

# 憲法論叢

第 2 輯

憲法裁判所

## 創 刊 辭

1991년 9월 19일은 憲法裁判所가 우리나라의 憲政史上 최초로 발족된지 세돌이 되는 날이었습니다. 3년여 동안 憲法裁判官들의 부단한 각고의 노력으로 약700건 裁判함으로써 이 땅위에 民主主義를 정착시키기 위한 결정적 역할을 하여 왔다고 자부하는 한편, 憲法裁判所制度에 대한 국민적 期待가 점증하고 있음이 느껴집니다.

이와 같은 期待와 召命에 조금이나마 부응하고자 憲法研究官들을 포함한 우리 직원들의 憲法裁判에 대한 연구의욕을 고취할 목적으로 공모하였던 연구실적 등 소개될 만한 것을 선정하여 지난해의 憲法論叢 제1집에 이어 올해에도 제2집을 발간하게 되었음을 자랑스럽게 생각합니다.

과중한 재판업무 중에도 玉稿를 만들어 주신 한병채·이시윤, 두 裁判官님과 훌륭한 논문을 특별히 기고하여주신 憲法裁判所 諮問委員 구병삭·권영성, 두 교수님께 깊이 감사드리며, 아울러 이 책자의 출판을 담당하였던 審判資料局 직원들의 노고를 치하합니다.

1991. 12.

憲 法 裁 判 所

事 務 處 長 邊 精 一

## 目 次

規範統制의 對象과 特別審判節次·····韓 柄 棠·····5
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)·····李 時 潤·····104
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向 ·····丘 秉 朔·····126
社會的 基本權의 憲法規範性考 — 憲法訴訟의 實現을 위한 試論 — ·····權 寧 星·····169
違憲審查의 基準 ·····尹 英 根·····193
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 — 우리 制度와의 比較를 中心으로 — ·····金 泳 哲·····217
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 — 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가?—·····李 亨 夏·····261
美國 憲法訴訟上의 Standing 法理 ·····金 弘 燁·····300
法人의 基本權에 관한 研究 序說 ·····鄭 宗 燮·····362
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究 ·····姜 潤 遠·····423

憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의  
「自己關聯性」의 判斷基準  
-獨逸判例를 中心으로 - .....黃道洙.....498

權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察 .....辛奉起.....545

# 憲法裁判의 對象과 特別審判節次(上)

韓 柄 案

憲法裁判所 裁判官

## - 目 次 -

### 第一節 規範統制의 對象과 節次

#### 第 I. 規範統制方法과 制度

1. 制度上의 意味
2. 違憲法律審判의 一般節次
  - (가) 絶對多數議決原則
  - (나) 辯護士強制主義原則
  - (다) 職權書面審理原則
  - (라) 辯護士公開主義原則
  - (마) 審判費用의 國庫負擔原則
3. 違憲法律審判의 對象과 그 特別節次

#### 第 II. 具體的 裁判의 前提로 提請한 規範統制(違憲法律審判)

1. 違憲法律審判의 特別節次
2. 違憲法律審判의 提請法院과 그 節次
  - (가) 提請할 수 있는 法院
  - (나) 提請節次
3. 憲法裁判所의 合憲決定權
  - (가) 法律에 대한 違憲與否決定權
  - (나) 新·舊憲法上의 差異點
  - (다) 合憲推定의 原則과 合憲決定權

- (라) 憲法 附則 第5條의 失效宣言權
  - 4. 實質的 法規(法律, 命令, 規則)에 대한 審判權
    - (가) 憲法 第107條 第2項의 解釋
    - (나) 法規命令의 違憲性 問題
    - (다) 行政命令의 法規性
    - (라) 廢止된 法律에 대한 審判
  - 5. 憲法規定에 대한 審判權
    - (가) 消極說 (나) 積極說 (다) 우리의 立場
  - 6. 條約과 國際法規에 대한 審判權
    - (가) 條約
    - (나) 기타 國際法規
- 第Ⅲ. 抽象的 規範을 訴願으로 請求한 規範統制(規範統制型 憲法 訴願)
- 1. 法律에 대한 憲法訴願
    - (가) 法律에 대한 抽象的 規範統制
    - (나) 規範統制의 方式
    - (다) 憲法訴願의 대상이 되는 法律
      - i) 處分的 法律 ii) 一般 法律 iii) 經濟關係法律
  - 2. 裁判에 前提되지 않는 命令, 規則, 處分
    - (가) 法規命令에 대한 違憲審查權
    - (나) 行政命令에 대한 違憲審查權
    - (다) 條例 및 敎育規則에 대한 違憲審查權
    - (라) 大統領의 緊急命令과 緊急財政·經濟命令
  - 3. 憲法訴願에 의한 規範統制의 節次와 效力
    - (가) 法律에 대한 憲法訴願의 適法性
    - (나) 憲法訴願審判의 效力
  - 4. 立法不作爲에 대한 憲法訴願

- (가) 憲法訴願對象인 公權力
    - i) 公權力的 概念      ii) 立法不作爲의 範圍
  - (나) 憲法訴願對象이 되는 立法不作爲의 事例
5. 法律訴願에 대한 補充성과 期間의 特則
- (가) 補充성의 特則
    - i) 補充성의 例外事由      ii) 行政立法과 補充性
  - (나) 請求期間의 特則
    - i) 法律公知說                  ii) 成熟性說
    - iii) 處分通知說                iv) 行政訴訟準用說
    - v) 請求期間의 例外事由

## 第一節 規範統制의 對象과 節次

憲法裁判의 對象과 憲法訴訟이라고 할 수 있는 違憲法律節次는 그 나라의 憲法과 憲法裁判所法을 비롯한 法體系에 따라 具體적으로는 조금씩 다를 수 있다. 그러나 憲法裁判制度를 채택하고 있다 하더라도 憲法裁判은 規範이나 公權力 行使가 憲法에 違反되는지의 여부를 다루는 것이기 때문에 그 審判節次도 一般 司法府의 訴訟節次와는 다른 점이 많이 있다.

그 중 특히 유의할 점은 個個 事件의 眞實發見과 紛爭處理를 목적으로 하는 종래의 전통적인 司法審査制度와는 區別되는 것으로서 憲法裁判은 과거 裁判의 대상이 아니라고 회피하여 오던 權力的 作用과 規範統制權에 비중을 크게 두고 있다는 것을 基本的으로 認識하지 않으면 안된다. 그리고 國民의 基本權 保障을 위한 權力統制의 行使라는 면에서 볼 때 憲法裁判은 權力分立體系의 變形的인 새로운 統制手段이며, 그에 따라 政治的 決定過程에의 干渉도 배제되지 않는 특수한 裁判機能을 行使하는 것이다. 이러한 機能에서 나오는 本質的인 原則과 一般理論은 憲法裁判制度를 두고 있는 나라에서는 대체로 유사하기 때문에 여기에서는 우리 나라의 憲法과 憲法裁判所法을 中心으로 살펴보는 것이 가장 바람직한 방법이라 하겠다.

그리고 짧은 기간이나마 우리 나라의 憲法裁判을 進行하면서 評議에서 論議되고 審査過程에서 문제된 여러 가지 점들과 우리 裁判所에서 선고한 決定文에 明示된 判例를 가지로 本章을 살펴보는 것도 意味가 있다고 하겠다.

우리 憲法 第111條는 憲法裁判所가 管掌하는 憲法裁判의 對象을 ① 違憲法律審判, ② 彈劾審判, ③ 政黨解散審判, ④ 機關間의



權限爭議 審判, ⑤ 憲法訴願審判으로 크게 나누어 規正하고 있다. 그리고 憲法 第107條와 憲法裁判所法에서 憲法裁判을 하는데 필요한 基本的인 節次를 一般的 審判節次와 特別審判節次로 나누어 規定하고 있다. 그러나 이는 具體的인 事件을 다루면서 부딪치는 다종다양한 문제들을 풀어 가는 訴訟節次法으로 보기에 너무나 미흡하다. 裁判의 대중을 이루는 違憲法規審判과 憲法訴願審判의 경우만 보더라도 그 審判의 對象과 特別審判節次的 範圍를 確定하는 것은 쉬운 일이 아니다.

그러므로 여기에서는 위의 다섯가지 憲法裁判의 審判對象과 그에 따르는 特別審判節次를 검토하되 그 중에서 規範統制로서의 憲法裁判을 중심으로 살펴보기로 한다.(그러나 이 글에서 憲法裁判所의 既存 判例와 다른 部分은 憲法裁判所의 公式意見이 아닌 私見임을 먼저 밝혀둔다.)

## 第 I . 規範統制의 方法과 制度

### 1. 制度上의 意味

現行憲法은 立法, 行政, 司法 외에 第四의 國家權力으로서 憲法裁判所를 두어 國民의 基本權과 民主憲法을 守護하도록 憲法上의 새로운 制度를 도입하고 있다. 20世紀 후반에 와서 부각된 憲法裁判制度의 有無는 民主憲政秩序의 有無와 同一視하는 경향이 오늘날의 世界的 現象이다. 이에 따라 우리 憲法도 새로운 民主時代를 確立하기 위하여 憲法裁判制度를 채택하고 있다는 점에서 그 制度的 意義를 찾을 수 있는 것이다.

憲法은 그 나라의 모든 法規 중에서 가장 上位規範인 最高法이라는 本質的 特性을 가지고 있기 때문에 이에 背馳되는 法律,

命令, 規則이나 行政處分은 그 法的 效力을 가질 수 없게 된다. 이러한 憲法의 最高法規性과 最高價値의 實效性을 保障하기 위하여 國家의 司法的 最高機關으로 하여금 각종 法規에 대하여 憲法의 違反 여부를 判斷하게 하고 憲法에 違反되는 法律의 效力을 無效化시키거나 失效케 하여 그 法律의 適用을 排除하게 하는 制度를 違憲法律審判制度라고 한다.

權力分立主義를 基本으로 하는 立憲民主主義는 個人的 自由와 財產을 보호하기 위하여 國家의 모든 權力作用은 國會가 制定하는 法律에 의하여 發動하도록 하고 國家의 權力은 法律으로써 規律하게 한다는 法治國家의 原理에 기초를 두고 있다.

그런데 世界各國의 憲政史를 뒤돌아 볼 때 立法機關인 國會는 現實의으로 多數黨의 支配로 政權을 유지하고 多數黨의 恣意的인 立法으로 인하여 個人的 基本權이 侵害되고 違憲的인 法律이 制定내지 改正되어 民主憲政의 基本秩序가 무너지고 憲法的 正義가 無視되는 것을 많이 보게 된다. 때로는 權力을 獨占하고 立法府의 本來的인 機能을 任意로 活用하여 憲法의 基本原則을 無視하고 立法을 하기도 했다. 여기에서 不當한 立法으로 인한 憲法規範의 侵害로부터 憲法을 守護하고 國民의 基本權을 保障하기 위하여 憲法裁判制度를 두어 憲法裁判所에 法律의 違憲審判權을 行使하게 한 것이다.

違憲審判制度의 그 內容이나 節次에 있어서는 各國의 事情에 따라 다르고 모든 것이 同一하지는 않지만 國民의 基本權과 民主憲法을 守護한다는 當爲的인 면에서는 모두가 공통적으로 같으며 이러한 歷史的 要請에 따른 制度的인 意義에는 根本的으로 다른 것이 없다.

우리 나라도 오늘날의 民主憲法을 가진 다른 대부분의 국가와 마찬가지로 憲法裁判制度를 도입하여 이를 채택하고 그 特別節

次に 關한 規定을 憲法裁判所에 두고 있지만 節次法으로서 미흡한 것은 裁判實務를 하면서 연구 보완하여 判例法으로 적용 운영하고 있다.

## 2. 違憲法律審判의 一般節次

憲法裁判의 一般節次에서도 一般 行政·民事訴訟과는 다른 다음 몇 가지의 特則을 두고 있다. 그 代表的인 것을 보면 다음과 같다.

(가) 첫째, 絶對多數議決의 原則이다.

裁判官 9人 중 7人 이상의 裁判官이 출석한 合議制에서 6인의 贊成이 있어야 法律의 違憲決定, 彈劾의 決定, 政黨解散의 決定 또는 憲法訴願의 認容決定 등을 할 수 있다는 絶對多數議決의 原則을 憲法事項으로 規定하고 있다.

우리 憲法과 憲法裁判所에 規定된 一般節次를 보면 憲法裁判所은 9人的 裁判官으로 구성하며 法律에 특별한 規定이 있는 경우를 除外하고 審判은 裁判官 全員으로 구성되는 裁判部에서 한다. 裁判部는 7人 以上の 裁判官이 출석하여야 事件을 審理할 수 있다. 모든 裁判은 全員合議部 裁判部에서 하는데 一般的인 事項은 終局審理에 關여한 裁判官의 과반수의 찬성으로 決定을 한다. 그러나 法律의 違憲決定, 彈劾의 決定, 政黨解散의 決定 또는 憲法訴願에 關한 認容決定과 같은 憲法裁判의 本案에 關한 基本的인 終局決定을 할 때에는 그 9人的 裁判官 중 憲法上의 定足數인 裁判官 6人 以上の 贊成이 있어야 한다. 종전에 憲法裁判所가 判示한 憲法 또는 法律의 해석 적용에 關한 意見을 변경하는 경우에도 裁判官 6人 以上の 贊成이 있어야 한다 [憲裁法 第22條, 第23條].

그러므로 9人の 裁判官 중 3人 이상의 缺員이 있거나 除斥되거나 忌避 또는 回避를 하면 審判定足數의 未達로 事件을 審理할 수 없다(憲法 第113條 第1項, 憲裁判法 第23條, 第24條). 따라서 缺員, 除斥, 忌避, 回避 등으로 裁判에 關여하지 않는 것은 結果적으로 議決에 反對 또는 否票를 行使하는 것과 같은 法律的 效力이 생긴다(이와 같은 結果가

생긴 判例은 1990. 4. 2. 선고 88헌마25호 사건 참조).

그래서 憲法裁判의 終局決定은 憲法上的 法定定足數 6人の 찬성이 있어야 하는 合議制의 議決로서 決定하도록 하는 絶對多數의 原則을 基本으로 하고 있다. 다만 憲法訴願審判에 있어서는 그 審判請求의 適法性을 事前審查할 수 있는 特別節次로서 裁判官 3人으로 구성되는 指定裁判部를 두어 事前審判을 담당하게 할 수 있는데 이 때에는 指定裁判部 裁判官 全員의 一致된 意見에 의하여 審判請求를 却下할 수 있다. 이를 위하여 現在 우리 憲法裁判所는 3個의 指定裁判部를 두고 있다.

(나) 둘째, 辯護士强制主義 原則이다.

憲法裁判의 각종 審判節次에 있어서는 辯護士가 아니면 그 節次遂行을 할 수 없도록 하였다. 만약 憲法訴願審判事件에서 辯護士를 代理人으로 選任하지 않고 審判請求가 된 경우에는 審判請求가 不適法하므로 辯護士 選任을 補正할 수 있도록 期間을 정하여 指定裁判部에서 補正命令을 하고 그 補正을 하지 아니할 때에는 審判請求를 却下한다. 補正命令에 의하여 補正이 있는 때에는 처음부터 適法한 審判請求가 있는 것으로 보고 그 補正期間은 審判期間에 이를 算入하지 아니한다(憲裁判法 第28條 第72條 第3項). 한편 憲法訴願審判을 請求하고자 하는 者가 辯護士 選任을 할 自力이 없는 때에는 國選代理人을 選任하여 줄 것을 申請할 수 있다. 이 경우에 憲法訴願審判의 請求期間의 計算은 國選代理人의 選任申

請이 있는 날을 기준으로 한다. 國選代理人的 選任申請이 있는 때에는 憲法裁判所의 規則에 의하여 辯護士 중에서 國選辯護人을 選定한다.

憲法裁判所가 國選代理人을 選定하지 아니한다는 不許決定을 한 때에는 지체없이 그 사실을 申請人에게 통지하여 私選辯護士를 選任할 기회를 주어야 한다. 이 경우 申請人이 選任申請을 한 날로부터 不許通知를 받은 날까지의 期間은 위의 訴願請求期間에 이를 算入하지 아니한다(憲裁法 第70條). 이에 따라 憲法裁判의 審判節次에 있어서도 當事者가 一般 私人인 경우에는 辯護士를 代理人으로 選任하지 아니하면 審判請求를 하거나 審判遂行을 하지 못하도록 하여 辯護士強制主義를 채택하고 있다. 다만 그 當事者가 辯護士의 資格이 있는 때에는 그러하지 아니하다고 하여 本人이 辯護士資格을 가지고 있는 때에는 辯護士를 選任하지 아니하더라도 직접 각종 審判節次에 참여하고 裁判遂行을 할 수 있도록 하였다. 이는 法律節次의 無知로 인하여 權利救濟를 하지 못하는 경우가 없도록 하기 위하여 辯護士強制主義를 原則으로 하고 있다는 것을 의미하고 있다(憲裁法 第25條)

政府가 當事者가 되거나 參加人이 된 때에는 각종 審判節次에 있어서 法務部長官이 이를 代表한다. 國家機關 또는 地方自治團體가 當事者인 경우에는 辯護士를 代理人으로 選任하여 審判을 遂行하여야 하나 辯護士 또는 辯護士의 資格이 있는 所屬職員을 代理人으로 選任하여 審判을 遂行하게 할 수 있다(憲裁法 第25條).

#### (다) 셋째, 職權書面審査의 原則이다.

彈劾·政黨解散·權限爭議 審判은 口頭辯論에 의하지만 憲法裁判의 대중을 이루는 違憲法律審判과 憲法訴願에 관한 審判은 職權書面審理를 原則으로 한다(憲裁法 第30條 第1項, 第2項).

憲法裁判所の 審判은 審査事項別로 정하여진 審判請求書を 憲法裁判所に 제출함으로써 이루어진다. 違憲法律審判에 있어서는 法院의 提請書を, 憲法訴願審判이나 權限爭議審判은 憲法裁判所法에 명시된 請求書の 기재사항을 갖춘 審判請求書에 의하여 審判請求를 하여야 한다. 彈劾審判에서는 國會의 彈劾訴追議決書의 正本을 審判請求書로 가름한다. 그 請求書에는 그에 필요한 證據書類 또는 參考資料를 첨부할 수 있다.

憲法裁判所가 審判請求書を 접수한 때에는 지체없이 그 등본을 被請求機關 또는 被請求人에게 송달하여야 한다. 違憲法律審判의 提請이 있는 때에는 法務部長官 및 당해 訴訟事件의 當事者에게 송달한다. 請求書を 송달받은 被請求人 등은 答辯書を 제출할 수 있다. 그리고 이 法에 특별한 規定이 있는 경우를 除外하고는 民事訴訟에 관한 法令의 規定을 準用한다고 하여 司法的節次에 의하여 憲法訴訟을 하도록 하였다. (憲裁法 第27條, 第28條, 第29條, 第40條)

其他 憲法裁判所の 組織과 運營 기타 필요한 사항은 法律로 定한다고 되어 있고 그에 따라 憲法裁判所는 獨自的으로 法律에 저촉되지 아니하는 범위내에서 審判에 관한 節次와 事務處理에 관하여 規則을 制定할 수 있다. (憲法 第113條 第2項, 第3項). 그러므로 違憲法律審判의 特別節次는 法律과 憲法裁判所 自體의 規則으로 制定할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 憲法裁判所法과 規則이 制定되어 그에 의거하여 憲法訴訟이 進行되고 있다.

違憲法律의 審判과 憲法訴願에 관한 審判 등 憲法裁判의 審判은 原則的으로 職權에 의한 書面審理의 方式으로 하도록 하여 職權書面審理의 原則을 基本으로 하고 있으므로 口頭辯論主義를 原則으로 하는 一般司法府의 裁判節次와는 다르다.

그러나 裁判部가 필요하다고 인정하는 경우에는 辯論을 열어

當事者나 利害關係人 기타 參考人の 陳述을 들을 수 있다. 裁判部가 辯論을 열 때에는 期日을 정하고 當事者와 關係人을 召喚하여야 한다. 그리고 裁判部는 當事者의 申請 또는 職權으로 證據調査와 資料提出要求를 할 수 있다. 證據調査는 裁判長이 필요하다고 인정할 경우에는 裁判官 중 1人을 지정하여 하게 할 수 있다. 國家機關 또는 公共團體의 機關에 대하여 事實照會를 하거나 記錄의 송부나 資料의 제출을 요구할 때에는 裁判部の 決定으로 하여야 한다.(憲法 第30條, 第31條, 第32條).

### (라) 넷째, 辯論公開主義 原則이다.

憲法裁判의 審理는 非公開로 書面審理를 原則으로 하지만 裁判部가 필요하다고 하여 辯論을 열어 當事者나 利害關係人 기타 參考人の 陳述을 듣는 審判의 辯論과 終局決定의 宣告는 公開의 原則으로 하여야 한다.(憲法 第30條 第2項, 第34條). 憲法裁判所長이 필요하다고 인정하는 경우에는 審判廷外의 場所에서 할 수 있다고 하여 公開 辯論主義를 原則으로 하고 있다. 다만 國家의 安全保障, 安寧秩序 또는 善良한 風俗을 해할 우려가 있는 때에는 裁判部の 決定으로 公開하지 아니할 수 있다. 이러한 決定은 理由를 開示하여 宣告하여야 한다. 이러한 決定을 한 경우에도 裁判長은 적당하다고 인정되는 者の 在廷을 許可할 수 있다. 그러나 書面審理와 評議는 公開하지 아니한다고 하여 書面審理의 非公開의 原則과 辯論의 公開原則을 동시에 規定하여 그 限界를 분명히 하고 있다.(憲法 第30條 第2項, 第34條, 第33條). 裁判部가 審理를 마친 때에는 終局決定을 하는데 이 때에는 一般判決文과 같은 主文과 理由 등이 있는 決定書를 作成하고 審判에 關係한 裁判官 全員이 이에 署名捺印하여야 한다.

그 決定書의 主文과 理由에서 다른 意見을 가진 裁判官은 決定

書에 그 反對 또는 補充意見을 表示하여야 한다<sup>(憲裁法 第36條 第2項, 第3項)</sup>, 終局決定이 宣告되면 書記는 지체없이 決定書 正本을 作成하여 이를 當事者에게 送達하여야 하며 그 宗國決定은 官報에 게재하여 公示하여야 한다.

憲法裁判所는 이미 審判을 거친 同一한 事件에 대하여 다시 審判할 수 없다고 하여 憲法審判에도 一事不再理의 原則을 준수하도록 명시하고 있다.<sup>(憲裁法 第36條 第4, 5項, 第39條)</sup>.

### (마) 다섯째, 審判費用의 國庫負擔原則이다.

憲法裁判은 憲法上的 國事を 다루는 裁判이기 때문에 憲法裁判所의 憲法費用은 國家負擔을 原則으로 한다. 따라서 裁判部가 필요하다고 인정하여 參考人の 陳述을 들었을 때에 지급할 여비, 일당, 숙박료, 식비 및 원고료나 연구비 등의 지급도 國庫에서 負擔한다. 참고인의 일당 및 연구비의 지급기준은 재판관회의의 결로 定한다<sup>(憲裁 參考人費用支給에 관한 規則 第2條, 第5條)</sup>.

다만 裁判當事者의 申請에 의하여 證據調査를 하는 경우의 費用은 憲法裁判所規則이 정하는 바에 따라 그 申請人에게 부담시킬 수 있다. 憲法訴願審判의 申請人에 대하여는 憲法裁判所規則이 정하는 供託金の 납부를 명할 수 있다. 供託金を 납부한 憲法訴願審判請求를 却下하거나 棄却하는 경우에 그 審判請求가 權利의 濫用이라고 認定되면 납부한 供託金の 전부 또는 一部の 國庫歸屬을 命할 수 있다<sup>(憲裁法 第38條, 第30條 第2項)</sup>.

憲法訴訟에 관한 별도의 訴訟節次法이 없으므로 審判에 관계되는 이와 같은 憲法裁判所法上的 특별한 規定이 없는 경우에는 行政·民事訴訟에 관한 法令의 節次에 準用하여 審判을 하도록 하였다. 이 경우 彈劾審判의 경우에는 刑事訴訟에 관한 法令을,



權限爭議審判 및 憲法訴願審判의 경우에는 行政訴訟法을 함께 준용한다. 刑事訴訟에 관한 法令 또는 行政訴訟法이 民事訴訟에 관한 法令과 저촉될 때에는 民事訴訟에 관한 法令은 準用하지 아니한다(憲裁判法 第40條 第1項, 第21項).

### 3. 違憲法律審判의 對象과 그 特別節次

우리 憲法과 憲法裁判所法은 法律의 違憲與否의 審査 등에 관한 憲法裁判權을 一般 司法府의 權限으로부터 分離하여 憲法裁判所에서 管掌하게 하였다. 國家의 權力을 立法, 行政, 司法으로 區分하던 종래의 權力分立理論에서 보면 憲法裁判所는 그 어느 곳에도 속하지 않는 第4의 最高國家權力의 하나로서 位相과 權限을 一般 司法府로부터 완전히 分離 獨立하여 設定하고 있다.

憲法裁判所의 權限과 節次를 보면 民事, 刑事와 같은 고유한 司法府의 裁判과는 구별되는 政治的 事件을 다루는 政治的 裁判機關임을 쉽게 알 수 있기 때문에 政治的 事件을 司法的 節次에 의하여 해결케 하는 政治的 司法機關이라 할 수 있다. 그 權限 중에서도 가장 중요한 것이라 할 수 있는 法律에 대한 違憲審判은 憲法裁判의 核心的인 內容을 이루는 것으로서 一種의 立法에 規範統制를 意味하는데 이는 다음의 세 가지 節次에 의해서 이루어지도록 規定하고 있다.

첫째는 違憲法律審判請求이다. 具體的인 事件이 裁判으로 進行되고 그 裁判의 前提가 된 당해 事件에 적용할 法律이 憲法에 違反되는가의 여부가 문제되어 당해 法院이 憲法裁判所에 違反與否의 審判을 提請하는 경우이다(憲裁判法 第41條).

둘째는 違憲審判請求形 憲法訴願이다. 一般 法院에서 裁判의 前提가 된 당해 事件의 當事者가 그 裁判에서 適用될 法律에 대

하여 憲法裁判所に 違憲與否審判을 구하는 提請申請을 하였는데 당해 法院이 이를 棄却하였을 때에는 그 申請을 한 當事者가 직접 憲法裁判所に 憲法訴願審判의 請求를 하는 경우이다(憲裁判法 第68條 第2項).

셋째는 權利救濟型 憲法訴願이다. 法律이 國民의 基本權을 直接 侵害하였거나 法律을 制定하지 않음으로써 基本權이 侵害될 때에는 違憲法律審判請求의 前提가 되는 一般 法院의 具體的인 裁判이 進行되지 않아도 國民이 直接 憲法裁判所に 抽象的 規範인 그 法律에 대하여 憲法訴願으로 違憲與否의 審判을 請求하는 경우이다(憲裁判法 第68條 第1項).

그러므로 우리 憲法裁判所는 첫째나 둘째와 같이 具體的 裁判의 前提가 되어 당해 裁判을 담당한 法院이나 그 당해 事件의 當事者가 提請하는 違憲法律審判節次와 셋째의 경우와 같이 抽象的 法規範인 法律에 대하여 一般國民이 裁判을 통하지 않고 直接 바로 憲法訴願을 提請하는 違憲法律審判節次로 크게 나누어 볼 수 있다. 앞의 경우는 具體的 事件이 裁判에 前提되었을 때 規範을 統制한다고 하여 具體的 規範통제 또는 前提되었을 때 規範을 統制한다고 하여 具體的 規範統制 또는 前提問題型 違憲審查라고 하고, 뒤의 경우는 具體的인 事件이나 裁判과는 관계없이 國民이 直接抽象的인 規範인 法律에 대한 違憲與否의 審判을 구하고 그에 따라 法律 自體를 重要問題로 삼아 審判한다고 하여 抽象的 規範統制 또는 重要問題型 違憲審查라고 구분하는 學者도 있으므로 이러한 理論에 따라 이를 살펴보기로 한다

(Judicial Review in the contemporary world, W.M. Cappelletti: Das richterliche Prüfungsrecht im Mordernen Verfassungsstat, 800, D. Engelhardt).

## 第Ⅱ. 具體的 裁判의 前提로 提請한 規範統制

### (違憲法律審判)

#### 1. 違憲法律審判의 特別節次

우리 憲法과 憲法裁判所法에 規定된 基本的인 憲法裁判은 一般民·刑事 및 行政事件을 담당하는 法院이 法律의 憲法違反與否가 具體的 裁判의 前提가 됨으로써 違憲法律審判을 提請하는 것이다. 法院은 그 裁判에 適用할 法律의 違憲與否의 審判을 憲法裁判所에 提請하고 그 審判에 의하여 裁判하는 경우를 違憲法律審判이라고 한다. 法院은 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 職權으로 또는 當事者의 申請에 의하여 決定으로 憲法裁判所에 違憲與否의 審判을 提請하여 審判을 받아야 한다. 따라서 法院이 裁判을 하는데 適用될 法律의 違憲與否에 대하여 疑問이 있거나 當해 事件의 當事者에 의하여 문제가 될 때는 그것을 憲法裁判所에 提請하여야 하고 法院은 憲法裁判所의 審判을 받아서 그 宣告된 決定에 의하여 裁判을 進行하여야 한다. 憲法裁判所의 違憲決定은 法院 기타 國家機關을 기속하기 때문에 이에 따르지 않으면 안된다(憲法 第107條 第1項, 憲法 第41條 第1項, 第47條 第1項).

違憲法律審判에 있어서의 그 審査의 대상은 形式的인 法律이고 그 法律은 立法部에서 制定되고 이미 公布된 法律이어야 하며, 現在에 폐지되지 않고 效力을 가지고 있는 法律이 아니면 안된다(Engelhardt, aaO. S. 124). 그러나 例外的으로 폐지된 法律도 審判의 對象이 되는 경우가 있다(당소 1989. 12. 18. 선고 89헌마 32, 33호 사건, 다음 4. (라)항 참조).

그리고 國會의 同意를 要하는 條約도 締結과 批准에 있어서 하나의 立法行爲로 보는 것이 多數의 見解이므로 그 條約의 違

憲與否도 違憲審判의 對象이 된다고 할 것이다.

法院이 違憲法律審判을 憲法裁判所에 提請한 때에는 당해 訴訟事件의 裁判은 違憲與否의 決定이 있을 때까지 停止한다. 그러므로 이에 의한 裁判의 停止期間은 民·刑事訴訟法上的의 期間通算의 制限을 받지 아니한다. 예컨대 刑事被告人의 拘束은 2月로 하고 이를 決定으로 2次에 限하여 更新할 수 있으며, 更新한 期間도 2月로 한다는 拘束期間에 이를 算入하지 아니한다(刑事訴訟法 第92條 第1項, 第2項, 軍事法院法 第132條 第1項, 第2項의 拘束期間), 또한 民事裁判의 終局決定은 訴가 提起된 날로부터 5月內에, 抗訴審은 4月內에 그리고 上告審은 記錄의 送付를 받은 날로부터 3月內에 하여야 한다는 判決宣告其間에 이를 算入하지 아니한다(民事訴訟法 第132條의 宣告期間), 다만 例外的으로 裁判停止에 대하여는 法院이 긴급하다고 인정하는 경우에 終局裁判을 除外한 一般的인 訴訟節次를 進行하거나 이에 必要한 決定을 할 수 있다(憲裁判法 第42條 第1項, 第2項).

違憲法律審判의 提請이 있는 때에는 法務部長官 및 당해 訴訟事件의 當事者에게 그 提請書의 等본을 送達하여야 하고 당해 訴訟事件의 當事者와 法務部長官은 憲法裁判所에 그 法律의 違憲與否에 대한 意見書를 제출할 수 있다.

憲法裁判所는 裁判의 前提가 되어 提請된 法律 또는 法律의 條項에 대하여 違憲與否만을 決定한다고 憲法裁判所法 第41條에 規定하고 있다. 그러나 이에 대하여 少數意見은 違憲 또는 合憲만을 決定할 수 있을 뿐이며 變形判決은 할 수 없다고 하는 反對意見이 있다(당소 1989. 9. 선고 88 헌가6호 사건 國회의원 선거법 위헌심판사건 참조).

法律條項의 違憲決定으로 인하여 당해 法律全部를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 그 전부에 대하여 違憲決定을 할 수 있다고 하여 憲法裁判所의 規範統制權과 그 範圍를 明示하고 있다(憲裁判法 第45條 第2項 및 第75條 第6項).

法 第45條 第2項 및 第75條 第6項).

法律效力의 不可分性으로 인하여 法律條項의 全部에 대하여 違憲決定을 할 수 있지만 可分할 수 있는 경우에는 그 違憲部分만을 違憲決定을 하는 것이 立法權의 존중이라는 원칙에 바람직하다는 것이 판례의 입장이다.(당소 1991. 5. 31. 선고, 89헌가97호 국유재산법 第51條 第21項의 위헌

법률심판사건 참조).

現行 憲法裁判所法에 規定된 法律에 대한 違憲法律審判節次를 精確하게 理解하기 위해서는 舊憲法下의 憲法委員會法과 근본적으로 달라진 중요한 몇 가지 事項을 살펴 볼 必要가 있다.

## 2. 違憲法律審判의 提請法院과 그 節次

現行 憲法과 憲法裁判所法에 規定된 違憲法律審判節次는 舊憲法下의 憲法委員會法에 의한 節次와 比較할 때 提請要件과 節次에 있어서 근본적인 制度的 差異가 있다는 것을 유의하지 않으면 안된다.

### (가) 提請할 수 있는 法院

違憲法律審判을 提請할 수 있는 法院과 그 節次가 종전의 憲法委員會制度와는 달리 근본적으로 확대되고 完化되었다. 舊憲法에서는 그 違憲審判提請權을 一般 司法府의 最上級 法院인 大法院만이 가지고 있었는데 現行 憲法은 下級法院이라도 당해 事件을 담당하는 모든 法院이 獨自的으로 違憲提請을 할 수 있게 되었다는 점이다.

現行 憲法과 憲法裁判所法은 大法院 뿐만 아니라 地方法院의 單獨判事이든 軍事法院이든 不問하고 어느 下級法院이라도 自己가 당한 事件에서 適用할 法律의 違憲與否가 문제되어 그것이 裁判의 前提가 된 때에는 당해 事件을 당한 法院은 職權이나

당해 事件當事者의 申請에 의한 決定으로 違憲法律審判을 提請할 수 있게 되어 있다. 다시 말하면 舊憲法下에서는 大法院만이 違憲法律審判提請權을 가지고 있었기 때문에 下級法院이 違憲法律審判을 提請하였을 때에도 提請書가 바로 憲法委員會에 送付되지 않고 大法院에 가서 그 大法院의 全員合意體에서 違憲與否에 관한 別도의 合意를 거쳐 憲法에 違反되는 것으로 認定되어야 大法院의 決定으로 그 提請書를 憲法委員會에 送付하도록 하였다. 더구나 地方法院 單獨判事의 경우에는 담당判事の 申請에 의하여 그 地方法院 合議部の 決定을 거치고 다시 大法院에 가서 提請與否를 決定하도록 하였다. 사실상 違憲法律審判提請權을 一般 下級法院은 갖지 못하고 大法院만이 가지는 것으로 되어 있었고 大法院이 憲法에 違反되는 法律이라고 이를 認定하지 않으면 違憲提請의 길이 없었으므로 憲法上으로 明示된 憲法委員會의 憲法裁判制度는 事實上으로 死文化되고 만 것이었다.

그런데 現行 憲法과 憲法裁判所法은 이를 근본적으로 是正하여 裁判事件을 담당하고 있는 모든 法院은 直接 憲法裁判所에 違憲法律審判을 提請할 수 있게 하였다.

이러한 違憲提請權者와 提請節次의 擴大는 憲法守護와 國民의 基本權保障에 엄청난 變化를 가져왔다. 그것은 舊憲法上의 憲法委員會가 설치된 1973. 2. 16.(法律 第2530號)부터 廢止된 1988. 8. 31. (法律 第4017號)까지 近 15年間に 接受處理된 事件은 단 1件도 없었다. 그 반면에 現行 憲法下의 憲法裁判所가 설치된 1988. 9.부터 1991.3. 말까지 불과 2년 6개월 간에 접수된 事件이 913件이며 處理된 事件이 580件이나 된다. 그 중에 違憲決定이 18件, 憲法訴願의 認定으로 違憲 또는 公權力의 取消決定 等の 認定決定이 22件이나 된다는 다음의 刑事處理 統計資料를 對比해 보면 制度的으로 根本的인 變化가 있다는 것을 理解할 수 있

을 것이다.

다음의 憲法裁判所의 事件處理結果 및 內容에 관한 統計資料를 분석·검토하여 보면 憲法裁判所의 制度的인 重要性和 憲法에 대한 새로운 認識이 시급히 요청됨을 알 수가 있으며 이러한 점에서 아래의 事件統計資料는 중요한 자료가 될 것이다.

現 憲法裁判所 事件統計現況

1988. 9.부터  
1991. 4. 말까지

件數	類型	總計	違憲 法律	彈劾 政黨 解散	權限 爭議	憲 法 訴 願		
						集計	§68 I	§68 II
接	受	913	231		1	681	599	82
處	理	580	120			460	446	14
全 院 裁 判 部 決 定	違 憲	18	13			5	3	2
	憲法不合致	2	1			1	1	
	一部 違憲	1				1		1
	限定 合憲	4	3			1		1
	合 憲	10	5			5		5
	認 容	8				8	8	
	棄 却	86				86	86	
	却 下	45	15			30	29	1
	指定裁判部の 却下	295				295	292	3
取	下	111	83			28	27	1
未	濟	333	111		1	221	153	68
其他	(民怨處理)	167						

## (나) 提請節次

違憲法律審判의 提請節次도 舊憲法과는 根本적으로 다르다. 現行 憲法은 모든 法院에게 直接 獨自的인 決定으로 憲法裁判所에 違憲法律審判提請을 할 수 있는 固有한 權限을 認定하고 있다.(憲法

第107條 第1項, 第111조, 憲法法 第41條, 第68條 第2項).

地方單獨法院도 그 담당事件의 職權으로 直接 違憲法律審判提請을 독자적으로 決定을 할 수 있게 하였다. 어떠한 下級法院이라도 그 事件 담당 法院으로서 違憲提請을 할 수 있으며 大法院이나 그에 속한 上級法院이라 할지라도 下級法院의 違憲法律審判提請에 대하여 별도의 違憲與否를 審議하거나 그 提請決定의 當否를 再審하거나 干涉하는 일은 할 수 없다. 現行 憲法裁判所 法上 大法院 外의 法院이 違憲與否審判을 提請할 때에는 大法院을 거쳐야 한다고 되어 있으나 이것은 形式的인 事務的 節次에 의하여 經유하는 것일 뿐 그 提請決定은 自動적으로 憲法裁判所의 審判에 회부되도록 되어 있다. 따라서 各級 法院의 提請에 대하여 大法院의 許否의 判斷이나 그에 따른 새로운 決定을 받는 것이 아니라 行政上 形式的인 경우로 大法院은 그 申請書를 憲法裁判所에 送付하여야 한다.

그리고 違憲法律審判提請權을 法院의 職權 뿐만 아니라 당해 裁判事件의 當事者도 申請할 수 있게 하였다. 당해 法院이 當事者의 違憲與否提請申請을 棄却한 때에나 任意로 이를 妨棄한 때에는 그 申請을 한 當事者는 직접 憲法訴願의 형태로 違憲與否에 대한 審判을 憲法裁判所에 請求할 수 있다고 하여 모든 國民에게 실질적인 憲法裁判을 請求할 수 있도록 하였다.

違憲法律審判提請權은 그 前提되는 裁判을 담당하는 法院과 그 당해 事件當事者의 固有한 權限으로 認定하고 下級法院의 提請申請權에 대한 獨立性을 保障하기 위하여 違憲與否審判의 提



請에 관한 決定에 대하여는 抗告를 할 수 없다고 하여 上級法院의 관여를 배제하였다. 各級 法院의 提請申請에 관한 決定에는 上級 法院間에 抗告를 하지 못하게 明文化하여 各級 法院과 事件當事者인 一般 國民의 憲法裁判請求權을 制度的으로 保障하였다.  
(憲裁法 第41條 第4項, 第5項).

### 3. 憲法裁判所の 合憲決定權

#### (가) 法律에 대한 違憲與否決定權

우리 憲法과 憲法裁判所法은 憲法裁判所에게 法律의 違憲與否에 대한 最終的인 決定을 한다는 合憲決定權과 違憲決定權이 있음을 明示하고 있다.  
(憲法 第111條 第1項 第1號, 第107條 第1項 및 憲法裁判所法 第41條, 第45條).

그런데도 불구하고 아직 法規에 대한 최종적인 合憲 및 違憲 決定機關이 누구인가에 대하여 論議가 계속되고 있다. 憲法裁判 制度를 理解하지 못하는 一部の 見解는 지금도 法文의 形式的인 解釋과 論理로서 法規에 대한 최종적 合憲決定權은 大法院에 있고 違憲決定權만 憲法裁判所에 있다고 한다. 法律이 憲法에 違反되는지 與否를 판단하고 그것이 憲法에 合致하느냐 違反되느냐를 決定하는 憲法裁判을 平面的인 形式論理로 可分하여 憲法秩序를 混亂시키고 憲法規範을 弱化시키는 主張을 하고 있다. 그것은 종래 舊憲法 특히 第4共和國 憲法과 憲法委員會法下에서 大法院이 合憲決定權을 가지고 있었고 違憲이라고 判斷되는 法律만을 憲法委員會에 提請하게 되어 있었기 때문에 유럽式 憲法裁判制度를 채택한 現行 憲法下에서도 그러한 思考과 認識에서 벗어나지 못한데서 나오는 것 같다. 더구나 現行 憲法과 憲法裁判所法이 체계적으로 완전히 整備되어 있지 않은데다가 舊憲法에 規定한 憲法 第107條 第2項을 그대로 두고 있는 데에서 그러한

주장을 앞세우는 憲法的 근거를 제시하고 있다. 그래서 문제를 확대하여 法規에 대한 最終的인 合憲性 여부에 관한 決定權이 大法院에 있는가 憲法裁判所에 있는가에 대하여 論爭이 되고 있는 것 같다. 이러한 論爭은 憲法解釋을 形式的인 論理와 條文의 對比만으로 文理해석하여 논쟁하는 데에서 나오는 순수이론에 불과한 것이지, 制度的으로 이 문제를 理解하고 憲法精神에 따라 憲法裁判制度를 우리 나라에 정착하여야 한다는 점에서 本質的으로 살펴 볼 때에는 論爭의 여지가 없는 문제라고 할 것이다. 憲法裁判制度를 두고 있는 憲法體制下에서는 法律에 대한 合憲과 違憲의 決定은 憲法裁判所만이 專屬的으로 가진다는 것이 世界的인 通說·判例이며 一般法院은 法律에 대하여 違憲決定 뿐만 아니라 合憲決定權도 없다고 보고 있는 것이다. 이러한 原則과 制度를 우리의 現行 憲法이 收容하고 憲法裁判所法 第41條와 第68條 第2項에 의하여 法律의 違憲與否의 審判은 法院의 提請에 의하여 最終的으로 憲法裁判所가 決定한다고 立法化되어 있다.

그러므로 우리의 實定法解釋에서도 法規의 合憲性에 대하여 다툼이 있는 경우에는 그 法規가 憲法에 合致하느냐 違背되느냐 하는 것을 審査하여 決定하는 것이 곧 憲法裁判의 本質이라고 할 것이고 따라서 現行 憲法과 憲法裁判所法을 形式的으로 文言解釋에 의하여 경우 體系的인 米비점을 지적할 수 있다 하더라도 이는 헌법재판의 본질상 實定法化된 것이라고 보아야 할 것이다.

그래서 우리 現行 憲法下에서의 大法院과 各級法院은 法律의 合憲性和 違憲性的 審査權을 가지고 裁判하는 것이지만, 그 法律에 대한 合憲이다 違憲이다 하고 規範的 效力을 確定하는 合憲性與否에 대한 最終的인 決定權을 行使할 수 없는 것이다. 法規

에 대하여 合憲 및 違憲決定權은 憲法裁判所만이 最終的인 決定權을 가지고 있으며 따라서 이를 專屬的 權限事項으로 하고 있는 것이다. 다시 말하면 法律이 憲法에 適合하느냐 않느냐 하는 適合性의 問題에 대하여는 大法院과 各級法院이 審査하는 權限이 있지만, 그 法律이 憲法의 規定에 合致하느냐 않느냐 하는 合憲性 문제에 대한 最終的인 決定權은 憲法裁判所에 專屬되어 있다는 것이다. 法律의 違憲與否에 대하여 문제가 제기된 때에는 法院은 문제된 法律의 違憲與否의 審判을 憲法裁判所에 職權으로 提請하여야 하고 法院이 事件當事者의 違憲法律審査提請申請을 棄却하더라도 그 申請當事者가 直接 憲法裁判所에 憲法訴願請求로서 法規의 違憲與否에 대하여 審査判斷하도록 規定하고 있다. 뿐만 아니라 法院은 그에 따른 憲法裁判所의 審判決定에 의하여 裁判하도록 우리 憲法이 明示하고 있고 違憲決定은 法院其他 國家機關을 그 羈束하기 때문이다.(憲法 第107條 第1項 憲裁判法 第41條, 第68條 第2項

第47條 第1項, 第75條 第5項 第6項 참조).

이러한 憲法의 明示的 規定에 따라 法規의 合憲性與否에 대한 最終決定權은 憲法裁判所에 專屬된 것이라고 본 判例가 이미 여러 개 있으며, 그 대표적인 것은 大法院規則에 대하여 違憲決定을 한 法務士法施行規則에 대한 憲法訴願審判事件이다.(당소 1990. 10. 15.

선고, 89헌마178호 決定文 참조).

또한 民法 第764條의 “名譽回復의 適當한 處分”에 謝罪廣告를 포함시키는 것은 憲法에 違反된다는 憲法裁判所의 決定도 그 例로 들 수 있다. 즉 위 法律의 조항이 裁判의 前提가 되어 당해 사건의 擔當者가 그 담당 法院에 違憲法律審判提請을 申請하였는데 法院은 憲法에 違反되지 않는다고 하여 棄却決定을 하였으나, 이에 대하여 그 申請을 한 當事者가 適法한 憲法訴願審判請求를 하였고 憲法裁判所는 위 法律에 대한 合憲性與否에 대하여

審議를 한 결과 限定違憲決定을 宣告한 것이다(당소 1991. 4. 1. 선고, 89린마160호

民法 第764條의 위헌여부에 관한 憲法訴訟審判 참조).

그러나 이러한 憲法裁判所의 決定宣告에 대하여 法律의 合憲決定에 대한 大法院의 權限을 침해한 것이라고 보는 一部の 見解가 있었다. 法律에 대한 合憲決定權이 어디에 專屬될 것인가에 대한 論難은 아마 다음과 같은 理由에 基因하는 것 같다.

### (나) 新·舊憲法上の 差異點

첫째는 現行憲法과 舊憲法과의 混同에서 나온 것 같다. 舊憲法은 違憲提請의 要件으로 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 되어야 하고 나아가 大法院이 法律을 憲法에 違反되는 것으로 認定할 때에만 大法院의 決定으로 憲法委員會에 提請한다는 두 가지 提請要件을 明示하고 있었다(舊憲法 第108條 第1項). 그러므로 舊憲法下에서는 大法院이 먼저 合憲성에 대한 決定權을 가지고 있었고 違憲法律이라고 判斷되어 合憲성이 없다고 合意決定될 때 비로소 違憲法律審判을 提請할 수 있게 되어 있어서 一般法院과 大法院이 法律에 대한 合憲決定權을 우선적으로 가지고 있던 것이 明白하였다.

그런데 現行憲法은 前者의 裁判의 前提性 要件만 갖추면 충분하고 後者の 경우와 같이 별도로 大法院이 違憲성이 있다고 判斷하여야 違憲法律審判을 提請하는 것이 아니다. 그러므로 裁判에 前提가 되는 法律에 대하여 違憲성의 是非가 있으면 그 法律의 違憲性與否를 憲法裁判所에 의하여 審判을 받아야 할 것이다. 따라서 반드시 당해 法院이나 大法院에서 그 法律의 違憲성이 있다는 決定이 있어야 違憲提請을 할 수 있다는 것이 아니므로 그 法律의 違憲性 또는 合憲성의 與否가 提請要件이 아니며 本案判斷에서 確定되는 本案要件이기 때문에 그 法律의 合憲성에

대한 最終決定權은 憲法裁判所에 맡겨 審判하도록 하고 있는 것이다. 現行 憲法裁判所法에 의하면 違憲法律審判提請은 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 때에는 당해 事件을 담당한 法院이 職權으로 提請할 수 있을 뿐만 아니라 당해 事件의 當事者도 申請할 수 있으며 그 때에는 그 申請에 의한 決定으로 憲法裁判所에 違憲與否審判을 提請하여야 한다.

그런데 만약 法院이 문제된 법률을 合憲인 法律이라고 判斷하고 當事者의 提請申請을 任意로 棄却한 때에는 그 當事者是 憲法訴願審判의 形式으로 違憲法律審判을 請求할 수 있고 이 때에는 바로 憲法裁判所에서 違憲與否의 審判을 하게 되어 있으므로 法院이 違憲 또는 合憲性 與否를 最終적으로 判斷할 最終적인 決定權은 가질 수 없게 되어 있다(憲裁法 第41條 第1項, 第68條 第1項). 그러므로 法律의 合憲性 與否가 前提된 裁判을 담당한 法院은 그 法律에 대하여 반드시 合憲性 與否를 가릴 必要없이 그 違憲與否의 審判을 憲法裁判所에 提請하여야 하고 憲法裁判所에서 그 法律의 合憲性 與否에 대한 最終的 審判을 받고 그 審判에 의하여 裁判하도록 한 것이다.

따라서 一般 法院에서는 職權에 의하든 當事者의 申請에 의하든 法律이 憲法에 違反되는지 여부가 裁判의 前提가 된 때에는 그 法律이 憲法에 違反되는지 아닌지 그 違反與否의 審判을 提請하여야 하고 憲法裁判所는 그 提請된 法律이 違憲인가 合憲인가에 대한 違憲與否를 審査하여 終局的으로 判定하게 된다(憲裁法 第45條, 第41條 第1項). 그러면 당해 事件을 담당한 法院은 이 合憲性 與否에 대한 憲法裁判所에서 決定한 審判에 의하여 당해 事件을 裁判하게 된다. 그러므로 결국 法律에 대한 合憲性이나 違憲性의 最終決定權은 憲法裁判所의 專屬的 權限에 속하는 것이 明白하다 할 것이다(당소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4호 복표발행 등 위반사건의 제정사유와 반대이유 참조).

지금까지 우리의 法律文化가 法律의 合憲性審査權은 一般法院의 管轄에 속하는 것으로 생각하여 왔기 때문에 憲法裁判所에서 法規에 대한 合憲性審査決定權을 管轄한다는 것은 論理的으로 볼 때 전혀 理解할 수 없는 것이라고 보일 수도 있지만, 헌법재판이 憲法의 規範的 效力으로 憲法的 正義를 具現하는 制度라는 것을 理解하면 理論的으로도 쉽게 받아들일 수 있을 것이다.

#### (다) 合憲推定の 原則과 合憲決定權

둘째는 合憲推定の 原則과 合憲決定權을 混同하는 데에서 이와 같은 논란이 있는 것 같다. 法律은 原則的으로 合憲성이 推定되는 것이기 때문에 裁判의 前提가 되는 法律에 대하여 合憲性の 是非나 疑問이 없으면 당연히 合憲的인 法律로서 具體的 事件에 解釋適用되는 것이지 이것이 바로 法院의 合憲決定權 行使에 의하여 適用되는 것은 아니다.

法律이 違憲이나 合憲이나 하는 合憲決定權은 裁判에 適用할 法律에 대하여 合憲推定の 原則을 認定하느냐 않느냐의 문제와는 전혀 별개의 것이다.

그런데 法律의 合憲推定の 原則을 法院의 合憲判決과 合憲決定權의 行使에서 나오는 效力으로 보고 이를 혼동하여 同一한 法的 性質의 것으로 보는 데에서 문제의 본질을 잘못 理解하고 混同을 하는 것 같다. 더구나 日本 및 美國의 司法制度下에서는 最高裁判所와 法院에 合憲決定權이 있다고 보는 것이 通說例이고 그러한 法律文化에 젖은 法觀念에 우리가 젖어 있기 때문에 이들의 法律文化圈에 속한 우리 法曹界에서는 異論을 제기할 수도 있을 것이고 그러한 점에서 지금도 合憲決定權은 一般法院이 가지고 있다고 주장하는 見解가 있다. 그러나 日本과 美國은 우리와 같은 憲法裁判所가 없고 一般 司法府에서 法律에 대한 違

憲性を 司法審査의 方法으로 하고 있어 司法審査制度가 憲法裁判制度와는 根本적으로 다르다는 것을 먼저 이해하지 않으면 안되며 따라서 이를 그대로 원용할 수는 없다고 할 것이다.

憲法裁判制度를 두고 있는 유럽의 여러 나라를 보면 法律의 違憲與否 그 自體만을 집중적으로 審査하는 集中的 違憲審査制度下에서는 法律에 대한 合憲性審査權은 독립된 憲法裁判所에 있다는 것이 광범위하게 일반화되어 있다. 오스트리아, 독일, 이태리, 스페인 그리고 포르투갈 등 憲法裁判所를 두고 있는 나라에서 각각 정도의 차이는 있지만 憲法裁判所가 法規에 대한 合憲性審査權을 固有의 權限으로 하고 있다는 것은 부인할 수 없다. 다만 獨逸에서 法院에 合憲決定權이 있다고 하는 것은 그들의 實定法에 우리의 舊憲法과 같은 明文規定의 근거가 있기 때문에 一部分의 事項에 대하여 이렇게 主張되는 것이며 이를 잘못 이해하여 우리가 그들과 같다고 보아서는 안된다고 할 것이다. (獨逸憲法 第100條 第1項), 더구나 우리는 舊憲法下에서 一般法院이 法律에 대한 合憲決定權이 있다고 하여 違憲法律審判 提請申請에 대하여 모조리 合憲으로 解釋하여 棄却함으로써 違憲提請을 한 件도 하지 않아 憲法裁判이 全無했었던 前例가 있었다. 이러한 前例를 감안하여 法院의 合憲性 判斷을 내세워 憲法裁判을 하지 못하게 하는 事例가 없도록 하기 위하여 現行 憲法을 制定할 當時 이 점을 특별히 考慮하여 立法措置가 되었다는 憲法制定의 경위를 망각해서는 안된다고 할 것이다.

各國의 例를 보면 違憲法律審判制度가 우리와 유사한 이태리 憲法裁判所에서는 違憲提請申請이 明白히 理由 없는 것이 아닌 限 法院의 提請단계에서는 合憲性を 審査하지 아니하고 있다.

그리고 오스트리아憲法에서는 違憲提請을 하는 法院이 合憲性에 대한 疑心을 갖는 것만으로서 족하며 法規에 대한 合憲性與

否의 決定은 憲法裁判所가 갖는다는 것을 明示하고 있다.

그런데 우리 憲法 第107條 第1項의 『法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다』는 規定에서 明白하게 憲法裁判所가 違憲與否를 決定한다고 하는 것은 곧 憲法裁判所가 法律에 대한 合憲性의 有無를 最終的으로 審判한다는 것을 憲法이 明示하고 있는 것이다. 뿐만 아니라 憲法裁判所法은 違憲與否의 法律에 대한 審判提請權을 당해 사건을 담당하는 法院뿐만 아니라 그 事件 當事者에게도 保障하고 있다. 만약 當該 事件當事者가 申請한 違憲法律審判請求를 法院이 棄却한 때에는 이를 理由로 14日 以內에 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있도록 保障함으로써 違憲法律審判提請權을 法院 뿐만 아니라 事件當事者에게도 固有한 權限으로 認定하고 있는 것이다.

憲法裁判所法 第41條 第1項과 第68條 第2項을 살펴보면 法院이 合憲이라고 判斷하여 當事者의 違憲提請申請을 法院의 權限으로 棄却決定을 하더라도 그 裁判의 當事者가 獨自的으로 憲法訴願審判請求를 하면 憲法裁判所에서 그 法規에 대하여 違憲 또는 合憲決定을 할 수밖에 없도록 되어 있다. 이를 보더라도 法院에게는 法律에 대한 最終的인 合憲決定權이 없는 것이 明白하며 이를 가지고 法曹界 一部에서 權限다툼을 한다고 非難하는 것은 國民의 基本權을 保障하고 民主憲法을 守護하기 위한 憲法裁判制度의 定着이라는 歷史的인 召命에서 볼 때 바람직한 것이 아님을 깨달아야 한다(憲裁法 第41條, 第45條, 第47條, 第68條, 第75條).

#### (라) 憲法 附則 第5條의 失效宣言權

셋째는 現行憲法에 違背되는 舊憲法의 失效宣言權과 관련해서 문제가 提起되기 때문이다. 憲法 附則 第5條에 『이 憲法施行 當



時的法令과條約은 이憲法에違背되지 아니하는 한 그效力을 지속한다』고 되어 있고 舊憲法 附則 第8條에서도 同一한 內容의 規定이 있었다. 이는 憲法의 全文改正時에는 이러한 經過規定을 두게 되고 그 때에는 立法政策上 過去法令에 대하여 改正憲法에 違背되면 그 效力을 喪失한다고 宣言하지 않을 수 없다. 그런데 이 判斷을 누가 하느냐 그리고 憲法에 違背되는 舊法令의 失效宣言을 法院이 할 수 있느냐 그리고 그 法的 性質이 合憲決定權에 의하여 비로소 그 效力을 喪失하느냐 하는 문제가 제기된다.

舊憲法下에서의 大法院 判例를 보면 法院이 失效宣言權이 있음을 전제로 하고 있다(대법원 1983. 1. 29. 선고, 74도3501호 사건 대통령 긴급조치에 대한 전원합의체 판결).

아마 이 判例는 憲法에 違背되는 舊法令은 當然無效로서 法院만이 아니라 다른 國家機關까지도 그 適用을 배제할 수 있다는 것을 前提로 判斷하고 있는 것 같다. 그러면 그것은 法律의 解釋 適用의 문제이지 合憲決定에 의한 形式的 效力의 문제가 아니며 이것이 合憲決定權의 有無를 判斷하는 기준이 되는 것은 아니라 할 것이다.

더구나 이것은 舊憲法下에서 이루어진 一般的 理論이고 憲法裁判制度가 導入·確立된 現行 憲法下에서는 過去の 法令이라 할 지라도 憲法에 違背되는지의 여부를 다투는 문제가 제기되면 憲法裁判所만이 最終決定할 수 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 法律의 失效宣言權도 法律의 違憲與否를 裁判하는 憲法裁判所의 專屬的 權限이며 法院은 할 수 없다고 보아야 한다. 이것은 國회가 制定한 法律을 一般 法官이 任意로 適用하지 않는 데에서 오는 立法府의 權威損傷과 法的 安定性的 確保라는 憲法裁判制度의 基本的 原理에 의해서도 規範統制는 憲法裁判所만이 할 수

있다는次元에서 다루는 것이 당연하다고 보기 때문이다.

그러므로 舊憲法下의 大法院判例를 가지고 失效宣言權이 一般法院에 있다는 것을 前提로 合憲決定權을 가진다고 확대해석을 하고 論議하는 것은 規範統制에 대한 專屬的 權限은 憲法裁判權이라는 憲法理論과 制度를 잘못 혼동하는 데에서 비롯된 것이라고 보지 않을 수 없다. 끝으로 이러한 主張은 實質的인 法律과 同一한 法律的 效力을 가진 法規命令에 대한 違憲審判權이 最終的으로 大法院에 있다는 데에서 비롯된 것 같다. 우리 憲法 第107條 第2項, 즉 『命令, 規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終的으로 違憲與否를 審査할 權限을 가진다』는 規定에 대한 解釋을 가지고 大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다는 후단 부분만을 강조하고 論難하는 데에서 생긴 理論이라 하겠다. 이에 대하여는 다음 (4)項에서 살펴보기로 한다.

#### 4. 實質的 法規(法律, 命令, 法則)에 대한 審判權

法律이 憲法에 違反되는지의 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 당해 事件을 담당한 法院은 憲法裁判所에 違憲與否의 審判을 提請한다고 되어 있으므로 違憲提請의 對象은 國會에서 制定公布된 形式的 意味의 法律은 물론 實質的 意味의 法律인 法規命令도 포함된다고 보아야 할 것이다. 法規命令은 法律과 同一한 法律的 拘束力을 갖는 實質的 立法에 속하는 法規이므로 비록 그 法의 形式的 名칭이 命令이나 規則이라 하더라도 強制規範을 그 內容으로 하는 法規命令은 一般 法律과 같은 것으로서 法規의 存在形式을 달리하고 있는 데에 불과하다고 보아야 한다.

우리 憲法에 근거한 法規命令의 種類를 보면 憲法 第76條에

의한 大統領의 緊急財政·經濟命令과 憲法 第75條에 의한 大統領의 委任命令과 執行命令인 大統領令이 있고, 憲法 第95條에 의한 國務總理의 總理令과 行政各部 長官의 部令이 있다. 그리고 獨立된 憲法機關인 憲法裁判所(第113條 第2項), 大法院(第108條), 中央選舉管理委員會(第114條 第6項)는 法律에 저촉되지 아니하는 範圍내에서 各己 소관사항을 處理하기 위하여 獨自的으로 法規命令의 一種인 規則을 制定할 수 있다는 憲法の 明文規定이 있는데 그에 따라 制定公布되는 規則들이 모두 이에 포함된다고 할 것이다.

그리고 法律의 合憲性を 審査하기 위한 規準이 되는 憲法規範에는 形式的으로 成文化되어 있는 憲法 뿐만 아니라 모든 實質的 憲法도 包含된다는 것이 憲法裁判制度를 두고 있는 나라에서는 通說로 되어 있다. 그리고 그 自然法的 正義와 原理는 實定憲法에서도 抽出되는 一般的 憲法原理 속에 담겨져 있기 때문에 그 憲法の 構成原理와 憲法精神에 의하여 그 審査의 規準이 된다는 것이다. 즉 成文憲法 속에 內包되어 있는 自由民主主義, 法治國家의 原理, 民主的 基本秩序 그리고 憲法正義와 같은 不確定的 法概念이 法規의 違憲性を 審査하는데 直接的인 規準이 된다는 것이다(憲法個別規範이나 憲法改正이 憲法裁判의 대상이 되는가 하는 것은 다음 (5)항에서 살펴보기로 한다.)

#### (가) 憲法 第107條 第2項의 解釋

문제는 우리 나라 憲法 第107條 第2項에서 『命令·規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다』는 舊憲法 第108條 第2項을 그대로 답습하여 現行憲法에 두고 있기 때문에 法院의 命令審査權과 관련지어 命令·規則·處分이 違憲 審判의 對象이 되느냐 하는 것이다.

憲法 第107條 第2項을 形式的 論理로서 文理解釋을 하면 最終

의인 命令審査權은 大法院이 가진다고 하였으므로 違憲審判의 對象이 되지 아니한다고 할 수 있다. 그러나 現行憲法과 憲法裁判所法은 舊憲法 및 憲法委員會法과는 制度的으로 다르며 또 法律의 違憲審判을 봉쇄하여 權威主義體制를 옹호하려는 舊憲法委員會制度和 憲法規範과 基本權을 侵害하는 權力作用을 統制하여 民主的 憲政秩序를 守護하려는 現行憲法裁判制度는 根本的으로 다르다는 점을 감안하여 違憲審判制度를 論하여야 할 것이다.

나아가 憲法裁判所의 民主憲法을 守護하고 基本權을 保障하는 최후의 보루機關이라는 憲法裁判理論을 가지고 검토하지 않으면 안된다. 이러한 점에서 볼 때 法規命令에 대한 『合法性』의 最終的 審査는 大法院이 가진다고 하더라도 『合憲性』의 最終的 審査는 憲法裁判所의 專屬的 權限으로 보아야 한다.

現行憲法上の 憲法裁判所는 위에서 본 바와 같이 一般的이고 抽象的 規範인 法規의 違憲性 여부를 審判하는 機關이고 이를 保障하기 위하여 모든 法院은 물론 裁判의 當事者까지 違憲提請을 申請할 수 있도록 하였다.

그리고 現行憲法裁判所制度가 司法과 行政 뿐만 아니라 立法事項인 公權力의 行使로 制定된 法律 또는 不行使로 인한 立法不作爲에 대해서까지 광범위하게 憲法訴願審判을 請求할 수 있게 한 것을 보면 法律의 下位法規인 命令·規則·處分은 당연히 포함된다고 보아야 할 것이다. 따라서 國家와 國民에 대하여 一般的 拘束力을 가진 法規命令이나 規則이 裁判의 前提로서 違憲與否가 문제가 될 때에는 당연히 違憲法律審判의 對象이 된다고 보아야 할 것이다. 그러므로 法規命令에 대하여는 法律에 저촉되지 아니하는 範圍內에서 制定된 것인가 하는 合法性의 審査權은 大法院에, 그 法規命令이 憲法에 違反되는 여부에 관한 合憲性的 審査權은 憲法裁判所에 있다고 區別하여 理解하여야 한다고 본

다.

다만 憲法 第107條 第2項의 命令·規則·處分을 理解함에 있어서 重要的 것은 法規命令과 行政命令(行政規則)은 그 法的 性質과 개념이 서로 다르므로 이를 區別하여야 하고 그 命令·規則·處分의 法的 性質과 事由에 따라 同條項을 解釋 適用하여야 한다는 것이다. 이에 대하여 憲法裁判所의 判例를 중심으로 다시 살펴보면 다음과 같다.

#### (나) 法規命令의 違憲性 問題

法規命令은 一般 行政命令과는 달리 法規로서의 規範性을 가지기 때문에 法治主義의 一般原則에 따라 憲法 또는 法律에 의한 授權을 前提로 하여 成立된다. 그러므로 法規命令은 獨立命令(憲法 第76條)이든 委任命令이나 執行命令(憲法 第75條, 第95條, 第108條, 第113條 第2項)이든 모두가 行政立法으로서 完全하게 成立되어 效力을 發生할 수 있기 위하여는 合憲的인 要件을 갖추어야 한다는 점에서 法的 限界를 가진다.

法規의 合憲性 要件은 立法權의 委任 또는 執行範圍를 定한 法律 그 自體에 의한 授權이 있어야 하며 또한 個人的 基本權을 保障하기 위한 憲法上의 여러 原則에 의하여 그 限界가 決定될 수밖에 없다. 이러한 合憲的 要件에서 벗어난 法規命令에 대하여는 違憲性 問題가 생긴다.

國民이 되는 要件(憲法 第2條), 租稅의 種目과 稅律에 관한 規定(憲法 第59條) 등과 같이 一定事項을 立法府의 法律로 定할 것을 憲法에서 明示하고 있는 경우에는 반드시 法律로서 規定하여야 하는 國會의 專屬的 權限事項이므로 이를 다시 法律에 의하여 再委任할 수 없다. 이러한 憲法事項에 대하여는 委任命令으로 法規化할 수 없고 따라서 法律로서 法規命令으로 規律할 수 있도록 委任할

수 없다. 그리고 法規命令(委任命令)은 母法規定의 範圍를 넘어선 內容을 規定하거나 國會가 가지는 立法府로서의 本質的 機能을 스스로 否定하는 結果를 가져오는 包括的 委任은 原則적으로 禁止하고 있다(大法院 1970. 7. 24. 선고 70누63호 판결 母法規定의 범위를 넘어 施行令이 內包的으로 課稅對象을

規定한 것은 無效이다).

憲法에서는 모든 國民은 法律에 의하지 아니하고는 處罰을 받지 아니한다고 하여 處罰에 관한 規定은 法律로서만 定한다는 罪刑法定主義의 原則을 宣言하고 있다(憲法 第12條 第1項). 그런데 이와 관련하여 處罰에 관한 事項과 規定을 法規命令에 委任할 수 있는가, 있다면 어느 範圍의 限界까지 할 수 있는가 하는 委任立法의 限界에 대하여는 理論上 많은 문제가 있다. 지금까지는 대체적으로 具體的인 基準을 제시하고 包括的인 委任이 아닌 限 處罰 對象인 行爲를 設定하고 制裁의 規定을 두는 것도 法律로서 委任할 수 있다는 것이 通說이며 실제의 많은 法規命令에서 이러한 委任事項을 찾아 볼 수 있다. 그러나 실제에 있어서 委任立法의 限界에 대한 合憲性을 判斷하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러므로 委任立法의 限界는 明白하고 現存하는 違憲性을 찾을 수 없는 限 立法裁量의 문제로 받아들여야 할 것이다. 그런데 우리 裁判所의 判例는 상당히 엄격하게 받아들여 과감하게 違憲決定을 한 바 있다(당소 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4호 복표발행원상 기타 사행행위단속법 제9조, 제5조에 관한 위헌심판

사건 참조).

執行命令은 法律 또는 大統領令을 執行하기 위하여 필요한 事項을 定하고 그 施行에 필요한 具體적인 節次와 形式 등을 規定함에 그치므로 별 문제는 없다. 그러나 새로운 法律事項을 執行命令에 定하는 것은 그 限界를 벗어나는 것이기 때문에 違憲性의 문제가 생긴다.

#### (다) 行政命令의 法規性

行政命令은 직접 基本權에 관계되는 法規로서의 性質을 가지지 아니하는 行政機關의 一般的 命令을 말하며, 이를 보통 行政規則이라고도 한다.

그래서 지금까지 行政命令은 行政機關 內部에 關係되는 事項을 定하는데 그치며, 일반 國民의 權利와 義務에 관계되는 對外的인 法的 拘束力을 가지지 아니하기 때문에 違憲性의 문제가 생기지 아니한다는 것이 종래의 견해이다. 따라서 行政命令은 法規命令과는 달리 非法規性의 行政規則의 行政規則으로 보고 裁判의 基準이 되는 合憲性의 문제가 생기지 않는다고 하여 判例도 否認하여 왔다(大法院 1967. 6. 20. 선고 67누57호사건, 1981. 4. 14. 선고 80누172호 사건 등을 보면 大法院

의 判例도 그런 것 같다).

지금까지는 行政組織의 內部關係를 特別權力關係의 法理에 의하여 다루었기 때문에 法律의 特단의 授權없이도 包括的 支配權을 行使할 수 있다고 보고 그 公權力의 行使로서 一般的 命令形式인 行政命令을 발할 수 있다고 보아 왔다.

그러나 現代 民主國家는 憲法裁判으로 인하여 憲法的 機能과 憲法規範에 대한 새로운 認識을 하게 되고 그에 따라 法規에 대한 觀念이 擴大·變化되고 있을 뿐 아니라 行政能率化의 要請에 따라 行政命令의 現實의 作用이 國民生活에 미치는 영향이 점차 커가고 있다. 이로 인하여 行政命令이 一般人에게 미치는 法的 規範力을 부인할 수 없는 現狀이 일어나고 그에 따라 行政命令의 法的 規範力을 公認해야 한다는 새로운 견해가 강력하게 주장되고 있다는 것을 유의하여야 한다.

이는 특히 최근 獨逸이나 우리 나라에서 종래의 行政法에서 파악하던 特別權力關係 내부에 대해서도 상당부분 法治主義가 적용되어야 한다는 새로운 理論이 등장하고 이러한 점에서 特別

行政法關係라고 보아야 한다는 새로운 주장과 용어가 行政法을 다루는 公法學界에서 사용되고 있다는 것을 유의할 필요가 있다.

특히 20世紀 후반에 와서 憲法裁判制度의 등장으로 法治主義觀念이 憲法規範에 의한 法治로 확산되고, 個人의 基本權을 保障하기 위하여 公權力의 남용을 統制하여야 한다는 現實的 要請이 증대함에 따라 行政의 自己拘束을 위한 裁量의 限界와 信賴保護의 原則이 강하게 요청되고 公法學界에서 이 점을 중요하게 다루고 있다. 따라서 行政命令의 法的 性質에 대하여 새로이 논의되면서 法規性을 인정하여야 하고 그에 따른 合憲性 문제가 제기되면서 行政命令에 대한 憲法的 規範統制를 하여야 한다는 새로운 주장이 많이 일어나고 있다.(최근에 와서 大法院도 무허가 건물 철거업무에 관한 서울시 例

規에 대한 判示에서 行政命令의 法的 規範性을 인정한 예가 있다. 1981. 7. 28. 선고 81누39호 참조).

現代民主憲法은 憲法裁判所를 통하여 權力統制를 制度化하면서 한편으로는 行政의 能率的 機能을 擴大保障 하여가고 있는 現代社會의 경향을 감안하고 있으므로 行政命令에 대해서도 法規性을 認定하지 않을 수 없게 되고 있다.

그렇다면 行政命令의 法規性에 대하여는 合憲性의 문제 뿐만 아니라 違憲性의 문제도 常存하고 있다고 보아야 한다. 이 때에 行政命令에 대하여도 合法性의 문제는 大法院이 最終的인 審査權限을 갖는다고 보아야 할 것이나 合憲性의 문제는 역시 憲法裁判所에 提請되어 審判받지 않을 수 없다고 보아야 할 것이다. 그러면 行政命令도 合法性의 문제와 合憲性의 문제를 분리하여 다루어 질 수밖에 없다고 할 것이다.

그리고 憲法 第107條 第2項 『命令·規則·處分이 憲法이나 法律에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다』는 것을 解釋하고 受容하는데 있어서 一部の 견해는 『大法院은 이를 最終的으로 審査



할 權限을 가진다』는 데에 해석의 중점을 두고 있다. 그러나 그 前提條件인 『裁判의 前提가 된 경우』의 의미가 무엇인가, 이를 어떻게 받아들일 것인가 하는 문제는 憲法 第11條에서 憲法裁判制度를 導入한 관계규정과 함께 새로운 憲法理論을 가지고 憲法裁判의 次元에서 검토하는 것이 가장 바람직하다 할 것이다.

憲法 第107條 第2項만을 獨立시켜 形式的인 文理解釋으로 命令·規則·處分の 違憲與否에 대한 違憲決定權은 大法院에 專屬한다고 判斷하여 法院이 違憲法規審判의 提請을 하지 않을 수 있다. 그러나 裁判의 前提가 되는 당해 事件의 當事者가 憲法裁判所에서 그 命令 또는 規則에 대하여 違憲與否의 審判提請申請을 할 수 있고 그에 대하여 당해 事件法院이 그 提請申請을 기각하더라도 그 申請을 한 當事者는 이를 이유로 하여 憲法訴願의 形式으로 직접 憲法裁判所에 違憲審判請求를 할 수 있다. 뿐만 아니라 處分·規則·命令 그 自體에 의하여 자기의 基本權을 侵害받은 자는 裁判의 前提가 되지 않더라도 一般 憲法訴願으로서 請求要件을 갖추면 違憲與否의 審判請求를 할 수 있다. 이러한 節次가 保障되어 있는 한 大法院의 最終審判權의 有無에 관계없이 자동적으로 憲法裁判의 對象으로 審判을 받게 되므로 결국 法規에 대한 合憲性 與否의 終局的인 審判決定은 憲法裁判所에서 하게 되는 것이다.

그러므로 그 法規는 形式的인 法律 뿐만 아니라 實體的인 法規이면 그것이 命令·規則·處分の 形式으로 나타나든 또는 條例로 制定되든 그 法名에 관계없이 違憲審查의 對象이 되는 것이다 라고 보는 것이 우리 憲法裁判所의 判例이다. 즉 憲法裁判所는 大法院이 制定公布한 法務士法 施行規則 第3條 第1項은 委任立法의 範圍를 일탈하여 任意로 制定한 法規이므로 이로 因하여 請求人의 憲法上 保障된 國民의 平等權(機會의 均等)과 職業

選擇의 自由를 侵害한 憲法違反이라고 決定宣告하고 이 大法院 規則을 效力喪失시키는 決定을 이미 한 바 있다(당소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마

178호 법무사법 시행규칙 제3조 제1항에 대한 헌법소원심판).

### (라) 廢止된 法律에 대한 審判

違憲法律審判의 對象은 原則적으로 現在 施行하고 있는 法律 이어야 하며 그 法律의 事前審査나 變更 또는 廢棄된 法律을 審査하는 것은 아니다.

그래서 廢止된 法律이 憲法裁判의 對象이 될 수 있는가, 될 수 있다면 어떠한 경우에 許容할 것인가 하는 문제가 있다.

法律은 公布 施行日부터 그 法律이 廢棄되거나 變更될 때까지 法的 拘束力을 가진다. 그리고 우리 나라 憲法裁判制度는 違憲決定의 效力을 違憲決定이 있는 날로부터 效力을 喪失한다고 하여 違憲法律의 當爲無效를 宣言하는 것이 아니라 將來失效를 決定한다고 規定하고 있다(憲裁法 第47條 第2項). 다만 刑事法規는 例外이다. 여기에서 이미 效力이 喪失된 法律에 대하여 憲法裁判所에서 다시 새삼스럽게 그 效力을 喪失하는 宣言을 하여야 할 實益이 없기 때문에 원칙적으로 이미 效力이 상실된 廢止法律은 違憲審判의 對象이 될 수 없는 것이다.

그러나 例外的으로 廢止된 法律이라 할지라도 그 法律에 의하여 現在까지 基本權 侵害가 있고 그 결과로 인하여 발생한 法益의 侵害常態가 現在에도 계속 되고 있는 경우에는 그 法律의 合憲性 여하에 따라 權利關係의 소장을 가져올 수 있다. 더구나 그 法益侵害狀態를 가지고 現在 裁判을 하고 있으며 그 裁判의 前提가 되는 事件에 適用할 法律이 비록 廢棄되거나 限時的으로 效力을 喪失하였다 하더라도 그 法律의 違憲여부는 基本權 保障의 前提條件으로서 判斷의 實益이 있는 것이므로 이 때에는 違

憲法律審判을 提請할 수 있다고 아니할 수 없다. 그리고 만약 그 當事者의 違憲提請申請을 法院이 棄却하였을 때에는 그 申請을 한 當事者는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 提請하여 救濟를 받을 수 있는 權利保護의 利益이 존속하고 있으므로 당연히 憲法訴訟의 대상이 된다고 할 것이다. 그래서 우리 憲法裁判所는 이미 廢止된 法律이라 할지라도 그 法律로 인하여 憲法上 保障된 基本權 侵害가 現存하는 경우에는 그 基本權의 法益을 保護하기 위하여 그 違憲與否가 가려져야 할 必要가 있는 것이므로 請求人의 基本權이 侵害되고 있는 것이 現存하는 限 廢止된 法律이라 할지라도 憲法訴願審判請求를 할 수 있다 할 것이다 라고 判決을 한 바 있다(당소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44호 병합. 사회보호법 위원심판 결정문 참조).

이와 관련한 또 다른 憲法裁判所의 判決理由를 보면 다음과 같다. 즉, 法律은 원칙적으로 制定公布 施行日부터 廢棄되어 失效될 때까지 適用되는 有效한 法的 拘束力을 갖는 것이지만 그 法律이 廢棄된 경우라 할지라도 그 法律의 施行當時에 발생한 基本權 侵害의 狀態가 現在에도 계속되고 있어서 이에 대하여 法律의 性質上 달리 救濟될 수 없거나 그 廢棄된 法律이 더 이상 適用될 수 없는 特別한 規定이 없는 限 그 侵害된 基本權의 救濟는 憲法裁判所가 할 수밖에 없는 것이다. 만일 이를 憲法裁判所가 廢棄된 法律이라는 理由로 이를 거부하거나 회피하면 基本權의 侵害를 救濟하는 다른 方法이 없는 경우에 그 權利를 保護한다는 憲法訴願制度를 스스로 否定하게 되는 모순을 가지게 된다. 그래서 우리 憲法裁判所는 이미 廢止된 國家保衛立法會議法에 의한 基本權의 侵害가 現在에도 계속되고 있으므로 이를 救濟하기 위하여 請求人들의 憲法訴願을 받아들여 廢棄된 法律에 대하여 違憲을 宣言한 바 있다(당소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32, 33호 병합 국가보위입법회

의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소위심판결정).

이러한 決定文의 要旨는 法律은 原則的으로 制定公布되어 그 效力의 發效時부터 廢地公布되는 失效時까지 效力이 있고 그 法律의 施行中에 일어난 事件에 대하여 適用된다는 것이다. 그러나 法律이 廢棄된 경우라 할지라도 그 法律施行當時에 발생한 具體的 事件에서 國民의 基本權이 侵害되고 그 侵害狀態가 계속되고 있을 때에는 法律의 性質上 더 이상 적용될 수 없거나 特別한 救濟節次의 規定이 없는 한 廢止된 法律에 의하여 裁判이 進行될 수밖에 없다. 이 때에 廢止된 法律의 違憲여부가 문제로 제기될 수밖에 없고 이 경우 그 違憲여부의 심판은 결국 憲法裁判所가 할 수밖에 없다는 것이다. 만약 이를 거부하거나 회피하면 具體的 事件에 대한 法的 紛爭을 해결하여야 하는 法院으로서는 法律에 대한 違憲決定權이 없다는 것을 이유로 하여 違憲問題가 제기된 法律을 그대로 適用할 수밖에 없는 不合理的 結果가 생기게 된다는 것이다. 違憲法律審判에서 문제된 法律이 裁判의 前提가 된다 함은 우선 그 法律이 당해 本案事件에 적용될 법률이어야 하고 또 그 法律이 違憲일 때에는 合憲일 때와는 다른 判斷으로 判決主文이 달라지는 경우를 뜻한다고 할 것이며 반대로 그 法律이 現在 施行中인가 또는 이미 廢止된 것인가를 의미하는 것은 아니라 할 것이므로 폐지된 法律이라는 理由로 違憲審判의 對象이 될 수 없다고 배척하는 主張은 許容될 수 없다는 것이다. 따라서 이미 廢止된 法律이라 할지라도 請求人들의 法益을 보호하기 위하여 違憲與否가 가려져야 할 必要가 있는 경우에는 그 法律의 違憲與否를 審判하여야 한다고 하여 위 決定文主文에서 廢止된 法律이지만 『憲法에 違反된다』고 決定宣告하였다.

그런데 이 決定은 비록 決定理由대로 廢棄된 法律도 違憲審查의 對象이 된다고 하더라도 마지막 결론에서 違憲으로 宣言한

것은 이미 效力이 喪失된 法律을 다시 效力을 喪失시키는 모순을 가져온 잘못이 있다고 할 수 있다. 다시 말하면 廢止된 法律이 憲法訴願의 대상이 된다고 하더라도 그 廢棄된 法律에 의하여 侵害된 基本權을 救濟하기 위하여 부득이 例外的으로 認容하는 것이고 그것은 基本權을 侵害하고 있는 狀態를 救濟할 수 있으면 되는 것이므로 廢棄된 法律에 대하여는 違憲임을 確認하는 決定으로 目的을 달성할 수 있는 것이다. 그렇게 했더라면 위에서 지적한 바와 같이 死者에게 死刑宣告 하는 것과 같은 自己矛盾을 피할 수 있었을 것이라고 본다. 그러므로 이 決定文은 違憲宣言이 아니라 違憲確認의 主文으로 宣告하는 것이 適當했던 것이 아닌가 생각한다.(憲裁法 第68條 第2項, 第75條 第2項 참고).

## 5. 憲法規定에 대한 審判權

憲法の 개개 規定이나 憲法改正에 대하여 違憲審査를 提請할 수 있는가 즉, 憲法이 憲法裁判의 대상이 될 수 있는가에 관하여는 아직까지 우리 나라의 判例와 學說이 定立되어 있지 아니하기 때문에 여러 가지 견해의 대립이 있을 수 있다.

### (가) 消極說

우리 憲法 第107條 第1項과 憲法裁判所法 第41條 第1項 및 同 第68條 第2項은 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에 法院 또는 當事者의 提請에 의하여 違憲與否를 審判한다고 規定하고 있다. 이를 實定法上 文意解釋이나 形式論理로 보면 具體的 規範統制의 대상은 國會에서 制定한 形式的 의미의 法律만에 국한되는 것이라고 해석될 수 있다. 따라서 法律의 上位法規인 憲法の 개개 規定 또는 憲法改正 등은 물론 法律의 下

位規範인 命令·規則·處分 등은 具體的 規範統制의 對象이 되지 아니한다고 볼 수 있다. 더구나 소극적 견해에 따르면 憲法第107條 第2項에서 命令·規則 또는 處分은 大法院이 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다(大法院의 一部見解는 이에 대하여 裁判의 前提가 된 경우에 限한다는 制限的인 規定이 있는데도 불구하고 이를 무시하고 그렇게 해석을 한다)는 明文의 文句가 있기 때문에 憲法裁判所는 法律에 局限하여 違憲審査權이 있을 뿐이지 憲法規定이나 命令·規則·處分 등에 대하여는 審判할 權限이 없는 것이고 보고 있다.

그러나 이 견해는 憲法裁判은 形式的인 文句解釋만으로는 되지 않고 實質的인 憲法解釋으로 풀어가지 아니하면 아니되는 本質的인 문제를 看過하고 있다고 아니할 수 없다.

獨逸憲法(基本法) 第100條 第1項에서도 法院의 提請에 의한 具體的 規範統制의 대상은 역시 形式的 의미의 法律(Gesetz)이 違憲의이라고 생각되는 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러면 法律 이외의 規範, 특히, 憲法規定이나 法規命令 등은 도 대체 規範統制나 憲法訴願 등 憲法 재판의 對象이 되지 아니하는가 하는 문제가 제기된다.

그런데 獨逸憲法(基本權) 第39條 第1項 第2號의 抽象的 規範統制의 대상으로 규정하고 있는 『聯邦法과 州法』은 形式的인 聯邦法律(Bundesgesetz)과 州法律(Landesgesetze)만을 의미하는 것이 아니라 보다 넓은 개념의 聯邦規範(Bundesrecht)과 州規範(Landesrecht)을 의미하는 것으로 擴大解釋하고 있다. 이 聯邦規範과 州規範에는 당연히 聯邦憲法과 州憲法이 포함되는 것으로 보고 있으며 憲法의 개별 規定 또는 改正은 聯邦憲法裁判所의 抽象的 規範統制의 대상이 된다고 한다(Vgl. Maunz, BVerfGG, Kommentar, §76, Rdnr. 19ff.).

더 나아가 獨逸의 憲法訴願制度를 운영하는 실태를 보면 憲法

訴願의 대상인 國家 公權力에는 行政 및 司法作用 이외에 議會에서 制定한 法律과 法律보다 下位規範인 命令·規則·條例 뿐만 아니라 憲法의 개개 規範 또는 憲法改正 등이 포함된다고 한다. 그것은 憲法解釋과 憲法裁判制度의 본질에 비추어 볼 때 의문의 여지가 없다는 것이 獨逸學界의 通說이며 獨逸憲法裁判의 判例로서 이를 인정하고 있다(Vgl. BVerfGE 4, 294; 30, 1)는 것을 참고할 때 消極說은 憲法學的 見解로는 받아들이기 어렵다 할 것이다.

#### (나) 積極說

憲法의 개개 規定들은 다른 憲法規定들과 상호 불가분의 관계가 있으며 또 의미상 밀접하게 관련되어 있으므로 憲法裁判의 대상이 될 수 있다는 것이다. 憲法은 각기 상이한 개개 條項들의 단순한 집합의 나열이 아니고 상호 유기적인 것이며 形式과 內容에 있어서 다른 것 같지만 憲法의 本質上 內的 統一性을 지니고 있는 것이므로 憲法 그 自體가 하나의 統一體로서 이루어지고 있다는 것을 파악하지 않으면 안된다. 따라서 개개의 憲法規定이 그 憲法의 最高性和 統一體的 價値體系에서 분리하여 관찰되거나 形式論理로 文言解釋을 하여 憲法의 本質이 否定되어서는 안된다는 것이다. 憲法解釋은 그 憲法의 統一的 體系性으로부터 출발하여야 하며 개개의 憲法條文에 우선하는 憲法上의 基本原則과 原理에서 나오는 根本的인 價値判斷으로부터 시작되어야 한다는 것이다. 따라서 모든 憲法規定은 이른바 憲法全文에 明示된 自由民主主義原則과 憲法의 根本을 形成하는 法治國家原理과 같은 憲法上의 基本原則과 原理에 合致하도록 解釋되어야 한다는 기본적인 결단이 필요하다는 것이다.

憲法規定이라 하더라도 相互間에 價値의 우열이 존재하고 憲法制定權을 구속하는 超實定法的인 自然法의 존재를 긍정하여야 한다는 憲法上의 基本原則과 原理에 合致되어야 하며 여기에 違

反되는 憲法規定으로 인하여 憲法上 保障된 國民의 基本權을 直接 侵害했을 경우에는 憲法的 規定이라 할지라도 憲法訴願의 대상이 된다고 한다(Vgl. BVerfGE 1, 14(32)). 이에 따라 獨逸憲法(基本法) 第79條 第3項은 人間의 尊嚴, 民主的·社會的·聯邦國家原則 등 憲法上的 本質的인 基本原理에 저촉되는 憲法改正은 허용되지 아니한다고 함으로써 憲法改正은 許容되지 아니한다고 함으로써 基本權의 本質的 內容을 侵害하는 憲法改正은 그 자체가 違憲임을 명시하고 있다. 따라서 개별적인 憲法規定이나 憲法改正에 대해서도 憲法訴願의 대상이 된다는 것이다(Vgl. BVerfGE 30, 1(17)).

#### (다) 우리의 立場

위와 같은 理論에서 우리의 憲法과 憲法裁判所法을 검토하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 獨逸에서와 같은 抽象的 規範體制(독일헌법 제93조 제1항 제2호 “연방헌법재판소는 연방정부와 주정부 그리고 연방의회 의원 3분의 1이상의 제정에 의한 연방법 또는 주법의 기본법과의 합치여부를 심사 결정한다.”)에 관한 특별한 규정을 두지 아니한 우리 憲法裁判制度에 있어서는 결국 憲法訴願制度에 의해서 개별적인 憲法規定이나 憲法改正에 대하여 憲法訴願의 대상이 된다고 할 수 있다. 우리 憲法 第11條 第1項 第5號에 근거한 憲法裁判所法 第68條 第1項이 憲法訴願의 要件으로 規定하고 있는 『公權力의 行使 또는 不行使』에는 원칙적으로 行政作用과 司法作用 이외에 立法作用 등 規範制定作用이 포함됨은 당연하다. (다만 우리 나라 憲法訴願制度에서는 法院은 裁判은 訴願對象에서 제외하고 있다). 따라서 規範制定作用 중에서 일정한 憲法規定이나 그 改正이 憲法的 本質적인 基本內容이나 基本原理과 原理에 違反되는 경우에는 憲法的 基本秩序를 守護하기 위한 수단으로서 憲法訴願을 제기하는 길 밖에 없으므로 憲法訴願에 의하여 구제할 수밖에 없다.



그런데 아직까지 우리 나라에서는 憲法에 대한 憲法裁判을 한 判例가 없고 이에 대한 확고한 學說이 定立되지 않아 많은 論難이 있을 수 있으나 規範統制를 基本으로 하는 憲法裁判制度가 확립되어 있는 限 獨逸과 같이 憲法의 個別規定이나 改正에 대하여도 憲法裁判의 대상이 된다고 보는 것이 옳으며 그러한 判例가 나와야 할 것으로 본다.

이러한 적극적 주장에 대한 수용은 우리 憲法과 憲法裁判所法의 解釋으로도 가능할 뿐 아니라 國家의 모든 公權力作用으로부터 憲法上 保障된 國民의 基本權保障과 憲法의 基本的 本質과 原則을 守護하여야 한다는 憲法訴願制度의 본래적 기능과 취지에서 볼 때에도 憲法訴願의 대상인 公權力의 개념 속에 憲法을 제외할 특별한 이유가 없으므로 憲法規定이 基本權을 侵害한 경우에는 憲法訴願의 대상이 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 우리 憲法도 단순한 個個 條文의 集合體로서의 形式的 意味만을 가지는 것이 아니라 憲法은 內的 統一性を 要求하는 最高 上位規範으로서 다른 여러 規定과 관련되어 있으므로 簡簡의 憲法規定만을 분리하여 관찰하거나 解釋할 수 없는 특수성이 있다. 그러면서도 憲法規定 相互間에도 價値의 優劣이 存在하고 憲法制定權力을 拘束하는 超實定法的 自然法原理가 存在한다는 것을 肯定하여야 하며 또한 國民의 基本權을 핵심내용으로 하는 憲法 그 自體가 하나의 유기적이고 統一的인 實質的 價値體系로서의 最高價値規範을 確立하여야 한다는 점을 생각해 볼 때 簡簡의 憲法規定이나 憲法改正에 대한 憲法訴願은 가능하다고 보아야 할 것이다.

## 6. 條約과 國際法規에 대한 審判權

條約이나 國際法規가 違憲審判의 대상이 될 수 있는 것인가 하는 문제가 學界와 實務에서 많이 논의되고 있다. 國際關係法規中에서 條約과 一般 國際法規는 그 成立과 內容에 있어서 法的性質이 다르므로 여기에서 條約과 國際法規를 나누어 살펴보기로 한다.

### (가) 條約

條約은 違憲審判의 대상이 되지 아니한다는 견해도 있으나 憲法附則 第5條에서 『條約은 이 憲法에 違背되지 아니하는 限 그 效力을 지속한다』라고 되어 있으므로 條約이 憲法裁判의 對象이 되는 것은 당연하다 할 것이다. 더구나 여기에서 말하는 條約은 우리 憲法에 의거하여 締結된 條約만을 의미하고, 憲法에 저촉되지 않아야 國內法과 同一한 效力을 가지는 것이므로 당연히 憲法裁判所의 違憲審判對象이 된다고 할 것이다.

憲法 第60條 第1項에서 國會는 條約의 체결·비준에 대한 同意權을 가진다고 規定하고 있다. 즉 國家의 安危나 國際組織·相互援助, 友邦通商 및 主權의 制約이나 國家나 國民에게 財政부담을 지우거나 또는 立法事項에 관한 條約은 國會의 同意를 얻어 체결 批准됨으로써 그 效力이 발생하는 것이라고 明示하고 있으므로 國內法과 同一한 立法作用에 의한 法律的 效力을 가진 立法形成的 性質을 가진 一般 法律과 같다고 보는 것이 通說이다.

그러나 이에 대한 否定說은, 條約은 國家間의 合意締結이라는 특수성 때문에 어느 한 國家가 締結한 條約의 效力을 一方的으로 상실시킬수 없는 것이고 그 法的 效力은 國際秩序에 관계되는 것이므로 憲法裁判의 對象이 되어서는 안된다는 것이다. 이것은 우리 憲法精神과 憲法前文에서도 향구적인 世界平和와 人類共榮에 이바지할 것을 다짐하고 있기 때문에 이미 批准된 國家

問의 條約에 대해서 그 合憲性 與否는 國會만이 有權的으로 해석할 수 있을 뿐 國內의 司法作用인 裁判이나 違憲審査의 대상이 될 수 없다는 것이다.

이에 대하여 肯定說(通說)은, 憲法은 國會法律과 條約보다 上位의 規範일 뿐만 아니라 憲法은 條約의 效力을 否定할 수 있으나 條約으로 憲法을 改正하거나 그 效力을 否定할 수 없는 것이 明白하기 때문에 國家間에 締結한 條約이라 할지라도 憲法法規에 違反되는 여부의 最終的인 審判은 憲法裁判所에서 할 수 있다는 것이다. 더구나 國家의 모든 機關은 憲法을 준수할 의무가 있으므로 國會라 할지라도 違憲的인 條約을 批准할 수 없고 政府도 이를 締結하고 執行할 수 없다는 것이다. 뿐만 아니라 憲法에서 國會의 權限으로 條約의 체결과 批准은 國會의 同意가 있어야 한다는 그 자체가 憲法規範이며 그 同意가 일종의 立法行爲이다. 따라서 條約의 內容이 國民의 權利와 義務를 그 內容으로 담고 있을 때에는 그 條約은 國內法規的 性質을 가지는 것이기 때문에 당연히 違憲審査의 대상이 된다고 보아야 한다는 것이다. 그런데 條約에 대한 違憲審査는 國內法으로서의 有無效를 審査하는 것이지 國際法의 效力有無를 審査하는 것이 아니다. 그러므로 憲法裁判所의 違憲審査權은 條約等 國際法의 規定이 國內法の 規範으로서 憲法에 違反되는지의 여부와 個人的 基本權을 侵害하는지의 與否에 대하여 문제가 제기된 경우에만 行使하는 것이고 따라서 審判의 대상이 된다고 하여야 할 것이다. 그리고 具體的 規範統制節次에 의하여 國際法이 憲法에 違反되는지 여부의 審判이 提請된 경우에 있어서 그 裁判에 前提된 당해 事件에 適用될 國際法이 國內法으로서의 效力을 계속 가지는가의 문제에 대하여 決定을 하여야 한다는 것이 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例이다(BVerfGE 28, 119(132ff)). 그리고 獨逸聯邦憲法裁判所는 1972년 12

월 21일의 東·西獨 間의 基本條約에 대하여 抽象的 規範統制節次로서 違憲提請을 한 바 있는데 당연히 條約도 憲法裁判의 대상이 되는 것으로 보고 憲法(基本法)에 合致한다고 決定을 한 바 있다.(東·西獨間의 基本條約에 대한 바이에른州政府의 申請에 의한 추상적 규범통제로서 1973.7.31의 聯邦憲法裁判

所決定)

이 獨逸憲法裁判所의 判例를 보면 國家의 統治行爲나 고도의 政治行爲라 할지라도 모두 憲法秩序 위에서 이루어져야 하는 것이고 만일 그 國家行爲가 立法이건 處分이건 條約이건 그 法規形式에 불문하고 公權力의 行使 또는 不行使가 憲法의 基本秩序와 原則에 違反된다면 憲法裁判의 대상이 된다는 것을 밝히고 있다. 이러한 憲法裁判의 判例는 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

#### (나) 其他 國際法規

條約이 아닌 其他 國際法規가 違憲審査의 對象이 되는가 하는 것은 其他 國際法規가 條約과는 그 法的 性質에 있어서 다른 면이 많이 있기 때문에 새로운 문제로서 제기되고 있다.

우리 憲法에서도 條約과 一般的으로 승인된 國際法規로 區分하여 規定하고 그 法的 效力도 달리 보는 듯한 면이 있다.

憲法 第6條 第1項은 『憲法에 의하여 締結·公布된 條約과 一般的으로 承認된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다』고 宣言하면서 附則 第5條에서는 條約은 이 憲法에 위배되지 아니하는 한 그 效力을 지속한다』고 規定하여 條約과의 관계에서는 憲法의 優位를 規定하면서 其他 國際法規와의 關係에 대해서는 明白한 立場을 明示한 바가 없다. 이 문제는 國際法의 性質과 內容이 우리 憲法 및 法律과 어떠한 關係가 있는가 하는 문제와도 직결이 된다. 그러므로 憲法上의 一般的으로 承認된 國際法規는

國際秩序와 世界平和를 유지하는 UN 憲章과 같은 一般的인 國際法規가 아닌, 具體的으로 國內法과 관계되는 國際法規로서 그 내용이 우리 憲法과 깊은 연관관계가 있는 경우의 國際法規를 말하며 이것이 憲法裁判에서 문제가 된다고 할 것이다.

따라서 우리 憲法裁判所의 違憲審判의 對象으로 다루게 되는 國際法規는 憲法이 明示한 바와 같이 國內法の 效力을 가지는 一般的으로 承認된 國際法規라고 限定하고 있으므로 이러한 경우에만 憲法의 下位法으로서 國內法과 同位에 놓인다고 보아야 할 것이다(憲法第6條 第1項 後段). 유엔 憲章같은 國際法規는 國際的으로 대부분의 國家가 承認하고 있는 國際秩序의 一般的 規範으로서 우리 憲法前文에서도 『항구적인 世界平和와 人類共榮에 이바지한다』고 하여 그 精神을 받아들이고 있다고 보아야 하고 이것이 우리 憲法의 基本원리의 하나로 形成되고 있다고 할 것이다. 그러므로 이러한 UN 憲章과 같은 國際法規는 憲法의 下位規範이나 一般國內法과 다른 것으로서 一般的 國際秩序에 관한 憲法的 規範性으로 보아야 하기 때문에 違憲法律審判의 새로운 基準이 되는 것이지 違憲審判의 對象이 되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 그러나 世界平和와 人類共榮에 이바지하는 UN 憲章과는 별도로 國際聯合에 속한 각종 機構에서 하는 其他의 決議나 承認되는 國際法規를 우리 憲法에 違反되는 것으로서 國內法으로서의 效力을 가질 수 없다고 다투는 경우에는 國內法으로서의 效力을 갖는지 우리 憲法에 合致하는지의 여부에 대하여 憲法裁判所에 違憲法律審判을 請求할 수 있다고 할 것이다.

이 때에 憲法裁判所는 國際法規 그 自體를 無效 또는 失效시킬 수는 없는 것이므로 國內法으로서 效力을 認定하는 것이 憲法에 違反되는지의 여부를 判斷하여 國內法的 效力을 失效시키거나 無效化시킬 수 있다고 보아야 할 것이다(당소 1991. 7. 22. 선고 89원가 106호)

사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판사건판결사항에서 UN의 일반적인 국제법규에 관하여 심사판단 한 바 있다. 즉 UN의 조약이나 規約 및 권고문이 우리의 현실에 적합한 제도의 실시를 제약하면서까지 보장되어야 한다면, 우리 사회의 특수성을 배제하고 노동조합의 구성을 강제하는 근거로 삼을 수 없다고 判示하였다. 판결문 사항의 (3) 참조.

끝으로 國家間的 行政協定에 대하여 그 法的 性質과 效力을 어떻게 볼 것인가. 行政協定이 우리 憲法에 違反되는 與否가 문제되어 國內 裁判의 前提가 된 경우에 그 行政協定の 合憲性의 문제 즉 違憲與否에 대한 審判은 憲法裁判所가 할 수 있다. 行政協定은 憲法에서 말하는 條約 等과 같은 國際法規는 아니지만 條約과 유사한 國際法規로서의 法的 性質과 效力을 가지고 있는 것이다. 하지만 行政協定은 國內法과 같이 취급하여야 할 法律로 보는 것이 합당하다고 할 것이므로 당연히 위헌심사의 대상으로 다루어야 하는 것이다. 美國 聯邦最高裁判所의 判例를 보면 行政協定の 合法性 문제를 다루는 것은 당연한 것으로 보고 많은 事件에서 司法審査의 대상으로 審査判斷하고 있다<sup>(Wilson V. Girard 354 U. S.</sup>

524(1957) 사건).

### 第Ⅲ. 抽象的 規範을 訴願으로 請求한 規範統制(規範統制型 憲法訴願)

#### 1. 法律에 대한 憲法訴願

우리 憲法과 憲法裁判所法에 의하여 法規範을 統制하는 違憲 審判으로서 憲法裁判所가 管掌하는 대표적인 사항은 違憲法律 審判이고 다음은 法律에 대한 憲法訴願 審判이 있다. 즉 우리의 違憲 審判制度는 法律이 憲法에 違反되는 여부가 具體的 裁判에서 문제가 되어 그 前提로 法院의 提請에 의하여 憲法裁判所가 法律의 違憲與否에 관한 審判을 하는 것을 基本으로 하고 있다<sup>(憲裁判 第41條)</sup>. 그리고 그 뿐만 아니라 法律의 抽象的 規範 自體에 대하여

國民이 直接 憲法裁判所に 違憲與否의 審判을 求하는 權利救濟型 違憲法律審判請求로서 憲法訴願制度를 두고 있다. 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 사람은 그 公權力(法規)의 合憲性에 대하여 憲法裁判所に 憲法訴願審判請求를 할 수 있게 하였다(憲裁法 第68條).

法規에 대한 憲法訴願은 具體的 裁判事件에 適用할 具體的 規範에 대하여 法院이 違憲與否의 審判을 請求하는 違憲法律審判과는 달리 國民이 直接 抽象的 規範인 法律 自體에 대하여 憲法裁判所に 違憲審判을 請求하는 것이다.

다만 抽象的 規範인 規範 自體에 대하여 違憲與否의 審判을 請求할 수 있는 者는 그 法規에 의하여 直接 自己의 基本權이 現在 侵害당하고 있는 경우에만 할 수 있다는 請求要件을 갖추어야 하는 當事者適格의 制限이 있을 뿐이다. 즉 그 法規로 인하여 侵害된 自己 基本權의 救濟를 받기 위하여 憲法裁判所に 그 抽象的 規範의 統制를 요구하는 憲法訴願審判을 請求할 수 있는 것이다. 國民의 基本權을 保障하기 위하여 抽象的인 法規範인 法律의 違憲與否를 審判하고 統制하도록 國民이 直接 請求할 수 있도록 憲法裁判請求權을 規定하고 있는 것이 憲法訴願制度이다. 이 制度가 抽象的 規範인 法律에 대한 統制手段으로서 새로운 憲法裁判事項이 되어 現憲法裁判制度下에서 중요한 기능을 하고 있음은 누구도 否認할 수 없는 것이므로 이를 國民이 가지는 權利救濟型 抽象的 規範統制의 하나라고 할 수 있다(憲法 第111條 第1項 第1號와 第5號).

이에 대하여 우리 憲法은 獨逸과 같이 3분의 1의 少數 國會議員(독일헌법 제93조 제1항 제2호, 독일연방헌법재판소법 제76조)에게 認定하고 있는, 法律에 대한 抽象的 規範統制를 請求할 수 있는 憲法規定이 없기 때문에 이를 許容하는 制度를 두었다고 볼만한 명백한 근거가 없으며,

우리의 憲法訴願제도에서 말하는 公權力의 行使란 行政處分과 같은 좁은 의미의 處分을 말하는 것이고 抽象的인 法律 自體의 效力을 失效시키는 憲法訴願審判은 할 수 없다고 보는 一部の 少數 견해가 있다. 이 見解는 憲法裁判의 形態를 規範統制의 節次와 方法에 따라 分類하는 概念으로 보지 않고 憲法裁判의 機能을 축소하고, 하나의 司法的 審査權것의 本質에서 벗어날 수 없는 것이라고 理解하는 데에서 비롯되는 것이다. 그러나 이는 基本權의 侵害를 救濟하기 위한 憲法訴願制度의 연혁과 本질을 무시하고, 形式的인 實定法의 對比만을 하여 抽象的 規範統制를 請求할 수 없다고 하는 것은 憲法裁判所의 規範統制권을 否定하는 결과를 자초하는 잘못이 있다고 아니 할 수 없다. 憲法訴願審判에서 規範統制권을 否認하는 견해에 따르면 憲法裁判所法 第68條 第1項에 明示한 公權力에는 裁判을 制外하였고 抽象的 規範인 法規의 統제도 制外된다면 行政府의 行政處分만이 남는데 이는 대부분이 行政訴訟法에 의한 裁判의 대상이 되므로 憲法訴願審判의 대상인 公權力에 대한 統制는 아무 것도 法律上 할 수 없는 결과가 되어 憲法裁判制度를 否定하는 理論이 될 것이다. 그렇다면 形式的인 法律論理와 解釋을 가지고 憲法上 保障된 憲法訴願 制度를 否定하는 것이 되어 憲法理論이 憲法을 否定하는 중대한 違憲的 解釋을 自招하는 것이라 아니할 수 없을 것이다.

우리 憲法裁判所는 法律에 대한 憲法訴願裁判請求를 받아들이고 있는데 그 判示 內容을 보면 다음과 같다.

立法權의 行使로 인하여 制定된 法律에 의하여 直接 憲法上的 基本權이 侵害되었음을 이유로 하는 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 憲法訴願審判의 請求事由를 규정한 憲法裁判所 第68條 第1項 本文에 규정된 公權力 가운데에는 立法權도 당연히 포함되고 따라서 法律에 대한 憲法訴願도 가능하다고 할 것이다. 그러나



모든 法律이 다 憲法訴願의 대상이 되는 것은 아니고, 그 法律이 별도의 구체적 執行行爲를 기다리지 않고 直接的으로, 憲法上 保障된 基本權을 現在 侵害하는 경우에 限하여 認定하는 것을 原則으로 한다. 法律 自體에 의하여 基本權의 侵害有無가 문제될 때에는 그 法律 自體의 效力을 직접 다투는 것을 訴訟物로 하여 一般 法院에 訴訟을 제기하는 길이 없으므로 法規의 違憲性에 대한 憲法訴願은 다른 救濟節次를 거칠 것 없이 바로 憲法裁判所에 審判請求를 할 수 있다는 것이 判例로 확립된 理論이다. 一定한 範圍안에서 抽象的 規範인 法律 自體에 대하여 國民이 直接 憲法訴願의 方法으로 憲法裁判所에 規範統制를 請求할 수 있다고 하였다(당재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호 결정, 동 1990. 6. 25. 선고 89헌마 220호 결정, 동 1990. 10. 15.

선고 89헌마178호 결정, 동 1990. 10. 8. 선고 89헌마89호 결정, 동 1991. 3. 11. 선고 91헌마21호 결정 등 참조).

그러므로 憲法訴願의 方法에 의하여 抽象的 規範統制를 可能하게 할 수 없다고 하는 少數의 見解는 成立될 수 없는 것이지만 이에 대하여 우리의 전통적인 法律文化와 形式理論으로 實定法 解釋을 基本으로 하는 一部の 法曹界에서는 이를 고집하는 분이 있으므로 좀 더 살펴보기로 한다.

### (가) 法律에 대한 抽象的 規範統制

法律에 대하여 憲法訴願을 提起할 수 있는가에 대하여는 의문을 제기하는 사람이 있다. 그러나 우리 憲法과 憲法裁判所法에서는 法律 自體도 訴願의 對象이 된다는 原則下에서 關係法規定을 두고 있고 그에 따라 憲法裁判所는 判例로서 이를 認容하고 있다. 그것은 憲法訴願의 基本的인 對象이 公權力의 行使 또는 不行使이며 公權力 中에는 國會에서 法律을 制定하는 立法權行使도 포함되는 것이며 法律制定자체가 立法行爲로 公權力의 行使이기 때문이다. 이러한 해석은 憲法訴願制度의 연혁이나 憲法裁

判制度를 설정한 立法過程이나 우리 憲法裁判所의 判例와도 부합되는 통설적 견해이다. 그런데 이러한 通說的 見解에 대하여 우리 나라에서는 獨逸처럼 抽象的 規範統制를 請求할 수 있는 一定한 資格을 設定한 規定(독일헌법 제93조 제1항 제2호)을 두지 않았고 그와 대비할 만한 直接的인 規定이 없기 때문에 우리 憲法裁判所는 抽象的 規範統制는 할 수 없다고 하면서 法律은 憲法訴願의 대상이 될 수 없다는 形式理論을 앞세우는 一部の 이러한 論理는 우리 憲法과 憲法裁判所法에서도 法規에 대하여 憲法訴願을 할 수 있도록 明示하고 있다는 것을 올바르게 理解하지 못하는 데에서 비롯된 것 같다. 憲法裁判所法 第68條 第1項의 憲法訴願 審判 請求의 要件과 同 第75條 第5項의 訴願認容決定의 效力에 관한 規定을 보면 公權力의 行使 또는 不行使가 違憲인 法律에 기인한 것이라고 인정될 때에는 認容決定에서 당해 法律 또는 法律의 條項이 違憲임을 宣告할 수 있다고 하여 憲法訴願으로 抽象的 法規範을 統制할 수 있도록 하고 있다.

國民은 누구나 法律에 의하여 憲法上 보장된 基本權을 侵害받은 때에는 憲法訴願審判을 請求할 수 있고 憲法裁判所는 그에 따라 당해 法規의 違憲與否를 審判할 수 있는 것이므로 그 範圍內에서는 그로 인한 抽象的 規範을 統制할 수 있다는 것을 부정하여서는 안된다고 할 것이다.

다시 살펴보면 우리 憲法裁判所法은 明確하게 公權力의 행사 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者는 憲法訴願審判을 請求할 수 있다고 하였다(憲法法 第68條 第1項). 여기에서 말하는 公權力은 國家權力의 基本인 立法權, 司法權, 行政權에 의해 發動되는 모든 公權力을 의미하는 것이므로 당연히 立法形成權의 行使로 이루어지는 抽象的 規範인 法律의 制定 또는 不制定이 包含되는 것이다. 그리고 憲法裁判所法 第75條 第1項에서

憲法訴願의 認容決定의 效力으로써 모든 國家機關과 地方自治團體를 羈束한다고 하고, 同條 第2項에서 憲法訴願을 認容할 때에는 認容決定書의 主文에 侵害된 基本權과 公權力의 行使 또는 不行使를 특정하여야 한다. 그리고 同條 第3項에서 基本權 侵害의 原因이 된 公權力에 대하여 違憲임을 確認할 수 있고, 同條 第5項에서 公權力의 行使 또는 不行使가 違憲인 法律 또는 法律의 條項에 기인한 것이라고 인정될 때에는 그 認容決定에서 法律 또는 法律의 條項을 特定하여 違憲임을 宣告할 수 있다고 하였다. 나아가 同條 第6項에서 이러한 憲法訴願을 認容하는 경우에는 法律의 違憲決定과 그 違憲決定의 效力은 違憲法律審判의 경우와 같이 同法 第45條 및 第47條의 規定을 準用한다고 하였다.

(憲裁判法 第75條 第1項, 第5項, 第6項).

이와 같이 憲法訴願의 認容決定과 그 效力에서 法律의 違憲與否를 審査하고 決定하여 宣告할 수 있다고 明白히 規定한 것은 抽象的 規範인 法規와 國會의 立法權의 行使로 이루어진 法律도 憲法訴願의 대상이 된다는 明白한 根據規定이라고 아니할 수 없다.

그러므로 國民은 法律의 抽象的 規範으로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 때에는 直接 그 法律에 대하여 憲法訴願으로 違憲法律審判을 請求할 수 있는 것이다. 이 때에는 特定事件에 適用될 具體的 法律에 대한 爭點으로 法院의 提請에 의하여 審査하는 것이 아니고 抽象的인 法律 自體의 違憲성을 國民의 直接的인 請求에 의하여 審判하는 것이므로 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 되어 당해 事件을 담당하는 法院이 違憲法律審判을 提請하는 具體的 規範統制와는 근본적으로 다르다.

오히려 抽象的 規範인 法律을 國民이 具體的 事件의 裁判을

前提로 하지 않고 直接 憲法訴願審判請求의 方法에 의하여 違憲 審判을 請求하는 것은 곧 國民이 直接 다른 國家機關을 거치지 않고 憲法訴願의 形式으로 一般的이고 抽象的인 法律에 대하여 抽象的 規範統制를 憲法裁判所에 審判請求할 수 있는 경우에 해당하는 것이라고 할 것이다.

獨逸憲法(基本法)은 聯邦法과 州法이 憲法에 違反되는지의 與否에 대하여 見解가 다르거나 의문이 있는 경우에는 聯邦政府, 州政府 또는 聯邦議會의 在籍議員 3분의 1 以上の 提訴에 의하여 聯邦憲法裁判所가 違憲與否를 審査하여 決定한다(獨逸憲法 第93條 第1項 第2號)는 抽象的 規範統制에 관한 대표적인 明文規定을 두고 있다. 그런데 위 提訴權者는 公益代表者이기 때문에 自己에게 直接的으로 基本權의 侵害를 당하지 않아도 提訴할 수 있도록 한 이 規定을 抽象的 規範統制의 유일한 基本要件이며 근거조문인 양 잘못 이해하고, 우리 憲法은 政府나 國會議員에게 이와 같은 權限을 憲法上 保障하지 아니하였다고 하여 獨逸에서와 같은 根據條文이 없기 때문에 우리 憲法裁判所에는 抽象的 規範統制權이 없다고 主張하는 見解는 너무나 形式論理에 사로잡혀 憲法訴願制度의 本質을 否定하는 그릇된 주장이라 아니할 수 없다. 나아가 이는 憲法裁判制度和 우리 憲法 및 憲法裁判所法을 實質적으로 보다 깊이 檢討하지 아니하고 皮상적인 條文解釋과 外國制度와의 단순한 형식적 비교에서 나온 논리를 기초로 하여 主張하고 있는 것이라 아니할 수 없다.

#### (나) 規範統制의 方式

憲法裁判所는 司法審査를 통하여 부수적인 非集中的 違憲審査를 擔當하는 機關으로서 뿐만 아니라 그것과는 區別되는 集中的인 規範統制를 위한 違憲審査를 하는데 크게 비중을 두고 있는

것이 일반 司法府와 근본적으로 다른 점이다.

憲法裁判所의 規範統制權은 違憲審査의 方式에 따라 抽象的 規範을 集中的으로 統制하는 違憲審査權과 一般 法院의 裁判上 필요에 따라 부수적인 司法審査의 方式으로 裁判에 前提된 規範을 非集中的으로 統制하는 違憲審査權으로 구분할 수 있다.

抽象的 規範統制의 本質的 理論은 具體的 裁判을 前提로 하여 당해 事件을 담당하는 法院이 아는 것이 아니라 具體的 爭訟事件과는 관계없이 憲法裁判所에서 抽象的 規範인 法律에 대하여 直接 提訴할 수 있고 그 提訴된 法律 自體를 集中的으로 審査하여 違憲性의 여부를 審判하는 것이다.

獨逸에서는 審判臺상이 되는 法律이 聯邦法과 州法 뿐만 아니라 法規의 形式을 갖춘 모든 抽象的 規範에 관하여 抽象的 規範統制를 할 수 있다. 審判의 基準에는 實定法인 憲法の 明文規定 뿐만 아니라 憲法の 一般 原則과 基本理念도 包含되는 것이며, 그 審判의 目的은 憲法을 守護하고 法的 安定성과 法治主義의 實效성을 確保함에 있으므로 모든 法規가 抽象的 規範統制의 對象이 된다는 것이다.

그 規範統制의 方法을 具體的 訴訟事件을 해결하기 위한 裁判의 前提로 法律의 違憲與否를 審査하는 부수적인 司法的 違憲審判制度和 司法府의 具體的 裁判과는 관계없이 一般的인 事項으로 抽象的 規範인 一般 法律 自體를 重要問題로 違憲審査하는 憲法裁判을 구별하여 前者를 具體的 規範統制하고 하고 後者を 抽象的 規範統制라고 개념을 設定하여 分類하는 理論에서 볼 때, 法律에 대한 憲法訴願은 抽象的 規範統制의 方法에 속하는 것이라고 쉽게 理解할 수 있다.

1920년 오스트리아 憲法이 처음으로 憲法裁判制度를 채택한 것도 聯邦憲法에 反하는 聯邦法律과 州法律에 대하여 抽象的 規

範을 統制하기 위한 것이었다. 즉 一般 法院에서는 美國式 司法 審査와 같은 具體的 規範統制로서 法律의 效力을 否定하지 못하게 하기 위하여 一般 司法府가 아닌 別도의 憲法裁判所를 두게 되었다는 이 制度의 根源을 보면 憲法裁判의 本來的 機能이 規範統制權을 行使하는데 있다는 것을 쉽게 理解할 수 있을 것이다. 그 후 이를 기초로 規範統制權으로서 完全한 憲法裁判機能을 확립하기 위하여 美國式 司法的 違憲審査의 方式인 具體的 規範統制와 전통적인 訴請制度를 憲法裁判으로 확대 발전시킨 憲法 訴願制度를 도입함으로써 오늘날의 憲法裁判制度를 確立하게 되었고 昨今에 와서는 많은 나라가 이러한 制度를 채택하고 있는 것이다. 憲法裁判의 根源과 함께 規範統制의 方式을 검토한다면 抽象的 規範統制를 基本으로 하는 본래의 憲法裁判制度에 憲法 守護와 基本權 保障의 重要性을 새로이 認識하면서 憲法 訴願制度가 基本的인 憲法裁判으로 定着하게 되었고 이어서 具體的 規範統制가 도입되어 오늘날의 憲法裁判制度로 발전되었다는 것을 이해할 수 있을 것이다.

憲法 訴願 方式에 의한 抽象的 規範統制節次가 없는 憲法裁判 制度는 完全한 違憲審判制度라고 할 수 없다고 하는 오늘날의 世界的인 評價도 여기에 기인하는 것이다.

다만 여기서 抽象的 規範統制의 提訴權者를 누구로 할 것인가 하는 것은 憲法과 憲法裁判所法의 制定過程에서 決定하여야 할 立法政策上의 문제이다. 그 유형으로는 獨逸과 같이 政府와 政治的 少數者의 保護를 위하여 3분의1 以上の 國會議員에게 提請權을 憲法에서 保障하여 認定하는 方法, 오스트리아 憲法처럼 聯邦이나 州政府에게만 提訴할 수 있게 하고 政治的 少數者에게는 이러한 提訴權을 인정하지 않는 方法 및 우리 나라와 같이 政府나 一定數의 國會議員 등에게는 抽象的 規範統制의 提訴權은 認

定하지 않고 國民의 基本權을 侵害한 경우에 限定하여 憲法訴願 審判請求로서 違憲法律에 대한 規範統制를 提訴하게 하는 方法 등이 있으나 어떠한 方法을 택하느냐 하는 문제는 그 나라의 憲法과 憲法裁判所法의 制定過程에서 決定될 것이다.

그런데 위와 같이 提訴權者의 範圍를 제한하는 것은 規範統制의 提訴權을 無制限 許容하거나 광범위하게 인정한다면 오히려 立法權을 侵害하고 法的 安定性을 해치는 結果를 초래할 위험성이 있을 뿐 아니라 權力分立原則과 法治主義 實現에 많은 문제가 일어날 수 있기 때문에 立法政策的 次元에서 限定하고 있는데 불과하다고 보아야 할 것이다. 더구나 抽象的 規範을 憲法訴願의 形式으로 違憲審判을 請求하게 하는 경우에는 民衆訴訟이나 提請의 남용으로 國法秩序를 混亂하게 할 우려가 있으므로 기본적으로 몇 가지의 法定要件을 갖출 것을 요구하고 있다.(다음의

(4)항과 (6)항에서의 訴願提請要件 및 補充性 참조).

#### (다) 憲法訴願의 對象이 되는 法律

憲法訴願의 對象이 되는 法律에는 立法權의 行使로 制定된 形式的 意味의 法律이 包含되는 것은 당연하다. 그러나 모든 法律이 無條件 訴願의 對象이 되는 것이 아니고 그 法律로 인하여 憲法上 保障된 國民의 基本權을 侵害하는 경우에 限한다는 法定要件을 갖추어야 한다는 것이 우리 憲法裁判所法 第68條 第1項의 規定이다.

그러면 憲法訴願의 對象이 되는 法律은 어떠한 종류의 法律이며 어떠한 경우에 그 要件을 갖추는 것인가에 대하여 살펴보기로 한다.

##### i) 處分的 法律

첫째, 處分的 法律이 訴願의 對象이 되는 것은 異論이 없다. 處分的 法律이란 法律의 方式이나 그 內容이 行政處分の 개념에 유사한 處分的 性質을 가진 法律을 말한다. 그것은 法律의 內容이 具體的인 權力的 作用이나 施行을 기다릴 것 없이 개인의 基本權에 대하여 직접 一定한 規制효과를 발생하게 되는 경우이다. 이 때에는 그 法律에 의하여 直接 國民의 基本權이 침해당할 수 있고 그 權利의 侵害를 받은 者가 그 法律의 無效를 主張하는 行政訴訟을 一般 法院에 提訴할 수 없기 때문에 직접 憲法裁判所에 그 法律規範의 統制를 請求하는 憲法訴願審判을 提請할 수 있다는 것이다.

處分的 法律의 代表的인 例로서 外國換管理法과 環境保全法을 들 수 있다. 外國換管理法에서 外換支給 및 領收의 禁止를 規定하고 있는데 그 法律의 規定에 의하여 一定한 作爲 또는 不作爲 그리고 受忍 등의 義務가 지워지고 그에 違反하면 司法에 의하여 直接 法律行爲의 效力을 否定하고 나아가 同法의 規定에 의한 命令에 違反한 者는 懲役 또는 罰金에 處한다고 하여 刑罰의 對象이 되게 하는 경우가 그것이다. 그리고 自然 및 生活環境을 適正하게 管理保全하기 위하여 環境保全法에 의하여 一定한 行政處分을 거치지 않고 直接 國民의 權利와 自由를 制限하고 義務를 부과하는 規制효과를 가져오는 法規定을 두어 그 目的을 이룩하도록 하고 나아가 罰則을 둬으로써 權利의 制限을 가져오는 경우이다. 具體的으로 보면 環境保全法 第16條와 獨占規制 및 公正去來에 관한 法律 第3條 등이 이에 속한다고 볼 수 있다.

## ii) 一般 法律

둘째, 憲法裁判所法 第68條 第1項에 의하여 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 사람은



憲法訴願審判을 請求할 수 있도록 하고 있으며 이러한 公權力에는 立法權도 당연히 포함된다 할 것이고 따라서 모든 法律에 대하여 憲法訴願審判의 請求도 가능하다고 본다.

그러나 直接 法律에 대한 憲法訴願審判을 請求하려면 첫째 請求人 스스로가 당해 法律 또는 法律條項에 의하여 自己 基本權이 侵害당하는 自己 關聯性이 있어야 하고, 둘째 당해 法律 또는 法律條項에 의하여 별도의 具體的인 執行行爲나 處分の 매개 없이 直接 憲法上 保障된 基本權을 現在 侵害당하고 있는 경우이어야 한다(당소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호, 1989. 7. 21. 선고 89헌마12호, 1991. 3. 11. 선고 91헌마21호, 1991. 6. 3.

선고 90헌마56호 각 결정 참조).

그러므로 憲法訴願審判請求의 適格인 自己性, 直接性, 現在性을 갖추면 國民이 抽象的 規範인 法律에 대하여 規範統制를 憲法裁判所에 直接 請求할 수 있게 된다. 이와 같이 處分的 法律이 아닌 一般 法律이라도 직접 당해 法律에 의하여 權利侵害를 당하였을 때에는 憲法訴願審判을 請求할 수 있다고 하여 이를 받아들이고 있는 것이 우리 憲法裁判所의 判例이다.

그러므로 그 法律 自體에 의하여 憲法上 보장된 國民의 基本權이 侵害되는 結果를 가져오는 法律이면 處分的 法律이 아니더라도 할 수 있고 나아가 立法不作爲에 대하여도 모두 憲法訴願審判의 對象이 된다는 것이다. 이를 理解하기 위하여 一般 法律에 대한 違憲性判斷에 대하여 우리 判例를 몇 개 살펴보면 다음과 같다.

交戰中 敵의 포탄에 맞아 負傷한 者는 損害賠償을 請求할 수 없다는 國家賠償法 第2條 第6項은 이 法에 의하여 國民의 基本權을 侵害받고 있는 者라고 볼 수 없다고 하여 憲法訴願審判을 請求할 수 없다(당소 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호 결정문 참조). 그러나 個人의 基本權을 直接 制限하는 刑事的 法律이나 規制的 法律中 憲法上の 罪

刑法定主義에 違反되는 不明確한 內容의 規定은 憲法에 違反된다(당소 1991. 6. 3. 선고, 91헌가4호 결정문 참조). 國民에게 負擔을 주는 租稅立法에 관한 法律은 憲法上의 二大原則인 租稅法定主義와의 關係에서 憲法違反與否를 거론하는 것이라면 모두 憲法訴願의 對象이 된다(당소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38호 상속세법 제32조의2 위헌사건에서 상속세법상의 증여의제규정을 위헌심판의 대상으로 인정하고 한정 합헌을 선고한 바 있다).

### iii) 經濟關係法律

셋째, 經濟秩序나 公共福利에 關係되는 法律도 憲法訴願審判의 對象이 된다고 할 것이다. 現代國家는 國家의 安保와 社會秩序維持라는 소극적 關係에서 더 나아가 經濟的 高度成長과 福祉社會의 건설을 위한 다양한 政策이 立案추진되고 이로 인한 各界各層의 利解調整과 그에 따른 社會的 經濟的 發展을 적극적으로 수행하지 않을 수 없다. 이에 따라 전통적인 私的 自治와 個人의 經濟活動의 自由를 制限하는 立法이 많이 量産되고 그러한 現狀으로 인하여 規制者로서의 國家機能이 增大되면서 古典的인 基本權이 制限되는 法律이 많이 制定되고 있다. 이러한 結果로 憲法上 規定된 基本權의 制限과 內容變化로 인한 충돌이 불가피하게 일어나게 되어 있으므로 이들이 憲法訴願의 對象이 될 수 밖에 없고 이에 따르는 새로운 憲法的 評價와 審判이 필요하게 된 것이다. 그러나 經濟關係 및 社會福祉關係立法은 人權的 自由를 規制하는 立法과는 다른 기준에 의하여 가급적 違憲宣言을 하지 않는 二重基準의 原則에 의하여 憲法裁判을 하는 것이 世界的인 경향이라는 것을 유의하여야 한다. 즉 經濟關係立法 등은 전문적이고 합리적인 經驗과 政策의 필요성에 기초하여 만들어지는 것이 때문에 憲法上 자의적이고 명백하게 適法節次의 違背가 없는 限 그 法律은 合憲性이 推定된다고 보아야 한다. 그러므로 憲法上의 자유에 관한 基本權을 規制하는 法律에 대하여는 合憲性

의 推定을 엄격하게 적용하고 그 범위를 좁게 보아야 하나 經濟關係法律 등은 그와는 달리 유연하게 운영할 수 있도록 넓게 받아들여야 한다. 그리고 憲法裁判에 있어서 法律的 內容을 변경하는 立法形成的 統制權限을 行使하는 決定은 權力分立主義 原則과 現實的인 政策的 事項을 깊이 고려하여야 하는 것이므로 經濟的 自由를 規制하는 立法은 人權的 自由를 規制하는 立憲과는 달리 二重基準의 原則에 의하여 本案適格性을 審査하고 判斷하여 違憲性을 제거하여야 한다는 것이다. 그러나 우리 憲法裁判所의 多數意見은 아직 二重基準의 原則을 받아들이지 않고 있다.(당소 1990. 6. 25. 선고 89원가98호 병합 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제7조의 3에 대한 위헌심판사건에서 전형적인 경제관계법률에 대하여 위헌으로 선고한 바 있다. 이 사건의 한명재 반대의견에서 二重基準의 原則을 주장하고 있다. 당소 1989. 5. 24. 선고 89원가37, 96호 병합, 동법에 관한 위헌심판사건 등 참조).

## 2. 裁判에 前提되지 않는 命令·規則·處分

憲法 第107條 第1項 및 第111條 第1項 第1號와 第6號에서 法律의 違憲與否審判權을 憲法裁判所에 管掌하도록 規定하고 있다는 것을 볼 때 憲法訴願의 對象이 되는 法規에는 形式的인 의미에 있어서의 法律은 물론 實質的 法規인 命令·規則 등의 法規命令과 一般 國際法規 및 國家間的 條約 등이 당연히 포함된다 고 볼 수 있다.

統一의인 憲法解釋과 憲法的 規範統制를 목적으로 하는 憲法裁判制度下에서는 立法府가 制定한 法律에 대하여 規範統制를 할 수 있는 憲法裁判所는 그 法律의 下位法規인 命令·規則·處分の 違憲與否에 대한 審査權을 管掌하는 것은 당연한 것이다.

다만 節次上으로 다른 法律의 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다는 補充性的 原則에 의하여 命令·規則·處分이 行政訴訟의 대상이 되는 경

우에는 먼저 一般 法院에 의한 行政裁判을 거친 후에 하여야 한다. 그런데 命令·規則 그 자체에 의하여 직접 基本權이 침해당하였을 때에는 그 法規의 內容이나 그 效力의 違憲性與否를 가지고 직접 다투는 訴訟物은 行政爭訟의 對象에서 제외시켜 온 것이 大法院의 일관된 判例이다. 따라서 基本權侵害에 대하여 一般 法院에 權利救濟를 구할 수 있는 節次가 없는 경우에 해당되므로 바로 憲法訴願을 請求할 수 있다. 그리고 救濟節次를 거치지 아니한 것이 憲法訴願審判請求人에게 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 正當한 理由가 있는 錯誤로 前審節次를 밟지 않은 경우 또는 權利救濟節次가 許容되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 前審節次履行의 期待可能性이 없거나, 規制節次를 경유하더라도 그 權利가 救濟될 가능성이 거의 없는 것이 明白한 때에는 補充性의 例外로서 바로 憲法訴願審判請求를 할 수 있다.(당소 1989. 9. 4. 선고

88헌마22호 결정).

法規命令에 대하여 直接 權利侵害를 당한 경우에는 法律의 경우와 같이 대부분 一般 法院에 의한 다른 구제절차가 없거나 期待할 수 없는 補充性 原則의 例外事由에 해당하는 것이 많으므로 直接 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다.(憲裁判 第68條 第1

項, 당소 1990. 10. 15. 선고 89헌마178호 법무사법시행규칙에 대한 憲法訴願을 심판한 正當性의 근거가 되는 判例理論 참고).

그런데 實質的 法律이라고 할 수 있는 緊急財政·經濟命令이나 기타 法規命令과 規則 등이 憲法裁判의 對象이 될 수 있는 것인가 하는 문제가 憲法 第107條 第2項 말미의 大法院은 最終的 審査權을 가진다는 規定 때문에 논란된 바 있다. 따라서 이를 다시 살펴보기로 한다.

### (가) 法規命令에 대한 違憲審査權

行政立法인 法規命令이나 法則으로 인하여 基本權을 侵害당한

者는 다른 法律에 구제절차가 없는 경우에 직접 憲法裁判所에 憲法訴願을 請求할 수 있는 것은 憲法訴願制度가 있는 나라에서는 당연한 것이다. 특히 大統領令과 같은 法規命令의 內容이나 效力에 대하여 違憲性を 다투면서 그 法規의 無效나 失效를 주장하고 取消을 求하는 行政訴訟을 提起할 수 없다는 것이 우리 司法府의 전통적 입장이기 때문에 違憲的인 大統領의 緊急命令이나 行政立法으로 權利的 侵害를 당한 被害者는 직접 憲法訴願 審判을 請求할 수밖에 없다(大法院 1967. 6. 27. 선고 67누44호 판결이 法規命令의 效力을 다투는 것은 行政訴訟의 對象이 될 수 없다는 論旨이다).

그런데 憲法訴願은 憲法이 정한 權限配分の 범위 내에서 허용되는 거이라는 形式論理를 가지고 이를 否定하는 一部 견해가 있다. 現行憲法 第107條 第1項은 『法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다』고 하였는데 同條 第2項은 『命令·規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다』라고 되어 있다. 그래서 우리 憲法은 違憲審査權을 둘로 나누어 法律은 憲法裁判所가, 命令·規則·處分은 大法院이 하도록 二元制的 違憲審査制度를 채택한 것이다 라고 주장한다. 이 주장은 憲法 第107條 第2項의 『大法院이 最終的으로 審査할 權限을 가진다』는 法文만을 앞세워 命令·規則 또는 處分の 違憲與否에 대한 最終審判權은 大法院에 있다고 강변하면서 法院이 命令·規則·處分の 合憲性이나 合法性 여부를 審査하는 實質的 審査權과 形式的 審査權을 모두 가지고 있으며 憲法裁判所는 法律을 制外한 命令·規則·處분에 대하여서는 違憲性的의 여부에 대한 審判權이 없다고 주장하나. 그러나 憲法 第107條 第2項이 『裁判의 前提가 된 경우에』라고 明示하고 있듯이 同條文의

文句를 形式論理에 의하여 보더라도 明白하게 法院의 法令審査權은 裁判의 前提가 될 때에만 가능하다는 것을 알 수 있을 것이다. 『裁判의 前提』라는 것은 具體的 爭訟事件에서 命令과 規則을 당해 法院이 당해 事件의 裁判에 適用할 때에 그 必要한 範圍內에서 審査權을 갖는 것을 뜻하는 것이라고 보아야 한다. 따라서 비록 命令·規則·處分 그 自體가 분명히 憲法과 法律에 違背되는 것이라 할지라도 裁判의 前提가 되지 않을 때에는 獨自的으로 規範統制를 할 수 없는 것이다. 法院은 그 具體的 爭訟事件에 適用하는 法規로서의 合憲性を 判斷하는 것은 모르되 自己裁判의 前提가 되지 아니하는데 獨自的으로 그 法規의 違憲與否만을 다투는 審判請求를 提訴하는 事件을 審理判斷하여 그 規範을 失效시키는 違憲判決을 할 수는 없는 것이다.

그러므로 法院의 法令審査權은 裁判의 前提가 된 경우에 限하여 具體的 事件에 適用하는 範圍內에서만 規範統制의 方法으로 審査할 수 있는 權限을 의미하기 때문에 法令 自體의 違法性を 다투는 訴訟을 一般 法院에 提訴할 수 없고 따라서 法院은 이를 訴訟物로 하여 그 規範의 違憲性與否를 基本問題로 하여 集中的으로 審査할 수 없고 이러한 審査權은 독립된 特別節次의 規定이 있는 憲法裁判所에서만 할 수 있는 것이다. 더구나 現代國家는 多樣的 産業構造와 社會的 變化로 인하여 行政立法이 量的으로 증가하고 質的으로는 法規的 重要性을 가지게 되고 이에 따라 國民의 生活關係에 미치는 영향이 날로 擴大되어 가고 있다. 따라서 法規命令도 法律에 못지 않게 憲法上 保障된 基本權과 깊은 연관關係를 맺게 되고 이 때문에 國民의 權益이 不當하게 侵害당하지 않도록 適正한 限界와 統制를 하여야 할 必要性이 強하게 要請되고 있다. 여기에서 法規命令에 대한 憲法訴願審判이 憲法裁判의 重要한 功能으로 作用하게 된 것이다.

行政機關 등에 의한 委任立法權으로 나타나는 命令·規則·處分은 公權力의 擴大와 더불어 委任立法의 폭이 넓어져 法規로서의 중요한 機能을 차지하게 되었고 이로 인하여 憲法上 보장된 基本權이 侵害된 경우에 從來 法律에 의한 구제절차로서는 不可能한 점이 많아짐에 따라 새로운 憲法訴願制度를 두어 權利救濟를 받을 수 있도록 한 것이다. 行政訴訟으로서 救濟할 수 없는 法規命令의 集中的인 合憲性 審査와 같은 規範性的 統制는 憲法訴願審判請求와 같은 特別節次를 두고 있는 特別機關인 憲法裁判所에서 할 수밖에 없는 現實性 때문에 憲法裁判所에서 管掌하는 重要한 審判事項으로 憲法訴願審判을 憲法事項으로 두게 된 理由도 여기에 있는 것이다(憲法 第111條 第1項 第6號).

#### (나) 行政命令에 대한 違憲審査權

憲法裁判所의 違憲審査의 對象으로서 法規命令이 아닌 一般 行政命令이 包含되는가 하는 데에는 여러 가지의 문제가 있다.

行政立法에 의하여 權利가 直接 侵害되었을 때 당해 行政立法이 行政處分으로서 그 性質을 認定할 수 있을 때에는 行政訴訟의 對象이 될 수 있을 것이다. 그리고 行政命令이나 行政府의 違法한 處分 그 밖에 公權力의 行使나 不行使 등으로 인하여 國民의 權利 또는 利益의 侵害를 당하였을 때는 이를 救濟하는 節次로서 行政訴訟制度가 있다.

行政處分이라 함은 行政廳이 行하는 구체적 사실에 관한 法執行으로서의 公權力의 行使 또는 그 拒否와 그 밖에 이에 준하는 行政作用 및 行政審判에 대한 裁決을 말한다(行訴法 第1條 第2條 第1號). 그러므로 行政處分의인 行政命令은 一次的으로 行政訴訟에 의한 救濟節次를 거친 후에 憲法訴願審判을 請求하여야 할 것이다.

그런데 우리 나라의 憲法裁判所法은 法院의 裁判에 대하여 憲

法訴願審判을 請求할 수 없다고 규정하였다(憲裁法 第68條 第1項). 行政訴訟의 對象이 되는 行政處分이나 命令은 일반적으로 法院의 行政裁判이 許容되게 되어 있으므로 이 때에는 法院의 裁判이 憲法訴願의 對象이 되지 않아 결과적으로 憲法裁判所의 違憲審査는 許容되지 않는다고 주장할 수 있을 것이다. 그러나 制度上이나 性質上 行政訴訟의 對象이 되지 않는 行政命令이나 處分이 있을 수 있고 실제에 있어서도 學者들의 異論과는 달리 實務에서는 行政訴訟의 提訴要件을 嚴格하게 해석하여 行政訴訟을 許容하지 않는 行政立法 뿐만 아니라 行政命令이 많이 있다. 이 때에 그 行政命令으로 인한 基本權의 侵害문제가 제기될 수 있고 이 경우에는 行政訴訟의 對象도 되지 아니하고 또한 다른 法律에 구제절차가 없기 때문에 憲法訴願의 對象이 될 수 있는 여지가 있다. 다른 法律에 의하여 더 이상 權利救濟를 받을 수 없을 때에 最後의 手段으로 憲法訴願의 方法을 택하도록 한 것이 이 制度이기 때문에 憲法訴願의 對象이 되는 行政立法은 규범명령 뿐만 아니라 때로는 行政命令도 포함되는 경우가 있다고 보아야 한다.

從來 學界의 多數意見과 法院의 判例는 行政命令은 法規의 性質을 가지지 아니한 行政機關內部의 一般的 命令을 말하는 行政規則이며 行政內部事項을 定하는데 그치고 일반 國民의 基本權에 관하여 정하는 것이 아니므로 對外的 拘束力을 가지지 아니하며 나아가 違憲의 문제는 생기지 않는다고 보았다.

그러나 昨今에 와서 現代國家는 國民의 生存權의 基本權을 保障하고 이를 擴大하기 위한 行政作用의 광범위한 역할과 기능이 증대함에 따라 行政命令이 일반 國民의 基本權에 관계되는 事項을 정하는 法規的 性質이 종래보다 많이 나타나고 있으며 그에 따라 法規性 있는 行政命令에 대한 統制의 필요성이 강하게 요청되고 있다. 그로 인하여 行政의 自己拘束性과 信賴保護의 原則



이 존중되어야 한다는 새로운 公法學界의 주장과 異論이 전개되고 이와 함께 行政命令의 法規性에 대하여도 종래와 같이 단순히 부정할 수 없다는 견해가 많이 대두되고 있다. 이것은 行政命令의 남용 또는 월권적 행사로 인하여 國民의 基本權을 侵害하고 있는 事例가 점차 많아지고 있다는 것을 말하며 나아가 行政命令의 法規性에 대하여도 違憲審査權에 의한 統制를 인정하지 아니할 수 없다는 것을 뜻한다 할 것이다. 行政命令이라 할지라도 그 處分의 適法性을 다투는 것이 아니고 그 法規의 合法性에 의한 效力의 有無效를 다투는 것이라면 行政訴訟으로서 救濟될 수 없기 때문에 憲法訴願審判請求로서 權利救濟를 받을 수밖에 없다 할 것이다. 英美法에서는 行政立法을 우리의 法規命令에 해당하는 法規的 規則(Legislative rule)과 行政命令에 해당하는 解釋的 規則(interpretative rule)으로 나누어 다루고 있는데 어느 경우에나 동일하게 法規的 拘束力을 認定하고 憲法과 法律에 어긋난다고 判斷되는 경우에는 司法的 違憲審査로서 違憲無效를 宣告하는 憲法的 裁判을 하고 있다는 것을 유의할 필요가 있다

(Davis, Administrative Law Treaties, Vol. III(1979).

最近의 公法學界에서 行政命令이 法規的 性質을 가진 行政立法例의 하나로 보는 주장이 많이 대두하고 있고 그 行政命令의 內容의 瑕疵, 授權範圍의 일탈, 上位法에의 저촉, 그 成立 및 公布節次의 남용 그리고 形式的 適法節次 뿐만 아니라 實體的 適法節次의 違反으로 그 命令 또는 規則 自體가 國民의 權利와 自由를 直接 制限하거나 侵害하는 경우에는 行政訴訟의 대상이 되어야 한다고 주장하고 있다. 그러나 우리 나라 大法院의 判例를 종합하여 보면 行政處分性을 인정할 수 없는 行政命令은 行政爭訟 對象에서 제외시키고 있으며 法令의 效力을 직접 다투는 것을 訴訟物로 하여 一般 法院에 救濟를 구할 수 있는 訴提起節次

는 아직도 存在하지 아니한다고 볼 수 있다. 그렇다면 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者가 그에 대한 行政訴訟 等 다른 法律에 救濟節次가 없는 경우에는 憲法訴願審判請求로 이를 救濟할 수밖에 없다 할 것이다. 이러한 경우 憲法上的 法治主義를 확보하고 國民의 基本權보장을 위하여 헌법재판소에서 위헌심판을 하여야 하는 것은 불가피하다 할 것이다(당소 1989. 3. 17. 88헌마1호 결정문, 1990. 6.

25. 선고, 89헌마220호 결정문).

끝으로 一般的인 行政命令 또는 行政處分과 구별되는 行政業務의 指針, 示達, 通察, 指示 등은 原則적으로 對外的인 法的效力이 없으므로 憲法訴願의 對象이 되지 않지만 이것도 例外的으로 憲法上 保障된 國民의 權利와 自由를 制限하고 義務負擔을 과하는 內容의 違憲的 行爲가 수반되면 이 때에는 違憲성을 除去하기 위한 방법으로 憲法訴願의 對象이 될 수 있는 경우도 있다. 다만 行政官廳의 단순한 質疑에 대한 回示는 對外的 拘束력이 없는 意思表示에 불과하므로 憲法訴願審判의 對象이 되지 않는 것이 우리 憲法裁判所의 判例이다(당소 1989. 7. 28. 선고, 89헌마1호 決定文 참조).

#### (다) 條例 및 敎育規則에 대한 違憲審查權

地方自治團體는 法令의 범위 안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있는 自治立法權을 憲法이 보장하고 있다(헌법 제117조 제1항). 自治立法權에는 地方議會의 議決로서 制定하는 條例와 自治團體의 執行機關이 制定하는 規則이 있다. 後者は 規則에는 現行法上 一般事務에 관한 一般 規則과 敎育, 체육, 과학에 관한 敎育法上的 敎育規則이 있다. 條例는 地方自治團體가 그 自治立法權에 의하여 自主적으로 地方議會의 議決을 거쳐 制定한 法規이기 때문에 그 規範의 違憲성에 대하여 당연히 憲法訴願審判의 對象이 된다. 條例는 法規的인 性質을 가지는 것이 보통이나 行政規則的인 性

質의 것도 있을 수 있다. 그러나 그 本質은 그 地方自治團體의 住民 전체에 效力이 미치는 一般的이고 抽象的인 法規範이라는 것이 通說이고 判例이다. 條例로서 規定할 수 있는 사항은 法令의 범위 안에서 地方自治團體의 權限에 속하는 事務이나 條例自體가 法令에 위배되어서는 아니 되며 住民의 權利義務에 관한 사항이나 罰則을 규정할 때에는 별도의 法律의 委任이 있어야 한다(地方自治法 第5條 第19條, 第20條).

地方議會가 構成되어 있지 아니하였을 때에는 地方自治에 관한 臨時措置法에 의하여 條例의 制定을 地方議會의 議決에 같음하여 서울特別市는 國務總理의, 直轄市와 道는 內務部長官의, 市·郡은 道知事의 承認을 얻어 制定하였다(地自法에 관한 임시조치법 제10조).

地方自治團體의 長은 條例로서 地方稅의 稅目, 課稅客體, 課稅標準, 稅率을 定하고 賦課, 徵收에 관하여 필요한 사항을 정한다

(地自法 第126條 地方稅法 第3條 第4條).

이와 같이 條例는 住民의 權利와 義務, 그리고 稅負擔을 지우는 法律的 規範이므로 이로 인하여 基本權을 侵害하고 不當한 義務를 부담시키는 경우도 있을 수 있다. 이 때 다른 法律에 救濟節次가 없는 경우에는 직접 그 權利救濟의 手段으로서 條例自體로 인하여 基本權을 侵害받은 者は 憲法訴願을 제기할 수 있다.

地方自治團體의 長은 地方自治法 第16條에 의하여, 法令 또는 條例가 委任한 범위 안에서 그 權限에 속하는 사무에 관하여 規則을 制定할 수 있다. 教育·학예에 관한 사무의 執行機關이며 그에 관하여 당해 地方自治團體를 代表하는 教育長은 教育法 第48條에 의하여 獨自的으로 그 權限에 속하는 사무에 관하여 規則을 制定할 수 있다(教育法 第38條). 前者를 一般規則, 後者를 教育規則이라고 한다. 이러한 規則은 法令 또는 條例가 委任한 범위 안에

서 그 權限에 속하는 사무에 관하여 制定하는 法規的인 것인데 그 중에는 性質上 行政命令的인 것도 있다.

規則은 條例와 같이 罰則은 정할 수 없지만 法令 및 條例에 違反되지 아니하는 범위 안에서 그 權限에 속하는 사무에 관하여서는 法規的 內容을 制定할 수 있으므로 그 規定 自體의 違憲 無效를 주장하는 것을 訴訟物로 하는 訴提起는 許容되지 않아 行政訴訟의 對象이 되지 아니한다. 따라서 그 規則으로 인하여 基本權의 侵害를 받은 者는 權利救濟를 위하여 그 規則의 違憲 與否를 다투는 憲法訴願審判請求를 할 수밖에 없다고 할 것이다.

憲法訴願審判對象으로서의 公權力이란 立法, 司法, 行政上의 모든 公權力을 말하는 것이므로 法律뿐만 아니라 行政府에서 制定하는 大統領令과 部令 등의 施行令이나 法令의 委任에 의하여 制定되는 各種의 施行規則 등이 별도의 執行行爲를 기다리지 않고 直接 그 規則의 規定에 의하여 基本權을 侵害하는 것일 때에는 모두 憲法訴願審判의 對象이 될 수 있다고 보는 것이 憲法裁判所의 判例이다.(당소 1990. 10. 15. 선고 89헌마178호 사건 (3)(가)말미 참조).

#### (라) 大統領의 緊急命令과 緊急財政·經濟命令

憲法 第76條 第1項과 第2項에 의한 大統領의 緊急命令과 緊急財政 또는 經濟命令이나 處分은 國會에서 制定한 法律과 同一한 效力을 가진 法規的 命令이기 때문에 違憲法律審判의 대상이 된다. 그것은 그 命令이나 處分을 한 때에는 지체없이 國會에 報告하여 그 승인을 받아야 하고 승인을 얻지 못한 때에는 그 效力을 喪失한다는 同條 第3項과 第4項의 規定에 의하여 명백하다고 할 것이다.

그런데 第4, 5共和國下에서의 緊拔措置나 非常措置는 法律이 아닌 統治行爲라고 하여 司法審查의 對象에서 制外시켜 왔지만

이것은 一般 司法府의 裁判에서 統治行爲는 司法的 審査의 對象이 되지 않는다는 從前의 通說的인 주장과 大法院 判例에서 나온 것에 불과한 것이지 결코 公權力과 規範의 統制를 基本으로 하는 憲法裁判制度下에서는 그러한 理論과 判例가 그대로 適用될 수는 없다고 보아야 한다. 즉 統治行爲도 憲法裁判의 對象이 되는 것이므로 從來의 理論을 가지고 憲法裁判의 對象에서 制外된다고 주장하는 것은 성립되지 아니한다 할 것이다.

다만 大統領의 緊急命令이나 財政·經濟命令은 國家安危의 緊急한 狀況에서 이루어지는 大統領의 超立法的 權限이라는 특수한 法令이라는 것을 유의하지 아니하면 안된다. 이러한 命令들은 國家의 安危에 관계되는 중대한 交戰狀態에 있어서 國家를 保衛하기 위하여 또는 內憂, 外患, 天災, 地變 기타 財政, 經濟上의 위기에 있어서 國家의 安全保障이나 公共의 安寧秩序를 유지하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고, 國會의 集會를 기다릴 여유가 없을 때에 法律의 效力을 가지는 命令을 발할 수 있는 緊急한 狀況에서 이루어지는 것이다. 그러므로 이러한 命令들은 극히 動的이고 政治的인 非合理的 要素에 의거하여 非常時에 발동되는 것이므로 靜的이고 保守的인 特성을 가진 一般 法律과는 本質적으로 그 內容과 成立過程에서 상충되는 모순적 要素를 지니고있는 것이다. 따라서 서로 相反되는 見解와 內的 충돌이 있을 수 있는 모순적인 內容을 가지고 強力한 法律的 效力을 발동하여야 하는 現實的 狀況에서 이루어진다는 점에서 그 命令發動의 政治的 狀況과 緊急性을 종합적으로 깊이 고려하여 實質的인 妥當性의 有無를 가지고 그 規範의 合憲性을 判斷하지 아니하면 안된다.

憲法規範이 要求하는 一般的인 適法節次나 法治秩序가 存在하지 아니하는 緊急한 狀況에서 그러한 命令을 할 수밖에 없었다

는 狀況과 國家의 安保나 公共秩序를 유지하기 위하여 緊擧措置를 하지 아니하면 안되는 國益的 緊急性을 最終判斷에서 排除하여서는 안된다. 본래 法規範은 政治權力과 밀접한 관련이 있는 政治的인 것이기 때문에 政治的인 緊急한 狀況을 무시하고는 憲法的 裁判에 正當한 結論이 不可能하다 것을 認識해야 한다. 이러한 面에서 緊急命令과 緊急處分은 違憲與否의 審査判斷에서 새로운 다른 限界가 있다고 볼 수 있으나 이러한 것들이 憲法裁判의 對象에서 制外되는 事由가 될 수 없다는 것이 獨逸의 通說的 見解이다.

### 3. 憲法訴願에 의한 規範統制의 節次와 效力

#### (가) 法律에 대한 憲法訴願의 適法性

法律에 대한 憲法訴願을 어느 範圍까지 許容하느냐 하는 適法性에 대하여 살펴보아야 할 것이다.

우리 憲法裁判所法 第68條 第1項 本文에 규정된 公權力 가운데에는 立法權에 의하여 基本權을 侵害당한 경우도 당연히 포함된다 할 것이므로 法律에 대하여 憲法訴願이 가능한 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 모든 法律이 다 憲法訴願의 對象이 된다고 하면 國民의 代表機關인 國會立法權의 行使인 立法형성의 自由를 侵害하거나 權力分立主義의 原理를 歪曲할 위험성이 있다. 그러므로 立法行爲에 대한 憲法訴願請求는 원칙적으로 인정될 수 없고 다만 國會의 立法權의 行使로 制定된 法律이 憲法上 保障된 國民의 基本權을 직접적으로 侵害하는 경우가 생긴다면 그 法律의 違憲性을 除去하는 데에 한해서만 限定的으로 憲法訴願 審判을 請求하는 것이 가능하다고 하여야 할 것이다.

國會에서 制定한 法律이 별도의 具體的인 執行行爲나 委任行

爲를 기다리지 아니하고 法令의 規範 自體만으로도 現在 直接的으로 憲法上 保障된 國民의 基本權을 侵害하는 경우에는 별도의 다른 救濟節次가 없으므로 補充性的 例外的인 경우에 해당하며 이 때에 한정하여 許容한다는 原則下에 法律에 대한 憲法訴願을 認容할 수 있도록 하였다(당소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호 사법서사법 시행규칙에 대한 헌법소원과

1990. 10. 8. 선고 89헌마89 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법소원사건의 결정).

自由民主主義를 基本으로 하는 立法民主國家의 憲法은 國民의 基本權을 憲法上的 最高價値로 認定하고 이를 保障하기 위하여 모든 國家權力을 拘束한다는 法治主義의 原理에 기초하고 있으므로 立法機關이라 할지라도 國民의 基本權을 直接的으로 侵害하는 內容의 法律을 制定할 수 없고 그에 반하는 立法은 憲法에 違反되는 것으로 許容될 수 없다는 것이다.

權利章典에 입각한 現代的 入憲民主國家憲法의 原理가 最近에 와서는 社會民主主義 國家에까지 확산되어 公權力의 濫用과 立法府의 違憲的 法律制定을 統制하고 그 救濟方法으로서 憲法訴願制度和 具體的 規範統制인 違憲法律審判制度를 도입함으로써 國民의 基本權을 尊重하고 保障하기 위한 憲法裁判制度를 채택하는 憲法을 制定하고 있는 것이 오늘날의 世界的 추세이다. 모든 法律에 대하여 모든 國民에게 違憲審判請求를 하는 民衆訴訟까지 광범위하게 許容하지는 않지만 法令 自體에 의하여 自己의 基本權에 대한 直接的인 侵害가 있을 때에는 그 法律의 違憲性 여부를 憲法訴願에 의한 方法으로 審判請求를 할 수 있게 하는 基本權保障制度가 昨今에 와서는 世界的 보편적인 현상으로 확산되어 가고 있다.

이러한 憲法訴願에 의한 違憲法律審判請求는 一般 法院을 거치지 아니하고 바로 憲法裁判所에 할 수 있는 것이 특징이다. 다시 말하면 具體的 規範統制와 같이 違憲法律에 의하여 直接 自

己의 基本權을 侵害받은 者가 먼저 一般 法院에 訴訟을 提起하고 그 다음 訴訟事件이 係屬된 一般 法院에 그 事件의 當事者가 違憲提請申請을 하고 그에 따라 그 法院이 違憲法律審判을 請求하는 段階를 거치지 않고, 基本權 侵害를 받은 當事者가 直接 憲法裁判所에 바로 憲法訴願을 내어 違憲與否의 審判을 請求하여 權利救濟를 받는 길이 열려 있는 것이다. 이 경우에는 憲法訴願에 의한 法律의 違憲審判請求는 基本權이 侵害되고 現在 侵害狀態가 계속되고 있는 때에 限하는 것이므로 國會에서 이미 制定 公布되어 現在 施行되고 있는 法律에 대해서 하는 것이 原則이다. 따라서 憲法裁判所가 憲法訴願에 의하여 法律에 대한 違憲與否를 審査하는 것은 事後統制를 本質로 하는 것이지 프랑스에서와 같은 豫防的 事前 規範統制를 原則으로 하는 것은 아니다.

그리고 憲法訴願에 의하여 抽象的 法律規範을 審判하는 경우에는 그 法律의 形式的인 適法節次 뿐만 아니라 實質的인 法規의 效力을 다투는 內容의 面까지 모두 審査할 수 있는 것이다. 審判請求權者가 基本權 侵害를 理由로 違憲이라고 지적한 條文이나 條項의 審査에만 局限하는 것이 아니고 違憲決定으로 인하여 당해 法律 全部를 施行할 수 없다고 인정할 때에는 해당 法律의 全部를 總括적으로 審査하여 違憲與否를 決定하여야 한다.

그러므로 憲法裁判所는 審判請求權者의 審判請求內容에 따라 그에 기인하는 抽象的 規範 自體를 審査하는 것이고 그 결과 違憲성이 聯關되는 모든 規定에 대하여 憲法에 違反되는지의 여부를 決定하여야 한다. 나아가 公權力의 行使 또는 不行使가 違憲인 法律 또는 法律條項에 기인한 것이라고 인정될 때에는 그 公權力을 발동하는데 근거가 되는 당해 法律 또는 法律條項의 規定에 대하여까지 違憲임을 宣告할 수 있다.(憲裁判法 第75條 第5項 참조).



### (나) 憲法訴願審判의 效力

憲法訴願은 認容決定에서 違憲으로 宣言된 法律은 決定된 그 날부터 將來에 向하여 法律로서의 效力은 喪失되고 그 審判의 效力은 모든 國家機關과 모든 地方自治團體를 羈束하기 때문에 그 法律을 適用 또는 執行하지 못한다(憲裁判 第76條 第1項 第5項 第45條 및 第47條).

憲法訴願審判에서 違憲法律로 認容決定한 判決의 效力은 단지 確定力(Rechtskraft)뿐만 아니라 法律存廢의 效力(Gesetzeskraft)을 가지며 그에 따른 羈束力이 생긴다. 그러므로 法律規範에 대한 違憲宣言은 違憲으로 決定된 法律 또는 法律條項의 效力을 그 決定이 있는 날로부터 法律로서의 效力을 喪失시키는 것이므로 一般 法律의 制定公布 때나 폐지 때와 같이 그 決定의 內容을 官報에 公告하여야 한다. 그 法規의 廢止의 效果는 判決宣言時에 即時에 發生하는 것이고 官報에 公告하는 것은 對外的으로 公示하는 節次에 불과하다.

그 違憲審判의 效力은 將來效를 原則으로 하지만 人身拘束에 관계되는 刑罰에 關係서만 例外的으로 溯及效를 認定하고 있다. 따라서 違憲決定의 效力은 原則적으로 將來에 向해서만 發生하기 때문에 違憲宣言된 法律規範을 根據로 하여 이미 法律關係가 形成되고 이미 執行되었거나 確定된 法律關係와 其他 모든 法律行爲의 效力에는 아무런 影響을 미치지 아니한다. 그러므로 違憲宣言前에 確定된 判決의 效力에는 아무런 影響이 없다. 다만 그 判決이 아직 執行되지 아니하였을 때에는 그를 근거로 한 執行은 許容되지 아니한다. 따라서 判決宣告 이전에 그 法的 要件이 充足된 事件의 경우에는 종래의 法律이 계속 적용되게 되지만 당해 違憲審査의 前提가 된 당해 訴訟事件에는 憲法裁判所의 審判에 의하여 裁判하게 되어 있기 때문에 違憲宣言된 法律을 適用할 수 없고 違憲決定에 의하여 權利救濟를 받게 된다(憲法 第107條 第1

項 後段 참조).

刑罰에 관한 刑事關係法律은 遡及하여 그 效力을 喪失하는 것이지만 이 경우에도 이미 確定된 刑事判決 등은 영향을 받지 아니하므로 違憲宣言된 法律에 근거한 判決을 除去한 수 있는 새로운 再審의 訴訟節次가 필요하다.

刑事裁判의 確定으로 인하여 侵害된 基本權을 回復하고 保障하기 위하여서는 그 違憲決定에 기한 遡及無效의 效力을 근거하여 刑事訴訟法上的 規定에 따르는 再審請求를 許容하고 있다(憲裁判法 第75條 第6項, 第47條 참조). 違憲決定으로 인하여 再審事由가 되고 또 再審의 請求가 있다고 하여도 刑의 執行을 停止하는 效力은 없으므로 반드시 確定된 受刑者의 刑執行이 자동으로 석방되는 것이 아니다. 다만 管轄法院에 대응한 검찰청 檢事는 再審請求에 대한 裁判이 있을 때까지 刑의 執行을 停止할 수 있기 때문에 檢察이 적절한 措置를 하여야 할 것이다. 그리고 再審法院에서 再審의 請求가 理由 있다고 인정할 때에는 再審開始決定과 함께 決定으로 刑의 執行을 停止하여야 한다. 그러므로 裁判部는 違憲決定을 理由로 再審請求가 된 경우에는 刑의 執行을 必要的으로 停止하는 決定을 하여야 한다(刑訴法 第428條, 第435條 第2項).

#### 4. 立法不作爲에 대한 憲法訴願

立法은 原則적으로 立法府의 構成員인 國會議員에 의하여 國會의 議決로써 法律을 制定하는 것을 말한다. 立法은 國會의 固有權限이며 어느 누구도 그에 干渉할 수 없다. 立法形成過程에 대하여 一般 國民은 選舉를 통하여 間接적으로 國民이 要求하는 法을 制定하도록 영향을 미칠 수 있으며 또한 國民이 國會에 法律을 制定해 달라는 請願權制度를 이용할 수 있다. 하지만 國民

이 직접 立法을 要求하는 司法的 要求는 法院의 裁判對象이 되지 아니하며 이것이 지금까지 司法府에서 인식된 憲法觀念이었다. 그러므로 立法不作爲에 대한 憲法訴願을 할 수 있는 것인가, 있다면 이를 어떻게 받아들일지나 하는 것이 문제가 된다.

憲法裁判制度가 確立되어 立法도 憲法統制의 對象이 된다는 새로운 인식을 가지게 되면서 立法에 대하여 國民이 관여할 수 있는 여러 가지 문제가 제기되었다.

### (가) 憲法訴願對象인 公權力

#### i) 公權力的 概念

憲法과 憲法裁判所法에서 명시한 憲法訴願의 對象인 公權力은 立法作用이든 行政處分이든 司法府 判決이든 상관없이 國家의 모든 公權力 作用을 지칭하는 것이다. 따라서 立法權, 行政權, 司法權 등과 같은 公權力 作用의 作爲 또는 不作爲가 憲法上 보장된 基本權을 侵害한 경우에는 모두 포함된다고 하였으므로 立法不作爲가 憲法訴願의 對象이 되는 것으로 해석이 되는 것이고 이를 배제하여야 할 合理的 理由가 없다 하겠다(憲裁法 第68條 第1項). 이러한 해석은 憲法裁判制度和 憲法訴願制度를 둔 沿革이나 各國의 立法例를 보아도 부합되는 것으로 明確하게 인정할 수 있다. 더구나 우리 憲法裁判所法은 憲法訴願의 認容決定의 效力으로서 憲法裁判所가 公權力的 不行使에 대한 認容決定을 한 때에는 被請求人은 그에 따라 새로운 處分을 하여야 한다는 明文規定을 두고 있기 때문에 立法不作爲가 憲法訴願의 대상이 되는 것은 明白하다고 하겠다(憲裁法 第75條 第4項).

現代民主國家의 組織原理인 權力分立主義의 原則에서 보면 能動的인 立法權은 國會에 專屬하는 것이다. 그렇기 때문에 國民이 選舉나 請願을 통하여 필요한 法律을 制定해 달라는 要求를 반

영하여야 하는 代議制度 하에서는 一般 法院에다가 立法을 해 달라는 裁判을 請求하는 것은 原則적으로 허용될 수 없는 것이다.

그러나 憲法에서 三權을 統制하는 새로운 憲法裁判制度가 채택되면서 立法行爲나 立法不作爲가 基本權을 侵害하였을 때에는 憲法裁判으로 立法形成의 效果를 가져 올 수 있는 立法形成的 裁判請求를 할 수 있게 하고 있다. 憲法에서 法律 또는 命令으로 새로운 立法을 하여 權利請求 또는 不當한 義務負擔을 부과하지 않도록 立法委任을 하고 있는 데에도 불구하고 國家機關이 임의로 合憲的인 法規制定을 하지 않고 있어서 그로 인하여 國民의 基本權이 侵害되는 경우가 있다.

이 때에는 그에 合當한 立法을 해 달라고 立法形成的인 裁判을 憲法裁判所에 請求할 수 있어야만 憲法規範과 國民의 基本權은 實質적으로 保障받을 수 있게 된다. 만약 立法不作爲로 인하여 侵害된 權利에 대하여 救濟를 받을 수 있는 制度的 手段이 없으면 憲法上的 基本權은 宣言的 意味밖에 없고 따라서 그것이 保障될 수 없는 경우가 있어서 憲法の 最高法規性이 否定당하고 무시되어 온 것을 경험하였기 때문에 憲法上的 基本權을 侵害하는 立法不作爲에 대해서도 憲法訴願審判請求를 할 수 있도록 하여 憲法裁判의 對象이 制度化하였다.

#### ii) 立法不作爲의 範圍

立法機關이 어떤 立法을 할 것이냐 아니냐의 具體的인 立法事由와 法律內容의 決定은 原則적으로 國會의 固有權限이며 立法裁量事項에 속한다.

여기에서 憲法訴願의 對象으로서 立法不作爲로 인한 基本權 侵害를 어떻게 理解하고 어느 範圍까지 받아들이느냐 하는 것은

立法의 裁量權과 깊은 연관이 있으므로 상당히 중요한 문제로 부각되지 않을 수 없다. 立法不作爲에 의한 國民의 基本權 侵害를 넓게 보면 國民의 生存權的 基本權, 請求權的 基本權 또는 政治權的 基本權과 같은 國家의 積極적인 政策的 立法의 要求分野까지 확대될 수도 있다. 그러나 立法은 國民의 代表機關인 國會가 복잡한 政治的 社會的 여러 가지 狀況을 다방면으로 고려하여 成案하는 것이기 때문에 모든 立法不作爲에 대하여 違憲審判을 提請할 수 있다고 단정하고 그 範圍를 확대하는 것은 國會의 固有한 立法形成의 自由를 侵害하는 愚를 범할 수 있고 자칫하면 오히려 國民主權의 基本原理에 反할 수도 있으므로 이를 지나치게 擴大해서는 안된다는 課題에 부딪치게 된다. 그래서 立法不作爲의 違憲問題는 그 性質上으로 보아 原則적으로 立法過程에서 다루어야 하고 부득이 憲法裁判으로서 다루지 아니하면 아니되는 경우에만 例外的으로 許容하여야 한다고 할 것이다.

憲法上 立法不作爲가 直接 基本權을 侵害하고 있음이 現在에 명확한 경우에 한하여 그 救濟를 인정하지 않을 수 없는데 어떠한 事例가 그러한 경우인가를 理解하려면 구체적인 事件을 가지고 살펴 볼 필요가 있다 할 것이다.

#### (나) 憲法訴願對象이 되는 立法不作爲의 事例

憲法訴願의 對象이 되는 立法不作爲는 憲法の 明文上 法律 또는 命令으로 明白하게 立法事項으로 委任하고 있는데도 불구하고 國家機關이 그에 적절한 立法을 하지 않았기 때문에 憲法上의 基本權이 侵害받은 때에만 해당이 된다고 嚴格하게 解釋하여야 할 것이다. 그러므로 憲法の 明文上 일정한 立法이 있어야 함을 前提로 하고 있거나 憲法解釋上 國會로 하여금 일정한 法律을 制定 또는 改正할 責務를 부과하고 있는데 國會가 그 責務를

다하지 아니하는 경우에만 그 立法不作爲가 違憲審判의 對象이 된다고 하여야 한다. 이러한 이유에 法律의 制定을 訴求하는 憲法訴願審判請求는 基本權 保障을 위하여 明示的인 立法委任이 있거나 憲法解釋上 특정인에게 구체적인 基本權이 생겨 이를 保障하기 위한 國家의 行爲 내지 保障義務가 발생하였음에도 불구하고 國家가 아무런 立法措置를 취하지 않고 있는 경우에 立法不作爲에 대한 訴願의 適法性을 인정할 수 있다고 우리 憲法裁判所는 判示한 바 있다(당소 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13호 전원재판부 결정, 당판례집 제1권 294면 참조).

또한 司法書士法 施行規則의 立法不作爲에 관한 憲法訴願審判事件에서 다음과 같이 판시하였다.

무릇 어떠한 사항을 法規로 規律할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 立法者의 政治的, 經濟的, 社會的 그리고 世界觀的 고려에서 정해지는 사항인 것이며 따라서 일반 國民이 立法을 해 달라는 請願權을 행사함은 모르되 立法行爲의 請求權은 원칙적으로 인정될 수 없다 할 것이다. 만일 法을 制定하지 아니한 것이 違憲이라고 하여 憲法裁判所의 違憲裁判을 받아 立法을 強制하게 無限定으로 認定하는 것은 國會의 基本的인 權能을 制限하게 되고 때로는 立法者의 地位를 같음하게 되어 憲法裁判의 限界를 벗어나게 된다. 따라서 立法不作爲에 대한 憲法裁判所의 裁判管轄權은 극히 限定的으로 認定할 수밖에 없다.

극히 限定的으로 認定되는 例는 첫째 憲法에서 基本權 保障을 위해서 法令에 明示的인 立法委任을 하였음에도 불구하고 立法者가 恣意的으로 立法을 하지 않을 때, 둘째는 憲法解釋上 특정인에게 구체적인 基本權을 보장하기 위한 國家의 立法義務 내지 保護義務가 發生하고 있음이 명백함에도 불구하고 立法者가 전혀 아무런 立法措置를 하지 않고 있는 경우가 여기에 해당될 것이며 이 때에는 立法不作爲가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이

상당하다고 判定한 바 있다(당소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1호 전원재판부 결정, 사법서사법 시행규칙에 관한 憲法訴願審判事件의 (4)판단(가)부분 참조)(당소 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13호 전원재판부 결정 형사소송법 개정에 대한 憲法訴願審判事件 참조).

具體적인 實例를 가지고 살펴보면 다음과 같은 것을 立法不作爲의 예로 들 수 있을 것이다.

環境保全法에 의거하여 環境廳長이 決定한 環境保護基準이 現實적인 條件을 무시하고 현저히 不合理한 基準을 設定하였거나 또는 具體적인 基準을 明示한 法規命令이 있어야 하는데 그에 必要한 法令을 制定하지 아니함으로써 國民의 生活이나 企業活動을 制限하거나 侵害하는 경우에는 그의 立法不作爲가 違憲審査의 對象이 된다. 그리고 環境보호기준이 憲法 및 環境保全法의 目的에 反하고 法律에 의해 委任된 裁量權의 限界를 逸脫하거나 현저히 남용한 경우에는 그 法規命令의 制定 또는 그 立法不作爲가 違憲이 될 수 있다(환경보전법 제1조, 제4조). 그리고 法律이나 그 法律에 근거한 法規命令의 內容이 他人의 既得權을 侵害하거나 第三者에게 適法한 告知方法을 다하지 않았거나 그 節次에 있어서 辯疎의 기회를 주지 않고 第三者의 所有物을 沒收하는 것으로 規定되어 있을 때에는 그 法規는 適法節次의 違背이며 이러한 適法한 節次規定을 두지 않으면 立法不作爲로 인한 違憲적인 法規로서 憲法訴願의 對象이 될 수 있다고 할 수 있다(日本判例 朝日訴訟事件에서 生活保護法에 의거한 生活補助基準 金額이 最低水準을 유지할 수 없는 基準은 違憲이라고 原審에서 判決하였다. 上告審에서는 原告가 死亡함으로써 인하여 却下되었다. 日最高判決 昭和. 42. 5. 24 民集5號 1043참조).

國會議員選舉權과 같은 중요한 權利(主權行使)가 國會議員選舉法에 의거하여 侵害되고 있는 것이 현저하게 명백한 데에도 불구하고 國會에서 이를 現實에 맞게 改正하지 않고 방치한 경우에 그 立法 不作爲는 憲法에 違反되는 事項이라고 보는 判決은 美國, 獨逸, 日本 등에서 많이 찾아 볼 수 있다.

우리 憲法裁判所의 判決에서도 國會議員選舉法은 기성정치체

력간의 협상으로 이루어지는 法이라 할지라도 國會議員選舉法 第33條의 高額기탁금제도와 第34條의 寄託金の 國고귀속의 규정에서 有效投票總數의 3분의1을 초과하지 못하면 안된다는 높은 投票率을 요건으로 기탁금을 國庫에 귀속시키는 것은 憲法에 合致하지 않는 違憲的인 立法行爲하고 判示하였다.

그것은 財力の 有無에 의하여 參政權이 좌우되고 有能한 人材의 議會進出을 막는 것이 되므로 候補者의 出馬의 自由를 侵害하고 國民主權의 行使인 選舉의 自由와 普通選舉制度의 本質에 違反된다. 그러므로 憲法에 合致되게 1991年 5月末을 時限으로 選舉法을 改正하여야 한다는 判決을 한 바 있다(당소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6

국회의원선거법 위헌심판청구사건).

從來에는 國會議員選舉區에 관한 法律은 政治問題에 속하며 따라서 司法審査의 對象이 되지 않는다고 하였다. 美國에서는 1901年 法律에서 釐정된 選舉區가 50여年間 改正없이 시행되고 있는데 대하여 人口의 많은 增加로 인하여 有權者數의 配分이 選舉區에 따라 심히 不平等한 데에도 불구하고 이에 따라 選舉區를 조정하지 않고 現在까지 그대로 두고 選舉를 시행하는 것은 選舉權의 價値에 너무나 격차가 많아 主權平等의 원칙에 反하는 것이라고 違憲審判을 提請한 事件이 있다. 이에 대하여 최근에는, 이는 순수한 政治問題가 아니라 憲法裁判의 문제라고 하여 이 請求를 받아들여 判決로서 違憲이라고 宣言하고 있는 것이다(Colegrove V. Green, 328, 549(1946)).

現在의 各國의 判例와 通說은 選舉區에 관한 문제는 순수한 政治問題가 아니며, 그 選舉區 人口의 과도한 隔差는 選舉權 行使에 있어서 平等의 原則에 違反된다고 하여 立法促求判決으로써 그 法의 改正을 促求하고 있다. 人口의 變動에 따르는 選舉區의 조정을 무시하는 것은 主權平等保護의 原則을 거부하는 것으로



서 違憲審査의 대상이 되고 이러한 立法不作爲는 憲法에 違反된다는 것이 1962년 Baker 事件 이래 계속 많은 判決에서 이 見解를 지켜가고 있다(Baker et al. V. Carr et al. 369, U. S. 186(1962)).

우리 나라에서도 刑事告訴人이 할 수 있는 裁定申請의 對象을 刑事訴訟法 第260條 第1項은 刑法 第123條 내지 第125條의 公務員의 職務에 關한 罪에 대하여 告訴 또는 告發을 한 者만 裁定申請을 할 수 있다고 規定하여 特定한 犯罪에만 裁定申請을 할 수 있게 限定하고 그 밖의 國民이 被害者가 되는 犯罪에는 裁定申請의 대상이 되지 않도록 司法的 審査의 길을 봉쇄한 것은 立法不作爲에 의한 基本權 侵害라는 견해가 있다. 즉 刑事訴訟法 第260條 第1項은 모든 告訴人에게 보장하고 있는 憲法上的 國民의 裁判請求權을 봉쇄하여 檢察의 公訴獨占權 남용에 대하여는 裁判의 대상이 되지 않도록 특수계급화함으로써 平等의 原則에 違反되는 것이므로 法律上 裁定申請의 對象犯罪을 모든 犯罪事件에 확대하지 아니한 立法은 立法不作爲에 의한 憲法違反이라고 憲法訴願審判請求를 한 事件이 있었다(당소 1989. 7. 21. 선고 89헌마12 형사소송법에 관한 헌법소원에서 立法不作爲에 의한 違憲이라고 主張하였다. 이 事件은 自己性이 없다고 棄却되었으나 本案에 대해서는 상당히 肯定的 意見交換이 있었다).

## 5. 法律訴願에 대한 補充성과 期間의 特則

法律에 대하여 憲法訴願審判을 請求하려면 憲法裁判所에서 規定된 請求期間內에 하여야 하고 다른 救濟의 길이 있는 경우에는 그 節次를 거친 後가 아니면 할 수 없다는 節次上的 制限規定이 있다(憲裁法 第69條 第68條 第1項 後但).

그러나 法律에 대한 憲法訴願에서는 一般 訴願의 提請요건인 補充성과 期間計算에 例外的인 特則을 인정하고 있다.

## (가) 補充性的 特則

### i) 補充性的 例外事由

違憲성이 있는 法律로 인하여 憲法上 보장된 基本權을 侵害당한 被害者는 補充性的 原則이 적용될 여지가 없기 때문에 바로 그 法律의 違憲與否에 대하여 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 그것은 法令 自體의 效力을 다루는 訴訟을 一般 法院에서는 裁判할 수 없기 때문에 다른 法律이나 어떤 다른 機關을 통하여 救濟받을 수 있는 節次가 없는 경우에 해당하므로 規範統制를 求하는 憲法訴願審判請求는 다른 法律에 의하여 救濟節次를 모두 거친 후가 아니면 請求할 수 없다는 補充性的 原則에 대한 例外的인 特則으로 보는 것이 憲法裁判所의 判例이다.<sup>(1989. 3. 17. 선고 88</sup>

헌마1호, 1989. 9. 4. 선고 88헌마22호 등 참조).

憲法裁判所法 第68條 第1項 但書에 의하면 憲法訴願을 請求할 수 있는 前提條件으로 다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 후가 아니면 할 수 없다고 하였다. 이것을 憲法訴願審判請求의 補充性(Subsidiarität) 또는 最終性的 原則이라고 한다. 憲法訴願請求人에게 다른 法律에 自己의 基本權 侵害에 대한 權利救濟를 할 수 있는 一般 司法 및 行政審判節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 후에 憲法訴願審判을 請求할 수 있도록 한 것은 既存制度下에서 기대할 수 있는 모든 救濟手段은 다 시도한 後에 비로소 最終적으로 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求하여야 한다는 취지이다.

憲法訴願審判의 請求要件인 最終性 내지 補充性的 原則에서 볼 때 法律 등의 規範에 대한 統制를 求하는 憲法訴願은 이러한 救濟節次를 경유하지 않고 바로 직접 憲法裁判所에 訴願審判을 請求할 수 있는 경우에 해당하므로 이는 請願節次的 原則인 補

充성에 대한 例外的인 特則이라고 아니할 수 없다. 그것은 立法機關인 國會의 立法 또는 立法不作爲에 대해서는 國會를 상대로 하는 行政訴訟이 許容되지 아니한다는 것이 전통적인 權力分立의 基本的인 法律體制였으므로 이에 대하여 行政訴訟節次가 개시될 여지가 없기 때문이다. 따라서 法令 自體에 의한 基本權의 侵害가 문제되어 그 法令 自體의 效力에 대하여 違憲與否를 다투는 憲法訴願審判을 請求하는 것은 直接 憲法裁判所에 할 수 있다는 것이다. 이른바 憲法裁判所法 第68條 第1項 但書 所定の 『救濟節次를 모두 거친 후가 아니면 請求할 수 없다』는 補充性的의 原則에 대한 例外的인 경우에 해당하는 것으로 보고 이를 받아들이고 있다(1989. 3. 17. 선고, 88헌마1호 전원재판부. 사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원심판사건 이유 참조).

이에 대한 決定要旨를 보면 『法律 自體에 의한 直接的인 基本權 侵害與否가 문제될 때에는 그 法律 自體의 效力을 직접 다투는 것을 訴訟物로 하여 一般 法院에 訴訟을 제기하는 길이 없어 救濟節次가 있는 경우가 아니므로 다른 구제절차를 거칠 것이 없어 바로 憲法訴願을 제기할 수 있는 것이다』라는 것인데 이는 憲法裁判所의 判決에서 수차 확인된 것이다(당소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마

220호 지방공무원법 제31조 제61조에 대한 헌법소원 결정문, 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호 결정문 등 참조).

法規에 관한 合憲性 문제를 다루는 것은 規範統制이기 때문에 從來의 一般 司法府인 法院이나 다른 國家機關에서는 法令 自體의 效力을 직접 다투는 訴訟이나 爭訟을 許容하고 있지 아니하고 달리 이에 대한 救濟節次의 길이 열려있지 아니하므로 補充性的의 原則이 적용될 여지가 없기 때문이다. 그러므로 法에서 다른 救濟節次를 모두 거친 수가 아니면 憲法訴願審判을 할 수 없다는 明文規定이 있으나 救濟節次를 거칠 機關과 方法이 없는 경우에 해당하는 法律에 대한 憲法訴願은 다른 救濟節次를 거치

지 않고 바로 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다는 例外的인 特則事項은 이와 유사한 行政立法에도 모두 해당될 수밖에 없다는 것을 유의하여야 한다.

## ii) 行政立法과 補充性

國會에서 立法制定한 形式的인 意味의 法律이 아닌 實質的인 法規인 行政立法도 그것이 직접 基本權을 侵害하는 경우에 그들 理由로 그 法令 自體의 違憲性을 가지고 規範的 效力의 有無效를 直接 다투는 것을 獨自的인 訴訟物로 하여 一般 法院에 提訴하고 그 權利의 救濟를 구할 수 있는 節次와 方法은 아직까지 認定하지 않고, 이를 받아들이는 制度가 存在하지 아니하므로 바로 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수밖에 없다는 것이다.<sup>19)</sup>

소 1989. 3. 17. 선고. 88헌마1호 결정문, 1990. 6. 25. 선고. 89헌마220호 결정문 참조).

그런데 行政立法에 의하여 權利가 直接 侵害된다면 당해 行政立法의 合憲性 有無에 대하여 一般 法院에 提訴할 수 있고 行政訴訟의 대상이 된다는 견해를 가지고 補充性的인 例外일 수가 없다고 주장하는 사람들이 있다.

一部 行政法學界에서 國民의 權利를 직접 侵害하는 命令·規則·處分은 行政訴訟의 대상이 된다는 주장을 인용하면서 行政立法은 法規命令이든 行政命令이든 모두 行政訴訟의 대상이 된다는 것이다. 行政訴訟法 第1條와 第2條 第1項 第1號의 內容이 憲法裁判所法 第68條 第1項에 規定한 憲法訴願審判의 對象과 節次에 있어서 아무런 차이가 없다는 것을 그 논거로 한다.

그러나 成文法 위주의 大陸法系에 속한 國家들에 있어서 實質的으로 하고 있는 行政立法은 一般的, 抽象的인 事項을 法規로 規定하고 具體的인 法規의 執行이나 權利義務에 關係되는 것은 行政官廳의 行政處分을 통하여 實現되도록 하는 것을 原則으로 하

고 있다. 그래서 一般法規의 효력을 직접 다투는 訴訟은 許容하지 않고 司法府의 裁判實務上 行政立法의 抽象的 規範力の 有無效를 대상으로 하는 行政訴訟을 찾아 볼 수 없는 것도 바로 이러한 이유에 기인한 것이다.

그리고 지금까지 大法院이나 高等法院에서 行政立法 自體를 대상으로 하는 行政訴訟이 있으면 『一般的, 抽象的 規範인 行政立法은 바로 行政訴訟의 대상이 될 수 없고, 다만 行政廳의 行政處分을 기다려 具體的 紛爭事件을 前提로 하여 그 行政處分에 대하여 이를 行政訴訟의 대상으로 삼아야 한다』는 理由를 가지고 訴의 利益이 없는 提訴라고 하여 却下한 判例를 많이 찾아 볼 수 있다. 더구나 大法院의 判例를 종합하여 보면 行政廳 內部の 事實行爲나 事實上的 不作爲에 대하여도 行政訴訟의 대상에서 제외시켜 왔음을 알 수 있듯이 行政訴訟의 대상에 대하여 그 나름대로 原則的인 限界를 設定하고 있다. 그렇다면 行政法規에 해당하는 規則에 대하여 規範統制를 求하는 請求人의 주장이 行政訴訟에서 받아들일 可能性이 매우 희박한 것임은 누구나 쉽게 짐작할 수 있는데 이 때에는 法律에 대한 違憲與否를 審判하는 憲法裁判所에서 관장하는 것은 당연한 논리의 귀결이라 아니할 수 없다. 과연 行政立法에 대하여 學說上 行政訴訟을 할 수 있는지의 여부에 대한 論議는 접어 두고 現實的으로 基本權 侵害를 당한 一般 國民에게 大法院에서 받아들이지 않는 것이 判例인데 一部 學說에 따라 前審救濟節次를 例外없이 이행하도록 要求하고 그러한 行政訴訟法的 理論을 가지고 憲法裁判所에서까지 모두 却下하여 權利救濟의 길을 封鎖하는 것이 合憲的이겠는가를 생각하여야 한다.

法律의 形式的 論理와 制度的인 흠결 때문에 基本權 侵害를 救濟받지 못하는 경우에 대비하여 憲法이 새로이 設定한 것이

憲法訴願制度인데 이를 保障한 憲法訴願請求마저 從前과 같은 理由로 却下한다는 것은 憲法裁判의 基本理念에 反한다고 하지 않을 수 없다. 그래서 憲法裁判所에서는 訴願請求人の 不利益으로 돌릴 수 없는 正當한 理由가 있는 錯誤로 前審節次를 闕지 않은 경우, 또는 前審節次로 侵害된 權利가 救濟될 가능성이 거의 없거나 또는 權利救濟節次가 許容되는지의 여부가 客觀적으로 不確實하여 그 이행의 期待可能性이 없을 때에는 補充性的 原則에 例外를 認定하고 바로 憲法訴願審判을 請求할 수 있다고 하였다(당소 1989. 9. 4. 선고, 88원마22호. 決定文에서 補充性的 原則에 대한 例外事由에 관한 理由 部分 참고).

補充性的 特則事項인 法規에 대한 憲法訴願에 해당하는 것은 그 法規가 處分的 法律이거나 그렇지 않으면 그 法律 自體만으로 基本權의 侵害가 되는 경우를 말한다. 그 法規의 執行行爲가 自由裁量行爲이기 때문에 그 法執行 여하에 따라서 基本權의 侵害여부가 좌우되는 경우에는 그 法規의 執行行爲에 대하여 不服의 方法으로 行政訴訟를 제기할 수 있는 것이므로 이 때에는 補充性的 例外가 될 수 없다. 예컨대 法務士法 施行規則에 대한 憲法訴願 審判請求事件에서 請求人の 審判請求對象을 法務士試驗(公權力)의 不實施(不行使)를 다투는 것을 대상으로 하였다면 補充性的 原則이 적용되어야 할 것이나, 法務士試驗을 실시하지 아니해도 괜찮다고 規定한 法規 自體를 訴願對象으로 하였을 때에는 그 法規範의 合憲성에 대한 審査權은 一般 法院이 할 수 없으므로 이에 대하여 一般 法院에 救濟를 구할 수 있는 節次는 存在하지 아니한다고 할 것이고 따라서 이 件은 다른 救濟節次를 거칠 것 없이 바로 憲法訴願審判請求를 할 수 있다는 것이다

(당소 1990. 10. 15. 선고, 89원마178호, 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원 심판결정, 법률자체에 대한 헌법소원인가 먼저 행정소송을 제기하여 구제결자를 받아야 하는 것인가는 결정의 판단 이유 중 다의 (1)부분 참조, 그리고 당소 1990. 6. 25. 선고, 89원마 220호 지방공무원법에 대한 헌법소원심판 결정문 참조).

### (나) 請求期間의 特則

憲法訴願審判은 適法한 請求期間 內에 請求하여야 한다.

그런데 法律에 대한 憲法訴願은 위에서 본 바와 같이 救濟節次가 없는 補充性的 特則에 해당하므로 그 請求期間도 憲法裁判所法 第69條 第1項 本文 前段 에만 해당한다고 할 것이고 그에 의하면 『그 事由가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 事由가 있는 날로부터 180일 이내에 請求하여야 한다』고 하였는데 『그 事由가 있음을 안 날』 그리고 『그 事由가 있는 날』을 무엇에 기준해서 판단할 것인가에 대하여는 實務上 여러 가지 문제가 있었다. 또 請求期間의 起算點을 法律의 效力發生時로 할 것인가, 그 法規로 인한 구체적인 基本權의 侵害時로 할 것인가 하는 문제가 생긴다.

憲法訴願制度는 基本權의 主觀的, 客觀的 權利保障을 하는 기능을 하는 것이므로 그 法律의 構成要件에 의한 具體的 事件에 適用하므로 인하여 現實적으로 基本權의 侵害가 發生한 때를 기준으로 計算하여야 할 것이다.

法律의 公布와 同時에 基本權의 侵害가 있는 경우에는 法律公布時에 期間이 起算되고, 法律公布 後 具體的인 處分에 의하여 基本權侵害가 생긴 경우에는 法律의 構成要件事實이 發生하여 現實적으로 基本權이 侵害된 때가 基準이 되어야 할 것이다.

우리 憲法裁判所의 判例도 法律에 대한 憲法訴願의 請求期間은 원칙적으로 그 法律의 施行과 同時에 基本權이 侵害된다고 할 것이나, 그 法律施行 後에 그 法律에 해당하는 사유가 발생하여 基本權의 侵害를 받게 된 자는 그 事由發生을 안 날로부터 60日 以內에, 당해 法律이 請求人의 基本權을 현실적으로 명백하게 구체적으로 侵害하였거나, 그 侵害가 확실히 예상되는 등 여러 實體的 要件이 성숙하여 憲法判斷에 適合하게 된 때를 事由

가 發生한 날로 보고 그 때부터 180日 以內에 請求하여야 한다고 하였다<sup>(1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호, 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호 결정문 참조)</sup>.

그렇지 않고 다른 法律에 의한 救濟節次를 거친 憲法訴願의 경우에는 法 第69條 第1項 但書에 의하여 最終決定을 通知받은 날로부터 30日 以內에 權利救濟型憲法訴願審判을 請求하여야 한다는 특별규정을 두고 있다. 그리고 法 第69條 第2項의 規定에 의한 違憲法律審判提請申請이 棄却된 때에는 法院이 棄却決定한 날로부터 14日 以內에 當事者는 違憲法律審判請求型 憲法訴願審判을 請求하여야 한다. 이러한 경우가 아닌 그 외의 一般 憲法訴願의 審判<sup>(憲裁法 第68條 第1項의 事由)</sup> 그 事由가 있음을 안 날로부터 60日 以內에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 以內에 請求하여야 한다<sup>(憲裁法 第69條)</sup>.

따라서 檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願은 검찰청법 소정의 抗告와 再抗告의 節次를 다른 法律에 의한 救濟節次로 보고 最終的인 再抗告審의 廢棄決定의 通知를 받은 날로부터 30일 以內에 請求하여야 한다는 것이 우리 裁判所의 判例이다<sup>(당소 1989. 4. 15. 선고, 89헌마51호 檢사의 公 소권 행사에 관한 헌법소원심판사건, 1989. 2. 14. 선고, 89헌마9호 지경 재판부 결정)</sup>.

이러한 判例는 檢事不起訴處分の 審判對象은 원칙적으로 原廳의 不起訴處分이라는 原 處分主義에 입각하고 있음을 알 수 있다. 따라서 憲法訴願審判請求에 있어서 단순한 救濟節次의 과정에서 내려진 抗告 또는 再抗告의 決定은 별도로 독립하여 憲法訴願審判의 대상이 되는 것이 아니고 다만 再抗告 決定 自體의 固有한 憲法違反이 있음을 事由로 하는 경우에 限하여 예외적으로 認定되는 것으로 보아야 한다<sup>(行訴法 第19條 참조)</sup>. 그러므로 檢事不起訴處分에 대하여 再抗告 기각의 통지를 받고 30日 이후에 憲法訴願審判을 請求하면서 再抗告의 결정에 대해서도 審判을 구하므로 60日 以內에 하면 된다는 주장에 대하여 별단의 예외적 事



由가 없으면 抗告 및 再抗告 決定은 憲法訴願의 대상이 될 수 없고 나아가 법 제69조에 規定하는 30日의 請求期間을 도과하였으므로 不適合하다고 하여 却下한다는 判例가 있다(1991. 4. 1. 결정. 90원마

230호 불기소처분에 대한 헌법소원의 추가심판청구사건 지정재판수 결정).

따라서 審判請求期間이 경과한 후에 憲法訴願審判이 請求된 경우에는 指定裁判部에서 이를 却下한다고 규정하고 있다(憲裁法 第72

條 第3項 第2號).

그런데 法律에 대한 憲法訴願의 경우에는 다른 救濟節次가 없어 直接 訴願을 제기하는 경우가 대부분인데 이 때에는 그 請求期間의 規定을 어떻게 받아들일 것인가가 문제된다. 그 請求期間의 起算日을 언제부터 할 것이며 『안 날』 과 『있는 날』 을 무엇에 근거해서 判斷하고 그 基準을 어디에 둘 것인가 하는 문제가 그것이다.

#### i) 法律公知說

法律에 대한 憲法訴願은 法律이 施行된 事實을 안 날로부터 60日 이내에, 法律이 施行된 날로부터 180日 이내에 請求하여야 한다는 少數의 見解가 있다. 이에 따라 法律이 施行되기 이전에 그 法律에 해당될 事由가 발생되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 法律의 施行과 동시에 일반 國民은 그 法律이 施行된 사실을 알고 또 그로 인하여 基本權의 侵害가 있음을 알았다고 보아야 할 것이므로 그 法律에 대한 憲法訴願은 60日 以內에 請求하지 아니하면 却下하여야 한다는 一部の 見解가 있었다. 이것은 法律의 無知가 免責事由가 되지 않는다는 법인에 기초를 두고 있다. 그러나 法律의 制定 또는 改正된 그 법률의 公布施行日부터 모든 國民은 그 法律의 內容을 알고 있다고 推定하고 그 날부터 『안 날』 로 간주하는 것은 現實的으로 法律專門家나 그

를 전공하는 法學者들에게도 기대할 수 없는 것인데 一般 國民에게 모든 法律은 公布日부터 모두 알게 되었다고 이를 기대라고 간주한다는 것은 지나친 法律解釋이며 權利救濟를 基本으로 하는 憲法訴願制度和 請求期間의 制度를 設定한 立法精神에도 반하는 것이라고 하여 받아들이지 않았다.

### ii) 成熟性說

法律로 인하여 自己의 基本權의 侵害를 당하였다고 일반적인 경험과 객관적인 사정으로 보아 成熟되었다고 볼 수 있는 時期부터는 『안 날』로 起算하여야 한다는 것이다.

法律에 대한 憲法訴願의 提訴期間은 그 法律의 公布와 동시에 基本權侵害를 당한 자는 그 法律이 公布된 事實을 안 날로부터 60日 以內에, 아니면 公布된 날부터 180日 以內에 하여야 한다. 그렇지 아니하고 이미 法律公布實施된 뒤 상당한 기간이 지났는데 비로소 그 法律에 해당하는 사유가 發生하여 基本權侵害를 받게 된 자는 그 事由가 發生하였음을 안 날로부터 60日 以內에, 아니면 그 事由가 發生한 날로부터 180日 以內에 提起하여야 한다. 이 때에 그 事由가 發生한 날은 당해 法律이 請求人의 基本權을 明白히 具體적으로 現實侵害하였거나 그 侵害가 확실히 예상되는 등 실제적 要件이 成熟하여 憲法的 判斷이 適合하게 된 때를 말한다는 當 憲法裁判所의 判例(1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호 결정 참조)에 說示한 成熟性理論을 여기에 援引하여야 한다는 것이다. 그러나 이 判例의 成熟性理論은 法律 公布후 一般請求期間이 도과하였을 때 例外的으로 認定한 특칙으로 본다는 理論이지 이를 그대로 期間計算의 起算點인 안 날의 基準으로 본다는 것은 아니다.

### iii) 處分通知說

『안 날로부터』의 期間計算은 行政訴訟法에서 裁決 등의 處分行爲를 通知 받은 날을 안 날로 보고 그 때로부터 計算하듯이 個別的 處分行爲를 수반하는 경우에 그 處分行爲의 通知를 받은 날을 안 날로 보고, 그렇지 않을 때에는 그 法律의 施行日을 『있는 날』로 보고 180日 以內에 請求한 것이라면 適法한 審判 請求가 있는 것으로 보아야 한다는 것이 多數意見이며 당 재판소의 判例이다(당소 1991. 4. 1. 선고, 89헌마17, 85, 100, 109, 167호 사회보호법 위원여부에 대한 憲法訴願併合事件 審議과정에서 法律施行日을 안 날로 보고 却下하여야 한다는 見解가 있었으나 있는 날로 보아야 한다는 多數意見에 따라 적법한 訴願으로 받아들여 本案審理에서 却下決定을 한 것이다).

獨逸의 경우에는 直接 法律을 대상으로 憲法訴願을 提起하는 경우에는 法律의 效力이 發生한 날로부터 1年 以內에 할 수 있다고 明文을 두고 있다. 그러나 우리 나라의 경우는 이러한 明文 規定이 없고 一般 基本權 侵害에 대한 憲法訴願의 경우에 적용되는 請求期間에 관한 規定 밖에 두지 않고 있기 때문에 이를 法律에 對한 憲法訴願에도 그대로 적용하는 것인가 아니면 行政訴訟法을 준용하여 안 날로부터 180일, 있는 날로부터 1年 以內에 청구하면 되는 것으로 볼 수 있는 것인가에 대하여 논의될 수 있다.

憲法裁判所法 第69條의 請求期間規定을 文理解釋하여 직접 법률에 대하여 訴願을 提起하는 경우에도 그대로 적용되는 것으로 본다면 그 法律이 公布施行된 날로부터 180日이 지나면 立法 또는 立法不作爲로 인한 權利의 侵害가 있다 하더라도 憲法訴願審判을 청구할 수 없다.

그러나 行政訴訟의 경우를 보면 裁決을 거쳐서 取消訴訟을 제기하는 경우에는 그 裁決書正本의 送達을 받은 날로부터 60일, 處分이 있는 날부터 180일 以內에 하여야 한다고 規定하고 또한 이는 不變期間으로 보고 있다. 그러나 裁決 等 行政審判을 거치

지 아니하고 직접하는 取消訴訟의 경우에는 원칙적으로 處分이 있음을 안 날로부터 180日, 있는 날로부터 1年 以內에 提起하여야 한다고 하였다. 그리고 正當한 事由가 있을 때에는 例外를 認定함으로써 不變期間이 아닌 것으로 본다고 規定하고 있다(行政訴訟法

第20條 第2項).

그런데 法律 自體에 대한 憲法訴願은 具體적인 執行行爲가 없어서 救濟節次를 거치지 아니하고 直接 憲法裁判所에 審判請求를 하는 경우이므로 이를 憲法裁判所法 第69條의 訴願請求期間의 規定을 形式論理로 嚴格하게 해석하여 法律의 公布施行後 180日이 지나면 憲法訴願審判請求를 할 수 없다고 하는 것은 行政訴訟의 경우와 대비하여 보더라도 制度的인 면에서 지나치게 무리한 文理的인 法律解釋이라고 하지 아니할 수 없다. 이러한 점으로 보아 憲法裁判所法에서 必要할 때에는 行政訴訟法을 準用한다고 되어 있으므로 이를 받아들여 운용하는 방법도 생각할 수 있을 것이다(憲法法 第40條 第1項 第2文).

#### iv) 行政訴訟準用說

法律의 制定은 一般的인 行政處分보다는 抽象적인 것이며 憲法訴願은 行政訴訟보다 立法, 司法, 行政을 統制하는 憲法裁判이므로 行政訴訟의 提訴期間보다 더 短期間으로 嚴格하게 해석하는 것은 合當하지 못하다 할 것이다.

그리고 憲法裁判所法 第40條에서 憲法訴願審判節次에 관하여는 行政訴訟法을 준용한다고 되어 있다. 그러므로 法律에 의한 具體적인 執行行爲가 없어서 救濟節次를 거치지 아니하는 法律 自體에 대한 憲法訴願의 경우에는 個別的인 處分通知가 없는 것이고 그 때에는 적어도 그 請求期間의 計算을 『안 날로부터 180일, 있는 날로부터 1年』 以內에 請求하여야 한다는 行政訴訟

法 第20條 第2項의 規定을 準用하여야 한다고 본다. 法律에 대한 憲法訴願을 위 請求期間內에 請求하지 못하고 도과한 경우에 行政訴訟의 경우와 같이 正當한 事由가 있는 경우에는 請求期間이 경과된 뒤에도 할 수 있다고 볼 것이고, 이것이 불가능한 경우라 하더라도 그 法律에 의한 執行行爲를 기다려 그 處分行爲에 대하여 救濟節次를 거쳐 憲法訴願을 할 수 있고 그 때에 그 法律의 違憲性を 다룰 수가 있다고 할 수 있다. 그러나 그 救濟節次가 대부분 行政裁判이고 裁判은 訴願對象에서 除外하게 되어 있다는 이유로 이를 否定하는 견해가 있으므로 이에 대하여는 앞으로 더 研究해야 할 필요가 있다. 이와 관련하여 獨逸에서는 이러한 경우에도 광범한 規範統制를 위한 違憲審査權이 있어서 의문의 여지가 없으나(Peatralozza, Verfassungsproze@recht, S. 127), 우리 나라에서는 憲法上 保障된 基本權이 侵害된 경우에만 할 수 있는 구체적으로 限定된 範圍內에서만 規範統制를 할 수 있기 때문에 이를 받아들이는 데에 문제가 있다는 주장이 있다. 그러나 이러한 견해는 憲法裁判의 機能을 축소하려는 法解釋에서 나온 것이라고 하지 않을 수 없다.

우리 憲法裁判所法 第75條 第5項과 第3項에서 憲法裁判所는 公權力의 行使 또는 不行使가 違憲인 法律에 기인한 것이라고 인정될 때에는 그 認容決定에서 당해 法律에 대하여 違憲을 宣告할 수 있고 또 違憲임을 確認할 수 있다. 그러므로 우리 憲法裁判所에서도 그 法律에 의한 執行行爲에 대하여 訴願을 하면서 그 法律의 違憲性を 다룰 수 있게 規定하고 있어서 이 범위내에서는 광범한 抽象的 規範統制를 할 수 있다는 것을 망각하여서는 안된다(憲裁法 第75條, 第45條, 第47條).

#### v) 請求期間의 例外事由

위와 같은 請求期間의 例外로서 立法不作爲와 違憲確認審判을 들 수 있다.

憲法訴願審判 請求期間의 문제는 行政爭訟에서 取消審判의 경우에만 해당된다고 하듯이 法律의 效力을 喪失시키는 違憲與否의 立法形成的 決定審判에만 該當된다고 보아야 할 것이다. 따라서 行政審判 가운데 確認審判 및 義務履行審判은 그 性質上 請求期間의 制限을 받는 것이 適合하지 않다고 하여 提訴期間을 적용하지 않듯이(行審法 第18條 第7項 참조) 法律에 대한 憲法訴願 가운데 立法不作爲나 違憲確認審判의 경우에는 그 性質上 立法不作爲가 있고 그 違憲狀態가 계속되는 限 위 請求期間의 制約을 받지 않고 언제나 憲法訴願審判請求를 할 수 있다고 할 것이다. 行政訴訟에 있어서도 取消訴訟 이외의 不作爲違憲確認訴訟이나 抗告訴訟에 대하여는 行政訴訟法 第20條의 提訴期間이 준용되지 않는다(行訴法 第38條).

이러한 見解에는 形式理論을 가지고 이의를 제기할 수 있으나 憲法裁判所法에 의하면 憲法訴願의 경우에는 行政訴訟法의 規定을 準用하게 되어 있으므로 行政訴訟의 審判請求要件과 請求期間에 관한 規定을 準用하면 위와 같은 해석이 나올 수 있다고 본다(憲裁判法 第40條 第1項 後段 行政訴訟法 第20條 第2項).

이에 대하여 우리 憲法裁判所는 憲法裁判所法上の 憲法訴願審判請求期間이 行政訴訟法上の 請求期間보다 짧게 되어 있는 不合理性 때문에 實務에서는 이에 대한 例外를 허용하고 있다. 法律에 대한 憲法訴願審判請求는 그 法律이 施行되지 180日이 경과하여도 그 法律에 해당하는 事由가 發生하여 基本權의 侵害를 받게 된 자는 그 事由가 發生하였음을 안 날로부터 60日 以內에, 그 事由가 發生한 날로부터 180日 以內에 할 수 있다. 여기에서 事由가 發生한 날이라는 것은 당해 法律의 執行으로 請求人의

基本權을 明白히 구체적으로 現實的인 侵害를 하였거나 그 侵害가 確實히 豫상되는 등 실제적 제 요건이 성숙하여 憲法裁判에 適合하게 된 때를 말한다고 하였다. 이는 審判請求期間에 대하여 權利侵害의 成熟性에 기초를 두고 있는 것이므로 폭넓게 例外를 認定한 것이라고 볼 수 있다(1990. 10. 8. 선고. 89원마89호 교육공무원법에 대한 헌법소원과 1990. 6.

25. 선고. 89원마220호 지방공무원법에 대한 헌법소원 사건에서 관시한 내용이므로 참고 바람).

# 憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)

李 時 潤

憲法裁判所 裁判官

## -目 次-

- I. 序 說
- II. 憲法裁判所의 構成과 地位
- III. 憲法裁判所의 管轄
  - 1. 總說
  - 2. 彈劾의 審判
  - 3. 政黨의 解散審判
  - 4. 權限爭議의 審判
- IV. 違憲法律審判
  - 1. 總說
  - 2. 提請權者
  - 3. 違憲提請의 對象
  - 4. 提請要件
  - 5. 違憲提請申請棄却決定에 대한 不服
  - 6. 提請決定의 效力



(以上 前號)

V. 規範統制의 種類

1. 豫防的 規範統制
2. 抽象的 規範統制
3. 具體的 規範統制
4. 權限爭議審判에 의한 規範統制
5. 個人的 規範統制

VI. 規範統制의 현황과 立法裁判의 重要性

1. 規範統制의 실적
2. 우리나라의 立法過程과 立法裁判의 重要性

VII. 憲法訴願

1. 意義와 立法例

(以上 本號)

## V. 規範統制의 種類

비교법적으로 볼 때 規範統制에는 여러가지 종류가 있다. 裁判에는, 다툼을 가리는 것(Streitenscheidung), 權利保護의 부여(Rechtsschutzgewährung), 法規統制(Rechtskontrolle) 등 세가지 기능이 있으므로 規範統制는 裁判의 당연한 속성이다. 規範統制의 종류에는 다음과 같은 것이 있다. (Schlaich, Bundesverfassungsgericht (2, Aufl.), S.5).

### 1. 豫防的 規範統制

(1) 이것은 국회를 통과하여 채택된 법률이 대통령에 송부되어 서명 공포 되기에 앞서 그 법률의 위헌성을 헌법재판소가 심사하는 것이다. 법이 시행되기 전에 미리 독소조항이 있는가를 심사한다. 만일 여기에서 위헌이라고 선언된 규정은 대통령은 이를 공포할 수 없거나 당해 違憲規定을 제외하고 公布해야 한다. 미처 시행하지 못한 상태에서 폐기되거나 대통령에 의하여 國會의 再議에 붙일 수 있다. 불란서, 포르투갈, 폴란드, 헝가리, 칠레, 마다카스칼, 사이프러스, 루안다가 그 전형적인 예이다. 불란서의 예를 보면 조직 補完法이나 國會規則과 같은 것은 법공포 시행전에 자동적으로(obligatorisch) 憲法院의 심사에 붙여야 하지만, 그 밖의 법률은 大統領, 首相, 下院議長, 上院議長, 각 60명의 上下議員의 신청에 의하여 그 심사에 붙인다. 處理期間은 1月, 긴급한 경우에는 8日로서 지금까지 제대로 준수되지 않은 예는 없다는 것이다. 포르투갈의 경우를 보면, 國際條約과 거기에

포함된 규정 및 법규명령 그리고 지방 정부의 규범적 명령이 豫防的 통제의 대상이 된다. 불란서의 경우와 달리 포르투갈의 豫防的 規範統制는 자동적으로는 이루어지지 않으며, 共和國의 大統領, 長官 및 地方政府의 首長의 신청이 있어야 한다(fakulativ). 大統領中心制 國家에서는 大統領과 國會간의 法律案에 관한 견해대립으로 긴장이 생길 수 있는데 중화조절하는 방안으로 공포 전에 憲裁에 의한 法律案의 合憲性을 심사케 하는 것이다. 불란서의 경우에 豫防統制상의 判決은, 당사자간의 既判力이외에 모든 公權力 즉 모든 行政官廳과 法院을 구속하는 일반적 拘束力이 인정된다(불란서 憲法 제62조 2항). 憲法院의 判決은 主文에 포함된 사항만이 아니라 理由에 판단된 중요한 사항(tragenden Entscheidungsgründe)에 미치며, 따라서 개개의 法規의 合憲解釋에 대하여서도 一般的 拘束力이 생긴다는 것이다. 이에 대하여 포르투갈의 경우에는 豫防的 規範統制는 國會를 통과한 法律에 대한 일종의 憲法裁判所로서 拒否를 의미한다. 이에 관한 憲法裁判所의 판결은 서명공시와 拒否權행사의 기간에만 그 效力이 限定되며 모든 國家기관을 拘束하는 效力은 없다.

불란서와 스페인에 있어서는 國際條約 또는 條約法도 豫防的 統制의 대상이 되며, 條約에 대한 違憲性이 확정되었을 경우에는 새로 憲法을 改正하기 전에는 그 條約에 대한 비준은 허용될 수 없다.

(2) 이 밖에 限定的으로 豫防的 規範統制를 인정하는 나라로서는 오스트리아와 이태리이다. 오스트리아에서는 聯邦과 州사이의 관할분배규정이 統制대상이 되며, 이태리에서는 중앙 정부의 신청에 의하여 地方法令에 대한 사전심사가 허용된다. 나라에 따라서는 國會의 法律案 심의과정에서 제기되는 합헌성 여부에 관

한 문제에 대해 헌법재판소에 의견을 묻거나(Chile), 行政府가 위헌이라 하여 法律案拒否를 했을 때에 그 法律의 違憲性에 관한 헌법재판소에 의견제시(Guatemala)를 구하는 등 法律의 제정 과정에 憲法裁判所가 개입하는 경우가 적지 않다.

## 2. 抽象的 規範統制

구체적 사건에 있어서 裁判의 전제로 된 것과 관계없이 또 法律에 의한 자신의 基本權의 침해와 무관하게, 法律·命令(BVerfGE 2,307)이나 自治法規가 헌법에 합치되는가에 대하여 견해대립이 있거나 의문이 있는 경우, 즉 시행해 본 결과 세칭 惡法이라고 하는 법률조례가 나타났을 때에 憲法裁判所의 違憲審査에 붙이는 제도이다. 독일을 비롯한 憲法裁判所가 있는 나라는 대부분 이를 채택하고 있다. 이의 우선적 목적은 客觀的 合憲性의 통제이다. 즉 法規範의 hierachy를 포함한 憲法 수호인 것이며, 구체적인 個人人權의 보호가 아니다. 독일의 경우에는 연방정부, 주정부 그리고 연방의회의원 1/3이상의 신청에 의한다. 신청자에게 그 法律에 의한 權利侵害의 自己關聯性(Selbstbetroffenheit)을 요하지 않는다.

i) 일정수의 국회의원에겐 신청권을 주는 것은 의회의 法律 제정 과정에서 여당의 횡포와 진흥을 소수당에 의하여 견제하는 의미가 있고 議會의 少數勢力 보호의 기능을 한다. 따라서 독일의 경우에 현안의 法律案을 놓고 議會의 多數黨과 少數黨 사이의 見解대립이 있음에도 타협없이 통과한 경우에는 추상적 규범 통제절차에 붙이는 일이 많다는 것이며, 議會에서 與野 合意에 의하여 통과된 法律은 후술하는 구체적 규범통제나 法律에 대한 憲法訴願으로 제기하는 것이 통례라는 것이다.

ii) 주정부에 신청권을 주는 것은 法律을 통한 중앙정부의 지방자치간섭을 배제시킬 수 있어 국정의 민주주의적 운명에 기여하는 바가 매우 크다. 오스트리아, 스페인, 독일, 포르투갈 등에 있어서 추상적 規範統制는 실질상 中央政府와 地方政府간의 權限爭議審判의 요소도 겸한다는 것이다. 즉 兩者간에 法律上 管轄 (legislative Zuständigkeit)이 잘못된 경우에 是正하는 수단도 된다는 것이다. 이것은 후술할 구체적 규범통제절차와 달리 義務가 아니라 신청할 權利라는 것이며, 違憲이라는 確言이 아닌 疑問 (Zweifel)만으로도 신청할 수 있다는 것이다.

iii) 이 밖에 오스트리아, 스페인 그리고 포르투갈에서는 護民官(Ombudsman, Volksanwalt, 國會에 의하여 임명된 基本權의 侵害를 감찰하는 기관)에게도 申請權을 부여하는 점이 특색이다.

독일이나 오스트리아에서 추상적 규범통제는 事件數로는 많지 않으나 여기에서 매우 중요하고 政治적으로 의미있는 判決이 이루어진다는 것이다.

### 3. 具體的 規範統制

법원의 구체적 사건을 놓고 재판을 하다가 여기에 적용될 법률(또는 법률의 효력을 가진 긴급명령)의 위헌여부가 문제되었을 때에 이를 심판하는 것을 具體的 規範統制라 한다. 規範統制權은 審査權(Prüfungsrecht)과 排斥權(Verwerfungsrecht)으로 나누어진다. 一般法院의 두가지 權限을 모두 갖는 경우는 非集中型 또는 分散型(diffuse) 憲法裁判制度이다. 미국의 Judicial review가 그 전형적인 예이다. 이에 대하여 規範에 대한 排斥權을 하나의 憲法裁判所에 독점시킨 것이 集中型 憲法裁判制度인 것으로, 그 기원이 Kelsen모형을 따라 세워진 1920년 이래 오스트리아 憲

法재판 제도인 것이다. 우리나라는 후자인 集中型 憲法裁判 제도에 속하며, 一般法院은 규범에 대한 排斥權이 없기 때문에 구체적 사건에서 적용할 法律의 違憲性이 문제되었을 때에는 憲法裁判所에 提請(Vorlage)을 할 것을 요한다. 따라서 이를 法官의 申請을 뜻하는 法院의 제청에 의한 규범통제하고도 한다. 헌법 제 107조에서 규정하고 있다.

i) 여기에서는 국회가 제정한 형식적 의미의 법률만이 제청의 대상이 되고, 命令·規則은 재판의 전제가 된 때라도 제청하지 않고 법원 스스로 판단한다(이렇게 구체적 규범통제의 二元化는 법의 불안과 法해석의 불통일의 문제가 생길 수 있지만, 독일의 경우는 命令은 어차피 抽象的 規範통제의 방법으로 헌법재판소의 심사의 길이 있기 때문에 크게 문제될 것 없다는 것에 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (16. Aufl.) S. 256). 그러나 우리나라와 독일 그리고 그리스를 제외한 나머지 대부분의 나라는 이 경우도 법원이 法規的 效力을 가진 命令·規則의 위헌성을 직접 심사할 수 없으며, 헌법재판소에 제청하여야 한다. 나아가 命令·規則이 법률에 위반되느냐 여부의 심사 즉 命令·規則審査는 우리나라의 경우 大法院의 專權에 속하나(憲 107조 2항), 이것까지도 憲法裁判所가 심사하는 一元的 規範統制의 立法例가 많다. ii) 제청의 主觀的 要件으로서 法官에게 적용할 法律의 違憲의 확신이 있어야 하느냐, 아니면 違憲의 疑心(Zweifel) 내지 소지로 족하느냐가 문제된다. 독일의 경우는 전자이나 오스트리아, 이태리, 스페인 그리고 우리나라는 후자의 입장임은 이미 말한 바 있다. iii) 객관적 제청요건으로 裁判의 진제성(Entscheidungserheblichkeit)이 필요하다. iv) 제청할 것인가의 여부는 法官의 재량이 아니라 義務이다. 따라서 제청하여야 할 경우에 제청하지 않고 넘어가면

法律이 정한 法官의 裁判보장(憲法 27조 1항)을 어기는 결과가 된다. (BVerfGE 73, 339).

#### 4. 權限爭議審判에 의한 規範統制

국회가 제정한 법률이나 행정부가 제정한 명령·규칙의 내용이 다른 국가기관이나 지방자치단체의 권한을 침해하였거나 현저한 위험이 있는 내용일 때에는 침해당하였다고 주장하는 당해 기관은 권한쟁의 심판청구를 하여 權限침해의 法令에 대하여 이를 취소하는 의미에서 違憲宣言을 구할 수 있다. 즉 憲法裁判所 法 第61조 2항 소정의 權限爭議審判 청구의 대상이 되는 被請求人의 “處分”에는 立法行爲(Gesetzgebungsakt)도 포함되는 것으로 보아야 하며, 法令이 請求人의 憲法上 또는 法律上의 權限을 침해하는 것일 때에는 권한쟁의심판 청구의 방식으로 그 法令의 無效宣言을 구할 수 있다. 이것이 현재 독일의 判例이며 (BVerfGE 4, 115 ; 24, 300) 또한 通說이다(Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht (2. Aufl), S. 60). 예를 들면 지방자치단체장의 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대해서 내무부장관이 마음대로 시정명령을 할 수 있고 이에 불응하면 내무부장관의 직권으로 취소 또는 효력을 정지시킬 수 있는 규정이 있어서 그것이 내무부장관에게 지방자치단체에 대한 포괄적인 統制權이고 지방자치제도에 어긋나는 自治團體의 權限을 침해하는 결과가 된다(1991. 7. 6자 동아일보 5면), 권한쟁의 심판청구의 형태로 문제삼을 여지가 있을런지 모른다. 또 國會가 제정한 法律이 法官으로 구성된 法院에 속하는 司法權을 침해하는 내용의 것이 있다면, 法院은 國會를 상대로 權限爭議審判請求가 가능할 수 있다. 어쨌든 이것은 權限爭議審判節次에 의한 간접적인 規範統制

방식이다.

## 5. 個人的 規範統制

여기에는 3가지가 있다.

① 하나는 법원의 위헌제청신청에 갈음한 헌법소원이다(헌재법 68조 2항). 이를 違憲審査型 憲法訴願이라고도 한다. 즉 법원에서 재판을 하다가 法律이 憲法에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 당사자는 그 法律에 대한 違憲提請申請을 낼 수 있다. 이에 대해 提請申請이 이유 없다고 하여 기각결정을 하면 기각당한 個人은 憲法訴願의 형태로 헌법재판소에 직접 그 法律의 違憲與否의 심판을 구할 수 있다. 얼마 전에 4층 이상의 건물은 용도, 평수를 불문하고 화재보험에 強制加入시키는 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 특별조치법이 문제되었다. 특히 이 法律의 명분은 화재로 인한 제3자의 인명피해를 배상해 주기 위한 책임보험의 강제인 것으로 내세웠으나 이것은 뒷전에 돌리고, 실질은 화재로 인한 건물소유주의 손실에 대비한 건물보험의 강제이었다. 더구나 보험자가 국가나 공공단체가 아니며 영리추구를 목적으로 하는 보험회사가 되는 사보험이며, 또 원치도 않는 보험에 가입시켜 놓고 강제로 징수한 보험료 20/100은 화재보험협회에 협회비라는 명목으로 납부하는 것이다. 이러한 法律인데도 合憲이라 하여 기각하였는데, 이에 대해 당사자 개인이 憲法訴願을 하여 憲裁로부터 違憲決定을 위헌결정을 받았으며, 이 判例에서 정부라고 해서 가부장적으로 개인에게 무엇이나 간섭하고 규제할 수 없는 것이고 사적 자치 내지 경제적 활동자유의 원칙의 제한에는 분명히 한계가 있음을 밝혔다.



② 다른 하나는 법령자체에 대한 헌법소원이다(Rechtssatz-verfassungsbeschwerde). 특정 法令의 운영당국의 운영 잘못 때문이 아니라 그 法令자체 때문에 個人的 基本權이 침해되었을 때에는 침해당한 개인은 헌법소원의 형태로서 그 법령의 취소를 구하는 의미에서 위헌선언을 구할 수 있다. 이는 法院에 먼저 訴訟을 제기함이 없이 직접 憲法裁判所에 訴願을 내는 것이다. 基本權의 侵害를 당한 개인이 法令에 대한 訴願을 낼 때에는 자기 관련성, 현재성 및 직접성을 갖추어야 한다(憲裁의 확립된 판례). 다만 국가에 따라서는 法令에 의하여 基本權의 침해를 당한 사람이 아닌 一般 市民이 法令의 違憲無效를 주장하는 民衆訴訟(popularklage)을 허용하는 예가 있다. 독일의 Bayern州 憲法裁判所가 그 예이고 (바이에른 州 憲法98조) 남미의 컬럼비아, 베네즈엘라, 엘살바도르, 파나마 그리고 알젠티의 일부 州 등이다.

재판의 전제가 되어 法院이 제청하는 구체적 규범통제의 경우와 달리 개인이 청구하는 法令에 대한 헌법소원에 있어서는 모든 法規範이 소원의 대상이 된다.

따라서 法律은 물론 法令·規則 나아가 憲法규정까지도 해당될 수 있다. 과거에 第1共和國의 憲法에 大統領은 두 번 이상 못하는 중임금지규정이 있었다. 그런데 헌법부칙에는 이 금지규정의 예외로서 「초대 대통령은 차안에 부재한다」라고 단서규정을 두었다. 이와 같은 헌법규정이 오늘날에도 존재된다면 이것은 憲法소원의 대상이 될는지 모른다.

최근 독일 判例에서도 (독일 헌재 1991. 4. 23 第一部 判例) 동독 무상몰수財産의 送還에 관한 獨逸憲法(기본법) 제143조 제3항의 개정규정을 憲法訴願의 대상으로 判斷하였다 (소련군의 점령 당시의 무상몰수한 재산과 동독정권이 들어선 뒤 무상몰수한 재산을 구별하여, 전자는 原所有者에게 금전배상만하고 原物返還

하지 않으며 후자는 原物返還하는 내용이다). 근자에 법령에 대한 개인소원의 예로 農協·水協·畜協의 단위조합장에 대한 지방의원 출마제한 및 검직금지를 규정한 지방의회의원선거법 및 지방자치법에 대한 헌법소원이 있었다. 여기에서 일당과 여비밖에 받을 수 없는 명예직인 지방의원에 출마제한은 주민참여의 기회를 넓혀 풀뿌리 民主主義를 구현하려는 지방자치체도의 기본정신에 반할 뿐더러 국민의 참정권 침해라고 하여 違憲선언하였다. 또 광역의회의원 후보 기탁금을 700만원으로 규정한 지방의회의원 선거법에 대한 개인소원에서는, 선거제도 남용방지를 위한 필요한 한도에서 기탁금을 둘 것인가 이를 폐지할 것인가는 立法者인 국회의 입법형성자유에 속하는 사항이나, 현재의 기탁금의 수액은 과다하여 국민의 참정권의 문호를 좁힌 것이므로 보통·평등선거의 원칙에 반하여 헌법에 불합치하므로 적어도 광역선거전까지는 법을 개정하여야 한다는 입법촉구 결정을 한 바 있다.

③ 또 다른 하나는 附隨的인 법률의 위헌선언이다. 헌법소원 사건에서 공권력의 행사 또는 불행사를 취소하거나 위헌확인의 인용결정을 할 경우에, 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 때문이라고 인정될 때에는 그 결정에서 당해 법률규정이 違憲임을 함께 선고할 수 있다(헌법재판소법 제75조 5항).

헌법소원의 재판에 부수하여 심판한다 하여 부수적 규범통제(akzessorische Normenkontrolle)라고도 한다. 간접적(mittelbar)인 規範統制 方式이다. 基本權을 침해한 處分이 違憲法律에 바탕을 둔 경우에는 處分の 취소를 위한 憲法訴願의 방법으로 문제의 違憲法律도 간접적으로 審査의 대상으로 삼을 수 있다(Weber, Generalbericht : Verfassungsgerichtsbarkeit in West-europa, S. 88).

이상 본 규범통제 즉 憲法裁判所에 접근하는 길은 여러가지가 있는데 그 종류마다 申請權者가 다르다는 것이다. 종류별 특징에 관하여는 필자가 1991년 8月號 考試研究에 도표로써 밝혔는 바 이를 참조할 것.

## VI. 규범통제의 현황과 立法裁判의 중요성

### 1. 規範統制의 實績

과거의 헌법위원회 시절의 規範統制의 길은 위에서 소개한 것 가운데 세 번째인 具體的 規範統制 한 가지 뿐이었다. 그나마 한 건도 違憲提請을 한 바 없어 그것마저 완전 사장화되어 있었다. 이제 제6共和國의 誕生과 함께 새로 憲法裁判所가 생겨나면서 위에서 본 5가지 規範統制 方法 가운데 3. 내지 5. 方法이 採擇되어 한 가지에서 세 가지로 늘어난 것이다. 그러나 적어도 憲法問題를 전담하는 裁判所를 별도로 두면서 國會의 立法過程에서나 大統領의 國政運營 過程에서 法律의 違憲性이 문제되었을 때에 憲法裁判所에 意見을 구하여 이를 國政運營의 기초로 삼는 豫防的 規範統制가 전혀 배려되지 않은 것도 문제이거나, 野黨이 國會를 支配하는 다수당의 횡포와 전횡을 견제하기에 가장 적합한 方法인 抽象的 規範統制를 받아들이지 않은 것은 憲法에 의한 通治 즉 法治主義 具現의 意志가 未洽하다는 반증이 아닐 수 없다. 특히 抽象的 規範統制제도를 받아들인다면 爭點法律 등의 국회 통과에 즈음하여, 야당측의 극한 鬭爭과 이에 대한 여당측의 전격통과전술 등의 악순환을 시정하는데 큰 도움이 될 것

이다.

다만 비교법적으로 비록 약체의 憲法裁判所이지만 出帆한지 3년 남짓 그동안 주의의 懷疑的 視覺과 몰이해, 황무지적인 무경험 속에서 그리고 일천한 역사속에서 나름대로 제도활용의 實積이 적지 않았다.

i) 司法權독립을 위축시켰던 國家에 대한 가집행선고면제제도 (헌재 1989. 1. 25. 선고 88헌가 7 決定), 다른 債權者들은 제치고 金融機關의 延滯貸出金의 회수에만 특권을 주고, 會社整理節次를 法院이 아닌 銀行이 마음대로 좌우할 수 있게 한 特別措置法의 廢棄 (헌재 1989. 5. 24. 선고 89헌가 37, 96 (併合) 決定), ii) 人間의 존엄과 基本的人權의 존중에 위협이 되었던 社會保護法상의 필요적 감호제도의 폐지 (헌재 1989. 7. 14. 선고 88헌가 5, 8, 89헌가 44 (併合) 決定), iii) 租稅正義와 國民主權의 原理를 외면한 국가우월과 行政便宜의 일련의 立法의 違憲宣言 (헌재 1990. 9. 3. 선고 89헌가 95 決定), iv) 國會議員選舉法 (헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정), 地方議會議員選舉法 (헌재 1991. 3. 11. 선고 91헌마 21 決定) 상의 독소조항에 대한 違憲宣言에 의한 國民의 政治的 自由의 신장, v) 私立師範大出身者의 教師採用에 있어서 差別廢止 (헌재 1990. 10. 8. 선고 89헌마 89 決定), vi) 民權辯護士에 큰 威脅이 되었던 法務部長官의 業務停止命令制度 (헌재 1990. 11. 19. 선고 90헌가 48 決定), 그리고 人間의 良心自由를 外面한 사죄광고강제 (헌재 1991. 4. 1. 선고 89헌마 160 決定)의 폐기, vii) 기득권 존중의 原則을 무시한 國家保衛立法會議法 附則의 위헌선언(헌재 1989. 12. 18. 선고 89헌마 32, 33(병합)결정), viii) 國家保安法의 限定合憲宣言(헌재 1990. 4. 8. 선고 89헌가 113 결정)에 의한 국가보안법 개정 기여, ix) 법무사시험제도실시에 의한 폐쇄되었던 법무사의 門戶開放(헌재

1990. 10. 15. 선고 89헌마178 결정), x) 犯罪構成要件을 시행령에 위임한 백지 단속법규의 위헌선언(헌재 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정) 등을 들 수 있다. 다만 국토이용관리법상의 토지거래허가제는 위헌 5 : 합헌 4로 단 한표가 부족하여 위헌폐기의 위기를 면했으며(헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정) 노동쟁의조정법상의 제3차 개입금지 규정은 합헌 5 : 위헌 4로 간신히 합헌결정(헌재 1990. 1. 15. 선고 89헌가)에 이르렀다. 그리고 敎員勞組의 경우는 합헌 6 : 위헌 3으로 합헌이라는 결론을 냈다.

獨逸에서 法律訴願의 對象이 되었던 것으로 주목할 만한 두 判例를 든다.

① 獨逸에서는 1976. 5월에 勞働者 經營參加權(Mitbestimmungsgesetz)이 제정되었는데, 最高경영정책을 결정하는 理事會(Aufsichtsrat)를 株主 代表 반수, 勞働者 代表 반수씩으로 구성하되 노동자측 理事 中에는 일정수의 勞働組合의 代表者도 포함시키게 되어 있으며, 理事會長은 全理事의 2/3 이상의 찬성으로 선출키로 하며 第1次 投票에서 選出이 되지 못하면 第2次 投票에서는 會長은 株主측 理事 中에서, 副會長은 勞働者측 理事 中에서 각 선출한다. 이 法律이 통과된 후 지멘스·벤츠·휘스트 會社 등 우수한 기업이 資本主義의 몰락이라 하여 憲法訴願을 제기하였는데, 이에 대해 만일 憲法裁判所가 違憲이라고 判決을 내면 勞組측은 총파업에 들어간다는 위협 속에서 TV생중계리에 연 4日間에 걸친 辯論 끝에 合憲이라는 판결이 나왔다(BVerfGE 50, 290).

② 1983년에 독일에서는 國勢調査法이 제정되어 이에 대해 憲法訴願이 제기되었는데, 個性의 自由로운 창달은 個人的인 資料의 無制限한 조사, 入力(메모리), 使用·복사로부터 個人保護를 전제로 하며, 個人資料를 電算化하는 데서 오는 人格權侵害의

위험 때문에 組織上 또는 節次法上의 事前조치를 취하여야 한다고 판시하였다. 이와 같은 立法조치 없는 國勢調査法의 규정이라면 憲法上의 요청에 反한다고 하였다(BVerfGE 65, 1).

이제 헌법재판소의 출범을 계기로 우리나라에 立法재판의 시대가 새로 개막된 것이며, 民·刑事裁判 중심의 우리 裁判史에 새로운 전기를 맞게 된 것이다.

## 2. 우리나라의 立法過程과 立法裁判의 중요성

헌법 제52조에 의하면 法律案의 제출권은 국회의원과 정부가 갖는다.

(1) 정부발안의 법률안 기초과정을 본다. 행정부내의 소관부서에서 법률안 기초가 된다. 그래서 흔히 우리나라에서 法令制定을 “主事·事務官 立法”이라 한다. 어디에서나 높은 사람만을 찾는 풍토 때문에 자리가 높을수록 누적적으로 바빠진다. 따라서 소관부서의 主事·事務官 기안의 法律案이 장관가지 대체로 무사하게 결재 통과되기가 쉽다. 소관부서에서 기초된 뒤에 法制處로 넘겨도 내용보다도 자구수정·체제 맞추기 정도로 정리되는데 그친다. 게다가 행정고시과목이 행정학 중심이기 때문에 외국에 비해 法律전공자의 행정부 진출률이 매우 낮다. 이 점 법학부 출신의 최우수의 엘리트가 고시를 통해 행정부로 진출하는 일본, 독일 등의 경우와 변호사자격자 중 우수한 사람이 행정관료로 진출하는 미국과 차이가 있다. 선진제국은 막강한 전문인력을 법무성에 규합하여 여기에서 정부제외의 법률안을 일괄기초하나 우리나라는 그렇지 않다. 독일의 연방 법무성의 경우를 보면 5개국으로 편성되어 있는데 제1국이 총무국, 제2국이 민사법국, 제3국이 형사법국, 제4국이 공법국, 제5국이 특별법국으로 되어 법

안기초를 위해 노력을 경주하다. 또 지금까지 憲法이란 구속력 있는 법규범 체계라기보다 하나의 프로그램적 수사적 표현의 집합체이거나, 내각제나 대통령제나 조직규범 정도로 과소평가되어 왔으므로, 憲法감각이 생기기 어렵다. 따라서 이와 같은 메카니즘 속에서 憲法에 맞지 않는 국민의 기본적 인권에 저촉되는 法律이 부지불식간에 기초되기 마련이다.

(2) 국회의 법률제정 과정을 본다. 政府발안의 법률안이나 의원발의의 법률안은 국회의 상임위원회에 먼저 회부되어 심사를 거친 뒤에 법사위에 회부되어 체제와 자구에 대한 심사를 하게 되며(國會法 79條), 그에 이어 本會議에 부의하여 질의와 토론을 거쳐 표결하게 되어 있는 것이 국회법의 원칙이다(同法 86조本). 그러나 本會議에서는 여러 法律案을 일괄 상정한 끝에 질의와 토론을 생략한 채 가부만 물어 무더기 의결통과시키는 예가 많다(同法 86조 단서). 본회의에서 외국에서와 같은 1,2,3 독회가 없음은 물론, 우선 法律案을 축조채택하고 마지막에 법률안 전체의 표결을 행하는 방식이 아니다. 게다가 여야의 참여한 대립으로 국회의 공정의 나날이 많다. 또 근자에는 공청회를 열어 사계의 전문가를 규합하여 검토하던 한때의 열기마저 식어 있다(불란서의 경우는 法律案이 國事院(일종의 행정재판소)의 의견을 들은 뒤에 國會에 발의된다). 그러므로 다듬어지지 않고 신중한 검토없는 法律案이 어설피게 국회에서 통법이 되기가 쉽다.

(3) 國會가 立法活動보다도 대정부 견제에 너무 치중하는 경향이 있다. 對政府 질의, 국정감사 등 이에 많은 시간이 할당된다. 國民의 權利·義務를 제한하고 부과하기 위해서는 國會가 제정한 法律에 의하지 않으면 안되는 것이 憲法상의 法律留保이다(憲法 37조 2항). 國民이 해서는 안되는 일은 國會의 法律로 정해야 하는 것이 원칙인데 이를 자신이 직접 정하지 않고 대부분

大統領令으로 委任해 버리고 마는 경향이 없지 않다. 이 때문에 行政편의위주의 非民主的인 立法이 부지불식간에 만들어질 여지가 있다.

(4) 국회의원의 활동이 國政 전반에 관한 발전적 정책의 立法化보다도 출신 地域區의 개발과 地域區民의 뒷바라지에 역점을 두는 경향이 없지 않았다. 행동양태면에서 全國民의 代表性 보다도 地域區의 代表性이 더 강하게 나타난다. 지금까지 地方自治制의 실시가 정지되어 있었기 때문에 불가피한 결과인지 모른다.

제정과정의 문제점, 立法府 구성원의 활동상 그리고 委任立法의 盛行으로 결코 바람직하지 않지만, 主事·事務官立法이라고도 하고 또 通法府라는 말이 나돌지 않을 수 없다. 이렇게 소홀한 立法이 될 여지가 있는 메카니즘 때문에 어느 나라 보다도 憲法秩序에 맞지 않는 立法, 쉽게 말해서 非民主的이고 合憲성을 잃은 法律이 생겨날 소지가 있다. 그러므로 裁判을 통해 法을 바로 잡는 立法統制 즉 立法裁判의 중요성은 우리나라에서 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다.

## VII. 憲法訴願

### 1. 意義와 立法例

(1) 新憲法下의 憲法訴訟의 代表的 特色이라면, 憲法訴願制度의 新設이다. (憲法 第111條 1項 5號, 憲法裁判所法 第68條). 憲法訴願(Verfassungsbechwerde)이라 함은 公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 基本權이 침해된 경우에 憲法裁判所에 審判請求를 하여 침해의 原因이 된 公權力의 행사를 취



소하거나, 그 불행사가 違憲임을 확인받고자 하는 것이다(憲法裁判所法 第68條 1項·第75條 3項). 이것은 立法·行政·司法 등 三權力의 行爲와 政策이 憲法에 맞도록 憲法裁判所가 견제하는 것이며, 憲法에 맞으면 허용하되 憲法에 맞지 않으면 허용하지 않고, 나아가 國事가 憲法대로 되지 않으면 憲法대로 교정·유도함으로써 憲法이 지배하는 國家社會를 이루도록 하려는 配慮(Stern에 의하면 憲法國家의 完成)이다. 憲法訴願은 憲法의 守護와 그 해석 및 생성발전의 기능을 하게 되며, 한편 個人의 基本權保障의 기능도 함께 한다(Doppelfunktion). 量的으로 質的으로 憲法裁判의 꽃이라고 할 이 제도는 西獨에 있어서 基本權保障의 새 章을 연 것으로 평가된다. 우리나라의 일부 言論도 여기에 현대판 “申聞鼓”의 機能을 기대하고 있다. 이에 의하여 基本權의 침해를 받은 자이면 누구에게나 憲法裁判에의 길이 열려졌다는 점에 그 의미는 획기적인 것이라 할 수 있다.

(2) 별도의 憲法裁判所를 두고 있는 나라에서는 거의 基本權의 보장을 위하여 이 제도를 채택하고 있는데, 무엇을 憲法訴願의 대상으로 하는가는 각 立法例에 따라 차이가 있다.

1) 독일의 경우 : 개인이 公權力에 의한 基本權의 侵害의 경우에는 아무런 구별이 없이 憲法訴願 또는 憲法抗告(Verfassungsbeschwerde)가 허용된다. 독일의 경우는 1849년 Paulkirchen 憲法에서 裁判을 거부하거나 가로막는 경우에 最高法院에 市民이 訴願을 하는 것이 그 시원이었다는 것이다. 2차 大戰후에 Bonn 基本法(Grundgesetz)을 제정할 당시 憲法訴願制度를 다른 權利關係 制度와의 관계에서 어떻게 정립할 것인가를 해결하기 어려워 基本法 자체에는 아무런 규정을 두지 않고, 1951년 聯邦憲法裁判所法에서 규정한데 그쳤다. 그러다가 1969년 憲法改正時에 基本法 93條 1項 4a호로서 받아들여 憲法上에 제

도로서 明文化하게 된 것이다(獨逸基本法 第93條 1項 4a). 이 個人訴願 이외 自治團體憲法訴願을 인정하고 있다(kommunale Verfassungsbeschwerde). 이는 自治團體가 中央政府의 法律·命令에 의하여 헌법에서 보장받은 地方自治團體의 自治行政을 침해한 경우에 제기하는 소원이다(기본법 93조 1항 4b).

2) 瑞西에서는 1874년 이래 國家訴願(Staatsrechtliche Beschwerde)가 마련되어, 연방公權力을 제외한 州(canton) 公權力의 작용을 소원의 대상으로 하고 있다. 다만 여기의 州 公權力이라면 行政府, 立法府, 司法府의 行爲도 포함된다. 따라서 一般的 規範인 法律·命令 이외에, 個別的 處分인 行政處分·裁判判決 모두가 訴願의 대상이 되며, 여기에는 일정한 범위의 不作為 뿐만 아니라 法令의 成立形成 자체도 문제삼을 수 있다.(Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde (1984), S 132 f). 나아가 地方自治團體가 地方自治(Gemeindeautonomie)나 存在保障(Bestandsgarantie)의 침해를 위하여 訴願을 제기하는 것까지도 공인하고 있다.

3) 오지리(Bescheidbeschwerde) : 行政官廳의 處分(Bescheide, 직접적인 行政官廳의 命令 및 強制力 作用도 포함)에 한정하였는 바 (오지리 憲法 第144條), 소정의 救濟節次 즉 行政審級을 거친 뒤 法律上的 權利侵害일 경우는 行政裁判所에, 憲法上的 基本權 侵害의 경우는 憲法裁判所에 提訴하는 것으로 管轄이 양분되어 있다. 그리고 오지리에서는 法院에 의한 違憲提請과 함께 違憲적인 法律과 違法한 命令·規則에 대해서도 기간제한이 없는 個人提請을 인정하고 있다(오지리憲法 第139條 1項·140條 1項). 다만 法院의 裁判을 訴願의 대상에서 제외한 데 대해서는 權利保護의 결정적인 결함이라는 비판이 나오고 있다(Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, S. 171).

4) 스페인 (recurso de amparo) : 立法行爲를 제외한 모든 公權力에 의한 基本權 侵害의 경우로 하였다. 法院의 裁判 뿐 아니라 法院의 不作為 역시 訴願의 대상이 된다. 基本權 侵害를 받은 개인만이 아니라, 市民의 權益守護의 임무를 맡은 Ombudsman 과 檢事에게도 審判請求 적격을 인정한다. 訴願判決의 效力은 當事者 사이 (inter partes)에만 미친다. 다만 處分の 근거되는 法律의 違憲性이 문제될 때에는 裁判部는 全員合議體에 事件을 제청할 수 있으며, 여기에서 그 法律이 違憲確認이 되면 그 判決은 一般의效力(erga omnes)을 갖게 된다. 裁判이 포함됨은 물론 公權力的 概念을 넓게 해석하여 순수한 私人間의 行爲까지 憲法訴願의 방법으로 취소할 수 있게 하고 있다.

5) 南美제국 기타 : 南美에 集中型 憲法裁判 制度를 두고 있는 나라로는 칠레, 에콰도르, 과테말라, 페루 4개국이다. 과테말라 憲法裁判所는 基本權保障事件, 즉 Amparo 事件에서는 國會의 決議, 大法院의 判決과 大統領의 決定에 대한 憲法訴願을 관장한다. 페루에 있어서도 人身保護令狀事件(Habeas corpus)이나 基本的人權에 관한 訴에서 기각된 法院의 判決에 대하여 訴願을 허용하고 있다. 비록 憲法裁判所를 별도로 설치하고 있지 아니하고 最高法院이 訴願제도(Amparo-Verfahren)를 관장하고 있는 남미국가로서는 아르헨티나(補充性的 원칙에 의하나 다른 救濟 節次에 의할 때 회복할 수 없는 손해가 생기면 허용)·콜롬비아·멕시코가 있다. 멕시코의 경우 Amparo가 가장 오래되고 발달된 나라로 꼽히는데 여기에는 다섯가지로 나누어져 있다. ① 人身自由의 보호를 위한 救濟策(Habeas corpus-Verfahren), ② 法律에 대한 Amparo, ③ 裁判에 대한 Amparo, ④ 행정관청의 결정이나 조치에 대한 Amparo, ⑤ 농촌거주자의 節次法상의 보호방법으로서의 Amparo 등이다. 따라서 멕시코의 Amparo 절차

에는 기본人權의 保護節次, 規範統制, 上告 및 行政救濟節次가 총합되었다고 볼 것이다.

이 밖에 헝가리, 체코, 사이프러스, 이스라엘 (이스라엘에서는 行政機關에 의하여 자기 權利가 침해되었다고 주장하는 當事者는 직접 憲法裁判所에 助力을 받기 위한 訴願을 낼 수 있는데, 節次가 단순하고 費用이 들지 않으며 緊急한 경우는 迅速히 처리하는 것이 特色이고, 國民의 절대적인 人氣를 얻고 있는 것으로 알려졌다. 다른 法院이나 裁判機關에 관할권이 없는 경우에 한한다)에도 憲法訴願制度를 두고 있다.

6) 유럽人權協約(EMRK) 제25조에 의하면 締約국에 의하여 協約에 규정한 권리를 침해당했다고 주장하는 개인이나 非政府단체 그룹은 유럽人權委員會에 통달하게 된다. 이에 통달받은 委員會가 유럽人權裁判所(Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 불란서 스트라스부르그 소재)에 訴願을 하며, 權利침해를 당한 被侵害者는 그 節次에 참가하게 된다. 締約국의 법률에 의하여 침해된 권리뿐 아니라, 締約국의 裁判에 의한 침해(특히 裁判에 관해서는 法院에 access, 公正한 節次 및 合理的인 節次期間을 보장한 協約 6조의 위반이 문제된다)도 포함된다. 立法·行政·司法의 權力作用이 모두 대상이 된다. 國內의 통상의 救濟節次가 있다면 먼저 이를 거쳤을 것을 요한다.

7) 市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約의 選擇議定書 (우리나라가 1990. 7. 10.에 가입)에 의하면 人權規約에 열거된 權利를 침해당한 個人은 國內法에서 정한 救濟節次를 거친 뒤에는 UN人權委員會에 訴願(petition)을 할 수 있게 하였다(同 第2호).

8) 日本과 같이 憲法裁判所를 두지 아니한 나라의 경우는 特別上告·特別抗告가 이의 代役이 아닌가 필자는 생각한다. 裁判에 憲法위반이 있을 때 제기할 수 있는 事實상 憲法上告, 憲法抗

고이기 때문이다.

우리나라 憲法 第 111條 1項 5號에서는 “法律이 정하는 憲法 訴願”이라고 규정하므로 무엇을 憲法 訴願의 대상으로 할 수 있는가는 立法事項으로 하였는 바, 憲法裁判所法 第 68條 第 1項에서는 “公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 憲法상 보장된 基本權을 침해받은 자는 法院의 裁判을 제외하고는 憲法裁判所에 憲法 訴願審判을 청구할 수”있게 하였다. 따라서 우리나라의 경우는 法院의 裁判을 제외한 立法·司法 등 모든 公權力의 행사 또는 불행사를 대상으로 하고 있는 것이다.

(憲法 訴願의 상세는 다음 號에서 계속)

# 國家秘密의 保護法理와 그 適用動向

丘 秉 朔

高麗大 法大 名譽教授

憲法裁判所 諮問委員

## - 目 次 -

- I. 國家秘密과 「國民의 알 權利」
  - 1. 國家秘密의 意義
  - 2. 「國民의 알 權利」와 制限
- II. 美國의 國家秘密保護法과 그 適用動向
  - 1. 美國國家秘密保護法제의 概要
  - 2. 防諜法の 내용과 그 適用動向
  - 3. 防諜法の 擴張適用
  - 4. 國家秘密의 指定과 節次法
- III. 獨逸의 國家秘密保護法과 그 適用動向
  - 1. 國家秘密 保護의 概要
  - 2. 1951년 改正刑法
  - 3. 1968년 改正刑法과 「違法秘密」
  - 4. 刑法 제99조 1항 合憲判決
- IV. 프랑스의 國家秘密保護法과 그 適用動向
  - 1. 刑法에 의한 國防의 秘密侵害罪
  - 2. 秘密의 存在에 대한 法院의 判斷權

3. 公務員의 守護義務

V. 結語

# I. 國家秘密과 「國民의 알 權利」

## 1. 國家秘密의 意義

現代의 自由民主主義國家憲法에서는 「國民의 알 權利」를 眞正의 權利로 國家行爲와 國家機關의 情報을 國民에 대하여 公開해야 하는 것이 原則이다. 이 原則에 대한 例外가 國家秘密이다. 일반적으로 憲法에는 國會의 非公開 會議(제50조)와 裁判의 非公開(제109조), 行政에 있어서의 國家安全을 위한 秘密보호를 法律에 규정하고 만일 違법, 위반시에는 刑罰로 다스리게 하고 情報公開에서도 例外로 취급하고 있다.<sup>1)</sup>

이와 같이 동 國家에서는 國家秘密을 情報公開의 例外로 하고 있다.

國政公開原則하에 國家秘密을 例外로 하는 限 國歌秘密의 設定은 憲法에 適合한 國家行爲를 수행하여야 하고 眞正 國民의 利益과 國家의 安全을 위하여 기능적으로 필요·불가결한 범위 안에서만 가능하다. 따라서 國家秘密에 관해서는 原則적으로 이 른바 實質的 비밀이 존재되는 동시에 違憲·違法의 국가비밀의 존재는 否定되지 않으면 안된다. 즉 國家秘密의 존재는 그 객관

---

1) 美國에서는 Developments in the Law : The National Security Interest and Civil Liberties in Harvard Law Review Vol. 85 No. 6(1972) PP.1232~1244, 이 論文의 번역은 奥平의 5人 「國家의 安全と 市民的 諸自由」 『法律時報』 1973年 9月號 PP.70~76 참조 ; 英國에 대해서는 堀部政男, 「イギリス-報道の自由と國家秘密」 『ジュリスト』 507號 (1972) PP.77~85 ; 프랑스에 대해서는 中村睦男 「フランス-國防の 秘密侵害罪および 公務員의 秘密保守義務」 『ジュリスト』 507號 PP.86~90 ; 西獨에 있어서는 刑法典各則 第2節 「反逆および 對外的安全危害行爲」 93條~101條 a(Vgl. E.Dreher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 32. Aufl. 1970 SS. 468~503) 참조. ; 石村善治編 『情報公開』 法律文化社(1983) PP.57~58 ; 芦部信喜 「知的 權利의 理論」 『現代의 社會의 커뮤니케이션』 言論의 自由. P.12~. T.Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment(3) (1966) ; 安溶教, 「國民의 알 權利에 관한 研究」 建國大博士論文(1975) ; 清水英夫編 『情報公開と知る權利』 三省堂(1980) PP.79~114.



적 필요성과 일치하지 않으면 안되며, 그 成立범위는 限定되어야 한다. 그러기 위해서는 우선 國家秘密의 개념 그 자체가 명확하지 않으면 안된다. 美·英이나 獨·프랑스의 立憲例에서도 이러한 점이 확인된다. 그렇게 함으로써 「國家秘密」의 擴大나 濫用을 미리 방지할 수 있기 때문이다.<sup>2)</sup>

國家秘密의 개념은 廣狹 두가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 狹義는 J. Zagel이 말한 바와 같이 「軍事 또는 外交上의 情報로서 그 公開가 國家의 安全을 훼손하는 것」을 의미하며, 廣義는 「그 이외의 일반 秘密情報를 포함」하는 것을 의미한다.

美國의 情報自由法에서는 國防과 外交政策上 秘密을 非公開한다고 규정하고 있는데 이것을 M. Rehbinder는 「狹義의 國家秘密」이라 하고 있다. 그리고 그 秘密指定은 情報自由法에 의하면 行政命令에 의하도록 되어있다((1978년 6월 28일의 行政命令 제 12065호 (국가 안전 정보)가 그것이다(1981현재)). 이 命令에 의하면 情報가 公開된 경우 國家의 安全에 損害가 발생하는 情報를 秘密로 지정한다고 되어있다. 여기의 「國家安全」이라 함은 美國의 國防과 外交관계를 의미한다고 하였다(\$6~104).<sup>3)</sup>

이와 같이 國家秘密의 개념을 이해하는데 있어서는 ① 國家의 安全을 위하여 外國에 秘匿해야 防衛上·外交上의 情報를 의미하고, ② 이것이 權限없이 公開되면 國家의 安全에 損害가 발생하는 경우를 말한다. 그러나 그 損害에 대해서는 國家秘密의 존재자체가 公開原則과 알 權利에 중대한 例外로 인정되므로 國會의 非公開에 특별다수결, 裁判의 非公開에 法官의 全員一致 등이 최소한 요구된다고 하겠다.<sup>4)</sup>

---

2) 石村善治, 前掲書. P.59

3) The State Secrets Privilege, in 50 Minnesota Law Review 875(1966) : 芦部信喜編 『憲法Ⅱ 人權(1)』(佐藤幸治「表現の自由」)有斐閣(1978) P. 24 ; Die Informationspflicht der Behörden im Recht des Vereinigten Staaten 1970. S. 34; 石村, 前掲書 P. 60참조.

4) 1978년의 行政命令 제12065호는 카터 대통령에 의한 것이었으나 그 후 레이건 대통령에

그리고 國家秘密은 그 구성요소로서 明確性이 있어야 한다. 즉 國防外交에 관한 것과 關係文書·圖書·物件은 형식적·실질적 요건이 갖추어져야 한다.

## 2. 「國民의 알 權利」와 制限

우리 「軍事機密保護法」에서도 군사기밀을 부당한 방법으로 탐지·수집하는 것을 금지하고 있고, 어떤 경위로 입수하였든 간에 他人에게 表現·전파하는 것을 금지함으로써 國民에 대하여 헌법 제21조1항의 言論·出判의 자유로서의 알 權利를 제한하고 있다.

이 제한이 基本權制限立法의 限界를 넘는 것인지 여부를 판단하려면 그 制限의 기준이 國家安保, 秩序維持, 公共權利의 가치와 제한하는 言論·出版의 자유로서의 알 權利와의 가치를 比較衡量하여 제한의 정도·형태·범위 등을 결정해야 한다.

이에 대한 몇 가지 判斷基準과 알 權利에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

(i) 明確性의 理論, 막연하기 때문에 無效라는 이 이론은 不明確한 법률문구로 表現의 자유를 제한 할 수 없다는 것이다. 당해 법률 조항이 막연한 때에는 無效로 하는 것이 罪刑法定主義의 원칙일 뿐 아니라 헌법정신의 요청이기도 하다. 明確性을 잃은 法令은 處罰대상인 行爲를 미리 告知할 기능이 없고, 또 그로 말미암아 법 적용 기관의 恣意를 허용할 위험성이 있기 때문이다. 다만 이것은 주로 實體法에서 문제되며, 절차법의 내용이 정당하지 않은 때에는 절차법이 아무리 公正하다 해도 무의미하게 된

---

의하여 1982년 4월 2일 安全保障에 관련된 政府情報의 公開制限行政命令이 署名되었다. 이것은 行政命令의 改正이었다.

다.<sup>5)</sup>

(ii) 比較衡量의 理論, 法律이 기본권 제한의 한계를 넘는 것인지 여부를 판단하려면 言論自由를 보장함으로써 얻는 利益과 이를 제한함으로써 얻게 되는 국가적 利益을 비교형량하여 과연 국민의 언론자유(알 권리)는 제한하여야 할 필요가 있는지 또는 그 제한의 정도가 最小限에 그치고 있는지, 그리고 그 제한이 과도하여 위 권리의 本質的 內容까지 침해하고 있는지 여부 등을 검토하여야 할 것이다.

그러나 이 이론에도 난점이 있다. ① 판단기준의 核의 결여, ② 이익의 포착방법의 문제 ③ 核이 되는 판단기준이 없는 이익형량의 결정은 결과적으로 立法이나 다름없다는 점이다.<sup>6)</sup>

(iii) 明白하고 現存하는 危險의 原則. 이 원칙은 表現의 자유를 사후에 제한하는 경우 전술한 利益衡量이론과 함께 어느 정도 판단기준이 될 수 있다. 이 原則(1919 Schenck 사건에서 처음 등장)의 「明白」이라 함은 言論의 자유와 공공의 害惡발생 사이의 직접적인 인과관계를 의미하고, 「現存」이라 함은 시간적 밀착성을 의미한다. 즉 言論자유를 더 이상 허락하면 중대한 害惡이 발생하고, 발생할 위험이 절박했을 때 언론제한이 가능하다는 것이다.<sup>7)</sup>

(iv) 事前抑制의 禁止理論. 이 이론은 개인의 정보와 사상을 발표하기 이전에, 국가기관이 그 내용을 사전에 심사·선별하여 일정한 범위 내에서 표현을 저지하는 행위, 즉 검열의 금지를 말한다. 이러한 사전검열금지제도는 바이마르(Weimar)시대의 判例인 동시에 通說이었다. 그러나 그 후 事前檢閱禁止뿐만 아니라

5) 丘秉朔, 『憲法學』 I (總論·人權), 博英社(1983) P.530 ; 丘秉朔, 『新憲法原論』 博英社(1990년판) P.425.

6) 丘秉朔, 前掲書 PP.530~531 ; 丘秉朔, 前掲書 P.425

7) 丘秉朔, 前掲書 P.531 同註 참고문헌참조 ; 丘秉朔, 前掲書 PP.425~426.

事後檢閱禁止까지도 주장하게 되었다. 오늘날에는 원칙적으로 사전·사후를 막론하고 檢閱이 금지되나 약간의 例外는 있다. 즉 수입영화·외설도서 불온문서 등은 국가이익과 질서유지에 크게 害를 끼칠 염려가 있을 경우에 檢閱이 용인되고 사후처벌의 대상이 된다.<sup>8)</sup>

(v) 國民의 알 權利의 性格. 우리 헌법 제21조 1항에는 言論·出版의 自由를 규정하고 「알 권리」의 표현은 없으나 이 표현의 자유에서 알 權利는 파생되어 보장되고 있다. 우리 憲法 裁判所의 판결도 그러하다(1989. 9. 4, 宣告88 헌마22).

表現의 自由로서의 알 權利의 기능은 T. Emerson이 말한대로 (i) 個人의 자기실현을 위하여, (ii) 眞理에의 도달을 위하여, (iii) 정책결정예의 참가를 위하여, (iv) 安定과 變化間의 均衡을 유지하기 위해서라고 한다. 따라서 많은 사람들이 자기와 다른 思想, 意見 또는 여러가지 사실의 정보에 접함으로써, 항상 자기의 사상과 의견을 정리해간다. 이런 의미에서 國民은 다방면의 정보·사상·의견을 알 權利로서 파악하고 있다.

國民의 알 權利는 광범한 공공사항에 관하여 많은 정보를 얻음으로써 올바른 정치적 의사를 형성하고, 판단하며, 선거권을 행사함으로써 國家權力의 정당한 감시와 비판을 하게 된다.

그러나 적극적인 정보공개요구를 實定法上 근거없이 개개 국민이 정보제공 내지 공개를 청구할 수 있는 구체적인 權利를 가지고 있지는 않다.<sup>9)</sup>

이와 같은 國家秘密의 의의와 國民의 알 權利에 입각하여 美國은 國家비밀보호법제와 그 중 防諜法을 中心으로, 獨逸은 國家비밀과 보도의 자유의 限界를, 프랑스는 國家비밀 침해죄와 公務

8) 丘秉朔, 前掲書 P.529 同註의 참고문헌 참조 ; 丘秉朔, 前掲書 PP. 424~425.

9) 丘秉朔, 前掲書 PP.534~536 同註 判例와 參考文獻 등 참조 ; 丘秉朔, 前掲書 PP. 437~438조 참조.

員의 守秘義務를 주요 대상으로 하여 고찰하고자 한다. 따라서 이들 國家의 내용과 실제 운영상은 우리의 國家비밀과 알 權利의 관계이해에 다소나마 참고가 될 수 있을 것이다.

## Ⅱ.美國의 國家秘密保護法과 그 適用動向

### 1. 美國國家秘密保護法제의 概要

오늘날 美國의 國家秘密의 보호 즉 軍事와 外交에 관한 國家安全情報의 秘匿을 목적으로 하는 法領은 1917년 防諜法(Espionage Act)을 비롯하여 1946년의 原子力法(Atomic Energy Act), 1947년의 國家安全保障法(National Security Act), 등 議會制定法이 있다. 이 이외에 國家安全情報의 秘密指定을 정할 수 있는 大法院의 行政命令(Executive Order)이 있다.

위의 防諜法은 間諜目的 즉 「美國을 危害하고 外國을 利롭게 하는 것」을 목적으로 國防情報를 수집하여 外國에 通報하거나 公表하는 등 行爲를 한 자에게 死刑까지의 嚴罰에 처하는 法制度이다.<sup>1)</sup>

原子力法은 일정한 原子力情報에 대하여 「制限데이터」(Restricted Data) 등의 表示를 붙여 그 流布를 制限한다. 이와 동시에 美國을 危害하고 外國의 利益을 도모할 目的으로 그것을 外國에 漏泄하는 등 行爲를 하였을 때에는 최고 無期징역에 처하도록 규정하고 있다.<sup>2)</sup>

---

1) Espionage Act, 18 U.S.C. 제793조~798조(1985), 본고는 右崎正博 「アメリカの國家秘密保護制」(上) 『法律時報』 제59권 제5호 PP. 49~53에서 많이 참고하였다.

2) Atomic Energy Act, 42 U.S.C. 제2162~66조, 제2274~77조(1985).

또 國家安全保障法에는 國家安全保障會議를 설치하여, 이 會議에서 「國家의 安全에 관한 國內와 外交, 軍事政策에 관하여 大統領에게 建議한다」. 이런 광범한 권한을 부여함과 동시에 中央情報局(CIA)을 설치하여, 그 長官에게 諜報源과 諜報活動의 방법을 權限없이 開示하는 것을 보호할 책임을 과하고있다.<sup>3)</sup>

그리고 國家安全情報의 비밀지정제도를 규정한 大統領令에는 國家의 安全上の 견지에서 軍事·外交上の 安全을 위하여 情報에 Top Secret, Secret, Confidential의 表示를 붙여 그 流布에 제한을 가하는 절차를 규정하고 있다.<sup>4)</sup> Top Secret, Confidential의 내용을 요약하면 다음과 같다.

(i) 機密(Top Secret)은 法律에 규정된 바를 제외하고는 방위상 최고도의 보호와 필요한 정보 및 자료에 局限한다. 이것이 만일 누설될 경우에는 美國防衛와 外交과괴, 동맹국武力공격, 전쟁 초래, 국방상시설과 개발을 위태롭게 하고 중대한 손해를 초래케 될 자료에 적용한다.

(ii) 極秘(Secret)는 法律에 규정된 바를 제외하고는 방위상의 정보와 자료에 局限한다. 만일 이것이 누설되면 外交관계의 위태, 국방계획과 정책의 실효성의 위태, 국방계획과 기술개발의 위태, 첩보활동의 위태 등이 있게될 경우 적용한다.

(iii) 秘密(Confidential)은 法律의 明文규정을 제외하고, 국가방위상 정보 또는 자료가 누설되면 상당히 불리하게 될 경우를 대비하여 있게 된다.

이와 같이 國家비밀의 실질적인 기준을 정해놓고 시행중이다. 이상과 같이 美國은 국가비밀을 객관적으로 정치적 가치판단에

3) National Security Act, 50 U.S.C. 제402~403조 (1985) 위 右崎 前掲論文에서도 引用.

4) 최근의 새로운 것은 레이건 大統領에 의한 大統領令 12356號 (1982)가 있다. Exec. Order No 12356 47 F. R. 14874 (1982) ; J. Zagel, The State Secrets Privilege, Minnesota Law Rev. 50. PP.875, 881~885(1966).

두고 法律과 大統領令에 규정하여 政府가 결정하고 있으나 최종적인 판단은 法院에 두고 있다.<sup>5)</sup>

이러한 諸法令은 相互補完하면서 하나의 秘密보호 시스템으로 구성되어 있다. 美國의 國家秘密保護法制의 전체를 이해하기 위해서는 이들 諸法令을 자세하게 考察할 필요가 있겠으나 여기에서는 防諜法을 중심으로 하여 최근의 動向을 검토해 보기로 한다.<sup>6)</sup>

## 2. 防諜法の 내용과 그 適用動向

美國의 國家秘密保護法制의 中核은 防諜法이다. 이 法律은 1911年 防衛秘密保護法을 母體로 하여, 제1차 대전을 계기로 1917년 다시 제정된 것이다. 그 후 수차례 걸쳐 改正, 增補되어 現在 美合衆國法典 제18편 제793조 798조에 규정되어 있다. 이 法律의 개요는 다음과 같다.

### (1) 防諜法の 개요

제793조는 「당해 정보가 合衆國을 危害 또는 外國을 利롭게 하기 위하여 사용할 것을 의도하고, 이러한 기도에서 國防에 관한 정보를 入手할 목적으로」 國防에 供用된 艦船, 航空機, 또는 軍事施設 등의 안에 들어가 (a 項) 國防에 관계 있는 文書·圖畫 등을 入手(b 項), 受領한 경우(c 項)와 合衆國을 危害하고, 外

5) 芦部信喜 「民主國家における知る權理と國家秘密」 『ジュリスト』 NO.507. p.18 ; 丘秉朔, 『憲法學』. P.537. 韓版 1977. 6. 28. 카터 大統領의 行政命令 제12065호 「國家安全情報」 (National Security Information)에서 最高機密이라 하더라도 그 守秘原則은 20년이며, 公文書비밀규정은 ① 軍事計劃·兵器·作戰, ② 外國政府情報, ③ 情報活動·情報員·情報수단④ 美國의 對外關係와 活動 ⑤ 國家安全에 관한 科學的·技術的·經濟的 事項 ⑥ 防衛의인 核物質 및 同施設에 관한 合衆國政府의 計劃 ⑦ 기타 國家安全에 관한 폭로는 大統領 또는 大統領이 인정한 개인 내지 기관장에 의해 금지된다고 하였다. 丘秉朔, 『憲法學』 I (總論. 人權) 博英社(1983) P.550 ; Weekly Compilation of Presidential Documents, Monday, July 3, 1978.

6) 右崎 前掲論文 P, 49.

國에게 이롭게 사용될 가능성이 있는 믿을만한 이유가 있는 國防情報를 所持한 자가 그것을 受領할 權限이 없는 자에게 故意로 전달·통보하거나 또는 그것을 受領할 權限있는 合衆國官憲에게 引渡하기를 거부하거나 (d. e 項), 國防情報를 適法하게 管理하는 자가 중대한 과실로 그것의 紛失, 毀損, 파기를 초래하였을 때, 그 사실을 알면서 上司에게 신속히 보고하지 않은 者(f 項)에게는 10년 이하의 懲役に 처한다고 하고, 위 각 項의 음모자에 대해서도 처벌한다고 하였다(g 項).

제794조는, 前條와 같은 企圖나 理由에서 國防情報를 外國에 傳達·交付·通報한 者(a 項), 「戰時에 敵國에게 전달할 것을 企圖하여」軍의 이동과 作戰計劃, 기타 防衛情報를 수집, 기록, 공표, 전달한 자(b 項)에게 최고 死刑에 처하도록 규정하고 그 음모범죄자도 처벌하도록 규정하였다(c 項).

기타 중요한 軍事施設을 허가 없이 사진촬영하거나 스케치하여 公表, 販賣하는 것(제795~797조), 暗號, 코드시스템 등에 관한 秘密指定정보를 故意로 竊한 없는 자에게 제공·통보하거나 또는 「合衆國의 安全과 利益을 毀損하는 樣態 또는 外國을 利롭게 할 목적으로」그것을 公表하거나 利用한 자에게 (제789조)도 10년 이하의 懲役に 처하도록 규정하고 있다.

위의 각 규정의 文言에서도 알 수 있는 바와 같이 이 法律은 주로 間諜행위의 방지와 그 처벌을 목적으로 한 것이다. 平時와 戰時의 구별, 合衆國에 대한 加害의 企圖, 인식, 고의, 과실, 전달, 통보의 상대방에 따라 자세한 요건을 정하고 그 요건하에서 刑罰을 발동하고 있다.

## (2) 防諜法 적용의 動向

防諜法 적용의 예를 들어보면 1940년의 Gorin 事件, 1949년의 Coplon 事件 등이 있다.<sup>7)</sup> 前者는 海軍情報部の 조사원이 西海岸



에서 日本人의 動向에 관하여, 그 정보를 소련의 間諜에 賣渡하였다는 것이며, 後者는 法務部職員이 國防에 관한 政治分析情報를 違法複寫하여 外國人에게 引渡하려 했다는 사건이다. 이런 間諜사건이외에 防諜法이 적용된 경우는 情報職員이 政府와 契約관계에 있는 企業에 便宜를 보아줄 目的으로 秘密指定情報를 漏泄한 것이 제793조(d 項)에 위반된다고 하는 Sawget 사건(1963)과 秘密指定을 받은 자가 政府에 의해 過誤로 剩餘物質로서 處分된 레이더 장치의 引渡를 거부한 것이 같은 제793조(d 項)에 위반한다고 한 Dubin 사건(1966)이 있다.<sup>8)</sup>

防諜法の 歷史에서 보면 原爆의 기밀누설의 책임을 물어 Rosenberg夫妻를 死刑에 처한 일이 있고, 기타 新聞과 잡지 등에 公表된 자료에서 防衛關係정보를 수집하여 外國에 송부한 것도 제794조(a 項)에 위반한다고 한 사건이 있었다. 이런 사건은 최종심에서 無罪判決되었으나 防諜法에 의해 보호되는 國防정보의 범위, 처벌받을 행위의 범위 등 그 不明確性 내지 막연성이 문제되기도 했다.<sup>9)</sup>

이러한 가운데 美國에서는 秘密情報를 賣渡하는 間諜사건이 종종 紙上에 보도되어 防諜法으로 엄벌에 처하였으나 職業的 間諜活動을 억제하는데는 충분히 有效하지 못하다는 비판<sup>10)</sup>이 있

---

7) Gorin v. United States, 312 U. S. 19(1940) 典型的인 間諜사건의 分析은 Bank, Espionage : The American Judicial Response, An in Depth Analysis of the Espionage Laws and Related Statutes, 21 Am. U. L. Rev. 329(1972) ; United States v. Coplton, 88 F. Supp. 910(1949) 이 사건은 증거불충분으로 控訴審에서 破棄回附했다.

8) United States v. Sawyer, 213 F. Supp, 38(1963) ; Dubin v. United States, 363 F. 2d 938(1966).

9) United States v. Rosenberg, 195 F. 2d 583(1952). cert. denied, 344 U. S. 838(1952).

10) Emerson, National Security and Civil Liberties, 9 Yale J. World Pub. Order 78, 87(1982) (cited in Comment, Access to Information, at 426) ; United States v. Rosenberg, 195 F. 2d at 591에도 秘密情報의 外國에의 전달은 「憲法修正 제1조의 보호를 받을 자유로운 言論의 범위에 포함되지 아니한다」고 하였다 ; 최근의 예로서는 United States v. Lee, 589 F. 2d 980(1979) ; United States v. Kampiles, 609 F. 2d 1233(1979) ; United States v. Truong Dinh Hung, 629 F. 2d 908(1980). 右崎 前掲論文 PP.50~51의 註 再引用 참조.

었다.

### 3. 防諜法의 擴張適用

최근의 防諜法사건 중에는 종래의 적용한계를 (間諜행위의 처벌) 벗어난 것이 있다. 이것은 國家의 安全의 維持라는 이유에서 秘密보호의 요구와 憲法修正 제1조 보장의 言論·表現의 자유와의 충돌이 심각한 憲法문제로 등장하게 되었다.

예컨대, 베트남전쟁의 분명한 内幕을 Top Secret로 지정 받은 秘密 文書의 公表에 대하여 NYT신문을 상대로 政府側이 記事의 押留를 요구한 주된 이유는 防諜法위반이라는 혐의였다. 法院에서는 地法·大法院 등 모두 記事押留를 인정하지 않았다.<sup>11)</sup> 그러나 그 과정에서 新聞에의 防諜法 적용을 인정할 수 없다는 Douglas Black 法官의 의견에 대하여, 비록 위 文書의 公表가 犯罪는 되지 않는다 해도 그것을 報道기관이 故意로 保留하고 政府에 引渡라지 않는 것은 防諜法 제793조(e 項)에 위반된다는 R. Wait 法官 등의 意見이 있었다.

또 위 秘密文書의 公表에 관하여 Ellsberg 등이 防諜法 제793조(d,e 項)에 위반된다고 하여 起訴되었을 때 분명히 間諜목적을 갖지 아니한 그들의 행위에 防諜法을 적용한다하여 심한 비판이 있었고-나아가 이와 같은 擴張적용을 허용하는 제793조(d,e 項)는 과도한 광범성이 있기 때문에 憲法修正 제1조에 위반하여 무효라고 주장하기도 했었다.<sup>12)</sup>

1985년 海軍에 雇傭되어 분석 직무를 수행하고 있던 民間人

---

11) United States v. New York Times Co., 328 F. Supp. 324(1971) ; New York Times Co. v. United States, 403 U. S. 713(1971).

12) Nimmer, National Security Secretary Secrets v. Free Speech : The Issues L. Rev. 311. PP.324~327(1974).

모리슨이 偵察위성에 의해 撮影된 사진을 복사하여 英國軍事情報誌에 제공한 것이 故意로 防衛情報를 권한없는 자에게 제공한 것에 해당되므로 제793조(d.e 項) 등에 위반한다 하여 地法에서 有罪判決을 받은 사건이 있다.<sup>13)</sup>

문제의 寫眞은 Secret의 지정을 받은 것이었으나 이 사건에서는 被告人側에 合衆國을 危害할 意圖가 있다는 혐의가 있었다. 다만 法院은 이 점을 묻지 않고 有罪判決을 하였다.

被告人側이 제793조(d.e 項)에 해당하는 法院의 判決은 合衆國을 害할 기도를 요구하는 것이 아니라 「合衆國을 해하기 위하여 사용될 가능성이 있다고 믿을 만한 이유가 있는 情報」를 權限없는 者에게 故意로 제공한 이상, 그 行爲로 足하다는 政府側의 주장을 전면적으로 지지한 것이다. 이에 추가하여 合衆國의 情報수집능력에 관한 情報를 他國에 준 것이라고까지 하였다.

事件은 報道媒體에 情報제공을 防諜法위반이라 하여 처벌을 인정한 최초의 경우이다.<sup>14)</sup> 그러나 防諜法の 이와 같은 擴張적용에 대해서는 많은 批判이 있다. 즉 그와 같은 擴張이 허용된다고 하면 이제까지의 傳統的 政治수법인 報道에의 利用도 처벌될 가능성이 있고, 新聞記者의 취재활동에 도움을 주는 것도 幫助罪로서 처벌받을 수 있고, 더욱이 國家의 安全과 防衛政策에 관한 大衆에의 接近을 制限하는 것이 된다는 批判이 있다.<sup>15)</sup>

이상에서 본 바와 같이 防諜法の 擴張적용은 國家의 安全을 이유로 하는 間諜방지라는 名目下에 國家秘密 보호법제가 제한 없이 자기 增殖을 할 危險을 안고 있다. 어쨌든 防諜法이 憲法修正 제1조의 異議를 받지 않고 共存하는 시대는 끝났다고 한

13) United States v. Morison, 604 F. Supp. 656(1985).

14) 이 사건은 第4控訴法院에 控所되었다고 한다. Comment, Access to Information, P.412.

15) 憲法修正 제1조가 직접 쟁점이 되지 않았으나 최근의 防諜法の 擴張적용을 시사하는 예로서 United States v. Dedeyan. 584 F. 2d 36(1978) ; United States v. Zehe, 601. F. Supp. 196(1985).

다.<sup>16)</sup>

#### 4. 國家秘密의 指定과 節次法

國家秘密과 관련하여 실제 비밀을 누설했다고 하여 재판이 제기되었을 때 公開를 원칙으로 하는 재판에서 여하히 秘密을 維持할 것인가의 문제가 있다.

일본의 刑事事件에서는 政府가 비밀임을 이유로 證據서류의 제출을 거부하였기 때문에 충분한 立證을 할 수 없다고 하여 無罪를 言渡한 예가 있다. 英國에서도 이러한 문제에 대하여 같은 理論이 判例上 인정되었다. 특히 이 理論은 Andolschek 사건(贈收賄 사건)에서 Learned Hamd 法官에 의해 비로소 명백히 되었다. 그는 政府가 비밀특권을 주장하여 증거가 되는 書類제출에 應하지 않았기 때문에 有罪를 파기하는 判決을 했다.

이 判決에서 「文書가 犯罪行爲에 직접 관련되는 限 訴追는 그 文書가 갖는 비밀성을 상실시킨다」고 하여 政府는 訴追를 단념하든가, 文書を 완전히 公表하든가 둘 중 하나를 선택하지 않으면 안된다고 하였다.<sup>17)</sup>

秘密의 주장은 刑事訴追와 兩立되지 않는 것이다. 이 法理는 그 후 防諜法 위반에 관한 Coplon사건 控訴審判決에서도 같은 Hand法官에 의해 적용되었다.

요컨대 美國에서는 秘密을 누설하였을 때 處罰을 추구하면서 다른 한편 秘密이 무엇인가를 명확히 하지 않는 것은 허용될 수 없다고 하는 것이다.

16) 右崎 前掲論文 PP.51~52 및 註 再引用.

17) 判例時報 제769호 P.19참조 ; United States v. Andolschek, 142 F. 2d PP. 503~506(1944) 이 法理의 형성과 展開에 대하여는 江橋 崇 「行政秘密의 裁判上の 取扱에 關하여」(三) 『法學志林』 제74권 2·3호 P.54 이하에 자세하게 論述되었음.

그러나 聯邦議會가 秘密情報을 開示하거나 起訴를 단념하든가 하는 어려움을 解消하고 신속한 재판을 보장하여 被告人의 利益이 되도록 할 目的에서 1980년 秘密指定 情報節次法(Classified Information Procedure Act)을 제정하여 종래의 원칙에 약간의 수정을 가했다.<sup>18)</sup>

이 法律의 개요는 다음과 같다.

刑事재판에 있어서의 被告人이 자기 변호를 위하여 비밀지정 정보를 開示하고자 하는 경우에는 事전에 檢察官과 法院에 文書를 告知하지 않으면 안된다. 이 告知를 태만히 한 경우 法院은 그 開示를 저지시키거나 그에 관계있는 立證을 금지할 수 있다(제5조 a.b 項). 이 告知가 있는 경우 政府側은 당해 비밀정보의 利用의 可否를 決定하는 審理를 法院에 요구할 수가 있다. 이 심리는 非公開(in camera)로 행해지며 당해 정보의 開示가 合衆國의 安全에 identifiable한 損害가 발생한다는 司法長官의 先서 陳述書가 제출되면 法院은 被告人에게 開示 금지를 命할 수 있다(제6조a. c~e項).

秘密로 指定한 情報의 開示를 인정하는 決定에 대해서 政府側에게는 中間所訟(interlocutory appeal)의 제기를 용인하며, 그 경우 本案의 심리는 정지된다(제7조).<sup>19)</sup>

최근 이 法律에 의하여 다음과 같은 사건이 제기되었다.

과거 陸軍情報保安本部(INSCOM)에 근무한 被告人 스미스는 退職後 東京에서 소련의 間諜에게 INSCOM의 2重間諜作戰에 관하여 秘密指定情報을 賣渡하였다. 이에 防諜法 제794조 a項 등에 違反하였다하여 起訴되었다. 起訴後 스미스는 秘密指定情報節次法(CIPA)에 따라 자기 防禦를 위하여 秘密指定정보 이용여부를

---

18) Legislative history, Classified Information Procedure Act. 1980 U. S. Code Cong. & Ad. News 4294, 4303. ; Classified Information Procedure Act, 94 Stat, 2025(1980).

19) 右崎 前掲論文 PP. 52~53 참조.

분명히 할 생각으로 政府側에 통고하였다. 그의 주장에 의하면 그는 CIA의 두 남자로부터 說得을 받고 낚은 2重間諜網을 再編成하기 위하여 낚은 2重間諜의 身元을 분명히 하는 허위 情報를 賣渡하였다. 그것으로써 자기는 CIA를 위하여 일했다고 믿고 있다고 하였다. 그러나 CIA측은 그와 같은 사실이 아니라고 否定하였다.

政府側의 異議를 받은 地法은 CIPA의 節次에 의하여 審理한 후, 스미스의 主張의 일부를 인정하고, 그가 秘密指定情報를 利用하는 것을 인정하였다. 그리고 政府측의 中間소송의 제소를 받은 控訴法院도 일단 地法決定을 지지했으나 再審理의 결과 地法決定을 取消하기에 이르렀다.<sup>20)</sup>

이런 控訴審判決이 도전적이라는 評이 있으나 秘密유지를 위하여 判決사실의 일부가 公開된 判例集에서 削除되는 사태가 발생하였다. 이 判決절차 자체는 (IPA의 규정(제9조)에 따라왔다고는 하나 「苦心 끝에 만들어낸 非公開(IN Camera)의 司法절차를 거치는 것이 되어 거의 意味가 없게 되었다」고 한다.

聯邦議會의 의도는 秘密보호를 강화하는데 있는 것이 아니라 逆으로 政府에 의해 秘密이라 주장하는 證據서류(혹은 그에 대체되는 資料)를 法廷에 제출케 하는 義務를 政府에게 과함으로써 國家秘密에 대한 司法的 統制의 강화에 두고 있다. 그러나 이 사건을 보는 한 議會側의 의도는 완전히 빗나갔다고 하겠다.<sup>21)</sup>

### Ⅲ.獨逸의 國家秘密保護法과 그 適用動向

---

20) 이에 관한 判例는 다음과 같은 것이 있다.  
United States V. Smith, 592 F. Supp. 424(1984) ; United States v. Smith, 750 F. 2d 1215 (1985) ; United States V. Smith, 750 F 2d 1102(1985).

21) Elger &Schmidt, Article II. P. 389 ; 地法判決도 4개처에 걸쳐 秘密이라 추측되는 부분을 判例集에서 解除하고 있다고 한다. 右崎 前掲論文 P.53 註 再引用.

## 1. 國家秘密保護의 概要

自由民主國家에서는 「國家비밀」과 「國民의 알 權利」 및 報道의 자유에 대하여 法的 關係가 어떻게 조정되어야 하는가에 立法上·判例上 各樣하여 苦心이 보인다.<sup>1)</sup>

獨逸에서는 1968년 刑法 제93조 1항에 「國家秘密」을 定義하고 있으나 同條 제2항에는 「自由民主主義的 基本秩序에 反하는 사실과 協定國家와 체결한 軍備제한에 違反한 事實」은 이른바 「違法秘密」(illegales Geheimnis)이라 하여 國家비밀에 해당하지 않는다고 한다. 이 違憲秘密이라는 思考는 1920년대 독일 바이마르期에 平和主義者들이 外患罪 訴訟과 싸우기 위하여 주장한 것이었다.<sup>2)</sup>고 한다.

제2차 大戰後 1951년 8월 刑法의 제1차 改正때 刑法 제100조 3항에 그 징후적 條項이 있었고, 1968년 제8차 刑法改正에서 立法化 되기에 이르렀다. 그러나 例外 規定(제97조 a. 97조 b.)이 있었다. 이와 같이 西獨에서는 “國家秘密”을 立法에 의해 限定하고, 言論·出版의 자유로서의 알 權利를 보장하려는 것이었다.

이와 같이 立法에 의해 “國家秘密”을 한정하려는 노력 외에 法院의 判決 또는 判例理論에 의해 限定하려는 경향이 있다. 예컨대 1966년 西獨聯邦憲法裁判所에서는 自由民主的 基本秩序에 있어서 軍事를 포함한 國家행위는 國民의 비판과 同意하에 있는 것이 본래의 자세하고 판결하였다.

---

1) 石村善治 「西ドイツにおける國家秘密保護法制」 『法律時報』 通卷第702號 P.38 ; H. U. Jerchke, Öffentlichkeits Pflicht der Exekutive und Informationsrecht der Press, PP.135~138 (1971).

2) 독일의 “違法秘密”에 대해서는 前記 石村 「情報의 자유와 國家秘密-Weimar共和國과 西獨問題와 關聯하여 --」 『法律時報』 1971年 9月號 PP.31~38 ; G. Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das Verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (1969)도 참조.

또 美國法院의 判決과 判例理論에서도 “國家秘密”의 限定을 볼 수 있고, 最近의 英國 陪審員에서도 1982년 아르헨틴 軍艦포격사건에 대하여 公務員의 폭로행위를 「公務秘密法」(Official Secret Act) 제2조에 해당하지 않는다고 한 事例도 여기에 해당된다고 하겠다.<sup>3)</sup>

## 2. 1951년 改正刑法

제2차大戰후 西獨은 1946년 1월 30일의 「管理委員會法」(Kontrollratsgesetz)의 제11호에 의해 나치스期 1934년 刑法의 제80~94조까지 反逆罪, 外患罪規定을 삭제하였다. 그리고 西獨 基本權(1949년 5월 23일 公布) 제143조에는 잠정적인 治安規定을 두었다. 그후 1950년 후의 급속한 世界정세의 변화와 相應하여 1951년 8월 30일 제1차 刑法改正(이른바 電光法(Blizgesetz))에 의해 基本法 제143조는 폐지되고, 反逆罪, 國家危險罪, 外患罪(제80~101조)가 復活 再編成되었다.

이와 같은 제1차 刑法改正은 暴力을 요건으로 하지 않은 國家危害(Staatsgefährdung)罪를 창설한 것이다. 刑法改正조항 중에 「憲法秩序」의 변경(제80조), 「憲法의 基本原則」(제88조 2항)을 규정하고 이 규정으로 이후 裁判實例에서 「政治司法」(Politische Justiz), 「思想 재판」(Gesinnungs Verfolgung)의 支柱가 되었다<sup>4)</sup>고 한다.

---

3) 1982년의 아르헨틴 군함포격사건 (Belgrano Affair) 에 대하여 英國의 公務員(Civil Ponting)이 폭로한 사건이다. 당사자(Civil Ponting)이 폭로한 사건이다. 당사자(C. Ponting)의 보고서 “the Right to Know. The Inside Story of The Belgrano Affair (Sphere)” 1985. P.214에는 英國의 “國家비밀법”의 제정사와 기타 비판적 견해가 있다고 한다. 石村, 前揭論文 P.39 註도 참조.

4) Hans Čopić, Grundgesetz und Politisches Strafrecht neuer Art (J, C, B, Mohr (Paul Siebeck)) 1967 ; 思想재판이란 말은 주로 DDR의 문헌에서 볼 수 있는데 제1차 改正刑法을 主題로 한 DDR 발행의 것으로는 Gerhard Kühlig, Die Bonner Strafrechtsänderungs gesetzte (VEB Deutscher zentralverlay) 1957 등이 있다. 石村 前揭論文 P.40.



「國家秘密」에 관해서는 제3장 外患罪(Landesverrat) 規定에서 제99조~101조에 걸쳐 규정하였다. 제99조 外患罪는 다음과 같이 규정하고 있다.

① 國家秘密이라 함은 西獨聯邦共和國 또는 支邦의 복지(Wohl)를 위하여 他國政府(fremde Regierung)에 대하여 秘密로 해야 할 사실(Tatsachen)·物件(Gegenstände)·知識(Erkenntnisse), 특히 文書·圖書·模型 등 또는 이에 관한 報道(Nachrichten)를 말한다.

② 漏泄이라 함은 故意로 國家秘密을 權限없는 자(Unbefugten)에 引渡하거나 또는 公表함으로써 西獨聯邦共和國와 支邦의 福祉에 威脅받게 되는 것을 말한다.

③ 「聯邦議會議員은 사실관계와 法律관계를 良心的으로 심사하여 相反된 諸利益을 衡量한 후 聯邦 또는 支邦의 憲法的 秩序에 違反함을 聯邦議會, 聯邦議會委員會에서 비난할 義務가 있다. 이러한 비난은, 國家秘密을 公表함으로써 基本法과 支邦憲法위반을 사전에 방지하려는 행위이므로 違法이 되지 않는다」고 하였다.

이 條項은 1968년 제8차 改正刑法 제93조 2항의 「違法秘密」로 變化된 규정이다. 그러나 한편 1951년 제1차 改正刑法에서는 종래의 傳統的 國家비밀보호법제가 「外國政府」(ausländische Regierung) (§88 I StGB 1934)에 대하여 漏泄한 경우 처벌한다고 했는데 이에 대하여 「外部의 政府」(fremde Regierung) (제99조 1항) 또는 「權限없는 者」(제99조 2항)에게 漏泄한 경우 처벌한다는 등으로 改正하여 聯邦民主共和國(DDR) 政府와 政黨, 利益團體 및 그 구성원과 접촉하는 것도 처벌하도록 규정하고 있다(제100조 e). 그리고 國家비밀에 속하는 文書 등을 改

---

註 2·3·4 再引用.

造하거나 變造하여 그것을 국가비밀의 진실인 것처럼 하고 권한 없는 자에게 引渡하거나 公表하여 國家에 위험을 끼치는 행위도 處罰된다(제100조 a)고 하였다. 이와 같은 행위는 「外患罪的 誤報」(landesverräterische Fälschung)라고 하여 바이마르 共和國 시대에도 문제되었었다. 바이마르시대에는 法律化되지 않고 1933년 2월 28일 緊急命令(獨逸民族에 대한 배신과 反逆的 政策을 단속하는 緊急命令)제2조에 의해 규정되었다. 이것이 제1차 改正 刑法에서 再登場한 것이다.

이와 같이 外患罪的 誤報의 처벌은 국가비밀이 진실이든 아니든 또는 비밀로 해야할 내용이든 아니든 간에 政府側이 이를 분명히 밝히지 않고 처벌할 수 있게 하였다.<sup>5)</sup>

### 3. 1968년 改正刑法과 「違憲秘密」

1968년 제8차 改正刑法 제93조 1항에는 「國家秘密이라 함은 聯邦共和國의 外的 安全에 대하여 중대한 不利益을 방지하기 위하여 特정한 人的범위에 있는 자에 限하여 近接할 수 있고, 外部 勢力(fremde Macht)에 대하여 秘密로 하지 않으면 아니될 事實·物件·知識을 말한다」고 하였다.

이 國家秘密의 定義에 대하여 제93조 제2항에는 이른바 「違憲秘密」을 규정하고 있다. 그러나 이러한 「違憲秘密」의 규정은 제97조 a와 제97조 b에 의해 限定된다.

제97조 a(違憲秘密의 漏泄) 「제93조 2항에 違反은 國家秘密이 아닌 秘密을 外部勢力 또는 그 中介者에게 傳達(mittellen)함으로써 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 중대한 不利益의 危險을 초래

5) 바이마르, 나치스期の 「外患罪的 誤報」에 대하여는 前記 石村 論文 PP.33~34참조 ; G. Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften(O. Schmidt) 1969,S. 55ff.도 참조.

한(herbieführen) 자는 外患罪에 해당하는 자(제94조)와 똑같이 처벌된다. 제96조 1항과 제94조 1항 1호는 本條 1段에 정하는 비밀에 대해서도 적용된다」고 하였다.

제97조 b(違法秘密의 誤認에 의한 漏泄) (1) 國家秘密을 제97조 a에 규정한 비밀이라 오인하여 제94조 내지 제97조에 해당하는 행위를 한 자로 ① 그 誤認이 本人의 責任에 돌아가는 경우 ② 誤認한 위반사실에 반대하는 의도로써 행동하지 않는 경우, ③ 그 행위가 그 目的을 위한 적절한 수단이 아닌 경우에는 당해 조항에 의해 처벌된다고 하였다. (2) 公務담당자(Amtsträger) 또는 聯邦國防軍의 兵士인 자에게 國家秘密이 근무상 信託되었거나 또는 당해인이 接近할 수 있는 경우 公務담당자는 근무상의 上司에게, 兵士는 訓練上的 上官에게 事前에 支援을 요구하지 않으면 처벌받는다. 公勤務上 특히 義務를 지고 있는 경우와 제353조 b 2항에 의해 義務가 課해진 자도 같다고 하였다.

前者 제97조 a의 규정은 「違憲秘密」을 外部세력이나 仲介人에게 전달한 경우 外的 安全에 대하여 중대한 不利益의 초래라는 두가지 例外에 대하여 處罰한다는 것이며, 後者인 97조 b는 公務員에 대하여 誤認의 책임, 反對의 의도 및 行爲目的과 수단의 적합성을 접한 규정이라 할 수 있다.

요컨대 國家秘密에 대하여 「違法秘密」을 例外로 규정한 것으로써 이는 「國家秘密」에 대한 「自由民主의인 基本秩序」와 「協約國間의 軍備制限違反」의 優位를 保持하려는 것이다. 이 兩者間의 對抗관계는 基本的으로 「國家秘密」對 「國民의 알 權利」, 「國家秘密」對 「國家行爲의 公開原則」 또는 「國家秘密」對 「平和主義」이기도 하다.

西獨刑法에서의 「違法秘密」 조항은 이런 基本的 對抗關係에 대한 하나의 前進的 方向의 제시이며, 例外의 例外라는 어려운

규정임을 나타낸 것이라 할 것이다.<sup>6)</sup>

#### 4. 刑法 제99조 제1항 合憲判決

西獨刑法에는 「國家秘密」에 探知, 漏泄, 傳達, 公表에 대하여 자세하게 규정하고 있다(제94조~99조). 또 「外患罪的 誤報」(제100조 a)와 「職業的 諜報行爲」(landesverräteische, geheimdienstliche Agententätigkeit)(제98·99조)에 대하여 규정하고 있다.

刑法 제94조에는 「(1) 國家秘密을 1. 外部勢力 또는 그 中介者에게 傳達하거나 (2) 기타 權限없는 자에게 獨逸聯邦共和國에 不利益을 주거나 外部勢力에 利益을 주거나 또는 公表함으로써 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 重大한 不利益의 危險을 가져오게 한 자는 1년 이하의 自由刑에 처한다」고 규정했다.

제96조에는 「官廳또는 그 指示에 의해(auf deren Veranlassung) 秘密로 된 國家秘密」을 公表하기 위하여 「探知」하는 것도 처벌된다고 하였다. 제8차 改正刑法의 立法者는 職業的 諜報 행위자와 國民의 알 權利를 위하여 記者의 活動과 구별해야 한다고 했다. 특히 이점은 刑法 제99조 1항 1호에 대하여 憲法 위반이라는 訴訟이 제기되었는데 이에 대하여 聯邦憲法裁判所에서는 1981년 5월 26일 第2院決定(Beschlu@v.26.5.1981=BverfGE57.250)에서 同條 1항 1호의 合憲判斷을 내린 바 있다.<sup>7)</sup>

제99조(諜報活動)1항은 다음과 같이 규정했다.

6) 石村 前掲論文 PP. 41~42.

7) 刑法 제99조 특히 1항 1호에 대하여 批判的인 見解도 있다. 최근의 대표적인 것으로는 Klaus Dammann, Geheimdienstliche Agetentätigkeit(§99 StGB)--Relikt des Kalten Krieges, "Demokratie und Recht"(DUR) 2/1985 SS.188~201 ; Pabst, Zum Begriff des geheimdienstlichen Tätelschaft in 99Abs. 1 StGB. JZ 19711, SS.427~430 ; F. C. Schraeder "Der Schutz Strafbezogener, Daten im Stafrecht, NJW 1981. SS.2278~2283 등이 있다. 石村 前掲論文 P.43 및 P.45의 註3 再引用

(1) 1. 外部세력의 諜報기관(Geheimdienst)을 위하여 獨逸聯邦共和國을 敵對로 한 事實, 物件 또는 知識의 전달과 교부를 목적으로 한 諜報活動을 행한 者, (2) 外部세력의 諜報活動 또는 그 中介者에 대하여 諜報活動을 행할 것을 表明(sich erklären)한 자는 그 行爲가 제94조, 96조 1항, 97조 a 또는 97조 b(제94조, 96조 1항과 關聯)에 의해 처벌되지 않는 경우에 限하여 5년 이하의 自由刑 또는 罰金刑에 처한다」고 규정하였다.

本聯邦憲法裁判所의 決定은 바이에른州議會SPD議員(Dr. Cremer)이 누차 獨逸民主主義共和國(DDR)을 방문하여, 同國 諜報部員과 접촉을 가졌다는 이유로 起訴되어, 刑法 제99조 1항 1호에 의해 2년 6월의 自由刑과 公民權停止의 有罪判決을 받은 사건에 관한 憲法訴願에 대한 判決이다.

이 決定의 바이에른州 高等法院의 사실인정에 의하면, 同議員은 1974년부터 1979년 체포될 때까지 定期的으로 적어도 11회에 걸쳐 「聯邦民主主義共和國 國家治安部職員」(Mfs)과 相逢하여 獨逸聯邦共和國의 政治領域에 관한 知識을 건내주었다는 것이다.<sup>8)</sup> 이에 대하여 當議員은 聯邦憲法裁判所에 다음과 같은 이유로 憲法訴願을 제기하였다.

① 刑法 제99조 1항 1호는 그 構成要件이 不明確하여 法治國家原理에 위반한다. ② 同號는 基本法 제5조 1항의 表現의 自由로서의 알 權利의 위반한다. 또 獨逸民主主義共和國의 國民과의 對話를 阻止하는 것은 基本權의 兩獨逸 再統一의 요청에서 볼 때 의심스럽다. ③ 同號는 國家의 安全을 侵害하지 않는 경우에도 처벌하나, 이 점은 刑法 제94조 1항 2호에, 國家秘密을 公表해도 그 公表가 聯邦共和國을 不利하게 하고, 他勢力을 有利하게 할 의도가 없는 限 처벌되지 아니한다고 규정한 것과, 違法秘密

---

8) 石村 前揭論文 P. 43.

을公表해도處罰되지 아니한다(刑法 제93조 2항, 97조 a)와比較해 볼 때 一般的 平等原則에 違反한다. 또 具體的 構成要件이 缺如되어 있고, 恣意的이다. ④ 바이에른州 高等法院의 判決은 法院이 證據취급에 있어서 一方的으로 申請人에게 立證責任을 지우고 있음은 平等條項(基本法 제3조 1항)에 違反한다. ⑤ 訴訟節次에 있어서도 刑訴法 제251조 2항에 證人の 法廷심문을 할 수 없는 경우에는 다른 심문조서와 本人이 쓴 文書を 法廷에서 朗讀하도록 허락하고 있으나, 이 判決에서는 證人될 자를 國家기관이 住所를 감추어 두고, 그 文書만 조사한 것으로 판단하였다. 이러한 절차는 刑事訴訟法上의 直接性原則 및 公正節次原則에 위반한다. 또 刑訴法 제251조 2항은 나치적 觀念에 의한 것이므로 憲法上 의심스럽다.<sup>9)</sup>

이에 대하여 聯邦憲法裁判所에서는 다음과 같이 決定을 내렸다(이하 要約).

1. 刑法 제99조 1항 1호는 基本法과 합치한다. 특히 基本法 제103조 2항(明確性的 原則 = 罪刑法定主義)와 基本法 第5條 1項(表現의 自由)에 위반하지 않는다.

2. 刑訴法 제251조 2항은 被告人의 法治主義的 刑事節次, 특히 公正刑事節次에 위반하지 않는다. 本項이 規정한 證人을 「확보하지 못했다는 것」(Unerreichbarkeit)은 官廳에 의한 拒否, 예컨대 本人의 居所를 알리는 것을 거부하거나 公務員의 秘密保有義務에 관련 있는 사항에 대하여 그 部下에게 許可하지 않는 경우에도 決定理由에서 든 基準이 法治主義·公正刑事節次에 위반하지 아니한다.

3. 被告人의 公正節次를 요구하는 請求權과 「傳聞證據」의 證據자료와는 原則적으로 모순되지 아니한다. 분명히 이 증거자료

---

9) 石村 前掲論文 P.43~44.

를 일정한 限度에서 信賴하려면 사실심재판의 증거가치평가 및 그 이유를 특히 필요로 한다. 특히 이 점은 證據人的 匿名의 경우에도 들어맞는다.

聯邦憲法裁判所는 이 決定에서 刑法 제99조 1항 1호를 合憲이라 판단하였다. 이 판단에는 西獨의 國家秘密法制的 制限없는 擴大要因이 포함되어 있다. 즉 本號의 대상영역은 「古典的 諜報(Klassische Spionage)」을 초월한 것이라 하고, 刑法 제99조 1항 1호의 合憲性を 判示하였다.<sup>10)</sup>

諜報기관의 노력은 오늘날 外國의 모든 사항을 체계적으로 탐사하고 그것에 의해 그 나라의 軍事的·政治的·經濟的·精神的·道德的 힘의 全體像을 최대한 파악하려는데 있다. 이와 같은 기초 위에 自國의 潛在力의 계획적인 構築을 하게 되며, 外國의 弱點을 利用하여 國際政治에서의 權利·政治上의 優위를 획득한다.

그럼에도 불구하고 憲法裁判所의 決定에 대하여 裁判과 刑法 제99조의 解除요구는 있다. 이에 대한 批判 論文은 註11참조, 그리하여 諜報活動의 구성요건을 憲法的 限界下에 두는 것이 적합하다고 보고 改正案(1985年 現在)이 나왔다.

그 內容을 보면 「意識的으로(Wissentlich) (1) 諜報活動으로서 明確한(Kennzeichnend) 수단·방법에 의하여 특정한 범위에만 接近할 수 있는 사실, 物件, 知識을 傳達하고, 교부하기 위하여, 聯邦共和國을 敵對하고, 外部세력의 諜報기관에 協力한 者. (2) 外部세력의 諜報기관 혹은 그의 中介者에 대하여 協力を 이미 表明하여 聯邦共和國이 중대한 不利益을 초래케 한 자는……自由刑에 처한다」고 하였는데, 이 改正案의 限定은 主로 「意識的으로」와 「諜報활동으로써 明確한 방법·수단」에 두고 있

---

10) 石村 前掲論文 PP. 43

다.<sup>11)</sup>

결과적으로 西獨의 國家秘密保護法制는 그 필요성과 불필요성의 根本的 해결을 東西獨의 協助, 理解, 統一 등에 두고 나아가 國際平和와 軍備 철폐에 두고 있다고 하겠다.

#### IV. 프랑스의 國家秘密保護法과 그 適用 動向

프랑스에서는 報道의 자유에 대한 國家秘密(Secret de la défense nationale)의 관점에서 刑法에 규정하고 있다. 刑法은 1960년에 改正되었는데 本稿에서는 改正된 刑法을 中心으로 하고 필요한 경우에 舊 刑法규정을 비교해 보고자 한다. 그리고 公務員에 적용하는 刑法上的 秘密漏泄罪와 公務員法上 公務員의 「職業上의 秘密守護義務」(obligation de discrétion professionnelle)에 관해서도 고찰하고자 한다.<sup>1)</sup>

11) 刑法 제99조 改正案에 반대하는 聯邦參事院 兩院協議會議長 Friedrich Vogel 論文에 의하면 刑法 제99조 위반혐의로 수사는 1980년 761건이었다고 한다. 또 「警察統計」에 의하면 外患罪·諜報활동에 의해 수사가 행해지고 終了한 건수는 1977년에 313건, 1978년에 431건, 1979년에 496건, 1980년에 568건이라 하였다.

F. Vogel, Der Straftatbestand der geheimdienstlichen Agententätigkeit-Kein Experimentierfeld für den Gesetzgeber, ZRP, 1982 Heft 2, SS.38~40 ; 이외에 金屬産業勞動組合은 제14회 組合 총회에서 제99조의 폐지를 요구했다고 한다. 石村 前掲論文 PP.44~45 및 同註 5·6·7도 참조 ; 石村善治, 「西ドイツの知る權利と情報公開」 清水英夫編, 『情報公開と知る權利』 PP.153~169 ; 朝日新聞 情報公開取材班, 『情報公開 世界の現狀 : 開かれた政府を』, (1981)도 참조.

1) 프랑스는 1789년의 人權宣言을 現行의 1958년 헌법 前文에서 再確認하고 있고, 헌법상의 권리로써 보장하고 있다.

또 알 권리는 現代의 民主主義 구성요소로서 「알릴 권리와 알 권리」의 2중의 보도를 받을 권리(droit à l'information)로 변천되어 왔다. 그리고 「新聞의 자유는 기본적으로 新聞의 자유가 아니라 公衆(public)의 자유이어야 하며, 모든 사람에 대한 모든 사람에 의하여 알 자유, 알릴 자유가 보장되어야 한다. 이런 의미에서의 보도의 자유의 개념을 파악하고자 한다.

F. Goguel, et A. Grosser, La POLITIQUE EN France, édit., a. Colin, 1970. P. 195 ; B. Voyerne, La Presse dans la société contemporaine, 4 édit., A. Colin, 1971, PP. 277~



## 1. 刑法에 의한 國防의 秘密侵害罪

1960년 6월 4일 刑法에 「國家의 安全에 대한 重罪와 輕罪」의 規定으로 改正하고 舊刑法上 규정인 「國家의 對外的 安全」과 「國家의 對內的 安全」의 구별을 폐지하였다.<sup>2)</sup>

먼저 報道의 自由의 制限이 되는 國防秘密의 보호는 다음 세 가지의 秘密을 규정하고 이에 위반할 때 처벌하도록 改正하였다.

(1) 제1비밀은 國防上 利益으로서 軍事的·科學的 또는 工業的 情報이다. 즉 舊刑法 제78조 1호~2호에 對應하는 國防利益에 관한 情報이다. 新刑法 제75조에는 「國防의 利益에 秘密이 保障되지 않으면 안된다. 그 知得이 國防비밀의 발견에 유도되는 情報(renseignement), 物件(object), 또는 文書(document) 이거나 혹은 工業技術(Procédé) 등의 직무상 有資格者에 의한 모든 保管者(gardiene) 모든 受託者(dipositaire)는 反逆 또는 間諜의 意圖가 없다 하더라도 그것을 再收錄하거나 再收錄으로 간주되는 경우」(제1호)에, 「資格없는 자 또는 公衆에게 知得시키거나 知得으로 看過한 경우(제2호)에는 「10년 내지 20년의 刑事拘禁(détention criminelle)에 처한다」고 규정했다.

여기서의 「情報」라 함은 軍事的 情報 외에 國防上 필요에 의한 요구의 限度內에서 經濟的, 工業的, 財政的, 科學的 情報를 포

---

278 ;中村睦男 「フランス-國防の秘密侵害罪および公務員の秘密保守義務」 『ジュリスト』 1972. 6. 15(No.507) P.86도 참조.

2) 國防의 秘密侵害罪에 대한 문헌은 다음과 같은 것이 있다. H. Blin, A. Chavanne et R. Drago, Traité du droit de la Presse, Librairies techniques, 1969, P.78 et suiv. ; R. Pinto, La liberté d'opinion et d'information, Domat-Montchrestien, 1955, P. 114 et suiv. ; M. Sénéchal, Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées, L.G.D.J., 1964, P.129 et suiv. ; J. B. Herzog, Atteinte à la sûreté de l'Etat, Encyclopédie Dalloz, Droit criminel, t I.P. 171 et suiv. ; Ph. Schneyder, La divulgation du secret militaire et la Presse, La Revue administrative, 1965, P.26 et suiv. ; A. Vitu, Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'Etat, J.C.P. 1960, Doctrine, 1578 ; 中村 前掲論文 P.87 註1 再引用.

함하며, 경우에 따라서는 社會學的, 人口學的 情報도 포함된다고 한다. 그리고 「物件 또는 文書」라 한은 備品, 書類, 圖面, 計劃, 寫眞, 設計 등을 말하며, 「工業技術」이라 함은 工業的, 科學的인 發明을 의미한다. 그 예로서 原子核分裂의 新技術, 大陸間 彈道 發사를 위한 최근 발명의 發動機연료제조기술 등이 그것이다.

新刑法 제76조에는 제75조의 秘密의 保管者, 受託者 이외의 자가 犯한 경우에는 「5년 내지 10년의 刑事拘禁에 처한다」고 했고, 「資格없는 자 또는 公衆에게 知得케 하거나 知得으로 간주되는 행위 또는 「漏泄을 擴大」하는 행위까지 처벌하도록 추가하였다.

그리고 新刑法 제75조에 「직무상 또는 자격자에 의하여」라는 모든 「保管者」 또는 「受託者」로 되어 있는데 이것은 원칙적으로 公務員을 대상으로 한 것이다. 그러나 秘密의 受託을 맡은 私人也 대상이 된다고 하였다. 新刑法 제76조에서는 기타의 제3자도 문제되는데 여기에는 비밀정보를 신문에 暴露한 신문기자까지 포함되며, 더욱이 「漏泄擴大者」에 대하여는 이미 公表된 정보를 신문에 再報한 신문기자와 편집자까지 대상이 된다고 한다.<sup>3)</sup>

(2) 제2비밀은 舊刑法 제78조 제3호에 對應한 新刑法 제78조에 國防을 명백히 침해하는 성질을 가진 軍事보도이다. 즉 「權限 있는 當局에 의해 公表되지 않은 사항을 反逆 또는 間諜의 의도 없이 그 漏泄이 명백히 國防을 害하는 성질을 가진 軍事보도를 자격 없는 자 또는 公衆에 知得케 한 모든 프랑스人 또는 외국인은 1년 내지 5년의 禁錮에 처한다」고 하였다.

이 새로운 규정은 종래의 규정보다 다음 세 가지 점이 改善되

---

3) A.Vitu op. cit., n°37, 46 ; H. Blin, A. Chavanne et R. Drago. op. cit., P.78 ; 中村, 前掲書 P.88 註1・2・3.

었다고 한다. ① 刑의 輕減으로서, 舊法에는 戰時에는 有期徒刑, 平時에는 1년 내지 10년의 禁錮刑으로 되어 있던 것이 戰時平時를 불문하고 1년 내지 5년의 금고형으로 규정하였다. ② 軍事보도의 公表權限을 종래에는 「政府」로 限定했었으나 「權限있는 當局」으로 확대하였다. ③ 종래에는 「모든 종류의 軍事보도」로 되어 있었으나, 「그 누설이 國防을 명백히 害하는 성질을 가진 것」에 限定하고 있다. 따라서 法院은 비밀누설의 「有害性」과 「明白性」을 판단하게 되었다.

그 판단은 비밀을 公表할 것인가 아니할 것인가에 대하여 市民의 良識과 市民精神에 비추어 결정되지 않으면 안된다고 하였다.

(3) 제3의 비밀은 政府에 의해 公表되지 않을 뿐만 아니라 그 公表가 法令에도 禁止하고 있는 軍事的 보도이다. 舊法 제78조 4호를 유지한 新法 제79조의 규정이다. 즉 反逆·間諜重罪와 國防에 대한 他의 侵害罪의 主犯과 共犯者를 발견하여 체포하기 위한 조치, 訴追와 豫審의 進行, 判決法院에 있어서의 辯論에 관한 情報를 資格없는 자에게 전달하거나 公表」(제6호)한 모든 프랑스인 또는 外國人은 「戰時에 있어서는 10년 내지 20년의 刑事拘禁」, 「平時에 있어서는 1년 내지 5년의 금고, 3千내지 7萬프랑의 罰金」에 처한다고 하였다.

이상에서 본 바와 같이 1960년의 改正刑法의 特色의 國防의 비밀의 개념을 보다 柔軟하게 함으로써 그만큼 法院의 判斷의 여지를 중대시키고 있다고 하겠다.<sup>4)</sup>

---

4) 同旨 中村, 前掲書 P.88.

## 2. 秘密의 存在에 대한 法院의 判斷權

新法 제79조에 규정된 國防에 대한 侵害權의 訴訟에 관한 제3의 비밀에 대하여 法院은 직접 비밀의 존재여부를 확인할 수가 있다. 그러나 앞에서의 제1, 제2비밀에 대하여는 政府當局의 의견의 聽聞이 불가결하다. 이 경우 政府당국의 의견이 法院의 판단의 한 要素에 그치는가, 法院의 判斷을 拘束하는가가 문제된다. 이에 대하여 특히 흥미 있는 문제 제기로는 1949년에 발생한 「將軍事件」(affaire des généraux)이다.<sup>5)</sup>

général Revers는 인도네시아 政策에 政府와 의견 대립이 있어서 1949년 12월 7일 陸軍참모총장의 직위에서 해임되었다. 그런데 이미 1949년 봄에 Revers 將軍은 베트남에 파견되었을 때 한 보고서를 제출했다. 이 보고서에는 政府를 비판하고, 긴 안목으로 볼 때 인도네시아 문제는 軍事的 해결보다 外交的 해결이 바람직하다고 示唆하였다. 그런데 1949년 12월 美國의 타임誌에서는 Revers 장군의 解任의 진짜 이유는 어떤 사람이 이미 Revers 의 보고서 寫本을 가지고 있는 것이 발견되었기 때문이라고 하여 이것을 폭로하였다. 議會는 곧 이 사건의 眞相을 가리기 위하여 調查委員會를 설치하였다.

議會에서 중심이 된 論點은 비밀누설이 발견된 후 豫審判事가 國防長官에게 누설된 보고서가 舊刑法 제78조의 國防의 비밀을 구성하는가 아니하는가의 의견을 물은데 대하여 國防長官은 문제를 法廷에 委任하고 싶지 않다하여 秘密文書에 해당되지 않는다고 답하였다. 따라서 이 의견을 받은 豫審判事는 免訴決定을 하였다. 이 점 國防長官이 비밀문서에 해당하지 않는다고 한 의견이 法官을 구속하는 것인가 아니한 것인가에 문제가 있다.

5) 「將軍사건」에 관해서는 M. Sénéchal, op. cit., PP.142~146 ;中村, 前掲書 PP. 88~89.

이 문제에 대하여 國防長官은 「長官은 자기의 개인적 의견을 말한 것이다. 즉 자기의 의견은 사법상의 행위나 결정이 아니고 長官이 자기의 良心에 따라 表明한 의견이다. 나는 良心에 따라 押收된 文書가 軍事的 비밀에 해당되지 않는다고 의견을 진술하였다. 이 의견은 法官을 구속하는 것은 아니나 法官의 판단에 대단히 중요한 요소가 되어 免訴결정한 것이다」라고 議會에서 답변하였다.

여기에서 長官의 의견이 法官을 구속하는 것은 아니지만 法官의 판단에 중요한 요소가 됨을 분명히 알 수 있다. 또한 議會의 調査委員會에서는 國防長官이 「자기의 결정이 國益의 고려에 따라서 한 것」이라는 것을 명백히 하고 있다.

이 「將軍事件」 사건에 대하여 M. Sénéchal은 長官의 의견이 法律上은 아니라 하더라도 사실상 法官을 구속하고 현저한 예라는 것을 지적하고, 新刑法 제75조의 제1의 비밀에 대하여 法院이 專權的 權限(Pouvoir Souverain)이 있다는 通說的 견해는 이름 뿐이고, 실제상의 권한은 政府 당국에 있다. 이 점은 경우에 따라 軍人과 市民의 表現의 자유를 침해하는 위험성이 있다고 지적하였다.

이에 대하여 R. Pinto는 法院의 판단권과 政府의 의견과의 관계를 두 가지 경우로 나누어 보고 있다. 첫째는 누설된 文書가 國防의 비밀에 해당한다고 판단되는 경우에 法院이 전적으로 판단권을 가지고 있고 政府의 의견은 전문가의 한 의견으로서 價値를 가질 뿐 法官을 구속하지 않는다는 것이다. 둘째는 누설된 文書가 國防의 비밀에 該當하지 않는다고 政府가 판단한 경우에 法官은 政府의 판단에 구속된다는 것이다. 이 후자의 경우 政府가 가지고 있는 秘密의 公表權限을 사후에 행사하여 秘密의 公表를 사후승인한 것이라 해석하기 때문이다. 「將軍事件」은 이

둘째 경우로서 長官의 판단이 法官을 구속하는 것을 이유로 이 사건에서의 免訴判決의 결과가 是認되었다는 것이다.<sup>6)</sup>

여하튼 「將軍事件」은 國防의 秘密에 해당되지 않는다는 방향에서 해결되었기 때문에 表現의 自由의 침해문제는 일어나지 않았다.

그러나 逆으로 政府가 國防의 비밀에 해당한다고 판단하는 경우에는 政府의 의견과 法院의 判斷權과의 관계에 Pinto가 주장하는 바와 같이 法院이 전적으로 判斷權을 가지게 되므로 表現의 自由 침해의 위험성은 적어진다<sup>7)</sup>는 것이다.

### 3. 公務員의 守秘義務

#### (1) 刑法 제378조에 의한 秘密漏泄罪

刑法 제378조는 秘密漏泄罪의 대상으로서 「醫師, 外科醫師, 기타 保健管理(Officiers de santé), 藥師, 助産員」을 例示한 외에 「身分 또는 직업에 따라 臨時的·恒久的의 직무에 자기에게 위임된 秘密의 受託者와 그 외 모든 자가 秘密을 누설한 경우에는 1월 내지 6월의 禁錮, 5만프랑 내지 30만프랑의 벌금에 처한다」고 규정하고 있다.

이 규정은 基本的으로 例示된 醫師 등을 대상으로 하고 있으나 「受託者이외의 모든 者」로 되어 있어 公務員에게도 적용된다.<sup>8)</sup> 그러나 公務員 비밀에 대하여는 行政의 利用者인 私人의 비밀보호에 한정하며, 行政자체의 비밀보호는 본 규정의 대상이 되지 않는다고 한다.<sup>9)</sup>

6) R. Pinto, op. cit., PP.117~118 ; 中村, 前掲書 P.89의 註에도 같은 引用.

7) 자세한 내용은 中村, 前掲書, P.89 참조.

8) 「이 외의 모든 者」에 해당하는 公務員으로서는 判例에 法院 書記官(Cass. crim., 9 juillet 1886. D.P. 1886. 1.475), 公安巡視官, 郵政部 職員, 등 특수한 경우에 限하고 있다.

9) 그 예로서 Arton 사건은 1896년의 세누조 犯罪法院의 판결에서 (Trib. corr. de la Seine,

(2) 公務員法에 의한 公務員의 守秘義務

前述한 刑法 제378조는 限定된 公務員의 비밀만을 刑罰의 대상으로 하고 있으나 公務員의 일반적 守秘義務은 「公務員의 일반적 身分에 관한 1940년 5월 19일 法 제13조 (現行法은 1959년 2월 4일 법 제10조)」에 규정되고 있다.

즉 「職務上の 비밀은 刑法의 규정과는 獨立하여, 모든 公務員은 自己의 직무행사 또는 행사에서 知得한 사실이나 報道 (informations)에 관한 모든 일에 대하여 業務上 비밀 수호의무에 의해 구속된다. 法規에 위반한 제3자에의 役務文書(Pieces ou documents de service)의 모든 引渡, 傳達도 절대금지된다. 現行法規에 의해 명백히 예정된 경우 이외에는 秘密守護義務에서 解除되지 아니한다」고 하였다.

이 守秘의무에 위반한 경우의 制裁는 刑罰이 아니고 懲戒處分 (sanctions disciplinaires)이다.

그 예로서는 다음과 같은 判決이 있다.

Conesil d'Etat는 1953년 「Faucheux양 사건」 判決<sup>10)</sup>에서 위 규정을 다음과 같이 해석하고 있다.

事案은 ○○部 秘書 Faucheux 양이 同部당국에서 작성중인 職員服務시간에 관한 訓令案의 내용을 組合게시판에 게시함으로써, 文書누설을 이유로 ○○長官의 譴責(blâme)처분을 받고, 이에 不服하여 越權訴訟을 제기한 것이다. 「그녀가 아직 長官이 公表를 생각하고 있지 않은 訓令案을 게시한 것은 1946년 10월 19

---

25 mars 1896, D.P. 1896, 2. 391) 明示하고 있다.

事案은 內務部 비서관이 1893년 몇 사람의 政治家를 위태롭게 할 書類를 가진 Arton을 교섭하여, 후에 그를 체포할 임무를 띠고 있었으나 1893년 말에 同秘書官은 「왜 Arton을 체포하지 않았는가」라는 제하의 小冊子를 발표하고 同제목하에 1895년 「휘가로」紙에도 발표하여 秘密누설죄로 起訴되었던 것이다. 이에 대하여 判決은 「이들은 순전히 行政的·政治的인 것으로서」私人에 관한 비밀이 아니므로 그 漏泄은 懲戒措置나 名譽毀損罪밖에 해당」되지 않는다고 判示하였다.

10) C.E. 6 mars 1953. R.D.P. 1953. P.1030. note Waline ; S. 1953. 3. 93. note Suel ; 中村, 前掲書 P. 90.

일 제13조에 의해 모든 公務員에게 課해진 직무상의 守秘義務를 그녀에게만 免除할 수는 없다」고 判示하여 징계처분을 適法하다고 했다.

이 判決에 대한 評釋에서도 公務員法上の 守秘義務는 行政의 원활한 운영을 보호하기 위한 것이므로 내용여하를 불문하고 「秘密」(Secret ou Confidential)이라 지정된 모든 文書는 여기에 해당될 뿐만 아니라 이 判決에서는 「그 누설이 役務의 원활한 운영을 침해하거나 또는 行政이 가지는 일반이익을 침해하는 경우에는 役務에 있어서 口頭이든 書類이든 모두 누설」은 비밀에 해당한다고 해석하여야 한다고 했다.

따라서 懲戒處分の 대상이 되는 守秘義務의 범위는 넓어졌다고 하였다.<sup>11)</sup>

## V. 結 語

國家秘密의 保護法理는 國家安保와 「國民의 알 權利」와의 調和에서 찾게된다. 國家秘密의 公開와 非公開의 制限에 따라 그 制限에서 얻는 利益과 잃게 되는 損害와를 比較衡量하여 그 制限의 程度·형태·범위 등을 決定하게 된다.

이에 대한 「알 權利」와 몇 가지 判斷基準은 明確性의 理論, 比較衡量 외 理論, 明白하고도 現存하는 危險의 原則, 事前抑制 금지의 理論 등의 적용에 의해 公正을 期하려고 한다.

美國의 國家秘密保護法은 防諜法, 原子力法, 國家安全保障法,

---

11) 同旨, 中村, 前掲書. P.90도 참조.(1981. 8. 5)



大法院의 命令 등 다양하고, 違法者에 대해서는 死刑까지도 벌하는 엄벌주의를 채택하고 있다. 이중 특히 알 權利와의 관계에서 本稿에서는 防諜法을 중심으로 고찰하였는바, 國防에 관계있는 文書·圖書 등을 入手하여 權限없는 者에게 전달·통보하거나 適法한 情報管理者가 所管정보를 분실, 훼손, 파기하였을 때에는 10년 이하의 懲役에 처한다고 했다. 또 戰時에 外國에 情報를 수집·전달한 者는 死刑에 처한다고 했다.

이와 같은 法律은 美國의 國家이익을 위하여 間諜行爲의 방지와 이에 위반한 자에 대한 처벌을 요건으로 하고 있다. 따라서 알 權利와의 관계에서 防諜法의 適用운영은 1950~60年代에는 여러 사건의 적용에서 國防情報의 범위, 처벌받을 행위의 범위 등에 불명확성 내지 막연성이 문제되어 직업적 間諜활동의 억제에 크게 有效하지 못했다는 批判이 있었다.

그러나 그후의 여러 間諜事件에서는 防衛情報의 賣渡와 報道 등에서, 국가 秘密保護와 限界 및 安全을 이유로 防諜法을 확대 적용하는 判例理論의 確立 및 경향이 있었다. 이러한 경향에서 司法的 役割의 강화가 있었고 秘密의 지정과 節次法도 구체적으로 定立되게 되었다.

獨逸의 國家秘密과 알 權利는 刑法규정과 言論·出版의 自由에 두고 있다고 하겠다.

1968년 獨逸刑法 제93조에는 自由民主的 基本秩序에 反하거나 協定國家와 체결한 軍備제한에 違反한 사실은 「違法秘密」이라 하여 國家秘密에 해당시키지 않았다.

그러나 例外規定(제97조)으로서 立法에 의해 國家秘密을 限定하고, 法院의 判例로써 理論이 확립되어 갔다. 따라서 이러한 경향은 1968년 제8차 刑法改正에 이르기까지 구체적으로 國家의 對外的 安全에 대하여 不利益의 방지를 규정한 것이다.

요컨대 獨逸에서는 國家秘密의 測定에 있어서 違法秘密은 例外的 例外로서 처벌하는 경우가 있고, 基本的으로 國家秘密 대 「알 權利」, 國家秘密 대 「國政의 公開原則」, 國家秘密 대 「平和主義」의 對立關係를 기준으로 判斷하고 있다.

獨逸刑法에는 國家秘密의 探知, 漏泄, 傳達, 公表 등에 대하여 자세하게 규정하고 (제94조~99조) 外患的 誤報와 職業的 諜報 행위까지 對外的 安全에 중대한 不利益의 危險을 가져오게 하면 1년 이하의 懲役に 처하도록 규정하고 있고 諜報活動에 대하여는 5년 이하의 自由刑이나 罰金에 처하고 있다. 職業的 諜報行爲者는 記者의 活動과 구별해야 한다고 하면서 聯邦憲法裁判所에서는 그 처벌의 合憲判決을 내린 바 있다. 또 刑法(제100조 e)에는 東獨政府和 政黨·團體 및 그 구성원과 접촉하는 것도 규정되어 있는데, 이 규정에 따라 바이에른州議員이 東獨諜報部와 접촉하였다 하여 2년 6월의 自由刑과 公民權停止의 有罪判決을 받았다.

이에 대하여 聯邦憲法裁判所에 憲法訴願을 제기하였던 바 聯邦憲法裁判所에서는 合憲으로 判決하였다. 그러나 批判과 刑法의 改正案이 나왔다. 刑法改正案에는 諜報活動으로서의 意識的인 것과 「명확한」 방법·수단을 강조하여 諜報活動의 要件을 한정하고 있다.

결과적으로 獨逸의 國家秘密보호의 법제와 그 운영은 東獨逸의 協助·理解·統一에 두고 있었고, 나아가 國際平和와 軍備削減에 두었다고 할 수 있다. 그러나 國家利益에 害로운 경우에는 他國家에서와 마찬가지로 엄벌주의를 채택하고 있다.

프랑스의 國家秘密保護法은 주로 刑法과 公務員의 守秘義務를 중심으로 살펴보았다. 1960년에 改正한 刑法上의 國家秘密侵害罪는 國防上 利益에 관한 情報을 再收錄하거나 公衆에게 知得시키

는 경우 및 이것으로 간주되는 행위를 한 자에게 10년~20년의 刑事拘禁에 처한다고 했다(제75조~78조). 또 國防을 명백히 침해하는 軍事보도에 대하여도 1년~5년의 금고에 처한다고 하였다(제78조). 최종적으로 法院에서는 비밀누설의 有害性和 明白性을 판단하게 되어있다. 法令에 의해 公表가 금지된 軍事報道에 대해서도 法院이 최종적으로 判決하나, 戰時에는 10년~20년 拘禁, 平時에는 1년~5년 금고 또는 罰金에 처한다고 한다.

프랑스에서는 政府가 國防의 秘密에 해당한다고 판단하는 경우에도 法院은 獨自的인 判斷權의 보장이 확립되어 있다.

그리고 公務員의 守秘義務도 엄격하여 이에 위반한 경우에도 엄격한 懲戒處分을 받는다(判例참조).

이상과 같이 國家秘密保護法의 내용은 각 國家가 共通性이 있고 그 처벌에 있어서는 최종적으로 法院의 判斷에 맡겨 判例理論이 확립되어가고 있다. 이런 점은 우리의 실정에서도 꼭 참고 되겠으나 남북대치를 감안하여 國家秘密法을 운영해 나가야 할 것이다.

# 社會的 基本權의 憲法規範性考

-憲法訴訟的 實現을 위한 試論-

權 寧 星

서울大學校 法科大學 教授

## -目 次-

- 一. 現代國家와 社會化傾向
- 二. 社會的 基本權의 憲法規範的 意味와 性格
  1. 學說
    - (1) 丘秉朔 教授의 見解
    - (2) 金哲洙 教授의 見解
    - (3) 閔京植 教授의 見解
    - (4) 文鴻柱 教授의 見解
    - (5) 朴一慶 教授의 見解
    - (6) 安溶教 教授의 見解
    - (7) 韓泰淵 教授의 見解
    - (8) 許 營 教授의 見解
  2. 私見
- 三. 社會的 基本權의 憲法訴訟的 實現方法
  1. 社會的 基本權의 複合的·多側面的 構造

2. 生存權的 側面的 憲法訴訟적 實現方法

(1) 社會的 基本權의 憲法規範的 의미

(2) 職場斡旋請求權의 權利性

四. 結 論

## 一. 現代國家와 社會化傾向

18·9세기의 市民國家가 20세기 후반기에 와서는 그 대부분이 사회화를 지향하는 社會國家 내지 福祉國家로 변화·발전하고 있다. 社會國家인 경우 그 國家目的의 핵심부분을 형성하는 것은 「모든 社會構成員의 生存權確保와 實質的 平等이라는 社會正義의 구현」을 그 내용으로 하는 社會國家原理이다. 이와 같은 생존권 확보와 사회정의의 구현 등 社會國家原理를 위한 憲法政策的 方案에는 크게 보아 두 가지 접근방식(立法例)이 있는 것 같다. 그 하나는 2차대전 이후의 獨逸基本法 등에서 볼 수 있는 것과 같이 經濟·社會的 政策 또는 制度的 次元에서 社會保障制<sup>1)</sup>와 社會的 市場經濟秩序<sup>2)</sup>를 수용하고 실천하려는 경향이다. 그리고 또 하나는 韓國憲法을 비롯하여 바이탈 共和國憲法, 日本憲法, 포르투갈憲法(1982), 스페인憲法(1978) 등에서 볼 수 있는 것과 같이 政策的·制度的 次元에서 社會保障制와 社會的 市場經濟秩序를 지향함은 물론 基本權保障의 次元에서 일련의 社會的 基本權<sup>3)</sup>을 實定權化하고 있는 경향이다.

---

1) 社會保障이라 함은 ① 국민일반의 생활의 안정과 그 노동력의 재생산 등을 목적으로 운영되는 公共的 保障制度로서의 社會保障, ② 현실적으로 생활불능상태에 있거나 생활이 곤궁한 상태에 있는 자에게 國家 또는 公共團體가 최종적인 生活保障手段으로서 각출을 요건으로 하지 아니하고 최저생활에 필요한 給與를 행하는 制度로서의 公的 扶助, ③ 母性·아동·노령자·유락여성 등 일부 특수국민의 건강유지와 빈곤해소를 위한 갖가지 社會救護制度로서의 社會福祉 등을 총괄하는 개념이다(金裕盛, 社會保障法, 東星社, 1985, 29면 이하 참조.)

2) 社會的 市場經濟秩序는 社會國家라고 하는 國家的 性格에 대응하는 經濟秩序이다. 社會的 市場經濟秩序(混合經濟秩序·修正資本主義經濟秩序)는 私有財產制의 보장과 自由競爭을 基本原理로 하는 資本主義的 自由市場經濟秩序를 근간으로 하되, 社會福祉·社會正義·經濟民主化 등을 실현하기 위하여 社會主義的 計劃經濟·統制經濟를 가미한 經濟秩序를 말한다. 權寧星, 新訂版 憲法學原論, 1988, 法文社, 156면 이하 참조.

3) 社會的 基本權이라 함은 團體主義的 社會正義의 실현을 목적으로 하는 社會國家(福祉國家)에서 國民이 그 人間다운 생활을 확보하기 위하여 필요한 일정한 국가적 給付와 배려

方法論의 차원에서 본다면 社會化 推進의 수단을 一元化하고 있다는 의미에서 獨逸 基本法의 경우가 보다 현실적이고 또 憲法解釋上 法理的 無理도 피할 수 있는 태도임에 틀림없다. 이에 대하여 韓國憲法 등의 경우처럼 社會化 具現의 방법이 二元化되어 있는 경우에는 憲法解釋上 복잡한 문제들이 제기된다. 社會的 基本權의 憲法規範的 意味를 발견하여야 할 뿐더러 그 憲法訴訟的 實現方法까지 理論構成하지 않으면 안되기 때문이다.

本稿가 社會的 基本權의 憲法規範的 意味를 검증한 다음 社會的 基本權의 憲法訴訟的 實現形態에 관한 理論構成을 감히 試圖하여 보는 것도 바로 그 때문이다.

## 二. 社會的 基本權의 憲法規範的 意味와 性格

### 1. 學說

社會的 基本權의 憲法規範的 意味와 性格에 관한 國內 憲法學者 들의 見解를 소개하면 다음과 같다.

#### (1) 丘秉朔 教授의 見解<sup>1)</sup>

##### 가. 網領規定性의 문제

---

를 요구할 수 있는 國法上的 權利를 말한다. 權寧星, 전계서, 523면.

1) 丘秉朔, 新憲法原論(補訂版), 1990. 博英社, 532면 이하.

生存權規定을 프로그램 規定이라 이해 할 때, 憲法規定에서 볼 때는 자명한 것 같이 보이나 실질적으로 부당한 점이 있다. 또 자본주의 사회이기 때문에 生存權에 請求權이 부인되어야 한다는 견해도 타당하다고 볼 수 없다. 그러므로 憲法 제34조 제1항에는 분명히 ‘權利를 가진다’고 규정되어 있으므로 프로그램規定은 부당하다고 보겠다.

#### 나. 強한 權利性의 인정

위에서 본 바와 같이 法的 權利說 중에서 權利性을 강하게 인정하려는 측에서는, 국가의 不作爲도 현실적·구체적으로 국민의 권리를 침해하는 것이 되므로 국민은 그것을 違憲이라 판단하고 確認訴訟을 제기할 수 있다고 보는 것이다. 그리고 이에 대하여 법원은 국가가 구제할 법률을 제정해야 한다고 판결할 필요가 있다고 주장하는 것이다.<sup>2)</sup>

그러나 이 견해대로, 法院이 국가의 不作爲를 違憲으로 判決하거나 國會에 立法을 命命할 수는 없는 것이다. 만일 법원이 그러한 판결을 한다고 하면, 그것은 法院의 超越的 行爲가 된다.<sup>3)</sup>

#### 다. 弱한 權利性의 인정

權利性을 약하게 인정하려는 측에서는, 국민이 국가에 요구할 수 있는 權利, 즉 국가의 행위를 우리 요구에 맞도록 행하라는 주장이다. 이 주장은 사실상 憲法에 규정한 조문이 抽象的이므로, 그것을 입법으로 구체화하고 국민은 그 법률에 따라 구체적

---

2) 長尾一絃, 「立法部の不作爲に對す憲法訴願」, 「法學新報」 제79卷 第1號 ; 大須賀明, 「社會權の法理」, 「公法研究」 第34號, PP.113~125 ; 丘秉朔, 「生存權保障의 法的 性格」, PP.46~47.

3) 生存權의 裁判的 保障의 形態, 違憲論, 違法論, 不作爲의 違憲確認訴訟 등에 관해서는 山下建次, 「生存權의 裁判的 保障」, 「法學教室」 第2期 3, PP.20~23 참조.



인 생활보장을 요구할 수 있게 하는 권리의 보장을 말한다. 그러나 이 경우 구체적인 법률이 없음을 이유로, 憲法規定을 근거로 하여 직접 소송을 제기하여 具體的인 權利를 주장할 수는 없다. 또한 국가기관은 國家財政·國民經濟가 허락하는 제도 내에서 필요한 입법과 기타 조치를 적절히 강구하여 줄 義務가 있다고 하겠다. 만일 이러한 의무를 국가가 게을리 하거나 이행하지 않을 때에는 결국 憲法違反이라 보지 않을 수 없다.<sup>4)</sup>

## 라. 結 論

결국 법적 權利說이 타당하다고 보겠는데 이 때 抽象的 權利는 물론 具體的 權利의 측면도 아울러 가지고 있다고 보아야 할 것 같다.<sup>5)</sup>

특히 현행헌법 제34조 제2항에는 「國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 노력할 義務를 진다」고 신설함으로써 이러한 사실은 더욱 명백하여진다. 우리 나라는 그 동안 경제성장을 바탕으로 하여 의료보장·노인문제·실업자문제 등 보다 積極的인 社會福祉施策을 펴나가야 할 때가 왔다고 판단하여 이런 施行義務를 國家에 지우고 있는 것이다.

## (2) 金哲洙 教授의 見解<sup>1)</sup>

生存權은 憲法의 明文에 의하여 규정된 國民의 權利라고 보되, 다만 그에 대한 立法은 강제할 수 없다는 입장이 타당하지 않을까 한다.<sup>2)</sup> 왜냐하면 生存權은 그 性質上 國家의 經濟能力에 의

4) 丘秉朔 「生存權保障의 法的 性格」 考試界 236號(1976. 10). 47면.

5) 同旨; 金哲洙, 「現代憲法論」, P.434; 文鴻柱, 「韓國憲法」, P.289.

1) 金哲洙 新稿 憲法學概論(補訂版). 1988. 博英社. 464면.

2) 文鴻柱 교수는 生存權을 프로그램의 規定으로 보면서 일면에서는 權利性을 가지고 있다고 본다(전게서, P.302).

존하지 않을 수 없기 때문이다. 그러나 그렇다고 하더라도 국민이 절대로 法院에 訴求할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다. 즉 生存權이 權利인 이상 만약 개개의 국민에 대한 國家의 具體的 行爲가 있고, 그것이 건강하고 문화적인 最低限度의 生活을 침해하고 있는 경우, 개개의 국민이 生存權에 기하여 法院에 그 행위의 排除를 주장 할 수 있는 것은 당연하다. 이 의미에서 生存權은 단순한 抽象的 權利에 불과한 것이 아니고 具體的 權利로서의 측면도 가지고 있다고 하겠다.<sup>3)</sup>

또 生存權條項의 規範內容이 불명확하기 때문에 生存權의 基本權에 대한 立法措置가 없으면 行政權이나 司法權에 대하여 적용할 수 없다는 說도 否定되어야 할 것이다. 國家의 財政, 즉 豫算은 憲法에 拘束되는 性格을 가지기 때문에 豫算이 없다고 하여 生存權의 基本權의 法的 權理性을 부인할 수는 없다. 生存權은 그 權利內容이 어느 정도 不明確하기 때문에 行政權을 직접 구속할 수 있을 만큼 明確하지는 않을지 모르나, 立法權과 司法權을 구속할 만큼은 明確하다고 하여 裁判規範의 性格을 인정하려는 說이 있다. 法治行政의 原則에서 보아 法律이 없는 경우에 行政을 직접 구속할 수는 없으나 立法權과 司法權에 대한 拘束은 인정하는 방향으로 나아가야 것이다.

### (3) 閔京植 教授의 見解<sup>1)</sup>

憲法上の 基本權은 최대한으로 보장되어야 한다. 따라서 국가

---

3) 同旨 ; 文鴻柱, 前掲書, P.302 ; 丘秉朔, 憲法學 I (增補), 1983 博英社, P.713 ; 安溶教, 人間다운 生活을 할 權利, 考試研究 1978. 2 ; 權寧星, 憲法學原論(全訂版), 1985, 法文社, P.544 ; 金南辰·李康燦, 主題中心 「憲法」 1985, 華學社, P.358 ; 金顯奎 外, 新憲法學, 1982, 青文社, P.361.

1) 閔京植, 現代國家에 있어서의 社會保障權의 保護, 韓國公法學會, 第19回 學術發表會(1991. 6), 發表論文要旨集, 23면 이하.

는 社會保障權이 최대한으로 실현될 수 있도록 직접 간접의 수단을 통한 노력을 기울여야 마땅하다. 社會保障權의 실효성을 보장하기 위해서는 무엇보다도 모든 국가기관에의 直接適用可能性이 인정되어야 한다. 그러나 社會保障權의 경우에는 그 헌법적 실현을 저해하거나 불가능하게 하는 요인들이 없지 않는 바, 그 주된 요인으로는 a) 社會保障權의 立法에 의한 具體的 形成 必要性, b) 그 침해행위에 대한 制裁可能性의 한계성, c) 그 給付客體인 生活資源의 한계성 및 국가의 社會給付能力의 한계성, d) 社會保障權의 보장에 따른 自由權의 危殆化 등을 들 수 있다.

#### 가. 社會保障權의 補完必要性

기술한 바와 같이 社會保障權은 개인의 國家에 대한 積極的 給付請求權인 동시에 社會·經濟狀況의 변화의 영향을 크게 받는, 즉 動態性을 강하게 띠는 社會權이다. 그리고 社會保障權에 포함되어 있는 給與請求權은 너무 일반적이기 때문에, 해석의 방법으로는 그것으로부터 具體的 法的 請求權을 끌어내기 곤란하다. 따라서 社會保障請求權의 請求人適格, 그 내용 그리고 請求相對方 등에 관해서는 立法을 통한 補完 내지 具體化가 필요하다. 다시 말해 社會保障權은 立法者에 의한 구체적 형성이 불가피하게 요구되기 때문에, 立法者의 보완 없이는 直接適用될 수 없다. 社會保障權에 있어서의 法律留保는 이른바 基本權形成的 法律留保(Ausgestaltungsvorbehalt)에 해당한다. 물론 立法者의 社會保障權의 具體的 形成은 일정한 한계 내에서 이루어져야 한다.

#### 나. 侵害行爲에 대한 制裁의 不充分性

社會保障權이 실효적으로 보장되기 위해서는 모든 국가기관에

直接適用 가능한 것일 뿐 아니라, 나아가 社會保障權에 대한 侵害行爲에 대하여, 이를 제재하고 강제함으로써 貫鐵할 可能性(Durchsetzbarkeit)이 보장되어야 한다.

이와 관련해서는 첫째, 社會保障權의 司法審査可能性이 문제된다. 社會保障權의 司法審査可能性에 대해서는, 이를 부정하는 것이 일반적이고, 이를 인정할 경우에도 부분적으로 긍정할 뿐이다. 부정적인 입장은, 그 논거로서 法治國家의 원칙과 權力分立의 원리를 들고 있으나, 법률을 통하여 실현하고자 확정된 社會保障의 수준에 대해서는 제한적으로 司法審査可能性을 인정할 수 있다고 본다. 그러나 문제는 社會保障權에 대한 司法審査可能性이 충분하지 못하다는 데 있다.

둘째, 社會保障權의 침해행위에 대한 制裁의 不完全性の 문제이다. 社會保障權에 대한 侵害行爲의 유형으로는 a) 積極的 給付行爲의 不履行, b) 그 不完全履行, c) 그 積極的 侵害 등을 들 수 있다. 이와 같은 社會保障權의 侵害行爲에 대한 制裁 可能性에 대해서도 견해가 대립하고 있으나, 일반적으로 이러한 法的 制裁는 法治國家에 있어서의 權力分立의 원칙상 인정될 수 없고, 단지 政治的 制裁만이 가능하다고 보는 견해가 다수설이다. 그러나 制裁 可能性을 긍정하는 견해도 없지 않는 바, 이 때 제재의 유형으로는 立法不作爲의 위헌성에 근거한 國家賠償請求訴訟, 立法不作爲違憲確認訴訟 및 立法義務化訴訟 등이 있다.

#### (4) 文鴻柱 教授의 見解<sup>1)</sup>

法的 權利說 중에 裁判規範으로 보아 立法拘束까지 가능하다고 보는 見解는 勸力分立論으로 보더라도 지나친 見解이며, 憲法

---

1) 文鴻柱, 韓國憲法, 1987. 海岩社, 302면.

訴訟制度를 가지고 있는 西獨에서도 憲法裁判所는 이를 인정하고 있지 않다.<sup>2)</sup> 또, 抽象的 權利說도 立法으로 그 內容이 구체화되기 전에는 法院에 權利를 주장할 수 없다고 하므로 ①과 ②는 결과적으로 비슷한 것을 말하고 있다. 그렇다고 해서 生活權을 단순한 프로그램의 규정이라 하여 法的 權利性을 전적으로 부인하는 것은 옳지 않다. 만일 國民에 대하여 國家의 구체적 행위가 있고, 그것이 國民의 文化的 最低限度의 生活를 침해하고 있는 경우에, 개개의 國民은 生活權에 의하여 法院에 그 행위의 배제를 주장할 수 있어야 한다. 이런 면에서 볼 때에 生活權은 프로그램의 규정이라 하지만, 또 一面에서는 權利性을 가지고 있다고 볼 것이다<sup>1)</sup>.

## (5) 朴一慶 教授의 見解<sup>2)</sup>

### 가.生存權保障規定의 性格

現憲法 第11條 第5號는 憲法裁判所에게 法律이 정하는 憲法訴願에 관한 審判權을 인정하고 이를 받아 憲法裁判所 第68條 第1項은 公權力의 행사 또는 不行使로 인하여 憲法상 보장된 基本權을 침해받은 者는 法院의 裁判을 제외하고는 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 청구할 수 있음을 규정하고, 同法 第75條 第3項은 憲法裁判所가 憲法訴願을 認容할 경우 基本權侵害의 원인이 된 公權力의 행사를 取消하거나 그 不行使가 違憲임을 확인 할 수 있게 하며, 憲法裁判所가 公權力의 不行使에 대한 憲法訴願을 認

2) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 75. 오로지 立法機關에 立法을 促求하는 決定을 하고 있는데 (BVdrfGE 25, 167, 1968), 이에 대한 批判도 있다. 憲法委員會, 西獨과 佛蘭西의 憲法裁判制度, 1980, 59면.

1) 長谷川, 憲法判例の研究, 278~279面 ; 橫川, 「生存權의 保障」 憲法講座 II. 우리 나라에서는 金哲洙 教授가 이에 속한다. 憲法學概論 278면.

2) 朴一慶, 新憲法, 1990. 法經出版社, 320면 이하.

容하는 決定을 한 때에는 被請求人은 決定趣旨에 따라 새로운 處分을 하여야 하고(同條) 同法 第75條 第1項은 憲法訴願의 認容決定은 모든 國家機關과 地方自治團體를 羈束하게 하고 있으므로, 國會가 生存權保障規定을 具體化·現實化하는 立法을 하지 아니 할 때에는 國民은 그 違憲確認을 구하는 憲法訴願을 할 수 있고, 憲法 第111條 第1項 第1號가 규정하는 憲法裁判所의 法律違憲審判에 의하여 生存權規定을 具體化·現實化하는 國會制定法律이 生存權을 有名無實하게 할 때에는 憲法裁判所에 의하여 違憲으로 결정되어 그 法律 또는 法律의 條項은 效力을 喪失하며(憲法裁判所法 第47條), 行政機關의 公權力 행사 또는 不行使로 인한 生存權의 侵害는 行政訴訟의 對象이 되는 것이므로(憲法 第107條 第2項), 現憲法下의 우리 나라에서는 生存權保障規定은 완전한 法的 性格을 갖는다.

#### 나. 生存權의 法的 性格

위에 본 바와 같이 國民의 國會의 作爲 또는 不作爲에 의한 生存權의 侵害에 대하여는 憲法訴願 또는 法律違憲提請申請을 통하여, 行政權의 행사 또는 不行使로 인한 侵害에 대해서는 行政爭訟에 의하여 그 救濟를 구할 수 있음으로, 現憲法에 규정된 生存權들은 憲法規定만으로써도 權利로서의 法的 性格을 가진다. 다만 憲法이 규정하는 生存權들은 그를 具體化·現實化하는 法律에 의하여 그 具體的 內容이 정하여지는 것이 거의 全部인 점에서 自由權과는 구별된다.

#### (6) 安溶敎 敎授의 見解<sup>1)</sup>

社會國家的 基本權의 法的 性格에 관해서는 종래의 프로그램

---

1) 安溶敎, 韓國憲法, 1989. 考試研究社, 512면 이하

權利說과 최근 法的 權利說이 대립되고 있다. 法的 權利說은 權利의 성질을 어떻게 이해하느냐에 따라 다시 抽象的 權利說과 具體的 權利說로 갈라진다.

### 가. 프로그램 權利說

이 說에 의하면 社會國家的 基本權은 國家로 하여금 각각 규정된 이념을 실현하도록 政策的 指針 내지 政治的 責務를 정한 것이고 개개 국민에게 구체적인 法的 請求說을 보장한 것이 아니라고 한다. 즉 社會國家的 基本權은 國家의 經濟的 能力에 따른 예산의 책정이 있고 또한 그 구체화를 위한 법률의 제정이 있을 때만 비로소 그 실권이 가능한 權利를 의미한다고 한다.<sup>2)</sup>

프로그램 權利說의 論據와 이에 대한 裁判은 다음과 같다. 1) 自助를 원칙으로 하는 資本主義 經濟體制下에서는 現代資本主義 憲法에서 보장된 社會國家的 基本權도 그 體制의 基本性格에는 구속되며 따라서 具體的 請求權임을 주장할 實質的 前提가 결여되어 있다고 한다. 그러나 이 論據는 社會國家的 基本權이 現代 憲法에서 보장되게 된 歷史的 意義를 망각하고 있다. 이 權利는 沿革의으로 볼 때 資本主義社會의 經濟적인 自律性이 붕괴되어 개인의 生存·生活이 그것으로 보장될 수 없는 資本主義의 구조 변화에 기인하고 또한 그 변화에 대응한 資本主義 自體의 요청에 따라 憲法上 보장된 權利인 것이다. 따라서 이 權利는 資本主義的 권리이며 資本主義를 이유로 法的 權利性을 부정하는 것이 論理의 모순이 아닐 수 없다. 2) 社會國家的 基本權을 구체화하는 社會立法에는 언제나 예산이 필요하고 그 豫算의 배분은 國家의 財政政策의 문제이기 때문에 社會立法의 실현은 國家의 裁量事項에 속하고 따라서 社會立法의 제정을 立法府에 義務지우

2) 權寧星, 新訂版 憲法學原論, 1988, 法文社, 934면.

는 法的 權利性은 인정할 수 없다는 것이다. 그러나 예산과 法律은 制定節次·形式·內容·效果 등에 相異點이 있으나 예산도 法規範인 이상 그것은 最高法規인 憲法에 구속되지 않을 수 없다. 憲法の 社會國家的 基本權 條項은 그 權利의 내용에 적합한 法律의 제정을 立法府에 命하고 있으며 立法府도 이에 따라야 할 法的 義務를 지고 있기 때문에 社會立法에 예산이 필요하다면 立法部·執行部는 이러한 立法의 실시예 필요한 財産措置를 하여야 할 憲法上 義務를 지고 있다고 생각된다. 예산의 배분이 국가의 政策問題라는 이유로 社會立法의 실현을 국가의 裁量事項으로 삼는 것은 下位規範으로 憲法の 보장을 침해하는 論理가 되어 正當性이 없다 하겠다. 3) 社會國家的 基本權의 具體的 權利로서의 보장, 즉 누가 어떤 경우에 어떤 내용을 어떤 절차에 따라 요구할 수 있는가에 관하여 명확하게 규정되어 있지 않다는 것이다. 그러나 公務員의 不法行爲로 인한 損害賠償請求權(§29), 刑事補償請求權(§28)도 어느 것이나 그 배상범위나 절차 등 權利의 구체적인 보장규정은 國家賠償法이나 刑事補償法에서 비로소 구체화되어 있다. 裁判請求權이나 公務擔任權도 그에 관한 상세한 사항은 法律로 정하도록 委任하고 있다. 憲法規定이 추상적인 것은 憲法이 最高規範이기 때문이다. 국가의 作爲를 요구할 수 있는 權利의 경우에는 憲法이 요청하는 法治主義 原理에 따라 執行權·司法權이 일정한 作爲를 할 수 있는 法律이 있어야 하고 그 法律에 作爲의 내용·범위·절차 등이 상세하게 구체화되지 않으면 안된다. 따라서 基本權 規定의 抽象性을 이유로 法的 權利性을 이유로 법적 權利性을 부정하는 것은 憲法上的 基本權 모두의 法的 權利性을 부정하는 결과를 초래하게 될 것이다.



## 나. 法的 權利說

### (가) 抽象的 權利說

이 說에 의하면 憲法에서 權利가 있음을 명시한 이상 法的 權利로서의 성격은 인정하여야 하며 따라서 국민은 社會國家的 基本權條項에 적합한 立法 또는 國政을 행하도록 요구할 수 있는 法的 權利와 국가는 그러한 조치를 취할 法的 義務가 있다고 한다. 그러나 그 권리의무는 抽象的이라고 한다. 따라서 社會國家的 基本權이 具體的 權利로 되기 위해서는 法律로 일정한 請求權이 보장되고 그 請求權이 국가에 의해 침해되는 경우에 그 法律에 따른 구제를 法院에 청구할 수 있다고 한다<sup>1)</sup>(多數說).

그러나 이 說도 法的 權利性을 갖고 있다는 의미에서는 프로그램權利說보다 적극적 의미는 부여할 수 있으나 社會國家的 基本權條項을 立法府에 대하여 그 규범내용에 맞는 立法을 의무화하는 구체적인 立法拘束規範으로 보지 않기 때문에 具體的 請求權의 容認與否는 立法政策으로 본다는 의미에서 프로그램權利性과 실질적으로 다를 바가 없다.<sup>2)</sup> 프로그램權利性이나 抽象的 權利說은 모든 社會國家的 基本權을 法律의 形成的 留保(權利의 내용이 法律의 規定에 의하여 비로소 실현되는 권리)로 보는 결과이다.

### (나) 具體的 權利說

이 說에 의하면 社會國家的 基本權의 前述한 바와 같은 역사적 성격과 憲法에서 명시적으로 「……權利를 가진다」는 규정을 포함하여 規範構造의 論理에서 보아, 社會國家的 基本權은 개인이 立法府에 대하여 일정한 作爲義務의 이행을 청구할 수 있

1) 文鴻柱, 韓國憲法(1987), 302면 ; 金哲洙, 憲法學概論(1988), 409면 ; 權寧星, 憲法學原論(1988), 525면.

2) 權寧星 교수도 기본적으로는 抽象的 權利性을 찬성하지만 부분적으로는 具體的 權利性을 인정하고 있다(權寧星 전게서, 525~526면).

는 權利, 즉 主觀的 公權이며 社會國家的 基本權條項은 立法政策 내지 立法裁量의 문제가 아니라 憲法에 의한 立法拘束에 있어서 立法裁量의 문제로 본다. 즉 社會國家的 基本權條項은 현실적인 효력을 가진 법적 權利로서 그 규범내용에 적합한 立法措置를 하도록 立法府·執行府(豫算措置)에 義務지우고(立法拘束) 法律의 內容形成에 있어서 일정한 立法裁량을 용인하고 있다고 보는 것이다<sup>1)</sup>. 따라서 社會國家的 基本權은 給付判決을 요구하는 具體的 權理는 아니지만 국민이 立法權에 대하여 그 權利의 內容에 적합한 立法을 행하도록 청구할 수 있는 具體的 權利(作爲義務化訴訟 : 義務履行訴訟)이며, 立法權이 義務를 이행하지 않으므로써 생기는 社會國家的 基本權의 침해에 대해서는 憲法違反이므로 그 不作爲를 違憲確認訴訟으로 다룰 수 있다. 또한 그것이 法院의 裁判으로 실현되지 않으면 立法權의 違憲行爲를 이유로 憲法訴願審判을 통하여서도(憲法裁判所決定 1989. 3. 17. 88헌마 1, 前述 입법의 不作爲에 의한 基本權에 의한 基本權의 侵害와 救濟 참조) 그 權利의 실현을 구할 수 있을 것이다…….

그렇다면 社會國家的 基本權이 침해될 수 있는 가능성이 있는 경우는 어떠한 경우이며, 立法의 不作爲에 대하여 違憲審查權의 대상이 될 수 있는지의 문제를 생각하지 않으면 안된다.

社會國家的 基本權이 침해될 가능성이 있는 경우란 1)국가의 어떠한 행위가 社會國家的 基本權의 自由權的 效果(不作爲義務)를 침해하는 경우이다. 이 효과는 국가에 대하여 어떤 積極的 給付(效果)를 요구하는 것이 아니고 國家에 의한 침해(最低限度的 文化생활을 할 權利의 침해, 教育을 받을 權利의 침해, 勞動三權의 침해, 環境과괴에 의한 生命·健康의 침해 등)의 배제를 청구하는 自由權的 側面이므로 이를테면 최저한도의 문화생활수준을 넘는 생활을 유지하거나 그러한 국가의 作爲(侵害)로 最低限

1) 安溶敎, 論點中心 韓國憲法(1979), 299면 ; 大須賀 明, 生存權論(1984) 73면.

도의 문화생활 수준 이하로 내려가지 않는 국민에게만 미친다. …… 2) 국가의 行爲가 社會國家的 基本權에 의해 보장되어 있는 法的 權利의 내용을 넘는 보장을 하는 경우이다. 憲法이 보장하고자 하는 것은 최저한도의 文化生活을 유지하는 데 있고 그와 같은 경우는 생활의 最高限을 指向한 것이므로 違憲問題는 생기지 않는다. 그러한 보장은 국가의 政策의 문제이기 때문에 그 보장의 不作爲는 憲法上的 義務違反이 되지 않는다. 3) 국가가 社會國家的 基本權의 權利內容을 전혀 실현하지 않거나 불충분한 경우이다. 우선 社會國家的 基本權의 실현이 불충분한 경우에는 그 국가의 行爲 자체는 이 權利를 침해하지 않는다. 왜냐하면 그 行爲가 불충분할지라도 부분적으로 이 權利를 실현하고 있기 때문이다. 문제는 전혀 社會國家的 基本權이 실현되지 않거나 不充分한 立法이 있는 경우이다. 社會國家的 基本權은 국가의 일정한 作爲를 요구하는 것이므로 그 基本權을 침해하는 것은 국가의 일정한 不作爲인 것이다. 국가가 立法義務에 위반하여 전혀 立法하지 않거나 立法이 不充分한 경우(즉 保障基準 또는 法律에 基한 行政廳이 정한 保障基準이 부당하게 불충분하거나 또는 正當한 이유없이 保障基準을 내리는 경우) 등 立法府의 不作爲는 社會國家的 基本權을 침해하는 것이 된다. 다시 말하면 社會立法을 전혀 하지 않는 경우는 물론 현실로 보장된 生活保障基準이 憲法이 보장하는 최저한도의 文化生活을 유지할 수 없으면 社會國家的 基本權의 침해가 생기는 것이다.

다음은 立法의 不作爲가 違憲審査의 대상이 되느냐의 문제이다. 일반적으로 立法의 不作爲는 法院의 審査對象이 되지 않는다고 본다. 그러나 그것은 다음과 같은 이유로 부당하다. 1) 現行 違憲審査制度는 具體的 事件性을 出訴要件으로 하고 있으며 당사자간의 구체적 權利義務關係에 관한 다툼이 없으면 違憲訴訟

을 제기할 수 없게 되어 있다. 이것은 主觀的 公權으로서의 基本權保障이 주된 목적이고, 客觀的 法規範의 보장은 副次的 效果에 불과함을 나타내고 있다. 다시 말하면 우리 나라 違憲審査制度에 있어서 具體的 規範統制는 자기의 憲法上的 權利가 公權力에 의해 침해된 경우 제기될 수 있는 것으로서 主觀的 公權의 보장이 1次的 目的이며 따라서 이것은 立法의 不作爲의 위헌성을 다룰 수 있는 法的 가능성이 있음을 나타내고 있다. 따라서 立法府의 不作爲로 현실로 社會國家的 基本權이 침해되어 있음에도 불구하고 그 不作爲가 違憲審査의 대상이 되지 않는다면 違憲審査制度의 趣旨는 크게 상실되고 말 것이다. 社會國家的 基本權條項은 立法을 命하는 客觀的 法規範이며 또한 이 權利가 主觀的 公權인 이상 이를 침해하는 不作爲, 즉 法律이 없거나 法律이 불충분한 경우는 違憲審査制度의 趣旨에서 보아 憲法 제107조 제2항의 處分 속에 立法權이 義務를 이행하지 않는 것도 포함시키는 것이 타당할 것이다. 立法權이 義務를 이행하지 않음으로써 생기는 社會國家的 基本權의 침해에 대해서는 不作爲 違憲確認訴訟을 제기할 수 있을 것이다. 處分을 국가의 개별적·구체적 行爲만을 의미한다고 해석하는 것은 現代的 基本權構造의 역사적 변화의 特質을 간과한 것이 되므로 타당하지 못하다. 개정 행정소송법<sup>84</sup> ③은 不作爲違法確認訴訟을 인정하고 있다. 2) 만일 憲法이 보장하는 基本權을 自由權만으로 생각한다면 憲法 제107조 제2항의 處分이 국가적의 적극적인 行爲만을 의미한다고 생각하는 것이 정당하다. 왜냐하면 自由權의 침해는 국가의 行爲에 의해서만 생기기 때문이다. 그러나 憲法은 社會國家的 基本權, 請求權的 基本權 등 自由權과는 성격을 달리하는 많은 權利를 보장하고 있다. 이러한 權利는 일정한 국가의 行爲를 청구할 수 있음을 前提로 성립되어 있다. 社會國家的 基本權의 침해는 국가의 不作爲에

의해 생기는 이상 만일 不作爲가 違憲審査의 대상이 되지 않는다면 그 權利의 具體的·法的 權利性은 상실되고 말 것이다. 3) 憲法訴訟의 當事者인 當事者 適格의 문제이다. 社會國家的 基本權은 직접 立法府를 法的으로 구속하는 主觀的 公權인 이상 그것은 施行法律을 매개로 간접적으로 타당하게 되는 것이 아니다. …… 社會國家的 基本權의 구제를 위한 憲法訴訟에 있어서 當事者 適格論은 社會國家的 基本權의 특유한 성격에 따라 적극적으로 再檢討되어야 할 것이다. 또 이 權利侵害의 인적 범위의 特定性이 문제가 된다. 社會國家的 基本權의 침해의 경우에는 일정한 立法으로 본래 보호되어야 할 범위에 속하는 사람은 立法府의 不作爲로 현실로 그 자신의 權利가 침해되고 있다면 모두 違憲確認訴訟의 當事者 適格이 있다고 생각된다. ……물론 社會國家的 基本權을 침해하는 立法의 不作爲를 다룰 수 있는 것이 實體的으로나 訴訟節次的으로 憲法理論上 가능하다 할지라도 立法의 不作爲違憲性을 확인하는 소송은 現行訴訟法에서는 새로운 訴訟類型이기 때문에 이를 가능케 하는 憲法訴訟節次法(憲法事件節次法)이 필요할 것이다. 또한 司法權의 작용에도 그 권한 및 절차에 있어서 準據法律이 필요한 것이다. 立法의 不作爲의 違憲性을 다루는 訴訟節次에 관한 立法을 하거나 보충하는 것은 마치 社會國家的 基本權의 規範內容에 적합한 社會立法을 하는 것이 立法府의 義務인 것과 같이 立法府의 憲法上的 義務인 것이다.

#### (7) 韓泰淵 教授의 見解<sup>1)</sup>

民主主義國家에 있어서는 그 憲法の 政治的 構造는, 그 憲法の 權利宣言에 대하여 中立的인 것을 특색으로 한다<sup>2)</sup>. 따라서 여기

1) 韓泰淵, 憲法學, 1983. 法文社. 946면 이하.

에 있어서는 國家秩序의 政治的 形成과 그 社會秩序는 대체로 對立的인 二元性을 보여주고 있다. 여기에 民主主義國家에 있어서의 社會的 基本權이 實效性 있는 權利라기 보다는, 오히려 立法의 方向만을 指示하는 단순한 프로그램으로 약화되게 되는 이유가 있다<sup>3)</sup>.....

결국 이렇게 볼 때, 國家의 政治的 構造와 그 權利善言의 二元主義에 입각하고 있는 民主主義國家에 있어서는, 그 社會的 基本權의 보장은 다음과 같은 두 가지 방법에 의하여 그것을 해결할 수밖에 없다. 그 첫째는 國家機能의 확대이다. 즉 社會에 대한 中立, 經濟에 대한 中立에서 國家 그 자체가 직접으로 社會秩序, 經濟秩序의 담당자로 등장하는 것이다. 이와 같이 國家가 직접으로 社會秩序, 經濟秩序形成의 담당자로 등장할 경우에는, 그 國家의 性格은 市民的 法治國家에서 社會國家, 福祉國家, 給付國家(Leistungsstaat), 分配國家(Verteilungsstaat)로 轉換되게 된다. 近代國家에 있어서의 이러한 機能의 확대는 대체로 다음과 같은 事項을 對象으로 그것이 수행되게 된다. 즉 自由市場經濟를 前提로 한 經濟에 대한 國家의 計劃과 統制, 國家에 의한 直接的인 經濟的 활동, 經濟에 대한 指導와 干涉, 資本과 勞動의 調整과 같은 社會的 階層의 對立된 이익의 調整, 經濟的 弱者의 보호, 公企業에 의한 厚生과 각종의 社會的 保障과 같은 것이 바로 그것이다<sup>4)</sup>. 물론 國家의 이러한 機能은 行政에 의하여 그것이 執行된다는 의미에서, 近代國家는 本質적으로 行政國家(Verwaltungsstaat)를 의미하고 있다. 그 둘째는 社會的 基本權의 規定에 있어서 個人으로 하여금 그 受益을 國家에 請求케 함으로써, 그

---

2) 뢰벤슈타인은 바이마르憲法에 있어서도 그 社會的 基本權의 強力性에도 불구하고, 그것은 權利宣言과 國家의 政治的 構造의 엄격한 二元主義에 입각하고 있다고 지적하고 있다. Loewenstein, K., Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, in AöR., Bd. 77., S.424.

3) Loewenstein, aaO., S. 425-426.

4) Fernthaler, Grundrechtsreform in Österreich, in AÖR., Bd. 94, S. 52.

權利的 실천을 보장케하는 경우이다. 따라서 이러한 경우에는 그 권리에 대한 國家의 義務가 성립되고, 또한 그 권리의 실천을 위하여 國家의 立法이 强要되게 된다. 그러나 이 경우에 있어서 비록 社會的 基本權이 憲法의 基本權의 目錄에 規定된다고 할지라도 國家에 대한 그 권리의 실천이 强制되지 못할 때에는 그 권리의 實效性은 문제되지 않을 수 없다<sup>1)</sup>. 따라서 民主主義國家에 있어서는 그 社會的 基本權의 權利性은, 결국 國家의 豫算을 기초로 한 立法의 義務에 의해서만 그것이 보장되는 수밖에 없다. 여기에 近代國家에 있어서의 새로운 租稅國家(Steuerstaat)의 傾向이 발견되게 된다<sup>2)</sup>. 그것은 近代國家에 있어서의 租稅는 國家의 收入에 의한 그 확대된 國家的 機能의 財政的 負擔과 함께, 社會保障을 위한 分配의 社會化를 의미하기 때문이다.

#### (8) 許 營 教授의 見解<sup>3)</sup>

憲法에 나타난 이들 규정(社會的 基本權에 관한 규정)은 그것을 단순한 '主觀的 權利'만으로 이해하는 경우에는 거의 實效性이 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 이들 社會的 基本權의 실현에 필요한 전제조건은 대부분 國家의 財政投資를 요하는데, 國家의 財政投資를 訴求할 權利가 이들 基本權에서 나온다고 볼 수도 없고 또 國家의 財政投資가 國民의 訴求에 따른 法官의 判定에 의해서 强요될 수 있는 성질의 것도 아니기 때문이다. 따라서 이들 규정은 단순한 主體的 權利만으로 이해해서는 아니되고 우리 헌법의 客觀的 秩序로서의 社會國家原理가 이들 여러 규정에 의해서 우리 나라의 構造的인 原理로 받아들여진 것이라고 보아야

---

1) Loewenstein, aaO., SS. 425~426.

2) Forsthoff, Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, SS. 31-32

3) 許營, 韓國憲法論, 1990, 博英社, 151면 이하.

한다. 그러나 客觀的 秩序로서의 社會國家原理를 실현하기 위한 국가의 社會政策·勞動政策·經濟政策·租稅政策 등은 이들 社會的 基本權이 내포되고 있는 主觀的 權利로서의 성격 때문에 어디까지나 국민의 自由·平等·正義를 보장하고 이를 증대시키기 위한 것이어야지, 오히려 自由·平等·正義를 무시하거나 경감시키는 것이어서는 아니된다. 또 社會的 基本權의 내용을 뜻하는 ‘自由’와 ‘平等’은 그것이 어디까지나 正義에 바탕을 둔 ‘自由’와 ‘平等’이어야 하기 때문에 반드시 ‘自由속의 平等’이어야지 ‘自由 대신에 平等’을 추구하는 것이어서도 아니된다. 바로 이곳에 우리 憲法上 社會國家實現의 方法的 限界가 있다.

아무튼 우리 헌법상의 社會的 基本權을 해석하는 데 있어서는 이처럼 基本權의 兩面性을 특히 중요시해서 社會的 基本權이 갖는 主觀的 權利와 客觀的 秩序의 기능적인 보완관계를 존중하여야 할 것이다.

## 2. 私 見

이상에서 개관한 바와 같이 社會的 基本權에 관해서는 그 호칭이 다양하다는 점은 논외로 하더라도, 그 法的 性格에 대한 이해 역시 논자마다 각양각색이다. 하지만 社會的 基本的 基本權의 법적 성격에 관련해서는 社會的 基本權을 抽象的인 法的 權利로 파악하는 것이 우리 나라 憲法學界의 多數說인 것처럼 보인다. 筆者 역시 종전에는 抽象的인 法的 權利說에 동조하여 왔다<sup>1)</sup>. 그러나 이제 社會的 基本權도 請求權的 基本權이나 政治的 基本權과 동일 수준의 具體的인 法的 權利로 파악하려는 인식전환을 하지 않으면 안될 것 같다. 다시 말하면 筆者는 일련의 社會的

---

1) 權寧星, 전제서, 525면 이하 참조.



基本權을 不完全하나마 具體的인 法的 權利의 범주에 속하는 것으로 인식하려고 한다.

여기서 筆者가 社會的 基本權을 不完全하나마 具體的 權利라고 함은 다음과 같은 의미이다. 첫째, 모든 헌법규정은 공동체 구성원들의 헌법생활에서 그 내용이 반드시 실현되어야 할 裁判 規範이라는 점이다. 어떠한 헌법규정은 재판규범이고 어떠한 헌법규정은 프로그램규정이라는 憲法規定上 명문규정이 존재하지 아니하기 때문이다. 둘째, 경제적으로 열악한 상황에 처한 국민(결대빈곤층과 사회적 빈곤층)에게는 自由權的 基本權이나 政治的 基本權보다 社會的 基本權의 실질적 보장이 보다 절실한 의미를 가진다는 점이다. 셋째, 우리나라와 같이 국가적 성격이 社會國家原理를 지향하는 社會國家的 성격을 가지고 있는 경우에는, 국가의 과제와 목표는 社會的 基本權의 실현에 중점을 두어야 한다는 점이다. 다시 말하면 국가적 성격을 社會國家로 규정하고 國家目的을 社會國家原理의 구현이라 규정하면서 社會的 基本權을 프로그램적인 것 내지 抽象的인 法的 權利로 이해한다는 것은 논리적 모순이 된다. 넷째, 憲法裁判制度가 확립된 경우에는 憲法裁判이라는 방법을 통하여 立法機關에게 立法促求決定을 하는 것이 憲法構造上 불가능하지 않다는 점을 들 수 있다. 이러한 의미에서 社會的 基本權은 自由權의 처 基本權처럼 직접효력을 가지는 완전한 의미에서의 구체적 권리일 수는 없다 할지라도 적어도 請願權, 國家賠償請求權, 選舉權, 公務擔任權 등과 동일한 수준의 不完全하나마 具體的인 法的 權利로서의 성격은 지니고 있다고 할 수 있다.

### 三.社會的 基本權의 憲法訴訟的 實現方法

#### 1. 社會的 基本權의 複合的·多側面的 構造

그 밖의 여러 基本權과 마찬가지로 社會的 基本權도 單面的 성격만을 지니고 있는 基本權이 아니다. 그것은 自由權的인 측면과 더불어 生存權的인 측면을 동시에 가지고 있는 複合적·다측면적 구조를 가진 基本權이다.<sup>1)</sup> 따라서 國家에 대하여 어떠한 積極的 給付를 요구하는 것이 아니라, 國家에 의한 침해행위(教育을 받은 權利의 침해, 勞動三權의 침해, 環境 파괴에 의한 生命·건강의 침해 등)의 배제를 구하는 社會的 基本權의 自由權的(방어권적) 측면에 관해서는 直接的 效力이 당연히 인정되어야 한다. 이 점에 관해서는 이론의 여지가 없다.

#### 2. 生存權的 側面의 憲法訴訟的 實現方法

##### (1) 社會的 基本權의 憲法規範的 의미

社會的 基本權의 憲法訴訟的 實現方法을 검토하기 위해서는 「不完全한 具體的 權利說」의 입장에서 다음과 같은 점을 다시 한번 확인해 두고자 한다.

첫째, 개개인이 청구의 대상으로 할 수 있는 社會的 基本權의 具體的 內容은 직접 헌법규정에 의해서 확정되는 것이 아니고 이러한 憲法規定을 구체화하는 立法(法律)으로써 결정된다. 다시 말하면 社會的 基本權이 완전한 의미에서 구체적인 내용을 가진 權利가 되려면 청원권, 국가배상청구권, 선거권, 공무담임권 등과

1) 社會的 基本權의 憲法的 實現可能性과 憲法的 實現形態에 관해서는 특히 韓炳鎬, 社會的 基本權의 法的 構造, 서울大學敎 碩士學位論文(1984), 100면 이하 참조.

마찬가지로 立法에 따라 그것이 구체화될 필요가 있다. 이것이 憲法이 社會的 基本權保障을 규정한 원칙적인 의미이다.

둘째, 憲法은 社會的 基本權을 구체화할 立法의 義務를 國家에 부과하고 있다. 이들 社會的 基本權을 보장한 헌법규정은 청원권, 국가배상청구권, 선거권, 공무담임권 등과 마찬가지로 불완전한 형식으로 權利를 인정한 것에 지나지 않기 때문에, 社會的 基本權에 대응하는 國家의 義務는 社會的 基本權을 구체적인 내용을 가진 基本權이 되게 할 立法의 義務를 규정한 것이다.

셋째, 國會가 社會的 基本權 實現에 필요한 立法을 태만히 할 경우에는, 憲法裁判所가 이를 憲法違反으로 확인할 수 있을 뿐 아니라 立法促求決定을 할 수 있다고 본다. 이러한 立法促求決定이 가능하다는 論理에 대해서는, 憲法上 3權分立의 원칙을 들어 그것이 헌법위반이라는 反論이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 憲法裁判所는 憲法の 「실현」을 보장하는 憲法機關이므로, 이 경우 立法促求決定이라는 司法的 판단을 거부하거나 회피한다면, 그것 또한 違憲이 아닐 수 없다. 따라서 立法의 태만이 있는 경우에 憲法裁判所가 스스로 立法을 形成하는 것이 아니라 立法促求決定을 한다면, 그 決定은 위헌이 아니라 憲法國家에 있어서 憲法實現을 위한 적극적인 憲法裁判的 權限行使이므로, 그것은 오히려 憲法이 요청하는 것이라고까지 할 수 있다.

이러한 解釋論理를 전제로 하여 職場斡旋請求權 등을 그 내용으로 하는 憲法 제32조 제1항의 勤勞의 權利에 관하여, -독자들의 이해의 편의를 위하여- 「無職者(甲)의 직장알선청구에 대한 政府의 직장알선거부행위」라는 사례를 중심으로 그 憲法訴訟的 實現方法을 살펴보기로 한다.

## (2) 職場斡旋請求權의 權利性

事例의 경우에 기본적인 논점은 개개인이 어떤 경우에, 어떤 방법으로 憲法에 규정된 勤勞의 權利와 인간다운 生活權의 보장을 구체적으로 國家에 대하여 요구할 수 있는가에 있다. 다시 말하면 甲은 무직자이기 때문에 「인간다운 생활」, 즉 人間の 尊嚴性에 상응하는 건강하고 문화적인 最低生活를 할 수 없다는 이유로, 國家에 대하여 직접 憲法 제32조와 제34조에 의거하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 직장알선을 청구할 수 있는가 하는 문제가 검증되어야 한다. 위에서 확인한 社會的 基本權의 憲法規範의 意味를 사례별로 검토하면 다음과 같다.

(가) 立法의 不存在

勤勞의 權利나 인간다운 生活權 保障에 관한 憲法規定을 구체화하는데 필요하다고 생각되는 立法이 아직 없는 경우에는 어떠한 憲法訴訟의 方法이 있을 수 있는가?

이런 경우에는 개개인이 국가에 대하여 직접 憲法規定(제34조와 제32조 등)에 의거하여 勞動의 權利나 인간다운 生活權實現에 관한 구체적인 立法이 없음을 違憲이라고 주장할 수 있다. 따라서 立法의 請願이나 選舉를 통하여 정치적 책임을 추궁하는 방법 외에, 「憲法上 보장된 基本權이 公權力의 不行使, 즉 立法의 不作爲로 말미암아 침해되었음을 이유」로 憲法裁判所에 憲法訴願을 제기할 수 있다. 이 경우 憲法裁判所는 ① 「本件 의 경우 立法不作爲는 違憲임을 확인한다」라고 함은 물론 나아가 ② 國會로 하여금 社會的 基本權을 구체화하기에 필요한 法律을 제정하도록 立法促求決定을 할 수 있다. 즉 「國會는 근로의 권리나 인간다운 生活權에 관한 구체적인 立法의 義務가 있다」는 뜻의 立法促求決定을 할 수 있다. 그러나 憲法裁判所가 이를 넘어 「직접 憲法規定에 의거하여 개개인으로서 국민이 직장알선청구권을 실현할

수 있다」는 뜻의 決定은 할 수 없다.

(나) 立法의 不充分

勤勞의 權利나 인간다운 生活權에 관한 헌법규정을 구체화하기 위한 立法이 존재하기는 하지만, 그 法律만으로써는 職場幹旋이나 最低生活의 보장을 자신의 구체적인 法的 權利로서 주장하기에 불충분한 경우에는 어떠한 憲法訴訟의 方法이 있는가?

우리나라의 職業安定 및 雇用促進에 관한 法律 제2조 제1호(구직자에 대한 국내 및 국외의 직업소개와 직업지도 및 직업보도), 災害救護法 제5조 제1항 제7호(생업알선), 淪落行爲 등 防止法 제7조 제2항 제5호(요보호자에게 선량한 직업의 알선을 행하는 일) 등과 같이 勤勞의 權利·인간다운 生活權의 보장에 관한 立法이 존재하지만, 그러한 法律들은 현실적으로 職場幹旋의 보장을 위해서는 불충분한 것이다. 왜냐하면 위의 法律들은 단지 직업보도·직업소개 및 직업지도, 生活幹旋, 職業의 幹旋이라는 표현을 사용하고 있을 뿐, 雇用義務를 규정하고 있지 아니하기 때문이다. 이러한 경우에 국민은 직접 헌법규정(제32조 제1항)을 근거로, 그 法律이 基本權 실현에 불충분한 違憲法律임을 이유로 違憲法律審判 제청신청을 할 수 있다. 이 경우에 憲法裁判所는 ① 당해 法律의 違憲確認과 더불어 ② 立法促求(法律의 改正促求) 決定을 할 수 있다. 그러나 그것을 넘어 憲法裁判所가 그 法律의 내용이 불충분하므로, 개개인이 직접 憲法規定에 따라 현실적으로 職場幹旋을 보장받을 權利를 갖는다는 내용의 決定은 할 수 없다.

(다) 違憲의 立法

國會가 헌법규정에 위반되는 내용의 法律을 제정한 경우에는

어떠한 憲法訴訟의 方法이 있는가? 가령 法律으로써 「국가는 국민의 職場斡旋의 청구에 응할 義務를 지지 아니한다」 라든가 「국가는 국민에게 인간다운 생활을 보장할 義務가 없다」 라고 하는 것과 같이, 國家가 적극적으로 이들 헌법규정에 위반되는 내용의 立法을 할 경우에는 어떠한 憲法訴訟의 方法이 있는가?

그러한 法律은 勤勞의 權利를 규정한 헌법규정을 정면으로 부정하는 것이므로, 그 法律은 헌법규정에 위반되는 것이다. 이러한 경우에는 개개인이 憲法裁判所에 대하여 「立法權이 憲法上 보장된 社會的 基本權을 침해하였다는 이유로」, 社會的 基本權의 구제를 구하는 憲法訴願을 제기할 수 있다. 이 경우 憲法裁判所는 당해 法律에 대한 憲法確認決定에 그치지 아니하고, 職業斡旋請求權이 憲法上 보장되는 法的 權利의 하나임을 인정한다는 뜻의 決定까지 내릴 수 있다.

(라) 구체적이고 충분한 內容의 立法

구체적이고 충분한 內容을 가진 合憲的인 法律이 존재하는 경우에는, 개개인은 당연히 憲法과 당해 法律에 따라 구체적인 權利를 주장할 수 있다<sup>1)</sup>. 다시 말하면 당해 法律에 의하여 부여된 당해 權利에 대응하는 具體的 義務를 國家가 이행하지 아니할 때에는, 國家에 대하여 그 履行(이른바 법문에 규정된 生活保護나 職場의 斡旋 등)을 청구할 수 있다. 이때 비로소 개개인은 그 法律에 의거한 구체적인 職場斡旋請求權을 가진다. 그리고 國家의 職場斡旋不履行은 憲法과 당해 法律에 대한 위반이 될 뿐 아니라 손해배상책임까지 면할 수 없게 된다.

---

1) 生活保護法과 같이 구체적인 立法이 있는 경우에는 65세 이상의 노쇠자나 근로능력이 없는 불구자 등(§3①)은 生活保護나 醫療保護(§5) 등을 國家나 地方自治團體 등 保護機關 (§2,§15-§24)에 청구할 수 있다.

(마) 職場幹旋請求權의 구체적 실현

위 事例에 관한 憲法訴訟의 回答은, 甲이 「구체적인 法律에 의거하여 職場幹旋請求權 - 따라서 그에 대응하는 國家의 法的인 職場幹旋義務 - 을 보장받고 있는 자인가 아닌가」에 따라 결정될 수 있다. ① 만일에 甲이 순국선열, 애국지사, 전몰군경, 상이군경, 순직군경, 공상군경, 무공·보국수훈자, 6.25참전 재일학도 의용군인, 4.19의거사망자 및 그 상이자, 순직공무원, 공상공무원, 국가사회발전특별공로순직자 및 그 상이자, 국가사회발전특별공로자 등이거나 그 유족(法§41) 등이면, 國家有功者禮遇 등에 관한 法律 제28조~제32조에 따라 國家에 대한 職場幹旋請求權이 구체적인 法的 權利로서 보장되어 있는 자이다. 왜냐하면 위 法律을 보면 여기에는 취업보호대상자로서 이들을 명시하고 있고(§29), 취업보호실시기관(§3), 채용의무(§31), 고용명령(§32) 등이 구체적으로 규정되어 있기 때문이다.

따라서 甲이 위에서 말하는 순국선열~국가사회발전특별공로자이거나 그 유족 등 그 어느 한 범주에 해당할 경우에는, 상기 法律에 의거하여 職場幹旋을 政府에 대하여 청구할 수 있고, 이러한 청구에 대한 政府의 불응 내지 거부는 違憲·違法行爲가 된다. 뿐만 아니라 이 경우 法院은 「甲에 대한 직장알선」을 명하는 履行判決까지 할 수 있다.

그러나 만일에 甲이 위에 열거한 어느 범주에도 해당되지 않는 자라면 - 비록 災害救護法에 의한 救護對象者나 淪落行爲者에 해당할지라도 - 職業安定 및 雇庸促進에 관한 法律, 災害保護法, 淪落行爲 등 防止法 등에 따라 職場幹旋을 청구할 수는 있지만, 그에 대한 政府의 불응 내지 거부를 憲法訴訟의 方法 중 履行判決을 통하여 실현할 수는 없다. 왜냐하면 이러한 法律들은 職場幹旋請求를 구체적인 法的 權利로 보장하고 있다고 보기에

는 불충분한 내용의 法律이기 때문이다. 따라서 이러한 경우에, 甲은 憲法裁判所에 대하여 立法不作爲로 인한 기본권침해를 이유로 憲法訴願을 제기하여, 당해 法律의 위헌확인과 더불어 立法促求(法律의 改正促求)決定을 소구할 수밖에 없을 것이다.

## 四. 結 論

社會保障制의 완벽한 실현과 社會的 市場經濟秩序의 정착을 통하여 社會國家原理의 理念이 충족되기만 한다면, 굳이 憲法訴訟의 方法에 의한 社會的 基本權의 실현문제를 거론할 필요가 없을 것이고 또 社會的 基本權保障에 관한 憲法解釋論과 法理構成의 문제도 무의미한 것이 되고 말지 모른다. 그러나 현실적으로는 國家的 次元에서의 政策的 無關心 내지 태만과 制度의 不備로 말미암아 社會國家原理의 구현은 언제까지나 기대수준을 밑돌기 마련일 것이다.

그러므로 社會國家原理의 구현을 촉진하기 위한 動因의 하나로써, 그리고 憲法規範의 規範性提高論의 일환으로서 社會的 基本權의 憲法訴訟의 實現을 위한 試論을 시도해 보는 것이다. 이 試論이 계기가 되어 社會的 基本權의 憲法訴訟의 實現方法에 관한 논의가 활발해지기를 기대하면서 또 이 試論이 계기가 되어 具體的인 憲法訴訟法이 우리나라에서도 제정되었으면 하는 바람을 가져본다.



# 違憲審查의 基準

尹 英 根

憲法研究官

光州地檢 木浦支廳 部長檢事

## - 目 次 -

- I. 序
- II. 公共福祉의 基準
  - (1) 意義
  - (2) 判例에 의한 修正
- III. 合理性의 基準
- IV. 二重의 基準論
- V. 明白하고 現存하는 危險의 原則
- VI. 必要最小限度의 基準 및 LRA의 基準
  - (1) 必要最少限度의 基準
  - (2) LRA의 基準
- VII. 利益衡量的 基準
- VIII. 文面審查의 基準
- IX. 立法不作爲에 대한 判斷基準

X. 우리 憲法裁判所의 決定例에서 본 判斷基準

- (1) 明確性의 原則
- (2) LRA의 基準
- (3) 過剩禁止의 原則(利益衡量의 原則)

## I. 序

違憲法律審査라는 것은 憲法裁判所나 法院과 같은 國家機關이 議會가 制定한 法律이 憲法에 違反되는지의 여부를 審査하고, 그것이 헌법에 違反된다고 判斷하는 경우에는 그 法律의 效力을 否認하는 制度를 말하는 바, 憲法裁判所 등이 위와 같은 違憲判斷을 함에 있어서 그 尺度가 되는 一定한 基準이 필요함은 두 말할 필요가 없다.

우리 憲法도 第107條 第1項에서 “法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所に 提請하여 그 심판에 의하여 재판한다.” 고 하고, 第111條 第1項은 “법원의 提請에 의한 위헌여부의 판단”을 憲法裁判所の 管掌사항으로 규정함으로써 헌법재판소가 法律의 違憲審査를 함에 있어서 憲法の 規定이 基準이 됨을 명확히 하고 있다.

違憲여부가 문제되는 法律은 國회가 制定한 모든 法律이 이에 해당하겠지만 우리가 논의하는 違憲判斷의 基準에서 문제가 되는 法律은 國民의 基本權을 制限하는 法律이 주로 이에 해당한다고 하겠다. 따라서 먼저 基本權의 制限이라는 측면에서 생각하여 볼 필요가 있다.

現代의 民主主義 憲法國家에서도 合理的인 基本權의 制限은 憲法的 價値秩序의 實現을 위하여 불가피한 것으로 받아들이고 있으며 大多數의 國家에서는 公共의 利益을 위하여 必要不可避한 경우에 한해서 基本權을 制限할 수 있도록 기본권 제한의 方法과 限界를 憲法에 明文化하고 있는 바, 우리 憲法도 第37條 第2項에서 “국민의 모든 自由와 權利는 國家安全保障, 秩序維持,

또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 制限할 수 있으며 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容을 侵害할 수 없다.”고 규정하여 基本權의 一般的인 法律留保條項을 두는 동시에 基本권을 制限의 限界를 明示하고 있다. 따라서 위와 같은 이유로 基本권을 制限하는 法律이 制定 施行되고 있을 때 그 違憲여부가 헌법재판소에 제청되어 판단되는 경우의 判斷基準은 위 基本권 制限의 限界와 밀접한 관계가 있음은 명백하다고 할 것이다.

이러한 基本權은 制限하는 법률의 合憲性은 여러 가지의 觀點에서 검토될 수 있겠으나, 첫째로는 그 法律에 의한 基本權 制限의 目的이 憲法上 正當하다고 할 수 있겠는가 하는 目的의 觀點에서 본 判斷, 둘째로는 目的이 正當하다고 하더라도 어떠한 手段과 方法을 가지고도 基本권을 制限할 수 있는 것은 아니므로 그 法律이 채용하고 있는 具體的인 制限의 方法이 合憲的인 것인지 하는 手段의 觀點에서 본 判斷, 셋째로는 當該 法律의 文面만으로 볼 때에도 違憲이라고 판단되는지의 여부에 관한 판단 등을 생각할 수 있겠다.

또한 위와 같은 觀點과 관련하여 美國, 日本 등에서 憲法裁判의 基準에 관한 原則으로서 發展되어 온 여러 가지의 判斷原則은 具體的으로 어떠한 경우에 適用되는 것이며 目的, 手段, 文面上的의 判斷基準과 어떠한 관계가 있는지를 살펴보고자 한다.

즉 公共福祉의 基準, 利益衡量的 基準, 必要한 最小限度의 基準, 合理的 規制의 基準, 相當期間의 基準, 二重의 基準, 事前抑制禁止의 基準, 애매하기 때문에 無效의 基準, 過度廣汎性의 基準, 덜 制限的인 代替手段의 基準, 危險한 傾向의 기준, 明白하고 現存하는 危險의 原則, 過剩禁止의 原則, 比例性의 原則 등 수많은 기준과 원칙이 사용되고 있는데 이들의 개념을 정리해 보는

것은 國民의 權利와 利益의 司法的 구제의 원칙을 確立하고 헌법재판소가 헌법해석을 함에 있어서 도움이 되는 일이라고 하겠다.

## II. 公共福祉의 基準

### (1) 意義

日本에서는 明治憲法 이래 人權의 保障은 소위 “法律의 留保”를 수반하는, 즉 權利의 內容이 法律에 의해서 規制를 받는다는 것을 前提로 하여 왔다.

그러나 그후의 日本憲法은 원칙적으로 기본권은 侵害당하지 않는 永久의 權利임을 明白히 하고, 다만 헌법이 보장하는 權利와 自由는 公共의 福祉를 위해서 그것을 利用할 責任을 지며 基本的人權은 公共의 福祉에 反하지 않는 한 立法 기타 國政의 위에 있으며 최대한 존중되어야 한다고 규정하고 있다.<sup>1)</sup>

初期의 學설은 위와 같은 총칙적인 규정 속의 “公共의 福祉”에 착안하여 헌법이 규정한 모든 基本的人權保障 規定은 公共의 福祉가 모든 基本권에 通用되는 一般的인 制約개념으로 이해하였으며 昭和 30년대의 公共의 福祉개념을 援引하여 人權制限의 合憲성을 認定하였다.

### (2) 判例에 의한 修正

위와 같이 公共의 福祉개념에 의하여 모든 基本적 人權의 制約을 시인하는 것은 결국 立法者의 立法判斷을 最大限 존중하는

---

1) 日本國 憲法 제12조, 제13조  
우리 憲法 제10조, 제37조 제2항

결과가 되며 모든 법률은 어떠한 합리적인 근거가 있기만 하면 곧 합헌이라고 하는 합헌성의 推定이나 立法權 優位思想과 그 례를 같이 하는 것으로서 利益衡量論과 二重의 基準論에 의하여 修正을 받게 된다.

먼저 全遍東京中郵事件判決<sup>2)</sup>에서 勞動基本權에 대한 制限은 그 존중 확보할 必要와 國民生活 全體의 利益을 維持 增進할 必要를 比較衡量하여 兩者가 적정한 均衡을 維持하도록 決定되어야 하며 노동기본권이 근로자의 生存權에 직결되고 그것을 保障하기 위하여 重要的 手段인 점을 고려하면 그 制限은 合理性이 認定되는 必要最小限의 것이지 아니하면 안된다고 判示하고 있다.

다음 二重의 基準論에의 發展過程을 살펴보면 最高裁判所는 小賣商業調整特別措置法事件決定에서<sup>3)</sup> 法定의 小賣市場의 許可制를 合憲이라고 判斷하면서 헌법은 국가의 責務로서 積極的인 社會經濟政策의 實施를 예정하고 있으므로 個人의 經濟活動의 自由에 한해서는 精神的 自由에 관한 경우와는 달라서 一定한 規制조치를 취하는 것은 헌법이 허용하고 있는 것이라고 함이 상당하다고 判示함으로써 二重의 基準을 採用하고 있음을 명백히 하였다.

### Ⅲ. 合理性의 基準

合理性의 基準이란 요약하면 規制對象이 되는 行爲와 害惡 發生사이에 合理的인 關聯性이 인정되면 그 規制法律은 合憲이 된다고 하는 基準을 말한다. 合理性의 基準은 美國의 Carolene判決

2) 最大判 昭和 41年10月26日 刑集 20卷 8號 901면

3) 最大判 昭和 47年11月22日 刑集 26卷 9號 586면

에서 도입되었다. 위 판결에서는 경제적 자유의 영역에 있어서는 정부의 規制權限의 확대를 指向하는 사회·경제적 立法에 대한 평가에 관해서 소위 New Court가 積極적으로 그것을 肯定하는 立場으로 轉換한다는 것을 明確히 했다는 점에서 憲法訴訟에 있어서의 重要な 意義를 갖는다고 하겠다.

위 판결에서 Stone 大法官은 이 이론을 더욱 明確히 하였다.<sup>4)</sup> 한편 日本에서는 合理性의 기준을 적용했다고 보여지는 判例가 많이 있는 바, 특히 주목할 점은 美國의 경우와는 달리 合理性의 기준이 경제적 자유의 영역에 限定되지 않고 그 적용범위를 넓혀왔다는 점이다.

이 영역에 속하는 代表的 判決은 小賣市場의 許可規制를 合憲이라고 한 小賣商業調整特別措置法事件 判決을 들 수 있는데 이는 公共福祉理論에서 설명한 바 있다. 또한 國家公務員의 政治活動을 禁止하는 國家公務員法 제110조 제1항 19호의 合憲성에 관한 猿佛事件判決<sup>5)</sup>에서도 最高裁判所는 禁止規定의 合憲성을 肯定하면서 公務員의 政治的 中立性を 害할 염려가 있는 政治的 行爲를 禁止하는 것과 禁止目的 사이에는 『合理的 關聯性』이 있다고 판시하고 있다.

다음 表現의 自由의 영역에서 合理性의 基準이 채용되었다고 볼 수 있는 判決은 적지 아니한데, 먼저 戶別訪問禁止合憲判決<sup>6)</sup>에서는 戶別訪問을 禁止하느냐 허용하느냐는 오직 選舉의 自由와 公正을 確保한다는 견지에서의 立法政策의 문제이므로 國會가 그 裁量의 범위 내에서 決定한 定策은 존중되지 아니하면 안

---

4) Stone 大法官은 ① 修正 1조부터 修正 10조까지의 人權保障조항을 규제하는 입장에 있어서는 원칙적으로 합헌성 推定의 범위를 축소하여야 하고, ② 民主主義 체제의 기초를 이루는 정치과정에 영향을 미치는 입법은 경제과정에 영향을 미치는 입법보다 엄격한 사법심사를 필요로 하여, ③ 少數의 권리는 경제적 이익집단의 경우와 달라서 특별한 재판상의 보호를 받아야 한다는 3大 原則을 明確히 하였다.

5) 最大判 昭和 49年 11月 6日 刑集 28卷 9號 393면

6) 最大判 昭和 56年 6月15日 刑集 35卷 4號 205면

된다고 하였다(참고로 이 判決의 下級審에서는 表現의 自由에 대한 制約은 必要한 最小限度에 그쳐야 한다는 이유로 엄격한 심사를 거쳐야 한다고 하였으나 최고재판소에서는 인정되지 아니하였다). 또한 大阪市屋外廣告物規制條例合憲決定<sup>7)</sup>에서도 國民의 文化的 生活의 向上을 목표로 하는 헌법 아래서 都市 美觀 풍치를 維持하는 일은 公共의 福祉의 유지에 중요한 要素이므로 이런 정도의 規制는 公共의 福祉를 위하여 表現의 自由에 가해지는 필요하고도 合理的인 制限이라고 하지 않을 수 없다고 判示하고 있다.

#### IV. 二重의 基準論

二重의 基準論이란 1930年代 美國 연방대법원 판례에 의하여 形成되기 시작한 것으로서 基本權의 종류에 따라 서로 다른 기준을 가지고 그 법률의 違憲여부를 판단하여야 한다는 理論이다. 즉, 기본권을 經濟的 自由와 精神的 自由로 구분하여 後者를 『優越的 地位』에 있는 기본권으로 파악하고 그것을 制限하는 法律의 合憲性 판단에는 엄격한 기준을 적용하고 경제적 자유를 制限하는 법률에는 原則적으로 合憲性을 推定하여 보다 유연한 기준에 의하여 판단하여야 한다는 것이다.

19세기 末 以來 미국연방대법원의 主要 관심은 財產權의 保護에 있었으며 일련의 社會經濟規制立法은 계속하여 違憲判決을 받았다. 이러한 實體的 適法節次에 근거한 흐름은 1937년 Cardozo 大法官에 의한 優越的 自由論을 중심으로 새로운 展開를 맞게 된다. 1938년 Stone 大法官은 Carolene判決<sup>8)</sup>에서 修正

7) 最大判 昭和 43年 12月 18日 刑集 22卷 13號 1549년

8) 이 판결에서 연방최고재판소는 “경제적 자유에 대한 規制立法이 위헌이라고 판단되기 위



憲法 제1조에서 規定한 다섯가지 自由는 보다 엄격한 司法審査가 要請된다고 함으로써 이제까지의 司法積極主義에 대한 反動으로 司法消極主義가 支配的인 立場이 되어 경제의 문제는 될 수 있는 한 司法이 干渉하지 않는 것이 바람직하며 경제적 자유에 대한 規制立法에는 高度의 合憲性 推定이 認定되게 된 것이다. 그러나 1947년 一部 대법관의 변동이 있으면서 우월적 자유론이 一時 후퇴하였다가 1953년 Warren 대법원장이 취임한 후 위와 같은 二重기준에 의한 판단방법은 더욱 철저히 적용되어 精神的 自由에 대한 規制立法은 오히려 違憲性이 推定된다고 까지 하는 見解조차 나타나게 되었다. 한편에서 강한 合憲性의 推定을 받는 法律과 다른 한편 違憲性의 推定까지 받는 法律에서 그 判斷基準이 다른 것은 두 말할 필요도 없다고 하겠다.

二重基準論에 의하면 精神的 自由의 規制立法에 관하여는 “명백하고 현존하는 危險”, “덜 制限的인 代替手段(LRA)의 基準” 등 엄격한 基準이 適用되지만 經濟的 自由의 規制立法에 관하여는 合理性의 基準은 合憲性 推定の 原則과 관련되어지는 것으로서 合憲性의 推定을 排除할 만한 合理的인 이유가 있을 때에는 違憲이 되지만 그렇지 않는 한 合憲性이 推定된다.

여기에서 判斷要素가 되는 것은 의회의 立法時 이리이러한 社會·經濟的 諸 事實에 의한 필요에서 立法하였다고 하는 사실(즉, 立法事實)이며 立法事實의 不存在가 증명되면 위 법률은 合理性을 缺하여 違憲이 되지만 立法事實의 存在가 推定되므로 위헌을 주장하는 측에서 立法事實의 不存在를 증명하지 아니하면 아니되어 실제상으로는 經濟的 自由에 대한 規制立法이 違憲으

---

하여는 문제가 되는 규제입법에 입법자의 지식과 경험에 기초한 합리적 기초를 가지고 있다는 推定을 깨뜨릴 만한 사실의 證明이 필요하다고 관시함으로써 人權의 규제가 경제적 자유에 관한 것일 때에는 立法府의 推定이 強하게 作用하는 동시에 거기에는 광범한 立法제량이 인정되어야 하며 입법의 위헌성을 다룸에는 그 거증책임도 위헌을 주장하는 측에 있다는 것을 명백히 하고 있다.

로 될 여지는 거의 없게 되는 결과가 된다.

다음에 日本에서의 二重基準理論의 발전과정을 살펴보면, 小賣商業調整特別措置法事件判決과 藥事法距離制限規定違憲判決<sup>9)</sup>을 먼저 들 수 있겠다. 前者는 경제적 자유와 정신적 자유와를 구별하여 경제적 자유에 관하여는 정신적 자유와 달라서 合理的인 規制가 허용된다고 함으로써 二重基準論의 채용을 명백히 하고 있다. 더욱이 경제적 자유에 관해서는 警察的인 消極目的의 規制와 積極的 定策目的의 規制가 있는데 적극적 정책목적의 규제에 관해서는 當該 法的 規制가 현저히 不合理的인 경우에 한해서만 違憲이라고 하여야 한다고 하여 그 기준을 명확히 하고 있다. 또한 後者의 判決에서는 前者의 判決에서의 理論에서 더 나아가 經濟活動의 自由를 規制하는 立法에 대한 裁判所의 合憲性 判斷의 基準은 정신적 자유를 규제하는 立法의 경우보다 그 기준이 완화되는 것은 사실이지만 경찰적 규제의 경우는 積極的·사회정책적 규제의 경우보다는 엄격한 기준이 요구된다는 점을 명확히 하였다는 것이 특징이다.

이러한 二重基準論에 대하여는 基本權 사이의 價値序列을 헌법에서 認定하지 않았음에도 경제적 자유와 정신적 자유 사이의 價値序列을 인정하는 人權의 二層理論이라든가 現代 福祉國家에서는 경제적 자유와 정신적 자유가 복합적으로 規制되는 法律이 많이 있으므로 區別이 용이치 아니하다는 등의 批判이 제기되고 있다. 그러나 二重基準論을 경제적 자유의 合憲性 推定이라는 면보다 정신적 자유에 우월적 地位를 인정하여 이를 規制하는 法律에 보다 엄격한 심사를 요구하는 측면에 그 重要性을 둔다면 상당히 意義있는 基準이며 理論이라고 하겠다.

---

9) 最大判 昭和 50年 4月 30日 民集 29卷 4號 572면

## V. 明白하고 現存하는 危險의 原則

明白하고 現存하는 危險의 原則은 主로 言論·出判의 自由를 制限하는 法律의 合憲性에 關한 原則으로서 1919年 Schenck 사건 때 Holmes 大法官이 使用한 以來 美國의 判例를 통하여 確立된 理論이다. 이 원칙 속에는 『實質的 害惡』, 『明白』, 『現存』, 『危險』 등의 4가지 필수적인 要素가 포함되어 있으며 이들의 엄격한 해석을 요한다.

실질적 해악이란 무엇을 의미하는가. 미국의 위험의 원칙의 展開에 있어서는 그것이 重大한 해악을 의미한다는 限定은 있었지만 극히 널리 一定의 社會的 利益을 害하는 것 一般을 포함하고 있었으며 무엇보다도 국가 내지 社會公共의 安全의 阻害를 의미하여 왔다. 그러나 사회 公共의 安全의 阻害라는 것 자체가 광범하고 추상적인 개념이므로 實質的 害惡을 위와 같이 해석한다면 明白하고 現存하는 危險이라는 限定은 거의 無意味하게 되어 버린다.

따라서 위에서 살펴본 基本權의 內在的 制約의 3가지, 즉 ① 타인의 生命·건강을 위협하여서는 안된다. ② 타인의 人間으로서의 존엄을 해쳐서는 안된다. ③ 基本권과 基本권이 충돌하는 경우에는 相互調整 되어져야 한다는 觀點에서 실질적 해악을 파악하여야 할 것이다.

다음에 明白이라는 것은 制限의 對象이 되는 行爲와 害惡發生 사이에 명백한 인과관계가 있어야 한다는 것을 의미한다. 다만 위에서 본 合理性의 基準에서도 인과관계는 明白하여야 하지만 여기의 明白하고 現存하는 危險의 原則에서의 인과관계는 그 보다 더 명백한 인과관계를 要한다고 해석된다. 또한 現存이란 通常 時間的 近接性, 즉 해악발생의 위험이 임박해 있는 것을 의미

하지만 시간적 근접성이란 개념도 역시 애매한 개념으로서 現實的·具體的 위험이 임박해 있는 것을 의미한다고 할 수밖에 없다. 이러한 不明確性으로 말미암아 明白하고 現存하는 危險의 원칙에도 다음과 같은 批判이 加해지고 있다. 첫째로는 이 원칙은 危險性만 가지고 規制하는 것이고 現實의 危險의 發生을 요건으로 하지 아니하기 때문에 위험성의 판단에 主觀이 개입하게 된다. 둘째로는 이 원칙이 적용되지 않는 경우를 명확히 해 둘 필요가 있다는 것이다. 즉, 법이 어떤 行爲를 規制하는 경우에 當該 行爲가 公共的 사항에 관한 것이고 행위자에게 他人을 害할 의사가 있다고 인정할 수 없는 경우에는 비록 그 행위로 인하여 現實의 害惡이 發生하였다고 하더라도 그 행위는 보호되어야 한다는 것으로서 주로 명예 등과 관련하여 문제가 된다. 또한 이 원칙은 미국에서 발전되어 온 事前抑制禁止의 原則과도 깊은 관련을 갖는다.

## VI. 必要最小限度의 基準 및 LRA의 基準

### (1) 必要最小限度의 基準

必要最小限度의 基準은 당해 법률이 채용하고 있는 制限의 程度·手段이 그 目的達成을 위한 必要한 最小限度에 그치지 아니하면 안된다는 理論이다.

기본권의 制限이 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 것은 헌법상 기본권 保障의 당연한 要請이라고 하겠다. 이러한 원칙은 基本權 全般에 걸친 원칙이므로 경제적 자유의 규제 입법에 대해서도 적용될 수 있겠는가 문제가 되지만 政策目的에 의한 경제적 자유의 制限의 경우에는 이 원칙의 적용을 완화할 필요가 있다고 생각되어진다.

그러면 이 원칙의 내용은 무엇인가? 이것은 결국 당해 법률이 채용하고 있는 規制의 手段・程度보다도 더 국민의 기본권을 侵害하지 않는 수단이나 방법은 없을까, 즉 그러한 方法이 制限의 목적을 달성하기 위한 最小限度의 手段인가의 판단기준이다.

일본에서 이 理論이 처음 등장한 것은 公務員 근로자의 爭議 行爲에 대한 포괄적 금지 규정에 관한 昭和 41년의 東京中郵最高裁判所에서이다. 이 理論은 利益衡量論에 이론상 연결되는 準칙으로서 制限의 범위와 제재의 정도에 초점을 맞춘 심사기준이다. 이는 기본권 제한의 측면에서는 진일보한 이론이라고 할 것이다.

이러한 必要最小限度의 기준은 다시 猿拂事件의 旭川地裁判決을 계기로 공무원의 정치활동에 대한 一律적이고 包括적인 규제에 적용되어 表現의 自由의 규제영역에서의 심사기준으로서 활용되게 된다.

## (2) LRA의 기준

LRA의 基準은 1960年代 미국 헌법判例理論<sup>10)</sup>에서 정신적 자유에 대한 過度의 廣汎한 制限을 규제하기 위해서 活用된 Test로서 규제의 목적이 正當하다고 하더라도 當該 手段이 立法目的을 달성하기에 不必要할 정도로 광범하고 攻撃的이지는 않은가 하는 판단기준이다. 위에서 살펴본 必要最小限度의 기준이 기본적인 인권제한의 一般的 原則이라고 한다면 LRA의 기준은 이것을 目的 手段의 관계에 초점을 맞추어 具體化시킨 기준이라고 할 수 있겠다.

위의 旭川地裁判決이 政治活動의 禁止의 必要性을 행위의 主體・內容・形態 등을 個別的・具體的으로 검토한 후에 법이 정

---

10) 1960年 Shelton v. Tucker 사건

한 제재방법보다도 더 작은 제재방법이 있고 그것에 의하더라도 충분히 法의 目的을 달성할 수 있는 경우에는 법이 규정하고 있는 광범한 제재방법은 法 目的달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위헌이라고 判示함으로써 LRA의 기준을 罰則의 위헌판단에 한정하여 적용하고 있다. 또한 藥事法距離制限規定違憲判決에서는 국가의 消極的 規制영역인 경제적 자유에 관하여 엄격한 심사보다는 약간 완화된 심사기준으로서의 LRA의 기준을 적용하는 것과 같은 방향으로 나아가고 있다.

다음에 본 원칙과 이익형량의 기준과의 관계를 살펴보면 LRA의 기준을 적용하는 경우 다른 代替手段의 존재可能性에 관하여 재판소로서는 諸 利益의 比較衡量을 하여야 한다. 그 경우 다른 代替手段이 갖는 效率이나 行政의 負擔·便宜, 기타 여러가지의 사회적 영향이 고려되어야 하지만 이때 재판소로서는 LRA기준의 불명확성 때문에 裁量의 여지가 생기게 된다는 지적은 이익형량의 기준에 관하여도 마찬가지로의 결과가 되지만 적어도 이때의 이익의 비교는 諸 要素사이의 단순한 個別的 形량으로는 부족하고 개인의 권리의 중요성을 고려한 위에 엄격히 심사하는 등의 人權의 측면에 비중을 두는 것이 요구된다고 할 것이다.

다음 LRA기준과 過度의 廣汎性的 理論 사이에 관계를 살펴보면 LRA의 基準이 人權規制의 廣汎성을 문제시하는 경우에는 어느 의미에서 過度의 廣汎性的 理論과 궤를 같이 하게 된다. LRA기준이 적용되는 것은 원칙적으로 人權規制의 目的과 手段 사이에 一定한 合理的 關聯性이 존재하기는 하지만 立法目的을 다른 代替手段에 의하더라도 달성될 수 있는 경우에 한한다. 다시 바꾸어 말하면 규제의 목적과 수단 사이에 합리적 관련성이 없는 경우나 人權규제가 목적과 수단 사이에 합리적 관련성이 없는 경우나 人權규제가 너무 광범하여 다른 代替手段을 생각할

여지도 없이 違憲이라고 판단되는 경우 등에는 성질상 LRA기준이 아니라 過度의 廣汎性的 이론이 적용되게 된다.

## VII. 利益衡量的 基準

利益衡量的 基準은 위에서의 公共福祉의 기준이라든지 必要最小限度의 基準, LRA의 基準 등에 대하여 論하면서 일부 설명되기는 하였으나 이를 다시 具體的으로 살펴보기로 하겠다.

日本の 佐藤功 교수는 公共福祉에 관하여 “공공의 복지를 이유로 행서 국민의 기본적 인권을 제한하는 것이 가능한 것은 간단히 말하자면 기본적 인권을 제한하는 것에 의하여 얻어지는 이익 또는 그 가치와 그것을 제한하지 아니함으로써 維持되는 이익 또는 價値와를 比較衡量하여 前者의 이익 또는 가치가 크다고 판단되는 경우에 한한다”고 하고 있는 바 이러한 해석을 小林孝輔교수는 『比較衡量說』, 小조和司교수는 『利益考量說』이라고 부르고 있는 것이다. 위와 같이 人權에 대한 制約을 許容할 것인지의 여부를 인권을 제한함으로써 얻어지는 이익과 제한하지 아니함으로써 얻어지는 이익, 다시 말하면 제한에 의하여 잃는 이익을 比較衡量하여 결정한다고 하는 것이 利益衡量方法이라고 정의할 수 있겠다.

위와 같은 이익형량은 그 형량을 함에 있어서 2가지로 나눌 수 있는 바, 하나는 기본권을 제한하는 法令 自體의 合憲성이 문제로 되는 경우와 法令 自體는 위헌성이 없으나 그의 具體的 適用이 當該 具體的 事實關係에 따라서는 문제로 되는 경우로 나눌 수 있다. 前者의 경우에는 규제입법에 의하여 얻어지는 이익과 잃게 되는 이익을 비교하면 되지만 後者의 경우에는 그 법령의 具體的 適用에 의한 利益의 得失을 비교함에 있어서는 事實

의 認定과 함께 比較衡量時의 價値判斷 내지는 그 基準이 문제로 되는 것이다. 具體的으로 위의 說明이 뜻하는 것이 무엇인지를 日本判例를 가지고 살펴보면, 法令 自體의 合憲性이 문제로 되는 事例는 ① 全遍東京郵事件判決<sup>11)</sup>과 ② 都教組事件判決<sup>12)</sup>을 들 수 있겠다.

위 판결은 모두 爭議行爲의 금지자체는 合憲이라고 하면서도 쟁의행위의 制限을 國民生活 全體의 利益의 保障이라고 보는 立場에서 이를 權利 自體의 內在的 制約이라고 파악하여 國民생활 전체의 이익과 勞動基本權의 保障과를 比較衡量하여 兩者의 적절한 均衡을 도모하려고 하고 있다. 즉 여기서는 노동기본권의 權利로서의 重要性을 전제로 해서 國民생활 전체의 이익과 노동기본권의 保障과를 될 수 있는 한 具體的으로 比較衡量하여 양자의 均衡을 기하고 國民생활에 重大한 障害를 가져오지 않도록 하는 동시에 노동기본권의 制限, 특히 刑事罰은 필요한 최소한도에 그치도록 하는 노력이 필요하다고 하겠다.

다음에 法令의 具體的 適用의 合憲性이 문제로 되는 事例를 보면, ① 惡德의 榮之事件<sup>13)</sup>과 ② 博多테레비필름事件<sup>14)</sup>이 있다. ① 사건에서는 다수의견은 이익형량설을 배척하고 있지만 소수의견에 참가하였던 岩田재판관의 의견은 比較衡量설을 취함으로써 作品에 의해서 侵害되는 利益과 예술적·사상적·문학적 작품으로서 가지고 있는 公益性을 比較衡量하여 前者를 優위라고 할만한 合理的 理由가 있는 경우에만 外設성을 인정하여야 할 것이라고 하고 있다. 이익형량 이론이 처음으로 正面에서 취급된 ② 의 사건에서는 公正한 刑事裁判의 實現을 위해서 증거수집이

11) 最大判 昭和 50年 4月 30日 民集 29卷 4號 572면

12) 最大判 昭和 44年 4月 2日 刑集 23卷 5號 305면

13) 最大判 昭和 44年 10月 15日 刑集 23卷 10號 1239면

14) 最大判 昭和 44年 11月 26日 刑集 23卷 11號 1490면



필요한 정도와 取材의 自由와의 관계를 이익형량의 방법으로 판단한 점에서 주목할 만하다. 뒤에서 본 法令 자체의 合憲性이 문제되었던 두 사건은 이익형량의 手法이 人權의 측면에 비교적 有利하게 作用하므로서 學界로부터 肯定的인 評價를 받았다. 그러나 위의 ① 사건은 이익형량론이 少數 意見에서 나타났으며 ② 사건에서 적극적으로 위 이론이 채용되어 對立하는 이익의 具體的 形량조정이 행해졌지만 그것은 取材의 自由와 公正한 재판의 관계에 대한 사건으로서 필름의 提出命令이 형사재판에서의 증거로 사용하는 것과 같이 報道 以外의 目的에 쓰이는 경우에는 公正한 형사재판의 실현이라는 점에 重點을 두어 이를 肯定하고 있다. 이때 여러 가지 제반사정에 관하여 比較衡量의 필요성을 강조하고 있으나 그 衡量의 方法·基準에 관하여는 아무런 언급이 없었다는 점에서 비판을 받고 있다. 위와 같은 個別的 比較衡量(즉 ad hoc balance)은 이익의 對立을 구체적으로 조정해서 自由를 보호한다고 하는 점은 인정받고 있으나 반면에 결과에 대한 예견가능성이 낮아지고 그만큼 表現의 自由에 대한 보호라는 측면에서는 소홀하게 되는 단점이 있다.

昭和 40년 以來 最高裁判所判決 中에 이제까지의 단순한 公共福祉論을 극복하는 利益衡量論이 등장하여 어느 정도 肯定的인 평가를 받았던 것은 사실이다. 그러나 다른 한편 表現의 自由에 대한 規制의 合憲性 문제에서는 이와 같은 이익형량론의 방법에 대하여 비판적인 시각이 점차 커졌던 것을 알 수 있다. 예를 들면 言論의 自由도 對立라는 사회적 가치와의 비교형량론에 의하여 制約을 받을 수는 있다고 하더라도 아무런 기준도 없는 단순한 이익의 비교는 憲法判斷의 方法으로서는 不足하다고 아니할 수 없겠다. 즉 정신적 자유와 같이 價値序列이 높은 權利를 규제하는 경우에는 合理性의 기준이라든가 개별적 이익형량의

方法은 타당하지 않다. 따라서 위와 같은 경우에는 明白하고 現存하는 危險의 原則, 必要한 最小限度의 基準, LRA의 기준, 明確性의 기준 등에 따라서 엄격한 심사를 거쳐야 한다고 생각된다. 위와 같이 이익형량론에 否定的인 면이 있으나 법령의 具體的 적용이 문제로 되는 경우에 재판의 공정성의 보장과 보도의 자유라고 하는 예외적인 局面에서 이기는 하지만 구체적 형량을 통해서 이익을 조정한다고 하는 점에서 이익형량론에 긍정적인 면이 있음은 부인할 수 없다. 결론적으로 이익형량론 그 自體는 否定할 수 없지만 좀더 그 기준을 명확히 할 필요가 있다고 하겠다.

## VIII. 文面審査의 基準

위에서 살펴본 것과 같이 規制法律의 目的이나 手段에 의한 違憲여부의 심사에 들어 갈 필요도 없이 법률의 文面上 위헌이라고 인정되는 경우가 있다. 즉 헌법상 一切의 制限을 받지 아니하는 絶對的 기본권, 예를 들면 良心의 自由, 노예제도로부터의 自由 등을 制限하는 법률이 있다고 한다면 그 법률은 곧 위헌으로 인정되기 때문에 위헌판단의 기준이라는 것이 논의될 여지도 없고 다음과 같은 경우에만 文面判斷의 기준이 문제된다.

첫째로는, 當該 法律의 文言이 막연하고 不明確하여 어떠한 행위를 規制하고 있는 것인지 명확히 알 수 없는 경우에 관하여 美國判例에 의하여 發展되어 온 “明確性의 原則”이 적용된다고 할 것이다. 明確性의 原則은 정신적 자유의 영역에서 주로 논의되지만 무릇 人間의 行爲를 규제 내지는 처벌하는 법률이 명확해야 한다고 하는 것은 適法節次 내지 罪刑法定主義의 당연한 요청이므로 막연하고 불명확한 법률은 정신적 자유에 대한 규제

입법 뿐 아니라 모든 경우에 文面上 위헌의 문제를 가지게 된다. 文面上 無效로 되는 不明確한 법률은 國民에 대한 “適正한 告知”를 欠缺한 것이고 法 適用기관의 恣意를 허용하게 되기 때문이다. 日本의 判例<sup>15)</sup>에서도 “통상의 판단능력을 갖는 일반인에게 있어서 그 행위가 규제를 받는 것인지 아닌지의 판단이 가능하여야 합헌이라고 할 수 있다”고 판시하고 있다. 이러한 明確性의 原則과 靚을 같이 하는 것이 “애매하기 때문에 無效의 이론”이다. 애매하기 때문에 무효의 이론의 先例가 되는 것은 1926년 美國의 *Cornally v. General Construction Co.* 判決로써 보통의 지식을 가진 사람들이 반드시 그 의미가 무엇인지 알 수 있어야 하며 그 적용에 관하여 의견을 달리할 정도로 애매한 개념으로 어떠한 행위를 금지하거나 또는 要求하는 법률은 법의 적정한 節次의 본질에 위반한다고 判示하고 있다. 이 이론은 法的 生活의 安定性과 예측가능성을 보장하고 법을 집행하는 기관에 대해서도 권력의 남용을 防止하도록 하기 위하여 明確한 표현을 요구하고 있는 것이다.

다음에 文面審査의 기준으로서 생각할 수 있는 것은 手段審査의 기준에서 살펴본 “過度의 廣汎性의 理論”이다. 이 이론은 특히 정신적 자유의 규제입법에 관해서 적용되는 것으로서 當該法律이 헌법상 규제해서는 아니되는 행위까지 包括적으로 포함하는 형태로 규제대상을 규정하는 경우에는 그 법률을 文面上 무효로 하여야 한다는 것으로 그러한 점에서 文面審査의 기준으로서의 意義를 인정할 수 있겠다.

---

15) 德島市公安條例에 관한 最大判 昭和 50年 9月 10日 刑集 29卷 8號 489면

## IX. 立法不作爲에 대한 判斷基準

立法不作爲 또는 不備에 의하여 헌법상의 권리가 實現되지 않던가 또는 侵害되고 있는 경우에 그것이 위헌심사의 대상이 될 수 있는데, 이러한 경우의 판단기준으로서 생각할 수 있는 것이 相當期間論의 기준 내지는 合理的 期間論의 기준이라고 하는 것이다.

예를 들면 議員 定數의 불균형을 是正하지 않고 있는 立法不作爲에 대한 日本 昭和 51년의 最高裁判所 判決은 “인구의 변동 상태를 고려하여 合理的 期間내에 시정할 것이 요구됨에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 헌법위반이라고 할 것이다”고 판시하고 있다.

相當期間論은 위헌상태의 확인을 전제로 해서 그후 상당한 기간내에 立法조치가 없는 경우에 위헌이라고 판단하는 것인 바, 어느 정도를 가지고 상당기간이라고 할 것인가가 문제로 되지만 그것은 具體的 事情에 따라서 개별적으로 검토할 수밖에 없다. 學說上 상당기간 산정의 기준時點에 관하여는 행위시점에서의 위헌상태를 일응 확인한 후에 그 상태를 발생시킨 과거의 시점을 추정해서 그 사이의 合理性을 따져보아야 할 것이며, 그 기간이 너무 장기간인지의 여부는 立法義務를 課한 헌법규정의 구속력의 強度, 立法의 사회적 필요성과 權利保護를 위한 必要性, 立法內容의 複雜性 등을 고려하여 合理的으로 결정하여야 한다고 하고 있다.

## X. 우리 憲法裁判所의 決定例에서 本 判 斷 基準

### (1) 明確性의 原則

우리 憲法裁判所는 國土利用管理法 제21조의 3에 대한 위헌심판사건<sup>16)</sup>에서 罰則規定과 明確性의 原則違背여부에 관하여 자세히 說示하면서 “……무릇 罪刑法定主義는 범죄와 형벌이 法律로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 발생하는 明確性의 原則은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.

여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 多義的으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 明確性의 要求에 배치된다고는 보기 어렵다고 할 것이다”고 하였으며 또한 國家保安法 제7조에 대한 違憲審判事件<sup>17)</sup>에서는 “……법규의 적용범위가 과도하게 광범해지면 어떠한 경우에 法을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는가, 즉 法을 적용하여도 좋은 경우와 적용하여서는 안되는 경우가 法執

16) 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 사건

17) 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 사건

行者에게도 不確實하고 애매해지는 사태가 온다. 이러한 의미에서 과도한 광범성은 잠재적인 明確性 결여의 경우로 볼 수 있기 때문에 형벌법규에 관한 明確性의 原則에 위배되는 한가지 예에 해당될 수 있다”고 判示함으로써 위의 文面審査의 基準에서 살펴본 明確性의 原則 내지는 過度의 廣範性의 理論이 違憲審査의 重要한 基準이 됨을 명확히 하였다.

## (2) LRA의 기준

우리 憲法裁判所의 決定例 중에서 違憲審査의 基準으로서 소위 LRA의 基準을 채용하고 있는 것으로 볼 수 있는 決定으로는 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌여부에 관한 헌법소원사건<sup>18)</sup>을 들 수 있는데 여기서는 “…… 앞서 본 바와 같이 제5조 제1항의 보험가입강제는 체계부조화의 문제점이 있고, 또 기본권 침해의 요소가 없지 않은 제도라면 이는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중을 기본으로 하는 경제질서 하에서는 어디까지나 예외적인 것이어야 하며, 그리고 엄격한 요건 아래서만 인정되어야 할 것이다. 따라서 이러한 법일수록 목적달성을 위하여 최소한의 범위로 국한시켜야 하며 다른 合憲的인 代替手段이 있으면 이를 따를 것이고 함부로 확대입법한다는 것은 과잉금지의 원칙에 합치될 수 없는 것이다”고 하여 위 법률 제5조 제1항에서 4층 이상의 건물에 대한 획일적인 保險加入強制를 한 것은 그 限度에서 헌법 제37조 제2항에 의하여 正當化될 수 없는 것으로 必要不得已한 制限이 아니며 따라서 헌법에 위반된다고 判示하였다.

---

18) 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 사건

### (3) 過剩禁止의 原則(利益衡量的 原則)

국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판사건<sup>19)</sup>에서 동 조항의 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙의 준수여부에 대한 판단을 하면서 과잉금지의 원칙이라는 것은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다”고 정의하면서 국세기본법의 위 규정은 재산권의 본질적인 내용을 침해할 뿐만 아니라 과잉금지의 원칙에도 위배되어 위헌임을 면키 어렵다고 판시함으로써 과잉금지의 원칙 내지는 이익형량의 기준이 違憲審査의 중요한 基準이 됨을 명확히 하였으며 그 외의 많은 결정<sup>20)</sup>에서도 비슷한 설명이 보인다.

19) 1990. 9. 3. 선고, 89헌가95 사건

20) ① 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5 사건 ② 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판 사건 ③ 1989. 11.20. 선고, 89 헌가102 변호사법 제10조 제2항에 대한 위헌심판사건 ④ 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판사건 ⑤ 1990. 11. 19. 선고, 90헌가48 변호사법 제15조에 대한 위헌심판사건 ⑥ 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한헌법소원사건 ⑦ 1991. 3. 11. 선고, 91헌마28. 지방의회의원선거법 제28조 등에 대한 헌법소원사건 ⑧ 1991. 4. 11. 선고, 89헌마160 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건 ⑨ 1991. 5. 13. 선고, 89헌가97 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판사건

## 【 参 考 文 献 】

### 1. 国内

- 安溶教 『韓国憲法』 考試研究社  
金哲洙 『違憲法律審査制度』 學研社  
許 營 『韓国憲法論』 博英社  
丘秉朔 『憲法訴訟의 判斷基準論』 憲法裁判所  
朴承鎬 『憲法訴訟의 몇가지 判斷基準에 관한 研究』 高大碩士  
論文

### 2. 国外

- 佐藤幸治 『憲法』 青林書院  
伊藤正己 『憲法』 弘文堂  
佐藤幸治 『憲法訴訟と司法權』 日本評論社  
野中俊彦 外 『憲法裁判』 日本評論社  
法學セミナ 『憲法訴訟』 日本評論社 (1983. 11)  
鬯口陽一 外 『憲法と裁判』 法律文化社  
齊藤壽 『憲法原理の分析と展開』 勁草書房  
浦部法穂 『憲法審査の基準』 勁草書房  
内野正幸 『二重の基準論の位置づけをめぐって』 法律時報  
1989.4.  
中谷實 外 『憲法訴訟の基準問題』 法曹同人  
ミュリスト 『文面上違憲の法理』 (1990. 3.)



# 스페인 憲法裁判所の 管轄과 그 運用現況

-우리制度와의 比較를 中心으로-

金 泳 哲

憲法研究官

馬山地檢 晋州支廳 部長檢事

## -目 次-

### 第1節 序說

- I. 研究의 對象 및 範圍
- II. 스페인 憲法裁判制度의 沿革

### 第2節 憲法裁判所の 管轄

1. 概觀
2. 違憲法律審判
  - 가. 違憲審判請求
  - 나. 違憲審判提請
  - 다. 判決의 效力
3. 憲法訴願
4. 事前的 · 豫防的 規範統制
5. 權限爭議審判

### 第3節 憲法裁判所の 運用現況

-統計 資料를 中心으로-

#### I. 스페인

1. 裁判官 等の 任命現況
2. 事件接受 現況
3. 事件處理 現況

#### II. 우리나라

1. 事件接受 現況
2. 事件處理 現況

### 第4節 結論

## 第1節 序說

### I. 研究의 對象 및 範圍

우리는 스페인의 政治·社會·文化에 대하여 별다른 情報을 갖고 있지 아니하다. 특히 스페인의 法制에 대하여는 더욱 그렇다. 우리가 ‘유럽의 法制’라고 할 때 당장 머리에 떠오르는 것은 독일의 法制나 불란서·영국의 法制가 고작이다. 그리하여 ‘大陸 法系’라고 하면 의례 독일이나 불란서 法制를 떠올리게 된다. 그만큼 法制가 先進化되었고 우리 法制에 영향을 끼친 바가 크고 앞으로도 그러하리라고 기대되기 때문일 것이다.

그러나 下位規範은 上位規範에 從屬되어야 한다는 思想과 함께 立憲主義의 實現과 憲法의 保護를 具體化하는 制度의 하나로 憲法裁判이 행해지게 된 것은 그 역사가 그리 오래 된 것이 아닐 뿐만 아니라, 어느 特定國家의 專有物만도 아니다.

周知하다시피 憲法裁判은 法律의 違憲審査를 最初로 한 美國聯邦 大法院의 判決(1803년의 이른바 Marbury v. Madison 事件 判決)을 그 기권으로 들 수 있지만, 그 前提로서 立憲主義의 確立이 必要한 것이다.

國民의 基本的人權이 保障되고 權力分立制度가 확립된 憲法에 의한 政治原理를 立憲主義라 할 때, 이를 구현하기 위한 노력의 결실로서 불란서에 있어서 1989년의 人權善言, 1791년의 憲法, 美國에 있어서 1776년의 버지니아 憲法, 1789년의 合衆國憲法等을 代表的인 것으로 들 수 있지만, 이상의 열거한 나라 외에도 스페인, 이태리, 오스트리아 등 우리에게 比較的 생소한 國

가들의 이에 대한 기여도 결코 적지 않았다고 생각된다.

특히 스페인은 世界史上 가장 격동기라 할 수 있는 20세기 중반 대부분의 時期에 Franco에 의한 36年間の 지리한 1人 長期 獨裁體制下에서 암흑의 나날을 보내다 1975年 同人의 死亡을 계기로 1978년 새로운 憲法을 制定하고 동 民主憲法을 保護하기 위한 制度的 장치로서 憲法裁判所를 설치하여 성공적인 운영을 해옴으로써 오늘날 西歐 先進諸國과 어깨를 나란히 하는 民主國家로 대변신을 하였다.

人口 4,000萬名 가량의 外侵이 많은 半島國家, 新大陸을 發見하여 그 곳에 기독교 문화와 서구문명을 이식하고, 아랍의 샤라센 문화의 유럽진출을 저지하여 西邦의 기독교 세계를 보호하였으며 16세기 Felipe II세 治下에서 불란서와의 구라파 주도권 싸움에서 승리하고, 지중해의 패권을 놓고 동터키 제국을 제압하였으며 포르투갈을 합병하고 필리핀까지 취함으로서 “스페인 영토에는 해질 날이 없다”는 世界最強의 國家가 되었었고, 지금도 中南美諸國 20여개 國家에서 스페인語를 公用語로 사용케하는 등 그 영향력을 유지해 오면서 오늘날 民主化에 成功하고 있는 스페인에 있어서 그 비결은 무엇인가? 그리고 立憲主義 確立의 측면에서 스페인은 人類歷史에 어느 정도 영향을 끼쳤는가? 우리의 관심을 끌기에 充分한 分野가 많이 있으나, 여기에서는 論題와 관련되는 범위 내에서 우선 스페인 憲法裁判制度의 변천과정을 간략히 살펴보고, 本題인 스페인 憲法裁判所의 管轄과 運用現況에 관하여 우리 憲法裁判所制度和 比較하여 살펴보고자 한다.

研究對象을 管轄, 運用現況에 集中시키는 이유는 첫째, 管轄의 面에서는 우리制度가 채택하지 아니한 事前的 規範統制, 抽象的 規範統制, 法院의 裁判에 대한 憲法訴願 等に 대하여 단편적으로나마 그 規定內容을 살펴 탐색해보고, 둘째, 그 運用現況의 측면

에서는 그 역사가 일천한 우리 憲法裁判所의 役割에 대하여 未來豫測이 어느 정도 가능할 것이기 때문이다.

## II. 스페인 憲法裁判制度의 沿革

憲法裁判制度가 國民의 基本權을 保障하고, 이를 保障하는 규정을 갖고 있는 憲法 그 自體의 保護를 위한 것이라면, 이러한 制度的 장치는 놀라우게도 1812年 스페인의 制憲憲法에 이미 存在하였다.<sup>1)</sup>

즉, 主權者인 國民의 代表로 構成된 國會에 國會常任委員團(Diputación Permanente de las Cortes)을 설치하여 國家機關의 行爲나 法規가 憲法에 違反되는지 여부를 감시하고, 그 違反事項은 다음의 회기의 國會에 이를 報告토록 하는 制度를 두었던 것이다.<sup>2)</sup>

더군다나 憲法自體의 改正을 위해서는 아주 복잡한 過程을 거치도록 하고, 憲法 公布後 8年 以內에는 그 改正을 禁하도록 하는 條項을 둔 것도 이러한 착상의 한 발로라 할 것이다.

또한 미처 그 빛을 보지는 못하였으나 第1共和國 憲法案에도 이와 유사한 憲法保障에 관한 制度的 장치를 두었다. 즉, 憲法保護機能을 上院에 부여하여 上院으로 하여금 法律이 個人의 人格權을 侵害하는지 여부, 聯邦國家의 權限 및 基本權 等に 대하여 그 當否를 調査토록 하였던 것이다.<sup>3)</sup>

1931年의 第2共和國 憲法에서는 오늘날과 그 機能이 거의 같은 憲法保障裁判所(Tribunal de Garantías Constitucionales)를

---

1) 스페인 憲法の 發展過程에 대해서는, 金泳哲, <스페인 憲法の 發展過程>, 憲法論叢 第1輯, 憲法裁判所, 1990. p.189以下 참조

2) Enrique Sánchez Goyanes, ELSISTEMA CONSTITUCIONAL ESPANOL, PARANINFO S. A., 1981, P.33.

3) 金泳哲, 앞의 論文, P.204.

設置토록 하고 있다. 이는 1920년에 設置된 오스트리아 憲法裁判所の 영향을 받은 것이 아닌가 생각된다.

동 憲法保障裁判所는 違憲法律審判, 個人的 基本權 保障을 위한 憲法訴願審判, 國家·地方自治團體間 또는 地方自治團體 相互間의 權限爭議事件 等を 審判하는 權限을 부여받았다. Franco가 執權한 王國基本法 時代에도 憲法裁判制度는 設置되어 있었다. 즉, 1967. 1. 10. 制定된 國家組織法(Ley Orgánica del Estado)에는 國家의 基本法에 위배되는 政府의 모든 立法行爲나 處分에 대해서는 違憲審判請求(Recurso de Contrafuero)를 國家元首에게 제기토록 하는 規定이 있었다.

그러나 유감스럽게도 資料의 미비로 위와 같은 憲法保障機關들이 얼마나 그들에게 주어진 權限을 忠實히 行使했는지는 알 수가 없다. 어쩌면 政治的 激動期에 있어서 한낱 프로그램적, 장식적 의미밖에 없었을지도 모른다. 그럼에도 불구하고 憲法의 基礎者의 憲法守護 意志의 발현으로써 考案해낸 위와 같은 장치들은 그 時代에는 력을 발휘하지 못했을지 모르나, 1978年 現行 憲法에 그 設置根據를 두고 2/1979. 10. 3. 의 憲法裁判所法에 의하여 設置되어 成功的으로 運用됨으로써 스페인 民主主義 定着에 절대적인 역할을 하고 있는 오늘날의 憲法裁判所(el Tribunal Constitucional)의 뿌리를 튼튼하게 하는 밑거름이 되었음은 틀림없는 사실이라 하겠다.

第2節과 第3節에서는 現行 스페인 憲法裁判所の 管轄과 運用 現況에 대하여 살펴보기로 한다.

## 第2節 憲法裁判所の 管轄

### 1. 概觀

스페인 憲法裁判所の 管轄에 대하여는 憲法 第161條 및 憲法 裁判所法 第2條 第1項에 열거되어 있다.

- ① 法律 및 法律的 效力을 갖는 法規에 대한 違憲審判
- ② 憲法訴願審判
- ③ 權限爭議(以下 憲法에 明示)
- ④ 事前的·豫防的 規範 統制
- ⑤ 中央政府의 地方自治團體 條例에 대한 事前統制
- ⑥ 其他 憲法과 法律이 定한 事項(以下 憲法の 委任에 따른 憲法裁判所法の 規定) 等이다.

違憲審判에 있어서는 抽象的 規範統制와 具體的 規範統制 兩者를 채택하고, 憲法訴願에 있어서 法院의 判決을 그 대상으로 하고 있는 점, 國際條約이 비준되기 전 違憲與否의 審判을 받는 점등이 특이하며, 우리나라와 달리 彈劾의 審判 政黨解散의 審判 等은 管轄事項으로 하고 있지 아니하다.

### 2. 違憲法律審判

全院裁判部の 管轄사항이다. 다음에 경우를 나누어 보기로 한다.

- 가. 違憲審判請求(el recurso de inconstitucionalidad ; 抽象的 規範統制)

(1) 請求權者

法律 또는 法律的 效力을 갖는 規則 또는 行爲 等に 대하여는 公布된 때부터 그 違憲여부의 심판을 憲法裁判所에 請求할 수 있는 바(憲法裁判所法 第31條), 그 請求權者는 審判對象인 法規에 따라 다음과 같이 區分된다.

(가) 國家가 制定한 地方自治法, 組織法 기타의 法律, 法律的 效力이 있는 國家 또는 地方自治共同體의 法規 및 行爲<sup>4)</sup>, 國際條約, 議會의 規則에 대하여는 首相, 護民官<sup>5)</sup>, 50名의 下元議員, 50名의 上院議員(同法 第32條 第1項).

小數의 一部 議員들에게 請求權을 부여한 것은 多數議員의 權限 남용행위에 대한 견제의 필요에서이다.<sup>6)</sup>

(나) 國家가 制定한 법률 및 法律的 效力을 가진 법규·행위로서 地方自治共同體의 고유한 영역에 영향을 미칠 경우에는 해당 地方自治團體의 執行機關이나 地方議會.

(2) 請求期間

審判對象이 될 法規가 公布된 날로부터 3월내에 청구해야 되고(同法 第33條), 동 기간이 도과한 다음에는 具體的 規範統制의 方法에 의하여야 한다.

---

4) 그 예로 들 수 있는 것은 法律命令(Decretos-leyes), 즉 중앙정부가 비상긴급상태에 대비하기 위하여 잠정적으로 制定한 法規와 立法命令(Decretos-legislativos), 즉 議會의 委任에 따라 그 범위 내에서 制定한 法規 等이다.

5) 護民官(Defensor del Pueblo)이란 그 紀元이 1809年 스웨덴憲法에 公務員들의 法規適用을 監視하려는 目的으로 만든 Ombudsman이란 制度에 있다. 이는 議會에서 任命되었다. 이것이 핀란드로, 덴마크(1953)로 波及되었으며, 現在는 多様한데, 軍務(노르웨이, 서독), 消費者保護(스웨덴, 노르웨이), 言論機關에 의한 私生活侵害로부터의 保護(스웨덴), 衛生問題(英國) 等이다. 스페인 憲法은 第54條와 第162條에 規定하였고, 1981年4月6日의 基本法에 仔細히 規定하였다. 護民官은 上·下院 在籍議員 3/5 以上の 贊成으로 選出되며 議員과 同一한 免責特權을 가진 高等辦務官으로서 兩院의 從屬機關이다. 크게 두가지 機能을 가진다. 하나는 憲法 第1編에 規定된 國民의 基本權을 保護하는 것이고, 또 하나는 國家行政 및 自治共同體의 行政을 監督하는 機關이다. 따라서 스페인 制度上으로는 行政監督과 憲法裁判 및 一般 末端 司法行政에까지 그 權限이 미친다.

6) EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1985, P.18



(3) 請求 및 審判節次 等を 포함하여 違憲審判請求에 관한 事項은 도표로 표시하면 「別表-1」과 같다.

#### 나. 違憲審判提請(la cuestión de inconstitucionalidad : 具體的 規範統制)

##### (가) 提請權者

法官(Juez)이나 法院(Tribunal)은 職權이나 當事者の 申請에 의하여 法律的 地位에 있는 法規(norma con rango de ley)가 當該裁判에 적용되고 當해 裁判의 判決이 그 法規의 效力여부에 달려 있으며 그 法規가 違憲의 의심이 있는 경우(pueda ser contraria la Constitución) 憲法裁判所에 그 法規의 違憲與否에 관한 審判을 提請할 수 있다(同法 第35條 第1項).

(나) 提請節次 및 審判節次 等に 관한 도표는 「別表-2」와 같다. 특이한 것은 法官 또는 法院의 違憲審判提請을 함에 있어서는 반드시 事前에 當事者와 檢事의 意見을 徵취하여야 하며, 그 의견을 들은 후 3日 以內에 提請여부를 결정해야 한다.

「別表-1」 위헌심판청구(추상적 규범통제)

違憲審判請求(抽象的 規範統制)

主 體

1. 首相
2. 護民官
3. 下院議員 50名
4. 上院議員 50名

5. 自治共同體 執行機關
6. 自治共同體 議會

管轄地域에 影響을 줄 때

客 體

- 自治法規
- 法律
- 國家와 自治기관의 法律的 效力을 가진 規定 또는 行爲
- 國際條約
- 上·下院 規則
- 自治議會 規則

- 法律
- 國家의 法律的 效力을 가진 規定과 行爲

訴訟提起期間

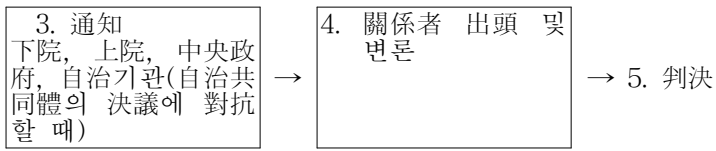
3個月

3個月

節 次

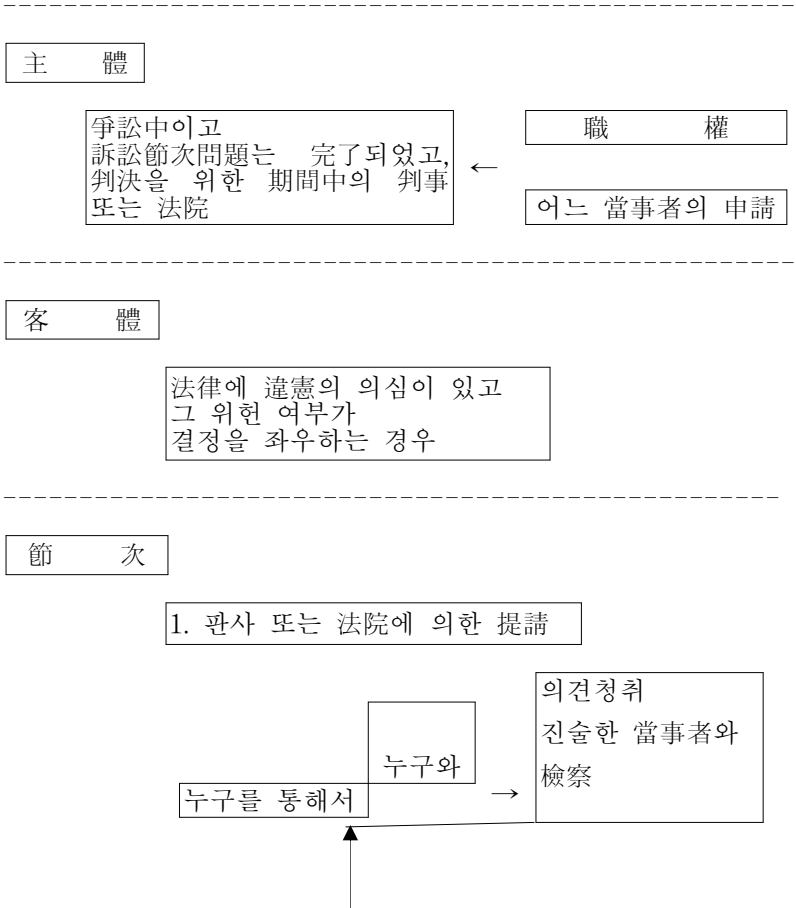
1. 審判請求
2. 接受許可

中央政府가 憲法 第161條 2項을 收容하여 自治共同體의 規定의 效力을 停止시킬 수 있다.



「別表-2」

違憲審判提請(具體的 規範統制)



결정으로 헌법재판소에提起



2. 憲法裁判所에  
의한 接收許可



3. 憲法裁判所는 接收를  
不許할 수도 있다. 事  
前 檢察의 의견청취



4. 通知  
下院, 上院,  
檢察總長,  
中央政府  
자치공동體立法·  
執行機關



5. 當事者  
변론  
(15日)



6. 판결

우리 憲法裁判所法上으로는 違憲審判提請段階에서 檢察이 관여할 길을 열어 놓지 아니하고, 다만 憲法裁判所에 事件이 계류 중인 상태에서 法務部長官이 法律의 違憲여부에 대한 意見書를 제출하는 길만이 열려있는 바(憲法裁判所法 第44條), 刑事裁判節次에 있어서는 公訴의 維持機關으로서, 기타 民事·行政 裁判 等の 節次에 있어서 公益의 代表者인 地位에서 法院에 대하여 그 提請의 결정에 즈음하여 그에 대한 意見을 提示할 立法的 措置가 必要하다고 보며, 그 前이라도 現行法上 介入이 許容된 民·刑事節次에서 檢察는 積極的으로 問題된 當該法律의 違憲與否 및 그 提請의 當否에 관한 意見을 提出하는 것이 바람직할 것이다.

#### 다. 判決의 效力

##### (1) 原則

違憲審判節次에 있어서의 판결(Sentencia)은 모든 公權力에 대하여 拘束력을 가지며, 官報에 公告된 날로부터 一般的 效力(efectos generles)을 가진다(同法 第38條 第1項).

심판대상인 法規에 대하여 違憲을 善言하는 경우에는 동시에 동 規定이 無效임을 선언한다. 심판청구 대상인 법규의 조항이 무효선언되는 경우 성질상, 效果상 무효선언이 요구되는 그 法規의 다른 條項에 대해서도 無效선언이 된다. 憲裁의 進行情程에서 언급되지 아니한 憲法規定의 침해를 이유로 하여서도 違憲宣言은 할 수 있다(同法 第39條). 이는 客觀的 訴訟인 規範統制制度의 本질상 當然한 規定이라 할 것이다.<sup>7)</sup> 無效로 선언된 法律의

7) 정종섭, <주요국가 헌법재판제도에 대한 비교연구>, 憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究, 憲法裁判所, 1991, P.69.

效力이 미치는 時的 範圍에 관하여, 헌법재판소의 판결이 효력을 발생하기 전에 그 法規를 적용하여 재판이 확정된 경우에는 再審이 허용되지 아니한다. 다만 刑罰 및 行政징계의 책임의 면제·감경 등을 가져오는 刑事 및 行政節次에 관하여는 例外로 한다(同法 第40條 第1項).

(2) 例外

具體的 規範統制의 경우 判決의 效力發生時期는, 法官이나 法院은 憲法裁判所 判決의 宣告內容을 알게 된 때로부터, 당사자는 통지를 받은 때부터 그 判決에 기속된다(同法 第38條 第3項).

이 規定은 違憲與否의 판결이 官報에 公告된 날로부터 一般의 效力을 갖는다고 한 동법 第38條 第1項의 規定에 대하여 특별규정의 성격을 가진다.

(3) 우리 憲法裁判所法의 경우

우리 憲法裁判所 第47條 第2項은 “違憲으로 決定된 法律 또는 條項은 그 決定이 있는 날로부터 그 效力을 상실한다”고 規定하고 있어, 그 效力發生時期를 決定이 있는 날로 規定하는 한편, 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 一般的 效力이 있음도 規定한다(同法 第1項). 그러나 이 規定은 부당하다 할 것이다. 이 規定대로 하면 違憲判決의 內容은 決定書를 송달받은 때 또는 官報에 게재된 때에 이를 알게 되거나 알 수 있는 상태에 있게 된다 할 것인데도 자기가 그 內容을 알지도 못하는 사이에 동 판결의 기속을 받게 되는 결과가 되기 때문이다.

憲法裁判所는 결정일로부터 14일 이내에 決定書 正本을 提請 法院에 송달하도록 되어 있고, 이 경우 제청한 법원이 大法院이 아닌 경우에는 大法院을 거쳐야 하도록 되어 있을 뿐 아니라, 官報에 게재도 決定宣告 後 1개월 가량<sup>8)</sup>이 소요되는 현실에서 볼

때에 더욱 그러하다. 그 效力 發生時期를 一般人的 경우에는 官報에 게재된 때, 제정법원이나 소송당사자의 경우에는 그 송달을 받은 때나 이를 알게 된 때로 함이 타당하다 할 것이다.

### 3. 憲法訴訟(el recurso de amparo constitucional)

6名の 裁判官으로 구성된 小裁判部(SALA)의 管轄事項이다. 그러나 예외적으로 중전의 判例를 변경코자 할 경우에는 全院裁判部の 심리에 붙여진다(同法 第13條).

#### 가. 保護받는 基本權

스페인 憲法은 基本的 權利·義務에 관해서 第10條부터 第55條까지 규정하고 있는 바, 保護對象인 基本權 以外에도 裁判 등에 의한 司法的·政治的 保護手段까지도 규정하고 있음이 특색이다.

保護對象의 基本權은 2개의 Sección으로 나누어져 있는데 兩者에 대한 性質上的 差異는 없으나 機能上으로는 重大한 差異가 있는데, 그것은 바로 第1 Sección에 규정된 基本權(第14條-第29條)은 憲法訴願 등에 의한 特別保護對象이 되지만, 제2 Sección에 規定된 基本權에 대하여는 그러한 特別保護가 없고 通常의 法院 등에 의한 通常의 保護만 받을 수 있다는 점이다.

憲法訴願으로 保護의 對象이 되는 基本權을 열거하면 다음과 같다. 平等權(스페인 憲法 第14條, 이하 같다), 生活權과 結婚에 관한 순결의 권리(第15條), 思想·宗教·集會의 自由(第16條), 自

---

8) 예컨대 1989. 12. 22. 선고한 89헌마145호 사건은 1990. 1. 22. 관보에 1990. 4. 2. 선고한 89헌마83호 사건은 같은 해 5. 14. 관보에 각 게재되었다.

由權과 身體의 自由(第17條), 名譽權, 私生活權, 人格權(第18條 第1項), 住居不可侵權(동조 第2項), 通信 秘密의 權利(동조 第3項), 居住移轉의 自由(第19條), 表現의 自由, 創作의 自由, 教授의 自由(第20條), 平和의 集會의 自由(第21條), 團結權(第22條), 參政權(第23條), 正當한 裁判을 받을 權利(第24條), 罪刑法定主義(第25條), 教育의 權利(第27條), 勞動基本權(第28條), 請願權(第29條).

또한 例外的으로 良心에 의한 징병 거부권(第30條 第2項)도 憲法訴願의 對象으로 한다(憲法裁判所法 第41條 第1項).

우리 憲法裁判所法 第68條 第1項은 “公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 자”라고 규정함으로써 그 保護對象基本權에 制限을 두지 아니하여 예컨대 國民主義의 原理, 權力分立의 原則 等 抽象的 原理·原則까지도 그 保護대상이 될 수 있지 않느냐고까지 확장 해석하려는 시도가 있을 수 있는데, 스페인은 그 對象을 명백히 한 점에 특색이 있다 하겠다.

#### 나. 審判의 對象인 公權力

(1) 國家·地方自治團體의 公務員 또는 그에 準하는 機關에 의하여 行하여진 公權力(憲法裁判所法 第41條 第2項). 그에 앞서 必要한 司法的 救濟節次를 모두 거친 다음이라야 한다(補充性的 原則).

(2) 議會나 地方議會의 法律的 效力이 없는 行爲(同法 第42條). 이 경우에는 다른 救濟節次를 거칠 필요없이 바로 憲法裁判所에 訴願을 提起할 수 있다.<sup>9)</sup>

(3) 司法機關의 作爲·不作爲로 直接 위 基本權이 侵害된 경

---

9) T. C. 1985. P.24.



우(동법 第44條 第1項). 補充性 原則이 適用된다.

우리 憲法下에서는 위(2)의 경우에도 補充性的 原則이 적용되고, 反面에 法院의 裁判에 관하여는 憲法訴願을 제기할 수 없도록 明文으로 規定하고 있음이 특징이다(憲法裁判所 第68條 第1項).

#### 다. 請求權者

(1) 議會나 地方議會의 法律的 效力없는 行爲에 대한 것일 경우에는 그 請求權者는 被害者, 護民官, 檢事<sup>10)</sup>(헌법재판소법 第16條 第1項 第1號)

(2) 行政機關이나 司法機關의 公權力에 대한 것일 경우에는 當該 司法節次에서의 當事者, 護民官, 檢事(同條 第1項 第2號).

憲法訴願은 원래 公權力으로 인하여 被害를 입은 個人에게 그 被害를 救濟해주는 制度이므로 被害者에게만 請求權을 인정해야 하는 것이나, 特異하게도 護民官이나 檢事에게도 請求權을 부여

---

10) 헌법재판소에 있어서의 檢事의 役割:

스페인 憲法裁判에 있어서 檢事의 役割은 獨特하다. 즉 檢事는 公益의 代表者인 地位에서 憲法裁判의 當事者로서 또는 裁判의 適法性 保障을 위하여 重要한 役割이 부여된다. 이를 위하여 檢察은 憲法裁判所附檢察廳이라는 特別檢察廳을 設置하고 다음과 같은 權限을 行使한다.

1. 憲法裁判所 附 檢察廳 [LA FISCALIA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL]의 組織 ; 大檢察廳 산하에 있으며, 檢察總長의 指揮를 받음.

가. 檢事長(大檢檢事 ; Fiscal de Sala) : 1명

나. 高等檢察官(Fiscal) : 3명

그 중 1名은 次長檢事로 補함

2. 權限

가. 憲法訴願에 있어서

(1) 憲法訴願을 提起할 權限(憲法裁判所法 第46條 第1項).

(2) 모든 憲法訴願節次에 介入하여 法秩序, 國民의 權利 및 法에 의해 보호되는 公共의 利益을 방어함(法 第47條 第2項).

나. 違憲法律審判節次에 있어서

문제된 法律이 재판의 전제가 되어 法院이 違憲法律審判을 제정할 경우,

(1) 法院의 違憲審判提請決定前節次에 있어서 提請에 관한 意見陳述權(法 第35條 2項)-  
통상법원에서의 檢察의 役割

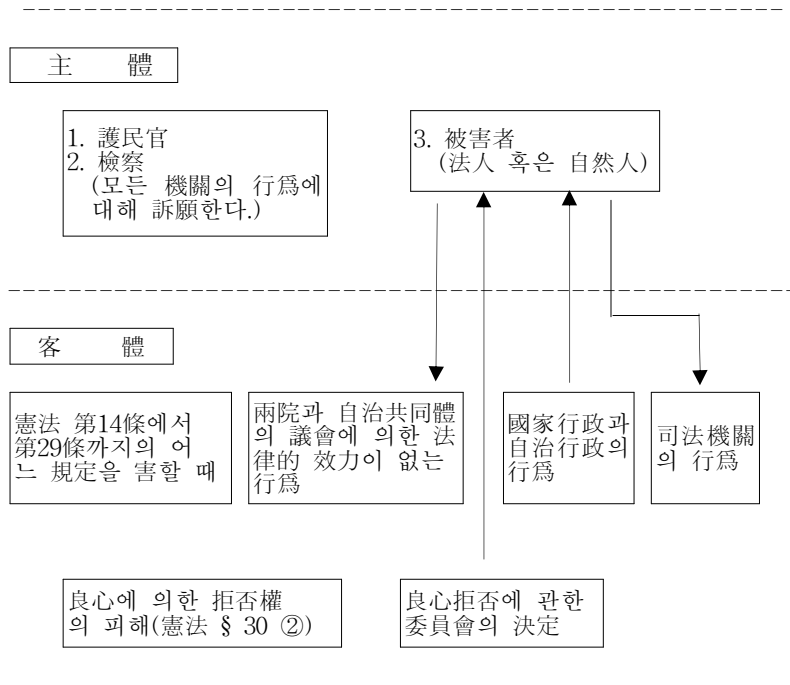
(2) 違憲審判提請이 접수되면 檢事는 意見提出(法 第37條 1項)

한 것은 市民의 基本權 保護에 보다 철저를 기하고 나아가 法治主義를 守護하기 위함이다.<sup>11)</sup>

라.節次

憲法訴願 審判의 절차에 관하여는 동법 第48條 내지 第52條가 규정하는 바, 위와 같은 節次 全般을 도표로 표시하면 「別表-3」과 같다.

「別表-3」 憲法訴願



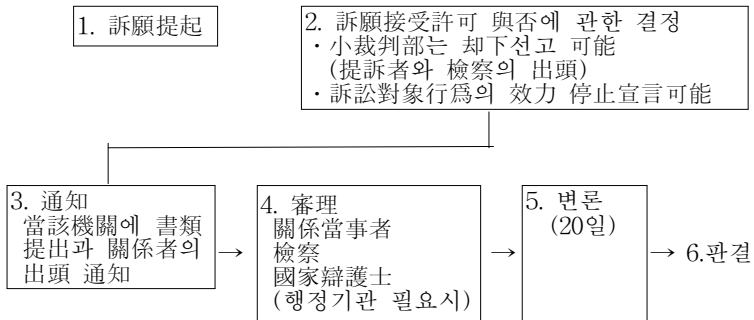
11) T. C. 1985. P.25.

訴訟提起期間

3個月  
(確定後)

20日 20日 20日  
(事前 救濟節次를 經由한 後)

節次



마. 假處分

小裁判部(SALA)는 憲法訴願審判을 함에 있어서 職權 또는 請求人의 申請으로 公權力의 執行이 있을 경우 權利 및 自由의 구제 가능성이 없어질 것으로 판단될 때에는 그 집행의 정지를 명할 수 있다. 그러나 그 집행정지로 一般利益이나 第3者의 권리나 자유에 심한 방해가 있는 경우에는 집행정지를 명하지 아니할 수 있다(헌법재판소법 第56條 第1項).

그러나 우리나라에서는 헌법소원 심판절차에 있어서 假處分에 관하여 明文으로 규정되어 있지 않으므로, 이를 認定하고 있지 아니하다고 보아야 할 것이다.

#### 4. 事前的·豫防的 規範統制(el control previo de inconstitucionalidad)

全院裁判部の 管轄事項이다. 國家(Estado)가 동의하기 전의 상태에 있는 條約의 違憲與否에 대하여 政府, 上院 또는 下院의 審判請求가 있는 때에는 憲法裁判所는 그 違憲與否를 審判한다(同法 第78條).

이와 관련하여 最初制定된 2/1979. 10. 3. 의 憲法裁判所法에서는 條約 以外도 自治法(Estatutos de Autonomía), 組織法(leyes orgánicas)에 대해서도 事前的 規範 統制가 가능하도록 규정되어 있었으나(同法 第79條), 이 부분은 1985. 6. 7. 의 法改正으로 廢止되었다.<sup>12)</sup>

그 이유는 첫째, 憲法에 明文의 規定이 없고, 둘째 立法府의 權限을 지나치게 侵害하는 것으로서 權力分立原則에 어긋나고, 셋째 憲法 第91條에는 “의회에서 통과된 法案은 15일 이내에 공포해야 한다.”는 규정이 있는데 현실적으로 위 기간 규정을 준수하기 어렵다는 것 등을 들 수 있다.<sup>13)</sup> 우리나라에는 없는 독특한 制度이고, 프랑스제도의 영향을 받은 것으로 보인다.

#### 5. 權限爭議 審判(los conflictos constitucionales)

全院裁判部の 管轄事項이다.

國家와 地方自治團體間, 地方自治團體 相互間, 行政府와 下院, 上院 또는 司法府, 기타 憲法機關(Órganos Constitucionales)相互間의 權限에 관한 爭議에 관하여 憲法裁判所는 이를 審判한다(헌

---

12) BOE Núm. 137. de 8 de junio.

13) Ley Orgánica 4/1985, de 7 de Junio, PREAMBULO.

법재판소법 第59條)

이러한 權限爭議에는 積極的 爭議(Conflictos Positivos)와 消極的 爭議(Conflictos negativos)의 2종류가 있다. 이에 대한 憲法裁判所의 決定은 모든 公權力을 基속하며 一般的 效力을 가진다.

### 第3節 憲法裁判所의 運用現況

- 統計資料를 中心으로 -

#### I. 스페인

스페인 憲法裁判所는 1978年의 憲法(第159條)과 1979. 10. 3.의 憲法裁判所法에 의하여 設置根據가 마련되었으나 실제 憲法裁判所 裁判官이 任命된 것은 1980. 2. 14. 왕령 301/1980호에 의하여서이다. 그리고 業務의 開始는 憲法裁判所 全體會議의 決議(Acuerdo de 14 de julio de 1980, 官報 168호, 1980. 7. 14. 게재)에 의하여 1980. 7. 15.부터 하되, 憲法裁判業務에 관련된 모든 效力은 위 일자로부터 進行하도록 조치하였다.<sup>14)</sup>

#### 1. 裁判官 等の 任命 現況

스페인 憲法裁判所는 12名의 裁判官으로 構成되는데, 재판업무를 수행함에 있어서 그 組織은 全院裁判部(PLENO)와 2個의 小裁判部(SALAS)로 나누어져 활동한다.

全員裁判部는 12名의 裁判官으로 構成되고, 憲法裁判所長이 이

14) Acuerdo de 14 de julio de 1980, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se fija la fecha en que comenzará a ejercer sus competencias, T. C., 1988, P.85.

를 주재하며 所長의 有故時에는 副所長이 이를 대행하고, 양자 모두 有故時에는 職務經歷이 가장 많은 자, 年長者 順으로 이를 代行한다(憲法裁判所法 第5條). 2個의 小裁判部는 各 6名의 裁判官으로 構成되는데 그 중 第1部는 憲法裁判所長이, 第2部는 副所長이 各 그 長이 된다.

各裁判部の 裁判業務에 대한 事前審査와 기타의 통상업무처리를 위해 全員裁判부와 各 小裁判부에 指定小裁判部(Sección)를 둔다.

스페인 憲法裁判所の 裁判官은 國王에 의하여 任命되는데, 12名의 定員中 4名은 上院에서, 4名은 下院에서, 2名은 行政府에서, 나머지 2名은 司法府의 各 提請에 의한다(憲法 第159條 第1項). 裁判官의 任期는 9年이며 每3年마다 그 1/3씩 經질된다. 裁判官은 連任할 수 없는 것이 原則이나 그 在職期間이 3年 以下일 경우에는 例外的으로 連任할 수 있다.<sup>15)</sup>

全部 常任이며, 3年마다 그 1/3씩 裁判官을 經질하는 이유는 憲法裁判所の 獨立性和 職務繼續性의 保障에 있다고 보여진다.<sup>16)</sup> 즉 憲法裁判所는 輿論을 동요시키는 政治的 運動의 소용돌이로부터 안전하게 保護되고 職務의 一貫性·繼續性이 유지될 것이 요구되는데, 이를 위해서는 憲法裁判官 全員을 一時에 교체하는 것보다는 每3年마다 교체하도록 하는 것이 더 효과적이라는 판단에서이다.

이러한 점에서 任期6年의 裁判官을 一時에 交替하도록 規定된 우리나라 制度(憲法裁判所法 第7條 第1項)는 再檢討해 보아야 할 必要가 있다 할 것이다.

1988. 6. 30. 현재 스페인 憲法裁判所 裁判官의 任免事項은

15) 불란서 헌법평의회도 이에 유사하다.

16) EI TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1985, P. 9.

「別表-4」에서 보는 바와 같다.

스페인 憲法裁判所 裁判官의 最初任命은 1980. 2. 14. 에 있었는데, 그때 任命된 裁判官은 上院의 提請에 依하여 Begúe, Díez-Picazo, García-Pelayo, Latorre 등 4名이, 下院의 제청에 의하여 Díez de Velasco, Menéndez, Rubio, Tomás 等 4名이, 行政府의 提請으로 Arozamena, Gòmez-Ferrer 等 2名이 任命되었다. 司法府의 提請에 의한 裁判官은 Escudero, Fernández 等 2名인데 그 任命이 늦어져 약 9개월 뒤인 1980. 11. 7. 에야 任命되었다. 그 이유는 이를 提請할 司法府 總評議會의 構成 自體가 늦어 졌기 때문이다.

그 중 Díez de Velasco, Rubio, Tomás, Truyol 等 4名은 最初 任命時 任期가 3年으로, 第1次 任期終了후 모두 1983. 10. 24. 에 連任되었다. 그 反面 司法府의 提請으로 任命된 바 있는 Fernández는 재임기간 약2년 만인 1982. 12. 11. 死亡하여 後任으로는 다시 司法府의 提請에 의하여 1983. 1. 15. Pera가 任命되어 前任者의 잔여임기를 마치고 퇴임하였다.

「別表-4」憲法裁判所 裁判官에 관한 事項

1988. 6. 30. 現在

裁 判 官	提請機關	任命日字	1次再任命	退任期間	비고 前職,在任期間
Arozamena Sierra, Jeronimo 아로사메나 시에라, 헤로니모 (初代副所長 으로 임명됨)	行政府	1980.2. 14. (1980.7.4)	(1983. 7.30. 第2代 副所 長으로 再任 命)	1986.2. 21. (1986.1.21)	前大法官 재임기간:6년

B e g u e C a n t ó n , Gloria 베게 칸톤, 그로리아 (女, 第3代 副 所長으로 임 명됨)	上 院	1980.2.14 (1986.5.4.)			正教授 (경제정책 및 재정학)
Díez de Vel- asco Vallejo, Manuel 디에스 데 벨 라스꼬 바예 호, 마누엘	下 院	1980.2.14.	1983.10.24 再任命	1986.2.21. 辭 任	正教授 (국제법) 재임기간 : 6년
Díez-Picazo y Ponce de León, Luis 디에스-삐까 소 이 폰세데 레온, 루이스	上 院	1980.2.14.			正教授 (민법)
García-Pela- yo y Alonso, Manuel 가르시아-벨 라요 이 알론 소, 마누엘(初 代裁判所長으 로 任命됨)	上 院	1980.2.14. (1980.7.4.)	(1983.7.30 第2代 裁判所長으 로 再任命)	1986.2.21 辭 任	教授 재임기간 : 6년
Gómez-Ferrer Morant,Rafa- el 고메스-페레 르 모란뜨, 라파엘	行政府	1980.2.14.		1986.2.21.	재임기간 : 6년



Latorre Segura, Angel 라포레 세구라, 앙헬	上 院	1980.2.14.			正教授 (로마법)
Meñendez Me- néndez, Aurelio 메넨데스 메넨데스, 아우렐리오	下 院	1980.2.14.		1980.10.16. 辭 任	재임기간 : 8개월
Rubio Liorente, Francisco 루비오 요렌떼, 프란시스꼬	下 院	1980.2.14	1983.10.24 再任命		正教授 (정치법)
Tomás y Val- iente, Francisco 토마스 이 발리 엔떼, 프란시스 꼬 (第3代 재판소 장으로 임명됨)	下 院	1980.2.14 (1986.5.4)	1983.10.24 再任命		正教授 (法史學)
Escudero del Corral,Angel 에스꾸테로 델 꼬랄, 앙헬	司法院	1980.11.7.		1986.2.21.	前大法官 재임기간 : 5년3개월
Fernández Viagas Plácido 페르난테스 비 아가스, 플라시 도	司法院	1980.11.7.		1982.12.11 死 亡	재임기간 : 약2년

Truyol Serra, Antonio 뚜루올 세라, 안또니오	下 院	1981.1.9.	1983.10.24 再任命		正教授 (법철학, 국제법)
Pera Verdaguer, Francisco 빠라 베르다게르, 프란시스코	司法院	1983.1.15.		1986.2.21.	前大法官 재임기간 : 6년
García-Mon y Gonzalez-Regueral, Fernando 가르시아-몬이곤살레스 레게갈, 페르난도	上 院	1986.2.21.			
Vega Benayas, Carlos de la 베가 베나야스, 까를로스 데 라	司法院	1986.2.21.			
Díaz Eimil, Eugenio 디아즈 에이밀, 에우헤니오	司法院	1986.2.21.			
Rodríguez-Pinero y Bravo Ferrer, Miguel 로드리게스-삐네로 이 브라보페레르, 미겔	行政府	1986.2.21.			

Leguina Villa, Jesús 레기나 비야, 헤수스	下 院	1986.2.21.			
Lopez Guerra , Luis María 로페스 게라, 루이스 (女) 마리오	行政府	1986.2.21.			

※ ( )안은 裁判所長 및 同 副所長 任免事項.

※ 스페인 憲法裁判所 裁判官의 任期는 9年이고, 매 3年마다 그 定員의 1/3씩 改選하게 되어 있어 최초 任命時에는 任期 3年 4人, 任期 6年 4人, 任期 9年 4人으로 選別任命.

<資料 : 스페인 憲法裁判所, 1988, 資料集, P.107-108>

## 2. 事件接受現況

### 가. 1989年度 事件接受現況

1989年度の 事件接受現況은 「別表-5」에서 보는 바와 같다.

「別表-5」 1989年度 事件別接受現況

사 항	제1소재판부 (SALA 1 <sup>a</sup> )	제2소재판부 (SALA 2 <sup>a</sup> )	전원재판부 (PLENO)	계
헌 법 소 원	1260	1256		2516
위헌법률심판청구 (추상적 규범통제)			47	47
위헌법률심판제청 (구체적 규범통제)			39	39
권한쟁의 (적극적)			31	31
계	1260	1256	117	2633

※ 資料 : 스페인 憲法裁判所 內部資料

위 表에서 보는 바와 같이 1989年度 總接受 2,633件 中 全員裁判部 管轄事件은 總 117件으로서 이를 事項別로 보면 違憲法律審判請求(抽象的 規範統制) 47件, 違憲法律審判提請(具體的 規範統制) 39件 등 違憲法律審判事件이 86件이고, 나머지 31件은 權限爭議事件이다.

憲法訴願事件은 2,516件으로서 第1小裁判部에 1,260件, 第2小裁

判部에 1,256件이 配當되었고, 憲法訴願의 占有比는 95.55%로 後  
 術하는 바와 같은 總平均置 보다 5%가량 높아져 있음을 알 수  
 있다.

나. 스페인 憲法裁判所의 開所(1980. 7. 15)이래 1989. 12.  
 31.까지의 年度別 接受現況은 「別表-6」에서 보는 바와 같  
 다.

「別表-6」 年度別 事件接受 現況

(기간 : 1980. 7. 15. - 1989. 12. 31.)

연 도	전원재판부 (PLENO)	소재판부 (SALAS)	계
1980	14	218	232
1981	37	386	423
1982	98	434	532
1983	77	827	904
1984	124	807	931
1985	257	969	1226
1986	210	1233	1443
1987	129	1665	1794
1988	139	2054	2193
1989	117	2516	2633
계	1202	11109	12311

※ 資料 : 스페인 憲法裁判所 內部資料.


위 表에서 보는 바와 같이 開所 첫해인 1980년에는 약5개월 반의 活動期間에 232件을 접수했고, 그 이듬해인 1981年度에 423件, 開所 3年째인 1982年度에 532件 等 4-500件代에 머물다가 開所 4年째인 1983年度에는 前年보다 거의 2배인 904件, 그 이후는 해마다 3-400件씩 增加하여 1988年度에는 2,193件으로 2,000件을 돌파하고, 그 증가추세는 계속되고 있다.<sup>17)</sup>

그 중 違憲法律審判, 權限爭議 등 全院裁判部 管轄事項은 1985年度의 257件을 頂點으로 하여 그 이후 계속 下落추세를 보여 1989年度에는 117件에 그친 반면에, 小裁判部(SALA)의 管轄事件, 즉 憲法訴願事件은 해마다 급격한 증가 추세를 보여 1989年度에는 그 接受件數가 2,516件으로서, 이 憲法訴願事件이야말로 그 증가세를 주도하고 있는 것이다.

同期間中 憲法訴願事件의 占有比는 90.23%이고, 이를 연도별로 보면 1981년 91.25%, 1982年 81.58%, 1983年 91.48%, 1988年 93.66%, 1989年 95.55% 等으로서 1982年을 제외하면 모두 90%를 상회하고 있다.

한편 觀點을 달리하여 1980. 7. 15.부터 1988. 6. 30. 까지 全員裁判部 接受事件中 審判請求機關別 및 類型別로 分類해 보면 「별표-7」과 같다.<sup>18)</sup>

---

17) 스페인의 人口數가 4,000萬名 가량되어 그 人口가 비슷한 우리나라와 좋은 비교대상이 될 것이다. 특히 개소 2-3年 째인 스페인 憲法裁判所의 1981年度 및 1982年度의 運用現況과 우리 憲法裁判所의 1989年度 및 1990년도의 그것은 더욱 그렇다. 스페인 憲法裁判所의 運用現況은 여러 가지 의미에서 우리나라 憲法裁判所의 앞날을 내다 볼 하나의 가능성이 될 수 있지 않을까 한다.

18) 앞에 記述한 바와 같이 1989. 12. 31.까지의 期間으로 觀察하지 아니하는 이유는 資料出處가 相異하기 때문에, 이점 양해가 있길 바란다.

「別表-7」 전원재판부 접수사건 중 출처별 및 사항별 분류  
(1980. 7. 15. - 1988. 6. 30.)

사항	기간									
	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	(6.30까지)
위헌심판청구(추상적 규범통제)										
-국가의 법률에 대하여										
지방자치공동체에 의한 제기;										
베이스 바스코지방		1	3	6	7	7	4	4	2	
카탈류나	-	-	3	-	6	12	5	6	3	
갈리시아	-	-	-	1	5	10	3	1	1	
칸따브리아	-	-	-	-	-	1	-	1	-	
까나리아스	-	-	-	1	-	-	-	-	1	
발레아레스	-	-	-	-	-	1	-	-	1	
나바라	-	-	-	-	-	-	-	1	-	
상·하 양원에 의한 제기	3	2	2	4	6	6	-	2	-	
호민관에 의한 제기	-	-	-	1	1	4	1	-	-	
개인에 의한 제기	7	-	-	-	-	-	-	-	-	
-지방자치공동체의 조례에 대										
하여;										
중앙정부에 의한 제기	-	7	9	9	12	17	5	11	11	
상·하 양원에 의한 제기	-	-	-	2	3	3	1	5	1	
호민관에 의한 제기	-	-	-	-	-	2	1	-	-	
기타	-	-	-	-	-	-	-	1	-	
위헌법률의 사전적 규범통제	-	-	5	3	5	-	-	-	-	
위헌심판 제청	2	6	21	11	14	103	98	40	9	
적극적 권한쟁의;										
-중앙정부에 의한 제기	2	5	25	8	25	31	30	17	7	
-자치공동체정부에 대한 제기										
País Vasco	-	6	8	9	18	11	21	17	4	
Cataluna	-	2	15	12	14	20	28	22	21	
Galicia	-	-	-	-	7	19	11	2	-	
Valencia	-	-	-	1	1	-	-	3	2	

Canarias	-	-	-	1	-	-	-	1	-	
Navarra	-	1	1	-	-	-	1	-	-	
Andalucia	-	-	-	-	-	1	2	2	-	
Cantabris	-	-	-	-	-	-	1	1	-	
Asturias	-	-	-	-	-	-	1	1	-	
Castilla-León	-	-	-	-	-	-	-	1	1	
Baleares	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
Aragon	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
La Rioja	-	-	-	-	-	-	-	-	1	
소극적 권한쟁의	-	-	-	-	-	3	1	-	1	
헌법기관상호간의 권한쟁의	-	-	-	-	-	3	-	-	-	
헌재법 제5장의 제기	-	-	2	1	-	2	-	-	2	
소재관부에서 이관된 헌법소원	-	7	4	7	-	1	4	4	4	
총 계	1041	14	37	98	77	124	257	218	142	74

<자료 : EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1988, P. 138>

表에서 보는 바와 같이 1989. 7. 15.부터 1988. 6. 30. 까지 全院裁判部に 接受된 1041件中 抽象的 規範統制인 違憲審判請求事件은 236件인데 國家의 法律에 대한 것이 136件이고, 地方自治共同體의 條例에 대한 것이 100件으로서 地方自治體의 條例에 관한 것이 의외로 많다.

國家의 法律에 대한 違憲審判請求事件의 請求機關別로 보면 地方色이 특히 강한 País Vasco, Cataluña, Galicia 등 7個 地方共同體에서 提起한 것 97件, 上·下 兩院의 小數派 議員에 의하여 提起된 것도 25件으로서 상당수에 이르며, 護民官에 의하여 提起된 것 7件도 우리의 눈길을 끌기에 족하고, 순수한 私人이 提起한 것은 출범 첫해인 1980年度의 7件뿐이다.

다른 한편 地方共同體의 條例에 대하여는 中央政府가 提起한 것 81件으로 가장 많고, 上·下 兩院에 의한 것 15件, 護民官에 의한 것 3件 等으로서, 이상을 종합해보면 抽象的規範統制制度는 우리의 豫想과는 달리 私人보다도 國家 또는 地方自治共同體의 機關에서 주로 活用하고 있음을 알 수 있는 바, 이는 다양한 政



派間 또는 中央政府와 地方共同體 相互間의 분쟁은 굳이 權限爭議가 아니라도 憲法裁判所를 通하여 解消·調整되고 있음을 말해 준다.

1985. 6. 7.의 法改正에 의하여 폐지된 事前的·豫防的 規範統制事件은 1982年 5件, 1983年 3件, 1984年 5件 등 모두 13件에 그쳐 同制度가 폐지되기 전에도 그 活用度는 극히 미미했음을 알 수 있다.

具體的 規範統制事件인 法院의 提請에 의한 違憲審判事件은 모두 304件인데 初期 4年間의 活用度는 表에서 보는 바와 같이 극히 부진하다가 1985年 103件, 1986年 98件 등 급격한 增加勢를 보였고 1987년부터는 다시 下向勢를 타고 있는 바, 이는 法律의 改廢로 그 對象法律이 점점 축소되어가고 있기 때문으로 보여진다.

이어서 權限爭議 事件에 관하여 보기로 한다. 우리 憲法裁判所는 출범 3年동안 單 1件 밖에 接受되지 아니하였는데, 스페인의 경우는 매우 活潑한 편이다.

表에서 보는 바와 같이 대부분 積極的 權限爭議事件이고 消極的 權限爭議는 5件에 불과하다. 積極的 權限爭議 사건에 대하여 자세히 살펴보면 中央政府의 地方自治共同體에 대한 것이 150件이고, 地方自治體의 그 相互間 또는 中央政府에 대한 것이 293件으로서 傳統的으로 地方色이 强하여 分權主義的 思考傾向이 높은 País Vasco 地方 94件, Cataluña 地方 134件, Galicia 地方 39件 등을 제기하였고, 이들 지방은 여타지방의 合計보다도 압도적으로 많음을 알 수 있는바, 이는 역설적으로 이들 地方의 中央政府에 대한 强한 不滿을 憲法裁判所가 調整·解消해주고 있음을 의미한다.

또한 憲法機關相互間의 權限爭議는 1985年の 3件 뿐으로서 스

폐인에 있어서의 權限爭議는 中央國家機關 相互間 보다는 中央政府와 地方自治體 및 地方自治體相互間的 분쟁을 해소하기 위한 制度로서 주로 活用되고 있다 할 것이다.

이상에서 비추어, 우리나라에서도 지금 막 걸음마 단계에 있는 地方自治制가 活性化되고 地方化 時代가 되면 中央政府와 地方自治體間的 權限에 관한 분쟁이 多發할 것이고, 이에 대한 憲法裁判所의 役割이 絶실히 要求될 것이므로 이에 대한 대비가 필요하다고 할 것이다.

다음에 1980. 7. 15.부터 1988. 6. 30.까지 第1, 第2小裁判部에 配當된 事件, 즉 憲法訴願事件의 接受現況을 분석해보자. 同 事件의 接受現況分析은 「別表-8」, 「別表-9」와 같다.

「別表-8」 제1소재관부 배당 사건현황  
(1980. 7. 15. - 1988. 6. 30.)

司法節次 經由與否	1988									총계
	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	(6.30 까지)	
민 사	3	13	28	56	75	120	142	170	148	756
형 사	17	81	32	56	108	156	226	230	174	1,080
행 정	50	25	60	105	84	101	90	199	124	838
노동	20	112	95	162	114	101	146	199	140	1,089
군 사	2	1	2	12	4	8	8	13	-	50
법원의 재판절차 없이	45	-	2	24	15	1	-	-	-	87
총 계	137	232	219	415	400	487	612	821	586	3,909

<자료: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1988. P. 142>

「別表-9」 제2소재판부 배당 사건현황  
(1980. 7. 15. - 1988. 6. 30.)

司法節次 經由與否	1988									총계
	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	(6.30 까지)	
민사	12	9	21	51	75	130	135	177	98	708
형사	37	89	59	120	104	147	205	250	217	1,228
행정	2	13	39	58	85	68	82	152	127	626
노동	14	28	65	137	94	110	154	229	129	960
군사	7	9	11	19	11	9	11	9	4	90
법원의 재판절차 없이	9	6	20	27	38	18	26	17	14	175
총계	81	154	215	412	407	482	613	834	589	3,787

<자료:EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1988. P. 142>

同 期間中 接受事件은 第1小裁判部(裁判所長이 主宰함) 3,909件, 第2小裁判部(副所長이 主宰함) 3,787件 合計 7,696件이다. 그 중 法院의 裁判節次를 거침이 없이 바로 憲法裁判所에 接受된 事件은 262件 3.4%에 불과하고 나머지 7,434件 96.6%는 法院의 裁判에 대한 것이다. 司法府의 事前裁判節次를 거친 7,434件을 다시 類型別로 보면, 民事 1,464件 19.69%, 刑事 2,308件 31.04%, 行政 1,464件 19.69%, 勞動 2,049件 27.56%, 軍事 140件 2.02% 等이다.

### 3. 事件處理 現況

앞서 밝힌 事件接受現況과의 균형을 이루기 위해서는 여기에 서도 開所以後 1989年 末까지의 處理現況을 다루어야 하나, 資料 수집上의 문제로 인하여 여기서는 1989年度의 事件處理現況을

살펴보는 것으로 그치고자 한다.

1989年度 事件處理類型別 現況은 「別表-10」과 같다.

「別表-10」 1989年度 事件處理 類型別 統計

사 항	제1소재판부	제2소재판부	전원재판부	계
사전심사에 의한 사건 불수리 결정	911	950		1861
결정에 의한 것				
- 각하	111	179	20	290
- 취하 등으로 인한 종결	34	29		83
- 정지	40	36		79
- 기타	41	66	66	173
	266	310	86	622
판결에 의한 것				
- 인용	32	47	8	87
- 부분인용	4	2	6	12
- 기각	4	59	21	84
	40	108	35	183

※ 資料: 스페인 憲法裁判所 內部資料

위 表에서 보는 바와 같이 1989年度の 處理件數는 事前審査에 의한 不受理 決定 1,861件, 擔當裁判부의 「決定(AUTO)」에 의한 것 622件, 「判決(SENTENCIA)」에 의한 것 183件 등 모두 2,666件이다.

여기에서 주목할 것은 憲法訴願事件의 경우 事前審査에 의하여 처리되는 것 1,861件 73.12%이고, 小裁判部の 裁判에 회부된 다음 却下·取下 등의 사유로 종결되는 事件은 536件간 21.06%이고, 判決(Sentencia)에 의하여 처리된 것은 148件이 5.8%에 지나지 아니한다. 이를 종합하면 처리된 사건의 94% 이상이 指定 小裁判部(Sección)의 事前審査節次에 의하거나 却下·取下 등 간

이한 방식으로 處理되고 있음을 알 수 있다.

그리고 1989年度 接受件數 2,633件에 비하여 處理件數는 2,666件으로서 兩者간에 어느 정도 均衡이 이루어지고 있으며 事件 적체 현상은 일어나지 않는 것으로 보인다.

判決에 依한 것 중 認容된 事件 比率을 살펴보면, 違憲宣言을 포함한 總認容件數는 99件으로서 處理件數 대비 3.7%이고, 事案別로 보면 全院裁判部 管轄事件은 處理 121件중 14件으로서 認容率 11.57%이고, 小裁判部(SALA)事件 즉 憲法訴願事件은 處理 2,545件중 85件으로서 認容率 3.34%이다.

## II. 우리나라

우리나라 憲法裁判所는 第6共和國 憲法 第111條와 1988. 9. 1. 부터 시행된 憲法裁判所法에 의하여 設置되었고, 1988. 9. 15. 裁判官 任命이 되어 裁判部가 構成되었고, 1988. 9. 19.부터 業務를 開始하였다.<sup>19)</sup>

그로부터 3年 가까이 되었으나 최초의 수개월간은 事實上 業務의 원활한 수행을 위한 준비기간이라고 볼 수 있어서 관찰의 對상을 주로 1989. 1. 1.부터 1990. 12. 31. 까지 2년간의 統計 수치를 중심으로 살펴보기로 한다.

### 1. 事件接受 現況

---

19) 業務開始日에 대한 특별한 決議나 內規는 存在하지 아니한다. 따라서 憲法訴願의 提起期間의 算定 등과 관련하여 1988.9.1.부터 起算할 것인지, 1988. 9. 15.로 起算할 것인지, 1989. 9. 19.로 할 것인지 여부에 대하여는 憲法裁判所의 公式 立場이 定立되어 있지 않고 있는 실정이며, 다만 開所 記念式은 1989. 9. 19.자에 거행하고 있다.

1989. 9. 19. 헌법재판소 開所以後 1990. 12. 31. 까지의 事件接受現況은 다음과 같다.

「別表-11」 憲法裁判所 事件接受 現況

연도 사항	1988	1989	1990	소 계
위헌법률	13	142	71	226
권한쟁의			1	1
헌법소원	34	356	359	749
- §§68①	33	341	300	674
- §§68②	1	15	59	75
계	47	498	431	976

※ 자료 :헌법재판소 심판사무국

위 表에서 보는 바와 같이 開所이후 1990. 12. 31. 까지의 총 접수건수는 976件으로 이를 年度別로 나누어 보면 1988年 47件, 1989년 498件, 1990년 431件이다. 이는 每年 100萬件 以上の 事件을 處理하는 檢察이나 法院에 비하여는 미미한 숫자이나, 그 事件의 비중이나 質에서 볼 때, 그리고 歷代 憲法裁判의 實績에 비추어보아 一般의 豫상을 뛰어 넘는 놀라운 接受件數라 할 것이다.<sup>20)</sup>

위와 같은 現象은 이른바 6.29宣言 以後 政治·社會·文化 等 諸分野에 있어서의 全般的 民主化 措置와 國民의 人權意識伸長

20) 우리나라 歷代 憲法裁判機關의 實績을 살펴보면 第1共和國의 憲法委員會는 1951년부터 1954년까지 7件的 違憲審査를 하여 2件的 違憲宣言을 하였고, 第2共和國의 憲法裁判所는 5.16 革命으로 인하여 설치되어 보지도 못하였고, 第3共和國에서 大法院은 國家賠償法 第2條 第1項 등 2件的 違憲 宣告를 하였고, 第4.5共和國의 헌법위원회는 단 1건의 위헌심사도 하지 못하였다 한다(한병재, 憲法裁判의 根源과 理論, 憲法裁判所, 1990. P.18. 이하 참조).

에 그 원인이 있다고 생각되지만, 좀더 현실적으로는 現行憲法에 의하여 새로이 채택된 憲法訴願制度 및 同一類似事案의 違憲法律審判 事件의 集中 接受도 그 주요 원인이 된다고 사료된다.

즉, 1989年度 憲法訴願 接受件數는 356件으로 全接受件數의 71.48%를 차지하고, 1990年度 憲法訴願接受件數는 359件으로 그 83.29%를 점하는데, 스페인, 독일<sup>21)</sup> 등 외국과는 달리 法院의 判決을 憲法訴願의 대상으로 하지 못하도록 한 우리나라 法制下에서도 憲法訴願의 숫자가 위와 같이 많은 것은 특이한데, 그 중 273件이 檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願이라는 점이 外國에서는 찾아 볼 수 없는 독특한 현상이다.

또 同一 類似事案의 集中接受現象이란 社會保護法 第5條 等에 대한 違憲審判事件 100件, 私立學教法 第55條 等에 대한 違憲審判事件이 100件 등 事實上 同一事案에 대하여 각기 다른 法院에 의한 提請 또는 當事者에 의한 請求事件으로 別件 接受된 現象을 말한다.

위와 같은 접수현황은 그 件數에 있어서 1981年(423件) 및 1982年(532件)의 스페인 憲法裁判所接受現況과 비슷하다. 그러나 스페인 憲法裁判所는 1983年 904件, 1989年 2,633件 등 해마다 급격한 증가현상을 보이고 있는데, 우리나라의 경우도 그와 같은 사건 폭주가 예상되는가?

우리나라 憲法裁判所制度和 管轄에 특별한 변동이 없고 현재와 같이 운영되는 한 事件接受件數에 있어서 급격한 變化는 예상되지 않는다. 그 근거로는 첫째, 접수건수의 절대 다수를 점하는 憲法訴願에 있어서 法院의 裁判을 제외하고 있어 憲法訴願의 영역이 현저히 제한되어 있고(이에 유사한 檢事의 不起訴處分에

---

21) 독일에서는 헌법소원이 전접수사건의 98%이며, 그중 92%는 법원의 판결에 대한 것이 다. (양삼승, <통계로 본 독일 헌법재판소>, 人權과 正義, 1991. 2月號, P.98,100.)

대한 事件만으로는 限界가 있을 것이다.), 둘째, 違憲法律審判도 法令이 改善·整備되어감에 따라 違憲을 다룰 對象 法律이 점차 축소되어 갈 것이 예상되기 때문이다.

## 2. 事件處理 現況

憲法裁判所 統計資料에 의하면, 1990. 12. 31. 현재 憲法裁判所 接受 976件 중 668件을 처리하고 308件이 未濟로 남아있다.

처리된 668件的 내역을 살펴보면, 違憲法律事件 119件, 憲法訴願事件 549件(그중 §68①事件 538件, §68②事件 11件)으로서, 이를 다시 處理類型別로 나누어 보면 指定裁判部 却下 261件 (39%), 取下 및 其他 方法으로 處理된 것 260件으로서 모두 521件 78%가량이 全員裁判部の 「決定」의 形式에 의하지 아니하고 처리되었고, 나머지 147件 22%가량만이 全員裁判部の 결정으로 終結되었다.

더 나아가 全員裁判部に 처리된 「決定」을 그 내용별로 보면 ① 要件不備로 却下 44件 30%, ② 本案에 관한 決定 103件 70%이다.

全員裁判部の 결정 중 却下하는 사건의 비율이 30%나 되는 것은 (이는 法律上으로는 指定裁判部の 事前審査에서 바로 却下해 버릴 수도 있는 사건들이다) 憲法裁判所の 初期 運用過程에서 事件의 비중이 世間の 耳目을 집중시킬 정도로 크거나, 實務例 및 判例의 축적을 위하여 理由說示의 가치가 있다고 판단되는 것은 가급적 全員裁判部에서 處理토록 하려는 생각의 결과로 여겨진다.<sup>22)</sup>

---

22) 同旨, 양삼승, 전제論文 P. 101. 따라서 어떠한 事件이 全員裁判部の 裁判에 회부되는 결정이 있었다 해서 全員裁判部에서 審理한다는 것 이상의 특별한 意味를 부여할 필요가 없을 것이다.



다음으로 本案에 관한 결정 103件을 내용별로 보면 認容決定(違憲포함) 24件, 憲法不合致 1件, 限定合憲 4件, 棄却(合憲 포함) 74件이다.

處理事件基準 認容率을 산정해 보면, 違憲法律審判事件(\$68②의 憲法訴願 포함) 처리 130件 인용 16件 인용율 12.3%이고, 憲法訴願事件 처리 387件(여기에는 事實上 民願事件으로 처리한 151件 除外) 인용 9件, 인용율 2.3%이다.

이는 스페인 憲法裁判所의 全員裁判部 管轄事件 認容率 11.57%, 憲法訴願事件認容率 3.34%와 대비해 볼 때, 違憲法律事件 認容率은 0.73% 높고, 憲法訴願事件認容率은 1%가량 낮은 수치이나 全體的으로 보아 대동소이하다 하겠다.<sup>23)</sup>

## 第 4 節 結論

以上에서 스페인 憲法裁判制度의 沿革을 간단히 살펴보고, 스페인 憲法裁判所의 管轄·運用現況 등에 관하여 우리의 그것과 比較하여 보았다.

그 결과 스페인 憲政史는 우리보다 140年가량 앞서며 憲法裁判(憲法保障)制度에 관하여도 오랜 기간의 施行錯誤와 實驗을 거쳤음을 알게 되었다.

裁判所의 管轄에 있어서는 우리 裁判所가 채택하지 아니하는 抽象的 規範統制制度, 事前的·豫防的 規範統制制度, 法院의 裁判에 관한 憲法訴願의 認定, 違憲法律審判 및 憲法訴願審判에 있

---

23) 독일 憲法裁判所의 경우 창설이래 1990. 12. 31. 현재까지 違憲法律審判 13.9% 憲法訴願 1.5%의 認容率을 나타내어 우리나라보다 違憲法律은 1.6%높고, 憲法訴願은 0.8%낮다. (資料 : 憲法裁判所 審判事務局)

어서의 檢察의 독특한 役割, 憲法裁判所 決定에 대한 效力發生時期의 問題등에 대하여도 우리에게 시사하는 바가 많았다고 생각된다. 이러한 문제들이 현재 우리 憲法裁判制度의 改善方向을 論議하는 學者들의 論點의 中心이 되고 있음은 의미심장하다 하겠다.<sup>24)</sup>

이상과 같은 組織體系를 갖춘 스페인 憲法裁判所의 運用現況에 대해서는 어떠한 評價를 내릴 수 있는가?

이에 대하여 스페인 國會는 1981-1985間的의 스페인 憲法裁判所 判例를 綜合·分析한 결과 다음과 같이 論評하였다.<sup>25)</sup>

“1981. 2. 24. 스페인 憲法裁判所의 最初의 判決들이 官報를 통하여 公表된 이후 1985. 12. 31. 까지 5年間的의 同 憲法裁判所의 事件接受 件數는 4,230件이다. 그 중 85%는 憲法訴願 審判事件으로서, 이는 독일, 이탈리아 등의 90%선과 그 추세가 비슷하다……중략……스페인 憲法裁判所는 위 接受事件 중 13%의 事件에 대해서만 本案에 관한 判決의 形式으로 中絶하였다……중략……

위 기간 중 憲法訴願으로 접수된 事件 3,642件 중 認容된 것은 165件으로서 5%미만(4.53%)의 事件만이 請求人에게 만족을 주었다.

法院에 의한 違憲法律審判提請(具體的 規範統制)은 憲法裁判所 開所後 最初 3年間 겨우 40件으로서 이것은 最初 2년간의 이태리 454件, 독일 187件에 비하면 극히 소수라 할 것이다(그러나 1985년도에는 괄목할 만한 伸張이 있어 103件이 접수되었다). 또한 5年間의 接受事件 4,230件的의 意味이

---

24) 김남진, <憲法裁判對象의 活性化와 改善에 관한 연구>, 憲法裁判研究 第2卷, 憲法裁判所, 1991, P.199이하, 정종섭, 전계論文 P.100이하, 등 참조.

25) Boletín de Jurisprudencia Constitucional Sistematizada(1981-1985), CORTES GENERALES, P. III-V

다. 이 숫자는 每年 100萬件 가까이 처리하는 通常法院의 業務에 비교해 보면(더군다나 法院의 裁判을 憲法訴願의 대상으로 하고 있는 사실까지도 감안할 때) 憲法裁判所는 通常의 司法機關의 業務를 대체할 수는 없다는 것을 말해준다.

또한 同 裁判所는 1981年 8件, 1982年 2件, 1983年 5件, 1984년 5件 등의 國家法率(leyes del Estado)의 一部 條項을 무효화 시켰다. 그렇다고 하나 이러한 實績만으로 立法府를 대신한다고 評價할 수는 없다.

그렇지만 同 裁判所는 憲法的 秩序의 形成, 發展에 큰 業績을 이룩해 냈다. 그 중용성은 自由의 영역, 法的 源泉 등 分野에 있어서 더욱 그러하다.

憲法裁判所는, 總體的 法秩序에 있어서, 民主憲法의 직접적 · 즉시적 효력(la eficacia directa e inmediata)을 갖도록 하는 데에 결정적으로 기여하였다.”

이는 결국 헌법재판소가 司法府나 立法府를 대체할 세력은 될 수 없으나 憲法의 規範力을 法秩序內에 活性化함에 있어서 獨立的 活動 領域이 있음을 긍정적 관점에서 평가한 것이라 할 수 있을 것이다.

위와 같은 스페인 憲法裁判所의 最初 活動期에 대하여 이태리의 前憲法裁判所長 브랑카(Branca)는 “영웅시대(una época heroica)”라고 評價하여 이를 극찬하고 있다.

우리의 憲法裁判所에 관하여서 보면, 당초의 일부 회의적인 시각과는 달리 일단 外形的 觀點에서 볼 때 활발한 活動을 하고 있다고 할 수 있다. 우리의 憲法裁判所에 대한 評價에 있어서는 보는 視覺과 처해진 立場에 따라 여러 가지 평가가 가능하다고 보나, 헌법재판소의 業績으로서 분명히 말할 수 있는 것은 憲法이 단순한 國家組織法으로서의 성격을 넘어서서 國家의 正當한

公權力 行使의 規準이 됨과 동시에 市民의 생활 속에 파고들어 하나의 살아 있는 生活規範으로서의 效力을 갖도록 하는 데에 적지 않은 기여를 하고 있다는 점이다.

法治主義와 自由民主主義의 定着이 이 時代의 課題라면, 이를 向한 諸規範의 源泉은 바로 우리 憲法에서 찾을 수밖에 없을 것이고, 이러한 憲法을 올바르게 해석하고, 그 規範力을 제대로 갖추도록 守護할 專門裁判機關은 必要하고, 계속 維持·發展시켜나가야 할 것이다. 이를 위해서는 憲法裁判所도 앞서 制度化되어 成功的 發展을 거듭하고 있는 스페인·독일·오스트리아 等 諸國의 憲法裁判所의 運用 現況과 判例 等を 끊임없이 研究해나가는 한편, 그 터전 위에 우리나라 特有的 法文化를 지혜롭게 調和시켜 나가면서 憲法이 부여한 他機關의 固有權限은 最大限 尊重하고, 오직 憲法的 觀點에서만 例外的·補充的으로 이를 콘트롤해 나가는 것이 바람직할 것이다.

# 言論 出判의 自由와 著作權의 相衝과 調整

-憲法上 言論 出判의 自由를 理由로 하여  
著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가?-

李 亨 夏

前 憲法研究官

서울高等法院 判事

## -目 次-

1. 머리말
2. 著作權의 概念과 發生
  - (1) 著作權의 概念
  - (2) 著作權에 관한 憲法規定
  - (3) 著作權의 成立時期
3. 著作權의 保護對象
  - (1) 思想-表現 二分論(idea-expression dichotomy)
  - (2) 著作物의 藝術性과 適法性を 이유로 한 著作權 保護의 拒絶問題
  - (3) 寫眞著作物
4. 著作權과 言論 出判의 自由 사이의 相衝 및 調整 可能性

- (1) 著作權과 言論 出版의 自由의 關係
  - (2) 著作權과 言論 出版의 自由의 相衝 可能性
  - (3) 著作權과 言論 出版의 自由의 相衝을 調整하는 原則
    - (가) P. Goldstein 教授의 提案
    - (나) M. B. Nimmer 教授의 「思想-表現 二分法」에 基한 類型別利益較量
    - (다) 要約
5. 著作權法上의 調整原則
- (1) 著作權法規定
  - (2) 自由利用의 成立與否
  - (3) 公正使用의 概念과 成立與否
6. 憲法上의 調整原則(表現의 自由를 이유로 하는 著作權의 制限)
- 가. 判例
- (1) 表現의 自由를 이유로 하는 例外를 인정하지 아니한 判例
    - (가) Wainwright Securities Ins v. Wall Street Transcript Corp. 判決
    - (나) Sid & Marty Krofft Television Productions Inc. v. McDonald's Corp.
    - (다) Schnapper v. Foley 判決
    - (라) Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprises 判決
  - (2) 修正 제1조를 이유로 하는 例外를 認定한 判例(TRIANG-LEPUB. INC.)
  - (3) 判例의 分析
- 나. “報道用寫眞”에 限하여 修正 第1條를 理由로 한 例外를 認定  
 하자는 Nimmer 教授의 見解와 Party 辯護士의 反論

다. 修正 제1조의 免責特權을 인정하여야 한다는 Denicola 教授의 主張

라. 結論

- (1) 現行著作權法에 의한 解決可能性
- (2) 未公開著作物에 대한 強制許諾制度의 創設
- (3) 強制許諾의 許容要件
- (4) 公表된 著作物의 境遇(著作權法 제25조와 제48조의 關係)

7. 맺음말

## 1. 머리말

\*事例 : 寫眞作家 甲은 평소 깊은 관계를 유지하고 있던 女人이 變心하였다고 同女를 유인하여 毒殺하였다. 당시 甲은 예술가적 호기심에서 同女가 毒藥을 마시고 고통스럽게 죽어가는 場面을 소지하고 있던 寫眞機를 利用하여 촬영하였으나 이를 外部에 公表하지 않고 있었다. 그 후 日刊新聞과 雜誌 등을 발행하는 會社인 乙은 그 寫眞을 某種의 經緯로 入手하게 되자 寫眞作家의 승낙을 받지 아니하고 자신이 발행하는 日刊新聞에 그 事件을 설명하는 記事와 더불어 위 寫眞을 掲載하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 위 寫眞에 대하여 가지는 著作權을 侵害당하였다는 이유로 損害賠償請求訴訟을 제기하고 同時에 위 寫眞의 계속된 使用을 금지시키기 위한 假處分을 신청하였다. 그 訴訟에서 乙은 위 寫眞의 無斷掲載事實을 인정하지만 자신의 使用은 著作權法 제24조, 제25조에서 말하는 「時事報道를 위한 利用」(美國著作權法 제107조의 公正使用)이므로 著作權侵害의 責任을 지지 않는다는 抗辯을 제출하였다. 나아가 위 抗辯이 인정되지 않는다 하더라도 被告 乙은 言論機關으로서 公益을 위하여 眞實을 충분히 報道한다는 임무를 수행한 것이므로 憲法上 보장된 言論 出判의 自由를 근거로 하여 免責되어야 한다고 주장하였다. 被告 乙의 주장은 타당한가?

위 事例에서 著作權侵害가 성립하기 위하여는 우선 甲에게 유효한 著作權이 존재하고 乙이 甲의 著作物인 寫眞을 無斷複製한 사실이 인정되어야 한다. 被告가 原告의 寫眞을 無斷掲載한 사실을 인정하였으므로 위 寫眞의 著作權이 보호되는가, 나아가 被告가 著作權侵害의 責任을 면하기 위하여 제출한 自由利用(公正使用)의 抗辯과 言論 出版의 自由에 근거한 免責特權의 許容與否



를 차례로 검토한다. 다만 本 論題와 관련하여 著作權侵害訴訟에서 無斷使用者가 憲法上 表現의 自由(言論 出版의 自由)를 독립된 抗辯으로 援用하여 그 責任을 면할 수 있겠는가라는 점을 집중 검토한다. 위에서 제기된 爭點들을 言論機關의 言論의 自由 및 國民의 알 權利의 보호하는 觀點에서 볼 때 만일 犯罪現場이나 事件을 촬영한 寫眞의 著作權이 보호되지 않는다면 言論機關이 그 寫眞을 마음대로 使用하고 國民이 언제든지 이에 接할 수 있게 되어 이로써 言論의 自由와 알 權利는 충족될 것이다. 또 이러한 寫眞의 著作權이 보호된다 하더라도 時事報道에 使用할 경우에는 通常의인 경우보다 넓게 自由利用(公正使用)을 허용한다면 이로써 言論의 自由와 알 權利를 만족시킬 수 있게 된다. 나아가 著作權法上 自由利用(公正使用)制度만으로는 言論의 自由와 알 權利를 충족시킬 수 없는 경우에는 憲法上 表現의 自由의 優越性을 이유로 言論機關에게 이러한 寫眞을 자유로이 利用할 수 있는 免責特權을 인정할 것인가 하는 문제로 된다.

이처럼 著作權이 더 많이 보호될수록 表現의 自由의 폭은 좁아지고, 반대로 表現의 自由를 강조하면 할수록 著作權은 이에 양보하여야 하는 것이 되므로 著作權과 表現의 自由는 一見하여 서로 反比例하는 對立關係에 있는 것처럼 보인다. 반면 著作權과 表現의 自由는 相互補完關係에 있어서 表現의 自由가 충분히 보장되는 경우에만 著作權도 활기를 띠게 되고 또 著作權의 보호로 著作活動이 활발하게 됨으로써 言論의 自由나 알 權利도 그 혜택을 충분히 누릴 수 있는 것 또한 사실이다.

本 論文은 美國著作權法의 大家인 P. Goldstein 教授와 M. Nimmer 教授가 1970년에 발표한 두 개의 論文<sup>1)</sup>을 계기로 하여

---

1) Goldstein, Copyright and the First Amendment, 70 Colum. L. Rev. 983 (1970) Nimmer, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?, 17 UCLA L. Rev. 1180(1970)

이후 美國의 法院과 學界에서 활발하게 논의되어 온 著作權과 表現의 自由의 相衝 可能性과 調整問題를 소개하고, 오늘날 著作權法의 國際的 統一化의 추세에 발맞추어 우리 著作權 制度에의 收容可能性을 점검해 보고자 한다.

## 2. 著作權의 概念과 發生

### (1) 著作權의 概念

著作權은 「著作者가 文學 學術 또는 藝術의 범위에 속하는 著作物을 創作함으로써 그 著作物에 대하여 가지는 權利」로서 著作財産權과 著作人格權으로 구분된다(著作權法 제2조 제1호 제2호, 제10조). 著作權法이 著作權者에게 著作權이라고 하는 排他的 獨占的 權利를 許容하는 目的은 기본적으로는 著作物의 創作과 普及을 助長하여 公共福利에 寄與하고자 함에 있고 부수적으로는 著作者에게 그의 寄與度에 따른 正當한 報酬를 주려는 것이라고 일반적으로 설명된다.<sup>2)</sup>

### (2) 著作權에 관한 憲法規定

著作權 특히 著作財産權은 特許權, 實用新案權, 意匠權, 商標權

---

2) 美國著作權法改正에 관하여 1961년 작성된 著作權廳의 報告書 참조 ; 美國聯邦大法院은 Mazer v. Stein, 347 U. S. 201(1954) 判決에서 “著作者個人에게 利益을 줌으로써 그의 노력을 격려하는 것은 著作者의 才能을 통하여 公共福利를 증진시킬 수 있는 最善의 方法이다”라고 판시하였다. 같은 취지에서 M.Nimmer 教授도 [著作權을 인정하는 주요목적은 著作者에게 報酬를 주기 위한 것이 아니라 著作者의 精神的 勞作을 통하여 一般公衆이 널리 利益을 얻을 수 있도록 保障하기 위한 것]이라고 설명한다(CASES AND MATERIALS On COPYRIGHT... 2d, 26면). 이에 대하여 陸種洙 教授는 著作者가 著作物을 創出하여 文化發達에 기여하는 것이므로 “그 創作物에 대하여 經濟的 報償을 보장해 주고 收益 및 特權을 부여해 주는 것은 너무나 당연한 것이며 또한 이러한 權利를 보장해 줌으로써 이들의 創作活動에 活力을 불어 넣어줄 수 있다”고 설명한다(憲法上 無體財産權의 保障, 公法研究 제15집, 136면).

등과 함께 소위 知的 財産權(intellectual property, “精神的 財産權”이라고도 한다) 또는 無體財産權의 하나이다. 著作權을 비롯한 無體財産權 역시 憲法 제23조에서 보장되고 있는 “財産權”에 포함된다는 점에 대하여는 異論이 없다.<sup>3)</sup> 따라서 著作權은 다른 財産權과 마찬가지로 憲法 제23조 제3항에 의하여 正當한 補償을 조건으로 公共必要를 위하여 收用 使用 또는 制限될 수 있으며, 나아가 다른 基本權과 같이 憲法 제37조 제2항에 따라 國家 安全保障, 秩序維持, 公共福利를 위하여 法律에 의하여 制限될 수 있다. 우리 憲法은 위 一般的 財産權保障規定과는 별도로 制憲憲法 제14조 이래로 著作權 等 無體財産權의 保障에 관한 特別規定을 두어 왔고<sup>4)</sup> 現行憲法 제22조 제2항은 「著作者……의 權利는 法律로써 보호한다」라고 규정하고 있다.

### (3) 著作權의 成立時期

學問的 또는 藝術的으로 전혀 가치가 없을 뿐만 아니라 그 내용이 오히려 性秩序를 문란하게 하거나 國憲秩序를 위태롭게 할 경우 그 著作物에 대하여 著作權을 인정할 수 있는가? 著作權은 著作者가 著作物을 創作하게 되면 이를 公開하거나 審査하여 登錄하는 등의 形式的 節次를 거치지 아니하고 당연히 발생한다. 따라서 著作物은 獨創性이 있는 한 著作者의 思想 感情이 外部에 구체적으로 表現된 순간 著作權이 성립하므로 著作物이 가지는 學問的 藝術的 價値의 有無 및 高低는 문제되지 아니한다.<sup>5)</sup>

3) 陸種洙, 위 論文, 131,132면 참조

4) 憲法上 無體財産權 保障에 관하여 별도의 규정을 둔 立法例는 美合衆國法 제1조 제8항 제8호, 1919년 바이마르 憲法 제158조, 蘇聯憲法 제47조 등이며, 西獨基本法 日本國憲法을 비롯한 대부분의 國家들은 별도의 규정을 두지 않고 一般財産權保障條項에 의하여 보호하고 있다고 한다.(陸種洙, 위 論文, 138-141면).

5) 宋永植 의 2인, 知的 所有權法, 791면 참조. 한편 特許權, 商標權 等 工業所有權은 出願 査定 登錄이라는 所定の 節次를 거쳐서 발생하고 원칙적으로 登錄日 以後부터 權利를 행

黃迪仁 教授도 「他人의 名譽를 毀損하거나 非道德的인 著作物에 대하여도 著作物性を 인정하여야 한다」는 취지로 설명한다. 다만 그러한 著作物이 憲法上 學問 藝術의 自由 또는 言論 出版의 自由에 의하여 보호받지 못하고 規制對象이 될 수 있는 것은 위 著作權의 成立問題와는 별개이다.<sup>6)</sup>

### 3. 著作權의 保護對象

#### (1) 思想-表現의 二分論(idea-expression dichotomy)

著作權은 特定人의 思想자체가 아니라 思想을 특정한 형태로 나타낸 表現을 보호한다<sup>7)</sup>. 따라서 著作權은 著作物에 실린 思想(idea)을 利用하는 것을 막지 못한다.<sup>8)</sup> 만일 著作權이 思想까지 보호한다면 著作權者는 엄격한 特許節次를 피하고 著作權制度를 利用하여 사실상 特許權者의 地位를 누리게 되는 부당한 결과가 초래된다. 著作權法 제7조 제5호는 「事實의 傳達에 불과한 時事報道」를 著作權法에 의한 보호를 받지 못하는 著作物로 규정하고 있는데, 이는 事實을 주로 다루는 時事報道의 경우를 예로 들어서 「事實에 대하여는 著作權이 보호되지 않는다」는 「思想-

---

사할 수 있다.

6) 黃迪仁 외 2인, 著作權法, 225면. 「다만 刑法上 淫亂 文書 등에 해당하여 그 頒布... 등이 급하여 있을 때(刑法 제243조, 제244조), 名譽毀損 등으로 인한 適當한 處分이 있을 때(民法 764조)는 그 한도에서 著作權의 行使는 制限을 받게 될 것이다」.

7) 宋永植 외 2인, 前掲書, 792면도 「著作權으로 보호되는 것은 著作者의 思想 그 자체가 아니라 思想의 表現이다」라고 설명한다. 한편, 서울 民事地方法院 제42부가 1990. 4. 19. 선고한 89가합39285판결에서 表現技法이나 그에 관한 아이디어 자체는 아무리 獨創的인 것이더라도 萬人公有의 知的財産으로 開放하여야 하며 特定人에게 獨占되어서는 안된다는 것을 전제로 “한복치마의 디자인기법은 특정인에게 독점적 배타적 권리가 부여되는 저작권의 보호대상이 될 수 없고 이러한 기법을 사용하여 제작한 한복치마는 저작권보호의 대상이 된다”고 실시한 것도 이러한 思想-表現二分論을 밝힌 것이다(하급심판결집 1990 제1집, 260면).

8) 어떤 발명을 소개한 책을 저술한 저작자는 타인이 그 책에 있는 방법을 사용하더라도 이를 막지 못한다.

表現 二分論」을 규정한 것이다. 1976년의 美國著作權法 제102조 (b)는 종래 判例法으로 형성 발전되어 온 「思想-表現 二分法」을 成文化한 규정이다.<sup>9)</sup>

## (2) 著作物の 藝術性과 適法性を 이유로 한 著作權保護의 拒絕問題

「이미 성립한 著作權이 著作物の 內容을 이유로 보호받지 못하게 되는가」라는 문제는 著作權의 成立問題와는 별개의 것이다. 앞서 본 바와 같이 著作者 자신이 著作物の 內容을 이유로 刑法上 또는 民法上 制裁를 받는 경우도 있으나 더 중요한 것은 著作權者가 訴訟을 제기하여 他人의 無斷使用을 排除하려 할 때 法院이 著作物の 內容을 이유로 著作權의 保護를 거절할 수 있는지의 문제이다. 실제의 事例에서는 주로 著作物の 藝術性 또는 淫亂性이 문제된다. 憲法上 보호받지 못하는 不法的 表現이 수록된 著作物 가령 淫亂文書 또는 不穩文書의 경우 “淫亂性”, “不穩性”이라는 개념은 時代와 場所에 따라서 달라지는 것이므로 이러한 流動性인 개념을 기준으로 하여 著作權의 保護與否가 결정되어서는 안된다.<sup>10)</sup> 大法院도 1990. 10. 23. 선고, 90다카8845判決에서 “著作權法의 보호대상인 著作物이라 함은 思想 또는 感情을 창작적으로 表現한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에

9) 同條項은 「...著作者가 原著作物에 대하여 가지는 著作權에 의한 보호는 當該著作物에서 敘述, 說明, 例示되거나 또는 具體化된 形態 如何를 不問하고 概念, 節次, 方法, 體制, 操作方法, 概念, 原則 또는 發見에는 미치지 아니한다」라고 규정하고 있다. 1976년의 議會(下院) 報告書에 의하면 「著作權은 他人이 著作物에 담긴 아이디어 또는 知識을 사용하지 못하도록 배제하지 못한다. 著作權은 著作者가 知的 概念을 表現한 文學的, 音樂的, 映象的, 藝術的 形態에 관계되는 것이다」라고 밝히고 있다.

10) 서커스를 廣告하기 위하여 제작된 칼라 石版印刷物이 著作權法에 의한 보호를 받을 자격이 있는지 여부가 문제된 1903년의 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co*(188 U. S. 239)판결에서 다수의견을 집필한 *Holmes* 大法官은 判事(persons trained only to the law)가 作品의 藝術性을 심사하는 것은 위험하다고 경고하였다.

속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 著作權法上 著作物로서 보호된다”고 判示하여 같은 취지이다. 따라서 本事例에서 原告가 촬영한 寫眞은 그 내용의 非論理性에도 불구하고 著作權이 보호될 수 있다고 본다.

### (3) 寫眞著作物

寫眞著作物이란 일정한 映像에 의하여 表現된 著作物이다.<sup>11)</sup> 「寫眞 및 이와 유사한 방법으로 작성된 것을 포함하는 寫眞著作物」은 現行 著作權法上 보호되는 著作物의 하나로 例示되고 있다(제4조 제6호). 寫眞作家가 作品의 主題와 被寫體를 선정하고 카메라의 角度와 露出, 照度 등을 결정하는 과정에서 獨創性 이 있을 때에는 그 사진은 寫眞著作物로서 著作權이 보호된다. 鑑賞用으로 작성된 藝術寫眞이 아니라 실제로 일어난 事件이나 犯行現場을 의식적으로 촬영하였더라도 그 寫眞은 著作權이 보호될 수 있다(許煥成, 著作權法逐條概說, 50면 참조). 나아가 처음부터 時事報道의 목적으로 작성된 報道用 寫眞도 寫眞著作物로서 보호된다(韓勝憲, 著作權의 法制와 實務, 261, 311면 ; 河龍得, 著作權法, 109면).

## 4. 著作權과 言論 出版의 自由 사이의 相衝 및 調整可能性

---

11) 송영식 외 2인, 知的所有權法, 800면 ; 河龍得, 著作權法, 95면.

### (1) 著作權과 言論 出版의 自由의 關係

著作權은 有體財產權과는 달리 精神的 創作의 產物에 대하여 인정되는 權利라는 점에서 인간의 정신활동인 思想 感情의 表現과 직결된다. 따라서 著作權은 憲法上 基本權인 言論 出版의 自由(이른바 表現의 自由, 제21조) 및 學問 藝術의 自由(제22조 제1항)와 밀접한 관련이 있다.<sup>12)</sup> 그러나 表現의 自由와 著作權이 보호하는 法益과 對象이 항상 일치하는 것이 아니며 따라서 그 사이에 협조관계는 물론 대립과 긴장관계가 일어날 수 있다.

첫째, 表現의 自由는 주로 민주사회의 국민이 합리적인 의사결정 또는 여론형성을 하는데 필요한 知識과 情報를 원활히 습득할 수 있도록 하고 思想과 意見의 자유로운 교환을 보장하려는 것이므로 원칙적으로 제한되어서는 안된다. 반면 著作權制度는 文化의 傳承과 발전이라는 公共福利의 增進을 기본목적으로 하므로(著作權法 제1조) 스스로 著作權에 대한 여러 가지 제한을 가하고 있다.

둘째, 表現의 自由가 보호하는 것은 特定人의 表現 자체가 아니라 思想 또는 情報(事實)의 자유로운 교환이지만, 著作權은 앞서 본 바와 같이 特定人의 思想 그 자체가 아니라 思想을 특정한 형태로 나타낸 表現을 보호하려는 것이다.

셋째, 表現의 自由는 著作物의 內容을 審査(원칙적으로 事後審査)하여 가령 음란물, 불온문서와 같이 不法的인 내용이 담긴 著

12) 學問과 藝術의 自由와의 관계에 대하여 陸種洙 教授는 無體財產權을 學問 藝術의 自由와 같은 條文에서 규정하고 있는 점에 특별한 의미를 주고 있다. 즉, 無體財產權은 基本權으로서 憲法 제23조의 “財產權 보다는 고도의 보호가 요청되며 이렇게 함으로써 學問과 藝術의 自由가 동시에 실질적으로 보장되는 것”이며, 국가가 無體財產權을 보호함으로써 “學問 藝術의 自由를 뒷받침해 주고... 문화적 과학적 창조를 장려하는 制度的 保障의 성격도 兼有하고 있다”고 설명한다(前揭論文, 143면). 한편, 著作權과 憲法上 表現의 自由와의 관계에 대하여 河龍得, 著作權法, 34면은 “憲法上 私有財產權의 보장과 言論 出版 등 表現의 自由의 보장은 이 著作權法이 인정할 수 있는 기초를 제공하는 것이다. 한편 表現의 自由도 著作權의 보호를 통하여 달성될 수 있다... 著作權에 대한 보호가 없다면 개개의 著作자는 창작의욕이 감퇴하며 창작을 하더라도 세상에 공표하기를 꺼려하며, 따라서 일반인들은 著作物에 접할 기회를 상실하게 된다...”.

著作物이 表現의 自由에 의하여 보호받지 못하고 규제되는 경우가 있지만 著作權은 著作物의 內容을 심사하지 아니하므로 그 내용과 관계없이 성립하고 보호된다는 점은 앞서 본 바와 같다. 그러나 表現의 自由와 著作權사이의 밀접성 때문에 公共福利 등을 이유로 하여 著作財產權의 행사를 제한하게 되면 이로 말미암아 學問 藝術의 自由 또는 言論出版의 自由가 侵害되는 경우가 생길 수 있다. 가령, 行政廳이 淫亂書籍에 대하여 販賣禁止措置를 취하면 著作權의 行使가 직접 제한되는데 이때 그 措置가 檢閱의 형태로 表現의 自由를 侵害하는 것이 아닌가에 대하여 논란이 있다.<sup>13)</sup>

## (2) 著作權과 言論 出版의 自由의 相衡可能性<sup>14)</sup>

(가) 立法 또는 判例에 의하여 著作權의 범위와 보호대상이 점차 확대되면 이로 말미암아 이전에는 보호되지 않았던 表現을 著作權者 이외의 자가 자유로이 利用할 수 있는 權利는 점차 줄어들게 된다.<sup>15)</sup> 또 著作權者가 公表與否 및 公表의 時期 方法

13) 日本에서 소위 靑少年保護條例에 근거하여 知事가 靑少年에게 有害한 圖書 등을 靑少年에게 판매하는 것을 금지한 경우 그것이 表現의 自由를 事前에 제한하는 檢閱에 해당하느냐에 대하여 논란이 있다. 이에 대하여 「法制局은 이미 세상에 나온 도서의 판매 등을 제한하는 것이어서 검열에 해당하지 않는다는 입장이고... 諸議會의 都則은 “지정도서를 靑少年에게 판매하여서는 안된다는 것이고 출판이나 성인에 대한 판매를 규제하는 것은 아니므로 언론통제로 될 우려는 없다”는 견해를 분명히 하고 있다고 한다」(憲法Ⅱ人權(1) 芦部編 1-13 猥褻物の 頒布 販賣 等の 規制, 519면 註57). 만일 위 서적을 未成年者에 한하여 판매금지하고 成人에 대한 판매를 허용한다면 판매부수의 감소로 재정적 손해는 입게 되겠지만 이로 인하여 表現의 自由가 違憲의으로 침해되었다고 말하기 어렵다.

14) 世界人權宣言 제27조는 제1항에서 「인간은 누구나 사회의 문화생활에 자유롭게 참여하고 예술을 감상하고 또한 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 수 있는 권리를 갖는다」, 제2항에서 「인간은 누구나 그가 창작한 모든 형태의 과학적, 문학적, 예술적 저작물로부터 발생하는 인격적 및 물질적 이익을 보호받을 수 있는 권리를 갖는다」고 규정하고 있다. 이를 著作權과 관련하여 보면, 一般公衆은 타인의 저작물을 자유로이 사용할 권리가 있으며, 동시에 著作權者는 자신이 창작한 著作物에 대하여 가지는 이익을 보장받아야 한다는 일을 상충하는 것처럼 보이는 두가지 기본적 권리를 선언하고 있다.

15) P. Goldstein, COPYRIGHT AND THE FIRST AMENDMENT, 70 Columbia L. Rev.



등을 결정할 수 있는 權利(著作權法 제11조의 公表權)를 濫用하게 되면 一般公衆의 알 權利 또는 들을 權利가 영향을 받는다. 「修正 제1조<sup>16)</sup>는 個人的 “말할 權利”(individual right to speak)를 보장하기 위한 것이라기 보다는 오히려 共同體의 “들을 權利”(community right to hear)를 보장하기 위한 것이다」라는 것이 美國의 學說 判例이다.<sup>17)</sup> 著作權의 보호대상이 修正 제1조의 보호범주에 속하는 한도에서는 著作權이라는 獨占은 外觀上 修正 제1조의 基本原則인 共同體의 “들을 權利”와 衝突한다. 著作權法上 인정되는 著作權者의 權利는 著作物의 公表를 保留할 수 있는 權利, 즉 자신의 表現을 一般公衆에게 公開하지 아니할 수 있는 權利, 나아가 판매가격과 수량을 결정함으로써 그 著作物이 配布될 자들의 規模와 經濟的 地位를 제한할 수 있는 權利도 포함한다. 一般公衆은 오직 위와 같이 許容된 複製物을 입수할 수 밖에 없게 되므로 그들의 보고, 들을 權利가 크게 단축된다.<sup>18)</sup> 이처럼 著作權 制度는 적어도 短期的으로는 共同體의 「들을 權利」를 축소시키는 경향이 있다. 그러나 長期的으로 볼 때 著作權 制度는 一般公衆에게 보급될 著作物의 創作을 자극함으로써 共同體의 들을 權利를 확장시키는데 기여한다는 修正 제1조의 法益에 부합하는 것으로 이해될 수 있다.<sup>19)</sup> 따라서 著作權과 表現의 自由 사이의 衝突은 短期的인 次元에서 일어나는 것이라고 볼 수 있다.

(나) 이와 같이 表現의 自由를 축소시키는 著作權法은 그 전

---

983, 988(1970).

16) 聯邦憲法修正 제1조는 「議會는 言論 出版의 自由를 制約하는 어떠한 法律도 制定하여서는 아니된다」고 규정하고 있다.

17) A. Meiklejohn, POLITICAL FREEDOM(1965) ; Rosenblatt v. Baer, 383 US 301(1966).

18) P. Goldstein, 위 論文, 989면.

19) P. Goldstein, 위 論文, 990, 995면

체가 修正 제1조 違反으로 違憲無效라고 宣言되는 것을 피하려면 表現의 自由를 이유로 著作物의 自由利用을 許容하는 例外를 인정하여야 한다는 一部見解가 있었다. 그들은 著作權法上的 免責條項 및 公正使用과는 별도로 修正 제1조가 著作權者의 허락 없이 著作物을 使用하더라도 著作權 侵害로 되지 않는 免責特權을 부여한다고 주장하였다.<sup>20)</sup> 그러나 法院은 일반적으로 修正 제1조와 著作權 사이의 衝突을 인정하지 아니하거나 가사 그 사이에 긴장과 대립관계가 존재한다 하더라도 公正使用의 法理와 思想-表現二分論을 使用하여 그러한 문제를 解決할 수 있다고 보아 왔기 때문에 表現의 自由가 著作權에 미치는 영향은 무시되어 왔다. 그러나 第2巡廻區 聯邦抗訴法院이 1983년에 선고한 Harper & Row, Publisers, Inc. v. Nation Enterprises 判決과 Consumers Union of the United States, Inc. v. General Signal Corp. 判決에서 修正 제1조와 著作權의 관계를 논의한 것이 계기가 되어 이 문제가 再論되고 있다.<sup>21)</sup>

### (3) 著作權과 言論 出版의 自由의 相衡을 調整하는 原則

#### (가) P. Goldstein 教授의 提案<sup>22)</sup>

Goldstein 教授는 著作權侵害事件에서 修正 제1조와 著作權 사이의 衝突을 調整하기 위한 原理로서 다음의 두 가지 原則을 제시한다. 첫째로, 無斷使用한 著作物이 公益과 관련된 것이고 또 그 使用이 獨自적으로 公益의 增進에 도움이 되는 경우에 한하여 著作權 侵害의 責任을 면제시킨다 ; 둘째로, 오직 “獨創성이

20) 지난 15년 동안 著作權侵害訴訟에서 자주 修正 제1조의 抗辯이 제출되어 왔다고 한다. D. Johnston, COPYRIGHT HANDBOOK(2d, 1982), 135면.

21) W. Party, The Fair Use Privilege in Copyright Law(1985), 461면

22) COPYRIGHT AND THE FIRST AMENDMENT, 70 Columbia L. Rev. 983.

있는” 著作權만이 著作權에 의하여 보호되고, 著作權者는 無斷使用으로 인한 실제적인 損害를 입증하여야 한다. 나아가 著作權者가 勝訴하는 경우에도 一般公衆이 著作權者의 “表現”에 接近한다는 利益을 고려하여 假處分에 의한 구제보다는 損害賠償을 原則으로 한다는 것이다. 이 때 損害賠償額은 물론 強制許諾時的 使用料 相當額이 될 것이다.

특히 두 번째의 調整原則은 著作權者의 表現에 接近한다는 短期的인 公益뿐만 아니라 財産權이라는 창작동기를 제공함으로써 表現活動을 養成하려는 長期的인 公益도 고려하려는 것이다.

위와 같이 著作權이 보호되는 獨創性 있는 著作物이라도 著作物에 담긴 思想에 대하여는 獨占을 許容하여서는 안되므로 「著作權은 思想에 주어지지 않고 表現에 대해서만 주어진다」는 原則을 區別基準으로 제시한다. 이로써 著作權은 修正 제1조를 보호하게 된다. 나아가 「思想-表現의 區別」을 탄력적으로 운영함으로써 어떠한 경우에도 公益과 創作動機(著作權者의 利益)를 有機的으로 관련시킬 수 있게 된다. 表現이란 思想을 명확히 表明한 것에 지나지 않는다는 점과 「思想-表現의 區別」은 程度의 문제일 뿐이라는 점을 인정한다면, 著作物중 어떤 부분이 著作權에 의하여 보호되고 또는 다른 著作物에 의하여 著作權이 侵害되었는가 與否를 결정함에 있어서 著作權法은 段階的으로 作用한다.<sup>23)</sup> 또한 思想을 되풀이 진술하거나 글자 그대로 베끼더라도 著作權 侵害로 되지 않지만, 思想을 言語로 설명한 것을 되풀이하가 되면 著作權 侵害가 된다. 著作權者의 思想을 자유로이 使用할 수 있도록 許容하는 이유는 단지 자유로운 思想의 交換을 보장한다는 修正 제1조의 政策 때문이 아니라 著作權者의 思想이

---

23) 가령, 幻想的인 漫畫主人公(미키마우스)의 경우와 같이 어떤 思想 概念(생쥐)이 점점 더 많은 表現的인 要素를 띠게 되면 될수록 그에 대하여 부여되는 著作權은 더욱 더 강력한 것이 된다.

란 著作者가 전혀 새롭게 創案해 낸 경우가 거의 없기 때문이다. 따라서 著作物에 나타난 思想을 著作者에게 獨占시키는 것은 文化的 政治的 價値있는 思想에 一般公衆이 接近할 수 없도록 막는 것일 뿐만 아니라 그의 所有가 아닌 것을 著作者의 財産으로 인정하는 결과가 된다. 著作權法은 著作權과 修正 제1조를 調整하는 方法으로서 위 「思想-表現의 區別」 외에도 著作權의 存續期間을 정하고, 著作權者의 허락없이 著作物을 使用할 수 있는 公正使用 기타 免責事由를 인정하고 있다. 나아가 偶然一致가 아닌 실제로 베낀 경우에만 著作權 侵害로 되고, 假處分을 必要的이 아닌 裁量的인 구제수단으로 취급하고 있는 것도 같은 취지이다.

(나) M. B. Nimmer 教授의 「思想-表現 二分論」에 기한 類型別利益較量<sup>24)</sup>

著作權은 著作者의 “思想”을 보호하는 것이 아니다. 만일 著作權이 著作者의 思想을 보호함으로써 어떤 思想을 創案한 사람만이 그 思想을 논할 수 있게 된다면 思想의 자유로운 交換은 봉쇄되고 民主主義 對話(democratic dialogue)<sup>25)</sup>는 거의 불가능하게 될 것이다. 「思想에 대하여는 著作權을 주장할 수 없지만 “思想의 表現”에 대하여는 著作權을 주장할 수 있다」라는 「思想-表現 二分論」은 著作權의 保護法益과 言論自由의 保護法益 사이에 적절한 類型別利益較量(definitional balance)의 基準으로 使用될 수 있다. 著作權은 他人의 “表現”을 複製할 權利를 축소시키므로 言論의 自由를 어느 정도 侵害하는 것은 사실이다. 그러나 著作權이 著作物의 創作을 장려한다는 보다 중요한 利益을

24) DOES COPYRIGHT ABRIDGE THE FIRST AMENDMENT GUARANTEES OF FREE SPEECH AND PRESS?, 17 UCLA L. Rev. 1180. 1189-1193(1970).

25) 國民들이 自己統治(self-government)를 위하여 思想의 자유로운 交換에 參與하는 것을 의미한다.

이유로 하여 이를 正當化할 수 있다. 반면 言論의 自由는 이로 말미암아 著作者的 “思想” 자체를 著作權으로 보호할 수 없기 때문에 著作者が 자신의 著作物을 統制할 수 있는 權利를 어느 정도 侵害하는 것도 사실이다. 그러나 民主主義 對話의 일부를 이루는 思想에 대한 자유로운 接近이라는 보다 중요한 公益을 이유로 하여 正當化된다.

#### (다) 要約

美國著作權法上 「思想-表現 二分論」은 著作物을 著作權이 보호되는 表現部分과 著作權이 보호되지 아니하는 思想 感情部分으로 나누어 著作物을 자유롭게 利用할 수 있는 기준과 한계를 정하려는 것이다. 이러한 思想-表現 二分論은 著作權과 言論의 自由의 相衝을 調整하는 유력한 수단으로 제시되고 있다.<sup>26)</sup> 왜냐하면, 一般公衆에게 思想이나 情報에 대한 자유로운 接近을 허용함으로써 일반적으로 表現의 自由를 만족시킬 수 있기 때문이다. 그러나 구체적인 사건에서 思想과 表現을 실제로 區別하는 것은 많은 경우 쉬운 일이 아니다. 그럼에도 불구하고 “思想-表現의 區別은 修正 제1조와 著作權 사이의 境界線을 설정한다 : 修正 제1조는 著作權이 보호되지 않는 情報의 流布를 보호하고, 著作權은 일반적으로 修正 제1조와 크게 利害關係가 없는 表現을 보호하는 것이다.”<sup>27)</sup>

## 5. 著作權法上的 調整原則

---

26) 「思想-表現 二分論은 思想의 제한없는 交換을 보장함으로써 著作權과 言論의 自由사이의 事實上的 조정기능을 수행한다」 Denicola, Copyright and Free Speech : Constitutional Limitations on the Protection of Expression, 67 Calif. L. Rev. 283, 292(1979).

27) Note, Copyright Infringement and the First Amendment, 79 Colum. L. Rev. 320, 324-325면 (1979) 참조.

### (1) 著作權法 規定

表現의 自由로 代表되는 一般公衆의 利益과 著作權者의 利益을 調整하기 위하여 우리 著作權法은 제1조에서 「이 법은 著作權者의 權利를 보호하고 著作物의 公正한 利用을 도모함으로써 文化의 향상 발전에 이바지함을 목적으로 한다」고 선언하고 이를 구체화하는 著作權保護規定(제11조 내지 제21조)과 함께 著作權制限規定(제22조 내지 제33조), 著作權의 存續期間에 관한 規定(제36조 내지 제40조)을 두고 있다. 한편, 美國著作權法은 종래 判例法으로 형성 발전되어 오다가 成文化된 제102조(b)의 「思想-表現의 二分法」과 제107조의 「公正使用의 法則」(fair use doctrine)을 적용하여 이러한 利益調整을 시도하고 있다.<sup>28)</sup> 앞서 본 바와 같이 「思想-表現 二分法」에 의한 利益調整은 著作權의 보호대상을 限定함으로써 著作物에 실린 思想이나 情報를 자유로이 이용할 수 있도록 하려는 것이지 著作權이 보호되는 表現의 使用을 허용하기 위한 것이 아니다. 여기에 第三者가 他人의 表現을 使用하지 아니하면 表現의 目的을 제대로 달성할 수 없을 때 他人의 허락없이 그 表現을 使用할 수 있도록 許容하는 自由利用(公正使用) 制度의 存在意義가 있는 것이다.<sup>29)</sup> 아래에서는 著作權法上 自由利用(公正使用)規定에 의한 本 事例의 解決 可能性을 검토한다.

---

28) 그 외에도 著作權法上 存續期間制限規定(제302조)과 獨創性要求條項(제102조(a))도 같은 기능을 수행한다. 그러나 著作權의 存續期間은 作家의 生存中 및 死後 50년으로 장기간에 이르고, 獨創性의 기준 또한 「新規性」(novelty)이 아니라 「獨自의인 創作」인지 여부이므로 著作權과 表現의 自由의 相衡을 調整하는 유력한 수단이 되지 못하고 있다. 위Note, 322년 참조.

29) 思想-表現의 二分論은 著作權의 보호를 위하여 表現의 自由를 침해하지 않도록 境界線을 설정한다는 의미에서 소극적인 조정기능을 수행한다. 한편, 公正使用의 原則은 위 二分論에 의하여 설정된 境界線을 넘어서 著作權이 보호되는 表現임에도 表現의 自由를 위하여 著作權을 양보시킨다는 의미에서 적극적인 조정기능을 수행한다.

## (2) 自由利用의 成立與否

著作權法 제24조에 의하면 「放送 映畫 新聞 그 밖의 방법에 의하여 時事報道를 하는 경우에 있어서 그 과정에서 보이거나 들리는 著作物은 報道를 위한 正當한 범위 안에서 複製 配布 公演 또는 放送할 수 있다」라고 규정하고 제25조에 의하면 「公表된 著作物은 報道...등을 위하여는 正當한 범위 안에서 公正한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다」고 규정한다. 本事例에서 문제된 寫眞은 被告가 發行한 日刊新聞의 紙面을 통하여 時事報道를 하는 科程에서 보이는 著作物에 해당하지 않으며 또 原告의 寫眞이 아직 公表된 것이 아니므로 被告의 행위는 著作權法 제24조, 제25조 所定の 「時事報道를 위한 自由利用」에 해당하지 아니한다.

## (3) 公正使用(fair use)의 概念과 그 成立與否

(가) 公正使用이란 “著作權者 아닌 자가 著作權者의 同意없이 합리적인 방법으로 著作權있는 著作物을 使用할 수 있는 特權”이라고 정의되고 있다. 公正使用의 原則은 美國에서 判例法上 형성 발전되어 온 「衡平法上の 條理法則」(equitable rule of reason)으로서 1976년 著作權法 改正時 처음으로 成文化되었다. 일반적으로 著作權侵害가 인정되지 아니하는 경우를 公正使用이라고 부르기도 하지만 이는 公正使用의 概念을 지나치게 넓게 파악한 것이다.<sup>30)</sup> 따라서 著作權法 제107조에서 公正使用이 明文으로 인정되고 있는 現在로서는 著作權에 대한 制限을 규정하고 있는 제107조에서 제119조까지의 규정 중에서 제107조의 경

---

30) P. Goldstein, 前掲論文, 1011면.

우만 公正使用이고 그 나머지는 免責規定(statutory exemption)으로 區別된다.

(나) 美國著作權法 제107조는 公正使用의 概念을 定義하는 대신 公正使用與否를 판단함에 있어서 참작하여야 할 네 가지 事項을 규정하고 있다.<sup>31)</sup> 이에 따라서 本事例의 公正使用與否를 판단하면 (ㄱ) 被告가 寫眞을 使用한 目的은 時事報道를 위한 것이지만, 被告는 營利法人으로서 新聞의 購讀部數를 늘리기 위하여 문제의 寫眞을 揭載한 것이므로 그 使用의 性質은 營利를 위한 것이고 ; (ㄴ) 비록 寫眞著作權의 性格이 實際의 事件(事實 또는 情報)을 내용으로 하는 著作物이지만 아직 公表되지 아니한 著作物이며<sup>32)</sup> ; (ㄷ) 被告는 寫眞著作物을 全部使用하였으며 ; (ㄹ) 全國적으로 配布되는 日刊新聞에 寫眞이 揭載됨으로써 寫眞著作物의 潛在의 市場이나 價値에 주는 영향이 크다는 점들을 종합하면 被告가 本件 寫眞을 公正使用한 것으로 인정되기 어렵다.

## 6. 憲法上的 調整原則

(表現의 自由를 이유로 하는 著作權의 制限)

---

31) 美國著作權法 제107조: 「...批評, 論評, 時事報道, 教授(學級用으로 多數複製하는 경우를 포함), 學問 또는 研究 등과 같은 目的을 위하여 著作權이 있는 著作物을 公正하게 使用하는 行爲는...著作權의 侵害로 되지 아니한다. 具體的인 경우에 著作物의 使用이 公正使用이나 의 여부를 決定함에 있어서 아래의 사항을 참작하여야 한다. (1) 이러한 使用이 商業的 性質의 것인지 또는 非營利的인 教育目的을 위한 것인지 여부를 포함한, 그 使用의 目的 및 性格 (2) 著作權이 있는 著作物의 性格 (3) 著作權이 있는 著作物 전체에 대한 사용된 部分의 量과 相當性 (4) 이러한 使用이 著作權이 있는 著作物의 潛在의 市場이나 價値에 미치는 영향」

32) 美國著作權法 제107조는 우리 著作權法 제25조와는 달리 未公表著作物을 公正使用의 對象에서 排除하고 있지 아니하지만, 聯邦大法院의 Harper & Row v. Nation(1985)判決과 제2巡迴區 聯邦抗訴法院의 Salinger v. Random House Inc.(1987)判決은 위 제107조 제2항의 「著作權이 있는 著作物의 性格」을 해석하면서 “未公表著作物에 관하여는 公正使用의 許容範圍가 (公表된 著作物에 비하여) 좁아진다”고 하여 未公表된 著作物을 複製하는 것은 통상 公正使用으로 인정되기 어렵다는 취지로 判定하였다.



위에서 본 바와 같이 著作權法上 著作權制限規定은 일반적으로 著作權과 表現의 自由의 相衝을 調整하는 기능을 수행하고 있다. 그러나 圖面著作物의 경우와 같이 著作權者의 表現으로부터 思想을 구분하기가 곤란하여 著作權法上 인정된 調整原則만으로는 합리적인 利益調整이 不可能하다고 보여지는 경우 憲法上 優越的 地位에 있는 表現의 自由(言論 出版의 自由 또는 알 권利)를 이유로 하여 著作權을 制限할 수 있는가?

### 가. 判例

(1) 表現의 自由를 이유로 하는 判例를 인정하지 아니한 判例 중래 法院은 一般的으로 修正 제1조와 著作權 사이의 衝突을 인정하지 아니하여 왔고<sup>33)</sup> 가사 그 사이에 相衝 可能性이 있다 하더라도 「公正使用의 法理」와 「思想-表現의 二分法」이 言論自由의 法益을 충분히 보장하고 있다고 믿어왔다.<sup>34)</sup>

(가) 제2巡廻區 聯邦抗訴法院의 Wainwright Securities Ins v. Wall Street Transcript Corp. (1977)判決.

原告는 각종 會社의 재정적 특징, 성장가능성, 예상수익 또는 산업계의 동향 등에 관한 깊이 있는 調查報告書를 작성하여 이를 필요로 하는 고객에게 有料로 제공하는 사업에 종사하는 자이고, 被告는 週刊經濟新聞發行人으로서 原告가 작성한 報告書의 상당한 부분을 要約하여 그 新聞의 특정 칼럼에 掲載하였다. 위

---

33) “著作權은 단지 表現된 形態(form of expression)를 보호할 뿐이고 表現된 아이디어를 보호하는 것이 아니므로 著作權法은 言論의 自由를 制約하지 아니한다.” New York Times v. U. S., 403 U. S. 713 Brennan 大法院의 贊同意見에서.

34) 예컨대, “修正 제1조의 보호법익과 著作權法의 보호법익 사이의 衝突은 公正使用의 原則을 적용함으로써 해결할 수 있다고 한다”라고 判示한 Keep Thompson Govr. Comm. v. Citizens for Gallen(D. N. H. 1978) 判決.

事件에서 被告는 자신이 발행하는 新聞을 통하여 구독자들에게 기업의 재정문제에 관한 報告書를 요약한 記事를 제공함으로써 原告의 著作物을 時事報道에 使用한 것임을 이유로 被告는 一般公衆에게 알 權利가 있는 情報를 제공한다는 修正 제1조의 權利를 주장하였다. 이에 대하여 제2巡廻區 聯邦抗訴法院은 “原告가 작성한 報告書의 내용을 이루고 있는 分析과 評價, 생각 (impression)과 文體는 事實을 특정한 형태로 表現한 것이므로 著作權이 보호되는 것이다. 一般公衆은 事實을 알 權利를 가지고 있지만 그 事實을 著作者가 독특한 형태로 조합하고 表現한 형태로서의 事實을 알 權利를 가지고 있는 것은 아니다” 나아가 法院은 公正使用의 抗辯 이외에 별도로 修正 제1조를 이유로 하는 免責特權은 인정되지 아니한다고 判示하였다. 즉, “修正 제1조와 著作權法 사이의 긴장관계는 존재하지 않는다. 왜냐하면 法院은 公正使用의 原則을 一般公衆이 일반적 중요성이 있는 知識에 接近할 수 있도록 보장함과 동시에 著作者의 權利를 보호할 수 있는 理論으로 구성하여 왔기 때문이다”.

(나) 제9巡廻區 聯邦抗訴法院은 1977년의 Sid & Marty Krofft Television Productions Inc. v. McDonald's Corp 判決에서 “被告들은 修正 제1조가 原告들의 著作物에 대한 著作權의 보호를 制限한다고 주장한다...修正 제1조가 著作權에 미치는 영향에 관하여 아직까지 聯邦大法院에서 논의된 적이 없다. 그러나 이러한 침묵은 大法院이 이를 몰라서가 아니고 「思想-表現의 二分法」이 著作權과 修正 제1조의 競合하는 法益을 調整하는 역할을 다하고 있다는 사실에서 유래한다. 著作權은 表現만을 보호하기 때문에 「思想의 장터」 (marketplace of ideas, 思想의 자유로운 交換을 말함)는 著作權에 의하여 아무런 제한도 받지 않는다... 思

想은 著作權의 보호대상이 되지 않지만 그 思想을 特정한 형태로 表現한 것은 著作權이 보호된다. 그러므로 마틴 루터 킹 牧師의 政見은 널리 유포될 수 있으나 演說속에 있는 政見의 表現 자체는 著作權이 보호된다... 歷史的 人物에 관한 事實은 누구나 使用할 수 있지만 自敍傳에 실린 事實의 表現을 상당량 빼기게 되면 著作權 侵害가 된다.....이러한 문제를 다룬 몇몇 法院들은 他人의 著作物에 있는 表現을 빼긴 자가 修正 제1조의 뒤에 숨도록 許容하지 않았다.....”라고 判示하였다.

(다) Columbia 巡廻區 聯邦抗訴法院의 Schnapper v. Foley (1981) 判決

著作者가 修正 제1조에 의하여 가지는 “沈默할 權利”(right to remain silent)는 未公表된 草稿와 關連하여 Warren大法院長과 Brandeis大法官이 著述한 저명한“The Right To Privacy”에서 최초로 제기되었고 이어서 Estate of Hemingway v. Random House Inc(N. Y. 1968)判決에서 公表된 著作物과 未公表著作物 모두에 대하여 적용될 수 있다고 判示하였다. 그 후 Columbia巡廻區 聯邦抗訴法院은 Schnapper事件에서 “公正使用의 法則과 思想-表現 二分法은 情報에 接近하려는 個人에게 필요한 수단을 提供“하고 있으므로 修正 제1조와 著作權法 사이에는 아무런 衝突이 존재하지 않는다는 一審의 判示에 同意한 다음 “修正 제1조는 말하려 하지 않는 著作者가 沈默을 지키고 있을 때 著作者로 하여금 말을 하도록 强要하는데 利用될 수 없다” “著作者는 修正 제1조의 沈默할 權利에 근거하여 그의 同意없이 他人이 著作物을 使用하는 것을 거절할 수 있는 修正 제1조의 權利가 있다“고 判示하였다.

(라) 聯邦大法院의 Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprises, 471 U. S. 539 (1985)判決

被告는 Ford前大統領이 執筆한 「A Time to Heal」이라는 당시 未公表狀態의 回顧錄草稿를 비밀리에 입수하게 되자 그 草稿 중 핵심적인 부분(포드大統領이 닉슨前大統領을 赦免한 事件)을 無斷拔萃한 記事를 被告가 발행하는 雜誌에 掲載하였다.

위 事件의 原審인 제2巡廻區 聯邦抗訴法院의 多數意見은 「著作權法上の 思想-表現 二分론은 “著作者의 表現을 보호하는 한편 事實의 자유로운 傳播를 許容함으로써 修正 제1조와 著作權法 사이에 均衡을 맞추어 준다”고 하면서도 포드大統領이 닉슨前大統領을 赦免한 事件은 중대한 의미를 갖는 政治的 事件이라고 언급한 다음 “이 事件만큼 著作權의 概念을 修正 제1조와 調和되도록 해석할 必要性이 중요한 의미를 갖는 경우는 없을 것”이라고 判示하여 被告의 公正使用을 인정하였다. 上告審에서 原告는 「修正 제1조는 논픽션 著作物에 대한 著作權의 보호범위를 축소시키도록 요구하는가?」라는 문제에 대한 聯邦大法院의 판단을 구하였다. 被告는 포드大統領의 備忘錄이 가지는 公的인 重要性을 근거로 하여 公正使用의 기준에 못미치는 使用이라도 免責되어야 한다고 주장하였다. 또 被告는 一般公衆이 가능한한 신속하게 뉴스를 알게 된다는 利益이 著作者가 가지는 最初發行權보다 중요하다고 주장하였다. 이에 대하여 聯邦大法院의 多數意見은 다음과 같이 판단하였다.

“(被告의 주장대로라면) 一般公衆에게 가장 중요한 著作物일수록 보다 적은 權利를 부여받게 됨으로써 著作權의 體系와 근본적으로 어긋나게 된다.……더욱이 思考와 表現의 自由는 자유로이 말할 權利와 전혀 말하지 않을 權利를 모두 포함한다. 그러나 이 말하지 않을 權利가 사실을 은폐하기 위한 수단으로 著作權

을 濫用하는 것을 許容한다는 취지는 아니다.……修正 제1조의 보호가 이미 著作權法上的 公正使用과 「思想-表現의 區別」에 의하여 具體化되고 있다는 見地에서 볼 때 著作權에 대한 公的人物의 例外(public figure exception)를 만들어 내어 公正使用의 原則을 확대할 근거가 없다.”

(2) 修正 제1조를 이유로 하는 例外를 認定한 判例

- TRIANGLE PUB. INC. v. KNIGHT-RIDDER NEWSPAPERS INC. (S. D. Fla. 1978)

이 判決은 著作權侵害訴訟에서 정면으로 修正 제1조를 이유로 하여 著作權者의 請求를 배척한 唯一한 事例로 알려져 있다.<sup>35)</sup>

(가) 事實의 概要 : 原告는 10여년 전부터 “TV Guide”라는 定期刊行物을 발행하여 왔고, Miami Herald 新聞의 發行社인 被告는 日曜日版 附錄으로 텔레비전의 週間放映豫定프로그램을 소개하는 小冊子를 만들기로 하고 이를 텔레비전 광고를 통하여 宣傳하였다. 30초간 지속되는 이 廣告物에서 문제가 된 것은 이 廣告 進行 중 수초 도안 競爭書籍인 “TV Guide”를 보여준 다음 競爭社 雜誌의 이름은 거론하지 않았지만 畫面에서 보이는 그 雜誌 보다는 新聞附錄이 크기도 작고, 또 新聞을 구입하면 별도의 비용을 들이지 않고도 附錄을 입수할 수 있다는 취지를 宣傳하였다(이른바 比較廣告). 原告는 被告가 原告의 허락없이 被告의 商業廣告에 展示된 TV Guide의 表紙를 使用하여 原告의 著作權을 侵害하였다고 주장하였다.

(나) 理由의 要旨 : 被告가 公正使用의 抗辯을 제출하였으나

---

35) 위 Note, 327면 참조. 學者들 중에는 Rosemont判決과 Bernard Geis判決이 그 표면상의 이유와는 달리 公益에 근거한 修正 제1조의 免責特權을 창설하였다고 보는 見解가 있다 (위 Note, 331면).

Florida州 聯邦南部地方法院은 「營利企業이 營利를 目的으로 著作權이 있는 著作物을 使用하는 행위는 公正使用의 原則이 보호하고자 하는 행위가 아니다...批評을 이유로 한 例外는 흔히 文學批評, 映畫批評으로 간주되는 著作物을 보호하기 위하여 인정된 것이지 특정한 제품이 잘 팔리도록 하기 위한 商業的 批評을 포함되지 않는다」라는 취지로 判示하여 이를 배척하였지만 言論自由의 不可侵을 守護하는 修正 제1조의 法益을 고려하여 原告가 구하는 假處分申請을 棄却하였다. 그 理由의 要旨은 다음과 같다.

(ㄱ) 著作權法은 그 制定 以來로 言論의 自由를 둘러싼 保護 領域內에서 미묘한 緊張을 일으켜 왔다. 만일 그들이 서로 어긋나는 목표를 향해 작용한다면 修正 제1조의 優越性으로 말미암아 著作權法은 그 效力을 박탈당하지 않으면 안된다; (ㄴ) 本件 比較廣告는 一般公衆에게 같은 값이면 TV Guide를 사지 말고 附錄이 있는 Maimi Heraid新聞을 구독하여야 한다는 사실을 알리고 있는 것이다. 比較廣告가 진지하게 행하여진다면 自由經濟 體制에서 消費者를 교육시키는데 필요한 중요한 情報員이 된다. 만일 被告의 行위가 著作權法에 어긋난다고 판단한다면 이로써 修正 제1조와 著作權法 사이에 衝突이 있게 된다; (ㄷ) 法院은 이러한 상황에서 法 全體를 “지나치게 廣範圍하다(overbroad)”는 이유로 廢止하기보다는 著作權法의 合憲性과 立法目的을 유지할 수 있도록 좁게 해석하여야 한다; (ㄹ) 따라서 原告의 雜誌와 被告의 小冊子를 대조하는 比較廣告行爲는 著作權法의 目的에 부합하는 것이므로 著作權法과 修正 제1조가 共存하려면 이를 許容하여야 한다.

(3) 判例의 分析 : 著作權이 있는 著作物을 使用할 수 있는 修

正 제1조상의 權利를 인정한 위 TRIANGLE PUB.判決은 假處分申請事件에서 修正 제1조의 法益을 고려하여 假處分申請을 棄却한 것이므로 被告의 損害賠償責任까지 免除시키겠다는 취지인지는 不分明하다.<sup>36)</sup> 이 判決은 抗訴審인 제5巡廻區 聯邦抗訴法院에서 修正 제1조를 근거로 해서 해서가 아니라 被告의 행위가 公正使用에 해당한다는 이유로 維持되었다.<sup>37)</sup> 이 抗訴審의 Brown 判事は 補充意見을 통하여 “被告가 原告의 TV Guide의 表紙 자체를 보여줌으로써만 TV Guide의 概念(idea)를 (視聽者들에게) 傳達할 수 있다고 假定하더라도 被告가 주장하는 修正 제1조의 法益보다 著作權法의 法益이 優先하여야 한다고 생각한다”고 說示하였다. 그밖에 SID & MARTY KROFFT TELEVISION判決은 傍論에서 “드물기는 하지만 修正 제1조의 기능을 고려하여 뉴스가치 있는 事件의 映像的 表現(graphic expression)에 대한 著作權의 보호가 制限되는 경우가 있다”고 言及하면서 케네디大統領暗殺現場에서 Zapruder가 찍은 家庭用 映畫필름의 몇 場面을 어느 歷史家가 無斷使用(寫眞으로 複製하는 대신 該當場面을 木炭으로 스킷치하는 形式으로 使用하였다)하여 문제된 1968년의 Time Inc v. Bernard Geis Associates事件에서 뉴욕州的 聯邦南部地方法院은 修正 제1조를 明示的으로 援用하지 않았지만 케네디大統領의 暗殺事件에 관한 모든 情報를 利用할 수 있도록 한다는 公益을 근거로 하여 그 필름의 몇 場面을 複製한 것을 정당하다고 判示한 것을 그 예로 들고 있다.

그러나 실제로 「思想-表現 二分法」과 公正使用에 의하여 許容되는 범위를 넘어서는 複製를 許可하는 修正 제1조의 權利가

36) 위 Note, 327면은 「Triangle事件은 著作權法上の 公正使用原則을 적용하여 해결할 수 있었던 事件이므로 이 判決이 修正 제1조의 免責特權을 창설한 것으로 보아서는 안된다」고 한다.

37) 626 F. 2d. 1171 ; Patry, 前掲書, 141면 註262에서 인용.

존재한다고 인정한 判例는 全無하다고 한다.<sup>38)</sup>

나. “報道用寫眞”(news photographs)에 限하여 修正 제1조를 理由로 한 例外를 認定하자는 Nimmer 教授의 見解<sup>39)</sup>와 Patry 辯護士의 反論<sup>40)</sup>

(1) Nimmer 教授는 베트남戰爭 중에 일어난 어떤 虐殺事件(the My Lai massacre)을 촬영한 寫眞과 같이 뉴스가치가 있는 圖面著作權(graphic works)을 일정한 要件下에서 자유로이 使用할 수 있도록 하는 強制許諾制度의 創設을 提案하였다.<sup>41)</sup> 즉, 修正 제1조가 이러한 상황에서 著作物의 自由利用을 許容하도록 요구하는가를 事件別로 公正使用該當與否를 판단할 것이 아니라 뉴스用寫眞을 위한 強制許諾制度를 만들자는 것이다.

(2) 일반적으로 民主主義 對話는 一般公衆에게 著作者의 思想에 자유로이 接近(access to ideas)할 수 있도록 許容함으로써 충분히 그 기능을 발휘할 수 있다. 著作者의 “表現”에 대한 接近(access to expression)을 許容하지 아니함으로써 民主主義 對話에 다소 損失이 초래되더라도 이는 著作權 制度가 수행하는 보다 중요한 公益을 이유로 正當化된다. 그러나 만일 어떤 著作物의 性格上 그 著作物에 담긴 “思想”보다는 “思想의 表現”이 절대

38) W. Patry, 前掲書, 141면 ; D. Johnston, 前掲書, 135면; 제2巡迴區 聯邦抗訴法院은 CBS가 1977년 사망한 Charlie Chaplin을 기념하기 위한 特輯放送을 하면서 故人이 生前에 출연한 영화필름을 사용하여 저작권침해가 문제된 1982년의 Roy Export Co. Establishment v. CBS 判決에서 公正使用의 범위를 넘어서는 사용을 허용하는 修正 제1조의 特權을 인정할 수 없다고 判示하였다.

39) M. Nimmer, 前掲論文 1196 - 1200면 (“wedding of expression and idea”).

40) Patry, 前掲書, 469면 이하.

41) 「修正 제1조가 著作權의 보호를 制限하지 아니한다」는 原則에 대한 例外를 Nimmer 教授가 提案하였다고 하지만(SID & MARTY KROFFT TELEVISION 判決 等 참조) 同教授는 著作權法의 解釋論이 아니라 立法論을 提示한 것이다.



적으로 중요한 의미를 가지는 경우에는 表現과 분리된 思想만으로는 民主主義 對話에 거의 기여하는 바가 없는 것이다.<sup>42)</sup> 이 경우에는 一般公衆이 寫眞著作物과 藝術著作物을 포함한 圖面著作物을 직접 보아야 비로소 의미있는 民主主義 對話가 가능하게 될 것이다. 이 경우에는 思想-表現 二分法은 적절한 類型別利益 較量基準을 제시하지 못한다. 왜냐하면 위 二分法만으로는 修正 제1조의 法益이 충분히 보호되지 못하기 때문이다. 이와 같이 「思想-表現 二分法」을 使用하여도 相衝하는 두 法益사이 에 적절한 利益較量이 되지 않는 경우에는 修正 제1조의 法益에 보다 무거운 加重值가 주어져야 한다.

그러나 修正 제1조를 이유로 하여 모든 圖面著作物에 대한 著作權의 보호가 否定되어서는 안된다. 대부분의 圖面著作權의 경우에는 創作을 장려한다는 著作權의 價値에 비하여 表現으로부터 분리된 “思想”만으로는 民主主義 對話에 별로 기여하는 바가 없다. 그러므로 圖面著作物의 表現에 대한 자유로운 接近을 許容한다는 言論自由의 價値를 고려하더라도 이 경우에는 著作權의 法益이 優先한다. 그러나 가령 越南戰爭中에 일어난 My Lai虐殺事件을 짚은 寫眞의 例에서 보듯이 어떤 종류의 圖面著作物은 그것이 주는 視覺的 衝擊으로 말미암아 民主主義 對話의 啓發에 독특한 기여를 한다. 虐殺事件이라는 概念(idea)을 아무리 많은 말로 묘사하더라도 그 寫眞을 통하여 一般公衆이 깨닫게 되는 것을 代置하지는 못한다. 一般公衆이 그 悲劇的 事件에서 무슨 일이 일어났는가를 완전히 理解하기 위하여는 단순한 概念(idea)의 敘述이 아닌 寫眞에 의한 表現은 必須的이다. 위 事件에서 문제의 寫眞에 의존하지 않더라도 一般公衆은 新聞記事 등을 통하

---

42) 가령 「모나리자」의 그림을 실제로 보지 아니하고 그 그림을 “미소짓는 아름다운 여자를 그린 것이다.”라는 概念說明으로 들어서는 도저히 그 그림을 이해할 수 없을 것이다.

여 該當事件에서 일어난 事實을 알 수 있으나 다른 어떤 情報도 寫眞만큼 실제로 무슨 일이 일어났는가에 관한 信憑性있는 情報을 주지 못한다. 一般公衆이 그 虐殺事件의 진정한 意味를 이해함에 있어서 그 寫眞의 著作權者가 이를 檢閱할 수 있다고 하면 이는 참을 수 없는 것이다. 따라서 이 경우에는 言論의 法益이 著作權의 法益을 凌駕하는 것이다. 이와 같이 例外的으로 言論自由의 法益을 優先시켜야 하는 圖面著作物은 “뉴스寫眞”(報道用 寫眞)에 限한다. 民主主義 對話에 별다른 기여를 하지 못하는 圖面著作物을 단순히 公益에 상당한 정도로 기여한다는 이유만으로 이 범주에 포함시켜서는 안된다. 무엇이 뉴스寫眞인가는 탄력적인 개념이지만 全國적으로 配布되는 新聞 等 出版物에 등장하는 뉴스記事의 主題가 된 事件을 묘사하는 寫眞 기타 이와 유사한 과정으로 만들어지는 모든 著作物(映畫필름이나 비디오테이프는 포함하지만 繪畫, 彫刻 等 다른 圖面著作物은 제외된다)을 말한다.

이 경우에도 뉴스 寫眞이 가지는 著作權의 보호가 否定되어서는 안된다. 言論自由의 法益이 著作權의 法益을 능가한다는 이유로 뉴스寫眞을 著作權의 보호범위에서 제외한다면 뉴스寫眞의 제작은 감소되고 결과적으로 言論自由의 法益 자체가 損傷될 것이다. 따라서 解決策은 「만일 뉴스寫眞이 제작된 지 한 달 이내에 新聞, 雜誌 또는 텔레비전 뉴스에 나타나지 않으면 新聞 雜誌 또는 텔레비전 뉴스에 종사하는 자는 누구나 寫眞著作權者에게 法院이 정하는 使用料를 지급하는 것을 條件으로 그 寫眞을 報道用으로 使用할 수 있다」는 내용의 強制許諾制度를 새로운 立法으로 창설하여야 한다.

(3) 이에 대하여 Patry 辯護士는 「議會는 뉴스寫眞의 使用問題는 公正使用與否의 評價를 받아야 하는 것으로 만족하여

Nimmer 教授의 提案을 채택하지 않았다. 따라서 公正使用의 抗辯이 인정되지 않으면 著作權侵害로 되는 것」이라고 주장한다. 또한 My Lai 虐殺事件의 寫眞이나 Zapruder가 케네디大統領暗殺事件을 찍은 필름의 독특함은 Nimmer 教授의 주장과는 달리 著作權의 概念(idea)과 그 表現의 不可分性에서 유래하는 것이 아니라 순전히 우연하게 그 寫眞家가 現場에 있었고 이는 되풀이될 수 없다는 사실에서 나오는 것이라고 반박한다. 나아가 Nimmer 教授가 例로 들고 있는 寫眞이 포착한 事件은 再現될 수 없기 때문에 만일 寫眞家가 자신의 著作權(寫眞)을 남에게 보여주기를 원하지 않게 되면 一般公衆은 그 事件에 接近할 기회가 박탈된다고 하는 문제가 생긴다. 그러나 아무리 言論機關의 言論自由가 강조되고 國民의 알 權利를 重視하더라도 원하지 않는 寫眞家로 하여금 강제로 그의 著作權을 제출하도록 強要할 수 있는 方法은 없다. 더구나 著作權法 역시 修正 제1조의 權利를 가지므로 無斷使用者가 제출한 修正 제1조의 權利에 대한 再抗辯으로서 著作權者 자신이 가지는 修正 제1조의 權利를 주장할 수 있다.<sup>43)</sup> 따라서 修正 제1조의 權利相互間의 衝突問題가 일어나게 된다.

#### 다. 修正 제1조의 免責特權을 인정하여야 한다는 Denicola 教授의 主張

Danicola 教授는 1979년에 발표한 論文에서 「思想-表現 二分論」과 전통적인 「公正使用의 原則」이 言論自由의 중요한 法益을 적절하게 보호할 수 없는 상황에서는 이와 별도로 修正 제1조의 免責特權을 인정하여야 한다고 주장하였다. 同教授는 「言

---

43) 실제로 Columbia 巡迴區 聯邦抗訴法院은 Schnapper v. Foley 判決(1981)에서 著作權者는 修正 제1조상의 沈默할 權利를 가진다고 判示하였다.

論自由의 目的을 위하여 부득이하게 他人의 表現을 사용하여야 한다면 그로 인하여 아무리 著作權者에게 중대한 경제적 손실을 가하게 되더라도 著作權者의 財産的 利益은 言論의 自由 앞에 양보하여야 한다. 이 문제를 해결하기 위하여 公正使用의 原則을 적용한다면 이 原則이 왜곡될 우려가 있으므로, 修正 제1조의 免責特權을 인정할 필요가 있다.<sup>44)</sup> 이와 같이 著作權이 보호되는 著作物을 사용할 수 있는 修正 제1조의 特權을 他人의 表現을 사용할 필요가 있음에도 불구하고 著作權 制度만으로는 이를 허용하지 못하게 되는 경우에 한하여 인정된다」고 한다. 나아가 同教授는 Nimmer 教授와는 달리 뉴스사진과 같은 映像的 表現 (graphic expression) 뿐만 아니라 文字的 表現(literary expression)도 사용할 수 있는 修正 제1조의 特權을 인정하여야 한다. 修正 제1조의 特權을 인정하는 目的은 使用者가 「思想의 장터」에 그들 나름대로의 기여를 할 수 있도록 허용하려는 것이므로 단지 他人의 表現에 대한 市場需要를 利用하려는 데 지나지 않는 경우에는 이러한 特權은 인정되지 아니한다.<sup>45)</sup> 결론적으로 言論自由와 著作權의 相衝에 대한 궁극적인 해결책은 修正 제1조의 特權을 인정하는 데서 찾아야 한다. 따라서 使用者가 著作權이 보호되는 表現에 대한 接近없이 言論의 自由를 충분히 행사할 수 없다면 他人의 表現을 사용할 필요성이 인정되며, 만일 전통적인 公正使用의 原則만으로는 그러한 接近이 허용되지 않는다면 修正 제1조의 特權을 인정하여야 한다고 주장한다.

44) 제2巡廻區 聯邦抗訴法院은 Time v. Bernard Geis判決에서 피고가 Zapruder필름 중 몇 장면을 公正使用하였다고 인정하였으나 위 事案에서는 公正使用를 인정할 것이 아니라 修正 제1조의 特權을 인정하여 피고를 免責시켰어야 한다고 설명한다(위 論文 300면).

45) 著作權이 보호되는 表現을 사용하여야만 할 正當한 必要性有無와 市場需要의 利用與否를 가리는 작업은 쉽지 않지만 단지 使用者의 著作物이 시장에서 많이 팔렸다는 사실 (commercial success)을 기준으로 하여서는 안된다. 그러나 일반공중이 使用者의 著作物을 구입하는 주된 目的이 그 著作物 중에 있는 他人의 表現 때문이라면 使用者는 他人의 表現에 대한 市場需要를 利用한 것이라고 볼 수 있다(위 論文, 310면)

## 라. 結 論

### (1) 現行 著作權法에 의한 解決可能性

Nimmer 教授가 위 論文에서 주장한 바와 같이 뉴스寫眞의 無斷使用이 自由利用(公正使用)에 해당하지 아니하여 著作權侵害가 인정되는 경우 法院은 強制許諾制度의 創設前이라도 現行著作權法의 테두리내에서 修正 제1조의 法益을 고려하여 著作權者에게 著作權法上 許容되는 여러가지 救濟手段(利益返還, 法定損害額의 賠償, 假處分, 네거티브와 프린트의 押收 破壞等)<sup>46)</sup>을 許容하지 않고 實損害額의 賠償으로 구제수단을 限定할 수 있을 것이다. 이러한 實損害額賠償制度는 表現의 自由의 法益을 지나치게 제한하지 않으면서 동시에 著作權者의 經濟的 利益도 고려하고 있는 것이므로 이는 著作權과 表現의 自由를 합리적으로 調整할 수 있는 방법이 될 수 있다. 그러나 著作物의 使用者에 대한 刑事處罰은 물론 實損害額을 초과하는 推定損害額의 賠償을 명하거나 네거티브 등의 파괴조치를 하는 취하는 것은 無斷使用에 대한 制裁를 가하는 결과가 되므로 이로써 表現의 自由가 침해될 우려가 있다. 또한 假處分 내지 停止命令制度는 특히 著作物이 絶版되었거나 또는 公表되지 아니한 경우 一般公衆의 著作物에 대한 接近을 방해하므로 이로써 權利가 제약된다.<sup>47)</sup> 따라서 表現의 自由의 法益을 고려하여야 하는 제한된 상황하에서는 著作權侵害를 이유로 實損害額을 넘는 賠償을 명하거나 假處分 등을 명하는 것은 表現의 自由의 法益을 무시하는 것이므로 이를 피하여야 할 것이다.<sup>48)</sup> 이는 결과적으로 表現의

46) 우리 著作權法은 著作權侵害에 대한 救濟方法으로서 損害賠償請求制度(제93조)외에 侵害의 豫防이나 停止請求制度(假處分포함)와 侵害行爲 등에 의하여 만들어진 물건의 押留 또는 廢棄 등의 措置(제91조), 不正複製物의 部數推定(제94조), 나아가 著作權侵害에 대한 刑事處罰(제98조)을 규정하고 있다.

47) 위 Note, 336, 337면 참조.

自由의 法益과 관련된 著作物의 使用을 위한 強制許諾制度를 창설하는 것과 같다.<sup>49)</sup> 그러나 위와 같이 法院으로 하여금 每事件마다 實損害額의 賠償 이외의 구제수단을 허용할 것인가를 판단하게 하는 것은 公益을 위하여 著作物을 使用하려는 者의 입장에서서는 극히 不安하므로 이로써 表現의 自由가 萎縮될 우려가 있다(chilling effect). 여기에 著作權者의 利益을 고려함과 동시에 著作物의 使用者 및 一般公衆이 가지는 表現의 自由를 충분히 보호할 수 있는 強制許諾制度를 창설할 필요성이 있는 것이다.

## (2) 未公表著作物에 대한 強制許諾制度의 創設

우리 著作權法 제47조 내지 제50조에서는 이른바 「強制許諾制度」를 인정하고 있으며<sup>50)</sup> 그 가운데 本事例와 가장 관련이 있는 著作權法 제48조에 의하면 “公表된 著作物을 公益上 必要에 의하여 放送하고자 하는 放送事業者는” 著作權者와 協議不成立, 文化公報部長官의 承認 및 所定の 補償金支給을 條件으로 이를 放送할 수 있다고 규정하고 있다. 憲法上 言論 出版의 自由 또는 알 權利를 강화하기 위하여 未公表된 著作物을 대상으로 하는 強制許諾制度를 창설하는 경우 일응 위 규정을 참고할 수 있을 것이나 여기에는 著作權者의 財産的 利益과 人格的 利益을 특별히 고려하여야 한다. 따라서 新設規定에는 著作權法 제48조의 경우 보다 더 엄격한 基準이 設定되고, 「正當한 補償」水準의 使

48) 本事例에서는 비록 言論 出版의 自由 또는 알 權利의 중요성을 고려하여 原告의 假處分申請을 棄却하는 것은 別論으로 하고 적어도 損害賠償請求는 인용되어야 한다고 본다.

49) 위 Note, 339면.

50) 自由利用과는 달리 著作權者에게 補償을 요하는 廣義의 強制許諾制度(nonvoluntary license)는 다시 法定許諾(statutory license 또는 legal license)와 俠義의 強制許諾(compulsory license)으로 나누어진다. 우리 著作權法상 「法定許諾」(제2장 제9절)은 그 用語에 불구하고 俠義의 強制許諾에 해당한다. 宋永植 외 2인, 前掲書, 841-843면 ; 許燮成, 前掲書, 202-203면 참조.

用料支給이 규정되고 있어야 한다.

(ㄱ) 고려하여야 할 財産的利益 : 現行著作權法上 未公表된 著作物이라도 裁判節次를 위하여 필요한 경우 또는 立法 行政의 目的을 위하여 内部資料로서 필요한 경우에는 이를 自由利用할 수 있는 例外가 인정되고 있으나(제22조) 이 경우는 利用對象者 및 利用範圍가 한정되어 著作者的 經濟的 利益이나 公表權을 실질적으로 侵害하지 아니하는 것이다. 이에 비하여 未公開된 寫眞을 新聞에 掲載하거나 텔레비전 화면을 통하여 展示하게 되면 新聞購讀者 또는 視聽者라는 不特定多數人에게 도달되어 사실상 寫眞을 公表하는 결과가 되므로 著作權者가 著作物的 最初發行을 통하여 얻을 수 있는 經濟的利益과 公表權이라는 人格的 利益은 완전히 박탈되는 것이다. 그러므로 著作權法 제25조는 公表된 著作物에 한하여 報道 등을 위한 引用을 許容하고 있는 것이다.

(ㄴ) 고려하여야 할 人格的 利益 : 위와 같은 強制許諾制度를 창설하는 경우 著作權者 자신이 가지는 表現의 自由를 고려하여야 한다.<sup>51)</sup>

著作者是 이미 著作權이 성립한 著作物(草稿)이라도 이를 公表하지 아니하고 私的으로 간직할 수 있는 것이고(沈默의 自由) 나아가 이를 修訂할 것인지 與否, 어떠한 형태와 매체를 利用하여 어느 시기에 公表할 것인가를 선택할 수 있어야 한다.<sup>52)</sup> 다만 아무런 著作物도 제작되지 아니한 상태에서 強제로 著作物을 제작하게 하는 경우와는 달리 일단 著作物的 형태로 著作者的 思想이나 感情을 外部에 表現한 이상 著作者가 이를 발표할 權

51) 著作權者가 가지는 表現의 自由가 著作權法上 著作人格權의 하나인 公表權으로 具體化되고 있다고 말할 수 있다.

52) 美國聯邦大法院은 Harper & Row v. Nation 判決에서 “著作者가 자신의 表現의 유포를 허가하기 전에 著作者的 表現을 公表하는 것은 著作物을 公表할 것인지 여부 또는 언제 公表할 것인지를 결정할 수 있는 著作者的 權利를 침해하는 것이다”라고 判定하였다.

리 즉 公表權은 法律로 제한될 수 있다.

### (3) 強制許諾의 許容要件

첫째, 著作物을 公表하여야 할 高度의 公益上 必要가 있어야 한다. Nimmer 教授가 예로 든 것과 같은 寫眞著作物은 이를 報道用으로 使用하여야 할 高度의 公益上 必要가 있는 事例에 해당한다고 본다. 그러나 그 判斷基準으로서 Nimmer 教授는 公益이 아니라 뉴스가치를 기준으로 하여야 한다고 주장하지만 그렇게 되면 言論機關이 뉴스가치 있다고 판단하여 이를 記事化하는 경우에는 언제나 이에 해당하는 것으로 되므로 言論機關의 恣意的 判斷에 맡겨질 위험이 있다.<sup>53)</sup>

둘째, 著作자가 正當한 이유 없이 상당한 기간 내에 이를 公表하지 아니하고, 著作物을 利用하려는 자가 協議를 요구하였음에도 불구하고 正當한 이유 없이 이를 거절하는 경우이어야 한다. 가령 著作權자가 著作權을 빙자하여 眞實을 은폐하려 한다거나 또는 이러한 목적으로 著作權(公表權 포함)을 양수하는 등 著作權을 濫用한다고 인정되는 경우에는 正當한 이유를 인정할 수 없을 것이다. 그러므로 著作자가 草稿를 修訂하기 위하여 또는 適切한 公表時期와 公表手段을 선택하기 위하여 그 발표를 미루고 있거나 앞으로 短時日內에 公表할 예정으로 있는 경우 소위 “特種”을 할 욕심으로 他人이 앞질러 公表하는 것은 許容될 수 없다.

---

53) “뉴스가치”라는 개념의 모호성에 관하여 Kalven교수는 “뉴스가치성(newsworthiness)은 敘述的(descriptive)인 用語로 되어야지 規範的인(normative) 用語로 되어서는 안될 것이다”라고 경고하고, Goldstein 교수는 “어떤 문제라도 단지 신문 잡지에 보도되었다는 사실만으로 뉴스가치 있는 것으로 취급될 수 있다...이러한 用語는 그 이외의 다른 매체수단과 역사적 과학적 出版物과 같은 修正 제1조의 보조대상이 되는 것들을 포함시키지 못하고 나아가 오직 時宜適切한(timely)한 言論만을 보호하게 된다. 따라서 「뉴스가치」의 有無라는 불분명한 개념 대신 「公益(public interest)」을 기준으로 하여야 한다”고 주장한다(P. Goldstein, 前摺論文, 993, 994면).



셋째, 著作權者의 財産的 利益이 고려되어야 한다. 著作權은 憲法 제23조 제1항에 의하여 一般財産權과 마찬가지로 그 내용과 한계를 정한 法律이 결정한 모습으로 憲法上 財産權으로서 보장된다. 財産權의 內容을 法律로 정한다는 것은 立法者가 財産權의 內容을 자유로이 정할 수 있는 形成權을 가지는 것을 의미한다. 그러나 立法者의 形成權은 憲法 제37조 제2항의 本質的 內容侵害禁止條項과 같은 憲法에 의한 제약을 받는다. 따라서 著作物의 使用者가 著作權者에게 所定の 使用料를 지급하도록 함으로써 著作權者가 著作物에 대하여 가지는 최소한의 經濟的 利益을 보장하지 아니한다면 이는 著作財産權의 本質적 內容을 侵害하는 것이 된다. 더욱이 이와 같이 제한된 범위의 未公開 寫眞著作物을 自由利用할 수 있도록 許容하는 것은 著作權者에게 特別한 犧牲을 부담시키는 의미가 있으므로 憲法 제23조 제3항의 公用制限에 해당하여 正當한 補償을 條件으로 한다고 볼 여지가 있다.

#### (4) 公表된 著作物의 경우(著作權法 제25조와 제48조의 關係)

비록 公表된 寫眞이라 하더라도 報道用 寫眞의 全部掲載는 當該寫眞을 기준으로 하면 그 全部를 使用하는 것이므로 비록 그 寫眞에 관한 解說記事가 따른다 하더라도 著作權法 제25조의 自由利用을 가볍게 許容하여서는 안된다. 더욱이 백마디 말보다도 더 많은 의미를 전하는 중요한 寫眞著作物의 경우에는 아무리 解說記事가 長文에 걸친다 하더라도 이를 從된 引用이라고 할 수 없다. 이와 관련하여 著作權法 제48조를 주목할 필요가 있다. 이 규정은 放送事業者가 公益上 必要를 위하여 放送하는 경우를 규정하고 있어서 일응 新聞 雜誌 등 出版物을 통하여 報道하는

경우는 제외되고 있다. 그러나 이 兩者를 구분하여 취급할 합리적인 이유가 없다고 생각한다. 그렇다면 이미 公表된 寫眞을 新聞에 轉載하려는 新聞社로서는 이 규정을 類推適用하여 위 寫眞을 使用할 수 있는 여지가 있으므로 本 事例의 경우 이 점에서 著作權法 제25조의 自由利用을 許容하여서는 안되는 것이다.

## 7. 맺음말

憲法上 보장되는 基本權으로서 상호협조관계에 있는 것으로 보이는 著作權과 表現의 自由 사이의 法益相衝과 調整問題가 제기되고 學者들이나 實務에서도 見解가 갈리는 것을 보면 이 문제가 그리 간단하지 아니함을 보여준다. 憲法上 優越的 地位에 있다고 인정되는 表現의 自由(言論 出版의 自由 또는 알 權利)를 표방하는 言論機關과 이보다 열세에 있는 著作權者 個人 사이에 일어나는 분쟁에서 公共의 利益을 名分으로 자칫하면 著作權者의 權利를 희생시키기 쉽다.<sup>54)</sup> 그러나 그로 말미암아 著作權者의 創作動機가 상실되고 끝내 「創造의 샘」이 고갈된다면 결과적으로 短期的인 表現의 自由의 保護法益을 위하여 長期的인 表現의 自由의 保護法益을 侵害하는 것이 된다. 반면, 著作權者의 權利와 創作動機를 지나치게 강조하다보면 著作權者의 沈默을 빙자하여 불순한 의도에서 事實이 은폐되고 이로써 민주정치에 필수 불가결한 충분한 情報에 근거한 여론형성이 방해될 우려가 있다. 특히 著作權制度가 國家 또는 言論機關을 비롯한 大企業이라는

---

54) 韓勝憲, 前掲書, 258면 이하에서 新聞과 著作權 사이의 관계에서 일어나는 문제점들을 제기하고 있다. 특히 269면에서 “신문 등 言論媒體는 그 보도 편집 제작상의 특수사정과 言論의 公共性을 내세운 특권의식(?)에 연유한 타성 때문인지 아직도 (著作權문제에 대하여) 진지하게 대응하려고 하는 기색이 보이지 않는다”고 지적하고 있다.

거대한 著作權의 使用者(需要者)가 특정한 의도에 영합하는 여론의 형성을 위하여 著作物의 보급을 통제하고 나아가 著作者 個人을 지배하는 모습으로 나타난다면 문제는 더 심각하게 된다. 企業的 著作權所有者들이 情報統制 및 輿論操作 등의 목적으로 著作物의 公表與否 및 公表의 시기 방법 등을 조작하는 것을 방치한다면 一般公衆에 대한 情報의 傳達이 왜곡 변형될 우려도 있다.<sup>55)</sup> 이는 실질적으로 企業的 著作權所有者가 國家에 대신하여 著作物의 내용을 檢閲하고 發行與否 및 시기, 방법 등을 결정하는 셈이 된다. 이렇게 되면 비록 著作者 個人의 經濟的 利益은 著作權讓渡의 對價로 보상되겠지만 一般公衆은 知識과 情報에 대한 接近이 봉쇄되어 알 權利가 侵害된다는 문제가 생긴다. 즉 國家나 企業이 眞實을 은폐하고 情報를 통제하는 수단으로서 著作權制度를 濫用할 可能性을 염두해 두어야 하는 것이다.<sup>56)</sup> 이러한 事例는 假想的인 것이 아니고 실제로 일어나고 있는 것이다.<sup>57)</sup> 오늘날 表現의 自由 중에서도 「알 權利」 「들을 權利」가 중요한 의미를 더해가고 있는 情報社會에서 著作權과 言論 出版의 自由 또는 알 權利 사이의 相衝되는 法益調整時 이러한 문제점들을 충분히 고려하여야 할 것이다.

55) 예컨대, 사회적으로 문제가 될만한 著作物이 발행되기 전에 특정기관이 著作權을 매입한 다음 이를 公表하지 아니한 채 감춘다든지, 일단 발행된 著作物을 일제히 회수하여 일반공중의 접근을 방해하는 경우를 생각할 수 있다.

56) 企業的 著作權所有者에 의한 著作權의 獨占問題에 관하여는 P. Goldstein, 前揭論文 참조.

57) 제2巡迴區 聯邦抗訴法院이 1966년 判決한 Rosemont Enterprises, Inc v. Random House, Inc 事件에서 美國의 저명한 事業家인 Howard Hughes는 被告가 자신에 관한 傳記集을 發刊하려 한다는 사실을 알고 Look Magazine이라는 雜誌에 실린 바 있는 자신의 一代記를 연재한 記事物에 대한 著作權을 양수한 다음 被告를 상대로 자신에 관한 傳記集의 出版禁止를 구하는 假處分申請을 하였다. 抗訴法院은 위 Hughes가 原作의 價値를 보호하기 위해서가 아니라 오직 被告의 傳記集 發刊을 막기 위하여 著作權을 양수한 사실을 인정하여 假處分申請을 棄却하였다.

# 美國 憲法訴訟上의 Standing 法理

金 弘 燁

憲法研究官

서울高等法院 判事

## - 目 次 -

1. 一般的 意義
  - 가. 概念 및 機能
  - 나. 憲法上 根據와 非憲法上 根據
  - 다. 各 類型 및 共通된 基本的 前提要件
  - 라. 公共訴訟과 私的 法務長官理論
2. 聯邦納稅者訴訟 및 市民訴訟의 當事者適格
  - 가. 基本法 原則과 判決例 分析-Frothingham 事件
  - 나. 例外的 認定과 判決例 分析-Flast 事件
  - 다. 最近의 主流的 立場과 判決例 分析-Richardson事件 Valley Forge 事件
  - 라. 市民訴訟의 原則的 不認定과 判決例 分析 - Schlesinger 事件
3. 非聯邦納稅者 및 非市民訴訟의 當事者適格

가. “事實上의 侵害” 要件

- 1) 定義 및 性格
- 2) 聯關要件不必要와 判決例 分析 - Duke Power 事件
- 3) 具體的, 個別化 侵害의 要件과 判決例 分析  
- Sierra Club 事件, SCRAP 事件, Wright 事件
- 4) 機關 및 團體의 當事者適格

나. 因果關係要件

- 1) 因果關係의 特定性 및 救濟可能性과 判決例 分析 -  
Warth 事件
- 2) “事實上 原因”의 原則과 聯邦憲法 第3條의 根據 -  
EKWRO 事件
- 3) 因果關係의 “實質的 充分性” - Duke Power 事件
- 4) “事實上 原因”의 原則과 三權分立的 根據 - Wright 事件
- 5) “事實上 原因”의 原則과 議會立法權의 限界
- 6) 請求의 併合과 因果關係의 判斷

다. 第三者의 當事者適格

- 1) 一般的 原則
  - 2) 例外 認定根據 및 要件
    - 가) 第三者 權利의 損傷
    - 나) 特別한 關係의 存在
  - 3) 廣範圍性 理論과의 關係
4. 州法院提訴事件에 있어서의 當事者適格 問題

# 1. 一般的 論議

## 가. 概念 및 機能

美國憲法訴訟上 Standing(當事者裁判適格, 當事者裁判適合, 當事者訴訟適合, 一應 便宜上 通用되는 當事者適格이라고 부른다<sup>1)</sup>)은 訴訟當事자가 聯邦法院의 管轄權의 發動(invocation of federal court jurisdiction)을 確保하고 聯邦法院의 求濟權限의 行使(exercise of the court's remedial powers)를 正當化할 수 있는 정도의 本案的 紛爭(the controversy)에 대한 密接한 關聯(a close relationship) 내지 重大한 利害關係(a significant stake)를 가지느냐에 관한 問題이다.<sup>2) 3)</sup>

- 
- 1) 美國訴訟法上 通常 當事者適格으로 理解되는 概念으로는 Standing과 Real Party in Interest가 있다. 兩 概念은 類似한 概念으로서 法院實務의으로도 混用되어 使用되는 州도 없지 아니하나 一致되는 概念이 아니며 正確한 區別이 要求된다. Standing은 本文에서 論議되는 바와 같이 裁判適合性(justiciability)의 한 分野概念인 反面, Real Party in Interest는 實體法上(applicable rules of substantive laws) 聯邦 또는 州에 따라 強行的 또는 任意的(mandatory or permissive)으로 一定한 자가 當事者로서 그 名義로 提訴할 것을 要求하는(required to be prosecuted in the name of the real party in interest)概念으로 被告의 利益을 爲하여(for the benefit of the defendant), 同一한 訴訟原因 내지 訴訟物(same cause of action or subject matter)에 대하여 同一한 後訴(subsequent identical action)가 提起되어 이러한 重複訴訟(multiplicity of suit)으로 因하여 被告가 받을 수 있는 困難(harrassment), 當惑(vexation), 성가심(annoyance)으로부터 保護하기 위하여 訴訟에 實體法上的 權利 내지 利益이 있는 者만이 그 名義로 提訴할 수 있도록 하여 裁判의 一回的 確定性(the finality of the judgment)를 確保하는 概念으로, 私見으로는, 兩 概念 모두 當事者에 관한 權利保護要件이나, 위의 兩 概念의 區別을 前提로 한 適切한 表現으로 Standing을 當事者裁判適格 내지 當事者裁判適合으로, Real Party in Interest을 正當한 當事者로 부르는 것이 正確한 概念指稱으로 본다. 굳이 “當事者適格”이라는 用語의 使用이 多少 無區分的으로 一般化되고 있는 形便을 勸案한다면, Standing이 美國에서도 Standing to sue 또는 standing to maintain the action으로 指稱되고 있는 점을 考慮하여, “當事者訴訟適格”으로, Real Party in Interest는 實體法的 規定에 따른 實體法上이 權利 또는 利益에 根據하다는 점에서, “當事者實體適格”으로 表現할 수 있지 않을까 생각한다. 다만 본 論文에서는 통상 使用되는 當事者適格 用語를 단지 便宜上 그대로 使用한다. Real Party in Interest에 관하여는 Atkinson, Real Party in Interest : A Plea for Its Abolition, 32 N.Y.U.L. Rev. 926(1957), Kennedy, Federal Rule 17(a) : Will the Real Party in Interest Please Stand?, 51 Minn. L. Rev. 675(1967)
- 2) Gerald Gunther, Constitutional Law, 154(11th ed. 1985) ; Jerome A. Barron, C. Thomas Dienes, Wayne McCormack & Martin Redish, Constitutional Law : Principles and Policy, 1287(3rd ed. 1987), Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 95 S. Ct. 2197, 45 L. Ed. 2d 343(1975)

즉 傳統的 見解에 의하여 더 具體的으로 언급하면 法院이 難易한 憲法上的 問題를 解決하기 위하여(for illumination of difficult constitutional questions) 主로 依存하는 爭點이 提出(presentation of issues)을 尖銳化하는 具體的 對立性(concrete adverseness)을 確保할 수 있는 程度의 紛爭의 結果에 대하여 個人的 利害關係(personal stake)를 갖느냐의 問題로서 모든 聯邦憲法訴訟에 있어 聯邦法院이 裁判權을 行使하기 위한 前提要件(a threshold question)이다.<sup>4)</sup>

司法府의 權限은 聯邦憲法上的 固有의 管轄 및 議會制定法에 의한 管轄 및 聯邦憲法 第3條에 의한 “事件 및 爭訟”(cases and controversies)의 規定 내지 司法裁量에 의해 確立된 “裁判適合性”(justiciability)에 의해 制限되어 있다. 이러한 裁判適合性은 固定된 內容(fixed contents)을 가진 法的으로 確定된 概念은 狀況的으로 可變的인 概念이나<sup>5)</sup> 一應 傳統的인 觀念(traditional

---

3) Standing 理論은 公法의 全分野에 있어 가장 無定形한 概念 중의 하나(one of the most amorphous concepts in the entire domain of public law)이며 (뒤에서 볼 Flast v. Cohen 판결에서 인용한 Paul A. Freund 교수의 지적이다), 聯邦最高法院조차 Standing에 관한 一般化(generalization about standing to sue)는 대부분의 경우는 無意味하다(largely worthless as such)라고 보고 있다. 뒤에서 볼 Association of Data Processing Service Organization, Inc. v. Camp, 397 U. S. 150, 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184(1970)

4) Flast v. Cohen, 392 U. S. 83, 88 S. Ct. 1942, 20 L. Ed. 2d 947(1968), Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663(1962), O’Shea v. Littleton, 414 U. S. 488, 94 S. Ct. 669, 38 L. Ed. 2d 674(1974), Richardson v. Ramirez, 418 U. S. 24, 94 S. Ct. 2655, 41 L. Ed. 2d 551(1974), 원래 當事者適格理論은 聯邦最高法院이 聯邦憲法第3條의 “事件 및 爭訟”에 입각하여, 司法的 判斷이 禁止되는 “勸告의 意見(advisory opinion)”을 構成하는 危險性을 惹起하는 제대로 定義할 수 없는 事實(ill-defined facts)에 根據한 抽象的 利益(abstract interests)을 가진 訴訟當事者를 排除하기 위하여 確立된 것이다. 그 후 聯邦最高法院은 後術할 Allen v. Wright 事件을 통하여 訴訟當事者가 司法府를 他府와의 不必要한 摩擦(unnecessary conflict)로 이끌어 들일 경우를 防止하기 위한 三權分立上의 根據로 當事者適格을 理解하기에 이르자 當事者適格의 概念도 이에 따라 달리 構成되어야 한다는 認識아래, 訴訟當事者는 主張된 侵害의 實際 存在與否 또는 主觀의 重要性(subjective importance) 如何를 不問하고 自身에 대해 具體的으로 影響을 미치는 捕捉할 수 있고 具體的인 性格(a tangible, concrete nature)의 個別化된 損害(an individuated harm)를 主張하여야한다는 見解가 있다. Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 108, 109, 114(2nd ed. 1988)

5) 裁判適合性 理論이 公共訴訟(public law litigation)에 있어서의 聯邦法院의 役割을 縮小하는 方向으로 援用되는 傾向에 대한 批判의 論文으로는, Fallon, Of Justiciability, Remedies and Public Law Litigation : Notes on the Jurisprudence of Lyons, 59

justiciability)下에서는 主張된 權利에 대한 裁判을 一義적으로 要求하는 眞正하고 實質的인 紛爭(a real and substantial controversy which unequivocally calls for adjudication of the rights asserted)이 있는 경우를 말하는 데<sup>6)</sup> 이러한 “眞正하고 實質的인 紛爭”의 存在範圍는 한편으로는, 係爭行爲에의 關聯追跡이 可能한(fairly can be traced to the challenged action) 現實的인 損害(injury in fact)를 당하였거나 당할 우려를 認定할 수 있는 정도의 請求當事者의 利害의 充分性(the sufficiency of the stake)을 要求하는 當事者適格(standing)에 의해 決定되고, 다른 한편으로는, 紛爭의 充分性(the substantiality)은 紛爭 自體의 態樣(a feature of the controversy itself) 즉 司法判斷을 위한 實質的 爭點의 適合性(the appropriateness of the issues for judicial decision)과 訴求하고 있는 救濟否認의 現實的 困難性(the actual hardship of denying the relief sought)에 의해 決定된다.<sup>7)</sup> 따라서 大部分의 다른 裁判適合性(justiciability)이 提訴된 爭點(the issue being litigated)의 性質에 초점을 맞추고 있는데 비해 當事者適格은 訴訟上 請求主張의 當事者(the party asserting the claim)에 주로 초점을 맞추고 있다.<sup>8)</sup>

---

N.Y.U.L. Rev. 1(1984), 當事者適格 理論을 實體法的 權利를 縮小的으로 運用함에 援用되는 傾向에 대한 批判的 見解로서는, Reinhardt, Limiting Access to the Federal Courts : Round Up the Usual Victims, 6 Whittier L. Rev. 967(1984), Tushnet, The Sociology of Article III : A Response to Professor Brilmayer, 93 Harv. L. Rev. 1699(1980).

6) Poe v. Ullman, 367 U. S. 497, 81 S. Ct. 1752, 6 L. Ed. 2d 989(1961)

7) 이 경우 紛爭의 輪廓(the contours of the controversy)의 審理는 法院이 “勸告의 意見”(advisory opinions)를 發함으로써 惹起되는 憲法上 保障된 權限의 逾越을 回避하기 위하여 必須的인 것으로, 이러한 勸告의 意見禁止의 原則은 訴訟上 請求가 具體的으로 提示되어야 하고 推論的인 未來의 不確定한 事實(speculative future contingencies)에 基礎하여서는 아니된다는 “成熟性”(ripeness)理論, 時間의 經過 또는 事件의 連續이 既存의 紛爭의 生動的 性格(the previously live nature of the controversy)을 破壞해서는 아니된다는 “模擬裁判性”(mootness)理論, 紛爭의 性格上 司法府外의 他 機關에 의한 解決이 가장 適合하다고 보여지는 紛爭에 대하여는 司法關與를 하지 않는다는 “政治的 問題”(political question)理論 등에 의하여 補強되어진다. L. Tribe, 前掲書 68

8) 위 Flast判決에서 이를 敷衍하여 當事者適格의 問題는 特定 爭點에 대한 裁判을 要求할 수 있는 正當한 當事者(a proper party to request an adjudication of a particular issue)



이러한 當事者適格理論은 紛爭解決結果에 대한 利益의 性質 및 그 充分性(the nature and sufficiency of the interest in the outcome of controversy)에 대한 研究이다.<sup>9)</sup> 當事者適格의 理論은 聯邦法院이 憲法 또는 法令上의 原理를 附與함에 있어 適法性 또는 第三者 利益(legality or the interests of 'bystanders') 등에 대한 判事자신의 見解를 強制할 目的의 無任所委員會(roving commission)와 같은 行爲를 聯邦法院이 하도록 許容하지 아니한다는 主된 政策的 考慮를 반영하고 있다.<sup>10)</sup> 따라서 當事者適格理論의 豫想되는 機能(functions)은 다음과 같다.<sup>11)</sup>

첫째, 當事者適格은 法院이 抽象的이고 假想的인(abstract or hyperthetical) 事件보다 具體的인(concrete) 事件에 대하여 判斷함을 保障하며, 둘째, 當事者適格은 政治的 過程에 대한 司法的 關與(judicial intervention into the political process)의 경우를 制限함으로써 司法自制(judicial restraint)를 增進시키고, 셋째, 當事者適格은 紛爭에 대한 純粹한 理念的 利益을 가진 局外者(outsiders with a purely ideological interest)<sup>12)</sup>를 위해서가 아니라 直接的으로 影響을 받는 當事者의 要求로 行해짐을 意味한다.<sup>13)</sup> 대부분의 一般民事訴訟에서의 當事者適格의 問題는 明確

---

인지에 관하여서이지, 爭點 그 自體(issue itself)가 裁判에 適合한지(justiciable)에 관해서가 아니라고 하고 있다

9) Hart & Wechsler, Federal Courts, 156(2d ed. 1973)

10) Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830(1973)

11) Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein & Mark V. Tushet, Constitutional Law 86(1986)

12) Barron, Dienes, McCormack & Redish, 前掲書 1287은 이와 같은 關心있는 局外者(a concerned bystander)를 單純히 남의 일에 끼어 들기를 좋아하는 事件介入者(a mere officious intermeddler)라고 표현하고 있다

13) 다만 聯邦最高法院이 當事者適格法理(the law of standing)를 事件의 本案의 問題를 處理하는 것을 回避하기 위한 決定道具(a decisional tool to avoid disposition of certain cases on the merits)로서 利用하여, 憲法爭點의 本案(the merits of the constitutional issue)이 어려울수록 原告에게 다른 사건에서 보다 더 當事者適格性의 主張, 立證을 要求할 수 있는 점이 지적될 수 있다는 견해로서는, John E. Nowak, Ronald D. Rotunda & J. Nelson Young, Constitutional Law, 80(3rd ed. 1986). 다만 이러한 聯邦最高法院의 態度에 대하여는, 過度한 司法的 役割(an excessive judicial role)에 대한 保護는 그러한 保護의 부여뿐만 아니라 正義의 要求에 의한(in the interests of justice) 司法審査

하다. 즉 傷害를 原因으로 하는 不法行爲訴訟 또는 契約違反을 原因으로 하여 經濟的 損失에 대한 賠償請求訴訟 등에 있어서 當事者は 각 그 訴訟物을 前提로 하여 提訴하도록 許容되어야 할 當事者 즉 訴訟結果에 대한 直接的이고 個人的인 利害關係를 充分히 가진 者에게 當事者適格을 부여한다. 그러나 憲法訴訟의 많은 경우에 있어서는 原告가 行政府의 違憲的 公權力行使를 그 原因으로 하고 있으므로 該當 公權力의 行使가 다른 一般人 보다 더 直接的으로 原告에게 影響을 미쳤는지, 原告의 勝訴로 인하여 紛爭이 解決된 경우에 原告에게 特別한 利益이 될 것인지의 問題는 그렇게 明白한 것은 아니다.<sup>14)</sup> 즉 뒤에서 보는 바와 같이 公權力의 合憲的 行使에 대한 一般的 利益(the generalize-dinterest of a citizen)만으로 訴訟을 許容할 充分한 利害關係(a sufficient stake)가 있다고 보지 않고 있으므로 原告는 自身の 紛爭上의 利益이 其他 一般人的 利益보다 더 直接的이고 個別化 된 (more direct and individualized) 것이라고 主張하여야 한다. 따라서 憲法訴訟上 當事者適格問題(standing questions)는 訴訟 當事者가 主로(principally) 政府의 行爲(government conduct)를 다루고 있고, 大部分의 私人的 當事者들 사이에 通常적으로 存在하는 明白한 利害關係(the obvious stake)를 缺한 경우가 종종 있으므로 當事者適格理論은 國家公務員들에 대한 司法統制의 基本體系(the framework for "judicial control of public officers")를 定義함으로써, 憲法에서 特別한 重要性(special significance)이 있다. 이러한 訴訟當事者의 當事者適格은 통상 證據調查 以前에 辯論을 통하여 判斷되는데, 法院은 비록 必要한 경우에 보다

---

(judicial review)의 防止를 意味하므로 當事者適格法理는 이를 法院의 適切한 役割로 限定하는데 利用되는 경우에는 (for confining courts to a role that is appropriate for courts) 잘못된 道具(the wrong tool)라는 批判으로는, K. Davis, Administrative Law of the Seventies, 523(1976)

14) G. Gunther, 前掲書 1541

具體적인 辯論(more specific pleading)을 要求할 수 있으나 訴訟 當事者の 主張事實을 眞實한 것으로 假定하여 訴訟當事者에게 有利하게 解釋할 것(assume their truth and construe them in the litigant's favor)이 要求되며 當事者適格에 대한 原來의 決定을 그후 最終적으로 提出된 證據에 비추어(on proof ultimately produced) 取消할 수 있다.<sup>15)</sup>

#### 나. 憲法上 根據와 非憲法上 根據

當事者適格에 대한 聯邦最高法院의 判決들은 聯邦憲法 第3條의 “事件 및 爭訟”(case or controversy)이라는 憲法上的 要求(constitutional requirement)에 의하여 賦課되어진 要件이며, 무엇이 司法府를 運營하기 위한 賢明한 政策을 構成할 것인지에 관한 소위 司法慎重考慮(prudential consideration)라는 非憲法的 判斷(non-constitutional judgements)의 混合(blend)에 根據하고 있다.<sup>16)</sup> 이러한 구별의 主된 意味는 議會는 立法을 통하여 法院의 “事件 또는 爭訟” 要求의 當該與否에 따른 當事者適格有無의 判斷을 無視할 수 없지만 司法慎重考慮에 의한 當事者適格性的 法院의 判斷은 이를 無視할 수 있기 때문이다. 이에 대하여는 後術한다.

#### 다. 各 類型 및 共通된 基本的 前提要件

아래에서는 當事者適格 論議에 있어서 1) 原告가 納稅者(taxpayers)로서, 또는 勝訴 可能性이 보다 더 稀少하지만 一般市民(citizens)으로서 自身の 權利가 侵害되었다고 主張하면서 提訴된 事件, 2)其他 보다 더 個別화된 損害類型(more individuali-

---

15) L. Tribe, 前掲書 107

16) Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc., 454 U. S. 464. 102 S. Ct. 752, 70 L. Ed. 2d 700(1982)

zed types of injury)을主張하면서 提訴된 事件으로 分類하여 考察하기로 한다. 聯邦最高法院은 위 各 경우에 따라 各 다른 原理를 適用하여 왔으며 대개의 경우 두번째의 類型的 提訴에 대하여 當事者適格을 보다 容易하게 認定하여 왔다.

各 類型的 共通된 要件으로는 提訴當事者의 “事實上的 侵害”(injury in fact)이다.<sup>17)</sup> 1968年 以後부터 聯邦最高法院은 1968年 以前의 主로 “法律上 利益”(legal interest)에 초점을 맞춘 當事者適格論議에서 “事實上的 侵害”로 轉換하여<sup>18)</sup> 當事者適格의 法理를 全面的으로 自由化(drastically liberalized)하였다.<sup>19)</sup> 그 結果 從前의 경우 法院의 機能이 政府의 行爲를 排除(fending off)하기 위하여 要請된 데 反하여 政府의 保護(government protection)를 얻기 위해 行政規制의 受惠者(beneficiaries of government regulation)도 當事者適格을 갖게 되었음을 意味한다.<sup>20)</sup>

이러한 業績은 最近 當事者適格이 있는 者도 1968年 以前에는 當事者適格이 否認되었을 것이므로 重大한 意味를 지니고 있다. 따라서 聯邦最高法院은 當事者適格의 共通된 要件으로서 傳統的으로 提示하고 있는 當事者가 紛爭上 充分한 利益(a sufficient interest)을 가질 것과 當事者가 主張된 違憲行爲에 대하여 一般人的 利益과 다른 利益을 가질 것 및 當事者가 그의 法的 權利 또는 特權(a legal rights or privileges)이 侵害될 것 등의 要求로부터,<sup>21)</sup> 係爭行爲가 經濟的 또는 其他의 事實上的 侵害를 惹起

---

17) “事實上的 侵害”의 概念은 憲法上. 當事者適格의 適用이 機械的 行使(mechanical exercise)가 될 수 있도록 定義될 수 없으나, 一應 裁判上 感知할 수 없는(judicially uncognizable) 一定 類型的 損害는 排除되어야 한다는 見解로서는, L. Tribe, 前掲書 115

18) Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp, 397 U. S. 150, 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184(1970)

19) Davis, The Liberalized Law of Standing, 37 U. of Chicago L. Rev. 450

20) 이에 대한 一般의 論議로서는 J. Vining, Legal Identity(1978)

21) perkins v. Lukens Steel Co., 310 U. S. 113. 60 S. Ct. 869(1940)

하고, 保護를 求하고 있는 利益이 係爭法令 또는 憲法上的 保障에 의하여 保護 또는 規制되는 利益領域(zone of interests)內에 있을 것 등으로 變更하고 있다.<sup>22)</sup>

이와 함께 아래에서 詳述하는 바와 같이 原告가 自身이 納付한 税金이 憲法 또는 聯邦法令에 違反하여 使用되어 왔다고 主張하면서 聯邦納稅者로서(as a federal taxpayer)로서 提訴한 事件에 있어서는 法院은 納稅者의 身分과 請求와의 聯關(nexus)을 要求하는 別個의 要件을, 그 外의 非納稅者事件에서는(in non-taxpayer cases, outside the context of taxpayers' suits)이며 Burger 大法院長 時節의 聯邦最高法院에서부터 위의 “事實上的 侵害” 要件의 附隨의 으로 (as a corollary)理解되는 要件인 損害가 訴訟의 對象인 行爲(典型的으로는 憲法 또는 聯邦法令의 違反의 行爲)의 結果 惹起된 것일 것, 즉 이러한 侵害에 대하여 原告當事者가 訴求하고 있는 救濟方法(the judicial relief requested)이 原告勝訴의 경우 侵害救濟의 相當한 可能性(a significant possibility, a substantial likelihood)이 存在하여야 한다는 二段階 因果關係側面(two causal aspects)은 결국 係爭不法 行爲가 侵害의 “事實上的 原因”(cause in fact)으로 歸着된다.

#### 라. 公共訴訟과 私的 法務長官理論

이러한 當事者適格理論은 聯邦法院이 關與할 수 없는 두가지의 訴訟形態를 定着하였다.

첫째, 原告가 提訴하고 있는 侵害가 相當數의 非提訴 一般人的

---

22) 利益領域基準下에서는 原告가 問題된 憲法上 規定의 意圖된 受惠者(an intended beneficiary)일 것을 要求한다. Clarke v. Securities Industries Ass'n, 107 S. Ct.750, 757(1978). 그러나 利益領域의 概念의 適用이 一貫되지 아니하고 (uneven application), 意味가 不明確하여(uncertain meaning) 普遍的으로 適用될 수 있는 原理(a test of universal application)로 볼 수 없다는 지적이 있다. L. Tribe, 前掲書 143. 한편 實際로 利益領域基準으로 當事者適格이 否認된 例은 없다. Stone, Seidman, Sunstein & Tushnet, 前掲書 93

損害와 相異하지 아니한 경우 즉 行政府가 憲法上 또는 法令上 要求되는 行爲를 하지 않아 一般人이 겪고 있는 通常의 侵害의 경우와 둘째, 侵害되었다고 主張하는 權利가 第三者의 權利인 경우(물론 이러한 第三者權利主張禁止의 一般的 原則은 아래에서 보는 바와 같이 많은 例外가 認定된다)가 그것이다.<sup>23)</sup> 여기서 특히 言及할 것은 一定한 경우에 公共利益(the public interest)을 위해 提訴하는 “私的法務長官”(private attorneys general)으로서 集團 또는 個人의 原告들에게 當事者適格을 부여하는 경우이다. 이러한 私的法務長官의 理論的 根據는 1943년의 Associated Industries of New York State v. Ickes<sup>24)</sup> 事件에서 제시되었다. 議會가 合憲적으로 法務長官(the Attorney General) 또는 一定 公務員에게 다른 公務員이 法令上の 權限에 反하여 行動할 것을 防止하도록 節次를 進行하도록 하고, 紛爭이 存在하는 경우 法務長官은 그러나 紛爭에 있어 公共 및 政府의 利益을 擁護하기 위하여 權限을 부여받을 수 있는데 그와 같이 議會는 法務長官 또는 다른 公務員에게 그러한 節次를 進行하도록 指名하는 대신 公務員 아닌 者 또는 團體(any nonofficial person or group)에 法令上の 權限에 反한 公務員의 行爲를 防止하기 위한 訴訟을 提起하도록 合憲적으로 權限을 부여할 수 있으므로 實際 紛爭이 存在하는 경우 議會가 公務員 如何를 불문하고 一定한 者에게 그 唯一의 目的이 公共利益의 擁護라 하더라도(even if the sole purpose is to vindicate the public interest) 그러한 紛爭에 關聯된 節次를 開始하도록 權限을 부여하지 못하도록 하는 憲法上 規定은 없는 바 法院은 통상 그와 같은 權限을 부여받은 者를

23) 위 Valley Forge判決과 Allen v. Wright, 468 U. S. 737, 104 S. Ct. 3315, 82 L. Ed. 2d 556(1984), Gladstone Realtors v. Bellwood, 441 U. S. 91, 99 S. Ct. 1601, 60 L. Ed. 2d 28(1979)

24) Associated Industries of New York State v. Ickes, 134 F. 2d. 694, 320 U. S. 707, 88 L. Ed. 414

“私的法務長官”(Private Attorney General)이라 指稱한다.<sup>25)</sup>

## 2. 聯邦納稅者訴訟 및 市民訴訟의 當事者適格

### 가. 基本的 原則과 判決例 分析—Frothingham事件

1960年代의 後半에 이르기까지 聯邦最高法院은 聯邦納稅者 또는 聯邦市民의 權利가 制限되었다고 主張하면서 提訴한 訴訟에 대하여는 明白히 反對하는 立場을 取하고 있었다. 納稅者는 訴訟上 原告이든지 被告이든지 간에 係爭 法令의 執行 또는 主張된 違憲的 要素의 結果로 그가 어떤 直接的인 財政的 損害(some direct financial injury)를 當하였다든지 또는 當할 急迫한 危險이 있다든지 하는 것을 主張, 立證하지 아니하면 聯邦法院에 憲法問題를 提起할 當事者適格이 없다고 하였다.<sup>26)</sup> 다만 納稅者自身이 訴訟을 提起하는 경우, 直接的인 金錢的인 損害(a direct dollar-and cents injury)에 대한 訴求를 하고 있는 以上 納稅者 訴訟의 支配的 動因(dominant inducement to the action)이 金錢보다는 理念的(more ideological than mercenary)인지를 묻지 아니하였다.<sup>27)</sup> 이러한 金錢的 利益基準(the pecuniary interest test)下에서는 聯邦納稅者는 물론 그 自身の 税金(his own taxes)이 不當하게 부과하였다는 主張으로 提訴할 수 있으나, 納稅者가 단순히 納稅者들이 낸 税金一般(taxpayers' funds in general)이 不當하게 徵收 및 使用되었다고 主張하면서 提訴된

25) 聯邦法院은 비록 明示의으로 附與되지 아니한 權利를 主張하는 原告들이더라도 原告들이 私的 法務長官(private attorneys general)의 役割을 遂行하여 그러한 主張이 立法上 또는 憲法上 政策을 促進케 하는 實際的인 影響(the practical effect of furthering legislative or constitutional policies)을 미치는 경우에는 當事者適格을 許容하여 왔다고 보는 見解로서는, Tushnet, 前掲論文 1703

26) Bacchus Imports, Ltd. v. Dias, 468 U. S. 263, 267(1984)

27) Doremus v. Board of Education, 342 U. S. 429, 96 L. Ed. 475, 72 S. Ct. 394(1952)

경우에는 當事者適格이 없다는 것이다. 1968년까지 聯邦納稅者가 議會의 租稅權 및 使用權(Congress'taxing and spending power)에 대한 憲法上的의 制限規定의 違反을 다룬 當事者適格이 있는지에 관한 唯一한 判決은 Frothingham v. Mellon<sup>28)</sup> 事件이다.

이 事件은 Frothingham婦人이 聯邦納稅者로서 議會가 州에게 州의 유아사망율을 減少시키기 위해 조건부로 補助金を 부여함은 聯邦憲法 第10條의 州의 事項은 州가 處理할 權限으로 州에게 留保되어 있다는 條項에 違反된다는 理由로 이러한 補助金の 支給은 同女の 納稅義務를 增加시켜 適法節次없이(without due process) 財産을 剝奪한 것이라고 主張하면서 提訴하였다. 이에 대해 聯邦最高法院은 財務省의 金員에 대한 同女の 利益은 다른 수백만의 一般人들과 共有하는 性質의 것이며 따라서 相對的으로 微少하며 確定할 수 없는 것으로(comparatively minute and indeterminable) 만약 原告의 訴訟이 許容된다면 어떠한 納稅者도 金員의 使用과 關聯된 如何한 法令의 有效性(the validity of any statute)에 대하여서도 提訴할 수 있을 것이라는 理由로 全員一致의 判決로 原告의 當事者適格을 否認하였다. 즉 法令은 그 執行의 結果로서 直接的인 侵害(some direct injury)을 입었거나 즉시 입을 우려가 있는 (sustaining or is immediately in danger of sustaining) 當事者로부터 다투어질 수는 있으나, 단순히 一般的으로 餘他 一般人과 共同하는(in common with people generally) 不確定的인 方法으로(in some indefinite way) 損害를 입은 當事者로부터는 다투어질 수 없다고 判決하고 있다.

#### 나. 例外的 認定과 判決例 分析—Flast事件

그러나 1968년에 이르러 聯邦最高法院은 納稅者는 行政府의

---

28) Frothingham v. Mellon, 262 U. S. 447, 43 S. Ct. 597, 67 L. Ed. 1078(1923)



租稅支出의 有效性을 다투는 當事者適格이 없다는 위 Frothingham의 一般的인 原理에 대한 例外를 認定하는 判決을 보이고 있다. Frothingham판결은 聯邦憲法修正 第1條의 國教樹立禁止條項(the Establishment Clause)을 전혀 無視하고서(blatantly in disregard) 聯邦金員이 特定宗教系派의 教會의 新築에 支出되는데 反對하는 納稅者들에게까지 當事者適格을 許容하지 않음으로써 納稅者訴訟을 심하게 制約하는 結果가 되며, 이러한 Frothingham 判決은 聯邦憲法 第3條의 “事件 및 爭訟”의 憲法上的 要件에 根據한 것이 아니고 司法自制(judicial self-restraint)라는 政策的 根據에 主로 依存한 것이라는 學界의 批判과 함께 위 判決의 原理를 制定法에 의해 修正하려는 提案(proposals for a statutory modification)들이 나오게 되자, 聯邦最高法院은 聯邦法院에 提訴할 當事者適格에 대한 制限(limitations upon standing to sue in a federal court) 및 그러한 制限의 納稅者 訴訟에 대한 適用(the application of those limitation to taxpayer suits)에 대한 새로운 檢討를 하게 되었다.<sup>29)</sup> 즉 Flast v. Cohen<sup>30)</sup> 事件에서 聯邦最高法院은 聯邦納稅者의 地位와 다투고 있는 立法制定類型(the type of legislative enactment attacked)사이의 論理的 關聯 및 그러한 納稅者의 地位와 主張된 憲法侵害의 正確한 性格(the precise nature of the constitutional infringement alleged)사이의 關聯이 있는 경우, 즉 만약 納稅者의 地位와 請求사이에 “論理的 關聯”(a logical nexus between the status of the taxpayer and the claim)이 存在한다면 聯邦租稅賦課와 支出計劃의 合憲性을 다룰 수 있다고 判決하였다. 따라서 聯邦最高法院은 이러한 論理的 關聯與否를 決定하기 위하여 實體的인 問題(the substantive

---

29) Nowak, Rotunda & Young, 前掲書 71

30) Flast v. Cohen, 392 U. S. 83, 88 S. Ct. 1942, 20 L. Ed. 2d 947(1968)

issues)를 檢討하는 것이 適切하고 必要한(appropriate and necessary) 措置이며, 이러한 關聯性審理는 納稅者가 聯邦裁判權을 要請하기 위한 正當하고 適切한 當事者(a proper and appropriate party)임을 確信시키는데 必須的(essential)인 것으로 보고 있다.

聯邦最高法院은 1) 本質적으로 規制的인 法의 執行過程上 單純히 納稅基金의 附隨的인 使用(an incidental expenditure of tax funds)이 아니라 法令이 聯邦憲法 第1條 第8項의 租稅 및 支出條項(the Taxing and Spending Clause)上 議會의 權限에 根據한 것이고, 2) 係爭 法令이 單純히 一般的으로 聯邦憲法 第1條 第8項에 의하여 議會에 委任된 權限을 踰月하는 것(generally beyond the power delegated to Congress) 아니라 租稅 및 支出條項에 賦課된 特定한 憲法上的 制限(specific constitutional limitations)에 違反된다는 2가지의 主張을 立證하는 경우에는 必要한 關聯性(nexus)의 存在가 認定된다고 한다. Flast 判決에서 聯邦最高法院은, 위에서 본 Frothingham事件은 “nexus test”중 2번째의 要素를 缺한 것으로 그 理由는 同 事件 原告의 主張은 命令이 租稅賦課 및 支出條項에 對한 어떤 特定한 憲法上的 制限을 違反하였다는 것이 아니라, 議會가 單純히 聯邦憲法 第1條 第8項에 依해 議會에 委任된 一般的 權限을 逾越하여 聯邦憲法 第10條에 依하여 州에게 留保된 領域을 侵害한 것이라고 主張하였기 때문이나, Flast事件에서 原告의 主張은 위 두 가지의 要件을 모두 充足하고 있는 바 그 理由는 原告의 主張이 연방교육 보조법(a federal-aid-to-education act)이 宗教學校에 대한 聯邦補助金を 支給함으로써 聯邦憲法修正 第1條의 國教樹立禁止條項(the First Amendment’s Establishment Clause)을 違反하였다는 것으로, 위 條項은 議會의 租稅賦課 및 支出權限에 대한 特定한

憲法上の 制限으로 機能하고 있기 때문이다라고 判定하고 있다.

단 Harlan大法官은 違反했다는 憲法上の 條項이 議會의 租稅 賦課 또는 支出權限에 대한 特定한 制限與否를 구별할 何等の 理由가 없다는 理由로 唯一하게 反對意見を 내고 있다. Harlan大法官에 의하면 Frothingham事件 및 Flast事件 모두 “一般人的 權利”(public rights)를 擁護하기 위한 公共訴訟(public action)을 提起함으로써 “私的 法務長官”(private attorneys general)으로서 行動하였으므로<sup>31)</sup> 그러한 行動이 聯邦憲法 第3條의 “事件 및 爭訟”의 要件에 反하지 않으나 다만 司法的 自制(judicial restraint) 등을 包含한 政策的 考慮(policy consideration)上 그러한 行動은 議會가 그러한 行動에 대해 明示的으로 權限을 부여하는 경우에만 許容된다고 主張하였다. Flast判決에서의 “關聯性”의 要件은 聯邦最高法院의 實體的 政策決定(substantive decisionmaking role)을 制限하기 위하여 意圖된 것으로 聯邦最高法院은 事件이 司法府에 의해 判決되도록 提示된 爭點의 適合性(the suitability of the issue)에 관하여 困難한 問題(troublesome questions)를 提起하는 경우에 事實上(in effect) 侵害類型의 深刻性(the severity of plaintiff's injury) 또는 利害關係의 程度(magnitude of his stake) 등에 있어서 보다 높은 裁判利用要件(higher access threshold)을 設定할 수 있고, 다른 한편 法院이 부담하고 있는 判決의 役割에 대한 考慮가 비록 原告의 侵害 및 利害關係가 다른 面에서 모든 要件을 充足하고 있는 경우에도 當事者適格을 排斥할 수 있다는 指摘이 있다.<sup>32)</sup>

31) 聯邦最高法院이 “史的 法務長官” 理論을 原告가 訴訟에 個人的 利害關係(a personal stake)가 없는 경우에 當事者適格의 基礎로서 理解하고 있어 概念을 混同하고 있다는 지적으로서는, Davis, Standing : Taxpayers and Others, 35 U. Chi. L. Rev. 601, 611-17, 628-36 (1968)

32) Kenneth Scott, Standing in the Supreme Court : Functional Analysis, 86 Harv. L. Rev. 645(1973)

#### 다. 最近의 主流的 立場과 判決例 分析—Richardson事件, Valley Forge事件

Burger 및 Renquist大法院長의 聯邦最高法院은 Flast判示 입장을 翻覆한 적은 없으나 Frothingham判示의 納稅者訴訟禁止의 一般原則에 대한 Flast判示의 例外에도 불구하고<sup>33)</sup> 그 擴大를 頑固히 拒否함으로써(stubbornly refused to allow any broadening whatsoever of the Flast exception) 事實上 Flast事件 以後 어떠한 事件도 위 事件에서 提示한 例外에 該當할 수 없었다, 따라서 聯邦最高法院은 納稅者는 그가 租稅 및 支出條項下에서의 議會의 行爲가 그러한 租稅 및 支出權限의 行使를 制限하는 機能을 하는 憲法上의 規定을 損傷한다는 (in derogation of the constitutional provision)主張을 하는 경우에 聯邦裁判을 받을 權利를 行使할 수 있다. 따라서 聯邦納稅者는 租稅 및 支出權限에 대한 特定の 憲法上의 制限이 議會에 의해 違反되지 않을 것을 保障받는데 納稅者로서의 明白한 理解關係(a clear stake)가 있고, 그러한 議會에 의한 違反(breach)은 納稅者의 돈이 流出되어 立法權限의 濫用에 대한 特定 憲法上 保護를 侵害하여 支出하는 것이 되며, 그러한 侵害는 司法救濟를 받을 適切한 (appropriate for judicial redress)것으로 보고 있다. U. S. v. Richardson<sup>34)</sup>事件에서, 原告는 聯邦納稅者로서 提訴하면서 議會의 C.I.A. 支出 公開拒否의 法令은 聯邦修正憲法 第1條 第9項의 “모든 公共資金의 受領 및 支出의 內譯 및 項目은 定期的으로 公開되어야 한다.”는 規定을 違反하였다고 主張한데 대해, 聯邦最高法院은 이

33) Flast判決은 모든 當事者適格要件의 廢棄(the abandonment of a standing requirements)로 본 見解로서는, Bittker, *The Fictitious Taxpayer : The Federal Taxpayer's Suit Twenty Years After Flast v. Cohen*, 36 U. Chi. L. Rev. 346(1968)

34) U. S. v. Richardson, 418 U. S. 166, 94 S. Ct. 2940, 41 L. Ed. 2D 678(1974)

러한 憲法上의 規定은 ‘租稅 및 支出權限“에 대한 特定한 憲法上의 制限(specific constitutional limitations)이 아니므로 原告는 單純히 모든 一般人들에 대하여 共通한 一般化된 陳情(a generalized grievance)의 性格의 主張과 다른, 納稅者로서의(qua taxpayer) 特定侵害에 대한 主張을 하는 바 없으며 이 경우 原告가 提訴할 수 없다면 어느 누구도 提訴할 수 없는 結果가 惹起된다 하더라도 이는 政治的 壓力(political pressure)에 의하여 議會가 適切한 決議를 하도록 하여야 한다는 것을 意味하는 것 이라고 하여 原告의 當事者適格을 否認하였다. 附言하여 多數意見은 聯邦最高法院이 累累히 그리고 明白하게 司法府가 行政府의 法執行에 대하여 政治的 내지 理念的 紛爭의 解決을 위한 窮極的으로 議會의 監視(the surveillance of Congress)내지 政治的 過程(the political process)에 服屬하는 公開場所(an open forum)로 變換하려는 努力에 대해 反感(a apathy)을 表하여 왔음을 들고 있다.<sup>35)</sup>

Powell大法官은 同調意見에서, Flast判示는 그 事件에 嚴格하게 局限하여 適用되어야 하며 (Flast should be strictly limited to its fact),나아가 當事者適格의 法理는 一般納稅者 내지는 一般市民과 구별되지 아니하는 訴訟當事者들에 의하여 提起되는 “公共利益訴訟”(public-interest suits)을 排除하기 위한 障礙(barriers)로 機能하여야 한다고 主張하였다.<sup>36)</sup>

---

35) 이와 같은 聯邦最高法院의 立場은 當事者適格의 視角을 三權分立의 意味로 초점을 移轉하는 傾向의 하나라는 分析으로는, Scalia, “The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers”. 특히 Scalia는 當事者適格理論은 三權分立原則의 決定的이고 不可分的 要素(a crucial and inseparable element)로서, 三權分立의 無視는 自己支配의 過程에 대한 司法的 逾越(an overjudicialization of the processes of self-governance)을 必然的으로 招來할 것이라고 強調하고 있다.

36) Richardson 判示는 聯邦法院이 一般市民의 眞情을 위한 ombudsman for general citizen grievances)로 轉換하는데 대한 正當한 拒否(justificable reluctance) 및 納稅者의 當事者適格認定에 대한 一般的으로 嚴格한 審査態度(a generally parsimonious judicial view of taxpayer standing)를 表明한 것으로 後述할 Valley Forge判決에서 明白하게 確認되었다. L. Tribe, 前掲書 127

한편 Richardson事件에서 原告가 Flast判示의 “nexus”의 두 번째 要素를 充足하지 못한 경우의 代表的인 典型이라면, 最近의 判決 중 Valley Forge College v. Americans United.<sup>37)</sup>事件에서는 그 첫 번째 要素 즉 係爭行爲가 議會의 租稅 및 支出 權限의 行使일 것이라는 要素를 充足하지 못하는 것 역시 致命的(fatal)이며, 따라서 事實上 위 Flast判示는 그 事案에 嚴格하게 局限되어야 한다는 것을 알 수 있다. Valley Forge事件에서 聯邦最高法院은 原告 등이 納稅者 및 市民으로서 基督教大學에 政府所有의 剩餘財產(the surplus property)을 寄贈하는 것은 國教樹立禁止條項을 違反한 것이라고 主張한 데 대하여 原告의 當事者適格을 否認하였다.

聯邦最高法院은 判示에서 當事者適格은 단지 租稅 및 支出條項上 議會의 權限行使의 合憲性を 다투기 위해서만 許容되는데 原告들의 主張은 1) 議會의 行爲자체(actions of Congress)에 關한 것이 아니라 議會에 의하여 權限이 부여된 行政機關의 行爲(actions of administrative agencies authorized by Congress)인 保健, 教育, 厚生省(HEW, 지금의 Secretary of Education)의 剩餘財產寄贈決定에 대해서이고, 2) 이러한 行政府의 行爲는 “租稅 및 支出條項”에 依해서가 아니라 “財產權條項”(the Property Clause, 聯邦憲法 第4條 第3項 第2號)에 의해 그 權限을 부여받은 것이라는 두 가지의 側面에서 要件을 充足하지 못하였다고 하였다.<sup>38)</sup>

Valley Forge事件은 僅少한 5-4로 決定되었다. 反對意見を 提

---

37) Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc., 454 U. S. 464, 102 S. Ct. 752, 70 L. Ed. 2d 700(1982)

38) Valley Forge事件에서 Flast의 結果를 回避하기 위한 두 事件의 모든 可能的 事實上の 區別(all available factual distinctions)은 ‘極端적으로 恣意的이고’(artificial in the extreme), “形式的이며 一回的”(formalistic and ephemeral)이라는 지적으로는, L. Tribe, 前掲書 128

示한 4명의 大法官들은 이 事案이 根本的으로 Flast와 구별할 수 없다고 보고 있다. 즉 一般納稅者는 그들이 納付한 租稅에 의하여 宗教를 伸張한다는 憲法上 容納할 수 없는 目的에 使用되지 않도록 할 權利를 가지며,<sup>39)</sup> 이 경우 現金의 寄贈(a disposition of funds)과 財産의 寄贈(a disposition of realty)이 달리 취급되어야 할 理由가 없으며 비록 多數意見이 Flast의 엄격한 判示 文言에 反하지 않는다고 하더라도 根本的으로 徹底한 嚴格 解釋論에 立脚한 Flast判示 擴張拒否立場은 不合理한 것으로, Flast事件에서의 宗教學校에 대한 資金의 配分도 一定段階에서는 行政行爲가 介入되어 있는 反面, Valley Forge事件 역시 保健, 教育, 厚生省(HEW)에 의한 財産의 寄贈은 결국 議會가 制定한 法令인 “聯邦財産 및 行政供與法”(the Federal Property and Administrative Service Act)에 根據한 것이므로 Valley Forge事件에서의 첫 번째 구별은 說得力이 없고, 나아가 Valley Forge事件에서의 行爲가 “租稅 및 支出權限 條項”보다는 “財産權條項”에 依據하여 取하여 진 것으로 보아 이를 구별하고 있는 理由도 發見할 수 없을 뿐만 아니라, Flast事件에서 保護하고자 하는 利益은 納稅者가 財務省에 대한 事前資金寄與가 誤用되지 않도록 하는 것이라면, 이러한 納稅者의 繼續的 利益(the continuing interest)이 納稅者의 租稅基金自體의 使用에 대하여는 擴張되고, 이러한 租稅基金으로 取得한 聯邦財産의 使用에는 擴張되지 않는지에 대하여 多數意見은 說明하지 않고 있다고 지적하고 있다. 결국 Valley Forge判示의 實際的 重要性(the practical significance)은 Flast,事件(“租稅 및 支出條項”下에서 取해진 議會의 行爲가 國交樹立禁止條項에 違反한다는 內容)과

39) 특히 brennan 大法官은 納稅者가 宗教에의 財政支授禁止의 直接的이고 意圖된 受惠者(the direct and intended beneficiary)라고 강조하고 있다.

事實上 同一한 訴訟만이(only suits virtually identical) 納稅者에 의해 提訴가 許容될 것이라는 것이다.

#### 라. 市民訴訟의 原則的 不認定과 判決例 分析—Schlesinger 事件

聯邦最高法院은 不法 또는 違法行爲에 대한 市民으로서의 個人에 대하여 결코 기꺼이 當事者適格을 認定하고 있지 아니하다. 이러한 當事者適格의 拒否는 한 市民의 政府에 대한 利益은 同種의 狀況下의 다른 市民의 政府에 대한 利益과 다를 바 없고(in common with all the other citizens similarly situated), 市民資格에 의한 個人訴訟當事者는 當事者適格上 要求되는 “個別화된”(individualized) 事實上的 侵害를 보여주지 않기 때문이라는 理由에 根據한다.

市民의 當事者適格을 否認한 가장 重要한 事件은 Schlesinger v. Reservists to Stop the War<sup>40)</sup>이다. 原告들은 이 事件에서 몇 명의 國會議員이 豫備軍의 身分을 維持함으로 因하여 聯邦憲法 第1條 第6項의 兼職禁止條項(the Incompatibility Clause)(國會議員은 在任 중 他職을 兼任할 수 없다.)을 違反하였다고 主張하였다. 原告들의 納稅者로서의 地位는 判例의 原則下에서는 關聯이 없고(왜냐하면 租稅 및 支出條項下의 어떠한 政府의 行爲가 問題로 되지 않았다), 原告들의 當事者適格은 原告들이 美國 市民으로서 利益이 充分한 경우에만 可能하였다. 이에 대해 聯邦 最高法院은 原告들의 市民으로서의 地位가 當事者適格을 賦與하는데 充分하지 아니하다고 判斷하였다. 多數意見은 市民의 當事

---

40) Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War, 418 U. S. 208, 94 S. Ct. 2925, 41 L. Ed. 2d 706(1974)



者適格(citizens' standing)은 “具體的 侵害”(concrete injury)의 존재를 내포하는 當事者適格의 基本的 原理에 反하는 것으로, 이 事件에서는 憲法實現上 不滿이 있는 모든 市民들의 “一般化되고 抽象的인”(generalized and abstract) 利益만이 存在할 따름으로 보고 있다. 특히 市民當事者適格의 認定은 憲法提訴의 無制限(no boundaries)과 司法節次의 濫用 可能性(the potential abuse for the judicial process)을 발생케 함을 意味하며 이는 不必要한 憲法判斷禁止의 原則에 反하게 된다. 이 事件에서 原告들은 그들이 市民으로서 提訴할 수 없다면 어느 누구도 國會議員의 豫備軍兼職의 違憲성을 다룰 수 없다고 主張하였으나 多數意見은 비록 原告들의 主張의 論點이 사실이더라도 結論에는 差함이 없으며 결국 “政府 體制는 많은 重要的 決定을 政治的 過程(the political processes)에 맡기고 있음”을 들어 原告들의 主張을 排斥하였다.

이러한 市民當事者適格否認의 立場은 그후 앞서의 Valley Forge事件에서 再確認되었다. 聯邦最高法院은 그 事件에서 原告들의 “國交樹立禁止條項은 각 市民에게 宗教를 樹立하지 아니한다는 政府에 대한 個人的 憲法上的 權利(a personal constitutional right)를 創設한다”는 主張을 排斥하였다.

이 事件에서는, 위 Schlesinger事件에서와 같이 모든 다른 市民이 當한 利益과 相異한 最小限의 侵害 즉 事實上的 侵害(injury in fact)가 없다고 判斷하였다. 聯邦最高法院은 行政府의 國交樹立禁止條項違反에 대한 市民의 利益의 認定은 항상 單純한 局外者로서의(as bystander) 모든 市民에 의해 主張될 수 있는 수많은 다른 抽象的인 憲法上的 權利(numerous other abstract constitutional rights)를 認定하지 않을 수 없게 된다고 보고 있다. 이러한 聯邦最高法院의 判示에 대해, Valley Forge事件에서의 當事者適格의 否認은 “集中되고 具體的인 紛爭”

(focused and concrete dispute) 確保라는 當事者適格理論의 目的의 振作에 별 도움이 되지 못하였다는 批判이 提起되고 있다. 더구나 國交樹立禁止條項은 많은 市民들이 本來的으로 共有하는 (inherently shared) 많지 아니한 憲法上的의 條項의 하나로서, 集團的 利益(collective interest)의 發生을 前提로 한 것이므로<sup>41)</sup> 政府의 行爲에 의해 直接的이고 特定的으로 影響을 받는 個人에 대해서만 오로지 適用되는 것은 아니다라고 批判하고 있다.<sup>42)</sup>

- 
- 41) 聯邦最高法院이 一般市民(the citizenry at large)이 當하지 아니한 特定化된 侵害의 請求(particularized claim of injury)를 하지 아니하는 市民訴訟當事者(citizen-litigants)에 대한 反感내지 拒否로 因하여 集團的 利益의 憲法上的의 保障規定의 執行上 聯邦法院에 의해 保護를 받을 수 없게 되어 결국 이러한 憲法上的의 規定은 行政府의 褻과 善意的 行爲(at the whim and during the goodwill of the government)에만 依存하게 되었다는 批判으로서는, Doernberg, "We the people " : John Locke, Collective Constitutional Rights, and Standing to Challenge Government Action, 73 Calif. L. Rev. 52, 56 (1985), Doernberg 교수는 모든 市民(all citizens)에게 同一하게 適用되는 경우에도 司法 審査의 價値(a value to judicial review)가 있다고 보면서, "聯邦最高法院에 의하면 만약 政府가 憲法을 廣範하고 不特定하게(broadly and nonspecifically) 違反한 경우, 어떠한 個人도 司法救濟를 求할 本案結果에 대한 充分한 利害關係(a sufficient stake in the outcome to pursue a judicial remedy)가 없다. 따라서 當事者適格의 目的上 어느 누구도 政府의 行爲를 憲法의 制限(constitutional limits)內로 維持하는데 대한 充分한 利害關係가 없다. 그러나 이러한 立場은 國家契約說에 基礎한 社會에서는(in a Lockean society) 極端的인 矛盾(the extreme contradiction)이다. 市民의 協約과 同意(the citizenry's compact and consent)가 政府를 創設하고 거기에 適法性(legitimacy)을 부여한다. 市民이 政府의 存在目的에 대한 憲章(the charter of government's existence)에 違反하는 行爲를 다룰 수 없게 된다면 그러한 憲章은 執行할 수 없는 無效(unenforceable)가 된다. 社會가 政府를 創設하고, 政府는 創設者(creator)에 대하여, 契約의 一方當事者가 相對方에 대한 關係에서가 아니라 受託者(trustee)가 係로서 責任을 지는 것이므로, 政府가 嚴格히 憲法에 따라서 (in strict accordance with the Constitution) 行爲하도록 하는데 대한 明白한 集團的 社會的 利益(a clear collective societal interests)이 존재한다. 政府가 憲法에 違反한 경우에는 爭訟結果에 대한 利害關係(the stake in the outcome of the controversy)는 社會의 利害關係(society's stake)이고 가장 根本的인 利益(the most fundamental interest possible) 즉 政府의 創設者에 의해 合意된 政府機能에 대한 利益(the interest in government functioning as agreed upon by its creators)이다"라고 力說하고 있다. Doernberg, 前揭論文 96.
- 42) 聯邦最高法院이 Richardson, Schlesinger, Valley Forge事件 등을 통하여 一般市民의 一過性的인 陳情(ethereal citizen grievances)에 대한 司法府의 關與排除하는 正當한 趣旨을 支持하는 理論的 根據를 充分히 提示하지 아니하였음을 지적하면서, 事案別 可變的인 大體的인 原理(rule of thumb)을 適用함에 있어 特定한 侵害의 性格이 비록 널리 當하고 있는 (widely inflicted) 一般的인 것일지라도 多數에 의해 決定되는 節次的 效果的인 運營(the effective operation of majoritarian processes)을 妨害할 정도인지를 分明히 靚고 넘어가야 한다는 見解로서는, L. Tribe, 前揭書 129

### 3. 非聯邦納稅者 및 非市民訴訟의 當事者適格

#### 가. “事實上的 侵害” 要件

##### 1) 定義 및 性格

憲法上的 請求가 納稅者 또는 市民의 身分에 根據하지 아니하는 경우에는 다소 다른 原理가 발견되어 왔다. 그 原理는 다음과 같이 要約될 수 있다. 첫째, 訴訟當事者가 “事實上的 侵害”(injury in fact)를 當하였고 當할 可能性이 있을 것을 要한다.<sup>43)</sup> 여기서 侵害의 우려(threatened injury)는 단순히 推論的이거나 假想的(merely speculative or hypothetical)이어서는 아니 되므로 訴訟當事者가 단지 그 權利行使에 있어 “主觀的인 萎縮”(a subjective chill)과 將來損害의 可能性(the potential for future harm)을 主張함에 그치고, 特定の 現存하는 概觀的 損害 또는 그러한 損害의 우려(the specific harm or threat of such harm)를 主張하지 아니하는 경우에는 推論的인 主張으로 보아 當事者適格이 認定되지 아니한다.<sup>44)45)</sup> 한편 이러한 侵害의 우려

43) “事實上 侵害”의 要求에 대한 批判的 見解로서는, Jaffe, The Citizens as Litigant in Public Actions : The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiffs, 116 U. Pa. L. Rev. 1033, 1037(1968) 여기서 Hohfeldian, Non-Hohfeldian의 개념은 물론 W. Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions(1923)에서 借用한 것으로, Jaffe는 前者를 個人的, 財産上 利益(the personal and proprietary interests)을 가진 傳統的 原告(the traditional plaintiff)를, 後者를 代表的, 公共的 利益(the representative and public interests)을 가진 公共訴訟의 原告(the plaintiff in a public action)를 구별하기 위해 使用하였다. 특히 Jaffe는 公共利益을 위하여 提訴하는 私的法務長官(private attorney general)으로서의 原告는 理念的 原告(ideological plaintiff)로서, 비록 原告의 利益이 一般人的 利益과 差異가 없다(undifferentiated)하더라도 聯邦憲法 第3條의 “事件 및 爭訟”이 要求하는 對立性을 具備하고 있다고 한다.

44) Berger, Standing to Sue in Public Actions : Is it a Constitutional Requirement?, 78 Yale L. J. 816, 825-827(1969)

45) Laird v. Tatum, 408 U. S. 1, 92 S. Ct. 2318, 33 L. Ed. 2d 154(1972), reh den 409 U.

는 現實적이고 卽時的(real and immediate)이어야 한다.<sup>46)</sup> 따라서 우려된 侵害(a threatened injury)가 그 發生의 確實히 臨迫하여(certainly impending), 侵害가 事實上 感知될 수 있어야(perceptively harmed)한다. 물론 豫防的 救濟措置(a preventive relief)를 위하여 우려된 侵害의 完了(the consummation)를 기다릴 必要가 없다.<sup>47)</sup> 한편 救濟를 求하는 우려 있는 侵害를 當할 脆弱性(vulnerability to the alleged threatened injury)이 係爭行爲와 不確定한 條件의인(contingent upon) 경우에는 認定되지 아니한다.<sup>48)</sup> 이러한 要件은 특히 禁止命令救濟節次(injunctive relief)를 求하는 訴訟에서 重要的 役割을 한다.<sup>49)</sup>

둘째, 侵害가 具體적이고 個別化된(concrete and individuated) 것일<sup>50)</sup> 것을 要한다. 아울러 侵害는 明白하고 捕捉될 수 있는(distinct and palpable) 것이어야 한다.<sup>51)</sup> 다만 主張된 侵害가 크고 相當할(great and substantial) 必要는 없고, 侵害가 現實적이고 眞正한 것인 이상 確定될 수 있는 가벼운 侵害(an identifiable trifle)도 무방하다.<sup>52)</sup> 따라서 原告는 單純한 侵害의 結論的 主張(conclusionary allegations of injury)만으로는 足하지 않고 侵害의 性質의 正確한 性格(a precise nature of the injury)과 係爭行爲의 侵害惹起方法 등을 具體적으로 言及(“spell out”)하여야 한다.<sup>53)</sup> 侵害는 性格上 直接的(direct)일 必要는 없

---

S. 901, 93 S. Ct. 94, 34 L. Ed. 2d 165(1972)

46) California Bankers Assn. v. Shultz, 416 U. S. 29, 94 S. Ct. 1494, 39 S. Ed. 2d 812

47) Babbit v. United Farm Workers Nat. Union, 442 U. S. 289, 99 S. Ct. 2301, 60 L. Ed. 2d 895(1979)

48) O'Shea v. Littleton, 414 U. S. 488, 94 S. Ct. 669, 38 S. Ed. 2d 674(1974)

49) City of Los Angeles v. Lyons, 461 U. S. 95, 103 S. Ct. 1660, 75 L. Ed. 2d 675(1983)

50) 여기서 個別化된 損害라 함은 個人의 具體的 滿足 또는 經驗으로 表現될 수 있는(expressible in terms of the individual's concrete satisfactions or experiences)것으로 足하고, 그러한 滿足 또는 經驗이 訴訟當事者の 唯一한(unique)것일 必要는 없다. L. Tribe, 前掲書 117.

51) Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 95 S. Ct. 2197, 45 L. Ed. 2d 343(1975)

52) Conservation. Council of Carolina v. Costanzo(CA4NC) 505 F. 2d 498, Davis, Standing : Taxpayers and Others, 35 U. Chi. L. Rev. 601, 613(1968)

으나,<sup>54)</sup> 그 內容上 相當한 多數에 의해 當한 侵害와 完全히 一致하는 것이 아닐 것을 要한다. 다만 事實上的 侵害는 經濟的일 必要는 없고, 美的(aesthetic), 環境保護的(environmental),<sup>55)</sup> 資源保全的(conservational), 休養的(recreational), 情報取得的(informat-ional)<sup>56)</sup> 내지 나아가 聯邦憲法 第1條상의 價値라는 精神的 侵害關係(spiritual stake)까지 包含한다.<sup>57)</sup> 다만 聯邦法令上 달리 規定이 없는 한 環境에 대한 純粹한 “公的 또는 理念的 利益”(purely public or ideological interests) 예를 들면 他人의 環境利用에 대한 反對하는 者의 利益 등은 當事者適格이 認定되지 아니한다.<sup>58)</sup>

셋째, 係爭行爲가 侵害의 “事實上的 原因”(cause in fact)일 것을 要한다. 係爭行爲가 侵害의 條件的 因果關係的 事實(a “but for” cause of the injury)이며, 求하고 있는 救濟方法이 認容되는 경우에 侵害를 回復할 合理的인 可能性(a resonable likelihood of redressing the injury)이 있을 것을 要한다(이러한 因果的 要件은 納稅者訴訟에서는 要求되지 아니한다).<sup>59)</sup>

53) Kenneth F. Ripple, Constitutional Litigation, 197, 200(1984)

54) 즉 侵害의 間接性(the indirectness of an injury)이 반드시 當事者適格에 致命的(fatal)인 것은 아니나, 다만 間接적으로 損害를 當하였다고 主張하는 原告는 當事者適格을 爲한 最小限의 憲法上的 要件을 充足시키는데 相當히 어려움이 있을 것으로 본다. *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U. S. 26, 96 S. Ct. 1917, 48 L. Ed. 2d 450(1976)

55) *Sierra Club v. Morton*, 405 U. S. 727, 734, 92 S. Ct. 1361, 31 L. Ed. 2d 636(1972).

56) *Scientists's Institute for Public Information, INC. v. Atomic Energy Com.*, 481 F. 2d 1079 ; *Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Com.* 353 F. 2d 608, 384 U. S. 941, 86 S. Ct. 1462, 16 L. Ed. 540

57) *Citing School Dist. v. Schempp*, 374 U. S. 203, 83 S. Ct. 1560, 10 L. Ed. 2d 844(1963)

58) 위 *Sierra Club v. Morton* 判決, 環境訴訟과 當事者適格에 關한 一般的 檢討에 대하여는, L. Tribe, *From Environmental Foundations to Constitutional Structures : Learning from Nature's Future*, 84 *Yale L. J.* 545(1975)

59) 이러한 因果關係要件이 없다면 原告가 訴求하는 經濟方法이 전혀 狀況을 變更하지 아닐 場合에도 司法救濟를 請求할 수 있게되고 따라서 聯邦法院에 의한 權限의 行使가 不必要하게 되어(gratuitous) 聯邦憲法 第3條의 制限과 一致하지 않게 되므로 外見上 無害한 (on its face, innocuous)것으로 보이지만, 이러한 因果關係 要件은 매우 操作可能하여(highly manipulable) 聯邦最高法院이 “事實上的 侵害” 要件의 독립한 要素로서 分離

## 2) 聯邦要件不必要와 判決例 分析-Duke Power 事件

한편, 納稅者訴訟에서 부과되는 것과 같은 係爭行爲와 侵害사이의 聯關(nexus)의 存在는 要求되지 아니한다. Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group<sup>60)</sup> 事件에서 原告들은 대부분 設립예정된 전력공장의 인근에 거주하는 40명으로 구성된 個人들로서, Price-Anderson 法이 違憲이라고 主張하면서 訴를 提起하였다.

原告들은 원자력공장사고 1건당 5억 6천만불로 全體損害賠償責任을 制限하고 있는 이 法이 原告들의 適法節次上的 權利를 侵害하였다고 主張하였다. 原告들은 건축허가가 되어 공사가 진행 중인 공장이 완공, 가동된다면 事故結果의 惹起與否를 불문하고 原告들에게 損害가 되는 環境上 및 美觀上的 侵害(detrimental environmental and aesthetic consequences)를 當할 것이라고 主張하고 이에 對해 被告전력회사는 主張된 環境 및 美觀侵害와 主張된 適法節次上權利侵害 사이에는 아무런 聯關(nexus)이 없다고 抗辯하였다. 聯邦最高法院은 原告들이 適法節次權利侵害를 原因으로 하는 憲法上 請求를 할 當事者適格이 있다고 判決하면서 納稅者訴訟 이외의 訴訟에서는 侵害와 係爭行爲 사이에 聯關(nexus)의 要件이 必要치 아니하며("the nexus requirement formulated in the context of taxpayers' suits does not have general applicability in suits of other types brought

---

(isolation)하는 것은 因果性分析의 명분하에 (in the guise of causality analysis) 聯邦法院이 實體上 裁判을 꺼려하는(substantively disfavor) 訴訟을 떼어버리는 (screen from the dockets) 無原則한 努力(unprincipled effort)을 할 것이라는 심각한 危險性을 드러내고 있다는 지적으로는, L. Tribe, 前掲書 130

60) Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group Inc., 438 U. S. 59, 98 S. Ct. 2620, 57 L. Ed. 2d 595(1978)

in the federal courts”), 이 事件에서는 侵害와 行爲사이의 條件因果的 關係(a “bur for” casual connection)가 充足되고 있다고 보고 있다. 왜냐하면 만약 議會가 공장측 責任範圍를 限定하지 않았다면 공장이 신축되지 않았을 實質的인 可能性(a substantial likelihood)이 있기 때문이다.

### 3) 具體的, 個別化 侵害의 要件과 判決例 分析—Sierra Club 事件, SCRAP 事件, Wright 事件

비록 原告가 어떤 具體的이고 個別化된 事實上的 侵害를 當하였고 當할 것을 主張하여야 하나 이러한 要件은 매우 自由롭게 解釋되고 있다. 이 경우 損害는 經濟的(economic)일 必要가 없다. 예를 들면, Sierra Club v. Morton 事件에서 原告인 環境團體는 自然산림에 休養地域(recreational area)을 건립하는 것이 聯邦法에 反한다고 主張하였다. 聯邦最高法院은 美的이고 環境的인 福祉에 대한 侵害가 事實上的 侵害를 구성하고 따라서 自然산림을 이용하는 사람은 當事者適格을 갖는다고 判斷하였다. 다만 聯邦最高法院은 原告 團體의 원래의 請求에 대하여는 當事者適格을 否認하였는데 그 이유는 原告團體가 산림을 이용하는 特定構成員의 代表者(a representative of particular members)로서가 아니라 一般人的 代表者(a representative of the public)로서 當事者適格을 主張하였기 때문이었다. 이러한 聯邦最高法院의 判決이 있는 후(on remand) 原告團體는 構成員들 중 일부가 그 산림을 이용하였고 그 건립에 대해 侵害를 當할 것이라는 原因으로 單純히 訴狀을 變更(amend its complaint)함으로써 이 問題를 解決하였다. 위 判決은 3名의 大法官의 反對意見이 있는데 특히 Douglas대법관은, “聯邦最高法院이 侵害가 一般人이 憤怒하고

있는 주된 關心事인 경우(where injury is the subject of public outrage)에는, 破壞되고, 毀損되고, 侵入될 處地에 놓여 있는 無生物의 이름으로(in the name of the inanimate object about to be despoiled, defaced, or invaded) 環境問題(environmental issues)를 聯邦委員會 또는 聯邦法院에서 다룰 수 있도록(to be litigated before federal agencies or federal courts) 許容하는 聯邦法原理를 確立한다면 當事者適格의 決定的 問題(critical question of standing)가 단순화되고 매끈하게 초점에 맞추어지게 되는(simplified and also put neatly into focus) 것이다“라는 立場을 表明하고 있다.<sup>61)</sup>

또 訴訟當事者 또는 代表團體가 前提要件인 “具體的”이고 “個別化”된 侵害를 主張하는 限은, 그 侵害를 당하고 있는 사람이 많다는 단순한 理由만으로 當事者適格을 否認당하지 아니한다. 아마도 聯邦最高法院이 當事者適格을 부여하기에 充分하다고 認定된 가장 廣範圍하게 擴散되어 있는 類型的 侵害는 U. S. v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures(SCRAP)<sup>62)</sup> 事件에서 主張된 것으로 原告 環境團體가 州間通常委員會(Interstate Commerce Commission)로 하여금 철도요금을 낮게 책정, 유지하도록 提訴한 事件이다.

높은 운송요금은 回收可能한 물건을 운송할 경제적 유인을 저하시켜 回收不可能한 容器(non-recyclable containers)의 사용을 증가시키고, 따라서 워싱턴지역 국립공원들에 쓰레기를 더 많이 발생케하는 結果를 가져온다고 主張하고 있다. 主張된 侵害는, 공기를 흡입하고, 산림, 강, 개울, 산, 기타 自然資源(natural

---

61) 環境訴訟에서 自然이 無生物에 대한 當事者適格問題에 대한 一般的인 檢討로서는, Stone, Should Trees Have Standing?-Toward Legal Rights for Natural Objects, 45 S. Calif. L. Rev. 450(1972)

62) U. S. v. SCRAP, 412 U. S. 669, 93 S. Ct. 2405, 37 L. Ed. 2d 254(1973)



resources)을 이용하는 團體의 構成員들에 대한 것이다. 이러한 侵害는 비록 널리 퍼져있는(even though widespread) 類型이라고 하더라도 當事者適格上 充分하다고 判斷되었다. 즉 “많은 다른 사람들 역시 侵害를 당하고 있다는 單純한 理由만으로 實際로 侵害를 當한 사람들에 대하여 當事者適格을 否認하는 것은 가장 侵害적이고 廣範圍한 政府의 行爲(the most injurious and widespread government action)가 어느 누구에 의해서도 疑問視 당하지 않을(questioned by nobody) 것이라는 意味가 된다.”<sup>63)</sup>

그러나 集團의 廣範圍性에 대한 制限은 엄연히 存在한다. 政府가 合憲적이고 合法的으로 機能하는데 대한 모든 市民들이 利益은 너무 散漫하여(diffuse) 市民의 地位에 基礎한 訴訟(action based on citizenship)은 許容되지 아니한다.<sup>64)</sup>

마찬가지로 小數人種集團의 構成員은 그 集團構成員의 身分만으로 小數人種集團의 명예를 훼손한 政府의 行爲에 대해 提訴할 當事者適格을 도출할 수 없다. 예를 들면 Allen v. Wright<sup>65)</sup> 事件에서 墨人公立學校 學父母들이 原告들이 되어 國稅廳(I. R. S.)을 提訴하면서 國稅廳이 人種差別的인 私立學校는 租稅免除取扱對象(tax-exempt status)에서 除外시킬 義務를 效果的으로 遂行하지 않고 있다고 主張하였다. 一般的으로 人種差別에 의해 야기된 “名譽毀損的 侵害”(stigmatizing injury)를 避하기 위한 學父母의 利益은 當事者適格을 認定하기에 不足하고 오직 係爭 差別的 行爲로 個人的으로 同等取扱을 否認당한(personally denied

---

63) SCRAP判決은 當事者適格의 問題에 있어서 聯邦最高法院의 여전히 높은 寬大性(an all-time high in Supreme Court liberalization)을 代辯하는 것으로 侵害의 些少性(a trifle)도 當事者適格上 充分하다는 것을 例示한다는 지적으로서는, K. C. Davis, Administrative Law of the Seventies, 489(1976), 그러나 위 判決 直後보다 嚴格한 裁判 適合性要件으로의 復歸(a return to more rigorous justiciability requirement)에 대하여는 本文에서 보는 바와 같다.

64) Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War, 418 U. S. 208, 94 S. Ct. 2925, 41 L. Ed. 2d 706(1974)

65) Allen v. Wright, 468 U. S. 737, 104 S. Ct. 3315, 82 L. Ed. 2d 556(1987)

equal treatment)자들만이 當事者適格을 가진다. 만약 抽象的인 名譽侵害만으로 當事者適格을 認定한다면 行政府가 租稅免除惠澤을 人種差別的 學校에 부여함으로써 差別을 하고 있다고 다투는 特定한 人種團體의 모든 構成員들에 대하여 學校所在地에 불구하고 全國的으로 擴大될 것이며, 따라서 하와이주에 거주하는 흑인이 메인주에 소재한 인종차별학교에 대한 租稅免除措置를 다룰 수 있게 되는 不合理的 結果가 招來되며, 이러한 結果는 결국 聯邦最高法院이 단순히 局外者의 價値利益을 擁護하기 위한 手段(no more than a vehicle for the vindication of the value interests of concerned bystanders)으로 變形될 것이라고 判示하였다. 具體的인 內容은 後術한다.

#### 4) 機關 및 團體의 當事者適格

앞서의 Sierra Club 判決과 SCRAP 判決은 聯邦最高法院이 一定한 狀況에서는 團體에 當事者適格을 부여함에 대해 完全히 肯定的인 立場을 取하고 있음을 알 수 있다. 團體는 團體로서의 團體自身の 權利를 옹호하기 위하여 自身の 이름으로 訴를 提起할 當事者適格을 가질 뿐 아니라,<sup>66)</sup> 어떤 경우에는 團體가 비록 團體 自身에 대한 侵害가 없는 경우라 할지라도 오로지 構成員들의 代表者로서(solely as a representative of its members) 構成員들에 대한 權利를 保護하기 위하여 提訴할 수 있다.<sup>67)</sup> 團

66) 이 경우 主要爭點은 團體가 經濟的 損害 또는 非經濟的 侵害를 不問하고 團體活動에 대한 具體的이고 明白한 侵害(a concrete and demonstrable injury)를 主張하였는지에 關係서이다. 一般化된 陳情의 主張禁止라는 一般의 政策(the general policy against assertion of generalized grievances)에 따라 團體訴訟當事者는 抽象的인 利益에 대한 單純한 侵害以上(more than simply a setback to its abstract social interests)을 主張하여야 한다. Havens Realty Corp. v. Coleman, 455 U. S. 363, 102 S. Ct. 1114, 71 L. Ed. 2d 214(1982)

67) Boston Stock Exchange v. State Tax Com. 429 U. S. 318, 97 S. Ct. 599, 50 L. Ed. 2d 514(1977)

體가 다음의 3가지의 條件을 具備하는 경우에는 構成員들을 위 하여(on behalf of its members) 提訴할 수 있다.<sup>68)</sup>

1) 團體의 構成員도 그들 自身の 權利(in their own rights)로서 提訴할 當事者適格을 가지는 경우로서, 訴訟當事者は 構成員들의 全部 또는 一部가 만약 構成員들이 裁判適合한 事件(a justiciable case)으로서 提訴할 수 있었을 係爭行爲의 結果로서 急迫한 또는 위협받는 侵害(an immediate or threatened injury)를 當하고 있다고 主張하여야 한다.

2) 團體가 保護하고자 하는 利益(the interests the association seeks to protect)은 團體의 目的이 屬하는(germane to the organization's purpose) 경우로서, 이는 團體가 爭點의 適合한 展開(an appropriate development of issues)를 許容할 充分한 對立當事者性있는 訴訟(the litigation sufficient adverseness)을 提起할 수 있는 것을 意圖한 것으로, 大部分의 경우 團體의 提訴의 경우 이 要件은 明白하나, 通常의 團體利益의 範圍內에서 即時 認知할 수 없는(not immediately recognizable as within the usual interests of the organization) 새로운 爭點인 경우에는 團體訴訟當事者は 보다 充分한 主張을 하여야 한다. 마찬가지로, 團體의 利益의 性格이 잘 알려지지 않는(not well known) 경우 또는 團體가 成立된지 오래지 않고 성격이 多少 模糊한(fairly new or obscure) 경우에는 團體訴訟當事者は 團體가 法院의 對立當事者節次의 目的(its end of adversary proceeding)에 符合하여 適切히 爭點을 特定하고 提示할 수(identify and address the issues appropriately) 있음을 法院에 確信 시킬 수 있도록 具體的으로 主張, 立證하여야 한다.

---

68) Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n., 432 U. S. 333, 97 S. Ct. 2434, 53 L. Ed. 2d 383(1977)

3) 主張된 請求 또는 要求된 救濟手段이 그 訴訟에서 個個의 構成員이 當事者로서 參加하여야 하는 訴訟(the participation of individual members in the lawsuit) 形態가 아닌 경우로서, 請求의 性格上 侵害된 當事者の 個人的 參與를 要求하는, 예를 들면 宗教行使의 自由는 個人的(personal to the individual)이므로 이러한 權利에 대한 訴訟의 경우는 團體의 當事者適格이 許容되지 아니한다. 團體當事者는 團體 自身 또는 團體構成員들의 一部가 侵害를 당하였다는 主張외에, 團體構成員을 爲하여(on behalf of its members) 主張할 수 있는 救濟의 態樣(a form of relief)를 求하고 있음을 主張하여야 한다. 즉 그러한 救濟가 侵害된 團體 構成員의 利益을 위하여 效力이 發하는(inure to the benefits of those members) 경우임을 主張하여야 한다.<sup>69)</sup>

이러한 基本要件은 International Union, United Automobile, Aerospace, and Agricultural Implement Workers of America (U. A. W.) v. Brock<sup>70)</sup> 事件에서 잘 例示되고 있다.

U. A. W.는 勞動部長官이 輸入競争을 理由로 解雇된 勤勞者들에 대한 혜택을 주도록 規定하고 있는 法令을 잘못 해석하였다는 確認判決을 구하는 訴를 提起하였다. 聯邦最高法院의 多數意見은 Hunt 事件에서의 3가지의 test를 充足하였고, 勞動組合은 그 構成員들을 위하여 提訴할 當事者適格을 가진다고 判示하였다. 가장 密接한 問題는 3번째의 要件을 充足하였는가에 대해서인데 勞動部長官은 紛爭이 法令의 個個 勞動者들에 대한 適用 여부에 關聯되어 있는 것으로 이 事件은 각 利害當事者인 勞動者의 參加없이는 進行할 수 없다고 다투고 있었는데 聯邦最高法院은 原告組合은 勞動部長官이 法令의 一般的 資格規定(the

---

69) K. Ripple, 前掲書 200-205

70) U. A. W. v. Brock, 477 U. S. 274, 106 S. Ct. 2523(1986)

statute's general eligibility provisions)을 잘못 解釋하였다고 다루는 것으로, 個別的인 決定(the individualized determinations)이 잘못되었다고 다루고 있지 아니하여 特定 構成員의 請求에 대하여 裁判되지 아니하므로 개개 構成員들의 訴訟上 存在(the presence of individual members)는 不必要하고 따라서 3번째의 要件이 充足되었다고 判斷하였다. 聯邦最高法院은 이 事件이 構成員들을 代表하여 團體에 의한 訴訟보다는 美國聯邦民事訴訟規則 第23條의 團體訴訟(class action)으로서 提訴되어야 한다는 勞動部長官의 主張을 排斥하였다. 聯邦最高法院은 團體가 그 自身이 提訴할 것을 許容하는데 特別한 價值(special value in allowing an association to sue on its own)가 있다고 보았다. 즉 “集團訴訟은 단지 構成員들의 共通된 請求에 의해 結合되어 있는(linked only by the common claims) 侵害당한 原告들의 臨時的 組合(an ad hoc union of injured plaintiffs)을 發生케 하나, 構成員들의 利益을 옹호하기 위해 提訴하는 組合은 既存의 蓄積된 熟練과 資本(a pre-existing reservoir of expertise and capital)을 依存할 수 있는 特長이 있다.”고 判示하였다.

## 나. 因果關係要件

### 1) 因果關係의 特定性 및 救濟可能性과 判決例 分析-Warth 事件

納稅者訴訟 以外の 訴訟에서는 聯邦最高法院은 訴訟當事者が 다루는 政府의 行爲가 提訴된 侵害를 惹起하였음을 主張, 立證하여야 한다. 이러한 因果關係要件(causation, causality)은 두 가지의 構成要素가 있다.

訴訟當事者は 1) 係爭行爲가 侵害에 대한 條件的 因果關係에

있는 原因(a "but for" cause of the injury) 즉 係爭行爲가 存在하지 않았더라면 侵害가 發生하지 않았으리라는 關係性이 存在하여야 한다. 2) 勝訴判決(a favorable decision)이 宣告되는 경우 侵害가 救濟될 수 있는 경우 즉 豫想되는 救濟方法(a proposed relief)이 損害를 除去할 수 있는 경우이다. 다만 이 경우 勝訴判決이 侵害를 救濟할 수 있는 可能性(a probability of redress)만으로 足한지는 分明하지 않다. 聯邦最高法院은 具體的 事件에 따라 救濟의 可能性으로도 足하다고 본 경우가 있는가 하면, 事實上 確實性(virtual certainly)까지 要求하는 경우가 있다. Warth v. Seldin<sup>71)</sup>事件에서는 原告들이 위의 두 가지의 要件을 다 充足하지 못하였다. 原告들은 뉴욕 Penfield의 區劃整理法(zoning rules)에 의하여 侵害를 당하였다고 主張하는 多數人들로서 이 法律이 都市內 低所得層 내지 中産層住居의 新築을 排除할 目的으로 시행된 것이라고 主張하였다. 原告들의 類型을 分析하면 다음과 같다.

1) Penfield에는 居住한 적이 없는 中産層以下の 個人(low-and moderate-income individuals)로서 그 곳에서의 居住를 希望하고 있고, 堪當할만한 住居(affordable housing)가 可能하다면 移住를 하였을 것이라고 主張하고 있다.

2) Rochester라는 隣近 도시의 納稅者들(taxpayers in the neighboring city)로서 Penfield에서의 勘當할 만한 住居의 不在는 Rochester로 하여금 그 곳에서 그러한 계획의 追加的 建築에 대한 租稅的 誘引(tax incentives)을 부여하지 않을 수 없었고 따라서 이러한 原告들의 租稅負擔이 加重되었다.

3) Metro-Act라는 市民行動團體(a civic action group)는 그

---

71) Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 95 S. Ct. 2197, 45 L. Ed. 2d 343(1975), Broderick, The Warth Optional Standing Doctrine : A Return to Judicial Supremacy? 25 Cath. U. L. Rev. 467(1976)

일부의 構成員들이 Penfield에 거주하고 있었는데 그들의 도시로부터 중산층 이하의 사람들이 배제되는 경우 損害를 입는다고 主張하고 있다.

4) 不動產開發業體(real estate developers)를 포함한 두 개의 團體(two groups of entities)는 都市再開發法이 許容된다면 Penfield에 勘當할 만한 주거의 건립에 참가할 것이라고 主張하였다. 이에 대해 聯邦最高法院은 어떠한 類型的 原告들도 當事者 適格을 缺하였다고 判斷하였다.

예를 들면 Penfield에 거주하고자 희망하는 個人들은 그들이 制限的 都市開發計劃實行(restrictive zoning practices)이 存在한다면 Penfield에서 주거를 구입 또는 임차할 수 있었을 “實質的可能性”(a substantial probability)의 소명이 없었을 뿐 아니라 訴求하는 救濟措置(즉 制限의 撤廢)가 許容된다면 그들이 도시로 이주할 수 있었을 것이라는 소명도 없다. 한편, 適切한 주거의 설립은 都市開發法の 撤廢만이 아니라 그 계획의 설립을 事實上 희망하는 第三者(a third party willing actually to build)의 存在를 要求하는데 이러한 特定 個人으로서의 原告들이 勘當할 수 있었을 계획을 眞正으로 설립할 수 있었을 第三者에 대한 소명도 없다. 反對로 그러한 주거의 설립에 참가하기를 희망하기를 都市開發業者 等の 集團은 必要한 侵害의 소명을 하지 못하였는데, 그 이유는 그러한 도시개발법에 의해 배제될 수 있었을 特定한 都市計劃(any specific project)을 지적할 수 없었다. (Rochester의 居住者들과 Metro-Act의 要求는 다른 이유로 배척되었는데 그들은 第三者 權利에 해당되는 主張을 하고 있는 바 後術할 이러한 jus tertii는 一定한 例外的인 상황에서만 許容되는데 여기서는 그러한 例外事由가 該當되지 않았다).

이에 대해 4명의 大法官들은 反對意見을 내고 있는데, Brennan

大法官이 주된 反對意見을 작성하여 都市開發計劃의 實現으로 損害를 입을 수 있는 모든 類型의 原告들을 法院으로부터 봉쇄하는(throwing out of court) 多數意見을 비난하고 있다. Brennan은 “事實上이 因果關係”(causation in fact)의 基本要件에 대하여는 反對하지 않지만 무엇이 因果關係의 適切한 特定の 提示인지에 대하여는 反對의 입장을 표명하고 있다. 즉 Brennan은 多數意見이 特定住居設立計劃이 係爭都市開發法에 의해 沮止되고 있고, 沮止될 것이라는 主張 및 이러한 特定の 計劃이 위 制限의 撤廢로 설립될 것이라는 主張을 要求하고 있는데는 강력히 反對하였다. Brennan의 견해는 이러한 要件의 부과는 Penfield의 예정거주자들 및 아직 계획을 제시하지 아니하였으나 건립을 희망하고 있는 부동산개발업자에 대한 것으로 이러한 부과는 開示節次 또는 本案辯論 以前(before discovery or trial)에 第三者의 意圖와 能力에 관한 多様な 事實을 아는데 事實上 克復할 수 없는 障礙(the virtually insurmountable obstacle)가 된다고 보고 있다. 따라서 Brennan은 當事者適格의 要求는 豫定居住자들이 不法의인 都市計劃이 自身들을 Penfield로부터 배제한다는 主張과 豫定開發業者가 市當局이 어떤 하나의 것만이 아니라 어떠한 中산층 이하의 住居設立計劃도 許可하지 않을 것이라는 主張으로 充足된다고 하였다. 도 勝訴判決의 救濟 可能性은 “合理的 可能性”(reasonable probability)만으로 足하다고 보고 있다.<sup>72)</sup>

---

72) Warth 事件 및 後衛하는 EKWRO事件을 통하여, 侵害되었다고 主張되는 利益의 相異한 性格規定(a different characterization of the interest assertedly harmed)에 따른 司法救濟의 說得力있는 正當性(a persuasive justification for the judicial relief)을 위한 侵害 내지 因果關係의 相對性(relativity of the injury and the casual chains)에 대한 論議로서는, Chayes, The Supreme Court, 1981 Term-Forward : Public Litigation and the Burger Court, 96 Harv. L. Rev. 4, 18-19(1982)



## 2) “事實上原因”의 原則과 聯邦憲法 第3條의 根據-EKWRO 事件

위 Warth 判決에 있어 多數意見은 主文을 憲法 第3條의 “事件과 爭訟”(case or controversy)에서 도출하였는지 明確히 하지 않고 대신 部分的으로 “司法慎重”(prudential)의 考慮에서 이를 도출하고 있다. 그러나 後의 Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization(EKWRO)<sup>73)</sup> 事件에서 聯邦最高法院은 係爭行爲가 侵害의 原因이어야 하고, 求하는 救濟조치가 그 侵害를 除去할 수 있는 것이어야 한다는 “事實上的原因”(cause in fact)의 要件은 聯邦憲法 第3條에 의하여 부과됨을 明白히 하고 있다. EKWRO 事件에서 수 개의 原告團體들이 貧困한 사람들을 代表하여 병원이 慈善團體에 제공될 租稅減免惠澤(tax benefits)을 받기 위해 極貧者들에게 提供하여야 할 無料醫療總額을 減少하고 있는 IRS의 규칙을 다투었다. 이에 대해 多數意見은 原告들의 當事者適格을 否認하면서 原告들에게 當事者適格을 認定하기 위하여는 原告들이 새로운 IRS의 規則이 병원의 無料診療의 減少의 原因이고, 그 규칙의 撤廢가 병원으로 하여금 이러한 醫療提供을 回復시킬 것이라는 主張, 立證이 있어야 한다. 병원은 그러한 無料醫療提供을 하지 않는 대신에 租稅減免惠澤(the tax breaks)을 포기할 수 있는 것이므로 原告들은 規則과 損害와의 因果關係 또는 求하고 있는 救濟(規則의 無效化)의 許容이 損害의 填補(極貧者에 대한 無料醫療提供)의 結果에 대한 主張, 立證을 하지 못하고 있다고 보고 있다. 즉 訴狀에 特定된 醫療行爲의 拒否가 병원 측이 稅金의 考慮(tax implication) 없이 行한 決定으로 基因하지 아니한 行爲라는 原因追跡이 可能한지가 純粹하게 推論的(speculative)이며, 마찬가지로 이 事件 訴訟

73) Simon v. EKWRO, 426 U. S. 26, 96 S. Ct. 1917, 48 L. Ed. 2d 450(1976)

에서 法院의 救濟權限의 行使(the desired exercise of the court's remedial powers)가 原告측에게 그러한 醫療行爲의 利用可能性(availability)를 結果할 것인지가 推論的이라고 判示하고 있다. 이에 대해 Brennan 大法官 등 反對意見은 關聯된 侵害가 無料醫療診療를 받을 “機會와 能力”(the opportunity and ability)에 대한 것이고 그러한 利益은 너무 擴散되어 當事者適格을 支持하지 못할 정도는 아니라고 보고 있다. 또 多數意見은 이러한 因果關係의 側面은 憲法 第3條에 의해 要求된다고 보고 있으므로 따라서 法令에 의해 當事者適格을 부여하는 것은 議會의 立法權限範圍를 逾越한 것이 된다. 결국 行政節次法上(a section of the Administrative Procedure Act) 이러한 경우에 대해 當事者適格을 부여하려는 議會의 立法意圖는 無關係한 것이 된다.

EKWRO와 같은 事件에 있어서 嚴格한 因果關係의 適用은 二重基準의 危險(the risk of a double standard)을 惹起시킨다. 예를 들면 만약 IRS가 病院의 租稅減免惠澤을 위한 無料診療額을 감소시키는 대신 增加시킨 경우를 假定해 볼 때 이 경우 病院이 規則의 撤廢를 提訴한다면 病院의 無料診療負擔增加가 새로운 規定의 結果가 아니라 IRS의 抗辯에도 불구하고 當事者適格이 認定될 것인데 이러한 結果는 行政府가 特定한 問題에 있어 어떻게 行爲하는가에 대한 相反된 利益(the opposite interests)을 兩 當事者들이 가지고 있는 경우에는 단지 當事者一方만이 自身에게 不利益한 決定을 다룰 當事者適格을 갖게 되는 二重性이 惹起된다.<sup>74)</sup>

---

74) EKWRO判決과 Warth判決에 대한 批判的 檢討로서, Tushnet, The New Law of Standing : A Plea for Abandment, 62 Cornell L. Rev. 663(1977) ; Nichol, Causation as a Standing Requirement : The Unprincipled Use of Judicial Restraint, 69 Ky. L. Rev. 185(1980-1981)

### 3) 原因關聯의 “實質的 充分性” - Duke Power 事件

비록 Warth 判決과 EKWRO 判決에서는 係爭行爲와 損害사이의 因果關係의 充分性에 있어서 “事實上的 確實性”(a virtual certainty)을 要求하고 있는 것으로 보이나 그 후 Duke Power Co.<sup>75)</sup> 事件에서는 “實質的 可能性”(a substantial likelihood) 즉 係爭行爲가 損害의 條件的 原因(a “but for” cause of injury)이고 求하고 있는 救濟가 그러한 侵害를 除去할 것이라는 정도의 充分性으로 이 要件을 充足시킨다고 보고 있다. 이미 보았듯이 위 事件에서 原告가 議會가 核電力工場의 賠償責任限度額을 制定하지 않았다면 豫定된 特定한 工場이 建立되지 않았을 것이라는 實質的 可能性의 存在를 主張, 立證하면 當事者適格이 認定된다고 判示한 것이다.

위 Duke Power 판결 및 앞서의 Warth 판결과 EKWRO 判決을 調和롭게 理解하기는 어렵다. 무엇보다도 Duke 事件에서 因果關係의 要件 중 두번째의 要素 즉 要求된 救濟方法이 侵害를 救濟할 것인지의 要素가 어떻게 充足되었는지 理解하기가 어렵다. 최소한 하나의 공장은 거의 완공에 이르고 있다.

이러한 단계에서 Duke Power 회사가 만약 賠償責任限度規定이 違憲이라고 신고되는 경우 그 공장을 폐쇄하고 이미 투자한 수억 달러의 돈은 날려보낼 것인가를 생각해 볼 수 있다. 核産業에 대한 行政財政支援은 核電力工場의 建立의 結果를 초래한다고 보고 있으면서 병원에 대한 行政財政支援(즉 EKWRO 事件에서 이미 본 바와 같이)은 無料醫療奉仕에 대한 規定을 초래할 同一한 權能이 없는지는 理由를 알기 어렵다.<sup>76)</sup> 나아가 Duke

---

75) Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group Inc., 438 U. S. 59, 98 S. Ct. 2620, 57 L. Ed. 2d 595(1978)

76) Chayes, 前掲論文 22

Power의 經濟的 利益을 고려하면, 聯邦法院이 Duke Power 회사가 Price-Anderson法이 존재하지 않는 경우 두개의 핵시설공장을 포기할 可能性이 Warth사건에서 開發業者가 都市開發法上 制限이 除去되는 경우 低所得層原告들에게 適合한 居住施設을 건축할 可能性보다 더 實質的으로 相當한(substantial) 것으로 보는 理由에 대하여 강한 疑問을 제기하면서, Duke Power 판결에서, 聯邦最高法院은 “漠然한 實質的 可能性” 基準(the vague standard of "substantial likelihood")에 아무런 公式的 內容(formal content)을 부여하지 않았다는 비판도 있다.<sup>77)</sup>

#### 4) “事實上 原因”의 原則과 三權分立的 根據—Wright事件

EKWRO事件에서 租稅減免이 第三者로 하여금 原告에게 損害를 야기하도록 하였다는 原告의 請求에 대하여 當事者適格要件中 事實上的 原因의 側面을 立證하는 것이 거의 大部分 경우에 있어서 어렵다는 것을 例示하고 있다. 그러한 請求에 대한 當事者適格의 主張, 立證의 難易는 Allen v. Wright<sup>78)</sup> 事件에서 黑人 公立學校父母들이 IRS의 差別的인 私立學校에 대한 租稅減免惠澤賦與(tax breaks for discriminatory private schools)에 대해 다툼에 대해 聯邦最高法院이 事實上的 原因要求가 充足되지 않았다는 이유로 當事者適格을 認定치 않음으로써 다시 立證되고 있다. Wright事件에서, 學父母들은 租稅減免措置가 差別的 私立學校가 授業料를 引下할 수 있도록 하여 白人學生들의 學父母들로 하여금 公立學校로부터 이러한 私立學校들로 轉學시킬 수 있도록 誘導하고 있으며, 이러한 轉學措置는 結果的으로 黑人學生

77) Varat, Variable Justiciability and the Duke Power Case, 53 Tex L. Rev. 273, 287(1980)

78) Allen v. Wright, 468 U. S. 737, 104 S. Ct. 3315, 82 L. Ed. 2d 556(1987)

들의 統合公立學校에 다닐 憲法上的 權利를 박탈하는 것이라고 主張하였다. 이에 대해 聯邦最高法院은 5-3의 多數決로(Marshall 大法官은 參加하지 않았다) IRS의 行爲와 公立學校의 繼續된 分離政策(the continued segregation)과의 因果的 連結線(the line of causation)이 薄弱하여 後者の 前者에 대하여 相當한 정도의 原因追跡이 어렵다(not fairly traceable)고 보고 있다. 多數意見은 當事者適格이 있기 위하여 學父母들이 다음 3가지를 소명하여야 했었다고 判示하였다. 1) 原告들의 지역사회에 소재하는 租稅減免對象의 私立學校가 人種的으로 差別的이어서 이러한 租稅減免을 撤回하는 경우 公立學校統合(public-school integration)에 感知할 수 있는 差異(an appreciable difference)를 惹起하는 경우일 것,

2) 相當數의 學敎가 租稅減免惠澤을 받지 못하는 위협을 받았다면 그들의 人種差別的 政策을 變更할 수 있는 경우일 것,

3) 그러한 學敎에 다니는 子女들의 相當數의 學父母들이 만약 租稅減免이 撤回되는 경우 그들의 子女들을 公立學校로 轉學시킬 수 있는 경우 등이다. 多數意見에 의하면, 原告들은 이러한 3가지의 要素들 어느 경우도 主張하지 않았다고 判示하였다. 이러한 聯邦最高法院의 判示에 대하여, Wright事件의 本案的 核心問題(the crucial question on the merits)는 行政府가 白人學生이 公立學校를 轉學하도록 事實上 造成하는 補助를 하였는지에 관해서인데, 多數意見의 原因追跡可能性要件의 適用(application of the traceability requirement)에 의하면, 行政府의 行爲와 白人學生들의 差別的 私立學校登錄사이의 關聯(connection)의 眞實性(truth)에 대하여 하등의 推論의 余地없는(no speculation) 特定의 方法으로(in a specific manner) 主張되어야 한다는 것으로, 그 결과 原告들은 開示節次 또는 本案審理節次의 혜택을 받음이

없이(without benefit of discovery or trial) 訴狀(complaint)에서 그 事實을 立證할 것이 要求되므로 不當하다는 지적이 있다.<sup>79)</sup>

聯邦最高法院은 當事者適格方式의 한 部分으로서 三權分立의 考慮를 採用하였다.<sup>80)</sup> 原告들은 既存의 IRS規定이 租稅減免地位의 賦與를 人種差別學校들에게 禁止시키고 있음을 認定하였다. 多數意見의 立場은 만약 그러한 請求에 當事者適格이 許容된다면, 特定적으로 確定할 수 없는 (not specifically identifiable) 行政府의 法違反을 다룰 수 있는 訴訟을 提起할 길을 攄아주는 格이 되며, 그러한 請求에 대하여는 聯邦法院은 一般的 陳情 (general complaint)에 대해 行政府의 業務處理方式으로 壓力을 가할 수 있는 適切한 場所(the proper forum)도 아니므로 비록 聯邦法院裁判한 適切한 경우이더라도 認定되기 드물다.<sup>81)</sup> 이러한 三權分立分析의 導出(the infusion of separation of powers analysis)는 從來의 當事者適格法理의 顯著한 離脫을 意味하는 것으로, 憲法上 請求가 종종 他機關의 行爲의 有效性에 關하여 提起되고 이에 대해 司法的 介入(judicial intrusion)與否가 問題되느니 만큼, 만약 當事者適格決定이 三權分立의 考慮로 適切히 기울어진다면 法院은 더욱 더 많이, 陳述되지 않고 檢證되지 아니한 價値의 寄與를 위해 (in order to serve unstated and unexamined values) 뚜렷한 根據를 밝힘이 없이 (on undisclosed grounds) 當事者適格을 單純히 適當하게 處理하거나 無視하는

79) Nichol, Abusing Standing : A Comment on Allen v. Wright, 133 U. Pa. L. Rev. 635, 640 n. 27(1985)

80) 多數意見은 當事者適格이 現在로서는 “民主社會에서 正當하고, 正當하게 制限된 (the proper-and properly limited)法院의 權限”을 認識한 “하나의 基本的인 思想(a single idea) 즉 三權分立思想”에 基礎한 것이라고 強調하고 있다. 當事者適格과 三權分立과의 一般的인 檢討로서는, Scalia, The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers, 17 Suffolk L. Rev. 881(1983)

81) 만약 侵害가 其他 모든 市民들 또는 納稅者들과 共有한다면, 適切한 救濟場所(the appropriate forum)는 立法府이지 法院이 아니며, 政治的 責任이라는 力學構造(the mechanisms of political accountability)만이 充分한 保障(a sufficient guaranty)이 된다는 見解로서는, Stone , Seidman, Sunstein & Tushnet, 前掲書 90

등(roll out or ignore)否認해 버리기 쉽다는 지적도 있다.<sup>82)</sup>

3名 大法官들의 反對意見(Marshall大法官도 이 判決에 관여하였다면 거의 확실히 反對意見일 것으로 보인다)은 IRS의 行爲와 學校非分離(school desegregation)사이의 因果的 連結의 近接性(the closeness of the casual link)에 대하여 多數意見과 다른 입장이다. 反對意見은 最小限 一部の 原告는 公立學校非分離政策에 差異를 招來할 정도로 人種差別的인 學校들이 租稅減免의 혜택을 받고 있는 지역에 거주하고 있다고 반박하며, 위 事件과 公立學校學父母들이 差別的 私立學校들에게 無償으로 教科書를 配付한 미시시피州의 教育政策에 대하여 有效한 平等權條項上 權利의 侵害를 主張할 수 있다는 Norwood v. Harrison<sup>83)</sup>事件과의 差異는 없다고 보고 있다.

多數意見은 Norwood事件에서의 原告들은 前訴에서 미시시피州에 대한 非分離政策施行命令(desegregation order)을 얻어낸 當事者들로서 州로 하여금 그 自身の 分離制度의 慣行의 離脫을 求할 直接的인 權利(a direct right)를 취득하였다. 反對로 Wright 事件에서는 原告들 누구도 IRS에 대한 事前取得의 禁止的 權利(any preacquired injunctive relief)를 갖고 있지 아니하였다는 것이다.

그러나 反對意見은 訴狀에서 많은 數의 教育區가 法院으로부터

---

82) Nichol, Abusing Standing : A Comment on Allen v. Wright, 133 U. Pa. L. Rev. 635, 642, 648(1984), Nichol은 聯邦最高法院이 그 根據로 三權分立의 原則을 들고 있으나 이를 當事者適格理論의 明確性으로부터 離脫하는 움직임(a movement away from clarity of the standing doctrine)으로 파악하면서, 한 事件이 適切한 三權分立을 威脅하는 경우에는 却下되어야 하나, 그것은 侵入(intrusion)이 決定的인 要素(a decisive factor)로 考慮되는 理論인 “政治的 問題”理論(a political question doctrine)으로서 却下되어야 한다고 主張하고 있다. 다른 視角에서, 聯邦最高法院이 一連의 立法的 原理들(legislative rules)을 施行함에 있어 任意的으로 管轄을 許容하거나 拒絕하는 決定自體가 三權分立에 의하여 禁止되는 類型의 司法的 立法(judicially lawmaking of the sort prohibited by the principle)이라고 본 見解로서는, Redish, Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function, 94 Yale L. J. 71 (1984)

83) Norwood v. Harrison, 413 U. S. 455, 93 S. Ct. 2804, 37 L. Ed. 2d 723(1973)

터 非分離統合의 命(court-ordered integration)을 받았음에 비추어 볼 때 이러한 구별에 따른 차이를 알 수 없다고 하였다. 反對意見을 낸 Stevens大法官은 “補助금이 一定한 行爲(여기서는 私立學校教育의 提供)를 費用負擔의 作用한다면, 一定行爲에 관여하는 能力의 增減을 結果하므로 當事者適格의 目的上 補助金の 侵害에 대한 原因關係的 追跡이 容易하다(injury can be fairly traced to the subsidy)”고 언급하였다. 反對意見을 낸 大法官들은 또한 多數意見의 三權分立原理를 들추어내는 것을 反對하였다. 行政節次의 司法的 再調整의 適切性(the appropriateness of judicial re-shaping of administrative procedures)은 別個의 獨立한 裁判適合性問題(a separate justiciability issue)로 취급되어야 하고, 當事者適格理論의 一部分(part of standing doctrine)으로서 취급되어야 하고, 當事者適格理論의 一部分(part of standing doctrine)으로서 취급되어서는 아니된다는데 意見を 모으고 있다.<sup>84)</sup>

##### 5) “事實上 原因”의 原則과 議會立法權의 限界

Flast判決과 Richardson判決에서 聯邦最高法院은 議會의 救濟許容立法(“congressional” grants of remedies)에 대하여 寬大한 立場(a generous stance)을 大辯하였으나, 이후 Warth判決, Simon判決, Valley Forge判決 等에서는 當事者適格原理에서의

---

84) Wright判決은 當事者適格決定問題를 明確化하기 위하여 三權分立原則를 採用하였으나, 下級法院의 指針을 提供하기 위하여는 보다 詳細한 理論構成의 說明이 要求된다는 見解로서는, L. Tribe 前掲書 109, 聯邦最高法院이 三權分立分析이라는 理論的 適用(doctrinal application)을 통하여 廣範한 衡平法上的 救濟問題를 포함한 實體法의 問題의 解決 및 聯邦主義의 考慮(federalism concerns) 등의 非本來的이고 非公認된 目的(extraneous and unacknowledged ends)을 追求하고 있다는 批判으로서는, L. Tribe, “Choke Holds, Church Subsidies, and Nuclear Meltdowns : Problems of Standing?” in Constitutional Choices 99-120, 327-62(1985)



憲法上の 要素(the constitutional ingredients in standing rules)에 대하여 漸次的으로 強調하면서 議會의 法院利用擴大措置에 대해 보다 큰 拒否反應(a greater reluctance to permit Congress to expand access to courts)을 立證해 보이고 있다. 즉 Burger 大法院長의 聯邦最高法院은 單純히 法院이 만들어낸 司法自制의 所産이 아니라 聯邦憲法 第3條의 “事件 또는 爭訟”에 의해 要求되는 當事者適格原理의 範圍에 대하여 漸次的으로 강조하였다. 위 聯邦最高法院은 앞서의 Valley Forge事件에서 보듯이 최근의 當事者適格의 論議에서, “極最小限”(an irreducible minimum)으로 憲法은 訴訟當事者가 被告의 歸責事由있는 違法的 行爲의 結果로서 自身이 一定한 侵害를 받거나 받을 우려(some actual or threatened injury)있는 경우를 要하고, 그러한 侵害는 係爭行爲로까지 原因追跡이 可能하며(fairly can be traced to the challenged action) 勝訴判決에 의하여 填補될 可能性이 있는 (likely to be redressed) 경우이어야 한다는 聯邦憲法 第3條의 “事件 또는 爭訟”에 根據한 侵害要件은 聯邦法院이 議會制定法 令의 欠缺이 있는 경우 當事者適格을 부여하지 못한다는 制限을 함에 그치고 (only to limit the ability of federal courts to confer standing in the absence of statute), 議會가 一定 個人 또는 集團에 聯邦法院의 介入(federal judicial intervention)을 正當化할 만한 特定行爲의 被害者로 규정할 수 있는 權限을 制限하는 것이 아니니 만큼<sup>85)</sup>(not limit Congress’s power to designate categories of individuals or groups as sufficiently aggrieved by particular actions), 경우에 따라서는 비록 議會가 보다 有利한 當事者適格의 適用을 試圖할 것이나, 이러한 試圖는 原告가 위에서 言及한 要件을 充足하지 않는 한은 無視될 것

---

85) L. Tribe, 前掲書 112

이다.

만약 議會가 特定한 私人的 集團(a particular class of persons)에 特定한 實體上的 權利(a particular substantive right)를 부여하는 法令을 制定한다면 그러한 權利가 侵害당하였다는 主張은 “事實上的 侵害”가 存在한다는 主張이 될 것이기 때문에 議會의 當事者適格의 부여는 보통 “事實上的 侵害”를 創設한다. 그러나 最近의 當事者適格의 因果的 側面(the causation aspects)는 그 性格上 司法慎重(prudential)問題이기보다는 完全한 憲法上(entirely constitutional)問題이다.

따라서 議會의 當事者適格附與(congressional grants of standing)는 EKWRO事件에서 明白하듯이 이러한 因果關係問題에 無關하다할 것이다.<sup>86)</sup> 다만 實務上으로는(as a practical matter)議會가 介入하여 法令으로 當事者適格을 부여하면(step in and by statute create standing), 이는 議會가 事實上的 (in effect) 聯邦法院에 爭點에 대한 判斷을 要求하고, 聯邦法院이 司法審査權限의 行使(the exercise of judicial review)를 正當化하는 것이므로, 聯邦最高法院으로서의 더욱 기꺼이(much more readily) 事件의 本案(the case on the merits)에 대해 判斷할 것으로 보여진다. 다만 이 경우 議會의 立法權이 聯邦憲法 第3條의 “事件 또는 爭訟” 要件(the case or controversy requirement)을 벗어날 수 없다는 것이나, 聯邦最高法院이 U. S. v. SCRAP判決 등에서 보여 주듯이 이러한 聯邦憲法 第3條의 前提要件을 事實上 相當히 낮추어 運營하는 한 달리 聯邦最高法院의 立場에는

---

86) 만약 聯邦最高法院이 議會가 制定한 法令이나 行政的 決定(legislative enactment or administrative decision)이 憲法에 違反한다고 (in violation of the Constitution)決定한다면 議會는 國民들로부터 憲法改正同意를 받지 아니하는 한 그 結果를 自由로이 變更할 수 없으므로 當事者適格의 基礎에 관한 決定에 대하여 결국 아무런 立法措置를 取할 수 없게 되는 結果가 된다는 見解로서는, Barron, Dienes, McCormack & Redish, 前掲書 1314-15

變化가 있을 것으로는 보이지 않는다.<sup>87)</sup>

#### 6) 請求의 併合과 因果關係의 判斷

原告가 複數請求를 하고 있는 경우, 別個의 當事者適格分析이 各 請求에 대하여 行해져야 한다. 따라서 當事者適格은 一定 原告가 一定 被告에 대한 請求 중 그 하나에 대하여는 存在하지만 다른 하나에 대하여는 存在하지 않는 경우도 可能하다. Los Angeles v. Lyons<sup>88)</sup>事件에서 原告는 로스앤젤레스경찰에 의한 制御裝具(choke hold)의 被害者들인데 경찰에 대한 損害賠償請求(a damage claim against the police)에 대한 當事者適格은 認定되었으나 모든 사람에게 대한 경찰의 將來의 制御裝具의 使用禁止 命令을 求하는 請求(injunction against all future use of such choke holds by the police against all persons)에 대하여는 當事者適格이 否認되었다. 聯邦最高法院은 原告가 경찰의 制御裝具 사용으로 將來의 侵害(future injury)를 입을 수 있을 것으로 볼 수 없다고 判示하면서, L. A.의 모든(all) 경찰이 恒常(always) 逮捕 또는 審問의 目的 如何를 不問하고 一定 市民에 대하여 制御裝具를 使用하고 있다는 것과 市가 경찰에게 그러한 方法의 使用을 命令하였거나 權限을 부여하였다는 등의 信憑性을 認定하기 어려운 主張(the incredible assertion)을 하였어야 했다고 附言하고 있다.<sup>89)</sup>

---

87) Nowak, Rotunda & Young, 前掲書 80

88) City of Los Angeles v. Lyons, 461 U. S. 95, 103 S. Ct. 1660, 75 L. Ed. 2d 675(1983)

89) Lyons 事件의 全般的 檢討를 爲하여는, Fallon, Of Justiciability, Remedies, and Public Law Litigations : Notes on the Jurisprudence of Lyons, 59 N. Y. U. L. Rev. 1(1984), 聯邦最高法院은 終了된 損害(completed harm)는 事實上の 侵害를 構成하지 않으며, 禁止命令을 求하는 救濟節次에서는 將來損害의 確實性(certainty of future injuries)이 要求된다고 하여, 通常 商事關係事件에서는 (in commercial cases) 不確定性的의 複雑한 連鎖(the convoluted chains of contingencies)를 기꺼이 認定하고 있음과 對照的으로 極端的이고 終禮없는 (extreme and unprecedented) 接近方式을 採擇하였음에 注意를 要한다. L. Tribe, 前掲書 121

## 다. 第三者の 當事者適格

### 1) 一般的 原理

當事者適格原理의 主된 機能 중의 하나는 訴訟當事者는 通常 第三者の 憲法上의 權利를 主張할 수 없다는 一般的인 原則을 施行함에 있다. 이러한 原則은 또한 때때로 “憲法上 第三者 權利 主張禁止의 原則”(the rule against assertion of “constitutional jus tertii”)이라고 불리진다.<sup>90)</sup> 즉 法令이 合憲的으로 適用되는 자가 그 法令이 다른 者에 대하여 係爭狀況 以外の 狀況에서 違憲的으로 適用될 可能性이 內在하고 있다는 主張이 許容되지 아니하며, 憲法上의 權利는 個人的(personal)이고 代理하여(vicariously) 主張될 수 없다는 原則이다.<sup>91)</sup> 따라서 個人은 그 自身이 法令의 作用으로 損害를 당하고 있다는 主張, 立證을 하지 않는 한 法令의 合憲性(the constitutionality of a statute)을 다툴 수 없다.<sup>92)</sup> 聯邦最高法院은 Singleton v. Wulff<sup>93)</sup>事件의 判決에서, 그 理由로 다음 두 가지를 들고 있다.<sup>94)</sup>

90) 制3者當事者適格理論과 아울러 聯邦憲法 制3條의 “事件 및 爭訟”이라는 最小限의 當事者適格要件을 滿足한 當事者가 訴訟의 過程에서 特定한 法律上의 請求를 提起할 수 있는 者에 관하여 다른 角度에서 接近한 利益領域理論(the zone-of-interest)이 있다. 다만 制3者當事者適格理論이 訴訟當事者 아닌 他人의 利益만을 保護하는 請求를 排除하는데 초점이 있는 反面, 利益領域理論은 訴訟當事者가 聯邦法令 또는 憲法上의 保障에 의하여 保護될 수 있는 利益領域(the zone of the interests arguably protected by relevant statute of constitutional guarantee)에 속하는 請求를 主張, 立證하지 않는다면 訴訟當事者의 主張된 利益을 保護하지 않는 것으로 간주되는 請求에 관한 것으로, 行政法의 領域 이외의 憲法訴訟에서는 (in non-administrative setting) 단순히 制3者 權利主張禁止의 一般的 原理의 再說明(restatement)으로서 利用된다. L. Tribe, 前掲書 144

91) Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830(1973)

92) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510(1965) 第3者 當事者適格에 관한 一般的 論議로서는, Monaghan, Third Party Standing 84 Colum. Rev. 567(1984), Brilmayer, The Jurisprudence of Article III : Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement, 93 Harv. L. Rev. 97(1979)

93) Singleton v. Wulff, 428 U. S. 106, 96 S. Ct. 2868, 49 L. Ed. 2d 826(1976)

94) 制3者當事者適格理論 適用判決들의 一貫된 理論構成의 難易 및 最近의 理論構成의 試圖에 관하여는, Monaghan, 前掲論文, Sedler, The assertion of Constitutional Jus Tertii : A Substantive Approach, 70 Calif. L. Rev. 1308(1982)

첫째, 法院은 그러한 第三者의 權利에 대해 不必要하게 (unnecessarily) 裁判하여서는 아니되고, 둘째, 事實上 그러한 權利의 所持者는 自身の 權利를 主張하는 것을 바라지 않든지 訴訟當事者의 勝訴여부를 불구하고 自身の 權利를 享有할 수 있으며, 셋째, 第三者 自身이 통상 自身の 權利의 最上의 提示者(the best proponent of their own rights)라는 것이다.<sup>95)</sup>

이미 본 Warth v. Seldin事件에서, Rochester市の 居住者들은 인근 Penfield市가 低所得 및 中産層住居의 新築을 許容하지 않음으로 인하여 Rochester市는 보다 더 많이 그러한 住居를 建築하도록 開發業者에게 租稅輕減惠澤을 부여함으로 인하여 自身들의 稅金額을 引上케 하였다고 主張하였는데 비록 그들의 引上된 租稅가 “事實上的 損害”를 구성한다고 하더라도, 都市計劃法은 그들에게 適用되지 않고 따라서 그들의 權利를 侵害한 것이 아니라는 理由로 當事者適格이 認定되지 않았다. 즉 그들의 主張은 第三者의 權利(여기서는 都市計劃法에 의해 Penfield로부터 排除된 자)를 특별한 例外的 경우를 除外하고는 主張할 수 없다는 一般原則에 該當된 것이다.

## 2) 例外 認定根據 및 要件

이러한 第三者權利主張금지의 原則은<sup>96)</sup> “裁量的 내지 司法慎重의 考慮”(discretionary or prudential considerations)에 基礎한 것으로, 憲法 第3條의 “事件 및 爭訟”의 要件에 의해 부과된 것

95) Lea Brilmayer교수는 첫째의 경우를 “制限性”(restraint), 둘째의 경우를 “自己決定性”(self-determination), 셋째의 경우를 “代表性”(representation)으로 概念構成하여 이러한 政策的 考慮를 裁判適合성의 基礎概念으로 理解하고 있다. Brilmayer, 前掲論文

96) 이에 관한 聯邦最高法院의 判決들의 分析, 整理로서는, Anno., Supreme Court's Views as to Party's Standing to Assert Rights of Third Persons (Jus Tertii) in Challenging Constitutionality of Legislation, 50 L. Ed. 2d 902(1978), 一般的인 理論的 檢討를 위하여는, Note, Standing to Assert Constitutional Jus Tertii, 88 Harv. L. Rev. 423(1974)

이 아니다(not constitutionally-mandated but a rule of judicial self-restraint). 그러므로 聯邦最高法院은 適用될 憲法上의 問題가 不明確하고 推論的인 (ill-defined and speculative) 경우 紛爭에 不當한 介入(unwarranted intervention)을 最小化하기 위하여<sup>97)</sup> 有用한 司法自制의 原理(salutary rule of self-restraint)에서 비롯된 第三者 權利主張禁止의 原則자체를 단지 하나의 實務原則(only a rule of practice)으로 보고 더 效果的인 司法正義의 達成(the more effective attainment of justice)을 위해 必要한 경우에는 無視될 수 있고 無視되어야 한다는 입장에서<sup>98)</sup> 一定한 制限的인 경우에 一般原則의 例外를 實際問題에 卽應하여 (intensively pragmatic) 自由로이 發展시킬 수 있었다.<sup>99)</sup> 물론 例外的인 경우의 認定은 가장 比重있는 反對利益의 政策的 考慮(the most countervailing policy considerations)에 根據한 制限的임을 留意할 必要가 있다.

聯邦最高法院은 一貫된 類型이 缺如(lack of a coherent pattern) 되고 臨時變通的(patchwork)이나<sup>100)</sup> 現在로서 Singleton v. Wulff事件 등을 통하여 定立한 다음의 두 가지의 要素(two factual elements)를 第三者의 當事者適格금지(the ban on third-party standing)에 대한 例外로서 認定하기 위한 決定을 함에 있어 主로 (primarily) 考慮하고 있는 것으로 보인다.<sup>101)</sup>

97) Craig v. Boren, 429 U. S. 190, 97 S. Ct. 451, 50 L. Ed. 2d 397(1976)

98) Barrows v. Jackson, 346 U. S. 249, 73 S. Ct. 1031, 97 L. Ed. 1586(1953) rehden 346 U. S. 841, 74 S. Ct. 19, 98 L. Ed. 361(1953)

99) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349(1972)

100) Note, Standing to Assert Constitutional Jus Tertii, 88 Harv. L. Rev. 423(1974)

101) 이러한 考慮要素는 第三者當事者適格이 認定되기 위한 一種의 共通性格(some common characteristics)에 지나지 않으며, 具體的 狀況(a given fact situation)에서 適用될 수 있는 確立된 類型(a given fact situation)은 判例上 提示된 바 없다. 따라서 聯邦法院은 相當한 裁量權(a good deal of discretion)을 行使하느니 만큼 理論的 論議(doctrinal argument)의 實益은 制限的 (of limited utility)임에 注意를 要한다. K. Ripple, 前揭書 209. Ripple 은 이러한 두가지의 要素 外에 앞서의 Craig v. Boren事件에서 多數意見이 判定한 “聯邦最高法院이 法令에 대하여 새로이 別訴로서 다투도록 기다리기 위해 (in order to await the initiation of a new challenge to the statute) 憲法上 本案問題를

1) 第三者의 主張된 憲法上的 權利가 만약 訴訟當事者가 第三者의 權利를 主張하는 것이 許容되지 않는다면 損傷될 수 있는(impaired) 可能性이 存在하고, 2) 訴訟當事者와 第三者사이 特別한 關係(a special relationship)가 存在하여 第三者의 權利의 擁護가 訴訟當事者가 당한 事實上的 侵害를 제거할 뿐만 아니라 訴訟當事者의 利益이 訴訟當事者가 第三者의 權利의 完全하게 또는 거의 完全하게 效果의 提示할 수 있는 자(fully or very nearly, as effective a proponent of the right as the third party)라고 認定될 정도로 第三者의 利益과 密接하게 類似한(closely analogous) 경우 등이다.<sup>102)103)</sup> 각 경우를 具體的으로 檢討한다.

### 가) 第三者權利의 損傷

---

考慮하지 아니하고(forgo consideration if the constitutional merits) 當事者問題를 決定하는 것은 결국 注意와 慎重의 구실로(under the guise of caution and prudence) 反復的이고 消耗的인 訴訟(repetitive and time-consuming litigation)을 助成하게 하는 許容될 수 없는(impermissible) 處事이다.”라는 司法經濟的 考慮(consideration of judicial economy)의 지적을 받아들여, “바람직한 本案의 結論到達”(a desire to reach the merits)의 要素를 追加하고 있다. K. Ripple, 前掲書 208-210

102) 이 경우 聯邦最高法院은 각 要素의 該當與否를 判斷하기 위하여, 1) 行政行爲와 法令을 다투고 있는 訴訟當事者의 利益, 2) 主張된 權利의 性格, 3) 訴訟當事者와 第三者사이의 關係, 4) 第三者 自身의 權利保護實現能力上的 實際的 制限(practical limitation) 등을 考慮할 것으로 보인다. Sedler, standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court, 71 Yale L. J. 599(1962)

103) 聯邦最高法院의 第三者當事者適格問題에 있어 서로 엇갈리는 立場表明(confused pronouncement)는 個人的 當事者適格(personal standing)과 關聯된 事件들에 있어 節次的 負擔의 一般的인 緩和(the general loosening of procedural burdens)立場과는 相衝하는 結果가 되어 訴訟當事者에게는 一種의 豫期치 아니하는 陷穿(pitfall)을 提供하게 되어 訴訟當事者로서는 本案에 이르기 前에 豫備的으로(preliminary to ever reaching the merits) 不必要한 訴訟의 提起를 惹起하므로, 訴訟當事者가 係爭行爲로부터 事實上的 侵害를 當하고, 事件이 充分히 具體的이고 成熟되고(sufficiently concrete and ripe), 司法慎重의 考慮(prudential concerns)에 基한 司法自制(judicial self-restraint)를 要求하지 않는다면, 聯邦最高法院은 단지 第三者當事者適格을 求하는 當事者가 保護를 求하는 第三者의 適切한 代表者(an adequate representation of the third parties)가 아닌 경우라고 確信되는 경우에만 第三者 當事者適格을 禁止할 수 있다는 見解로서는, Rohr, Fighting for the Rights of Others : The Troubled Law of Third Party Standing and Mootness in the Federal Courts, 35 U. Miami L. Rev. 393(1981)

第三者の主張된憲法上の權利가 損傷(impairment of third party rights)될 것이라는可能性은 위의 두가지의要素들 中에서 보다 重要な 것이다.<sup>104)</sup> 이러한 要求는 第三者の憲法上の權利主張을 第三者 自身이 할 수 없는 法的인 制約(legal restrictions)下에 處한 경우에는 (inability of third party to assert own right) 明確하게 充足된다.<sup>105)</sup> 이러한 法的인 制約은 特定 訴訟의 當事者 아닌 第三者가 訴訟의 結果에 대해 損害를 입게 되는 處地에 놓이고 (stand to lose by its outcome), 달리 自身の 權利를 保存할 效果的인 方法(effective avenue)이 없는 경우이다.<sup>106)</sup> Barrows v. Jackson<sup>107)</sup>事件에서 被告는 人種的으로 制約的인 特約(a racially restrictive covenant)을 체결한 부동산의 所有者로서 그러한 特約을 違反하여 黑人인 X에게 그의 부동산을 매도하였다.

原告는 같은 特約을 체결한 인근부동산의 所有者로서 被告에 대해 特約違反을 原因으로 한 損害賠償訴訟을 提起한 데 대해 被告는 그러한 特約이 訴訟當事者 아닌 X의 平等權을 違反하였다고 抗辯하였다. 이에 대해 聯邦最高法院은 만약 當事者適格이 被告의 立場에 있는 자에게 주어지지 않는다면 X와 같은 將來의 후인매수인들은 결코 그들의 平等權을 訴訟化할 機會(an opportunity to litigate)를 갖지 못할 것이라는 理由로 被告가 X의 憲法上の 權利를 主張할 수 있는 當事者適格이 있다고 判決

104) 第三者權利主張禁止에 대한 廣範한 例外(the wide-ranging exceptions)를 正當化할 重要な 要素들로서, 1) 權利主張者(claimant)와 第三者 사이에 一定한 實質的인 關係의 存在(the presence of some relationship), 2) 第三者權利所持者(the third party rightholders)가 自身の 憲法上の 權利를 主張하는 것이 不可能(impossibility)하고, 3) 訴訟當事者가 第三者의 權利를 主張하는 것이 許容되지 않으면 第三者의 權利가 稀釋되는(diluted) 경우로 분류하여 셋째의 要素가 決定的인(critical)것으로 이에 대한 強調가 現在の 臨時變通的인 例外(the present "patchwork of exceptions")로부터 보다 一貫된 理論(more coherent doctrine)을 導出할 수 있다고 본 見解로서는, G. Gunther, 前掲書 1574

105) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349(1972)

106) Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830 (1973)

107) Barrows v. Jackson, 346 U. S. 249, 73 S. Ct. 1031, 97 L. Ed. 1586(1953)



하였다. 이것은 만약 매도인이 特約의 有效性을 다투기보다는 그러한 特約을 自發적으로 認定한 다면 (voluntarily honored such covenants rather than litigating their validity) 비록 黑人들에 대한 매도를 自發적으로 拒否한 것이 매도인이 事實上 損害賠償의 提訴를 당하지 않을 意思에서 비롯된 것이라 하더라도 州의 行爲(state action)의 介入問題는 없을 것이기 때문이다.

第三者의 權利의 主張을 認定하지 않는 경우 第三者의 權利의 行使를 損傷하는 것이 法的 制約(legal restriction)에 의한 것이 아니라 單純히 事實上的 障礙(practical obstacle)에 기반한 것인 경우에 대하여는 聯邦最高法院의 態度는 對立 되어 왔다.

이러한 問題를 다룬 最近의 Singleton v. Wulff<sup>108)</sup>事件에서 Blackmun의 複數意見(plurality opinion)에 의해 代表되는 4명의 大法官들은 “眞正한 障礙”(a genuine obstacle)의 存在만으로 充分하다고 보고 있으나 4명의 大法官들 (Powell大法官 역시 부분적으로 反對意見을 내고 있다)은 第三者가 自身の 權利를 主張할 수 있는 能力이 “事實上 모든 면에서 不可能한”(in all practical terms “impossible”)경우에 局限하여 認定된다고 보고 있다. Singleton事件에서, 州法수가 낙태를 위한 진료혜택 (medicaid benefit for abortions)을 거부하고 있는데 대해, 한 醫師가 Roe v. Wade<sup>109)</sup>判決에 의해 가지는 自身の 貧困한 妊産婦患者의 權利(indigent pregnant patients' rights)를 主張하였다. Blackmun의 複數意見은 事案의 模擬裁判性의 問題(mootness problems)와 더불어 妊産婦의 匿名의 必要性(necessity of anonymity)은 妊産婦自身이 訴訟을 提起하는 것이 “眞正한 障礙”에 해당한다고 判斷하였다.

---

108) Singleton v. Wulff, 428 U. S. 106, 96 S. Ct. 2868, 49 L. Ed. 2d 826(1976)

109) Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147(1973)

이 경우 비록 그러한 訴訟이 模擬裁判性 問題를 回避하기 위하여 集團訴訟(a class action)으로 提訴될 수 있으므로 法的으로는 不可能한 것 (a legal impossibility)이 아니라 할지라도 當事者適格이 認定되어야 한다고 보고 있다. 이에 대해 反對意見은 “眞正한 障礙”의 存在는 너무 伸縮的인 基準이므로 (too flexible a criterion) 第三者 當事者適格이 認定되기 위하여는 妊産婦自身の 訴訟이 事實上 不可能(virtually impossible) 한 경우이어야 한다고 보고 있다.

#### 나) 特別한 關係의 存在

訴訟當事者と 그가 權利를 主張하려고 하는 第三者사이의 特別한 關係(special relationship)의 存在는 적어도 도움이 되고 (at least helpful), 聯邦最高法院의 一部 大法官들에 의하면 (즉 Singleton事件의 複數意見에서와 같이) 第三者 權利(jus tertii)에 대하여 必須的인(essential) 것이어야 한다. 聯邦最高法院은 다음과 같은 關係가 있는지에 대하여 判斷한다.

1) 求하고 있는 救濟를 許容하는 것이 訴訟當事자에게 事實上的 侵害를 除法할 수 있을 것(이러한 要件은 當事者適格에 있어서 因果關係의 一般的인 要件의 한 部分이다.) 2) 訴訟當事자가 第三者의 利益의 가장 效果的인 提示者(the best effective proponent)인 경우일 것 등이다.

예를 들면 Pierce v. Society of Sisters<sup>110</sup>事件에서, 公立學校에 子女를 보내지 않는 父母에 대하여 犯罪로서 規定하고 있는 州의 法令에 대하여 私立學校들이 學父母와 子女들의 實體的 適法節次權利(the substantive due process rights)를 侵害하였다는 이유로 그 法令의 執行을 沮止하기 위한 訴를 提起한데 대해 聯邦最高法院은 私立學校들이 理解關係 있는 事業上 및 財産上的

---

110) Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510, 45 S. Ct. 571, 69 S. Ed. 1070(1925)

利益(business and property interests at stake)을 상당히 明白하게 가지고 있으므로 學父母와 子女들의 適法節次權利를 主張할 수 있다고 判決하였다.

訴訟當事자와 第三者사이의 特定한 相互依存的關係(a specific relationship of interdependence)는 典型的으로 訴訟當事者에 대한 派生的 損害(derivative injury)와 第三者 權利의 損傷(impairment of the third party's rights)과의 사이에 因果的 關係(causal link)를 提供하나, 單純히 特別關係의 存在만으로는 그 자체가 第三者 權利主張을 許容하는데 거의 不充分하다. 第三者 權利主張의 否認이 第三者의 權利行使를 侵害할 것이라는 主張, 立證이 있어야 한다. Pierce事件에서, 私立學校가 學父母 및 子女들의 權利를 主張할 수 있는 權利가 否認되었다면 私立學校들이 학생수의 격감으로 문을 닫지 않을 수밖에 없다는 것이 立證되어야 한다.<sup>111)</sup><sup>112)</sup> 한편 特別한 關係가 보통 團體 및 그 構成員들 사이에 存在하며 團體가 構成員의 權利를 主張할 수 있다. NAACP v. Alabama<sup>113)</sup>事件에서는, 州法院이 全國有色人種權益伸張協會(the National Association for the Advancement of Colored People, 略稱 NAACP)에게 同 協會의 알라바마支部會員

---

111) 이와 같은 聯邦最高法院의 理論的 根據는 第三者의 自身들의 權利의 享有가 訴訟當事者(學校)의 派生的 侵害(derivative injury) 즉 學生의 不足으로 學校閉鎖를 하지 않을 수 없는 侵害로부터의 自由에 依存하기 때문이다. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, 498 n. 142(1965)

112) 聯邦最高法院의 第三者에 대한 當事者適格關聯判決들을 分析한 결과 一般的인 前提로서 (as a general proposition) 憲法訴訟에서 勝訴하기 위하여는, 訴訟當事者 自身の 權利에 대한 違反(in violation of his own rights)을 主張, 立證하여야 한다고 하면서, 憲法上 第三者 當事者適格主張이 許容된 事件들에 있어서는 第三者 當事者適格主張의 訴訟當事者에 대한 係爭法令 또는 行政行爲의 適用 그 自體(an application itself)가 違憲의 내지 無效(unconstitutional or otherwise invalid)였고, 反對로 第三者適格主張이 許容되지 아니한 경우는 第三者 權利에 대하여는 違反일 수 (possible violation)있으나 訴訟當事者에 適用되는 경우에는 法令의 合憲性 決定에 無關係한 (irrelevant) 경우들이었다고 본 見解로서는, Sedler, *The Assertion of Constitutional Jus Tertii: A Substantive Approach*, 70 Calif. L. Rev. 1308, 1309(1982). 위 見解에 의하면 어떤 憲法訴訟事件에서나 眞正한 問題(the real question)는 係爭法令이 訴訟當事者의 實體法的인 憲法上的 保護(substantive constitutional protection)를 違反하였는지의 與否이다.

113) NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449, 78 S. Ct. 1163, 2 L. Ed. 2d 1488(1958)

들 및 任員의 姓名 및 住所를 포함한 모든 기록 및 자료들을 제출하도록 명령하자, NAACP는 州가 合憲적으로 公開(disclosure)를 強制할 수 없다고 다투고 있는 會員名單(membership lists)을 除外하고 다른 資料를 提出命令에 따라 제출하였으나, 州法院은 NAACP가 법원의 提出命令을 위반하였다는 이유로 法廷侮辱(contempt of court)을 선고한 사건에 대하여, 聯邦最高法院은 NAACP가 提出命令을 다툼에 있어 構成員들의 憲法上的 權利를 主張할 當事者適格을 갖는다고 判示하였다. 聯邦最高法院은 法院은 一般的으로 當事者가 自身에 대한 個人的(personal)하는 憲法上的 權利에만 依存하도록 할 수 있음은 同意를 하지만, 이러한 原則은 法院에 즉시 提訴할 수 없는 (not immediately before the court) 者들의 憲法上的 權利가 法院에 提訴할 수 있는 適切한 代表者(an appropriate representative before the court) 外에는 效果的으로 擁護될 수 없는 경우에는 輕視되는 것이 아니다 (not disrespected)라고 判斷하여, 團體가 構成員들의 言論 및 集會의 自由를 主張할 수 있는 一定한 경우를 認定하였다.

### 3) 廣範圍性 理論과의 關係

“廣範圍性” 理論(overbreadth doctrine)은<sup>114)</sup> 第三者權利主張禁止原則에 대한 또 다른 하나의 例外로 看做되고 있다. 廣範圍性 理論에 의하면 刑事法令이 明確하고 合憲적으로 適用되는 當事者가 그 法令이 만약 第三者에 의해 介入된다면 合憲적으로 保

---

114) 法令이 合憲적으로 禁止할 수 있는 規定된 行爲 外에 그 規定 適用上 言論, 集會의 自由保護條項에 의해 保護되는 行爲까지 全面的으로 包括하는 경우에는 廣範圍하다고 본다. Thornhill v. Alabama, 310 U. S. 88, 60 S. Ct. 736, 84 L. Ed. 1093(1940). 종래의 Burger聯邦最高法院에서는 聯邦憲法 修正 第1條上的 廣範圍性 分析의 使用을 相當히 줄여서, 주로 法令의 正當한 使用과 比較하여 廣範圍정도가 “相當한”(substantial)경우에만 認定하여 왔다. Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 93 S. Ct. 2908, 37 L. Ed. 2d 830(1973)

護되어야 할 一定 類型의 行爲에 適用될 수 있다고 主張하는 것이 許容될 수 있다.<sup>115)</sup>

聯邦最高法院은 이러한 廣範圍性理論에 根據한 當事者適格의 例外 認定을 特定한 法令이 주로 聯邦憲法修正 第1條上 保障된 權利行使에 대한 冷却效(chilling effect)를 內包하는 경우에 限定하여 認定하고 있다.<sup>116)</sup>

즉 聯邦憲法修正 第1條의 自由의 領域에서 全面的이고 不當한 適用(sweeping and improper application)의 우려있는 刑事法令(a penal statute)의 存在를 堪耐할 危險으로 인하여, 自身의 行爲가 보다 縮小的으로 規定된 法令(more narrowly drawn statute)에 의해서는 규제될 수 있는지에 關係없이 文面上 廣範圍하다(facially overbroad)하다는 理由로 法令을 다룰 當事者適格이 存在한다.<sup>117)</sup>

물론 法令의 適法한 表現에 대한 沮止效(the statute's deterrent effect on legitimate expression)가 現實的이지 않고 相當하지 아니한(not both real and substantial)경우이거나, 法令이 州法院에 의해 縮小解釋(a narrow construction)이 통상 行해지는(readily subject to)경우에는 訴訟當事者는 第3者의 權利를 主張할 수 없다.<sup>118)</sup>

---

115) 聯邦最高法院은 앞서의 Broadrick v. Oklahoma 判決 등을 통하여, 이러한 廣範圍性理論이 “強한 處方藥”(strong medicine)내지 傳統的인 當事者適格原理로부터의 相當한 離脫(substantial departure from the traditional standing rule)이라는 立場을 堅持하고 있으나, 이에 대해 從來의 當事者適格의 原理(conventional standing principles)下에서도, 訴訟當事者는 合憲的으로 有效한 法の 支配에 符合하여 (in accordance with a constitutionally valid rule of law)裁判을 받을 權利(the right to be judged)를 항상 가져 왔으므로 廣範圍性理論이 傳統的인 當事者適格理論으로부터 離脫을 代辯하는 것이 아니다(represent no departure from traditional standing principles)라고 본 見解로는, Monaghan, Overbreadth, 1981 S. Ct. Rev. 1, 3

116) Moose Lodge Number 107 v. Irvis, 407 U. S. 163, 92 S. Ct. 1965, 32 L. Ed. 2d 627 (1972)

117) Freedman v. Maryland, 380 U. S. 51, 85 S. Ct. 734, 13 L. Ed. 2d 649(1965), Dombrowski v. Pfister, 380 U. S. 479, 85 S. Ct. 1116, 14 L. Ed. 2d 22(1965)

118) Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U. S. 50, 96 S. Ct. 2440, 49 L. Ed. 2d 310, reh den 429 U. S. 873, 97 S. Ct. 191, 50 L. Ed. 2d 155 (1976)

이러한 當事者適格의 認定은 聯邦憲法修正 第1條의 自由에 대하여 必要한 生存的 領域(necessary “breathing space to survive”)을 確保하기 위하여 傳統的 當事者適格의 修正이 不可避하다는 認識<sup>119)</sup> 및 法令 그 自體의 存在가 第三者의 憲法上 保護된 言論의 自由의 行使를 禁止하도록 하는 結果를 惹起한다는<sup>120)</sup> 司法的 豫見 내지 假定(a judicial prediction or assumption)에 基礎한 것으로, 思想의 交流를 위한 自由롭고 公開된 市場(a free and open market for the interchange of ideas)維持라는 優越的 重要性(overriding importance)<sup>121)</sup> 내지 憲法上 保護된 表現의 諸般社會에 대한 超越的 價値(transcendent value)를 반영하고 있다.<sup>122)</sup> 이러한 廣範圍性理論의 適用은 주로 權利章典상의 權利를 規定하고 있는 聯邦憲法修正 第1條上 保障되고 있는 自由權(freedom guaranteed by the Bill of Rights)에 局限되어 認定되어 왔음에 注意를 요한다.<sup>123)</sup>

Dandridge v. Williams<sup>124)</sup>事件에서, 聯邦最高法院은 州行政關係의 法規定이 聯邦扶養子女補助法下에서 가족 한 世帶가 受領할 수 있는 補助金の 總額을 制限하는 것은 聯邦憲法修正 第14條의 平等權條項을 侵害하는 것은 아니라고 判示하면서, 만약 이 事件이 行政行爲가 修正 第1條의 言論의 自由를 侵害한 것이라

119) Walker v. City of Birmingham, 388 U. S. 307, 87 S. Ct. 1824, 18 L. Ed. 2d 1210(1967) reh den 389 U. S. 894, 88 S. Ct. 12, 19 L. Ed. 2d 202 (1967)에서의 Warren大法院長, Douglas, Fortas大法官들의 反對意見에서 言及되고 있다.

120) Gooding v. Wilson, 405 U. S. 518, 92 S. Ct. 1103, 31 L. Ed. 2d 408(1972)

121) Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U. S. 50, 96 S. Ct. 2440, 49 L. Ed. 2d 310(1976) reh den 429 U. S. 873, 97 S. Ct. 191, 50 L. Ed. 2d 155(1976)

122) Bigelow v. Virginia, 421 U. S. 809, 95 S. Ct. 2222, 44 L. Ed. 2d 600(1975)

123) 그러나 例外的으로 聯邦憲法修正 第1條와 第14條와의 相互關聯的 事件에 대하여 廣範圍性理論이 適用된 判決로서는, Aptheker v. Secretary of State, 378 U. S. 500, 84 S. Ct. 1659, 12 L. Ed. 2d 992(1964), 聯邦憲法修正 第14條의 事件에 關하여 廣範圍性理論이 適用된 判決로서는, Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 92 S. Ct. 1027, 31 L. Ed. 2d 349(1972)

124) Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471, 90 S. Ct. 1153, 25 L. Ed. 2d 491 (1970) reh den 398 U. S. 914, 90 S. Ct. 1684, 26 L. Ed. 2d 80 (1970)

고 주장되었다면 “廣範圍性”(overreaching)의 發見은, 行政規定이 너무 廣範圍하여 修正 第1條에 의하여 保護된 行爲를 侵害할 정도로 (so broad as to impinge upon activity protected by the First Amendment) 全面的으로 適用되어, 그러한 廣範圍性은 違憲的이 될 것이기 때문에 意味가 있고 決定的일 것이나, 廣範圍性의 概念은 그러한 規定이 위 法上 대가족에 대하여 福祉補助金支給許容에 있어 一定 差別(some disparity)을 하였다는 理由만으로 修正 第14條를 侵害했다고 주장되는, 何等 權利章典上 保護된 自由에 影響을 미치지 아니하는 (not affecting freedoms guaranteed by the Bill of Rights)社會, 經濟分野에 있어서의 州의 規定(state regulation in the social and economic fields)을 다루는 事件에는 그 適用이 없다고 보고 附言하여, 州의 經濟, 福祉關係規定이 廣範圍하다고 無效化(invalidation)를 認定하는 것은 이미 지나가 버린 過去의 聯邦最高法院이 聯邦憲法修正 第14條가 聯邦最高法院으로 하여금 州의 法律이 賢明치 않고, 卽興的이고, 特定 學說과 相馳한다는 (unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought)理由로 無效化할 수 있는 權限을 받고 있다고 생각된 時節을 回想케 만드는 것이나 다름이 없다고 하였다. 한편 當事者適格이 있기 위하여는, 個人이 主觀的 “萎縮”(a subjective chill)의 主張 以上の, 特定の 現存하는 客觀的 損害 또는 特定の 將來의 損害의 우려(a specific present objective harm or a threat of specific future harm)의 主張을 立證하여야 하는 制約이 있다. 비록 第三者의 權利의 主張이 廣範圍性理論의 核心이나, 廣範圍性은 위에서 考慮한 jus tertii에 대한 禁止의 例外로부터 구별될 수 있다.

廣範圍性理論下에서는, 第三者는 假想的(hypothetical)이고, 訴訟當事者는 自身과 다른 사람의 表現의 自由를 冷却시킬 넓게

解釋되는 法令下에서 有罪判決을 받지 아니할(not to be convicted under a broadly-drawn statute) 自身の 憲法上の 權利(his own constitutional right)를 역시 主張하여야(also asserted) 하는 것이다. 즉 廣範圍性主張의 當事者는 自己의 憲法上の 權利를 侵害하는 것과 같은 方法으로(in the same manner) 係爭法令이 假想的 第三者에 대한 適用이 豫想된다고 主張하여야 한다. 聯邦最高法院은 法令의 廣範圍性(statutory overbreadth)와 第三者의 權利主張(jus tertii)를 구별하지 않음으로써 兩者의 原理를 一般的으로 第三者 權利主張을 禁止하는데 適用하고 있다.<sup>125)</sup>

#### 4. 州法院提訴事件에 있어서의 當事者適格 問題

州法院訴訟當事者가 憲法 또는 其他 聯邦問題(federal question) 訴訟을 提起하는 경우, 만약 訴訟當事者가 聯邦法院의 當事者適格을 가지지 않는다면 그 事件은 聯邦最高法院에 결국 上訴될 것이고 이 경우 聯邦最高法院은 2가지의 選擇方法이 있다.

1) 聯邦最高法院은 聯邦法院裁判適合性(federal-court justiciability)의 欠缺로 單純히 上訴를 却下하여 州法院判決이 效力을 갖도록 하는 方法 또는 2) 聯邦最高法院이 訴訟當事者가 聯邦問題를 提起하는 當事者適格 自體가 聯邦問題(federal question)로 看做하여 州法院이 關聯實體的 聯邦問題에 대하여 管轄을 缺하였다는 理由로 州法院의 決定을 取消하는 方法이 있다.

---

125) 兩者의 原理는 兩 態樣의 請求에 대한 裁判의 適切성(the appropriateness of adjudicating the two types of claims)에 根據하고 있음에도 이와 같은 聯邦最高法院의 兩 原理의 運營傾向에 대한 批判으로서는, Note, Standing to Assert Constitutional Jus Tertii, 88 Harv. L. Rev. 423(1974)



첫째의 方法은 聯邦最高法院이 誤判可能한 州 法院의 聯邦法  
令 또는 憲法上的 決定을 是正하는데 아무런 權限行使를 할 수  
없게 되는 경우이고, 둘째의 接近方式은 權利의 法的 構成 및 이  
에 대한 司法判斷(the formulation and adjudication of rights)에  
대한 州의 節次的 權限을 重大하게 侵害하게 된다.<sup>126)</sup>

聯邦最高法院은 오늘날 이러한 選擇方法을 어떻게 다룰 것인  
지는 完全히 明白한 것은 아니다. 이러한 問題에 가장 近接한 事  
件은 Doremus v. Board of Education<sup>127)</sup>인데, 州法院은 原告의  
納稅者로서 학교성경강독을 다투는 것을 排斥하였는데 聯邦最高  
法院은 原告가 Frothingham判示하의 當事者適格을 갖추지 못하  
였다는 理由로 上訴를 單純히 却下하였다(즉 聯邦最高法院은 위  
의 첫째의 方法을 意圖하였다). 그러나 聯邦最高法院이 오늘날  
同一한 選擇方法을 採擇할 것인지는 明白하지 않다.<sup>128)</sup>

어떤 경우에나 Doremus事件에서 州法院이 原告의 憲法上的  
다툼을 認容하였다면, 聯邦最高法院은 그러한 違憲性的 判決이  
州內에서 先例로서 남도록 許容할지 與否에 대해 보다 深思熟考  
하였을 것으로 보인다.

---

126) L. Tribe, 前掲書 114

127) Doremus v. Board of Education, 342 U. S. 429, 72 S. Ct. 934, 96 L. Ed. 2d 475(1952)

128) 聯邦最高法院은 聯邦請求가 州法院에 繫留되고 抗訴되었으나 模擬裁判性(mootness)으  
로 判斷된 경우에는 둘째의 方式을 採擇하였다. Liner v. Jafco, Inc., 375 U. S. 301,  
84 S. Ct. 391, 11 L. Ed. 2d 347(1964)

# 法人의 基本權에 관한 研究 序說

探究에 지칠 때 사람들은 技巧 에 빠지게 된다. - 김현

현재의 헌법이 지니는 規範性이란 하나의 歷史的이고 具體的인 秩序이며, 그것이 규율하게 되는 삶 역시도 歷史的이고 具體的인 삶이다. - Konrad Hesse

鄭 宗 燮

憲法研究官

## - 目 次 -

### I. 緒 言

### II. 法人의 基本權主體性 認定與否

#### 1. 二間의 理論的 論議들 整理

##### 가. 認定與否에 관한 學說

##### (1) 否定論

##### (2) 肯定論

##### (가) 限定的 肯定論

##### (나) 原則的 肯定論

##### 나. 法人의 本質論과의 關係

##### (1) 法人의 本質에 관한 學說

##### (가) 法人擬制論

(나) 法人否認論

(다) 法人實在論

(라) 現代의 새로운 이해

(2) 法人本質論과 法人의 基本權主體性 認定與否

다. 法人의 基本權主體性 認定根據

(1) 法人의 構成員과의 관련성에서 구하는 견해

(2) 法人 그 자체에서 구하는 見解

2. 實定 憲法 및 判例의 態度

가. 獨逸의 경우

나. 아메리카合衆國의 경우

다. 오스트리아의 경우

라. 日本國의 경우

III. 法人에게 認定되는 基本權의 種類

1. 法人의 種類

가. 公法人, 私法人

나. 社團法人, 財團法人

다. 營利法人, 非營利法人

2. 法人에게 認定될 수 없는 基本權

3. 法人에게 인정되는 基本權

IV. 法人의 基本權에 대한 制限

1. 法人의 基本權 保障의 程度

2. 法人의 基本權 制限 및 그 限界

가. 法人의 基本權 制限

나. 法人의 基本權 制限과 관련된 그 構成員의 基本權 制限 問題

V. 權利能力 없는 社團과 財團

VI. 政黨

- VII. 法人의 基本權問題에 관한 研究의 課題
  - 1. 法人의 基本權問題의 法體系的 位相
  - 2. 既存의 論議가 지닌 問題點
    - 가. 基礎가 허약한 基本權 一般理論
    - 나. 體系中心的인 法도그마틱의 접근의 問題點
    - 다. 統合的 研究·認識의 必要性
- VIII. 結 言

## I. 緒 言

현대 국가의 基本權 狀況은 국가권력에 의하여 행해지는 국민의 기본권 침해에 대한 防禦的인 保護도 중요한 의미를 가지고 있지만, 기본권이 가지는 憲法秩序의 形成이라는 적극적이고 역동적인 기능이 매우 강하게 표출되면서 새로이 생겨나고 있는 기본권영역에서의 現代的 現象은 연구자로 하여금 새로운 관심을 가지게 하고 있다. 이러한 현상은 기본권영역에서 ‘基本權의 主體 問題’에 있어서의 基本權主體의 擴大 傾向과 ‘基本權效力問題’에서 第3者的 效力내지 私人間的 效力이 매우 현실적이고도 실천적인 문제로 부각되고 있는 데서 그 대표적인 徵表를 찾아볼 수 있다.

헌법학에서 기본권에 관한 전통적인 논의는 國家와 自然人 간의 관계문제로 전개되어 왔음은 人權思想내지 基本權思想의 발생과 그 발달과정을 볼 때 의문의 여지가 없고 또 주지하고 있는 바이지만, 기본권보장이 실질적으로 내실을 기하며 구체화되어 온 선진외국의 경우를 보면 일찍부터 ‘기본권의 현대적 상황’이 생겨났고 헌법이론 역시 이에 대응하여 왔음을 알 수 있다.

흔히 法人의 基本權問題라고 부르는 것과 기본권의 私人間 效力 및 서로 다른 기본권주체들 상호간의 基本權衝突問題 등을 둘러싼 논의들이 이에 해당한다. 그런데 이러한 문제들의 해결과 대처방안은 先驗的이거나 演繹的인 原理에 의하는 것이 아니고 현실적으로 매우 다양하게 생겨나고 있는 基本權現實의 상황 속에서 모색되는 속성을 나타내고 있으므로 결국 基本權紛爭解決의 過程속에서 그에 관한 논의가 전개될 수밖에 없으며, 巨視的

으로 볼 때는 그만큼 狀況拘束的인 성격까지도 지니고 있다. 각 나라마다 이러한 문제들에 대처하는 방식과 그 이론적인 대응에서 차이를 보이고 있는 것이라든지 기본권의 해석에서 뉘앙스(nuance)를 달리하고 있는 것도 결국 이와 무관한 것이 아니다.

법인의 기본권 문제만을 놓고 볼 때도 어떠한 기본권이 법인에게 인정될 것이며, 그 경우에도 어느 정도까지 보장되며, 제한에 있어서는 기본권제한의 일반적인 법리와 그 이외에 고유한 또 다른 법리가 작용을 하는지가 문제가 되고, 특히 법인과 자연인간에 기본권 충돌의 현상이 발생할 경우 양자간의 사회적 영향력과 힘의 불균형이라는 因子는 어떻게 고려되어야 할 것인가 하는 등등의 문제를 놓고 일반적인 법리와 함께 그 나라 사회발전의 단계와 법 상황을 고려하여 이에 대응하고 있다. 따라서 이 문제와 관련한 비교적 연구 역시 법학에서의 비교적 연구가 가지는 ‘탐색적 가치’(heuristische Bedeutung)이상의 의미는 없게 된다.

이 글에서는 위에서 본 바와 같은 문제의식을 가지고 기본권의 현대적 상황을 추적하는 하나의 작업 중에서 특히 법인의 기본권 문제에 관하여 살펴보되, 우선은 법인의 기본권 문제에 대한 본격적인 연구의 출발단계로서 이에 관한 지금까지의 논의를 정리하고, 그러한 논의들 가운데 발견되는 의문점을 찾아내어 문제를 제기함과 동시에 이에 관한 學問共同體내의 활발한 논의를 위하여 한정된 범위내에서 필자의 의견을 조금씩 밝히는 수준을 유지하기로 한다.

이 글의 표제를 ‘序說’이라고 한 이유도 거기에 있다.

## Ⅱ. 法人의 基本權主體性 認定與否

### 1. 該간의 理論的 論議들 整理

#### 가. 認定與否에 關한 學說

법인에게 헌법상의 기본권이 인정될 수 있느냐에 대해 우선 기본권을 天賦的이고 先國家的인 것으로 이해하는 입장에서는 논리 필연적으로 법인의 기본권주체성은 부정될 수밖에 없다.

그러나 오늘날에는 기본권을 이해하는 시각이 기본적으로 자연권적인 성격을 지니고 있던 그렇지 않은 불문하고 법인의 기본권을 완전히 부정하는 견해는 찾아보기 힘들고, 어떤 종류의 기본권을 어느 정도에서 인정할 것이냐하는 문제만을 두고 견해가 갈려져 있는 형편이다.

#### (1) 否定論

##### (가) 內容

기본권은 人間의 權利이므로 법인이 당연히 기본권의 주체가 되는 것은 아니다. 기본권의 주체로서의 국민의 자연인인 국민에 한한다.

##### (나) 根據

법인의 기본권이 부정되는 이유는, 기본권은 본질적으로 天賦的이며 先國家的인 것이므로 국가가 형성되고 국가적인 법질서가 생겨나기 전부터 존재한 자연인이 스스로 향유하고 행사하는

자유와 권리라는 自然權性에 있다고 한다. 이러한 자연권은 당연히 자연인에 귀속되는 것이고 실정법에 의해 비로소 권리와 의무의 주체로서 법인격이 부과되는 법인에게는 인정될 수 없다고 한다. 그 한 예를 公法人과 私法人을 불문하고 법인의 기본권주체성을 부정한 C. Schmitt의 自然法的-自由主義的 基本權觀에서 발견할 수 있다.

## (2) 肯定論

법인의 기본권을 인정하는 경우에도, 기본권의 주체는 자연인이 원칙이므로 한정된 범위내에서만 인정해야 할 것이라는 견해(限定的 肯定論)와 기본권의 성질상 법인에게 인정될 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 모든 개별적 기본권을 인정하여야 할 것이라고 하면서 가능한한 그 인정의 범위를 확대하려는 견해(原則的 肯定論)로 나뉜다.

### (가) 限定的 肯定論

#### 1) 內容

한정적 긍정론은 반드시 그렇다고는 할 수 없으나 대체로 기본권을 원칙적으로 자연법적인 권리로 이해하는 견해에서 발견할 수 있다. 이러한 견해에 의하면 법인에게 인정될 수 있는 기본권을 열거하여 설명하면서 개별적 기본권에 있어서 그 해당 여부를 조심스레 검토해가는 자세를 취한다.<sup>1)</sup> 한정적 긍정론의 입장을 취한다고 하여 모두 자연권론의 입장을 견지하고 있는 것이 아님은 물론이고, 또 자연권론을 취해야 하는 것도 아니다.

---

1) 金哲洙, 「憲法學概論」(서울: 博英社, 1991), 246면 이하; 權寧星, 「憲法學原論」(서울: 法文社, 1991), 259면.



## 2) 根據

한정적 긍정론이 법인에게 기본권을 인정하는 근거는 일정하지는 아니한데 개별적으로 나열해보면 다음과 같다.

金哲洙 교수는 “현대의 복잡한 사회에 있어서는 비록 법인의 의사나 행동이 자연인에 의해서 행해지고 있다고 하더라도 개개의 자연인의 그것과는 독립하고 그것을 일체로 파악한 법인의 의사나 활동을 문제로 하는 실익이 충분히 있다.”<sup>2)</sup>고 근거지우고, 權寧星 교수는 “법인도 법에 의하여 권리능력을 부여받고 있을 뿐 아니라, 법인의 활동은 궁극적으로 자연인의 이익을 목적으로 하는 것이므로 일정한 범위 내에서 법인을 기본권의 주체로 인정하는 것도 무방하다”<sup>3)</sup>고 한다.

### (나) 原則的 肯定論

#### 1) 內容

원칙적 긍정론은 주로 기본권의 兩面性(doppelcharakter)을 강조하면서 기본권의 성질상 인정될 수 없는 것을 제외하고는 모두 인정될 수 있다고 하면서, 법인이 수행하는 기능은 다양하므로 법인이 그 주체가 될 수 있는 기본권의 종류를 획일적으로 열거하는 것은 무의미하고 불필요하다고 한다. 법인의 설립목적과 기능 등에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 입장이다.<sup>4)</sup>

#### 2) 根據

원칙적 긍정론의 경우에도 법인의 기본권 주체성 인정의 근거는 다양하다. 許營 교수는 “법인의 기본권주체의 문제는 ‘結社의自由’와 기본권의 ‘客觀的 規範秩序’로서의 성격을 염두에 두고, 더 나아가서는 19세기적인 개인주의적 사상으로부터 탈피해서

---

2) 金哲洙(주1), 246면 이하.

3) 權寧星(주1), 259면.

4) 許營, 「韓國憲法論」(서울: 博英社, 1991), 246면; 安溶教, 「韓國憲法」(서울: 考試研究社, 1989), 278면 이하.

인간의 상호협동과 공동체이익을 중요시하는 현대생활의 ‘價值的인 當爲性’의 측면 등을 거시적이고 종합적으로 검토하는 경우에만 비로소 그 합리적인 설명이 가능하다”<sup>5)</sup>고 전제하고, 그 근거를 結社의 自由와 基本權의 兩面性에서 찾는다.

즉, 현대사회에서는 결사는 일종의 同化的 統合의 형식인 동시에 수단이므로 법인은 私益法人이건 公益法人이건 막론하고 동화적 통합이라는 일정한 공적 기능을 수행하고 있고 결사의 자유가 결사활동의 자유도 보호하는 것이고, 그 같은 결사활동의 보호는 결사를 구성하는 개인이 아닌 法人, 社團, 團體의 기본권 주체성을 인정하는 경우에만 그 실효성이 기대될 수 있으며, 또한편으로는 기본권은 ‘主權的 公權’과 ‘客觀的 規範秩序’인 동시에 ‘制度保障’으로서의 성격을 함께 가지고 있고, 이러한 객관적 규범질서의 형성에 적극 참여하고 그 규범질서가 정하는 일정한 생활패턴에 따라 사회생활을 영위함으로써 동화적 통합을 실현시킬 책임과 의무는 자연인뿐 아니라 법인도 마찬가지로 지는 것이라고 보아야 하기 때문에 결국 법인의 기본권 주체성을 인정할 수밖에 없다는 논리를 전개한다.<sup>6)</sup>

安溶敎 교수는 “현대 사회에서는 자본주의가 고도로 발달하여 국가 유사의 기구를 갖고 국가 유사의 기능을 수행하는 거대한 단체(사회적 권력)가 출현한 현실이나 인적 기초와 결합하기 어려운 경제단체도 생기게 됨에 따라 법인도 자연인과 나란히 현대사회의 중요한 구성요소이며 활동하는 실체를 갖추고 있다는 데 그 근거를 찾아야 할 것이다.”라고 한다.<sup>7)</sup>

이러한 설명은 법인의 기본권 주체성 인정의 근거로 법적인

---

5) 許營(주4), 245면.

6) 許營(주4), 245면 이하 ; 許營, 「憲法理論과 憲法(中)」(서울 : 博英社, 1991), 71면 passim.

7) 安溶敎(주4), 277면.

‘사람’의 개념에는 자연인 외에 법인도 포함된다거나 또는 법인을 구성하는 것은 자연인이며 법인의 기본권보장은 간접적으로 자연인의 기본권을 보장하는 것과 연관이 있기 때문에 법인의 기본권을 인정하여야 한다는 논리는 잘못된 것이며 이러한 논리는 한편으로 구성원이 없는 법인의 경우에 그 기본권을 설명할 수도 없으므로 잘못된 것이라는 입장을 취한다.<sup>8)</sup>

즉, 법인의 기본권을 인정하는 것은 자연인의 기본권을 더 두텁게 보장하기 위해서나 법인의 구성원인 자연인의 기본권이 보장되기 때문이 아니라 법인 그 자체의 기본권을 인정하여야 할 이유가 있기 때문이라는 논리이다.

## 나. 法人의 本質論과의 關係

法人의 문제는 처음 近代 私法學에서 논의되어진 것이다. 즉, 법률관계에 있어서 自然人이외에 별개의 존재에 法上의 權利와 義務를 인정할 수 있느냐하는 문제가 대두되고, 그와 관련하여 법률관계에 있어서 하나의 법적인 주체로서 인정하는 경우에 이를 이론적으로 어떻게 이해해야 할 것이냐 하는 문제를 두고 논쟁이 전개되었는데, 法人本質論 論爭이 그것이다.

이러한 논쟁의 전개 결과로서 지금까지의 논의 내용을 보면 대략 다음과 같이 정리된다.<sup>9)</sup>

### (1) 法人의 本質에 관한 學說

8) 許營(주4), 244면 이하; 安溶教(주4), 277면.

9) 高翔龍, 「民法總則」(서울: 法文社, 1990), 160면 이하; 黃迪仁, 「現代民法論」(서울: 博英社, 1986), 86면 이하; 郭潤直, 「民法總則」(서울: 博英社, 1990), 213면 이하; 李英俊, 「民法總則」(서울: 博英社, 1990), 845면 이하; 金容漢, 「民法總則論」(서울: 博英社, 1989), 147면 이하; 張庚鶴, 「民法總則」(서울: 法文社, 1989), 274면 이하; 我妻榮, 「民法總則」(東京: 岩波書店, 1985), 122면 이하 참조.

### (가) 法人擬制論(Fiktionstheorie)

法人擬制論에 의하면 법률관계에 있어서 권리와 의무의 주체는 원래가 自然人에 한하여 인정되는 것이므로 법인은 법률의 힘에 의하여 自然人에 擬制되어 인정된 것에 불과한 것이라고 이해한다. 법인 자체의 실제적인 독자적 존재성을 부인한다. F. C. v. Savigny(1779-1861), G. F. Puchta(1798-1846), B. Windscheid (1817-1892) 등이 주장하였다.

F. C. v. Savigny에 의하면 권리와 의무의 주체는 意思라는 意思論(Willensdogma)에서 출발하여 본질적으로 自由意思의 主體는 自然人뿐이라고 하며, 法人이란 私法上の 財產能力에 대하여 인위적으로 인정된 주체로서 이는 法律上の 목적을 위한 觀念的 存在(ideale Existenz)라고 하고, 外部와의 去來關係에서 법인은 社團 또는 財團으로서가 아니라 하나의 의제된 개인으로서 등장하고 따라서 법인의 법률행위는 법인의 구성원과 공동으로 행하여지는 것이 아니고 그 구성원과는 독립된 존재인 법인 스스로에 의해 행해진다고 하였다. 法人의 機關은 구성원의 代理人 이 아니고 법인 자신의 代理人이 된다.<sup>10)</sup>

### (나) 法人否認論(Negationstheorie)

F. C. v. Savigny의 후계자들은 法人擬制論에서 더 나아가 法人否認論을 전개하였는데, 法人否認論에 의하면 법인의 실체는 법인이라는 그 어떤 것이 아니라 현실적으로 個人 또는 財產 그 자체일뿐 그 이외에 어떠한 실체가 있는 것이 아니므로 法人은 법률관계에 있어서 權利와 義務의 歸屬點으로만 인정되는 觀念的 主體라고 이해한다.

---

10) F. C. v. Savigny에 있어서 법인의 실재성(Realität)은 결코 부정된 것이 아니라고 하면서 W. Flume의 견해를 들어 F. C. v. Savigny를 법인의제설과 연결시키는 것은 잘못된 것이라는 지적이 있다. 李基秀, “法人의 本質,” 仁山 鄭熙喆先生停年紀念論文集編纂委員會, 「商法論叢」(서울: 博英社, 1985), 79면 이하 참조.

G. v. Jhering(1818-1892)은 法人의 實質的 主體는 법인 그 자체가 아니라 자선·의료·예능 등이 社團이나 財團의 法人에 의하여 이익을 얻는 그 構成員 내지 受益者(destinatär od. Geniesser)라고 하였고(享益者主體說:Geniessertheorie), Hölder는 법인 재산의 管理者(Verwalter)가 실질적 주체라고 하였으며(管理者主體說:Verwaltertheorie), Brinz(1820-1887)는 현실로 일정한 목적에 제공된 財産(Zweckvermögen) 그 자체가 실질적인 法인의 주체라고 하였다(目的財産說:Zweckvermögenstheorie).

#### (다) 法人實在論

19세기 법인본질논쟁에서 法인의 제론과 법인부인론은 Romanisten에 의해 주장되었던 반면, Germanisten은 게르만법의 초개인적, 단체적 사상에 기초하여 법인실재론을 전개하였는데, 法人實在論에 의하면 法人은 법률에 의하여 擬制된 것이 아니고 실질적으로 법률관계의 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 實體를 가지고 있는 社會的 實在이라고 이해한다.

O. v. Gierke는 전통적 게르만법과 독일 고유법의 단체사상에 입각하여 자연인이 자연적 유기체로서 개인의사를 가지는 것과 마찬가지로 法人도 단체의사(Gesamtwille)를 가지고 있는 사회적 유기체(gesellschaftlicher Organismus)라고 하였고(有機體說), Michoud, Saleilles 등은 法人을 법률적 조직을 가지고 있는 組織體(Organisation)라고 이해하였으며(組織體說), Kohler, 我妻榮 등은 社團이나 어떤 목적재산은 비록 자연인은 아니라 하더라도 자연인과 마찬가지로 구성원인 개인을 떠나 독자적으로 社會的作用을 할 수 있기 때문에 社會的 價値라는 측면에서 法人이 될 수 있다고 한다(社會的 價値說).

#### (라) 현대의 새로운 이해

이상의 논의는 사실 법인의 본질에 관한 19세기 이래의 논의적 맥락속에 있는 것인데, 오늘날에도 이러한 논의의 맥락속에서 이론을 좀더 세련화시키려는 경향이 있는가 하면, 법인의 본질론에 관한 논의는 실용적 측면에서 별로 실익이 없는 것이라는 평가도 있다.

이러한 법인에 대한 새로운 이해의 시도는 우선 法人擬制論이나 法人否認論이나 法人實在論을 모두 어느 일면만 파악할 것이라고 하고, 엄밀한 인식론적인 측면에서는 법인의 사회적 기능의 문제와 법인격이 부여되는 이론적 근거를 별개의 것으로 구별해야 하지만, 이는 양자 택일의 성질을 가진 것이 아니기 때문에 법인을 이해함에 있어서는 법인의 法技術的인 側面과 機能的인 側面을 분리하지 말고 함께 이해해야 할 것이라는 태도를 취한다. 우선 법인은 자연인이 아닌 존재이지만 권리주체임에 적합한 조직체에 대하여 법이 법률관계를 간명하게 처리하기 위하여 기술적으로 권리와 의무의 통일적인 귀속 즉 법인격을 부여한 것이며(本質論的 側面), 법은 이 경우 아무의 조직체에나 법인격을 부여하는 것이 아니라 그 사회의 역사적, 사회적인 관점에서 법률관계의 주체가 될 만한 가치가 있다고 인정하는 것에 한하여 법인격을 부여한다고(機能論的 側面) 이해한다.<sup>11)</sup>

따라서 법이 법인격을 부여한 기술적 목적과 그 법인의 활동이 조화되지 아니하는 경우에는 법인격이 부인될 수밖에 없다(法人格否認論).

## (2) 法人本質論과 法人의 基本權主體性 認定 與否

---

11) 高翔龍(주9), 164면 이하 ; 李英俊(주9), 847면 이하 ; 金容漢(주9), 150면 ; 張庚鶴(주9), 285면 이하 참조.

法人이 헌법에 보장된 기본권을 향유하고 행사할 수 있느냐의 문제는 법인 그 자체가 기본권의 주체가 될 수 있느냐의 문제이므로 法人否認論에서와 같이 아예 법인의 관념 자체도 부인하는 입장에서는 법인의 기본권을 논의할 여지가 처음부터 없게 되어 당연히 법인의 기본권주체성은 부정된다.

그런데 먼저 분명히 해야 할 것은, 법인을 그 구성원과 함께 파악하느냐 아니면 그 구성원과는 분리하여 파악하느냐 하는 문제는 법인이 憲法上의 基本權의 主體가 될 수 있느냐 하는 문제와는 관련성이 없다는 점이다. 왜냐하면 기본권보장의 문제에 있어서는 法人의 構成員은 법인의 구성원이나의 여부와 관계없이 당연히 헌법상의 국민으로서 기본권을 향유하고 행사할 수 있기 때문이다. 다만 순전히 논리적으로 보면 어떤 기본권이 個人的 要素는 전혀 없고 순전히 團體的인 것이어서 그것의 향유와 행사는 법인의 구성원이 될 때만 가능한 경우에는 예외적으로 문제가 될 수 있을 것 같으나 그러한 기본권은 아직은 찾아보기 어렵다.

따라서 헌법학에 있어서 법인의 기본권주체성 인정 여부의 문제는 법인 그 자체의 기본권이 인정될 수 있느냐 하는 문제이다.

문제의 핵심이 여기에 있다면 法人擬制論에 의하든 法人實在論에 의하든 아니면 위에서 본 바와 같은 새로운 이해에 의하든 그 가운데 어느 하나의 견해(法人否認論 제외)를 취함에 따라 기본권 주체성 인정 여부 그 자체에 차이를 가져오는 것은 아니라는 결론에 이르게 된다.<sup>12)</sup> (다만, 법인의 기본권을 인정해주는 경우 그 이론구성의 논리구조에 어떤 차이를 보일 수 있는 여지는 있는 것 같다. 즉 법인의제론에 의하면 법인의 기본권이 인정

12) 일본의 伊藤正己도 법인의 기본권주체성 인정여부의 문제는 법인본질론과는 관계가 없는 것으로 이해하는 듯하다. 伊藤正己, “會社の基本權-序說的考察” 鴻常夫(編), 「商事法の問題點」(東京: 有斐閣, 1974), 10면 참조.

되는 경우 그 기본권은 헌법에 의하여 비로소 창설되는 것이고 법인실재론에 의하면 그 기본권은 확인되는 것에 지나지 않는다고 설명할 여지가 없지 않지만 아직 이러한 설명을 하는 견해는 발견하지 못했다. 그런데 이러한 형태의 논의가 실재상 어떤 차이를 가져오는 것은 아니므로 논의의 실익이 있는지는 현재로서는 의문이다). 오히려 법인의 기본권 문제를 접근함에 있어서 고려되어야 할 중요한 요소는, 법인은 그 발생에서부터 私法的 概念으로 생겨난 것이고, 법적인 문제도 私法上의 權利와 義務의 主體로서 거래상 어떠한 권리와 책임을 지느냐에 초점이 있었고, 법인 본질에 대한 논의 역시 이러한 범주내의 논의라는 점이다.

따라서 법인이 사법상의 권리와 의무의 주체라는 문제와 법인이 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는지의 문제는 동일 평면에서 논할 성질의 것이 아니다. 헌법적 영역에서 법인의 기본권 주체성은 제일차적으로는 법인과 국가권력과의 관계의 문제이기 때문이다(물론 현대 사회에서는 법인에 있어서도 기본권의 제3자적 효력의 문제는 해당된다). 이점은 오늘날 법인의 기본권 문제가 법인의 성질에 비추어 보아 인정되느냐 아니냐의 문제에 비중을 두고 있는 것이 아니라, 법인에게 기본권이 인정되는 경우라 할지라도 그 기본권이 어떠한 범위내에서 어느 정도로 인정되는 것이냐 하는데 논의의 핵심과 요체를 두고 있다는 것과 직결되므로 유의할 필요가 있다.<sup>13)</sup>

#### 다. 法人의 基本權主體性 認定 根據

위에서 법인의 기본권 주체성을 인정하는 학설을 한정적 긍정

13) 이러한 문제에 대한 인식은 일본의 橫坂健治에게서 다소 발견할 수 있다. 橫坂健治, “法人·外國人と人權,” 杉原泰雄(編), 「憲法學의 基礎概念」(東京 : 勁草書房, 1983), 187면 이하 참조.



론과 원칙적 긍정론으로 구분한 것은 법인의 기본권을 인정하는 경우에도 어느 범위에서 어느 정도로 인정할 것이냐에 있어 차이가 있음을 보이기 위하여 필자가 편의상 붙인 명칭이고 구별이다. 따라서 법인의 기본권 주체성 인정근거에 있어서의 이론구성에 차이를 보이는 것이 반드시 그러한 한정적 긍정론과 원칙적 긍정론과의 차이에 따라 필연적인 것으로 귀결되는 것은 아니므로 여기서는 법인의 기본권 주체성의 근거를 어디에서 구할 것인가에 관한 학설을 다음과 같이 분류해보기로 한다.

### (1) 法人의 構成員과의 관련성에서 구하는 견해

법인의 기본권 주체성을 인정하는 이론적 근거를 법인의 구성원과의 관련성에서 구하는 견해는, 법인의 기본권보장은 간접적으로 자연인의 기본권을 보장하는 것이 되기 때문이라거나, 법인의 활동은 결국에는 그 효과가 자연인에 귀속되기 때문에 법인의 기본권 주체성을 인정하여야 할 것이라고 주장한다.<sup>14)</sup> 위 권영성 교수의 견해도 이러한 범주에 해당한다고 볼 수 있다.

이러한 견해는 기본권의 보장은 본질적으로 自然人的 人權保障이라는 人權思想의 역사적인 전개에 충실하면서 현대 사회에서 불가피하게 법인에게 헌법상의 기본권이 한정된 범위와 정도

14) 官澤俊義, 「憲法」(東京: 有斐閣, 1983); 245면; 阿部照哉, 「人權總論」, 山內敏弘/阿部照哉/江橋崇/中村陸男/浦部法穂/絃口陽一, 「現代憲法座下」(東京: 日本評論社, 1985), 87면; 長尾一紘, 「日本國憲法」(京都: 世界思想史, 1988), 90면 이하 참조. 여기서 阿部照哉는 법인의 기본권 인정의 근거로, 법인은 자연인에 의해 구성되고 법인의 인권보장은 간접적으로 자연인의 자유·권리의 보호가 되며 법인은 자연인과 같이 사회적 활동의 실체이며 법률상의 '人'으로서 사회의 구성요소라는 점을 들고 있다. 일본의 小林直樹는 “법인의 사회적 존재가 인정되고 나아가 그것이 결국에 자연인의 이익이나 권리의 실현을 도모하며 각각의 사회적 단위로서의 활동이 의미있고 필요한 이상 조리상 가능한 범위에서 헌법상의 기본권을 보장하는 것이 필요하고도 합목적적이라고 생각된다.”고 한다. 小林直樹, 「憲法講義(上)」(東京: 東京大學出版會, 1989), 284면. 竹官崇도 같은 견해를 취하고 있다. 竹官崇, 「憲法講話」(東京: 有信堂, 1988), 59면 참조.

에서 인정된다고 하더라도 그로 인하여 자연인의 인권에 어떠한 제한이나 침해가 있어서는 안된다는 이념을 그 입장의 기초로 하고 있다. 그리고 이에 의하면 재단법인은 기본권의 주체성을 가질 수 없다는 결론에 도달한다.

## (2) 法人 그 자체에서 구하는 견해

법인의 기본권 주체성을 법인 그 자체에서 구하는 견해는 법인과 그 구성원을 일단 분리하여 그 구성원의 기본권 보장을 염두에 두지 아니하더라도 법인은 실제 사회에서 자연인과 같이 활동하는 실체이고 자연인과 나란히 현대사회의 중요한 구성요소이므로 그 자체의 활동에 있어서 독자적으로 헌법상의 기본권을 인정하여야 할 이유와 실익이 있다고 본다.<sup>15)</sup>

法人의 基本權主體性 인정 여부의 문제는 일반적으로 보아 법인 그 자체의 기본권을 인정할 수 있느냐의 문제이고, 재단법인의 경우에는 그 구성원이 있을 수 없으므로 법인 그 자체에서 근거를 구하는 것이 원칙적으로 타당하다. 그러나 문제는 表現의 自由에서 볼 수 있듯이 법인의 표현의 자유행사와 그 구성원의 표현의 자유행사가 모순되거나 충돌되는 경우에는 과연 그러한 경우에도 그 구성원과 분리 내지는 독립된 법인 고유의 표현의

---

15) 金哲洙(주1), 246면 이하 ; 許營(주4), 245면 이하 ; 安溶教(주4), 277면 ; 伊藤正己, 「憲法」(東京 : 弘文堂, 1982), 198면 ; 伊藤正己(주12), 10면 참조. 일본국의 佐藤幸治도 법인의 기본권 주체성 인정을 그 구성원과 관련시켜 파악하는 견해는 인권관념에 충실한 점은 있지만 현대 사회의 실태에 비추어 볼 때 과연 적절하다고 할 수 있는지는 의문의 여지가 있다고 평가한다. 그리고 그는 현대 사회에서 법인의 기본권문제를 이해함에 있어서는 結社의 自由의 보장을 어떻게 평가하는가에도 관련이 있는 것이라고 한다. 佐藤幸治, 「憲法」(東京 : 青林書院, 1990), 386면 참조. 長尾一紘은 법인의 기본권향유주체성을 인정하는 근거에 대하여는 법인에 대한 기본권보장의 효과가 결국은 자연인에게 귀속되는 것이기 때문이라는 견해를 취하면서도 한편으로 헌법상 단체 그 자체에 권리를 귀속시키는 法技術(법인의 기본권 주체성 인정)이 헌법상의 結社의 自由 및 團結權의 보장과 무관계한 것이 아니라는 견해를 제시하고 있다. 長尾一紘(주14), 91면 참조.

자유를 인정하여야 하는가 하는 문제가 심각하게 고려되지 않을 수 없으므로 순전히 법인 그 자체에서만 근거를 구하는 것이 모든 경우에 일반적으로 타당한 것인지는 더 많은 연구를 요한다. 이 경우 법인 그 자체에서 구하는 논리를 일률적으로 관철시키는 경우에는 이 경우 법인의 기본권과 그 구성원의 기본권간의 충돌문제(基本權間의 相衝問題)에 귀착될 것이지만, 양자의 有機的 關聯性을 인정하는 경우에는 위와 같은 경우 법인의 기본권은 부정된다는 立論도 가능하기 때문이다.<sup>16)</sup>

따라서 법인의 기본권 주체성 인정여부문제를 법인 그 자체의 기본권 주체성 인정여부문제라고 하더라도 이는 그 인정근거를 그 구성원의 기본권에서 바로 도출할 수는 없다는 논리이지 법인의 기본권문제를 법인의 구성원의 기본권과 관련시켜 이해할 필요가 없다거나 그렇게 해서는 아니된다는 의미는 아닐 것이다 (이 경우 재단법인에서는 그 구성원이 있을 수 없으므로 거론할 여지는 없다). 원래 법인이라는 것이 자연인인 개인이 경제적, 사회적, 정치적 이익 등을 추구함에 있어서 개개인이 단독으로 이를 추구하는 것이 보다 충실하고 효과적이기 때문에 생겨난 점을 감안해보면 법인의 기본권보장문제를 법인의 구성원의 기본권보장과 완전히 단절시켜 이해하는 것은 문제점이 있다고 보인다.

이러한 문제와 관련하여 검토를 요하는 한가지 문제는, 法人이나 權利能力없는 社團이 그 구성원의 기본권을 행사할 수 있느냐 하는 것인데, 법인의 기본권을 법인 그 자체에서 구하느냐 아니면 그 구성원의 기본권에서 구하느냐에 관계없이 기본권이 가지는 基本權主體에의 專屬的 性質로 인하여 이는 부정될 수밖에

16) 이 문제에 관한 다소의 관점은 芦部信喜, “人權享有の主體,” 芦部信喜(編), 「憲法 人權 (1)」(東京: 有斐閣, 1978), 31면 이하에서도 발견할 수 있다.

없다. 기본권의 讓渡不可性이나 기본권양도계약 또는 기본권의 대리행사계약이 무효인 것과 그 성질을 같이 한다.

따라서 법인이나 권리능력 없는 사단은 그 자신이 직접 당사자가 되어 그 구성원의 기본권침해를 민사소송, 행정소송, 헌법소원 등으로 다룰 수는 없다.

## 2. 實定 憲法 및 判例의 態度

법인의 기본권 문제에 관한 原理的, 理論的 논의는 위에서 살펴본 바와 같으나, 具體的이고 個別的인 실제에 있어서는 또 다른 모습을 보인다. 이하에서는 헌법이 발달한 몇몇 나라를 그 예로 보기로 한다(다만 독일과 아메리카합중국의 경우는 그 자체 집중적인 연구가 필요하고 학문적 가치가 있는 것인 만큼 이에 대한 개별적 연구는 다음 기회로 미루고 여기서는 개괄적으로 살펴보는데 그친다).

### 가. 獨逸의 경우

독일의 경우에는 법인의 기본권 주체성을 헌법에 明文化시켜 놓고 있다. 즉 독일 헌법 제19조 제3항은 “기본권은 그 본질상 적용이 인정되는 한도내에서 국내의 법인에도 효력을 가진다.”(Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.)라고 규정하고 있는데, 이는 Weimar헌법시대에 법인의 기본권 주체성을 부정했던 당시의 통설적 견해를 배척하고 헌법에 명문화하여 법인의 기본권 주체성의 문제를 해결하고 있는 것이다.

## 나. 아메리카合衆國의 경우

아메리카합중국의 헌법에는 법인의 기본권 주체성을 명문화시켜놓은 규정은 없다. 그러나 연방대심원(Supreme Court)은 1886년 Santa Clara v. Southern Pac. R. R. 사건 이후로 헌법의 수정 제14조 제1절의 평등보호(equal protection)조항에 관하여 그 조항의 “person”가운데는 自然人(natural person)이외에 人爲的인 法技術的 사람(artificial person)에 해당하는 法人(corporation)도 포함된다고 하는 판례가 확립되었고, 동조항의 適法節次(due process of law)조항에 관하여도 그에 관한 自由(liberty)의 보장은 자연인에 한정되지만,<sup>17)</sup> 財産權의 保障에 관한 한은 私法人(private corporation)도 수정 제5조, 제14조에서 규정하고 있는 person에 해당되어 보호를 받는다고 해석되어져 왔다.<sup>18)</sup>

1930년대부터 1940년대의 판례이래 법인에게도 言論·出版의 自由와 불합리한 搜索이나 押收를 받지 아니할 권리(수정 제4조)의 주체성이 인정되기에 이르렀다.<sup>19)</sup> 수정 제5조의 재산권과

17) 이는 초기 판례의 일관된 입장이었다. 그 예로 Northwestern National Life Insurance Co. v. Riggs, 203 U. S. 243(1906) ; Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names, 268 U. S. 510 (1925) 등을 들 수 있다.

18) 평등보호조항이 적용된 것으로는, Santa Clara Country v. Southern Pacific Railroad, 118 U. S. 394(1886) ; Grosjean v. American Press Co., 297 U. S. 233[80 L Ed 660, 56 S Ct 444](1936) ; Louis K. Liggett Co. v. Lee, 288 U. S.517[77 L Ed 929, 53 S Ct 481, 85 ALR 699](1933) ; Frost v. Corporation Com. of Oklahoma, 278 U. S. 515[73 L Ed 483, 49 S Ct 235](1929) ; Quaker City Cab Co. v. Pennsylvania, 277 U. S. 389 「72 L Ed 927, 48 S Ct 553」(1928) 등을 들 수 있고, 적법절차조항이 적용된 것으로는, First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 778, [55 L Ed 2d 707, 718, 98 S Ct 1407](1978) ; Connecticut General Life Ins. Co. v. Johnson, 303 U. S. 77 「82 L Ed 673, 58 S Ct 436」(1938) ; 위 Grosjean v. American Press Co. ; Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510[69 L Ed 1070, 45 S Ct 571, 39 ALR 468](1925) ; Kentucky Finance Corp. v. Paramount Auto Exchange Corp., 262 U. S. 544[67 L Ed 1112, 43 S Ct 636] (1923)등을 들 수 있다.

19) 언론·출판의 자유에 관한 것으로는, Grosjean v. American Press Co. 297 U. S. 233[80

계약의 보호도 법인에게 적용되고,<sup>20)</sup> 二重處罰(double jeopardy) 禁止의 原則도 법인에게 적용된다.<sup>21)</sup> 물론 자연인인 市民의 權利에 속하는 것은 법인에게 인정되지 아니하는데 수정 제1조의 권리를 그 한 예로 들 수 있다.<sup>22)</sup>

## 다. 오스트리아의 경우

오스트리아의 경우는 유구한 그 나라의 역사가 말해주듯이 헌법전 하나에서 기본권의 목록을 규정하고 있는 것이 아니라 헌법의 일부규정을 포함한 여러 헌법적 문건들에서 이를 규정하고 있으므로 이러한 헌법적 문건들의 집합에 의해서 기본권이 보장되고 있다.<sup>23)</sup> 법인의 기본권의 경우 이러한 실정규범에서 일반적으로 명시하고 있지는 않다. 그러나 그 성질상 인정될 수 없는 것을 제외하고는 법인에게도 기본권이 인정된다고 한다.<sup>24)</sup> 오스트리아 헌법재판소도 이를 인정하고 있다.<sup>25)</sup>

---

L Ed 660, 56 S Ct 444](1936) ; Bridges v. California, 314 U. S. 252(1941) ; First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 756 「55 L Ed 2d 707, 98 S Ct 1407」 (1978) 등을 들 수 있고, 불합리한 수색·압수에 관한 것으로는 Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling, 327 U. S. 186(1946) ; United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U. S. 564[51 L Ed 2d 642, 97 S Ct 1349](1977) ; G. M. Leasing Corp. v. United States, 429 U. S. 338, 353 「50 L Ed 2d 530, 543-544, 97 S Ct 619」 (1977)을 들 수 있다.

20) 예컨대, 재산권보호는, Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104[57 L Ed 2d 631, 98 S Ct 2646](1978)를 들 수 있고, 계약의 보호는 Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U. S. 234[57 L Ed 2d 727, 98 S Ct 2716](1978)을 들 수 있다.

21) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 US 564[51 L Ed 2d 642, 97 S Ct 1349] (1977).

22) Couch v. United States, 409 U. S. 322, 328[34 L Ed 2d 548, 554, 93 S Ct 611](1973). 물론 앞의 판례에 의할 때 표현의 자유는 수정 제1조의 권리이지만 법인에게도 인정된다는 결론에 이른다.

23) 이에 대한 자세한 것은 R. Walter/H. Mayer, *Grundriß des österreichische Bundesverfassungsrechts*, 6. Aufl. (Wien : Manz, 1988), 439면 이하 참조.

24) R. Walter/H. Mayer(주23), 434면 참조.

## 라. 일본국의 경우

일본국의 경우에도 법인의 기본권 주체성을 헌법에서 명문으로 규정하고 있지는 않다. 다만 最高裁判所の 판례상 법인의 기본권 인정여부에 대하여 판단한 바가 나타나 있는데, 이른바 ‘八幡製鐵政治獻金事件’이 그것이다. 이 사건에서 최고재판소는 會社가 政黨에 대하여 政治資金을 기부할 수 있는 자유를 가지느냐의 문제를 판단함에 있어서, 헌법상의 선거권과 같은 참정권이 자연인인 국민에게만 인정되는 것은 당연하지만 그렇다고 하여 납세의무를 지는 국민과 같이 국세 등을 부담하는 회사가 납세자의 입장에서 국가나 지방공공단체의 시책에 대하여 의견을 표명하거나 기타 행동을 나타내는 것을 금할 이유가 없으므로 이를 인정함이 타당하다고 결론을 내리고 다음과 같은 판단을 하였다.

「헌법 제3장에서 정한 국민의 권리 및 의무의 각 조항은 성질상 가능한한 內國法人에도 적용되는 것이라고 할 것이기 때문에 회사는 자연인인 국민과 같이 나라나 정당의 특정한 정책을 지지하고 밀거나 또는 반대하는 등의 정치행위를 하는 자유를 가지는 것이다. 정치자금의 기부도 당연히 그러한 자유의 일환이고 회사에 의하여 그것이 행해지는 경우 정치의 동향에 영향을

---

25) 오스트리아 헌법재판소, VfSlg 2088, 3495, 5531 판결 등. Nr. 2088 판결(1951. 3. 5. 선고, B 119/50, 헌법재판소판례집 제16권, 8면 이하)은 오스트리아 노동조합연맹(Der österreichische Gewerkschaftsbund)을 법인으로 보고 이에도 ‘모든 국민의 법앞의 평등’이라는 헌법상 보장된 권리 내지 평등원칙이 적용된다고 판시하였고, Nr. 3495판결(1959.3.9. 선고, B 175/58, 헌법재판소판례집 제24권, 18면 이하)도 내국법인에게는 평등원칙의 보호 내지 ‘법앞의 평등’이라는 기본권이 적용된다고 판시하였다. Nr. 5531판결(1967. 6. 29. 선고, B 14/67, 헌법재판소판례집 제32권, 310면 이하)은 법인에게도 헌법상의 ‘재산권의 보호’가 보장된다고 판시하였다.

주는 것이 되더라도 그것을 자연인인 국민에 의한 기부와 달리 취급하여야 할 헌법상의 요청이 있는 것은 아니다。」<sup>26)</sup>

이 판례에 의하면 헌법상의 기본권은 그 성질상 허용되는 한도내에서는 內國의 法人에게도 인정된다는 것인데, 이 사건에서 最高裁判所가 법인의 기본권 인정의 이론적인 근거나 헌법상의 근거 조항을 논증한 바는 없고 그저 원론적인 판단의 결론정도를 실시하는 수준에 그치고 있다. 다만 위 판결에서 “회사는 타면에 있어서 자연인과 같이 국가, 지방공공단체, 지역사회 등의 構成單位인 社會的 實在”라고 하고, “정당의 건전한 발전에 협력하는 것은 회사에 대해서도 社會的 實在로서 당연한 행위로서 기대되는 것이고 협력의 한 형태로서 정치자금에 관해서도 그 예외는 아니다”라고 한 부분은 최고재판소가 법인의 기본권 인정의 근거를 법인 그 자체에서 구하고 있는 입장에서 있는 것이라고 해석할 여지를 남겨두고 있다고 할 수 있다.<sup>27)</sup> 그리고 이 판결에서 最高裁判所는 법인의 政治資金의 寄附行爲는 법인이 가지는 政治的 行爲를 할 自由에 해당하는 것이라고만 하고 구체적으로 헌법의 어느 조항이 적용되는 것인지에 대하여는 판단한 바가 없다(일본국의 경우는 우리나라와 같이 대륙법계에 속하고, 법인의 기본권 주체성 인정여부에 대하여 헌법에서 직접 규정하고 있는 부분이 없는 점에서 우리의 경우와 같아서 그에 관한 논의 역시 양국의 경우 크게 다른 모습을 가질 수 없으므로 이 글에서는 함께 다루기로 한다).

---

26) 日本國 最高裁判所, 1970. 6. 24. 大法廷 判決, 最高裁判所事務總局, 「最高裁判所憲法判例集」 第1卷(民事編), 696면 이하(특히 701면).

27) 위 판례집, 699면 이하 passim.



### Ⅲ. 法人에게 인정되는 基本權의 種類

#### 1. 法人의 種類

법인에게 인정되는 기본권의 종류를 살펴보기 전에 우선 법이 정하고 있는 법인에도 여러 종류의 법인이 있으므로 이를 이 논의와 관련되는 범위에서 정리해 보기로 한다. 이러한 정리가 필요한 것은 법인에게 기본권이 인정된다고 하더라도 어떠한 종류의 기본권이 어느 範圍까지 인정되느냐 하는 문제가 남고, 이는 또다시 법인의 종류에 따라 차이가 있느냐 하는 문제가 있기 때문이다. 현행법상 ‘법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다’라고 규정하고 있는데(민법 제31조), 각 법률이 인정하는 법인을 그 분류기준에 따라 분류하면 대체로 公法人과 私法人, 社團法人과 財團法人, 營利法人과 非營利法人으로 나눌 수 있다.

#### 가. 公法人, 私法人

법인 중에서 어떤 법인이 公法人이나 私법인이나는 공법관계에서는 매우 중요하다. 법인의 기본권 주체성의 인정문제에 있어서도 원칙적으로 공법인에게는 기본권이 인정되지 아니하기 때문이다. 오히려 공법인은 국민의 기본권의 효력이 미치는 基本權의 受信者(Adressat der Grundrechte)의 입장에 놓이게 된다. 학설의 대체적인 견해도 예외적으로만 공법인의 기본권을 인정하고 있는데, 여기서도 공법인의 기본권은 공법인의 公務를 수행하지 아니하는 경우에 한하여 公法人 對 公法人의 관계에서만 그

효력이 인정될 뿐이라고 한다.

즉, 공법인이 일반국민과 같이 다른 공권력기관의 강제에 복종하지 아니하면 아니되는 경우에는 당해 공법인에게 그 한도내에서 기본권이 인정되는 여지가 있게 된다고 한다.<sup>28)</sup> 이는 헌법소원심판절차에서 심판청구인으로서의 적격을 가지느냐의 여부와 직결되므로 그 구별은 중요한 의미를 가지며 실익 또한 크다.

그런데 공법인과 사법인의 구별에 관하여는 그 구별이 용이하지 아니하고 한편으로 어떤 구별 기준을 세운다고 하더라도 법관계의 발전, 변화에 따라 새로운 성질의 것이 생겨나므로(예컨대, 韓國銀行, 大韓住宅公社, 農業協同組合, 勞動組合, 大韓商工會議所 등 이른바 ‘中間的 法人’을 들 수 있다.) 그 구별의 기준에 관하여도 정설이 없고 학설 역시 분분하다. 법인의 準據法이 공

---

28) 許營교수는 ‘공법인 대 공법인’의 관계에서 공법인의 기본권이 인정되는 경우가 있다고 하며, “공법인도 그 스스로 기본권적 가치질서를 실현시켜야 되는 통치기능적 책임 내지 의무와 조화될 수 있는 범위내에서 기본권의 주체가 된다. 지방자치단체, 국공립대학, 국공영방송국, 국책은행 등이 국가에 대해서 기본권을 주장할 수 있는 것은 그 때문이다.”라고 설명한다. 許營(주4), 246면 이하. 金哲洙 교수도 “예외적으로 기본권에 의하여 보호될 생활영역에 속하는 법인체들, 예를 들면 대학교나 대학의 학문의 자유권 등은 인정된다고 할 것이다. 나아가 공법인으로서의 언론기관(KBS와 같은)도 언론의 자유를 향유하고 있다고 하겠다.”고 한다. 金哲洙(주1), 247면. 安溶敎 교수의 견해도 이와 유사한데, 공법인이 이러한 예외적인 경우 외에는 권력적 행위가 아닌 私法的인 활동을 하는 경우(국교작용)에도 기본권은 인정되지 아니한다고 한다. 安溶敎(주4), 276면 이하. 이러한 설명들은 거의 독일에서 논의되는 내용이다. 독일의 경우 학설은 인정 범위에는 다소의 차이가 있으나 예외적으로만 인정하고 있고 독일연방헌법재판소의 판례의 경향은 극히 제한된 경우에 한하여 인정하고 있다. 공법인인 방송국에 방송·보도의 자유를(BVerfGE 31, 314, 321-2), 대학과 예술대학에 학문과 예술의 자유를(BVerfGE 15, 256, 262), 교회에 종교의 자유를(BVerfGE 19, 129; 24, 236, 246) 인정하고 있는 정도이다. 이에 관하여는 A. Bleckmann, Staatsrecht-Die Grundrechte 3. Aufl. (Köln/Berlin/Bonn/münchen : Carl Heymanns, 1989), 108면 이하; G. Dürig, in : Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz/P. Lerche/H.-J. Papier/A. Randelzhofer/E. Schmidt-Assmann, GRUNDGESETZKOMMENTAR (München : C. H. Beck, 1990), Abs. III Art. 19, 27면 이하(특히 34면 이하); 桂禮悅, “公法人의 基本權主體性,” 房山 丘秉朔博士停年紀念論文集「公法理論의 現代的 課題」(서울 : 博英社, 1991), 1면 이하 참조. 芦部信喜(주16), 36년의 주10)에서는, 일본의 경우 종교법인에는 종교의 자유가, 학교법인에는 학문의 자유(대학의 가치)가, 방송사업자인 법인(일본방송협회는 법인으로서는 언론·표현의 자유가 일반적으로 인정된다고 설명하고 있다.

法이나 私法이나(設立法標準說), 법인의 설립방법이 강제적이냐 임의적이냐(設立行爲標準說), 향유하는 권리가 公權이나 私權이나(權利標準說), 법인의 목적이 公益에 있느냐 私益에 있느냐(法益標準說), 법인의 사무가 국가적 사무 내지 통치작용이냐 아니냐(業務標準說) 등을 구별의 기준으로 하여 학설이 다양하게 나누어져 있다.<sup>29)</sup> 사실 이러한 학설에 따르더라도 공법과 사법이 확연하게 구별되는 것도 아니고, 무엇이 公權, 公益이며 무엇이 私權, 私益인지도 그 경계선상의 문제들에 있어서는 여전히 견해가 분분해지게 된다.

그래서 오늘날 私法學의 지배적인 견해는 어떤 획일적인 기준을 찾아내는 것을 지양하고 여러 기준을 참작하여 구체적, 개별적으로 문제를 해결하려는 경향을 보이고 있다. 즉 中間的 法人의 경우에는 이를 택일적으로 공법인이나 사법인이나로 구별할 것이 아니라 그 법인에 관하여 문제가 되는 법률관계를 여러 각도에서 검토하여 그것이 공법관계냐 사법관계냐를 결정하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>30)</sup>

그런데 행정법학에서는 이와 관련하여 公法上의 法人을 公法上 社團法人(公共組合), 營造物法人, 公法上 財團法人(公財團)으로 구분하는데 이를 행정의 주체로 파악한다. 이는 국가, 지방자치단체가 달성하여야 할 행정목적은 여러 사정으로 스스로 실현하기 어려울 때 그에 대신하여 그 목적을 수행하기 위하여 설립되는 것이므로 그 목적에 필요한 한도내에서 行政主體의 지위에

29) 郭潤直(주9), 219면 이하 ; 張庚鶴(주9), 286면 이하 참조.

30) 郭潤直(주 9), 220면 ; 張庚鶴(주 9), 287면 ; 高翔龍(주 9), 171면 ; 金溶漢(주 9), 152면. 이와 관련하여 공법인의 기본권 주체성 문제가 가지는 어려움에 대해 桂禧悅교수는 “공법인의 형태가 매우 다양하다든가, 기본권의 성격의 변천과 그에 따른 여러 가지 문제들도 그 이유가 되겠지만 보다 중요한 것은 기본권의 해석에 있어서 매우 중요한 역할을 하는 기본권이론에 대한 확고한 합의가 아직 이루어지지 못했다는 것, 그리고 무엇보다도 개별기본권의 내용과 성질이 다양한 공법인에 도대체, 그리고 어느 정도 적용될 수 있는지를 판단하기가 쉽지 않기 때문이다”라고 한다. 桂禧悅(주 28), 7면.

서게 된다는 것이다.<sup>31)</sup> 여기서 주의를 요하는 것은 ‘목적에 필요한 한도내’라는 점이다. 그 한도의 범위 밖에서는 이러한 법인은 행정주체로서의 지위에 있지 아니하고 대국가적으로 그 권리를 주장할 수 있게 된다(물론 행정주체의 지위에서도 기관쟁의 절차를 통하여 대국가적, 대지방자치단체적으로 그 권리를 주장할 수는 있지만 이는 이 글에서 논의하는 기본권 주체성의 문제는 아니다).

公法上 社團法人은 특정한 국가목적을 위하여 한정된 특수한 사업을 수행함을 목적으로 하고 이를 위해 국가적 공권을 행사하지만 그 성질상의 濃淡은 각 단체에 따라 일정하지 아니하다. 공법상 사단법인으로는 상공회의소, 중소기업협동조합, 수산협동조합, 수출조합, 축산협동조합, 수입조합(경제적 목적의 조합), 구획정리사업조합, 농지개발조합, 도시재개발조합, 산림계, 산림조합(지역개발·토목사업적 조합), 변호사회, 의사회, 약사회, 교육회(공공적·자유업종의 직업인 단체), 의료보험조합, 건설공제조합, 대한교육연합회, 대한교원공제회(사회보험적 조합), 재향군인회, 원호대상자단체 등이 이에 해당한다.

營造物法人은 영조물(Anstalt)이 법인격을 취득한 공공단체인데 구성원이 없는 점에서는 공법상 재단법인과 같다(학자에 따라서는 영조물법인과 공법상 재단법인을 동일한 것으로 이해하는 견해도 있고 양자를 구별하는 견해도 있다). 한국방송공사, 한국전력공사, 한국도로공사, 한국은행, 서울대학교병원, 적십자병원, 과학기술원, 한국기술검정공단 등이 이에 해당한다. 영조물 법인은 공법적으로 조직된다는 점에서 공법인의 징표를 가질 뿐

---

31) 金道稔 「一般 行政法論(上)」(서울 : 靑雲社, 1991), 207면 이하 ; 金南辰, 「行政法」(서울 : 法文社, 1991), 115면 이하 ; 卞在玉, 「行政法講義(Ⅰ)」(서울 : 博英社, 1991), 116면 이하 ; 朴鈞旻, 「行政法講義(上)」(서울 : 三英社, 1990), 156면 이하 ; 金東熙, 「行政法Ⅰ」(서울 : 博英社, 1991), 75면 이하 참조.

그의 이용관계가 항상 공법적으로 형성되는 것에 있지 아니하다는 점은 유의할 필요가 있다.<sup>32)</sup> 公法上 財團法人은 재단설립자에 의해 出捐된 재산을 관리하기 위하여 설립된 공공단체이다. 한국학술진흥재단, 한국정신문화연구원 등이 이에 해당한다.<sup>33)</sup>

위에서 본 바와 같이 이론적으로는 공법사의 법인에 관하여 논의가 분분하며 더 자세한 연구가 요구되어 지고 있는데, 여기서 판례의 입장을 보면 다음과 같다.

대법원 판례상 公法人으로 이해되고 있는 것으로는, 토지개발조합<sup>34)</sup>, 농업협동조합<sup>35)</sup>, 수리조합<sup>36)</sup>, 산림계<sup>37)</sup>, 갯생보호회<sup>38)</sup> 등이고, 지구별어업협동조합<sup>39)</sup>, 산림조합<sup>40)</sup>은 私法人으로 이해되고 있다.

## 나. 社團法人, 財團法人

민법은 法人을 그 구성요소가 사단이나 재단이나에 따라 사단법인, 재단법인으로 구분한다. 社團法人은 일정한 목적을 위하여 결합한 사람의 단체 즉, 사단을 그 실체로 하는 법인으로서 단체의사에 의해 자율적으로 활동하는 것이고, 財團法人은 일정한 목적에 제공된 재산 즉, 재단을 그 실체로 하는 법인으로서 설립자

32) 金南辰(주 31), 81면.

33) 金道稔, 「一般 行政法論(下)」(서울 : 靑雲社, 1991), 144면 이하 ; 金南辰, 「行政法」(서울 : 法文社, 1991), 80면 이하 ; 朴鈺炘, 「行政法講義(下)」(서울 : 國民書館, 1989), 59면 이하 ; 石琮顯, 「一般行政法(下)」(서울 : 三英社, 1988), 120면 이하 참조. 정부투자기관에 대하여는 이를 영조물법인으로 보는 견해(박윤훈)와 공기업으로 보는 견해(김남진)가 나누어져 있다.

34) 대법원, 1964. 6. 9. 선고, 63다920 판결 ; 1967. 1. 31. 선고, 66다270 판결

35) 대법원, 1966. 7. 5. 선고, 66누57판결.

36) 대법원, 1962. 5. 31. 선고, 4294민상1544 판결.

37) 대법원, 1972. 2. 22. 선고, 71다2269. 2270 판결.

38) 대법원, 1978. 7. 11. 선고, 78다591 판결.

39) 대법원, 1966. 4. 26. 선고, 66누27 판결.

40) 대법원, 1970. 3. 24. 선고, 69다2170 판결.

의 의사에 의해 주어진 일정한 목적과 조직하에 타율적으로 활동한다. 현행 민법에 의하면 사단법인은 영리사단법인과 비영리사단법인으로서 설립이 가능하지만, 재단법인은 영리법인으로서 설립할 수 없다(민법 제32조, 제39조).

그런데 이러한 사단법인과 재단법인의 구별에 있어서 유의할 것은 재산적 요소가 전혀 없는 사단법인이나 인적 요소가 전혀 없는 재단법인은 거의 찾아보기 어렵다는 점이다. 따라서 양자의 구별은 절대적인 것이라고 할 수 없다고 하겠다. 특히 公益法人의 設立·運營에 관한 法律은 ‘公益法人’이라는 것을 인정하고 있는데 이는 민법상의 개념은 아니다. 이러한 공익법인은 재단법인으로도 가능하고 사단법인으로도 가능한데 “사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술·자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인”이다(같은 법률 제2조). 공익법인의 설립에 있어서 위 법률은 許可主義를 취하고 있다(같은 법률 제4조).

순전히 성질론상으로 보면 사단법인과 재단법인의 사이에 위치하는 이른바 ‘중간법인’을 상정할 수 있겠지만 현행 민법은 이러한 종류의 법인을 인정하지 아니한다.

#### 다. 營利法人, 非營利法人

현행 민법이 인정하고 있는 법인을 법인의 목적에 따라 분류해 보면, 영리를 목적으로 하는 社團法人을 營利法人(wirtschaftliche juristische Person)이라고 한다. 영리법인의 전형적인 예로는 商法上의 會社를 들 수 있지만, 교통, 통신, 보도 등의 공공사업을 목적으로 하는 경우에도 구성원의 이익을 직접 목적으로 하는 것은 영리법인이다.

이에 대하여 學術, 宗教, 慈善, 技藝, 社交 기타 營利아닌 사업을 목적으로 하는 社團法人 또는 財團法人을 非營利法人(nichtwirtschaftliche od. ideale juristische Person)이라 한다(민법 제32조). 이러한 비영리법인은 公益法人과 協同組合으로 나눌 수 있다.

결국 영리법인이나 비영리법인이나는 그 법인이 「영리를 목적으로 하느냐」의 여부에 의해 결정될 것이므로 「영리를 목적으로 한다」라는 의미가 문제된다. 여기서 영리를 목적으로 하는 경우란 단체활동에 의해 얻은 이익을 법인의 구성원에게 분배하는 것을 의미하므로 그러한 이익배분을 목적으로 하지 아니하는 영리행위를 한다고 하여 이를 영리법인이라고 할 수는 없다. 예컨대, 입장료를 받는 전시회의 개최, 입원료를 받고 환자를 수용하는 경우, 학교법인이 출판사업을 하는 경우 등이 그에 해당한다.<sup>41)</sup>

## 2. 法人에게 인정될 수 없는 基本權

법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에도 기본권의 성질상 인정될 수 없는 것은 한정적 긍정론에 의하든 원칙적 긍정론에 의하든 차이가 있을 수 없다. 이러한 기본권은 인간이 자연인으로서 향유하게 되는 성질의 것으로서 인간의 존엄과 가치의 요소를 이루는 기본권과 이를 실현시키기 위한 기본권이 그에 해당할 것인데, 人間의 尊嚴과 價値, 幸福追求權, 生命權, 性別·家門·出身·信仰 등 人的 要素와 결합된 差別禁止, 良心의 自由, 宗教의 自由 등 內心の 自由, 婚姻의 純潔, 保健權, 生存權, 人身

41) 郭潤直(주 9), 222면 ; 高翔龍(주 9), 173면 ; 張庚鶴(주 9), 289면 참조.

의 自由, 教育을 받을 權利, 子女를 教育할 兩親의 權利, 犯罪被害者救助請求權, 選舉權·被選舉權 등 參政權 등을 들 수 있다.<sup>42)</sup>

### 3. 法人에게 인정되는 基本權

법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에도 위에서 본 바와 같이 법인의 종류와 그 특성이 다양하므로 법인에게 인정되는 기본권을 일률적으로 거론하지는 않고 있다. 종류에 관계없이 법인에게 일반적으로 인정되는 기본권이 있는가 하면 법인의 종류에 따라 개별적으로 인정되는 기본권이 있기 때문이다.

법인에게 일반적으로 인정되는 기본권으로 통상 거론되는 것으로는, 명예권, 평등권, 재산권, 거주·이전의 자유, 청원권, 국가배상청구권, 재판청구권 등을 든다.<sup>43)</sup> 이러한 기본권을 포함하여 법인에게 인정되는 기본권을 개별적으로 살펴보면 다음과 같다(여기서는 한정적 긍정론의 내용인가 원칙적 긍정론의 내용인가를 따지지 아니하고 법인의 기본권으로 거론되는 것을 모두 열거하여 검토하되 그 이유를 살펴보기로 한다). 학설이나 판례에 나타난 설명을 정리하고 약간의 필자의 견해를 첨가하기로 한다.

#### (1) 人格의 자유로운 發現權

---

42) 權寧星(주 1), 259면; 金哲洙(주 1), 248면; 許營(주 4), 246면; 伊藤正己(주 15), 199면; 阿部熙哉(주 14), 88면; 奥平康弘/杉原泰雄, 「憲法演習教室」(東京: 有斐閣, 1987), 34면 이하 참조.

43) 山本浩三, “法人と人權,” 小嶋和司(編)「憲法の争點」(東京: 有斐閣, 1985), 73면 참조.



법인에게도 ‘인격의 자유로운 발현권’이 인정된다는 견해가 있다.<sup>44)</sup> 이러한 인격의 자유로운 발현권은 독일 헌법 제2조 제1항의 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)을 의미하는데, 이는 인격에 대해서 침해받지 아니할 권리와 보호받을 권리를 포함하는 것으로 원래는 자연인의 기본권이다. 학설에 따라 우리 헌법의 경우에는 제10조 제1문 인간의 존엄과 가치의 규정에서 인정되는 것이지만 법인의 경우에도 성질이 허용되는 경우 즉, 명예권, 상호권 등의 경우에는 인정된다고 한다. 다만 이 경우 그 근거는 제10조 전문의 인간의 존엄과 가치의 규정에서는 찾을 수 없고(이는 자연인에게만 적용되는 것이기 때문이다.), 후문의 국가의 기본권보장의무에서 구할 수 있을 것으로 본다.<sup>45)</sup>

헌법재판소의 판례에 의하면 법인의 ‘人格權’을 인정한다. 헌법재판소는 민법 제764조의 “적당한 처분”에 謝罪廣告를 명하는 법원의 처분이 포함될 수 있느냐의 사건에서 “사죄광고과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반되게 된다. 이러한 의미에서 사죄광고제도는 헌법에서 보장된 인간의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해도 된다고 볼 것이다.”라고 하였다.<sup>46)</sup> 헌법재판소의 이 판례에서는 법인의 경우 인격권이 인정될 수 있는 憲法上の 根據와 법인이 가지는 인격권의 意義와 內容이 무엇인지는 밝혀져 있지 아니하다.<sup>47)</sup>

44) 金哲洙(주 1), 248면.

45) 이러한 金哲洙교수의 견해는 문헌상 밝혀져 있지는 아니하다. 1991. 6. 29. 필자의 문에서 설명되어진 내용이다. 金哲洙(주 1), 313면 이하, 317면도 함께 참조. 다만 그 인정 근거를 헌법 제37조 제1항에서 구하지 아니하고 제10조 후문에서 구하는 것은 김철수 교수의 기본권이론의 체계에 근거를 두고 있는 것으로 보인다. 김철수 교수는 제10조와 제37조 제1항의 관계에 대하여 “헌법 제10조에 의하여 확인·선언된 천부인권의 포괄성을 제37조 제1항에서 주의적으로 규정한 것”으로 본다. 같은 책, 310면.

46) 헌법재판소, 1991. 4. 1. 선고, 89헌마160 심판, 「관보」 제 11804호 52면.

법인에게 名譽權이 인정된다는 견해가 있다.<sup>48)</sup> 법인에게 명예권이 인정되는 경우에는 명예훼손을 사전에 방지하게 할 청구권과 명예침해를 회복하게 할 청구권이 생길 것이며, 이는 국가를 상대로 하든 사인을 상대로 하든 마찬가지일 것이다. 그리고 법인과 사인간에 있어서 명예권의 효력은 한편으로 국가의 기본권보장의 무를 구체화시키는 방향으로 나타나 형법상의 명예에 관한 죄의 해당여부의 문제로 된다. 형법 제307조 이하의 명예에 관한 죄에 있어서 명예의 주체에 법인이 해당된다는 점에서는 학설상 이론이 없다. 다만 인격 없는 단체도 그에 해당되는냐의 문제에 대해서는 견해가 일치되어 있지 않다.<sup>49)</sup> 대법원의 판례는 명예훼손죄나 모욕죄의 대상에는 자연인 이외에 “인격을 가진 단체”도 포함된다는 견해를 취하고 있다.<sup>50)</sup>

그런데 여기서 형법의 명예에 관한 죄에 있어서 법인, 단체의 명예의 보호가 과연 헌법이 헌법수준에서 법인의 기본권으로서 그 명예를 보호하기 때문에 생겨난 것인가를 생각해보면 이는

47) 따라서 헌법재판에서는 앞으로 법인의 인격권의 의의와 내용을 구체화하는 과제가 남아 있다고 하겠다.

48) 芦部信喜(주 16), 34면. 芦部信喜는 같은 책 같은 면에서 幸福追求權의 법인에의 적용도 그 적용영역은 비록 한정될지라도 전적으로 부정하는 것은 타당하지 아니하다고 한다. 어떠한 경우가 그에 해당하는지는 설명이 없다. 佐藤幸治는 행복추구권이란 그 자체 일정한 구체적인 내용이 확정된 것이 아니라 包括的 權利이므로 다양한 내용을 포섭할 수 있는 만큼 그 내용 여하에 따라서는 법인에게도 인정할 수 있는 여지가 있을 수 있다고 한다. 그 한 예로 名譽權이나 privacy權, 環境權 같은 것을 든다. 佐藤幸治(주 15), 387면 참조. 長尾一紘도 이와 유사한 견해를 취하는 것으로 보인다. 長尾一紘(주 14), 91면, 125면 이하 참조. 그런데 구체적으로 법인에게 위와 같은 명예권, 환경권 등을 인정하는 마당에는 이것이 행복추구권의 내용이나 그리고 행복추구권이 법인에게 인정되는냐하는 따위의 논의는 전혀 실익이 없다. 어떤 개념을 서로 달리 설정하고 전제로 한 다음 그 결론을 달리하면서 마치 견해상 차이가 있는 듯이 논의하는 것은 매우 잘못된 것이다.

49) 李在祥, 「刑法新講(各論)」(서울: 博英社, 1989), 206면 이하; 李在祥, 「刑法各論」(서울: 博英社, 1989), 179면; 金鐘源, “名譽에 관한 罪,” 金允行(代表執筆) 『註釋 刑法各則(下)』(서울: 韓國司法行政學會, 1983), 106면; 鄭盛根, 「刑法各論(上)」(서울: 法志社, 1990), 209면; 陳奕鎬, 「刑法各論」(서울: 大旺社, 1988), 189면 이하 참조.

50) 대법원, 1959. 12. 23. 선고, 4291형상539 판결 및 1960. 11. 26. 선고, 4293형상244판결 韓國判例研究室(編), 「判例總覽」(서울: 靑林出版) 刑法篇20-1(A), 605, 606면.

쉽사리 하나의 결론을 얻기는 어렵다. 왜냐하면 법인의 명예보호는 憲法의 水準이 아닌 法律의 水準(法院의 법률해석도 포함)에서도 인정될 수 있기 때문이며, 만일 그렇다면 이 경우는 법인의 명예보호란 어디까지나 立法(法律) 政策的인 것이 되어 國會의 立法(法律)形成의 裁量領域(또는 그 구체화로서 법원의 법률해석 영역)에 속하기 때문이다. 이렇게 되면 법인에게 헌법상의 기본권으로서 명예권이 인정되지 아니한다는 견해를 취하더라도 형법적 수준에서 법인의 명예보호는 인정할 수 있다는 입론의 가능성은 있게 된다.

## (2) 平等權

자연인에게만 인정되는 차별금지 외에는 ‘법 앞의 평등’도 법인에게 인정된다고 한다.<sup>51)</sup> 평등권을 기본권보장의 방법적 기초로 보게 되면 일단 법인에게 인정되는 어떤 기본권이 있을 경우 그 기본권의 보장에는 평등권 보장도 함께 인정되지 않으면 안 될 것이다.

## (3) 職業의 自由

법인에게도 營業의 自由가 인정된다고 하고,<sup>52)</sup> 職業選擇의 自由도 인정된다고 한다.<sup>53)</sup> 金哲洙교수는 “직업선택의 자유는 자연

---

51) 芦部信喜(주 16), 32면 ; 伊藤正己(주 12), 13면. 金哲洙(주 1), 248면 ; 權寧星(주 1), 259면에서는 평등권이 법인에게 인정된다고만 하고 있다.

52) 芦部信喜(주 16), 32면.

53) 金哲洙(주 1), 248면, 378면 ; 權寧星(주 1), 259면. 467면, 權德星교수는 위 467면에서 “자연인뿐만 아니라 사법인도 직업선택의 자유의 주체가 된다. 법인의 설립은 어떤 의미에서는 직업선택의 한 방법이 되기 때문이다.”라고 하고 있다. 이에 반하여 許營교수는 영업의 자유를 직업의 자유에 포함되는 것으로 이해하는 경우 법인에게 인정되는 직업의 자유는 자연인의 그것과 구별되어 이해되어야 한다고 한다. 즉 법인에 있어서

인뿐만 아니라 법인에게도 보장된다고 할 것이다. 왜냐하면 법인도 결국 그 실질적 기초가 자연인이므로 자연인이 향유하는 자유를 가진다고 할 수 있고, 특히 법인의 설립, 예컨대 사단법인의 설립 그 자체가 간접적으로 직업선택의 한 방법으로 그 성질이 허용하는 범위안에서 법인에게도 인정된다고 하겠다. 그러나 사법인이 아닌 공공단체, 지방자치단체와 같은 특별한 공법인에는 직업선택의 자유가 인정되지 아니한다.”라고 한다.<sup>54)</sup>

영업의 자유를 직업의 자유에 포함시켜 이해할 것이냐 아니면 재산권의 보장의 문제로 이해할 것이냐 하는 등의 논의는 있으나 이 논의를 일단 차치하고 볼 때, 회사가 영리를 목적으로 하는 법인인 이상 회사에는 헌법상의 기본권으로서 영업의 자유, 영업활동의 자유의 일환으로서의 계약의 자유, 광고활동의 자유가 인정된다고 한다.<sup>55)</sup>

#### (4) 居住・移轉의 자유

법인에게도 거주・이전의 자유가 인정된다고 한다.<sup>56)</sup> 회사의 경우에는 영업을 위하여 영업소를 선정하고 이전하는 자유가 이에 해당하는데, 이것은 어디까지나 직업선택의 자유나 영업의 자유와 결부된 경제적 기본권의 측면이므로 그러한 한도에서 인정

---

직업의 자유는 영업의 자유 그 자체라고 한다. 許營(주 4), 444면 이하 참조.

54) 金哲洙(주 1), 378면.

55) 일본의 伊藤正己는 회사는 영업의 자유, 영업활동의 자유의 일환으로서의 계약의 자유, 광고활동의 자유 등은 회사의 기본권으로 인정된다고 하고, 회사의 경우 이를 포괄하여 ‘企業의 자유’라고 이해하고자 한다. 다만 이 경우에도 그 제한에 있어서는 개인의 생존과 밀접한 ‘작은 영업’과 자본주의국가에서 타인을 지배하는 ‘큰 영업’과는 구별하여 생각할 필요가 있다고 한다. 伊藤正己(주 12), 11면 이하 참조. 中村睦男도 같은 의견이다. 中村睦男, “職業選擇の自由,” 芦部信喜(篇)「憲法 人權(2)」(東京: 有斐閣, 1981), 58면 참조.

56) 金哲洙(주 1), 248면, 374면; 權寧星(주 1), 259면, 377면; 芦部信喜(주 16), 32면; 竹宮崇(주 14), 59면.

되고 거주·이전의 자유가 가지는 인격형성과 정신활동의 자유와 직결되는 정신적 기본권으로서의 측면은 법인에게도 인정되지 아니한다고 한다.<sup>57)</sup>

### (5) 住居의 自由

住居의 不可侵은 법인에게도 인정된다고 한다.<sup>58)</sup>

### (6) 通信의 自由

通信의 秘密은 법인에게도 인정된다고 한다.<sup>59)</sup>

### (7) PRIVACY의 權利

PRIVACY의 권리는 법인에게 인정되지 아니한다는 부정설과<sup>60)</sup> 이러한 권리도 법인에게 인정된다는 견해가 있다.<sup>61)</sup> 權寧星 교수는 “사생활의 비밀과 자유는 인간의 존엄성 존중과 인간의 인격적 제가치를 보호하려는 것이므로 법인은 원칙적으로 이 자유의 주체가 될 수 없다. 다만 법인의 명칭·상호 등이 타인에 의하여 영리의 목적으로 이용당하는 경우에는 논의의 대상이 될 수 있다.”라고 한다.<sup>62)</sup> PRIVACY의 권리는 그 개념이나 범위가

---

57) 伊藤正己(주 12), 12면.

58) 權寧星(주 1), 259면 ; 芦部信喜(주 16), 32면.

59) 金哲洙(주 1), 392면 ; 權寧星(주 1), 259면, 380면 ; 芦部信喜(주 16), 32면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면.

60) 金哲洙(주 1), 386면 이하.

61) 芦部信喜(주 16), 34면 ; 小林直樹(주 14), 284면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면.

62) 權寧星(주 1), 366면. 權寧星 교수가 법인에게 인정되는 것으로 보는 법인의 명칭이나 상호 등은 金哲洙 교수의 경우 앞서 본 바와 같이 이를 ‘일반적 인격발현권’으로 이해한다. 아메리카합중국의 경우에는 법인이나 단체의 경우에 privacy권을 인정하고 있는데, 영장 없이 영업사무실에 들어가 수색, 압수를 하는 경우를 문제 삼아 이러한 행위는 현

사용하는 사람에 따라 구구하고 헌법이론상 아직 확정되지 아니한 상태(특히 비교법적인 측면에서는 더욱 그러하다)에 있기 때문에 그에 대한 규정이나 견해의 차이에 따라 논의도 다양하게 될 것으로 보인다.

## (8) 宗教活動・行使의 自由

공익법인은 그 설립의 목적에 따른 기본권이 인정되므로 宗教法人에는 종교활동·행사의 자유가 인정된다고 한다.<sup>63)</sup> 물론 종교의 자유 중 信仰의 自由는 인간의 內心の 自由이므로 법인에게 인정되지 아니하여 배제된다.<sup>64)</sup> 법인이 가지는 종교의 자유의 범위에 관해서 종교단체의 종교의 자유는 그 신도의 종교의 자유를 제도적으로 확보하기 위하여 인정되는 것에 지나지 아니한다라는 견해가 있다.<sup>65)</sup>

이런 점을 염두에 둔다면, 종교법인의 종교활동의 자유가 가지는 대국가적인 의미는 새삼 강조할 필요가 없지만 자연인의 종교의 자유 또는 신도의 종교의 자유와 서로 갈등을 빚을 때는 어떻게 할 것이냐가 문제된다. 특히 자본주의 국가에서 종교단체가 막대한 경제력과 사회적 영향력(때로는 정치세력과 결탁하여

---

법 수정 제4조에서 보장하고 있는 privacy권의 침해로써 위헌이라고 한다. 대표적인 판례로는 G. M. leasing Corp. v. United States, 429 US 338 [50 L Ed 2d 530, 97S Ct 619] (1977)를 들 수 있다. 우리 헌법해석과 관련하여 보면 이 경우는 '주거의 자유'에 해당하므로 아메리카합중국의 이러한 판례를 들어 바로 privacy권도 법인에게 인정된다고 하는 것은 타당하지 않다. 아메리카합중국 헌법에서의 기본권보장 규정체계와 우리 헌법에서의 기본권보장 규정체계와의 차이점을 유의할 필요가 있다. 물론 아메리카합중국의 경우도 privacy권은 원칙적으로 자연인에 인정되고 법인에게 예외적으로 인정되는 경우에도 자연인과 동일한 정도로 보장하는 것은 아니다.

63) 金哲洙(주 1), 248면 ; 山本浩三(주 43), 72면 ; 芦部信喜(주 16), 32면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면.

64) 金哲洙(주 1), 409면 이하 ; 權寧星(주 1), 396면 이하 ; 許營(주 4), 388면 참조.

65) 横坂健治(주 13), 192면 참조.

그 영향력을 확대 재생산하는 경우도 있다)을 가지고 자연인의 소박한 신앙의 자유와 갈등을 유발하는 때에 과연 종교법인의 종교활동의 자유는 어디에 위치를 설정하게 될 것인가하는 문제는 앞으로 심사숙고하여 해결해야 할 과제이다.

### (9) 集會·結社의 自由

集會의 自由가 법인에게 인정되느냐에 대하여는 견해가 대립된다. 否定說에 의하면 다수인이 일정한 공간에 집합하고 그에 참가하는 것은 논리적으로 자연인에만 인정되는 것이라고 한다. 그리고 법인을 대표하는 자연인이 법인을 위하여 행동하면 충분하므로 법인에게 집회의 자유를 인정할 필요도 없다고 한다.<sup>66)</sup> 이와 다소 차이를 보이는 견해로는 集會의 參加는 성질상 법인에게 인정되지 아니하지만 준비단계의 집회활동이 문제되는 경우에는 인정될 수 있다는 견해가 있다.<sup>67)</sup> 즉 법인은 集會의 開催에 대하여는 기본권을 가진다는 견해이다. 이에 대하여 肯定說은 준비·개최하든 참가하든 법인이 그의 기관을 통하여 사실상 집회의 자유를 행사하는 때에는 그 법적 효력이 법인 그 자체에 미치므로 그 경우 법인도 그 주체가 된다는 견해를 취한다.<sup>68)</sup>

結社의 自由는 법인에게도 인정되는 것이라고 한다. 여러 법인 또는 법인과 기타 단체가 결합하여 계속적으로 존재하는 결사를 결성하는 경우의 보장을 의미한다.<sup>69)</sup>

66) 이는 독일의 Hamann/lenz의 견해에서 찾아 볼 수 있다. I. v. Münch(hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 1. Bd. 3. Aufl. (München : C. H. Beck, 1985), 417면 참조.

67) R. Herzog, in : Th. Maunz/G. Drig/R. Herzog/R. Scholz/P. Lerche/H.-J. Papier/A. Ranzelzhofer/E. Schmidt-Assmann(주 28), Art. 8, 8면 ; H. v. Mongodt/F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. I (Berlin : Franz Vahlen GmbH., 1966), 303면 ; 金哲洙(주 1), 443면.

68) I. v. Münch (주 66), 417면 이하 ; 芦部信喜(주 16), 33면.

69) 芦部信喜(주 16), 32면 ; 伊藤正己(주 12), 12면 이하. 金哲洙(주 1), 248면, 445면 ; 權寧

## (10) 言論・出版의 自由

언론·출판 등 표현의 자유도 법인에게 인정된다고 한다.<sup>70)</sup> 일본국의 관례에 의하면 보도기관인 법인에게 보도의 자유를 인정하고 있다.<sup>71)</sup> 이렇게 언론·출판기관인 법인에게 언론·출판의 자유를 인정하는 경우에는 무엇보다도 그에 종사하는 언론인, 출판인의 언론·출판의 자유와 서로 충돌하는 경우 문제가 심각하게 되는데 이는 ‘편집권에의 참가’, ‘편집권의 독립’이라는 언론사 또는 출판사의 이른바 ‘내부의 자유’(innere Freiheit)의 문제로 나타나게 된다.

## (11) 放送의 自由

방송사가 표현의 자유를 가지는 것은 그 재산권행사라는 본연의 영역 가운데서 표현의 자유를 인정하는 가치가 있다고 하여 개인의 표현의 자유와 달리 이해하는 견해가 있다.<sup>72)</sup>

## (12) 學問의 自由

학교법인은 공익법인이므로 그 설립의 목적에 따라 학문의 자유가 인정된다고 한다.<sup>73)</sup> 권영성 교수는 그 이유를 밝혀 “학문의

---

星(주 1), 259면, 436면, 439면에서는 법인의 집회·결사의 자유를 인정한다. 佐藤幸治(주 15), 387면에서는 집회·결사의 자유는 법인에게도 넓게 인정되어야 할 것이라고 한다.

70) 金哲洙(주 1), 248면, 430면; 權寧星(주 1), 259면, 407면; 芦部信喜(주 16), 33면.

71) 日本國 最高裁判所, 1969. 11. 26. 大法廷 判決, 「最高裁判所憲法判例集」第5卷(刑事編), 273면(특히 276면).

72) 橫坂健治(주 13), 192면 참조.

73) 金哲洙(주 1), 416면; 權寧星(주 1), 443면; 許營(주 4), 246면; 芦部信喜(주 16), 32면



자유는 集團의 權利性을 가지는 것이므로, 대학이나 그 밖의 단체도 학문의 자유의 주체가 될 수 있다.”라고 설명한다.<sup>74)</sup>

大學의 自治는 대학구성원의 학문의 자유를 담보하는 수단의 범위에서 인정된다는 견해가 있다.<sup>75)</sup>

### (13) 藝術의 自由

위에서 본 바와 같이 독일연방헌법재판소는 예술학교의 경우 예술의 자유가 인정된다고 하였다. 물론 예술의 자유에서도 순전히 정신적인 부분은 자연인에게만 속하는 것이므로 법인에게 인정될 수 없을 것이다.

### (14) 財産權의 保障

營利法人의 경우에는 영리법인의 존재가 인정되는 것은 그에 의 재산권의 귀속과 재산권에 의거한 영리활동을 허용하는 데 있기 때문에 재산권의 보장이 인정된다고 한다.<sup>76)</sup> 물론 非營利法人의 경우에도 그 기본적인 재산이 있으므로 그러한 재산권이 보장되는 것은 두말 할 여지도 없지만, 여기서 재산권보장 여부의 문제는 영리행위에 의한 재산의 보장이 문제되므로 비영리법인의 경우에는 영리행위에 기초한 재산권의 보장은 인정되지 않는다. 법인의 재산권보장에 있어서 문제는 그 인정여부가 아니라

---

； 佐藤幸治(주 15), 387면. 권영성 교수는 “학문의 자유는 집단적 권리성을 가지는 것이므로, 대학이나 그 밖의 단체도 학문의 자유의 주체가 될 수 있다.”라고 설명한다.

74) 權寧星(주 1), 443면.

75) 橫坂健治(주 13), 192면

76) 山本浩三(주 43), 72면. 家哲洙(주 1), 248면, 395면 ; 權寧星(주 1), 259면, 456면 ; 小林直樹(주 14), 284면 ; 竹宮崇(주 14), 59면에서는 단지 법인에게 재산권보장이 인정된다고만 설명한다.

그 ‘보장의 정도’ 문제이다. 거대한 기업인 법인과 일개인에 지나지 않는 자연인과는 자본주의 국가에서 그 사회적 영향력과 힘의 차이가 현저하므로 이 문제의 해결을 어떻게 하여야 할 것이냐가 과제이다.<sup>77)</sup>

### (15) 裁判請求權

재판청구권도 법인에게 인정된다고 한다.<sup>78)</sup>

### (16) 刑事節次的 基本權

변호인의 도움을 받을 권리, 적법절차, 소급입법에 의한 처벌 금지, 이중처벌금지에 관한 권리 등을 인정하는 견해가 있다.<sup>79)</sup> 아메리카합중국의 경우 연방대심원은 自己負罪(self-incrimination)禁止의 特權은 법인에게는 인정되지 아니한다는 판결을 한 바 있다.<sup>80)</sup>

### (17) 請願權

법인에게도 청원권이 인정된다고 한다.<sup>81)</sup>

---

77) 芦藤正己(주 12), 11면 참조. 이는 헌법상 재산권보장에 대한 주의깊은 이해를 요구하는데, 일본국의 高原賢治는 재산을 ‘작은재산’과 ‘큰재산’으로 나누어 이론적 접근을 하고 있다. 高原賢治, “財産權,” 「公法研究」 第3號(1972), 147면 이하 참조.

78) 金哲洙(주 1), 248면 ; 514면 ; 權寧星(주 1), 492면 ; 伊藤正己(주 12), 13면 이하.

79) 芦部信喜(주 16), 32면 ; 伊藤正己(주 12), 14면. 일본국 헌법 제31조의 해석상 인정되는 적법절차는 법인에게도 인정된다고 하는 견해로는 伊藤正己(주 12), 13면 ; 小林直樹(주 14), 284면 ; 竹宮崇(주 14), 59면 등이 있다.

80) Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling 327 US 186(1946).

81) 金哲洙(주 1), 509면 ; 權寧星(주 1), 488면 ; 伊藤正己(주 12), 13면 ; 長尾一紘(주 14), 91면.

## (18) 國家賠償請求權

국가배상청구권도 법인에게 인정된다고 한다.<sup>82)</sup>

## (19) 損失補償請求權

손실보상청구권도 법인에게 인정된다고 한다.<sup>83)</sup> 헌법상 재산권을 보장하고 그 재산권을 법인에게도 인정하는 이상은 재산권 제한에 따르는 보상이 법인에게 부정될 수는 없다. 다만 보상이 따르는 헌법 제23조 제3항의 공용침해(Enteignung)와 보상이 필요없는 이른바 ‘사회적 기속’(Sozialbindung)의 경계선을 어느 정도에서 확정할 것인가에 관하여는 그 수인 가능성을 판단함에 있어서 자연인의 경우와 법인의 경우에 차이가 있게 될 여지는 있다.

## (20) 教育에 관한 基本權

교육에 관한 기본권도 법인에게 인정된다고 한다.<sup>84)</sup>

## (21) 團結權

노동3권 중 단결권이 법인에게도 인정되느냐의 문제는 그 단결권이 근로자 이외에 노동조합 그 자체에게도 인정되느냐하는 문제로 논의되는 것이다. 이에 대한 肯定說은, 노동조합이 향유

---

82) 金哲洙(주 1), 248면, 533면 ; 權寧星(주 1), 509면 ; 伊藤正己(주 12), 13면 ; 長尾一紘(주 14), 91면.

83) 金哲洙(주 1), 248면.

84) 金哲洙(주 1), 248면.

하는 단결권은 노동조합 자체의 존립에 관한 권리와 활동에 관한 권리가 포함되는데, 전자는 노동조합의 설립·운영·발전 등 일반적으로 단결체의 존립 자체를 위하여 필요한 보호를 의미하고, 후자는 단체 교섭권보다는 넓은 단결체로서의 활동을 보호하는 것이라고 하는 견해<sup>85)</sup>, 후자는 전자가 행사되고 있다는 사실의 표현에 불과하다고 하고 근로자의 단결권 침해는 동시에 단결체의 단결권 침해라고 하는 견해<sup>86)</sup> 등으로 나누어져 있다.

## (22) 環境權

환경권은 본질상 인간의 존엄권 내지 생존권에 속하는 것이기 때문에 법인에게 인정되지 아니한다는 부정설<sup>87)</sup>이 있는 반면, 환경권도 일부의 법인(학교법인 또는 의료법인)에는 적용될 가능성이 있다는 견해도 있다.<sup>88)</sup>

이상에서 법인에게 인정된다고 하는 기본권에 대한 논의를 개별적으로 열거하면서 살펴보았는데 이러한 논의에 있어서 특히 유의할 점은 법인의 기본권 문제가 가지는 특수한 歷史性이다.<sup>89)</sup> 각 나라마다 어떠한 기본권이 법인에게 인정된다고 했을 때는 그 社會의 發展段階에 따른 歷史的, 社會的 狀況에 기초한 論理講造가 이를 뒷받침하고 있기 때문이다(법인본질론에 대한

85) 金亨培, 「勞動法」(서울: 博英社, 1988), 150면 이하.

86) 金致善 「勞動法講義」(서울: 博英社, 1988), 150면 이하; 金致善, 「勞動法總說」(서울: 서울大學校出版部, 1989), 138면. 朴相弼, 「韓國勞動法」(서울: 大旺社, 1989), 91면의 주 21)의 의견도 이와 유사하다.

87) 金哲洙(주 1), 500면; 權寧星(주 1), 562면.

88) 芦部信喜(주 16), 34면; 小林直樹(주 14), 284면. 佐藤幸治(주 15), 387면은 醫療法人의 경우에도 環境權이 인정되는 것으로 보고 있다. 長尾一紘도 사회권은 노동기본권을 제외하고는 원칙적으로 법인에게 인정되지 아니하지만 집단적 보장에 적합한 경우에는 법인에게도 인정된다고 하면서 예를 들어 病院이 環境權의 주체가 되는 경우도 있다고 한다. 長尾一紘 (주 14), 92면.

89) 이에 관한 약간의 언급은 橫坂建治(주 13), 187면 이하를 볼 것.

각 논의가 생겨난 역사적, 사회적 배경도 함께 생각해 보라). 따라서 법인의 기본권의 인정여부, 범위, 정도에 대한 외국의 논의나 상황을 이해할 때는 보다 세심한 比較方法論的인 주의가 요구된다(이는 헌법학에 있어서 기본권 연구에도 똑같이 요구되는 점이다).

## IV. 法人의 基本權에 대한 制限

### 1. 法人의 基本權保障의 程度

법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에 어떠한 종류의 기본권을 인정할 것이냐도 중요하지만 인정되는 기본권을 어느 정도로 보장할 것이냐도 그에 못지않게 중요하다. 왜냐하면 기본권의 보장은 그 발달사적으로 볼 때 어디까지나 자연인을 그 주체로 하여 발달되어져 왔고, 법인은 어디까지나 법률의 수준에서 문제되던 것이 사회의 발달과 함께 기본권 문제와 같은 일정 부분이 헌법적 수준의 문제로 상승되어 편입되기 시작하였기 때문에 자연인과 동일한 수준에서 보장될 수는 없기 때문이다. 따라서 법인의 기본권 보장에 있어서는 같은 목록의 기본권이라 하더라도 자연인과 동일한 수준에서 같은 정도로 보장될 수는 없게 된다. 그 결과 법인의 기본권 보장의 범위나 정도는 법인의 설립목적이나 존재의 성질 등에 의하여 결정될 것이고, 특히 현대 국가에서는 법과 법관계의 엄청난 분화로 인하여 법인의 종류와 기능이 매우 다양하여 이러한 문제가 일률적으로 논의될 수 있는 것이 아니므로 개별적, 구체적으로 검토가 되어야 할 것이지만, 다음과 같은 몇 가지 점은 일반적으로 고려되어야 할 것이다.

첫째, 오늘날 資本主義가 高度化되어 가고 그에 따른 사회의 조직화가 진행되면서 거대한 단체들이 생겨나고, 법인 가운데는 거대한 경제력과 막강한 社會的 權力을 가지고 있는 것이 적지 아니하므로 그 경제적·정치적·사회적 활동에 있어서는 자연인과 같은 수준의 기본권이 인정될 수는 없고 더 많은 규제를 받게 된다.<sup>90)</sup> 거대한 힘을 가진 법인의 기본권과 자연인의 기본권이 충돌하는 경우의 문제의 심각성은 오늘날 법인의 기본권주체성이 인정되는 영역에서 점점 더 중요한 문제로 부각되고 있다. 이 경우를 자연인간에 발생하는 基本權 相衝의 경우와 같은 성질의 문제로 이해해서는 아니되는 이유도 바로 여기에 있다. 이른바 ‘私的 統治’ 내지 ‘私的 政府’ (private government)라고 불리는 현상이 생겨나면서 그러한 권력에 의한 국민의 기본권의 침해는 공권력에 의한 기본권의 침해에 준하여 다루어져야 한다는 논의가 생겨나고, 특히 어떠한 사회적 권력이 국가와 유사한 사적 정부라고 할 수 있는 경우나 국가와 동일시 할 수 있을 정도로 국가와 밀접한 관계가 있는 경우(아메리카합중국 헌법판례에서 확립된 state identification theory 참조)에는 공법인에게 원칙적으로 기본권이 부정되듯이 기본권을 주장할 수 없게 해야 한다는 입론도 가능하고 또 그러한 견해도 강력히 주장되고 있다.<sup>91)</sup>

둘째, 법인에게 기본권이 인정되는 경우에도 경우에 따라서는 법인의 기본권과 그 법인의 구성원인 자연인의 기본권이 서로 갈등하거나 상충하는 관계가 생겨나게 되는데, 이 경우에 법인의 기본권을 강조하다 보면 원래의 자연인의 기본권 보장의 법리가 후퇴하게 될 우려가 있다. 특히 가치관이 다양화되고 그의 대립

90) 安溶教(주 4), 279면 ; 伊藤正己(주 15), 199면 ; 佐藤幸治(주 15), 387면 이하 ; 中村睦男(주 55), 58면 참조.

91) 芦部信喜(주 16), 35면.

이 심각한 현대 사회에서는 기본권 중에서도 우월적인 지위를 지니는 정신적 자유권이나 정치적 기본권의 행사영역에서는 법인과 그 구성원이 상반되는 입장에서 정면으로 충돌하거나 대립하는 경우가 빈번히 발생할 소지가 있는데, 이 경우에는 법인의 기본권은 필요한 한도내에서 대폭적인 규제를 받게 되지 않을 수 없다.<sup>92)</sup> 이러한 경우 역시 이를 자연인사이의 기본권 상충문제와 동일하게 보아서는 아니될 것이다.

이렇듯이 法人의 基本權保障에서는 憲法政策的인 考慮와 法律政策的인 考慮 그리고 법률정책적인 고려의 구체화의 한 형태인 司法政策的인 考慮가 매우 중요한 의미를 가지는데, 문제는 법인의 권리보장에는 그 상황구속적인 속성으로 말미암아 具體的 妥當性의 요청이 크게 작용한다는 점이고, 따라서 그 실현에는 정책적인 고려가 깊숙이 자리잡게 된다. 그런데 권리실현에서 구체적 타당성의 고려는 일선에서 法律政策(국회의 입법으로 실현)과 司法政策(법원의 판례법으로 실현)으로 행하여지는데 헌법적 수준에서 자칫 일률적인 판단하에 논의가 확정되면 이러한 구체적 타당성의 고려의 영역이 축소되어 巨視的 水準에서의 基本權保障法理가 왜곡될 우려도 있다. 실제에서 법인의 기본권 논의가 가지는 어려움은 바로 여기에 있다.

## 2. 法人의 基本權 制限 및 그 限界

### 가. 法人의 基本權 制限

---

92) 安浴敎(주 4), 279면 ; 伊藤正己(주 15), 199면 ; 芦部信喜(주 16), 35면 이하 ; 竹宮崇(주 14), 59면 참조. 長尾一紘도 법인의 기본권 향유가 그 단체의 구성원의 기본권을 침해하는 경우에는 그 법인의 기본권 향유는 제한된다고 한다. 長尾一紘(주 14), 93면.

현대 資本主義 國家에서 법인의 기본권 제한에 있어서 특히 고려되어야 할 것은 법인이 가지고 있는 엄청난 사회적 영향력과 힘이다. 거대한 법인인 기업에게 財產權의 保障과 營業의 自由에 있어서 자연인의 경우와는 다른 규제가 인정되는 것이라든지(기업의 재산권 행사가 야기하는 환경문제를 생각해보라), 매스 미디어를 독·과점하고 있는 법인에 있어서 表現의 自由가 자연인의 경우보다 더 제한되고 있는 것(오늘날 점점 더 심각해져가는 언론사에 의한 개인의 자유와 권리의 침해를 생각해보라)은 모두 여기에서 기인한다.

그리고 막강한 경제력과 영향력을 가지고 있는 會社가 정치적 과정에 참여하는 것은 국민주권 원리와 대의원리를 왜곡시키고, 특히 자본주의 국가에서는, 경계하여야 할 계급지배를 유발시킬 우려(당해 회사가 재벌인 경우에는 그 징후가 강하게 나타난다.)도 있으므로 법인의 政治的 權利를 어느 정도로 인정할 것이냐의 문제에 있어서는 신중을 기해야 하며 자연인의 경우와는 달리 제한을 가할 수 있는 여지는 훨씬 광범하다.<sup>93)</sup>

93) 山本浩三(주 43), 73면 ; 佐藤幸治(주 15), 388면 ; 芦部信喜(주 16), 35면 참조. 芦部信喜는 여기서 정치활동의 자유와 같은 영역에서는 법인을 자연인과 달리 취급하는 것이 헌법의 기본권 보장 정신에 합치하는 것이라고 한다. 이 문제와 관련하여 일본국에서는 위 최고재판소의 八幡製鐵政治獻金事件판결에 대하여는 거의 모든 견해가 매우 비판적인 자세를 견지하고 있다. 이러한 비판적 견해는, 위 판결은 회사의 목적과의 관계, 정치적 기본권의 성질 등에 관하여 판단의 오류를 범한 것이라거나 충분한 논증도 없이 막강한 경제력을 가진 회사에 자연인과 동등의 정치활동의 자유를 보장한 것은 잘못된 것이며, 회사의 정치헌금이 실질적으로는 뇌물공여와 유사한 효과를 지니고 있고, 특정 정당에의 헌금은 다수의 주주와의 관계에서 사상의 자유 및 법 앞의 평등에 관한 문제를 야기시킨다는 점 등을 간과한 것은 잘못이라는 것 등을 공통적으로 지적하고 있다. 阿部照哉(주 14), 88면 ; 横坂健治(주 13), 190면 이하 ; 芦部信喜(주 16), 35면 ; 小林直樹(주 14), 285면 ; 竹宮崇(주 14), 59면 ; 佐藤幸治(주 15), 388면 ; 長尾一紘(주 14), 92면 참조. 특히 회사의 정치헌금문제를 분석한 기초 위에서 이 판결에 대하여 치밀한 비판적 검토를 하고 있는 것으로는, 富山康吉, “株式會社のなす獻金(一)-(三), ” 『民商法雜誌』 47권3호, 374면 이하 ; 47권5호, 714면 이하 ; 47권6호, 896면 이하가 주목된다. 일본국 최고재판소의 이러한 판결을 이해함에 있어서는 거대·지배 정당인 自民黨 주도의



뿐만 아니라 종교단체가 엄청난 경제력을 바탕으로 하나의 사회권력체로 군림하면서 이로 인하여 개인의 종교의 자유가 오히려 축소되어 가는 현상을 놓고 보면, 종교단체가 향유하는 종교의 자유가 개인의 종교의 자유와 같등을 빚을 때는 개인의 종교의 자유와 같은 수준의 보장을 요구할 수는 없다고 할 것이다. 헌법의 기본권 보장과 국가의 기본권 보장의무가 무엇보다도 자연인의 권리와 자유를 보장하는데 제일의적인 목적이 있음을 감안한다면 법인의 기본권 보장의 강조가 오히려 개인의 기본권 보장을 저하시키거나 후퇴시키는 결과를 가져오는 잘못을 범해서는 아니 될 것이다.<sup>94)</sup> 아무튼 법인의 기본권의 범위, 정도, 제한은 법인의 설립목적, 활동의 성질, 사회적 기능 등을 종합하여 판단하되 구체적이고 개별적으로 판단하지 않을 수 없다.<sup>95)</sup>

## 나. 法人의 基本權 制限과 관련된 그 構成員의 基本權 制限 問題

특히 법인의 기본권을 제한하는 경우 그로 인하여 그 법인의 구성원의 기본권이 부당하게 제한을 받아서는 아니될 것이다. 이 문제는 구성원의 강제가입이 이루어지는 경우에 그 심각성이 한층 부각되어지는데, 강제가입의 법인·단체나 공적인 임의 가입의 법인·단체에 있어서는 그 구성원의 자유 특히 정치적 활동

---

심한 보수주의 정치구조와 일본국의 법조계·법학계에서 심각한 문제로 제기되고 있는 일본 최고재판소의 극심한 보수적 체질 및 헌법문제에 대한 저급한 인식 수준 등에 대한 전체적인 인식이 요구된다.

94) 일본국의 橫坂健治는 법인의 기본권은 개인의 기본권보장과는 연관속에서 개인의 기본권을 침해하지 아니하는 경우에만 인정될 수 있다고 하면서 따라서 법인의 기본권보장은 자연인의 기본권보장과는 달리 受動的인 意味를 가지는 것에 지나지 아니한다고 한다. 橫坂健治(주 13), 192면 참조.

95) 山本浩三(주 43), 73면 ; 橫坂健治(주 13), 189면 ; 伊藤正己(주 12), 10면 ; 許營(주 6), 72면 참조.

의 자유는 최대한으로 보장되지 않으면 아니된다.<sup>96)</sup>

어쨌든 이 경우 그 구성원의 기본권에 대한 제한의 정도는 가입이 강제냐 임의냐, 임의단체인 경우에도 공적인 성격을 가지느냐 아니면 사교·오락단체와 같이 단순한 사적인 성격을 가지느냐에 따라 달라지게 된다. 이러한 문제는 현실적으로 노동조합(노동조합은 반드시 법인일 필요는 없다.)의 통제권과 조합원의 정치적 자유와의 관계에서 첨예한 성격을 지닌 채로 부각되는 데서 그 한 예를 찾아볼 수 있다.<sup>97)</sup>

## V. 權利能力 없는 社團과 財團

法人格 없는 團體 즉, 權利能力 없는 社團과 財團에 있어서도 기본권이 인정되느냐 하는 문제에 대하여 法實證主義的 基本權觀이나 自然法的 基本權觀의 입장을 관철시키면 그 기본권을 인정할 수 없겠지만, 법인의 기본권을 인정하는 견해는 대체로 이 경우도 그 이치는 동일하다고 한다.<sup>98)</sup> 법인의 기본권을 인정하

---

96) 安裕教(주 4), 280면 ; 佐藤幸治(주 15), 388면 참조. 이와 관련한 일본국의 판례로서 그 구성원의 기본권 보호에 적극적인 태도를 보이고 있는 예로는 熊本地方裁判所, 1986. 2. 13. 1181호 判決 및 大阪地方裁判所, 1986. 8. 21. 1207호 判決 등을 들 수 있다.

97) 芦部信喜(주 16), 35면 이하 ; 長尾一紘(주 14), 93면 참조. 노동조합의 통제권(력)과 그 구성원의 기본권에 관한 자세한 것은 다음 문헌 참조. 沈泰植, 「勞動法概論」(서울 : 法文社, 1989), 113면 ; 金致善, 「勞動法總說」(주 86), 325면 이하 ; 金亨培(주 85), 380면 이하 ; 朴相弼(주 86), 408면 이하 ; 前田政宏, “組合統制權의 根據と司法審査의 限界,” 蓼沼謙一, 横井芳弘(편) 「勞動法の爭點」ジュリスト 増刊(東京 : 有斐閣, 1979), 29면 이하 ; 木村慎一, “組合費,” 같은 책, 40면 이하 ; 西谷敏, “組合統制權의 根據と司法審査,” 蓼沼謙一, 横井芳弘, 角田邦重(編) 「勞動法の爭點」(東京 : 有斐閣, 1990), 26면 이하 ; 鈴木芳明, “組合費,” 같은 책, 32면 이하. 이와 관련한 일본국의 판례로는 日本國 最高裁判所, 1975. 11. 28. 第498號 第3小法廷判決, 「最高裁判所判例集」第29卷 第10號, 1634면 이하 ; 같은 裁判所, 1975. 11. 28. 第499號 第3小法廷 判決, 같은 책, 1698면 이하의 國鐵勞動組合事件이 있다.

는 실정법의 규정이 있는 경우에는 그 규정이 유추적용되고 실정법 규정이 없는 경우에는 법이론에 의하여 법인의 경우와 마찬가지로의 이유로써 기본권 주체성과 그 보장의 정도, 제한 등이 인정된다는 견해이다.

법인과 법인격 없는 단체와의 차이는 실질상 아무런 차이가 없고 단지 법인설립에 있어서 법률이 어떠한 태도를 취하고 있느냐에 따른 것임을 고려한 듯하다. 민법학에서 法人格 없는 社團이란 단체의 실질이 사단임에도 불구하고 권리능력을 가지지 않는 것을 말하고(예컨대, 宗中, 教會, 경우에 따라 洞, 里, 部落 등), 法人格 없는 財團이란 재단법인의 실체가 되는 재단으로서의 실질을 가지고 있으면서 권리능력을 취득하지 못한 것(예컨대, 설립중의 재단)을 의미한다.<sup>99)</sup>

그런데 이와 관련하여 생각해 볼 문제는, 법인과 민법상의 법인격 없는 단체와의 차이문제보다는 법인격 없는 단체와 조직, 운영 등의 면에서 그 수준에는 미치지 못하는 여타의 잡다한 단순한 단체들과 사이에 그 기본권 보장에서 범위와 정도에 어떠한 차이가 있느냐 하는 문제이다. 기능, 활동, 사회적 비중 등을 고려하여 기본권이 인정되는 단체를 판단할 때 그 해당여부의 선을 어디쯤에서 그을 것인가는 매우 어렵다고 아니할 수 없다. 이 문제는 어떤 이론적 도그마에 의해 해결될 것이 아니고 경험적이고 실증적인 연구의 뒷받침이 필요하다.

## VI. 政 黨

98) 伊藤正己(주 12), 110면 ; 安裕教(주 4), 276면 참조.

99) 郭潤直(주 9), 218, 225면.

정당은 국민도 국가기관도 아니지만 정치결사 또는 정당체도로써 일정한 기본권이 인정된다고 한다. 정당에서 인정되는 기본권으로서 통상 거론되는 것은 선거에 있어서의 평등권, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 재판 청구권 등이다.<sup>100)</sup>

헌법재판소도 정당에서 선거에 있어서의 기회균등권을 인정함으로써 선거에 있어서의 평등권을 인정하고 있다.<sup>101)</sup>

## Ⅶ. 法人의 基本權 問題에 관한 研究의 課題

### 1. 法人의 基本權 問題의 法體系的 位相

국내외를 막론하고 법인의 기본권에 관한 지금까지의 논의는 거의 기본권총론부분에 해당하는 ‘基本權의 主體’를 논의하는 단계에서 자연인과 함께 그 주체성이 인정될 수 있는지의 여부를 거론하는 수준에 머물러 있다. 그리고 ‘기본권의 주체’문제에서 일단 총론적으로 검토를 하고는 개별적인 기본권에서는 이를 다시 반복하는 수준에서 그치고 있다. 개별적 기본권이 가지는 각각의 특색이나 기능상의 차이, 보장의 원리구조상의 차이 등 실로 세밀한 부분-현실의 기본권 분쟁은 거의가 이러한 세밀한 부

---

100) 金哲洙(주 1), 249면. 許營 교수는 정당설립 및 활동의 자유, 정당활동의 기회균등을 參政權으로 설명한다. 許營(주 4), 505면 이하 ; 許營, 「憲法理論과 憲法(上)」(서울 : 博英社, 1991), 257면 이하 참조.

101) 헌법재판소, 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 심판, 「관보」 제11795호, 54면 이하.

분에서 생겨난다 - 은 소홀히 된 채 그 보장의 정도나 제한 그리고 제한의 한계에 대한 논의 역시 총론적인 수준에 머물거나 자연인의 경우에 해당하는 논의를 그대로 옮겨오는 형편이다.

그러나 같은 기본권이라 하더라도 시대와 나라에 따라 그 기능상의 요청과 실현형태가 다양하게 분화되어져 가고, 법인 역시 그러하므로 법인의 기본권 보장의 문제는 기본권보장과 법인의 기능이라는 매우 力動的이고 可變的이며 彈力的인 두 개의 기본축이 교차하는 구조 속에 놓여있으므로 결코 지금까지의 논의가 보여준 수준에서는 그 정확한 문제와 대처방안은 찾기가 어렵게 된다. 특히 법인에 대한 공법적인 의식의 초보적인 수준과 법현실에서 문제의 내용을 건져올리지 못하고 단순한 문헌적 논의만을 전개하는 방법론적인 취약성은 지금까지의 논의가 지니고 있는 한계를 충분히 짐작하게 해주고도 남는다.

그렇다면 법인의 기본권문제는 기본권총론의 단계에서 ‘기본권의 주체’의 문제를 논의하는 수준에 그치거나 그 제한에서 기본권 제한에 관한 일반론을 단순히 적용시키는 것으로는 충분하지 못한 것임을 알 수 있다. 같은 기본권이라 할지라도 그 보장의 원리적 구조에서는 자연인의 경우와 법인의 경우는 많은 차이를 보일 수 있고, 그 제한에 있어서도 그 보장의 이념, 법리에서 차이를 보이듯이 제한의 법리에 차이가 있을 수 있다. 그리고 그러한 영역에서는 制限에 관한 獨自的인 理論이 구성될 수 있는 여지도 있으므로 법인의 기본권문제에 관한 논의는 개별적 기본권의 연구에서 새로이 시작될 것이 요청된다. 법인의 기본권보장에 관한 ‘一般理論’이 성립될 수 있을 것인지의 문제는 일단 차치하더라도 구체적인 현실의 기본권 분쟁을 해결하는데 있어서는 법인의 기본권문제는 총론적인 ‘기본권의 주체’의 문제에서 시작될 것이 아니라 개별적 기본권의 영역에서 ‘법인에게도 그러한 권리

를 憲法의 水準에서 인정할 필요와 이유가 있는지'의 여부를 검토하고 그 보장의 정도와 제한의 문제를 연구해가야 할 것이다.

## 2. 既存의 論議가 지닌 問題點

### 가. 基礎가 허약한 基本權 一般理論

위에서 본 바와 같이 지금까지의 논의가 지닌 限界性은 여러 요인에서 기인하는 것이지만 우리 헌법학에서 나타난 문제점을 지적한다면 무엇보다도 基本權 研究에 있어서 個別的 基本權에 대한 충분한 연구없이 基本權의 一般理論을 먼저 구축하려는 의욕으로 말미암아 이른바 '基本權 總論'의 논의와 '基本權 各論'의 논의가 그 유기적인 관련성을 소홀히 하고 있는데서 비롯되고 있다는 점이다. 개별적인 기본권에 대한 연구를 충분히 진행시켜 나갔다면 '基本權의 性質'을 둘러싼, 자연법주의나 법실정주의나 하는, 극단적인 도그마(dogma) 구축중심의 실익없는 논의에서 야기되는 그 극단적이고 관념적인 성격을 최소한 극복할 수 있었을 것이며, 사회현실과 국가의 현실적 법상황을 간과한 채 法人의 基本權이나 外國人의 基本權에 대한 논의가 그렇게 안이하게 전개되지는 아니하였을 것이다. 아무튼 법인의 기본권에 대한 종래의 논의는 개별적인 기본권에 대한 연구가 뒷받침되지 못한 상태에서 기본권이론에 관한 一般理論의 構築에만 의욕이 앞서간 데서 비롯된 한계성과 문제점을 노정시키고 있다고 평가할 수 있다.<sup>102)</sup>

102) 우리나라에서 이러한 문제는 법학의 거의 모든 개별적인 논의가 보여주는 바와 같이 헌법학적 논의가 사법시험이나 행정시험 등 국가시험을 준비하는 수험생의 요구와 수요에 맞추어 극히 안이하게 진행되어져 온 데서도 비롯된다. 학자의 이러한 태도는 학문연구의 진지한 자세를 포기하고 학문의 길에서 이탈하는 것인데 그 단적인 예의 하

## 나. 體系中心的인 法도그마틱의 접근의 問題點

憲法問題의 構造的인 認識과 巨視的인 研究가 요청되는 부분을 일단 제외하면 헌법적 분쟁의 해결과 헌법소송에서 법도그마틱(Rechtsdogmatik)적 접근은 필요하고 특히 微視的 研究가 요청되는 영역에서는 그러한 접근의 효용은 진가를 발휘하기도 한다.<sup>103)</sup> 그러나 법도그마틱적 접근이, 지금까지 실정법체계의 완결된 설명체계를 완성시키는데 집요한 관심과 노력을 경주한 것과 같이, 법학의 이론적 인식에 있어서도 도그마중심의 體系定立에만 몰두하여 巨大理論(grand theory)을 구축하고 그의 內在的 統一性속에서 모든 문제를 포함시키려고 할 때는 자칫 一般化의 誤謬와 ‘논의를 위한 논의’에 빠져들게 되고, 따라서 그 어떤 학문보다도 現實性과 實踐性이 강하게 요구되는 법학이 ‘觀念의 學

---

나를 기초적인 연구의 축적없이 몇가지의 외국문헌을 번역, 정리한 이른바 ‘수험용 교과서’의 집필에서 찾을 수 있다. 국내의 실익없는 견해의 대립이나 체계정립에의 집요한 의욕, 그리고 화려한 관념적 언어의 남발 등은 거의 여기에서 기인한다고 해도 과언이 아니다. ‘수험용 교과서의 집필’은 누구나 언제든지 집필·출간할 수 있는 편의성과 기술성, 상업성을 동시에 지닌 것으로 그 자체로서는 하등 논란의 소지가 없지만 우리 사회에서 흔히 볼 수 있듯이 학자가 그 자체를 자신의 목표인 양 그에 몰두하고 진지한 학문적 논의는 오히려 소홀히 하는 것은 바람직하지 아니하다. 이와 함께 우리 헌법학이 지니고 있는 논의의 한계성과 문제해결에의 비실천적인 성격형성은 그간 우리의 헌법이 현실적인 규범성을 획득하지 못하고 - 1988년 헌법 이전까지의 유명무실한 헌법개관제도를 그 한 예로 들 수 있다 - 단순히 강의실내에 갇혀있거나 수험서의 종이 위에서 그 일생을 마친 점을 무시할 수 없다. 어떠한 법이든 그 법이 재판규범으로 기능을 하지 못하고 법실무자들의 실천적인 논의와 검증에 거치지 아니할 때에는 그에 관한 논의는 자연관념적이고 비실천적인 방향으로 흘러가게 된다. 현 단계 우리 헌법의 실현영역에서 법이론가들과 법실무자들간의 실천적인 의사소통과 협동적인 연구는 헌법문화의 전체적인 수준향상이라는 측면에서뿐만 아니라 헌법분쟁의 합리적인 해결이라는 측면에서도 매우 중요한 의미를 가진다.

103) 독일 법학에 있어서 법도그마틱에 관한 평가에 대하여는 R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation 2. Aufl. (Suhkamp : Frankfurt am Main, 1991), 307면 이하 ; 襄鐘大, “法理論(Rechtstheorie)이란 무엇인가?,” 「法學論集」第25輯(1987. 12), 37면 이하 참조.

問'으로 전락하게 된다.<sup>104)</sup> 현재에 이르기까지의 우리의 헌법학이 보여온 징후에는 이러한 측면이 있음을 부인하기 어렵고 법인의 기본권에 관한 논의가 보여주고 있는 한계성과 문제점 역시 이러한 측면에서 기인하는 바가 적지 아니하다고 할 수 있다.

오히려 오늘날 법인을 둘러싼 법상황과 법인의 기본권보장이 라는 문제가 가지고 있는 역동성과 탄력성을 고려한다면, 이에 는 일차적으로 도그마중심의 체계정립에의 집착에서 벗어나는 도그마 解體的인 接近이 요구되고, 개별적인 기본권 영역마다 하나씩 점검해가는 具體的이고도 個別的인 접근이 요구된다고 할 것이다. 개별 연구자에 있어서 이러한 접근과 인식이 다음에서 보게 되는 統合的 研究와 모순되는 것은 물론 아니다.

아무튼 법인의 기본권문제에 관한 논의에 대한 새로운 인식이 논의가 가지고 있는 본래의 의미를 잘 이해해 보면 충분히 짐작할 수 있다. '법인에게 기본권이 보장되어야 한다'는 命題의 意味가 과연 무엇을 의미하는가를 다시 물어보는 방법이다. 원래 기본권은 自然人的 기본권을 중심으로 주장되고 논의되어져 왔는데 자연인 외에 법인이 추가로 논의되는 것은 法現實的인 측면에서 무엇을 의미하는가, 그리고 법인도 원래는 法律的 水準에서 논의되고 발전되어 왔으며 근대적 의미의 헌법이 생겨나기전부터 法現實에서 존재하고 기능하여 왔는데 그후 헌법이 생겨나고 그것도 憲法現實이 한참이나 전개된 후부터 법인의 기본권이 문제되는 것은 法史學的으로 그리고 法政策論的으로 어떠한 의

---

104) 지금까지의 우리 헌법학에서 노정된 이러한 현상은 헌법이론을 法實證主義의 도그마 위에 세울 것이냐 아니면 自然法主義의 도그마 위에 세울 것이냐 하는 양자택일의 문제에 집착하는 연구자의 태도(지금까지 이러한 집착에서 헤어나오지 못하는 태도는 참으로 시대착오적인 것이라 아니할 수 없고, 그리고 이러한 태도가 지금까지 헌법적 논의와 헌법학을 상당부분 신비화시켜 왔음도 부인할 수 없다)에서 비롯된 바가 적지 않다. 법인의 기본권문제에 있어서 이러한 도그마중심의 법실중주의적 논의와 자연법주의적 논의가 지닌 문제점에 대한 비판을 許營(주 6), 68면 이하 볼 것.



미를 지니고 있는 것인가 하는 등등의 물음이다.

이러한 물음과 관련하여 우선 생각해볼 수 있는 것은 법인의 기본권문제는 법인의 권리를 둘러싼 법률적 수준의 논의중 일부가 헌법적 수준으로 올라온 것이라는 점이다. 이로부터 법인의 기본권 문제에 관한 논의가 일반적인 헌법적 논의의 경우와는 달리 헌법적 수준에서 법률적 수준으로의 下向的, 具體化的인 構造를 가지고 있지 아니함을 알 수 있고, 또한 이 문제를 기본권 총론에서 언급하는 수준의 ‘基本權의 主體’의 문제로만 해결이 될 것으로 이해하는 태도는 문제가 있음을 알 수 있다.

그리고 이러한 점은, 다시 법인의 권리가 법률적 수준에서 헌법적 수준으로 올라와 ‘기본권보장’이라는 것으로 문제가 제기되는데는 종래 법률에 의하여 보장받는 것보다는 보다 두터운 보장이 요구되고 이러한 요구는 실로 現實的인 ‘必要性’에서 기인한다는 점은 확인시켜주고 있다. 이러한 현실적인 ‘必要性’이라는 契機는 법인의 기본권보장문제가 안고 있는 본질적인 요소이며 그에 관한 이론이 새로이 생겨날 수 있는 인식의 샘으로 작용하게 된다. 현실적인 필요성이라는 계기에 인식의 초점을 집중시켜 보면 법인의 기본권문제는 자연인의 기본권문제와는 달리 본질적으로 헌법의 기본권 규정의 ‘適用’의 문제가 아니라 ‘類推’의 문제임을 간파할 수 있고(법인의 기본권에 관한 명문의 헌법규정이 있는 경우에도 본질은 적용이 아니라 유추라는 의미이다) 그렇다면 이는 단순히 ‘基本權의 主體’문제로서 법인을 기본권의 주체에 포섭시키냐하는 문제에서 더 나아가 법인에게 자연인의 ‘기본권’ 보장규정을 유추함에 있어서 그 범위와 정도를 어떻게 정할 것인가 하는 문제가 다른 차원에서 자리를 잡고 있음을 발견할 수 있다.

이 부분을 주시하면 법인의 기본권보장에서 작용하고 있는 헌

법정책적인 요소를 간취할 수 있을 것이다. 법인의 권리가 기본권으로 보장된다고 하는 것은 우선 議會의 立法權에 의해 부정되거나 박탈될 수 없다는 것을 의미하는데, 그런 의미에서 볼 때 과연 법률적 수준에서 발달되어온 법인을 기본권적인 측면에서 보장한다고 할 때는 어떠한가 할 것인가 하는 문제는 실로 그 의미를 다시 考究하게 만든다. 일단 법인의 기본권에 관한 이론이 완성된 이후에야 그 이론의 전개는 헌법적 차원에서 법률적 차원으로 구체화 되어가는 하향적인 재구성을 하면 될 것이지만, 법인의 기본권을 ‘현실’에서 ‘규범’으로 견져올리는 작업은 그 논의의 역사적인 전개과정을 볼 때 어디까지나 법률적 차원에서 먼저 시작되어진 것이기 때문에 이에 관한 인식은 중요한 의미를 가진다. 법인이나 단체의 국가내에서의 기능과 활동에 대한 평가는 그러한 법인이나 단체가 놓여 있는 시간적, 공간적인 법상황에 따라 바뀔 수밖에 없음을 인정한다면 법인이나 단체의 기본권문제는 그 어떤 도그마나 철칙에 의해 해결될 수는 없다고 할 것이다.

#### 다. 統合的 研究・認識의 必要性

이상에서 보았듯이 法人의 基本權問題는 헌법학의 이른바 기본권총론부분에서 법인을 기본권의 주체로서 인정할 것이냐의 문제로만 간단히 처리되어 질 수 없을 뿐 아니라 그 어떤 법적인 도그마나 철칙의 論理必然的인 歸結로서 답이 도출되어 질 수 있는 것도 아님을 확인할 수 있는 바, 이제 이 문제는 現代法學의 中心的인 問題로 그 자리를 차지하게 됨으로써 그 연구역시 다각도로 행하여지지 않으면 아니될 시점에 와 있다.

특히 現代 資本主義社會에서는 이 문제는 앞으로 더욱 복잡하

게 전개될 것을 예측할 수 있고 그에 수반되는 문제는 매우 까다로울 것임에 틀림없을 것이므로 법학의 어느 한 분야에서 취급될 수 있는 성질의 문제도 아니다. 법인의 기본권에 관한 문제는 헌법뿐만 아니라 행정법, 민법, 상법, 노동법, 형사법, 경제법, 사회법 등 여러 분야에 걸쳐 발생되고 있고, 다른 한편으로 그것은 정치학, 경제학, 사회학적인 요소도 포함하고 있으므로 方法論的인 側面에서 그 연구의 방법 또한 새로이 검토될 필요가 있다. 한편 법인의 기본권에 관한 문제는 자본주의사회의 법문제를 총체적이고 종합적으로 제기하고 있으므로 그 학문적인 접근 또한 統合科學의 일 것을 요구한다.<sup>105)</sup> 특히 현대 자본주의사회에서 법인이 가지고 있는 진정한 문제를 정확히 이해함에 있어서는 法社會學的인 研究는 필수적이라고 해도 과언이 아닐 것이며, 憲法政策論的 認識이 매우 중요한 비중을 지닌 것으로 요구된다고 할 것이다.<sup>106)</sup>

## VII. 結 言

이상에서 살펴본 것은 법인의 기본권문제가 지니고 있는 논의의 영역과 지금까지 전개되어온 학설과 실제의 형편이다. 학문적인 연구의 형편을 개관해 본 바에 의하면 우선 법인의 기본권문

105) 許營 교수도 법인의 기본권문제는 거시적이고 종합적으로 검토하는 경우에만 그 합리적인 설명이 가능하다는 견해를 피력하고 있다. 許營(주 4), 245면 ; 許營(주 6), 70면 이하 passim. 그리고 일반적 수준에서도 법학에 있어서 이러한 통합과학적 연구의 필요성과 그에 관한 논의는 필자가 이미 제기한 바 있다. 鄭宗變, “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여-헌법학의 통합과학적 연구에로,” 「법과 사회」 제2호(1990. 3), 221면 이하.

106) 헌법정책적 인식과 논의에 관한 서론적인 논의는 필자가 이미 제기한 바 있다. 鄭宗變, “憲法問題의 憲法政策論的 認識,” 「考試研究」 1990년 8월호, 197면 이하.

제에 관한 진지한 숙고가 부족하다고 평가할 수 있으며, 이는 법 현실에 대한 인식의 부족과 함께 헌법상의 기본권에 대한 깊은 연구가 진행되지 않았음에서 말미암는 것이라고 볼 수 있다. 개별적인 기본권에 대한 연구의 뒷받침이 없는 상태에서 基本權의 一般的인 性質이나 基本權의 主體, 基本權의 制限을 논하는 것은 학문적으로도 설득력이 없고 이론적인 논의가 가져야 할 견고성도 획득할 수 없게 된다.

실제 憲法紛爭의 해결이라는 실천적인 영역에서는 그러한 푸석푸석한 논의는 아무런 힘을 발휘할 수 없으며 때로는 기본권 이해에 혼란을 초래하기까지 한다. 위에서 보았듯이 개별적인 기본권이 법인에게 인정된다면 그 이유는 무엇이고, 어느 정도로 보장이 되는 것이며, 누구를 상대로 어느 정도까지 주장할 수 있는지가 밝혀져야 한다. 그리고 이러한 문제는 憲法學만의 고요한 영역에 속하는 것이 아니고 여러 個別 法學과 더 나아가 관련된 社會科學의 協同的이고 綜合的인 探究에 의해 해명될 수 있는 성질의 것이다.

법인의 기본권문제는 ‘基本權의 主體’의 문제만에서 이해할 수 없고 또 그 자체 자연인의 기본권보장 문제와는 차원을 달리 하는 계기가 있음은 법인에게 인정되는 기본권의 ‘效力’의 문제를 생각해 보면 쉽게 이해가 된다. 법인의 기본권에 있어서도 對國家的인 效力과 私人間的 效力이 인정됨은 의문의 여지가 없으나 그 논의의 차원은 자연인의 경우와는 차이를 가진다. ‘國家 對 法人’의 관계에서 보면 법인의 기본권은 가능한한 최대한으로 보장되어야 함은 물론이지만, ‘法人 對 私人’의 관계에서 보면 이는 논의의 수준을 달리 하게 된다.

‘法人 對 私人’의 관계에서 그 私인이 서로 비슷한 힘을 가진 법인일 때에는 ‘기본권간의 충돌’문제로 귀착될 수도 있는 것이

지만 기본권을 주장하는 법인 또는 단체가 막강한 사회적인 영향력을 행사하는 거대한 조직체이고 그 私人은 비교도 안될 만큼의 미미한 단체에 불과하거나 자연인인 경우에는, 이는 기본권간의 충돌문제가 아니라 그 법인을 국가, 정부에 준하는 것으로 보아 이때는 그 법인은 기본권을 주장할 수 없고 사인의 기본권 주장을 받는 입장에 서게 된다는 입론이 가능할 수도 있다. 즉 그때는 법인이 基本權의 受信者가 된다(앞서 본 私的 政府論이나 아메리카합중국의 theory of looks-like-government를 생각해 보라).<sup>107)</sup>

법인의 기본권 주체성의 문제가 기본권의 對私人的 效力(제3자적 효력) 내지 사인간 효력의 문제와 밀접한 관련을 가진다는 계기는 이미 법인의 기본권 주체성문제가 ‘基本權主體에의 包攝’ 문제라는 수준에서만 이해되어서는 아니됨을 말해주고 있다(주지하는 바와 같이 헌법학에서 기본권의 제3자적 효력의 문제가 기본권간의 상충문제와 동일한 범위를 가지는 논의는 아니다. 후자는 전자의 부분집합에 불과하다). 이러한 의미에서 우리가 법인의 기본권을 논의함에 있어서 항상 유의해야 할 것은 법인의 기본권보장이 오히려 자연인의 기본권보장의 이념을 퇴색시키거나 그 범위와 정도를 축소시키는 결과를 초래해서는 안된다는 원칙이다. 이런 측면에서 볼 때 독일 연방헌법재판소가 기본권보장을 본질적으로 자연인의 기본권보장에 초점을 맞추고 공법인의 기본권보장에서 많은 비판에도 불구하고 매우 신중한 자세를 견지해온 점은 깊이 음미해볼 가치가 있다고 하겠다.

헌법학에 있어서 법인의 기본권문제가 안고 있는 내용이 이러하다면 學問的인 研究에서도 외국의 논의를 만연히 되뇌는 수준

---

107) 이 문제에 대한 자세한 논의는 崔本權의 第3者的 效力“ 崔大權 「憲法學」(서울 : 博英社, 1989), 154면 이하 ; 崔大權, “基本權의 第3者的 效力-法社會學的 接近의 試圖, “「公法研究」 第11輯(1983), 59면 이하를 볼 것.

은 이제 극복되지 않으면 아니되고, 裁判의 實務에 있어서도 외국에서는 어떠한 기본권을 법인에게 인정하고 있으니 우리나라의 경우에도 인정이 된다는 식의 결론을 내려서도 아니된다. 외국 판례에 대한 연구가 어려운 것은 그 판결의 내용이나 결론의 이해에 어려움이 있는 것이 아니고 그러한 판례가 구체적으로 어떠한 상황에서 어떤 사건에서 생겨난 것인가를 정확히 이해하는데 어려움이 있기 때문이다.

유사사건에서 외국의 판례를 당연히 따라가거나 그 논의를 그대로 차용하는 태도에 再考의 여지가 있는 이유도 바로 이러한 맥락에서 확인할 수 있을 것이다(지금까지 우리나라 재판실무에서 부분적으로 드러난 이러한 요소는 이제 반성되고 극복되지 않으면 아니된다).

법인의 기본권문제는 외국인의 기본권문제와 함께 基本權의 現代的 狀況을 대표적으로 보여주고 있는 부분이다. 따라서 이 문제는 사회의 발전단계에 따라 논의의 폭과 수준이 달라질 수밖에 없다. 이러한 문제에 대한 연구에서는 우선 現實의 憲法 狀況을 유심히 관찰하고 憲法問題에 대한 認識의 정확도를 맞추어 가는 것이 필요하며 이와 함께 外國의 論議와 憲法實現의 展開 過程을 추적하는 작업도 필요하다.

이 글이 가지는 '序說的인 性格'은 이 글의 논의가 바로 이러한 요청의 初步的 段階에 있음을 자리잡아주는 동시에 앞으로의 본격적인 연구의 출발점이 됨을 말해준다.

# 憲法裁判의 認識度에 關한 調査研究

姜 潤 遠

判例編纂課長

## - 目 次 -

- I. 序 說
  - 1. 研究目的
  - 2. 研究範圍
  - 3. 研究方法
- II. 憲法裁判所制度의 歷史的 意義
- III. 憲法裁判의 認識度에 關한 設問調査
  - 1. 調査方法
  - 2. 設問調査 結果
    - [1] 憲法裁判所 存在의 認知度
    - [2] 憲法裁判所 存在의 認知經緯
    - [3] 憲法裁判所의 設立時期
    - [4] 憲法裁判所의 政府內 位置
    - [5] 憲法裁判所長의 國家序列
    - [6] 大法院과의 機能 比較
    - [7] 憲法裁判所의 業務分野

- [8] 憲法訴願審判制度의 內容
- [9] 憲法訴願의 申請 節次
- [10] 公權力에 依한 基本權의 被侵 經驗
- [11] 憲法訴願審判의 請求 可能性
- [12] 違憲法律의 認識 經驗
- [13] 違憲法律審判의 提請 可能性
- [14] 憲法裁判所의 民主發展 寄與度
- [15] 憲法裁判所의 判決傾向 評價

#### IV. 結 語

- 1. 分析結果의 綜合
- 2. 政策方向의 提言
  - [1] 憲法과 法律의 改正
  - [2] 積極的 言論對策의 展開
  - [3] 專門的 設問調查의 實施

(부록) 憲法裁判의 認識度에 關한 調查表



# I. 序 說

## 1. 研究目的

第6共和國憲法은 國家權力の 合憲的 統制를 통하여 國家의 最高法規인 憲法을 守護함으로써 法治國家의 志向과 國民의 基本權의 保護·伸張을 위하여, 1988. 9. 19. 우리나라 憲政史上 처음으로 國家의 最高機關의 하나로 憲法裁判所를 출범시켰다.<sup>1)</sup>

이와 같은 역사적 使命을 지니고 있는 憲法裁判所는 1991年 6月末 現在까지의 約3年間 憲法裁判官들의 不斷한 刻苦의 努力으로 총618건 (121件的 違憲法律審判과 497件的 憲法訴願審判)을 처리함으로써 이 땅 위에 民主主義를 定着시키기 위한 決定的 役割을 하여왔다.

그러나 憲法裁判所의 莫重한 役割에 비견하면 아직은 이 制度의 重要性에 대한 國民的 認識이 이에 미치지 못하고 있지 않나 하는 우려가 없지 않았는바, 간혹 주변 친지들로부터 「헌법재판소가 무엇을 하는 곳이나?」 또는 「憲法裁判所長은 大法院長 밑에 있느냐?」 등의 질문을 받고 당황한 경험이 있기 때문이다.

위와 같은 事情에 가끔 부딪치고 보니 憲法裁判所에 몸담고 있는 필자로서는 一般國民들이 憲法裁判에 對하여 얼마나 알고 있는지 또한 어떻게 알고 있는지, 그리고 어떻게 評價하고 있는지 등의 認識度에 關한 調查研究의 必要性을 느끼고, 그 結果가

---

1) 李時潤, 憲法裁判所判例集 제1권(헌법재판소, 1990. 11. 1)의 序文 中에서

向後 憲法裁判所の 政策樹立(關聯法律 改正 等)이나 對國民 弘報方向 定立에 미미한 도움이라도 되어 憲法裁判所制度가 보다 빨리, 보다 깊게, 그리고 보다 확실하게 뿌리를 내리어 活着될 수 있기를 기대하는 目的으로 미거한 연구를 하게 되었다.

다만, 필자의 이 調査研究는 憲法裁判所の 公的 立場과는 전혀 無關하게 純全한 個人研究者 立場에서의 私的 關心에 의한 私的 調査研究에 不過함을 밝혀둔다.

## 2. 研究範圍

研究의 範圍는 우선 憲法裁判所制度의 重要性을 염두에 두고, 그 意義를 歷史的 側面에서 간략하게 살펴본다.

다음으로는 필자의 任意的 判斷으로 一般國民의 意中을 어느 정도 代表할 수 있다고 생각되어지는 몇 개의 職業集團의 標本을 選定하여 直接的인 說問配布에 의한 設問調査를 실시하여 現行 憲法裁判所制度에 대한 諸般認識을 살펴 본 후, 最終적으로 設問調査 結果를 綜合·分析하여 그 特徵을 要約·結論짓고, 本 調査 研究가 여러모로 不足하기는 하지만 可能하다면, 憲法裁判所の 業務 中 이 研究結果가 活用되어질 수도 있다고 생각되어지는 部門의 政策方向을 提示하는 것으로 結論을 맺고자 한다.

## 3. 研究方法

本 研究의 目的을 達成하기 위하여 憲法裁判所制度의 歷史的 意義는 문헌조사에 의한 연구방법을 利用하고 設問調査는 서울 市內의 公務員, 自營商業人, 會社員(事務職), 勤勞者(機能職) 및 家庭主婦의 5個 職業人을 對象으로 各己 30名씩 150名을 標本으

로 하여 調査를 實施하는 방법을 利用하였다.

同標本은 非無作為性(Non-Random Selection)의 非確率標本(Non-Probability Samples) 方式 中 코타標本抽出(Quota Sampling) 方法을 擇하였다 (\*細部內容：後記).

아울러 質問의 作成方法은 1問을 除外하고는 2~5個의 보기 中에서 1個를 選擇하는 閉鎖型 質問方式(Closed Question Type)을 利用하여 15個의 個別質問으로 全體의 質問內容을 構成하였다.

## II. 憲法裁判所制度의 歷史的 意義

第3共和國의 維新憲法 以來 극도로 팽배되어 있던 온 국민의 民主化要求가 第5共和國의 末期에 이르러 급기야 누구도 거스를 수 없는 國民的 民主化壓力으로 증폭되었던 渦中에서 第6共和國이 탄생되고 가장 확실한 民主化 조치의 일환으로 헌법재판소가 創設되었다.

이와 같은 公式的 變換의 裏面史로서 당시 大法院을 中心으로 하는 既存 司法府의 분위기는 귀찮은 신경이 많이 쓰이는 政治性의 憲法裁判을 기피하는 경향이 다분하였던 狀況이 없지 않았던 바, 同분위기는 現行 憲法裁判所制度의 實現에 중요한 일익을 담당 해냈다는 견해도 없지 않다. 더욱이 헌법재판소제도의 채택은 우연(?)에 가까운 일로 말미암은 것이라는 말이 떠돌고 있으며, 어느 사람은 당시 司法府에서 美國式 司法審査制度를 반대하였기 때문에 헌법재판소제도로 바뀌었다고 한다.<sup>2)</sup>

2) 한상범, “헌법재판제도, 이것이 문제다” 사법행정(1990. 12), p.23

어쨌든 위와 같은 배경 속에서 헌법재판소가 설립되었지만, 설립 당시의 그간 大法院 또는 憲法委員會에서 憲法裁判을 담당하던 時節의 有名無實한 憲法裁判活動을 경험하였던 법조계는 물론 일반국민들의 기대에 비교하면, 현행 헌법재판소의 活動은 豫상을 깨기에 충분하였고, 일응 눈부신 활약이라고 칭찬되어질 수도 있다. 더욱이 혹자는 이른바 第6共和國의 憲法機關 中에서는 가장 후한 점수를 받아서 마땅하다는 見解도 있다.<sup>3)</sup>

憲法裁判所에 대한 一般國民의 期待가 막중하고 그간의 活動이 돋보일만한 것은 (圖表1)의 憲法裁判所의 事件處理現況 통계수치를 살펴보면 알 수 있는데, 특히 총 724건의 헌법소원사건 접수현황이 일반국민(請求人)의 입장에서 일응 “억울하다고 생각되는 事案”에 대하여 “무엇이나” 憲法訴願을 提起하는 경우가 많은 것이 現實<sup>4)</sup>이라는 事實은 憲法裁判所가 “現代版 신문고”의 역할을 하고 있다고 表現할 수도 있게 하여준다.

일반서민대중의 숨을 막고 있는 기막힌 사연들이 헌법재판소에 하소연되고 있고, 檢事의 不起訴處分이 憲法訴願의 對象이 될 수 있음을 명확히 한 「88 헌마 3(98. 4. 17 결정)」<sup>5)</sup>의 憲法裁判所 決定은 憲法裁判所의 활약에 생명을 불어넣는 계기가 되었다.<sup>6)</sup>

아울러 第2共和國 當時 憲法裁判所法이 制定된지 한달만에 5·16軍事쿠데타로 시행하여 보지도 못하고 폐지되었던 事實, 그리고 制憲憲法 以來 政治權力에 依하여 恣意的으로 이루어졌던 9회에 걸친 憲法改正의 史實을 쓰라린 體驗으로 기억하고 있는 國民들에게 現行憲法裁判所制度에 對한 期待는 매우 특별한 것

3) 허영, “헌법재판소에 손대지 말라” 월간조선(1991. 5), p132

4) 김현철, “헌법소원의 대상에 관한 소고” 헌법논총 제1집, p441

5) 결정문중 관련부분 「...불기소처분이 잘못되었던 경우 기본권을 침해할 수 있고 이와 같은 경우 헌법소원의 심판대상이 될 수 있음...」

6) 이시윤, 憲法裁判所事務處職員對象의 教育講論 中에서(1991. 7. 5)

이다.

憲法裁判所制度는 立法權, 行政權, 司法權 等 모든 國家權力의 合憲的 行使를 擔保하고자 하는 것에 一般的 意義가 있다고 할 수 있다.

Stark-Weber에 依하면 근자에 憲法裁判所制度가 世界적으로 큰 Boom을 일으키고 있다고 하는 바, 既存의 憲法裁判所는 그 裁判管轄權을 強化하는 方向으로 나아가고 있고, 또 새로이 憲法裁判所를 新設하는 나라가 증가하고 있는 것이 이를 代表한다는 것이다.<sup>7)</sup>

이와 같이 世界的으로 變質하고 있는 새로운 政治制度의 特質은 憲法裁判所制度가 確立이 一般化되고 있다는 것이다. 즉 理念과 體制의 벽을 허물고 人間의 존엄성과 자유민주주의의 確立을 希求하는 새로운 時代의 變革을 맞이하고 있는 것이다. 變革의 核心은 憲法의 體格과 政治體制를 변경하는 것으로서 民主主義의 定着에는 必須的으로 憲法裁判所制度가 등장하고 있다. 이것은 東歐의 폴란드, 체코, 헝가리뿐만 아니라 최근 共產國家의 宗主國 소련의 憲法에서까지 憲法裁判에 의한 勸力の 統制를 規定하고 있는 것이 이를 말하여주고 있다.<sup>8)</sup>

어느 時代이건 그 時代가 當面하고 解決하여야만 하는 課題가 있는 法이지만, 오늘에 있어서 우리에게 주어진 使命은 한마디로 自由民主主義를 定着시키는데 있다고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

우리 憲法이 採擇한 憲法裁判所制度를 그것이 正常 軌도에 오르기만 한다면 自由民主主義를 定着 시키는데 참으로 理想에 가까운 制度<sup>10)</sup>로 간주하고, 現行 憲法裁判所制度를 創設한 第6共和

7) 이시윤, “헌법재판에 관한 管見” 헌법논총 제1권(헌법재판소, 1990. 12. 31), p60

8) 한병채, “국제정세의 변화와 헌법재판의 시대” 사법행정(1990. 5), p14

9) 조규광, “격동하는 세계를 직시하고” 사법행정(1990. 12), p15

10) 한상범, “헌법제도와 정치과정” 법조 (1989. 7), p26

國의 憲法을 民主化를 위한 市民의 항쟁이 法의 모습을 하고 잉태된 경우라고 보는 見解<sup>11)</sup>에 비추어 보면, 더 나아가서 政府樹立 以來 40年間의 自由民主主義의 實現을 위한 民主的 투쟁의 所産이라는 結論도 있을 수 있다.

따라서 헌법수호와 기본권보장을 위한 최후의 보루라고도 일컬어지는 憲法裁判所制度는 이즈음 世界의 ‘憲法에 의한 勸力統制의 擴充이라는 도도한 조류에 부합하는 世界時大史的 意義를 갖고 있음은 물론, 우리나라로서는 自由民主主義 定着을 위한 國民的 투쟁의 결과로 生成된 制度라는 意味에서는 民主發展史的 意義를 갖고 있다고 볼 수 있다.

(圖表1)

憲法裁判所의 事件處理 現況

(1991. 6 現在)

구 분	접 수	처 리								미 제
		합 계	결 정					취 하	기 타	
			소 계	위 헌 (인용)	한 정 합 헌	합 헌	기 각 각 하			
위헌법률 탄핵심판	233	121	38	15 <sup>1)</sup>	3	5	15	83	-	11
정당해산	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
권한쟁의	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-
헌법소원	724	497	469	18 <sup>2)</sup>	1	5	445	28		22
헌법소원불수리	172	172							172	-
총 계	1,130	790	507	33	4	10	460	111	172	34

- (주) 1. 헌법불합치 및 일부위헌 포함  
 2. 인용 및 위헌 · 헌법불합치 · 일부위헌 포함.

11) 안경환, “헌법재판의 정치적 성격과 그 의의” 고시행정(1990. 7), p155

### Ⅲ. 憲法裁判의 認識度에 關한 設問調査

#### 1. 調査方法

##### [1] 基本前提

元來 調査方法論에서의 設問調査(說問紙作成 包含)는 相當한 專門知識은 물론, 相當한 費用과 時間이 뒷받침되어야만 可能한 것이지만, 필자의 今番 設問調査는 向後 數年 內(例：現 憲法裁判官들의 第1期の 6年 任期가 끝나는 1994年)에 專門的·本格的의 調査를 行한다는 意慾的 假定을 갖고 있는 事前調査的(Pilot Study)내지 略式調査的 水準임을 前提한다. 따라서 標本의 抽出方法 및 規模面에서 全體國民의 意思가 반드시 代表될 수 있다고는 보지 않기 때문에 相當한 誤差가 있을 수도 있다고 想定된다.

그러나 어차피 設問調査가 母集團인 全體國民을 標本으로 하기가 不可能한 것이고, 說問의 作成 側面에서 완벽성을 갖는다는 것이 不可能한 것이라면, 여러모로 不足한 今番 調査이기는 하지만 現行 憲法裁判所에 對한 評價의 어떤 質問이나 분위기를 살펴본다는 意味에서 나름대로의 價値를 갖고 있다고 본다.

##### [2] 對象의 選定

本 設問調査는 調査對象地域을 서울地域으로 限定하고 便宜上 中産層程度<sup>12)</sup>의 서울市民을 代表할 수 있다고 個人的으로 判斷

12) 中産층의 개념정의는 關係學계에서도 의견이 分분한 상태인데, 필자로서는 家計의 經濟狀態를 부유층, 中産층 및 빈곤층으로 3分하고 中産層을 廣義的 立場에서 「생활의 主

되는 5個의 職業群을 選定하기로 하였는 바 公務員, 自營商業人, 會社員(White Collar), 現場勤勞者(Blue Collar) 및 家庭主婦의 5個의 職業群을 設問調査의 對象으로 하였다.

全體 標本數는 時間과 費用의 制約關係上 150名으로 하고 各 職業別로 30名씩을 直接訪問 配布하고 며칠 후 수집하는 方法을 利用하였다. 元來 어떤 事案에 대한 一般國民의 認識度를 조사하기 위하여는 모든 國民을 對象으로 하는 全數標本에 依한 調査가 가장 完備한 것이지만 이것은 現實적으로 不可能한 것이고, 次善의 方法으로 確率標本方式을 사용하는 경우가 있는데 確率標本은 原則적으로 無作爲性을 前提하고 있는바, 無作爲性을 保障하기 위하여는 例를 들어 調査對象으로서 意味가 없다고 판단되는 어린이, 노인 등을 除外한 모든 國民을 地域別·性別·나이別·職業別 等으로 區分하여 一連번호를 부여한 후 各 區分의 構成費를 감안하여 10名의 1명 꼴로 또는 100名의 1명꼴등의 確率的 基準을 갖고 標本을 抽出하는 方法을 말하는데 이와 같은 方法 또는 現實적으로 不可能한 경우가 一般的이다.

이와 같은 事情에 따라 필자는 어쩔 수 없이 非確率的 標本方式 中 코타標出을 擇할 수밖에 없었는데 非確率的 方式은 誤差의 介入을 증대시킨다는 短點을 갖고 있으나 費用과 時間을 節減할 수 있다는 큰 長點을 갖고 있다. 아울러 非確率標本은 確率標本과 비록 母集團의 明白한 推定을 위한 確率的인 統計處理가 不可能하여 母集團의 全體의인 性格을 一般化할 수는 없다하여도 母集團의 重要한 性格을 어느 程度 파악할 수 있을 뿐만 아니라 그에 대하여 重要한 情報를 提供할 수 있다.<sup>13)</sup>

코타標出(Quota Sampling)은 歐美諸國에서 많이 使用되는 方

---

要根本을 이루고 있는 一定한 賃급을 받거나, 自己經營의 事業(농업 포함)을 갖고 있는 사람들」로 定義하였다.

13) 李觀雨, 「新調査方法論」 (서울 : 형설출판사, 1986), p130.



式으로 有意標出 또는 目的標出의 한 變形으로서 例를 들어 母集團의 主要屬性을 잘 代表할 수 있도록 일정수의 카테고리를 정한 후 그 카테고리에서 抽出할 事例의 數(Quota)를 決定하여 各 카테고리마다의 Quota(금번 조사의 경우 30명)를 作爲的으로 抽出하는 方式인데, 標本抽出이 容易하다는 長點이 있는 反面, Quota의 作爲抽出로 因하여 誤差의 介入을 增大시킨다<sup>14)</sup>는 短點을 갖고 있다.

今番의 標本抽出方式은 모든 職業群을 포함할 수 있는 標本이 되지 못하였으나 上記의 5個 職業 程度면 서울의 가장 重要한 5個 職業은 포함된 것으로 自足하는 한편, 總標本이 300名 程度만 되었으면 더 좋았을 텐데 費用과 時間 關係上 150名 밖에 採集을 할 수 없었던 바에 아쉬움도 있으나 標本の 數를 300名으로 하였어도 어차피 誤差는 相當히 있을 수밖에 없었을 것이라고 자위한다. 다만, 今番 調査가 憲法裁判所에 關한 設問調査로서는 우리나라의 最初 Study였음에 만족하며 이 調査結果로서 어떤 傾向이나 雰圍氣를 살펴보는 目的으로는 큰 無理가 없을 것으로 確信하면서 또한 훗날의 本格調査를 위한 事前的 調査(Pilot Study)로서는 充分한 價値가 있다고 본다.

各 職業別 具體的인 調査對象으로 公務員은 內務部公務員을, 會社員은 서울 구로동 所在 H강관(주)의 Desk근무 事務職員을, 근로자는 上記 H강관(株)의 技能職의 生産현장 근무자를, 主婦는 서울 개포동所在 현대아파트에 거주하는 가정주부를 대상으로 하였다. 調査期間은 1991年 7月 1일부터 10日까지의 10日間이었다.

### [3] 說問紙의 構成

---

14) 李觀雨, 前揭書, pp130~132

說問紙는 우선 作成者의 人的 事項을 最小限으로 파악하기 위하여 性別과 나이를 區分 표시하도록 하였으며, 實際의 全體質問은 15個의 項目으로 構成되어 있으며, 첫 번째 질문에서 憲法裁判所의 存在에 對하여 알고 있는지 與否를 問의하였고, 그 以下の 14個 質問 項目은 第1項에서 「알고 있다.」로 표기한 사람만 작성토록 하여 細部內容의 質問에 答하는 標本의 數는 全體標本(150名)에 미치지 못하는 數(125명)가 될 수밖에 없었는데, 그 理由는 憲法裁判所의 存在를 알지도 못하는 사람들에게 細部質問을 계속하는 것이 無意味하다고 생각하였기 때문이다.

主要質問의 內容은 헌법재판소를 알게된 경위(매스컴을 中心으로), 設立時期, 政府內에서의 位置와 서열, 機能, 憲法訴願審判의 內容과 申請節次, 違憲法律審判의 內容과 申請節次, 憲法裁判所活動에 對한 評價, 基本權의 被侵害 경험 與否, 違憲法令에 對한 認識 경험 與否, 違憲法令에 對한 認識 또는 公務員에 의한 基本權의 被侵害 경우에 憲法裁判所に 提訴意向 與否, 憲法裁判所의 業務內容에 對한 認知程度 等 15個의 項目으로 構成되어 있다.

#### [4] 標本集團의 細部 構成

總標本集團의 性別構成은 남자 101名(67.3%)과 여자 49名(32.7%)으로 되어 있으며, 나이別 構成은 20代(29세 以下) 24名(16.0%), 30代(30~39세) 58名(38.7%), 40代(40세 以上) 68名(45.3%)로서 나이別로는 30代 以上の 中長年이 84.0%로서 大部分을 차지하고 있다. 다만, 世代의 區分을 單純化하기 위하여 20代에는 19세의 1명이 포함되어 있으며, 40代에는 50~55세의 5명

이 포함되어 있다. 특히主婦와 商業人(1名 除外)은 30代 以上으로 構成되어 있으며, 이들은 서울 강남구 要地에서 30~40坪 아파트에 거주하면서 安定的으로 生活을 하고 있는 中産層 以上の 家庭主婦와 또한 강남구 要地에서 有名아케이드內에서 自營점포를 갖고 있는 中産層 以上으로 思料되는 商人들로서 어느 一面으로는 이 標本이 서울의 中産層을 代變하고 있다고도 볼 수 있지 않을까 생각되어진다. 各 集團의 性別과 나이別 構成은 다음 圖表와 같다.

(圖表1)

全體 標本の 職業別・性別 및 職業別・나이別 構成

(단위 : 명)

	性 別		나 이 別		
	男	女	20代 (29세이하)	30代 (30~39세)	40代 (40세 이상)
公務員(30)	26	4	4	12	14
商業人(30)	20	10	1	11	18
會社員(30)	25	5	11	14	5
勤勞者(30)	30	-	8	12	10
主 婦(30)	-	30	-	9	21
總 計(150)	101	49	24	58	68

(圖表2)

各 職業群의 나이別・性別 構成

(단위 : 명)

	標本	20代		30代		40代	
		남	여	남	여	남	여
公 務 員	30	-	4	12	-	14	-
商 業 人	30	1	-	6	5	13	5
公 務 員(WC)	30	6	5	14	-	5	-
근 로 자(BC)	30	8	-	12	-	10	-
主 婦	30	-	-	-	9	-	9
(小 計)	150	15	9	44	14	42	26
總 計	150	24		58		68	

## 2. 設問調査 結果

### [1] 憲法裁判所의 認知度

#### (1) 質問內容

Q : 憲法裁判所의 存在에 對하여 알고 계십니까?

- 알고 있다. (以下 “안다”로 表記)
- 모르고 있다. (以下 “모른다”로 表記)

(2) 調查結果

憲法裁判所の 認知度

“안다” 83.3% (125명)	“모른다” 16.7%(25명)
-------------------	---------------------

(주) 전체 150명

(圖表3)

“모른다”의 職業別・나이別・性別 構成

(단위 : 명, %)

職 業		20代		30代		40代		計
男	女	남	여	남	여	남	여	
公 務 員	-	-	1 (25.0)	-	-	-	-	1 (3.3)
商 業 人	2	-	-	-	1 (20.0)	2 (15.4)	2 (40.0)	5 (16.7)
會 社 員	4	-	4 (80.0)	2 (14.3)	-	2 (40.0)	-	8 (26.7)
勤 勞 者	4	2 (25.0)	-	2 (16.7)	-	-	-	4 (13.3)
主 婦	-	-	-	-	4 (44.4)	-	3 (14.3)	7 (23.3)
小 計	10	2 (13.3)	5 (55.6)	4 (9.1)	5 (35.7)	4 (9.5)	5 (19.2)	25 (16.7)
總 計	25	7 (29.2)		9 (15.5)		9 (13.2)		25 (16.7)

- (주) 1. ( )內는 各 集團의 各 나이別・性別의 全體 中 比重  
 2. 小計의 ( )內는 全體의 나이別・性別 中 比重  
 3. 總計의 ( )內는 全體의 나이別 中 比重

### ①全體 中 「모른다」 現況

第1番의 質問은 憲法裁判所의 存在에 대하여 얼마나 알려져 있는지를 調査하기 위한 것으로서 今番 設問調査에서 필자가 제일 궁금하게, 그리고 제일 중요하게 생각하였던 質問 中에 하나였는바 應答者 150名 中 (83.3%)이 「안다」로 應答하였으며, 25名(16.7%)이 「모른다」로 應答하였다. 標本抽出對象이 서울地域의 5個 職業群, 主로 中産層을 對象으로 하였다는 特性을 갖고 있기는 하지만 대체로 필자가 예상하였던 數值(約 70%)보다는 높았던 것으로서 多幸스럽게 생각된 바 없지 않다. 필자의 판단으로는 標本對象을 農漁村을 포함하는 全國地域으로 擴大하여 農業·水産業 등으로 擴大하는 경우 또한 標本 中 男女의 比重을 같게 하는 경우 등에는 「안다」의 比重(%)이 훨씬 더 낮아질 것으로 생각되는데, 필자로서는 「모른다」의 現況에 매우 깊은 關心을 갖고 있기 때문에 「모른다」의 現況에 對하여 多角的인 分析을 行하고자 한다.

### ② 性別로 본 「모른다」 現況

「모른다」로 應答한 25名을 全體로 보고 分析하여 본 結果, 性別로 본 「모른다」의 現況은 男子가 10名으로서 全體 男子(101名)의 9.9%에 該當하고 全體 「모른다」(25名)의 40.0%를 차지하였다. 女子는 15名으로서 全體 女子(49名)의 30.6%에 해당함으로써 남자에 비하여 단연히 女子가 3倍 以上으로 「모른다」의 比重이 높았으며, 全體 「모른다」의 60.0%를 차지함으로써 全體 「모른다」 中에서의 男子보다 1.5倍의 比重이 높았다.

### ③ 나이別로 본 「모른다」 現況

나이別로 본 「모른다」의 現況은 20代는 7名으로서 全體20代(24名)의 29.2%에 該當하고 全體 「모른다」(25名)의 28.0%를 차

지하였다. 30代는 9名으로서 全體 30代(58名)의 15.5%에 該當하고 全體 「모른다」의 36.0%를 차지하였다. 그리고 40代는 9名으로서 絶對數字가 30代와 같았으나 全體 40代(68名)의 13.2%에 該當하고 全體 「모른다」의 36.0%를 차지하였다. 따라서 各 나이別 「모른다」의 絶對數字와 全體 「모른다」 中에서의 比重은 큰 差異가 없다고 볼 수도 있겠으나, 各 나이別 全體中에서의 차지하는 比重은 20代가 29.2%로서 가장 높고 30代와 40代가 各己 15.5%와 13.2%로서 相互 類似한 比重現況을 보이고 있음을 알 수 있는데 이와 같은 現況은 20代가 30代 및 40代보다 2倍 以上이나 憲法裁判所의 存在에 對하여 모르고 있음을 말하여 준다.

나이別 「모른다」의 現況을 보다 細部的으로 分析하여 본 結果는 다음과 같다. 全體 20代 中 「모른다」 7명은 男子 2名과 女子 5名으로 構成되어 있는데, 男子 2名은 勤勞者의 全體 20代의 男子 4名 中 2名이었으며, 女子 5名은 會社員 全體 女子(모두 20代) 5名 中 4名과 公務員의 全體 女子(모두 20代) 4名 中 1名이었다. 公務員 中에서도 憲法裁判所의 存在에 對하여 모르고 있는 사람이 있다는 것이 어느 一面 異狀하게도 느껴지는 바 없지 않지만, 아마도 公務員 中 女子 4名은 모두 技能職이었던 것으로 추정된다. 30代와 40代의 「모르고 있다」 各 9名은 各己 男子 4名과 女子 5名으로 構成되어 있는데, 30代의 경우 男子는 會社員 2名과 勤勞者 2名으로, 그리고 女子는 商業人 1名과 主婦 4名으로 構成되어 있으며, 40代의 경우 男子 4名은 商業人 2名과 會社員 2명, 그리고 여자 5名은 商業人 2名과 主婦 3名으로 構成되어 있다.

④ 性別로 본 各 나이別 「모른다」의 現況

i) 男子의 各 나이別 「모른다」의 現況

全體 男子 20代(15名) 中 「모른다」의 比重은 13.3%(2名), 全

體 男子 30代(44名) 中の 比重 9.1%, 그리고 全體 男子 40代(42名) 中の 比重은 19.5%로서 各 나이別 全體 中에서의 比重이 큰 差異를 보이지 않고 있다고 볼 수 있으며 「모른다」의 總標本比重16.7%(以下 “全體 모른다 平均值”라 함)에도 未達함으로써 男子의 경우는 各 나이別 比重이 대체로 良好하다고 볼 수 있다.

ii) 女子의 各 나이別 「모른다」의 現況

全體 女子 20代(9名) 中 「모른다」의 比重은 55.6%(5名), 全體 女子 30代(14名) 中の 比重은 35.7%(5名), 그리고 全體 女子 40代(26名) 中の 比重은 19.2%(5名)로서 男·女 全體의 「모른다」 平均值 (16.7%)보다 尙高하고 있으며 나이別로 큰 差異를 보이고 있는데 特히 20代는 적어도 2名 中 1名은 憲法裁判所의 存在에 對하여 모르고 있음에 놀라움이 크다. 아울러 40代의 경우는 「全體 모른다」 平均值 16.7%와 큰 差異가 없는 良好한 現況을 보이고 있는데, 調查對象 地域이 서울江南 要地의 아파트 團地였음인지 하루日課 中 신문이나 TV등 매스컴을 여유 있게 볼 수 있는 階層이라고 推定된다.

⑤ 職業別로 본 「모른다」 現況

各 職業別 標本 30名 中 「모른다」의 現況은 公務員이 3.3%(1名)로서 大部分 憲法裁判所의 存在에 對하여 알고 있는 것으로 나타났는데, 그 까닭은 公務員들이 憲法裁判所制度에 對하여 어느 職業群보다도 그 重要性을 認識하고 있다는 事實을 나타내주고 있지만, 다른 한편으로는 憲法이 승진시험이나 채용시험의 主要科目이기 때문에 높은 認知度를 나타내고 있다고 생각되어지는 바 없지 않다.

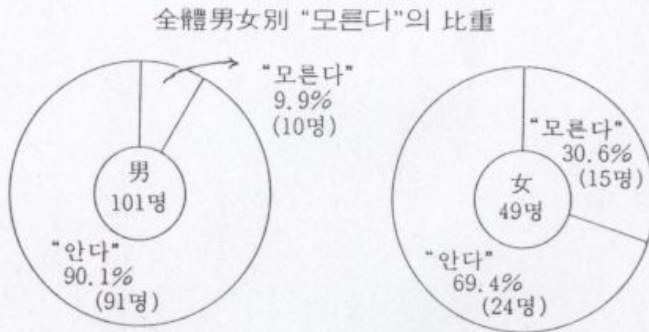
그 밖의 商業人은 16.7%(5名), 公務員 26.7%(8名), 勤勞者 13.3%(4名) 및 主婦 23.3%(7名)로서 會社員의 「모른다」 比重이 제일 높은 것으로 나타났다.



⑥ 그림으로 본 「모른다」 現況

以上에서 서술한 憲法裁判所 存在의 認識度에 關한 應答結果

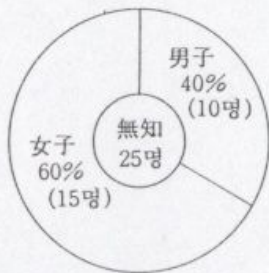
(圖表 4)



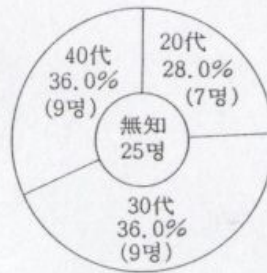
(圖表 5)

全體 "모른다"의 性別·나이別 構成

性別構成



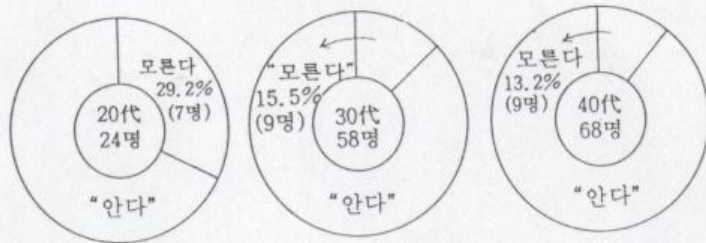
나이別構成



를 그림으로 살펴보면 다음과 같다.

(圖表 6)

全體의 各 나이別 "모른다"의 比重



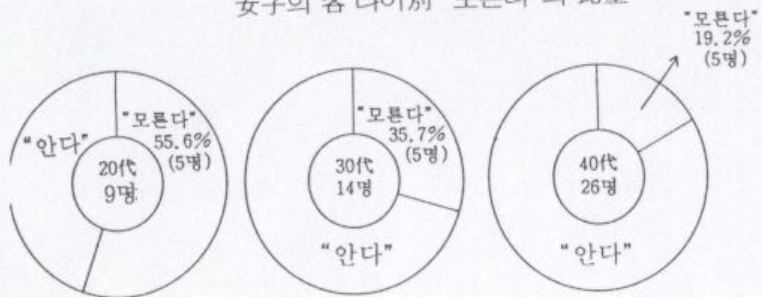
(圖表 7)

男子의 各 나이別 "모른다"의 比重



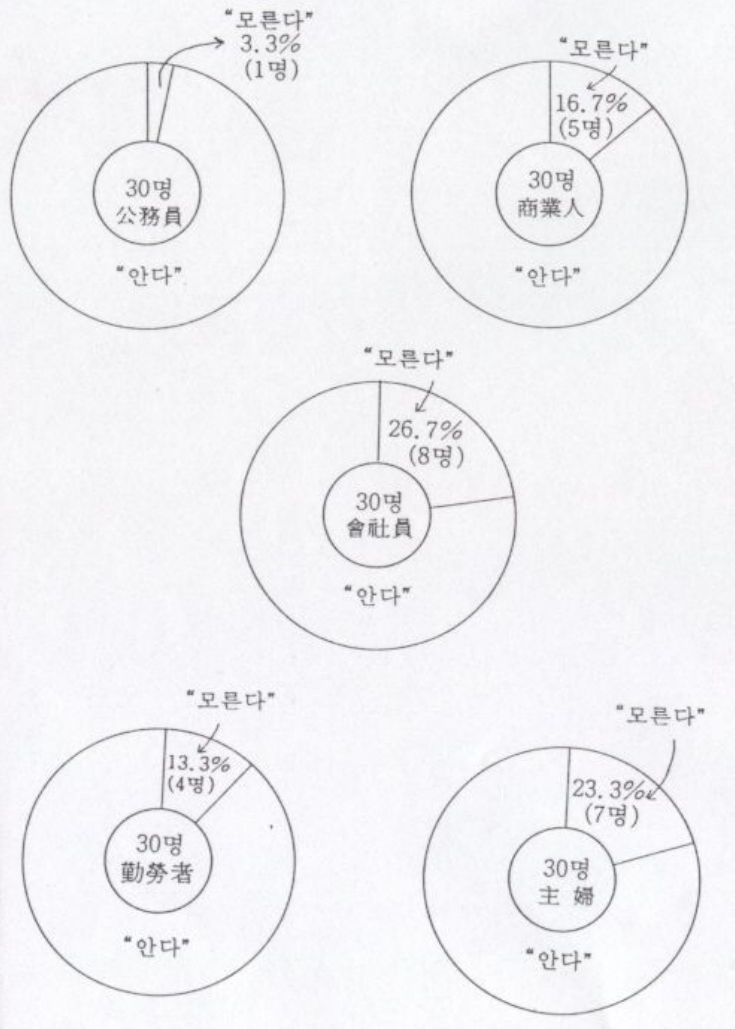
(圖表 8)

女子의 各 나이別 "모른다"의 比重



(圖表 9)

各 職業別 "모른다"의 比重



### (3) 結果分析

#### ① 結果要約

- 調査對象 中 대부분(83.3%)의 사람들이 憲法裁判所의 存在를 알고 있다.
- 「모른다」는 16.7%에 불과하며 性別로는 男子보다 女子의 「모른다」 比重이 훨씬 높다.(14.3% : 29.2%)
- 나이 別로는 30代와 40代의 平均에 比하여 20代의 「모른다」 比重이 훨씬 높다.(14.3% : 29.2%)
  - 男子의 경우, 各 나이別 「모른다」의 比重은 큰 差異가 없다(13.3% : 9.1% : 9.5%)
  - 女子의 경우, 各 나이別 「모른다」의 比重은 靑을수 록 심각하다(55.6% : 35.7% : 19.2%).
- 職業別로는 公務員은 憲法裁判所의 存在에 對하여 大部分의 사람(96.7%)이 알고 있으며, 기타의 職業은 會社員・主婦・商業人・勤勞者의 順序로 「모른다」의 比重이 높다(26.7% > 23.3% > 16.7% > 13.3%).
- <職業別・나이別・性別>의 「모른다」 比重은 <公務員・20代・女子>의 경우가 80%로서 大部分 憲法裁判所의 存在에 對하여 모르고 있는 實情으로 나타났으며 <商業人・40代・女子>, <會社員・40代・男子>, 그리고 <主婦・30代>의 경우가 대체로 높은 數値로서 40~44%의 「모른다」의 比重을 나타내었다. 그 밖의 경우는 14~25%의 比重으로서 相對적으로 良好한 것으로 나타났다.

#### ② 結果分析

憲法의 特性은 一般的으로 最高規範性, 政治規範性, 組織規範性, 生活規範性, 權力制限規範性, 歷史性的의 6個 事項<sup>15)</sup>을 드는 것

이 보통인데, 憲法이 形式的, 名目的·想念的으로만 存在하는 規範이 아니고 國民의 日常生活속에서 存在되어 있으며 또한 實現되고 發展되어야만 하는 規範이라고 定義한다면, 憲法속에 나의 權利가 있다는 意識이 國民의 日常生活 속에서 뿌리가 내려져야 하며 또한 기본권보장의 ‘최후의 보루’로서의 憲法裁判所에 대한 國民的 關心이 提高되어야 한다고 생각한다.

憲法裁判所의 存在에 對하여 「안다」가 83.3%의 比重을 나타낸 것은 매우 바람직스러운 現象으로 받아들여지는데, 過去에는 ‘憲法도 과연 法人가?’ 하는 冷笑的 憲法觀이 우리 國民들 사이에 支配的이었던 것으로 단정하고, 이것은 憲法이 法으로서 現實을 다스리는 힘, 즉 憲法의 규범력이 弱하였기 때문이라고 보면서 憲法裁判所의 그간 憲法裁判活動을 통해 生活規範으로서의 憲法의 規範력을 높이는데 相當한 成果를 거두었으며 높이 評價되어 마땅하다는 見解<sup>15)</sup>를 참고한다면 憲法裁判所의 存在에 對하여 大部分의 사람들이 알고 있다는 事實은 결코 우연한 結果로 볼 수 없으며, 나아가 이와 같은 바람직한 現象은 憲法裁判所의 더욱 活潑한 憲法裁判活動을 통하여 보다 擴充될 수 있다고 믿는다.

憲法裁判所의 存在에 對하여 「모른다」는 것은 다른 意味로 表現한다면 그간 오랜 獨裁人治를 경험하였던 탓인지 “法治主義”에 대한 無關心의 表現이라고 감히 말할 수도 있지 않나 생각되어지며, 또한 憲法이 國家社會를 構成하고 있는 各種 세력간의 타협의 產物이라고 간주한다면, 여기 「모른다」의 現象은 政治에 대한 無關心의 表現이라고 意味지을 수도 있다고 생각한다.

다른 한편으로 살펴보면 피부의 감각적 측면에서 憲法裁判所

15) 허영, 「한국헌법론」(서울 ; 박영사, 1990), p24

16) 양건, “헌법재판소 2년, 그 성과와 한계”, 한국논단(90.11), p98

의 存在를 모른다는 것은 그 原因이 어느 一面 憲法裁判所의 歷史가 또는 우리나라의 憲法裁判의 歷史가 너무 짧아서라고 생각되어지는 바 없지 않다. 이렇게도 볼 수 있는 근거는 國民學校卒業 以上の 나이와 학력을 가진 사람이라면 大統領이나, 國會 그리고 大法院의 存在를 모르고 있는 사람은 극히 드물 것으로 생각되어지기 때문이다. 즉 用語 자체의 생소함에 그 원인을 찾아 볼 수도 있는데 이것은 적극적인 弘報對策으로써 어느 정도는 補完될 수도 있다고 본다.

## [2] 憲法裁判所 存在의 認知 經緯

### (1) 質問內容

Q : 憲法裁判所의 存在에 대하여 알게된 경위는?

- 신문보도                      - TV뉴스                      - 친지의 이야기
- 잡지                              - 전문서적

### (2) 調査結果

#### ① 有效標本の 構成

第2番의 憲法裁判所 存在의 認知 經緯에 대한 質問 以下の 질문은 第1番의 憲法裁判所 存在의 認知與否에 關한 質問에서 「안다」로 應答한 125名(總標本の 83.3%)만의 應答結果로서 以下の 13個 質問도 마찬가지로 “「안다」의 125名”만을 第2의 總標本으로 構成하고 있다. 여기서 필자는 本人의 便宜上 “「안다」의 125名”을 有效標本이라고 이름 붙여서 서술하고자 하는 바, 有效標本<sup>17)</sup>의 特性과 나이別·性別構成은 다음의 圖表와 같다.

---

17) 第2番과 第2番의 質問사이에 “\* 주의사항 : 이하의 질문은 [문1]에서 ‘알고 있다’로 표시한 분만 기재해 주세요.”라고 要求함으로써 全體標本과 有效標本을 區分함을 시도하였다.

(圖表10)

## 有效標本の性別 및 나이別・性別 構成

(단위 : 명)

	性別		나이別・性別					
			20代		30代		40代	
	남	여	남	여	남	여	남	여
公務員 (29명)	26	3	-	3	12	-	14	-
商業人 (25명)	18	7	1	-	6	4	11	3
會社員 (22명)	21	1	6	1	12	-	3	-
勤務者 (26명)	26	-	6	-	10	-	10	-
主婦 (23명)	-	23	-	-	-	5	-	18
小計 (125명)	91	34	13	4	40	9	38	21
總計 (125명)	125		17		49		59	

② 調査結果

i) 遊效標本 全體(綜合) 現況

(圖表11)

憲法裁判所 存在 認知 경위의 利用 매스컴 현황

(단위 : 명, %)

	신 문		T V		잡 지		전 문 서		친 지		
	남	여	남	여	남	여	남	여	남	여	
公務員 (29명)	16	1	1	1	1	-	8	-	-	1	
商業人 (28명)	5	1	10	5	-	-	2	1	1	-	
會社員 (22명)	12	-	8	1	-	-	1	-	-	-	
勤勞者 (26명)	14	-	6	-	1	-	4	-	1	-	
主 婦 (23명)	-	13	-	9	-	1	-	-	-	-	
남	47		25		2		15		2		
여	15		16		1		1		1		
91명	34명	(51.6)	(44.1)	(27.5)	(47.1)	(2.2)	(2.9)	(16.5)	(2.9)	(2.2)	(2.9)
총계 (125명)	62 (49.6)		41 (32.8)		3 (2.4)		16 (12.8)		3 (2.4)		

- (주) 1. 남·여의 ( )內는 有效標本(125명)中 男子 또는 女子의 全體 中에서 차지하는 비중.  
 2. 總計의 ( )內는 有效標本の 全體 中에서 차지하는 비중.



## ii) 매스컴別 利用 現況

(圖表16)에서 憲法裁判所 存在 認知 經緯의 利用매스컴 現況을 살펴보면 全體有效標本의 과반수에 가까운 49.6%가 「신문」을 통하여 憲法裁判所의 存在를 알게 되었으며 특히 男子의 경우는 과반수 이상의 51.6%가 「신문」을 통하여, 그리고 27.5%가 「TV」를 통하여 알게 되었음에 비하여, 女子의 경우는 「신문」과 「TV」가 각 44.1%와 47.1%로서 이 두 가지의 매스컴이 거의 비슷하게 이용되었음을 알 수 있다. 各 매스컴의 利用比重을 順位別로 보면 신문(49.6%), TV(32.8%), 전문서(12.8%), 그리고 잡지와 친지 이야기는 각 2.4%(3명)로서 同一한 현상을 나타내었다.

## iii) 職業別 매스컴 利用 現況

各 매스컴의 利用比重을 職業別로 살펴보면 公務員은 「신문」이 58.6%로서 가장 높았으며, 商業人은 「TV」가 60.0%, 會社員은 「신문」이 54.5%, 勤務者는 「신문」이 53.8%, 그리고 主婦도 「신문」이 56.6%로 가장 높았는데, 職業別로는 商業人을 除外한 4個 職業群 모두가 신문이 가장 큰 比重, 특히 過半數 以上の 比重을 보여주고 있는데, 다만 商業人의 경우가 「TV」에의 依存率이 24.0%로서 特異한 現狀을 보이고 있는 까닭은 여기의 商業人들이 대부분 自己經營의 경우로서 점포 內에서 손님을 기다리는 동안 TV 시청으로서 시간을 보내고 있음에 있지 않나 생각된다.

### (3) 結果分析

#### ① 結果要約

- 調査 對象者의 過半數가 「신문」을 통하여 憲法裁判所의 存在를 알게 되었다.

- 男子의 경우는 「신문」과 「TV」의 依存率이 51.6%와

27.5%로서 신문 의존율이 TV의 2배에 이르는 반면, 女子의 경우는 「신문」과 「TV」가 44.7%와 47.1%로서 서로 비슷한 比重을 갖고 있다.

## ② 結果分析

憲法裁判所의 裁判活動이나 政策事項의 大國民弘報를 위하여는, 그리고 憲法이 國民의 日常生活속에서 살아있는 憲法으로서의 生活規範性을 提高하기 위하여 가장 有效한 매스컴은 「신문」임이 分明함을 이번 질문의 응답결과가 보여주고 있다. 따라서 憲法裁判所로서는 對言論政策의 中心을 「신문」에 두어야 할 必要性을 排除할 수는 없다고 생각해 하여주는 한편, 이번 應答結果에 매스컴 中 가장 중요한 역할을 하고 있는 「신문」과 「TV」의 重要性을 다시 한번 強調하고 있다고 생각되어지는 바, 이 두 개 手段의 依存率이 82.4%에 이르고 있음이 이를 反證하여 주는데, 필자로서는 憲法裁判所의 國民的 지지기반 확충에 있어 言論이 重要한 役割을 담당하는 것으로 생각한다.

## [3] 憲法裁判所의 設立時期

### (1) 質問內容

Q : 現行 憲法裁判所는 언제 設立되었는가?

- 1948年 政府樹立 當時
- 第3共和國(박정희 政權)
- 第5共和國(전두환 政權)
- 第6共和國(노태우 政權)
- 모르겠다.

(2) 調查結果

(圖表12)

憲法裁判所の 設立時期의 認識

(단위 : 명, %)

		'48 政府 樹立時		第 3 共和國		第 5 共和國		제 6 共和國		모르겠다.	
男	女	21	13	8	-	13	5	41	5	8	11
91	34	(23.1)	(38.2)	(8.8)	-	(14.3)	(14.7)	(45.1)	(14.7)	(8.8)	(32.3)
有效標本 125		34 (27.2)		8 (6.4)		18 (14.4)		46 (36.8)		19 (15.2)	
全體標本 150		(26.2)		(5.3)		(12.0)		(30.7)		(12.7)	

- (주) 1. 男·女の ( )內는 有效標本(125名) 中 男子 또는 女子의 全體 中에서 차지하는 比重.  
 2. 有效標本の ( )內는 有效標本(125名) 中 차지하는 比重.  
 3. 全體標本の ( )內는 全體標本(150名) 中 차지하는 比重.

① 全般的 現況

(圖表12)의 現行 憲法裁判所の 設立時期에 관한 認識調查의 應答結果에서 보듯이 「第6共和國(노태우 政權)」에서 新設된 것으로 올바르게 알고 있는 사람들의 比重이 有效標本 中 36.8%(46名)로서 가장 높은 數值로 나타났으나, 「1948年の 政府 樹立時期」로 알고 있는 사람들의 比重도 27.2%(34名)나 차지함으로써 상당히 第2의 큰 比重을 나타내었다. 그 밖의 應答現況은 「모르겠다」의 경우가 15.2%(19名), 「第5共和國(전두환 政權)」

의 경우가 14.4%(18名), 그리고 「第3共和國(박정희 政權)」의 경우가 6.4%(98名)로 나타났다.

이 調査에서 特히 留意하여야 할 것은 有效標本(125名)中에는 憲法裁判所의 設立時期에 關하여 正確히 모르고 있는 사람들의 比重이 무려 63.2%(79名)에나 이른다는 事實이다. 더욱이 今番 設問調査의 全體對象者(以下 “全體標本”이라 한다) 150名을 基準으로 하면 正確히 모르고 있는 사람들의 比重은 무려 69.3%(104名)에 이르고 있다.

## ② 性別應答現況

性別로 細分하여 살펴보면 「第6共和國」으로 正確히 알고 있는 男子는 男子의 有效標本(91名) 中 45.1%(41名), 男子의 全體標本(101名)中 40.6%를 차지하는 것으로 나타났으며, 女子의 경우는 女子의 有效標本(34名)中 14.7%(5名), 그리고 女子의 全體標本 中 10.2%에 不過한 것으로 나타남으로서 男子와 女子가 同伴 認識의 正確度에서 큰 差異를 보이고 있다.

## (3) 結果分析

### ① 結果要約

○ 全體標本(150名)中 憲法裁判所의 設立時期에 關하여 正確히 모르고 있는 사람들의 比重이 69.4%에 이른다.

- 有效標本(125名)中的 比重은 63.2%이다.

○ 男子의 경우는 男子의 全體標本 中 59.4%, 有效標本 中 54.9%가 憲法裁判所의 設立時期를 正確히 모르고 있다.

○ 女子의 경우는 女子의 全體標本 中 89.8%, 有效標本 中 85.3%가 憲法裁判所의 設立時期를 男子에 비하여 잘못 알고 있는 비중이 훨씬 더 크고, 대부분이 정확히 모르고 있다.

### ② 結果分析

第6共和國의 노태우政權은 “民主化의 기치”를 걸고 출범하였

으며 또한 第6共和國 憲法에 의한 憲法裁判所의 創設은 가장 確實한 “民主化조치”中에 하나였다. 그리고 憲法裁判所는 現行 여러 憲法機關의 實績 中 가장 후한 점수를 받아야한다는 見解<sup>18)</sup>가 지배적인 데에 비견하여 憲法裁判所의 設立時期에 關하여 대부분 모르고 있다는 事實은 일응 現政權이 憲法裁判所를 어떤 重要性 側面에서 惠대함으로서 비롯된 바 없지 않은가 하는 우려를 排除할 수 없다. 이렇게 생각될 수도 있는 연유의 하나는 民主主義 發展과 헌법재판소의 창설 사이의 막중한 관계와 成果를 現政權이 自身の 業績으로 여러 각도에서 부각시켰다면, 憲法裁判所가 第6共和國에 의하여 設立되었다는 歷史적으로 매우 자랑스럽고도 分명한 事實이 널리 알려질 수도 있을 수 있다고 생각해볼 수 있기 때문이다.

#### [4] 憲法裁判所의 政府內 位置

##### (1) 質問內容

Q : 憲法裁判所의 政府內에서의 位置를 어떻게 알고 계십니까?

- 대통령 직속기관이다.
- 대법원장 산하기관이다.
- 法務部長官 산하기관이다.
- 대통령과 대법원장으로부터 독립되어 있는 헌법기관이다.
- 모르겠다.

##### (2) 調査結果

---

18) 허영, “헌법재판소에 손대지 말라.”, 월간조선(1991.5), p132

(圖表13)

## 憲法裁判所の 獨立性에 관한 認識

(단위 : 명, %)

		대통령 직속기관		대법원장 산하		법무부 장관산하		독립적 헌법기관		모르겠다.	
男	女	8	10	-	-	1	1	72	19	4	10
91	34	(8.8)	(29.4)	-	-	(0.8)	(2.9)	(79.1)	(55.8)	(4.4)	(29.4)
有效標本 125		18 (14.4)		-		2 (1.6)		91 (72.8)		14 (11.2)	
全體標本 150		(12.0)		-		(1.3)		(60.7)		(9.3)	

(주) (圖表12)와 同一

## ① 全般的 現況

이번 質問은 憲法裁判所の 獨立性에 관하여 얼마나 알고 있는지를 파악하여 보기 위한 質問으로서, 대통령과 대법원장 등 어떤 國家機關으로부터도 完全히 獨立性이 保障되어있는 憲法機關으로 올바르게 알고있는 사람들의 比重이 憲法裁判所の 存在를 알고 있는 有效標本(125名) 中에서 차지하는 比重은 72.8%(91名), 全體標本(150%) 中에서 차지하는 比重은 60.7%로 나타났다.

## ② 性別 應答現況

男子의 경우는 男子의 有效標本(91名)中 79.1%가, 女子의 경우는 女子의 有效標本(34名)中 55.8%가 憲法裁判所の 憲法的 獨立性에 관하여 올바른 認識을 갖고 있는 것으로 나타났는데, 女子가 男子에 비견하여 상당히 낮은 水準으로 나타났다.

## (3) 結果分析

## ① 結果要約

- 憲法裁判所의 獨立性에 관한 올바른 認識은 有效標本 中 72.8%를 차지하고 全體標本 中에서는 60.7%를 차지하였다.
- 女子의 경우가 男子에 비견하여 獨立性에 관한 認識이 낮다.

## ② 結果分析

필자의 견해로는 憲法裁判所의 獨立性에 관한 認識의 그릇현상(約 40%)은 一般國民들의 “憲法裁判所의 重要性”에 관한 原初的 認識의 不足에서 연유된 바 없지 않다고 판단된다. 더욱이 全體標本 中 12.0%가 「대통령의 직속기관」이라는 認識을 갖고 있는 것은 憲法裁判所의 位相定立과 관련하여 매우 위험한 오해의 소지가 一部國民 사이에 있을 수 있다는 우려를 排除할 수 없게 하는 바 있으며, 아울러 有效標本 中 「大法院長 산하기관」으로 應答한 사람이 없는 것은 “천만다행”으로 여겨진다. 다만 40%의 그릇認識이 설마 혹자들이 주장하는 過去의 어느 “司法府 不信時代”의 유산이 아니길 바라는 마음이며, 約 40%에 이르는 獨立性에 관한 「無知」 내지 「誤解」의 國民들을 相對로 한 憲法裁判所의 特別한 言論政策이 必要하다고 보는 見解가 있을 수 있다.

## [5] 憲法裁判所長의 國家序列

### (1) 질문내용

Q : 憲法裁判所長의 國家序列에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원장과 같은 급(同級)이다.
- 고등법원장과 같은 급이다.
- 법무부장관과 같은 급이다.
- 대법원장 보다 상위급이다.

- 모르겠다.

(2) 調査結果

(圖表14)

憲法裁判所長の 國家序列 認識

(단위 : 명, %)

		大法院長 과 同級		高 等 法院長級		法 務 長官級		大法院長 上位級		모르겠다.	
男	女	36	11	6	1	7	2	9	4	33	16
91	34	(39.6)	(32.3)	(6.6)	(2.9)	(7.7)	(5.9)	(9.9)	(11.8)	(36.3)	(47.1)
有效標本 125		47 (37.6)		7 (5.6)		9 (7.2)		13 (10.4)		49 (39.2)	
全體標本 150		(31.3)		(4.7)		(6.0)		(8.7)		(32.7)	

(주) (圖表12)와 同一

① 全體的 現況

憲法裁判所는 第6共和國의 憲法에 의하면 「第4附」로서의 性格을 갖고 있으며, 機關長은 國家序列에 있어서 大法院長과 同級の 序列에 있음에도 불구하고, 今番 說問調査 對象者 全體(全體標本)의 31.3%만이, 그리고 憲法裁判所의 존재에 대하여 認識을 갖고 있다고 應答한 사람(有效標本)들의 37.6% 만이 憲法裁判所 所長의 國家序列에 대한 올바른 認識을 갖고 있다. 이와 같은 調査結果는 憲法裁判所의 올바른 位相定立과 관련된 重要한 課題를 提起하고 있다고 본다.

더욱이 全體標本の 32.7%가, 有效標本の 39.2%가 憲法裁判所



長이 도대체 國家內에서 어떤 階級的 序列에 있는지 짐작도 못하고 있으며, 일반국민의 約 70%가 또는 그 이상이 憲法裁判所長의 國家序列에 대한 「誤解」 내지 「無知」의 部類에 속할 수 있다는 調査結果에 깊이 留意할 必要가 있다고 보며, 필자로서는 憲法裁判所長의 國家序列이 高法院長 또는 長官級으로 알고 있는 사람이 있다는 事實에 씩쓸함(?)을 느끼는 한편 「大法院長보다 上位級」으로 알고 있는 사람이 적지 않게 있다는 사실에 반가움(?)을 느끼는 바 없지 않다.

## ② 性別 應答 現況

여자의 경우 女子의 有效標本 中 約 50%가 憲法裁判所長의 國家序列에 관하여 無知함을 보여주는 以外에는 대체로 남자의 경우와 각 보기別로 비슷하다.

## (3) 結果分析

### ① 結果要約

- 全體標本の 大部分(約 70%)이 憲法裁判所長의 國家序列에 관하여 「誤解」 내지 「無知」의 狀態에 있다.
- 女子의 거의 過半數가 同서열에 관하여 無知한 狀態에 있다.

### ② 結果分析

現行 憲法裁判所가 1988. 9 발족하기 以前의 40여 년간 國民들의 귀에는 「3府要人」 내지 「3權分立」의 단어가 지나치게 익숙해져 있기 때문에 이번 질문에 대하여 올바른 인식이 부족하였다는 생각이 들기도 한다. 그러나 現政權의 民主化 成果의 느낌度 提高를 위하여 憲法裁判所의 이름을 부추겨 주어야 한다고 생각되어질 수도 있는 原理를 소홀히 하는 政府와 憲法裁判所의 重要性 부각에 인색한 언론기관, 그리고 일응 消極的 言論政策에 임하고 있다고 생각되어 질 수도 있는 憲法裁判所의 3主體 合作

의 필연적 결과가 憲法裁判所長의 國家序列에 대한 「70%의 無知・誤解」로 나타났다고 볼 수도 있다.

[6] 大法院과의 機能比較의 認識

(1) 質問內容

Q : 大法院과 비교한 憲法裁判所의 機能에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원의 상급법원으로서 대법원의 판결에 불복한 민사·형사사건(異議가 있는 사건)을 다룬다.
- 대법원이 다루고 있는 사건과는 전혀 다른 헌법문제에 관한 사건을 다룬다.
- 모르겠다.

(2) 調査結果

(圖表15)

大法院과의 機能比較의 認識

(단위 : 명, %)

		대법원판결에 불복한 민·형사사건		대법원과 다른 헌법문제사건		모르겠다.	
男	女	38	6	46	26	7	2
91	34	(41.8)	(17.6)	(50.5)	(76.5)	(7.7)	(5.9)
有效標本 125		47 (35.2)		7 (57.6)		9 (7.2)	
全體標本 150		(29.3)		(48.0)		(6.0)	

(주) (圖表12)와 同一

### ① 全體的 現況

이번 質問은 傳統的인 3審制度의 最高法院인 大法院과 憲法裁判所가 機能的으로 서로 분리·독립되어 있는 事實에 대한 일반 國民의 認識程度를 파악하기 위한 目的으로서 全般的인 應答現況은 有效標本(125名)中 57.6%(72名)와 全體標本(150名)中 48.0%가 大法院과의 機能을 比較하여 올바르게 認識하는 것으로 나타났다.

이와 같은 應答現況은 一般國民의 過半數 以上이 憲法裁判所와 大法院의 機能을 서로 같다고 誤解하고 있거나, 아니면 相互의 區別이 不可能한 狀態에 있다고 추정할 수도 있게 하여 준다. 特히 有效標本の 35.2%와 全體標本の 29.3%가 우리나라의 司法制度가 「4審制度」로 誤解하고 있는 나머지 憲法裁判所가 大法院의 上級審으로서 마치 高等法院의 判決에 불복하는 경우 大法院에 上告하듯이, 大法院이 판결한 民·刑事件을 最終적으로 憲法裁判所에 提訴할 수 있다고 생각하고 있는 것으로 나타났다.

### ② 性別 應答 現況

性別로 본 應答現況은 매우 뜻밖의 현상을 보여주고 있는데 그것은 女子가 男子보다 大法院과 比較한 憲法裁判所의 機能에 대하여 훨씬 더 올바르게 알고 있다는 事實이다. 즉, 憲法裁判所의 存在를 알고 있다고 應答한 有效標本 中에서 남자의 경우는 50.5%, 그리고 女子의 경우는 76.5%가 「大法院과 전혀 다른 憲法問題事件」을 憲法裁判所가 다룬다고 應答하였다.

### (3) 結果分析

#### ① 結果要約

- 全體標本の 過半數 以上(52%)이 憲法裁判所와 大法院이 같은 事件을 다루는 것으로 誤解하고 있거나 機能을 전혀 區別하지 못한다.

- 女子의 경우가 男子의 경우보다 憲法裁判所와 大法院의 機能을 올바르게 區別하여 認識하고 있다.

## ② 結果分析

上記 憲法裁判所와 大法院의 機能比較認識에 관한 調査結果에 의하면 一般國民들에게 第6共和國에서의 憲法裁判所의 出現은 우리나라 司法制度를 3審制度에서 4審제도로 變更시킨 것으로 또는 「屋上屋」格의 부질없는 制度를 만든 것으로 크게 誤解하고 있는 사람들도 상당히 있을 것으로 推定될 수 있는 우려가 없지 않은바, 現行 二元的 司法府 制度의 憲法裁判所를 項点으로 하는 一元的 司法府 制度로의 개편 필요성에 대한 論議를 無視할 수 없다는 느낌을 갖게 한다. 아울러 이번 응답결과에만 의한다면 女子가 男子보다 大法院과 比較한 憲法裁判所의 기능을 훨씬 더 올바르게 區別하여 認識하고 있는 현상은 매우 흥미를 끄는 調査結果로서, 필자의 느낌으로는 여기의 조사대상이 되었던 주부들은 어느 정도 생활의 여유가 있는 계층으로서 신문 또는 TV를 어느 정도 여유 있게 볼 수 있거나 들을 수 있기 때문인 듯 하다.

## [7] 憲法裁判所의 業務分野에 대한 認識

### (1) 質問內容

이번 質問은 今番 設問調査 內容 中에 어느 일면 가장 專門的인 內容이라고도 볼 수 있는 質問으로서 一般國民들이 憲法裁判所의 所管業務에 대하여 세세하게 알고 있기를 기대하지는 않았지만 이번 機會에 어느 정도 깊이 알고 있는지를 알아보기 위하여 질문 項目에 포함시켜 보았다.

Q. 다음 중 憲法裁判所의 소관업무는 어떤 것들입니까? (해당 사항에 전부 ○표를 해 주세요.)

- 위헌법률심판
- 헌법소원심판
- 탄핵심판
- 정당해산심판
- 기관권한 쟁의 심판

(2) 調査結果

(圖表16)

憲法裁判所의 業務分野에 대한 認識

(단위 : 명, %)

		1~2개 記 標		3~4개 記 標		5개 모두 記標	
男	女	64	27	23	2	4	5
91	34	(70.3)	(79.4)	(25.3)	(5.9)	(4.4)	(14.7)
有效 標 本 125		91 (72.8)		25 (20.0)		9 (7.2)	
全體 標 本 150		(60.7)		(16.7)		(6.0)	

(주) (圖表 12)와 同一

① 全般的 現況

혹자는 이번 質問이 高等學校의 一般社會 科目의 시험문제 정도는 되는 것으로서 一般成人들이 모두 알고 있기에는 어려운 문제라는 지적이 있을 수도 있으리라 여겨지기도 하지만, 憲法裁判所의 所管業務인 5個 모두에 記標한 사람들의 比重이 너무나

적어서 失望스러운 마음 없지 않다.

모두 正答인 5個를 모두 記標한 사람들의 比重은 有效標本 中 7.2%에 불과하며 全體標本 中의 比重은 6.0%에 불과한 것으로 나타난 현상에 의하면 대부분의 사람들이 정확히 모르고 있다고 단정할 수도 있다고 본다. 다만, 憲法裁判所의 所管業務 中 가장 重要한 業務인 違憲法律審判業務와 憲法訴願審判業務의 2個에 記標한 사람들의 比重이 有效標本 中 72.8%, 全體標本 中 60.7%를 차지하였음에 위로되는 心情이다(이 두 개 중 1개만 기표한 사람은 드물었음. 즉, 有效標本 中 2個를 記標한 사람은 거의 이 두 개를 기표하였음).

## ② 性別 應答現況

性別로는 5개 모두 기표한 사람들과 1~2개 기표한 사람들 중에서 男女의 各 有效標本 中에서의 比重은 女子의 比重이 約 10% 정도 各各 높았다. 즉 2個 記標의 경우는 男과 女가 各各 70.3% : 79.4%였고, 5個記標의 경우는 4.4% : 14.7%였다.

## (3) 結果分析

### ① 結果要約

- 調査對象者의 거의 대부분(94%)이 憲法裁判所의 모든 所管業務에 대하여 具體的으로 正確히 모르고 있다.

- 5個 全部 記標한 사람들의 경우는 女子가 有效標本 中의 比重이 더 높았다.

### ② 結果分析

憲法裁判所가 創立된 以來 違憲法律審判 部門과 憲法訴願審判 部門에서는 괘목할만한 業績을 쌓아왔기 때문에 그런 대로 신문

등 언론기관의 耳目을 끌 수 있어서 이 두 개의 主要業務가 一般國民들에게 알려질 수 있는 기회는 상당히 있었다고 본다.

그러나 탄핵심판, 정당해산 심판 및 기관쟁의심판은 그 判決事例가 아직 없어서 알려질 수 있는 기회가 없었기 때문에 上記와 같은 應答결과가 나왔다고 생각된다. 아울러 上記 主要業務 2個에 기표한 사람들의 어느 정도는 보기말 안에 「헌(憲)」字가 있어서 기표할 수 있었을지도 모른다는 생각도 드는 바 없지 않다.

#### [8] 憲法訴願審判制度의 內容

##### (1) 質問內容

Q : 헌법소원심판이 어떤 것으로 알고 계십니까?

- 국회에 청원서로 제출된 민원사건의 심판
- 헌법내용 중 개정을 희망하는 사항에 대한 심판
- 일반법원의 판결 중 헌법에 위반된다고 생각되는 판결에 대한 재심판
- 공권력의 행사(행정작용) 또는 불행사(행정작용)로 인한 기본권 침해사건

(2) 調査結果

(圖表17)

憲法訴願審判制度의 內容認識

(단위 : 명, %)

		국회에 청원된 민원사건		헌법중 개정 희망조항심판		법원의위헌가능 판결의 제심판		공권력에 의한 기본권침해사건	
男	女	6	-	18	6	52	19	15	9
91	34	(6.6)		(19.8)	(17.6)	(57.1)	(55.9)	(16.5)	(26.5)
有效標本 125		6 (4.8)		24 (19.2)		71 (56.8)		24 (19.2)	
全體標本 150		(4.0)		(16.0)		(47.3)		(16.0)	

(주) (圖表 12)와 同一

① 全般的 現況

이번 質問의 目的은 憲法裁判所의 가장 重要한 業務 中の 하나이며 또한 憲法裁判所 機能의 活性化에 決定的 役割을 하고 있다고도 일컬어지는 憲法訴願制度의 內容에 대하여 일반국민들이 어떻게 알고 있는지를 파악하기 위한 것으로서 全般的인 應答現況은 有效標本 中 16%만이 憲法訴願審判制度에 대하여 올바르게 알고 있는 것으로 나타났다.

이와 같은 應答現況은 一般國民의 거의 大部分이 憲法訴願審判制度를 잘못 알고 있거나 전혀 모르는 狀態에 있다고도 말할 수 있는 상황으로서 憲法裁判制度의 정착에는 물론, 우리나라 民主主義의 發展을 위하여 보다 많은 알려짐이 必要하다고 느껴진다.

그런데 이번 質問의 應答 中에서 매우 주목하여야 할 현상이 있는데 그것은 바로 應答者 中の 過半數 以上이 즉, 有效標本 中



56.8%가 憲法訴願審判制度의 定義를 「일반법원의 판결 중 헌법에 위반된다고 생각되는 판결에 대한 사건의 재심판」으로 誤解하고 있다는 놀라운 事實이다. 이와 같은 誤解현상은 이번 質問이 어느 정도 專門知識에 가까워서 그렇다는 주장도 있을 수 있겠으나, 필자에게는 憲法裁判所法の 改正論議와 關聯하여 特別한 意味를 부여할 수 있다고도 느껴진다.

## ② 性別 應答 現況

性別로 본 應答現況은 憲法訴願審判制度의 定義 내지 內容에 관하여 올바르게 응답한 사람들이 男子의 有效標本 中 16.5%, 女子의 有效標本 中 26.5%로서 남자들에 비견하여 여자들이 올바르게 알고 있는 사람들의 비중이 더 크다는 것 以外에는 特記할 만한 사항이 안보이고 있다.

## (3) 結果分析

### ① 結果要約

- 거의 大部分의 調查對象者가 憲法訴願審判制度의 定義에 대하여 잘 모르고 있다.
- 거의 過半數의 調查對象者가 「法院의 判決에 대한 再審判」이 憲法訴願制度라고 誤解하고 있다.

### ② 結果分析

필자에게는 이번 質問의 應答結果는 매우 뜻밖의 현상으로 받아들여진다. 「現代版 신문고」라고도 일컬어지는 憲法訴願制度가 一般國民에게 제대로 알려져 있지 못하다는 事實에 매우 失望스러운 느낌마저 들고, 다른 한편 우리나라 民主主義의 發展을 위하여 憲法訴願制度의 新設을 포함하였던 지난번의 憲法改正을 위한 국민투표에서도 대부분의 國民들이 憲法裁判所制度의 新設

에 관한 內容에는 관심을 기울이지 않았던 것으로 기억되는 바, 일반국민들이 헌법소원제도의 내용을 잘 모르고 있는 것이 당연한 것으로 느껴지는 바 없지 않다.

그러나 이번 질문의 응답결과 중 가장 主目하여야 할 또 다른 사실은 「일반법원의 판결 중 위헌의 의심이 드는 판결의 재심판」이 憲法訴願制度의 內容이라고 무려 過半數 程度가 誤解하고 있다는 事實이다. 이와 같은 應答結果에 필자가 特別한 關心을 갖는 까닭은 바람직한 方向으로의 憲法裁判所 改正과 關聯하여 「法院의 判決이 憲法訴願의 對象이 되어야 한다」<sup>19)</sup>는 在野 법조계와 法學界의 비등한 多數의 목소리와 無關하게 보여지지 않기 때문이다.

즉, 一般國民의 過半數 以上은 法院의 判決도 違憲의 의심이 있는 경우에는 基本權保障을 보다 確實히 하기 위하여 당연히 憲法裁判所의 審判을 받을 수 있는 것으로 알고 있다면, 당연히 그렇게 될 수 있도록 憲法裁判所法이 반드시 改正되어야만 한다고 느껴지기 때문이다.

혹자는 필자의 이와 같은 論理가 지나친 論理의 비약이라고 탓할지 모르겠으나 同件 關聯의 論爭은 機關間의 位相 다툼의 次元에서가 아니라 어떻게 하면 國民의 基本權保障制度를 보다 擴充할 수 있을까 라는 觀點의 次元에서 또는 어떻게 하면 많은 희생과 獨裁의 세월을 흘러보낸 後에야 어렵게 이룩한 「民主化의 꽃봉우리」 憲法裁判所制度를 보다 堅實하고 아름답게 피울 수 있을까 라는 觀點에서 다루어져야만 된다고 필자는 생각한다. 따라서 이번 질문의 응답결과가 우연한 것이긴 하지만 필자로서는 우리 국민이 법원의 판결도 憲法裁判의 對象이 될 수 있기를

---

19) 김남진, “헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구” 헌법재판연구 제2권(헌법재판소, 1991), p.208~p.215

희망하고 있다는 확실한 증거로 받아들이고 싶다.

[9] 憲法訴願의 申請節次

(1) 質問內容

Q : 헌법소원을 신청하는 節次는?

- 일반법원에 신청한다.
- 헌법재판소에 직접 신청한다.
- 모르겠다.

(2) 調査結果

(圖表18)

憲法訴願 申請節次에 관한 認識

(단위 : 명, %)

		일반법원에 신청한다.		憲裁에 직접 신청한다.		모르겠다.	
男	女	6	-	62	20	23	14
91	34	(6.6)		(68.1)	(58.8)		
有效 標本 125		6 (25.3)		82 (65.6)		37 (29.6)	
全體 標本 150		6 (4.0)		54.7 (54.7)		24.7 (24.7)	

(주) (圖表 12)와 同一

① 全般的 現況

이번의 質問의 目的은 憲法訴願審判을 申請하는 節次에 관한

여 올바르게 알고 있는지를 파악해 보고자 하는 것으로서 有效標本 中 65.6%가, 그리고 全體標本 中 54.7%가 「憲法裁判所に 直接 申請한다」라고 올바르게 알고 있는 것으로 나타났다.

## ② 性別 應答 現況

性別應答現況은 男子의 有效標本 中 68.1%가, 그리고 女子의 有效標本 中 58.8%가 憲法訴願의 申請節次를 올바르게 알고 있는 것으로 나타났는 바, 男子의 認識度가 女子의 경우보다 良好한 편이다.

## (3) 結果分析

### ① 結果要約

- 設問調査 對象者(全體標本)의 過半數 以上이 憲法訴願의 申請節次를 올바르게 알고 있다.
- 同伴에 關한 認識度는 男子가 女子보다 양호하다.

### ② 結果分析

이번 質問의 어느 一面 前項의 憲法訴願審判制度의 定義에 關한 質問보다 專門性이 더 있는 것이 아니냐 하는 의아심이 들기도 하지만 前記 第[6]項의 大法院과 憲法裁判所와의 機能比較認識에 關한 調査結果에서도 나타났듯이 過半數 程度의 一般國民이 憲法裁判所の 獨立性에 關하여 올바른 인식을 갖고 있으며 또한 憲法裁判은 一種의 特別裁判이기 때문에 당연히 特別히 구성된 特別재판소에 직접 申請하여야 한다는 인식은 많은 것으로 느껴진다.

[10] 公權力에 의한 基本權의 被侵害 經驗

(1) 質問内容

Q : 선생님께서는 공권력(행정작용)의 행사 또는 불행사에 의하여 헌법에 보장된 평등권 등 기본권이 침해되었다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다.
- 없다.

(2) 調査結果

(圖表19)

公權力에 의한 基本權侵害의 認識 經驗與否

(단위 : 명, %)

		基本權의 被侵害 經驗있다		基本權의 被侵害 經驗없다	
男	女	41	12	50	22
91	34	(45.1)	(35.3)	(54.9)	(64.7)
有效標本 125		53 (42.4)		72 (57.6)	

(주) 1~2(圖表 12)와 同一

3. 전체표본에는 憲裁의 存在 自體를 모르는 사람(25명)이 포함되어 있기 때문에 以下에서는 全體標本에 對 比한 比重分析은 하지 않았음.

① 全般的 現況

이번 質問은 一般國民들이 日常生活에서 公權力의 行使 또는 不行使로 인한 平等權 等の 基本權이 侵害되었다고 느낀 經驗이 있었는지의 與否를 파악해 보고자 하는 目的으로서, 다른 意味로

는 一般國民들이 우리나라의 行政作用내지 行政行態를 民主的이라고 느끼고 있는지의 與否를 알아보기 위한 것이었다.

應答結果는 有效標本 中の 42.4%가 公權力 또는 行政作用에 의한 基本權의 被侵害 經驗이 있었던 것으로 나타났다.

#### ② 性別 應答 現況

性別로는 有效標本 中 男子의 경우는 45.1%가 그리고 女子의 경우는 35.3%가 公權力에 의한 基本權의 被侵害 經驗이 있다고 應答함으로써 社會生活을 더 많이 하고 있는 男子가 더 많은 經驗이 있는 것으로 나타났다.

### (3) 結果分析

#### ① 結果要約

- 有效標本の 42.4%가 公權力에 의한 基本權의 被侵害 經驗이 있다.

- 女子보다는 男子의 경우가 더 많은 被侵害의 經驗을 갖고 있다.

#### ② 結果分析

憲法裁判所의 存在를 알고 있다고 應答한 調査對象者(有效標本)의 거의 過半數에 가까운 사람들이 우리나라에서 過去에 公權力이 올바르게 즉 基本權의 保護側面에서 行使되지 못하고 있다고 느끼었다는 사실은, 그간 우리나라에 民主政治 내지 民主行政이 정착되지 못하고 있다는 사실을 말하여 준다고 볼 수도 있다. 만일 이 자료에 의해서 우리 國民의 두 사람 中 한 사람은 政府 또는 國家機關에 의하여 억울한 일을 적어도 한번 이상의 經驗이 있다고도 유추 해석할 수도 있다면 극히 심각한 문제라

아니할 수 없다. 어느 一面에서는 民主國家의 建設은 公權力의 民主的 行使에 그 基本을 둘 수도 있다고 본다면, 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 基本權이 침해되는 일이 없도록 깊이 留意할 필요가 있다.

[11] 憲法訴願審判의 請求可能性

(1) 質問內容

Q : 憲法裁判制度는 公權力(行政作用)의 行使 또는 不行使로 인하여 基本權이 침해된 경우 이의 請求를 憲法裁判所에 直接 신청할 수 있는 基本權 請求制度입니다. 憲法訴願 關聯事項이 선생님에게 발생된다면 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하겠습니까?

- 하겠다
- 안하겠다
- 현재로서는 모르겠다

(2) 調査結果

(圖表20)

憲法訴願審判의 請求可能性 與否

(단위 : 명, %)

		하겠다		안하겠다		현재로서는 모르겠다	
男	女	47	24	7	1	37	9
91	34	(51.6)	(70.6)	(7.7)	(2.9)	(40.7)	(26.5)
有效標本 125		71 (56.8)		8 (6.4)		46 (36.8)	

(주) (圖表 19)와 同一

① 全般的 現況

이번 質問은 公權力에 의한 基本權의 侵害事例가 本人에게 야기되는 경우 憲法訴願審判 請求可能性에 관한 本人 意向을 파악하고자 하는 目的으로서, 다른 한편 一般國民의 民主爭取意識 내지 基本權爭取意識의 程度를 測定하여 보고자 하는데 그 目的이 있었다.

應答結果는 有效標本の 56.8%가 積極的인 基本權爭取 意識을 갖고 있는 것으로 나타났으며 現在로서는 뚜렷한 立場을 갖고 있지 못한 사람들의 比重이 36.8%로 나타났다.

② 性別應答 現況

性別로서는 「하겠다」로 응답함으로써 積極적인 基本權爭取 意識을 가진 사람의 경우 남자는 男子의 有效標本 中 51.6%를, 그리고 여자는 女子의 有效標本 中 70.6%를 차지함으로써 女子의 경우가 보다 積極적인 것으로 나타났으며, 「현재로서는 모르



겠다」고 응답하여 불투명한 입장을 밝히고 있는 사람들의 경우에는 反對現象이 나타나고 있는데, 男子의 有效標本 中 比重은 40.7%, 그리고 女子의 有效標本 中 比重은 26.5%를 차지하여 男子가 女子보다 約 2倍 以上 모호한 태도를 보여 주고 있다.

### (3) 結果分析

#### ① 結果要約

- 「하겠다」라고 적극적인 의향을 보인 사람들의 비중은 56.8%에 달한다.

- 「안하겠다」라고 否定的인 의향을 보인 사람들의 비중은 6.4%에 불과하다.

- 女子가 男子보다 훨씬 더 적극적이었다.

#### ② 結果分析

上記 應答結果는 적어도 일반국민 중 과반수 이상이 公權力에 의한 基本權의 侵害가 있는 경우 적극적인 법정투쟁을 할 각오가 되어 있는 것으로 보아 基本權爭取 意識이 매우 높은 것으로 판단한다.

더욱이 「현재로서는 모르겠다」라고 응답한 사람들도 「안하겠다」라고는 분명히 하지 않은 것이기 때문에, 경우에 따라서는 적극적으로 나올 수 있는 사람들이라고 擴大解釋 해본다면 일반국민의 거의 대부분이 基本權爭取 意識이 매우 높은 것으로 推定할 수도 있다고 본다. 다만, 「안하겠다」라고 응답한 사람들은 어떤 心情으로 포기하는 것인지 다음 기회에 연구하여 볼 課題로 넘긴다.

特記할 것은 이번 응답결과에만 의한다면 우리나라는 男子보다 女子가 훨씬 더 분명하고 억척이어서 基本權爭取 意識이 더

욱 높다고 볼 수 있다. 그 까닭은 「하겠다」라는 적극적인 女子 응답자가 男子의 有效標本 中 차지하는 비중보다 무려 20%가 더 많은 반면, 「현재로서는 모르겠다」라는 불투명한 응답자 중에서는 女子가 男子보다 그 比重面에서 14.2%가 더 적은 것으로 나타났기 때문이다.

[12] 違憲法律의 認識經驗

(1) 質問內容

Q : 선생님께서는 어떤 법률(명령, 규칙 포함) 또는 어떤 법률의 어떤 조항이 헌법상의 평등권 등 기본권보장정신에 위배된다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다
- 없다

(2) 調査結果

(圖表21)

違憲法律의 認識經驗 與否

(단위 : 명, %)

		違憲法律의 認識 經驗있다		違憲法律의 認識 經驗없다	
男	女	55	15	36	19
91	34	(60.4)	(44.1)	(39.6)	(55.9)
有效標本 125		70 (56.0)		55 (44.0)	

(주) (圖表 19)와 同一

### ① 全般的 現況

이번 質問은 一般國民들이 日常生活에서 부딪치는 稅法 等の 生活法律(大統領令과 施行規則은 물론, 告示와 公告를 포함)을 비롯하여 專門法律에 이르기까지를 포함하여 憲法의 基本權保障 精神에 위배된다고 인식된 經驗이 있었는지를 파악해 보고자하는 목적으로서, 다른 한편으로는 既存 法規가 民主的 正當性 側面에서 어느 정도의 國民的 지지를 받고 있는지를 간접적으로 알아보고 싶은 意圖도 있었다.

全般的인 應答現況은 有效標本의 56.0%가 違憲法律에 대한 認識經驗이 있었던 것으로, 그리고 44.0%가 없었던 것으로 나타났는데 이와 같은 「있다」의 數値는 뜻밖의 매우 높은 數値로서 前述한 「公權力에 의한 基本權侵害의 認識經驗 與否」에 관한 設問調査 結果에서의 「있다」가 42.4%이고 「없다」가 57.6%에 비하면 數値가 서로 뒤바뀐 현상을 보여주었다.

### ② 性別應答 現況

性別로는 男子의 경우가 男子의 有效標本 中 60.4%, 女子 경우는 女子의 有效標本 中 44.1%의 比重을 차지함으로써 男子의 경우가 違憲法律에 대한 認識經驗이 더 많은 것으로 나타났다. 이와 같은 현상은 「公權力에 의한 基本權侵害의 認識經驗 與否」의 設問調査에서도 男子의 「경험 있다」의 比重이 女子보다 많았던 결과와 같은 현상으로서, 이것은 男子가 女子보다 社會生活을 더 많이 하기 때문에 나타나는 事情인 듯 여겨진다.

## (3) 結果分析

### ① 結果要約

- 調査對象者の 56.0%가 違憲法律의 認識經驗이 있다.
- 女子보다 男子의 경우가 더 많은 違憲法律의 認識經驗이 있다.

## ② 結果分析

이번 質問의 應答結果만 갖고 판단한다면, 일반국민들의 과반수 이상이 現存하는 어떤 法規에 대하여 憲法의 基本權保障精神 내지 民主的 正當性 부여에 否定的 見解를 갖고 있다고 간주할 수도 있다. 다만, 여기의 調査對象자들이 「違憲性 의심이 있는 法規」라고 느꼈던 對象法規가 얼마나 되는지 전혀 알 수는 없지만, 「民主化」의 側面에서 桴目할만한 成果를 이룩하고 있는 第6共和國에 들어와서 國會에서 한때 심각히 논의되었던 “惡法 철폐” 論議와 관련하여 특별한 關心을 가질 必要가 있다.

즉, 우리나라의 民主 發展을 위하여는 관련 국가기관은 물론 법조계와 학계 등이 망라되어 각종 법규가 憲法의 基本權保障精神에 合當한지를 機會가 있을 때마다 새롭게 검토하여 發展시켜 나아가야 할 것으로 생각된다.

## [13] 違憲法律審判의 提請可能性

### (1) 質問內容

Q : 위헌법률심판제도는 어떤 법률 자체나 어떤 법률조항이 재판의 전제가 된 경우에 (즉, 법원의 재판에서 문제가 된 경우에) 당해 법률이 헌법정신에 위반되는지 여부를 심판하는 제도입니다. 선생님에게 이와 같은 경우가 발생한다면 당해 법률의 위헌여부에 대하여 법원 또는 헌법재판소에 위헌제청신청을 하겠습니까?

- 하겠다.
- 안하겠다.
- 현재로서는 모르겠다.

(2) 調査結果

(圖表22)

違憲法律審判의 提請可能性 與否

(단위 : 명, %)

		하겠다		안하겠다		현재로서는 모르겠다	
男	女	47	24	6	-	38	10
91	34	(51.6)	(70.6)	(6.6)		(41.8)	(29.4)
有效標本 125		71 (56.8)		6 (4.8)		48 (38.4)	

(주) (圖表 19)와 同一

○ 全般的 및 性別 應答 現況

이번 違憲法律審判의 提請可能性與否에 관한 質問은 前記한 [11]항의 公權力에 의한 基本權 侵害의 경우 憲法訴願審判 請求可能性의 意向을 묻는 目的과 거의 같은 目的으로서 基本權爭取 意識의 程度를 測定해 보고자 하는데 그 目的이 있었다. 應答결과는 거의 같은 結果가 나타남으로써 [11]항의 應答결과에 대한 신뢰도를 보다 확실히 할 수 있었다. 즉 「하겠다」라고 적극적인 意向을 보인 사람의 比重이 56.8%(憲法訴願 意向도 56.8%)였으며 두 項目 똑같이 女子가 男子보다 훨씬 더 적극적이었다.

### (3) 結果分析

「안하겠다」라고 분명히 否定的인 의사표시를 한 4.8%를 제외하고, 「현재로서는 모르겠다」는 사람들을 「경우에 따라서는 하겠다」라고 擴大한다면 一般國民의 거의 대부분(95.2%)이 基本權爭取 意識이 매우 높다고 推定해 볼 수도 있다고 본다.

#### [14] 憲法裁判所의 民主發展 寄與度

##### (1) 質問內容

Q : 1948년 8월 정부수립 이후 1988년 8월까지 헌법재판기능이 대법원 또는 헌법위원회에 있었던 40년간 4건의 위헌법률심판이 있었던 것에 비하여, 1988년 9월에 기본권보장의 최후의 보루로서 헌법재판소가 설립된 이후 1991년 6월까지 2년 10개월간 위헌법률심판 121건(위헌결정 15건)<sup>20</sup>과 헌법소원심판 497건(인용결정 18건)<sup>21</sup>을 처리하였습니다. 현행 헌법재판소의 역할과 존재가 민주주의 발전에 기여하고 있다고 생각하십니까?

- 대단히 기여하고 있다.
- 그런대로 기여하고 있다.
- 별로 기여 못하고 있다.
- 잘 모르겠다.

---

20) 위헌결정 15건에는 憲法不合致 및 一部違憲 포함.

21) 인용결정 18건에는 違憲, 憲法不合致 및 一部違憲 포함.

(2) 調査結果

(圖表23)

憲法裁判所の 民主發展 寄與度

(단위 : 명, %)

		대단히 기여한다		그런대로 기여한다		별로 기여 못한다		잘 모르겠다	
男	女	25	2	42	10	18	11	6	11
91	34	(27.5)	(5.9)	(46.2)	(29.4)	(19.9)	(32.3)	(6.6)	(32.3)
有效標本 125		27 (21.6)		52 (41.6)		29 (23.2)		17 (13.6)	

(주) (圖表 19)와 同一

① 全體的 現況

우리나라 憲政史上 最初로 與野의 合意에 의한 憲法改正을 통하여 “民主化 時代”의 기치를 내걸고 출범한 第6共和國은 앞서 지나간 時代에 비견하면 여러 가지의 획기적인 民主化 措置를 實現하였다. 그중 基本權保障을 위한 가장 確實한 制度<sup>22)</sup>라고도 일컬어지는 憲法裁判所制度는 必야호로 創立3週年을 맞이하게 되었다.

지나간 3年은 憲法裁判所の 國民的 지지를 바탕으로 한 유구한 앞날을 감안하면, 이제 시작 중의 시작에 불과하고, 아기 걸음마에 불과하지만 憲法裁判官들의 任期를 기준으로 하면 第1期의 憲法裁判官들의 업무가 莫重하다 아니할 수 없으며 이분들에 대한 國民的 信望與否에 의하여 憲法裁判所の 앞날 運命이 至大한 영향을 받을 수도 있다는 見解를 加질 수도 있다고 본다.

이러한 特別한 觀點에서 憲法裁判所の 第1期 前半部인 지난 3

22) 변정일, 헌법재판소 신축행사기록(1991, 3. 13)의 「경과보고」 중에서

年間の 憲法裁判所の 實績에 대한 國民的 評價가 어떠한지는 필자로서도 무척 궁금한 일이다. 今番 필자의 設問調査결과가 標本の 抽出 等에서 문제점을 갖고 있으며, 結果에 대한 신뢰도 역시 國民的 意中을 꼭 代表할 수 있다고 보지는 않지만 필자의 不足한 所見으로는 어떤대로 일응 쓰임새가 있을 수도 있다고 보기 때문에 감히 應答결과를 살펴보고자 한다. 이와 같은 필자의 느낌은 第[15]項의 憲法裁判所の 裁判傾向에 대한 應答結果를 살펴봄에서도 마찬가지이다.

全般的인 有效標本の 應答現況은 「대단히 기여한다」가 21.6%, 「그런대로 기여한다」가 41.6%, 「별로 기여 못한다」가 13.6%의 比重을 나타내었다. 이와 같은 應答結果는 否定的인 反應을 나타낸 「별로 기여 못한다」의 23.2%와 「잘 모르겠다」의 13.6%를 合計한 36.8%를 除外하고는, 주 應答者의 63.2%가 憲法裁判所の 지난 3年間の 實績이나 活動結果를 評價함에 있어 우리나라 民主主義의 發展 내지 基本權保障을 위하여 明確히 肯定的인 기여를 하고 있다고 評價하고 있음은 憲法裁判소에 몸을 담고 있는 필자로서는 매우 고무적인 反應으로 받아들여진다. 더욱이 「잘 모르겠다」라고 應答한 사람들도 ‘分명한 否定的 내지 비관적 見解’를 갖고 있는 것은 아니기 때문에 ‘낙제 점수를 준 것은 아니다’라고 肯定的으로 해석이 가능하다면 全體應答者의 76.8%가 憲法裁判所の 그간 活動에 대하여 肯定的으로 評價하고 있다는 擴大 해석도 可能하다고 본다.

## ② 性別 應答 現況

性別 應答結果를 살펴봄에 있어 「대단히 기여한다」와 「그런대로 기여한다」의 보기를 肯定的 應答으로, 그리고 「별로 기여 못한다」와 「잘 모르겠다」의 보기를 否定的 應答으로 간주하고,



男女의 各 有效標本 中 肯定的 反應과 否定的 反應의 比重을 比較하여 보면 肯定的 反應에 있어서의 男·女 各己의 比重比較는 73.7% : 35.3%이고, 否定的 反應의 경우에는 26.5% : 64.6%로서 男子의 경우는 대부분 肯定的 評價를 하고 있음에 反하여, 女子의 경우는 否定的 評價의 比重이 훨씬 높은 것으로 나타났다.

어떤 理由에서 남자의 경우는 대체로 憲法裁判所의 그간 活動에 대하여 肯定的 評價를 하고 있음에 反하여, 女子의 경우는 대체로 否定的 評價를 하게 되었는지를 分明하게 파악하여 보는 것은 훗날의 숙제로 미루고 다만, 여기에서는 대개의 느낌만으로 살펴보면, 우선 첫째로 女子보다는 男子의 경우가 신문 등 매스컴에 接할 수 있는 時間과 機會가 一般的으로 많아서 (그간의 신문 등 언론계가 憲法裁判所의 活動에 대하여 보여준 關心도가 만족스럽지는 않았지만) 憲法裁判所의 審判結果에 관한 보도내용을 女子들보다도 자주 볼 수 있었기 때문이 아닌가라는 생각이 들고, 둘째로는 第[11]項 質問인 「憲法訴願의 請求可能性」의 경우의 應答結果와 第[13]項 質問인 「違憲法律의 提請可能性」의 경우의 應答結果에서 女子가 男子에 비견하여 基本權爭取 意識이 훨씬 더 높은 것으로 나타났던 사실과 어떤 關係가 있지 않나 하는 생각이 든다. 즉 금번 설문조사의 응답결과만 갖고 판단하면 아마도 우리나라에서는 대체로 男子보다 女子가 行動으로 表現하지는 못하지만 精神意識面에서 보다 民主指向的이고, 보다 基本權 爭取的이라고 볼 수도 있으며, 아니면 신문 등의 매스컴에 보도되는 集團民願의 行動의 表出時 女子들이 男子들에 비하여 더욱 극성스러운 側面을 엿볼 수 있게 하여 주는 경우를 흔히 볼 수 있음을 감안하면 女子들이 男子들에 비하여 憲法裁判所의 지난 3年間 活動에 대하여 박절한 점수를 주고 있는 현상은 당연할지도 모른다는 생각이 없지 않다.

### (3) 結果分析

#### ① 結果要約

- 調査對象者の 대부분은 憲法裁判所の 지난 3年間, 즉 憲法裁判所 第1期 前半部の 活動을 「民主主義 發展에 기여하고 있다」라고 肯定的인 評價를 하고 있다.

- 女子에 비하여 男子들이 훨씬 더 긍정적인 평가를 하고 있다.

#### ② 結果分析

어떤 國家機關의 活動實績 또는 活動內容을 評價함에 있어 處理件數의 多少가 唯一한 基準이 될 수 없듯이 憲法裁判所の 活動을 評價함에 있어 단순한 違憲判決件數의 多少가 唯一한 基準이 될 수는 없다고 본다. 그러나 (圖表 1)에서 보는 바와 같이 1991년 6월말 현재 2년 10개월간 1,130件的 憲法裁判申請件數는 가히 “홍수처럼 쏟아져” 들어 왔다고 표현할 수도 있을 정도이며, 그 중 790件 (決定 618件)의 實績을 처리한 憲法裁判所の 第1期 9名の 憲法裁判官 (6名은 常任, 3名은 非常任)들에게는 가히 “홍수막아 내듯”한 헌신적 刻苦의 結果였을 것이라는 짐작도 간다.

아무튼 지난 3年間の 뜻밖의 실적은 당초 헌법재판소의 活動에 대하여 회의적 전망을 갖고 있던 전문가들에게는 물론 일반 국민들에게도 「憲法裁判所는 우리나라의 民主主義 發展에 確實히 寄與하고 있다」라는 인상을 심어주었다는 假定은 이번 質問의 應答結果에만 의한다면 分명한 事實로 받아들여야 하며, 아울러 열렬한 성원을 받고있다는 確信마저 갖고 싶은 것이 필자의

느낌이다. 이번 응답결과의 분석과 관련하여 現在 在野 법조계에  
서 강력한 주장이 대두되고 있는 “非常任 憲法裁判官 3명의 常  
任化” 論議는 外國의 例 (獨逸 憲裁는 상임만 16명), 우리 大法  
官 定員(14명) 등을 참고하고, 특히 이제 “불같이 일고 있는” 현  
법재판소에 대한 國民的 期待와 現 憲法裁判官들의 過重한 업무  
를 감안하여 조속한 聯邦法改正이 이루어져야 할 것으로 본다.

[15] 憲法裁判所의 判決傾向 評價

(1) 質問內容

Q : 現行 憲法裁判所의 判決傾向에 대하여 어떤 생각을 갖고  
계십니까?

- 대체로 만족한다.
- 보다 과감한 심판을 하여야 한다.
- 너무 미약하다
- 잘 모르겠다.

(2) 調査結果

(圖表24)

憲法裁判所의 判決傾向 評價

(단위 : 명, %)

		대체로 만족한다		보다 과감한 심판필요		너무 미약하다		잘 모르겠다	
男	女	23	2	41	13	19	9	8	10
91	34	(25.3)	(5.9)	(45.1)	(38.2)	(20.9)	(26.5)	(8.8)	(29.4)
有效標本 125		25 (20.0)		54 (43.2)		28 (22.4)		18 (14.4)	

(주) (圖表 19)와 同一

① 全般的 現況

이번 質問은 지난 3年間の 憲法裁判所의 判決傾向에 대하여 一般國民들이 어떻게 評價하고 있는지를 알아보기 위한 목적으로서 먼저 判決傾向에 대하여 가장 相當한 영향을 미친다고 생각되어지는 헌법(第111條)에 의한 「憲法裁判官의 構成原理」를 살펴본다.

憲法裁判官은 9名 (現在는 憲法裁判所法에 의하여 常任 6名과 非常任 3명)으로 構成되어 있는데 憲法裁判官은 大統領이 任命하게 되어 있다. 다만 9名 中 3人은 國會에서 選출하는 者를, 또 다른 3人은 大法院長이 指命하는 者를 任命하게 되어 있어 外形的으로 大統領이 直接 任命하는 者는 3人에 不過하게 되어 있다.

그런데 國會에서 選출한 現在의 3人은 當時의 國會 3黨構造에 의하여 過半數에 미치지 못하고 있던 與黨인 民正黨, 그리고 第1野黨이었던 平民黨과 第2野黨이었던 民主黨에서 各己 1명씩 추천한 3인으로 構成되어 있다. 여기서 특히 憲法裁判官의 構成原理를 살펴보는 것은 美國의 경우 連邦대심법원은 우리나라의 大法院과는 本質的으로 機能을 달리하고 있어 憲法裁判을 主業務로 하고 있고 9名の 大審院判事(중신제)로 構成(상원의 인준필요) 되어 있는데 有故가 發生하여 公席이 생길 경우 그 當時의 大統領이 任命하게 되어 있어 共和黨이 執權하였을 때 任命한 大審院判事의 人員이 더 많으나 또는 民主黨이 執權하였을 때 任命한 大審院判事의 人員이 더 많으나에 따라 當代의 判決傾向을 짐작할 수도 있다는 慣例的 事實을 참고하여 우리나라 憲法裁判所의 判決傾向을 分析하여 볼 수도 있기 때문이다. 다만, 필자로서는 이번 質問의 應答者들이 위와 같이 憲法裁判官의 構成原理가 判決傾向에 영향을 미칠 수도 있다는 事實을 염두에 두

고 應答하였다고는 결코 생각하지 않고 우선 單純한 應答結果만 살펴본다.

全般的인 應答結果는 「대체로 만족한다」가 有效標本 中 20.2%, 「보다 과감한 심판을 하여야 한다」가 43.2%, 「너무 미약하다」가 22.4%, 그리고 「잘 모르겠다」가 14.4%의 比重을 차지하는 것으로 나타났는데, 「대체로 만족한다」의 以外 보기에 記標한 應答者들을 「만족스럽지 않다」의 否定的 反應으로 볼 수도 있다면, 그리고 이 應答結果에만 의존한다면 一般國民들의 第[14]項의 憲法裁判所의 實績評價에서는 대부분 「만족한다」라고 “意譯”할 수 있지만 여기의 判決傾向의 見解에 대하여는 대부분 否定的인 느낌을 갖고 있어 憲法裁判所가 “보다 과감하게” 또는 “보다 前向的으로” 判決에 임하여 주길 바란다고 감히 생각되어 질 수도 있다고 본다.

## ② 性別 應答現況

性別로 본 應答結果는 上記와 같이 「대체로 만족한다」以外的 應答을 否定的 反應으로 간주한다면 男女의 各 有效標本 中 「만족한다」의 肯定的 反應이 25.3%, 女子는 5.9%로 나타남으로서 憲法裁判所의 判決傾向에 대하여 女子가 男子에 비견하여 더 불만스럽게 느끼고 있는 것으로 나타났는데 이와 같은 結果는 女子가 더 民主意識이 강한 것으로 나타났던 第[14]項의 憲法裁判所의 實績評價의 경우 男子에 비하여 女子가 보다 否定的 反應의 박절한 평가였음을 감안하여 보면 두 應答結果가 서로 無關하지 않다고 볼 수도 있다.

## (3) 結果分析

① 結果要約

- 대부분의 調査對象者들은 憲法裁判所의 判決傾向에 대하여 否定的 見解 내지 不滿足한 느낌을 갖고 있다. 즉, 보다 前向的 이기를 바란다.

- 女子가 男子에 比견하여 더 불만스럽게 생각하고 있다.

② 結果分析

上記 응답결과는 일반국민은 헌법재판소의 決定傾向에 대하여 대부분 保守的이라는 느낌을 갖고 있는 것으로 나타났는데, 앞서 憲法裁判官의 構成原理가 憲法裁判의 判決傾向에 대하여 영향을 미칠 수도 있다는 慣例的 事實을 살펴 보았는 바, 우리나라의 경우 問題가 되는 것은 「構成原理의 民主的 正當性」과 關聯하여 現在와 같은 巨大與黨이 日本과 같이 長期執權을 이루게 된다면 大統領이 직접 任命하는 3人是 물론, 巨大與黨의 國會에서 선출하는 3人과 大法院長을 大統領이 直接 任命(國會同意要)하는 事實과 關聯한 大法院長 指名의 3人的 合計 9人 모두가 執權黨 陣營의 一色으로 구성될 수도 있다는 問題點을 強하게 主張<sup>23)</sup>하는 學界와 在野 법조계의 목소리가 많이 있다는 제2事實에 關心을 가질 必要가 없지 않다고 본다.

다른 한편 法官의 判決은 그 本質에 있어서 “憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 審判하여야 한다.”(憲法 第103條 참조)라는 大前提가 있기 때문에 憲法裁判所의 判決이 집권여당의 취향 또는 國民輿論이나 大衆의 희망에 따라서 이루어져서는 결단코 안되지만, 어차피 憲法裁判은 그 本質에 있어서 “政治的 判斷性”이 主要意義의 一部를 이루고 있다면 今番 質問의 應答結果

23) 정종섭, “주요국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구”, 헌법재판연구 제2권(헌법재판소, 1991. 5. 31), pp.104-105

는 向後의 憲法裁判所의 位相과 關聯하여 결코 무시할 수만은 없다고 생각되며, 아울러 憲法裁判官의 構成原理가 憲法裁判所의 裁判傾向에 영향을 미칠 수 있다는 論理를 받아들일 수 있다면 次期 憲法改正機會에 憲法 關聯條項의 改正與否가 심각히 論議하여 불 必要性을 排除할 수 없다고 생각한다.

아울러 이번 질문의 應答結果와 關聯하여 留意해 보아야 할 또 한가지 事實은 憲法裁判所의 그간 判決傾向은 政治的, 社會的으로 무게를 지닌 重要하고도 민감한 事件에서 憲法裁判所가 책임회피적 태도를 보였다<sup>24)</sup>는 지적이 있다는 事實에 留意하여 불 필요성 또한 배제할 수 없다고 생각한다.

## IV. 結 語

### 1. 分析結果의 綜合

本 研究는 필자가 선정하고 작성한 標本과 質問의 應答結果를 中心으로 現行 憲法裁判에 關한 認識度에 대하여 살펴보았는 바, 50% 以上과 50% 未滿을 基準(有效標本對象)으로 肯定的 또는 올바른 認識과 否定的 또는 그릇된 認識·無知로 區分하여 그 結果를 綜合하여 본다면, 憲法裁判所存在의 認知, 憲法裁判所의 政府內 位置, 大法院과의 機能比較, 憲法訴願申請節次, 憲法訴願의 請求 可能性, 違憲法律의 認識經驗, 違憲法律審判의 提請 可能性 및 憲法裁判所의 民主發展 寄與度の 8個項 質問에서 肯定的 내지 올바른 認識을 갖춘 것으로 그 應答結果가 나타났으며,

24) 양 건, “헌법재판소 2년, 그 성과와 한계”. 한국논단(90.11) p.96

憲法裁判所の 設立時期, 憲法裁判所長の 國家序列, 憲法裁判所の 業務分野, 憲法訴願制度의 內容, 公權力에 의한 被害經驗 및 憲法裁判所の 判決傾向의 6個項 質問에서 否定的 내지 그릇된 認識 또는 無知의 狀態에 있는 것으로 그 應答結果가 나타났다. 특히, 70% 以上の 比重을 갖는 應答結果를 「大部分」이라고 定義해 본다면, 憲法裁判所の 存在에 대하여는 大部分의 사람들이 알고 있다 라고 말하여질 수 있으며 現行 憲法裁判所の 設立時期, 憲法裁判所長の 國家序列, 憲法裁判所制度의 內容 및 憲法裁判所の 判決傾向의 4個의 質問에 대하여는 大部分의 사람들이 否定的 見解 내지 그릇된 認識 또는 無知의 狀態에 있다고 말하여질 수 있다.

以上の 應答 및 分析結果를 要約하여 圖表로 綜合整理하여 보면 다음과 같은데, 性別分析과 관련하여 한가지 첨언하고 싶은 사실은 女子가 男子에 비하여 民主意識 내지 基本權 爭取意識이 현저히 높다는 事實이다. 그 증거로는 第[11]項의 헌법소원심판의 請求 可能性과 第[13]項의 違憲法律審判의 提請 可能性을 묻는 質問에서 그리고 第[14]項의 憲法裁判所の 民主發展 기여도와 第[15]項의 憲法裁判所の 判決傾向에 대한 評價를 묻는 質問에서 女子가 男子보다 더욱 積極的·前向的인 應答結果를 보였다는 事實에 근거한다.



(圖表 25)

應答結果의 要約 (綜合)

肯定的 또는 올바른 認識	否定的 또는 그릇된 認識
憲法裁判所存在의 認知* 憲法裁判所의 政府內 位置 大法院과의 機能比較 憲法訴願 申請節次 憲法訴願의 請求 可能性 違憲法律의 認識經驗 違憲法律의 提請 可能性 憲法裁判所의 民主發展寄與度 ( * 以上 8個項 )	憲法裁判所의 設立時期* 憲法裁判所長의 國家序列* 憲法裁判所의 業務分野 憲法訴願制度의 內容* 公權力에 依한 被害經驗 憲法裁判所의 判決傾向* ( 以上 6個項 )

- (주) 1. 區分基準 : 應答比重的 50% 以上(肯定的)과 50% 未滿(否定的)  
 2. \*표는 70% 以上の 比重(上記「大部分」의 定義對象)을 나타낸 質問項目

## 2. 政策方向의 提言

### [1] 憲法과 法律의 改正

現行 憲法學界와 在野 법조계에서는 憲法裁判과 關聯한 憲法과 憲法裁判所法의 改正 必要性에 關한 論議가 비등한데, 이와 같은 論議는 憲法裁判所制度의 充實化 내지 活性化에 그 主眼點이 있는 것으로 생각되어진다. 다만 여기서 필자가 論하고자 하는 것은 今番 設問調査와 關聯하여 改正의 必要性이 있다고 생각되어지는 憲法과 憲法裁判所法 關聯事項에 限定하고자 하는

바,

첫째로 우리 憲法이 採擇하고 있는 二元司法府制度는 憲法裁判所를 頂點으로 하는 一元的 司法府制度로 改正되어야 한다<sup>25)</sup>고 생각된다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 前章에서 살펴본 第[4]項의 憲法裁判所의 政府內 位置에 대한 應答結果(大部分 ‘올바른 認識’)와 第[5]項의 憲法裁判所長의 國家序列에 대한 應答結果(大部分 ‘그릇된 認識’)에 의하면 一般國民들이 現行 司法府制度에 대하여 매우 혼란스럽게 생각하고 있다는 느낌을 받았으며, 그리고 憲法裁判所와 大法院間에 있을 수도 있는 어떤 位相 다툼으로 國民들의 司法府制度에 관한 혼란은 더욱 加重될 수 있기 때문이며 아울러, 論理와 法體系上 憲法裁判所의 憲法解釋에 關한 裁判은 主權內에서는 最高·最後의 裁判이기 때문이다.

둘째로 憲法上の 憲法裁判官 構成原理와 任期(6年)는 民主的 正當性 確保와 任期연장(예 : 10년) 方向으로 再檢討 되어야 한다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 第[15]項의 憲法裁判所의 裁判傾向에 대한 應答結果에서 보다 과감한 判決을 願하는 否定的 反應과 巨大與黨의 長期執權可能性에 對備하여야 한다는 主張이 있음을 염두에 두기 때문이다. 즉, 현재의 헌법상 裁判官의 구성원리는 大法院長(國會同意·大統領任命)지명3명 및 國會議員3명을 포함하여 正員9명을 대통령이 임명하게 되어 있음을 참고한 것이다. 아울러 임기연장에 대한 提案은 連任에 連任하지 않고, 보다 소신껏 裁判에 임할 수 있도록 임기에 따른 與件을 改善하자는 意見이다.

셋째로 憲法과 憲法裁判所法은 常任裁判官 定員(現9명 : 비상

---

25) 권영성, 대한변호사협회 주관(1990. 12. 17) 심포지엄 (헌법재판의 현황과 課題)의 主題 發表論文(人權과 定義), 1991. 2, p. 10) 中에서

임3명 포함)의 增員(例 : 現9명⇒12名) 및 非常任制의 폐지와 法院의 判決도 憲法訴願의 對象에 포함되는 方向으로 改正되어야 한다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 現 憲法裁判官들의 헌신적인 努力에도 불구하고 폭주하는 憲法裁判申請 推移는 보다 신중하고도 充實한 基本權保障에 장애요인이 될 수도 있으며, 더욱이 第[11]項의 憲法訴願 申請 可能性과 第[13]項의 違憲審判提請 可能性에 關한 應答結果가 共히 56.8%에 이르고 있음과 第[8]項의 憲法訴願制度의 內容에 關한 質問에서 무려 47.2%의 比重이 “違憲 可能性이 있는 法院의 判決”을 憲法訴願의 對象으로 誤解하고 있는 應答結果가 國民的 希望事項으로 간주될 수도 있으며, 따라서 결코 지나쳐서는 안되는 事實로 받아들이기 때문이다.

## [2] 積極的 言論對策의 展開

국민들 사이에서 헌법이 無視되어 진다던가 또는 헌법에 대한 이해가 없다면 단연코 헌법은 오래도록 수호 될 수 없다.<sup>26)</sup> 궁극적인 憲法守護者는 國民이다. 이와 같은 事實 때문에 國民이 憲法裁判所에 대한 理解와 애착을 가지는 풍토가 造成되도록 힘써야 한다.<sup>27)</sup> 그런데 이렇게 되기 위하여는 言論의 힘과 도움이 결코 過小評價될 수 없기 때문에 어떤 形態이든지 言論對策의 必要性이 있다.

여기서의 言論에 관한 두 가지 측면은 그 첫째가 憲法裁判所制度의 重要性을 充分히 감안한 言論의 自發的 協力과, 둘째로 憲法裁判所의 憲法裁判은 言論을 결단코 意識하여서도 안되고 절대로 意識되어져서도 안되지만 憲法裁判所가 努力한 만큼의

26) James McClellan, "Liberty, Order and Justice", 美國 James River Press(1989), P3(20단)

27) 한상범, "헌법기관제도, 이것이 문제다", 사법행정(1990.12), p.28

正當한 評價를 받아야 하고 그 位相과 活動內容에 言論의 關心을 擴大시킴으로써 憲法裁判所에 대한 國民的 支持基盤을 擴充하고 憲法裁判所制度가 國家權力에 대한 市民的 統制手段으로서 充分히 活用될 수 있도록, 특히 國民의 憲法守護能力이 提高될 수 있도록 積極的인 言論對策이 강구되어야 한다. 이와 같이 생각되어지는 연유는 今番 設問調査의 여러 質問項目에서 大部分의 사람들이 憲法裁判所의 具體的인 活動 및 細部的인 業務內容을 잘 모르는 것으로 나타났다는 事實에서 비롯된다.

言論對策과 關聯하여 한가지 첨언하고 싶은 것은 第[2]項의 憲法裁判所의 認知範圍에 관한 應答結果에서 신문의 比重이 49.6%, TV의 比重이 32.8%, 기타가 17.6%의 比重이었음을 참고한다면, 헌법재판소의 言論對策이 신문과 TV, 특히 신문에 우선적으로 집중되어야 할 것으로 생각되어짐을 밝혀둔다.

### [3] 專門的 設問調査의 實施

이 設問調査가 상당히 완벽한 조사가 되기 위하여서는 필연적으로 所要되는 막대한 費用과 時間의 부득이한 制約이 있었음은 물론, 필자의 調査方法論의 專門知識不足 때문에 充實한 調査가 되지 못하였음을 自認하지만, 憲法裁判에 관한 國內最初의 調査였음에 약간의 自慰를 한다. 그러나 憲法裁判의 活性化와 定着이 바람직스러운 方向으로 展開되도록 유도하는 政策方向의 樹立에 참고하기 위하여 멀지 않은 장래에 憲法裁判所 自體 또는 어떤 機關 또는 누군가에 의하여 同伴 關聯의 專門的·本格的 設問調査가 있어야 할 것으로 생각되어 진다. (1991. 9)

(첨부) 憲法裁判에 對한 認識度 調査表

(부록)

憲法裁判에 대한 인식도 조사표

- \* **조사목적** : 연구논문 이외의 목적이 전혀 없습니다.
- \* **인적사항** : 작성자의 나이를 기재하여 주시고 해당 성별에 ○표하여 주십시오.

- 나이 :    세
- 성별 : 남    여

(문1) 헌법재판소의 존재에 대하여 알고 계십니까? (해당사항 앞의 “-”부호에 ○표하여 주세요 ; 이하 같음)

- 알고 있다.
- 모른다.

- \* **주의사항** : 이하의 질문은 (문1)에서 “알고 있다”로 표시한 분만 기재해 주세요.

(문2) 헌법재판소의 존재에 대하여 알게 된 경우는?

- 신문보도                    - TV뉴스                    - 친지의 이야기
- 잡지                         - 전문서적

(문3) 현행 헌법재판소는 언제 설립되었는가?

- 1948년 정부수립 당시
- 제3공화국 (박정희 정권)
- 제5공화국 (전두환 정권)
- 제6공화국 (노태우 정권)

- 잘 모르겠다.

(문4) 헌법재판소의 정부 내에서의 위치를 어떻게 알고 계십니까?

- 대통령 직속기관이다.
- 대법원장 산하기관이다.
- 법무장관 산하기관이다.
- 대통령과 대법원장으로부터 독립되어 있는 헌법기관이다.
- 모르겠다.

(문5) 헌법재판소장의 국가서열에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원장과 같은 급(동급)이다.
- 고등법원장과 같은 급이다.
- 법무장관과 같은 급이다.
- 대법원장 보다 상위급이다.
- 모르겠다.

(문6) 대법원과 비교한 헌법재판소의 기능에 대하여 어떻게 알고 계십니까?

- 대법원의 상급법원으로서 대법원의 판결에 불복한 일반민사·형사사건(異議가 있는 사건)을 다룬다.
- 대법원이 다루고 있는 사건과는 전혀 다른 헌법문제에 관한 사건을 다룬다.
- 모르겠다.

(문7) 다음 중 헌법재판소의 소관업무는 어떤 것들입니까? (\*해당 사항에 전부 ○표해 주세요.)

- 위헌법률심판
- 헌법소원심판
- 탄핵심판
- 정당해산심판
- 기관권한쟁의의 심판

(문8) 헌법소원심판이 어떤 것으로 알고 계십니까?

- 국회에 청원서로 제출된 사건의 심판
- 헌법내용 중 개정을 희망하는 사항에 대한 심판
- 일반법원의 판결 중 헌법에 위반된다고 생각되는 판결에 대한 재심판
- 공권력의 행사(행정작용) 또는 불행사(행정부작용)로 인한 기본권의 침해에 대한 심판

(문9) 헌법소원을 신청하는 절차는?

- 일반법원에 신청한다.
- 헌법재판소에 직접 신청한다.
- 모르겠다.

(문10) 선생님께서는 공권력(행정작용)의 행사 또는 불행사에 의하여 헌법에 보장된 평등권 등 기본권이 침해되었다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다
- 없다

(문11) 헌법소원제도는 公權力(행정작용)의 行使 또는 不行使로 인하여 기본권이 침해된 경우 이의 구제를 헌법재판소에 직접 신청할 수 있는 기본권 구제제도입니다. 헌법소원 관련 사항이 선생님께서 발생된다면, 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하겠습니까?

- 하겠다.
- 안하겠다.
- 현재로서는 모르겠다.

(문12) 선생님께서는 어떤 법률(명령, 규칙 포함) 또는 어떤 법률의 어떤 조항이 헌법상의 평등권 등 기본권 보장 정신에 위배된다고 느낀 경험이 있으십니까?

- 있다.
- 없다.

(문13) 위헌법률심판제도는 어떤 법률 자체나 어떤 법률조항이 재판의 전제가 된 경우 (즉 법원의 재판에서 문제가 된 경우)에 당해 법률이 헌법정신에 위배되는지 여부를 심판하는 제도입니다. 선생님께서 이와 같은 경우가 발생한다면 당해 법률의 위헌여부에 대하여 법원 또는 헌법재판소에 위헌제청신청을 하겠습니까?

- 하겠다.
- 안하겠다.
- 현재로서는 모르겠다.

(문14) 1948년 정부수립 이후 1988년 8월까지 헌법재판 기능이 헌법위원회 또는 대법원에 있던 40년간 4건의 위헌법률



심판이 있었던 것에 비하여, 1988년 9월에 기본권 보장의 최후보루로서 헌법재판소가 설립된 이후 1991년 6월 현재까지 2년 10개월간 위헌법률심판 121건(위헌결정 15건)과 헌법소원심판 497건(인용결정 18건)을 처리하였습니다. 현행 헌법재판소의 역할과 존재가 민주주의 발전에 기여하고 있다고 생각하십니까?

- 대단히 기여하고 있다.
- 그런대로 기여하고 있다.
- 별로 기여 못하고 있다.
- 잘 모르겠다.

(문15) 현행 헌법재판소의 판결경향에 대하여는 어떤 생각을 갖고 계십니까?

- 대체로 만족한다.
- 보다 과감한 심판을 하여야 한다.
- 너무 미약하다.
- 잘 모르겠다.

憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의  
「自己關聯性」의 判斷基準  
- 獨逸判例를 中心으로 -

黃 道 洙  
秘書官

- 目 次 -

1. 序論
  - 가. 問題의 提起
  - 나. 이 글의 範圍
2. 自己關聯性의 意義
3. 自己關聯性의 判斷基準
4. 請求人이 公權力行使의 對象者Adressat(當事者)인 경우
5. 請求人이 第3者인 경우
  - 가. 法律에 대한 憲法訴願의 경우
    - (1) 政黨 및 社會活動과 관련된 경우
    - (2) 經濟活動에 관련된 경우
    - (3) 租稅와 관련된 경우
    - (4) 公務員給料과 관련된 경우
    - (5) 大學制度和 관련된 경우

- (6) 기타의 경우
  - 나. 行政處分이나 法院의 裁判에 대한 憲法訴願의 경우
    - (1) 家族生活에 관련된 경우
    - (2) 裁判節次와 관련된 경우
    - (3) 訴訟代理와 관련된 경우
    - (4) 租稅와 관련된 경우
    - (5) 學問, 敎育과 관련된 경우
    - (6) 기타의 경우
- 6. 第三者의 訴訟擔當을 認定할 것인가?
  - 가. 任意的 訴訟擔當의 경우
  - 나. 法定訴訟擔當의 경우
- 7. 單體訴訟Verbandsklage
- 8. 基本權 主體가 死亡한 경우
- 9. 公權力不行使의 경우
- 10. 結論

## 1. 序論

### 가. 問題의 提起

우리 憲法裁判所法 제68조 제1항은 “公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 침해받는 者는…… 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 규정을 근거로 憲法裁判所는, 憲法訴願審判請求가 適法하기 위해서는 ‘청구인은 公권력의 행사 또는 불행사로 인하여 “直接的으로”, 헌법상 保障된 “自己의” 기본권을, “現在에” 침해받고 있음을 ‘주장’하여야 한다’고 解釋하고 있다.<sup>1)</sup> 憲法裁判所는 請求人이 憲法訴願制度를 利用할만한 利益을 가지고 있는가를 判斷하기 위한 基準으로서 ‘直接性’, ‘自己關聯性’, ‘現在性’이라는 概念을 제시하고 있는 것이다. 이외에도 좁은 의미의 ‘權利保護利益’이라는 概念도 제시되고 있다.<sup>2)</sup> 國家의 裁判制度를 不必要한 곳에 浪費하여서는 아니되기 때문에 이러한 解釋을 하는 것은 裁判制度의 本質上 當然한 것이라고 하겠다. 그러나 이러한 概念들이 具體的인 事件에 適用되기에 充分한 法的 概念이 되기 위하여는 그 內容이 豫測되어질 수 있을 程度의 明確性은 갖추고 있어야 하는 것이다. 그러나 이들 內容에 관하여 客觀的인 基準을 提示하는 具體的인 法令은 없다. 결국 判例에 의하여 그 基準을 提示할 수밖에는 없게 되나, 日淺한 우리나라의 憲法裁判의 經驗으로는 이들 問題에 대하여 具體的인 基準을 提示하기에 充分한 判例가 쌓여있지도 못한 형편이다. 이 글에서는 이들 여러 概念 가

1) 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마12 결정 : 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 89헌마145 결정 등.

2) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정 등.

운데 自己關聯性이 가지는 意味를 밝히는데 도움이 되는 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例를 소개함으로써 憲法訴願制度的 實際的 利用의 便宜에 이바지하고자 한다.

#### 나. 이 글의 範圍

이 글은 自己關聯性에 관한 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例를 敘述한다.

이 글의 對象은 獨逸의 憲法判例이다. 이 글은 우리나라의 憲法裁判의 實際的 利用에 이바지하기 위한 것이므로, 抽象的 理論보다는 現實에서 다루어졌던 具體的 問題와 그 解決方法을 研究하는 것이 이 글에 適當하다고 생각하기 때문이다. 따라서 自己關聯性에 관한 우리나라의 理論<sup>3)</sup> 및 獨逸의 理論에 대한 檢討는 이 글의 對象이 아니다. 또한 이 글의 敘述方式이 說明에 불과하므로, 比較적 손쉽게 접근할 수 있는 우리나라의 判例<sup>4)</sup>에 대한 說明도 이 글에서는 하지 아니한다. 이들에 관하여는 獨逸의 判

---

3) 자기관련성에 관하여 논의하고 있는 우리나라의 논문은 다음과 같다 ; 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 1989. 서울대학교 박사학위 논문 ; 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권, 1990. ; 이주홍, 우리나라 헌법소원제도 - 헌법소원의 제기요건 -, 헌법재판연구 제1권, 1990 ; 이시윤, 헌법재판개관, 1989 ; 변정일, 입법작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990 ; 김효진, 사법작용에 대한 헌법소원, 헌법재판연구 제1권, 1990 ; 최대권, 법률에 대한 헌법소원의 몇 가지 문제점, 헌법재판자료 제3집, 1990 ; 안용교, 헌법소원제도, 헌법재판자료 제1집, 1989 ; 김종빈, 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제2집, 1989 등

4) 우리나라 헌법재판소의 판례 중 자기관련성에 관하여 판단하고 있는 판례는 다음과 같다 ; 헌법재판소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1 ; 헌법재판소(제3지정재판부) 1989. 4. 15. 선고, 89헌마51 ; 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12 ; 헌법재판소 1989.7. 28. 선고, 89헌마61 ; 헌법재판소 1989. 9. 2. 선고, 89헌마170 ; 헌법재판소 1989. 9. 6. 선고, 89헌마194 ; 헌법재판소 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13 ; 헌법재판소 1989. 10. 27. 선고, 89헌마 105, 125, 126(병합) ; 헌법재판소 1989. 10. 27. 선고, 89헌마56 ; 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 89헌마145 ; 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 89헌마22 ; 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마234 ; 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고, 89헌마90 ; 헌법재판소(제3지정재판부) 1990. 12. 3. 선고, 90헌마206 ; 헌법재판소 1990. 12. 26. 선고, 90헌마137 ; 헌법재판소 1990. 12. 26. 선고, 90헌마20 ; 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 90헌마28 ; 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 90헌마21 ; 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고, 90헌마65 ; 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56 ; 헌법재판소(제1지정재판부) 1991. 8. 26. 선고, 91헌마129

예를 理解하는데 필요한 範圍내에서 간단한 說明만이 있게 된다.

또한 이 글의 敘述方式은 說明이다. 따라서 이 글은 自己關聯性에 관하여 새로운 認識體系를 提示하지 아니한다. 獨逸의 判例를 客觀的 資料로서 敘述할 뿐이다. 또한 이의 認識을 위하여 使用되는 理論的 說明은 一般的으로 받아들여지는 通說을 바탕으로 한다.

그러면 外國法을 說明하는 데에 그치는 이 글이 무슨 意味가 있는가 라는 問題에 부딪치게 된다. 外國法을 研究하는 것은 우리 자신의 法을 이해하기 위한 것이라는 命題를 當然한 것으로 받아들일 때, 이러한 質問의 意義는 더욱 增大되는 것이다. 우리 法에서 始作하지 아니하고, 우리 法에서 끝나지 아니하는 外國法 研究가 무슨 意味가 있느냐는 것이다. 제대로 된 外國法 研究를 생각한다면, 그 研究는 1. 우리 法의 現實과 問題點 認識, 2. 外國法의 現實과 解決方法의 認識, 3. 우리 法과 外國法과의 差異點 認識, 4. 이에 바당한 우리 法의 批判과 問題點 解決方案의 모색 등의 順序로 發展되게 될 것이고, 그 研究의 重點은 네 번째 過程인 우리 法에 대한 批判과 問題點 解決方案의 모색에 있게 됨은 當然한 것이다. 그러나 우리나라의 憲法訴願制度和 같이 우리의 法體系가 아직 明白히 成立되지 아니한 狀態에서 完成된 外國法體系를 가지고 우리 法體系를 批判한다는 것은 批判의 對象이 없는 批判으로서, 자칫 우리 法體系를 外國法體系에 從屬시키는 結果를 招來할 憂慮가 있게 된다. 그렇다고 外國法體系를 度外視한 채, 깊은 思想 없이 우리의 法體系를 대충 꾸러나가면서 우리式이라고 主張하는 것은, 外國人들이 그 동안 같은 問題에 대하여 생각해왔던 깊은 思想을 우리가 이용하지 못하는 愚를 범하는 것이라고 생각한다. 따라서 이러한 경우에는 그 敘述의 水準을 說明으로 維持하면서 外國法體系를 敘述하는 것도, 우리

法體系의 形成을 위한 參考資料를 提供한다는 意味에서 그 意義를 발견할 수 있을 것이다. 우리 法이나 外國法에 대한 正確한 認識없이 우리 法의 批判을 強行함으로써 생기는 誤謬나, 外國法의 認識을 그대로 우리 法에 대한 問題點 解決方案에 대한 自身의 主張으로 받아들이는 성급함을 피하기 위함이다.

## 2. 自己關聯性的 意義

一般的으로 自己關聯性 또는 自己性이라 함은 憲法訴願審判請求의 適法性を 審査하는 基準의 하나로서, 請求人이 憲法訴願의 對象이 되는 公權力行使와 一定한 關聯을 가지고 있어서, 憲法裁判所가 그 公權力行使에 대한 審判을 함으로써 다른 사람이 아닌 請求人 自身の 基本權을 救濟하는데 適당한 關係에 있는가를 말하는 것이다. 이러한 自己關聯性を 憲法訴願의 適法要件으로 定함으로써 憲法訴願制度가 民衆訴訟化 되는 것을 防止하고, 個人의 權利救濟制度로서의 원래의 目的을 最大한 達成할 수 있게 되는 것이다.<sup>5)</sup> 自己關聯性有無를 實體裁判 前에 判斷함으로써, 國家가 裁判을 하였는데도 그것이 當事者나 請求人에게 아무런 價値도 없고 不必要한 것이어서 裁判節次가 無意味하게 되는 것을 排除시키는 것이다. 憲法訴願制度에서 自己關聯性이라는 主題로 論議되는 이 問題는 다른 裁判制度인 民事訴訟이나 行政訴訟에서는 當事者適格의 問題로 주로 해결되고 있음을 손쉽게 볼 수 있다.

## 3. 自己關聯性的 判斷基準

---

5) 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권, 1990., p320 등

그러면 具體的으로 어떠한 경우에 請求人의 自己關聯性을 認定할 것인가, 손쉽게 생각한다면, 侵害당하였다고 主張되는 基本權이 請求人에게 屬한 것이고, 請求人이 當該 公權力行使 또는 不行使의 對象者 내지 當事者인 경우에 自己關聯性이 있다고 인정할 수 있을 것이다. 그러나 公權力行使와 請求人과의 關係가 항상 위와 같이 단순한 것만은 아니다. 請求人이 形式的으로는 公權力行使의 當事者가 아니라 第3者인 것이 分明하나, 당해 公權力行使가 第3者인 請求人의 法的 地位에 影響을 미치고 있을 경우, 第3者인 請求人에게 당해 公權力行使에 대하여 自己關聯性을 認定할 것인가? 認定한다면, 당해 公權力行使가 第3者에게 어떠한 影響을 미치고 있을 경우에 自己關聯性을 認定할 것인가? 公권력행사가 아니고 公權力的 不行使의 경우에는 누구에게, 즉 어떠한 利害關係를 가진 者에게 自己의 基本權侵害를 主張할 수 있는 權利를 인정할 것인가? 公權力行使가 裁判과 같이 主文과 理由 등으로 나누어질 수 있을 경우 그 理由內容을 理由로 하여 自己의 基本權侵害를 主張할 수 있겠는가? 등의 문제점이 생긴다. 아래에서는 그 경우를 나누어 살펴본다.

#### 4. 請求人이 公權力行使의 對象者Adressat(當事者)인 경우

公權力行使가 請求人에 대하여 이루어졌고, 公權力行使가 그 內容상 侵害적인 것일 경우, 請求人이 당해 公權力行使로 인하여 自己의 基本權이 侵害당하고 있다고 主張하거나, 이를 認定하는 것은 큰 어려움이 없다. 다만 당해 公權力行使가 請求人에 대한 것이었나를 確定하는 것만이 問題될 뿐이다.

公권력행사가 裁判이나 具體的 處分일 경우에는 대개 그 行爲



의 對象者, 相對方 내지 當事者가 具體的으로 明示되어 있다. 따라서 公權力行使의 當事者로 明示되어 있는 者들은 自己의 이름으로 당해 公권력행사에 대하여 憲法訴願審判을 請求할 수 있게 된다. 裁判에 대한 憲法訴願이 認定되는 獨逸의 경우 裁判의 當事者인 原告, 被告, 申請人, 被告人 등에게 自己關聯性이 當然히 認定되고 있다.

公권력행사가 立法行爲이거나 一般的 處分인 경우에는 그 行爲의 對象者가 具體的으로 明示되어 있지 아니하다. 이러한 경우에는 法律, 命令, 기타 規範 및 一般的 處分の 要件에 該當되어 당해 規範이나 處分の 法的 效果가 그에게 발생된 者(規範의 受範者)를 公權力行使의 對象者로 보고, 그들에게 自己關聯性을 인정하여야 한다. 어떠한 자가 規範의 受範者가 되는가 라는 것은 결국 당해 規範이나 處分の 解釋에 의하여 決定되게 될 것이다.

## 5. 請求人이 第3者인 경우

請求人이 公權力行使의 當事者가 아니고 第3者에 불과한 경우에는, 一般的으로 第3者로서의 請求人이 他人에 대한 公權力行使에 대하여 自己의 基本權侵害를 主張할 수 없다는 것이 原則이다. 侵害關係 없는 第3者에게까지 憲法訴願制度의 利用範圍를 넓히는 것은 憲法訴願制度를 民衆訴訟의 形態로 정하고 있지 아니한 現行의 憲法과 法律에 反하기 때문이다. 우리 憲法裁判所도 憲法訴願制度가 國民의 基本權 侵害를 救濟해 주는 制度라는 것을 確認하고 있다.<sup>6)</sup>

그러나 公權力行使가 그 對象者나 當事者이외의 者들에게는 전혀 影響이 없다거나 無關하다고는 말할 수 없다. 請求人이 公

6) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정 등

公權力行使에 대하여 第三者의 地位에 있음은 明白하나, 당해 公權力行使로 인하여 一定한 事實的, 經濟的, 내지는 法的인 影響을 받는 경우는 얼마든지 상상할 수 있다. 따라서 請求人이 他人에 대한 公權力行使로 인하여 自身의 基本權을 侵害받고 있다고 主張하면서 憲法訴願審判을 請求할 경우, 그 侵害의 性格과 憲法訴願制度의 本質을 考慮하여 請求人의 一定한 不利益은 憲法訴願制度로서 救濟해주는 것이 憲法訴願制度의 目的에 合當한 경우가 생기게 된다. 문제는 당해 公權力行使와 어떠한 關係를 가지는 請求人에게 憲法訴願審判請求의 適格을 認定할 것인가의 與否이다.

첫째, 平等權에 관한 問題이다. 憲法이 保障하는 平等權의 特性上, 一定한 國民에 대한 惠澤的 公權力行使는 당연히 당해 公權力行使의 惠澤에서 除外된 다른 國民에 대한 不平等의 問題를 惹起시킬 수 있게 된다. 그렇다고 兩者가 比較의 對象이 될 수 있다는 事實만으로 憲法上의 不平等을 主張할 수 있다고 認定한다면, 憲法訴願制度는 平等權侵害를 理由로 하는 憲法訴願으로 말미암아 질식하게 될 것이다. 결국은 憲法이 保護하고자 하는 平等權의 內容이 무엇이냐가 判斷의 基準이 될 것이다 憲法裁判所도 이에 관하여는 明確한 判斷基準을 提示하지 못하고 있는 것으로 보인다. 다만 BVerfGE 49, 1 에서 피력한 獨逸聯邦憲法裁判所의 의견은 平等權 침해를 주장하는 경우의 自己關聯性 有無의 判斷에 큰 도움을 주고 있다고 본다 ; 1. 法律에 의하여 差等하게 規定된, 比較對象이 된 事物들이 本質적으로 같으며, 2. 規定上의 差等に 대하여 그럴듯한 根據를 發見할 수 없고, 3. 請求人이 比較對象의 한 當事者에 該當될 수 있다고 할지라도 이것만으로는 本案에 들어가기에 不足하나, 그러한 경우와 아울러 4. 請求人의 主張이 憲法裁判所에 의하여 받아들여져서 당해 規

정이 無效로 宣言되어진다면, 請求人과 比較對象이 되었던 相對 그룹Vergleichsgruppe과의 關係에서 請求人이 보다 有利한 地位를 누릴 수 있는 경우에는 請求人の 自己關聯性을 認定하여야 한다는 것이다.<sup>7)</sup> 差等規定을 除去함으로써 相對그룹에게 不利益을 가져온다는 것만으로는 自己의 基本權을 具體적으로 向上시키는데 不足하기 때문이다. 따라서 請求人은, 請求人을 差別하고 있다고 主張하는 당해 公權力行使를 無效 또는 取消시키게 된다면, 請求人에게 具體적인 地位의 向上<sup>8)</sup>, 機會의 增加<sup>9)</sup>, 競爭力의 增加<sup>10)</sup> 등의 利益을 가져올 수 있거나, 排除되었던 惠澤을 享有<sup>11)</sup>할 수 있는 關係를 가지고 있어야 하는 것이다.

둘째, 第3者에게 利益을 賦與하는 公權力行使가 請求人에게는 不利益을 가져오는 것일 경우, 소위 ‘複效的 公權力行使’의 경우, 당해 公權力行使에 대하여는 第3者에 불과한 請求人에게 自己關聯性을 認定할 것인가가 문제된다. 他人에 대한 公權力行使가 請求人에 대하여 ‘間接적이고, 事實적으로만’ 關聯될 때, 즉 反射的效果만을 가질 때<sup>12)</sup>에는 請求人の 自己關聯性을 否認하나, 公權力行使가 請求人の 基本權을 ‘直接的이고 法的으로’ 侵害하고 있어서, ‘당해 公權力行使를 無效화시킨다면, 請求人の 基本權을 保護할 수 있는 경우’에는 請求人の 自己關聯性을 認定한다는 것이 判例의 基本的인 立場이다. 그러나 ‘直接的, 法的 侵害’를 ‘間接的, 事實的 關聯’과 區別하는 基準에 관하여는 具體적인 언급이 없다. 결국 개개 判例에 依存할 수밖에 없게 된다.

셋째, 請求人이 公權力行使의 明示적인 當事者는 아니나, 公權

---

7) BVerfGE 49. 1[8,9]

8) BVerfGE 26, 79[91] 등

9) BVerfGE 12,354[362]

10) BVerfGE 18, 1[12,16] ; 43, 58[68]

11) BVerfGE 6,273

12) BVerfGE 47,327[364] ; 51,369[376] 등

力行使의 理由內容이 請求人의 基本權을 侵害하고 있을 때, 당해 公權力에 대해서는 第三者에 불과한 請求人의 基本權侵害가 問題 될 수 있다. 裁判節次에 있어서 辯護士의 訴訟代理權이 不適法함을 理由로 所를 却下할 경우, 당해 裁判節次에 대하여는 第三者에 불과한 辯護士에게 당해 裁判에 대한 憲法訴願審判請求를 認定할 것인가가 주로 문제되었었다.<sup>13)</sup> 憲法裁判所는 당해 裁判이 請求人의 辯護士로서의 活動을 直接的으로 制限하고 있음을 理由로 辯護士들의 憲法訴願審判請求를 認定하고 있다.<sup>14)</sup>

종합하건대, 당해 公權力行使를 取消 또는 無效宣言함으로써 請求人의 法的 地位에 有利한 變動을 가져올 수 있는 경우에, 第三者에 불과한 請求人도 당해 公權力行使에 대하여 自己關聯性을 가지게 됨을 알 수 있다. 憲法訴願制度가 個人的 主觀的 權利救濟手段으로서 構成되었으며, 따라서 憲法訴願制度를 통하여 追求하는 結論은 個人的 法的 地位向上으로 이어져야 한다는 점을 考慮할 때, 이러한 判例의 一般理論은 當然하다고도 할 수 있다. 以下에서는 具體的인 例를 判例를 통하여 살펴본다.

가. 法律에 대한 憲法訴願의 경우

(1) 政黨 및 議會活動과 관련된 경우

〈BVerfGE 6, 273〉

所得稅法EStG 제10b조는 ‘慈善, 教會, 宗教, 學問, 政治 기타 公共福利의 發展을 위한 寄附金Ausgaben은 所得總額의 100분의 5 또는 賣上高와 1년간 支給된 賃金 및 手當 總額의 1,000분의 2

---

13) BVerfGE 4, 96 ; 15,226 등

14) BVerfGE 22,114 ; 43,79 등

까지 所得控除된다'고 定하고 있었다. 이 법률에 의거하여 所得稅法施行令EStDV 제49조 제1호는 '政治의 發展을 위한 寄附金은 寄附金이 最近의 聯邦議會나 支邦議會 議員選舉에서 자신의 公薦에 의하여 最少한 1명의 議員이 選出된 政黨이거나 덴마크 少數民族政黨에게 支出되었을 경우에만 所得控除된다'고 規定하였다. 그리하여 前독일인민당die Gesamtdeutsche Volkspartei (GVP)인 請求人에게 寄附金を 寄附한 者들은 所得控除의 惠澤을 받을 수 없었다.

이에 請求人이 平等權侵害를 理由로 제기한 헌법소원에서, 憲法裁判所는 '所得控除가 (直接的으로는 請求人이 아니라) 納稅義務者에게 利得을 가져다주는 것은 사실이다. 그러나 위 規定의 目的과 主要作用은 오히려 政黨에게 資金을 寄附하는 行爲를 激勵하기 위함이다. 위 租稅條項은 동시에 그리고 본질적으로 政黨의 財政을 補助하기 위한 것이다. 그러므로 政黨의 權利가 關聯된 것이다. 實際로나 立法者의 見解에 따르거나, 위 法律과 施行令상의 規定들의 受惠者는 政黨이다. 그러므로 위 規定에 의하여 惠澤이 排除된 政黨은 위 規定에 대하여 自己關聯性을 가지고 있다'라고 판시하였다.

〈BVerfGE 12, 10〉

Niedersachsen地方自治選舉法 제19조 제8항은 地方議員選舉의 立候補者名簿에 一定數 以上の 選舉權者들의 自筆署名을 요구하였다. 그러나 같은 조 제9항은 '1. 당해 政黨의 선거입후보명부에 의하여 選출된 議員이 선거일 현재 Niedersachsen州議會에 참여하고 있는 政黨 2. 당해 政黨의 선거입후보명부에 의하여 Niedersachsen에서 選출된 연방의원이 선거일 현재 聯邦議會에

참여하고 있는 정당은 당해 選舉區를 管轄하는 政黨機關의 署名으로 제8항이 정하는 署名을 갈음할 수 있다'고 규정하였다. 請求人은 Wolfenbüttel 市の 선거권자이자 Unabhängigen Wählergemeinschaft독립선거단체(UWG)의 Wolfenbüttel지회 회원으로서, 위 市議會 및 道議會의 議員에 출마할 예정이었다. 그러나 UWG는 그 동안 地方自治選舉에만 참여하였던 州단체이므로 위 법률 제19조 제9항의 혜택을 받을 수 없었다(위 選舉法은 政黨 기타 選舉團體 또는 個人이 立候補申請을 할 수 있도록 規定하고 있었다).

이에 청구인이 제기한 헌법소원에 대하여, 헌법재판소는 '選舉節次에서 한 政黨에게 不利益을 초래하는 규정은 또한 당해 정당의 選舉權者의 平等選舉權 및 基本法 제3조 제1항의 平等權을 侵害할 수 있음을 과거 BVerfGE 1,208 결정에서 밝힌 바 있다'고 하면서, '위 법률규정은 UWG에게 부담을 주고 있을 뿐만 아니라, 그와 동시에 위 규정은 請求人의 選舉權 및 被選舉權을 害치고 있다'고 판시하여 청구인의 自己關聯性을 인정하였다.

〈BVerfGE 43, 142〉

Beyern州議會規則 제7조 제1항 제1호는 '交渉團體는 10명 이상의 議員으로 構成된 團體이다'라고 규정하고 있었다. 請求人들은 8명의 FDP소속 議員들로서 위 규정이 기본법 제38조 제1항, 제2항, 제3조 제1항에 위반된다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 청구인들이 "選舉權者로서" 제기한 헌법소원에 관하여는 '交渉團體는 憲法에 의하여 인정된 憲法上の 機關이다. 그에 대한 法律關係는 원칙적으로 議會內에서만 존재하는 것이고, 國民에 대하여 존재하는 것은 아니다. 청구인이

주장하듯 교섭단체로서의 지위를 부정하는 것이 Bayern州 FDP 의원들의 활동가능성에 영향을 미친다면, 그것은 어디까지나 국민의 평등선거권에 대하여는 反射的 效果에 불과한 것이다. 여기에서는 基本權이나 基本權類似權利에 대한 侵害를 발견할 수 없다고 판시하였고, 청구인들이 “議員으로서” 제기한 헌법소원에 관하여는 ‘개개 議員은 基本法 제38조 제1항에 따라 고유한 憲法的 地位를 가지고 있다. 이러한 지위와 관련된 헌법적 권리는 機關爭議節次에서 주장될 수 있을 뿐’, 헌법소원으로 다를 성질의 것은 아니라고 판시하였다.

(2) 經濟活動에 관련된 경우

〈BVerfGE 12, 354〉

Volkswagen社 民營移轉에 관한 법률은 연방정부가 Volkswagen社 株式 전체의 60%를 讓渡할 것과 같은 법 제6조와 제7조가 정하는 사람에게 株式을 優先配當할 것을 규정하면서, 1. 제7조가 정하는 會社의 勞動者, 2. 제6조가 정하는 國內에 居住地를 가지거나 일상적인 滯留를 하고 있는 者의 순서로 일정액까지의 株式引受에 優先權을 인정할 것과 買受價에 일정한 割引率을 적용할 것을 규정하였다. 청구인 1)과 2)는 제6조가 정하는 資格에 該當하는 者로서, 제7조로 인하여 株式引受에서 不利益을 받고 있다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였고, 청구인 3)은 제6조나 제7조가 정하는 자격에 해당되지 아니하는 자로서 위 법률 전체에 의하여 平等權을 侵害받고 있다고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘위 제7조가 無效化되면, 청구인 1), 2)는 실제로 보다 많은 株式을 保有할 수 있는 機會를 갖게 된

다. 따라서 헌법재판소법 제90조 제1항의 침해요건을 갖춘 것이다. 청구인 3)은 위 법률에 의하여 優先對象에서 제외되어 있으므로, 위 법률에 의하여 直接的으로 侵害를 받고 있다'고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 34, 338〉

勞動促進法Arbeitsförderungsgesetz 제4조는 '職業紹介는 원칙적으로 聯邦勞動部가 獨占한다'고 규정하면서, 제13조 제2항에서 '職業紹介란 求人과 求職의 目錄(求人求職目錄에 類似한 定期刊行物の 拔萃物 또는 別刷를 포함한다)을 發行, 販賣, 揭示하는 것 또는 라디오나 텔레비전放送으로 求人求職을 公示하는 것을 말한다'고 정의하고 있었다. 프랑스의 放送局 Radio-Télé-Luxembourg Compagnie Luxembourgeoise de Télé diffusion S. A.의 라디오방송은 독일 전체에서, 텔레비전방송은 독일 서부에서 受信이 가능하였다. 위 방송국으로부터 廣告放映時間 전부에 대한 獨占使用(Verwaltung, Nutzung, Verwertung)을 委任받은 프랑스 商事會社인 청구인 1)은 독일의 有限會社인 청구인 2)와 청구인 1)이 가지는 위 독점사용권을 독일에서 獨占行使하기로 約定하였다. 그러나 청구인들은 위 법률규정으로 인하여 求人求職廣告를 할 수 없었다.

이에 청구인들이 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 '勤勞促進法 제13조 제2항의 禁止는 放送局에 대한 것이다. 청구인들은 위 규정에 단지 經濟的으로만 즉 間接的으로만 관련될 뿐이다. 왜냐하면 청구인들은 그의 名義로 스스로 방송을 하는 것이 아니라, 단지 放送物을 製作할뿐이기 때문이다. 청구인들이 방송국으로부터 포괄적인 放送時間을 賃借하였다고 할지라도, 청구인들



이 가지는 利益은 經濟的인 범위의 것에 불과하다는데 변함이 없다'라고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 부인하였다.

〈BVerfGE 77, 84〉

勤勞促進法(1981.) 제12a조는 '建設業分野에서, 통상적으로 노동자에 의하여 수행되는 작업에 대하여, 職業的으로 행하는 勞働者委託行爲Arbeitnehmerüberlassung는 허용되지 아니한다'고 새로이 규정하였다. (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 勞働者委託에 관한 法律에 의하면 勞働者委託行爲란 使用者Verleiher가 職業的으로, 일반적으로는 營利를 目的으로, 勞働者Leiharbeitnehmern를 第3者Entleiher에게 委託하여 勞働給付를 提供하게 하는 것을 말한다). 청구인은 목공으로서, 1973년부터 사용자 회사에서 委託勤勞者Leiharbeiter로 종사해왔다.

청구인이 위 규정으로 인하여 職業活動이 침해되었다고 주장하자, 헌법재판소는 '委託勤勞者가 위 法律의 受範者가 아닌 것은 사실이다. 즉, 勤勞促進法 제12a조의 禁止내용은 오히려 委託者Verleiher만을 대상으로 하고 있고, 같은 법 제228조의 罰則條項은 그 외에 受託者Entleiher를 대상으로 하고 있을 뿐이다. 그러나 규정의 대상인 委託勤勞關係는 그 本質上 三面的인 dreipolig 것이므로, 委託勞働者도 역시 위탁자나 수탁자와 마찬가지로 위 금지에 대하여 關聯性을 가지는 것이다'라고 판시하였다.

(3) 租稅와 관련된 경우

〈BVerfGE 18, 1〉

賣出稅法 제2조 제2항 제2호는 ‘會社組織範圍Organkreises內에 서의 賣出은 그것이 私法的으로 外部賣出처럼 보일지라도 内部 賣出로 취급하여 賣出稅의 대상이 되지 아니한다(Organschaft)’ 고 규정하였다. 청구인들은 einstufige Unternehmer개별기업체로서 다른 회사조직범위내의 부분기업체와 競爭關係에 있었으나, 위 규정의 免稅惠澤은 받을 수 없었다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘위 규정의 無效가 청구인들의 租稅義務를 없애거나 輕減시킬 수는 없다. 단지 청구인들의 競爭企業인 다른 회사조직범위내의 부분기업체들로부터 免稅惠澤을 剝奪할뿐이다. (그러나) 헌법소원요건의 중점은, 당해 법규정이 無效化되면 청구인의 法的義務가 輕減된다는 데에 있는 것이 아니다. 당해 규정이 請求人の 競爭者에게 請求人の 競爭力을 弱化시키는 法的惠澤을 부여하고 있고, 그로 인한 請求人の 不利益이 당해 規定의 無效로써 除去되어진다면 충분한 것이다’고 판시하여 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 43, 58〉

賣出稅法은 제4조 제14호 제1문에서 醫師, 齒科醫師, 治療師 Heilpraktiker, 限定齒科醫師, 物理治療師, 助産員의 행위 기타 所得稅法 제18조 제1항 제1호가 정하는 治療行爲에서 발생하는 賣出을 租稅로 규정하면서, 같은 호 제2문에서는 ‘제1문이 정하는 職業에 속하는 者를 構成員으로 하는 公益團體Gemeinschaft가 그 構成員에게 支給하는 給付도 일정한 경우에 租稅’가 되도록 규정하였다. 청구인은 의원이나 병원수준의 實驗室檢査를 수행하고 있고, 그의 檢査機關은 현재 實驗실專門醫師에 의하여 운영되

고 있고, Reihessen보험의사협회와의 계약에 의거하여 保險醫療範圍內에서 實驗室檢査를 할 수 있었다. 그러나 청구인이 營利法人이라는 이유로 賣出稅法 제12조 제1항에 따른 賣出稅가 賦課되었다.

이에 대하여 헌법재판소는 의료검사실 공익협회die ärztlichen Laborgemeinschaft의 給付가 청구인의 給付로 代替될 수 있음을 인정하면서, 공익협회와 청구인은 直接的인 競爭關係에 있다고 하여 위 법률에 대한 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 49, 1〉

所得稅法은 제9조에서 必要經費控除를 규정하고, 제9a조에서는 독립사업자가 아닌 勞動收入의 경우 必要經費로서 年564DM를 인정하였다. 그러나 한편 같은 법 제3조 제12호 제2문은 ‘聯邦法律, 支邦法律 또는 그들의 授權에 의한 法令에 따라, 聯邦政府 또는 支邦政府가 費用補償Aufwandsentschädigung이라고 인정하여 연방국고 또는 지방국고에서 支給한 給料은 免稅이다’라고 규정하여 그 金료가 실제로는 必要經濟控除에 해당되지 아니하더라도 법령의 規定에 의하여 費用補償으로 規定되기만 하면 法的인 惠澤을 받을 수 있도록 규정하였다. 한편, 聯邦議會議員法은 제12조에서 議員에 대한 職務經費Amtsausstattung를 費用補償이라고 규정함으로써 一般納稅者와의 平等이 문제되었다.

청구인이 一般納稅者로서 제기한 헌법소원에 대하여, 헌법재판소는 평등권침해를 이유로 하는 憲法訴願의 適法要件에 대한 一般理論을 제시하였다 ; ‘法律에 의하여 差等하게 規定된 比較對象이 된 事物들이 本質적으로 같으며, 規定上의 差等に 대하여 그럴듯한 根據를 발견할 수 없고, 청구인이 比較對象의 한 當事

者に 해당될 수 있다고 할지라도 이것만으로는 본안에 들어가기에 부족하다. 그러한 경우에 아울러 청구인의 주장이 헌법재판소에 의하여 받아들여져서 당해 규정이 無效로 宣言되어진다면, 청구인과 比較對象이 되었던 상대그룹Vergleichsgruppe과의 關係에서 청구인이 보다 有利한 地位를 누릴 수 있어야 하는 것이다. 差等規定을 除去함으로써 상대그룹에게 不利益을 가져온다는 것만으로는 부족하다.’ 이를 전제로 하여 이 사안을 살피면서 헌법재판소는 연방회의의원법의 규정이 無效가 된다고 하여, 청구인의 法的 義務가 줄어드는 것은 아니므로, 이 사건에서는 자기관련성이 없다는 결론을 내렸다.

#### (4) 公務員給料와 관련된 경우

〈BVerfGE 26, 116〉

財政裁判所規程(1965.)은 州에서는 상급재판소로서의 財政裁判所가, 연방에서는 München에 있는 聯邦財政裁判所가 財政裁判을 관할하도록 규정하였다. 위 재정재판소 규정이 효력을 발생한 후에 각 州는 법률로써 재정재판소 판사의 직무 및 급료에 대하여 규정하였으나, 財政裁判所に 소속한 判事들에 대한 給料를 Oberlandesgerichts, Oberverwaltungsgericht, Landessozialgericht에 소속한 判事들의 給料와 同等하게 규정하고 있지 아니하였다. 청구인들은 각 州의 財政裁判所 判事들로서 다른 상급재판소 판사들의 급료와 동등하게 정하지 아니한 위 규정들은 기본법 제3조 제1항, 제33조 제5항 (독일法官法の 傳統原則)에 위반되는 것이라고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘같은 地位와 같은 職務範圍를 가지

는 判事 중 한 그룹에게만 請求인들이 향유하지 못하는 權利를 賦與하였다면, 청구인들은 이로써 基本法 제3조 제1항 및 제33조 제5항의 權利를 侵害받고 있는 것이다'라고 판시하여 평등권 침해를 이유로 한 헌법소원제기의 적법성을 인정하였다. 또한 '立法者が 그의 立法裁量範圍內에서 재정재판소 판사들의 給料를 向上시키는 방법으로 급료의 평등을 실현할 것인지(아니면 다른 상급재판소 판사들의 給料를 削減함으로써 급료의 평등을 실현할 것인지가 아직) 확정적인 것이 아니기 때문에, 위 규정들이 請求인들을 不利하게 하고 있는 것이 아니라는 주장은 이 사건 헌법소원의 적법성에 아무런 영향을 미칠 수 없다'하여 平等權 實現과 관련된 立法裁量問題가 헌법소원의 自己關聯性判斷에 영향을 미칠 수 없다고 하였다.

〈BVerfGE 26, 79〉

Beyern州 公務員給料改正法(1965.)은 판사의 급료를 정함에 있어서, 한편으로는 일정한 판사들에게 높은 급료의 지급을 정하였고, 한편으로는 높은 급료의 지급을 받는 관직을 새로이 신설하였다. 청구인들은 6명의 社會裁判所判事들 Sozialgerichtsräte로서 위 법률이 사회재판소판사와 상급사회재판소판사Obersozialgerichtsräte를 차별하는 것은 基本法 제3조 제1항 및 제33조 제5항에 위반된다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 '위 법률이 청구인들과 다른 판사들간의 급료를 實際적인 充分한 根據없이 즉 恣意的으로 差別하고 있다고 주장하고 있으므로, 청구인들은 그 주장에 따르면 그들의 권리 특히 平等權을 侵害받고 있다'고 인정하면서 그 소원제기의 적법성을 인정하였다.

이외에도 같은 취지의 판단을 하고 있는 판례가 많이 있다. BVerfGE 26, 100(Nordrhein-Westfalen州 공무원급료법률에 대한 개정법률) ; BVerfGE 26, 141 (Hessen州 공무원급료법에 대한 개정법률 1965) ; BVerfGE 26, 163 (Beyern州 공무원급료개정법률 1965) 등

(5) 大學制度와 관련된 경우

〈BVerfGE 47, 327〉

Hessen州 單科大學法 제19조 제1항은 ‘單科大學은 教育權과 學問의 自由의 現實에 이바지하여야 한다. 단과대학은 학생을 社會에 責任있는 者로 教育하며, 學問의 社會에 대한 責任을 다하여야 한다’고 규정하였다. 청구인 56), 57)은 Marburg대학 教授로서 위 규정이 학문을 내오막시즘적 의미에서의 學問外的, 社會政治的 理念에 從屬시킴으로써 기본법 제5조 제3항, 제3조 제1항이 정하는 청구인의 기본권을 침해하고 있다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘위 규정은 公法人으로서의 單科大學에 대한 규정이다. 이 규정으로부터 請求人들에게 發生되는 效果가 있다면, 反射的 效果에 불과한 것이다’라고 하여 그 자기관련성을 부정하였다.

또한 같은 사건에서 청구인 1)-55)가 각 單科大學의 교수들로서 Hessen대학법 제29조 제1항, 제32조 제1항이 정하는 醫科大學의 組織과 權限에 관한 규정에 대하여 헌법소원을 제기한 것에 대하여는, ‘청구인 1)-55)들은 醫科大學에 속해 있지 아니하

기 때문에, 단지 醫科大學에만 적용되는 위 규정으로 인하여 法的으로 侵害받을 수 없다'고 하여 그 적법성을 인정하지 아니하였다.

〈BVerfGE 51, 369〉

Saarland教育大學廢止法은 제1조 제2항에서 教育大學Pädagogische Hochschule의 任務를 Saarland大學(Universität)이 수행할 것을 정하면서, 제4조에서는 '教育大學의 教授資格없는 教員들die Akademischen Räte은 大學의 教員Ämter als Lehrkräfte für besondere Aufgaben, 전문대학이나 음악대학의 講師Ämter als Dozent, 기타 동등한 지위의 職員으로 된다'고 규정하였다. 청구인들은 위 Saarland大學의 終身職 教授Professoren auf Lebenszeit들로서 위 법률로 인하여 기본법 제5조 제3항, 제3조 제1항, 제2조 제1항이 보장하는 기본권을 침해당하였다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 '위 법률 제1조 제2항은 公法人으로서의 大學에 대한 규정이다. 이 규정으로부터 개개 청구인들에게 그 어떠한 法的 效果가 생긴다면, 그것은 反射的 效果 Reflexwirkungen일 뿐이다. 또한 제4조도 청구인의 法的 地位에 전혀 관계되지 아니한다. 교육대학의 教授資格없는 教員들은 大學의 教授그룹으로 轉職되는 것이 아니라, 大學의 教員職으로 轉職될 뿐이기 때문이다. 組織法的으로도korporationsrechtlich 그들은 大學의 教授그룹에 속하지 아니하고, 오히려 研究補助者 Akademische Mitarbeiter그룹에 해당된다'고 판시하여 자기관련성을 부인하였다.

(6) 기타의 경우

〈BVerfGE 13, 230〉

商店마감法 제3조는 ‘1. 일요일과 휴일, 2. 월요일부터 금요일까지는 7:00까지 및 18:30부터, 3. 토요일은 7:00까지 및 14:00부터. 다만 매달 첫째주(이날이 휴일인 경우에는 그 달 두번째주) 토요일과 12. 24. 이전의 4연속 토요일은 18:00부터, 4. 12. 24. 이 평일인 경우 14:00부터’의 時間에는 商店이 顧客과 去來를 하지 못하도록 규정하였다. 청구인 1)은 변호사사무실책임자로서 週當 43시간 이상을 勤勞하여야 하는 여성이고, 청구인 2)는 聯邦政府에 勤勞하는 여성인 바, 위 법률규정으로 인하여 기본법이 보장하는 一般的 行動自由를 侵害당하고 있다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘形式的으로 보면, 위 法律의 受範者는 청구인들 자신이 아니고, 商店所有者들이다. 그러나 이 규정이 청구인들의 行動自由權에 미치는 영향은 단순한 反射的 效果를 넘어서는 것이다. 商店所有者에 대한 위 규범은 顧客의 購買를 強制的으로 妨害하고 있고, 따라서 直接的으로 顧客에 대하여 정해진 規範처럼 작용하고 있다’고 판시하면서 청구인들의 헌법소원심판청구의 적법성을 인정하였다.

나. 行政處分이나 法院의 裁判에 대한 憲法訴願의 경우

우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 法院의 裁判을 憲法訴願의 對象에서 除外하고 있다. 따라서 自己關聯性을 논함에 있어서 法院의 裁判에 대한 憲法訴願의 審判請求에 대하여 自己關聯性을



논함은 無意味하다고 말할 수도 있다. 그러나 자기관련성에 관한 우리의 헌법재판관례가 많이 쌓여있지 아니한 現時點에서는 재판에 대한 헌법소원에서의 자기관련성 판단이 다른 공권력 행사에 대한 헌법소원에서의 自己關聯性 判斷을 위한 資料가 될 수 있을 것이고, 獨逸에서는 裁判에 대한 憲法訴願에서 裁判의 對象이 되는 行政處分 自體에 대한 憲法的 審査도 같이 행하고 있어서 行政處分에 대한 自己關聯性도 裁判에 대한 憲法訴願에 대한 判斷에서 같이 判斷되고 있는 실정이므로, 여기에서는 法院의 裁判에 대한 憲法訴願에 있어서의 自己關聯性에 대한 判例로 같이 살펴본다.

(1) 家族生活에 관련된 경우

〈BVerfGE 31, 58〉

약혼자 청구인 1)은 未婚인 스페인 사람이었고, 약혼녀 청구인 2)는 離婚한 독일 사람이었다. 스페인에서는 結婚資格證을 발급하지 아니하므로, 청구인 1)은 Hamm州 상급통상재판소에 結婚資格證書 提示免除을 申請하였다. 그러나 위 재판소장은 청구인 2)의 독일법상의 離婚이 스페인법상 離婚으로 인정되지 아니하므로 결국 독일법상 청구인 1), 2)의 結婚은 重婚이 되어 違法이라는 이유로 위 申請을 棄却하였다. 연방통상재판소도 청구인 1)의 上告를 棄却하였다. 청구인 2)는 위 申請과 上告節次에서 當事者로서 參加하지 아니하였으나, 위 決定이 基本法 제6조 제1항이 정하는 請求人의 基本權을 침해한다는 이유로 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 ‘청구인 2)에 의하여 제기된 헌법소

원도 그 적법성이 인정된다. 實際로 청구인 2)는 위 裁判所의 訴訟節次에 參加하지는 않았다. 그러나 청구인 1)에게 宣告된 決定은 청구인 2)에게도 直接的으로 法的으로 關聯이 된다. 約婚者 중 한사람에게 행한 國家行爲가 豫定된 結婚에 障礙가 된다면, 그로 인하여 발생한 侵害는 두 約婚者에게 모두 發生한 것이다' 라고 판시하였다.

〈BVerfGE 42, 95〉

청구인 2)의 남편인 청구인 1)은 1974. 10. 13. 經濟犯罪 嫌疑로 拘束되었다. 청구인 2)는 두 子女를 키우면서 職場生活을 하고 있었는데, 청구인 1)이 收監된 矯導所에서 약 325Km 떨어진 곳에서 居住하였다. 이런 사정을 이유로 청구인 2)는 1975. 8. 24. 지방재판소에 청구인 1)을 토요일에 接見할 수 있도록 해달라고 申請하였다. 이에 대하여 지방재판소는 1975. 9. 29. 申請을 棄却하였고, 이에 청구인 2)가 항고하자, 州재판소는 1975. 11. 3. 이를 棄却하였다.

이에 대하여 청구인 1)도 같이 헌법소원을 제기하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 청구인들의 심판청구를 적법한 것으로 인정한 후, 基本法 제6조 제1항이 保障하는 基本權을 侵害하였다는 이유로 위 裁判을 取消하였다.

〈BVerfGE 51, 386〉

청구의 A는 터키인으로서는 1961. 10. 경 독일에 입국하여 기계공으로 근무하다가 독일여자인 청구인과 結婚하였다. Köln시는 無免許運轉, 麻藥法違反 등을 理由로 請求外人을 追放處分하였

다. 청구인과 청구외인은 이에 대하여 訴를 제기하였으나 청구인은 곧 訴를 取下하였고, 行政裁判所는 청구외인의 請求를 棄却하였다. Oberverwaltungsgericht도 연방행정재판소도 청구외인의 上訴를 棄却하였다.

청구인의 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소는 ‘憲法訴願 審判請求의 適法성은 청구인이 原審節次Ausgangsverfahren에 當事者로서 參加하지 않았어도 認定될 수 있다. 청구인이 당해 裁判에 의하여 直接的으로 侵害받고 있느냐가 중요할 뿐이다. 이 사건에서는 그것이 인정된다. 왜냐하면 청구인은 追放된 外國人の 妻로서 그의 國內滯留에 관하여 法的 保護利益을 가지기 때문이다’라고 판시하여 家族關係를 이유로 청구외인에 대한 裁判에 관하여 請求人の 自己關聯性을 認定하였다.

〈BVerfGE 76, 1〉

청구의 A는 터키인으로 1983. 경 永住를 許可받았다. 그는 1981. 터키인 청구인 1)과 결혼하여, 청구인 2), 3)을 낳았다. 청구인 1)은 1983. 1. 1. 訪問비자로 독일에 入國한 후, 방문비자의 期間滿了前에 永住許可를 申請하였으나, 外務部는 外國人勞動者 家族의 國內移住를 制限하는 外國人規程에 따라 위 申請을 棄却하면서 청구인 1)에게 處分을 通知받은 날로부터 1개월 내에 出國할 것을 명하고, 拒否할 경우에는 追放할 것을 警告하였다. 이에 청구인 1)은 異議申請을 하였으나, Schleswig-Holstein 行政裁判所는 위 申請을 棄却하였고, Niedersachsen과 Schleswig-Holstein상급행정재판소도 抗告를 棄却하였다.

청구인 1)의 子女인 청구인 2), 3)이 청구인 1)과 함께 헌법소원을 제기하자, 헌법재판소는 ‘청구인 2), 3)도 역시 위 法院의

決定으로 인하여 侵害를 받고 있다. 사실 위 決定은 청구인 1), 즉 어머니에 대하여만 卽刻의인 出國義務를 賦與하고 있다. 그러나 憲法裁判所의 判例에 따르면, 한 外國人에 대한 出國義務 賦課는, 청구인 2), 3)과 같은 永住權이 있는 家族에게도 關聯이 되어, 家族들도 適法한 憲法訴願을 提起할 수 있는 것이다 (BVerfGE 51, 386[395]). 事案에 따르면, 청구인 2), 3)은 위 法院의 決定으로 인하여 相當한nicht unerheblich 期間동안 父母 중 한 사람과 떨어져야 할 것이 豫想되며, 時間的인 障碍없이 독일에서 父母와 同居하는 것이 妨害받게 되기 때문에, 청구인 2), 3)의 自己關聯性은 認定된다'고 판시하였다.

## (2) 裁判節次와 관련된 경우

〈BVerfGE 17, 356〉

辯護士인 청구인은 청구의 寡婦 A의 後見人으로서 1953.부터 1958. 까지 A의 財産을 管理하였다. 청구외인의 後任後見인은 1959. 청구인을 背任罪로 告訴하였으나, 檢事는 無嫌疑處分하였고, Stuttgart檢察總長은 抗告를 棄却하였다. 이에 後任後見인이 異議申請하자, 州上급재판소는 1962. 2. 23. 起訴強制節次에서 청구인에 대한 起訴를 命하는 決定을 하였다.

이에 청구인은 州上급재판소가 청구인에게 辯護의 機會도 주지 아니하였고, 위 決定에 대한 通知도 하지 않았으므로 基本法 제103조 제1항이 정하는 基本權을 侵害하였다는 理由로 憲法訴願을 提起하였다. 憲法裁判所는 '請求人은 위 決定에 의하여 法的으로 直接的으로 侵害받았다. 왜냐하면, 위 決定은 청구인에게 有利한 檢事의 不起訴處分을 排除하였고, 그에 대한 (起訴) 節次

를 계속하게 하였기 때문이다'라고 하여 위 재판절차에 참여하지 않았던 청구인에게 당해 재판에 대한 자기관련성을 인정하였다.

〈BVerfGE 21, 132〉

청구인은 1949. 청구의 A와 結婚하여 청구의 B를 낳았으나, 1960. 離婚하였다. 그후 A와 B는 독일에 남고, 청구인은 美國에서 생활하였다. Nürnberg州검사는 위 A의 督促에 의하여 1961. 1. 경 B를 相對로 청구인과 B의 適子關係取消의 訴를 提起하였다. 위 訴訟에서 청구인에게는 訴狀의 送達도 없었고, 血液檢査에 의한 證據節次에서도 청구인은 排除되었다. 결국 州재판소는 1962. 4. 12. B가 청구인의 適子が 아님을 確認한다는 判決을 宣告하였다. 民事訴訟規程 제643조 제1문에 의하여 위 判決은 請求人에게도 效力을 미친다.

위 訴訟에 參加하지 못했던 請求人이 기본법 제103조 제1항의 侵害를 이유로 헌법소원심판을 청구하자, 헌법재판소는 '위 判決은 B의 地位와 關聯한 請求人の 權利를 排除하고 있다. 특히 憲法에 의하여 保護되는 子女에 대한 保護와 養育의 權利를 排除하게 된다. 이러한 法的 效果 때문에 事件의 當事者가 아닌 請求人에게도 法的 辯論權이 賦與되어야만 하였다. 왜냐하면 기본법 제103조 제1항이 부여하고 있는 權利는 裁判에 의하여 그의 權利가 直接的으로 影響을 받는 모든 사람들에게 賦與되는 것이기 때문이다'라고 판시하였다.

〈BVerfGE 34, 81〉

Rheinland-Phalz州 選舉法 제42조는 '比例選舉에서 議席을 配

분함에 있어서, 議席配分基準定數Wahlschlüssel 以上の 得票를 獲得하지 못한 候補者名簿는 2次議席配分節次에서 排除된다'고 규정하고 있었다. 1971. 3. 실시된 州議會選舉에서 FDP의 候補者名簿는 選舉區 1, 3, 6에서 Wahlschlüssel 以上の 得票는 하지 못하였으나, 위 法律條項이 없으면 2次議席配分節次에서는 각 1개의 議席을 配分받을 수 있는 得票는 하였다. 그러나 Rheinland-Phalz州 選舉委員會는 위 法律條項에 따라 FDP에 議席을 配分하지 아니하였다. 이에 州選舉裁判所에 異議를 提起하였으나, 判決에 의하여 棄却되었다.

청구인들은 選舉區 1, 3, 6의 FDP候補者名簿의 1,2,3순위 候補者들로서 위 判決에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 '選舉에 대한 裁判節次가 현저히 客觀的인 性格을 가진다고 할지라도 이것이 이 事件 審判請求의 適法性を 否認할 수 없다. 判決이 客觀的인 節次에서 이루어졌다고 하여도 審判請求의 適法성은 認定될 수 있다. 헌법소원의 적법성에 있어서 중요한 것은 訴願對象이 된 判決이 어떠한 節次에 의하여 이루어졌느냐가 중요한 것이 아니라, 단지 (청구인인) 國民이 당해 公權力에 의하여 直接的으로 侵害를 입었느냐가 중요한 것이다. 이 事件에서는 請求人들에게 그 適法성이 認定된다'고 판시하여, 選舉訴訟의 客觀的 性質이 自己關聯性的 判斷에 影響이 없음을 명백히 하였다.

〈BVerfGE 35, 348〉

청구인 1)은 有限責任會社이고, 청구인 2)는 自然人으로서 위 會社의 唯一한 社員이다. 청구인 1)은 地下鐵建設과 관련하여 Hamburg市에 대하여 收用報償請求權을 主張하게 되었다. 청구

인 1)은 訴訟遂行을 위하여 訴訟上 救助를 請求하였으나, Landgericht와 Oberlandesgericht는 이를 각 棄却決定하였다.

이에 청구인 2)가 제기한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 ‘청구인 2)의 憲法訴願은 不適法하다. 이 事件 對象인 決定의 內容에 따르면, 收用報償請求權은 위 會社에 屬하는 것이지, 청구인 2)에게 屬하는 것이 아니다. 위 會社는 有限責任會社法 제13조 제1항에 의하여 單獨으로 위 請求權을 裁判節次에서 主張할 수 있는 權限이 있고, 이에 더하여 訴訟上 救助를 申請할 수도 있다. 이러한 法律關係에 따르건대, 訴訟上 救助申請을 棄却한 決定은 청구인 1)에 대하여만 效力이 미치는 것이다. 위 決定은 節次法上으로도, 實體法上으로도 청구인 2)에게는 效果가 없는 것이다. 그러므로 청구인 2)는 위 決定으로 인하여 그의 基本權이 侵害받을 수 없다. “청구인 2)의” 會社의 基本權이 侵害받았다고 하여, 청구인 2)에게 訴願權Beschwerderecht이 發生하지 아니한다. 訴訟上 救助를 拒否한 것이 청구인 2)에게 經濟的으로 不利益을 招來할 수 있다는 것이 청구인 2)에게 기본법 제93조 제4a항, 헌법재판소법 제90조 제1항에 따른 憲法訴願審判請求權을 認定하는 것을 正當化하지 못한다’고 판시하여 1人會社의 경우에도 會社와 社員은 別個의 人格으로 會社에 대한 判決에 대하여 憲法訴願을 提起하고자 하는 者는 會社와는 別途의 自己關聯性을 主張하여야 한다는 것을 명백히 하였다.

### (3) 訴訟代理와 관련된 경우

〈BVerfGE 4, 96〉

청구인 1)은 Vereinigung der Wirtschaft e. V., arbeitsgeber-

vertretung, Bamberg이고, 청구인 2)는 위協會의構成員企業으로서 모자生産業體이다. 위協會定款序文에 따르면, '위協會는 Bamberg에 있는企業의 자유로운結合體로서所屬企業의共同課題를遂行하며, 勞動組合의相對方이 되어企業을 위하여 일한다'고定하고 있고,定款 제1조 제1항은協會가勞動裁判所 기타管轄官廳에 대하여構成員을代表하도록定하고 있었다. 청구인 1)은 청구의原告 견습공 A가被告 청구인 2)를相對로한訴訟에서 청구인 2)의訴訟代理人으로 있었으나, Bayern州勞動裁判所는 1952. 8. 9. 청구인 2)의抗訴를不適法却下決定하였다. 청구인 1)은團體交渉能力이 없는團體이므로 청구인 2)를 위한訴訟代理權이認定되지 아니한다는 이유이었다.

이에 청구인 1)이 위 결정에 대하여 헌법소원을 제기하자, 헌법재판소는 '청구인 1)이 위節次에서當事者로參加하지는 않았다. 그러나 청구인 1)은 위決定으로 인하여直接的으로侵害를 받고 있다. 왜냐하면州勞動裁判所는 위抗訴가不適法한代理人 - 즉團體交渉能力이 없는使用者團體 - 에 의하여提起되었다는理由로 위抗訴를却下하고 있기 때문이다. 이 이유로 인하여 청구인 1)은 그構成員들의利益을 위하여 행하는行動에制限을 받게 된다. 여기에 청구인 1)이 주장하는 기본법 제9조 제3항의基本權侵害가 있는 것이다. 청구인 1)에게는州勞動裁判所의 위決定에 대한 다른救濟手段이認定되지 않으므로, 기본법 제9조 제3항의侵害에根據한憲法訴願은許容되어야 한다'고 판시하여 청구인 2)에 대한 결정에 대하여 청구인 1)의自己關聯性を認定하였다.



〈BVerfGE 15, 226〉

청구인은 獨蘇和親協會의 幹部를 被告人으로 하는 刑事裁判에서 私選辯護人이었다. 청구인은 被告人의 拘束을 非難하는 위 協會의 抗議文을 法院에 傳達하였다. 연방통상재판소는 청구인이 위 文書를 傳達함으로써 刑法 제114조, 제91조의 犯罪(Beamtenötigung, Zersetzung)를 최소한 幫助는 하였다는 이유로 1956. 2. 15. 청구인을 辯護人에서 排除시키는 決定을 하였다. 위 決定에 대하여 청구인은 기본법 제2조 제1항, 제101조 제1항, 제103조 제1항의 侵害를 이유로 憲法訴願을 提起하였다.

이에 헌법재판소는 ‘연방통상재판소의 決定은 節次處分으로서 청구인의 委任에 대한 것임은 분명하다. 그러나 請求人은 이로 인하여 自己의 基本權을 侵害받고 있음을 適切하게 主張하고 있다. 위 決定이 관련된 刑事裁判이 이미 確定되었다 하여도 이 事件의 適法性에는 아무 영향이 없다. 사실 위 決定이 取消된다고 하여 청구인이 이미 確定된 節次에서 辯護人의 地位를 回復하는 것은 아니다. 그러나 위 決定은 아직도 效力을 가진다. 청구인을 辯護人에서 排除한 것은 나아가 請求人의 名譽와 職業的 活動까지도 侵害할 수 있는 심각한 處分einschneidende Maßnahme인 것이다. 그러므로 청구인은 위 決定의 確定에도 불구하고 위 決定에 대하여 法的 保護利益을 가지는 것이다’라고 판시하여 委任에 대한 決定이 請求人의 辯護士로서의 名譽와 職業的 活動에 關聯되고 있음을 認定하였다.

裁判節次에서 訴訟代理人을 排除시키는 決定에 대하여 辯護士의 憲法訴願審判請求를 適法한 것으로 認定한 예는 이외에도 많이 있다 ; BVerfGE 22, 114(청구인이 SED의 黨員인 점, 東베를

린에 居住하는 點, 과거 SED 또는 KPD의 訴訟節次의 代理人이 었던 點 등을 이유로 청구인을 辯護人으로부터 排除하는 決定을 한 경우) ; BVerfGE 38, 105(懲戒節次에서 調查의 非公開性을 이유로 辯護人인 청구인을 위 訊問節次에서 排除하는 決定을 한 경우) ; BVerfGE 43, 79(共同辯護人에 의한 多數 被告人의 辯護는 許容되지 아니한다고 규정한 刑事節次規程 제146조에 의거하여 辯護人인 請求人이 提起한 上告를 却下한 경우) ; BVerfGE 52, 42(地方自治團體議員은 地方自治團體에 대한 다른 사람의 請求를 (대리하여) 主張할 수 없다고 規程한 Nordrhein-Westfalen 州의 地方自治團體規程 제24조에 의거하여 청구인을 代理人에서 排除시킨 決定)

〈BVerfGE 78, 123〉

청구인 1)은 청구인 2)-4)의 訴訟代理人이었다. 청구인 1)은 청구인 2)-4)을 위하여 Düsseldorf Landgericht에 抗訴를 제기하였다. 청구인 1)은 抗訴狀과 抗訴理由書에 항상 自筆로 署名하여 왔다. Landgericht는 判決로 위 抗訴를 却下하였다. 訴訟代理人은 抗訴狀과 抗訴理由書에 形式에 알맞는 署名을 하여야 함에도 불구하고, 청구인 1)이 사용한 文字는 규정이 정하는 署名要件에 따르면, 文書는 姓名을 갖춰서 署名되어야 하는데, 이 事件에서 는 위 要件을 充足시키지 못하는 手決Pharaphe에 의하여 이루어졌다는 것이었다.

이에 청구인 1)이 제기한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 청구인 1)의 憲法訴願은 訴願適格이 없으므로 不適法하다. 原審節次에서, 法院이 辯護士에 대하여 恣意的으로 - 自筆署名에 관하여 判例에서 形成된 基本原則을 완전히 벗어나서 - 해독가능한

美文을 要求하였을 경우라면, 辯護士는 直接的인 法的 侵害를 받을 수 있을 것이다. 그러한 경우라면, 판결이유에 포함된 기본권 침해가 문제될 것이기 때문이다. 그러나 이 사건은 그런 관계에 있지 아니다. Landgericht는 꽤 소심한 방법이었으나(청구인이 대리한 과거의 다른 소송절차에서는 같은 수결에 대하여 문제삼고 있지 않다가 이 사건은 각하하였다), 그러나 正當한 方法으로 署名規定에 관하여 形成된 基準을 적용하였다. 이로 인하여 청구인 2)-4)나 그의 相對方이 法的으로 直接 侵害를 받고 있다고 할 수 있으나, 청구인 1)은 그리하지 아니다. 위 判決은 청구인 1)에 대하여 損害賠償請求와 같은 間接的인 不利益을 주고 있음에 불과하다'고 判示하였다. 이 사건은 辯護士의 代理權에 관한 것이 아니라 書面提出節次 一般에 관한 것이라는 데에 앞에서 살펴본 다른 사건들과 다른 점이 있었다.

#### (4) 租稅와 관련된 경우

〈BVerfGE 16, 25〉

賣出稅法 제4조 제21호는 '定款上的 目的이 動物의 人工受精인 團體Vereinigung의 賣出은, 그 賣出이 團體의 目的에 直接的으로 이바지하는 한, 稅金을 賦課하지 아니한다'고 규정하였고, 매출세법시행령 제46a조는 개개 自然人은 賣出稅法 제4조 제21호의 Vereinigung에 해당되지 아니함을 명확히 하였다. 청구인은 個人 商人으로서 Niederbayern에서 人工受精業을 經營하고 있었는데, 競爭者인 niederbayerische Besamungsgenossenschaft受精協會에게 賣出稅가 告知되자, 위 賣出稅는 平等原則에 반하는 것으로서 取消되어야 하며, 위 法律規定의 惠澤이 適用되지 아니한

새로운 稅金이 賦課되어야 한다고 헌법소원을 제기하였다.

이에 헌법재판소는 ‘競爭企業에 대한 賣出稅免除은 實際로 請求人에게 經濟的인 效果를 가지고 있고, 이는 法律 規定에 의하여 容호될 平等原則에 관한 문제를 제기할 수는 있다. 그러나 청구인은 競爭企業에게 賦課된 稅金告知에 대한 憲法訴願으로서는 救濟받을 수 없다. 競爭企業과 國庫 사이의 稅金賦課가 문제이기 때문이다’라고 하여, 경쟁자에 대한 세금부과를 취소한다고 하여 청구인에게 부여될 具體的인 法的 利益이 없음을 이유로 청구인의 헌법소원을 각하하였다.

또한 헌법재판소는 BVerfGE 17, 364 결정에서 法人稅法이 Genossenschaft에게 부여한 稅制上 惠澤으로 인하여 Genossenschaft와 競爭關係에 있는 個人 商人 또는 商法上의 會社인 청구인들이 기본권을 침해받았다는 이유로 Genossenschaft에 賦課된 稅金에 대하여 審判請求한 憲法訴願을 같은 맥락에서 각하하였다.

〈BVerfGE 18, 1〉

賣出稅法 제2조 제2항 제2호는 ‘會社組織範圍Organkreises內에서의 賣出은 그것이 私法的으로 外部賣出처럼 보일지라도 內部賣出로 취급하여 賣出稅의 대상이 되지 아니한다(Organschaft)’고 규정하였다. 청구인들은 einstufige Unternehmer개별기업으로서 다른 회사조직범위내의 부분기업과 競爭關係에 있었으나, 위 규정의 免稅惠澤은 받을 수 없었다. 1956, 경 請求人에게 賣出稅가 賦課되자, 청구인은 이에 異議申請하였으나, 稅務署는 이를 却下決定하였다.

청구인이 위 결정에 대하여 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 ‘平等을 이루기 위하여 多重企業mehrstufige Unternehmer의 賣出에 대하여 附加稅를 賦課하는 方法을 擇한다면, 청구인 자신의 租稅義務를 除去하거나 輕減시키는 것은 아니게 된다. 그러나 위 公權力은 請求人에게 競爭者인 多重企業과의 競爭을 效果的으로 遂行할 수 있는 能力을 沮害하는 賣出稅의 納稅를 賦課하고 있는 것이다. 위 公權力行使로 인한 이와 같은 不利한 效果는, 異議申請에 대한 決定과 그와 관련된 租稅賦課에 대한 憲法訴願이 認容된다면, 除去되게 된다. 청구인의 憲法訴願은 適法하다’고 인정하였다.

헌법재판소는 競爭者에게 부과된 租稅賦課에 대한 헌법소원은 認定하지 않으면서, 청구인 自身에게 賦課된 租稅賦課에 대한 憲法訴願은 平等權侵害를 이유로 適法한 것으로 인정하고 있다. 憲法訴願制度의 運營이 個人的 具體的 權利侵害를 救濟하기 위한 것이어야 한다는 점을 명확히 드러내준다고 하겠다.

(5) 學問, 教育과 관련된 경우

〈BVerfGE 15, 256〉

Hessen州 행정재판소 1960. ‘Hessen州는 博士 W. 教授에게 Gießen에 있는 Justus Liebig大學의 教授außerordentlicher Professor 任命및 招聘狀을 交付하라’는 判決을 했다. 위 行政訴訟의 當事者가 아니었던 請求人들은 위 大學 및 위 大學 醫學部 Fakultät로서 위 判決로 인하여 기본법 제5조 제3항이 보장하는 基本權을 侵害당하였다고 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 ‘大學은 研究, 教育에 관하여 自治行政權을 가진

다. 州는 위 判決에 따라야 한다. 따라서 W.는 州公務員이 될 뿐만 아니라, 同時에 大學과 Fakultät로부터의 法定의 任命行爲없이 法人Korporation으로서의 大學의 構成員이 되고 또한 Fakultät가 되게 된다. 따라서 請求人들의 請求는 適法하다'라고 판시하여 청구인들의 自己關聯性을 認定하였다.

〈BVerfGE 24, 289〉

청구인 1)이 다니던 國民學校에서는 授業前에 선생님이 祈禱를 하였고, 이때 學生들은 일어나서 같이 祈禱에 參與하였다. 청구인 1)의 同級生 A의 父母는 위 團體祈禱를 禁해달라고 市立學敎委員會Stadtschulamt에 청구하였으나, Wiesbaden市長은 위 請求를 却下하였다. 이에 A는 Hessen州 國事裁判所 Staatgerichtshof에 抗訴하였고, 國事裁判所는 1965. 10. 27. 위 市長의 決定이 Hessen州 憲法 제9조, 제48조 제2항에 違反된다는 이유로 위 市長의 決定을 取消하는 判決을 하였다. 이에 청구인 1)과 그의 父母인 청구인 2), 3)이 위 國事裁判所의 判決에 대하여 기본법 제4조, 제6조 제1항, 제2항, 제7조 제2항, 제140조, 제100조 제3항의 침해를 이유로 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 '위 判決의 主文과 理由는 청구인 1)의 同級生 A와 그 父母의 法的 地位에 대한 것이다. 위 判決은 단지 市長의 決定을 取消한 것뿐이다. 헌법소원의 제기에 필요한 侵害 Beschwer는 물론 原審節次에 參加하지 않은 자에게도 認定될 수 있다. 그러나 그것은 例外적인 것으로서, 그 決定이 節次에 參加하지 아니한 者의 地位를 直接的으로 變更하였을 때 (BVerfGE 4, 96[101] ; 15, 256[262]), 基本權侵害가 訴願對象이 된 決定의 內容이나 規定形式에 im Inhalt oder in der Art der

Formulierung der angefochtenen Entscheidung에 바로 存在하는 경우(BVerfGE 15, 283[286])에 該當되는 것이다. 이때 (법적 지위의 변동은) 물론 決定의 執行에 의하여 비로소 이루어지겠지만, 決定 自體에 의하여 그 變更의 危險이 發生한다면 그로써 充分한 것이다. 그 危險에 대하여는, 未來의 法的 侵害가 現在 提起된 憲法訴願이외의 다른 방법에 의하여 除去되어질 수 있는가가 그 判斷의 基準이 된다. 다른 방법에 의하여 법적 侵害가 除去될 수 있다면, 그러한 不利益은 現在의 法的 侵害로 認定되기에 不足하기 때문이다. 이 事件에서 國事裁判所의 判決은 請求人들에 대하여 侵害라고 認定되기에 充分한 權利侵害의 危險을 가져오지는 아니하였다. 왜냐하면 청구인들에게는 追後에 發生할 侵害에 대하여 權利救濟節次로서 救濟받을 수 있는 可能性이 있기 때문이다. 이 事件 憲法裁判所의 判決은 法律의 效力이나, 法律類似의 效力을 갖는 것이 아니다. 그 判決의 內容은 市長의 決定의 取消와 學校祈禱가 Hessen州 憲法에 合致되지 아니한다는 認定에 불과한 것이다. 동시에 그 判決에 의하여 당시 행해지던 學校祈禱를 中止하여야 한다는 것은 아니었다. 그러한 判斷은 오히려 市에 委任한 것이었다. 또한 國事裁判所가 행한 Hessen州 憲法の 解釋이 基本法에 合致한다는 것인지에 관하여도 國事裁判所가 判斷한 바 없다. 그러므로 청구인들은 市가 追後에 學校祈禱를 禁할 경우에 그 處分이 청구인들의 基本權을 侵害한다고 主張하더라도, 그것이 Hessen州 國事裁判所 判決의 既判力과 背馳되는 것은 아니다'라고 판시하여 청구인들의 자기관련성을 부인하였다.

(6) 기타의 경우

〈BVerfGE 76, 248〉

청구인 1)은 交通事故를 당하여 경추골절상으로 머리와 입을 움직일 수 없을 정도로 橫斷麻痺되었다. 청구인 1)은 1987. 3. 敎授인 청구인 2)에게 녹음테이프를 보내어, 그녀의 상태를 설명하면서 그녀의 生命을 마칠 방법에 대한 助言을 구하였다. 청구인 2)는 청구인 1)이 全身麻酔液을 마실 것인지를 스스로 決定하여 作動할 수 있는 點滴裝置를 設計하였다. 그후 청구인 2)는 1987. 5. 檢事에게 청구인 1)의 安樂死에 관한 自身の 刑法上 責任에 대하여 質疑하였다. 檢事は 事件을 警察에 移送하였고, 警察은 Baden- Bürttemberg의 警察法 제1조에 근거하여 청구인 2)에게 위 器具製作을 禁하는 處分을 하였다. 청구인들은 위 警察處分에 대하여 기본법 제1조, 제2조, 제12조의 침해를 이유로 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 ‘청구인 1)은 위 警察處分の 對象者Adressatin가 아니다. 그러므로 청구인 1)은 例外的으로 위 警察處分에 의하여 自己의 權利가 侵害된 경우에만 헌법소원을 적법하게 제기할 수 있다. 청구인 1)이 第3者를 통하여 積極的으로 自殺의 助力을 받을 수 있는 憲法的인 請求權을 가지고 있고, 나아가 警察處分에 대한 審判이 그 問題解決에 適合한 경우에만 그 適法性이 認定되는 것이다. 그러나 위 마지막 要件이 存在하지 않는다’고 판시하여 청구인 1)의 自己關聯性을 否定하였다.

## 6. 第3者의 訴訟擔當을 認定할 것인가?

憲法訴願節次에서의 請求人은 “自己의” 基本權을 主張하여야 한다. 따라서 다른 사람의 權利를 主張하면서 訴訟을 提起하는



第3者의 訴訟擔當制度는 그 本質上 憲法訴願節次에서는 認定되지 않는 것이 原則이다. 이때에도 청구인이 委任된 權利를 遂行하는 過程에서 發生한 請求人 自身の 基本權侵害에 대하여는 自己의 이름으로 憲法訴願을 提起할 수 있음은 물론이다.

가. 任意的 訴訟擔當의 경우

〈BVerfGE 56, 296〉

청구인 1)은 그의 土地에 대한 政府의 收用決定(1968. 11. 21.), 그에 대한 Oberlandesgericht Zweibrücken의 判決, 연방통상재판소의 決定에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 그러나 憲法訴願節次가 進行되는 동안 청구인 1)은 청구인 2)에게 위 土地를 賣渡하였다.

헌법재판소는 ‘이 事件 對象이 된 決定들에 의하여 發生한 憲法的 侵害가 土地의 讓渡로 인하여 消滅되는 것이 아니므로, 청구인 1)의 憲法訴願은 適法한 것으로 남아있다. 그러나 청구인 2)의 憲法訴願은 不適法 却下되어야 한다. 이 사건 對象인 決定들은 청구인 2)에 대한 것이 아니며, 헌법소원에서는 第3者 訴訟擔當은 許容되지 아니한다’라고 관시하여 任意的 訴訟擔當制度를 명백히 否認하였다.

〈BVerfGE 31, 275〉

舊著作權法(1901., 1910., 1934.)은 實演者에게 50년간의 著作權을 認定하였으나, 新著作權法(1965.)은 實演者에게 25년간의 著作權만을 認定하고, 經過規定으로 舊著作權法상의 權利는 新著作權

법이 定하는 範圍內에서만 認定된다고 規定하였다. 청구인 8)은 著作權保護會社eine Verwertungsgesellschaft로서 有名歌手, 指揮者의 未亡人, 音盤製作者 등과 委任契約을 締結하여 위 實演者 및 音盤 등 製作者의 權利를 行使하며, 裁判節次에서 主張할 수 있는 權限을 委任받았다.

청구인 8)이 위 委任契約에 근거하여 自身의 이름으로 基本법 제14조의 侵害를 이유로 헌법소원을 제기하자, 헌법재판소는 ‘實演者와 音盤 등 製作者는 위 契約에 의하여 舊製作權法上的 權利를 그 實現을 위하여 단순히 信託的으로 청구인 8)에게 委任하였을 뿐이다. 이에 의하여 청구인 8)은 形式的으로 위 權利의 所有者이지만, 經濟的으로는 이 權利들은 아직도 委託者의 財產에 속하고 있다. 그러므로 청구인 8)은 基本法 제14조가 定하는 自己의 基本權을 主張할 수 없는 것이다. 청구인 8)이 그에게 委任된 權利에 대하여 自己의 이름으로 裁判節次에서 主張할 수 있는 權限을 賦與받았다면, 청구인 8)은 訴訟擔當者로서 訴訟을 遂行하는 것인데, 이는 憲法訴願節次에서는 許容되지 않는 것이다’라고 판시하였다.

#### 나. 法定訴訟擔當의 경우

〈BVerfGE 21, 139〉

청구인은 청구외인 A의 遺産에 대한 遺言執行者이다. 청구인은 相續女가 Westland 地方裁判所에 提起한 相續證明書 交付申請節次에서, 相續裁判官Nachlaßrichter이 豫斷을 가지고 있다는 이유로 忌避申請을 하였다. 이에 相續裁判官은 1964. 2. 12. 非訟事件節次法 제6조 제2항에 따라 非訟事件에서는 裁判官의 忌避

가 認定되지 않는다는 決定을 하였다. 이 決定에 대한 異議에 대하여 Flensburg州裁判所는 棄却決定하였고, Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht도 역시 棄却하였다.

청구인이 위 결정들에 대하여 제기한 헌법소원에서, 헌법재판소는 ‘청구인은 相續證明節次에서 職務에 根據하여 當事者로서 自己의 權利를 行使하였다. 따라서 그는 이 節次에서 가지는 基本權의 侵害를 自己의 이름으로 主張할 權利가 있다’라고 판시하여 法定 訴訟擔當制度를 헌법소원절차에서 認定하였다.

〈BVerfGE 51, 405〉

청구인 所有의 不動産에 대한 強制競賣節次에서 청구인의 財産에 대하여 破産節次가 開始되었고, 위 不動産은 1978. 5. 19. 競落되었다. 청구인이 위 경락에 대하여 抗告하자, Landgericht는 ‘強制競賣節次에서 破産節次가 開始된 不動産의 所有者는 訴訟參加權을 行使할 수 없고, 破産管財人이 그를 代身한다’는 이유로 不適法却下하였고, Oberlandesgericht는 청구인의 再抗告를 棄却하였다. 이에 청구인은 위 不動産이 너무 낮은 價格에 競賣되었다는 이유로 기본법 제3조 제1항, 제14조 제1항의 侵害를 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 헌법재판소는 ‘破産者로서의 청구인의 正當한 利益은 그가 破産節次開始決定을 對象으로 上訴를 함으로써 保護받는다. 이 경우에 破産法 제6조 제1항은 헌법소원의 제기를 妨害하지 않을 것이다. 破産節次開始決定의 確定Unanfechtbarkeit으로 말미암아 破産者는 破産財産에 관한 處分權을 剝奪당하였다. 그는 그 範圍內에서 實體法的인 行爲能力Handlungsfähigkeit를 잃은 것이다. 그 能力이 破産管財人에게 넘어갔다. 물론 破産管財人

그 職務上 當事者로서 그 自身の 이름으로 憲法訴願을 提起할 수 있기 때문에 破産者는 그러한 能力이 없다는 結論을 내린다 면, 이는 妥當하다고 할 수 없다. 오히려 節次上의 行爲能力은 다름이 되는 法律關係의 實體法上의 行爲能力을 前提로 한다는 데에서 그 能力喪失의 根據를 찾아야 한다. 이러한 原則은 節次法에서 一般的으로 認定되는 것이다. 또한 이러한 原則은 憲法訴願에도 해당되는 것이다. 그러므로 청구인이 提起한 憲法訴願은 不適法한 것이므로 憲法裁判所法 제24조에 의하여 이를 却下한 다'고 판시하여 破産者에게 憲法訴願審判請求의 適格을 認定하지 아니하였다.

## 7. 團體訴訟Verbandsklage

團體訴訟이란 團體가 團體 自身の 權利가 아니라, 構成員의 權利를 主張하는 訴訟을 말한다. 특히 문제가 되는 것은 團體가 構成員의 權利의 主張과 實現을 그 團體의 業務(임무)로 정하여 設立되었을 때이다. 任意的 訴訟擔當을 認定하지 아니하는 現在의 裁判立場에서 볼 때, 헌법재판소가 團體訴訟을 인정하지 아니하는 것은 當然한 것으로 보인다. 다만, 團體 自身の 基本權의 內容의 範圍를 넓힘으로써, 團體 自身の 基本權侵害로 憲法訴願의 範圍를 넓히려는 試圖가 있음에 주의를 요한다고 하겠다.

## 8. 基本權 主體가 死亡한 경우

公權力의 行使로 인하여 侵害를 받은 基本權의 主體가 死亡한 경우, 당해 基本權侵害에 관하여 憲法訴願審判을 請求할 수 있는 가, 審判請求가 許容된다면 누가 누구의 이름으로 憲法訴願審判

을 請求할 것인가 등이 문제된다.

〈BVerfGE 17, 86〉

戰爭未亡人扶養法 제43조는 ‘戰爭으로 인하여 死亡한 者의 男 便은, 그의 生計無能力 때문에 妻의 勞動收入으로 그들의 生計費의 대부분이 充當되어져왔을 경우, 그의 無能力이 繼續되는 年金Witwer-Grundrente을 받는다’고 규정하였다. 1945. 경 國民突擊隊에 召集되어 戰爭遂行中 負傷을 당한 청구의 1)은 그의 妻가 같은해 低空攻襲으로 인하여 死亡하자, 1952. 1. 5. 年金을 申請하였다. Versorgungsamt Hildesheim, Landesversorgungssamt niedersachsen, Sozialgericht Hildesheim, Landesgericht Niedersachsen, Bundessozialgericht는 청구인의 申請을 각 棄却하였다. 청구의 1)은 1960. 2. 25. 헌법소원을 제기한 후 死亡하였다.

청구의 1)의 아들이자 共同相續人인 請求人이 遂行하는 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 ‘憲法訴願이 被害者의 相續人中 한 명에 의하여 提起되어 있음에는 의문이 없다. 헌법재판소는, 憲法裁判節次進行中 (당사자가) 死亡한 경우, 原審節次 Ausgangsfahren에서 財産上의 請求權finanzielle Anspruch이 문제가 되었다면, 그 相續人이 당해 憲法訴願을 承繼하여 遂行할 수 있음을 인정한 바 있다. 이 사건에서도 財産上의 請求權이 문제가 되고 있다. 또한 청구인은 共同相續人으로서 相續財産에 屬하는 請求權에 대하여 獨自的으로 請求할 수 있는 權限이 賦與되어 있다. 따라서 청구인 單獨으로 委任한 訴訟代理도 適法한 것이다’라고 판시하여, 財産的 請求權에 관련된 憲法訴願의 경우에는 그 相續人의 憲法訴願을 適法한 것으로 認定하고 있다.

## 9. 公權力不行使의 경우

公權力的 不行使가 憲法에 反할 경우, 누가 당해 公權力不行使에 대하여 憲法訴願審判을 請求할 適格을 가지는가? 一定한 公權力的 行使에 대하여 具體的인 請求權을 가지는 者는 당해 公權力的 不作爲에 의하여 自己의 權利를 具體的으로 侵害받고 있는 것이므로 그에게 憲法訴願審判請求의 適格을 認定하여야 한다고 一般的으로 說明된다. 즉 당해 公權力이 行使되어야 할 것이 憲法上 具體的으로 認定되는 者에게 自己關聯性이 認定되고 있다.

〈BVerfGE 2, 287〉

西베를린 州財務部長官은 1949. 10. 13. 東獨의 貨幣와의 換率을 考慮하여 西베를린의 담배製造業을 育成하기 위하여 細담배 Feinschnitt에 대하여 稅金を 減輕하였다. 이러한 담배가 西獨市長에 흘러들어갔다. 이러한 현상은 1951. 7. 21. 특정종류의 담배 생산에 대한 稅制措置에 관한 法律이 效力을 發生할 때까지 繼續되었다. 聯邦財務部長官은 1949. 10.부터 1951. 8. 까지 稅金の 優待를 받고 있던 西베를린의 Feinschnitt의 販賣를 傍觀하고만 있었다. 청구인은 西獨에서 담배製造業을 經營하는 者로서, 위 Feinschnitt의 販賣로 인하여 財產上의 損害를 입고 있었다. 이에 청구인은 聯邦財務部長官이 公權力을 行使하지 아니함으로 말미암아 基本법 제1조 제2조, 제33조가 청구인에게 보장하는 基本權을 侵害하였다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

이에 헌법재판소는 ‘憲法訴願은 憲法裁判所法 제95조 제1항의

規定과 같이 不作為를 對象으로 할 수 있다. 그러나 청구인은 聯邦財務部長官이 請求人의 權利를 侵害하지 않기 위하여 취할 수 있었던 具體的인 權限行使, 즉 請求人 自身이 請求權을 가지고 있었던 (연방재무부장관의) 具體的인 權限行使를 明示할 수 없었다. 請求人이 聯邦財務部長官의 不作為로 말미암아 그의 營業에 심각한 損害를 받았다는 一般的인 主張만으로는 不足한 것이다'라고 판시하여 聯邦政府에 대하여 具體的인 請求權이 없는 請求人의 憲法訴願을 却下하였다.

〈BVerfGE 17, 364〉

法人稅法 제23조는 '一定한 경우에 命令에 의하여 Genossenschaft에 대하여 稅額을 減免할 수 있다'고 규정하였고, 이에 따라 法人稅法施行令 제31조 내지 제35조는 一定한 Genossenschaft에게 稅制惠澤을 賦與하고 있었다. 1960. 8. 11. 위 施行令에 따라 A Genossenschaft에게 法人稅가 賦課되자, Genossenschaft와 競爭關係에 있었던 個人 商人 또는 商法上的 會社인 請求人들은 위 Genossenschaft에 賦與된 惠澤으로 인하여 基本權을 侵害받았다고 主張하면서 '國稅廳은 위 Genossenschaft에게 위 施行令이 適用되지 아니한 새로운 法人稅를 賦課하라'는 決定을 구하는 헌법소원을 提起하였다.

이에 대해 헌법재판소는 '憲法訴願으로 競爭者에게 法人稅를 賦課시킬 수 있게 할 수 없다'고 하여 앞에서 살펴본 決定과 같은 立場을 견지하였다.

## 10. 結論

이상에서 憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 自己關聯性的의 判斷基準에 關하여 獨逸判例를 中心으로 살펴보았다. 이상의 判例를 綜合해 보면 결국 당해 公權力을 取消하거나 無效確認함으로써 請求人의 基本權이 回復될 수 있는 등의 法的 利益이 있는가의 與否가 그 判斷의 中樞가 됨을 알 수 있다. 그러나 이러한 判斷은 다시 나아가 請求人이 主張하는 侵害가 請求人이 主張하는 憲法上의 基本權의 範圍內에 屬하는가? 라는 質問에 대한 解答을 前提로 하고 있음을 손쉽게 알 수 있다. 즉 憲法上 保障되는 各個 基本權의 保護範圍에 대한 實體法的 判斷을 前提로 하지 아니하고는 自己關聯性에 대한 實質的 判斷은 期待하기 힘들다는 것이다. 憲法이 保障하는 基本權이 具體적으로 어떠한 內容의 權利를 保障하는 것인가라는 問題는 보다 깊은 研究를 요하는 問題이다. 이에 대한 具體的 研究를 期待하면서 이 글을 맺는다.



# 權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察<sup>1)</sup>

辛 奉 起

憲法裁判所 研究員

## - 目 次 -

- I. 序 言
- II. 우리나라의 權限爭議審判制度
  - 1. 權限쟁의심판의 種類 및 當事者
    - (1) 國家機關 상호간의 權限쟁의심판
    - (2) 국가기관과 地方自治團體간의 權限쟁의심판
    - (3) 地方自治團體 상호간의 權限쟁의심판
  - 2. 權限쟁의심판의 請求
  - 3. 權限쟁의심판의 審理
  - 4. 權限爭議審判의 決定과 效力
- III. 外國의 權限爭議審判制度
  - 1. 獨逸의 제도

---

1) 本稿는 司法行政 1991년 9-10월호에 ‘權限쟁의심판제도 소고 - 한국과 독일의 제도를 중심으로 -’ 라는 제하로 소개된 것을 대폭 수정하였고 또한 權限쟁의 제도를 채택하고 있는 몇몇 국가의 제도를 참조 보완하였음을 밝힌다. 그 가운데 특히 독일의 경우 이제까지의 權限쟁의 사건을 내용·당사자·심판결과를 기준으로 정리하여 도표로써 소개하였다.

- (1) 권한쟁의심판의 請求
  - (가) 當事者能力 (나) 訴訟能力
  - (다) 權限爭議審判節次遂行權 (라) 被請求人
- (2) 권한쟁의심판의 審理
  - (가) 쟁송의 기초요건으로서의 權利와 義務
  - (나) 침해행위로서의 處分 및 不作為
  - (다) 신청의 適法性
  - (라) 權利保護利益 및 明白化利益
  - (마) 假處分 (바) 審判請求期間
- (3) 裁判 및 效力
- (4) 權限爭議審判에 관한 主要判例의 內容, 當事者 및 審判結果(圖表)

## 2. 기타 國家의 제도

- (1) 오스트리아의 제도
- (2) 이탈리아의 제도
- (3) 스페인의 제도
- (4) 그리스, 스위스, 벨기에 및 프랑스의 제도

## 3. 각국의 權限爭議審判의 種類와 當事者(圖表)

# IV. 結 語 - 우리 制度의 問題點과 解決方案

- 1. 國家機關의 개념
- 2. 헌법재판소법 제62조 제1항의 違憲性
- 3. 憲法裁判所가 당사자인 경우
- 4. 地方自治團體가 당사자인 경우
- 5. 機關訴訟의 機能縮小 및 廢址의 문제
- 6. 權限爭議와 補充性의 문제

## I. 序 言

權限爭議審判制度(Organstreitigkeiten)라 함은 국가기관 등 상호간에 헌법적 권한과 의무의 존부 또는 범위, 내용에 관하여 다툼이 발생한 경우에 제3의 독립된 기관인 憲法裁判所가 이를 유권적으로 심판함으로써 그 분쟁을 해결하려는 제도를 말한다. 다시 말해서 둘 이상의 기관이 특정사항을 각각 자기의 권한이라고 주장하거나(적극적 권한쟁의), 또는 각각 자기의 관할에 속하지 아니한다고 주장(소극적 권한쟁의)하는 경우에 이를 최종적으로 심판하는 것을 말하는 것이다<sup>2)</sup>. 이 제도의 목적은 국가기관 등 상호간의 權限의 존부와 범위 및 한계를 명확히 함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법의 규범적 효력을 보호하려는 데 있다<sup>3)</sup>. 제2공화국헌법에 이어<sup>4)</sup> 두 번째로 채택된 권한쟁의심판제도는 과거의 제도가 “國家機關間的 權限쟁의”심판만을 대상으로 하였던 반면에(제83조의3 제3호), 현행헌법상의 제도는 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판에까지 확대하여 심판의 대상으로 하고 있는 것이 그 특징이다.

권한쟁의심판제도는 내용에 있어 다소 차이가 있다 하더라도 오늘날 여러 국가에서 채택하고 있는 제도이다. 본고는 우리 나

---

2) 金孝全, 코멘탈 憲法(代表執筆者: 金哲洙), 1988. 614면. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 것은 오스트리아와 스페인의 헌법재판소법이 명문으로 채택하고 있다(오스트리아 헌법재판소법 제42조 이하, 스페인 헌법재판소법 제62조 이하).

3) 許營, 韓國憲法論, 1990. 818면; 權寧星, 憲法學原論, 1990. 976면; 柱禧悅, 憲法裁判의 制度的 考察, 대한변호사협회 심포지엄(1989년 9월 28일), 수록: 헌법재판자료 제3권(헌법재판소), 1990, 470면.

4) 당시에 헌법재판소법은 제정(1961. 4. 17. 법률 제601호)되었으나 재판소의 구성이 지연되던 중 5.16에 의한 국가재건비상조치법으로 법이 폐지되었다.

라와 권한쟁의를 두고 있는 여러 국가의 제도를 比較法的 觀點에서 考察함을 목적으로 하는 것이지만 자료 및 지면부족으로 인하여 獨逸을 제외한 기타 國家의 제도는 관계 法文을 중심으로 간략히 살펴봄에 그칠 수밖에 없다(여기서 부분적으로 주장되는 필자의 見解는 私見임을 밝혀둔다).

## II. 우리나라의 權限爭議審判制度

헌법헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소의 관장사항으로서 '國家機關 상호간, 국가기관과 地方自治團體間 및 地方自治團體 상호간의 권한쟁의에 관한 심판'을 들고 있으며, 헌법재판소법 제2조 제4호에서도 이를 그대로 규정하고 있다. 나아가 동법 제61조 이하에서는 권한쟁의심판의 종류, 당사자 및 절차에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있다.

### 1. 權限爭議審判의 種類 및 當事者

#### (1) 國家機關 상호간의 권한쟁의심판

헌법재판소법은 이에 해당하는 것으로 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제1호). 헌법에 의하여 일정한 권리의무의 주체로 설치된 이러한 最高의 "憲法機關"은 당연히 심판청구의 당사자능력이 있는 것이며<sup>5)</sup>, 더 나아가 國會常任委員會<sup>6)</sup>와 같이 독자적인 機

5) 참조할만한 판례로서 국회의 自律權과 지속되는 범위내에서는 법원의 법률위헌여부심사권이 인정되지 않는다는 '국민투표법위반피고사건'(大判 1972. 1. 18, 71도 1845)이 있다.

能과 義務를 가지고 헌법기관의 기능에 참여하는 헌법기관의 構成部分이나 국회의 院內交涉團體에게도 헌법상 여러 獨自的 權限이 인정<sup>7)</sup>되고 있는 것을 보면 그들도 당사자가 되는 것이 바람직하다는 유력한 견해가 있다<sup>8)</sup>. 현재 소위 ‘날치기法案通過’와 관련하여 國會議長에 대한 新民主聯合黨(舊 平和民主黨)의 권한쟁의심판이 청구되어 접수되어 있으나,<sup>9)</sup> 본안심사 이전에 현행 법상 청구인 및 피청구인의 당사자능력인정 여부가 먼저 신중하게 검토되어야 할 것이다. 즉 헌법재판소법이 정하는 위 “國家機關”의 해석과 관련하여 위 條項을 강행규정으로 볼 것인지 아니면 예시규정으로 볼 것인지에 따라 당사자능력의 범위는 큰 차이가 있으므로 본 제도의 입법취지와 본질을 무시하지 않는 범위에서 합당한 해결책을 찾아야 할 것이며 이는 앞으로 깊이 연구되어야 할 과제이다.

## (2) 국가기관과 地方自治團體間의 권한쟁의심판

- 
- 6) 현행 국회법상 국회의 委員會에는 常任委員會와 特別委員會의 2종류가 있다(제35조). 常任委員會에는 국회운영, 법제사법, 외무통일, 행정, 내무, 재무, 경제과학, 국방, 문교체육, 문화공보, 농림수산, 상공, 동력자원, 보건사회, 노동, 교통체신, 건설위원회 등이 있고 각각 그 소관에 속하는 의안과 청원 등을 심사한다. 特別委員會는 국회가 특히 필요하다고 인정한 案件을 심사하기 위하여 둘 수 있는 것이며 이와는 별도로 국회의 예산안과 결산을 심사하기 위하여 豫算決算特別委員會를 두고 있다. 현재 (제13대 국회) 특별위원회로는 예산결산특별위원회 이외에 통일정책특별위원회, 5.18 광주특별위원회, 세계잡버리특별위원회 및 대전세계박람회지원특별위원회 등 4개가 구성되어 있다.
- 7) 許營, 韓國憲法論, 1990. 819면 참조.
- 8) 許營, 憲法理論과 憲法(下), 1988. 387면. 이와 관련하여 헌법재판소의 李時潤 常任裁判官은 「우리 憲法裁判所法 第61條 1項에서는 ‘당해 國家機關’으로 규정함으로써 當事者能力을 문리해석상으로는 國會·政府·法院 또는 中央選管委會에만 국한시킨 것으로 보이지만, (常任委員會나 院內交涉團體 등에게도 당사자 능력을 인정시키고 있는) 獨逸처럼 이들 憲法機關의 一部까지 擴大解釋의 여지가 없지 않을 것이다」라고 계시다(憲法裁判에 대한 管見, 헌법논총 제1권(헌법재판소), 1990, 67면).
- 9) 90 헌라 1 사건, 1990. 9. 12. 접수. 新民主聯合黨이 최근 ‘民主黨’으로 改稱하였으나 請求人變更申請은 아직 들어와 있지 않다. 여기서 이른바 ‘날치기 立法’이란 所定の 立法節次를 實力의 행사로 歪曲함으로써 마치 議決이 있는 것과 같은 형식을 취하는 경우를 가리키는 것이라고 할 것이다(李尙圭, 날치기 立法의 終熄을 바라며, 法曹時論, 1992. 1. 3면)

헌법재판소법은 이에 해당하는 것으로 정부와 특별시, 직할시, 도간의 권한쟁의심판과 정부와 시, 군, 자치구간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제2호). 여기서는 國家機關의 범위를 政府에 한정하고 있는데 동조항 제1호의 국가기관의 해석과 관련하여 문제가 있을 수 있다. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판을 정하고 있는 것은 地方自治制의 실효성 확보와 밀접한 관계가 있다<sup>10)</sup>. 특히 지방자치관련법률에서 地方議會의 議決이 法令에 위반되거나 公益을 현저히 害한다고 판단되는 경우에 내무부장관 등(市·道에 대하여는 내무부장관, 市·郡·自治區에 대하여는 市長과 道知事)에게 이에 대한 再議要求權을 주고 있다든지(지방자치법 제159조) 또는 地方自治團體長의 命令, 處分이 法令에 위반되거나 현저히 不當하여 公益을 害한다고 인정될 경우에 내무부장관 등(市·道에 대하여는 主務部長官, 市·郡·자치구에 대하여는 市長과 道知事)에게 이에 대한 시정명령이나 취소권, 정지권을 주고 있는 것(지방자치법 제157조)과 관련하여 앞으로 이를 둘러싼 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 적지 않게 있을 것으로 예상되고 있다<sup>11)12)</sup>. 그리고 앞으로 도시계획법상의 地域·地區·區域의 지정권한이 상당부분 지방자치단체에게 이양될 것을 예상한다면 그 권한범위에 있어서 政府(建設部)와 지방자치단체간에 다툼이 발생하게 될 것으로 보인다. 특히 개발제한구역의 존치 여부 및 그 관리권의 배분 등

10) 지방자치단체가 분쟁의 당사자인 경우와 관련한 문제점에 대하여는 아래의 IV. (4) 참조.

11) 최근 「지방자치단체의 長 선거 이후에는 서울시의 4급 이상 공무원의 임명권을 내무부장관이 갖는다」고 한 정부의 규칙제정을 놓고 내무부와 서울시간에 다툼이 있었다(관련기사 조선일보 1991년 7월 24일자 19면).

12) 同旨, 李時潤, 憲法裁判과 立法統制, 考試研究 1991년 8월호, 19/20면 참조. 李時潤 常任裁判官은 위 지방자치법 제157조에 의거 監督廳인 內務部長官에게 시정명령권과 직권취소정지권을 인정하고 있는 규정이 “만일에 내무부장관에게 지방자치단체에 대한 포괄적인 統制權을 부여하는 것이 되고 지방자치제도에 어긋나는 自治團體의 權限侵害의 범위가 되게 된다면 권한쟁의 심판청구의 대상이 될지 모른다”고 보고 계신다.

은 오늘날 커다란 사회적 관심을 불러일으키고 있다. 이 경우 지방자치단체의 長과 地方議會가 각각 권한쟁의의 소송당사자능력을 갖는다는 것에는 의문이 없다<sup>13)</sup>. 또한 지방자치단체가 입안 결정하는 都市計劃 등과 관련한 計劃高權(Planungshoheit)이 헌법상 보장된 地方自治權의 하나로서 인정되는지 여부에 대한 다툼이 있는 경우에 문제될 수 있을 것이다<sup>14)</sup>. 여기서 計劃高權이라 함은 지방자치단체가 自己責任下에 계획을 수립할 權限을 말한다. 계획고권을 근거로 하여 지방자치단체는 다른 기관에 의한 계획책정에의 參與權(Beteiligungsrechte) 및 그에 대한 防禦權能(Wehrfähigkeit)을 갖게 되는 것이며, 나아가 지방자치단체의 권리를 주장할 수 있는 법적 기초가 된다. 그런데 계획고권은 法律上의 明文規定의 결함으로 하여 일반적으로 부정되고 있는 것이 종래의 태도이다. 그러나 여러 法解釋方法에 의하면 憲法, 地方自治法 및 都市計劃法 등은 계획고권을 인정하고 있는 것으로 보이며, 계획고권이 인정됨으로써 지방자치의 본질이 空洞化되는 것을 막을 수가 있다. 그리고 헌법재판소법은 교육, 학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것이 권한쟁의심판의 대상이 된 때에는 교육위원회가 지방자치단체의 당사자로 된다고 규정하고 있다(제62조 제2항).

### (3) 地方自治團體 상호간의 권한쟁의심판

헌법재판소법은 이에 해당하는 경우로 특별시, 직할시, 도 상

13) 許營, 韓國憲法論, 1990. 820면.

14) 이 경우 獨逸에서는 聯邦憲法裁判所法 제91조에 의거한 地方自治團體의 憲法訴願(Kommunalverfassungsbeschwerde)을 통하여 다투어졌다(BVerfGE 56, 298ff.: 軍滑走路 騒音保護範圍確定令에 대한 지방자치단체의 헌법소원). 그에 대하여는 辛奉起, 計劃裁量 및 衡量命令理論에 대한 再檢討 - 서독에서의 이론동향을 중심으로, 考試研究 1989년 12월호 176면 참조. 그런데 이를 權限爭議로 다투어야 할 것인지 어떤지는 우리나라에서는 의문이 있다. 그에 대하여는 아래의 IV. (4) 참조.

호간의 권한쟁의심판과 시, 군, 자치구 상호간의 권한쟁의심판 및 특별시, 직할시, 도와 시, 군, 자치구간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제3호)<sup>15)</sup>. 교육위원회도 당해 지방자치단체의 교육, 학예에 관한 사무에 관한 권한쟁의가 발생한 경우에는 당사자능력이 있다(제62조 제2항)<sup>16)</sup>. 그리고 앞에서 본 計劃高權은 地方自治團體 상호간에 있어서도 그 권한(計劃高權)의 범위에 대한 다툼이 있는 경우에는 문제가 된다.

## 2. 權限爭議審判의 請求

국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(제61조 제1항). 다만 헌법재판소법은 被請求人의 處分 또는 不作爲가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 請求人의 權限을 侵害하였거나 침해할 현저한 危險이 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 그 청구사유를 제한하고 있다(제61조 제2항). 권한쟁의심판청구를 함에 있어서 국가기관과 지방자치단체는 변호사는 선임하여야 하나 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수

15) 최근 都市計劃의 立案權과 관련하여 서울시와 市郡(미금시와 남양주군) 간의 다툼이 일고 있다(조선일보 1991년 7월 16일자 29면). 이는 地方自治團體 상호간의 권한쟁의로 비화될 가능성이 크다. 그러나 이에 앞서 地方自治團體 상호간 또는 地方自治團體의 長 상호간의 紛爭이 있는 때에는 내무부장관 또는 시도지사에게 紛爭調整權이 인정되고 있으므로(지방자치법 제140조), 이 경우에도 내무부장관이 사전에 당사자의 의견을 들어 관계중앙행정기관의 장(건설부장관)과 協議를 거친 후에 調整할 수 있다.

16) 교육위원 추천과 관련하여 서울시議會와 區議會(마포구)간에 마찰을 빚고 있다(조선일보 1991년 7월 25일자 21면 참조). 즉 「교육위원의 추천은 2인으로 하되 그 중 1인은 교육 또는 교육행정경력이 있는 자이어야 한다」고 地方教育自治에 관한 法律 제5조 제2항에서 정하고 있다. 그런데 구의회가 의결을 거쳐 교육경력 있는 유일한 후보자를 추천하였으나 시의회가 교육부예의 결의를 거쳐 그 유권해석에 의거 시의회의결에서 이를 부결함으로써 상하관계가 아닌 독립기관인 양자간에 권한다툼이 일고 있다.



행하게 할 수 있다(제25조 제2항). 權限爭議審判의 請求書에는 청구인 및 심판 수행자 또는 대리인의 표시, 피청구기관의 표시, 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위, 청구의 이유, 기타 필요한 사항 등을 기재하여야 한다(제64조).

### 3. 權限爭議審判의 審理

권한쟁의의 심판은 탄핵심판, 정당해산심판과 마찬가지로 口頭辯論에 의한다. 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하고 당사자와 관계인을 소환하여야 한다(제30조 제1, 3항). 권한쟁의심판은 국가기관과 지방자치단체의 헌법상 권한과 의무에 관한 명백한 한계설정을 추구한다는 점에서 일종의 客觀的 訴訟의 성질도 가질 뿐만 아니라 헌법재판소의 심판이 다른 국가기관이나 지방자치단체도 羈束하게 되기 때문에<sup>17)</sup> 訴訟參加의 범위를 너무 좁게 보아서는 안될 것이라고 본다. 권한쟁의심판의 절차는 민사소송법과 행정소송법을 함께 준용한다(제40조 제1항).

헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 處分의 效力을 停止하는 결정을 할 수 있다(제65조)<sup>18)</sup>.

또한 권한쟁의심판의 청구는 권리침해의 작위 또는 부작위가 明白히 표현된 때부터 일정한 기간 내에 정해진 기재사항을 갖춘 書面으로 하여야 하는데, 우리 헌법재판소법은 그 사유가 있음을 ‘안 날’로부터 60일 이내, 그 사유가 ‘있는 날’로부터 180일 이내에 하도록 하고 있다(제63, 64조). 위의 기간은 不變期間으로

17) 許營, 憲法理論과 憲法(下), 1988. 389면.

18) 現行 헌법재판소법은 관장사항 중 권한쟁의심판 외에 정당해산심판(제57조)의 경우에만 假處分을 명시적으로 인정하고 있다.

한다. 헌법재판소가 기관간 권한쟁의를 심판하는 경우에는 재판관 7인 이상의 출석으로 심리하고 관여한 재판관의 과반수로써 결정한다(제23조).

또한 權限爭議審判의 調查基準은 반드시 憲法이어야 하며 國會議法이나 國會規則 또는 기타의 憲法下位規範이어서는 안된다.

#### 4. 權限爭議審判의 決定과 效力

헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 權限의 存否 또는 範圍에 관하여 판단한다. 이 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 取消하거나 그 無效를 確認할 수 있다(제66조).

헌법재판소의 권한쟁의심판의 決定은 모든 국가기관과 지방자치단체를 羈束한다(제67조 제1항). 그러므로 관계국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 결정에 따라 그 處分이나 不作爲를 是正하여야 하며, 다른 국가기관이나 지방자치단체도 헌법재판소의 결정을 尊重하여야 한다. 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 取消하는 決定은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(제67조 제2항).

### Ⅲ. 外國의 權限爭議審判制度

#### 1. 獨逸의 제도

독일에서의 權限爭議 내지 機關爭訟(Organstreitigkeiten)은 헌

법쟁송의 核(Kern)에 속하는 문제로서 1831년의 Sachsen주 헌법 제153조와 1849년의 Paulskirchen헌법 제126b조에<sup>19)</sup> 그 기원을 두며 현행 基本法 제93조에서 이를 규정하고 있다.

기본법 제93조 제1항 제1호 및 연방헌법재판소법 제63조 이하는 기관쟁송의 법적 근거를 규정하고 있다. 그에 따르면 연방헌법재판소는 헌법기관 상호간에 헌법상 인정된 “權利와 義務”에 대한 다툼이 있는 경우에 “기본법의 解釋에 관하여” 권리와 의무의 범위에 관한 “紛爭을 動因으로 하여서”만 재판한다. 즉 권한쟁의심판의 대상은 “기본법의 解釋이 문제되는 紛爭”일 것을 요건으로 한다. 여기서의 침해 또는 위해를 주장하는 권리와 의무는 기본법에 근거하여야 하며 또한 바로 被請求人과의 관계에서 직접 존재하는 것이어야 한다<sup>20)</sup>. 그리고 권한쟁의심판청구권자는 자기 또는 자기가 속하는 기관이 被請求人의 處分 또는 不作爲에 의하여 기본법이 자기에 위임한 權利와 義務를 侵害하였거나 직접적으로 危殆롭게 하였음을 유효하게 주장하는 경우에만 권한쟁의심판청구가 허용된다(연방헌법재판소법 제64조 제1항). 이 경우 被請求人의 行爲(處分, 不作爲)가 객관적으로 존재하는지, 請求人에게 속하는 權利가 유효하게 존재하는지 및 이 권리가 侵害 또는 직접적으로 危害가 있는지의 여부 등에 대하여 심사할 것이 요청된다.

그런데 기본법은 機關爭訟 이외에 국가기관간의 헌법적 분쟁으로서 연방과 주간의 분쟁<sup>21)</sup>, 연방과 주간 또는 주 상호간의 공

19) Vgl. Kutscher, in : Festschrift für G. Müller, 1970, S. 161, 175.

20) 연방헌법재판소법 제64조 제1항은 관계된 당사자(beteiligte Parteien)의 권리에 관한 분쟁임을 분명히 하고 있다. 당사자는-연방헌법재판소의 표현에 따르면-「헌법상의 權利關係에 놓여 있어야 하고, 이러한 권리관계에서 나오는 일정한 결과에 대한 관계 당사자간의 紛爭이 존재하고 있어야만 한다」(BVerfGE 2, 143, 152, 159 ; BVerfG, EuGRZ 1982, 160, 167).

21) 기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문, 연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조 이하.

법적 법률관계<sup>22)</sup>, 및 주내의 헌법상 분쟁<sup>23)</sup>등을 정하고 있으나, 이는 모두 연방국가구조에서 문제될 수 있는 것이므로 여기서는 제외하기로 한다<sup>24)</sup>.

## (1) 權限爭議審判의 請求

### (가) 當事者能力

누가 당사자가 될 수 있는지에 대하여는 기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호 및 제63조에서 규정하고 있다. 기본법 제93조 제1항 제1호는 당사자능력 있는 자로서 “聯邦最高機關”(Oberste Bundesorgane)과 “其他關係者”(andere Beteiligte)를 들고 있으나, 연방헌법재판소법 제63조는 연방최고기관으로서 聯邦大統領, 聯邦下院, 聯邦上院 및 聯邦政府를, 그리고 기타관계자로서 기본법 또는 연방상하원직무규정이 고유한 권리를 부여한 위 機關의 一部(Teile dieser Organe)를 의미하는 것이라 함으로써 보다 구체적으로 규정하고 있다.

그런데 자세히 살펴보면 연방헌법재판소법 제63조는 기본법 제93조 제1항 제1호의 당사자능력의 범위를 보다 좁게하여 규정하고 있음을 알 수 있다<sup>25)</sup>. 즉 한편으로는 당사자능력 있는 연방최고기관을 구체적으로 열거 규정함으로써 聯邦議會(Bundesversammlung)와 같은 최고기관을 “연방최고기관”에서 제외시키고 있고, 다른 한편으로는 기본법에서 정한 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 기타관계자를 오히려 “연방상하원의 一部”라고만 함으로써 기타관계자의 범위를

22) 기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호, 제71, 72조.

23) 기본법 제99조, 연방헌법재판소법 제13조 제10호, 제73조 이하.

24) 그에 대하여는 趙炳倫, 독일의 헌법재판제도, 헌법재판자료 1집(헌법재판소), 1989, 194면 이하 참조.

25) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 108 Rn. 15.

축소시키고 있는 것이다. 따라서 政黨과 같은 경우는 연방헌법재판소법 제63조의 해석상으로는 당사자능력이 없는 것으로 되어 있다. 물론 정당은 뒤에서 보듯이 기본법 제93조 제1항 제1호에서 직접 당사자능력 있는 기타관계자에 해당된다고 해석되고 있다. 여기서 연방헌법재판소법 제63조의 위헌문제가 제기될 수 있으나 연방헌법재판소는 일단 위 기본법의 조항을 직접적인 근거조항으로 봄으로써<sup>26)</sup> 입법자에 의한 보완을 유도하고 있는 것으로 보인다<sup>27)</sup>.

먼저 연방최고기관인 聯邦大統領, 聯邦下院, 聯邦上院 및 聯邦政府는 권한쟁의심판을 청구할 자격이 있다<sup>28)</sup>. 聯邦首相, 聯邦議會 또는 聯邦長官도 “최고헌법기관”이라 할 수 있지만 이들은 기타관계자에 해당되는 것으로 볼 수 있으므로 연방헌법재판소법 제63조에서 정하고 있는 “연방최고기관”의 범위를 너무 확대시킬 필요가 없다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다<sup>29)</sup>.

나아가 기본법 또는 연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 - 연방기관의 일부로서의 - “其他의 關係者”도 당사자능력이 있다(기본법 제93조 제1항 제1호). 기본법에서 정하고 있는 기타 관계자는 연방헌법재판소법 제63조의 “기관의 일부”와 반드시 일치하는 것은 아니다. “基本法”(Grundgesetz)이 고유한 권리를 부여한 “其他關係者”로는 聯邦首相, 개개인의 聯邦長官,<sup>30)</sup> 개개인의 議會議員<sup>31)</sup>, 國會常任委員會<sup>32)</sup>, 國會議長(聯邦下院議

26) BVerfGE 1, 208, 222 ; 2, 143, 159ff.

27) Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 108 Rn. 15.

28) 원래 ‘기본법 제45조의 常任委員會’도 있었으나 1976년의 33차 기본법개정으로 동제45조가 폐지됨으로써 1985년 연방헌법재판소법 개정시 삭제되었다.

29) Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 104f. Rn. 11.

30) BVerfGE 45, 1, 28(交渉團體 : 聯邦政府 및 聯邦財務長官).

31) BVerfGE 2, 143, 164(交渉團體 : 他交渉團體, 개인 및 다수의 聯邦下院議員) ; 10, 4, 10, f. (개인 및 다수의 聯邦下院議員 : 聯邦下院) ; 60, 374, 378(聯邦下院議員 : 聯邦下院議長) ; 67, 100(交渉團體, 개인 및 다수의 聯邦下院議員 : 聯邦政府, 聯邦財務長官 및 聯邦經濟長官) ; 80, 188(聯邦下院議員 : 聯邦下院, 聯邦下院議長, 交渉團體 및 聯邦上院).

32) BVerfGE 2, 143, 160 ; 이 판결이 있을 당시(1953년)에 있던 기본법 제45조는 1976년의

長)<sup>33)</sup>, 聯邦上院議長 등을 들 수 있으며, 이는 동시에 “연방기관의 일부”에 해당된다<sup>34)</sup>. 연방최고기관의 “職務規程”(Geschäftsordnung)이 고유한 권리를 부여한 “其他關係者”로는 연방장관이나 국회상임위원회 외에도 특히 국회의 院內交涉團體(Fraktionen)<sup>35)</sup> 등이 있다. 원내교섭단체는 회기중에만 국회내부의 구성체가 되며, 국회해산 및 새로운 국회의 집회로써 당사자 능력은 상실된다<sup>36)</sup>. 상임위원회와 관련하여 “직무규정”에서 고유한 권리가 인정되고 있다 하더라도 그 구성이 常時的이 아닌 (nicht ständige Gliederung) 경우에는 당사자능력이 배제된다<sup>37)</sup>. 그러나 상시적이 아닌 구성체라 하더라도 그것이 “기본법”에 의하여 고유한 권리가 인정된 경우 연방헌법재판소는 그 구성체가 이미 만들어져 있고 또한 그 구성체에게 신청권한이 인정된 때에는 당사자가 될 수 있다고 보고 있다.<sup>38)</sup> 또한 國會調查委員會(Untersuchungsausschuß)의 설치를 요구한 聯邦下院의 4분의 1 이상의 議員(기본법 제44조)과 같이 연방하원의 일정비율의 구성원도 이에 해당할 수 있으나<sup>39)</sup>, 일정한 목적을 위하여 결집된, 특히 표결에 있어서의 단순한 多數派는 여기에 속하지 않는다. 이러한 다수파는 아무런 고유한 권리를 갖지 않으며, 그들의 의사는 곧 연방하원의 의사로 인정된다<sup>40)</sup>. 연방하원의 小數派도

---

기본법개정에서 폐지되었다.

33) BVerfGE 27, 152, 157, 172(政黨 : 聯邦下院議長) ; 60, 374, 378 ; 73, 1, 30 f.(政黨 : 聯邦上院 및 聯邦下院議長).

34) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 105 Rn. 12.

35) BVerfGE 1, 144, 147 f. (交涉團體 : 聯邦下院 및 他交涉團體) ; 1, 351, 359(交涉團體 : 聯邦政府) ; 1, 372, 378(交涉團體 : 聯邦政府) ; 2, 143, 152 ff., 160 ; 20, 56, 114(추상적 규범통제사건) ; 45, 1, 28 ; 67, 100, 124 ; 68, 1, 63(交涉團體 : 聯邦政府) ; 70, 324, 350 f. (聯邦下院議員 및 交涉團體 : 聯邦下院 및 聯邦政府).

36) Schlaich, Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts, Am Beispiel des Organstreits um die Auflösung des 9. Bundestages, in : Püttner(Hrsg.), Festschrift für O. Bachof, 1984, S. 326.

37) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 107 Rn. 14 ; BVerfGE 2, 143, 160.

38) BVerfGE 2, 143, 159 f. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 107 Rn. 14.

39) Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Komm., § 63 Rn. 10.

보통 여기에서의 기관일부로서 인정되지 않는다<sup>41)</sup>. 그리고 연방 상원의 일부로서 인정되는 聯邦上院議長의 경우에 있어서 상원의장이 기본법 제57조에 의거 연방대통령의 권한을 대행하는 경우에는 기본법 제93조 제1항 제1호의 “연방최고기관”에 해당되는 것으로 볼 수 있으며 따라서 당사자능력이 있다<sup>42)</sup>. 연방정부의 일부는 각 聯邦長官들이다<sup>43)</sup>. 그러나 권한쟁의심판청구의 상대방이 다른 연방장관인 경우에는 당사자능력이 없다. 왜냐하면 기본법 제65조 제3문이 정부내부의 자기재판(regierungsinternen Insihprozeß)을 제외하고 있기 때문이다<sup>44)</sup>.

또한 개개인의 국회의원은 代表權<sup>45)</sup>이나 의회에서의 發言權<sup>46)</sup>과 같이 국회의원으로서의 헌법상 보장된 자기의 지위를 침해하는 처분에 대하여 자기 이름으로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있으며, 이는 고유한 기관으로서의 지위에서 인정되는 것이다<sup>47)</sup>.

또한 연방최고기관의 일부는 아니지만 基本法에 의하여 특별히 당사자능력이 있는 자로서 인정된 “其他의 關係者”도 있다. 즉 그들의 신청정당성은 연방헌법재판소법 제63조에서 나오는 것이 아니라 기본법 제93조 제1항 제1호에서 직접 나오는 것이

40) BVerfGE 2, 143, 160 ff.

41) BVerfGE 2, 143, 160 ff.; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 126 ; Martens, in : Festschrift für Reimers, 1979, S. 303.

42) Vgl. Hopfauf, JuS 1984, S. 633.

43) BVerfGE 45, 1, 28.

44) Vgl. Leibholz/Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 63 Rn. 2.

45) BVerfGE 6, 445, 447(헌법소원사건). 이 사건은 정당금지로 인한 議員職 상실여부에 관한 것으로서 연방헌법재판소는 「연방하원의원이 자기가 속한 정당의 금지로 하여 議員으로서의 代表職(Mandat)을 상실하였는지의 여부문제는 자기의 헌법적 지위에 관계되는 것이다. 따라서 이는 헌법소원의 대상이 될 수 없다」고 하고 있다.

46) BVerfGE 10, 4, 10 ; 60, 374, 378.

47) BVerfGE 10, 4, 10 ; 2, 143, 166 ; 60, 374, 378 ; 62, 1, 32(聯邦下院議員 : 聯邦大統領). Schlaich, Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts, in Festschrift für O. Bachof, 1984, S. 324 Umbach, ; Der "eigentliche" Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht : Abgeordnete und Fraktionen als Antragsteller im Organstreit, in : Festschrift für Zeidler, 1987, S. 1235, 1240 ff.

다<sup>48)</sup>. 이러한 “기타관계자”로서 당사자능력이 있는 주된 例로는, 국회의장이 의회라는 기관의 일부로서가 아니라 자기의 책임으로(in eigener Verantwortung) 헌법기관인 국회의원에 대하여 의회질서권 및 징계권(Ordnungs-und Disziplinargewalt)을 행사한 경우에 있어서의 國會議長<sup>49)</sup> 및 기본법 제21조 제1, 3항 및 정당법 제2조에서 정하고 있는 政黨을 들 수 있다<sup>50)</sup>. 그런데 정당이 당사자가 되기 위하여는 “정당이 政黨의 特別한 憲法上的地位에서 나오는 權利를 다투는 경우”이어야 한다. 이러한 경우에 정당은 ‘연방최고기관’과 동열에서는 準憲法機關<sup>51)</sup> (quasi als Verfassungsorgane)으로 인정된다. 즉 기본법 제21조(정당)가 보장하는 정당의 헌법적 기능이 문제가 되는 경우에는 정당의 기본권을 다투는 것이 아니기 때문에 이 때에는 정당은 자기의 헌법상 지위를 다른 헌법기관에 의하여 침해당하였음을 주장하여 權限爭議審判을 제기하여야 하는 것이다<sup>52)</sup>. 그러나 이 경우에 피청구인도 반드시 헌법기관이어야 함은 물론이다.

그러나 개개인 또는 전체로서의 國民도 선거 또는 국민투표에

48) BVerfGE 13, 54, 81(一般 個人 : 聯邦政府).

49) BVerfGE 60, 374, 379 ; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 1991, S. 57 Rn. 83.

50) BVerfGE 1, 208, 223 f. (選舉人團體 및 交涉團體 : 州政府 및 州議會) ; 4, 27, 31(제 1, 2부 合意體 決定) ; 5, 83(위헌정당해산사건) ; 6, 88(政黨 : 聯邦下院) ; 7, 103(헌법소원사건) ; 12, 133(헌법소원사건) ; 24, 260, 263(政黨 : 聯邦下院 및 聯邦上院) ; 24, 300, 329(政黨 : 聯邦下院 및 聯邦上院) ; 44, 125, 136 f. (政黨 : 聯邦政府) ; 57, 9(政黨 ; 聯邦政府) ; BVerfG v. 29. 9. 1990-2 BvE 1/90, 3/90, 4/90 u. 2 BvR 1247/90(政黨 : 聯邦下院 및 聯邦上院).

51) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., S. 58 Rn. 84.

52) BVerfGE 60, 53, 61 f. 그런데 政黨의 權限쟁의 당사자능력과 관련하여 K. Schlaich는 최근 발간된 그의 Das Bundesverfassungsgericht, 1991. Rn. 84, S. 59 제2판에서 다음과 같이 비판하고 있다 : 「政黨의 權限쟁의 當事者能力과 관련하여 무엇보다도 종래의 판례태도를 따라야 함은 당연하다. 그러나 정당은 憲法訴願으로 다투어야 하는 社會的 組織體라는 점에서 종래의 판례태도는 옳지 못하다 할 것이다. 이러한 입장은 Weimar 공화국 시대의 國事法院(Staatsgerichtshof)의 판례에 기원하는 것이나, 당시에는 憲法訴願이라는 제도 자체가 없었기 때문에 정당에게 權限쟁의라는 방법으로 법원에 제소할 수 있는 길을 열어 두었던 것이다. 오늘날에 와서는 이러한 판례태도는 개별사건에 있어서 정당에게 不利益을 초래할 수 있기 때문에 더 이상 그 正當性을 찾기 어렵다 할 것이다.」 즉 K. Schlaich는 정당의 경우 憲法訴願으로써 권리구제를 다투어야 할 것임을 강조하고 있다.



있어서 (기본법 제20조 제2항 제2문) 국가권력을 행사하지만 기관쟁송의 당사자능력은 인정되지 않는다<sup>53)</sup>. 또한 聯邦各州, 地方自治團體(Gemeinde)<sup>54)</sup>, 教會(Kirchen), 勞動組合(Gewerkschaften), 使用者組合(Arbeitgeberverbände) 또는 選舉人團(Wählervereinigung)<sup>55)</sup> 등도 여기에서의 “기타관계자”에 해당되지 않는다.

#### (나) 訴訟能力

관계 법률, 조례 또는 직무규정에 의하여 각각 재판상의 대표자로 위촉된 그러한 機關이 청구인을 대표한다.

#### (다) 權限爭議審判節次遂行權

권한쟁의심판절차수행권(Prozeßführungsbefugnis)이란 제소자가 권한쟁의심판절차를 수행할 정당한 권한 및 피청구인에 대하여 권한쟁의절차를 유효하게 수행할 수 있는 청구권한을 말한다. 권한쟁의심판의 청구인은 원칙적으로 “自己的 固有權利만”을 주장할 수 있다. 그러나 연방헌법재판소법 제64조 제1항 제1문은 자기 기관을 위한 “機關一部”의 訴訟擔當(Prozesstandschaft des Organteils)도 허용하고 있다. 즉 기관일부는 자기가 속한 그 기관이 侵害받았거나 危害있음을 주장할 수 있다. 기관일부는 비록 기관구성원의 多數가 자기 권리를 침해받았다고 보지 않는 경우라 할지라도, 기관을 위하여 기관 자체의 憲法적 권리를 주장할 수 있다.<sup>56)</sup>

53) BVerfGE 13, 54, 81 f., 84 f., 95f. : 49, 15, 24(헌법소원사건) ; 60, 175, 200, 201(개인立法發案權을 행사하는 州의 住民 : 州政府 및 州國事法院).

54) BVerfGE 27, 240, 246(地方自治團體 : 州議會). 아래의 IV. (4) 참조.

55) BVerfGE 4, 27, 30 ; 6, 367, 372 f. (政黨 : 州議會). ; 51, 222, 233(헌법소원사건).

56) BVerfGE 4, 27, 30 ; 6, 367, 372 f. (政黨 : 州議會). ; 51, 222, 233(헌법소원사건).

즉 원내교섭단체는 비록 의회의 다수가 다툼이 있는 處分에 이미 동의하였더라도 議會 자체의 권리를 주장할 수 있는 것이다. 물론 이러한 소송상의 지위는 관계기관 스스로가 訴訟能力이 있어야 하며<sup>57)</sup>, 또한 그 기관일부 - 특히 연방하원의 교섭단체나 상임위원회 - 가 관계기관의 “常任構成員”(ständige Gliederung)이어야만 한다.<sup>58)</sup>

(라) 被請求人

피청구인이 될 수 있는 범위는 聯邦憲法裁判所法 제63조에서 규정하고 있다. 동조에 의하면 신청인의 범위와 마찬가지로 연방대통령, 연방하원, 연방상원, 연방정부가 피청구인이 될 수 있다. 나아가 個人的 國會議員, 정당 또는 교섭단체와 같은 이러한 기관의 일부 및 기관관계자도 일정한 범위에서 피청구인이 될 수가 있다. 연방헌법재판소의 권한쟁의 판례를 보면 정당을 피청구인으로 한 경우는 아직 그 예가 없으나, 국회의원<sup>59)</sup>이나 교섭단체<sup>60)</sup>를 상대로 한 청구는 여러 건 찾아 볼 수 있다<sup>61)</sup>. 그리고 기관의 일부는 그것의 고유행위가 문제되는 경우에만 피청구인이 될 수 있다. 특히 법률에 대하여 기관분쟁이 있는 경우에는 연방정부<sup>62)</sup>와 연방상원<sup>63)</sup>도 피청구인으로 인정된다.

---

57) BVerfGE 13, 54, 84.

58) BVerfGE 2, 143, 160 ff. ; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, S. 156f.

59) BVerfGE 2, 143.

60) BVerfGE 1, 144 ; 2, 143, 147, 160, 167 ; 80, 188, 216.

61) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 109.

62) BVerfGE 1, 208, 231 ; 4, 31, 36.

63) BVerfGE 20, 119, 131 ; 20, 134, 142.

## (2) 권한쟁의심판의 審理

### (가) 爭訟의 基礎要件으로서의 權利와 義務

被請求人の 행위로 인하여 “基本權이 自己에게 인정한 權利와 義務”를 侵害받거나 직접적으로 危害가 있는 것을 주장하는 그러한 신청권자가 권한쟁의심판의 청구권한이 있다.<sup>64)</sup>

여기서 먼저 “기본법이 인정한 權利와 義務”란 한편으로는 다른 곳에서 인정된 권리와 의무에 대한 문제여서는 안 된다는 것을 의미한다. 이는 곧 일반 法律이나 기타 法規에서만 근거를 둔 권리의무의 침해나 위하는 권한쟁의심판의 기초요건이 되기에는 불충분하다는 것을 뜻한다.<sup>65)</sup>

또한 그것은 단순한 객관적 헌법이 아니라 “主觀的 權利”(subjektive Rechte)가 문제되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 국회의 예산법률(Haushaltsgesetz)이 政黨으로서의 헌법상 “地位”(Status)를 침해하였음을 확인하는 것과 같이 청구인의 주관적 권리의 침해를 주장하는 것이어야 함을 의미한다.

### (나) 侵害行爲로서의 處分 및 不作爲

기본법 제93조 제1항 제1호는 권한쟁의심판의 대상을 밝히고 있지 않으나, 聯邦憲法裁判所法 제64조 제1항에서 “권한쟁의심판청구의 상대방의 處分(Maßnahme)또는 不作爲(Unterlassung)”를 그 대상으로 규정하고 있다.

이러한 피청구인의 처분 또는 부작위는 法的으로 重大한 行爲

---

64) BVerfGE 1, 208, 230.

65) BVerfGE 27, 152, 157 ; 68, 1, 31 ; 73, 1, 30 f.

(rechtlich erhebliches Verhalten)이어야 하며, 客觀적으로 存在하여야 한다. 그러나 그것은 다양한 형태로 나타날 수 있는 것이므로 그 法的 形式(Rechtsförmlichkeit)은 문제되지 않는다.

예를 들면 연방하원이 연방대통령에 의한 법률의 作成(Ausfertigung)(기본법 제82조 제1항)에 이의가 있음을 주장하거나 또는 당해 법률에 동의하지 아니한 연방상원이 대통령의 법률작성을 저지하려는 경우를 들 수 있다. 또한 연방상원과 하원이 정부에 의하여 의결된 국제법상의 조약이 기본법 제59조 제2항 제1문에서 정하는 국회동의를 요하지 않는 것인지의 여부를 밝히고자 하는 경우도 이에 해당된다.<sup>66)</sup> 그리고 연방헌법재판소에 의하여 아직 禁止되지 아니한 政黨의 綱領의 합헌성여부에 대한 - “憲法敵對的”(verfassungsfeindlich)이라고 한-연방내무장관의 否定的 價値判斷(negative Werturteile)과 같은 意見表明도 법적으로 중대한 행위(rechtlich erhebliches Verhalten)가 될 가능성이 농후하며 따라서 심판대상이 될 수도 있을 것이나,<sup>67)</sup> 법적으로 중대한 행위가 될 수 없는 범위에서 청구인의 관할권을 침해하는 단순한 意見表明은 연방헌법재판소법 제64조 제1항의 處分(Maßnahme)에 해당되지 않는다<sup>68)</sup>. 나아가 法規, 특히 - 處分으로서의 - 법률의 公布 또는 - 不作為로서의 - 非公布도 권한쟁의심판대상으로서 주장될 수 있다<sup>69)</sup>.

作爲義務가 있음에도 이를 하지 아니하는 경우에는 법적으로 중대한 不作為에 해당된다<sup>70)</sup>. 이러한 부작위로서는 연방하원이

---

66) BVerfGE 1, 351 : Petersberg協定 ; 1, 372 : 獨佛經濟協定 ; 2, 347 : Kehler-Hafen協定.

67) Vgl. BVerfGE 40, 287, 290 ; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., S.111 Rn. 21.

68) BVerfGE 2, 143.

69) BVerfGE 1, 208, 220 ; 4, 144, 148 ; 20, 119, 129 ; 20, 134, 141 ; 24, 184, 194 ; 24, 300, 329.

70) Stern, Grundgesetz, Bonner Kommentar, 1982, Art. 93 Rn. 177.

연방정부, 연방하원의원 또는 연방상원에 의하여 제출된 法律案을 議決하지 않는 경우(기본법 제77조 제1항), 연방상원이 제출하는 법률안은 연방정부에 의하여 연방의회에 송부하도록 되어있는데(기본법 제76조 제3항) 연방정부가 이를 送付하지 않는 경우, 연방수상 또는 관계연방장관이 법률에 副署하지 않는 경우, 연방대통령이 법률안에 署名하지 않는 경우, 연방대통령이 법률안에 署名(Austertigung)을 하지 않는 경우 또는 연방법무장관이 연방의 官報에 公布하지 않는 경우(기본법 제82조 제1항) 등을 들 수 있다<sup>71)</sup>.

(다) 申請의 適法性

신청은 書面으로 제출하여야 하며 理由를 부기하여야 한다(연방헌법재판소법 제23조 제1항)<sup>72)</sup>. 신청인은 문제된 신청상대방의 처분 또는 부작위가 침해하였다고 주장하는 기본법의 규정을 표시하여야 한다(연방헌법재판소법 제64조 제2항). 이러한 사항은 권한쟁의심판의 강행요건에 해당한다<sup>73)</sup>.

(라) 權利保護利益 및 明白化利益

權利保護利益(Rechtsschutzbedürfnis)에 대하여는 연방헌법재판소법 제64조 제1항에 명시되어 있지는 않으나, 이는 청구권한의 전제요건으로서 요청되는 것이다.<sup>74)</sup> 그러나 위 조항의 법정요건을 모두 갖추고 있는 경우라 하더라도 권리보호의 요청이 부정

---

71) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 111 Rn. 22.

72) BVerfGE 24, 252, 258.

73) BVerfGE 2, 143, 172 ; 2, 347, 365 f.

74) BVerfGE 2, 347, 365 f. ; 68, 1, 77.

되는 경우도 있을 수 있다. 예를 들면 청구인이 자기의 행위로써 스스로 侵害를 배제 할 수 있었을 경우에는 권리보호이익은 없다.<sup>75)</sup> 또한 연방하원이 참여하였던 권한쟁의절차는 국회의 해산(Auflösung)으로써 더 이상 권리보호이익이 없어 허용되지 않게 된다.<sup>76)</sup>

또한 청구인이 심판청구를 철회하였다 하더라도 그 심판청구가 객관적으로 明白해져야 할 利益(Klarstellungsinteresse)이 있는 경우에는 연방헌법재판소는 이를 재판한다. 이 때에는 신청인의 권리와 의무가 直接(구체적으로) 危害를 당한 것으로 보여야만 하며, 그것은 개별적 사건의 情狀(Sachumstände)에서 판단한다. 특히 過法의 行爲<sup>77)</sup> 만료된 국제법상의 條約<sup>78)</sup> 및 무효선언된 法律<sup>79)</sup>은 아직도 항상 침해 내지 위해를 줄 수 있으므로 그러한 범위에서 명백해져야 할 이익이 있다<sup>80)</sup>.

#### (마) 假處分

권한쟁의심판절차에 있어서 假處분이 인정되는지에 대하여는 대통령이나 연방 및 주의 법원에 대한 彈劾(연방헌법재판소법 제 53조, 제58조 제1항) 등의 경우와는 달리 假處분에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 의문이 있을 수 있겠으나, 헌법재판의 일반절차규정의 하나인 연방헌법재판소법 제32조(가처분조항)가 당연히 적용된다고 할 것이다.<sup>81)</sup>

---

75) BVerfGE 68, 1, 77 f.

76) Vgl. Jekewitz, Die Einfluß des Endes der Wahlperiode des Deutschen Bundestages auf Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, DÖV 1976, 675, 660, 662.

77) BVerfGE 10, 4, 11.

78) BVerfGE 1, 372, 379.

79) BVerfGE 20, 134, 141.

80) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 2. Aufl., 1982, S. 65.

따라서 권한쟁의심판청구를 받은 경우에 연방헌법재판소는 중대한 損害의 防止, 임박한 權力行使의 저지, 또는 기타의 중대한 원인으로 하여 公共福利를 위하여 緊急히 요청되는 경우에 假處分으로써 紛爭狀態를 잠정적으로 규율할 수 있다.

(마) 審判請求期間

권한쟁의심판청구는 문제의 처분 또는 부작위가 신청인에게 알려진(bekannt) 이후로부터, 즉 ‘안 날’로부터 6개월 이내에 제출되어야 한다(연방헌법재판소법 제64조 제3항). 합의기관(Kollegialorganen)에 있어서는 그 기관의 ‘모든’ 회원이 문제된 처분 또는 부작위의 존재를 알거나 알아야만 했을 경우에 비로소 그 행위는 ‘알려진’ 것이 된다<sup>82)</sup>. 法律은 公布<sup>83)</sup>되거나 이와 유사한 방법으로 公表(Bekanntgabe)<sup>84)</sup>된 경우에는 일반적으로 알려지게 된 것과 같다. 어느 處分の 施行이 문제되는 경우에는 심판청구의 상대방이 그에 대하여 분명하게 입장을 밝힌 때, 즉 그 시행을 분명하게 拒否하거나<sup>85)</sup> 同意한 경우<sup>86)</sup>에 기간은 기산된다. 個別行爲(Einzelakten)나 不作為(Unterlassungen)의 경우에는 각각의 사건에서 개별적으로 판단하여야 한다<sup>87)</sup> 6個月의 심판청구기간은 이 기간이 도과됨으로써 더 이상 권리의 侵害 또는 危害를 권한쟁의심판절차로 다룰 수 없는 除斥期間(Ausschlußfrist)이라고

81) 假處分에 관한 사건은 이미 다음과 같이 많이 있다. Vgl. BVerfGE 27, 152 ; 27, 240 ; 27, 294 ; 28, 97 ; 60, 175 ; 71, 299 ; 74, 44 ; 74, 96 ; 79, 379.

82) Leibholz/ Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 64 Rn. 7.

83) BVerfGE 13, 1, 10 ; 16, 6, 18 ; 24, 252, 258 ; 27, 294, 297 ; 64, 301, 316.

84) BVerfGE 80, 188, 210.

85) BVerfGE 4, 250, 269 ; 21, 312, 319.

86) BVerfGE 4, 250, 271 : 法律의 施行

87) BVerfGE 4, 250, 269 ; 45, 1, 30 f. ; 71, 299, 304.

보는 것이 통설이다<sup>88)</sup>.

### (3) 裁判 및 效力

연방헌법재판소법 제67조 제1문에 의하면 연방헌법재판소는 문제된 피청구인의 처분이나 부작위가 기본법의 규정을 침해하는지의 여부를 “確認”하는 재판을 한다. 이와 같이 確認判決(Feststellungsurteil)에 한정하는 것은 기본법 제93조 제1항 제1문 - 즉 “…… 裁判한다” - 에서 후퇴한 것이라고 할 수 있지만 기본법 제93조 제2항에는 함치하는 것이므로<sup>89)</sup> 문제는 없다. 따라서 연방헌법재판소는 判決主文에서 그 침해의 여부를 단순히 확인하는 것에 그치며, 피청구인인 헌법기관에게 의무를 지우거나 어떤 특정의 것을 명하지 못한다. 또한 헌법재판소의 결정을 강제집행하지도 아니한다<sup>90)</sup>.

연방헌법재판소가 認容裁判(stattgebende Entscheidung)을 하는 경우에는 침해된 기본법의 규정을 특정하여야 한다(기본법 제67조 제2문). 規範에 의하여 침해되었다 하더라도 기본법규정의 侵害를 確認하는 것에 그쳐야 하며, 권리의 失效(Rechtsunwirksamkeit)<sup>91)</sup>나 처분의 無效(Nichtigkeit der Maßnahme)<sup>92)</sup>를 확인하는 것

88) BVerfGE 24, 252, 257f. ; 71, 299, 304 ; 80, 188, 210 ; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., S. 119 Rn. 41 ; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht 2. Aufl., 1991. Rn 87.

89) BVerfGE 1, 208, 232. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., S. 65 f. 그러나 Pestalozza는 그의 제3판 저서에서 연방헌법재판소법 제67조 제1문은 명백히 위헌이며 해석으로 이를 긍정할 수 없다고 하여 견해를 분명히 하였다(Vgl. S. 119 Rn. 43).

90) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 338. 그런데 聯邦爭訟가운데 헌법적 성질을 갖지 않는 聯邦과 州간의 紛爭(연방헌법재판소법 제71, 72조)에 있어서는 일정한 義務(Verpflchtungen)를 행하도록 하는 내용의 선고도 할 수 있다(연방헌법재판소법 제72조 제1항 제2, 3호).

91) BVerfGE 1, 351, 371.

92) BVerfGE 20, 119, 129.



은 아니다. 연방헌법재판소도 이러한 입장을 취하고 있다<sup>93)</sup>.

연방헌법재판소는 이와 동시에 기본법의 해석에 중대한 법적 문제를 재판할 수 있다(연방헌법재판소법 제67조 제3문)<sup>94)</sup>. 연방헌법재판소가 청구를 棄却한 경우에 상황에 따라서는 그 주문에서 재판의 실체적 내용을 명백하게 밝히는 문구를 기재할 수 있다.<sup>95)</sup>

연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 모든 國家機關과 法院 및 行政官廳 그리고 나아가 분쟁 또는 심판절차에 참여한 關係者를 구속한다(연방헌법재판소법 제31조).

(4) 權限爭議審判에 관한 主要判例의 內容, 當事者 및 審判結果  
(圖表)

---

93) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 120 Rn. 44.

94) BVerfGE 1. 351, 371 ; 6, 309, 325.

95) BVerfGE 1, 351, 352, 371 f.

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 6. 3. 1952 -2BvE 1/51- E 1, 144	연방하원 職務規 程 제96조의 법적 효력	원내교섭 단체	연방하원, 원내교섭단체	棄却 기본법 제76조 침해
v. 5. 4. 1952 -2BvH 1/52- E 1, 208	州선거법의 조항	정당, 원내교섭단체 주의회의원	주정부, 주의회	동조항은 州法 을 侵害, 교섭 단체의 청구는 棄却
v. 29. 7. 1952 -2BvE 3/51- E 1, 351	연합국과 연방 수상간의 協定 (Petersberg협정)	원내교섭 단체	연방정부 (대리인: 연방수상) 기타참가인: 연방하원	棄却 기본법 조항 非侵害
v. 29. 7. 1952 -2BvE 2/51- E 1, 372	獨佛經濟協定	원내교섭 단체	연방정부 (대리인: 연방수상)	棄却 기본법 제59조 2항1문 非侵害
v. 7. 3. 1953 -2BvE 4/52- E 2, 143	연방하원의 國際 條約에 관한 법안의결	원내교섭 단체	원내교섭단체 의원개인과 다수의원	不適法  却下
v. 30. 6. 1953 -2BvE 1/52- E 2, 347	Kehler-Hafen의 공동 관리協定에 대한 연방정부 등의	원내교섭 단체	연방정부	棄却

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 29. 7. 1953 - 2BvE 1/53 - E 3, 12	연방은행법 제정 절차상 聯邦上院 의 권한범위	원내교섭 단체	연방상원	不適法  却下
v. 20. 7. 1954 - 1PBvU 1/54- E 4, 27	연방헌법재판소 법 제16조 1항	[主文] : 政黨은 선거절차의 법적 형성을 통한 자기의 헌법상 지위의 침해를 機關爭訟으로서 만 유효하게 주장할 수 있다.		
v. 16. 3. 1955 - 2BvK 1/54 - E 4, 144	주의회의원보상 법의 유효성	주의회의원	주의회	주법 및 평등원칙 非侵害
v. 28. 7. 1955 - 2BvH 1/54 - E 4, 250	주교육제도규제 법률의 시행	주내의 조합, 자치단체	주정부	棄却
v. 23. 1. 1957 - 2BvE 2/56 - E 6, 84	연방선거법 제6조 4항의 효력	정당	연방하원	棄却 기본법 제3, 21, 38조 非侵害
v. 23. 1. 1957 - 2BvE 1/56 - E 6, 99	연방선거법 제6조 4항의 효력	정당	연방하원	棄却 기본법 제3,21, 38조 非侵害

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 26. 3. 1957 - 2BvG 1/55 - E 6, 309	州공교육제도에 - 관한 법률공포로써 州가 政教協約을 - 침해했는지 여부	연방정부	주정부 기타참가인 : 주정부, Bremen시의 部(Senat)	棄却
v. 7. 5. 1957 - 2BvH 1/56 - E 6, 367	주헌법예의 지방 - 선거법의 합치 - 여부	정당	주의회	不適法 却下
v. 14. 5. 1957 - 2BvR 1/57 - E 6, 445	정당금지로 인한 - 議員職상실여부	헌법소원사건(소원신청인: - 해산된 독일공산당소속의원) :이는 의원의 憲法的 地位에 - 관한 문제로서 헌법소원대상 - 이 아님		헌법소원은 - 不適法, - 却下
v. 14. 7. 1959 - 2BvE 3/58 - E 10, 4	연방하원의 - 발언시간제한 - 의결	의원개인 과 다수의 의원	연방하원	棄却 청구인 권리 非侵害 却下
v. 11. 7. 1961 - 2BvE 1/59 - E 13, 56	기본법 제93조 - 1항 1문	개인(국민)	연방정부 (대리인: 내무장관)	개별적 國民: 당사자 능력無
v. 18. 7. 1961 - 2BvE 1/61 - E 13, 123	기본법 제21조 - 침해	정당	연방정부 (대리인: 연방수상)	不適法 却下

事件日字, 審號 揭載面(BVerfG)	事件內容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 19. 7. 1966 - 2BvE 1/62, 2/64 - E 20, 119	국민의 政治的 意思形成權 침해 기본법 제21조 1항 침해	정당  정당	연방하원  연방하원과 연방상원 기타참가인: 연방내무장관	기본법 제21조 侵害  棄却
v. 19. 7. 1966 - 2BvE 2/65 - E 20, 134	국민의 政治적 의사형성권 침해 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	侵害
v. 11. 4. 1967 - 2BvG 1/62 - E 21, 312	연방의 기본법 제30조 및 친연 방활동의무 침해 여부	주정부	연방정부	侵害
v. 9. 10. 1968 - 2BvE 2/66 - E 24, 184	외국증명서 면제 를 정한 法規命 수의 公布	연방상원	연방정부	棄却 기본법 제80조 2항 非侵害
v. 17. 10. 1968 - 2BvE 2/67 - E 24, 252	정당법조항 公布로써 기본법 제32조 1항, 제 21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	不適法  却下

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 17. 10. 1966 - 2BvE 4/67 - E 24, 260	정당법조항 공포로써 국민의 정치적 의사형성 에 대한 기회평등권 침해, 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	不適法  却下
v. 26. 11. 1968 - 2BvE 5/67 - E 24, 299	정당법조항 공포로써 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	소취하 했으나 공익에 반하여 非許容
v. 3. 12. 1968 - 2BvE 1.3,5 /67 - E 24, 300	정당법조항 공포로써 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방하원, 연방상원	기본법 제21조 1항, 제3조 1항 侵害
v. 22. 7. 1969 - 2BvK 1/67 - E 27, 44	주의회가 州首相 재선거를 안한 것이 기본법 제 28조 1항1문 침해	원내교섭 단체	주의회	棄却 주규약과 민주법치 국가원리 非侵害

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 7. 10. 1969 - 2BvQ 2/69 - E 27, 152	假處分	정당	연방하원의장	가처분 발령 拒否
v. 2. 12. 1969 - 2BvK 1/69 - E 27, 240	자치단체 區域境 界 및 법원관할구 역 규제법	자치단체	주의회	却下 가처분 발령신청 종료
v. 16. 12. 1969 - 2BvK 2/69 - E 27, 294	자치단체구역경 계 및 법원관할 구역 규제법	자치단체	주의회	却下 가처분 발령신청 종료
v. 10. 3.1970 - 2BvQ 1/70 - E 28, 97	선거비용관련 가처분	정당	연방하원의장	가처분 발령 拒否
v. 29. 10. 1975 - 2BvE 1/75 - E 40, 287	연방내무장관의 NPD에 대한 報告書가 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방내무장관	却下

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 10.2.1976 - 2BvG 1/74 - E 41, 291	연방의 특별프로 그램 公布등 행위 로 州의 헌법적 권리 및 친연방 활동의 무침해	주정부	연방정부 (대리인: 연방 경제장관)	기본법 제104a조 侵害
v. 2.3.1977 - 2BvE 1/76 - E 44, 125	정당에의 금전 가치있는 급부에 의해 기본법 제21조 1항 침해	정당	연방정부 (대리인: 연방수상)	기본법 제20 I 항, 211항, 선거기회 평등원칙 侵害
v. 25.5.1977 - 2BvE 1,74 - E 45, 1	연방정부가 하원 同意없이, 연방 재무장관이 要件 을 갖추지 않고 지출한 것이 기본법 제110조 침해	원내교섭 단체	연방정부, 연방재무장관	기본법 제110조의 연방하원 권리 侵害의 確認
v. 2.8.1978 - 2BvK 1/77 - E 49, 70	주의회의 의결이 주법 침해	다수의 주의회 의원	주의회	侵害
v. 25.3.1981 - 2BvE 1/79 - E 57, 1	연방내무장관의 연방하원에서의 意思表示이 기본 법 제21조 1항 침해	정당	연방정부 (대리인: 연방수상)	却下



事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 9. 2. 1982 - 2BvK 1/81 - E 60, 53	주정부가 同意로 써 기본법 제21 조 1항 침해	주내의 조항 (정당)	주정부, 주의회	却下
v. 24. 3. 1982 - 2BvH 1,2/82 - E 60, 175	주민요구의 신청 허가	개인, 입법발안권 을 행사하는 州의 住民	주정부, 주국사법원	却下 가처분 발령신청 종료
v. 27. 4. 1982 - 2BvH 1/81 - E 60, 319	주예산법률의 議決公布가 주헌 법 및 기본법 침해	정당, 주의회 의원	주의회. Bremen시 의 部	却下
v. 8. 6. 1982 - 2BvE 2/82 - E 60, 374	연방하원의장의 회의중 행한 問 責이 기본법 제 38조 1항 2문의 議員 發言權 侵害	연방하원 의원	연방하원의장	却下
v. 16. 2. 1983 - 2BvE 1, 2, 3, 4/83 - E 62, 1	연방대통령의 議會解散 및 選 舉命令이 기본법 제68조 1항 침 해, 청구인의 기 본법 제38조 1항 2문의 헌법상권 리 침해 및 직접 적 침해 우려	연방하원 의원	연방대통령	棄却

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 3. 11. 1982 - 2BvH 3/80 - E 62, 194	주예산법률의 의결 공포가 주 헌법 및 기본법 침해	정당, 주의회 의원	주의회, 주议회의 의장	却下
v. 24. 1. 1984 - 2BvH 3/83 - E 66, 107	주정부가 직능단 체의 세법상행위 와 관련된 法令 公布가 기본법 침해	정당	주정부	却下 주내의 공법상 분쟁의 補充性
v. 17. 7. 1984 - 2BvE 11,15 /83 -E 67, 100	기본법 제44조에 반하여 조사위원 회에 관계書類提 出을 拒否한 연 방장관의 행위	원내교섭단체, 연방하원의원, 다수의원	연방정부 (대리인: 연방수상) 연방재무장관 연방경제장관	거부행위는 기본법 侵害, 却下
v. 18. 12, 1984 -2BvE 13/83- E 68, 1	연방정부가 연방하원의 同意 를 얻지 않음으 로써 하원의 권리침해	원내교섭 단체	연방정부 (대리인: 연방수상)	棄却
v. 14. 1. 1986 - 2BvE 14/83, 4/84 -E 70,324	예산법상 요구되 는 비밀유지와 위원회위원의 선출행위	연방하원 의원, 원내교섭 단체	연방하원, 연방정부 (대리인: 연방재무 장관)	棄却

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 17. 12. 1985 - 2BvE 1/85 - E 71, 299	피청구인이 법원 의 처분에 대해 소원제기를 거부 한 것은 기본법 제44조 침해한것	원내교섭 단체	연방하원의 조사위원회	却下 가처분 발령신청 拒否
v. 14. 7. 1986 - 2BvE 5/83 - E 73, 1	연방하원이 豫算 法을 確定함으로 써 기본법침해	정당	연방하원, 연방하원의장	棄却
v. 14. 7. 1986 - 2BvE 2/84, 2BvR 442/84 - E 73, 40(병합)	정당법등 改正으 로 기본법 침해	정당	연방상원, 연방하원	불합치
v. 25. 12.1986 - 2BvE 1,3/84 - E 74, 44	연방내무장관의 A A R 활동 금지 처분 기본법원칙 침해, 가처분 발령 신청	AAR의 단체 AAR	연방정부, 연방내무장관	却下 가처분 발령신청 종료
v. 15. 12. 1986 - 2BvE 1/86 - E 74, 96	연방선거관리위 원회가 政黨으로 인정하지 않음으 로써 기본법 침해, 가처분 발령 신청	假 정당	연방선거관리 위원회	却下 가처분 발령신청 종료

事件日字, 審號 掲載面(BVerfG)	事件内容	當 事 者		決定主文
		請求人	被請求人	
v. 31. 3. 1987 - 2BvH 1/87 - E 75, 34	주정부가 법령으 로 選舉日字를 確定함으로써 선거요건충족을 불가능하게 한 것은 헌법상권리 를 침해	정당	주정부	却下
v. 7. 3. 1989 - 2BvQ 2/89 - E 79, 379	가처분으로써 연 방내무장관의 즉 시 집행가능성을 배제하고자 함	假 정당	연방정부, 연방내무장관	가처분 발령신청 거부
v. 13. 6. 1989 - 2BvE 1/88 - E 80, 188	연방하원의원의 법적 지위(상임위 원회에서 위원이 로서의 발언권, 신청권으로 협력 할 議員의 권리)	연방하원 의원	연방하원, 연방하원의장 원내교섭단체 연방상원	기본법 제38조 1항2문의 청구인 권리의 侵害, 棄却
v. 29. 9. 1990 - 2BvE 1/90 - 3/90, 4/90 u. 2BvR 1247/90	연방상하원이 동서독全獨選舉 條約法律에 議決 動議함으로써 기 본법 제38조 1항 및 제21조에서 나오는 政黨의 권리 침해	정당	연방하원, 연방상원 (참가인: 연방정부)	의결 및 동의는 정당간의 기회균등 원칙을 侵害

(\*\*\* 參考 : 事件審號 가운데 BvE는 권한쟁의(Organstreit)를, BvG는 연방과  
주간의 분쟁을, BvH는 기타 공법상의 분쟁을, BvK는 주내부의 헌  
법분쟁을, BvQ는 가처분사건을 그리고 PBvU는 제1,2부 합동재판부  
의 결정을 의미함을 밝힌다.)

## 2. 기타 國家의 제도

오스트리아와 이탈리아 및 스페인에서도 국가기관간의 권한다툼이 있는 경우에 독립된 憲法裁判所를 두어 재판하게 함으로써 이를 조정하고 있다. 그런데 이들 국가 이외에도 일반 最高法院에서 권한쟁의심판권을 갖는 나라(유럽국가 가운데 특히 그리스, 스위스, 벨기에 등)들이 있으므로 함께 살펴보기로 한다<sup>96</sup>). 그러나 여기서는 헌법 및 관계 법률조항을 중심으로 하여 평면적인 검토에만 그친다.

### (1) 오스트리아의 제도

헌법재판소는 (i) 法院과 行政廳간의 권한쟁의, (ii) 行政法院과 다른 모든 法院간, 특히 行政法院과 憲法裁判所간, 一般法院 상호간의 권한쟁의 및 (iii) 聯邦과 州간, 州 상호간의 권한쟁의에 대하여 재판한다(연방헌법 제138조 제1항). 헌법재판소는 본 조항에서 열거된 機關간의 권한분쟁이 있는 경우에만 재판할 권한이 있다<sup>97</sup>).

연방헌법 제138조 제1항의 權限衝突이 있는 경우 헌법재판소법은 제42조 내지 제52조에서 상세한 내용을 규정하고 있다. 이와 달리 立法機關과 명령제정권한을 가진 機關간의 권

---

96) 참고로 美國의 경우에는 최고국가기관(의회와 대통령)상호간의 다툼을 조정할 권한을 정한 특별한 절차가 없다. 따라서 정식 소송으로써 이러한 권한 다툼을 해결할 수가 없다. 그러나 행정권과 입법권간에 권한구분문제는 자주 발생하고 있다. 대통령이 그 임명에 있어서 의회의 동의를 요하는 공무원을 해임하는 경우 등을 그 예로 들 수 있다 (Vgl. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S. 47 f.).

97) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl., 1988. S. 356, Rn. 1082.

한쟁의는 연방헌법 제138조 제1항의 권한쟁의에 속하지 않으며, 이 때에는 연방헌법 제139조 및 제140조가 정하는 헌법재판소의 法律 및 命令審査權限 (Gesetzes und Verordnungsprüfungskompetenz)에 의하여 보호받게 된다<sup>98)</sup>.

또한 헌법재판소는 聯邦政府 또는 州政府의 청구에 의해 立法上, 執行上의 行爲가 聯邦의 권한인지 州의 권한인지에 대하여 확정한다(연방헌법 제138조 제2항). 그리고 헌법재판소는 聯邦政府나 關係州政府의 청구에 의해 聯邦과 州간의 協定이 체결되었는지의 여부나 그 협정에 따른 의무가 이행되었는지의 여부에 대하여 재판한다(연방헌법 제139a조). 이는 聯邦訴訟에 해당하는 것이며, 이러한 權限衝突이 있는 경우 헌법재판소법은 제53조 내지 제56조에서 상세한 내용을 규정하고 있다. 권한쟁의심판절차가 개시됨으로써 관계 법원에 계속중인 재판절차는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 중단된다(헌법재판소법 제42조 제5항, 제43조 제5항, 제47조 제4항).

## (2) 이탈리아의 제도

헌법재판소는 國家權力 상호간의 권한쟁의 및 國家와 州간 그리고 州 상호간의 권한쟁의에 대하여 최종적으로 재판한다(헌법재판 제134조 제25호). 먼저 헌법재판소는 자기가 속한 국가권력(Staatsgewalten)의 의사를 최종적으로 선언할 관할권이 있는 機關 상호간에 분쟁이 있는 경우 및 헌법규정에 의하여 인정된 여러 국가권력의 권한분배에 대하여 분쟁이 있는 경우에 재판한다(헌법재판소법 제37조 제1문). 이러한 國家機

---

98) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl., S. 356 f. Rn. 1081.

關에는 州(Regionen)나 地方(Provinzen) 등은 포함되지 않으나, 兩院, 政府, 議會의 委員會, 法院 및 國家組織外的 특정한 權力(예를 들면 法律의 廢止를 목적으로 하여 國民投票을 發議한 權力)등은 國家機關에 해당된다<sup>99</sup>). 법원의 권한에 속하는 문제에 대한 재판관할을 규정하고 있는 현행법령의 규정은 그대로 효력을 가진다(동조 제2문). 헌법재판소는 변론없이 결정으로 당사자의 관할권에 대하여 심판한다(동조 제3문). 헌법재판소가 권한쟁의의 심판을 하는 때에는 어느 국가기관에게 당해 權限(Befugnis)이 귀속되어 있는지를 분명히 하며, 이미 권한없는 기관이 행한 행위가 있을 때에는 그 행위가 무효임을 선언한다(동법 제38조).

또한 國家와 州(Regionen)간 및 州 상호간의 권한쟁의에 대하여는 헌법재판소법 제39조 내지 제42조에서 규정하고 있다. 여기서는 특히 입법 및 행정영역에서의 관할권분쟁이 문제가 된다. 헌법재판소는 재판에서 분쟁의 대상인 권한이 누구에게 속하는지를 확인하며, 권한없는 기관에 의하여 발령된 행정행위를 취소한다<sup>100</sup>).

### (3) 스페인의 제도

헌법재판소는 (i) 國家와 地方自治團體간, (ii) 두 개 이상의 地方自治團體 상호간 및 (iii) 行政府, 下院, 上院, 司法部 상호간의 권한쟁의에 대하여 재판한다(헌법 제161조 제1항, 헌법재판소법 제59조). 국가와 地方自治團體간 또는 地方自治團體 상호간의 권한쟁의는 국가기관 또는 地方自治團體의 행정기

---

99) Vgl. Auer. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 47.

100) Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, S. 236.

관이 제기하며 일정한 경우(消極的 權限爭議)에는 自然人이나 關係法人도 제기할 수 있다(헌법재판소법 제60조). 여기서 권한쟁의의 대상은 국가기관이나 지방자치단체기관이 제정한 規則(Bestimmungen), 決定(Beschlüsse) 및 處分(Handlungen)이며, 이에 대한 권한쟁의가 헌법재판소에 제기된 경우에는 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 그 규칙, 결정 및 처분을 집행할 수 없다. 헌법재판소의 判決은 모든 公權力을 기속하며 一般的 效力을 갖는다(동법 제61조).

그리고 行政府, 下院, 上院, 司法府 중 한 기관은 헌법 또는 조직법에 의하여 자기가 부여받은 권한을 다른 기관이 행사하고 있음을 그 기관에게 통지하고 이를 철회할 것을 요구하여야 한다. 그 통지를 받은 기관이 자기의 권한행사가 合憲 · 合法的임을 확신하거나 또는 일정기간(즉 1개월) 이내에 이를 수정하지 않는 경우에 양당사자 가운데 부당한 권한행사라고 판단하는 기관이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제73조). 헌법재판소는 判決으로써 문제된 憲法的 權限이 어느 機關에게 속하는지를 결정하고, 위반행위의 無效를 선언하며 나아가 무엇이 합법적인 救濟인가를 결정한다(동법 제75조 제2항).

#### (4) 그리스, 스위스, 벨기에 및 프랑스의 제도

헌법재판소를 두고 있지 않는 이들 국가에 있어서도 기관간에 권한다툼이 있는 경우에는 法院이나 破毀院 등이 권한쟁의심판을 하고 있다. 그리이스의 最高特別裁判所(Sondergerichtshof)는 法院과 行政府간, 國家評議會와 一般行政法院간 및 民 · 刑事法院간 또는 會計院과 기타 法院간의 분



쟁이 제기된 경우에 이를 관할할 권한이 있다(헌법 제100조 제1항 d호, 최고특별재판소법 제6조 d호).

스위스의 聯邦法院(Bundesgericht)은 聯邦機關과 州機關간의 권한쟁의에 대하여 재판한다(헌법 제113조 제1항 제1호, 연방사법조직법 제83조 a호)<sup>101)</sup>. 聯邦機關 상호간의 權限紛爭은 聯邦議會(Bundesversammlung)의 上下院 공동의 調整事項이기 때문에 聯邦法院의 재판권한에 속하지 않는다(헌법 제85조 제13호). 그러나 聯邦機關 상호간의 권한범위에 의심이 있는 경우에는 機關간에 서로 意見交換을 하도록 되어 있으므로 연방의회 조정권한은 이제까지 한번도 행사된 적이 없다. 벨기에의 破毀院은 법률이 정하는 방식으로 권한쟁의에 관하여 裁定한다(헌법 제106조). 프랑스의 憲法院(Verfassungsrat)은 헌법기관 상호간의 다툼 뿐만 아니라 중앙정부와 지방자치단체간의 권한 다툼에 대하여도 재판할 권한이 없다.<sup>102)</sup>

### 3. 각국의 權限爭議審判의 種類와 當事者(圖表)

앞에서 본 각국의 權限爭議審判制度는 歷史的 · 社會的 · 政治的 狀況에 따라 각기 달리 발전되어 왔고 상호간에 커다란 差異點이 있음을 알 수가 있다. 그 가운데 특히 審判의 種類와 當事者를 살펴보면 다음의 도표와 같다

---

101) Vgl. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 45 ff. u. 49 f. 또한 聯邦法院은 州相互間의 公法上의 紛爭에 대하여도 재판한다.

102) Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, S. 323 ; Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 48 f.

國 家	種 類 ( 및 當 事 者 )
韓 國	1) 國家機關 상호간의 권한쟁의심판 2) 국가기관과 地方自治團體간의 권한쟁의심판 3) 地方自治團體 상호간의 권한쟁의심판
獨 逸	1) 聯邦最高機關 : 연방대통령, 연방하원, 연방상원, 연방정부 2) 其他關係者 : 위 機關의 一部
오스트리아	1) 法院과 行政廳간의 권한쟁의 2) 行政法院과 다른 모든 法院간, 특히 行政法院과 憲法裁判所간, 一般法院 상호간의 권한쟁의 3) 聯邦과 州간, 州 상호간의 권한쟁의
이탈리아	1) 國家權力 상호간의 권한쟁의 2) 國家와 州간 그리고 州 상호간의 권한쟁의
스 페 인	1) 國家와 地方自治團體간의 권한쟁의 2) 두 개 이상의 地方自治團體 상호간의 권한쟁의 3) 行政府, 下院, 上院, 司法府 상호간의 권한쟁의
그 리 이스	最高特別裁判所 1) 法院과 行政府간의 권한쟁의 2) 國家評議會와 一般行政法院간 및 民刑事法院간의 권한쟁의 3) 會計院과 기타 法院간의 권한쟁의
스 위 스	聯邦法院 - 聯邦機關과 州機關간의 권한쟁의
벨 기 에	破毀院 - 법률이 정하는 권한쟁의
프 랑 스	憲法院 - 권한쟁의권한 없음

#### IV. 結 語 - 우리 制度의 問題點과 解決方案

이제까지 한국과 독일 및 기타 국가의 권한쟁의심판제도에 관하여 살펴보았다. 그러나 이 제도는 이미 앞에서 보았듯이 각 국가의 제도적, 정치적, 역사적 상황에 따라 그 인정여부에 있어 차이가 있을 뿐만 아니라 독립된 헌법재판소를 두어

이를 인정한다 하더라도 그 종류와 범위 및 절차 등에 있어서 통일되어 있지 않음을 알 수가 있다. 이러한 차이점은 앞의 도표에서도 본 바와 같다(III 3 참조).

여기서는 우리 나라의 制度에 있어서 문제가 있는, 특히 當事者 能力과 관련된 몇가지 問題點을 지적하고 나아가 그 解決方案을 제시해 보는 것으로서 결론에 대신하고자 한다.

### 1. 國家機關의 개념

먼저 헌법에서 정하고 있는 “國家機關”의 개념과 헌법재판소법에서 규정하는 “國家機關”의 개념은 차이가 있다는 점을 들 수 있다. 즉 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 국가기관을 國會, 政府, 法院, 中央選舉管理委員會 만으로 봄으로써 범위를 크게 축소하고 있을 뿐만 아니라, 동 조항 제2호에서는 더욱 좁게 보아 政府만을 국가기관으로 하고 있다<sup>103)</sup>.

그러나 이를 엄격히 文理解釋하여 좁게 보는 경우에는 권한쟁의 사건은 거의 있을 수가 없을 것이고 이 제도를 도입한 취지에 반하는 것이라 할 것이다. 그러므로 이를 擴大解釋하여<sup>104)</sup> 당사자의 범위를 위에서 열거하고 있는 최고기관에만 한정할 것이 아니라 국회의장, 국회의원, 국회의 상임위원회, 원내교섭단체, 정부의 장관이나 政黨<sup>105)</sup> 등에게도 당사자능력을 인정하는 것이 본 제도의 본질 및 취지에 합당한 것이 아닌가 여겨진다. 특히 우리 헌법재판소법 제61조 제2항의 “헌법 또는 법률에 의하여 권한을 부여받은 청구인<sup>106)</sup>”이 독일연

103) 동일한 法條項內에서 하나의 용어를 각각 다른 의미로서 사용하는 것은 입법 기술상 문제가 있다.

104) 李時潤, 憲法裁判에 관한 管見 I, 헌법논총 제1권(헌법재판소) 1990. 67면.

105) 특히 政黨의 경우 이제는 더 이상 權限爭議로 다룰 것이 아니라 憲法訴願으로 다루어야 한다는 최근의 주장이 있다(앞의 註52 참조).

방헌법재판소법 제63조에서 "기본법 또는 연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 기관일부"라고 한 것에서 영향 받은 것(?)이라고 할 수 있다면 우리 헌법재판소의 "法律 - 예를 들면 國會法 - 에 의하여 권한을 부여받은 청구인"이 - 비록 '기관일부'라는 표현은 없다 하더라도 - 독일연방헌법재판소법 소정의 "연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 기관일부"를 의미하는 것이라 못 볼 바 아니며<sup>107)</sup>, 나아가 독일의 경우 위 "기관일부"에 국회상임위원회나 원내교섭단체 및 개개인의 국회의원이 포함되는 것으로 보는 것이 통설인 것을 생각하면 우리의 경우에 있어서도 그것이 "법률에 의하여 권한을 부여받은 청구인"에 해당되는 것이라고 해석할 만한 여지가 전혀 없는 것만은 아니라고 본다. 이 점에 대하여는 앞으로 보다 깊은 연구가 요망된다.

또한 이와 관련하여 독일연방헌법재판소가 政黨을 연방헌법재판소법의 명문규정(제63조)을 떠나 基本法(제93조 제1항 제

106) 우리나라의 경우 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 「國家機關 상호간, ... 즉 국회 · 정부 · 법원 · 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의 심판」을 규정하고 있다. 또한 헌법재판소법 제61조에 의하면 「國家機關 상호간...에 權限의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때」(제1항) 피청구인의 處分 또는 不作爲가 「憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 청구인의 權限」(제2항)을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있을 때에만 당해 國家機關은 헌법재판소에 權限爭議審判을 청구할 수 있다. 그런데 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 정한 국가기관의 범위를 동제의 本質과 立法趣旨에 비추어 例示規定으로 보면 동법 제61조의 청구인의 범위는 보다 확대될 수 있는 것이며, 결국 이는 국회법상 고유권한을 가지는 상임위원회 등의 機關으로 봄이 타당한 것이다.

107) 독일의 경우 議會의 規則制定權을 의회내부의 조직과 운영에 관하여 헌법이 규정하고 있는 것 외에는 원칙적으로 의회규칙(즉 국회직무규정 Geschäftsordnung)에 위임(기본법 제40조 제1항 제2문)하고 있어 '憲法-規則'의 단계로 이루어지는 반면에, 우리나라는 「국회는 법률(즉 국회법)이 정하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙(즉 국회규칙)을 제정할 수 있다」고 하여 '憲法-國會議法-規則'의 체계로 되어 있다. 이를 검토해 보면 독일에서는 의회규칙의 내용과 범위가 상당히 광범위하지만, 우리나라에서는 이를 國會議法과 國會議規則에서 나누어 규정하고 있을 뿐만 아니라 의회절차와 내부규율은 국회법에서 상세히 규정하고 국회규칙은 그 대부분이 비교적 기술적, 절차적인 사항을 그 내용으로 하고 있다. 따라서 양 국가의 법률규정을 형식적으로 단순 비교하여 우리 헌법재판소법의 '법률'과 독일 연방 헌법재판소법의 '연방상하원의 직무규정'을 달리 보는 입장은 오히려 설득력이 약한 것이 아닌가 생각된다.

1호)에서 직접 “기본법 또는 연방최고기관의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 ‘其他關係者’에 포함시키려는 적극적 노력을 보인 것도 참조할 만하다<sup>108)</sup>.

연방헌법재판소의 권한쟁의사건을 살펴보면 대다수가 정당이나 원내교섭단체에 의하여 연방상하원이나 연방정부를 상대로 제기된 것이라는 점은 우리에게 시사하는 바가 대단히 크다.

## 2. 헌법재판소법 제62조 제1항의 違憲性

헌법에서 “國家機關 상호간, ……”으로 정하고 있는 國家機關을 “국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회” 또는 “정부” 만으로 국한하여 축소규정한 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호 및 제2호는 위헌의 소지가 없지 않은 것으로 보인다. 이러한 위헌의 여지는 동 조항을 유연하게 해석 적용함으로써만 제거될 수 있는 것이라 할 것이다. 그럼으로써 정당이나 원내교섭단체 등 국가기관의 일부에게 당사자능력을 인정할 수가 있게 된다. 독일에서도 유사한 경우가 있었으나 연방헌법재판소는 이를 잘 해결하고 있다<sup>109)</sup>.

## 3. 憲法裁判所 스스로가 當事者인 경우

헌법재판소가 직접 다툼의 當事者 - 특히 大法院의 권한과 관련하여 - 가 된 경우에는 궁극적으로는 헌법에서 문제된

108) 앞의 III. 1. (1) (가) 및 註 52 참조.

109) 앞의 III. 1. (1) (가) 참조. BVerfGE 1, 208, 222 ; 2, 143, 159 ff. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., S. 108 Rn. 15 : 「Das Bundesverfassungsgericht sieht dies mit milden Augen an. Es(das BVerfG) leitet die Parteifähigkeit, soweit erforderlich, unmittelbar aus Art. 93 I Nr. 1 GG her.」

조항을 정비함으로써 해결되어야 할 것이지만, 그렇지 않더라도 초창기 독일에서 연방헌법재판소가 일반최고법원에게 의견을 구하는 절차를 의도적으로 거쳐 이를 존중함으로써 분쟁의 소지를 사전에 제거해 온 것을 기억할 필요가 있다. 여기서 특히 憲法裁判所 89헌마178호 法務士法 施行規則에 대한 헌법소원사건의 결정과 관련하여 헌법재판소와 대법원 상호간의 權限爭議로 비춰지고 있는데 대하여 “실사 권한분쟁이라 하더라도 헌법재판소는 국가기관 상호간의 권한의 존부 및 범위에 관한 심판을 그 관장사항으로 하고 있으므로(헌법 제111조 제1항 제4호) 憲法裁判所는 자신과 다른 國家機關과의 권한쟁의에 관하여도 비록 헌법재판소법에 명문규정은 없지만 스스로 판단할 수 있다고 하여야 할 것이다. 그리고 헌법 제107조 제2항 등을 둘러싸고 벌어진 이번과 같은 문제는 어디까지나 헌법규범의 해석에 관한 문제이고 헌법해석에 관한 현행헌법상 憲法裁判所가 일차적이고도 중추적인 기관임을 상기할 때 비록 학설상으로는 갑론을설이 있을지라도 일단 헌법재판소가 어느 입장에서 결정을 한 이상 이는 헌법재판소의 判例로서 굳어진 것이므로 당연히 이에 따라야 하는 것”이라는 主張은 경청할 만하다.<sup>110)</sup>

오스트리아에서는 憲法裁判所 스스로가 行政法院 등과 직접 권한쟁의의 당사자가 된 경우에도 明文으로 헌법재판소의 관장사항으로 하고 있다(연방헌법 제138조 제1항).

#### 4. 地方自治團體가 당사자인 경우

---

110) 李石淵, 法務士法施行規則違憲決定의 正當性, 인권과 정의, 1991년 4월호 110면 주19 참조.

우리 法制上 지방자치단체가 분쟁의 當事者인 경우에는 그 조정방법에 있어 많은 어려움이 나타난다. 즉 현행법상 지방자치단체는 각각의 경우에 따라서 일면 행정심판이나 항고소송 또는 기관소송 등 行政上 爭訟에 의할 수도 있을 것이고, 타면 권한쟁의나 헌법소원 등 憲法上 爭訟에 의할 수도 있을 것이다. 행정상 쟁송의 문제는 아래의 항목에서도 다루고 있으므로 여기서는 후자, 즉 憲法上 爭訟에 있어서의 문제점을 살펴본다. 먼저 지방자치단체의 權限爭議를 보면, 지방자치단체는 國家機關(政府)이나 다른 地方自治團體와의 관계에서 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 자기의 권한의 침해 또는 현저한 침해위험이 있을 때에는 권한쟁의심판을 청구할 수가 있다(헌법재판소법 제61조, 제62조). 이러한 범위에서 지방자치단체에게 권한쟁의가 인정됨은 명문으로 정하고 있는 바이다. 여기서의 지방자치단체의 권한이란 헌법상 보장된 ‘지방자치제의 보장’(헌법 제117조)과는 엄연히 구분되는 것이다.

그런데 지방자치단체가 憲法訴願을 제기할 수 있는지는 권한쟁의와는 달리 헌법재판소법에서 명백히 밝히고 있지 않아 문제가 있다(지방자치단체의 헌법소원심판 청구인 적격 여부). 이와 관련하여 첫째, 헌법 제117조의 지방자치제의 보장이 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘헌법상 보장된 基本權’에 해당되는가 둘째, 지방자치단체는 公權力 내부에 속하는 것이 아닌가, 따라서 동조항의 ‘…… 침해받은 자’에 해당될 수 없는 것이 아닌가<sup>111)</sup> 하는 점이 검토되어야 한다. 그렇지만 이러한 문제는 우리 나라에 있어서 아직 정리되어 있지 않고 또한 우리

111) 지방자치단체는 사실상 國家 內에 위치하는 것이고, 고권적인 국가조직의 내부에서 국가위임사무와 자치사무영역에서 활동하며 따라서 그 자체는 公權力 主體에 해당한다(BVerfGE 8, 132). 지방자치단체는 공법상 기능수행에 있어서는 그 스스로 기본권주체가 될 수는 없으며 따라서 연방헌법재판소법 제90조의 個人憲法訴願은 제기할 수 없는 것이다(BVerfGE 61, 82, 100ff.)라고 한 判例가 있다.

현행법제상의 미비점이 발견되고 있기 때문에 상세한 논의는 다음 기회로 미루기로 하고, 여기서는 결론적으로 우리 현행법제도 아래에서는 地方自治制의 保障, 즉 지방자치의 本質을 침해한 경우에 있어서 지방자치단체의 憲法訴願은 부정되는 것으로 해석할 수밖에 없다는 점만 밝혀 두기로 한다.

참고로 이와 관련한 獨逸의 제도를 살펴보면, 기본법 제93조 제1항 제4a호 및 연방헌법재판소법 제90조와는 별도로 기본법 제93조 제1항 제4b호, 연방헌법재판소법 제13조 제8a호 및 제91조에서 地方自治團體(및 지방자치단체 조합)<sup>112)</sup>는 기본법 제28조의 自治行政權이 聯邦 또는 州의 法律<sup>113)</sup>에 의하여 侵害되었음을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있음을 정하고 있다. 다만 州法律에 의하여 자치행정권의 침해를 이유로 하는 헌법소원을 州憲法裁判所에 제기할 수 있는 경우에는 연방헌법재판소에 대한 헌법소원은 인정되지 않는다(補充性). 이와 같이 지방자치단체에게 헌법소원을 인정한 연방헌법재판소법 제91조가 제정된 理論的 背景은 곧 기본법 제28조의 지방자치제는 基本權과 마찬가지로의 효력을 가지며 그것이 침해된 경우에는 지방자치단체에게 연방헌법재판소에 제소할 수 있는 길을 열어 두어야 한다는 것이었다<sup>114)</sup>. 그러나 이에 대하여는 이미 입법당시(1951년)부터 지방자치단체에게 憲法訴願을 인정하게 되면 기본법이 예정하고 있는 연방국가구조를 붕괴시키게 되며 또한 기본법 제28조에서도 그 정당성을 찾

---

112) 지방자치단체가 연방헌법재판소법 제91조의 헌법소원의 당사자가 되는 경우에도 지방자치단체 그 자체만이 헌법소원을 제기할 자격이 있는 것이며, 그 기관이나 지방의회 의 교섭단체와 같은 경우는 당사자 능력이 인정되지 않는다(Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 6).

113) 地方自治團體는 行政處分이나 法院의 裁判에 대하여는 헌법원을 제기할 수 없다(Auer. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S. 85).

114) Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 1.



기가 어렵다는 비난이 있었다.

通說의 입장에 의하면 기본법 제28조의 자치행정권 침해를 이유로 하여서는 연방헌법재판소법 제91조의 地方自治團體의 憲法訴願(Kommunalverfassungsbeschwerde)으로써만 비로소 다룰 수 있는 것이고, 이러한 헌법소원은 동법 제90조의 個人憲法訴願(Individualverfassungsbeschwerde)과는 다른 特別한 種類의 것이라고 보는 것이다. 즉 이는 헌법소원을 규정한 연방헌법재판소법 제91조에 이거 지방자치단체에게 인정된 것이며 명문규정이 없으면 자치행정권 침해를 다룰 수 없다는 것을 의미하는 것이다<sup>115)</sup>. 다시 말하면 기본법 제28조 제2항은 基本權性을 갖지 않기 때문에 동법 제93조 제1항 제4b호는 ‘訴訟上이 特別規定’(prozessuale Sondernorm)이라고 보고 있다.

연방헌법재판소법 제91조의 헌법소원의 예로서는 法律로써 지방자치단체의 計劃高權을 제한하거나<sup>116)</sup> 자의적으로 자치단체의 地名을 변경하는 경우<sup>117)</sup> 등을 들 수 있다<sup>118)</sup>. 그런데 지방자치단체가 기본권을 가지는지에 대하여는 헌법재판소는 극히 회의적인 입장이지만<sup>119)</sup> 예외적으로 지방자치단체가 裁判節次上 기본법 제103조의 裁判請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör)과 같은 기본권유사권리를 침해받은 경우와 같이 지방자치단체가 공공책무수행주체가 아닌 모든 제3자에게 인정되는 權利(즉 基本權)의 주체로서 관련된 때에는 기본

---

115) 이와 관련하여 지방자치단체의 基本權性을 긍정하는 견해도 있으나(Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, 865f.) 통설은 이에 부정한다(Vgl. Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 1, Fn. 27 m. w. N.).

116) BVerfGE 56, 298.

117) BVerfGE 59, 216.

118) Vgl. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 183.

119) BVerfGE 61, 82, 100.

법 제90조의 憲法訴願을 제기할 수 있다<sup>120)</sup>.

## 5. 機關訴訟의 機能縮小 및 廢止의 문제

헌법과 헌법재판소법에서 地方自治團體를 權限爭議의 당사자로 함으로써 행정소송법상의 機關訴訟(동법 제3조 제4호)이 機能을 대폭적으로 縮小하였고 나아가 이를 폐지한 것이나 다름없다는 평가를 받고 있는 것으로 보인다<sup>121)</sup><sup>122)</sup>.

즉 행정소송법상의 기관소송은 사실상 지방자치단체와 관련된 것이 주종을 이루는 것이라는 점을 고려한다면 비록 但書條項<sup>123)</sup>을 신설하였다 하더라도 실제로는 폐지한 것이나 다름없다는 것이다. 이러한 관점에서 현행헌법이 행정소송법상의 기관소송을 헌법재판소의 관장사항으로 규정함으로써 행정상 기관소송은 廢止된 것이라고 보는 주장도 있다<sup>124)</sup>.

그러나 헌법재판소법상의 權限爭議는 同法에서 정하고 있는 국가기관이나 지방자치단체 등 간의 분쟁에서만 문제되는 것이고 지방자치단체의 기관 상호간의 권한다툼은 대상으로 하고 있지 않다.<sup>125)</sup>

즉 지방자치단체의 長과 地方議會간의 권한다툼과 中央政

120) Vgl. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 184 ; Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §91 Rn. 3 a. E. ; BVerfGE 6, 49f. ; 45, 74ff., 61, 105 ff.

121) 機關訴訟과 權限爭議의 차이점에 대하여는 辛奉起, 機關訴訟과 權限爭議, 考試研究 1991년 9월호 129면 이하 참조.

122) 國家機關의 權限爭議 審判制度에 대하여는 그 活性化 可能性에 있어 소극적 견해(權寧星교수)와 적극적 견해(金大中 조선일보 논설주간)가 있다. 그에 대하여는 서울대학교, 法學 제29권 3·4호(1988년 12월) 43면 및 48면 참조.

123) 「다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다」(헌법재판소법 부칙 제8조 제2항, 행정소송법 제3조 제4호).

124) 金道稔, 一般行政論(上), 1988, 772면.

125) 同旨, 洪井善, 機關訴訟, 考試界 1991년 8월호, 107면.

府(또는 長官)와 地方議會 간의 권한다툼은 모두 같은 유형으로 볼 수 없는 것이기 때문에 결국 행정상의 기관소송의 여지는 여전히 남게 되는 것이다. 그리고 헌법재판소법 제정 당시 同法 附則 제8조 2항에서 1985년 개정된 행정소송법상의 機關訴訟(제3조 4호)을 염두에 두어 但書條項을 둔 것을 고려한다면 그것은 입법상 흠결이라 할 것은 아니며 따라서 헌법재판소법상의 權限爭議制度의 신설로서 행정상의 機關訴訟을 廢止한 것이라고 단언하는 것은 무리한 견해라고 할 것이다. 또한 機關訴訟은 행정소송법 제45조에 의거 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있는 것이기 때문에 현행 지방자치관련법률에서의 기관소송을 제기 할 수 있는 예는 극히 한정되어 지방자치단체의 長이 地方議會에 대하여 제기하는 訴訟(지방자치법 제159조)과 教育監이 市·道議會 또는 教育委員會에 대하여 제기하는 訴訟(지방교육자치에 관한 법률 제38조) 등에 불과하다. 따라서 사실상 헌법재판소상의 權限爭議審判制度가 도입되기 이전에도 기관소송의 여지는 극히 제한적일 수밖에 없었고 또한 현재에도 法律이 인정한 경우에만 가능한 것이기 때문에 機關縮小라고 보는 것은 전혀 타당하지 않다고 할 것이다.

## 6. 權限爭議와 補充性的의 문제

권한쟁의심판은 헌법재판소가 始審이자 終審으로 재판한다. 따라서 현행법상 헌법소원의 경우에만 적용되는 補充性的의 원칙은 권한쟁의심판에 있어서는 적용될 수 없는 것이다. 權限爭議에까지 보충성 원칙의 적용을 확대하는 것은 헌법재판소법의 명문규정을 무시한 해석태도이며 자칫 헌법재판소의 기

능을 위축시킬 위험이 있으므로 이는 옳지 않다고 본다. 이러한 점에서 “權限爭議審判請求는 다른 爭議手段(즉 行政訴訟法 제3조 4호의 機關訴訟, 地方自治法 제157조의 違法不當한 命令·處分の 是正, 同法 제159조의 地方議會議決의 再議와 提訴 등)을 다한 후 최종적으로 憲法裁判所에 할 수 있는 것”이라는 주장<sup>126)</sup>은 타당하지 않다고 본다.

---

126) 丘秉朔, 主觀式 模範答案講評, 考試研究 1991년 5월호 238면.