

창간사

헌법재판의 경험과 학문적 연구가 축적되지 아니한 상황에서 1988.9. 19 구성된 헌법재판소는 2년 남짓의 짧은 기간에 400여건의 위헌법률심판과 헌법소원심판결정을 함으로써 헌법을 국민속에 살아 움직이는 생활 헌법으로 승화시키고 확고한 헌법수호의 의지를 표명하여 왔다고 평가되고 있습니다.

그러한 노력에 부응하여 헌법재판의 발전에 다소나마 보탬이 되고자 헌법연구관을 비롯한 전직원들도 꾸준히 연구하여 왔고 그 연구결실중 몇편을 선택하여 헌법논총 제1집을 발간하게 되었습니다.

특히 과중한 재판업무 중에도 귀중한 시간을 쪼개어 특별히 기고하여 주신 한병채·이시윤, 두 재판관님께 충심으로 감사드립니다.

또한 헌법연구관들과 직원여러분들의 어려운 업무환경 속에서도 훌륭한 논문을 작성한데 대하여 마음 뿌듯함을 느끼면서 노고를 치하하고 계속 연구에 정진하기를 기대하며 아울러 헌법논총의 창간이 헌법재판에 대한 이해의 제고와 제도의 정착에 기여할 수 있기를 기대합니다.

1990.12.

헌 법 재 판 소

사무처장 변 정 일

목 차

미국 위헌심사의 정치적 배경과 헌법재판	
의 동향..... 한 병 채	3
헌법재판에 관한 관건(I).....이 시 윤	51
명령·규칙에 대한 헌법소원.....변 정 일	75
과잉금지의 원칙	
- 특히 독일에서의 이론과 판례를	
중심으로 -..... 양 삼 승	99
진술거부권과 그 침해여부가 문제되는	
사례.....김 종 빈	143
스페인 헌법의 발전과정.....김 영 철	172
미국의 헌법재판제도와 재판에 관한	
근본이론.....손 용 근	198
위헌법률의 효력	
- 헌법재판소법 제47조 제2항의	
헌법적 검토-.....윤 진 수	248
위헌법률판결절차에 있어서 헌법재판소와	
일반법원의 헌법해석권.....정 종 섭	292
헌법소원심판의 결정유형과 효력에 관한	
고찰 -인용결정을 중심으로-...이 석 연	325
언론에 비친 헌법재판 이 재 호	361
헌법소원의 대상에 관한 소고..... 김 현 철	391
국가적 계획작용에 대한 헌법소송에 관한	
고찰..... 신 봉 기	438

미국 위헌심사의 정치적 배경과 헌법재판의 동향

한 병 채

상임재판관

- 목 차 -

I. 서 론

II. 미국의 위헌심사제도

1. 미국의 연방헌법과 연방최고재판소

가. 미합중국 건국초기의 연방과와 공화파

나. 미국 연방헌법의 특성

다. 미국 연방최고재판소의 특성

2. 미국의 이원적 사법제도

가. 연방재판소와 주의 법원

나. 재판관의 지위와 의견권

3. 존 마샬(John Marshall)의 사법적 위헌심사이론

가. 건국초기의 정치적 배경

나. 위헌심사이론

Ⅲ. 위헌심사의 전성시대

1. 연방최고재판소의 위헌심판
2. 보수적인 실제적 적법절차의 시대
3. 뉴딜정책과 연방최고재판소
4. 홈스(Holmes)재판관이 위헌심사한계론
5. 위헌심사의 이중기준론

Ⅳ. 현대 헌법재판의 동향

1. 워렌(Earl Warren)의 최고재판소의 성격
2. 사법적 립법형성이론
 - 가. 사법심사의 신성한 원칙
 - 나. 워렌(Warren) 시대의 위헌심사이론
3. 워렌(Warren) 시대의 헌법재판의 동향
4. 현 미국최고재판소의 재판동향
 - 가. 새로운 위헌심사시대
 - 나. 엄격해석론시대

V. 결 론

I. 서론

우리는 흔히 헌법재판이라고 하면 서구대륙법계의 헌법재판제도만을 생각하기 쉽고 그래서 독일의 헌법재판에 대하여 많이 논의하고 있다. 그러나 현대적 의미의 헌법재판은 오스트리아나 독일보다 100여년 전인 19세기초부터 미국의 연방최고재판소에서 시작되었음을 간과해서는 안 된다.

미국의 연방최고재판소는 일찍이 헌법의 기초자들이 만들어 낸 가장 새롭고 진기한 제도라고 말하고 있듯이 헌법재판에 가장 먼저 눈을 뜨고 있었다. 프랑스의 알렉시스 토클빌(Alexis de Tocqueville)은 1831년에 미국을 돌아보고 1835년에 발간한 그의 저서 『미국의 민주주의』(Democracy in America)에서 미국의 연방최고재판소는 일찍부터 위헌성 문제에 대하여 사법적인 심사를 하였고 정치적인 문제 역시 다루지 않는 것이 거의 없었다고 갈파하였다.

연방최고재판소는 1803년 Marbury v. Madison 사건에서 이미 다른 나라에서 찾아 볼 수 없는 독특한 사법적 위헌심사이론을 전개하여 대륙법계의 대법원과는 근본적으로 다른 대심제도로써 위헌심사권을 가진 헌법기관으로서의 지위를 확립하여 왔다.

이것은 건국 초기 연방최고재판소의 기능과 임무를 찾아내는데 있어서 리상과 이론을 겸비한 정치인이며 연방주의자인 아담스대통령 밑에서 연방국무장관을 역임한 존 마셜(John Marshall)재판소장의 지도력에 의한 것이었다. 펠릭스 프랭크furter(Felix Frankfurter)재판관이 “법률은 인간의 모든 관심사를 취급한다”라고 하였듯이 미국에서는 그 헌정사에서 각 시대의 정치적 헌법적 논쟁거리들은 모두 연방최고재판소의 재판에 회부되어 심판되어 왔다.

그리고 연방헌법은 정치적 사회적 여러 문제들을 어김없이 헌법사항이 되도록 하여 연방최고재판소에서 위헌심판을 하도록 보장하여 온 것이다.

연방최고재판소는 처음부터 연방법과 주법 및 정부의 명령과 처분이 위헌이라고 해석되면 이를 무효화할 수 있는 권한을 가지고 정책형성에 관여하는 헌법기관으로 출발한 것이다. 미국의 연방최고재판소는 일반 민·형사재판에 중점을 두는 다른 나라의 대법원과는 달리 국가의 관심사가 되는 중요하고 논쟁의 여지가 있는 헌법사건을 심리하고 판단하여 온 것이다. 그리고 헌법해석권을 통하여 헌법상 기본권을 직접적으로 침해하는 의회 또는 행정부의 의사를 효과적으로 무효화할 수 있었다.

이는 건국초기의 존 마셜 재판관장으로부터 시작하여 조잡한 판결이라고 비판을 받은 태니(R. B. Taney) 재판소장의 악명높은 Dred Scott 판결로서 노예제금지를 내용으로 하는 법률을 위헌이라고 무효선언하여 남북전쟁의 한 원인 되기도 하여 위헌심판제도에 대하여 많은 비판을 받은 시대가 있었다. 그러나 이러한 역사적 과정을 거쳐 화이트(E. D. White)와 태프트(W. H. Taft) 재판소장 시대에 와서는 위헌심판의 전성시대를 이루어 보수적인 헌법재판의 전통을 확립하였다. 그 후 워렌(Warren) 재판소장 시대의 신사법적극주의의 시대를 거쳐 현 롱퀴스트재판소장의 소극적 사법심사주의에 이르기까지 모두에 해당되는 말이다.

그것은 현 연방최고재판소가 매년 직접 접수하는 5,000여건 중에서 사건이송명령장 허가절차에 의하여 헌법적인 주요 정책적 사건 약150건만을 선정하여 심판하고 있는 것을 보아도 이를 알 수 있다.

이러한 미국 연방최고재판소의 성격에 대하여 잘 알지 못하고

일반적으로 다른 나라에서도 일반 대법원이 사법적 위헌심사권을 가지기만 하면 된다는 피상적인 이해와 형식적 논리를 가지고 이를 모방하여 만든 각국의 사법심사제도가 모두 실패하고 있는 것은 당연한 귀결이라 할 것이다.

여기에서 독일과 이태리, 스페인 등 서구 대륙법계 국가에서는 1920년대의 주요 문제형 위헌심사방식인 추상적 규범통제를 기본으로 한 오스트리아 헌법재판제도에다가 미국식 전제문제형 위헌심사방식인 구체적 규범통제를 도입하고 새로이 헌법소원제도를 가미한 오늘날의 헌법재판소를 두게 된 것이다. 그 중에서 독일의 제도가 가장 기본적인 모델로 알려져 있다.

그러므로 헌법재판제도를 올바르게 이해하고 운용하려면 미국의 위헌심사제도를 이해하고 그 동향을 살펴보지 않을 수 없다.

II. 미국의 위헌심사제도

미국의 사법심사라 하면 의회의 제정법률이나 행정부의 법규 집행이 헌법에 위배되는가 여부를 심사하는 위헌심사 뿐만 아니라 우리 법원이 일반행정처분의 위법성여부에 대하여 심리하는 우리의 행정소송에 해당하는 것까지 포함한다고 보는 것이 보통이다.

그러나 헌법재판이론에서 말하는 사법심사는 공권력에 대한 사법적 통제의 작용인 위헌심사를 의미하는 것이므로 통상의 헌법재판을 뜻하는 것이라고 말할 수 있다.

1. 미국의 연방헌법과 연방최고재판소

가. 미합중국 건국초기의 연방파와 공화파

미국의 연방헌법과 연방최고재판소의 사법적 위헌심사는 연방주의에 입각한 연방체제를 유지해 온 역사적, 정치적 배경과 깊은 관련을 맺고 있다. 여기에서부터 미국의 최고재판소는 일반 단일국가(예 우리나라와 일본, 대만 등)의 대법원과는 근본적으로 다르다는 것을 먼저 인식하지 않으면 안 된다. 미국은 50개의 독립된 주권과 권력분립제도를 가진 나라(주)가 합하여 연방국가의 형태를 갖춘 합중국이며 각 주마다 삼심제와 일반민사·형사·행정사건의 최상급법원의 기능을 주로 하는 대법원을 가지고 있다. 그렇기 때문에 연방최고재판소는 일반국가의 대법원과는 달리 미국의 연방주의를 강화하고 연방헌법을 지키는 관할권을 가진 독특한 대심제도의 역할을 하고 있다. 따라서 그 성격이나 기능은 헌법재판소와 유사한 점이 더 많다는 것을 유의하여야 한다.

미국 연방최고재판소의 사법적 위헌심사는 연방제를 유지하고 수호하는데 기여했고, 초기 존 마셜 재판소장이 남긴 불후의 공적도 연방체제의 수호였다. 미국의 초대 대통령인 조지 워싱턴과 제2대 대통령이 된 아담스는 건국초기에 초대 대통령과 부통령으로서 미국의 연방국가를 건설하기 위해 공헌한 사람이고 연방주의를 지켜가기 위해 연방파를 결성하여 주권존중을 주장하는 반연방주의파인 조오지 클린턴과 제퍼슨이 주도한 공화당과 1792년 선거에 격전을 치르기도 했다. 그러나 1800년 아담스의 후임으로 공화파인 제퍼슨이 다음 대통령이 되자 아담스 대통령은 그의 퇴임 시에 연방사법부의 판사들은 연방파 일색으로 임명하였다. 이러한 연방파와 공화파의 대립이 격심한 정치적 상황에서 마아베리 사건이 일어나게 된 것이다.

건국초기 연방최고재판소가 위헌 판결을 한 주헌법과 주법률은 위헌선언된 연방법률의 약 7배에 이르렀고 그 판결이유도 연방최고재판소가 주법에 대해 위헌무효를 선언할 수 없다면 미국의 연방제는 무너지게 된다는 생각에 기초하고 있었다(Abraham, The Judicial Process, 1968; Mason & Beaney, American Constitutional Law, 1968).

나. 미국 연방헌법의 특성

미국 연방헌법은 미국의 건국초기에 연방규약에 서명한 13개 주의 자치에서 얻은 경험과 영국의 식민지하에서의 투쟁 및 그 독립정신에 따라 연방체제를 형성하고 이를 완성하기 위하여 성문헌법을 만들게 되었다는 특수한 역사적 배경을 가지고 있다. 물론 그 헌법은 각 주의 주권과 독립선언문에 명시된 바와 같이 국민의 재산과 자유를 보장하고 국민에 대하여 봉사한다는 국민의 기본권에 관한 것이 들어 있다. 이것이 영국의 정치문화권에 있던 미국이 영국의 불문헌법의 전통과는 달리 성문헌법을 갖게 되고 연방의회와 사법부 그리고 대통령의 권한이 영국의 의회주권에 대한 보통법(Common Law)사상이나 철학과는 다른 방향으로 발전하게 된 것이다. 따라서 미국의 사법적 위헌심사에 있어서도 Coke판사의 Dr. Bonham 사건의 판결론리와는 다른, 존 마샬의 마아베리 사건에서 보여주는 사법적 위헌심사이론이 성공할 수 있는 배경을 이루는 것이다.

미국의 헌법과 사법부를 이해함에 있어서 가장 중요한 것은 미국헌정사의 발전과정과 그 시대의 정치적 상황을 동시에 파악하여야 한다는 것이고 그래야 미국 최고재판소의 위헌심사제도를 정확하게 이해할 수 있다는 것이다. 현재 미국동부에 있는 13개주가 1776년 영국 식민지로부터 독립을 선포하면서 미합중국

이라는 명칭을 사용했다. 1781년 메릴랜드주가 마지막 13번째 련
합규약에 인준함으로써 극히 한정된 권한만을 지닌 연방정부를
창설하는 기초를 만들었다. 미국연방헌법이 기초가 된 것은 그리
한 불안스러운 상태에서 1787년 9월 17일 미국독립선언문을 채
택했던 필라델피아의 독립회관(independence hall)에서 연방의회
에 의해 제정되고 1789년 3월 4일 정식으로 성문헌법이 선포되
었다. 각 주간의 주권관계를 조절하고 련합을 강화하는 광범위한
권한과 외교, 국방, 통상 등의 긴요한 문제를 처리하는 강력한
연방정부를 수립하기 위하여 성문헌법을 만든 것이다. 이러한 연
유로 인하여 미국연방헌법은 미국연방의회(Congress)의 성격과
권능에 대해서도 영국의 의회(Parliament)와 같은 정치적인 위치
와 전권을 부여하고 있지 않았다. 연방의회에 그러한 전권을 주
지 않기 위해서 더 나아가 연방주의를 지켜가기 위해서 미국은
성문헌법을 만들었기 때문에 헌법에 위헌심사에 관한 명문규정
이 없어도 헌법에 모순되는 법률에 대한 위헌심사를 일찍부터
연방최고재판소가 행사할 수 있었다. 따라서 이러한 사법심사는
연방최고재판소 뿐만 아니라 모든 법원의 중요한 권한이 되었으
며 미국사법부와 미국헌법의 가장 기본적인 과제가 되었다.

미국 헌법제정자들의 의도는 연방대통령과 연방의회(하원과
상원) 및 연방최고재판소간의 권력분립의 원칙뿐만 아니라 연방
정부 대 주정부 상호간의 견제와 균형을 유지하는데 중점을 두
었으며 이러한 이원적 권력분립으로 연방국가를 만들어 위대한
미국을 건설하는데 있는 것이었다(Eugene Rostow, 'The Court and People
Will' in the Sovereign Prerogative(1962)).

다. 미국 연방최고재판소의 특성

미국 연방최고재판소의 사법권은 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 이러한 이원적 권력분립주의의 특성을 가지고 있었기 때문에 미국의 재판관들은 일찍부터 정치적 재판을 행사하는 위헌심사권을 확립할 수 있었던 것이다.

나아가 오늘날까지 미국의 연방주의와 자유의 특권을 유지하기 위하여 미국의 사법부는 의회제정법을 위헌으로 선언할 수 있는 강력한 권한을 행사할 수 있게 된 것이다. 그래서 미국의 사법부는 그 구성원인 판사의 헌법상 차지하는 위치와 권위를 지극히 존중하고 판사 개개인에 대한 성장과정과 자유주의사상을 대단히 중요시하며 또한 재판관에 대한 사회적 신뢰와 존경도 따라야 한다고 생각하고 있다. 미국의 판사들은 대륙법계의 판사들과는 달리 광범위한 사회문제를 다루고 있기 때문에 판결문을 작성함에 있어서도 단순한 형식론리나 전문지식의 조작이 아닌 장문의 수려한 수필식 문장으로 쓴다는 것도 유의하여야 할 것이다.

이러한 연방헌법의 특성과 연방주의의 역사적 배경을 고려하지 않고는 미국의 사법심사제도를 올바르게 이해할 수 없다. 미국의 최고재판소를 일반대법원 또는 최고법원과 동일시하여 헌법재판을 일반 대법원의 재판과 같은 차원에서 다루고 연구한다면 제도적으로 뿐만 아니라 헌법재판을 이해하는데 중대한 과오를 범하게 될 것이다. 따라서 미국의 위헌심사제도를 그대로 자기 나라의 사법부에 모방하는 식으로 도입하여 위헌심사를 한다면 실패할 수밖에 없다. 거기에도 법실증주의 사고에 굳어 있는 일반 법조인이 일반사건을 다루듯 형식적으로 헌법과 법률 사이의 논리적 해결만으로 풀어간다면 그것은 헌법재판이 될 수 없고 그렇게 하기 위하여 미국의 위헌심사제도가 도입된다면 그 제도와 이론은 공허하며 무의미한 것이 된다는 토그빌의 명언을

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

위헌심사제도의 채택 내지 성공 여부는 각국의 그 나라 법률 문화와 역사적 배경 및 사회적 조건과 직결되는 것이다. 그래서 로웬슈타인(Loewenstein)교수는 미국식 사법심사제도의 특성을 본질적으로 이해하지 못하고 그 제도를 형식적으로 모방하여 이를 채택한 국가들은 대부분 실패할 수밖에 없다고 지적하고 있다(Political Power and Governmental Process, 1965, p. 250).

2. 미국의 이원적 사법제도

가. 연방재판소와 주의 법원

미국의 사법부는 연방최고재판소를 정점으로 하는 연방법원과 각 주마다 그 주에 소속한 독립된 사법권을 가지고 있는 이원적인 사법제도로 구성되어 있다. 연방헌법이 제정되기 전부터 각 주는 주마다 독립된 사법제도가 존재하였다. 그래서 제헌당시에 각 주 대표들 사이에 연방재판소가 과연 필요한 것이냐 그리고 각 주의 사법권과 그 위상을 어떻게 설정하느냐에 대하여 상당한 논란이 있었다.

그 타협의 결과 각 주의 독립된 사법제도는 그대로 존속시키고 연방체제에 필요한 제한된 권한만을 인정하는 연방최고재판소를 두게 되었다. 헌법 제3조에 의해 연방최고재판소를 창설하고 기타의 연방하급법원은 의회에서 제정하는 법률로서 설치하도록 하였다.

연방초기의 사법제도는 헌법에 의해 설치된 최고재판소와 법률에 의해 그 밑에 나누어진 각 지역법원(district court)으로 구

성되었다. 그후 개혁을 거듭해 현재는 연방최고재판소(Supreme Court) 밑에 고등법원에 해당하는 11개의 항소법원(Court of appeals)와 91개의 지역법원으로 되어 있고 그 외에 3개의 특별재판소(Court of special Jurisdiction)가 있다. 최고재판소를 제외한 이상의 다른 재판소는 의회에서 임의로 조정하고 설치와 폐지를 할 수 있다. 연방최고재판소의 관할 사건은 주로 (1)연방헌법, 법률 및 조약에 관한 위헌소송사건 (2)연방과 주 그리고 주 상호간의 권한쟁의사건 (3)대통령과 상하의원, 법관 등 중요 공직자의 탄핵심판사건 (4)해사 및 해양소송사건 (5)외국의 대사, 공사 등에 관한 것 (6)연방정부가 당사자가 되거나 주정부와 외국인간의 소송 등을 주로 하고 있다.

주법원과 연방법원 간에 복잡하게 형성된 관할사항은 법률로 정해져 있다. 보통 주법에 따라 발생한 사건은 그 주의 삼급심제도가 확립된 수사법부에 맡기고 원칙적으로 연방법원이 관여하거나 심리하지 않는다. 그리고 주법원은 필요에 따라 연방법원의 관할사건에 대하여 재판을 할 수 있는 주법원의 특권적인 권한을 가진다. 이와 같이 일반재판사건은 연방법원보다 주법원이 우선적 관할권을 가지도록 한 완전히 독립된 사법제도가 각 주마다 확립되어 있다. 그러므로 일반 민·형사 사건은 각 주의 대법원에서 최종적으로 확정된다. 이 이원적인 양재판제도간에 생기는 배타적이고 병행적인 관할권에 관한 규정은 대단히 복잡하다. 그리고 이 문제는 위헌심사제도를 논하는 여기에서 더 언급할 것이 아니라고 본다.

나. 재판관의 지위와 의견권

미국연방최고재판소는 재판관은 그 임기가 없는 종신제이기

때문에 어느 대통령이든 일시에 재판관 전원을 임명할 수가 없고 따라서 최고재판소를 정치적으로 활용할 수 없게 되어 있다. 대통령제임 중 한두명의 재판관을 임명한 대통령이라도 그의 뜻대로 재판소의 견해를 바꿀 수는 없었다.

재판관의 임기를 종신제로 함으로써 재판의 독립과 재판관의 신분이 헌법에 의해 완전히 보장되어 그 권위는 어느 헌법기관보다 대단한 것이다.

연방최고재판소는 헌법에 의해서 창설된 유일한 연방최고재판소이며 그 재판관에 의한 재판은 모든 국가기관이 이를 존중하여야 하며 그 재판의 결과와 내용에 대하여 다른 어떤 기관에도 다투거나 상소할 수 없다.

의회는 재판관의 임명동의와 그 정원의 수를 정할 권한과 그 관할 사건의 종류를 조정할 수는 있지만 헌법자체에 의해 부여된 최고재판소의 재판권한을 제한하거나 변경할 수는 없다. 모든 헌법기관이 그러하겠지만 특히 헌법에 의하여 그 권한과 종신의 임기가 보장되는 9명의 재판관(justice)으로 조직되는 연방최고재판소의 재판과 그 재판에 직접 관여하는 개개인의 재판관의 의견이 사회에 미치는 영향이란 대단히 큰 것이다. 그래서 대통령이 재직시 재판관을 임명할 수 있는 기회를 갖는 것을 큰 자랑으로 생각하여 재판관의 임명과 의회의 동의는 중요한 국가행사의 하나로 다루어지고 있다.

미국의 최고재판소는 초창기부터 재판관의 권위와 그 의견을 최대한 존중하여 왔기 때문에 사법심사와 재판내용이 재판관의 개성에 크게 좌우되어 왔다. 더구나 반대의견에 대하여도 판결에 명시하여 발표할 수 있도록 제도화하여 존중하여 왔다. 재판합의의 결과는 국민에게 공개하도록 하였으며 그 결정 내용과 반대의견도 모든 국민이 분명하게 알 수 있게 되어 있다. 그래서 그

합의의 성립에 있어서 5대 4 판결인 경우 재판관 1인의 판단이 사회전반에 미치는 영향과 가치는 대단히 큰 것이라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 위헌심판의 전성기에 보수적인 위헌심사에 대하여 반대론을 편 유명한 재판관이었던 John Marshall Harlan, Oliver Wendell Holmes, Louis D. Brandeis, 그리고 Benjamin Cardozo와 Harlon F. Stone의 반대론의 철학이 후대에 와서 미국의 위헌심사제도와 발전에 크게 영향을 주게 되고 이들이 남긴 반대 의견이 오늘날의 현대최고재판소(Modern Supreme Court)를 운영하는데 가장 중요한 부분을 이룬다. 그래서 이들을 흔히 “위대한 반대자”(The Great Dissenters)라고 부른다.

3. 존 마셜(John Marshall)의 사법적 위헌심사이론

가. 건국초기의 정치적 배경

미국헌정사상 위헌심사제도를 분명히 확립하여 놓은 것은 마 아베리 대 메디슨(Marbury v. Madison) 사건에서 전개한 마셜(John Marshall)의 사법적 위헌심사이론이다. 이는 정치적 이유에 의해서 우연히 발생한 역사적 사건이지만 미국의 위헌심사제의 시발을 이루는 중요한 사건이므로 그 배경과 사건의 내용을 간단히 살펴볼 필요가 있다.

미국의 건국 초기에 연방헌법이 제정되고 연방주의자인 조지 워싱턴이 대통령이 되고 존 아담스가 부통령이 되어 1789년부터 1796년까지 집권하였으나 헌법으로 통제할 국민들은 유럽 각국에서 이민 온 다양한 민족과 신앙 그리고 이해와 계층이 다른 사람들이었기 때문에 통일된 연방체제를 유지하는데 엄청난

장애가 있었다.

더구나 미국에 이민 온 대부분이 종교적 정치적 탄압을 피하거나 신분과 계급사회를 탈피하여 개인의 자유와 경제적 욕구를 충족하기 위하여 신천지를 찾아 대서양을 건너온 사람들이기 때문에 연방정부가 연방체제를 유지하는 데에 많은 취약점을 가지고 있었다. 초대 대통령 조지 워싱턴의 말을 빌리면 13개주의 연합은 모래의 끈으로 연결되어 있을 뿐이다라고 하듯이 많은 어려움을 안고 있었다.

미건국초기 당시부터 연방정부 확립을 강력히 지향하는 연방주의파와 주의 주권존중을 주장하는 반연방주의파의 대립은 심각하였었다. 이러한 상황 속에서 헌법과 법률로 연방체제를 확고히 해야 한다는 법률가이며 연방주의자인 아담스가 1796년 제2대 대통령으로 당선되어 취임하게 된다. 아담스 대통령은 자기 임기가 끝난 후에도 연방체제는 확고하게 유지되어야 한다는 정치적 소신 때문에 반연방주의 공화파인 다음 3대 대통령 제퍼슨이 취임하기 직전 연방최고재판소와 사법부를 연방파 일색으로 임명하고 퇴임하게 된다. 이와 같이 연방헌법과 정치체제의 확립에 공헌한 연방주의자인 존 아담스(John Adams)는 초대 부통령을 지냈고, 공화파인 제퍼슨(Jefferson)은 초대 국무장관을 지냈으며 이들은 모두 변호사 출신으로 제2대와 제3대의 대통령을 지냈다. 아담스는 연방국가를 건설하는데 전력을 기울여 헌신적인 공헌을 한 연방주의자이었고 제퍼슨은 미국의 독립선언문을 작성하고 인권선언과 각 주의 주권을 존중하는 반연방주의적인 것을 기본으로 헌법을 이해하여야 한다는 것을 주장한 공화주의자였다. 마아베리(Marbury)사건은 바로 이러한 연방주의파에서 공화주의파로 정권이 넘어가는 과정에서 일어났다.

미국의 3대 대통령 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 워싱

턴 대통령 밑에서 초대 국무장관으로 있을 때 국립은행의 설치 등 중앙권력을 강화하려는 해밀턴 재무장관과의 사이에 경제 및 외교정책을 가지고 격렬하게 대립했다. 제퍼슨은 연방과의 연방 정부의 권한을 확대강화하는 것을 막기 위하여 민주공화당(민주당의 전신)을 결성하여 해밀턴의 연방파에 대항함으로써 인하여 1793년에 사임한다. 그후 1796년 아담스 밑에서 부통령을 하였으나 1800년 선거에서 아담스와 대통령 선거에 경합하여 승리함으로써 제3대 대통령에 당선되자 아담스 대통령을 중심으로 한 연방파들은 공화파에 정권을 물려준 후에도 미국의 사법부를 장악하여 연방주의를 강력히 유지하려고 했다. 그래서 아담스 대통령은 임기 마지막 1개월 전에 자기의 국무장관인 마샬(John Marshall)을 공식중인 재판소장에 임명하여 겸임시키고, 한편 연방파가 지배하고 있던 의회는 법원조직법(The Judiciary Act of 1801)을 제정하여 최고재판소 재판관 정원 6인을 5인으로 감축시키고 연방파 인사 16인의 연방순회항소법원 판사를 새로 임명하고 최고재판소의 순회임무를 폐지하였다. 더 나아가 임기종료 1주일 앞두고 연방파가 다수인 의회는 콜롬비아 지구조직법을 통과시켜 신설된 콜롬비아 지구 42개의 치안판사 역시 연방파 인사 일색으로 임명하였다. 연방파의 이러한 조치로 인하여 공화파와 정치적인 충돌을 야기하게 되었다. 제퍼슨은 해밀턴이 연방 헌법을 확대해석하여 연방정부의 권한을 강화하려고 한데 대해서 대항하고 주의 주권을 존중하고 연방정부의 권한을 제한해야 한다고 주장하면서 민주공화파를 결성한 사람이기 때문에 연방파의 이러한 조치를 용서할 수 없었다 마아베리 대 매디슨(Marbury v. Madison)사건에서 원고 마아베리(William Marbery)

는 이러한 정치적 격동속에서 아담스 대통령에 의해 그 임기의 마지막 날인 1801년 3월 3일에 상원에서 인준을 받아 임명된

콜롬비아 지구의 치안관사들 중의 한 사람이다. 그러기 때문에 아담스 대통령과 국무장관 마샬이 서명한 임명장은 그들이 퇴임하는 마지막날까지 교부되지 못하였다. 그 다음날 새로 취임한 제퍼슨 대통령은 아직 전달되지 못한 임명장을 교부하지 않고 모두 무효로 처리했다.

마아베리 등 4인은 제퍼슨 대통령하의 국무장관 메디슨을 상대로 그들의 임명장을 교부해 달라고 연방최고재판소에 집행령장(Writ of mandamus)을 청구하게 된 것이다.

제퍼슨 대통령은 또한 취임한 다음해인 1802년 위의 법원조직법 폐지안을 제안하여 의회에서 통과 확정시켰다. 거기에서 마아베리 사건을 심리중에 있는 마샬 등 연방과 재판관들을 추방할 계획을 세워 탄핵을 요구하는 교서를 하원에 제출하였다. 이것은 부통령 아론 버(Aaron Burr)의 영향하에 있던 북부 공화파의 반기로 인하여 성공하지 못하자 탄핵이 유용한 도구가 아님을 깨닫고 그 사법과동은 끝이 났지만 마아베리 사건의 결정은 이같은 정치적 격동의 와중에서 탄생한 정치적 사건이었다. 아론 버는 대통령 선거에서 제퍼슨과 동수의 표가 나와 하원의 결선투표를 7일만에 걸쳐 36회기 되풀이 된 후 제퍼슨이 대통령에 버는 부통령이 된 막강한 정치지도자였다. 이와같은 정치적 격동속에서 판결 시점을 맞이하게 된 마아베리사건에서, 가령 최고재판소가 임명장을 발부하라는 판결을 한다고 하더라도 제퍼슨 정부가 이를 무시할 것이 분명하였고 따라서 최고재판소의 권위는 실추할 것이 명백하였다. 그렇다고 청구를 기각한다면 공화파의 승세에 패배당하여 연방파가 굴복하는 것이 되어 마샬은 진퇴양난의 상황이었다. 여기서 마샬이 생각해 낸 것이 미국식 사법적 위헌심사이론이었는데 이 사건에서 최고재판소 스스로가 위헌심사권을 발동하는 기발한 이론이 나오리라고 예상했던 사람은 없

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

나. 위헌심사이론

존 마샬은 마아베리 사건청구를 재판주문에서는 받아들이지 않으면서 그 이유에서 이 소송의 문제점을 열거하였다.

“원고는 그가 주장하는 임명장을 청구할 권리가 있다. 그 권리가 침해되었다면 법률은 그에게 구제를 허용하여야 한다. 그리고 그 구제는 최고재판소로부터 집행령장 발부가 될 수 있는 것이며 그 령장의 성질은 최고재판소 권한에 의하여 결정될 것이다”라고 하는 부수의견(obiter dictum)을 강조하여 예상 외의 이론을 전개하였다. 그 의견에서 “원고들이 론거로 주장하고 있는 1789년의 법원조직법 제13조는 연방최고재판소의 원심관할로서 인정할 수 없는 것을 규정하였기 때문에 연방헌법에 위반되는 것이므로 원고측의 주장은 그 이유가 성립될 수 없다”는 것이다. 최고재판소가 원심으로서 관할권을 가지는 것은 연방헌법 제3조 2항의 경우에 한하는데 이에 위반되는 법률로써 최고재판소에 원심관할권을 인정한다면 이는 위헌적 법률이 된다는 것이다. 헌법과 법률이 서로 상반되는 규정으로 충돌될 때 법원이 최고법인 연방헌법에 따라야 한다는 것을 확인선언한 것이다. 마샬은 이 결정속의 긴 판시이유(obiter dictum)에서 연방헌법의 우위성을 강조하면서도 일면 당시의 정치적 상황을 고려한 정치적인 판단을 하여 연방주의를 수호하는 근거를 마련하고 최고재판소의 권위와 위치를 지켜가는 유명한 미국식의 정치적 재판을 하였다.

공화파는 판결주문에서 승소하였지만 이 판결이유에 대하여

지극히 불만을 가졌고 반면에 마샬은 자파를 패소시켰지만 연방 제의 고수와 최고재판소의 우위확립이라는 정치적 목적을 달성할 수 있었다. 더 나아가서 마샬은 각주가 연방정부에서 이탈하지 못하도록 연방헌법기관의 권한을 강화하는 것으로 만족하였다. 그래서 이 판결은 마샬의 정치적 전략의 걸작(masterpiece of political strategy)이라고 한다. 당시의 정치적 상황에서는 “제퍼슨주의와 사상에 대한 반동인 동시에 그 시대에 적응하는 혁명적인 결단이었다(Swisher, The Growth of Constitutional Power in U.S.(1946), p.56.).

통상적인 소송절차에서 보면 마샬은 자기가 사건 당사자를 직접 임명한 사람이므로 그 재판에서 회피하여야 하는데 회피하지 않았고 또한 동 사건에 대하여 관할권이 없다고 간단하게 각하 판결하면 되는데 지나치게 극단적인 헌법해석까지 하였다는 비판도 있다. 하지만 그 재판에서 수필식의 긴 판결이유를 실시하면서 법률의 합헌성에 대한 헌법적 판단을 하여 사법심사이론을 전개함으로써 위헌심사제도의 확립에 기여했다. 여기에 기초하여 그후부터 미국 최고재판소는 헌법에 반하는 법률을 위헌·무효라고 선언할 수 있는 원칙을 확립하게 되었다(Kelly & Harlison, The American constitution, A. J. Beneridge, Life of John Marshall(1919)).

그리고 이 사건은 미국 사법부의 모든 법원이 재판의 전제가 되는 구체적 법규범에 대하여 위헌여부를 심사할 수 있는 오늘날의 미국식 사법적 위헌심사제도를 확립하는데 기초가 된 것이다.

III. 위헌심사의 전성시대

1. 연방최고재판소의 위헌심판

미국 초기의 연방최고재판소는 연방제 수호를 위해 존립했고 19세기에 들어와서는 사유재산권의 보호를 위해 헌신했다. 이를 위하여 의회가 제정한 법률 또는 대통령이나 주정부의 조치에 대하여 위헌심사를 할 수 있었다. 그리고 이러한 보수주의적인 강력한 위헌심판을 하는 경향은 19세기 전반에 걸쳐서 미국사회를 지배하고 있었다.

건국초기에는 완전한 연방제를 확립하기 위하여 사법적 위헌심사가 시작되었으나 19세기초의 태니(Rogee B. Taney)재판소장의 시대(1836~1841)에 와서는 다소 조잡한 판결이라고 평하고 있지만 개인의 기본권보장을 위하여 위헌심판을 하는 데에까지 확대하였다. 더 나아가 19세기말부터는 산업혁명, 이민의 대량 유입 등 미국사회의 급격한 변화가 일어났고 이에 적응하기 위한 의회의 립법과 행정부의 정책들이 최고재판소의 보수적인 위헌심판으로 인하여 견제를 받게 되었다. 특히 19세기말과 20세기초기의 산업혁명으로 사회구조가 바뀌는 세계적 변혁에 적응하기 위한 의회의 진보적인 경제·사회 립법을 사유재산권 침해라는 이유로 무효화시키는 위헌심판을 세계 어느 나라도 생각하지 못할 때 이미 이를 적극적으로 함으로써 위헌심사의 전성시대를 이루고 있었다. 이때의 미국 연방최고재판소의 주요한 업적은 미국 사법부의 권위를 확립한 것과 헌법재판을 통하여 보수적인 사법부가 미국을 지배하는 시대를 만들었다는 것이다. 그러나 이로 인하여 사법적 위헌심사이론에 대하여 새로운 논쟁과 반대를 불러일으키기도 했지만 그러한 과정을 거치면서 현대적 헌법재판의 모체가 되는 위헌심사의 전통과 발전을 가져오게 된다는 것을 우리는 찾아볼 수 있다.

19세기 후반은 영국 산업혁명이 꽃피우고 식민지 정책으로 서

구털강들이 세계문화를 새로이 창조하는 때이다. 이때인 1884년 22대 대통령으로 당선된 클리블랜드(Cleveland)는 뉴욕 주지사로서 남북전쟁후 처음으로 민주당 대통령으로 탄생한 것인데 철저한 보수주의자인 홀러(Melville Fuller, 1888~1910재임)를 재판소장으로 임명했다. 그리고 클리블랜드대통령은 23대 해리슨에게 낙선되고 1892년 24대 대통령으로 4년후 다시 복귀한 유일한 대통령이다. 당시는 불황이 심각하여 파업과 실업자의 급증 등 사회불안이 증대되고 농산물가격의 하락으로 농민의 분노와 물가를 안정시켜야 한다는 소리가 높았는데 1894년 철도파업이 심해지자 군대를 동원하는 등 정국은 강력한 보수주의로 굳어졌다. 그 후 불과 몇 년 사이에 최고재판소의 재판관은 보수일색으로 바뀌었다. 이때부터 최고재판소는 수정헌법 제14조를 당시 유럽의 정치사상가이며 철학자인 몽테스큐나 로크(J. Locke)의 영향을 받아 절대적인 개인주의와 자유방임주의 원칙에 입각하여 파악함으로써 개인의 사유재산과 자유를 절대적으로 보장하는 보수적인 철학으로 헌법을 해석하기 시작하였다.

개인주의와 자유주의 경제철학에 사로잡힌 최고재판소의 보수적 성향으로 인하여 금세기초인 1904년 26대 대통령으로 테오도르 루즈벨트(Theodore Roosevelt)가 출현하여 무력으로 파나마 운하를 지배하는 강력한 새로운 국가주의(New Nationalism)가 국민의 절대적인 지지속에 인기절정을 이루고 있었는데도 최고재판소는 이를 과감하게 견제를 했고 1912년과 1916년에 당선된 28대 윌슨(Wilson)대통령의 평화주의적 사상주의(Liberalism)도 무시하고 그에 따른 조약의 위헌무효를 선언했다.

이러한 보수적인 흐름 속에서 세계 제1차대전이 발발하고 독점금지정책 등 혁신적이고 진보적인 국가정책을 주장하는 정치적 상황이 대두하고 있었다. 1902년과 1916년에 각각 최고재판소

재판관으로 임명된 홈즈(Holmes)와 브랜다이스(Brandeis)는 이러한 시대적 요구와 흐름을 외면해서는 안된다고 보수주의를 재판경향에 강력하게 반대를 하였으나 보수적인 위헌심판을 막을 수는 없었다. 그 때의 재판들을 보면 대담한 헌법재판을 하였음을 알 수 있다. 개인의 자유와 재산권에 대한 보수적인 절대주의 사상으로 홀리(Fuller)재판소장 시대에 연방법에 대한 15건의 위헌결정이 있었다. 그리고 Fuller시대에 가장 보수적인 재판관이었던 화이트(White)가 재판소장이 된 후인 1910~1921년에는 13건의 위헌심판이 있었고 제27대 대통령을 지낸 태프트(William Howard Taft)재판소장 시대인 1921년~1930년에는 13건의 연방 의회에서 제정한 법률에 대하여 보수적인 실체적 적법절차를 내세워 위헌심판으로 무효화하는 헌법재판을 했다. 가장 보수적이고 독점자본의 대변자라고 칭하던 태프트 재판소장이 1930년에 병사하고 1931년 그의 후임으로 등장한 휴즈(Hughes) 재판소장 시대에도 전임자의 강력한 보수성은 그대로 계속되었다. 특히 휴즈 재판소장의 시대인 1931년~1937년은 세계적인 경제 대공황으로 미국의 경제에까지 그 여파가 밀어 닥쳤는데 로사분규까지 심각하게 번져 경제적 사회적으로 극심하게 불안한 시대였다. 이를 해결하기 위하여 1933년에 당선된 프랭클린 루즈벨트 대통령의 뉴딜정책을 강력하게 추진하는데 필요한 립법에 대해서까지 Hughes 최고재판소는 적극적으로 위헌을 선언하는 등 16건의 연방법률에 대한 위헌판결이 있었다. 이 시대에 다루어진 주요한 사건들을 보면 의회에서 제정한 법률을 무효화시키는 데에 지나치게 과감했다고 평하듯이 헌법재판의 전성시대를 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 인상적이다.).

2. 보수적인 실체적 적법절차의 시대

제1차 대전후 파리를 방문한 윌슨대통령은 국제연맹규약을 가지고 귀국하였으나 1920년 3월 상원에서 그 비준을 거부당하는 등 미국의 전통적인 몬로주의로 회귀하고 있었다. 윌슨 대통령의 리상주의는 국민이 싫증을 느끼고 있었던 때라 당시의 강력한 보수세력에 의하여 정치적으로 밀려났다. 1920년 공화당은 후보란립으로 담배연기 자욱한 방에서 타협 후보로서 행운을 얻는 하딩(Harding)이 다음 29대 대통령으로 압승하여 취임하자마자 그의 선거 총참모인 테프트(William Howard Taft)를 재판소장에 임명하였다. Taft는 1908년 27대 대통령을 지낸 정치적 거물인데 그 대통령선거에서 선거공약으로 개인의 자유와 사유재산의 절대적 보장을 내세우고 실체적 “적법절차에 의하지 아니하고는 재산권을 박탈당하지 않도록 보장하기 위한 방패(bulwark)로서 최고재판소를 유지하는 것보다 더 중요한 국내문제는 없다”고 유설하여 무명의 하딩을 60.3%의 득표를 얻는 대승을 하게 한 사람이다. 그리고 하딩 대통령은 정치적 선임 대통령인 테프트의 의견에 따라 나머지 다른 공석에도 확고한 보수파 재판관으로 다수세력을 구축하였다. 그렇게 하여 정치적 지도력을 갖춘 테프트 재판소장에 의해 보수적인 실체적 적법절차의 시대를 확립하여 강력한 위헌심판을 하였다.

다만 그 와중에서도 1924년 30대 대통령으로 공화당 출신 쿠올리지(Calvin Coolidge)가 당선되고 그에 의하여 1925년에 진보적 성향을 가진 스톤(Halan Stone)재판관이 임명되어 그 보수세력에 반대하게 된다. 그래서 보호세력에 반대하는 Holmes-Brandeis-Stone 3인은 진보적 반대론자로서 유명하였고 이들 반

대세력의 강력한 주장이 있음에도 불구하고 Taft 재판소장은 그의 최고재판소를 ‘초립법부(Super-Legislature)’라고 평을 하듯이 정치적으로 강력하게 몰고 갔다. 수많은 주법과 연방법을 ‘적법절차’ 위반이라는 이유로 과감하게 위헌판결을 하였다. 이를 두고 일부에서는 “위헌의 축제”(Carnival of Unconstitutionality)시대라고 비꼬았고 홈스(Roscoe Pound Holmes)재판관은 자기가 속해 있는 연방최고재판소를 “하늘 높은 줄 모르고 마음대로 위헌무효를 선언한다”고 강력히 비판하였다.

이러한 보수적 적법절차 시대의 헌법심판은 당시의 사회·경제문제를 해결하려는 립법부에서 제정과 법률과 행정부의 중요한 정책들을 위헌으로 무효를 선언함으로써 개혁의지를 무산시키는 것이었다. 1920년대에 미 공화당 정권하에서 미국사상 초유의 번영과 호경기를 누렸다. 경제의 자유방임, 행정의 간소화, 저세율로 국민의 부담도 적은 시대였다. 보다 많은 사치와 낭비가 추구되는 반면 다수민중의 빈곤추방을 력설하는 때였다. 그에 따라 진보적인 립법들이 제정되었으나 최고재판소에 의해 거부 당하자 당시 상원의 진보적 지도자들은 9명의 최고재판소재판관이 500여명의 상·하원의원 전체보다도 더욱 강력하고 최고재판소의 위헌심판을 신랄하게 비판하기도 했다. 더구나 이러한 정치적 상황에서 1929년 세계적인 경제 대공황이 뉴욕 월가에 휘몰아쳐왔다. 그것이 곧 전국으로 번지게 되어 미국은 건국이래 처음 겪는 경제적 사회적 난국을 맞게 된다. 이를 해결하기 위한 방안으로 뉴딜정책을 제창한 프랭클린 루즈벨트(Franklin Delano Roosevelt)가 1933년 미국 32대 대통령으로 당선되어 취임하게 된다.(F.D. Roosevelt는 서기 1933년~45년까지 재임한 미국 제32대 대통령이다).

3. 뉴딜정책과 연방최고재판소

후버대통령의 취임 다음해인 1929년 2월에 월가를 엄습한 경제대공황이 공화당 시대의 종언을 고하였다. 뉴욕 주지사인 프랭클린 D.루즈벨트가 민주당후보로 지명수락하면서 미증유의 경제 위기를 극복하기 위한 뉴딜정책을 제창하여 국민의 기대를 한몸에 모아 압도적인 승리를 하였다. 1932년의 F. D. Roosevelt의 대통령 당선과 New Deal 정책은 세계적으로 심각한 경제 대공황으로부터 미국을 구하려는 미국사의 새로운 장을 여는 시대였다. 뉴딜정책은 대규모의 공공사업과 광범한 농민의 보호조치 등으로 실업계의 반발을 사기는 하였으나 노동자, 농민, 흑인 등 저소득층의 절대적인 지지를 얻고 있어서 1936년 선거에서 60.8%를 득표하는 대통령 선거사상 최대의 승리를 기록하는 정치적 이변을 일으킨 정책이다. 그러함에도 불구하고 연방최고재판소는 이러한 역사적인 정치적 요구와 사회적 흐름마저 거부하였다. 보수주의 재판관이 주도하는 당시 휴즈(Hughes)최고재판소는 1935~1936년 사이에 무려 13개의 뉴딜(New Deal)법률 개인의 자유와 사유재산권의 침해라는 이유로서 위헌무효화시켰다. 그러나 이들의 재판은 그 대부분이 5대 4 또는 6대 3으로 이루어졌기 때문에 진보적인 민주당측의 심각한 정치적 반발도 있었다. 뉴딜(New Deal)정책이 연방최고재판소에 의해 위협을 받게 되자 F. D. Roosevelt는 1937년 3월 9일 “로변담화”(Fire-side chat)를 통해서 “최고재판소개혁안”(Court Packing Plan)을 제시하여 뉴딜정책에 반대하는 보수적인 재판관을 몰아내고 새로운 최고재판소를 만들려고 했다. 즉 대통령은 70세가 넘는 최고재판소 재판관은 재판을 하지 않아도 되고 그 수 만큼 재판관을 새로 추가 임명할 수 있게 한 내용의 개혁안을 의회에 제안하였다. 그러나 이것은 결국 의회가 최고재판소의 편에 서서

받아들이지 않아 실패하고 말았지만 루즈벨트는 미국선거사상 유일하게 4선을 한 가장 위대한 대통령의 한 사람이었기 때문에 그 영향은 여러 방면에 크게 미치고 있었다. 거기에다 통화 및 금융의 통제, 농민의 구제, 공공 및 개발사업의 촉진, 노동조직의 정비, 사회보장제도의 실시 등을 골자로 하는 New Deal 정책을 지지하는 진보주의자의 세력은 대단히 컸다. 뿐만 아니라 Corwin 교수와 같은 저명한 학자를 비롯한 학계도 루즈벨트 대통령과 뉴딜정책을 지지하여서 보수적인 최고재판소를 비판하는 여론조성에 큰 성공을 일으키고 있었다. 이로 인하여 최고재판소의 동향에도 크게 영향을 미치게 된다.

이러한 여론과 정치적 위협속에서 다소 중도적 견해를 대변해 오기도 한 휴즈(Hughes) 재판소장과 로버트(Roberts) 재판관이 뉴딜정책을 지지하는 진보파에 합세하여 Washington주의 최저 임금법을 5대 4로 합헌이라고 재판하게 된다(West Coast Hotel Co. v. Parrish 300 U. S. 379(1937)). 최고재판소는 바로 1년전에 이와 유사한 법률을 위헌이라고 판시하였는데 이를 번복하는 새로운 재판으로써 최고재판소가 비판세력과 대통령 및 의회와의 정치적 충돌을 피할 수 있게 되었다. 이로써 당시의 정치적 상황을 무마하는 계기가 되었기 때문에 이 재판을 “9명의 재판관을 구한 적절한 전향”(Switch-in-time that Saved Nine)이라고 평을 하였다(Moorhead v. N. Y. ex rel Tipaldo 298 U. S. 587(1936)). 그리고 이 재판을 계기로 보수적인 실체적 적법절차시대와 경제적 보수주의는 쇠퇴하고 위헌심사에는 한계가 있어야 한다는 주장과 사법심사에는 이개의 원칙(double standard)이 있어야 한다는 새로운 시대를 맞게 되는 전기가 된다.

4. 홈스재판관이 위헌심사의 한계론

홈스(Oliver Wendell Holmes)재판관은 뉴욕주지사 출신인 26대 테오도르 루즈벨트(Theodore Roosevelt)대통령에 의해 임명되었다. T. 루즈벨트 대통령은 뉴욕주지사 때에 대기업에 대한 공정과세 등으로 사회정의의 실현을 꾀하는 진보적 지사였다. 그가 대통령이 된 후에도 대외적으로는 무력으로 파나마운하를 지배하는 곤봉외교를 전개하는 등 대담한 외교를 하였고 내정에서도 스탠더드 오일사와 터바코의 트러스트의 해체, 철도의 정부통제강화, 우편저금 및 소포제의 창설 등 연방정부의 적극적이고 진보적인 대등한 정책들을 펴고 그것들이 모두 주효하여 그의 인기는 링컨에 필적할 만큼 높았다. 그러기 때문에 당시의 보수적이었던 최고재판소의 위헌재판을 견제하고 연방정부가 추진하는 진보적인 정책을 지지하는 재판관이 필요했다. 그래서 뉴욕의 명문출신이고 자기와 하버드대학 동창이며 자기의 진보적 정책을 지지하는 유능하고 명망이 있는 홈스고등법원장을 재판관으로 발탁하였다. 이러한 정치적 상황과 시대적 배경에서 출현한 홈스는 당시의 보수적인 최고재판소의 재판에 대하여 시종일관 진보적인 새로운 이론과 철학으로 반대를 한 유명한 재판관이다.

미국 재판사에서 손꼽는 그 위대한 반대론자 중에서 가장 유명한 홈스(Holmes)재판관은 뚜렷한 철학을 가진 법률가였다. 미국최고재판소의 많은 위대한 재판관들의 대부분이 정치적 인물이었는데 반하여 Holmes는 Harvard 법대를 나온 법학사(LL.B.)학위를 지닌 순수 법관출신의 최초의 최고재판소 재판관이기도 하다. 그러기 때문에 그의 인간주의적인 철학과 법이론으로 제시한 위헌심사의 이중기준을 살펴 보는 것은 미국최고재판소의 헌법재판을 이해하는데 대단히 중요하다 할 것이다.

그는 누구보다도 재판은 소송에 의한 사법적 판단이기 때문

에 립법정책에 직접 관여하거나 정치적 재판을 하여서는 안 된다고 생각하였다. 정치적 사건에 대한 사법심사권 행사에는 사법부의 비민주성으로 인하여 내재하는 위험과 한계를 가지고 있다고 하면서 재판관이 위헌심사권 행사에는 한계가 있어야 한다는 주장을 분명히 하고 강력한 보수적인 위헌심판에 대하여 항상 반대하면서 자제를 촉구하였다. 그는 보수적인 동료 재판관들이 그 한계와 자제를 무시하고 과감하게 경제 및 사회립법에 대하여까지 임의로 위헌선언을 행사하는데 대하여 확고한 신념과 이론을 가지고 강력히 반대하였다. 그는 철학을 가지고 항상 “국민의 기본권보장에 대하여는 적극적인 재판을 해야 되지만 의회와 대통령의 정책적 립법에 대하여 간섭하는 재판을 해서는 안된다”고 말했다. 그는 정책적인 법률과 기본권에 관한 법률을 나누어 합헌성 추정의 원리를 달리 보아야 한다고 했다. 그래서 자유권에 관한 사건의 판결이유에서 Holmes는 우리나라에서도 널리 알려진 그 유명한 “명백하고도 현존하는 위험”(clear and present danger test)의 원칙을 제시하여 국민의 자유를 보호하기 위한 위헌심사권 행사에는 누구보다 엄격하게 다루어야 한다고 적극적인 주장을 하는 반면 립법정책적인 사항에 대하여는 가급적 위헌의 문제로 재판에서 간섭할 사항이 아니라는 철학을 제시하였다. 이와 같이 그는 항상 국민의 기본권이 표현의 자유에 대한 판결에서는 자기의 인간주의적 철학에 의한 확고한 신념을 가지고 적극적으로 보장하여야 한다고 하여 위헌심사재판에서 지켜가야할 이개의 기준을 그의 수많은 반대이유에서 명백하게 제시하였다(Schenck v. U. S., 249, U. S. 47(1919)).

홈스재판관의 반대이유를 종합하여 보면 민권 분야에서의 적극주의와 경제·사회립법 분야에서의 적극주의라고 하는 위헌심사의 이론적 근거는 권력분립주의에 두고 있음을 찾아볼 수 있

으며, 또한 그의 이중기준(double standard)의 철학은 민주주의의 기본원리에 입각하고 있음을 엿볼 수 있다. Holmes의 판결문은 철학적이고 사변적이었는데 그의 논지에는 수많은 사실과 자료로 가득차 있었다.

보수적인 동료들이 진보적인 사회·경제립법을 사유재산의 신성한 권리의 보장을 이유로 무효화하는데 대하여 Holmes와 Brandeis가 한결같이 반대하였던 것은 정책적인 사회·경제 립법이나 정치적 문제에 대하여는 국민의 대표기관의 의회의 권한에 속하는 사항이므로 이를 존중하여야 한다는 권력분립주의의 원리에 대하여 확고한 신념과 철학을 가지고 있었기 때문이다. 그래서 Holmes와 Brandeis는 사법자제론의 요소와 적극주의자의 요소를 겸비했던 위대한 재판관이었으며, 또한 위헌심사의 한계를 아는 사법적 정치가(Judicial statesman)였다고 한다(물론 Brandeis는 Ashwander 판결에서 헌법판단회피의 준칙을 제시하기도 했다(Gunther-Dowling, Constitutional Law, pp.142-143)).

5. 위헌심사의 이중기준론

위헌심판 전성시대의 보수적인 헌법재판의 확대에 대하여 항상 반대한 홈스와 브랜다이스재판관들의 반대론의 철학은 휴즈 재판소장 시대의 스톤(Halan stone)재판관에 의해서 완성된다.

1930년대에 New Deal 립법인 농업조정법(A.A.A.)을 위헌이라고 판시한 U. S. v. Butler에서 Stone 재판관은 다음과 같은 유명한 반대의견을 제시했다. 의회에서 제정한 법률을 위헌이라고 선언할 수 있는 재판소의 권한은 사법심사에서 무시할 수 없는 두 개가 원칙에 입각하여야 한다. 먼저 재판소의 위헌심사는 법률을 제정하는 권력행사가 적법하게 이루어졌는가 하는 적법

절차에만 중점을 두어야 하며, 그 법률내용의 타당성이나 합리성에 속한 립법정책적인 문제에까지 깊이 관여하여서는 안된다는 것이다. 다른 하나는 행정부나 립법부의 권력의 위헌적 행사에 대하여 사법적 제한(Judicial restraint)을 할 때에는 권력분립주의의 원칙에 따라 사법부에 속해 있는 재판관으로서 할 수 있는 것인가에 대하여 스스로 자제하는 자세가 있어야 한다. 립법정책적으로 잘못 제정한 법률을 폐기하는 것은 원칙적으로 재판소의 임무가 아니고 선거와 기타 정부의 민주적 절차에서 선출된 국민대표가 결정하는 것이다라는 인식을 가지고 스스로 자제하는 기본적인 자세를 갖추어야 한다는 것이다. 이것은 Stone 재판관이 위헌심사에 있어서의 두개의 기본원칙(Double Standard)을 명확히 선언한 것이라 볼 수 있다(U. S. v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144(1938)).

그리고 Stone재판관(뒤에 재판소장이 되었음)은 “정상적인 통상에 대한 규제립법은… 립법자의 지식과 경험의 합리적 기초에 근거하고 있다는 가정을 존중하여야 하며 그것이 명백하게 잘못된 것이 아닌 한 위헌으로 선언하여서는 안된다”라고 하여 의회에서 제정한 경제관계규제립법은 원칙적으로 합헌성이 추정된다고 강조하였다.

이로서 경제자유를 제한하는 경제규제립법은 합헌성의 추정을 넓게 받아들여 최대한 존중하여야 하며 인권적 자유를 제약하는 법률은 합헌성추정을 좁게 엄격히 다루어야 한다는 “이중기준”의 원칙을 명백히 확립한 것이었다(Abraham, Freedom and the Court(1972), p. 14.).

스톤(Halan Stone)재판관은 1925년 30대 쿠올리지(Calvin Coolidge)대통령에 의해 임명되었다. 쿠올리지는 1924년 선거전에서 하딩의 오직사건이 표적이 되어 곤욕을 치루었는데다가 테

프트최고재판소의 초립법부적인 위헌심판에 반대하는 의회의 분위기를 고려하여 진보적인 스톤을 임명하였다.

그후 1921년부터 1941년까지의 스톤재판관이 일관성 있게 주장하는 재판철학을 보고 1941년 F. D. 루즈벨트대통령에 의해 재판소장으로 임명되었는데 그의 재임기간인 1946년까지 그의 헌법심판의 이중기준의 원칙을 다수의견으로 헌법재판의 원칙으로 확립하였다.

그후 미국 연방최고재판소가 하고 있는 이 준칙 즉 경제사회법에서는 자제하고 민권분야에서는 적극적이어야 하는 이유는 무엇인가, 그리고 법원이 이와 같이 이개의 기준을 채택하는 것을 어떻게 논리적으로 정당화할 것인가 하는 문제에 대하여 연구과제로서 많은 논란이 있었다. 이것은 법실증주의자들의 형식이론으로 볼 때 논리적으로 많은 문제가 있어서 대답하기는 어렵다. 하지만 헌법재판은 실질적 상황을 고려하여야 하는 것이므로 실제적인 필요에 의해서 미국의 최고재판소가 현실상황에 적절하게 적용하여 합리적으로 운영하고 있다. 연방최고재판소는 단순한 쟁송사건의 분쟁해결자만이 아니라, 헌법을 수호하고 시민적 자유를 효과적으로 보장한다는 영미법의 특유한 합리적 이유에서 이와 같은 원칙이 나온 것이므로 자연법사상이나 콤먼로(Common Law)이론에서 해답을 찾아야 할 것이다. 이런 유연한 헌법해석으로 연방헌법을 수호하여 옴으로 인하여 미국의 연방최고재판소는 오늘날까지 헌법의 상징(symbol)으로 추앙되고 있다. 이러한 원칙과 철학은 이론상의 문제를 떠나서 1937년 이후의 미국 연방최고재판소를 운용하는 주요한 철학으로 작용하여 왔으며 특히 Warren 재판소장 시대에 민권분야에서 자유와 평등을 보장하기 위한 새로운 헌법재판을 펴 가는 시원을 형성하는 기초적인 이론이 되고 있다는 점에 큰 의의가 있다고 할

것이다.

미국의 사법적 위헌심사제는 헌법상 명문의 근거가 없음에도 불구하고 미국 사법부가 위헌심사권을 행사하는 과정에서 이를 적극적으로 행사하여야 한다는 주장과 거기에는 한계가 있어야 한다는 주장이 서로 상호교합하면서 발전하여 왔고 이것이 오늘날의 유럽 대륙법계의 헌법재판소가 창설되고 발전하는데 크게 영향을 주었다.

IV. 현대 헌법재판의 동향

1. 워렌(Earl Warren)의 재판소의 성격

연방최고재판소는 200년이 넘는 긴 역사를 가지고 있지만 지금까지 임명된 재판관은 약 100여명에 불과하다. 재판소장도 재판 때에는 다른 재판관 8명과 함께 그 중의 1인으로 권한을 행사할 뿐이다. 그런데 이차 세계대전 후에 임명된 워렌재판소장은 현대적 헌법재판을 강력하게 확립한 대표적인 인물이다.

1953년 워렌(Earl Warren)재판소장의 취임시기는 독일, 이태리 등 유럽에서 헌법재판소가 창설되고 세계적으로 헌법재판시대가 전개되는 때여서 헌법재판 발전사에 있어 새로운 전기를 마련하는 것이었다.

워렌 재판소장 시대는 인종문제, 형사사법의 운영, 정치과정의 작용을 지배하는 중요한 정치적인 문제까지 적극적으로 관여하여 헌법재판의 원칙을 새로이 확립시켜 왔다. 미국의 사법심사제도를 헌법재판으로 활용하여 그 기능을 확대함으로써 사회적 영향은 대단히 큰 것이었다. 반면에 이 변화는 너무나 광범위하고

신속한 것이었기 때문에 최고재판소의 정당한 역할이 무엇인가 하는 사법적 위헌심사제도에 대하여 많은 비판과 새로운 논쟁을 야기시키기도 했다. 이 문제는 의회의 권한과 관계되어 의회지도자의 반발이 있었고 특히 법률가 출신인 닉슨대통령 같은 사람은 선거에서까지 이에 대하여 공격을 하고 나올 정도로 정치적으로도 비화되었다. 이것은 주로 연방최고재판소의 헌법상의 지위와 헌법재판의 기능에 관한 것이었다(Archibald Cox, *The Warren Court*, 1968). 그러나 이 시기는 유럽에서도 헌법재판제도가 현대민주사회의 유지·발전에 필수적인 제도로 확인되고 각국의 헌법이 헌법재판의 시대를 열어가고 있는 때였기 때문에 미국 최고재판소의 적극적인 위헌심판은 20세기 후반의 세계적인 헌법재판의 시대를 열어가는 데에 결정적인 의미를 갖는다.

워렌은 캘리포니아 주지사에 세번이나 당선된 공화당원이었고 그 후 공화당 내의 진보파에 대한 정치적 배려로 34대 아이젠하워(Eisenhower)대통령에 의해 최고재판소장에 임명되었다. 1952년 공화당후보로 출마한 아이젠하워는 제2차 세계대전의 영웅이었으나 정치인은 아니었다. 그는 반공정책, 한국전쟁 해결, 부패 단절 등 경제발전과 국제평화유지라는 슬로건을 내걸어 대통령에 당선되었다. 하지만 당시 정치적인 기반이 약한 아이크는 공화당내의 여러 가지 정치적 사정을 배려하여 서부에서 가장 큰 영향력을 가진 캘리포니아 주지사인 워렌을 1953년에 재판소장으로 임명하였다. 그 주지사로서의 워렌은 상당히 보수적인 정치지도자였기 때문에 진보적인 민권을 강조하는 재판관이 되리라고는 아무도 생각하지 못하였다고 한다(Murphy, *The Constitution in Crisis times*(1972)).

물론, 재판소장도 재판 때에는 재판관 9명 중의 한 사람으로 단 1표를 행사하는데 불과하므로 그 재판을 완전히 지배할 수는

없는 것이지만 워렌만은 위대하고도 탁월한 정치적 지도력을 가지고 위헌심판을 과감하게 이끌어 온 재판소장이었다. 단순한 재판관이 아니라 헌법재판의 신기원을 이루어 오늘날 미국의 위헌심사제도를 확립한 사법정치가었다고 말한다. 그가 남긴 유명한 재판들의 동향을 보면 인간의 자유와 평등에 대하여 “미국의 리상(American Dream)”을 구현하였다고들 한다. 그래서 이 시대의 변화를 가히 “헌법혁명(Constitutional revolution)”의 시대라고도 한다(Corwin, The constitutional and what it means today, 1973, p.245)

2. 사법적 립법형성이론

가. 사법심사의 신성한 원칙

워렌(Warren)재판소는 미국의 사법심사제도를 이와 같이 헌법 재판제도로 적극적으로 개혁하므로 인하여 재판을 단순히 법을 발견하고 선언하는데 그치지 않고 재판으로 립법을 형성하고 통합하는 실현작용으로 과감하게 위헌을 선언하였다. 그로 인하여 헌법재판의 본질과 기능에 대하여 새로운 인식을 갖게되고 그에 따른 새로운 립법형성이론의 문제를 제기하였다.

많은 사람은 그때까지 최고재판소는 사법부의 최고기관으로서 권력분립의 정신에 따라 법을 창조하되 그것은 제한된 범위 내에서 간격만을 채울 뿐이다라고 생각해 왔다. 재판관은 자기의 주장과 리상을 판결에 투입해서는 아니되며, 신성한 법률상의 원칙하에서 법률의 내용을 해석적용하는 재판만을 하여야 한다는 것이었다. 그래서 그 신성한 원칙(Consecrated Principle)이란 무엇인가에 대하여 집중적으로 연구가 되었다. 이러한 문제는 바로

민주사회에서의 사법부를 구성하는 법원이 찾아야 할 문제이며 나아가 헌법재판의 정당한 역할이 무엇인가 하는 원칙을 찾는 새로운 과제로서 논의하여야 할 것이라고 하였다(Cardozo, The nature of judicial Process(1921) p.113, p.141).

이 문제는 마샬(Marshall) 최고재판소에서 현대 최고재판소에 이르기까지 이론상 가장 중요한 논쟁의 대상이었으며, 미국의 재판관과 헌법학자들이 그 해답을 찾으려고 노력한 것이다. 그러나 재판관이 고귀하고 신성한 원칙만을 그 판결에 투입한다는 것은 매우 바람직한 리상이지만 미국의 사법심사의 역사가 보여 주듯 미국의 연방최고재판소는 그 신성한 원칙만을 찾는 것이 아니라 그 시대의 정신과 현실적 상황을 그 판결에 과감하게 투입하는 헌법재판을 하여왔다. 미국의 위헌심사에는 사건의 해결을 위한 사실의 확정인 판결사실 이외에 법률제정의 기초가 되는 립법형성과정의 립법사실에 대한 합리적 근거인 사회적, 경제적, 정치적 상황 등 일반 현실적 사항이 크게 고려되어 재판에 영향을 미쳐왔다. 이것이 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 사법적 립법형성이론을 확립하는 헌법재판의 새로운 이론이 되고 미국사법부의 위헌심사제도가 정착되는 근원이며 특징이라 할 수 있다(녀성의 로동시간을 규제하는 오래곤주법의 합헌논쟁에서 한 브랜다이스의 론거 Muller v. Oregon, 208, U. S.(1908)).

워렌(Warren)시대에 이르러 전개되는 새로운 헌법재판의 동향은 미국재판사상 류례가 없이 광범위한 사회적 정치적인 문제에 깊이 관여했고 그 시대의 현실적 상황들에 대하여 헌법적 정의를 실현할 수 있었던 것은 1919년 매클로치 대 메릴랜드주 사건의 판결에 기초하고 있다. 즉 『헌법은 장차 유구한 세월에 걸쳐 인간사회의 온갖 위기와 변화에도 지속적으로 적용할 수 있도록

유연하게 만들어진 것이다』라고 미국연방헌법의 유연성과 간결성을 선언하면서 최고재판소의 헌법해석과 위헌심사에는 유연하게 그 시대의 현실상황에 적응하여야 한다고 판시하였다.

이러한 헌법과 헌법재판의 유연성이 미국의 헌법을 수호하고 위헌심사제도를 발전시켜 왔다(Robert G. McCloskey, The American Supreme Court, The Univ. of Chicago Press(1960)).

나. 워렌(Warren)의 위헌심사 이론

미국의 초기 존 마셜 시대에서 시작된 사법적 위헌심사가 워렌시대에 와서 완성되었다고 할 수 있는 것은 워렌(Warren)시대의 많은 민권관계판결에서 보여준 다음 몇 가지의 새로운 헌법재판의 원칙과 이론에서 찾아볼 수 있다. 첫째, 헌법의 수호를 재판의 지상임무로 생각하였으며, 특히 개인의 자유와 권리를 보장하는 권리장전은 그 시대에 따라 변하는 것이 아닌 거의 절대적인 진리로 확립하고 있다는 것이다. 이것은 워렌 자신이 개인의 자유와 권리를 보장하는데 태만해서는 안된다는 그의 확고한 신념을 가지고 있는 데에서 나온 것임을 그의 취임사에서도 찾아볼 수 있다.

둘째, 연방최고재판소의 위헌심사에 있어서는 일반 법원과는 달리 재판을 회피하는 사항이 있어서는 안된다는 것이다. 종래에 많이 논의되던 “헌법재판회피의 준칙”을 무시하고 독창적으로 재판할 수 있다는 것이다. 정치적이고 사회적인 모든 정책적 문제에까지 헌법적 정의에 입각하여 판단되고 그 헌법의 최고성의 가치가 현실에 적용·실현되도록 재판을 하여야 한다는 것이다.

헌법재판에 있어서 요구되는 것은 새로운 “헌법재판의 선포”(Willingness to decide constitutional issues)라고 말할 수 있

으므로 이 시대의 요청에 따라야 한다는 것이다. 이러한 과제들을 헌법재판의 대상으로 광범위하게 확장하여 새로운 위헌심사 이론을 확립하였다는 것이다.

셋째, 미국사법질서를 지배하고 있는 기본적인 선판례구속원칙(Stare Decision)을 연방최고재판소의 헌법재판에서는 거의 완전히 무시하고 독창적으로 재판한다는 것이다. 헌법문제에 관한 한, 최고재판소는 종래의 판례에 구애됨이 없이 재판을 하였고 나아가 전대의 판결을 뒤엎는 작업으로 시종해서 선판례를 살펴 보아야 한다는 일반원칙은 설 자리가 없어졌다고 한다(Douglas, *We the judges*, 1956, p.429).

넷째, 헌법문제에 관한 한 최고재판소는 관할권의 유무를 스스로 결정하여 재판함으로써 관할문제로 인한 재판의 제약을 받지 않았다. 매 개정기마다 재량심사권을 행사하여 헌법상 국가적으로 중요한 사건만을 한정하여 사건을 심리한다. 재판관들은 수천 건의 사건 중 스스로 심리할 사건을 선택하는 권한이 있고 그 나머지는 사건이송명령장 허가절차에 의하여 각하되거나 이송하여 처리한다. 그로 인하여 재판으로 관여할 수 없다는 정치적 문제의 영역에 대해서도 워렌(Warren)시대에는 대폭적으로 확대되었다. 최고재판소는 정치문제에도 과감하게 관여하는 판결을 하여 이른바 “정치적 덩굴”(Political thicket)에 뛰어들었고 나아가 의회의 내부문제도 제한적이거나 최고재판소가 통제를 하게 되었다(Gunther-Dowling, *Constitutional Law*(1970), pp.577-587).

다섯째, 헌법소송에 있어서는 재판의 대상을 제한하는 당사자적격(Standing)의 요건을 엄격히 요구하지 않았다. 당사자적격의 문제야말로 소송법상의 형식요건을 가지고 재판을 배척하는 경우가 많아서 결과적으로 재판권의 한계를 가져오는 소송법상의 준칙이며 사법부의 립법부화를 방지하는 안전판이라 할 수 있었

는데, 이를 엄격하게 해석하지 않았다. 오히려 이를 고려하지 않고 재판을 통한 립법형식의 역할을 조력하는 쪽으로 그 원리가 발전함으로써 위헌심사로서 헌법재판의 기능과 범위를 확대하여 왔다는 것이다. 따라서 소비자보호단체 등 사회공공이익집단도 당사자 적격이 있는 것으로 소송요건을 확장함으로써 인하여 시민의 권리보호와 교육 및 환경법에 관한 헌법소송이 가능하도록 하였다.

여섯째, 헌법을 그 시대의 현실적 상황에 맞추어 창조적이고 적극적으로 해석하였다. 립법형성적 정책판단의 질을 높이기 위하여 새로운 이론과 경륜 새로운 정보와 전문가의 견해 그리고 특수이익집단의 리해를 조정하기 위하여 사건심리에 있어서 다양한 정책적 견해를 가진 참고의견을 청취할 수 있는 절차상의 문제를 개선하고 새로이 채택하였다. 따라서 헌법, 특히 권리장전에 대하여는 절대적인 의미를 부여하여 자유와 기본권에 대한 가치를 그 시대에 맞게 적절하게 적용함으로써 헌법규범의 최고 가치성을 재판을 통하여 과감하게 실현한 것이다.

일곱째, 무엇보다 중요한 것은 “이중기준”의 원칙을 헌법재판의 기본적 준칙으로 확립한 것이다. 이 점에서 워렌(Warren)시대의 헌법재판은 19세기말부터 New Deal 시대에 이르는 보수적 위헌심사의 전성시대와 근본적으로 다른 것이다. 이것은 새로운 시대적 요구에 입각한 현대적 의미의 헌법재판제도를 확립하는 준칙과 한계를 제시하는 새로운 헌법재판이론이라고 할 것이다.

3. 워렌(Warren) 시대의 헌법재판의 동향

워렌시대의 위헌심판에서 보여 준 이론과 그 동향은 1950년 이후 미국 뿐만 아니라 전세계의 헌법재판제도에 미친 영향이

대단히 크므로 여기에서 중요한 몇 개의 판례를 더 살펴볼 필요가 있다.

워렌(Warren)최고재판소의 진보적이고 자유주의적인 위헌심판은 일관된 철학을 가지고 민권의 전분야에 광범하게 확대하였다. 무엇보다도 공립학교에서의 흑백간의 통합을 명한 인종차별철폐는 당시의 미국내의 여론과 분위기로서는 대단히 놀라운 과격적인 결단으로 볼 수밖에 없는 그의 초기의 대표적인 재판이다 (Brown v. Board of Education at Topeka, 347. u.s. 483(1954); Coopee v. Aaron, 358. u.s. 1(1958)).

그리고 계속해서 국회의 조사기능과 언론의 자유문제, 피고인의 권리 등이 1950년대에 주로 다루어졌다. 그 중에서도 언론자유에 대한 자유주의적 판결은 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 선거구 유권자의 주권과 관계되는 인구수의 평등문제, 피의자의 인권과 관계되는 기본권 보호문제, 종교의 자유, 기타 행동적 표현의 자유에 대한 절대적인 보장문제 등 그 때에 선고된 과감한 헌법재판은 정치적 립법을 비롯하여 미국사회 전반에 크게 영향을 주었다. 이 헌법재판은 단순히 기본권 옹호 뿐만 아니라 연방최고재판소를 헌법재판소로서 그의 위상을 확립하고 헌법주의를 실현시켰으며 재판을 통하여 헌법의 현실적 실현작용을 명하는 헌법상의 의지를 심어주는 재판을 한 것으로 평가된다(Alexander v. Holmes County Board of Education, 396 u.s. 19).

이 때의 위헌심사는 지나치게 대담하고 모험적인 헌법재판으로써 사법부가 사회적인 모든 문제를 헌법으로 해결하려고 한다는 비판과 반대도 많았다. 그러나 그로 인하여 20세기 후반은 헌법재판의 시대라고 말하듯이 현대적 헌법재판의 발전에 새로운

전기를 마련하여 준 것은 부정하지 못할 것이다. 따라서 그러한 헌법재판에 대하여 찬반론쟁이 많았지만 그 결론이 어떻게 평가 되든 그것은 별개의 문제이다.

오히려 워렌(Warren)최고재판소의 이러한 새로운 헌법재판이론은 이차대전 전의 독재국가와 제국주의 식민지시대가 끝나고 자유민주국가가 세계 곳곳에서 탄생하는 시대였고 그 신생국가가 독립하는 세계 조류에 부응하는 것이라고도 할 수 있다. 그리고 국내적으로는 미국의 연방정부와 주정부의 역할이 국민의 요구와 역사의 흐름에 따라가지 못하고 중앙정부와 의회가 헌법기관으로서 해야 할 자기 과업을 다하지 못한 데에서 연방최고재판소가 그 임무를 대신할 것이라고 보는 견해가 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).

당시 미국의 의회가 국민적 사회적 욕구를 충족할 수 있는 기능을 다하지 못하여 정체상태에 빠진 민주주의의 진공(Vacuum)을 초래하였기 때문에 그것을 최고재판소가 메웠다는 정치적 배경을 가지고 있었다고 보는 견해가 많다는 것이 19세기부터 New Deal 시대에 이르는 최고재판소가 의회와 정부의 적극적인 입법정책 수행기능에 보수적인 철학을 가지고 제동을 한 보수적 적극주의와 근본적으로 다른 큰 차이점이라는 것이다.(McCloskey, The Modern Supreme Court(1972), p.358).

워렌(Warren)최고재판소를 비판하는 사람들은 재판의 한계점을 무시하고 헌법재판을 정치적으로 확대했다는 것이나 그로 인하여 미국의 사법심사와 통치방식을 크게 바꾼 것은 사실이다. 최고재판소가 정치에 관여하고 사회개혁을 하는 것은 한계가 있는데, 그것을 무시하고 재판을 확대하여 통치작용에 역효과를 가져왔다는 주장도 많은 것은 사실이다. 그러나 지배적인 견해는

워렌최고재판소가 자신의 권한을 남용하거나 이탈하였다고 주장하는 것은 크게 잘못된 것이라고 보고 있다. 전반적으로 볼 때 50년대와 60년대의 최고재판소의 판결의 흐름은 새로운 미국을 건설하는데 기여했고 나아가 미국사의 주된 흐름과 미국민의 요구에 합치하는 것이라고 한다.

워렌(Warren)시대의 최고재판소는 항상 정치적 소용돌이 속에서 과감하게 새로운 명령을 하는 재판을 하였다. 흑백간의 인종차등을 철폐하라, 불평등한 선거구를 인구비례로 재획정하라, 피의자의 기본권을 제한하는 형사절차를 개선하라라고 하는 과거에 없던 대담한 판결을 선고할 때마다 신문의 일면을 장식하곤 했다. 당시 최고재판소의 동향은 문명된 미국을 건설하기 위한 “개혁의 도구(instrument of reform)로서 헌법재판을 적절히 원용하였다는 것이다. 그리고 헌법재판제도의 확립에 기초를 이루고 이것이 오늘날 세계적으로 헌법재판의 시대를 열어가는데 크게 영향을 주는 획기적인 공헌을 남긴 것은 누구도 부인할 수 없다는 것이다(Cox, The Role of the Supreme Court in American Government(1975), p.100).

4. 현 미국최고재판소의 재판동향

가. 새로운 위헌심사시대

워렌재판소장의 시대가 끝나고 버거(Burger)재판소장의 새로운 위헌심사시대를 맞는다. 1968년은 대통령선거의 해였는데 그 해 3월 존슨대통령은 베트남전쟁의 반대를 외치는 강력한 비판속에서 재출마의 포기선언을 했다.

그런 가운데 공화당후보였던 닉슨(Richard Nixon)은 워렌식 재판에 대하여 맹렬한 비판과 공세를 하면서 대통령이 되면 법

을 엄격히 해석하는 보수주의자를 재판관에 임명하겠다고 하였다. 그 와중에 그해 6월 워렌재판소장도 은퇴를 표명했는데 워렌의 재판동향을 지지하는 진보적 인물이 존슨대통령 퇴임 전에 후임자로 임명되기를 열망했다. 존슨도 자유주의에 부응하는 인물을 자기가 임명하고 싶었으나 보수파의 반대로 의회의 인준을 받지 못해 철회하고 말았기 때문에 후임재판소장은 차기 대통령이 지명하게 되었는데 그해 닉슨이 대통령으로 당선되었다. 닉슨(Nixon)대통령은 그가 취임한 1969년 헌법을 엄격하게 해석하여 최고재판소가 정부와 의회정책적인 립법활동에 적극적으로 관여하지 않을 보수적인 인물로 인정되는 콜롬비아지구 항소심 판사였던 버거(Warren Burger)를 의회의 인준을 받아 후임 재판소장으로 임명했다. 버거최고재판소는 사법부는 립법부의 판단을 최대한 존중해야 하며 중요한 사회문제나 경제적인 문제는 항상 국민의 대표기관인 의회와 대통령에 맡겨야 한다는 정치적인 분위기 속에서 탄생한 것이다.

닉슨 대통령은 역대 어느 대통령보다 많은 4인의 보수적인 재판관(Burger, Blackmun, Powell, Rehnquist)을 임명할 수 있는 행운을 가졌는데 그를 기화로 워렌최고재판소 같은 헌법재판의 적극적인 동향을 막고 헌법재판을 확대하지 않는 보수적 재판소로 만들려고 하였다. 그러나 버거최고재판소도 결코 그렇게 되지는 않았고 오히려 미국사회의 중요한 모든 분야에 깊숙히 관여했다. 사회적으로 깊은 관심과 격렬한 논쟁이 된 사형제도의 위헌성, 락태논쟁, 흑백통학문제(school busing)등 정치적인 중요한 사회문제를 적극적으로 위헌선언을 하였다(Roe v. Wade, 410, U. S. 113(1973), 부양책임에 관한 부와 모의 차별규정에 대한 위헌판결 Weinbenger v. Wiesenfeld 429. U.S. 636(1975)).

워렌시대의 헌법재판의 동향은 1970년대의 Burger 최고재판소

에까지 이어져 유명한 Watergate 사건, 국방성 기밀문서사건 등을 처리하게 된다. 그래서 버거 최고재판소도 내부적으로는 강력한 반대의견도 다양하게 많았지만 워렌시대에 못지 않게 헌법재판을 적극적으로 하였다고 한다.

그리고 내부적인 재판절차에 있어서는 많은 발전이 있었다. 정책형성적 성격이 있는 사건들을 보다 수준높은 상태에서 재판하기 위하여 미국변호사회 및 단체들과 긴밀하게 협력하여 사건의 질과 재판의 신뢰성을 증진시키기 위해 변호사들의 법정출석과 변론을 향상시킬 수 있도록 내부지침과 절차를 발전시켜왔다. 1968년에 설립된 연방사법센터와 1971년에 창설된 주법원을 위한 전국사법센터를 두어 이를 조력하게 하였다. 연방최고재판소에 제출하는 의견서 등의 재판서식도 기본적인 것만을 간략하게 기재케 하여 중요한 쟁점을 정리한 20내지 30페이지 이내에서 분명하게 간소화하도록 하였다. 심지어 가장 유명한 일류변호사들조차도 헌법재판에서는 자발적으로 변론연습을 하고 법정출석하여 재판절차를 권위있게 진행하도록 하는 등 헌법재판의 절차와 서식 및 진행을 현대화시켰다.

그러나 Burger 최고재판소는 워렌최고재판소와 같이 일관성이 있는 인간주의와 자유주의의 철학이나 리념이 없었다고 평가하고 있다. 심지어 확고한 철학도 없이 case by case에 의한 사건 해결을 시도하였기 때문에 재판소장으로서의 지도력이 없는 무능한 인물이었다고 논평하기도 한다.

그것은 닉슨대통령에 의해 임명된 보수적인 재판관들에 의해 위헌심사의 기준을 립법의 목적과 립법정책의 달성을 위한 수단 등의 합리성에 대하여 엄격한 기준이 고려되어야 한다는 헌법의 엄격해석론이 싹트고 강력하게 주장되는 시기였기 때문에 그렇게 될 수밖에 없었다고 볼 수도 있을 것이다.

이 때의 엄격한 합리성의 기준은 1938년 Carolene 판결에서 스톤재판관에 의해 확립된 이중기준론으로부터 확립된 전통적인 합리성의 기준과는 다른 위헌심사의 엄격한 기준을 요구하고 이것이 평등보호의 영역에까지 확대되어야 한다는 근본적으로 다른 새로운 엄격해석론이 강력하게 등장하였다. 그래서 그때의 판결문을 보면 사건마다 그 주장과 이론의 철학이 다르고 일관성이 없었다는 것이다. 그리고 닉슨에 의해 임명된 보수적인 공화당 출신 재판관이 다수가 있었고 그 재판관들의 의견도 각양각색으로 너무나 분열되어 있었는데 이를 통합 조정하지 못하였다. 거기에다 어디까지가 다수의견인지 식별하기 어려운 결론을 가지고 재판한 것이 많아 최고재판소의 권위와 위상을 확립하지 못하였다고 혹평하는 사람도 있었다.

나. 엄격해석론시대

버거의 후임으로 헌법해석을 엄격하게 하는 현 령퀴스트의 신 보수주의시대를 맞이한다.

령퀴스트(Rehnquist)재판소장은 닉슨대통령에 의해서 재판관으로 지명되고 1986년 보수적인 정책을 가지고 대통령선거에서 압승한 공화당 출신인 레이건대통령에 의해 소장으로 임명되었다. 레이건은 작은 정부를 선거공약으로 하여 당선된 보수주의 철학을 가지고 있었기 때문에 모든 연방헌법기관은 그 권한을 엄격히 축소 해석하여 최소화하는 것이 국민의 자유를 최대한 보장하는 것이고 국민의 힘으로 위대한 미국을 건설해야 한다고 곳곳에서 선거 연설을 한 사람이다. 이러한 정치적인 철학은 버거최고재판소의 재판에 대하여도 가급적 그 권한을 확대하고 국가의 중요정책이나 정치문제에 관여하는 것을 바라지 않았다. 그

래서 같은 공화당원이었으며 항상 재판에서는 헌법해석을 엄격하게 하여 재판권 행사를 축소하여야 한다고 하면서 위헌선언을 반대한 보수적인 령퀴스트재판관을 재판소장으로 임명하게 되었다. 령퀴스트는 공화당에서도 가장 보수적 정치인이었던 골드워터(Barry Goldwater)대통령 후보(1964년 선거에서 존슨에게 낙선 됨)의 선거참모였고, 닉슨 행정부에서는 법무차관을 지냈다. 그후 같은 공화당 출신인 닉슨 대통령에 의해 1972년 최고재판소 재판관으로 임명되어 버거시대에도 주요한 재판에서 최보수적인 엄격한 헌법해석과 반대이론을 전개한 사람이다. 그가 버거의 후임으로 재판소장이 된 후에 위헌심사는 헌법을 엄격하게 해석해야 하고 보수적이어야 한다고 주장함으로써 헌법재판의 효율성과 유연성이 없다는 많은 비판을 받고 있다. 그러함에도 불구하고 그에 개의치 않고 그 보수적인 경직된 철학을 가지고 헌법재판을 엄격하게 하여야 한다고 고집하고 있다. 그러므로 현 령퀴스트 최고재판소장 시대에 와서는 효율적 위헌심사기능을 유연성 있게 하지 못한다고 많은 사람이 비판하듯이 다소 퇴보하는 경향을 띠고 있다고 한다. 그리고 여러 곳에서 현직 재판소장의 신분을 가지고 이러한 철학을 바탕으로 강연을 하여 학계의 많은 비판이 있기도 하다.

그러나 워렌과 함께 아이젠하워 대통령에 의해 지명되어 워렌 재판시대를 이끌어 온 윌리엄 브레닌재판관을 필두로 하는 4명의 진보파 재판관이 있어서 보수 대 진보의 비율은 5대 4로 구성되어 보혁 균형을 이루고 있다. 그래서 오늘날 령퀴스트의 미국 최고재판소가 보수주의로 회귀하고 있다는 징후를 보이고 있듯이 엄격해석론시대가 전개되고 있지만 미국 최고재판소의 전통적인 위헌심사제도는 계속되고 있다.

그러면 령퀴스트의 엄격해석론은 무엇인가. 본래 위헌심사에

있어서 합리적인 기준과 엄격한 심사기준의 구별은 1930년대의 이중기준에서 나온 것이다. 그러나 현대에 와서는 엄격해석론이라는 것은 사회경제관계의 립법에 대한 심사는 물론 평등보호의 영역에까지 립법의 목적 및 수단의 합리성과 국가적 리익을 고려해야 한다는 새로운 기준을 제시하는 데에서 이중기준론 시대의 이론과 기준이 다르다. 이것은 1936년 브랜다이스재판관의 보충의견에서 밝힌 『명백성의 원칙』을 헌법재판에는 기본적인 기준으로 심사되어야 한데 기초하고 있다고 볼 수 있다 (Ashwander v. Tennessee Vally Authority, 297, U.S. 288(1936년)).

헌법재판에서의 위헌심사의 방법과 기준은 그 시대의 요구와 재판관들의 철학과 신념에 따라 다소 다르고 변하지만 미국의 사법제도와 헌법재판은 어느 누구도 근본적으로 부정할 수 없는 확고한 기반을 가지고 있는 것이다.

1990년 34년을 봉직한 84세의 최년장자이며 헌법재판에 가장 큰 영향을 미쳐온 진보세력의 대표자인 브레넨재판관이 건강의 악화로 은퇴하고 부시대통령에 의해 온건보수주의자인 연방항소법원의 판사인 데이비드 수터재판관이 지명됨으로써 최고재판소 내의 보혁균형이 깨어질 것이라는 여론과 더 강력한 보수시대가 될 것이 아닌가 우려하고 있다. 그러나 브레넨재판관 등 진보파가 주장하는 바와 같이 실정법의 엄격한 해석으로 헌법의 기본 가치를 잃게 해서는 안된다는 미국 연방최고재판소의 전통과 기능은 어느 누구도 근본적으로 무시하거나 변경하지는 못할 것이다.

이것은 1989년 Texas v. Tohnson 사건에서 성조기 소각행위를 금지한 텍사스주법을 표현의 자유를 침해할 수 없는 헌법수정 제1조에 위반된다고 선언하고 이어서 1990년 6월 국기에 대

한 소각 등 모독행위를 처벌하도록 규정한 연방국기보호법을 위헌으로 선언한 것을 보아도 알 수 있다. 국기모독행위가 표현의 자유에 속하는 것인가 하는 문제에 대하여 사회의 많은 비판을 불러 일으키고 개헌론쟁으로까지 비화되었으나 미국은 표현의 자유를 억압할 수 없다는 헌법의지를 확고하게 보여주는 전통과 기반을 가지고 있는 것이다.

미국의 역대 대통령과 의회의 정치세력이 자기들의 철학을 헌법재판에 투입하려고 재판관의 임명과 동의에 있어서 정치력을 발휘하였으나 재판관이 임명된 후에는 헌법과 개인의 기본권 수호를 위해 소신을 굽히지 않았다. 미국은 연방최고재판소의 헌법재판에 의한 헌법해석이 각급 법원에 있어서의 재판의 효율성과 지속적인 통일성을 마련하는 기준이 되고 하급법원에서도 공공의 정책이나 국가의 중요문제를 잘 검토하고 바르게 판단하는 논거에 초점을 맞추어 가는 것이 가능하게 하였다. 그래서 이를 정점으로 하여 미국의 연방과 각주 법원의 전 사법부가 위헌심사의 전통과 권위를 지켜왔다. 다만 헌법재판을 적극적으로 운영하느냐 소극적으로 운영하느냐의 차이에서 다르게 발전하였을 뿐이다. 그리고 그러한 과정을 겪으면서 미국의 위헌심사제도는 현대적 의미의 헌법재판으로 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(1987년) New York, W Morrison and Company INC. 참조).

V. 결 론

19세기와 20세기 초기에 세계 어느 나라도 권력분립제도에하여서 의회나 정부의 활동에 합헌적 사법통제를 하지 못할 때에 미

미국 연방최고재판소는 과감하고 독립적인 헌법해석을 통하여 위헌심사권을 행사하여 왔다. 미국 역사에서 가장 중요한 시기에 헌법에 의한 사법적 위헌심사로서 위대한 미국을 건설하는데 결정적인 역할을 한 것이다. 연방최고재판소는 정부와 의회처럼 적극적으로 정책입안을 하는 것은 아니지만 스스로 선택한 다양한 사건과 구체적 재판을 통하여 재판관들의 현명한 판단과 의견으로 중요한 국가정책에 대하여 깊게 영향을 미쳐왔다. 필요할 때마다 헌법적 지도를 하였고, 헌법정의를 구현하여 오늘의 자유와 민주를 상징하는 미국을 건설하는데 결정적인 공헌을 하여왔다. 시간이 지나감에 따라 미국국민들은 연방최고재판소의 이러한 헌법적 역할의 중요성을 더욱 인식하게 되었으며 전국민의 관심이 집중되는 국가적 중요정책에 대하여 결정적인 기능을 수행하고 있음을 자랑하고 있다.

오늘날까지 미국이 위헌심사제도는 많은 지지와 옹호도 받아왔지만 많은 공격과 비판을 받아 온 것도 사실이다. 때로는 루즈벨트 대통령의 최고재판소개혁안(Court packing plan) 같은 심각한 정치적인 충돌과 시련을 겪기도 했다. 그러나 연방헌법이 재판관의 직위를 종신제로 보장함으로써 일시에 재판관 전원을 교체할 수 없고 아무리 위대한 정치력을 가진 대통령이나 정당이 라도 불과 1, 2명의 재판관을 임명할 수밖에 없도록 되어 있기 때문에 어느 누구도 연방최고재판소를 독점적으로 지배하고 그 권한과 기능을 근본적으로 바꿀 수 없도록 제도적으로 장치가 되어 있다. 그리고 그때마다 국민과 의회는 최고재판소의 편에서 서서 헌법재판을 지지하였기 때문에 그 정치적 위기에서도 그 기능을 지켜왔다. 이와 같이 정치적인 심각한 대립속에서도 헌법을 수호하고 국민의 자유를 보장하는 미국 연방최고재판소의 헌법재판이 지금에 이르기까지 발전할 수 있었던 것은 무엇보다

미국국민이 헌법을 수호하겠다는 헌법의지가 확고하게 있었기 때문이다.

미국국민은 자기들의 생명과 재산, 자유와 번영을 보장하는 최후의 보루기관으로서 최고재판소를 신뢰하고 있다. 이러한 믿음과 존경으로 지켜가는 국민의 뒷받침이 있었기 때문에 오늘날까지 미국사법부의 지고한 사명과 권위 그리고 연방최고재판소의 헌법재판이 과감하게 이루어지고 있는 것이다.

헌법재판에 관한 관견(I)

이 시 윤

상임재판관

- 목 차 -

I. 서설

II. 헌법재판소의 구성과 지위

III. 헌법재판소의 관할

1. 총설
2. 탄핵의 심판
3. 정당외 해산심판
4. 권한쟁의의 심판

IV. 위헌법률심판

1. 총설
2. 제청권자
3. 위헌제청의 대상
4. 제청요건
5. 위헌제청신청기각결정에 대한 불복
6. 제청결정의 효력

(이상 본호)

I. 서설

우리 나라에 있어서 헌법재판의 역사를 보면 큰 사건으로는 제3공화국시대였던 1971년 6월 22일 국가배상법 제2조 1항 단서에 대한 위헌판결인 바 이 한 건이 헌법재판다운 재판이었다고 할 수 있는데, 다만 위헌판결의 다수의견에 가담하였던 9인의 대법원판사가 유신체제의 출범과 더불어 재임명에서 탈락의 비운을 맞았다. 이를 전기로 활성화될 듯한 헌법재판은 사실상 막을 내렸고, 그 후 헌법재판을 관장하게 된 헌법위원회는 한 건의 위헌제정도 없이 완전한 휴면상태를 면치 못했으며, 국내용이라기 보다는 대외용 장식물로 전락되어 있었던 것이다. 혹자의 말대로 헌법재판이 없었다는 것은 국민의 기본권이 없음을 말하는 것이며, 헌법이 지배하는 사회가 아니라 한 사람의 통치자의 자의와 전단이 지배한 Ancient regime을 뜻하는 정치후진사회의 표상이라 하겠다.

알다시피 제6공화국 헌법에서 헌법재판의 활성화를 통해 구시대를 청산하려는 의지와 헌법보호의 기능에만 전념케 하려는 배려에서 국가의 최고기관의 하나로서 헌법재판소가 새로 설치되었는데, 그 헌법기관성을 뚜렷이 하기 위하여 국회, 정부, 법원과 마찬가지로 헌법의 한 장(제6장)으로 헌법재판소에 대하여 규정하였다.

최소한 이에 의하여 헌법재판의 통일이 이루어질 수 있게 되고 재판업무의 분업화 원리를 존중하는 것이 되었으며, 한편으로 일반법원이 정치적 분쟁에 직접 휩쓸려 립법부나 행정부와 정면대결하지 않는 반사적 리익이 생기게 된(헌법특위 제7차 회의록 제4면) 것이다. 제6공화국 헌법의 제정후 구체적인 출범을 위하

여 헌법재판소법이 제정되었으며, 1988년 9월 1일을 기하여 발효되게 되었다. 그리고 헌법재판관의 경우는 9월 15일을 기하여 행정부, 국회, 대법원장에 의하여 각 3명씩을 지명받아 대통령에 의하여 9명의 헌법재판관(비상임재판관 3명포함, 프랑스 9, 그리스 11, 벨지움 12, 스페인 12, 포르투갈 13, 오스트리아·유고 각 14, 이태리 15, 서독 16, 알제리 7)이 임명되었다. 따라서 헌법재판소는 행정, 립법, 사법 삼부가 선출한 각 대표자들로 구성된 합의제 헌법기관인 것이다. 재판관제도의 구성방법에는 국회선출형과 삼부선출형으로 나누어지는데, 국회정당의석비율이 재판관의 수에 그대로 반영되는 전자보다는 정치적 중립성을 유지하는 면에서 후자가 리상적이라고 하여 우리 나라는 후자를 택한 것이다.

국회선출형 : 서독, 벨지움, 폴란드, 유고

삼부선출형 : 스페인, 이태리, 터어키, 알제리

원래 헌법재판소는 1920년 오스트리아의 연방헌법의 시행과 함께 오스트리아에서 처음 생겨나게 되었으며 그 뒤에 제2차 대전후 독일·이태리가 전체주의를 청산하고 민주국가로 출범하면서 헌법재판소를 신설하게 되었고, 1980년에 들어서는 그리스·스페인·포르투갈·과테말라·페루(폴란드도 같다)·헝가리·알제리·이집트 등이 독재정치를 청산하고 민주정치로 이행하는 과정에서 민주화의 일환으로 헌법재판소를 설치하는 등 요원의 불길처럼 퍼져 나가고 있다. 고르바초프 개정헌법에 의하여 소련마저 법률·명령·규칙의 위헌여부를 심사하는 헌법감독위원회가 발족하게 되었는바, 여기에서 최근 1) 학생들의 취학 및 혼인으로 인한 이사시에 주거허가제를 폐지하였으며, 2) 공무원의 검

직금지규정은 파격적인 차별대우라 하여 위헌판시하였다. 또 소련의 신연방조약 초안 13조에 의하면 법률의 위헌여부의 감독과 공화국상호간, 공화국과 연방간의 조정을 관장사항으로 하는 연방헌법재판소의 설치가 예정되어 있다. 불란서의 헌법원(Council constitutional)도 이제 예방적 규범통제권에 그치지 않고 구체적 규범통제로 그 권한확대의 움직임을 보이고 있으며, 근자 이태리의 경우에는 헌법재판소의 관할사항을 확대하여 헌법소원을 신설하여 헌재법 개정 초안을 의회에 제출했다. Stark-Weber에 의하면 근자에 헌법재판소제도가 큰 붐을 일으키고 있다는 것인데, 기존의 헌법재판소는 그 재판관할권을 강화하는 방향으로 나아가고, 또 새로 헌법재판소를 신설하는 나라가 증가하고 있는 것이 이를 대표한다는 것이다. 우리 나라에서 헌법재판소의 설치는 진정한 제 6공화국의 민주화 의지의 상징적 의미가 있음을 잊어서는 안되며 결코 민주국가라는 Decoration적인 의미로 과소평가해서는 안된다. 기존의 민·형사재판소의 체제에서 국사재판소 (Staatsgerichtsbarkeit)의 새등장이라는 면에서 그 의의를 과소평가해서는 안될 것이다. 이제부터는 헌법은 재판기관에 의하여 그 준수가 담보되는 구속력있고 살아있는 법규범체계이지, 결코 하나의 프로그램적 수사적 표현의 집합체이거나 실질적으로 내각책임제이나 대통령중심제이나를 규정하는데 그치는 한낱 정부조직규범정도에 그칠 수는 없는 것이다. 나아가 오늘날 구라파, 남미 등에서의 헌법재판소의 이상적 운영에 의하여 정치적 급진주의가 종식된 공적을 잊어서는 안된다.

II. 헌법재판소의 구성과 지위

헌법재판소법을 기초함에 당하여 립법자는 헌법재판의 활성화

를 위하여 헌법재판소의 구성과 지위에 관하여 다음과 같은 제도적 배려를 하였다.

(1) 첫째로, 명칭부터 「헌법위원회」와 달리 「헌법재판소」로 하였다. 구성원은 위원이 아니라 재판관이다. 헌법재판권을 관장하는 국가기관을 헌법재판소의 명칭을 붙이는 것이 통례이나, 프랑스의 경우는 이와 달리 헌법원 내지 헌법평의회(Council constitutional)이다.

(2) 둘째로, 1인의 상임위원만을 두던 헌법위원회와 달리 9인의 재판관 중 6인을 상임재판관으로 하였다. 상임, 비상임을 막론하고 재판관은 탄핵 또는 금고이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 않는 인적 독립이 보장된다(헌법 제112조 3항). 또 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 물적보장을 받는다(헌재법 제4조). 오스트리아 헌법재판소도 일부만이 상임제이며, 그리스는 재판관 전원이 비상임제이다. 다만 헌법재판소의 권위와 헌법재판의 활성화를 위하여 현재 전원 상임화가 국민적 요청으로 되어 있다. 제2공화국 헌법하의 헌법재판소는 전원 상임제였던 것이다.

(3) 셋째로, 대통령, 국회의장, 국무총리, 국무위원 또는 법률학 교수의 직에 있던 자라면 법관의 자격이 없어도 위원이 될 수 있도록 하였던 헌법위원회와 달리, 헌법재판소의 경우에는 15년의 법조경력에 40세 이상의 법관의 자격을 가진 직업법조인에게만 재판관의 자격을 국한시켜 재판기관으로서의 성격을 더 순화시킨 것이다. 독일의 경우는 8인의 재판관으로 구성된 합의부에 적어도 3인의 재판관은 연방법원의 현직법관 출신으로 충원되게 되어 있는데 현재 우리 나라의 경우는 대법원지명의 재판관은 현직판사이어야 한다는 제약은 없다.

(4) 넷째로, 헌법위원회와 달리 보조기구의 비대성을 고려하여

종전의 사무국을 사무처로 대체하고, 처장을 차관급 대우로 격상시켰으며, 이밖에 재판관의 보조자로서 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 위한 헌법연구관제도를 신설하였다. 헌법연구관은, i) 판·검사 또는 변호사, ii) 법률학조교수, iii) 4급 이상의 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자를 적격자로 한다. 독일의 경우는 Wissenschaftlicher Mitarbeiter라 하는데, 우수한 판사·검사 또는 Habilitation을 마친 법률학사강사(Privatdozent)를 3년정도 파견근무 시키고 있다.

(5) 다섯째로, 헌법재판소는 다른 헌법기관 즉 행정부·국회·대법원처럼 행정·운영면에서 독자적인 권한이 있고 누구의 지휘·감독도 받지 않는 직무감독의 독립성(Unabhängigkeit von Dienstaufsicht)을 가지며, 사무처장을 비롯한 사무처 공무원은 대통령이 아니라 헌법재판소장이 재판관의회의 의결을 얻어 그 임면권을 갖는다. 이 점 헌법위원회와 다르다. 다만 서독 등의 헌법재판소는 일반법원에는 없는 독자적인 예산편성권을 갖는데 이 문제는 우리 헌법재판소의 앞으로의 해결과제이다. 과테말라의 경우는 헌재에 헌법개정안, 헌재법 및 형소법개정안의 발안권까지 부여하고 있다. 법률안발안권이 부여된 것은 소련의 헌법감독위원회의 경우도 마찬가지이다.

(6) 여섯째로, 헌법재판소는 헌법위원회와 달리 자률적 립법권에 속하는 규칙제정권을 갖는다. 법률에 저촉되지 아니하는 범위 내에서 심판에 관한 절차, 내부법률과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제113조 2항).

이것은 절차자률권(Verfahrensautonomie)과 조직자률권(Organisationsautonomie)을 주기 위한 것인데, 이러한 자률적 립법권은 헌법에 의하여 위임받은 것이며 적어도 대통령령과 같은 대외적 효력을 갖는다(다만, 서독헌법재판소의 경우는 헌법이나 법

률에 의한 수권없이 대외적 효력을 갖는 직무규정을 제정한 바 있는데, 그 지위의 헌법기관성에 바탕을 두었다). 심판에 관한 절차, 내부법률과 사무처리에 관한 사항에 관한 한도에서는 따로 법률에 위임이 없어도 법률에 저촉하지 않는 한 권리를 제한하고 의무를 부과시키는 내용의 규칙을 제정할 수 있으며, 이 점에서 법률에서 위임을 받아야 정할 수 있는 대통령령제정권 보다 강한 권한이다.

(7) 일곱째는 관할사항에 관하여 후술하는 바와 같이 권한쟁의의 심판, 헌법소원의 심판 두 가지를 더 추가하였다.

이렇게 본다면 헌법재판소는 구헌법위원회의 명칭만으로 바깥승계기관이 아니고 환골탈태시킨 별개의 국가기관이다.

Ⅲ. 헌법재판소의 관할

1. 총 설

비교법적으로 고찰하여 볼 때 헌법재판소의 관할사항은 다음과 같다. 그 가운데 핵심적인 것으로는,

(1) 규범통제

(2) 국가와 지방자치단체(주)간, 지방자치단체(주)간, 국가기관간의 권한쟁의

(3) 침해된 기본권의 보장을 위한 헌법소원 등 세 가지로 꼽고 있으며, 그 밖의 관할사항으로는,

① 선거관계소송

② 고위공무원에 대한 탄핵심판

③ 정당해산심판

④ 긴급·위기에 당면했을 경우의 국가관리 등이다.

그런데 우리 나라의 경우에 1960년도 제2공화국의 헌법재판소의 관할사항은 (1) 법률에 대한 위헌여부의 심사, (2) 헌법에 관한 최종적 해석, (3) 국가기관간의 권한쟁의, (4) 정당해산, (5) 탄핵심판, (6) 대통령·대법원장 및 대법관의 선거에 관한 소송이었으며, 따라서 현재 대법원의 전속관할인 선거소송을 헌법재판소가 관장토록 하고 구체적 규범통제 이외에 추상적 규범통제의 기능도 어느 한도까지 수행할 수 있었다. 이에 대하여 제5공화국 헌법하의 헌법위원회는 앞서 본 바와 같이 (1) 법률에 대한 위헌여부의 심사, (2) 탄핵심판, (3) 정당해산심판 등을 관장하게 하였다. 현행 헌법하의 헌법재판소의 관할사항은 다음과 같다(헌법 제111조).

① 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판

② 탄핵의 심판

③ 정당해산의 심판

④ 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판

⑤ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 등이다.

앞서 본 바와 같이 현행 헌법하의 헌법재판소는 권한쟁의에 관한 심판, 헌법소원을 관할사항으로 한 것은 헌법위원회보다 진일보한 것은 틀림없으나, i) 헌법소원의 대상에서 재판권을 제외시켰고, ii) 제6공 헌법제정시에 재판의 전제가 되는 때에 처분의 최종심사권을 대법원에 부여한 헌법 제107조 2항을 삭제하지 아니함으로써 헌법소원제도가 제도본지에 따른 기능을 하기가 매우 어렵게 되어 있다. 이점을 감안하면, 상대적인 추상적 규범통제권과 선거소송까지 그 관할사항으로 한 제2공화국 헌법하의 헌법재판소보다는 오히려 그 기능을 약화시킨 것이다. 제2공화국

헌법보다 제6공화국 헌법이 민주화의 의지가 덜 투철한 단면이라 할 것이다.

헌법재판소의 관장사항 5가지 가운데 법률의 위헌여부심판, 헌법소원에 관하여 별항으로 설명하고자 하므로, 여기에서는 그 나머지 3가지 즉 탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판에 관하여 간단히 설명하고자 한다. 다만 이 3가지 사항은 필요적 변론절차임을 유의할 필요가 있다(헌재법 제30조).

2. 탄핵의 심판

고급공무원의 위헌·위법한 행위가 있는 경우에 국회의 재적의원 과반수의 찬성에 의한 탄핵소추에 의하여 헌법재판소가 심판하여 공무원을 공직으로부터 파면하는 제도이다. 헌법 제65조에서는 탄핵대상으로 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판소의 재판관, 법관, 중앙선관위원장, 감사원장, 감사위원은 직접 규정하였으나 그밖의 탄핵대상인 공무원에 대하여서는 법률이 정하는 공무원이라 하여 법률로 위임하였다. 그러나 아직 법률에서 해당 공무원을 정하고 있지 아니하며 이러한 위임법의 부작용으로 인하여 공무원의 범위가 구체화되지 아니하여 탄핵제도의 실효성을 반감케 하고 있다. 다만 검찰청법 제17조는 검사도 탄핵의 대상이 됨을 전제로 신분보장의 규정을 두고 있다. 탄핵절차의 절차상의 특색이라면 민사소송에 관한 법령을 준용하는 외에 형사소송에 관한 법령을 함께 준용한다(헌재법 제40조 1항).

3. 정당의 해산심판

정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 반하는 경우에 정부의 제소에 의하여 헌법재판소가 정당의 해산 여부를 심판하는 제도이다(헌법 제8조 4항). 서독에 있어서 KPD(독일 공산당)의 「프롤레타리아독재」강령은 민주적 기본질서에 위반된다고 하여 그 해산을 명한 1956년 8월 17일 서독연방헌법 판결(BVerfGE 5, 85)이 대표적인 case인데, 그 이래 또 한 건의 심판이 있었을 뿐 이 절차에 회부된 예는 없다.

4. 권한쟁의의 심판

국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 있는 경우에 당해 국가기관 또는 지방자치단체의 청구에 의하여 헌법재판소가 이를 심판하는 제도이다.

새로 생긴 권한쟁의의 심판을 보면, 앞으로 지방자치체가 실시되어 지방자치단체의 독립성이 강화된다면 국가기관과 자치단체간이나 자치단체상호간의 권한쟁의사건이 없지 않을 것으로 예상된다. 서독의 경우에 1951~1986년까지 연방과 주간의 권한쟁의사건(Föderative Streitigkeiten)이 24건에 1986년 현재 1건 계류중이었다.

여기의 국가기관상호간의 권한쟁의심판이란 헌법재판소법 제62조 제1항 1호에 의하면, 국회·정부·법원 및 중앙선거관리위원회 등 헌법기관상호간의 권한쟁의심판을 뜻하는 바, 서독의 권한쟁의심판(Organstreit)과 대비해서 볼 때에 다음과 같은 명문상 차이가 있다.

첫째로, 서독에서는 이와 같은 심판청구의 당사자능력을 연방 대통령, 연방상하원, 연방정부 등 네 가지 헌법기관 이외에, 헌법이나 연방상하원의 직무규정(Geschäftsordnungen)에 의한 고유

한 권한이 부여된 이들 기관의 일부(Teile)에게도 인정함으로써, 정당(BVerfGE 73, 40), 연방상하원의 의장, 상임위원회, 원내교섭단체(서독의 Pershing missile 사건에서 원내교섭단체인 룩색당에 권한쟁의심판청구의 당사자능력을 인정한 예, BVerfGE 68, 1), 연방정부장관, 국회의원까지 당사자능력의 범위를 확대시켰다. 이에 대하여 우리 헌법재판소법 제61조 1항에서는 「당해 국가기관」으로 규정함으로써 당사자능력을 문리해석상으로는 국회·정부·법원 또는 중앙선관위에게만 국한시킨 것으로 보이지만, 독일처럼 이들 헌법기관의 일부까지 확대해석의 여지가 없을 것이다.

널리 이 제도는 헌법기관간의 쟁송의 성질을 띄고, 따라서 행정소송상의 기관소송(행소법 제3조 4호)으로도 카바해 줄 수 없는 것은 이 제도로 대처해야 할 것이기 때문이다. 그렇게 되면 의회가 국회의원의 권한침해행위를 하는 것을 막고 의회내에서 소수당이 다수당의 횡포를 견제하는 기능을 수행하는데 도움을 줄 것이다. 1989년 6월 13일 서독연방헌법재판소 제2부 판결에서는 룩색당원이었던 국회의원을 상임위원회에서 축출한데 대하여 연방하원 상대의 권한쟁의심판청구사건에서 「연방하원은 청구인(국회의원)이 상임위원회에서 발언권과 제안권을 갖고 그 구성원으로써 참여할 가능성을 배제함으로써 기본법 제38조 후단(국민의 대표성) 소정의 청구인의 권리를 침해하였다」고 판시한 바 있다.

둘째로, 독일에 있어서는 피청구기관의 처분 또는 부작위가 헌법에 규정한 바 권한을 넘었을 때를 심판의 대상으로 규정함으로써(독일연방헌법재판소 제64조 1항) 헌법상의 권한이 쟁점이 된 경우로 국한시킨데 대하여, 우리 헌법의 경우는 피청구기관의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구기

관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험을 소송물(헌재법 제61조 2항)로 함으로써 법률상의 권한이 쟁점이 된 경우까지도 권한쟁의심판에 부칠 수 있도록 확대한 것이다. 이 역시 입법론적으로 재고할 바가 있다. 다만 여기의 피청구기관의 처분(Maßnahme)에는 법률의 제정·공포도 포함되는 것이므로, 만일 법률의 내용이 청구기관의 헌법상의 권한을 침해하는 것일 때에는 립법행위도 여기의 처분으로 될 수 있다(Schlaich, Bundesverfassungsgericht(1985), S. 52). 예를 들면 국회가 다른 헌법기관의 권한을 침해하는 법률을 제정하면 그 침해당한 기관은 그 법률의 위헌무효를 주장하는 권한쟁의심판청구가 가능하다. 이러한 의미에서 권한쟁의심판은 규범통제의 기능도 겸유할 수 있다(이렇게 보면 규범통제의 길은 좁게는 구체적 사건에 당면하여 하는 위헌제청, 법률에 대한 헌법소원까지 합하여 세 가지이며, 널리 법원의 위헌제청에 갈음하는 당사자의 법률소원(헌재법 제68조 2항), 처분에 부수적인 법률소원(헌재법 제75조 5항)까지 합하면 5가지이다).

셋째로, 주목할 것은 권한쟁의심판은 9인 중 6인 재판관의 찬성을 요하게 한 다른 헌법재판에서의 인용결정의 경우(합헌추정의 원칙의 소산)와 달리 단순과반수의 찬성으로 평결할 수 있게 한 점이다(헌재법 제23조 2항 본문. 서독헌재는 기본권의 실효·정당해산·법관탄핵사건의 경우만 2/3 다수결).**1)

IV. 위헌법률심판

1. 총설

**1) 폐무의 경우 1989년 헌재가 출범하여 9인 중 6인 다수결 때문에 2년반동안 한 건의 위헌결정도 없었다는 것이다.

위헌법률심판제도는 국회의 자의적인 립법과 그에 의한 헌법 침해를 방지하기 위하여 헌법재판소에 부여된 권한이다. 이 한도에서 립법재판권(Gesetzgebungsgerichtbarkeit)이라 할 수 있다.

이를 규범통제라고 하는데, 다음 세 가지가 있다.

(1) 예방적 규범통제(Präventive Normenkontrolle)

법령을 제정 시행하기 앞서, 헌법재판소가 개입하여 위헌적인 법률안의 립법화를 막는 방법이다. 오스트리아, 스페인(1985년까지), 프랑스, 포르투갈, 폴란드 등이 그 예이다. 다만 과테말라의 현재는 법률안에 대해 감정의견을 제시한다. 대통령, 수상, 일정수의 국회의원의 요청에 의하여 이루어진다.

(2) 추상적 규범통제(Abstrakte Normenkontrolle)

법령의 제정 시행후 구체적인 소송사건이 제기된 경우도 아니고 그에 의하여 직접적인 기본권의 침해를 받은 바 없음에도 법령에 대한 위헌의 의문이 있어 제기된 경우에 이를 심판하는 절차이다. 독일, 오스트리아, 스페인, 포르투갈, 소련 등 다수의 국가의 이를 채택하고 있는데, 정부, 지방자치단체, 일정수의 국회 의원에 의하여 신청한다.

(3) 구체적 규범통제(Konkrete Normenkontrolle)

이것은 구체적인 소송사건이 제기되었을 때 법원의 제청에 의하여 그 사건에 적용될 법령의 위헌여부를 가리거나 헌법에 합치되도록 해석하여 법령의 합헌성을 통제하는 절차이다.

(4) 개인적 규범규제(Individualnormenkontrolle)

법령때문에 기본권의 침해를 받은 개인이 헌법소원의 형태로 서 그 법령의 위헌심판을 구하여 구제받고자 하는 경우이다.

이 네 가지 중 우리나라에서는 (3), (4)의 형태의 규범통제만 인정하는데, 여기에서는 (3)의 구체적 규범통제만을 설명하고

(4)의 개인적 규범통제는 뒤의 헌법소원 항목에서 설명한다.

다음 구체적 규범통제절차를 보다 상세히 본다. 과거의 헌법위원회 시대와 대비할 때 그 제청절차가 크게 간소화되고 제청요건이 완화된 점이 특기할 만하다.

2. 제청권자

(1) 지방법원 단독판사가 위헌심판의 제청을 하고자 할 때에는 지방법원합의부의 결정을 거쳐 제청하게 되어 있었던 것이 헌법위원회법이었다. 그런데 헌법재판소법에는 단독판사 자신도 직접 제청결정을 할 수 있게 하였다.

(2) 과거에는 하급법원이 위헌여부제청을 하였을 때 바로 제청서가 헌법위원회에 송부되지 않고 대법원 전원합의체에서 위헌여부에 관하여 별도의 결정을 하여 헌법에 위반되는 것으로 인정하여야 제청서를 헌법위원회에 송부하도록 하였다. 따라서 하급심이 제청을 하여도 대법원에서 그 불송부결정권에 의하여 헌법위원회에 넘기지 않은 채 막아버릴 방도가 있었던 것이다.

헌법재판소법은 이러한 대법원의 불송부결정권을 삭제하였다. 따라서 당해 사건을 담당하는 법원이면 독자적인 제청권을 가지며 여기에서 지방단독판사이든, 지방합의부이든 가리지 않으며 하급법원이든, 대법원이든 관계없다. 군사법원도 제청권자가 될 수 있다는 것이다(헌재법 제41조 1항). 다만 대법원 이외의 법원이 위헌제청할 때는 대법원의 형식적인 경유를 거쳐서 헌법재판소에 송부하도록 하였을 뿐이다(헌재법 제41조 5항).

3. 위헌제청의 대상

(1) 헌법 제107조는 「법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우」라고 규정하고 동 제111조 1항 1호는 「법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판」이라고 규정하였으므로 위헌 제청의 대상은 형식적 의미의 법률임이 분명하다. 그러므로 헌법의 규정은 후술한 바와 같이 헌법소원의 대상은 될 수 있지만 위헌제청의 대상은 될 수 없다. 법률과 동일한 효력을 갖는 긴급 명령과 긴급경제·재정명령(헌법 제76조)도 포함된다 함이 통설이다. 또 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가지므로(헌법 제6조 1항) 제청의 대상이 된다고 할 것이다(BVerfGE 52, 187). 명령·규칙에 대해서는 구체적 소송이 된 때에 대법원이 최종적으로 심사할 수 있는 구체적 규범통제권을 가지므로(헌법 제107조 2항) 헌법재판소에 제청대상이 되지 아니한다. 법률만큼 중요성이 없는 명령·규칙까지 헌법재판소에 제청하여 그 심판결과에 의하여 재판하느니 보다 본안사건을 다루는 법원이 그 심급구조내에서 최종적으로 심판하는 것이 절차촉진에 도움이 된다는 이유에서이다. 이점은 독일형을 따른 것이며 제청대상이 가장 좁은 유형이다. 그러나 이태리, 스페인, 포르투갈, 벨지움, 오스트리아, 알제리, 유고에서는 법률의 하위법규인 명령·규칙까지 위헌여부가 제청의 대상이 되는 것은 말할 것도 없고, 명령·규칙이 법률에 위반되는 여부(이를 적법성 *Gesetzesmäßigkeit*의 통제라 한다)까지도 헌법재판소에 의한 구체적 규범통제권의 범위에 속한다. 특히 유고의 경우에는 규칙·명령이 아닌 행정청이나 지방자치단체의 일반처분의 위헌성과 위법성까지 헌법재판소의 관장 사항이다.

(2) 현행 헌법 부칙 제5조에 의하면 「이 헌법시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한

다」고 규정되어 있다. 환언하면 제6공 헌법시행전의 과거법령은 현행헌법에 위배되면 그 효력은 없다는 취지이다. 그런데 문제는 이 규정에 의하여 과거법령이 현행헌법에 저촉되어 실효되는 때에 이를 실효선언을 법원이 할 수 있느냐, 아니면 헌법재판소의 전속권한이냐 이다. 제1공화국 시대부터 제5공화국 헌법까지 같은 경과규정이 있었는데 이에 관해서는 두 개의 대법원 판례가 있는 것으로 안다. 그 하나는 1956년 판결이고 다른 하나는 1983. 1. 29. 선고, 74도 3501 전원합의체판결이며, 모두 법원이 과거법령에 대해 실효선언권이 있음을 전제로 하였다. 그러나 이 판례는 대한민국이 제정한 「법률」에 관한 것이 아니고, 하나는 일제시대의 조선사찰시행령규칙에 관한 것이고(대판 56.3.30. 4288행상21) 다른 하나는 국회제정이 아닌 대통령의 긴급조치에 대한 것이다. 그러므로 적어도 립법부 자신이 제정한 법률에 적용될 판례로는 적절치 못하다.

생각건대 적어도 대한민국 국회가 제정한 형식적 의미의 법률이라면 과거법률이라도 법원에는 위헌심사권이 없었던 것이며 헌법위원회의 권한이었던 점에 비추어, 헌법위원회의 지위를 승계한 헌법재판소의 권한으로 봄이 옳을 것이다(헌재법 부칙 제3조). 헌법 부칙 제5조의 반대해석상 헌법에 위배되어 그 효력을 지속할 수 없게 되는 법령에 대하여 법원 스스로 실효선언을 할 수 있다는 것은, 법원만이 아니라 다른 국가기관까지도 이러한 법령에 대해서는 당연무효로서 그 적용을 배제할 수 있다는 전제이다. 헌법재판소의 재판이 있기도 전인데 1948. 7. 12. 제정된 헌법에 의하여 구성된 대한민국 국회의 법률을 어떤 국가기관이든 위헌이라 생각할 때 이를 적용치 않고 무시하게 된다면 대한민국 립법부의 권위(Autorität des Gesetzgebers)에 큰 손상이 될 것임은 물론 법적 안정성에 커다란 위협이 아닐 수 없다. 다

만 우리 대한민국의 립법부인 국회가 제정하지 않은 일제시대의 일제가 만든 법률이라면, 우리 대한민국 헌법에 비추어 위배될 때 구태여 헌법재판소에 제청하여 그 판단을 기다릴 필요도 없이 법원의 실효선언대상이 된다고 하겠다. 이 경우에는 대한민국 립법부가 만든 법률에 대하여 일반법원의 법관이 존중하지 않고 이를 적용하지 않는 데서 오는 권위손상의 문제가 생기지 않을 것이기 때문이다. 서독에 있어서도 Grundgesetz에 의한 1949년 연방공화국 수립전의 구법령에 대해서만은 법원 또는 다른 기관이 적용배제할 수 있다는 것이며, Grundgesetz 제정 이후의 법률이라면 현국회의원의 임기중에 제정된 법률이 아니라 하여도 헌법재판소의 전속적 관할사항이라는 것이 통설이다(구법령이라도 립법자의 의사로 수용한 경우, 예컨대 뒤에 구법령을 변경할 경우에는 헌법재판소의 관할로 본다). 이것도 위헌제청심판의 경우에 Grundgesetz 제정전의 헌법전법률(vorkonstitutionale Gesetze)이 그 대상이 되지 않는 것인지, 법률에 의한 기본권 침해 때문에 제기하는 법률에 대한 헌법소원의 경우에는 구헌법도 대상이 된다는 것이다. 더구나 이태리와 스페인의 경우는 그 나라 헌법제정 이전의 법률이라도 헌법재판소의 심판의 대상으로 하고 있다. 이렇게 볼 때 적어도 일제때의 법률은 별론, 대한민국국회의 법률에 대한 위헌여부심판은 당연히 헌법재판소의 관할이 된다고 할 것이다.

4. 제청요건

제5공화국 헌법 제108조 1항에서는 헌법위원회에 위헌여부제청을 하려면 i) 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 될 것, ii) 법원에서 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 것

등 두 가지 요건을 갖추어야 하였는데, 신헌법 제107조 1항에서는 둘째 요건까지 필요 없이 첫째의 요건만 갖추면 되며, 그것만으로 법원에 제청의무가 있는 것으로 그 규정을 바꾸었다. 제6공화국 헌법 제107조 1항에서는 단순히 「법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다」고만 규정하고, 이에 대응하는 제5공화국 헌법 제108조 1항에서 규정한 바 「법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때」 부분을 삭제하였기 때문이다. 따라서 법원에서는 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정되든 되지않든 관계없이 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되면 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하도록 한 것이다. 그러므로 신헌법하에서는 과연 법원에 법률에 대한 합헌결정권이 있느냐가 의문이다.***2) 따라서 법원에 합헌결정권이 있음. 전제를 전제로 합헌으로 판단하면 제청신청기각, 위헌으로 판단되면 제청결정을 하던 종전의 운영태도는 지양되어야 할 것이 아닌가 한다. 물론 독일에 있어서도 법원에 합치결정권이 있다고 하는 것이 통설이다. 그러나 그 근거는 Grundgesetz §100 I 「Hält ein Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt. 법원이 그 유효성이 재판의 전제가 된 법률을 위헌이라고 생각하는 때」인 것으로 아는데, 앞서 말한 바와 같이 우리 신헌법하에서는 독일과 달리 「법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정되는 때…」의 문구를 빼 버렸으며, 따라서 이제는 독일과 같은 해석을 안된다고 생각한다. 생각건대 제5공화국 시대에 위헌제청신청에 대해 법원의 합헌결정권이 유보되었음을 전제로 위헌제청신

***2) 동지 : 권영성, 「헌법학원론」, 972면은 법률의 위헌여부를 제1차적으로 심사할 수 있는 권한(위헌법률전심권)도 인정되지 않는다고 하고 있다(박일환, 「법률의 잠정효와 위헌심사」 하, 법률신문, 1989. 3. 13. 자).

청에 대해 모조리 합헌이라고 하여 기각하였고 위헌사건을 헌법위원회에 한 건도 보내는 일이 없어 헌법위원회를 휴면기관 내지는 형해화시켰던 전철을 밟지 않기 위한 립법배려인 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소법 제43조는 헌법위원회법 제14조 4호를 답습하여 위헌제청서의 기재사항의 하나로 「위헌이라고 해석되는 이유」를 규정하였는데 이것은 이제 불필요한 규정으로 볼 것이며, 헌법재판소법의 립법화 과정에서 헌법 제107조 1항의 취지를 간과한 오류가 아닌가 생각된다. 이 점을 감안했는지 대법원의 위헌제청서작성에 관한 레규상의 제청서 양식을 보면 「……위헌이라고 인정……」 된다는 단정적 표현 대신에, 「위헌에 의문이 있……」이라고 회의적 표현을 쓰게 하였다. 어쨌든 헌법이 달라진 이제 i) 적극적으로는 재판의 전제되는 법률일 것, 즉 본안사건의 합헌유효일 때와는 판결주문이 달라질 경우이고(헌재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5·8, 89헌가44(병합)), ii) 소극적으로는 소송촉진을 목적으로 하는 위헌제청신청이 아니고 또 합헌임에 의문의 여지가 없을 때가 아니면, 그것만으로 제청요건이 갖추어진다고 할 것이며, 따라서 법원은 합헌여부에 대한 판단없이 곧바로 제청결정을 하여 헌법재판소로 보내는 것이 신헌법에 합치되는 해석일 것이다. 독일에 있어서는 적용할 법률에 대한 위헌성에 대한 확신을 제청요건으로 하고 있으나, 오지리에서는 제청권이 있는 법원의 의심(Bedenken)으로 족하며, 특히 이태리에서 법원의 제청단계에서는 제청신청한 법률에 대한 위헌성의 의문이 명백히 이유없는 것이 아니라는 정도면 족하다는 것이다.

그러한 해석은 이태리의 경우에 추상적 규범통제제도를 인정하고 있지 않은 입법론상의 문제를 구체적 규범통제제도를 통해

보완하려는 의도로 평가한다. 더구나 법원이 합헌이라고 보아 위헌제청기각결정을 하여도 헌법소원을 제기하면 헌법재판소로 옮겨올 수 있게 된 이제, 법률의 위헌여부를 실질적으로 심사한다면 절차지연의 요인이 될 뿐더러, 경우에 따라서는 법원의 권위 손상이 될 우려마저 생긴다.

요컨대 당사자의 위헌제청신청에 대해 법원의 합헌결정으로 중간에서 차단하여 헌법재판소에 넘어오지 못하게 막는 일은 없도록 하려는 것이 신헌법하의 위헌법률심사제도의 본지인 것 같다. 그러므로 이제는 국민에게 헌법재판소에서 법률의 위헌여부에 대한 심판을 받는 문호는 넓게 개방되었다고 할 것이고, 국회의 본래의 기능인 립법보다는 국정비판에 치중함으로써 졸속에 흐르기 쉬웠고 통법부라는 별명마저 있었던 국회의 립법이 앞으로는 크게 견제받을 것으로 예상되며, 이를 전기로 국회의 진면목인 립법활동이 활성화되었으면 한다.

다만 헌법재판소의 합헌결정이 이미 있는 경우도 위헌제청결정을 할 수 없는 제청의 적극적 요건으로 볼 것인가. 문자에 따라 이 때에도 제청해서는 안 될 경우라고 보고 있으나, 독일법과 달리 우리 헌법재판소법은 법률의 위헌결정이 법원을 기속하고 합헌결정까지 기속력이 미치지 아니하므로 (헌재법 제47조 1항), 이미 헌법재판소의 합헌결정이 났다 하여도 여전히 위헌의 의문이 남는다면 제청할 수 있다고 할 것이다. 그것이 현재의 잘못된 판례를 광정하는데도 도움을 줄 것이다.

나아가 헌법재판소법 제41조 1항에 의하면 위헌심판제청을 당사자의 신청뿐만 아니라 법원의 직권으로도 하게 되어 있다. 하급법원의 경우는 직권에 의한 제청의 예가 있으나 대법원의 경우 아직 예가 없다. 생각건대 당사자가 제청신청을 하지 않고 단순히 법률의 위헌주장을 할 경우라도 이것을 법원에 대한 위헌

제청의 직권발동을 촉구하는 의미로 보고 헌법재판소로 위헌여부의 심판을 제청함이 타당할 것이다. 법원이 제청함이 없이 법률에 대한 합헌판단을 한 경우는 그 판결이 확정되면 당사자에게 이의가 있어도 재판소원이 안되기 때문에 불복의 길이 없다. 결국 법원의 법률에 대한 합헌판단이 최종판단으로 되기 때문에 문제이다.

5. 위헌제청신청기각결정에 대한 불복

(1) 헌법위원회법에서는 하급심의 위헌여부제청신청을 배척하는 신청기각결정에 대하여 다시 상급법원에 불복할 수 있게 되어 있다. 따라서 헌법위원회에 넘어오지 못한 상태에서 법원내부에서 제청에 관한 결정의 당부를 놓고 불복절차를 되풀이하면서 제청절차가 정체되는 사태가 생길 수 있었다. 다만 하급법원의 제청신청에 관한 결정은 중간적 재판이라 하여 이에 대하여서는 독립하여 항고·재항고로 불복할 수 없고, 본안판결에 대하여 불복하면서 함께 불복하여야 한다는 것이 확립된 대법원의 판례였다. 이런 문제점을 없애기 위해 헌법재판소법에서는 제청신청에 대한 재판에는 다시 법원안에서는 항고를 불가능하게 한 것이다(헌재법 제41조 4항).

(2) 법원이 제청신청기각결정(각하결정도 같다고 할 것이다)을 하면, 당사자가 이에 갈음하여 직접 헌법소원의 형태로 법률의 위헌여부에 대한 심판을 청구할 수 있다(헌재법 제68조 2항). 앞서 본 바와 같이 규범통제의 형태는 결코 법원의 제청만에 의하여 이루어지는 것이 아니며, 이것은 법원이 아닌 개인에 의한 규범통제(Individualnormenkontrolle)의 경우이다. 재판소원 금지원칙의 유일한 예외로서 이 경우에 헌법소원을 인정한 것이다. 독

일의 경우는 당사자가 낸 위헌제청신청기각결정을 하였을 때 후술하는 보충성의 일반원칙에 따라 항고·재항고절차를 거치고 나서 여기에서 소기의 목적을 이루지 못하였을 때 최종적으로 헌법소원을 낼 수 있게 되었으나, 우리 나라의 경우는 하급심의 위헌제청신청기각결정이라 하여도 곧바로 헌법소원을 낼 수 있게 한 것은 진일보요 입법론상 평가할 바 있다.

그 법적 성질은 법원의 재판에 대한 단순한 소원으로 볼 것인가, 법원에 갈음한 당사자에 의한 위헌제청으로 볼 것인가의 문제가 있다. 만일 전자라고 본다면 제청신청기각이 잘못되었을 때에 우선, 법원의 재판에 대해 취소 주문을 내고 재판해야 하는 것이 불가피해 지는데, 우리 헌재실무는 후자의 입장에 의하고 있다.

이 경우에 있어서 현행 헌법재판소법은 결정정지사유로 하지 아니하고 본안사건을 다루는 절차진행을 할 수 있음을 전제로, 만일 본안사건이 진행되어 확정되면 헌법소원이 인용되었다는 것을 이유로 재심을 청구할 수 있게 하였다(헌재법 제75조 7항).

6. 제청결정의 효력

(1) 제청결정에 대하여는 헌법재판소는 제청결정을 한 법원의 입장을 심분 존중하여야 한다(헌재 1989. 7. 14. 선고, 88 헌가 5·8, 89 헌가 44(병합) 결정).

그러나 제청결정이 명백히 감수할 수 없거나 위법 혹은 명백히 부당한 경우, 예를 들면 제청된 법률이 본안사건의 재판의 전제가 되지 않음이 명백한 때, 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이 아니거나 그 법률이 위헌무효일 때에는, 본안사건의 판결 주문이 달라질 경우가 아님이 분명한 때는 헌법재판소는 위헌제

청을 직권으로 각하할 수 있다(BVerfGE 7,171 : 20,351). 그러나 제청한 법률에 대한 위헌여부의 판단이 개별사건을 떠나 일반적인 의미가 있고 또 공공복리를 위하여 중요한 의미가 있을 때에는 재판의 전제가 없어도 예외적으로 제청은 적법한 것으로 보아 위헌여부를 심판할 수 있다(BVerfGE 47,146 : 현재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가 5·8, 89 헌가 44(병합) 전원부 결정에서 필자의 보충의견).

(2) 법원이 위헌제청을 변경할 수 있느냐이다. 원칙적으로 제청법원은 제청후에 요건에 맞지 않은 제청이라는 확신에 이르거나 법원이 법률적 견해를 바꾸어도 제청결정의 자기기속력 때문에 뒤에 제청을 철회하거나 변경이 허용되지 않는다. 그러나 사정변경이 생겼을 때, 예컨대 i) 뒤에 본안사건의 취하·화해 등으로 본안절차가 적법하게 종료된 경우, ii) 제청절차의 계속중에 당해 법률이 변경된 경우, iii) 그 사이에 헌법재판소의 결정이 났을 때 등은, 예외적으로 제청법원은 제청을 철회해 버리거나 또는 신법률로 변경하면서 제청을 유지하는 것이 가능하다고 하겠다(Maunz u.a., §100, BVerfGG. Rdnr. 39). 철회는 취소결정의 형식에 의한다. 제청한 법률이 심리중에 법개정으로 인하여 폐지되는 등으로 재판의 전제성이 소멸되었을 때에는 달리 권리보호의 리익이 없는 한 제청을 각하하여야 할 것이다(현재 1989. 4. 17. 선고, 88 헌마 4 결정). 법원이 법률의 변경으로 제청결정을 취소하는 경우에 이제부터 재판의 전제가 된 신법률 역시 위헌인 것으로 인정하면 제청결정의 취소와 함께 새로운 제청결정을 할 수 있다(Maunz u.a., §80, BVerfGG. Rdnr. 318-323).

(3) 법원이 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다(헌재법 제42조 1항). 구헌법위원회법 제13조 2항은 헌법위원회가

제청을 수리하였을 때에는 대법원은 당해 법률을 적용하여야 할 사건도 재판을 정지하게 하도록 하였으나, 현재법은 같은 규정이 없다. 입법론으로 헌법위원회법이 타당성이 있다고 볼 것이다.

명령·규칙에 대한 헌법소원

변 정 일

사무처장

- 목 차 -

I. 서

II. 헌법 제107조·제111조와 헌법재판소법 제68조

III. 헌법해석기관과 헌법해석의 통일

IV. 권리침해의 직접성과 보충성의 원칙

V. 결

I. 서

헌법재판소가 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 명령·규칙에 대한 위헌여부심사권의 유무와 위 결정의 당부에 관하여 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 전개되었으며, 아직도 위 헌법재판소의 결정을 둘러싸고 찬·반 양론이 학계는 물론 법조계에서 계속 이어지고 있다.²⁾

한편 법원행정처는 헌법재판연구반을 구성하고 동 연구반은 장문의 “명령·규칙의 위헌심사권에 관한 연구보고서”를 작성하여 대법관회의에 보고하였고 1990년도 정기국회 회기중 국회법제사법위원회에서 법원행정처장은 신오철의원 등의 질의에 대한 답변과정에서 위 보고서를 답변의 일부로 인용하였으며, 전국의 법관에게는 물론 학계, 법조계, 국회 등에 널리 배포하는 반응을 보였다.

이에 반하여 헌법재판소는 일절의 공식적인 반응을 삼가고 앞서 말한 Seminar 등에 헌법재판소의 헌법연구관 등이 참가하여 자신들의 사건을 밝혀왔을 뿐이다. 이러한 상황이므로 필자는 과연 명령·규칙에 대하여 헌법재판소는 그 위헌여부를 심사할 수 없는가를 정리해 볼 필요성을 느끼고 이 글을 쓰기로 하였다.

이 글은 필자가 국회법제사법위원회에서 사건임을 전제하고 답변했던 내용에 몇 가지를 추가하였음을 밝혀둔다.³⁾ 헌법의 관계규정과 관계법률(헌법재판소법과 행정소송법 등) 등의 검토를 통하여 결론을 내리고자 한다.

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

3) 헌법재판소의 특성상 결정서에 의하지 아니한 공식견해는 있을 수 없다.

II. 헌법 제107조·제111조와 헌법재판소법 제68조

(1) 법원행정처의 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 조항에 불과하다.

헌법 제5장을 조문별로 보면, 헌법 제101조는 사법권의 법원에의 귀속, 대법원의 최고법원성 등을, 제102조는 대법원과 각급법원의 구성과 조직 등을, 제104조 내지 제106조는 순차로 법관의 임명방법, 임기, 신분보장 등을 규정하다가, 헌법 제107조 제1항에 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 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 위헌여부에 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, 명령·규칙은 법률에 비하여 그 중요성이 약할 뿐 아니라 명령·규칙에 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 문언은 구체적 규범통제의 원칙을 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 구체적규범통제제도를 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 구체적규범통제제도를 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 대응하는 것으로 법률에 대한 구체적규범통제는 오로지 헌법재판소만이 관할권을 가진다는 것을 전제로 한 것이다.

또한 헌법 제107조 제2항이 “……대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하고 있는 바 대법원 외의 다른 기관도 명령·규칙에 대한 위헌여부심사권을 갖는다고 해석하면 “최종적”이란 표현은 그 의미를 상실케 되므로 헌법이 “최종적으로”라는 문언을 사용한 것은 헌법재판소에 의한 심사가능성을 배제한 것이라고 주장하는 견해도 있으나,⁶⁾ 그 “최종적으로”란 표현은 대법원아닌 하급법원도 구체적쟁송사건에 있어서 명령·규칙의 위헌여부를 심사할 수 있으나 최종적으로는 대법원이 심사한다는 뜻을 나타낸 것으로 해석함이 타당하고 이와 같이 해석하면 “최종적”이라는 문언은 의미를 갖게 된다.

6) 동 보고서 14 p.-15 p.

헌법 제107조 제2항(아울러 동 제1항도)을 상술한 바와 같이 해석함이 문리해석상으로도 타당하다 하겠다.

(3) 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조

그렇다면 헌법재판소가 명령·규칙에 관하여 그 위헌여부를 심사할 수 있는 근거는 무엇인가.

헌법 제111조 제1항은 헌법재판소의 관장사항으로서 그 제5호에 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 규정함으로써 우리 헌법상 처음으로 헌법소원제도를 도입하고, 그 구체적내용은 법률에 위임하였다.⁷⁾

그 헌법의 위임에 의하여 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하여, 법원의 재판을 제외한 일체의 공권력의 행사가 헌법소원심판의 대상이 됨을 명백히 하였고, 달리 법령에 대한 헌법소원을 배제할 만한 해석 근거를 찾아볼 수도 없다. 또한 위 법 제68조는 헌법의 위임에 의한 것으로 실질적 의미의 헌법에 해당한다 할 것이고, 그 규정 내용도 헌법 기타의 실정법에 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 법률에 대하여 헌법재판소가 1989. 3. 17.이래 헌법소원을 인정하여 오고 있는 것에 대하

7) 제6공화국헌법 기초과정에서 헌법소원제도가 기본권보장을 위한 가장 효율적 제도라는 인식을 있었으나 그에 관한 연구가 미비하였고 립법기술상의 문제도 있어 법률에 위임한 것으로 보여진다.

여8) 위헌론의나 비판이 전혀 없었던 것도 위 법 제68조가 헌법의 위임에 의한 것이고 “공권력”에는 립법작용도 포함되는 것이며, 헌법의 전체 체제상 헌법재판소를 최고의 헌법해석기관으로 삼은 헌법제정권자의 의사 해석이 의문의 여지가 없기 때문이다.

(4) 그렇다면 명령·규칙 등 행정립법에 대한 헌법소원을 불허해야 할 아무런 이유도 없다.

헌법 제111조 제1항 자체가 행정립법에 대한 헌법 소원을 명시하고 있지는 않으나 헌법의 위임에 의한 헌법재판소법 제68조 제1항이 소원의 대상에서 공권력의 행사·불행사 중 법원의 재판만을 제외하고 있어, 공권력작용의 하나인 립법작용도 포함하고 있는 것이다.

이렇게 해석한다고 하여 대법원의 최고법원성을 선언한 헌법 제101조에 저촉되는 것도 아니다. 대법원이 최고법원이라 함은 헌법 제5장에 규정된 법원 중 최고법원이라는 뜻일 것이기 때문이다.

법원조직법 제2조 제1항도 헌법 제111조 제1항 제5호에 의하여 수권립법된 헌법재판소법 제68조보다 효력이 앞서는 규정이 아님은 명백하며, 행정소송법 제6조의 규정 취지는 일반 법원 중 최고법원인 대법원이 내린 행정립법에 대한 위헌·위법판단을 널리 알려 공공기관이 이에 어긋나는 행위를 함을 예방하려는 데에 있는 것이므로 위 법원조직법 등의 규정들도 헌법재판소가 헌법소원심판의 형태로 행정립법에 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 명령·규칙에 대한 헌법소원을 인정함으로써 행정립법에 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 단견과 입법 과정의 졸속으로 인하여 헌법재판소법에는 그 외에도 많은 립법의 불비를 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. 헌법해석기관과 헌법해석의 통일

(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 행정립법에 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 최종적 상위기관으로 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 긍정하는 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 규정할 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 행정립법에 의존하는 경우가 점차 증대하고 있어, 명령·규칙이 수반하지 않는 법률은 오히려 레외적이

며 법규의 실질적 내용에 있어서 명령·규칙이 보다 중요한 의미를 갖는 경우가 많다.

따라서 법규범은 법률과 그에 따른 명령·규칙을 총체적으로 파악하여야 하는 경우가 대부분이고, 국회에서 합헌적 법률을 제정하였음에도 불구하고, 그 위임에 의한 또는 그 시행을 위한 명령·규칙에 위헌적 규정을 두고 있다면 총체적으로는 그 법률마저도 위헌적인 것으로 되어 버리는 것이다.

그러므로 헌법재판소가 여하한 경우에도 명령·규칙의 위헌여부를 심사할 수 없는 것이라면 법률의 합헌성을 보장하는 것도 그 범위 내에서 크게 제한받는 부당한 결과가 될 것이다.

(3) 직무집행에 있어서의 위법행위 때문에 탄핵소추를 받은 공무원에 대한 탄핵심판에 있어서 당해 법률이 위헌이라고 판단되는 때와 권한쟁의심판에 있어서 계쟁기관의 권한을 정한 법률이 위헌이라고 판단되는 때에는 헌법재판소가 당해법률의 위헌을 선고할 수 있다고 해석되는 것이라든지, 헌법재판소법 제75조 제5항이 “헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다”고 규정하고 있는 것이나, 헌법재판소법 제68조 제2항 규정 등은, 헌법 제111조 제1항 제1호는 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판”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 명령·규칙에 대하여 헌법소원심판을 통하여 위헌여부를 심사할

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

(4) 법원행정청의 연구보고서는 “단일한 명령·규칙에 대해 두 기관이 서로 다른 최종적판단을 함으로써 생기는 법적인 혼란은 대단히 큰 것이다”고 주장한다.¹¹⁾ 일견 그럴듯한 주장이고 또한 헌법재판소법 제68조 제1항이 “법원의 재판”을 헌법소원 대상에서 명시적으로 제외하고 있으므로 위헌법률이 헌법재판소의 심사를 받을 기회없이 법원에 의하여 합헌적인 것으로 해석적용되는 사례가 있을 수 있다는 것을 생각하면 이는 비단 명령·규칙에만 한정된 문제가 아니라 헌법소원에서 재판을 제외한 현행제도하에서 법률에 관하여도 일시적으로 일어날 수 있는 일이기도 하나, 전술한 바와 같이 헌법 제111조 제2항이 “헌법재판소는 법관의 자격을 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 개인차는 있겠지만 그 임명에 필요한 자격이 같고, 같은 법률문화 속에서 생활하여 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 명령·규칙

11) 동 보고서 16 p.

의 위헌여부를 다투려는 국민이 어느 기관에 호소하여야 하는지 혼란이 일어날 것이고 주장하나,¹²⁾ 그러한 혼란이 있더라도 일시적인 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. 권리침해의 직접성과 보충성의 원칙

(1) 헌법소원의 대상이 되는 것은 기본권을 침해한 공권력의 행사 또는 불행사이고, 그 침해는 청구인 자신의 권리에 관하여(자기성) 현재의 침해이어야 하고(현재성), 매개행위없이 직접침해하는 것이어야 한다(직접성)는 것은 헌법소원제도를 채택하고 있는 외국에 있어서는 물론 우리의 통설이고 판례다.

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

그런데 이번의 헌법재판소 결정에 대하여 직접성과 보충성의 원칙 양면에서의 비판이 있다.

법원행정처의 위 보고서는 행정립법이라도 그것이 국민의 권리를 직접 침해하는 것이면 행정소송의 대상이 된다는 것이 대법원 판례인 바, 그러한 행정립법에 대하여도 막바로 행정소송의

12) 동 보고서 24 p.

제기가 가능한 즉 다른 법률에 행정소송이라는 구제절차가 있는 경우이므로 막바로 헌법소원의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라 법원의 판결은 헌법소원의 대상에서 제외되어 있고, 한편 헌법소원도 권리침해의 직접성을 요건으로 하므로 헌법소원의 대상이 될 수 있는 행정법규는 바로 행정소송의 대상이 되므로 명령·규칙에 관하여 헌법재판소가 그 위헌여부를 심사할 여지는 없다고 주장한다.¹³⁾

(2) 위 보고서가 들고 있는 대법원판결(1954. 8. 19. 원고 상고인 거제면, 피고 나라간의 4286 행상 37호 사건)은 “물론 법령의 효력을 가진 명령이라도 그 효력이 다른 행정행위를 기다릴 것 없이 직접적으로 또 현실이 그 자체로서 국민의 권리훼손 기타 권리침해의 효과를 발생케 되는 성질의 것이라면 행정소송법상 처분이라 보아야 할 것이고 따라서 그에 관한 이해관계자는 그 구체적 관계사항과 이유를 주장하여 그 명령의 취소를 법원에 구할 수 있는 것이나……”라고 판시하고 있으며, 우리 나라 행정법학자들도 대체로 그러한 명령·규칙은 처분적 성질이 있으므로, 또는 처분에 다름아니다는 논리로 위 판시를 지지하고 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾

그러나 여기서 위 대법원의 판시가 판례로서 확립된 것인가를 검토할 필요가 있다.

위 판시는 위 사건 결정이유에 있어서 하나의 방론으로 제시된 견해에 불과하고, 그 전이나 그 후나 방론으로나마 대법원판결에 위와 같은 판시가 있었음을 찾아 볼 수 없고 행정법규가 직접 국민의 기본권을 침해한 사례가 없었을 리 없는데 직접 국민의 기본권을 침해하고 있다는 이유로 행정법규가 취소된 판례

13) 동 보고서 25 p. 이하

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

를 찾아볼 수도 없다.

그렇다면 위 판시를 대법원판례로 확립된 것이라고 할 수 있을지 의문이 아닐 수 없다.

(3) 또한 위 대법원 판결(4286 행상 37호) 선고 당시인 제1공화국 헌법에 있어서는 그 제81조 제1항이 “대법원은 법률이 정하는 바에 의하여 명령·규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다”고 규정하여 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 문언이 없었음을 유의할 필요가 있다. 그러한 제1공화국 헌법에 있어서는 국민의 권리·이익에 직접 변동을 초래하는 행정립법에 대하여는 그 자체의 취소를 소송물로 한 행정소송이 가능하였을런지 모른다.

그러나 “재판의 전제가 되는 경우에는” 이라고 헌법에 명문의 제한이 있는 경우에는 해석을 달리하여야 할 것이다.

위 판시를 지지하는 행정소송에 관한 학설들이 국민의 권리에 직접 영향을 주는 행정립법은 비록 그 형식이 명령·규칙이라도 실제로는 처분에 다름 아니다는 관념에서 출발하고 있는 것도 『재판의 전제가 되는 경우에는』이라는 헌법상 명시된 제한을 피하고, 국민들에게 권리 구제의 길을 넓혀 주려는 노력이 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 명령·규칙의 취소를 명한 재판을 하지 않은 것이 그러한 소송이 없었기 때문인가? 혹이면 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 명

문의 제한 때문이었을 것이라고 보는 것은 지나친 추측일까?

일본에 있어서는 행정립법에 대한 행정소송을 인정하는 견해가 우세한 것으로 보이거나 일본의 경우는 헌법 소원 제도가 없으므로 권리 구제의 폭을 넓혀 주어야 할 현실적 요청이 있을 뿐만 아니라 일본헌법은 우리 헌법과는 달리 일본 헌법 제81조는 “최고 재판소는 모든 법률·명령·규칙 또는 처분이 헌법에 적합한가 아니한가를 결정하는 권한을 가진 중심재판소이다”고 규정하고 있을 뿐 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 문언이 없으며 별도의 헌법재판기관이 없다는 사정이 유념되어야 할 것이다.

일본의 학자들은 위 일본 헌법 제81조 외에 같은 헌법 제98조가 “이 헌법은 국가의 최고법규이며 이 조항에 반하는 법률·명령·조칙 및 국무에 관한 기타 행위의 전부 또는 일부는 그 효력이 없다”고 규정하고 있음에도 불구하고 국민의 권리를 직접 침해하는 행정립법을 “처분적 성질을 갖는다” 또는 “행정청의 공권력의 행사에 준하는 행위”로 평가하여 행정소송의 대상이 된다는 논리를 세우고 있는 점도 참고할 만하다.¹⁵⁾

우리 법의 해석으로는 헌법 제107조 제2항의 “재판의 전제가 되는 경우에는”이라는 명문의 규정을 존중하여 행정립법 자체의 효력을 다투는 행정소송은 불가능한 것이라고 해야 하지 않을까?

(4) 행정소송법을 검토하기로 한다.

취소소송의 대상이 되는 처분 등의 개념에 관하여 행정소송법 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) 현대행정법대계 5권(일본 유비각 1984. 10.) 법령에 대한 항고소송(추산의조) 62 p. 이하.

말한다”고 명시하고 있음도 유의할 만하다.

처분 등이란 구체적 사실에 관한 행정작용으로서 구체적·특정적 사항을 대상으로 하며, 일반적·추상적인 법률과 법규명령 자체를 포함하는 것이 아니라는 것을 대법원 스스로 누차에 걸친 판결로 밝힌 바 있다.¹⁶⁾

가사 법원이 국민의 권리를 직접 침해하는 명령·규칙을 바로 취소하는 판결을 할 수 있다고 하더라도 그 명령·규칙은 “구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”이어야 할 것이며, 지극히 레외적으로 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 명령·규칙은 얼마든지 있을 수 있다.

이번에 문제된 법무사법시행규칙과 같이 일반성, 추상성을 띠고 있으면서도 직접 국민의 기본권을 침해하는 명령·규칙을 헌법 소원의 대상에서 제외한다면 권리 구제의 사각지대가 생길 것이다.

(5) 위 연구 보고서는 헌법재판소가 침해의 직접성을 너무 넓게 인정한다고 비판하고 있다. 헌법재판소는 법규에 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 법규명령을 행정소송의 대상으로 삼기 위하여 행정법원법이 행정행위의 이론을 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 범률에 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 원고적격, 소의 리익 등에 관련하여 이에 대한 행정소송 가능여부가 의문이다. 또한 법원 행정처장의 시험불실시를 부작위로 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 구체 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 구체 절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 소원 심판 청구인에게 그 구체 절차 이행의 기대 가능성이 없을 때에는 그 예외를 인정하는 것이 상당하다”라고 판시한 바 있으나, 보충성의 예외를 인정할 여지가 없는 우리나라에 있어서는 가사 구체절차가 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. 결

(1) 이상으로서 헌법재판소가 헌법소원심판의 형태로 명령·규칙의 위헌여부를 심사할 수 있는 헌법적 근거는 명백하여졌고, 현행 헌법과 행정소송법상 행정립법이 국민의 권리를 직접 침해한다는 이유로 행정쟁송절차에서 취소되는 길은 없거나 있다 하더라도 극히 드문 경우임이 명백해졌다.

그렇다면 헌법소원의 형태로 헌법재판소가 행정립법의 위헌여부를 심사할 수 있다는 것은 기본권보장의 차원에서, 모든 공권력작용의 기본권기속성 보장의 차원에서 반드시 필요한 요청임도 명백해졌다고 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 지상과제가 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.

과잉금지의 원칙

- 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로 -

양 삼 승

헌법연구부장

부산지법 울산지원 부장판사

- 목 차 -

I. 서설

- A. 의의
- B. 역사적 발전
- C. 용어의 문제
- D. 논술의 범위

II. 과잉금지원칙의 이론적 근거

- A. 서
- B. 학설에 나타난 근거
 - 1. 헌법적 지위 부인설
 - 2. 헌법적 지위 긍정설
 - 가. 개별적인 기본권 규정에서 근거를 찾으려는 견해
 - (1) 독일 기본법 제1조 제1항 설
 - (2) 독일 기본법 제1조 제3항 설
 - (3) 독일 기본법 제2조 설

- (4) 독일 기본법 제3조 설
- (5) 독일 기본법 제19조 제2항 설
- (6) 기본권 자체의 본질설

나. 일반적 개념으로부터 근거를 찾으려는 견해

- (1) 법치국가원칙설
- (2) 지도적 헌법설

C. 독일 연방헌법재판소의 입장

D. 결론

III. 과잉금지원칙의 성격

- A. 법원칙이다.
- B. 해석원칙이다.
- C. 헌법개정의 한계부분인가?

IV. 과잉금지원칙의 부분원칙

A. 적합성의 원칙

- 1. 의의
- 2. 판례에 나타난 실례
- 3. 적합성 판단의 기준
 - 가. 립법자의 “사전판단”의 영역이다
 - 나. 립법자의 “형성의 자유”의 영역이다
 - 다. 비판

B. 필요성의 원칙

- 1. 의의
- 2. 판례에 나타난 실례
- 3. 필요성 판단의 기준
 - 가. “동일한 효과”

(1) 의의

(2) 기준

나. “최소의 침해”(가장 부드러운 수단)

(1) 의의

(2) 기준 I (객관적 판단)

(3) 기준 II (사전적·주관적·재량적 판단)

C. 비판성의 원칙

1. 의의

2. 판례에 나타난 실례

3. 비례성의 판단의 기준

가. 비례성 개념의 의의 및 성질

나. 판단의 형식적 기준(사전적·재량적 판단)

(1) 사전적 판단

(2) 입법자의 재량적 판단

다. 판단의 실질적 기준

(1) 이중기준(보호대상과 관련)

(2) 침해의 대상과의 관련

(3) 침해(규제)의 강도와와의 관련

V. 과잉금지의 적용 범위

A. 서

B. 립법 작용

C. 행정 작용

D. 사법 작용

VI. 과잉금지원칙에 대한 비판(문제점)

A. 기본권의 종류에 따라 적용의 정도에 차등이 있는가?

- B. 기본권의 평준화가 이루어지는가?
- C. 이중적용의 문제
- D. 지나친 확장적용의 문제

VII. 결어 (우리 헌법상에서의 적용)

I. 서설

A. 의의

과잉금지의 원칙(Übermaßverbot)이라 함은 한마디로 정의하기는 어렵지만, 일반적으로는 “국가의 권력은 무제한적으로 행사되어서는 아니되고, 이는 반드시 정당한 목적을 위하여 그리고 또한 이러한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위내에서만 행사되어야 한다”는 의미로 이해되고 있다.

이러한 과잉금지의 원칙은 국가의 권력도 원칙적으로 한계가 있는 것이고, 따라서 일반 국민은 단순히 국가권력 내지는 국가의 자의의 객체에 지나지 않는 것이어서는 아니된다는 점을 분명히 하고 있는 점에서, 소위 법치국가원리의 가장 중요한 본질적 징표중의 하나로서 인정되고 있다.

그리고 이 과잉금지의 원칙이라는 용어와 관련하여 그 용어법이 확립되어 있지는 아니하지만, 일반적으로는 이 과잉금지의 원칙을 상위 개념(Oberbegriff)으로 하고, 다시 이에 속하는 하위의 원칙들로서 ① 적합성(Geeignetheit), ② 필요성(Erforderlichkeit 또는 Notwendigkeit) 및 ③ 비례성(Verhältnismäßigkeit)을 들고 있다. 용어상의 차이의 문제 및 각 개념의 상세한 내용은 뒤에서 다시 보기로 한다.

B. 역사적 발전¹⁾

1) 아래에서 보는 역사적 발전의 기술은, 문홍주·김형성, 대한민국 학술원 논문집(인문사회 과학 편) 제28집(1989) 소개 “비례성 원칙과 기본권”(이하 “문·김 전개서”라고 한다) 중 p.123-p.125 부분을 요약한 것이다.

1. 이와 같이 자의적 국가권력의 한계로서의 과잉금지원칙은 역사적으로는 실질적 정의의 개념과 관련하여 Aristoteles의 평등개념속에서도 발견될 수 있고, 또한 Magna Charta에도 나타나고 있다고 한다.

2. 근대에 이르러서의 발전과정에 관하여는 견해가 2가지로 나누어지고 있다. 즉 하나는 18세기 후기의 계몽주의의 결과로서 자연법적 사상에서 그 연원을 찾는 견해로서, “인간에게 주어진 천부적 권리로서의 자연적 자유는 공공의 리익을 위해 필요하고, 충분한 것 이상으로 제한되어서는 아니된다”고 하는 것이다.

다른 하나는 19세기 말경의 자유주의적 국가사상과 깊은 관련성이 있다는 견해로서, 국가의 존재를 위해서는 국민의 위임이 전제되어야 한다는 민주주의 사상을 통해서, 위 원칙이 발전되어 나가게 되었다는 것이다.

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

다만, 한 가지 유의할 것은 제2차 세계대전 이전까지에 있어서는 위 3가지의 원칙중, 필요성의 원칙(Erforderlichkeit)만이 인정되어졌으며 간혹 비례성(Verhältnismäßigkeit)이라는 용어가 사용되기는 하였지만, 그 의미는 뒤에서 보는, 오늘날과 같은 의미로서가 아니라, 필요성 통제로서 이해되었다는 점이다.

4. 대전이후 독일 국민들은 제3제국에 대한 경악과 이에 따른 자연법 사상의 부활에 힘입어, 이 원칙은 두 가지 방면에서

더욱 발전적인 변화를 겪게 되었다.

하나, 립법자 스스로가, 단순한 필요성의 요구만으로서는 불충분함을 깨닫고 이에 대하여 (협의의) 비례성 원칙을 립법화시키게 되었던 것이다. 그 최초의 범규정이 1950. 11. 11.의 “공권력 행사에 있어서 직접강제의 사용에 대한 Hessen주 법률” 제4조²⁾이다.

둘째는, 독일 헌법재판소의 판례에서 나타난 변화로서 초기에는 이 원칙이 느리게 그리고 지엽적인 부분에만 적용되어 오다가, 약국판결³⁾(Apothekenurteil) 이후 비례성의 원칙이 국가행위의 합헌성을 심사하기 위한 기준으로서 적용되게 되었던 것이다.

그리고 여기에서 비로소, 과잉금지의 원칙의 하위의 원칙으로서 그때까지 인정되어오던 필요성의 원칙 및 비례성의 원칙 이외에 다시 적합성의 원칙(Geeignetheit)이 추가되어 지게 되었던 것이다.

C. 용어의 문제

1. 여기서 살펴보려고 하는 과잉금지의 원칙에 관해서 종전부터 용어법상의 통일적인 기준이 없어 2가지의 서로 상이한 용어가 혼용되어 왔다.

즉 하나는, 비례의 원칙(das Prinzip der Verhältnismäßigkeit)을 상위개념(Oberbegriff)으로 사용하고(즉 “넓은 의미

2) 이 조문의 원문은 다음과 같다. “Bei Anwendung unmittelbaren Zwangs is nach Art und Maß das Mittle zu wählen, das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt und nicht in offenbaren Mißverhältnis zu den Folgen seines Verhaltens steht.”

3) BVerfGE 7, 377ff.

에 있어서의” 비례의 원칙), 이에 대한 3가지의 부분 개념으로서, 적합성(Geeignetheit), 필요성(Erforderlichkeit) 및 협의에 있어서의 비례성(Verhältnismäßigkeit, i. e. S)을 드는 방법이다.⁴⁾

이에 대하여 다른 하나의 용어법은, 위 3가지의 부분 개념을 포괄하는 상위개념으로서, 용어상의 혼동을 피하기 위하여, 과잉금지의 원칙(das Prinzip des Übermaßverbots)이라는 용어를 사용하는 방법이다.⁵⁾

2. 독일 연방헌법재판소의 판례에서 보면, “대체로” 전자의 방법을 취하여, 비례성이라는 개념을, 광의 및 협의의 2가지의 의미로 사용⁶⁾하고 있다.
3. 그러나 본고에 있어서는, 용어의 명확성을 기하기 위하여, 후자의 방법을 취하여, 상위 개념으로서 “과잉금지”라는 용어를 사용하기로 하고, 하위의 3가지 원칙에 관한 용어의 문제는 뒤의 해당 부분에서 보기로 한다.

D. 논술의 범위

1. 이러한 의미에 있어서의 과잉금지의 원칙은, 앞에서 간단히 본 바와 같이, 행정법 특히 경찰법의 분야에서 발달하여, 헌법적인 지위를 획득하게 됨에 이르렀다.
따라서 이 원칙은 행정뿐만 아니라 립법, 사법 등 국가작용의 모든 분야를 지배하는 원리로까지 성장하게 된 것이다. 그러나, 본고에서는, 논술의 범위를 우선, 헌법재판을

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 법률의 제정 즉 립법에 있어서 과잉금지의 원칙에만 한정하여 살펴보기로 한다.

2. 그리고, 이 문제를 여기에서 다루는 것은, 당연히 우리 나라의 헌법재판에 있어서 도움이 될 수 있는 것은 기준을 발견해보고자 하는 데에 있는 것이지만, 여기에서는 우선, 위 문제에 관한 독일에 있어서의 이론과 독일 연방헌법 재판소의 판례를 살펴보는 데에 그치고,⁷⁾ 이러한 이론과 판례들이, 위 고찰을 토대로 해서 구체적으로 우리 나라에 있어서는 어떻게 적용될 수 있고, 또한 우리 나라 헌법 재판소의 결정에 있어서는, 위 원칙이 어떻게 적용되어 왔고, 또한 앞으로 어떻게 적용되어야 할 것인지의 문제는 다음의 기회로 미루기로 한다.

II. 과잉금지원칙의 이론적 근거

A. 서

과잉금지의 원칙은 헌법재판을 하는 많은 사안에 있어서, 결론을 도출해 내는 필연적인 과정 중의 하나로서 반드시 검토되어야 할 경우가 많다. 그리하여 이 과잉금지의 원칙이 요구되게 되는 이론적 근거를 명백히 제시하지 아니한 채로, 이 원칙을 빈번하게 그리고 당연하게 적용하게 되면, 이는 “정의에 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 호소”나 “유행어”로 되어 버리고, 그리하여 결국에는 헌법과 법률의 객관적 가치가, 주관적 판단에 의하여 대치되어지는 위험이 있는 것이다. 따라서 이 원칙의 이론적 근거를 밝히는 것이 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

B. 학설에 나타난 근거

독일에서의 학설에 나타난, 과잉금지 원칙에 대한 이론적 근거들을 간략히 살펴보면 다음과 같이 요약될 수 있다.⁸⁾

1. 헌법적 지위 부인설

이는 권력분립의 원칙상, 입법자는 헌법에 규정된 한계 이외의 어떤 것에도, 구속되지 않는 것이므로, 헌법에 명문으로 규정되어 있지 아니한, 이 과잉금지의 원칙의 헌법적 지위를 부인하고, 입법자에 대항하는 효력을 부정하는 입장이다(Peters 및 Huber의 견해).

2. 헌법적 지위 긍정설

가. 개별적인 기본권 규정에서 근거를 찾으려는 견해.

이는 다시 어느 기본권 조항을 그 근거로서 원용하느냐에 따라서 다음과 같이 여러 견해로 나누어진다.

(1) 독일 기본법 제1조 제1항 설

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

8) 이 이론적 근거에 관하여는 문·김 전게서 p.134-p.143에 비교적 상세한 설명이 되어 있다.

된다고 설명한다(Dürig의 견해).

(2) 독일 기본법 제1조 제3항 설

위 조항은 소위 기속조항(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 설

위 조항은 소위 포괄적 자유권 조항으로서 “① 누구라도 타인의 권리를 침해하지 아니하고, 헌법적 질서 또는 도덕률에 위반하지 아니하는 한, 인격의 자유로운 발전에 관한 권리를 가진다. ② 누구라도 생명과 신체에 침해를 당하지 아니하는 권리를 가진다. 인신의 자유는 불가침이다. 이러한 권리는 법률에 의하여서만 침해될 수 있다”고 규정하고 있는 바, 여기의 과잉금지의 원칙을 “자유를 보호하는 기본권”으로 파악하여, 이러한 기본권이 위 독일 기본법 제2조로부터 도출될 수 있다는 것이다(v. Krauss의 견해).

(4) 독일 기본법 제3조 설

위 조항은 평등권 조항으로서 제1항은 “모든 사람은 법앞에 평등하다”고 규정하고 있는 바, 여기에서의 평등이라는 것은 비례적 평등을 의미하는 것으로서 자의의 금지를 의미하는 것이므로, 여기에서 과잉금지의 원칙이 도출될 수 있다고 한다(Ipsen, Wittig, Gents 등의 견해).

(5) 독일 기본법 제19조 제2항 설

위 조항은 본질적 내용보장(Wesensgehaltgarantie) 조항으로서 “어떠한 경우에도, 기본권은 그 본질적 내용이 훼손되어서는 아

니된다”고 규정하고 있는 바, 여기에서 기본권의 본질적 내용은, 상충하는 법익의 교량을 통해서 밝혀지는 것이므로, 바로 위 규정으로부터 과잉금지의 원칙이 도출될 수 있다는 견해이다(독일 연방대법원의 과거 견해⁹⁾).

(6) 기본권 자체의 본질(das Wesen der Grundrechte selbst)설

이 설은, 원래 기본권이라는 것은, 공공의 이익을 보호하기 위해 불가피한 경우에만 공권력에 의해 제한될 수 있는 것으로서 입법자는, 위 기본권과 공공의 이익을 적절한 관계로 이끌 수 있도록 하는 조화적 사명을 위임받았다고 하며, 이와 같은 기본권의 본질로부터, 이 원칙이 도출될 수 있다는 것이다(Schnapp 및 Alexy의 견해).

나. 일반적 개념으로부터 근거를 찾으려는 견해

(1) 법치국가원칙(Rechtsstaatsprinzip) 설

이 설은 명확성의 원칙(Bestimmtheitsgebot), 신뢰의 보장(Vertrauensschutz), 소급효의 금지(Rückwirkungsverbote), 처벌의 전제로서의 비난 가능성(Schuldvorwurf als notwendige Voraussetzung für Ahndung begangenen Unrechts), 적법절차의 권리(Recht auf fairen Prozeß) 등과 함께 과잉금지의 원칙은 법치국가원칙의 가장 중요한 본질적인 징표중의 하나라고 하며, 이 법치국가원칙으로부터, 과잉금지원칙을 도출해 내고 있다. 이 설이 가장 많은 학자들의 지지를 받고 있다(Grabitz, Wendt, Maunz, Hesse, Herzog 등).

(2) 지도적 헌법(Verfassungsdirektive) 설

이 설은, 종래의 전통적 법치국가의 개념구조로서는 오늘날의 법적 현실을 감당하기에 부족하다고 하고, 헌법의 새로운 구역

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

즉 국가의 편에서 볼 때 항상 새롭게 생겨나는 헌법 위임의 계속적 실천을 언명하는 모든 기본 원칙적 규범(Grundsatznorm)인 지도적 헌법의 체계속에, 이 과잉금지의 원칙이 내재되어 있다는 주장으로서 Lerche의 독창적인 견해이다.

C. 독일 연방헌법재판소의 입장

독일 연방헌법재판소는, 과잉금지의 원칙의 도출 근거에 대해서 여러 가지 다른 설명들을 하고 있다. 그 중에서 어떤 판례¹⁰⁾는 이 원칙을 법치국가의 원칙으로부터만 도출해 낸 것도 있고, 어떤 판례¹¹⁾는 기본권 자체의 본질로부터만 도출해 낸 것도 있으나, 일반적으로는 양자를 결합하여 법치국가원칙 뿐만 아니라 기본권 자체의 본질로부터 함께 도출하고 있는 것으로 설명¹²⁾되고 있다.

이 중 가장 대표적인 BVerfGE 19,343(348ff) 판결을 보면 “과잉금지의 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. 결론

과잉금지의 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 타당성이 있는 것으로 보여진다.

다만, 위 견해에 대한 비판으로서 법치국가의 원칙으로부터, 과잉금지 원칙을 도출해 내는 것은, 법적 해석의 방법으로서 불가능한 것이라는 주장¹³⁾이 있다.

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

III. 과잉금지 원칙의 성격

이러한 과잉금지 원칙은 헌법 이론적으로 다음과 같은 성질 내지는 성격을 가지고 있다.

A. 법원칙(Rechtssprinzip 또는 Rechtsgrundsatz)이다.

과잉금지 원칙이라는 것은, 헌법에 명시적으로 규정되어 있지 아니하고, 일반적 성격을 가진, 법질서의 근본 규범으로 통용되는 것이므로, 이는 법문(Rechtssatz)이 아닌 법원칙(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 법원칙에는 법문과 달라서 내용적 명확성 (inhaltliche Präzision) 및 의미확정성(Sinnbestimmtheit)이 결여 되어 있고, 나아가 법문의 경우에는 구성요건이 존재하면 반드시 법적 결과(Rechtsfolge)가 인용되는 전부 아니면 전무의 가설 (Alles oder Nichts Hypothese)이 적용되는데 반하여, 법원칙의 경우에는 이와 상충되는 반대의 법원칙이 보다 중요한 경우에는 파기가능성(Durchbrechungsmöglichkeit)이 존재하고 이에 의하여 충돌 내지는 갈등이 해소되어야 하는 것이다.

B. 해석원칙(Interpretationsprinzip)이다.

과잉금지 원칙은, 헌법적으로 보호되고 있는 2개의 법익이 서로 충돌하는 경우에, 한 법익이 다른 법익을 위해 완전히 무시 되어져서는 아니 되고, 두 법익이 “최적의 작용(optimale Wirkung)”에 이를 수 있도록 조정되어야 하고, 그럼으로써 실제 적 조화(praktische Konkordanz)를 이루어야 한다는 원칙이므로, 이는 구체적 사안에서 무엇이 비례적인가를 말해주는 내용적 결정기준(inhaltliche Entscheidungskriterien)이 아니고, 절차적 지도(Verfahrensdirektive)로서, 실질적 해결방도의 과정을 확정하는 해석원칙이다. 따라서 구체적 사안에서 무엇이 비례적인가는 교량과정(Abwägungsvorgang)을 통해서 실현되어지고, 이 원칙은 구별의 가능성만을 보장한다는 의미에서 평등의 원칙과 서로 비슷한 점이 있는 것이다.

C. 헌법개정의 한계부분인가?

일반적으로 과잉금지의 원칙은, 법치국가의 원리에서 도출되는, 모든 국가의 행위를 규율하는 지도 원리로서 인정하고, 따라서 헌법적인 지위(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. 과잉금지 원칙의 부분 원칙

과잉금지의 원칙에는, 일반적으로 다음과 같은 3가지의 부분 원칙이 파생되는 것으로 설명되고 있다.

A. 적합성(Geeignetheit)의 원칙

1. 의의

이는 어떤 목적을 달성하기 위한 국가의 조치(staatliche Maßnahme)의 합목적성(목적유용성, Zwecktauglichkeit)을 의미하는 것으로서, 어떠한 수단이 이 목적을 달성(erreichen 또는 herbeiführen)하는데 적합(geeignet)하거나, 또는 적어도 위 수단의 도움으로, 원하는 결과(Erfolg)가 “촉진(gefördert)” 될 수 있을 것을 필요로¹⁶⁾ 한다.

즉 여기에서 말하는 적합성이라는 것은 “완전한(vollständig) 합목적성”을 의미하는 것은 아니고, 추구된 목적을 위한 상황이 “개선(verbessert)”되거나 “부분적 실현”이 이루어지면 족하다는

15) Schneider 전게서 S. 392

16) BVerfGE 33, 171(187) 참조

의미이다. 그리고, 이와 같은 효과는, 목적 달성을 위한 조치를 결정한 시점에서 발생하든지 또는 장기간에 걸쳐서 발생하든지 상관없이 없는¹⁷⁾ 것이다. 이 원칙은 앞에서 본 바와 같이 과잉금지 원칙의 3가지 부분원칙중에서 가장 늦게 개발된 원칙이다.

2. 판례에 나타난 실례

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 가해행위(Schädigung)로부터 보호될 수 있다는 것이다. 그러나 일반적인 소매상들은 고객에게 건강상의 위험을 야기할 수는 없는 것이고, 이러한 위험은 생활필수품이나 의약품을 취급하는 소매상인에게나 있을 수 있지만, 이러한 상인들에 대하여는 여차피 다른 특별규정에 의하여, 그 방지 수단이 마련되어 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. 적합성 판단의 기준

이와 같은 의미에 있어서 적합성을 판단함에 있어서 실제적으로 가장 중요하고 또한 가장 어려운 문제점을 제시하는 것은, 어떠한 기준에서 위 적합성의 여부를 판가름할 것이냐이다. 이 점에 관해서 독일 연방 헌법재판소의 판례 및 학설로서 주장되고, 형성되어 온 기준을 보면, 다음의 2가지 점이 크게 강조되고 있다.

가. 립법자의 “사전판단(Beurteilung ex ante)”의 영역이다

이는, 어떤 목적을 달성하기 위한 수단을 립법자가 선택함에 있어서 “장래의 전개 과정에 대하여 오류를 범할 수 있는 권리”를 입법자에게 인정하느냐의 문제이다. 이 점에 관련하여 독일 연방헌법재판소는 입법자에게 광범위한 우선적 평가권(Einschätzungsprärogative)을 인정¹⁹⁾하여, 장래의 결과에 대한 불확실성이 비록 크다 하더라도 그것이 법률을 제정하는 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 유용성(Tauglichkeit)의 헌법적 판단을 함에 있어서 가장 중요한 것은 입법자가 『그 시각으로부터 판단하여』(aus seiner Sicht), 그가 취한 조치에 의하여 그의 구상이 실현될 수 있다고 판단할 수 있었느냐의 여부인 것이다. 그리하여 『법률의 공포 당시』(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 『명백히』(eindeutig) 유용하지 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, 법률에서 규정하고 있는 조치가, 『객관적인 목적 유용성』(objektive Zweckuntauglichkeit)의 관점에서 (객관적으로 보아 목적 유용성이 없다는 이유로 : 필자주) 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 적합성의 문제는 “입법자의 입장에서”, “사전적으로(ex ante)” 판단되는 것이지 “법원의 입장에서”, “사후적으로(ex post) 고안된 (nachträglich ausgedacht)” 기준에 의한 것은 아니다.

즉 선택될 수단이 “객관적으로(objektiv)” 유용한 것인지의 여부가 중요한 것이 아니라, 그 수단이 입법자에게 “적합한 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. 입법자의 “형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)”의 영역이다

다음으로 위 적합성의 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, 전게서(S398) : 다만, 독일의 경우에는 헌법재판소 판결이 소급효를 가짐에 반하여, 우리 나라의 경우에는 장래효만을 가진다는 차이가 있으므로, 위 이론을 우리나라에서도 그대로 적용할 것인지에 관하여는 별도의 고찰이 필요하다는 점을 주의할 필요가 있다.

을 선택할 것이냐는 원칙적으로 입법자의 재량(Ermessen)의 문제²²⁾로서, 입법자의 형성의 자유(gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit)의 문제라는 것이다. 즉 입법자는 목적을 설정(Zielsetzung)하고 적합한 수단을 확정함에 있어서 정책적인(경제정책이든, 사회정책이든 또는 법률정책이든) 결단을 하지 않을 수 없는 것인 바, 입법자에게 귀속되는 이러한 결단의 목적 유용성(Zwecktauglichkeit)을 연방헌법재판소가 심사함에 있어서는, 이를 존중하여야 하며, “특별히 자제적(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 예외적인 경우로서, 독일 연방 헌법재판소는 그 선택된 수단이 목적 달성을 위하여 “원천적으로 부적합(von vornherein ungeeignet)”²⁴⁾한 경우이거나 또는 “완전히 부적합(völlig oder schlechthin ungeeignet)”²⁵⁾한 경우를 들고 있다.

다. 비판

이와 같은 적합성의 판단 기준에 관한 독일 연방헌법재판소의 소극적 립장에 대하여는 상당한 비판도 가해지고 있다. 즉 위와 같은 기준에 의하게 되면 적합성의 통제(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 의회가 우위에 있느냐의 문제로 돌아가게 된다. 중간적

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

23) Schneider, 전게서(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 경험칙(unabänderliche Erfahrungssätze)”을 위반했을 경우에는 헌법재판소의 통제를 받아야 한다는 견해가 있다.²⁷⁾

B. 필요성(Erforderlichkeit, Notwendigkeit)의 원칙

1. 의의

과잉금지 원칙의 2번째의 부분원칙으로 들어야 할 것이 소위 필요성(Erforderlichkeit 또는 Notwendigkeit)의 원칙이다. 이 원칙을 표현하는 용어로서는 흔히 다음의 4가지가 혼용되고 있다. 즉 ① 필요성의 원칙, ② 가장 부드러운 수단(des leichtesten Mittels)의 원칙, ③ 최소 침해(des geringstmöglichen Eingriffs)의 원칙 및 ④ 과잉금지(Übermaßverbot)이다.

위 2번째의 부분원칙인 필요성의 원칙이라는 의미를, “립법자는 그 목적을 달성하기 위하여 적합한 여러 가지 방법 중에서, 권리 침해가 가장 작은 방법을 선택하여야 한다”고 일반적으로 받아들여지고 있는 바와 같이 풀이한다면, 이와 같은 취지를 가장 분명하게 나타내고 있는 용어는, 이 가운데에서 “가장 부드러운 수단의 원칙”이라고 할 것이지만, 이러한 개념을 나타내는 가장 통상적인 용어로서는 “필요성의 원칙”이라는 표현이 사용되고 있다. 여기에서 “필요성(erforderlich)”이라고 하는 의미는 “만약 보다 부드러운 방법이 사용될 수 있다면, 보다 강력한 방법은 『불필요』 하다 즉 지나치다(Übermaß)”라는 뜻을 내포하고 있는 것이다.

27) Breuer, Der Staat, 16(1977), S 21ff.

Kloepfer, NJW, 1971 S. 1586

2. 판례에 나타난 실례

독일 연방헌법재판소는 인구조사법에 관한 판결²⁸⁾에서 위 법 제9조 제2항은 이 필요성의 원칙에 반한다고 하면서 다음과 같이 실시하고 있다.

즉 위 규정에 따르면, 인구조사에 관한 익명으로 된 개개의 진술은 위 자료가, 연방 또는 주의 전문 관청의 합법적인 업무의 수행에 필요한 경우에는, 이 자료를 위 관청에 송부하여야 하도록 되어 있다. 그런데 이와 같은 자료들은 그 인적 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 주의 관청은 위 자료를 그의 하급 관청에 그대로 전달해 줄 수 있는 것이다. 따라서 위 법 제9조 제2항의 규정에 의하면, 잠재적으로는 연방 및 주의 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, 립법자가 상세하게 특정된 목적을 위하여, 조사된 자료 중의 특정 부분에 대하여서만, 그리고 구체적으로 특정된 행정관청에 대하여만 위 자료에의 접근을 인정하는 것을 생각할 수 있다.

3. 필요성 판단의 기준

필요성의 원칙에 적합한 것인지의 여부를 가리기 위하여는 먼저 “동일한 효과”를 거둘 수 있는 여러 수단이 있어야 하고, 다음으로 이 중에서 기본권을 “가장 적게 침해”하는 수단을 택할 것인지를 따져보아야 한다.

가. “동일한 효과”

28) BVerfGE 65, 1(65f)

(1) 의의

필요성을 판단하는 제1의 전제로서, 가능한 모든 수단이 우선 동일한 효과를 올릴 수 있을 것이 필요하다. 따라서 어떤 수단이, 다른 수단에 비교하여, 동일한 효과를 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 재판소는 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 반한다는 주장을 배척하면서 다음과 같이 설시하였다. “과잉금지의 원칙에 의하여 입법자가 보다 부드러운 수단을 선택해야 될 의무가 있는 경우라면, 다른 수단에 의하더라도 동일한 효과를 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) 기준

그리고 여기에서 하나의 수단이 다른 것과 비교해서 동일한 효과를 가지는지의 여부의 판단은, 개별적인 사안에 따라서 구체적으로 결정될 문제이지, 추상적으로 결정될 문제는 아니다.³⁰⁾

나. “최소의 침해”(가장 부드러운 수단)

(1) 의의

29) BVerfGE 39, 165.

30) 문·김 전계서, p.130.

여기에서 “최소의 침해”라는 의미는 비슷한 효과를 거둘 수 있는 여러 수단들 중에서 “기본권을 가장 적게 침해하는 수단” 즉 “가장 부드러운 수단”으로 목적을 달성할 것을 요한다는 뜻이다.

(2) 기준 I (피해자 기준이 아니라서 점에서 객관적 판단)

그러면, 다시 판단의 객체와 관련하여 무엇이 “최소의 침해” 수단인가의 문제가 제기되는 바, 이는 “객관적인 기준”에 의해서, 즉 “평균적 시민의 리익 상태(Interesselage eines Durchschnittsbürgers)”에 따라서 판단되어야 하는 것이지,³¹⁾ 피해자 개인의 주관적인 상황에 따라서 판단할 것은 아니다. 따라서 프로이센 경찰행정법 제41조 제2항 제3문의 규정에 의하면, “경찰이 명령한 조치에 대신하여 이와 동일한 효과를 가지면서도” 주관적으로는 “피해자에게 보다 덜 부담이 되는 조치가 존재하는 경우에는 후자의 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 법률을 제정하는 과정에 있어서, 정책적으로 도입하는 것까지를 막는 것은 아니고, 오히려 이것도 바람직하다 할 것이다.

예를 들면, 첫째 동일한 정도로 효과가 있고 또한 동일한 정도로 기본권을 침해하는 수단이 2개 이상 존재하는 경우이거나 또는 둘째로 객관적으로는 보다 적게 기본권을 침해하는 것이라고 보여지는 수단이, 주관적으로는 보다 심하게 기본권을 침해하는 것이라고 받아들여지는 경우에는, 입법의 과정에서, 피해자 본인

31) Herzog, 전제서, Rdnr. 75

32) Herzog, 상동

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) 기준 II (법원기준이 아니라는 점에서, 사전적·주관적·재량적 판단)

다른 한편에 있어서, 판단의 주체와 관련하여 침해의 최소성의 판단 즉 여러 수단 중에서 무엇이 가장 부드러운 수단인가의 판단은, 객관적으로 결정되어지는 것이 아니라, “그의 의무에 따라서 행동하는 평균적인 자질을 가진 공무원의 판단”에 의하는 것³⁴⁾으로서, 이러한 의미에서 주관적 판단이다.

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

따라서, 이와 같은 의미는 “사후적인 판단(Beurteilung ex post)”이 배제된다는 의미뿐만 아니라, 경찰의 의무에 충실한 (pflichtgemäß) 주관적인 판단이 행해져야 한다는 의미인 것이다.³⁵⁾ 즉 립법의 목표가 그 자체로서 헌법에 반하지 아니하는 한 (독일 연방 헌법재판소는 이러한 의미를 나타내는 표현으로서 “합법적인 목표 설정(legitime Zielsetzung)”이라는 용어를 사용하고 있다) 입법자의 형성의 자유는 존중되어야 하는 것이

33) 문·김 전게서 p.131.

34) Schneider, 전게서 S396

35) Schneider, 상동

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

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

즉 “어떠한 조치가 필요성의 요건을 갖추었는지를 헌법적으로 판단함에 있어서는, 경제 규율적 및 경제 지도적인 조치의 선택 및 기술적인 형성에 관련하여, 입법자에게는, 광범위한 형성 영역이 허용되고 있다는 점을 유의하여야 한다. 따라서 보다 덜 권리를 침해하는 수단이 가능하였다는 것이 명백히 확인될 수 있는 경우에 한해서만, 그러한 법적인 규율이 지나치게 부담을 주는 것이고, 따라서 헌법에 반하는 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 “법원”이 고려하고 있는 여러 가지의 다른 선택 가능한 조치들에 대하여 판단함에 이르르고 ³⁸⁾ 있다.

36) Schneider, 전거서 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, “사후적으로 생각해 낸 (nachträglich ausgedacht)” 다른 수단이 “명백히(eindeutig)” 마찬가지로의 효과를 올릴 수 있었는지에 대하여서 까지는 미치지 않았어야 할 것이다. 다시 말하면, 가상의 판단(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 “객관적으로 필요한(objektiv erforderlich)” 것인지의 여부를 판단하고 있으나, 이는 잘못된 태도라고 여겨진다.

C. 비판성(Verhältnismäßigkeit)의 원칙

1. 의의

과잉금지의 원칙의 3번째의 부분원칙으로 들어야 할 것이, 소위(협의의) 비례의 원칙(der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)으로서, 이는 다른 표현으로는 기대가능(Zumutbarkeit)의 원칙⁴¹⁾이라고도 불리어지고 있다.

이 원칙은 국가의 조치가 앞에서 검토한 바에 의하여 적합하고, 그리고 필요한 경우에 있어서도, 다시 그 목적의 사회적 및 정치적 가치와 “리성적인 관계(vernünftiges Verhältnis)”에 있어

39) Schneider, 전게서 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 유용성과 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, 침해의 정도(Schwere)와 그리고 위 침해를 정당화시키는 근거의 중요성(Gewicht) 및 급박성(Dringlichkeit)과를 비교 형량하여야 한다는 것으로서, 피해자의 권리 침해로 인한 불이익과 위 권리 침해를 포기하였을 경우에, 공공의 복리가 입게 될 불이익과 비교 형량(abwägen)하여야 한다는 의미이다.⁴²⁾

앞의 두 가지 부분 원칙에 비하여, 이 비례성의 원칙이 특징적인 것은, 전자는 정해진 목적에 대한 “수단”의 부담을 심사하는 것임에 반하여, 후자는 “목적(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. 판례에 나타난 실례

독일 연방헌법재판소는 무기징역형에 관한 판결⁴³⁾에서 비례성 내지 기대가능성 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 전례서 Art. 20, Rdnr. 76

43) BVerfGE 45, 187(245ff)

경우에는 무기징역형은 비례의 원칙에 반하는 것이다.

“왜냐하면 유죄판결을 받은 사람이 그의 인격이 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 “동일한 수단의 장점 및 단점의 형량”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 “자유로운 재량에 의하여” 사면을 받을 가능성을 주는 것만으로는 부족하고, 일정한 요건을 갖추면 반드시 무기징역형이 배제될 수 있고 또한 이 경우에 적용될 절차를 “법률에 의하여” 확실히 규정해 둘 것을 요구하고 있는 것이다.

3. 비례성의 판단의 기준

가. 비례성 개념의 의의 및 성질

비례성의 원칙이라고 할 때의 비례성이라는 개념은 목적과 수단 사이에 “리성적인(vernünftig)” 관계가 있는 것을 말한다. 그리고 여기에서 “이성적인” 관계라는 것은, 그 수단의 부담이 “지나

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

그러나, 위와 같은 개념정의나 뒤에서 다시 살펴보는 바와 같은 위 비례성 판단에 관한 구체적 기준들에 의하더라도, 이 2개의 서로 상충하는 가치의 비교 형량은, “구체적 결정 기준”은 될 수 없고, 그 자체로서는 결정을 하기 위한 어떠한 내용적 기준도 제시하지 않는 “순수한 형식 원칙(rein formales Prinzip)”이라고 말하여지고⁴⁵⁾ 있다.

따라서 선택된 수단과 추구하는 목적이 서로 이성적 관계에 있어야 한다는 공식은 구체적·객관적 기준을 제시하지 못하는 “공식(leere Formel)”이라고 불리워지기도 한다.

나. 판단의 형식적 기준(사전적·재량적 판단)

(1) 사전적 판단

법률의 규정에 의한 국민의 자유를 침해하는 어떠한 법률이, 그 입법자의 목적 설정에 대하여 합리적인 관계에 있는지의 여부를 판단함에 있어서, “사후에(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 비교 형량을 함에 있어서는 “입법자가 그 법률의 준비 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 반하여 “실질적 기준(materials 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) 입법자의 재량적 판단

다음으로 비례성의 유무를 판단하는 것은, 어디까지나 입법자의 책무인 것이 원칙이므로 어떤 사안에 관하여 “여러가지의 의견이 각각 자기나름의 수궁될 수 있는 근거를 가지고 있는 경우에는, 법원이 스스로(von Gerichts wegen) 그 조치가 비례성의 원칙에 반하는 것이라고 확인할 수가 없는 것이다.”⁴⁸⁾

즉 비례성의 판단에 있어서 필수적인 입법자(정치적인 지도기관)의 비교 형량에는, 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 “정당한(richtig)” 관계에 있는지의 여부만이 문제로 되는⁵⁰⁾ 것이다. 그 결과로서 비례성 판단의 문제는 결국은 “명백성의 통제(Evidenzkontrolle)”의 문제로 돌아가는 것으로서, 목적의 설정과 이를 위한 수단을 선택함에 있어서의 입법자의 판단이 “명백히(offensichtlich)” 잘못되었고, 따라서 위 판단이 “극단적인 한계(äußerste Grenzen)”를 명백히 넘는 경우에만, 비례의 원칙에 반하게 되었다고 판단할 수 있는 것⁵¹⁾이다.

다. 판단의 실질적 기준

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, 전게서 S396

48) BVerfGE 38, 139(153)

49) Herzog, 전게서 Art. 20, Rdnr. 76

50) Münchener Rechtslexikon Bd. III S. 650

51) Schneider, 전게서 S399

를 들 수 있다.

(1) 이중기준(보호대상과 관련)

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

즉 경제 질서의 영역과 같은 분야에서는, 위 연방헌법재판소는 입법자에게 목적 설정과 관련하여 폭넓은 형성의 자유를 주고, 따라서 입법자가 명백히 잘못된 전제로부터 목적을 설정했거나, 그 취한 조치가 전혀 어떠한 이성적 근거도 가지지 않은 경우에만, 비례성 원칙을 위배한 것으로 인정하고 있다.⁵²⁾

이에 반하여 국민의 자유권 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) 침해의 대상과의 관련

다음으로 비례성의 여부를 판단함에 있어서, 중요한 요소중의 하나는, 침해의 대상과 관련해서, 그 침해가 인간에 있어서의 “행위 자유의 본질적 외형”에 접근하면 할수록, 자유의 요청에 대항하는 합리화의 근거 역시 보다 더 면밀해야⁵⁴⁾ 한다고 한다.

(3) 침해(규제)의 강도와의 관련

끝으로 비례성을 판단하는 마지막 요소로서, 규제의 강도도 역시 고려되어야 한다. 즉 그 규제에 의하여 개인의 법적 지위가 예민하게 침해받으면 받을수록, 그만큼 그 규정이 추구하는 공공

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

53) Schnapp, JuS 1983, S. 855

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

의 리익이 강해야 하는⁵⁵⁾ 것이다.

V. 과잉금지의 적용 범위

A. 서

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

그러나 법치주의의 사상이 점점 깊이 뿌리를 내려감에 따라, 이 원칙은 헌법적인 원칙으로서의 위치를 굳혀가게 되었고, 그 결과 모든 국가작용(립법, 행정, 사법을 포괄하여)에 대하여 적용되는 원리로서 자리잡게 되었던 것이다.

이 글의 서두에서 밝힌 바와 같이 본고는 주로, 이러한 국가작용 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. 립법 작용(특히 허가를 류보한 금지에 관하여)

이 글의 주된 서술 분야가 립법 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 과잉금지의 원칙이 적용되는 입법 분야로서 설명한 것은, “직접적으로 국민에게 침해를 가하는 조치”에 관하여서 이었다. 그러나 이와 마찬가지로의 상황은 “허가를 류보한 금지(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 공적인 이익이 존재하여야 하고, 둘째로는 허가를 부여하거나 또는 거절할 수 있는 요건은 충분히 구체적으로 규정되어져 있어야 하며, 셋째로는 국민이 허가의 발부를 위한 요건을 충족시켰을 때에는, 소송에 의하여서 이를 구할 수 있는 법적인 권리를 보장해 주어야 한다는 것이다.

나아가, 위 허가를 유보한 금지의 경우와 달리, 제외 인정권 또는 특례인정권(Ausnahme-oder Dispensermächtigungen)을 규정하는 경우에는, 마찬가지로 과잉금지의 원칙에 적용될 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 독일 연방 헌법재판소는 아직까지는 이 문제에 대하여 부정적인 태도를 보이고 있으나, 이 점에

56) BVerfGE 20, 150(154f)

관하여는 좀더 상세한 학문적인 검토가 필요하다는 주장이 있다.⁵⁷⁾

C. 행정 작용

이 과잉금지의 원칙이 행정작용 특히 경찰작용을 중심으로 발전해온 것은 앞서 본 바와 같으므로, 공행정이 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 과잉금지의 원칙에 관한 중요하고도 상세한 설시를 하였고, 이는 경제 행정법의 이정표가 되었다.

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

D. 사법 작용

사법작용중에서 사법의 분야에 있어서는 사적 자치의 원칙으로 인해서 과잉금지원칙의 적용이 문제되지 않는다. 다만, 공법과 유사한 법구조가 존재하거나 사법상의 총론 규정에 관하여 법원의 결정이 문제가 될 때에는 이 원칙을 적용하려는 견해⁶⁰⁾가 있다.

57) Herzog, 전게서 Art. 20, Rdnr. 77

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

59) Hirschberg, 전게서 S.25ff(문·김 전게서 p.126 주27에서 재인용)

60) Hirschberg, 전게서 S.31

다음으로 형사법의 분야에서는 실체법이나 절차법이나를 불문하고 이 원칙의 적용이 긍정되고 있다.

즉 형법의 분야에서는 특히 형벌의 적정성과 관련하여,⁶¹⁾ 그리고 형사소송법의 분야에서는 강제 수단의 적정성과 관련하여,⁶²⁾ 각각 위 원칙의 적용 가능성을, 독일 연방 헌법재판소가 이를 긍정하고 있다.

VI. 과잉금지원칙에 대한 비판(문제점)

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 비판 내지는 문제점이 지적되고 있다.

A. 기본권의 종류에 따라 적용의 정도에 차등이 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 침해 규범(grundrechtseingreifende Normen), ②기본권을 명확히 하는 규범(grundrechtsverdeutlichende Normen), ③기본권 각인 규범(grundrechtsprägende Normen), ④남용 방어 규범(mißbrauchswehrende Normen), ⑤ 경합 해소 규범(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 문·김 전게서 p.146-p.149를 요약한 것이다.

직업의 자유와 관련해서는 소위 약국판결(Apothekenurteil)에서 정립한 단계이론(Stufentheorie)에 따라서, 직업의 “선택” 및 “행사”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 혐의의 비례의 원칙만이 적용되어, 과잉 부담의 불평등 분배를 저지하여야 된다고 한다.

B. 기본권의 평준화가 이루어지는가?

다음의 문제점으로 제기될 수 있는 것은, 위 과잉금지의 원칙이, 원칙적으로 모든 기본권에 적용될 수 있는 것이므로, 이로 인하여, 헌법에 의하여 엄격하게 짜여진 기본권의 보장과 제한류보의 체계가 와해되고 따라서 기본권의 광범위한 평준화(Nivellierung) 현상이 일어나는 것이 아닌가 하는 의문이다.⁶⁴⁾

비교적 최근에 제기된 이 문제에 대하여 먼저 Schlink는 독일 연방헌법재판소 판례의 분석을 통해, 서로 다른 기본권에 대하여 발전된 “해석과 교량 전략”(Auslegungs- und Abwägungsstrategien)은 결국 한 가지로 수렴하게 되어, 마침내는 상이하게 보장된 기본권들이 하나의 “일반적 자유권”으로 무차별화되고 있다고 한다.

다음으로 Schwabe는, 기본권의 보호 영역은 완전히 과잉금지 원칙에 기초한 리익 형량에 의하여 결정되어지게 됨으로써, 결국은 기본권의 광범위한 평준화 현상뿐만 아니라, 하나의 “통합 기본권(Sammelgrundrecht)”을 위해서, 여러 가지의 기본권이 존재

64) 이하의 설명은 문·김 전게서 p.150-p.151를 요약한 것이다.

하게 되는 결과를 초래하게 된다고 한다.

그러나 이에 반하여 Wendt는, 이 원칙이 전체적으로 기본권을 구속하는 입법의 범위를 결정하는 것이기는 하지만, 그렇다고 해서 기본권의 평준화라고는 할 수 없고, 단지 개별 기본권에 “기준 제시적 기능(maßstabsetzende Funktion)”을 인정해야 한다는 견해를 보이고 있다.

C. 이중적용의 문제

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

따라서 위 재판소는, 추상적인 법률의 제정에 있어서 뿐만 아니라 “구체적 사건에 있어서의 조치의 비례성”(die Proportionalität der Maßnahme im Einzelfall)까지도 요구함으로써, 과잉금지의 원칙이 이중으로 적용되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기되는 것이다.

이 점에 관하여 Schneider는, 위 과잉 금지의 원칙은 이미 법률의 제정 당시, 입법자에 의하여 고려된 바 있으므로, 다시 구체적 사안에서 그 법률을 적용함에 있어서는, 이중으로 이를 고려할 필요가 없는 것이라고 주장하면서, 그 예로서, 형법을 제정하는 과정에서 어떠한 권리(기본권)를 보호할 것인가를 신중히 고려하여 그 결과 소유권은 보호되는 것으로 하고, 이를 침해하

65) BVerfGE 20, 213

는 행위를 절도죄로서 처벌하기로 하였으면 족한 것이지, 여기에 서 더 나아가, 구체적 사건에서 절도 범인을 처벌함에 있어서, 그 범인이 헌법에 의하여 보장되고 있는 소유권을 침해하였으므로, 이를 더욱 엄하게 처벌하여야 한다는 논리를 전개할 수 있을 것인가 하고 반문하고 있다.⁶⁶⁾

D. 지나친 확장적용의 문제

과잉금지의 원칙은 근본적으로는 입법자의 권한 남용을 억제 하여, 국민의 기본권 보장을 위한 중요한 기능을 수행하는 것이지만 이는 이론적으로 증명될 수 없는, 따라서 결정할 권한을 가진 자의 주관적 의지나 의사에만 의존할 수밖에 없는 속성을 가지고 있는 것이다.

그리하여, 원래는 행정법의 차원에서만 적용되던 이 원칙을 헌법적 차원으로까지 끌어올려 적용하는 것에 대하여, 혹시라도 이 원칙의 적용을 통해서 입법자의 형성의 자유가 지나치게 제한되는 결과로 되지 않을까 하고 우려하는 견해도 있었다(Forsthoff).

나아가 Hirschberg는 과잉금지의 원칙은 하나의 공허한 원칙으로서, 이를 통해서 개별 정의를 가능하게 하기도 하지만, 추상적 법률규정의 고착성을 깨뜨릴 수도 있다고 한다.

생각건대 과잉 금지의 원칙의 지나친 확장(Überdehnung)은 개별주의(Einzelfallgerechtigkeit)를 추구하게 되고 따라서 법적 안정성(Rechtssicherheit)을 희생시키게 되며, 법원의 권력을 강화시키는 결과를 초래하게 된다. 그리하여 이는 법기능적으로 확립된 전형적이고 일반적인 법률의 성격을 제거시키고 법질서의

66) Schneider, 전게서 S. 402-404

원자화(Atomisierung) 현상을 초래하게 되어, 궁극적으로는 “법원에 의한 자의적 지배의 위험이 내재”하고 있음에 각별히 유의해야 할 것이다.

VII. 결어 (우리 헌법상에서의 적용)

지금까지, 독일에 있어서의 판례와 이론을 중심으로 해서 과잉금지의 원칙이 헌법상 어떠한 의미를 가지고, 어떻게 적용되어 왔고, 그에 따른 문제점은 어디에 있는지를 살펴왔다.

그러나 외국법의 연구는, 그 자체가 목적이 될 수는 없고, 어디까지나 우리 자신의 법을 좀더 잘 이해하기 위한 수단에 지나지 아니하는 만큼, 나머지의 과제는 당연히 우리 나라의 헌법 체계하에서 위 원칙이 어떻게 적용되어야 할 것인가를 검토하는 일일 것이다. 이와 같은 작업을 수행함에 있어서, 가장 염두에 두어야 할 것은, 우리의 헌법 체계와 독일의 헌법 체계의 상이한 점을 분명히 인식한 다음, 그러한 전제하에서, 독일에서의 판례와 학설을 검토하고 그 수용의 여부를 결정하여야 하는 것이다.

이러한 관점에서 먼저, 우리는 우리 헌법 제37조 제2항의 규정을 주목할 필요가 있다.

즉 위 조문은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 법률에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있는 것이다.

위 조문을 독일의 기본법과 비교하여 보면, 독일의 경우에는 우리 헌법 제37조 제2항이 『전단』과 같은 포괄적인 제한 규정은 존재하지 않고 있으며, 반면 그 『후단』과 같은 본질내용 침

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

위와 같은 근본적인 차이점에 기인하여, 우선 과잉금지의 원칙의 이론적인 근거를 어디에서 구할 것인가의 점에 있어서, 차이가 생기지 않을 수 없다. 국내의 문헌으로서, 이 점을 우리의 헌법과 관련하여 상세하게 검토한 것은 없다. 다만 김철수 교수는 위 37조 제2항의 『필요한 경우』라는 의미에는, 그 제한이 『불가피』한 경우뿐만 아니라 그 제한이 『최소한』에 그쳐야 한다는 의미도 포함되어 있고, 바로 여기에서 비례의 원칙이 도출된다⁶⁷⁾고 한다. 권영성 교수도, 특별한 설명은 가하지 않고 있으나, 위와 마찬가지로 입장을 전제로 하여 설명하고 있다.⁶⁸⁾

반면에 허영 교수 및 김남진 교수는, 독일의 입장을 그대로 받아들여, 과잉금지의 원칙은 법우선의 원칙에서 나오는 당연한 결과⁶⁹⁾라고 하든지 또는, 우리 헌법은 독일과 같이 법치국가원칙을 명시한 규정은 없으나, 이 원리가 우리 헌법의 기본 원리를 이룬다는 것은 명백하므로, 법치국가원리의 파생 원리의 하나인 과잉금지원칙은 헌법적 차원의 법원칙으로서 승인될 필요가 있다고 한다.⁷⁰⁾

나아가, 우리 헌법하에서 과잉금지원칙의 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) 김철수, 헌법학론 p.279

68) 권영성, 헌법학원론 p.328

69) 허영, 헌법이론과 헌법(상) p.282

70) 김남진, 행정법의 이론과 실제 p.40

위헌여부가 문제로 될 경우에는 거의 항상 위 조항에 기초한 과잉금지원칙의 위배 여부가 문제로 되고 따라서 과잉금지원칙은 모든 법률의 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 과잉금지의 원칙이 명시적으로 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.

본고에 이어서, 마무리 작업으로 행해져야 할 과제는, 우리 헌법재판소의 결정 중에서, 과잉금지의 원칙이 적용되고 있는 위 결정들을 분석하고 종합하여, 우리 헌법재판소는 이 원칙의 근거를 어디에서 구하고 있는지, 그 부분원칙의 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 면수를 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 헌법재판소의 태도는 정당한 것인지, 만약 부당한 부분이 있다면, 어떻게 바뀌어져야 할 것인지를 밝히는 일이다.

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

진술거부권과 그 침해여부가 문제되는 사례

김 종 빈

전 헌법연구관

수원지방법검찰청 부장검사

- 목 차 -

I. 머리말

1. 헌법규정과 진술거부권의 의의
2. 진술거부권의 연혁
3. 진술거부권의 침해문제

II. 진술거부권의 내용

1. 진술거부권의 주체
2. 진술거부권의 적용범위
3. 진술거부권의 보장효과

III. 침해여부가 문제되는 사례

1. 거짓말 탐지기 사용
2. 사고 운전자의 신고의무
3. 기타의 문제

IV. 결 론

I. 머리말

1. 헌법규정과 진술거부권의 의의

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은……형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정하여 형사책임에 관하여 자기에게 불이익한 진술을 강요당하지 않을 것을 기본적 권리로 보장하고 있다. 이를 넓은 의미에 있어 진술거부권, 자기부죄거부의 특권(Privilege against self incrimination) 또는 묵비권이라 한다. 이에겐 형사피고인 또는 피의자가 진술을 거부할 권리는 물론 증인의 증언거부권, 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 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리를 진술거부권이라고 하여 양자를 구별하는 견해도 있으나 이는 용어상의 문제에 불과한 것이고 이를 구별할 실익은 없다.¹⁾

우리 헌법이 이와 같은 진술거부권을 보장하는 취지는 첫째, 형사피의자가 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실 발견이나 구체적 사회 정의 실현이라는 국가적 이익보다 우선케 하여 인간의 존엄과 가치를 존중하려는 것이고, 둘째, 진실한 진술이라 할지라도 그것이 진술자에게 불리한 진술일 경우에는 그

1) 정영석, 진술거부권, 고시연구 84. 11. p.39.

진술을 거부할 수 있음을 권리로 보장함으로써 문화국가를 지향하려는 것이고, 셋째, 당사자주의적 소송구조하에서 피고인이 검사와 대등한 지위에서 다룰 수 있도록 그 지위의 대등성을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.²⁾ 즉 피고인이 검사와 대등한 입장에서 검사의 공격에 대하여 자기를 방어할 수 있게 하기 위하여는 진실에 관한 사실이라 할지라도 이를 진술하지 아니할 수 있어야지 그렇지 아니하고 진실에 관한 사실에 관해서는 반드시 진술할 의무가 있다고 한다면 검사에게 일방적으로 공격의 구실만을 제공하는 결과가 되어 당사자주의 소송 구조에 위배된다는 것이다.

2. 진술거부권의 연혁

형사상 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리는 영미법상의 자기부죄거부의 특권(Privilege against self incrimination)에서 유래한다.³⁾

17세기 초 영국의 교회법원(Ecclesiastical Court)은 청교도들에 대해서 심한 고문으로 자백을 강요하고, 선서에 따라 자백을 하면 이를 증거로 처벌하고 만일 죄를 면하기 위하여 위증을 하면 위증죄로 처벌하였을 뿐만 아니라 종교상의 파계자라 하여 엄격한 제재를 가하였다. 청교도들은 이러한 가혹한 교회법원의 강제신문 절차에 대하여 반대운동을 벌이게 되었고 이러한 반대운동이 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, 고시계 88. 11. p.59.

3) 이영란, 전제논문 p.61, 정성근, 진술거부권, 월간고시 82. 3. p.27.

통법원에 의하여 “누구든지 어떠한 재판에 있어서도, 또 어떠한 사건에 대해서도 자기가 처벌당한 행위를 강요당하지 않는다”라는 특권이 확립되었다.⁴⁾

미국에서는 청교도 정신과 반영국재판의 분위기가 요인이 되어 인권선언에서 자기부죄거부의 특권이 인정되었다. 그리고 1791년의 미연방헌법 제5조는 “누구든지 형사 사건에 있어서 자기에 불리한 증언을 하도록 강요받지 아니한다”(No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself)고 규정하여 자기부죄의 특권을 형사절차의 기본원칙으로 선언하였다. 그후 일본, 인도, 파키스탄, 필리핀, 칠레, 멕시코 등 세계 각국의 헌법이 진술거부권을 자유권의 하나로 헌법에 규정하게 되었다.⁵⁾

우리나라 헌법 제12조 제2항도 미국 헌법상의 자기부죄거부의 특권을 본받아 이를 명문화하였고 이 헌법정신을 받들어 형사소송법 제289조에서 피고인의 진술거부권을, 제200조 제2항에서 피의자의 진술거부권을, 제147조, 제148조, 제149조에서 증인의 증언거부권을, 언론기본법 제8조에서 언론인의 취재원에 대한 진술거부권을 규정하고 있다.

3. 진술거부권의 침해문제

앞에서도 언급한 바와 같이 진술거부권을 규정한 헌법의 법의는 누구도 자기가 형사상의 책임을 추궁당할 위험이 있는 사항에 대한 진술을 강요당하지 않는다는 것을 보증하는 것이다. 그런데 오늘날과 같이 과학문명이 발달하고 사회구조가 복잡해짐

4) 정성근, 진술거부권, 월간고시 82. 3. p.28-29.

5) 권영성, 비교헌법학, p.444-445.

에 따라 진술거부권은 고문·폭행 등 유형적인 방법에 의해 침해됨은 물론 과학적인 장비에 의해 진술이 강요되거나 심지어 법률에 의해 진술이 강요됨으로써도 침해받는 경우가 없지 않은 실정이다. 예컨대 현행 도로교통법 제50조 제2항은 차량을 운전하다가 교통사고를 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 자기부죄거부 특권을 침해하는 것이 아닌가가 문제될 수 있다. 그러므로 여기에서는 우선 진술거부권에 대해서 고찰한 다음 구체적으로 진술거부권의 침해 여부가 문제되는 몇 가지 사항에 대해 검토하기로 한다.

II. 진술거부권의 내용

1. 진술거부권의 주체

진술거부권을 행사할 수 있는 자에 대하여 헌법 제12조 제2항

은 “모든 국민은… 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 규정하고 있으므로 진술거부권의 주체에는 아무런 제한이 없다. 현재 형사 피의자나 피고인으로서 수사 및 공판 절차에 계속 중인 자 뿐만 아니라 장차 형사 피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자도 진술거부권을 행사할 수 있다.⁶⁾ 외국인도 내외국인 평등주의 원칙상 마찬가지로 진술거부권을 행사할 수 있다. 그러나 법인의 대표자에게 진술거부권이 인정되느냐에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립되고 있다. 긍정설은 법인은 재산권의 주체로서 인위적으로 창설된 것이고 법인의 대표자인 자연인이 소송행위에 있어 법인을 대표하므로 자연인의 진술이 곧 법인의 진술로 되고 법인에 대한 증거로 되는데 만일 법인 대표자에게 진술거부권을 인정하지 않으면 결국 자연인에게 진술을 강요하는 결과가 된다는 것이다. 그러나 부정설은 진술거부권이 원래 자연인을 중심으로 발달하였고, 불이익을 받는 것도 자연인이 아니라 법인이며, 자연인과 법인은 개별의 인격이므로 법인의 대표자는 법인에게 불이익이 미친다는 것을 이유로 진술거부권을 행사할 수 없다고 한다. 생각건대 진술거부권의 본질이 진술강요금지에 있는 것이므로 불이익의 주체가 누구인가가 문제되는 것이 아니고 진술의 강요가 누구에게 미치는지가 문제이므로 법인의 대표자인 자연인에게도 당연히 진술거부권이 인정되어야 한다고 본다.

2. 진술거부권의 적용범위

가. 진술의 의미

거부할 수 있는 진술은 어떤 것인가. 피의자나 피고인의 구두

6) 헌법재판소 90. 8. 27. 선고 89헌가 118.

진술이 포함되는 것은 당연하다. 진술내용을 기재한 서면제출에도 진술거부권을 행사할 수 있다.⁷⁾ 지문채취, 사진 촬영, 신체 측정, 혈액 채취, 필적 조사, 음성 확인, 정신의학 상의 검진, 범행 현장의 재현 등에 진술거부권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 진술거부권은 진술에 한하여 인정되는 것이고 음성확인, 신체 상처의 조사와 같이 신체 내지 기능의 제시이고 진술과는 관계가 없는 것이며 정신의학 상의 검진의 경우는 진술은 있지만 그 진술은 내용의 진부를 통하여 사용되는 것은 아니므로 이들에 대해서는 진술거부권이 미치지 아니한다고 한다.⁸⁾

그러나 이에 대해서 수동·능동의 테스트로써 소극적인 복종을 요구하는 것은 허용되지만 적극적인 협력은 강요할 수 없다는 견해도 있다. 이에 의하면 지문이나 혈액의 채취는 허용되지만 필적 조사와 범행 현장의 재현은 강요할 수 없다고 한다. 독일 판례가 문서의 비교를 위한 필적의 제공을 거부할 수 있다는 것으로 대체로 이러한 입장을 취하고 있다.⁹⁾

거짓말 탐지기(이에 대해서는 III. 1.에서 상설), 마약 분석의 경우에는 특히 진술거부권의 행사가 문제되고 있다. 마약 분석의 경우에는 진술을 자제할 능력을 상실하게 하는 것이므로 진술거부권이 침해될 수 있다고 한다.¹⁰⁾

나. 형사상 불리한 진술

진술거부권의 대상은 형사상 자기에게 『불이익』한 진술만이 아니라 리익·불이익을 불문하고 일절의 진술을 거부할 수 있는지가

7) 김기두, 목비권, 고시연구, 77. 1. p.33. 반대 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.

문제된다.

헌법에는 “형사상 자기에게 불이익한 진술”이라고 규정하고 있으나 이에 기초를 둔 형사소송법 제289조에는 “피고인은 각개의 신문에 대하여 진술”을 거부할 수 있다고 하여 리익·불이익을 불문하고 일절의 진술을 거부할 수 있는 권리 즉 침묵의 권리(right of silence)를 인정하고 있음을 전제로 형사소송법은 헌법상의 자기부죄특권을 확충하고 있다고 보아야 한다는 견해가 있다.¹¹⁾

이 주장의 근거는 진술거부권은 증인은 증언거부권과는 구별되어야 하며, 불이익하지 않는 사항에 관하여는 진술의무를 부과한다고 하면 진술을 강요하는 방법으로 고문·폭행을 허용하는 결과가 될 수도 있기 때문이라고 한다. 그러나 헌법규정은 명백하게 “불이익”진술이라고 규정하고 있으므로 불이익한 진술에 대해서만 거부권을 행사할 수 있는 것이며 형사소송법의 규정도 헌법 합치적 해석의 원칙상 당연히 불이익한 진술이라고 해석하여야 한다.¹²⁾

따라서 하위법이 구체적으로 규정하지 않은 부분을 해석할 경우에, 개개의 규정의 주체가 가지는 권리를 최대한으로 확장하는 것만이 합헌해석이 아니라 주체이외의 다른 사람의 권리와 조화도 고려하여 해석하는 것이 합헌 해석이다. 그러므로 거부할 수 있는 진술의 범위는 불이익한 진술에 한한다고 해석하여야 한다. 불이익한 진술이라 함은 진술자가 자기에게 불리하다고 판단하는 것이라야 하고 또한 형사책임에 관한 것에 한정되어야 한다.

명예, 성실성, 행정상의 처분을 받을 우려가 있는 사실 또는

11) 정성근, 전기 논문 p.31.

12) 이영란, 전기논문 p.34.

민사책임에 관한 것에 대하여는 거부할 권리가 없다. 리익·불이익을 판단하는 주체는 어디까지나 신문의 주체 또는 일반인이 아니라 진술의 주체이다.

다. 행정절차에의 적용 여부

진술거부권에 관한 헌법규정은 형사절차에만 적용되는가 아니면 행정절차에도 적용되는가. 이에 대해서는 소극설과 적극설이 대립되고 있다.

① 소극설

이 설에 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

헌법상 진술거부권 규정은 순전히 형사절차에만 국한하지 않고 그 외의 행정절차 등에 있어서도 실질상 형사책임 추구를 위한 자료의 취득 수집과 직결되는 한 곧 그 적용이 있어야 한다고 한다.¹³⁾

나아가 오늘날에는 행정권의 비대화로 인권침해의 가능성이 더욱 커지고 있으므로 행정절차에도 진술거부권 규정이 당연히 적용되어야 한다고 한다.¹⁴⁾

일본의 판례들도 거의 대부분 행정절차에도 진술거부권 규정이 적용됨을 전제로 하여 위헌 여부를 논하고 있다.

③ 생각건대, 우리 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 ……”

13) 전 박행·아부조제편, 헌법판례와 학설 I, 일본 평론사, p.215.

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

형사상 자기에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정하고 있을 뿐이지 형사사법절차에만 한정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 행정절차라 하여 기본권을 소홀히 해서는 안 되는 것이므로 행정절차이든 형사절차이든 실질적으로 형사책임을 추궁당할 우려가 있으면 진술거부권 규정은 적용되어야 한다. 이러한 취지에서 우리나라 헌법재판소도 진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것은 아니고 행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 보장된다¹⁵⁾고 하였다.

3. 진술거부권의 보장효과

가. 진술강요의 금지

진술거부권은 형벌 기타의 제재에 의한 진술강요의 금지를 그 본질적 내용으로 한다. 따라서 고문, 폭행, 협박 등의 명시적 수단에 의한 진술의 강요는 물론 법률로써도 진술을 강요할 수 없다.¹⁶⁾

만약 진술거부권을 침해하여 강요된 진술이 있는 경우에는 인권옹호의 견지에서 임의성이 없는 것이 되고 위법한 절차에 의한 것으로서 증거능력이 부정되고 따라서 이를 유죄의 증거로 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. 진술거부권 p.44에서는 진술거부권의 고지를 태만하였다고 해서 곧 임의성을 상실한다고 할 수 없다고 하였으나 이는 옳지 않은 것으로 보인다. *Miranda v. Arizona*, 384. U.S. 436(1966)은 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리에 관하여 고지를 받지 않고 경찰에서 한 자백은 불법이므로 증거능력이 없다고 하였고 이것은 오늘날까지 미국에 있어 형사 사법 절차상의 중요한 원칙으로 지켜지고 있다.

나. 불이익 추정의 금지

진술거부권은 헌법상 인정된 권리이므로 진술을 거부한 사실을 유죄의 증거로 하거나 또는 그러한 사실을 원인으로 유죄의 추정(불이익한 심증형성)을 하는 것은 허용되지 아니한다. 왜냐하면 진술거부권을 행사하는 것이 불이익으로 추정받게 된다면 불이익으로 추정되는 것이 두려워 할 수 없이 진술하게 되어 결국 진술을 강요당하는 결과와 다름이 없게 되기 때문이다. 불이익 추정금지와 관련하여 진술거부권을 양형에 참작할 수 있는지가 문제되고 있다. 다수설은 범죄사실에 관한 피고인의 진술 태도 등을 고려하여 양형상 처우를 달리하는 것은 피고인의 진술거부권의 침해가 아니라고 한다.¹⁸⁾ 즉 범행후의 진술은 대체로 개전, 모오를 표시하는 것이 일반적이므로 범행후의 정황이라는 실체법 상의 양형 기준에 의하여 양형에 참작하는 것은 진술거부권 자체를 침해하는 것이 아니라고 한다. 생각건대, 자유심증주의에 의하여 법관이 구체적인 사정을 신중히 고려하여 합리적인 심증을 형성하는 것은 가능하다고 할 것이다. 그러나 실체법 상의 양형 기준(형법 제51조) 자체가 추상적인 것이고, 더욱이 그것은 현저한 개정의 정을 보이는 경우에 이를 고려하여 형을 감경할 수 있다는 것이지 진술을 거부한 태도 자체로 인하여 개전의 정이 없다고 추정하거나 양형을 중하게 하는 근거로 삼을 수는 없는 것이다. 배심재판제도를 채택하고 있는 미국의 형사절차에 있어서는 피고인 본인이 자의로 증인대에 앉지 않는 이상, 피고인에 대한 심문은 허용되지 않는다. 인간이 자기의 범죄를 감추려 하는 것이 그 본성이고 이러한 관점에서 진술거부권의 정신을 철저히 현실화한 것이다. 따라서 우리나라에 있어서도

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

진술거부권의 실질적 보장을 위해서는 진술거부권 행사자체가 여하한 불이익의 자료로 고려되는 것도 금지된다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

III. 침해여부가 문제되는 사례

1. 거짓말 탐지기 사용

가. 문제의 제기

거짓말 탐지기는 인간이 거짓말을 할 때 자율신경의 작용으로 인해 얼굴이 붉어지거나 손에 땀이 나고, 호흡, 맥박, 혈압 등이 달라지는 생리적인 변화를 수반하는 점에 착안하여 이러한 변화를 기록·분석함으로써 피험자의 진술의 허위여부를 밝히는 장치이다.²⁰⁾

현대에 들어와서 White color 범죄가 심각한 사회문제가 되고 범죄양상들이 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 본인의 의사에 반하여 행해지는 경우 진술거부권을 침해하는 것이 아닌지의 문제와 관련하여 거짓말 탐지기 시험결과의 증거능력 유무가 문제되고 있다.

19) 좌백, 양형이유としての 자유と 부인, 형사법학의기본문제(하), p.987. 이영란, 전계논문, p.69.

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

나. 미국의 판례와 연방 법무부의 태도

① 미국의 판례

미국의 판례는 1923년의 *Frye v. U.S.* 사건²¹⁾ 판결이후 원칙적으로 거짓말 탐지기 시험결과를 유·무죄 인정의 증거로서 뿐만 아니라 진술의 신용성에 관한 사실에 대한 증거로서도 허용하지 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 동의하는 경우에는 거짓말 탐지기의 사용결과도 증거로 인정한다는 것이 판례의 태도라 하겠다.²²⁾

② 연방 법무부의 정책

미국 연방 법무부는 위와 같은 법원 판례와는 대조적으로 1974년이래 거짓말 탐지기 시험 결과를 법원에 증거로 제출하지 않는다는 정책을 고수하고 있다. 즉 미국 연방 의회가 1974년에 실시한 거짓말 탐지기에 관한 청문회에서 미연방 법무부는 연방 정부가 연방정부측에 유리한 거짓말 탐지기 시험 결과를 법원에 증거로 제출하지 않을 것이며, 또한 변호인이 피고인에게 유리한 거짓말 탐지기 시험 결과를 증거로 제출하고자 하는 여하한 노력에도 반대한다는 공식적 입장을 밝힌 바 있는데 이러한 입장은 계속 지켜지고 있다. 따라서 미연방 법원의 형사 절차에 관한 한, 미연방 법무부가 거짓말 탐지기 시험 결과를 증거로서 제출하는 경우는 없으므로 미연방 법원에서 거짓말 탐지기 시험 결

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

22) 장구진, 전계논문, p.305.

과의 증거능력이 문제되는 것은 오직 피고인 측 변호인이 그것을 증거로 제출하고 그 증거 능력을 주장하는 경우뿐이라고 한다.

다. 일본의 판례

일본 최고재판소의 소화 43. 2. 8. 판결은 “Polygraph 검사 결과를 피검사자의 진술의 신용성 유무 판단 자료에 제공하는 것은 신중한 고려를 요하지만 원심이 형사소송법 제326조 제1항(우리 형소법 제381조 제1항에 해당)의 동의가 있었다면 각 서면에 관하여 그 작성된 때의 정황 등을 고려한 끝에 상당하다고 인정하여 증거 능력을 긍정한 것은 정당하다”고 판시하여 거짓말 탐지기 시험결과를 증거로 함에 동의한 때에는 그 증거능력을 인정한다는 입장을 취하고 있다.

라. 대법원 판례

우리 나라 대법원은²³⁾ 거짓말 탐지기 시험 결과에 대한 증거능력을 인정하지 아니하였다.

“……원심을 허언 탐지기 시험 결과 및 그 보고서를 이 사건 범죄사실을 인정하는 증거로 사용하고 있는 바, 허언 탐지기 실험결과에 증거능력에 관하여는 학설상으로 대립이 있어 이를 쉽게 인정할 수 없다”고 하였다. 그리고 “그 증거능력이 인정되기 위하여는 우선 그 검사결과에 정확성이 보증되어야 하고 그 정확성을 보증하기 위하여는 …… 등의 조건이 충족되어야 하고 그와 같은 조건들이 충족된 검사가 아니면 그 시험결과 및 그

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

보고서를 증거로 사용할 수 없다고 할 것인 바, 위와 같은 조건들이 갖추어진 상태에서 이 사건의 검사가 시행되었다고 볼 자료조차 없는 이 사건에서 단지 이 사건 허언 탐지기의 검사자가 수년간 허언 탐지기 시험을 전담해 왔고 피검사자인 피고인의 동의를 얻어 검사하였고 그 검사 경과의 결과를 충실히 기재한 것이라 하여 이 사건 시험 결과 및 그 보고서를 유죄인정의 직접자료로 사용한 원심의 조치를 잘못”이라고 판시하였다.

마. 결 론

거짓말 탐지기에 의한 검사가 진술거부권의 침해가 되느냐에 대해서는 거짓말 탐지기에 의한 검사는 신체의 생리적 변화를 검증하는 것이지 진술증거는 아니므로 진술거부권의 침해는 아니라는 견해가 있을 수 있다. 그러나 거짓말 탐지기 시험결과는 생리적 변화와 독립하여 증거로 되는 것이 아니고 질문과의 대응 관계에서 비로소 의미를 가지는 것이므로, 본인의 동의 없이 행하여지는 거짓말 탐지기에 의한 검사는 그 자체가 명백한 진술거부권의 침해가 됨은 의문의 여지가 없다. 다만 당사자가 거짓말 탐지기의 시험 및 그 결과의 증거사용에 동의한 경우에도 그 정확성에 대한 과학적 뒷받침이 부족하고 인간의 존엄과 가치는 어떠한 경우에도 존중되어야 하는 것이므로 인간성이 기계 앞에 굴복되어지는 거짓말 탐지기 사용은 억제되어야 한다고 본다.

2. 사고 운전자의 신고의무

가. 문제의 제기

① 우리 나라 도로교통법(1984. 8. 4. 법률 제3744호 전면 개정) 제50조 제1항은 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 때에는 그 차의 운전자 그밖의 승무원은 곧 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 동 제2항은 제1항의 경우 그 차의 운전자 등은 경찰공무원이 현장에 있는 때에는 그 경찰공무원에게, 경찰공무원이 현장에 없는 때에는 가장 가까운 경찰관서에 지체없이 사고가 일어난 곳, 사상자수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그 밖의 조치 상황 등을 신속히 신고하여야 한다고 규정하였다. 아울러 동법 제111조 제3호는 위와 같은 신고를 하지 않은 자를 20만원 이하의 벌금이나 구류의 형에 처하도록 규정하고 있다.

② 위와 같은 도로교통법상의 사고신고의무는 원래 형사사법 절차상의 문제가 아니고 단지 도로 교통으로 인하여 빚어진 사고에 따른 피해자의 구호 및 교통질서의 회복이라는 도로 교통 행정의 원활한 운영을 도모할 목적으로 부과된 행정절차 상의 의무이다. 그러나 이러한 의무에 따라 현실적으로 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 진술을 청취하고 그 사고 현장을 토대로 증거 보전을 위한 실황 조서를 작성하게 된다. 더 나가 도로교통법 제50조 제2항에서 사고 운전자의 신고의무를 규정하고 있기 때문에 이를 근거로 이러한 조치가 당연한 것으로 받아들여지고 있으며 대부분의 사고 운전자 등에게 진술거부권이 있음을 고지하지도 않는 실정이다. 그러기 때문에 사고 운전자가 경찰관에게 도로교통법상의 신고 사항을 신고하게 되면

업무상 과실치사상죄 등으로 처벌받게 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 진술거부권을 침해하는 것이 아닌가 문제되고 있다.

나. 합헌론

① 일본최고재판소판례

현재의 일본 도로교통법이 제정된 소화 35년 이전에는 도로교통취체법(소화 22년 제정)이 있었는데, 동법 제24조는 교통사고 발생시 운전자 등은 명령이 정하는 바에 따라 피해자 구호 등 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정하였고, 동법 시행령 제67조 제2항 사고 운전자 등은 제1항의 피해자 구호 조치 등을 종료한 경우에 즉시 사고의 내용 및 조치 상황 등을 경찰관에게 보고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 보고해야 할 사항인 「사고의 내용」이 구체적으로 무엇인지를 법정하지 않았다. 그런데 최고재판소 소화 37. 5. 2. 판결은 도로교통법취체법상의 보고의무에 관하여 다음과 같이 합헌이라고 판결하였다. 그러나 이 판결은 시기적으로 현도로교통법이 제정(소화 35년)된 이후의 것으로서 우리 나라의 도로교통법상의 신고 의무와 동일한 내용을 규정한 일본의 현행 도로교통법에서도 그대로 유효한 판결이다.²⁴⁾ 판결 이유는 다음과 같다.

“시행령 제67조는 경찰관으로 하여금 신속히 교통사고의 발생을 인식하게 하여 피해자의 구호와 교통질서의 회복에 대한 적

24) 최고재, 소화 45. 7. 28. 판결 및 48. 3. 15. 판결 등은 소화 37. 5. 2. 판결을 그대로 확인하여 합헌이라고 하였다.

절한 조치를 취하도록 하고 그로써 도로상의 위험과 그에 따른 피해의 증대를 방지하며 교통안전을 도모하는 등을 위하여 필요하고도 합리적인 규정이라고 시인해야 한다. 뿐만 아니라 동조 제2항 기재의 사고의 내용이라 함은 그 발생한 일시, 장소, 사상자의 수 및 부상정도, 재물의 손괴 및 그 정도 등 교통사고의 태양에 대한 사항을 가리키는 것이라고 해석해야 한다. 따라서 운전자 등은 경찰관이 교통사고에 대하여 앞서 본 바와 같은 처리를 하기에 필요한 한도 내에서만 보고의무를 부담하는 것이고 그 이상 소론과 같이 형사책임을 추궁 당할 우려가 있는 사고의 원인 기타 사항까지 역시 보고사항에 포함된다고 해석되지는 아니한다. 그런데 소위 묵비권을 규정한 헌법 제38조 제1항의 법의는 어느 누구도 자기가 형사상의 책임을 추궁 당할 우려 있는 사항에 대하여 공술을 강요당하지 않는다는 것을 보장한 것으로 보아야 하는 것은 재판소의 판례이다. 따라서 령 제67조 제2항이 사고의 내용의 보고를 명한 것은 헌법 제38조 제1항에서 말하는 자기에게 불리한 공술의 강요에 해당하지 않는다. 그렇다면 령 제67조 제2항에 소론과 같은 위헌의 점은 없다.” 즉 최고재판소는 보고의무 조항은 교통행정을 위하여 필요하고도 합리적인 규정이며, 보고해야 할 사고 내용도 사고의 객관적인 태양에 관한 사항에 한정하는 것이고, 보고자 자신이 사고 운전자라든지 고의·과실 내지 위법성 등 자기부죄에 이르는 사항까지는 포함되지 않으므로 이는 형사책임을 지게 되는 불이익한 진술의 강요에 해당하지 아니하여 묵비권 밖의 문제라고 보았다.²⁵⁾

② 미국 연방 대심원 판례

미국 California주 차량교통법은 재물을 손괴한 운전자²⁶⁾는 운

25) 석 창목, 교통사고시 사고운전자의 신고의무와 묵비권, 인권과 정의 90. 2.

26) 인적 사고를 포함하지 않는 점에서 우리 나라나 일본과 다르다.

전자의 성명, 주소를 경찰관 또는 피해자 측²⁷⁾에 보고하도록 규정하고 있는데 이에 대한 합헌성 근거를 다음과 같이 판시 하였다. 즉, 이 규정은 교통사고에 있어 민사 책임을 해결하기 위한 것으로 행정절차에만 적용될 뿐 형사 절차에는 적용되지 않는 것이고, 보고의무는 자동차를 운전하는 모든 사람에게 일반적으로 부과되는 것이지 특정한 범죄용의자를 표적으로 한 규정이 아니며, 그 법률에 의하면 교통사고를 야기한 행위가 형사법에 포함되지 않으며²⁸⁾ 그러므로 보고의무는 자기부죄거부특권을 실질적으로 침해하는 것이 아니며 차량교통법 시행에 있어 필수적인 것이라라고 판시 하였다.²⁹⁾

다. 위헌론

① 일본 지방재판소 판례

도로교통취체법의 보고의무규정이 합헌임을 선언한 최고재판소의 소화 37. 5. 2. 판결 이후에 나온 기부 지방재판소 소화 43. 3. 27. 판결은 도로교통법의 보고의무규정은 위헌이라고 다음과 같이 판시했다.

“도로교통법 제72조 제1항 후단은 교통사고를 야기한 차량 등의 운전자 등에 대하여 당해 교통사고의 일시, 장소, 부상자와 수 및 부상의 정도 등 사고의 태양에 대해 경찰관에게 보고할 의무를 과하고 있는 바, 이러한 사항이 객관적 범죄 구성 요건에 해당하는 사실인 점은 명백하고, 이런 사항의 보고를 받은 경찰관은 단지 피해자의 구호, 교통질서의 회복 조치만 하는 것이 아

27) 경찰관에게만 보고토록 하지 않는 점에서 우리나라, 일본과 다르다.

28) 미국의 대부분의 주에서는 우리나라에서와는 달리 교통사고를 형사사건에 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 운전자 등의 주관적 책임원인 등의 추궁에 대하여도 당연히 관심을 갖는 것은 흔히 보는 것이기 때문에 이러한 사항의 보고를 의무지우는 것은 조금이라도 경찰관에게 사실상 범죄 발견의 단서가 되는 사실의 보고의무를 부과한 것에 귀착한다고 보아야 하므로 이러한 사항을 보고한 당해 운전자 등은 자기의 형사책임을 추궁 당할 위험을 부담해야 하는 바, 소위 묵비권을 규정한 헌법의 범의는 누구도 자기가 형사상 책임을 추궁 당할 위험이 있는 사항에 대한 공술을 강요당하지 않는다는 것을 보호하는 것이라고 해야 하는데 그렇다면 위 신고 의무 규정은 위 헌법 규정에 어긋난다”고 하였다. 즉 이 판결은 신고 내용이 사고의 객관적 태양에 불과한 것이라고 하더라도 과실범에 있어서는 이것이 범죄 구성요건에 해당하게 되며, 이러한 사실의 신고는 결국 범죄 발각의 단서를 제공하는 것이 되어 실질적으로 진술거부권을 침해하게 된다는 것이다.

② 미국 연방대심원 판결의 소수의견

위의 미 연방대심원의 California v. Byers 사건에서 Black, Douglas, Brennan 재판관은 운전자의 사고 신고 의무 규정은 진술거부권을 실질적으로 침해하는 위헌규정이라고 다음과 같은 소수의견을 개진하였다. 즉, a. 신고 의무 규정은 물적 피해를 야기한 운전자 즉 불법행위 용의자를 대상으로 한 것이어서 신고자는 실질적으로 자기부죄의 위험을 지게 된다. b. 수정헌법 제5조는 단지 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 것을 규정한 것이지만 물적 피해를 야기한 자동차 운전자의 진술은 틀림없이 범죄의 자백으로 될 것이며, c. 따라서 교통질서 및 안전의 목적상 신고 의무를 규정하고 신고 결과가 범죄를 구성하는 경우에는 그 신고에 대해서도 형사 소추로부터 면책되지 않으면

안 된다.

라. 우리 나라 대법원 판례

대법원 81. 6. 23. 선고 80도 3320 판결은, “……사고 신고의무는 경찰관에게 속히 교통사고의 발생을 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관하여 적절한 만전의 조치를 취하게끔 하기 위한 방법으로 부과된 것이므로…… 사고를 발생시킨 당해 차량의 운전자에게 그 사고 발생에 있어서 고의·과실 혹은 유책위법의 유무에 관계없이 부과된 의무라고 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 대법원 86. 2. 11. 선고 85도 2504 판결은 “……피고인 스스로 운전하던 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 진술거부권을 침해하는 것인지에 대해서 본격적인 검토를 하지 않고 일반적으로 합헌규정이라는 전제하에 판단한 것으로 보인다.

마. 헌법재판소의 결정에

헌법재판소는³⁰⁾ 도로교통법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하기 위한 목적으로 제정된 법률이고 동법 제50조 제2항의 신고 의무 규정은 경찰 공무원으로 하여금 교통사고의 발생을 신속하

30) 헌법재판소 90. 8. 27. 선고 89 헌가 118 도로교통법 제50조 제2항 등에 관한 위헌심판.

게 알게 하여 교통질서의 안전 유지 및 도로상의 위험과 그에 따른 피해의 확대를 방지하며 피해자의 구호와 교통질서 회복에 대하여 적절한 조치를 취하도록 함으로써 교통 소통을 원활하게 하는 도로교통법의 목적을 달성하기 위한 규정이라고 해석하였다. 그러나 실제 운용 면에서는 이 법이 확대 적용되는 결과 교통질서 유지 법으로서의 목적보다 도리어 경찰관의 범죄 수사 편의를 위해 활용되어 운전자들이 형사책임을 추궁 당할 위험을 부담하게 되어 위헌의 소지가 있음을 전제로 하여 사고 신고 의무 규정은 그 규정의 본래 목적인 피해자의 구호 및 교통질서의 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 진술거부권을 본질적으로 침해할 수 없음을 명백히 선언하였는데 그 의의가 있다고 하겠다. 그러나 이 결정은 신고 의무 조항이 합헌이거나 또는 전면 위헌이라고 결정한 것이 아니라 “피해자의 구호 및 교통질서의 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 교통에 지장을 초래하기 때문이다. 그러나 예컨대 교통이 한적한 산길에서 가벼운 충돌사고가 발생하였는데 당사자간에 피해에 대한 합의가 이루어졌고 그 사고로 인해 교통에 지장을 주지도 않는다면 이러한 경우까지 신고해야 되는 것은 아니라고 본다. 결국 어느 때에 신고 의무가 면제될 수 있는지에 대해서는 신고 의무의 규정취지와 관련하여 검찰이나 법원이 피해자의 구호나 교통질서 회복을 위한 조치가 필요하지 않을 때에 신고 불이행으로 처벌하지 않는 결정이나 판례를 확립하여 나가야 할 것으로 생각된다. 다음으로 사고신고를 받고 출동한 경찰관은 현장에서 사고원인 등 형사책임요소를 조사할 수 없는 것인가. 모든 국민은 자기에게 형사상 불이익한 사실에 대하여 진술을 강요 당하지 않을 권리가 있고, 따라서 경찰관은 어느 경우에도 사전에 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다. 도로교통법 제50조 제2항에서 신고의무를 규정했다고 하더라도 그 신고내용이 형사책임요소에 관한 것이 아닌 이상 운전자는 그 신고사항 이외의 것에 대해서는 진술거부권을 행사할 수 있다. 설사 경찰관이 신고사항 이외의 사항에 대해 질문하더라도 진술을 거부하면 그만이다. 그러나 출동한 경찰관이 피해자 구호나 교통질서 회복을 위한 조치를 마친 후 사고원인에 대해서 조사하려고 하면서 진술거부권을 고지하고 운전자가 진술거부권을 행사하지 않고 조사에 응하게 된다면 아무런 문제도 발생하지 않을 것이다. 어느 경우에도 진술거부권을 행사하는 피의자에게 진술을 강요할 수는 없는 것이다. 그러므로 사고원인 조사에는 반드시 진술거부권이 있음을 고지하고 또한 이를 존중하여야 한다는 원칙을 선언한 것인지 신고를 받고 출동한 경찰관은 사고원인을 조사할 수 없다는 의미는 아니라고 본다. 결국 헌법재판

소의 결정은 신고의무 조항을 합헌이라고 하면서 신고의무의 본질상 진술거부권 침해 가능성을 전제로 그 규정의 본래 취지에 한정하여 해석 적용하게 하여 진술거부권을 보장하면서 교통행정상의 편의를 도모케 한 것이라고 본다.

3. 기타의 문제

가. 행정법규상의 기재 및 신고의무

우리 나라 행정법규 중에는 자기에 불리한 사항을 장부에 기재케 하거나 신고하게 하는 규정이 있다. 마약법 제14조 제1항은 마약 취급자에게 마약의 양도, 투약, 수량 등을 기재할 의무를 부과하고, 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 거래 내용을 기재토록 하고 있다. 그 외에도 대마관리법 제10조, 진당포 영업법 제16조에도 일정사항의 기재의무를 규정하고 있다. 또한 법인세법 제26조 제1항은 납세의무 있는 법인은 사업년도의 소득에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 신고토록 규정하고 있다. 그리고 이러한 기재 및 신고를 하지 않은 자에 대해서 처벌규정을 두고 있어서 이러한 규정이 사실상 자기에 불리한 사실에 대한 진술을 강요하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다.

이에 대해 일본의 최고재판소는 우리 나라의 마약법 제14조와 같은 일본 마약취체법³¹⁾ 제14조에 대해 “마약은 그 용법에 따라

31) 소화 23년, 법률 제123호.

서는 사람의 심신에 해악을 발생케 할 수 있는 것이므로 마약취체법이 그 취급에 엄격한 규제를 가하고 또한 이것을 취급하는 자의 자격에 대해서도 특정한 제한을 두고 면허제도를 두고 있는 것은 공공보건위생의 요청에 의한 정당한 조치인 것이다. 그리고 동법 제14조가 마약취급자에 대하여 영업소 등에 장부를 비치하고 마약에 관한 소정의 사항을 기입하도록 명령하고 이를 위반한 자에 대하여 동법 제59조가 형벌제재를 정하고 있는 것은 전시와 같은 마약의 성능을 감안하여 그 취급의 적정을 확보하기 위한 필요한 단속 절차에 불과한 것이다. 따라서 장부기입에 관한 규정 자체는 헌법 제38조 제1항(우리 헌법 제12조 제1항)의 보장과는 관계가 없다”³²⁾고 판결했다.

또한 고물영업법 제17조(우리나라 고물영업법 제17조와 같음)가 고물상에 대하여 고물 거래 년월일, 그 품목, 수량 및 특징, 상대방의 주소, 성명, 직업, 연령 및 특징 등을 소정의 장부에 기재토록 명하고 있는 것은 당해 고물상의 고물 취급의 실상을 명확하게 하고, 그 취급의 적정을 담보하기 위한 것이어서, 그 자체 하등 형사상의 책임을 추궁 당할 우려가 있는 사항에 대한 공술을 강요하는 것이 아니라고 판결했다.³³⁾

여관업법 제6조 제2항(우리 나라 공중위생법 제12조 제2항 제1호) 또한 공중위생의 견지에서 필요한 단속을 규정한 것이므로 그 자체 자기가 형사상의 책임을 추궁 당할 우려 있는 사항에 대해 고지할 것을 강제하는 규정이 아니라고 한다.³⁴⁾

결국 일본최고재판소는 행정법규상의 기재 및 신고의무는 행정 목적 달성을 위해 필요한 조치이므로 그 규정자체가 자기의 형사상 책임을 추궁당할 우려 있는 사항에 대한 진술을 강요하

32) 소화 31. 7. 18. 판결.

33) 소화 37. 5. 4. 판결.

34) 소화 42. 12. 31. 판결.

는 것이 아니라는 이유로 모두 합헌 결정을 하였다. 그러나 이러한 규정이 실질에 있어 진술거부권을 침해하게 되는 면을 부정할 수 없으며 다만 권리 그 자체에 내재하는 본질적인 한계로 인하여 공공복리의 필요에 의하여 법률로 제한되는 경우라고 보아야 할 것이다.³⁵⁾

나. 자수기간내의 자수와 진술거부권

정부기관에서 범죄자수기간을 설정하고 자수한 자에 대해서 형벌을 면제할 수 있다는 발표에 따라 범죄를 자수한 자를 형사 처벌할 수 있는가. 자수 기간내의 자수는 정부의 공적 약속에 의하여 얻어진 자백이기 때문에 이것이 유죄 인정의 증거가 되면 진술거부권이 침해되는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다.

그러나 자수기간을 설정하는 것은 전국민에게 일반적으로 약속한 것이지 어느 특정인의 유죄사실에 대한 자백을 얻고자 하는 것이 아니며 자수는 자기 이익을 위하여 스스로 자백한 것이므로 즉 강제성을 띤 것이 아니므로 진술거부권을 침해하는 것이 아니라고 본다.³⁶⁾

IV. 결 론

1. 진술거부권은 자백강요와 고문을 근절시키고 근본적 인권을 보장하는 중요한 방편이다. 이러한 진술거부권은 폭행·고문에 의하여 침해되는 것이 보통이지만 법률이 일정한 사항의

35) 다만 이에 대해 진술거부권은 절대적으로 제약이 불가능한 권리라는 견해가 있다. 헌법재판소 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.

신고를 의무화하고 이를 위반하는 경우에 형벌을 과하는 것도 진술거부권을 침해하는 것이 될 수 있다. 오늘날과 같이 사회가 다양화되고 정부의 적극적인 역할이 강조됨에 따라 공공복리의 필요에 의하여 법률이 신고를 의무화하는 등 진술거부권을 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 범익형량의 견지에서 달성하고자 하는 공공복리가 개인의 진술거부권 보장보다 훨씬 비중이 커야함은 물론이다. 그러므로 도로교통법상의 사고신고 의무나 각종 행정법규상의 장부 기재의무 등은 공공복리의 필요상 부득이 진술거부권을 제한하는 것임을 전제로 이러한 법률의 운용에 있어서는 법률의 근본 취지가 지나치게 확장 해석 적용되지 아니하도록 하여야 할 것이다.

2. 예로부터 범죄 수사에는 자백을 얻어내는 것이 가장 손쉽고 확실한 방법이였다. 그러나 이러한 자백 편중에 의한 수사나 재판은 필경 피의자나 피고인에 대한 진술을 강요하게 되어 인권을 침해하는 사례가 발생하게 되므로 이러한 자백을 범죄수사나 재판절차에서 추방하는 것이야말로 진술거부권을 철저히 보장하는 방법이 될 것이다. 실제로 미국의 형사소송에 있어서는 검사가 피의자를 신문하는 절차라 없을 뿐만 아니라 법정에서도 피고인 신문이 허용되지 아니한다. 피고인이 스스로 증인이 되어 선서하고 증언하기를 원하는 경우에 한하여 증인으로서 증언할 수 있을 뿐이다. 다만 이러한 제도에 의해 간첩 등 국가안전을 해하는 악질자가 진술거부권을 악용할 때에는 공공의 안녕 질서가 위태롭게 되므로 이러한 경우에 대비하여 일정한 경우 진술거부권을 박탈하고 진술을 가용하는 동시에 이 진술에서 유래하는 자기에게 불리한 형사상 책임을 면제해 주는 기소면제법

(Immunity act)이 있다. 이러한 제도가 우리나라의 현실에 꼭 타당한 것인지에 대해서는 의문이나 국민의 기본권을 철저히 보장함으로써 민주주의를 정착시킬 수 있다는 전제하에 이러한 제도의 도입을 진지하게 검토해 볼 필요가 있다고 본다.

스페인 헌법의 발전과정

김 영 철

헌법연구관

서울지방검찰청 고등검찰관

- 목 차 -

1. 서
2. 1812년의 헌법
 - 가. 역사적 배경
 - 나. 주요내용
 - (1) 기본권의 보장
 - (2) 삼권의 분립
 - 다. 평가
3. 1834년의 헌법 : 헌장(Estatuto Real)
 - 가. 역사적 배경
 - 나. 주요내용
 - 다. 평가
4. 1837년의 헌법
 - 가. 역사적 배경
 - 나. 주요내용
 - (1) 기본체제
 - (2) 기본권에 관하여

(3) 통치기구에 관하여

다. 평가

5. 1845년의 헌법

가. 역사적 배경

나. 주요내용

다. 평가

6. 1869년의 헌법

가. 역사적 배경

나. 주요내용

(1) 기본권 보장의 확대

(2) 통치기구

다. 평가

7. 제1공화국 헌법안

가. 역사적 배경 및 평가

나. 주요내용

8. 1876년의 헌법

가. 역사적 배경

나. 주요내용

다. 평가

9. 1931년의 헌법

가. 역사적 배경

나. 주요내용

(1) 기본체제

(2) 기본권의 보장

(3) 통치체제

(4) 헌법보장제도

다. 평가

10. 왕국 기본법(Las Leyes Fundamentales del Reino)

(1939~1967)

가. 역사적 배경 및 평가

나. 주요내용

- (1) 기본체제
- (2) 노동헌장
- (3) 국회조직법
- (4) 스페인 국민헌장
- (5) 국민투표법
- (6) 국가원수계승법
- (7) 국민운동원칙에 관한 법률
- (8) 국가조직법

11. 1978년의 헌법

가. 역사적 배경

나. 주요내용

- (1) 기본체제
- (2) 기본권
- (3) 기본권보장을 위한 제도
- (4) 통치기구

다. 평가

1. 서

스페인 헌법 178년의 역사는 파란만장하다. 19세기부터 20세기의 초엽까지 계속된 격동의 시기에 스페인 헌법이 개입되게 되었기 때문이다. 스페인은 위 기간동안 1812년의 이른바 까디스(Cádiz) 헌법에서 출발하여 1978년의 현행 헌법까지 모두 9개의 헌법을 보유하고, 세상의 빛을 미처 보지 못한 계획안, 초안 등도 부지기수였다. 같은 기간에 미국은 단 하나의 헌법(물론 더러 부분 개정은 있었지만)만을 가졌고, 대부분의 유럽 제국은 3~4개의 헌법만을 보유하고 있는데 비해, 유독 스페인만이 이와 같은 많은 헌법을 가지게 된 이유는 무엇인가? 그 이유를 우리는 스페인 헌법만이 갖는 특이한 성격에서 찾을 수 있다. 즉, 모두의 공존을 위한 헌법, 합일화를 추구하는 헌법이라기 보다는 분열을 위한 것이었기 때문이다.¹⁾

민주주의에 성공적인 영국이나 미국에서는 헌법이 정치적 발전에 융합되면서 커다란 정치적 조류에 수용되어 자유주의를 확고히 하는데 중추적 역할을 한데에 반하여, 스페인의 헌법은 분열을 고착화시키기 위한 도구가 되어 버리거나 정치적 투쟁의 주역들의 승리를 공고히 하기 위한 전유물로 전락되었기 때문에, 국가의 운명을 좌우하는 정치적 변혁기마다 헌법도 변화했다. 싸움의 새로운 승리자는 지금의 패배자가 사용했던 헌법을 유지하려 하지 않았다.²⁾

반면, 위 기간중에도 헌법이 여러 가지 선택할 수 있는 대안들

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 제 세력간의 평화적 공존을 위한 것으로서 이해되고, 채택되었을 때에는 안정의 시대가 열렸다. 뒤에서 보는 바와 같이 왕정복고(Restauración)의 주역인 Cánovas del Castillo에 의하여 탄생한 1876년의 헌법과 현행 1978년 헌법이 바로 그것이다.³⁾

1939년부터 1975년까지의 20세기 중반 36년이라는 길고도 지루한 프랑꼬 독재정치가 그의 사망으로 종말을 고하고, 1978년 신헌법의 제정과 함께 출발한 민주주의 체제는 오늘날 여타 서유럽 선진민주제국과 대등할 정도로 성장·유지되고 있고, 앞으로 계속 발전될 것으로 전망된다. 1812년 최초의 헌법이 반포되어 시행된 이래 약 170여년간의 시행착오 끝에 오늘날에 이른 스페인 헌법의 변천사는, 그것 자체만으로써도 우리에게 충분한 연구가치를 부여해 줄 것이다. 그리고 현행 스페인 헌법이 추구하는 이념은 무엇이고 어떠한 내용이 담겨 있는지 일견해 보는 것도 의미가 있을 것이다.

2. 1812년의 헌법

가. 역사적 배경

스페인의 수도 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 독립전쟁(Guerra de la Independencia)을 일으켰다.

3) E.S.G., 앞의 책, p.31.

역사적으로 볼 때 유일한 주권의 행사자로 간주되어 왔던 왕(페르난도 7세)의 부재상태는, 당시 루소에 의하여 성숙되고 자유주의 사상가들에 의하여 전파된 신사고(nuevas ideas)가 전통적 스페인 정치제도의 개혁으로 이어질 수 있도록 적절한 기회를 제공하게 되었다.

독립전쟁시 제일의 저항세력으로 구성되었던 지방 평의회(Juntas Provinciales)멤버들은 마드리드 인근 도시인 아랑 후에즈(Aranjuez)에서 중앙평의회(Junta Central)를 창설하였고, 이 평의회는 국회를 소집한 섭정왕후(Regencia)에게 그 권력을 위임했다. 1810. 9. Cádiz라는 지중해 연안 소도시에서 소집된 국회는 국민주권(Soberanía nacional)을 선포하고, 이에 근거하여 헌법을 제정·공포하였는바, 그때가 1812. 3. 19.로서, 스페인 역사상 최초의 헌법이 탄생한 것이다. 그리하여 이 헌법을 Cádiz 헌법이라 칭하기도 한다.

나. 주요내용

1) 기본권의 보장

“국가는 현명하고 정당한 법률에 의하여 시민의 자유·재산 및 그 밖의 합법적 권리를 보호하는 것을 의무로 한다(제4조)”는 조항을 두고 있다.

2) 삼권의 분립

행정권은 왕에게 귀속되고, 왕은 각부의 장관들에 의하여 보필 받는다. 입법권은 최고의 국민대표기관인 국회에 귀속되는데, 국회는 국회의원으로 구성되고, 국회의원은 국민의 간접선거방식에 의하여 선출된다.

사법권은 민사 및 형사사건에 있어서 법을 적용하는 것으로서

법원(Tribunal)의 독점적 권한사항이다.

다. 평가

Cádiz 헌법, 즉 1812년의 헌법은 구체제에서 신체제로의 전환을 의미한다. 제3조에서는 “주권은 본질적으로 국민에게 있다. 그러므로 그 기본법을 제정하는 권한도 오로지 국민에게 존재한다”라고 갈파함으로써 국민주권의 사용자는 왕이 아닌 국민의 대표기관인 국회(As Cortes)임을 분명히 한 점이 돋보인다. 놀라운 것은 헌법보장을 위한 제도적 장치를 둔 것이다. 그 첫째가 국회상임위원단(Diputación Permanente de las Cortes)을 설치하여 국가기관의 행위나 법규가 헌법에 위반되는지 여부를 감시하고, 그 위반 사항을 다음 회기의 국회에 보고토록 한 것이고, 그 둘째는 헌법자체의 개정을 위해서는 아주 복잡한 과정을 거치게 하고, 더군다나 헌법 공포후 8년 이내 개정을 금지하도록 하는 조항을 둔 점이다.⁴⁾

3. 1834년의 헌법 : 헌장(Estatuto Real)

가. 역사적 배경

1833년 Fernando 7세의 사망후, 그의 미망인인 여왕 María Cristina가 Martínez de la Rosa에게 신헌장 조문의 작성을 위임했는데, 동 조문들은 정부이사회(Consejo de Gobierno)의 수정을

4) 앞의 책, p.33.

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

나. 주요내용

이 헌장조항은 1812년의 그것과 많은 대조를 이루는데, 우선 분량에서 1812년의 그것은 384조문으로 구성되었는데 반하여, 이것은 단지 50개조문에 불과하였다. 또 전자는 국민주권을 그 기초로 하였음에 비하여, 후자는 “왕과 함께 하는 국회(Las Cortes con el Rey)라는 공유된 주권(Soberanía Compartida)”의 정신을 기초로 하여 제정된 것이다. 사실상 녀왕에 의하여 인허된 헌장(Carta otorgada)이며 “헌법(Constitución)”이라고 불리지 않고 단순히 “헌장(Estatuto Real)”이라고 불리워지고 있다. Fernando 절대주의 왕정체제보다 다소 누그러뜨린 제한된 군주(Corona)제를 채택하였다. 동헌장에 의하여 왕은 국회를 소집·해산하거나 기능을 정지할 수 있도록 하였는데, 왕에 의한 국회 해산권은 스페인 역사상 최초로 채택된 제도이다. 이 헌장에서 주목할 만한 것은 국회 양원제의 도입이다. 즉 왕의 임명에 의하여 구성되는 귀족들의 집정단(estamento de Próceres)과 국민에 의하여 선출되는 대표자들의 집정단(estamento de Procuradores)이 그것이다. 법률을 제정함에는 국왕과 양원의 인준이 필요하고, 국회는 국왕의 자문이 필요할 때 또는 조세 및 분담금을 책정하는 때 2년마다 소집된다.

다. 평가

학자들 사이에는 위 헌장이 최고의 의결기구에 의하여 제정된

순수한 헌법(Constitución)이나, 의회와 국왕사이의 타협의 산물인 협약헌법(Constitución Pactada)이나, 단순히 왕의 은혜로서 부여한 인허헌장(Carta otorgada)에 불과하나에 이견이 있었으나, 오늘날에는 일반적으로 후자의 견해를 취한다.⁵⁾ 그러나 절대절대주의 체제를 청산하고 자유와 질서를 조화시키고자 하였으며 선진국에서 채택하였던 정치적 메카니즘을 도입하였다는데에 그 헌법적 의미를 찾을 수 있을 것이다.⁶⁾

4. 1837년의 헌법

가. 역사적 배경

La Granja 반란에서 진보주의자들이 승리함에 따라 섭정여왕(Reina Gobernadora)은 1836. 8. 13. 법령으로써 1812년 헌법 체제로의 복귀를 선언하였다. 그러나 진보주의자들은 시대의 조류에 부응하도록 1812년 헌법의 개정을 추진하였다. 헌법개정을 목적으로 소집된 위원회는 Cádiz 헌법의 장황한 조문들을 간결하게 줄이고, Estatuto Real에 의하여 채택된 양원제를 유지·발전시키고, 군주의 권한은 더욱 분명하게 규정을 강화시키는 방향으로 추진하여 약 3개월에 걸친 심의 후 1837. 6. 18. 여왕에 의하여 신헌법이 공포되었다.

나. 주요내용

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

6) 앞의 책, p.878.

(1) 기본체제

1837년의 헌법은 스페인 역사상 가장 중요한 것 중의 하나인데, 이는 법전의 형태상 거의 완벽하고, 그 체제가 거의 오늘날에 이르기까지 유지되어 오고 있다. 동 헌법의 체제는 다음과 같다.

제1장-스페인 국민에 관하여

제2장-의회(Cortes)에 관하여

제3장-상원(Senado)에 관하여

제4장-하원(Congreso de Diputados)에 관하여

제5장-의회의 개최와 권한에 관하여

제6장-왕에 관하여

제7장-왕위 계승에 관하여

제8장-미성년인 왕과 섭정왕후에 관하여

제9장-정부 각료에 관하여

제10장-사법부에 관하여

제11장-지방의회와 시의회(Diputación Ayuntamientos)에
관하여

제12장-조세(Contribuciones)에 관하여

제13장-군대(Fuerza Militar)에 관하여

(2) 기본권에 관하여

진보주의자가 주도하는 헌법담개 전문에는 이 헌법이 “국민의 의사에 따라서(Por voluntad de la Nación)” 그리고 “그 주권의 행사로서(En uso de la Soberanía)” 선포된다고 국민주권(La soberanía nacional)을 선언하고 있으면서 “제1장 스페인 국민에 관하여”의 장에서 개인의 기본권의 보장을 규정하고 있다. 출판의 자유(libertad de imprenta), 의회와 국왕에의 청원권, 법적 평등(igualdad jurídica), 공무담임권, 신체의 자유, 주거의 자유, 법

관에 의하여 재판을 받을 권리, 법률불소급의 원칙, 재산권의 보장 등 현대적 시각에 비추어서도 손색이 없을 정도의 광범위한 기본권을 인정하고 있다.

(3) 통치기구에 관하여

립법권은 양원으로 구성된 의회에 있다. 국왕도 립법권을 행사할 수 있다. 1834년 헌법에서 처음 도입된 양원제를 더욱 발전시켜, 동 체제는 스페인 헌정사상 2회의 레외(후술)를 제외하고는 오늘날까지 그대로 유지되고 있다. 하원의원의 선거는 국민의 직접선거방식에 의하였다.

행정권은 왕에게 귀속된다. 왕은 신성 불가침으로서 행정권의 수행으로 인하여 발생한 사유로 책임을 지지 아니하고, 왕의 행위에 대한 책임은 각료들에게 있고, 왕의 칙령에 관하여는 해당 각료들이 부서할 의무를 진다. 왕은 법안의 제출권과 비토권을 갖고, 의회의 소집, 기능정지, 해산 등의 권한을 보유한다.

사법권은 독점적으로 법원에 귀속된다. 왕의 이름으로 권한을 행사한다. 법관들은 직무에 관하여 책임을 지나, 종신직이었다.

다. 평가

스페인 헌정사상 가장 큰 영향을 미친 것 중의 하나이다. 즉 1837년 헌법은 1845년 헌법, 1856년의 미공포헌법, 1869년 및 1876년 헌법 등 19세기 및 20세기의 4반세기에 걸쳐 효력을 발생시킨 모든 헌법의 모델이 되었다고 할 수 있다.⁷⁾

5. 1845년의 헌법

7) E.S.G., 앞의 책, p.34.

가. 력사적 배경

1843년 Narváez장군 주도하의 보수적 군인들의 반란으로 진보 주의자가 쇠퇴하고 온건론자들이 득세함에 따라, 그들의 정치 사상이 반영된 신헌법을 추진하게 되었다. 1844년 구성된 국회에 Narváez의 개정안이 상정되어 토론 끝에 1845. 5. 23. 동 헌법이 공포되기에 이르렀다.

나. 주요내용

외형상으로 1837년의 그것과 유사하면서도 개헌추진파들의 정치신념과 사상이 많이 반영된 것이다.

첫째, 1837년 헌법에 명시되었던 “국민주권(Soberanía nacional)”란 말은 “공유된 주권(Soberanía Compartida ; 즉 왕과 함께 하는 국회)”로 대체되어 왕권강화의 헌법을 천명하였고, 둘째, 기본권보장에 있어서 기본적인 틀은 유지하면서도 종전보다 그 보장은 훨씬 축소시킨 감이 있다. 예컨대 출판의 자유와 관련하여, 출판물에 의한 범죄혐의의 유무를 판단하는 기준으로 종전 헌법은 전적으로 배심원의 판단에 맡겨졌으나, 신헌법에서는 일반법률에 근거하도록 함으로써 실제적으로는 더 폭넓은 제한이 가해졌다.⁸⁾

셋째, 상·하 양원의 구성과 임기 등에 있어서 개헌파에 유리하도록 조정하였다.

8) 앞의 책, p.37~38.

다. 평가

이 헌법은 당시 실권을 가졌던 온건 주의자들의 이익만을 지나치게 옹호하는 내용으로서, 진보주의자 등 소외 세력들의 불만을 많이 샀고, 그리하여 처음부터 반대파가 득세하면 사라지게 될 운명을 지고 있었다.⁹⁾

6. 1869년의 헌법

가. 역사적 배경

1843년 1868년까지 거의 4반세기 동안에는, 1854~1856간 진보주의 득세시기를 제외하고는 온건주의자들이 실세를 장악했다. 위 기간 중 진보주의자들에 의하여 추진된 개헌안이 1856년 국회에서 통과되었으나 선포되지 못하였고, 또 온건주의자들에 의하여 1857년 개헌안을 발표했으나 빛을 보지 못하였다. 수차례에 걸친 국회의 해산, 선거 부정 시비 등으로 정국이 불안정하게 되어 1868. 9. Prim 장군이 주도한 혁명이 발발하게 되고 여왕이 퇴위하는 사태로까지 발전하였다. 1869년 1월에 구성된 제헌의회가 새로운 헌법안을 토의하였는데, 그 주요한 쟁점은 신앙의 자유에 관한 문제와 정부형태에 관한 문제였다. 1869. 6. 6. 드디어 새로운 헌법이 제정을 보게 되었다. 종전과 마찬가지로 신집권층의 정치적 이념에 맞추어 그 모델을 채택했던 것이다.

나. 주요내용

9) J. A. E., 앞의 책, p.879.

(1) 기본권 보장의 확대

국민의 자유 및 권리는 종전보다 훨씬 광범위하고, 풍부해졌다. 법률에 명시된 경우가 아니면 자유권을 박탈할 수 없고, 사법당국의 판결에 의하지 아니하고는 우편 및 전신 등 통신의 자유를 침해할 수 없고, 재산권은 공공의 이익을 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) 통치기구

국회 구성에 있어서 모든 시민에게 상·하 양원의원, 지방 및 시의회 의원 선거권을 부여하며, 보통선거의 원칙이 도입된 점이 특색이다. 또한 왕의 권한을 행사함에 있어서 “반드시 그 각료를 통해서” 하도록 함으로써 왕권을 일부 제한했다.

다. 평가

신헌법은 혁명가의 통치 리념에 따라 작성된 것임은 전술한 바 있거니와, 당시 실권자인 Prim 장군의 조인에 따라 국회에서 Amadeo 국왕이 옹립되었으나, Prim 장군의 피살과 당시 사회에 만연되었던 군주 및 귀족정치에 대한 부정적인 풍조, 거리의 소요사태 등으로 위 Amadeo 1세 국왕은 1873. 2. 11. 하야하고, 당일 제1공화국이 선포되는 등으로, 위 헌법은 사실상 그 규범력을 잃고 말았다. 그것을 만든 세대가 스스로 그것을 존중하지 않았으므로, 다음 세대가 이를 존중하리라는 것을 기대할 수 없었다.¹⁰⁾

7. 제1공화국 헌법안

가. 역사적 배경 및 평가

1873. 3. 11. 선거법을 개정하여 21세 이상에게 선거권을 부여하여, 새로운 국회를 구성하고 대통령을 선출하였으나 1년도 채 못되는 기간 무려 4명의 대통령이 교체되는 등 극도의 정국불안의 상태가 지속되는 가운데 연방주의자의 정치 리념이 담긴 헌법, 공화정의 정부형태에 맞는 헌법안을 만들어 그 절차를 서둘렀으나, 1874. 1. 3. Pavía 장군의 쿠데타로 제1공화국이 무너짐에 따라 제1공화국 헌법안은 결국 빛을 보지 못하였다. 그러나 스페인 헌법사상 특이한 내용이 담겨 있다고 보여지므로 그 주요 내용을 살펴본다.

나. 주요내용

- (1) 통치리념으로서 연방국가주의를 채택하였다.
- (2) 전통적 삼권분립 체제에서 비롯되는 갈등을 조정하기 위한 제4의 권력, 즉 조정의 권력(Poder moderador)을 창설하여 이 권한을 대통령에게 귀속시켰다.
- (3) 헌법보장에 관한 제도적 장치, 즉 오늘날의 헌법재판소나 다른 헌법보호기관들이 하는 역할을 상원에 부여하였다. 상원은 법률이 개인의 인격권을 침해하는지 여부, 연방국가의 권한, 기본법들에 대하여 그 당부를 조사할 권한

10) 앞의 책, p.881.

을 가졌던 것이다.

8. 1876년의 헌법

가. 역사적 배경

Pavía 장군의 쿠데타로 1869년 헌법의 유효를 선언하고, 이사벨 2세 여왕의 아들인 Alfonso 12세를 스페인 국왕으로 옹립하고, 왕정복고(Restauración)체제로 돌아갔다. 이 체제에 부합하는 헌법을 제정하는 작업을 추진했다. 다양한 사상적 경향을 가진 39명의 전문가들로 위원회를 구성하고, 조정헌법(Constitución Conciliadora)을 초안하여 1876. 6. 30. 상·하 양원에서 통과되고 공포되기에 이르렀다.

나. 주요내용

왕정복고의 지도자인 Antonio Cánovas del Catillo는 신헌법 제정에 즈음하여 양보할 수 없는 량대원칙인 군주제(institución monárquica) 및 국회국민대표제(representación del pueblo en Cortes)체제를 유지하는 한 다른 어떠한 것도 양보할 수 있음을 천명하여, “헌법이라는 건축물에 있어서 3가지 주요부품”인 보통선거, 자유체제, 종교문제를 반대파에게 양보하고 공존을 지향했다. 그 결과, 정치체제에 있어서 영국의 의회군주제가 시사하는 바를 참고하여, 보수와 진보의 량대성향이 있는 정당들이 상호 번갈아 집권하는 것을 보장하는 권력교대제도(Sistema de alternación en el poder)를 채택했다. 이리하여, 량대세력 중의 하나가

집권하고 있는 동안에 반대당은 “국왕폐하 정부(Gobierno de su Majestad)에 대한 충성스런 반대자(leal oposición)의 역할을 수행하는 것이다. 또한 선거권에 관한 조항은 일부러 헌법에서 제외시켜 법률에 유보함으로써, 예컨대 보수파의 집권기간에는 남세자만 선거권을 행사하는 선거를, 자유당의 집권기간에는 일반에 광범한 선거권을 인정하는 보통선거를 실시하는 등으로 양자간의 타협이 정신에 따라 헌법의 개정없이 정권교체를 유연하게 대처하였다. 종교의 자유 문제도 로마 카톨릭을 국교로 인정하면서도, 타종교도 존중하는 규정을 두었다.

다. 평가

중진의 헌법과는 달리 공존·타협의 헌법이라 할 수 있다. 그리하여 1876년부터 20세기 초반까지 수많은 변혁기를 겪으면서도 60여년간 동 헌법체제가 유지됨으로써 스페인 역사상 가장 수명이 긴 헌법이 되었다.¹¹⁾

9. 1931년의 헌법

가. 역사적 배경

1898년 미국과의 전쟁에서 필리핀과 푸에르토리코를 잃은 데 대한 팽배해진 국민적 패배감, Cataluña 분리주의자들의 테러, 모로코의 반란, 정당간의 분열 등으로 사회가 극도로 혼란해지

11) 앞의 책, p.881~882.

고, 때마침 불어닥친 유럽 인접 국가의 전체주의 기운의 영향으로 1923년 Cataluña의 육군대장인 Don Miguel Primo de Rivera 장군이 국왕의 허가를 받아 의회를 해산하고 집권하여 헌법의 효력을 정지시켰다. 7년간에 걸친 집권기간 중 질서를 회복시키고 경제 부흥을 꾀했으나 반대파에 의하여 1930년 권좌에서 밀려났다. 1931. 4. 12. 실시된 총선거에서 대도시 및 지방의 주요 도시에서 군주제를 반대하는 공화파가 승리하자, 국왕 Alfonso 13세는 그것이 군주제를 반대하는 뜻이라고 받아들여 즉시 권좌에서 물러나고 제2공화국이 선포되기에 이르렀다. 새로이 소집된 제헌의회에서 1931. 12. 9. 신헌법이 통과되고, 공포되었다.

나. 주요내용

(1) 기본체제

미처 공포되지 못했던 1873년의 헌법안처럼 1931년의 헌법은 이전의 전통과는 완전히 결별한 전혀 새로운 정치체제를 지향하는 것이었다. 헌법제정권력(Poder Constituyente)의 주체는 스페인 국가(España)이고 그 주권의 행사에 있어서도 제헌의회(Cortes Constituyentes)에 의하여 대표된다.

(2) 기본권의 보장

제3장에 규정된 개인의 기본권의 선언은 거의 완벽에 가까웠다. 법앞의 평등, 양심의 자유, 종교의 자유(국교의 부인), 신체의 자유, 거주이전의 자유, 주거의 자유, 직업선택의 자유, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 공무담임권, 법관에 의한 법률에 따른 재판을 받을 권리 등을 선언하였다.

그러나 국가안보상 필요한 경우에는 국회의 동의를 얻어 30일간 행정부의 명령으로 기본권의 전부 또는 일부를 정지시킬 수

있다.

(3) 통치체제

립법권은 양원제가 아닌 하원의원으로 구성된 단원제의 국회에 귀속되고, 의원은 보통선거에 의하여 선출된다. 행정권은 각료 및 그 장으로 구성된 행정부에 귀속된다. 그 각료의 장은 대통령이 임명하되, 국회에 대하여 책임을 진다. 대통령은 국회 및 국회의원과 동격의 선거의원(Compromisarios)들에 의하여 선출되고, 임기는 6년이다. 대통령은 임기중 2회에 걸쳐 국회를 해산할 수 있다. 사법부는 법관 및 법원에 귀속된다. 재판에 있어서 독립적이고 파면당하지 아니한다.

(4) 헌법보장제도

1931년 헌법의 특성으로, 독특한 헌법보장을 위한 법적 방어장치를 들 수 있다. 그 하나는 헌법보장재판소(Tribunal de Garantías Constitucionales)의 설치이다. 동재판소는 위헌법률심판, 개인의 기본권 보장을 위한 헌법소원심판, 국가·지방자치단체간 또는 지방자치단체상호간의 권한쟁의사건 등을 심판하는 임무를 띠고 있었다. 둘째는 개헌을 발의하고 추진하는데 매우 까다로운 절차를 거치도록 하는 것이다.

다. 평가

스페인 전통의 군주제를 폐지하고 급진적인 공화주의자들의 정치리념을 담은 것으로, 이는 독일의 Weimar 헌법의 영향을 크게 받은 것이다.¹²⁾ 그리하여 이에 소외된 보수적인 군부 등의 반발을 사게 되고 1936~1939년간의 스페인 국민전쟁에서 집권 공화주의자들이 Franco 군대에 패배함으로써, 미처 정착도 되기

12) 소평 수, 스페인헌법, p.180.

전에 그 수명을 다하게 되었다.

10. 왕국기본법(Las Leyes Fundamentales del Reino) (1939~1967)

가. 역사적 배경 및 평가

1936. 7. 17. 당시 러시아와 공산주의자들의 도움을 받는 인민전선(Frente Popular)에 대항하여, 당시 육·해·공군 총사령관이었던 프랑꼬장군을 선두로 한 군부세력과 극우의 Fanlange 당원, 가톨릭 교도 등 연합세력이 들고일어나 스페인 국민전쟁(Guerra Civil)이 발발하였다. 1939. 1. 4. Franco가 이끄는 군대에 공화파가 완전히 패배함으로써 동 전쟁은 끝났다. 이때부터 1975년 프랑코 사망시까지 36년간의 독재정치시대에는 전통적 단일헌법전은 존재하지 아니하고, 1938년부터 1967년까지 30여년간에 걸쳐 그 정권에 의해 경험된 사상적·정치적 발전을 나타내는 모두 7개의 헌법적 기본법을 제정하여 사용하게 되었다.

나. 주요내용

(1) 기본체제

‘왕국기본법’이라 일컬어지는 스페인의 기본법은 단일법전이 아니고 모두 7개의 독립 법률로 구성되어, 매우 특이한 체제를 이루고 있다. 그 제정 년도 및 법률 명칭은 다음과 같다.¹³⁾

13) E.S.G., 앞의 책, p.45~47.

- 1938. 3. 9. 노동헌장(Fuero del Trabajo)
- 1942. 7. 17. 국회조직법(Ley Constitutiva de los Cortes)
- 1945. 7. 17. 스페인 국민헌장(Fuero de los Españoles)
- 1945. 10. 22. 국민투표법(Ley de Referéndum Nacional)
- 1947. 7. 26. 국가원수계승법
(Ley de Sucesión en la Jefatura)
- 1958. 5. 17. 국민운동원칙에 관한 법률
(Ley de Principios del Movimiento Nacional)
- 1967. 1. 10. 국가조직법(Ley Orgánica del Estado)

(2) 노동헌장

전시에 선포된 노동헌장은 새 정권에서의 노동의 중요성을 천명하는 한편 일요일 및 공휴일의 휴무, 유급휴가, 충분한 보수의 지급 등 노동자 계급의 이익에 대한 효과적이고 특수적인 보호를 선언하였다. 당시로서는 국가의 사회적·경제적 정책에 생기를 불어넣은 조치였다.

(3) 국회조직법

총통국회제(Parlamento del Régimen del Generalísimo)를 창설하였다.조직대표의 원칙(Principio de la representación orgánica)에 의거하여 국무위원, 국가고위기관의 장, 대학총장 등은 당연직 의원이 되고, 3개의 자연적 사회생활 단위, 즉 가정, 시청, 로조에서 선출된 의원 등을 보태어 구성된 단원제 의회(Sola Cámara)였다.

(4) 스페인 국민헌장

스페인 국민의 권리·의무를 설정하였다. 권리로는 종교의 자유, 표현의 자유, 주거의 자유, 공무담임권 등이고, 의무로는 조국에 대한 봉사, 국가원수에의 충성, 법률의 준수 의무 등이다.

(5) 국민투표법

국회에서 통과된 법률안이 국정에 중대한 의미가 있거나 공익을 위해 필요할 때에는 국가원수는 이를 국민투표에 붙일 수 있다. 이 경우 21세 이상 모든 국민은 투표권을 행사한다.

(6) 국가원수계승법

총통이 사망하거나 정상적인 직무수행이 불가능한 경우 추진될 장치이다. 이 법에 의하여 Franco 총통은 1969. 7. 22. 스페인 마지막 왕 Alfonso 13세의 손자인 Juan Carlos de Borbón을 자신의 후계자로 지명했고, 그는 Franco 사후 스페인 왕(현 국왕)으로 즉위하였다.

(7) 국민운동원칙에 관한 법률

Franco 정권의 정치철학을 종합한 것이다. 스페인의 단합, 가정·시청·로조 등 사회생활의 자연조직단위를 통한 조직대표제, 카톨릭의 수용 등이다.

(8) 국가조직법

주요국가기관의 조직에 관한 기본규정이다. 국가원수, 정부, 국회, 재판소, 군대 등에 관하여 규정하였다. 그러나 Franco 체제하의 “정치의회(Cámara Política)” 또는 “사상의회(Cámara de las ideas)”라고 불리는 “국가운동리사회(Consejo Nacional del Movimiento)”가 실제로는 중추적 위치를 차지하였다. 왜냐하면 체제 유지의 핵심인 국민운동의 원칙의 순수성을 보호하고 감시하는 기능을 보유했기 때문이다. 또한 국민운동의 원칙이나 기본법에 위배되는 정부의 모든 립법행위나 처분에 대해서는 위헌소원(Recurso de Contrafuero)를 국가원수에게 제기할 권한이 있었다.

11. 1978년의 헌법

가. 역사적 배경

1975. 11. 20. 독재자 Franco의 사망으로 36년간의 1인 통치시대가 막을 내리고, 그 이틀후인 11. 22. 현 국왕 Juan Carlos 1세가 즉위하여 임시내각 구성 후 점진적 민주개혁을 주도하였다. Franco 시대의 정치활동규제, 의회민주주의의 부정, 언론통제 등 국민기본권 억압조치에 염증을 느껴오던 국민들의 민주개혁 열망에 따라, 1976. 12. 15. 국민투표를 실시, 94%의 지지로 정치개헌법을 제정·공포하여 종래의 비민주악법을 폐쇄하고, 양원제 채택, 정당활동 허용, 정치집회 및 시위의 합법화, 정치범 사면 등 민주화 조치를 취하는 한편 1978. 12. 6. 현행 헌법을 제정·공포하기에 이르렀다.¹⁴⁾

동 헌법을 제정함에는 1949년의 Bonn 기본법, 1976년의 포르투갈 헌법, 1947년의 이태리 헌법, 1975년의 스웨덴 헌법, 1954년의 네덜란드 헌법 등을 참조하였다.

나. 주요내용

(1) 기본체제

1978년 헌법은 모두 179개 조문, 4개 추가규정, 9개 경과규정, 1개의 폐지조항 및 종결규정(Final), 400개 이상의 항과 17,000여 개의 단어로 구성되어 있다.

1812년이래, 7개로 된 Franco 시대의 기본법을 제외하고는, 가

14) 동 헌법의 제정과정을 보면, 1978. 10. 31. 양원합동전체의회에서 위 헌법안을 통과시키고, 같은 해 12. 6. 국민투표를 통하여 스페인 국민에 의하여 승인되었다. 동 투표 결과는, 총 26,632,180명의 투표권자 중 67.11%인 17,873,301명이 투표하고, 그 중 87.78%인 15,706,078명이 지지하였다.

장 긴 헌법이다. 서장(Titulo Preliminar)과 제1장은 헌법의 기본 리념과 기본권에 관한 조항으로, 이른바 교리부분(Parte Dogm-ático)이고, 기타의 장은 조직에 관한 부분이다.

그 기본체제는 다음과 같다.¹⁵⁾

서장- 일반원칙(제1조-제9조, 이하 아라비아 숫자만 표시)

제1장-기본권 및 의무에 관하여(10-55)

제2장-군주(Corona)에 관하여(56-65)

제3장-국회(Cortes Generales)에 관하여(66-96)

제4장-행정부에 관하여(97-107)

제5장-정부 및 국회와의 관계에 관하여(108-116)

제6장-사법부에 관하여(117-127)

제7장-경제 및 재정(128-136)

제8장-국가의 령토·조직에 관하여(137-158)

제9장-헌법재판소에 관하여(159-165)

제10장-헌법개정에 관하여(166-169)

(2) 기본권

국민의 기본적 권리·의무에 관해서는 제1장의 제10조부터 제 55조까지 규정되었다. 보호대상인 기본권을 열거하는 외에도 재판 등에 의한 사법적 보호수단 및 정치적 보호수단까지도 규정한다. 보호대상기본권은 2개 Sección으로 나누어져 있는데 량자의 성질상의 차이점은 없으나 기능상으로는 중요한 차이점이 있다. 즉, 제1 Sección에 포함되는 신체의 자유, 종교·사상·표현의 자유, 통신의 자유, 사생활의 자유, 참정권, 정당한 재판을 받을 권리 등(14조-29조)은 사법적 특별보호(Protección jurisdiccional extraordinaria)대상, 즉 헌법재판소 등에서의 헌법소원의 대상이 되는 등 특별한 보호의 대상이 되는 권리임에 반하여, 제

15) E.S.G., 앞의 책, p.99 이하.

2 Sección에 포함되는 사유재산권, 노동의 권리 등(30조-38조)은 헌법소원의 대상이 되지 않는 점이 특징이다.

(3) 기본권보장을 위한 제도

호민관(Defensor del Pueblo)제도의 채택(제54조), 사법권의 독립(제6장), 헌법재판소의 창설(제9장) 등을 들 수 있다.

(4) 통치기구

의회군주제(Monarquía Parlamentaria)를 채택한다. 국왕은 형식적 국가원수로서 “왕은 군림하나 통치하지는 않는다.” 상·하량원의 의원내각제이다.¹⁶⁾

다. 평가

1978년의 헌법은 한마디로 합의(Consenso)의 헌법이다. 신헌법을 논의하는 과정에서 새로운 단어 ‘Consensuar(합의하다는 뜻)’를 신조한 사실에서도 이를 말해 준다. 그 의미는 만일 신헌법이 어느 정당 또는 어느 특정단체의 정치경향에 완전히는 합치되지 않을지라도 이 헌법이 모든 사람에게 수용되고, 그리하여 국가공존의 법적 리념의 테두리 안에서 작용될 수 있도록 하기 위함이다. 이러한 헌법제정자들의 의도는 스페인 헌정사에서 흔치 않은 일이다. 우리가 이미 살펴보았듯이 1812년부터 1978년에 이르는 긴 세월 동안 스페인 헌법사는 급진주의자(exaltados)와 온건주의자(moderados), 진보주의자와 보수주의자, 좌익과 우익 등등... 2개의 반대세력으로 나뉜 투쟁의 역사이다. 2개로 분열된 스페인은 19세기 및 20세기 대부분의 시기에 가장 두드러진 사회적·역사적 토끼이었다. 1978년 헌법은 과거의 분열의 헌법사

16) 현행 스페인 헌법제도에 관하여는, 목하 태랑 편, 세계제국의헌법 제2권 “스페인 헌법 (일구칠팔년)”, p.5 이하 ; 김철수 편저, 립법자료교재 헌법, 1985, p.639 이하 참조.

를 철저히 반성하는 의미에서 동 헌법의 제정당시 스페인에 존재했던 제정당의 대표들이 참여하여 국가의 형태, 종교 문제, 경제원칙, 사회적·정치적 시민의 권리, 영토 등에 대한 쟁점들을 타협을 통하여 해소하여 헌법안을 초안하였고, 통과되었다. 그 결과 탄생한 위 헌법은 어느 정치세력에도 만족할 만한 것이 못됐고 호감을 주지는 못하였지만 그렇다고 전적으로 불쾌감을 준 것만도 아니었다. 이는 제정치세력 중 어느 세력도 집권시 통치할 수 있는 헌법이며, 근 200여 년간 분열되고 충돌을 겪었던 스페인의 역사적 비극을 잊게 해 줄 헌법임을 의미한다. 위 헌법에 나타난 유별난 복잡성, 규정의 애매모호성과 기술적 결함 등이 오히려 장점이며 힘이 되었다. 그러한 모든 점이 모든 스페인 국민들에게 헌법을 갖게 된 데 대하여 지불한 유일한 대가라면 스페인국민으로서 이를 능히 수용할 수 있는 것이다.¹⁷⁾

결론적으로 말하면 스페인 헌법은 조화(armonia), 일치(concordía), 화해(reconciliación)의 헌법이라고 일컬을 수 있다 할 것이고, 그리하여 헌법의 제규정을 해석함에 있어서는 항상 위 정신을 염두에 두어야 할 것이다.

17) E.S.G., 앞의 책, p.104~106.

미국의 헌법재판제도와 재판에 대한 근본이론

손 용 근

헌법연구관

서울고등법원 판사

- 목 차 -

일. 머리말

1. 헌법재판소의 신설과 그 배경
2. 빛나간 예측, 활성화의 조짐
3. 활성화와 심도있는 전개를 위해

이. 미국의 헌법재판

1. 서
 - 가. 미국형 사법심사제의 의의
 - 나. 사법심사제의 성립
 - 다. 사법심사의 이론적 론거
 - 라. 이론적 론거의 헌법적 정당성
 - 마. 사법심사제 성공의 요인
2. 사법심사의 기관
 - 가. 모든 법원이 심사기관
 - 나. 미국의 각급법원과 그 관할권

3. 사법심사의 대상
 - 가. 법률과 조약
 - 나. 행정립법
 - 다. 기타 문제
4. 사법심사의 절차
 - 가. 독립절차의 부존재
 - 나. 전제문제성의 변화
5. 사법심사의 효력
 - 가. 당연무효론의 원리 - 소급적 · 대인적 효력
 - 나. 당연무효 · 소급효이론의 극복
 - 다. 대인적 효력의 변모
6. 사법심사의 민주적 정당성
 - 가. 정당성 부인론
 - 나. 정당성 긍정론

삼. 재판에 관한 근본이론

1. 서
2. 사법소극주의와 사법적극주의
 - 가. 전통적 흐름-사법자제론
 - 나. 자제론의 변모-사법적극주의
 - 다. 최근의 경향-역사법적극주의
3. 해석주의와 비해석주의
 - 가. 해석주의와 비해석주의 일반
 - 나. '원래의 의도'를 둘러싼 논쟁
 - 다. 량자의 한계와 궁극적 차이
4. 근본이론에 대한 소결론

사. 맺음말

일. 머리말

1. 헌법재판소의 신설과 그 배경

제6공화국의 출범과 더불어 종래에 없던 헌법재판소가 우리나라에서도 탄생하였다.¹⁾ 과거에는 헌법위원회 또는 법원 등이 헌법재판을 담당하였었으나²⁾ 이제는 그러한 기관과는 다른 별도의 기관을 창설하여 헌법재판을 담당하도록 한 것인데 이것은 헌법 현실과 유리된 헌법재판의 계속적인 침체와³⁾ 깊은 관련이 있다고 생각된다.

우리 나라에 있어서 헌법재판의 역사를 살펴보면 큰 사건으로는 법원에 위헌법률심사권을 인정하던 제3공화국 시대인 1971. 6. 22. 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 위헌판결⁴⁾을 들 수 있을 것이다. 이 대표적 한 건이 헌법재판다운 재판이었다고 할 수 있는 셈인데, 위헌 판결의 다수의견에 가담하였던 9인의 대법원판사는 같은 해 10. 소위 유신체제의 출범과 더불어 재임명에서 탈락하는 비운을 맞았다. 이것이 직접적인 원인이 되었는지는 속단할 수 없지만 어쨌든 그 이래 활성화될 듯하던 헌법재판은 사실상 막을 내렸고 그 후 헌법재판을 관장하게 된 헌법위원회

1) 제2공화국(1960년-1961년) 때에도 헌법재판소 제도가 채택된 일이 있었으나 재판소 구성도 해보지 못하고 5·16 군사쿠데타에 의해서 폐지되고 말았기 때문에 구체적으로 헌법재판소가 탄생한 것은 제6공화국 때부터라고 보아야 할 것이다.

2) 제1공화국(1948년-1960년), 제4공화국(1972년-1980년), 제5공화국(1980년-1987년) 때에는 헌법위원회가, 제3공화국(1962년-1972년) 때에는 일반법원이 헌법재판의 주된 기능을 담당하였다.

3) 제4·5공화국 18년동안 단 한번도 헌법위원회가 법률의 위헌여부를 심사한 일이 없었던 것은 이러한 침체를 극명하게 보여주고 있는 구체적 실례라고 할 만하다.

4) 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결. 동 판결은 국가배상법 제2조 제1항 단서와 법원조직법 제59조 제1항 단서 및 같은 법 부칙 제3항이 헌법에 위반된다고 판시하고 있다.

는 국내용이라기 보다는 대외용 장식물로서 완전한 휴면상태를 면치 못하였으며⁵⁾ 유신이래 한국에 있어서 헌법은 고시준비용·대학강단용·일부 관심있는 사람들의 기호물이 되어 대부분의 법조실무자들에게는 왕년에 공부한 일이 있던 기억속의 헌 : 법(낡은 법)이 되었고 헌법재판은 그저 옛 이야기처럼 잊혀져가고 있었다. 헌법재판이 선언하여야 할 많은 것들은 통치자가 일방적으로 선언하며 종용하였고 헌법이 지배하는 사회가 아니라 한사람의 자의와 전단이 대한민국을 지배하였다고 하여도 별다른 과장이 아닐 것이다.

그러나 다행스럽게도 민주주의에 대한 국민들의 뜨거운 열망은 제6공화국을 탄생시켰고 새로 채택된 헌법은 헌법재판의 활성화를 통하여 구시대와 같은 기본권 부재·통치자 일인의 자의 지배를 청산함과 아울러 헌법보호의 기능을 강화하기 위하여 국가최고기관의 하나로서 헌법재판소를 설치하였으며 그 헌법기관성을 뚜렷이 하기 위하여 국회·정부·법원과 마찬가지로 헌법의 한 장에 헌법재판소를 규정하기에 이른 것이다. 아울러 그 구체적인 출범을 위하여 헌법재판소법이 제정되어 1988. 9. 1.을 기하여 발효되었고 같은 달 15. 국회에서 선출한 3인과 대법원장이 지명한 3인을 포함 9명의 헌법재판관이⁶⁾ 대통령에 의하여 임명됨으로써 행정·법법·사법 3부가 선출한⁷⁾ 대표자들로 구성된

5) 법원의 제청이 없음에 따라 위원회가 존속하는 동안 단 한번도 판단의 기회를 갖지 못하였으므로 말 그대로 “완전한 휴면” 상태에 있었다고 하겠다.

6) 상임재판관 6명, 비상임재판관 3명 : 조규광, 김양근, 최광물 재판관은 대통령 지명, 변정수, 한병채, 김진우 재판관은 국회 선출, 이시윤, 김문희, 이성렬 재판관은 대법원장 지명에 따라 각 대통령이 임명함. 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 이부 선출형, 의회와 정부 및 법원에 의한 삼부 선출형이 있는데 우리는 삼부 선출형을 택하고 있다. 의회 선출형은 서독, 벨기에, 폴란드 ; 삼부 선출형은 프랑스, 오스트리아 ; 삼부 선출형은 스페인, 이태리, 터키 등.

합의제 헌법 기관이라 할 수 있는 헌법재판소의 구체적 탄생을 보게 된 것이다.

2. 빛나간 예측, 활성화의 조짐

위와 같이 탄생한 헌법재판소의 장래에 대하여 종래의 소극주의적 사법환경 등을 이유로 부정적으로 보는 시각이 많았었다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 지난 1년여 동안 헌법재판소는 그러한 예상을 뒤엎고 그 심판건수나 심판 내용 및 소요심리기간 등에 있어서 세계헌법재판사에 그 유례가 흔하지 않을 정도로 다대한 활약을 하는 이변을 보였다.⁹⁾ 아직도 그 장래에 대하여 부정적인

- 8) 권영성, 한국의 헌법재판제도, 월간고시 1988년 11월호, 14-23쪽 ; 양건, 헌법재판소법, 고시계 1988년 9월호 28-41쪽 등 참조. 그 가운데에서도 권영성 교수가 서울대학교 법학연구소 주최 학술 세미나에서 발표한 견해가 가장 회의적 입장을 표명한 의견이 아닌가 한다. 동 견해에 대하여서는, 권영성, 한국의 헌법재판제도, 서울대학교 법학, 제29권 304호, 39~45쪽 참조.
- 9) 헌법재판소가 1989. 8. 31.까지 1년여 동안에 접수하고 처리한 사건을 분류하면 후면 도표와 같다.(헌법재판소 사무처, 헌법재판소, 1989. 9. 32.쪽에서 인용).

헌법재판소심판사건접수·처리현황

- 총괄

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 세계대전후 독일·이태리가 전제주의를 청산하고 민주국가로 출범하면서 헌법재판소를 신설하여 민주주의 정착에 주요한 기여를 한 것이나 1980년대에 들어서 그리스·스페인·포르투갈·과테말라·페루가 독재정치를 청산하고 민주정치로 전환하는 과정에서 헌법재판소를 설치하여 민주주의를 가속화하려는 것 또는 오늘날 유럽, 남아메리카 등에서 헌법재판소의 이상적 운영에 의하여 정치적 급진주의가 종식된 사실 등을 상기하여 볼 때¹⁰⁾ 갈등과 시련의 터 위에서 민주주의를 정착시켜야 하는 우리로서는 아직은 비판보다는 격려하는 립장에서 위와 같은 헌법재판소의 활성화의 조짐을 바라보아야 할 것이다.

3. 활성화와 심도있는 전개를 위해

헌법재판소가 완전하게 정착할 것인지, 개헌에 의하여 폐지되고 말 것인지 그 장래를 속단할 수 없는 것이 솔직한 우리의 정

- 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 이의가 없을 것이다.

10) 이시윤, 헌법재판기관, 1989, 서울, 헌법재판소, 6-7쪽

치적 현실이지만 어떻든 그 존재에 관계없이 어떤 형태로든 계속 존치될 헌법재판의 활성화만이 국민의 의회에 대한 의심이 사법부에 의한 법률심사를 가져왔고 사법심사에 대한 의심이 헌법재판소라는 별도의 재판 기관을 창설하게 된 오늘날 세계헌법 조류¹¹⁾ 속에서의 헌법적 정의실현에 대한 일반적 의심을 해소할 수 있는 길임을 물론 우리 사회가 안고 있는 급진적 리념과 가치적 갈등 해결에 대한 구체적 의심을 해소할 수 있는 실효성 있는 방법임을 유념해야 한다고 본다.

활성화의 심도있는 진전을 기대하는 마음으로 미국헌법재판소 제도와 사법심사에 관한 기본이론의 요점을 살펴보고자 한다. 헌법판례의 축적량이나 헌법재판의 경험루적량이 미미한 우리로서는 어차피 선진각국의 선례가 좋은 참고가 될 것이라는 점에서 소개의 뜻이 있다고 보여지고 그 가운데에서도 세계에서 가장 오랜 력사¹²⁾를 지닌 미국의 사법심사제와 제3세기를 바라보고 있는 미국연방대법원의 경험적 축적 이론은 소위 집중형¹³⁾ 헌법재판소제도를 채택하고 있는 우리 나라에서도 미국과 한국의 상관관계나 미국 헌법이 한국 헌법에 미친 영향¹⁴⁾ 등을 고려하여

11) 이에 관계하여서는 이론이 있을 수 있겠으나, 제2차 세계대전 이후 세계적으로 헌법재판소의 창설이 하나의 헌법적 경향처럼 되었음을 부인하기 어렵다고 본다. 그러한 경향의 원인에 관하여서는 마우로 카펠레티(Mauro Cappelletti)저/구병삭 저 공역, 현대헌법재판론, 1989, 서울, 법문사, 6쪽-14쪽 참조.

12) 미국에 있어서 헌법재판의 역사는 1803년 Marbury v. Madison 사건에 대한 판결의 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. 단, 유럽대륙 제국의 소위 국사재판제도(Staatgerichtsbarkeit)를 어떻게 보느냐에 따라 다소 견해가 달라질 수 있음에 주의.

13) 비집중형과 집중형으로 구분하는 방법이나 그 용어자체에 일반성이 있는지 다소 의심이 있으나, 사법 심사를 위한 별도 기관을 설치하지 아니하고 일반 법원이 심사를 하는 형태를 비집중형, 별도 기관 창설형을 집중형으로 구분하여 쓰기로 한다.

14) 이에 관하여서는 한상범, 한국헌법과 영미법의 영향, 고시계 1982년 12월호, 12-24쪽 ; 김철수, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설, 미국헌법과 한국헌법, 1989, 서울, 대학

볼 때 우리에게 중요한 참고가 될 것이다. 그간 국내에 미국헌법 재판에 대한 소개 문헌과 관계논문¹⁵⁾이 상당수 발표되기는 하였으나 이를 전체적으로 조감하기보다는 세부적 특정 분야에 치우쳤거나 다른 관련 파트의 일부로서 소개된 경우가 많아 나무는 보되 숲은 보지 못하는 것이 아닌가 하는 의구심이 들어 본고에서는 우선 그 전체적, 통일적 개관에 중점을 두었다. 개별적이고 구체적인 깊이 있는 이론을 언급할 수 없음에 아쉬움이 크나 이는 관심 있는 분들의 후일의 숙제로 남기고자 한다. 다만 한가지 부연하고자 하는 것은 대륙법계의 질은 영향하에¹⁶⁾ 아직도 확고한 우리 법의 바탕 위에서 전지구촌적 법시야(Global Legal View)를 획득하지 못하고 있는 우리로서는 오늘날 유럽형인 집중형의 세계적 확산이 미국식 비집중형의 폐기가 아닌 진화일 뿐이고 후발형인 집중형도 제도만 다를 뿐 많은 이론을 미국에서 검증된 체험적 이론에서 차용 또는 수입하고 있으며¹⁷⁾ 그나

출판사, 9-79쪽 ; 이상돈, 미국의 헌법제도가 우리 나라의 헌법발전에 미친 영향, 공법연구 제14집, 1986, 서울, 공법학회, 49-80쪽 등 참조.

15) 이에 관한 관계 문헌이나 논문들 가운데 중요한 몇 가지를 소개하여 보면 ; 김기범, 미국재판소의 법률심사, 고시계, 1959. 12. 164-181쪽 ; 강문용, 미국의 법령심사제도, 고시계, 1959. 12. 182-189쪽 ; 김홍환, 미국에 있어서 위헌심사제도, 법정, 1959. 5. 21-23쪽 ; 한상범, 미국에 있어서 위헌법심사의 법리, 사법행정, 1962. 11. 7-10쪽 ; 강평치, 미연방법원의 위헌심사제도에 관한 연구, 동국대석사학위논문, 1980, 서울 ; 김계섭, 위헌법심사의 사법심사제도에 관한 고찰-미국의 위헌심사제도를 중심으로-, 전남대 사회과학논총 9집, 1981, 광주, 251-263쪽 ; 이승우, 미국위헌법률심사제도의 연구, 연세법학 5호, 1983, 서울, 71-104쪽 ; 김운룡, 미국에서의 헌법과 재판, 공법연구 13집, 1985, 서울, 한국공법학회, 9-30쪽 ; 원중환, 미국의 위헌법률심사제도에 관한 연구, 연세대석사학위논문, 1986, 서울 ; 배상오, 미국헌법상의 사법적 위헌심사에 관한 연구, 경희대 박사학위논문, 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 위상을 정립해야 하지 않을까? 한국법의 위상에 관하여서는 최종고, 한국법과 세계법, 1989, 서울, 교육과학사, 7-45쪽 참조.

마 오늘날 통합화의 경향¹⁸⁾을 띠고 있음을 잊지 말아야 할 것이라는 점이다.

집단적 인간사회에 있어서 차선적 최고가치로서 법적 정의가 자연적 정의에서 립법적 정의로, 립법적 정의가 헌법적 정의로 변모하여 온 이 시점에 있어서 인류의 희망은 적어도 정치적, 법적 관점에서는 헌법적 정의를 성취함으로써 법치주의를 완성하는데 있다고 감히 단언한다. 고차법(Higher Law, Lex Superior)·자연법·일반진리는 헌법재판에 의하여 실행될 수 있는 명제들이고 의회가 남자를 여자로, 여자를 남자로 만드는 것 이외에는 무엇이나 할 수 있다는 록크(John Locke)의 말은 이제 헌법재판기관이 그렇게 하는 것이라고 결론지워지는 21세기가 되기를 바라면서 이제 논설의 초점을 미국헌법재판 쪽으로 옮겨 본다.

이. 미국의 헌법재판¹⁹⁾

1. 서

가. 미국형 사법심사제의 의의

17) 당초 서독 연방 헌법재판소에 위헌법률심사권을 부여하게 된 것이 미국 연방대법원의 사법심사제의 영향이었음을 기억해 보면 이점 수긍이 가리라고 본다. 이에 관하여서는 특히 김철수, 위헌법률심사제도론, 1983, 서울, 학연사, 24-25쪽, 주8) 인용문헌들을 참조하기 바란다.

18) 이러한 경향에 관하여서는 한병채, 헌법재판의 근원과 이론, 1990, 서울, 헌법재판소, 135-141쪽; 마우로 카펠레티, 진계 역서, 89-91쪽과 108-109쪽 등 참조.

19) 미국에 있어서 헌법재판은 Constitutional Judgment가 아닌 Judicial Review의 관점에서 성립·발전된 것이기는 하나, 본고에서는 우리의 관점, 즉 헌법재판이라는 시각에서 미국의 사법 심사제를 소개하고자 하는 뜻에서 '사법심사'가 아닌 '헌법재판'이라는 용어를 사용하기로 한다. '헌법재판'을 '헌법소송'이라고도 하나 이는 결국 같은 의미라고 본다.

미국의 헌법재판제도를 사법심사제라고 하여 법원에 의한 위헌법률심사제만을 미국의 헌법재판제도로 보고 이에 관하여서만 설명을 하는 것이 일반적이다.²⁰⁾ 그러나 이는 결국 헌법재판의 범위와 관련된 문제일 것이다. 헌법재판사항의 범위 내에 위헌법률심사 뿐만 아니라 탄핵·정당해산·선거소송 등의 문제까지 포함되는 것으로 보는 입장에서 본다면 미국의 일반법원의 통상 절차에서 얼마든지 이론상으로나 실질적으로나 문제가 제기될 수 있다고 보여지는 탄핵·정당해산·선거소송 등과 관련하여 발생된 재판사항까지 미국헌법재판의 범위 내에 포함될 수 있다고 보여지기 때문이다.²¹⁾

어떻든 필자는 미국의 헌법재판을 사법심사제라고 하는 것은 옳은 말이지만, 그 범위를 위헌법률심사제에서 한정하는 것은 찬성하기 어렵다는 기본립장에서 출발하고자 한다.²²⁾

본래 사법심사제란 립법부나 행정부 등 비사법기관인 국가기관의 행위가 헌법이나 법률에 위배되는 경우 이를 사법부에서 심사하는 제도를 총괄하는 말이라고 할 수 있다. 오늘날 이러한 사법심사제는 나라마다 약간씩 그 내용이 달라졌으나, 어떻게 미국에서 발원한 제도에 약간의 변경을 가한 것들임에 틀림이 없다. 같은 법계에 속하지만 영국의 경우는 미국과 달리 위헌심사는 아예 존재하지 않으며 행정작용에 대한 사법심사만 있을 뿐

20) 우선 주15)에 소개된 논문들의 내용을 살펴보면 곧바로 이런 현상을 접하게 될 것이다.

21) 그러나 이러한 범위에까지 논급을 하고 있는 논문은 필자가 파문하여서인지 몰라도 국내적으로 발견하기 어렵다. 미국의 경우는 사법심사라고 하여 위헌법률심사만을 그 범위에 드는 것으로 관념화하고 있으므로 집중 형식의 헌법재판 대상 전반에 걸친 논급이 없는 것인 이러한 법률 문화적 배경 아래 이해가 가는 일이나, 우리의 립장에서는 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 본질과 기능에 관하여서는, 허영, 헌법이론과 헌법(하), 1989, 서울, 박영사, 357-370쪽 참조.

이다. 따라서 사법심사제가 무엇인지를 정확히 정의한다는 것은 거의 불가능한 일이고 위에서 본 총괄적 관념으로 그 개념을 이해하면 족할 것이다.

미국의 사법심사제를 정확히 이해하려면 사실 연방법원은 물론 또다른 사법심사권을 가지고 있는 주법원에 있어서 사법심사까지를 살펴야 할 것이다.²³⁾ 그러나 본고에서는 지면의 한계와 연방법원, 그 가운데에서도 연방대법원의 사법심사가 미국사법심사제의 중심적 내용이라고 할 수 있고 그 중심적 내용의 이해가 있으면 미국전체의 사법심사제를 이해하는데 별다른 애로가 없으리라는 점 등을 감안하여 연방법원, 특히 연방대법원의 사법심사제에 중점을 두어 설명하기로 하되 주법원에 있어서의 사법심사는 관련범위 내에서 필요한 경우에 한하여 언급하는데 그치기로 한다.

이점은 사법심사의 대상과 관련하여서도 마찬가지이다. 미국헌법재판의 대상 범주에 포함되는 것으로 필자가 파악하고 있는 탄핵·선거소송·정당해산·행정입법에 대한 심사 등에 관한 자세한 론급은 지면제한·연구결과의 정리부족·학적 타당성에 대한 부분적 회의 등 이유 때문에 후일을 기약하기로 하고 본고에서는 가장 중요한 심사대상인 위헌법률에 중점을 두기로 하되 그밖의 대상에 관하여서는 필요범위 내에서만 언급하는데 그치기로 한다.

미국형, 좀 더 정확히 말해서 북미형 사법심사제는 오늘날 주로 캐나다, 오스트레일리아 및 인도를 포함한 구영국식민지의 각 국가들에 의하여 채용되고 있다. 아시아에서는 일본이 1947년 이를 도입하였고²⁴⁾ 우리나라도 제3공화국 시절에 일시 도입해 본

23) 미국은 연방국가로서 이원적인 사법조직을 가지고 있다. 연방 전역에 효력을 미치는 연방헌법과 50개 각 주에서 각 주에만 미치는 각주 헌법 50개 등 미국 전체에 51개의 헌법이 존재하기 때문에 사법심사제의 종류도 51개가 된다고 볼 수 있다.

일이 있다. 별도의 재판기관을 창설하는 소위 집중형의 원산지²⁵⁾ 유럽에 있어서도 비집중 미국형 사법심사제는 존재한다. 예를 들면, 일반법원이 일반적 심사권(richterliches Prüfungsrecht)을 갖는 스위스의 제도나 법원이 법률의 합헌성을 심사하여 구체적인 사건에서 위헌인 법률의 적용을 거부하는 노르웨이, 덴마크, 스웨덴²⁶⁾의 제도는 미국형 사법심사제의 일종이라 할 수 있다. 재미있는 것은 오늘날 집중형의 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 집중형, 즉 오스트리아형이 널리 확산되어 가고 있기는 하나²⁸⁾ 집중형이든 비집중형이든 미국형이 그 제도적 근원임을 부인할 수 없다는 점을 부연하면서 이제 헌법재판의 제도적 근원이 된 미국형 사법심사제의 성립에 관하여 살핀다.

나. 사법심사제의 성립

(1) 성립의 배경

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

25) 집중형의 원형은 1920. 10. 1. 오스트리아의 소위 10월 헌법에 등장하였다. 따라서 집중형을 오스트리아형이라고 부르기도 한다.

26) 스웨덴에서는 1964년까지는 립법의 사법심사를 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 시대의 사법심사제에 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 등 참조.

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

연방사법부가 중앙정부에서 중요한 기능의 일익을 담당할 것이라는 해밀턴(Alexander Hamilton)의 력설²⁹⁾에도 불구하고 합중국 초기의 연방법원, 특히 연방대법원의 판사직은 그렇게 환영을 받지 못하였다.³⁰⁾ 그러나 1800년의 선거에서 제퍼슨(Thomas Jefferson)의 추종자들인 소위 공화파(Jeffersonians 또는 Republicans)가 승리를 거두고 1801. 2. 제퍼슨이 대통령에 당선되자 상황은 급변하게 된다. 즉, 외인법(Alien Act), 치안법(Sedition Law)의 남용 등 실정 끝에 정권을 내놓아야 했던 연방파(Federalist)는 새대통령의 취임전에 사법부를 장악하려고 시도하게 된 것이다. 연방파 의회는 법원조직법(The Judiciary Act of 1801)을 개정하여 대법원판사의 연방순회항소법원의 순회임무를 폐지하는 대신 16인의 연방순회항소법원판사를 새로 임명하도록 하는 한편 대법원판사의 정원을 6인에서 5인으로 감축하였는데 이는 실은 새대통령에 의한 대법원판사 임명기회를 박탈하기 위한 것이었고 대통령 아담스(John Adams)는 자기의 국무장관이던 마샬(John Marshall)을 공식중이던 대법원장에 임명함과 아울러 새로운 항소법원 판사들도 자과일색으로 임명하였다. 게다가 임기종료 일주일을 남기고 의회가 제정한 콜롬비아지구조직법에 따라 콜롬비아 지구에 신설된 42개 치안판사직도 자과일색으로 임명하였다.

이에 대하여 분격하던 공화파들은 1801. 3. 4. 제퍼슨이 제3대

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

30) 대법원장직을 사양하거나 대법원판사직을 사직하고 주법원판사로 옮겨 간 사례 등이 있었다. 특히 초대 대법원장 John Jay가 대법원직무를 싫어해 Jay조약을 맺는다는 이유로 영국에서 1년이상 체류하였고, 1795년 New York 주지사에 당선되자 기꺼이 대법원장직을 버렸으며, 1801년의 대법원장 임명제의를 거절한 사실은 이러한 행편을 잘 설명하고 있다고 본다.

대통령으로 취임한 이래 반격을 개시하여 1802. 3. 31. 위 법원조직법의 폐지안이 하원을 통과 확정되도록 하였고 연방과 판사들의 추방계획을 실천하여 1803. 1. 펜실베니아(Pennsylvania) 주 법원의 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 사법심사제를 분명하게 이루어 놓은³¹⁾ 마아버리 대 매디슨(Marbury v. Madison) 사건은 이러한 정치적 와중에서 발생하였다.³²⁾ 원고 마아버리(William Marbury)는 아담스 대통령이 그 임기의 마지막 순간에 서둘러 임명한 위에서 본 콜롬비아 지구의 치안판사들³³⁾ 가운데 1인이었다. 이들은 아담스의 임기 마지막 날 상원에서 인준되었으나 대통령 아담스와 당시 대법원장을 겸하고 있던 마샬이 서명한 임명장은 그 마지막 날 수교받지 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 집행령장(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. (단, 이설 유)

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 설명부분을 참조하기 바람.

33) 이들은 십야에 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 공무원 등에 대하여 법이 정한 행위를 수행할 것을 명하는 법원의 명령이라고 할 수 있다.

대법원에 제기하였다. 대법원장 마샬은 딜레마에 빠지게 된다. 왜냐하면 청구를 받아들인 경우에는 행정부가 이를 무시하여 대법원의 권위실추가 예상되고 청구를 받아들이지 아니하는 경우에는 공화파의 교만한 승세에 굴복하는 것이 되어 연방파인 마샬로서는 전혀 달가운 일이 아니었기 때문이었다. 그런데 마샬은 이 사건에서 대법원의 권위를 고양시킬 묘수를 발견하게 되니 그것이 바로 사법심사이론이었다.

(2) 마샬의 사법심사이론

이리하여 이 사건을 계기로 사법심사문제가 제기되리라고 아무도 예상하지 아니하였고³⁵⁾ 당시로서는 지극히 의심스러운 소송이었던 집행령장청구의 소에서 오늘날 헌법정의실현에 있어서 가장 유용한 수단이라고 인정되고 있는 헌법재판의 구체적 출발을 보게 된 것이다.

마샬은 이 소송의 문제점을 다음 3가지로 요약하였다.³⁶⁾

첫째, 원고는 그가 주장하는 임명장을 구할 권리가 있는가?

둘째, 그에게 권리가 있고 그 권리가 침해되었다면 법률은 그에게 구제를 허용하여야 하는가?

셋째, 법률이 그에게 구제를 허용한다면 그 구제로서 대법원은

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?

집행령장을 발부해 줄 수 있는가?

마샬은 첫째와 둘째 문제에 관하여 이를 긍정적인 후에 셋째 문제는 령장의 성질과 대법원의 권한에 의하여 결정될 것이라고 하면서³⁷⁾ 예상외의 논리를 전개시키기 시작한다. 즉, 원고들이 청구권원의 발생근거로 삼고 있는 1789년 제정 법원조직법 제13조³⁸⁾가 그러한 사건의 원심관할권을 대법원에 인정한 것은 미합중국 헌법이 대법원이 원심관할권을 가지는 경우로 규정한 헌법 제3조 제2항³⁹⁾ 이외의 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 성질과 권한에 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 위헌이고 헌법과 법률이 충돌하는 경우 법원은 최고법인 헌법을 쫓아 재판하여야 하므로 결국 원고들의 청구는 이유 없게 된다는 논리를 전개한 것이다. 마샬은 비록 자파를 패소케 하였으나 그대신 대법원의 우위확보라는 소기의 목적을 달성할 수 있었고 이로 인하여 사법심사제는 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 '절'로 번역하는 경우도 있으나 '항'으로 번역하였음에 유의)

미합중국 헌법 제3조 제2항 : 사법권은 본 헌법과 합중국 법률과 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 조약으로 하여 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 사건, 대사와 그밖의 외교사절 및 영사에 관한 모든 사건, 해상제관 및 해상관할에 관한 모든 사건, 합중국이 일반 당사자가 되는 분쟁, 2개주 이상의 주간에 발생하는 분쟁, (어느 주와 타주 시민 간의 분쟁) 상이한 주의 시민들간의 분쟁, 타주로부터 부여된 토지에 대한 권리에 관하여 발생하는 같은 주내의 시민간의 분쟁, 그리고 어떤 주나 그 주의 시민과 외국(외국 시민 또는 외국인)과의 사이에 발생하는 분쟁에 미친다.

대사와 그 밖의 외교사절 및 영사에 관계되는 사건과, 주가 당사자인 사건은 연방대법원이 제1심의 재판 관할권을 가진다. 그 밖의 모든 사건에 있어서는 연방의회가 정하는 예외의 경우를 두되, 연방의회가 정하는 규정에 따라 법률 문제와 사실문제에 관하여 상소심 재판 관할권을 가진다.

탄핵사건을 제외한 모든 범죄의 재판은 배심제로 한다. 그 재판은 그 범죄가 행하여진 주에서 하여야 한다. 다만 그 범죄자가 어느 주에도 속하지 아니할 경우에는 연방의회가 법률에 의하여 정하는 장소에서 재판한다.

40) 과연 그런한지 주38)과 주39)를 비교 대조하여 보기 바란다.

다. 사법심사의 이론적 근거

위와 같은 마샬의 이론이 미국 사법심사제의 이론적 논거가 되었으나 이는 마샬에 의하여 독창적으로 개발된 것이 아니고 이미 해밀턴에 의하여 개진된 바가 있던 이론이었으며⁴¹⁾ 더 근원적으로는 영국 코크(Edward Coke) 판사의 이론⁴²⁾에서 유래한다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 그 논거를 요약하면 다음과 같다.⁴⁴⁾

(1) 법관의 기능은 담당하고 있는 구체적 사건에 법을 적용하기 위하여 법을 해석하는 데에 있다.

(2) 법해석의 제원칙 가운데 하나는 2가지 법이 서로 모순될 때 법관은 그 중 우위에 있는 법을 적용하여야 한다는 원칙이다.

(3) 두 가지 법이 동등한 규범력을 가졌을 때는 「후법은 선법을 깬다」든가 「특별법은 일반법을 깬다」라는 등 전통적 기준에 따라 적용법을 정한다.

(4) 그러나 상이한 규범력을 가진 립법이 서로 모순되는 경우에는 이러한 기준에 따를 것이 아니고 「상위법은 하위법을 깬다」는 기준에 따라야 한다. 경성헌법은 그것과 모순되는 모든 일반법률보다 우위에 선다.

(5) 그러므로 일반법률이 헌법과 모순될 때 법관은 일반법률을 무시하고 헌법을 적용해야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것이다.

라. 이론적 논거의 헌법적 정당성

그렇다면 위와 같은 사법심사의 이론적 논거는 미국헌법상 정

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 이론에 알기 쉬운 요약으로서는, 한병채, 전개서, 44-48쪽 참조.

43) 이에 대해서는 주로 영국인들에 의한 비판적 립장이 있음에 유의할 필요가 있다.

44) 논거는 모든 논술에서 거의 일치된다. 마우로 카펠레티, 전개역서, 74쪽의 요약이 잘된 것으로 생각되어 이에 따라 재요약을 하여 본다.

당한 것인가? 명백한 조문이 없는 미국헌법에서 헌법제정자들은 사법심사를 긍정하였는가? 부정론⁴⁵⁾이 없는 것은 아니나 긍정론이 일반적으로 인정되고 있다.⁴⁶⁾ 헌법제정자들의 이에 대한 의도를 긍정적으로 해석하는 대표적 학자 중의 한사람이라고 할 수 있는 비어드(Charles A. Beard)에 의하면 헌법회의에 참석했던 55인중 헌법제정 과정에 활발하게 참여하여 영향력을 발휘한 25인 가운데 해밀턴 등 17인⁴⁷⁾이 직접적이든 간접적이든 의회에 대한 사법통제에 찬성했다고 한다.⁴⁸⁾ 코윈(Edward S. Corwin) 교수도 파란드(Max Farrand)의 주장을 인용하면서 55인의 헌법회의 참여자 중 최소한 17인⁴⁹⁾이 사법심사를 헌법적 구조의 부분으로 예상하였다고 하였다.⁵⁰⁾ 근래 이 논쟁은 헌법사학자 버거(Raoul Berger)에 의하여 다시 한번 다루어졌는데 그의 입장은 비어드나 코윈과 크게 다르지 않고 헌법제정자들이 사법심사를 헌법적 구조의 일부분으로 생각하였다고 결론을 내리고 있다.⁵¹⁾ 그러면 그런데도 불구하고 왜 헌법제정자들은 사법심사를 명문으로 인정하지 않았을까? 명확한 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 등.

46) C.A. Beard, E.S. Corwin, A.C. Mclaughlin, R. Berger 등이 대표적인 긍정론자라고 할 수 있고, 긍정하는 편에 서고 있는 학자가 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 (이 상돈, *미국의 헌법과 연방대법원*, 1983, 서울, 학연사, 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.

헌법제정자들이 사법심사제에 대한 그들의 의도를 은폐하려고 했다는 코윈교수의 지적은⁵²⁾ 어떤 설명이 될 수 있다고 본다. 아무튼 맥클로스키(McCloskey) 교수의 표현대로 헌법의 문언과 그 제정자들의 의도는 대법원이 강력한 사법부로 변할 가능성을 배제하지 않고 있다⁵³⁾는 점만은 분명하다.

마. 사법심사제 성공의 요인

사법심사의 헌법적 정당성에 관하여 위에서 본 바와 같이 미국내에서도 논란이 불식되어 있는 것이 아니고 사법심사가 다른 나라에 이식되어서는 별다른 성공을 거두지 못하고⁵⁴⁾ 있음에도 불구하고 미국에서만은 미국형 사법심사가 완전히 뿌리 내린지 아주 오래일 뿐만 아니라 매우 활발히 운용되고 있다. 그것을 가능케 하는 요인은 무엇일까? 미국의 법사회학자 프리드만(Lawrence M. Friedman)은 미국사회에 있어 법원이 사회변동을 위하여 적극적 역할을 수행할 수 있는 요인으로 다음 몇 가지 사항을 들고 있는데⁵⁵⁾ 이것이 바로 그러한 요인이라고 할 수도 있다고 생각되어 옮겨 본다. 첫째는 적극적인 변호사집단의 존재이다. 미국에는 오직 공익을 위해 활동하는 적극적이고 정치적인 성향을 띤 많은 변호사들이 있으며 이들은 공적·사적 기관에 의해 지원을 받고 있다. 둘째는 적극적인 판사들의 존재이다. 여기에 있어서 “적극적”이라 함은 반드시 진보적이어야 한다는 것을 의미하는 것이 아니고 자신의 량심에 따라 기존의 법원칙이나 정치적 결정에 변동을 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 순수한 사회운동이 존재하고 그 가치관이 적어도 일부의 판사들에 의하여 공유되고 있다는 점이다. 끝으로 들 수 있는 것은 일정한 사회변동을 초래하는 판결에 대하여 권력엘리트들이 이를 거부하는 것이 아니고 도리어 그 결과를 받아들인다는 점이다. 이를 가능케 하는 것은 물론 사법부에 대한 국민의 신뢰와 이를 바탕으로 한 사법권의 독립이다. 이 마지막 요인이야말로 가장 중요한 요인인 동시에 미국 이외의 국가에서는 찾아보기 힘든 조건이라고 할 수 있을 것이다.

2. 사법심사의 기관

가. 모든 법원이 심사기관

미국에 있어 사법심사권은 연방대법원만 가지고 있는 것인가? 미국사법심사제에 관하여 설명하고 있는 국내 문헌의 대부분이 주로 연방대법원의 사법심사에만 중점두어⁵⁶⁾ 설명하는 데서 오는 부지불식간의 어떤 인상 때문인지를 속단할 수 없으나 마치 사법심사권은 연방대법원만 가지고 있는 것으로 잘못 아는 경우가 없지 않은 아닌 것 같다. 그러나 연방대법원은 특정한 사건⁵⁷⁾에 대한 최종적 사법심사권을 가지고 있고 연방대법원에서 하는 사법심사가 가장 중요하다는 것일 뿐 연방대법원만이 사법심사권을 갖는 것이 아니다. 그러면 어떤 법원들이 사법심사권을 가지고 있는가? 간단하게 말한다면 모든 일반법원이 심리중인 사건의 전제문제로서 법률의 헌법위반이 문제된다면 이에 관한 사법심사권을 가지고 있다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 여기에 있어서 모든

56) 과연 그러한지 주14), 주15)의 각 논문들을 일별하면 곧바로 이런 현상을 발견할 수 있을 것이다.

57) 연방하급법원의 판결, 각주 대법원의 판결 가운데 중요한 연방문제(substantial federal question)가 개입되어 있는 사건.

일반법원은 주법원(State Court)과 연방법원(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 일반법원과 연방특수법원이라고 할 수 있는 연방관세법원(U.S. Customs Court) 등 모든 법원이 계속중인 사건과 관련하여 사법심사의 문제가 제기될 수 있는 것이다. 이를 좀 더 자세히 살펴보기 위하여서는 미국의 각급법원과 그 관할권에 관하여 세밀한 검토가 있어야 하겠지만 본고에서는 그에 관하여 개괄적인 설명만 하기로 한다.⁵⁹⁾

나. 미국의 각급법원과 그 관할권

우선 미국의 법원은 연방법원(Federal Court)과 주법원(State Court)의 이원적 구조로 이루어져 있음을 알아야 한다. 물론 국민생활과 보다 밀접하게 연결되어 있고 전체 법률분쟁의 90퍼센트 이상이 주법원에서 해결되고는 있지만⁶⁰⁾ 그렇다고 하여서 연방법원의 중요성이 주법원에 비하여 뒤지는 것은 결코 아니다. 어쨌든 미국에는 50개주의 법원조직과 1개의 연방법원조직이 존재하는 복잡다기한 사법구조를 가지고 있고 이점이 여러 가지 문제를 복잡하게 하고 있음을 전제적으로 언급하고자 한다.

(1) 연방법원의 조직과 관할

연방법원 제3조는 연방 사법부가 1개의 대법원(Supreme

58) 따라서, 주법원의 연방헌법위반에 대한 심사권은 연방대법원이, 주입법의 주헌법위반에 대한 심사권은 주대법원이 갖는다는 식으로 접근하는 일부 국내논문의 논술태도는 바람직하지 않을 뿐만 아니라 정확성에도 문제가 있다고 본다. 원종환, 전계논문, 8쪽 ; 조정찬, 헌법재판제도에 대한 비교헌법적 고찰, 서울대 석사논문, 42쪽 등 참조.

59) 이에 관하여서는, Lawrence M. Friedman 저/서원우·안경환 역, 미국법 입문, 1987, 서울, 대한교과서주식회사, 74-81쪽이 개괄적 이해를 위한 좋은 참고가 될 것이다.

60) Lawrence M. Friedman 전계논문, 386쪽 참조.

Court)과 의회가 창설하는 하급법원들(Inferior Courts)로 구성된다고 규정하고 있다. 이에 근거하여 1789년 최초의 법원조직법(The Judiciary Act of 1789)이 제정되었고 그에 따른 하급법원조직이 탄생함으로써 최초의 연방 사법부의 완성을 보게 된다. 그 후 미국의 확장과 발전에 따라 연방법원도 그 조직이 확장·발전되었고⁶¹⁾ 그 때마다 법원조직법은 수차 개정된다. 1989년 현재는 1개의 연방대법원(The Supreme Court of the United States of America ; 약칭하여 U.S. Supreme Court)과 13개의 연방항소법원(Federal Court of Appeals) 및 94개의 연방지방법원(Federal District Court)이 설치되어 있고 법관의 수는 대법원은 9명,⁶²⁾ 연방항소법원은 168명, 연방지방법원은 575명이다.⁶³⁾

연방대법원은 ㉠ 연방하급법원의 판결, ㉡ 각주 대법원의 판결 가운데 중요한 연방문제(substantial federal question)가 개입되어 있는 사건에 관한 최종관할권을 갖는다. 단, 연방세무법원(U.S. Tax Court), 고등군사법원(U.S. Court of Military Appeal) 및 해외령토법원(U.S. Territorial Courts)의 판결에 대한 상소는 제한되어 있어 이들 판결에 대한 관할권은 제한적으로만 행사될 수 있다. 최종관할권이 아닌 원심관할권을 연방대법원이 갖는 경우로는 ㉢ 합중국과 주 사이의 분쟁, ㉣ 주와 주 사이의 분쟁, ㉤ 외국의 외교사절이 관련된 사건, ㉥ 어느 주가 다른 주의 시민, 외국인 또는 외국정부를 상대로 소를 제기한 경우가 있다. 연방항소법원은 ㉦ 연방지방법원의 판결, ㉧ 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.

군도(Mariana Islands), 파나마 운하 구역(Canal Zone)의 해외령 토법원의 판결, ㉔ 연방독립규제위원회의 심판, ㉕ 기타 법이 정하는 연방정부기관의 결정에 대한 항소심 또는 원심관할권을 갖는다. 연방지방법원은 ㉖ 미합중국에 대한 범죄, ㉗ 합중국 헌법, 법률 또는 조약과 관련하여 발생한 민사사건으로 소송물 가액이 10,000달러 이상인 사건, ㉘ 다른 주의 시민 사이에, 또는 외국인과 미국시민 사이에서 발생한 사건으로 소송물 가액이 10,000달러 이상인 사건, ㉙ 해사 및 포획 사건, ㉚ 연방정부기관의 명령과 행위에 대한 집행재심, ㉛ 기타 의회가 법률로 정하는 사항에 관한 원심관할권을 가지고 있다.⁶⁴⁾

그밖에 특수법원이라고 할 수 있는 연방청구법원(U.S. Court of Claims), 연방관세특허항소법원(U.S. Court of Customs and Patent Appeals), 연방관세법원(U.S. Customs Court), 연방조세법원(U.S. Tax Court)과 군사고등법원(U.S. Court of Military Appeals)은 각 특정한 사건에 대하여 관할권을 행사한다.

(2) 주법원의 조직과 관할

주법원의 조직과 관할은 앞에서 잠시 언급한 바와 같이 50개주가 모두 다르다고 할 수 있으므로 이를 일률적으로 설명한다는 것은 참으로 곤란하다. 각주의 법원이 서로 다른 각주의 헌법과 법률에 따라 조직되는 데에서 오는 당연한 결과일 것이다. 그러나 구체적으로 살펴보면 미국이라는 동일한 법률문화의 토양 위에서 조직되고 운영되는 제도적 유사성 내지는 동일성이 많이 발견되고 그러한 점에서 어떤 공통성을 발견할 수 있다. 위와 같은 공통성을 지니고 있다고 생각되는 유형의 법원과 관할에 관하여 개관하면 다음과 같다.

첫째는, 주대법원(State Supreme Court)을 들 수 있다. 흔히

64) 주36)의 Constitution of the United States Article 3. Section 2. 참조.

“슈프림 코트(Supreme Court)”라고 불리지만 주에 따라서는 다른 이름을 갖기도 한다.⁶⁵⁾ 주대법원은 주 하급법원의 판결에 대한 상고심 관할권을 가지고 있고 대부분은 법률심이고 최종심이다. 그러나 주대법원의 판결이 중요한 연방문제가 개입되어 있는 사건에 대한 것인 경우에는 연방대법원에 상고될 수 있음은 앞에서 언급한 바와 같다. 둘째는, 주항소법원(State Court of Appeals)을 들 수 있다. 명칭은 주대법원과 마찬가지로 50개주가 모두 같은 것은 아니다. 어필릿 디비전(Appellate Division), 슈퍼리어 코트(Superior Court), 어필릿 코트(Appellate Court) 등 아마도 그 명칭이 가장 다양한 법원일 것이다. 연방의 경우에 있어도 동일하지만 주에 있어서도 상고가 제한되어 있는 탓으로 대부분의 사건은 항소법원에서 종결된다. 뉴욕(New York)이나 캘리포니아(California) 등 몇몇 주에 있어서는 항소법원의 체계가 다원화되어 중복항소의 경향이 있다는 비판이 있어 항소법원 체계의 단일화를 시도하고 있다. 항소법원은 주일심법원의 판결에 대한 항소사건에 대한 항소심 관할권을 갖는다. 셋째는, 군법원(County Court)을 들 수 있다. 가장 일반적인 일심 사실심법원(Trial Court)이라 할 수 있다. 당해 군을 관할하는 법원으로 어떤 군법원은 우리나라에 있어 지방법원보다 그 규모가 더 크다. 일정한 액수 이상의 모든 민사소송사건과 일상적인 경죄사건(demeanor)을 제외한 모든 형사사건에 대한 관할권을 갖는다. 넷째는 지역법원(Municipal Court)을 들 수 있다. 주에 따라서는 시법원(City Courts) 또는 경찰법원(Police Court)으로 흔히 명명된다. 소송물가액 500달러 내지 1,000달러 이하의 민사사건과 약

65) Supreme Court of Errors, Supreme Judicial Court, Court of Appeal라고 부르는 주도 있다. New York 주에 있어서는 1심법원이 Supreme Court, 항소법원은 Appellate Division of the Supreme Court, 최고법원은 Court of Appeals라고 부르고 있다. 보다 자세한 것은, 서희원, 영미법 강의, 1988, 서울, 박영사, 137-138쪽 참조.

간 중요한 경죄사건에 대한 관할권을 가지고 있다. 끝으로, 치안 법원(Justice's Court)을 들 수 있다. 곳에 따라서는 매지스트레이트(Magistrate)라고 불리기도 하는 치안법원은 주법원 가운데 가장 하급법원이라고 할 수 있는데 법에 의한 엄격한 재판을 한다고 하기보다는 정의나 선과 같은 평균인의 감정에 기초하여 재판하는 곳이다. 치안법원을 구성하는 치안판사(Justice of Peace)가 반드시 변호사일 것이 요구되지 않은 사례가 정착되어 있고 대부분의 주에 있어서 치안판사의 80퍼센트 이상이 법률학위가 없는 일반인이다. 굳이 말한다면 우리 나라의 순회심판소에 법관이 상주하면서 경미한 사건에 대한 재판을 하는 형태에 비견할 수 있을 것이다. 치안법원은 소송물 가액 200달러 이하의 민사사건과 사소한 경죄에 해당하는 형사사건에 대한 관할권을 갖는다.

3. 사법심사의 대상

가. 법률과 조약

사법심사의 대상으로서 가장 중요한 것은 법률이다. 여기에 있어서 법률은 연방법률은 물론 주법률을 포함한다. 주법률은 항상 주법원에서만 사법심사의 대상이 되는 것이 아니고 연방법원에 있어서도 사법심사의 대상이 될 수 있다.⁶⁶⁾ 그 반대의 경우도 물론 가능할 것이다. 조약의 경우는 대개 정치적 문제라는 이유로 위헌심사가 거부되어 왔다는 견해가 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이는 옳

66) 연방법원의 소송에 있어서 주법을 적용할 것인가, 연방법을 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, 국제소법, 1984, 서울, 육법사, 165-199쪽 등 참조. 어떻게 연방법원에서 주법이 많이 적용되고, 사건과 관련하여 위헌심사문제가 제기될 수 있는 것은 자명하다.

지 않는 견해라고 생각된다. 미국의 사법심사에 있어 조약이 위헌심사의 대상이 됨을 밝히고 있는 국내 문헌이 거의 없는 형편이지만 어떠한 조약은 원칙적으로 사법심사의 대상이 된다고 본다. 다만 그 효력이 미국 국내에서만 미치거나 미국민 사이에서만 미치는 것으로 이해하면 될 것이다. 그 대상성과 심사의 효력에 관하여 몇가지 문제가 있기는 하나, 여기에서는 논급을 줄인다.⁶⁸⁾

나. 행정립법

행정립법의 경우는 어떤가? 미국은 전통적으로 립법부가 립법권을 행정부에 위임하는 것에 대하여 이를 금지하는 윤리적 원칙 위에 기초하고 있지만 이러한 원칙을 엄격하게 고집하는 것이 사회발전에 따른 행정립법의 실질적인 필요 등에 따라 사실상 불가능하게 되어 소위 준입법(quasi-legislative)권⁶⁹⁾을 위임할 수 있다는 논리의 전개 등을 거쳐 오늘날은 「립법권의 위임을 금지한 낡은 원리는 사실상 전장에서 퇴각하고 전투를 포기한 것」⁷⁰⁾이라고 보아도 무방할 상태가 되었다고 할 수 있다. 즉, 위입립법의 금지에 관한 헌법상 원리는 이제 립법기능을 포기하는 것과 같은 과도한 권한을 행정부에 위임해서는 안된다는 원리이지 넓은 의미에서 위입립법권을 주는 것까지 반대하는 것은 아닌 것이다.

어떻든 오늘날 위와 같은 위입립법권에 의하여 만들어진 행정립법들이 사법심사의 대상이 되는 것은 미국식 사법심사제도하

67) 원종환, 전개론문 9쪽 ; 조정찬, 전개론문, 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 양건, 미국 헌법과 대외문제, 1979, 서울, 삼영사, 139-186쪽을 각 참고하기 바란다.

69) 이론상의 딜레마를 극복하기 위하여 만들어진 용어일 뿐 립법권의 위임에 다름 아니라고 보아 무방하다.

70) 41 American Bar Association Reports, p.356, 368 (B. Schwartz 저/윤세창 역, 미국행정법, 1981, 서울, 고대출판부, 27쪽에서 간접인용).

에서 매우 당연한 일이다. 행정립법 뿐만 아니라 행정행위 자체에 대한 사법심사 또한 가능함은 물론이다. 그러나 행정행위에 대한 사법심사는 우리식 관념에 의하면 행정사건에 대한 법원의 재판일 뿐이지 헌법재판의 영역에 속하는 문제는 아닐 것이다.

다. 기타 문제

연방과 주 간의 권한분쟁, 탄핵사건, 정당에 관한 판결, 선거소송 등과 관련된 법률적 분쟁까지 미국의 헌법재판 범주에 넣는 립장에 선다면, 미국의 법원에서 벌어지는 이와 관련된 모든 분쟁까지 미국위헌재판의 대상이라고 보아야 할 것이다. 이러한 문제들이 미국식 사법심사의 구조하에서 법원의 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. 사법심사의 절차

가. 독립절차의 부존재

독립한 사법심사기관으로서 헌법재판소를 설치하고 있는 집중형 국가에서는 구체적 사건을 떠나서 추상적으로 제기된 헌법문제에 대하여 독립한 절차에 따라 그 문제만을 심사하는 것이 원칙이다. 그러나 미국에서는 헌법문제를 주요문제로, 특히 그것을 위한 신청에 의해서 개시되는 독립헌법사건으로 내놓을 수가 없다. 헌법문제는 구체적인 민사, 형사사건 또는 기타 쟁송의 내용 일부를 이루면서 그 재판에 관련이 있는 범위 내에서만 일어나고, 헌법문제를 제기하는 어떤 사건을 재판할 권한이 있는 법원

이 바로 헌법문제 자체도 그 재판절차에서 판단한다. 어떤 특별한 헌법이나 법률에 정한 별도의 절차에 의하여 재판하는 것이 아니고 헌법문제에 대한 심리는 당해사건의 부수적 절차에 지나지 않게 되는 것이다. 미국의 헌법학자 카우퍼(Paul G. Kauper)가 연방대법원을 포함한 미국의 법원은 「구체적 쟁송과의 관계내에서만」 또한 「사건의 해결에 필요한 한도내에서만」 법률의 합헌성에 관한 문제를 심리판단으로 지적한 것이나⁷¹⁾ 미국에 있어서 헌법문제는 어떤 형식의 재판절차에서나 제기할 수 있다고 기술한 것은 매우 적절한 표현이라고 본다. 결국 미국의 헌법재판절차는 일반법원의 민·형사, 행정사건 재판절차에 부수되는 절차로 그 재판절차의 일부절차에 다름 아니라고 말할 수 있는 셈이다. 이를 좀 더 명확히 이해하기 위하여서는 미국의 재판절차 일반을 살펴보아야 할 것이겠으나 이는 헌법적 차원에서 논의될 문제도 아니고 본고의 논점을 벗어난 일이므로 생략하기로 한다. 다만 한가지 관련하여 언급하고자 하는 것은 헌법문제의 중요성을 고려하여 때로는 연방이나 당국이 사건의 정당한 당사자로서가 아니라 이해관계 있는 제3자로서 절차에 관여하여 소위 참고의견서(amicus curiae brief)라는 것을 법원에 제출하여 합헌성 문제에 관한 자신들의 견해를 제시하기도 한다는 점이다.

나. 전제문제성의 변화

헌법문제가 구체적인 쟁송을 전제로 하여 그 내용 일부를 이루면서 그 쟁송과 관련이 있는 범위 내에서만 일어나도록 되어 있는 것이 미국헌법재판의 당연한 절차적 원리임을 앞에서 본 바와 같다. 그러나 이러한 사법심사의 전제문제성을 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.

살판사의 이론은 오늘날 상당한 변화를 보이고 있다. 「사건성(Cases and Controversies)」 및 그 내용을 이루고 있는 「가판성(Judicability)」, 「당사자적격(Standing)」 등 법원이 취하고 있던 자기억제적인 고전적 원칙들은 집단소송(class action), 선언적 판결을 요청하는 사건 등에서 법원이 구체적 소송의 존재라고 하는 전제요건을 느슨하게 적용하여 구체적으로 소송으로서의 요건을 갖추었는지 여부나 실질적으로 법적 판단을 받을만한 가치가 있는지 여부에 중점을 둔다기 보다는 오히려 형식적으로 구체적 소송이 존재하기만 하면 그러한 소송에서 문제되는 헌법 문제를 받아들여 심리하는 태도를 보임으로써 전제문제성이란 요건은 부분적으로 그 실질을 잃고 말았다고 할 수 있다.⁷²⁾ 위와 같은 법원의 태도를 연방대법원이 최종적으로 받아들임으로써 어떤 의미에서는 이제 미국의 연방대법원도 일반의 상소법원에 지나지 않는 성격을 부여받은 측면이 생겨났는가 하면 다른 한편으로는 유럽의 헌법재판소와 마찬가지로 위헌심사를 위한 특별기관으로서의 성격을 갖게 되는⁷³⁾ 이중적인, 어떤 의미에서는 혼혈적인 구조적·운영적 특징을 부여받게 되었다고 할 수 있다.

5. 사법심사의 효력

가. 당연무효론의 원리-소급적·대인적 효력

미국식 사법심사제에 의하면 위헌인 법률은 처음부터 당연히 무효이고 판결은 이를 확인하는 것에 지나지 않는다는 논리구조를 갖게 된다.⁷⁴⁾ 이것이 바로 마샬 대법원장이 세운 사법심사의

72) 마우로 카펠레티, 전계역서, 108쪽.

73) P.G. Kauper, The Supreme Court: Hybrid Organ of State, 21. Southwestern Law Journal, 1967, p.573, 577(마우로 카펠레티, 전계역서, 108쪽 간접인용).

기본론리였다. 처음부터 무효였던 것이므로 판결의 효력은 소급적(ex tunc)이다. 단, 원시적·소급적 무효이기는 하나 일반적 효력(Allgemeinwirkung)을 갖는 것이 아니고 개별적 효력(Individualwirkung)을 갖는다는 점에 유의하여야 한다. 물론 이러한 개별적 효력은 선례구속의 원칙(Stare Decisis)에 의하여 일반적 효력을 확보하고 있는 것과 실질적으로 동일한 결과를 초래하기도 한다.

이에 비하여 소위 집중형 국가에 있어서는 위헌법률이 당연무효인 것은 아니고 취소할 수 있는 것에 지나지 않는 것이며 따라서 설사 위헌법률이라도 헌법재판소의 판결이 선고되기까지는 유효하다는 론리구조를 갖게 된다. 이러한 판결의 장래효(ex nunc)는 일반효, 즉 대세적 효력과 연결되어 있다. 재미있는 것은 집중형을 택하고 있는 독일이나 이태리에 있어서 위헌판결의 효력은 집중형 국가의 론리적 순수형태인 장래효·일반효를 갖는 것이 아니고 소급효·일반효를 갖는 론리적 혼합구조를 가지고 있다는 점이다. 이점 역시 집중형과 비집중형의 통합적 경향의 하나라고 할 수 있을 것이다.

나. 당연무효·소급효이론의 극복

그런데 당연무효론 내지 소급효 이론은 미국형 사법심사국가에서 론리적으로 순수할지는 몰라도 현실적으로는 큰 문제점을 가지고 있는 약점을 지니게 된다. 즉, 어떤 법률이 위헌이라는 이유로 그 법률을 당연무효라고 보고 그 효력을 소급적으로 부인하게 된다면 그에 기초한 모든 법률행위의 법적 효과가 부인되게 되어 법적 안정성을 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 현실적인 이유 때문에 19세기 중기 이후 그때까지 학설과 판례의 지지를 얻고 있던 당연무효론·소급효설은 점차 변화를 거듭하게 된다. 예컨대, 법률은 법원이 무효라고 판결할 때까지는 일응 유효한 것으로 추정한다는 합헌성추정의 논리를 도입하여 위헌법률이라 할지라도 판결전에는 사실상의 효력을 인정하기로 한 것이나 위헌법률이라고 판결하는 경우에도 이 법률을 당연무효로 보지 아니하고 법률적용의 거부로 해석하여 선례구속의 원칙상 그러한 판례를 변경하지 아니하는 한 그와 같은 법률을 적용할 수 없다고 한 판례는⁷⁶⁾ 위와 같은 변화를 보여주고 있는 좋은 보기일 것이다.

오늘날에 있어서는 적어도 위와 같은 순리론적이고 비현실적인 당연무효론·소급효론이 어느 정도 극복되었음이 명백하다.⁷⁷⁾ 미국의 연방대법원은 최근의 판결에서 소급효와 장래효의 문제에 관하여 어느 일방을 전제로 한 판결을 하는 것을 포기하고 공공 정책(public policies), 즉 공익적 측면과 개인의 권리구제를 교량하는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.⁷⁸⁾ 공공정책과 개인의 권리를 교량하여 개인의 권리구제에 현저히 부당한 결과를 초래하는 경우가 아니면 소급효를 가능한 한 제한하는 입장으로 전환되어 있다고 볼 수도 있을 것이다. 소급효와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 후에 위헌으로 선언된 법률에 의하

75) 이점이 당연무효론이 안고 있는 가장 큰 문제이다. 역시 소급무효설을 취하고 있는 독일의 경우도 이점은 마찬가지고 이를 극복내지 회피하기 위하여 소위 변형판결이라는 특수한 형태의 결론들이 등장하게 된다. 미국이 이 문제를 극복하여 가는 과정과 대비하면 흥미로운 결과를 얻을 수 있을 것이다.

76) 위와 같은 두 가지 변모의 예는, 원중환, 전계론문, 12면에서 전용하였음. 적용거부판례는 Shephard v. Wheeling, 3W, Va. 479, 4 U.S. 435(1887)가 인용되고 있다. 그러나 위 판례가 적용거부판례인지는 몇 가지 의심이 든다. G. Gunther, op. cit. p.28 참조.

77) 그렇다고, 오늘날 미국의 통설이 원중환, 전계논문이 쓰고 있는 것과 같이 소위 '개별적 사건의 이론원칙'인지에 대하여서는 필자는 의심을 두고 있다.

78) 마우로 카펠레티, 전계역서, 120쪽.

여 유죄가 되어 복역중에 있는 자에 대한 경우이다. 미국의 경우 판례법에 의하여 이러한 경우 석방요구를 받아들이고 있는데⁷⁹⁾ 적어도 이러한 문제들에까지 소급효이론을 완전히 포기하기는 어렵다고 본다.⁸⁰⁾

다. 대인적 효력의 변모

앞에서 설명한 바와 같이 미국식 사법심사의 효력은 대세적이 아니고 대인적이다. 그러나 이러한 대인적 효력의 문제도 점차 변화의 흔적이 보인다. 즉, 미국의 연방대법원은 근래에 미국사회에서 일어났던 큰 사건들에 관하여 사회적 영향을 고려하여 스스로 립법적 기능까지를 감안한 대세적 효력을 염두에 둔 판결을 하기 시작한 것이다. 예를 들면, 학교의 인종차별사건, 선거구정원재분배사건 등⁸¹⁾ 소위 집단소송으로서 실제로 당사자가 되어 있는 원고뿐만 아니라 같은 립장에 있는 다른 모든 사람들을 위하여서도 동일한 구제가 요구되고 있는 성질을 갖는 소송에 있어서 발생하는 헌법문제에 관하여서 연방대법원은 극히 립법적인 판결을 하였던 것이다. 학교는 즉시 차별을 철폐해야 하

79) 마우로 카펠레티, 전계역서, 121-122쪽 참조. 참고적으로 언급하자면 우리나라의 경우는 헌법재판소법 제47조 제3항, 독일의 경우는 연방헌법재판소법 제79조 제1항에 따른 제심에 대한 구제가 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, 전계역서, 419쪽-423쪽에 번역되어 있으니 참조하기 바란다.

는 것이 아니고 「적절한 속도로(with deliberate speed)」 철폐해야 한다는 식의 판시는⁸²⁾ 대세적 효력을 염두에 둔 고려임이 분명하고 이러한 고려는 선거구정원재분배사건의 경우에 있어서도 전혀 마찬가지였다. 이것들은 확실히 당사자들 사이의 분쟁 이상의 문제였다.

6. 사법심사의 민주적 정당성

미국의 사법심사제는 그 제도적 성공에도 불구하고 오늘날까지 그 민주주의적 정당성에 관하여 끊임없는 의문이 제기되고 있고 이를 바탕으로 사법심사의 제약과 한계가 논의되고 있다. 민주주의적 정당성을 부인하는 립장과 긍정하는 립장을 요약하여 본다.

가. 정당성 부인론

사법심사의 민주적 정당성을 부인하는 입장에서는 주로 다음 3가지 점에서 그 론거를 전개하고 있다.

첫째, 사법심사는 미국헌정질서의 밑바탕을 이루고 있는 민주주의적 원칙에 어긋난다는 것이다.⁸³⁾ 즉, 사법심사는 민주주의적 의사결정방식으로 인정되는 다수결의 원칙에 어긋나므로 국민다수의견지배의 원칙에 반하고, 또한 민주주의란 현재의 국민의사에 의한 지배라 할 수 있는 것인데 사법심사는 헌법 속에 담겨져 있는 과거의 의사에 의하여 현재의 의사를 지배하게 되는 결과를 초래하는 만큼 이 점에서도 비민주성을 부인키 어렵다는

82) Alexander V. Homes County Board of Education, 396 U.S. 19(1969)의 판결문에 나오는 실시 일부.

83) 이 립장에 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 사법심사의 비민주성을 주장하였다는 점에 유의 바란다. G. Gunther, op. cit., pp.22-23 참조.

것이다. 국민주권의 기초 위에서 다수결의 방식에 따라 형성된 의회의 의사를 국민전체의 의사로 동일화함으로써 그러한 과정을 거쳐 형성된 다수의 의사가 가장 민주적인 것이며 또 절대적인 것으로 인정받아야 하는 것이 민주주의의 가장 기본적인 원칙임에도 이러한 다수결의 과정을 거쳐 제정된 법률을 불과 수명의 판사들이 심사하여 헌법에 어긋난다고 무효선언을 한다는 것은 민주주의원칙에 비추어 도저히 받아들일 수 없는 일이라는 것이며 따라서 이 입장에서는 「종신직을 가진 9명의 연로한 신사들이 전국민의 정치적 주장에 대하여 아무런 책임도 느끼지 않고, 또 전혀 그에 부응함이 없이 립법권을 휩쓸어 버리는 권한을 행사해야 한다는 것은 불합리한 사상이라 하겠으며 어떤 방식으로도 국민의 국민에 의한, 국민을 위한 정치관과 조화될 수 없다」⁸⁴⁾든가 「사법부 우위와 민주주의적 이론 사이에는 어떠한 일반적인 조화도 불가능」⁸⁵⁾하다고 주장한다. 또한 사법심사란 결국 헌법이라는 척도에 비추어 법률의 효력을 심사하는 것인데 이것은 곧 과거의 선조들의 의사에 의하여 제정된 헌법규범에 비추어 현재의 국민의 의사를 심사하는 것이 되므로 국민의 자기지배가 아닌 선조의 의사지배가 되고 말아 비민주적임을 면키 어렵다는 주장이다.

둘째는, 소위 탈권론이다.⁸⁶⁾ 미국의 연방대법원을 비롯한 각급 법원은 헌법규정에 정하여진 바 없는 하나의 권한을 관례에 의하여 설정해 놓은 다음 이를 스스로 장악한 것에 불과하므로 이 점에서 사법심사는 법원의 탈권행위에 의하여 생겨난 권한에 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 사법심사는 그 정당성을 인정받을 수 없다는 것이다.

셋째는 사법심사가 권력분립의 원칙에 어긋난다는 주장이다.⁸⁷⁾ 이 주장에 의하면 사법심사라는 명목으로 법원은 립법권과 행정권에 대한 견제를 뛰어 넘어 사실상 헌법에 의하여 부여된 사법권의 범위를 벗어난 월권행위를 한다는 것이다. 즉, 사법심사란 이름으로 법원은 자기 나름의 가치판단에 입각하여 재판을 한다기보다는 스스로 정책립안과 정치적 결정을 하고 결국 의회나 행정부의 권한범위를 지나치게 침해함으로써 권력분립의 한계를 넘어섰다고 보는 것이다.

나. 정당성 긍정론

그러나, 이러한 정당성 부인론에 대한 반론 또한 강력하다. 정당성 긍정론에 의하면 우선 미국의 헌법에는 다수지배의 원칙만이 제도적으로 구현되어 있는 것이 아니고 다수의 횡포를 견제하기 위한 여러 가지의 제도적 장치가 마련되어 있는데 사법심사제도 그러한 제도적 장치 중의 하나라고 본다.⁸⁸⁾ 따라서 굳이 다수지배의 원칙에 어긋난다는 점만을 내세워 사법심사가 민주주의에 어긋난다고 단정하기 어렵다고 보고 있으며 민주주의란 순수한 다수지배의 원칙과 동의어도 아니고 「권력에 대한 합리적 제약은 민주주의에 모순되는 것이 아니라 오히려 민주주의 그 자체의 요체에 해당한다」⁸⁹⁾고 주장한다. 탈권론에 대하여서는 위헌심사권은 법관이 법을 적용하여 재판하는 과정에서 논리 필연적으로 가지게 되는 고유권한에 해당하기 때문에 그것이 법

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 표현이라고 한다(김운룡, 사법심사, 미국헌법과 한국헌법, 1989, 서울, 대학출판사, 320쪽에서 인용).

원에 의한 탈권행위의 결과로 생겨난 권한일 수 없다는 반론이 있으며, 권력분립의 원칙에 위배된다는 주장에 대하여서는 법원이 위헌심사는 위헌으로 판단된 법률을 소극적으로 적용거부하는데 그치지 때문에 사법심사가 굳이 권력분립의 원칙에 배치되는 것으로 볼 수 없다고 반박하고 있다.

필자의 의견으로는 사법심사를 구체적으로 담당하는 판사의 임명과정을 보면 주법원 판사 중에는 선거를 통하여 임명되는 경우도 있고 그렇지 않은 경우라 하더라도 주지사를 통하여 임명되는 경우 등이 있는데 주지사 자체가 주민들의 선거에 의한 다수결의 원칙에 따라 선출되었기 때문에 간접적으로나마 다수결의 원칙에 의한 정당성이 담보된다고 보여지며 이것은 대통령에 의하여 임명되는 연방법원 판사의 경우도 전혀 다를 바 없다고 생각된다. 더구나 연방대법원 판사의 임명과정에 나타난 언론과 의회의 청문절차를 통한 거의 무차별한 국민적 심판은 선거에 못지 않는 국민의사의 반영에 다름 아니라고 보여지므로 경험적으로 실질적인 미국법적 풍토를 감안하면 형식적인 다수결에 의한 대표성에 의한 논리만으로 사법심사의 민주적 정당성을 비판하는 차원을 넘어 정당성 자체를 부인하기까지 한다는 것은 확실히 지나친 의견일 것이다. 대저 헌법적 정당성이란 논리의 조작이 아닌 실질적인 과정적 정당성과 결과적 정당성이 모두 갖추어진 구체적인 외부적 결과이어야 하는 것이지 정치적인 완벽을 구하는 지선은 아니기 때문이다.

삼. 재판에 관한 근거이론

1. 서

미국의 사법심사이론은 참으로 다양하고 경우에 따라서는 매우 구체적이다.⁹⁰⁾ 또 어떻게 보면 기본권이나 국가권력행사에 관한 개별적인 헌법이론 전부가 사법심사이론의 범주에 속한다고도 할 수 있다. 그러나 그러한 개별적인 방법에 의한 이론탐구는 후일의 과제로 남기고 여기에서는 바탕을 형성하고 있는 이론에 이해를 제공한다는 면에서 가장 기본적인 2가지 원리만 보기로 한다. 그 가운데 하나는 옛날이나 지금이나 미국헌법이론 내지 사법심사이론의 기본 바탕을 이루고 있는 사법소극주의(Judicial Passivism)와 사법적극주의(Judicial Activism)이고, 다른 하나는 80년대 미국헌법 논쟁의 장을 뜨겁게 달구어 놓았던 해석주의(Interpretivism)와 비해석주의(Non-interpretivism)이다. 이 2가지 바탕적 이론에 대한 우선적인 이해 없이 개별적인 사법심사이론 내지 헌법이론에 대한 접근을 한다는 것은 장님이 코끼리 다리 만지는 위험에 다름 아닌 임의적·자의적 해석소지가 있다는 점을 부연한다.

2. 사법소극주의와 사법적극주의

가. 전통적 흐름-사법자제론

미국의 사법심사는 200년 가까운 세월동안 수많은 시련을 겪으면서 점진적으로 발전하여 왔다.⁹¹⁾ 연방대법원 판사들의 국내

90) 본고에서 설명하고자 하는 이론보다 한차원 좀더 구체적이라 할 수 있는 이론 또는 원칙으로서 국내에서 미국 사법심사와 관련하여 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 정치에 대한 정치적 감각과 인식을 바탕으로 한 량식과 노력은 사법심사제도의 발전에 수반되는 그와 같은 시련극복의 중요한 밑거름이 되었음에 의심의 여지가 없다. 무엇이 그들로 하여금 그와 같은 량식과 노력을 가능하게 하였을까? 여러 가지의 것들이 거론될 수 있을 것이나 무엇보다도 그 이론적 지침으로서의 사법자제론(Judicial Self-restraint)을 들 수 있을 것이다.

제정법률은 위헌선언할 수 있는 법원의 권한은 법원의 의식에서 결코 떠나서는 안되는 두가지 지도원칙에 따라야 한다. 그 하나는 법원은 단지 법률제정권 자체를 문제삼아야 하는 것이지 그 제정법률의 현명 여부를 문제삼아서는 안된다는 것이고, 다른 하나는 행정부나 입법부의 위헌적인 권한행사가 사법부에 의해 제약을 받는 반면에 우리들의 권한행사에 대한 유일한 견제는 우리 자신의 자제의식 뿐이라는 것이다.⁹²⁾

이것은 사법자제론이 가지고 있는 의의를 가장 적절하게 표현하고 있는 스톤(Harlan F. Stone)판사의 의견이다. 마샬대법원장도, 홈스(Oliver W. Homes)판사도, 브렌다이스(Louis Brandeis)판사도, 프랭크휘터(Felix Frankfurter)판사도 한결 같이 사법자제의 원칙들에 대한 충실함을 보여주고 있다. 요컨대, 미국의 연방대법원은 법률의 위헌여부를 심사함에 있어 그 위헌성이 명백

pp.115-252를, 국내 서적으로는 이상돈, 전게서, 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 중대한 것이 아니면 위헌판결을 함부로 내리지 아니할 뿐만 아니라 설사 어느 정도 그리고 부분적인 위헌임이 들어 났다고 하더라도 그 법률이 위헌임을 선언하는데 자제와 신중을 기해왔다고 할 수 있을 것이다.

다수결의 과정을 거쳐 나타난 국민의사의 존중, 권력분립에 근거한 의회의 입법재량권의 인정, 고도의 정치성을 띤 헌법문제에 대한 무력감, 어떤 법률을 위헌선언함으로써 생겨날지도 모르는 엄청난 후유증에 대한 우려 등등 기타 여러 가지 이유에서 미국 연방대법원이 비교적 꾸준하게 오랫동안 지켜 내려온 사법자제적 경향을 그러나 사법부를 위축시키기는커녕 도리어 사법부로 하여금 의회나 행정부의 예리한 공격을 받지 아니한 가운데 국민의 신뢰를 받는 기관으로서 확고한 지위를 보장받도록 하는데 있어서 중대한 역할을 하여 왔다. 기실 어느 의미에서는 사법자제란 사법소극을 위한 이론적 기초였다기 보다는 사법적극을 위한 장기간의 인내였을지도 모를 일이다. 자제란 본디 외형적으로 소극성을 띄고 있으나 내재적으로는 항상 보다 나은 무엇을 품게 마련인 것이다.

나. 자제론의 변모-사법적극주의

그런데 위와 같은 엄격한 사법자제론은 법원이 국민의 신뢰와 지지를 받아 그 지위가 더욱 확고하여짐에 따라 서서히 변모된 모습을 나타내게 된다. 즉, 1940년대에 이르러 미국의 연방대법원은 이제까지의 사법자제론과는 다소 다른 좀 더 유연한 태도의 사법심사론을 전개하게 된 것이다. 그시경부터 미국의 연방대법원은 경제정책이나 사회복지와 같이 국민의 인권과 직접 관련이 없는 분야의 법률을 심사하는 경우에는 그 심사기준을 완화하여 합헌성 추정의 법리를 앞세움으로써 되도록 입법권자의 의도를 존중하여 주는 반면에 인권에 대하여 직접적인 영향을 끼

치는 법률에 대하여서는 보다 적극적인 자세로 위헌심사에 임할 뿐만 아니라 보다 엄격한 심사기준을 적용하는 소위 위헌심사의 이중기준을 사용하게 된다.⁹³⁾ 이 이중기준의 원칙은 특히 워렌 (Earl Warren)대법원 시대⁹⁴⁾에 이르러 사법적극주의가 꽃 피우도록 하는 이론적 밑거름이 되었음에 의심의 여지가 없다. 이제 사법자제는 경제분야와 행정규제분야의 법률을 심사하는 경우에만 합헌성추정이라는 이름으로 행하여질 뿐이고 자유권·평등권 등 국민의 기본권에 관계된 법률의 위헌심사에 있어서는 더 이상 기본적 원칙으로서 구실을 할 수 없게 되었다고 할 수 있다. 종래 사법자제론적 근거하에서 사법심사를 회피하였던 정치문제 (Political Question)에 관하여서도 연방대법원은 적극적인 태도를 취하여 위헌판결을 서슴치 않게 되었고⁹⁵⁾ 역시 종래 사법심사를 제한시키는데 주로 이용되었던 당사자적격(Standing)의 이론은 적격의 범위가 확장되었으며⁹⁶⁾ 재판으로 처리될 수 없는 쟁점이라고 보여지는 많은 문제점들도 소위 가판성(Judicability)⁹⁷⁾의 굴레를 벗어나 사법심사의 요건을 갖춘 대상으로 등장하게 된 것이다.

사법적극주의의 등장과 관련하여 유의할 점은 사법적극주의의

93) 이 이중기준은 U.S. v. Carolene Products Co. 사건에서 H.F. Stone 대법원 판사가 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 적격론의 범위확장은 구체적 규범통제가 추상적 규범통제로서의 속성을 갖게되는 계기가 되었다.

97) 사법성이라고 번역하는 경우도 있으나, 가판성으로 번역하는 것이 좋다고 생각되고, 소송요건의 일종으로 이해하면 되겠다.

등장이 곧 사법소극주의의 종말을 의미하는 것은 아니라는 점이다. 사법적극주의의 등장에도 불구하고 사법소극주의는 여전히 그 이론적 근거를 지닌 채 계속 사법적극주의와 끊임없는 논쟁을 불러 일으키면서 구체적 사건에 있어서 결론을 도출하는 변함없는 지표로서 여전히, 그리고 아마도 영구히 존속할 것이다.

다. 최근의 경향-역사법적극주의

미국의 연방대법원은 시대상황에 따라 사법소극주의와 사법적극주의를 순환적으로 끌어쓰는 양상을 보여왔다고 할 수 있다. 진보주의적 사법적극주의로 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 판사 및 연방하급법원의 판사 임명에 있어서도 강력한 보수주의적 인물들이 선택되어 왔는데 특히 연방대법원의 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 대법원판사로 임명하는 등 대법원의 보수화에 진력을 다하였다고 할 수 있다.⁹⁸⁾ 그러나 보수주의자 일색으로 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 ; 본고 작성후 W. Brennan Jr.마저 노령 등을 이유로 사직하였음)

의 의도가 국민의 강력한 반발에 부딪쳐 좌절됨으로써 다소 주춤거렸다. 다른 한편 이러한 미국연방대법원의 보수주의적 성향은 판결을 통하여 구체적 모습이 드러나기도 하였는데 예컨대 흑백평등에 관한 이른바 적극조치에 관한 판결⁹⁹⁾은 그 좋은 보기라 할 수 있을 것이다.

오늘날 미국의 연방대법원은 보수주의를 관철하기 위하여서는 보수주의와 연결되는 사법소극주의의 논리는 물론 경우에 따라서는 반대적 립장에 서 있는 사법적극주의의 논리까지 끌어다 쓰는 다소 지나친 태도를 보이기까지 한다.¹⁰⁰⁾ 이것은 전통적인 사법적극주의와는 다른 신종 사법적극주의요, 말 그대로 역사법적극주의(Reverse Judicial Activism)라고 할 만한 것이다.

3. 해석주의(Interpretivism)와 비해석주의(Noninterpretivism)

가. 해석주의와 비해석주의 일반

사법소극주의와 사법적극주의의 이론적 대립은 근래에 해석주의와 비해석주의와 대립이라는 양상으로 전개된다. 해석주의는 헌법문제를 판결하는 판사는 성문헌법에 명시된 또는 명백하게

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 EducatiIn* 106 S. Ct. 1842 이하 참조.

100) 예컨대, 위 *Jackson* 판결은 다수자주의나 주권 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.

내재된 규범에 의거하여서만 재판하여야 한다는 입장이고, 비해석주의는 그것을 뛰어 넘어서 필요한 경우에는 헌법규정 자체 내에서 발견될 수 없는 규범을 찾아 적용하여야 한다는 입장이다.¹⁰¹⁾

대체적으로 소극주의와 해석주의가 연결되어 있고 비해석주의는 적극주의와 연결되어 있지만 반드시 그런 것은 아니다.¹⁰²⁾

해석주의는 법에 관한 우리들의 통상적인 관념에 잘 부합되는 대의민주주의원리와의도 잘 조화된다는 매력을 지니고는 있으나, 헌법규정 가운데 적법절차조항이나 평등조항과 같은 광범위하고 불확정적인 조항들과 관련된 문제에 관하여 정확한 답을 주지 못하는 맹점을 지니고 있다. 반면 비해석주의는 실정법의 범위를 넘는 규범 또는 가치를 어디에서 어떻게 찾을 것이냐는 어려운 문제를 안고 있다. 판사 자신의 가치관에 의거하는 것은 민주주의의 원리에 반하는 엘리트주의일 뿐이고 자연법이라는 기준도 그 내용이 불확정적이며 이성이라는 기준 역시 주관적 성격을 벗어나기 힘든 것이다.

나. '원래의 의도'를 둘러싼 논쟁

최근 해석주의와 비해석주의의 대립은 특히 헌법제정자의 '원래의 의도(original intent)'와 관련된 보크(Robert H. Bork)판사와 트라이브(Laurence H. Tribe)교수 간의 논쟁에서 더욱 첨예화한 느낌을 주고 있다. 지나치게 보수주의자인 동시에 사법소극

101) 해석주의와 비해석주의에 대한 전체적인 요약적 이해를 대조적인 측면에서 얻고자 한다면, 미국헌법의 해석 : 두가지 견해, 시평, 1987. 9., 서울 미국문화원 41-48쪽이 좋은 참고가 되리라고 본다. National Endowment가 발행한 Humanities에 실린 "Interpreting the Constitution: Two Views"를 발췌 번역한 것인데, 양 입장을 대표선수라고 할만한 R.H. Bork와 L.H. Tribe의 입장이 각자의 주장에 의하여 뚜렷한 대조를 이루고 있어 요약적·대조적 이해에 도움이 될 것이다.

102) 양건, 미국의 사법심사제와 80년대 한국의 헌법재판, 법학 제29권 3·4호, 1988, 서울대학교 법학연구소, 84쪽.

주의자였기 때문에 연방대법원 판사가 되지 못하였던 보크판사와 그와는 거의 반대적 입장에 서 있는 저명한 헌법학자인 트라이브교수의 논쟁은 80년대 미국헌법학계 논쟁의 장을 뜨겁게 장식한 바 있다. 이들의 각 주장을 요약하여 보는 것이 해석주의와 비해석주의에 대한 보다 정확한 이해를 돕는 일이라고 생각되어 이를 옮겨 본다.

보크판사의 주장에 의하면, 다수자지배에 근거한 민주주의원리와 소수자 권리보호를 위한 사법심사는 서로 갈등을 일으킬 수밖에 없는데 이 충돌을 해결할 수 있는 것은 헌법제정자의 의도에 따라 헌법을 해석·적용하는 길밖에 없다고 한다. 제정자의 의도에 따라 헌법을 해석한다는 것은 제정자가 의도했던 원리를 찾아내어 그것을 오늘의 상황 속에서 적용하는 것이고, 헌법의 문언·구조·력사로부터 적어도 제정자가 의도했던 핵심적인 가치들을 찾아낼 수 있으며, 변화된 오늘의 상황을 헌법제정자에 견줄 수 없기 때문에 제정자의 의도를 알 수 없는 경우가 있다는 반론이 있지만 위 반론은 과장된 것이라는 것이다. 그는 계속하여 만약 제정자의 의도에 따르지 않고 비해석주의의 방법을 택할 때에는 법원은 필연적으로 헌법에 없는 새로운 가치를 사회에 강요하는 것이 되고 이 새로운 가치는 대의제도를 통하여 채택된 다수자의 견해가 받아들여지지 아니한 것이기 때문에 판사의 도덕적 편견에 근거한 것이라고 볼 수밖에 없다고 주장한다.¹⁰³⁾

이에 대해 트라이브교수는 다음과 같이 반론을 제기한다. 즉, 그의 주장에 의하면, 헌법규정은 많은 경우 불분명하다. 헌법제정자는 끝없이 변화하는 사회를 예상하여 융통적인 문구를 의도

103) 보다 자세한 것은 R.H. Bork, What The Founders Intended를 번역, 게재한 위 주101) 시평, 42쪽-44쪽 부분 참조.

적으로 선택한 것이며 특정한 규정들을 보다 큰 목적에 적응시킬 의무를 후대의 사람들에게 부과한 것이다. 판사의 중요한 임무는 오늘의 문제가 만일 헌법제정자들에게 제기되었다면 그들이 어떻게 했을 것인가를 짐치는데 있는 것이 아니라 보다 큰 목적들은 해석해 내는 것이다. 새로운 변화에 대응하여 사법적 조정을 요청하는 근본적인 가치들은 판사의 개인적인 철학으로부터가 아니라 헌법에 대한 판사의 최선의 이해, 즉 헌법의 문언·구조, 거기로부터 유출되는 원리들, 제정의 역사, 그리고 법적·정치적 공동체에 의한 그 해석의 발전 등으로부터 나오지 않으면 안된다. 헌법제정자의 의도에 집착하는 해석주의자들은 보다 높은 차원의 추상성과 일반성을 거부하고 있다. 그러나 제정자가 사용한 여러 용어들의 일반성이야말로 그 의미를 특정한 결과에 한정시키지 않고 후대의 필요와 통찰에 따라 발전시키려는 의도를 나타내고 있다는 것이다.¹⁰⁴⁾

다. 양자의 한계와 궁극적 차이

위와 같이 해석주의와 비해석주의는 여러 가지의 관점에서 서로 다른 시각을 가지고 일반적 결론을 얻기 위해 노력하고 있지만 어느 립장에 의하든 헌법적 진리에 대한 분명한 길은 확실하게 열려있지 아니함을 인정하여야 할 것이다. 굳이 구체적 경험에 기초한 헌법재판과 관련한 두가지 립장의 기본적 차이를 적어 본다면 이는 결국 판사가 해석에 있어서 추출해 낼 수 있는 일반성과 추상성의 수준을 어디까지 허용하느냐 하는 수준의 차이 정도라는 사실만이 명확한 한가지 사실일 뿐이다.

4. 근거이론에 대한 소결론

104) 보다 자세한 것은 L.H. Tribe, *The Limits of Original Intent*를 번역, 게재한 위 주101) 시평, 45-48쪽 부분 참조.

사법소극주의와 사법적극주의를 둘러싼 헌법이론의 대립은 결국 모든 자유주의적 정치와 법에 관한 이론이 지니는 궁극적인 이율배반성의 소산이라고 할 수 있다. 즉, 정치부문에 있어 다수에 의한 전제를 막기 위하여 사법심사가 요청되는 한편, 법원에 의한 자의적인 판단을 막기 위하여서는 판사에 대한 제약도 필요하게 되는 것인데, 문제는 이 두 가지를 함께 이룰 방법을 자유주의 이론은 제공할 수 없다는 점이다. 그것은 궁극적으로 자유주의 사상이 전제하는 욕망의 자의성과 그것에 대한 이성적 통제사이의 갈등과 연결된다. 이렇게 본다면 요컨대 사법적 통제를 위한 사법부의 판단 역시 사법적이라기 보다는 궁극적으로는 정치적 선택에 따른 선언인 수도 있다.

아울러, 미국의 사법심사는 그 출발점에서부터 이론적 문제점을 지니고 있었음을 간과할 수 없다. 애초부터 사법심사가 반다수주의적이라는 이유로 민주주의의 원리에 반한다는 논의가 강하였고 그러한 논리는 지금도 끊임없이 사법심사제 자체에 대한 비판논리의 바탕을 이룬다. 그러나 다수자주의의 정당성을 거의 항상 확보하고 있는 의회나 행정부가 그 실질에 있어서는 그렇게 민주주의적인 것만도 아니고, 반면 법원의 구성이나 그 제도가 것처럼 반민주주의적인 것도 아니다. 연방대법원 판사의 임명과정 하나만 보더라도 실질적으로 연방대법원 판사는 연방의회 의원보다 훨씬 더 심한 국민의 여론 심사를 통과하여야만 임명될 수 있다고 볼 수도 있는 것이다. 투표를 통한 선택을 받지 아니한다는 점을 제외하고는-

사. 맺음말

이제까지 미국헌법재판제도와 사법심사의 기본이론을 개괄적으로 살펴보았다. 미국헌법사는 혹자가 말한대로 확실히 휴먼드라마와 같은 느낌을 줄 때가 있다. 그 드라마가 다름 아닌 미국 대법원이라는 무대와 생동하는 사고력을 가진 대법원 판사들을 통하여 이루어진 것이라는 점은 법률에 종사하는 우리에게 더욱 큰 의미를 던지고 있다고 본다. 위대한 민권승리를 가져온 워렌 대법원 시절을 기억해 보자! 『워렌(Earl Warren), 블랙(Hugo Black), 브렌난(William Brennan Jr.), 마샬(Thurgood Marshall)과 같은 진보적인 판사와 콕스(Archibald Cox), 로스토우(Eugene V. Rostow) 같은 대법원에 옹호적인 학자, 뉴욕타임즈(New York Times)나 워싱턴 포스트(Washington Post)와 같은 동부의 언론과 의회의 케네디(Edward Kennedy), 맥거번(George McGovern)과 같은 진보파 의원, 케네디(John F. Kennedy) 대통령과 존슨(Lyndon B. Johnson)대통령, 그리고 케네디(Robert Kennedy)법무장관을 위시한 법무성의 법률가들, 앤더블레이씨피(NAACP: National Association for the Advancement of Colored People), 에이씨엘유(ACLU: American Civil Liberty Union) 등 수많은 민권단체, 킹(Martin Luther King) 박사가 이끌었던 민권시위 등등... 이들은 워렌시대의 진보적 개혁이 가능하도록 한 원동력이 되었다.

물론, 이에 대한 대응의 주장들도 간과되어서는 아니 될 것이다. 대법원에서는 하란(John Harlan) 판사가, 그리고 상원에서는 덕센(Dirksen)과 이스트랜드(Eastland)의원, 월래스(Wallace)를 위시한 남부의 정치인들, 워렌대법원의 적극주의를 법률적 측면에서 비판하였던 커랜드(Philip B. Kurland), 빅켈(Alexander M. Bickel) 등등의 학자들... 이 모든 사람들이 민주사회에서의 대법

원의 역할이란 제목을 두고 참으로 열띤 논쟁을 벌였던 것이다. 때로는 더 없이 격렬하였던 이 논쟁,··· 그러나 이 논쟁은 얼마나 많은 교훈을 미국인에게 심어 주었던가! “대법원은 교육기관이며 대법원 판사들은 미국적 세미나의 중요한 선생님들”이라고 한 유진 로스토우(Eugene V. Rostow)의 말은 참으로 적절한 표현이었다.』¹⁰⁵⁾

오늘날 보수주의의 짙은 그늘 아래 역사법주의의 농후한 징후를 보이고 있는 렌퀴스트(Rehnquist)대법원에 대하여 의심의 눈초리를 보내지 않을 수 없으나 “보크 저지”(Block Bork)¹⁰⁶⁾의 팻말을 높이든 헌법감각에 민감한 국민들의 시위가 존속되는 한 미국대법원은 조용한 사법적극주의나 극단적인 보수주의에 안주할 수 없게 될 것이고 여전히 수없는 자기검증 속에서 미국을 위한 새로운 변모에 대응하는 새로운 가치선언을 계속할 수 있을 것임을 믿어 본다.

아울러, 헌법재판은 국민에 대한 실천적 헌법교육이며 헌법재판을 담당하고 있는 재판관님들은 국가적 세미나의 중요한 선생님들이라는 평가가 우리 사회에도 뿌리내릴 수 있기를 바라면서 본고를 마친다.

* 후기 : 본고는 필자의 해외연수논문 「미국헌법재판 통설」의 일부를 개고한 후 재판에 관한 근본이론 부분을 추가하여 미국헌법재판 전반에 대한 전체적·통일적 이해를 제공하고자 하는 뜻으로 재구성한 것임.

105) 여기까지 『』 부분은, 이상돈, 진게서, 155-156쪽 일부를 수정전제한 것임.

106) 필자가 Columbia University School of Law에 장기연수를 하는 도중에 직접 목도한 “Block Bork”의 팻말을 높이 든 학생·교수 등의 시위대열은 헌법과 인권 및 대법원에 대한 미국인들의 관심과 사랑으로 비춰져 만감이 교차하는 느낌을 가졌었다.

위헌법률의 효력

- 헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토 -

윤진수

헌법연구관

서울고등법원 형사

- 목 차 -

1. 서론
2. 헌법재판소법 제 47조 제2항의 해석론
 - 가. 헌법재판소의 판례
 - 나. 대법원 판례
 - 다. 학설
 - 라. 소결
3. 비교법적 고찰
 - 가. 오스트리아
 - 나. 독일
 - (1) 당연무효설과 취소설
 - (2) 독일 연방헌법재판소법의 규정
 - (3) 독일 연방헌법재판소법의 판례
 - 다. 미국

4. 위헌법률의 효력에 관한 해석론

가. 문제의 정리

나. 위헌법률의 당연무효 여부

다. 위헌결정의 소급효

라. 헌법재판소법 제47조 제2항의 문제점

마. 소급효의 범위

바. 위헌결정에 의한 소급적 취소의 예외

5. 결론

1. 서론

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반하는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 판단한다”라고 하여 헌법재판소에 의한 이른바 구체적 규범통제를 규정하고 있다. 그러나 헌법에 위반하는 법률의 효력이나 헌법재판소의 심판의 효력에 관하여는 헌법에 아무런 직접적인 규정이 없다. 다만 헌법 제113조 제1항에 근거하여 제정된 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 규정하고 있는 바, 이 규정은 헌법에 위반되는 법률도 일단 유효하고 위헌결정에 의하여 그 효력을 상실하는데 위헌결정에는 원칙적으로 소급효가 없고 다만 형벌에 관한 법률의 경우에만 소급효가 인정된다는 뜻으로 풀이된다.

그러나 헌법재판소법의 위 규정에 대하여는 소박하게 생각하더라도 여러 가지의 의문을 제기할 수 있다. 우선 헌법에 위반되는 법률은 당연무효이고 따라서 위 규정은 의미가 없는 것이 아닌가 라는 의문이 있을 수 있다.

또한 헌법에 위반되는 법률의 효력이 이와 같이 헌법과는 관계없이 법률에 의하여 결정될 수 있는 것인지도 문제된다. 즉 하위법규가 상위법규에 저촉되는 경우에 그 하위법규의 효력은 상위법규에 의하여 결정될 성질의 것이지 동격의 하위법규에 의하여 결정될 수는 없지 않는가 하는 점이다.

그리고 위헌법률의 효력에 관하여 헌법에는 아무런 규정이 없으므로 그 효력은 법률에 의하여 규정할 수 있다는 입장에 서더라도 헌법재판소법이 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하지

않는 것은 헌법의 효력을 지나치게 약화시키는 것이므로 헌법상 문제가 있다는 견해도 있을 수 있다.

이 글에서는 이와 같은 여러 가지 문제점을 염두에 두고 위헌 법률의 효력에 관하여 살펴보고자 한다. 서술의 순서로서는 우선 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정이 어떻게 해석되고 있는지를 살펴보고 이어서 외국의 예를 알아본 다음 우리 헌법의 해석상이 문제를 어떻게 해결해야 할 것인지를 생각하여 본다.

2. 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석론

가. 헌법재판소의 판례

헌법재판소법 제47조 제2항의 해석에 관한 헌법재판소의 입장은 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고, 88헌가 6 결정을 통하여 어느 정도 짐작할 수 있다.

이 사건의 제청신청인은 13대 국회의원 선거에 지역구 후보자로 등록하면서 국회의원선거법 제33조에 의하여 돈 1,000만원을 기탁하였으나 선거에서 낙선되었고 그 득표수가 유효득표수의 3분의 1에 미달하여 같은 법 제34조에 의하여 그 기탁금 중 선거비용을 제외한 나머지 금액이 국고에 귀속되었다. 이에 제청신청인은 국회의원선거법의 위 각 규정이 위헌임을 이유로 대한민국을 상대로 위 기탁금의 반환을 구하는 부당이득금반환청구소송을 제기하였고 그 소송에서 법원이 헌법재판소에 위 각 규정이 헌법제청을 하였다.

위 결정의 다수의견은 위 각 규정이 위헌임을 인정하면서도 주문에서는 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 변형결정을 하였다. 이에 대하여는 그와 같은 변형결정은 불가능하다는 변정수 재판관 및 김진우 재판관의 반대 의견이 있었으나 헌법재판소법 제47조의 해석과 관련하여서는 변정수 재판관의 보충 의견이 중요한 의미를 갖는다.

위 보충의견은 헌법재판소법 제47조 제2항은 장래효만을 인정하고 있어서 국회의원선거법의 위 각 규정이 위헌결정 이전에는 유효한 법률로서 법률상 원인의 근거를 제공하게 되므로 기탁금의 국고귀속이 부당이득이 될 수 없고 따라서 위 각 법률규정의 위헌여부가 과연 해당사건의 재판의 전제가 될 수 있는지의 문제가 생기고 이는 이 경우뿐만 아니라 원상회복을 위한 위헌법률심판의 전제성 유무에 관하여 공통으로 생기는 문제라고 설명한 다음 “헌법재판소법 제47조 제2항의 문리해석만으로는 위헌법률심판이 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 구체적 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 위헌법률심판의 경우에는 당해 사건에 한하여 위헌결정의 소급효를 인정하여야 재판의 전제성이 인정되어 구체적 규범통제제도의 실효성을 확보할 수 있다는 것이다. 이처럼 당해사건에 한하여 소급효를 인정하는 것은 뒤에서 보는 바와 같이 오스트리아법의 영향을 받은 것으로 추측되거나 원상회복을 위한 위헌법률심판의 경우에 한정하는 근거가 무엇인지 불분명하다.

위 결정의 다수의견이나 김진우 재판관의 반대의견은 다같이 국회의원선거법에 대하여 위헌결정이 내려지더라도 이는 소급효가 없어 이미 치러진 선거에는 영향이 없음을 인정하고 있을 뿐 재판의 전제성 내지 당해사건에의 소급효에 관하여는 언급이 없으나 위 보충의견을 암묵적으로 인정하는 것이 아닌가 추측된다.

참고로 덧붙인다면 위 사건의 제청범원인 서울민사지방법원에 서는 위와 같은 변형결정이 있자 제청신청인의 청구를 기각하였으나(1990. 1. 25. 선고, 88가합46330 판결) 항소심인 서울고등법원에서는 변정수 재판관의 위 보충의견과 같이 적어도 당해사건에 한하여는 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다고 해석한 다음 “이러한 해석론은 이 사건에 있어서와 같이 헌법재판소가 실질적으로 위헌 결정을 하면서도 위헌 법률의 효력 상실 시기만을 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 제청신청인의 청구를 일부 인용하였다(1990. 7. 20. 선고, 90나 13408 판결).

나. 대법원 판례

이 문제를 직접 다룬 대법원의 판례로는 대법원 1989. 11. 6. 고지, 89그19 결정(법원공보 867, 445)을 들 수 있다.

이 사건의 사안은 다음과 같다. 즉 금융기관이 신청한 부동산 임의 경매 사건에 있어서 1989. 5. 11. 경매법원(수원지방법원 성남지원)의 경락허가결정이 내려지자 그 사건 특별항고인들은 같은 달 16. 그에 대하여 항고를 제기하였으나 위 성남지원은 그 다음날인 같은 달 17. 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2를 적용하여 그 항고장을 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 헌법재판소는 위 각하결정이 있는 직후인 같은 달 24. 별개의 사건에서 위 조문 전체가 헌법에 위반된다는 결정을 내렸다(헌법재판소 1989. 5. 24. 선고, 89헌가37, 96 결정). 그러자

위 특별항고인들은 그 다음날인 같은 달 25. 위 항고장 각하결정에 대하여 대법원에 특별항고를 제기하였다. 그에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하여 특별항고를 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 대법원 1990. 3. 2. 고지, 89그26결정(법원공보 875, 1223)은 원심법원이 위 위헌결정이 선고된 1990. 5. 24. 에 위 조문을 적용하여 항고장을 각하한 사안에서 원심이 효력이 상실된

위 조문을 적용하여 항고장을 각하한 것은 위법이라 하여 특별 항고를 인용하였다. 위의 판례가 갖는 의미에 대하여는 뒤에서 살펴보기로 한다.(후술 라. 참조).

다. 학설

국내에서는 이 문제에 대하여 박일환 판사가 가장 상세하게 주장을 펴고 있다.¹⁾ 그에 따르면 우리나라의 제도는 위헌판결로 인한 법률폐지의 효과는 원칙적으로 그 판결이 공고되는 때부터 장래에 향하여 발생하고 그때까지 법적 요건이 충족된 사건에 대하여는 종래의 법률이 계속 적용되며 다만 당해 위헌심사의 전제가 된 사건(Anlaßfall, 당해소송사건)에 대하여는 종래의 법률이 적용될 수 없다는 오스트리아에 제도와 흡사하고²⁾ 다만 장래효의 원칙을 규정하면서도 당해사건에 대한 효력에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하나 헌법의 규정과 당해사건에 대한 재심의 규정을 종합해 보면 당해사건에 관한 한 소급효가 미친다는 것은 립법이 당연히 예상하고 있는 것이라고 한다.³⁾

그러나 다른 한편으로는 위헌심사절차에 관한 헌법 제107조 제1항의 규정은 위헌무효설을 취하고 있는 독일기본법 제100조와 비슷하여 헌법은 독일과 같이 마치 소급무효설을 취하고 있는 듯 규정하고 있는데 반하여 헌법재판소법은 오스트리아와 같이 폐지무효설의 입장을 채택하고 있는 듯 보여져 상호 모순되는 것처럼 보이지만 이 문제는 하나의 원칙에 의하여 해결될 수

1). 박일환, 위헌결정의 효력(상)(하), 인권과 정의 제 151, 152호(1989. 3. 4.); 동, 법률의 시적 효력범위, 법조 제 38권 11호; 동, 위헌법률의 효력상실시점, 인권과 정의 제165호(1990. 5.); 동, 헌법재판실무자료(1)-(3), 법조 제39권 5-7호.

2). 위헌법률의 효력(하), 인권과 정의 제152호, 39-43면.

3). 법률의 시적 효력범위, 법조 제38권 11호 50면.

있는 것이 아니며 당해법률의 내용에 따라 개별적으로 해결할 수 밖에 없고⁴⁾ 또한 우리 나라에서 당해소송사건에 대하여만 예외를 인정하는 것은 헌법상의 평등권을 해치는 위헌인 규정이라는 비판을 면치 못할 것이므로 우리나라에서도 처벌법규 이외의 법규라 하여도 법적 안정성을 해하지 않는 범위 내에서 소급효를 인정하는 것이 타당한 경우에는 소급적 효력을 인정하는 것이 마땅하며 최소한 위헌법률의 적용을 거부하고 소송으로 당해법률의 적용배제를 청구한 자에게는 어떠한 이론구성을 하든지 위헌법률의 적용을 배제하는 길을 열어주는 것이 마땅하다고 한다.⁵⁾

그 외에 국내의 헌법 교과서 등에는 이 문제에 대하여 별로 자세한 설명이 없다. 가령 허영 교수는 “이론적으로 법률에 대한 위헌결정의 효력을 언제부터 발생시킬 것인가에 대하여는 소급무효(ex-tunc-Wirkung)·향후무효(ex-nunc-Wirkung)·미래무효(ex-post-Wirkung)의 세 가지 헌법정책적 방법이 고려될 수 있겠지만, 그 세가지 방법이 모두 장단점이 있다. 우리 현행법은 법적 안정성을 중요시해서 원칙적으로 향후무효의 입장을 따르면서도 실질적 정의 실현의 관점에서 형벌에 관한 조항만은 소급무효의 방법을 따르고 있다”라고 설명하고 있을 뿐이다.⁶⁾

한편 대한변호사협회에서는 1990. 4. 18. 헌법재판소법 개정건의안을 국회 및 법무부 등에 제출하였는데 이에 따르면 동법 제 47조 제2항 단서의 “다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”라는 부분을

“다만 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 소급하여 그 효력을 상실한다.

4). 헌법재판실무자료(3), 법조 제39권 7호, 181면.

5). 위헌법률의 효력(하), 인권과 정의 제152호, 42-44면.

6). 한국헌법론, 1990. 813면.

1. 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정
2. 헌법상 보장된 기본권을 제한하는 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정, 그러나 이 경우에는 그 결정 당시 법률 또는 법률의 조항의 적용에 관하여 쟁송 중에 있는 자와 쟁송제기의 결정기간 내에 있으면서 후에 적법한 쟁송을 제기한 자에 한한다.”라고 개정하도록 되어 있어 기본권을 침해하는 법률의 경우에까지 소급효를 확대하였다.⁷⁾

라. 소결

헌법재판소법 제47조 제2항에 대한 뒤에서 보는 바와 같은 헌법상의 문제점을 염두에 두지 않는다면 동조항의 해석론으로는 변정수 재판관의 보충의견이나 박일환 판사의 설명과 같이 위헌으로 결정된 법률은 형벌에 관한 법률 이외에는 소급효가 없이 장래에 향하여서만 효력을 상실하므로 그 이전에 이루어진 법률관계에 대하여는 위헌으로 결정된 법률을 계속 적용하고 다만 당해사건에 한하여서만 소급효를 인정하여 그 법률의 적용을 배제하는 것이 법문 및 구체적 규범통제제도의 취지에 부합하는 것으로 보인다.

좀더 구체적으로 설명한다면 범규범의 시적 적용범위의 문제는 첫째 어떤 구성요건적 사실이 어느 시점까지 충족되어야 하느냐 하는 문제 즉 구성요건 발생의 시점에 관한 문제(오스트리아에서는 이를 시적 조건범위, zeitlicher Bedingungsberich라고 부르기도 한다)와 둘째 이미 발생한 구성요건적 사실에 대하여 법적 효력을 국가가 강제적으로 부여하는 문제 즉 적용의 시점에 관한 문제(오스트리아에서는 이를 시적 법률효과의 범위,

7). 인권과 정의 제165호, 48면 및 제166호, 123면.

zeitlicher Rechtsfolgenbereich라고 부르기도 한다)로 나눌 수 있는데 소급효의 문제는 첫째의 문제와만 관련이 있는 것이다.⁸⁾

따라서 어떤 법률이 실효되었다 하더라도 그 실효에 소급효가 없으면 그 법률은 그 이전에 그 법률의 구성요건이 충족된 법률관계에 대하여는 여전히 적용되어야 하는 것이다. 예컨대 민법 시행일인 1960. 1. 1. 전에 개시된 상속에 대하여는 민법시행 후에도 구법의 규정을 적용하는 것과 같다(민법 부칙 제25조 제1항 참조.). 그러므로 위헌결정을 받은 법률이 효력을 잃더라도 형벌에 관한 것이 아니면 소급효가 없으므로 그 결정이 있기까지 구성요건이 충족된 법률관계에 대하여는 위헌결정 이후에도 여전히 위헌으로 결정된 법률이 계속 적용되어야 한다는 결론이 된다. 그러나 위헌제청이 있는 당해사건에 대하여도 위헌으로 결정된 법률이 적용된다면 위헌제청을 할 아무런 실익이 없어 구체적 규범통제의 제도 자체의 존재 의의가 없게 되므로 해당사건에 한하여는 위헌결정에 소급효를 인정할 필요가 생기게 된다.

다만 위헌으로 결정된 법률이 절차법일 때에는 실체법의 경우와 약간 다른 결과가 생긴다. 실체법의 경우에는 법률이 실효되고 이에 소급효가 없으면 적용법률을 결정하는 기준시점이 재판시 이전의 법률요건 충족시가 되는 반면 절차법의 경우에는 재판시 외에 법률요건 충족시를 따로 생각할 필요가 없으므로 그 기준시점은 항상 재판시가 되고 재판이 있기 전에 위헌결정이 있으면 소급효의 유무에 관계없이 그 위헌결정의 취지에 따라 재판하여야 할 것이다.⁹⁾ 위 대법원 1990. 3. 2. 고지, 89그26결정은 이런 취지로 이해하여야 할 것이다. 그런데도 위 대법원 1989. 11. 6. 고지, 89그19결정이 특별항고를 받아들이지 아니한

8). 박일환, 주3, 41면; R. Walter/H.Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl. 1988, S. 167.

9). 박일환, 위헌법률의 효력상실시점, 인권과 정의 제165호, 106면.

것은 위 특별조치법 제5조의 2 제3항이 항고장 각하결정에 대하여 기시항고를 하지 못하도록 규정하여 그 결정이 바로 확정된 것으로 본 때문이다. 즉 위 조항이 나중에 위헌으로 결정되었어도 그 결정에는 소급효가 없기 때문에 위 조항에 의하여 이미 발생한 결정확정의 효력은 영향을 받지 않는다는 것이 위 대법원 결정의 논리적인 전제가 되어 있다.

그러나 위 조항의 연혁을 살펴보면 이와 같이 위헌결정이 있는 후라도 그 이전의 법률관계에 대하여는 위헌으로 결정된 법률을 계속 적용하여야 한다는 해석에 의문의 여지가 없는 것도 아니다. 원래 현행 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정은 제1공화국 당시의 헌법위원회법(1950. 2. 21. 법률 제100호) 제20조에서 유래한 것이다. 동조는 “헌법위원회의 위헌결정은 장래에 향하여 효력을 발생한다. 그러나 형벌조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”라고 규정하고 있었고 이 규정이 제2공화국 당시의 구 헌법재판소법(1961. 4. 17. 법률 제601호) 제22조 제2항, 유신헌법 당시의 헌법위원회법(1973. 2. 16. 법률 제 2350호) 제 18조 제1항을 거쳐 현행 헌법재판소법 제47조 제2항에까지 답습된 것이다.

그러나 다른 한편으로는 위 법률 제100호의 헌법위원회법 제10조의 제2항은 헌법위원회가 법원의 위헌제청을 수리하였을 때에는 대법원으로 하여금 각급법원에 있어서 당해 법률을 적용하여야 할 사건의 심리를 중지시켜야 한다고 규정하고 있었고 구 헌법원재판소법 제9조 제1항, 법률 제2350호의 헌법위원회법 제13조 제2항 등도 비슷한 취지이다. 이처럼 당해사건 이외의 사건의 심리가 중지(정지)된다는 것은 위헌결정이 있으면 그러한 사건에 있어서도 위헌으로 결정된 법률은 적용되지 않는다는 것을 전제로 한 것이므로 형벌법규 이외의 경우에도 사실상 소급효를 인정한 것이 된다.¹⁰⁾ 뿐만 아니라 위의 각 법률들에는 현행 헌

법재판소법 제47조 제3항과 같이 위헌으로 결정된 형벌법규에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있다는 규정도 없다.

이러한 각 규정을 종합하여 본다면 적어도 과거의 위와 같은 법률들의 경우에는 립법자가 소급효의 의미를 단순하게 받아들여 법률에 대하여 위헌결정이 있으며 그 결정에 소급효가 없더라도 그 법률은 위헌결정 이전의 법률관계에 관하여도 더 이상 재판규범으로서 적용될 수 없고, 형벌법규의 경우에 소급효가 있다는 것은 재심이 가능하다는 취지로 이해한 것이 아닌가 추측된다.¹¹⁾

그러나 현행 헌법재판소법은 이러한 당해사건 이외의 사건에 관한 재판의 정지에 관한 규정을 두지 아니하였고¹²⁾ 또 형벌법규에 관한 소급효의 규정 이외에 별도로 재심사유가 된다는 규정을 두었으므로 현재에도 이러한 해석이 가능한지는 의문이다.

3. 비교법적 고찰

비교법적으로 고찰한다면 위헌법률심사의 권한을 어느 기관에 부여하느냐에 따라 크게 비집중형과 집중형으로 나눌 수 있다.¹³⁾ 전자는 미국이나 제3공화국 시절의 우리나라와 같이 모든 법원이 위헌법률심사권을 갖는 것인데 반하여 후자는 현재의 우

10). 박일환, 주9, 110면은 실체법규의 경우에는 이러한 정지(중지)규정이 아무런 의미가 없는 것이라고 한다.

11). 후술할 미국연방대법원의 Linkletter v. Walker 사건 판결(1965)참조.

12). 현행 헌법재판소법 제정 당시 다른 사건에 관한 재판의 정지 문제는 주로 제정절차에 관하여 대법원의 통제를 인정할 것인가와 관련하여 논의되었다.

안대희, 헌법재판소법 제정 거론사항, 헌법재판제도(법무자료 제95집), 1988, 64-65면 참조.

13). M.Cappelletti/W.Cohen, Comparative Constitutional Law, 1979, pp. 73ff.

리나라나 독일 등과 같이 독립한 헌법재판기관을 두어 그 기관이 위헌법률심사의 권한을 독점하는 것이다. 어떤 방법을 택하느냐에 따라 이론상으로는 위헌심판의 효력이 당해 사건의 당사자에게만 국한되느냐(inter partes) 아니면 일반적인 효력을 갖느냐(erga omnes)하는 등의 차이가 생길 수 있으나 실제로는 비집중형의 국가에 있어서도 선례구속의 원칙(principle of stare decisis)때문에 최고법원의 판결은 일반적으로 존중되는 등 양자의 접근 현상이 나타나고 있다.¹⁴⁾ 여기서는 집중형에 속하는 오스트리아 및 독일과 비집중형에 속하는 미국의 경우를 간단히 살펴보기로 한다.

가. 오스트리아

오스트리아 헌법 중 위헌법률의 효력에 관한 규정은 다음과 같다.

오스트리아 헌법 제140조 제1항: 헌법재판소는 행정법원, 최고법원(Oberster Gerichtshof) 또는 항소심 법원의 신청에 의하여 연방법 또는 주법의 헌법위반 여부에 대하여 판결하며, 헌법재판소가 그러한 법률을 이미 계속중인 사건에 적용하여야 하는 한 직권으로 판결할 수 있다(이하 생략).

제4항: 법률이 헌법재판소가 판결할 시점에 이미 효력을 상실하였고 절차가 직권에 의하여 개시되었거나 법원 또는 법률의 위헌성에 의하여 직접 권리를 침해받았다고 주장하는 자의 제청이 있으면 헌법재판소는 법률이 헌법에 위반하였는지의 여부에 관하여 선고한다. 제3항의 규정은 이에 준용된다.

제5항: 법률을 위헌이라 하여 폐지하는 헌법재판소의 판결이

14) 주 13, pp.95ff.

있으면 연방수상이나 관할 주지사는 그 폐지를 지체없이 공고하여야 할 의무를 부담한다. 이는 제 4항에 따른 선고의 경우에도 준용된다. 그 폐지는 헌법재판소가 실효의 기한을 정한 경우가 아니면 공고일로부터 효력을 발생한다. 위 실효의 기한은 1년을 초과하지 못한다.

제6항: 헌법재판소의 판결에 의하여 법률이 위헌으로 폐지되면 판결이 달리 정하지 않는 한 그 폐지의 효력발생일에 헌법재판소에 의하여 위헌으로 인정된 법률에 의하여 폐지된 법률이 다시 효력을 회복한다. 법률 폐지의 공고에 있어서는 법률의 규정이 효력을 회복하는지의 여부 및 어느 법률의 규정이 효력을 회복하는지를 아울러 공고하여야 한다.

제7항: 법률이 위헌이라 하여 폐지되거나 또는 헌법재판소가 제4항에 의하여 법률이 위헌이라고 선고한 경우에 모든 법원과 행정기관은 헌법재판소의 판결에 기속된다. 헌법재판소가 폐지결정에서 달리 정하지 않는 한 폐지 이전에 실현된 구성요건에 대하여는 당해사건을 제외하고는 그 법률이 계속 적용된다. 헌법재판소가 그 폐지판결에서 제 5항에 따라 기한을 정한 경우에는 그 기한이 경과하기까지 실현된 구성요건에 대하여는 당해사건을 제외하고는 그 법률이 계속 적용된다.

위의 규정에 의하면 오스트리아 헌법은 법률이 위헌이라고 하여도 당연무효는 아니고 헌법재판소의 판결에 의하여 폐지(Aufheben)할 수 있는 것으로 정하고 있다. 그리고 그 폐지의 효력은 원칙적으로 폐지가 공고된 날 (판결에서 기한을 정한 경우에는 그 기한이 경과한 날)부터 효력을 발생하고 소급효가 없으므로 그 폐지 이전에 실현된 구성요건에 대하여는 여전히 위헌으로 판결된 법률이 계속 적용된다. 다만 위헌판결에 이르게 한 당해(Anlaßfall)에 대하여는 위헌법률의 적용이 배제되므로

그 한도에서는 소급효가 인정되는 셈이다.

이처럼 위헌결정에는 당해사건을 제외하고는 소급효가 없는 것이 원칙이지만 헌법재판소는 예외적으로 소급효가 있는 폐지판결을 할 수 있다. 그 근거는 위 제 140조 제 7항의 “헌법재판소가 폐지에서 달리 정하지 않는 한(sofern der Verfassungsgsgerichtshof nicht in seinem Erkenntnis anderes ausspricht) 폐지 이전에 실현된 구성요건에 대하여는 당해사건을 제외하고는 그 법률이 계속 적용된다”라는 규정이다.¹⁵⁾ 위 규정은 1975년의 헌법개정에 의하여 비로소 신설된 규정으로서 그 이전에는 이처럼 소급효를 가지는 위헌판결은 불가능하였다.

헌법재판소가 이 규정에 따라 소급효를 가지는 위헌판결을 하는 경우에는 주문에 “폐지된 법률은 폐지 전에 실현된 구성요건에 대하여도 더 이상 적용될 수 없다.”라고 판시한다.¹⁶⁾

이와 같이 오스트리아 헌법이 위헌의 법률이라고 일단 유효하고 다만 헌법재판소의 판결에 의하여 폐지되도록 규정한 것은 H.Kelsen의 이론에 근거를 둔 것이다.¹⁷⁾ Kelsen에 의하면 립법자는 법률을 헌법에 규정된 방식으로 제정하거나 또는 임의의 절차에 의하여 제정할 수 있는 선택권을 가지며 헌법합치적인 규범뿐만 아니라 헌법에 위배되는 규범도 제정할 수 있는데, 헌법합치적인 규범의 효력은 상위의 제정규범(Erzeugungsnorm)과의 일치에 근거하는 반면 헌법위배적인 규범의 효력은 선언적 규정(Alternative-Bestimmung, alternative character)에 근거한다고 주장한다. 즉 립법을 규율하는 헌법의 규정에 합치하지 않는 법률을 폐지할 수 있다는 헌법의 규정은 이러한 법률도 헌법에 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. 판결, Vfslg. 8233.

17). K.Sclaich, Das Bundesverfassungsgsgericht, 1985,S.162참조.

정한 방식으로 폐지되지 않는 한 유효하다는 의미를 가진다고 본다.¹⁸⁾

그리고, 실정법이 법률이 헌법에 위반되는지의 심사를 특정 기관에 맡긴다면 비록 법이 그 효과를 무효(Nichtigkeit)라고 하고 있더라도 그 결정이 있기까지는 무효가 아니라는 결정이 내려질 가능성을 배제할 수 없으므로 무효라고 통용될 수 없고 따라서 그 기관의 결정은 필연적으로 창설적 성격(konstitutiven Character)을 가지게 되며 이 경우 무효라는 것은 소급효를 가진 취소(Vernichtung mit rückwirkender Kraft)라고 한다.¹⁹⁾ 그러나 법적 안전성의 견지에서는 원칙적으로 일반적 규범 아래서 실현된 구성요건에 대하여는 그 취소 후에도 그 규범에 따라서 판단하여야 한다는 의미에서 취소의 소급효를 인정하지 않아야 하고 다만 그 구성요건에 대하여 취소 전에 공적인 행위(behördlicher Akt)가 행해지지 않은 경우에까지 취소된 법률을 적용할 필요는 없다고 한다.²⁰⁾

한편 오스트리아 헌법재판소의 관례는 위헌판결에 있어서 예외적으로 소급효가 인정되는 당해사건의 범위를 해석에 의하여 점차 확대하고 있다. 즉 최초에는 당해 법률심사절차를 개시하는 계기가 된 구체적인 사건만을 의미하였으나²¹⁾ 1984. 6. 22.의 판

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 헌법위배의 법률은 헌법에 합치되지만 특별한 절차에 의하여 폐지될 수 있는 법률이다. (Die sogenannte verfassungswidrige Gesetze sind verfassungsmäßige, aber in einem besonderen Verfahren aufhebbare Gesetze.)”라는 Kelsen의 말은 위헌법률의 효과를 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. 판결, Vfslg. 8234.

결(Vfslg.10617)에서는 당해사건의 위헌법률심사절차의 구두변론의 공고가 있을 때까지 이미 헌법재판소에 계속중인 사건은 당해사건과 동일하게 취급하여 그 사건에서도 위헌법률을 적용하면 안된다고 하였다. 이어서 1985.10.9 의 판결(Vfslg.10617)에서는 당해사건의 위헌법률심사절차의 구두변론 시점이나 구두변론이 없었을 때에는 비공개 합의가 개시된 시점에 계속중인 사건은 당해사건과 동일시하여야 한다고 하고, 나아가서 1986. 12. 10.의 판결(Vfslg.11190)에서는 폐지된 법률은 구두변론의 공고가 있을 때에 항소심에 계속중인 사건 및 구두변론의 개시 시점에 연방행정법원에 이의를 제기한 사건에는 더 이상 적용될 수 없다고 하였다.

나. 독일

(1)당연무효설 취소설

독일에서는 위헌인 법률의 효과에 관하여 당연무효설(Theorie der ips-iure Nichtigkeit)과 취소설(Vernichtbarkeitstheorie)이 대립한다. 원래 연방헌법재판소법의 기초자의 의도는 Weimar헌법 당시의 통설인 당연무효설을 따른다는 것이었으며²²⁾ 현재도 당연무효설이 통설이고 취소설은 소수설에 불과하다.

당연무효설은 위헌인 법률은 법률과 헌법 사이의 충돌이 생긴 시점부터 당연무효이고 그 효력을 부정하기 위한 특별한 조치를 필요로 하는 것이 아니며 따라서 연방헌법재판소의 위헌판결도 형성적인 효과를 갖는 것이 아니라 확인적인 효과를 갖는 데 불과하다고 한다.

당연무효설의 주된 논거는 다음과 같다.²³⁾

22). Ipsen, 주 18,S.69 ff.

첫째, 법질서의 통일성(Einheit der Rechtsordnung) 및 헌법의 우위성(Vorrang der Verfassung)때문에 헌법과 상충되는 법률은 무효일 수 밖에 없다(충돌모델, Kollisionsmodell).

둘째, 헌법규범은 그보다 하위의 법규범에 대한 법효력규범(Rechtsgeltungsnorm)으로서 그보다 하위의 법률이 법적 효력을 가지기 위한 조건 (Rechtsgeltungsbedingungen)이므로 헌법에 위반되는 법률은 이러한 효력조건을 갖추지 못한 것으로서 당연 무효이다.(법효력모델, Rechtsgeltungsmodell).

셋째, Bonn기본법 제 100조는 제 1항은 “재판이 어느 법률의 효력에 따라 좌우되는 경우에 법원이 그 법률을 헌법에 위반된다고 여길 때에는 절차를 중지하고, 주 헌법의 위반이 문제될 때에는 헌법분쟁을 관할하는 주 법원의 결정을, 이 기본법의 위반이 문제될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 요청하여야 한다.”라고 규정하고 있는 바, 위 조항이 법률의 효력(Gültigkeit)이라고 하고 있는 것은 헌법에 위반되는 법률은 효력임을 전제로 하고 있는 것이다.

넷째, Bonn기본법 제 123조 제1항은 “연방의회 성립 이전 시기의 법률은 기본법에 위배되지 아니하는 한 효력이 지속된다”라고 규정하고 있는바, 이 규정 또한 기본법에 위배되는 전헌법적법률(vorkonstitutionelles Recht)은 기본법의 시행과 함께 효력을 상실한다는 것을 명시한 것이다.

그리하여 독일의 통설은 위헌법률이 당연무효라는 것은 헌법차원(Verfassungsrang)의 문제이므로 오스트리아에 있어서와 같은 장래효의 규정은 헌법상의 근거가 있어야만 가능하다고 본다.²⁴⁾

23). 이하는 Ipsen, 주 18, S. 72 ff, 153 ff. 참조.

24). Schlaich, 주17, S.162f. 참조

이에 반하여 취소설은 헌법의 우위로부터 위헌법률이 무효라는 결론이 논리적으로 당연히 도출되는 것은 아니며 헌법의 우위는 헌법규범이 침해된 경우 그 규범의 충돌을 가능한 한 빨리 최적의 방법으로 모든 헌법적인 규범계획(Normprogramme)을 고려하여 제거할 것을 요구할 뿐이라고 주장한다.²⁵⁾ 오히려 당연무효설은 법률이 개별 위헌규범에 위반된다는 점에만 집착할 뿐 헌법이 하나의 체계라는 점은 간과하고 있는 바, 즉 법률이 헌법의 한 조문에 위배되면 당연히 무효라고 하는 것은 오히려 헌법의 다른 규정과의 관계에서 더 헌법에 합치하지 않는 결과를 가져올 수 있으므로 위헌인 법률도 연방헌법재판소의 위헌판결이 있기까지는 유효하고 위헌판결에 의하여 비로소 효력을 상실하며 이러한 의미에서 위헌판결은 형성적인 효력을 가지고, 법률의 효력을 상실시키는 것이 법적 혼란을 가져오거나 헌법적인 제도를 위태하게 할 때와 같은 경우에는 비록 위헌이라 하더라도 법률의 효력을 상실시켜서는 안된다고 한다.²⁶⁾

취소설은 실정법상의 주된 근거로서 당연무효설과는 다른 의미에서 Bonn기본법 제 100조 제 1항을 든다. 즉 위 조항에 따르면 위헌인 법률이라 하여도 법원은 연방헌법재판소 또는 주헌법재판소에 제정할 의무를 부담하는 것인데 이는 위헌인 법률이라도 당연무효는 아니므로 위헌판결 전에는 법원이 그 적용을 거부할 수 없고 위헌판결에 의하여 비로서 효력을 상실한다는 것을 묵시적인 전제로 하고 있는 것이고, 위 조항이 “재판이 어느 법률의 효력(Gültigkeit)에 따라 좌우되는 경우”라고 하고 있는 것은 재판의 전제가 되는 법률을 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.

(2) 독일 연방헌법재판소법의 규정

독일 연방헌법재판소법(das Bundesverfassungsgerichtsgesetz)도 원칙적으로 위헌법률이 무효라는 전제에 서 있다. 즉 동법 제 78조는 “연방헌법재판소는 연방법이 기본법과 합치하지 않거나 또는 주법이 기본법이나 기타의 연방법과 합치하지 않는다는 확신에 이르게 되면 그 법률이 무효라고(nichtig) 선언한다. 동일한 법률의 그 밖의 규정이 같은 이유에서 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 않는 경우에는 연방헌법재판소는 마찬가지로 당해규정의 무효를 선언할 수 있다.”고 규정하고, 제 79조 제 1항은 “기본법과 합치하지 않는다고(unvereinbar) 선언되거나 제 78조에 의하여 무효로 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 헌법과 합치하지 않는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 확정된 형사판결에 대하여는 형사소송법의 규정에 따라 재심이 허용된다.”라고 규정하여 위헌법률에 대하여는 원칙적으로 무효를 선언하여야 하는 것으로 하고 있다.

다만 위 제 79조는 제 1항은 위헌법률에 대하여 무효선언 이외에 불합치(unvereinbar)의 선언을 할 수 있음을 인정하고 있는 바, 이는 후술하는 바와 같이 연방헌법재판소가 원래 규정되어 있었던 무효의 선고 이외에 법률에 규정이 없었던 불합치선언이라는 주문을 선고하는 일이 늘어나자 1970년에 연방헌법재판소법을 개정하면서 이를 추가한 것이다.²⁸⁾

이러한 원칙에 따르면 위헌인 법률은 처음에 소급하여(extunc) 다른 형성적인 조치가 없이도 법률상 당연히(ipso iure)

27). 주 25, S. 121 ff.당연무효설의 입장에서는 취소설이 위 조항을 근거로 내세우는데 대하여 이는 법률의 효력의 문제와 위헌여부의 결정권한을 헌법재판소에 독점시킨 것을 혼동하는 것이라고 비판한다. Ipsen, 주 18, S.168 참조..

28). 동법 제 31조 제 2항의 경우도 같다. Schlaich, 주 17, S.168.

효력이 없는 것이다.²⁹⁾ 엄밀히 말한다면 소급적으로 효력이 없다는 것은 일단 유효하였던 것이 취소 등으로 인하여 효력을 잃는 경우에 그 효력이 과거로 거슬러 올라간다는 것을 말하므로 법률상 당연무효(ipsa iure Nichtigkeit)와는 다른 개념이지만³⁰⁾ 일반적으로는 이를 구별하지 않고 동의어처럼 사용하고 있다.

그러나 다른 한편으로 동법은 법적 안정성을 위하여 일정한 범위 내에서 소급효를 제한하고 있는바, 즉 동법 제79조 제2항은 특별한 법률규정이 있는 경우를 제외하고는 더 이상 취소할 수 없게 된 처분(nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen)의 효력은 무효선언에 의하여 영향을 받지 않는다고 하고, 또한 무효선언에 기한 부당이득 반환 청구도 배제하고 있다. 여기서 더 이상 취소할 수 없게 된 처분이라 함은 이미 확정된 판결이나 행정처분을 말한다.³¹⁾ 그러나 이와 같은 취소될 수 없는 처분에 기한 강제집행이 아직 이루어지지 않았으면 그 강제집행은 허용되지 않는다.

(3) 독일 연방헌법재판소의 판례

연방헌법재판소는 초기에는 법률이 헌법에 위반되었을 때에는 원칙적으로 무효라는 입장을 견지하였다.

그러나 그 후 점차 연방헌법재판소가 법률의 위헌성을 인정하면서도 그 위헌성만을 확인하고 무효의 선고를 하지 않는 이른바 불합치선언(unreinbarerklärung)내지 단순한 위헌선언

29). Schlaich, 주 17, S.161; C. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 2. Aufl. 1982, S.1975. 허영, 서독에 있어서의 헌법재판, 공법연구 제9집, 50면은 “규범에 대한 연방헌법재판소의 무효선언은 원칙적으로 미래에 한해서만(exnunc) 그 효력을 발생하기 때문에 무효선언된 규범을 근거로 한 모든 확정된 법률행위의 효력에는 영향을 미치지 아니한다.”라고 서술하나 부정확한 설명이다.

30). Ispen, 주 18, S.150 f.

31). Pestalozza, 주 29, S.176. 다만 형사판결의 경우 및 헌법소원의 경우 및 같은 예외가 인정된다.

(Verfassungswidrigerklärung)만을 하는 예가 늘어나게 되었는데, 이러한 불합치선언을 할 수 있는 근거 및 그 효과에 대하여 많은 논란이 생기게 되었다.³²⁾

연방헌법재판소가 불합치선언을 하는 이유는 여러 가지가 있으나³³⁾ 그 중 두 가지 경우가 특히 중요하다.

그 첫째는 법률이 평등원칙에 위반하는 경우이다. 즉 어느 법률이 특정인에게 이익을 부여하는 경우, 그 자체는 문제가 없으나 그러한 이익을 받지 못하게 된 제3자와의 관계에서는 평등원칙에 위반되는 경우에 입법자가 평등원칙을 준수하기 위하여는 두 가지의 선택 가능성이 있다. 그 하나는 그 제3자에게도 이익을 부여하는 것이고 다른 하나는 아무에게도 이익을 부여하지 않는 것이다.

예컨대 소득세법이 공휴일 및 야근근무에 대한 법률상 및 단체 협약상의 수당만을 비과세대상으로 하는 것은 다른 개별계약에 의한 수당을 비과세대상에서 제외하는 점에서 평등원칙에 어긋난다.³⁴⁾ 이 경우 불평등을 제거하기 위하여는 다른 모든 수당을 비과세 대상으로 하거나 아니면 반대로 모든 수당을 비과세 대상에서 제외하여야 한다. 그 선택은 권력분립의 원칙상 입법자에게 맡겨져야 하고 연방헌법재판소가 무효선언을 통하여 그 중 한 가지 방법을 택하는 것은 입법자의 형성의 자유(Gestaltung-

32). 이러한 불합치선언은 이른바 변형판결(Entscheidungsvariante)의 일종으로서 그외에도 촉구판결(Appellentscheidung)이나 헌법합치적 법률해석에 의한 한정합헌의 판결 등이 변형판결의 예가 된다. 뒤의 것들도 실질적으로는 위헌판결을 회피하는 수단이지만 하지만 직접적으로는 법률의 위헌성을 인정하는 것이 아니기 때문에 여기서는 다루지 않는다. Schlaich, 주 17, S.181.ff.; 박일환, 헌법재판실무자료(2), 법조 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.

freiheit)를 침해하는 것으로서 허용되어서는 아니되므로 연방헌법재판소로서는 소득세법이 헌법에 불합치한다는 선언에 그쳐야 한다는 것이다.³⁵⁾

두번째는 무효선언으로 말미암아 법률의 공백 내지 혼란이 일어나는 경우이다. 가령 공무원의 봉급에 관한 법률(Beamtenbesoldungsgesetz)이 직업공무원제도에 관한 Bonn기본법 제33조 제5항에 위배되는 때에도 연방헌법재판소는 무효선언을 회피하였는바, 왜냐하면 위 조항 자체가 공무원의 봉급에 관한 사항은 법률로 규율될 것을 요구하고 있으므로 종래의 법률의 무효선언은 그러한 법률을 전혀 존재하지 않게 하여 헌법합치적인 질서에 더욱 부합하지 않는 상태를 초래할 것이기 때문이다.³⁶⁾

또 다른 사례로는 함부르크 대학법(hamburgisches Universitätsgesetz)관한 1972. 7.18 의 판결(BVerfGE 33,303)을 들 수 있다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 대학입학의 허가에 관한 사항을 대학의 평의원회(akademischer Senat)에서 결정하도록 한 위 법 제 17조는 법률에 의하여야 할 사항을 포괄적으로 위임한 것으로서 위헌이라고 하면서도 이를 무효로 선언하면 대학이 아무런 법적 근거없이 입학허가를 처리하여야 할 긴급권한(Notkompetenz)을 가져야 하게 되어 종래의 입학규정이 헌법합치적으로 적용될 수 있는 현재의 상태보다 더욱 헌법합치적인 질서에서 멀어지게 되므로 입법자에게 위헌상태의 제거를 위하여 상당한 기간을 부여하여야 한다고 하여“.....대학법 제17조는 기본법과 합치되지 아니한다.....그렇지만 이 규정은 새로운 법률적 규율이 있을 때까지, 늦어도 1973년 여름학기가 시작

35). 그밖의 예로서는 BVerfGE 8, 28;31,1.; 37,154 ; 52,369등 .다만 Ipsen,주 18, S.213 f.는 이러한 경우에는 규범 그 자체가 아니라 규범들의 관계(Normenrelation)가 위헌이라는 점에서 법이 예정하고 있는 다른 경우와는 구별된다고 하였다.

36). BVerfGe 8,1,19f.

할 때까지 적용될 수 있다”라고 선고하였다.

이러한 불합치선언이 그 효과면에 있어서 무효선언과 어떻게 다른지에 관하여도 불분명한 점이 많다. 우선 당해사건(Anlaßfall II)에 관하여는 위헌인 법률이 더 이상 적용될 수 없고, 재판을 정지하였다가 법률이 개정되면 개정된 법률에 따라 새로이 재판하여야 한다.³⁷⁾

반면 당해사건 이외의 유사사건(Parallelfälle)의 경우에는 어떠한가? 이 경우에도 연방헌법재판소가 위헌인 법률의 계속적용을 명하는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원으로서의 재판을 중지하고 새 법률을 기다려야 한다는 것이 일반적인 견해이다.³⁸⁾

다. 미국

미국에서는 독일이나 오스트리아처럼 어느 법률이 위헌이라고 판결이 된 경우 그 판결에 소급효가 있는가 뿐만 아니라 종래의 수사상의 관행 등을 위헌이라고 판시하는 등 연방대법원이 헌법 해석에 관한 새로운 원칙을 정립한 경우에 그 원칙에 소급효(rectroactivity)가 있느냐도 아울러 문제된다.³⁹⁾

미국에서의 전통적인 견해는 Blackstone의 설명과 같이 법원의 임무는 새로운 법을 선언하는 것이 아니라 옛 법을 유지하고

37). Schlaich, 주 17, S.172; Pestalozza, 주 33, S.562. 다만 Moench, 주 25, S.174 ff.는 연방 헌법재판소가 규범의 계속 적용을 명한 경우에는 불등원칙 때문에 당해사건에 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, Constitutional Litigation,

1984, pp.354 ff; Tribe, American Constitutional Law, 2. ed. 1988, pp.26-32; 이승우, 미국 위헌법률심사제도의 연구, 헌법재판소간, 헌법재판제도의 제문제, 1989, 291면 이하 (최초 발표는 연세법학, 1983.4.) 참조.

해설하는 것으로서 위헌의 행위(unconstitutional action)에는 아무런 권리나 의무를 부여할 수 없으며 이는 성립하지 않는 것과 마찬가지로 하는 것이었으므로⁴⁰⁾ 헌법문제에 관한 판례의 소급효는 당연한 것이었다. 그러나 그 후 Austin과 같이 법관이 단순히 법을 발견하는 것 이상의 역할을 한다는 견해가 유력해지면서 소급효에 관한 헌법상에 관한 생각도 점차 달라지게 되었다. 특히 연방대법원이 1960년대의 “연방법 혁명(criminal law revolution)”에서 형사절차에 관한 헌법상의 원칙들을 새로이 정립하면서 이러한 원칙들이 소급하여 적용되느냐 하는 점이 쟁점으로 등장하게 되었다.

1965년의 Linkletter v. Walker 사건 판결(주 40)이 이 문제를 본격적으로 다룬 최초의 판결이라고 할 수 있다. 이 사건의 배경은 다음과 같다. 연방대법원은 1961. 6.19.에 선고한 Mapp v. Ohio 사건 판결(367 US 643)에서 헌법수정 제 4조의 압수 수색에 관한 규정에 위반하여 수집된 증거가 배제되어야 한다는 원칙은 연방 뿐만 아니라 주에게도 적용된다고 판시하여 증거배제의 원칙이 주에는 적용되지 않는다는 종래의 판례를 변경하였다.

그러자 그 이전에 이미 확정판결을 받아 복역하고 있던 Linkletter가 자기에 대한 위 확정판결이 위의 원칙에 위배된 것이라고 주장하면서 인체보호령장(habeas corpus)을 발부하여 줄 것을 신청하였다.⁴¹⁾

다수의견을 집필한 Clark 대법관은 헌법은 소급효를 금지하는

40). Norton v. Shelby County, 118 US 425(1886). 이 문제에 관한 역사적 검토로는 Linkletter v. Walier, 381 US 618(1965)에서의 Clark 대법관의 설명이 상세하다.

41). 인신보호령장은 피구급자가 앞으로 계속 구급되어야 하는가 만을 다루는 것이므로 소급효의 문제와는 관계가 없다는 주장도 있으나 이는 실제로는 유죄의 확정판결의 효력을 다루는 것으로서 우리 법상 제삼제도와 유사한 기능을 하는 것이므로 소급효의 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.

것도 아니고 이를 요구하는 것도 아니며 헌법은 이 문제 관하여 아무런 대답을 하지 않고 있다고 전제하면서, 어떤 원칙이 소급적으로 적용될 것인가는 법원이 개별적인 사건에 있어서 문제의 원칙의 역사 내지 그 목적과 효과를 살펴보고 또한 소급적용이 그 작용으로 촉진할 것이냐 아니면 저해할 것인가를 살펴봄으로써 그 장점과 단점을 형량하여 결정할 문제라고 하였다. 구체적으로 이 사건에 있어서는 폐기된 판례에 대한 신뢰에 상당한 이유가 있는 반면 확정된 사건에까지 소급효를 인정하는 것이 경찰의 위법행위를 억제한다는 Mapp 판결의 목적에 기여하는 것도 아니고 또한 소급적용은 재판절차에 매우 큰 부담을 준다는 이유를 들어 Mapp사건의 원칙은 그 선고 당시 아직 계속 중인 사건에는 적용되지만 그 당시 이미 확정된 사건에까지 소급하여 적용되지는 않는다고 판시하였다. 다만 Black 대법관과 Douglas대법관은 Mapp 사건 판결의 원칙이 이 사건에도 소급적용되어야 한다는 소수의견을 제출하였다. 이 판결의 의의는 종전에는 새로운 판례는 당연히 확정된 사건에도 적용된다고 보던 것을 수정한 데 있다.

이어서 연방대법원은 1967. 6.12.에 선고한 *Stovall v. Denno* 사건 판결(388 US 293)에서 소급효에 관한 원칙을 좀더 발전시켰다. 이 사건도 인체보호명장을 청구한 사건인데 연방대법원은 같은 날 선고한 *United States v. Wade*, 388 US 218 사건 판결 및 *Gilbert v. California*, 388 US 263 사건 판결에서의 원칙, 즉 범인인지의 여부를 확인하기 위하여 변호인 없이 피고인을 피해자와 대질한 경우에 그로 인한 증거는 증거능력이 없다는 원칙을 이 사건에도 적용할 것인지의 여부를 심리하였는데 Brennan 대법관이 집필한 범정의견은 소급적용의 여부를 정하기 위하여는 (a) 새로운 원칙이 추구하는 목적, (b) 법집행 당국이 종래의

원칙에 대하여 가졌던 신뢰의 정도, (c) 새로운 원칙의 소급적용이 법의 집행에 미치는 효과의 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 대질의 경우에만 적용되고 그 이전의 사건에는 적용되지 않으며 이 경우에는 확정된 사건인지 아닌지를 구별할 필요가 없다고 하였다.

이 사건 이후에는 후술하는 U.S.v.Johnson 사건 판결에 이르기까지 연방대법원이 형사사건에 있어서 새로운 헌법상의 원칙을 정립하여도 대체로 위 Stovall 사건 판결이 제시한 원칙에 따라 당해사건에 대하여만 소급하여 적용되는 방향으로 처리되었다. 그러나 이처럼 당해사건에 대하여만 소급효를 인정하고 그 이외의 사건에는 소급효를 인정하지 않는 데 대하여는 비판적인 견해도 유력하였다.⁴²⁾ 특히 Desist v. U.S. 사건 판결(394 US 244)에서의 Harlan 대법관의 소수의견은 법원은 특정 사건을 그 사건 자체에 의하여 판단하는 것이 원칙인데 Stovall 사건에 있어서 처럼 한 사건만을 구제하고 유사한 다른 사건에 있어서는 구제를 거부하는 것은 이러한 원칙에 어긋나므로 Linkletter 사건에 있어서 처럼 새로운 원칙은 연방대법원이 심사하는 모든 사건에 다 같이 적용되어야 하고 다만 확정판결이 있는 후 인신보호령장이 청구된 경우에 있어서만 이와 달리 취급되어야 한다고 주장하였다.

이러한 Harlan 대법관의 의견은 결국 1982년의 U.S.v.Johnson 사건 판결(457 US 537)는 다수의견이 되었다. 이 사건에서는 1980년의 Payton v. New York 사건 판결(445 US 573)에서 판시한 원칙, 즉 헌법수정 제4조에 의하여 경찰관이 중죄(felony) 혐

42). Cappelletti/Cohen, 주 13, pp.108 ff. 참조

의자를 구속하기 위하여 영장없이 상대방의 동의도 받지 않고 용의자의 집에 들어가는 것이 금지된다는 원칙이 그 판결선고 전에 피고인이 구속된 경우에도 적용되는 하는 것이 문제되었는데 Blackmun 대법관이 집필한 다수의견은 위 Harlan 대법관의 의견을 인용하면서 헌법수정 제 4조에 관한 연방대법원의 판례는 Stovall 사건 판결과 같은 종전의 선례에 의하여 규율되는 경우⁴³⁾ 를 제외하고는 그 판결이 선고될 당시 확정되지 않은 모든 사건에 소급하여 적용된다고 판시하였다.

나아가서 연방대법원은 Shea v.Louisiana, 470 US 51(1985)사건 판결에서 헌법수정 제5조 및 제14조에 관한 Edwards v. Arizona,⁴⁵ US 477(1981) 사건 판결 원칙도 아직 확정되지 않은 모든 사건에 소급적으로 적용된다고 판시하였다.

이처럼 미국 판례의 추세는 이미 확정된 사건에까지는 소급효가 미치지 않는다고 하는 것이지만 예외적으로 확정된 사건에까지도 소급효를 인정하는 경우도 있다. 즉 새로운 헌법상의 원칙의 주된 목적이 진실의 발견이라는 형사판결이 정확하였는지에 관하여 중대한 의문이 제기되는 것을 막는 데 있을 때에는 완전한 소급효(complete retroactive effect)가 인정된다.⁴⁴⁾ 구체적으로 이에 해당하는 예로서는 배심원의 전원일치가 아니어도 유죄 판결을 할 수 있다는 주 법률이 헌법위반인 경우 ⁴⁵⁾ 등이 이에 해당한다.⁴⁶⁾

한편 민사사건에 있어서의 소급효의 문제에 관한 leading case는 1971년의 Chevron Oil v.Huson 사건 판결(404 US 97)이다. 이 판결에서 연방대법원이 제시한 기준은 첫째 ,비소급적으로 적

43). 이는 주로 새로운 판례가 과거의 원칙과의 명백한 단절(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 판결(457 US 537,550)참조

용되어야 하는 판결은 과거의 선례를 뒤집거나 아니면 그 결론을 예견할 수 없었던 새로운 문제에 관한 것으로서 새로운 법원리를 정립하는 것이어야 하고, 둘째, 첫째의 요건이 갖추어졌더라도 문제의 원칙의 역사 내지 그 목적과 효과를 살펴보고 또한 소급적용이 그 작용을 촉진할 것인가 아니면 저해할 것인가를 살펴봄으로써 그 장점과 단점을 형량하여야 하며 셋째, 소급적용이 실질적으로 부당한 결과를 가져오므로 부당함을 피하기 위하여 비소급적 적용이 요청되는 경우라야 한다는 것이었다. 이 사건에서는 새로운 선례를 소급적용하면 원고의 손해배상청구권이 제소기간법(statute of limitation)에 걸리게 되는 경우였으므로 연방대법원은 이를 회피하기 위하여 새로운 선례의 소급적용을 부정하였다.

4. 위헌법률의 효력에 관한 해석론

가. 문제의 정리

위헌법률의 효력에 관하여 우선 문제되는 것은 헌법에 위반된 법률은 당연무효인가 아니면 당연무효는 아니고 헌법재판소 기타의 권한 있는 기관에 의하여 위헌이라는 판정이 있음으로써 비로소 효력을 상실하는가 하는 점이다. 그렇지만 위헌판정이 있기 전의 법률관계에 대하여 위헌인 법률이 적용될 수 있는가 아닌가의 여부가 위헌법률이 당연무효인가의 여부에 의하여 자동적으로 결정된 것은 아니다. 즉 위헌법률이 당연무효라면 위헌법률은 위헌판정이 있기 전의 법률관계에 대하여 적용될 수 없는 것이 원칙이겠지만 위헌법률이 당연무효가 아니라면 위헌판정

이전의 법률관계에 적용될 법률은 위헌판정의 소급효 여부에 따라 달라지게 된다.

바꾸어 말하자면 이론적으로는 위헌법률의 효력에 관하여 세 가지의 모델을 생각할 수 있다. 첫째 모델은 위헌법률은 당연무효로서 그 무효를 주장하기 위하여 별도의 조치를 필요로 하지 않는다는 것이고, 둘째 모델은 위헌법률이라 하더라도 일단 유효하고 위헌이라는 판정에 의하여 효력을 상실하지만 그 판정의 효력은 위헌인 상태가 발생한 때로 소급한다는 것이며, 셋째 모델은 위헌법률이 위헌의 판정에 의하여 효력을 상실한다는 점에서는 둘째 모델과 같지만 그 판정의 효력은 당해사건을 제외하고는 장래에 향하여만 미치므로 과거에 소급하지는 않는다는 것이다(위헌판정 후 일정기간이 경과한 후의 장래에 향하여만 미치는 경우도 여기에 포함시킬 수 있다).

위헌법률이 당연무효인가 아닌가의 면에서만 본다면 첫째 모델과 둘째, 셋째의 모델이 대립하는 관계에 있지만 그 실제의 효과면에서 본다면 첫째 모델과 둘째 모델은 위헌판정이 있는 후에는 위헌법률이 적용될 수 있는 경우가 없다는 점에서 공통되고 위헌판정이 있기 전의 법률관계에 대하여는 여전히 위헌으로 판정된 법률을 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 위헌법률의 효력의 문제를 살펴봄에 있어서

도 위헌법률이 당연무효인가의 문제와 위헌결정의 소급효 유무의 문제를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

나. 위헌법률의 당연무효 여부

우리 헌법상 위헌법률은 당연무효라고 보아야 할 것인가 아니면 일단 유효하고 헌법재판소의 결정에 의하여 비로소 효력을 상실한다고 보아야 할 것인가? 사건을 먼저 말한다면 헌법은 이 문제에 관하여 아무런 대답을 하고 있지 않다고 보인다.

우선 명백히 하여야 할 것은 위헌법률이 당연무효인가 아닌가의 문제는 1차적으로 개별 헌법에 의하여 결정될 문제이지 헌법 이전의 선형적인 논리에 의하여 해결될 성질의 것은 아니라는 점이다.⁴⁷⁾ 독일의 당연무효설의 논거의 하나는 헌법의 상위 내지 법질서의 통일성 또는 헌법이 하위규범의 법효력규범임을 이유로 하여 상위규범인 헌법에 저촉되는 하위규범인 법률이 당연무효라는 것은 논리상 당연하다는 것이다. 그러나 헌법의 상위 내지 법질서의 통일성은 위헌법률이 당연무효라고 하여야만 보장되는 것은 아니다. 헌법의 상위 내지 법질서의 통일성은 헌법에 저촉되는 법률이 존재하는 경우에 그 적용을 배제하고 헌법규범이 관철될 수 있는 제도적 장치에 의하여서도 충분히 보장될 수 있는 것이다. 즉 취소설에 의하더라도 이러한 목적은 충분히 달성할 수 있는 것이다.(전술 3. 나. (1) 참조).

또한 립법기관이 헌법에 위배되는 법률을 제정한 경우에 이는 립법권의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 있겠지만 그러한 경우에도 그 법률이 당연무효라고 보아야 할 필연적인 이유가 있는

47) 독일에서 당연무효설을 따르는 학자들도 이를 인정한다. Ipsen, 주 18,S.313; Schlaich, 주17, S.162 참조.

것은 아니다. 이는 사법권의 경우와 비교하면 이해하기 쉬울 것이다. 즉 법관은 헌법과 법률에 의하여 재판할 의무가 있으나 이에 위반된 재판이라 하여도 당연무효는 아니고 상소 또는 재심 등의 방법에 의하여 효력이 부정될 수 있을 뿐인 것이다. 일반적으로 어느 규범에 위반한 행위에 어떠한 효력을 인정할 것인가는 어떤 것이 가장 합리적이냐는 관점에서 다를 문제이지 이러한 행위는 원칙적으로 당연무효이고 특별한 규정 있어야만 예외를 인정할 수 있다는 식으로 생각할 필요는 없는 것이다.

그러면 과연 우리 헌법상 이에 관하여 아무런 규정이 없는 것인지 구체적으로 검토하여 보자, 우선 구체적 규범통제를 규정한 헌법 제 107조 제 1항은 어떠한가? 이에 관하여 지적할 것은 독립헌법과의 문언의 차이이다. 위 조항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는……”이라고만 하고 있을 뿐 Bonn기본법 제 1002조 제 1항과 같이 “재판이 어느 법률의 효력(Gültigkeit)에 따라 좌우되는 경우에……”라고 하지 않고 있어 반드시 당연무효설의 근거가 되기 어렵고 이 규정은 취소설과도 조화될 수 있는 것이다(전술 3.나. (1)참조).

다음 헌법부칙 제 5조는 “이 헌법 시행당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”라고 규정하고 있어 에 따라서는 Bonn 기본법 제123조 제1항과 같이 당연무효설의 논거가 될 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 위 위헌부칙이 이 헌법 시행 이전의 법률로서 이 헌법에 위배되는 것은 당연무효라는 취지인지는 반드시 명백하지 않다. 적어도 헌법재판소는 현행 헌법 시행 전의 법률이라 하여도 그 시행 이후의 법률과 동일하게 취급하여 위헌심판의 대상으로 하고 있는 것이다.⁴⁸⁾

48). 이에 관하여는 이입성, 법률의 지속효에 관한 시론, 인권과 정의, 제 164호 (1990.4.), 59면

이처럼 우리 헌법에 위헌법률의 유효 여부에 관하여 직접적인 규정이 없고 달리 이에 관하여 판단의 근거가 될 만한 규정도 없다면 위헌법률이 당연무효인지 아니면 헌법재판소의 결정에 의하여 비로소 그 효력을 상실하는지의 여부는 결국 헌법보다 하위의 법률이 정하는 바에 따라야 할 것이다. 그런데 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정은 후자, 즉 위헌법률은 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 효력을 상실한다는 입장을 취하고 있으므로 우리 법의 해석으로서는 이에 따라야 할 것이다. 또한 연혁적으로 보더라도 이것이 우리 헌정사의 한 전통이 되었다고 말할 수 있는 것이다. (전술 2. 라 참조).

정책적인 관점에서 보더라도 당연무효설 보다는 이와 같은 취소설이 여러 가지 다양한 사례에 있어서 탄력적인 해결을 가능하게 한다는 점에서 오히려 우수하다고도 할 수 있다(후술 바. 참조).

다만 이미 폐지된 법률의 경우에는 취소할 대상이 없게 되므로 취소설이 적용될 여지가 없는 것이 아닌가 문제가 된다. 이 문제는 위헌결정에 소급효응 인정하느냐 아니냐에 따라 다소 차이가 있으나 결과적으로는 폐지된 법률도 위헌심사의 대상이 될 수 있다는 점에서는 같다. 위헌결정에 소급효가 인정되지 않더라도 당해사건에 한하여는 소급효를 인정한다면 폐지된 법률도 위헌심사의 대상으로 할 필요가 있음을 부인할 수 없다. 오스트리아에 있어서는 이 점이 문제가 되어 1975년의 헌법개정 당시에 헌법 제140조 제4항에서 이미 효력을 상실한 법률도 헌법심사의 대상이 됨을 명백히 하였다. 우리나라에는 이 점에 관한 명문의 규정이 없으나 헌법재판소의 판례는 형벌법규가 아니어서 소급효가 인정되지 않는 경우에도 폐지된 법률이 위헌심사의 대상이

이하 및 그곳에 소개된 각 문헌 참조.

됨을 인정하고 있다.⁴⁹⁾

반면 위헌결정에 소급효가 인정되는 경우에는 다시 법률의 폐지가 소급효를 가지는 경우와 그렇지 않을 경우를 구별하여야 한다. 법률의 폐지가 소급효를 가지는 경우에는 그 법률은 재판규범으로 적용될 여지가 없으므로 위헌심사의 대상이 될 수도 없고 따라서 그를 따로 취소할 필요도 없다.⁵⁰⁾

그러나 법률의 폐지에 소급효가 없는 경우에는 폐지에도 불구하고 그 법률은 폐지 전의 법률관계에 대하여는 여전히 재판규범으로 적용되게 되므로 이는 위헌심사의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 이 경우 위헌결정의 효과는 소급효가 없는 폐지에 대하여 소급효를 부여하는 것이 될 것이다.

다. 위헌결정의 소급효

위와 같이 위헌법률이 당연무효인지의 여부가 법률에 의하여 결정되는 것이라면 위헌결정이 어떤 효력을 가지는지의 여부도 법률에 의하여 결정될 수 있는 성질의 것일까? 여기서도 결론부터 말한다면 헌법상 가능한 선택은 위헌법률이 당연무효이거나 (위의 첫째 모델) 아니면 위헌결정이 원칙적으로 소급효를 가지지 않는 경우(위의 둘째 모델)에 국한되고 위헌결정이 원칙적으로 소급효를 가지지 않는 경우 (위의 셋째 모델)는 헌법에 저촉된다고 보아야 할 것이다. 그런데 위헌법률이 당연무효인 경우는 헌법재판소법에 의하여 배제되었으므로 결국 남는 것은 위헌

49). 헌법재판소 1989.12.18. 선고,89헌마32,33결정 ;동,1990.6.25.선고, 89헌마 107결정 등.

50). 그러나 소급립법에 의한 처벌이 금지되는 형벌법규와 같은 경우에는 소급효가 있는 신법이 적용되기 위하여서는 구법이 합헌이어야 할 필요가 있으므로 이 한도에서는 구법이 위헌심사의 대상이 될 수 있는지가 문제된다. 구 사회보호법에 관한 헌법재판소 1989.7.14. 선고·88헌가5,8, 89헌가44 결정 및 박일환, 주 3,51면 이하 참조.

결정이 원칙적으로 소급효를 가지는 경우만이 남게 된다.

이처럼 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하여야 한다는 헌법상의 근거로는 헌법 제103조, 제27조 제1항 및 제10조 후단을 들 수 있다.

먼저 헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”라고 규정하여 법관이 헌법과 법률에 구속됨을 명시하고 있다. 그렇다면 법률이 헌법에 위반되는 때에는 어느 것을 따라야 하는가가 문제되는데, 헌법이 법률에 우선한다는 점을 인정한다면 당연히 법관으로서는 헌법에 위반되는 법률을 적용하여서는 안 된다는 결론이 나온다. 그런데 위헌결정에 원칙적으로 소급효가 없다면 법관으로서는 위헌결정 이후에도 그 이전에 성립한 법률관계에 대하여는 여전히 위헌인 법률을 적용하여야 하는데 이는 헌법 제103조와 정면으로 모순된다고 하지 않을 수 없다.

물론 법관이 위헌인 법률을 적용하여서는 안 된다고 하는 원칙이 아무런 예외도 인정할 수 없는 절대적인 원칙이라고는 할 수 없고 뒤에서 보는 바와 같이 그에 대한 예외를 인정할 필요도 있을 수 있다.(후술 바. 참조). 그러나 위의 원칙은 헌법상의 원칙인 만큼 그에 대한 예외도 헌법상의 근거가 있어야 할 것이고 단순히 법률에 의하여 예외를 인정할 수는 없는 것이다.

다음 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 하여 국민의 기본권으로서의 재판청구권을 인정하고 있다. 그런데 여기서 말하는 “법률에 의한 재판”이라 함은 재판절차가 법률에 의하여야 하는 것만을 의미할 뿐만 아니라 그 재판의 내용 또한 법률에 의하여야 한다는 것을 말한다.⁵¹⁾ 나아가서 이러한 법률

51). 권영성, 신정관 헌법학원론, 1988,486면 ; 김철수, 보정관 신고 헌법학신론 1989,387면 ;

은 합헌적인 법률만을 의미한다고 보는 데에도 이설이 없다.⁵²⁾ 이 점도 헌법의 최고법규성에 비추어 볼 때 당연한 것이라고 하여야 할 것이다. 만일 법률에 의한 재판을 받을 권리라는 것이 형식적으로 법률에 의한 재판이면 족하고 그 법률이 헌법에 합치되는지의 여부는 묻지 않는다고 한다면 이는 재판청구권을 형해화하는 결과밖에 되지 않는다.

따라서 국민으로서의 재판청구권에 기하여 위헌인 법률의 적용을 거부할 권리가 있다고 하여야 할 것이다.⁵³⁾ 한 걸음 더 나아가서는 위헌법률심사제도 자체가 법질서의 통일성을 보장하기 위한 것일 뿐만 아니라 국민의 재판청구권을 보장하기 위한 하나의 수단이라고도 말할 수 있는 것이다.⁵⁴⁾ 그렇다면 위헌결정의 소급효를 부정하는 것은 이러한 재판청구권을 부인하는 결과가 되어 허용될 수 없을 것이다.

물론 재판청구권도 기본권의 일종으로서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한될 수 있는 것이기는 하지만 이러한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 의하여 필요한 경우에 한하여 가능한 것이므로 (헌법 제 37조 제 2항) 단순히 법적 안정성만을 내세워서 당해사건 이외에는 소급효를 전면적으로 부정하는 것은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 어긋나는 것이라고 아니할 수 없다. 더군다나 앞에서 본 것처럼 헌법 제103조와의 관계에 있어서 위헌인 법률을 적용하기 위하여는 헌법상의 근거가 있어야 한다면 더욱 그러하다.

마지막으로 헌법 제10조 후단은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다”고 하여 국가

허영, 주 6,356면 등.

52). 주 51 참조.

53). 허영, 주 6,357면은 이를 명신하고 있다.

54). 허영, 주 6,357면 참조

의 기본권 보장의무를 규정하고 있다. 그런데 법률이 위헌인 이유가 기본권의 침해라는 데 있다면 위헌결정의 소급효를 제한하여 위헌 법률의 계속적용을 인정하는 것은 이러한 국가의 기본권 보장의무에 정면으로 반하는 것이 될 것이다. 이는 위헌심판 절차뿐만 아니라 법률을 대상으로 하는 헌법소원의 경우에도 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 이 경우에는 기본권침해가 헌법소원제기의 요건이 되기 때문이다(헌법재판소법 제68조 제1항 참조). 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하지 않는 오스트리아에 있어서도 이 점이 기본권 침해에 대하여 자국 법원에 구제를 신청할 수 있다고 규정한 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention) 제13조와는 상충된다는 비판이 있다.⁵⁵⁾

라. 헌법재판소법 제 47조 제 2항의 문제점

위에서 살펴본 바에 의하여 헌법재판소법 제47조 제2항의 문제점은 대체로 드러났다고 할 수 있다. 즉 위 조항이 형벌법규를 제외하고는 위헌결정의 소급효를 부정하고 있는 부분은 헌법 제 103조, 제 27조 제 1항 및 제 10조 후단에 위반되므로 위헌이라고 하지 않을 수 없다.

뿐만 아니라 위 조항에 대하여는 추가적으로 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 위헌으로 결정된 조항이 당해사건에 대하여만 적용이 배제되고 그 이외의 위헌결정 이전 사건에 대하여는 그대로 적용된다면 이는 헌법상의 평등의 원칙과는 어긋나는 것이라고 하지 않을 수 없다.⁵⁶⁾

55), Walter/Mayer, 주 8, S.370. 이 부분은 직접적으로는 법규명령(Rechtsverordnung)의 심사에 관한 것이지만 법률의 위헌심사에 관하여도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

Ibid. S.381 참조.

56). 주 5 참조. 또한 오스트리아 및 미국에 관하여 같은 취지의 비판으로는

둘째, 어느 법률이 위헌심사절차를 거쳐 일단 위헌으로 결정되었다 하더라도 그 법률이 다른 사건에서는 여전히 적용된다면 그 다른 사건을 다루는 법원은 다시 그 법률에 대하여 위헌제청을 하여 위헌결정을 받아 그 법률의 적용을 배제할 수 있고 또 그와 같이 하여야 한다는 문제가 생긴다. 물론 이는 위헌결정에 소급효를 인정하지 않는 것과는 모순되는 것이지만 이러한 결론을 부정할 수 있는 방법이 없다. 오스트리아에서는 위헌판결에 원칙적으로 소급효를 인정하지 않는다는 것이 헌법의 규정에 의한 것이므로 일단 위헌으로 결정된 법률에 대하여는 또다시 위헌제청을 하지 못한다고 할 수 없는 것이다. 만일 그러한 경우에도 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 위헌결정에는 소급효가 없으므로 위헌제청을 하지 못한다고 한다면 위헌심사의 대상이 되는 법률을 법률로써 제한하는 결과가 되어 역시 헌법위반이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

그러나 위와 같이 위헌으로 결정된 법률에 대하여 다시 위헌제청을 하여야만 그 법률의 적용이 배제된다는 것은 불필요한 절차를 거듭하는 것밖에 되지 않으며 그럴바에야 위헌결정에 소급효를 인정하는 것이 문제를 직접적으로 해결하는 방법이 될 것이다.

마. 소급효의 범위

위와 같이 위헌결정에 소급효가 있다고 할 때 그 소급효가 어디까지 미친다고 할 것인가가 문제된다. 가장 문제가 되는 것은 위헌인 법률을 적용한 판결이 이미 확정된 경우에까지 소급효가 미쳐서 재심 등의 방법으로 다룰 기회가 보장되어야 하는가 라

Cappelletti / Cohen, 주 13, pp.102 ff. 참조.

는 점이다.

만일 소급효를 완전하게 관철하려고 한다면 이 경우에도 재심을 인정하여야 할 것이다. 그러나 앞에서 살펴본 각국의 예에 의하면 재심은 형사판결의 경우 등 예외적으로만 인정되고 있음을 알 수 있다. 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다는 것이 헌법적 요청이라면 확정판결의 경우에 소급효를 제한하여 재심을 인정하지 않는 데에도 헌법적 근거가 필요할 것이다.

생각건대 확정판결에 기판력을 인정하여 특별한 사유가 없는 한 그 효력을 존중하고 재심도 극히 제한적으로만 인정하는 것은 법적 안정성을 유지하기 위한 것이다. 이러한 확정판결에 있어서의 법적 안정성의 요구는 단순한 소송법적 차원의 문제라고만 할 수 없다. 독일의 판례 및 학설은 기판력의 존중 내지 법적 안정성의 요청도 법치국가의 원리 (Rechtsstaatsprinzip)에서 나오는 헌법 차원의 문제라고 보고 있다.⁵⁷⁾ 우리 헌법에서도 법치국가의 원리 내지 법치주의는 헌법의 기본원리로서 승인되고 있으므로⁵⁸⁾ 이러한 이론은 우리 나라에서도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

그렇다면 위헌결정의 소급효가 헌법 차원의 문제라고 하여도 그 적용절위에 있어서 무한제한 것이라고는 할 수 없고 법적 안전성에 의하여 어느 정도 제한을 받는 것도 헌법상 용인되는 것이라고 할 수 있다. 물론 위헌결정의 소급효와 법적 안정성을 어떻게 조화시키느냐 하는 것은 일률적으로 말할 수 없고 이는 기본적으로는 입법자의 재량에 속하는 문제이다.⁵⁹⁾ 그러나 예컨대

57). Maunz/Dürig/Herzog, GG Kommentar, Art.20 VII. Rdnr.60 f.; BVerfGE 15,313,319. f. Maunz/Dürig/Herzog에 의하면 기판력의 존중은 권력분립의 원리에서도 도출된다고 한다.

58). 권영성, 주 51,116면 ; 김철수, 주51, 133면 ; 허영, 주 6,143면 ; 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고, 89헌가 113결정 등

59). BVerfGE 15, 313, 319f. 참조.

형사판결에 있어서는 위헌의 법률에 의하여 처벌받는 사람이 있어서는 안 된다는 구체적 타당성이 기관력의 존중이라는 법적 안정성의 요구보다 더 중대한 의미를 가진다고 할 수 있으므로 이 경우에는 위헌결정에 기한 재심을 허용하는 것이 보다 더 정의에 합치한다고 할 수 있을 것이다.

위헌결정의 소급효가 제한되는 것은 반드시 기관력의 경우에 한하지 않고 그 외에도 행정처분의 공정력이라든지 민사법상의 다른 법리에 의하여도 가능할 것이나 여기서는 언급을 생략한다.

바. 위헌결정에 의한 소급적 취소의 제외

보다 어려운 문제는 어느 법률을 위헌이라고 인정하면 반드시 위헌결정을 함으로써 그 법률을 소급적으로 취소하여야 하는가 아니면 그에 대한 예외를 인정할 수 있는가 하는 점이다.

앞에서 살펴본 바에 의하면 비소급적 폐지를 원칙으로 하는 오스트리아의 경우나 소급효의 유무를 판결에 의하여 결정하는 미국의 경우에 비소급적 취소(폐지)가 인정되고 있음은 물론이고 위헌법률이 당연무효라고 하는 독일에 있어서도 불합치선언 등의 방법에 의하여 법률이 당초부터 무효라고 하는데 대한 예외를 인정하고 있음을 알 수 있다.

이론적으로도 어느 법률이 헌법의 특정 조문에 모순된다 하여 이를 소급적으로 취소한다면 더 불합리한 사태가 생기는 경우에는 이를 제한하는 것이 오히려 헌법적으로 요청되는 경우도 있을 수 있다. 독일의 경우에 학설은 이를 헌법의 효력조건의 유지, 헌법적 제도의 보전, 법적 안정성의 유지, 현존하는 헌법위배의 심화의 회피 및 기능적 한계 등으로 유형화하고 있다.⁶⁰⁾

60). Moench, 주 25, S.160 ff.

물론 구체적으로 어느 경우가 이에 해당하는지를 판단하는 것이 반드시 용이하지는 아니하나 알기 쉬운 예를 한 가지 든다면 국회의원의 선거구 획정에 관한 법률이 선거인의 배분에 있어서 평등의 원칙을 심각하게 침해하여 위헌인 경우에 그 법률을 소급적으로 취소시킨다면 그 법률에 의하여 구성된 국회 자체가 해체되어야 하고 따라서 위헌인 위 법률을 개정할 기관 자체가 없어지게 된다는 모순에 직면하게 된다. 따라서 이러한 경우에는 법률의 소급적 취소 내지 그로 인한 국회의 해체는 불가능하다고 할 수 밖에 없다. 독일연방헌법재판소는 이러한 경우에 위헌성은 인정하면서도 지난번 선거 당시에는 아직 이 점이 명백하지 않았다고 하여 립법자에게 개정을 명하는데 그쳤고,⁶¹⁾ 일본최고재판소는 행정사건소송법 제31조 제1항(우리 행정소송법 제28조 제1항에 해당) 소정의 사정판결의 법리를 원용하여 선거무효소송의 청구를 기각하면서 주문에서 선거의 위법함을 확인하는데 그쳤다.⁶²⁾

다만 이처럼 위헌인 법률에 대하여 소급적인 취소가 제한되기 위하여는 헌법적 근거를 필요로 하기 때문에 실제로 이에 해당하는 경우는 그다지 많지 않을 것이다.⁶³⁾

이처럼 위헌인 법률이라 할지라도 소급적인 취소가 불가능할 때에는 단순히 위헌임의 확인에 그치든지 또는 일정기간이 경과하면 실효된다는 등의 결정을 하는 수밖에는 없을 것이다. 그런데 문제는 이와 같은 결정을 함에 있어서는 법률상의 근거가 있어야 하지 않겠는가 하는 점이다. 특히 위헌결정의 소급효가 재판청구권의 문제라면 이를 제한함에는 헌법 제37조 제2항의 규

61). BVerfGE 16,145 ff.

62). 일본최고재판소 1976.4.14 대법정판결, 민집 30권 4호 223면 이하

63). Ipsen, 주 18,S.211 ff; Schlaich, 주 17, S.177 ff.는 독일연방헌법재판소가 한 대부분의 불합치선언도 불필요한 것이었다고 비판한다.

정에 의하여 법률의 근거가 필요할 것이기 때문이다. 그러나 헌행법상은 이러한 직접적인 근거가 될 만한 것이 없다. 유일하게 생각될 수 있는 것은 행정소송법 제28조 제1항의 사정판결에 관한 규정이나 행정소송법은 헌법재판절차 가운데 헌법소송절차에만 준용될 뿐 위헌심판절차에는 준용되지 않는다(헌법재판소법 제 40조 제 1항).

이 점에 관하여는 다소 의문이 없지는 않으나 소급효의 제한이 헌법상의 요청에 의하여 이루어지는 것이라고 한다면 헌법 그 자체가 근거가 되므로 별도로 법률의 규정은 필요로 하지 않는 것이라고 볼 수 있지 않을까 한다. 만일 그와 같이 보지 않는다면 법률의 규정이 없어서 해결하기 어려운 사태가 생길 수 있기 때문이다. 그러나 입법적으로 이에 관한 명문의 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

5. 결 론

이제까지 논한 것을 요약한다면 위헌인 법률이 당연무효가 아닌가에 관하여는 헌법상 결정된 바 없고 따라서 헌법재판소법이 정하는 것처럼 일단 유효였다가 위헌결정에 의하여 취소되는 것으로 보아야 하지만 이처럼 위헌결정에 의하여 취소될 때에는 그 결정이 소급효를 가져야 함이 헌법상 요구된다는 것이다.

헌법재판제도는 우리나라에 있어서는 아직 초창기에 있다 하여도 과언은 아니다. 따라서 이에 관한 여러 가지 문제에 관하여도 학설이나 판례상 아직 충분한 논의가 없다. 이 글이 앞으로의 논의에 다소나마 도움이 되기를 바랄 뿐이다.

위헌법률판결절차에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권

너희는 그저 '예'할 것만 '예'하고 '아니오'할 것은 '아니오'
라고만 하여라. 그 이상의 말은 악에서 나오는 것이
다. (Say just a simple 'Yes, I will' or ' No, I won't'.
Your word is enough.)

-Matthew 5:37

정 종 섭

헌법연구관

-목 차-

1. 서론
2. 구 헌법과 현행 헌법간의 다른점
3. 독일의 '위헌여부심사권'과 '위헌여부결정권'의 분리 및
위헌결정독점의 제도구조적 논리
4. 우리 나라 일반법원의 제청의무와 제청신청기각결정권
5. 서울민사지방법원 제42부의 기각결정 검토
6. 결론

1. 서론

우리 사회에서는 그간 교원로조조합을 결성하려고 활동하였거나 이른바 ‘전국교직원노동조합’에 가입하여 활동한 다수의 사립학교 교원들이 사립학교법 제55조와 제58조 제1항에 의하여 면직되었다. 이에 이들 교원들은 일반법원 면직처분무효확인 등의 소를 제기하고 아울러 그 사건의 계속중에 위 법률의 조항들에 대하여 위헌여부심판제청신청을 각 계속법원에 넘으로써 우리 사회에서는 위 조항들의 위헌여부문제가 정식으로 헌법문제로 제기되기에 이르렀다. 이 문제는 특히 교원로동조합의 설립을 지지하는 교원들과 교육부가 팽팽히 대립하는 가운데 대부분의 계속법원에서는 당사자들이 신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하기에 이르렀기 때문에 정치·사회적인 사실 측면에서 뿐만 아니라 규범의 측면에서도 자못 민감한 양상을 띠게 되었다.

이러한 상황속에서 1990년 4월 3일 서울민사지방법원 제42부(이 부는 재판장 판사 박용상과 판사 김상준, 판사 김소영으로 구성되었다)는 이 법원 「89가합 56013 면직처분무효확인 등」 사건에서 면직된 교원인 당사자들이 신청한 사립학교법 제55조, 제58조 제1항, 제4호에 대한 위헌여부심판제청신청을 기각하면서 위 조항들은 합헌성이 추정된 때문에 위헌이라고 볼 수 없다고 했다.¹⁾

1). 이러한 합헌성추정의 의견에 덧붙여 이 결정(89 가합 56013 사건이 본안사건인 89 카

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 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였고 그 수가 무려 68건에 달한 상황에서 유독 위 제42부만 합헌성이 추정된다고 하면서 당사자의 신청을 기각하였기 때문이라고 보인다.

이러한 상황에서 『조선일보』는 1990년 4월 7일의 기사에서 일반법원이 법률에 대하여 합헌판단까지 할 권한이 있는가 하는 점을 문제로 제기하고 이 점에 관하여 헌법재판소와 일반법원 사이에 견해의 차이가 있는 것처럼 보도하였다.³⁾ 언론기능의 측면에서 그 보도의 의도가 무엇이었는지는 짐작하기 어려우나 어쨌든 일간신문에 의해 위헌법률심심판절차에 있어서 헌법재판소와 일반법원이 가지는 헌법해석권의 문제가 제기되었다는 점에서

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 노동기본권에 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 '법률신문', 제1933호 (1990. 5. 7.), 10쪽 이하에 실려 있다. 같은 날 선고한 '89 카 58899 위헌제청신청 사건의 기각결정문은 '법조 403호 (1990. 4.), 170쪽 이하에 실려 있다. 이 둘의 기각결정의 이유설시부분의 내용은 동일하다.

2). '조선일보', 1990.4. 4 (수), 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 노동3권 제한 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.

법적문제를 포착해내는 그 신문의 안목이 새삼 주목되고, 동시에 그로 인해 논의와 의견이 분분하게 전개되고 있으므로 필자는 이 문제에 대하여 헌법소송론적 측면에서 접근하여 그와 관련된 여러 가지 문제점들을 분석하고 논의 가운데에 나타나 있는 불명확한 부분들을 좀더 자세히 밝혀보고자 한다.

2. 구 헌법과 현행 헌법간의 다른 점

위헌법률심판절차(구체적규범통제절차)에서 헌법해석권의 문제를 둘러싸고 의견과 논의가 분분한 것은 무엇보다도 헌법해석과 관련하여 헌법재판소와 일반법원이 가지는 권한에 대하여 구 헌법(1980년 헌법)과 현행 헌법이 서로 다르게 규정하고 있는 내용을 충분히 이해하지 못하는 데서 비롯되는 것으로 보인다. 특히나 헌법재판에 있어서 구 헌법의 규정과 현행 헌법의 규정 그리고 그러한 규정이 구상하고 전망하는 헌법재판관에 대한 총체적인 인식의 부족은 이러한 논의를 더욱 복잡하게 만들고 있는 것 같다. 그러므로 이 문제를 본격적으로 검토하기 위해서는 그 전에 우선 이 둘의 헌법상 규정이 어떠한 차이를 가지고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

우선 1980년 헌법은 헌법재판의 관할 사항에 있어서 현재의 헌법재판제도와는 본질적으로 다를 뿐 아니라 위헌법률심판절차의 구조도 달리한 것이었다. 1980년 헌법 제108조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 하였는 바, 이는 현행 헌법 제107조 제1항이 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하

여 재판한다”라고 한 규정과 대조해 볼 때 분명한 차이를 발견할 수 있게 하고 있다. 즉, 1980년 헌법의 규정에는 현행 헌법의 규정에는 없는 “법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 내용이 더 들어가 있는 것이다. 이는 1980년 헌법이 일반법원에 법률의 위헌여부에 대한 이른바 ‘1차적 심사권’을 인정할 것을 보여주고 있는데 그 구체적인 내용은 당시의 헌법위원회법<1982.4. 2. 법률 제3551호>에 자세히 규정되어 있었다. 1980년 헌법하의 위 헌법위원회법에 규정된 법률의 위헌여부심판절차에 의하면, 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건의 담당판사나 소송당사자는 제청신청만 할 수 있었으며, 제청신청이 있는 경우에 한하여 이에 의해 당해 법원은 당해 사건이 계속중인 각급 법원의 합의부의 결정을 거쳐 위헌여부를 헌법위원회에 제청하는 것으로 되어 있었다(헌법위원회법 제12조 제1항). 법원에서 제청을 할 때에는 제청서를 헌법위원회에 송부하여야 했는데(동법 제14조) 이 경우 제청법원이 하급법원(군법회의를 포함)인 때에는 그 제청서의 송부는 반드시 대법원을 경유하도록 하였다(동법 제15조 제1항). 이는 대법원으로 하여금 다시 위헌심판제청여부를 심사하도록 하기 위함이었다. 대법원은 대법원 자신의 위헌심판제청은 물론이고 하급법원의 위헌심판제청에 대하여도 대법원판사 전원의 3분의 2이상으로 구성되는 합의체에서 당해 법률의 헌법위반여부를 결정하였다. 여기서 그 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정될 때에는 대법원은 자신의 의견서를 첨부하여 헌법위원회에 제청서를 송부하여야 했다(동법 제15조 제2항, 제3항). 대법원 합의체에서 당해 법률의 위헌여부를 심사한 결과 합헌이라고 인정하면 제청법원의 제청서는 헌법위원회에 송부되지 않음은 물론이고 위헌법률심판절차도 거기에서 종결된다.

이와같이 1980년 헌법하의 위헌법률심판제도는 《사건담당판사 또는 소송당사자의 제정신청→당해 사건이 계속중인 각급법원의 합의부의 결정→당해 법원의 제청→당해 법원 제청서 송부의 대법원 경유→대법원 법률의 위헌여부심사→헌법위원회로의 제청서 송부여부결정→헌법위원회로의 제청서 송부》라는 절차를 지닌 것이었다. 그리고 각급법원은 법률의 위헌심판제청권을 가졌으며, 대법원은 이러한 제청권 이외에도 법률의 위헌여부에 대한 '1차적 심사권'도 가졌다. 여기서 '1차적 심사권'이라는 것은 헌법위원회에 앞서서 법률의 위헌여부를 심사한다는 의미이지만 이는 항상 단순한 잠정적인 것에 불과한 것으로 존재한 것이 아니라 합헌판단의 경우에는 최종적인 성질을 가지는 심사권이었다(물론 위헌판단의 경우에는 헌법위원회의 최종적인 위헌여부심사·결정이 남아 있으므로 대법원의 '1차적 심사권'은 잠정적인 성질을 가지는 것이었다).

이는 다시 말하면 1980년 헌법하에서는 대법원은 위헌법률심판절차에 있어서 법률의 위헌여부에 대하여 '1차적 심사권'을 가지고 있었고 헌법위원회와 함께 '합헌판단(결정)권'을 가지고 있었다는 것이 된다. 그리고 이러한 대법원의 권한의 근거는 당시 헌법 제108조 제1항의 “법률이 헌법에 위반되는 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 각급법원에도 '1차적 심사권'을 부여할 수 있었기 때문이다). 그렇다면 위와 같은 “법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 규정이 없으면 일반법원에 '1차적 심사권'과 '합헌판단(결정)권'을 인정할 수 없는 것인가? 이에 관하여 어떤 이는 1972년 헌법 제105조 제1항이 현행 헌법과 유사하게 “법률이 헌

법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”라고 규정하고 있었음도 당시 대법원은 ‘1차적 심사권’과 ‘합헌판단(결정)권’을 가지고 있었음을 들어 “법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 규정이 없는 현행 헌법 제107조 제1항에 의하더라도 일반법원에 ‘1차적 심사권’과 합헌판단(결정)권’이 부여될 수 있다고 주장할지도 모른다. 이러한 의문점을 해소하기 위해서는 무엇보다도 1972년 헌법과 그 헌법하의 헌법위원회제도에서 1980년 헌법으로 넘어온 위헌법률심판절차의 변천에 나타난 사적 의미와 그와 관련된 헌법개정의 맥락을 정확히 이해할 필요가 있다고 하겠다.

1972년 헌법은 스스로 헌법을 명목적이고 장식적인 것으로 만든 이른바 ‘유신헌법’으로서 우리 헌법사에 오명을 남긴 것이지만, 위헌법률심판절차의 규정인 제105조 제1항 그 자체만 놓고 보면 위헌법률심판제도를 헌법차원에서부터 형해화시키고 있는 것이라고는 볼 수 없다. 그러나 권위주의체제로서의 본질적 성격을 가진 유신체제가 위헌법률심판제도가 헌법상의 제 기능을 발휘할 수 있도록 놔 둘 수는 없다. 권위주의통치에 있어서 법률은 바로 그러한 통치를 가능하게 해주는 중요한 수단이기 때문이다. 그리하여 만들어진 것이 1973년 헌법위원회법 <1973. 2. 16 법률 제2530호> 이었다. 이 법률에 의하면, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건의 담당판사나 소송 당사자는 위헌심판제청의 신청만 할 수 있었고 위헌심판제청은 이 신청을 받은 당해 법원이 당해 사건이 계속중인 각급법원의 합의부의 결정을 거쳐 하도록 되어 있었다(동법 제12조 제1항). 그리고 제청법원이 제청을 하는 때에는 제청서를 헌법위원회에 송부하여야 했는데 그 경우 제청서의 송부는 반드시 대법원을

경유하여야 했다(동법 제15조 제1항). 그런데 제청서를 받은 대법원은 이에 단순한 의견서를 첨부하여 헌법위원회에 제청서를 송부하는 것이 아니라 다시 위헌심판제청의 필요성 여부를 심사하였다. 즉, 대법원은 대법원의 위헌심판제청은 물론이고 하급법원의 위헌심판제청에 대하여 대법원장을 재판장으로 하여 구성하는 합의부에서 제청의 필요성 여부를 심사하여 불필요하다고 인정할 때에는 제청서의 불송부결정을 하도록 하였다(동법 제15조 제3항). 이러한 불송부결정이 있으면 제청법원의 제청서는 헌법위원회에 송부될 수 없으므로 결국 제청이 없었던 것으로 되며 위헌법률심판절차는 이 단계에서 종결된다. 법규정의 표현으로 볼 때 제청의 필요성 심사가 법률의 위헌여부심사를 의미하는지도 불분명하지만 대법원이 당해 법률을 합헌이라고 생각하면 다시 헌법위원회의 해석을 구할 필요없이 위헌법률심판절차를 종결시킬 수 있었음은 분명하다.

유신헌법 아래에서의 1973년 헌법위원회법이 규정한 위헌법률심판제도를 보면, 그 절차는 《사건담당판사 또는 소송당사자의 제청신청→당해 사건이 계속중인 각급법원의 합의부의 결정→당해 법원의 제청→당해 법원 제청서 송부의 대법원 경유→대법원의 제청의 필요성심사→헌법위원회로의 제청서 송부여부 결정→헌법위원회로의 제청서 송부》의 과정을 거치고, 각급법원은 제청권을 가졌으나 대법원이 다시 제청의 필요성 심사권을 가지고 있었다. 그 결과 대법원은 제청법원이 제출한 제청서의 송부여부를 결정하는 과정에서 필연적으로 당해 법률의 위헌여부를 심사하게 되었는데, 여기서 우리는 대법원이 ‘1차적 심사권’을 가지고 있었음을 확인할 수 있으며, 대법원이 합헌이라고 생각하여 제청서를 송부하지 않는 결정을 하면 그 절차가 종결되므로 여기서 대법원이 헌법위원회와 함께 가졌던 ‘합헌판단(결

정)권'의 존재를 확인할 수 있다.

그런데 이러한 것은 분명 1972년 헌법이 인정하고 있지 않았던 것이었으므로 1973년 헌법위원회법에 대하여 헌법학자들이 위헌성을 주장하고 나선 것은 당연한 것이었다. 이렇듯 1972년 헌법하에서는 위헌법률심판절차에 있어서 헌법규정과 하위법률인 헌법위원회법의 규정이 충돌하였는데 이 문제를 올바르게 해결하는 방법은 헌법 제105조 제1항과 위헌법률심판제도의 법리에 부합하도록 헌법위원회법을 고치는 일이었다. 그러나 처음부터 헌법이란 장식물에 불과하다고 여긴 권위주의체제가 그런 방향으로 법률을 개정하기를 기대하는 것은 연목구어였는지도 모른다. 아니나 다를까 1980년 권위주의체제는 법률을 개정하기는 커녕 오히려 법률에 헌법을 뜯어 맞추어 고쳤던 것이다. 우리 헌법사의 전개과정에서 볼 때 이 부분은 분명히 '헌법의 법률에의 종속화'에 해당하며 립헌주의와 실질적 법치국가원리가 왜곡된 부분이다. 어쩌면 군사쿠데타에 의해 정권을 장악한 권위주의정권이 저지를 수 있는, 이미 예상되었던 헌법사의 진행이었던지도 모를 일이다. 어쨌던 1980년 헌법은 제108조 제1항에 “법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 말을 명문으로 넣음으로써 규범체계적으로 상위법인 헌법과 하위법인 헌법위원회법 사이에 모순·충돌되는 여지를 없앴던 것이다.⁴⁾ 이

4). 1972년헌법하에서는 앞서 본 바와 같이 그 헌법 제 105조 제1항의 해석상 구헌법위원회법 <법률 제2530호> 제15조 제3항과 같은 규정을 위헌이라는 위헌성에 대한 문제가 헌법학계에서 강하게 제기되었지만, 이러한 논란의 여지를 아예 봉쇄하기 위하여 1980년 헌법은 제108조 제1항을 위에서 본 바와 같은 내용으로 개정하였고 헌법위원회법 <법률 제 3551호>도 그에 맞추어 정비하였다. 김철수, 『신헌법학개론』 (서울 : 박영사, 1982), 869쪽 ; 구병삭 『헌법학Ⅱ』 (서울 : 박영사, 1983), 953쪽 참조. 1972년헌법하의 위헌법위원회법 제15조의 위헌성에 대한 자세한 논의는 권영성, 『헌법학원론(하)』 (서울 : 법문사, 1980), 422쪽 이하; 권영성, “대법원에 의한 위헌법률심사,” 『고시계』 (1979.9), 135쪽 이하 계속을 볼 것.

상에서 살펴보았듯이 우리 헌법사 특히 헌법재판제도의 역사적 전개과정을 정확히 꿰뚫어 보기만 하면 1980년 헌법 제108조 제1항과 1972년 헌법 제105조 제1항의 의미를 잘 이해할 수 있을 것이며, 헌법에 “법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는”이라는 규정이 없더라도 일반법원에 이른바 “1차적 심사권”이라든지 헌법위원회가 가진 ‘합헌판단(결정)권’과 같은 권한을 인정할 수 있다고 하는 것은 ‘유신체제’나 ‘5공체제’와 같은 권위주의체제의 헌법부정적인 주장을 그대로 되풀이 하는 잘못된 주장임을 쉽게 파악할 수 있는 것이다.

여기서 논의를 다시 1980년 헌법으로 되돌려 보면, 법률이 헌법에 위반됨을 일반법원인 대법원이 “인정”할 때에만 법률에 대한 위헌여부심판이 헌법위원회에 제청될 수 있었다. 따라서 대법원이 문제가 된 법률을 합헌이라고 인정하면 소송당사자 뿐 아니라 당해 사건을 담당한 판사나 그 법원이 위헌의 소지가 있다는 의견에도 불구하고 이는 무시되고 위헌법률심판절차는 더 이상 진행되지 못한 채 거기에서 끝나 버린다. 이와 같이 과거 대법원에게 주어졌던 이른바 ‘1차적 심사권’은 일반법원 내부(사법부 내부)에 있어서도 법률의 위헌문제는 대법원이 통제하겠다는 것이었으며, 동시에 위헌법률심판절차도 헌법위원회로 넘어가기 전 단계에서 대법원이 종결시킬 수도 있도록 한 것이었다. 대법원에 의해 위헌법률심판절차가 종결되면 그 절차는 더 이상 진행될 여지가 없게 되고 따라서 헌법재판기관인 헌법위원회는 아무런 권한도 행사할 수 없게 된다. 대법원이 제청서를 헌법위원회에 송부하지 아니한 것에 대하여는 달리 이의를 제기할 수 있는 방법이 없었다. 과거 헌법위원회가 대외적으로 헌법상의 구색이나 맞추는 ‘허수아비’기관으로 존재할 수 밖에 없었던 데는 바로 이러한 ‘1차적 심사권’이라는 제도모순적인 권능이 당시 헌

법재판제도의 메카니즘속에서 작동하고 있었기 때문이었다.⁵⁾

이를 정치권력론의 측면에서 보면 사실 법률의 위헌문제를 대법원으로 하여금 통제하도록 한 것도 대법원의 권위를 인정하였기 때문에 위헌법률에 대한 ‘1차적 심사권’을 준 것이 아니라 일종의 허구에 불과한 것이었다. 당시 권위주의정권은 그 통치 기간동안 통치의 중요한 수단인 법률에 대하여 위헌시비가 생겨나는 것을 사전에 철저히 봉쇄하였어야 했는 바, 정권담당자의 입장에서 볼 때는 이러한 봉쇄를 위해 위헌문제를 제기하고 나올 모든 법관을 통제하고 나아가 헌법위원회를 통제하는 것은 정권 유지에 비용이 너무나 많이 소요되는 것으로서 비효율적이었던 것이다. 이 문제를 간단히 해결하는 방법은 위헌법률심판절차에서 개별 법관들의 권한을 공동화시키고 헌법위원회가 제 기능을 할 수 없게만 하면 되는 것이고 따라서 이러한 목적을 달성함에 있어서 가장 손쉬운 방법은 정권담당자가 대법원을 장악하고 대법원을 움직여 그 절차를 사전에 미리 차단시키면 되는 것이다. 대법원의 ‘1차적 심사권’의 논리는 바로 이러한 권위주의정권에 부여되었던 통치기술적 맥락을 숨기고 있었던 것이다. ‘유신체제’와 ‘5공체제’아래에서 대법원이 정치적 영향력에 의해 심한 고통을 당하고 수모를 겪은 것도 이러한 권력론적 측면에

5). 김철수(주4), 869쪽 : 구병삭 (주4), 953, 998쪽. 김철수 교수는 당시 대법원에 ‘1차적 심사권’을 부여한 것에 대하여 1972년 헌법학에서 단 한건의 위헌제청도 없음을 들어 “대법원이 소극적인 헌법판단을 하거나 제청에 소극적인 자세를 취하는 경우 헌법위원회는 무용지물이 도리 가능성이 있다”라고 경고하였는데 (위의 책, 870쪽) 결국 1980년 헌법학에 서도 아나니 다를까 단 한건의 위헌제청도 없었다. 양건, “헌법재판소 2년, 그 성과와 한계,” 『한국논단』, 1990년 11월호, 94쪽도 이 문제를 지적하고 있다. 이를 ‘당시에는 사법권의 독립이 보장되지 않았기 때문에 그럴 수밖에 없었다’는 논리로 변명하는 것은 그 변명이 너무 공색하고 구차스러운 것이라고 생각한다. 왜냐하면 사법권의 독립은 우선 그 실현을 위하여 법원 스스로가 의지를 가지고 정치권력의 시녀가 되기를 거부하는 노력에 의해 달성될 수 있기 때문이다. 이와 관련한 사법부에 대한 허영 교수의 헌법학적 비판은 『동아일보』, 1990. 5. 15.(화), 17쪽을 볼 것.

서 접근하면 그 맥락을 쉽게 파악할 수 있을 것이다.

아무튼 1980년 헌법하에서는 위에서 본 바와 같이 대법원이 이른바 ‘1차적 심사권’을 가졌고, 대법원이 문제된 법률에 대하여 위헌이라고 “인정”할 때만 제청이 가능했다고 하겠다. 그리고 이 ‘1차적 심사권’은 1972년 헌법에서는 조문규정상 구상되어 있지도 않았던 것인데 헌법위원회법에서 헌법제정권자인 국민의 의사와는 반대로 위헌적으로 규정되었던 것이고 이것이 헌법이론적 측면에서 위헌이라는 강한 비판과 반대에 부딪히게 되자 1980년 헌법에서는 아예 헌법의 해당 조항을 바꾸어 ‘1차적 심사권’이 들어올 길을 연 후 헌법위원회법에서 이를 구체화하였던 것이다.⁶⁾

그러면 현행 헌법하에서는 사정이 어떠한가? 우선 현행 헌법은 1987년의 ‘시민평화대행진’내지 ‘6월항쟁’에서 나타난 국민의 민주화への 열망과 요구에 부응하여 생겨난 것인 만큼⁷⁾ 다소라도 헌법재판제도를 내실있는 것으로 정착시켜 보려는 방향으로 규정되어 있다. 그 결과 과거의 헌법위원회제도나 법원에 의한 위헌법률심사제도를 배격하고 오늘날 선진 입헌민주국가에서 채택하고 있는 헌법재판소제도를 도입하여 헌법소원심판절차를 우리 헌법사상 처음으로 채택함과 동시에 위헌법률심판절차(구체적규범통제절차)도 더욱 헌법재판의 리념에 가깝게 실질화하였다.

현행 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가

6). 이에 대하여 당시 대법원의 ‘1차적 심사권’으로 인한 위헌법률심사제도의 형해화를 우려한 헌법학자들은 해석론을 통하여 이 문제를 극복해 보고자 이러한 ‘1차적 심사권’을 실질적심사권이 아닌 절차적심사권에 불과한 것이라고 축소하여 해석하기도 하였다.

권영성, 『신고 헌법학원론』 (서울 : 법문사, 1981), 859쪽 이하 ; 구병삭(주), 953쪽 참조.
7). 권영성, 『헌법학원론』 (서울 : 법문사, 1990), 97쪽 ; 김철수, 『헌법학개론』 (서울 : 박영사, 1989), 64쪽 ; 허영, 『한국헌법론』 (서울 : 고시연구소, 1989), 124쪽 ; 김호진, 『한국정치체제론』 (서울 : 박영사, 1990), 499쪽 이하 계속.

재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”고 규정하고 있고(이 규정은 1972년 헌법 제105조 제1항의 구조와 같다), 이를 더 구체화 시킨 헌법재판소법 <1988. 8. 5. 법률 제4017호> 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다”라고 하여 헌법위반여부 그 자체가 재판의 전제로 되기만 하면 법원으로 하여금 제청하게 하고 있고, 제청 권한도 합의부가 아닌 경우에는 개별 법판에게도 부여하고 있으면 같은 법률 제43조는 그 제청서의 기재사항의 하나로 “위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항”과 “위헌이라고 해석되는 이유”를 반드시 기재하도록 하고 있다. 이러한 규정들은 앞서 보았듯이 1980년 헌법 제 109조 제 1항과 그 헌법하의 헌법위원회법 제 15조의 “법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할(될)때”라는 제한을 없앤 것이라는 점에서 구헌법의 경우와는 전혀 다른 법리적 구조를 가지고 있는 것이어서 위헌법률심판절차에서 일반법원이 가지는 권한의 성격과 한계를 분명히 규정지워 주고 있다고 하겠다. 즉, 이러한 현행 헌법과 헌법재판소법의 규정은 과거의 ‘1차적 심사권’의 완전한 부정을 의미하므로 일반법원은 당해 사건에 적용할 법률 다시 말해서 재판의 전제가 되어 있는 법률에 조금이라도 위헌의 소지가 있다고 의심이 들면 그 자체로서 법률의 위헌여부가 바로 재판의 전제가 되는 경우에 해당하므로 헌법재판소에 위헌여부심판의 제청을 하여야 한다는 결론이 도출된다고 하겠다.⁸⁾ 이 점은 뒤에서 독일의 경우와 비교하여 살펴 볼 때 더욱

8). 이시윤, ‘헌법재판개관(상)’, “『판례월보』, 224호(1989.5), 19쪽 이하 ;이시윤, 『헌법재판개관』(서울 : 헌법재판소, 1989), 18쪽 이하 계속 ;박일환, “법률의 잠정효와 위헌심사(하),” 『법률신문』(1989. 3. 13.),10쪽

뚜렷이 드러나겠지만 우선 구헌법과 현행 헌법의 규정, 구 헌법 위원회법과 현행 헌법재판소법의 규정을 비교, 해석해 보거나 과거의 제도를 청산한다는 견지에서 헌법재판소제도를 채택한 역사적, 정치사회학적 의미와 제도의 리념적 기초, 그리고 일반법원이 가지는 기본권보호 더 나아가 헌법보장의 기능⁹⁾ 내지 의무¹⁰⁾에 대하여 조금만 진지하게 생각해 보아도 자연스레 도출된 논리적 귀결인 것이다. 따라서 현행 헌법아래에서는 일반법원이 1980년 헌법하에서 대법원이 가졌던 것과 같은 이른바 ‘1차적 심사권’을 가지고 있지 않음은 의문의 여지도 없이 명백하다. 그리고 한가지 덧붙여 말한다면 현재의 헌법재판소법 제43조 소정의 제청서의 기재사항중 “위헌이라고 해석되는 ”이라는 표현은 제도의 본질이나 취지에 맞게 “위헌이라고 의심이 되는 (또는 의문이 있는)”으로 고쳐야 할 것이다. 사실 ‘제청서의 기재사항’의 조항은 1948년 헌법 당시의 헌법위원회법 제11조의 규정이 그 이후의 법원에 의한 위헌법률심사제도→헌법재판소제도→헌법위원회제도→현행의 헌법재판소제도로의 제도변천에도 불구하고 아무런 손질함도 없이 그대로 방치된 채 이어져 내려온 것인데¹¹⁾ 이 조항이 가진 이러한 문제점은 현행 헌법재판소법을 입안할 당시에도 실무자들에 의해서 발견되지 못하였기 때문에 그 표현이 지금과 같이 남아있게 된 것이다. 이는 립법기술상 중대한 오류라고 하지 않을 수 없다. 그런데 주목할 만한 것은 대법

9). 일반법원이 가지는 헌법보장기능에 대하여 자세한 것은 다음 문헌을 볼 것. 김철수(주7), 949쪽 ; 권영성(주7), 68쪽 ; 안용교(주7), 95쪽.

10). 이러한 의무는 헌법국가원리(립헌주의), 통치권의 헌법예의 기속성, 통치권의 기본권예의 기속성 등에서 나온다. 자세한 것은 다음 문헌을 볼 것. 허영(주7), 598쪽 이하 계속; 권영성(주7), 5쪽 이하 계속, 581쪽 이하 계속 ;안용교(주7) ,24쪽 이하 계속.

11). 헌법위원회법 <1950. 2. 21. 법률 제100호> 제11조 ; 헌법재판소법 <1961. 4. 17. 법률 제601호> 제10조 제1항 ; 헌법위원회법 <1973. 2. 16. 법률 제2530호> 제14조 ; 헌법위원회법 <1982. 4. 2. 법률 제3551호> 제14조 ; 헌법재판소법 <1988. 8. 5. 법률 제4017호> 제43조를 서로 대조해 볼 것.

원의 「위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규」(송일 88-3, 1988.11.4. 송무심의 제54호)에서 그 위헌제청결정문의 양식으로 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 헌법의 위헌법률심판제도의 본질과 그 구조상의 논리에 부합하는 것이라고 하겠다. 립법상의 오류가 대법원의 레규에 의해 실무적으로 바로 잡히고 있는 한 예이다.

지금까지 검토한 바에 의하면 현행 헌법이나 헌법재판소법에 의할 때 일반법원에는 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 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정이다. 이 규정은 헌법재판이론상 여러 가지 문제점을 안고 있어 현재 여러 측면에서 논란의 대상으로 되고 있지만 여기서는 헌법해석권과 관련된 범위내에 살펴 보기로 하자.

헌법재판소법 제 68조 제2항은 위헌법률심판절차에서 일반법원으로 하여금 당사자가 한 법률에 대한 위헌여부심판제청의 신청을 기각할 수 있게 하고 있다. 구 헌법하의 구체적규범통제제도와 현행 헌법하의 그것과의 차이를 이해하지 못하는 사람들이 이 규정을 들어 현행 헌법 헌법재판소법이 정하고 있는 구체적 규범통제절차에서도 일반법원에 이른바 ‘1차적 심사권’이 부여되

12). 법원행정처, 『대법원레규집』 송무편, 130-7쪽 계속 (특히 130-12, 130- 13쪽 의 <보기4>, <보기5>의 양식)을 볼 것.

어 있다고 주장하는 것을 간혹 볼 수 있는데 이러한 의문들이 어디에서 잘못되었는지를 좀더 분명히 하기 위해서는 지금까지의 논의를 일단 여기서 멈추고 잠시 독일의 구체적규범통제절차 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 제도와 우리의 제도가 어떠한 관계가 있는지를 살펴 보는 것은 논의상의 실익이 없지 않다고 하겠다.

3. 독일의 ‘위헌여부심사권’과 ‘위헌여부 결정권’의 분리 및 위헌결정독점의 제도구조적 논리

화려한 내용의 헌법재판제도를 가지고 있는 독일의 헌법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Vom 23. Mai 1949. GG로 약칭되기도 한다)은 그 제100조 제1항에서 “일반법원이 재판을 함에 있어서, 그 전제가 되는 법률이 위헌이라고 인정하는 경우에는 그 절차를 중지하여야 하고, 그 경우 그 법률이 란트헌법의 침해에 관한 것일 때에는 헌법소송을 관장하는 란트헌법재판소에 재판을 구해야 하고, 이 헌법의 침해에 관한 것일 때에는 연방헌법재판소의 재판을 구해야 한다. 또 란트법에 의한 이 헌법의 침해나 란트법률이 연방법률과 불합치하는 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 일반법원에 법률의 위헌 여부심판제청의 의무를 분명히 하면서 동시에 제청하는 경우를 “법률이 헌법에 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 일반법원의 법관이 위헌이라고 확실히 인정하는(dartun) 즉, ‘규범의 효력이 무효라고 확신’(Überzeugung von der Ungültigkeit der Norm)을 가지게 되는 경우를 말한다.¹³⁾ 따라서 일반법원이 제청을 일반법원이 재판의 전제가 된 법률에 대하여 그것이 위헌이라는 확신을

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

가지게 된 구체적인 이유를 밝혀야 하며 그 확신에 이르기까지의 논증을 해야 하는 부담을 지게 된다.¹⁴⁾ 그런만큼 일반법원은 위헌여부에 대하여는 깊이 따져보고 심사숙고를 해야 하며, 위헌에 대한 확신이 서지 않으면 그 법률을 그대로 재판에 적용하여야 한다.¹⁵⁾ 일반법원이 위헌여부에 대하여 심사숙고하며 따져보는 단계에서는 그 법률에 대하여 헌법합치적 해석(verfassungskonforme Auslegung)을 할 수 있는지도 면밀히 검토하여야 하고 그 가능성이 있을 때는 헌법합치적 해석을 하여야 한다.¹⁶⁾ 이렇듯 일반법원은 그 스스로 법률의 위헌여부에 대하여 실질적인 심사권을 가지므로 당사자의 위헌주장에 따라야 할 필요도 없고 막연히 따라서도 안된다.¹⁷⁾ 그래서 독일의 경우는 연방헌법재판소가 법률의 ‘위헌여부결정권’(Verwerfungskompetenz)을 독점하고 있는 것과 구별하여 일반법원은 ‘위헌여부심사권’(Prüfungskompetenz)을 가진다고 설명되고 있다. 즉, 독일에서는 일반법원의 ‘위헌여부심사권’ 내지 ‘규범심사’(Normprüfung)와 연방헌법재판소의 ‘위헌여부결정권’ 내지 ‘규범의 위헌결정’(Normverwerfung)이 서로 분리되어 있다는 것이다.¹⁸⁾ 물론 이러한 ‘위헌여부심사권’과 ‘위헌여부결정권’의 이원화에 의하여 일반법원이 ‘위헌여부심사권’을 행사하여 그 법원에 계속중

14). 독일연방헌법재판소법(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 제청은 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.

인 사건에서 재판의 전제로 된 법률을 합헌적인 것으로 보아 재판에 적용하였다고 하여 곧 그 법률의 합헌성이 확정되는 것은 아니다. 왜냐하면 독일의 경우는 우리와 다르게 일반법원의 재판을 헌법소송심판청구의 대상으로 삼아 사법작용에 대하여 헌법재판을 통한 헌법적률 가하고 있기 때문이다.¹⁹⁾ 독일에서는 위에서 본 바와 같은 ‘위헌여부심사’와 ‘위헌여부결정’의 분리에 의한 이원화구조에도 불구하고 결국에는 위헌여부결정(심판)을 모두 연방헌법재판소에 최종적으로 독점시켜 헌법재판의 리념을 실질적으로 실현시키고 있는 것은 바로 이러한 ‘일반법원의 판결에 대한 헌법소송심판제도’(Urteilsverfassungsbeschwerde; Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidung)²⁰⁾를 인정하고 있기 때문에 가능한 것이다.²¹⁾ 그리고 독일의 경우 일반법원은 위헌여부제청에 있어서 법률의 위헌성에 확신이 갈 때 제청을 하여야 하는 점에서 제청의무(Vorlagepflicht)를 지고 있

19). GG Art. 19.(4); Art. 93.4a; BVerfGG §13.8a.

20). 독일의 ‘재판에 대한 헌법소송심판제도’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). ‘헌법여부심사’와 ‘헌법여부결정’의 일원화나 이원화나하는 문제는 결코 단순한 선택의 문제는 아니다. 독일의 이원화구조가 구체적규범통제제도의 리념과 충돌되지 않는 것은 일반법원의 재판을 헌법소송심판의 대상으로 하고 있는 외에도 구체적규범통제제도와 함께 헌법 제93조 제1항 제2호에서 추상적규범통제제도(abstrakte Normenkontrollverfahren)를 채택하여 규범통제제도의 이념을 총체적이고 체계적으로 실현시키고 있기 때문이다. 이러한 점 이외에도 이원화에 있어서 고려되어야 할 점으로는 1)일반법원의 법관이 헌법문제를 심사할 능력과 지식이 충분한가 2) 일반법원의 재판이 유권적 판단으로서 대국민적인 권위와 신뢰를 획득하고 있는가 3) 일반법원이 헌법을 실현시키고 수호할 의지를 충분히 가지고 있는가 4) 일반법원의 사법권 독립이 충분히 보장되어 있는가 하는 등 선결적으로 갖추어져야 할 요건들을 들 수 있다.

는 것이며, 그러한 확신이 서지 아니하는 단계에서는 당사자의 위헌주장에 관계없이 그 재판의 전제가 된 법률을 적용하여야 하므로 결국 제청은 일종의 권한(Vorlagerecht)내지 권능(Vorlagekompetenz)으로서의 성격도 띠고 있는 것이라고 하겠다.²²⁾

4. 우리나라 일반법원의 제청의무와 제청신청기각결정권

이 글의 본격적인 논의에 들어가기 전에 우선 지금까지 살펴본 내용을 정리하는 측면에서 1972년 헌법하의 헌법위원회법과 1980년 헌법이 채택하였던 헌법위원회제도에 있어서 일반법원(더 엄밀히 말하면 대법원)에게 부여되었던 이른바 ‘1차적 심사권(전심권)과 독일의 일반법원(모든 일반법원)이 가지고 있는’ 위헌여부심사권²³⁾을 잠시 비교해보기로 하자.

얼른 보기에는 이 양자는 헌법재판기관에서 법률의 위헌성을 결정하기 이전에 그 전단계에서 일반법원이 법률에 대하여 위헌이나 합헌이냐를 심사하여 위헌이라고 인정하는 경우에만 헌법재판기관에 위헌여부심판을 제청하므로 서로 유사한 것 같이 보일수도 있어 어떤 사람은 우리나라 구 헌법의 헌법위원회제도하에서 헌법해석을 둘러싼 대법원과 헌법위원회사이의 기능의 분배는 독일의 헌법재판소제도하의 그것과 동일한 것이라고 주장할런지도 모른다. 그러나 과거 우리의 경우는 독일과는 달리 모든 일반법원(개개의 법관)이 바로 헌법위원회에 위헌심판제청을

22) P.Badura, Staatsrecht(München : C. H. Beck, 1986), S. 478; K/Schlaich(FN13),S. 77f.
:W.Löwer(FN13), S. 783ff.

할 수 있게 한 것이 아니고 대법원이 제청여부를 최종적으로 결정하게 하여 대법원에 의한 하급법원의 위헌심판제청을 통제하였고, 나아가 더 전제적으로 독일의 경우와 우리나라의 경우 헌법현실에서 일반법원이 가지는 위상이나 국가내에서의 기능을 평면적으로 서로 비교한다는 것도 비교법학적인 측면에서나 비교정치학적 측면에서 방법론상의 타당성을 가지지 못하는 것이지만 무엇보다도 헌법재판의 메카니즘속에서 기능적인 측면으로부터 더 깊이 분석해보면 양자는 전혀 다른 것임을 확인할 수 있다.

근본적으로 1972년 헌법과 1980년 헌법하에서의 헌법위원회제도에 있어서는 그 하위법률인 헌법위원회법으로 헌법재판의 가장 근본적 구조론리인 ‘헌법재판기관의 위헌여부결정의 독점’을 부정하였다. 즉, 당시 헌법위원회에서는 대법원 ‘1차적 심사권’으로 말미암아 법률의 위헌여부판정의 독점이 부여되어 있지 않았다. 그래서 대법원이 고의로 제청서를 헌법위원회에 송부하지 않기로 결정하면 그 절차는 그 단계에서 종결되어 법률의 위헌성에 대한 헌법재판은 완전히 봉쇄되어 버리게 되어 있었다. 특히 대법원이 정당한 이유없이 제청서를 헌법위원회에 송부하지 않을 때 이에 대하여 당사자가 이의를 제기하거나 (예를 들면, 법원의 재판에 대하여 헌법소송심판을 청구하는 것과 같은 것), 헌법위원회가 그 송부를 강제하는 제도 (예를 들면, 미국의 연방대심원(Supreme Court)이 행하는 사건이송명령(certiorari)과 같은 것)를 마련하지 않았던 점을 보면 이러한 ‘1차적 심사권’제도는 당시 권위주의 통치세력은 우리나라에서는 처음부터 위헌법률심사를 하지 않겠다는 의도를 더욱 분명히 하고 있었음을 증명해주는 것이라고도 하겠다. 이러한 의도는 과거 ‘유신체제’와 5공체제를 뒷받침한 1972년 헌법과 1980년 헌법이 진정한 국민적 합

의의 표상이 아니었던 것에서도 분명히 발견할 수 있다.(따라서 이러한 의도는 당시 정권담당자의 의도이었지 국민의 의도는 아니었다고 하겠다). 이렇게 볼 때 이러한 '1차적 심사권'은 일반법원으로 하여금 1차적으로 '위헌여부심사'를 하게 하면서도 일반법원의 이러한 권능이 잘못 행사됨으로 인하여 발생할지도 모르는 국민의 기본권침해를 방지, 구제하기 위해 일반법원의 재판에 대한 헌법소송심판제도를 인정하는 독일의 헌법재판제도와는 기능상 본질적으로 구별되는 메카니즘이다. 과거 '유신체제'와 5공체제'에서 많은 법률들에 있어서 그 위헌성문제가 제기되었음에도 불구하고 헌법위원회에서 그에 대한 심판을 할 기회조차 가져 보지 못한 것은 당시 헌법위원회가 헌법실현과 헌법수호에 대하여 가져야 했던 의지가 미약해서 그러했다고 단정하기 보다는 바로 이러한 대법원의 '1차적 심사권'뒤에 숨어 있었던 헌법침해적이고 헌법부정적인 '숨겨진 음모'(hidden conspiracy)가 작동하고 있었기 때문이라고 이해하는 것이 더 정확할 것이다. 특히 사법부의 독립이 실질적으로 보장되지 못하고 정권담당자의 의사에 의해 사법부의 독립이 침해받을 때는 그 제도의 구조론리상 이러한 은폐된 의도는 더욱 기승을 부리게 되어 있었다. 그 결과 생활규범²³⁾인 헌법은 국민의 현실생활에서 실종되어 버리고 권위주의 통치의 수단인 법률만능의 논리가 지배하였다. 바로 이러한 은폐되어진 음모의 메카니즘을 맑은 눈으로 직시하기만 하면 우리는 우리 헌법재판제도사에서 출몰하였던 이른바 '1차적 심사권'의 불순한 제도적 의도를 쉽게 간파할 수 있을 것이다. 이 정도로 구 헌법때의 우리 헌법위원회제도와 독일의 헌법재판소제도의 차이를 인식하고 이제 본래의 논의로 되돌아 와 보기

23). 헌법의 생활규범성에 대한 강조는 허영, 『헌법이론과 헌법(상)』(서울: 박영사, 1988), 35쪽 이하 계속을 볼 것. 헌법의 생활규범성은 헌법을 실현시키려는 국민의 의지와 함께 올바르게 실질적인 헌법재판에 의해 실현될 수 있는 것이다.

로 한다.

현재 우리의 헌법재판소제도에 있어서 일반법원이 가지는 제청의무와 제청신청기각결정권이 구 헌법위원회제도하에서 대법원에게 주어졌던 이른바 ‘1차적 심사권’과는 본질적으로 다른 것임은 이제 더 이상 설명할 필요도 없겠지만 그러면 이러한 일반법원이 가지고 있는 기능이 독일의 일반법원이 가지고 있는 ‘위헌여부심사’의 기능(Prüfungskompetenz ; Prüfungsbefugnis; Prüfungsrecht)과는 어떠한 차이가 있는가 하는 문제는 좀더 설명을 요하므로 살펴 보기로 한다.

우선 현행 우리의 제도하에서는 앞서 살펴 본 바와 같이 일반법원이 재판의 전제가 된 법률이 위헌일 소지가 조금만 있어도 제청을 해야 하는 점에서 즉, 위헌성에 대하여 단순히 의심만 가도 위헌여부심판제청을 하여야 하는 점에서 독일의 경우와는 다른 것이다. 따라서 우리의 경우는 일반법원은 위헌성에 관하여 검토할 때 합헌일 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. 일반법원은 헌법규정에 비추어 단지 위헌이 의심이 있다는 정도의 이유를 밝히는 것으로 족하며 위헌으로 해석되는 이유를 설시함에 있어 합헌의 여지를 하나씩 배척하면서까지 철저히 논증할 필요는 없다. 위헌일 수 있을 가능성만 밝힘으로서 족하다.

그렇다면 남은 문제는 한가지 즉, 일반법원이 소송당사자의 위헌여부심판제청신청을 기각하는 경우 어쨌든 당해 법원으로서 기각함에 있어서 당해 법률의 합헌성(=위헌성)을 심사하지 않을 수 없을 것인 데 이 경우 일반법원은 합헌성심사권은 가지는 것이 아니냐 하는 것이다. 앞서 본 바와 같이 현행 헌법과 헌법재

판소법이 해석상 조금이라도 위헌일 소지만 있으면 일반법원은 헌법재판소에 위헌여부심판의 제청을 하여야 하므로 당사자의 제청신청을 기각(각하가 아닌 점을 유의)하려면 당해 법원은 재판의 전제가 된 법률이 합헌이라는 것에 대해 확신을 가지지 않으면 안된다. 이러한 것은 일반법원이 가진 제청의무로부터 나오는 논리필연적인 귀결이다. 이는 곧 독일의 경우 법원이 연방헌법재판소에 위헌여부심판제청을 할 때에 법률의 위헌성에 대하여 가져야 하는 만큼 확신의 정도가 우리의 경우는 그와 반대로 일반법원이 기각을 하는 때에 그 전제된 법률의 합헌성에 대한 확신의 정도(강도)로 그만큼 요구된다는 것이다. 그렇다면 이러한 한도내에서 우리의 경우 일반법원은 합헌성을 논증할 부담을 진다고 할 수 있고 다른 말로 표현하면 그만큼의 합헌성심사의 권능을 가진다고 할 수 있다. 물론 이러한 설명은 어디까지나 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항의 해석상 성립되는 것이다. (헌법재판소법 제68조 제2항이 헌법해석론상 헌법에 합치되는 것인가는 뒤에서 살펴 보기로 한다)그런데 현행법상 이러한 합헌성심사의 권능이 일반법원에 인정된다고 하더라도 그것이 곧 최종적인 합헌재판의 권능이 아님은 두말할 여지가 없다. 왜냐하면 일반법원이 당사자의 이러한 신청 기각한 때에는 당사자는 이를 이유로 헌법소송심판을 청구할 수 있기 때문이다(헌법재판소법 제68조 제2항). 이 경우 기각결정 그 자체에 대하여는 항고할 수 없다(헌법재판소법 제41조 제4항). 우리의 경우도 구체적규범통제절차에서 헌법재판소가 위헌여부결정권을 독점하는 것은 독일의 경우와 크게 다를 바가 없다.

결국 지금까지 살펴 본 바에 의하면, 우리의 구체적규범통제절차에서 위헌여부결정권이 헌법재판소에 독점되어 있는 점은 독

일의 경우와 크게 다를 바 없으나 일반법원이 가지는 권능은 독일의 '위헌여부심사권'과 다르며 더욱이 구 헌법위원회제도에 있어서 대법원이 가졌던 이른바 '1차적 심사권'과는 본질적으로 전혀 다른 것이라는 결론을 확인할 수 있을 것이다.

그렇다면 우리의 경우 일반법원이 가지고 있는 합헌성심사의 권능이란 구체적으로 어떠한 성질의 것인가? 그리고 그것은 어떠한 내용을 가지는 것인가? 정확히 말하여 그것은 위헌재판소 소법에 명시되어 있는 바와 같이 '제청신청기각결정권의 행사에 수반되어 행해지는 것이다. 그리고 그 내용은 이미 기각결정을 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 헌법재판제도나 외국의 헌법재판제도 그리고 이들 서로간의 차이를 정확히 알지 못하는 지식의 부족에서 기인하는 것이 아닌가하는 생각도 들지만, 무엇보다도 사람들이 헌법재판소법 제68조 제2항의 기각결정의 과정에 수반되는 위와 같은 합헌성심사의 구조를 이해함에 있어서 과거의 대법원이 가졌던 '1차적 심사권'을 연상한 나머지 이 '제청신청기각결정권'을 개념자체부터 혼란스럽게 사용되는 '합헌재판권', '합헌결정권', '전심권', '1차적 심사권'등과 같은 말로 표현하고 사용하는 데서 초래된 개념인식상의 혼란에서 기인하는 것이라 생각된다.

따라서 혼란스러운 용어들을 살펴보면, 첫째, '합헌판단권'이나 '합헌결정권'이라는 용어는, 사실 일반법원의 기각결정에 수반되는 합헌성심사에는 판단작용이 개입하므로 완전히 틀린 것이라고 할 수는 없지만, 우리의 용어사용법 가운데는 판단이나 결정이라고 할 때는 은연중 '최종판단', '최종결정'이라는 의미가 들어

이므로(특히 유권적(authoritative)기관의 판단의 경우에는 더욱 그러하다.)이러한 용어사용법은 자칫 헌법재판소가 독점적으로 가지는 최종적인 위헌여부결정권(=위헌판단·결정권=합헌판단·결정권)과 개념인식상의 혼동을 야기시킬 우려가 있으므로 적당하지 않다고 하겠다. 강학상 사용되었고 현행의 제청신청기각결정권은 이와는 전혀 다른 것이데도 이를 서로 혼동한 것이므로 완전히 잘못된 것이라고 하겠다.

이 문제와 관련하여 권영성 교수는 “헌법 제107조 제1항은..... 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한만을 가질 뿐, 법률에 대한 위헌여부의 심사권(진심권)을 가지지 않는다는 것을 규정한 것이다. 따라서 헌법재판소법 제41조 제3항은 위헌조항이다.”²⁴⁾라고 하고 동일한 맥락에서 헌법재판소법 제68조 제2항도 위헌이므로 앞으로 없어져야 할 조항이라고 한다.²⁵⁾ 권영성교수의 해석에 의하면 헌법 제107조 제1항, 제2항에 충실히 따를 경우 일반법원은 당사자의 제청신청이 있으면 곧바로 제청하여야 하기 때문에 일반법원에 제청신청기각결정권을 인정하는 것은 위헌이라는 것이다.²⁶⁾ 이를 헌법해석론과 입법론적으로 보면 결국 현재 헌법재판소법 제68조 제2항의 해석상 인정되는 기각결정에 수반되는 합헌성심사의 권능도 일반법원에 부여하지 않는 것이 헌법에 맞는 것이라는 결론에 이르게 된다.²⁷⁾ 김철수 교수

24). 권영성(주 7), 933쪽

25). 이는 1989. 9. 28(목) 대한변호사협회가 주최한 심포지움 『헌법재판의 제도와 운영』에서 지정토론자로 참석하여 토론한 권영성 교수가 개진한 견해이다. 대한변호사협회, 『인권과 정의』 1989.11월호, 24쪽을 볼 것.

26). 이에 관한 자세한 논의는 『인권과 정의』(주25), 23쪽 이하를 볼 것. 이상규, “헌법재판 제도의 운영,” 『인권과 정의(주25), 39쪽 이하도 같은 견해이다.

27). 대한변호사협회가 1990. 4. 국회에 제안한 『헌법재판소법중개정법률안』에는 일반법원에 의한 위헌여부심판제청신청의 기각제도를 없애고 ① 신청인이 제청신청을 하는 법률 또는 법률의 조항의 위헌여부가 당해 재판의 전제가 되지 아니함이 명백한 때 ② 신청인

도“(헌법 제107조 제1항은) 제5공화국헌법이 ‘법률에 위반되는 것으로 인정할 때’에만 제청할 수 있게 한 것을 완화하여 재판의 전제 된 경우에는 무조건 제청하여야 한다고 하겠다. 이 점에서 각급법원은 법률의 합헌결정권을 가지고 있다고 하겠다.”라고 서술하고 있다.²⁸⁾

아무튼 헌법재판소법의 개정문제를 일단 차치하고 현행 헌법과 헌법재판소법의 규정 및 해석에 따르면 일반법원은 제청의무와 제청신청기각결정권한을 동시에 부여받고 있으며 위 기각결정에 합헌성심사가 수반된다고 하겠다. 그리고 이러한 합헌성심사에 의해 기각결정을 하는 경우에는 일반법원은 해당 법률조항이 합헌이라고 확신하기에 이르게 된 것을 결정의 이유에서 논

이 제청신청을 하는 법률 또는 법률의 조항에 관하여 이미 헌법재판소에서 합헌이라는 심판이 있었을 때 ③ 신청인이 오로지 재판의 지연만을 목적으로 위헌제청신청을 하는 것이 명백한 때만 각하할 수 있게 하고 그 이외의 경우에는 법원으로 하여금 모두 제청하도록 하고 있다. 위 『개정법률안』 제41조 제2항, 제68조 제2항을 볼 것. 이러한 개정안과 같은 맥락의 주장은 이시윤 헌법재판소 재판관에 해석론으로 제시된 바 있다. 이시윤 재판관은 “제5공화국 헌법 제108조 1항에서는 헌법위원회에 위헌여부제청이 요건으로서 i) 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 될 것. ii) 법원에서 법률이 헌법에 위반되는 것으로 확정할 것 등 두 가지를 갖추어야 하였는데, 신 헌법 제107조 1항에서는 첫째의 요건만 갖추면 되고 둘째 요건까지 필요치 않은 것으로 그 규정을 바꾸었다.”라고 양자의 차이를 분명히 지적하고, 한편으로 우리의 경우는 독일 헌법 제청신청 사건을 법원이 다룸에 있어서, i) 합헌이 명백한데도 소송지연을 목적으로 한 위헌제청신청 ii) 재판의 전제되는 법률 즉 본안사건의 판단에 관하여 적용할 법률이 아니 때 (대법 84. 9. 25, 83부 3)라면 모르되, 그렇지 않는 한 법원이 합헌여부에 대한 판단없이 곧바로 제청결정을 하여 헌법재판소로 보내는 것이 신 헌법에 합치되는 해석일 것이다.”라고 하였다. 이에 관한 자세한 논의는 이시윤, “헌법재판소개관(상)”(주9), 19쪽 이하; 이시윤, 『헌법재판개관』(주9), 18쪽 이하 계속; 이시윤, “한국의 헌법재판제도와 실제,” 『사법행정』, 1990년 3월호, 63쪽 이하를 볼 것.

28) 김철수(주7), 911쪽. 다만 이때의 ‘합헌결정권’이라는 말은 필자가 말하는 합헌성심사의 권능 정도가 아닌가 한다. 국내에서 상용되는 ‘합헌결정권’이라는 말은 흔히 1980년헌법 하의 이른바 ‘1차적 심사권’을 의미하는 것으로 사용되므로 이러한 용어 사용은 지양되는 것이 바람직하다고 생각된다. 위헌이든 합헌이든 최종적인 ‘결정’은 헌법재판소에 독점되어 있기 때문에 이를 분명히 하기 위해서도 그러하다.

증을 해야하는 부담을 가진다고 하겠다. 구체적규범통제절차에서 일반법원은 바로 이러한 범위내에서의 헌법해석권을 가진다.

5. 서울민사지방법원 제 42부의 기각 결정 검토

이상과 같은 논의를 전제로 하여 여기서는 앞서 소개한 서울민사지방법원 제42부의 기각결정에 대하여 살펴 보기로 한다.

그 결정이유에 나타난 독일 판례의 수용문제, 로동3권, 교원의 헌법상 지위 및 성격, 학생과 학부모가 가지는 헌법상의 기본권 등 실체적인 내용을 이루는 것들에 대한 논의는 이 사건이 현재 헌법재판소에 계속중에 있으므로 피하기로 하고 그 제청신청의 기각결정의 논리에 관한 것만 보면, 이 기각결정의 이유상에 나타난 헌법해석의 논리구조는 헌법차원에서 현실 및 법률의 차원으로 내려 갔다가 다시 헌법차원으로 올라오는 구조를 취하므로써 헌법을 현실 및 법률에 맞추어 해석하는 오류를 범하고 있다.

이 결정은 우선 교육에 관련된 헌법조항과 로동3권을 대략 언급하다가 특히 헌법 제30조 제6항을 들어 헌법의 차원에서 법률의 차원으로 바로 내려가 법률과 법률현실 및 정치현실에 대한 담당판사 나름대로의 법적, 정치적 판단과 견해를 가하고 그러한 후 이러한 담당판사의 판단과 견해를 근거로 하여 헌법을 해석하고 있다. 그 결과 교육에 관하여 헌법이 규정하고 있는 조항들에 대한 상세한 분석과 로동3권 즉 단결권,단체교섭권,단체행동권에 대한 상세한 검토와 판단도 없이 법률과 기본권주체들이 현실적으로 기능하는 정치상황에 대한 담당판사의 나름대로의

주관적판단을 기초로 하여 (이러한 판단이 과연 사법적 의사표현(사법적 재판)으로 합당한 것인지는 의문이다.) 헌법을 이해하려고 하였다. 이러한 논리구조는 곧 법률을 헌법에 갖다대어 그 법률이 헌법에 맞는가 위반되는가를 살펴 보는 것이 아니라 역으로 헌법법률과 법률현실에 맞추려고 하는 것이 되어 위헌법률심판상의 헌법해석원칙과는 조화되기 어렵다고 할 것이다 왜냐하면 이러한 것은 헌법해석에서 금지하고 있는 “헌법의 법률합치적해석(‘gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung’)내지 ‘헌법을 법률에 맞추기’(Gesetzmäßigkeit der Verfassung)’를 주장하는 것과 다르지 않기 때문이다.

이유설시의 논리구축에서 요구되는 치밀성이나 견고성의 측면에서 볼 때 이러한 헌법해석의 논리구조상의 문제점은 한편으로 기각결정의 경우 합헌해석에의 확신을 분명히 해야 하는 요구에도 미흡하다는 느낌을 준다. 기각결정문에 나타난 “사립학교 교원의 노동기본권 제한이 합헌인가의 여부에 관한 판단은 우리의 헌법 현실에 비추어 복잡하고 어려운 문제라고 하지 않을 수 없다. 이와 같은 정치적 결정이 국민적 합의에 따라야 함은 물론이다.”라고 한 부분이나 “국회가 이러한 여러 사정을 고려하여 사립학교 교원의 노동기본권에 대하여 새로운 결정을 하게 될 날도 그리 멀지 않으리라고 기대된다”고 한 부분은 그 기각결정의 ‘결론’에 이르러서 까지도 당해 법원은 판단의 객관성을 획득하지 못하고 있음을 노출시키고 있을 뿐 아니라 여전히 당해 법률조항이 합헌이라고 인정(확신)함에 있어서는 동요되고 있음을 보여준다. 이러한 인식상의 동요를 최소한 줄이기 위해서인지는 몰라도 결론 부분에서 ‘법률의 합헌성추정이론’²⁹⁾에 의지해보고

29). 법률의 합헌성은 추정된다는 ‘법률의 합헌성추정이론’에 대하여는 그 추정을 정당화시킬 수 있는 조건의 측면에서 이론이 제기될 수 있다. 그리고 ‘법률의 합헌성추정’이 인정된다고 하여도 그러한 이유만으로 제청을 하지않는 것은 있을 수 없다. 왜냐하면 합

있기는 하지만 그것이 곧 기각결정함에 있어서 요구되는 합헌에
의 확신(인정)에까지 미치기에는 부족하다고 하지 않을 수 없다.
법원의 인식이 이 정도밖에 미치지 못한다면 오히려 이 경우에
는 당사자의 신청을 받아들여 제청을 하는 것이 일반법원에게
부여된 제청의무를 성실히 수행하는 것이 아닐까 생각된다. 아무
튼 지금까지 살펴본 바에 의할 때 서울민사지방법원 제42부의
기각결정은 기각결정의 법리와는 조화되기 어렵다고 하겠다.

6. 결론

우리 헌법재판제도의 위헌법률심판절차에 있어서 헌법해석권
의 귀속문제는 이처럼 간명한 것이다. 그런데도 이에 관한 논의
가 분분한 것은 우선 과거 헌법위원회제도의 청산에 있어서 불
철저함과 어지러운 용어사용상의 혼란, 그리고 구체적규범통제제
도에 대한 지식의 부족에 기인하는 것 같고 이에 더하여 논의를
더욱 풀기 어렵게 왜곡시키는 것은 이 문제에 대한 패권주의적
인식의 태도라고 생각된다.³⁰⁾ 우리 사회에 만연되어 있는 패권
주의적 인식태도는 법문제와 제도문제의 접근에 있어서도 그 예
외는 아니어서 규범과 제도를 규범본질적 또는 제도본질적인 합
리적 기능의 측면에서 인식하려는 것이 아니라 제도에 따라 설
치되는 기관간의 권한다툼 내지는 힘겨루기로 인식하려고 하는
경향이 강하다.³¹⁾ 헌법해석을 둘러싼 일반법원과 헌법재판소의

헌성주 정을 이유로 제청을 하지 않는다면 합헌성추정이론에 의할 때 모든 법률은 합헌
성이 추 정된다고 하여 결국 제청제도를 완전히 부정하게 되기 때문이다.

30). 우리 사회에서 패권주의적 인식태도는 정치, 경제, 사회, 법조, 언론, 학문, 교육, 예술,
종교등 각 부문에 걸쳐 팽배해 있다. 특히 지식의 천박성은 이성의 황폐화와 패권주의
적경향을 더욱 가속화시킨다. 패권주의적 태도는 매사에 있어서 힘으로 '밀어 붙이기'와
'우기기'로 나타나며 합리적인 담화구조의 정착을 원천적으로 불가능하게 하고 있다.

31). 규범이나 제도는 본질적으로 합리성의 논리체계를 지니고 있는 것이어야 하기 때문에

권능에 관한 논의가 난맥상을 보이고 있는 큰 원인중의 하나도 여기에 있다고 보여진다. 일반법원에 헌법해석의 권능이 있느냐 없느냐를 두고 마치 일반법원과 헌법재판소가 대립이나 하고 있는 듯이 보는 언론의 태도도 이 범주에서 크게 벗어나지 못하고 있다.

어쨌든 이 글에서 고찰해 본 바에 의하면 헌법 제107조 제1항의 문리적·문법적 해석이나 현행의 헌법재판제도 도입의 헌법사적, 정치사회학적 측면에서 볼 때 현행 범규범하에서는 구 헌법하에서와 같은 ‘1차적 심사권’이 일반법원에 부여되어 있지 않으며, 단지 실정법률의 규정으로 볼 때 헌법재판소법 제68조 제2항의 명문규정과 같이 제청신청기각결정권이 주어져 있다고 할 것이고 이 기각결정에는 법률에 대한 합헌심사가 기각의 법리범위 내에서 수반되어 진다고 해석되어 진다고 해석된다 할 것이다. 따라서 서울민사지방법원 제42부가 법률의 합헌심사를 하고 앞에서 본 기각결정을 하였을 때 그러한 사안에서 그러한 판단이 타당한 것인가 하는 의문은 제기될 수 있겠지만 일반법원에 그러한 권능이 없지 않는가 하고 의문을 제기한 것은 현행의

규범이나 제도에 대한 패권주의적 인식태도는 결국에 규범이나 제도의 기능을 왜곡시키고 파괴시키는 결과를 초래한다. 특히 규범과 제도내에서 국가의 공적업무를 수행하는 공무원이 자기에게 부여된 제도적 권한을 사적인 권한이나 권력으로 착각하여 패권주의에 편승할 때에는 국가권능을 왜곡, 파괴할 위험성이 발생하게 된다. 공무원이 멸사봉공하는 길은 패권주의를 경계하고 제도적 권한을 제도의 본래적 기능에 맞게 행사하면서 자신에게 부여된 공적업무를 성실하게 수행하는 것이다. 제청신청대상의 확대문제나 재판관 헌법소송판결의 대상으로 하는 문제를 기관간의 권한다툼의 차원에서 보려는 일부 패권주의적 인식태도는 법치국가 및 입헌국가의 실현이라는 측면에서 깊이 반성하지 않으면 안된다. 허영 교수는 법원의 재판을 헌법소송심판의 대상에서 제외된 것의 지면에 깔린 이러한 패권주의와 연관되는 통치권력에의 자기목적적 인식태도에 대하여 헌법철학적인 관점에서 비판을 하고 있다. 허영, “헌법소송제도의 이론과 우리 제도의 문제점,” 『고시연구』, 181호(1989. 4월호), 51쪽 이하 계속 참조.공직제도에 대한 헌법적 인식에 관한 자세 한 것은 허영(주7), 751쪽 이하 계속; 허영, 『헌법이론과 헌법(하)』 (10), 303쪽 이하 계속을 볼 것.

헌법재판소법의 해석상으로는 타당하지 않은 것이라고 하겠다. 필자는 위 법원 제42부의 기각결정의 이유는 그에 요구되는 합헌성에의 확신에까지 이르기에는 논증의 정도가 미흡하다고 생각하며 그 정도의 이유라면 제청을 했어야 한다고 생각한다. 물론 이러한 필자의 주장은 헌법재판소법의 해석에 비추어 볼 때 그러하다는 것이다.

그런데 헌법재판소법 제68조 제2항이 헌법 제107조 제1항에 합치하는가하는 헌법해석론의 차원으로 올라가면 문제는 달라진다. 헌법해석론의 차원에서는 당사자의 제청신청을 법원이 기각할 수 있게 하는 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌의 소지가 매우 크다고 생각되기 때문이다. 입법론적 볼 때 위 제68조 제2항의 기각제도는 폐지하는 것이 마땅하다고 할 것이며 따라서 앞서 본, 대한변호사협회에서 제안한 『헌법재판소법증개정법률안』에서 이 기각제도를 없애고 제41조 제2항에서 각하제도를 둔 것은 타당하다고 하겠다.³²⁾ 그리고 국가발전의 측면과 국민

32). 이러한 문제와 관련하여 헌법사적이고 헌법해석론적인 고찰을 하면서 필자와는 다소 다른 견해를 제시하고 있는 김주원 변호사의 주장이 주목된다. 김주원 변호사는 현행 헌법 제107조 제1항의 해석뿐만 아니라 헌법재판소법 제68조 제2항의 해석으로도 일반 법원에게는 위헌가능성판단의 권한(이는 필자가 말하는 합헌성심사의 권능까지도 포함하는 개념으로 보인다.)이 인정되지 않는다고 하면서, 헌법재판소법 제68조 제2항은 일반 법원에 법률의 위헌가능성의 유무를 심사·판단하는 '실체적 심사권'을 부여하고 있는 것이 아니라 그 법률이 당해 사건의 재판 전제가 되어 있는지 아닌지 만 심사·판단하는 절차적 심사권(소송법적 심사권)만 부여한 것이라고 한다. 이러한 주장에 의하면 결국 헌법재판소법 제68조 제2항의 '기각'을 명문상의 표현에도 불구하고 '각하'로 해석하여야 한다는 결론에 이르게 되는 데 (왜냐하면 재판의 전제성이 없을 때는 신청이 부적법한 것이기 때문에 각하하여야 하기 때문이다.) 이러한 주장이 입법론적(여기서는 헌법해석론 상) 또는 제도운용적 측면에서라면 몰라도 헌법재판소법의 해석론상 성립될 수 있을 것인지는 다소 의문이다. 물론 위 제68조 제2항을 위헌이라고 전제하고 그 조항을 해석을 통하여 변용하면 김변호사와 같은 주장이 완전히 성립될 수 없는 것이라고까지 할 수는 없으나 구태여 그러한 주장을 전개하는 것보다는 헌법재판소법의 위 조항에 대하여 문리 해석을 1차적으로 하되 헌법해석론상 위헌이라는 입법론을 제시하는 것은 타당하지 않을까 생각한다. 이 조항의 위헌여부는 헌법재판소의 심

의 기본권보호의 실질화라는 측면에서 볼 때 추상적규범통제제도 및 법원의 재판에 대한 헌법소송심판제도를 채택하는 것이 바람직하다고 생각된다. 우리는 이러한 세련된 헌법재판제도를 가지기 위해서는 우선 헌법을 실현시키기 위한 강한 의지와 헌법제도들에 대한 합리적인 인식 및 보다 수준높은 지식축적이 요구된다고 하겠다.

판에 의해 확정될 것이고 현실적으로 위헌확정이 안된 상태에서 법원이 기각결정을 하고 있으므로 이 조항과 그 기각결정이 위헌무효라고 하는 것은 법개정촉구의 실익은 있으나 현상에서 법원이 기각결정을 함에 있어서 어떻게 해야 할 것인가 하는 문제에 대하여는 아무것도 말해주지 있지 못하다고 하겠다. 법원이 이러한 위헌성을 고려하여 기각을 자제하면 제도운용상의 문제를 극복할 수 있겠으나 이는 두 고 불 일이다. 어쨌든 헌법재판소법 제 68조 제2항의 기각제도는 위헌의 소지 때문에 그 자체 위헌여부심판의 대상으로 될 여지가 있는 것이다. 김주원변호사의 주장에 대한 자세한 것은 김주원, “위헌심판 제정요건,” 서울 지방변호사회, 『변호사』, XIX(1989), 7쪽 이하 계속(특히 1쪽 이하) 을 볼 것.

헌법소송재판의 결정유형과 효력에 관한 고찰

- 인용결정을 중심으로 -

이 석 연

헌법연구관

- 목 차 -

- I. 개관
- II. 인용결정의 주문유형
 - 1. 취소 및 위헌확인
 - 2. 법령에 대한 헌법소원의 경우
 - (1) 서언
 - (2) 위헌선언(Nichtigerklärung)
 - (3) 헌법불합치결정
 - (4) 한정합헌결정(헌법합치적 해석)
 - (5) 아직은 합헌(Noch Verfassungsmässige Gesetz)결정
- III. 인용결정의 효력
 - 1. 기관력
 - 2. 법규적 효력

3. 기속력

IV. 불기소처분에 대한 헌법소송 인용결정의 기속력의 한계

1. 문제의 소재
2. 재수사 명령설의 논거
3. 기소명령설의 논거
4. 사건
5. 입법론

I. 개 관

헌법소원심판의 결정은 통상 각하결정, 기각결정, 인용결정으로 분류할 수 있다.

각하결정은 헌법소원의 요건의 흠결 즉 심판청구가 부적법한 경우에 내리는 결정으로 지정재판부의 사전심사에 의한 결정은 모두 각하결정이다(헌재법 제72조 제3항). 헌법소원의 적법요건(자기성, 직접성, 현재성)을 갖추지 못하였거나(예컨대 고발인이 청구한 불기소처분에 대한 헌법소원 및 고발사건처리지연에 대한 헌법소원사건에서 고발인의 자기성의 흠결을 이유로 헌법재판소가 내린 각하결정¹⁾), 보완성의 요청을 충족하지 못하였거나 청구기간을 초과하여 청구되었거나 법원의 재판 등 헌법소원의 대상이 될 수 없는 사항에 대하여 심판청구되었거나 불기소처분의 대상이 된 피의사실의 공소시효의 완성등 권리보호의 이익이 없거나²⁾(헌법재판소는 현재 수사중인 사건을 권리보호의 이익이 없어 헌법소원의 심판대상이 될 수 없다고 한다³⁾)대리인 선임없이 청구되었으면서 헌법재판소의 대리인선임보정명령에 응하지

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

도 않고 반면 국선대리인선임신청도 없는 경우 등에는 각하결정을 하고 있다. 특히 명령에 대한 헌법소원에서는 헌법소원의 적법요건으로서의 자기성, 직접성 및 현재성을 엄격히 요구하고 있는 점에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 포함한 규범통제사건에서의 재판의 전제성과 대비된다.

기각결정은 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 기각결정되고 있다.⁴⁾

행정소송법상의 사정판결(제28조 제1항)은 헌법소원에서는 허용되지 아니 한다고 할 것이다. 왜냐하면 공공복리를 이유로 위헌적인 공권력작용이 용인될 수 없기 때문이다.

한편 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원을 기각하는 경우에

4) 1990.11.30 현재 헌법재판소에 심판청구된 총 264건의 불기소처분에 대한 헌법소원사건 중 138건이 지정재판부에 의하여 각하결정되었으며 심판회부된 건 중 93.3%에 이르는 56건이 기각처리되고 인용결정은 4건에 불과하다. 한편 각하처리된 사건을 유형별로 보면 다른 구체적자를 거치지 않은 경우 10건, 청구기간이 도과된 경우 45건, 대리인 선임이 없는 경우 69건, 기타 청구가 부적합한 경우 (공소시효만료, 권리 구제의 이익 흠결 등) 14건 등으로 나타났다 (헌법재판소 심판청구현황 통계자료, 1990.11.30자).

이유에서는 “...헌법에 위반되지 아니한다”라는 취지로 판시하면서도 주문에서는 단지 “청구인의 심판청구를 기각한다”라고 표현하고 있는 바,⁵⁾ 법령에 대한 헌법소원을 받아들이는 경우의 주문을 후술하는 바와 같아 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⁾

인용결정은 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 부당치는 사건유형에 따라 어떻게 보완할 것인가의 문제 등이 제기된다. 특히 법령에 대한 헌법소원에 대하여는 헌법재판소법에 이를 규율하는 규정이 없을 뿐 아니라 헌법재판소도 일반헌법소원사건의 경우와는 별개의 형태로 취급하고 있어 헌법재판소법 관련규정들의 해석에 복병으로 작용하고 있다.

본고에서는 불기소처분에 대한 헌법소원을 비롯한 헌법소원사건의 (인용)결정례를 분석하면서 인용결정의 주문유형 및 효력을 살펴보고 검사의 불기소처분에 대한 기속력이 피청구인인 검

5) 헌법재판소 1989.3.17선고 89헌마 1 사법서사법시행규칙에 대한 헌법소원결정; 1990.6.25.

선고89헌마 220 지방공무원법 제31조, 제61조에 대한 헌법소원 결정 등.

6) BverfGE 56, 363

사에 대하여 어떠한 의미(효력)를 가지는가를 특히 강조하고자 한다. 주의할 것은 헌법재판소법 제68조 제2항이 규정하는 헌법소원(법원이 법률의 위헌여부제청신청을 기각하였을 때 그 신청 당사자가 직접 헌법재판소에 위헌여부를 구하는 헌법소원심판)은 구체적규범통제와 같은 실질을 지니고 있는 것으로 보는 것이 통설 및 헌법재판소관례의 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 법령에 대한 헌법소원부분)도 헌법재판소법 제 68조제 1항의 본래의 의미의 헌법소원만을 대상으로 한 것임은 물론이다.

II. 인용결정의 주문유형

1. 취소 및 위헌확인

헌법재판소법 제75조 제2항은 헌법소원을 인용할 때는 주문에 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다고 하면서 이와 같은 조 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 취소주문을, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는 위헌확인주문을 내는 것이 원칙이다.

6)-1) 헌법재판소 1990.6.25선고 89헌마 107 결정; 1990.9.10 선고 89헌마 82결정 ; 1989 12. 18선고 89헌마 32, 33(병합)결정 등

취소주문의 실례를 보면 “서울지방검찰청 1988년 형제8975호 사건에 있어 검사가 1988.5.25 피의자 김사근에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다⁷⁾”, “대구지방검찰청 경주지청 1988년 형제7475호 사건에 있어서 피청구인이 1988.10.18 피의자 라명분의 사기의 점에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다⁸⁾(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 취소한다⁹⁾(청구인이 피의자인 경우)의 형태로 선고되어 있으며, 위헌확인주문의 경우에는 “피청구인(이천군수)이 청구인로부터 1988.3.22부터 동년 12.10경까지의 간에 수차에 걸쳐 문서 또는 구두로 경기도 이천군 마장면 표교리 산18 내지 21, 산23, 326의 1 및 129의 2 소재 임야와 전에 대한 임야조사서 또는 토지조사부의 열람·복사신청이 있었음에도 이에 불응한 부작위는 청구인의 ‘알권리’를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다. 청구인의 나머지 청구를 기각한다¹⁰⁾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 위헌확인 주문을 낼 수 있는가 아니면 일반적 권리보호이익이 없는 것으로 보아 각하하여야 할 것인가가 문제된다. 예컨대 명백히 위헌적인 것으

7) 헌법재판소 1989.7.14 선고 89헌마 10결정

8) 헌법재판소 1990. 4.2 선고 89헌마83 결정

9) 헌법재판소 1989.10.27 선고 89헌마56 결정

10) 헌법재판소 1989.9.4 선고 88헌마22 결정

로 보여진 불기소처분에 대한 헌법소원심판이 계속 중에 검사가 당해 불기소처분의 자의성을 시인하고 고소(피의)사실에 대하여 공소를 제기하였을 경우¹¹⁾ 또는 교도소내의 과잉제한조치에 대하여 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 접견, 교동이 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 문리해석하면 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 위헌적

11) 검사의 불기소처분에 대하여는 확정력이 인정되지 아니 하므로 공소시효가 완성되지 않는 한 재기하여 기소할 수 있다는 것이 통설, 판례의 입장이다.

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.

인 공권력작용에 대한 통제를 통하여 객관적 헌법질서를 보장하는 데 제도의 중점이 놓여 있음을 고려할 때 규범통제에 관한 헌법재판에서 단순위헌, 합헌의 주문외에 다양한 형태의 이른바 변형결정주문이 선고되고 있는 것처럼 공권력의 적극적인 행사를 내용으로 하는 헌법소원을 인용할 때에도 주문의 “취소”에 구애받지 말고 경우에 따라서는 무효확인 또는 일부무효 내지 일부취소의 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 공권력작용의 반복을 경계하기 위하여 위헌확인의 주문을 내어야 하리라고 생각한다. 따라서 검사가 불기소처분의 자의성을 스스로 인정하여 고소(피의) 사실을 기소한 경우에도 당해 불기소처분에 대한 위헌확인의 선고가 가능하다 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

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 생각한다.

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 헌법 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

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 선결성 흠결의 하자가 치유된 것으로 보고 있다(Vfslg 10091).

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 헌법의 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. 법령에 대한 헌법소원의 경우

(1) 서 언

법령에 대한 헌법소원은 비록 일정한 적법요건(자기성, 직접성 및 현재성)을 요구하고 있기는 하지만 모든 국민에게 구체적 쟁송사건과 관계없이 법령 자체의 추상적 규범의 일반적 효력을 다룰 수 있는 기회를 제공하고 있는 점에서 실질적으로는 규범통제 그 중에서도 추상적규범통제의 기능을 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 문제

16)-1) 박일환, 헌법재판자료(2), 법조(1990.6), 213면 참조 ; Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1972, S. 780

16)-2) 한병채, 헌법재판의 근원과 이론, 헌법재판소, 1989. 167-170면 참조.

가 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 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 선고함으로서 법령에 대한 헌법소원을 규범통제의 한 유형으로 보고 있다. 따라서 법령에 대한 헌법소원인의 인용결정의 유형 및 효력은 위헌법률심판사건의 그것과 동일하게 논의되어야 할 것인 바 이하 략술한다.

(2) 위헌선언(Nichtigerklärung)

규범통제나 법령에 대한 헌법소원절차에서 당해 법령 또는 법령의 조항이 헌법에 위반될 때에 내리는 단순위헌결정으로서 대안없이 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, 법무사법시행

17) 김학성, 헌법소원에 관한 연구(서울대 박사논문), 1990, 271면

18) 헌법재판소 1990.10.8 선고 89헌마 결정

규칙 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 ;1973.3.3 법률 제2570호)제5조의 2는 헌법에 위반된다”²⁰⁾라든가 “변호사법(1982.12.31 법률제3594호 전문개정 ; 1987.12.4 법률제3992호개정)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.

법규의 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(소급효, *ex tunc*), 위헌선언이 있는 날로부터 효력을 상실하도록 하는 입법례(즉시효 내지 현재효 *ex nunc*) 및 위헌선언 후로부터 일정한 기간내에 어느 시점부터 효력을 상실시키는 입법례(미래효 내지 장래효, *pro furto*)가 있는 바, 독일, 이태리는 원칙적으로 소급효를 인정

19) 헌법재판소 1990.10.15 선고 89헌마178 결정

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

하고 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 형벌에 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 적용되나²⁴⁾ 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 본안소송사건이나 헌법소원이 제기된 당해사건(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.

24) 오스트리아헌법 제140조 제7항은 “헌법재판소가 법률을 폐지하는 결정에서 다른 판시가 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 변경수의 보충의견 참조 ; Walter, aaO, S. 750

최근 헌법재판소의 위헌결정에는 원칙적으로 소급효를 인정하여야 하며 그 논거로서 헌법 제103조(법관의 물적독립), 제27조 제1항(재판청구권), 제10조후단(국가의 기본권보장의무)을 들면서 형벌법규를 제외하고는 위헌결정의 소급효를 부정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌이라는 주장이 대두되고 있어²⁶⁾관심을 끌고 있다. 또한 대한변호사협회는 헌법재판소법개정건의에서 위헌결정의 소급효의 범의를 확대하여 형벌법규 뿐만 아니라 위헌결정 당시 기본권을 제한하는 법률에도 위헌결정의 소급효가 미치도록 하되 다만 그 적용범위에 관하여는 쟁송중에 있거나 쟁송제기의 법정기간내에 있는 자에 한하도록 하는 개정안을 제시한 바 있다.²⁷⁾

(3)헌법불합치결정

헌법재판소의 보편적 지위가 정치적 사법기관이라 할 때 헌법재판 역시 정치성을 띄고 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 헌법불합치결정, ‘아

26) 윤진수, 위헌법률의 효력-헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토-1990.11.1 헌법재판연구회발표논문

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 효력범위를 둘러싸고 벌여진 논쟁과 국·공립사범대학생들의 농성, 시위 등으로 인하여 야기된 사회적 혼란을 그 실패로 들 수 있다.

직은 합헌'결정 및 한정합헌 내지 헌법합치적 결정 등을 들 수 있다(독일에서는 1980년 이후 통계적으로 보면 단순무효선언과 불합치선언을 비롯한 변형결정이 반반씩 균형을 이루고 있는 것으로 나타나 있다²⁹⁾). 우리 헌법재판소도 이러한 변형결정의 예를 모두 수용하고 있으나 변형결정 자체를 반대하는 견해는 접어 두고라도³⁰⁾ 과연 헌법재판소가 변형결정의 본래의 창설취지를 살려 적시적소에서 활용하였는가에 대하여는 끊임없는 논란이 일고 있다.

헌법불합치결정은 단순히 헌법에 합치하지 아니 한다는 위헌선언에 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 판례로서 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

29) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 160.

30) 헌법재판소의 변형수재판관은 우리 현행 법제상 단순위헌, 합헌주문외에 이른바 변형결정은 허용될 수도 없을 뿐만 아니라 실령 변형결정의 주문을 내더라도 그에 따른 아무런 기속력이 없다는 일관된 견해를 견지하고 있다.

31) Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, S. 537f.

32) 이시훈, 헌법재판개관 (헌법재판소), 1989, 61면

및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항을 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다 “라는 헌법 불합치주문³³⁾을 낸 바 있다.³³⁾

불합치결정에 따른 법적인 효과를 보면,

첫째, 입법자에게 위헌상태를 제거할 의무를 부과한다³⁴⁾ (이른바 립법촉구 내지 위헌경고 ; 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), 이에 헌법재판소가 주문에서 입법촉구한 기간이 지나면 단순위헌 선언을 할 수 있다는 경고적의미가 내포되어 있다고 할 것이다.

둘째, 위헌심판제청의 전제가 된 본안사건과 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 이루

33) 이 결정에는 주문과 같은 변형결정은 허용될 수 없으므로 이는 단순위헌결정에 다름아니라는 재판관 변경수의 반대의견과 변형결정 그 자체에는 찬성하나 이 사건에서는 주문과 같은 변형결정은 불필요하고 단순위헌을 선언하였어야 한다는 재판관 김진우의 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 한다 고 보여 조속히 새로 입법할 것을 촉구하는 것이 합당하다”는 재판관 한병심, 동 이 시윤 의 반대의견도 헌법불합치 결정에 입각하고 있다.

34) Schlaich, aaO, S. 163

35) Schlaich, aaO, S. 164

36) BVerfGE 52, 369

어진 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 국회의원선거법위헌제청사건의 제청법원(서울민사지방법원)에서는 본안사건의 절차를 국회가 당해 법률을 개정할 때까지 정지하여야 함에도 불구하고 제청법원에서는 불합치결정이 있자 제청신청인의 청구(부당이득반환청구)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 법적 안정성 등의 요청에 의해 위헌규정이 잠정기간 동안 계속 존속

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

할 것을 요구하고 있는 경우에는 예외적으로 위헌선언(불합치선언)된 규정이라도 전부 또는 일부분이 계속 적용될 수 있을 것이다.⁴¹⁾

예컨대 독일 연방헌법재판소는 여성노동자에게만 가사유급휴일을 보장하고 있는 법률규정이 헌법에 불합치한다고 선언하면서 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 법률규정을 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.

41) BVerfGE 36, 271

42) BVerfGE 52, 369

43) Schlaich, aaO, S. 172

44) 1990년 4월 실시된 대구서갑구 국회의원보궐선거에서도 무소속 후보에 대하여는 마찬가지로의 문제가 제기된다.

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 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) 한정합헌결정(헌법합치적 해석)

한정합헌은 해석여하에 따라서는 위헌이 될 수 있는 부분을 포함하고 있는 법령의 의미를 헌법의 정신에 맞도록 한정적으로 해석하여 위헌판단을 회피하는 해석기술로서 법률의 헌법합치적 해석(Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen)이라고도 한다.⁴⁶⁾ 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성과 권력

45) Schlaich, aaO, S. 175

분립의 헌법정신 및 법규범의 추정효(favor legis)에 그 이론적 근거를 둔 것으로서⁴⁷⁾ 심사대상이 되는 법령의 문구, 의미, 목적상 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 일부위헌의 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 빗나가게 하거나 변형시켜서도 안 되는 한계를 지니고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 법령의 문언이 일의적이라면 헌법합치적 해석은 가능하지 않고 입법자가 그것을 개정하는 것만이 가능한 것이다.⁵⁰⁾

헌법재판소가 내린 한정합헌결정의 예를 보면 “상속세법 제32조의2 제1항은 조세회피의 목적이 없이 실질소유자의 명의자를 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

46) 한정합헌해석은 원래 미국연방최고재판소(the Supreme Court)가 과도의 광범성이론(Overbreadth Doctrine)을 바탕으로 하여 이른바 사법의 자기제한의 기술로서(사법소극주의적 수법) 발전시킨 것으로서 독일연방헌법재판소가 법률에 대한 소급무효선언이나 불합치선언을 회피하기 위하여 도입한 것이다 (중곡실, 헌법소송의 기본문제, 224면 ; Schlaich, aaO, S.185)

47) 허 영, 한국헌법론, 80-82면

48) 이시윤, 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

것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.⁵²⁾ ”도로교통법 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다“⁵³⁾등을 들 수 있다.⁵⁴⁾

이러한 한정합헌결정에 대하여 헌법재판소의 변정수재판관은 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 판결

52) 헌법재판소 1990.4.2 선고 89헌가 113 결정

53) 헌법재판소 1990.9.17 선고 89헌가 118 결정

54) 한편 노동쟁의조정법상의 제3차개입금지조항에 대한 위헌심판사건에서 재판관 김진우, 동 이시윤, 동 김량균은 반대의견으로서 한정합헌을 주장한 바 있다(1990.1.15 선고 89헌가 103결정).

55) 주51)내지 54)결정의 재판관 변정수의 각 소수의견 참조.

에 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 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 합헌(Noch Verfassungsmaßige Gesetz)결정

법령이 아직은 합헌적이라고 볼 수 있으나 입법자에게 완전히 헌법에 합치되는 상태 혹은 장차 닥칠 위헌상태를 막기 위한 입법을 촉구하는 형식으로서 불합치결정이 어떤 규범에 대한 무가치판단(즉 위헌판단)을 포함하고 있음에 반하여 ‘아직은 합헌’이라는 주문은 긍정적 가치판단을 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⁾ 헌

56) 양 건, 헌법재판소 2년, 그 성과와 한계, 한국논단(1990.11), 97-98면 참조. 이밖에 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 한정합헌결정의 비판에 대하여는 최대권, 형법의 해석과 헌법의 효력, 서울대학교 법학(제31권 1·2호)1990. 8 ; 강금실 「국가보안법 제7조 제5항의 한정합헌결정에 관하여」(대한변호사협회지 1990. 10 및 11)와 한상범, 「헌법재판제도, 이것이 문제다」(사법행정, 1990. 12)를 각 참조.

57) Pestalozza, aaO, S. 180.

법재판소가 간통죄의 위헌여부에 대한 헌법소원사건의 보충의견(재판관 조규광, 동 김문희)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 헌법에 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 하지만 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. 인용결정의 효력

1. 기판력

57)-1) 헌법재판소 1990.9.10 선고 89헌마 82 결정

58) Schlaich, aaO, S. 181-183.

59) 독일의 Saar현장사건(BVerfGE4, 157)

60) 독일의 선거구분할사건(BVerfGE, 16, 130)

61) 주57-1)의 간통죄위헌여부에 대한 헌법소원사건의 결정 참조

62) 1982년의 독일국세조사법사건(BVerfGE 65, 1), 이 사건의 주문은 다음과 같다. “1982년의 국세조사법 제○조는 헌법에 위반되지 아니한다. 그러나 입법자는 이유에서 밝힌 기준에 따라 국세조사를 위한 조직 및 절차에 관한 보충규정을 배려하여야 한다.”

헌법재판소가 사법기관의 성격을 구유하고 있는 이상 헌법소원의 결정에도 통상의 재판과 마찬가지로 기관력이 인정된다. 그러나 헌법소원에서의 기관력은 기관력있는 판단을 다투기 위한 당사자의 주장을 허용하지 않고 배척하는 소극적 기능(일사부재리)에 그 중점이 있는 것이고 헌법재판소가 기관력있는 판단에 구속되어 이를 전제로 후소의 심판을 하여야 하는 적극적 역할(구속력)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 기관력의 위와 같은 취지를 뒷받침하는 것으로 보아야 할 것이다.

헌법소원의 인용결정 뿐만 아니라 기각 및 각하결정에도 기관력이 있다. 지정재판부의 각하결정에 대하여는 기관력이 인정되지 않는다는 견해도 있으나⁶³⁾ 헌법재판소는 지정재판부의 각하결정에 대한 불복신청은 헌법재판소상 허용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 그리고 기관력은 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. 법규적 효력

63) 김학성, 전게서, 279면

64) 헌법재판소 1990.10.5 선고 90헌마 170결정(제1지정재판부) ; 1990. 10.17 선고 90헌마 171 결정 (제2지정재판부)

65) Otto Badthof/ Wilhelm karl Geck/ Johann Schmidt, Landesverfassungsgerichtbarkeit (III), S.72

법령에 대한 헌법소원의 인용(위헌)결정에 대하여는 규범통제의 경우와 마찬가지로 법규적 효력(Gesetzeskraft)이 인정된다. 일반적으로 비집중형(영미형) 헌법재판제도에서는 위헌재판에 법규적 효력을 인정하지 아니하나 집중형(대륙형)헌법재판제도에서는 이를 인정하고 있으며 다시 후자의 경우 당해 법규가 소급무효가 되는 무효설을 취하는 독일, 이태리형과 장래효 내지 즉시효를 인정한데 그친 취소설을 취하는 오스트리아형으로 나누어지는 바, 우리의 경우 원칙적으로 취소설에 입각하고 있음은 기술하였다.

독일연방헌법재판소법 제 31조제2항은 법률의 무효선언이나 헌법과의 합치, 불합치에 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 결정주문에 한하여 인정된다.⁶⁶⁾

3. 기속력

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 기속한다(헌법재판소법 제 75조제1항). 따라서 국가내의 모든 공권력은

66) Pestalozza, aaO, S. 172

헌법재판소의 결정을 준수하여야 할 의무가 있다. 이러한 기속력은 헌법소원결정의 기판력을 인적으로 확장시키는데 그치지 않고 당해 기판력의 질적인 변경을 의미한다고 보아야 할 것이다.⁶⁷⁾ 주문 뿐만 아니라 중요한 결정이유(tragende Entscheidungsgründe)에도 기속력이 미치나⁶⁸⁾ 단순한 방론(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. 불기소처분에 대한 헌법소원 인용 결정의 기속력의 한계

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

1. 문제의 소재

헌법소원의 인용결정의 기속력과 관련하여 불기소처분에 대한 헌법소원이 인용되었을 경우 당해 인용결정의 효력이 피청구인인 검찰에 대하여 어떠한 의무를 부여하는가 즉 동 인용결정과 관련하여 (인용결정이 검찰을 기속함은 물론이다) 불기소처분을 취소한다는 의미가 곧바로 공소제기명령의 효과가 있는 것으로 이어지느냐가 문제된다.

기술한 바와 같이 헌법재판소법 제 76조제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 규정하고 있으며 같은 조 제3항은 헌법소원을 인용하는 경우 헌법재판소는 기본권침해의 원인이 되는 공권력의 행사를 취소하거나 그 부행사가 위헌임을 확인할 수 있으며, 이어 제 4항은 “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정의 주문은 고소사건에 있어서 검사가 피의자에 대하여 한 불기소처분은 청구인(고소인)의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 형식이며 이유에서 다시 검사로 하여금 위에 적시한 의문점들에 대하여 수사를 보강한 후에 피의자에 대하여 그 책임에 상응하는 처분을 할 수 있게 하기 위하여 당해 불기소처분을 취소한다거나⁷²⁾ 아니면 수사검사가 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 소홀히 한 채 사건을 종결하였으므로 검사로 하여금 더 수사하도록 하기 위하여 당해

72) 헌법재판소 1990. 4. 2 선고 89헌마83 결정 ; 1990. 11. 19 선고 89헌마116결정 ; 1990. 12. 26 선고 89헌마 198 결정 등

불기소처분을 취소한다는 취지로⁷³⁾ 이어지고 있다.

여기서 「더 수사하여(또는 수사를 보강하여) 그 책임에 상응하는 처분」을 한다는 것이 무엇을 의미하는지를 둘러싸고 이는 단순히 재수사명령에 지나지 않는다는 견해(재수사명령설)가 첨예하게 대립되어 있다. 특히 이 문제는 전형적인 공권력행사의 주체인 검찰에 대한 헌법소원의 기속력의 한계를 어느 선에서 그을 것인가의 점에서 헌법소원의 본질 내지 실효성의 확보라는 측면에서도 중요한 의미를 지닌다 하겠다.

2. 재수사명령설의 론거

법무부(검찰)측의 입장으로서 기본적으로 헌법재판소의 인용결정은 헌법재판소법 제75조 제3항에 의하여 공권력의 행사인 불기소처분을 취소하는 데 그치는 것이므로 일단 불기소처분을 취소시킴으로써 헌법재판소의 사명은 다 한 것이 되고 그후 검사가 결정취지(취소)에 따라 새로운 수사(보강수사)를 하여 기소여부를 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 기소하여 법원에서 무죄판결이 선고될 경우 그에 따른 책임소재의 불분명과 헌법재판소의 권위의 손상이 우려된다는 것이다.

73) 헌법재판소 1989. 7.14 선고 89헌마 10 결정 ; 1990. 12. 26 선고 90 헌마 45 결정 등

74) 조규경, 행정작용에 대한 헌법소원,헌법재판연구 제1권(1990), 497면.

이 견해는 결국 기소독점주의 내지 기소편의주의를 불변의 전제로 하고, 한편 인용결정의 주문이나 이유의 어디에도 기소강제라는 취지의 표현이 엿보이지 않을 뿐 아니라 현행 헌법재판소법의 문리 해석상으로도 기소강제를 명하는 것은 무리라는 데 근거하고 있다. 이러한 입장에서 검찰은 헌법재판소에서 취소결정한 불기소처분을 재차 불기소처분하였으며 이 불기소처분에 대하여 또 다시 고소인이 헌법소원을 제기한 바 있다(90헌마120사건).⁷⁵⁾

3. 기소명령설의 근거

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 “기속”되어 “새로운 처분”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 주권적공권(기본권)의 우위사상에 입각해 있다고 하겠다.

75) 한편 이 재헌법소원을 두고 재야법조계와 학계에서는 검찰이 헌법재판소의 결정을 휴지 화시켰다고 크게 반박하고 있는 것으로 보도되었다(법정신문, 1990, 8.6자, 1면 참조).

76) 한겨레신문, 1990.4.6자 사설

4. 사 견

(1) 주지하다시피 검사의 불기소처분은 그 실질에 있어서 처분의 형식상 피의자를 대상으로 하는 적극적 처분의 성격을 띄고 있으나 피해자를 중심으로 하여 보면 피해자(고소인)에 대한 보호를 포기한 소극적인 부작위처분의 성격을 함께 지니고 있는 이른바 복수적 처분(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)의 범주에 속한다 할 것이다.⁷⁶⁾¹ 그리고 검사의 자의적인 판단이 개재되어 당연히 행사하여야 할 공소권을 행사하지 아니한 것은 공권력의 불행사에 해당하는 것이며 헌법재판소의 불기소처분의 취소에는 이러한 공권력 불행사에 대한 판단(위헌확인)도 포함되어 있다고 볼 것이다.

한편 공소부제기와 불기소처분을 논리적으로 구분하여 불기소처분은 수사종결행위로서 확정력이나 기판력이 없고, 공소제기는 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 헌법

76)-1) 헌법재판소 1989.4.17 선고 88헌마3 결정

77) 헌법재판소 90헌마124 사건의 청구이유

소원의 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. 재수사를 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 포함시키기는 어렵다 하겠다. 그렇다면 헌법재판소의 현행과 같은 형태의 주문 및 이유에서 밝힌 불기소처분의 취소결정은 결국 기소를 전제로 한 수사의 보장을 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 기소편

78) 헌법재판소 1989.4.17 선고 88헌마 3결정

의주의를 예외적, 한정적인 것으로 보고 범죄로부터 국민을 보호하기 위하여는 이른바 수사법정 내지 기소법정주의를 전면에 내세울 수 있음을 천명함으로써 기소독점주의 및 기소편의주의의 형사법원리를 헌법적 시각에서 재조명한 바 있다.⁷⁹⁾

또한 공소제기명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극적 이행을 요구하는 것이므로 헌법소원의 성질상 허용될 수 없다는 주장은 행정소송을 인용하는 경우나 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 무죄판결을 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 실제적 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 헌법소원사건

79) 신동운, 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보, 1990. 2, 42-44면, 그리고 기소독점주의 및 기소편의주의와 범죄로부터 보호받을 권리(주관적 공권)와의 관계에 대하여는 줄고, 불기소처분에 대한 헌법소원의 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, 검찰심사제도가 발족하였던 소화 24년에는 기소사건의 44%가 무죄였으며, 그 후 소화 58년까지 평균 8.6%의 무죄율을 기록하고 있다.(윤영근, 일본의 기소유예제도운용 실태에 관한 연구, 법무자료 제 124집, 19-20면).

의 심리과정에서 직권에 의한 증거조사제도(헌법재판소법 제 31조)를 적극 활용하여 증거판단이나 사실인정 등에서 검사의 자의성이 명백히 엿보이는 경우에 한하여 인용결정을 함으로써 기소 후 무죄판결의 가능성을 최소화하도록 하여야 할 것이다.

그리고 현실적으로 볼 때 헌법재판소의 인용결정이 단순 재수사명령에 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 번복하고 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. 입법론

80) 1990. 12.31 현재 헌법재판소에 심판청구된 총 헌법소원사건 599건 중 불기소처분에 대한 헌법소원이 273건을 차지하고 있다(헌법재판소 내부통계자료참조).

현행 헌법재판소법 제75조 제3항의 문리해석상 결정주문에서 불기소처분을 취소함과 동시에 공소제기를 명하거나 또는 취소와 동시에 공소부제기가 위헌임을 확인하는 주문을 내는 것이 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 그쳤더라도 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 재불기소결정→재헌법소원의 되풀이를 막기 위하여서는 다투어지고 있는 공권력작용이 번복이 위헌임을 선언할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 요망되는 바, 독일 헌법재판소법제 95조제1항은 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 공권력 주체에 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 목적

을 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 공소유지를 담당할 변호사제도를 도입함이 요망된다 하겠다.⁸¹⁾ 아울러 불기소처분에 대한 헌법소원심리에 신중을 기하기 위하여는 불기소처분에 대한 헌법소원심판이 청구된 때에는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 공소시효의 진행을 정지하도록 하는 것이 타당하다 할 것이다.(형사소송법 제 262조의 2는 재정신청의 경우 재정결정 때까지 공소시효의 정지를 명문으로 규정하고 있다).

81) 김주원, 헌법재판 안팎의 인권상황, 변협인권보고서 제4집, 293면.

언론에 비친 헌법재판

이 재 호

심판자료국장

- 목 차 -

- I. 머리말
- II. 헌법재판활동 현황
- III. 언론보도내용 개관
- IV. 법률의 위헌여부심판제청의 의미
- V. 한정합헌결정
- VI. 법령에 대한 헌법소원심판
- VII. 헌법재판 처리기간
- VIII. 맺는말

I. 머리말

헌법수호와 국민의 기본권보장의 마지막 보루이며, 헌법의 파수꾼이라는 막중한 사명을 가지고 새롭게 탄생한 헌법재판소가 이제 두 돌을 넘기고 있다.

그간 헌법재판소의 기능과 역할, 헌법재판현황, 나아가서 헌법재판소의 위상등에 관하여 신문, 방송 등 언론에 수시로 보도되고 있으나 아직도 일반 국민의 상당수가 헌법재판제도를 올바르게 이해하지 못하고 있는 실정이며, 이를 보도하는 언론기관종사자들조차도 헌법재판의 결정 내용을 정확하게 소화·보도하는데 많은 어려움을 겪고 있는 것으로 알려지고 있다. 이는 우리나라의 헌법재판의 역사가 실질적으로 짧은 탓도 있지만 언론매체의 속성과도 깊은 관련이 있지 않은가 생각된다. 즉 언론은 일반국민의 여론을 형성하여가는 강력한 힘을 가지고 있지만 일반독자들의 기호, 수요에 적응하여야 하는 현실적인 제약이 따르기 때문이다.

헌법재판소 관련기사는 일간지의 경우 사회면에 게재되는 것이 상례이며, 정치·경제면의 전문성 기사와는 달리 사회면은 일반사회생활 속에서 일어나는 일상사건 또는 범죄사건 등이 흥미위주로 편집되어 일반독자들이 쉽게 접할 수 있도록 되어 있으므로 헌법재판과 같이 딱딱하고, 어렵고 까다로운 분야를 한정된 지면에 알기 쉽게 일반독자에게 정확히 전달하는 것은 그리 쉽

지가 앓을 것이다. 헌법문제가 왜 딱딱하고 어렵게 느껴지는가? 한마디로 말해서 그것은 우리나라 헌정사의 잘못에 기인한다고 말할 수 있다 본래 헌법이란 국민의 기본권을 보장하고, 이를 위해 국가권력구조가 견제와 균형(Check and Balance)을 이루도록 권력분립(Seperation of Power)에 관한 규정을 핵심으로 하는 최고규범이며, 이는 일찍이 1789년 프랑스 인권분립이 제16조의 “기본권이 보장되지 아니하고 이를 위한 권력분립이 확립되지 아니한 사회는 헌법을 가졌다고 할 수 없다”라는 규정과 제3조의 “무릇 주권의 연원은 반드시 국민에게 있다. 여하한 단체나 개인도 국민으로부터 나오지 아니하는 권력을 행사할 수 없다”라는 규정에서 보는 바와 같이 국민주권제도 아래서의 헌법이란 주체자인 국민의 입장에서 볼 때 기본권보장 이외의 아무것도 아닌 것이다. 즉 국민의 기본권 보장과 국가의 권력분립은 목적과 수단의 관계에 있다고 말해도 과언이 아니다.

그런데 우리나라 헌정사를 돌이켜 보면 수차례의 개헌을 통하여, 대통령제나 내각책임제나, 대통령직선제나 간선제, 대통령임기의 단임이나 연임이나, 국회의 단원제나 양원제나, 국회의원 선거에 있어서 비례대표제를 인정할 것이냐 아니냐 등 주로 국가 권력구조 문제를 다루었기 때문에 일반국민들은 헌법이란 자기 개인과는 직접 관련이 없고 정치권과 가까운 것이며 기본권은 교수서에나 현실과는 거리가 먼 것으로 여겨 오히려 호적법이 부동산등기법보다도 관심을 가지지 않고 살아온 것이 오늘의 서글픈 현실이다.

이제 헌법재판소 창설 2주년을 맞이하여 조금 나아지기는 했지만 아직도 많은 국민들에게 그 동안 잘못 인식되어온 헌법과 국민의 기본권 보장의 제도적 장치에 대한 깊은 반성을 함과 동시에 앞으로 헌법재판제도의 정착과 헌법재판소의 위상에 관하

여 올바른 자리 매김을 함으로써 현실적인 기본권 보장을 위한 헌법재판의 활성화에 조금이라도 보탬이 되기를 바라는 간절한 마음에서 이 글을 쓰고자 하면, 우선 헌법재판활동 2년을 돌아보고 그 동안 언론매체에 게재·보도된 내용을 개관한 이후에, 특히 언론보도 기관이 관심을 가지고 있고 또한 가져야 할 몇 가지 사안에 대하여 소견을 밝혀보려 한다.

II. 헌법재판 활동 현황

1989.9.19 헌법재판소 재판부가 처음으로 구성된 이래 1990.10.15까지 870건의 사건이 접수되었는데 그중 26%인 226건이 위헌법률심판사건이고 나머지 대부분인 74%, 643건이 우리나라 헌법재판사상 처음으로 도입된 헌법소원심판사건이며, 야당의원80명이 청구한 국회의장간의 권한쟁의심판사건이 1건 접수되었다.

사건처리 현황을 보면 위헌법률심판사건의 경우 52.2%인 118건이 처리되어 그중 12건에 대하여 위헌결정이 내려졌고, 헌법불합치결정 1건, 한정합헌결정이 3건이며 나머지는 합헌결정(4건), 각하(15건), 취하(83건)되었다.

위헌결정된 법률을 보면, 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항에 단서 부분(국가상대 재산권 청구에 관하여 가집행선고 불가)에 대하여 1989.1.25 최초로 위헌 결정된 것을 비롯해서 구 사회보호법 제5조 제1항(필요적 보호감호처분), 금융기관의 연대대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2(연체대출금에 관한 경락허가절차에 있어서 경락허가결정에 대한 항고시 50% 공탁금 등 금융기관의 우월적 지위 인정), 같은 법 제7조의 3(금융기관은 회사정리법에 의한 정리절차진행 중에도 이 법에 의한 경매신청 가능으로 금융기관에 특혜 인정), 국세기본법 제35조 제1항 제3

호(1년 이내의 저당채권에 우선하여 국세 징수), 변호사법 제10조 제2항(변호사 개업장소제한)에 대하여 각각 위헌결정이 내려졌다. 한편 국회의원후보의 과도한 기탁금과 낙선자 기탁금의 국고귀속을 규정한 국회의원선거법 제33법, 제34조에 대하여는 헌법불합치결정이 났으며, 국가보안법 제7조(반국가단체활동에 동조 등), 도로교통법 제50조 제2항(교통사고 운전자의 경찰관서 신고의무)에 대하여는 한정합헌결정을, 국토이용관리법 제21조의 3, 제31조의 2(토지거래허가제와 벌칙규정)와 로동쟁의조정법 제13조의 2(제3자 개입금지)에 대하여는 합헌결정을 내렸다.

헌법소원심판사건 처리현황을 보면 접수된 643건 중 73.4%인 472건이 처리되었으며, 처리내용별로는 인용결정이 8건, 한정합헌 1건, 기각 58건, 각하 262건, 취하 기타가 143건으로 대부분 각하·취하 처리되었는데 이는 처음으로 도입된 헌법소원제도의 심판청구 요건과 절차를 일반국민이 제대로 알지 못하고 무턱대고 일단 청구하여 보는 람소에 기인한 것으로서 헌법소원제도 시행 초기에 어느 나라에서나 일어나는 공통된 현상이라 하겠다.

헌법소원심판 청구사건 중 인용된 주요사례를 보면, 검사의 불기소처분에 대한 취소결정이 2건, 군검찰관의 기소유예처분 취소결정이 1건이며, 공권력에 의한 재산권 침해에 대한 공소심판사건에서 국민의 “알 권리”를 인용한 사례가 있으며 특기할 만한 것은 뒤에서 상세히 언급하겠지만 법령에 대한 헌법소원판결 중 위헌결정된 것이 3건, 한정합헌결정된 것이 1건이 있다는 점이다. 즉 국가보위법회의법 부칙 제4항 후단을 위헌결정(위헌 89.12.18, 89헌마89)함으로써 80년 국·공립 교육대학 또는 사범대학 기타 교원양성기관의 졸업자 또는 수료자에게 교육공무원(교사) 우선채용기회를 주는 특혜 근거규정이 그 효력을 상실함에 따라 사립 사범대학 출신도 국·공립학교 교사로의 임용기회

가 주어지게 되었으며, 또한 법무사 자격을 규정한 법무사법 시행규칙 제3조 제1항에 대하여 위헌결정(헌재 90.10.15, 89헌마 178)이 내려짐에 따라 직업선택의 자유와 기회균등(평등권)의 실제적인 폭이 넓어지게 되었다. 상속세법 제32조의 2 제1항에 의하면 권리의 이전이나 행사에 등기를 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에 그 명의자로 등기한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 보고 (증여의제)있는데 헌법재판소는 동 법조항은 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위배되지 아니한다라는 한정합헌결정(헌재 89.7.21, 89헌마38)을 내렸다. 이를 바꾸어 표현한다면 한정적 위헌선언방향을 택하여“상속세법 제3조의 2 제1항은 조세회피의 목적이 벗어 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다”라고 할 수도 있다 (조규광 헌법재판소장의 보충의견). 따라서 이 결정례는 보통의 한정합헌결정과는 달리 실질적인 일부위헌결정이며, 이로써 진정

구분 유형	접수	처 리								계속증	
		계	위헌 인용	헌법 불합치	한정 합헌	합헌 기각	각하	취하	민원 처리		
계	870	590	20	1	4	62	277	107	119	280	
위헌법률심판	226	118	12	1	3	4	15	82	-	108	
단핵심판	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
정당해산심판	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
권한쟁의심판	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
헌법 소원 심판	소계	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

한 명의신탁제도가 법원은 물론 국세심판소와 국세청에서도 판

례와 행정선례로 확립되었다.

사건접수처리현황

(1990.10.15현재)

Ⅲ. 언론보도내용 개관

언론매체를 통하여 비친 헌법재판(소)는 보는 사람에 따라 또는 시간에 따라 각각 다른 시각으로 투영되는 것 같다. 혹자는 헌법재판결정 내용에 대하여 찬·반론을 펴기도 하며 때로는 헌법재판소 구조 자체를 가지고 운위하기도 한다. 이 두 개의 시각은 서로 상반되는 것이 아니라 서로 교차하면 조화있게 작용하면서 궁극적으로는 헌법수호와 국민의 기본권보장이라는 하나의 무점으로 맞추어질 것이다.

그때를 기대하면서 다만 여기서는 현재의 언론 매체에 보도되는 내용과 언론기관의 시각을 나름대로 개관하여 보기로 한다.

헌법재판소 신설을 포함한 제6공화국의 헌법개정안이 마무리 될 무렵인 '87.9.12. 국내 유명 일간지 D일보는 서울에서 개최된 제13차 세계법률가대회에 참가하기 위해 방한한 서독의 『볼프강 자이들러』 연방헌법재판소장(63세)과의 인터뷰 기사에서 『한국 헌법재판소 신설에 기대』-행정부영향 안 받아야 국민 신뢰-라는 부제하에 아래와 같이 보도하고 있다(일부인용).

- 『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 헌법재판소

에 대한 『권위』의 부여이며 다른 헌법기관들의 태도가 문제』라고 강조했다-

- 『서독도 초기에는 헌법재판소의 권위가 상당히 결여되었으나 지금은 여론조사 결과 국가기관 중 가장 높은 85%의 신뢰도를 가지고 있습니다』 - 그 비결은 무엇입니까. 『한국의 개헌안에는 헌법재판관을 대통령이 임명하도록 돼 있지만 서독은 “입법부가 만든 헌법을 해석”한다는 뜻에서 입법부가 선출합니다. 따라서 행정부의 영향력을 받을 여지가 없어요』 -

헌법 개정이 확정·공포된 이듬해 초인 88.1.22. 같은 일간지의 사설은 헌법재판소의 위헌심사기능강화와 헌법소원제도의 활성화를 강조하면서 『헌법재판소와 헌법소원』이라는 제목으로 아래와 같이 주장하고 있다(일부인용)

- 위헌심사 기능은 흔히 사법이나 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 『민주정치와 법치주의 병원』이라고까지 평가된다.

그러나 우리의 위헌심사제도는 아직까지 그 구실을 다해 오지 못했던 게 사실이다. 거듭된 헌법의 개정에 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 모으

는 것이다. 이제야말로 헌법재판소는 정당한 법집행에 의해서만 정치목적은 달성하도록 하는 권력의 감시자가 되어야 하면, 국민의 민주의식을 높이는 교육적 기능까지를 담당하지 않으면 안 된다.-

- 그러니까 가장 그 빈도가 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 사심제를 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.-

헌법재판소의 주체인 재판부를 구성하는 9인의 헌법재판관이 임명되고 조규광 헌법재판소장에 대한 국회의 임명동의가 있었던 '88.9.15. 각 일간지에는 9인의 헌법재판관에 대한 개인별 프

로 필 기사가 사진과 함께 실렸고, 특히 조규광 초대 헌법재판소
장과의 인터뷰 기사가 대대적으로 보도되었는데 그중 J일보의
『인터뷰』란에 게재된 기사의 일부를 보면 아래와 같다.

- 조소장은 『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-

‘89년 1월 25일은 헌법재판소가 기억할 만한 날이다. 즉 이날
이 헌법재판소 개설 이후 처음으로 법률에 대한 위헌결정이 선
고된 날이기 때문이다.

이날 각 일간지와 라디오 및 TV방송은 일제히 『헌법재판소,
첫 위헌결정』이라는 제하의 기사를 크게 다루었는데, 같은 날 J
일보가 보도한 기사의 주요부분은 다음과 같다.

- 헌법재판소의 첫 위헌결정이 내려졌다. 헌법재판소 전원
재판부(주심 변정수 재판관)는 25일 정인봉씨 (36.변호사)
가 낸 『소송촉진 등에 관한 특례법』 6조 1항 단서조항에
대한 위헌심판신청을 받아들여 『이 조항은 헌법 11조 평
등의 원칙에 어긋난다』 위헌결정을 내렸다.

이 결정으로 이 단서 조항은 효력을 상실하게 돼 앞으로
법원은 국가를 상대로 한 민사소송을 판결 때 가집행선고
도 할 수 있게 됐다. 위헌 결정은 48년 헌법 제정 이후
3공화국까지 31건 심사에 3건이 내려졌으며 이번 위헌
결정은 71년 6월 국배심(국배심)사건의 위헌 판결 이후
19년만의 일이다.-

이후 헌법재판(소)에 대한 언론 보도가 본격화되기 시작하였으며, 이를 시점별로 보면 심판사건 결정선고시마다 결정의 의미와 내용을 보도하는 수사보도와 일정한 사건을 계기로 집중적으로 기사화하는 기획보도로 나누어 볼 수 있고, 한편 언론매체별로 보면 일간신문·라디오·TV방송·주간신문(법률신문) 및 일간지 등으로 나누어 볼 수 있다. 일간신문의 경우는 모두에서 말한 바와 같이 사회면에 한정된 지면을 통하여 기사화하기 때문에 일선 기자들이 많은 어려움을 겪고 있는 것으로 알려져 있다. 일반적으로 사회면 기사는 국민학교 5·6학년 정도의 학력 수준이면 그 내용을 알 수 있도록 쉽게 써야 하는데 헌법문제, 그것도 고도의 법이론으로 가득 채워진 장문의 결정문(어느 경우에는 수십 페이지에 달하여 마치 헌법 이론서 같은 것도 있다)을 토대로 짧은 시간에 그 요지를 간추려서 기사화하는 것이 그리 쉬운 일이 아니다. 더구나 마감시간에 쫓겨 전화로 송고하는 경우에는 결정문도 읽어보지 못한 데스크에서 어려운 법률용어나 법리 전개내용을 이해하지 못하여 결정이유를 생략하고 결론만을 간단하게 몇 줄로 보도하는 사태가 벌어지기도 한다. 이런 경우 일반 독자는 헌법재판소가 무슨 결정을 왜, 어떻게 내렸는지 그 내용을 제대로 알기는 어렵다. 어쨌든 이러한 어려운 환경 속에서도 국민의 기본권 신장을 위하여 몸으로 부딪히며 열심히 보도해 준 일반 기자들의 노력은 마땅히 높이 평가되어야 한다.

일반적으로 헌법재판에 관한 일간신문 기사는 사회면의 보도 기사(Straight)와 간지의 해석 기사(Box)로 나누어지는데 보도 기사는 눈에 띄기 쉽고 많은 사람들이 보지만 지면 충분하지 못하여 그 내용을 정확하게 전달하기 어려운 제약이 있는 것 같다. 그러나 해설기사는 시간적으로 여유가 있고 지면도 제약을 크게

받지 않으므로 헌법재판 기사는 성질상 해설기사보다 적절하다고 할 수 있다. 최근 교육법에 대한 위헌결정에 따라 교사 임용 문제를 놓고 거의 한달 동안 문교부와 국·사립 사범대학간의 공방이 신문에 보도되고 TV에서도 시사토론 등 논의가 활발히 진행되고 있는데 이는 특별한 경우이며 해설기사가 실리지 않은 경우가 더 많은 실정이다.

주간신문은 시간적 여유가 많이 있고 또 거의가 법률문제를 전문적으로 다루고 있으므로 헌법재판소 결정문을 전재하는 한편 일간신문 보도내용도 참작해서 보도기사와 해설 기사를 적절히 배합하여 게재하고 있다. 한편 법률 전문지로서의 특성을 살려 헌법재판소 결정에 대한 관계 전문가의 판례평석이 자주 실려서 이를 계기로 기본권을 둘러싼 헌법론의가 활발하게 이루어질 것을 기대한다.

헌법재판소에 대한 집중 기획취재 보도는 TV와 월간지에서 발견할 수 있다.

1989. 3. 19. KBS-TV 「동서남북」에서는 헌법재판소 특집을 방영하였는데 헌법수호와 기본권 보장의 최후 보루로서의 역할을 다하여 줄 것을 강조하였다.

『월간중앙』(‘89.5월호)에서는 헌법재판소에 제소된 사건을 중심으로 헌법재판소의 활동을 긍정적으로 평가하고 헌법재판의 활성화를 위한 몇 가지 개선방안을 제시한 뒤, 정치성 있는 심판 사건에 대한 과감한 결단여부가 헌법재판소의 역량과 직결되며 아울러 그 위상정립과 신뢰성의 척도가 될 것이라고 지적하고 있으며, 『월간조선』(‘90.4월호)은 “기본권의 보루, 헌법재판소”라는 제목으로 헌법재판소의 조직 및 활동상황과 9인의 헌법재판관의 프로필을 소개한 뒤, 특히 헌법소원에 대하여는 국민이 직접 재판청구의 주체가 되고 기본권 침해의 직접적 구제를 목적

으로 하고 있다는 점에서 “헌법재판제도의 꽃”이라고도 불리운다고 하면서 “앞으로도 헌법재판소가 과감하고 활발한 활동을 통해 헌법수호와 기본권 보루로서의 역할을 보다 충실히 수행할 것을 기대하고 있다”고 말하고 모 인권변호사의 다음과 같은 말을 인용하면서 헌법재판소에 대한 강한 기대감을 표시하고 있다.

- 이제까지 국민들이나 법조실무자들이나 헌법에 대한 감각이 마비되었던 것이 사실이다. 그런데 지난 1년 동안의 헌법재판소의 노력에 의해 비로소 명령을 헌법에 제어할 수 있는 기준이 만들어졌다고 할 수 있다. 앞으로도 특히 사회적으로 대립과 갈등이 심화되어 있는 문제에 대하여 명백한 의견을 제시하는 적극적인 활동을 거듭해 나가게 되면 우리 헌법재판소도 서독처럼 가장 신뢰성 높은 공적 기관이 될 수 있으리라 생각한다.-

한편 외국어 주간지에도 헌법재판소가 본격적으로 소개되기도 하였는데 영자지인 Korea Newsreview('90.1.20)와 불어판 Le Courrier de la Corée('90.1.22)는 헌법재판소를 Cover Story로 비중있게 다루어 외국인들로 하여금 우리나라 헌법재판 현황을 이해하는데 도움을 주고 있으며, 특히 '90년 5월에 터키 앙카라에서 개최된 제8차 유럽헌법재판소장 회의에서 옵서버 자격으로 공식 초청을 받아 참가한 조규광 헌법재판소장이 우리나라 헌법재판제도를 설명하고 상기 책자를 회의 참가자들에게 배포하여 호평을 받은 바 있다.

끝으로 『한국논단』('90.11월호)에서 한양대학교 양건 교수는 “헌법재판소 2년, 그 성과와 한계”라는 제목으로 2년에 걸친 헌법재판사건 접수처리 및 인용건수가 괄목할 만한 것이라고 평가한 뒤, 특히 막연한 기준에 의한 한정합헌결정에 대하여는 헌

법재판소의 책임회피적 태도하는 비판을 우려하면서 다음과 같이 말을 맺고 있다.

- 헌법재판소는 지난 2년여의 활동을 통해 생활규범으로서의 헌법의 규범력을 높이는 데에는 상당한 성과를 거둔 것으로 보인다. 이것은 높이 평가되어 마땅하다. 문제는 정치규범으로서의 헌법의 규범력을 살리는 데에 헌법재판소가 어떤 기능을 해왔느냐이다. 주요사건에서 거듭 이용되고 있는 한정헌법의 결정방식이 과연 정치권력의 통제에 기여했는지는 의문이다. ‘한정’이라는 의미는 사라지고 ‘합헌’이라는 결과만이 두드러지고 있는 것이 아닌가. 만일 앞으로도 헌법재판소가 어렵고 민감한 사건에서 한정합헌이라는 편법을 남용한다면, 이는 자신의 위상을 스스로 낮추는 일이 될 것이다. 이렇게 되는 경우 헌법재판소가 헌법상 최고기관의 하나로서의 그 실질을 유지하기는 어려울 것이다.-

지금까지 언론매체가 헌법재판(소)에 대하여 보도·평가한 내용을 종합적으로 분석해 보면 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

첫째로, 독립된 헌법기관으로서의 헌법재판소의 창설은 헌법수호와 국민의 기본권보장을 보다 더 확실하게 담보할 수 있는 바람직한 제도로서 하루 빨리 정착되어야 한다.

둘째로, 위헌법률심판에 있어서 위헌의 소지가 있으면 과감하게 위헌결정을 내려야 하면 애매한 한정합헌결정은 스스로의 위상을 낮추어 국민의 신뢰도가 저하될 우려가 있다.

셋째로, ‘헌법재판의 꽃’이라 할 수 있는 헌법소원의 심판대상을 확대하여 국민의 기본권이 실질적으로 보장되고 현대판 ‘신문고’로서의 역할을 다할 수 있도록 제도보장이 요청된다.

넷째로, 심판사건처리가 신속히 이루어져서 권리구제의 실효성

이 확보되어야 한다.

다섯째로, 최고헌법기관으로서의 헌법재판소의 위상을 스스로 정립해 나아가야 한다. 이는 법적·제도적 장치보다는 좋은 판별의 축적을 통하여 헌법재판소가 국민의 신뢰를 받을 수 있도록 노력하여야 한다.

한편, 헌법재판소의 기능강화와 헌법재판의 활성화를 위한 제도개선방안을 보면 헌법재판관 전원의 상임화, 헌법재판소에 법률안제출권과 예산요구권 부여, 법원의 위헌제청신청 기각요건을 엄격히 제한하여 위헌법률심판을 활성화, 법원의 재판 대해서도 헌법소원을 인정, 행정소송에서의 집행정지나 민사소송에서의 가처분제도를 위헌재판에 도입하여 공권력행사로 국민의 기본권이 침해되고 긴급을 요하는 때에는 긴급구제를 받을 수 있도록 하는 방안 등이 제시되고 있다.

IV. 법률의 위헌여부심판제청의 의미

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판에 전제가 된 경우에 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”라고 규정하고 있고 헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해사건을 담부하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 재판을 제청한다.”라고 규정하여 위헌법률심판에 있어서 법원의 제청은 필요적 규정절차이며 이 경우 법원은 단독판사를 포함하며 다만 형식적으로 대법원을 거치도록 하고 있다(헌법재판소법 제41조 제5항). 이것은 과법 제4·5공화국의 위헌법률심판제도와는 실질적으로 큰 차이가 있다. 즉 구 헌법 제108조 제1항

은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 재판한다”라고 규정하고 있고 폐지된 법률인 헌법위원회법 제12조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해사건의 담당판사 또는 소송당사자의 신청에 의하여 당해 사건이 계속중인 각급법원의 합의부의 결정을 거쳐 당해 법원이 위헌여부를 제청한다. 군법회의에서 제청한 때에도 또한 같다”라고 규정하여 법원이 일차적으로 당해 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정하여야 비로소 제청을 하고 그것도 합의부의 결정으로만이 가능토록 하고 있으며, 한걸음 더 나아가 동법 제15조 제1항은 “하급법원(군법회의를 포함한다. 이하 같다)에서 제14조의 제청서를 송부할 때에는 대법원을 경유하여야 한다”고 규정하고, 동조 제3항은 “대법원은 하급법원의 위헌여부제청에 대하여 대법원 판사 전원의 3분의 2 이상으로 구성되는 합의체에서 당해 법률의 위헌여부를 결정하고 헌법에 위반되는 것으로 인정될 때에는 그 제청서를 헌법위원회에 송부하여야 한다. 대법원에서 제청하는 경우에도 같다”라고 규정하여 비록 하급법원의 합의부가 위헌이라고 인정하여 위헌여부 제청을 하였다 하더라도 대법원 전원 합의체에서 이를 다시 실질심사하여 위헌이라고 인정하지 않는 한 헌법위원회에 위헌여부제청을 할 수 없도록 법적으로 이중·삼중의 장벽을 쌓아놓고 있었다.

따라서 이 시대에 모두 11건의 위헌법률심판제청이 대법원에 회부되었으나 대법원은 자신을 포함해 1건도 위헌심판제청을 하지 않아 헌법위원회는 1973년 2월 16일 헌법위원회법이 발효되어 1988년 9월 1일 새로운 헌법재판소법이 시행됨에 따라 폐지될 때까지 무려 16년 동안이나 1건의 실적도 없이 휴면상태에서

종지부를 찍고 말았다.

이러한 역사적 배경을 모르는 일반의 보통 사람들은 과거의 헌법위원회가 무능력·무기력해서 지나긴 동면을 즐기면서(?)헌법재판제도를 유명무실하게 한 책임이 있는 것처럼 여길지 모르지만 진상은 그렇지 않은 않다고 말하여지고 있다.

이제 새로운 헌법과 헌법재판소법은 위헌법률심판의 실효성을 확보하기 위하여 위에서 언급한 바와 같이 과거와는 실질적으로 다르게 위헌이라고 인정하는 정도의 실질심사를 거칠 필요가 없이 단독판사도 위헌여부제청을 결정할 수 있으며 대법원도 이를 거부할 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 각급법원은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되기만 하면 조금만 의심이 있어도 위헌성 여부를 따질 필요없이 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하여야 하는 것이다. 또한 이것이 학계의 통설이고 대부분의 위헌제청 사례이다. 특히 제한적이기는 하지만 요즈음 법조일부에서는 위헌법률심판제청에 앞서서 법원은 법률의 합헌·위헌성 여부를 일차적으로 판단하여야 한다고 주장하는 견해를 내세워 소송당사자의 위헌여부제청신청을 기각하는 사례가 있어 언론기관에서 어느 것이 옳은 것인지 당혹해 하고 있는데 그 대표적인 사례가 요즈음 관심의 초점이 되고 있는 교원로조 문제와 관계하여 사립학교 교원에 대한 로동운동을 금지하고 있는 사립학교법 제55조등에 대한 위헌여부심판이다.

현재 헌법재판소에는 사립학교법 제55조등에 대한 법원의 위헌여부심판제청이 100건이 접수되어 심리중에 있는데 모 지방법원 합의부에서는 동종 사건에 대하여 당사자의 위헌여부제청신청을 기각결정하였다(서울민사지법 90.4.3, 89카5890). 당해 재판부는 결정 이유에서 ‘가치체계로서의 헌법과 기본권의 의미’ ‘헌법상 로동 3권의 의미와 법적 성질’ ‘헌법상 공교육 체제하에서

사립학교 교원의 지위' '사립학교교원과 노동3권'등에 관하여 30면이 넘는 장문의 법리를 실시한 뒤 다음과 같이 결론을 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 번복하여 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 지켜져야 한다.-

위의 결정이유를 보면 과법의 제4·5공화국 당시의 헌법과 헌법위원회법을 연상하게 되며 이에 대한 논평은 지금까지 법원의 위헌여부제청에 대하여 의문을 가져온 언론 기자 제위에 맡기고자 한다.

이와 같은 혼란이 야기되는 데에는 헌법재판소법상의 잘못된 규정에도 원인이 있다. 즉 헌법재판소법 제43조 제3·4호는 제청서 기재사항에 위헌을 해석되는 법률조항과 위헌이라고 해석되는 이유를 기재하도록 규정하고 있는데 이는 폐지된 헌법위원회법 제14조 제3·4호를 그대로 옮겨 놓은 것으로써 립법상의 실

수라고 생각된다.

헌법위원회 시대에는 법원이 위헌이라고 인정하여야 제청하게 되므로 위헌이라고 해석되는 이유가 필요하였으나 현행 헌법과 헌법재판소법 아래에서는 위헌이라고 인정하는 실질적 심사없이 재판의 전제성만 있다고 판단되면, 누가 보아도 의문의 여지없이 합헌의 확신이 있는 경우이거나 신청인이 오로지 재판의 지연만을 목적으로 위헌제청신청을 하는 것이 명백한 경우가 아니면 반드시 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하여야 한다.

헌법재판소법 제43조(제청서 기재사항)는 절차규정이며 이를 발미로 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항의 실제규정까지 저촉·운용되어서는 절대로 안 된다.

한편 헌법재판소법 제68조 제2항에서 동법 제41조 제1항에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 신청 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원 형식으로 위헌심판을 청구할 수 있다고 규정한 것을 근거로 법원의 기각결정에는 실질적인 본안심사를 예상한 것이라는 일부 주장이 있을 수 있으나, 이것도 립법의 착오로 생각되며 위헌법률심판제도를 실질적·체계적으로 종합검토하면 이것은 각하로서의 성격을 갖는다고 해석함이 타당하다.

이와 같은 현실을 감안하여 대한변호사협회는 국회에 립법건의한 헌법재판소법 중 개정법률안에서 제41조 제2항을 신설하여 법원이 당사자의 위헌제청신청을 각하할 수 있는 규정을 마련하고 그 사유로는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 않음이 명백할 때, 법률에 대하여 이미 헌법재판소에서 합헌이라는 심판이 있었을 때, 신청인이 오로지 재판의 지연만을 목적으로 위헌제청신청을 하는 것이 명백한 때 등으로 한정하고, 동법 제68조 제2항의 기각은 각하로 용어를 변경하며, 동법 제43조 제3·4호

는 위헌이라고 해석되는 법률과 위헌이라고 해석되는 이유는 심판을 제청하는 법률과 제청의 이유로 각각 개정하도록 하였다.

V. 한정합헌결정

한정합헌이란 헌법재판에서 있어서 결정주문의 한가지 형태로써 본래는 합헌적해석 또는 합헌한정해석이라고도 하는데 이는 법률의 규정을 광의로 해석한다면 위헌의 의심이 있는 경우에 이를 좁게 한정하여 해석하는 것이 당해 규정의 합리적 해석으로 되고 그로 인해 합헌이라고 할 수 있을 때에는 협의로 한정해석을 전면에서 나타내는 대신 법률규정 자체는 합헌으로 하는 판단방법이며 또한 해석 여하에 따라서는 위헌이 될 수 있는 부분을 포함하고 있는 광범한 규정의 의미를 한정하여 위헌이 될 가능성을 제거하는 해석기술(과도의 광범성 이론 : Overbreadth Doctrine)이기 때문에 이른바 사법의 자기제한의 기술—사법소극주의적 방법—의 하나라고 할 수 있다. 이와 같은 해석방법은 립법자의 립법형성의 자유를 존중하는 것이며 새로운 립법을 요하지 않는 리점이 있으나, 합헌적 해석에 있어서는 어구나 의미상으로 보아 명백한 규정을 이에 의하여 반대의미를 갖게 해서는 안 되는 제약이 있다.

앞에서 이미 언급한 바와 같이 헌법재판소는 국가보안법 제7조와 상속세법 제32조의 2에 대하여 한정합헌(합헌해석) 결정을 내렸는데 아래의 국가보안법에 대한 위헌법률심판사건의 결정(헌재 90.6.25, 90헌가11) 이유에서 한정합헌의 필요성을 발견할 수 있다.

- 이와 같이 합헌해석은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법

질서 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 있을 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 합헌해석의 실효성에 대하여는 아래와 같이 실시하고 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 기관력을 받을 것은 물론 더 나아가 살필 때 헌법 제107조 제1항의 규정상 제청법원이 본안재판을 함에 있어서 헌법재판소의 심판에 의거하게 되어 있는 이상 위 헌법 규정에 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. -

상속세법에 대한 헌법소원심판사건의 결정(헌재 89.7.21, 89헌

마38)은 보통의 한정합헌과는 달리 사실상의 일부 위헌으로 평가되고 있는데 그 결정이유에서 다수 의견에 대한 보충의견이 이를 잘 나타내고 있다.

- 합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석 가능성과 그에 따른 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 한정합헌해석은 그 한정해석의 내용에 반대하는 입장(합헌주장측)으로부터는 법해석의 테두리를 넘는 일종의 립법이라는 비판을 받으며, 그 한정해석의 내용에 찬성하는 입장(위헌주장측)으로부터는 오히려 법률 그 자체를 위헌이라고 했어야 할 것은 아니었는가 라는 비판이 항상 따르게 마련이다. 따라서 구체적으로 한정합헌해석을 함에 있어서는 헌법해석의 내용, 법률의 문언이나 구조, 법률을 위헌·무효화 함으로써 규제를 전혀

없애 버릴 것인가의 가부등을 종합적으로 판단하여야 한다고 말하여지고 있다.

VI. 법령에 대한 헌법소원심판

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에는 립법·사법·행정이 모두 포함되므로 립법권의 행사 즉 법률로 인하여 직접적으로 국민의 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 즉 법률이 별도의 구체적 집행행위를 기다리지 않고 직접적으로(직접성)그리고 현재적으로 헌법상 보장된 기본권을 침해(현재성)하는 경우에 기본권을 침해당한 당사자(자기관계성)는 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것이다. 동법 제68조 제1항 단서 규정에 의하면 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후가 아니면 청구할 수 없는데(보충성) 위와같이 법률자체에 의한 직접적인 기본권 침해여부가 문제될 때에는 그 법률자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 별도의 구제절차가 있는 경우가 아니므로 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원을 제기할 수 있다(보충성의 예외). 헌법재판소는 이미 여러개의 심판사건을 통하여 법률에 대한 헌법소원을 판례로서 확립하였다(헌재 89.3.17,88헌마1 사법서사법, 헌재 89.12.18, 89헌마32 국가보위립법회의법, 헌재 90.6.25, 89헌마220 지방공무원법, 헌재 90.10.8, 89헌마 89 교육공무원법).

최근 헌법재판소는 법무사법 시행규칙(대법원 규칙)에 대한 헌법소원심판사건에서 법무사법 시행규칙 제3조 제1항(법무사

시험실시에 관한 규정)에 대하여 동 규정이 평등권과 직업선택의 자유를 침해하였다는 이유로 위헌결정을 내린 바 있다(헌재 90.10.15, 89헌마 178). 이 사건에 대하여 대법원은 의견서를 통하여 헌법 제107조 제2항이 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정하고 있고 이에 따라 명령·규칙의 위헌여부는 대법원에 최종적인 심사권이 있으므로 법무사법 시행규칙의 위헌성 여부를 묻는 헌법소원은 위 헌법규정에 반하여 부적법하다고 주장하는 한편, 만일 청구인의 권리가 침해 당했다면 먼저 행정심판법과 행정소송법에 따라 행정쟁송구제절차를 밟아야지 그러한 절차를 거치지 아니하고 막바로 헌법소원을 청구할 것이 아니라고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고 볼 수 없고, 또한 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 공권력이란 립법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 립법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기

본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다고 판시하고, 대법원이 주장하는 행정심판이나 행정소송에 대하여서는, 가사 그러한 구제절차가 인정된다 하더라도 그러한 것은 우회적인 절차여서 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제절차에 해당되지 아니하고, 법령자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로(일반법원에 명령·규칙을 직접 대상으로 하여 행정소송을 제기한 경우에 이것이 허용되어 구제된 예를 발견할 수 없다) 이 경우에는 다른 구제절차를 거칠 것 없이 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 판단하였다.

이 사건의 결정이 선고된 후 일간지를 비롯하여 모든 언론이 대대적으로 보도하는 한편, 헌법재판소와 대법원이 마치 권한쟁의 위상다툼을 하는 것처럼 선동적인 기사가 법조면을 장식하였으며 학계에서도 양측의 주장에 찬·반양론으로 엇갈리는 경향이 있다고 신문은 보도하고 있다. 이러한 시기에 유력 법률전문지의 제언란에 “법무사법 시행규칙의 위헌결정에 대한 소감”이라는 서울고법 Y 모 판사의 전면투고가 게재(90.11.1)되어 파문을 일으키고 있다. 그 글에서 필자는 헌법재판관을 모욕하고 헌법재판소의 위상을 훼손시켰으며 나아가 논제와는 전혀 관계없는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판에 대한 시비까지 벌여 독자들을 당혹하게 하고 있다. 법관은 판결로만 말한다고 한다. 적어도 량식있는 법관이라면 다른 사람의 판결에 비록 불만이 있어도 직접적인 반박은 삼가는 것이 레의이고 필요하다면 판례평석을 통하여 당당하게 나서는 것이 신사답다.

헌법이란 무엇인가?

모두에서 지적하였듯이 기본권보장에 관한 근본규범이다. 국가 권력도 삼권분립도 모두가 국민의 기본권을 제대로 보장하고 확실하게 담보하기 위한 제도적 장치이다. 립법·사법·행정권은 그 자체를 위하여 있는 것이 아니고 국민의 기본권을 보장하고 국민의 행복한 삶을 위하여 존재하는 것이다. 헌법재판소는 헌법 수호와 국민의 기본권을 보장하는 마지막 보루로서 창설되었으며 이것이 헌법의 뜻(의미)이다. 그렇다면 이 문제도 국민의 기본권 보장이라는 지고의 가치에 능동적으로 접근하는 자세에서 매듭지어야 할 것이다.

최근에 모 일간지는 본건 관련 해설기사 말미에 다음과 같이 글을 맺고 있다.

- 법조계에서는 이번 논쟁이 감정을 배제한 법률논쟁으로 이어져 두 기관의 위상정립과 국민의 기본권보장에 기여하는 방향으로 매듭지어져야 한다고 입을 모으고 있다. -

과거 제4·5공화국의 헌법위원회 16년 동안 법원의 법률의 위헌여부심판제청이 1건도 없어 헌법재판의 부재시대를 초래하였고, 지금까지 명령·규칙에 의하여 국민의 기본권이 직접 침해되었을 때 법원이 이의 직접구제를 위하여 재판한 실적이 1건도 없었다는 사실은 어떻게 이해되어야 하는가? 이를 예견이나 한듯이 대한변협은 앞에서 말한 바와 같이 국회에 립법 건의한 헌법재판소법 중 개정 법률안(상세내용 『인권과 정의』 90.6월호 삼회)에서 위헌법률심판에 있어서 법원이 당사자의 위헌제청신청을 기각할 수 있는 요건을 엄격히 제한하여 위헌제청신청이 있으면 법원은 특별한 사정(소송지연목적 등)이 없는 한 헌법재판소에 위헌제청을 하도록 하였으며 (법원의 기각결정을 각하로

바꾼 것은 이미 앞에서 설명한 바 있다) 모든 공권력 작용을 헌법소원의 대상으로 하여 법령에 대한 헌법소원을 법조문에 명시하는 등 그간 논란에 있어온 사항들에 대하여 입법론적 해결을 시도하고 있다.

- 헌법재판소법 개정안 중 제68조(청구사유)

① 다음 각호의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다.

1. 법률, 조약, 법규명령, 조례 또는 규칙의 제정 등 립법작용. 다만, 이 경우에는 기본권이 침해될 현저한 위험이 있는 자를 포함한다.

2. 행정청의 처분·부작위 등 행정작용

3. 법원의 판결, 결정, 명령 기타 사법작용

② 제1항의 헌법소원심판은 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

VII. 헌법재판 처리기간

헌법재판소법 제38조에 의하면 헌법재판소는 심판 사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하도록 규정하고 있다. 이 규정이 강제규정이냐 임의 또는 훈시규정이냐에 대하여 언론보도를 통하여 논란이 있으나 훈시규정으로 이해함이 온당한 것으로 본다. 앞에서 설명한 바와 같이 헌법재판소 개설 2년만에 590건을 처리하였는데 이 중 취하 또는 민원처리된 226건을 제외하더라도 364건이 재판부에서 심사 처리되었으며 이는

법정 처리기간인 6개월에 평균 91건을 처리한 셈이 된다. 물론 이 중에는 지정재판부의 사전심사에서 30일 이내에 각하 처리된 236건의 헌법소원심판이 포함되어 있다. 지정재판부 활동을 고려하지 않고 전원재판부에서 처리된 128건 만을 놓고 보아도 6개월에 평균 32건, 한달에 5건 이상씩을 처리한 실적인데 이는 그간 헌법재판소가 얼마나 바쁘게 활동하였는가를 통계적으로 대변하고 있다.

참고로 서독연방헌법재판소의 재판 처리기간을 보면, 위헌법률심판의 경우 평균 2년 반이며, 헌법소원심판의 경우 60%가 1~2년에, 30%가 3~5년에 처리되며 6년 이상 걸려서 처리되는 것이 10%나 된다. 또한 지정재판부의 예비심사는 우리의 2배인 2개월이 소요되고 있는 실정이다. 그러나 어쨌든 국민의 기본권 보장의 측면에서 볼 때 법규정이 어찌되었던 간에 보다 신속히 처리되어야 하는 것이 마땅하다.

VIII. 맺는 말

민주화를 향한 국민의 뜨거운 열정과 기대속에서 우리 나라 헌정사상 처음으로 빛을 보게 된 헌법재판소가 어떻게 운영될 것인가, 국민주권과 법치국가의 현실에 어느 정도 기여할 것인가. 또한 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 실질적으로 보장하는 헌법보장기관으로서의 역할을 제대로 해낼 것인가. 이러한 의구심과 기대감 속에서 헌법재판소가 탄생하였다.

그러나 현행 헌법 개정 당시와 헌법재판소법 제정 당시 만해도 헌법재판소가 지금처럼 이렇게 왕성하게 활동할 줄은 아무도 예상하지 못했다. 이는 국민 스스로가 기본권에 대한 인식을 새롭게 하고 또한 언론(기관)이 이를 뒷받침하여 주었기 때문이다.

한 나라의 헌법이 효과적으로 그리고 확고하게 지켜지기 위해서는 궁극적으로 모든 국민 “헌법에의 의지”를 가져야만 가능하다고 한다. 헌법재판소의 최종결정도 결국 립법·사법·행정 등 다른 헌법기관의 능동적이고 적극적인 협조가 없이는 효과적으로 집행될 수 없는 헌법재판의 본질적 특성을 고려할 때, 다른 헌법기관으로 하여금 헌법재판소의 결정에 스스로 협력하지 않을 수 없도록 감시하고 개선을 촉구하는 국민의 헌법수호기능. 즉 국민이 가지는 “헌법에의 의지”야말로 헌법수호의 최후 보루라고 생각되며 이러한 국민의 의지를 수렴하고 선도하는 언론의 기능은 아무리 그 중요성을 강조해도 지나치지 않을 것이다.

이제 이 글을 끝내면서 이시윤 헌법재판소 상임재판관이 쓰신 『헌법이 지켜지는 사회』라는 제목의 권두시론(고시 행정, 90.6월호)의 마지막 부분을 감히 인용하여 맺음말에 갈음하고자 한다.

- 이와같은 시대 추이에 비추어 이제 헌법은 재판기관에 의하여 그 준수가 담보되는 법규범체계이지, 결코 하나의 프로그램적 수사적표현이 집합체이거나 조직규범 정도에 그칠 수 없는 것 이며, 지키기보다는 기회 있을 때마다 특별한 사정도 없이 뜯어 고치기에 바쁜 『헌』법이 되던 시대는 지나간 것이다.

헌법은 문자 그대로 국가의 최고규범으로 자리 잡아야 하며, 립법·사법·행정 등 3권력의 작용과 정책에 그 리상과 가치가 그대로 반영되어 헌법이 지켜지는 국가사회를 건설하는 것이 시대의 분명한 요청이다. 그것이 민주화요 국가종합체제의 전근대성의 탈피라고 생각한다.

이제 우리는 헌정사상 처음으로 헌법이 제 기능을 하는

사회를 개막하여야 할 당위성에 직면해 있다면, 헌법재판소의 중요성을 더 강조할 필요가 없을 것이다. -

<참고문헌 및 자료>

1. 김철수 『신고 헌법학개론』 (박영사, 1989년)
2. 김상규 『신행정쟁송법』 (법문사, 1988년)
3. 중국 실 편저 『헌법소송의 기본문제』 (법조동인, 1989년)
4. 헌법위원회 헌법재판자료 제9집(1984년)
『서독』 연방헌법재판소 -그 제도와 기능-
5. 이시윤 “한국의 헌법재판제도와 실제”(사법행정, '90년 3·4
·5월호)
6. 최광률 “헌법재판소법 개관”(사법행정, '88.10월호)
7. 최대권 “법률에 대한 헌법소원의 몇가지 문제점”(고시계,
'90.6월호)
8. 김주원 “위헌심판제청요건”(변호사, 서울지방변호사회, '90.
1월호)
9. 대한변호사협회 “헌법재판소중 개정법률안”(인권과 정의,
'90 .6월호)
10. 헌법재판소판례집('90.11월)
11. 양건 “헌법재판소 2년 그 성과와 한계”(한국논단, '90.11월
호)
12. 줄고 “헌법재판소의 기능과 역할”(89.3.31)
13. 헌법재판소 심판사무국 -헌법재판소 심판청구현황-('90.10
.15현재)

헌법소원의 대상에 관한 소고

김 현 철

심판3과장

- 목 차 -

일. 서설

- I. 헌법소원의 의의와 종류
- II. 헌법소원의 본질과 기능
 - (1) 헌법소원의 본질
 - (2) 헌법소원의 기능(목적)
- III. 헌법소원의 대상이 가지는 의미
- IV. 본고의 논술방향

이. 절차의 흐름에서 본 헌법소원의 대상

- I. 서
 - (1) 헌법소원심판절차 흐름도
 - (2) 사건처리 현황
- II. 청구인의 입장
- III. 사건접수단계-접수담당자의 입장
 - (1) 민원사건(일반민원과 사건민원)
 - (2) 민원사건과 순수한 헌법소원사건의 구분
 - a. 형식설 b. 내용설 c. 절충설. d. 결론 및 현황

IV. 지정재판부의 사전심사단계

V. 전원재판부의 종국결정단계

삼. 헌법소원을 통하여 무엇을 보존할 것인가(헌법소원의 보호 대상)

I. 기본권

- (1) 평등권, 형사피해자의 재판절차에서의 진술권
- (2) 표현의 자유에서 파생된 국가에 대한 정보접근법(알권리)
- (3) 평등권, 행복추구권

II. 기본원리

사. 공권력의 의미에서 본 헌법소원의 대상(헌법소원의 쟁송 대상)

I. 서

- (1) 공권력의 개념 (2) 공권력작용의 형태

II. 행정작용에 대한 헌법소원

- (1) 행정소송의 대상이 되는 행정행위에 의한 기본권침해의 경우

- a. 부정설 b. 긍정설. c. 문제점 d. 결론
- e. 헌법재판소의 입장

- (2) 행정쟁송의 대상이 되지 않는 행정작용에 의한 기본권 침해의 경우

- a. 통치행위 b. 권력적사실행위 c. 행정계획
- d. 감사의 처분 e. 행정업무지침·시달·통첩 또는 지시
- f. 행정립법 g. 행정권의 불행사

III. 립법작용에 대한 헌법소원

(1) 법률

a. 부정설 b. 긍정설 c. 결론—헌법재판소의 관례

(2) 헌법규정 (3) 국회의 의결

(4) 법률안이 아닌 결의

(5) 국회가 동의한 조약이나 심의·확정한 예산

(6) 립법부작위

IV. 사법작용에 대한 헌법소원

(1) 재판소원금지의 원칙

a. 사법작용 일절배제설

b. 사법절차적 기본권침해 포함설

c. 결론

(2) 헌법재판소의 립장

오. 비교법적 고찰

I. 헌법규정 II. 법률 III. 명령 IV. 립법의 부작위

V. 행정행위 VI. 법원의 재판

육. 결론

I. 서

II. 접수사무처리의 합리화—송무심의관제도

III. 보충성의 레외의 립법

IV. 법률소원의 립법

V. 재판에 대한 헌법소원의 문제

VI. 결—헌법재판의 시대

일. 서설

I. 헌법소원의 의의와 종류

헌법소원(Verfassungsbeschwerde)이란, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 이의 구제를 받기 위해 헌법재판소에 심판청구를 하여 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인받는 제도이다(헌법재판소법¹⁾§68①, §75 ③ 참조).

헌법재판소의 다른 심판사항이 국회·정부·법원 또는 지방자치단체등이 주체가 됨에 비하여 헌법소원은 국민이 직접 심판청구의 주체가 되고 기본권 침해에 대한 직접적인 구제를 목적으로 하므로 우리 헌법이 마련한 기본권보장의 제도적 장치 중 핵심적인 것¹⁾이라 할 수 있다.

우리나라 헌법재판소법은 위와 같은 일반적 의미의 헌법소원 (§68 ①) 외에도 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에서 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법소원의 형태로 그 심판을 청구할 수 있도록 하였다(§68 ②).

흔히 전자를 권리구제형 헌법소원²⁾이라고 하는데 대하여 후자는 위헌심판형 헌법소원이라고 불리운다³⁾

그러나 후자에 대하여는 “헌법소원의 형태만 취했을 뿐 그 실

1) 이하에서 단순히 「법」이라 한 것은 헌법재판소법을 가리킨다.

1) 「헌법재판소」 1989.9 헌법재판소 사무처 발행 P.36

2) 그러나 후술하는 바와 같이 법§68 ① 헌법소원의 경우 권리구제에만 그 목적이나 기능이 있는 것이 아니므로 이와 같은 명칭이 합당한지는 의문이다.

3) 「헌법재판소」 (FN 2) P.36

최광률, 헌법재판소법 해설, 1988.2. 공법학회세미나자료 P.37

질은 위헌법률심사”라는 견해가 있고,⁴⁾ 그 구체적 심판절차나 결정주문의 형식등 법 제68조 1항의 헌법소원과 다른 면이 많을 뿐만 아니라, 헌법소원의 대상이라는 문제를 함께 논하기에는 부적당한 측면이 있으므로 본고에서는 제68조 1항의 헌법소원만을 다루기로 한다.

II. 헌법소원의 본질과 기능

(1) 헌법소원의 본질

근대 헌법사는 “기본권보장의 확대력사”라고 할 수 있다.⁵⁾ 그리하여 헌법은 국민의 기본권이 명목화되지 않도록 많은 노력을 경주하여 왔다. 특히 국가권력의 남용방지와, 국가권력을 국민의 기본권에 기속 시키려는 많은 시도가 그것이다. 그리고 이와 같은 기본권 보장기능의 상당부분을 사법부가 맡아 왔다. 그럼에도 불구하고 국민의 자유와 권리의 보장에 사각지대가 등장하게 되었으니 ‘고도의 정치적 성격을 띤 통합행위의 규제문제, 국가구조변화에 따른 개별적·구체적 성질을 지닌 소위 처분적법률의 등장’이 그것이다. 뿐만 아니라 종래 기본권 보장기관으로만 알던 ‘사법부에 의한 기본권침해’ 현상이 등장하게 된 것이다.

헌법소원은 위와 같이 국민의 자유와 권리 보호의 사각지대(통치행위, 직접적효력을 가진 법률)를 메우고, 사법부에 의한 기본권침해를 구제하기 위하여 인정된, 국가에 대한 최후의 구제수단이라는데 그 본질이 있다.⁶⁾

이와 같은 헌법소원의 본질에 대한 이해는 본고의 주제인 헌

4) 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 1989.12. 서울대학교 대학원 박사학위 논문 P.197

5) 김학성, 전제논문 P.26

6) 김학성, 전제논문 P.30

법소원의 대상이 무엇인가를 인식하는데 중요한 ‘가능자’일 뿐 아니라 헌법소원제도 전반을 이해하는데 매우 중요한 역할을 한다고 아니할 수 없다.

(2) 헌법소원의 기능(목적)

헌법소원은 어떤 기능을 하는가, 즉 헌법소원의 목적은 무엇인가. 이에 주관적 권리보장설, 객관적 헌법질서보장설이 있는바 대체로 양자의 성질을 모두 겸유하고 있고 보는 데는 큰 이론이 없다(헌법소원의 이중적성격 : Doppelfunktion).⁷⁾

즉 헌법소원의 목적은 국민의 기본권보호에 있는 것이며 이를 통하여 헌법을 보호하는 데 있다.⁸⁾

Ⅲ. 헌법소원의 대상이 가지는 의미

헌법소원의 대상이라고 할 때는 크게 헌법소원을 통하여 무엇을 보호할 것인가(보호대상)의 문제와, 무엇을 대상으로 다룰 것인가(쟁송대상)의 문제로 구분할 수 있다.⁹⁾ 후자는 다시 말하여 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사 또는 불행사’는 구체적으로 어떤 것인가의 문제이다. 본고에서는 전자는 간단히 살펴본 후에 주로 후자를 중심으로 고찰해 보고자 한다.

한편, 헌법소원심판을 관장하는 헌법재판소의 입장에서는 헌법재판소에 제출되는 수많은 서류 중 어떤 것을 헌법소원 사건으로 접수할 것인가의 문제에서부터 시작하여, 과연 적법한 형식적

7) 김학성, 전계논문 P.35, 김철수 헌법소원제도, 고시계 1979. 6. P.59, 안용교, 헌법소원제도, 월간고시 1988.3. P.4

8) 김학성, 전계논문 P.3

9) 김학성, 전계논문 P.204

요건을 갖춘 소원인가를 심사하는 지정재판부의 사전심사 단계를 거쳐, 전원재판부의 본안심사를 통한 인용 또는 기각(때로는 각하)의 중국결정에 이르기까지 끊임없이 부딪히는 문제가 바로 헌법소원의 대상에 관한 문제이기도 하다.

즉, 헌법소원의 대상의 대상에 관한 문제란 결국 헌법소원 전반에 관한 문제라 해도 과언이 아닌 것이다.

IV. 본고의 론술방향

이상에서 헌법소원, 나아가 헌법소원의 대상에 관한 일반적인 관찰을 해 보았다. 이하에서는 구체적으로 헌법소원의 대상에 관하여 보기로 하는바, 그 순서로는 우선 현실적으로 헌법소원이라는 이름의—또는 그와 같은 효과를 기대하여 제기하는—청구에 대하여 헌법재판소가 반응하는 단계를 중심으로, 다시 말하면 절차의 흐름에서 본 헌법소원의 대상을 살펴보고, 나아가 구체적 사건에 있어서 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사 또는 불행사’란 무엇을 의미하는지를 헌법재판소의 결정례를 중심으로 살펴보기로 한다.

그리고 헌법소원제도를 두고 있는 외국의 예를 서독,¹⁰⁾ 오스트리아, 스위스를 중심으로 비교법적으로 검토함으로써 우리나라의 헌법원제도를 이해하는데 도움이 되고자 하였다.

한편, 결론 부분에서는 본고를 맺는 말과 함께 사건접수단계에서의 혼란을 방지하기 위하여 서독의 수석심의회(Präsidentialrat)제도와 같은 접수담당 공무원제(공무심의관), 헌법소원의 문을 열기 위한 몇 가지 방법(보충성의 예외의 립법, 법률소원의 립법,

10) 동독과 서독은 1990년 10월 3일 통일을 선포하여 정치·경제·사회·법적으로 하나의 국가가 되었으나, 본고에서 인용하는 독일연방헌법재판소는 서독의 그것을 의미하므로 ‘서독’이란 단어를 그대로 사용하고자 한다.

재판에 대한 헌법소원의 문제 등)을 제기해 보았다.

이. 절차의 흐름에서 본 헌법소원의 대상

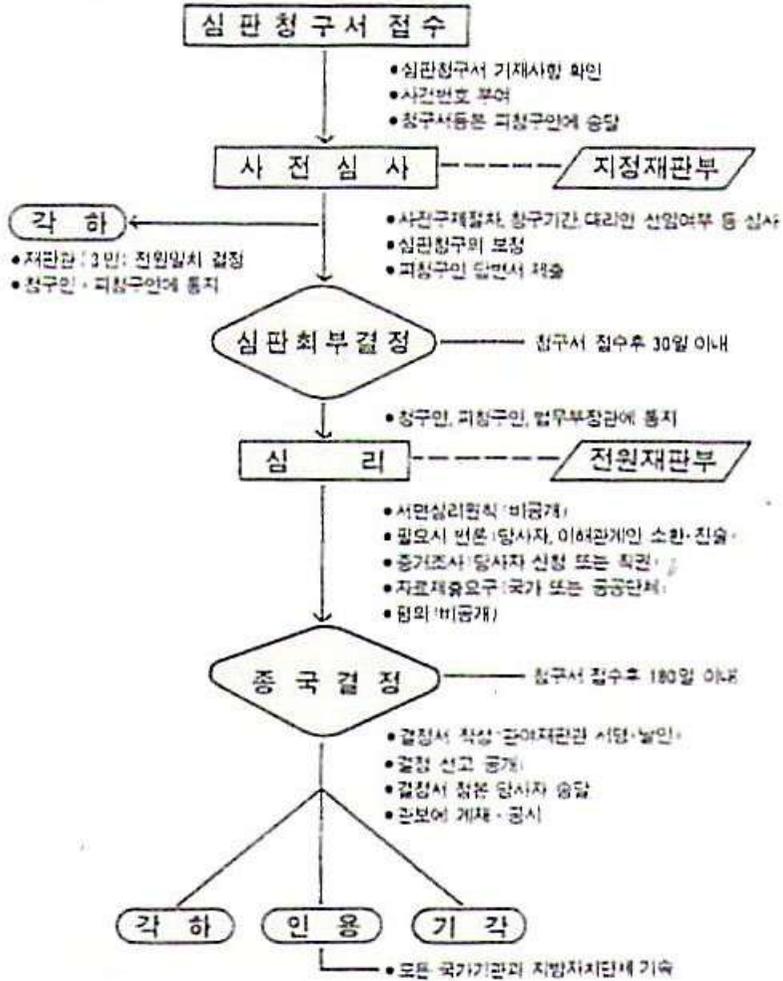
I. 서

(1) 헌법소원심판절차 흐름도

헌법소원은 당사자(청구인)가 공권력에 의하여 기본권을 침해 받았다고 생각하여 이를 서면으로 작성, 헌법재판소에 제출할 순간부터 시작하여 헌법소원사건으로 접수되어 소기의 목적을 이루는 인용결정에 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) 사건처리 현황

헌법 제113조 3항에 의하여 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항을 정하는 헌법재판소법이 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. 청구인의 입장

	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	

기본권을 침해당했다고 느껴서 헌법재판소에 ‘구제받기 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 중 일반민원과 사건민원의 구분은 후술

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 사안에 대하여 ‘무엇이나’ 또는 ‘아무렇게나’ 소원을 제기하는 경우가 많은 것이 현실이다.¹⁶⁾

III. 사건접수단계-접수담당자의 입장

(1) 민사사건(일반민원과 사건민원)¹⁷⁾

헌법소원의 접수는 헌법재판소 사무처 소속의 심판사무국에서 관장한다.¹⁸⁾ 그리하여 접수담당자는 위와 같이 ‘아무렇게나’ 또는 ‘무엇이나 가리지 않고’ 제출되는 서류에 대하여 우선 어떤 것을 사건접수태장¹⁹⁾에 기재할 것인가를 판단한다.²⁰⁾

위 <표 2>에서도 보듯이 그동안 157건이 사건접수대장에 오르지도 못하고 민원처리 되었는데, 이들은 거의 형식적으로나 내용적으로나 이른바 ‘소원성’을 결여한 것으로 판단되는 것들이다. 이를 ‘일반민원’이라고 한다. 이에 비하여 ‘사건민원’이란, 일단 사건접수대장에는 기재되나 재판부²¹⁾의 판단을 거쳐 민원사건으로 분류, 처리되는 것을 말한다. 위 <표 2>에 의하면 그동안

15) 헌법재판소법은 변호사 강제주의(§25 ③)를 채택하고 있으나, 실제로는 당사자가 바로 소원을 제기하는 경우가 압도적으로 많다.

16) <표 2>의 민원사건 268건이 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 본고 육. II. 참조.

21) 이때의 재판부란 전원재판부나 지정재판부의 의미보다는 헌법소원심판을 담당하는 재판관 개개인을 주로 지칭한다.

111건이 이와 같이 하여 민원처리 되었다.

그러나 일반민원과 사건민원의 구별이 반드시 명확한 것은 아니며 또 양자를 굳이 구별할 실익도 없다. 이들은 둘 다 헌법소원사건으로서의 사건번호나 사건명이 부여되지 않으며 따라서 헌법소원사건부²²⁾에 오르지 않고 민원처리되는 점은 마찬가지로이기 때문이다. 차이가 있다면 일반민원은 통계표에서 별도로 표시된다는 점 정도이다.

(2) 민원사건과 순수한 헌법소원사건²³⁾의 구분

일반민원이든 사건민원이든 이를 순수한 헌법소원사건과 구분하는 기준은 무엇인가. 이에는 다음과 같은 설이 있다.

a. 형식설

법 제71조 1항에 의하면 제68조 1항의 헌법소원심판청구서에 기재할 사항을 규정하고 있으므로 ‘헌법소원심판청구서’라는 이름과 함께 동조 소정의 사항을 기재한 청구만을 헌법소원사건으로 인정해야 한다는 견해이다. 이 기준에 의하면 민원사건인지 소원사건인지 구별이 분명하여 누구나 구분할 수 있다는 것이다. 다만 이 설을 주장하는 경우도 법 제71조 1항의 기재사항에는 약간의 탄력성을 부여하여 일용 형식적 기재사항에 부응하는 경우에는 헌법소원사건으로 볼 수 있다고 한다.

b. 내용설

이는 청구의 형식에 관계없이 그 내용상 공권력에 의한 기본권침해 주장이 있고, 헌법재판소에 대하여 이의 구제를 요구하는 경우에는 그 문서의 제목이 ‘고발장, 탄원서, 진정서...’ 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. 절충설

이는 문서의 형식이 헌법소원심판청구서—또는 이와 유사한—로 되어 있으면 일응 헌법소원사건으로 분류하고, 형식에 하자가 있는 경우에도 그 내용에 헌법소원심판을 요구하는(이른바 소원성) 부분이 있으면 이를 헌법소원사건으로 분류하자는 견해이다.

d. 결론 및 현황

㉔ 법 제71조 1항에는 헌법소원심판청구서의 기재사항으로서

1. 청구인 및 대리인의 표시
2. 침해된 권리
3. 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사
4. 청구이유
5. 기타 필요한 사항 등이 규정되어 있다.

따라서 이와 같은 형식을 갖춘 청구서만을 헌법소원사건으로 받아들여지는 형식설은 일응 명백한 기준을 제시하고 있으나, 일반 국민으로서는 헌법재판소법의 존재, 특히 법 제71조 1항의 규정을 모르는 경우가 많기 때문에, 형식설에 의하면 국민의 헌법소원심판청구권(헌법 제27조 소정의 재판청구권의 일종이다)을 제한하게 되어 부당하다.

㉕ 한편 내용설에 의하면 청구인의 권리구제에 부응하는 듯하나, 청구의 내용이 헌법소원사건이 아니더라도 형식상 헌법소원심판을 요구하는 경우에는 이를 헌법소원사건으로 받아들여 처리하는 것이 본인의 의사에 합당하다는 비판이 있다.

㉖ 결론적으로 청구인의 의사를 존중하고 당사자에게 권리구제 받을 기회를 될수록 많이 부여한다는 의미에서 절충설이 타당하다. 즉,

- (i) ‘헌법소원심판청구서’, ‘헌법소원’등 서류의 제목으로 청구인의 헌법소원 의사를 읽을 수 있는 것은 헌법소원사건으로 보며,
- (ii) 그 내용에 공권력에 의한 기본권침해의 주장이 있고 이의 구제를 바라는 의사표시가 있으며 권리구제 가능성이 일응 있는 경우에는 문서의 제목이 어떠하든지 또는 제목이 없는 서신 형식이라 하더라도 헌법소원사건으로 본다.

IV. 지정재판부의 사전심사단계

(1) 헌법소원사건은 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부의 사전심사를 거처도록 되어 있다(법§72, 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙). 그리하여 지정재판부에서는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다(법 §72 ③).²⁴⁾ 즉,

1. 다른 법률에 의한 사전구제절차를 모두 가치지 않은 경우 (보충성의 원칙)나, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 한 경우(재판소원금지의 원칙)
2. 법 제69조 1항 소정의 청구기간이 경과한 경우(청구기간)
3. 대리인의 선임없이 청구한 경우(변호사 강제주의)
4. 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우 등이다.

이중 제4호에 규정된 ‘부적법’한 경우란 민사소송에 있어서의 이른바 ‘소송사건의 흠결’의 의미로만 볼 것은 아니다. 서독에서는 이를 「허용가능성, 승소가능성, 헌법문제의 해결가능성」이라고 하고 있거니와 우리 헌법재판소의 결정 중 위 제4호를 이유

24) 지정재판부의 각하결정은 종국결정의 효력을 가진다고 본다. 강민형, 헌법소원심판의 청구절차, 헌법재판자료 제2집 P.193

로 지정재판부에서 각하한 예의 일부를 보면

- (i) 제3자인 청구인의 아들에 대한 기본권침해에 관하여 헌법소원심판을 청구한 경우²⁵⁾
- (ii) 형평에 반하는 형벌규정의 시정을 촉구하는 내용의 심판청구²⁶⁾
- (iii) 헌법재판소의 각하(또는 기각)결정의 취소를 요구하는 내용의 심판청구²⁷⁾
- (iv) 1988. 5. 5. 개정 선포한 대한민국 어린이헌장이 어린이의 사회보장권을 침해하고 있다며 심판을 청구한 경우²⁸⁾ 등이 있다.

(2) 위 <표 2>에서 보듯이 헌법소원사건으로 분류된 438건에서 1990. 8. 31. 현재 지정재판부에 계류 중인 17건을 제외한 421건 중, 지정재판부의 사전심사를 거쳐 전원재판부로 넘어간(이른바 심판회부)사건은 190건(71+119)으로서 심판회부율은 45.1%에 이르고 있다. 이를 바꾸어 발하면 54.9%에 해당하는 231건이 지정재판부 단계에서 screen된 것이다.

이와 같이 헌법소원심판에 사전심사제도를 두고 있는 것은 헌법소원의 남용방지책의 일환으로서 헌법재판소 업무의 과중한 부담을 줄이고자 하는 의도이지만,²⁹⁾ 지정재판부의 입장에서는 법 제72조 3항 각호에 해당하지 않는 사건만을 골라내어 전원재판부에 심판회부하는 것이며, 이와 같이 지정재판부의 사전심사를 통과한 사건만이 전원재판부가 심판하는 헌법소원의 대상이 되는 것이다.

25) 현재 1989. 4. 15. 제3지정재판부 89헌마 51 결정
26) 현재 1989. 6. 13. 제2지정재판부 89헌마 106 결정
27) 현재 1989. 7. 6. 제3지정재판부 89헌마 139 결정
28) 현재 1989. 9. 2. 제3지정재판부 89헌마 170 결정
29) 강민형, 전계논문 P.196

V. 전원재판부의 중국결정단계

(1) 그러나 지정재판부의 사진심사를 거쳐 전원재판부에 회부된 사건이 모두 헌법소원의 대상으로 본안판단을 받는 것은 아니다. 왜냐하면, 지정 재판부의 각하결정은 지정재판부 재판관 전원의 의견이 일치된 경우에만 가능하기 때문이며(법§72 ③), 실제로 1990. 8. 31. 까지 전원재판부에서 선고된 64건의 중국결정 중 20건이 각하되었다. 이를 두고 지정재판부에서 screen의 소임을 다하지 못했기 때문이라고 말할 수도 있으나, 지정재판부에서 사안에 따라서는 전원재판부의 결정으로 선례를 남길 필요가 있다고 판단하여 심판회부한 경우도 많다.

(2) 전원재판부의 중국결정에서도 심판의 대상을 확정하는 절차가 있으며 법 제72조 3항 각호의 사유가 없는 경우에는 본안판단을 하여 기각 또는 인용결정³⁰⁾을 하게 된다. 위 <표 2>에 의하면 1990. 8. 31. 까지 기각결정이 40건, 인용결정이 4건이 있었다.³¹⁾

삼. 헌법소원을 통하여 무엇을 보호할 것인가

(헌법소원의 보호대상)

I. 기본권

30) 인용결정의 경우 공권력 행사 또는 불행사의 원인이 되는 법령의 위헌선언도 함께 할 수 있다(법§75 ⑤).

31) 인용결정된 4건은 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.

법 제68조 1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 “헌법상 보장된 기본권”을 침해받은 자가 헌법소원심판을 청구 할 수 있다고 규정하였다. 그러므로 헌법소원으로 보호될 대상은 헌법상 보장하고 있는 기본권에 한한다. 기본권에는 자유권·청구권·생존권·참정권이 모두 해당된다.³²⁾ 그동안 헌법재판소의 판례에 나타난 예를 보면,

- (1) 평등권(헌법 §11), 형사피해자의 재판절차에서의 진술권
(헌법 §27 ⑤)

“그러므로 검사의 불기소처분이 적절하게 행사되지 못하거나 자의적으로 행사된 경우에는 형사피해자는 헌법 제27조 제5항에 규정된 이와 같은 기본권의 침해와 아울러 제11조에 정한 평등권을 침해했다고 주장할 수 있다 할 것이다.”³³⁾

- (2) 표현의 자유(헌법 §21)에서 파생된 국가에 대한 정보접근권 - 알 권리

“……피청구인의 본건 불행위는 헌법 제21조에 의하여 보장되고 있는 청구인의 알 권리를 침해한 것이므로……”³⁴⁾

- (3) 평등권(헌법 §11), 행복추구권(헌법 §10 전문 후단)

“……이 사건 처분에 이르렀으니 적어도 자의금지의 원칙을 위배한 처분으로 말미암아 청구인에 대한 평등권이 침해되었음에 틀림없으며 이에 의하여 부당하게 행복추구권이 침해되었다고 할 것이다…….”³⁵⁾

II. 기본원리

32) 김학성, 전제논문 P.204

33) 헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌마 3 결정

34) 헌재 1989. 9. 4. 선고 88헌마 22 결정

35) 헌재 1989. 10. 27. 선고 89헌마 56 결정

기본권의 성격이 결여되어 있는 헌법상 기본원리나 기본원칙의 침해를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있는가.

서독연방헌법재판소는 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙, 범형성 권한의 남용, 소급효금지, 적법절차, 국제법상 일반원칙의 준수 등이 침해된 때에 헌법소원을 허용하고 있다.³⁶⁾ 우리나라의 경우도 공권력이 헌법상 기본원리를 침해한 경우에는 헌법소원을 허용해야 할 것이다.³⁷⁾

사. 공권력의 의미에서 본 헌법소원의 대상

(헌법소원의 쟁송대상)

I. 서

(1) 공권력의 개념

법 제68조 1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여” 기본권을 침해받은 자가 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하였다. 그러므로 헌법소원의 대상이 대는 행위(작위 또는 부작위)는 공권력에 속해야 한다. 공권력은 대한민국의 공권력을 의미하며, 통일적으로 자기의 기관에 의하여 대표되는 국가권력을 의미한다.³⁸⁾ 직접적 국가권력의 작용 뿐 아니라 간접적 국가권력의 작용도 포함되며, 고권을 행사할 수 있는 자치행정단체도 포함된

36) 김학성, 전계논문 p.211

37) 김학성, 전계논문 p.211

38) 김학성, 전계논문 p.212

다.

또한 공권력작용의 주체는 권리주체로서의 국가에 국한하지 않으며, 공권력을 행사하는 한 비국가적 주체도 포함된다. 서독 연방헌법재판소는 연방 뿐 아니라 지방자치단체, 대학,³⁹⁾ 종교단체, 방송국, 변호사협회, 공증인에게도 주체성을 인정하였다.⁴⁰⁾

(2) 공권력작용의 형태

공권력작용은 법제정작용(립법권), 법집행작용(행정권), 법선언작용(사법권)으로 구성되는 바 이하에서는 행정권, 립법권, 사법권의 순으로 헌법소원의 대상여부를 살펴보기로 한다.

I. 행정작용에 대한 헌법소원

법집행작용(행정작용)으로 국민의 기본권이 침해된 경우에는 헌법소원이 허용된다. 행정작용에는 행정소송의 대상이 되는 것과 되지 않는 것이 있는 바, 후자는 헌법소원의 대상이 됨에 문제가 없지만 전자는 헌법 및 헌법재판소법의 해석과 관련하여 논란이 있다.

(1) 행정소송의 대상이 되는 행정행위에 의한 기본권침해의 경우

이는 불복절차가 따로 있는 경우로서, 스위스법에서는 이를 상대적 보충성(relative Subsidiarität)이라 한다.⁴¹⁾ 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 대하여 헌법소원이 가능한가. 이 문제는 헌

39) 독일의 대학은 거의 모두 국가(연방)소유이다.

40) 김학성, 전제논문 p.213

41) 이시윤, 헌법재판개관(1989.9. 헌법재판소 발행) p.40

법 제107조 2항 및 헌법재판소법 제68조 1항의 해석과 관련하여 부정설과 긍정설이 첨예하게 대립되고 있다.

a. 부정설

행정처분은 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 한다. 그 근거로는

첫째, 헌법 제107조 2항을 든다. 즉 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정되어 있으므로, 처분의 위헌·위법 여부에 관한 대법원의 심사가 있음에도 불구하고 처분에 대한 헌법소원을 허용하는 것은 헌법 제107조 2항에 위배된다는 것이다. 따라서 행정행위에 대해서는 사실상 헌법소원의 길이 막혀 있다고 보아야 한다는 것이다.⁴²⁾

둘째, 법 제68조 1항에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있는바, 처분에 대한 헌법소원을 허용하게 되면 간접적 또는 우회적으로 법원의 재판에 대한 헌법판단을 허용하게 되는 것이므로 립법자의 의사와 모순된다고 한다. 특히 법원의 재판결과와 헌법재판소의 결정이 상이한 경우에는 국민의 사법부에 대한 신뢰가 무너지고 법체계에 큰 혼란이 온다는 것이다.

b. 긍정설

행정처분의 당부에 대한 판단인 행정결정 자체에 대해서는 재판소원금지의 원칙 때문에 소원이 허용되지 않는다고 하겠지만 원래의 행정처분은 국가기관의 공권력의 행사이기 때문에 헌법소원의 대상이 된다는 견해이다.⁴³⁾ 이 견해에 의하면

첫째, 법 제68조 1항은 행정처분을 법원의 재판처럼 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있지 않기 때문에 행정소송은 동행 단

42) 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집 p.210

43) 이시윤, 전거서 p.40

서의 다른 법률에 의한 구제절차로 보아야 하며

둘째, 헌법 제107조 2항에서 처분이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원에 최종적인 심사권을 인정하고 있는바, 이것은 ‘구체적 소송사건에서 처분의 위헌여부가 문제가 되면 헌법재판소에 제청함이 없이 최종적으로 대법원에서 심판한다’는 의미로 해석한다면 별 문제가 없다고 한다.⁴⁴⁾

c. 문제점

헌법 제107조 2항이나 헌법재판소법 제68조 1항의 규정을 피상적으로 보면 일응 부정설로 귀결되기 쉽다. 그러나 헌법 제107조 2항은 헌법재판소, 따라서 헌법소원제도가 없었던 이전의 헌법규정을 답습한 것이다. 즉, 제5공화국헌법(1980년 헌법) 제108조 2항은 “명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정하였는데, 신헌법에서 헌법소원제도를 도입하였음에도 불구하고 위 규정을 조문만 바꿔(107조로) 그대로 존치했기 때문에 문제가 발생한 것이다.

또한 법 제68조 1항의 이른바 ‘재판소원금지’ 규정도 그 자체가 많은 논란이 되고 있고, 동 규정의 “법원의 재판을 제외하는”이란 구절의 의미를 어떻게 해석하느냐가 또한 문제가 되고 있거니와 이들 문제를 별론으로 하더라도 이 규정이 행정처분이 헌법소원의 대상이 안된다고 분명하게 선언한 것은 아니다.

d. 결론

행정처분에 대한 헌법소원은 허용되어야 한다.⁴⁵⁾ 그 이유는, 첫째, 행정처분 자체가 공권력행사임은 분명하고 법 제68조 1항이 법원의 재판은 제외한다는 명문의 규정을 두고 있는 점으

44) 이시윤, 전계서 p.41

45) 동지: 김학성, 전계논문 p.224 이하.

로 볼 때, 행정재판에 대한 헌법소원은 제외되거나 원래의 행정처분에 대하여는 헌법소원이 허용된다고 해석해도 법문에 위배되지 않는다.

둘째, 법 제68조 1항의 규정이 헌법 107조 2항과 같등이 있다는 것은 사실이나 동 헌법규정은 헌법재판소와 헌법소원제도가 생기기 전의 규정을 그대로 답습한 것이라고 볼 때, 대법원의 최종심사권은 사법부 내부에서의 문제로 해석하면 될 것이다. 즉, 우리 헌법은 헌법재판소를 법원(제5장)과는 달리 별도의 장(제6장)으로 규정함으로써 국가의 제4부로서의 지위를 인정하고 있는 점으로 본다면, 처분의 최종심사권이 (사법부 안에서는) 대법원에 있다는 것과 이를 제4부(헌법재판소)가 심사할 수 있다는 것이 모순되지는 않는다고 본다.

셋째, 행정처분의 전제가 된 법률이 헌법에 위반되는데도 재판에서 착과하여 제청하지 않고 넘어간 경우에는 아무리 대법원의 판결이 있었다 하여도 그 행정처분 자체를 소송물로 한 헌법소원은 허용된다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 위헌법률을 적용하여 행정처분을 한 경우에는 대법원에 그 전제되는 법률에 대한 위헌결정권이 없고 또 위헌제청권을 행사하지 않은 이상, 당사자로서는 헌법소원을 통한 구제의 길만이 남아 있기 때문이다.

넷째, 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌인 경우에는 구태여 행정소송을 제기함이 없이 막바로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 이와 같은 경우 당사자가 전치절차를 거쳐 행정소송을 제기한다 하여도 법률에 대한 위헌결정권이 법원에 없는 만큼 법원 내에서는 중국적인 권리구제의 여지가 없기 때문이다. 이 경우 법원으로서의 법률의 위헌심사를 위해 헌

46) 이시훈, 전계서 p.41

47) 이시훈, 전계서 p.41

법재판소에 제청하여 그에 의한 위헌여부의 판단을 기다려 종국적 재판을 할 수밖에 없을 것인데, 이러한 우회적인 절차보다도 소송경제와 촉진을 위해 직접 헌법소원을 제기하게 하는 것이 타당하다고 본다(보충성의 원칙의 철폐). 이와 같은 경우에 헌법재판소는 법 제75조 5항에 의하여 당해 행정처분을 취소하면서 당해 절차 내에서 그 적용법률이 위헌임을 선고할 수 있는바, 이와 같이 법 제75조 5항은 행정처분에 대한 헌법소원이 가능한 근거법규정이라고 볼 수 있다.

다섯째, 재판에 대한 헌법소원이 허용되는 서독에서도 제소자에게 최후심급의 재판, 하급심 재판 또는 행정처분 중 어느 것을 대상으로 할 것인가에 대한 선택권을 주고 있다면, 재판통제를 허용하고 있지 않는 우리나라에서는 처분에 대해 직접 헌법소원을 허용하고 있다는 취지로 이해할 수 있다고 본다.⁴⁸⁾

e. 헌법재판소의 입장

행정소송의 대상이 된 처분이 헌법소원의 대상이 되는가에 관하여 헌법재판소의 판례가 아직 나오지는 않았으나 이에 관한 헌법소원이 이미 여러 건 제기되어 현재 전원재판부에서 심리중에 있는바,⁴⁹⁾ 그 귀추가 주목된다고 하겠다.

(2) 행정소송의 대상이 되지 않는 행정작용에 의한 기본권 침해의 경우

이는 주로 불복절차가 없는 경우로서 스위스법에서는 이를 절대적 보충성(absolute Subsidiarität)이라 한다.⁵⁰⁾

48) 김학성, 전계논문 p.225

49) 89헌마 161 증여세등 부과처분에 대한 헌법소원

89헌마 216 영업장소 이전허가처분의 취소처분에 대한 헌법소원

90헌마 73 한지의사변허증 교부신청수리거부처분에 대한 헌법소원

90헌마 107 양도소득세등 부과처분에 대한 헌법소원 등이 그것이다.

a. 통합행위

통합행위가 사법심사의 대상이 될 것인가에 관하여 우리나라의 통설과 판례는 사법심사의 대상에서 제외된다고 보고 있다. 서독 연방 헌법재판소는 통합행위를 헌법소원의 대상으로 보고 있으나 권한 있는 국가기관에게 광범위한 정치적 재량을 부여하는 것이 필요하고 타당하게 때문에 심사범위에 대한 실질적 제한이 이루어져야 한다는 입장이다.⁵¹⁾ 우리나라에서도 국가권력의 기본권기속을 실현하기 위하여는 통합행위도 헌법소원의 대상으로 보는 적극적 시각이 요구된다고 하겠으나 헌법재판소의 판례의 축적을 통하여 그 실질적 제한의 범위가 정해질 것이다.

b. 권력적 사실행위

예컨대 령장 없는 강제연행·체포나 구금된 자를 진정시키기 위해 그 의사에 반한 주사를 한 경우⁵²⁾등 소위 권력적 사실행위는 행정소송의 대상은 되지 않지만 헌법소원에 의한 심판의 대상이 된다고 하겠다. 그밖에 전염병자의 강제격리, 정신병자의 강제입원, 전화도청,⁵³⁾ 우편물의 검열, 시위금지조치,⁵⁴⁾ 고문행위, 교도소내의 과잉제한조치 등도 행정소송의 대상이 판례상 정립되지 않았으므로 직접 헌법소원을 할 수 있을 것이다.⁵⁵⁾

다만 많은 경우에 이미 사실행위가 종료되어 권리보호리익이 소멸되는 결과에 이를 수 있겠으나, 이를 반복하는 것은 위헌이 될 수 있음을 선언하는 적극적인 자세가 필요하다고 본다.⁵⁶⁾ 헌법소원은 개인의 권리보호(주관적기능)뿐 아니라 헌법의 보장(객관적기능)이라는 양면적인 기능을 갖고 있기 때문이다.

50) 이시윤, 전계서 p.35

51) 김학성, 전계논문 p.219

52) 오스트리아 현재 판례, VerfSlg 10051

53) BVerfGE 67, 157

54) BVerfGE 69, 315

55) 이시윤, 전계서 p.35

56) 김학성, 전계논문 p.222

c. 행정계획

행정계획은 그 자체로 취소소송의 대상이 될 수 없으나 행정계획이 직접 국민의 기본권을 침해한 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 하겠다.⁵⁷⁾

d. 검사의 처분

검사의 처분에는 기소처분과 (광의의)불기소처분이 있고, 후자에는 다시 혐의의 불기소처분과 기소유예처분이 있다.

㉞ 기소처분

우리 헌법재판소는 검사의 공소제기가 청구인(피고인)의 기본권을 침해하고 있음을 이유로 제기한 사건에서, “……그와 같은 사유는 당해 형사재판절차에 의하여 권리구제가 가능하므로 독립하여 헌법소원심판청구 대상이 될 수 없는 것이어서……”⁵⁸⁾라고 하여 형사재판을 위한 사전준비행위로서의 기소처분이 헌법소원의 대상이 아님을 밝히고 있다. 서독연방헌법재판소도 이를 허용하지 않고 있다.⁵⁹⁾

㉟ 기소유예처분

우리 헌법재판소는 기소유예처분을 받은 자가 헌법소원심판을 청구한 사건에서 “……원래 검찰관이 하는 기소유예처분이란 공소제기함에 충분한 혐의가 있고 소송조건도 구비되었음에도 불구하고 검찰관이 제반사항을 고려하며 공소를 제기하지 않는다는 내용의 처분인 것으로, 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 놓고 자의적이고 타협적으로 기소유예처분을 했다면 헌법이 금하고 있는 차별적인 공권력의 행사가 되어 그 처분을 받은 자는 헌법 제11조 소정의 평등권의 침해를 이유로 당연히 소원적격을 갖게 된다고 할 것이다”⁶⁰⁾라고 하여 기소유예처분이 헌법소원의

57) 김학성, 전개논문 p.222

58) 헌재 1989. 3. 17. 제3지정재판부 89헌마21 결정

59) BVerfGE 20, 172

대상이 됨을 밝혔다.

㉔ (협의의)불기소처분

우리나라의 법제는 형사피해자에게 사소(Privatsklage)를 금하는 대신에 검사에 의한 기소독점주의를 인정하고 있는 한편, 형사피해자에게는 검사에 의한 공소유지가 제대로 되도록 공판절차에서의 진술권을 헌법이 부여하고 있다(헌법 §27 ⑤). 공소하여야 할 사건에서 공소를 제기하지 않으면 형사피해자의 이와 같은 기본권의 침해가 있는 것이다. 우리 헌법재판소도 전술한 88 헌마3 결정에서 검사의 불기소처분이 헌법소원의 대상이 됨을 밝혔다.

㉕ 불구속수사, 불구속기소

한편 우리 헌법재판소는 교통사고를 낸 가해자를 검사가 불구속수사 및 불구속기소 하였음을 이유로 피해자 측에서 헌법소원 심판을 청구한 사건에서 “……모든 피고인은 헌법상 유죄판결이 확정될 시까지 무죄의 확정을 받는 것이므로 공소유지에 지장이 없는 한 불구속수사가 원칙이라 할 것이고 그 원칙은 과실범에 더욱 적용되어야 할 것이므로, 검사의 불구속수사 및 불구속기소 처분으로 인해서 청구인의 헌법상의 기본권이 침해된 것이라 인정하기 어렵다”⁶¹⁾라고 하여 헌법소원의 대상이 되지 않음을 밝혔다.

e. 행정업무지침·시달·통첩 또는 지시

이들은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 우리 헌법재판소도 “법원행정처장의 소위 민원인에 대한 법령질문회신이란 한낱 법령해석에 관한 의견진술에 지나지 않고, 그것이 법규나 행정처분과 같은 법적구속력을 갖는 것이라고는 보여지지 아

60) 헌재(FN 36) 결정

61) 헌재 1989. 5. 15. 제2지정재판부 89헌마 67 결정

니하며……”⁶²⁾라고 하여 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.

그밖에 행정청 내부의 행위, 사경제주체로서의 국가의 관리작용 등도 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 그러나 이들이 사실적으로 대외적효력(Außerwirkung)이 있는 것으로서 국민의 권리의무를 제한하고 부담을 과하는 행위(일반적처분)라면 문제될 수도 있는 것이라 하겠다.⁶³⁾

f. 행정립법

위헌인 법규명령(Rechtsordnung) 또는 규칙(Satzungen)으로 인하여 직접 기본권을 침해당한 피해자는 헌법소원의 제기를 할 수 있다.⁶⁴⁾ 즉, 대통령령과 같은 법령자체의 효력을 다투면서 이의 취소를 구하는 소송(간접적규범통제)은 현행 제도상 행정소송의 대상이 될 수 없기 때문에⁶⁵⁾ 명령·규칙에 의한 직접 피해자에게는 따로 구제절차가 있는 경우가 아니므로 피해자는 일반 법원을 거치지 않고 직접 헌법소원의 제기가 허용된다 할 것이다.

전술한 바와 같이 헌법 제107조 2항은 대법원에 명령·규칙에 대한 구체적규범통제권을 인정한 것에 그치기 때문에 명령·규칙에 대한 헌법소원에 어떠한 장애가 되는 것은 아니다. 서독연방헌법재판소도 법규명령에 대해 헌법소원을 허용하고 있으며, 그 명령이 위헌이라고 인정되면 헌법소원절차에서 위헌선언을 할 수 있다고 본다.⁶⁶⁾

g. 행정권의 불행사

㉞ 지방자치단체가 청구인으로부터 수차례에 걸쳐 문서 또

62) 헌재 1989. 7. 28. 선고 89 헌마 1 결정

63) 이시윤, 전게서 p.38

64) 이시윤, 전게서 p.39, 반론 : 권영성, 헌법학원론 p.981 주2

65) 대법 1967. 6. 27. 선고 67누44

66) BVerfGE. 117 ; 65, 243

는 구두로 XXX소재 임야와 전에 대한 임야조사서 및 토지조사부의 열람·복사신청이 있었음에도 이에 불응한 부작위를 심판 대상으로 하여 제기한 헌법소원사건⁶⁷⁾에서 헌법재판소는 “이상 대법원의 판례를 종합해 보면 행정청 내부의 사실행위나 사실상의 불행위에 대하여 일관하여 그 행정처분성을 부인함으로써 이를 행정쟁송 대상에서 제외시켜 왔음을 알 수 있어, 본건과 같은 경우도 행정쟁송에서 청구인의 주장이 받아들여질 가능성은 종래의 판례태도를 변경하지 않는 한 매우 희박함을 짐작하기에 어렵지 않은 것이다” 그리고 이어서 “……헌법소원심판 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나, 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 그 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 참된 취지를 살리는 방법이라고 할 것이므로 본건의 경우는 위의 예외의 경우에 해당하여 적법하다고 할 것이다”라고 하여 헌법소원의 대상이 됨을 인정하였다.

㉞ 행정립법의 부작위

헌법에서는 기본권의 보장을 위하여 법률에 위임하고 법률에 서는 구체적 절차를 다시 명령·규칙에 재위임했음에도 불구하고 명령·규칙이 제정되지 아니한 경우는 직접 헌법소원이 허용된다.⁶⁸⁾ 그리고 이 경우에는 부작위위법확인소송(행정소송법§2① ii, §4 iii)의 대상도 될 수 없기 때문에 권리구제절차를 거친 후에 제기할 필요가 없다.

67) 헌재 1989. 9. 4. 선고 88 헌마 22 결정

68) 이시훈, 전게서 p.38, 반대 : 권영성(FN 65)참조

III. 립법작용에 대한 헌법소원

법제정작용(립법작용)에 대하여 헌법소원이 인정될 것인가. 이는 우선 법률에 대한 헌법소원의 인정여부가 문제된다.

(1) 법률

a. 부정설

법률에 대하여 직접 헌법소원을 제기할 수는 없다는 부정설의 근거로는

첫째, 위헌법률심판은 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에만 효력을 다룰 수 있는 것이므로, 법률에 의하여 자신의 기본권이 침해된 경우라 하더라도 그 문제가 구체적인 사건으로 법원에 계류되지 아니한 경우에는 심판을 청구할 수 없다고 한다.⁶⁹⁾

둘째, 법 제75조 4항은 “공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 할 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다”고 규정하고 있는바, 이는 제68조 1항에서 말하는 ‘공권력의 행사’에 있어서 공권력을 ‘처분’이라고 뜻을 박고 있기 때문에 법률에 대한 헌법소원은 인정되지 않는다고 한다.⁷⁰⁾

셋째, 서독에서는 연방헌법재판소법 제93조 2항, 제94조 4항, 제95조 3항에서 다른 공권력작용과 항을 달리하여 ‘법률에 대한 헌법소원’이라는 용어와 그에 관한 청구기간, 효과 등이 언급되

69) 권영성, 헌법재판의 활성화 방안, 서울대 법학연구소 1988. 8. p.50 동지 : 김종민(FN 43) p. 203

70) 권영성, 전제논문 p.51
그러나 권영성 교수는 전제서(FN 65) p.981에서는 법률에 대한 헌법소원을 인정하고 있다.

어 있으나 우리 법에는 법률에 대한 헌법소원을 인정할 수 있는 명백한 근거가 없다는 것이다.

b. 긍정설

법률에 대하여 직접 헌법소원이 가능하다는 긍정설의 근거를 보면,

첫째, 공권력의 행사 또는 불행사(법 §68 ①, §71 ① iii, §75 ② ③ ④ ⑤)에 있어서 공권력의 개념은 모든 국가권력으로 해석되어야 하기 때문에—즉 입법작용 자체가 공권력의 행사이기 때문에—법률자체도 헌법소원의 대상이 된다고 한다.⁷¹⁾

둘째, 법 제68조 1항에서 법원의 재판을 제외한다고 명문으로 규정되어 있는 것을 보면, 공권력 속에는 법원의 재판만을 제외한 모든 국가권력이 포함된다는 것이다.⁷²⁾

셋째, 헌법소원이 이미 실시되고 있는 국가의 예를 보더라도 서독, 오스트리아(1975년 헌법개정시 법령에 대한 헌법소원을 인정함), 스위스(칸톤의 법령만을 대상으로 인정함) 등 모든 국가가 이를 허용하고 있는 점에 비추어 볼 때 헌법소원에 대상에 법률이 포함되어야 한다는 것이다.⁷³⁾

넷째, 법 제75조 4항에서 규정한 ‘새로운 처분’이 부정설의 지적대로 법률로 해석하기에 부적합한 것은 사실이나, 헌법소원의 대상이 된 법률은 그것이 그 자체로 직접 국민의 기본권을 침해한 경우에 문제되는 것이므로 ‘처분적성질’이 강할 수밖에 없다. 그렇다면 ‘처분’속에 법률이 포함된다고 해석하여도 지장은 없다는 것이다.⁷⁴⁾

c. 결론-헌법재판소의 판례

71) 이시윤, 전게서 p.32, 김학성, 전게논문 p.214

72) 김학성, 전게논문. p.214

73) 김학성, 전게논문. p.214

74) 김학성, 전게논문. p.214

㉔ 법률자체도 헌법소원의 대상이 되어야 한다. 이는 립법작용 자체가 공권력의 행사이기 때문이기도 하거니와, 법 제75조 5항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것……” 운운의 규정은 법률에 대한 헌법소원이 허용됨을 전제한 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁷⁵⁾

㉕ 우리 헌법재판소는 1989. 3. 17. 선고한 88헌마1 결정에서 법률이 헌법소원의 대상이 됨을 명백히 하였다. 즉, 동 결정에서 “……문제의 소재가 법률주체에 있다는 것이었던바, 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 신설된 이제 법률에 대한 헌법소원으로 0000법의 위헌성을 직접 다투는 문제의 해결책을 시도하지 않고 위 거부행위를 놓고 법률에 관한 직접적인 위헌판단이 허용되지 아니하며 우회적인 해결책밖에 될 수 없는 행정소송을 먼저 제기할 것을 요구함은 기대가능성이 없는 일이거니와, 이 사건에서처럼 공권력행사의 일종이라고 할 립법, 즉 법률자체에 의한 기본권 침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야 하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다”라고 하여 법률에 대한 직접 소원의 길을 열었다.

㉖ 이와 같이 법률에 대한 직접 소원의 경우에(처분에 대하여 헌법소원을 하면서 처분의 전제되는 법률의 위헌성을 다룰때는 별문제임) 청구기간은 어떤가.

이에 대하여 헌법재판소는 1990. 6. 25. 선고한 89헌마220 결정에서 “법률에 대한 헌법소원의 제소기간은 그 법률의 공포와 동시에 기본권침해를 당한 자는 그 법률이 공포된 사실을 안 날로

75) 이시훈, 전제서. p.32

부터 60일 이내에, 아니면 법가이 공포된 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 법률공포 후 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 비로소 기본권의 침해를 알게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 할 것이며, ‘사유가 발생한날’은 당해 법률이 청구인의 기본권을⁷⁶⁾ 명백히 구체적으로⁷⁷⁾ 현실침해 하였거나 그 침해가 확실히 예상되는⁷⁸⁾ 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다”고 하였다.

동 결정에 의하여 법률에 의해 직접 기본권이 침해당했음을 주장하는 헌법소원의 길이 활짝 열려 획기적인 전환을 이루게 되었다고 할 것이다.

㉠ 이렇듯 위헌법률에 의한 권리침해를 받은 피해자는 (i) 먼저 구체적 소송을 제기하고 (ii) 법원에 위헌심판제청신청을 하여 (iii) 법원이 헌법재판소에 위헌심판을 제청하는 등 3단계의 우회과정을 거쳐 문제된 법률의 위헌심판을 받는 길도 있지만, 바로 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 위헌여부의 심사를 받는 길이 열린 것이다.

이것을 간접적 규범통제(mittelbare Normenkontrolle), 법령소원(Rechtssatzbeschwerde) 또는 개인적 규범통제(individuale Normenkontrolle)라고 한다.⁷⁹⁾

(2) 헌법규정

76) 소위 자기관련성

77) 소위 직접성

78) 소위 현재성

79) 이시훈, 전게서 p.33

헌법규정도 헌법소원의 대상이 되는가. 헌법규정은 그것이 정의에 모순되는 정도가 감내할 수 없는 때, 정의의 외형적 한계를 넘었을 때는 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 것이 서독연방재판소의 판례이다.⁸⁰⁾

우리나라에서는 이에 대한 논의가 아직 없으나 현재 헌법재판소에는 헌법 제29조 2항⁸¹⁾이 청구인의 헌법상 보장된 재산권 (§23), 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 (§10), 평등권 (§11) 등을 침해했다고 하여 제기한 헌법소원사건이 전원재판부에 심판회부되어 심리중에 있다.⁸²⁾

(3) 국회의 의결

국회의 의결이 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원의 대상이 된다고 본다. 스페인 헌법재판소법은 명문으로 국회나 지방의회의 의결이나 처분에 대하여 헌법소원을 허용하고 있다(동법 §42).

우리 나라에서도 지난 1990. 7. 14. 제150회 국회 때 여당 단독으로 26개 법률안을 변칙의결한 것이⁸³⁾ 헌법에 위반된다 하여 야당과 무소속 국회의원 79인이 헌법소원을 제출(8. 10), 현재 전원재판부에서 심리중이어서 그 결과가 주목되고 있다.⁸⁴⁾

(4) 법률안이 아닌 결의

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 개인의 기본권을 침해하는 내용의 결의는 헌법소원의 대상이 된다고 본다. 그리고 국회의원의 징계 또는 제명결의는 법원에 제소할 수 없지만(헌법 §64 ④) 헌법소원은 가능하다고 할 것이다.⁸⁵⁾

(5) 국회가 동의한 조약, 심의·확정한 예산

이들도 공권력적 작용인 이상 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 본다.⁸⁶⁾ 다만 예산에 대해서는, 서독에서는 예산이 예산법(Haushaltsgesetz)의 형식으로 규율되어 있기 때문에 헌법소원의 대상이 되나 우리나라의 경우 국가기관만 구속할 뿐이므로 헌법소원의 대상에서 제외될 것이라는 반대설이 있다.⁸⁷⁾

(6) 립법 부작위

a. 원래 국민이 국가에 대하여 법률을 제정해 달라는 취지의 청원권은 별론이거니와 재판상 립법을 해 달라는 소구청구권은 원칙적으로 허용될 수 없다. 그러나 헌법에서 법률 또는 명령으로 명백히 위임하고 있는 사항인데도 국가가 립법을 하지 않기 때문에 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에는 헌법소원을 통해 립법부작위가 위헌임을 선언하여 립법을 하게 하는 것은 허용된다고 할 것이다.⁸⁸⁾

b. 이에 대하여 헌법재판소는 전술한 88헌마1 결정에서 “무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가 이를 방치할 것인가는

85) 이시윤, 전게서 p.34

86) 이시윤, 전게서 p.34

87) 김학성, 전계논문 p.217

88) 이시윤, 전게서 p.31

특단의 사정이 없는 한 립법자의 정치적·경제적·사회적 그리고 세계관적 고려하에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 일반국민이 립법을 해 달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 립법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 립법당국으로 하여금 립법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 립법자의 지위에 같음하게 되어 헌법재판소의 한계를 벗어나게 된다고 할 것이다” 라고 하면서 “따라서 립법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권을 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인바, 생각건대 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 립법위임을 하였음에도 립법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 립법자가 전혀 아무런 립법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며, 이 때에는 립법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다”라고 밝히고 있다.

IV. 사법작용에 대한 헌법소원

무엇이 법인가를 판단하고 선언하는 작용을 사법이라 하고 사법의 대표적인 것이 법원의 재판이다.⁸⁹⁾ 법원의 재판에 의하여 기본권이 침해된 경우 이를 헌법소원의 대상으로 할 것인가에 대하여 헌법재판소법 제정과정에서 많은 논란이 있었으나⁹⁰⁾ 우

89) 김학성, 전계논문 p.229

90) 자세한 내용은 법무부 법무자료 제95집, 김학성, 전계논문 p.183이하 참조.

리 법은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하였다(\$68 ①).

(1) 재판소원금지의 원칙

헌법소원의 대상에서 ‘법원의 재판을 제외’한다는 의미는 무엇인가. 이에선 사법작용 일체배제설, 사법절차적 기본권침해 포함설 등이 있다.

a. 사법작용 일체배제설

이는 법원에서 재판과 관련하여 행하여지는 모든 작용이 헌법소원의 대상에서 제외된다는 견해이다. 이에 따르면 재판과 관련한 사법행정작용에 의해 기본권이 침해된 경우에도 헌법소원의 대상으로 할 수 없으며, 더 나아가 법원의 재판을 통하여 구제받을 수 있는 것이면 그것도(처분등) 헌법소원의 대상에서 제외된다고 한다.

b. 사법절차적 기본권침해 포함설

이는 예컨대 법원이 헌법 제27조 1항에 규정된 ‘헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리’와 같은 사법절차상의 기본권을 존중하지 않음으로써 직접 기본권을 침해하는 경우는 전형적인 기본권침해에 해당하고 공권력작용이 분명하므로, 이와 같이 재판이 헌법이 부여한 ‘사법절차적 기본권’을 침해한 경우에 국한하여 헌법소원의 대상으로 삼자는 견해이다.⁹¹⁾

c. 결론

재판이란 재판기관의 판단 또는 의사표시로서 이에 의하여 소송법상 일정한 효과가 발생하는 법원의 소송행위이다.⁹²⁾

91) 최광률, 헌법재판소법의 입법방향, 법무자료 제95집 p.44

㉓ 따라서 재판기관으로서의 법원 또는 법관의 행위인 점에서 법관 이외의 사법기관인 법원사무관등이나 집달관의 행위와는 구별된다. 즉, 법원사무관에 의한 집행문의 부여(민사소송법 §479, §480), 집달관에 의한 압류금지물의 인정 등은 재판이라 할 수 없고 보통 처분이라고 하며(민사소송법 §209), 이들 기관의 처분에 대하여는 소정의 불복절차(이의·항고 등)를 거친 뒤에는 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이다.⁹³⁾

㉔ 재판의 종류에는 판결·결정·명령이 있다.⁹⁴⁾ 따라서 판결이나 결정·명령 자체를 소송물로 하여 헌법소원을 제기함은 불가하나 재판의 부작위, 예컨대 재판의 거부나 재판을 지지부진 늦게 하여 국민의 신속한 재판을 받을 권리(헌법 §27 ③)를 침해한 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 할 것이다.⁹⁵⁾

㉕ 나아가 징계처분에 의하지 않고 임명권자가 임의로 법관의 의사에 반하는 전근(소위 좌천)을 시킨 경우에 이는 헌법 제106조 1항에서 말하는 불리한 처분이라고 해석될 수 있고 따라서 이것도 헌법소원의 대상으로 문제될 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

㉖ 한편, 사법부의 자률적 립법권에 기해 제정되는 대법원 규칙의 제정이나 동규칙 제정의 부작위에 대해서도 소원요건을 갖추는 한 다른 공권력에 의한 립법행위 또는 립법부작위와 마찬가지로 헌법소원의 대상이 된다고 하겠다.⁹⁷⁾

(2) 헌법재판소의 립장

92) 이시훈, 신판 민사소송법 p.659

93) 이시훈(FN 42) p.43

94) 이시훈(FN 42) p.659

95) BVerfGE 23, 288

96) 이시훈(FN 42) p.43

97) 이시훈(FN 42) p.44

a. 헌법재판소는 법원의 재판(결정)을 대상으로 하여 제기한 사건에 대하여는 일관하여 헌법소원의 대상이 되지 않음을 밝히고 있는바 그 예를 보면

㉠ 형사소송

청구의 △△△에 대한 법원의 확정판결이 동 사건의 고소인이며 피해자인 청구인의 헌법상 기본권을 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 법원판결의 양형을 다투며 제기한 사건에서는 “이 사건 헌법소원은 형사처벌에 관한 1심 형량이 중하다는 법원판결에 대한 소원이므로 부적법한 것이다”라고 하였다.⁹⁹⁾

㉡ 민사소송

“이 사건 헌법소원은 청구인이 대한민국과 사이의 민사소송에서 패소한 판결의 효력을 다투는 것이어서 결국 법원의 재판에 대한 소원이므로 부적법한 것이다.”¹⁰⁰⁾

㉢ 특허소송

“이 사건 심판청구는 대법원 88후1137상표등록무효 사건의 판결이 부당하니 이를 시정하여 달라는 것으로서 헌법소원의 심판대상에서 제외되어 있는 법원의 재판을 대상으로 하고 있어 이는 부적법한 헌법소원이다”¹⁰¹⁾

㉣ 재심

“헌법재판소법 제68조 1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행

98) 헌재 1989. 2. 14. 제1지정재판부 89 헌마 9 결정

99) 헌재 1989. 4. 13. 제2지정재판부 89 헌마 43 결정

100) 헌재 1989. 3. 21. 제2지정재판부 89 헌마 41 결정

101) 헌재 1989. 11. 10. 제2지정재판부 89 헌마 250 결정

사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 규정되어 있는바, 재심판결의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원은 법원의 재판을 그 대상으로 하고 있어 부적법한 심판청구임이 명백하므로……”라고 판시하였다.¹⁰²⁾

㉮ 행정소송

행정소송의 경우는 아직까지 헌법재판소의 결정예가 없다. 그러나 전술한 바와 같이 행정소송의 대상이 된 행정처분을 소송물로 하여 헌법소원을 제기하면 헌법소원심판의 대상이 된다 하겠으나 행정소송의 판결을 대상으로 하여 동판결의 취소를 구하는 형식의 헌법소원은 재판소원금지 규정에 의하여 허용되지 않는다고 본다.

b. 한편, ××지방법원 등기공무원이 청구인이 상호를 정당한 사유없이 2년간 사용하지 아니하였다는 사유로 상호말소등기를 함으로써 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 재산권을 침해하였다는 이유로 헌법소원심판이 제기된 바 있으나 동 사건은 청구기간의 경과로 각하되었다.¹⁰³⁾

오. 비교법적 고찰

헌법소원제도는 유럽의 서독, 오스트리아, 스위스, 스페인, 사이프러스, 이스라엘 등에서 시행하고 있으며 아르헨티나, 콜롬비아, 멕시코, 과테말라 등 중남미 국가에서는 Amparo제도의 형태로 이를 갖고 있다. 본고에서는 우리나라와 같이 대륙법계이며

102) 헌재 1989. 11. 16. 제2지정재판부 89 헌마 245 결정

103) 헌재 1989. 7. 28. 선고 89 헌마 11등기공무원의 처분에 대한 헌법소원 이 사건 청구인은 위 등기공무원의 처분에 대하여 민사소송법 제209조 소정의 이의 절차를 거쳐 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법소원의 역사가 오랜 서독, 오스트리아, 스위스 3개국의 예에 한정하여 살펴보기로 한다. 이들 3나라는 근접한 문화권에 속하면서도 헌법소원을 제기할 수 있는 공권력의 범위에 대하여는 각국의 태도가 다르다.

I. 헌법규정

서독연방헌법재판소는 정의의 원칙에 위반된 헌법규정도 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 입장을 보이고 있다.¹⁰⁴⁾

스위스는 연방헌법에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다. 다만, 칸톤헌법에 대하여는 확실은 헌법소원의 대상이 된다고 하나 연방재판소는 이를 허용하지 않고 있다.¹⁰⁵⁾

오스트리아는 위헌법률심사의 대상으로는 연방헌법률과 주헌법률을 포함하나, 헌법소원의 대상으로는 이를 제외하고 있다.

II. 법률

서독이나 오스트리아는 법률이 직접적으로 국민의 기본권을 침해한 때에는 헌법소원의 제기를 허용하고 있다.

스위스에서는 연방법률을 헌법소원의 대상으로 할 수 없으며, 칸톤의 법률에 대하여만 소원의 제기가 가능하다.

III. 명령

서독·오스트리아·스위스 모두 법규명령으로 인하여 국민의

104) BVerfGE 3, 223(232)

105) BGE 56 I 330 ; 64 I 164

기본권이 침해된 때에는 헌법소원을 제기할 수 있다. 공포된 법규명령에 대하여만 인정하며, 행정내부적 제시에 불과한 행정명령에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없다는 점도 같다.

IV. 립법의 부작위

서독이나 스위스는 립법의무가 헌법규정에 의하여 명백한 경우에, 그리고 법률이 제정되었으나 불충분한 립법일 때에는 헌법소원이 허용된다.¹⁰⁶⁾

오스트리아는 립법의 부작위¹⁰⁷⁾ 및 행정관청의 부작위¹⁰⁸⁾에 대하여 모두 헌법소원을 허용하고 있지 않다.

V. 행정행위

행정관청의 행정행위에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 것은 3국 공통이다.

서독이나 스위스는 법원의 재판에 헌법소원을 허용하고 있기 때문에 행정행위에 대한 헌법소원은 대개 법원의 재판(행정소송)에 대한 헌법소원으로 귀결된다.¹⁰⁹⁾

오스트리아는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있지 않기 때문에 행정행위에 대한 헌법소원이 서독이나 스위스에 비하여 중요한 의의를 지닌다.

VI. 법원의 재판

106) BVerfGE 56, 54(70) ; BGE 60 I 364

107) VerfSlg 3744, 4213

108) VerfSlg 1628, 1924, 3942

109) 헌법소원의 보충성의 원칙에 따라 행정소송을 거치게 된다.

서독이나 스위스는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 법원의 재판은 중국재판만을 의미하며, 중간재판에 대하여는 중국재판과 함께 다투어야지 독립적으로 소원을 제기 할 수 없다.¹¹⁰⁾ 서독에서는 원행정처분의 기본권침해를 주장하거나 또는 재판의 기본권침해를 주장할 수도 있는 반면에, 스위스에서는 원래의 행정처분에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없고 반드시 재판에 대하여만 헌법소원을 제기하여야 한다는 점에서 구별된다.

오스트리아는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있지 않다.

육. 결론

I. 서

이상 살펴본 바와 같이 헌법소원은 신헌법하의 헌법소송의 대표적 특색으로서 이는 립법·행정·사법등 삼권력의 행위와 정책이 헌법에 맞으면 허용하되 헌법에 맞지 않으면 허용하지 않고, 나아가 국사가 헌법대로 되지 않으면 헌법대로 되도록 교정, 유도함으로써 헌법이 지배하는 국가사회를 이루도록 하려는 배려이다(이른바 헌법국가의 완성 : Stern).¹¹¹⁾

량적으로 질적으로 헌법재판의 꽃이라고 할 이 제도는 독일에 있어서 기본권보장의 새 장을 연 것으로 평가되고 있거니와, 우리나라에서도 헌법소원제도에 거는 국민들의 기대가 크다고 아

110) BVerfGE 21, 319(343) ; BGE 69 I 16

111) 이시윤 (FN 42) p.28

니할 수 없다. 이에 그동안 헌법재판소의 운용을 통하여 제기된 몇 가지 문제점에 대한 개선책을 립법 및 정책적 측면에서 제안하고자 한다.

II. 접수사무처리의 합리화-송무심의관제도

(1) 헌법재판소가 문을 열고 헌법소원제도가 시행된지 만 2년이 지난 1990. 8. 31. 현재 헌법재판소에 접수된 헌법소원사건¹¹²⁾은 <표 2>와 같이 모두 706건으로서 위헌법률심판사건, 법 제68조 2항의 헌법소원사건 등을 포함한 전체건수 817건¹¹³⁾의 86.4%를 차지하고 있다. 아직은 독일과 같이¹¹⁴⁾ 남소를 우려할만한 상황은 아니나, 이른바 ‘어리석고 경솔한’ 소원이 상당부분을 차지하고 있어 헌법재판소를 과중한 업무에 빠지게 하는 요인이 되고 있다.

헌법소원의 남용방지책으로서 법이 예정하고 있는 것으로는 지정재판부의 사전심사(§72), 공탁금규정(§37 ②③) 등이 있으나, 이제 막 두 돌이 지난 우리나라의 현실로서는 적극적으로 국민의 헌법소원 의지를 저하시키는 방법은 바람직하지 않다고 본다. 오히려 헌법소원제도를 널리 홍보하여 적법한 소원을 제기하도록 유도하고, 헌법소원심판청구서인지 단순한 민원서류에 불과한 것인지를 접수단계에서 분류하는 실질적심사권을 가진 접수담당 공무원의 배치가 요망된다.¹¹⁵⁾ 이와 관련하여 독일연방헌법재판소의 수석심의관(Präsidentialrat)¹¹⁶⁾ 제도는 우리에게 시사하는 바

112) 민원사건으로 분류된 건수를 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) 강민형(FN 25) p.193

가 크다.

(2) 법 제17조에 의하면 사무처에 실·국·과를 두고(6항), 실에는 실장……을 두되……정책의 기획이나 계획의 입안 및 연구·조사업무를 보좌하는 심의관……을 둘 수 있다(7항)고 규정하고 있다. 그러므로 사무처 소속의, 또는 헌법재판소의 보조기구¹¹⁷⁾로서 별도의 송무심의관실을 두어 송무심의관으로 하여금 독일의 수석심의관과 같은 기능을 담당하도록 함이¹¹⁸⁾바람직하다고 본다.

다만, 독일의 수석심의관은 접수되는 소원이 허용될 수 없거나 명백하게 승소할 수 없음을 지침항(Belehrungsschreiben)에 기재하여 소원제기자에게 고지할 수 있는 바, 우리의 경우 송무심의관에게 반드시 그와 같은 권한을 부여할 필요는 없다고 본다. 송무심의관은 명백히 민원서류인 것을 분류하여 민원처리하며, 필요에 따라 제소자에게 ‘지도안내’¹¹⁹⁾를 하여 그 회답에 따라 헌법소원사건으로 이관하는 정도의 권한을 부여함이 타당할 것이다.

III. 보충성의례의립법

(1) 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구하여야 한다(법 §68 ①단서). 이를 최종성 내지 보충성(Subsidiarität)이라 하며 청구인에게 권리구

116) Präsidialrat에 대한 자세한 설명은 김학성 전계논문 p.77, 78과 강민형(FN 25) p.193,194 각 참조

117) 현재 헌법재판소의 보조기구로는 사무처, 헌법연구관, 헌법재판소장 비서실 및 상임제관관 비서관이 있다(헌법재판소 보조기구에 관한 규칙§2)

118) 법 제18조 2항에 의하면 실장은 2급 또는 3급, 심의관은 3급의 일반직국가공무원으로 보한다고 되어 있으나 업무의 성격상 헌법연구관으로 하여금 겸직하도록 하는 것이 좋을 것이다.

119) 민사소송규칙 §25 ① 참조

제를 위해 기대할 수 있는 것은 모두 시도하라는 취지이다.¹²⁰⁾

(2) 헌법재판소는 그동안 보충성의 예외를 인정하는 결정을 몇차례 내린바 있으나 이 문제는 헌법재판소법에 보충성을 예외를 규정하는 립법을 통한 개선이 요망된다.¹²¹⁾ 이와 관련하여 독일과 우리 헌법재판소의 판례상 보충성의 예외로 인정되는 경우를 보면

- a. 법규에 대한 직접적인 헌법소원¹²²⁾
- b. 행정소송의 대상이 되지 않는 공권력의 행사 또는 불행사¹²³⁾
- c. 대법원의 확립된 판례 때문에 승소가망성이 없는 경우¹²⁴⁾
- d. 사전 권리구제절차를 거치는 것이 기대가능성이 없는 경우¹²⁴⁾
- e. 착오로 사전 권리구제절차를 거치게 되면 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우¹²⁴⁾
- f. 사전 권리구제절차를 거치게 하면 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우¹²⁵⁾
- g. 사건의 해결이 당해 청구인 뿐아니라 국민 다수에 관계되는 일반적의미(allgemeine Bedeutung)가 있는 경우¹²⁶⁾ 등이다.

IV. 법률소원의 립법

법률에 대한 헌법소원은 다른 헌법소원과는 그 성질이 구별되는 것이므로 별도로 규율하는 것이 바람직하다고 본다.¹²⁶⁾

120) 이시윤(FN 42) p.48

121) 동지 : 김학성, 전계논문 p.292

122) 헌재 1989. 3. 17. 선고 88 헌마 1 결정, 1990. 6. 25. 선고 89 헌마 220 결정

123) 헌재(FN 68) 결정

124) BVerfGE 38, 139 ; 51, 150

125) 서독연방헌법재판소법 §90 ②

우리 헌법재판소는 전술한 89헌마220 결정에서 법률에 대한 헌법소원의 요건, 청구기간 등을 밝혔거니와 이와 함께 대상범위 등 근거조문을 립법할 것이 요망된다고 하겠다.

V. 재판에 대한 헌법소원의 문제

(1) 우리 법은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하였고 이의 해석에 대하여 구구한 견해가 있음은 전술하였거니와, 헌법소원의 본질을 재판통제 즉 사법부에 의한 기본권침해의 방지에 두는 입장에서는 법원의 재판을 제외한 법 제68조 1항은 헌법 제111조 1항 5호의 근본정신에 위배되는 위헌조항이라는 견해도 있다.¹²⁷⁾

(2) 생각건대, 서독연방 헌법재판소에 계류되는 헌법 소원 건수의 80%가 재판소원이라 하므로¹²⁸⁾ 우리 나라에서도 이를 허용하면 엄청난 수의 소원들이 쏟아져 들어올 것이 명고관화하다. 그러므로 이제 갓 두 돌이 지난 우리 헌법재판소의 현실에 비추어 전면적인 재판소원의 허용은 업무의 양적인 면에서도 감당하기 어려울 것이다.

따라서 재판소원금지의 범위를 법원의 판결·결정·명령에 대한 소원에 한정한다면 립법자의 의사와 헌법재판소의 현실을 조화시킬 수 있다고 생각된다. 그러나 앞으로 3인의 비상임재판관을 모두 상임으로 하고 헌법연구관의 수를 늘리며, 나아가 헌법재판소의 운용의 실무경험이나 판례의 축적이 쌓이면 재판소원 금지규정은 재고해 볼 여지가 충분히 있다고 본다.

126) 동지 : 김학성, 전계논문 p.289

127) 김학성, 전계논문 p.289

128) 이시윤 (FN 42) p.43

V. 결-헌법재판의 시대

세계는 바야흐로 1980년대에 들어와 헌법재판의 큰 붐의 시대를 맞고 있다. 기존의 헌법재판소는 그 재판활동을 크게 강화시켜 나가고 있으며¹²⁹⁾ 스페인, 포르투갈, 그리스, 과테말라, 칠레, 페루, 폴란드, 헝가리 등 많은 나라에서 헌법재판소를 새로 설치하였다.

헌법은 문자 그대로 국가의 최고규범으로 자리잡아야 하며, 법률·행정·사법 등 3권력의 작용과 정책에 그 리상과 가치가 그대로 반영되어 헌법이 지켜지는 국가사회를 건설하는 것이 이 시대의 분명한 요청이다.¹³⁰⁾

이러한 시점에서 우리나라도 1987년 신헌법에서 헌법재판소를 설치하여 이른바 ‘헌법이 제 기능을 하는 사회’를 지향하고 있다고 볼 때, 헌법재판소의 관장사항 중 국민 개개인과 가장 가까운 제도인 헌법소원을 헌법재판소의 관례와 함께 연구하는 작업은 매우 중요하다고 생각된다. 그런 의미에서 헌법이나 헌법재판소법에 명확한 개념규정이 없는 ‘헌법소원의 대상’에 관하여 우리 헌법재판소의 실무와 관례를 중심으로 고찰해 본 것은 그 나름대로 의미가 있다고 할 것이다.

129) 일례로, 프랑스의 헌법평의회(Conseil constitutionnel)의 경우 현재의 예방적 규범통제권(법률의 국회통과 후 공포전에 합헌성 심사)에서 구체적 규범통제권까지 관장하는 것을 내용으로 하는 헌법개정 작업이 진행 중이다.

(법률신문, 1990. 7. 9. 14면 및 7. 12. 10면 참조)

130) 이시윤, 헌법이 지켜지는 사회, 고시행정 1990. 6. p.13

국가적 계획작용에 대한 헌법소송에 관한 고찰

신 봉 기

연구원

- 목 차 -

I. 서

II. 국가적 계획작용과 계획규범의 구조

1. 국가적 계획작용
 - 1) 국가적 계획작용에서의 계획의 개념
 - 2) 국가적 계획작용의 범위
 - 3) 국가적 계획작용의 구분
2. 계획 및 계획규범의 구조와 특성

III. 국가적 계획작용의 헌법적 근거와 한계

IV. 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제 : 통제규범과 통제 기준 및 통제범위의 문제

1. 개설
2. 형식적 통제규범
 - 1) Bonn기본법 및 연방헌법재판소법에서 허용되는 통제규

범

- 2) 특히 국가적 계획에 대한 헌법소원과 관련하여
3. 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제의 기준
4. 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제의 범위

V. 국가적 계획에 대한 헌법적 통제의 한계

VI. 결어

I. 서

사회국가원리를 천명하고 있는 오늘날의 헌법체계하에서 계획은 국가활동의 전체영역에서 이루어지고 있으며 따라서 현대국가를 계획국가¹⁾로 지칭할 정도로 계획의 중요성이 강조되고 있다. 이러한 현상은 수많은 계획립법이 제정되고 있는 점에서 찾을 수 있다. 그런데 국가적 계획이라는 것은 이제까지 국가조직 내부의 고유한 작용으로서만 인식되어 왔었기 때문에 계획에 의하여 개인의 권익 내지 기본권이 침해되었을 경우에는 권리구제의 실효성을 확보하기란 대단히 어려웠던 것이 사실이다. 또한 국가적 계획은 국가 곧 계획주체가 가지는 계획상의 형성의 자유(planerische Gestaltungsfreiheit) 때문에 사실상 원고가 승소하기 힘들다는 점과 계획확정은 이미 완성된 사실(vollendete Tatsache)을 의미하게 되기 때문에 권리구제의 실효성을 거두기가 어렵다는 한계가 있다는 점이 일반적으로 인정되고 있다.²⁾

이러한 한계 때문에 국가적 계획에 대한 권리구제확보가 쉽지 않다고 하더라도 계획에 의한 개인의 기본권침해, 특히 재산권침해는 그로써 긍정될 수는 없는 것이며 나아가 계획작용이 헌법상의 한계를 넘어서 행하여질 수도 있다는 점에서 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제가 요청되는 것이라 하겠다. 그런데 국가적 계획이라 함은 종래 행정계획을 의미하는 것으로 보아 왔고³⁾ 따라서 행정법령영역에서 주로 논의되어 온 것이지만, 처분적

1) 허영, 행정계획법의 기본문제, 월간고시 1981년 6월, 18면(19면) ; 석중현, 일반행정법(상), 463면 ; 김도창, 일반행정법론(상), 313면 ; 신봉기, 계획제량 및 형량명령이론에 대한 검토, 고시연구 1989년 12월, 174면 등 참조.

2) Hoppe, Das Öffentliche Bau-und Bodenrecht(ÖffBauBoR), Rn. 179 ff ; 석중현, 신토지공법론(1988), 124면 ; 김남진, 행정법 I (1988), 255면 ; 김도창, 일반행정법론(상)(1988), 323면.

성격을 가지지 않는 그러면서도 직접·간접적으로 개인의 권익을 침해하는 국가적 계획이 많이 있다는 점을 인식한다면 행정쟁송으로 해결할 수 없는 여러 문제점들이 존재할 수가 있으며 그러한 문제는 상위의 헌법 및 헌법원리에 기초하여 해결되어야 할 것이다.

계획에 대한 헌법적 통제문제는 아직 출발점을 찾지 못하였거나 또는 이제 막 논의의 출발점에 서는 것이 우리의 현실⁴⁾인 것을 생각한다면 비록 때늦은 감은 있지만 헌법령역에서 국가적 계획에 대한 통제문제를 논함은 시기적으로 적절할 것이 아닌가 생각된다. 이하에서는 서독(독일)에서의 국가적 계획작용과 헌법의 관계 및 그 통제에 대하여 살펴봄에 그 범위를 한정하며, 우리나라의 국가적 계획작용과 관련하여서는 다음기회에 논하기로 한다.

II. 국가적 계획작용과 계획규범의 구조

1. 국가적 계획작용

3) 홍정선, 헌법과 정치, 29면.

4) 홍정선(FN.3), 30면 ; 서원우, 국가계획의 법률적 제문제, 사법행정, 1974. 7. 21면이하. 현재까지 헌법적 관점에서의 논의로는 다음의 것을 들 수 있다 : 「...우리 제도 아래서 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것은 지극히 제한된 몇 가지 사항에 불과하다고 할 것이다.셋째, 역시 행정소송의 리익이 부인되어온 '계획적 행정작용'(도시계획, 행정계획, 가옥대상상의 지목변경등)에 의해서 기본권의 침해를 받은 경우,등이 바로 그것이다.」(허영, 한국헌법론, 1990. 824면 주2). 「행정계획은 그 자체 취소소송의 대상이 될 수 없으나 이런 행정계획이 직접 국민의 기본권을 침해한 때에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다」(김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대 법학박사학위논문, 222면). 「행정계획에 의하여 특정인의 헌법상 기본권이 침해될 때에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다 할 것이다. 다만 보통 행정계획은 특정인의 권리의무와 관계없는 것이 보통이며 특정인의 권리의무와 관련이 있을 때에 처분적 행위로서 행정소송의 대상이 될 수 있으므로 (대법 1982. 3. 9. 선고 80누05) 헌법소원의 보충성의 문제로 귀결되어 실제적 의미는 거의 없다 하겠다.」(조규정, 행정작용에 대한 헌법소원, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상(헌법재판연구 제1권 헌법재판소), 471면.)

1) 국가적 계획작용에서의 계획의 개념

국가에 의한 계획은 오늘날 국가활동의 거의 모든 영역에서 다양한 행위형태와 상이한 내용으로 이루어지고 있다. 즉 국가적 계획은 계획입안자·수범자·내용·효력·법적 구속력 등에 따라 다양하게 구분되어 질 수 있기 때문에 통일적·포괄적인 계획개념을 정의하기란 쉽지가 않다. 그렇기 때문에 종래 국가적 계획을 정의함에 있어서 법적으로 명확히 개념정의를 할 수 없으며⁵⁾, 따라서 계획은 법적 개념이 아니라는 주장이 있어왔던 것이 사실이다.⁶⁾ 나아가 계획의 개념정의를 시도하더라도 계획이 법치국가의 전통적 체계상 어디에 속하게 될 것인가를 알아보는 것은 결코 쉬운 문제가 아니다. 이러한 이유로 하여 계획개념은 일반적으로 「통합개념」(Sammelbegriff)으로 인식되고 있다.*

계획에 대한 서독에서의 개념정의를 보면, 계획이란 「다양한 리익의 조정을 그 내용으로 하는 장래적 전체질서(vorausschauende Gesamtordnung)」(Scheuner)⁷⁾, 「유연한 활동모델(flexibles Aktionsmodell)」(Kaiser)⁸⁾, 「수범자(Normadressaten)의 협력과 합의를 통하여 장래의 일정한 공공목적을 실현하고자 하는 국가(내지 행정청)의 고권적 조치」(Redeker)⁹⁾, 「장래결정에 대한 예비적 결정」(Luhmann)¹⁰⁾, 「장래의 목적설정과 그 목

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.).

표의 실현을 위하여 필요한 행위형태의 관념적 선취행위 (gedankliches Vorwegnehmen)」(Wolff/Bachof)¹¹⁾ 및 「일정한 시점에 있어서 상호관련성있는 다양한 개별조치(Einzelmaßnahmen)를 통해서 일정한 질서상태를 실현함을 목적으로 하는 국가(행정청)의 활동」(Obermayer)¹²⁾을 의미하는 것 등으로서 다양하게 정의를 내리고 있다.¹³⁾

2) 국가적 계획작용의 범위

계획개념의 정의에 따르면 대체로 계획은 목표설정(Zielsetzungen)과 목표실현을 위한 수단의 선택(Wahl der Mittel)에 있어서 계획주체에게 자률권(Autontaijonomie)이 보장됨을 그 특색으로 한다. 국가적 계획작용에 있어서 목표설정-수단선택의 자률권은 립법부와 행정부에 의하여 이루어진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 대다수의 법률은 (립법)계획의 산물이며 행정활동 역시 계획 및 계획규범에 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 행정계획에 관한 개념정의를 살펴 볼 필요가 있다. 곧 「행정주체가 일정한 행정활동을 위하여 목적을 확정된 후 상호관련성 있는 행정수단의 조정과 종합화과정을 통하여 일정한 장래의 시점에 있어서 보다 나은 질서를 실현하기 위한 기준을 규율하는 것」(김도창), 「상호관련성있는 전제수단을 통하여 일정한 목표의 달성을 그 내용으로 하는 행정작용」(김남진) 및 「행정주체가 일정한 행정활동을 위한 목표를 예측적으로 설정하고, 서로 관련되는 행정수단의 조정과 종합화의 과정을 통하여 목표로 설정된 장래의 일정한 시점에 있어서의 일정한 질서를 실현할 것을 목적으로 하는 구상 또는 활동기준의 설정」(석종현) 등으로 정의하고 있다. 계획의 개념정의에 있어서는 학자에 따라서는 다소 차이가 있으나 일반적으로 행정계획이 목표설정적 기능, 행정수단의 종합화기능, 행정과 국민간의 매개적 기능을 가진다는 것에는 일치하고 있다. 이러한 행정계획에는 계획설정과정으로서의 「계획행정」과 그 결과로서의 「행정계획」이 포함되는 것으로 보아야 한다.

계획과정에서는 관계 행정청과 이해관계인들의 이익형량을 위한 절차적 참여가 문제되며, 결과로서의 확정된 행정계획은 국민에 대하여 구속적인 법적 효과를 발생하는 것이 보통이기 때문에 그의 법적 성질이 행정구제적 측면에서 문제된다. 특히 행정계획의 법적 성질은 반드시 명백한 것이 아니기 때문에 그의 규명이 법이론상 쟁점이 되고 있다.

문이다. 또한 우리 헌법과 달리 Bonn기본법에서는 일부의 국가 계획을 헌법의 차원에서 명시하고 있으며 이러한 계획은 립법부와 행정부에 의하여 합동으로 이루어진다. Bonn기본법에서 명시하고 있는 국가적 계획은 곧 예산계획(Haushaltsplanung : 제110조)· 재정계획(Finanzplanung : 제106조 3항, 제109조 3항)· 방어계획(Planung für den Verteidigungsfall : 제53a조 2항)· 공공업무에 대한 수확계획(Rahmenplanung bei Gemeinschaftsaufgaben : 제91a조 3항)· 교육계획(Bildungsplanung : 제91b조) 등이다. 기본법에 명시된 이러한 국가적 계획들을 정부의 계획안 제출이나 의회(상·하원)의 표결 등을 거쳐 최종적인 계획확정(결정)에 이르기까지의 절차에서 의회와 정부가 공동으로 그 기능을 수행하도록 하고 있다.

그런데 사회국가· 복지국가원리를 천명하고 있는 현대국가의 헌법 -특히 여기에서는 Bonn기본법- 에서는 위에서 본 바와 같은 예산· 방어 등 예외적인 일부의 계획만을 명시하고 있고 이는 곧 권력분립 및 국가기능 상호간의 견제와 균형이라는 정책적 차원에서 인정되고 있는 것이다. 그러나 이를 제외한 대부분의 국가적 계획은 Bonn기본법에 명시하고 있지 않으며¹⁴⁾ 이러한 경우에는 그것이 삼권으로부터 독립된 제4권력(Vierte Gewalt)¹⁵⁾이라든지, 순수한 행정작용(genuin exekutivische Tätigkeit)¹⁶⁾이라든지, 의회의 단독책무(alleinige Parlamentsaufgabe)라든지, 또는 의회와 정부가 함께 행하는 공동의 국가작용의 일부라는 등의 견해가 주장되고 있으나, 오늘날에는 국가적 계획은 기본법(GG)에서 도출되는 것으로서 립법작용과 행정작용

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 영역에서 각각 또는 공동으로 의회와 정부에 의하여 행사되는 것으로서 절충적인 입장에 서는 것이 일반적이다.¹⁷⁾

3) 국가적 계획작용의 구분

주지하는 바와 같이 국가적 계획은 어느 하나의 특정한 행위 형태로 이루어져 있는 것이 아니다. 그러나 계획작용에 대한 통제규범(Kontrolleröffnungsnormen)은 곧 국가작용의 특정한 법적 행위형태와 관련되고 이러한 각각의 행위형태는 또한 법원 및 헌법재판소의 심사범위의 확정에 있어서 중대한 의의가 있기 때문에 여기에서는 특히 계획의 행위유형에 대하여 살펴보지 않을 수 없다.

(1) 구분기준의 다양성

계획은 법률¹⁸⁾, 명령¹⁹⁾, 조례²⁰⁾, 행정규칙²¹⁾, 행정행위²²⁾ 등 모든 전통적 법형태로서 성립되고 있다. 일반적으로 입법자는 계획법을 제정함에 있어서 개별적인 계획의 행위유형을 명확히 하고 있으나, 국토계획법(Raumordnungsgesetz)이나 주계획법(Landesplanungsrecht) 등에서 보듯이 어떠한 행위유형 또는 어떠한 법적 성격을 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/Schlarmann, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1981, Rn. 48.

계획의 법적 성질규명을 위하여는 문제가 있게 된다.

계획의 불일치성(Heterogenität)은 위와 같은 법적 행위유형에 있어서만 존재하는 것은 아니며 나아가 계획은 권리구제의 관점에서 다음과 같이 아주 다양한 구분기준에 따라 분류될 수 있다.²³⁾

- 계획주체에 따른 구분 : 국법상 계획(국가지도적·정치적 계획)과 행정법상 계획. 여기서 전자는 후자를 포함할 수 있다.
- 계획의 강도(Intensität)에 따른 구분 : 규제계획과 개발계획.
- 립법권과의 관계에 따른 구분 : 립법예비적 계획·법창조적 계획·법집행적 계획·법실현적 계획.
- 계획의 구체화정도에 따른 구분 : 프로그램적 계획과 처분적 계획. 수확계획과 세부계획, 전체계획과 전문계획.
- 계획의 대상에 따른 구분 : 경제계획·외교정책계획·기간계획. 기간계획은 다시 실질적 기간계획(교통계획, 수리계획, 국토계획), 인적 기간계획(학교발전계획, 병원확충계획), 제도적 기간계획(업무분할계획과 같은 행정조직계획) 등으로 구분된다.
- 일정한 계획목표가 달성되어지는 시기에 따른 구분 : 단기 계획·중기계획·장기계획.
- 법적 구속력에 따른 구분 : 구속력 계획과 비구속력 계획.
- 수범자(Adressaten)에 따른 구분 : 행정내부에만 관계되는 내 부지침적 계획(업무분할계획)·반사적으로 외부에 영향을 주는 내부지침적 계획(토지이용계획 : Flächennutzungs-

23) Vgl. Hoppe, Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FS 25Jahre BVerfGE, 1976, BBD. 1, 663ff.(669ff).

ngsplan) · 다른 행정주체에 영향을 주는 내부지침적 계획
(계획구속적 계획) · 외부적 효력을 가지는 계획.

- 효력의 양태(Wirkungsweise)에 따른 구분 : 홍보적 계획 ·
유도적 계획 · 명령적 계획

(2) 효력의 양태에 따른 구분

여기서 특히 국가적 계획을 그 효력양태(Wirkungsweise)에 따라 구분하는 경우에는 홍보적 계획, 유도적 계획, 명령적 계획으로 나눌 수 있다.²⁴⁾ 홍보적 계획(indikative bzw. informative Pläne)이란 자료의 수집 및 장래의 전망을 내용으로 하는 계획을 말한다. 이러한 계획에서는 국가의 목표나 관할 및 현재나 장래의 추세 내지 전망에 관하여 이해관계자(사인도 포함)에게 알림으로써 그들 스스로의 계획을 수립함에 있어서 고유한 판단자료로 삼도록 하여야 한다(예 : 정부의 경제전망보고서), 홍보적 계획은 구속력을 갖지 않는다.

유도적 계획(influenzierende Pläne)은 홍보적 계획과 마찬가지로 이해관계자에 대한 법적 구속력은 없으나, 그것이 일정한 목표 및 우선사항(Ziele und Prioritäten)을 확정하고 나아가 이를 조세혜택이나 자금지원 등을 통하여 적극적으로 계획에 적합한 활동을 하도록 장려하거나 아니면 — 계획에 반하는 활동시에는 — 명령적 수단이 아닌 기타의 고권적 규제수단을 통하여 조세부담과 같은 장애를 줌으로써 계획을 실현하고자 하는 것이라는 점에서 홍보적 계획과는 구분되어 진다.

명령적 계획(imperative Pläne)이란 대외적(대국민)이든 대외적(국가 · 행정조직내부)이든 일정한 구속력을 가지는 일체의 국가적 계획을 말한다. 즉 명령적 계획은 모든 계획관계자에게 법

24) 신봉기, 행정계획과 행정소송적 통제, 법조 1990년 1월 65면 ; 홍정선(FN, 3), 43면.

적 구속력이 미치며 계획목표는 명령(Befehl) 등 강제적 수단을 통하여 법적 집행이 가능하게 된다. 다시 말해서 명령적 계획에 있어서는 앞에서 언급한 유도적 계획을 지칭하는 「간접적 강제」(vis indirecta)의 여지가 없으며 곧바로 직접적인 국가적 명령 내지 강제권의 발동으로 넘어가게 된다. 그리고 여기서 명령적 계획이 가지는 「대내적 효력」(Binnenwirkung)이란 명령적 계획의 법적 구속력이 당해 계획에 기속되는 행정청에 대해서만 효력을 가지는 것을 말한다(예 : 행정규제), 또한 「대외적 효력」(Außenwirkung)이란 국가와 국가로부터 자유로운 사인이나 지방자치단체간의 관계에 있어서도 명령적으로 규율할 수 있는 효력을 말한다.(예 : 법규명령, 조례, 행정행위), 구속적 계획은 또한 그것이 일반적·추상적(abstrakt-generell)인 규율효과를 가진 조례나 법규명령 등의 형식을 취한 명령적 계획인지 아니면 구체적·개별적(konkret-individuell) 규율효과를 가지는 행정행위의 형식을 취하는 계획인지에 따라서는 구분되어질 수 있다.

2. 계획 및 계획규범의 구조와 특색

국가적 계획에 대하여 법규에서 규정하는 경우에 있어서 계획규범은 다른 일반 법규범과 달리 ① 계획의 수단을 통하여 달성하게 될 「목표」에 관해 규율하는 목적적 프로그램이란 점, ② 계획목표의 달성에 필요한 「수단」에 관해 규율하는 점, ③ 계획수단에 의거 계획목표의 실현을 위한 「절차」에 관하여 규율하는 등의 구조적 특색을 가진다. 이러한 계획규범의 특색 때문에 그것은 기타의 법규범, 즉 「○○○인 경우에는 ○○이어야 한다」고 하는 명제(Wenn-Dann-Schema)에 바탕을 둔 조건프로그램과 구별된다. 다시 말하면 계획규범은 목적·수단을 바탕으

로 하는 명제(Zweck-Mittel-Schema)에 의하여 규율되는 「목적 프로그램」이란 점에서 종래의 연구대상이었던 조건프로그램 법규범과는 구별되는 구조상의 특성을 가진다.²⁵⁾ 계획규범은 일반적·추상적 지침으로서 계획의 리념과 목적에 관해 규율하기 때문에 국가는 계획의 리념과 목적을 실현시키기 위하여 계획목표를 설정하게 되는데 이러한 계획목표의 설정에 있어서 광범위한 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)를 가지게 된다.

이는 계획규범에서 국가의 계획권의 행사에 대한 기준과 정도(요건과 효과)에 대해서 규정하지 않은 채 계획주체에게 백지위임을 하는 것이라 볼 수 있다. 따라서 계획관청은 계획규범에서 부여한 계획책무(Planungsaufgabe)의 범위내에서 그 책무의 실현을 위하여 독립적으로 활동하게 된다.

III. 국가적 계획작용의 헌법적 근거와 한계

국가적 계획에 대한 헌법의 요청은 곧 법치국가원리·사회국가원리 및 기본권에서 나타난다. 계획은 여러 가능한 목표중에서 개별적인 주요목표(Leitziele)를 선정하고 또한 우선사항(Prioritäten)의 설정을 통하여 장래의 국가활동을 형성하고 예견할 수 있게(vorhersehbar) 함으로써 법적 안정성(Rechtssicherheit)에 기여하게 된다. 이러한 장래의 국가적 계획에 대한 예견가능성으로써 곧 장래의 계획립법 및 그 법적 효과에 대한 신뢰(Verlässlichkeit)가 보장되게 된다.²⁶⁾

그러나 법치국가원리는 국가적 계획을 무한정 허용하지는 않으며 다음과 같은 일정한 행위원칙을 포함하고 있다. 즉 국가적

25) Hoppe, Planung, in: Handbuch des Staatsrechts(Hrsg.: Isensee/Kirchhof), Rn. 19 m.w.N.

26) Hoppe(FN.25), Rn. 75.

계획에 있어서 대내적·대외적(국가내부적·대국민적) 관계에서의 법률류보·법률우위의 원칙, 공사의익의 정당한 형량의 원칙, 과승금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등이 준수되어야 한다는 것이 그것이다. 특히 정당한 형량의 원칙(Abwägungsgebot)은 그것이 헌법에 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 법치국가적 계획의 본질에서 나오는 당연한 원리로 인정되고 있다.²⁷⁾ 정당한 형량의 원칙에 대한 침해유형으로는 형량의 누락·결함, 조사의 누락·결함, 형량의 과오평가, 형량의 불평등 등을 들 수 있다.²⁸⁾ 또한 과승금지의 원칙(Übermaßverbot)은 적합성·필요성·(협의의) 비례성의 원칙을 그 내용으로 하며²⁹⁾, 특히 계획결정에 있어서의 비례성의 원칙(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)은 앞에서 언급한 정당한 형량의 원칙에 의하여 대치됨으로써³⁰⁾ 더 이상 - 그 용어사용에 있어서 - 비례원칙에 기초한 계획심사는 불필요한 것으로 보고 있다.³¹⁾ 그리고 신뢰보호의 원칙은 국가적 계획의 변경(Planänderung)에 있어서 특히 그 의의가 있다. 신뢰보호 원칙은 국가적 계획에 대한 국민의 신뢰가 보호가치있는 때에 형량의 방법을 통하여 판단을 내리게 되는 가변적 원리(variables Prinzip)라 할 수 있다.³²⁾ 여기서 계획의 자의적 변경으로 인하여 개인의 기본권이 침해되었다고 주장하는 경우³³⁾ 국가에게는 신뢰보호가치의 여부에 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 원칙의 헌법상 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) 신뢰보호원칙은 계획목표변경에 대한 계획주체(Planer)의 요청과 계획준속에 대한 계획에 관계된 주민(Planbetroffenen)의 보호리익(schutzwürdiges Interesse) 상호간의 정당한 「위험분담」(Risikoverteilung)도 그 내용으로 한다. Vgl. Hoppe(FN.25), Rn. 98; Ossenbühl(FN. 17), B196.

다.³⁴⁾

또한 국가적 계획은 사회국가원리와의 관계에서 특히 강조된다. 사회국가원리는 곧 복지국가와 사회정의의 실현을 그 리념으로 하며³⁵⁾, 사회국가·복지국가의 리념은 미래관련성(Zukunftsbezogenheit)을 본질로 하는 「계획」에 의하여 실현되는 것이다. 그런데 사회국가원리는 명백히 비사회적인 정책의 금지를 뜻하는 소극적 의미의 것으로 일반적으로 이해되고 있다.³⁶⁾ 계획경제·전체주의적 사회계획은 사회국가원리와는 병행될 수 없다.

사회국가원리와 관련하여 특히 국가적 계획에 대한 소위 사회적 방어(청구)권(Abwehransprüche) 이외에 국민이 어느 정도까지 국가에 대하여 보호·재정적 급부·기타의 보조·공공시설의 설치 및 기타시설의 허가에 대한 보장을 적극적으로 청구할 권리를 행사할 수 있는 것인지의 문제가 되고 있다.³⁷⁾ 이러한 문제에 대하여는 적극적 청구권으로서의 기본권의 전환을 부정하고 있는 것이 통설의 입장이다.³⁸⁾ 국가의 계획작용에 대하여도 이러한 적극적 청구권은 부인되고 있다.

나아가 국가적 계획은 Bonn기본법 제28조 제2항의 지방자치제도의 보장(gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie)과도 밀접한 관계가 있다. 동조항에 의하면 지방자치단체에게는 전권능성(Allzuständigkeit, Universalität)과 자기책임성(Selbstverantwortlichkeit)이 인정된다. 전권능성에는 자치립법권·자주조직법·자치행정권이 포함되는 것으로 보고 있다. 현재 서독(독일)에서의 연방헌법재판소 판례의 학설에 따르면 헌법상 보장된 지방자치

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 보장에는 재정고권·인사고권·조직고권 등과 마찬가지로 지방자치단체의 계획고권(Planungshoheit)도 포함되는 것으로 본다.³⁹⁾

여기서 계획고권이란 지방자치단체가 자기책임하에 계획을 수립할 권한을 말한다. 헌법상 보장된 계획고권은 곧 지방자치단체가 자기 지역에 적합하게 계획권을 행사할 수 있음을 요청하는 것이며, 따라서 상위적 국가계획 - 전체계획이든 전문계획이든 - 에 대한 지방자치단체의 고유한 계획권한이 합당한 범위내에서 보장되어야 함을 의미하는 것이다.⁴⁰⁾ 국가적 계획은 대체로 지방자치행정에 관계가 되는 실제상의 이유 때문에 기본법 제28조 제2항의 지방자치제의 보장은 국가계획의 헌법적 한계를 의미하는 것으로 보고 있다.

이렇듯 국가적 계획작용은 법치국가원리·사회국가원리 및 기본권을 근거로 현대국가헌법질서내에서 - 여기에서는 특히 서독(독일)의 헌법질서내에서 - 긍정되는 것이지만 각각의 원리와 기본권보장·지방자치제보장의 범위에서 일정한 한계가 있음을 부인할 수 없다. 따라서 국가의 계획작용은 이러한 한계내에서 행사되어야 한다.

IV. 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제: 통제 규범과 통제기준 및 통제범위의 문제

1. 개설

39) BVerfGE 56, 298ff.; Hoppe(FN.2), Rn 167 ; 그 인정여부에 대하여는 신봉기(FN.1), 176면 이하 참조.

40) 지방자치단체의 권한범위에 관한 학설로는 전통적 책무설·기능적 자치설·상계설 등이 있다. 신봉기(FN.1), 177면 참조.

법치국가원리는 국가작용에 대한 사법적(헌법적) 통제를 전제로 하지 않고는 그 실효를 거두기가 어렵다. 이는 국가적 계획에 있어서도 마찬가지이나 특히 계획은 다른 국가작용과 달리 그 발현양식(Erscheinungsformen)이 다양하기 때문에 사법적 통제도 다양하게 이루어지게 된다. 이러한 국가적 계획의 다양성으로 하여 이미 서독(독일)에서는 계획에 대한 통일적인 사법적 심사를 위한 체계적 작업이 시도되어 왔다. 즉 계획에 대한 사법적 통제를 함에 있어서는 통제규범(Kontrolleröffnungsnormen)과 통제기준(Kontrollmaßstäbe) 및 통제범위(Kontrolldichte)로 단계적으로 구분하여 효률적 심사를 꾀하는 것이 그것이다. 여기서 통제규범이란 계획에 대한 연방헌법재판소·주헌법재판소(및 행정법원) 등에 의한 사법적 통제가 가능한지의 여부에 대한 규율을 말하며 이러한 규범은 계획에 대한 소송의 개시 및 심사권한 등을 그 내용으로 한다. 통제규범은 소송절차 등을 규정하는 이외에 또한 사안의 결정에 필요한 요건도 명시적으로 규율하고 있다. 따라서 헌법재판소는 이러한 절차에 따라 결정요건을 근거로 국가적 계획에 대한 통제를 행할 수 있는 것이다.

그리고 통제기준도 곧 헌법재판소가 국가적 처분(공권력)의 유효·무효에 관하여 심사하는 형식적·실체적인 법적 판단의 기초를 의미하며 또한 통제범위는 사법적 심사권한의 범위 및 정도, 즉 통제기준의 적용(Anwendung und Handhabung)을 뜻한다.

2. 형식적 통제규범

1) Bonn기준법 및 연방헌법재판소법에서 허용되는 통제규범

계획은 헌법소송의 영역에서는 관심밖의 것으로 인식되어 왔지만 최근에는 그에 대한 연구가 활발하게 이루어지고 있다.⁴¹⁾ 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제에 근거는 Bonn기준법 및 연방헌법재판소법에서 찾을 수 있다. 국가적 계획통제와 관계된 Bonn기본법 과 연방헌법재판소법상의 규정은 다음과 같다 :

- 추상적 규범통제(기본법 제93조 제1항 2호, 연방헌재법 제13조 6호, 제76~79조)
- 기관분쟁절차(기본법 제93조 제1항 1호, 연방헌재법 제13조 5호, 제63~67조)
- 연방과 주간의 권한분쟁(기본법 제93조 제1항 3호, 연방헌재법 제13조 7호, 제68~72조)
- 기타 공법상의 분쟁(기본법 제93조 제1항 4호, 연방헌재법 제13조 8호, 제71, 72조)
- 구체적 규범통제(기본법 제100조 제1항, 연방헌재법 제13조 11호, 제80~82조)
- 헌법소원(기본법 제93조 제1항 4a호, 연방헌재법 제13조 8a호, 제90, 제92~96조)

국가적 계획이 연방 및 주의 형식적 법률 또는 법규의 형태로 이루어져 있는 경우에는 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle)의 대상이 될 수 있다. 예산법(Haushaltsgesetz)에 대한 규범통제를 수단으로 하여 예산계획(Haushaltsplan)은 심사될 수 있다.⁴²⁾ 그러나 형식적으로 명백하게 법규(Rechtsnormen)로서 발령되지 않은 많은 국가적 계획 중 법규적 성질을 갖지 않는 계획은 규범통제절차의 대상이 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 학자들의 견해를 보면 국가의 계획작용을 규범통제의 대상으로 하기 위한 시도가 있어왔는데 특히 Redeker는 「법률을 근거로 제정된 행정규칙(행정규칙의 성질을 가지는 국가적 계획)을 전통적 의미의 법규로 취급(als Rechtsnormen behandeln)」⁴³⁾할 것을 주장하였고, Wimmer는 립법자와 정부에 대하여 「앞으로의 교육계획(Bildungspläne)과 학교발전계획(Schulentwicklungspläne)을 법률 또는 법규명령(Rechtsverordnungen)으로서만 제정할 것이고 종래처럼 행정규칙(Verwaltungsvorschriften)으로 제정하지 말 것과 계획령역에서의 국회의 의결을 준립법행위(quasigesetzgeberische Akte)로 성격지을 것」⁴⁴⁾을 촉구하는 것들이 그것이다.

연방헌법재판소 및 주헌법재판소는 계획통제와 관련하여 계획절차의 준수여부에 대한 심사로서 기관분쟁절차(Organstreitverfahren)를 가능한 것으로 보아 왔다. 계획이 형식적 법률로서 - 법률의 성질을 가지는 계획도 포함 - 공포된 경우에는 계획절차는 립법절차와 일치될 것이 요청되며 이와 관련하여 정부의 정책적 계획에 대한 의회참여여부의 문제가 연방헌법재판소에서 논의될 수 있다는 점을 기억할 필요가 있다.⁴⁵⁾

연방주의에 의거 계획에 대한 통제는 연방—주간의 권한분쟁(Bund-Länder-Streitigkeit)의 형태로도 가능하다고 보고 있다.⁴⁶⁾

기본법 제93조 제1항 4문의 「기타 공법상의 분쟁」(andereöffentlich-rechtliche Streitigkeit)을 근거로서도 일정한 경우에는 헌법적 통제가 가능한 것으로 보고 있는데, 곧 다른 주가 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.

계획작용으로서 자기 주의 헌법상 보장된 권리·의무를 침해하였음을 주장하는 경우가 이에 해당된다고 보고 있다.⁴⁷⁾

구체적 법규통제절차(konkretes Normenkontrollverfahren)는 계획통제절차로서 연방 및 주의 형식적 계획법률에 대해서만 적용될 수 있다. 법규명령(Rechtsverordnungen)에 대하여는 구체적 규범통제가 허용되지 않는 것으로 연방헌법재판소는 보고 있다.⁴⁸⁾

개인의 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)은 계획에 대한 개인권 보호의 측면에서 「국가에 대한 국민의 특별한 권리구제방법」이며 앞에서 언급한 다른 통제절차보다도 특히 중요하다고 할 수 있다. 개인은 일정한 경우 국가의 계획행위에 대하여 직접 헌법소원을 제기할 수 있다. 그러나 헌법소원의 보충성(Subsidiarität)의 원칙에 따라 1차적 계획내용(Planinhalt)의 합법성여부에 대하여 행정법원에 제소할 수 있으며 그 후에 비로서 계획행위 또는 행정법원의 판결에 대하여 헌법소원을 제기할 수가 있다.

2) 특히 국가적 계획에 대한 헌법소원과 관련하여

계획작용에 대한 헌법소원에 있어서는 계획이 법치국가의 형식 및 기능의 전통적 체계에 있어서 그 분류가 힘들며 이러한 이유로 종래의 권리구제방법과는 일치하지 못하게 된다는 점에서 헌법소원의 긍정여부판단이 어렵다는 것이 일반적으로 인정되어 있다.⁴⁹⁾ 연방헌법재판소법 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⁾

헌법소원이 허용되는지의 문제는 기본법 제93조 제1항 4a호의 「공권력」(öffentliche Gewalt)의 행위유형 및 그에 대한 - 행정소송과 같은 - 다른 1차적인 권리구제의 길이 존재하는지의 여부에 대한 문제와 관계된다.⁵²⁾ 계획행위를 특히 법제정행위(Rechtssetzungsakte)로 보는 경우 헌법소원의 허용요건은 소원신청인의 관계 고권적 계획처분으로 하여 「그 자신이(Selbst)현재(gegenwärtig) 직접적으로(unmittelbar) 관계(침해)되는」 것을 증명할 수 있어야 한다.⁵³⁾ 이러한 세 요건 - 자기관련성 · 현재관련성 · 직접관련성 - 중 어느 하나를 결하는 경우에는 각하(zurückweisen)사유가 된다.

연방헌법재판소의 재판에 따르면 헌법소원이 조직에 의하여 그 구성원의 이익을 대변하는 내용으로 제기되어진 경우에는 - 예를 들면 소비자조합(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 공민동등권, 공공근무에 있어서 직업공무원제도(제33조), 연방상원의 적극적 · 소극적 선거권(제38조), 특별재판소(Ausnahmegerichte)의 금지(제101조), 법정에서의 기본권(제103조) 및 자유박탈의 법적보장(제104조).

52) Vgl. BVerfGG §90 Abs. 2.

53) BVerfGE 1, 97, 101

이 - 그 조직에게 자기관련성을 인정하지 않고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 경제계획과 관련한 조세관련법률에 의하여 제3자수혜(Dritt-begünstigung)가 있는 경우 비수혜자에게 자기관련성을 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.

기본법 제19조 제4항이 회복불가능한 결정을 가능한 한 넓게 배제하고자 하는 것도 그 내용으로 한다는 점을 고려할 때 계획작용에 있어서는 직접관련성의 요구(Unmittelbarkeitserfordernis)가 더욱 완화되어야 할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 건축상세계획(Bebauungsplan) — 우리의 도시계획 —과 관련하여 연방헌법재판소는 그 효과가 직접 기본권에 미침을 긍정하였다.⁵⁷⁾

마지막으로 헌법소원의 허용을 위한 현재성(Gegenwärtigkeit)은 계획에 있어서는 오히려 「적시성」(Rechtzeitigkeit)으로 대치되는 것으로 보인다. 계획의 구속성여부의 문제를 떠나 일정한 적합한 시점에 중간적(inzident) 심사를 허용함이 후에 나타날 수 있는 회복불가능한 사실관계(nicht korrigierbare praktische Verhältnisse)를 배제할 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(부가세법) ; 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. 국가의 계획작용에 대한 헌법적 통제의 기준

국가의 계획작용은 다른 국가작용과 마찬가지로 헌법 및 일반 법원리에 합치되어야 한다. 따라서 계획에 있어서는 그 일반적 기준(allgemeine Maßstäbe)으로서 기본권보장, 법치국가원리, 지방자치제의 보장, 비례의 원칙, 사안 및 체계정당성(Sach-und Systemgerechtigkeit)의 원칙, 법치국가적 형량명령(Abwägungsgebot), 법적 청문권(rechtliches Gehör)의 보장 및 이유부기의무(Begründungspflicht) 등이 고려되어 져야 한다. 그 이외에 각각의 계획에 관계된 연방법 및 주법(Bundes-und Landesrecht)이 형식적·실질적 적법성심사를 위한 기준이 된다.

여기서 특히 계획행정과 관련하여 보는 경우 그 통제의 기준은 「계획상의 형식의 자유」(planerische Gestaltungsfreiheit) 및 고유한 계획과정에서 계획에 고유한 특성을 갖는다. 계획상의 형성의 자유라는 용어에서 계획주체가 계획수립활동시 그 행위도구로서 「계획재량」(Planungsermessen)을 행사한다는 점을 분명히 알 수가 있다. 이 계획재량은 법률상 그 성격 및 요건에서 전통적 행정재량(Verwaltungsermessen)과 다르며 또한 전통적 행정재량보다는 제한을 적게 받게 되는 것이기 때문에 그 구별에는 어려움이 따른다. 이러한 차이는 곧 많은 계획법규범이 다른 일반적 행정법규와는 다른 구조를 가지고 있다는 것을 의미한다. 즉 다른 법규들이 구성요건의 존재에 일정한 법적 효과를 관련시키는 것, 즉 조건적(konditional) 성격을 가지는 반면에, 계획규

58) Ossenbühl(FN. 17), 192f.; Voigt(FN. 5), 148f.; Hoppe(FN. 23), 681f.; Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, 54f. u. 86f.

범은 목적적(final)으로 이루어져 있다. 계획규범은 목표를 설정하고(목적적 요소 : finale Komponente), 이 목표를 달성하기 위하여 그 수단(도구적 요소 : instrumentale Komponente)을 규정한다. 이러한 구조로 하여 계획규범에 있어서는 조건적 성격을 가진 범규에 있어서와는 달리 허용되는 결정가능성의 넓은 범위가 예측적 절차(prognostisches Verfahren)의 계속적 적용을 통하여 장래에의 형식적 성질을 가지고 존재하게 된다. 이러한 구조적 특성은 계획특유의 통제기준에 있어서 그리고 나아가 사법적 통제에 있어서 영향을 둔다.

이러한 실체법상의 통제기준은 최근 심각하게 논의되는 「형량하자법」(Abwägungsfehlerlehre)과 함께 헌법상의 자치국가원리에 그 근거를 두는 「형량명령원칙」(Abwägungsgebot)을 중심으로 발전되어 온 것이다.⁵⁹⁾

4. 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제의 범위

국가적 계획작용에 있어서 어느 범위에 까지 헌법적 통제가 가능하나 하는 것은 곧 정치와 헌법소송(재판) 사이의 가장 중요한 문제에 해당한다. 학자들의 다수견해에 따르면 법치국가원리에 의거 개인권의 포괄적 권리구제라는 관점에서 가능한 한 넓게 헌법소송이 가능한 것으로 보고자 한다.⁶⁰⁾ 그러나 연방헌법재판소는 구체적인 통제범위와 관련하여서는 아직 명확한 입장을 밝히지 않고 있다.⁶¹⁾ 그런데 일반적으로 문헌에서는 기본권법 제19조 제4항의 권리구제요청(Rechtsschutzgebot) 및 기본권

59) 그에 대하여는 신봉기(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 - 법률상·사실상 - 최대한의 통제범위(maximale Kontrolldichte)의 필요성이 도출되는 것으로 보고 있다.

그러나 계획령역에서 볼 때에는 이러한 최대한의 통제라는 것은 「전체적」 통제(totale Kontrolle)를 의미하는 것이 아니다. 계획에 있어서는 다양한 법적·법외적 한계에 대한 심사까지 이루어져야 할 필요가 있다.

V. 국가적 계획에 대한 헌법적 통제의 한계

계획에 대한 헌법적 통제에는 그 한계가 있다. 즉 먼저 헌법재판통제는 헌법상 계획에 허용되는 독자적인 형성의 여지(Gestaltungsspielräume)를 고려하여야 한다는 한계가 있다. 헌법상 정치적 결정에 맡겨져 있는 부분의 개입은 권력분립원칙에 대한 저촉을 의미하는 것이며 따라서 헌법소송의 권한유월(Kompetenzüberschreitung)에 해당한다고 보고 있다.⁶²⁾

또한 헌법재판절차는 「리성적 기준」(rational Standards)을 기초로 하여 이루어진다는 점을 들 수 있다. 그러나 이러한 리성적 기준에 따라 계획처분의 정확성(Richtigkeit)에 관한 판단이 불가능한 영역에서는 이는 더이상 통제결정(Kontrollentscheidung)의 문제가 아니며 여기에서는 헌법재판관은 법통제자(Rechtskontrollleur)가 아니라 사회형성자(Sozialgestalter)의 지위에 서게 된다.⁶³⁾

마지막으로 사안구조상의 한계를 들 수 있다. 계획이 다른 국가작용형태와 비교하여 구조적 특수성을 가지기 때문이다. 계획과정은 경찰법 내지 질서법 등의 영역에서의 국가작용과 비교하

62) Hoppe(FN. 23), 711f.

63) Friesenhahn, Festvortrag des. DJT(1974), DRIZ 1974, 337.

여 볼 때 다음과 같은 중대한 특수성을 가진다.⁶⁴⁾ 즉 ① 일반적으로 승인된 통일적 기준체계의 부존재를 들 수 있다. 따라서 법원은 계획과 관련된 문제에 있어서 당해 사안에 대한 전문가의 감정견해(Sachgutachten)에 전적으로 상반된 입장에 서는 경우가 자주 있다. ② 또한 계획에는 시간적 가능성(Veränderlichkeit)이 존재한다는 것을 들 수 있다. ③ 마지막으로 계획에 영향을 주는 요소들은 상호간에 의존적이다. 포괄적 계획에 기초가 되는 「리익모자이크」(Interessenmosaik)에서 조그마한 돌(Steinchen)을 빼어내는 경우에는 다른 모든 계획요소들에게도 영향을 주게 된다는 점을 생각해 볼 수 있다.⁶⁵⁾

이러한 몇 가지 관점에서 볼 때 계획은 다른 국가활동영역보다는 이성적 기준(rational standards)에 있어서 유연하게 적용된다고 할 수 있다. 따라서 국가적 계획작용에 대한 헌법적 통제는 위와 같은 계획고유의 특성으로 하여 그 한계가 불투명해질 수밖에 없다고 보겠다.

VI. 결 어

이상에서 국가적 계획작용에 대한 헌법소송문제를 서독(독일)을 중심으로 살펴 보았으나 목적·수단프로그램이라고 하는 계획고유의 특성 때문에 통제의 어려움은 여전히 남는다고 하겠다. 이러한 문제점은 우리 나라에서도 마찬가지이다. 즉 우리 헌법체계하에 있어서도 과연 국가적 계획작용이 헌법소송(재판)의 대상이 될 수 있을 것인지 그리고 이를 긍정하는 경우 어느 정도까지 가능한지의 문제가 그것이다. 왜냐하면 계획 내지 계획규범

64) Vgl. Ossenbühl(FN. 17), 191f.

65) Hoppe(FN. 23), 712f.

이라는 것 그 자체는 「조건·결과의 모형」으로 이루어지는 종래의 법규범과는 달리 「목적·수단의 명제」로 이루어져 있기 때문에 그 목적달성을 위한 수단선택에 있어서 국가에게 넓은 형성의 자유가 보장되어 있으며, 나아가 계획은 어느 하나의 법 형태를 갖추고 있는 것이 아니라 법률·법규명령·행정규칙·행정행위·사실행위 등 모든 법형태를 다양하게 취하고 있기 때문이다. 결론적으로 말하면 계획작용에 대한 통제는 그 법적 성질 규명과 관련하여 특히 행정소송에서 문제가 되는 것이나 이를 통하여 구제되지 못한 경우에는 기본권침해를 근거로 헌법소송을 제기할 수 있음은 당연한 것이라 하겠다(보충성원칙).

행정계획을 중심으로 하여 볼 때 도시계획(결정)을 예로들면 그 하나만으로도 법적 성질을 논함에 있어서 립법행위설·행정행위설·독자성설 등으로 나뉘어지고 있으며 대법원은 행정행위설을 고등법원은 립법행위설을 취하고 있다. 여기서 볼 수 있듯이 어느 계획의 법적 성질과 그에 대한 통제에 있어서의 학설 및 법원의 입장은 일관되어 있다고 볼 수 없는 것이 현재의 행정법상의 계획과 관련된 상황이라고 할 수 있다. 따라서 행정계획에 의하여 기본권침해가 있는 경우 그것이 처분 내지 처분적 성질을 갖는 경우에는 행정소송으로 그 구제를 구할 수 있을 것이나, 법령·조례·규칙 또는 사실행위의 성질을 가지는 계획, 즉 계획이 처분적 성질을 갖지 않음으로써 행정소송의 대상이 되지 않는 경우에는 바로 헌법재판을 청구할 수 있는 것으로 보아야 한다.

또한 도시기본계획에 있어서도 문제가 있다. 즉 도시기본계획은 도시계획입안의 지침이 되는 사항을 내용으로 하여 시장·군수에 의해 수립되는 것으로서 건설부장관의 승인을 얻음으로써 확정되는 것이다. 그런데 도시기본계획은 도시계획을 수립하는

시장·군수에게는 직접적으로 효력이 미치나 대국민적 구속력(Verbindlichkeit)은 갖지 않음으로써 행정소송의 대상이 되지 않는다. 그러나 도시기본계획의 범위내에서 도시계획이 수립되는 점을 생각한다면 개인의 권익침해 내지 재산권침해의 여지는 분명히 존재하는 것이며, 따라서 이 경우 도시기본계획에 대한 헌법소송도 가능한 것으로 보아야 할 것이다.

나아가 소위 Green belt라고 불리우는 개발제한구역도 도시계획으로 지정고시됨으로써 당해 지역주민의 재산권행사에 구속적 제한을 가하는 것이기 때문에 헌법재판의 대상이 될 수 있는 것이라 할 것이나, 개발제한구역 지정고시으로써 당해지역주민은 재산권행사를 구체적·개별적으로 제한받는 것에 해당된다고 보는 경우에는 보충성의 원칙에 의거 행정소송을 거친 후에 비로소(erst nach Erschöpfung des Rechtswegs) 헌법소원을 제기할 수 있게 된다. 또한 보상규정을 결하고 있는 현행 도시계획법도 그 위헌성이 문제되고 있다. 따라서 행정계획작용과 관련하여 생길 수 있는 다양한 계획유형에 따른 문제점은 문제된 계획작용의 법적 성질을 행정법적 관점에서 먼저 규명한 이후에야 헌법적으로 논의할 수 있는 문제라 할 수 있다.