는 政治的인 분위기 속에서 탄생한 것이다.

닉슨 大統領은 역대 어느 대통령보다 많은 4人의 保守的인 裁判官(Burger, Blackmun, Powell, Rehnquist)을 任命할 수 있는 幸運을 가졌는데 그를 기화로 워렌最高裁判所 같은 憲法裁判의 積極的인 動向을 막고 憲法裁判을 擴大하지 않는 保守的 裁判所로 만들려고 하였다. 그러나 버거最高裁判所도 결코 그렇게 되지는 않았고 오히려 美國社會의 중요한 모든 分野에 깊숙히 관여했다. 社會的으로 깊은 관심과 격렬한 論爭이 된 死刑制度의 違憲性, 落胎論爭, 黑白通學問題(school busing)등 政治的인 중요한 社會문제를 적극적으로 違憲宣言을 하였다(Roe v. Wade, 410, U. S. 113(1973), 扶養責任에 관한 父와 母의 差別規定에 대한 違憲判決 Weinbenger v. Wiesenfeld 429. U.S. 636(1975)).

워렌時代의 憲法裁判의 動向은 1970年代의 Burger 最高裁判所

에까지 이어져 유명한 Watergate 사건, 국방성 기밀문서사건 등을 처리하게 된다. 그래서 버거 最高裁判所도 内部的으로는 強力한 反對意見도 다양하게 많았지만 워렌時代에 못지 않게 憲法裁判을 적극적으로 하였다고 한다.

그리고 内部的인 裁判節次에 있어서는 많은 發展이 있었다. 政策形成的 性格이 있는 事件들을 보다 수준높은 상태에서 재판하기 위하여 美國辯護士會 및 團體들과 긴밀하게 協力하여 事件의 質과 裁判의 信賴性을 증진시키기 위해 辯護士들의 法廷出席과 辯論을 向上시킬 수 있도록 內部指針과 節次를 발전시켜왔다. 1968년에 설립된 聯邦司法센터와 1971년에 창설된 州法院을 위한 全國司法센터를 두어 이를 助力하게 하였다. 聯邦最高裁判所に 제출하는 意見書 등의 裁判書式도 基本的인 것만을 간략하게 記載케 하여 重要한 爭點을 정리한 20내지 30페이지 이내에서 분명하게 간소화하도록 하였다. 심지어 가장 유명한 일류辯護士들조차도 憲法裁判에서는 자발적으로 辯論연습을 하고 法廷에 出席하여 裁判節次를 權威있게 진행하도록 하는 등 憲法裁判의 節次와 書式 및 進行을 現代化시켰다.

그러나 Burger 最高裁判所는 워렌最高裁判所와 같이 일관성이 있는 人間主義와 自由主義의 哲學이나 理念이 없었다고 평가하고 있다. 심지어 확고한 哲學도 없이 case by case에 의한 사건 해결을 시도하였기 때문에 裁判所長으로서의 指導力이 없는 無能한 人物이었다고 논평하기도 한다.

그것은 닉슨大統領에 의해 任命된 保守的인 裁判官들에 의해 違憲審査의 基準을 立法의 目的과 立法政策의 達成을 위한 手段 등의 合理性에 대하여 嚴格한 基準이 고려되어야 한다는 憲法의 嚴格解釋論이 싹트고 強力하게 主張되는 時期였기 때문에 그렇게 될 수밖에 없었다고 볼 수도 있을 것이다.

이 때의 엄격한 합리성의 기준은 1938년 Carolene관결에서 스톤재판관에 의해 확립된 二重基準論으로부터 확립된 傳統的인 합리성의 기준과는 다른 違憲審査의 嚴格한 기준을 要求하고 이것이 平等保護의 領域에까지 확대되어야 한다는 根本적으로 다른 새로운 嚴格解釋論이 강력하게 등장하였다. 그래서 그때의 判決文을 보면 事件마다 그 主張과 理論의 哲學이 다르고 일관성이 없었다는 것이다. 그리고 닉슨에 의해 任命된 保守的인 共和黨 出身 裁判官이 多數가 있었고 그 裁判官들의 意見도 各양각색으로 너무나 분열되어 있었는데 이를 통합 조정하지 못하였다. 거기에다 어디까지가 多數意見인지 識別하기 어려운 結論을 가지고 裁判한 것이 많아 最高裁判所의 權威와 位相을 확립하지 못하였다고 혹평하는 사람도 있었다.

나. 嚴格解釋論時代

버거의 후임으로 憲法解釋을 嚴格하게 하는 現 령퀴스트의 新 保守主義時代를 맞이한다.

령퀴스트(Rehnquist)재판소장은 닉슨大統領에 의해서 裁判官으로 指名되고 1986년 保守的인 政策을 가지고 大統領選舉에서 壓勝한 共和黨 出身인 레이건大統領에 의해 所長으로 任命되었다. 레이건은 작은 政府를 選舉公約으로 하여 當選된 保守主義 哲學을 가지고 있었기 때문에 모든 聯邦憲法機關은 그 權限을 嚴格히 縮小 解釋하여 最小化하는 것이 國民의 自由를 最大限 保障하는 것이고 國民의 힘으로 偉大한 美國을 건설해야 한다고 곳곳에서 選舉 演說을 한 사람이다. 이러한 政治的인 哲學은 버거最高裁判所의 裁判에 대하여도 가급적 그 權限을 擴大하고 國家의 重要政策이나 政治問題에 關여하는 것을 바라지 않았다. 그

래서 같은 共和黨員이었으며 항상 裁判에서는 憲法解釋을 嚴格하게 하여 裁判權 行使를 축소하여야 한다고 하면서 違憲宣言을 反對한 保守的인 렝퀴스트裁判官을 裁判所長으로 任命하게 되었다. 렝퀴스트는 共和黨에서도 가장 保守的 政治人이었던 골드워터(Barry Goldwater)大統領 候補(1964年 選舉에서 존슨에게 落選 됨)의 選舉참모였고, 닉슨 行政府에서는 法務次官을 지냈다. 그후 같은 共和黨 出身인 닉슨 大統領에 의해 1972년 最高裁判所 裁判官으로 任命되어 버거時代에도 주요한 裁判에서 最保守的인 嚴格한 憲法解釋과 反對理論을 전개한 사람이다. 그가 버거의 후임으로 裁判所長이 된 후에 違憲審査는 憲法을 嚴格하게 解釋해야 하고 保守的이어야 한다고 主張함으로써 憲法裁判의 效率성과 유연성이 없다는 많은 비판을 받고 있다. 그러함에도 불구하고 그에 개의치 않고 그 保守的인 硬直된 哲學을 가지고 憲法裁判을 嚴格하게 하여야 한다고 고집하고 있다. 그러므로 現 렝퀴스트 最高裁判所長 時代에 와서는 효율적 違憲審査機能을 유연성 있게 하지 못한다고 많은 사람이 批判하듯이 多小 되보하는 경향을 띠고 있다고 한다. 그리고 여러 곳에서 現職 裁判所長의 身分을 가지고 이러한 哲學을 바탕으로 강연을 하여 學界의 많은 批判이 있기도 하다.

그러나 워렌과 함께 아이젠하워 大統領에 의해 지명되어 워렌 裁判時代를 이끌어 온 윌리엄 브레넌裁判官을 필두로 하는 4名의 進歩派 裁判官이 있어서 保守 대 進歩의 비율은 5대 4로 구성되어 保革 균형을 이루고 있다. 그래서 오늘날 렝퀴스트의 美國 最高裁判所가 保守主義로 회귀하고 있다는 징후를 보이고 있듯이 嚴格解釋論時代가 展開되고 있지만 美國 最高裁判所의 전통적인 違憲審査制度는 계속되고 있다.

그러면 렝퀴스트의 嚴格解釋論은 무엇인가. 본래 違憲審査에

있어서 合理的인 基準과 嚴格한 審査基準의 區別은 1930년대의 二重基準에서 나온 것이다. 그러나 現代에 와서는 嚴格解釋論이라는 것은 社會經濟關係의 立法에 대한 審査는 물론 平等保護의 領域에까지 立法의 目的 및 手段의 合理性과 國家的 利益을 고려해야 한다는 새로운 基準을 제시하는 데에서 二重基準論 時代의 理論과 基準이 다르다. 이것은 1936년 브랜다이스裁判官의 補充意見에서 밝힌 『明白性の 原則』을 憲法裁判에는 基本的인 基準으로 審査되어야 한다는데 기초하고 있다고 볼 수 있다 (Ashwander v. Tennessee Vally Authority, 297, U.S. 288(1936년)).

憲法裁判에서의 違憲審査의 方法과 基準은 그 時代의 要求와 裁判官들의 哲學과 信念에 따라 多小 다르고 변하지만 美國의 司法制度와 憲法裁判은 어느 누구도 根本적으로 否定할 수 없는 확고한 기반을 가지고 있는 것이다.

1990년 34년을 봉직한 84세의 最年長者이며 憲法裁判에 가장 큰 영향을 미쳐온 進歩勢力的의 代表者인 브레넌裁判官이 건강의 악화로 은퇴하고 부시대통령에 의해 온건보수주의자인 연방항소법원의 판사인 데이비드 수터裁判官이 지명됨으로써 最高裁判所 內의 保革均衡이 깨어질 것이라는 여론과 더 強力한 保守時代가 될 것이 아닌가 우려하고 있다. 그러나 브레넌裁判官 등 進歩派가 주장하는 바와 같이 實定法의 엄격한 해석으로 憲法의 基本價値를 잃게 해서는 안된다는 美國 聯邦最高裁判所의 전통과 기능은 어느 누구도 근본적으로 무시하거나 變更하지는 못할 것이다.

이것은 1989년 Texas v. Tohnson 사건에서 星條旗 조각행위를 금지한 텍사스州法을 表現의 自由를 侵害할 수 없는 憲法修正 第1條에 違反된다고 宣言하고 이어서 1990年 6月 國旗에 대

한 소각 등 모독행위를 處罰하도록 規定한 聯邦國旗保護法을 違憲으로 宣言한 것을 보아도 알 수 있다. 國旗모독행위가 表現의 自由에 속하는 것인가 하는 문제에 대하여 社會의 많은 批判을 불러 일으키고 改憲論爭으로까지 飛火되었으나 美國은 表現의 自由를 억압할 수 없다는 憲法意志를 확고하게 보여주는 전통과 기반을 가지고 있는 것이다.

美國의 歷代 大統領과 議會의 政治勢力이 자기들의 哲學을 憲法裁判에 투입하려고 裁判官의 任命과 同意에 있어서 政治力을 발휘하였으나 裁判官이 任命된 후에는 憲法과 個人의 基本權 守護를 위해 所信을 굽히지 않았다. 美國은 聯邦最高裁判所의 憲法裁判에 의한 憲法解釋이 各級 法院에 있어서의 裁判의 效率성과 持續적인 統一性을 마련하는 基準이 되고 下級法院에서도 公共의 政策이나 國家의 重要問題를 잘 檢討하고 바르게 判斷하는 論據에 焦點을 맞추어 가는 것이 가능하게 하였다. 그래서 이를 正점으로 하여 美國의 聯邦과 各州 法院의 全 司法府가 違憲審查의 傳統과 權威를 지켜왔다. 다만 憲法裁判을 積極的으로 운영하느냐 消極的으로 운영하느냐의 差異에서 다르게 發展하였을 뿐이다. 그리고 그러한 과정을 겪으면서 美國의 違憲審查制度는 現代的 意味의 憲法裁判으로 더욱 확고하게 변천하고 있음은 누구도 부인할 수 없다(Rehnquist 연설문 제목. Adversary Society, 그 저서 The Supreme Court-How it was, How it is, How it Will be(1987年) New York, W Morrison and Company INC. 참조).

V. 結 論

19世紀와 20世紀 初期에 世界 어느 나라도 權力分立制度下에서 議會나 政府의 活動에 合憲的 司法統制를 하지 못할 때에 美

國 聯邦最高裁判所는 과감하고 獨立的인 憲法解釋을 통하여 違憲審查權을 行使하여 왔다. 美國 歷史에서 가장 중요한 時期에 憲法에 의한 司法的 違憲審查로서 偉大한 美國을 건설하는데 決定的인 역할을 한 것이다. 聯邦最高裁判所는 政府와 議會처럼 적극적으로 政策立案을 하는 것은 아니지만 스스로 선택한 다양한 事件과 具體的 裁判을 통하여 裁判官들의 賢明한 判斷과 意見으로 重要한 國家政策에 대하여 깊게 영향을 미쳐왔다. 필요할 때마다 憲法的 指導를 하였고, 憲法正義를 具現하여 오늘의 自由와 民主를 상징하는 美國을 건설하는데 決定的인 공헌을 하여왔다. 時間이 지나감에 따라 美國國民들은 聯邦最高裁判所의 이러한 憲法的 役割의 중요성을 더욱 認識하게 되었으며 全國民의 관심이 집중되는 國家的 重要政策에 대하여 決定的인 機能을 수행하고 있음을 자랑하고 있다.

오늘날까지 美國이 違憲審查制度는 많은 지지와 옹호도 받아왔지만 많은 공격과 비판을 받아 온 것도 事實이다. 때로는 루즈벨트 大統領의 最高裁判所改革案(Court packing plan) 같은 심각한 政治的인 충돌과 시련을 겪기도 했다. 그러나 聯邦憲法이 裁判官의 職位를 終身制로 保障함으로써 一時에 裁判官 全員을 交替할 수 없고 아무리 偉大한 政治力을 가진 大統領이나 政黨이라도 불과 1, 2名의 裁判官을 任命할 수밖에 없도록 되어 있기 때문에 어느 누구도 聯邦最高裁判所를 獨占的으로 지배하고 그 權限과 機能을 根本的으로 바꿀 수 없도록 制度的으로 장치되어 있다. 그리고 그때마다 國民과 議會는 最高裁判所의 편에서 서서 憲法裁判을 지지하였기 때문에 그 政治的 위기에서도 그 機能을 지켜왔다. 이와 같이 政治的인 심각한 對立속에서도 憲法을 守護하고 國民의 自由를 保障하는 美國 聯邦最高裁判所의 憲法裁判이 지금에 이르기까지 發展할 수 있었던 것은 무엇보다

美國國民이 憲法을 수호하겠다는 憲法意志가 確固하게 있었기 때문이다.

美國國民은 자기들의 生命과 財産, 自由와 繁榮을 보장하는 최후의 보루기관으로서 最高裁判所를 信賴하고 있다. 이러한 믿음과 존경으로 지켜가는 國民의 뒷받침이 있었기 때문에 오늘날까지 美國司法府의 志高한 使命과 權威 그리고 聯邦最高裁判所의 憲法裁判이 과감하게 이루어지고 있는 것이다.

憲法裁判에 관한 管見(I)

李 時 潤

常任裁判官

- 目 次 -

- I. 序說

- II. 憲法裁判所の 構成과 地位

- III. 憲法裁判所の 管轄
 - 1. 總說
 - 2. 彈劾의 審判
 - 3. 政黨의 解散審判
 - 4. 權限爭議의 審判

- IV. 違憲法律審判
 - 1. 總說
 - 2. 提請權者
 - 3. 違憲提請의 對象
 - 4. 提請要件
 - 5. 違憲提請申請棄却決定에 대한 不服
 - 6. 提請決定의 效力

(以上 本號)

I. 序說

우리 나라에 있어서 憲法裁判의 略史를 보면 큰 사건으로는 第3共和國時代였던 1971年 6月 22日 國家賠償法 第2條 1項 但書에 대한 違憲判決인 바 이 한 件이 憲法裁判다운 裁判이었다고 할 수 있는데, 다만 違憲判決의 多數意見에 가담하였던 9人的 大法院判事가 유신체제의 출범과 더불어 再任命에서 脫落의 悲運을 맞았다. 이를 轉機로 活性化될 듯한 憲法裁判은 事實上 幕을 내렸고, 그 後 憲法裁判을 管掌하게 된 憲法委員會는 한 建의 違憲提請도 없이 完全한 休眠상태를 면치 못했으며, 國內用이라기 보다는 對外用 裝飾物로 전락되어 있었던 것이다. 혹자의 말대로 憲法裁判이 없었다는 것은 國民의 基本權이 없음을 말하는 것이며, 憲法이 支配하는 社會가 아니라 한 사람의 統治者의 恣意와 專斷이 支配한 Ancient regime을 뜻하는 政治後進社會의 表象이라 하겠다.

알다시피 第6共和國 憲法에서 憲法裁判의 活性化를 통해 舊時代를 청산하려는 意志와 憲法保護의 機能에만 專念케 하려는 배려에서 國家의 最高機關의 하나로서 憲法裁判所가 새로 設置되었는데, 그 憲法機關성을 뚜렷이 하기 위하여 國會, 政府, 法院과 마찬가지로 憲法의 한 章(第6章)으로 憲法裁判所에 대하여 규정하였다.

최소한 이에 의하여 憲法裁判의 統一이 이루어질 수 있게 되고 裁判業務의 分業化 原理를 존중하는 것이 되었으며, 한편으로 一般法院이 政治的 紛爭에 직접 휩쓸려 立法府나 行政府와 正面對決하지 않는 反射的 利益이 생기게 된(憲法特委 第7次 會議錄 第4面) 것이다. 第6共和國 憲法의 제정후 具體的인 出帆을 위하

여 憲法裁判所法이 制定되었으며, 1988年 9月 1日을 기하여 發效되게 되었다. 그리고 憲法裁判官의 경우는 9月 15日을 기하여 行政府, 國會, 大法院長에 의하여 各 3名씩을 指名받아 大統領에 의하여 9名의 憲法裁判官(非常任裁判官 3名包含, 프랑스 9, 그리스 11, 벨지움 12, 스페인 12, 포르투갈 13, 오스트리아·유고 각 14, 이태리 15, 서독 16, 알제리 7)이 任命되었다. 따라서 憲法裁判所는 行政, 立法, 司法 三府가 選出한 各 代表者들로 構成된 合議制 憲法機關인 것이다. 裁判官制度의 構成方法에는 國會選出型과 三府選出型으로 나누어지는데, 國會政黨議席比率이 裁判官의 數에 그대로 反映되는 前者보다는 政治的 中立性을 유지하는 면에서 後者が 理想的이라고 하여 우리 나라는 後者를 택한 것이다.

國會選出型 : 서독, 벨지움, 폴란드, 유고

三府選出型 : 스페인, 이태리, 터어키, 알제리

원래 憲法裁判所는 1920年 오스트리아의 聯邦憲法の 施行과 함께 오스트리아에서 처음 생겨나게 되었으며 그 뒤에 第2次 大戰後 獨逸·伊太리가 全體主義를 清算하고 民主國家로 出帆하면서 憲法裁判所를 新設하게 되었고, 1980년에 들어서는 그리스·스페인·포르투갈·과테말라·페루(폴란드도 같다)·헝가리·알제리·이집트 등이 獨裁政治를 清算하고 民主政治로 移行하는 과정에서 民主化의 一環으로 憲法裁判所를 設置하는 등 요원의 불길처럼 퍼져 나가고 있다. 고르바초프 改正憲法에 의하여 소련마저 法律·命令·規則의 違憲與否를 審査하는 憲法監督委員會가 발족하게 되었는바, 여기에서 최근 1) 學生들의 취학 및 혼인으로 인한 이사시에 住居許可制를 폐지하였으며, 2) 公務員의 兼

職禁止규정은 破格的인 差別待遇라 하여 違憲判示하였다. 또 소련의 新聯邦條約 草案 13條에 의하면 法律의 違憲여부의 감독과 共和國상호간, 共和國과 聯邦間的 調停을 管掌事項으로 하는 聯邦憲法裁判所의 設치가 豫定되어 있다. 불란서의 憲法院(Council constitutional)도 이제 豫防的 規範統制權에 그치지 않고 具體的 規範統制로 그 權限擴大의 움직임을 보이고 있으며, 근자 이태리의 경우에는 憲法裁判所의 管轄事項을 확대하여 憲法訴願을 新設하여 憲裁法 改正 草案을 의회에 제출했다. Stark-Weber에 의하면 근자에 憲法裁判所制度가 큰 붐을 일으키고 있다는 것인데, 기존의 憲法裁判所는 그 裁判管轄權을 강화하는 방향으로 나아가고, 또 새로 憲法裁判所를 신설하는 나라가 증가하고 있는 것이 이를 代表한다는 것이다. 우리 나라에서 憲法裁判所의 設置는 진정한 第 6共和國의 民主化 意志의 象徴的 意味가 있음을 잊어서는 안되며 결코 民主國家라는 Decoration적인 의미로 과소평가해서는 안된다. 기존의 民·刑事裁判所의 체제에서 國事裁判所 (Staatsgerichtsbarkeit)의 새등장이라는 면에서 그 意義를 과소평가해서는 안될 것이다. 이제부터는 憲法은 裁判機關에 의하여 그 遵守가 담보되는 拘束力있고 살아있는 法規範體系이지, 결코 하나의 프로그램적 修辭的 表現의 集合體이거나 實質的으로 內閣責任制이나 大統領中心制이나를 規定하는데 그치는 한낱 政府 組織規範정도에 그칠 수는 없는 것이다. 나아가 오늘날 구라파, 남미 등에서의 憲法裁判所의 理想的 運營에 의하여 政治的 急進主義가 終熄된 공적을 잊어서는 안된다.

II. 憲法裁判所의 構成과 地位

憲法裁判所法을 기초함에 당하여 立法者는 憲法裁判의 活性化

를 위하여 憲法裁判所의 構成과 地位에 관하여 다음과 같은 制度的 配慮를 하였다.

(1) 첫째로, 名稱부터 「憲法委員會」와 달리 「憲法裁判所」로 하였다. 構成員은 委員이 아니라 裁判官이다. 憲法裁判權을 管掌하는 國家機關을 憲法裁判所의 名칭을 붙이는 것이 통례이나, 프랑스의 경우는 이와 달리 憲法院 내지 憲法評議會(Council constitutional)이다.

(2) 둘째로, 1인의 常任委員만을 두던 憲法委員會와 달리 9인의 裁判官 중 6人を 常任裁判官으로 하였다. 常任, 非常任을 막론하고 裁判官은 彈劾 또는 禁錮이상의 刑의 宣告에 의하지 아니하고는 罷免되지 않는 人的 獨立이 保障된다(憲法 第112條 3項). 또 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 審判하는 物的保障을 받는다(憲法 第4條). 오스트리아 憲法裁判所도 일부만이 常任制이며, 그리스는 裁判官 全員이 非常任制이다. 다만 憲法裁判所의 權威와 憲法裁判의 活性化를 위하여 현재 全員 常任화가 國民의 要請으로 되어 있다. 第2共和國 憲法下의 憲法裁判所는 全원 常任制였던 것이다.

(3) 셋째로, 大統領, 國會議長, 國務總理, 國務委員 또는 法律學教授의 職에 있던 者라면 法官의 資格이 없어도 委員이 될 수 있도록 하였던 憲法委員會와 달리, 憲法裁判所의 경우에는 15年の 法曹經歷에 40歲 以上の 法官의 資格을 가진 職業法曹人에게만 裁判官의 資格을 局限시켜 裁判機關으로서의 性格을 더 純化시킨 것이다. 독일의 경우는 8인의 裁判官으로 구성된 合議部에 적어도 3인의 裁判官은 聯邦法院의 現職法官 출신으로 充員되게 되어 있는데 현재 우리 나라의 경우는 大法院指名의 裁判官은 現職判事이어야 한다는 제약은 없다.

(4) 넷째로, 憲法委員會와 달리 補助機構의 肥大性을 고려하여

從前의 事務局을 事務處로 대체하고, 處長을 次官級 대우로 格上 시켰으며, 이밖에 裁判官의 補助者로서 事件의 審理 및 審判에 관한 調査·研究을 위한 憲法研究官制度를 新設하였다. 憲法研究官은, i) 判·檢事 또는 辯護士, ii) 法律學助教授, iii) 4級 이상의 公務員으로서 5年 이상 法律에 관한 事務에 종사한 者를 適格者로 한다. 獨逸의 경우는 Wissenschaftlicher Mitarbeiter라 하는데, 우수한 判事·檢事 또는 Habilitation을 마친 法律學私講師(Privatdozent)를 3년정도 派遣勤務 시키고 있다.

(5) 다섯째로, 憲法裁判所는 다른 憲法機關 즉 行政府·國會·大法院처럼 行政·運營面에서 獨自의인 權限이 있고 누구의 指揮·監督도 받지 않는 職務監督의 獨立性(Unabhängigkeit von Dienstaufsicht)을 가지며, 事務處長을 비롯한 事務處 公務員은 大統領이 아니라 憲法裁判所長이 裁判官議會의 議決을 얻어 그 임면권을 갖는다. 이 점 憲法委員會와 다르다. 다만 西獨 등의 憲法裁判所는 一般法院에는 없는 獨自의인 豫算編成權을 갖는데 이 問題는 우리 憲法裁判所의 앞으로의 解決課題이다. 과테말라의 경우는 憲裁에 憲法改正案, 憲裁法 및 刑訴法改正案의 發案權까지 부여하고 있다. 法律案發案權이 부여된 것은 소련의 憲法監督委員會의 경우도 마찬가지이다.

(6) 여섯째로, 憲法裁判所는 憲法委員會와 달리 自律的 立法權에 속하는 規則制定權을 갖는다. 法律에 저촉되지 아니하는 범위 내에서 審判에 관한 節次, 內部法律과 事務處理에 관한 規則을 制定할 수 있다(헌법 제113조 2항).

이것은 節次自律權(Verfahrensautonomie)과 組織自律權(Organisationsautonomie)을 주기 위한 것인데, 이러한 自律的 立法權은 憲法에 의하여 委任받은 것이며 적어도 大統領令과 같은 對外的 效力을 갖는다(다만, 西獨憲法裁判所의 경우는 憲法이나 法

律에 의한 授權없이 對外的 效力을 갖는 職務規程을 제정한 바 있는데, 그 地位의 憲法機關性에 바탕을 두었다). 審判에 관한 節次, 內部法律과 事務處理에 관한 事項에 관한 한도에서는 따로 法律에 委任이 없어도 法律에 저촉하지 않는 한 權利를 제한하고 義務를 부과시키는 내용의 規則을 제정할 수 있으며, 이 점에서 法律에서 委任을 받아야 정할 수 있는 大統領令制定權 보다 강한 權限이다.

(7) 일곱째는 管轄事項에 관하여 후술하는 바와 같이 權限爭議의 審判, 憲法訴願의 審判 두 가지를 더 추가하였다.

이렇게 본다면 憲法裁判所는 舊憲法委員會의 名稱만으로 바꿀 承繼機關이 아니고 換骨奪胎시킨 別個의 國家機關이다.

III. 憲法裁判所의 管轄

1. 總說

比較法的으로 고찰하여 볼 때 憲法裁判所의 管轄事項은 다음과 같다. 그 가운데 核心的인 것으로는,

(1) 規範統制

(2) 國家와 地方自治團體(州)間, 地方自治團體(州)間, 國家機關間의 權限爭議

(3) 侵害된 基本權의 保障을 위한 憲法訴願 등 세 가지로 꼽고 있으며, 그 밖의 管轄事項으로는,

① 選舉關係訴訟

② 高位公務員에 대한 彈劾審判

③ 政黨解散審判

④ 緊急·危機에 當면했을 경우의 國家管理 등이다.

그런데 우리 나라의 경우에 1960年度 第2共和國의 憲法裁判所의 管轄事項은 (1) 法律에 대한 違憲與否의 審査, (2) 憲法에 관한 最終的 解釋, (3) 國家機關間의 權限爭議, (4) 政黨解散, (5) 彈劾審判, (6) 大統領·大法院長 및 大法官의 選舉에 관한 訴訟이었으며, 따라서 현재 大法院의 專屬管轄인 選舉訴訟을 憲法裁判所가 管掌도록 하고 具體的 規範統制 이외에 抽象的 規範統制의 機能도 어느 한도까지 수행할 수 있었다. 이에 대하여 第5共和國 憲法下의 憲法委員會는 앞서 본 바와 같이 (1) 法律에 대한 違憲與否의 審査, (2) 彈劾審判, (3) 政黨解散審判 등을 管掌하게 하였다. 現行 憲法下의 憲法裁判所의 管轄事項은 다음과 같다(憲法 第111條).

① 法院의 提請에 의한 法律의 違憲與否 審判

② 彈劾의 審判

③ 政黨解散의 審判

④ 國家機關相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體相互間의 權限爭議에 관한 審判

⑤ 法律이 정하는 憲法訴願에 관한 審判 등이다.

앞서 본 바와 같이 現行 憲法下의 憲法裁判所는 權限爭議에 관한 審判, 憲法訴願을 管轄事項으로 한 것은 憲法委員會보다 進一步한 것은 틀림없으나, i) 憲法訴願의 대상에서 裁判을 제외시켰고, ii) 第6共 憲法制定時에 裁判의 전제가 되는 때에 處分의 最終審査權을 大法院에 부여한 憲法 第107條 2項을 삭제하지 아니함으로써 憲法訴願制度가 제도본지에 따른 機能을 하기가 매우 어렵게 되어 있다. 이점을 감안하면, 상대적인 抽象的 規範統制權과 選舉訴訟까지 그 管轄事項으로 한 第2共和國 憲法下의 憲法裁判所보다는 오히려 그 機能을 弱화시킨 것이다. 第2共和國

憲法보다 第6共和國 憲法이 民主化의 意志가 덜 투철한 斷面이라 할 것이다.

憲法裁判所의 管掌事項 5가지 가운데 法律의 違憲與否審判, 憲法訴願에 관하여 別項으로 설명하고자 하므로, 여기에서는 그 나머지 3가지 즉 彈劾의 審判, 政黨解散의 審判 및 權限爭議의 審判에 관하여 간단히 설명하고자 한다. 다만 이 3가지 事項은 必要的 辯論節次임을 유의할 필요가 있다(憲裁法 第30條).

2. 彈劾의 審判

高級公務員의 違憲·違法한 行爲가 있는 경우에 國會의 在籍議員 過半數의 찬성에 의한 彈劾訴追에 의하여 憲法裁判所가 審判하여 公務員을 公職으로부터 罷免하는 制度이다. 憲法 第65條에서는 彈劾對象으로 大統領, 國務總理, 國務委員, 行政各部長, 憲法裁判所의 裁判官, 法官, 中央選管委員長, 監查院長, 監查委員은 직접 規定하였으나 그밖의 彈劾對象인 公務員에 대하여서는 法律이 정하는 公務員이라 하여 法律로 委任하였다. 그러나 아직 法律에서 해당 公務員을 정하고 있지 아니하며 이러한 委任立法의 不作爲로 인하여 公務員의 範圍가 具體化되지 아니하여 彈劾制度의 實效性을 半減케 하고 있다. 다만 檢察廳法 第17條는 檢事도 彈劾의 對象이 됨을 전제로 身分保障의 規定을 두고 있다. 彈劾節次의 節次上의 特色이라면 民事訴訟에 관한 法令을 準用하는 외에 刑事訴訟에 관한 法令을 함께 準用한다(憲裁法 第40條 1項).

3. 政黨의 解散審判

政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 反하는 경우에 政府의 提訴에 의하여 憲法裁判所가 政黨의 解散 與否를 審判하는 制度이다(憲法 第8條 4項). 西獨에 있어서 KPD(독일 共產黨)의 「프롤레타리아獨裁」綱領은 民主的 基本秩序에 違反된다고 하여 그 解散을 명한 1956年 8月 17日 西獨聯邦憲法 判決(BVerfGE 5, 85)이 代表的인 case인데, 그 이래 또 한 件의 審判이 있었을 뿐 이 節次에 회부된 例는 없다.

4. 權限爭議의 審判

國家機關相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體相互間의 權限爭議가 있는 경우에 당해 國家機關 또는 地方自治團體의 請求에 의하여 憲法裁判所가 이를 審判하는 制度이다.

새로 생긴 權限爭議의 審判을 보면, 앞으로 地方自治制가 실시되어 地方自治團體의 獨立性이 強化된다면 國家機關과 自治團體間이나 自治團體相互間의 權限爭議事件이 없지 않을 것으로 豫想된다. 西獨의 경우에 1951~1986년까지 聯邦과 州間의 權限爭議事件(Föderative Streitigkeiten)이 24件에 1986年 현재 1件 계류중이었다.

여기의 國家機關相互間의 權限爭議審判이란 憲法裁判所法 第62條 第1項 1號에 의하면, 國會·政府·法院 및 中央選舉管理委員會 등 憲法機關相互間의 權限爭議審判을 뜻하는 바, 西獨의 權限爭議審判(Organstreit)과 대비해서 볼 때에 다음과 같은 明文上 차이가 있다.

첫째로, 西獨에서는 이와 같은 審判請求의 當事者能力을 聯邦大統領, 聯邦上下院, 聯邦政府 등 네 가지 憲法機關 이외에, 憲法이나 聯邦上下院의 職務規定(Geschäftsordnungen)에 의한 固有

한 權限이 부여된 이들 機關의 一部(Teile)에게도 인정함으로써, 政黨(BVerfGE 73, 40), 聯邦上下院의 議長, 常任委員會, 院內交涉團體(西獨의 Pershing missile 事件에서 院內交涉團體인 綠色黨에 權限爭議審判請求의 當事者能力을 인정한 例, BVerfGE 68, 1), 聯邦政府長官, 國會議員까지 當事者能力의 범위를 확대시켰다. 이에 대하여 우리 憲法裁判所法 第61條 1項에서는 「당해 國家機關」으로 규정함으로써 當事者能力을 문리해석상으로는 國會·政府·法院 또는 中央選管委에게만 국한시킨 것으로 보이지만, 獨逸처럼 이들 憲法機關의 一部까지 擴大解釋의 여지가 없지 않을 것이다.

널리 이 제도는 憲法機關間의 爭訟의 성질을 띄고, 따라서 行政訴訟上の 機關訴訟(行訴法 第3條 4號)으로도 카바해 줄 수 없는 것은 이 制度로 대처해야 할 것이기 때문이다. 그렇게 되면 議會가 國會議員의 權限侵害行爲를 하는 것을 막고 議會內에서 少數黨이 多數黨의 橫暴를 견제하는 機能을 수행하는데 도움을 줄 것이다. 1989年 6月 13日 西獨聯邦憲法裁判所 第2部 判決에서는 綠色黨원이었던 國會議員을 常任委員會에서 축출한데 대하여 聯邦下院 상대의 權限爭議審判請求事件에서 「聯邦下院은 請求人(國會議員)이 常任委員會에서 發言權과 提案權을 갖고 그 構成員으로써 參與할 可能性을 배제함으로써 基本法 第38條 後段(國民의 代表性)所定の 請求人の 權利를 侵害하였다」고 판시한 바 있다.

둘째로, 獨逸에 있어서는 被請求機關의 處分 또는 不作爲가 憲法에 규정한 바 權限을 넘었을 때를 審判의 대상으로 규정함으로써(獨逸聯邦憲法裁判所 第64條 1項) 憲法上の 權限이 爭點이 된 경우로 국한시킨데 대하여, 우리 憲法の 경우는 被請求機關의 處分 또는 不作爲가 憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 請求機

關의 權限을 侵害하였거나 侵害할 現저한 危險을 訴訟物(憲裁法 第61條 2項)로 함으로써 法律上의 權限이 爭點이 된 경우까지도 權限爭議審判에 부칠 수 있도록 확대한 것이다. 이 역시 立法論的으로 再考할 바가 있다. 다만 여기의 被請求機關의 處分(Maßnahme)에는 法律의 制定·公布도 포함되는 것이므로, 만일 法律의 內容이 請求機關의 憲法上의 權限을 침범하는 것일 때에는 立法行爲도 여기의 處分으로 될 수 있다(Schlaich, Bundesverfassungsgericht(1985), S. 52). 예를 들면 國會가 다른 憲法機關의 權限을 侵害하는 法律을 制定하면 그 侵害당한 機關은 그 法律의 違憲無效를 主張하는 權限爭議審判請求가 可能하다. 이러한 의미에서 權限爭議審判은 規範統制의 機能도 檢유할 수 있다(이렇게 보면 規範統制의 길은 좁게는 具體的 事件에 當面하여 하는 違憲提請, 法律에 대한 憲法訴願까지 합하여 세 가지이며, 널리 法院의 違憲提請에 갈음하는 當事者의 法律訴願(憲裁法 第68條 2項), 處분에 부수적인 法律訴願(憲裁法 第75條 5項)까지 합하면 5가지이다).

셋째로, 주목할 것은 權限爭議審判은 9人 中 6人 裁判官의 贊成을 요하게 한 다른 憲法裁判에서의 認容決定의 경우(合憲推定의 原則의 所産)와 달리 單純過半數의 贊成으로 評決할 수 있게 한 점이다(憲裁法 第23條 2項 本文. 西獨憲裁는 基本權의 失效·政黨解散·法官彈劾事件의 경우만 2/3 多數決).**1)

IV. 違憲法律審判

1. 總說

**1) 페루의 경우 1989년 憲裁가 出帆하여 9人 中 6人 多數決 때문에 2年半동안 한 件의 違憲決定도 없었다는 것이다.

違憲法律審判制度는 國會의 恣意的인 立法과 그에 의한 憲法侵害를 방지하기 위하여 憲法裁判所에 부여된 權限이다. 이 限度에서 立法裁判權(Gesetzgebungsgerichtbarkeit)이라 할 수 있다.

이를 規範統制라고 하는데, 다음 세 가지가 있다.

(1) 豫防的 規範統制(Präventive Normenkontrolle)

法令을 制定 施行하기 앞서, 憲法裁判所가 介入하여 違憲的인 法律案의 立法化를 막는 방법이다. 오스트리아, 스페인(1985년까지), 프랑스, 포르투갈, 폴란드 등이 그 예이다. 다만 과테말라의 憲裁는 法律案에 대해 鑑定意見を 제시한다. 大統領, 首相, 一定數의 國會議員의 要請에 의하여 이루어진다.

(2) 抽象的 規範統制(Abstrakte Normenkontrolle)

法令의 制定 施行後 具體的인 訴訟事件이 제기된 경우도 아니고 그에 의하여 直接的인 基本權의 侵害를 받은 바 없음에도 法令에 대한 違憲의 疑問이 있어 제기된 경우에 이를 審判하는 節次이다. 독일, 오스트리아, 스페인, 포르투갈, 소련 등 다수의 국가의 이를 채택하고 있는데, 政府, 地方自治團體, 一定數의 國會議員에 의하여 申請한다.

(3) 具體的 規範統制(Konkrete Normenkontrolle)

이것은 具體的인 訴訟事件이 제기되었을 때 法院의 제청에 의하여 그 事件에 적용될 法令의 違憲與否를 가리거나 憲法에 合致되도록 解釋하여 法令의 合憲性을 統制하는 절차이다.

(4) 個人的 規範規制(Individualnormenkontrolle)

法令때문에 基本權의 侵害를 받은 個人이 憲法訴願의 형태로서 그 法令의 違憲審判을 구하여 救濟받고자 하는 경우이다.

이 네 가지 중 우리나라에서는 (3), (4)의 형태의 規範統制만 인정하는데, 여기에서는 (3)의 具體的 規範統制만을 설명하고

(4)의 個人的 規範統制는 뒤의 憲法訴願 項目에서 설명한다.

다음 具體的 規範統制節次를 보다 상세히 본다. 과거의 憲法委員會 시대와 대비할 때 그 提請節次가 크게 간소화되고 提請要件이 緩和된 점이 特記할 만하다.

2. 提請權者

(1) 地方法院 單獨判事가 違憲審判의 提請을 하고자 할 때에는 地方法院合議部의 決定을 거쳐 提請하게 되어 있었던 것이 憲法委員會法이었다. 그런데 憲法裁判所法에는 單獨判事 自身도 直接 提請決定을 할 수 있게 하였다.

(2) 과거에는 下級法院이 違憲與否提請을 하였을 때 바로 提請書가 憲法委員會에 送付되지 않고 大法院 全員合議體에서 違憲與否에 관하여 별도의 決定을 하여 憲法에 違反되는 것으로 인정하여야 提請書를 憲法委員會에 送付하도록 하였다. 따라서 下級審이 提請을 하여도 大法院에서 그 不送付決定權에 의하여 憲法委員會에 넘기지 않은 채 막아버릴 방도가 있었던 것이다.

憲法裁判所法은 이러한 大法院의 不送付決定權을 삭제하였다. 따라서 당해 事件을 담당하는 法院이면 독자적인 提請權을 가지며 여기에서 地方單獨判事이든, 地方合議部이든 가리지 않으며 下級法院이든, 大法院이든 관계없다. 軍事法院도 提請權者가 될 수 있다는 것이다(憲裁法 第41條 1項). 다만 大法院 이외의 法院이 違憲提請할 때는 大法院의 形式的인 境遇를 거쳐서 憲法裁判所에 送付하도록 하였을 뿐이다(憲裁法 第41條 5項).

3. 違憲提請의 對象

(1) 憲法 第107條는 「法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우」라고 규정하고 同 第111條 1項 1號는 「法院의 提請에 의한 法律의 違憲與否審判」이라고 규정하였으므로 違憲 提請의 對象은 形式的 意味의 法律임이 분명하다. 그러므로 憲法의 規定은 후술한 바와 같이 憲法訴願의 대상은 될 수 있지만 違憲提請의 대상은 될 수 없다. 法律과 同一한 效力을 갖는 緊急 命令과 緊急經濟·財政命令(憲法 第76條)도 포함된다 함이 通說이다. 또 憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가지므로 (憲法 第6條 1項) 提請의 대상이 된다고 할 것이다(BVerfGE 52, 187). 命令·規則에 대해서는 具體的 訴訟이 된 때에 大法院이 最終적으로 審査할 수 있는 具體的 規範統制權을 가지므로 (憲法 第107條 2項) 憲法裁判所에 提請對象이 되지 아니한다. 法律만큼 重要성이 없는 命令·規則까지 憲法裁判所에 提請하여 그 審判결과에 의하여 裁判하느니 보다 本案事件을 다루는 法院이 그 審級構造內에서 最終적으로 審判하는 것이 節次促進에 도움이 된다는 이유에서이다. 이점은 獨逸型을 따른 것이며 提請對象이 가장 좁은 類型이다. 그러나 이태리, 스페인, 포르투갈, 벨지움, 오스트리아, 알제리, 유고에서는 法律의 下位法規인 命令·規則까지 違憲與否가 提請의 對象이 되는 것은 말할 것도 없고, 命令·規則이 法律에 위반되는 여부(이를 適法性 *Gesetzesmäßigkeit*의 統制라 한다)까지도 憲法裁判所에 의한 具體的 規範統制權의 범위에 속한다. 특히 유고의 경우에는 規則·命令이 아닌 行政廳이나 地方自治團體의 一般處分の 違憲성과 違法性까지 憲法裁判所의 管掌事項이다.

(2) 現行 憲法 附則 第5條에 의하면 「이 憲法施行 當時의 法律과 條約은 이 憲法에 違背되지 아니하는 한 그 效力을 지속한

다」고 規定되어 있다. 換言하면 第6共 憲法施行前의 過去法令은 現行憲法에 違背되면 그 效力은 없다는 趣旨이다. 그런데 問題는 이 規定에 의하여 過去法令이 現行憲法에 저촉되어 失效되는 때에 이를 失效宣言을 法院이 할 수 있느냐, 아니면 憲法裁判所의 專屬權限이나 이다. 第1共和國 時代부터 第5共和國 憲法까지 같은 經過規定이 있었는데 이에 관해서는 두 개의 大法院 判例가 있는 것으로 안다. 그 하나는 1956年 判決이고 다른 하나는 1983. 1. 29. 선고, 74도 3501 全員合議體判決이며, 모두 法院이 過去法令에 대해 失效宣言權이 있음을 前提로 하였다. 그러나 이 判例는 大韓民國이 제정한 「法律」에 관한 것이 아니고, 하나는 日帝時代의 朝鮮寺刹施行令規則에 관한 것이고(大判 56.3.30. 4288行上21) 다른 하나는 國會制定이 아닌 大統領의 緊擧措置에 대한 것이다. 그러므로 적어도 立法府 자신이 제정한 法律에 적용될 判例로는 적절치 못하다.

생각건대 적어도 大韓民國 國會가 制定한 形式的 意味의 法律이라면 過去法律이라도 法院에는 違憲審査權이 없었던 것이며 憲法委員會의 權限이었던 점에 비추어, 憲法委員會의 地位를 승계한 憲法裁判所의 權限으로 봄이 옳을 것이다(憲裁法 附則 第3條). 憲法 附則 第5條의 反對解釋上 憲法에 違背되어 그 效力을 지속할 수 없게 되는 法令에 대하여 法院 스스로 失效宣言을 할 수 있다는 것은, 法院만이 아니라 다른 國家機關까지도 이러한 法令에 대해서는 當然無效로서 그 適用을 排除할 수 있다는 前提이다. 憲法裁判所의 裁判이 있기도 前인데 1948. 7. 12. 제정된 憲法에 의하여 구성된 大韓民國 國會의 法律을 어떤 國家機關이든 違憲이라 생각할 때 이를 적용치 않고 무시하게 된다면 大韓民國 立法府의 권위(Autorität des Gesetzgebers)에 큰 損傷이 될 것임은 물론 法的 安定性에 커다란 위협이 아닐 수 없다. 다

만 우리 大韓民國의 立法府인 國會가 制定하지 않은 日帝時代의 日帝가 만든 法律이라면, 우리 大韓民國 憲法에 비추어 違背될 때 구태여 憲法裁判所에 提請하여 그 判斷을 기다릴 필요도 없이 法院의 失效宣言對象이 된다고 하겠다. 이 경우에는 大韓民國 立法府가 만든 法律에 대하여 一般法院의 法官이 존중하지 않고 이를 適用하지 않는 데서 오는 權威損傷의 問題가 생기지 않을 것이기 때문이다. 西獨에 있어서도 Grundgesetz에 의한 1949年 聯邦共和國 樹立前의 舊法令에 대해서만은 法院 또는 다른 機關이 適用排除할 수 있다는 것이며, Grundgesetz 制定以後의 法律이라면 現國會議員의 任期중에 제정된 法律이 아니라 하여도 憲法裁判所의 專屬의 管轄事項이라는 것이 通說이다(舊法令이라도 立法者의 의사로 수용한 경우, 예컨대 뒤에 舊法令을 變更할 경우에는 憲法裁判所의 管轄로 본다). 이것도 違憲提請審判의 경우에 Grundgesetz 制定前의 憲法前法律(vorkonstitutionale Gesetze)이 그 對象이 되지 않는 것인지, 法律에 의한 基本權 侵害 때문에 提起하는 法律에 대한 憲法訴願의 경우에는 舊憲法도 對象이 된다는 것이다. 더구나 이태리와 스페인의 경우는 그 나라 憲法制定 이전의 法律이라도 憲法裁判所의 審判의 對象으로 하고 있다. 이렇게 볼 때 적어도 日帝때의 法律은 별론, 大韓民國國會의 法律에 대한 違憲與否審判은 당연히 憲法裁判所의 管轄이 된다고 할 것이다.

4. 提請要件

第5共和國 憲法 第108條 1項에서는 憲法委員會에 違憲與否提請을 하려면 i) 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 될 것, ii) 法院에서 法律이 憲法에 違反되는 것으로 認定할 것

등 두 가지 要件을 갖추어야 하였는데, 新憲法 第107條 1項에서는 둘째 要件까지 필요 없이 첫째의 要件만 갖추면 되며, 그것만으로 法院에 提請義務가 있는 것으로 그 규정을 바꾸었다. 第6共和國 憲法 第107條 1項에서는 단순히 「法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다」고만 규정하고, 이에 對應하는 第5共和國 憲法 第108條 1項에서 규정한 바 「法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때」부분을 삭제하였기 때문이다. 따라서 法院에서는 法律이 憲法에 違反되는 것으로 認定되든 되지않든 관계없이 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되면 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判하도록 한 것이다. 그러므로 新憲法下에서는 과연 法院에 法律에 대한 合憲決定權이 있느냐가 의문이다.***2) 따라서 法院에 合憲決定權이 있음.前提를 前提로 合憲으로 判斷하면 提請申請棄却, 違憲으로 判斷되면 提請決定을 하던 從前의 운영태도는 지양되어야 할 것이 아닌가 한다. 물론 獨逸에 있어서도 法院에 合致決定權이 있다고 하는 것이 通說이다. 그러나 그 根據는 Grundgesetz §100 I 「Hält ein Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt. 法院이 그 有效性이 裁判의 전제가 된 法律을 違憲이라고 생각하는 때」인 것으로 아는데, 앞서 말한 바와 같이 우리 新憲法下에서는 獨逸과 달리 「法律이 憲法에 違反되는 것으로 認定되는 때…」의 文句를 빼 버렸으며, 따라서 이제는 獨逸과 같은 解釋을 안된다고 생각한다. 생각건대 第5共和國 時代에 違憲提請申請에 대해 法院의 合憲決定權이 유보되었음을 前提로 違憲提請申

***2) 同旨 : 權寧星, 「憲法學原論」, 972面은 法律의 違憲與否를 第1次的으로 審査할 수 있는 權限(違憲法律前審權)도 인정되지 않는다고 하고 있다(朴一煥, 「法律의 暫定效와 違憲審査」下, 法律新聞, 1989. 3. 13. 字).

請에 대해 모조리 合憲이라고 하여 棄却하였고 違憲事件을 憲法委員會에 한 件도 보내는 일이 없어 憲法委員會를 休眠機關 내지는 形骸化시켰던 전철을 밟지 않기 위한 立法配慮인 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 憲法裁判所法 第43條는 憲法違憲會法 第14條 4號를 답습하여 違憲提請書의 기재사항의 하나로 「違憲이라고 解釋되는 理由」를 規定하였는데 이것은 이제 不必要한 規定으로 볼 것이며, 憲法裁判所法の 立法化 過程에서 憲法 第107條 1項의 趣旨를 간과한 오류가 아닌가 생각된다. 이 점을 감안했는지 大法院의 違憲提請書作成에 관한 例規上의 提請書 樣式을 보면 「……違憲이라고 認定……」 된다는 斷定的 表現 대신에, 「違憲에 疑問이 있……」이라고 회의적 表現을 쓰게 하였다. 어쨌든 憲法이 달라진 이제 i) 적극적으로는 裁判의 前提되는 法律일 것, 즉 本案事件의 合憲有效일 때와는 判決主文이 달라질 경우이고(憲裁 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5·8, 89헌가44(병합)), ii) 소극적으로는 訴訟促進을 목적으로 하는 違憲提請申請이 아니고 또 合憲임에 의문의 여지가 없을 때가 아니면, 그것만으로 提請要件이 갖추어진다고 할 것이며, 따라서 法院은 合憲與否에 대한 判斷없이 곧바로 提請決定을 하여 憲法裁判所로 보내는 것이 新憲法에 合致되는 解釋일 것이다. 獨逸에 있어서는 適用할 法律에 대한 違憲性에 대한 確信을 提請要件으로 하고 있으나, 오지리에서는 提請權이 있는 法院의 疑心(Bedenken)으로 족하며, 특히 이태리에서 法院의 提請段階에서는 提請申請한 法律에 대한 違憲性的 의문이 명백히 이유없는 것이 아니라는 정도면 족하다는 것이다.

그러한 해석은 이태리의 경우에 抽象的 規範統制制度를 認定하고 있지 않은 立法論上의 問題를 具體的 規範統制制度를 통해

補完하려는 의도로 평가한다. 더구나 法院이 合憲이라고 보아 違憲提請棄却決定을 하여도 憲法訴願을 提起하면 憲法裁判所로 옮겨올 수 있게 된 이제, 法律의 違憲與否를 실질적으로 審査한다면 節次遲延의 요인이 될 뿐더러, 경우에 따라서는 法院의 權威 損傷이 될 우려마저 생긴다.

요컨대 當事者의 違憲提請申請에 대해 法院의 合憲決定으로 중간에서 차단하여 憲法裁判所에 넘어오지 못하게 막는 일은 없도록 하려는 것이 新憲法下의 違憲法律審査制度의 本旨인 것 같다. 그러므로 이제는 國民에게 憲法裁判所에서 法律의 違憲與否에 대한 審判을 받는 門戶는 넓게 開放되었다고 할 것이고, 國會의 本來의 機能인 立法보다는 國政批判에 치중함으로써 拙速에 흐르기 쉬웠고 通法府라는 별명마저 있었던 國會의 立法이 앞으로는 크게 牽制받을 것으로 예상되며, 이를 轉機로 國會의 眞面目인 立法活動이 活性化되었으면 한다.

다만 憲法裁判所의 合憲決定이 이미 있는 경우도 違憲提請決定을 할 수 없는 提請의 積極的 要件으로 볼 것인가. 論者에 따라 이 때에도 提請해서는 안 될 경우라고 보고 있으나, 獨逸法과 달리 우리 憲法裁判所法은 法律의 違憲決定이 法院을 羈束하고 合憲決定까지 羈束力이 미치지 아니하므로 (憲裁法 第47條 1項), 이미 憲法裁判所의 合憲決定이 났다 하여도 여전히 違憲의 疑問이 남는다면 提請할 수 있다고 할 것이다. 그것이 憲裁의 잘못된 判例를 匡正하는데도 도움을 줄 것이다.

나아가 憲法裁判所法 第41條 1項에 의하면 違憲審判提請을 當事者의 申請뿐만 아니라 法院의 職權으로도 하게 되어 있다. 下級法院의 경우는 職權에 의한 提請의 例가 있으나 大法院의 경우 아직 例가 없다. 생각건대 當事者가 提請申請을 하지 않고 단순히 法律의 違憲主張을 할 경우라도 이것을 法院에 대한 違憲

提請의 職權發動을 촉구하는 意味로 보고 憲法裁判所로 違憲與否의 審判을 提請함이 타당할 것이다. 法院이 提請함이 없이 法律에 대한 合憲判斷을 한 경우는 그 判決이 確定되면 當事者가 이에 異議가 있어도 裁判訴願이 안되기 때문에 不服의 길이 없다. 결국 法院의 法律에 대한 合憲判斷이 最終判斷으로 되기 때문에 問題이다.

5. 違憲提請申請棄却決定에 대한 不服

(1) 憲法委員會法에서는 下級審의 違憲與否提請申請을 배척하는 申請棄却決定에 대하여 다시 上級法院에 不服할 수 있게 되어 있다. 따라서 憲法委員會에 넘어오지 못한 狀態에서 法院內部에서 提請에 관한 決定의 當否를 놓고 不服節次를 되풀이하면서 提請節次가 정제되는 사태가 생길 수 있었다. 다만 下級法院의 提請申請에 관한 決定은 中間的 裁判이라 하여 이에 대하여서는 獨立하여 抗告·再抗告로 不服할 수 없고, 本案判決에 대하여 不服하면서 함께 不服하여야 한다는 것이 確立된 大法院의 判例였다. 이런 問題點을 없애기 위해 憲法裁判所法에서는 提請申請에 대한 裁判에는 다시 法院안에서는 抗告를 不可能하게 한 것이다 (憲裁法 第41條 4項).

(2) 法院이 提請申請棄却決定(却下決定도 같다고 할 것이다)을 하면, 當事者가 이에 갈음하여 直接 憲法訴願의 형태로 法律의 違憲與否에 대한 審判을 請求할 수 있다(憲裁法 第68條 2項). 앞서 본 바와 같이 規範統制의 형태는 결코 法院의 提請만에 의하여 이루어지는 것이 아니며, 이것은 法院이 아닌 個人에 의한 規範統制(Individualnormenkontrolle)의 경우이다. 裁判訴願 禁止原則의 유일한 예외로서 이 경우에 憲法訴願을 認定한 것이다. 獨

逸의 경우는 當事者が 낸 違憲提請申請棄却決定을 하였을 때 후술하는 補充性的의 一般原則에 따라 抗告·再抗告節次를 거치고 나서 여기에서 所期の 목적을 이루지 못하였을 때 최종적으로 憲法訴願을 낼 수 있게 되었으나, 우리 나라의 경우는 下級審의 違憲提請申請棄却決定이라 하여도 곧바로 憲法訴願을 낼 수 있게 한 것은 進一步요 立法論上 評價할 바 있다.

그 法的 性質은 法院의 裁判에 대한 단순한 訴願으로 볼 것인가, 法院에 같은 當事者에 의한 違憲提請으로 볼 것인가의 문제가 있다. 만일 前者라고 본다면 提請申請棄却이 잘못되었을 때에 우선, 法院의 裁判에 대해 取消 主文을 내고 自判해야 하는 것이 불가피해 지는데, 우리 憲裁實務는 後者の 입장에 의하고 있다.

이 경우에 있어서 現행 憲法裁判所法은 決定停止事由로 하지 아니하고 本案事件을 다루는 節次進行을 할 수 있음을 前提로, 만일 本案事件이 進行되어 확정되면 憲法訴願이 인용되었다는 것을 이유로 再審을 請求할 수 있게 하였다(憲裁法 第75條 7項).

6. 提請決定의 效力

(1) 提請決定에 대하여는 憲法裁判所는 提請決定을 한 法院의 立場을 심분 존중하여야 한다(憲裁 1989. 7. 14. 선고, 88 헌가 5·8, 89 헌가 44(병합) 결정).

그러나 提請決定이 명백히 감수할 수 없거나 違法 혹은 명백히 不當한 경우, 예를 들면 提請된 法律이 本案事件의 裁判의 前提가 되지 않음이 명백한 때, 그 法律이 당해 本案事件에 적용될 法律이 아니거나 그 法律이 違憲無效일 때에는, 本案事件의 判決 主文이 달라질 경우가 아님이 분명한 때는 憲法裁判所는 違憲提

請을 職權으로 却下할 수 있다(BVerfGE 7,171 : 20,351). 그러나 提請한 法律에 대한 違憲與否의 判斷이 個別事件을 떠나 一般的인 意味가 있고 또 公共福利를 위하여 중요한 意味가 있을 때에는 裁判의 前提가 없어도 例外的으로 提請은 適法한 것으로 보아 違憲與否를 審判할 수 있다(BVerfGE 47,146 : 憲裁 1989. 7. 14. 선고, 88헌가 5·8, 89 헌가 44(병합) 전원부 決定에서 筆者의 補充意見).

(2) 法院이 違憲提請을 變更할 수 있느냐이다. 原則的으로 提請法院은 提請後에 要件에 맞지 않은 提請이라는 確信에 이르거나 法院이 法律的 見解를 바꾸어도 提請決定의 自己羈束力 때문에 뒤에 提請을 撤回하거나 變更이 許容되지 않는다. 그러나 事情變更이 생겼을 때, 예컨대 i) 뒤에 本案事件의 取下·和解 등으로 本案節次가 適法하게 終了된 경우, ii) 提請節次의 係屬中에 당해 法律이 變更된 경우, iii) 그 사이에 憲法裁判所의 決定이 났을 때 등은, 例外的으로 提請法院은 提請을 撤回해 버리거나 또는 新法律로 變更하면서 提請을 유지하는 것이 가능하다고 하겠다(Maunz u.a., §100, BVerfGG. Rdnr. 39). 撤回은 取消決定의 形式에 의한다. 提請한 法律이 審理中에 法改正으로 인하여 廢止되는 등으로 裁判의 前提性이 소멸되었을 때에는 달리 權利保護의 利益이 없는 限 提請을 却下하여야 할 것이다(憲裁 1989. 4. 17. 선고, 88 헌마 4 결정). 法院이 法律의 變更으로 提請決定을 取消하는 경우에 이제부터 裁判의 前提가 된 新法律 역시 違憲인 것으로 인정하면 提請決定의 取消과 함께 새로운 提請決定을 할 수 있다(Maunz u.a., §80, BVerfGG. Rdnr. 318-323).

(3) 法院이 憲法裁判所에 提請한 때에는 당해 訴訟事件의 裁判은 憲法裁判所의 違憲與否의 決定이 있을 때까지 정지된다(憲裁法 第42條 1項). 舊憲法委員會法 第13條 2項은 憲法委員會가

提請을 受理하였을 때에는 大法院은 당해 法律을 적용하여야 할 事件도 裁判을 停止하게 하도록 하였으나, 憲裁法은 같은 규정이 없다. 立法論으로 憲法委員會法이 타당성이 있다고 볼 것이다.

命令·規則에 對한 憲法訴願

변 精 一

事務處長

- 目 次 -

I. 序

II. 憲法 第107條·第111條와 憲法裁判所法 第68條

III. 憲法解釋機關과 憲法解釋의 統一

IV. 權利侵害의 直接性과 補充性의 原則

V. 結

I. 序

憲法裁判所가 1990. 10. 15. 법무사법시행규칙 (1990. 2. 26. 대법원규칙 제1108호) 제3조 제1항에 관하여¹⁾ 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것으로 위헌이라는 결정을 선고하자 이를 계

1) 위 규칙 제3조 제1항은 “법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다”는 내용이다.

기로 한국공법학회에서 헌법재판소의 命令·規則에 대한 違憲與否審査權의 有無와 위 決定의 當否에 關하여 1990. 11. 24. 및 12. 14. 두차례의 Seminar를, 대한변호사협회에서는 1990. 12. 17. 이를 주제로 한 심포지움을 각 열었고, 국회법제사법위원회에서도 국정감사과정 등을 통하여 이에 관한 토론이 展開되었으며, 아직도 위 헌법재판소의 결정을 둘러싸고 贊·反 양론이 學界는 勿論 法曹界에서 계속 이어지고 있다.²⁾

한편 법원행정처는 헌법재판연구반을 구성하고 동 연구반은 長文의 “명령·규칙의 위헌심사권에 관한 연구보고서”를 작성하여 大法官會議에 보고하였고 1990년도 정기국회 회기중 국회법제사법위원회에서 법원행정처장은 신오철의원 등의 질의에 대한 답변과정에서 위 보고서를 답변의 一部로 인용하였으며, 全國의 法官에게는 물론 學界, 法曹界, 國會 등에 널리 配布하는 반응을 보였다.

이에 反하여 헌법재판소는 一切의 공식적인 반응을 삼가고 앞서 말한 Seminar 등에 憲法裁判所의 憲法研究官 등이 참가하여 자신들의 私見을 밝혀왔을 뿐이다. 이러한 狀況이므로 筆者는 과연 命令·規則에 대하여 헌법재판소는 그 違憲與否를 심사할 수 없는가를 整理해 볼 필요성을 느끼고 이 글을 쓰기로 하였다.

이 글은 筆者가 국회법제사법위원회에서 私見임을 前提하고 答辯했던 內容에 몇 가지를 추가하였음을 밝혀둔다.³⁾ 헌법의 관계규정과 관계법률(헌법재판소법과 행정소송법 등) 등의 검토를 통하여 결론을 내리고자 한다.

2) 위 決定에 대한 비판은 법률신문 1990. 11. 1.자에 실린 법원행정처 근무 윤용섭판사의 “법무사법 시행규칙의 위헌결정에 대한 소감”에서부터 시작되었다.

3) 헌법재판소의 특성상 決定書에 의하지 아니한 公式見解는 있을 수 없다.

II. 憲法 第107條·第111條와 憲法裁判所法 第68條

(1) 法院行政處의 위 보고서는 헌법재판소의 위 결정에 대하여 신랄하게 비판하면서 명령·규칙에 대한 위헌여부심사권은 일반법원에만 전속하며, 헌법재판소에는 그 권한이 없다고 주장하고 여러 가지 논거를 들고 있으나 이를 정리하면 그 요지는 대체로 다음과 같다.⁴⁾

즉 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하고, 헌법 제101조는 사법권은 법원에 속하고 대법원은 최고 법원임을 선언하고 있으며, 법원조직법 제2조 제1항은 “법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판한다”고 규정하고 있으며, 행정 소송법 제6조는 대법원 판결에 의하여 명령·규칙이 위헌 또는 위법임이 확정된 경우에는 대법원은 이를 총무처장관에게 통보하고, 이 통보를 받은 총무처장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다고 규정하고 있는 반면,

헌법 제107조 제1항이 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”고 규정하여 동조 제2항과 대비되며, 헌법 제111조 제1항은 헌법재판소의 관장 사항으로서 명령·규칙 심사권에 관하여 아무 규정이 없으며, 헌법재판소 법에도 명령·규칙의 위헌 선언에 관하여 아무런 규정이 없는 점으로 보아, 명령·규칙에 대한 위헌여부심사권은 일반 법원에 전속하며 헌법

4) 동 보고서 9 p.-11 p.

재판소에는 그 권한이 없고, 대법원은 최종적심사권을 가지며, 명령·규칙에 대한 대법원의 위헌판결은 모든 행정기관을 기속하는 것이라고 주장하고 있다.

(2) 헌법 제107조 제2항

헌법은 통일적 유기체인 바, 그 해석도 헌법전체를 통일적·총체적으로 파악하여 이루어져야지 어느 한 조항의 문리해석에만 의존하여서는 안될 것이며 전체의 조화적 해석이 필요하다고 본다.

그러한 의미에서 우선 헌법 제107조 제2항이 갖는 헌법 내에서의 위치를 살펴 볼 필요가 있다. 헌법은 제5장에 법원을, 제6장에 헌법재판소를 규정하고 있으며, 헌법 제5장은 제101조 내지 제110조로 구성되어 있고 제107조 제2항은 그 중의 한 條項에 불과하다.

헌법 제5장을 조문별로 보면, 헌법 제101조는 司法權의 法院에의 歸屬, 大法院의 最高法院性 등을, 제102조는 大法院과 各級法院의 構成과 組織 등을, 제104조 내지 제106조는 順次로 法官의 任命方法, 任期, 身分保障 등을 규정하다가, 헌법 제107조 제1항에 法律의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에는 法院은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하도록 하고 동 제2항에 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하고, 이어서 헌법 제108조는 대법원의 규칙제정권, 제109조는 공개재판의 원칙, 제110조는 군사재판에 관하여 규정하고 있다.

그렇다면 헌법 제107조는 제1항과 제2항은 그 조문의 위치로 보아 법률·명령·규칙·처분 등의 위헌·위법여부가 재판의 전제가 되는 경우에 법원이 어떻게 해야 하는가를 정한 규정이라

고 봄이 타당하고 명령·규칙의 위헌·위법여부는 법원만이 심사할 수 있다는 취지로 해석할 수는 없다.

그러한 관점에서 볼 때 법원이 재판을 함에 있어서 법률의 위헌여부가 문제되는 경우에는 헌법재판소에 그 위헌여부심판제청을 하여 그 결정에 따라 재판하고, 하위 법규인 명령·규칙의 위헌여부가 문제가 되는 경우에는 헌법재판소에 제청할 것 없이 법원이 스스로 판단하여 재판하되 대법원이 최고법원으로서 당해 쟁송사건에 있어서 그 최종적 심사권을 가진다는 의미로 헌법 제107조 제1항과 제2항을 해석하여야 할 것이다.

헌법 제6장의 규정과를 종합하여 좀더 부연하자면 법률의 위헌여부심사권을 부여함으로써 헌법의 최고해석기관으로 독립된 헌법재판소제도를 헌법이 채택한 이상 법률의 하위규범인 명령·규칙에 대하여도 그 위헌여부심사권을 갖는 것은 당연하겠으나, 命令·規則은 法律에 比하여 그 重要性이 약할 뿐 아니라 命令·規則에 대하여서까지 헌법재판소에 제청하여 그 위헌여부를 판단 받아 그 결정에 따라 법원으로 하여금 재판케 하여서는 신속한 재판을 저해할 우려가 있으므로 법원이 스스로 판단하도록 한다는 취지일 뿐이지, 명령·규칙의 위헌여부심사권은 대법원에 전속하며 헌법재판소는 여하한 경우에도 이를 심사할 수 없다는 취지를 정한 것은 아니다.

위 보고서는 헌법 제107조 제2항의 “재판의 전제가 되는 경우”라는 文言은 具體的 規範統制의 原則을 선언한 것일 뿐 재판의 전제가 되지 아니한 다른 경우에는 다른 기관도 그 위헌여부를 심사할 수 있다는 취지는 아니라고 주장한다.⁵⁾ 재판의 전제가 되지 아니한 다른 경우의 다른기관에 의한 위헌여부심사권과는 무관한 규정이고 다른기관의 위헌여부심사권 유무는 헌법 제

5) 동 보고서 13 p.

107조 제2항의 해석에 의하는 것이 아니라 헌법의 다른 규정의 해석에 의하여 판단되는 것이다.

헌법 제107조 제1항이 법원이 재판권을 행사함에 있어 『법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우』에 헌법재판소에 제청하여 그 결정에 따라 재판하도록 하는 규정일 뿐 그 자체로서 우리 헌법이 위헌법률심사제도로써 具體的規範統制制度를 채택하였다고 판단되는 것이 아니라 헌법재판소의 관장사항을 정한 헌법 제111조 제1항이 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판”이라 규정하고 달리 해석할 근거가 없기 때문에 법률의 위헌여부에 관하여는 헌법재판소만이 그 심사권을 가지면 具體的規範統制制度를 채택하였다고 해석됨과 마찬가지로이다.

헌법 제107조 제1항이 “헌법재판소에 제청하여”라고 규정한 것은 헌법 제111조 제1항이 헌법재판소의 관장사항으로서 “법원의 제청에 의한 법률에 위헌여부심판”을 규정한 것과 서로 對應하는 것으로 법률에 대한 구체적규범통제는 오로지 헌법재판소만이 관할권을 가진다는 것을 전제로 한 것이다.

또한 헌법 제107조 제2항이 “……大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다”고 규정하고 있는 바 大法院 外의 다른 機關도 命令·規則에 對한 위헌여부심사권을 갖는다고 해석하면 “最終的”이란 表現은 그 의미를 喪失케 되므로 헌법이 “最終的으로”라는 文言을 使用한 것은 헌법재판소에 의한 審査可能性을 排除한 것이라고 주장하는 見解도 있으나,⁶⁾ 그 “最終的으로”란 表現은 大法院아닌 下級法院도 具體的爭訟事件에 있어서 命令·規則의 違憲與否를 심사할 수 있으나 最終的으로는 大法院이 심사한다는 뜻을 나타낸 것으로 해석함이 타당하고 이와 같이 해석하면 “最終的”이라는 文言은 의미를 갖게 된다.

6) 동 보고서 14 p.-15 p.

헌법 제107조 제2항(아울러 同 第1項도)을 上述한 바와 같이 해석함이 文理解釋上으로도 妥當하다 하겠다.

(3) 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조

그렇다면 憲法裁判所가 命令·規則에 關하여 그 違憲與否를 審査할 수 있는 根據는 무엇인가.

헌법 제111조 제1항은 헌법재판소의 관장사항으로서 그 제5호에 “法律이 정하는 憲法訴願에 관한 審判”을 規定함으로써 우리 헌법상 처음으로 憲法訴願制度를 도입하고, 그 具體的 內容은 法律에 委任하였다.⁷⁾

그 헌법의 위임에 의하여 헌법재판소법 제68조 제1항은 “公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 침해 받은 者는 法院의 裁判을 制外하고는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다”고 規定하여, 법원의 재판을 제외한 일체의 공권력의 행사가 헌법소원심판의 대상이 됨을 明白히 하였고, 달리 法令에 대한 헌법소원을 배제할 만한 해석 근거를 찾아볼 수도 없다. 또한 위 法 제68조는 헌법의 委任에 의한 것으로 實質的 意味의 憲法에 해당한다 할 것이고, 그 規定 內容도 憲法 기타의 實定法에 어긋나지 않는다. 헌법 제111조 제1항이 법률에 대한 구체적규범통제를 밝히고 있지만 헌법재판소법 제68조 제2항이 법원에 법률의 위헌 여부 심판 제청을 신청하였으나 각각 당한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있어, 이 헌법소원심판 제도에 의하여서도 법률에 대한 사실상의 규범 통제가 또다른 형태로 이루어지고 있는 것이나, 국민의 기본권을 직접 침해하고 있는 法律에 대하여 헌법재판소가 1989. 3. 17.이래 헌법소원을 인정하여 오고 있는 것에 대해

7) 제6공화국헌법 기초과정에서 헌법소원제도가 기본권보장을 위한 가장 효율적 제도라는 인식을 있었으나 그에 관한 연구가 미비하였고 立法技術上의 문제도 있어 법률에 위임한 것으로 보여진다.

여8) 違憲論議나 비판이 전혀 없었던 것도 위 법 제68조가 헌법의 위임에 의한 것이고 “公權力”에는 立法作用도 포함되는 것이며, 헌법의 전체 체제상 헌법재판소를 最高의 憲法解釋機關으로 삼은 헌법제정권자의 의사 해석이 의문의 여지가 없기 때문이다.

(4) 그렇다면 命令·規則 등 行政立法에 對한 憲法訴願을 不許해야 할 아무런 理由도 없다.

헌법 제111조 제1항 자체가 行政立法에 對한 헌법 소원을 明示하고 있지는 않으나 헌법의 위임에 의한 헌법재판소법 제68조 제1항이 소원의 대상에서 公權力의 行使·不行使 中 法院의 재판만을 除外하고 있어, 公權力作用의 하나인 立法作用도 포함하고 있는 것이다.

이렇게 해석한다고 하여 大法院의 最高法院性을 선언한 헌법 제101조에 저촉되는 것도 아니다. 대법원이 最高法院이라 함은 헌법 제5장에 規定된 法院 中 最高法院이라는 뜻일 것이기 때문이다.

法源組織法 제2조 제1항도 헌법 제111조 제1항 제5호에 의하여 授權立法된 헌법재판소법 제68조보다 효력이 앞서는 규정이 아님은 명백하며, 行政訴訟法 제6조의 규정 취지는 일반 법원 중 최고법원인 大法院이 내린 行政立法에 對한 違憲·違法判斷을 널리 알려 공공기관이 이에 어긋나는 행위를 함을 예방하려는 데에 있는 것이므로 위 법원조직법 등의 규정들도 헌법재판소가 헌법소원심판의 형태로 行政立法에 대한 위헌여부를 심사하는 것을 막는 것은 아니다.

(5) 동 보고서는 헌법 제107조 제1항, 제2항과 같은 조문은 제헌헌법 이래 존치되어 왔으나 과거 어느 때에도 대법원 아닌 다른 기관이 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 가진다고 주장된 적

8) 헌법재판소 88 헌마 1 사법서사법시행규칙에 관한 헌법 소원.

은 없다고 주장한다.⁹⁾ 과거에 그러하였음은 그 주장과 같으나, 헌법소원제도를 도입한 현행 헌법의 해석에 있어서는 경우를 달리 한다.

원래 헌법소원제도는 독일, 오지리 등에서 발달되어 왔고 헌법소원제도를 채택하고 있는 많은 국가가 헌법소원제도를 두고 있으며, 헌법소원제도는 원래 기본권을 침해당한 국민이 기본권 침해의 원인이 된 공권력 작용을 제거함으로써 침해된 권리를 회복하고, 나아가 모든 공권력 작용의 기본권 기속성을 확보하는 제도로 발전되어 왔으며 命令·規則에 대한 헌법소원을 인정함으로써 行政立法에 의한 허다한 기본권 침해를 구제하고, 공권력의 기본권 기속성을 보장하는 기능을 하여 오고 있다.

뿐만 아니라 헌법의 위임에 의하여 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 제외한 모든 공권력 작용을 그 대상으로 규정하고 있는 이상 결론은 명백하며 위 보고서의 주장은 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법의 위임에 의한 것임을 간과한데서 비롯된 잘못된 주장이라 할 것이다.

(6) 헌법 또는 헌법재판소법이 보다 명료한 규정을 두었더라면 하는 아쉬움은 없지 않으나 헌법 소원 제도에 대한 인식의 부족과 헌법재판소법 제정 당시 동 법에 의하여 탄생되는 헌법재판소를 과거의 헌법위원회에 유사한 기능밖에 하지 못하리라는 短見과 입법 과정의 졸속으로 인하여 헌법재판소법에는 그 외에도 많은 立法의 不備를 발견할 수 있다.

그럼에도 불구하고 헌법 제107조, 제111조, 제111조 제1항 제5호의 위임에 의한 헌법재판소법 제68조의 규정을 종합하여 볼 때 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우는 법원은 헌법재판소에 그 위헌 여부 심판을 제청하여 헌법재판소의 판단에 따

9) 동 보고서 13 p.

라 재판하여야 하나, 명령·규칙의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청할 것 없이 독자적으로 그 위헌 여부를 판단할 수 있고, 이 경우에는 대법원이 최종적 심사권을 가지면, 따라서 헌법재판소에 당사자가 대법원의 해석을 문제삼아 헌법소원 등을 청구할 수는 없으나, 명령·규칙이 국민의 기본권을 직접 침해하고 있는 때에는 기본권을 침해당한 국민은 헌법 소원 청구할 수 있고, 이 경우 헌법재판소는 헌법소원의 대상으로서 명령·규칙의 위헌 여부를 심판할 수 있다고 해석함이 타당하다고 할 것이다.¹⁰⁾

헌법재판소법에 법률 자체에 대한 헌법 소원 인정하는 규정이 없음에도 헌법 소원 제도를 채택하고 있는 다른 나라들과 마찬가지로 헌법재판소가 1989. 3. 17.이래 법률 자체에 대한 헌법 소원 인정하여 왔고 이에 대하여 아무런 비판도 없었음을 재차 상기할 필요가 있다.

III. 憲法解釋機關과 憲法解釋의 統一

(1) 헌법에 관한 최종적 해석권을 여러기관에 둔다면 해석기관의 해석여하에 따라 결론이 달라질 수 있으므로 가급적 헌법에 관한 최종적 해석권은 어느 한 기관에 전속케 함이 타당하다.

그런데 우리 헌법은 재판권 행사에서 일어나는 行政立法에 대한 위헌심사를 대법원에 맡겨 두 개의 헌법 해석 기관을 상정하고 있는 바, 헌법의 합리적 해석을 통하여 헌법 해석의 통일과 조화를 이룰 수 있도록 함이 필요하다. 우리 헌법은 헌법재판소와 대법원을 두면서 이 두 기관 중 어느 기관이 통제적 기능을

10) 김철수 교수. 헌법재판소법의 제문제, 헌법재판의 활성화 방안, 서울대 법학 연구소 1988. 194 p. : 김학성 박사. 헌법 소원에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1989. 216 p.

가진 상위의 기관이나에 관하여는 전혀 판단의 근거를 제시하고 있지 않으나 헌법 학계의 통설은 최소한 헌법재판소를 국회, 정부, 대법원과 동렬의 기관으로 보며, 헌법해석에 관한 한 헌법재판소를 最終的 上位機關으로 보고 있다(동 보고서의 견해를 따르더라도 상위규범인 법률의 위헌여부에 관하여는 헌법재판소가, 하위규범인 명령·규칙의 위헌여부에 관하여는 대법원이 헌법해석권을 가진다).

그렇다면, 우리 헌법의 해석에 관한 한 헌법재판소의 헌법해석권을 가급적 제한하는 방향으로 보는 것은 옳지 않은 견해이고, 오히려 명백한 반대규정이 없는 한 헌법재판소의 헌법해석권을 肯定하는 것이 올바른 견해라 할 것이고, 그렇게 하여야만 헌법해석의 혼란을 가급적 피하는 것이 될 것이다.

우리 헌법 제111조 제2항이 “헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며 재판관은 대통령이 임명한다”고 규정하는데 이어 제3항에 “제2항의 재판관 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인 대법원이 지명하는 자를 임명한다”고 규정하는 것도 헌법재판소를 통하여 헌법해석의 통일성과 논리의 일관성을 유지케 하려는 의도라고 보여진다.

(2) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있고 동 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 규정하고 있어 명령의 수반을 당연한 결과로 하며, 현대사회의 복잡다기한 사회현상에 국회에서 제정하는 법률로는 탄력적 대처가 불가능하므로 行政立法에 依存하는 경우가 점차 증대하고 있어, 命令·規則이 수반하지 않는 法律은 오히려 例外的이

며 法規의 實質의 內容에 있어서 命令·規則이 보다 중요한 의미를 갖는 경우가 많다.

따라서 法規範은 法律과 그에 따른 命令·規則을 총체적으로 파악하여야 하는 경우가 대부분이고, 國會에서 合憲的 法律을 제정하였음에도 不拘하고, 그 委任에 依한 또는 그 施行을 爲한 命令·規則에 違憲적 규정을 두고 있다면 總體的으로는 그 法律마저도 違憲적인 것으로 되어 버리는 것이다.

그러므로 헌법재판소가 여하한 경우에도 명령·규칙의 違憲 여부를 심사할 수 없는 것이라면 法律의 合憲性을 보장하는 것도 그 범위 내에서 크게 제한받는 不當한 결과가 될 것이다.

(3) 직무집행에 있어서의 違憲행위 때문에 탄핵소추를 받은 공무원에 대한 탄핵심판에 있어서 당해 법률이 違憲이라고 판단되는 때와 권한쟁의심판에 있어서 계쟁기관의 권한을 정한 법률이 違憲이라고 판단되는 때에는 헌법재판소가 당해법률의 위헌을 선고할 수 있다고 해석되는 것이라든지, 헌법재판소법 제75조 제5항이 “헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 違憲인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 違憲임을 선고할 수 있다”고 규정하고 있는 것이나, 헌법재판소법 제68조 제2항 규정 등은, 헌법 제111조 제1항 제1호는 “법원의 제청에 의한 법률의 違憲여부심판”이라고만 규정했으나 헌법재판소를 최고의 헌법해석기관으로 상정하고 헌법재판소로 하여금 가급적 광범위하게 규범통제기능을 수행할 수 있도록 하려는 노력이라 할 것이고, 이는 헌법의 통일적, 조화적 해석을 유지하여야 한다는 기본정신에도 부합한다 할 것이다.

따라서 헌법재판소가 국민의 기본권을 직접 침해하고 있는 命令·規則에 대하여 헌법소원심판을 통하여 違憲 여부를 심사할

수 있다는 것은 헌법 제107조, 제111조, 헌법재판소법 제68조의 해석으로는 물론이고, 헌법해석의 통일성, 규범통제의 통일성이 라는 요청에 비추어도 당연한 결론이다.

(4) 法院行政廳의 研究報告書는 “단일한 命令·規則에 대해 두 기관이 서로 다른 최종적판단을 함으로써 생기는 법적인 혼란은 대단히 큰 것이다”고 주장한다.¹¹⁾ 一見 그럴듯한 주장이고 또한 헌법재판소법 제68조 제1항이 “法院의 裁判”을 헌법소원 대상에서 明示的으로 除外하고 있으므로 위헌법률이 헌법재판소의 심사를 받을 기회없이 法院에 의하여 合憲的인 것으로 해석적용되는 事例가 있을 수 있다는 것을 생각하면 이는 비단 命令·規則에만 限定된 문제가 아니라 헌법소원에서 재판을 제외한 現行制度下에서 법률에 關하여도 일시적으로 일어날 수 있는 일이기도 하나, 전술한 바와 같이 헌법 제111조 제2항이 “헌법재판소는 法官의 資格을 가진 9인의 재판관으로 구성”한다고 규정하고 있고, 헌법재판소법 제5조는 재판관의 자격을 대법관의 자격에 관한 법원조직법 제42조 제1항과 같은 내용을 규정하고 있는 바, “서로 다른 최종적 판단”을 하는 경우는 극히 드물 것이다. 헌법재판소의 재판관이나 대법관이나 個人差는 있겠지만 그 임명에 필요한 자격이 같고, 같은 法律文化 속에서 生活하여 왔을 것이기 때문이다.

헌법재판소와 대법원의 판단이 상이한 경우가 생기더라도 대법원의 위헌판단은 당해 사건에의 적용거부에 그치는 것이고 일반적 구속력이 없으나 헌법재판소의 결정은 “모든 국가기관과 지방자치단체를 기속”하므로 (헌법재판소법 제75조 제1항), 법적 측면에서 본다면 오히려 헌법재판소의 결정으로 궁극적으로 위헌해석이 통일되어 혼란이 문제될 여기는 없다. 또한 命令·規則

11) 동 보고서 16 p.

의 위헌여부를 다투려는 국민이 어느 기관에 호소하여야 하는지 혼란이 일어날 것이고 주장하나,¹²⁾ 그러한 혼란이 있더라도 一時的인 것이고 헌법재판소의 결정과 대법원의 판례에 의하여, 그리고 두 기관의 상호 존중 노력에 의하여 해소되어 나갈 것이다.

가사 어떤 혼란이 있다고 하더라도 혼란의 방지를 위한 제도적 장치를 할 일이지 그 혼란을 이유로 헌법재판소의 헌법해석 권한을 제한하려는 것은 부당한 것이고, 헌법의 기본정신 해석상 도출되는 명백한 결론이 좌우되어서는 안될 것이다.

IV. 權利侵害의 直接性和 補充性的 原則

(1) 헌법소원의 대상이 되는 것은 기본권을 침해한 공권력의 행사 또는 불행사이고, 그 침해는 請求人 自身の 權利에 관하여 (自己性) 現在의 侵害이어야 하고(現在性), 媒介行爲없이 直接侵害하는 것이어야 한다(直接性)는 것은 헌법소원제도를 채택하고 있는 外國에 있어서는 勿論 우리의 通說이고 判例다.

또한 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다는 것이 일반적인 立法例이다.

그런데 이번의 헌법재판소 결정에 대하여 直接性和 補充性的의 原則 兩面에서의 비판이 있다.

法院行政處의 위 보고서는 行政立法이라도 그것이 國民의 權利를 直接 침해하는 것이면 行政訴訟의 對象이 된다는 것이 대법원 판례인 바, 그러한 行政立法에 대하여도 막바로 行政訴訟의

12) 동 보고서 24 p.

提起가 可能한 즉 다른 법률에 行政訴訟이라는 救濟절차가 있는 경우이므로 막바로 헌법소원의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라 法院의 判決은 헌법소원의 대상에서 除外되어 있고, 한편 헌법소원도 權利侵害의 直接性을 要件으로 하므로 헌법소원의 대상이 될 수 있는 行政立法은 바로 行政訴訟의 대상이 되므로 命令·規則에 關하여 憲法裁判所가 그 위헌여부를 심사할 餘地는 없다고 주장한다.¹³⁾

(2) 위 보고서가 들고 있는 大法院判決(1954. 8. 19. 원고 상고인 거제면, 피고 나라간의 4286 行上 37호 사건)은 “勿論 法令의 效力을 가진 命令이라도 그 效力이 다른 行政行爲를 기다릴 것 없이 直接的으로 또 現實이 그 自體로서 국민의 權利毀損 기타 權利侵害의 效果를 발생케 되는 性質의 것이라면 行政訴訟法上 處分이라 보아야 할 것이고 따라서 그에 關한 利害關係者는 그 具體的 關係事項과 理由를 主張하여 그 命令의 取消을 法院에 求할 수 있는 것이나……”라고 판시하고 있으며, 우리 나라 行政法學者들도 대체로 그러한 命令·規則은 處分的 性質이 있으므로, 또는 處분에 다름아니다는 논리로 위 判示를 지지하고 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾

그러나 여기서 위 大法院의 判示가 判例로서 確立된 것인가를 검토할 필요가 있다.

위 判示는 위 事件 決定理由에 있어서 하나의 방론으로 提示된 見解에 불과하고, 그 前이나 그 後나 방론으로나마 大法院判決에 위와 같은 판시가 있었음을 찾아 볼 수 없고 行政立法이 直接 국민의 기본권을 侵害한 事例가 없었을 리 없는데 직접 국민의 기본권을 침해하고 있다는 理由로 行政立法이 取消된 判例

13) 동 보고서 25 p. 이하

14) 이상규 변호사, 신행정소송법(1988. 9. 法文社) 300 p. 등.

를 찾아볼 수도 없다.

그렇다면 위 判示를 大法院判例로 確立된 것이라고 할 수 있을지 의문이 아닐 수 없다.

(3) 또한 위 대법원 판결(4286 行上 37호) 선고 당시인 제1공화국 헌법에 있어서는 그 제81조 제1항이 “大法院은 法律이 定하는 바에 依하여 命令·規則과 處分이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다”고 규정하여 “裁判의 前提가 되는 경우에는”이라는 文言이 없었음을 유의할 필요가 있다. 그러한 제1공화국 헌법에 있어서는 국민의 권리·이익에 직접 변동을 초래하는 行政立法에 대하여는 그 自體의 取消를 소송물로 한 行政訴訟이 가능하였을런지 모른다.

그러나 “裁判의 前提가 되는 경우에는” 이라고 헌법에 明文의 制限이 있는 경우에는 해석을 달리하여야 할 것이다.

위 判示를 지지하는 行政訴訟에 관한 학설들이 국민의 권리에 직접 영향을 주는 行政立法은 비록 그 형식이 命令·規則이라도 실제로는 處分에 다름 아니다는 관념에서 출발하고 있는 것도 『재판의 전제가 되는 경우에는』이라는 헌법상 명시된 제한을 피하고, 국민들에게 권리 구제의 길을 넓혀 주려는 努力이 아니었을까 생각된다. 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙 또는 처분의 위헌·위법 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 수 있다고 명시하고 있음에도 불구하고 명령·규칙 자체의 취소를 할 수 있다고 하는 것은, 『권리를 직접 침해하는 명령·규칙은 그 자체가 하나의 처분이다, 그러므로 행정소송의 대상이 된다』고 논리를 세우지 않는 한 헌법의 명문 규정에 정면으로 어긋나기 때문이다. 대법원이 아직까지 命令·規則의 取消를 命한 재판을 하지 않은 것이 그러한 訴訟이 없었기 때문인가? 혹이면 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 명

문의 제한 때문이었을 것이라고 보는 것은 지나친 추측일까?

日本에 있어서는 行政立法에 대한 行政訴訟을 認定하는 견해가 우세한 것으로 보이나 日本의 경우는 헌법 소원 제도가 없으므로 권리 구제의 폭을 넓혀 주어야 할 現實的 요청이 있을 뿐만 아니라 日本헌법은 우리 헌법과는 달리 일본 헌법 제81조는 “최고 재판소는 모든 法律·命令·規則 또는 處分이 헌법에 적합한가 아니한가를 결정하는 권한을 가진 終審裁判所이다”고 규정하고 있을 뿐 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 文言이 없으며 별도의 헌법재판기관이 없다는 사정이 유념되어야 할 것이다.

日本의 학자들은 위 日本 헌법 제81조 外에 같은 헌법 제98조가 “이 憲法은 國家의 最高法規이며 이 條項에 反하는 法律·命令·詔勅 및 國務에 關한 其他 行爲의 全部 또는 一部는 그 效力이 없다”고 規定하고 있음에도 不拘하고 國民의 權利를 직접 침해하는 行政立法을 “處分的 性質을 갖는다” 또는 “行政廳의 公權力의 行使에 準하는 行爲”로 評價하여 行政訴訟의 대상이 된다는 論理를 세우고 있는 점도 참고할 만하다.¹⁵⁾

우리 法의 해석으로는 헌법 제107조 제2항의 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 明文의 規定을 존중하여 行政立法 自體의 效力을 다투는 行政訴訟은 不可能한 것이라고 해야 하지 않을까?

(4) 行政訴訟法을 검토하기로 한다.

取消訴訟의 대상이 되는 處分 등의 개념에 관하여 행정 소송법 제2조는 “처분 등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다)과 행정심판에 대한 재결을

15) 現代行政法大系 5卷(日本 有斐閣 1984. 10.) 法令에 대한 抗告訴訟(秋山義詔) 62 p. 이하.

말한다”고 明示하고 있음도 유의할 만하다.

처분 등이란 구체적 사실에 관한 行政作用으로서 具體的·特定的 事項을 대상으로 하며, 一般的·抽象的인 法律과 法規命令 自體를 포함하는 것이 아니라는 것을 大法院 스스로 누차에 걸친 判決로 밝힌 바 있다.¹⁶⁾

가사 法院이 국민의 권리를 직접 침해하는 命令·規則을 바로 取消하는 判決을 할 수 있다고 하더라도 그 命令·規則은 “구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 行政作用”이어야 할 것이며, 지극히 例外的으로 매우 드물게 인정될 것임은 명약관화하다.

그러나 위와 같은 경우에 해당하지 않으면서도 복잡한 사회현상에 탄력적으로 대처하기 위하여 행정입법의 범위와 영역·비중이 점차 증대하는 현대사회에 있어서 직접 국민의 기본권을 침해하는 命令·規則은 얼마든지 있을 수 있다.

이번에 문제된 법무사법시행규칙과 같이 一般性, 추상성을 띠고 있으면서도 직접 국민의 기본권을 침해하는 命令·規則을 헌법 소원의 대상에서 제외한다면 권리 구제의 死角지대가 생길 것이다.

(5) 위 연구 보고서는 헌법재판소가 침해의 직접성을 너무 넓게 인정한다고 비판하고 있다. 헌법재판소는 法規에 대한 헌법 소원에 있어서 위 보고서가 본대로 “침해의 직접성”을 “별도의 집행 행위가 개재될 필요 없이 그 자체로서 기본권을 침해”하는 경우에 인정하는 것으로 보인다(침해의 직접성에 관한 독일의 통성·판례이고, 우리나라에서도 이설이 없다).

문제된 법무사시행규칙에 있어서도 법무사시험의 실시여부가

16) 독일에서는 法規命令을 行政訴訟의 대상으로 삼기 위하여 行政法院法이 行政行爲의 理論을 떠나 별개의 추상적규범통제라는 소송유형을 만들고 있다(VwGO §47).

법원행정처장의 재량에 맡겨져 있어 시험의 실시 등에 관한 예측이 불가능하고 실제로 20년 가까이 시험을 실시하지 않아도 그 실시를 강제할 장치가 없으므로 동 조항이 직업선택의 자유를 직접 침해하고 있는 것이며, 헌법재판소는 이에 위 규칙의 직접침해성을 인정하여 위헌결정을 선고한 것이다.

헌법재판소가 1989. 3. 17. 선고한 88헌마 1호 결정에서의 직접성 인정 논리는 문제된 조항 (구 사법서사법 제4조 제1항 제1호 전단)이 재량규정이 아니기 때문에 직업선택의 자유를 침해하는 것이고 따라서 침해의 직접성이 인정되지 않는다는 취지는 결코 아닌 바, 위 88헌마 1호 결정이 이번의 법무사법시행규칙에 관한 결정과 상호 모순되는 것은 아니므로 이 점을 꼬집어 위 보고서의 주장은 타당성이 없다 할 것이다.¹⁷⁾

따라서 위 헌법재판소의 결정은 권리침해의 직접성의 관점에서 아무런 문제가 없다고 본다.

(6) 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 “보충성의 원칙”에 관한 헌법재판소의 이번 결정문에 나타난 판시에 대하여 위 보고서는 신랄하게 비난하고 있다.

동 결정문에 의하면 “헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 다른 법률에 의한 구제절차란, 소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 절차를 의미하는 것이지 최종 목적을 달성키 위하여 취할 수 있는 모든 우회적인 구제절차를 의미하는 것이 아니며, 이 사건에서 청구인으로서 법원행정처장에게 법무사시험 실시를 요구하고 그 결과(거부 처분이나 부작위)에 대하여 불복 청구하는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있을는지 모르나 가사 그러한 구제 절차가 인정된다고 하더라도 그러한 것은 우회적인 절차여서

17) 동 보고서 33 p. 이하.

신속한 권리 구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제 절차에 해당되지 아니하고, 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해 여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것은 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로(일반 법원에 명령·규칙을 직접 대상으로 하여 행정소송을 제기한 경우에 이것이 허용되어 구제된 예를 발견할 수 없다) 이 경우에는 다른 구제 절차를 건힐 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다”라고 판시하고 있다.

위 판시내용 전반을 보면, 중전의 대법원 판례나 위 헌법소원 사건기록에 나타난 법원행정처의 견해 등을 볼 때 당해 대법원 규칙 자체의 취소를 구하는 행정소송은 허용되지 않으며 그럼에도 청구인으로 하여금 그러한 소송을 제기하거나 기타 거부처분 등에 대한 불복으로서의 행정소송 등을 하기를 바라는 것은 기대가능성이 없으므로 이러한 경우에는 보충성이 논의될 여지가 없다고 판시한 취지라고 생각된다.

구체적으로 검토하건데 1954. 8. 19.의 대법원 판시가 대법원의 확립된 판례로 볼 수 없음은 이미 본 바와 같고 행정소송법 제2조 제1항 제1호, 제3조, 제4조, 제12조의 해석상 법무사시행규칙의 취소를 구하는 행정소송의 제기가 불가능함은 거의 명백하며(헌법 제107조 제2항의 “재판의 전제가 되는 경우”를 거론치 않더라도), 시험실시청원에 대한 법원행정처장의 회신을 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 거부처분이라고 볼 수 있는지 의문이고, 취소된다고 하여 당장 시험실시의 효과가 발생하는 것이 아니므로 소송법상 原告適格, 訴의 利益 등에 관련하여 이에 대한 행정소송 가능여부가 의문이다. 또한 법원 행정처장의 시험불실시를 不作為로 볼 수 있겠는가. 부작위 위법 확인 소송의 대상이 되는

부작위란 행정 소송법 제2조 제1항 제2호에 의하면 “행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니한 것”을 뜻하기 때문이다. 법무사법시행규칙의 경우는 분명 이 조항이 정한 경우에 해당치 아니한다. 가사 부작위 위법 확인 소송이 가능하더라도 시험불실시가 위법임이 확인될 뿐 청구인에게 침해된 직업 선택의 자유라는 기본권이 구체적으로 회복되는 효과가 발생하는 것이 아니다.

이러한 의미에서 행정심판, 행정소송 등의 구제 절차가 가능하다고 가정하더라도 권리침해의 원인이 된 공권력 작용의 제거로 직접적·구체적인 재판 효과가 발생하지 않으므로 기대 가능성 없는 우회적이란 표현을 사용한 것으로 이해될 수 있다.

동 연구 보고서는 『헌법재판소는 1989. 9. 4. 88헌마 22호 결정에서, “헌법 소원 이외에 다른 권리 구제 절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 소원 심판 청구인에게 그 구제 절차 이행의 기대 가능성이 없을 때에는 그 예외를 인정하는 것이 상당하다”라고 판시한 바 있으나, 보충성의 예외를 인정할 여지가 없는 우리나라에 있어서는 가사 구제절차가 있는지 여부, 즉 재판의 대상이 되는지 여부가 애매한 경우라 하더라도, 헌법 재판소로서는 법원의 법적 견해를 확인한 후에 결정하는 것이 마땅할 것이다』라고 주장한다.

그러나 위의 판시는 헌법소원제도를 인정하는 국가에서의 일반적 관례이다. 또 헌법재판소가 법원의 법적 견해를 확인하는 방법은 법원의 판결을 보는 것 외에 달리 방법이 있을 수 없다. 그렇다면 위 주장의 뜻은 무엇인가. 법원의 고압적 자세를 표현한 것인가. 이해할 수 없다.

결론적으로 헌법재판소의 위 결정은 보충성 원칙에서 보더라도

도 문제될 바 없다 할 것이다.

V. 結

(1) 이상으로서 헌법재판소가 헌법소원심판의 형태로 命令·規則의 違憲與否를 심사할 수 있는 憲法的 根據는 明白하여졌고, 現行 憲法과 行政訴訟法上 行政立法이 국민의 權利를 직접 侵害한다는 理由로 行政爭訟節次에서 取消되는 길은 없거나 있다 하더라도 極히 드문 경우임이 명백해졌다.

그렇다면 헌법소원의 형태로 헌법재판소가 行政立法의 違憲與否를 審査할 수 있다는 것은 基本權保障의 次元에서, 모든 公權力作用의 基本권기속성 保障의 차원에서 반드시 必要한 要請임도 明白해졌다고 할 수 있다.

(2) 우리 헌법재판제도는 독일 등 선진국의 예에 비한다면 불비한 점이 없지 않으나 정부 수립후 40여년의 헌정사에 대한 반성과 민주화에 대한 국민의 열망을 토대로 탄생된 제도이다.

헌법의 최고 해석 기관으로 헌법재판소를 둔 것이라면 헌법을 비롯한 모든 법규범을 하나의 유기체로서 총체적으로 파악하기 위하여 헌법재판소에 헌법 해석 권한을 최종적으로 귀일 부여함이 타당하다.

또한 헌법소원제도가 헌법에 도입된 이상 실정법의 명문 규정에 반하지 아니하는 한 공권력의 기본권기속성을 보장하기 위하여도, 환언하면 헌법상 보장된 국민의 기본권이 공권력에 의하여 침해되는 것을 구제·예방하고 그 결과 헌법 질서를 수호하기 위하여도 헌법소원제도를 제한적으로 운용해야 할 이유는 없으며, 오히려 보다 적극적으로 운영함이 헌법정신에 합치한다 할 것이다.

(3) 헌법재판제도란 원래 종래의 권력분립 이론으로부터는 상당한 도전을 받아 왔고, 외국의 예도 헌법재판소 창설 초기에는 상당한 도전과 논쟁이 있었으나 그것이 결국은 국민의 기본권 보장을 위한 최선의 제도라는 결론에 도달하고 있다.

미국의 연방최고재판소도 미국의 사법제도를 총체적으로 파악한다면 사실상의 헌법재판소에 다름아닌 것이다.

(4) 이번 헌법재판소의 결정을 계기로 헌법재판소에 대한 기대와 일부 비판의 소리가 많음을 필자도 모르는 바 아니나, 헌법상 보장된 다른 기관의 권한을 존중하면서 국가 기본 질서인 민주적 기본 질서를 수호하고 국민의 기본권을 보장하는 차원에서 다른 국가기관의 행위에 관여할 따름이며, 이는 또한 헌법재판의 본질상 피할 수 없는 것이고, 권력분립이 근본적으로 기본권보장을 위한 제도적 장치라면 헌법재판소도 역시 또 다른 형태의 권력 분립, 견제와 균형의 논리라 할 것이다.

행정소송을 통한 법원에 의한 권리 구제에 한계가 있는 이상 그 한계에서 파생되는 권리구제의 사각 지대를 헌법 소원에 의하여 구제하려는 것 이상의 것이 아니며, 법원이나 다른 기관의 권한을 침해하거나 그 행위에 관여하려는 것도 아니다.

우리 헌법이 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 재판관으로 구성한다고 한 취지도 고도의 법률지식을 가진 사람에게 헌법재판을 맡김으로써 헌법을 비롯한 총체적 법규범에 추호의 혼란도 발생치 않게 하려는 배려라고 믿어진다.

또한 9인의 재판관중 3인은 대통령이 스스로 인선하고 3인은 국회에서 선출하고 3인은 대법원장이 지명한 사람을 대통령이 임명하도록 한 헌법규정도 국가법질서 전체에 대한 통찰과 권력분립의 조화를 바탕으로 헌법재판이 이루어지기를 기대한 조치일 것이다.

헌법재판소에 대한 비판을 이러한 헌법정신을 간과한 것이라고 보여진다. 헌법재판소가 과거 헌법위원회 유사의 기관으로 국민들의 무관심 속에서 잠들어 있기를 바라는 구시대의 파행적 헌정운용에서 배태된 낡은 인습과 사고의 산물일 것이다.

(5) 헌법재판소가 창설된지 이제 겨우 2년을 넘겼으나, 일반의 예상을 뛰어넘은 활발한 심판활동으로 종래 국민의 실생활과는 아무 관련이 없고 권력구조에 관한 법으로 인식되었던 헌법이 국민생활 속에 살아서 움직이는 헌법으로, 국민생활에 직접 영향을 미치는 헌법으로 인식되게 한 헌법재판소의 공적은 결코 과소평가되어서는 안 된다.

현대국가의 至上課題가 기본권보장이라면 그 기본권보장의 가장 효율적 제도인 헌법재판 특히 헌법소원제도가 제 기능을 발휘하도록 하여야 함을 비단 헌법재판소 재판관들만의 과제가 아니라 모든 국가기관과 모든 국민의 과제임을 강조하면서 이 글을 맺는다.

過剩禁止의 原則

- 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -

梁 三 承

憲法研究部長

釜山地法 蔚山支院 部長判事

- 目 次 -

I. 緒說

- A. 意義
- B. 歷史的 發展
- C. 用語의 問題
- D. 論述의 範圍

II. 過剩禁止原則의 理論的 根據

- A. 序
- B. 學說에 나타난 根據
 - 1. 憲法的 地位 否認說
 - 2. 憲法的 地位 肯定說
 - 가. 個別的인 基本權 規定에서 根據를 찾으려는 見解
 - (1) 독일 기본법 제1조 제1항 說
 - (2) 독일 기본법 제1조 제3항 說
 - (3) 독일 기본법 제2조 說

- (4) 독일 기본법 제3조 說
- (5) 독일 기본법 제19조 제2항 設
- (6) 基本權 自體의 本質說

나. 一般的 概念으로부터 根據를 찾으려는 見解

- (1) 法治國家原則說
- (2) 指導的 憲法說

- C. 獨逸 聯邦憲法裁判所의 立場
- D. 結論

III. 過剩禁止原則의 性格

- A. 法原則이다.
- B. 解釋原則이다.
- C. 憲法改正의 限界部分인가?

IV. 過剩禁止原則의 部分原則

A. 適合性의 原則

- 1. 意義
- 2. 判例에 나타난 實例
- 3. 適合性 判斷의 基準
 - 가. 立法者의 “事前判斷”의 영역이다
 - 나. 立法者의 “形成의 自由”의 영역이다
 - 다. 批判

B. 必要性의 原則

- 1. 意義
- 2. 判例에 나타난 實例
- 3. 必要性 判斷의 基準
 - 가. “同一한 效果”

(1) 意義

(2) 基準

나. “最小의 침해”(가장 부드러운 수단)

(1) 意義

(2) 基準 I (客觀的 判斷)

(3) 基準 II (事前的·主觀的·裁量的 判斷)

C. 批判性的 原則

1. 意義

2. 判例에 나타난 實例

3. 比例性的 判斷의 기준

가. 比例性 概念의 意義 및 性質

나. 判斷의 形式的 基準(事前的·裁量的 判斷)

(1) 事前的 判斷

(2) 立法者の 裁量的 判斷

다. 判斷의 實質的 基準

(1) 二重基準(보호대상과 관련)

(2) 侵害의 對象과의 關聯

(3) 侵害(規制)의 強度와의 關聯

V. 過剩禁止의 適用 範圍

A. 序

B. 立法 作用

C. 行政 作用

D. 司法 作用

VI. 過剩禁止原則에 대한 批判(問題點)

A. 基本權의 種類에 따라 適用의 程度에 差等이 있는가?

B. 基本權의 平準化가 이루어지는가?

C. 二重適用의 問題

D. 지나친 擴張適用의 問題

VII. 結語 (우리 憲法上에서의 適用)

I. 緒說

A. 意義

過剩禁止의 原則(Übermaßverbot)이라 함은 한마디로 定義하기는 어렵지만, 一般的으로는 “國家의 權力은 無制限的으로 行使되어서는 아니되고, 이는 반드시 正當한 目的을 위하여 그리고 또한 이러한 目的을 달성하기 위하여 필요한 범위내에서만 行使되어야 한다”는 意味로 이해되고 있다.

이러한 過剩禁止의 原則은 國家의 權力도 原則的으로 限界가 있는 것이고, 따라서 일반 국민은 단순히 국가권력 내지는 국가의 恣意의 客體에 지나지 않는 것이어서는 아니된다는 점을 분명히 하고 있는 점에서, 소위 法治國家原理의 가장 重要한 本質의 징표중의 하나로서 인정되고 있다.

그리고 이 過剩禁止의 原則이라는 用語와 관련하여 그 用語法이 확립되어 있지는 아니하지만, 일반적으로는 이 過剩禁止의 原則을 上位 概念(Oberbegriff)으로 하고, 다시 이에 속하는 下位의 原則들로서 ① 適合性(Geeignetheit), ② 必要性(Erforderlichkeit 또는 Notwendigkeit) 및 ③ 比例性(Verhältnismäßigkeit)을 들고 있다. 用語상의 差異의 문제 및 각 概念의 상세한 내용은 뒤에서 다시 보기로 한다.

B. 歷史的 發展¹⁾

1) 아래에서 보는 역사적 발전의 기술은, 文鴻柱·金炯盛, 大韓民國 學術院 論文集(人文社會科學 篇) 第28輯(1989) 소개 “比例性 原則과 基本權”(이하 “文·金 前揭書”라고 한다) 중 p.123-p.125 부분을 요약한 것이다.

1. 이와 같이 恣意的 國家權力の 限界로서의 過剩禁止原則은 歴史的으로는 實質的 정의의 개념과 관련하여 Aristoteles의 平等概念속에서도 發見될 수 있고, 또한 Magna Charta에도 나타나고 있다고 한다.

2. 근대에 이르러서의 발전과정에 관하여는 견해가 2가지로 나누어지고 있다. 즉 하나는 18세기 후기의 계몽주의의 결과로서 自然法的 사상에서 그 연원을 찾는 見解로서, “人間에게 주어진 천부적 권리로서의 自然的 自由는 公共의 利益을 위해 필요하고, 충분한 것 이상으로 制限되어서는 아니된다”고 하는 것이다.

다른 하나는 19세기 말경의 自由主義的 國家思想과 깊은 關聯性이 있다는 견해로서, 국가의 存在를 위해서는 국민의 委任이 전제되어야 한다는 民主主義 사상을 통해서, 위 원칙이 발전되어 나가게 되었다는 것이다.

3. 그러나 어느 見解에 따르던지 간에, Otto Mayer가 1895년에 그의 교과서에서 이 문제를 상세히 취급한 이래 이 原則은 상당한 발전을 보게 되었고, 1931년에는 경찰행정법(Polizeiverwaltungsgesetz)에 이 원칙이 규정되게 됨에 이르렀다.

다만, 한 가지 유의할 것은 제2차 世界大戰이전까지에 있어서는 위 3가지의 原則中, 必要性的 原則(Erforderlichkeit)만이 인정되어졌으며 간혹 比例性(Verhältnismäßigkeit)이라는 用語가 사용되기는 하였지만, 그 의미는 뒤에서 보는, 오늘날과 같은 의미로서가 아니라, 必要性 統制로서 이해되었다는 점이다.

4. 大戰이후 독일 국민들은 第3帝國에 대한 경악과 이에 따른 自然法 思想의 부활에 힘입어, 이 원칙은 두 가지 方面에서

더욱 발전적인 변화를 겪게 되었다.

하나는, 立法者 스스로가, 단순한 必要性的의 요구만으로서는 不充分함을 깨닫고 이에 대하여 (협의의) 比例性 原則을 立法化시키게 되었던 것이다. 그 최초의 法規定이 1950. 11. 11.의 “公權力 行使에 있어서 直接強制的 使用에 대한 Hessen州 法律” 제4조²⁾이다.

둘째는, 독일 憲法裁判所의 判例에서 나타난 변화로서 초기에는 이 원칙이 느리게 그리고 지엽적인 부분에만 적용되어 오다가, 藥局判決³⁾(Apothekenurteil) 이후 比例性的의 原則이 國家行爲의 合憲性을 심사하기 위한 기준으로서 적용되게 되었던 것이다.

그리고 여기에서 비로소, 過剩禁止의 原則의 下位의 原則으로서 그때까지 인정되어오던 必要性的의 原則 및 比例性的의 原則 以外에 다시 適合性的의 原則(Geeignetheit)이 추가되어 지게 되었던 것이다.

C. 用語의 問題

1. 여기서 살펴보려고 하는 過剩禁止의 原則에 관련해서 종전부터 用語法上的의 통일적인 기준이 없어 2가지의 서로 상이한 用語가 혼용되어 왔다.

즉 하나는, 比例의 原則(das Prinzip der Verhältnismäßigkeit)을 上位概念(Oberbegriff)으로 사용하고(즉 “넓은 의미

2) 이 條文의 原文은 다음과 같다. “Bei Anwendung unmittelbaren Zwangs ist nach Art und Maß das Mittle zu wählen, das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt und nicht in offenbarem Mißverhältnis zu den Folgen seines Verhaltens steht.”

3) BVerfGE 7, 377ff.

에 있어서의” 比例의 原則), 이에 대한 3가지의 부분 개념으로서, 適合性(Geeignetheit), 必要性(Erforderlichkeit) 및 狹義에 있어서의 比例性(Verhältnismäßigkeit, i. e. S)을 드는 방법이다.⁴⁾

이에 대하여 다른 하나의 用語法은, 위 3가지의 部分 概念을 포괄하는 上位概念으로서, 用語上的 혼동을 피하기 위하여, 過剩禁止의 原則(das Prinzip des Übermaßverbots)이라는 용어를 사용하는 방법이다.⁵⁾

2. 독일 연방헌법재판소의 판례에서 보면, “대체로” 前者의 方法을 취하여, 比例性이라는 概念을, 광의 및 협의의 2가지의 의미로 사용⁶⁾하고 있다.
3. 그러나 本稿에 있어서는, 用語의 명확성을 기하기 위하여, 後者의 方法을 취하여, 上位 概念으로서 “過剩禁止”라는 용어를 사용하기로 하고, 下位의 3가지 원칙에 관한 用語의 문제는 뒤의 해당 부분에서 보기로 한다.

D. 論述의 範圍

1. 이러한 의미에 있어서의 過剩禁止의 原則은, 앞에서 간단히 본 바와 같이, 行政法 특히 경찰법의 분야에서 발달하여, 憲法的인 地位를 획득하게 됨에 이르렀다.
따라서 이 原則은 行政뿐만 아니라 立法, 司法 등 국가 작용의 모든 분야를 지배하는 원리로까지 성장하게 된 것이다. 그러나, 本稿에서는, 논술의 범위를 우선, 憲法裁判을

4) Krauss, Schnapp, Gentz, Grabitz, Starck 등

5) Lerche, Wendt, Wittig 등

6) 예를 들면, BVerfGE 48, 396(402) ; 49, 24(58) ; 61, 126(134) ; 63, 131(144)

함에 있어서 가장 중요한 위치를 차지하고 있는 法律의 制定 즉 立法에 있어서 過剩禁止의 原則에만 한정하여 살펴보기로 한다.

2. 그리고, 이 문제를 여기에서 다루는 것은, 당연히 우리 나라의 憲法裁判에 있어서 도움이 될 수 있는 것은 기준을 發見해보고자 하는 데에 있는 것이지만, 여기에서는 우선, 위 문제에 관한 독일에 있어서의 理論과 독일 연방헌법 재판소의 判例를 살펴보는 데에 그치고,⁷⁾ 이러한 理論과 判例들이, 위 고찰을 토대로 해서 구체적으로 우리 나라에 있어서는 어떻게 적용될 수 있고, 또한 우리 나라 헌법 재판소의 결정에 있어서는, 위 原則이 어떻게 적용되어 왔고, 또한 앞으로 어떻게 적용되어야 할 것인지의 문제는 다음의 기회로 미루기로 한다.

II. 過剩禁止原則의 理論的 根據

A. 序

過剩禁止의 원칙은 憲法裁判을 하는 많은 事案에 있어서, 결론을 도출해 내는 필연적인 과정 중의 하나로서 반드시 검토되어야 할 경우가 많다. 그리하여 이 過剩禁止의 원칙이 요구되게 되는 理論的 根據를 明白히 제시하지 아니한 채로, 이 원칙을 빈번하게 그리고 당연하게 적용하게 되면, 이는 “正義에 대한 일반적

7) 이 원칙에 관한 독일의 문헌으로서 가장 상세하고 대표적인 것으로는 Peter Lerche의 *Übermaß und Verfassungsrecht*(1961) 및 Eberhard Grabitz의 *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG*, AöR Bd. 98(1973) S.570f을 들 수 있다.

인 呼訴”나 “流行語”로 되어 버리고, 그리하여 결국에는 憲法과 法律의 客觀的 價値가, 主觀的 判斷에 의하여 대치되어지는 위험이 있는 것이다. 따라서 이 原則의 이론적 근거를 밝히는 것이 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

B. 學說에 나타난 根據

독일에서의 학설에 나타난, 過剩禁止의 원칙에 대한 이론적 근거들을 간략히 살펴보면 다음과 같이 요약될 수 있다.⁸⁾

1. 憲法的 地位 否認說

이는 權力分立의 원칙상, 立法者는 憲法에 規定된 限界 이외의 어떤 것에도, 拘束되지 않는 것이므로, 憲法에 明文으로 規定되어 있지 아니한, 이 過剩禁止의 원칙의 헌법적 지위를 부인하고, 立法者에 대항하는 효력을 부정하는 입장이다(Peters 및 Huber의 견해).

2. 憲法的 地位 肯定說

가. 個別的인 基本權 規定에서 根據를 찾으려는 見解.

이는 다시 어느 基本權 조항을 그 根據로서 원용하느냐에 따라서 다음과 같이 여러 견해로 나누어진다.

(1) 독일 기본법 제1조 제1항 說

위 조항은 소위 인간의 尊嚴에 관한 것으로서 “인간의 존엄은 침해될 수 없고, 모든 국가 권력은 이를 보호할 의무가 있다”는 규정으로부터, 위 원칙을 도출해내는 견해로서 公共福利의 목적에 의해서 요청되는 것보다 더 강한 수단을 사용하는 것은, 바로 인간을 객체로 전락시키는 것으로서 인간 尊嚴에 대한 위반이

8) 이 理論的 根據에 관하여는 文·金 前掲書 p.134-p.143에 비교적 상세한 설명이 되어 있다.

된다고 설명한다(Dürig의 견해).

(2) 독일 기본법 제1조 제3항 說

위 조항은 소위 羈束條項(Bindungsklausel)으로서 “이하의 모든 기본권은, 직접적으로 적용되는 권리로서 입법, 행정, 사법권을 기속한다”라는 규정으로부터 위 원리를 도출해내는 견해로서, 입법자의 입법 권한과 입법자의 기본권 기속과의 조화는 입법자가 수단의 선택에 있어서도 헌법적으로 구속되어질 때에 비로소 가능한 것이라 설명한다(Starck의 견해).

(3) 독일 기본법 제2조 說

위 조항은 소위 包括的 自由權 조항으로서 “① 누구라도 他人의 권리를 침해하지 아니하고, 헌법적 질서 또는 도덕률에 위반하지 아니하는 한, 人格의 自由로운 발전에 관한 권리를 가진다. ② 누구라도 생명과 신체에 침해를 당하지 아니하는 권리를 가진다. 人身의 自由는 不可侵이다. 이러한 권리는 법률에 의하여서만 침해될 수 있다”고 규정하고 있는 바, 여기의 過剩禁止의 원칙을 “自由를 보호하는 基本權”으로 파악하여, 이러한 기본권이 위 독일 기본법 제2조로부터 도출될 수 있다는 것이다(v. Krauss의 見解).

(4) 독일 기본법 제3조 說

위 조항은 平等權 조항으로서 제1항은 “모든 사람은 法앞에 平等하다”고 규정하고 있는 바, 여기에서의 平等이라는 것은 比例的 平等을 의미하는 것으로서 恣意的 禁止를 의미하는 것이므로, 여기에서 過剩禁止의 원칙이 도출될 수 있다고 한다(Ipsen, Wittig, Gentz 등의 見解).

(5) 독일 기본법 제19조 제2항 設

위 조항은 本質的 內容保障(Wesensgehaltgarantie) 조항으로서 “어떠한 경우에도, 기본권은 그 본질적 내용이 훼손되어서는 아

니된다”고 규정하고 있는 바, 여기에서 基本權의 本質的 內容은, 상충하는 法益의 較量을 통해서 밝혀지는 것이므로, 바로 위 규정으로부터 過剩禁止의 원칙이 도출될 수 있다는 견해이다 (독일 연방대법원의 과거 見解⁹⁾).

(6) 基本權 自體의 本質(das Wesen der Grundrechte selbst)說

이 說은, 원래 기본권이라는 것은, 公共의 利益을 보호하기 위해 불가피한 경우에만 公權力에 의해 제한될 수 있는 것으로서 立法者는, 위 기본권과 公共의 이익을 적절한 관계로 이끌 수 있도록 하는 調和的 使命을 위임받았다고 하며, 이와 같은 기본권의 본질로부터, 이 원칙이 도출될 수 있다는 것이다(Schnapp 및 Alexy의 見解).

나. 一般的 概念으로부터 根據를 찾으려는 見解

(1) 法治國家原則(Rechtsstaatsprinzip) 說

이 說은 명확성의 원칙(Bestimmtheitsgebot), 信賴의 保障(Vertrauensschutz), 소급효의 금지(Rückwirkungsverbote), 處罰의 前提로서의 非難 可能性(Schuldvorwurf als notwendige Voraussetzung für Ahndung begangenen Unrechts), 適法節次의 權利(Recht auf fairen Prozeß) 등과 함께 過剩禁止의 원칙은 法治國家原則의 가장 중요한 본질적인 징표중의 하나라고 하며, 이 法治國家原則으로부터, 過剩禁止原則을 도출해 내고 있다. 이 說이 가장 많은 학자들의 지지를 받고 있다(Grabitz, Wendt, Maunz, Hesse, Herzog 등).

(2) 指導的 憲法(Verfassungsdirektive) 說

이 說은, 종래의 전통적 법치국가의 개념구조로서는 오늘날의 법적 현실을 감당하기에 부족하다고 하고, 憲法의 새로운 구역

9) BGH St. 4, 377(=DVB1. 53,370) ; 4, 392(=DVB1. 53,471) 등

즉 국가의 편에서 볼 때 항상 새롭게 생겨나는 憲法 委任의 계속적 실천을 言明하는 모든 기본 원칙적 규범(Grundsatznorm)인 指導的 憲法の 體系속에, 이 過剩禁止의 원칙이 內在되어 있다는 주장으로서 Lerche의 독창적인 견해이다.

C. 獨逸 聯邦憲法裁判所의 立場

독일 연방헌법재판소는, 過剩禁止의 원칙의 도출 근거에 대해서 여러 가지 다른 설명들을 하고 있다. 그 중에서 어떤 判例¹⁰⁾는 이 원칙을 法治國家의 原則으로부터만 도출해 낸 것도 있고, 어떤 판례¹¹⁾는 기본권 자체의 본질로부터만 도출해 낸 것도 있으나, 일반적으로는 양자를 결합하여 法治國家原則 뿐만 아니라 기본권 자체의 본질로부터 함께 도출하고 있는 것으로 설명¹²⁾되고 있다.

이 중 가장 대표적인 BVerfGE 19,343(348ff) 판결을 보면 “過剩禁止의 원칙은 법치국가의 원칙으로부터, 좀더 근본적으로는 기본권 자체의 본질로부터 도출되어지는 것이고, 위 기본권은, 시민의 국가에 대한 일반적 자유의 청구권으로서, 공권력이라 할지라도 공공의 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우에만 이를 제한할 수 있는 것이다”라고 설시하고 있다.

D. 結論

過剩禁止의 원칙의 이론적 근거를, 법치국가의 원칙 및 기본권

10) BVerfGE 29, 312(360f) ; 24, 367(404) ; 25, 269(292)

11) BVerfGE 61, 126(134f) ; 23, 127(133) ; 35, 382(400) ; 38, 348(368) ; 49, 24(58)

12) BVerfGE 19, 342(348ff) ; 35, 382(401ff) ; 65, 1(44ff)

자체의 본질로부터 도출하려는 독일 연방 헌법재판소의 태도는 많은 학자들에 의하여 지지를 받고 있고, 또한 妥當性이 있는 것으로 보여진다.

다만, 위 견해에 대한 비판으로서는 법치국가의 원칙으로부터, 過剩禁止의 원칙을 도출해 내는 것은, 법적 해석의 방법으로서는 不可能한 것이라는 주장¹³⁾이 있다.

그러나, 위와 같이 결점이 있음에도 불구하고 국가의 행위의 過剩禁止의 원칙이라는 것은 시민의 자유를 침해하는 영역에서만 뿐만 아니라, 시민에 대한 국가적인 급부나 州에 대한 연방의 조치, 자치기구에 대한 국가의 조치 등의 경우에도 역시 적용되는 것이므로, 過剩禁止의 원칙의 근거를 기본권 자체의 본질만에서 구하는 것은 부족하고, 따라서 법치국가의 원리도 역시 그 근거로서 원용되어야 한다는 것이 독일에서의 일반적인 견해¹⁴⁾인 듯하다.

III. 過剩禁止原則의 性格

이러한 過剩禁止의 原則은 憲法 理論的으로 다음과 같은 성질 내지는 性格을 가지고 있다.

A. 法原則(Rechtssprinzip 또는 Rechtsgrundsatz)이다.

過剩禁止의 원칙이라는 것은, 憲法에 明示적으로 규정되어 있지 아니하고, 일반적 性格을 가진, 법질서의 근본 규범으로 통용되는 것이므로, 이는 法文(Rechtssatz)이 아닌 法原則(Rechts-

13) Hans Schneider: Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen S.391

14) Herzog: in Maunz-Dürig GG Komm. Art. 20, Rdnr. 72.

prinzip)이다.

따라서 이러한 法原則에는 法文과 달라서 內容的 明確性 (inhaltliche Präzision) 및 意味確定性(Sinnbestimmtheit)이 결여 되어 있고, 나아가 法文의 경우에는 構成要件이 존재하면 반드시 法的 結果(Rechtsfolge)가 認容되는 全部 아니면 全無의 假說 (Alles oder Nichts Hypothese)이 적용되는데 반하여, 法原則의 경우에는 이와 상충되는 反對의 法原則이 보다 중요한 경우에는 破棄可能性(Durchbrechungsmöglichkeit)이 존재하고 이에 의하여 충돌 내지는 갈등이 해소되어야 하는 것이다.

B. 解釋原則(Interpretationsprinzip)이다.

過剩禁止의 원칙은, 헌법적으로 보호되고 있는 2개의 法益이 서로 충돌하는 경우에, 한 法益이 다른 法益을 위해 완전히 무시되어서는 아니 되고, 두 法益이 “最適의 作用(optimale Wirkung)”에 이를 수 있도록 조정되어야 하고, 그럼으로써 實際的 調和(praktische Konkordanz)를 이루어야 한다는 원칙이므로, 이는 구체적 사안에서 무엇이 比例의인가를 말해주는 內容的 決定基準(inhaltliche Entscheidungskriterien)이 아니고, 節次的 指導(Verfahrensdirektive)로서, 실질적 해결방도의 과정을 확정하는 해석원칙이다. 따라서 구체적 사안에서 무엇이 比例의인가는 較量過程(Abwägungsvorgang)을 통해서 실현되어지고, 이 원칙은 區別의 가능성만을 보장한다는 의미에서 平等의 원칙과 서로 비슷한 점이 있는 것이다.

C. 憲法改正의 限界部分인가?

일반적으로 過剩禁止의 원칙은, 법치국가의 원리에서 도출되는, 모든 국가의 행위를 규율하는 지도 원리로서 인정하고, 따라서 헌법적인 地位(Verfassungsrang)를 가진다고 설명하고 있다. 그러하다면, 이와 같은 성질을 가지는 결과 위 원칙은 법치국가의 핵심적인 요소로서, 독일 기본법 제79조 제3항이 규정하고 있는 바와 같이, 독일 기본법의 개정에 의하여도 이를 변경할 수 없는 부분에 해당되는 것인가의 문제가 제기될 수 있다.¹⁵⁾

IV. 過剩禁止原則의 部分原則

과잉금지의 원칙에는, 일반적으로 다음과 같은 3가지의 部分原則이 파생되는 것으로 설명되고 있다.

A. 適合性(Geeignetheit)의 原則

1. 意義

이는 어떤 目的을 달성하기 위한 國家의 措置(staatliche Maßnahme)의 合目的性(目的有用性, Zwecktauglichkeit)을 의미하는 것으로서, 어떠한 手段이 이 目的을 달성(erreichen 또는 herbeiführen)하는데 適合(geeignet)하거나, 또는 적어도 위 수단의 도움으로, 원하는 결과(Erfolg)가 “촉진(gefördert)” 될 수 있을 것을 필요로¹⁶⁾ 한다.

즉 여기에서 말하는 適合性이라는 것은 “完全한(vollständig) 合目的性”을 의미하는 것은 아니고, 추구된 目的을 위한 상황이 “개선(verbessert)”되거나 “部分的 實現”이 이루어지면 足하다는

15) Schneider 前掲書 S. 392

16) BVerfGE 33, 171(187) 참조

의미이다. 그리고, 이와 같은 효과는, 目的 달성을 위한 조치를 결정한 시점에서 발생하든지 또는 장기간에 걸쳐서 발생하든지 상관없이 없는¹⁷⁾ 것이다. 이 원칙은 앞에서 본 바와 같이 過剩禁止 原則의 3가지 部分原則중에서 가장 늦게 개발된 원칙이다.

2. 判例에 나타난 實例

독일 연방 헌법재판소는 소위 소매상 판결¹⁸⁾에서, 위 적합성의 원칙에 관한 설시를 하고 있다.

즉 “소매상으로서의 직업 수행에 관한 법률” 제3조 제2항 제1호는 다음과 같은 이유로 위 원칙에 합치되지 아니한다고 하였다.

위 법에 의하면, 상품을 취급하는 소매상을 개설함에 있어서는 그 상품의 종류에 상관없이 모두 이에 대한 전문 지식이 있음을 증명하여야만 하게 되어 있다. 그 취지는 그렇게 함으로써 무엇보다도 소매상인에 대립되는 고객으로서의 소비자가 건강상의 또는 경제적인 加害行爲(Schädigung)로부터 보호될 수 있다는 것이다. 그러나 일반적인 소매상들은 고객에게 건강상의 위험을 야기할 수는 없는 것이고, 이러한 위험은 생활필수품이나 의약품 등을 취급하는 소매상인에게나 있을 수 있지만, 이러한 상인들에 대하여는 어차피 다른 특별규정에 의하여, 그 방지 수단이 마련 되어 있다. 그리고 일반적인 소매상인에 있어서는 흠있는 상품을 공급하거나, 상품을 잘못 보관하거나, 고객에게 잘못된 자문을 함으로써 경제적인 손실을 초래할 수는 있으나 이러한 위험은 그 특정한 상품에 대한 지식을 그 소매상인에 대하여 요구함으로써 회피될 수 있는 것이다. 그런데 이 법은 이러한 증명을 요구하는 것이 아니라, 전혀 다른 분야에서만 필요한 상인의 지식

17) BVerfGE 25, 1(12) ; 30, 250(263)

Herzog: in Maunz-Dürig GG Komm. Art. 20, Rdnr. 74

18) BVerfGE 19, 330(338f)

까지를 일반적으로 요구하고 있다. 따라서 “위 규정은 고객의 경제적인 위험의 예방을 위하여서도 적합한 수단이 아닌 것이다”

3. 適合性 判斷의 基準

이와 같은 의미에 있어서 適合性を 判斷함에 있어서 실제적으로 가장 重要하고 또한 가장 어려운 문제점을 제시하는 것은, 어떠한 基準에서 위 適合性の 여부를 관가름할 것이냐이다. 이 점에 관해서 독일 연방 헌법재판소의 판례 및 학설로서 주장되고, 형성되어 온 基準을 보면, 다음의 2가지 점이 크게 강조되고 있다.

가. 立法者의 “事前判斷(Beurteilung ex ante)”의 영역이다

이는, 어떤 目的을 달성하기 위한 수단을 立法者가 선택함에 있어서 “장래의 전개 과정에 대하여 誤謬를 범할 수 있는 權利”를 입법자에게 인정하느냐의 문제이다. 이 점에 관련하여 독일 연방헌법재판소는 입법자에게 광범위한 優先的 評價權(Einschätzungsprärogative)을 인정¹⁹⁾하여, 장래의 결과에 대한 不確實性이 비록 크다 하더라도 그것이 法律을 制定하는 입법자의 고유한 권한을 배척할 수는 없다고 하고 있다.

이 점에 대하여, 위 재판소의 견해를 특히 분명하게 밝힌 것으로서, 다음과 같은 판시 내용을 주목할 필요가 있다.²⁰⁾

즉 “어떠한 조치의 有用性(Tauglichkeit)의 헌법적 판단을 함에 있어서 가장 중요한 것은 입법자가 『그 視角으로부터 판단하여』(aus seiner Sicht), 그가 취한 조치에 의하여 그의 구상이 실현될 수 있다고 판단할 수 있었느냐의 여부인 것이다. 그리하여 『법률의 公布 當時』(im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes)에 있어서의 가능한 모든 인식 수단을 전부 고려하였

19) BVerfGE 50, 290(331ff) (Mitbestimmungsgesetz 사건)

20) BVerfGE 39, 219f(230, 231) (Mühlen 사건)

으며, 입법자의 위 조치가 『明白히』(eindeutig) 有用하지 않은 것으로 확인될 수 있었다고 인정되는 경우에만, 경제정책적인 상황의 판단에 있어서 입법자의 예측이 정당하지 못하였다고, 연방헌법재판소가 판결할 수 있는 것이다. 따라서 연방헌법재판소의 판례에 의하여 발전되어온 위 원칙들을 적용함에 있어서, 法律에서 규정하고 있는 조치가, 『客觀的인 目的 有用性』(objektive Zweckuntauglichkeit)의 관점에서 (객관적으로 보아 目的 有用性 이 없다는 이유로 : 筆者註) 헌법에 위배된다고 판단하는 것은 아주 드물게 그리고 아주 특수한 경우에 있어서만(nur selten und in ganz besonders gelagerten Fällen) 행해질 수 있는 것이다(BVerfGE 30, 250(263)).”

결국 이 適合성의 문제는 “입법자의 立場에서”, “事前的으로(ex ante)” 판단되는 것이지 “법원의 立場에서”, “事後的으로(ex post) 고안된 (nachträglich ausgedacht)” 기준에 의한 것은 아니다.

즉 선택될 수단이 “객관적으로(objektiv)” 有用한 것인지의 여부가 중요한 것이 아니라, 그 수단이 입법자에게 “適合한 것으로 보여질 수 있었는지(als geeignet erscheinen durfte)”의 여부가 중요한 것으로, 이는 단순한 “말장난(facon de parler)”이 아니고, 실제적인 차이를 드러내는 것이다.²¹⁾

나. 立法者의 “形成의 自由(Gestaltungsfreiheit)”의 영역이다

다음으로 위 適合성의 여부를 판단함에 있어서 중요한 기준으로 인정되어 온 것은, 입법자가 그의 목적을 달성하기 위하여, 여러 가지의 가능한 방법이 있는 경우에, 그 중에서 어떠한 방법

21) Schneider, 前掲書(S398) : 다만, 독일의 경우에는 헌법재판소 판결이 소급효를 가짐에 반하여, 우리나라의 경우에는 장래효만을 가진다는 차이가 있으므로, 위 이론을 우리나라에서도 그대로 적용할 것인지에 관하여는 별도의 고찰이 필요하다는 점을 주의할 필요가 있다.

을 선택할 것이냐는 원칙적으로 입법자의 裁量(Ermessen)의 문제²²⁾로서, 입법자의 형성의 자유(gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit)의 문제라는 것이다. 즉 입법자는 目的을 設定(Zielsetzung)하고 적합한 수단을 확정함에 있어서 정책적인(경제정책이든, 사회정책이든 또는 법률정책이든) 결단을 하지 않을 수 없는 것인 바, 입법자에게 귀속되는 이러한 결단의 目的 有用性(Zwecktauglichkeit)을 연방헌법재판소가 심사함에 있어서는, 이를 존중하여야 하며, “특별히 自制的(nur zurückhaltend)”이어야 한다는 것이다.²³⁾

따라서 입법자의 위 재량권을 심사함에 있어서 앞에서 본 바와 같이 “극히 드물게 그리고 아주 특수한 경우에 있어서만” 그 위헌성이 인정될 수 있는 것이고 그러한 例外的인 경우로서, 독일 연방 헌법재판소는 그 선택된 수단이 목적 달성을 위하여 “源泉的으로 不適合(von vornherein ungeeignet)”²⁴⁾한 경우이거나 또는 “완전히 不適合(völlig oder schlechthin ungeeignet)”²⁵⁾한 경우를 들고 있다.

다. 批判

이와 같은 適合性の 判斷 기준에 관한 독일 연방헌법재판소의 消極的 立場에 대하여는 상당한 비판도 가해지고 있다. 즉 위와 같은 기준에 의하게 되면 適合性の 統制(Geeignetheitskontrolle)는 “성긴 체(grobmaschiges Sieb)”²⁶⁾ 이상의 역할을 하지 못하고, 사실상 그 의미를 상실하기 때문이라는 것이다. 이 문제는 보다 구체적으로 정책결정에 있어서 헌법재판소가 우위에 있느냐 또는 議會가 우위에 있느냐의 문제로 돌아가게 된다. 중간적

22) BVerfGE 13, 230(24), 이에 반대하는 입장은 Kloepfer, NJW 1971 S.158ff.

23) Schneider, 前掲書(S398)

24) BVerfGE 17, 307(315ff)

25) BVerfGE 37, 104(117) ; 39, 210(230) ; 40, 196(222) 등

26) Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981, S.54

인 입장으로서, 의회에 재량권이 있다 하더라도, 그것이 “확실한 經驗則(unabänderliche Erfahrungssätze)”을 위반했을 경우에는 헌법재판소의 통제를 받아야 한다는 견해가 있다.²⁷⁾

B. 必要性(Erforderlichkeit, Notwendigkeit)의 原則

1. 意義

過剩禁止의 原則의 2번째의 部分原則으로 들어야 할 것이 소위 必要性(Erforderlichkeit 또는 Notwendigkeit)의 原則이다. 이 原則을 表現하는 用語로서는 흔히 다음의 4가지가 혼용되고 있다. 즉 ① 필요성의 原則, ② 가장 부드러운 수단(des leichtesten Mittels)의 原則, ③ 최소 침해(des geringstmöglichen Eingriffs)의 原則 및 ④ 過剩禁止(Übermaßverbot)이다.

위 2번째의 部分原則인 必要性的 原則이라는 의미를, “立法者는 그 目的을 달성하기 위하여 適合한 여러 가지 방법 중에서, 權利 侵害가 가장 작은 方法을 선택하여야 한다”고 일반적으로 받아들여지고 있는 바와 같이 풀이한다면, 이와 같은 취지를 가장 分明하게 나타내고 있는 用語는, 이 가운데에서 “가장 부드러운 수단의 原則”이라고 할 것이지만, 이러한 개념을 나타내는 가장 통상적인 用語로서는 “必要性的 原則”이라는 표현이 사용되고 있다. 여기에서 “必要性(erforderlich)”이라고 하는 의미는 “만약 보다 부드러운 방법이 사용될 수 있다면, 보다 강력한 方法은 『不必要』하다 즉 지나치다(Übermaß)”라는 뜻을 내포하고 있는 것이다.

27) Breuer, Der Staat, 16(1977), S 21ff.
Kloepfer, NJW, 1971 S. 1586

2. 判例에 나타난 實例

독일 연방헌법재판소는 人口調査法에 관한 判決²⁸⁾에서 위 법 제9조 제2항은 이 필요성의 원칙에 反한다고 하면서 다음과 같이 說示하고 있다.

즉 위 규정에 따르면, 인구조사에 관한 익명으로 된 개개의 진술은 위 자료가, 연방 또는 州의 전문 관청의 합법적인 업무의 수행에 필요한 경우에는, 이 자료를 위 관청에 송부하여야 하도록 되어 있다. 그런데 이와 같은 자료들은 그 人的 사항에 관한 진술이 되어 있기 때문에, 성명이 기재되어 있지 않다고 하더라도, 누구에 관한 것인지를 쉽게 알 수 있고, 따라서 익명의 자료라고 할 수 없는 것이다. 그리고 연방 및 州의 관청은 위 자료를 그의 하급 관청에 그대로 전달해 줄 수 있는 것이다. 따라서 위 법 제9조 제2항의 규정에 의하면, 잠재적으로는 연방 및 州의 모든 관청이 이러한 자료에 접근할 수 있도록 되어 있다. 그러나 이와 같은 광범위한 권한부여는, 행정 목적의 달성을 위하여 필요한 범위를 훨씬 넘는 것이다. 이 경우에 보다 부드러운 수단으로서, 立法者가 상세하게 특정된 목적을 위하여, 조사된 자료 중의 특정 부분에 대하여서만, 그리고 구체적으로 특정된 행정관청에 대하여만 위 자료에의 접근을 인정하는 것을 생각할 수 있다.

3. 必要性 判斷의 基準

必要성의 원칙에 적합한 것인지의 여부를 가리기 위하여는 먼저 “同一한 效果”를 거둘 수 있는 여러 수단이 있어야 하고, 다음으로 이 중에서 기본권을 “가장 적게 侵害”하는 수단을 택할 것인지를 따져보아야 한다.

가. “同一한 效果”

28) BVerfGE 65, 1(65f)

(1) 意義

必要性을 판단하는 제1의 전제로서, 가능한 모든 수단이 우선 同一한 效果를 올릴 수 있을 것이 필요하다. 따라서 어떤 수단이, 다른 수단에 비교하여, 同一한 效果를 얻을 수 없을 경우에는, 더 판단할 필요 없이 그 수단을 사용할 것을 요구할 수가 없다. 이 점에 관련하여 독일의 연방 헌법재판소에서 판단된 사례로서는 다음의 판결을 들 수 있다.²⁹⁾

즉 위 裁判所는 독일 형사소송법 제137조 및 제146조의 규정(이는 선임된 변호사의 수를 3인으로 제한하고, 그리고 수인의 피고인의 변호사로서 1인의 공동 변호사를 선임하는 것을 금지하는 규정이다)이 (광의의) 비례의 원칙에 反한다는 주장을 배척하면서 다음과 같이 설시하였다. “過剩禁止의 原則에 의하여 입법자가 보다 부드러운 수단을 선택해야 될 의무가 있는 경우라면, 다른 수단에 의하더라도 同一한 效果를 거둘 수 있을 경우만을 말하는 것이다. 따라서 이 사건에 있어서는, 생각할 수 있는 보다 부드러운 수단(즉 금지를 유보한 허가의 형식으로 제척의 요건을 규정해 두는 방법)으로서는 이해의 충돌에 대하여 완전한 보호를 할 수가 없기 때문에, 이러한 보다 부드러운 수단을 선택해야 한다고 말할 수가 없는 것이다.”

(2) 基準

그리고 여기에서 하나의 수단이 다른 것과 비교해서 동일한 效果를 가지는지의 여부의 판단은, 個別的인 事案에 따라서 具體的으로 결정될 문제이지, 抽象的으로 결정될 문제는 아니다.³⁰⁾

나. “最小의 침해”(가장 부드러운 수단)

(1) 意義

29) BVerfGE 39, 165.

30) 文·金 前掲書, p.130.

여기에서 “最小의 侵害”라는 의미는 비슷한 효과를 거둘 수 있는 여러 수단들 중에서 “基本權을 가장 적게 침해하는 수단” 즉 “가장 부드러운 手段”으로 目的을 달성할 것을 요한다는 뜻이다.

(2) 基準 I (被害者 基準이 아니라는 점에서 客觀的 判斷)

그러면, 다시 판단의 客體와 관련하여 무엇이 “最小의 侵害” 수단인가의 문제가 제기되는 바, 이는 “客觀的인 基準”에 의해서, 즉 “平均的 市民의 利益 狀態(Interesselage eines Durchschnittsbürgers)”에 따라서 판단되어야 하는 것이지,³¹⁾ 被害者 個人의 主觀的인 상황에 따라서 판단할 것은 아니다. 따라서 프로이센 경찰행정법 제41조 제2항 제3문의 규정에 의하면, “경찰이 명령한 조치에 대신하여 이와 동일한 효과를 가지면서도” 主觀的으로는 “피해자에게 보다 덜 負擔이 되는 조치가 존재하는 경우에는 後者의 조치를 해줄 것을 청구할 권리가 피해자에게 있다”고 규정하고 있으나, 이와 같은 규정 방식은, 이를 입법자에 관하여 적용시켜 보면, 실제적인 이유만으로서도 그대로 받아들일 수가 없는 것이다.³²⁾

그러나 그렇다고 해서, 이와 같은 사고 방식을 구체적인 法律을 제정하는 과정에 있어서, 정책적으로 도입하는 것까지를 막는 것은 아니고, 오히려 이것도 바람직하다 할 것이다.

예를 들면, 첫째 同一한 정도로 效果가 있고 또한 同一한 정도로 基本權을 침해하는 수단이 2개 이상 존재하는 경우이거나 또는 둘째로 客觀的으로는 보다 적게 基本權을 침해하는 것이라고 보여지는 수단이, 主觀的으로는 보다 심하게 基本權을 침해하는 것이라고 받아들여지는 경우에는, 立法의 과정에서, 피해자 본인

31) Herzog, 前掲書, Rdnr. 75

32) Herzog, 上同

의 의사를 타진하여 그에게 선택의 기회를 주는 것이 바람직하다고 할 수 있는 것이다.³³⁾ 다만 이와 같은 경우는, 헌법상으로는 특별한 경우에만 존재하는 극히 예외적인 상황이라고 할 것이다.

(3) 基準 II (法院基準이 아니라는 점에서, 事前的·主觀的·裁量的 判斷)

다른 한편에 있어서, 판단의 主體와 관련하여 侵害의 最小性的 판단 즉 여러 수단 중에서 무엇이 가장 부드러운 수단인가의 판단은, 客觀적으로 결정되어지는 것이 아니라, “그의 의무에 따라서 행동하는 평균적인 資質을 가진 공무원의 판단”에 의하는 것³⁴⁾으로서, 이러한 의미에서 主觀的 판단이다.

이와 같은 취지에서 독일 Baden-Württemberg주 경찰법은 다음과 같은 내용의 明文의 규정을 두고 있다. 즉 경찰은 그의 의무에 충실한 裁量에 비추어 보아 필요하다고 “보여지는 (ercheinen)” 조치를 취하여야 한다(제3조). 경찰은 고려할 수 있는 여러 개의 조치 중에서, 개인 및 일반 공공을 “事前的으로 판단하건대(voraussichtlich)” 가장 적게 침해하는 조치를 선택하여야 한다(제5조).

따라서, 이와 같은 의미는 “事後的인 判斷(Beurteilung ex post)”이 배제된다는 의미뿐만 아니라, 경찰의 의무에 충실한 (pflichtgemäß) 主觀的인 判斷이 행해져야 한다는 의미인 것이다.³⁵⁾ 즉 立法의 目標가 그 自體로서 憲法에 反하지 아니하는 한 (독일 연방 헌법재판소는 이러한 의미를 나타내는 표현으로서 “合法的인 目標 設定(legitime Zielsetzung)”이라는 용어를 사용하고 있다) 입법자의 形成의 自由는 존중되어야 하는 것이

33) 文·金 前掲書 p.131.

34) Schneider, 前掲書 S396

35) Schneider, 上同

고, 따라서 개인과 일반 공중을 사전적으로 판단하여, 가장 적게 침해하는 방법을 선택함에 있어서의 판단은 원칙적으로 입법자의 責任으로 맡겨져야 하는 것이다. 그리하여 입법자의 形成의 自由는 행정 관청의 재량의 범위보다 협소하게 제한되어져서는 아니되는 것이고, 이 경우에 있어서는 단지 입법자가 그와 같은 판단에 따른 선택을 함에 있어서 “明白히(offensichtlich 또는 eindeutig)”잘못을 저질렀는지의 여부만이 문제로 되어야 하는 것이다.³⁶⁾

이와 동일한 맥락에서 독일 연방 헌법재판소는 다음과 같이 說示하고 있다.³⁷⁾

즉 “어떠한 조치가 必要性的 要件을 갖추었는지를 헌법적으로 판단함에 있어서는, 경제 규율적 및 경제 지도적인 조치의 선택 및 기술적인 형성에 관련하여, 입법자에게는, 광범위한 形成 領域이 許容되고 있다는 점을 유의하여야 한다. 따라서 보다 덜 권리를 침해하는 수단이 가능하였다는 것이 명백히 확인될 수 있는 경우에 한해서만, 그러한 法的인 規律이 지나치게 부담을 주는 것이고, 따라서 헌법에 反하는 것이라고 할 수 있는 것이다 (BVerfGE 37, 1 (21)).”

그러나 독일 헌법재판소의 모든 판례가 이점에 있어서 통일적인 일관된 태도를 보여주고 있는 것은 아니다. 즉 위 재판소는 Mühlen사건에서, 입법자가 동일한 효과를 가지면서도, 기본권을 훨씬 적게 침해하는 다른 수단을 선택할 수는 없었는지의 문제에까지 언급하고 있는 바, 그 결과 당해 사건을 심리하는 “法院”이 고려하고 있는 여러 가지의 다른 선택 가능한 조치들에 대하여 판단함에 이르르고 ³⁸⁾ 있다.

36) Schneider, 前掲書 S397

37) BVerfGE 39, 210(231)

38) BVerfGE 25, 1(18)

이와 같은 태도는 앞에서 살펴본 바에 의하면 너무 지나친 것으로서 타당하지 않은 것이다.

즉 사법부에 의한 통제는, 입법자가 취한 수단의 선택이 분명히 잘못된 것인지에 그쳤어야 할 것이고, “事後的으로 생각해 낸 (nachträglich ausgedacht)” 다른 수단이 “명백히(eindeutig)” 마찬가지로의 효과를 올릴 수 있었는지에 대하여서까지는 미치지 않았어야 할 것이다. 다시 말하면, 假想的인 判斷(Falsifikation)은 피할 수 없는 것이라 할지라도, 판단의 출발점은 “입법자의 판단”인 것인지 “가능한 다른 수단(mögliche Alternative)”이 되어서는 아니되는 것이다.³⁹⁾

그리고 그 이후의 위 재판소의 다른 판결⁴⁰⁾에 있어서도, 기본권을 침해하는 입법자의 조치가 입법 목표를 달성하기 위하여 “客觀적으로 必要한(objektiv erforderlich)” 것인지의 여부를 판단하고 있으나, 이는 잘못된 태도라고 여겨진다.

C. 批判性(Verhältnismäßigkeit)의 原則

1. 意義

過剩禁止의 原則의 3번째의 部分原則으로 들어야 할 것이, 소위(협의의) 比例의 原則(der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)으로서, 이는 다른 표현으로는 期待可能(Zumutbarkeit)의 원칙⁴¹⁾이라고도 불리어지고 있다.

이 원칙은 국가의 조치가 앞에서 검토한 바에 의하여 適合하고, 그리고 필요한 경우에 있어서도, 다시 그 목적의 사회적 및 정치적 가치와 “理性的인 關係(vernünftiges Verhältnis)”에 있어

39) Schneider, 前掲書 S397

40) BVerfGE 38, 281(302, 303)

41) 예를 들면 Stein, Staatsrecht. 11. Aufl. S162

야 한다는 것이다. 즉 정치적으로 국가를 이끌어가는 기관은, 그의 결정을 함에 있어서 항상, 그 결정의 사회적 정치적 有用性和 또한 그 결정에 의해서 야기되는, 감수되어야 할 시민 및 전체 사회에 대한 침해를 염두해 두고, 양자가 이성적인 관계에 놓여 있도록 주의하여야만 하는 것이다.

즉 이를 바꾸어 표현한다면, 侵害의 程度(Schwere)와 그리고 위 침해를 정당화시키는 根據의 重要性(Gewicht) 및 急迫性(Dringlichkeit)과를 比較 衡量하여야 한다는 것으로서, 被害者の 權利 侵害로 인한 不利益과 위 權利 侵害를 포기하였을 경우에, 公共의 福利가 입게 될 不利益과 比較 衡量(abwägen)하여야 한다는 의미이다.⁴²⁾

앞의 두 가지 부분 원칙에 비하여, 이 比例性의 원칙이 특징적인 것은, 前者는 정해진 目的에 대한 “手段”의 負擔을 심사하는 것임에 반하여, 後者는 “目的(Zweck)과 수단(Mittel)의 상호관계(Verhältnis)”를 심사한다는 데에 있다.

앞에서 보아온 바와 같은 비례성의 원칙의 내용을 알기 쉽게 나타내는 말로써 “대포로 참새를 쏘아서는 아니된다”는 표현이 사용되어 왔었다.

2. 判例에 나타난 實例

독일 연방헌법재판소는 無期懲役刑에 관한 판결⁴³⁾에서 比例性 내지 期待可能性 그 자체를 언급하고 있지는 아니하지만, 그 내용에 비추어보면, 위 점에 관하여 설시를 하고 있다.

즉 유죄 판결을 받은 사람이 후일에 다시 자유를 회복할 수 있는 구체적이고 그리고 원칙적으로 실현가능한 기회를 가짐에 의하여, 인간의 존엄에 부응하는 형의 집행이 보장되지 아니하는

42) Herzog 前掲書 Art. 20, Rdnr. 76

43) BVerfGE 45, 187(245ff)

경우에는 無期懲役刑은 비례의 원칙에 反하는 것이다.

“왜냐하면 유죄판결을 받은 사람이 그의 人格이 개선되었음에도 불구하고, 그의 자유를 다시 회복할 수 있는 기회를 포기하여야만 한다는 것은 인간의 존엄의 핵심적인 부분을 침해하는 것이기 때문이다.” 이러한 관계에서 위 재판소는 무기징역형이 규정된 범죄를 범할 당시의 책임의 정도에 상응하는 정당한 처벌을 할 필요성과 다시는 자유를 회복할 가능성이 없어질 경우에 있어서의 인간의 존엄성에 대한 침해와를 서로 비교 형량하였던 것이다.

이 경우에 있어서, 정당한 처벌로서 보다 가벼운 수단이 적절한지의 여부는 문제로 되지 않는다. 왜냐하면, 유기징역형이 적절한 처벌로서 인정된다면 어차피 무기징역형은 내려지지 않을 것이기 때문이다. 오히려 비례성의 원칙의 경우에는 “同一한手段의 長點 및 短點의 衡量”이 문제로 되는 것이다. 무기징역형이라는 것은, 이에 따르는 절망감으로 인하여 피고인의 인격의 파멸 및 인간 존엄의 파멸을 초래하는 것이므로, 위 형벌이 그 책임의 정도에 상응하는 처벌이라고 할지라도 비례성이 없는 것이다. 그리하여 위 재판소는 “自由로운 裁量에 의하여” 사면을 받을 가능성을 주는 것만으로는 부족하고, 일정한 요건을 갖추면 반드시 무기징역형이 배제될 수 있고 또한 이 경우에 적용될 절차를 “法律에 의하여” 확실히 규정해 둘 것을 요구하고 있는 것이다.

3. 比例性의 判斷의 基準

가. 比例性 概念의 意義 및 性質

비례성의 원칙이라고 할 때의 比例性이라는 개념은 目的과 手段 사이에 “理性的인(vernünftig)” 관계가 있는 것을 말한다. 그리고 여기에서 “이성적인” 관계라는 것은, 그 手段의 負擔이 “지나

치거나(übermäßig)” 또는 “期待할 수 없는(nicht zumutbar)”⁴⁴⁾ 것이 아니어야 한다는 의미이다.

그러나, 위와 같은 개념정의나 뒤에서 다시 살펴보는 바와 같은 위 比例性 판단에 관한 구체적 기준들에 의하더라도, 이 2개의 서로 상충하는 價値의 比較 衡量은, “具體的 決定 基準”은 될 수 없고, 그 자체로서는 결정을 하기 위한 어떠한 內容的 基準도 제시하지 않는 “순수한 形式 原則(rein formales Prinzip)”이라고 말하여지고⁴⁵⁾ 있다.

따라서 선택된 수단과 추구하는 목적이 서로 理性的 關係에 있어야 한다는 公式은 구체적·객관적 기준을 제시하지 못하는 “空式(leere Formel)”이라고 불리워지기도 한다.

나. 判斷의 形式的 基準(事前的·裁量的 判斷)

(1) 事前的 判斷

법률의 규정에 의한 국민의 자유를 침해하는 어떠한 法律이, 그 입법자의 목적 설정에 대하여 합리적인 관계에 있는지의 여부를 판단함에 있어서, “事後에(hernach)” 그 법률을 적용이나 작용에 의해서 “비로소” 나타나게 된 그러한 인식사실(Erkenntnis)은, 독일 연방헌법재판소의 고려의 대상이 되지 아니하는 것이다. 즉 위 2개의 상반된 가치의 比較 衡量을 함에 있어서는 “입법자가 그 法律의 準備 단계에서 알고 있었던 사실 관계에 기초하는 것이 원칙”인 것⁴⁶⁾이다.

따라서 장래의 경제적인 발전 상황에 따른 과정에 관한 판단의 잘못(Irrtümer)은 감수되어야 하는 것이고, 그 결과 잘못된

44) BVerfGE 30, 292(316)

45) 특히 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 14. Aufl. S.29

그러나 이에 反하여 “실질적 기준(materiales Kriterium)”으로 보는 견해도 있다.
(Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. S401)

46) BVerfGE 25, 12.

장래예측(진단, Prognose)에 기초하여 취해진 조치는 그 자체만 으로서는 헌법에 위반된다고 할 수 없는 것이다.⁴⁷⁾

(2) 立法者의 裁量的 判斷

다음으로 比例性의 有無를 판단하는 것은, 어디까지나 입법자의 책무인 것이 원칙이므로 어떤 사안에 관하여 “여러가지의 意見이 각각 자기나름의 수궁될 수 있는 根據를 가지고 있는 경우에는, 法院이 스스로(von Gerichts wegen) 그 조치가 比例性의 原則에 反하는 것이라고 확인할 수가 없는 것이다.”⁴⁸⁾

즉 比例性의 판단에 있어서 필수적인 입법자(정치적인 지도기관)의 比較 衡量에는, 광범위한 재량이 허용되어⁴⁹⁾ 있으므로, 권리 침해의 결과가 목적에 대하여 “적절한(angemessen)” 관계에 있는냐의 헌법재판소의 통제의 대상으로 되는 것이 아니고, 오히려 침해의 결과가 의도된 성과에 대하여 “正當한(richtig)” 관계에 있는지의 여부만이 문제로 되는⁵⁰⁾ 것이다. 그 결과로서 比例性 판단의 문제는 결국은 “明白性의 統制(Evidenzkontrolle)”의 문제로 돌아가는 것으로서, 목적의 설정과 이를 위한 수단을 선택함에 있어서의 입법자의 판단이 “明白히(offensichtlich)” 잘못되었고, 따라서 위 판단이 “극단적인 한계(äußerste Grenzen)”를 명백히 넘는 경우에만, 比例의 원칙에 반하게 되었다고 판단할 수 있는 것⁵¹⁾이다.

다. 判斷의 實質的 基準

비례성의 원칙을 판단함에 있어서, 구체적 사안에서 그 내용과 관련하여 실질적인 기준을 제시해 줄 수 있는 것으로는 각각 보호의 대상, 침해의 대상 및 침해 조치와 관련하여 다음의 3가지

47) Schneider, 前掲書 S396

48) BVerfGE 38, 139(153)

49) Herzog, 前掲書 Art. 20, Rdnr. 76

50) Münchener Rechtslexikon Bd. III S. 650

51) Schneider, 前掲書 S399

를 들 수 있다.

(1) 二重基準(보호대상과 관련)

독일 연방헌법재판소는, 비례성을 심사함에 있어서 하나의 통일적인 경직된 기준에 의하지 아니하고, 입법에 의하여 보호하려고 하는 대상과 관련하여 2가지의 차등적인 統制 可能性을 부여하고 있다.

즉 경제 질서의 영역과 같은 분야에서는, 위 연방헌법재판소는 입법자에게 目的 設定과 관련하여 폭넓은 形成의 自由를 주고, 따라서 입법자가 명백히 잘못된 전제로부터 목적을 설정했거나, 그 취한 조치가 전혀 어떠한 理性的 根據도 가지지 않은 경우에만, 比例性 原則을 위배한 것으로 인정하고 있다.⁵²⁾

이에 반하여 국민의 自由權 등 기본권의 핵심 분야(Wesensbereich : 이는 언론의 자유 등과 같이 주로 정신적 분야에 관한 기본권으로서 독일 기본법상 헌법개정의 한계로 규정되어 있는 분야이다)에 있어서는 상대적으로 입법자의 재량의 폭을 좁게 인정하고 있다.⁵³⁾

(2) 侵害의 對象과의 關聯

다음으로 비례성의 여부를 판단함에 있어서, 중요한 요소중의 하나는, 侵害의 對象과 관련해서, 그 침해가 人間에 있어서의 “行爲 自由의 本質의 外形”에 접근하면 할수록, 自由의 요청에 대항하는 合理化의 근거 역시 보다 더 면밀해야⁵⁴⁾ 한다고 한다.

(3) 侵害(規制)의 強度와의 關聯

끝으로 비례성을 판단하는 마지막 요소로서, 規制의 強度도 역시 고려되어야 한다. 즉 그 규제에 의하여 個人的 法的 地位가 예민하게 침해받으면 받을수록, 그만큼 그 규정이 추구하는 公共

52) BVerfGE 29, 260(267) ; 39, 210(225)

53) Schnapp, JuS 1983, S. 855

54) BVerfGE 17, 306(313f) ; 20, 150(159)

의 利益이 강해야 하는⁵⁵⁾ 것이다.

V. 過剩禁止의 適用 範圍

A. 序

과잉금지의원칙이라는 개념은 19세기 말경에 법률가들에게는 생소한 것이었고, 세계 제2차 대전 직후의 시대에는 行政法 특히 경찰법의 분야에서나 언급되고 있음에 지나지 아니하였다.

그러나 法治主義의 사상이 점점 깊이 뿌리를 내려감에 따라, 이 원칙은 헌법적인 원칙으로서의 위치를 굳혀가게 되었고, 그 결과 모든 국가작용(立法, 行政, 司法을 포괄하여)에 대하여 적용되는 원리로서 자리잡게 되었던 것이다.

이 글의 서두에서 밝힌 바와 같이 本稿는 주로, 이러한 國家作用 중, 특히 입법의 분야에서, 위 원칙이 어떠한 역할을 하여야 하는가를 밝히는 데에 의도가 있었던 것이었던 만큼, 이 점에 국한하여 서술되었으나, 이하에서 그 적용 범위와 관련하여, 다른 적용 분야(이상에서 서술되지 아니한 분야)에 대하여도 간단히 언급해 두고자 한다.

B. 立法 作用(특히 許可를 留保한 禁止에 관하여)

이 글의 주된 서술 분야가 立法 분야에 대한 것이었던 것 만큼 지금까지 기술된 바가 전부 이 입법 작용에 관한 것으로 따

55) BVerfGE 11, 30(44f) ; 13, 104f ; 25, 1(22) ; 30, 292(317f) ; 30, 336(351)

로이 더 언급할 부분은 없다. 그러나 한 가지 주의해야 할 점이 있다.

즉 지금까지 過剩禁止의 원칙이 적용되는 입법 분야로서 설명한 것은, “직접적으로 국민에게 침해를 가하는 조치”에 관하여서 이었다. 그러나 이와 마찬가지로의 상황은 “許可를 留保한 禁止(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)”의 경우에도 나타나고 있다. 왜냐하면 이 경우에 있어서 국민의 자유 영역을 확대시켜 주고, 또한 국민에게 이익을 제공할 권한을 부여한다는 측면은 단지 겉으로만 존재하는 듯이 보일 따름이고, 실제로는 “허가에 선행하는 금지”가 주된 것으로서, 이는 역시 국민에 대한 부담 내지는 금지를 의미하는 것이기 때문이다.

그리하여 독일 연방 헌법재판소는 이와 같은 경우에도 과잉금지의 원칙이 적용되는 것으로 인정하여(보다 근본적으로는 법치 국가의 원칙에 기하여) 입법자에게 다음과 같은 3가지의 부담을 부과하였다.⁵⁶⁾

즉 첫째로는 이와 같은 금지 및 이와 관련된 통제를 정당화시킬만한 충분한 합법적이며 公的인 이익이 존재하여야 하고, 둘째로는 허가를 부여하거나 또는 거절할 수 있는 요건은 충분히 구체적으로 규정되어져 있어야 하며, 셋째로는 국민이 허가의 발부를 위한 요건을 충족시켰을 때에는, 訴訟에 의하여서 이를 구할 수 있는 법적인 권리를 보장해 주어야 한다는 것이다.

나아가, 위 허가를 유보한 금지의 경우와 달리, 例外 認定權 또는 特例認定權(Ausnahme-oder Dispensermächtigungen)을 규정하는 경우에는, 마찬가지로 過剩禁止의 原則에 적용될 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 독일 연방 헌법재판소는 아직까지는 이 문제에 대하여 否定的인 태도를 보이고 있으나, 이 점에

56) BVerfGE 20, 150(154f)

관하여는 좀더 상세한 학문적인 검토가 필요하다는 주장이 있다.⁵⁷⁾

C. 行政 作用

이 過剩禁止의 원칙이 行政作用 특히 경찰작용을 중심으로 발전해온 것은 앞서 본 바와 같으므로, 公行政이 국민의 법적 지위를 침해하는 한 이 원칙이 중요한 역할을 한다는 데에 이견이 없다. 특히 독일 기본법 제12조의 직업선택의 자유와 관련하여, 독일 연방 헌법재판소의 판례⁵⁸⁾는 이 過剩禁止의 원칙에 관한 중요하고도 상세한 설시를 하였고, 이는 경제 행정법의 이정표가 되었다.

그리고 최근에는 “侵害行政”의 영역과는 달리 국민에게 사회 복지적인 입장에서 혜택을 베풀어주는 “給付行政”의 영역에 대하여서 까지도 이 원칙이 확대 적용되는 추세에 많은 관심이 집중되고 있다.⁵⁹⁾

D. 司法 作用

司法作用중에서 司法의 분야에 있어서는 私的 自治의 원칙으로 인해서 過剩禁止原則의 적용이 문제되지 않는다. 다만, 公法과 유사한 법구조가 존재하거나 私法上的 총론 규정에 관하여 법원의 결정이 문제가 될 때에는 이 원칙을 적용하려는 견해⁶⁰⁾가 있다.

57) Herzog, 前掲書 Art. 20, Rdnr. 77

58) BVerfGE 16, 147ff ; 25, 1ff ; 44, 105ff

59) Hirschberg, 前掲書 S.25ff(文·金 前掲書 p.126 註27에서 再引用)

60) Hirschberg, 前掲書 S.31

다음으로 刑事法의 분야에서는 實體法이나 節次法이나를 불문하고 이 원칙의 적용이 긍정되고 있다.

즉 刑法의 분야에서는 특히 刑罰의 適正성과 관련하여,⁶¹⁾ 그리고 刑事訴訟法의 분야에서는 強制手段의 適正성과 관련하여,⁶²⁾ 각각 위 원칙의 적용 가능성을, 독일 연방 헌법재판소가 이를 긍정하고 있다.

VI. 過剩禁止原則에 대한 批判(問題點)

앞에서 살펴본 바와 같이 과잉금지원칙의 헌법상의 적용에 관하여는 긍정적인 면만이 있는 것이 아니고, 이 원칙의 적용에 따르는 부정적인 면 또한 존재하고 있고, 이점에 관련하여 다음과 같은 4가지의 批判 내지는 문제점이 지적되고 있다.

A. 基本權의 種類에 따라 適用의 程度에 差等이 있는가?

첫 번째의 문제점으로 제기될 수 있는 것은, 위 과잉금지의 원칙이라는 것은, 그 효력이 어느 하나의 특정한 기본권에 국한되어 있는 것은 아니고, 원칙적으로 모든 기본권에 적용될 수 있는 것이므로 (이 점에서 평등권의 규정과 그 성질을 같이 하는 것임은 앞에서 보았다) 이 원칙은 어떤 영역에서 적용되고, 그리고 그 기본권의 영역에 따라 어느 정도나 강하게(3개의 부분 원칙 중 일부만 적용되는가 또는 전부 적용되는가의 문제도 포함하

61) BVerfGE 29, 312(316)

62) BVerfGE 32, 87(93)

여) 적용되는가의 의문이 생기는 것이다.

이 점에 관하여는 다음과 같은 상이한 견해들이 있다.⁶³⁾

1. 과잉금지의 원칙은 어느 특정한 기본권 조항에서 유래되는 것이 아니고, 모든 기본권에 관계되는 조항 내지는 원칙에서부터 근거되는 것이므로, 이 원칙이 기본권의 종류에 따라 다른 정도로 적용된다고는 할 수 없고, 근본적으로 모든 기본권 제한과 관련된 일반적 효력이 인정되어야 한다는 견해가 있다.
2. 이에 반하여 Lerche는 헌법상 기본권의 제한과 관련된 규범을 ①기본권 侵害 規範(grundrechtseingreifende Normen), ②기본권을 명확히 하는 規範(grundrechtsverdeutlichende Normen), ③기본권 刻印 規範(grundrechtsprägende Normen), ④남용 防禦 規範(mißbrauchswehrende Normen), ⑤ 競合 解消 規範(Konkurrenzlösende Normen)의 5가지로 나누고, 이 중에서 ①, ⑤의 경우에는 과잉금지의 원칙이 보편적으로 적용된다고 한다. 그러나 이 견해는 학설과 판례에 의하여 지지를 받지 못하고 있다.
3. 반면에, Grabitz는 입법자의 형성의 자유를 강조하여, 개인의 자유와 관련된 분야에서는 입법자에게 이 원칙이 엄격하게 적용되어야 하지만, 그밖의 기본권 영역에 있어서는, 입법자에게 단계적으로 구분된 자격·권능이 부여되어 있다고 한다.
4. 끝으로 독일 연방헌법재판소는, 구체적으로 개별 기본권에 기초하여, 이 원칙을 일반적이고 포괄적으로 적용하는 분야로부터, 이를 전혀 적용하지 않는 분야에 이르기까지 차등적으로 적용하고 있다. 예를 들면 독일 기본법 제12조의

63) 이하의 설명은 文·金 前掲書 p.146-p.149를 요약한 것이다.

직업의 자유와 관련해서는 소위 약국판결(Apothekenurteil)에서 정립한 段階理論(Stufentheorie)에 따라서, 직업의 “選擇” 및 “行使”에 따라 적용의 정도를 달리하고 있고, 위 기본법 제14조의 소유권의 보장과 관련해서 특히 수용의 경우에 있어서는 위 원칙이 반드시 지켜져야 하며, 위 법 제3조의 평등 조항과 관련해서는 오직 협의의 比例의 원칙만이 적용되어, 過剩 부담의 不平等 分配를 저지하여야 된다고 한다.

B. 基本權의 平準化가 이루어지는가?

다음의 문제점으로 제기될 수 있는 것은, 위 과잉금지 원칙이, 원칙적으로 모든 基本權에 적용될 수 있는 것이므로, 이로 인하여, 헌법에 의하여 엄격하게 짜여진 기본권의 보장과 制限留保의 體系가 와해되고 따라서 기본권의 광범위한 平準化(Nivellierung) 현상이 일어나는 것이 아닌가 하는 의문이다.⁶⁴⁾

비교적 최근에 제기된 이 문제에 대하여 먼저 Schlink는 독일 연방헌법재판소 判例의 분석을 통해, 서로 다른 기본권에 대하여 발전된 “解釋과 較量 戰略”(Auslegungs- und Abwägungsstrategien)은 결국 한 가지로 收斂하게 되어, 마침내는 상이하게 보장된 기본권들이 하나의 “일반적 자유권”으로 無差別化되고 있다고 한다.

다음으로 Schwabe는, 기본권의 보호 영역은 완전히 과잉금지 원칙에 기초한 利益 衡量에 의하여 결정되어지게 됨으로써, 결국은 기본권의 광범위한 平準化 현상뿐만 아니라, 하나의 “統合 基本權(Sammelgrundrecht)”을 위해서, 여러 가지의 기본권이 존재

64) 이하의 설명은 文·金 前掲書 p.150-p.151를 요약한 것이다.

하게 되는 결과를 초래하게 된다고 한다.

그러나 이에 反하여 Wendt는, 이 원칙이 전체적으로 기본권을 구속하는 입법의 범위를 결정하는 것이기는 하지만, 그렇다고 해서 기본권의 平準化라고는 할 수 없고, 단지 個別 基本權에 “基準 提示的 機能(maßstabsetzende Funktion)”을 인정해야 한다는 견해를 보이고 있다.

C. 二重適用의 問題

독일 연방 헌법재판소의 판결에 의하면, 압수, 수색, 구속과 같은 조치들이, 형사소송법의 규정에 의하여 허용되고 있다는 것만으로는 부족하고 그 이외에, 이러한 절차적 조치들의 허용성 여부에 관한 각각의 觀點들을 면밀히 衡量한 다음에야 비로소(인격적인 자유, 소유권, 언론의 자유 등) 기본권을 침해하는 이러한 조치들이 비로소 행해질 수 있다고 한다.⁶⁵⁾

따라서 위 재판소는, 추상적인 法律의 제정에 있어서 뿐만 아니라 “具體的 사건에 있어서의 措置의 比例性”(die Propotionalität der Maßnahme im Einzelfall)까지도 요구함으로써, 과잉금지의 원칙이 二重으로 적용되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기되는 것이다.

이 점에 관하여 Schneider는, 위 과잉 금지의 원칙은 이미 法律의 제정 당시, 입법자에 의하여 고려된 바 있으므로, 다시 구체적 사안에서 그 법률을 적용함에 있어서는, 이중으로 이를 고려할 필요가 없는 것이라고 주장하면서, 그 例로서, 刑法을 제정하는 과정에서 어떠한 權利(기본권)를 보호할 것인가를 신중히 고려하여 그 결과 所有權은 보호되는 것으로 하고, 이를 침해하

65) BVerfGE 20, 213

는 行爲를 절도죄로서 처벌하기로 하였으면 足한 것이지, 여기에 서 더 나아가, 구체적 사건에서 절도 범인을 처벌함에 있어서, 그 범인이 헌법에 의하여 보장되고 있는 所有權을 침해하였으므로, 이를 더욱 엄하게 처벌하여야 한다는 논리를 전개할 수 있을 것인가 하고 反問하고 있다.⁶⁶⁾

D. 지나친 擴張適用의 問題

과잉금지의 원칙은 근본적으로는 입법자의 권한 남용을 억제 하여, 국민의 기본권 보장을 위한 중요한 기능을 수행하는 것이지만 이는 理論적으로 證明될 수 없는, 따라서 決定할 권한을 가진 자의 主觀的 意志나 意思에만 의존할 수밖에 없는 속성을 가지고 있는 것이다.

그리하여, 원래는 行政法의 차원에서만 적용되던 이 원칙을 憲法的 차원으로까지 끌어올려 적용하는 것에 대하여, 혹시라도 이 원칙의 적용을 통해서 입법자의 形成의 自由가 지나치게 제한되는 결과로 되지 않을까 하고 우려하는 견해도 있었다(Forsthoff).

나아가 Hirschberg는 과잉금지의 원칙은 하나의 空虛한 원칙으로서, 이를 통해서 個別 正義를 가능하게 하기도 하지만, 抽象的 法律規定의 固着性을 깨뜨릴 수도 있다고 한다.

생각건대 과잉 금지의 원칙의 지나친 擴張(Überdehnung)은 個別主義(Einzelfallgerechtigkeit)를 추구하게 되고 따라서 法的 安定性(Rechtssicherheit)을 희생시키게 되며, 法院의 權力을 강화시키는 결과를 초래하게 된다. 그리하여 이는 法機能的으로 확립된 전형적이고 일반적인 법률의 성격을 제거시키고 法秩序의

66) Schneider, 前掲書 S. 402-404

原子化(Atomisierung) 현상을 초래하게 되어, 궁극적으로는 “法院에 의한恣意的支配의危險이內在”하고 있음에 각별히 유의해야 할 것이다.

Ⅶ. 結語 (우리 憲法上에서의 適用)

지금까지, 독일에 있어서의 判例와 理論을 중심으로 해서 過剩禁止의 原則이 憲法上 어떠한 의미를 가지고, 어떻게 적용되어 왔고, 그에 따른 문제점은 어디에 있는지를 살펴왔다.

그러나 外國法의 연구는, 그 자체가 목적이 될 수는 없고, 어디까지나 우리 자신의 法을 좀더 잘 理解하기 위한 수단에 지나지 아니하는 만큼, 나머지의 과제는 당연히 우리 나라의 憲法體系下에서 위 원칙이 어떻게 적용되어야 할 것인가를 검토하는 일일 것이다. 이와 같은 작업을 수행함에 있어서, 가장 염두에 두어야 할 것은, 우리의 憲法體系와 독일의 憲法體系的 상이한 점을 분명히 인식한 다음, 그러한 전제하에서, 독일에서의 判例와 學說을 검토하고 그 受容의 여부를 결정하여야 하는 것이다.

이러한 觀點에서 먼저, 우리는 우리 憲法 제37조 제2항의 規定을 주목할 필요가 있다.

즉 위 조문은 “국민의 모든 自由와 權利는 국가안정보장·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 법률에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容을 침해할 수 없다”고 규정하고 있는 것이다.

위 조문을 독일의 基本法과 比較하여 보면, 독일의 경우에는 우리 헌법 제37조 제2항이 『前段』과 같은 包括的인 制限 規定은 존재하지 않고 있으며, 반면 그 『後段』과 같은 本質內容 侵

害禁止의 조항은, 독일 기본법 제19조 제2항에서 “어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해될 수 없다”고 규정되고 있다.

위와 같은 根本的인 차이점에 기인하여, 우선 過剩禁止의 원칙의 理論的인 根據를 어디에서 구할 것인가의 점에 있어서, 차이가 생기지 않을 수 없다. 국내의 문헌으로서, 이 점을 우리의 헌법과 관련하여 상세하게 검토한 것은 없다. 다만 金哲洙 教授는 위 37조 제2항의 『필요한 경우』라는 의미에는, 그 제한이 『不可避』한 경우뿐만 아니라 그 制限이 『最小限』에 그쳐야 한다는 의미도 포함되어 있고, 바로 여기에서 比例의 원칙이 도출된다⁶⁷⁾고 한다. 權寧星 教授도, 특별한 설명은 가하지 않고 있으나, 위와 마찬가지로의 입장을 전제로 하여 설명하고 있다.⁶⁸⁾

반면에 許營 教授 및 金南辰 教授는, 독일의 입장을 그대로 받아들여, 過剩禁止의 원칙은 法우선의 원칙에서 나오는 당연한 결과⁶⁹⁾라고 하든지 또는, 우리 헌법은 독일과 같이 法治國家原則을 명시한 규정은 없으나, 이 원리가 우리 헌법의 기본 원리를 이룬다는 것은 명백하므로, 법치국가원리의 파생 원리의 하나인 過剩禁止原則은 헌법적 차원의 法原則으로서 승인될 필요가 있다고 한다.⁷⁰⁾

나아가, 우리 헌법하에서 過剩禁止原則의 구체적 내용 및 그 적용과 심사의 기준 등 상세한 점에 관하여는, 그 부분원칙의 소개와 개념정의를 하는 정도 이상의 상세한 설명은 없는 실정이다.

생각건대, 우리의 헌법은 위 제37조 제2항에서 『포괄적 기본권 제한규정』을 두고 있는 관계상, 기본권을 침해하는 법률의

67) 金哲洙, 憲法學論 p.279

68) 權寧星, 憲法學原論 p.328

69) 許營, 憲法理論과 憲法(上) p.282

70) 金南辰, 行政法の 理論과 實際 p.40

違憲여부가 문제로 될 경우에는 거의 항상 위 조항에 기초한 過剩禁止原則의 위배 여부가 문제로 되고 따라서 過剩禁止原則은 모든 法律의 위헌여부심사의 필수적인 기준이 될 수밖에 없는 중요성을 가지고 있는 것이다. 이러한 점에서 우리 헌법하에서 위 원칙의 의미·내용을 상세히 밝히는 것은 특히 헌법재판의 실무상, 시급한 과제 중의 하나라고 할 것이다.

우리 나라 헌법재판소의 개원이래 1990년 12월초까지 선고된 결정문에서 이 過剩禁止의 원칙이 明示的으로 적용되거나 언급되어있는 경우를 보면 ① 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5, 8, 89헌가44(병합)(보호감호 처분 제도의 위헌여부),⁷¹⁾ ② 1989. 11. 20. 선고, 89헌가102(변호사 개업지 제한 사건),⁷²⁾ ③ 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13(국토 이용 관리법 위헌 심판 사건),⁷³⁾ ④ 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6(국회의원 기탁금 사건),⁷⁴⁾ ⑤ 1990. 9. 3. 선고, 89헌가95(국세 기본법 위헌 심판 사건),⁷⁵⁾ ⑥ 1990. 9. 3. 선고, 89헌마120, 212(병합)(변호사 강제주의의 위헌여부), ⑦ 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178(법무사법 시행규칙 위헌심판사건)⁷⁶⁾ 등을 들 수 있다.

本稿에 이어서, 마무리 작업으로 행해져야 할 과제는, 우리 헌법재판소의 결정 중에서, 過剩禁止의 원칙이 적용되고 있는 위 결정들을 분석하고 종합하여, 우리 헌법재판소는 이 원칙의 근거를 어디에서 구하고 있는지, 그 部分原則의 내용은 어떻게 파악하고 또한 그 원칙에의 위배 여부의 심사를 어떠한 기준에서 하

71) 헌법재판소판례집, 제1권 p.85

72) 헌법재판소판례집, 제1권 p.340, 341

73) 헌법재판소판례집, 제1권 p.374, 378, 379, 388, 393, 394, 396

74) 헌법재판소판례집, 제1권 p.247, 252

75) 1990년도의 헌법재판소판례집이 아직 간행되지 아니하여 그 面數를 특정하기 어려우나, 이 결정에서는, 과잉금지원칙에 대한 비교적 상세한 설시가 있다.

76) 이 사건 결정문 중, 소수의견이 실시된 부분에서 특히 직업 선택의 자유와 관련하여, “계단이론”의 내용이 전개되어 있고, 비례의 원칙 등이 언급되어 있다.

고 있는지를 분명히 하고, 나아가 이러한 태도는, 외국 특히 독일의 경우와 비교하여 어떠한 특징을 가지고 있으며, 우리 헌법 재판소의 태도는 정당한 것인지, 만약 不當한 부분이 있다면, 어떻게 바뀌어져야 할 것인지를 밝히는 일이다.

이와 같은 나머지의 작업은 다음의 기회로 미루고 여기에서는 우선 이 정도로 마무리하기로 한다.

陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例

金 種 彬

前 憲法研究關

水原地方檢察廳 部長檢事

- 目 次 -

- I. 머리말
 - 1. 憲法規定과 陳述拒否權의 意義
 - 2. 陳述拒否權의 沿革
 - 3. 陳述拒否權의 侵害問題

- II. 陳述拒否權의 內容
 - 1. 陳述拒否權의 主體
 - 2. 陳述拒否權의 適用範圍
 - 3. 陳述拒否權의 保障效果

- III. 侵害與否가 問題되는 事例
 - 1. 거짓말 탐지기 사용
 - 2. 事故 運轉者의 申告義務
 - 3. 其他의 問題

IV. 結 論

I. 머리말

1. 憲法規定과 陳述拒否權의 意義

憲法 第12條 第2項은 “모든 국민은……刑事上 自己에게 不利한 陳述을 強要당하지 아니한다”고 規定하여 형사책임에 關하여 自己에게 不利益한 진술을 強요당하지 않을 것을 基本的 權利로 保障하고 있다. 이를 넓은 의미에 있어 陳述拒否權, 自己負罪拒否의 特權(Privilege against self incrimination) 또는 默秘權이라 한다. 이에 是 형사피고인 또는 피의자가 진술을 거부할 권리는 물론 證인의 證거부권, 언론기본법에 의한 언론인의 취재원에 대한 진술거부권(언론기본법 제8조) 등이 있다. 그러나 좁은 의미에 있어 진술거부권은 형사소송법(제200조 제2항, 제289조)상 인정되는 형사피고인 또는 피의자가 공판 또는 수사에 있어서 개개의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리를 말한다. 또한 좁은 의미로 진술거부권을 파악할 때는 피고인 또는 피의자가 시종 침묵할 수 있는 권리를 묵비권이라 하고 개개의 訊問에 대하여 진술을 拒否할 수 있는 權利를 陳述拒否權이라고 하여 兩者를 區別하는 見解도 있으나 이는 用語上의 문제에 불과한 것이고 이를 區別할 實益은 없다.¹⁾

우리 憲法이 이와 같은 陳述拒否權을 保障하는 취지는 첫째, 刑事被疑者가 被告人의 人權을 刑事訴訟의 目的인 實體的 眞實發見이나 구체적 社會 정의 실현이라는 국가적 이익보다 우선케 하여 인간의 존엄과 가치를 존중하려는 것이고, 둘째, 진실한 진술이라 할지라도 그것이 진술자에게 不利한 진술일 경우에는 그

1) 정영석, 진술거부권, 고시연구 84. 11. p.39.

진술을 거부할 수 있음을 權利로 保障함으로서 文化國家를 指向하려는 것이고, 셋째, 當事者主義的 訴訟構造下에서 피고인이 검사와 대등한 지위에서 다룰 수 있도록 그 地位의 대등성을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.²⁾ 즉 피고인이 檢事와 대등한 입장에서 檢事의 공격에 대하여 自己를 방어할 수 있게 하기 위하여는 진실에 관한 사실이라 할지라도 이를 陳述하지 아니할 수 있어야지 그렇지 아니하고 진실에 관한 사실에 관해서는 반드시 陳述할 義務가 있다고 한다면 檢事에게 일방적으로 공격의 구실만을 제공하는 결과가 되어 당사자주의 소송 구조에 위배된다는 것이다.

2. 陳述拒否權의 沿革

刑事上 불리한 陳述을 拒否할 수 있는 權利는 英美法上의 自己負罪拒否의 特權(Privilege against self incrimination)에서 유래한다.³⁾

17세기 초 영국의 교회법원(Ecclesiastical Court)은 청교도들에 대해서 심한 고문으로 自白을 強要하고, 宣誓에 따라 自白을 하면 이를 證據로 處罰하고 만일 罪를 면하기 위하여 위증을 하면 위증죄로 처벌하였을 뿐만 아니라 宗教上의 破戒者라 하여 엄격한 제재를 가하였다. 청교도들은 이러한 가혹한 교회법원의 강제신문 절차에 대하여 反對運動을 벌이게 되었고 이러한 反對運動이 당시 교회법원과 반대입장에 있던 보통법원(Court of Common law)의 지지를 받게 되었다. 그 결과 17세기 중엽에는 교회법원의 강제신문 절차가 폐지되었으며 17세기 말엽에는 보

2) 이영란, 형사소송의 진술거부권, 考試界 88. 11. p.59.

3) 이영란, 전제논문 p.61, 정성근, 陳述拒否權, 월간고시 82. 3. p.27.

통법원에 의하여 “누구든지 어떠한 裁判에 있어서도, 또 어떠한 事件에 대해서도 自己가 처벌당한 행위를 강요당하지 않는다”라는 特權이 확립되었다.⁴⁾

美國에서는 청교도 精神과 反英國裁判의 분위기가 요인이 되어 人權宣言에서 自己負罪拒否의 特權이 인정되었다. 그리고 1791년의 美聯邦憲法 제5조는 “누구든지 刑事 事件에 있어서 自己에게 不利한 證言을 하도록 強要받지 아니한다”(No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself)고 規定하여 自己負罪의 特權을 刑事節次의 基本原則으로 宣言하였다. 그후 日本, 인도, 파키스탄, 필리핀, 칠레, 멕시코 등 世界 各國의 憲法이 陳述拒否權을 自由權의 하나로 憲法에 規定하게 되었다.⁵⁾

우리나라 憲法 제12조 제2항도 美國 憲法上の 自己負罪拒否의 特權을 본받아 이를 明文化하였고 이 憲法精神을 받들어 刑事訴訟法 제289조에서 피고인의 陳述拒否權을, 제200조 제2항에서 피의자의 陳述拒否權을, 제147조, 제148조, 제149조에서 증인의 證言拒否權을, 言論基本法 제8조에서 言論人의 취재원에 대한 陳述拒否權을 規定하고 있다.

3. 陳述拒否權의 侵害問題

앞에서도 언급한 바와 같이 陳述拒否權을 規定한 憲法의 法意는 누구도 自己가 刑事上의 責任을 추궁당할 위험이 있는 사항에 대한 陳述을 強要당하지 않는다는 것을 보증하는 것이다. 그런데 오늘날과 같이 과학문명이 발달하고 社會構造가 복잡해짐

4) 정성근, 진술거부권, 월간고시 82. 3. p.28-29.

5) 권영성, 비교헌법학, p.444-445.

에 따라 陳述拒否權은 고문·폭행 등 유형적인 방법에 의해 侵害됨은 물론 과학적인 장비에 의해 陳述이 강요되거나 심지어 法律에 의해 陳述이 強要됨으로써도 침해받는 경우가 없지 않은 실정이다. 예컨대 현행 道路交通法 제50조 제2항은 차량을 運轉하다가 交通事故를 야기한 운전자에게 사고가 난 곳, 사상자 수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴 정도 그밖의 조치상황 등을 지체없이 경찰관 또는 경찰관서에 신고하도록 규정하고 있다. 또한 마약법 제37조는 마약 취급업자에게 마약의 투약 사실 및 투약 환자에 대해 기록할 것을 규정하고 있고, 그 외에도 향정신성 의약품 관리법 제19조, 대마관리법 제10조, 고물영업법 제17조, 전당포 영업법 제16조 등에도 신고 의무를 규정하고 있다. 이러한 신고 의무에 따라 신고하게 되는 것은 경우에 따라서는 자기에 불리한 사실을 경찰에 알려주는 것이 되어 그로 인하여 형사상의 불이익을 받을 수 있게 되는 경우가 대부분이다. 따라서 거짓말 탐지기에 의한 허위 진술 여부에 대한 검사 방법이나 법률이 신고 의무를 부여하는 것이 헌법상 보장되고 있는 自己負罪拒否特權을 侵害하는 것이 아닌가가 問題될 수 있다. 그러므로 여기에서는 우선 陳述拒否權에 대해서 考察한 다음 具體적으로 陳述拒否權의 侵害 與否가 問題되는 몇 가지 事項에 대해 검토하기로 한다.

II. 陳述拒否權의 內容

1. 陳述拒否權의 主體

陳述拒否權을 행사할 수 있는 자에 대하여 憲法 제12조 제2항

은 “모든 국민은… 刑事上 不利한 陳述을 強要당하지 아니한다”라고 規定하고 있으므로 陳述拒否權의 主體에는 아무런 制限이 없다. 현재 刑事 피의자나 피고인으로서 수사 및 公판 절차에 계속 중인 자 뿐만 아니라 장차 형사 피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자도 陳述拒否權을 행사할 수 있다.⁶⁾ 외국인도 내외국인 平等主義 原則上 마찬가지로 陳述拒否權을 行使할 수 있다. 그러나 法人의 代表者에게 陳述拒否權이 인정되느냐에 대해서는 肯定說과 否定說이 대립되고 있다. 肯定說은 法人은 財產權의 主體로서 人위적으로 創設된 것이고 법인의 代表자인 자연인이 訴訟行爲에 있어 法人을 代表하므로 自然人的 陳述이 곧 法人의 陳述로 되고 法人에 대한 證據로 되는데 만일 法人 代表者에게 陳述拒否權을 認定하지 않으면 결국 自然人에게 陳述을 強要하는 結果가 된다는 것이다. 그러나 否定說은 陳述拒否權이 원래 自然인을 中心으로 發達하였고, 不利益을 받는 것도 自然人이 아니라 法人이며, 自然인과 法人은 個別의 人格이므로 法人의 代表者는 法人에게 不利益이 미친다는 것을 이유로 陳述拒否權을 행사할 수 없다고 한다. 생각건대 陳述拒否權의 本質이 陳述強要禁止에 있는 것이므로 不利益의 主體가 누구인가가 問題되는 것이 아니고 陳述의 強要가 누구에게 미치는지가 問題이므로 法人의 代表者인 自然人에게도 당연히 陳述拒否權이 認定되어야 한다고 본다.

2. 陳述拒否權의 適用範圍

가. 陳述의 意味

拒否할 수 있는 陳述은 어떤 것인가. 피의자나 피고인의 口頭

6) 헌법재판소 90. 8. 27. 선고 89헌가 118.

陳述이 포함되는 것은 당연하다. 陳述內容을 記載한 書面提出에도 陳述拒否權을 행사할 수 있다.⁷⁾ 指紋採取, 사진 촬영, 신체 측정, 혈액 채취, 필적 조사, 음성 확인, 정신의학 상의 검진, 범행 현장의 재현 등에 陳述拒否權을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 진술거부권은 진술에 한하여 인정되는 것이고 음성확인, 신체 상처의 조사와 같이 신체 내지 기능의 제시이고 陳述과는 관계가 없는 것이며 정신의학 상의 검진의 경우는 陳述은 있지만 그 陳述은 內容의 진부를 통하여 사용되는 것은 아니므로 이들에 대해서는 陳述拒否權이 미치지 아니한다고 한다.⁸⁾

그러나 이에 대해서 受動·能動的 테스트로써 소극적인 복종을 요구하는 것은 허용되지만 적극적인 協力은 強要할 수 없다는 見解도 있다. 이에 의하면 指紋이나 血液의 採取는 許容되지만 필적 조사와 범행 현장의 재현은 강요할 수 없다고 한다. 독일 判例가 文書의 비교를 위한 筆跡의 提供을 拒否할 수 있다는 것으로 대체로 이러한 입장을 취하고 있다.⁹⁾

거짓말 탐지기(이에 대해서는 III. 1.에서 詳說), 마약 분석의 경우에는 특히 陳述拒否權의 行使가 問題되고 있다. 마약 분석의 경우에는 陳述을 自制할 能力을 상실하게 하는 것이므로 陳述拒否權이 侵害될 수 있다고 한다.¹⁰⁾

나. 刑事上 不利한 陳述

陳述拒否權의 대상은 刑事上 自己에게 『不利益』한 陳述만인지 利益·不利益을 불문하고 一切의 陳述을 拒否할 수 있는지가

7) 김기두, 목비권, 고시연구, 77. 1. p.33. 反對 문흥주, 한국헌법 p.250.

8) 이영란, 전기 논문 p.64, 정성근, 전기 논문 p.33.

9) 정성근, 전기 논문 p.34.

10) 정성근, 전기 논문 p.34.

問題된다.

憲法에는 “刑事上 自己에게 不利益한 陳述”이라고 規定하고 있으나 이에 기초를 둔 刑事訴訟法 제289조에는 “피고인은 각개의 訊問에 대하여 陳述”을 拒否할 수 있다고 하여 利益·不利益을 불문하고 一切의 陳述을 拒否할 수 있는 權利 즉 沈默의 權利(right of silence)를 認定하고 있음을 전제로 刑事訴訟法은 憲法上의 自己負罪特權을 擴充하고 있다고 보아야 한다는 見解가 있다.¹¹⁾

이 主張의 根據는 陳述拒否權은 證人은 證言拒否權과는 區別되어야 하며, 不利益하지 않는 事項에 관하여는 陳述義務를 부과한다고 하면 陳述을 強要하는 方法으로 고문·폭행을 허용하는 結果가 될 수도 있기 때문이라고 한다. 그러나 憲法規定은 명백하게 “不利益”陳述이라고 規定하고 있으므로 不利益한 陳述에 대해서만 拒否權을 行使할 수 있는 것이며 刑事訴訟法의 規定도 憲法 합치적 해석의 原則上 당연히 不利益한 陳述이라고 解釋하여야 한다.¹²⁾

따라서 下位法이 具體적으로 規定하지 않은 부분을 해석할 경우에, 개개의 規定의 主體가 가지는 權利를 최대한으로 擴張하는 것만이 합헌해석이 아니라 主體이외의 다른 사람의 權利와의 調和도 고려하여 解釋하는 것이 합헌 해석이다. 그러므로 拒否할 수 있는 陳述의 範圍는 不利益한 陳述에 한한다고 解釋하여야 한다. 不利益한 陳述이라 함은 陳述者가 自己에게 不利하다고 判斷하는 것이라야 하고 또한 刑事責任에 관한 것에 限定되어야 한다.

명예, 성실성, 행정상의 처분을 받을 우려가 있는 사실 또는

11) 정성근, 전기 논문 p.31.

12) 이영관, 전기논문 p.34.

民事責任에 관한 것에 대하여는 拒否할 權利가 없다. 利益·不利益을 判斷하는 主體는 어디까지나 訊問의 主體 또는 一般人이 아니라 陳述의 主體이다.

다. 行政節次에의 適用 與否

陳述拒否權에 관한 憲法規定은 刑事節次에만 적용되는가 아니면 行政節次에도 적용되는가. 이에 대해서는 소극설과 적극설이 대립되고 있다.

① 소극설

이 說에 의하면 행정절차는 행정상의 합리적인 규제 및 공공복리 등을 추구하는 것으로서 형사책임을 직접 묻는 것이 아니기 때문에 행정절차에는 진술거부권에 관한 규정이 적용될 여지가 없다고 한다.

② 적극설

憲法上 陳述拒否權 規定은 순전히 刑事節次에만 국한하지 않고 그 외의 行政節次 등에 있어서도 實質上 刑事責任 추구를 위한 資料의 취득 수집과 직결되는 한 곧 그 적용이 있어야 한다고 한다.¹³⁾

나아가 오늘날에는 行政權의 비대화로 人權侵害의 可能性이 더욱 커지고 있으므로 行政節次에도 陳述拒否權 規定이 당연히 적용되어야 한다고 한다.¹⁴⁾

日本의 判例들도 거의 대부분 行政節次에도 陳述拒否權 規定이 적용됨을 전제로 하여 違憲 與否를 논하고 있다.

③ 생각건대, 우리 憲法 제12조 제2항은 “모든 國民은 ……”

13) 畑 博行·阿部照哉編, 憲法判例と學說 1, 日本 評論社, p.215.

14) 문홍주, 한국헌법, p.250, 구병삭, 신헌법원론, p.480.

刑事上 自己에게 不利益한 陳述을 強要당하지 아니한다”고 規定하고 있을 뿐이지 刑事司法節次에만 한정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 行政節次라 하여 基本權을 소홀히 해서는 안 되는 것이므로 行政節次이든 刑事節次이든 실질적으로 刑事責任을 추궁당할 우려가 있으면 陳述拒否權 規定은 적용되어야 한다. 이러한 취지에서 우리나라 헌법재판소도 陳述拒否權은 刑事節次에서만 保障되는 것은 아니고 行政節次이거나 國會에서의 質問 등 어디에서나 保障된다¹⁵⁾고 하였다.

3. 陳述拒否權의 保障效果

가. 陳述強要의 禁止

陳述拒否權은 刑罰 其他의 制裁에 의한 陳述強要의 禁止를 그 本質的 內容으로 한다. 따라서 고문, 폭행, 협박 등의 명시적 수단에 의한 陳述의 強要는 물론 法律로써도 陳述을 強要할 수 없다.¹⁶⁾

만약 陳述拒否權을 侵害하여 強要된 陳述이 있는 경우에는 人權옹호의 見地에서 任意性이 없는 것이 되고 위법한 절차에 의한 것으로서 證據能力이 否定되고 따라서 이를 有罪의 證據로 할 수 없다.¹⁷⁾

15) 헌법재판소 90. 8. 27. 선고 89 헌가 118.

16) 헌법재판소 90. 8. 27. 선고 89 헌가 118.

17) 정영석, 고시 연구 84. 11. 陳述拒否權 p.44에서는 陳述拒否權의 告知를 대만하였다고 해서 곧 任意性을 상실한다고 할 수 없다고 하였으나 이는 옳지 않은 것으로 보인다. *Miranda v. Arizona*, 384. U.S. 436(1966)은 陳述拒否權과 변호인의 조력을 받을 權利에 관하여 고지를 받지 않고 警察에서 한 自白은 不法이므로 證據能力이 없다고 하였고 이것은 오늘날까지 미국에 있어 형사 사법 절차상의 중요한 원칙으로 지켜지고 있다.

나. 不利益 推定の 禁止

陳述拒否權은 憲法上 인정된 權利이므로 陳述을 拒否한 사실을 有罪의 證據로 하거나 또는 그러한 事實을 原因으로 有罪의 推定(不利益한 心證形成)을 하는 것은 許容되지 아니한다. 왜냐하면 陳述拒否權을 行使하는 것이 不利益으로 推定받게 된다면 不利益으로 推定되는 것이 두려워 할 수 없이 陳述하게 되어 결국 陳述을 強要당하는 結果와 다름이 없게 되기 때문이다. 不利益 推定禁止와 관련하여 진술거부권을 量刑에 참작할 수 있는지가 문제되고 있다. 多數說은 犯罪事實에 관한 피고인의 陳述 態度 등을 고려하여 量刑上 처우를 달리하는 것은 피고인의 陳述拒否權의 侵害가 아니라고 한다.¹⁸⁾ 즉 犯行後의 진술은 대체로 改悛, 悔悟를 標示하는 것이 一般的이므로 犯罪後의 正當이라는 實체법 상의 양형 기준에 의하여 양형에 참작하는 것은 陳述拒否權 自體를 侵害하는 것이 아니라고 한다. 생각건대, 自由心證主義에 의하여 法官이 具體的인 事정을 신중히 고려하여 합리적인 심을 형성하는 것은 가능하다고 할 것이다. 그러나 實체법 상의 양형 기준(형법 제51조) 자체가 추상적인 것이고, 더욱이 그것은 현저한 개정의 정을 보이는 경우에 이를 고려하여 형을 減輕할 수 있다는 것이지 진술을 거부한 태도 자체로 인하여 改悛의 정이 없다고 추정하거나 양형을 중하게 하는 근거로 삼을 수는 없는 것이다. 陪審裁判制度를 채택하고 있는 美國의 형사절차에 있어서는 피고인 본인이 자의로 증인대에 앉지 않는 이상, 피고인에 대한 심문은 허용되지 않는다. 人間이 自己의 犯罪를 감추려 하는 것이 그 本性이고 이러한 관점에서 陳述拒否權의 정신을 철저히 현실화한 것이다. 따라서 우리나라에 있어서는

18) 정성근, 전계논문, p.36. 김희욱, 월간 고시, 84. 11. p.47. 정영석, 전계논문, p.44.

陳述拒否權의 실질적 保障을 위해서는 陳述拒否權 행사자체가 여하한 不利益의 資料로 고려되는 것도 금지된다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

Ⅲ. 侵害與否가 問題되는 事例

1. 거짓말 탐지기 사용

가. 문제의 提起

거짓말 탐지기는 人間이 거짓말을 할 때 自律神經의 작용으로 인해 얼굴이 붉어지거나 손에 땀이 나고, 호흡, 맥박, 혈압 등이 달라지는 生理的인 變化를 수반하는 점에 착안하여 이러한 변화를 記錄·分析함으로써 被驗者의 陳述의 허위여부를 밝히는 장치이다.²⁰⁾

現代에 들어와서 White color 범죄가 심각한 社會問題가 되고 犯罪樣狀들이 교묘하고 대담해짐에 따라 범죄인의 발견, 체포를 위해 과학수사의 중요성이 커지게 되었다. 따라서 이러한 추세에 따라 가장 흔히 사용되는 것 중의 하나가 거짓말 탐지기이다. 그러나 거짓말 탐지기의 시험결과가 과학적으로 정확한 것인지 그리고 진술채취가 本人의 意思에 反하여 행해지는 경우 陳述拒否權을 侵害하는 것이 아닌지의 問題와 관련하여 거짓말 탐지기 시험결과의 증거능력 유무가 문제되고 있다.

19) 佐伯, 量刑理由としての自由と否認, 刑事法學の基本問題(下), p.987. 이영란, 전계논문, p.69.

20) 자세한 것은 강구진, 허언탐지기 시험결과의 증거능력, 김기두 교수 회갑기념논문집, p.297 이하 참조.

나. 美國의 判例와 聯邦 法務부의 態度

① 美國의 判例

美國의 判例는 1923년의 Frye v. U.S. 사건²¹⁾ 判決以後 原則적으로 거짓말 탐지기 시험결과를 有·無罪 인정의 증거로서 뿐만 아니라 陳述의 신용성에 관한 사실에 대한 證據로서도 許容하지 않았다. 그 이유는 대체로 시험결과에 관한 일반적인 과학적 승인이 확립되지 않고 있다는 데에서 찾았다. 그러나, 1935년의 State v. Loniello and Grigonaro 사건과 1960년 State v. McNamara 사건에서는 당사자가 거짓말 탐지기의 시험 및 그 결과의 증거사용에 同意하는 경우에는 거짓말 탐지기의 사용결과도 증거로 인정한다는 것이 判例의 態度라 하겠다.²²⁾

② 聯邦 法務부의 政策

美國 聯邦 法務부는 위와 같은 法院 判例와는 대조적으로 1974년이래 거짓말 탐지기 시험 결과를 法院에 證據로 提出하지 않는다는 政策을 固守하고 있다. 즉 미국 연방 의회가 1974년에 실시한 거짓말 탐지기에 관한 청문회에서 美聯邦 法務부는 聯邦 政府가 聯邦政府側에 유리한 거짓말 탐지기 시험 결과를 法院에 證據로 제출하지 않을 것이며, 또한 辯護人이 피고인에게 유리한 거짓말 탐지기 시험 결과를 證據로 提出하고자 하는 여하한 노력에도 반대한다는 公式的 立場을 밝힌 바 있는데 이러한 立場은 계속 지켜지고 있다. 따라서 美聯邦 法院의 刑事 節次에 관한 한, 美聯邦 法務부가 거짓말 탐지기 시험 결과를 證據로서 提出하는 경우는 없으므로 美聯邦 法院에서 거짓말 탐지기 시험 결

21) Frye v. U.S. 293 Fed. 1013 34 A. L. R 145(D.C. 1923.)

22) 강구진, 전계논문, p.305.

과의 證據能力이 問題되는 것은 오직 피고인 측 辯護人이 그것을 證據로 提出하고 그 證據 能力을 主張하는 경우뿐이라고 한다.

다. 日本의 判例

日本 最高裁判所의 昭和 43. 2. 8. 판결은 “Polygraph 검사 결과를 被檢査者의 진술의 信用性 有無 판단 자료에 提供하는 것은 신중한 고려를 요하지만 原審이 형사소송법 제326조 제1항(우리 형소법 제381조 제1항에 해당)의 同意가 있었다면 各 書面에 관하여 그 作成된 때의 情況 등을 고려한 끝에 상당하다고 인정하여 證據 能力을 肯定한 것은 정당하다”고 판시하여 거짓말 탐지기 시험결과를 證據로 함에 同意한 때에는 그 證據能力을 認定한다는 입장을 취하고 있다.

라. 大法院 判例

우리 나라 大法院은²³⁾ 거짓말 탐지기 시험 결과에 대한 證據 能力을 認定하지 아니하였다.

“……원심을 허언 탐지기 시험 결과 및 그 報告書를 이 事件 犯罪事實을 認定하는 證據로 使用하고 있는 바, 허언 탐지기 실험결과의 證據能力에 관하여는 學說상으로 對立이 있어 이를 쉽게 認定할 수 없다”고 하였다. 그리고 “그 證據能力이 認定되기 위하여는 우선 그 檢事結果의 정확성이 보증되어야 하고 그 정확성을 보증하기 위하여는 …… 등의 條件이 充足되어야 하고 그와 같은 條件들이 充足된 檢査가 아니면 그 시험결과 및 그

23) 대법원 79. 5. 22. 선고 79도 547. 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반

報告書を 證據로 使用할 수 없다고 할 것인 바, 위와 같은 條件들이 갖추어진 狀態에서 이 事件의 檢査가 시행되었다고 볼 資料조차 없는 이 事件에서 단지 이 事件 허언 탐지기의 檢査者가 수년간 허언 탐지기 시험을 전담해 왔고 被檢査者인 피고인의 동의를 얻어 檢査하였고 그 檢査 經과 結果를 충실히 기재한 것이라 하여 이 사건 시험 결과 및 그 報告書を 有罪認定의 直接資料로 使用한 원심의 조치를 잘못”이라고 판시하였다.

마. 結 論

거짓말 탐지기에 의한 檢査가 陳述拒否權의 侵害가 되느냐에 대해서는 거짓말 탐지기에 의한 檢査는 身體의 生理的 變化를 檢證하는 것이지 陳述證據는 아니므로 陳述拒否權의 侵害는 아니라는 見解가 있을 수 있다. 그러나 거짓말 탐지기 시험결과는 生理的 變化와 獨立하여 證據로 되는 것이 아니고 質問과의 대응 關係에서 비로소 意味를 가지는 것이므로, 본인의 동의 없이 행하여지는 거짓말 탐지기에 의한 檢査는 그 自體가 명백한 陳述拒否權의 侵害가 됨은 의문의 여지가 없다. 다만 당사자가 거짓말 탐지기의 시험 및 그 結果의 證據使用에 동의한 경우에도 그 精確성에 대한 科學적 뒷받침이 부족하고 人間의 尊嚴과 價値는 어떠한 경우에도 尊重되어야 하는 것이므로 人間性이 기계 앞에 굴복되어지는 거짓말 탐지기 사용은 억제되어야 한다고 본다.

2. 事故 運轉者의 申告義務

가. 問題의 提起

① 우리 나라 道路交通法(1984. 8. 4. 법률 제3744호 전면 개정) 제50조 제1항은 車의 交通으로 인하여 사람을 死傷하거나 물건을 손괴한 때에는 그 車의 運轉者 그밖의 승무원은 곧 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다고 規定하고 동 제2항은 제1항의 경우 그 車의 運轉者 등은 警察公務員이 現場에 있는 때에는 그 警察公務員에게, 警察公務員이 現場에 없는 때에는 가장 가까운 警察官署에 지체없이 사고가 일어난 곳, 사상자수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그 밖의 조치 상황 등을 신속히 신고하여야 한다고 규정하였다. 아울러 同法 제111조 제3호는 위와 같은 신고를 하지 않은 자를 20만원 이하의 벌금이나 구류의 형에 처하도록 規定하고 있다.

② 위와 같은 도로교통법상의 事故申告義務는 원래 刑事司法節次上의 問題가 아니고 단지 도로 교통으로 인하여 빚어진 사고에 따른 피해자의 구호 및 교통질서의 회복이라는 도로 교통 행정의 원활한 운영을 도모할 목적으로 부과된 행정절차 상의 義務이다. 그러나 이러한 義務에 따라 現實的으로 사고를 경찰에 신고하게 되면 경찰관은 교통의 단속과 질서 유지는 물론 범죄 수사를 직무로 하고 있는 까닭에 단지 피해자의 구호 및 도로 교통의 원활 및 안전 확보를 위한 조치에 그치지 아니한다. 오히려 사고를 일으킨 그 운전자의 형사책임 추궁에 더욱 관심을 갖게 되어 사고 운전자 등의 상세한 陳述을 청취하고 그 사고 현장을 토대로 증거 보전을 위한 실황 조서를 작성하게 된다. 더나가 도로교통법 제50조 제2항에서 사고 運轉者의 신고의무를 規定하고 있기 때문에 이를 근거로 이러한 조치가 당연한 것으로 받아들여지고 있으며 대부분의 사고 運轉者 등에게 陳述拒否權이 있음을 고지하지도 않는 실정이다. 그러기 때문에 사고 運轉者가 警察官에게 道路交通法上의 신고 사항을 신고하게 되면

業務上 과실치사상죄 등으로 處罰받게 되고, 그렇다고 신고하지 아니하면 미신고를 이유로 처벌받게 된다. 따라서 이와 같은 신고 의무 규정은 범죄 발각의 단서 및 양형의 자료가 되는 사실의 신고를 의무 지우고 있다는 점에서 실질적으로 陳述拒否權을 침해하는 것이 아닌가 문제되고 있다.

나. 合憲論

① 日本最高裁判所判例

現在の 日本 道路交通法이 制定된 昭和 35年 이전에는 道路交通取締法(昭和 22年 制定)이 있었는데, 同法 제24조는 교통사고 발생시 운전자 등은 명령이 정하는 바에 따라 피해자 구호 등 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정하였고, 同法 시행령 제67조 제2항 사고 운전자 등은 제1항의 피해자 구호 조치 등을 종료한 경우에 즉시 사고의 內容 및 措置 狀況 등을 警察官에게 報告하여야 한다고 規定하고 있을 뿐 報告해야 할 事項인 「사고의 내용」이 구체적으로 무엇인지를 法定하지 않았다. 그런데 最高裁判所 昭和 37. 5. 2. 判決은 道路交通法取締法上の 報告義務에 관하여 다음과 같이 合憲이라고 判決하였다. 그러나 이 判決은 時期的으로 現道路交通法이 制定(昭和 35년)된 이후의 것으로서 우리 나라의 道路交通法上の 신고 의무와 동일한 內容을 規정한 日本의 現行 道路交通法에서도 그대로 有效한 判決이다.²⁴⁾ 判決理由는 다음과 같다.

“시행령 제67조는 警察官으로 하여금 신속히 교통사고의 發生을 인식하게 하여 피해자의 구호와 交通秩序의 회복에 대한 적

24) 最高裁, 昭和 45. 7. 28. 判決 및 48. 3. 15. 判決 등은 昭和 37. 5. 2. 判決을 그대로 확인하여 合憲이라고 하였다.

절한 조치를 취하도록 하고 그로써 도로상의 위험과 그에 따른 피해의 증대를 방지하며 交通安全을 도모하는 등을 위하여 필요하고도 합리적인 규정이라고 시인해야 한다. 뿐만 아니라 同條 제2항 기재의 사고의 內容이라 함은 그 발생한 일시, 장소, 사상자의 수 및 부상정도, 재물의 손괴 및 그 정도 등 교통사고의 태양에 대한 사항을 가리키는 것이라고 해석해야 한다. 따라서 運轉者 등은 경찰관이 交通事故에 대하여 앞서 본 바와 같은 처리를 하기에 필요한 한도 내에서만 報告義務를 부담하는 것이고 그 이상 소론과 같이 형사책임을 추궁 당할 우려가 있는 사고의 원인 기타 사항까지 역시 報告事項에 포함된다고 解釋되지는 아니한다. 그런데 소위 묵비권을 규정한 헌법 제38조 제1항의 法意는 어느 누구도 자기가 형사상의 責任을 추궁 당할 우려 있는 사항에 대하여 供述을 강요당하지 않는다는 것을 보장한 것으로 보아야 하는 것은 裁判所의 判例이다. 따라서 訴 제67조 제2항이 事故의 內容의 報告를 명한 것은 憲法 제38조 제1항에서 말하는 自己에게 不利한 供述의 強要에 해당하지 않는다. 그렇다면 訴 제67조 제2항에 소론과 같은 違憲의 點은 없다.” 즉 最高裁判所는 報告義務 條項은 交通行政을 위하여 必要하고도 合理的인 규정이며, 보고해야 할 사고 내용도 사고의 객관적인 태양에 관한 사항에 한정하는 것이고, 보고자 자신이 사고 운전자라든지 고의·과실 내지 위법성 등 自己負罪에 이르는 사항까지는 포함되지 않으므로 이는 형사책임을 지게 되는 不利益한 陳述의 強要에 해당하지 아니하여 默秘權 밖의 問題라고 보았다.²⁵⁾

② 미국 연방 대심원 판례

美國 California州 車輛交通法은 財物을 손괴한 運轉者²⁶⁾는 運

25) 石 昌日, 交通事故時 事故運轉者의 申告義務와 默秘權, 人權과 正義 90. 2.

26) 人的 事故를 포함하지 않는 점에서 우리 나라나 日本과 다르다.

轉者의 성명, 주소를 警察官 또는 피해자 측²⁷⁾에 報告하도록 규정하고 있는데 이에 대한 합헌성 근거를 다음과 같이 판시 하였다. 즉, 이 規定은 交通事故에 있어 민사 책임을 해결하기 위한 것으로 행정절차에만 적용될 뿐 형사 절차에는 적용되지 않는 것이고, 報告義務는 自動車를 運轉하는 모든 사람에게 일반적으로 부과되는 것이지 특정한 범죄용의자를 표적으로 한 規定이 아니며, 그 法律에 의하면 交通事故를 야기한 行爲가 형사법에 포함되지 않으며²⁸⁾ 그러므로 報告義務는 自己負罪拒否特權을 실질적으로 侵害하는 것이 아니며 車輛交通法 시행에 있어 필수적인 것이라라고 판시 하였다.²⁹⁾

다. 違憲論

① 日本 地方裁判所 判例

道路交通取締法の 報告義務規定이 合憲임을 宣言한 最高裁判所の 昭和 37. 5. 2. 判決 이후에 나온 岐阜 地方裁判所 昭和 43. 3. 27. 判決은 道路交通法の 報告義務規定은 違憲이라고 다음과 같이 판시했다.

“道路交通法 제72조 제1항 후단은 交通事故를 야기한 車輛 등의 運轉者 등에 대하여 당해 交通事故의 일시, 장소, 부상자 수 및 부상의 정도 등 事故의 태양에 대해 警察官에게 報告할 義務를 과하고 있는 바, 이러한 사항이 객관적 범죄 구성 요건에 해당하는 사실인 점은 명백하고, 이런 사항의 보고를 받은 警察官은 단지 피해자의 구호, 交通秩序의 회복 조치만 하는 것이 아

27) 警察官에게만 報告토록 하지 않는 점에서 우리나라, 日本과 다르다.

28) 美國의 대부분의 州에서는 우리나라에서와는 달리 交通事故를 刑事事件에 포함시키지 않고 있다.

29) California v. Jonathan Todd Byers. 402 U.S. 424, 29 L Ed 2d 9. 91 s Ct 1535.

니고 주의의무위반, 고의·과실의 유무 등 당해 運轉者 등의 主觀的 責任原因 등의 추궁에 대하여도 당연히 관심을 갖는 것은 흔히 보는 것이기 때문에 이러한 사항의 報告를 義務지우는 것은 조금이라도 警察官에게 사실상 범죄 발견의 단서가 되는 사실의 報告義務를 부과한 것에 귀착한다고 보아야 하므로 이러한 사항을 보고한 당해 運轉者 등은 自己의 刑事責任을 추궁 당할 위험을 부담해야 하는 바, 소위 묵비권을 규정한 憲法의 法意는 누구도 自己가 刑事上 責任을 추궁 당할 위험이 있는 사항에 대한 供述을 강요당하지 않는다는 것을 保護하는 것이라고 해야 하는데 그렇다면 위 신고 의무 규정은 위 憲法 規定에 어긋난다”고 하였다. 즉 이 판결은 신고 내용이 事故의 객관적 태양에 불과한 것이라고 하더라도 과실범에 있어서는 이것이 범죄 구성요건에 해당하게 되며, 이러한 사실의 신고는 결국 범죄 발각의 단서를 제공하는 것이 되어 실질적으로 陳述拒否權을 侵害하게 된다는 것이다.

② 美國 聯邦大審院 判決의 少數意見

위의 美 聯邦大審院의 California v. Byers 사건에서 Black, Douglas, Brennan 재판관은 運轉者의 사고 신고 의무 규정은 陳述拒否權을 실질적으로 侵害하는 違憲規定이라고 다음과 같은 少數意見을 개진하였다. 즉, a. 신고 의무 규정은 物的 피해를 야기한 運轉者 즉 불법행위 용의자를 대상으로 한 것이어서 신고자는 실질적으로 自己負罪의 위험을 지게 된다. b. 修正憲法 제5 조는 단지 자기에게 불리한 陳述을 강요당하지 않을 것을 규정한 것이지만 物的 피해를 야기한 自動車 運轉者의 陳述은 틀림없이 犯罪의 自白으로 될 것이며, c. 따라서 交通秩序 및 안전의 목적상 신고 의무를 규정하고 신고 결과가 범죄를 구성하는 경우에는 그 신고에 대해서도 형사 소추로부터 면책되지 않으면

안 된다.

라. 우리 나라 大法院 判例

大法院 81. 6. 23. 선고 80도 3320 판결은, “……사고 신고의무는 警察官에게 속히 교통사고의 발생을 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관하여 적절한 만전의 조치를 취하게끔 하기 위한 방법으로 부과된 것이므로…… 사고를 발생시킨 당해 차량의 運轉者에게 그 사고 발생에 있어서 고의·과실 혹은 有責違法의 有無에 관계없이 부과된 義務라고 해석함이 상당하다”고 하여 오토바이가 정차 중인 택시를 뒤에서 들이받아 넘어진 교통사고에 있어서 택시 운전자에게 비록 아무런 잘못이 없다 하더라도 신고 의무가 있다고 판시 하였다. 또한 大法院 86. 2. 11. 선고 85도 2504 判決은 “……피고인 스스로 運轉하던 화물자동차의 전면 우측 부분을 손괴한 정도의 경미한 것이라면 피고인은 도로교통법 제50조 제2항 소정의 신고 의무가 없다”고 판시하였다. 결국 우리 나라 대법원은 신고 의무 규정이 陳述拒否權을 侵害하는 것인지에 대해서 본격적인 검토를 하지 않고 일반적으로 合憲規定이라는 전제하에 판단한 것으로 보인다.

마. 憲法裁判所의 決定例

憲法裁判所는³⁰⁾ 道路交通法은 道路에서 일어나는 交通上의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하기 위한 목적으로 제정된 法律이고 同法 제50조 제2항의 신고 의무 규정은 경찰 공무원으로 하여금 交通事故의 발생을 신속하

30) 헌법재판소 90. 8. 27. 선고 89 헌가 118 道路交通法 제50조 제2항 등에 관한 違憲審判.

게 알게 하여 交通秩序의 안전 유지 및 道路上의 위험과 그에 따른 피해의 확대를 방지하며 피해자의 구호와 交通秩序 회복에 대하여 적절한 조치를 취하도록 함으로써 교통 소통을 원활하게 하는 道路交通法의 목적을 달성하기 위한 규정이라고 해석하였다. 그러나 실제 운용 면에서는 이 법이 확대 적용되는 결과 교통질서 유지 법으로서의 목적보다 도리어 警察官의 범죄 수사 편의를 위해 활용되어 운전자들이 刑事責任을 추궁 당할 위험을 부담하게 되어 위헌의 소지가 있음을 전제로 하여 사고 신고 의무 규정은 그 규정의 본래 목적인 피해자의 구호 및 交通秩序의 회복을 위한 조치가 필요한 경우에만 적용되는 것으로 해석하여야 하며 그러한 해석 하에서만 합헌성을 유지한다고 판시하였다. 위의 헌법재판소의 결정은 사고 신고 의무는 공공의 필요에 의해 인정되는 것이라고 하더라도 그 본질상 헌법상의 陳述拒否權을 본질적으로 侵害할 수 없음을 명백히 宣言하였는데 그 의의가 있다고 하겠다. 그러나 이 결정은 신고 의무 조항이 합헌이거나 또는 전면 위헌이라고 결정한 것이 아니라 “피해자의 구호 및 交通秩序의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용된다고 해석하는 한 합헌”이라고 한정 합헌 결정을 하였다. 따라서 피해자의 구호 및 교통질서 회복을 위한 조치가 필요한 상황이라는 말이 매우 추상적이고 불명확하기 때문에 실제로 교통사고가 발생한 경우 어떤 때에 신고를 해야 하고 어느 때에는 신고하지 않아도 되는지가 첫째 문제이며 그 다음 사고 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관은 피해자의 구호 및 교통질서 회복을 위한 조치 외에 형사책임의 요소인 사고 원인 등을 조사할 수 없는지 등이 명확하지 않다. 생각건대, 어느 사고를 신고해야 하느냐에 대해서는 헌법재판소가 신고 의무 규정이 합헌이라고 선언한 이상 원칙적으로 교통사고가 발생하면 사고 차량의 운전자는 모든

사고에 대해서 신고해야 한다고 본다. 대부분의 교통사고에는 반드시 사상자가 발생하고 交通에 지장을 초래하기 때문이다. 그러나 예컨대 交通이 한적한 산길에서 가벼운 衝突事故가 發生하였는데 당사자간에 被害에 대한 합의가 이루어졌고 그 事故로 인해 交通에 지장을 주지도 않는다면 이러한 경우까지 신고해야 되는 것은 아니라고 본다. 결국 어느 때에 신고 의무가 면제될 수 있는지에 대해서는 신고 의무의 規定趣旨와 關聯하여 檢察이나 法院이 피해자의 구호나 交通秩序 回復을 위한 조치가 필요하지 않을 때에 신고 불이행으로 처벌하지 않는 決定例나 判例를 確立하여 나가야 할 것으로 생각된다. 다음으로 사고신고를 받고 출동한 警察官은 現場에서 事故原因 등 刑事責任要素를 調査할 수 없는 것인가. 모든 國民은 自己에게 刑事上 不利益한 事實에 대하여 陳述을 強要 당하지 않을 權利가 있고, 따라서 警察官은 어느 경우에도 사전에 陳述拒否權이 있음을 고지하여야 한다. 道路交通法 제50조 제2항에서 신고의무를 규정했다고 하더라도 그 신고내용이 刑事責任要素에 관한 것이 아닌 이상 運轉者는 그 신고사항 이외의 것에 대해서는 陳述拒否權을 행사할 수 있다. 설사 警察官이 신고사항 이외의 사항에 대해 質問하더라도 陳述을 拒否하면 그만이다. 그러나 출동한 警察官이 피해자 구호나 交通秩序 回復을 위한 조치를 마친 후 事故原因에 대해서 조사하려고 하면서 陳述拒否權을 고지하고 運轉者가 陳述拒否權을 행사하지 않고 調査에 응하게 된다면 아무런 問題도 發生하지 않을 것이다. 어느 경우에도 陳述拒否權을 行使하는 피의자에게 陳述을 強要할 수는 없는 것이다. 그러므로 事故原因 調査에는 반드시 陳述拒否權이 있음을 고지하고 또한 이를 尊重하여야 한다는 原則을 宣言한 것인지 신고를 받고 출동한 警察官은 事故原因을 調査할 수 없다는 意味는 아니라고 본다. 결국 憲法裁判

소의 決定은 신고의무 조항을 합헌이라고 하면서 신고의무의 본질상 陳述拒否權 侵害 可能性을 전제로 그 規定의 본래 취지에 限定하여 解釋 적용하게 하여 陳述拒否權을 保障하면서 交通行政上의 편의를 도모케 한 것이라고 본다.

3. 其他의 問題

가. 行政法規上의 記載 및 申告義務

우리 나라 行政法規 中에는 自己에게 不利한 事項을 帳簿에 記載케 하거나 申告하게 하는 規定이 있다. 마약법 제14조 제1항은 마약 취급자에게 마약의 양도, 투약, 수량 등을 記載할 義務를 賦課하고, 향정신성 의약품 관리법 제19조 제1항은 향정신성 의약품 취급자에게 향정신성 의약품의 판매·수여의 내용 등을 기재케 하고 있다. 또한 공중위생법 제12조 제2항 제1호 라목은 숙박업자에게 숙박자의 인적사항 등을 기재케 하고 고물영업법 제17조는 고물상에게 고물의 去來 內容을 기재토록 하고 있다. 그 외에도 대마관리법 제10조, 전당포 영업법 제16조에도 일정사항의 기재의무를 규정하고 있다. 또한 法人稅法 제26조 제1항은 納稅義務 있는 法人은 事業年度의 所得에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 申告토록 規定하고 있다. 그리고 이러한 記載 및 申告를 하지 않은 者에 대해서 處罰規定을 두고 있어서 이러한 規定이 事實上 自己에 不利한 事實에 대한 陳述을 강요하는 것이 아닌가 하는 問題가 제기될 수 있다.

이에 대해 日本의 最高裁判所는 우리 나라의 마약법 제14조와 같은 日本 마약취체법³¹⁾ 제14조에 대해 “마약은 그 용법에 따라

31) 昭和 23年, 法律 第123號.

서는 사람의 心身에 害惡을 발생케 할 수 있는 것이므로 마약취
체법이 그 취급에 嚴格한 規制를 가하고 또한 이것을 취급하는
者의 資格에 대해서도 특정한 制限을 두고 免許制度를 두고 있
는 것은 公共保健衛生의 요청에 의한 正當한 조치인 것이다. 그
리고 同法 제14조가 마약취급자에 대하여 영업소 등에 장부를
비치하고 마약에 관한 소정의 사항을 記入하도록 命令하고 이를
違反한 者에 대하여 同法 제59조가 刑罰制裁를 정하고 있는 것
은 前示와 같은 마약의 性能을 감안하여 그 取扱의 適正을 確保
하기 위한 필요한 團束 節次에 불과한 것이다. 따라서 帳簿記入
에 관한 規定自體는 憲法 제38조 제1항(우리 헌법 제12조 제1
항)의 保障과는 關係가 없다”³²⁾고 判決했다.

또한 高물영업법 제17조(우리나라 高물영업법 제17조와 같음)
가 高물상에 대하여 高물 거래 年月日, 그 品目, 數量 및 特徵,
상대방의 住所, 姓名, 職業, 年齡 및 特徵 등을 소정의 帳簿에 記
載토록 명하고 있는 것은 당해 高물상의 高물 취급의 실상을 명
확하게 하고, 그 취급의 적정을 擔保하기 위한 것이어서, 그 자
체 하등 刑事上의 책임을 추궁 당할 우려가 있는 事項에 대한
공술을 강요하는 것이 아니라고 判決했다.³³⁾

여관업법 제6조 제2항(우리 나라 공중위생법 제12조 제2항 제
1호) 또한 공중위생의 견지에서 필요한 단속을 규정한 것이므로
그 자체 自己가 刑事上의 責任을 추궁 당할 우려 있는 事項에
대해 告知할 것을 강제하는 規定이 아니라고 한다.³⁴⁾

결국 日本最高裁判所는 行政法規上의 記載 및 申告義務는 行
政 目的 達成을 위해 必要한 措置이므로 그 規定自體가 自己의
刑事上 責任을 추궁당할 우려 있는 事項에 대한 陳述을 強要하

32) 昭和 31. 7. 18. 판결.

33) 昭和 37. 5. 4. 판결.

34) 昭和 42. 12. 31. 판결.

는 것이 아니라는 理由로 모두 合憲 決定을 하였다. 그러나 이러한 規定이 실질에 있어 陳述拒否權을 侵害하게 되는 면을 否定할 수 없으며 다만 權利 그 自體에 내재하는 본질적인 한계로 인하여 공공복리의 필요에 의하여 法律로 제한되는 경우라고 보아야 할 것이다.³⁵⁾

나. 自首期間內的 自首와 陳述拒否權

政府機關에서 犯罪自首期間을 설정하고 自首한 자에 대해서 刑罰을 免除할 수 있다는 發表에 따라 犯罪를 自首한 者를 形事處罰할 수 있는가. 自首 期間內的 自首는 政府의 公的 約束에 의하여 얻어진 自白이기 때문에 이것이 有罪 認定의 證據가 되면 陳述拒否權이 侵害되는 것이 아닌가라는 疑問이 제기될 수 있다.

그러나 自首期間을 設定하는 것은 전국민에게 일반적으로 약속한 것이지 어느 특정인의 有罪事實에 대한 自白을 얻고자 하는 것이 아니며 自首는 自己 利益을 위하여 스스로 自白한 것이므로 즉 強制性을 띤 것이 아니므로 陳述拒否權을 侵害하는 것이 아니라고 본다.³⁶⁾

IV. 結 論

1. 陳述拒否權은 自白強要와 拷問을 根絶시키고 根本的 人權을 保障하는 重要な 方便이다. 이러한 陳述拒否權은 폭행 · 고문에 의하여 침해되는 것이 보통이지만 法律이 일정한 事項의

35) 다만 이에 대해 陳述拒否權은 절대적으로 제약이 不可能한 權利라는 見解가 있다. 憲法 裁判所 90. 8. 27. 선고 89 헌가 118호 사건. 변정수 재판관의 소수의견.

36) Shotwell Manufacturing Co. et al v. U.S. 371. U.S. 341, 1963.

申告를 義務化하고 이를 違反하는 境遇에 刑罰을 과하는 것도 陳述拒否權을 侵害하는 것이 될 수 있다. 오늘날과 같이 社會가 다양화되고 政府의 적극적인 역할이 강조됨에 따라 공공복리의 필요에 의하여 法律이 申告를 義務化하는 등 陳述拒否權을 制限하는 것이 可能하다고 하더라도 法益衡量의 견지에서 달성하고자 하는 공공복리가 개인의 陳述拒否權 보장보다 훨씬 비중이 커야함은 물론이다. 그러므로 道路交通法上의 사고신고 義務나 각종 行政法規上의 장부 기재의무 등은 공공복리의 필요상 부득이 陳述拒否權을 제한하는 것임을 전제로 이러한 法律의 운용에 있어서는 法律의 근본 취지가 지나치게 확장 해석 적용되지 아니하도록 하여야 할 것이다.

2. 예로부터 犯罪 수사에는 自白을 얻어내는 것이 가장 손쉽고 확실한 방법이였다. 그러나 이러한 自白 편중에 의한 수사나 裁判은 필경 피의자나 피고인에 대한 陳述을 강요하게 되어 人權을 侵害하는 사례가 발생하게 되므로 이러한 自白을 범죄수사나 裁判節次에서 추방하는 것이야말로 陳述拒否權을 철저히 保障하는 方法이 될 것이다. 실제로 美國의 刑事訴訟에 있어서는 檢事가 피의자를 신문하는 절차라 없을 뿐만 아니라 법정에서도 피고인 신문이 허용되지 아니한다. 피고인이 스스로 證人이 되어 宣誓하고 證言하기를 원하는 경우에 한하여 證人으로서 증언할 수 있을 뿐이다. 다만 이러한 제도에 의해 간첩 등 국가안전을 해하는 惡質者가 陳述拒否權을 惡用할 때에는 공공의 안녕 秩序가 위태롭게 되므로 이러한 경우에 대비하여 일정한 경우 陳述拒否權을 박탈하고 陳述을 가용하는 동시에 이 陳述에서 유래하는 自己에게 불리한 형사상 責任을 면제해 주는 기소면제법

(Immunity act)이 있다. 이러한 제도가 우리나라의 현실에 꼭 타당한 것인지에 대해서는 의문이나 國民의 基本權을 철저하게 保障함으로써 民主主義를 定着시킬 수 있다는 전제하에 이러한 制度의 도입을 진지하게 檢討해 볼 필요가 있다고 본다.

스페인 憲法の 發展過程

金 泳 哲

憲法研究官

서울地方檢察廳 高等檢察官

- 目 次 -

1. 序
2. 1812年の 憲法
 - 가. 歷史的 背景
 - 나. 主要內容
 - (1) 基本權의 保障
 - (2) 三權의 分立
 - 다. 評價
3. 1834年の 憲法 : 憲章(Estatuto Real)
 - 가. 歷史的 背景
 - 나. 主要內容
 - 다. 評價
4. 1837年の 憲法
 - 가. 歷史的 背景
 - 나. 主要內容
 - (1) 基本體制
 - (2) 基本權에 관하여

(3) 統治機構에 관하여

다. 評價

5. 1845年の 憲法

가. 歷史的 背景

나. 主要內容

다. 評價

6. 1869年の 憲法

가. 歷史的 背景

나. 主要內容

(1) 基本權 保障의 확대

(2) 統治機構

다. 評價

7. 第1共和國 憲法案

가. 歷史的 背景 및 評價

나. 主要內容

8. 1876年の 憲法

가. 歷史的 背景

나. 主要內容

다. 評價

9. 1931年の 憲法

가. 歷史的 背景

나. 主要內容

(1) 基本體制

(2) 基本權의 保障

(3) 統治體制

(4) 憲法保障制度

다. 評價

10. 王國 基本法(Las Leyes Fundamentales del Reino)

(1939~1967)

가. 歷史的 背景 및 評價

나. 主要內容

- (1) 基本體制
- (2) 勞動憲章
- (3) 國會組織法
- (4) 스페인 國民憲章
- (5) 國民投票法
- (6) 國家元首繼承法
- (7) 國民運動原則에 관한 法律
- (8) 國家組織法

11. 1978年の 憲法

가. 歷史的 背景

나. 主要內容

- (1) 基本體制
- (2) 基本權
- (3) 基本權保障을 위한 制度
- (4) 統治機構

다. 評價

1. 序

스페인 憲法 178년의 歷史는 卞란만장하다. 19세기부터 20세기의 초엽까지 계속된 격동의 時期에 스페인 憲法이 介入되게 되었기 때문이다. 스페인은 위 기간동안 1812년의 이른바 까디스(Cádiz) 憲法에서 출발하여 1978년의 現行 憲法까지 모두 9개의 憲法을 保有하였고, 세상의 빛을 미쳐 보지 못한 計劃案, 初案 등도 부지기수였다. 같은 기간에 美國은 단 하나의 憲法(물론 더 러 部分 개정은 있었지만)만을 가졌고, 大部分의 유럽 諸國은 3~4개의 憲法만을 保有했던데 비해, 유독 스페인만이 이와 같은 많은 憲法을 가지게 된 이유는 무엇인가? 그 이유를 우리는 스페인 憲法만이 갖는 특이한 性格에서 찾을 수 있다. 즉, 모두의 共存을 위한 憲法, 合一化를 追求하는 憲法이라기 보다는 分裂을 위한 것이었기 때문이다.¹⁾

民主主義에 成功의인 英國이나 美國에서는 憲法이 政治的 發展에 융합되면서 커다란 政治的 조류에 수용되어 自由主義를 확고히 하는데 중추적 역할을 한데에 反하여, 스페인의 憲法은 분열을 고착화시키기 위한 도구가 되어 버리거나 政治적 투쟁의 主役들의 勝利를 公고히 하기 위한 전유물로 전략되었기 때문에, 國家의 運명을 좌우하는 政治的 變혁기마다 憲法도 변화했다. 싸움의 새로운 勝利자는 지금의 패배자가 사용했던 憲法을 유지하려 하지 않았다.²⁾

반면, 위 期間中에도 憲法이 여러 가지 선택할 수 있는 代案들

1) Enrique Sánchez Goyanes, EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPANOL, PARANINFO S.A., 1981, p.30.

2) TUNON DE LARA, Manuel:La España del Siglo XIX. LAIA S.A., 1975; La Segunda República, Siglo XXI de España, Editores S.A., 1976; La España del Siglo XX, LALA S.A., 1978.

중에서 諸 勢力間의 平和的 共存을 위한 것으로서 이해되고, 채택되었을 때에는 安定의 時代가 열렸다. 뒤에서 보는 바와 같이 王政復古(Restauración)의 主役인 Cánovas del Castillo에 의하여 탄생한 1876年の 憲法과 現行 1978年 憲法이 바로 그것이다.³⁾

1939년부터 1975년까지의 20세기 중반 36년이라는 길고도 지루한 프랑꼬 독재정치가 그의 사망으로 종말을 고하고, 1978년 新憲法의 制定과 함께 출발한 民主主義 體制는 오늘날 여타 서유럽 先進民主諸國과 대등할 정도로 成長·維持되고 있고, 앞으로 계속 발전될 것으로 展望된다. 1812년 최초의 憲法이 반포되어 시행된 이래 약 170여년간의 시행착오 끝에 오늘날에 이른 스페인 憲法의 변천사는, 그것 자체만으로써도 우리에게 충분한 研究價値를 부여해 줄 것이다. 그리고 현행 스페인 憲法이 추구하는 이념은 무엇이고 어떠한 내용이 담겨 있는지 一見해 보는 것도 의미가 있을 것이다.

2. 1812年の 憲法

가. 歷史的 背景

스페인의 首都 마드리드를 정복한 프랑스의 나폴레옹 황제가 1808년 스페인 왕 페르난도 7세를 퇴위시키고, 프랑스 황제의 동생인 호세 보나파르떼(José Bonaparte)를 스페인 왕으로 임명하는데 반기를 들고 같은 해 5.2. 스페인 국민은 나폴레옹 통치에 대항하여 주권을 회복하기 위한 獨立戰爭(Guerra de la Independencia)을 일으켰다.

3) E.S.G., 앞의 책, p.31.

歴史的으로 볼 때 유일한 主權의 行使者로 간주되어 왔던 王 (페르난도 7세)의 不在狀態는, 당시 루소에 의하여 성숙되고 自由主義 思想家들에 의하여 전파된 新思考(nuevas ideas)가 전통적 스페인 政治制度의 改革으로 이어질 수 있도록 적절한 기회를 제공하게 되었다.

獨立戰爭時 第一의 저항세력으로 構成되었던 지방 評의회 (Juntas Provinciales)멤버들은 마드리드 인근 都市인 아랑 후에즈(Aranjuez)에서 중앙評의회(Junta Central)를 창설하였고, 이 評의회는 國회를 소집한 섭정왕후(Regencia)에게 그 권력을 위임했다. 1810. 9. Cádiz라는 지중해 연안 小都市에서 소집된 國회는 國民主權(Soberanía nacional)을 宣布하고, 이에 근거하여 憲법을 制定·公布하였는바, 그때가 1812. 3. 19.로서, 스페인 歷史上 最初의 憲法이 탄생한 것이다. 그리하여 이 憲법을 Cádiz 憲法이라 칭하기도 한다.

나. 主要內容

1) 基本權의 保障

“國家는 현명하고 正當한 법률에 의하여 市民의 自由·財産 및 그 밖의 合法的 權利를 保護하는 것을 의무로 한다(第4條)”는 條項을 두고 있다.

2) 三權의 分立

行政權은 王에게 귀속되고, 王은 各部의 長官들에 의하여 보필 받는다. 立法權은 最高의 國民代表機關인 國會에 귀속되는데, 國會는 國會議員으로 構成되고, 國會議員은 國民의 間接選舉方式에 의하여 선출된다.

司法權은 民事 및 刑事事件에 있어서 法을 適用하는 것으로서

法院(Tribunal)의 獨占的 權限事項이다.

다. 評價

Cádiz 憲法, 즉 1812年の 憲法은 舊體制에서 新體制로의 轉換을 의미한다. 第3條에서는 “主權은 本質的으로 國民에게 있다. 그러므로 그 基本法을 制定하는 權限도 오로지 國民에게 存在한다”라고 概括함으로써 國民主權의 使用者는 王이 아닌 國民의 代表機關인 國회(Ias Cortes)임을 분명히 한 점이 돋보인다. 놀라운 것은 憲法保障을 위한 制度的 장치들이다. 그 첫째가 國회상임위원회(Diputación Permanente de las Cortes)를 설치하여 國家기관的 行爲나 法規가 憲法에 위반되는지 여부를 감시하고, 그 위반 사항을 다음 회기의 國會에 報告토록 한 것이고, 그 둘째는 憲法自體의 改正을 위해서는 아주 복잡한 過程을 거치게 하고, 더군다나 憲法 公布後 8年 이내 改正을 禁止하도록 하는 條項을 둔 점이다.⁴⁾

3. 1834年の 憲法 : 憲章(Estatuto Real)

가. 歷史的 背景

1833年 Fernando 7세의 死亡後, 그의 米망인인 女王 María Cristina가 Martínez de la Rosa에게 新憲章 條文의 作成을 위임했는데, 동 條文들은 政府이사회(Consejo de Gobierno)의 修正을

4) 앞의 책, p.33.

거쳐 1834. 4. 10. 여왕 María Cristina에 의해 승인되었다.

나. 主要內容

이 憲章條項은 1812년의 그것과 많은 대조를 이루는데, 우선 분량에서 1812년의 그것은 384條文으로 構成되었는데 反하여, 이것은 단지 50個條文에 불과하였다. 또 前者는 國民主權을 그 기초로 하였음에 비하여, 後者는 “王과 함께 하는 國會(Las Cortes con el Rey)라는 公有된 主權(Soberanía Compartida)”의 정신을 기초로 하여 制定된 것이다. 事實上 女王에 의하여 認許된 憲章(Carta otorgada)이며 “憲法(Constitución)”이라고 불리지 않고 단순히 “憲章(Estatuto Real)”이라고 불리워지고 있다. Fernando 絶對主義 王政體制보다 다소 누그러뜨린 制限된 君主(Corona)制를 채택하였다. 同憲章에 의하여 王은 國會를 召集·解散하거나 機能을 停止할 수 있도록 하였는데, 王에 의한 國會 解散權은 스페인 歷史上 最初로 채택된 제도이다. 이 憲章에서 주목할 만한 것은 國會 兩院制의 導入이다. 즉 王의 任命에 의하여 構成되는 貴族들의 執政團(estamento de Próceres)과 國民에 의하여 選出되는 代表者들의 執政團(estamento de Procuradores)이 그것이다. 法律을 制定함에는 國王과 兩院의 認准이 必要하고, 國會는 國王의 자문이 필요할 때 또는 조세 및 분담금을 책정하는 때 2년마다 소집된다.

다. 評價

學者들 사이에는 위 憲章이 最高의 議決機構에 依하여 制定된

순수한 憲法(Constitución)이나, 議會와 國王사이의 타협의 產物인 協約憲法(Constitución Pactada)이나, 단순히 王의 은혜로서 부여한 認許憲章(Carta otorgada)에 불과하나에 異見이 있었으나, 오늘날에는 一般的으로 後者の 見解를 취한다.⁵⁾ 그러나 絶對 絶對主義 體制를 청산하고 自由와 秩序를 調和시키고자 하였으며 先進國에서 채택하였던 政治的 메카니즘을 導入하였다는데에 그 憲法的 意味를 찾을 수 있을 것이다.⁶⁾

4. 1837年の 憲法

가. 歷史的 背景

La Granja 反亂에서 進歩主義者들이 勝利함에 따라 섭정여왕 (Reina Gobernadora)은 1836. 8. 13. 法令으로써 1812年 憲法 體制로의 復歸를 宣言하였다. 그러나 進歩主義者들은 時代의 조류에 부응하도록 1812年 憲法의 改正을 추진하였다. 憲法改正을 目的으로 召集된 委員會는 Cádiz 憲法의 장황한 條文들을 간결하게 줄이고, Estatuto Real에 의하여 채택된 兩院制를 유지·발전시키고, 君主의 權限은 더욱 분명하게 規정을 強化시키는 방향으로 추진하여 약 3개월에 걸친 심의 후 1837. 6. 18. 여왕에 의하여 新憲法이 公布되었다.

나. 主要內容

5) Jose Antonio Escudero, Curso de Historia del Derecho, Madrid, 1988, p.877.

6) 앞의 책, p.878.

(1) 基本體制

1837년의 憲法은 스페인 歷史上 가장 重要的 것 중의 하나인데, 이는 法典의 형태상 거의 완벽하고, 그 體制가 거의 오늘날에 이르기까지 유지되어 오고 있다. 동 憲法의 體制는 다음과 같다.

第1章-스페인 國民에 관하여

第2章-의회(Cortes)에 관하여

第3章-上院(Senado)에 관하여

第4章-下院(Congreso de Diputados)에 관하여

第5章-議會의 개최와 권한에 관하여

第6章-王에 관하여

第7章-王位 계승에 관하여

第8章-未成年인 王과 섭정왕후에 관하여

第9章-정부 각료에 관하여

第10章-司法府에 관하여

第11章-地方議會와 市議會(Diputación Ayuntamientos)에
관하여

第12章-租稅(Contribuciones)에 관하여

第13章-軍隊(Fuerza Militar)에 관하여

(2) 基本權에 관하여

進歩主義者가 주도하는 憲法답게 前文에는 이 憲法이 “國民의 意思에 따라서(Por voluntad de la Nación)” 그리고 “그 主權의 行使로서(En uso de la Soberanía)” 선포된다고 國民主權(La soberanía nacional)을 宣言하고 있으면서 “第1章 스페인 國民에 관하여”의 章에서 個人의 基本權의 保障을 規定하고 있다. 出版의 자유(libertad de imprenta), 議會와 國王에의 請願權, 法的 平等(igualdad jurídica), 公務擔任權, 身體의 自由, 住居의 自由, 法

官에 의하여 裁判을 받을 權利, 法律不遑及의 原則, 財産權의 保障 등 現代的 視覺에 비추어서도 손색이 없을 정도의 광범위한 기본권을 인정하고 있다.

(3) 統治機構에 관하여

立法權은 兩院으로 構成된 議會에 있다. 國王도 立法權을 行使할 수 있다. 1834년 憲法에서 처음 도입된 兩院制를 더욱 발전시켜, 동 체제는 스페인 憲政史上 2회의 例外(後述)를 제외하고는 오늘날까지 그대로 유지되고 있다. 下院議員의 選舉는 國民의 直接選舉方式에 의하였다.

行政權은 王에게 귀속된다. 王은 신성 불가침으로서 行政權의 遂行으로 인하여 發生한 事由로 책임을 지지 아니하고, 王의 行爲에 대한 책임은 각료들에게 있고, 王의 칙령에 관하여는 해당 각료들이 부서할 의무를 진다. 王은 法案의 提出權과 비토권을 갖고, 議會의 召集, 機能停止, 解散 等の 權限을 보유한다.

司法權은 독점적으로 法院에 귀속된다. 王의 이름으로 權限을 行使한다. 法官들은 職務에 관하여 책임을 지나, 終身職이었다.

다. 評價

스페인 憲政史上 가장 큰 영향을 미친 것 중의 하나이다. 즉 1837년 憲法은 1845년 憲法, 1856년의 未公布憲法, 1869년 및 1876년 憲法 등 19세기 및 20세기의 4반세기에 걸쳐 효력을 발생시킨 모든 헌법의 모델이 되었다고 할 수 있다.⁷⁾

5. 1845年の 憲法

7) E.S.G., 앞의 책, p.34.

가. 歷史的 背景

1843년 Narváez장군 주도하의 保守的 軍人들의 반란으로 進歩主義者가 쇠퇴하고 온건론자들이 득세함에 따라, 그들의 政治思想이 반영된 新憲法을 추진하게 되었다. 1844년 구성된 국회에 Narváez의 改正案이 上程되어 토론 끝에 1845. 5. 23. 동 憲法이 公布되기에 이르렀다.

나. 主要內容

外形上으로 1837년의 그것과 유사하면서도 改憲推進派들의 政治信念과 思想이 많이 반영된 것이다.

첫째, 1837년 憲法에 明示되었던 “國民主權(Soberanía nacional)”란 말은 “共有된 主權(Soberanía Compartida ; 즉 王과 함께 하는 國會)”로 대체되어 王權強化의 憲法을 천명하였고, 둘째, 基本權保障에 있어서 基本的인 틀은 유지하면서도 종전보다 그 保障은 훨씬 축소시킨 감이 있다. 예컨대 出版의 自由와 관련하여, 出版物에 의한 犯罪嫌疑의 유무를 판단하는 기준으로 종전 憲法은 全的으로 陪審員의 判斷에 맡겨졌으나, 新憲法에서는 一般法律에 근거하도록 함으로써 실제적으로는 더 폭넓은 제한이 가해졌다.⁸⁾

셋째, 上·下 兩院의 構成과 任期 등에 있어서 改憲派에 有利하도록 조정하였다.

8) 앞의 책, p.37~38.

다. 評價

이 憲法은 당시 實權을 가졌던 온건 주의자들의 利益만을 지나치게 옹호하는 내용으로서, 진보주의자 등 소외 세력들의 불만을 많이 샀고, 그리하여 처음부터 反對派가 득세하면 사라지게 될 운명을 지고 있었다.⁹⁾

6. 1869年の 憲法

가. 歷史的 背景

1843년 1868년까지 거의 4반세기 동안에는, 1854~1856간 진보주의 득세시기를 제외하고는 온건주의자들이 실세를 장악했다. 위 기간 중 進歩主義者들에 의하여 추진된 개헌안이 1856년 國會에서 통과되었으나 선포되지 못하였고, 또 온건주의자들에 의하여 1857년 개헌案을 발표했으나 빛을 보지 못하였다. 수차례에 걸친 國會의 해산, 선거 부정 시비 등으로 정국이 불안정하게 되어 1868. 9. Prim 장군이 주도한 革命이 발발하게 되고 여왕이 퇴위하는 사태로까지 발전하였다. 1869년 1월에 구성된 制憲議會가 새로운 憲法案을 討議하였는데, 그 주요한 爭點은 신앙의 자유에 관한 문제와 政府形態에 관한 문제였다. 1869. 6. 6. 드디어 새로운 憲法이 制定을 보게 되었다. 종전과 마찬가지로 新執權層의 정치적 이념에 맞추어 그 모델을 채택했던 것이다.

나. 主要內容

9) J. A. E., 앞의 책, p.879.

(1) 基本權 保障의 확대

國民의 自由 및 權利는 종전보다 훨씬 광범위하고, 풍부해졌다. 法律에 明示된 경우가 아니면 自由權을 박탈할 수 없고, 司法當局의 판결에 의하지 아니하고는 우편 및 전신 등 통신의 자유를 침해할 수 없고, 財産權은 公共의 利益을 위하거나, 그에 상응하는 보상 없이는 침해를 받지 아니한다. 그밖에 언론의 자유, 집회·결사의 자유 등 스페인 거주 외국인에 대한 산업 및 직업선택의 자유도 인정하였다.

(2) 統治機構

國會 構成에 있어서 모든 市民에게 上·下 兩院議員, 地方 및 市議會 議員 選舉權을 부여하며, 普通選舉의 원칙이 도입된 점이 특색이다. 또한 王의 權限을 행사함에 있어서 “반드시 그 각료를 통해서” 하도록 함으로써 王權을 일부 制限했다.

다. 評價

新憲法은 革命家의 통치 理念에 따라 作成된 것임은 전술한 바 있거니와, 당시 實權者인 Prim 장군의 조인에 따라 國會에서 Amadeo 國王이 옹립되었으나, Prim 장군의 피살과 당시 사회에 만연되었던 君主 및 貴族정치에 대한 부정적인 풍조, 거리의 소요사태 등으로 위 Amadeo 1세 國王은 1873. 2. 11. 下野하고, 당일 第1共和國이 선포되는 등으로, 위 憲法은 事實上 그 規範力을 잃고 말았다. 그것을 만든 世代가 스스로 그것을 존중하지 않았으므로, 다음 세대가 이를 존중하리라는 것을 기대할 수 없었다.¹⁰⁾

7. 第1共和國 憲法案

가. 歷史的 背景 및 評價

1873. 3. 11. 選舉法을 改正하여 21세 이상에게 選舉權을 부여하여, 새로운 國會를 구성하고 大統領을 선출하였으나 1년도 채 못되는 기간 무려 4명의 大統領이 교체되는 등 극도의 政局不安의 상태가 지속되는 가운데 聯邦主義者의 政治 理念이 담긴 憲法, 共和政의 政府形態에 맞는 憲法案을 만들어 그 절차를 서둘렀으나, 1874. 1. 3. Pavia 장군의 쿠데타로 第1共和國이 무너짐에 따라 第1共和國 憲法案은 결국 빛을 보지 못하였다. 그러나 스페인 憲法史上 특이한 내용이 담겨 있다고 보여지므로 그 주요 내용을 살펴본다.

나. 主要內容

- (1) 統治理念으로서 聯邦國家主義를 채택하였다.
- (2) 傳統的 三權分立 體制에서 비롯되는 갈등을 조정하기 위한 第4의 權力, 즉 調整의 權力(Poder moderador)을 創設하여 이 權限을 大統領에게 귀속시켰다.
- (3) 憲法保障에 관한 制度的 장치, 즉 오늘날의 憲法裁判所나 다른 憲法保護機關들이 하는 役割을 上院에 부여하였다. 上院은 法律이 個人의 人格權을 침해하는지 여부, 연방 국가의 권한, 기본법들에 대하여 그 당부를 조사할 權限

10) 앞의 책, p.881.

을 가졌던 것이다.

8. 1876年の 憲法

가. 歷史的 背景

Pavía 장군의 쿠데타로 1869년 憲法の 有效를 선언하고, 이사벨 2세 여왕의 아들인 Alfonso 12세를 스페인 國王으로 옹립하고, 王政復古(Restauración)體制로 돌아갔다. 이 體制에 부합하는 憲法을 制定하는 작업을 추진했다. 다양한 思想的 경향을 가진 39名の 專門家들로 委員會를 構成하고, 조정헌법(Constitución Conciliadora)을 초안하여 1876. 6. 30. 上·下 兩院에서 통과되고 公布되기에 이르렀다.

나. 主要內容

王政復古의 指導者인 Antonio Cánovas del Catillo는 新憲法 制定에 즈음하여 양보할 수 없는 兩大原則인 君主制(institución monárquica) 및 國會國民代表制(representación del pueblo en Cortes)體制를 유지하는 한 다른 어떠한 것도 양보할 수 있음을 천명하여, “憲法이라는 건축물에 있어서 3가지 主要部品”인 普通 選舉, 自由體制, 宗教問題를 反對派에게 양보하고 共存을 지향했다. 그 결과, 政治體制에 있어서 英國의 議會君主制가 시사하는 바를 참고하여, 保守와 進歩의 兩大性向이 있는 정당들이 상호 번갈아 집권하는 것을 保障하는 권력교대제도(Sistema de alternación en el poder)를 채택했다. 이리하여, 兩大勢力 중의 하나가

執權하고 있는 동안에 反對黨은 “國王陛下 政府(Gobierno de su Majestad)에 대한 忠誠스런 反對者(leal oposición)의 역할을 수행하는 것이다. 또한 選舉權에 관한 條項은 일부러 憲法에서 除外시켜 法律에 유보함으로써, 예컨대 保守派의 執權期間에는 納稅者만 選舉權을 행사하는 선거를, 自由黨의 執權期間에는 一般에 광범한 選舉權을 인정하는 普通選舉를 실시하는 등으로 兩者間의 타협이 精神에 따라 憲法의 改正없이 政權교체를 유연하게 대처하였다. 종교의 자유 문제도 로마 카톨릭을 국교로 인정하면서도, 타종교도 존중하는 규정을 두었다.

다. 評價

중진의 憲法과는 달리 共存·妥協의 憲法이라 할 수 있다. 그리하여 1876년부터 20세기 초반까지 수많은 변혁기를 겪으면서도 60여년간 동 憲法體制가 維持됨으로써 스페인 歷史上 가장 수명이 긴 憲法이 되었다.¹¹⁾

9. 1931年の 憲法

가. 歷史的 背景

1898년 美國과의 戰爭에서 필리핀과 푸에르토리코를 잃은 데 대한 패배해진 국민적 패배감, Cataluña 分離主義者들의 테러, 모로코의 반란, 정당간의 분열 등으로 사회가 극도로 혼란해지

11) 앞의 책, p.881~882.

고, 때마침 불어닥친 유럽 인접 국가의 全體主義 기운의 영향으로 1923년 Cataluña의 육군대장인 Don Miguel Primo de Rivera 장군이 국왕의 허가를 받아 議會를 해산하고 執權하여 憲法の效力을 정지시켰다. 7년간에 걸친 執權기간 중 질서를 회복시키고 경제 부흥을 꾀했으나 反對派에 의하여 1930년 권좌에서 밀려났다. 1931. 4. 12. 실시된 총선거에서 大都市 및 地方의 主要都市에서 君主制를 반대하는 共和派가 승리하자, 국왕 Alfonso 13세는 그것이 君主制를 反對하는 뜻이라고 받아들여 즉시 권좌에서 물러나고 第2共和國이 선포되기에 이르렀다. 새로이 소집된 制憲議會에서 1931. 12. 9. 新憲法이 통과되고, 公布되었다.

나. 主要內容

(1) 基本體制

미처 公布되지 못했던 1873년의 憲法案처럼 1931년의 憲法은 이전의 傳統과는 완전히 결별한 전혀 새로운 정치체제를 지향하는 것이었다. 憲法制定權力(Poder Constituyente)의 主體는 스페인 국가(España)이고 그 主權의 行使에 있어서도 制憲議會(Cortes Constituyentes)에 의하여 代表된다.

(2) 基本權의 保障

第3章에 規定된 個人的 基本權의 宣言은 거의 완벽에 가까웠다. 法 앞의 平等, 良心의 自由, 宗教의 自由(國敎의 否認), 身體의 自由, 居住移轉의 自由, 住居의 自由, 職業選擇의 自由, 言論·出版의 自由, 集會·結社의 自由, 公務擔任權, 法官에 의한 法律에 따른 裁判을 받을 權利 등을 宣言하였다.

그러나 國家安保上 必要한 경우에는 國會의 同意를 얻어 30일간 行政府의 命令으로 基本權의 全部 또는 一部를 停止시킬 수

있다.

(3) 統治體制

立法權은 兩院制가 아닌 下院議員으로 構成된 單院制의 國會에 歸屬되고, 議員은 普通選舉에 의하여 選출된다. 行政權은 各료 및 그 長으로 構成된 行政府에 귀속된다. 그 各료의 長은 大統領이 任命하되, 國會에 대하여 責任을 진다. 大統領은 國會 및 國會議員과 同格의 선거의원(Compromisarios)들에 의하여 選출되고, 任期는 6年이다. 大統領은 任期中 2회에 걸쳐 國會를 解散할 수 있다. 司法府는 法官 및 法院에 귀속된다. 裁判에 있어서 獨立의이고 片面당하지 아니한다.

(4) 憲法保障制度

1931년 憲法의 特性으로, 독특한 憲法保障을 위한 法的 방어장치를 들 수 있다. 그 하나는 憲法保障裁判所(Tribunal de Garantías Constitucionales)의 設置이다. 同裁判所는 違憲法律審判, 個人의 基本權 保障을 위한 憲法訴願審判, 國家·地方自治團體間 또는 地方自治團體相互間의 權限爭議事件 등을 審判하는 임무를 띠고 있었다. 둘째는 改憲을 發議하고 推進하는데 매우 까다로운 절차를 거치도록 하는 것이다.

다. 評價

스페인 傳統의 君主制를 폐지하고 急進的인 共和主義者들의 政治理念을 담은 것으로, 이는 독일의 Weimar 憲法의 영향을 크게 받은 것이다.¹²⁾ 그리하여 이에 소외된 保守的인 軍部 등의 반발을 사게 되고 1936~1939년간의 스페인 國民戰爭에서 執權 共和主義者들이 Franco 軍隊에 패배함으로써, 미처 정착도 되기

12) 小平 修, 스페인憲法, p.180.

전에 그 수명을 다하게 되었다.

10. 王國基本法(Las Leyes Fundamentales del Reino) (1939~1967)

가. 歷史的 背景 및 評價

1936. 7. 17. 당시 러시아와 共產主義者들의 도움을 받는 人民戰線(Frente Popular)에 대항하여, 당시 육·해·공군 총사령관이었던 프랑꼬장군을 선두로 한 軍部세력과 극우의 Fanlange 당원, 가톨릭 교도 등 연합세력이 들고일어나 스페인 國民戰爭(Guerra Civil)이 발발하였다. 1939. 1. 4. Franco가 이끄는 軍隊에 共和派가 완전히 패배함으로써 동 戰爭은 끝났다. 이때부터 1975년 프랑코 사망시까지 36년간의 독재정치시대에는 傳統的 單一憲法典은 존재하지 아니하고, 1938년부터 1967년까지 30여년간에 걸쳐 그 政權에 의해 경험된 思想的·政治的 發展을 나타내는 모두 7개의 憲法的 基本法을 制定하여 사용하게 되었다.

나. 主要內容

(1) 基本體制

‘王國基本法’이라 일컬어지는 스페인의 基本法은 單一法典이 아니고 모두 7개의 獨立 法律로 構成되어, 매우 특이한 體制를 이루고 있다. 그 制定 年度 및 法律 명칭은 다음과 같다.¹³⁾

13) E.S.G., 앞의 책, p.45~47.

- 1938. 3. 9. 勞動憲章(Fuero del Trabajo)
- 1942. 7. 17. 國會組織法(Ley Constitutiva de los Cortes)
- 1945. 7. 17. 스페인 國民憲章(Fuero de los Españoles)
- 1945. 10. 22. 國民投票法(Ley de Referéndum Nacional)
- 1947. 7. 26. 國家元首繼承法
(Ley de Sucesión en la Jefatura)
- 1958. 5. 17. 國民運動원칙에 관한 法律
(Ley de Principios del Movimiento Nacional)
- 1967. 1. 10. 國家組織法(Ley Orgánica del Estado)

(2) 勞動憲章

戰時에 宣布된 勞動憲章은 새 政權에서의 노동의 중요성을 천명하는 한편 일요일 및 공휴일의 휴무, 有給휴가, 充分한 보수의 지급 등 노동자 계급의 利益에 대한 效果的이고 特殊的인 保護를 宣言하였다. 당시로서는 國家의 社會的·經濟的 政策에 생기를 불어넣은 조치였다.

(3) 國會組織法

總統國會制(Parlamento del Régimen del Generalísimo)를 創設하였다. 組織代表의 原則(Principio de la representación orgánica)에 의거하여 國務委員, 國家高位機關의 長, 大學總長 등은 當연직 議員이 되고, 3개의 自然的 社會生活 單位, 즉 家庭, 市廳, 勞組에서 選출된 議員 등을 보태어 構成된 單院制 議會(Sola Cámara)였다.

(4) 스페인 國民憲章

스페인 國民의 權利·義務를 設定하였다. 權利로는 宗教의 自由, 表現의 自由, 住居의 自由, 公務擔任權 등이고, 義務로는 祖國에 대한 봉사, 國家元首에의 충성, 法律의 준수 의무 등이다.

(5) 國民投票法

國會에서 통과된 法律案이 國政에 重大한 意味가 있거나 公益을 위해 필요할 때에는 國家元首는 이를 國民投票에 붙일 수 있다. 이 경우 21세 이상 모든 國民은 投票權을 行使한다.

(6) 國家元首繼承法

總統이 死亡하거나 正常的인 職務遂行이 不可能한 경우 추진될 장치이다. 이 法에 의하여 Franco 總統은 1969. 7. 22. 스페인 마지막 王 Alfonso 13세의 손자인 Juan Carlos de Borbón을 자신의 후계자로 지명했고, 그는 Franco 死後 스페인 王(現 國王)으로 즉위하였다.

(7) 國民運動原則에 관한 法律

Franco 政權의 政治哲學을 綜合한 것이다. 스페인의 團合, 家庭·市廳·勞組 등 社會生活의 自然組織單位를 통한 組織代表制, 카톨릭의 수용 등이다.

(8) 國家組織法

主要國家機關의 組織에 관한 基本規定이다. 國家元首, 政府, 國會, 裁判所, 軍隊 등에 관하여 규정하였다. 그러나 Franco 체제하의 “政治議會(Cámara Política)” 또는 “思想議會(Cámara de las ideas)”라고 불리는 “國家運動理事會(Consejo Nacional del Movimiento)”가 실제로는 중추적 위치를 차지하였다. 왜냐하면 체제 유지의 핵심인 國民運動의 原則의 순수성을 보호하고 감시하는 기능을 보유했기 때문이다. 또한 國民運動의 原則이나 基本法에 위배되는 정부의 모든 立法行爲나 處分에 대해서는 違憲訴願(Recurso de Contrafuero)를 國家元首에게 제기할 權限이 있었다.

11. 1978年の 憲法

가. 歷史的 背景

1975. 11. 20. 獨裁者 Franco의 사망으로 36年間的 1人 統治時代가 막을 내리고, 그 이틀후인 11. 22. 현 國王 Juan Carlos 1세가 즉위하여 임시내각 구성 후 점진적 民主改革을 주도하였다. Franco 時代의 政治活動規制, 議會民主主義의 否定, 言論統制 등 國民基本權 억압조치에 염증을 느껴오던 國民들의 民主改革 열망에 따라, 1976. 12. 15. 國民投票를 실시, 94%의 지지로 政治改善法을 制定·公布하여 종래의 非民主惡法을 改廢하고, 兩院制 채택, 政黨活動 許容, 政治集會 및 示威의 合法化, 政治犯 赦免等 民主化 措置를 취하는 한편 1978. 12. 6. 現行 憲法을 制定·公布하기에 이르렀다.¹⁴⁾

同 憲法을 制定함에는 1949年の Bonn 基本法, 1976年の 포르투갈 憲法, 1947年の 이태리 憲法, 1975年の 스웨덴 憲法, 1954年の 네덜란드 憲法 등을 참조하였다.

나. 主要內容

(1) 基本體制

1978년 憲法은 모두 179個 條文, 4個 追加規定, 9個 經過規定, 1個의 廢止條項 및 終結規定(Final), 400個 이상의 項과 17,000여 개의 單語로 構成되어 있다.

1812년이래, 7개로 된 Franco 時代의 基本法을 제외하고는, 가

14) 同 憲法の 制定過程을 보면, 1978. 10. 31. 兩院合同全體議會에서 위 憲法案을 통과시키고, 같은 해 12. 6. 國民投票를 통하여 스페인 國民에 의하여 承認되었다. 同 投票 結果는, 총 26,632,180명의 投票權者 中 67.11%인 17,873,301명이 投票하고, 그 중 87.78%인 15,706,078명이 지지하였다.

장 긴 憲法이다. 序章(Titulo Preliminar)과 第1章은 憲法의 基本理念과 基本權에 관한 條項으로, 이른바 敎理部分(Parte Dogmático)이고, 기타의 章은 組織에 관한 部分이다.

그 基本體制는 다음과 같다.¹⁵⁾

序章- 一般原則(第1條-第9條, 이하 아라비아 숫자만 표시)

第1章-基本權 및 義務에 관하여(10-55)

第2章-君主(Corona)에 관하여(56-65)

第3章-國會(Cortes Generales)에 관하여(66-96)

第4章-行政府에 관하여(97-107)

第5章-政府 및 國會와의 關係에 관하여(108-116)

第6章-司法府에 관하여(117-127)

第7章-經濟 및 財政(128-136)

第8章-國家의 領土·組織에 관하여(137-158)

第9章-憲法裁判所に 관하여(159-165)

第10章-憲法改正에 관하여(166-169)

(2) 基本權

국민의 基本的 權利·義務에 관해서는 第1章의 第10條부터 第55條까지 規定되었다. 保護對象인 基本權을 열거하는 외에도 裁判 등에 의한 司法的 保護手段 및 政治的 保護手段까지도 規定한다. 保護對象基本權은 2개 Sección으로 나누어져 있는데 兩者의 性質上的 差異點은 없으나 機能上으로는 重要的 差異點이 있다. 즉, 제1 Sección에 포함되는 身體의 自由, 宗教·思想·表現의 自由, 通信의 自由, 私生活의 自由, 參政權, 正當한 裁判을 받을 權利 等(14條-29條)은 司法的 特別保護(Protección jurisdiccional extraordinaria)對象, 즉 憲法裁判所 等에서의 憲法訴願의 對象이 되는 等 特別한 保護의 對象이 되는 權利임에 反하여, 第

15) E.S.G., 앞의 책, p.99 이하.

2 Sección에 포함되는 私有財産權, 勞動의 權利 等(30條-38條)은 憲法訴願의 對象이 되지 않는 점이 특징이다.

(3) 基本權保障을 위한 制度

護民官(Defensor del Pueblo)制度의 채택(第54條), 司法權의 獨立(第6章), 憲法裁判所의 創設(第9章) 等を 들 수 있다.

(4) 統治機構

議會君主制(Monarquía Parlamentaria)를 채택한다. 國王은 形式的 國家元首로서 “王은 군림하나 統治하지는 않는다.” 上·下 兩院의 議員內閣制이다.¹⁶⁾

다. 評價

1978년의 憲法은 한마디로 合意(Consenso)의 憲法이다. 新憲法을 논의하는 過程에서 새로운 單語 ‘Consensuar(합의하다는 뜻)’를 新造한 사실에서도 이를 말해 준다. 그 意味는 만일 新憲法이 어느 政黨 또는 어느 特定團體의 政治傾向에 完全히는 合致되지 않을지라도 이 憲法이 모든 사람에게 受容되고, 그리하여 國家共存의 法的 理念의 테두리 안에서 作用될 수 있도록 하기 위함이다. 이러한 憲法制定者들의 의도는 스페인 憲政史에서 흔치 않은 일이다. 우리가 이미 살펴보았듯이 1812년부터 1978년에 이르는 긴 세월 동안 스페인 憲法史는 急進主義者(exaltados)와 穩健主義者(moderados), 進歩主義者와 保守主義者, 좌익과 우익 등등... 2個의 反對勢力으로 나뉜 투쟁의 歷史이다. 2個로 分열된 스페인은 19세기 및 20세기 대부분의 시기에 가장 두드러진 社會的·歷史的 托끼이었다. 1978年 憲法은 과거의 分열의 憲法史

16) 現行 스페인 憲法制度에 관하여는, 木下 太郎 編, 世界諸國의 憲法 第2卷 “스페인 憲法 (一九七八年)”, p.5 以下 ; 金哲洙 編著, 立法資料教材 憲法, 1985, p.639 以下 참조.

를 철저히 반성하는 의미에서 同 憲法의 制定당시 스페인에 존재했던 諸政黨의 代表들이 참여하여 國家의 形態, 宗教 問題, 經濟原則, 社會的·政治的 市民의 權利, 領土 등에 대한 쟁점들을 타협을 통하여 해소하여 憲法案을 초안하였고, 通過되었다. 그 결과 탄생한 위 憲法은 어느 政治勢力에도 만족할 만한 것이 못됐고 호감을 주지는 못하였지만 그렇다고 전적으로 불쾌감을 준 것만도 아니었다. 이는 諸政治勢力 중 어느 勢力도 執權時 統治할 수 있는 憲法이며, 근 200여 년간 분열되고 충돌을 겪었던 스페인의 역사적 비극을 잊게 해 줄 憲法임을 의미한다. 위 憲法에 나타난 유별난 복잡성, 규정의 애매모호성과 기술적 결함 등이 오히려 장점이며 힘이 되었다. 그러한 모든 점이 모든 스페인 國民들에게 헌법을 갖게 된 데 대하여 지불한 유일한 대가라면 스페인 國民으로서 이를 능히 수용할 수 있는 것이다.¹⁷⁾

결론적으로 말하면 스페인 憲法은 調和(armonia), 一致(concordía), 화해(reconciliación)의 憲法이라고 일컬을 수 있다 할 것이고, 그리하여 憲法의 諸規定을 해석함에 있어서는 항상 위 精神을 염두에 두어야 할 것이다.

17) E.S.G., 앞의 책, p.104~106.

美國의 憲法裁判制度와 裁判에 대한 根本理論

孫 容 根

憲法研究官

서울高等法院 判事

- 目 次 -

一. 머리말

1. 憲法裁判所의 新設과 그 背景
2. 빛나간 豫測, 活性化의 조짐
3. 活性化와 深度있는 展開를 위해

二. 美國의 憲法裁判

1. 序
 - 가. 美國型 司法審査制의 意義
 - 나. 司法審査制의 成立
 - 다. 司法審査의 理論的 論據
 - 라. 理論的 論據의 憲法的 正當性
 - 마. 司法審査制 成功의 要因
2. 司法審査의 機關
 - 가. 모든 法院이 審査機關
 - 나. 美國의 各級法院과 그 管轄權

3. 司法審査의 對象
 - 가. 法律과 條約
 - 나. 行政立法
 - 다. 其他 問題
4. 司法審査의 節次
 - 가. 獨立節次的 不存在
 - 나. 前提問題性的 變化
5. 司法審査의 效力
 - 가. 當然無效論의 原理 - 遡及的 · 對人的 效力
 - 나. 當然無效 · 遡及效理論의 克服
 - 다. 對人的 效力의 변모
6. 司法審査의 民主的 正當性
 - 가. 正當性 否認論
 - 나. 正當性 肯定論

三. 裁判에 관한 根本理論

1. 序
2. 司法消極主義와 司法積極主義
 - 가. 전통적 흐름-司法自制論
 - 나. 자제론의 변모-司法積極主義
 - 다. 최근의 경향-逆司法積極主義
3. 解釋主義와 非解釋主義
 - 가. 해석주의와 비해석주의 一般
 - 나. '원래의 의도'를 둘러싼 論爭
 - 다. 兩者의 限界와 궁극적 差異
4. 根本理論에 대한 小結論

四. 맺음말

一. 머리말

1. 憲法裁判所の 新設과 그 背景

第6共和國의 출범과 더불어 종래에 없던 憲法裁判所가 우리나라에서도 탄생하였다.¹⁾ 過去에는 憲法委員會 또는 法院 등이 憲法裁判을 擔當하였었으나²⁾ 이제는 그러한 機關과는 다른 別途의 機關을 創設하여 헌법재판을 擔當하도록 한 것인데 이것은 憲法現實과 유리된 憲法裁判의 계속적인 沈滯와³⁾ 깊은 관련이 있다고 생각된다.

우리 나라에 있어서 憲法裁判의 略史를 살펴보면 큰 사건으로는 法院에 위헌법률심사권을 인정하던 第3共和國 시대인 1971. 6. 22. 國家賠償法 第2條 第1項 但書에 대한 違憲判決⁴⁾을 들 수 있을 것이다. 이 대표적 한 건이 憲法裁判다운 재판이었다고 할 수 있는 셈인데, 위헌 판결의 多數意見에 가담하였던 9인의 大法院判事는 같은 해 10. 소위 維新體制의 출범과 더불어 再任命에서 탈락하는 悲運을 맞았다. 이것이 직접적인 原因이 되었는지는 속단할 수 없지만 어쨌든 그 이래 活性化될 듯하던 헌법재판은 사실상 幕을 내렸고 그 후 헌법재판을 관장하게 된 憲法委員會

1) 第2共和國(1960年-1961年) 때에도 憲法裁判所 制度가 채택된 일이 있었으나 재판소 구성도 해보지 못하고 5·16 軍事쿠데타에 의해서 폐지되고 말았기 때문에 구체적으로 헌법 재판소가 탄생한 것은 第6共和國 때부터라고 보아야 할 것이다.

2) 第1共和國(1948年-1960年), 第4共和國(1972年-1980年), 第5共和國(1980年-1987年) 때에는 憲法委員會가, 第3共和國(1962年-1972年) 때에는 一般法院이 憲法裁判의 주된 機能을 擔當하였다.

3) 제4·5공화국 18년동안 단 한번도 憲法委員會가 法律의 違憲與否를 審査한 일이 없었던 것은 이러한 침체를 극명하게 보여주고 있는 구체적 실례라고 할 만하다.

4) 大法院 1971. 6. 22. 선고 70다1010 判決. 同 判決은 國家賠償法 제2조 제1항 단서와 法院組織法 제59조 제1항 단서 및 같은 법 부칙 제3항이 憲法에 위반된다고 判示하고 있다.

는 國內用이라기 보다는 對外用 裝飾物로서 완전한 휴면상태를 면치 못하였으며⁵⁾ 유신이래 한국에 있어서 憲法은 고시준비용·대학강단용·일부 관심있는 사람들의 기호물이 되어 대부분의 法曹實務家들에게는 왕년에 공부한 일이 있던 記憶속의 憲法(낡은 법)이 되었고 憲法裁判은 그저 옛 이야기처럼 잊혀져가고 있었다. 헌법재판이 宣言하여야 할 많은 것들은 統治者가 一方的으로 宣言하며 종용하였고 헌법이 支配하는 社會가 아니라 한사람의 恣意와 전단이 대한민국을 支配하였다고 하여도 별다른 과장이 아닐 것이다.

그러나 多幸스럽게도 民主主義에 대한 國民들의 뜨거운 熱望은 제6공화국을 탄생시켰고 새로 채택된 憲法은 憲法裁判의 活性化를 통하여 舊時代와 같은 基本權 不在·統治者 一人의 恣意 支配를 청산함과 아울러 憲法保護의 機能을 강화하기 위하여 國家最高機關의 하나로서 憲法裁判所를 설치하였으며 그 헌법기관성을 뚜렷이 하기 위하여 國會·政府·法院과 마찬가지로 헌법의 한 章에 憲法裁判所를 規定하기에 이른 것이다. 아울러 그 구체적인 출범을 위하여 憲法裁判所法이 制定되어 1988. 9. 1.을 기하여 發效되었고 같은 달 15. 國會에서 선출한 3人和 大法院長이 指名한 3人을 포함 9명의 憲法裁判官이⁶⁾ 大統領에 의하여 임명됨으로써 行政·立法·司法 3부가 선출한⁷⁾ 대표자들로 구성된

5) 法院의 提請이 없음에 따라 委員會가 存續하는 동안 단 한번도 判斷의 기회를 갖지 못하였으므로 말 그대로 “完全한 休眠” 상태에 있었다고 하겠다.

6) 常任裁判官 6명, 非常任裁判官 3명 : 조규광, 김양근, 최광률 재판관은 大統領 指名, 변정수, 한병채, 김진우 재판관은 國會 選出, 이시윤, 김문희, 이성렬 재판관은 大法院長 指名에 따라 각 大統領이 任命함. 참고로 다른 나라의 재판관 수를 적어 보면, 서독 16, 오스트리아 14, 이태리 15, 스페인 12, 프랑스 9, 그리스 11, 벨기에 12, 포르투갈 13, 터키 15 등 ; 단, 오스트리아, 터키는 비상임 또는 후보를 제외한 숫자임.

7) 의회 선출형, 의회와 행정부 二府 선출형, 의회와 정부 및 法院에 의한 三府 선출형이 있는데 우리는 三府 선출형을 택하고 있다. 의회 선출형은 서독, 벨기에, 폴란드 ; 三府 선출형은 프랑스, 오스트리아 ; 三府 선출형은 스페인, 이태리, 터키 등.

합의제 憲法 機關이라 할 수 있는 憲法裁判所의 구체적 탄생을 보게 된 것이다.

2. 빛나간 豫測, 活性化의 조짐

위와 같이 탄생한 憲法裁判所의 장래에 대하여 종래의 消極主義的 司法環境 등을 이유로 否定的으로 보는 시각이 많았다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 지난 1년여 동안 헌법재판소는 그러한 예상을 뒤엎고 그 審判件數나 심판 내용 및 소요심리기간 등에 있어서 世界憲法裁判史에 그 유례가 흔하지 않을 정도로 다대한 활약을 하는 異變을 보였다.⁹⁾ 아직도 그 장래에 대하여 부정적인

- 8) 權寧星, 韓國의 憲法裁判制度, 月刊考試 1988년 11월호, 14-23쪽 ; 梁健, 憲法裁判所法, 考試界 1988년 9월호 28-41쪽 등 참조. 그 가운데에서도 權寧星 교수가 서울大學校 法學研究所 주최 학술 세미나에서 발표한 見解가 가장 회의적 立場을 表明한 의견이 아닌가 한다. 同 見解에 대하여서는, 權寧星, 韓國의 憲法裁判制度, 서울대학교 法學, 제29권 304호, 39~45쪽 참조.
- 9) 헌법재판소가 1989. 8. 31.까지 1년여 동안에 접수하고 처리한 사건을 분류하면 後面 도표와 같다.(헌법재판소 사무처, 憲法裁判所, 1989. 9. 32.쪽에서 인용).

헌법재판소심판사건접수·처리현황

- 총 관

1989. 8. 31. 현재

유 형 별	접수	처 리						계속중
		합계	인용	기각	각하	취하	기타	
● 위헌법률심판	116	51	5	1	14	33	—	65
● 헌법소원심판	263	157	1	2	108	9	37	106
합 계	379	208	6	3	122	40	37	171

* 일반민원 101건 별도접수처리

시각이 없어진 것이 아니고 헌법재판소의 사건처리 실적이나 선고된 심판들의 내용 등에 관하여 검토되어야 할 점이 없는 것은 아니다. 그러나 제2차 世界大戰後 독일·이태리가 전제주의를 청산하고 민주국가로 출범하면서 헌법재판소를 신설하여 민주주의 定着에 주요한 寄與를 한 것이나 1980年代에 들어서 그리스·스페인·포르투갈·과테말라·페루가 獨裁政治를 청산하고 민주정치로 전환하는 과정에서 헌법재판소를 설치하여 민주주의를 加速化하려는 것 또는 오늘날 유럽, 남아메리카 등에서 헌법재판소의 理想的 運營에 의하여 정치적 急進主義가 終息된 사실 등을 상기하여 볼 때¹⁰⁾ 葛藤과 試鍊의 터 위에서 민주주의를 정착시켜야 하는 우리로서는 아직은 批判보다는 激勵하는 立場에서 위와 같은 헌법재판소의 活性化의 조짐을 바라보아야 할 것이다.

3. 活性化와 深度있는 展開를 위해

憲法裁判所가 완전하게 정착할 것인지, 개헌에 의하여 폐지되고 말 것인지 그 장래를 속단할 수 없는 것이 솔직한 우리의 政

- 위헌법률심판사건의 유형별 분류

법원의 직권에 의한 제청	96
당사자의 신청에 의한 제청	20
합 계	116

- 헌법소원심판사건의 유형별 분류

공권력의 행사 또는 불행사로 기본권을 침해받은 자의 청구 (권리구제형 헌법소원)	253
법률의 위헌여부 심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 당사자의 청구(위헌법률심판형 헌법소원)	10
합 계	263

위 도표의 결과를 접수건수·처리건수·인용건수·심리소요기간 등을 비교하는 관점에서 다른 나라 헌법재판소의 경우와 대비하면 다대한 활약이라는데 별 의의가 없을 것이다.

10) 李時潤, 憲法裁判概觀, 1989, 서울, 憲法裁判所, 6-7쪽

治的 현실이지만 어떻게든 그 存廢에 관계없이 어떤 形態로든 계속 存置될 헌법재판의 활성화만이 國民의 議會에 대한 疑心이 司法府에 의한 法律審査를 가져왔고 司法審査에 대한 의심이 憲法裁判所라는 별도의 재판 기관을 創設하게 된 오늘날 世界憲法潮流¹¹⁾ 속에서의 憲法的 正義實現에 대한 一般的 疑心을 해소할 수 있는 길임을 물론 우리 社會가 안고 있는 急進的 理念과 價值的 갈등 해결에 대한 具體的 疑心을 해소할 수 있는 實效性 있는 方法임을 留意해야 한다고 본다.

活性化의 심도있는 진전을 기대하는 마음으로 美國憲法裁判所制度和 司法審査에 관한 基本理論의 要點을 살펴보고자 한다. 憲法判例의 축적량이나 헌법재판의 經驗累積量이 微微한 우리로서는 어차피 先進各國의 선례가 좋은 參考가 될 것이라는 점에서 紹介의 뜻이 있다고 보여지고 그 가운데에서도 세계에서 가장 오랜 歷史¹²⁾를 지닌 美國의 司法審査制와 제3세기를 바라보고 있는 美國聯邦大法院의 경험적 축적 이론은 소위 集中型¹³⁾ 憲法裁判所制度를 채택하고 있는 우리 나라에서도 미국과 한국의 상관관계나 미국 헌법이 한국 헌법에 미친 영향¹⁴⁾ 등을 고려하여

11) 이에 관계하여서는 異論이 있을 수 있겠으나, 제2차 세계대전 이후 세계적으로 憲法裁判所의 창설이 하나의 憲法적 趨勢처럼 되었음을 부인하기 어렵다고 본다. 그러한 趨勢의 원인에 관하여서는 마우로 카펠레티(Mauro Cappelletti)著/丘秉朔 著 共譯, 現代憲法裁判論, 1989, 서울, 法文社, 6쪽-14쪽 참조.

12) 美國에 있어서 헌법재판의 역사는 1803년 Marbury v. Madison 사건에 대한 判決의 선고 이래 약 200여년에 이르고 있으나, 오스트리아의 경우는 헌법재판소 창설 당시인 1920년부터 기산하여도 약 70여년, 오늘날 헌법재판의 모범 국가라고 할 수 있는 독일의 경우도 1949년 헌법재판소를 창설하여 본격적인 헌법재판을 시작한 때로부터 약 40여년의 역사를 가지고 있다고 본다. 但, 유럽대륙 諸國의 소위 國事裁判制度(Staatgerichtsbarkeit)를 어떻게 보느냐에 따라 다소 견해가 달라질 수 있음에 주의.

13) 非集中型和 集中型으로 區分하는 方法이나 그 用語自體에 一般性이 있는지 다소 의심이 있으나, 사법 심사를 위한 별도 기관을 설치하지 아니하고 일반 법원이 심사를 하는 형태를 非集中型, 별도 기관 창설형을 集中型으로 구분하여 쓰기로 한다.

14) 이에 관하여서는 韓相範, 韓國憲法과 英美法의 影響, 考試界 1982년 12월호, 12-24쪽 ; 金哲洙, 美國憲法이 韓國憲法에 미친 影響 序說, 美國憲法과 韓國憲法, 1989, 서울, 大學

볼 때 우리에게 중요한 참고가 될 것이다. 그간 국내에 美國憲法裁判에 대한 소개 문헌과 관계논문¹⁵⁾이 상당수 발표되기는 하였으나 이를 전체적으로 鳥瞰하기보다는 세부적 특정 분야에 치우쳤거나 다른 관련 파트의 일부로서 소개된 경우가 많아 나무는 보되 숲은 보지 못하는 것이 아닌가 하는 의구심이 들어 本稿에서는 우선 그 全體的, 統一的 概觀에 중점을 두었다. 개별적이고 구체적인 깊이 있는 理論을 言及할 수 없음에 아쉬움이 크나 이는 관심 있는 분들의 후일의 숙제로 남기고자 한다. 다만 한가지 부연하고자 하는 것은 大陸法系의 깊은 영향하에¹⁶⁾ 아직도 확고한 우리 法の 바탕 위에서 全地球村的 法視野(Global Legal View)를 획득하지 못하고 있는 우리로서는 오늘날 유럽형인 集中型的의 세계적 확산이 미국식 非集中型的의 폐기가 아닌 進化일뿐이고 後發型인 집중형도 制度만 다를 뿐 많은 이론을 미국에서 검증된 체험적 理論에서 차용 또는 수입하고 있으며¹⁷⁾ 그나

出版社, 9-79쪽 ; 李相敦, 美國의 憲法制度가 우리 나라의 憲法發展에 미친 영향, 公法研究 第14집, 1986, 서울, 公法學會, 49-80쪽 등 참조.

15) 이에 관한 관계 문헌이나 논문들 가운데 중요한 몇 가지를 소개하여 보면 ; 金箕範, 美國裁判所의 法律審査, 考試界, 1959. 12. 164-181쪽 ; 康文用, 美國의 法令審査制度, 考試界, 1959. 12. 182-189쪽 ; 金興漢, 美國에 있어서 違憲審査制度, 法政, 1959. 5. 21-23쪽 ; 韓相範, 美國에 있어서 違憲立法審査의 法理, 司法行政, 1962. 11. 7-10쪽 ; 姜平治, 美聯邦法院의 違憲審査制度에 관한 研究, 東國大碩士學位論文, 1980, 서울 ; 金在燮, 違憲立法의 司法審査制度에 관한 考察-美國의 違憲審査制度를 中心으로-, 全南大 社會科學論叢 9輯, 1981, 광주, 251-263쪽 ; 李丞祐, 美國違憲法律審査制度의 研究, 延世法學 5號, 1983, 서울, 71-104쪽 ; 金雲龍, 美國에서의 憲法과 裁判, 公法研究 13輯, 1985, 서울, 한국공법학회, 9-30쪽 ; 元鍾九, 美國의 違憲法律審査制度에 관한 研究, 延世大碩士學位論文, 1986, 서울 ; 裒相五, 美國憲法上の 司法的 違憲審査에 관한 研究, 慶熙大 博士學位論文, 1987, 서울 등을 들 수 있는 것이다. 많은 논문이나 문헌들이 헌법재판 제도의 일부로 또는 전체 문헌 내용의 일부로 미국 헌법재판 제도를 소개하고 있는데 이러한 논문이나 문헌들의 소개는 생략한다.

16) 학계는 독일 법의 영향을, 실무계는 일본법의 영향을 질게 받고 있는 것이 우리의 현실임을 부인하기 어려운 것이다. 그러나 이제 한국법은 한국법대로 고유의 位相을 정립해야 하지 않을까? 한국법의 位相에 관하여서는 崔鍾庫, 韓國法과 世界法, 1989, 서울, 教育科學社, 7-45쪽 참조.

마 오늘날 統合化의 경향¹⁸⁾을 띠고 있음을 잊지 말아야 할 것이 라는 점이다.

集團의 人間社會에 있어서 次善의 最高價値로서 法的 正義가 自然的 正義에서 立法的 正義로, 立法的 正義가 憲法的 正義로 변모하여 온 이 시점에 있어서 人類의 希望은 적어도 政治的, 法的 觀點에서는 憲法的 正義를 成就함으로써 法治主義를 完成하 는데 있다고 감히 단언한다. 高次法(Higher Law, Lex Superior)·自然法·一般眞理는 憲法裁判에 의하여 實行될 수 있는 命題들이고 議會가 남자를 여자로, 여자를 남자로 만드는 것 이외 에는 무엇이나 할 수 있다는 록크(John Locke)의 말은 이제 憲法裁判機關이 그렇게 하는 것이라고 結論지워지는 21세기가 되 기를 바라면서 이제 論說의 초점을 美國憲法裁判 쪽으로 옮겨 본다.

二. 美國의 憲法裁判¹⁹⁾

1. 序

가. 美國型 司法審査制의 意義

17) 당초 서독 연방 헌법재판소에 위헌법률심사권을 부여하게 된 것이 美國 聯邦大法院의 司法審査制의 영향이었음을 기억해 보면 이점 수긍이 가리라고 본다. 이에 관하여서는 특히 金哲洙, 違憲法律審査制度論, 1983, 서울, 學研社, 24-25쪽, 註8) 引用文獻들을 참조 하기 바란다.

18) 이러한 경향에 관하여서는 韓炳宗, 憲法裁判의 根源과 理論, 1990, 서울, 憲法裁判所, 135-141쪽; 마우로 카펠레티, 前掲 譯書, 89-91쪽과 108-109쪽 등 참조.

19) 美國에 있어서 憲法裁判은 Constitutional Judgment가 아닌 Judicial Review의 관점에서 成立·발전된 것이기는 하나, 本稿에서는 우리의 관점, 즉 헌법재판이라는 시각에서 미국 의 사법 심사제를 소개하고자 하는 뜻에서 '司法審査'가 아닌 '憲法裁判'이라는 用語를 사 용하기로 한다. '憲法裁判'을 '憲法訴訟'이라고도 하나 이는 결국 같은 意味라고 본다.

美國의 憲法裁判制度를 司法審査制라고 하여 法院에 의한 違憲法律審査制만을 美國의 憲法裁判制度로 보고 이에 관하여서만 說明을 하는 것이 一般的이다.²⁰⁾ 그러나 이는 결국 憲法裁判의 範圍와 관련된 問題일 것이다. 憲法裁判事項의 범위 내에 違憲法律審査 뿐만 아니라 탄핵·정당해산·선거소송 등의 문제까지 포함되는 것으로 보는 立場에서 본다면 美國의 一般法院의 통상 절차에서 얼마든지 理論上으로도나 實質적으로나 問題가 제기될 수 있다고 보여지는 탄핵·정당해산·선거소송 등과 관련하여 發生된 재판사항까지 美國憲法裁判의 범위 내에 포함될 수 있다고 보여지기 때문이다.²¹⁾

어떻든 筆者는 美國의 憲法裁判을 司法審査制라고 하는 것은 옳은 말이지만, 그 범위를 違憲法律審査制에서 限定하는 것은 찬성하기 어렵다는 基本立場에서 出發하고자 한다.²²⁾

본래 司法審査制란 立法府나 行政府 등 非司法機關인 國家機關의 行爲가 憲法이나 法律에 위배되는 경우 이를 司法府에서 審査하는 制度를 총괄하는 말이라고 할 수 있다. 오늘날 이러한 司法審査制는 나라마다 약간씩 그 내용이 달라졌으나, 어떻든 美國에서 發源한 制度에 약간의 變경을 가한 것들임에 틀림이 없다. 같은 法系에 속하지만 英國의 경우는 美國과 달리 違憲審査는 아예 存在하지 않으며 行政作用에 대한 司法審査만 있을 뿐

20) 우선 註15)에 소개된 論文들의 內容을 살펴보면 곧바로 이런 현상을 접하게 될 것이다.

21) 그러나 이러한 범위에까지 논급을 하고 있는 論文은 筆者가 파문하여서인지 몰라도 국 내외적으로 발견하기 어렵다. 미국의 경우는 司法審査라고 하여 違憲法律審査만을 그 범 위에 드는 것으로 관념화하고 있으므로 집중 형식의 헌법재판 대상 전반에 걸친 논급이 없는 것인 이러한 법률 문화적 배경 아래 이해가 가는 일이나, 우리의 立場에서는 그러한 범위까지 고찰의 범위를 넓혀야 한다고 본다. 이러한 분석은 제3국인에 의한 미국의 헌법재판에 대한 흥미 있는 전혀 새로운 접근일지도 모른다.

22) 오늘날에 있어서 본질과 기능에 관한 고려를 한다면 이 점은 더욱 명확하여 질 것으로 본다. 헌법재판의 本質과 機能에 관하여서는, 許營, 憲法理論과 憲法(下), 1989, 서울, 博英社, 357-370쪽 참조.

이다. 따라서 司法審査制가 무엇인지를 精確히 정의한다는 것은 거의 불가능한 일이고 위에서 본 총괄적 관념으로 그 개념을 이해하면 족할 것이다.

美國의 사법심사제를 정확히 이해하려면 사실 연방법원은 물론 또다른 司法審査權을 가지고 있는 州法院에 있어서 司法審査까지를 살펴야 할 것이다.²³⁾ 그러나 본고에서는 지면의 한계와 연방법원, 그 가운데에서도 연방大法院의 司法審査가 미국사법심사제의 중심적 내용이라고 할 수 있고 그 중심적 내용의 이해가 있으면 미국전체의 司法審査制를 이해하는데 별다른 애로가 없으리라는 점 등을 감안하여 연방법원, 특히 연방대법원의 司法審査制에 중점을 두어 설명하기로 하되 주법원에 있어서의 司法審査는 관련범위 내에서 필요한 경우에 한하여 언급하는데 그치기로 한다.

이점은 司法審査의 對象과 관련하여서도 마찬가지이다. 美國憲法裁判의 대상 범주에 포함되는 것으로 필자가 파악하고 있는 탄핵·선거소송·정당해산·행정입법에 대한 심사 등에 관한 자세한 論及은 지면제한·研究結果의 정리부족·學的 妥當性에 대한 부분적 회의 등 이유 때문에 後日을 기약하기로 하고 본고에서는 가장 중요한 심사대상인 違憲法律에 중점을 두기로 하되 그밖의 대상에 관하여서는 필요범위 내에서만 언급하는데 그치기로 한다.

美國型, 좀 더 정확히 말해서 北美型 司法審査制는 오늘날 주로 캐나다, 오스트레일리아 및 인도를 포함한 舊英國식민지의 각 국가들에 의하여 채용되고 있다. 아시아에서는 日本이 1947년 이를 도입하였고²⁴⁾ 우리나라도 제3공화국 시절에 일시 도입해 본

23) 美國은 연방국가로서 二元的인 司法組織을 가지고 있다. 연방 전역에 效力을 미치는 聯邦憲法과 50개 각 州에서 각 州에만 미치는 각주 憲法 50개 등 미국 전체에 51개의 憲法이 存在하기 때문에 司法審査制의 종류도 51개가 된다고 볼 수 있다.

일이 있다. 별도의 재판기관을 창설하는 소위 集中型의 원산지²⁵⁾ 유럽에 있어서도 非集中 美國型 사법심사제는 존재한다. 예를 들면, 一般法院이 一般的 審査權(richterliches Prüfungsrecht)을 갖는 스위스의 제도나 法院이 법률의 합헌성을 심사하여 구체적인 사건에서 위헌인 법률의 적용을 거부하는 노르웨이, 덴마크, 스웨덴²⁶⁾의 제도는 미국형 司法審査制의 일종이라 할 수 있다. 재미있는 것은 오늘날 集中型의 성공사례처럼 되어있는 독일에서도 바이마르 헌법 아래에서²⁷⁾ 미국형 사법심사제를 채택한 일이 있었고 이태리에서도 1948년부터 1956년까지 한때나마 역시 미국형 사법심사제를 채택한 일이 있었다는 점이다. 20세기 중반 이후 소위 集中型, 즉 오스트리아형이 널리 확산되어 가고 있기는 하나²⁸⁾ 집중형이든 비집중형이든 미국형이 그 제도적 근원임을 부인할 수 없다는 점을 부연하면서 이제 헌법재판의 제도적 근원이 된 美國型 사법심사제의 成立에 관하여 살핀다.

나. 司法審査制의 成立

(1) 成立의 背景

24) 1947. 5. 3. 일본의 새로운 憲法에 의하여 채택되었다. 일본의 헌법재판은 그 활성화라는 측면에서 볼 때 성공적이라기 보다는 실패한 경우에 해당한다는 평가를 받으며 오늘에 이르고 있다. 마우로 카펠레티, 前掲 譯書 81쪽 참조.

25) 集中型의 원형은 1920. 10. 1. 오스트리아의 소위 10월 憲法에 등장하였다. 따라서 集中型을 오스트리아형이라고 부르기도 한다.

26) 스웨덴에서는 1964년까지는 立法의 司法審査를 허용하지 않는 입장이었으나, 1964. 11. 13. 스웨덴 최고법원의 판결(1964 Nytt Jurdisk Arkiv 471, 1965 Nordisk Domssamling 429)에 의해 사법심사가 허용되게 되었다고 한다.

27) 바이마르 時代의 司法審査制에 관하여서는 ; W. Apelt, Geschichte der Weimar Verfassung, 1964, München-Berlin, Beck, S. 286 ff.; H. Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951, Wien, Springer Verlag, S.5 ; C. J. Friedrich, The Impact of American Constitution Abroad, 1969, Boston, Boston University Press, p.82 等 참조.

28) 1980년대에 들어와서 한국, 그리스, 스페인, 포르투갈, 폴란드, 헝가리, 과테말라, 페루 등에 헌법재판소가 新設되었다. 1990년대에 들어와서는 1920년 당시 헌법재판소 제도를 채택하려 하였다가 실패한 체코슬로바키아가 최초 신설국이 될 가능성이 있다.

연방사법부가 중앙정부에서 중요한 기능의 一翼을 담당할 것이라는 해밀턴(Alexander Hamilton)의 力說²⁹⁾에도 불구하고 합중국 初期의 聯邦法院, 특히 연방大法院의 判事職은 그렇게 환영을 받지 못하였다.³⁰⁾ 그러나 1800년의 선거에서 제퍼슨(Thomas Jefferson)의 추종자들인 소위 共和派(Jeffersonians 또는 Republicans)가 승리를 거두고 1801. 2. 제퍼슨이 大統領에 당선되자 狀況은 急變하게 된다. 즉, 外人法(Alien Act), 치안법(Sedition Law)의 濫用 등 失政 끝에 정권을 내놓아야 했던 聯邦派(Federalist)는 새대통령의 취임전에 司法府를 掌握하려고 시도하게 된 것이다. 연방과 의회는 法源組織法(The Judiciary Act of 1801)을 개정하여 大法院判事의 연방순회항소법원의 순회임무를 폐지하는 대신 16인의 연방순회항소법원판사를 새로 임명하도록 하는 한편 대법원판사의 定員을 6인에서 5인으로 감축하였는데 이는 실은 새대통령에 의한 大法院判事 임명기회를 박탈하기 위한 것이었고 대통령 아담스(John Adams)는 자기의 국무장관이던 마셜(John Marshall)을 공석중이던 大法院長에 임명함과 아울러 새로운 抗訴法院 判事들도 自派一色으로 임명하였다. 게다가 임기종료 일주일을 남기고 의회가 제정한 콜롬비아地區組織法에 따라 콜롬비아 地區에 신설된 42개 治安判事職도 自派一色으로 임명하였다.

이에 대하여 憤激하던 공화파들은 1801. 3. 4. 제퍼슨이 제3대

29) James Madison, John Jay와 같이 펴낸 팜플렛 'The Federalist Papers' 제78호에서 Alexander Hamilton은 위와 같은 主張을 하였다. G. Gunther, Constitutional Law(11th ed.), 1985, Mineola New York, Foundation Press, Inc., pp.15-16 참조.

30) 大法院長직을 사양하거나 大法院判事職을 사직하고 州法院判事로 옮겨 간 사례 등이 있었다. 특히 初代 大法院長 John Jay가 대법원직무를 싫어해 Jay條約을 맺는다는 이유로 英國에서 1년이상 체류하였고, 1795년 New York 州知事に 당선되자 기꺼이 대법원장직을 버렸으며, 1801년의 대법원장 임명제의를 거절한 사실은 이러한 형편을 잘 설명하고 있다고 본다.

大統領으로 취임한 이래 반격을 개시하여 1802. 3. 31. 위 법원조직법의 폐지안이 下院을 통과 확정되도록 하였고 연방과 판사들의 추방계획을 실천하여 1803. 1. 펜실베니아(Pennsylvania) 州法院의 애디슨(Addison)판사를 주의회를 통해 탄핵하는데 성공함과 아울러 같은 해 2. 제퍼슨이 뉴햄프셔(New Hampshire) 연방지방법원의 피커링(Pickering) 판사에 대한 탄핵을 요구하는 교서를 하원에 제출하여 1804. 3. 위 피커링 판사가 상원에서 파면되도록 하는 등 공세를 취하였다.

미국헌법사상 司法審査制를 分明하게 이루어 놓은³¹⁾ 마아버리對 매디슨(Marbury v. Madison) 사건은 이러한 정치적 渦中에서 발생하였다.³²⁾ 원고 마아버리(William Marbury)는 아담스 대통령이 그 임기의 마지막 순간에 서둘러 임명한 위에서 본 콜롬비아 지구의 治安判事들³³⁾ 가운데 1人이었다. 이들은 아담스의 임기 마지막 날 上院에서 認准되었으나 대통령 아담스와 당시 대법원장을 겸하고 있던 마샬이 서명한 임명장은 그 마지막 날 手交받지 못하였었고 신임 대통령 제퍼슨은 아직 전달되지 못한 임명장을 무효로 처리하였다. 드디어 1801. 12. 마아버리 등 4인은 당시 국무장관 매디슨(James Madison)을 상대로 임명장을 전달받기 위한 執行令狀(Writ of Mandamus)³⁴⁾ 발부청구의 소를

31) 최초로 의회가 제정한 법률이 위헌이라고 선고된 사례는 Marbury v. Madison 케이스가 아니고, 1974년에 선고된 U.S. v. Yale Todd 케이스임에 유의하기 바란다. (但, 異說 有)

32) 보다 자세한 이해를 위하여서는 ; Gunther, op. cit. pp.10-12 ; Lockhart/ Kamisar/Chopper/Shiffrin, Constitutional Rights and Liberties(6th ed.), 1986, St. Paul Minn., West Publishing Co., pp.1-2 ; Shapiro/Tresolini, American Constitutional Law(6th ed.), 1983, New York, MacMillan Publishing Co., Inc., pp.75-56 등 Background에 관한 說明部分을 참조하기 바람.

33) 이들은 深夜에 임명되었다고 하여 "midnight" judges 또는 appointees라고 불린다. Gunther, Supra, p.10 ; Lockhart et al., op. cit. p.1 등 참조.

34) 우리는 명령한다는 뜻의 라틴어가 Mandamus임, Writ of Mandamus는 公務員 等に 대하여 法이 정한 행위를 수행할 것을 명하는 法院의 命令이라고 할 수 있다.

大法院에 제기하였다. 대법원장 마샬은 딜레마에 빠지게 된다. 왜냐하면 청구를 받아들인 경우에는 行政府가 이를 무시하여 大法院의 權威失墜가 예상되고 청구를 받아들이지 아니하는 경우에는 공화파의 교만한 勝勢에 굴복하는 것이 되어 연방파인 마샬로서는 전혀 달가운 일이 아니었기 때문이었다. 그런데 마샬은 이 사건에서 大法院의 權威를 高揚시킬 妙手를 발견하게 되니 그것이 바로 司法審査理論이었다.

(2) 마샬의 司法審査理論

이리하여 이 사건을 계기로 司法審査問題가 提起되리라고 아무도 예상하지 아니하였고³⁵⁾ 당시로서는 지극히 의심스러운 소송이었던 執行令狀請求의 訴에서 오늘날 憲法正義實現에 있어서 가장 유용한 수단이라고 인정되고 있는 憲法裁判의 구체적 출발을 보게 된 것이다.

마샬은 이 소송의 문제점을 다음 3가지로 요약하였다.³⁶⁾

첫째, 원고는 그가 주장하는 任命狀을 구할 權利가 있는가?

둘째, 그에게 權利가 있고 그 權利가 侵害되었다면 法律은 그에게 救濟를 許容하여야 하는가?

셋째, 法律이 그에게 救濟를 許容한다면 그 구제로서 大法院은

35) 처음부터 그와 같은 예상하에 소가 제기된 것도 당초부터 사법심사문제가 제기되리라고 예상하지 못하였다는 점에 별다른 이견이 없는 것으로 보인다.

36) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 ; 2 L. Ed. 60(1803) ; 판결문 전반부에 곧바로 문제점이 요약되어 있다. 이 판결문은 문제에 대한 결론뿐만 아니라 헌법의 중요성을 강조하는 긴 방론적 부수 의견이 붙어 있다. 문제점 요약부분만 원문을 옮겨보면 다음과 같다.

In the order in which the court has viewed this subject, the following questions have been considered and decided.

1. Has the applicant a right to the commission he demands?
2. If he has a right and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy?
3. If they do afford him a remedy, is it a *mandamus* issuing from this court?

執行令狀을 발부해 줄 수 있는가?

마살은 첫째와 둘째 문제에 관하여 이를 肯定한 후에 셋째 문제는 令狀의 性質과 大法院의 權限에 의하여 決定될 것이라고 하면서³⁷⁾ 예상외의 논리를 전개시키기 시작한다. 즉, 원고들이 청구권원의 발생근거로 삼고 있는 1789년 제정 법원조직법 제13조³⁸⁾가 그러한 사건의 原審管轄權을 大法院에 인정한 것은 미합중국 憲法이 大法院이 원심관할권을 가지는 경우로 규정한 憲法第3條 第2項³⁹⁾ 以外の 경우에 원심관할권을 인정한 것으로⁴⁰⁾ 이

37) 첫째 문제와 둘째 문제에 관하여서는 간단하게 언급하면서 결론을 내고 있으나, 셋째 문제에 관해서는 서두에 This depends on, 1st. The nature of the writ applied for; and, 2d. The power of this court.라고 요약하면서 性質과 權限에 대해 광범한 고찰을 하고 있다.

38) 이해의 편의를 위해 문제가 되고 있는 조문을 통째로 옮겨 보면 다음과 같다.

The full text of Section 13 of the Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73; "And be it further enacted, That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues of fact in the Supreme Court in all actions at law against citizens of the United States shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases hereinafter specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office under the authority of the United States."

39) 참고삼아 이 조항을 옮겨 본다. Constitution of the United States Article 3. Section 2. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; -to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; -to

는 違憲이고 헌법과 법률이 충돌하는 경우 法院은 最高法인 憲法을 좇아 재판하여야 하므로 결국 원고들의 청구는 이유 없게 된다는 논리를 전개한 것이다. 마샬은 비록 自派를 敗訴케 하였으나 그대신 大法院의 優위확보라는 소기의 목적을 달성할 수 있었고 이로 인하여 司法審査制는 확립되게 되었던 것이다.

Controversies to which the United States shall be a Party; -to Controversies between two or more States; -between Citizens of different States-between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment; shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places the Congress may by Law have directed.

번역하면 다음과 같다.(Section을 ‘節’로 번역하는 경우도 있으나 ‘項’으로 번역하였음에 유의)

미합중국 헌법 제3조 제2항 : 司法權은 本 憲法과 合衆國 法律과 그리고 合衆국의 權限에 의하여 체결되었거나 체결될 條約으로 하여 발생하는 모든 普通法上 및 衡平法上의 사건, 大使와 그밖의 외교사절 및 領事에 관한 모든 사건, 海事 재판 및 海上管轄에 관한 모든 사건, 合衆국이 일반 당사자가 되는 분쟁, 2個州 이상의 州間에 발생하는 분쟁, (어느 州와 他州市民 간의 분쟁) 상이한 州의 市民들간의 분쟁, 他州로부터 부여된 토지에 대한 權利에 관하여 발생하는 같은 州內의 市民간의 분쟁, 그리고 어떤 州나 그 州의 市民과 外國(외국 시민 또는 外國臣民)과의 사이에 발생하는 분쟁에 미친다.

大使와 그 밖의 외교사절 및 領事に 관계되는 사건과, 州가 당사자인 사건은 聯邦大法院이 第1審의 재판 관할권을 가진다. 그 밖의 모든 사건에 있어서는 聯邦議會가 정하는 例外的 경우를 두되, 聯邦議會가 정하는 규정에 따라 法律 문제와 事實문제에 관하여 上訴審 재판 관할권을 가진다.

彈劾사건을 제외한 모든 범죄의 재판은 陪審制로 한다. 그 재판은 그 범죄가 행하여진 州에서 하여야 한다. 다만 그 범죄자가 어느 州에도 속하지 아니할 경우에는 聯邦議會가 법률에 의하여 정하는 장소에서 재판한다.

40) 과연 그런한지 註38)과 註39)를 비교 대조하여 보기 바란다.

다. 司法審査의 理論的 根據

위와 같은 마샬의 理論이 美國 司法審査制의 이론적 논거가 되었으나 이는 마샬에 의하여 獨創的으로 개발된 것이 아니고 이미 해밀턴에 의하여 개진된 바가 있던 이론이었으며⁴¹⁾ 더 근원적으로는 영국 코크(Edward Coke) 판사의 理論⁴²⁾에서 유래한다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 그 논거를 요약하면 다음과 같다.⁴⁴⁾

(1) 法官의 기능은 담당하고 있는 구체적 事件에 法을 適用하기 위하여 法을 解釋하는 데에 있다.

(2) 法解釋의 諸原則 가운데 하나는 2가지 法이 서로 모순될 때 法官은 그 중 優位에 있는 法을 適用하여야 한다는 原則이다.

(3) 두 가지 法이 同等한 規範力을 가졌을 때는 「後法은 先法을 깬다」든가 「特別法은 一般法을 깬다」라는 등 전통적 기준에 따라 適用法을 정한다.

(4) 그러나 相異한 規範力을 가진 立法이 서로 모순되는 경우에는 이러한 기준에 따를 것이 아니고 「上位法은 下位法을 깬다」는 기준에 따라야 한다. 硬性憲法은 그것과 모순되는 모든 一般法律보다 우위에 선다.

(5) 그러므로 一般法律이 憲法과 모순될 때 法官은 일반법률을 무시하고 憲法을 적용해야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것이다.

라. 理論的 論據의 憲法的 正當性

그렇다면 위와 같은 司法審査의 理論的 論據는 美國憲法上 正

41) The Federalist No. 78, 1788 New York, p.294; C. L. Black, The People and the Court, Judicial Review in Democracy, 1960, New York, MacMillan Publishing Co., p.158, 229 코멘트 부분 참조.

42) 이 理論에 알기 쉬운 要約으로서는, 韓炳奭, 前揭書, 44-48쪽 참조.

43) 이에 대해서는 주로 영국인들에 의한 비판적 立場이 있음에 유의할 필요가 있다.

44) 논거는 모든 논술에서 거의 일치된다. 마우로 카펠레티, 前揭 譯書, 74쪽의 要約이 잘된 것으로 생각되어 이에 따라 재요약을 하여 본다.

當한 것인가? 明白한 條文이 없는 美國憲法에서 憲法制定者들은 司法審査를 肯定하였는가? 否定論⁴⁵⁾이 없는 것은 아니나 肯定論이 一般的으로 認定되고 있다.⁴⁶⁾ 憲法制定者들의 이에 대한 의도를 肯定的으로 해석하는 대표적 학자 중의 한사람이라고 할 수 있는 비어드(Charles A. Beard)에 의하면 憲法會議에 참석했던 55人中 憲法制定過程에 활발하게 참여하여 영향력을 발휘한 25인 가운데 해밀턴 등 17인⁴⁷⁾이 直接的이든 間接的이든 議會에 대한 司法統制에 찬성했다고 한다.⁴⁸⁾ 코윈(Edward S. Corwin) 교수도 파란드(Max Farrand)의 주장을 인용하면서 55인의 憲法會議 참여자 중 최소한 17인⁴⁹⁾이 司法審査를 憲法的 구조의 部分으로 예상하였다고 하였다.⁵⁰⁾ 근래 이 論爭은 憲法史學者 버거(Raoul Berger)에 의하여 다시 한번 다루어졌는데 그의 立場은 비어드나 코윈과 크게 다르지 않고 憲法制定者들이 司法審査를 憲法的 구조의 一部分으로 생각하였다고 결론을 내리고 있다.⁵¹⁾ 그러면 그런데도 불구하고 왜 憲法制定者들은 司法審査를 明文으로 인정하지 않았을까? 明確한 이유를 알 수 없으나 당시

45) 예컨대, Boudin, *Government by Judiciary* (2 vols), 1932; W.W. & W.J. Grosskey, *Politics and the Constitution in the History of U.S.*(3 vols). 1953, Chicago, University of Chicago Press 等.

46) C.A. Beard, E.S. Corwin, A.C. Mclaughlin, R. Berger 等이 대표적인 肯定論者라고 할 수 있고, 긍정하는 편에 서고 있는 學者가 훨씬 다수라고 하면 보다 맞는 말이 될 것이다.

47) Hamilton, Johnson, King, Dickinson, Madison, Randolph, Ellsworth, Blair, Martin, Mason, Washington, G. Morris, R. Morris, Williamson, Gerry, Paterson, Wilson 등 17인.

48) C.A. Beard, *The Supreme Court—Usurper or Grantee?*, *Political Science Quarterly*, vol.27.,(reprinted in R.G. McGloskey, *Essays in Constitutional Law*), 1912, pp.25-58 (李相敦, *美國의 憲法과 聯邦大法院*, 1983, 서울, 學研社, 24쪽 주24 간접인용).

49) 다만 Beard가 든 17인과는 그 명단에 다소 차이가 있다.

50) E.S. Corwin, *The Doctrine of Judicial Review*, 1914, Princeton N.J., Princeton University Press, pp.10-11.

51) R. Berger, *Congress v. The Supreme Court*, 1969, Cambridge, Harvard University Press, p.335.

憲法制定者들이 司法審査制에 대한 그들의 意圖를 은폐하려고 했다는 코윈교수의 지적은⁵²⁾ 어떤 說明이 될 수 있다고 본다. 아무튼 맥클로스키(McCloskey) 교수의 표현대로 헌법의 文言과 그 制定者들의 意圖는 大法院이 強力한 司法府로 變換 가능성을 배제하지 않고 있다⁵³⁾는 점만은 分明하다.

마. 司法審査制 成功의 要因

사법심사의 憲法的 正當性에 관하여 위에서 본 바와 같이 美國內에서도 논란이 불식되어 있는 것이 아니고 사법심사가 다른 나라에 이식되어서는 별다른 成功을 거두지 못하고⁵⁴⁾ 있음에도 不拘하고 美國에서만은 美國型 司法審査가 완전히 뿌리 내린지 아주 오래일 뿐만 아니라 매우 活潑히 運用되고 있다. 그것을 가능케 하는 要因은 무엇일까? 미국의 法社會學者 프리드만(Lawrence M. Friedman)은 미국사회에 있어 法院이 社會變動을 위하여 積極적 역할을 수행할 수 있는 요인으로 다음 몇 가지 사항을 들고 있는데⁵⁵⁾ 이것이 바로 그러한 요인이라고 할 수도 있다고 생각되어 옮겨 본다. 첫째는 積極的인 辯護士集團의 存在이다. 미국에는 오직 公益을 위해 活動하는 積極적이고 政治的인 性向을 띤 많은 변호사들이 있으며 이들은 公的·私的 機關에 의해 지원을 받고 있다. 둘째는 積極的인 判事들의 存在이다. 여기에 있어서 “적극적”이라 함은 반드시 進步的이어야 한다는 것을 意味하는 것이 아니고 자신의 良心에 따라 既存의 法原則이나 政治的 決定에 變動을 가하는 것을 두려워하지 않는 것을 의

52) E.S. Corwin, Ibid., p.17.

53) R.G. McCloskey, The American Supreme Court, 1960, Chicago, The Univ. of Chicago Press, p.9.

54) 미국을 제외하고는 모든 국가에서 성공을 거두지 못하고 있다고 하여도 틀린 말은 아니라고 본다. 선진국이라고 할 수 있는 일본에 있어서 헌법재판의 침체는 이를 잘 보여주고 있는 보기라 할 만하다.

55) L.M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, 1975, New York, Russel Sage Foundation, pp.278~9.

미한다. 셋째는 純粹한 社會運動이 存在하고 그 가치관이 적어도 一部の 判事들에 의하여 공유되고 있다는 점이다. 끝으로 들 수 있는 것은 일정한 社會변동을 초래하는 判決에 대하여 權力엘리트들이 이를 거부하는 것이 아니고 도리어 그 결과를 받아들인다는 점이다. 이를 可能케 하는 것은 물론 司法府에 대한 國民의 신뢰와 이를 바탕으로 한 司法權의 獨立이다. 이 마지막 要因이야말로 가장 중요한 요인인 동시에 美國 以外の 國家에서는 찾아보기 힘든 條件이라고 할 수 있을 것이다.

2. 司法審査의 機關

가. 모든 法院이 審査機關

미국에 있어 司法審査權은 연방대법원만 가지고 있는 것인가? 美國司法審査制에 관하여 說明하고 있는 국내 문헌의 대부분이 주로 聯邦大法院의 司法審査에만 중점두어⁵⁶⁾ 說明하는 데서 오는 不知不識간의 어떤 인상 때문인지를 속단할 수 없으나 마치 司法審査權은 연방대법원만 가지고 있는 것으로 잘못 아는 경우가 없지 않은 아닌 것 같다. 그러나 연방대법원은 特定한 事件⁵⁷⁾에 대한 最終的 司法審査權을 가지고 있고 연방대법원에서 하는 司法審査가 가장 重要하다는 것일 뿐 연방대법원만이 司法審査權을 갖는 것이 아니다. 그러면 어떤 法院들이 司法審査權을 가지고 있는가? 간단하게 말한다면 모든 一般法院이 審理중인 事件의 前提問題로서 法律의 憲法違反이 問題된다면 이에 관한 司法審査權을 가지고 있다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 여기에 있어서 모든

56) 과연 그러한지 註14), 註15)의 각 論文들을 일별하면 곧바로 이런 현상을 발견할 수 있을 것이다.

57) 연방하급법원의 判決, 각주 대법원의 판결 가운데 중요한 연방문제(substantial federal question)가 개입되어 있는 사건.

一般法院은 州法院(State Court)과 聯邦法院(Federal Court)을 모두 포함한다. 주법원에 속하는 군법원(County Court), 주항소법원(State Court of Appeals), 대법원(State Supreme Court) 등 각급법원은 물론 연방법원에 속하는 연방지방법원(Federal District Court) 연방항소법원(Federal Court of Appeals), 연방대법원(U.S. Supreme Court) 등 一般法院과 연방특수법원이라고 할 수 있는 연방관세법원(U.S. Customs Court) 등 모든 法院이 계속중인 事件과 관련하여 司法審査의 問題가 提起될 수 있는 것이다. 이를 좀 더 자세히 살펴보기 위하여서는 미국의 各級法院과 그 管轄權에 관하여 세밀한 검토가 있어야 하겠지만 본고에서는 그에 관하여 개괄적인 說明만 하기로 한다.⁵⁹⁾

나. 美國의 各級法院과 그 管轄權

우선 미국의 法院은 聯邦法院(Federal Court)과 州法院(State Court)의 二元的 구조로 이루어져 있음을 알아야 한다. 물론 國民生活과 보다 밀접하게 연결되어 있고 全體 法律紛爭의 90퍼센트 이상이 주법원에서 해결되고는 있지만⁶⁰⁾ 그렇다고 하여서 연방법원의 중요성이 주법원에 비하여 뒤지는 것은 결코 아니다. 어쨌든 美國에는 50個州의 法院組織과 1個의 聯邦法院組織이 存在하는 복잡다기한 司法構造를 가지고 있고 이점이 여러 가지 問題를 복잡하게 하고 있음을 전제적으로 言及하고자 한다.

(1) 聯邦法院의 組織과 管轄

연방법원 제3조는 연방 사법부가 1개의 대법원(Supreme

58) 따라서, 州法院의 연방헌법위반에 대한 심사권은 연방대법원이, 주입법의 주헌법위반에 대한 심사권은 주대법원이 갖는다는 식으로 접근하는 일부 국내논문의 논술태도는 바람직하지 않을 뿐만 아니라 정확성에도 문제가 있다고 본다. 元鍾九, 前揭論文, 8쪽 ; 曹正燦, 憲法裁判制度에 대한 比較憲法の 考察, 서울大 碩士論文, 42쪽 등 참조.

59) 이에 관하여서는, Lawrence M. Friedman 著/徐元宇·安京煥 譯, 美國法 入門, 1987, 서울, 대한교과서주식회사, 74-81쪽이 개괄적 이해를 위한 좋은 참고가 될 것이다.

60) Lawrence M. Friedman 前揭論文, 386쪽 참조.

Court)과 議會가 창설하는 하급법원들(Inferior Courts)로 구성된다고 규정하고 있다. 이에 根據하여 1789년 최초의 法院組織法(The Judiciary Act of 1789)이 제정되었고 그에 따른 하급법원 조직이 탄생함으로써 최초의 연방 사법부의 완성을 보게 된다. 그 후 미국의 확장과 발전에 따라 연방법원도 그 조직이 확장·발전되었고⁶¹⁾ 그 때마다 법원조직법은 수차 개정된다. 1989년 現在는 1개의 聯邦大法院(The Supreme Court of the United States of America ; 약칭하여 U.S. Supreme Court)과 13개의 聯邦抗訴法院(Federal Court of Appeals) 및 94개의 聯邦地方法院(Federal District Court)이 설치되어 있고 法官의 수는 大法院은 9명,⁶²⁾ 연방항소법원은 168명, 연방지방법원은 575명이다.⁶³⁾

연방대법원은 ㉠ 연방下級法院의 判決, ㉡ 各州 大法院의 判決 가운데 중요한 연방문제(substantial federal question)가 개입되어 있는 사건에 관한 最終管轄權을 갖는다. 但, 연방稅務法院(U.S. Tax Court), 高等軍事法院(U.S. Court of Military Appeal) 및 海外領土法院(U.S. Territorial Courts)의 판결에 대한 上訴는 제한되어 있어 이들 판결에 대한 管轄權은 제한적으로만 행사될 수 있다. 最終管轄權이 아닌 原審管轄權을 연방대법원이 갖는 경우로는 ㉢ 合衆國과 州 사이의 紛爭, ㉣ 州와 州 사이의 분쟁, ㉤ 外國의 外交使節이 관련된 사건, ㉥ 어느 州가 다른 州의 市民, 外國人 또는 外國政府를 相對로 訴를 提起한 경우가 있다. 聯邦抗訴法院은 ㉦ 聯邦地方法院의 判決, ㉧ 푸에르토리코(Puerto Rico), 구암(Guam), 버진 아일랜드(Virgin Island), 마리아나

61) 연방 법원의 발전사에 관하여서는 ; E.C. Surrency, History of the Federal Courts, 1987, New York, Oceana Publications를 참조하기 바람.

62) 연방대법원 관사수는 최초에 6명이었다. 그후 7명, 9명, 10명으로 늘어났다가 7명으로 다시 줄어든 일도 있었으나 1869년 이래 9명이 되었다.

63) 1989년 통계이다. Federal Judicial Center, Creating the Federal Judicial System, 1989, Washington, D.C., p.30.

群島(Mariana Islands), 파나마 운하 구역(Canal Zone)의 海外領土法院의 관할, ㉔ 연방독립규제위원회의 심판, ㉕ 기타 법이 정하는 연방정부기관의 決定에 대한 抗訴審 또는 原審管轄權을 갖는다. 연방지방법원은 ㉖ 美合衆國에 대한 犯罪, ㉗ 合衆國 憲法, 法律 또는 條約과 관련하여 발생한 民事事件으로 소송물 價額이 10,000달러 이상인 事件, ㉘ 다른 州의 市民 사이에, 또는 外國人과 美國市民 사이에서 發生한 事件으로 소송물 價額이 10,000달러 이상인 事件, ㉙ 海事 및 捕獲 事件, ㉚ 연방정부기관의 명령과 행위에 대한 執行再審, ㉛ 기타 議會가 法律로 정하는 事項에 관한 原審管轄權을 가지고 있다.⁶⁴⁾

그밖에 特殊法院이라고 할 수 있는 聯邦請求法院(U.S. Court of Claims), 연방關稅特許抗訴法院(U.S. Court of Customs and Patent Appeals), 연방關稅法院(U.S. Customs Court), 연방租稅法院(U.S. Tax Court)과 軍事高等法院(U.S. Court of Military Appeals)은 각 特定한 事件에 대하여 管轄權을 행사한다.

(2) 州法院의 組織과 管轄

州法院의 조직과 관할은 앞에서 잠시 言及한 바와 같이 50個州가 모두 다르다고 할 수 있으므로 이를 일률적으로 說明한다는 것은 참으로 곤란하다. 各州의 法院이 서로 다른 各州의 憲法과 法律에 따라 조직되는 데에서 오는 당연한 결과일 것이다. 그러나 구체적으로 살펴보면 미국이라는 同一한 法律文化의 토양 위에서 조직되고 운영되는 制度的 類似性 내지는 同一性이 많이 발견되고 그러한 점에서 어떤 공통성을 발견할 수 있다. 위와 같은 공통성을 지니고 있다고 생각되는 類型의 法院과 관할에 관하여 概觀하면 다음과 같다.

첫째는, 州大法院(State Supreme Court)을 들 수 있다. 흔히

64) 註36)의 Constitution of the United States Article 3. Section 2. 참조.

“슈프림 코트(Supreme Court)”라고 불리지만 州에 따라서는 다른 이름을 갖기도 한다.⁶⁵⁾ 州大法院은 州 下級法院의 判決에 대한 上告審 管轄權을 가지고 있고 대부분은 法律審이고 最終審이다. 그러나 州大法院의 判決이 중요한 연방문제가 개입되어 있는 事件에 대한 것인 경우에는 연방대법원에 上告될 수 있음은 앞에서 言及한 바와 같다. 둘째는, 州抗訴法院(State Court of Appeals)을 들 수 있다. 명칭은 州大法院과 마찬가지로 50개주가 모두 같은 것은 아니다. 어필릴 디비전(Appellate Division), 슈피리어 코트(Superior Court), 어필릴 코트(Appellate Court) 등 아마도 그 명칭이 가장 다양한 法院일 것이다. 연방의 경우에 있어도 동일하지만 州에 있어서도 上告가 제한되어 있는 탓으로 대부분의 事件은 抗訴法院에서 종결된다. 뉴욕(New York)이나 캘리포니아(California) 등 몇몇 주에 있어서는 항소법원의 체계가 多元化되어 重複抗訴의 경향이 있다는 비판이 있어 항소법원 體系의 단일화를 시도하고 있다. 항소법원은 州一審法院의 判決에 대한 항소사건에 대한 항소심 관할권을 갖는다. 셋째는, 郡法院(County Court)을 들 수 있다. 가장 일반적인 一審 事實審法院(Trial Court)이라 할 수 있다. 당해 郡을 관할하는 法院으로 어떤 郡법원은 우리나라에 있어 지방법원보다 그 규모가 더 크다. 일정한 額數 以上の 모든 民事訴訟事件과 일상적인 輕罪事件(demeanor)을 제외한 모든 刑事事件에 대한 관할권을 갖는다. 넷째는 地域法院(Municipal Court)을 들 수 있다. 州에 따라서는 市法院(City Courts) 또는 警察法院(Police Court)으로 흔히 명명된다. 소송물가액 500달러 내지 1,000달러 이하의 民事事件과 약

65) Supreme Court of Errors, Supreme Judicial Court, Court of Appeal라고 부르는 州도 있다. New York 州에 있어서는 1심법원이 Supreme Court, 항소법원은 Appellate Division of the Supreme Court, 최고법원은 Court of Appeals라고 부르고 있다. 보다 자세한 것은, 徐希源, 英美法 講義, 1988, 서울, 博英社, 137-138쪽 참조.

간 중요한 輕罪事件에 대한 관할권을 가지고 있다. 끝으로, 治安法院(Justice's Court)을 들 수 있다. 곳에 따라서는 매지스트레이트(Magistrate)라고 불리기도 하는 治安法院은 州法院 가운데 가장 下級法院이라고 할 수 있는데 法에 의한 엄격한 재판을 한다고 하기보다는 正義나 善과 같은 平均人의 감정에 기초하여 재판하는 곳이다. 治安法院을 구성하는 治安判事(Justice of Peace)가 반드시 변호사일 것이 요구되지 않은 常例가 정착되어 있고 대부분의 州에 있어서 治安判事の 80퍼센트 이상이 法律學位가 없는 一般人이다. 굳이 말한다면 우리 나라의 巡廻審判所에 法官이 상주하면서 경미한 사건에 대한 재판을 하는 형태에 비견할 수 있을 것이다. 治安法院은 訴訟物 가액 200달러 이하의 民事事件과 사소한 輕罪에 해당하는 刑事事件에 대한 관할권을 갖는다.

3. 司法審査의 對象

가. 法律과 條約

司法審査의 대상으로서 가장 重要한 것은 法律이다. 여기에 있어서 法律은 聯邦法律은 물론 主法律을 포함한다. 州法律은 항상 주법원에서만 司法審査의 대상이 되는 것이 아니고 연방법원에 있어서도 司法審査의 대상이 될 수 있다.⁶⁶⁾ 그 反對의 경우도 물론 가능할 것이다. 條約의 경우는 대개 政治的 問題라는 이유로 違憲審査가 거부되어 왔다는 見解가 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이는 옳

66) 연방법원의 소송에 있어서 州法을 적용할 것인가, 聯邦法을 적용할 것인가는 미국법상 Conflicts of Law의 기본문제이다. 이에 관하여서는 ; Maurice Rosenberg et al., Elements of Civil Procedure(4th ed.), 1984, New York, Foundation Press, pp.382-425; 최공웅, 國際訴訟法, 1984, 서울, 育法社, 165-199쪽 등 참조. 어떻게 연방법원에서 州法이 많이 적용되고, 사건과 관련하여 위헌심사문제가 제기될 수 있는 것은 자명하다.

지 않는 견해라고 생각된다. 美國의 司法審査에 있어 條約이 위헌심사의 대상이 됨을 밝히고 있는 국내 문헌이 거의 없는 형편이지만 어떠한 條約은 原則적으로 司法審査의 대상이 된다고 본다. 다만 그 效力이 美國 국내에서만 미치거나 美國民 사이에서만 미치는 것으로 이해하면 될 것이다. 그 對象성과 審査의 效力에 관하여 몇가지 문제가 있기는 하나, 여기에서는 論及을 줄인다.⁶⁸⁾

나. 行政立法

行政立法의 경우는 어떤가? 美國은 전통적으로 立法府가 立法權을 行政府에 委任하는 것에 대하여 이를 禁止하는 論理的 原則 위에 기초하고 있지만 이러한 원칙을 엄격하게 고집하는 것이 社會發展에 따른 行政立法의 실질적인 필요 등에 따라 사실상 불가능하게 되어 소위 準立法(quasi-legislative)權⁶⁹⁾을 위임할 수 있다는 논리의 전개 등을 거쳐 오늘날은 「立法權의 委任을 금지한 낡은 原理는 사실상 戰場에서 퇴각하고 전투를 포기한 것」⁷⁰⁾이라고 보아도 무방할 상태가 되었다고 할 수 있다. 즉, 委任立法의 禁止에 관한 憲法上 原理는 이제 立法機能을 포기하는 것과 같은 과도한 權限을 行政府에 委任해서는 안된다는 原理이지 넓은 의미에서 委任立法權을 주는 것까지 反對하는 것은 아닌 것이다.

어떻든 오늘날 위와 같은 委任立法權에 의하여 만들어진 行政立法들이 司法審査의 대상이 되는 것은 美國式 司法審査制度下

67) 元鍾煥, 前揭論文 9쪽 ; 曹正燦, 前揭論文, 45쪽 등.

68) 보다 깊은 접근을 위하여서는, L. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 1975, New York, W.W. Norton & Company pp.129-172, 203-224; 국내문헌으로는 梁建, 美國憲法과 對外問題, 1979, 서울, 三英社, 139-186쪽을 각 참고하기 바란다.

69) 理論上的 딜레마를 극복하기 위하여 만들어낸 용어일 뿐 立法權의 委任에 다른 아니라고 보아 무방하다.

70) 41 American Bar Association Reports, p.356, 368 (B. Schwartz 著/尹世昌 譯, 美國行政法, 1981, 서울, 高大出版部, 27쪽에서 간접인용).

에서 매우 당연한 일이다. 行政立法 뿐만 아니라 行政行爲 自體에 대한 司法審査 또한 가능함은 물론이다. 그러나 행정행위에 대한 司法審査는 우리식 관념에 의하면 行政事件에 대한 法院의 재판일 뿐이지 헌법재판의 영역에 속하는 문제는 아닐 것이다.

다. 其他 問題

聯邦과 州 間의 權限紛爭, 彈劾事件, 政黨에 관한 判決, 選舉 訴訟 等과 관련된 法律的 분쟁까지 美國의 헌법재판 범주에 넣는 立場에 선다면, 미국의 法院에서 벌어지는 이와 관련된 모든 분쟁까지 美國違憲裁判의 대상이라고 보아야 할 것이다. 이러한 문제들이 미국식 사법심사의 구조하에서 法院의 심사를 거치는 것은 매우 당연한 노릇이지만 그렇다고 하여 이를 위헌법률심사와 같은 영역에 속하는 사법심사의 대상으로 인식하기에는 확실히 미국식 사고방법으로 생각할 때 무리가 있다. 그러나 헌법재판이 미국의 독점물이 아닌 다음에야 집중형 국가의 관점에서 그리 못 볼 바도 아닌 것이다.

4. 司法審査의 節次

가. 獨立節次的 不存在

獨立한 司法審査機關으로서 憲法裁判所를 설치하고 있는 集中型 國家에서는 具體的 事件을 떠나서 抽象的으로 提起된 憲法問題에 대하여 獨立한 節次에 따라 그 問題만을 審査하는 것이 원칙이다. 그러나 美國에서는 憲法問題를 主要問題로, 특히 그것을 위한 申請에 의해서 개시되는 獨立憲法事件으로 내용을 수가 없다. 헌법문제는 구체적인 民事, 刑事事件 또는 기타 爭訟의 內容一部를 이루면서 그 재판에 관련이 있는 範圍 내에서만 일어나고, 헌법문제를 제기하는 어떤 事件을 재판할 권한이 있는 法院

이 바로 憲法問題 자체도 그 재판절차에서 판단한다. 어떤 特別한 憲法이나 法律에 정한 별도의 節次에 의하여 재판하는 것이 아니고 헌법문제에 대한 審理는 당해사건의 附隨的 節次에 지나지 않게 되는 것이다. 미국의 헌법학자 카우퍼(Paul G. Kauper)가 연방대법원을 포함한 美國의 法院은 「具體的 爭訟과의 관계내에서만」 또한 「事件의 解決에 필요한 한도내에서만」 법률의 합헌성에 관한 문제를 審理判斷으로 지적한 것이나⁷¹⁾ 미국에 있어서 헌법문제는 어떤 形式의 재판절차에서나 제기할 수 있다고 記述한 것은 매우 적절한 표현이라고 본다. 결국 美國의 憲法裁判節次는 一般法院의 民·刑事, 行政事件 재판절차에 부수되는 절차로 그 재판절차의 一部節次에 다름 아니라고 말할 수 있는 셈이다. 이를 좀 더 명확히 이해하기 위하여서는 미국의 裁判節次 一般을 살펴보아야 할 것이겠으나 이는 헌법적 次元에서 논의될 問題도 아니고 本稿의 논점을 벗어난 일이므로 생략하기로 한다. 다만 한가지 관련하여 言及하고자 하는 것은 憲法問題의 중요성을 고려하여 때로는 聯邦이나 當局이 事件의 正當한 當事者로서가 아니라 利害關係 있는 제3자로서 節次에 관여하여 소위 參考意見書(amicus curiae brief)라는 것을 法院에 提出하여 合憲性 問題에 관한 자신들의 견해를 제시하기도 한다는 점이다.

나. 前提問題性的 變化

憲法問題가 구체적인 爭訟을 前提로 하여 그 內容 一部를 이루면서 그 爭訟과 關聯이 있는 범위 내에서만 일어나도록 되어 있는 것이 美國憲法裁判의 當然한 節次的 原理임을 앞에서 본 바와 같다. 그러나 이러한 司法審查의 前提問題성을 강조하는 마

71) P.G. Kauper, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States* in Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte and Rechtsvergleichung*, 1962, Köln-Berlin, Heymanns, S.571, 573.

살判事의 理論은 오늘날 상당한 變化를 보이고 있다. 「事件性(Cases and Controversies)」 및 그 내용을 이루고 있는 「可判性(Judicability)」, 「당사자자격(Standing)」 등 法院이 취하고 있던 자기억제적인 古典의 原則들은 集團訴訟(class action), 宣言的 判決을 요청하는 사건 등에서 法院이 具體的 訴訟의 存在라고 하는 前提要件을 느슨하게 適用하여 구체적으로 소송으로서의 요건을 갖추었는지 여부나 실질적으로 법적 判斷을 받을만한 가치가 있는지 여부에 중점을 둔다기 보다는 오히려 形式的으로 구체적 소송이 존재하기만 하면 그러한 소송에서 問題되는 헌법 문제를 받아들여 심리하는 태도를 보임으로써 전제문제성이란 요건은 부분적으로 그 실질을 잃고 말았다고 할 수 있다.⁷²⁾ 위와 같은 法院의 태도를 연방대법원이 최종적으로 받아들임으로써 어떤 意味에서는 이제 미국의 연방대법원도 一般의 上訴法院에 지나지 않는 性格을 부여받은 측면이 생겨났는가 하면 다른 한편으로는 유럽의 헌법재판소와 마찬가지로 違憲審査를 위한 特別機關으로서의 性格을 갖게 되는⁷³⁾ 二重的인, 어떤 意味에서는 混血的인 구조적·운영적 특징을 부여받게 되었다고 할 수 있다.

5. 司法審査의 效力

가. 當然無效論의 原理-邇及的·對人的 效力

美國式 司法審査制에 의하면 違憲인 法律은 처음부터 當然히 무효이고 判決은 이를 確認하는 것에 지나지 않는다는 論理構造를 갖게 된다.⁷⁴⁾ 이것이 바로 마샬 大法院長이 세운 司法審査의

72) 마우로 카펠레티, 前掲譯書, 108쪽.

73) P.G. Kauper, The Supreme Court: Hybrid Organ of State, 21. Southwestern Law Journal, 1967, p.573, 577(마우로 카펠레티, 前掲譯書, 108쪽 간접인용).

基本論理였다. 처음부터 무효였던 것이므로 判決의 效力은 遡及的(ex tunc)이다. 단, 원시적·소급적 무효이기는 하나 一般的 效力(Allgemeinwirkung)을 갖는 것이 아니고 個別的 效力(Individualwirkung)을 갖는다는 점에 유의하여야 한다. 물론 이러한 個別的 效力은 先例拘束의 原則(Stare Decisis)에 의하여 一般的 效力을 確保하고 있는 것과 實質적으로 同一한 結果를 초래하기도 한다.

이에 비하여 소위 集中型 국가에 있어서는 違憲法律이 當然無效인 것은 아니고 取消할 수 있는 것에 지나지 않는 것이며 따라서 설사 위헌法律이라도 헌법재판소의 判決이 선고되기까지는 有效하다는 論理構造를 갖게 된다. 이러한 判決의 將來效(ex nunc)는 一般效, 즉 對世的 效力과 연결되어 있다. 재미있는 것은 집중형을 택하고 있는 독일이나 이태리에 있어서 위헌판결의 效力은 집중형 국가의 論理的 純粹形態인 장래효·일반효를 갖는 것이 아니고 遡及效·一般效를 갖는 論理的 混合構造를 가지고 있다는 점이다. 이점 역시 집중형과 비집중형의 統合的 경향의 하나라고 할 수 있을 것이다.

나. 當然無效·遡及效理論의 克服

그런데 當然無效論 내지 遡及效 이론은 美國型 司法審査國家에서 論理的으로 純粹할지는 몰라도 現實적으로는 큰 問題點을 가지고 있는 약점을 지니게 된다. 즉, 어떤 法律이 위헌이라는 이유로 그 法律을 當然無效라고 보고 그 效力을 遡及적으로 否認하게 된다면 그에 기초한 모든 法律行爲의 法的 效果가 否認되게 되어 法的 安定性을 크게 해치는 현상이 나타나게 되는 것이다.⁷⁵⁾

74) 「최고법원이 의회의 법률을 무효라고 선언할 때는, 보통 그것이... 본래 무효라는 것을 의미하고 있다」 - E.S. Corwin, The "Higher Law" Background of American Constitutional Law, 42, 48 Harv. L. Rev. 149(1928) 등 참조.

이러한 現實的인 이유 때문에 19세기 중기 이후 그때까지 學說과 判例의 지지를 얻고 있던 當然無效論·遡及效說은 점차 변화를 거듭하게 된다. 예컨대, 法律은 法院이 無效라고 判決할 때까지는 一應 有效한 것으로 推定한다는 合憲性推定の 論理를 導入하여 違憲法律이라 할지라도 判決前에는 事實上的 效力을 認定하기로 한 것이나 違憲法律이라고 判決하는 경우에도 이 法律을 當然無效로 보지 아니하고 法律適用의 拒否로 解釋하여 先例拘束의 原則上 그러한 判例를 變更하지 아니하는 한 그와 같은 法律을 適用할 수 없다고 한 판례는⁷⁶⁾ 위와 같은 변화를 보여주고 있는 좋은 보기일 것이다.

오늘날에 있어서는 적어도 위와 같은 純理論的이고 非現實的인 當然無效論·遡及效論이 어느 정도 克服되었음이 明白하다.⁷⁷⁾ 美國의 연방대법원은 最近의 판결에서 소급효와 將來效의 問題에 관하여 어느 일방을 前提로 한 판결을 하는 것을 포기하고 公共 政策(public policies), 즉 公益的 측면과 個人의 權利救濟를 교량하는 立場을 취하고 있는 것으로 보인다.⁷⁸⁾ 공공정책과 個人의 權利를 교량하여 個人의 권리구제에 현저히 不當한 결과를 초래하는 경우가 아니면 遡及效를 가능한 한 制限하는 立場으로 전환되어 있다고 볼 수도 있을 것이다. 소급효와 관련하여 가장 問題가 되는 것은 후에 違憲으로 宣言된 法律에 의하

75) 이점이 당연무효론이 안고 있는 가장 큰 문제이다. 역시 소급무효설을 취하고 있는 독일의 경우도 이점은 마찬가지고 이를 극복내지 회피하기 위하여 소위 變形判決이라는 특수한 형태의 결론들이 등장하게 된다. 미국이 이 문제를 극복하여 가는 과정과 대비하면 흥미로운 결과를 얻을 수 있을 것이다.

76) 위와 같은 두 가지 변모의 例는, 元鍾丸, 前掲論文, 12面에서 轉用하였음. 적용거부판례는 Shephard v. Wheeling, 3W, Va. 479, 4 U.S. 435(1887)가 인용되고 있다. 그러나 위 判例가 적용거부판례인지는 몇 가지 의심이 든다. G. Gunther, op. cit. p.28 참조.

77) 그렇다고, 오늘날 미국의 통설이 元重丸, 전계논문이 쓰고 있는 것과 같이 소위 '개별적 사건의 이론원칙'인지에 대하여서는 필자는 의심을 두고 있다.

78) 마우로 카펠레티, 前掲譯書, 120쪽.

여 有罪가 되어 복역중에 있는 자에 대한 경우이다. 미국의 경우 判例法에 의하여 이러한 경우 석방요구를 받아들이고 있는데⁷⁹⁾ 적어도 이러한 問題들에까지 소급효이론을 완전히 포기하기는 어렵다고 본다.⁸⁰⁾

다. 對人的 效力의 변모

앞에서 說明한 바와 같이 美國式 司法審査의 效力은 對世의이 아니고 對人的이다. 그러나 이러한 對人的 效力의 문제도 점차 변화의 흔적이 보인다. 즉, 美國의 연방대법원은 근래에 미국사회에서 일어났던 큰 사건들에 관하여 社會的 影響을 고려하여 스스로 立法的 기능까지를 감당한 對世的 效力을 염두에 둔 判決을 하기 始作한 것이다. 예를 들면, 學校의 人種差別事件, 選舉 區定員再分配事件 等⁸¹⁾ 소위 集團訴訟으로서 실제로 당사자가 되어 있는 原告뿐만 아니라 같은 立場에 있는 다른 모든 사람들을 위하여서도 동일한 救濟가 요구되고 있는 性質을 갖는 소송에 있어서 發生되는 憲法問題에 관하여서 연방대법원은 극히 立法的인 判決을 하였던 것이다. 학교는 즉시 差別을 철폐해야 하

79) 마우로 카펠레티, 前掲譯書, 121-122쪽 참조. 참고적으로 언급하자면 우리나라의 경우는 憲法裁判所法 제47조 제3항, 독일의 경우는 연방헌법재판소법 제79조 제1항에 따른 再審에 대한 救濟가 가능하다.

80) 당연무효론에 따른 소급효인정의 당초입장에서 이를 제한하는 쪽으로 발전하여 왔으나, 형사문제에 관한 한 오히려 이를 다시 확대하는 입장이라고 하는 편이 옳을 것이다. 보다 자세하게는, Lockhart et al., op. cit., pp.115-122; L.H. Tribe, American Constitutional Law(2nd ed.), 1988, Mineola New York, Foundation Press, Inc., pp.26-32와 그에 인용되어 있는 판례들 가운데 특히 Mapp V. Ohio, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684(1961); Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 85 S. Ct. 1731(1965); Stovall v. Denno, 388 U.S. 29, 87 S. Ct. 1967(1967); Payton v. New York, 445 U.S. 573, 100S. Ct. 1371(1980); U.S. v. Johnson, 457 U.S. 537, 102 S. Ct. 2579(1982); Shea v. Lousiand, 470 U.S. 51, 105 S. Ct. 1065(1985) 각 판례들의 변천경향을 참조하기 바란다.

81) 각 대표적인 사건으로는 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954)와 Baker v. Carr, 369 U.S. 186(1962); Brown 사건의 판결문은 L.M. Friedman, 前掲譯書, 419쪽-423쪽에 번역되어 있으니 참조하기 바란다.

는 것이 아니고 「적절한 속도로(with deliberate speed)」 철폐해야 한다는 식의 판시는⁸²⁾ 對世的 效力을 염두에 둔 고려임이 분명하고 이러한 고려는 선거구정원재분배사건의 경우에 있어서도 전혀 마찬가지였다. 이것들은 확실히 당사자들 사이의 분쟁 이상의 문제였다.

6. 司法審査의 民主的 正當性

美國의 司法審査制는 그 制度的 成功에도 불구하고 오늘날까지 그 民主主義的 正當性에 관하여 끊임없는 의문이提起되고 있고 이를 바탕으로 司法審査의 制約과 限界가 논의되고 있다. 民主主義的 正當性을 否認하는 立場과 肯定하는 立場을 要約하여 본다.

가. 正當性 否認論

司法審査의 民主的 正當性을 부인하는 입장에서는 주로 다음 3가지 점에서 그 論據를 展開하고 있다.

첫째, 司法審査는 美國憲政秩序의 밑바탕을 이루고 있는 民主主義的 原則에 어긋난다는 것이다.⁸³⁾ 즉, 司法審査는 民主主義的 의사결정방식으로 認定되는 多數決의 原則에 어긋나므로 國民多數意見支配의 원칙에 반하고, 또한 民主主義란 現在의 國民意思에 의한 支配라 할 수 있는 것인데 司法審査는 憲法 속에 담겨져 있는 過去の 意思에 의하여 現在의 意思를 支配하게 되는 결과를 초래하는 만큼 이 점에서도 非民主性을 否認키 어렵다는

82) Alexander V. Homes County Board of Education, 396 U.S. 19(1969)의 판결문에 나오는 說示 一部.

83) 이 立場에 선 대표적인 학자 몇을 들어 본다면, E.S. Corwin, R.H. Bork, A.M. Bickel 등을 들 수 있을 것이다. Jefferson, Lincoln 등 많은 정치인들도 司法審査의 비민주성을 主張하였다는 점에 유의 바란다. G. Gunther, op. cit., pp.22-23 참조.

것이다. 國民主權의 基礎 위에서 多數決의 方式에 따라 形成된 議會의 意思를 國民 전체의 意思로 同一化함으로써 그러한 과정을 거쳐 形成된 多數의 意思가 가장 民主的인 것이며 또 절대적인 것으로 인정받아야 하는 것이 民主主義의 가장 기본적인 원칙임에도 이러한 多數決의 과정을 거쳐 제정된 法律을 불과 數名の 判事들이 審査하여 憲法에 어긋난다고 무효선언을 한다는 것은 民主主義原則에 비추어 도저히 받아들일 수 없는 일이라는 것이며 따라서 이 입장에서는 「중신직을 가진 9名の 年老한 신사들이 全國民의 정치적 主張에 대하여 아무런 責任도 느끼지 않고, 또 전혀 그에 부응함이 없이 立法權을 휩쓸어 버리는 權限을 行使해야 한다는 것은 不合理한 思想이라 하겠으며 어떤 方式으로도 國民의 國民에 의한, 國民을 위한 政治觀과 조화될 수 없다」⁸⁴⁾는가 「司法府 優位와 民主主義的 理論 사이에는 어떠한 一般的인 調和도 不可能」⁸⁵⁾하다고 主張한다. 또한 司法審査란 결국 憲法이라는 尺度에 비추어 法律의 效力을 審査하는 것인데 이것은 곧 과거의 先祖들의 意思에 의하여 制定된 憲法規範에 비추어 現在의 國民의 의사를 심사하는 것이 되므로 國民의 自己支配가 아닌 先祖의 意思支配가 되고 말아 비민주적임을 면키 어렵다는 주장이다.

둘째는, 소위 奪權論이다.⁸⁶⁾ 미국의 연방대법원을 비롯한 각급 法院은 憲法規定에 정하여진 바 없는 하나의 權限을 判例에 의하여 設定해 놓은 다음 이를 스스로 장악한 것에 불과하므로 이 점에서 司法審査는 法院의 奪權行爲에 의하여 생겨난 權限에 불

84) E.S. Corwin, Curbing the Court, in: A.T. Mason & G. Garvey, ed., American Constitutional History: Essays by Edward S. Corwin, 1964, New York, Harper & Row, pp.131-132.

85) R.H. Bork, Judicial Review and Democracy, Society, Vol.24, p.7.

86) A. Sutherland, Constitutionalism in America, 1965, New York, Blaisdell Publishing Co., p.32에 소개되어 있는 R. LaFollette의 주장 등.

과한 것이고 따라서 司法審査는 그 正當性을 認定받을 수 없다는 것이다.

셋째는 司法審査가 權力分立의 原則에 어긋난다는 主張이다.⁸⁷⁾ 이 주장에 의하면 司法審査라는 名目으로 法院은 立法權과 行政權에 대한 견제를 뛰어 넘어 事實上 憲法에 의하여 부여된 司法權의 범위를 벗어난 越權行爲를 한다는 것이다. 즉, 司法審査란 이름으로 法院은 자기 나름의 價値判斷에 입각하여 裁判을 한다기보다는 스스로 政策立案과 政治的 決定을 하고 결국 의회나 行政府의 權限範圍를 지나치게 침해함으로써 權力分立의 한계를 넘어섰다고 보는 것이다.

나. 正當性 肯定論

그러나, 이러한 正當性 否認論에 대한 反論 또한 強力하다. 正當性 肯定論에 의하면 우선 美國의 憲法에는 多數支配의 原則만이 制度的으로 구현되어 있는 것이 아니고 多數의 횡포를 견제하기 위한 여러 가지의 制度的 裝置가 마련되어 있는데 司法審査制度 그러한 제도적 장치 중의 하나라고 본다.⁸⁸⁾ 따라서 굳이 多數支配의 원칙에 어긋난다는 점만을 내세워 사법심사가 民主主義에 어긋난다고 단정하기 어렵다고 보고 있으며 민주주의란 순수한 多數支配의 原則과 同義語도 아니고 「권력에 대한 합리적 제약은 민주주의에 모순되는 것이 아니라 오히려 민주주의 그 자체의 要諦에 해당한다」⁸⁹⁾고 主張한다. 탈권론에 대하여서는 違憲審査權은 法官이 法을 適用하여 裁判하는 과정에서 論理必然의으로 가지게 되는 固有權限에 해당하기 때문에 그것이 法

87) 예컨대, J.B. MaArther, Abandoning the Constitution; The New Wave in Constitution Theory, Tulane Law Review, vol. 59(1984), pp.284-287 등.

88) H.H. Wellington, The Nature of Judicial Review, The Yale Law Journal, vol.91(1982), pp.487-492.

89) 이는 C.L. Black Jr.의 表現이라고 한다(金雲龍, 司法審査, 美國憲法과 韓國憲法, 1989, 서울, 大學出版社, 320쪽에서 인용).

院에 의한 탈권행위의 결과로 생겨난 권한일 수 없다는 반론이 있으며, 權力分立의 原則에 위배된다는 主張에 대하여서는 法院이 위헌심사는 위헌으로 판단된 法律을 소극적으로 適用拒否하는데 그치기 때문에 司法審査가 굳이 權力分立의 原則에 배치되는 것으로 볼 수 없다고 반박하고 있다.

筆者의 意見으로는 司法審査를 구체적으로 擔當하는 判事의 임명과정을 보면 州法院 判事 중에는 선거를 통하여 임명되는 경우도 있고 그렇지 않은 경우라 하더라도 州知事를 통하여 임명되는 경우 등이 있는데 주지사 자체가 住民들의 선거에 의한 多數決의 원칙에 따라 선출되었기 때문에 間接的으로나 多數決의 原則에 의한 정당성이 담보된다고 보여지며 이것은 大統領에 의하여 임명되는 연방법원 判事의 경우도 전혀 다를 바 없다고 생각된다. 더구나 연방대법원 관사의 임명과정에 나타난 言論과 의회의 청문절차를 통한 거의 무차별한 국민적 심판은 선거에 못지 않는 國民意思의 반영에 다름 아니라고 보여지므로 경험적으로 실질적인 美國法的 풍토를 감안하면 形式的인 다수결에 의한 代表性에 의한 논리만으로 司法審査의 민주적 정당성을 비판하는 次元을 넘어 정당성 自體를 否認하기까지 한다는 것은 확실히 지나친 意見일 것이다. 대저 헌법적 정당성이란 논리의 조작이 아닌 실질적인 과정적 정당성과 결과적 정당성이 모두 갖추어진 구체적인 외부적 결과이어야 하는 것이지 정치적인 완벽을 구하는 至善은 아니기 때문이다.

三. 裁判에 관한 根據理論

1. 序

美國의 司法審査理論은 참으로 多樣하고 경우에 따라서는 매우 具體的이다.⁹⁰⁾ 또 어떻게 보면 基本權이나 國家權力行使에 관한 個別的인 憲法理論 전부가 司法審査理論의 범주에 속한다고도 할 수 있다. 그러나 그러한 개별적인 方法에 의한 理論탐구는 후일의 과제로 남기고 여기에서는 바탕을 形成하고 있는 이론에 이해를 제공한다는 면에서 가장 기본적인 2가지 原理만 보기로 한다. 그 가운데 하나는 옛날이나 지금이나 美國憲法理論 내지 司法審査理論의 기본 바탕을 이루고 있는 司法消極主義(Judicial Passivism)와 司法積極主義(Judicial Activism)이고, 다른 하나는 80년대 미국헌법 論爭의 場을 뜨겁게 달구어 놓았던 解釋主義(Interpretivism)와 非解釋主義(Non-interpretivism)이다. 이 2가지 바탕적 理論에 대한 우선적인 이해 없이 개별적인 司法審査理論 내지 헌법이론에 대한 접근을 한다는 것은 장님이 코끼리 다리 만지는 위험에 다름 아닌 임의적·자의적 해석소지가 있다는 점을 부연한다.

2. 司法消極主義와 司法積極主義

가. 전통적 흐름-司法自制論

미국의 사법심사는 200년 가까운 세월동안 수많은 試鍊을 겪으면서 漸進的으로 發展하여 왔다.⁹¹⁾ 聯邦大法院 判事들의 국내

90) 本稿에서 說明하고자 하는 理論보다 한차원 좀더 구체적이라 할 수 있는 理論 또는 原則으로서 國內에서 美國 司法審査와 關連하여 주로 논의되고 있는 것 가운데 몇 가지 예를 들면, Standing, Judicability, Mootness, The Doctrine of Strict Necessity, Presumption of Consttuoianlity, Stare Decisis in Constitutional Law, Exclusion of Extra-Constitutional Tests, Political Question Doctrine 등을 들 수 있다.

91) 연방대법원과 사법심사의 전개에 관하여서는; 최신본으로, W.H. Rehnquist, The Supreme Court How It was How It Is, 1987, New York, William Morrow and Co. Inc.,

외 政治에 대한 政治的 感覺과 認識을 바탕으로 한 良識과 努力은 사법심사제도의 발전에 수반되는 그와 같은 시련극복의 중요한 밑거름이 되었음에 의심의 여지가 없다. 무엇이 그들로 하여금 그와 같은 良識과 努力을 가능하게 하였을까? 여러 가지의 것들이 거론될 수 있을 것이나 무엇보다도 그 理論的 指針으로서의 司法自制論(Judicial Self-restraint)을 들 수 있을 것이다.

制定法律은 違憲宣言할 수 있는 法院의 權限은 法院의 의식에서 결코 떠나서는 안되는 두가지 指導原則에 따라야 한다. 그 하나는 법원은 단지 法律制定權 自體를 문제삼아야 하는 것이지 그 制定法律의 賢明 여부를 문제삼아서는 안된다는 것이고, 다른 하나는 行政府나 立法府의 違憲的인 權限行使가 司法府에 의해 制約을 받는 반면에 우리들의 權限行使에 대한 유일한 견제는 우리 자신의 自制意識 뿐이라는 것이다.⁹²⁾

이것은 司法自制論이 가지고 있는 意義를 가장 적절하게 表現하고 있는 스톤(Harlan F. Stone)判事의 意見이다. 마샬大法院長도, 홈스(Oliver W. Homes)判事도, 브렌다이스(Louis Brandeis)判事도, 프랭크휘터(Felix Frankfurter)判事도 한결 같이 司法自制的 原則들에 대한 충실함을 보여주고 있다. 요컨대, 美國의 聯邦大法院은 法律의 違憲與否를 審査함에 있어 그 違憲性이 明白

pp.115-252를, 국내 서적으로는 李相敦, 前掲書, 35-67쪽, 133-169쪽, 215-222쪽을 각 참조하면 좋으리라 본다.

92) Justice Stone's dissenting opinion in *United States v. Butler*, 297 U.S. 1(1936), in G. Gunther, *op. cit.* pp.205-206 ; 이 부분 판결문 원문을 옮겨보면 다음과 같다.

Mr. Justice STONE, dissenting.

The power of courts to declare a statute unconstitutional is subject to two guiding principles of decision which ought never to be absent from judicial consciousness. One is that courts are concerned only with the power to enact statutes, not with their wisdom. The other is that while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of the government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint.

하고 重大한 것이 아니면 違憲判決을 함부로 내리지 아니할 뿐만 아니라 설사 어느 정도 그리고 部分的인 違憲임이 들어 났다고 하더라도 그 法律이 違憲임을 宣言하는데 自制와 신중을 기해왔다고 할 수 있을 것이다.

多數決의 과정을 거쳐 나타난 國民意思의 존중, 權力分立에 근거한 議會의 立法裁量權의 認定, 高度의 政治性을 띤 憲法問題에 대한 無力感, 어떤 法律을 違憲宣言함으로써 생겨날지도 모르는 엄청난 後遺症에 대한 우려 等等 기타 여러 가지 이유에서 미국 연방대법원이 비교적 꾸준하게 오랫동안 지켜 내려온 司法自制的 경향을 그러나 사법부를 위축시키기는커녕 도리어 사법부로 하여금 의회나 행정부의 예리한 공격을 받지 아니한 가운데 국민의 신뢰를 받는 기관으로서 확고한 地位를 保障받도록 하는데 있어서 重大한 역할을 하여 왔다. 기실 어느 의미에서는 司法自制란 司法消極을 위한 理論的 기초였다기 보다는 司法積極을 위한 長期間의 忍耐였을지도 모를 일이다. 自制란 본디 외형적으로 消極性을 띄고 있으나 內在的으로는 항상 보다 나은 무엇을 품게 마련인 것이다.

나. 자제론의 변모-司法積極主義

그런데 위와 같은 엄격한 司法自制論은 法院이 국민의 信賴와 支持를 받아 그 地位가 더욱 확고하여짐에 따라 서서히 변모된 모습을 나타내게 된다. 즉, 1940년대에 이르러 미국의 聯邦大法院은 이제까지의 司法自制論과는 다소 다른 좀 더 유연한 태도의 司法審査論을 전개하게 된 것이다. 그시경부터 美國의 연방대법원은 經濟政策이나 社會福祉와 같이 國民의 人權과 직접 관련이 없는 분야의 法律을 審査하는 경우에는 그 審査基準을 완화하여 合憲性 推定の 法理를 앞세움으로써 되도록 立法權者의 意圖를 존중하여 주는 반면에 人權에 대하여 직접적인 영향을 끼

치는 法律에 대하여서는 보다 적극적인 자세로 違憲審査에 임할 뿐만 아니라 보다 엄격한 審査基準을 적용하는 소위 違憲審査의 二重基準을 사용하게 된다.⁹³⁾ 이 二重基準의 原則은 특히 워렌 (Earl Warren) 大法院 時代⁹⁴⁾에 이르러 司法積極主義가 꽃 피우도록 하는 이론적 밑거름이 되었음에 의심의 여지가 없다. 이제 司法自制는 경제분야와 행정규제분야의 法律을 심사하는 경우에만 合憲性推定이라는 이름으로 행하여질 뿐이고 自由權·平等權等 國民의 基本權에 관계된 法律의 違憲審査에 있어서는 더 이상 基本的 原則으로서 구실을 할 수 없게 되었다고 할 수 있다. 종래 司法自制論의 근거하에서 司法審査를 회피하였던 政治問題 (Political Question)에 관하여서도 연방대법원은 적극적인 태도를 취하여 위헌판결을 서슴치 않게 되었고⁹⁵⁾ 역시 종래 사법심사를 제한시키는데 주로 이용되었던 當事者適格(Standing)의 이론은 적격의 범위가 확장되었으며⁹⁶⁾ 裁判으로 처리될 수 없는 쟁점이라고 보여지는 많은 問題點들도 소위 可判性(Judicability)⁹⁷⁾의 굴레를 벗어나 司法審査의 要件을 갖춘 대상으로 등장하게 된 것이다.

司法積極主義의 등장과 관련하여 유의할 점은 사법적극주의의

93) 이 二重基準은 U.S. v. Carolene Products Co. 사건에서 H.F. Stone 대법원 判事가 처음 밝혔다. 보다 자세한 것은 위 사건에 관한 판결문 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152-153(1938)과 H.J. Abraham, Freedom and the Court, 4th ed., 1982, New York, Oxford University Press, pp.16-21 등을 참조.

94) J.H. Ely 교수는 워렌대법원을 "Carolene Products Court"라고 부르기까지 하였다.

95) 위와 같이 적극적인 태도를 취한 판결의 효시는 선거구획정같은 정치성 문제가 Judicability가 있다고 본 1962년의 Baker v. Carr 사건의 판결이다. Baker v. Carr, 369 U.S. 186.

96) 주로 선언적 구제판결을 구하거나 집단소송을 제기하는 경우에 Standing 문제로 발생하였고 適格論의 범위확장은 구체적 규범통제가 추상적 규범통제로서의 속성을 갖게되는 계기가 되었다.

97) 司法性이라고 번역하는 경우도 있으나, 可判性으로 번역하는 것이 좋다고 생각되고, 소송요건의 일종으로 이해하면 되겠다.

등장이 곧 司法消極主義의 終末을 意味하는 것은 아니라는 점이다. 사법적극주의의 등장에도 불구하고 사법소극주의는 여전히 그 理論的 論據를 지닌 채 계속 사법적극주의와 끊임없는 논쟁을 불러 일으키면서 구체적 사건에 있어서 結論을 導出하는 변함없는 지표로서 여전히, 그리고 아마도 영구히 存續할 것이다.

다. 최근의 경향-逆司法積極主義

미국의 연방대법원은 時代狀況에 따라 司法消極主義와 司法積極主義를 순환적으로 끌어쓰는 양상을 보여왔다고 할 수 있다. 進步主義的 司法積極主義로 특징 지워지는 워렌대법원을 끝으로 사법적극주의는 서서히 그 영향력이 줄어들었고 1970년대 이래 미국의 연방대법원은 사법소극주의와 연결되는 보수주의적 성향을 굳혀 왔으며 사법적극주의에로의 순환적 회귀를 위한 어떤 조짐도 적어도 현재의 상태 아래에서는 발견하기 어렵다. 연방대법원의 判事 및 연방하급법원의 判事 임명에 있어서도 강력한 보수주의적 인물들이 선택되어 왔는데 특히 聯邦大法院의 경우 레이건 대통령은 극단적인 보수주의자 렌퀴스트(William A. Rehnquist)를 새 대법원장에 선임하였고 역시 보수파인 오코너(Sandra D. O'Connor) 및 스칼리아(Antonin Scalia)를 새 大法院判事로 임명하는 등 大法院의 보수화에 진력을 다하였다고 할 수 있다.⁹⁸⁾ 그러나 보수주의자 一色으로 대법원을 채우려는 기도는 마침내 1987년 강력한 보수주의자요 사법소극주의자인 보크(Robert Bork)판사를 새 대법원판사로 임명하려고 한 대통령

98) 이제 미국 연방대법원의 외로운 진보주의자는 대법원 판사들 중 가장 늙은 W. Brennan Jr.와 역시 늙은 판사인 최초의 흑인 대법원 판사 T. Marshall 뿐이다. H.A. Blackmun만 Marshall과 동갑이고 그 나머지 모두는 Brennan이나 Marshall보다 10년이상 연하이며 A. Scalia는 무려 30여년 연하이다. 젊은 판사들은 모두 보수주의자라고 할 수 있는데 이것은 무엇인가 좋지 않는 느낌을 준다.(참조 ; 本稿 작성후 W. Brennan Jr.마저 노령 등을 이유로 사직하였음)

의 의도가 국민의 강력한 반발에 부딪쳐 좌절됨으로써 다소 주춤거렸다. 다른 한편 이러한 미국연방대법원의 保守主義的 性向은 判決을 통하여 구체적 모습이 드러나기도 하였는데 예컨대 黑白平等에 관한 이른바 적극조치에 관한 판결⁹⁹⁾은 그 좋은 보기라 할 수 있을 것이다.

오늘날 미국의 연방대법원은 保守主義를 관철하기 위하여서는 保守主義와 연결되는 司法消極主義의 논리는 물론 경우에 따라서는 反對的 立場에 서 있는 司法積極主義의 논리까지 끌어다 쓰는 다소 지나친 태도를 보이기까지 한다.¹⁰⁰⁾ 이것은 전통적인 司法積極主義와는 다른 新種 司法積極主義요, 말 그대로 逆司法積極主義(Reverse Judicial Activism)라고 할 만한 것이다.

3. 解釋主義(Interpretivism)와 非解釋主義(Noninterpretivism)

가. 해석주의와 비해석주의 一般

사법소극주의와 사법적극주의의 이론적 대립은 근래에 해석주의와 비해석주의와 대립이라는 양상으로 전개된다. 解釋主義는 憲法問題를 判決하는 判事는 成文憲法에 明示된 또는 明白하게

99) 대표적인 것으로는 ; 예컨대 1986년의 *Wygant v. Jackson Board of Education* 사건이 있다. 흑인교원수가 흑인학생부의 비율보다 하회하지 않도록 유지되어야 한다고 규정된 교원대표와 교육위원회 사이의 단체협약 조항이 평등조항 위반인지 여부가 이 사건의 초점이었는데, Rehnquist, O'Connor 등 보수주의 판사들의 위헌의견으로 5:4 위헌판결이 났다. Marshall과 Brennan은 물론 합헌의견이었다. *Wygna v. Jackson Board of Educati* 106 S. Ct. 1842 이하 참조.

100) 예컨대, 위 *Jackson* 판결은 多數者主義나 主權 옹호의 반대적 측면에 선 것인데, 순수 보수주의나 사법소극주의에 의한다면 의회의 다수결정을 법원이 존중해야 한다는 것이므로 오히려 그 판결에서 문제된 단체협약의 결과 탄생된 조항을 지지하는 입장에 서야 할 것이다. 기본원리에서 이탈하여 다른 논리로 형식을 갖춘들 타당할지는 몰라도 보편적이기는 어려울 것이다.

內在된 規範에 의거하여서만 재판하여야 한다는 立場이고, 非解釋主義는 그것을 뛰어 넘어서 필요한 경우에는 憲法規定 自體 내에서 發見될 수 없는 규범을 찾아 적용하여야 한다는 立場이다.¹⁰¹⁾

대체적으로 消極主義와 해석주의가 연결되어 있고 비해석주의는 積極主義와 연결되어 있지만 반드시 그런 것은 아니다.¹⁰²⁾

해석주의는 法에 관한 우리들의 통상적인 觀念에 잘 부합되는 代議民主主義原理와도 잘 調和된다는 매력을 지니고는 있으나, 헌법규정 가운데 適法節次條項이나 平等條項과 같은 광범위하고 不確定的인 조항들과 관련된 문제에 관하여 정확한 答을 주지 못하는 맹점을 지니고 있다. 반면 非解釋主義는 실정법의 범위를 넘는 규범 또는 가치를 어디에서 어떻게 찾을 것이냐는 어려운 문제를 안고 있다. 判事 自身の 가치관에 의거하는 것은 民主主義의 원리에 반하는 엘리트주의일 뿐이고 自然法이라는 기준도 그 내용이 불확정적이며 理性이라는 기준 역시 주관적 성격을 벗어나기 힘든 것이다.

나. '원래의 의도'를 둘러싼 論爭

최근 해석주의와 비해석주의의 對立은 특히 憲法制定者의 '원래의 의도(original intent)'와 관련된 보크(Robert H. Bork)判事와 트라이브(Laurence H. Tribe)教授 간의 논쟁에서 더욱 첨예화한 느낌을 주고 있다. 지나치게 보수주의자인 동시에 사법소극

101) 해석주의와 비해석주의에 대한 전체적인 要約的 이해를 대조적인 측면에서 얻고자 한다면, 美國憲法の 解釋 : 두가지 見解, 時評, 1987. 9., 서울 미국문화원 41-48쪽이 좋은 참고가 되리라고 본다. National Endowment가 발행한 Humanites에 실린 "Interpreting the Constitution: Two Views"를 발췌 번역한 것인데, 兩 立場의 대표선수라고 할만한 R.H. Bork와 L.H. Tribe의 立場이 각자의 주장에 의하여 뚜렷한 대조를 이루고 있어 요약적·대조적 이해에 도움이 될 것이다.

102) 梁建, 美國의 司法審査制와 80년대 韓國의 憲法裁判, 法學 제29권 3·4호, 1988, 서울대학교 법학연구소, 84쪽.

주의자였기 때문에 연방대법원 판사가 되지 못하였던 보크판사와 그와는 거의 反對的 立場에 서 있는 저명한 헌법학자인 트라이브교수의 논쟁은 80년대 미국헌법학계 논쟁의 장을 뜨겁게 장식한 바 있다. 이들의 각 주장을 要約하여 보는 것이 해석주의와 비해석주의에 대한 보다 정확한 理解를 돕는 일이라고 생각되어 이를 옮겨 본다.

보크판사의 주장에 의하면, 多數者支配에 근거한 民主主義原理와 小數者 權利保護를 위한 사법심사는 서로 갈등을 일으킬 수밖에 없는데 이 충돌을 해결할 수 있는 것은 憲法制定者의 의도에 따라 헌법을 해석·적용하는 길밖에 없다고 한다. 제정자의 의도에 따라 憲法을 해석한다는 것은 제정자가 의도했던 原理를 찾아내어 그것을 오늘의 상황 속에서 適用하는 것이고, 헌법의 文言·構造·歷史로부터 적어도 제정자가 의도했던 핵심적인 가치들을 찾아낼 수 있으며, 변화된 오늘의 상황을 헌법제정자가 예견할 수 없기 때문에 제정자의 의도를 알 수 없는 경우가 있다는 반론이 있지만 위 반론은 과장된 것이라는 것이다. 그는 계속하여 만약 제정자의 의도에 따르지 않고 非解釋主義의 方法을 택할 때에는 法院은 必然的으로 憲法에 없는 새로운 가치를 社會에 強要하는 것이 되고 이 새로운 가치는 代議制度를 통하여 채택된 多數者의 見解가 받아들여지지 아니한 것이기 때문에 判事의 도덕적 편견에 근거한 것이라고 볼 수밖에 없다고 주장한다.¹⁰³⁾

이에 대해 트라이브교수는 다음과 같이 反論을 提起한다. 즉, 그의 主張에 의하면, 憲法規定은 많은 경우 不分明하다. 憲法制定者는 끝없이 變化하는 社會를 豫想하여 융통적인 문구를 의도

103) 보다 자세한 것은 R.H. Bork, What The Founders Intended를 번역, 게재한 위 註101) 時評, 42쪽-44쪽 부분 참조.

적으로 선택한 것이며 特定한 規定들을 보다 큰 目的에 適應시킬 義務를 후대의 사람들에게 부과한 것이다. 判事의 重要的 任務는 오늘의 問題가 만일 憲法制定者들에게 제기되었다면 그들이 어떻게 했을 것인가를 짐치는데 있는 것이 아니라 보다 큰 目的들은 解釋해 내는 것이다. 새로운 變化에 대응하여 司法的 調整을 요청하는 根本的인 價値들은 判事의 個人的인 철학으로부터가 아니라 憲法에 대한 判사의 最善의 理解, 즉 헌법의 文언·구조, 거기로부터 유출되는 原理들, 제정의 역사, 그리고 法的·政治的 共同體에 의한 그 해석의 발전 등으로부터 나오지 않으면 안된다. 헌법제정자의 의도에 執着하는 해석주의자들은 보다 높은 차원의 抽象性和 一般性을 거부하고 있다. 그러나 制定者가 使用한 여러 용어들의 一般性이야말로 그 意味를 特定한 結果에 限定시키지 않고 後代의 必要와 洞察에 따라 發展시키려는 의도를 나타내고 있다는 것이다.¹⁰⁴⁾

다. 兩者의 限界와 궁극적 差異

위와 같이 해석주의와 비해석주의는 여러 가지의 관점에서 서로 다른 시각을 가지고 일반적 결론을 얻기 위해 노력하고 있지만 어느 立場에 의하든 憲法的 眞理에 대한 分명한 길은 확실하게 열려있지 아니함을 認定하여야 할 것이다. 굳이 구체적 경험에 기초한 헌법재판과 관련한 두가지 立場의 基本적 차이를 적어 본다면 이는 결국 判事が 해석에 있어서 추출해 낼 수 있는 一般性和 抽象性的 수준을 어디까지 許容하느냐 하는 수준의 차이 정도라는 사실만이 명확한 한가지 사실일 뿐이다.

4. 根據理論에 대한 小結論

104) 보다 자세한 것은 L.H. Tribe, The Limits of Original Intent를 번역, 게재한 위 註101) 時評, 45-48쪽 부분 참조.

司法消極主義와 司法積極主義를 둘러싼 憲法理論의 대립은 결국 모든 自由主義的 政治와 法에 관한 理論이 지니는 궁극적인 이율배반성의 所産이라고 할 수 있다. 즉, 政治部門에 있어 多數에 의한 專制를 막기 위하여 司法審査가 요청되는 한편, 法院에 의한 恣意的인 判斷을 막기 위하여서는 判事에 대한 制約도 필요하게 되는 것인데, 問題는 이 두 가지를 함께 이룰 方法을 자유주의 理論은 제공할 수 없다는 점이다. 그것은 궁극적으로 自由主義 思想이 前提하는 慾望의 恣意性和 그것에 대한 理性的 統制사이의 갈등과 연결된다. 이렇게 본다면 요컨대 司法的 統制를 위한 사법부의 判斷 역시 司法的이라기 보다는 궁극적으로는 政治的 선택에 따른 宣言인 수도 있다.

아울러, 美國의 司法審査는 그 출발점에서부터 理論的 問題點을 지니고 있었음을 간과할 수 없다. 애초부터 司法審査가 反多數主義的이라는 理由로 民主主義의 原理에 반한다는 논의가 강하였고 그러한 논리는 지금도 끊임없이 司法審査制 자체에 대한 비판논리의 바탕을 이룬다. 그러나 多數者主義의 정당성을 거의 항상 확보하고 있는 議會나 行政府가 그 실질에 있어서는 그렇게 民主主義的인 것만도 아니고, 반면 法院의 구성이나 그 제도가 것처럼 反民主主義的인 것도 아니다. 연방대법원 판사의 임명 과정 하나만 보더라도 실질적으로 연방대법원 판사는 연방의회 의원보다 훨씬 더 심한 國民의 여론 審査를 통과하여야만 임명될 수 있다고 볼 수도 있는 것이다. 투표를 통한 선택을 받지 아니한다는 점을 除外하고는-

四. 맺음말

이제까지 美國憲法裁判制度와 司法審査의 基本理論을 개괄적으로 살펴보았다. 美國憲法史는 或者가 말한대로 확실히 휴먼드라마와 같은 느낌을 줄 때가 있다. 그 드라마가 다름 아닌 美國大法院이라는 무대와 生動하는 思考力을 가진 大法院 判事들을 통하여 이루어진 것이라는 점은 法律에 종사하는 우리에게 더욱 큰 意味를 던지고 있다고 본다. 偉大한 民權勝利를 가져온 워렌大法院 時節을 記憶해 보자! 『워렌(Earl Warren), 블랙(Hugo Black), 브렌난(William Brennan Jr.), 마샬(Thurgood Marshall)과 같은 進步的인 判事와 콕스(Archibald Cox), 로스토우(Eugene V. Rostow) 같은 大法院에 옹호적인 學者, 뉴욕타임즈(New York Times)나 워싱턴 포스트(Washington Post)와 같은 東部の 言論과 議會의 케네디(Edward Kennedy), 맥거번(George McGovern)과 같은 進步派 의원, 케네디(John F. Kennedy) 大統領과 존슨(Lyndon B. Johnson) 大統領, 그리고 케네디(Robert Kennedy) 法務長官을 위시한 法務省의 法律家들, 앤더블레이씨피(NAACP: National Association for the Advancement of Colored People), 에이씨엘유(ACLU: American Civil Liberty Union) 등 수많은 民權團體, 킹(Martin Luther King) 박사가 이끌었던 民권시위 等等... 이들은 워렌時代의 進步的 改革이 가능하도록 한 원동력이 되었다.

물론, 이에 대한 對應의 主張들도 간과되어서는 아니 될 것이다. 대법원에서는 하란(John Harlan) 판사가, 그리고 上院에서는 덕센(Dirksen)과 이스트랜드(Eastland) 議員, 월래스(Wallace)를 위시한 南部의 政治人들, 워렌大法院의 積極主義를 法律的 측면에서 비판하였던 커랜드(Philip B. Kurland), 빅켈(Alexander M. Bickel) 等等의 學者들... 이 모든 사람들이 民主社會에서의 大法

院의 역할이란 제목을 두고 참으로 열띤 論爭을 벌였던 것이다. 때로는 더 없이 격렬하였던 이 論爭, … 그러나 이 논쟁은 얼마나 많은 敎訓을 美國人에게 심어 주었던가! “大法院은 敎育機關이며 大法院 判事들은 美國的 세미나의 重要한 선생님들”이라고 한 유진 로스토우(Eugene V. Rostow)의 말은 참으로 적절한 表現이었다.』¹⁰⁵⁾

오늘날 保守主義의 짙은 그늘 아래 逆司法主義의 농후한 징후를 보이고 있는 렌퀴스트(Rehnquist)大法院에 대하여 의심의 눈초리를 보내지 않을 수 없으나 “보크 저지”(Block Bork)¹⁰⁶⁾의 팻말을 높이든 헌법감각에 민감한 國民들의 시위가 存續되는 한 美國大法院은 조용한 司法積極主義나 극단적인 保守主義에 안주할 수 없게 될 것이고 여전히 수없는 自己檢證 속에서 美國을 위한 새로운 변모에 대응하는 새로운 價値宣言을 계속할 수 있을 것임을 믿어 본다.

아울러, 憲法裁判은 國民에 대한 實踐的 憲法敎育이며 憲法裁判을 담당하고 있는 재판관님들은 國家的 세미나의 重要한 선생님들이라는 評價가 우리 社會에도 뿌리내릴 수 있기를 바라면서 本稿를 마친다.

* 後記 : 本稿는 筆者의 海外研修論文 「美國憲法裁判 通說」의 일부를 改稿한 후 裁判에 관한 根本理論 部分을 추가하여 美國憲法裁判 전반에 대한 全體的·統一的 理解를 提供하고자 하는 뜻으로 再構成한 것임.

105) 여기까지 『』부분은, 李相教, 前掲書, 155-156쪽 일부를 修正轉載한 것임.

106) 筆者가 Columbia University School of Law에 長期연수를 하는 도중에 直接 목도한 “Block Bork”의 팻말을 높이 든 學生·교수 등의 시위대열은 憲法과 人權 및 大法院에 대한 美國民들의 관심과 사랑으로 비춰져 만감이 교차하는 느낌을 가졌었다.

違憲法律의 效力

- 憲法裁判所法 제47조 제2항의 憲法的 檢討 -

尹 眞 秀

憲法研究官

서울高等法院 刑事

- 目 次 -

1. 序論
2. 憲法裁判所法 제 47조 제2항의 解釋論
 - 가. 憲法裁判所의 判例
 - 나. 大法院 判例
 - 다. 學說
 - 라. 小結
3. 比較法的 考察
 - 가. 오스트리아
 - 나. 獨逸
 - (1)當然無效說과 取消說
 - (2)獨逸 聯邦憲法裁判所法の 규정
 - (3)獨逸 聯邦憲法裁判所法の 判例
 - 다. 미국

4. 違憲法律의 效力에 관한 解釋論

가. 문제의 정리

나. 違憲法律의 當然無效 여부

다. 違憲決定의 溯及效

라. 憲法裁判所法 제47조 제2항의 문제점

마. 溯及效의 範圍

바. 違憲決定에 의한 溯及的 取消의 例外

5. 結論

1. 序論

憲法 제107조 제1항은 “法律이 憲法에 위반하는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 判斷한다”라고 하여 憲法裁判所에 의한 이른바 具體的 規範統制를 규정하고 있다. 그러나 憲法에 위반하는 法律의 效力이나 憲法裁判所의 審判의 效力에 관하여는 憲法에 아무런 직접적인 규정이 없다. 다만 憲法 제113조 제1항에 근거하여 제정된 憲法裁判所法 제47조 제2항은 “違憲으로 결정된 法律 또는 法律의 條項은 그 決定이 있는 날로부터 效力을 상실한다. 다만, 刑罰에 관한 法律 또는 法律의 條項은 溯及하여 그 效力을 상실한다.”라고 규정하고 있는 바, 이 규정은 憲法에 위반되는 法律도 일단 유효하고 違憲決定에 의하여 그 效力을 상실하는데 違憲決定에는 원칙적으로 溯及效가 없고 다만 刑罰에 관한 法律의 경우에만 溯及效가 인정된다는 뜻으로 풀이된다.

그러나 憲法裁判所法의 위 규정에 대하여는 소박하게 생각하더라도 여러 가지의 의문을 제기할 수 있다. 우선 憲法에 위반되는 法律은 當然無效이고 따라서 위 규정은 의미가 없는 것이 아닌가 라는 의문이 있을 수 있다.

또한 憲法에 위반되는 法律의 效力이 이와 같이 憲法과는 관계없이 法律에 의하여 결정될 수 있는 것인지도 문제된다. 즉 下位法規가 相違法規에 저촉되는 경우에 그 下位法規의 效力은 上位法規에 의하여 결정될 성질의 것이지 同格의 下位法規에 의하여 결정될 수는 없지 않는가 하는 점이다.

그리고 違憲法律의 效力에 관하여 憲法에는 아무런 규정이 없으므로 그 效力은 法律에 의하여 규정할 수 있다는 입장에 서더라도 憲法裁判所法이 違憲決定에 원칙적으로 溯及效를 인정하지

않는 것은 憲法の 效力을 지나치게 약화시키는 것이므로 憲法上 문제가 있다는 견해도 있을 수 있다.

이 글에서는 이와 같은 여러 가지 문제점을 염두에 두고 違憲法律의 效力에 관하여 살펴보고자 한다. 서술의 순서로서는 우선 憲法裁判所法 제47조 제2항의 규정이 어떻게 해석되고 있는지를 살펴보고 이어서 외국의 예를 알아본 다음 우리 憲法の 해석상이 문제를 어떻게 해결해야 할 것인지를 생각하여 본다.

2. 憲法裁判所法 제47조 제2항의 解釋論

가. 憲法裁判所의 判例

憲法裁判所法 제47조 제2항의 해석에 관한 憲法裁判所의 입장은 憲法裁判所 1989. 9. 8. 선고, 88헌가 6 결정을 통하여 어느 정도 짐작할 수 있다.

이 사건의 提請申請人은 13대 國會議員 選舉에 地域區 候補者로 등록하면서 國會議員選舉法 제33조에 의하여 돈 1,000만원을 기탁하였으나 選舉에서 낙선되었고 그 득표수가 유효득표수의 3분의 1에 미달하여 같은 법 제34조에 의하여 그 기탁금 중 선거비용을 제외한 나머지 금액이 국고에 귀속되었다. 이에 提請申請人은 國會議員選舉法の 위 각 규정이 違憲임을 이유로 대한민국을 상대로 위 기탁금의 반환을 구하는 부당이득금반환청구소송을 제기하였고 그 소송에서 法院이 憲法裁判所에 위 각 규정이 憲法提請을 하였다.

위 결정의 다수의견은 위 각 규정이 違憲임을 인정하면서도 主文에서는 직접 “헌법에 위반된다”라고 하지 아니하고 “국회의

원선거법 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다”라는 이른바 變形決定을 하였다. 이에 대하여는 그와 같은 變形決定은 불가능하다는 卞禎洙 裁判官 및 金鎮佑 裁判官의 반대 의견이 있었으나 憲法裁判所法 제47조의 해석과 관련하여서는 卞禎洙 裁判官의 보충 의견이 중요한 의미를 갖는다.

위 보충의견은 憲法裁判所法 제47조 제2항은 將來效만을 인정하고 있어서 國會議員選舉法의 위 각 규정이 違憲決定 이전에는 유효한 法律로서 法律上 원인의 근거를 제공하게 되므로 기탁금의 국고귀속이 부당이득이 될 수 없고 따라서 위 각 法律規定의 違憲여부가 과연 該當事件의 裁判의 前提가 될 수 있는지의 문제가 생기고 이는 이 경우뿐만 아니라 원상회복을 위한 違憲法律審判의 前提性 유무에 관하여 공통으로 생기는 문제라고 설명한 다음 “헌법재판소법 제47조 제2항의 문리해석만으로는 위헌 법률심판이 제청된 법률에 대하여 위헌결정이 내려지더라도 형벌법규를 제외하고는 장래효밖에 없으므로 그 법률에 의하여 부과된 의무를 이미 이행하였거나 집행이 종료된 경우 부당이득반환 등 원상회복은 불가능하다는 것이 된다. 그러나 이 원칙만을 고수한다면 당해사건이 형사사건 이외의 사건인 경우 법원이나 당사자가 위헌 제청이나 소원 청구를 할 필요가 없게 되어 구체적인 규범통제 제도는 그 실효성이 크게 감소될 것이므로 적어도 당해사건에 대하여만은 형벌 법규가 아니더라도 위헌 결정의 소급효를 인정 할 것이다. 이와 같이 당해사건에 대하여 위헌으로 결정된 법률의 적용을 배제할 수 있는 길을 열어 줌으로써 당해사건에 대한 재판의 전제성을 확보하여 주는 것이, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재

판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하도록 한 헌법 제107조 제1항의 정신이나, 위헌심사를 구하는 헌법소원이 인용된 경우에는 당해 헌법소원과 관련된 소송사건(당해사건)이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제75조 제7항의 입법취지에 부합된다고 할 것이다.”라고 주장한다.

요컨대 원상회복을 위한 違憲法律審判의 경우에는 當該 事件에 한하여 違憲決定의 遡及效를 인정하여야 裁判의 前提性이 인정되어 具體的 規範統制制度의 實效性을 확보할 수 있다는 것이다. 이처럼 當該事件에 한하여 遡及效를 인정하는 것은 뒤에서 보는 바와 같이 오스트리아法の 영향을 받은 것으로 추측되거나 원상회복을 위한 違憲法律審判의 경우에 한정하는 근거가 무엇인지 불분명하다.

위 결정의 다수의견이나 金鎮佑 裁判官의 반대의견은 다같이 國會議員選舉法에 대하여 違憲決定이 내려지더라도 이는 遡及效가 없어 이미 치러진 選舉에는 영향이 없음을 인정하고 있을 뿐 裁判의 前提性 내지 當該事件에의 遡及效에 관하여는 언급이 없으나 위 보충의견을 암묵적으로 인정하는 것이 아닌가 추측된다.

참고로 덧붙인다면 위 사건의 提請法院인 서울민사지방법원에 서는 위와 같은 변형결정이 있자 提請申請人의 청구를 기각하였으나(1990. 1. 25. 선고, 88가합46330 判決) 항소심인 서울고등법원에서는 卞禎洙 裁判官의 위 보충의견과 같이 적어도 當該事件에 한하여는 違憲決定의 遡及效를 인정하여야 한다고 해석한 다음 “이러한 해석론은 이 사건에 있어서와 같이 헌법재판소가 실질적으로 위헌 결정을 하면서도 위헌 법률의 효력 상실 시기를 일정기간 뒤로 미루고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보여지므로 위헌 심판의 대상이 된 위 법조항들 역시 당해사건

인 이 사건에 있어서는 소급하여 그 적용이 배제된다”고 하여 提請申請人의 청구를 일부 인용하였다(1990. 7. 20. 선고, 90나 13408 判決).

나. 大法院 判例

이 문제를 직접 다룬 大法院의 判例로는 大法院 1989. 11. 6. 고지, 89그19 결정(법원공보 867, 445)을 들 수 있다.

이 사건의 사안은 다음과 같다. 즉 金融機關이 신청한 부동산 임의 경매 사건에 있어서 1989. 5. 11. 경매법원(수원지방법원 성남지원)의 경락허가결정이 내려지자 그 사건 特別抗告人들은 같은 달 16. 그에 대하여 抗告를 제기하였으나 위 성남지원은 그 다음날인 같은 달 17. 金融機關의 延滯貸出金에 관한 特別措置法 제5조의 2를 적용하여 그 抗告狀을 각하 하였다. 위 조문의 내용은 다음과 같았다.

“① 연체대출금에 관한 경매절차에 있어서 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자는 담보로서 경락 대금의 10분의 5에 해당하는 현금 또는 금융기관이 발행한 자기앞수표 및 대통령령으로 정하는 유가증권을 공탁하여야 한다.

② 항고의 제기에 있어서 그 항고장에 제1항의 규정에 의한 담보의 공탁이 있는 것을 증명하는 서류를 첨부하지 아니한 때에는 원심법원은 그 항고장을 접수한 날로부터 7일 내에 결정으로 이를 각하 하여야 한다.

③ 제 2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없다.”

그런데 憲法裁判所는 위 각하결정이 있는 직후인 같은 달 24. 별개의 사건에서 위 조문 전체가 憲法에 위반된다는 결정을 내렸다(憲法裁判所 1989. 5. 24. 선고, 89헌가37, 96 결정). 그러자

위 特別抗告人들은 그 다음날인 같은 달 25. 위 抗告狀 각하결정에 대하여 大法院에 特別抗告를 제기하였다. 그에 대하여 大法院은 다음과 같이 판시하여 特別抗告를 기각하였다.

“한편 헌법재판소가 1989. 5. 24. 89헌가37, 96사건(제청신청인 박문송, 박동섭)에서 특별조치법 제5조의 2가 헌법에 위반된다는 결정을 한 바 있음은 소론과 같으나 그와 같이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 형벌에 관한 것이 아닌 한 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하는 것이다.

그리고 특별항고는 불복을 신청할 수 없는 결정이나 명령에 대하여 재판에 영향을 미친 헌법 또는 법률의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 제기할 수 있는 것으로서 재판확정 후의 비상불복방법인 것이지 통상의 불복방법으로서의 상소가 아닌 것이므로 그 결정이나 명령에 영향을 미친 헌법이나 법률의 위반이 있는지의 여부는 그 결정이나 명령 당시의 헌법이나 법률의 규정에 따라서 판단되어야 할 것이다.

그런데 특별조치법 제5조의 2에 의한 항고장 각하결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없는 것으로서(제3항) 그 결정과 동시에 일단 확정되는 것이므로 위 위헌결정이 있기 전에 특별조치법 제5조의 2를 적용하여 한 위 항고장 각하결정에 대하여는 위 조항의 효력이 있음을 전제로 하여 그 적법여부를 판단하여야 할 것이고, 특별항고인들은 위 항고장이 각하되어 확정된 후 특별항고이유로써 위 법률 조항이 헌법위반임을 주장할 수는 없다고 할 것이다.”

그리고 大法院 1990. 3. 2. 고지, 89그26결정(법원공보 875, 1223)은 원심법원이 위 違憲決定이 선고된 1990. 5. 24. 에 위 조문을 적용하여 抗告狀을 각하한 사안에서 원심이 효력이 상실된

위 조문을 적용하여 抗告狀을 각하한 것은 위법이라 하여 特別 抗告를 인용하였다. 위의 判例가 갖는 의미에 대하여는 뒤에서 살펴보기로 한다.(후술 라. 참조).

다. 學說

국내에서는 이 문제에 대하여 朴一煥 판사가 가장 상세하게 주장을 펴고 있다.¹⁾ 그에 따르면 우리나라의 제도는 違憲判決로 인한 法律廢止의 效果는 원칙적으로 그 判決이 공고되는 때부터 장래에 향하여 발생하고 그때까지 法的 要件이 충족된 사건에 대하여는 종래의 法律이 계속 적용되며 다만 당해 違憲審査의 前提가 된 사건(Anlaßfall, 當該訴訟事件)에 대하여는 종래의 法律이 적용될 수 없다는 오스트리아에 제도와 흡사하고²⁾ 다만 將來效의 原則을 규정하면서도 當該事件에 대한 效力에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하나 憲法의 규정과 當該事件에 대한 再審의 규정을 종합해 보면 當該事件에 관한 한 遡及效가 미친다는 것은 立法이 당연히 예상하고 있는 것이라고 한다.³⁾

그러나 다른 한편으로는 違憲審査節次에 관한 憲法 제107조 제1항의 규정은 違憲無效說을 취하고 있는 獨逸基本法 제100조와 비슷하여 憲法은 獨逸과 같이 마치 遡及無效說을 취하고 있는 듯 규정하고 있는데 반하여 憲法裁判所法은 오스트리아와 같이 廢止無效說의 입장을 채택하고 있는 듯 보여져 상호 모순되는 것처럼 보이지만 이 문제는 하나의 原則에 의하여 해결될 수

1). 朴一煥, 違憲決定의 效力(상)(하), 人權과 正義 제 151, 152호(1989. 3. 4.); 동, 法律의 時的 效力範圍, 法曹 제 38권 11호; 동, 違憲法律의 效力喪失時點, 人權과 正義 제165호(1990.

5.); 동, 憲法裁判實務資料(1)-(3), 法曹 제39권 5-7호.

2). 違憲法律의 效力(하), 人權과 正義 제152호, 39-43면.

3). 法律의 時的 效力範圍, 法曹 제38권 11호 50면.

있는 것이 아니며 當該法律의 내용에 따라 개별적으로 해결할 수 밖에 없고⁴⁾ 또한 우리 나라에서 당해소송사건에 대하여만 예외를 인정하는 것은 憲法上的 平等權을 해치는 違憲인 규정이라는 비판을 면치 못할 것이므로 우리나라에서도 處罰法規 이외의法規라 하여도 法的 安定性을 해하지 않는 범위 내에서 遡及效力을 인정하는 것이 타당한 경우에는 遡及的 效力을 인정하는 것이 마땅하며 최소한 違憲法律의 적용을 거부하고 소송으로 當該法律의 적용배제를 청구한 자에게는 어떠한 이론구성을 하든지 違憲法律의 적용을 배제하는 길을 열어주는 것이 마땅하다고 한다.⁵⁾

그 외에 국내의 憲法 教科書 등에는 이 문제에 대하여 별로 자세한 설명이 없다. 가령 許營 교수는 “이론적으로 法律에 대한 違憲決定의 效力을 언제부터 발생시킬 것인가에 대하여는 遡及無效(ex-tunc-Wirkung) · 向後無效(ex-nunc-Wirkung) · 未來無效(ex-post-Wirkung)의 세 가지 憲法政策的 方法이 고려될 수 있겠지만, 그 세가지 方法이 모두 장단점이 있다. 우리 현행법은 法的 安定性을 중요시해서 원칙적으로 向後無效의 입장을 따르면서도 실질적 정의 실현의 관점에서 刑罰에 관한 조항만은 遡及無效의 방법을 따르고 있다”라고 설명하고 있을 뿐이다.⁶⁾

한편 大韓辯護士協會에서는 1990. 4. 18. 憲法裁判所法 改正建議案을 國會 및 法務部 등에 제출하였는데 이에 따르면 同法 제 47조 제2항 단서의 “다만 刑罰에 관한 法律 또는 法律의 條項은 遡及하여 그 效力을 상실한다”라는 부분을

“다만 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 遡及하여 그 效力을 상실한다.

4). 憲法裁判實務資料(3), 法曹 제39권 7호, 181면.

5). 違憲法律의 效力(하), 人權과 正義 제152호, 42-44면.

6). 韓國憲法論, 1990. 813면.

1. 刑罰에 관한 法律 또는 法律의 條項에 대한 違憲決定
2. 憲法上 保障된 基本權을 제한하는 法律 또는 法律의 條項에 대한 違憲決定, 그러나 이 경우에는 그 決定 당시 法律 또는 法律의 條項의 適用에 관하여 爭訟 중에 있는 자와 爭訟提起의 결정기간 내에 있으면서 후에 적법한 爭訟을 제기한 자에 한한다.”라고 개정하도록 되어 있어 基本權을 침해하는 法律의 경우에까지 遡及效를 확대하였다.⁷⁾

라. 小結

憲法裁判所法 제47조 제2항에 대한 뒤에서 보는 바와 같은 憲法上的 문제점을 염두에 두지 않는다면 동조항의 해석론으로는 卞禎洙 裁判官의 보충의견이나 朴一煥 판사의 설명과 같이 違憲으로 결정된 法律은 刑罰에 관한 法律 이외에는 遡及效가 없이 장래에 향하여서만 效力을 상실하므로 그 이전에 이루어진 法律關係에 대하여는 違憲으로 결정된 法律을 계속 적용하고 다만 當該事件에 한하여서만 遡及效를 인정하여 그 法律의 적용을 배제하는 것이 法文 및 具體的 規範統制制度의 취지에 부합하는 것으로 보인다.

좀더 구체적으로 설명한다면 法規範의 時的 適用範圍의 문제는 첫째 어떤 構成要件의 事實이 어느 時點까지 충족되어야 하느냐 하는 문제 즉 構成要件 발생의 時點에 관한 문제(오스트리아에서는 이를 詩的 條件範圍, zeitlicher Bedingungsberich라고 부르기도 한다)와 둘째 이미 발생한 構成要件의 事實에 대하여 法的 效力을 국가가 강제적으로 부여하는 문제 즉 適用의 時點에 관한 문제(오스트리아에서는 이를 時的 法律效果의 範圍,

7). 人權과 正義 제165호, 48면 및 제166호, 123면.

zeitlicher Rechtsfolgenbereich라고 부르기도 한다)로 나눌 수 있는데 遡及效의 문제는 첫째의 문제와만 관련이 있는 것이다.⁸⁾

따라서 어떤 法律이 失效되었다 하더라도 그 失效에 遡及效가 없으면 그 法律은 그 이전에 그 法律의 構成要件이 충족된 法律關係에 대하여는 여전히 적용되어야 하는 것이다. 예컨대 民法 시행일인 1960. 1. 1. 전에 개시된 相續에 대하여는 民法施行 후에도 舊法의 규정을 적용하는 것과 같다(民法 附則 제25조 제1항 참조.). 그러므로 違憲決定을 받은 法律이 效力을 잃더라도 刑罰에 관한 것이 아니면 遡及效가 없으므로 그 결정이 있기까지 構成要件이 충족된 法律關係에 대하여는 違憲決定 이후에도 여전히 違憲으로 결정된 法律이 계속 적용되어야 한다는 결론이 된다. 그러나 違憲提請이 있는 當該事件에 대하여도 違憲으로 결정된 法律이 적용된다면 違憲提請을 할 아무런 실익이 없어 具體的 規範統制의 제도 자체의 존재 의의가 없게 되므로 該當事件에 한하여는 違憲決定에 遡及效를 인정할 필요가 생기게 된다.

다만 違憲으로 결정된 法律이 節次法일 때에는 實體法의 경우와 약간 다른 결과가 생긴다. 實體法의 경우에는 法律이 失效되고 이에 遡及效가 없으면 適用法律을 결정하는 기준시점이 裁判時 이전의 法律要件 充足時가 되는 반면 節次法의 경우에는 裁判時 외에 法律要件 充足時를 따로 생각할 필요가 없으므로 그 基準時點은 항상 裁判時가 되고 裁判이 있기 전에 違憲決定이 있으면 遡及效의 유무에 관계없이 그 違憲決定의 취지에 따라 裁判하여야 할 것이다.⁹⁾ 위 大法院 1990. 3. 2. 고지, 89그26결정은 이런 취지로 이해하여야 할 것이다. 그런데도 위 大法院 1989. 11. 6. 고지, 89그19결정이 特別抗告를 받아들이지 아니한

8). 朴一煥, 주3, 41면; R. Walter/H.Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl. 1988, S. 167.

9). 朴一煥, 違憲法律의 效力喪失時點, 人權과 正義 제165호, 106면.

것은 위 특별조치법 제5조의 2 제3항이 抗告狀 각하결정에 대하여 既時抗告를 하지 못하도록 규정하여 그 결정이 바로 確定된 것으로 본 때문이다. 즉 위 조항이 나중에 違憲으로 결정되었어도 그 결정에는 遡及效가 없기 때문에 위 조항에 의하여 이미 발생한 결정 確定의 效力은 영향을 받지 않는다는 것이 위 大法院 결정의 논리적인 前提가 되어 있다.

그러나 위 조항의 沿革을 살펴보면 이와 같이 違憲決定이 있는 후라도 그 이전의 法律關係에 대하여는 違憲으로 결정된 法律을 계속 적용하여야 한다는 해석에 의문의 여지가 없는 것도 아니다. 원래 현행 憲法裁判所法 제47조 제2항의 규정은 제1공화국 당시의 憲法委員會法(1950. 2. 21. 法律 제100호) 제20조에서 유래한 것이다. 동조는 “憲法委員會의 違憲決定은 장래에 향하여 效力을 발생한다. 그러나 刑罰條項은 遡及하여 그 效力을 상실한다”라고 규정하고 있었고 이 규정이 제2공화국 당시의 舊 憲法裁判所法(1961. 4. 17. 法律 제601호) 제22조 제2항, 유신憲法 당시의 憲法委員會法(1973. 2. 16. 法律 제 2350호) 제 18조 제1항을 거쳐 현행 憲法裁判所法 제47조 제2항에까지 답습된 것이다.

그러나 다른 한편으로는 위 法律 제100호의 憲法委員會法 제 10조의 제2항은 憲法委員會가 法院의 違憲提請을 수리하였을 때에는 大法院으로 하여금 各級法院에 있어서 당해 法律을 적용하여야 할 사건의 심리를 중지시켜야 한다고 규정하고 있었고 舊 憲法院裁判所法 제9조 제1항, 法律 제2350호의 憲法委員會法 제 13조 제2항 등도 비슷한 취지이다. 이처럼 當該事件 이외의 사건의 심리가 중지(정지)된다는 것은 違憲決定이 있으면 그러한 사건에 있어서도 違憲으로 결정된 法律은 적용되지 않는다는 것을 前提로 한 것이므로 刑罰法規 이외의 경우에도 사실상 遡及效를 인정한 것이 된다.¹⁰⁾ 뿐만 아니라 위의 각 法律들에는 현행 憲

法裁判所法 제47조 제3항과 같이 違憲으로 결정된 刑罰法規에 근거한 有罪의 確定判決에 대하여 再審을 청구할 수 있다는 규정도 없다.

이러한 각 규정을 종합하여 본다면 적어도 과거의 위와 같은 法律들의 경우에는 立法者가 遡及效의 의미를 단순하게 받아들여 法律에 대하여 違憲決定이 있으며 그 결정에 遡及效가 없더라도 그 法律은 違憲決定 이전의 法律關係에 관하여도 더 이상 裁判規範으로서 적용될 수 없고, 刑罰法規의 경우에 遡及效가 있다는 것은 再審이 가능하다는 취지로 이해한 것이 아닌가 추측된다.¹¹⁾

그러나 현행 憲法裁判所法은 이러한 當該事件 이외의 사건에 관한 裁判의 정지에 관한 규정을 두지 아니하였고¹²⁾ 또 刑罰法規에 관한 遡及效의 규정 이외에 별도로 再審事由가 된다는 규정을 두었으므로 현재에도 이러한 해석이 가능한지는 의문이다.

3. 比較法的 高찰

比較法的으로 고찰한다면 違憲法律審査의 권한을 어느 기관에 부여하느냐에 따라 크게 非集中型과 集中型으로 나눌 수 있다.¹³⁾ 전자는 미국이나 제3공화국 시절의 우리나라와 같이 모든 法院이 違憲法律審査권을 갖는 것인데 반하여 후자는 현재의 우

10). 朴一煥, 주9, 110면은 實體法規의 경우에는 이러한 정지(중지)규정이 아무런 의미가 없는 것이라고 한다.

11). 후술할 美國聯邦大法院의 Linkletter v. Walker 사건 判決(1965)참조.

12). 현행 憲法裁判所法 제정 당시 다른 사건에 관한 裁判의 정지 문제는 주로 提請節次에 관하여 大法院의 통제를 인정할 것인가와 관련하여 논의되었다.

安大熙, 憲法裁判所法 제정 거론사항, 憲法裁判制度(법무자료 제95집), 1988, 64-65면 참조.

13). M.Cappelletti/W.Cohen, Comparative Constitutional Law, 1979, pp. 73ff.

리나라나 독일 등과 같이 독립한 憲法裁判機關을 두어 그 機關이 違憲法律審査의 권한을 독점하는 것이다. 어떤 방법을 택하느냐에 따라 이론상으로는 違憲審判의 效力이 당해 사건의 당사자에게만 국한되느냐(inter partes) 아니면 일반적인 效力을 갖느냐(erga omnes)하는 등의 차이가 생길 수 있으나 실제로는 非集中型的의 국가에 있어서도 先例拘束의 原則(principle of stare decisis)때문에 最高法院의 判決은 일반적으로 존중되는 등 양자의 접근 현상이 나타나고 있다.¹⁴⁾ 여기서는 集中型에 속하는 오스트리아 및 독일과 非集中型에 속하는 미국의 경우를 간단히 살펴보기로 한다.

가. 오스트리아

오스트리아 憲法 중 違憲法律의 效力에 관한 규정은 다음과 같다.

오스트리아 憲法 제140조 제1항: 憲法裁判所는 行政法院, 最高法院(Oberster Gerichtshof) 또는 抗訴審法院의 신청에 의하여 聯邦法 또는 州法의 憲法違反 여부에 대하여 判決하며, 憲法裁判所가 그러한 法律을 이미 係屬중인 사건에 적용하여야 하는 한 직권으로 判決할 수 있다(이하 생략).

제4항: 法律이 憲法裁判所가 判決할 시점에 이미 效力을 상실하였고 節次가 직권에 의하여 개시되었거나 法院 또는 法律의 違憲性에 의하여 직접 權利를 침해받았다고 주장하는 자의 提請이 있으면 憲法裁判所는 法律이 憲法에 위반하였는지의 여부에 관하여 선고한다. 제3항의 규정은 이에 준용된다.

제5항: 法律을 違憲이라 하여 廢止하는 憲法裁判所의 判決이

14). 주 13, pp.95ff.

있으면 聯邦首相이나 關할 州知事는 그 廢止를 지체없이 公告하여야 할 義務를 부담한다. 이는 제 4항에 따른 선고의 경우에도 准용된다. 그 廢止는 憲法裁判所가 失效의 기한을 정한 경우가 아니면 公告일로부터 效力을 발생한다. 위 失效의 기한은 1년을 초과하지 못한다.

제6항: 憲法裁判所의 判決에 의하여 法律이 違憲으로 廢止되면 判決이 달리 정하지 않는 한 그 廢止의 效力발생일에 憲法裁判所에 의하여 違憲으로 인정된 法律에 의하여 廢止된 法律이 다시 效力을 회복한다. 法律 廢止의 公告에 있어서는 法律의 규정이 效力을 회복하는지의 여부 및 어느 法律의 규정이 效力을 회복하는지를 아울러 公告하여야 한다.

제7항: 法律이 違憲이라 하여 廢止되거나 또는 憲法裁判所가 제4항에 의하여 法律이 違憲이라고 선고한 경우에 모든 法院과 행정기관은 憲法裁判所의 判決에 기속된다. 憲法裁判所가 廢止決定에서 달리 정하지 않는 한 廢止 이전에 실현된 構成要件에 대하여는 當該事件을 제외하고는 그 法律이 계속 적용된다. 憲法裁判所가 그 廢止判決에서 제 5항에 따라 기한을 정한 경우에는 그 기한이 경과하기까지 실현된 構成要件에 대하여는 當該事件을 제외하고는 그 法律이 계속 적용된다.

위의 규정에 의하면 오스트리아 憲法은 法律이 違憲이라고 하여도 當然無效는 아니고 憲法裁判所의 判決에 의하여 廢止(Aufheben)할 수 있는 것으로 정하고 있다. 그리고 그 廢止의 效力은 원칙적으로 廢止가 公告된 날 (判決에서 기한을 정한 경우에는 그 기한이 경과한 날)부터 效力을 발생하고 遡及效가 없으므로 그 廢止 이전에 실현된 構成要件에 대하여는 여전히 違憲으로 判決된 法律이 계속 적용된다. 다만 違憲判決에 이르게 한 當該(Anlaßfall)에 대하여는 違憲法律의 적용이 배제되므로

그 한도에서는 遡及效가 인정되는 셈이다.

이처럼 違憲決定에는 當該事件을 제외하고는 遡及效가 없는 것이 原則이지만 憲法裁判所는 예외적으로 遡及效가 있는 廢止判決을 할 수 있다. 그 근거는 위 제 140조 제 7항의 “憲法裁判所가 廢止에서 달리 정하지 않는 한(sofern der Verfassungserichtshof nicht in seinem Erkenntnis anderes ausspricht) 廢止 이전에 실현된 構成要件에 대하여는 當該事件을 제외하고는 그 法律이 계속 적용된다”라는 규정이다.¹⁵⁾ 위 규정은 1975년의 憲法改正에 의하여 비로소 신설된 규정으로서 그 이전에는 이처럼 遡及效를 가지는 違憲判決은 불가능하였다.

憲法裁判所가 이 규정에 따라 遡及效를 가지는 違憲判決을 하는 경우에는 主文에 “廢止된 法律은 廢止 전에 실현된 構成要件에 대하여도 더 이상 적용될 수 없다.”라고 판시한다.¹⁶⁾

이와 같이 오스트리아 憲法이 違憲의 法律이라고 일단 유효하고 다만 憲法裁判所의 判決에 의하여 廢止되도록 규정한 것은 H.Kelsen의 이론에 근거를 둔 것이다.¹⁷⁾ Kelsen에 의하면 立法者는 法律을 憲法에 규정된 방식으로 제정하거나 또는 임의의 節次에 의하여 제정할 수 있는 선택권을 가지며 憲法合致的인 規範뿐만 아니라 憲法에 위배되는 規範도 제정할 수 있는데, 憲法合致的인 規範의 效力은 上位의 制定規範(Erzeugungsnorm)과의 일치에 근거하는 반면 憲法違背的인 規範의 效力은 選言的 規定(Alternative-Bestimmung, alternative character)에 근거한다고 주장한다. 즉 立法을 규율하는 憲法の 규정에 합치하지 않는 法律을 廢止할 수 있다는 憲法の 규정은 이러한 法律도 憲法에 규

15). W.Schreiber, Die Reform Der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, 1976,S.56:k.

Heller, Outline of Austrian Constitutional Law,1989,p.24.

16). 1978.1.26. 判決, Vfslg. 8233.

17). K.Sclaich, Das Bundesverfassungsgesetz, 1985,S.162참조.

정한 방식으로 廢止되지 않는 한 유효하다는 의미를 가진다고 본다.¹⁸⁾

그리고, 實定法이 法律이 憲法에 위반되는지의 심사를 특정 기관에 맡긴다면 비록 法이 그 效果를 無效(Nichtigkeit)라고 하고 있더라도 그 결정이 있기까지는 無效가 아니라는 결정이 내려질 가능성을 배제할 수 없으므로 無效라고 통용될 수 없고 따라서 그 기관의 결정은 필연적으로 創設的 性格(konstitutiven Character)을 가지게 되며 이 경우 無效라는 것은 遡及效를 가진 取消(Vernichtung mit rückwirkender Kraft)라고 한다.¹⁹⁾ 그러나 法的 安全성의 견지에서는 원칙적으로 一般的 規範 아래서 실현된 構成要件에 대하여는 그 取消 후에도 그 規範에 따라서 판단하여야 한다는 의미에서 取消의 遡及效를 인정하지 않아야 하고 다만 그 構成要件에 대하여 取消 전에 公的인 行爲(behördlicher Akt)가 행해지지 않은 경우에까지 取消된 法律을 적용할 필요는 없다고 한다.²⁰⁾

한편 오스트리아 憲法裁判所의 관례는 違憲判決에 있어서 예외적으로 遡及效가 인정되는 當該事件의 범위를 해석에 의하여 점차 확대하고 있다. 즉 최초에는 당해 法律審査節次를 개시하는 계기가 된 구체적인 사건만을 의미하였으나²¹⁾ 1984. 6. 22.의 判

18). H.Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 276 ff. (J. Ipsen, Rechtsttsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 54 f.에서 재인용.); Pure Theory of Law (transl. by M. Knight), 2nd ed., 1967, pp. 271 ff. “이른바 憲法違背의 法律은 憲法에 합치되지만 특별한 節次에 의하여 廢止될 수 있는 法律이다. (Die sogenannte verfassungswidrige Gesetze sind verfassungsmäßige, aber in einem besonderen Verfahren aufhebbare Gesetze.)”라는 Kelsen의 말은 違憲法律의 效果를 논함에 있어서 자주 인용된다.

19). H.Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929 in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2. 1968, S. 1829 f.

20). 주 19, S. 1855 f. 또한 Pure Theory of Law (주 17), p. 276 f. 참조.

21). 예컨대 1978. 1. 26. 判決, Vfslg. 8234.

決(Vfslg.10617)에서는 當該事件의 違憲法律審査節次의 구두변론의 공고가 있을 때까지 이미 憲法裁判所에 係屬중인 사건은 當該事件과 동일하게 취급하여 그 사건에서도 違憲法律을 적용하면 안된다고 하였다. 이어서 1985.10.9 의 判決(Vfslg.10617)에서는 當該事件의 違憲法律審査節次의 구두변론 시점이나 구두변론이 없었을 때에는 비공개 合意가 개시된 시점에 係屬중인 사건은 當該事件과 동일시하여야 한다고 하고, 나아가서 1986. 12. 10.의 判決(Vfslg.11190)에서는 廢止된 法律은 구두변론의 공고가 있을 때에 抗訴審에 係屬중인 사건 및 구두변론의 개시 시점에 聯邦行政法院에 異議를 제기한 사건에는 더 이상 적용될 수 없다고 하였다.

나. 獨逸

(1)當然無效說 取消說

독일에서는 違憲인 法律의 效果에 關하여 當然無效說(Theorie der ips-iure Nichtigkeit)과 取消說(Vernichtbarkeitstheorie)이 대립한다. 원래 聯邦憲法裁判所法의 起草者의 의도는 Weimar憲法 당시의 통설인 當然無效說을 따른다는 것이었으며²²⁾ 현재도 當然無效說이 통설이고 取消說은 소수설에 불과하다.

當然無效說은 違憲인 法律은 法律과 憲法 사이의 충돌이 생긴 시점부터 當然無效이고 그 效力을 부정하기 위한 특별한 조치를 필요로 하는 것이 아니며 따라서 聯邦憲法裁判所의 違憲判決도 形成的인 效果를 갖는 것이 아니라 確認的인 效果를 갖는 데 불과하다고 한다.

當然無效說의 주된 논거는 다음과 같다.²³⁾

22). Ipsen, 주 18,S.69 ff.

첫째, 法秩序의 統一性(Einheit der Rechtsordnung) 및 憲法의 優位性(Vorrang der Verfassung)때문에 憲法과 상충되는 法律은 無效일 수 밖에 없다(衝突모델, Kollisionsmodell).

둘째, 憲法規範은 그보다 하위의 法規範에 대한 法效力規範(Rechtsgeltungsnorm)으로서 그보다 하위의 法律이 法的 效力을 가지기 위한 조건 (Rechtsgeltungsbedingungen)이므로 憲法에 위반되는 法律은 이러한 效力條件을 갖추지 못한 것으로서 當然 無效이다.(法效力모델, Rechtsgeltungsmodell).

셋째, Bonn基本法 제 100조는 제 1항은 “裁判이 어느 法律의 效力에 따라 좌우되는 경우에 法院이 그 法律을 憲法에 위반된다고 여길 때에는 節次를 중지하고, 州 憲法의 위반이 문제될 때에는 憲法紛爭을 관할하는 州 法院의 결정을, 이 基本法의 위반이 문제될 때에는 聯邦憲法裁判所의 결정을 요청하여야 한다.”라고 규정하고 있는 바, 위 조항이 法律의 效力(Gültigkeit)이라고 하고 있는 것은 憲法에 위반되는 法律은 效力임을 前提로 하고 있는 것이다.

넷째, Bonn基本法 제 123조 제1항은 “聯邦議會 성립 이전 시기의 法律은 基本法에 위배되지 아니하는 한 效力이 지속된다”라고 규정하고 있는바, 이 규정 또한 基本法에 위배되는 前憲法的法律(vorkonstitutionelles Recht)은 基本法의 시행과 함께 效力을 상실한다는 것을 명시한 것이다.

그리하여 독일의 통설은 違憲法律이 當然無效라는 것은 憲法次元(Verfassungsrang)의 문제이므로 오스트리아에 있어서와 같은 將來效의 규정은 憲法上的 根據가 있어야만 가능하다고 본다.²⁴⁾

23). 이하는 Ipsen, 주 18, S. 72 ff, 153 ff. 참조.

24). Schlaich, 주17, S.162f. 참조

이에 반하여 取消說은 憲法の 優位로부터 違憲法律이 無效라는 결론이 논리적으로 당연히 도출되는 것은 아니며 憲法の 優位는 憲法規範이 침해된 경우 그 規範의 충돌을 가능한 한 빨리 最適의 방법으로 모든 憲法的인 規範計劃(Normprogramme)을 고려하여 제거할 것을 요구할 뿐이라고 주장한다.²⁵⁾ 오히려 當然無效說은 法律이 개별 違憲規範에 위반된다는 점에만 집착할 뿐 憲法이 하나의 體系라는 점은 간과하고 있는 바, 즉 法律이 憲法の 한 조문에 위배되면 당연히 無效라고 하는 것은 오히려 憲法の 다른 규정과의 관계에서 더 憲法에 합치하지 않는 결과를 가져올 수 있으므로 違憲인 法律도 聯邦憲法裁判所의 違憲判決이 있기까지는 유효하고 違憲判決에 의하여 비로소 效力을 상실하며 이러한 의미에서 違憲判決은 形成的인 效力을 가지고, 法律의 效力을 상실시키는 것이 法的 混亂을 가져오거나 憲法的인 제도를 위태하게 할 때와 같은 경우에는 비록 違憲이라 하더라도 法律의 效力을 상실시켜서는 안된다고 한다.²⁶⁾

取消說은 實定法上の 주된 근거로서 當然無效說과는 다른 의미에서 Bonn基本法 제 100조 제 1항을 든다. 즉 위 조항에 따르면 違憲인 法律이라 하여도 法院은 聯邦憲法裁判所 또는 州憲法裁判所に 提請할 의무를 부담하는 것인데 이는 違憲인 法律이라도 當然無效는 아니므로 違憲判決 전에는 法院이 그 적용을 거부할 수 없고 違憲判決에 의하여 비로서 效力을 상실한다는 것을 묵시적인 前提로 하고 있는 것이고, 위 조항이 “裁判이 어느 法律의 效力(Gültigkeit)에 따라 좌우되는 경우”라고 하고 있는 것은 裁判의 前提가 되는 法律을 나타내기 위한 것임에 불과하다고 한다.²⁷⁾

25). C. Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S. 114 ff., 142 ff. 참조.

26). 주 25, S. 160 ff. 참조.

27). 주 25, S. 121 ff. 當然無效說의 입장에서는 取消說이 위 조항을 근거로 내세우는데 대하

(2) 獨逸 聯邦憲法裁判所法の 규정

獨逸 聯邦憲法裁判所法(das Bundesverfassungsgerichtsgesetz)도 원칙적으로 違憲法律이 無效라는 前提에 서 있다. 즉 同法 제 78조는 “聯邦憲法裁判所는 聯邦法이 基本法과 합치하지 않거나 또는 州法이 基本法이나 기타의 聯邦法과 합치하지 않는다는 확신에 이르게 되면 그 法律이 無效라고(nichtig) 선언한다. 동일한 法律의 그 밖의 규정이 같은 이유에서 基本法 또는 기타의 聯邦法과 합치하지 않는 경우에는 聯邦憲法裁判所는 마찬가지로 당해규정의 無效를 선언할 수 있다.”고 규정하고, 제 79조 제 1항은 “基本法과 합치하지 않는다고(unvereinbar) 선언되거나 제 78조에 의하여 無效로 선언된 規範 또는 聯邦憲法裁判所に 의하여 憲法과 합치하지 않는 것으로 선언된 規範의 해석에 근거한 確定된 刑事判決에 대하여는 刑事訴訟法の 규정에 따라 再審이 허용된다.”라고 규정하여 違憲法律에 대하여는 원칙적으로 無效를 선언하여야 하는 것으로 하고 있다.

다만 위 제 79조는 제 1항은 違憲法律에 대하여 無效宣言 이외에 不합致(unvereinbar)의 宣言을 할 수 있음을 인정하고 있는 바, 이는 후술하는 바와 같이 聯邦憲法裁判所가 원래 규정되어 있었던 無效의 선고 이외에 法律에 규정이 없었던 不합致宣言이라는 주문을 선고하는 일이 늘어나자 1970년에 聯邦憲法裁判所法을 개정하면서 이를 추가한 것이다.²⁸⁾

이러한 原則에 따르면 違憲인 法律은 처음에 溯及하여(extunc) 다른 形成的인 조치가 없이도 法律上 당연히(ipso iure)效力이 없는 것이다.²⁹⁾ 엄밀히 말한다면 溯及適으로 效力이 없

여 이는 法律의 效力의 문제와 違憲여부의 결정권한을 憲法裁判所に 독점시킨 것을 혼동하는 것이라고 비판한다. Ipsen, 주 18, S.168 참조.

28). 동법 제 31조 제 2항의 경우도 같다. Schlaich, 주 17, S.168.

다는 것은 일단 유효하였던 것이 取消 등으로 인하여 效力을 잃는 경우에 그 效力이 과거로 거슬러 올라간다는 것을 말하므로 法律上 當然無效(ipso iure Nichtigkeit)와는 다른 개념이지만³⁰⁾ 일반적으로는 이를 구별하지 않고 동의어처럼 사용하고 있다.

그러나 다른 한편으로 同法은 法的 安定性을 위하여 일정한 범위 내에서 遡及效를 제한하고 있는바, 즉 同法 제79조 제2항은 특별한 法律規定이 있는 경우를 제외하고는 더 이상 取消할 수 없게 된 처분(nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen)의 效力은 無效宣言에 의하여 영향을 받지 않는다고 하고, 또한 無效宣言에 기한 부당이득 반환 청구도 배제하고 있다. 여기서 더 이상 取消할 수 없게 된 처분이라 함은 이미 確定된 判決이나 行政處分을 말한다.³¹⁾ 그러나 이와 같은 取消될 수 없는 處分에 기한 강제집행이 아직 이루어지지 않았으면 그 강제집행은 허용되지 않는다.

(3) 獨逸 聯邦憲法裁判所의 判例

聯邦憲法裁判所는 초기에는 法律이 憲法에 위반되었을 때에는 원칙적으로 無效라는 입장을 견지하였다.

그러나 그 후 점차 聯邦憲法裁判所가 法律의 違憲性을 인정하면서도 그 違憲性만을 확인하고 無效의 선고를 하지 않는 이른바 不尙致宣言(unreinerklärung)내지 단순한 違憲宣言(Verfassungswidrigerklärung)만을 하는 예가 늘어나게 되었는바,

29). Schlaich, 주 17, S.161; C. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 1982, S.1975. 許營, 西獨에 있어서의 憲法裁判, 공법연구 제9집, 50면은 “規範에 대한 聯邦憲法裁判所의 無效宣言은 원칙적으로 未來에 한해서만(exnunc) 그 效力을 발생하기 때문에 無效宣言된 規範을 근거로 한 모든 確定된 法律行爲의 效力에는 영향을 미치지 아니한다.”라고 서술하나 부정확한 설명이다.

30). Ispen, 주 18, S.150 f.

31). Pestalozza, 주 29, S.176. 다만 刑事判決의 경우 및 憲法訴願의 경우 및 같은 예외가 인정된다.

이러한 不合法宣言을 할 수 있는 根據 및 그 效果에 대하여 많은 논란이 생기게 되었다.³²⁾

聯邦憲法裁判所가 不合法宣言을 하는 이유는 여러 가지가 있으나³³⁾ 그 중 두 가지 경우가 특히 중요하다.

그 첫째는 法律이 平等原則에 위반하는 경우이다. 즉 어느 法律이 특정인에게 이익을 부여하는 경우, 그 자체는 문제가 없으나 그러한 이익을 받지 못하게 된 제3자와의 관계에서는 平等原則에 위반되는 경우에 立法者가 平等原則을 준수하기 위하여는 두 가지의 선택 가능성이 있다. 그 하나는 그 제3자에게도 이익을 부여하는 것이고 다른 하나는 아무에게도 이익을 부여하지 않는 것이다.

예컨대 所得稅法이 공휴일 및 야근근무에 대한 법률상 및 단체 협약상의 수당만을 비과세대상으로 하는 것은 다른 개별계약에 의한 수당을 비과세대상에서 제외하는 점에서 平等原則에 어긋난다.³⁴⁾ 이 경우 不平等을 제거하기 위하여는 다른 모든 수당을 비과세 대상으로 하거나 아니면 반대로 모든 수당을 비과세 대상에서 제외하여야 한다. 그 선택은 권력분립의 原則上 立法者에게 맡겨져야 하고 聯邦憲法裁判所가 無效宣言을 통하여 그 중 한 가지 방법을 택하는 것은 立法者의 形成의 自由(Gestaltungsfreiheit)를 침해하는 것으로서 허용되어서는 아니되므로 聯邦憲法裁判所로서는 所得稅法이 憲法에 불합치한다는 선언에 그쳐야

32). 이러한 不合法宣言은 이른바 變形判決(Entscheidungsvariante)의 일종으로서 그외에도 促求判決(Appellentscheidung)이나 憲法合致的 法律解釋에 의한 限定合憲의 判決 등이 變形判決의 예가 된다. 위의 것들도 실질적으로는 違憲判決을 회피하는 수단이지만 직접적으로는 法律의 違憲性을 인정하는 것이 아니기 때문에 여기서는 다루지 않는다. Schlaich, 주 17, S.181.ff.; 朴一煥, 憲法裁判實務資料(2), 法曹 1990.6, 190면 이하 참조.

33). 상세한 것은 C.Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.1,1976, S.519 ff.참조.

34). BVerfGE 25, 101 참조.

한다는 것이다.³⁵⁾

두번째는 無效宣言으로 말미암아 法律의 空白 내지 混亂이 일어나는 경우이다. 가령 공무원의 봉급에 관한 法律(Beamtenbesoldungsgesetz)이 직업공무원제도에 관한 Bonn基本法 제33조 제5항에 위배되는 때에도 聯邦憲法裁判所는 無效宣言을 회피하였는바, 왜냐하면 위 조항 자체가 공무원의 봉급에 관한 사항은 法律로 규율될 것을 요구하고 있으므로 종래의 法律의 無效宣言은 그러한 法律을 전혀 존재하지 않게 하여 憲法合致的인 秩序에 더욱 부합하지 않는 상태를 초래할 것이기 때문이다.³⁶⁾

또 다른 사례로는 함부르크 大學法(hamburgisches Universitätsgesetz)관한 1972. 7.18 의 判決(BVerfGE 33,303)을 들 수 있다. 이 判決에서 聯邦憲法裁判所는 대학입학의 허가에 관한 사항을 대학의 평의원회(akademischer Senat)에서 결정하도록 한 위 법 제 17조는 法律에 의하여야 할 사항을 포괄적으로 위임한 것으로서 違憲이라고 하면서도 이를 無效로 선언하면 대학이 아무런 법적 근거없이 입학허가를 처리하여야 할 緊急權限(Notkompetenz)을 가져야 하게 되어 종래의 입학규정이 憲法合致的으로 적용될 수 있는 현재의 상태보다 더욱 憲法合致的인 秩序에서 멀어지게 되므로 立法者에게 違憲狀態의 제거를 위하여 상당한 기간을 부여하여야 한다고 하여“.....대학법 제17조는 基本法과 합치되지 아니한다.....그렇지만 이 규정은 새로운 法律的 規律이 있을 때까지, 늦어도 1973년 여름학기가 시작할 때까지 적용될 수 있다”라고 선고하였다.

이러한 不合致宣言이 그 效果面에 있어서 無效宣言과 어떻게

35). 그밖의 예로서는 BVerfGE 8, 28;31,1.; 37,154 ; 52,369등 .다만 Ipsen,주 18, S.213 f.는 이러한 경우에는 規範 그 자체가 아니라 規範들의 關係(Normenrelation)가 違憲이라는 점에서 법이 예정하고 있는 다른 경우와는 구별된다고 하였다.

36). BVerfGe 8,1,19f.

다른지에 관하여도 불분명한 점이 많다. 우선 當該事件(Anlaßfall)에 관하여는 違憲인 法律이 더 이상 적용될 수 없고, 裁判을 정지하였다가 法律이 개정되면 개정된 法律에 따라 새로이 裁判하여야 한다.³⁷⁾

반면 當該事件 이외의 유사사건(Parallelfälle)의 경우에는 어떠한가? 이 경우에도 聯邦憲法裁判所가 違憲인 法律의 계속적용을 명하는 등의 특별한 사정이 없는 한 法院으로서의 裁判을 중지하고 새 法律을 기다려야 한다는 것이 일반적인 견해이다.³⁸⁾

다. 미국

미국에서는 독일이나 오스트리아처럼 어느 法律이 違憲이라고 判決이 된 경우 그 判決에 遡及效가 있는가 뿐만 아니라 종래의 수사상의 관행 등을 違憲이라고 판시하는 등 聯邦大法院이 憲法 해석에 관한 새로운 原則을 정립한 경우에 그 原則에 遡及效(rectroactivity)가 있느냐도 아울러 문제된다.³⁹⁾

미국에서의 전통적인 견해는 Blackstone의 설명과 같이 法院의 임무는 새로운 法을 선언하는 것이 아니라 옛 法을 유지하고 해설하는 것으로서 違憲의 行爲(unconstitutional action)에는 아무런 권리나 의무를 부여할 수 없으며 이는 성립하지 않는 것과 마찬가지로 하는 것이었으므로⁴⁰⁾ 憲法問題에 관한 판례의 遡

37). Schlaich, 주 17,S.172; Pestalozza, 주 33, S.562. 다만 Moench, 주 25, S.174 ff.는 聯邦憲法裁判所가 規範의 계속 적용을 명한 경우에는 不等原則 때문에 當該事件에 대하여서도 예외를 인정하여서는 아니된다고 주장한다.

38). Schlaich, 주 17, S.173 f; Pestalozza, 주 33, S.563;Moench, 주 25, S.172

39). 이에 관하여는 Cappelletti/Cohen, 주 13,pp.105 ff; K .F. Ripple, Constiitutional Litigation, 1984, pp.354 ff; Tribe, Amercian Constitutional Law,2.ed. 1988, pp.26-32; 李丞祐, 미국 違憲法律審査制度의 研究, 憲法裁判所刊, 憲法裁判制度의 諸問題, 1989,291면 이하 (최초 발표는 연세법학, 1983.4.)참조.

40). Norton v. Shelby County, 118 US 425(1886). 이 문제에 관한 역사적 검토로는

及效는 當然한 것이었다. 그러나 그 후 Austin과 같이 法官이 단순히 法을 발견하는 것 이상의 역할을 한다는 견해가 유력해지면서 遡及效에 관한 憲法上에 관한 생각도 점차 달라지게 되었다. 특히 聯邦大法院이 1960년대의 “聯邦法 革命(criminal law revolution)”에서 刑事節次에 관한 憲法上의 原則들을 새로이 정립하면서 이러한 原則들이 遡及하여 적용되느냐 하는 점이 쟁점으로 등장하게 되었다.

1965년의 Linkletter v. Walker 사건 判決(주 40)이 이 문제를 본격적으로 다룬 최초의 判決이라고 할 수 있다. 이 사건의 배경은 다음과 같다. 聯邦大法院은 1961. 6.19.에 선고한 Mapp v. Ohio 사건 判決(367 US 643)에서 憲法修正 제 4조의 압수 수색에 관한 규정에 위반하여 수집된 證據가 배제되어야 한다는 原則은 聯邦 뿐만 아니라 州에게도 적용된다고 관시하여 證據排除의 원칙이 州에는 적용되지 않는다는 종래의 판례를 변경하였다.

그러자 그 이전에 이미 確定判決을 받아 복역하고 있던 Linkletter가 자기에 대한 위 確定判決이 위의 原則에 위배된 것이라고 주장하면서 人體保護令狀(habeas corpus)을 발부하여 줄 것을 신청하였다.⁴¹⁾

다수의견을 집필한 Clark 大法官은 憲法은 遡及效를 금지하는 것도 아니고 이를 요구하는 것도 아니며 憲法은 이 문제 관하여 아무런 대답을 하지 않고 있다고 전제하면서, 어떤 原則이 遡及的으로 적용될 것인가는 法院이 개별적인 사건에 있어서 문제의 原則의 역사 내지 그 目的과 效果를 살펴보고 또한 遡及適用이

Linklitter v. Walier, 381 US 618(1965)에서의 Clark 大法官의 설명이 상세하다.

41). 人身保護令狀은 被拘禁者가 앞으로 계속 구금되어야 하는가 만을 다루는 것이므로 遡及效의 문제와는 관계가 없다는 주장도 있으나 이는 실제로는 유죄의 確定判決의 效力을 다루는 것으로서 우리 法床 再審制度和 유사한 기능을 하는 것이므로 遡及效의 문제라고 보아야 할 것이다. S.R.Shapiro, Annotation, Linkletter v. Walker, U.S.Supreme Court Reports, Lawyer's Edition, Vol.14 pp.998 ff. 참조.

그 작용으로 촉진할 것이냐 아니면 저해할 것인가를 살펴봄으로써 그 장점과 단점을 衡量하여 결정할 문제라고 하였다. 구체적으로 이 사건에 있어서는 폐기된 판례에 대한 신뢰에 상당한 이유가 있는 반면 確定된 사건에까지 遡及效를 인정하는 것이 경찰의 위법행위를 억제한다는 Mapp 判決의 目的에 기여하는 것도 아니고 또한 遡及適用은 裁判節次에 매우 큰 부담을 준다는 이유를 들어 Mapp사건의 原則은 그 선고 당시 아직 係屬 중인 사건에는 적용되지만 그 당시 이미 確定된 사건에까지 遡及하여 적용되지는 않는다고 판시하였다. 다만 Black 大法官과 Douglas大法官은 Mapp 사건 判決의 原則이 이 사건에도 遡及適用되어야 한다는 소수의견을 제출하였다. 이 判決의 의의는 종전에는 새로운 판례는 당연히 確定된 사건에도 적용된다고 보던 것을 수정한 데 있다.

이어서 聯邦大法院은 1967. 6.12.에 선고한 Stovall v. Denno 사건 判決(388 US 293)에서 遡及效에 관한 原則을 좀더 발전시켰다. 이 사건도 人體保護令狀을 청구한 사건인데 聯邦大法院은 같은 날 선고한 United States v. Wade, 388 US 218 사건 판결 및 Gilbert v. California, 388 US 263 사건 판결에서의 原則, 즉 범인인지의 여부를 확인하기 위하여 변호인 없이 피고인을 피해자와 대질한 경우에 그로 인한 證據는 證據能力이 없다는 原則을 이 사건에도 적용할 것인지의 여부를 심리하였는데 Brennan 大法官이 집필한 법정의견은 遡及適用의 여부를 정하기 위하여는 (a) 새로운 原則이 추구하는 目的, (b) 범집행 당국이 종래의 原則에 대하여 가졌던 신뢰의 정도, (c) 새로운 原則의 遡及適用이 法の 집행에 미치는 效果의 세 가지 기준을 따져 보아야 한다고 하면서 이러한 기준을 적용한 결과 Wade 및 Gilbert 사건은 그 사건 및 그 사건이 선고된 1967. 6.12 이후에 행해진 대질

의 경우에만 적용되고 그 이전의 사건에는 적용되지 않으며 이 경우에는 確定된 사건인지 아닌지를 구별할 필요가 없다고 하였다.

이 사건 이후에는 후술하는 U.S.v.Johnson 사건 判決에 이르기까지 聯邦大法院이 刑事事件에 있어서 새로운 憲法上的 原則을 정립하여도 대체로 위 Stovall 사건 判決이 제시한 原則에 따라 當該事件에 대하여만 遡及하여 적용되는 방향으로 처리되었다. 그러나 이처럼 當該事件에 대하여만 遡及效를 인정하고 그 이외의 사건에는 遡及效를 인정하지 않는 데 대하여는 비판적인 견해도 유력하였다.⁴²⁾ 특히 Desist v. U.S. 사건 判決(394 US 244)에서의 Harlan 大法官의 소수의견은 法院은 특정 사건을 그 사건 자체에 의하여 판단하는 것이 原則인데 Stovall 사건에 있어서처럼 한 사건만을 구체하고 유사한 다른 사건에 있어서는 구체를 거부하는 것은 이러한 原則에 어긋나므로 Linkletter 사건에 있어서처럼 새로운 原則은 聯邦大法院이 심사하는 모든 사건에 다 같이 적용되어야 하고 다만 確定判決이 있을 후 人身保護令狀이 청구된 경우에 있어서만 이와 달리 취급되어야 한다고 주장하였다.

이러한 Harlan 大法官의 의견은 결국 1982년의 U.S.v.Johnson 사건 判決(457 US 537)는 다수의견이 되었다. 이 사건에서는 1980년의 Payton v. New York 사건 判決(445 US 573)에서 판시한 原則, 즉 憲法修正 제4조에 의하여 경찰관이 중죄(felony) 혐의자를 구속하기 위하여 영장없이 상대방의 동의도 받지 않고 용의자의 집에 들어가는 것이 금지된다는 原則이 그 判決선고 전에 피고인이 구속된 경우에도 적용되는 하는 것이 문제되었는데 Blackmun 大法官이 집필한 다수의견은 위 Harlan 大法官의

42). Cappelletti/Cohen, 주 13, pp.108 ff. 참조

의견을 인용하면서 憲法修正 제 4조에 관한 聯邦大法院의 판례는 Stovall 사건 判決과 같은 종전의 선례에 의하여 규율되는 경우⁴³⁾ 를 제외하고는 그 判決이 선고될 당시 確定되지 않은 모든 사건에 遡及하여 적용된다고 판시하였다.

나아가서 聯邦大法院은 Shea v.Louisiana, 470 US 51(1985)사건 判決에서 憲法修正 제5조 및 제14조에 관한 Edwards v. Arizona,451 US 477(1981) 사건 判決 原則도 아직 確定되지 않은 모든 사건에 遡及的으로 적용된다고 판시하였다.

이처럼 미국 판례의 대체는 이미 確定된 사건에까지는 遡及效가 미치지 않는다고 하는 것이지만 예외적으로 確定된 사건에까지도 遡及效를 인정하는 경우도 있다. 즉 새로운 憲法上의 原則의 주된 目的이 진실의 발견이라는 刑事判決이 정확하였는지에 관하여 중대한 의문이 제기되는 것을 막는 데 있을 때에는 완전한 遡及效(complete retroactive effect)가 인정된다.⁴⁴⁾ 구체적으로 이에 해당하는 예로서는 배심원의 전원일치가 아니어도 有罪判決을 할 수 있다는 州 法律이 憲法違反인 경우⁴⁵⁾ 등이 이에 해당한다.⁴⁶⁾

한편 民事事件에 있어서의 遡及效의 문제에 관한 leading case는 1971년의 Chevron Oil v.Huson 사건 判決(404 US 97)이다. 이 判決에서 聯邦大法院이 제시한 기준은 첫째 ,非遡及的으로 적용되어야 하는 判決은 과거의 先例를 뒤집거나 아니면 그 결론을 예견할 수 없었던 새로운 문제에 관한 것으로서 새로운 法原理를 정립하는 것이어야 하고, 둘째, 첫째의 요건이 갖추어졌더라도 문제의 原則의 역사 내지 그 目的과 效果를 살펴보고 또한

43). 이는 주로 새로운 판례가 과거의 原則과의 명백한 斷絶(clear break)이 있는 경우이다.

44). Williams v. U.S.401 US 646,653(1971)

45). Brown v. Louisiana,447 US 323.

46). 상세한 것은 위의 U.S.v.Johnson사건 判決(457 US 537,550)참조

遡及適用이 그 작용을 촉진할 것인가 아니면 저해할 것인가를 살펴봄으로써 그 장점과 단점을 衡量하여야 하며 셋째, 遡及適用이 실질적으로 부당한 결과를 가져오므로 부당함을 피하기 위하여 非遡及的 적용이 요청되는 경우라야 한다는 것이었다. 이 사건에서는 새로운 先例를 遡及適用하면 원고의 損害賠償請求權이 提訴期間法(statute of limitation)에 걸리게 되는 경우였으므로 聯邦大法院은 이를 회피하기 위하여 새로운 先例의 遡及適用을 부정하였다.

4. 違憲法律의 效力에 관한 解釋論

가. 문제의 정리

違憲法律의 效力에 관하여 우선 문제되는 것은 憲法에 위반된 法律은 當然無效인가 아니면 當然無效는 아니고 憲法裁判所 기타의 권한 있는 기관에 의하여 違憲이라는 판정이 있음으로써 비로소 效力을 상실하는가 하는 점이다. 그렇지만 違憲판정이 있기 전의 法律關係에 대하여 違憲인 法律이 적용될 수 있는가 아닌가의 여부가 違憲法律이 當然無效인가의 여부에 의하여 자동적으로 결정된 것은 아니다. 즉 違憲法律이 當然無效라면 違憲法律은 違憲판정이 있기 전의 法律關係에 대하여 적용될 수 없는 것이 原則이겠지만 違憲法律이 當然無效가 아니라면 違憲판정 이전의 法律關係에 적용될 法律은 違憲판정의 遡及效 여부에 따라 달라지게 된다.

바꾸어 말하자면 이론적으로는 違憲法律의 效力에 관하여 세 가지의 모델을 생각할 수 있다. 첫째 모델은 違憲法律은 當然無

효로서 그 無效를 주장하기 위하여 별도의 조치를 필요로 하지 않는다는 것이고, 둘째 모델은 違憲法律이라 하더라도 일단 유효하고 違憲이라는 판정에 의하여 效力을 상실하지만 그 판정의 效力은 違憲인 상태가 발생한 때로 遡及한다는 것이며, 셋째 모델은 違憲法律이 違憲의 판정에 의하여 效力을 상실한다는 점에서는 둘째 모델과 같지만 그 판정의 效力은 當該事件을 제외하고는 장래에 향하여만 미치므로 과거에도 遡及하지는 않는다는 것이다(違憲판정 후 일정기간이 경과한 후의 장래에 향하여만 미치는 경우도 여기에 포함시킬 수 있다).

違憲法律이 當然無效인가 아닌가의 면에서만 본다면 첫째 모델과 둘째, 셋째의 모델이 대립하는 관계에 있지만 그 실제의 效果面에서 본다면 첫째 모델과 둘째 모델은 違憲판정이 있는 후에는 違憲法律이 적용될 수 있는 경우가 없다는 점에서 공통되고 違憲판정이 있기 전의 法律關係에 대하여는 여전히 違憲으로 판정된 法律을 적용하여야 한다고 하는 셋째 모델과는 차이가 있다.

앞에서 살펴본 각국의 예를 여기에 대입한다면 독일은 첫째의 모델에 속하고 오스트리아는 셋째의 모델에 속하며 미국은 위 세 모델 중 어느 하나에 속한다고 단정하기 어려우나 최근 판례의 경향은 둘째 모델에 가깝다고 할 수 있을 것이다. 물론 이는 어디까지나 원칙적인 경우를 말하는 것이고 어느 경우이든 예외를 인정하고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

우리 나라에서의 違憲法律의 效力의 문제를 살펴봄에 있어서도 違憲法律이 當然無效인가의 문제와 違憲決定의 遡及效 유무의 문제를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

나. 違憲法律의 當然無效 여부

우리 憲法上 違憲法律은 當然無效라고 보아야 할 것인가 아니면 일단 유효하고 憲法裁判所의 결정에 의하여 비로소 效力을 상실한다고 보아야 할 것인가? 私見을 먼저 말한다면 憲法은 이 문제에 관하여 아무런 대답을 하고 있지 않다고 보인다.

우선 명백히 하여야 할 것은 違憲法律이 當然無效인가 아닌가의 문제는 1차적으로 개별 憲法에 의하여 결정될 문제이지 憲法 이전의 先驗的인 論理에 의하여 해결될 성질의 것은 아니라는 점이다.⁴⁷⁾ 독일의 當然無效說의 논거의 하나는 憲法의 優位 내지 法秩序의 統一性 또는 憲法이 下位規範의 法效力規範임을 이유로 하여 上位規範인 憲法에 저촉되는 下位規範인 法律이 當然無效라는 것은 논리상 당연하다는 것이다. 그러나 憲法의 優位 내지 法秩序의 統一性은 違憲法律이 當然無效라고 하여야만 보장되는 것은 아니다. 憲法의 優位 내지 法秩序의 統一性은 憲法에 저촉되는 法律이 존재하는 경우에 그 적용을 배제하고 憲法規範이 관철될 수 있는 제도적 장치에 의하여서도 충분히 보장될 수 있는 것이다. 즉 取消說에 의하더라도 이러한 目的은 충분히 달성할 수 있는 것이다.(전술 3. 나. (1) 참조).

또한 立法機關이 憲法에 위배되는 法律을 제정한 경우에 이는 立法權의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 있겠지만 그러한 경우에도 그 法律이 當然無效라고 보아야 할 필연적인 이유가 있는 것은 아니다. 이는 司法權의 경우와 비교하면 이해하기 쉬운 것이다. 즉 法官은 憲法과 法律에 의하여 裁判할 의무가 있으나 이에 위반된 裁判이라 하여도 當然無效는 아니고 上訴 또는 再審 등의 방법에 의하여 效力이 부정될 수 있을 뿐인 것이다. 일반적

47) 독일에서 當然無效說을 따르는 학자들도 이를 인정한다. Ipsen, 주 18,S.313; Schlaich, 주17, S.162 참조.

으로 어느 規範에 위반한 행위에 어떠한 效力을 인정할 것인가는 어떤 것이 가장 합리적이냐는 관점에서 다를 문제이지 이러한 행위는 원칙적으로 當然無效이고 특별한 규정 있어야만 예외를 인정할 수 있다는 식으로 생각할 필요는 없는 것이다.

그러면 과연 우리 憲法上 이에 관하여 아무런 규정이 없는 것인지 구체적으로 검토하여 보자, 우선 具體的 規範統制를 규정한 憲法 제 107조 제 1항은 어떠한가? 이에 관하여 지적할 것은 獨立憲法과의 文言의 차이이다. 위 조항은 “法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는……”이라고만 하고 있을 뿐 Bonn基本法 제 1002조 제 1항과 같이 “裁判이 어느 法律의 效力(Gültigkeit)에 따라 좌우되는 경우에……”라고 하고 있어 반드시 當然無效說의 근거가 되기 어렵고 이 규정은 取消說과도 조화될 수 있는 것이다(전술 3.나. (1)참조).

다음 憲法附則 제 5조는 “이 憲法 시행당시의 法令과 條約은 이 憲法에 위배되지 아니하는 한 그 效力을 지속한다”라고 규정하고 있어 에 따라서는 Bonn 基本法 제123조 제1항과 같이 當然無效說의 논거가 될 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 위 違憲附則이 이 憲法 시행 이전의 法律로서 이 憲法에 위배되는 것은 當然無效라는 취지인지는 반드시 명백하지 않다. 적어도 憲法裁判所는 현행 憲法 시행 전의 法律이라 하여도 그 시행 이후의 法律과 동일하게 취급하여 違憲審判의 대상으로 하고 있는 것이다.⁴⁸⁾

이처럼 우리 憲法에 違憲法律의 유효 여부에 관하여 직접적인 규정이 없고 달리 이에 관하여 판단의 근거가 될 만한 규정도 없다면 違憲法律이 當然無效인지 아니면 憲法裁判所의 결정에

48). 이에 관하여는 이입성, 法律의 持續效에 관한 試論,人權과 正義,제 164호 (1990.4.),59면 이하 및 그곳에 소개된 각 文獻 참조.

의하여 비로소 그 效力을 상실하는지의 여부는 결국 憲法보다 하위의 法律이 정하는 바에 따라야 할 것이다. 그런데 憲法裁判所法 제47조 제2항의 규정은 후자, 즉 違憲法律은 憲法裁判所의 違憲決定에 의하여 效力을 상실한다는 입장을 취하고 있으므로 우리 法의 해석으로서는 이에 따라야 할 것이다. 또한 연혁적으로 보더라도 이것이 우리 憲政史의 한 전통이 되었다고 말할 수 있는 것이다. (전술 2. 라 참조).

政策的인 觀點에서 보더라도 當然無效說 보다는 이와 같은 取消說이 여러 가지 다양한 사례에 있어서 탄력적인 해결을 가능하게 한다는 점에서 오히려 우수하다고도 할 수 있다(후술 바. 참조).

다만 이미 廢止된 法律의 경우에는 取消할 대상이 없게 되므로 取消說이 적용될 여지가 없는 것이 아닌가 문제가 된다. 이 문제는 違憲決定에 溯及效을 인정하느냐 아니냐에 따라 다소 차이가 있으나 결과적으로는 廢止된 法律도 違憲審査의 대상이 될 수 있다는 점에서는 같다. 違憲決定에 溯及效가 인정되지 않더라도 當該事件에 한하여는 溯及效를 인정한다면 廢止된 法律도 違憲審査의 대상으로 할 필요가 있음을 부인할 수 없다. 오스트리아에 있어서는 이 점이 문제가 되어 1975년의 憲法改正 당시에 憲法 제140조 제4항에서 이미 效力을 상실한 法律도 憲法審査의 대상이 됨을 명백히 하였다. 우리나라에는 이 점에 관한 명문의 규정이 없으나 憲法裁判所의 관례는 刑罰法規가 아니어서 溯及效가 인정되지 않는 경우에도 廢止된 法律이 違憲審査의 대상이 됨을 인정하고 있다.⁴⁹⁾

반면 違憲決定에 溯及效가 인정되는 경우에는 다시 法律의 廢止가 溯及效를 가지는 경우와 그렇지 않을 경우를 구별하여야

49). 憲法裁判所 1989.12.18. 선고, 89헌마32, 33결정 ; 동, 1990.6.25. 선고, 89헌마 107결정 등.

한다. 法律의 廢止가 遡及效를 가지는 경우에는 그 法律은 裁判 規範으로 적용될 여지가 없으므로 違憲審査의 대상이 될 수도 없고 따라서 그를 따로 取消할 필요도 없다.⁵⁰⁾

그러나 法律의 廢止에 遡及效가 없는 경우에는 廢止에도 불구하고 그 法律은 廢止 전의 法律關係에 대하여는 여전히 裁判 規範으로 적용되게 되므로 이는 違憲審査의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 이 경우 違憲決定의 效果는 遡及效가 없는 廢止에 대하여 遡及效를 부여하는 것이 될 것이다.

다. 違憲決定의 遡及效

위와 같이 違憲法律이 當然無效인지의 여부가 法律에 의하여 결정되는 것이라면 違憲決定이 어떤 效力을 가지는지의 여부도 法律에 의하여 결정될 수 있는 성질의 것일까? 여기서도 결론부터 말한다면 憲法上 가능한 선택은 違憲法律이 當然無效이거나 (위의 첫째 모델) 아니면 違憲決定이 원칙적으로 遡及效를 가지지 않는 경우(위의 둘째 모델)에 국한되고 違憲決定이 원칙적으로 遡及效를 가지지 않는 경우 (위의 셋째 모델)는 憲法에 저촉된다고 보아야 할 것이다. 그런데 위헌법률이 當然無效인 경우는 憲法裁判所法에 의하여 배제되었으므로 결국 남는 것은 違憲決定이 원칙적으로 遡及效를 가지는 경우만이 남게 된다.

이처럼 違憲決定에 원칙적으로 遡及效를 인정하여야 한다는 憲法上的 근거로는 憲法 제103조, 제27조 제1항 및 제10조 후단을 들 수 있다.

50). 그러나 遡及立法에 의한 處罰이 금지되는 刑罰法規와 같은 경우에는 遡及效가 있는 新法이 적용되기 위하여서는 舊法이 合憲이어야 할 필요가 있으므로 이 한도에서는 舊法이 違憲審査의 대상이 될 수 있는지가 문제된다. 舊 社會保護法에 관한 憲法裁判所 1989.7.14. 선고· 88헌가5,8, 89헌가44 결정 및 朴一煥, 주 3,51면 이하 참조.

먼저 憲法 제103조는 “法官은 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 審判한다”라고 규정하여 法官이 憲法과 法律에 구속됨을 명시하고 있다. 그렇다면 法律이 憲法에 위반되는 때에는 어느 것을 따라야 하는가가 문제되는데, 憲法이 法律에 우선한다는 점을 인정한다면 당연히 法官으로서는 憲法에 위반되는 法律을 적용하여서는 안 된다는 결론이 나온다. 그런데 違憲決定에 원칙적으로 溯及效가 없다면 法官으로서는 違憲決定 이후에도 그 이전에 성립한 法律關係에 대하여는 여전히 違憲인 法律을 적용하여야 하는데 이는 憲法 제103조와 정면으로 모순된다고 하지 않을 수 없다.

물론 法官이 違憲인 法律을 적용하여서는 안 된다고 하는 原則이 아무런 예외도 인정할 수 없는 절대적인 原則이라고는 할 수 없고 뒤에서 보는 바와 같이 그에 대한 예외를 인정할 필요도 있을 수 있다.(후술 바. 참조). 그러나 위의 原則은 憲法上の 原則인 만큼 그에 대한 예외도 憲法上の 근거가 있어야 할 것이고 단순히 法律에 의하여 예외를 인정할 수는 없는 것이다.

다음 憲法 제27조 제1항은 “모든 國民은 憲法과 法律에 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다”라고 하여 國民의 基本權으로서의 裁判請求權을 인정하고 있다. 그런데 여기서 말하는 “法律에 의한 裁判”이라 함은 裁判節次가 法律에 의하여야 하는 것만을 의미할 뿐만 아니라 그 裁判의 내용 또한 法律에 의하여야 한다는 것을 말한다.⁵¹⁾ 나아가서 이러한 法律은 合憲的인 法律만을 의미한다고 보는 데에도 異說이 없다.⁵²⁾ 이 점도 憲法의 最高法規性에 비추어 볼 때 당연한 것이라고 하여야 할 것이다. 만일 法律에 의한 裁判을 받을 권리라는 것이

51). 權寧星, 신정관 憲法學原論, 1988,486면 ;金哲洙, 보정관 신고 憲法學新論 1989,387면 ; 許營, 주 6,356면 등.

52). 주 51 참조.

형식적으로 法律에 의한 裁判이면 족하고 그 法律이 헌법에 합치되는지의 여부는 묻지 않는다고 한다면 이는 裁判請求權을 形骸化하는 결과밖에 되지 않는다.

따라서 國民으로서의 裁判請求權에 기하여 違憲인 法律의 적용을 거부할 권리가 있다고 하여야 할 것이다.⁵³⁾ 한 걸음 더 나아가서는 違憲法律심사제도 자체가 法秩序의 統一性を 보장하기 위한 것일 뿐만 아니라 國民의 裁判請求權을 보장하기 위한 하나의 수단이라고도 말할 수 있는 것이다.⁵⁴⁾ 그렇다면 違憲決定의 遡及效를 부정하는 것은 이러한 裁判請求權을 부인하는 결과가 되어 허용될 수 없을 것이다.

물론 裁判請求權도 基本權의 일종으로서 國家安全保障, 秩序維持 또는 公共福利를 위하여 제한될 수 있는 것이기는 하지만 이러한 基本權의 제한은 比例의 原則에 의하여 필요한 경우에 한하여 가능한 것이므로 (憲法 제 37조 제 2항) 단순히 法的 安定性만을 내세워서 當該事件 이외에는 遡及效를 전면적으로 부정하는 것은 憲法 제37조 제2항의 규정에도 어긋나는 것이라고 아니할 수 없다. 더군다나 앞에서 본 것처럼 憲法 제103조와의 관계에 있어서 違憲인 法律을 적용하기 위하여는 憲法上的 근거가 있어야 한다면 더욱 그러하다.

마지막으로 憲法 제10조 후단은 “國家는 個人이 가지는 不可侵의 人權을 確認하고 이를 保障할 義務를 가진다”고 하여 국가의 基本權 保障義務를 규정하고 있다. 그런데 法律이 違憲인 이유가 基本權의 侵害라는 데 있다면 違憲決定의 遡及效를 제한하여 違憲 法律의 繼續適用을 인정하는 것은 이러한 국가의 基本權 保障義務에 정면으로 반하는 것이 될 것이다. 이는 違憲審判

53). 許營, 주 6,357면은 이를 明信하고 있다.

54). 許營, 주 6,357면 참조

節次뿐만 아니라 法律을 대상으로 하는 憲法訴願의 경우에도 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 이 경우에는 基本權侵害가 憲法訴願제기의 요건이 되기 때문이다(憲法裁判所法 제68조 제1항 참조). 違憲決定에 원칙적으로 遡及效를 인정하지 않는 오스트리아에 있어서도 이 점이 基本權 侵害에 대하여 自國 法院에 구제를 신청할 수 있다고 규정한 유럽人權協約(Europäische Menschenrechtskonvention) 제13조와는 상충된다는 비판이 있다.⁵⁵⁾

라. 憲法裁判所法 제 47조 제 2항의 문제점

위에서 살펴본 바에 의하여 憲法裁判所法 제47조 제2항의 문제점은 대체로 드러났다고 할 수 있다. 즉 위 조항이 刑罰法規를 제외하고는 違憲決定의 遡及效를 부정하고 있는 부분은 憲法 제 103조, 제 27조 제 1항 및 제 10조 후단에 위반되므로 違憲이라고 하지 않을 수 없다.

뿐만 아니라 위 조항에 대하여는 추가적으로 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 違憲으로 결정된 조항이 當該事件에 대하여만 적용이 배제되고 그 이외의 違憲決定 이전 사건에 대하여는 그대로 적용된다면 이는 憲法上的 平等의 原則과는 어긋나는 것이라고 하지 않을 수 없다.⁵⁶⁾

둘째, 어느 法律이 違憲審査節次를 거쳐 일단 違憲으로 결정되었다 하더라도 그 法律이 다른 사건에서는 여전히 적용된다면 그 다른 사건을 다루는 法院은 다시 그 法律에 대하여 違憲提請

55), Walter/Mayer, 주 8, S.370. 이 부분은 직접적으로는 法規命令(Rechtsverordnung)의 審査에 관한 것이지만 法律의 違憲審査에 관하여도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

Ibid. S.381 참조.

56). 주 5 참조. 또한 오스트리아 및 미국에 관하여 같은 취지의 비판으로는 Cappelletti / Cohen, 주 13, pp.102 ff. 참조.

을 하여 違憲決定을 받아 그 法律의 적용을 배제할 수 있고 또 그와 같이 하여야 한다는 문제가 생긴다. 물론 이는 違憲決定에 遡及效를 인정하지 않는 것과는 모순되는 것이지만 이러한 결론을 부정할 수 있는 방법이 없다. 오스트리아에서는 違憲判決에 원칙적으로 遡及效를 인정하지 않는다는 것이 憲法의 규정에 의한 것이므로 일단 違憲으로 결정된 法律에 대하여는 또다시 違憲提請을 하지 못한다고는 할 수 없는 것이다. 만일 그러한 경우에도 憲法裁判所法 제47조 제2항에 의하여 違憲決定에는 遡及效가 없으므로 違憲提請을 하지 못한다고 한다면 違憲審査의 대상이 되는 法律을 法律로써 제한하는 결과가 되어 역시 憲法違反이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

그러나 위와 같이 違憲으로 결정된 法律에 대하여 다시 違憲提請을 하여야만 그 法律의 적용이 배제된다는 것은 불필요한 節次를 거듭하는 것밖에 되지 않으며 그럴바에야 違憲決定에 遡及效를 인정하는 것이 문제를 직접적으로 해결하는 방법이 될 것이다.

마. 遡及效의 範圍

위와 같이 違憲決定에 遡及效가 있다고 할 때 그 遡及效가 어디까지 미친다고 할 것인가가 문제된다. 가장 문제가 되는 것은 違憲인 法律을 적용한 判決이 이미 確定된 경우에까지 遡及效가 미쳐서 再審 등의 방법으로 다룰 기회가 보장되어야 하는가 라는 점이다.

만일 遡及效를 완전하게 관철하려고 한다면 이 경우에도 再審을 인정하여야 할 것이다. 그러나 앞에서 살펴본 각국의 예에 의하면 再審은 刑事判決의 경우 등 예외적으로만 인정되고 있음을

알 수 있다. 違憲決定의 遡及效를 인정하여야 한다는 것이 憲法的 要請이라면 確定判決의 경우에 遡及效를 제한하여 再審을 인정하지 않는 데에도 憲法的 根據가 필요할 것이다.

생각건대 確定判決에 既判力을 인정하여 특별한 사유가 없는 한 그 效力을 존중하고 再審도 극히 제한적으로만 인정하는 것은 法的 安定性을 유지하기 위한 것이다. 이러한 確定判決에 있어서의 法的 安定性의 요구는 단순한 訴訟法的 次元의 문제라고만 할 수 없다. 독일의 판례 및 학설은 既判力의 존중 내지 法的 安定性의 요청도 法治國家의 원리 (Rechtsstaatsprinzip)에서 나오는 憲法 次元의 문제라고 보고 있다.⁵⁷⁾ 우리 憲法에서도 法治國家의 원리 내지 法治主義는 憲法의 基本原理로서 승인되고 있으므로⁵⁸⁾ 이러한 이론은 우리 나라에서도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

그렇다면 違憲決定의 遡及效가 憲法 次元의 문제라고 하여도 그 適用節圍에 있어서 무한제한 것이라고는 할 수 없고 法的 安全性에 의하여 어느 정도 제한을 받는 것도 憲法上 용인되는 것이라고 할 수 있다. 물론 違憲決定의 遡及效와 法的 安定性을 어떻게 조화시키느냐 하는 것은 일률적으로 말할 수 없고 이는 기본적으로는 立法者의 裁量에 속하는 문제이다.⁵⁹⁾ 그러나 예컨대 刑事判決에 있어서는 違憲의 法律에 의하여 처벌받는 사람이 있어서는 안 된다는 具體的 妥當性이 既判力의 존중이라는 法的 安定性의 요구보다 더 중대한 의미를 가진다고 할 수 있으므로 이 경우에는 違憲決定에 기한 再審을 허용하는 것이 보다 더 正

57). Maunz/Dürig/Herzog, GG Kommentar, Art.20 VII. Rdnr.60 f.; BVerfGE 15,313,319. f. Maunz/Dürig/Herzog에 의하면 既判力의 존중은 권력분립의 원리에서도 도출된다고 한다.

58). 權寧星, 주 51,116면 ; 金哲洙, 주51, 133면 ; 許營, 주 6,143면 ; 憲法裁判所 1990. 4. 2. 선고, 89헌가 113결정 등

59). BVerfGE 15, 313, 319f. 참조.

義에 합치한다고 할 수 있을 것이다.

違憲決定의 遡及效가 제한되는 것은 반드시 既判力의 경우에 한하지 않고 그 외에도 行政處分의 公定力이라든지 民事法上의 다른 法理에 의하여도 가능할 것이나 여기서는 언급을 생략한다.

바. 違憲決定에 의한 遡及的 取消의 例外

보다 어려운 문제는 어느 法律을 違憲이라고 인정하면 반드시 違憲決定을 함으로써 그 法律을 遡及적으로 取消하여야 하는가 아니면 그에 대한 예외를 인정할 수 있는가 하는 점이다.

앞에서 살펴본 바에 의하면 非遡及的 廢止를 原則으로 하는 오스트리아의 경우나 遡及效의 유무를 判決에 의하여 결정하는 미국의 경우에 非遡及的 取消(廢止)가 인정되고 있음은 물론이고 違憲法律이 當然無效라고 하는 독일에 있어서도 不合致宣言 등의 방법에 의하여 法律이 당초부터 無效라고 하는데 대한 예외를 인정하고 있음을 알 수 있다.

이론적으로도 어느 法律이 憲法의 특정 조문에 모순된다 하여 이를 遡及적으로 取消한다면 더 불합리한 사태가 생기는 경우에는 이를 제한하는 것이 오히려 憲法的으로 요청되는 경우도 있을 수 있다. 독일의 경우에 학설은 이를 憲法의 效力條件의 유지, 憲法的 制度의 보전, 法的 安定性의 유지, 현존하는 憲法違背의 深化의 회피 및 기능적 한계 등으로 유형화하고 있다.⁶⁰⁾

물론 구체적으로 어느 경우가 이에 해당하는지를 판단하는 것이 반드시 용이하지는 아니하나 알기 쉬운 예를 한 가지 든다면 國會議員의 選舉區 劃定에 관한 法律이 選舉人의 배분에 있어서 平等의 原則을 심각하게 침해하여 違憲인 경우에 그 法律을 遡

60). Moench, 주 25, S.160 ff.

及的으로 取消시킨다면 그 法律에 의하여 구성된 國會 자체가 해체되어야 하고 따라서 違憲인 위 法律을 개정할 機關 자체가 없어지게 된다는 모순에 직면하게 된다. 따라서 이러한 경우에는 法律의 遡及的 取消 내지 그로 인한 國會의 해체는 불가능하다고 할 수 밖에 없다. 獨逸聯邦憲法裁判所는 이러한 경우에 違憲性은 인정하면서도 지난번 選舉 당시에는 아직 이 점이 명백하지 않았다고 하여 立法者에게 改正을 명하는데 그쳤고,⁶¹⁾ 日本最高裁判所는 行政事件訴訟法 제31조 제1항(우리 行政訴訟法 제28조 제1항에 해당) 소정의 事情判決의 法理를 원용하여 選舉無效訴訟의 청구를 기각하면서 主文에서 選舉의 違法함을 확인하는데 그쳤다.⁶²⁾

다만 이처럼 違憲인 法律에 대하여 遡及的인 取消가 제한되기 위하여는 憲法的 根據를 필요로 하기 때문에 실제로 이에 해당하는 경우는 그다지 많지 않을 것이다.⁶³⁾

이처럼 違憲인 法律이라 할지라도 遡及的인 取消가 불가능할 때에는 단순히 違憲임의 확인에 그치든지 또는 일정기간이 경과하면 實效된다는 등의 결정을 하는 수밖에 없을 것이다. 그런데 문제는 이와 같은 결정을 함에 있어서는 法律上的 근거가 있어야 하지 않겠는가 하는 점이다. 특히 違憲決定의 遡及效가 裁判請求權의 문제라면 이를 제한함에는 憲法 제37조 제2항의 규정에 의하여 法律의 근거가 필요할 것이기 때문이다. 그러나 현행법상은 이러한 직접적인 근거가 될 만한 것이 없다. 유일하게 생각될 수 있는 것은 行政訴訟法 제28조 제1항의 事情判決에 관한 규정이나 行政訴訟法은 憲法裁判節次 가운데 憲法訴訟節次에

61). BVerfGE 16,145 ff.

62). 日本最高裁判所 1976.4.14 大法廷判決, 民集 30권 4호 223면 이하

63). Ipsen, 주 18,S.211 ff; Schlaich, 주 17, S.177 ff.는 獨逸聯邦憲法裁判所가 한 대부분의 不合法宣言도 불필요한 것이었다고 비판한다.

만 준용될 뿐 違憲審判節次에는 준용되지 않는다(憲法裁判所法 제 40조 제 1항).

이 점에 관하여는 다소 의문이 없지는 않으나 遡及效의 제한이 憲法上의 요청에 의하여 이루어지는 것이라고 한다면 憲法 그 자체가 根據가 되므로 별도로 法律의 규정은 필요로 하지 않는 것이라고 볼 수 있지 않을까 한다. 만일 그와 같이 보지 않는다면 法律의 규정이 없어서 해결하기 어려운 사태가 생길 수 있기 때문이다. 그러나 입법적으로 이에 관한 명문의 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

5. 結 論

이제까지 논한 것을 요약한다면 違憲인 法律이 當然無效가 아닌가에 관하여는 憲法上 결정된 바 없고 따라서 憲法裁判所法이 정하는 것처럼 일단 유효였다가 違憲決定에 의하여 取消되는 것으로 보아야 하지만 이처럼 違憲決定에 의하여 取消될 때에는 그 결정이 遡及效를 가져야 함이 憲法上 요구된다는 것이다.

憲法裁判制度는 우리나라에 있어서는 아직 초창기에 있다 하여도 과언은 아니다. 따라서 이에 관한 여러 가지 문제에 관하여도 學說이나 判例上 아직 충분한 논의가 없다. 이 글이 앞으로의 논의에 다소나마 도움이 되기를 바랄 뿐이다.

違憲法律判決節次에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權

너희는 그저 ‘예’할 것만 ‘예’하고 ‘아니오’할 것은 ‘아니오’
라고만 하여라. 그 이상의 말은 꾀에서 나오는 것이
다. (Say just a simple ‘Yes, I will’ or ‘No, I won’t’.
Your word is enough.)

-Matthew 5:37

鄭宗燮

憲法研究官

-目次-

1. 序論
2. 舊憲法과 現行憲法간의 다른점
3. 獨逸의 ‘違憲與否審査權’과 ‘違憲與否決定權’의 分離 및
違憲決定獨占의 制度構造的 論理
4. 우리 나라 一般法院의 提請義務와 提請申請棄却決定權
5. 서울민사지방법원 제42부의 棄却決定 檢討
6. 結論

1. 序論

우리 사회에서는 그간 敎員勞組組合을 결성하려고 활동하였거나 이른바 ‘전국교직원노동조합’에 가입하여 활동한 다수의 私立學校 敎員들이 私立學校法 제55조와 제58조 제1항에 의하여 면직되었다. 이에 이들 교원들은 一般法院 免職處分無效確認 등의 訴를 제기하고 아울러 그 사건의 係屬중에 위 법률의 조항들에 대하여 違憲與否審判提請申請을 각 係屬法院에 넘으로써 우리 사회에서는 위 조항들의 違憲與否問題가 정식으로 憲法問題로 제기되기에 이르렀다. 이 문제는 특히 敎員勞動組合의 설립을 지지하는 敎員들과 教育部가 팽팽히 대립하는 가운데 대부분의 係屬法院에서는 당사자들이 申請을 받아들여 憲法裁判所에 違憲與否審判提請을 하기에 이르렀기 때문에 정치·사회적인 事實 측면에서 뿐만 아니라 規範의 측면에서도 자못 민감한 양상을 띠게 되었다.

이러한 상황속에서 1990년 4월 3일 서울민사지방법원 제42부(이 부는 재판장 판사 朴容相과 판사 金尙遵, 판사 金昭英으로 구성되었다)는 이 법원 「89가합 56013 면직처분무효확인 등」 사건에서 면직된 교원인 당사자들이 신청한 사립학교법 제55조, 제58조 제1항, 제4호에 대한 違憲與否審判提請申請을 棄却하면서 위 조항들은 合憲성이 推定된 때문에 違憲이라고 볼 수 없다고 했다.¹⁾

1). 이러한 합헌성추정의 의견에 덧붙여 이 결정(89 가합 56013 사건이 본안사건인 89 카 58901 위헌제청신청 사건과 89 가합 56037 사건이 본안 사건인 89 카 58899 위헌제청신청 사건의 각 결정)은 “그렇다고 하여 위 법조문에 표현된 국회의 결정이 최선의 결정임을 의미하는 것은 아니다. . . .국회가 이러한 여러 사정을 고려하여 사립학교 교원의 노

그런데 사건의 민감한 성질로 인하여 이 결정은 곧 많은 사람들의 주목을 끌었고 언론에서도 이를 부각시켜 기사화하였는데,²⁾ 그것은 결정문의 이유설시의 형태의 면에서 법원이 해왔던 기존의 것과 다소 다른 점이 발견되었고, 특히 이 결정이 내려진 당시까지 위 법원 제42부 이외 전국의 대부분의 법원에서는 위 사립학교법의 해당 조항이 위헌으로 해석될 소지가 있다고 하여 憲法裁判所에 違憲與否審判提請을 하였고 그 수가 무려 68건에 달한 상황에서 유독 위 제42부만 合憲性이 推定된다고 하면서 당사자의 신청을 기각하였기 때문이라고 보인다

이러한 상황에서 『조선일보』는 1990년 4월 7일의 기사에서 一般法院이 法律에 대하여 合憲判斷까지 할 權限이 있는가 하는 점을 문제로 제기하고 이 점에 관하여 憲法裁判所와 一般法院 사이에 견해의 차이가 있는 것처럼 보도하였다.³⁾ 言論機能의 측면에서 그 보도의 의도가 무엇이었는지는 짐작하기 어려우나 어쨌든 日刊新聞에 의해 違憲法律審判節次에 있어서 憲法裁判所와 一般法院이 가지는 憲法解釋權의 問題가 제기되었다는 점에서 法的問題를 포착해내는 그 신문의 안목이 새삼 주목되고, 동시에 그로 인해 논의와 의견이 분분하게 전개되고 있으므로 필자는

동기본권에 대하여 새로운 결정을 하게 될 날도 그리 멀지 않으리라고 기대된다. 그러나 국회가 새로운 결정을 내릴 때까지 현행법은 지켜져야 한다.”라고 이유 부분에 실시하고 있다. 이 결정문의 일부는 『法律新聞』, 第1933號 (1990. 5. 7.), 10쪽 이하에 실려 있다. 같은 날 선고한 『89 카 58899 위헌제정신청』사건의 기각결정문은 『法曹』 403호 (1990. 4.), 170쪽 이하에 실려 있다. 이 둘의 기각결정의 이유설시부분의 내용은 동일하다.

2). 『조선일보』, 1990.4. 4 (水), 18면 ; 『한국일보』, 1990. 4. 4, 22면 ; 『국민일보』, 1990. 4. 4, 18면 ; 『한겨레신문』, 1990. 4. 4, 10면 ; 『경향신문』, 1990. 4. 4, 14면 ; 『중앙일보』, 1990. 4. 4, 18면 ; 『동아일보』, 1990. 4. 4, 15면, 이 신문들은 대부분 “사립학교 교원 노동3권제한 합헌”이라는 제목으로 이 결정을 부각시키고 헌법재판소의 앞으로의 결정이 주목된다고 하였다.

3). 『조선일보』, 1990. 4. 7.(토), 18면을 볼 것, 그후 『민주일보』에서도 이와 유사한 맥락에서 동일한 문제를 제기하면서 이 문제를 둘러싸고 의견과 논란이 분분하다는 취지의 내용을 기사화 하였다. 『민주일보』, 1990. 4. 28.(토), 7면을 볼 것.

이 문제에 대하여 憲法訴訟論의 측면에서 접근하여 그와 관련된 여러 가지 문제점들을 분석하고 논의 가운데에 나타나 있는 불명확한 부분들을 좀더 자세히 밝혀보고자 한다.

2. 舊 憲法과 現行 憲法간의 다른 점

違憲法律審判節次(具體的規範統制節次)에서 憲法解釋權의 문제를 둘러싸고 의견과 논의가 분분한 것은 무엇보다도 憲法解釋과 관련하여 憲法裁判所와 一般法院이 가지는 권한에 대하여 舊 憲法(1980年 憲法)과 現행 憲法이 서로 다르게 규정하고 있는 내용을 충분히 이해하지 못하는 데서 비롯되는 것으로 보인다. 특히나 憲法裁判에 있어서 舊 憲法의 규정과 現행 憲法의 규정 그리고 그러한 규정이 구상하고 전망하는 憲法裁判觀에 대한 총체적인 인식의 부족은 이러한 논의를 더욱 복잡하게 만들고 있는 것 같다. 그러므로 이 문제를 본격적으로 검토하기 위해서는 그 전에 우선 이 둘의 憲法上 規定이 어떠한 차이를 가지고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

우선 1980年 憲法은 憲法裁判의 관할 사항에 있어서 현재의 憲法裁判制度와는 본질적으로 다를 뿐 아니라 違憲法律審判節次의 구조도 달리한 것이었다. 1980年 憲法 제108조 제1항은 “法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에 法院은 法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때에는 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 의하여 裁判한다.”고 하였는 바, 이는 現행 憲法 제107조 제1항이 “法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다”라고 한 규정과 대조해 볼 때 분명한 차이를 발견할 수 있게 하고 있다. 즉, 1980年 憲法의 규정에는 現행 憲法의

규정에는 없는 “法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때에는”이라는 내용이 더 들어가 있는 것이다. 이는 1980年 憲法이 一般法院에 法律의 위헌여부에 대한 이른바 ‘1차적 심사권’을 인정할 것을 보여주고 있는데 그 구체적인 내용은 당시의 憲法委員會法<1982.4. 2. 법률 제3551호>에 자세히 규정되어 있었다. 1980年 憲法下的 위 憲法委員會法에 규정된 法律의 違憲與否審判節次에 의하면, 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건의 담당판사나 소송당사자는 提請申請만 할 수 있었으며, 제청신청이 있는 경우에 한하여 이에 의해 당해 법원은 당해 사건이 係屬中인 각급 법원의 合議部の 決定을 거쳐 위헌여부를 憲法委員會에 제청하는 것으로 되어 있었다(憲法委員會法 제12조 제1항). 法院에서 提請을 할 때에는 提請書를 憲法委員會에 송부하여야 했는데(同法 제14조) 이 경우 提請法院이 下級法院(軍法會議를 포함)인 때에는 그 提請書의 送付는 반드시 大法院을 經由하도록 하였다(同法 제15조 제1항). 이는 대법원으로 하여금 다시 위헌심판제청여부를 심사하도록 하기 위함이었다. 大法院은 大法院 자신의 違憲審判提請은 물론이고 下級法院의 위헌심판제청에 대하여도 大法院判事 전원의 3분의 2이상으로 구성되는 合議體에서 당해 法律의 憲法違反與否를 결정하였다. 여기서 그 法律이 헌법에 違反되는 것으로 인정될 때에는 大法院은 자신의 意見書를 첨부하여 憲法委員會에 提請書를 送付하여야 했다(同法 제15조 제2항, 제3항). 大法院 合議體에서 당해 法律의 위헌여부를 심사한 결과 합헌이라고 인정하면 提請法院의 提請書는 憲法委員會에 送付되지 않음은 물론이고 위헌법률심판절차도 거기에서 종결된다.

이와같이 1980年 憲法下的 違憲法律審判制度는 《事件擔當判事 또는 訴訟當事者の 制定申請→당해 事件이 係屬中인 各級法

院의 合議部의 決定→당해 법원의 提請→당해 法院 提請書 送付의 大法院 經由→大法院 法律의 違憲與否審査→憲法委員會로의 提請書 送付與否決定→憲法委員會로의 提請書 送付》라는 절차를 지닌 것이었다. 그리고 各級法院은 法律의 違憲審判提請權을 가졌으며, 大法院은 이러한 提請權 이외에도 법률의 위헌여부에 대한 '1차적 심사권'도 가졌다. 여기서 '1차적 심사권'이라는 것은 憲法委員會에 앞서서 법률의 위헌여부를 심사한다는 의미이지만 이는 항상 단순한 잠정적인 것에 불과한 것으로 존재한 것이 아니라 합헌판단의 경우에는 최종적인 성질을 가지는 심사권이었다(물론 위헌판단의 경우에는 憲法委員會의 최종적인 위헌여부 심사·결정이 남아 있으므로 대법원의 '1차적 심사권'은 잠정적인 성질을 가지는 것이었다).

이는 다시 말하면 1980年 憲法下에서는 大法院은 위헌법률심판절차에 있어서 법률의 위헌여부에 대하여 '1차적 심사권'을 가지고 있었고 憲法委員會와 함께 '合憲判斷(決定)權'을 가지고 있었다는 것이 된다. 그리고 이러한 大法院의 權限의 근거는 당시 헌법 제108조 제1항의 “法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때에는”에 두고 있었다(이러한 설명은 당시 헌법 제108조 제1항에 의하면 반드시 당시의 헌법위원회법이 규정한 제도만이 도출된다는 것을 의미하지는 않는다. 당시 헌법규정에 의하면 各級法院에도 '1차적 심사권'을 부여할 수 있었기 때문이다). 그렇다면 위와 같은 “法院은 法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때에는”이라는 규정이 없으면 一般法院에 '1차적 심사권'과 '合憲判斷(決定)權'을 인정할 수 없는 것인가? 이에 관하여 어떤 이는 1972年 憲法 제105조 제1항이 현행 헌법과 유사하게 “法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하여 그 결정에 의하여 裁判한다.”라고 규정하고 있

있음도 당시 大法院은 ‘1차적 심사권’과 ‘合憲判斷(決定)權’을 가지고 있었음을 들어 “法院은 法律이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 규정이 없는 현행 헌법 제107조 제1항에 의하더라도 一般法院에 ‘1차적 심사권’과 合憲判斷(決定)權이 부여될 수 있다고 주장할지도 모른다. 이러한 의문점을 해소하기 위해서는 무엇보다도 1972年 憲法과 그 헌법하의 헌법위원회제도에서 1980年 憲法으로 넘어온 위헌법률심판절차의 변천에 나타난 史的 意味와 그와 관련된 헌법개정의 맥락을 정확히 이해할 필요가 있다고 하겠다.

1972年 憲法은 스스로 憲法을 名目的이고 장식적인 것으로 만든 이른바 ‘維新憲法’으로서 우리 憲法史에 汚名을 남긴 것이지만, 違憲法律審判節次의 규정인 제105조 제1항 그 자체만 놓고 보면 違憲法律審判制度를 헌법차원에서부터 形骸化시키고 있는 것이라고는 볼 수 없다. 그러나 權威主義體制로서의 본질적 성격을 가진 維新體制가 違憲法律審判制度가 헌법상의 제 기능을 발휘할 수 있도록 놔 둘 수는 없다. 權威主義統治에 있어서 法律은 바로 그러한 통치를 가능하게 해주는 중요한 수단이기 때문이다. 그리하여 만들어진 것이 1973年 憲法委員會法 <1973. 2. 16 법률 제2530호> 이었다. 이 법률에 의하면, 法律이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건의 담당판사나 소송 당사자는 違憲審判提請의 申請만 할 수 있었고 違憲審判提請은 이 신청을 받은 당해 法院이 당해 사건이 계속중인 각급법원의 合議部의 決定을 거쳐 하도록 되어 있었다(同法 제12조 제1항). 그리고 提請法院이 提請을 하는 때에는 提請書를 憲法委員會에 송부하여야 했는데 그 경우 提請書의 送付는 반드시 大法院을 경유하여야 했다(同法 제15조 제1항). 그런데 提請書를 받은 大法院은 이에 단순한 의견서를 첨부하여 憲法委員會에 提請書를

송부하는 것이 아니라 다시 違憲審判提請의 필요성 여부를 심사하였다. 즉, 大法院은 大法院의 위헌심판제청은 물론이고 下級法院의 위헌심판제청에 대하여 대법원장을 재판장으로 하여 구성하는 合議部에서 提請의 필요성 여부를 심사하여 불필요하다고 인정할 때에는 提請書의 不送付決定을 하도록 하였다(同法 제15조 제3항). 이러한 不送付決定이 있으면 提請法院의 提請書는 憲法委員會에 송부될 수 없으므로 결국 提請이 없었던 것으로 되며 違憲法律審判節次는 이 단계에서 종결된다. 법규정의 표현으로 볼 때 提請의 필요성 심사가 法律의 違憲與否審查를 의미하는지도 불분명하지만 大法院이 당해 法律을 合憲이라고 생각하면 다시 憲法委員會의 해석을 구할 필요없이 違憲法律審判節次를 종결시킬 수 있었음은 분명하다.

維新憲法 아래에서의 1973年 憲法委員會法이 규정한 違憲法律審判制度를 보면, 그 節次는 《事件擔當判事 또는 訴訟當事者の 提請申請→당해 사건이 係屬中인 各級法院의 合議部の 決定→당해 법원의 提請→당해 法院 提請書 送付의 大法院 경우→大法院의 提請의 必要性審查→憲法委員會로의 提請書 送付與否 決定→憲法委員會로의 提請書 送付》의 과정을 거치고, 各級法院은 提請權을 가졌으나 大法院이 다시 提請의 必要性 審查權을 가지고 있었다. 그 결과 대법원은 提請法院이 제출한 提請書의 送付與否를 決定하는 과정에서 필연적으로 당해 法律의 違憲與否를 審查하게 되었는데, 여기서 우리는 大法院이 ‘1차적 심사권’을 가지고 있었음을 확인할 수 있으며, 大法院이 合憲이라고 생각하여 제청서를 송부하지 않는 決定을 하면 그 절차가 종결되므로 여기서 大法院이 憲法委員會와 함께 가졌던 ‘合憲判斷(決定)權’의 존재를 확인할 수 있다.

그런데 이러한 것은 분명 1972年 憲法이 인정하고 있지 않았

던 것이었으므로 1973年 憲法委員會法에 대하여 憲法學者들이 違憲性을 주장하고 나선 것은 당연한 것이었다. 이렇듯 1972年 憲法하에서는 違憲法律審判節次에 있어서 헌법규정과 하위법률인 憲法委員會法の 규정이 충돌하였는데 이 문제를 올바르게 해결하는 방법은 憲法 제105조 제1항과 違憲法律審判制度의 法理에 부합하도록 憲法委員會法을 고치는 일이었다. 그러나 처음부터 憲法이란 장식물에 불과하다고 여긴 權威主義體制가 그런 방향으로 법률을 개정하기를 기대하는 것은 緣木求魚였는지도 모른다. 아니나 다를까 1980年 權威主義體制는 법률을 개정하기는 커녕 오히려 法律에 憲法을 뜯어 맞추어 고쳤던 것이다. 우리 憲法史의 전개과정에서 볼 때 이 부분은 분명히 ‘憲法の 法律에의 從屬化’에 해당하며 立憲主義와 實質的 法治國家原理가 왜곡된 부분이다. 어쩌면 군사쿠데타에 의해 정권을 장악한 權威主義政權이 저지를 수 있는, 이미 예상되었던 憲法史의 진행이었는지도 모를 일이다. 어쨌던 1980年 憲法은 제108조 제1항에 “法院은 法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때에는”이라는 말을 明文으로 넣음으로써 규범체계적으로 상위법인 憲法과 하위법인 憲法委員會法 사이에 모순·충돌되는 여지를 없앴던 것이다.⁴⁾ 이 상에서 살펴보았듯이 우리 憲法史 특히 憲法裁判制度의 역사적 전개과정을 정확히 꿰뚫어 보기만 하면 1980年 憲法 제108조 제

4). 1972年憲法하에서는 앞서 본 바와 같이 그 헌법 제 105조 제1항의 해석상 舊憲法委員會法〈법률 제2530호〉제15조 제3항과 같은 규정을 위헌이라는 違憲性에 대한 문제가 憲法學界에서 강하게 제기되었지만, 이러한 논란의 여지를 아예 봉쇄하기 위하여 1980年 憲法은 제108조 제1항을 위에서 본 바와 같은 내용으로 개정하였고 憲法委員會法〈법률 제 3551호〉도 그에 맞추어 정비하였다. 金哲洙, 『新憲法學概論』(서울: 博英社, 1982), 869쪽; 丘秉朔 『憲法學Ⅱ』(서울: 博英社, 1983), 953쪽 참조. 1972年憲法하의 위 憲法委員會法 第15條의 위헌성에 대한 자세한 논의는 權寧星, 『憲法學原論(下)』(서울: 法文社, 1980), 422쪽 이하; 權寧星, “大法院에 의한 違憲法律審査,” 『考試界』(1979.9), 135쪽 이하 계속을 볼 것.

1항과 1972年 憲法 제105조 제1항의 의미를 잘 이해할 수 있을 것이며, 憲法에 “法院은 法律이 憲法에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 규정이 없더라도 一般法院에 이른바 “1차적 심사권”이라든지 憲法委員會가 가진 ‘合憲判斷(決定)權’과 같은 권한을 인정할 수 있다고 하는 것은 ‘維新體制’나 ‘5共體制’와 같은 權威主義體制의 憲法否定的인 주장을 그대로 되풀이 하는 잘못된 주장임을 쉽게 파악할 수 있는 것이다.

여기서 논의를 다시 1980年 憲法으로 되돌려 보면, 法律이 憲法에 위반됨을 一般法院인 大法院이 “인정”할 때에만 法律에 대한 違憲與否審判이 憲法委員會에 提請될 수 있었다. 따라서 大法院이 문제가 된 法律을 合憲이라고 인정하면 訴訟當事者 뿐 아니라 당해 사건을 담당한 판사나 그 법원이 위헌의 소지가 있다는 의견에도 불구하고 이는 무시되고 違憲法律審判節次는 더 이상 진행되지 못한 채 거기에서 끝나 버린다. 이와 같이 과거 大法院에게 주어졌던 이른바 ‘1차적 심사권’은 一般法院 內部(司法府 內部)에 있어서도 법률의 違憲問題는 大法院이 統制하겠다는 것이었으며, 동시에 違憲法律審判節次도 憲法委員會로 넘어가기 전 단계에서 大法院이 종결시킬 수도 있도록 한 것이었다. 大法院에 의해 違憲法律審判節次가 종결되면 그 절차는 더 이상 진행될 여지가 없게 되고 따라서 憲法裁判機關인 憲法委員會는 아무런 권한도 행사할 수 없게 된다. 대법원이 제청서를 憲法委員會에 送付하지 아니한 것에 대하여는 달리 異議를 제기할 수 있는 방법이 없었다. 과거 憲法委員會가 對外的으로 憲法上的의 구색이나 맞추는 ‘허수아비’기관으로 존재할 수 밖에 없었던 데는 바로 이러한 ‘1차적 심사권’이라는 制度矛盾的인 權能이 당시 憲法裁判制度의 메카니즘속에서 작동하고 있었기 때문이었다.⁵⁾

5). 金哲洙(주4), 869쪽 : 丘秉朔(주4), 953, 998쪽. 金哲洙 교수는 당시 대법원에 ‘1차적 심사

이를 政治權力論의 측면에서 보면 사실 法律의 違憲問題를 大法院으로 하여금 통제하도록 한 것도 대법원의 권위를 인정하였기 때문에 違憲法律에 대한 '1차적 심사권'을 준 것이 아니라 일종의 허구에 불과한 것이었다. 당시 權威主義政權은 그 통치 기간동안 통치의 중요한 수단인 法律에 대하여 違憲是非가 생겨나는 것을 사전에 철저히 봉쇄하였어야 했는 바, 정권담당자의 입장에서 볼 때는 이러한 봉쇄를 위해 違憲問題를 제기하고 나올 모든 法官을 통제하고 나아가 憲法委員會를 통제하는 것은 정권 유지에 비용이 너무나 많이 소요되는 것으로서 비효율적이었던 것이다. 이 문제를 간단히 해결하는 방법은 違憲法律審判節次에서 개별 法官들의 權限을 空洞化시키고 憲法委員會가 제 기능을 할 수 없게만 하면 되는 것이고 따라서 이러한 목적을 달성함에 있어서 가장 손쉬운 방법은 정권담당자가 大法院을 장악하고 大法院을 움직여 그 절차를 사전에 미리 차단시키면 되는 것이다. 大法院의 '1차적 심사권'의 논리는 바로 이러한 權威主義政權에 부여되었던 統治技術의 맥락을 숨기고 있었던 것이다. '維新體制'와 '5共體制'아래에서 大法院이 정치적 영향력에 의해 심한 고통을 당하고 수모를 겪은 것도 이러한 權力論의 측면에서 접근하면 그 맥락을 쉽게 파악할 수 있을 것이다.

아무튼 1980年 憲法하에서는 위에서 본 바와 같이 大法院이

권'을 부여한 것에 대하여 1972年 憲法하에서 단 한건의 違憲提請도 없었음을 들어 "대법원이 소극적인 헌법판단을 하거나 제정에 소극적인 자세를 취하는 경우 헌법위원회는 무용지물이 도리 가능성이 있다"라고 경고하였는데 (위의 책, 870쪽) 결국 1980年 憲法하에서도 아나니 다를까 단 한건의 違憲提請도 없었다. 梁建, "헌법재판소 2년, 그 성과와 한계," 『한국논단』, 1990년 11월호, 94쪽도 이 문제를 지적하고 있다. 이를 '당시에는 司法權의 獨立이 보장되지 않았기 때문에 그럴 수밖에 없었다'는 논리로 변명하는 것은 그 변명이 너무 궁색하고 구차스러운 것이라고 생각한다. 왜냐하면 司法權의 獨立은 우선 그 실현을 위하여 法院 스스로가 意志를 가지고 政治權力의 侍女가 되기를 거부하는 노력에 의해 달성될 수 있기 때문이다. 이와 관련한 司法部에 대한 許營 교수의 憲法學的 批判은 『동아일보』, 1990. 5. 15.(火), 17쪽을 볼 것.

이른바 ‘1차적 심사권’을 가졌고, 대법원이 문제된 法律에 대하여 違憲이라고 “인정”할 때만 提請이 가능했다고 하겠다. 그리고 이 ‘1차적 심사권’은 1972年 憲法에서는 條文規定上 구상되어 있지도 않았던 것인데 憲法委員會法에서 헌법제정권자인 국민의 의사와는 반대로 違憲的으로 규정되었던 것이고 이것이 憲法理論的 측면에서 위헌이라는 강한 비판과 반대에 부딪히게 되자 1980年 憲法에서는 아예 憲法의 해당 조항을 바꾸어 ‘1차적 심사권’이 들어올 길을 연 후 憲法委員會法에서 이를 구체화하였던 것이다.⁶⁾

그러면 현행 憲法하에서는 사정이 어떠한가? 우선 현행 헌법은 1987年의 ‘市民平和大行進’내지 ‘6月抗爭’에서 나타난 국민의 민주화에의 열망과 요구에 부응하여 생겨난 것인 만큼⁷⁾ 다소라도 憲法裁判制度를 내실있는 것으로 정착시켜 보려는 방향으로 규정되어 있다. 그 결과 과거의 憲法委員會制度나 法院에 의한 違憲法律審査制度를 배격하고 오늘날 선진 立憲民主國家에서 채택하고 있는 憲法裁判所制度를 도입하여 憲法訴願審判節次를 우리 憲法史上 처음으로 채택함과 동시에 違憲法律審判節次(具體的規範統制節次)도 더욱 憲法裁判의 理念에 가깝게 실질화하였다.

현행 憲法 제107조 제1항은 “法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 재판한다”고 규정하고 있고(이 규정은 1972年 憲

6). 이에 대하여 당시 대법원의 ‘1차적 심사권’으로 인한 違憲法律審査制度의 形骸化를 우려한 憲法學者들은 解釋論을 통하여 이 문제를 극복해 보고자 이러한 ‘1차적 심사권’을 실질적심사권이 아닌 절차적심사권에 불과한 것이라고 축소하여 해석하기도 하였다. 權寧星, 『新稿 憲法學原論』(서울: 法文社, 1981), 859쪽 이하; 丘秉朔(주4), 953쪽 참조.
7). 權寧星, 『憲法學原論』(서울: 法文社, 1990), 97쪽; 金哲洙, 『憲法學概論』(서울: 博英社, 1989), 64쪽; 許營, 『韓國憲法論』(서울: 考試研究社, 1989), 124쪽; 金浩鎭, 『韓國政治體制論』(서울: 博英社, 1990), 499쪽 이하 계속.

法 제105조 제1항의 구조와 같다), 이를 더 구체화 시킨 憲法裁判所法 <1988. 8. 5. 법률 제4017호> 제41조 제1항은 “法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提된 때에는 당해 事件을 담당하는 法院(軍事法院을 포함한다)은 職權 또는 當事者의 申請에 의한 決定으로 憲法裁判所에 違憲與否의 審判을 提請한다”라고 하여 憲法違反與否 그 자체가 재판의 전제로 되기만 하면 法院으로 하여금 제청하게 하고 있고, 제청 권한도 합의부가 아닌 경우에는 개별 法官에게도 부여하고 있으면 같은 법률 제43조는 그 提請書의 기재사항의 하나로 “違憲이라고 解釋되는 法律 또는 法律의 條項”과 “違憲이라고 解釋되는 이유”를 반드시 기재하도록 하고 있다. 이러한 규정들은 앞서 보았듯이 1980年 憲法 제 109조 제 1항과 그 憲法下의 憲法委員會法 제 15조의 “法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할(될)때”라는 제한을 없앤 것이라는 점에서 舊憲法의 경우와는 전혀 다른 법리적 구조를 가지고 있는 것이어서 違憲法律審判節次에서 一般法院이 가지는 權限의 性格과 限界를 분명히 규정지워 지고 있다고 하겠다. 즉, 이러한 현행 憲法과 憲法裁判所法の 규정은 과거의 ‘1차적 심사권’의 완전한 부정을 의미하므로 一般法院은 당해 사건에 적용할 법률 다시 말해서 裁判의 前提가 되어 있는 법률에 조금이라도 위헌의 소지가 있다고 의심이 들면 그 자체로서 法律의 違憲與否가 바로 裁判의 前提가 되는 경우에 해당하므로 憲法裁判所에 違憲與否審判의 提請을 하여야 한다는 결론이 도출된다고 하겠다.⁸⁾ 이 점은 뒤에서 獨逸의 경우와 비교하여 살펴 볼 때 더욱 뚜렷이 드러나겠지만 우선 舊憲法과 현행 憲法の 규정, 舊 憲法委員會法과 현행 憲法裁判所法の 규정을 비교, 해석해 보거나 과

8). 李時潤, ‘憲法裁判概觀(上)’, 『判例月報』, 224號(1989.5), 19쪽 이하 ; 李時潤, 『憲法裁判概觀』(서울 : 憲法裁判所, 1989), 18쪽 이하 계속 ; 朴一煥, “法律의 暫定效와 違憲審查(下),” 『法律新聞』(1989. 3. 13.), 10쪽

거의 제도를 청산한다는 견지에서 憲法裁判所制度를 채택한 역사적, 政治社會學的 의미와 制度의 理念的 基礎, 그리고 一般法院이 가지는 基本權保護 더 나아가 憲法保障의 機能⁹⁾ 내지 義務¹⁰⁾에 대하여 조금만 진지하게 생각해 보아도 자연스레 도출된 논리적 귀결인 것이다. 따라서 현행 憲法아래에서는 一般法院이 1980年 憲法下에서 대법원이 가졌던 것과 같은 이른바 ‘1차적 심사권’을 가지고 있지 않음은 의문의 여지도 없이 명백하다. 그리고 한가지 덧붙여 말한다면 현재의 憲法裁判所法 제43조 소정의 提請書의 기재사항중 “違憲이라고 解釋되는 ”이라는 표현은 제도의 본질이나 취지에 맞게 “違憲이라고 의심이 되는 (또는 의문이 있는)”으로 고쳐야 할 것이다. 사실 ‘提請書의 기재사항’의 조항은 1948年 憲法 당시의 憲法委員會法 제11조의 규정이 그 이후의 法院에 의한 違憲法律審査制度→憲法裁判所制度→憲法委員會制度→현행의 憲法裁判所制度로의 제도변천에도 불구하고 아무런 손질함도 없이 그대로 방치된 채 이어져 내려온 것인데¹¹⁾ 이 조항이 가진 이러한 문제점은 현행 憲法裁判所法을 立案할 당시에도 실무자들에 의해서 발견되지 못하였기 때문에 그 표현이 지금과 같이 남아있게 된 것이다. 이는 立法技術上 중대한 오류라고 하지 않을 수 없다. 그런데 주목할 만한 것은 대법원의 「위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규」(송일 88-3, 1988.11.4. 송무심의 제54호)에서 그 위헌제청결정문의 樣式으로

9). 一般法院이 가지는 憲法保障機能에 대하여 자세한 것은 다음 문헌을 볼 것. 金哲洙(주7), 949쪽 ; 權寧星(주7), 68쪽 ; 安溶教(주7), 95쪽.

10). 이러한 義務는 憲法國家原理(立憲主義), 統治權의 憲法에의 羈束性, 統治權의 基本權에의 羈束性 등에서 나온다. 자세한 것은 다음 문헌을 볼 것. 許營(주7), 598쪽 이하 계속; 權寧星(주7), 5쪽 이하 계속, 581쪽 이하 계속 ; 安溶教(주7), 24쪽 이하 계속.

11). 憲法委員會法 <1950. 2. 21. 법률 제100호> 제11조 ; 憲法裁判所法 <1961. 4. 17. 법률 제601호> 제10조 제1항 ; 憲法委員會法 <1973. 2. 16. 법률 제2530호> 제14조 ; 憲法委員會法 <1982. 4. 2. 법률 제3551호> 제14조 ; 憲法裁判所法 <1988. 8. 5. 법률 제4017호> 제43조를 서로 대조해 볼 것.

정형화한 부분이다. 이 정형화시킨 결정문 양식의 이유설시부분은 “주문기재사건(또는 위 사건)의 재판의 전제가 되는 주문기재 법률 제 조 제 항에 관하여 별지 기재 이유와 같이 위헌여부에 대한 의문이 있으므로 주문과 같이 결정한다”¹²⁾라고 되어 있는 바 이 “위헌여부에 대한 의문이 있으므로”의 표현부분은 현행 憲法의 違憲法律審判制度의 본질과 그 구조상의 논리에 부합하는 것이라고 하겠다. 立法上의 오류가 大法院의 例規에 의해 실무적으로 바로 잡히고 있는 한 예이다.

지금까지 검토한 바에 의하면 현행 憲法이나 憲法裁判所法에 의할 때 一般法院에는 1차적인 위헌여부심사권이 없고 더욱이 과거와 같은 이른바 ‘1차적 심사권’은 상상할 수도 없다. 그렇지만 이와 관련하여 아직도 한가지 더 살려 보아야 할 문제는 남아있다. 그것은 다름아닌 외국 입법례상 유례를 찾아보기 힘든, 실로 기이한 형태의 憲法裁判所法 제68조 제2항의 규정이다. 이 규정은 憲法裁判理論上 여러 가지 문제점을 안고 있어 현재 여러 측면에서 논란의 대상으로 되고 있지만 여기서는 憲法解釋權과 관련된 범위내에 살펴 보기로 하자.

憲法裁判所法 제 68조 제2항은 違憲法律審判節次에서 一般法院으로 하여금 당사자가 한 法律에 대한 違憲與否審判提請의 申請을 棄却할 수 있게 하고 있다. 舊 憲法下의 具體的規範統制制度和 현행 憲法하의 그것과의 차이를 이해하지 못하는 사람들이 이 규정을 들어 현행 憲法 憲法裁判所法이 정하고 있는 具體的規範統制節次에서도 一般法院에 이른바 ‘1차적 심사권’이 부여되어 있다고 주장하는 것을 간혹 볼 수 있는데 이러한 의문들이 어디에서 잘못되었는지를 좀더 분명히 하기 위해서는 지금까지

12). 法院行政處, 『大法院例規集』 訟務篇, 130-7쪽 계속 (특히 130-12, 130- 13쪽 의 〈보기4〉, 〈보기5〉의 양식)을 볼 것.

의 논의를 일단 여기서 멈추고 잠시 獨逸의 具體的規範統制節次 중 이 부분과 관련되는 논의를 살펴 볼 필요가 있다. 더욱이 위와 같은 주장을 하는 사람들중에는 그 주장을 뒷받침하기 위해 독일의 경우를 그 예로 들기도 하므로 과연 독일의 制度와 우리의 制度가 어떠한 관계가 있는지를 살펴 보는 것은 논의상의 실익이 없지 않다고 하겠다.

3. 獨逸의 ‘違憲與否審査權’과 ‘違憲與否決定權’의 分離 및 違憲決定獨占의 制度構造的 論理

화려한 내용의 憲法裁判制度를 가지고 있는 독일의 憲法(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Vom 23. Mai 1949. GG로 약칭되기도 한다)은 그 제100조 제1항에서 “일반법원이 재판할 함에 있어서, 그 前提가 되는 법률이 위헌이라고 인정하는 경우에는 그 절차를 중지하여야 하고, 그 경우 그 법률이 란트헌법의 침해에 관한 것일 때에는 憲法訴訟을 관장하는 란트헌법재판소에 재판을 구해야 하고, 이 憲法의 침해에 관한 것일 때에는 聯邦憲法裁判所의 재판을 구해야 한다. 또 란트법에 의한 이 憲法의 침해나 란트법률이 연방법률과 不合致하는 때에도 마찬가지이다” (Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung

dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt)라고 규정하여 一般法院에 法律의 違憲與否審判提請의 義務를 분명히 하면서 동시에 提請하는 경우를 “法律이 憲法에 위반된다고 인정하는”(Hält ein Gericht ein Gesetzfür verfassungswidrig.....)경우에 한정시키고 있다.

그런데 이때의 위헌이라고 “인정하는(halten)”경우란 위헌여부에 대하여 의심(Zweifel)이 가거나 의문이 있거나 또는 ‘위헌일 가능성이 있다’(Für-möglich-Haltens)는 정도의 단순한 의혹(bloßes Bedenken)의 수준으로는 부족하고 一般法院의 法官이 違憲이라고 확실히 인정하는(dartun) 즉, ‘규범의 효력이 무효라고 확신’(Überzeugung von der Ungültigkeit der Norm)을 가지게 되는 경우를 말한다.¹³⁾ 따라서 一般法院이 제청을 일반법원이 재판의 전제가 된 법률에 대하여 그것이 위헌이라는 확신을 가지게 된 구체적인 이유를 밝혀야 하며 그 확신에 이르기까지의 논증을 해야 하는 부담을 지게 된다.¹⁴⁾ 그런만큼 일반법원은

13). BVerfGE 1, 184(189) ; 2, 406(411) ; 4, 214(218) ; 7, 35; 16, 82(88) ;16, 188(189); 22, 373(378) ; Th. Maunz/G. Dürig/ R. Herzog/ R. Scholz/ P. Lerche/ H.-J. Papier/ A. Randelzhofer/ E. Schmidt-Assmann, Grundgesetz Kommentar, Bd. IV(München : C.H.Beck, 1989),Art. 100, Rdnr. 35; Th. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein /G. Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz(München: C.H.Beck,1987),§80,Rdnr. 21 ; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht(München : C. H. Beck; 1985), S.78 ; K.A. Bettermann,“Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen,“in : Ch. Stark(Hrsg.) Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.I(Tübingen : J.C.B Mohr, 1976),S 328; W. Löwer, “Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgericht,“in : J. Isensee/P.Kirdhhof(Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II(Heidelberg: C.F. Müller,1987), S. 784 ;K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II(München : C.H.Beck,1980), S. 993

違憲與否에 대하여는 깊이 따져보고 심사숙고를 해야 하며, 위헌에 대한 확신이 서지 않으면 그 法律을 그대로 재판에 적용하여야 한다.¹⁵⁾ 一般法院이 違憲與否에 대하여 심사숙고하며 따져보는 단계에서는 그 법률에 대하여 憲法合致的 解釋(verfassungskonforme Auslegung)을 할 수 있는지도 면밀히 검토하여야 하고 그 가능성이 있을 때는 憲法合致的 解釋을 하여야 한다.¹⁶⁾ 이렇듯 一般法院은 그 스스로 法律의 違憲與否에 대하여 실질적인 심사권을 가지므로 당사자의 違憲主張에 따라야 할 필요도 없고 막연히 따라서도 안된다.¹⁷⁾ 그래서 독일의 경우는 聯邦憲法裁判所가 法律의 ‘違憲與否決定權’(Verwerfungskompetenz)을 獨占하고 있는 것과 구별하여 一般法院은 ‘違憲與否審査權’(Prüfungskompetenz)을 가진다고 설명되고 있다. 즉, 독일에서는 一般法院의 ‘違憲與否審査權’ 내지 ‘規範審査’(Normprüfung)와 聯邦憲法裁判所의 ‘違憲與否決定權’ 내지 ‘規範의 違憲決定’(Normverwerfung)이 서로 분리되어 있다는 것이다.¹⁸⁾ 물론 이러한 ‘違憲與否審査權’과 ‘違憲與否決定權’의 二元化에 의하여 일반법원이 ‘違憲與否審査權’을 행사하여 그 법원에 係屬中인 사건에서 裁判의 前提로 된 법률을 合憲的인 것으로 보아 재판에 적용하였다고 하여 곧 그 법률의 合憲性이 확정되는 것은 아니다. 왜냐하면 독일의 경우는 우리와 다르게 一般法院의 裁判

14). 獨逸聯邦憲法裁判所法(Gesetz über Bundesverfassungsgericht Vom 3. Februar 1971, BVerfGG로 약칭됨) §80. (2).

15). BVerfGe 16, 82(99): Maunz-Dürig(FN13), Art. 100, Rdnr. 35 ;Maunz/Schmidt- Bleib-treu/Klein/Ulsamer(FN13),§80, Rdnr. 21.

16). K.Schlaich(FN13), S.78, 184

17). BVerfGG §80. (3). 이 조항에서는 “법원의 제정은 소송당사자에 의한 법규정의 무효주장에 기속되지 아니한다.”(Der Antrag des Gerichts ist unabhängig von der Rüge der Nichtigkeit der Rechtsvorschrift durch einen Prozeßbeteiligten)라고 규정하고 있다.

18). Vgl. K.Schlaich (FN13), S.72f. ; Ch.Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht(München : C.H. Beck, 1982), S.38 ; K.A.Bettermann(FN13), S.326ff. W. Löwer(FN13), S.781ff.; Maunz-Dürig(FN13), Art. 100, Rdnr. 1.

을 憲法訴訟審判請求의 대상으로 삼아 司法作用에 대하여 憲法裁判을 통한 憲法的를 가하고 있기 때문이다.¹⁹⁾ 독일에서는 위에서 본 바와 같은 ‘違憲與否審査’와 ‘違憲與否決定’의 분리에 의한 二元化構造에도 불구하고 결국에는 違憲與否決定(審判)을 모두 聯邦憲法裁判所に 最終적으로 獨占시켜 憲法裁判의 理念을 실질적으로 실현시키고 있는 것은 바로 이러한 ‘一般法院의 判決에 대한 憲法訴訟審判制度’(Urteilsverfassungsbeschwerde; Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidung)²⁰⁾를 인정하고 있기 때문에 가능한 것이다.²¹⁾ 그리고 독일의 경우 一般法院은 違憲與否提請에 있어서 法律의 違憲性에 확신이 갈 때 提請을 하여야 하는 점에서 提請義務(Vorlagepflicht)를 지고 있는 것이며, 그러한 확신이 서지 아니하는 단계에서는 당사자의 위헌주장에 관계없이 그 裁判의 前提가 된 법률을 적용하여야 하므로 결국 提請은 일종의 權限(Vorlagerecht)내지 權能(Vorlagekompetenz)으로서의 성격도 띠고 있는 것이라고 하겠

19). GG Art. 19.(4); Art. 93.4a; BVerfGG §13.8a.

20). 독일의 ‘裁判에 대한 憲法訴訟審判制度’에 대하여 자세한 것은 다음 문헌을 볼 것. Maunz-Dürig(FN13), Art. 93, Rdnr. 69; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer(FN13) §13, Rdnr.87; K.Schlaich(FN13), S.105; Ch. Pestalozza(FN 18), S.103f; Ch. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde(Heidelberg: C.F. Müller, 1988), S. 25ff.; R.Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde(München : C.H.Beck, 1988), S. 200ff. ; K. Stern(FN13), S.1018ff.(1019f.); BVerfGE 6, 9; 8, 224; 13, 132(152) ;21, 319(343) ; 25,75.

21). ‘憲法與否審査’와 ‘憲法與否決定’의 一元化나 二元化나하는 문제는 결코 단순한 선택의 문제는 아니다. 독일의 二元化構造가 具體的規範統制制度의 理念과 충돌되지 않는 것은 一般法院의 裁判을 憲法訴訟審判의 對象으로 하고 있는 외에도 具體的規範統制制度和 함께 憲法 제93조 제1항 제2호에서 抽象的規範統制制度(abstrakte Normenkontrollverfahren)를 채택하여 規範統制制度의 이념을 총체적이고 체계적으로 실현시키고 있기 때문이다. 이러한 점 이외에도 二元化에 있어서 고려되어야 할 점으로는 1)一般法院의 法官이 憲法問題를 審査할 能力과 知識이 충분인가 2) 一般法院의 裁判이 有權的 判斷으로서 大國民의인 權威와 信賴를 획득하고 있는가 3) 一般法院이 憲法을 실현시키고 수호할 의지를 충분히 가지고 있는가 4) 一般法院의 司法權 獨立이 충분히 보장되어 있는가 하는 등 선결적으로 갖추어져야 할 요건들을 들 수 있다.

다.²²⁾

4. 우리나라 一般法院의 提請義務와 提請申請棄却決定權

이 글의 본격적인 논의에 들어가기 전에 우선 지금까지 살펴본 내용을 정리하는 측면에서 1972年 憲法하의 憲法委員會法과 1980年 憲法이 채택하였던 憲法委員會制度에 있어서 一般法院(더 엄밀히 말하면 大法院)에게 부여되었던 이른바 ‘1차적 심사권(前審權)과 독일의 一般法院(모든 一般法院)이 가지고 있는’ 違憲與否審査권‘을 잠시 비교해보기로 하자.

얼른 보기에 이 양자는 憲法裁判機關에서 法律의 違憲性을 결정하기 이전에 그 전단계에서 一般法院이 法律에 대하여 違憲이나 合憲이나를 심사하여 違憲이라고 인정하는 경우에만 憲法裁判機關에 違憲與否審判을 提請하므로 서로 유사한 것 같이 보일수도 있어 어떤 사람은 우리나라 舊 憲法の 憲法委員會制度하에서 憲法解釋을 둘러싼 大法院과 憲法委員會사이의 機能의 分배는 독일의 憲法裁判所制度하의 그것과 동일한 것이라고 주장할런지도 모른다. 그러나 과거 우리의 경우는 독일과는 달리 모든 一般法院(개개의 法官)이 바로 憲法委員會에 違憲審判提請을 할 수 있게 한 것이 아니고 大法院이 提請與否를 최종적으로 결정하게 하여 大法院에 의한 下級法院의 違憲審判提請을 통제하였고, 나아가 더 전제적으로 독일의 경우와 우리나라의 경우 헌법현실에서 一般法院이 가지는 位相이나 국가내에서의 기능을

22). P.Badura, Staatsrecht(München : C. H. Beck, 1986), S. 478; K/Schlaich(FN13),S. 77f. ;W.Löwer(FN13), S. 783ff.

평면적으로 서로 비교한다는 것도 比較法學的인 측면에서나 比較政治學的인 측면에서 方法論上의 타당성을 가지지 못하는 것이지만 무엇보다도 憲法裁判의 메카니즘속에서 機能的인 측면으로부터 더 깊이 분석해보면 양자는 전혀 다른 것임을 확인할 수 있다.

근본적으로 1972年 憲法과 1980年 憲法하에서의 憲法委員會制度에 있어서는 그 下位法律인 憲法委員會法으로 憲法裁判의 가장 근본적 構造論理인 ‘憲法裁判機關의 違憲與否決定의 獨占’을 부정하였다. 즉, 당시 憲法委員會에서는 大法院 ‘1차적 심사권’으로 말미암아 法律의 違憲여부판정의 독점이 부여되어 있지 않았다. 그래서 大法院이 고의로 提請書를 憲法委員會에 送付하지 않기로 결정하면 그 절차는 그 단계에서 종결되어 法律의 違憲性에 대한 憲法裁判은 완전히 봉쇄되어 버리게 되어 있었다. 특히 대법원이 정당한 이유없이 提請書를 憲法委員會에 송부하지 않을 때 이에 대하여 당사자가 이의를 제기하거나 (예를 들면, 법원의 재판에 대하여 憲法訴訟審判을 청구하는 것과 같은 것), 憲法委員會가 그 송부를 강제하는 제도 (예를 들면, 미국의 연방대심원(Supreme Court)이 행하는 事件移送命令(certiorari)과 같은 것)를 마련하지 않았던 점을 보면 이러한 ‘1차적 심사권’제도는 당시 권위주의 통치세력은 우리나라에서는 처음부터 違憲法律審査를 하지 않겠다는 의도를 더욱 분명히 하고 있었음을 증명해주는 것이라고도 하겠다. 이러한 의도는 과거 ‘維新體制’와 5共體制’를 뒷받침한 1972年 憲法과 1980年 憲法이 진정한 國民的 合意의 表象이 아니었던 것에서도 분명히 발견할 수 있다.(따라서 이러한 의도는 당시 政權擔當者의 의도이었지 國民의 의도는 아니었다고 하겠다). 이렇게 볼 때 이러한 ‘1차적 심사권’은 一般法院으로 하여금 1차적으로 ‘違憲與否審査’를 하게 하면서도 一般

法院의 이러한 權能이 잘못 행사됨으로 인하여 발생할지도 모르는 國民의 基本權侵害를 방지, 구제하기 위해 一般法院의 裁判에 대한 憲法訴訟審判制度를 인정하는 독일의 헌법재판제도와는 기능상 본질적으로 구별되는 메카니즘이다. 과거 ‘維新體制’와 5共體制²³⁾에서 많은 법률들에 있어서 그 위헌성문제가 제기되었음에도 불구하고 憲法委員會에서 그에 대한 심판을 할 기회조차 가져 보지 못한 것은 당시 憲法委員會가 憲法實現과 憲法守護에 대하여 가져야 했던 意志가 미약해서 그러했다고 단정하기 보다는 바로 이러한 大法院의 ‘1차적 심사권’ 뒤에 숨어 있었던 憲法侵害의이고 憲法否定的인 ‘숨겨진 陰謀’(hidden conspiracy)가 작동하고 있었기 때문이라고 이해하는 것이 더 정확할 것이다. 특히 司法府의 獨立이 실질적으로 보장되지 못하고 政權擔當者의 意思에 의해 司法府의 獨立이 침해받을 때는 그 制度의 構造 論理上 이러한 은폐된 의도는 더욱 기승을 부리게 되어 있었다. 그 결과 生活規範²³⁾인 憲法은 國民의 현실생활에서 실종되어 버리고 권위주의 통치의 수단인 法律萬能의 논리가 지배하였다. 바로 이러한 은폐되어진 陰謀의 메카니즘을 맑은 눈으로 직시하기만 하면 우리는 우리 憲法裁判制度史에서 출몰하였던 이른바 ‘1차적 심사권’의 불순한 제도적 의도를 쉽게 간파할 수 있을 것이다. 이 정도로 舊 憲法때의 우리 憲法委員會制度和 독일의 憲法裁判所制度의 차이를 인식하고 이제 본래의 논의로 되돌아 와 보기로 한다.

현재 우리의 憲法裁判所制度에 있어서 一般法院이 가지는 提請義務와 提請申請棄却決定權이 舊 憲法委員會制度하에서 大法院에게 주어졌던 이른바 ‘1차적 심사권’과는 본질적으로 다른 것

23). 憲法の 生活規範性에 대한 강조는 許 營, 『憲法理論과 憲法(上)』(서울: 博英社, 1988), 35쪽 이하 계속을 볼 것. 憲法の 生活規範性은 헌법을 실현시키려는 國民의 의지와 함께 올바르게 실질적인 憲法裁判에 의해 실현될 수 있는 것이다.

임은 이제 더 이상 설명할 필요도 없겠지만 그러면 이러한 一般法院이 가지고 있는 機能이 독일의 일반법원이 가지고 있는 ‘違憲與否審査’의 機能(Prüfungskompetenz ; Prüfungsbefugnis; Prüfungsrecht)과는 어떠한 차이가 있는가 하는 문제는 좀더 설명을 요하므로 살펴 보기로 한다.

우선 현행 우리의 제도하에서는 앞서 살펴 본 바와 같이 一般法院이 裁判의 前提가 된 法律이 위헌일 소지가 조금만 있어도 제청을 해야 하는 점에서 즉, 위헌성에 대하여 단순히 의심만 가도 違憲與否審判提請을 하여야 하는 점에서 독일의 경우와는 다른 것이다. 따라서 우리의 경우는 一般法院은 위헌성에 관하여 검토할 때 合憲일 수 있을 소지를 모두 면밀히 심사숙고할 필요가 없을 뿐만 아니라 위헌이라는 확신에 이르게 될 정도의 인식을 가질 필요도 없고 그러한 인식에 이르게 된 이유를 논증해야 할 부담도 지지 않는다. 一般法院은 헌법규정에 비추어 단지 위헌이 의심이 있다는 정도의 이유를 밝히는 것으로 족하며 위헌으로 해석되는 이유를 설시함에 있어 합헌의 여지를 하나씩 배척하면서까지 철저히 논증할 필요는 없다. 違憲일 수 있을 가능성만 밝힘으로서 족하다.

그렇다면 남은 문제는 한가지 즉, 一般法院이 訴訟當事者の 違憲與否審判提請申請을 棄却하는 경우 어쨌든 당해 法院으로서는 棄却함에 있어서 당해 法律의 合憲性(=違憲性)을 審査하지 않을 수 없을 것인 데 이 경우 일반법원은 合憲性審査權은 가지는 것이 아니냐 하는 것이다. 앞서 본 바와 같이 현행 憲法과 憲法裁判所法이 해석상 조금이라도 위헌일 소지만 있으면 一般法院은 憲法裁判所에 違憲與否審判의 提請을 하여야 하므로 당사자의 제청신청을 棄却(却下가 아닌 점을 유의)하려면 당해 법원은 재판의 전제가 된 법률이 合憲이라는 것에 대해 확신을 가지지 않

음면 안된다. 이러한 것은 一般法院이 가진 提請義務로부터 나오는 論理必然的인 歸結이다. 이는 곧 독일의 경우 法院이 聯邦憲法裁判所에 違憲與否審判提請을 할 때에 법률의 위헌성에 대하여 가져야 하는 만큼 確信의 정도가 우리의 경우는 그와 반대로 一般法院이 棄却을 하는 때에 그 전제된 법률의 합헌성에 대한 確信의 정도(강도)로 그만큼 요구된다는 것이다. 그렇다면 이러한 한도내에서 우리의 경우 一般法院은 合憲성을 논증할 부담을 진다고 할 수 있고 다른 말로 표현하면 그만큼의 合憲性審査의 權能을 가진다고 할 수 있다. 물론 이러한 설명은 어디까지나 憲法裁判所法 제41조 제1항, 제68조 제2항의 해석상 성립되는 것이다. (憲法裁判所法 제68조 제2항이 憲法解釋論上 憲法에 合致되는 것인가는 뒤에서 살펴 보기로 한다)그런데 현행법상 이러한 合憲性審査의 權能이 一般法院에 인정된다고 하더라도 그것이 곧 최종적인 合憲裁判의 權能인 아님은 두말할 여지가 없다. 왜냐하면 一般法院이 당사자의 이러한 申請 棄却한 때에는 당사자는 이를 이유로 憲法訴訟審判을 청구할 수 있기 때문이다(憲法裁判所法 제68조 제2항). 이 경우 棄却決定 그 차체에 대하여는 抗告할 수 없다(憲法裁判所法 제41조 제4항). 우리의 경우도 具體的規範統制節次에서 憲法裁判所가 違憲與否決定權을 獨占하는 것은 독일의 경우와 크게 다를 바가 없다.

결국 지금까지 살펴 본 바에 의하면, 우리의 具體的規範統制節次에서 違憲與否決定權이 憲法裁判所에 獨占되어 있는 점은 독일의 경우와 크게 다를 바 없으나 一般法院이 가지는 權能은 독일의 ‘違憲與否審査權’과 다르며 더욱이 舊 憲法委員會制度하에서 대법원이 가졌던 이른바 ‘1차적 심사권’과는 본질적으로 전혀 다른 것이라는 결론을 확인할 수 있을 것이다.

그렇다면 우리의 경우 一般法院이 가지고 있는 合憲性審査의 權能이란 구체적으로 어떠한 성질의 것인가? 그리고 그것은 어떠한 내용을 가지는 것인가? 정확히 말하여 그것은 違憲裁判所 所法에 명시되어 있는 바와 같이 ‘提請申請棄却決定權의 行使에 隨伴되어 행해지는 것이다. 그리고 그 내용은 이미 棄却決定을 설명할 때 살펴 본 바와 같다.

그런데 이렇듯 매우 분명한 내용을 지닌 논의가 현실에서는 왜 분명히 인식되지 못하고 왈가왈부되고 있는가? 그것은 아마도 논의하는 사람들이 우리의 憲法裁判制度나 外國의 憲法裁判制度 그리고 이들 서로간의 차이를 정확히 알지 못하는 지식의 부족에서 기인하는 것이 아닌가하는 생각도 들지만, 무엇보다도 사람들이 憲法裁判所法 제68조 제2항의 棄却決定의 과정에 수반되는 위와 같은 合憲性審査의 構造를 이해함에 있어서 과거의 대법원이 가졌던 ‘1차적 심사권’을 연상한 나머지 이 ‘提請申請棄却決定權’을 개념자체부터 혼란스럽게 사용되는 ‘合憲裁判權’, ‘合憲決定權’, ‘前審權’, ‘1차적 심사권’등과 같은 말로 표현하고 사용하는데서 초래된 概念認識上的 혼란에서 기인하는 것이라 생각된다.

따라서 혼란스러운 용어들을 살펴보면, 첫째, ‘合憲判斷權’이나 ‘合憲決定權’이라는 용어는, 사실 一般法院의 棄却決定에 수반되는 合憲性審査에는 判斷作用이 개입하므로 완전히 틀린 것이라고 할 수는 없지만, 우리의 用語使用法 가운데는 判斷이나 決定이라고 할 때는 은연중 ‘最終判斷’, ‘最終決定’이라는 의미가 들어 있으므로(특히 有權的(authoritative)機關의 判斷의 경우에는 더욱 그러하다.)이러한 用語使用法은 자칫 憲法裁判所가 獨占의으로 가지는 最終的인 違憲與否決定權(=違憲判斷·決定權=合憲判斷·決定權)과 개념인식상의 혼동을 야기시킬 우려가 있으므로 적

당하지 않다고 하겠다. 講學上 사용되었고 현행의 提請申請棄却 決定權은 이와는 전혀 다른 것이데도 이를 서로 혼동한 것이므로 완전히 잘못된 것이라고 하겠다.

이 문제와 관련하여 權寧星 교수는 “憲法 제107조 제1항은..... 법률이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 전제가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 違憲法律審判을 제청할 權限만을 가질 뿐, 法律에 대한 違憲여부의 審査權(前審權)을 가지지 않는다는 것을 규정한 것이다. 따라서 憲法裁判所法 第41條 第3項은 違憲條項이다.”²⁴⁾라고 하고 동일한 맥락에서 憲法裁判所法 第68조 제2항도 위헌이므로 앞으로 없어져야 할 조항이라고 한다.²⁵⁾ 權寧星교수의 해석에 의하면 憲法 제107조 제1항, 제2항에 충실히 따를 경우 一般法院은 당사자의 提請申請이 있으면 곧바로 제청하여야 하기 때문에 一般法院에게 提請申請棄却決定權을 인정한 것은 위헌이라는 것이다.²⁶⁾ 이를 憲法解釋論과 立法論적으로 보면 결국 현재 憲法裁判所法 第68조 제2항의 해석상 인정되는 起家決定에 수반되는 合憲性審査의 權能도 一般法院에 부여하지 않는 것이 憲法에 맞는 것이라는 결론에 이르게 된다.²⁷⁾ 金哲洙 교수

24. 權寧星(주 7), 933쪽

25. 이는 1989. 9. 28(木) 대한변호사협회가 주최한 심포지움 『憲法裁判의 制度와 運營』에서 지정토론자로 참석하여 토론한 權寧星 교수가 개진한 견해이다. 大韓辯護士協會, 『人權과 正義』 1989.11月號, 24쪽을 볼 것.

26. 이에 관한 자세한 논의는 『人權과 正義』(주25), 23쪽 이하를 볼 것. 李尙圭, “憲法裁判 制度의 運營,” 『人權과 正義』(주25), 39쪽 이하도 같은 견해이다.

27. 대한변호사협회가 1990. 4. 國會에 제안한 『憲法裁判所法中改正法律案』에는 一般法院에 의한 違憲與否審判提請申請의 棄却制度를 없애고 ① 申請人이 提請申請을 하는 法律 또는 法律의 條項의 違憲與否가 당해 裁判의 前提가 되지 아니함이 明白한 때 ② 申請人이 提請申請을 하는 法律 또는 法律의 條項에 관하여 이미 憲法裁判所에서 合憲이라는 審判이 있었을 때 ③ 申請人이 오로지 裁判의 遲延만을 目的으로 違憲提請申請을 하는 것이 明白한 때만 却下할 수 있게 하고 그 이외의 경우에는 法院으로 하여금 모두 提請하도록 하고 있다. 위 『改正法律案』 第41條 第2項, 第68條 第2項을 볼 것. 이러한 改正案과 같은 맥락의 주장은 李時潤 憲法裁判所 裁判官에 해석론으로 제시된 바 있다. 李時潤 裁判官은 “第5共和國 憲法 第108條 1項에서는 憲法委員會에 違憲與否提請이

도“(憲法 제107조 제1항은) 第5共和國憲法이 ‘法律에 違反되는 것으로 인정할 때’에만 提請할 수 있게 한 것을 完化하여 裁判의 前提 된 경우에는 無條件 提請하여야 한다고 하겠다. 이 점에서 各級法院은 法律의 合憲決定權을 가지고 있다고 하겠다.”라고 서술하고 있다.²⁸⁾

아무튼 憲法裁判所法의 개정문제를 일단 且置하고 현행 憲法과 憲法裁判所法의 규정 및 해석에 따르면 一般法院은 提請義務와 提請申請棄却決定權限을 동시에 부여받고 있으며 위 棄却決定에 合憲性審査가 수반된다고 하겠다. 그리고 이러한 合憲性審査에 의해 棄却決定을 하는 경우에는 一般法院은 해당 法律條項이 合憲이라고 확신하기에 이르게 된 것을 決定의 理由에서 논증을 해야하는 부담을 가진다고 하겠다. 具體的規範統制節次에서 一般法院은 바로 이러한 범위내에서의 憲法解釋權을 가진다.

要件으로서 i) 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 될 것. ii) 法院에서 法律이 憲法에 違反되는 것으로 確定할 것 등 두 가지를 갖추어야 하였는데, 新 憲法 第107條 1項에서는 첫째의 要件만 갖추면 되고 둘째 要件까지 必要치 않은 것으로 그 규정을 바꾸었다.”라고 양자의 차이를 분명히 지적하고, 한편으로 우리의 경우는 독일 憲法 第 申請事件을 法院이 다룸에 있어서, i) 合憲이 明白한데도 訴訟遲延을 目的으로 한 違憲 提請申請 ii) 裁判의 前提되는 법률 즉 本案事件의 判斷에 관하여 適用할 法律이 아니 때 (大法 84. 9. 25, 83부 3)라면 모르되, 그렇지 않은 限 法院이 合憲與否에 대한 判斷없이 곧바로 提請決定을 하여 憲法裁判所로 보내는 것이 新 憲法에 合致되는 解釋일 것이다.”라고 하였다. 이에 관한 자세한 논의는 李時潤, “憲法裁判所概觀(上)”(주9), 19쪽 이하; 李時潤, 『憲法裁判概觀』(주9), 18쪽 이하 계속; 李時潤, “韓國의 憲法裁判制度和 實際,” 『司法行政』, 1990년 3월호, 63쪽 이하를 볼 것.

28) 金哲洙(주7), 911쪽. 다만 이때의 ‘合憲決定權’이라는 말은 필자가 말하는 合憲性審査의 權能 정도가 아닌가 한다. 국내에서 상용되는 ‘合憲決定權’이라는 말은 흔히 1980年憲法 下의 이른바 ‘1차적 심사권’을 의미하는 것으로 사용되므로 이러한 용어 사용은 지양되는 것이 바람직하다고 생각된다. 違憲이든 合憲이든 최종적인 ‘決定’은 憲法裁判所에 獨占되어 있기 때문에 이를 분명히 하기 위해서도 그러하다.

5. 서울민사지방법원 제 42부의 棄却 決定 檢討

이상과 같은 논의를 전제로 하여 여기서는 앞서 소개한 서울민사지방법원 제42부의 棄却決定에 대하여 살펴 보기로 한다.

그 決定理由에 나타난 독일 判例의 수용문제, 勞動3權, 敎員의 憲法上 地位 및 性格, 學生과 學父母가 가지는 憲法上의 基本權 등 실제적인 내용을 이루는 것들에 대한 논의는 이 사건이 현재 憲法裁判所에 係屬中에 있으므로 피하기로 하고 그 提請申請의 棄却決定의 論理에 관한 것만 보면, 이 棄却決定의 理由상에 나타난 憲法解釋의 論理構造는 憲法차원에서 현실 및 법률의 차원으로 내려 갔다가 다시 憲法차원으로 올라오는 구조를 취하므로써 憲法을 현실 및 법률에 맞추어 해석하는 오류를 범하고 있다.

이 決定은 우선 敎育에 관련된 憲法條項과 勞動3權을 대략 언급하다가 특히 憲法 제30조 제6항을 들어 憲法の 차원에서 法律의 차원으로 바로 내려가 法律과 法律現實 및 政治現實에 대한 담당관사 나름대로의 法的, 政治的 判斷과 견해를 가하고 그러한 후 이러한 담당관사의 判斷과 見解를 근거로 하여 憲法을 解釋하고 있다. 그 결과 敎育에 관하여 憲法이 규정하고 있는 조항들에 대한 상세한 分析과 勞動3權 즉 團結權, 團體交涉權, 團體行動권에 대한 상세한 검토와 판단도 없이 法律과 基本權主體들이 현실적으로 기능하는 政治狀況에 대한 담당관사의 나름대로의 主觀的 判斷을 기초로 하여 (이러한 判斷이 과연 司法的 意思表現(司法的 裁判)으로 합당한 것인지는 의문이다.) 憲法을 이해하려고 하였다. 이러한 論理構造는 곧 法律을 憲法에 갖다대어 그 法律이 憲法에 맞는가 위반되는가를 살펴 보는 것이 아니라 역

으로 憲法法律과 法律現實에 맞추려고 하는 것이 되어 違憲法律 審判上의 憲法解釋原則과는 조화되기 어렵다고 할 것이다 왜냐 하면 이러한 것은 憲法解釋에서 금지하고 있는 “憲法の 法律合 致的解釋‘(gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung)내지 ‘憲法을 法律에 맞추기’(Gesetzmäßigkeit der Verfassung)를 주 장하는 것과 다르지 않기 때문이다.

理由設示의 論理構築에서 요구되는 치밀성이나 견고성의 측면 에서 볼 때 이러한 憲法解釋의 論理構造상의 문제점은 한편으로 棄却決定의 경우 合憲解釋에의 確信을 분명히 해야 하는 요구에 도 미흡하다는 느낌을 준다. 棄却決定文에 나타난 “사립학교 교 원의 노동기본권 제한이 합헌인가의 여부에 관한 판단은 우리의 헌법 현실에 비추어 복잡하고 어려운 문제라고 하지 않을 수 없 다. 이와 같은 정치적 결정이 국민적 합의에 따라야 함은 물론이 다.”라고 한 부분이나 “국회가 이러한 여러 사정을 고려하여 사 립학교 교원의 노동기본권에 대하여 새로운 결정을 하게 될 날 도 그리 멀지 않으리라고 기대된다”고 한 부분은 그 起家決定의 ‘결론’에 이르러서 까지도 당해 法院은 判斷의 客觀性을 획득하 지 못하고 있음을 노출시키고 있을 뿐 아니라 여전히 당해 法律 條項이 合憲이라고 인정(확신)함에 있어서는 동요되고 있음을 보여준다. 이러한 인식상의 동요를 최소한 줄이기 위해서인지는 몰라도 결론 부분에서 ‘法律의 合憲性推定理論’²⁹⁾에 의지해보고 있기는 하지만 그것이 곧 棄却決定함에 있어서 요구되는 合憲에 의 확신(인정)에까지 미치기에는 부족하다고 하지 않을 수 없다.

29). 法律의 合憲性은 推定된다는 ‘法律의 合憲性推定理論’에 대하여는 그 推定을 正當化시킬 수 있는 條件의 측면에서 異論이 제기될 수 있다. 그리고 ‘法律의 合憲性推定’이 인정된 다고 하여도 그러한 이유만으로 提請을 하지않는 것은 있을 수 없다. 왜냐하면 合憲性推 定을 이유로 提請을 하지 않는다면 合憲性推定異論에 의할 때 모든 法律은 合憲성이 推 定된다고 하여 결국 提請制度를 완전히 부정하게 되기 때문이다.

法院의 認識이 이 정도밖에 미치지 못한다면 오히려 이 경우에는 당사자의 신청을 받아들여 제청을 하는 것이 一般法院에게 부여된 提請義務를 성실히 수행하는 것이 아닐까 생각된다. 아무튼 지금까지 살펴본 바에 의할 때 서울민사지방법원 제42부의 棄却決定은 棄却決定의 法理와는 조화되기 어렵다고 하겠다.

6. 結論

우리 憲法裁判制度의 違憲法律審判節次에 있어서 憲法解釋權의 歸屬問題는 이처럼 간명한 것이다. 그런데도 이에 관한 논의가 분분한 것은 우선 과거 憲法委員會制度의 청산에 있어서 불철저함과 어지러운 用語使用上的 혼란, 그리고 具體的 規範統制制度에 대한 知識의 不足에 기인하는 것 같고 이에 더하여 논의를 더욱 풀기 어렵게 왜곡시키는 것은 이 問題에 대한 霸權主義的 認識의 態度라고 생각된다.³⁰⁾ 우리 사회에 만연되어 있는 霸權主義的 認識態度는 法問題와 制度問題의 접근에 있어서도 그 예외는 아니어서 規範과 制度를 規範本質的 또는 制度本質的인 合理的 機能의 측면에서 인식하려는 것이 아니라 制度에 따라 설치되는 機關間的 權限다툼 내지는 힘겨루기로 인식하려고 하는 경향이 강하다.³¹⁾ 憲法解釋을 둘러싼 一般法院과 憲法裁判所의

30. 우리 사회에서 霸權主義的 認識態度는 政治, 經濟, 社會, 法曹, 言論, 學問, 教育, 藝術, 宗教 등 각 부문에 걸쳐 팽배해 있다. 특히 知識의 淺薄性은 理性的 荒廢化와 霸權主義的 경향을 더욱 가속화시킨다. 霸權主義的 態度는 매사에 있어서 힘으로 '밀어 붙이기'와 '우기기'로 나타나며 合理的인 談話構造의 정착을 원천적으로 불가능하게 하고 있다.

31. 規範이나 制度는 본질적으로 合理性의 論理體系를 지니고 있는 것이어야 하기 때문에 規範이나 制度에 대한 霸權主義的 認識態度는 결국에 規範이나 制度의 기능을 왜곡시키고 파괴시키는 결과를 초래한다. 특히 規範과 制度內에서 國家의 公的業務를 수행하는 公務員이 자기에게 부여된 制度的 權限을 私的인 權限이나 權力으로 착각하여 霸權主義에 편승할 때에는 國家權能을 왜곡, 파괴할 위험성이 발생하게 된다. 公務員이 滅私奉公

權能에 관한 논의가 난맥상을 보이고 있는 큰 원인중의 하나도 여기에 있다고 보여진다. 一般法院에 憲法解釋의 權能¹⁾이 있느냐 없느냐를 두고 마치 一般法院과 憲法裁判所가 대립이나 하고 있는 듯이 보는 言論의 태도도 이 범주에서 크게 벗어나지 못하고 있다.

어쨌든 이 글에서 고찰해 본 바에 의하면 憲法 제107조 제1항의 文理的·文法的 해석이나 현행의 憲法裁判制度 도입의 憲法史的, 政治社會學的 측면에서 볼 때 현행 法規範下에서는 舊 憲法下에서와 같은 ‘1차적 심사권’이 一般法院에 부여되어 있지 않으며, 단지 實定法律의 규정으로 볼 때 憲法裁判所法 제68조 제2항의 明文規定과 같이 提請申請棄却決定權이 주어져 있다고 할 것이고 이 棄却決定에는 法律에 대한 合憲審査가 棄却의 法理범위 내에서 수반되어 진다고 해석되어 진다고 해석된다 할 것이다. 따라서 서울민사지방법원 제42부가 法律의 合憲審査를 하고 앞에서 본 棄却決定을 하였을 때 그러한 사안에서 그러한 판단이 타당한 것인가 하는 의문은 제기될 수 있겠지만 一般法院에 그러한 權能²⁾이 없지 않는가 하고 의문을 제기한 것은 현행의 憲法裁判所法的 해석상으로는 타당하지 않은 것이라고 하겠다. 필자는 위 법원 제42부의 棄却決定의 理由는 그에 요구되는 合憲性에의 確信에까지 이르기에는 논증의 정도가 미흡하다고 생

하는 길은 霸權主義를 경계하고 制度的 權限을 制度的 본래적 기능에 맞게 행사하면서 자신에게 부여된 公的業務를 誠實하게 수행하는 것이다. 裁定申請對象의 擴大問題나 裁判을 憲法訴訟判決의 對象으로 하는 問題를 機關간의 權限다툼의 차원에서 보려는 일부 霸權主義的 認識態度는 法治國家 및 立憲國家의 실현이라는 측면에서 깊이 반성하지 않으면 안된다. 許 寧 교수는 法院의 裁判을 憲法訴訟審判의 對象에서 제외한 것의 지면에 깔린 이러한 霸權主義와 연관되는 統治權力에의 自己目的的 認識態度에 대하여 憲法哲學的인 관점에서 비판을 하고 있다. 許 寧, “憲法訴訟制度的 理論과 우리 制度的 問題點,” 『考試研究』, 181호(1989. 4月號), 51쪽 이하 계속 참조. 公職制度에 대한 憲法的 認識에 관한 자세 한 것은 許 寧(주7), 751쪽 이하 계속; 許 寧, 『憲法理論과 憲法(下)』 (10), 303쪽 이하 계속을 볼 것.

각하며 그 정도의 理由라면 提請을 했어야 한다고 생각한다. 물론 이러한 필자의 주장은 憲法裁判所法의 解釋에 비추어 볼 때 그러하다는 것이다.

그런데 憲法裁判所法 제68조 제2항이 憲法 제107조 제1항에 合致하는가하는 憲法解釋論의 차원으로 올라가면 문제는 달라진다. 憲法解釋論의 차원에서는 당사자의 提請申請을 法院이 棄却할 수 있게 하는 憲法裁判所法 제68조 제2항은 위헌의 소지가 매우 크다고 생각되기 때문이다. 立法論的 볼 때 위 제68조 제2항의 棄却制度는 폐지하는 것이 마땅하다고 할 것이며 따라서 앞서 본, 대한변호사협회에서 제안한 『憲法裁判所法中改正法律案』에서 이 棄却制度를 없애고 第41條 第2項에서 却下制度를 둔 것은 타당하다고 하겠다.³²⁾ 그리고 국가발전의 측면과 국민

32) 이러한 문제와 관련하여 憲法史의이고 憲法解釋論의인 고찰을 하면서 필자와는 다소 다른 견해를 제시하고 있는 金周元 辯護士의 주장이 주목된다. 金周元 辯護士는 현행 憲法 제107조 제1항의 해석뿐만 아니라 憲法裁判所法 제68조 제2항의 해석으로도 一般法院에게는 違憲可能性判斷의 權限(이는 필자가 말하는 合憲性審査의 權能까지도 포함하는 개념으로 보인다.)이 인정되지 않는다고 하면서, 憲法裁判所法 제68조 제2항은 一般法院에 法律의 違憲可能性의 유무를 審査·判斷하는 ‘實體的 審査權’을 부여하고 있는 것이 아니라 그 法律이 당해 사건의 裁判 前提가 되어 있는지 아닌지 만 심사·판단하는 節次的 審査權(訴訟法的 審査權)만 부여한 것이라고 한다. 이러한 주장에 의하면 결국 憲法裁判所法 제68조 제2항의 ‘棄却’을 明文上的 표현에도 불구하고 ‘却下’로 해석하여야 한다는 결론에 이르게 되는 데 (왜냐하면 裁判의 前提性이 없을 때는 申請이 不適法한 것이기 때문에 却下하여야 하기 때문이다.) 이러한 주장이 立法論的(여기서는 憲法解釋論上) 또는 制度運用的 측면에서라면 몰라도 憲法裁判所法의 解釋論上 成立될 수 있을 것인지는 다소 의문이다. 물론 위 제68조 제2항을 위헌이라고 전제하고 그 조항을 해석을 통하여 變容하면 金辯護士와 같은 주장이 완전히 성립될 수 없는 것이라고까지 할 수는 없으나 구태여 그러한 주장을 전개하는 것보다는 憲法裁判所法의 위 조항에 대하여 文理解釋을 1차적으로 하되 憲法解釋論上 위헌이라는 立法論을 제시하는 것은 타당하지 않을까 생각된다. 이 조항의 위헌여부는 헌법재판소의 심판에 의해 확정될 것이고 현실적으로 위헌확정이 안된 상태에서 法院이 棄却決定을 하고 있으므로 이 조항과 그 棄却決定이 위헌무효라고 하는 것은 法改正促求의 실익은 있으나 현상 상태에서 法院이 棄却決定을 함에 있어서 어떻게 해야 할 것인가하는 문제에 대하여는 아무것도 말해주지 있지 못하다고 하겠다. 法院이 이러한 위헌성을 고려하여 棄却을 자제하면

의 기본권보호의 실질화라는 측면에서 볼 때 抽象的規範統制制度 및 法院의 裁判에 대한 憲法訴訟審判制度를 채택하는 것이 바람직하다고 생각된다. 우리는 이러한 세련된 憲法裁判制度를 가지기 위해서는 우선 憲法을 실현시키기 위한 강한 意志와 憲法制度들에 대한 合理的인 認識 및 보다 수준높은 知識蓄積이 요구된다고 하겠다.

제도운용상의 문제를 극복할 수 있겠으나 이는 두고 볼 일이다. 어쨌든 憲法裁判所法 제 68條 第2項의 棄却制度는 위헌의 소지 때문에 그 자체 違憲與否審判의 대상으로 될 여지가 있는 것이다. 金周元辯護士의 주장에 대한 자세한 것은 金周元, “違憲審判提請要件,” 서울 地方辯護士會, 『辯護士』, XIX(1989),7쪽 이하 계속(특히 1쪽 이하)을 볼 것.

憲法訴訟裁判의 決定類型과 效力에 관한 考察

- 認容決定을 중심으로 -

李 石 淵

憲法研究官

- 目 次 -

- I. 概觀
- II. 認容決定의 主文類型
 - 1. 取消 및 違憲確認
 - 2. 法令에 대한 憲法訴願의 경우
 - (1) 序言
 - (2) 違憲宣言(Nichtigerklärung)
 - (3) 憲法不合致決定
 - (4) 限定合憲決定(憲法合致的 解釋)
 - (5) 아직은 合憲(Noch Verfassungsmassige Gesetz)決定
- III. 認容決定의 效力
 - 1. 既判力
 - 2. 法規的 效力
 - 3. 羈束力
- IV. 不起訴處분에 대한 憲法訴訟 認容決定의 羈束力の 限界
 - 1. 問題의 所在

2. 再搜查 命令說의 論據
3. 起訴命令說의 論據
4. 私見
5. 立法論

I. 概 觀

헌법소원심판의 결정은 통상 却下決定, 棄却決定, 認容決定으로 분류할 수 있다.

却下決定은 헌법소원의 요건의 흠결 즉 심판청구가 不適法한 경우에 내리는 결정으로 지정재판부의 사전심사에 의한 결정은 모두 却下決定이다(憲裁法 제72조 제3항). 헌법소원의 適法要件(自己性, 直接性, 現在性)을 갖추지 못하였거나(예컨대 告發人이 청구한 불기소처분에 대한 헌법소원 및 고발사건처리지연에 대한 헌법소원사건에서 고발인의 自己性의 흠결을 이유로 헌법재판소가 내린 却下決定¹⁾), 補充性의 요청을 충족하지 못하였거나 청구기간을 초과하여 청구되었거나 法院의 裁判 등 헌법소원의 대상이 될 수 없는 사항에 대하여 심판청구되었거나 불기소처분의 대상이 된 被疑事實의 公訴時效의 完成 등 權利保護의 利益이 없거나²⁾(헌법재판소는 현재 수사중인 사건을 권리보호의 이익이 없어 헌법소원의 심판대상이 될 수 없다고 한다³⁾)대리인 선임없이 청구되었으면서 헌법재판소의 대리인선임보정명령에 응하지도 않고 반면 국선대리인선임신청도 없는 경우 등에는 却下決定을 하고 있다. 특히 命喪에 대한 헌법소원에서는 헌법소원의 적법요건으로서의 自己性, 直接性 및 現在性을 엄격히 요구하고 있

1) 헌법재판소 1989.12.22선고 89헌마 145결정 ; 1989.12.15선고 89헌마 253결정(제3지정재판부) ; 1990.6.25선고 89헌마 234결정 ; 1990.12.26선고 90헌마 20결정 ; 1990.12.26선고 90헌마 137결정 등.

2) 헌법재판소 1989.4.17선고 88헌마3결정 ; 1989.7.28선고 88헌마65결정 ; 1989.9.8선고 89헌마 25결정 ; 1989.12. 11선고 89헌마 258결정(제 3지정재판부); 1989.12. 22선고 89헌마 22결정 ; 1990.4.2선고 89헌마 175결정 등

3) 헌법재판소 1989.9.11선고 89헌마 169결정

는 점에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 포함한 規範統制사건에서의 裁判의 前提性과 대비된다.

棄却決定은 헌법소원심판청구가 이유없다고 하여 즉 공권력에 의한 기본권침해사실이 인정되지 아니하여 청구인의 주장을 배척하는 내용의 결정이다. 불기소처분에 대한 헌법 소원에서는 이유 없음의 설시를 대개 “검사가 청구인의 고소 사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거 판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니 하므로 검사의 불기소처분으로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다” 또는 “검사의 불기소처분이 달리 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료가 없으므로 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다”는 문언으로 정형화하여 판시하고 있다. 전원재판부에 회부된 불기소처분에 대한 헌법소원의 대부분은 棄却決定되고 있다.⁴⁾

행정소송법상의 事情判決(제28조 제1항)은 헌법소원에서는 허용되지 아니 한다고 할 것이다. 왜냐하면 공공복리를 이유로 위헌적인 공권력작용이 용인될 수 없기 때문이다.

한편 헌법재판소는 法습에 대한 헌법소원을 기각하는 경우에 이유에서는 “...헌법에 위반되지 아니한다”라는 취지로 판시하면서도 주문에서는 단지 “청구인의 심판청구를 기각한다”라고 표현하고 있는 바,⁵⁾ 법령에 대한 헌법소원을 받아들이는 경우의

4) 1990.11.30 현재 헌법재판소에 심판청구된 총 264건의 불기소처분에 대한 헌법소원사건 중 138건이 지정재판부에 의하여 却下決定되었으며 심판회부된 건 중 93.3%에 이르는 56건이 棄却처리되고 認容決定은 4건에 불과하다. 한편 却下처리된 사건을 유형별로 보면 다른 구체절차를 거치지 않은 경우 10건, 청구기간이 도과된 경우 45건, 대리인 선임이 없는 경우 69건, 기타 청구가 부적합한 경우(공소시효만큼, 권리 구제의 이익 흠결 등) 14건 등으로 나타났다(헌법재판소 심판청구현황 통계자료, 1990.11.30자).

5) 헌법재판소 1989.3.17선고 89헌마 1 사법서사법시행규칙에 대한 헌법소원결정; 1990.6.25.

주문을 후술하는 바와 같이 규범통제사건의 주문과 동일하게 판시하고 있는 점을 감안할 때 기각하는 경우에도 오히려 “헌법에 위반되지 아니한다”라는 주문을 내는 것이 바람직하다고 생각한다. 독일연방헌법재판소는 기각 결정과 함께 당해 법령이 기본법과 합치한다는 선언을 하고 있다.⁶⁾

認容決定은 헌법소원심판청구가 이유있다고 하여 즉 당해 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해되었음을 인정하는 결정으로서 헌법재판소법은 인용결정에 관하여 특별히 규정하고 있으나(제75조) 그 규정내용이 충분하지 못하여 실무상 많은 문제점을 노정하고 있어 해석을 통한 보완과 운영과정에서의 탄력성이 요구되고 있다. 즉 인용결정의 주문형태 및 인용결정의 효력(특히 기속력)에 관한 규정을 어떻게 헌법재판소법의 관련규정과 조화있게 해석, 적용할 것인가 그리고 법률의 미비점을 헌법소원의 실무상 부닥치는 사건유형에 따라 어떻게 보완할 것인가의 문제 등이 제기된다. 특히 法令에 대한 憲法訴願에 대하여는 헌법재판소법에 이를 규율하는 규정이 없을 뿐 아니라 헌법재판소도 일반헌법소원사건의 경우와는 별개의 형태로 취급하고 있어 헌법재판소법 관련규정들의 해석에 伏兵으로 작용하고 있다.

本稿에서는 불기소처분에 대한 헌법소원을 비롯한 헌법소원사건의 (認容)決定例를 분석하면서 인용결정의 主文類型 및 效力을 살펴보고 검사의 불기소처분에 대한 기속력이 被請求人인 검사에 대하여 어떠한 의미(효력)를 가지는가를 특히 강조하고자 한다. 주의할 것은 헌법재판소법 제68조 제2항이 규정하는 헌법소원(법원이 법률의 위헌여부제청신청을 기각하였을 때 그 신청

선고89헌마 220 지방공무원법 제31조, 제61조에 대한 헌법소원 결정 등.

6) BverfGE 56, 363

당사자가 직접 헌법재판소에 위헌여부를 구하는 헌법소원심판)은 具體的規範統制와 같은 실질을 지니고 있는 것으로 보는 것이 통설 및 헌법재판소판례의 입장⁶⁾일 뿐만 아니라 헌법재판소법도 그 심판청구를 인용하는 경우에는 인용결정의 유형 및 효력 등에 관하여 위헌 법률 심판에 관한 규정에 의하도록 하고 있는 바 (제72조 제6항 내지 제8항) 따라서 이하에서의 고찰 (특히 法令에 대한 헌법소원부분)도 헌법재판소법 제 68조제 1항의 본래의 의미의 헌법소원만을 대상으로 한 것임은 물론이다.

II. 認容決定의 主文類型

1. 取消 및 違憲確認

헌법재판소법 제75조 제2항은 헌법소원을 인용할 때는 主文에 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다고 하면서 이와 같은 條 제3항은 「제2항의 경우에 헌법재판소는 기본권침해의 원인인 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다」고 규정하고 있다. 따라서 공권력의 행사를 내용으로 하는 헌법소원을 인용하는 때에는 取消主文을, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는 違憲確認主文을 내는 것이 원칙이다.

취소주문의 실례를 보면 “서울지방법검찰청 1988년 형제8975호 사건에 있어 검사가 1988.5.25 피의자 김사근에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다⁷⁾”,

6)-1) 헌법재판소 1990.6.25선고 89헌마 107 결정; 1990.9.10 선고 89헌마 82결정 ; 1989 12.

18선고 89헌마 32, 33(병합)결정 등

7) 헌법재판소 1989.7.14 선고 89헌마 10결정

“대구지방검찰청 경주시청 1988년 형제7475호 사건에 있어서 피 청구인이 1988.10.18 피의자 라명분의 사기의 점에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다”⁸⁾(이상 청구인이 고소인인 경우) 또는 “육군보병 제 2사단 보통군사법원 검찰부 1988년 형제52호사건에 있어서 검찰관이 1988.9.30 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다”⁹⁾(청구인이 피의자인 경우)의 형태로 선고되어 있으며, 위헌확인주문의 경우에는 “피청구인(이천군수)이 청구인로부터 1988.3.22부터 동년 12.10경 까지의 간에 수차에 걸쳐 문서 또는 구두로 경기도 이천군 마장면 표교리 산18 내지 21, 산23, 326의 1 및 129의 2 소재 林野와 田에 대한 임야조사서 또는 토지조사부의 열람·복사신청이 있었음에도 이에 불응한 부작위는 청구인의 ‘알권리’를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다. 청구인의 나머지 청구를 기각한다”¹⁰⁾는 형태가 된다.

그런데 공권력의 행사를 내용으로 하는 헌법소원심판이 계속 중에 공권력행사의 주체가 스스로 위헌상태를 제거한 경우에는 설령 당해 공권력행사가 위헌적인 것이었다 하더라도 사실상 취소할 대상이 소멸되는 바, 과연 이 경우에도 위헌확인의 주문을 낼 수 있는 가 아니면 일반적 권리보호이익이 없는 것으로 보아 각하하여야 할 것인가가 문제된다. 예컨대 명백히 위헌적인 것으로 보여진 불기소처분에 대한 헌법소원심판이 계속 중에 검사가 당해 불기소처분의 恣意성을 시인하고 고소(피의)사실에 대하여 公訴를 제기하였을 경우¹¹⁾ 또는 교도소내의 과잉제한조치에 대

8) 헌법재판소 1990. 4.2 선고 89헌마83 결정

9) 헌법재판소 1989.10.27 선고 89헌마56 결정

10) 헌법재판소 1989.9.4 선고 88헌마22 결정

11) 검사의 불기소처분에 대하여는 확정력이 인정되지 아니 하므로 公訴時效가 완성되지 않은 한 再起하여 起訴할 수 있다는 것이 통설, 판례의 입장이다.

하여 인간의 존엄과 가치를 침해하였음을 이유로 한 헌법소원이 청구되어 심판 계속 중 교도소장이 위헌적인 조치를 스스로 취소한 경우 등을 들 수 있다.

한편 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판이 계속 중 역시 공권력 불행사의 주체가 당해 불행사의 위헌상태를 스스로 해소한 경우 예컨대 고소, 고발사건의 처리지연에 대한 헌법소원이 계속 중 당해 고소, 고발사건이 처리된 경우 또는 변호인과의 接見, 交通이 불허됨을 이유로 한 헌법소원심판이 청구된 후에 접견이 허용된 경우¹²⁾ 등에도 위헌확인의 주문이 가능한가가 문제된다. 더 나아가 공권력의 행사 또는 불행사로 조성된 위헌상태가 기간의 경과 등으로 인하여 다음 단계로 발전됨으로써 더 이상 당해 위헌상태의 제거를 다룰 실익이 없는 경우¹³⁾에도 마찬가지로의 문제가 제기된다 하겠다.

헌법재판소법 제75조 제3항을 엄격하게 文理解釋하면 공권력의 적극적인 작용을 내용으로 하는 헌법소원을 인용하는 때에는 취소주문만 가능한 것처럼 주장할 수도 있으나 위헌적인 공권력의 행사로 인한 침해상태가 비록 원상복구 되었다 하더라도 이미 조성된 위헌상태로 인한 기본권침해에 대하여는 재발의 방지를 위해서도 헌법판단이 가해져야 하리라고 생각된다. 헌법소원 제도가 단순히 개인의 권리구제에 그치지 않고 오히려 위헌적인 공권력작용에 대한 통제를 통하여 객관적 憲法秩序를 보장하는 데 제도의 중점이 놓여 있음을 고려할 때 규범통제에 관한 헌법재판에서 단순위헌, 합헌의 주문외에 다양한 형태의 이른바 變形決定主文이 선고되고 있는 것처럼 공권력의 적극적인 행사를 내용으로 하는 헌법소원을 인용할 때에도 主文의 “取消”에

12) 헌법재판소 89헌마 181 수사기관에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원 참조.

13) 예컨대 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)의 침해를 이유로 한 헌법소원이 계속 중 당해 형사절차가 진행되어 판결이 확정된 경우.

구매받지 말고 경우에 따라서는 無效確認 또는 一部無效 내지 一部取消의 주문도 가능¹⁴⁾하다고 보아야 할 것이다. 따라서 공권력의 행사→취소, 불행사→위헌확인의 2분법적 도식을 고정화시키고 있는 듯한 헌법재판소법 제75조 제3항의 규정은 헌법소원의 본질을 도외시하고 소송법적 시각에서 규정된 것으로서 입법적인 보완이 요구된다 하겠다.

같은 맥락에서 공권력의 불행사의 경우에는 위헌상태가 제거되었거나 절차의 진행으로 인하여 당해 위헌상태의 제거를 다룰 실익이 없다 하더라도 향후 위헌적인 公權力作用의 반복을 경고하기 위하여 위헌확인의 주문을 내어야 하리라고 생각한다. 따라서 검사가 불기소처분의 자의성을 스스로 인정하여 고소(피의) 사실을 기소한 경우에도 당해 불기소처분에 대한 위헌확인의 선고가 가능하단 할 것이며 마찬가지로 앞에 든 사례에서는 교도소장의 과잉제한조치, 검사의 기소, 고발사건의 처리지연행위, 수사기관의 변호인접견불허조치 등이 위헌이었음을 확인하는 주문이 선고되어야 할 것이다.¹⁵⁾ 이 경우 기본권침해의 현재성이 일음문제되거나 헌법소원의 적법요건으로서 이른바 직접성, 자기성 및 현재성은 원래 법률에 대한 헌법소원에서 보충성의 원칙에 대응하는 개념으로 인정되어 온 것으로서 모든 헌법소원 사건에서 절대적으로 요구되는 것이 아님을 상기할 때 사건에 따라 위요건의 일부를 배제 내지 완화하여 적용할 수도 있을 것이다.

이와 관련하여 헌법소원의 객관적 헌법보장기능을 특히 강조하고 있는 것은 오스트리아제도이다. 오스트리아에서는 과거 헌

14) 넓은 의미의 취소개념에는 무효확인 의미도 포함된다(통설).

15) 이런 점에서 헌법재판소가 1990.4.2 선고한 89헌마 185 결정 등에서 검사의 불기소처분의 위헌성을 충분히 인정하면서도 권리보호의 이익이 없음을 이유로(공소시효완성)위헌확인선언의 주문을 내지 않고 심판청구를 각하하고 있음은 재고할 필요가 있다고 생각된다.

법 소원절차에서 적용법률의 위헌성이 문제되자 행정기관이 스스로 문제된 행정작용(처분)을 취소함으로써 당해 헌법소원절차는 대상의 흠결로 종료할 수밖에 없고(헌법재판소법 제86조)따라서 공권력 작용의 전제가 된 법령에 대한 위헌심사도 불가능한 사례가 종종 있었다. 오스트리아는 이 문제를 해결하기 위하여 1975년의 헌법개정에서 헌법 소원 사건을 계기로 시작된 위헌법률심사(Anlaßfall Beschwerdeverfahren)절차 중 행정처분이 취소되어 당사자가 만족을 얻게 된 경우에도 계속 위헌심사절차를 진행하도록 헌법에 명문으로 규정하여 (헌법 제140조 제2항) 위헌적인 공권력작용에 대한 헌법재판소의 판단 권한을 절대적으로 보장하고 있다.¹⁶⁾

한편 오스트리아 헌법재판소법은 인용결정에서 헌법소원청구인의 헌법상 권리의 침해가 있었는지의 여부를 선고하여야 하며 필요한 경우에는 취소청구된 행정작용(처분)을 직접 폐기하도록 하고 있고 더 나아가 행정관청은 헌법소원이 인용되었을 때 자기에게 속한 법적수단을 가지고 지체없이 인용결정의 취지에 일치하도록 원처분을 변경하도록 하고 있다(제88조 제1항, 제2항). 특히 오스트리아헌법재판소가 권력적 사실행위에 대하여는 그것이 진행 중일 때에는 취소판결(kassatorische Entscheidung)을 하고 이미 종료되었을 때에는 당해 권력적 사실행위가 위헌적이라는 확인판결(deklaratorische Entscheidung)을 하고 있음은¹⁶⁾ 우리에게 많은 시사를 준다 하겠다.

독일의 경우 헌법소원이 인용되면 결정주문에서 침해된 헌법

16) 오스트리아 헌법재판소는 위헌법률심사절차가 진행 중 입법자가 법률을 소급적으로 개정(폐지)하여 위헌심사사건의 선결문제성을 해소해 버린 사건에서 입법자의 의사가 헌법재판소의 심사를 방해할 목적이었다는 이유를 들어 당해 법률에 대한 위헌심사의 先決性 흠결의 하자가 지유된 것으로 보고 있다(Vfslg 10091).

16)-1) 박일환, 헌법재판자료(2), 법조(1990.6), 213면 참조 ; Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1972, S. 780

의 조항과 헌법의 조항을 침해한 작위 또는 부작위를 확정하여야 하며 특히 다투어 지고 있는 공권력작용을 반복하는 것이 위헌임을 선언할 수 있도록 하고 있다(독일연방헌법재판소법 제95조 제1항).

스페인의 경우에도 헌법소원의 인용결정주문에서 보호받아야 할 자유와 권리의 완전한 회복과 그 보존을 위한 적절한 조치를 선고하도록 제도화하고 있다(스페인 헌법재판소조직법 제55조 제1항).

2. 法令에 대한 憲法訴願의 경우

(1) 序言

法令에 대한 憲法訴願은 비록 일정한 適法要件(自己性, 直接性 및 現在性)을 요구하고 있기는 하지만 모든 국민에게 구체적 爭訟사건과 관계없이 법령 자체의 추상적 규범의 일반적 효력을 다룰 수 있는 기회를 제공하고 있는 점에서 실질적으로는 규범 통제 그 중에서도 抽象的規範統制의 機能을 수행하고 있다고 하겠다.¹⁶⁾ 법령에 대한 헌법소원을 인용하는 경우 그 주문을 어떻게 낼 것인가 그리고 결정의 효력범위는 어떠한가에 관하여 헌법재판소법은 침묵을 지키고 있기 때문에 해석상, 적용상의 문제가 제기된다. 논자에 따라서는 법률에 대한 헌법소원에 대하여도 헌법재판소법 제75조 제2항에 따라 주문에 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 특정하여야 한다고 하여 따라서 법령에 대한 헌법소원을 인용하는 경우에는 법령제정작용은 공권력의 행사이므로 일반 헌법 소원 사건에서처럼 취소 주문이

16)-2) 한병채, 헌법재판의 근원과 이론, 헌법재판소, 1989. 167-170면 참조.

타당하다는 듯한 주장이 있으나¹⁷⁾ 법령에 대한 헌법소원이 비록 그 절차개시는 개인의 권리구제적 동기에서 비롯되지만 실질적으로 권리구제의 형식을 빌은 객관적 헌법규범의 보장기능에 있음을 고려할 때 그 주문유형 및 효력은 규범통제의 경우와 동일하게 보아야 할 것이다.

헌법재판소도 다음에서 보는 바와 같이 법령에 대한 헌법소원의 인용결정을 할 때에는 위헌법률심판사건의 주문형태와 동일하게 선고함으로써 법령에 대한 헌법소원을 규범통제의 한 유형으로 보고 있다. 따라서 법령에 대한 헌법소원인의 認容決定의 類型 및 效力은 위헌법률심판사건의 그것과 동일하게 논의되어야 할 것인 바 이하 略述한다.

(2) 違憲宣言(Nichtigerklärung)

규범통제나 법령에 대한 헌법소원절차에서 당해 법령 또는 법령의 조항이 헌법에 위반될 때에 내리는 단순위헌결정으로서 代案없이 폐기하여도 좋은 위헌 결정의 기본적인 형태이다. 예컨대 교육공무원법 제11조 제1항(국공립사범대학, 교육대학출신자의 교육공무원 우선임용조항)에 대한 헌법소원에서 “교육공무원법 제11조 제1항은 헌법에 위반된다”¹⁸⁾로 선고하고, 법무사법시행규칙 제3조 제1항에 대한 헌법 소원에서는 “법무사법시행규칙(1990.2.26 대법원규칙 제 1108호) 제3조 제1항은 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이므로 헌법에 위반된다”¹⁹⁾라고 판시하고 있는 것이 그 예이다. 위헌심판사건의 경우에는 “금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법(개정 1970.1.1 법률제2153호 ;1973

17) 金學成, 憲法訴願에 관한 研究(서울大 博士論文), 1990, 271면

18) 헌법재판소 1990.10.8 선고 89헌마 결정

19) 헌법재판소 1990.10.15 선고 89헌마178 결정

3.3 법률 제2570호)제5조의 2는 헌법에 위반된다”²⁰⁾라든가 “변호사법(1982.12.31 법률제3594호 전문개정 ; 1987.12.4 법률제3992호 개정)제10조2항, 제3항은 헌법에 위반된다”²¹⁾라고 판시하며, 헌법재판소법 제68조제2항의 규정에 의한 규범통제의 경우에는 “국가보위입법회의법(1980.10.28 법률제3260호)부칙 제4항 후단은 헌법에 위반된다”²²⁾라고 하여 모두 동일한 형태를 취하고 있다.

法規의 일부위헌선언(Teilnichtigkeit)도 가능하며 이때에는 원칙적으로 적용범위가 감소되거나 확장된다.²³⁾ 헌법재판소1990.9.3 선고 89헌마95 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판 결정주문인 “국세기본법(1974.12.31 법률 제2679호)제35조 제1항 제3호 중 「...으로부터 1년」이라는 부분은 헌법에 위반된다”는 이른바 법규의 일부위헌으로서 당해 규정의 적용범위의 확대(회복)을 가져 온 예라 하겠다.

위헌선언된 법령의 효력에 관하여는 당해 법령의 시행일까지 소급하여 효력을 상실하도록 하는 입법례(遡及效, ex tunc), 위헌선언이 있는 날로부터 효력을 상실하도록 하는 입법례(即時效 내지 現在效 ex nunc) 및 위헌선언 후로부터 일정한 기간내에 어느 시점부터 효력을 상실시키는 입법례(未來效 내지 將來效, pro furto)가 있는 바, 독일, 이태리는 원칙적으로 소급효를 인정하고 있으며, 오스트리아는 원칙적으로 즉시효에 입각하고 있으나 1년을 넘지 않는 기간내에서 장래효결정도 가능하도록 하고 있다.

헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형

20) 헌법재판소 1989.5.24 선고 89헌가37, 96(병합) 결정

21) 헌법재판소 1989.11.20 선고 89헌가102 결정

22) 헌법재판소 1989.12.18 선고 89헌마 32,33(병합) 결정

23) Maunz u.a., §78 BverfGG. Rd., Nr.23

별에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”라고 규정하고 이어서 제 3항에서는 “제2항 단서의 경우에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다”라고 규정하여 위헌법률의 효력에 관하여 원칙적으로 즉시효(현재효)를 인정하나 예외적으로 형벌법규에 관하여 소급효를 허용함으로써 독일과 오스트리아의 중간형태에 입각하고 있다. 따라서 위헌결정이 난 이후의 사실관계에 대하여는 당해 법규가 더 이상 적용되지 아니하며 위헌결정이 나기 전에 이미 구성요건이 충족된 때(예컨대 위헌법률에 의하여 세금을 이미 납부한 경우 부당이득반환청구는 부인된다)에는 위헌법률이 그대로 적용된다²⁴⁾ 구성요건의 충족과 더불어 집행이 됨으로써 당해 법규의 내용이 실현되는 때(예컨대 조세부과처분이 있는 후 납부 전에 위헌결정이 있는 경우)에는 더 이상 위헌법률에 의한 집행은 불가능하다고 하여야 할 것이다. 다만 위헌제정이 된 本案訴訟事件이나 헌법소원이 제기된 當該事件(Anlaßfall)의 경우에는 예외로서 구성요건이 충족된 시점까지 소급하여 당해 법규의 효력이 상실된다.²⁵⁾ 당해사건에 대하여 위헌결정의 소급효를 인정하는 것은 당해사건에 대한 재판의 전제성을 확보하여 줌으로써 구체적규범통제제도의 실효성을 확보하려는 데 그 의의가 있다 하겠다.

최근 헌법재판소의 위헌결정에는 원칙적으로 소급효를 인정하여야 하며 그 논거로서 헌법 제103조(법관의 物的獨立), 제27조 제1항(재판청구권), 제10조 후단(국가의 기본권보장의무)을 들면서 형벌법규를 제외하고는 위헌결정의 소급효를 부정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌이라는 주장이 대두되고 있

24) 오스트리아헌법 제140조 제7항은 “헌법재판소가 법률을 폐지하는 결정에서 다른 판사가 없는 한 폐지일 이전에 이미 구성요건이 충족된 경우에는 여전히 종전의 법률이 계속 적용된다. 다만 당해사건(Anlaßfall)은 예외이다”고 규정하고 있다.

25) 헌법재판소 1989.9.8 선고 89헌가6 결정에서의 재판관 卞顯洙의 보충의견 참조 ; Walter, aaO, S. 750

어²⁶⁾관심을 끌고 있다. 또한 대한변호사협회는 헌법재판소법개정 의견에서 위헌결정의 소급효의 범의를 확대하여 형벌법규 뿐만 아니라 위헌결정 당시 기본권을 제한하는 법률에도 위헌결정의 소급효가 미치도록 하되 다만 그 적용범위에 관하여는 쟁송 중에 있거나 쟁송제기의 법정기간내에 있는 자에 한하도록 하는 개정안을 제시한 바 있다.²⁷⁾

(3)憲法不合致決定

헌법재판소의 보편적 지위가 政治的 司法機關이라 할 때 헌법 재판 역시 정치성을 띠고 있으므로 일도양단적인 위헌, 합헌의 결정은 때에 따라서는 정치적, 사회적 혼란을 가져 올 우려가 있으므로²⁸⁾ 헌법재판소법의 문리해석에만 의존할 것이 아니라 헌법 재판의 지혜를 발휘하여 정치적 공동체의 삶의 현실을 적절히 규율할 수 있는 탄력적 있는 결정 주문(Entscheidungs-variante)을 도출할 것이 요청된다. 주로 독일연방헌법재판소가 창안, 발전시킨 변형결정의 유형으로는 크게 憲法不合致決定, ‘아직은 합헌’결정 및 限定合憲 내지 憲法合致的 決定 등을 들 수 있다(독일에서는 1980년 이후 통계적으로 보면 단순무효선언과 불합치선언을 비롯한 변형결정이 반반씩 균형을 이루고 있는 것으로 나타나 있다²⁹⁾). 우리 헌법재판소도 이러한 변형결정의 예

26) 尹眞秀, 위헌법률의 효력-헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토-1990.11.1 헌법재판 연구회발표논문

27) 대한변호사협회, 헌법재판소법에서 중개정법률안(1990.4) 참조.

28) 예컨대 헌법재판소가 국·공립사범대학 및 교육대학졸업자 등의 교원우선임용을 규정하고 있는 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법소원에서 위 법률조항의 단순위헌을 선언하자(1990.10.8 선고 89헌마89 결정)그후 교육계 및 법조계 등에서의 위헌결정의 효력 범위를 둘러싸고 벌여 진 논쟁과 국·공립사범대학생들의 농성, 시위 등으로 인하여 야기된 사회적 혼란을 그 실패로 들 수 있다.

29) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 160.

를 모두 수용하고 있으나 변형결정 자체를 반대하는 견해는 접어 두고라도³⁰⁾ 과연 헌법재판소가 변형결정의 본래의 창설취지를 살려 적시적소에서 활용하였는가에 대하여는 끊임없는 논란이 일고 있다.

憲法不合致決定은 단순히 헌법에 합치하지 아니 한다는 위헌 선언에 그치고 위헌무효로서 폐기하여야 할 상태에까지는 이르지 않는 결정으로서 위헌확인(Feststellung der Verfassungswidrigkeit)선언의 주문이라고도 한다. 위헌결정에 원칙적으로 소급무효의 효력을 인정하고 있는 독일에서 단순위헌결정에서 오는 법률의 공백(Rechtsvakuum od. Rechtslücke)을 메꾸어 법적 안정성을 확보하고 위헌상태의 제거를 위한 입법과정에서의 입법자에게 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers)를 부여하기 위하여 독일연방헌법재판소가 1970년 연방헌법재판소법의 개정(동법 제 78조, 제31조 제2항)에 의하여 명문으로 그 근거를 마련하기 전부터 관례로서 발전시킨 주문 형식이다.³¹⁾ 무효 선언을 하여 법규의 대안없는 제거의 상태를 만드는 것보다 위헌법규라도 잠정적인 계속효를 인정하는 것이 덜 위헌적이라는 논거에 입각하고 있다.³²⁾ 헌법재판소는 1989.9.8 선고한 88헌가6국회의원선거법(1988.3.17 법률 제4003호 전문개정)제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항을 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다 “라는 헌법 불합치주문³³⁾을 낸 바 있다.³³⁾

30) 헌법재판소의 卞禎洙재판관은 우리 현행 법제상 단순위헌, 합헌주문외에 이른바 변형결정은 허용될 수도 없을 뿐만 아니라 설령 변형결정의 주문을 내더라도 그에 따른 아무런 기속력이 없다는 일관된 견해를 견지하고 있다.

31) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 537f.

32) 李時潤, 헌법재판개관 (헌법재판소), 1989, 61면

33) 이 결정에는 주문과 같은 변형결정은 허용될 수 없으므로 이는 단순위헌결정에 다름이라는 재판관 卞禎洙의 반대의견과 변형결정 그 자체에는 찬성하나 이 사건에서는 주문과 같은 변형결정은 불필요하고 단순위헌을 선언하여야 한다는 재판관 金鎭佑의

不合法決定에 따른 법적인 효과를 보면,

첫째, 입법자에게 위헌상태를 제거할 의무를 부과한다³⁴⁾ (이른바 立法促求 내지 違憲警告 ; Apellentscheidungen). 입법자는 법률의 개정 또는 폐지 등을 통하여 위헌 상태를 제거할 수 있다. 헌법재판소는 경우에 따라 이를 위한 기간을 정할 수도 있을 것인 바 (국회의원선거법상의 위 조항들에 관한 위헌결정의 주문 제2항), 이에겐 헌법재판소가 주문에서 입법촉구한 기간이 지나면 단순위헌 선언을 할 수 있다는 경고적의미가 내포되어 있다고 할 것이다.

둘째, 위헌심판제청의 전제가 된 本案事件과 헌법소원이 청구된 당해사건 및 이와 유사한 사건과 관련된 절차가 원칙적으로 중지된다는 점이다.³⁵⁾ 법률이 즉시 효력을 상실하는 것도 아니고 그렇다고 하여 헌법에 적합한 것도 아닌 그러한 잠정적 기간 동안은 당해 법률을 적용할 본안 사건이나 당해사건의 재판(Entscheidung)은 정지되어야 한다(Anwendungssperre).³⁶⁾ 재판을 헌법소원의 대상으로 하고 있는 독일에서는 헌법소원의 대상이 된 법원의 재판(판결)이 불합치선언된 법률에 근거하여 이루어진 경우에는 연방헌법재판소법 제 95조 제2항에 의하여 이를 파기하는 바, 이 경우 당해사건을 맡은 일반법원은 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 입법자가 위헌규정 대신 헌법과 일치하는 규정을 새로이 제정할 때까지 소송절차를 정지하고 있다.³⁷⁾ 이러한 논리에 입각할 때 위 국회의원선거법위헌제청사건

각 반대 의견이 있다.

33)-1) 헌법재판소 1990.9.10 선고 89헌마 82간통죄의 위헌여부에 대한 헌법소원 사건에서 “현행 징역형일원주의를 유지하는 간통죄의 형벌규정은 헌법에 합치하지 아니 한다고 보여 조속히 새로 입법할 것을 촉구하는 것이 합당하다”는 재판관 韓柄來, 同 李時潤의 반대의견도 헌법불합치 결정에 입각하고 있다.

34) Schlaich, aaO, S. 163

35) Schlaich, aaO, S. 164

36) BVerfGE 52, 369

의 제청법원(서울민사지방법원)에서는 본안사건의 절차를 국회가 당해 법률을 개정할 때까지 정지하여야 함에도 불구하고 제청법원에서는 불합치결정이 있자 제청신청인의 청구(不當利得盤還請求)를 기각하는가 하면³⁸⁾ 항소심(서울고법)에서는 “헌법재판소가 실질적으로 위헌 결정을 하면서도 위헌법률의 효력상실시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있는 경우에도 당해사건에 대해서만은 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다”는 보충의견의 논거에 따라 본안사건의 청구를 인용하였음은³⁹⁾ 오히려 반대의견의 논거를 수용한 것으로서 헌법재판의 기속력(헌법재판소법 제75조 제1항)과 관련하여 중대한 문제를 제기하고 있다 하겠다.

셋째, 불합치선언된 법령(규범)이 새로운 입법이 있기까지 적용될 수 있는 지 여부 또는 잠정적으로 적용되는지 여부 그리고 적용된다면 그 범위가 문제된다. 이 점에 관하여는 독일연방헌법재판소도 일관된 견해를 밝히지 않고 있다.⁴⁰⁾

생각건대, 불합치결정이 있는 후에는 당해 법령을 원칙적으로 더 이상 적용하여서는 안 된다. 특히 권리나 이익을 박탈하거나 의무를 부과하는 법령의 경우에는 더욱 그렇다 할 것이다. 다만 불합치 선언된 규범의 특수성이 헌법상의 근거, 예를 들면 法的安定性 등의 요청에 의해 위헌규정이 잠정기간 동안 계속 존속할 것을 요구하고 있는 경우에는 예외적으로 위헌선언(불합치선언)된 규정이라도 전부 또는 일부분이 계속 적용될 수 있을 것이다.⁴¹⁾

예컨대 독일 연방헌법재판소는 여성노동자에게만 家事有給休日を 보장하고 있는 법률규정이 헌법에 불합치한다고 선언하면

37) Schlaich, *ibid.*

38) 서울민사지방법원 1990.1.25 선고 88가합 46330 판결

39) 서울고등법원 1990.7.20 선고 90나 13408 판결

40) Schlaich, *aaO.*, S.169

41) BVerfGE 36, 271

서 아무런 경과적 판시를 하지 않는 바 있어⁴²⁾ 당해 법률의 효력 및 적용범위 등에 관하여 많은 논란이 일고 있다. 이는 평등의 원칙에 어긋난 수혜의 제외에 대한 사건의 경우로서 이 경우 법률이 다른 사람들에게는 정당하지 않게 수혜를 주지 아니 한 때에도 새로운 입법이 있기 전에는 그 법률에 의해 이미 수혜를 받고 있는 사람들로부터 그들이 받고 있었던 이익을 원칙적으로 박탈해서는 안 될 것이다. 따라서 가사유급휴일제도는 제도자체가 위헌이 아니지만 여성에게만 제한적으로 적용하는 경우 위헌이므로 입법자가 당해 법률을 장차 남성에게 까지 확장할 것이 아니면 여성의 가사유급휴일까지 폐지할 것이니 여부에 관하여 결정할 때까지의 잠정기간 동안에는 종전의 규정이 계속 적용되어야 할 것이다.⁴³⁾

한편 앞서 언급한 서울고등법원의 판결이 불합치선언된 법률 규정을 더 이상 적용하지 않는 점에서는 헌법재판소의 불합치결정의도를 반영하였다고 보여지는 반면 1990. 11.9 실시된 영광, 함평지구 국회의원 보궐선거에서 무소속 후보에 대한 차등기탁금규정 및 낙선후보자에 대한 기탁금의 국고귀속규정의 적용⁴⁴⁾은 헌법재판소의 동 법률규정에 대한 헌법불합치결정의 취지에 어긋나는 것이라 하겠다.

여기서 우리는 헌법재판에서의 헌법불합치결정 등 이른바 변형결정의 필요성은 인정하면서도 헌법재판소가 국회의원선거법 제 33조, 제 34조의 위헌심판에서 내린 불합치결정이 입법자의 형성 자유와 법적공백의 회피라는 제도본질적 측면 및 앞서 살펴 본바와 같은 헌법재판의 정치적 생활현상의 규율기능이라는

42) BVerfGE 52, 369

43) Schlaich, aaO, S. 172

44) 1990년 4월 실시된 대구서갑구 국회의원보궐선거에서도 무소속 후보에 대하여는 마찬가지로의 문제가 제기된다.

측면에서 볼 때 과연 타당한 것이었는지는 의문이라 하겠다. 독일에서도 변형결정의 대부분이 별 실익이 없을 뿐만 아니라 입법자에게 재량의 여지를 주기 위하여 단순 무효 선언이 포기되어야 한다는 연방 헌법재판소의 일관된 자세는 근거가 없다는 점 (무효 선언을 포기하게 된 동기가 명백하지 않다는 점)을 들어 변형 결정에 대한 비판적 견해가 대두되고 있으며 통계적으로도 매우 잦았던 불합치선언이 개개의 사건에서는 별다른 변화를 보임이 없이 현저히 감소하고 있다고 한다.⁴⁵⁾

이런 점에서 헌법재판에 관하여 법률문화적, 제도적인 면에서 독일과는 상이한 구조를 지니고 있는 우리 헌법재판에 독일에서도 어디까지나 변형된 형태로 수용되고 있는 변형결정을 도입, 적용하는 데에는 신중을 기할 것이(특히 한정합헌결정과 관련하여)요망된다 하겠다.

(4) 限定合憲決定(憲法合致的 解釋)

한정합헌은 해석여하에 따라서는 위헌이 될 수 있는 부분을 포함하고 있는 法令의 의미를 헌법의 정신에 맞도록 한정적으로 해석하여 위헌판단을 회피하는 해석기술로서 법률의 憲法合致的 解釋(Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen)이라고도 한다.⁴⁶⁾ 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성과 권력분립의 헌법정신 및 범규범의 推定效(favor legis)에 그 이론적 근거를 둔 것으로서⁴⁷⁾ 심사대상이 되는 법령의 文句, 의미, 목적

45) Schlaich, aaO, S. 175

46) 한정합헌해석은 원래 미국연방최고재판소(the Supreme Court)가 과도의 광범성이론(Overbreadth Doctrine)을 바탕으로 하여 이른바 사법의 자기제한의 기술로서(사법 소극주의적 수법) 발전시킨 것으로서 독일연방헌법재판소가 법률에 대한 소급무효선언이나 불합치선언을 회피하기 위하여 도입한 것이다 (中谷實, 憲法訴訟の基本問題, 224면 ; Schlaich, aaO, S.185)

상 여러가지 해석가능성 있고 그 중 어느 하나가 헌법과 합치한다고 본다면 그 내용에 의하여 그 규정은 유지될 수 있으며 이에 의하여 헌법과 합치되지 않는 법규해석을 배제시킬 수 있다는 논거에서 출발한다.⁴⁸⁾ 헌법재판소는 한정합헌을 一部違憲의 의미로 보고 있다.⁴⁸⁾ 그러나 한정합헌결정은 법령규정의 문언범위내에서 이루어져야 하는 것으로서 입법자의 근본결정 즉 가치형량과 입법목적등이 훼손되어서는 안되며 일의적임이 명백한 규정에 대하여 반대되는 의미를 부여하여서도 안되고 입법자의 의도를 근본적으로 벗어나게 하거나 변형시켜서도 안 되는 한계를 지니고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 법령의 문언이 一義의이라면 헌법합치적 해석은 가능하지 않고 입법자가 그것을 개정하는 것만이 가능한 것이다.⁵⁰⁾

헌법재판소가 내린 限定合憲決定의 예를 보면 “상속세법 제32조의2 제1항은 조세회피의 목적이 없이 실질소유자의 명의를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”⁵¹⁾, “국가보안법 제7조1항 및 제5항은 각 그 소정행위가 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.⁵²⁾” 도로교통법 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에서만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으

47) 許 營, 한국헌법론, 80-82면

48) 李時潤, 전계서, 65면

48)-1) 헌법재판소 1989.7.21 선고 89헌마 38 상속세법 제32조의 2 제 1항에 대한 헌법소원 사건 결정의 보충의견 참조

49) BVerfGE 8, 28

50) BVerfGE 38, 41(49)

51) 헌법재판소 1989.7.21 선고 89헌마38 결정

52) 헌법재판소 1990.4.2 선고 89헌가 113 결정

로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다⁵³⁾등을 들 수 있다.⁵⁴⁾

이러한 한정합헌결정에 대하여 헌법재판소의 卞禎洙재판관은 일관된 소수의견을 통하여 반대하고 있는 바⁵⁵⁾, 그 논거로서는 첫째, 우리 법제상 헌법재판소는 제청된 그 법률이 어떠한 해석되는 것을 전제로 하여 그 한도에서 합헌이라는 형식의 해석이 허용되지 아니하면, 둘째 한정합헌결정에는 기속력이 없어 단지 헌법재판소가 합헌결정을 하면서 그 이유를 주문에다 기재하고 법원이나 검찰 기타 국가기관으로 하여금 당해 법률조항을 엄격하게 해석, 적용하여 달라는 희망 내지 권고를 표시한 것에 불과하고, 셋째 한정합헌결정은 명백한 위헌법률에 대하여 위헌결정을 회피하는 수단으로 이용되기 쉬운 재판 형식이라는 점을 지적하고 있다.

우리는 헌법재판에서의 한정합헌결정의 가능성과 필요성을 인정하면서도 헌법재판소가 내린 특히 국가보안법사의 찬양, 고무, 동조 조항과 도로교통법상의 신고의무규정에 대한 한정합헌결정이 헌법규범의 수호라는 측면에서 볼 때, 과연 꼭 필요한 그리고 타당한 결정이었는지에 대하여는 의문이다. 한정합헌결정의 기속력과 관련하여 독일의 경우처럼 법원의 재판에 대해서도 헌법소원이 인정되는 경우에는 한정합헌결정의 취지에 배치되는 판결에 대해서 헌법소원을 통해 구제받을 수 있는 길이 열려 있으나 우리의 경우에는 유독 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되어 있기 때문에 헌법재판소의 한정(제한)해석에 어긋나는 위헌적인 해석, 집행이 있을 때 이에 대한 구제의 방도가 전혀 없는 것이 한정합헌결정이 지닌 치명적인 약점이라 하겠다. 실제로

53) 헌법재판소 1990.9.17 선고 89헌가 118 결정

54) 한편 노동쟁의조정법상의 제3차개입금지조항에 대한 위헌심판사건에서 재판관 金鎭佑, 同 李時潤, 同 金亮均은 반대의견으로서 한정합헌을 주장한 바 있다(1990.1.15 선고 89헌가 103결정).

55) 註51)내지 54)결정의 재판관 卞禎洙의 각 소수의견 참조.

도 국가보안법상의 찬양, 고무, 동조 조항에 대한 한정합헌결정이 있는 이후에도 국가보안법에 관한 수사기관이나 법원의 해석, 적용이 종전과 비교하여 크게 달라진 것이 없을 뿐만 아니라 헌법재판소가 국가보안법의 위 조항에 대한 한정합헌결정을 하면서 “국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서”와 같은 막연한 기준을 내세운 것은 헌법재판소의 책임회피적 태도를 드러낸 것이라는 비판이 가해지고 있다.⁵⁶⁾

(5) 아직은 합憲(Noch Verfassungsmaßige Gesetz)決定

법령이 아직은 합헌적이라고 볼 수 있으나 입법자에게 완전히 헌법에 합치되는 상태 혹은 장차 닥칠 위헌상태를 막기 위한 입법을 촉구하는 형식으로서 不合法決定이 어떤 규범에 대한 無價値判斷(즉 위헌판단)을 포함하고 있음에 반하여 ‘아직은 합헌’이라는 주문은 긍정적 價値判斷을 포함하고 있는 점이 특징이라 하겠다. 독일의 헌법재판실무에서는 ‘아직은 합헌’이라는 결정을 할 경우에 주문에는 단순히 합헌(vereinbar)이라고만 표시되고 ‘아직은(noch)’이라는 용어는 이유중에서만 나타나고 있다.⁵⁷⁾ 헌법재판소가 간통죄의 위헌여부에 대한 헌법소원사건의 補充意見(재판관 曹圭光, 同 金汶熙)에서 “형법 제 241조가 규정한 간통죄가 사회상황, 국민의식의 변화에 따라 그 규범력이 약화되었음에도 불구하고 아직은 반사회적 범죄성을 띄고 있는 것으로 보고 있기 때문에 형법에 규정된 간통죄에 대한 규정이 아직은 헌

56) 梁建, 헌법재판소 2년, 그 성과와 한계, 한국논단(1990.11), 97-98면 참조. 이밖에 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 한정합헌결정의 비판에 대하여는 崔大權, 형법의 해석과 헌법의 효력, 서울대학교 법학(제31권 1·2호)1990. 8 ; 康錦實 「국가보안법 제7조 제5항의 한정합헌결정에 관하여」(대한변호사협회지 1990. 10 및 11)와 韓相範, 「헌법재판제도, 이것이 문제다」(사법행정, 1990. 12)를 각 참조.

57) Pestalozza, aaO, S. 180.

법에 위반되지 아니한다”⁵⁷⁾라고 판시한 것이 그 예라 하겠다.

대체로 다음과 같은 경우에 아직은 합헌이라는 결정주문을 낼 필요가 있을 것이다.⁵⁸⁾ 즉 현재의 상태가 만족스럽지는 아니 한지만 정치적 이유 등으로 더 이상의 좋은 상태를 바랄 수 없는 경우⁵⁹⁾ 위헌임은 분명하지만 위헌으로서 법률이 무효로 되면 해결할 수 없는 엄청난 결과가 나타날 경우⁶⁰⁾, 법률로 규율한 대상이 너무 어렵고 복잡하여 당장은 마땅한 대안이 없다고 여기지는 경우, 법률이 제정 당시부터 위헌은 아니었으나 그 후 상황의 변동으로 위헌성이 문제되어 적절한 해결방안을 입법자 스스로 찾도록 하는 것이 적절한 경우⁶¹⁾ 및 당초 입법 당시 입법자가 내린 결단의 정당성 내지는 합헌성을 다시 한번 검토하고 이에 대한 보완책을 강구할 기회를 줄 필요가 있는 경우⁶²⁾ 등이다.

III. 認容決定의 效力

1. 既判力

헌법재판소가 사법기관의 성격을 具有하고 있는 이상 헌법소원의 결정에도 통상의 재판과 마찬가지로 기관력이 인정된다. 그러나 헌법소원에서의 기관력은 既判力 있는 판단을 다투기 위한 당사자의 주장을 허용하지 않고 배척하는 소극적 기능 (一事不

57)-1) 헌법재판소 1990.9.10 선고 89헌마 82 결정

58) Schlaich, aaO, S. 181-183.

59) 독일의 Saar현장사건(BVerfGE 4, 157)

60) 독일의 선거구분할사건(BVerfGE, 16, 130)

61) 註57-1)의 간통죄위헌여부에 대한 헌법소원사건의 결정 참조

62) 1982년의 독일國勢調査法사건(BVerfGE 65, 1), 이 사건의 주문은 다음과 같다. “1982년의 국제조사법 제○조는 헌법에 위반되지 아니한다. 그러나 입법자는 이유에서 밝힌 기준에 따라 국제조사를 위한 조직 및 절차에 관한 보충규정을 배려하여야 한다.”

再理)에 그 중점이 있는 것이고 헌법재판소가 기판력있는 판단에 구속되어 이를 전제로 後訴의 심판을 하여야 하는 적극적 역할(拘束力)을 하는 데 있는 것은 아니라 하겠다. 헌법재판소법 제39조의“헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판할 수 없다”는 규정이나 같은 법 제23조 제2항 제2호의 심판정족수에 관한 규정(헌법, 법률의 해석, 적용에 관한 헌법재판소의 종전의 판단을 변경하는 경우에는 헌법재판관 6인 이상의 찬성을 요함)등은 헌법소원의 결정에서의 기판력의 위와 같은 취지를 뒷받침하는 것으로 보아야 할 것이다.

헌법소원의 인용결정 뿐만 아니라 棄却 및 却下決定에도 기판력이 있다. 指定裁判部の 却下決定에 대하여는 기판력이 인정되지 않는다는 견해도 있으나⁶³⁾ 헌법재판소는 지정재판부의 각하결정에 대한 不服申請은 헌법재판소상 허용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 그리고 기판력은 사실에 대한 규범을 적용하는 경우에만 문제되는 것이므로 규범의 상위규범에 대한 합치여부를 심사하는 규범통제의 경우에는 인정되지 않는다. 독일바이에른주 헌법재판소는 이 점을 명확히 밝히고 있다.⁶⁵⁾

2. 法規的 效力

법령에 대한 헌법소원의 인용(위헌)결정에 대하여는 규범통제의 경우와 마찬가지로 法規的 效力(Gesetzeskraft)이 인정된다. 일반적으로 非集中形(英美形) 헌법재판제도에서는 위헌재판에

63) 金學成, 전계서, 279면

64) 헌법재판소 1990.10.5 선고 90헌마 170결정(제1지정재판부) ; 1990. 10.17 선고 90헌마 171 결정 (제2지정재판부)

65) Otto Badh Hof/ Wilhelm karl Geck/ Johann Schmidt, Landesverfassungsgerichtbarkeit (III), S.72

법규적 효력을 인정하지 아니하나 集中型(大陸型)헌법재판제도에서는 이를 인정하고 있으며 다시 후자의 경우 당해 법규가 소급무효가 되는 無效說을 취하는 독일, 이태리型和 장래효 내지 즉시효를 인정한데 그친 取消說을 취하는 오스트리아型으로 나누어지는 바, 우리의 경우 원칙적으로 취소설에 입각하고 있음은 기술했다.

독일연방헌법재판소법 제 31조제2항은 법률의 無效宣言이나 헌법과의 合致, 不合致에 관한 연방헌법재판소의 결정은 법규적 효력이 있음을 규정하고 있으나 비록 이러한 명문규정이 없는 우리의 경우에도 법령에 대한 헌법소원이 인용되어 심판의 대상인 법령이 위헌으로 선언되면 당연히 법규적 효력이 인정된다고 보아야 할 것이며 이 경우 법규적 효력은 국가기관 뿐만 아니라 일반 국민에게 까지 그 효력을 미치는 것이다. 다만 법규적 효력은 決定主文에 한하여 인정된다.⁶⁶⁾

3. 羈束力

일반법원의 판결이 원칙적으로 소송당사자 사이에만 효력이 미치고 행정소송에 대한 인용판결(취소판결)이 관계행정청만을 기속하는 데 비하여(행정소송법 제 30조제1항), 헌법소원의 인용결정은 법원을 비롯한 모든 국가기관과 지방자치단체를 羈束한다(헌법재판소법 제 75조제1항). 따라서 국가내의 모든 公權力은 헌법재판소의 결정을 준수하여야 할 의무가 있다. 이러한 기속력은 헌법소원결정의 기관력을 人的으로 확장시키는데 그치지 않고 당해 기관력의 質的인 변경을 의미한다고 보아야 할 것이다.⁶⁷⁾ 주문 뿐만 아니라 중요한 결정이유(tragende Entscheidung-

66) Pestalozza, aaO, S. 172

ngs gründe)에도 기속력이 미치나⁶⁸⁾ 단순한 傍論(obiter dicta)은 예외라 할 것이다. 기속력은 동종 내지 유사사건(Parallelfällen)에도 미친다. 독일연방헌법재판소는 헌법소원사건에서의 당해 인용결정이 향후 모든 동종 및 유사사건에서 적용된다는 것은 주문에서 밝힌 바 있다.⁶⁹⁾ 헌법재판의 인용결정에 이와같은 기소력을 인정하는 것은 헌법재판소가 국가최고기관임을 보여주는 것이며⁷⁰⁾ 나아가 헌법의 수호자로서의 지위를 확고히 해주는 것이라 하겠다.⁷¹⁾

그런데 국가기관에서 헌법재판소의 인용결정을 따르지 않을 경우 현행 헌법재판소법에는 당해 결정에 대한 집행력이 부여되어 있지 않아서 문제가 되나(독일연방헌법재판소법(제35조)은 연방 헌법재판소에 재판에 대한 집행력을 부여하고 있다) 헌법재판소의 결정을 준수하지 않은 국가기관의 소속공무원은 탄핵 및 징계의 대상이 될 뿐만 아니라 당해 공권력작용 역시 당연무효라고 하여야 할 것이다.

IV. 不起訴處分에 대한 憲法訴願 認容 決定的 羈束力の 限界

1. 問題의 所在

헌법소원의 인용결정의 기속력과 관련하여 불기소처분에 대한

67) Schlaich, aaO, S. 204

68) BVerfGE 19, 337(392) ; 20, 56(87)

69) BVerfGE 7, 99

70) Konrad Hess, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.251

71) Schlaich, aaO, S.171

헌법소원이 인용되었을 경우 당해 認容決定의 效力이 피청구인인 檢察에 대하여 어떠한 의무를 부여하는가 즉 동 인용결정과 관련하여 (인용결정이 檢察을 기속함은 물론이다) 불기소처분을 취소한다는 의미가 곧바로 公訴提起命令의 效果가 있는 것으로 이어지느냐가 문제된다.

기술한 바와 같이 헌법재판소법 제 76조제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 규정하고 있으며 같은 條 제3항은 헌법소원을 인용하는 경우 헌법재판소는 기본권침해의 원인이 되는 公權力의 行使를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 確認할 수 있으며, 이어 제 4항은 “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 被請求人은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정의 주문은 고소사건에 있어서 검사가 피의자에 대하여 한 불기소처분은 청구인(告訴人)의 平等權을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 형식이며 이유에서 다시 검사로 하여금 위에 적시한 의문점들에 대하여 수사를 補強한 후에 피의자에 대하여 그 책임에 상응하는 처분을 할 수 있게 하기 위하여 당해 불기소처분을 취소한다거나⁷²⁾ 아니면 搜查檢事가 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 소홀히 한 채 사건을 종결하였으므로 검사로 하여금 더 수사하도록 하기 위하여 당해 불기소처분을 취소한다는 취지로⁷³⁾ 이어지고 있다.

여기서 「더 搜查하여(또는 수사를 보강하여) 그 책임에 상응하는 處分」을 한다는 것이 무엇을 의미하는지를 둘러싸고 이는 단순히 再搜查命令에 지나지 않는다는 견해(再搜查命令說)가 침

72) 헌법재판소 1990. 4. 2 선고 89헌마83 결정 ; 1990. 11. 19 선고 89헌마116결정 ; 1990. 12. 26 선고 89헌마 198 결정 등

73) 헌법재판소 1989. 7.14 선고 89헌마 10 결정 ; 1990. 12. 26 선고 90 헌마 45 결정 등

에하게 대립되어 있다. 특히 이 문제는 전형적인 공권력행사의 主體인 檢察에 대한 헌법소원의 羈束力의 限界를 어느 선에서 그을 것인가의 점에서 헌법소원의 본질 내지 실효성의 확보라는 측면에서도 중요한 의미를 지닌다 하겠다.

2. 再搜查命令說의 論據

法務部(檢察)側의 입장으로서는 기본적으로 헌법재판소의 인용 결정은 헌법재판소법 제75조 제3항에 의하여 공권력의 행사인 불기소처분을 취소하는 데 그치는 것이므로 일단 불기소처분을 취소시킴으로써 헌법재판소의 사명은 다 한 것이 되고 그후 검사가 결정취지(取消)에 따라 새로운 수사(보강수사)를 하여 기소 여부를 결정하는 것은 검찰의 재량에 속하므로 불기소처분의 인용결정은 결국 단순 재수사명령에 지나지 않는다는 것이다. 그리고 불기소처분에 대한 헌법소원은 불기소처분 자체의 효력을 인정할 것 인지의 여부에 귀착되고 기소명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극적 이행을 요구하는 것이므로 헌법재판의 성질상 허용되지 않는 것으로 본다.⁷⁴⁾

더 나아가 만일 헌법재판소의 기소명령에 따라 起訴하여 법원에서 無罪判決이 선고될 경우 그에 따른 책임소재의 불분명과 헌법재판소의 권위의 손상이 우려된다는 것이다.

이 견해는 결국 起訴獨占主義 내지 起訴便宜主義를 불변의 전제로 하고, 한편 인용결정의 주문이나 이유의 어디에도 起訴強制라는 취지의 표현이 엿보이지 않을 뿐 아니라 현행 헌법재판소법의 문리 해석상으로도 기소강제를 명하는 것은 무리라는 데 근거하고 있다. 이러한 입장에서 검찰은 헌법재판소에서 취소결

74) 趙圭政, 행정작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권(1990), 497면.

정한 불기소처분을 재차 불기소처분하였으며 이 불기소처분에 대하여 또 다시 告訴人이 헌법소원을 제기한 바 있다(90헌마120 사건).⁷⁵⁾

3. 起訴命令說의 論據

헌법재판소의 불기소처분의 취소결정은 기소를 전제로 한 수사의 보장 내지 재수사결정이므로 검찰은 헌법재판소와 취소결정에 따라 기소를 하여야 한다는 것이다. 즉 헌법재판소법 제75조 제1항, 제3항의 규정취지에 비추어 볼 때, 검찰은 헌법재판소의 결정에 “羈束”되어 “새로운 處分”인 기소를 하여야 할 의무가 있다고 보아야 하고 그렇지 않고 헌법재판소의 결정을 단지 “새로운 수사”를 명한 것으로 본다면 검찰의 불기소처분이 끝없이 반복되어 헌법소원의 제도적 취지가 목각된다는 것이다⁷⁶⁾(예컨대 위 90헌마120사건 참조)

이 견해는 기본적으로 기소독점주의, 기소편의주의라 하더라도 그로 말미암아 국민의 기본권보장이 철저하지 못하게 되는 결과가 초래될 때에는 그 제도의 존립근거 내지 정당성의 논거 역시 재 검토될 수 있다는 이른바 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 主權의 公權(基本權)의 우위사상에 입각해 있다고 하겠다.

4. 私 見

(1) 주지하다시피 감사의 不起訴處分은 그 실질에 있어서 처

75) 한편 이 再憲法訴願을 두고 제야법조계와 학계에서는 검찰이 헌법재판소의 결정을 휴지 화시켰다고 크게 반박하고 있는 것으로 보도되었다(法政新聞, 1990, 8.6자, 1면 참조).

76) 한겨레신문, 1990.4.6자 私設

분의 형식상 被疑者를 대상으로 하는 적극적 처분의 성격을 띄고 있으나 被害者를 중심으로 하여 보면 피해자(고소인)에 대한 보호를 포기한 소극적인 不作爲處分의 성격을 함께 지니고 있는 이른바 複數的 處分(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)의 범주에 속한다 할 것이다.⁷⁶⁾⁻¹ 그리고 검사의 恣意的인 판단이 개재되어 당연히 행사하여야 할 공소권을 행사하지 아니한 것은 공권력의 불행사에 해당하는 것이며 헌법재판소의 불기소처분의 취소에는 이러한 공권력 불행사에 대한 판단(違憲確認)도 포함되어 있다고 볼 것이다.

한편 公訴不提起와 不起訴處分을 논리적으로 구분하여 불기소처분은 수사종결행위로서 확정력이나 기판력이 없고, 公訴提起는 수사종결 후의 새로운 행위이므로 따라서 불기소처분은 공권력의 행사로, 공소부제기는 공권력의 불행사로 구분될 수 있으므로 공권력의 불행사(공소부제기)에 대한 위헌확인을 통하여 새로운 처분에 해당하는 기소강제가 가능하다는 견해도⁷⁷⁾같은 맥락에서 이해하여야 할 것이다.

따라서 헌법재판소법 제 75조제4항에서 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는 피청구인은 결정 취지에 따라 “새로운 처분”을 하도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 물론 여기의 “새로운 처분”의 범위를 둘러싸고 해석상 논란의 여지가 있을 수 있지만 적어도 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정에서는 앞서 본 바와 같이 이미 공권력의 불행사라는 소극적인 부작위처분에 대한 위헌판단이 있었으므로 이러한 판단취지에 따른 새로운 처분은 동일한 형태의 불기소처분이 아닌 즉 기소처분을 의미한다고 보아야 할 것이다. 再搜查를

76)-1) 헌법재판소 1989.4.17 선고 88헌마3 결정

77) 헌법재판소 90헌마124 사건의 청구이유

새로운 수사라 하여 이를 “새로운 처분”에 해당하는 것으로 보는 견해도 있을 수 있으나 수사는 결국 기소나 불기소처분의 형태로 종결되므로 재수사 자체를 새로운 처분의 범주에 포함시키는 것은 어렵다 하겠다. 그렇다면 헌법재판소의 현행과 같은 형태의 주문 및 이유에서 밝힌 불기소처분의 취소결정은 결국 기소를 전제로 한 搜查의 補強을 의미한다 할 것이므로 피청구인인 검사로서는 불기소처분의 전제가 된 당해 피의사실에 대하여 헌법재판소의 인용결정의 이유에서 지적한 의문점들을 더 수사하여 공소를 제기하는 것이 헌법재판소의 결정취지를 살리는 것이라고 생각된다.

이에 대하여 검찰은 기소독점주의 및 기소편의주의의 침해라고 주장하나 기소독점주의와 기소 편의주의는 헌법상 인정된 원리가 아닌 법률상의 원칙에 지나지 않을 뿐만 아니라 기소독점주의나 기소편의주의와같은 형사법원리는 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)에 우선하는 절대적인 것은 아니며, 한편 헌법재판소는 이미 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 인정하면서 “국가는 이미 범죄가 발생한 경우에 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 것이고 형벌권을 행사하지 아니하는 경우에도 최소한 형벌권을 행사하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 결과를 초래할 수 있다고 기대되는 경우에 한정되어야 할 것이다”라고 판시하여⁷⁸⁾ 지금까지 우리 형사사법의 기본원리로 견지되어 온 기소편의주의를 예외적, 한정적인 것으로 보고 범죄로부터 국민을 보호하기 위하여는 이른바 搜查法政 내지 起訴法定主義를 전면에 내세울 수 있음을 천명함으로써 기소독점주의 및 기소편의주의의 형사법원리를 헌법적 시각에서 재조명한 바 있다.⁷⁹⁾

78) 헌법재판소 1989.4.17 선고 88헌마 3결정

또한 공소제기명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극적 이행을 요구하는 것이므로 헌법소원의 성질상 허용될 수 없다는 주장은 행정소송을 인용하는 경우어나 통용될 수 있을지는 몰라도 공권력에 의한 기본권침해상태의 제거를 통한 객관적 헌법질서의 보장이라는 헌법소원의 제도적 기능을 직시할 때 오히려 공권력행사의 취소와 동시에 새로운 처분을 병행하는 것이 헌법소원의 본질에 더 합당하다고 보아야 할 것이다.

한편 검찰은 헌법재판소의 기소명령에 따라 기소되어 법원에서 無罪判決을 받을 경우 책임을 질 사람이 불명하고 헌법재판소의 권위가 손상될 우려가 있음을 들고 있으나 이는 사실상의 문제이지 법리적 측면의 문제는 아니며, 오히려 법원의 엄격한 심리과정을 거쳐 실체적 진실을 밝히는 것은 그 자체 기본권보장을 위하여 또 다른 중요한 기능이라 할 것이므로 설사 무죄가 된다 하더라도 그로 인하여 헌법재판소의 권위가 손상된다고는 볼 수는 없다.⁷⁹⁾ 헌법재판소도 불기소처분에 대한 헌법소원사건의 심리과정에서 직권에 의한 증거조사제도(헌법재판소법 제 31조)를 적극 활용하여 증거판단이나 사실인정 등에서 검사의恣意성이 명백히 엿보이는 경우에 한하여 인용결정을 함으로써 기소 후 무죄판결의 가능성을 최소화하도록 하여야 할 것이다.

79) 申東雲, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보, 1990. 2, 42-44면, 그리고 기소 독점주의 및 기소편의주의와 범죄로부터 보호받을 권리(주관적 공권)와의 관계에 대하여는 拙稿, 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 문제점 고찰, 판례월보, 1990.11.13-14면을 참조.

79-1) 일본에서도 불기소처분의 당부를 사후심사하는 권한을 지닌 검찰사회의 “기소상당”의 의결에 의하여(그 의결에 법적구속력은 없음)기소된 사건에 대한 제1심판결에서의 무죄율이 높은 것으로 나타났다. 즉, 검찰심사회제도가 발족하였던 昭和 24년에는 기소사건의 44%가 무죄였으며, 그 후 昭和 58년까지 평균 8.6%의 무죄율을 기록하고 있다.(尹英根, 일본의 기소유예제도운용 실태에 관한 연구, 법무자료 제 124집, 19-20면).

그리고 현실적으로 볼 때 헌법재판소의 인용결정이 단순 再捜査命수에 불과하다면 상명하복의 검사동일체의 원칙이 철저하게 관철되고 있는 현행 법제하에서 이미 검찰항고과정에서 당해 기소처분을 한 검사소속의 고등검사장이나 검찰총장이 원처분을 정당하다고 판단한 이상 다른 중요한 증거가 발견되는 등 불기소처분취소 이후의 상황이 현저히 변하지 않는 이상 과연 일선 수사 검사가 당해 불기소처분을 반복하고 과감하게 기소결정할 것을 기대하기는 사실상 어렵다 할 것이다.

독일형사소송법이 기소강제절차와는 별도로 검사의 공소유지의 미비점을 보완하기 위하여 일부범죄에 대하여 피해자의 공소절차에의 참가제도(동법 제5편)를 채택하고 있는 것을 고려할 때, 우리의 불기소처분에 대한 헌법소원이 독일형사소송법의 이러한 기능을 보완, 대체한다는 측면에서나 어렵사리 도입된 「헌법소원의 꽃」으로서 국민들의 지대한 관심과 참여를 불러일으키고 있는 불기소처분에 대한 헌법소원⁸⁰⁾의 실효성을 확보하여 헌법소원제도를 정착시킨다는 측면에서도 검찰은 헌법재판소의 취소결정에 따라 수사를 보강한 후 기소하여 법원의 판단을 통하여 자신의 처분(결정)에 대한 최종적 평가를 받는 것이 바람직하다 하겠다.

5. 立法論

현행 헌법재판소법 제75조 제3항의 문리해석상 결정주문에서 불기소처분을 취소함과 동시에 공소제기를 명하거나 또는 취소와 동시에 공소부제기가 위헌임을 확인하는 주문을 내는 것이

80) 1990. 12.31 현재 헌법재판소에 심판청구된 총 헌법소원사건 599건 중 불기소처분에 대한 헌법소원이 273건을 차지하고 있다(헌법재판소 내부통계자료참조).

허용되지 않는 것처럼 보이거나 앞서 본 바와 같이 헌법재판소법의 입법적 불비를 보완한다는 의미에서나 특히 불기소처분이 실질적으로 적극, 소극의 양면적 성격을 지닌 점에서 불기소처분의 취소와 동시에 공소권의 불행사가 위헌임을 확인하는 주문이 가능하다고 할 것이다. 그리고 주요한 결정이유에도 기속력이 있으므로 비록 주문에서는 불기소처분의 취소를 명함에 그쳤다 하더라도 이유에서 기소강제의 취지를 밝힘으로서 당해 불기소처분의 취소가 기소를 전제로 한 것임을 명확히 할 수 있을 것이다. 그리고 앞서 본 90헌마124사건에서 처럼 헌법재판소의 불기소처분의 취소→검찰의 再불기소결정→再헌법소원의 되풀이를 막기 위하여서는 다투어지고 있는 공권력작용이 반복이 위헌임을 선언할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 요망되는 바, 독일 헌법재판소법 제 95조 제1항은 이의가 제기된 처분(공권력작용)을 반복할 때 마다 기본법을 침해한다는 것을 선고할 수 있도록 규정하고 있음은 기술한 바 있다.

입법론적으로는 헌법재판소법 제75조 제3항, 제4항을 개정하여 공권력행사의 헌법소원을 인용함에 있어서는 취소 뿐만 아니라 위헌확인을 할 수 있고 더 나아가 결정취지에 따른 새로운 처분도 가능할 수 있도록 하고, 한편 헌법소원이 제기된 공권력주체에 의하여 헌법소원의 대상이 된 공권력행사, 불행사의 위헌상태가 제거된 경우에도 당해 공권력작용이 위헌이었음을 선언하고 동시에 재발방지를 위한 적절한 조치를 취할 수 있도록 함으로써 기본권침해의 구제와 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 목적을 달성할 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 불기소처분취소결정에 대한 기속력과 실효성의 확보책의 일환으로서 검사가 자의적으로 동일한 결론을 내는 것을 막기 위하여 당해 불기소처분의 대상이 된 피의사건의 수사 및 공소

유지를 담당할 변호사제도를 도입함이 요망된다 하겠다.⁸¹⁾ 아울러 불기소처분에 대한 헌법소원심리에 신중을 기하기 위하여는 불기소처분에 대한 헌법소원심판이 청구된 때에는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 公訴時效의 진행을 정지하도록 하는 것이 타당하다 할 것이다.(형사소송법 제 262조의 2는 재정신청의 경우 재정결정 때까지 공소시효의 정지를 명문으로 규정하고 있다).

81) 金周元, 헌법재판 안팎의 인권상황, 변협인권보고서 제4집, 293면.

言論에 비친 憲法裁判

李 宰 鎬

審判資料局長

- 目 次 -

- I. 머리말
- II. 憲法裁判活動 現況
- III. 言論報道內容 概觀
- IV. 法律의 違憲與否審判提請의 意味
- V. 限定合憲決定
- VI. 法令에 대한 憲法訴願審判
- VII. 憲法裁判 處理期間
- VIII. 맺는말

I. 머리말

憲法守護와 國民의 基本權保障의 마지막 堡壘이며, 憲法의 誇수꾼이라는 막중한 使命을 가지고 새롭게 탄생한 憲法裁判所가 이제 두 돌을 넘기고 있다.

그간 憲法裁判所의 機能과 役割, 憲法裁判現況, 나아가서 憲法裁判所의 位相등에 관하여 新聞, 放送 등 言論에 隨時로 報道되고 있으나 아직도 一般 國民의 相當數가 憲法裁判制度를 올바르게 理解하지 못하고 있는 實情이며, 이를 보도하는 言論機關從事者들조차도 憲法裁判의 決定 內容을 正確하게 消化·報道하는데 많은 어려움을 겪고 있는 것으로 알려지고 있다. 이는 우리나라의 憲法裁判의 歷史가 실질적으로 짧은 탓도 있지만 言論媒體의 屬性과도 깊은 關聯이 있지 않은가 생각된다. 즉 言論은 一般國民의 輿論을 形成하여가는 強力한 힘을 가지고 있지만 一般讀者들의 嗜好, 需要에 適應하여야 하는 現實的인 制約이 따르기 때문이다.

憲法裁判所 관련기사는 日刊紙의 경우 社會面에 掲載되는 것이 常例이며, 政治·經濟面의 專門性 記事와는 달리 社會面은 一般社會生活 속에서 일어나는 一相事件 또는 犯罪事件 등이 興味 위주로 편집되어 一般讀者들이 쉽게 接할 수 있도록 되어 있으므로 憲法裁判과 같이 딱딱하고, 어렵고 까다로운 分野를 限定된 紙面에 알기 쉽게 一般讀者에게 정확히 전달하는 것은 그리 쉽지가 않을 것이다. 憲法問題가 왜 딱딱하고 어렵게 느껴지는가? 한마디로 말해서 그것은 우리나라 憲政史의 잘못에 起因한다고 말할 수 있다 本來 憲法이란 國民의 基本權을 保障하고, 이를 위해 國家權力構造가 牽制와 均衡(Check and Balance)을 이루도록

權力分立(Seperation of Power)에 關한 規定을 核心으로 하는 最高規範이며, 이는 일찍이 1789年 프랑스 人權分立이 第16條의 “基本權이 保障되지 아니하고 이를 위한 權力分立이 確立되지 아니한 社會는 憲法을 가졌다고 할 수 없다”라는 規定과 第3條의 “무릇 主權의 淵源은 반드시 國民에게 있다. 여하한 團體나 個人도 國民으로부터 나오지 아니하는 權力을 행사할 수 없다”라는 規定에서 보는 바와 같이 國民主權制度 아래서의 憲法이란 主體者인 國民의 立場에서 볼 때 基本權保障 이외의 아무것도 아닌 것이다. 卽 國民의 基本權 保障과 國家의 權力分立은 目的과 手段의 關係에 있다고 말해도 過言이 아니다.

그런데 우리나라 憲政史를 돌이켜 보면 수차례의 改憲을 통하여, 大統領制나 內閣責任制나, 大統領直選制나 間選制, 大統領任期의 單任이나 連任이나, 國會의 單院制나 兩院制나, 國會議員 選舉에 있어서 比例代表制를 認定할 것이냐 아니냐 等 主로 國家 權力構造 問題를 다루었기 때문에 一般國民들은 憲法이란 自己 個人과는 直接 關聯이 없고 政治權과 가까운 것이며 基本權은 敎授書에나 現實과는 거리가 먼 것으로 여겨 오히려 戶籍法이 不動產登記法보다도 關心을 가지지 않고 살아온 것이 오늘의 서글픈 現實이다.

이제 憲法裁判所 創設 2周年을 맞이하여 조금 나아지기는 했지만 아직도 많은 國民들에게 그 동안 잘못 認識되어온 憲法과 國民의 基本權 保障의 制度的 裝置에 대한 깊은 反省을 함과 동시에 앞으로 憲法裁判制度의 定着과 憲法裁判所의 位相에 관하여 올바른 자리 매김을 함으로써 現實的인 基本權 保障을 위한 憲法裁判의 活性化에 조금이라도 보탬이 되기를 바라는 간절한 마음에서 이 글을 쓰고자 하면, 우선 憲法裁判活動 2年을 돌아보고 그 동안 言論媒體에 掲載·報道된 內容을 概觀한 以後에, 특

히 言論報道 機關이 關心을 가지고 있고 또한 가져야 할 몇 가지 事案에 대하여 所見을 밝혀보려 한다.

II. 憲法裁判 活動 現況

1989.9.19 憲法裁判所 裁判部가 처음으로 構成된 이래 1990.10.15까지 870件的 事件이 接受되었는데 그중 26%인 226件이 違憲法律審判事件이고 나머지 대부분인 74%, 643件이 우리나라 憲法裁判使上 처음으로 導入된 憲法訴願審判事件이며, 野黨議員80명이 請求한 國會議長간의 權限爭議審判事件이 1件 接受되었다.

事件處理 現況을 보면 違憲法律審判事件的 경우 52.2%인 118件이 處理되어 그중 12件에 대하여 違憲決定이 내려졌고, 憲法不合致決定 1件, 限定合憲決定이 3件이며 나머지는 合憲決定(4件), 却下(15件),取下(83件)되었다.

違憲決定된 法律을 보면, 訴訟促進 등에 관한 特例法 第6條 第1項에 但書 部分(國家相對 財産權 請求에 關하여 假執行宣告 不可)에 대하여 1989.1.25 最初로 違憲 決定된 것을 비롯해서 舊 社會保護法 第5條 第1項(必要的 保護監護處分), 金融機關의 延帶 貸出金에 관한 特別措置法 第5條의 2(延帶貸出金에 관한 競落許可節次에 있어서 競落許可決定에 대한 抗告時 50% 供託金 등 金融機關의 優越的 地位 認定), 같은 法 第7條의 3(金融機關은 會社整理法에 의한 整理節次進行 中에도 이 法에 의한 競買申請 可能으로 金融機關에 特惠 認定), 國稅基本法 第35條 第1項 第3號(1年 以內的 抵當債券에 우선하여 國稅 徵收), 辯護士法 第10條 第2項(辯護士 開業場所制限)에 대하여 각각 違憲決定이 내려졌다. 한편 國會議員候補의 過多한 寄託金과 落選者 寄託金の 國庫歸屬을 規定한 國會議員選舉法 第33法, 第34條에 대하여는 憲

法不合致決定이 낮으며, 國家保安法 第7條(反國家團體活動에 同調 등), 道路交通法 第50條 第2項(交通事故 運轉者의 경찰관서 申告義務)에 대하여는 限定合憲決定을, 國土利用管理法 第21條의 3, 第31條의 2(土地去來許可制와 罰則規定)와 勞動爭議調停法 第13條의 2(第3者 介入禁止)에 대하여는 合憲決定을 내렸다.

憲法訴願審判事件 處理現況을 보면 接受된 643件 중 73.4%인 472件이 處理되었으며, 處理內容別로는 認容決定이 8件, 限定合憲 1件, 棄却 58件, 却下 262件, 取下 기타가 143件으로 대부분 却下·取下 處理되었는데 이는 처음으로 導入된 憲法訴願制度의 審判請求 要件과 節次를 一般國民이 제대로 알지 못하고 무턱대고 일단 請求하여 보는 濫訴에 起因한 것으로서 憲法訴願制度 施行 初期에 어느 나라에서나 일어나는 共通된 現象이라 하겠다.

憲法訴願審判 請求事件 중 認容된 主要事例을 보면, 檢事의 不起訴處分에 대한 取消決定이 2件, 軍檢察官의 起訴猶豫處分 取消決定이 1件이며, 公權力에 의한 財産權 侵害에 대한 公訴審判事件에서 國民의 “알 權利”를 認容한 事例가 있으며 特記할 만한 것은 뒤에서 詳細히 言及하겠지만 法令에 대한 憲法訴願判決 중 違憲決定된 것이 3件, 限定合憲決定된 것이 1件이 있다는 점이다. 즉 國家保衛立法會儀法 附則 第4項 後段을 違憲決定(위헌 89.12.18, 89헌마89)함으로써 80년 國·公立 教育大學 또는 師範大學 기타 敎員養成機關의 卒業者 또는 修了者에게 教育公務員(敎師) 優先採用機會를 주는 特惠 根據規定이 그 效力을 喪失함에 따라 私立 師範大學 出身도 國·公立學校 敎師로의 任用機會가 주어지게 되었으며, 또한 法務士 資格을 規定한 法務士法 施行規則 第3條 第1項에 대하여 違憲決定(憲裁 90.10.15, 89헌마178)이 내려짐에 따라 職業選擇의 自由와 機會均等(平等權)의 實際的인 폭이 넓어지게 되었다. 相續稅法 第32條의 2 第1項에 의

하면 權利의 移轉이나 行使에 登記를 요하는 財産에 있어서 實質所有者와 名義者가 다른 경우에 그 名義者로 登記한 날에 實質所有者가 그 名義者에게 贈與한 것으로 보고 (贈與擬制)있는데 憲法裁判所는 同 法條項은 租稅回避의 目的이 없이 實質所有者와 名義者를 다르게 登記 등을 한 경우에는 適用되지 아니하는 것으로 解釋하는 한 憲法에 違背되지 아니한다라는 限定合憲決定(憲裁 89.7.21, 89헌마38)을 내렸다. 이를 바꾸어 표현한다면 限定的 違憲宣言方法을 택하여“相續稅法 第3條의 2 第1項은 租稅回避의 目的이 벗어 實質所有者와 名義者를 다르게 登記 등을 한 경우에도 適用하는 한 憲法에 違反된다”라고 할 수도 있다 (曹圭光 憲法裁判所長의 補充意見). 따라서 이 決定例는 普通의 限定合憲決定과는 달리 實質的인 一部違憲決定이며, 이로써 진정한 名義信託制度가 法院은 물론 國稅審判所와 國稅廳에서도 判例와 行政先例로 確立되었다.

事件接受處理現況

(1990.10.15현재)

區分 類型	接受	處 理								係屬中	
		計	違憲 認容	憲法 不合致	限定 合憲	合憲 棄却	却下	取下	民願 處理		
計	870	590	20	1	4	62	277	107	119	280	
違憲法律審判	226	118	12	1	3	4	15	82	-	108	
單核審判	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
政黨解散審判	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
權限爭議審判	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
憲 法 訴 願 審 判	小計	643	472	8	-	1	58	262	24	119	171
	§68. I	592	461	6	-	-	55	258	23	119	131
	§68. II	51	11	2	-	1	3	4	1	-	40

Ⅲ. 言論報道內容 概觀

言論媒體를 통하여 비친 憲法裁判(所)는 보는 사람에 따라 또는 時間에 따라 各各 다른 視角으로 投影되는 것 같다. 或者는 憲法裁判決定 內容에 대하여 贊·反論을 펴기도 하며 때로는 憲法裁判所 構造 自體를 가지고 云謂하기도 한다. 이 두 개의 視角은 서로 相反되는 것이 아니라 서로 交叉하면 調和있게 作用하면서 窮極的으로는 憲法守護와 國民의 基本權保障이라는 하나의 無點으로 맞추어질 것이다.

그때를 期待하면서 다만 여기서는 現在의 言論 媒體에 報道되는 內容과 言論機關의 視角을 나뉠대로 概觀하여 보기로 한다.

憲法裁判所 新設을 포함한 第6共和國의 憲法改正案이 마무리 될 무렵인 '87.9.12. 國內 有名 일간지 D日報는 서울에서 開催된 第13次 世界法律家大會에 參加하기 위해 訪韓한 西獨의 『볼프강 자이들러』 聯邦憲法裁判所長(63歲)과의 인터뷰 記事에서 『한국 憲法裁判所 신설에 기대』-行政府영향 안 받아야 國民 신뢰-라는 副題下에 아래와 같이 報道하고 있다(一部引用).

- 『헌법재판소 설치 자체가 민주화 정도의 척도는 아니지만 한국에서 새 헌법에 따라 헌법재판소가 설치되면 온 세계가 관심을 갖고 발전과정을 지켜 볼 겁니다』 -
- 『자이들러』 씨는 『무엇보다 가장 중요한 것이 헌법재판소에 대한 『권위』의 부여이며 다른 헌법기관들의 태도가 문제』 라고 강조했다-
- 『西獨도 초기에는 헌법재판소의 권위가 상당히 결여되었으나 지금은 여론조사 결과 국가기관 중 가장 높은 85%의 신뢰도를 가지고 있습니다』 - 그 비결은 무엇입니까. 『한

국의 개헌안에는 헌법재판관을 대통령이 임명하도록 돼 있지만 西獨은 “입법부가 만든 헌법을 해석”한다는 뜻에서 입법부가 선출합니다. 따라서 행정부의 영향력을 받을 여지가 없어요』 -

憲法 改正이 確定·公布된 이듬해 初인 88.1.22. 같은 日刊紙의 社設은 憲法裁判所의 違憲審査機能強化와 憲法訴願制度의 活性化를 強調하면서 『헌법재판소와 憲法訴願』이라는 題目으로 아래와 같이 主張하고 있다(一部引用)

- 違憲심사 기능은 흔히 司法이나 헌법재판소에 맡겨진다. 그 어느쪽이건 간에 위헌 심사 제도는 민주 헌법질서의 안정을 보장하는 감시자적 기능을 다하지 않으면 안 된다. 한마디로 위헌심사는 헌법의 규범을 보장하기 위한 기능이다. 따라서 하위법이나 그 집행의 현실이 헌법과 어긋날 때, 그것을 『위헌으로 인한 무효』로 선언하는 헌법보장기능은 『민주 정치와 법치주의 病院』이라고까지 평가된다.

그러나 우리의 위헌심사제도는 아직까지 그 구실을 다해 오지 못했던 게 사실이다. 거듭된 헌법의 개정예 따라 사법적 심사와 헌법재판소 사이를 널뛰듯 오갔던 위헌심사 기능은 그 어느 쪽에서나 제대로 수행되지 못했다. 그 때문에 새 헌법에 규정된 헌법재판소의 활동은 큰 관심과 기대를 모으는 것이다. 이제야말로 헌법재판소는 정당한 법집행에 의해서만 정치목적을 달성하도록 하는 권력의 감시자가 되어야 하면, 국민의 민주의식을 높이는 교육적 기능까지를 담당하지 않으면 안 된다.-

- 그러니까 가장 그 頻度가 높은 것으로 예견되는 건 역시 헌법소원이다. 또한 헌법소원이야말로 헌법질서와 국민의 기본권 침해를 구제하는 장치라는 점에서 국민생활과 직접적인 관련을 갖는 제도이다. 국민은 국회의 위헌법률입법과 행정기관의 위헌적 집행에 대해서는 물론 사법부의 위헌적인 판결에 대해서도 두루 소원을 낼 수 있어야 한다.-
- 그럼에도 불구하고 헌법재판소법 제정을 위한 지금까지의 논의를 보면, 유독 판결을 소원대상에 포함시킬 것이냐를 둘러싸고 상당한 거부 반응이 있는 것 같다. 그 반론의 근거는 삼권분립원칙에 따른 사법부의 독립성을 저해하는 것이며 사실상의 四審制를 용인하는 결과를 빚는다는 점으로 집약된다. 일리 있는 반론이다. 그러나 그 논리대로 라면 국민의 대표인 국회의 입법을 심사하는 것도 권력분립의 원칙에 어긋나는 것이다. 행정부의 집행을 사법부나 헌법재판소가 심판하는 경우도 동일하다. 그 형식논리를 고집하는 한 헌법재판소의 존립근거 자체가 무너지고 만다. 헌법재판소는 오히려 권력분립의 원칙이 빠질 수도 있는 위헌의 함정을 꾸준히 막는 구실을 담당해야 한다.-

憲法裁判所의 主體인 裁判部를 構成하는 9人의 憲法裁判官이 任命되고 曺圭光 憲法裁判所長에 대한 國會의 任命同意가 있었던 '88.9.15. 각 日刊紙에는 9人의 憲法裁判官에 대한 個人別 프 로필 記事가 사진과 함께 실렸고, 特히 曺圭光 初代 憲法裁判所長과의 인터뷰 記事가 대대적으로 報道되었는데 그중 J日報의 『인터뷰』란에 게재된 記事의 一部를 보면 아래와 같다.

- 曺소장은 『앞으로 헌법재판소는 국민의 기본권을 확대해 나가는 등 헌법의 “실천적 적용”에 비중을 두고 운영될 것』이

라면서 『헌법이 특정정권의 도구가 아닌 국민생활전반을 확실히 보장, "헌법은 국민 모두가 받아들여야 할 법"이라는 인식의 확대가 시급하다』고 강조했다-

‘89年 1月 25日은 憲法裁判所가 記憶할 만한 날이다. 즉 이날이 憲法裁判所 開設 以後 처음으로 法律에 대한 違憲決定이 宣告된 날이기 때문이다.

이날 各 日刊紙와 라디오 및 TV放送은 일제히 『憲法裁判所, 첫 違憲決定』이라는 題下의 記事를 크게 다루었는데, 같은 날 J 日報가 報道한 記事의 主要部分은 다음과 같다.

- 헌법재판소의 첫 위헌결정이 내려졌다. 헌법재판소 전원 재판부(주심 卞禎洙 재판관)는 25일 鄭寅鳳씨 (36.변호사)가 낸 『소송촉진 등에 관한 특례법』 6조 1항 단서조항에 대한 위헌심판신청을 받아들여 『이 조항은 헌법 11조 평등의 원칙에 어긋난다』 위헌결정을 내렸다.

이 결정으로 이 단서 조항은 효력을 상실하게 돼 앞으로 법원은 국가를 상대로 한 민사소송을 판결 때 가집행선고도 할 수 있게 됐다. 위헌 결정은 48년 헌법 제정 이후 3공화국까지 31건 심사에 3건이 내려졌으며 이번 위헌 결정은 71년 6월 국배심(國賠審)사건의 위헌 판결 이후 19년만의 일이다.-

이후 憲法裁判(所)에 대한 言論 報道가 本格化되기 시작하였으며, 이를 時點別로 보면 審判事件 決定宣告時마다 決定의 意味와 內容을 보도하는 隨時報道와 一定한 事件을 契機로 集中的으로 記事化하는 企劃報道로 나누어 볼 수 있고, 한편 言論媒體別

로 보면 日刊新聞·라디오·TV放送·週刊新聞(法律新聞) 및 日刊紙 등으로 나누어 볼 수 있다. 日刊新聞의 경우는 冒頭에서 말한 바와 같이 社會面에 限定된 紙面을 통하여 記事化하기 때문에 一線 記者들이 많은 어려움을 겪고 있는 것으로 알려져 있다. 一般的으로 社會面 記事는 國民學校 5·6學年 정도의 學歷 水準이면 그 內容을 알 수 있도록 쉽게 써야 하는데 憲法問題, 그것도 高度의 法理論으로 가득 채워진 長文의 決定文(어느 경우에는 수십 페이지에 달하여 마치 憲法 理論書 같은 것도 있다)을 토대로 짧은 시간에 그 要旨를 간추려서 記事化하는 것이 그리 쉬운 일이 아니다. 더구나 마감시간에 쫓겨 電話로 送稿하는 경우에는 決定文도 읽어보지 못한 데스크에서 어려운 法律用語나 法理 展開內容을 理解하지 못하여 決定理由를 省略하고 結論만을 간단하게 몇 줄로 報道하는 사태가 벌어지기도 한다. 이런 경우 一般 讀者는 憲法裁判所가 무슨 決定을 왜, 어떻게 내렸는지 그 內容을 제대로 알기는 어렵다. 어쨌든 이러한 어려운 環境 속에서도 國民의 基本權 伸張을 위하여 몸으로 부딪히며 열심히 報道해 준 一般 記者들의 努力은 마땅히 높이 評價되어야 한다.

一般的으로 憲法裁判에 관한 日刊新聞 記者는 社會面의 報道 記事(Straight)와 問紙의 解釋 記事(Box)로 나누어지는데 報道 記事는 눈에 띄기 쉽고 많은 사람들이 보지만 紙面 充分하지 못하여 그 內容을 正確하게 傳達하기 어려운 制約이 있는 것 같다. 그러나 海雪기사는 時間적으로 여유가 있고 紙面도 制約을 크게 받지 않으므로 憲法裁判 記事는 성질상 解說記事보다 適切하다고 할 수 있다. 最近 教育法에 대한 違憲決定에 따라 教師 任用 問題를 놓고 거의 한달 동안 文教부와 國·私立 師範大學間의 攻防이 新聞에 報道되고 TV에서도 時事討論 등 논의가 活潑히 進行되고 있는데 이는 特別한 경우이며 解說記事가 실리지 않은

경우가 더 많은 實情이다.

週刊新聞은 時間的 餘裕가 많이 있고 또 거의가 法律問題를 專門的으로 다루고 있으므로 憲法裁判所 決定文을 全載하는 한편 日刊新聞 報道內容도 參酌해서 報道記事와 解說記事를 적절히 配合하여 掲載하고 있다. 한편 法律 專門誌로서의 特性을 살려 憲法裁判所 決定에 대한 關係 專門家の 判例評釋이 자주 실려서 이를 契機로 基本權을 둘러싼 憲法論議가 活潑하게 이루어질 것을 期待한다.

憲法裁判所에 대한 集中 企劃取材 報道는 TV와 月刊誌에서 發見할 수 있다.

1989. 3. 19. KBS-TV 「東西南北」에서는 憲法裁判所 特輯을 放映하였는데 憲法守護와 基本權 保障의 最後 堡壘로서의 役割을 다하여 줄 것을 強調하였다.

『月刊中央』(‘89.5月號)에서는 憲法裁判所에 提訴된 事件을 中心으로 憲法裁判所의 活動을 肯定的으로 評價하고 憲法裁判의 活性化를 위한 몇 가지 改善方案을 提示한 뒤, 政治性 있는 審判事件에 대한 果敢한 決斷與否가 憲法裁判所의 力量과 直結되며 아울러 그 位相定立과 信賴性的 尺度가 될 것이라고 指摘하고 있으며, 『月刊朝鮮』(‘90.4月號)은 “基本權의 堡壘, 憲法裁判所”라는 題目으로 憲法裁判所의 組織 및 活動狀況과 9人的 憲法裁判官의 프로필을 紹介한 뒤, 특히 憲法訴願에 대하여는 國民이 直接 裁判請求의 主體가 되고 基本權 侵害의 直接的 救濟를 目的으로 하고 있다는 점에서 “憲法裁判制度의 꽃”이라고도 불리운다고 하면서 “앞으로도 憲法裁判所가 果敢하고 活潑한 活動을 통해 憲法守護와 基本權 堡壘로서의 役割을 보다 充實히 遂行할 것을 期待하고 있다”고 말하고 某人權辯護士의 다음과 같은 말을 引用하면서 憲法裁判所에 대한 강한 期待感を 표시하고 있다.

- 이제까지 國民들이나 法曹實務者들이나 憲法에 대한 感覺이 마비되었던 것이 事實이다. 그런데 지난 1년 동안의 憲法裁判所의 努力에 의해 비로소 命숨을 憲法에 재어볼 수 있는 基準이 만들어졌다고 할 수 있다 앞으로 특히 社會的으로 對立과 葛藤이 深化되어 있는 問題에 대하여 明白한 意見을 提示하는 積極的인 活動을 거듭해 나가게 되면 우리 憲法裁判所도 西獨처럼 가장 信賴性 높은 公的 機關이 될 수 있으리라 생각한다.-

한편 外國語 週刊紙에도 憲法裁判所가 本格的으로 紹介되기도 하였는데 英字紙인 Korea Newsreview('90.1.20)와 佛語版 Le Courrier de la Corée('90.1.22)는 憲法裁判所를 Cover Story로 比重있게 다루어 外國人들로 하여금 우리나라 憲法裁判 現況을 理解하는데 도움을 주고 있으며, 특히 '90年 5월에 터어키 앙카라에서 開催된 第8次 유럽憲法裁判所長 會議에서 옵서버 資格으로 公式 招請을 받아 참가한 曹圭光 憲法裁判所長이 우리나라 憲法裁判制度를 說明하고 上記 책자를 會議 參加者들에게 配布하여 好評을 받은 바 있다.

끝으로 『한국논단』('90.11月號)에서 漢陽大學校 梁建 教授는 “憲法裁判所 2年, 그 成果와 限界”라는 題目으로 2년에 걸친 憲法裁判事件 接受處理 및 認容件數가 刮目할 만한 것이라고 評價한 뒤, 특히 막연한 基準에 의한 限定合憲決定에 대하여는 憲法裁判所의 責任回避的 態度하는 批判을 憂慮하면서 다음과 같이 말을 맺고 있다.

- 憲法裁判所는 지난 2年餘의 活動을 통해 生活規範으로서의 憲法の 規範力을 높이는 데에는 상당한 成果를 거둔 것으로 보인다. 이것은 높이 評價되어 마땅하다. 問題는 政治規範으

로서의 憲法의 規範力을 살리는 데에 憲法裁判所가 어떤 機能을 해왔느냐이다. 主要事件에서 거듭 利用되고 있는 限定 憲法의 決定方式이 과연 政治權力의 統制에 寄與했는지는 疑問이다. ‘限定’이라는 意味는 사라지고 ‘合憲’이라는 結果만이 두드러지고 있는 것이 아닌가. 만일 앞으로도 憲法裁判所가 어렵고 敏感한 事件에서 限定合憲이라는 便法을 濫用한다면, 이는 自身の 位相을 스스로 낮추는 일이 될 것이다. 이렇게 되는 경우 憲法裁判所가 憲法上 最高機關의 하나로써의 그 實質을 維持하기는 어려울 것이다.-

지금까지 言論媒體가 憲法裁判(所)에 대하여 報道·評價한 內容을 綜合적으로 分析해 보면 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

첫째로, 獨立된 憲法機關으로서의 憲法裁判所의 創設은 憲法守護와 國民의 基本權保障을 보다 더 確實하게 擔保할 수 있는 바람직한 制度로서 하루 빨리 定着되어야 한다.

둘째로, 違憲法律審判에 있어서 違憲의 素地가 있으면 果敢하게 違憲決定을 내려야 하면 曖昧한 限定合憲決定은 스스로의 位相을 낮추어 國民의 信賴度가 低下될 우려가 있다.

셋째로, ‘憲法裁判의 꽃’이라 할 수 있는 憲法訴願의 審判對象을 擴大하여 國民의 基本權이 實質적으로 保障되고 現代版 ‘申聞鼓’로서의 役割을 다할 수 있도록 制度補強이 要請된다.

넷째로, 審判事件處理가 신속히 이루어져서 權利救濟의 實效성이 確保되어야 한다.

다섯째로, 最高憲法機關으로서의 憲法裁判所의 位相을 스스로 定立해 나아가야 한다. 이는 法的·制度的 裝置보다는 좋은 判別의 蓄積을 통하여 憲法裁判所가 國民의 信賴를 받을 수 있도록 努力하여야 한다.

한편, 憲法裁判所の 機能強化와 憲法裁判의 活性化를 위한 制度改善方案을 보면 憲法裁判官 全員の 常任化, 憲法裁判소에 法律案提出權과 豫算要求權 附與, 法院의 違憲提請申請 棄却要件을 엄격히 制限하여 違憲法律審判을 活性化, 法院의 裁判 대해서도 憲法訴願을 認定, 行政訴訟에서의 執行停止나 民事訴訟에서의 假處分制度를 違憲裁判에 導入하여 公權力行使로 國民의 基本權이 侵害되고 緊急을 요하는 때에는 緊急救濟를 받을 수 있도록 하는 方案 등이 提示되고 있다.

IV. 法律의 違憲與否審判提請의 意味

憲法 第107條 第1項은 “法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判에 前提가 된 경우에 法院은 憲法裁判소에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다.”라고 規定하고 있고 憲法裁判所法 第41條 第1項은 “法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 當該事件을 擔夫하는 法院(軍事法院을 포함한다. 이하 같다)은 職權 또는 當事者의 申請에 의한 決定으로 憲法裁判소에 違憲與否의 裁判을 提請한다.”라고 規定하여 違憲法律審判에 있어서 法院의 提請은 必要的 規定節次이며 이 경우 法院은 單獨判事를 포함하며 다만 形式的으로 大法院을 거치도록 하고 있다(憲法裁判所法 第41條 第5項). 이것은 過法 第4·5共和國의 違憲法律審判制度와는 實質的으로 큰 差異가 있다. 즉 舊 憲法 第108條 第1項은 “法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에 法院은 法律이 憲法에 違反되는 것으로 認定할 때에는 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 裁判한다”라고 規定하고 있고 廢止된 法律인 憲法委員會法 第12條 第1項은 “法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 當該事件의 擔當判事 또는 訴

訟當事者의 申請에 의하여 當該 事件이 係屬中인 各級法院의 合議部의 決定을 거쳐 當該 法院이 違憲與否를 提請한다. 軍法會議에서 提請한 때에도 또한 같다”라고 規定하여 法院이 一次的으로 當該 法律이 憲法에 違反되는 것으로 認定하여야 비로소 提請을 하고 그것도 合議部의 決定으로만이 可能토록 하고 있으며, 한걸음 더 나아가 同法 第15條 第1項은 “下級法院(軍法會議를 포함한다. 이하 같다)에서 第14條의 提請書를 送付할 때에는 大法院을 經由하여야 한다”고 規定하고, 同條 第3項은 “大法院은 下級法院의 違憲與否提請에 대하여 大法院 判事 全員의 3分の 2 以上으로 構成되는 合議體에서 當該 法律의 違憲與否를 決定하고 憲法에 違反되는 것으로 認定될 때에는 그 提請書를 憲法委員會에 送付하여야 한다. 大法院에서 提請하는 경우에도 같다”라고 規定하여 비록 下級法院의 合議部가 違憲이라고 認定하여 違憲與否 提請을 하였다 하더라도 大法院 全員 合議體에서 이를 다시 實質審査하여 違憲이라고 認定하지 않는 한 憲法委員會에 違憲與否提請을 할 수 없도록 法的으로 二重·三重의 장벽을 쌓아놓고 있었다.

따라서 이 時代에 모두 11件의 違憲法律審判提請이 大法院에 回附되었으나 大法院은 自身을 포함해 1件도 違憲審判提請을 하지 않아 憲法委員會는 1973年 2月 16日 憲法委員會法이 發效되어 1988年 9月 1日 새로운 憲法裁判所法이 施行됨에 따라 廢止될 때까지 무려 16年 동안이나 1件의 實積도 없이 休眠狀態에서 終止符를 찍고 말았다.

이러한 歷史的 背景을 모르는 一般의 普通 사람들은 過去의 憲法委員會가 無能力·無氣力해서 기나긴 冬眠을 즐기면서(?)憲法裁判制度를 有名無實하게 한 責任이 있는 것처럼 여길지 모르지만 眞相은 그렇지 않은 眞다고 말하여지고 있다.

이제 새로운 憲法과 憲法裁判所法은 違憲法律審判의 實效性を 確保하기 위하여 위에서 言及한 바와 같이 過去와는 實質적으로 다르게 違憲이라고 認定하는 정도의 實質審査를 거칠 필요가 없이 單獨判事도 違憲與否提請을 決定할 수 있으며 大法院도 이를 拒否할 수 없도록 規定하고 있다. 따라서 各級法院은 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되기만 하면 조금만 疑心이 있어도 違憲性 與否를 따질 必要없이 憲法裁判所에 違憲與否 審判提請을 하여야 하는 것이다. 또한 이것이 學界의 通說이고 대부분의 違憲提請 事例이다. 특히 制限的이기는 하지만 요즈음 法曹一部에서는 違憲法律審判提請에 앞서서 法院은 法律의 合憲·違憲性 與否를 一次的으로 判斷하여야 한다고 主張하는 見解를 내세워 訴訟當事者의 違憲與否提請申請을 棄却하는 事例가 있어 言論機關에서 어느 것이 옳은 것인지 당혹해 하고 있는데 그 代表的인 事例가 요즈음 關心의 焦點이 되고 있는 敎員勞組問題와 關係하여 私立學校 敎員에 대한 勞動運動을 禁止하고 있는 私立學校法 第55條등에 대한 違憲與否審判이다.

현재 憲法裁判所에는 私立學校法 第55條등에 대한 法院의 違憲與否審判提請이 100件이 接受되어 審理中에 있는데 某 地方法院 合議部에서는 同種 事件에 대하여 當事者의 違憲與否提請申請을 棄却決定하였다(서울民事地法 90.4.3, 89카5890). 當該 裁判部는 決定 理由에서 ‘價値體系로서의 憲法과 基本權의 意味’ ‘憲法上 勞動 3權의 意味와 法的 性質’ ‘憲法上 公教育 體制下에서 私立學校 敎員의 地位’ ‘私立學校敎員과 勞動3權’등에 관하여 30面이 넘는 長文의 法理를 說示한 뒤 다음과 같이 結論을 맺고 있다.

- 위에서 본 바에 의하면 사립학교 교원의 노동기본권 제한이

합헌인가의 여부에 관한 판단은 우리의 헌법 현실에 비추어 복잡하고 어려운 문제라고 하지 않을 수 없다.-

- 결국 사립학교법의 해당 조문은 국회가 적법한 절차를 거쳐 제정하고 정부가 공포시행한 법률로서 헌법상 대의제의 원리와 권력분립의 원칙 및 그에 대한 국회의 국민대표기관으로서의 지위 및 권한에 비추어 합헌성이 추정되며, 이상에서 살펴본 여러 사유를 종합하여 볼 때 위 합헌성 추정을 반복하여 위 사립학교법의 해당 조문이 위헌이라고 볼 수는 없다. 그러나 그렇다고 해서 위 법조문에 표현된 국회의 결정이 최선의 결정임을 의미하는 것은 아니다.-
- 그러나 국회가 새로운 결정을 내릴 때까지 현행법은 지켜야한다.-

위의 決定理由를 보면 過法の 第4・5共和國 당시의 憲法과 憲法委員會法을 聯想하게 되며 이에 대한 論評은 지금까지 法院의 違憲與否提請에 대하여 疑問을 가져온 言論 記者 諸位에 맡기고자 한다.

이와 같은 混亂이 惹起되는 데에는 憲法裁判所法上の 잘못된 規定에도 原因이 있다. 즉 憲法裁判所法 第43條 第3・4號는 提請書 記載事項에 違憲을 解釋되는 法律條項과 違憲이라고 解釋되는 理由를 記載하도록 規定하고 있는데 이는 廢止된 憲法委員會法 第14條 第3・4號를 그대로 옮겨 놓은 것으로써 立法上の 失手라고 생각된다.

憲法委員會 時代에는 法院이 違憲이라고 認定하여야 提請하게 되므로 違憲이라고 解釋되는 理由가 必要하였으나 現行 憲法과 憲法裁判所法 아래에서는 違憲이라고 認定하는 實質的 審査없이 裁判의 前提性만 있다고 判斷되면, 누가 보아도 疑問의 余地없이

合憲의 確信이 있는 경우이거나 申請人이 오로지 裁判의 遲延만을 目的으로 違憲提請申請을 하는 것이 明白한 경우가 아니면 반드시 憲法裁判所에 違憲與否審判을 提請하여야 한다.

憲法裁判所法 第43條(提請書 記載事項)는 節次規定이며 이를 必지로 憲法 第107條 第1項과 憲法裁判所法 第41條 第1項의 實體規定까지 抵觸·運用되어서는 絶대로 안 된다.

한편 憲法裁判所法 第68條 第2項에서 同法 第41條 第1項에 의한 法律의 違憲與否審判의 提請申請이 棄却된 때에는 申請 當事者가 直接 憲法裁判所에 憲法訴願 形式으로 違憲審判을 請求할 수 있다고 規定한 것을 根據로 法院의 棄却決定에는 實質的인 本案審查를 豫想한 것이라는 一部 主張이 있을 수 있으나, 이것도 立法의 錯誤로 생각되며 違憲法律審判制度를 實質的·體系的으로 綜合檢討하면 이것은 却下로서의 性格을 갖는다고 解釋함이 妥當하다.

이와 같은 現實을 감안하여 大韓辯護士協會는 國會에 立法建議한 憲法裁判所法 中 改正法律案에서 第41條 第2項을 新設하여 法院이 當事者의 違憲提請申請을 却下할 수 있는 規定을 마련하고 그 事由로는 法律의 違憲與否가 裁判의 前提가 되지 않음이 明白할 때, 法律에 대하여 이미 憲法裁判所에서 合憲이라는 審判이 있었을 때, 申請人이 오로지 裁判의 遲延만을 目的으로 違憲提請申請을 하는 것이 明白한 때 등으로 限定하고, 同法 第68條 第2項의 棄却은 却下로 用語를 變更하며, 同法 第43條 第3·4號는 違憲이라고 解釋되는 法律과 違憲이라고 解釋되는 理由는 審判을 提請하는 法律과 提請의 理由로 各各 改正하도록 하였다.

V. 限定合憲決定

限定合憲이란 憲法裁判에서 있어서 決定主文의 한가지 形態로서 본래는 合憲的解釋 또는 合憲限定解釋이라고도 하는데 이는 法律의 規定을 廣義로 解釋한다면 違憲의 疑心이 있는 경우에 이를 좁게 限定하여 解釋하는 것이 當該 規定의 合理的 解釋으로 되고 그로 인해 合憲이라고 할 수 있을 때에는 狹義로 限定解釋을 全面에 나타내는 대신 法律規定 自體는 合憲으로 하는 判斷方法이며 또한 解釋 여하에 따라서는 違憲이 될 수 있는 部分을 包含하고 있는 廣範한 規定의 意味를 限定하여 違憲이 될 可能性을 除去하는 解釋技術(過度의 廣範性 理論 : Overbreadth Doctrine)이기 때문에 이른바 司法의 自己制限의 技術—司法消極主義的 方法—의 하나라고 할 수 있다. 이와 같은 解釋方法은 立法者의 立法形成의 自由를 尊重하는 것이며 새로운 立法을 요하지 않는 利點이 있으나, 合憲的 解釋에 있어서는 語句나 意味上으로 보아 明白한 規定을 이에 의하여 反對意味를 갖게 해서 안 되는 制約이 있다.

앞에서 이미 言及한 바와 같이 憲法裁判所는 國家保安法 第7條와 相續稅法 第32條의 2에 대하여 限定合憲(合憲解釋) 決定을 내렸는데 아래의 國家保安法에 대한 違憲法律審判事件의 決定(憲裁 90.6.25, 90헌가11) 理由에서 限定合憲의 必要性을 發見할 수 있다.

- 이와 같이 합헌해석은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서 형성을 위하여서 필요할 뿐만 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기 보다는 그 효력을 되도록 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이어서 헌법재판의 당연한 요청이기도 하다... 만일 법률에 일부 위헌요소가 있

을 때에 합헌적 해석으로 문제를 수습하는 길이 없다면 일부 위헌 요소 때문에 전면 위헌을 선언하는 길 밖에 없을 것이며, 그렇게 되면 합헌성이 있는 부분마저 폐기되는 충격일 것이므로 이는 헌법재판의 한계를 벗어날뿐더러 법적 안정성의 견지에서 도저히 감내할 수 없는 것이 될 것이다. -

한편 合憲解釋의 實效性에 대하여는 아래와 같이 說示하고 있다.

- 이와 같은 심판이 그 한도 내에서 헌법재판소법 제47조 제1항에 따라 당해 사건인 이 사건을 떠나 널리 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하느냐의 여부는 별론으로 하고 제청법원은 적어도 이 사건 제청 당사자로서 위 심판의 기판력을 받을 것은 물론 더 나아가 살필 때 헌법 제107조 제1항의 규정상 제청법원이 본안재판을 함에 있어서 헌법재판소의 심판에 의거하게 되어 있는 이상 위 헌법규정에 의하여도 직접 제청법원은 이에 의하여 재판하지 않으면 안될 구속을 받는다고 할 것이므로 이 점에서 단순 합헌 아닌 합헌해석 내지 합헌적 제한해석의 이익 내지 필요가 충분하다고 할 것이다. -

相續稅法에 대한 憲法訴願審判事件의 決定(憲裁 89.7.21, 89헌마38)은 보통의 限定合憲과는 달리 事實上의 一部 違憲으로 評價되고 있는데 그 決定理由에서 多數 意見에 대한 補充意見이 이를 잘 나타내고 있다.

- 합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석 가능성과 그에 따

른 법적용을 소극적으로 배제하고, 적용범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석 가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐 이 사건에 관한 한 다같이 본질적으로는 일종의 부분적인 위헌선언이며 그 효과를 달리하는 것은 아니다...이 사건 판단에는 한정축소적 합헌해석 방법을 통하여 머리 주문과 같이 표현을 할 수도 있고(*“상속세법 제32조의 2 제1항은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다”), 한정적 위헌선언 방법을 통하여 “상속세법 제32조의 2 제1항은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에도 적용하는 한, 헌법에 위반된다”라고 하여 일정한 사안례군을 법률의 적용범위로부터 제외시킬 수도 있다.-

그러나 限定合憲解釋은 그 限定解釋의 內容에 反對하는 立場(合憲主張側)으로부터는 法解釋의 테두리를 넘는 一種의 立法이라는 批判을 받으며, 그 限定解釋의 內容에 贊成하는 立場(違憲主張側)으로부터는 오히려 法律 그 自體를 違憲이라고 했어야 할 것은 아니었는가 라는 批判이 항상 따르게 마련이다. 따라서 具體적으로 限定合憲解釋을 함에 있어서는 憲法解釋의 內容, 法律의 文言이나 構造, 法律을 違憲·無效化 함으로써 規制를 전혀 없애 버릴 것인가의 可否등을 綜合적으로 判斷하여야 한다고 말하여지고 있다.

VI. 法令에 대한 憲法訴願審判

憲法裁判所法 第68條 第1項의 憲法訴願審判의 對象이 되는 公權力의 行使에는 立法·司法·行政이 모두 포함되므로 立法權의 行使 즉 法律로 인하여 直接的으로 國民의 基本權을 侵害받은 者는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 즉 法律이 別도의 具體的 執行行爲를 기다리지 않고 直接的으로(直接性)그리고 現在的으로 憲法上 保障된 基本權을 侵害(現在性)하는 경우에 基本權을 侵害당한 當事者(自己關係性)는 憲法訴願審判을 請求할 수 있다는 것이다. 同法 第68條 第1項 但書 規定에 의하면 憲法訴願審判은 다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 거친 후가 아니면 請求할 수 없는데(補充性) 위와같이 法律自體에 의한 直接的인 基本權 侵害與否가 問題될 때에는 그 法律自體의 效力을 직접 다투는 것을 訴訟物로 하여 一般法院에 訴訟을 提起하는 길이 없어 別도의 救濟節次가 있는 경우가 아니므로 다른 救濟節次를 거칠 것 없이 바로 憲法訴願을 提起할 수 있다(補充性的 例外). 憲法裁判所는 이미 여러개의 審判事件을 통하여 法律에 대한 憲法訴願을 判例로서 確立하였다(憲裁 89.3.17,88헌마1 司法書士法, 憲裁 89.12.18, 89헌마32 國家保衛立法會議法, 憲裁 90.6.25, 89헌마220 地方公務員法, 憲裁 90.10.8, 89헌마 89 教育公務員法).

최근 憲法裁判所는 法務士法 施行規則(大法院 規則)에 대한 憲法訴願審判事件에서 法務士法 施行規則 第3條 第1項(法務士 試驗實施에 관한 規定)에 대하여 同 規定이 平等權과 職業選擇의 自由를 侵害하였다는 이유로 違憲決定을 내린 바 있다(憲裁 90.10.15, 89헌마 178). 이 事件에 대하여 大法院은 意見書를 통하여 憲法 第107條 第2項이 “命令·規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은

이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다”라고 規定하고 있고 이에 따라 命令·規則의 違憲與否는 大法院에 最終的인 審査權이 있으므로 法務士法 施行規則의 違憲性 與否를 묻는 憲法訴願은 위 憲法規定에 反하여 不適法하다고 主張하는 한편, 만일 請求人의 權利가 侵害 당했다면 먼저 行政審判法과 行政訴訟法에 따라 行政爭訟救濟節次를 밟아야지 그러한 節次를 거치지 아니하고 막바로 憲法訴願을 請求할 것이 아니라고 主張하였다.

이에 대하여 憲法裁判所는 憲法 第107條 第2項이 規定한 命令·規則에 대한 大法院의 最終審査權이란 具體的인 訴訟事件에서 命令·規則의 違憲與否가 裁判의 前提가 되었을 경우 法律의 경우와는 달리 憲法裁判所에 提請할 것 없이 大法院이 最終的으로 審査할 수 있다는 意味이며, 憲法 第111條 第1項 第1號에서 法律의 違憲與否審査權을 憲法裁判所에 부여한 이상 統一的인 憲法解釋과 規範統制를 위하여 公權力에 의한 基本權 侵害를 理由로 하는 憲法訴願審判請求事件에 있어서 法律의 下位法規인 命令·規則의 違憲與否審査權이 憲法裁判所의 管轄에 속함은 당연한 것으로서 憲法 第107條 第2項의 規定이 이를 排除한 것이라고 볼 수 없고, 또한 憲法裁判所法 第68條 第1項이 規定하고 있는 憲法訴願審判의 對象으로서의 公權力이란 立法·司法·行政 등 모든 公權力을 말하는 것이므로 立法府에서 制定한 法律, 行政府에서 制定한 施行令이나 施行規則 및 司法府에서 制定한 規則 등은 그것들이 별도의 執行行爲를 기다리지 않고 직접 基本權을 侵害하는 것일 때에는 모두 憲法訴願審判의 對象이 될 수 있다고 判示하고, 大法院이 主張하는 行政審判이나 行政訴訟에 대하여서는, 가사 그러한 救濟節次가 認定된다 하더라도 그러한 것은 迂迴的인 節次여서 迅速한 權利救濟를 받기란 期待하기 어려운 것이므로 이는 憲法裁判所法 第68條 第1項 後段 所定の

救濟節次에 해당되지 아니하고, 法令自體에 의한 직접적인 基本權 侵害가 問題되었을 경우 그 法令의 效力을 직접 다투는 것을 訴訟物로 하여 一般 法院에 救濟를 구할 수 있는 節次는 存在하지 아니하므로(一般法院에 命令·規則을 直接 對象으로 하여 行政訴訟을 提起한 경우에 이것이 許容되어 救濟된 例를 發見할 수 없다) 이 경우에는 다른 救濟節次를 거칠 것 없이 憲法訴願 審判請求를 할 수 있다고 判斷하였다.

이 事件의 決定이 宣告된 후 日刊紙를 비롯하여 모든 言論이 대대적으로 報道하는 한편, 憲法裁判所와 大法院이 마치 權限爭議 位相 다툼을 하는 것처럼 煽動的인 記事가 法曹面을 장식하였으며 學界에서도 兩側의 主張에 贊·反兩論으로 엇갈리는 傾向이 있다고 新聞은 보도하고 있다. 이러한 時期에 유력 法律專門紙의 提言欄에 “法務士法 施行規則의 違憲決定에 대한 所感”이라는 서울高法 Y 모 判事의 전면투고가 掲載(90.11.1)되어 波紋을 일으키고 있다. 그 글에서 筆者는 憲法裁判官을 侮辱하고 憲法裁判所의 位相을 毀損시켰으며 나아가 論題와는 전혀 관계없는 檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願審判에 대한 是非까지 벌여 讀者들을 당혹하게 하고 있다. 法官은 判決로만 말한다고 한다. 적어도 良識있는 法官이라면 다른 사람의 判決에 비록 不滿이 있어도 직접적인 反駁은 삼가는 것이 禮儀이고 必要하다면 判例評釋을 통하여 堂堂하게 나서는 것이 紳士답다.

憲法이란 무엇인가?

冒頭에서 指摘하였듯이 基本權保障에 관한 根本規範이다. 國家權力도 三權分立도 모두가 國民의 基本權을 제대로 保障하고 確實하게 擔保하기 위한 制度的 裝置이다. 立法·司法·行政權은 그 자체를 위하여 있는 것이 아니고 國民의 基本權을 保障하고 國民의 幸福한 삶을 위하여 存在하는 것이다. 憲法裁判所는 憲法

守護와 國民의 基本權을 保障하는 마지막 堡壘로서 創設되었으며 이것이 憲法の 뜻(意味)이다. 그렇다면 이 問題도 國民의 基本權 保障이라는 至高의 價値에 能動的으로 接近하는 姿勢에서 매듭지어야 할 것이다.

최근에 某 日刊紙는 本件 關聯 解說記事 末尾에 다음과 같이 끝을 맺고 있다.

- 法曹界에서는 이번 論爭이 感情을 排除한 法律論爭으로 이어져 두 機關의 位相定立과 國民의 基本權保障에 寄與하는 方向으로 매듭지어져야 한다고 입을 모으고 있다. -

過去 第4·5共和國의 憲法委員會 16年 동안 法院의 法律의 違憲與否審判提請이 1件도 없어 憲法裁判의 不在時代를 招來하였고, 지금까지 命令·規則에 의하여 國民의 基本權이 直接 侵害되었을 때 法院이 이의 直接救濟를 위하여 裁判한 實積이 1件도 없었다는 事實은 어떻게 理解되어야 하는가? 이를 豫見이나 한 듯이 大韓辯協은 앞에서 말한 바와 같이 國會에 立法 建議한 憲法裁判所法 中 改正 法律案(詳細內容 『人權과 正義』 90.6月號 參照)에서 違憲法律審判에 있어서 法院이 當事者의 違憲提請申請을 棄却할 수 있는 要件을 嚴格히 制限하여 違憲提請申請이 있으면 法院은 特別한 事情(訴訟遲延目的 등)이 없는 한 憲法裁判所에 違憲提請을 하도록 하였으며 (法院의 棄却決定을 却下로 바꾼 것은 이미 앞에서 說明한 바 있다)모든 公權力 作用을 憲法訴願의 對象으로 하여 法令에 대한 憲法訴願을 法條文에 明示하는 등 그간 論難에 있어온 事項들에 대하여 立法論的 解決을 試圖하고 있다.

- 憲法裁判所法 改正案 中 第68條(請求事由)

- ① 다음 各號의 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害 받은 者는 憲法裁判所에 憲法訴願 審判을 請求할 수 있다.
1. 法律,條約,法規命令, 條例 또는 規則의 制定 등 立法作用. 다만, 이 경우에는 基本權이 侵害될 顯著한 危險이 있는 者를 포함한다.
 2. 行政廳의 處分·不作爲 등 行政作用
 3. 法院의 判決,決定,命令 기타 司法作用
- ② 第1項의 憲法訴願審判은 다른 法律에 의한 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 後가 아니면 請求할 수 없다.

VII. 憲法裁判 處理期間

憲法裁判所法 第38條에 의하면 憲法裁判所는 審判 事件을 接受한 날로부터 180日 以內에 終局決定의 宣告를 하도록 規定하고 있다. 이 規定이 強制規定이나 任意 또는 訓示規定이나에 대하여 言論報道를 통하여 論難이 있으나 訓示規定으로 理解함이 온당한 것으로 본다. 앞에서 說明한 바와 같이 憲法裁判所 開設 2年만에 590件을 處理하였는데 이 中 取下 또는 民願處理된 226件을 除外하더라도 364件이 裁判部에서 審査 處理되었으며 이는 法定 處理其間인 6個月에 平均 91件을 處理한 셈이 된다. 물론 이 中에는 指定裁判部の 事前심사에서 30日 以內에 却下 處理된 236件的 憲法訴願審判이 包含되어 있다. 指定裁判部 活動을 考慮하지 않고 全員裁判部에서 處理된 128件 만을 놓고 보아도 6個月에 平均 32件, 한달에 5件 以上씩을 處理한 實積인데 이는 그

간 憲法裁判所가 얼마나 바쁘게 活動하였는가를 統計的으로 代辯하고 있다.

참고로 西獨聯邦憲法裁判所의 裁判 處理期間을 보면, 違憲法律 審判의 경우 平均 2年 半이며, 憲法訴願審判의 경우 60%가 1~2 年에, 30%가 3~5年에 處理되며 6年 以上 걸려서 處理되는 것이 10%나 된다. 또한 指定裁判部의 豫備審査는 우리의 2倍인 2個月 이 所要되고 있는 實情이다. 그러나 어떻든 國民의 基本權 保障의 側面에서 볼 때 法規定이 어찌되었던 간에 보다 迅速히 處理 되어야 하는 것이 마땅하다.

VIII. 맺는말

民主化를 향한 國民의 뜨거운 熱情과 期待속에서 우리 나라 憲政史上 처음으로 빛을 보게 된 憲法裁判所가 어떻게 運營될 것인가, 國民主權과 法治國家의 現實에 어느 정도 寄與할 것인가. 또한 憲法을 守護하고 國民의 基本權을 實質的으로 保障하는 憲法保障機關으로서의 役割을 제대로 해낼 것인가. 이러한 疑懼心과 期待感 속에서 憲法裁判所가 誕生하였다.

그러나 現行 憲法 改正 當時와 憲法裁判所法 制定 當時 만해도 憲法裁判所가 지금처럼 이렇게 旺盛하게 活動할 줄은 아무도 豫想하지 못했다. 이는 國民 스스로가 基本權에 대한 認識을 새롭게 하고 또한 言論(機關)이 이를 뒷받침하여 주었기 때문이다.

한 나라의 憲法이 效果的으로 그리고 確固하게 지켜지기 위해서는 窮極的으로 모든 國民 “憲法에의 意志”를 가져야만 可能하다고 한다. 憲法裁判所의 最終決定도 결국 立法·司法·行政 등 다른 憲法機關의 能動的이고 積極的인 協調가 없이는 效果的으로 執行될 수 없는 憲法裁判의 本質的 特性을 考慮할 때, 다른

憲法機關으로 하여금 憲法裁判所의 決定에 스스로 協力하지 않을 수 없도록 監視하고 改善을 促求하는 國民의 憲法守護機能. 즉 國民이 가지는 “憲法에의 意志”야말로 憲法守護의 最後 堡壘라고 생각되며 이러한 國民의 意志를 收斂하고 先導하는 言論의 機能은 아무리 그 重要性을 強調해도 지나치지 않을 것이다.

이제 이 글을 끝내면서 李時潤 憲法裁判所 常任裁判官이 쓰신 『憲法이 지켜지는 社會』라는 題目的 卷頭時論(考試 行政, 90.6 月號)의 마지막 部分을 감히 引用하여 맺음말에 갈음하고자 한다.

- 이와같은 時代 推移에 비추어 이제 憲法은 裁判機關에 의하여 그 遵守가 擔保되는 法規範體系이지, 결코 하나의 프로그램적 修辭의 表現이 集合體이거나 組織規範 정도에 그칠 수 없는 것 이며, 지키기보다는 機會 있을 때마다 特別한 事情도 없이 뜯어 고치기에 바쁜 『헌』法이 되던 時代는 지나간 것이다.

憲法은 文字 그대로 國家의 最高規範으로 자리 잡아야 하며, 立法·司法·行政 등 3權力의 作用과 政策에 그 理想과 價値가 그대로 反映되어 憲法이 지켜지는 國家社會를 建設하는 것이 時代의 分명한 要請이다. 그것이 民主化요 國家綜合體制의 前近代性의 脫皮라고 생각한다.

이제 우리는 憲政史上 처음으로 憲法이 제 機能을 하는 社會를 開幕하여야 할 當爲性에 直面해 있다면, 憲法裁判所의 重要性을 더 強調할 必要가 없을 것이다. -

<參考文獻 및 資料>

1. 金哲洙 『新稿 憲法學概論』(博英社, 1989年)
2. 金尙圭 『新行政爭訟法』(法文社, 1988年)
3. 中谷 實 編著『憲法訴訟의 基本問題』(法曹同人, 1989年)
4. 憲法委員會 憲法裁判資料 第9輯(1984年)
『西獨』聯邦憲法裁判所 -그 制度와 機能-
5. 李時潤 “韓國의 憲法裁判制度와 實際”(司法行政, '90年 3·4
·5月號)
6. 崔光律 “憲法裁判所法 概觀”(司法行政, '88.10月號)
7. 崔大權 “法律에 대한 憲法訴願의 몇가지 問題點”(考試界,
'90.6月號)
8. 金周元 “違憲審判提請要件”(辯護士, 서울地方辯護士會, '90.
1月號)
9. 大韓辯護士協會 “憲法裁判所中 改正法律案”(人權과 正義,
'90 .6月號)
10. 憲法裁判所判例集('90.11月)
11. 梁建 “헌법재판소 2년 그 성과와 한계”(한국논단, '90.11月
號)
12. 拙稿 “憲法裁判所의 機能과 役割”(89.3.31)
13. 憲法裁判所 審判事務局 -憲法裁判所 審判請求現況-('90.10
.15現在)

憲法訴願의 對象에 關한 小考

金 顯 哲

審判3課長

- 目 次 -

一. 序說

- I. 憲法訴願의 意義와 種類
- II. 憲法訴願의 本質과 機能
 - (1) 憲法訴願의 本質
 - (2) 憲法訴願의 機能(目的)
- III. 憲法訴願의 對象이 가지는 意味
- IV. 本考의 論述方向

二. 節次의 흐름에서 본 憲法訴願의 對象

- I. 序
 - (1) 憲法訴願審判節次 흐름도
 - (2) 事件處理 現況
- II. 請求人의 立場
- III. 事件接受段階-接受擔當者의 立場
 - (1) 民願事件(一般民願과 事件民願)
 - (2) 民願事件과 純粹한 憲法訴願事件의 區分
 - a. 形式說 b. 內容說 c. 折衷說. d. 結論 및 現況
- IV. 指定裁判部의 事前審査段階
- V. 全員裁判部의 終局決定段階

三. 憲法訴願을 통하여 무엇을 保存할 것인가(憲法訴願의 保護對象)

I. 基本權

- (1) 平等權, 刑事被害者의 裁判節次에서의 陳述權
- (2) 表現의 自由에서 派生된 國家에 대한 情報接近法(알권리)
- (3) 平等權, 幸福追求權

II. 基本原理

四. 公權力の 意味에서 본 憲法訴願의 對象(憲法訴願의 爭訟對象)

I. 序

- (1) 公權力の 概念
- (2) 公權力作用의 形態

II. 行政作用에 대한 憲法訴願

- (1) 行政訴訟의 對象이 되는 行政行爲에 의한 基本權侵害의 경우
 - a. 否定說 b. 肯定說 c. 問題點 d. 結論
 - e. 憲法裁判所의 立場
- (2) 行政爭訟의 對象이 되지 않는 行政作用에 의한 基本權侵害의 경우
 - a. 統治行爲 b. 權力의 事實行爲 c. 行政計劃
 - d. 檢事의 處分 e. 行政業務指針·示達·通牒 또는 指示
 - f. 行政立法 g. 行政權의 不行使

III. 立法作用에 대한 憲法訴願

(1) 法律

- a. 否定說 b. 肯定說 c. 結論—憲法裁判所의 判例

- (2) 憲法規定 (3) 國會的 議決
- (4) 法律案이 아닌 決議
- (5) 國會가 同意한 條約이나 審議·確定한 豫算
- (6) 立法不作爲

IV. 司法作用에 對한 憲法訴願

- (1) 裁判訴願禁止의 원칙
 - a. 司法作用 一切排除說
 - b. 司法節次的 基本權侵害 包含說
 - c. 結論
- (2) 憲法裁判所의 立場

五. 比較法的 考察

- I. 憲法規定 II. 法律 III. 命令 IV. 立法의 不作爲
- V. 行政行爲 VI. 法院의 裁判

六. 結論

- I. 序
- II. 接受事務處理의 合理化—訟務審議官制度
- III. 補充性的 例外의 立法
- IV. 法律訴願의 立法
- V. 裁判에 對한 憲法訴願의 問題
- VI. 結—憲法裁判의 時代

一. 序說

I. 憲法訴願의 意義와 種類

憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)이란, 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 침해받은 者가 이의 救濟를 받기 위해 헌법재판소에 심판청구를 하여 기본권 침해의 원인이 된 公權力의 行使를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 확인받는 제도이다(憲法裁判所法¹⁾§68①, §75 ③ 참조).

憲法裁判所의 다른 審判事項이 國會·政府·法院 또는 地方自治團體등이 主體가 됨에 비하여 憲法訴願은 國民이 직접 審判請求의 主體가 되고 기본권 침해에 대한 직접적인 구제를 목적으로 하므로 우리 헌법이 마련한 基本權保障의 제도적 장치 중 핵심적인 것¹⁾이라 할 수 있다.

우리나라 憲法裁判所法은 위와 같은 一般的 의미의 헌법소원 (§68 ①) 외에도 法律의 위헌여부심판의 제청신청이 法院에서 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법소원의 형태로 그 심판을 청구할 수 있도록 하였다(§68 ②).

흔히 前者를 權利救濟型 憲法訴願²⁾이라고 하는데 대하여 後者は 違憲審判型 憲法訴願이라고 불리운다³⁾

그러나 後者에 대하여는 “헌법소원의 형태만 취했을 뿐 그 실

1) 이하에서 단순히 「法」이라 한 것은 헌법재판소법을 가리킨다.

1) 「헌법재판소」 1989.9 헌법재판소 사무처 발행 P.36

2) 그러나 後述하는 바와 같이 法§68 ① 헌법소원의 경우 권리구제에만 그 目的이나 機能이 있는 것이 아니므로 이와 같은 명칭이 합당한지는 의문이다.

3) 「헌법재판소」 (FN 2) P.36

崔光律, 憲法裁判所法 解說, 1988.2. 公法學會세미나자료 P.37

질은 위헌법률심사”라는 견해가 있고,⁴⁾ 그 구체적 심판절차나 決定主文의 形式등 법 제68조 1항의 헌법소원과는 다른 면이 많을 뿐만 아니라, 헌법소원의 對象이라는 문제를 함께 論하기에는 부적당한 측면이 있으므로 本考에서는 제68조 1항의 헌법소원만을 다루기로 한다.

II. 憲法訴願의 本質과 機能

(1) 憲法訴願의 本質

近代 憲法史는 “基本權保障의 擴大歷史”라고 할 수 있다.⁵⁾ 그리하여 헌법은 국민의 기본권이 名目化되지 않도록 많은 노력을 경주하여 왔다. 특히 國家權力の 濫用防止와, 國家權力을 국민의 基本權에 기속 시키려는 많은 시도가 그것이다. 그리고 이와 같은 기본권 보장기능의 상당부분을 司法府가 맡아 왔다. 그럼에도 불구하고 국민의 自由와 權利의 보장에 死角地帶가 등장하게 되었으니 ‘高度의 政治的 성격의 統一行爲의 規制問題, 국가구조변화에 따른 個別的·具體的 성질을 지닌 소위 處分的法律의 등장’이 그것이다. 뿐만 아니라 종래 기본권 보장기관으로만 알던 ‘司法府에 의한 基本權侵害’ 현상이 등장하게 된 것이다.

헌법소원은 위와 같이 국민의 自由와 權利 保護의 死角地帶(統治行爲, 直接的效力을 가진 法律)를 메우고, 司法府에 의한 기본권침해를 구제하기 위하여 인정된, 국가에 대한 最後의 救濟手段이라는데 그 本質이 있다.⁶⁾

이와 같은 헌법소원의 본질에 대한 이해는 本考의 주제인 헌

4) 金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 1989.12. 서울대학교 대학원 박사학위 논문 P.197

5) 金學成, 전계논문 P.26

6) 金學成, 전계논문 P.30

법소원의 對象이 무엇인가를 인식하는데 중요한 ‘가능자’일 뿐 아니라 헌법소원제도 전반을 이해하는데 매우 중요한 역할을 한다고 아니할 수 없다.

(2) 憲法訴願의 機能(目的)

헌법소원은 어떤 기능을 하는가, 즉 헌법소원의 목적은 무엇인가. 이에 主觀的 權利保障說, 客觀的 憲法秩序保障說이 있는바 대체로 양자의 성질을 모두 겸유하고 있고 보는 데는 큰 異論이 없다(헌법소원의 二重의性格 : Doppelfunktion).⁷⁾

즉 헌법소원의 目的은 國民의 基本權保護에 있는 것이며 이를 통하여 헌법을 보호하는 데 있다.⁸⁾

III. 憲法訴願의 對象이 가지는 意味

헌법소원의 對象이라고 할 때는 크게 헌법소원을 통하여 무엇을 보호할 것인가(保護對象)의 문제와, 무엇을 대상으로 다룰 것인가(爭訟對象)의 문제로 구분할 수 있다.⁹⁾ 後者는 다시 말하여 헌법소원의 대상이 되는 ‘公權力의 行使 또는 不行使’는 구체적으로 어떤 것인가의 문제이다. 本考에서는 前者는 간단히 살펴본 후에 주로 後者를 中心으로 고찰해 보고자 한다.

한편, 헌법소원심판을 관장하는 헌법재판소의 입장에서는 헌법 재판소에 제출되는 수많은 서류 중 어떤 것을 헌법소원 사건으로 접수할 것인가의 문제에서부터 시작하여, 과연 適法한 形式的

7) 金學成, 전계논문 P.35, 金哲洙 헌법소원제도, 考試界 1979. 6. P.59, 安容敦, 헌법소원제도, 월간고시 1988.3. P.4

8) 金學成, 전계논문 P.3

9) 金學成, 전계논문 P.204

요건을 갖춘 訴願인가를 심사하는 指定裁判部の 事前審査 단계를 거쳐, 全員裁判部の 本案審査를 통한 認容 또는 棄却(때로는 却下)의 終局決定에 이르기까지 끊임없이 부딪히는 문제가 바로 헌법소원의 對象에 관한 문제이기도 하다.

즉, 헌법소원의 대상의 대상에 관한 문제란 결국 헌법소원 전반에 관한 문제라 해도 과언이 아닌 것이다.

IV. 本考의 論述方向

이상에서 헌법소원, 나아가 헌법소원의 대상에 관한 일반적인 관찰을 해 보았다. 이하에서는 구체적으로 헌법소원의 대상에 관하여 보기로 하는바, 그 순서로는 우선 現實的으로 憲法訴願이라는 이름의—또는 그와 같은 효과를 기대하여 제기하는—請求에 대하여 헌법재판소가 反應하는 단계를 中心으로, 다시 말하면 節次의 흐름에서 본 헌법소원의 대상을 살펴보고, 나아가 구체적 사건에 있어서 헌법소원의 대상이 되는 ‘公權力의 行使 또는 不行使’란 무엇을 의미하는지를 헌법재판소의 決定例를 中心으로 살펴보기로 한다.

그리고 헌법소원제도를 두고 있는 外國의 例를 西獨,¹⁰⁾ 오스트리아, 스위스를 中心으로 比較法的으로 검토함으로써 우리나라의 헌법원제도를 이해하는데 도움이 되고자 하였다.

한편, 結論 부분에서는 本考를 맺는 말과 함께 사건접수단계에서의 혼란을 방지하기 위하여 西獨의 首席審議官(Präsidentialrat)제도와 같은 接受擔當 公務員制(公務審議官), 헌법소원의 門을 열기 위한 몇 가지 方法(補充性的 例外的 立法, 法律訴願의 立法,

10) 東獨과 西獨은 1990년 10월 3일 統一을 선포하여 政治·經濟·社會·法的으로 하나의 국가가 되었으나, 本考에서 인용하는 독일연방헌법재판소는 西獨의 그것을 의미하므로 ‘西獨’이란 단어를 그대로 사용하고자 한다.

裁判에 대한 헌법소원의 문제 등)을提起해 보았다.

二. 節次의 흐름에서 본 憲法訴願의 對象

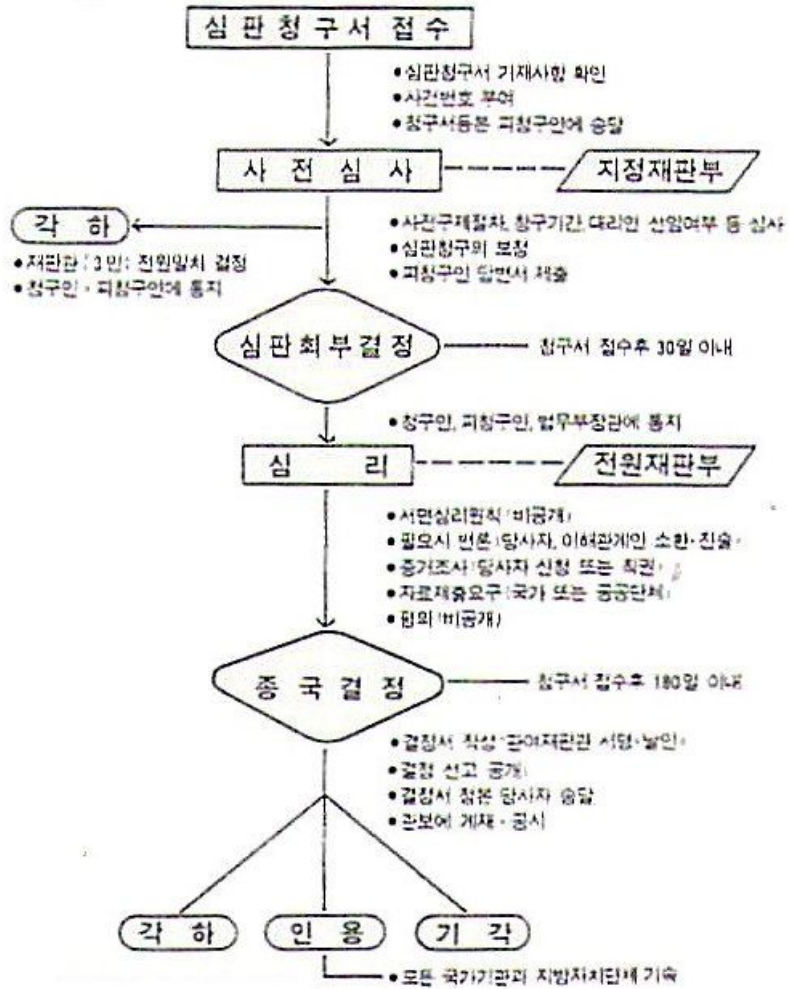
I. 序

(1) 憲法訴願審判節次 흐름도

헌법소원은 당사자(請求人)가 公權力에 의하여 기본권을 침해 받았다고 생각하여 이를 서면으로 作成, 헌법재판소에 제출할 순간부터 시작하여 헌법소원사건으로 접수되어 所期の 目的을 이루는 認容決定에 이르기까지 이를 헌법재판소법에 규정된 절차를 중심으로 하나의 흐름도로 나타내면 다음과 같다.

헌법소원 심판절차흐름도11)

<표1>



11) ① 「헌법재판소」(FN2) P. 37
 ② 실무에서의 처리는 <표1>의 흐름도와 다른 경우도 있다.

(2) 事件處理 現況

헌법 제113조 3항에 의하여 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항을 정하는 憲法裁判所法이 1988년 8월 5일 제정·공포되어 같은 해 9월 1일 시행된 이래 1990년 8월 31까지 만 24개월 동안 헌법재판소에 접수·처리된 헌법소원사건의 현황은 다음과 같다.

<표2> 헌법소원처리현황¹²⁾¹³⁾¹⁴⁾

II. 請求人의 立場

	처리여부	사건	구분	건수	소계
총접수 (706)	처리 (570)	민원 사건	일반민원	157	368
			사건민원	111	
		헌법 소원 사건	지정 재판부	취하 13 각하 218	302
	전원 재판부		취하 7 각하 20 기각 40 인용 4		
계속중 (136)	헌법 소원	지정재판부 전원재판부	17 119	136	

기본권을 침해당했다고 느껴서 헌법재판소에 ‘救濟받기 원하여’ 서류를 제출하는 청구인의 입장에서는 자기가 제기하는 내용

12) 이 통계는 법 §68 ②의 헌법소원사건은 제외한 수치이다.

13) 24개월 동안 706건이 접수되었으므로 1개월에 평균 29.4건 정도가 접수된 셈이다.

14) 민원사건 中 一般민원과 事件민원의 구분은 後述

이 헌법재판소법이 요구하는 헌법소원의 대상인지 여부를 판단하여 제출하는 경우보다는 그냥 제기하는 경우가 많다.¹⁵⁾

즉 청구인의 입장에서는 ‘헌법소원의 대상’이라는 의미가 사실상 막연하며, 일응 억울하다고 생각되는 事案에 대하여 ‘무엇이나’ 또는 ‘아무렇게나’ 소원을 제기하는 경우가 많은 것이 現實이다.¹⁶⁾

III. 事件接受段階-接受擔當者の立場

(1) 民事事件(一般民願과 事件民願)¹⁷⁾

헌법소원의 접수는 헌법재판소 사무처 소속의 審判事務局에서 관장한다.¹⁸⁾ 그리하여 접수담당자는 위와 같이 ‘아무렇게나’ 또는 ‘무엇이나 가리지 않고’ 제출되는 서류에 대하여 우선 어떤 것을 事件接受台帳¹⁹⁾에 기재할 것인가를 판단한다.²⁰⁾

위 <표 2>에서도 보듯이 그동안 157件이 사건접수대장에 오르지도 못하고 민원처리 되었는데, 이들은 거의 形式的으로나 內容的으로나 이른바 ‘訴願性’을 결여한 것으로 판단되는 것들이다. 이를 ‘一般民願’이라고 한다. 이에 비하여 ‘事件民願’이란, 일단 사건접수대장에는 기재되나 裁判部²¹⁾의 판단을 거쳐 民願事件으로 분류, 처리되는 것을 말한다. 위 <표 2>에 의하면 그동안

15) 헌법재판소법은 辯護士 強制主義 (§25 ③)를 채택하고 있으나, 실제로는 당사자가 바로 소원을 제기하는 경우가 압도적으로 많다.

16) <표 2>의 민원사건 268件이 대부분 이와 같은 경우이다.

17) 여기의 ‘일반민원’과 ‘사건민원’은 사건접수 실무상 불리워지는 명칭들이다.

18) 헌법재판소 보조기구에 관한규칙(헌법재판소 규칙 제7호) 제10조 참조.

19) 헌법소원과 관련된 심판사무국의 접수 장부로는 민원사건대장(처리부), 사건접수대장이 있다.

20) 이러한 판단에 따르는 문제점과 개선방안에 대하여는 本考 六. II. 참조.

21) 이때의 裁判部란 全員 재판부나 指定 재판부의 의미보다는 헌법소원심판을 담당하는 裁判官 개개인을 주로 지칭한다.

111件이 이와 같이 하여 민원처리 되었다.

그러나 一般民願과 事件民願의 구별이 반드시 명확한 것은 아니며 또 兩者를 굳이 구별할 실익도 없다. 이들은 둘 다 헌법소원사건으로서의 事件番號나 事件名이 부여되지 않으며 따라서 헌법소원사건부²²⁾에 오르지 않고 민원처리되는 點은 마찬가지로이기 때문이다. 차이가 있다면 一般民願은 統計表에서 별도로 表示된다는 點 정도이다.

(2) 民願事件과 순수한 憲法訴願事件²³⁾의 區分

一般民願이든 事件民願이든 이를 순수한 헌법소원사건과 구분하는 기준은 무엇인가. 이에는 다음과 같은 說이 있다.

a. 形式說

法 제71조 1항에 의하면 제68조 1항의 헌법소원심판청구서에 기재할 사항을 규정하고 있으므로 ‘憲法訴願審判請求書’라는 이름과 함께 同條 소정의 사항을 기재한 請求만을 헌법소원사건으로 인정해야 한다는 견해이다. 이 기준에 의하면 民願事件인지 訴願事件인지 區別이 분명하여 누구나 區分할 수 있다는 것이다. 다만 이 說을 주장하는 경우도 法 제71조 1항의 기재사항에는 약간의 탄력성을 부여하여 一應 形式的 기재사항에 부응하는 경우에는 헌법소원사건으로 볼 수 있다고 한다.

b. 內容說

이는 請求의 形式에 관계없이 그 內容上 公權力에 의한 基本權侵害 주장이 있고, 憲法裁判所에 대하여 이의 救濟를 요구하는 경우에는 그 문서의 제목이 ‘告發狀, 歎願書, 陳情書...’ 등 무엇

22) 사건접수대장과는 달리 순수한 헌법소원사건만 등재되는 장부이다.

23) 순수한 헌법소원사건이란, 사건번호와 사건명이 부여되어 헌법소원사건부에 등재되는 것을 말한다.

이든지 이를 헌법 소원 사건으로 보아야 한다는 견해이다.

c. 折衷說

이는 문서의 形式이 憲法訴願審判請求書—또는 이와 유사한—로 되어 있으면 一應 헌법소원사건으로 分類하고, 形式에 하자가 있는 경우에도 그 내용에 憲法訴願審判을 요구하는(이른바 訴願性) 부분이 있으면 이를 헌법소원사건으로 분류하자는 견해이다.

d. 結論 및 現況

㉞ 法 제71조 1항에는 憲法訴願審判請求書의 기재사항으로서

1. 請求人 및 代理人의 表示
2. 侵害된 權利
3. 侵害의 原因이 되는 公權力의 行使 또는 不行使
4. 請求理由
5. 기타 필요한 사항 등이 규정되어 있다.

따라서 이와 같은 形式을 갖춘 請求書만을 헌법소원사건으로 받아들여지는 形式說은 一應 明白한 기준을 제시하고 있으나, 일반 국민으로서는 憲法裁判所法의 存在, 특히 法 제71조 1항의 규정을 모르는 경우가 많기 때문에, 形式說에 의하면 국민의 憲法訴願審判請求權(憲法 제27조 소정의 裁判請求權의 一種이다)을 제한하게 되어 부당하다.

㉟ 한편 內容說에 의하면 청구인의 權利救濟에 부응하는 듯하나, 청구의 내용이 헌법소원사건이 아니더라도 形式上 憲法訴願審判을 요구하는 경우에는 이를 헌법소원사건으로 받아들여 처리하는 것이 本人의 意思에 합당하다는 비판이 있다.

㊱ 結論的으로 請求人의 意思를 존중하고 당사자에게 권리구제 받을 기회를 될수록 많이 부여한다는 의미에서 折衷說이 타당하다. 즉,

- (i) ‘憲法訴願審判請求書’, ‘憲法訴願’등 서류의 제목으로 청구인의 憲法訴願 意思를 읽을 수 있는 것은 헌법소원사건으로 보며,
- (ii) 그 내용에 公權力에 의한 基本權侵害의 주장이 있고 이의 救濟를 바라는 意思表示가 있으며 權利救濟 可能性이 一應 있는 경우에는 문서의 제목이 어떠한지 또는 제목이 없는 書信 형식이라 하더라도 헌법소원사건으로 본다.

IV. 指定裁判部の 事前審査段階

(1) 憲法訴願事件은 裁判官 3인으로 구성되는 指定裁判部の 事前審査를 거치도록 되어 있다(法§72, 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙). 그리하여 指定裁判部에서는 다음 各號의 1에 해당되는 경우에 지정재판부 재판관 전원의 一致된 의견에 의한 決定으로 憲法訴願의 審判請求를 却下한다(法 §72 ③).²⁴⁾ 즉,

1. 다른 法律에 의한 事前救濟節次를 모두 가치지 않은 경우 (補充性的의 原則)나, 法院의 裁判을 憲法訴願의 對象으로 한 경우(裁判訴願禁止의 原則)
2. 法 제69조 1항 소정의 請求期間이 경과한 경우(請求期間)
3. 代理人의 선임없이 請求한 경우(辯護士 強制主義)
4. 기타 憲法訴願審判의 請求가 不適法하고 그 흠결을 補正할 수 없는 경우 등이다.

이중 제4호에 규정된 ‘不適法’한 경우란 民事訴訟에 있어서의 이른바 ‘訴訟事件의 欠缺’의 의미로만 볼 것은 아니다. 西獨에서는 이를 「許用可能性, 勝訴可能性, 憲法問題의 解決可能性」이라고 하고 있거니와 우리 憲法裁判所의 決定 中 위 제4호를 이유

24) 指定裁判部の 却下決定은 終局決定의 效力을 가진다고 본다. 姜敏馨, 헌법소원심판의 청구절차, 헌법재판자료 제2집 P.193

로 지정재판부에서 却下한 例의 一部를 보면

- (i) 제3자인 請求人の 아들에 대한 基本權侵害에 관하여 헌법 소원심판을 청구한 경우²⁵⁾
- (ii) 형평에 反하는 刑罰規定의 시정을 촉구하는 내용의 심판 청구²⁶⁾
- (iii) 헌법재판소의 却下(또는 棄却)決定의 取消를 요구하는 내용의 심판청구²⁷⁾
- (iv) 1988. 5. 5. 개정 선포한 대한민국 어린이憲章이 어린이의 社會保障權을 침해하고 있다며 심판을 請求한 경우²⁸⁾ 등이 있다.

(2) 위 <표 2>에서 보듯이 헌법소원사건으로 분류된 438件에서 1990. 8. 31. 현재 지정재판부에 계류 중인 17件을 제외한 421件 中, 지정재판부의 事前審査를 거쳐 全員裁判部로 넘어간(이른바 審判回附)사건은 190件(71+119)으로서 심판회부율은 45.1%에 이르고 있다. 이를 바꾸어 말하면 54.9%에 해당하는 231件이 지정재판부 단계에서 screen된 것이다.

이와 같이 憲法訴願審判에 事前審査制度를 두고 있는 것은 헌법소원의 濫用防止策의 일환으로서 헌법재판소 업무의 과중한 부담을 줄이고자 하는 意圖이지만,²⁹⁾ 지정재판부의 입장에서는 법 제72조 3항 各號에 해당하지 않는 사건만을 골라내어 全員裁判部에 審判回附하는 것이며, 이와 같이 지정재판부의 事前審査를 통과한 사건만이 전원재판부가 심판하는 憲法訴願의 對象이 되는 것이다.

25) 현재 1989. 4. 15. 제3지정재판부 89헌마 51 決定

26) 현재 1989. 6. 13. 제2지정재판부 89헌마 106 決定

27) 현재 1989. 7. 6. 제3지정재판부 89헌마 139 決定

28) 현재 1989. 9. 2. 제3지정재판부 89헌마 170 決定

29) 姜敏馨, 전계논문 P.196

V. 全員裁判部の 終局決定段階

(1) 그러나 지정재판부의 사전심사를 거쳐 전원재판부에 회부된 사건이 모두 헌법소원의 對象으로 本案判斷을 받는 것은 아니다. 왜냐하면, 지정 재판부의 却下決定은 지정재판부 재판관 전원의 의견이 일치된 경우에만 가능하기 때문이며(法§72 ③), 실제로 1990. 8. 31. 까지 전원재판부에서 선고된 64件的 終局決定 中 20件이 却下되었다. 이를 두고 지정재판부에서 screen의 所任을 다하지 못했기 때문이라고 말할 수도 있으나, 지정재판부에서 사안에 따라서는 전원재판부의 결정으로 先例를 남길 필요가 있다고 판단하여 심판회부한 경우도 많다.

(2) 全員裁判部の 終局決定에서도 審判의 對象을 확정하는 節次가 있으며 法 제72조 3항 各號의 사유가 없는 경우에는 本案判斷을 하여 棄却 또는 認容決定³⁰⁾을 하게 된다. 위 <표 2>에 의하면 1990. 8. 31. 까지 棄却決定이 40件, 認容決定이 4件이 있었다.³¹⁾

三. 憲法訴願을 通하여 무엇을 保護할 것인가

(憲法訴願의 保護對象)

I. 基本權

30) 인용결정의 경우 공권력 행사 또는 불행사의 원인이 되는 法令의 違憲宣言도 함께 할 수 있다(法§75 ⑤).

31) 인용결정된 4件은 i) 88 헌마 22(89. 9. 4 선고) ii) 89 헌마 10(89. 7. 14. 선고) iii) 89 헌마 56(89. 10. 27. 선고) iv) 89 헌마 83(90. 4. 2. 선고) 사건이다.

法 제68조 1항은 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 “헌법 상 보장된 기본권”을 침해받은 자가 헌법소원심판을 청구 할 수 있다고 규정하였다. 그러므로 憲法訴願으로 보호될 對象은 憲法 상 保障하고 있는 基本權에 限한다. 기본권에는 自由權·請求權·生存權·參政權이 모두 해당된다.³²⁾ 그동안 헌법재판소의 判例에 나타난 例를 보면,

(1) 平等權(헌법 §11), 刑事被害者의 裁判節次에서의 陳述權 (헌법 §27 ⑤)

“그러므로 檢事의 不起訴處分이 적절하게 행사되지 못하거나 恣意的으로 행사된 경우에는 刑事被害者는 憲法 제27조 제5항에 규정된 이와 같은 基本權의 侵害와 아울러 제11조에 정한 平等權을 침해했다고 주장할 수 있다 할 것이다.”³³⁾

(2) 表現의 自由(헌법 §21)에서 派生된 國家에 對한 情報接近權 - 알 權利

“……被請求人의 本件 不行爲는 헌법 제21조에 의하여 보장되고 있는 請求人의 알 權利를 침해한 것이므로……”³⁴⁾

(3) 平等權(헌법 §11), 幸福追求權(헌법 §10 전문 후단)

“……이 사건 處分에 이르렀으니 적어도 恣意禁止의 원칙을 위배한 처분으로 말미암아 청구인에 대한 平等權이 침해되었음에 틀림없으며 이에 의하여 부당하게 幸福追求權이 침해되었다고 할 것이다…….”³⁵⁾

II. 基本原理

32) 金學成, 전계논문 P.204

33) 헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌마 3 決定

34) 헌재 1989. 9. 4. 선고 88헌마 22 決定

35) 헌재 1989. 10. 27. 선고 89헌마 56 決定

基本權의 성격이 결여되어 있는 憲法上 基本原理나 基本原則의 침해를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있는가.

서독연방헌법재판소는 信賴保護의 原則, 比例의 原則, 法形成權限의 濫用, 遡及效禁止, 適法節次, 國際法上 一般原則의 遵守 등이 침해된 때에 헌법소원을 허용하고 있다.³⁶⁾ 우리나라의 경우도 公權力이 憲法上 基本原理를 침해한 경우에는 憲法訴願을 허용해야 할 것이다.³⁷⁾

四. 公權力의 意味에서 본 憲法訴願의 對象

(憲法訴願의 爭訟對象)

I. 序

(1) 公權力의 概念

法 제68조 1항은 “公權力의 行使 또는 不行使로 인하여” 기본권을 침해받은 자가 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하였다. 그러므로 헌법소원의 대상이 대는 行爲(作爲 또는 不作爲)는 公權力에 속해야 한다. 公權力은 대한민국의 公權力을 의미하며, 統一的으로 自己의 機關에 의하여 代表되는 國家權力을 의미한다.³⁸⁾ 直接的 國家權力의 作用 뿐 아니라 間接的 國家權力의 作用도 포함되며, 高權을 行使할 수 있는 自治行政團體도 포함된

36) 金學成, 전계논문 p.211

37) 金學成, 전계논문 p.211

38) 金學成, 전계논문 p.212

다.

또한 公權力作用의 主體는 權利主體로서의 國家에 局限하지 않으며, 公權力을 행사하는 限 非國家的 主體도 포함된다. 西獨연방헌법재판소는 聯邦 뿐 아니라 地方自治團體, 大學,³⁹⁾ 宗教團體, 放送局, 辯護士協會, 公證人에게도 主體性을 인정하였다.⁴⁰⁾

(2) 公權力作用의 形態

公權力作用은 法制定作用(立法權), 法執行作用(行政權), 法宣言作用(司法權)으로 구성되는 바 이하에서는 行政權, 立法權, 司法權의 순으로 헌법소원의 對象여부를 살펴보기로 한다.

I. 行政作用에 대한 憲法訴願

法執行作用(行政作用)으로 국민의 기본권이 침해된 경우에는 憲法訴願이 허용된다. 行政作用에는 行政訴訟의 對象이 되는 것과 되지 않는 것이 있는 바, 後者は 헌법소원의 대상이 됨에 문제가 없지만 前者는 憲法 및 憲法裁判所法の 해석과 관련하여 논란이 있다.

(1) 行政訴訟의 對象이 되는 行政行爲에 의한 基本權侵害의 경우

이는 不服節次가 따로 있는 경우로서, 스위스法에서는 이를 相對的 補充性(relative Subsidiarität)이라 한다.⁴¹⁾ 行政訴訟의 對象이 되는 行政處分에 對하여 헌법소원이 가능한가. 이 문제는 헌

39) 독일의 大學은 거의 모두 國家(聯邦)소유이다.

40) 金學成, 전계논문 p.213

41) 李時潤, 헌법재판개관(1989.9. 헌법재판소 발행) p.40

법 제107조 2항 및 헌법재판소법 제68조 1항의 해석과 관련하여
否定說과 肯定說이 첨예하게 對立되고 있다.

a. 否定說

行政處分은 憲法訴願의 對象이 될 수 없다고 한다. 그 근거로
는

첫째, 憲法 제107조 2항을 든다. 즉 “命令·規則 또는 處分이
憲法이나 法律에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는
大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다”라고 규정되어
있으므로, 處分の 위헌·위법 여부에 관한 大法院의 심사가 있음
에도 불구하고 處분에 대한 헌법소원을 허용하는 것은 헌법 제
107조 2항에 위배된다는 것이다. 따라서 行政行爲에 대해서는 사
실상 헌법소원의 길이 막혀 있다고 보아야 한다는 것이다.⁴²⁾

둘째, 法 제68조 1항에서 法院의 裁判을 헌법소원의 대상에서
제외시키고 있는바, 處분에 대한 헌법소원을 허용하게 되면 간접
적 또는 우회적으로 法院의 裁判에 대한 憲法判斷을 허용하게
되는 것이므로 立法者의 意思와 모순된다고 한다. 특히 法院의
裁判結果와 憲法裁判所의 決定이 상이한 경우에는 국민의 사법
부에 대한 신뢰가 무너지고 法體系에 큰 혼란이 온다는 것이다.

b. 肯定說

行政處分の 當否에 대한 判斷인 行政決定 자체에 대해서는 裁
判訴願禁止의 原則 때문에 訴願이 허용되지 않는다고 하겠지만
원래의 行政處分은 國家機關의 公權力의 行使이기 때문에 憲法
訴願의 대상이 된다는 견해이다.⁴³⁾ 이 견해에 의하면

첫째, 法 제68조 1항은 行政處分을 法院의 裁判처럼 헌법소원
의 대상에서 제외시키고 있지 않기 때문에 行政訴訟은 同項 但

42) 金鍾彬, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집 p.210

43) 李時潤, 전게서 p.40

書の 다른 法律에 의한 救濟節次로 보아야 하며

둘째, 憲法 제107조 2항에서 處分이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 前提가 된 경우에는 대법원에 최종적인 심사권을 인정하고 있는바, 이것은 ‘구체적 訴訟事件에서 處分の 違憲與否가 문제가 되면 헌법재판소에 提請함이 없이 최종적으로 大法院에서 審判한다’는 의미로 해석한다면 별 문제가 없다고 한다.⁴⁴⁾

c. 問題點

憲法 제107조 2항이나 헌법재판소법 제68조 1항의 규정을 피상적으로 보면 一應 否定說로 귀결되기 쉽다. 그러나 헌법 제107조 2항은 憲法裁判所, 따라서 憲法訴願制度가 없었던 以前의 헌법규정을 답습한 것이다. 즉, 第5共和國憲法(1980년 憲法) 제108조 2항은 “命令·規則·處分이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 大法院은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정하였는데, 新憲法에서 헌법소원제도를 도입하였음에도 불구하고 위 규정을 條文만 바꿔(107조로) 그대로 存置했기 때문에 문제가 발생한 것이다.

또한 法 제68조 1항의 이른바 ‘裁判訴願禁止’ 規定도 그 자체가 많은 논란이 되고 있고, 同 規定의 “法院의 裁判을 제외하고는”이란 구절의 의미를 어떻게 해석하느냐가 또한 문제가 되고 있거니와 이들 문제를 別論으로 하더라도 이 규정이 行政處分이 헌법소원의 대상이 안된다고 분명하게 선언한 것은 아니다.

d. 結論

行政處分에 對한 憲法訴願은 許容되어야 한다.⁴⁵⁾ 그 理由는, 첫째, 行政處分 자체가 公權力行使임은 분명하고 法 제68조 1항이 法院의 裁判은 제외한다는 明文의 規定을 두고 있는 點으

44) 李時潤, 전게서 p.41

45) 同답: 金學成, 전게논문 p.224 이하.

로 볼 때, 行政裁判에 대한 헌법소원은 제외되나 원래의 行政處分에 대하여는 헌법소원이 허용된다고 해석해도 法文에 위배되지 않는다.

둘째, 法 제68조 1항의 규정이 헌법 107조 2항과 같등이 있다는 것은 사실이나 同 헌법규정은 헌법재판소와 헌법소원제도가 생기기 前의 규정을 그대로 답습한 것이라고 볼 때, 大法院의 최종심사권은 司法府 內部에서의 문제로 해석하면 될 것이다. 즉, 우리 헌법은 헌법재판소를 法院(제5장)과는 달리 별도의 章(제6장)으로 규정함으로써 국가의 제4府로서의 地位를 인정하고 있는 點으로 본다면, 處分の 최종심사권이 (司法府 안에서는) 大法院에 있다는 것과 이를 제4府(憲法裁判所)가 심사할 수 있다는 것이 모순되지는 않는다고 본다.

셋째, 行政處分の 前提가 된 法律이 憲法에 위반되는데도 재판에서 着過하여 提請하지 않고 넘어간 경우에는 아무리 大法院의 判決이 있었다 하여도 그 行政處分 자체를 訴訟物로 한 憲法訴願은 허용된다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 違憲法律을 적용하여 行政處分을 한 경우에는 大法院에 그 전제되는 法律에 대한 違憲決定權이 없고 또 違憲提請權을 行使하지 않은 이상, 當事者로서는 憲法訴願을 통한 救濟의 길만이 남아 있기 때문이다.

넷째, 行政處分の 근거가 된 法律이 違憲인 경우에는 구태여 行政訴訟를 제기함이 없이 막바로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 이와 같은 경우 당사자가 前置節次를 거쳐 行政訴訟를 제기한다 하여도 法律에 대한 違憲決定權이 法院에 없는 만큼 法院 內에서는 終局的인 權利救濟의 여지가 없기 때문이다. 이 경우 法院으로서는 法律의 위헌심사를 위해 헌

46) 李時潤, 전계서 p.41

47) 李時潤, 전계서 p.41

법재판소에 제청하여 그에 의한 위헌여부의 판단을 기다려 終局的 裁判을 할 수밖에 없을 것인데, 이러한 우회적인 절차보다도 訴訟經濟와 促進을 위해 직접 憲法訴願을 제기하게 하는 것이 타당하다고 본다(補充性的 原則의 列外). 이와 같은 경우에 헌법재판소는 法 제75조 5항에 의하여 당해 行政處分을 取消하면서 당해 節次 內에서 그 適用法律이 違憲임을 宣告할 수 있는바, 이와 같이 法 제75조 5항은 行政處分에 대한 헌법소원이 가능한 根據法規定이라고 볼 수 있다.

다섯째, 裁判에 대한 憲法訴願이 허용되는 西獨에서도 提訴者에게 最後審級의 裁判, 下級審 裁判 또는 行政處分 中 어느 것을 대상으로 할 것인가에 대한 선택권을 주고 있다면, 裁判統制를 허용하고 있지 않는 우리나라에서는 處分에 대해 직접 헌법소원을 허용하고 있다는 취지로 理解할 수 있다고 본다.⁴⁸⁾

e. 憲法裁判所의 立場

行政訴訟의 對象이 된 處分이 憲法訴願의 대상이 되는가에 관하여 헌법재판소의 判例가 아직 나오지는 않았으나 이에 관한 헌법소원이 이미 여러 件 제기되어 현재 全員裁判部에서 審理中에 있는바,⁴⁹⁾ 그 귀추가 주목된다고 하겠다.

(2) 行政訴訟의 對象이 되지 않는 行政作用에 의한 基本權 侵害의 경우

이는 주로 不服節次가 없는 경우로서 스위스법에서는 이를 絶對的 補充性(absolute Subsidiarität)이라 한다.⁵⁰⁾

48) 金學成, 전계논문 p.225

49) 89헌마 161 증여세등 부과처분에 대한 헌법소원

89헌마 216 영업장소 이전허가처분의 취소처분에 대한 헌법소원

90헌마 73 한지의사면허증 교부신청수리거부처분에 대한 헌법소원

90헌마 107 양도소득세등 부과처분에 대한 헌법소원 등이 그것이다.

a. 統合行爲

統合行爲가 私法審査의 對象이 될 것인가에 관하여 우리나라의 通說과 判例는 사법심사의 대상에서 제외된다고 보고 있다. 서독 연방 헌법재판소는 統合行爲를 憲法訴願의 對象으로 보고 있으나 權限 있는 國家機關에게 광범위한 政治的 裁量을 부여하는 것이 필요하고 타당하게 때문에 審査範圍에 대한 實質的 制限이 이루어져야 한다는 입장이다.⁵¹⁾ 우리나라에서도 國家權力의 基本權기속을 실현하기 위하여는 統合行爲도 憲法訴願의 對象으로 보는 적극적 시각이 要求된다고 하겠으나 헌법재판소의 判例의 축적을 통하여 그 실질적 제한의 범위가 정해질 것이다.

b. 權力的 事實行爲

예컨대 令狀 없는 強制運行·逮捕나 拘禁된 者를 진정시키기 위해 그 意思에 反한 注射를 한 경우⁵²⁾등 소위 權力的 事實行爲는 行政訴訟의 대상은 되지 않지만 憲法訴願에 의한 심판의 대상이 된다고 하겠다. 그밖에 전염병자의 強制隔離, 정신병자의 強制入院, 電話盜廳,⁵³⁾ 우편물의 檢閱, 示威禁止조치,⁵⁴⁾ 拷問行爲, 교도소內的 과잉제한조치 등도 行政訴訟의 對象이 判例上 정립되지 않았으므로 직접 헌법소원을 할 수 있을 것이다.⁵⁵⁾

다만 많은 경우에 이미 事實行爲가 종료되어 權利保護利益이 소멸되는 결과에 이를 수 있겠으나, 이를 반복하는 것은 위헌이 될 수 있음을 선언하는 적극적인 자세가 필요하다고 본다.⁵⁶⁾ 헌법소원은 個人的 權利保護(主觀的機能)뿐 아니라 憲法의 保障(客觀的機能)이라는 兩面的인 機能을 갖고 있기 때문이다.

50) 李時潤, 전계서 p.35

51) 金學成, 전계논문 p.219

52) 오스트리아 憲裁 判例, VerfSlg 10051

53) BVerfGE 67, 157

54) BVerfGE 69, 315

55) 李時潤, 전계서 p.35

56) 金學成, 전계논문 p.222

c. 行政計劃

行政計劃은 그 자체로 取消訴訟의 대상이 될 수 없으나 행정 계획이 직접 국민의 기본권을 침해한 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 하겠다.⁵⁷⁾

d. 檢事의 處分

검사의 처분에는 起訴處分과 (광의의)不起訴處分이 있고, 後者에는 다시 嫌의의 不起訴處分과 起訴猶豫處分이 있다.

㉞ 起訴處分

우리 헌법재판소는 검사의 公訴提起가 請求人(被告人)의 기본권을 침해하고 있음을 이유로 제기한 사건에서, “……그와 같은 사유는 당해 刑事裁判節次에 의하여 權利救濟가 가능하므로 독립하여 憲法訴願審判請求 對象이 될 수 없는 것이어서……”⁵⁸⁾라고 하여 刑事裁判을 위한 事前準備行爲로서의 起訴處分이 헌법소원의 對象이 아님을 밝히고 있다. 西獨연방헌법재판소도 이를 허용하지 않고 있다.⁵⁹⁾

㉟ 起訴猶豫處分

우리 헌법재판소는 기소유예처분을 받은 자가 헌법소원심판을 청구한 사건에서 “……원래 검찰관이 하는 기소유예처분이란 公訴提起함에 충분한 혐의가 있고 訴訟條件도 구비되었음에도 불구하고 검찰관이 제반사항을 고려하며 公訴를 제기하지 않는다는 내용의 處分인 것으로, 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 놓고 恣意的이고 妥協的으로 기소유예처분을 했다면 헌법이 금하고 있는 차별적인 公權力의 行使가 되어 그 處分을 받은 者는 헌법 제11조 소정의 平等權의 침해를 이유로 당연히 訴願適格을 갖게 된다고 할 것이다”⁶⁰⁾라고 하여 기소유예처분이 헌법소원의

57) 金學成, 전제논문 p.222

58) 헌재 1989. 3. 17. 제3지정재판부 89헌마21 決定

59) BVerfGE 20, 172

대상이 됨을 밝혔다.

㊦ (협의의)不起訴處分

우리나라의 法制는 刑事被害者에게 私訴(Privatsklage)를 금하는 대신에 檢事에 의한 起訴獨占主義를 인정하고 있는 한편, 刑事被害者에게는 檢사에 의한 公訴維持가 제대로 되도록 公判節次에서의 陳述權을 헌법이 부여하고 있다(헌법 §27 ⑤). 公訴하여야 할 사건에서 公訴를 제기하지 않으면 형사피해자의 이와 같은 기본권의 침해가 있는 것이다. 우리 헌법재판소도 前述한 88 헌마3 決定에서 檢사의 不起訴處分이 헌법소원의 대상이 됨을 밝혔다.

㊧ 不拘束수사, 不拘束기소

한편 우리 헌법재판소는 교통사고를 낸 加害者를 檢사가 不拘束수사 및 不拘束기소 하였음을 이유로 被害者 측에서 헌법소원 심판을 청구한 사건에서 “……모든 被告人은 憲法上 有罪判決이 確定될 時까지 無罪의 確定을 받는 것이므로 公訴維持에 지장이 없는 한 不拘束수사가 원칙이라 할 것이고 그 원칙은 過失犯에 더욱 적용되어야 할 것이므로, 檢사의 不拘束수사 및 不拘束기소 처분으로 인해서 청구인의 헌법상의 기본권이 침해된 것이라 인정하기 어렵다”⁶¹⁾라고 하여 헌법소원의 대상이 되지 않음을 밝혔다.

e. 行政業務指針·示達·通牒 또는 指示

이들은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 우리 헌법재판소도 “法院行政處長의 소위 民願人에 대한 法令質問回信이란 한낱 法令解釋에 관한 意見陳述에 지나지 않고, 그것이 法規나 行政處分과 같은 법적拘束力을 갖는 것이라고는 보여지지 아

60) 헌재(FN 36) 決定

61) 헌재 1989. 5. 15. 제2지정재판부 89헌마 67 決定

니하며……”⁶²⁾라고 하여 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 判示하였다.

그밖에 行政廳 내부의 行爲, 私經濟主體로서의 국가의 管理作用 등도 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 그러나 이들이 事實的으로 對外的效力(Außerwirkung)이 있는 것으로서 國民의 權利義務를 제한하고 負擔을 과하는 行爲(一般的處分)라면 문제될 수도 있는 것이라 하겠다.⁶³⁾

f. 行政立法

違憲인 法規命令(Rechtsordnung) 또는 規則(Satzungen)으로 인하여 직접 기본권을 침해당한 피해자는 憲法訴願의 提起를 할 수 있다.⁶⁴⁾ 즉, 大統領令과 같은 法令自體의 效力을 다투면서 이의 取消를 구하는 訴訟(間接的規範統制)은 現行 제도상 行政訴訟의 對象이 될 수 없기 때문에⁶⁵⁾ 命令·規則에 의한 직접 피해자에게는 따로 救濟節次가 있는 경우가 아니므로 피해자는 一般法院을 거치지 않고 직접 憲法訴願의 提起가 허용된다 할 것이다.

前述한 바와 같이 헌법 제107조 2항은 大法院에 命令·規則에 대한 具體的規範統制權을 인정한 것에 그치기 때문에 命令·規則에 대한 憲法訴願에 어떠한 장애가 되는 것은 아니다. 西獨연방헌법재판소도 法規命令에 대해 憲法訴願을 허용하고 있으며, 그 命令이 違憲이라고 인정되면 憲法訴願節次에서 違憲宣言을 할 수 있다고 본다.⁶⁶⁾

g. 行政權의 不行使

㊸ 地方自治團體가 請求人으로부터 수차례에 걸쳐 文書 또

62) 헌재 1989. 7. 28. 선고 89 헌마 1 決定

63) 李時潤, 전게서 p.38

64) 李時潤, 전게서 p.39, 反論: 權寧星, 헌법학원론 p.981 주2

65) 大法 1967. 6. 27. 선고 67누44

66) BVerfGE. 117 ; 65, 243

는 口頭로 XXX所在 林野와 田에 대한 林野조사서 및 土地조사부의 열람·복사신청이 있었음에도 이에 不應한 不作為를 審判對象으로 하여 제기한 憲法訴願事件⁶⁷⁾에서 헌법재판소는 “이상 大法院의 判例를 종합해 보면 行政廳 내부의 事實行爲나 事實上의 不行爲에 대하여 일관하여 그 行政處分性を 否認함으로써 이를 行政爭訟 對象에서 제외시켜 왔음을 알 수 있어, 本件과 같은 경우도 行政爭訟에서 청구인의 주장이 받아들여질 可能性은 종래의 判例態度를 변경하지 않는 한 매우 희박함을 짐작하기에 어렵지 않은 것이다” 그리고 이어서 “……憲法訴願審判 請求인이 그의 不利益으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 前審節次를 밟지 않은 경우 또는 前審節次로 權利가 救濟될 可能性이 거의 없거나, 權利救濟節次가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 前審節次 이행의 期待可能性이 없을 때에는 그 例外를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 憲法訴願審判制度의 참된 취지를 살리는 方法이라고 할 것이므로 本件의 경우는 위의 예외의 경우에 해당하여 適法하다고 할 것이다”라고 하여 헌법소원의 대상이 됨을 인정하였다.

㉔ 行政立法의 不作為

헌법에서는 기본권의 보장을 위하여 法律에 위임하고 法律에서는 구체적 절차를 다시 命令·規則에 再委任했음에도 불구하고 命令·規則이 제정되지 아니한 경우는 직접 憲法訴願이 허용된다.⁶⁸⁾ 그리고 이 경우에는 不作為違法確認訴訟(行政訴訟法§2 ① ii, §4 iii)의 대상도 될 수 없기 때문에 權利救濟節次를 거친 후에 제기할 필요가 없다.

67) 헌재 1989. 9. 4. 선고 88 헌마 22 決定

68) 李時潤, 전게서 p.38, 反對: 權寧星(FN 65)참조

III. 立法作用에 대한 憲法訴願

法制定作用(立法作用)에 대하여 헌법소원이 인정될 것인가. 이는 우선 법률에 대한 헌법소원의 인정여부가 문제된다.

(1) 法律

a. 否定說

法律에 대하여 직접 헌법소원을 제기할 수는 없다는 否定說의 근거로는

첫째, 違憲法律審判은 위헌여부가 재판의 前提가 된 경우에만 효력을 다룰 수 있는 것이므로, 法律에 의하여 자신의 기본권이 침해된 경우라 하더라도 그 문제가 구체적인 사건으로 法院에 계류되지 아니한 경우에는 심판을 청구할 수 없다고 한다.⁶⁹⁾

둘째, 法 제75조 4항은 “公權力의 不行使에 대한 憲法訴願을 認容하는 決定을 할 때에는 被請求人은 決定趣旨에 따라 새로운 處分을 하여야 한다”고 규정하고 있는바, 이는 제68조 1항에서 말하는 ‘公權力의 行使’에 있어서 公權力을 ‘處分’이라고 못을 박고 있기 때문에 法律에 대한 憲法訴願은 인정되지 않는다고 한다.⁷⁰⁾

셋째, 西獨에서는 연방헌법재판소법 제93조 2항, 제94조 4항, 제95조 3항에서 다른 公權力作用과 項을 달리하여 ‘法律에 대한 憲法訴願’이라는 용어와 그에 관한 請求期間, 效果 등이 언급되

69) 權寧星, 憲法裁判의 活性化 方案, 서울대 法學研究所 1988. 8. p.50 同旨 : 金鍾彬(FN 43) p. 203

70) 權寧星, 전계논문 p.51
그러나 권영성 교수는 전계서(FN 65) p.981에서는 法律에 대한 헌법소원을 인정하고 있다.

어 있으나 우리 法에는 法律에 대한 憲法訴願을 인정할 수 있는 明白한 根據가 없다는 것이다.

b. 肯定說

法律에 대하여 직접 憲法訴願이 가능하다는 肯定說의 근거를 보면,

첫째, 公權力의 行使 또는 不行使(法 §68 ①, §71 ① iii, §75 ② ③ ④ ⑤)에 있어서 公權力의 개념은 모든 國家權力으로 해석되어야 하기 때문에—즉 立法作用 자체가 公權力의 行使이기 때문에—法律自體도 憲法訴願의 對象이 된다고 한다.⁷¹⁾

둘째, 法 제68조 1항에서 法院의 裁判을 제외한다고 明文으로 규정되어 있는 것을 보면, 公權力 속에는 法院의 裁判만을 제외한 모든 國家權力이 포함된다는 것이다.⁷²⁾

셋째, 憲法訴願이 이미 실시되고 있는 國家의 예를 보더라도 西獨, 오스트리아(1975년 헌법개정시 法令에 대한 헌법소원을 인정함), 스위스(칸톤의 法令만을 대상으로 인정함) 등 모든 국가가 이를 허용하고 있는 點에 비추어 볼 때 헌법소원에 대상에 法律이 포함되어야 한다는 것이다.⁷³⁾

넷째, 法 제75조 4항에서 규정한 ‘새로운 處分’이 否定說의 지적대로 法律로 해석하기에 부적합한 것은 사실이나, 헌법소원의 대상이 된 法律은 그것이 그 자체로 직접 국민의 기본권을 침해한 경우에 문제되는 것이므로 ‘處分的性質’이 강할 수밖에 없다. 그렇다면 ‘處分’속에 法律이 포함된다고 해석하여도 지장은 없다는 것이다.⁷⁴⁾

c. 結論—憲法裁判所의 判例

71) 李時潤, 전게서 p.32, 金學成, 전계논문 p.214

72) 金學成, 전계논문. p.214

73) 金學成, 전계논문. p.214

74) 金學成, 전계논문. p.214

㉔ 法律自體도 憲法訴願의 對象이 되어야 한다. 이는 立法作用 자체가 公權力의 行使이기 때문이기도 하거니와, 法 제75조 5항에서는 “公權力의 行使 또는 不行使가 違憲인 法律 또는 法律의 條項에 기인한 것……”云云의 규정은 法律에 대한 憲法訴願이 허용됨을 前提한 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁷⁵⁾

㉕ 우리 헌법재판소는 1989. 3. 17. 선고한 88헌마1 決定에서 法律이 憲法訴願의 대상이 됨을 명백히 하였다. 즉, 同 決定에서 “……問題의 所在가 法律主體에 있다는 것이었던바, 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 新設된 이제 法律에 대한 헌법소원으로 0000법의 違憲성을 직접 다루는 문제의 解決策을 시도하지 않고 위 拒否行爲를 놓고 法律에 관한 직접적인 위헌판단이 허용되지 아니하며 우회적인 해결책밖에 될 수 없는 行政訴訟을 먼저 제기할 것을 요구함은 期待可能性이 없는 일이거니와, 이 事件에서처럼 公權力行使의 一種이라고 할 立法, 즉 法律自體에 의한 基本權 侵害가 문제가 될 때에는 一般法院에 法令自體의 效力을 직접 다루는 것을 訴訟物로 하여 提訴하는 길이 없어 救濟節次가 있는 경우가 아니므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 단서 소정의 救濟節次를 모두 거친 후에 憲法訴願을 내야 하는 제약이 따르지 않는 이른바 補充性的의 예외적인 경우라고 볼 것이다”라고 하여 법률에 대한 직접 訴願의 길을 열었다.

㉖ 이와 같이 法律에 대한 직접 訴願의 경우에(處分에 대하여 憲法訴願을 하면서 處分の 前提되는 法律의 違憲성을 다룰 때는 別問題임) 請求期間은 어떤가.

이에 대하여 헌법재판소는 1990. 6. 25. 선고한 89헌마220 決定에서 “法律에 대한 憲法訴願의 提訴期間은 그 法律의 公布와 동시에 基本權侵害를 당한 者는 그 法律이 公布된 사실을 안 날로

75) 李時潤, 전제서. p.32

부터 60일 이내에, 아니면 法律이 公布된 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 法律公布 後 그 法律에 해당되는 사유가 발생하여 비로소 基本權의 侵害를 알게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 憲法訴願을 제기하여야 할 것이며, ‘사유가 발생한날’은 당해 法律이 請求人의 基本權을⁷⁶⁾ 明白히 具體的으로⁷⁷⁾ 現實侵害 하였거나 그 침해가 확실히 예상되는⁷⁸⁾ 등 實體的 諸要件이 성숙하여 憲法判斷에 적합하게 된 때를 말한다”고 하였다.

同 決定에 의하여 法律에 의해 직접 基本權이 侵害당했음을 주장하는 憲法訴願의 길이 활짝 열려 획기적인 轉換을 이루게 되었다고 할 것이다.

㉞ 이렇듯 違憲法律에 의한 權利侵害를 받은 被害者는 (i) 먼저 구체적 訴訟를 제기하고 (ii) 法院에 違憲審判提請申請을 하여 (iii) 法院이 憲法裁判所에 違憲審判을 提請하는 등 3단계의 우회과정을 거쳐 문제된 法律의 違憲審判을 받는 길도 있지만, 바로 憲法裁判所에 憲法訴願을 제기하여 違憲與否의 심사를 받는 길이 열린 것이다.

이것을 間接的 規範統制(mittelbare Normenkontrolle), 法令訴願(Rechtssatzbeschwerde) 또는 個人的 規範統制(individuale Normenkontrolle)라고 한다.⁷⁹⁾

(2) 憲法規定

76) 소위 自己關聯性

77) 소위 直接性

78) 소위 現在性

79) 李時潤, 전계서 p.33

憲法規定도 憲法訴願의 대상이 되는가. 헌법규정은 그것이 正義에 모순되는 정도가 감내할 수 없는 때, 正義의 外形的 한계를 넘었을 때는 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 것이 西獨연방재판소의 判例이다.⁸⁰⁾

우리나라에서는 이에 대한 論議가 아직 없으나 현재 헌법재판소에는 헌법 제29조 2항⁸¹⁾이 청구인의 헌법상 보장된 財產權 (§23), 人間の 尊嚴과 價値 및 幸福追求權 (§10), 平等權 (§11) 등을 침해했다고 하여 제기한 憲法訴願事件이 全員裁判部에 審判回附되어 審理中에 있다.⁸²⁾

(3) 國會의 議決

國會의 議決이 基本權을 침해하는 경우에는 憲法訴願의 對象이 된다고 본다. 스페인 헌법재판소법은 明文으로 國會나 地方議會의 議決이나 處分에 대하여 憲法訴願을 허용하고 있다(同法 §42).

우리 나라에서도 지난 1990. 7. 14. 제150회 國會 때 與黨 단독으로 26개 法律案을 變則議決한 것이⁸³⁾ 헌법에 위반된다 하여 野黨과 無所屬 國會議員 79人이 憲法訴願을 제출(8. 10), 현재 全員裁判部에 소 심리中이어서 그 결과가 주목되고 있다.⁸⁴⁾

(4) 法律案이 아닌 決意

80) BVerfGE 4, 294

81) 헌법 §29 ② : 군인·공무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

82) 90 헌마 14. 이 사건에서 청구인은 국가배상법 제2조 1항 단서의 규정도 함께 헌법소원의 대상으로 하고 있다.

83) 이른바 '날치기 통과'

84) 90 헌마 125 입법권침해 등에 대한 헌법소원

예컨대 個人的 基本權을 侵害하는 내용의 決議는 憲法訴願의 대상이 된다고 본다. 그리고 國會議員의 懲戒 또는 除名決議 는 法院에 提訴할 수 없지만(헌법 §64 ④) 憲法訴願은 가능하다고 할 것이다.⁸⁵⁾

(5) 國會가 同意한 條約, 審議·確定한 豫算

이들도 公權力的 作用인 이상 憲法訴願의 대상이 될 수 있다고 본다.⁸⁶⁾ 다만 예산에 대해서는, 西獨에서는 예산이 예산法(Haushaltsgesetz)의 形式으로 規律되어 있기 때문에 憲法訴願의 對象이 되나 우리나라의 경우 國家機關만 拘束할 뿐이므로 憲法訴願의 대상에서 제외될 것이라는 反對說이 있다.⁸⁷⁾

(6) 立法 不作爲

a. 원래 國民이 國家에 대하여 法律을 제정해 달라는 취지의 請願權은 別論이거나 裁判上 立法을 해 달라는 訴求請求權은 원칙적으로 허용될 수 없다. 그러나 헌법에서 法律 또는 命令으로 명백히 委任하고 있는 사항인데도 국가가 立法을 하지 않기 때문에 헌법상 보장된 基本權이 침해된 경우에는 憲法訴願을 통해 立法不作爲가 위헌임을 선언하여 立法을 하게 하는 것은 허용된다고 할 것이다.⁸⁸⁾

b. 이에 대하여 헌법재판소는 前述한 88헌마1 決定에서 “무릇 어떠한 사항을 法規로 規律할 것인가 이를 방치할 것인가는

85) 李時潤, 전게서 p.34

86) 李時潤, 전게서 p.34

87) 金學成, 전개논문 p.217

88) 李時潤, 전게서 p.31

특단의 사정이 없는 한 立法者의 政治的·經濟的·社會的 그리고 世界觀的 고려下에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 一般國民이 立法을 해 달라는 취지의 請願權을 향유하고 있음은 別論이로되 立法行爲의 訴求請求權은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 法을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 違憲判斷을 받아 立法當局으로 하여금 立法을 강제하게 하는 것이 一般的으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 立法者의 地位에 갈음하게 되어 헌법재판소의 限界를 벗어나게 된다고 할 것이다” 라고 하면서 “따라서 立法不作爲에 대한 헌법재판소의 재판관할권을 극히 限定的으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인바, 생각건대 헌법에서 基本權保障을 위해 法令에 明示的인 立法委任을 하였음에도 立法者가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 憲法解釋上 특정인에게 구체적인 基本權이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 行爲義務 내지 保護義務가 發生하였음이 명백함에도 立法者가 전혀 아무런 立法조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며, 이 때에는 立法不作爲가 憲法訴願의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다”라고 밝히고 있다.

IV. 司法作用에 대한 憲法訴願

무엇이 法人가를 判斷하고 宣言하는 作用을 司法이라 하고 司法의 대표적인 것이 法院의 裁判이다.⁸⁹⁾ 法院의 裁判에 의하여 基本權이 침해된 경우 이를 憲法訴願의 대상으로 할 것인가에 대하여 憲法裁判所法 制定過程에서 많은 논란이 있었으나⁹⁰⁾ 우

89) 金學成, 전계논문 p.229

90) 자세한 내용은 法務部 法務資料 제95집, 金學成, 전계논문 p.183이하 참조.

리 法은 法院의 裁判을 憲法訴願의 對象에서 제외하였다(\$68 ①).

(1) 裁判訴願禁止의 原則

헌법소원의 대상에서 ‘法院의 裁判을 제외’한다는 의미는 무엇인가. 이에는 司法作用 一體排除說, 司法節次的 基本權侵害 包含說 등이 있다.

a. 司法作用 一切排除說

이는 法院에서 裁判과 관련하여 행하여지는 모든 作用이 헌법소원의 대상에서 제외된다는 견해이다. 이에 따르면 裁判과 관련한 司法行政作用에 의해 기본권이 침해된 경우에도 헌법소원의 대상으로 할 수 없으며, 더 나아가 法院의 裁判을 통하여 구제받을 수 있는 것이면 그것도(處分等) 헌법소원의 대상에서 제외된다고 한다.

b. 司法節次的 基本權侵害 包含說

이는 예컨대 法院이 헌법 제27조 1항에 규정된 ‘憲法과 法律에 定한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利’와 같은 司法節次上的 基本權을 존중하지 않음으로써 직접 기본권을 침해하는 경우는 전형적인 기본권침해에 해당하고 公權力作用이 분명하므로, 이와 같이 裁判이 憲法이 부여한 ‘司法節次的 基本權’을 침해한 경우에 局限하여 憲法訴願의 對象으로 삼자는 견해이다.⁹¹⁾

c. 結論

裁判이란 재판기관의 判斷 또는 意思表示로서 이에 의하여 訴訟法上 一定한 效果가 發生하는 法院의 訴訟行爲이다.⁹²⁾

91) 崔光律, 헌법재판소법의 입법방향, 法務資料 제95집 p.44

㉔ 따라서 裁判機關으로서의 法院 또는 法官의 行爲인 점에서 法官 이외의 司法機關인 法院事務官등이나 執達官의 行爲와는 구별된다. 즉, 法院事務官에 의한 執行文의 付與(民事訴訟法§479, §480), 執達官에 의한 押留禁止物의 認定 등은 裁判이라 할 수 없고 보통 處分이라고 하며(民事訴訟法 §209), 이들 기관의 處分에 대하여는 소정의 不服節次(異義·抗告 등)를 거친 뒤에는 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이다.⁹³⁾

㉕ 裁判의 종류에는 判決·決定·命令이 있다.⁹⁴⁾ 따라서 判決이나 決定·命令 자체를 訴訟物로 하여 憲法訴願을 제기함은 不可하나 裁判의 不作爲, 예컨대 裁判의 拒否나 裁判을 지지부진 늦게 하여 국민의 신속한 재판 받을 권리(헌법§27 ③)를 침해한 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 할 것이다.⁹⁵⁾

㉖ 나아가 징계처분에 의하지 않고 任命權者가 임의로 法官의 意思에 反하는 轉勤(소위 左遷)을 시킨 경우에 이는 헌법 제106조 1항에서 말하는 不利한 處分이라고 해석될 수 있고 따라서 이것도 헌법소원의 대상으로 문제될 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

㉗ 한편, 司法府의 自律的 立法權에 기해 제정되는 大法院規則의 制定이나 同規則 制定의 不作爲에 대해서도 訴願要件을 갖추는 한 다른 公權力에 의한 立法行爲 또는 立法不作爲와 마찬가지로 憲法訴願의 對象이 된다고 하겠다.⁹⁷⁾

(2) 憲法裁判所의 立場

92) 李時潤, 新版 民事訴訟法 p.659

93) 李時潤(FN 42) p.43

94) 李時潤(FN 42) p.659

95) BVerfGE 23, 288

96) 李時潤(FN 42) p.43

97) 李時潤(FN 42) p.44

a. 헌법재판소는 法院의 裁判(決定)을 대상으로 하여 제기한 사건에 대하여는 일관하여 憲法訴願의 對象이 되지 않음을 밝히고 있는바 그 例를 보면

㉞ 刑事訴訟

請求外 △△△에 대한 法源의 確定判決이 동 사건의 告訴人이며 被害者인 請求人의 憲法上 基本權을 위법하게 침해하였음을 이유로 제기한 사건에서 “살피건대, 청구의 △△△에 대한 판결에 관한 헌법소원은 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우에 해당하므로 더 나아가 살필 필요도 없이 부적법한 소원임을 면치 못할 것이다”라고 하였고,⁹⁸⁾

청구인 자신에 대한 法院判決의 量刑을 다투며 제기한 사건에서는 “이 사건 헌법소원은 刑事處罰에 관한 1審 刑量이 重하다는 法院判決에 대한 訴願이므로 부적법한 것이다”라고 하였다.⁹⁹⁾

㉟ 民事訴訟

“이 사건 헌법소원은 청구인이 大韓民國과 사이의 民事訴訟에서 패소한 判決의 效力을 다투는 것이어서 결국 法院의 裁判에 대한 訴願이므로 부적법한 것이다.”¹⁰⁰⁾

㊱ 特許訴訟

“이 사건 審判請求는 大法院 88후1137상표등록무효 사건의 判決이 부당하니 이를 시정하여 달라는 것으로서 헌법소원의 심판 대상에서 제외되어 있는 法院의 裁判을 대상으로 하고 있어 이는 부적법한 憲法訴願이다”¹⁰¹⁾

㊲ 再審

“헌법재판소법 제68조 1항에 의하면, 公權力의 行使 또는 不行

98) 헌재 1989. 2. 14. 제1지정재판부 89 헌마 9 決定

99) 헌재 1989. 4. 13. 제2지정재판부 89 헌마 43 決定

100) 헌재 1989. 3. 21. 제2지정재판부 89 헌마 41 決定

101) 헌재 1989. 11. 10. 제2지정재판부 89 헌마 250 決定

使로 인하여 基本權을 침해받은 者는 法院의 裁判을 제외하고는 憲法訴願審判을 청구할 수 있도록 규정되어 있는바, 재심判決의 取消을 구하는 이 사건 憲法訴願은 법원의 재판을 그 대상으로 하고 있어 부적법한 심판청구임이 명백하므로……”라고 判示하였다.¹⁰²⁾

㉞ 行政訴訟

行政訴訟의 경우는 아직까지 헌법재판소의 決定例가 없다. 그러나 前述한 바와 같이 行政訴訟의 對象이 된 行政處分을 訴訟物로 하여 헌법소원을 제기하면 헌법소원심판의 대상이 된다 하겠으나 行政訴訟의 判決을 대상으로 하여 同判決의 取消을 구하는 形式의 憲法訴願은 裁判訴願禁止 規定에 의하여 허용되지 않는다고 본다.

b. 한편, ××地方法院 登記公務員이 청구인이 商號를 정당한 사유없이 2년간 사용하지 아니하였다는 사유로 商號抹消登記를 함으로써 請求人의 憲法上 保障된 基本權인 財產權을 침해하였다는 이유로 헌법소원심판이 제기된 바 있으나 동 사건은 請求期間의 경과로 却下되었다.¹⁰³⁾

五. 比較法的 考察

헌법소원제도는 유럽의 西獨, 오스트리아, 스위스, 스페인, 사이프러스, 이스라엘 등에서 시행하고 있으며 아르헨티나, 콜롬비아, 멕시코, 과테말라 등 中南美 국가에서는 Amparo제도의 형태로 이를 갖고 있다. 本考에서는 우리나라와 같이 大陸法系이며

102) 헌재 1989. 11. 16. 제2지정재판부 89 헌마 245 決定

103) 헌재 1989. 7. 28. 선고 89 헌마 11등기공무원의 처분에 대한 헌법소원 이 사건 청구인은 위 등기공무원의 처분에 대하여 민사소송법 제209조 소정의 異義 節次를 거쳐 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법소원의 역사가 오랜 西獨, 오스트리아, 스위스 3개국의 例에 限定하여 살펴보기로 한다. 이들 3나라는 근접한 문화권에 속하면서고 헌법소원을 제기할 수 있는 公權力의 범위에 대하여는 各國의 태도가 다르다.

I. 憲法規定

西獨연방헌법재판소는 正義의 原則에 위반된 憲法規定도 예외적으로 憲法訴願의 대상이 될 수 있다는 입장을 보이고 있다.¹⁰⁴⁾

스위스는 聯邦憲法에 대한 憲法訴願은 허용되지 않는다. 다만, 칸톤憲法에 대하여는 學說은 헌법소원의 대상이 된다고 하나 연방재판소는 이를 허용하지 않고 있다.¹⁰⁵⁾

오스트리아는 違憲法律審査의 대상으로는 聯邦憲法律과 州憲法律을 포함하나, 헌법訴願의 대상으로는 이를 제외하고 있다.

II. 法律

西獨이나 오스트리아는 法律이 직접적으로 국민의 기본권을 침해한 때에는 憲法訴願의 提起를 허용하고 있다.

스위스에서는 聯邦法律을 憲法訴願의 대상으로 할 수 없으며, 칸톤의 法律에 대하여만 訴願의 제기가 가능하다.

III. 命令

西獨·오스트리아·스위스 모두 法規命令으로 인하여 국민의

104) BVerfGE 3, 223(232)

105) BGE 56 I 330 ; 64 I 164

기본권이 침해된 때에는 憲法訴願을 제기할 수 있다. 公布된 法規命書에 대하여만 인정하며, 行政内部的 提示에 불과한 行政命書에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없다는 점도 같다.

IV. 立法의 不作爲

西獨이나 스위스는 立法義務가 憲法規定에 의하여 명백한 경우에, 그리고 法律이 제정되었으나 不充分한 立法일 때에는 憲法訴願이 허용된다.¹⁰⁶⁾

오스트리아는 立法의 不作爲¹⁰⁷⁾ 및 行政官廳의 不作爲¹⁰⁸⁾에 대하여 모두 憲法訴願을 허용하고 있지 않다.

V. 行政行爲

行政官廳의 行政行爲에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있는 것은 3國 공통이다.

西獨이나 스위스는 法院의 裁判에 憲法訴願을 허용하고 있기 때문에 行政行爲에 대한 헌법소원은 대개 法院의 裁判(行政訴訟)에 대한 헌법소원으로 귀결된다.¹⁰⁹⁾

오스트리아는 法院의 裁判에 대한 헌법소원을 인정하고 있지 않기 때문에 行政行爲에 대한 헌법소원이 西獨이나 스위스에 비하여 중요한 意義를 지닌다.

VI. 法院의 裁判

106) BVerfGE 56, 54(70) ; BGE 60 I 364

107) VerfSlg 3744, 4213

108) VerfSlg 1628, 1924, 3942

109) 헌법소원의 補充性的 원칙에 따라 行政訴訟를 거치게 된다.

西獨이나 스위스는 法院의 裁判에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 법원의 재판은 終局裁判만을 의미하며, 中間裁判에 대하여는 終局裁判과 함께 다투어야지 獨立的으로 訴願을 제기 할 수 없다.¹¹⁰⁾ 西獨에서는 原行政處分の 基本權侵害를 주장하거나 또는 재판의 기본권침해를 주장할 수도 있는 반면에, 스위스에서는 원래의 行政處분에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없고 반드시 재판에 대하여만 헌법소원을 제기하여야 한다는 점에서 구별된다.

오스트리아는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願을 인정하고 있지 않다.

六. 結 論

I. 序

이상 살펴본 바와 같이 憲法訴願은 新憲法下의 憲法訴訟의 대표적 특색으로서 이는 立法·行政·司法 등 三權力의 行爲와 政策이 헌법에 맞으면 허용하되 헌법에 맞지 않으면 허용하지 않고, 나아가 國事가 헌법대로 되지 않으면 헌법대로 되도록 교정, 유도함으로써 憲法이 支配하는 國家社會를 이루도록 하려는 배려이다(이른바 憲法國家의 完成 : Stern).¹¹¹⁾

量的으로 質的으로 憲法裁判의 꽃이라고 할 이 제도는 독일에 있어서 基本權保障의 새 章을 연 것으로 評價되고 있거니와, 우리나라에서도 憲法訴願制度에 거는 국민들의 기대가 크다고 아

110) BVerfGE 21, 319(343) ; BGE 69 I 16

111) 李時潤 (FN 42) p.28

니할 수 없다. 이에 그동안 헌법재판소의 運用을 통하여 제기된 몇 가지 문제점에 대한 改善策을 立法 및 政策的 측면에서 提案하고자 한다.

II. 接受事務處理의 合理化-訟務審議官制度

(1) 헌법재판소가 문을 열고 憲法訴願制度가 시행된지 만 2년이 지난 1990. 8. 31. 현재 헌법재판소에 접수된 헌법소원사건¹¹²⁾은 <표 2>와 같이 모두 706件으로서 違憲法律審判事件, 法 제68조 2항의 憲法訴願事件 등을 포함한 전체件數 817件¹¹³⁾의 86.4%를 차지하고 있다. 아직은 독일과 같이¹¹⁴⁾ 濫訴를 우려할만한 상황은 아니나, 이른바 ‘어리석고 경솔한’ 소원이 상당부분을 차지하고 있어 헌법재판소를 과중한 업무에 빠지게 하는 要因이 되고 있다.

憲法訴願의 濫用防止策으로서 法이 예정하고 있는 것으로는 指定裁判部の 事前審査(\$72), 供託金規定(\$37 ②③) 등이 있으나, 이제 막 두 돌이 지난 우리나라의 現實로서는 적극적으로 국민의 憲法訴願 意志를 저하시키는 방법은 바람직하지 않다고 본다. 오히려 헌법소원제도를 널리 홍보하여 적법한 訴願을 제기하도록 유도하고, 憲法訴願審判請求書인지 단순한 민원서류에 불과한 것인지를 접수단계에서 분류하는 實質的審査權을 가진 接受擔當公務員의 배치가 요망된다.¹¹⁵⁾ 이와 관련하여 독일연방헌법재판소의 首席審議官(Präsidentialrat)¹¹⁶⁾ 제도는 우리에게 시사하는

112) 민원사건으로 분류된 件數를 포함한다.

113) 헌법재판소 심판청구현황(1990. 8. 31)참조

114) 1989. 12. 31. 현재 독일연방헌법재판소에 제기된 사건은 총 78,596건이며 이중 헌법소원사건이 75,140건으로 95.6%를 점하고 있다. 특히 1989년 한햇동안 연방헌법재판소에 접수된 사건 총 3,758건 중 헌법소원사건이 3,693건이라고 한다(98.3%). (1990. 11. 26. 자 독일연방헌법재판소의 우리 헌법재판소에 대한 통계자료회보 참조)

115) 姜敏馨(FN 25) p.193

바가 크다.

(2) 法 제17조에 의하면 事務處에 室·局·課를 두고(6항), 室에는 室長……을 두되……政策의 企劃이나 計劃의 立案 및 研究·調査業務를 補佐하는 審議官……을 둘 수 있다(7항)고 규정하고 있다. 그러므로 事務處 소속의, 또는 헌법재판소의 보조기구(117)로서 별도의 訟務審議官室을 두어 訟務審議官으로 하여금 독일의 首席審議官과 같은 기능을 담당하도록 함이(118)바람직하다고 본다.

다만, 독일의 首席審議官은 접수되는 訴願이 허용될 수 없거나 명백하게 승소할 수 없음을 指針項(Belehrungsschreiben)에 기재하여 訴願提起者에게 告知할 수 있는 바, 우리의 경우 訟務審議官에게 반드시 그와 같은 권한을 부여할 필요는 없다고 본다. 訟務審議官은 명백히 민원서류인 것을 분류하여 民願處理하며, 필요에 따라 提訴者에게 ‘指導案内’¹¹⁹⁾를 하여 그 回答에 따라 憲法訴願事件으로 이관하는 정도의 권한을 부여함이 타당할 것이다.

III. 補充性的 例外的 立法

(1) 憲法訴願은 다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 審判請求하여야 한다(法 §68 ①단서). 이를 最終性 내지 補充性(Subsidiarität)이라 하며 請求人에게 權利

116) Präsidialrat에 대한 자세한 설명은 金學成 전계논문 p.77, 78과 姜敏馨(FN 25) p.193,194 각 참조

117) 현재 헌법재판소의 보조기구로는 事務處, 憲法研究官, 憲法裁判所長 秘書室 및 常任裁判官 秘書官이 있다(헌법재판소 보조기구에 관한 규칙§2)

118) 法 제18조 2항에 의하면 室長은 2級 또는 3級, 審議官은 3級の 一般職國家公務員으로 補한다고 되어 있으나 업무의 성격상 憲法研究官으로 하여금 겸직하도록 하는 것이 좋을 것이다.

119) 민사소송규칙 §25 ① 참조

救濟를 위해 기대할 수 있는 것은 모두 시도하라는 취지이다.¹²⁰⁾

(2) 헌법재판소는 그동안 補充性的의 例外를 인정하는 決定을 몇차례 내린바 있으나 이 문제는 헌법재판소법에 補充性을 例外를 규정하는 立法을 통한 개선이 요망된다.¹²¹⁾ 이와 관련하여 독일과 우리 헌법재판소의 判例上 補充性的의 예외로 인정되는 경우를 보면

a. 法規에 대한 직접적인 憲法訴願¹²²⁾

b. 行政訴訟의 對象이 되지 않는 公權力의 行使 또는 不行使¹²³⁾

c. 大法院의 확립된 判例 때문에 勝訴可望性이 없는 경우¹²⁴⁾

d. 事前 權利救濟節次를 거치는 것이 期待可能性이 없는 경우¹²⁴⁾

e. 작으로 事前 權利救濟節次를 거치게 되면 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우¹²⁴⁾

f. 事前 權利救濟節次를 거치게 하면 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우¹²⁵⁾

g. 사건의 해결이 당해 청구인 뿐아니라 국민 다수에 관계되는 一般的意味(allgemeine Bedeutung)가 있는 경우¹²⁶⁾ 등이다.

IV. 法律訴願의 立法

法律에 대한 憲法訴願은 다른 憲法訴願과는 그 성질이 구별되는 것이므로 별도로 規律하는 것이 바람직하다고 본다.¹²⁶⁾

120) 李時潤(FN 42) p.48

121) 同旨 : 金學成, 전계논문 p.292

122) 헌재 1989. 3. 17. 선고 88 헌마 1 決定, 1990. 6. 25. 선고 89 헌마 220 決定

123) 헌재(FN 68) 決定

124) BVerfGE 38, 139 ; 51, 150

125) 서독연방헌법재판소법 §90 ②

우리 헌법재판소는 前述한 89헌마220 決定에서 法律에 대한 憲法訴願의 要件, 請求期間 등을 밝혔거니와 이와 함께 對象範圍 등 근거조문을 立法할 것이 요망된다고 하겠다.

V. 裁判에 대한 憲法訴願의 問題

(1) 우리 法은 法院의 裁判을 憲法訴願의 對象에서 제외하였고 이의 해석에 대하여 구구한 견해가 있음은 前述하였거니와, 憲法訴願의 本質을 裁判統制 즉 司法府에 의한 基本權侵害의 防止에 두는 입장에서는 法院의 裁判을 제외한 法 제68조 1항은 헌법 제111조 1항 5호의 근본정신에 위배되는 違憲條項이라는 견해도 있다.¹²⁷⁾

(2) 생각건대, 西獨연방 헌법재판소에 계류되는 헌법 소원 件數의 80%가 裁判訴願이라 하므로¹²⁸⁾ 우리 나라에서도 이를 허용하면 엄청난 數의 訴願들이 쏟아져 들어올 것이 明苦觀火하다. 그러므로 이제 갓 두 돌이 지난 우리 헌법재판소의 현실에 비추어 全面的인 裁判訴願의 허용은 업무의 양적인 면에서도 감당하기 어려울 것이다.

따라서 裁判訴願禁止의 범위를 法院의 判決·決定·命令에 대한 訴願에 한정한다면 立法者의 意思와 憲法裁判所의 現實을 조화시킬 수 있다고 생각된다. 그러나 앞으로 3人的 非常任裁判官을 모두 常任으로 하고 憲法研究官의 數를 늘리며, 나아가 헌법재판소의 運用의 實務經驗이나 判例의 축적이 쌓이면 裁判訴願 禁止規定은 再考해 볼 여지가 충분히 있다고 본다.

126) 同旨 : 金學成, 전계논문 p.289

127) 金學成, 전계논문 p.289

128) 李時潤 (FN 42) p.43

V. 結-憲法裁判의 時代

세계는 바야흐로 1980년대에 들어와 憲法裁判의 큰 붐의 時代를 맞고 있다. 기존의 憲法裁判所는 그 裁判活動을 크게 강화시켜 나가고 있으며¹²⁹⁾ 스페인, 포르투갈, 그리이스, 과테말라, 칠레, 페루, 폴란드, 헝가리 등 많은 나라에서 憲法裁判所를 새로 설치하였다.

憲法은 문자 그대로 國家의 最高規範으로 자리잡아야 하며, 立法·行政·司法 등 3權力의 作用과 政策에 그 理想과 價値가 그대로 반영되어 憲法이 지켜지는 國家社會를 건설하는 것이 이 時代의 분명한 요청이다.¹³⁰⁾

이러한 시점에서 우리나라도 1987년 新憲法에서 憲法裁判所를 설치하여 이른바 ‘憲法이 제 機能을 하는 社會’를 지향하고 있다고 볼 때, 憲法裁判所의 관장사항 중 國民 個個人과 가장 가까운 제도인 憲法訴願을 헌법재판소의 判例와 함께 연구하는 작업은 매우 중요하다고 생각된다. 그런 의미에서 憲法이나 憲法裁判所法에 명확한 개념규정이 없는 ‘憲法訴願의 對象’에 관하여 우리 憲法裁判所의 實務와 判例를 中心으로 고찰해 본 것은 그 나름대로 의미가 있다고 할 것이다.

129) 一例로, 프랑스의 憲法評議會(Conseil constitutionnel)의 경우 현재의 예방적 규범통제권 (法律의 國會 통과 후 公布前에 合憲性 심사)에서 구체적 규범통제권까지 관장하는 것을 내용으로 하는 헌법개정 작업이 진행 중이다.
(法律新聞, 1990. 7. 9. 14면 및 7. 12. 10면 참조)

130) 李時潤, 憲法이 지켜지는 社會, 考試行政 1990. 6. p.13

國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察

辛 奉 起

研究員

- 目 次 -

- I. 序
- II. 國家的 計劃作用과 計劃範圍의 構造
 - 1. 國家的 計劃作用
 - 1) 國家的 計劃作用에서의 計劃의 概念
 - 2) 國家的 計劃作用의 範圍
 - 3) 國家的 計劃作用의 區分
 - 2. 計劃 및 計劃規範의 構造와 特色
- III. 國家的 計劃作用의 憲法的 根據와 限界
- IV. 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制 : 統制規範과 統制
基準 및 統制範圍의 問題
 - 1. 概說
 - 2. 形式的 統制規範
 - 1) Bonn基本法 및 聯邦憲法裁判所法에서 許容되는 統制規

範

- 2) 特히 國家的 計劃에 대한 憲法訴願과 관련하여
3. 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制의 基準
4. 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制의 範圍

V. 國家的 計劃에 대한 憲法的 統制의 限界

VI. 結語

I. 序

社會國家原理를 천명하고 있는 오늘날의 憲法體系下에서 計劃은 國家活動의 전체영역에서 이루어지고 있으며 따라서 現代國家를 計劃國家¹⁾로 지칭할 정도로 계획의 중요성이 강조되고 있다. 이러한 현상은 수많은 計劃立法이 제정되고 있는 점에서 찾을 수 있다. 그런데 國家的 計劃이라는 것은 이제까지 國家組織 內部的 高유의 작용으로서만 인식되어 왔었기 때문에 計劃에 의하여 개인의 權益 내지 基本權이 침해되었을 경우에는 權利救濟의 실효성을 확보하기란 대단히 어려웠던 것이 사실이다. 또한 國家的 計劃은 國家 곧 計劃主體가 가지는 計劃上的 形成의 自由(planerische Gestaltungsfreiheit) 때문에 사실상 原告가 申告하기 힘들다는 점과 計劃確定은 이미 完成된 事實(vollendete Tatsache)을 의미하게 되기 때문에 權益救濟의 실효성을 거두기가 어렵다는 한계가 있다는 점이 일반적으로 인정되고 있다.²⁾

이러한 한계 때문에 國家的 計劃에 대한 權利救濟確保가 쉽지 않다고 하더라도 計劃에 의한 個人的 基本權侵害, 특히 財產權侵害는 그로써 긍정될 수는 없는 것이며 나아가 計劃作用이 憲法上的 限界를 넘어서 행하여질 수도 있다는 점에서 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制가 요청되는 것이라 하겠다. 그런데 국가적 계획이라 함은 종래 行政計劃을 의미하는 것으로 보아 왔고³⁾ 따라서 行政法領域에서 주로 논의되어 온 것이지만, 處分的

1) 許營, 行政計劃法의 基本問題, 月刊考試 1981년 6월, 18면(19면); 石琮顯, 一般行政法(上), 463면; 金道稔, 一般行政法論(上), 313면; 辛奉起, 計劃裁量 및 衡量命令理論에 대한 再檢討, 考試研究 1989년 12월, 174면 등 참조.

2) Hoppe, Das Öffentliche Bau-und Bodenrecht(ÖffBauBoR), Rn. 179 ff; 石琮顯, 新土地公法論(1988), 124면; 金南辰, 行政法 I (1988), 255면; 金道稔, 一般行政法論(上)(1988), 323면.

性格을 가지지 않는 그러면서도 直接·間接적으로 개인의 權益을 侵害하는 國家的 計劃이 많이 있다는 점을 인식한다면 行政 爭訟으로 해결할 수 없는 여러 문제점들이 존재할 수가 있으며 그러한 문제는 上位의 憲法 및 憲法原理에 기초하여 해결되어야 할 것이다.

計劃에 대한 憲法的 統制問題는 아직 출발점을 찾지 못하였거나 또는 이제 막 論議의 출발점에 서는 것이 우리의 현실⁴⁾인 것을 생각한다면 비록 때늦은 감은 있지만 憲法領域에서 國家的 計劃에 대한 統制問題를 논함은 시기적으로 적절한 것이 아닌가 생각된다. 以下에서는 西獨(獨逸)에서의 國家的 計劃作用과 憲法의 관계 및 그 統制에 대하여 살펴봄에 그 범위를 한정하며, 우리나라의 國家的 計劃作用과 관련하여서는 다음기회에 논하기로 한다.

II. 國家的 計劃作用과 計劃規範의 構造

1. 國家的 計劃作用

3) 洪井善, 憲法과 政治, 29면.

4) 洪井善(FN.3), 30면 ; 徐元宇, 國家計劃의 法律的 諸問題, 司法行政, 1974. 7. 21면이하.

현재까지 憲法的 觀點에서의 論議로는 다음의 것을 들 수 있다 : 「...우리 제도 아래서 憲法訴願의 대상이 될 수 있는 것은 지극히 제한된 몇 가지 사항에 불과하다고 할 것이다. ...셋째, 역시 行政訴訟의 利益이 부인되어온 '計劃的 行政作用'(도시계획, 행정계획, 가옥대장상의 지목변경등)에 의해서 기본권의 침해를 받은 경우, ...등이 바로 그것이다.」(許營, 韓國憲法論, 1990. 824면 주2). 「行政計劃은 그 自體 取消訴訟의 對象이 될 수 없으나 이런 行政計劃이 직접 國民의 基本權을 侵害한 때에는 憲法訴願의 對象이 될 수 있다.」(金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 서울大 法學博士學位論文, 222면).

「行政計劃에 의하여 特定人의 憲法上 基本權이 侵害될 때에는 憲法訴願의 對象이 될 수 있다 할 것이다. 다만 普通 行政計劃은 特定人의 權利義務와 關係없는 것이 普通이며 特定人의 權利義務와 關聯이 있을 때에 處分의 行爲로서 行政訴訟의 對象이 될 수 있으므로 (大法 1982. 3. 9. 宣告 80누05) 憲法訴願의 補充性的 問題로 歸結되어 實際的 意味는 거의 없다 하겠다.」(趙圭政, 行政作用에 대한 憲法訴願, 法律的 違憲決定과 憲法訴願의 對象(憲法裁判研究 제1권 憲法裁判所), 471면.)

1) 國家的 計劃作用에서의 計劃의 概念

國家에 의한 計劃은 오늘날 國家活動의 거의 모든 領域에서 다양한 行爲形態와 상이한 內容으로 이루어지고 있다. 즉 國家的 計劃은 計劃立案者·受範者·內容·效力·法的 拘束力 등에 따라 다양하게 구분되어 질 수 있기 때문에 統一的·包括的인 計劃概念을 정의하기란 쉽지가 않다. 그렇기 때문에 종래 國家的 計劃을 정의함에 있어서 法的으로 明確히 概念定義를 할 수 없으며⁵⁾, 따라서 計劃은 法的 概念이 아니라는 主張이 있어왔던 것이 사실이다.⁶⁾ 나아가 계획의 개념정의를 시도하더라도 計劃이 法治國家의 傳統的 體系上 어디에 속하게 될 것인가를 알아보는 것은 결코 쉬운 문제가 아니다. 이러한 이유로 하여 計劃概念은 일반적으로 「統合概念」(Sammelbegriff)으로 인식되고 있다.*

計劃에 대한 西獨에서의 概念定義를 보면, 計劃이란 「다양한 利益의 調整을 그 內容으로 하는 장래적 전체질서(voraus-schauende Gesamtordnung)」(Scheuner)⁷⁾, 「유연한 活動모델(flexibles Aktionsmodell)」(Kaiser)⁸⁾, 「受範者(Normadressaten)의 協力과 合意를 통하여 장래의 일정한 公共目的을 실현하고자 하는 國家(내지 行政廳)의 高權的 措置」(Redeker)⁹⁾, 「장래決定에 대한 豫備的 決定」(Luhmann)¹⁰⁾, 「장래의 目的設定과 그 目

5) Voigt, Die Rechtsformen staatlicher Pläne, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 18, 1979, 4ff.

6) Obermayer, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18(1960). 144ff. (145)

7) Scheuner, Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Planung, in: Planung I(Hrsg: J. H. Kaiser), 1965, 67ff.(73f.).

8) Kaiser, Der Plan als ein Institut des Rechtsstaats und der Marktwirtschaft, in: Planung II, 1996, 11ff(25f.).

9) Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DöV 1971, 757ff(760f.).

標의 實現을 위하여 필요한 行爲形態의 觀念的 先取行爲 (gedankliches Vorwegnehmen)」(Wolff/Bachof)¹¹⁾ 및 「일정한 時點에 있어서 상호관련성있는 다양한 個別措置(Einzelmaßnahmen)를 통해서 일정한 秩序狀態를 실현함을 목적으로 하는 國家(行政廳)의 活動」(Obermayer)¹²⁾을 의미하는 것 등으로서 다양하게 정의를 내리고 있다.¹³⁾

2) 國家的 計劃作用의 範圍

計劃概念의 정의에 따르면 대체로 計劃은 目標設定(Zielsetzungen)과 目標實現을 위한 手段의 選擇(Wahl der Mittel)에 있어서 計劃主體에게 自律權(Autontajiomie)이 보장됨을 그 特色으로 한다. 國家的 計劃作用에 있어서 目標設定-手段選擇의 自律權은 立法府와 行政府에 의하여 이루어진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 대다수의 法律은 (立法)計劃의 產物이며 행정활동 역시 計劃 및 計劃規範에 기초하여 이루어지는 것이라 할 수 있기 때

10) Luhmann, Politische Planung, Jahrbuch für Sozialwissenschaft, 1966, 271ff.(272f.).

11) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Bd. 1, 1974, §47 IX a).

12) Obermayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, in: Mang/ Maunz/ Mayer/ Obermayer, Staats-und Verwaltungsrecht in Bayern, 1975, 123ff.(267f.).

13) 이와 함께 참고로 한국에서의 行政計劃에 관한 概念定義를 살펴 볼 필요가 있다. 곧 「行政主體가 일정한 行政活動을 위하여 目的을 확정한 후 상호관련성 있는 行政手段의 조정과 종합화과정을 통하여 일정한 장래의 時點에 있어서 보다 나은 질서를 실현하기 위한 基準을 규율하는 것」(金道昶), 「상호관련성있는 전체수단을 통하여 일정한 目標의 달성을 그 내용으로 하는 行政作用」(金南辰) 및 「行政主體가 일정한 行政活動을 위한 目標을 豫測의으로 設定하고, 서로 관련되는 行政手段의 조정과 종합화의 과정을 통하여 목표로 설정된 장래의 일정한 시점에 있어서의 일정한 질서를 실현할 것을 목적으로 하는 構想 또는 활동기준의 設定」(石琮顯) 등으로 정의하고 있다. 計劃의 개념정의에 있어서는 學者에 따라서는 다소 차이가 있으나 일반적으로 行政計劃이 目標設定의 기능, 行政手段의 綜合化기능, 行政과 國民間의 媒介의 기능을 가진다는 것에는 일치하고 있다. 이러한 行政計劃에는 計劃設定過程으로서의 「計劃行政」과 그 結果로서의 「行政計劃」이 포함되는 것으로 보아야 한다.

計劃過程에서는 관계 行政廳과 利害關係人들의 利益衡量을 위한 節次的 參與가 문제되며, 結果로서의 확정된 行政計劃은 국민에 대하여 拘束的인 法的 效果를 발생시키는 것이 보통이기 때문에 그의 法的 性質이 行政救濟의 측면에서 문제된다. 특히 行政計劃의 法的 性質은 반드시 명백한 것이 아니기 때문에 그의 규명이 法理論上 爭點이 되고 있다.

문이다. 또한 우리 憲法과 달리 Bonn基本法에서는 일부의 國家計劃을 憲法의 次元에서 명시하고 있으며 이러한計劃은 立法府와 行政府에 의하여 합동으로 이루어진다. Bonn基本法에서 명시하고 있는 國家的計劃은 곧 豫算計劃(Haushaltsplanung : 제110조)·財政計劃(Finanzplanung : 제106조 3항, 제109조 3항)·防禦計劃(Planung für den Verteidigungsfall : 제53a조 2항)·公共業務에 대한 輸廓計劃(Rahmenplanung bei Gemeinschaftsaufgaben : 제91a조 3항)·教育計劃(Bildungsplanung : 제91b조) 등이다. 基本法에 명시된 이러한 國家的計劃들을 政府의 計劃案提出이나 議會(上·下院)의 票決 등을 거쳐 최종적인 計劃確定(決定)에 이르기까지의 절차에서 議會와 政府가 공동으로 그 기능을 수행하도록 하고 있다.

그런데 社會國家·福祉國家原理를 천명하고 있는 現代國家의 憲法 -특히 여기에서는 Bonn基本法- 에서는 위에서 본 바와 같은 豫算·防禦 등 예외적인 일부의計劃만을 명시하고 있고 이는 곧 權力分立 및 國家機能 상호간의 牽制와 均衡이라는 정책적 차원에서 인정되고 있는 것이다. 그러나 이를 제외한 대부분의 國家的計劃은 Bonn基本法에 명시하고 있지 않으며¹⁴⁾ 이러한 경우에는 그것이 三權으로부터 독립된 第4權力(Vierte Gewalt)¹⁵⁾이라든지, 순수한 行政作用(genuin exekutivische-Tätigkeit)¹⁶⁾이라든지, 의회의 單獨責務(alleinige Parlamentsaufgabe)라든지, 또는 議會와 政府가 함께 행하는 共同의 國家作用의 일부라는 등의 견해가 주장되고 있으나, 오늘날에는 國家的計劃은 基本法(GG)에서 도출되는 것으로서 立法作用과 行政作用

14) 이에 대하여는 Vitzthum, Parlament und Planung, 1978, 105ff.에서 잘 정리해 두고 있다.

15) Wender, Planung als "vierte Gewalt", 1976.

16) Fricke, Zur Mitwirkung des Parlaments bei der Regierungsplanung, DöV 1973, 408f.

의 領域에서 각각 또는 공동으로 議會와 政府에 의하여 行使되는 것으로서 절충적인 입장에 서는 것이 일반적이다.¹⁷⁾

3) 國家的 計劃作用의 區分

주지하는 바와 같이 國家的 計劃은 어느 하나의 특정한 行爲形態로 이루어져 있는 것이 아니다. 그러나 計劃作用에 대한 統制規範(Kontrolleröffnungsnormen)은 곧 國家作用의 특정한 法的 行爲形態와 관련되고 이러한 각각의 行爲形態는 또한 法院 및 憲法裁判所의 審査範圍의 획정에 있어서 중대한 의의가 있기 때문에 여기에서는 특히 計劃의 行爲類型에 대하여 살펴보지 않을 수 없다.

(1) 區分基準의 多樣性

計劃은 法律¹⁸⁾, 命令¹⁹⁾, 條例²⁰⁾, 行政規則²¹⁾, 行政行爲²²⁾ 등 모든 傳統的 法形態로서 성립되고 있다. 일반적으로 立法者는 計劃法을 制定함에 있어서 개별적인 計劃의 行爲類型을 明確히 하고 있으나, 國土計劃法(Raumordnungsgesetz)이나 州計劃法(Landesplanungsrecht) 등에서 보듯이 어떠한 行爲類型 또는 어떠한 法的 性格을 가지는가에 대하여 명백히 하고 있지 않는 경우에는

17) Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, 1974, B72ff.; Herzog, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 65 Rn. 29ff.; Gaa, Planung als neue Funktion des Parlaments, 1983, 12ff.; Würtenberger, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, 256ff.

18) Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen in den Jahren 1971 bis 1985, i.d.F. von 25. 8. 1980, BGBl. I, S. 1615

19) Landesentwicklungsprogramm in Bayern(Art. 14 III bayLPIG).

20) Bebauungsplan(§10 BauGB)

21) BVerfGE 62, 86ff.(96). Krankenhausbedarfsplan als verwaltungsinternen Akt.

22) Vgl. Hoppe/Schlamann, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1981, Rn. 48.

計劃의 法的 性質糾明을 위하여는 문제가 있게 된다.

計劃의 不一致性(Heterogenität)은 위와 같은 法的 行爲類型에 있어서만 존재하는 것은 아니며 나아가 計劃은 權利救濟의 관점에서 다음과 같이 아주 다양한 區分基準에 따라 분류될 수 있다.²³⁾

- 計劃主體에 따른 區分 : 國法上 計劃(國家指導的·政治的 計劃)과 行政法上 計劃. 여기서 前者는 後者를 포함할 수 있다.
- 計劃의 強度(Intensität)에 따른 區分 : 規制計劃과 開發計劃.
- 立法權과의 關係에 따른 區分 : 立法豫備的 計劃·法創造的 計劃·法執行的 計劃·法實現的 計劃.
- 計劃의 具體化정도에 따른 區分 : 프로그램적 計劃과 處分的 計劃. 輸廓計劃과 細部計劃, 全體計劃과 專門計劃.
- 計劃의 對象에 따른 區分 : 經濟計劃·外交政策計劃·基幹計劃. 기간계획은 다시 實質的 基幹計劃(交通計劃, 水利計劃, 國土計劃), 人的 基幹計劃(學教發展計劃, 病院擴充計劃), 制度的 基幹計劃(業務分割計劃과 같은 行政組織計劃) 등으로 區分된다.
- 일정한 計劃目標가 달성되어지는 時期에 따른 區分 : 短期計劃·中期計劃·長期計劃.
- 法的 拘束力에 따른 區分 : 拘束力 計劃과 非拘束力 計劃.
- 受範者(Adressaten)에 따른 區分 : 行政內部에만 관계되는 內部指針的 計劃(業務分割計劃)·반사적으로 外部에 영향을 주는 內部指針的 計劃(土地利用計劃 : Flächennutzungs-

23) Vgl. Hoppe, Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FS 25Jahre BVerfGE, 1976, BBD. 1, 663ff.(669ff).

ngsplan) · 다른 行政主體에 영향을 주는 內部指針의 計劃
(計劃拘束的 計劃) · 外部的 效力을 가지는 計劃.

- 效力의 樣態(Wirkungsweise)에 따른 區分 : 弘報的 計劃 ·
誘導的 計劃 · 命令的 計劃

(2) 效力의 樣態에 따른 區分

여기서 특히 國家的 計劃을 그 效力樣態(Wirkungsweise)에 따라 구분하는 경우에는 弘報的 計劃, 誘導的 計劃, 命令的 計劃으로 나눌 수 있다.²⁴⁾ 弘報的 計劃(indikative bzw. informative Pläne)이란 資料의 수집 및 장래의 展望을 내용으로 하는 計劃을 말한다. 이러한 計劃에서는 국가의 目標나 管轄 및 현재나 장래의 趨勢 내지 展望에 관하여 利害關係者(私人도 포함)에게 알림으로써 그들 스스로의 계획을 수립함에 있어서 고유한 判斷資料로 삼도록 하여야 한다(例 : 政府의 經濟展望報告書), 弘報的 計劃은 拘束力을 갖지 않는다.

誘導的 計劃(influenzierende Pläne)은 홍보적 계획과 마찬가지로 利害關係者에 대한 法的 拘束力은 없으나, 그것이 일정한 目標 및 優先事項(Ziele und Prioritäten)을 확정하고 나아가 이를 租稅惠澤이나 資金支援 등을 통하여 적극적으로 계획에 적합한 활동을 하도록 장려하거나 아니면 — 計劃에 反하는 活動詩에는 — 命令的 手段이 아닌 기타의 高權的 規制手段을 통하여 租稅負擔과 같은 障礙를 줌으로써 계획을 실현하고자 하는 것이라는 점에서 홍보적 계획과는 구분되어 진다.

命令的 計劃(imperative Pläne)이란 對外的(對國民)이든 對外的(國家 · 行政組織內部)이든 일정한 拘束力을 가지는 일체의 國家的 計劃을 말한다. 즉 命令的 計劃은 모든 계획관계자에게 法

24) 辛奉起, 行政計劃과 行政訴訟的 統制, 法曹 1990년 1월 65면 ; 洪井善(FN, 3), 43면.

的 拘束力이 미치며 계획목표는 命令(Befehl) 등 強制的 手段을 통하여 法的 執行이 가능하게 된다. 다시 말해서 命令的 計劃에 있어서는 앞에서 언급한 유도적 계획을 지칭하는 「間接的 強制」(vis indirecta)의 여지가 없으며 곧바로 直接的인 國家的 命令 내지 強制權의 발동으로 넘어가게 된다. 그리고 여기서 명령적 계획이 가지는 「對內的 效力」(Binnenwirkung)이란 명령적 계획의 法的 拘束力이 당해 계획에 기속되는 行政廳에 대해서만 효력을 가지는 것을 말한다(例 : 行政規制), 또한 「對外的 效力」(Außenwirkung)이란 國家와 국가로부터 자유로운 私人이나 地方自治團體간의 관계에 있어서도 명령적으로 규율할 수 있는 효력을 말한다.(例 : 法規命令, 條例, 行政行爲), 拘束的 計劃은 또한 그것이 一般的·抽象的(abstrakt-generell)인 규율효과를 가진 條例나 法規命令 등의 형식을 취한 命令的 計劃인지 아니면 具體的·個別的(konkret-individuell) 규율효과를 가지는 行政行爲의 형식을 취하는 計劃인지에 따라서는 구분되어질 수 있다.

2. 計劃 및 計劃規範의 構造와 特色

國家的 計劃에 대하여 法規에서 규정하는 경우에 있어서 計劃規範은 다른 일반 法規範과 달리 ① 計劃의 手段을 통하여 달성하게 될 「目標」에 관해 규율하는 目的的 프로그램이란 점, ② 計劃目標의 달성에 필요한 「手段」에 관해 규율하는 점, ③ 計劃手段에 의거 計劃目標의 실현을 위한 「節次」에 관하여 規律하는 등의 構造的 特色을 가진다. 이러한 計劃規範의 特色 때문에 그것은 기타의 法規範, 즉 「○○○인 경우에는 ○○이어야 한다」고 하는 命題(Wenn-Dann-Schema)에 바탕을 둔 條件프로그램과 구별된다. 다시 말하면 計劃規範은 目的·手段을 바탕으

로 하는 命題(Zweck-Mittel-Schema)에 의하여 규율되는 「目的 프로그램」이란 점에서 종래의 研究對象이었던 條件프로그램 法規範과는 구별되는 構造上的 特性을 가진다.²⁵⁾ 計劃規範은 一般的·抽象的 指針으로서 計劃의 理念과 目的에 關係 規율하기 때문에 國家는 計劃의 理念과 目的을 실현시키기 위하여 計劃目標을 설정하게 되는데 이러한 計劃目標의 設定에 있어서 광범위한 形成의 自由(Gestaltungsfreiheit)를 가지게 된다.

이는 計劃規範에서 國家의 計劃權의 行使에 對한 基準과 程度(要件과 效果)에 對해서 規定하지 않은 채 計劃主體에게 白紙委任을 하는 것이라 볼 수 있다. 따라서 計劃官廳은 計劃規範에서 부여한 計劃責務(Planungsaufgabe)의 범위내에서 그 責務의 실현을 위하여 독립적으로 활동하게 된다.

III. 國家的 計劃作用의 憲法的 根據와 限界

國家的 計劃에 對한 憲法的 요청은 곧 法治國家原理·社會國家原理 및 基本權에서 나타난다. 計劃은 여러 가능한 목표중에서 개별적인 主要目標(Leitziele)를 선정하고 또한 優先事項(Prioritäten)의 설정을 통하여 長래의 國家活動을 형성하고 豫見할 수 있게(vorhersehbar) 함으로써 法的 安定性(Rechtssicherheit)에 기여하게 된다. 이러한 長래의 國家的 計劃에 對한 豫見可能性으로써 곧 長래의 計劃立法 및 그 法的 效果에 對한 信賴(Verlässlichkeit)가 保障되게 된다.²⁶⁾

그러나 法治國家原理는 國家的 計劃을 無限정 허용하지는 않으며 다음과 같은 一定한 行爲原則을 포함하고 있다. 즉 國家的

25) Hoppe, Planung, in: Handbuch des Staatsrechts(Hrsg.: Isensee/Kirchhof), Rn. 19 m.w. N.

26) Hoppe(FN.25), Rn. 75.

計劃에 있어서 對內的·對外的(國家內部的·對國民的) 關係에서의 法律留保·法律優位の 原則, 公私益의 正當한 衡量の 原則, 過乘禁止의 原則, 信賴保護의 原則 등이 준수되어야 한다는 것이 그것이다. 특히 正當한 衡量の 原則(Abwägungsgebot)은 그것이 憲法에 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 法治國家的 計劃의 本質에서 나오는 당연한 原理로 인정되고 있다.²⁷⁾ 正當한 衡量の 原則에 대한 侵害類型으로는 衡量の 漏落·缺陷, 調査의 漏落·缺陷, 衡量の 過誤評價, 衡量の 不平等 등을 들 수 있다.²⁸⁾ 또한 過乘禁止의 原則(Übermaßverbot)은 適合性·必要性·(협의의) 比例性的 原則을 그 내용으로 하며²⁹⁾, 특히 計劃決定에 있어서의 比例性的 原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)은 앞에서 언급한 正當한 衡量の 原則에 의하여 代置됨으로써³⁰⁾ 더 이상 - 그 用語使用에 있어서 - 比例原則에 기초한 計劃審査는 불필요한 것으로 보고 있다.³¹⁾ 그리고 信賴保護의 原則은 國家的 計劃의 變更(Planänderung)에 있어서 특히 그 의의가 있다. 信賴保護 原則은 國家的 計劃에 대한 國民의 信賴가 保護價値있는 때에 衡量の 方法을 통하여 판단을 내리게 되는 可變的 原理(variables Prinzip)라 할 수 있다.³²⁾ 여기서 계획의 恣意的 變更으로 인하여 개인의 基本權이 侵害되었다고 주장하는 경우³³⁾ 國家에게는 信賴保護價値의 與否에 대한 판단을 할 여지가 인정된

27) BVerwGE 61, 295(301) ; Hoppe(FN.2), Rn. 283; Erbguth, Neue Aspekte zur planerischen Abwägungsfehlerlehre? DVBL. 1986, 1230ff.(1231).

28) Vgl. BVerwGE 34, 301(309); hoppe, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§1 IV, V BBauG), BauR 1970, 15ff.; ders. (FN.25), Rn.96.

29) 이 原則의 憲法上 유래에 관하여는 vgl. Herzog(FN.17), Art. 20 Abschnitt VII Rn. 72 등 참조.

30) BVerwG, DVBl. 1978, 845(848) ; BVerwG, NJW 1978, 119.

31) Stern, Das Staatsrecht II, 1980, 723f.; Hoppe(FN.23), 705f.

32) Hoppe(FN.25), Rn. 98.

33) 信賴保護原則은 計劃目標變更에 대한 計劃主體(Planner)의 요청과 計劃存續에 대한 計劃에 관계된 住民(Planbetroffenen)의 保護利益(schutzwürdiges Interesse) 상호간의 正當한 「危險分擔」(Risikoverteilung)도 그 내용으로 한다. Vgl. Hoppe(FN.25), Rn. 98; Ossenbühl(FN. 17), B196.

다.³⁴⁾

또한 國家的 計劃은 社會國家原理와의 관계에서 특히 강조된다. 社會國家原理는 곧 福祉國家와 社會正義의 實現을 그 理念으로 하며³⁵⁾, 社會國家·福祉國家의 理念은 未來關聯性(Zukunftsbezogenheit)을 본질로 하는 「計劃」에 의하여 실현되는 것이다. 그런데 社會國家原理는 명백히 非社會的인 政策의 禁止를 뜻하는 消極的 意味의 것으로 일반적으로 이해되고 있다.³⁶⁾ 計劃經濟·全體主義的 社會計劃은 社會國家原理와는 병행될 수 없다.

社會國家原理와 관련하여 특히 國家的 計劃에 대한 소위 社會的 防禦(請求)權(Abwehransprüche) 이외에 國民이 어느 정도까지 國家에 대하여 保護·財政的 給付·기타의 補助·公共施設의 設置 및 기타시설의 許可에 대한 保障을 적극적으로 請求할 權利를 행사할 수 있는 것인지의 문제가 되고 있다.³⁷⁾ 이러한 문제에 대하여는 적극적 請求權에로의 基本權의 轉換을 부정하고 있는 것이 通說의 입장이다.³⁸⁾ 國家의 計劃作用에 대하여도 이러한 積極的 請求權은 부인되고 있다.

나아가 國家的 計劃은 Bonn基本法 제28조 제2항의 地方自治制度의 保障(gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie)과도 밀접한 관계가 있다. 동조항에 의하면 地方自治團體에게는 全權能性(Allzuständigkeit, Universalität)과 自己責任性(Selbstverantwortlichkeit)이 인정된다. 全權能性에는 自治立法權·自主組織法·自治行政權이 포함되는 것으로 보고 있다. 현재 西獨(獨逸)에서의 聯邦憲法裁判所 判例의 學說에 따르면 憲法上 보장된 地方自治

34) Herzog(FN.17), Art. 20 Abschnitt VII, Rn. 64; Huber, Vertrauensschutz, FS 25Jahre BVerwG, 1978, 314f.; v. Simson, Planänderung als Rechtsproblem, in Planung I(Hrsg.: Kaiser), 419.; Ossenbühl(FN.17), B196.

35) Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1970, 133f.

36) Hoppe(FN.25), Rn. 84.

37) Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, FS 25Jahre BVerwG, 91f.

38) Vgl. Hoppe(FN.25), Rn. 86.

의 保障에는 財政高權·人事高權·組織高權 등과 마찬가지로 地方自治團體의 計劃高權(Planungshoheit)도 포함되는 것으로 본다.³⁹⁾

여기서 計劃高權이란 地方自治團體가 自己責任下에 計劃을 수립할 權限을 말한다. 憲法上 보장된 計劃高權은 곧 地方自治團體가 자기 지역에 적합하게 計劃權을 행사할 수 있음을 요청하는 것이며, 따라서 上位的 國家計劃 - 全體計劃이든 專門計劃이든 - 에 대한 地方自治團體의 고유한 計劃權限이 합당한 範圍내에서 保障되어야 함을 의미하는 것이다.⁴⁰⁾ 國家的 計劃은 대체로 地方自治行政에 관계가 되는 實際上的 이유 때문에 基本法 제28조 제2항의 地方自治制의 保障은 國家計劃의 憲法的 限界를 의미하는 것으로 보고 있다.

이렇듯 國家的 計劃作用은 法治國家原理·社會國家原理 및 基本權을 根據로 現代國家憲法秩序內에서 - 여기에서는 특히 西獨(獨逸)의 憲法秩序內에서 - 긍정되는 것이지만 각각의 原理와 基本權保障·地方自治制保障의 범위에서 일정한 限界가 있음을 부인할 수 없다. 따라서 國家의 計劃作用은 이러한 限界內에서 행사되어야 한다.

IV. 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制: 統制 規範과 統制基準 및 統制範圍의 問題

1. 概說

39) BVerfGE 56, 298ff.; Hoppe(FN.2), Rn 167 ; 그 인정여부에 대하여는 辛奉起(FN.1), 176면 이하 참조.

40) 地方自治團體의 權限範圍에 관한 學說로는 傳統的 責務說·機能的 自治說·相計說 등이 있다. 申奉起(FN.1), 177면 참조.

法治國家原理은 國家作用에 대한 司法的(憲法的) 統制를 전제로 하지 않고는 그 實效를 거두기가 어렵다. 이는 國家的 計劃에 있어서도 마찬가지이나 특히 計劃은 다른 國家作用과 달리 그 발현양식(Erscheinungsformen)이 다양하기 때문에 司法的 統制도 다양하게 이루어지게 된다. 이러한 國家的 計劃의 多樣性으로 하여 이미 西獨(獨逸)에서는 計劃에 대한 統一的인 司法的 審査를 위한 체계적 작업이 시도되어 왔다. 즉 計劃에 대한 司法的 統制를 함에 있어서는 統制規範(Kontrolleröffnungsnormen)과 統制基準(Kontrollmaßstäbe) 및 統制範圍(Kontrolldichte)로 段階的으로 구분하여 效率的 審査를 꾀하는 것이 그것이다. 여기서 統制規範이란 計劃에 대한 聯邦憲法裁判所·州憲法裁判所(및 行政法院) 등에 의한 司法的 統制가 가능한지의 여부에 대한 規律을 말하며 이러한 규범은 計劃에 대한 訴訟의 開始 및 審査權限 등을 그 내용으로 한다. 統制規範은 訴訟節次 등을 규정하는 이외에 또한 事案의 決定에 필요한 要件도 명시적으로 규율하고 있다. 따라서 憲法裁判所는 이러한 節次에 따라 決定要件을 근거로 國家的 計劃에 대한 統制를 행할 수 있는 것이다.

그리고 統制基準도 곧 憲法裁判所가 國家的 處分(公權力)의 有效·無效에 관하여 審査하는 形式的·實體的인 法的 判斷의 기초를 의미하며 또한 統制範圍는 司法的 審査權限의 範圍 및 程度, 즉 統制基準의 適用(Anwendung und Handhabung)을 뜻한다.

2. 形式的 統制規範

1) Bonn基準法 및 聯邦憲法裁判所法에서 許容되는 統制規範

計劃은 憲法訴訟의 領域에서는 관심밖의 것으로 認識되어 왔지만 최근에는 그에 대한 研究가 활발하게 이루어지고 있다.⁴¹⁾ 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制의 根據는 Bonn基準法 및 聯邦憲法裁判所法에서 찾을 수 있다. 國家的 計劃統制와 관계된 Bonn基本法 과 聯邦憲法裁判所法上的 規定은 다음과 같다 :

- 抽象的 規範統制(基本法 제93조 제1항 2호, 聯邦憲法 法 第13조 6호, 第76~79조)
- 機關紛爭節次(基本法 제93조 제1항 1호, 聯邦憲法 法 第13조 5호, 第63~67조)
- 聯邦과 州간의 權限紛爭(基本法 제93조 제1항 3호, 聯邦憲法 法 第13조 7호, 第68~72조)
- 기타 公法上的 紛爭(基本法 제93조 제1항 4호, 聯邦憲法 法 第13조 8호, 第71, 72조)
- 具體的 規範統制(基本法 제100조 제1항, 聯邦憲法 法 第13조 11호, 第80~82조)
- 憲法訴願(基本法 제93조 제1항 4a호, 聯邦憲法 法 第13조 8a호, 第90, 第92~96조)

國家的 計劃이 聯邦 및 州의 形式的 法律 또는 法規의 形態로 이루어져 있는 경우에는 抽象的 規範統制(abstrakte Normenkontrolle)의 對象이 될 수 있다. 豫算法(Haushaltsgesetz)에 대한 規範統制를 수단으로 하여 豫算計劃(Haushaltsplan)은 審査될 수 있다.⁴²⁾ 그러나 形式的으로 명백하게 法規(Rechtsnormen)로서 발령되지 않은 많은 國家的 計劃 중 法規的 性質을 갖지 않은 計劃은 規範統制節次의 對象이 되기에는 어려움이 있다. 이러한

41) Z. B. Gern/Schneider, Zur Verfassungsmäßigkeit der Unbeachtlichkeitsvorschriften bei Abwägungsfehlern nach BauGB, VBIBW 1988, 4. 125ff.

42) BVerfGE 20, 56(Partenfinanzierung); Schick, Haushaltsplan und Haushaltsgesetz vor Gericht, JZ 1967, 271ff.; ders., JZ 1974, 475f.

어려움으로 하여 이제까지 주장된 學者들의 견해를 보면 國家의 計劃作用을 規範統制의 대상으로 하기 위한 시도가 있어왔는데 특히 Redeker는 「法律을 근거로 제정된 行政規則(行政規則의 성질을 가지는 國家的 計劃)을 전통적 의미의 法規로 취급(als Rechtsnormen behandeln)」⁴³⁾할 것을 주장하였고, Wimmer는 立法者와 政府에 대하여 「앞으로의 教育計劃(Bildungspläne)과 學校發展計劃(Schulentwicklungspläne)을 法律 또는 法規命令(Rechtsverordnungen)으로서만 제정할 것이고 종래처럼 行政規則(Verwaltungsvorschriften)으로 제정하지 말 것과 計劃領域에서의 國會의 議決을 準立法行爲(quasigesetzgeberische Akte)로 성격지을 것」⁴⁴⁾을 促求하는 것들이 그것이다.

聯邦憲法裁判所 및 州憲法裁判所는 計劃統制와 관련하여 計劃節次의 준수여부에 대한 審査로서 機關紛爭節次(Organstreitverfahren)를 가능한 것으로 보아 왔다. 計劃이 形式的 法律로서 - 法律의 性質을 가지는 計劃도 포함 - 公布된 경우에는 計劃節次는 立法節次와 일치될 것이 요청되며 이와 관련하여 政府의 政策的 計劃에 대한 議會參與與否의 문제가 聯邦憲法裁判所에서 논의될 수 있다는 점을 기억할 필요가 있다.⁴⁵⁾

聯邦主義에 의거 計劃에 대한 統制는 聯邦—州간의 權限紛爭(Bund-Länder-Streitigkeit)의 형태로도 가능하다고 보고 있다.⁴⁶⁾

基本法 제93조 제1항 4문의 「기타 公法上的 紛爭」(andereöffentlich-rechtliche Streitigkeit)을 근거로서도 일정한 경우에는 憲法的 統制가 가능한 것으로 보고 있는데, 곧 다른 州가 그의

43) Redeker, Staatliche Planung in Rechtsstaat, JZ 1968, 537ff.

44) Wimmer, Über Rechtsnatur und Justiziabilität öffentlicher Bildungspläne, DVBl. 1970, 305ff.

45) Ossenbühl, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, 56ff.; Eberhard Fricke, Zur Mitwirkung der Parlamente bei der Regierungsplanung, DÖV 1973, 406ff.; a.A. Schick, Kontrolle der Planung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 1974, 475f.

46) BVerfGE 4, 115; 6, 308; 8, 122; 11, 6.

計劃作用으로서 자기 州의 憲法上 保障된 權利·義務를 침해하였음을 주장하는 경우가 이에 해당된다고 보고 있다.⁴⁷⁾

具體的 法規統制節次(konkretes Normenkontrollverfahren)는 計劃統制節次로서 聯邦 및 州의 形式的 計劃法律에 대해서만 적용될 수 있다. 法規命令(Rechtsverordnungen)에 대하여는 具體的 規範統制가 허용되지 않는 것으로 聯邦憲法裁判所는 보고 있다.⁴⁸⁾

個人的 憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)은 計劃에 대한 個人權 保護의 측면에서 「國家에 대한 國民의 특별한 權利救濟方法」이며 앞에서 언급한 다른 統制節次보다도 특히 중요하다고 할 수 있다. 개인은 일정한 경우 國家의 計劃行爲에 대하여 직접 憲法訴願을 제기할 수 있다. 그러나 憲法訴願의 補充性(Subsidiarität)의 原則에 따라 1次的 計劃內容(Planinhalt)의 合法性與否에 대하여 行政法院에 제소할 수 있으며 그 후에 비로서 計劃行爲 또는 行政法院의 判決에 대하여 憲法訴願을 제기할 수가 있다.

2) 특히 國家的 計劃에 대한 憲法訴願과 관련하여

計劃作用에 대한 憲法訴願에 있어서는 計劃이 法治國家의 形式 및 機能의 傳統的 體系에 있어서 그 分類가 힘들며 이러한 이유로 종래의 權利救濟方法과는 일치하지 못하게 된다는 점에서 憲法訴願의 肯定與否判斷이 어렵다는 것이 일반적으로 인정되어 있다.⁴⁹⁾ 聯邦憲法裁判所法 제90조 제1항의 해석에 따르면,

47) Hoppe(FN.23), 675f.

48) BVerfGE 1, 184, 189f.

49) Vgl. Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDSTRL(1960), 113ff.; Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, in: Planung III(Hrsg.: Kaiser), 21ff.(22, 23); Ossenbühl(FN.17), 160ff.

누구든지 자기의 기본권을 침해받은 자는 헌법소원을 청구할 정당한 이유가 있으나, 이러한 기본권은 모든 권리 즉 모든 주관적 공권(jedes subjektives öffentliches Recht)을 의미하는 것이 아니며,⁵⁰⁾ 기본법 제1조 내지 제17조의 “기본권”(Die Grundrechte) 제하의 기본권과 연방헌법재판소법 제90조 제1항의 기본권유사 권리를 침해받은 자만이 헌법소원 심판을 청구할 수 있다.⁵¹⁾

憲法訴願이 許容되는지의 문제는 基本法 제93조 제1항 4a호의 「公權力」(öffentliche Gewalt)의 行爲類型 및 그에 대한 - 行政訴訟과 같은 - 다른 1차적인 權利救濟의 길이 存在하는지의 與否에 대한 問題와 關係된다.⁵²⁾ 計劃行爲를 특히 法定行爲(Rechtssetzungsakte)로 보는 경우 憲法訴願의 許容要件은 訴願申請人의 關係 高權的 計劃處分으로 하여 「그 自身이(Selbst)現在(gegenwärtig) 直接的으로(unmittelbar) 關係(侵害)되는」 것을 證明할 수 있어야 한다.⁵³⁾ 이러한 세 요건 - 自己關聯性·現在關聯性·直接關聯性 - 중 어느 하나를 缺하는 경우에는 却下(zurückweisen)事由가 된다.

聯邦憲法裁判所의 裁判에 따르면 憲法訴願이 組織에 의하여 그 構成員의 利益을 代辯하는 內容으로 제기되어진 경우에는 - 例를 들면 消費者組合(Verbrauchervereinigungen) 등에서와 같

50) BVerfGE 1, 7ff.; 2, 121; 21, 367; 39, 312.

51) 이러한 기본권 및 기본권 유사권리는 다음과 같다. 즉 인간존엄의 보호(기본법 제1조), 자유권(제2조), 법률앞에서의 평등권(제3조), 종교 및 양심의 자유, 종교적 그리고 세계관적 고백의 자유, 평온한 종교적 행사의 보장(제4조), 자유로운 의사표현의 자유(제5조), 혼인과 가정의 보호·자녀양호권등(제6조), 교육권등(제7조), 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조), 통신의 자유(제10조), 이전의 자유(제11조), 직업선택의 자유(제12조), 병역의 의무와 기타 복무의무(제12a조), 주거불가침권(제13조), 소유권·상속권 보장(제14조), 재산의 보상부 공유화(제15조), 망명권, 국적·인도(제16조), 청원권(제17조), 전투원(Streitkräfte)의 가족에 대한 기본권의 제한(제17a조), 저항권(제20조 4항), 독일인의 公民同等權, 공공근무에 있어서 직업공무원제도(제33조), 연방上院의 적극적·소극적 선거권(제38조), 특별재판소(Ausnahmeggerichte)의 금지(제101조), 법정에서의 기본권(제103조) 및 자유박탈의 법적보장(제104조).

52) Vgl. BVerfGG §90 Abs. 2.

53) BVerfGE 1, 97, 101

이 - 그 組織에게 自己關聯性을 인정하지 않고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 經濟計劃과 相關한 租稅關聯法律에 의하여 第三者授惠(Drittbegünstigung)가 있는 경우 非授惠者에게 自己關聯性을 긍정하는 경향을 보여준다.⁵⁵⁾ 이와 관련하여 연방헌법재판소는 경쟁기업에 대한 납세면제(Steuerfreiheit)내지 세제상의 수혜가 소원심판청구인에게 경제적 효과가 미칠지라도 납세의무자인 청구인은 경쟁기업에 대한 조세결정을 이유로 헌법소원을 제기할 수 없다고 한 경우(BVerfGE 16, 25)가 있으나, 반대로 다른 판결(BVerfGE 18, 1)은 수혜로부터 배제된 자가 타인에의 수혜로 하여 자신의 경쟁능력(Wettbewerbsfähigkeit)이 침해되었다는 것을 이유로 하는 경우에는 타인에게 수혜를 주는 조세규범에 대한 헌법소원을 허용하고 있다.

基本法 제19조 제4항이 회복불가능한 決定을 가능한 한 넓게 排除하고자 하는 것도 그 내용으로 한다는 점을 고려할 때 計劃作用에 있어서는 直接關聯性의 要求(Unmittelbarkeitserfordernis)가 더욱 完化되어야 할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 建築詳細計劃(Bebauungsplan) — 우리의 都市計劃 —과 관련하여 聯邦憲法裁判所는 그 效果가 直接 基本權에 미침을 肯定하였다.⁵⁷⁾

마지막으로 憲法訴願의 許容을 위한 現在性(Gegenwärtigkeit)은 計劃에 있어서는 오히려 「適時性」(Rechtzeitigkeit)으로 代置되는 것으로 보인다. 計劃의 拘束性與否의 문제를 떠나 일정한 適合한 時點에 中間的(inzident) 審査를 허용함이 후에 나타날 수 있는 回復不可能한 事實關係(nicht korrigierbare praktische Verhältnisse)를 排除할 수 있다는 점에 그 이유를 들 수

54) BVerfGE 2, 292; 10, 134; 11, 30; 13, 54; 16, 147; 20, 162.

55) BVerfGE 18, 1(附加稅法); 43, 58. Vgl. u.a. BVerfGE 9, 338; 26, 100; 26, 141; 29, 268; 32, 157; 32, 173.

56) Vgl. Hoppe(FN.23), 679f.; Ossenbühl (FN.17), 176f.

57) BVerfGE, DVBl. 1985, 1126(1127); Schenke, DVBl. 1985, 1367f.

가 있다.⁵⁸⁾

3. 國家의 計劃作用에 대한 憲法的 統制的 基準

國家의 計劃作用은 다른 國家作用과 마찬가지로 憲法 및 一般法原理에 합치되어야 한다. 따라서 計劃에 있어서는 그 一般的基準(allgemeine Maßstäbe)으로서 基本權保障, 法治國家原理, 地方自治第의 保障, 比例의 原則, 事案 및 體系正當性(Sach-und Systemgerechtigkeit)의 原則, 法治國家的 衡量命令(Abwägungsgebot), 法的 廳問權(rechtliches Gehör)의 保障 및 理由附記義務(Begründungspflicht) 등이 고려되어 져야 한다. 그 이외에 각각의 計劃에 관계된 聯邦法 및 州法(Bundes-und Landesrecht)이 形式的·實質的 適法性審査를 위한 基準이 된다.

여기서 특히 計劃行政과 관련하여 보는 경우 그 統制的 基準은 「計劃上的 形式的 自由」(planerische Gestaltungsfreiheit) 및 고유한 計劃過程에서 計劃에 固有한 特性을 갖는다. 計劃上的 形成의 自由라는 用語에서 計劃主體가 計劃樹立活動時 그 行爲道具로서 「計劃裁量」(Planungsermessen)을 行使한다는 점을 분명히 알 수가 있다. 이 計劃裁量은 法律上 그 性格 및 요건에서 傳統的 行政裁量(Verwaltungsermessen)과 다르며 또한 전통적 行政裁量보다는 制限을 적게 받게 되는 것이기 때문에 그 區別에 는 어려움이 따른다. 이러한 差異는 곧 많은 計劃法規範이 다른 일반적 行政法規와는 다른 構造를 가지고 있다는 것을 의미한다. 즉 다른 法規들이 構成要件의 존재에 일정한 法的 效果를 關聯시키는 것, 즉 條件的(konditional) 性格을 가지는 반면에, 計劃規

58) Ossenbühl(FN. 17), 192f.; Voigt(FN. 5), 148f.; Hoppe(FN. 23), 681f.; Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, 54f. u. 86f.

範은 目的的(final)으로 이루어져 있다. 計劃規範은 目標를 設定하고(目的的 要素 : finale Komponente), 이 目標를 達成하기 위하여 그 手段(道具的 要素 : instrumentale Komponente)을 규정한다. 이러한 구조로 하여 계획규범에 있어서는 조건적 성격을 가진 法規에 있어서와는 달리 허용되는 決定可能性의 넓은 범위가 豫測的 節次(prognostisches Verfahren)의 계속적 적용을 통하여 장래에의 形式的 性質을 가지고 존재하게 된다. 이러한 構造的 特性은 計劃特有의 統制基準에 있어서 그리고 나아가 司法的 統制에 있어서 영향을 둔다.

이러한 實體法上的의 統制基準은 최근 심각하게 論議되는 「衡量瑕疵法」(Abwägungsfehlerlehre)과 함께 憲法上的의 自治國家原理에 그 根據를 두는 「衡量命令原則」(Abwägungsgebot)을 중심으로 발전되어 온 것이다.⁵⁹⁾

4. 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制的 範圍

國家的 計劃作用에 있어서 어느 범위에 까지 憲法的 統制가 가능하나 하는 것은 곧 政治와 憲法訴訟(裁判) 사이의 가장 중요한 문제에 해당한다. 學者들의 다수견해에 따르면 法治國家原理에 의거 個人權의 包括的 權利救濟라는 관점에서 가능한 한 넓게 憲法訴訟이 가능한 것으로 보고자 한다.⁶⁰⁾ 그러나 聯邦憲法裁判所는 구체적인 統制範圍와 관련하여서는 아직 명확한 立場을 밝히지 않고 있다.⁶¹⁾ 그런데 일반적으로 文獻에서는 基本權法 제19조 제4항의 權利救濟要請(Rechtsschutzgebot) 및 基本權

59) 그에 대하여는 申奉起(FN. 1)참조.

60) Blümel, Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, 695(700) ; Schick(FN. 45), 471f.; Stürer, Die Urteile des Verfassungsgerichtshofs für das Land NRW zum Bielefeld-Gesetz, Städte-und Gemeinderat, 1974, 138ff.(140).

61) Vgl. Hoppe(FN. 23), 709f.; BVerfGE 24, 367, 405ff. (Deichordnungs Urteil)

그 자체에서 - 法律上·事實上 - 최대한의 統制範圍(maximale Kontrolldichte)의 필요성이 도출되는 것으로 보고 있다.

그러나 計劃領域에서 볼 때에는 이러한 최대한의 統制라는 것은 「全體的」 統制(totale Kontrolle)를 의미하는 것이 아니다. 計劃에 있어서는 다양한 法的·法外的 限界에 대한 審査까지 이루어져야 할 필요가 있다.

V. 國家的 計劃에 대한 憲法的 統制的 限界

計劃에 대한 憲法的 統制에는 그 限界가 있다. 즉 먼저 憲法裁判統制는 憲法上 計劃에 허용되는 독자적인 形成의 餘地(Gestaltungsspielräume)를 고려하여야 한다는 限界가 있다. 憲法上 政治的 決定에 맡겨져 있는 부분의 介入은 權力分立原則에 대한 저축을 의미하는 것이며 따라서 憲法訴訟의 權限逾越(Kompetenzüberschreitung)에 해당한다고 보고 있다.⁶²⁾

또한 憲法裁判節次는 「理性的 基準」(rational Standards)을 기초로 하여 이루어진다는 점을 들 수 있다. 그러나 이러한 理性的 基準에 따라 計劃處分の 正確性(Richtigkeit)에 관한 판단이 불가능한 領域에서는 이는 더이상 統制決定(Kontrollentscheidung)의 문제가 아니며 여기에서는 憲法裁判官은 法統制者(Rechtskontrollleur)가 아니라 社會形成者(Sozialgestalter)의 지위에 서게 된다.⁶³⁾

마지막으로 事案構造上的 限界를 들 수 있다. 計劃이 다른 國家作用形態와 비교하여 構造的 特殊性을 가지기 때문이다. 計劃過程은 警察法 내지 秩序法 등의 領域에서의 國家作用과 비교하

62) Hoppe(FN. 23), 711f.

63) Friesenhahn, Festvortrag des. DJT(1974), DRIZ 1974, 337.

여 볼 때 다음과 같은 중대한 特殊性을 가진다.⁶⁴⁾ 즉 ① 일반적으로 승인된 統一的 基準體系의 不存在를 들 수 있다. 따라서 法院은 計劃과 관련된 문제에 있어서 當該 事案에 대한 전문가의 鑑定見解(Sachgutachten)에 전적으로 상반된 입장에 서는 경우가 자주 있다. ② 또한 計劃에는 時間的 可能性(Veränderlichkeit)이 존재한다는 것을 들 수 있다. ③ 마지막으로 計劃에 영향을 주는 요소들은 상호간에 의존적이다. 包括的 計劃에 기초가 되는 「利益모자이크」(Interessenmosaik)에서 조그마한 돌(Steinchen)을 빼어내는 경우에는 다른 모든 計劃要素들에게도 영향을 주게 된다는 점을 생각해 볼 수 있다.⁶⁵⁾

이러한 몇 가지 관점에서 볼 때 計劃은 다른 國家活動領域보다는 理性的 基準(rational standards)에 있어서 유연하게 적용된다고 할 수 있다. 따라서 國家的 計劃作用에 대한 憲法的 統制는 위와 같은 計劃固有의 特性으로 하여 그 한계가 不透明해질 수밖에 없다고 보겠다.

VI. 結 語

이상에서 國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟問題를 西獨(獨逸)을 중심으로 살펴 보았으나 目的·手段프로그램이라고 하는 計劃固有의 特性 때문에 統制의 어려움은 여전히 남는다고 하겠다. 이러한 문제점은 우리 나라에서도 마찬가지이다. 즉 우리 憲法體系下에 있어서도 과연 國家的 計劃作用이 憲法訴訟(裁判)의 대상이 될 수 있을 것인지 그리고 이를 긍정하는 경우 어느 정도까지 가능한지의 문제가 그것이다. 왜냐하면 計劃 내지 計劃規範

64) Vgl. Ossenbühl(FN. 17), 191f.

65) Hoppe(FN. 23), 712f.

이라는 것 그 자체는 「條件·結果의 模型」으로 이루어지는 종래의 法規範과는 달리 「目的·手段의 命題」로 이루어져 있기 때문에 그 目的達成을 위한 手段選擇에 있어서 國家에게 넓은 形成의 自由가 보장되어 있으며, 나아가 計劃은 어느 하나의 法形態를 갖추고 있는 것이 아니라 法律·法規命令·行政規則·行政行爲·事實行爲 등 모든 法形態를 多樣하게 취하고 있기 때문이다. 결론적으로 말하면 計劃作用에 대한 統制는 그 法的 性質 糾明과 관련하여 특히 行政訴訟에서 문제가 되는 것이나 이를 통하여 救濟되지 못한 경우에는 基本權侵害를 근거로 憲法訴訟을 제기할 수 있음은 당연한 것이라 하겠다(補充性原則).

行政計劃을 중심으로 하여 볼 때 都市計劃(決定)을 예로들면 그 하나만으로도 法的 性質을 논함에 있어서 立法行爲說·行政行爲說·獨自性說 등으로 나뉘어지고 있으며 大法院은 行政行爲說을 高等法院은 立法行爲說을 취하고 있다. 여기서 볼 수 있듯이 어느 計劃의 法的 性質과 그에 대한 統制에 있어서의 學說 및 法院의 立場은 일관되어 있다고 볼 수 없는 것이 현재의 行政法上的 計劃과 관련된 상황이라고 할 수 있다. 따라서 行政計劃에 의하여 基本權侵害가 있는 경우 그것이 處分 내지 處分的 性質을 갖는 경우에는 行政訴訟으로 그 救濟를 구할 수 있을 것이나, 法令·條例·規則 또는 事實行爲의 성질을 가지는 計劃, 즉 計劃이 處分的 性質을 갖지 않음으로써 行政訴訟의 對象이 되지 않는 경우에는 바로 憲法裁判을 請求할 수 있는 것으로 보아야 한다.

또한 都市基本計劃에 있어서도 문제가 있다. 즉 都市基本計劃은 都市計劃立案의 指針이 되는 사항을 內容으로 하여 市長·郡守에 의해 樹立되는 것으로서 建設部長官의 承認을 얻음으로써 確定되는 것이다. 그런데 都市基本計劃은 都市計劃을 수립하는

市長・郡守에게는 直接的으로 效力이 미치나 對國民的 拘束力 (Verbindlichkeit)은 갖지 않음으로써 行政訴訟의 對象이 되지 않는다. 그러나 都市基本計劃의 범위內에서 都市計劃이 수립되는 점을 생각한다면 個人的 權益侵害 내지 財產權侵害의 여지는 분명히 존재하는 것이며, 따라서 이 경우 都市基本計劃에 대한 憲法訴訟도 가능한 것으로 보아야 할 것이다.

나아가 소위 Green belt라고 불리우는 開發制限區域도 都市計劃으로 指定告示됨으로써 當該 地域住民의 財產權行使에 拘束的 際限을 가하는 것이기 때문에 憲法裁判의 對象이 될 수 있는 것이라 할 것이나, 開發制限區域 指定告示로써 當該地域住民은 財產權行使를 具體的・個別的으로 制限받는 것에 해당된다고 보는 경우에는 補充性的 原則에 의거 行政訴訟을 거친 후에 비로소 (erst nach Erschöpfung des Rechtswegs) 憲法訴願을 제기할 수 있게 된다. 또한 補償規定을 缺하고 있는 現行 都市計劃法도 그 違憲性이 문제되고 있다. 따라서 行政計劃作用과 관련하여 생길 수 있는 다양한 計劃類型에 따른 문제점은 문제된 計劃作用의 法的 性質을 行政法的 觀點에서 먼저 규명한 이후에야 憲法的으로 論議할 수 있는 문제라 할 수 있다.