

憲法論叢

第 4 輯

憲法裁判所

發 刊 辭

헌법재판소는 1988년 9월에 창설된 이래 국내의 헌법재판에 대한 경험과 연구가 거의 없었던 발족 당시의 어려움을 극복하고 지난 5년여간 1, 500여의 사건을 처리함으로써 괄목할 만한 발전을 거듭하여 왔으며, 아울러 그간 학계와 법조계에서도 헌법재판에 관한 연구가 활발하여 헌법재판제도의 早期定着과 發展에 크게 기여하고 있음은 뜻깊은 일이라 하겠습니다.

우리 헌법재판소는 高潮되어 가고 있는 헌법재판에 대한 연구 분위기에 호응하고 소속 직원들의 연구 의욕을 고취하기 위하여 금년에도 헌법연구관 등을 대상으로 헌법재판과 헌법학에 관련된 논문을 공모하여 그 중 선정된 우수논문으로 憲法論叢 第4輯을 발간하게 되었습니다.

금번 제4집을 위하여 격무의 재판업무속에서도 기꺼이 寄稿를 해주신 한병채 헌법재판관님과 학문연구에 바쁜 시간을 틈내어 寄稿하여 주신 고려대학교 계희열 교수님께 특별히 감사를 드립니다. 그리고 훌륭한 논문을 쓰기 위하여 노력하여 주신 필자 여러분께 격려를 보내며, 앞으로도 더욱 精進하여 알찬 논문들이 계속 이 논총에 수록될 수 있기를 기대합니다.

1993. 12.

憲 法 裁 判 所
事 務 處 長 金 溶 鈞

目 次

憲法裁判의 請求人	韓柄燾	4
決斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂禧悅	122
憲法訴願審判請求에 있어서의 訴願期間에 관한 研究	鄭宗燮	146
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李石淵	201
憲法上 平等概念의 理解	黃道洙	228
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金顯哲	256
法律의 해석· 적용과 基本權		
- 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李明雄	311
憲法上的 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔在健	355
시정자의 법적 지위와 권리	金鍾書	409
憲法裁判과 國際法規範	羅仁均	462
<부록> 헌법논총 수록 논문색인		499

憲法裁判의 請求人

韓 柄 案

憲法裁判所 裁判官

- 目 次 -

- 一. 憲法裁判의 當事者
 - 1. 當事者의 權利와 義務
 - 가. 審判請求人
 - 나. 法務部長官
 - 다. 利害關係人 및 裁判參加人
 - 2. 憲法裁判에 있어서의 當事者地位
 - 가. 違憲法律審判의 當事者表示
 - 나. 憲法訴願審判의 當事者表示
 - (1) 請求人
 - (2) 被請求人
 - (3) 被請求人을 表示하는 事例
 - 3. 彈劾·政黨解散審判의 當事者
 - 가. 彈劾審判의 當事者
 - 나. 政黨解散審判의 當事者
 - 4. 權限爭議審判의 當事者

가. 當事者能力

나. 其他의 憲法機關

(1) 國會議長

(2) 國會內의 各 委員會와 交涉團體

(3) 國會議員

(4) 政府의 所屬機關

다. 政黨

二. 憲法訴願의 審判請求權者

1. 權利救濟型 訴願의 請求人

2. 規範統制型 訴願의 請求人

三. 當事者能力

1. 憲法裁判의 當事者能力

2. 自然人과 法人

3. 法人 아닌 社團 또는 財團

4. 協會 및 其他의 團體

5. 政黨

6. 當事者能力의 欠缺(却下事由)

四. 當事者適格

1. 當事者適格과 辯論能力

2. 正當한 當事者

가. 客觀的 憲法秩序守護의 審判請求人

나. 主觀的 基本權救濟의 審判請求人(權利保護의 利益)

다. 公機關權限保護의 審判請求人

3. 告發人的 請求人適格

- 가. 犯罪被害者로서의 告發人
- 나. 財物損壞罪의 告發人
- 다. 職權濫用罪의 告發人
- 라. 被害者가 아닌 告訴權者

4. 集團과 共同代表

- 가. 集團代表의 當事者適格問題
- 나. 共同代表의 當事者適格問題
- 다. 團體와 構成員과의 關係
- 라. 團體의 當事者適格
- 마. 政黨과 黨員의 法的 地位

五. 請求適格의 制限理由

1. 訴願適格

2. 審判請求의 適法性

3. 訴願適格의 要件

- 가. 公權力의 存在 또는 不存在
- 나. 自己基本權의 侵害
- 다. 權利保護의 必要性
- 라. 法律上 權利保護의 利益

六. 法的關聯性

1. 自己關聯性

- 가. 主觀的인 自己權利의 侵害
- 나. 自己性에 대한 判例

2. 現在關聯性

가. 法規範의 現在性

나. 現在性에 대한 判例

다. 公權力行使의 終結과 現在性

3. 直接關聯性

가. 法規範의 直接性

나. 直接性에 대한 判例

다. 個別行政處分의 直接性

第一. 憲法裁判의 請求人

憲法裁判所制度가 1987.10.29.의 憲法全文改正으로 이른바 第6共和國 憲法에서 도입되고(憲法 제111조), 1988.9.19. 憲法裁判所가 출범하였으나 아직까지 一般國民은 물론 법률실무를 전담하는 法曹界에서조차 낮은 制度이기 때문에 이를 제대로 이용하지 못하고 있는 실정이다. 특히 國民의 기본권보장을 위한 憲法訴願審判은 우리 나라에서 처음으로 도입된 새로운 制度이기 때문에 訴願審判의 請求節次를 이해하지 못하여 指定裁判部の 事前審査 또는 全員裁判部の 審理에서 適法要件의 흠결로 却下되는 경우를 많이 보게 된다. 물론 憲法裁判所法등 관계 法律이 아직도 구체적인 訴訟節次에 관한 規定까지 완벽하게 열거하고 있지 아니하여 一般 請求人은 물론 法律전문가들도 審判請求人의 適格과 節次上の 要件에 대하여 이해하기 어려운 점이 많을 뿐 아니라 憲法裁判의 審議過程에서도 여러 가지 문제점이 많이 제기되고 있는 실정이다.

그 중에서도 憲法裁判所에 접수 처리되는 사건의 80% 이상을 차지하는 憲法訴願審判의 경우에는 누가 무엇에 대하여 어떻게 訴願審判請求를 할 것인가 하는 기본적인 請求人의 能力과 適格에서부터 訴願의 適法要件을 검토 확정하는데 많은 논란을 겪고 있다. 더구나 國民 各者가 民主化의 흐름에 발맞추어 憲法과 自己基本權에 대한 새로운 自覺을 하게 되고 公權力에 대한 不信과 抵抗이 확산되면서 侵害된 自己基本權을 구제하기 위한 憲法訴願을 請求하는 사람이 날로 늘어나고 있다.

그러나 그에 걸맞는 憲法裁判에 관한 節次法이 定立되지 아니하여 裁判請求人들에게 많은 애로와 불편을 주고 있고 그로 인하여 主權行使를 빙자하여 民衆訴訟의 성격을 가진 訴願을 請求하는 例가 날로 늘어나고 있는 실정이다. 이러한 모든 문제를 해결하고 憲法裁判의 節次를 쉽게 이해하기 위하여 請求人 특히 憲法訴願 審判請求人이 될 수 있는 當事者能力과 適格의 要件을 어떻게 設定하고 限定하여야 할 것인가 하는 기본적인 문제부터 論議하는 것이 바람직하다. 그래서 여기에서는 먼저 憲法裁判을 請求할 수 있는 者는 누구이며 어떠한 要件과 適格을 갖추어야 하는가 하는 憲法裁判의 當事者에 관한 문제들을 우리 나라와 獨逸의 憲法裁判所判例를 中心으로 살펴보고자 한다.

一. 憲法裁判의 當事者

憲法裁判所가 관장하는 審判 중 違憲法律審判과 憲法訴願審判은 職權書面審理의 方式에 의하고 있고, 彈劾審判, 政黨解散審判, 權限爭議審判은 當事者 口頭辯論에 의한 審理構造로 되어 있다.(憲法 제111조 제1항, 法제302조, 제25조, 제26조).

그러므로 憲法裁判의 當事者도 前者의 경우에는 請求人을 기본으로 審判하게 되고, 後者の 경우에는 對立된 當事者를 確定하고 필요적 口頭辯論에 의하여 審判하게 된다는 것을 유의하고 검토하여야 한다.

憲法裁判節次에 있어서 自己의 權利救濟를 위하여 自己 이름으로 違憲審判을 請求하는 者를 請求人이라 하고, 그 상대방인 當事者를 被請求人이라고 한다. 그러나 違憲法律審判(法 제41조)이

나 規範統制型 憲法訴願(法 제68조 제2항)의 경우에는 規範 및 公權力을 統制하는 憲法裁判이기 때문에 원칙적으로 審判請求人은 있으나 被請求人이 없다. 그리고 權利救濟型 憲法訴願(法 제68조 제1항)의 경우에도 請求人이 주장하는 침해된 權利와 침해의 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使를 중심으로 審判하는 것이기 때문에 實務上의 필요에 따라 被請求人을 확정하여 표시하기도 하나 원칙적으로 被請求人이 없다고 보아야 한다(法 제71조 제1항).

그러므로 被請求人을 특정하지 않는 경우에는 利害關係가 있는 당해 審判事件의 當事者格인 國家機關(公共團體)과 法務部長官에게 그 提請書의 등본을 송달하고 그에 따른 意見書를 제출할 수 있게 하고 있다.(法 제27조 제2항, 제44조, 제74조 제1항, 제2항)

다만, 우리 憲法裁判所의 實務에 있어서는 對立當事者主義의 訴訟構造에 익숙한 우리의 法律文化를 고려하여 被請求人을 特定할 수 있고 또 필요한 경우에는 審判決定文에 請求人과 被請求人을 함께 표시하고 있다. 예컨대 檢事의 不起訴處분에 대한 憲法訴願事件에서는 지방검찰청 擔當檢事를 被請求人으로 하여 當事者表示를 하고 있다는 것을 유의할 필요가 있다. 반면에 彈劾審判, 政黨解散審判, 權限爭議審判事件에서는 對立的 當事者인 請求人과 被請求人을 확정하고, 그에 따라 口頭辯論에 의하여 審理하여야 하고 審判決定文에 對立當事者를 明示하여야 한다. 이와 같이 憲法裁判의 當事者는 관장하는 審判事項에 따라 當事者構造가 다르다는 것을 이해하고 當事者의 權利와 義務 및 그 適格을 다루어야 한다.

1. 當事者의 權利와 義務

가. 審判請求人

憲法裁判의 請求人은 憲法과 憲法裁判所法에 규정된 特別審判節次에 따라 當事者가 확정된다. 그러나 일반적으로 請求人이라 함은 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者가 自己名義로 規範統制나 그 權利保護를 求하기 위하여 法律 또는 公權力의 處分에 대한 違憲與否의 審判을 請求하는 者를 말한다. 審判請求人은 審判節次에 관한 節次的 權利와 審判의 內容에 관하여 주장할 수 있는 實體的 權利를 가진다.

請求人의 節次的 權利는 審判節次에서 請求人의 利益을 옹호하기 위하여 필요한 訴訟法上的 權利를 말한다. 예컨대 請求書를 제출하고 審判決定의 送達을 받을 權利, 請求書를 補充하고 是正하는 權利, 期日の 召喚을 받을 權利, 期日指定의 申請權, 除斥·忌避申請權, 辯論權, 質問權 등을 말한다.(法 제24조, 제27조, 제28조, 제31조, 제36조 제4항 참조).

請求人의 實體的 權利는 憲法上 保障된 國民의 裁判請求權을 實質적으로 行使하는 權利를 말한다. 즉 侵害당한 自己基本權을 救濟받기 위하여 審判請求를 求하는 實體的 事項과 그 範圍를 特定하고, 그 審判請求의 取下·拋棄 등 審判請求自體를 임의로 處分할 수 있는 權利를 말한다. 예컨대 請求書의 內容을 主張整理하고 補完하며 追加로 自己意見を 提出하는 등 자기 주장을 뒷받침할 수 있는 裁判의 實體的 事項에 대하여 資料를 提出하고 意見を 陳述할 權利를 말한다. 따라서 裁判部의 補正 또는 解明등의 要求에 응하여야 할 義務와 審判의 辯論에 참여하고

그에 따른 證據調査에 직접 참여하는 裁判의 當事者地位에서 가지는 實體的인 權利와 義務등을 말한다.(法 제26조, 제28조, 제29조, 제31조 제1항, 제32조, 제43조, 제64조, 제71조 참조)

獨逸은 憲法으로 이러한 當事者의 審判請求權을 獨立된 條文으로 保障하고 있다(獨逸憲法 제103조 제1항 참조). 우리 憲法은 제27조에서 國民의 裁判請求權을 保障하고 제111조에서 憲法裁判所의 관장사항을 명시하고 있어서 모든 國民의 基本權으로 이러한 當事者의 憲法裁判請求權을 保障하고 있다. 그리고 憲法裁判所法에 의하여 一般 및 特別審判節次規定을 두고 있으므로 請求人은 審判節次의 主體로서 憲法裁判을 請求할 수 있는 節次上의 權利와 實體的 權利를 憲法上의 基本權으로 保障받고 있다고 보아야 할 것이다(憲法 제111조).

나. 法務部長官

憲法裁判의 각종 審判節次에 있어서 審判請求人의 相對方인 被請求人의 地位인 當事者로서 政府가 되는 경우가 많다. 政府가 當事者가 되거나 參加人인 될 때에는 法務部長官이 이를 代表한다. 法務部長官은 辯護士 또는 辯護士 資格이 있는 소속직원을 代理人으로 選任하여 審判을 수행할 수 있다(法 제25조 제1항, 제2항).

그러므로 政府가 當事者인 때에는 法務部長官이 實質的 當事者가 된다.

法務部長官은 當事者로서 審判請求書와 審判節次에 관한 모든 決定과 節次의 通知를 받을 權利와 意見書を 提出할 權限이 있다. 따라서 憲法裁判所가 審判請求書を 접수한 때에는 지체없이

그 등본을 被請求人에게 송달하여야 하고, 違憲法律審判의 提請이 있는 때에는 法務部長官에게 그 제청서의 등본을 송달한다.

(法 제27조).

法務部長官은 憲法裁判所에 法律의 違憲與否에 대한 意見書を 提出할 수 있다(法 제44조).

憲法訴願審判의 事前審査에서 指定裁判部가 審判回附決定을 한 때에는 지체없이 그 사실을 法務部長官에게 통지하여야 한다. 法務部長官은 憲法訴願審判에 관한 意見書を 提出할 수 있다 (法 제73조 제2항, 제74조).

다. 利害關係人 및 裁判參加人

憲法裁判節次에 있어서의 利害關係人은 自己 이름으로 判決을 求하거나 裁判을 請求하는 것이 아니므로 진정한 의미의 當事者라고는 할 수 없으나 裁判에 參加하는 節次部分에 있어서는 意見書を 제출하는 등 當事者를 갈음하는 地位를 가지므로 從된 當事者라고 볼 수 있다.

法律의 違憲 및 憲法訴願의 認容決定은 모든 國家機關과 地方自治團體를 基속하는 對世的 效力이 있기 때문에 당해 訴訟事件의 當事者나 其他 利害關係人 등에 대하여 그 審判에 관한 意見 提出權을 認定하고 訴訟參加人이 될 수 있는 機會를 보장하고 있어서 從된 當事者로 裁判에 參加할 수 있다. 憲法裁判所法은 明文으로 違憲法律審判節次에서 當該訴訟事件의 當事者 및 法務部長官은 憲法裁判所에 法律의 違憲與否에 대한 意見書を 提出할 수 있다(法 제44조)고 規定하고 憲法訴願의 審判節次에 있어서 利害關係가 있는 國家機關 또는 公共團體와 法務部長官은 利害

關係人으로서 그 審判에 관한 意見書を 提出할 수 있다(法 제74조 제1항)고 規定하고 있다.

違憲法律審判의 提請이 있는 때에는 請求人이 아닌 당해 訴訟事件의 法院當事者에게 그 提請書의 등본을 송달한다. 憲法裁判所法 제68조 제2항의 規定에 의한 憲法訴願에 있어서는 法務部長官 및 청구인이 아닌 당해 사건의 當事者를 利害關係人으로 보고 裁判部の 審判에 回附된 事實을 지체없이 통지하여야 한다(法 제27조 제2항, 제74조 제2항).

憲法裁判所의 審判節次에 관하여 憲法裁判所法에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 民事訴訟에 관한 法令의 規定이 준용되는 것이므로 利害關係人은 訴訟參加를 할 수 있다(法 제40조) 보아야 한다. 그러나 違憲法律審判(法 제41조)과 憲法訴願審判(法 제68조)은 일반 民事訴訟과 같이 當事者辯論主義에 입각한 對審構造가 아니므로 獨立當事者參加人 또는 補助參加人으로서의 地位를 가지고 訴訟參加를 하는 것이라고 볼 수는 없다. 그러나 裁判係屬中の 裁判結果에 따라 利害關係가 있는 第三者에게 當事者一方의 勝訴를 補助하기 위하여 그 訴訟에 參加하는 補助參加를 認定하고 訴訟行爲를 하는 것을 民事訴訟法에서 許容하고 있기 때문에 憲法裁判의 利害關係人에게도 補助參加人으로 할 수 있는 訴訟行爲는 할 수 있다고 보아야 한다(民訴法 제62조, 제70조).

따라서 利害關係人은 새로운 事實의 主張과 證據의 提出 및 參考人 申請 등과 같이 裁判內容에 따라 當事者가 아니면 할 수 없는 것을 제외하고는 裁判에 관하여 공격, 방어, 이의 등 기타의 節次的 訴訟行爲를 할 수 있다고 보아야 한다.

2. 憲法裁判에 있어서의 當事者 地位

違憲法律審判이나 憲法訴願審判에 있어서는 職權書面審理를 원칙으로 하고 있으므로 相對當事者인 裁判相對方은 원칙적으로 存在하지 아니한다. 憲法裁判의 주종을 이루는 이러한 審判에 있어서의 當事者는 民事訴訟에서와 같이 반드시 對立하는 두 當事者가 存在하는 것이 아니어서 當事者의 地位를 이해하는데 一般 訴訟의 경우와는 다르다는 것을 유의하여야 한다. 더구나 違憲法律審判과 憲法訴願審判의 節次에 있어서는 職權書面審理主義를 원칙으로 하고 있기 때문에 當事者 對立主義의 構造가 아닌 請求當事者 中心主義의 구조를 原則으로 하고 있다는 것을 명심하여야 한다. 위와 같은 憲法裁判에 있어서는 當事者의 호칭도 民事訴訟節次에서와 같이 原告나 被告, 反訴原告나 反訴被告 또는 強制執行節次에서와 같이 債權者나 債務者라고 하는 對立되는 當事者의 개념으로 이해하거나 그렇게 表示하지는 않는다. 이 점이 對立된 當事者의 구조로 審判하는, 즉 被請求機關을 表示하는 權限爭議審判(法 제61조, 제64조, 제65조), 被請求人이 있는 彈劾審判(法 제48조, 제52조 내지 제54조), 政黨解散審判(法 제55조 내지 제57조)과도 區別된다는 것을 유의하여야 한다.

違憲法律審判이나 憲法訴願審判에 있어서는 憲法裁判을 請求하는 請求人, 提請法院, 提請申請人만을 當事者로 表示한다는 것을 原則으로 하고 例外的으로 對立 當事者를 表示하여야 할 필요가 있는 경우에만 相對 當事者를 표시한다. 憲法裁判에 있어서 이러한 節次上的의 要件에 대한 구비여부를 判斷함에 있어서는

일정한 순서나 순위가 정해져 있는 것이다. 當事者能力이나 適

격이 없다고 인정되는 경우에는 그 判斷理由에서 適法要件이 充足되지 못한 不適法性을 가지고 主文에서 却下하게 된다.

憲法裁判의 請求人이 憲法상 보장된 自己基本權을 침해한 원인이 되는 公權力을 다투는 경우에도 憲法裁判所는 대부분의 경우에 實體的인 本案判斷에 필요한 個別要件을 거론하기 전에 그 節次上的 適法性을 우선 확정하고 그 다음에 本案을 審理하기 때문에 節次上的 適法性은 대단히 중요하다.(法 제72조 제3항) 그러나 때로는 本案審理에 들어가서 論議한 결과 當事者適格과 訴訟適格이 확정판단되는 경우가 많기 때문에 이를 本案判斷에서 확정하는 경우도 많이 있다.

우리 憲法裁判所의 決定文에 나타난 當事者의 表示方法과 當事者의 地位 및 그 適法性을 살펴보면 다음과 같다.

가. 違憲法律審判의 當事者表示

法律이 憲法에 違反되는지 여부가 裁判의 前提가 된 때에는 當該事件을 담당하는 法院이 職權 또는 當事者의 申請에 의한 決定으로 憲法裁判所에 違憲與否의 審判을 提請하는 것이기 때문에 違憲法律審判事件에서는 法律의 違憲與否審判을 提請하는 提請法院과 提請申請人을 當事者로 表示한다. 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 當該事件을 담당하는 法院이 職權에 의한 決定으로 法院이 憲法裁判所에 具體的 規範에 대한 違憲與否의 審判을 提請하는 경우에는 提請法院만을 當事者로 確定하여 表示한다. 그 提請法院은 大法院이 아닌 提請申請당사당해 사건을 담당하는 法院을 말하며 거기에는 軍事法院도 포함된다. 違憲法律審判請求는 當該 사건의 裁判當事者도 違憲提請

申請을 할 수 있으므로 提請法院의 提請決定이 당해 事件의 當事者 申請에 의한 경우에는 當事者인 提請法院과 함께 提請申請人 또는 被監護請求人을 決定文의 當事者로 부기하여 表示하고 있다.(法 제41조, 제43조와 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6호 및 89헌가37, 96호, 89헌가5,8호, 89헌가44호 등의 決定文 참조).

나. 憲法訴願審判의 當事者 表示

(1) 請求人

憲法訴願審判事件에서는 審判請求의 當事者를 請求人이라고 表示한다. 公權力의 行使 또는 不行使가 抽象的 規範인 法規에 基因하여 請求人의 基本權이 侵害된 때에는 法規의 違憲性を 가지고 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 이 경우에는 그 審判決定文에 請求人만을 當事者로 確定하여 表示하고 被請求人을 特定하지 아니한다.

憲法裁判所法 제41조에 의한 法律의 違憲與否審判의 提請申請이 당해 法院에서 棄却된 때에는 동법 제68조 제2항에 의하여 그 申請을 한 當事者가 직접 그 法律에 대한 憲法訴願審判을 憲法裁判所에 請求할 수 있는데 이 경우에도 그 審判決定文에 請求人만을 當事者로 表示하고 있다. 이 때에 提請申請을 한 당해 訴訟事件만을 明示할 뿐 그 기각한 法院은 當事者로 表示하지 아니한다. 다만 決定文의 事件表題(헌가, 헌바, 헌마00 등)를 달리하고 관련 訴訟事件을 特定하여 法 제68조 제1항 소정의 一般訴願(헌마00)과는 다른 法 제68조 제2항의 規範統制型 憲法訴願(헌바00)임을 할 수 있도록 분류하여 취급하고 있다(法 제71조 제1항, 제2항 및 1989. 7. 21. 선고, 헌마12호, 1989. 9. 4., 선고, 88헌마22호 및 1991. 4. 1. 선고, 89

헌마160호, 1993. 3. 11. 선고, 91헌바22호 등 헌마(바) 決定文 참조).

(2) 被請求人

憲法訴願審判事件에 있어서는 반드시 相對當事者를 확정하여 被請求人을 特定하여야 하는 것은 아니다. 被請求人은 審判請求書나 決定文의 필요적 기재사항이 아니며 특별히 필요한 경우가 아니면 被請求人의 表示를 원칙적으로 하지 않아도 된다.

憲法裁判所法 제25조, 제26조, 제30조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 憲法訴願審判制度는 국가비용부담, 변호사 강제주의, 직권서면심리주의 등의 訴訟構造로 되어 있다. 民事裁判과 같이 對立的 當事者 간의 辯論構造 구조에 의하여 當事者의 請求趣旨 및 主張과 答변만을 中心으로 判斷하는 것이 아니고, 請求人의 소송비용부담능력과 청구양식에 구애되지 않고 國家費用으로 辯護士의 조력을 받아 憲法上 保障된 基本權을 침해 받은 자가 그 침해된 權利의 救濟를 請求하는 것이다. 그러므로 請求人이 侵害된 權利와 侵害의 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使에 대하여 審判할 수 있는 필요한 請求理由를 기재한 請求書를 제출하면 憲法裁判所가 職權으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다. 따라서 헌법재판은 審判請求書와 決定文에 반드시 被請求人을 특정하고 청구취지를 기재하여야 할 필요가 없다. 이는 오스트리아·독일·스페인·스위스 등의 憲法訴願審判에 있어서도 그 請求書 및 判決文의 기재사항에 被請求人 및 청구취지의 기재를 그 요건으로 하고 있지 아니한 것으로 보아도 명백하다.(오스트리아 헌법재판소법 제15조 제2항, 독일연방헌법재판소법 제92호, 스페인 헌법재판소 조직법 제49조 제2항, 스위스 연방재판소 조직법 제90조 제1항).

憲法訴願審判請求書에 被請求人을 특정하고 있는 경우에 被請

求人의 表示가 잘못되었다 하더라도 憲法訴願審判請求를 不適法하다고 却下할 사유가 되는 것이 아니다.

憲法訴願審判對象은 어디까지나 公權力의 行使 또는 不行使인 處分自體이기 때문에 審判請求書에서 請求人이 被請求人 (처분청)이나 請求趣旨를 잘못 지정한 경우에도 權利救濟節次의 적법요건에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 處分(公權力)에 대하여 審判對象을 確定하고 정당하게 책임져야 할 處分廳(被請求人)을 지정하여 정정할 수도 있고 처분청을 기재하지 아니할 수도 있다(오스트리아 헌법재판소 판례집 제21권 제3062호).

따라서 憲法裁判所는 請求人의 審判請求書에 기재된 被請求人이나 請求趣旨에 구애됨이 없이 請求人의 主張要旨를 종합적으로 판단하여야 하며 請求人이 주장하는 侵害된 基本權과 侵害의 원인이 되는 公權力을 직권으로 조사하여 임의로 被請求人과 審判對象을 확정하여 판단하여야 하는 것이다.

(헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190호 교수제임용추천에 대한 헌법소원사건, 전원재판부 결정. 판단(1) (가) 참조).

(3) 被請求人을 表示하는 事例

憲法訴願審判事件 中 規範에 대한 것이 아니고 特定한 機關의 公權力行使 또는 不行使로 인하여 基本權을 侵害받은 者가 審判을 請求한 경우에는 請求人과 그 相對가 되는 相對方을 특정할 수 있을 때에는 必要的 記載事項은 아니지만 그를 被請求人으로 특정하여 當事者 表示를 할 수 있다. 예컨대 檢事의 公權力行使에 관한 憲法訴願의 경우에는 請求人 外에 被請求人으로 公權力을 行使한 地方檢察廳 檢事를 當事者로 表示하고 있다. 檢事의 不起訴處분에 불복하여 抗告 및 再抗告를 거쳐 憲法訴願審判請求를 하는 경우에도 그 抗告節次는 救濟節次를 경유하는 과정으

로 보고 高等檢察廳 또는 大檢察廳 檢事を 當事者로 表示하지 아니한다. 만약 請求人의 주장에서 그 抗告 또는 再抗告 決定自體에 대하여 獨立시켜 固有한 違法이 있음을 理由로 내세우고 그 請求趣旨와 當事者 表示에 抗告審과 再抗告審을 各己 被請求人으로 表示하여 그 各級廳의 決定에 대하여 제각기 獨立된 理由를 가지고 違憲性を 다룰 때에는 請求書의 內容에 따라 職權으로 審理한 후 필요한 경우에는 各級廳을 被請求人으로 確定하여 當事者로 表示할 수 있다.

請求人의 請求書에서 그러한 주장과 各級 抗告審을 當事者로 명백하게 表示하지 아니할 때에는 抗告 및 再抗告는 다른 法律에 의한 救濟節次를 거치는 節次上의 要件으로 보아야 하고 原處分の 不起訴決定에 대한 合憲性與否만 判斷하면 되는 것이고 抗告 또는 再抗告決定에 대하여는 原處分主義의 原則에 따라 別단의 사정이 없는 한 憲法訴願審判을 請求할 수 없는 것으로 보고 別도의 판단을 하지 아니하며 따라서 被請求人으로 보지 아니한다.

이에 대한 判例를 보면 다음과 같다. 請求人이 憲法訴願審判 請求書에 被請求人으로 서울 高等檢察廳 檢事와 大檢察廳 檢事を 기재하고 그 抗告 또는 再抗告 棄却決定에 대하여 獨立한 訴願審判請求를 한 경우에는 그 부분의 適法性を 판단하여야 한다.

원래의 불기소처분의 救濟節次에서 내려진 決定인 抗告棄却 및 再抗告棄却決定에 대하여 그 고유한 위헌사유를 밝히지 아니한 채 그 不起訴處分과 함께 취소를 구하는데 불과한 경우에는, 抗告 또는 再抗告棄却決定을 別도로 訴願審判請求의 對象으로 할 수 없다고 봄이 原處分主義를 채택한 行政訴訟法 제19조의

規定을 준용하는 憲法裁判所法 제40조의 규정에 비추어 합당할 것인 바, 위 抗告棄却 및 再抗告棄却決定에 대하여 請求人이 따로 고유한 위헌사유를 내세우고 있지 않은 이상 이 부분 청구는 不適法함을 면할 수 없어 이를 却下하는 것이다(憲裁 1993. 5. 13. 선고, 91헌마213호 불기소처분에 대한 헌법소원, 전원재판부결정).

따라서 被請求人의 確定도 원래의 不起訴處分을 한 地方檢察廳 檢事を 特定하여 表示하면 된다는 것이 우리 裁判所의 判例로 확립된 實務慣行이다. 다만 請求人이 抗告 및 再抗告決定에 대하여 固有한 違法이 있음을 다투고 그 抗告廳의 檢事を 相對로 憲法訴願審判을 請求하고 있는 것이 明白할 때에는 被請求人으로 高等檢察廳 檢事와 大檢察廳 檢事を 表示하여야 한다는 것이 우리 判例이다(憲裁 1991. 4. 1. 90헌마230호 불기소처분에 대한 헌법소원 第3指定裁判部決定 참조)

그러나 憲法裁判의 특수성을 가지고 訴訟構造를 연구하여 보면 憲法訴願審判事件에서도 무리하게 被請求人을 확정하여 當事者表示를 하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다. 즉 憲法訴願은 請求人과 被請求人의 對立된 訴訟構造가 아니기 때문에 반드시 被請求人을 確定하거나 決定文에 表示할 必要가 없고 때로는 被請求人의 確定이 基本權救濟에 장애요인이 될 수도 있기 때문이다. 그래서 憲法裁判所法 제71조의 請求書 기재사항에도 被請求人의 表示가 필요 없고 기타 관계規定에서도 被請求人에 관계되는 것이 없다. 그런데 우리 裁判所는 무리한 論理로 訴訟法을 準用하여 決定文에 請求人의 相對方을 상정하여 被請求人을 特定하는 관례를 만들어 表示하고 있는데 이는 憲法裁判制度가 정착되면 재고할 문제라고 본다(앞(2)항 被請求人은 필요적 기재사항 아니라는 관례참조).

3. 彈劾, 政黨解散審判의 當事者

憲法裁判의 主宗을 이루는 違憲法律審判과 憲法訴願審判은 書面審理와 職權審理主義를 原則으로 하고 있기 때문에 請求人만을 一方 當事者로 定하여 審理하고 本案決定을 하지만 彈劾의 審判, 政黨解散審判 및 權限爭議審判은 필요적 口頭辯論에 의하여 심판하도록 明文化하고 있기 때문에 民事 또는 行政訴訟에서와 같이 對立當事者主義에 입각한 訴訟構造를 요구하고 있다고 볼 수 있다(法 제30조 제1항).

따라서 審理節次도 裁判部가 辯論을 열어 對立된 當事者와 利害關係人을 소환하여 必要的 辯論節次에 의하여 裁判을 진행하여야 하며 그 審判請求書나 決定文에도 請求人과 그 相對方인 被請求人(機關 또는 政黨)을 當事者로 表示하여야 한다.

(法 제30조 제3항, 제31조, 제34조, 제48조 제56조, 제64조 참조)

가. 彈劾審判의 當事者

彈劾의 審判은 大統領, 國務總理, 行政各部의 長 및 憲法裁判官, 法官, 監查委員 등 기타 法律이 정한 高級公務員이 그 職務執行에 있어서 違憲이나 違法한 行爲가 있는 때에 國會의 彈劾訴追에 의하여 憲法裁判所가 그들의 公職을 罷免하는 審判制度이다. 탄핵심판의 節次上的 特色은 民事訴訟關係法외에 刑事訴訟關係法수도 함께 準用하게 되어 있다는 것이다(法 제40조 제1항).

彈劾審判에 있어서는 國會法制司法委員長이 訴追委員으로서 請求人이 되고 彈劾訴追의 議決을 받은 者가 被請求人으로서 相

對當事者が 되어 변론기일에 출석하여 辯論하게 된다. 訴追委員은 憲法裁判所에 訴追議決書의 正本을 제출하여 그 審判을 請求하며 審判의 辯論에 있어 被請求人을 訊問할 수 있다(法 제49조). 當事者が 辯論期日에 출석하지 아니한 때에는 다시 期日을 定하여 소환하고 다시 定한 期日에도 출석하지 아니한 때에는 그 출석 없이 審理할 수 있다(法 제52조). 彈劾審判請求가 理由있는 때에는 被請求人을 당해 公職에서 罷免하는 決定을 宣告한다고 되어 있으므로 決定文에 被請求人을 當事者로 確定하여 表示하여야 한다. 被請求人이 決定宣告전에 당해 公職에서 果면된 때에는 헌법재판소는 審判請求를 棄却하여야 한다(法 제53조).

나. 政黨解散審判의 當事者

政黨解散審判에 있어서는 政府가 請求人이 되고 解散을 요구하는 政黨이 被請求人이 된다. 政府는 政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 違背된 때에는 國務會議의 審議를 거쳐 憲法裁判所에 政黨解散審判을 請求할 수 있다(法 제55조).

그러므로 그 政黨解散審判請求書에는 解散을 요구하는 政黨을 표시하고 그 請求理由를 明示하여야 한다(法 제56조). 政黨解散을 命하는 決定이 宣告된 때에는 그 政黨은 解散된다고 규정하고 있으므로 決定文에는 請求人 政府와 被請求人 政黨을 當事者로 確定하여 表示하여야 한다(法 제55조, 제56조, 제59조).

政黨解散審判의 請求가 있는 때, 假處分決定을 한 때와 그 審判이 종료한 때에는 憲法裁判所長은 그 사실을 國會와 中央選舉管理委員會에 통지하여야 한다. 위 決定을 통지 받은 중앙선거관리위원회는 解散된 政黨의 法的 處理를 政黨法的 규정에 의하

여 이를 執行한다(法 제58조, 제59조, 제60조).

政黨解散審判의 請求를 받은 때에는 請求人의 申請 또는 職權으로 終局決定의 宣告時까진 被請求人의 活動을 停止하는 假處分決定을 할 수 있도록 되어 있다(法 제57조). 우리는 아직 1件의 審判請求도 없지만 獨逸에서는 共產黨(KPD)의 強령이 民主的 基本秩序에 違背된다고 하여 解散을 명한 判례가 있다(1956. 8. 17. BVerfGE 5, 85).

4. 權限爭議審判의 當事者

權限爭議審判은 國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間에 權限의 存否 또는 範圍에 관하여 다투는 경우에 당해 國家機關 또는 地方自治團體의 請求에 의하여 憲法裁判所가 이를 審判하는 制度이기 때문에 그 請求機關이 請求人이 되고 被請求機關이 被請求人으로서 當事者가 된다. 審判請求書에 請求人과 被請求人으로서의 機關表示가 되어야 하고 決定文에는 審判의 대상이 된 國家機關 또는 地方自治團體가 表示되어야 한다(法 제61조, 제62조, 제64조).

權限爭議審判의 종류는 憲法裁判所法 제62조에 다음과 같은 4가지 유형과 그 例를 例舉하고 있다.

첫째는 國家機關 相互間的 例로서 國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會 相互間的 權限爭議, 둘째 國家機關과 地方自治團體間的 例로서, 政府와 特別市·直轄市 또는 道間 그리고 政府와 市·郡 또는 自治區間的 權限爭議, 셋째는 地方自治團體 相互間的 例로서 特別시·직할시 또는 道 相互間 그리고 市·郡 또는 自治區 相互間, 특별시·직할시·도와 시·군·자치구 간

의 權限爭議, 넷째는 教育法 제15조에 의한 教育·學藝에 관한 地方自治團體의 事務에 관한 것인 때에는 教育委員會가 當事者가 되어 權限爭議審判을 한다고 明示하고 있다. 그래서 그 審判을 請求할 수 있는 當事者能力을 憲法과 憲法裁判所法에 例學한 것에 限定하는 것이냐(例學主義) 아니면 이는 例示의인 規定에 불과하고 實實的인 公機關 相互間에 權限爭議가 있을 때에는 모든 公機關은 다 할 수 있는 것이냐(例示主義)에 대하여는 意見이 갈려 있으며 이에 대한 判例는 아직 없다.

가. 當事者能力

國家機關相互間的 權限爭議審判(憲法 제111조 제1항 제4호)에서 누가 國家機關의 資格으로 當事者가 될 수 있는가? 憲法裁判所法 제62조 제1항 제1호에는 國家機關으로 國會, 政府, 法院, 中央選舉管理委員會 즉 4個 憲法機關을 限定例學하고 있다.

한편 憲法裁判所法 제30조 제1항과 제61조, 제66조를 살펴보면, 國家機關相互間的 權限의 存否 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 누가 權利關係의 主體이며 담당자인가, 누가 憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 權限을 侵害하였는가에 대한 權限爭議審判을 請求할 수 있다. 이 경우 憲法裁判所는 그 爭議의 對立的 當事者를 確定하고 구두변론에 의하여 이를 審判하도록 규정하고 있다. 따라서 權限爭議가 발생할 수 있는 모든 國家機關은 그 紛爭의 當事者로서 權限爭議當事者가 될 수 있다고 보아야 하는 것이다. 그렇다고 볼 때 憲法裁判所法 제62조 제1항에 例學된 機關에 限定할 것이 아니라 憲法에 의하여 設置되어 憲法上의 地位와 權限을 가지고 있는 모든 國家機關은 權限爭議審判

의 當事者能力을 가지는 것이라고 보아야 한다. 그렇다면 法에 例擧되지 않는 其他 國家機關이란 것이 어떤 것이 있는가에 대하여 우리 나라의 판례가 없으므로 獨逸憲法裁判所 判例를 참고하여 살펴보면 다음과 같다.

즉, 독일의 權限爭議審判에 관한 判例에 나타난 當事者와 그 判決主文 및 내용을 보면 1952. 6. 3. 字 請求人 院內交涉團體와 被請求人인 聯邦下院 및 院內交涉團體 간에 연방하원직무규정의 法的 效力을 다투는 事件(BVerfGE 1, 144)을 비롯해서 1990. 9. 29. 字 請求人 政黨과 被請求人 聯邦下院 및 上院 간에 政黨의 權利侵害에 관한 事件(BVerfGE 82, 323)등에 이르기까지 많은 판례가 있다 (BVerfGE 1, 208 ; 1, 372 ; 4, 27 ; 6, 445 ; 10, 4 ; 13, 123 ; 20, 119 ; 44, 125 ; 45, 1 ; 67, 100 ; 70, 324 ; 73, 1 ; 80, 188).

다만 여기에서 유의하여야 할 것은 우리 憲法 제111조 제1항 제4호 및 憲法裁判所法 제62조와는 달리 獨逸 기본법 제93조 제1항 제1호와 聯邦憲法裁判所 제63조에서는 몇 개의 最高聯邦機關을 열거한 다음 “이들 機關의 一部로 인정되는 기타 關係機關도 當事者가 될 수 있다”는 法的 근거를 두고 있다는 것이다. 그러나 이제까지 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例에 의하면 權限爭議 當事者의 범위를 위 法條文의 文理解釋으로 할 수 있는 범위보다 훨씬 넓게 유추 확대하여 인정하고 있음을 많이 찾아 볼 수 있다는 것 또한 유의하여야 한다. 예컨대 明文에 없는 聯邦首相이나 각부 長官뿐 아니라 議會議長, 議會分科委員會, 各 黨의 交涉團體 및 國會議員各自도 當事者가 될 수 있다고 한다. 그리고 독일 判例에 의하면 政黨은 獨逸憲法과 연방헌법재판소법 明文規定의 其他의 關係機關으로 볼 수 없지만 일찍부터 政黨에 대하여 憲法上的 특별한 地位와 權利를 인정하고 其他關係者로

유추 확대하여 權限爭議審判請求의 當事者能力이 있다고 認定하여 왔다(BVerfGE 1, 28 ; 4, 27 ; 6, 84).

뿐만 아니라 國會規則에 의하여 固有의 權利가 주어진 所屬機關은 憲法에 의한 나름대로의 獨自의인 地位와 機能을 가지고 있는 여러 개의 下位機關이라 할지라도 구체적인 상황에 따라 法的으로 固有의 權限과 獨立性을 인정할 수 있는 경우에는 當事者能力을 인정하고 있다(BVerfGE 1, 56 ; 5,4 ; 6, 99 ; 7, 5).

獨逸의 權限爭議 當事者에 대한 法的 根據와 判例上 확대유추하고 있는 것을 다음과 같이 도표로 분류하여 보면 우리 法制를 이해하는데 많은 참고가 될 것이라고 본다.

<p>기본법 제93조 제1항 제1호 聯邦最高機關 其他關係機關</p>	<p>연방헌재법 63조 *연방대통령 *연방하원 *연방상원 *연방정부 연방헌재법 제13조 제5호 *聯邦最高機關職務規程에 의한 기타관계자로 인정되는 경우</p>
<p>判例上 인정되는 其他關係者</p>	<p>『基本法에 의한 기타관계자』로 인정되는 경우 -연방수상(연방정부대리인)(BVerfGE 1, 351 ; 44, 125) -개개인의 연방장관(BVerfGE 45, 1) -개개인의 국회의원(BVerfGE 10,4 ; 67,100 ; 80, 188) -상임위원회(BVerfGE 2, 143, 160) -연방하원의장(BVerfGE 27, 152 ; 73, 1) - 자기책임으로 국회의원에 대하여 의회질서·징계권행사의 경우 포함(BVerfGE 60, 374, 379)</p>

判例上 유추확대한 例의 其他關係者 (연방최고기관 일부가 아니나판례상 확대 인정되는 것)	정당(특별한 헌법상 지위에서 나오는 권리) (BVerfGE 1, 208 ; 4, 27 ; 24, 260)
當事者能力이 없을 경우	의회의 단순한 다수파 및 소수파(BVerfGE 2, 143, 160ff) 개개인/전체로서의 국민(BVerfGE 60, 175, 200) 지방자치단체(BVerfGE 27, 240, 246) 교회, 노동조합, 사용자조합, 선거인단(BVerfGE 4, 27, 30 ; 6, 367, 327f.) 연방의회의 방위담당관(기본법 45b조)

나. 其他의 憲法機關

權限爭議審判을 請求할 수 있는 當事者能力을 가지는 國家機關은 憲法에 의하여 確定하여야 한다. 즉 憲法上 어떠한 地位와 機能을 담당하고 있는가 그리고 그 機關이 국가적 意思形成過程에 결정적 要因으로 작용하고 있는가 하는 것 등의 憲法的 次元의 權利가 있는 機關인가에 의하여 판단할 수밖에 없다.

그렇다면 法에서 열거한 國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會 外에도 國會議長, 國會院內交涉團體, 國會常任委員會, 個個의 國會議員 및 政府의 各部長官 그리고 憲法機關인 監查院이나 安企部, 大統領의 각 諮問會議 등 其他의 憲法機關은 당연히 權限爭議審判의 當事者가 될 수 있다고 하여야 할 것이다.(BVerfGE 1, 351 ; 4, 144 ; 4, 250 ; 27, 44 ; 41, 291 ; 49, 70 ; 60, 319 ; 74, 96 참조).

(1) 國會議長

政黨이 國會議長을 被請求人으로 한 權限爭議審判에서 議長은 원칙적으로 固有의 權限이 있는 만큼 當事者가 될 수 있다고 判示하였다. 政黨이 議長을 被請求人으로 하는 假處分事件에서 이를 찾아 볼 수 있다(BVerfGE 7, 10 ; 27, 152).

이와는 달리 議長이 議會內에서 秩序維持權과 징계권을 行使하는 경우에는 議會의 所屬機關으로서가 아니라 議長의 固有權限을 行使한 것으로 보고 그 스스로 地位에 대하여 當事者能力이 있다고 判示하고 있다. 請求人 聯邦下院議員이 議長을 被請求人으로 하여 議長의 問責이 議員의 發言權을 침해한 것이라는 事件에서 이를 할 수 있다(BVerfGE 60, 374).

(2) 國會內的 各 委員會와 交涉團體

國會的 各 常任委員會 또는 各 調查委員會도 國會의 所屬機關으로서 權限爭議審判을 請求할 수 있는 獨自的인 當事者能力이 있다고 본다. 즉 독일연방헌법재판소는 원내교섭단체가 請求人이 된 聯邦下院職務規程의 法的 效力에 관하여 聯邦下院과 타원내교섭단체를 피청구인으로 한 사건에서 당해 교섭단체의 당사자능력 및 적격을 인정하였고 또한 請求人 원내교섭단체가 연방정부를 被請求人으로 한 基本法 제44조에 반하여 조사위원회에 관계서류제출을 拒否한 聯邦長官의 行爲와 예산법상 요구되는 비밀유지와 위원회위원의 선출행위에 대한 사건에서도 各 委員會內的 各 交涉團體에게 議會의 所屬機關으로서의 當事者能力을 가진다고 하였다(BVerfGE 1, 144 ; 67, 100, 124 ; 70, 324 ; 71, 299 참조).

이처럼 國會內的 調查委員會 構成의 一部分을 이루는 交涉團體마저 當事者能力을 인정하는 마당에 國會의 各 委員會自體가 當事者能力을 가지는 것은 당연하다고 보고 있는 것이다. 請求人이 院內交涉團體가 被請求人 下院調查委員會를 상대로 소원제

기를 거부한 것은 기본법 제44조를 侵害한 것이라는 사건에서 이를 찾아볼 수 있다(BVerfGE 71, 299). 國會의 各 交渉團體에 대하여 이와 같이 當事者能力을 인정하는 것은 制限된 少數이나 少數者保護의 原則이라는 憲法精神에 따라 肯定되고 있는 것이고 연방헌법재판소 역시 초창기부터 이를 적극적으로 받아들이는 입장을 취해오고 있다(BVerfGE 1, 351, 359).

(3) 國會議員

國會議員은 各自가 憲法上 保障된 固有한 權限과 地位를 가지고 있는 國家機關으로 보고 있다. 따라서 國會議員은 各自가 權限爭議審判請求의 當事者가 될 수 있다는 것이다(BVerfGE, 2, 143, 166 ; 60, 374 ; 67, 100 ; 70, 324, 350). 國會議員은 國會의 權利를 주장하고 다루는 경우에는 그 議會의 所屬機關의 자격으로 權限爭議審判을 請求할 수 있다. 그 반면에 國會議員이 독자적인 憲法機關으로서의 地位와 權利를 주장하고 나오는 경우에는 議員 各自가 憲法機關으로서 權限爭議審判을 請求할 수 있다는 것이다. 예컨대 本會議에서 연방하원의 發言時間制限을 議決한 것은 憲法上 고유한 權限인 個個 議員의 發言權을 制限하는 것으로써 議員의 地位와 權利를 침해하거나 박탈하는 것이며 이때에는 議員 各自가 獨自의인 自己名義로 權限爭議審判을 청구할 수 있는 當事者가 될 수 있다는 것이다(BVerfGE 10, 4, 10ff).

(4) 政府의 所屬機關

國務總理와 各部長官은 憲法上의 여러 가지 固有의 權限을 가지고 있다. 이러한 權限이 다른 機關에 의하여 侵害되는 경우에는 政府의 所屬奇觀의 자격으로 權限爭議의 當事者能力을 가진다고 보고 있다(BVerfGE, 4, 1, 28). 政黨 또는 交渉團體, 聯邦政府首相 또 재무부장관을 상대로 한 사건에서 연방하원의 權利侵害를 確

認한 判決에서 모두 이를 인정하고 있다(BVerfGE 44, 125 ; 45, 1).

다. 政 黨

憲法上 國家機關이 아닌 政黨에 대하여 國家機關에 준하는 權限爭議審判의 當事者로 인정하는 것이 타당한가에 대하여 많은 논란이 있었으나 독일 聯邦憲法裁判所는 일찍부터 이를 긍정적으로 인정하여 왔다. 어떤 機關이 權限爭議의 當事者가 될 수 있는가의 判斷은 그 機關이 憲政秩序에 결정적인 要因으로 작용하는가에 의하여 判斷基準으로 삼아야 한다는 것이다. 憲法裁判에서 政黨의 當事者能力은 오로지 憲法속에 政黨이 차지하고 있는 헌법상의 地位에서 살펴 볼 때 이를 憲法機關으로 인정할 수 있다는 것이다.

오늘날 모든 民主國家는 필연적으로 政黨國家이며 選舉過程에서의 政黨의 機能을 살펴보면 憲法상의 獨立된 機關으로서의 地位를 가지고 있는 것이므로 政黨은 그 權利의 侵害를 權限爭議로써만 有效하게 주장할 수 있다는 判決을 1954. 7. 20. 선고한 바 있다. 이는 政黨權限爭議審判의 當事者가 되는 것은 당연하다는 것이다(BVerfGE, 1, 208 ; 4, 27, 310 ; 27, 152 ; 60, 319).

現代憲法下에서의 國家機關을 구성하는 國民代表는 選舉와 政黨의 存在를 전제로 하고 있다. 國民代表를 選出하기 위한 選舉의 실시와 高位公職者의 補任은 政黨의 機能을 통하여 이루어지는 것이며 이들의 國民代表性은 政黨을 떠나서 생각할 수 없다는 것이다. 따라서 政黨이야말로 憲法상의 필수적인 國民代表性을 구현하는 機構로서 일종의 憲法機關性을 가지는 것이며 이에 대하여 다른 憲法機關으로부터 權限侵害를 당하는 경우에 政黨의

存立을 보호하는 것은 憲法上 불가피하다는 것이다.

그런데 政黨의 權限侵害에 대한 救濟手段으로서 憲法訴願은 적절하지 아니하고 오히려 權限爭議審判을 請求하여야 한다는 것이다(BVerfGE, 4, 27 ; 60, 53, 62 ; 66, 107, 115 ; 67, 65, 69).

독일에서도 초기에는 政黨을 憲法上の 最高國家機關으로 인정할 法的 明文규정이 없어서 憲法裁判의 請求人으로 인정할 모든 要件을 갖추었다고 생각하기에는 形式的 문의해석으로는 여러 가지 문제가 있어서 政黨의 國家機關性을 인정하는데 논란이 많이 있었다고 한다. 그러나 지금에 와서는 政黨의 憲法上の 地位가 獨立된 國家機關으로 보아야 한다는 것이 통설 관례로 확립되었다고 볼 수 있다. 따라서 다른 憲法機關에 의하여 權限侵害가 되었을 때는 國家機關相互間의 爭訟을 처리하는 權限爭議審判請求를 할 수 있는 當事者能力과 適格이 있다는 것은 당연한 것으로 받아들이고 있다(BVerfGE, 74, 44 ; 79, 379(383-4) ; 82, 323. 기타 헌법재판연구 제3권중 「국가기관상호간의 권한쟁의심판」 金雲龍 教授 論文참조).

二. 憲法訴願의 審判請求權者

公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 보장된 基本權을 침해받은 者가 自己의 權利를 救濟하기 위하여 公權力의 統制 또는 規範統制를 求하는 수단으로 憲法訴願審判을 請求하는 者를 憲法訴願審判請求人이라고 한다.

우리 憲法裁判所法上の 憲法訴願審判請求는 權利救濟型 訴願과 違憲法律審判型 訴願으로 나누어 볼 수 있다. 그래서 이 두

가지 類型을 그 法律的 要件에 의하여 請求人의 地位를 살펴보기로 한다.

1. 權利救濟型 訴願의 請求人

權利救濟型 憲法訴願(法 제68조 제1항)에서는 自己基本權을 現在 直接侵害받고 있는 者가 審判請求人으로서의 當事者가 된다. 그러므로 憲法上 基本權을 享유하는 모든 國民은 憲法訴願審判請求人으로서 當事者能力이 있다. 當事者能力은 權利主體로서 請求人인 될 수 있는 法律的 地位에 불과하므로 訴願審判을 請求할 수 있는 請求人의 適格 및 適法要件과 구별하여 이해되어야 한다. 國家의 公權力에는 立法權, 司法權, 行政權이 포함되며 이러한 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 보장된 基本權을 侵害받는 者는 自然人이든 法人이든 憲法訴願審判을 請求할 수 있는 請求人이 될 수 있다. 公權力에 의해 憲法上 보장된 國民의 基本權이 侵害되었다고 주장하는 者는 직접 憲法裁判所에 權利救濟를 請求할 수 있는데 여기서의 基本權은 人間的 尊嚴성과 個人的 自由 및 權利를 보장하는 個人的 主觀的 權利 뿐만 아니라 個人的 基本權이 保障되고 實現될 수 있도록 憲法의 基本秩序를 守護하는 主體로서 國民의 基本權이 보장되어야 하는 國民의 主觀的 權利를 말하는 것이다.

憲法上の 自由民主的 基本秩序를 守護하는 國民의 主觀的 權利가 憲法에서 保障하는 個人的 基本權에 포함되는 것인가에 대하여는 일부의 다른 견해도 있었으나 이를 긍정적으로 보는 것이 通說이며 西歐民主社會의 共通된 견해이다. 自由民主主義社會는 人間的 尊嚴성과 國民의 基本權이 保障됨으로써 國民의 자

발적인 승수에 의하여 國家權力이 創出되고 政府의 存立과 法規의 制定 및 執行에 正當性과 法的 安定性을 가지게 되어 強力한 民主的 憲法秩序와 法治國家가 確立되는 것이므로, 國民의 基本權保障이 國家機關의 最高任務이며 이를 保障 守護하는 것이 憲法裁判의 基本的 機能이라고 할 것이다. 그러므로 憲法訴願審判은 訴訟法上 요구되는 形式과 個人的 訴訟費用負擔能力에 구애되지 않고 손쉽게 請求할 수 있도록 國家費用으로 書面審理, 職權審理하도록 制度化하고 있다. 따라서 憲法上 보장된 基本權을 侵害당한 者가 누구인가 하는 當事者能力과 適格을 確定하는데 있어서 留意해야 할 것은 一般 行政 및 民事訴訟上의 當事者의 개념으로만 理解하고 把握하여서는 곤란하다는 것이다.

憲法裁判의 當事者를 確定하는 문제에 있어서도 國民의 基本權保障이라는 憲法秩序를 守護한다는 憲法的 概念으로 다루어야 하며 憲法訴願의 適法性을 確定하는데 필요한 提起條件도 訴訟法上의 形式理論보다 權利救濟와 憲法的 正義를 具現한다는 實質的인 면을 고려하여 유연하게 다루어야 할 것이고 전통적인 실증주의적 법률해석으로 엄격하게 제한하여 制度的인 本旨를 無視하여서는 안된다고 본다.

2. 規範統制型 訴願의 請求人

規範統制型 憲法訴願(法 제68조 제2항)에서는 違憲法律審判의 提請申請을 당해 사건의 담당법원에서 棄却당한 者, 즉 前提된 裁判의 당해 事件의 當事者가 訴願審判의 請求人이 된다.

法院의 裁判과정에서 適用되어야 할 法律이 憲法에 違反된다고 생각하는 當事者는 당해 事件을 담당하는 法院에다 裁判의

前提가 된 法律의 違憲與否의 審判을 憲法裁判所에 提請하도록 申請할 수 있다. 그 때에 당해 事件을 담당한 法院은 當事者의 申請에 의한 決定으로 違憲與否의 審判을 提請하여야 한다. 만약 法院이 위 裁判當事者의 違憲法律審判의 提請申請을 理由없다고 棄却하였을 때에는 그 申請을 한 當事者는 직접 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 다만 違憲提請申請이 棄却된 때에는 그 通知를 받은 날로부터 14日 이내에 憲法訴願審判을 請求하여야 한다(法 제68조 제2항, 제69조 제2항).

現行 憲法과 憲法裁判所法은 法院의 刑事被告人이나 民事訴訟의 當事者가 당해 사건의 訴訟節次에서 그 裁判의 前提가 되는 法律이 憲法에 違反되는지 여부를 다루고 있을 때에 그 法律에 대하여 憲法裁判所에 違憲提請申請을 할 수 있도록 하고, 이를 法院이 棄却하였을 때에도 理由有無를 不問하고 그 具體的 規範에 대한 統制를 求하는 憲法訴願審判請求를 할 수 있도록 한 것이다. 法律의 違憲與否의 審判權은 당해 사건을 담당한 法院의 權限이 아니라 憲法裁判所의 專屬的 權限이며, 따라서 당해 事件을 담당한 法院뿐만이 아니라 그 당해 事件의 當事者도 獨立된 違憲法律審判請求權을 保障하여 그 當事者의 固有權限으로 인정하고 있는 것이다.

規範統制型 憲法訴願審判 請求人の 權利는 請求人の 固有한 憲法裁判請求權이며, 따라서 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의한 그 提請申請인이 訴願審判請求인이 되는 것이므로 그 當事者 適格을 確定하는데에 큰 어려움이 없다. 法律이 憲法에 違反되는 여부가 裁判의 前提가 된 때에 당해 事件의 當事者는 그 事件을 담당하는 法院으로 하여금 決定으로 違憲與否의 審判을 提請하도록 申請할 수 있고, 法院은 당해 事件當事者의 違憲提請權을

임의로 否定하거나 制限하는 일체의 기속력을 가진 決定은 할 수 없다. 만약 法院에서 그 申請이 棄却되거나 無視당할 때에는 違憲法律審判提請申請을 한 당해사건의 當事자가 申請人이 되어 憲法訴願審判을 請求할 수 있고 憲法裁判所는 당해사건 法院의 決定에 구애됨이 없이 그 裁判의 前提된 法律의 違憲與否를 審判하도록 하고 있다.

法院이 당해사건 當事者の 憲法提請申請을 棄却하더라도 그 棄却決定에 대하여 不服하는 방법으로 上級法院에 抗告節次를 밟는 것이 아니라 提請申請人이 直接 獨自的으로 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의하여 憲法訴願審判請求人으로서 憲法裁判을 請求할 수 있도록 하였다. 이 때에는 당해 事件 擔當法院의 決定에 구애됨이 없이 申請人은 固有한 憲法訴願審判請求權에 의하여 憲法裁判所에 審判을 請求한 것이므로 指定裁判部의 事前 審査에서 當事者適格問題로 却下할 수 없고, 당연히 全員裁判部에 회부되어 그 裁判의 前提된 法律의 違憲與否를 憲法裁判所에서 審判하게 된다. 그리고 위 法 제68조 제2항에 의한 審判에서 違憲으로 認容된 경우에는 위 法 제45조 및 제47조를 준용하여 違憲決定의 效力이 생긴다. 그러므로 違憲으로 決定된 法律 또는 法律條項은 그 決定이 있는 날부터 效力을 喪失한다. 다만 刑罰에 관한 法律은 遡及하여 그 效力을 喪失한다. 法院은 憲法裁判所의 違憲與否의 審判決定에 의하여 裁判하여야 하고, 그에 따라 그 憲法訴願의 認容決定은 모든 國家機關과 地方自治團體를 기속하는 憲法的 기속력이 생긴다. 위 제68조 제2항의 憲法訴願이 認容된 경우에 당해 憲法訴願과 관련된 訴訟事件이 이미 확정되었다 하더라도 當事者는 再審請求로써 自己 權利를 救濟 받을 수 있다(憲法 제107조 제1항, 憲裁法 제68조 제2항, 제75조, 제45조, 제47조).

三. 當事者能力

1. 憲法裁判의 當事者能力

憲法裁判도 일반 法院의 訴訟構造와 같이 裁判의 形式을 갖추어 이루어지는 것이기 때문에 그 審判을 請求하는 請求人 또는 그 相對方인 被請求人이 될 수 있는 資格을 가져야 하는데 이를 當事者能力이라고 한다. 憲法裁判所法에는 明文上 民事訴訟法 제2장 當事者와 제47조(當事者能力), 行政訴訟法 제2절 當事者와 제12조(原告適格), 제13조(被告適格)과 같은 규정은 없다. 그러나 憲法裁判의 請求人이나 被請求人 및 利害關係者와 參加人 등에 관한 사항도 憲法裁判所法 제40조에 의거 위 訴訟法을 준용하도록 되어 있으므로 憲法訴願審判請求人을 當事者로 받아들여 그 能力과 適格을 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

憲法裁判의 審判請求는 審判事項別로 憲法裁判所法에 규정한 記載事項의 要件을 갖춘 請求書를 憲法裁判所에 제출하여야 하고 憲法裁判所는 그 請求書를 접수하면 지체없이 그 등본을 被請求人 또는 被請求機關에 송달하여야 한다(法 제26조, 제27조)고 되어 있으므로 먼저 請求人 또는 被請求人 및 裁判參加人으로서 當事者能力이 있어야 憲法裁判의 當事者가 된다.

憲法訴願審判의 當事者는 現實의으로 自己의 基本權을 侵害당한 자가 審判을 請求하는 것이므로 大韓民國 國民은 權利主體로서 누구나 當事者能力이 있다. 따라서 모든 國民은 憲法訴願審

判을 請求할 수 있는 請求人의 資格(能力)이 있는 것이며 憲法 訴願審判請求書에 의하여 그 審判決定文에 表示된 者가 當事者로 確定이 된다.

그러면 그 當事者로 確定表示된 者가 當事者가 될 수 있는 資格者인가 하는 當事者能力의 문제와 그 違憲審判에 관하여 正當한 當事者로서 本案決定을 받을 適格을 가졌는가 하는 當事者適格問題는 구별하여야 하는 것이므로 여기서는 양자를 나누어 살펴 볼 필요가 있다.

憲法裁判의 審判節次도 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 民事, 刑事, 行政訴訟에 관한 法令을 準用하고 있어서(法 제40조 참조) 審判을 請求한 當事者의 能力이나 適格이 갖추어지지 않으면 不適法한 그 審判請求는 却下를 하게 된다. 그런데 憲法裁判請求의 當事者適格 문제를 어떻게 設定하고 받아들이느냐에 따라 違憲審判의 死活이 決定되는 것이기 때문에 憲法裁判制度가 도입된지 얼마되지 않은 현재로서 이 문제는 대단히 중요한 것이라 할 것이며 憲法裁判의 實務에 있어서도 상당히 깊이 論議되고 있는 事項이다.

일반적으로 訴訟法上的 當事者能力이란 審判節次的 主體가 될 수 있는 一般的인 能力을 말하며 民法上的 權利能力에 상응하는(반드시 同一하지는 않지만) 訴訟法上的 權利能力을 말하는 것이다. 當事者能力은 裁判事件의 內容이나 性質에 관계없이 權利主體로서 訴訟行爲를 할 수 있는 形式的인 資格能力을 말하는 것이기 때문에 審判請求의 內容에 관계되는 本案判決을 求할 수 있는 正當한 當事者로서 구체적인 適格을 갖추어야 하는 實質的인 當事者適格과는 다르다. 그러므로 憲法裁判에 있어서도 民法其他 法律에 의하여 司法上的 權利能力을 가지는 者는 當事者能

력을 갖는다고 보아야 하고 違憲審判을 請求하는데 正當한 當事者로서 本案決定을 받는데 適合한 資格을 가지느냐를 따지는 當事者適格과는 구별하여야 하기 때문에 여기에서는 當事者能力을 가진 權利主體에 대하여 먼저 살펴 볼 필요가 있다.

2. 自然人과 法人

憲法訴願審判은 憲法上 보장된 基本權을 침해받은 者가 侵害된 權利救濟를 請求하는 것이므로 大韓民國의 모든 國民은 自然人이든 法人이든 憲法訴願審判請求人이 될 수 있는 當事者能力이 있다. 司法上的 權利能力을 가지는 者는 모두 民事訴訟法上的 當事者能力을 가지고 民事法上的 權利主體가 되는 것과 같이 憲法裁判을 請求할 수 있는 當事者能力이 있다. 따라서 基本權享有能力이 있는 모든 自然人은 成年者 뿐만 아니라 未成年者도 當事者能力이 있다. 그리고 胎兒도 憲法上 保障하고 있는 生命權 또는 人間의 尊嚴性的 保護라는 관점에서 基本權이 享有能力이 있으므로 그 범위 내에서는 當事者能力이 있다고 보아야 할 것이다. 死者의 경우에도 이런 차원에서 검토할 수 있을 것이다.

法人은 私法人이든 公法人이든 구별하지 않고 모두 基本權享有能力이 있을 뿐만 아니라 기타 權利能力 없는 社團이나 財團 또는 이와 유사한 團體에 대해서도 憲法上的 平等權이 適用되고 言論·出版의 自由, 財產權保障 및 裁判請求權 등의 國民的 基本權을 保障받을 수 있는 人格의 主體로서 基本權을 享有할 能力이 있을 때에는 憲法裁判을 請求할 수 있는 當事者能力을 갖

는다.

憲法上 保障된 基本權은 國民 個個人이 가지는 個人的인 權利이다. 따라서 法人을 실제적인 基本權의 보호영역으로 끌어들이는 것은 法人의 設立과 活動이 法人의 自由로운 活動의 表現으로서 法人의 배후에 존재하는 自然人的 유기적 組織體로 파악하고 있기 때문이다.

그러므로 公法人은 원칙적으로 基本權享有能力이 없다고 보아야 할 것이지만, 公法人에 부여된 임무로 인하여 특정의 基本權 保護가 그의 영역 내에 편입되어 있거나 私法上的 權利主體로서 法律行爲를 하는 경우에는 憲法裁判의 當事者가 될 수 있는 것이다. 따라서 形式的 理論과 解釋으로써 우리 憲法 제2장의 國民의 基本權規定을 自然人이 個人的 基本權保障만을 말하는 것으로 보아 國家나 기타 公法人에게는 適用되지 않는다는 소수의 견이 있을 수 있겠으나, 法人에게 適用되는 當事者能力은 公法人에게도 특정한 사안에 따라서는 당연히 적용되는 것으로 보아야 한다는 것이 一般理論이며 多數國家의 通說이다. 우리 憲法裁判所도 國家가 私法上的 權利主體로서 法律行爲를 할 때에는 國民과 對等하게 憲法上的 平等權의 支配를 받는다고 判示한 바 있다(헌재 1991. 5. 13. 선고, 89헌마97호 國有財産法 違憲法律審判事件에서 國家는 憲法上的 平等權의 적용을 받지 않으며 國民보다 우월적 지위에 있다는 政府의 주장은 받아들여지지 않았다).

法人은 社團法人, 財團法人, 管理法人, 非管理法人 그리고 內國法人 뿐만 아니라 外國法人의 경우에도 國內法에 의하여 權利能力을 認定하는 범위 내에서 當事者能力을 갖는다. 다만 外國法人은 國內의 支店所在地에서 登記하지 않으면 權利主體로서의 權利能力을 인정받지 못하므로 當事者能力이 없다고 할 것이다.

(大法 1959. 7. 30. 선고, 91 民上333判決).

法人이 解散되거나 破産되어도 그 設立目的의 範圍내에서 權利能力을 享有하는 權利主體로서 法人格이 유지되는 한 當事者能力이 있고, 그 法人의 清算이 종결되어 權利能力을 喪失하게 될 때에 비로소 當事者能力은 없어진다고 본다(大法 1969. 6. 24. 선고, 69다561 판결).

國家, 地方自治團體, 公共法人, 公共組合 등 公法人도 私法上的 權利能力을 認定하고 있으므로 當事者能力이 있다. 一般 民事訴訟에서 當事者能力을 否定하는 國家機關인 行政廳도 行政訴訟法에서는 被告能力을 認定(동법 제13조)하고 있기 때문에 憲法裁判所에서도 憲法上的 基本權享有能力이 있으면 그에 맞추어 國家機關인 行政廳에 대해서 當事者能力이 있다고 보아야 한다.

憲法機關인 法院(軍事法院포함)이나 國會와 大統領 그리고 政治活動을 目的으로 하는 政黨도 公權力의 行使와 不行使의 權利主體이기 때문에 憲法裁判所法에 의하여 憲法裁判의 當事者能力이 있다. 憲法裁判의 請求人으로서 法院은 職權 또는 當事者申請에 의하여 違憲法律審判을 提請할 수 있고, 國會, 法院, 政府 및 中央選舉管理委員會는 그들 相互間의 權限爭議審判을 請求할 수 있고, 政黨解散審判을 請求할 때에는 政黨은 被請求人으로서 當事者能力이 있는 것이다(法 제41조, 제55조, 제61조, 제62조, 제68조, 제40조 참조).

憲法訴願審判請求에서 大統領과 國會議長 그리고 國會의 交涉團體 및 그 構成員인 國會議員도 當事者能力이 있다고 하여 憲法裁判을 請求할 수 있다고 보는 것이 多數意見이며 이에 따라 이들을 憲法裁判의 被請求人으로 審判을 請求하고 있다.

代表的으로 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求한 事例를 보면

地方自治團體長選舉 연기 등의 違憲確定을 求하는 憲法訴願에서 大統領을 被請求人으로 하여 請求하였고(92헌마 122호, 126호, 152호, 174호), 立法權 등에 관한 憲法訴願에서는 國會議長을 被請求人으로 하여 請求하고 있다(90헌마125호, 91헌마231호 참고).

3. 法人 아닌 社團 또는 財團

法人 아닌 社團이나 財團이 憲法裁判의 請求人이 될 수 있는가에 대하여 문제가 야기되는 경우가 있지만 憲法上的 基本權을 享有하는 범위 내에서 裁判請求權을 인정하고 있으며 이 때에는 法人이 當事者가 된 경우와 마찬가지로 취급한다. 法人과 法人 아닌 社團 또는 財團의 基本權 享有能力과 그에 따른 當事者能力은 그들이 주장하는 基本權의 性質에 따라 判斷하여야 할 것이다. 즉 憲法裁判所는 그 團體의 目的과 背後에 基本權의 保障을 필수적으로 요구하는 自然人이 存在하는지의 여부에 따라 판단하여야 한다. 따라서 法人 아닌 社團이나 財團으로서 代表者 또는 管理人이 있으면 그 이름으로 當事者가 될 수 있다는 民事訴訟法 제48조를 準用하여 一定한 範圍內에서는 當事者能力이 있다고 보아야 할 것이다.

우리 憲法裁判所의 判例의 說示를 보면, 基本權救濟의 憲法訴願審判節次에 있어서는 實體法과는 달리 法人格 없는 社團이나 財團이라 할지라도 內部的으로 團體意思를 決定할 自律的 機關인 代表者가 있고 外部的으로 實體的 組織이 實在하고 있는 경우에는 訴訟法上的 當事者能力을 인정하여 그의 이름으로 訴願審判請求를 할 수 있다. 우리 憲法은 法人의 基本權 享有能力을

인정하는 명문규정은 없지만 본래 自然人에게 적용되는 基本權 規定을 성질상 法人이 누릴 수 있는 경우에는 法人에게도 적용 하여야 하는 것으로 본다. 또한 法人이 아닌 社團이나 財團이라고 하더라도 代表者의 定함이 있고 독립된 社會的 組織體로서 活動하는 때에는 그의 이름으로 憲法訴願審判을 請求할 수 있다 하였다(憲裁 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 전원재판부決定文의 判斷事由이며 大法院判例도 같은 입장이다(대법 66. 9. 20 선고 63다30판결)).

獨逸憲法裁判에서도 權利能力없는 社團이라 할지라도 社團自體가 基本權을 享有할 수 있는 실체적 조직을 가지고 있는 경우에는 그 한도 내에서 憲法訴願審判請求의 當事者能力을 認定하고 있다(BVerfGE 6, 273(277) ; 3, 383(381)).

일반적으로 法人 아닌 社團이라 함은 宗中, 門中, 學會, 同窓會, 水利契 등과 같이 계속적인 一定한 目的下에 構成員들이 모여 代表를 두고 일정한 業務를 執行하도록 社會的 組織을 이루고 있는 多數人의 結合體를 말한다. 社團은 構成員의 加入·脫退 등의 일부변동이 있더라도 그에 관계없이 獨立된 團體로서 계속 存續하여야 하며, 權利主體로서의 기능을 할 수 있게 內部的으로 團體의 意思決定과 目的達成을 위한 業務執行機關이 構成되어 있어야 하고, 對外的으로는 그 團體를 대표할 수 있는 代表者나 管理人이 정해져 存在하고 있는 結合體라야 한다(大法 1967. 1. 31. 선고, 66다2334 판결 ; 1987. 6. 23. 선고, 86다카2654. 宗中代表者選任).

法人 아닌 財團이라 함은 大學獎學會, 育英會, 幼稚園, 感化院, 保育院 등과 같이 계속적인 一定한 目的을 위하여 結合된 財産의 集團으로서 財産出捐者로부터 獨立하여 하나의 財團이 存在하고 管理運營되고 있는 것을 말한다. 다만 유의할 것은 財團이 운영하는 영조물의 관리는 獨立된 財團으로 보지 않는다. 예컨

대 學校에 관한 紛爭에 있어서 各種 學校는 敎育을 위한 營造物의 利用管理에 불과한 것으로 보고 별도의 權利主體가 아니라고 하여 當事者能力을 否認하고 있으므로 學校에 관한 분쟁은 그를 設立한 自治團體 또는 學校法人의 財團을 權利主體로서 當事者가 되어야 한다는 것이 大法院判例라는 것을 참고할 필요가 있다(大法 1977. 8. 23. 선고, 76다1478 판결 1987. 4. 14. 선고, 86다카2479 판결).

4. 協會 및 其他의 團體

法人이나, 法人 아닌 社團 또는 財團도 아닌 民法上의 組合과 유사한 團體가 自己 組合의 構成員이나 또는 第3者의 憲法上 基本權侵害를 이유로 하는 憲法裁判請求에 當事者로서 請求人이 될 수 있는 것인가에 대하여는 肯定하는 견해도 있으나 否定하는 견해가 多數이며 判例이다. 法人 아닌 社團이나 財團도 아니면서 社會的으로 一定한 목적을 위하여 하나의 團體를 構成하여 活動하고 있고, 目的財產을 管理하며 代表者를 두고 있는 協會와 其他의 團體의 경우에는 具體的인 權利侵害의 형태와 憲法裁判의 事項에 따라 客觀적 憲法守護機能과 憲法訴願의 利益認定의 必要性 有無를 判斷한 후 當事者能力을 認定하느냐를 決定하여야 할 것이다(日最判 1962. 12. 18. 民集 16, 12, 2422이 참고될 것이다).

憲法裁判所의 多數意見은, 團體는 원칙적으로 團體自身의 基本權을 침해당한 경우에만 그의 이름으로 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 그렇지 아니하고 그 團體構成員을 위하여 또는 구 성원을 대신하여 請求할 수 없다. 청구인 社團法人 한국영화인協會는 그 자신의 基本權이 侵害당하고 있음을 이유로 하여 憲法訴願審判을 請求한 것이 아니고 그 團體에 소속된 會員들의

憲法上 보장된 藝術 및 表現의 자유가 침해당하고 있음을 이유로 하여 請求하고 있으므로 法律上 自己關聯性의 요건을 갖추지 못하였다고 하였다. 그러나 반대의견으로서 構成員 全體의 利益을 위한 것일 때에는 구성원의 權利救濟를 위하여 자기의 이름으로 憲法訴願을 請求할 수 있으므로 請求人 영화인협회는 자기 자신의 基本權은 직접 침해된 것은 아니라고 하더라도 自己構成員의 基本權구제를 위하여 憲法訴願을 제기할 수 있다는 주장이 있다.(변정수 재판관) 다른 반대의견으로 請求人이 별도의 團體代表者를 두고 독자적인 團體의 機能과 業務를 수행하는 法律的地位를 가진 團體라면 權利能力없는 社團의 경우와 같이 憲法訴願審判을 請求할 수 있다고 보아야 한다는 입장도 있다.(한병채 재판관) 請求人의 當事者能力과 適格의 문제는 憲法的 正義具現이라는 憲法裁判의 本質的 機能에 合當한 것인가를 살펴보아야 하므로 本案에 들어가서 實質的으로 심리 판단하여야지 本案前判斷으로 却下하는 것은 合當하지 않다고 한다(憲裁 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 영화법 제12조에 대한 헌법소원심판결정, 전원재판부결정).

우리 憲法裁判所의 判例를 보면 韓國映畫人協會와 同協會監督委員會가 請求한 憲法訴願審判事件에서 當事者能力이 있는가에 대하여 많이 논의하였으나 韓國映畫人協會는 “영화예술인 상호간의 친목도모 및 자질향상, 민족영화예술의 창달발전을 기할 목적을 달성하기 위하여” 설립된 민법상의 비영리 社團法人으로서 성질상 法人이 누릴 수 있는 基本權에 관한 한 그 이름으로 憲法訴願審判을 請求할 수 있다. 그러나 請求人 한국영화인협회 감독위원회는 영화인협회로부터 獨立된 별개의 團體가 아니고 그 내부에 설치된 8개의 分科委員會 中 하나에 지나지 아니하며 달리 團體로서의 實體를 갖추어 當事者能力이 인정되는 法人이

아닌 社團으로도 볼 자료가 없다. 따라서 위 감독위원회는 그의 이름으로 審判請求를 할 수 있는 當事者能力이 없는 것이라고 하여 却下決定을 하였다(憲裁 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 영화법 제12조에 대한 헌법소원 전원재판부결정).

5. 政黨

政黨이 憲法裁判의 請求人이 될 수 있는가 하는 문제도 앞의 其他의 團體와 같이 보아야 할 것이다. 政黨이 주장하는 침해된 權利와 그 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 權利救濟를 請求할 수 있는 權利能力의 地位有無에 의하여 判斷하여야 할 것이다. 當事者로서의 權利能力이 있거나 또는 단지 부분적으로 權利能力이 있는 경우에는 그 한도 내에서 그 組織 역시 위의 경우와 마찬가지로 基本權 享有能力이 있고 따라서 當事者能力이 있다고 할 것이다. 이 점은 私法上의 組織이든 公法上의 조직이든 마찬가지로 적용되며, 따라서 民法上 權利能力 없는 社團으로 조직된 政黨과 그 下部地方組織도 一定한 範圍內에서 當事者能力을 가지는 것으로 보아야 하는 것이다(BVerfGE, 3, 383(391f) ; 7, 99(104f)).

政黨은 憲法上 保護받는 중요한 機關으로서 일종의 憲法機關性을 지니는 것이므로 權限爭議審判의 當事者能力이 있다는 것이다(BVerfGE, 1, 208 ; 6, 84 ; 6, 99 ; 60, 53 ; 66, 107; 67, 65 判例참조).

우리 憲法裁判所에 접수된 憲法訴願審判請求事件을 보면, 統一國民黨이 地方自治團體長 選舉日 不公告 違憲確認을 求하는 憲法訴願에서 憲法的 보호를 받고 있는 黨의 公천권을 침해한 것이라고 하여 當事者로서 訴願審判請求를 한 事項이 있고(1992.

8. 7. 접수, 92헌마174호), 이에 대하여 當事者能力이 없다고 하여 却下하지는 않았다.

6. 當事者能力의 欠缺(却下事由)

憲法裁判의 請求主體가 되는 當事者能力은 審判請求 또는 違憲提請의 基本的인 適法要件이다. 따라서 憲法裁判의 請求人이 當事者能力이 없으면 그 請求는 不適法하다고 하여 却下事由가 된다. 當事者能力은 違憲審判을 받기 위한 前提로서 필요로 하는 提請 및 請求의 主觀的인 基本要件이므로 憲法裁判所는 언제든지 當事者能力의 有無를 職權으로 調査하여 判斷한다. 當事者能力은 職權調査事項이므로 請求人의 主張이나 其他 必要한 소명자료가 제출되지 않았다고 하더라도 이에 拘束되지 않고 職權으로 調査를 하여야 한다. 裁判長은 請求人의 請求가 不適法하나 補正할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 期間을 定하여 補正을 요구하여야 한다. 補正命令에 의한 補正이 있는 때에는 처음부터 適法한 審判請求가 있는 것으로 본다(法 제28조 제1항, 제3항). 補正命令의 요구에 응하지 아니하거나 그 請求가 不適法하고 그 흠결을 補正할 수 없는 경우에는 指定裁判部 또는 全員裁判部에서 그 審判請求를 却下한다(憲裁 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56호 전원재판부 결정).

憲法訴願審判事件은 3人으로 구성되는 指定裁判部에서 法律上의 要件에 대하여 事前審査를 담당하게 할 수 있으므로 그 指定裁判部에서 職權調査의 結果 當事者能力이 欠缺되어 있는 것이 判定되면 決定으로 審判請求를 却下하게 된다(法 제72조 제1항, 제3항).

다만 當事者能力의 欠缺을 쉽게 補正할 수 있다고 인정하는 경우에는 裁判部는 상당한 期間을 定하여 補正을 요구하여야 하고 이에 따라 補正을 命하였는데도 이에 불응하거나 補正하지 아니할 때에는 裁判部는 決定으로 이를 却下한다(法 제28조 제1항, 제31조).

그러므로 憲法訴願審判請求에 있어서는 請求人의 審判請求書에 의하여 當事者能力이 없는 것이 明白하여 그 欠缺을 補正할 수 없는 경우에 해당하는 경우에는 3人の 裁判官으로 構成된 指定裁判部의 事前審査에서 그 請求가 不適法하다고 하여 却下한다. 指定裁判部는 全員의 一致된 意見으로 却下決定을 하지 아니하는 경우 즉 3人中 한사람의 反對意見이 있어도 却下決定하지 못하고 그 憲法訴願을 全員裁判부에 회부하는 決定을 하여야 한다. 그리고 憲法訴願審判의 請求 후 30日이 경과할 때까지 却下決定이 없는 때에는 全員裁判部 回附決定이 있는 것으로 본다(法 제72조 제3항, 제4항).

따라서 이 때에는 全員裁判部에서 却下與否를 審議決定한다. 全員裁判部는 裁判官 7人 이상의 出席으로 事件을 審理한다. 請求의 適法性의 要件은 終局審理에 關여한 재판관 過半數의 찬성으로 終局決定을 한다(法 제23조 제1항, 제2항 본문)

四. 當事者適格

1. 當事者適格과 辯論能力

當事者適格은 當事者로서 訴訟을 遂行하는 權限을 가지는 것

을 말하며 訴訟遂行의 主體가 될 수 있는 正當한 當事者인가를 따지는 것이므로 앞에서 본 當事者能力과는 구별된다. 當事者適格의 문제는 裁判請求遂行權限의 문제인 반면 當事者能力的 문제는 裁判請求를 할 수 있는 權利의 享有主體가 될 수 있는가 하는 문제이다.

憲法裁判에서 當事者適格의 문제는 權利主體로서의 當事者能力은 있으나 별도로 裁判을을 遂行할 수 있는 請求人의 適格을 갖추었느냐 하는 正當한 當事者인지 여부의 문제이기 때문에 그 要件을 어떻게 設定하고 받아들여야 하느냐에 관하여 憲法裁判의 實務에서도 대단히 어렵고 많이 論議되는 과제 중의 하나이다. 憲法裁判에서 當事者適格문제는 裁判의 前提要件인 前提性 문제와 관련되어 있고 특히 憲法訴願審判請求의 前提要件인 法的인 自己關聯性 문제와 연결되어 있어서 訴訟適格 문제와 혼동하기 쉬운 어려운 문제가 많다는 점의 유의하여야 한다.

當事者適格의 理論은 곧 裁判請求는 原則적으로 自己의 權利救濟를 위하여 하는 것이지 第三者의 權利救濟를 위하여 하는 것은 不適法하다는데 근거를 두고 있는 것이다. 그것은 自己의 權利救濟를 위해서만 訴訟遂行權을 가지며 他人의 權利에 대하여 제3자가 訴訟을 하도록 하는 것은 民主憲法의 基本原理인 自己責任의 原則에 반할 뿐 아니라 憲法秩序의 守護와 法的 安定性을 위하여 바람직하지 못하여 나아가 民衆訴訟과 濫訴로 인한 法秩序의 混亂을 막는 장치되 된다는 것이다.

憲法裁判에 있어서의 當事者適格問題는 憲法裁判 (또는 訴願)을 하여 自己의 基本權을 구제 받을 수 있는 適合한 資格이 있는 者가 請求할 權限이 있다는 것을 말하는 것이므로 當事者 自身이 有效하게 訴訟行爲를 할 수 있는 行爲能力과 관련시켜 이

해하는 訴訟能力과도 구별되는 개념이다. 그리고 自身の 訴訟行爲를 法院에 대하여 有效한 意思表示를 하고 辯論하는 辯論能力과도 구별되는 것이다. 특히 辯護士의 選任이 강제되는 憲法裁判所에 있어서는 請求人 自身이 辯護士가 아니면 모든 訴訟行爲를 遂行할 수 없으므로 請求人은 當事者能力和 適格을 갖추고 訴訟能力이 있다고 하더라도 원칙적으로 辯論能力이 없다고 보아야 한다.

當事者適格은 違憲審判請求를 하고 그 請求의 當事者로서 違憲決定을 받을 適당한 資格이 있는가의 문제이기 때문에 그 違憲審判請求人이 누구인가를 가려내는 當事者의 確定과도 구별이 된다.

그리고 當事者適格을 特定한 具體的인 事件과 關聯해서 利害關係를 가진 者인가를 검토하여 決定하는 문제인 점에서, 一般的인 事件에서 當事者가 될 수 있는 權利의 主體로서 一般的 權利能力을 가졌는가의 有無를 검토하는 當事者能力和 구별되기 때문에 公權力에 의하여 자기의 基本權이 侵害되었다고 주장하고 訴願을 請求할 수 있는 權限이 있는 者인가를 다루는 訴願適格의 문제와 더불어 다루어진다는 점에 특히 유의하여야 한다.

當事者適格問題는 實體法上の 權利와는 무관하게 節次的인 측면에서 當事者가 될 資格이 있느냐에 의하여 定하여지는 本案前의 訴訟法的 개념이므로 實體法上の 內容인 請求人의 權利주장이나 請求의 理由有無에 따라 決定하는 本案適格과도 구별되는 것이다. 따라서 當事者適格과 辯論能力的 문제는 適法한 憲法裁判所의 請求로 취급받고 裁判을 進行하는 必要的 訴訟要件이므로 憲法裁判所의 職權調査事項이며, 그 欠缺을 補正할 수 없을 때에는 本案前의 終局決定으로서 却下를 하는 것이다. 각종 憲

法裁判의 審理節次에 있어서 當事者인 私人은 辯護士를 代理人으로 선임하지 아니하면 審判을 請求하거나 審判遂行을 못하나 裁判長은 辯護士의 선임 없이 請求된 경우에 이를 무조건 却下하는 것이 아니라 補正할 수 있다고 인정되는 한 상당한 期間을 정하여 代理人選任 등의 補正을 요구하여야 한다.

憲法訴願審判請求人은 辯護士를 代理人으로 선임할 자력이 없는 경우에는 國選代理人選任申請을 할 수 있다. 國選代理人選任申請을 棄却決定한 때에는 지체없이 그 사실을 申請人에게 통지하여야 한다. 補正期間과 國選代理人 選任申請日부터 그 통지를 받은 날까지의 期間은 請求期間에 이를 산입하지 아니한다. 辯護士를 代理人으로 選任하라는 補正을 命하였음에도 불구하고 代理人의 선임이 없을 경우에는 그 審判請求를 却下한다. 憲法訴願審判請求의 경우에는 3人으로 구성되는 指定裁判部에서 審議, 補正을 命한 후에 審判請求를 却下한다(法제25조, 제28조, 제38조, 제70조, 제72조 제3항 참조). 當事者適格이나 辯論能力의 요건은 本案前要件이므로 本案審理를 한 후 그 請求가 理由없다고 하여 棄却決定을 하는 本案適格 의 문제와도 구별되는 것이다.

2. 正當한 當事者

憲法裁判에서 다루어지는 法律關係의 主體는 當事者適格을 가져야 하는 것이며 請求人이 主張하는 憲法上の 基本權과 關聯하여 權利關係의 存否의 確定으로 權利救濟가 되는 法律上 利害關係를 가지는 者를 正當한 當事者라고 한다. 憲法裁判에서의 正當한 當事者는 審判事項에 따라 確定되는데 이를 다음과 같이

區分하여 볼 수 있다.

가. 客觀的 憲法秩序守護의 審判請求人

憲法裁判의 핵심적인 制度 中의 하나로서 확립된 違憲法律審判(法 제41조)과 彈劾 및 政黨解散審判(憲載法 제48조 및 제55조)은 請求人의 主觀的인 權利保障의 面보다는 客觀的인 憲法의 基本秩序를 守護하는 面을 重要視하는 客觀的인 憲法秩序守護의 請求라고 할 수 있다. 그러므로 그 請求當事者도 國民 個人이 하는 것이 아니고 憲法機關인 法院(提請法院), 國會法制司法委員長 또는 政府가 되는 것이며 一定한 法定要件을 갖춘 前提要件으로서 決定, 議決, 審議의 有無에 의하여 審判請求의 適合性を 判斷하게 된다(法 제41조, 제48조, 제55조).

違憲法律審判에서는 당해 事件을 담당한 法院이 職權으로 決定하여 提請한 경우에는 그 提請法院이 正當한 當事者로서 當事者適格을 가지며, 그 前提된 당해사건의 當事者의 申請에 의한 決定으로 提請한 경우에는 그 提請申請人도 準當事者로서의 適格을 認定하여 決定文에 表示하고 있다(憲裁 1992. 1. 18. 선고, 89헌가8호, 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104호 결정문참조).

彈劾審判에서는 國會의 訴追決定에 의하여 訴追되며 訴追委員은 國會法制司法委員會委員長이 된다(法 제48조, 제49조 제1항). 政黨解散審判에서는 政府가 國務會議의 審議를 거쳐 憲法裁判所에 政黨解散審判請求를 할 수 있으므로 請求人은 政府이며 被請求人은 政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 違背된다고 하여 解散을 要求당하는 당해 政黨이 된다. 각종 憲法裁判節次에 있어서 政府가 當事者인 때에는 法務部長官이 이를 代表하게 된

다. 이러한 關係法規定에 따라 當事者適格을 判斷하고 當事者를 決定文에 表示하게 된다(法 제55조 제25조 제1항).

나. 主觀的 基本權救濟의 審判請求人(權利保護의 利益)

國家, 地方自治團體 또는 公共團體의 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 國民의 自由와 權利를 侵害받은 者가 그 基本權의 救濟를 청구하는 憲法訴願審判(憲裁法 제68조)은 請求人의 主觀的인 權利保護를 기본으로 하는 審判請求라고 할 수 있다. 그러므로 그 當事者適格은 自己의 基本權侵害의 구제를 請求하는 自己權利保護의 利益이 있는가의 有無가 重要な 문제로 판단되며, 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者인가에 대하여 여러 가지 관련되는 문제를 가지고 當事者適格의 有無를 決定하게 된다.

따라서 憲法訴願審判에서는 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 自己의 基本權을 侵害당한 者가 請求人으로서 當事者適格을 가진다. 그리고 違憲法律審判의 提請申請이 棄却된 때에는 그 당해사건을 당한 法院에 違憲提請申請을 한 當事者가 訴願請求人으로서 當事者適格을 가진다(法 제68조 제2항).

憲法訴願審判에 있어서는 請求人의 주장과 청구이유에 의하여 權利保護의 利益有無와 當事者適格이 判斷되는 것이기 때문에 審判請求書에 의하여도 正當한 當事者가 아님이 判定될 때에는 不適法한 請求라고 하여 却下決定을 하게 된다(憲裁 1991. 6. 3. 선고,

89헌마46호 전원재판부결정)

指定裁判部の 事前審査에서 職權으로 當事者適格이 없는 것이 明白한 때에는 3人的 指定裁判부에서도 審判請求를 却下할 수

있다(憲裁 1991. 4. 8. 고지 91헌마53호 제1지정부 결정). 憲法訴願審判에서는 當事者適格이 있느냐 없느냐에 대해서 判斷하는데 필요한 기본적인 自己權利保護의 利益이 있어야 하는데 그에 대한 審査基準으로서 訴願請求人은 自己의 權利가 直接 現在에 侵害되고 있는 것을 주장하여야 한다는 원칙을 요구하고 있다.

憲法訴願審判의 前提條件인 公權力과 請求人間의 法律上的 關聯性 이른바 自己性, 直接性, 現在성이 있느냐의 유무와 깊은 관계가 있고 때로는 이와 결합하여 請求의 適法성을 검토하는 경우가 많다. 그래서 이와 관련되는 請求人의 主觀的 適格과 權利保護의 利益을 어떻게 받아들이느냐에 대하여 裁判合議때에 많이 論議되고 있는데 이 점에 대하여는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

請求人으로서 權利保護利益의 범주에 속하는 法的인 關聯性 이른바 自己性, 直接性, 現在성이 있느냐 하는 문제는 本案審理에서 請求人의 主張과 그 理由에서 判斷하여야 하는 경우가 많이 있기 때문에 形式的 要件審査를 基本으로 하는 指定裁判部의 事前審査에서 職權으로 却下決定을 할 수는 없다고 보아야 한다. 더구나 本案에 대한 職權書面審理結果에 따라 請求人의 適格이 되는 判明되는 경우가 대부분이기 때문에 本案前의 當事者適格의 문제가 아니라 本案의 訴願適格問題로 취급하여야 하는 경우도 가끔 있다. 審理의 結果 本案適格이 없는 경우에는 請求棄却의 判決을 하는 것이 適當하다고 하는 理論도 있다는 것을 유의하여야 한다.

우리 憲法裁判所는 請求人들의 審判請求가 適法한 것인지 請求人들을 위한 立法義務가 존재하는지의 여부를 本案審理에서 論議하여 判斷하면서 自己關聯성이 없는 當事者適格問題와 訴訟

適格의 문제를 구별하지 않고 主觀的인 權利保護의 利益이 없다고 判斷되면 審判請求가 不適法하다고 하여 却下決定을 하고 있다(憲裁 1991. 11. 25. 선고, 90 헌마19호 전원재판부 결정).

다. 公機關權限保護의 審判請求人

權限爭議審判에서는 自己權限의 存否와 範圍에 관하여 主張하는 國家機關 相互間이나 地方自治團體間의 權限保護를 위하여 審判을 請求하는 것이므로 請求人の 適格을 가지려면 國家機關 및 地方自治團體 相互間에 權限의 存否 또는 範圍에 관하여 다툼으로 因한 權限保護의 利益이 있어야 한다. 그 國家機關 또는 自治團體의 權限을 侵害하였거나 侵害할 危險이 있는 다른 國家機關이나 自治團體가 被請求人の 當事者適格을 가지게 된다.

彈劾審判, 政黨解散審判 및 權限爭議審判과 같은 公機關의 權限保護請求는 違憲法律審判이나 憲法訴願審判과는 달리 必要的 口頭辯論에 의하여 審判하게 되어 있다. 따라서 公開法廷의 辯論期日에 當事者를 소환하여 裁判을 進行하여야 하고 그 審判決定文에 그 當事者인 請求人和 被請求人을 確定하여 表示하여야 한다(法 제30조, 제52조, 제58조, 제64조).

憲法 제111조 제1항 제4호와 憲法裁判所法 제62조에 規定된 國家機關과 地方自治團體들의 權限과 義務를 명확히 함으로써 國家機能의 遂行을 원활히 하고 國家機關 또는 自治團體 相互間의 權限紛爭을 방지하여 權力構造를 規律하는 憲法的 秩序를 保護하는데 있는 것이다. 그러므로 權限爭議審判의 當事者能力과 適格의 문제는 爭議當事者 相互間에는 獨自的인 權利와 義務가

있는 것을 前提로 한 憲法的 法律關係가 存在하여야 한다. 그리고 爭議審判請求는 被請求人의 處分 또는 不作為가 憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 請求人의 權限을 侵害하였거나 侵害할 現저한 危險이 있는 때에 한하여 權利保護의 利益이 있기 때문에 請求人의 審判請求는 直接的이고 現實的인 위협을 받는 경우에만 許容된다고 할 것이다.

權限爭議審判의 當事者適格은 憲法裁判所法 第62條에 例學한 ① 國家機關을 國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會와 ② 地方自治團體를 特別市, 直轄市, 道, 市, 郡, 自治區 등으로 例學한 것에 限한다는 例學主義規定으로 볼 것인가, 아니면 그 政府의 各部處間 또는 國會와 各交涉團體 및 國會議員 相互間의 權限紛爭도 단순한 內部機關 相互間의 權限爭議가 아니라 憲法機關 相互間의 權限爭議로서 당연히 포함되는 것이므로 위의 規定은 例示的인 規定에 불과한 것으로 보아야 할 것인가에 대하여 견해가 나누어져 있으나 이에 대하여는 아직 우리 憲法裁判所 判例가 없다.

예컨대 國會院內交涉團體 및 個個의 國會議員이 國會를 상대로 權限爭議審判을 請求할 수 있는가에 대하여 例學主義에 의하면 憲法裁判所法 제61조, 제62조에 例學한 機關이 아니므로 權限爭議審判을 請求할 수 있는 國家機關이 아니어서 權限爭議審判을 請求할 當事者能力과 適格이 없다고 否定하게 되고 이에 근거하여 주장하는 否定設이 있다(憲裁 1990. 0. 12. 집수 90헌라1 國會議원과 國회의장간의 권한쟁의사건에서의 國會側 意見 참조).

그러나 例示主義는 憲法裁判所法 제62조에 열거되지 아니한 國家機關도 機關相互間의 權限爭議가 있으면 그에 준하여 憲法機關의 權利와 義務를 전제로 한 憲法的인 法律關係가

存在하는 限 누구나 爭議當事者가 될 수 있다는 例示的인 規定에 불과한 것이라고 보아야 한다는 견해이다. 이는 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例에 근거한 理論이라고 볼 수 있다. 獨逸判例를 보면 憲法에 의해서 일정한 權利·義務의 主體가 될 수 있는 憲法機關은 爭議請求의 當事者能力을 가지는 것은 당연한 것으로 보고 國會議員은 물론(BVerfGE 62, 1(31f.) ; 10, 4(10ff.) ; 67, 100) 國會의 各 交渉團體 뿐만이 아니라(BVerfGE 1, 351(359) ; 2, 143(166) ; 67, 100) 政黨에 대하여 獨自的인 當事者能力과 適格을 認定하는 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例가 많이 있다(BVerfGE 4, 27(31) ; 60, 53(62) ; 66, 107(115)).

國會의 院內交渉團體 역시 議會의 活動과 國會의 意思決定에 중요한 기능을 하고 있는 國會法上的 獨自的인 團體이므로 當事者能力과 適格을 認定하여야 한다(BVerfGE 1, 351(359))는 判例들을 찾아볼 수 있다. 우리 憲法裁判所法에서도 이와 같이 憲法裁判의 當事者로 認定하는 것이 바람직하다는 肯定設이 있다(許營, 憲法理論과 憲法(下)).

機關의 權限爭議審判에서의 機關이라 함은 國家意思形成에 참여하여 國法秩序에 일정한 權限을 누리는 憲法上的 地位와 組織을 말한다. 權限爭議라 함은 國家의 意思形成이 올바르게 이루어지도록 憲法機關이 보유한 權能秩序를 일탈하여 行使한 경우에 中立的인 憲法裁判所에서 審判을 받음으로써 憲法機關의 權能保護하는 憲法的 價値秩序를 保護한다는데 目的이 있는 것이다. 그런데 權限爭議審判의 具體的 對象은 爭議自體이고 그에 대한 解釋이다 그렇다면 憲法의 문리해석이나 형식논리로 보아서 어긋나는 憲法裁判所法 規定이 있을 때에는 서로 갈등적 규정으로 보지 않고 가급적 憲法에 맞추어 해석하여야 하며, 具體

的 爭議를 해결하기 위하여 憲法解釋을 보완하는 節次規定으로 보는 것이 尙當하다고 할 때 肯定說이 타당하다고 할 것이다.

3. 告發人의 請求人適格

告發人의 請求人適格에 대하여 종래 憲法裁判所는 不起訴處分에 대한 憲法訴願事件에서 自己關聯性 要件을 갖추지 못하였다 고 하여 認定하지 아니하고 있다. 告訴의 形式으로 事件이 접수되었다 하더라도 請求人인 個人的 被害者의 地位에서 제기한 것이 아니고 國家의 수사권 發動을 촉구하는 의미로 告發한 것이라면 憲法訴願審判請求의 要件인 自己基本權侵害를 당한 刑事被害者가 아니므로 法的 自己關聯性을 갖춘 것이 아니라고 하여 請求人適格이 없다고 却下하고 있다.(憲裁 1990. 6. 25. 선고, 89 헌마 234호 전원재판부결정).

그러나 예외적으로 告發의 形式을 취하였더라도 그 犯罪의 被害者라고 인정될 수 있으면 請求人適格을 인정하여야 한다는 입장을 취하고 있는데 그에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

가. 犯罪被害者로서의 告發人

犯罪被害者라고 인정되는 告發人은 憲法訴願의 請求人適格이 있다. 이 경우에 犯罪被害者의 개념은 넓게 해석하여야 하고 반드시 刑事實體法上的 보호법익을 기준으로 좁게 볼 것이 아니라 그 犯罪 때문에 法律上 不利益을 받게 되는 자라면 이를 被害者

의 범주에 포함시켜 請求人適格을 인정하는 것이 옳다고 판시하고 있다.(憲裁 1992. 2. 25. 선고, 90헌마91 결정 참조)

告發人の 請求人適格에 관한 우리 判例를 살펴보면, ① 초기의 판례는 自己關聯性的 懲罰 및 民衆訴訟的 憲法訴願의 배제를 이유로 國民의 일원으로서 국가의 수사권 발동을 촉구하는 의미에 그치는 일반범죄의 告發事件에서 告發人の 請求人適格을 부인하는 입장을 견지하였다.(憲裁 1989.12. 22. 선고, 89헌마145;1990. 6. 25. 선고, 89헌마234 ; 1990. 12. 26. 선고, 90헌마20 ; 1990. 12. 26. 선고, 90헌마137 각 결정 참조).

② 그러나 근래에 이르러서는 告發人 資格을 내세웠다고 하더라도 그가 당해 犯罪로 인한 被害者라고 인정될 수 있으면 請求人適格을 인정하여야 한다고 판시하고(憲裁 1991. 4. 1. 선고, 90헌마65 결정 참조), ③ 犯罪의 被害者이면 설사 직접 刑事告訴 또는 檢察에의 抗告節次를 제기한 일이 없더라도 법이 정한 請求기간내이면 憲法訴願을 請求할 수 있다고 判示하여 告發人の 當事者適格을 인정하고 있다.(憲裁 1992. 1. 28. 선고, 90헌마227 결정 참조)

나. 財物損壞罪의 告發人

財物損壞罪는 他人의 財物을 손괴 또는 은닉 기타의 방법으로 그 效用을 해하는 것을 내용으로 하는 犯罪로서(형법 제366조), 그 보호법익은 소유권의 이용가치라고 한다.(李在祥, 刑法新講 各論 1, 1989년, 468면). 그러나 그 범죄의 피해자는 所有權者에 한정할 것은 아니고, 적법한 權限에 의하여 그 물건을 점유·사용할 수 있는 자도 포함된다고 보아야 할 것이다.(일본국 최고재 1970. 12. 22. 선고, 69아1590 판결참조).

그리고 民法은 法人이 아닌 社團의 재산귀속관계에 관하여 이

를 構成員의 總有로 본다고 규정하고 있을 뿐만 아니라(민법 제275조 제1항), 그 構成員은 정관 기타 규약에 좇아 總有物을 사용·수익할 수 있다고 규정하고 있다.(민법 제276조 제2항). 그러므로 재물손괴죄에 있어서는 請求人이 무슨 자격으로 告發, 抗告, 再抗告 및 憲法訴願을 請求한 것인가, 請求人 自身을 위 재물손괴죄의 被害者로 볼 여지는 없는가 하는 등이 문제된다.

請求人은 總有財産을 적법하게 사용·수익할 수 있는 지위에 있어 위 財物損壞罪의 被害者 中 1人임에 틀림이 없다고 인정되면 비록 形式은 “告發”이라고 할지라도 實質的으로는 被害者로서 告訴를 제기한 것이라고 보아야 할 것이다. 결국 請求人은 이 事件 審判請求 中 재물손괴죄 부분에 관하여 自己關聯性 要件을 갖추어 請求人의 適格이 있다고 보아야 한다고 판시하였다.(憲裁 1993. 7. 29. 선고, 92헌마262호 결정참조).

다. 職權濫用罪의 告發人

職權濫用罪는 公務員이나 職權을 濫用하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 사람의 權利行使를 방해함으로써 성립하는 범죄로서(형법 제123조), 그 보호법익은 國家機關의 공정한 행사를 보호하는 것이다.(李在祥, 刑法新講各論Ⅱ, 1989년 265면). 그러나 범죄피해자의 개념 또는 범위를 정함에 있어서는 犯罪의 保護法益의 주체만이 아니라 犯罪의 수단이나 행위의 상대방도 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이므로 職權濫用罪의 경우 義務없는 일을 行使토록 요구받은 사람이나 權利行使를 방해받은 사람도 피해자라고 보아야 할 것이다.

예컨대 請求人은 統一國民黨 부산 중구 지구당 부위원장으로

서 被告發人으로부터 플래카드의 자진철거를 요구받았던 사실도 있다는 것이므로 비록 保護法益의 주체는 아니지만, 行爲의 상대방 또는 위 플래카드의 管理者로서 이 事件 職權濫用の 被害者에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 請求人이 職權濫用罪 부분에 대하여 告發을 하고 적법하게 抗告, 再抗告를 거쳐 憲法訴願을 請求한 것은 正當한 請求人으로서 그 適格을 갖추었다고 보아야 한다고 判示하였다.(憲裁 1993. 7. 29. 선고, 92 헌마262호 전원재판부결정).

라. 被害者가 아닌 告訴權者

被害者가 아닌 告訴權者도 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 請求할 自己關聯性이 있느냐 하는 것이다. 헌법 제27조 제5항(刑事被害者의 陳述權)과 형사소송법 제294조의 2(犯罪被害者의 陳述權)의 규정에 의하면 裁判節次上의 陳述權은 문면상 犯罪被害者에 국한하여 인정된다고 볼 수 있다. 따라서 被害者의 兄인 請求人이 犯罪被害者의 재판절차상 진술권을 侵害 받을 수 있는 地位에 있는지에 관하여는 의문의 여지가 있다. 그러나 請求人은 被害者는 아니지만 형사소송법 제225조(非被害者인 告訴權者)에 의한 告訴權者로서 이 사건에 관하여 告訴를 제기할 수 있는 것이므로, 檢事가 위 告訴事件에 관하여 편파적인 수사와 자의적인 판단으로 불기소처분을 한 경우에는 憲法 제11조에 의한 平等權을 侵害하였다고 할 것이다. 그렇다면 청구인은 이 사건 審判청구에 관하여 자기관련성이 있다고 할 수 있다. 그리고 告訴狀을 제기하지 아니한 청구인을 고소인으로 인정할 수 있느냐 하는 문제가 있다. 일반적으로 告訴는 書面

또는 口述로 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하고 口述에 의한 고소는 處罰을 요구하는 意思表示를 調書作成時에 하면 된다.(형사소송법 제237조). 告訴調書는 반드시 독립된 조서일 필요가 없고 수사기관이 고소권자를 참고인으로 신문한 경우에 그 진술에서 犯人の 處罰을 요구하는 의사표시가 조서에 기재되었을 때에는 고소의 요건은 구비되었다고 보고 있는 것이다.(대법 1985. 3. 12. 선고, 85도109 판결 및 1966. 1. 31. 선고, 65도 1089 판결 참조). 청구인이 交通事故 발생 후 경찰서에서 참고인으로 진술하면서 피고소인에 대하여 교통사고의 책임이 있다고 주장하고, 그 처벌을 원한다는 의사표시가 그 진술조서에 기재되어 있을 때에는 정식 告訴狀을 제출한 사실도 없고 직접 被害者는 아니지만, 피해자가 아닌 고소권자로서 참고인 진술시에 口述에 의한 告訴의 意思表示를 분명히 하였으면 告訴人이라고 보아야 하는 것이다. (憲裁 1993. 9. 27. 선고, 93헌마 14호 전원재판부 결정 참조).

4. 集團과 共同代表

가. 集團代表의 當事者適格問題

法人이나 權利能力없는 社團이나 財團이 아니면서 共通된 利害關係를 가진 하나의 集團이 權利侵害의 대상이 되어 憲法訴願의 請求主體가 될 수 있는 가 하는 것이 憲法裁判에서는 가끔 문제가 된다.

現代社會가 發展하면서 社會生活에 共通된 集團의 利害가 부각되기 시작했고 이것이 社會全體의 利益과 결부되어 集團의被害로부터 社會公益을 救濟하기 위해 새로운 集團이 出現하여 그 代表者가 그 集團의 權利保障을 請求하는 訴願請求가 늘고 있

다. 이러한 集團은 法人도 아니고 權利能力없는 社團이나 財團도 아니면서 社會共同體의 公同된 權益을 救濟하기 위하여 하나의 集團을 形成하고 그 代表者가 憲法訴願審判을 請求하는 경우이다. 이들은 個人的인 財産的 利益이나 損失보다는 社會共同生活의 社會的 條件이나 公益을 憲法적으로 保障하는 것이라고 하여 裁判을 請求하고 있는데 이것이 새로운 社會問題로 부각되고 있는 것이 昨今の 세계적인 現象이다. 이러한 現狀은 必然的으로 集團構成員의 基本權侵害를 救濟하기 위하여 集團이나 集團의 共同代表가 憲法裁判을 請求할 수 있는가 하는 새로운 문제로 대두되고 있다. 最近에 우리 社會에서도 社會的 共同利益을 保障하기 위하여 나타나고 있는 消費者保護團體, 公害 및 環境保護團體, 經濟正義實踐모임, 公明選舉實踐市民運動聯合 등이 그 에 속한다 할 것이다. 이러한 團體들은 그 團體構成員인 被害者 全員이나 市民 모두가 當事者로 직접나서는 것은 事實上으로나 法律上으로 적절치 못하기 때문에 하나의 集團을 형성하고 그 團體의 代表者를 선정하여 當事者가 되어 裁判請求의 主體로서 憲法訴願審判을 請求하는 경우이다.

現代 社會生活에서 나타나고 있는 이러한 集團的 利害를 救濟하는 길은 從來의 訴訟法體制의 理論으로는 訴訟當事者로 받아들일 수 없는 경우가 많다. 그래서 다른 法律로서 救濟받을 수 없는 경우에 憲法訴願으로 救濟받을 수 있게 한 憲法裁判制度下에서는 이를 달리 이해하여야 할 것이다. 지금까지의 民事 또는 行政訴訟法理論으로는 當事者適格을 인정하지 않는 새로운 集團이나 그 代表者에 대해서도 그 集團의 共同利益을 保障받을 수 있도록 그 길을 찾아 주어야 하는 것이 憲法訴願制度에 걸맞는 理論이라고 이해하여야 할 것이다. 따라서 特定한 集團이나 그

代表가 請願請求를 하였을 때 그 團體나 그 團體의 共同代表者에 대하여 當事者適格을 認定할 것인가에 대하여 從來와는 달리 새로운 法律問題로 부각시켜 여러 가지 검토하여서 이를 받아들여야 할 것이다. 美國에서는 共同被害者들이 集團訴訟(class action)의 경우에 그 集團을 새로운 형태의 權利主體로 보고 이를 받아들여 그 代表者에게 當事者適格을 認定하고 憲法裁判을 적극적으로 확대해 가고 있는 判例를 가급 찾아 볼 수 있다. 독일의 團體訴訟(Verbandsklage)에 있어서도 從來와는 달리 각 法律 분야마다 一定한 條件을 갖춘 경우에는 그 團體와 그 代表者에게 當事者適格을 認定하는 쪽으로 폭넓게 적극적으로 받아들이는 새로운 理論을 확대 援引하고 있다. 우리 나라는 아직까지 訴訟法上 허용하는 범위내의 選定當事者制度로서 集團訴訟의 代表者를 定할 수 있는 機能을 活用하는 경우 외에는 인정하지 않는 것으로 理解하고 있다. 그러나 選定當事者制度는 성질상 集團의 共同利益을 代表하는 集團訴訟과는 다르며 그 當事者의 法的地位와 法的기능이 본질적으로 다를 뿐 아니라 訴訟構造의 側面에서도 同一한 문제로 다를 수 없는 여러 가지 문제가 있다.

그러므로 이에 대하여 立法論的 改革이 없는 한 憲法裁判에서 적극적으로 풀어나가야 할 것이다. 現代生活에서 절실한 集團의 共同利益을 保障하는데 필요한 범위 내에서 憲法訴願審判請求를 할 수 있도록 當事者의 地位와 適格을 인정하는 쪽으로 研究되고 검토하여야 할 것이다.

나. 共同代表의 當事者適格問題

憲法은 國家의 最高法이며 모든 法律의 기초가 되는 母法이기 때문에 憲法의 個別條文들을 보면 一般 法律처럼 자세하게 구체적으로 規定되어 있지 않고 廣義的이고, 開放的이며 實踐規範으로서 완비되지고 않은 不確定的 規範이다. 이러한 憲法規範의 本質性때문에 憲法裁判節次에 있어서는 一般 訴訟節次보다 合理的이고 統制할 수 있는 새로운 裁判節次가 절실히 요구된다. 法治主義 基本인 法的 安定性和 統一성을 마련해 주어야 하는 憲法의 規範性 확보가 강하게 요청되고 있기 때문에 우리 憲法裁判所法에서도 違憲法律審判과 憲法訴訟願審判節次에서는 職權主義와 書面審理를 基本으로 하고 있다. 그렇다면 그 憲法裁判을 請求하는 請求人에 대하여 當事者를 確定하고 適格을 認定함에 있어서도 一般 訴訟法上の 문제와는 달리 이해하고 憲法裁判節次도 그에 알맞도록 수용할 수밖에 없다고 할 것이다.

憲法上 保障된 基本權은 國民의 個人的 權利인 동시에 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本의 人權을 확인하고 보장할 의무가 있기 때문에 國民은 누구나 憲法裁判을 請求할 수 있도록 그 方法을 制度的으로 확보하여 주도록 하여야 할 것이다.

憲法裁判의 이러한 法的 確實性 및 豫測可能性을 마련해 주는 公益인 特性으로 인하여 고려하여야 할 것은 從來의 法制에서는 認定할 수 없는 集團이나 共同代表의 代表者인 第3者에게도 當事者適格을 인정하여야 한다는 것이다. 最小限 公益의 權利保護의 必要性이 있을 때에는 그러한 社會의 存在的 要素들을 끌어들이어 憲法裁判에서는 例外的으로나마 이를 認定하도록 하는 것이 불가피하다고 할 것이다.

물론 모든 法律을 公法과 私法으로 區分하는 우리의 전통적인

法體系에서 보면 중대한 변화를 가져오는 理論이라고 많은 논란이 제기될 수밖에 없는 문제이다.

그러나 憲法裁判의 當事者로 등장하는 그 集團이나 共同代表의 當事者는 憲法的 正義具現과 憲法的 價値秩序의 守護를 위하여 불가피하게 나타난다고 할 수 있다.

나아가 그 集團이나 그 代表當事者는 他人의 權利侵害라는 측면보다 公益의 代表로서 市民의 共通된 利害를 救濟하기 위한 憲法上的의 生存權의 基本權의 문제로 볼 때 憲法裁判에서만은 이들에게 代表當事者適格을 갖추었다고 인정할 수도 있다고 할 것이다.

憲法裁判所法 제25조 제1항에 의하면 各種審判節次에 있어서 政府가 當事者인 때에는 法務部長官이 이를 代表한다고 하여 代表當事者適格을 認定하고 있다. 이와 마찬가지로 私的인 權利救濟를 目的으로 하는 것이라고 하더라도 憲法裁判에 있어서는 共通된 利害關係가 결부된 公益的 性格이 뚜렷한 生存權의 基本權에 관한 사안에 대해서는 私法的 次元이 아닌 憲法的 次元에서 이를 다루어야 할 것이다.

現在 産業社會에서 불가피하게 요청되는 어떤 부류의 公益의 基本權侵害問題에 대해서는 多數人의 權利救濟를 集團의으로 할 수 있는 代表當事者訴訟(美國에서 認定하고 있는 class action) 또는 集團의 共同代表에 대한 當事者適格을 폭넓게 받아들여야 할 것이다. 더구나 最近에 消費者保護團體나 公害 및 環境保護團體 등에서 제기하는 公益的인 차원에서 權利保護가 요구되는 여러 가지 문제들에 대하여 集團의 共同被害者가 團體를 構成하여 문제를 제기하였을 때 그 代表者가 아닌 被害者 전원이 모두 共同으로 當事者가 되어 裁判을 請求하여야 한다고 요구하는 것

은 그들 모두에게 節次上의 通知나 裁判進行에 참여시켜야 하는 것 등 裁判節次上으로도 어려운 문제가 많이 있다고 아니할 수 없다. 더구나 事後的 賠償의 문제보다 回復하기 어려운 權利侵害를 排除하고 是正하는 事前的 救濟의 必要性이 더욱 強力하게 요구되는 國民의 基本權保障은 전통적인 訴訟法體系에서는 다룰 수 없는 것이 많이 있다.

다른 法律에 의하여 救濟節次가 없는 경우에 특별히 憲法에 의하여 基本權을 保障하도록 한 憲法訴願制度를 도입한 制度的 的의를 감안해 볼 때 一般 訴訟과는 달리 憲法訴訟에서는 폭넓게 代表當事者訴訟을 수용하고 憲法裁判上 必要한 경우에는 公益의 代表者에게 代表當事者適格을 적극적으로 認定하여야 할 것이라고 본다.

다. 團體와 構成員과의 關係

團體는 원칙적으로 團體 自身의 基本權을 侵害당한 경우에만 그의 이름으로 憲法訴願審判을 청구할 수 있을 뿐이고 그 構成員을 위하여 또는 구성원을 代身하여 訴願審判을 請求할 수 없다.(憲裁 1991. 6. 3. 선고, 90헌마 56호 결정. 판례집 제3권 298면).

立法行爲에 의해 團體 또는 政黨에 소속된 構成員의 基本權이 侵害되었다고 주장하는 憲法訴願은 허용되지 아니한다. 團體의 정관에 이와 같은 일을 할 수 있도록 團體에 위임된 경우라 하더라도 團體의 이름으로 請求되는 憲法訴願이 團體의 理事 기타 機關이나 그 소속된 社員의 權利侵害를 다루는 한 이는 허용되지 않는다는 것이 독일헌법재판소의 판례이다.(BVerfGE 2, 292 ; 4, 96 ; 10, 134 ; 13, 54 ; 15, 256 ; 23, 257).

그러나 團體가 그 소속된 構成員들의 權益을 위하여 憲法訴願 審判을 請求할 수 없다는 것에 대하여 많은 문제가 제기되고 있다. 더구나 憲法裁判制度가 정착되면서 점차 構成員의 權益保護를 위하여 形成된 機能團體에 대하여 訴願適格을 許容하는 쪽으로 확대되어 가고 있는 것이 世界的인 경향임을 各國의 判例와 理論에서 알 수 있다.

지금까지의 우리 法制下에서는 團體와 構成員은 서로 별개의 獨立된 權利主體이고, 基本權은 一身專屬的인 性質을 가지는 것이기 때문에 團體가 構成員들의 利害를 위해 訴訟을 할 수 없다는 것이다. 따라서 憲法訴願審判請求도 個個人的 基本權을 侵害당한 權利救濟는 構成員 自身이 訴願을 제기할 수 있는 것이고 團體가 대신으로 訴願을 제기할 수 없다고 보는 것이다. 우리 民事訴訟法 제48조에서 法人 아닌 團體(社團 또는 財團)도 當事者能力을 認定하고 있으나, 우리 大法院은 團體意思를 決定할 機關과 代表者가 있고 團體構成員 個個人과 關係없이 自己財產을 가지고 獨立된 社會的 存在로서 活動하는 團體에 대해서만 當事者能力을 認定하고 있다.(大法 1966. 9. 20. 선고, 63다30 판결 참조). 거기에다가 法人格 없는 團體 自體가 當事者能力을 가지는 경우라고 하더라도 그 內部機構에 지나지 않는 예컨대 韓國基督宣敎團, 大韓佛敎曹溪宗總務院과 같은 內部組織에는 當事者能力마저 認定하지 않고 있다.(大法 1957. 12. 5. 선고, 57민상244 판결 大法 1967. 7. 4. 선고, 67다549 판결 참조).

따라서 그 團體 自體가 基本權을 侵害당한 경우에는 그 團體 이름으로 憲法訴願을 請求하는 것은 모르되 그 團體의 構成員 各自의 基本權侵害를 救濟하기 위하여 그 團體가 결성되었다고 하여도 團體構成員의 基本權侵害問題를 가지고 그 團體 이름으

로 請求人이 되는 것은 當事者適格을 認定할 수 없다는 것이 지금까지의 訴訟法理論이다. 예컨대 辯護士會나 醫師會 등은 그 構成員의 이익을 위하여 訴願을 請求할 當事者適格이 없다는 것이다.(BVerfGE 10, 134 ; 11, 30(35)).

우리 憲法裁判所法上 憲法訴願 역시 形式論理로 살펴보면 基本權을 侵害받은 者만이 請求할 수 있도록 되어 있고, 訴願制度의 본질이 主觀的 權利保護에 주된 목적을 두고 있어서 私的 自治의 原則에 따라 權利救濟의 請求與否는 基本權을 侵害당한 特定人의 意思에 달려 있는 것이라고 볼 수 있고 그 訴願審判을 請求하고 유지할 利益을 가지는 自己 基本權을 侵害당한 者만이 할 수 있다고 할 것이다. 그러므로 團體는 團體 自身の 權利가 문제된 경우에 獨自的으로 團體의 權利侵害를 주장하는 것은 별개로 하고 그 소속 構成員의 權利救濟를 주장하고 그를 이유로 憲法訴願審判을 請求하는 것은 許容되지 않는다고 보는 것이 多數의 見解이다. 비록 團體를 構成하는데 同意하였다고 하더라도 內部的으로 團體構成員間에 基本權侵害與否에 관한 見解와 利害關係가 항상 一致한다고 할 수 없으므로 團體가 一部 構成員의 利益만을 위하여 訴願을 請求하는 것은 不適合한 경우가 있다는 것이다. 뿐만 아니라 集團訴訟을 넓게 받아들이면 憲法訴願이 民衆訴訟化될 위험도 있기 때문에 民衆訴訟을 禁止하는 우리 法制下에서는 許容될 수 없다는 것이다. 따라서 團體는 團體 自身の 基本權이 侵害된 경우에만 團體의 이름으로 憲法訴願을 請求할 수 있을 뿐이고, 團體構成員을 위하여 團體가 代身 憲法訴願審判請求를 하는 것은 當事者適格이 없다고 보는 것이 憲法裁判所의 判例이기도 하다.(憲裁 1991. 6. 3. 선고, 90헌마 56호 결정 영화법에 대한 헌법소원심판사건 참조).

라. 團體의 當事者適格

團體가 構成員의 基本權侵害를 이유로 憲法訴願을 請求할 수 없다는 것은 위에서 본 바와 같이 우리 나라와 獨逸의 多數 見解이다. 그러나 오스트리아 憲法裁判所는 스위스와 비슷하게 이러한 경우 그 團體에 대하여 當事者適格을 認定하고 있다.(VrfSlg. 2176).

現代 社會의 構造的 變化에 따라 美國의 聯邦最高裁判所에서 第三者의 當事者適格(Standing rule)의 요건을 점차 넓혀 例外를 認定하고 있는 事例를 찾아 볼 수 있는데 이 理論이 최근에 와서는 獨逸 등 많은 나라에 영향을 주고 있는 것 같다.

美國 聯邦最高裁判所의 判例를 보면 美國에서도 전통적으로는 訴訟當事者가 他人의 憲法上 權利를 濫用할 수 없으며 따라서 第三者의 當事者適格은 認定되지 않는다는 原則을 확인하고 있다.(U.S.V. Rainss(1960), Broadrick v. Oklahoma(1973)).

이 原則에 대하여 몇 가지 例外를 認定하고 있는데 그 例를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 團體의 이름으로 訴訟當事者가 되지 아니하고는 憲法上의 權利侵害를 스스로 救濟받을 수 있는 적절한 方法이 없는 경우에는 一定한 要件을 갖춘 團體에게는 그 訴訟의 當事者適格을 인정하고 第三者의 權利를 주장할 수 있다고 하였다. 例컨대 黑白人種差別을 目的으로 하는 法規定의 效力을 다투는 사건에서 訴訟當事者인 흑인을 代表하는 團體에게 第三者(黑人) 스스로 訴訟을 제기하는 것이 不可能한 것은 아니지만 그것을 기대하기가 困難한 事情이 있다고 判斷되는 경우에는 흑인을 代表하는

團體가 第三者인 黑人の 權利를 主張하는 것을 허용하고 當事者 適格을 認定하였다.(1953. Barrow v. Jacksons. U. S 사건판결 중 참조).

둘째, 美國修正憲法 第1條(言論自由)의 영역에서는 그 基本權의 重要성을 고려하여 第三者의 訴訟을 認定함으로써 當事者適格의 法理를 擴大變更하였다. 表現 및 結社의 自由를 금지하는 對象을 광범위하게 規制하여 모든 行爲에 適用될 수 있게 한 法律은 현재 法的으로 直接 自己의 權利를 侵害받지 않은 者라 하더라도 그 法律에 對한 合憲성을 다툴 수 있다는 것이다.(Broadrick V. Oklahoma 413. U. S(1973)).

셋째, 그 외에 美國聯邦最高裁判所判例에서 他人의 憲法上的 權利를 가지고 訴訟을 하는 當事者에게 當事者適格을 인정한 경우의 例를 보면 社會的 正義의나 專門職의 保護를 위하여 불가 回避한 必要性和 普遍性이 있는 경우에는 이를 認定하고 있다는 것을 찾아볼 수 있다.

예컨대 黑白間의 人種關係(Barrow V. Jacksons 사건), 醫師와 患者, 教師와 學生, 學父母 間의 專門的인 特別한 職業上的 關係를 다룬 事件에서는 訴訟當事者에게 第三者의 當事者適格을 認定하고 있다.(Tileston V. William 사건 Pierce V, Society of sisters 사건 등).

넷째, 團體가 會員의 基本權侵害를 理由로 訴訟을 할 수 있는 것은 集會·結社의 自由, 人種差別의 不平等 등과 같은 憲法上 優越的 地位를 保障한 基本權의 侵害에 對하여서는 폭넓게 그 權利救濟의 길을 인정하고 있다는 것이다.

憲法에서 優越的으로 保障하는 基本權에 對하여는 一般 法律의 合憲性推定의 原則을 배제 내지 제한함으로써 다른 분야에서 요구되는 訴訟法上的 當事者適格要件으로 검토하는 權利侵害의 直接性이나 自己關聯性을 엄격하게 證明할 必要가 없다는 것이

다. 美國의 全國有色人種地位向上協會(NAACP)에 대하여 알라바마 州政府가 州法에 근거하여 會員各單의 提出을 命하였는데 同協會에서는 이 命은 會員의 集會·結社의 自由를 侵害하는 것이라고 하여 거부하였다.

이에 대하여 美國聯邦最高裁判所는 그 團體가 所屬會員의 權利를 주장 濫용할 수 있다고 하여 위 協會의 거부주장을 받아들였다. 이 事件에서 團體가 濫용한 權利는 會員의 集會·結社의 自由이며, 會員이 獨立의으로 訴訟을 提起하여 自己의 權利侵害를 救濟받는 것은 事實상 不可能하며 團體를 통해서만 쉽게 救濟받을 수 있다는 것을 濫용한 것이다. 이 判例는 만약 會員이 獨立하여 訴訟을 提起하여 救濟받을 수 있는 것이라면 團體가 會員의 權利를 濫용할 여지가 없다는 訴訟上 原則을 지키고 있는 것이라고 볼 수도 있을 것이다.(NAACP V. Alabama 357. U.S. 449. (1958) 그리고 Tileston V. William 사건 참조).

團體가 法務部長官으로부터 不純組織으로 指定됨으로써 忠誠 審査委員會에서 그 構成員이 된 公務員을 해고할 수 있다는 Hatch法은 그 團體에 대한 不法指定이 事前告知 및 청문절차 없이 한 것이므로 適法節次에 違反된다고 주장하는 團體로 하여금 그 團體에 소속된 構成員의 權利를 주장하고 保護할 수 있다고 하여 그 團體에 대하여 當事者適格을 認定하였다.

(Joint Anti fascist Refugee Committee V. Mcgrath, 314, U.S. 123(1951)).

이와 같은 예를 유추해 보면 團體가 會員의 基本權侵害를 이유로 憲法訴願을 請求할 수 있는 事例를 넓혀가고 있음을 쉽게 찾아볼 수 있다 할 것이다.

公權力에 의하여 侵害당한 憲法上의 重要な 基本權으로서 救濟할 必要性이 團體와 構成員이 實質의으로 同一한 法的 地位關

係에 있다고 볼 수 있을 때 또는 團體에 대한 公權力의 行使가 團體의 構成員이라는 사실로 인하여 構成員의 權利가 영향을 받을 경우에 그 團體는 構成員의 權利侵害를 救濟하기 위하여 公權力의 濫用을 다룰 수 있다고 보고 當事者適格을 인정하는 것이 합당하다고 할 수 있다. 그러므로 構成員이 獨自의 自己의 基本權侵害를 주장하고 請求할 수 있는 경우에는 原則적으로 團體의 訴訟을 허용하지 않는다고 할 것이나 構成員이 獨自의 權利救濟를 받는 것이 事實上 不可能하거나 期待하기 困難할 때에는 例外的으로 構成員의 基本權 侵害를 救濟하기 위하여 團體에 대하여 當事者適格을 認定하는 것이 합당하다고 할 것이다.(1981. 9. 公法研究 郭相鎭의 美國憲法訴訟上の 當事者適格論과 T. I. Emerson 著 現代美國憲法 참조).

마. 政黨과 黨員의 法的

政黨은 憲法上 그 設立의 自由와 複數政黨制가 保障되는 특수한 團體이다. (憲法 제8조 제1항).

憲法이 保障하는 그 政黨과 構成員인 黨員의 法的 地位나 性格에 관하여는 여러 가지 견해가 대립되어 있다. 그러나 대치적으로 通說에 의하면 政黨의 憲法上 地位는 國民의 의사와 國家의 의사를 연결시키는 政治的 中개적 기구로 보고 그 法的 形態는 法人格 없는 私法上的 社團으로 보아야 한다고 할 수 있다.

(權寧星, 憲法學原論 1992년 179-181면).

그리고 政黨의 構成은 政黨法의 規定에 따라 中央黨과 지구당의 복합체로 되어 있다고 볼 수 있으므로(金哲洙편, 政治關係法 1983년, 42면), 지구당도 단순한 중앙당의 하부조직이 아니라 독립된 團體

로서 역시 법인격 없는 社團에 해당한다고 보아야 할 것이다.

그런데 民法은 法人이 아닌 社團의 재산에 관하여 그 귀속 관계를 構成員의 總有를 본다고 규정하고 있을 뿐만 아니라 (민법 제275조 제1항), 그 構成員은 정관 기타 규약에 좇아 總有物을 使用·收益할 수 있다고 明示하고 있다.(민법 제276조 제2항). 이러한 것을 종합하여 보면 政黨의 黨員은 政黨의 財産과 政黨에 대한 公務員의 職權濫用을 請求할 수 있는 請求人適格이 있다고 보아야 할 것이다. 이에 대한 우리의 判例를 보면, 政黨을 法人格 없는 社團으로 보고 있다. 政黨의 黨員인 請求人은 등록된 政黨인 統一國民黨 부산직할시 중구 지구당 부위원장으로 재직하는자인 바, 1992. 2. 13 부산지방법검찰청에 자기의 個人名義로 被告發人 등을 상대로 하여 財物損壞 및 職權濫用罪의 告發을 하였고, 被請求人이 이에 대하여 혐의없음의 불기소처분을 하자 역시 자기 이름으로 檢察抗告節次를 거쳐 憲法訴願을 請求하였다.

이에 관하여 請求人은 수사단계에서 자기는 지구당 부위원장으로 委員長을 代理하여 告發한 것이라고 주장하고 憲法訴願節次에서도 刑事告訴나 告發에서는 民事上의 代理人 경우와 같이 엄격한 現명주의를 요하는 것이 아니므로, 청구인이 統一國民黨 부산 중구 地區黨의 代理人 資格으로 告發 또는 告訴한 것이라고 보아야 한다고 주장한다. 그러나 기록을 아무리 살펴봐도 請求人이 委員長을 代理하거나 위 地區黨을 代理 또는 代表하여 告發 또는 告訴하였다고 인정할 자료가 없다.

다만, 政黨의 法的 地位는 적어도 그 所有財産의 귀속관계에 있어서는 法人格 없는 社團으로 보아야 하고, 中央黨과 地區黨의 복합적 구조에 비추어 政黨의 地區黨은 단순한 中央黨의 하부조직이 아니라 어느 정도의 독자성을 가진 團體로서 역시 法

人格 없는 社團에 해당한다고 할 것이다.

請求人은 위 地區黨의 黨員 즉 構成員이므로 總有財産인 위 플래카드를 적법하게 使用·收益할 수 있는 地位에 있어 위 財産損壞罪의 被害者中 1人임에 틀림이 없다고 할 것이므로, 비록 形式은 “告發”이라고 하였을지라도 實質的으로는 被害者로서 告소를 제기한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 請求人이 이 事件 審判請求에 관하여 自己關聯性 要件을 갖추어 請求人適格이 있다고 判示한 것이다.(憲裁 1993. 7. 29 선고, 92헌마262호, 전원재판부결정).

五. 請求適格의 制限理由

憲法裁判은 원칙적으로 憲法訴願審判이나 權限爭議審判을 請求하는 그 請求人에게 直接 現實的으로 自己權限이 侵害당한 경우에 自己權利를 救濟받기 위하여 必要한 경우에 한하여 할 수 있다는 것이다. 그러므로 그 審判請求人의 請求適格을 갖추려면 自己의 主觀的인 權利保護의 利益이 있어야 하고 또 直接的이고 現實的으로 客觀的인 權利侵害가 있는 경우에만 허용하고 있다. 이를 憲法裁判의 請求要件으로서 請求人이 갖추어야 할 請求適格이라고 하는데 그 要件으로서 이른바 自己性, 現在性, 直接性이라는 法的 關聯性이 있어야 權利保護의 利益이 있다는 것이다.

특히 憲法裁判中에서 憲法訴願審判은 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 自己의 基本權을 侵害당한 者가 請求하는 것이므로 그 請求適格要件으로서 法的으로 自己關聯性이 直接的으로 現在 있어야 訴願請求의 當事者適格을 갖춘 것이

라고 보고 本案審理를 하고 있다.(法 제68조). 權限爭議審判은 被請求人의 處分 또는 不處分이 請求人의 權限을 侵害하였거나 侵害할 現저한 危險이 現在 있어야 한다.(法 제61조 제2항).

그러므로 國民이 法律에 대한 憲法訴願을 제기하려면 그 法律로 인하여 直接 憲法上 保障된 自己의 基本權을 直接 現在 侵害받고 있는 者라야 한다.

審判請求를 自己의 基本權을 直接 侵害받은 者에 한하여 할 수 있게 審判請求權者를 制限하는 것은 憲法秩序의 統一性和 法的 安定성을 確保하기 위하여 抽象的 規範인 法律의 統制를 無制限으로 許容하지 않으려는 것이며 나아가 憲法秩序를 混亂하게 하는 이른바 民衆訴訟을 無制限 허용하는 것을 막기 위한 것이다.

1. 訴願適格

憲法裁判의 대중을 이루는 憲法訴願請求에서는 請求人이 갖추어야 할 要件과 權限이 있는 者만이 할 수 있다는 訴願適格을 요구하고 있다.

憲法訴願을 請求할 權限이 있는 者는 『公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者』이어야 한다고 憲法裁判所法 제68조 제1항이 規定하고 있다. 그러므로 訴願請求에는 客觀적으로 존재하는 公權力의 行使가 直接的으로 自己의 基本權을 現在 侵害하고 있다는 것을 주장하여야 한다는 訴願適格을 요구하고 있는 것이다.

訴願請求人이 주장하여야 할 구체적인 사항에 대하여 同法 제

71조의 請求書의 기재요건을 중심으로 살펴보면 다음과 같이 나누어 볼 수 있다. 訴願審判請求書의 필요적 기재사항인 ① 請求人 및 代理人의 표시 ② 侵害된 權利 ③ 侵害의 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使 ④ 請求理由 ⑤ 기타 필요한 사항을 밝혀야 하는데 여기에서 다음과 같은 訴願適格의 要件을 검토할 수 있다고 할 것이다.

첫째 自己의 權利가 侵害되었다고 주장할 것(自己性, 當事者適格), 둘째 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 直接 侵害당하였음을 주장할 것(直接性), 셋째 現在 바로 自己의 權利가 侵害당하고 있음을 주장할 것(現在性) 등이다.

만약 訴願請求書에서 이와 같은 訴願適格을 적시하지 아니하였으면 그 후의 準備書面이나 裁判部の 補正命令에 따라 이를 補完하고 立證하여야 한다.

憲法訴願請求인이 주장하는 侵害된 權利가 自己의 基本權인지 아닌지는 當事者適格의 適法性の 테두리 내에서 職權에 의하여 客觀적으로 審査하여 判斷한다.

侵害당하였다는 權利가 基本權이 아니거나 基本權이기는 하지만 自己의 것이 아닐 때에는 그 訴願은 不適法한 것으로 却下를 한다. 請求인이 主張하는 基本權이 그 公權力에 의하여 直接 侵害될 수 있는 것인지, 즉 法的 關聯性이 있는지에 대해서 適法性の 요건을 심사하는 단계에서 객관적으로 職權調查하여 判斷하게 된다. 이 때에는 請求人の 주장에만 얽매어 判斷을 하는 것이 아니라 法律上 가능한 모든 범위 내에서 憲法上的 基本權 侵害의 유무를 직권으로 審査하여야 하는 것이다.(憲裁 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호 결정). 그러므로 憲法裁判請求書에는 一般法院의 소장 양식과 같이 被請求人이나 請求취지를 기재할 필요가 없다. 만

약 이러한 기재가 있다고 하더라도 그에 구애됨이 없이 訴願適格을 職權調査하여 확정하여 판단하는 것이다.(憲裁 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190호. 전원재판부결정).

憲法訴願審判은 請求人이 現在 바로 自己 基本權이 侵害당하고 있는가 하는 自己關聯性과 現在性을 審査對象으로 하고 있기 때문에 그 審判請求書에 이에 대한 具體的인 주장이 있어야 하며 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 侵害된 權利가 무엇인지 具體化될 수 있는 것으로 볼 수 있어야 하는 것이다.(BVerfGE 56, 146(160) ; 61, 210(232) ; 65, 227(232f)).

스위스나 獨逸 Bayern 州 憲法은 民衆訴訟을 허용하고 있기 때문에 自己性이 없어도 누구나 抽象的 規範統制를 請求할 수 있도록 하고 있으나 다른 많은 나라에서는 전통적인 權力分立의 原則과 法的 安定性을 확보하는데 결코 바람직하지 않다고 하여 憲法裁判所制度를 도입하면서도 抽象的 規範統制의 請求權者를 法的 自己關聯性의 문제으로써 制限하고 있는 것이다. 이에 따라 憲法訴願의 請求適格으로서 自己性, 現在性, 直接性이라는 法的 關聯性을 갖추어야 하는 것을 要件으로 하고 있는 것이 多數國의 判例이며 立法例이다.(憲裁 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호, 1991. 3. 11. 선고, 89헌마 267호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 전원재판부결정 등 참조).

2. 審判請求의 適法性

請求의 適法性問題는 審判請求의 適法要件에 관한 문제이므로 請求人의 適格이나 訴願適格의 要件보다 더 넓은 개념으로 다루어지고 있다.

憲法訴願請求人이 自己의 權利를 現在 直接 侵害당하고 있다는 主張은 訴願請求의 適法性有無의 판단단계에서 객관적으로 審査된다. 自己의 基本權을 主張하는 것인지, 現在 侵害당하고 있는 것을 主張하는 것인지, 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 自己權利가 直接 侵害당하고 있는 것인지, 公權力의 法的 性質이 基本權을 直接 侵害할 수 있는 것인지 등은 適法性의 단계에서 訴願請求의 適法要件으로서 審査對象이 된다. 이러한 適法性의 문제는 訴願請求人의 주장에 의하여 적어도 自己 權利의 侵害可能性이 있다고 판단될 수 있는 구체적인 것이라야 한다. 그래서 이러한 문제를 가지고 흔히 自己關聯性이라는 제목아래 訴願適格의 문제와 함께 다루기도 하는 것이다.

그리고 請求의 適法性問題는 訴願適格의 문제보다 넓은 개념으로 다루고 있다.

侵害의 원인이 되는 公權力일 行使 自體가 存在하지 아니하나, 不作爲違憲確認을 구하는 대상인 公權力의 不行使는 憲法해석상 특정인에게 기본권보장을 위한 行爲義務 내지 保護義務가 있음이 명백함에도 불구하고 이를 行使하지 아니한 경우가 아니면 憲法訴願의 適法성이 없다고 본다.(憲裁 1989. 9. 29. 선고, 89헌마13호 결정참조).

그러므로 社會安全法에 대한 憲法訴願事件에서 法律에 대하여 바로 訴願審判을 청구하려면 직접 당해 法律에 의해 權利侵害를 받아야 하는데 請求人들이 保安處分을 받고 있는 것은 법무부장관의 保安處分決定에 의한 것이며 社會安全法에 의하여 直接 받은 것이 아니다. 그러므로 그 法律에 의하여 직접 保安處分을 받은 사실이 없는 者が 憲法訴願審判을 請求한 것은 權利侵害의 直接성을 갖추었다고 할 수 없어 그 訴願審判請求는 不適法하다

고 判示하였다.(憲裁 1989. 10. 27. 선고, 89헌마105, 125, 125 병합결정판례).

사건수사중에 제기된 檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願의 適法與否에 대하여 현재 수사중인 事件은 특단의 사정이 없는 한 아직까지 구체적인 公權力의 行使 또는 不行使가 있다고 볼 수 없으므로 訴願審判請求는 不適法하다.(憲裁 1989. 9. 11. 선고, 89헌마169 결정).

그러나 종결된 수사기록의 열람복사신청을 口頭로 하였으나 拒否당하였다는 請求人의 主張에 대하여 公權力의 處分이 있는 것으로 보고 當事者適格이 있다고 하여 請求棄却을 한 判例가 있다.(헌재 1992. 4. 14. 선고, 90헌마145 결정).

이와 같이 憲法訴願請求要件인 자기관련성·직접성·현재성을 어느 範圍에 까지 限定하느냐 하는 請求의 適法性은 憲法裁判權의 限界問題와 관련되어 있어서 상당히 중요한 문제로 다루어지고 있다.

그리고 憲法訴願審判의 請求는 適法한 期間內에 제기하여야 한다.(법 제63조, 제69조). 뿐만 아니라 다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다(법 제68조 제1항 후단) 고 하고 있다. 이러한 것이 모두 審判의 適法性의 문제로 다루어지고 있다.

그러나 이를 어떻게 이해하고 現實的으로 받아들일 것인가 그리고 憲法訴願審判이 아닌 다른 審判事件에서 어떻게 이를 인용할 것인가 하는 것은 裁判實務에서 대단히 중요한 문제로 제기된다. 法律로 인하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者를 法的으로 어떻게 이해할 것인가, 어떠한 경우에 自己의 基本權이 直接 侵害되었다고 볼 것인가, 언제부터 어느 때까지를 現在의 基本權 侵害로 볼 것인가 하는 구체적인 法的 關聯性은 곧 法律

에 대한 憲法訴訟의 當事者適格과 對象의 範圍를 어디까지 制限하고 許容할 것인가 하는 適法性的의 문제와 직결되는 것이다. 그리고 이러한 審判請求의 適法성을 너무 嚴格하게 해석하고 制限하면 憲法裁判의 對象과 審判의 範圍가 많이 축소되고 나아가 憲法裁判所의 違憲審判機能을 否定하는 結果를 自招하게 되고, 반면 이를 지나치게 擴大適用하면 憲法의 基本構造인 權力分立制度를 위협하고 法的 安定성을 害하는 結果를 가져올 우려가 있는 憲法裁判制度의 根本問題와도 관련되는 문제라는 것을 유의하여야 한다.

3. 訴願適格의 要件

憲法裁判中 憲法訴願審判事件은 當事者能力과 當事者適格이 있고, 適法한 期間內에 補充性的의 要件을 갖춘 審判請求라 할지라도 適法한 訴願을 請求할 수 있는 請求人이 주장하는 訴願要件, 즉 訴願適格을 갖추어야 한다. 訴願適格은 訴願請求人이 구체적 요건을 주장하여야 하는데 그 사항을 보면 다음과 같다.

가. 公權力의 存在 또는 不存在

첫째, 憲法訴願請求人은 自己權利를 侵害한 公權力의 존재 또는 부존재를 주장하여야 한다.

憲法訴願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 者가 請求할 수 있다.』(法 제68조 제1항 본문)고 되어 있다. 여기에서 말하는 公權力은 國家의 立法權, 司法

權, 行政權은 물론 일반 行政廳 및 地方自治團體의 公權의 作爲 또는 不作爲를 모두 그 대상으로 하고 있는 것이다. 이러한 公權力의 行使는 객관적으로 존재하여야 하며 그 公權力에 의하여 自己의 基本權이 侵害당하였다고 주장하여야 하므로 憲法訴願의 대상이 되는 公權力이 전혀 存在하지 않을 경우에는 訴願請求의 대상이 없는 不適法한 請求라고 하여 却下하게 된다. 예컨대 檢事의 不起訴處分에 대한 訴願審判을 請求함에 있어서 請求人이 告訴事實로서 주장한 바 없고 따라서 被請求人인 檢事が 處分한 바 없는 事實을 請求人이 憲法裁判所에서 새로이 주장하였더라도 이는 公權力이 存在하지 않는 것이므로 이는 審判의 대상이 될 수 없다.(헌재 1990. 12.26. 선고, 90헌마2호 청구인이 고소사실로서 주장한 바 없는 사실을 소원심판으로 한 사건. 전원재판부결정).

따라서 憲法裁判所의 審判對象이 아닌 사항에 관한 審判請求는 不適法한 것이다.

예컨대 檢事의 略式起訴가 청구인의 基本權을 侵害하고 있다는 청구부분은 刑事訴訟節次에서 그 기소처분의 違憲性 및 違法性 與否에 대하여 法院에서 충분히 審判받을 기회가 保障되어 있으므로 檢事의 公訴提起는 독립하여 憲法訴願審判請求의 대상이 될 수 없다.(헌재 1989. 3. 17. 선고, 89헌마21호, 1992. 6. 24. 선고, 92헌마104호 결정). 뿐만 아니라 헌법재판소법 제 68조 제 1항에서 憲法訴願審判請求에서 제외한 法院의 裁判을 審判請求의 대상으로 한 것은 訴願適格이 없는 不適法한 것으로 却下되어야 하는 것이다. 예컨대 裁判長의 訴訟指揮나 裁判의 지연에 대하여 違憲確認을 구하는 審判請求는 終局判決을 위한 중간적·부수적 裁判이거나 준비행위로서 본질상 종국판결에 흡수 포함되어 終局裁判의 일체를 이루는 것이므로 결국 法院의 裁判

을 審判청구의 대상으로 한 것이어서 不適法하다는 것이다. (헌재 1992. 6. 26. 선고, 89헌마271호 전원재판부결정, 1993. 6. 2. 고지 93헌마104호 지정재판부결정).

그러므로 公權力行使의 存在有無는 憲法訴願審判의 本案判斷에 들어가는 前提要件이 되는 것이다. 예컨대 陳情事件에 대한 수사기관의 內查終結處理는 陳情事件에 대한 拘束力이 없는 內部的 사건처리방식에 지나지 아니하므로 陳情人의 告訴 또는 告發의 權利行使에 아무런 영향을 미치는 것이 아니어서 憲法訴願審判의 대상이 되는 公權力의 行使가 존재한다고 할 수 없어 却下한다.(헌재 1990. 12. 26. 선고, 89헌마227호. 1991)

憲法訴願의 審判은 憲法上 保障된 基本權을 侵害하는 國家의 모든 公權力을 對象으로 하고 있다. 『主權은 國民에게 있고 모든 勸力은 國民으로부터 나온다.』(憲法 제1조 제2항)는 憲法이 基本原理에 따라 國民으로부터 나오는 國家權力이 國民의 基本權을 本質的으로 侵害할 수 없다는 원칙에 따라 모든 國家權力이 憲法訴願의 대상이 되는 것이다. 그러므로 國家의 모든 公權力은 憲法上 保障된 基本權理論에 기속되는 것을 그 기초로 하고 있다. 어떠한 公權力이 憲法訴願의 대상이 될 것인가 하는 公權力의 범위를 확정하고 축소하는 구체적 문제에 관하여는 憲法이나 憲法裁判所法 어디에도 明示的인 規定이 없기 때문에 憲法裁判의 理論과 實務 및 특수성으로 논의될 수밖에 없다. 여기에는 무엇이 公權力이나 하는 이러한 문제를 다루자는 것이 아니고 언제 어떻게 公權力이 請求人의 基本權을 侵害하였는가를 다루어 訴願適格의 범위와 요건을 해결하자는 것이다.

憲法裁判所의 審判對象은 憲法訴願의 대상을 무엇으로 하고 있는냐에 따라서 달라질 수 있으므로 憲法訴願請求人의 선택과

주장에 따라 權利保護利益의 有無와 訴願適格의 適法性を 判斷하게 될 것이다.

나. 自己基本權의 侵害

둘째, 侵害당한 自己의 基本權을 주장할 수 있는 者라야 한다.

憲法訴願請求人은 自己의 權利가 侵害되었다고 주장하여야 한다. 여기에서 “基本權의 侵害를 받은 者”란 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 基本權을 직접적으로 侵害당한 者를 의미하는 것이지 間接的 또는 反射的으로 不利益을 받은 者를 의미하는 것은 아니다.(헌재 1990. 9. 3. 선고, 89헌마211호 전원재판부 결정. 1992. 9. 4. 고지, 92헌마175호 지정부결정은 直接性的 요건을 지정부에서 판단하여 각하한 것으로 문제가 있다).

피의자신문없이 한 不起訴處分이 告訴人의 基本權을 直接 侵害하였다고 볼 수 없다.(헌재 1990. 4. 2. 선고, 89헌마262호, 88헌마22호 전원재판부결정). 그리고 訴願請求人이 憲法上 保障된 基本權을 주장하는 것이 아니거나 自己의 基本權과 法律上 關聯되는 것이 아닌 것을 주장하고 있을 때에는 그 訴願은 不適法한 것이다.(헌재 1991. 7. 8. 선고, 89헌마181호 전원재판부). 公權力의 行使의 성격상 被請求人이 누구인지 그로 인하여 基本權을 侵害하는 法律效果가 發生하는 것인지 請求人이 주장하는 侵害된 自己 基本權이 무엇인지 그리고 現在 侵害당하고 있는 것인지 또 自己의 基本權에 대하여 直接 侵害하고 있는 것인지 등은 訴願適格의 適法性的의 문제로서 이와 같은 法的 關聯性を 憲法裁判所는 職權으로 審査한다.(헌재 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호. 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190호 전원재판부).

侵害되었다고 주장하는 基本權을 個人的 權利여야 한다. 그 個人的 權利는 憲法 제2장에 열거된 基本權條項 뿐만이 아니라 憲法 제1조의 國民主權, 제41조의 選舉權과 被選舉權과 같은 主權의 權利도 포함된다.(國會議員選舉法에 대한 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 違憲審判, 1992. 3. 13. 선고, 92헌마37,39(병합) 憲法訴願 전원재판부결정 1991. 3. 31. 선고, 90헌마28, 91헌마21, 地方議會議員選舉法에 대한 헌법소원, 전원재판부결정).

그리고 民主主義의 基本秩序를 천명하고 있는 憲法全文 제1조, 제4조의 해석상 國民의 政府에 대한 情報公開를 구할 權利(請求權의 基本權)도 이에 포함된다.(1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 公權力에 의한 財產權侵害에 대한 헌법소원, 전원재판부결정).

政黨과 國會議員은 個人的 權利와 그 地位에 따르는 公權力的 權利를 아울러 주장할 수 있다. 그러므로 그들이 제기한 憲法訴願에서 어느 權利를 주장하는지 어느 地位에 무엇을 주장하는지에 관하여 職權으로 심사하여야 하고 그들의 地位와 權限을 侵害하였을 때 權限爭議審判(法 제61조, 제62조) 으로 請求하여야 하는 것인지 憲法訴願審判請求로서 주장할 수 있는 것인지에 대하여 심사 판단하여야 한다.(헌재 90헌마125호, 91헌마231호 立法權侵害 등에 대한 憲法訴願, 90헌라1호 國會議員과 國會議長간의 權限爭議審判事件 참조). 따라서 憲法訴願은 憲法上 保障된 國民의 基本權에 근거하여 憲法裁判을 請求하는 것이므로 國際法상의 一般原則이나 UN의 人權宣言등과 같은 일반적 國際規約에 근거한 權利의 侵害를 가지고 憲法訴願審判을 請求할 수 없다고 본다.(法 제68조 제1항. BVerfGE 6, 389(440) ; 18, 441(451) ; 41, 88(1060).

다. 權利保護의 必要性

權利救濟를 받을 수 있는 事實上的 權利保護의 必要性이 있어야 한다.

憲法訴願은 國民의 基本權侵害를 救濟하는 制度이므로 그 제도의 목적상 權利保護의 必要性(利益)이 있어야 비로소 請求할 수 있다.(헌재 1989. 7. 28. 선고, 88헌마65호, 1989. 12. 22. 선고, 89헌마22호 결정 등).

憲法訴願을 請求하려면 公權力作用으로 인한 基本權의 侵害로부터 自己權利的 救濟手段으로 必要하고 適合한 것이어야 한다. 必要하고 適合하다는 것은 現實적으로 訴願請求人에게 權利救濟의 手段으로 事實上 必要하여 그것이 憲法的 正義에 合當한 경우이어야 한다. 이것을 權利保護의 事實上的 利益 또는 必要性이라고 하는데 憲法訴願은 國民의 基本權侵害를 救濟해 주는 制度이므로 그 제도의 목적상 現實적으로 事實上 權利保護의 利益이 있어야 審判을 請求할 수 있는 것이므로 請求人の 審判請求가 權利保護의 必要性이 없으면 不適法한 것으로 却下되는 것이다.

예컨대 請求人は 法務部長官의 出國禁止措置에 대하여 憲法訴願을 제기하였는데 이 사건 심판결정을 선고할 당시에는 이미 解除된 사실을 인정할 수 있으므로 請求人の 審判청구는 權利保護의 必要性이 없어 不適法한 請求라고 하여 이를 却下하였다.(헌재 1990. 1. 6. 선고, 89헌마269호 財産權侵害에 대한 헌법소원. 지정재판부사건).

訴願適格은 憲法裁判所法 제68조 제1항 후단에서 法律에 救濟節次가 있는 경우에는 그 節次를 모두 거친 후가 아니면 請求할 수 없다는 補充性的 原則과 관련되는 경우가 있다. 憲法訴願은 制度的으로 다른 救濟節次가 없는 경우에 憲法裁判所가 直接 審判하는 것이며 따라서 다른 法律에 救濟節次가 있을 때에는 請

求人에게 訴願審判을 받을 利益, 즉 必要性이 없다는 것이다. 一般的인 權利侵害는 一般 法院의 裁判上 救濟手段 등 法律에 의하여 制度的으로 확립된 절차에 의하여 救濟하는 것을 原則으로 하고 憲法訴願은 그에 의하여 救濟될 수 없는 基本權侵害에 대하여 二次的 特別救濟手段으로서 마련한 憲法上的 制度이기 때문이다. 그러므로 公權力의 行使가 憲法裁判所의 裁判前에 取消되었거나 法律이 폐지되었을 때에는 원칙적으로 不適當한 것으로 權利保護의 利益이 없는 것으로 却下되는 것이다. 그러나 예외적으로 基本權侵害가 이미 끝난 경우에도 憲法的인 문제의 解明이 미결로 남아 있어서 계속 基本權侵害가 지속될 수 있고 또는 해당 基本權의 重要性이나 法的 問題의 根本的인 重要性이 있어서 侵害된 法益을 보호할 必要가 있거나 반복의 危險性이 있는 때에는 憲法訴願審判을 받아야 할 權利保護의 利益이 여전히 인정되는 것이므로 訴願審判의 必要性이 있다고 하여 本案裁判을 할 수 있다.(헌재 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 사회보호법 제5조의 違憲審判 전원재판부 결정, 1989. 12. 18. 선고, 89헌마 32,33(병합) 國家保衛立法會議法 등에 관한 憲法소원, 전원재판부결정. BVerfGE 52, 42(51f) ; 53, 30(55) ; 65, 317(321) ; 69, 315(341) ; 76, 83(89) ; 76, 363(381)).

權利保護의 利益은 그러한 侵害가 없었으면 그러한 結果가 되지 않고 다른 結果가 되었으리라는 것을 必要要件으로 한다. 憲法訴願의 適法性 要件으로서의 權利保護의 利益은 그 본질상 基本權保障手段임과 동시에 객관적인 憲法秩序의 保障手段이기 때문에 일반 訴訟법상의 訴의 利益과는 다른 차원으로 보아야 한다. 違憲的인 公權力作用이 제거되거나 소멸하였다 하더라도 憲法規範의 實效性을 확보하기 위하여 필요할 때에는 憲法判斷을 하여야 한다는 것이다. 따라서 規範에 대한 憲法訴願은 憲法裁

判所의 不合法宣言이 기대될 수 있거나 限定合憲을 宣言하는 것이 必要한 경우에는 權利保護利益의 必要性이 있는 것으로 보아야 한다는 것이다.

그것은 그로 인하여 請求人에게 보다 유리한 새로운 규정이나 解釋에 의하여 權利救濟의 혜택을 받을 수 있는 기회를 열어주기 때문이다.(BVerfGE 22, 349(360ff) ; 32, 157(163)).

그러므로 憲法訴願의 補充性的 原則은 訴願의 適法要件이기는 하지만 充分條件이 되는 것은 아니며 事情變更에 따라 權利保護의 利益이 있을 때에는 審判請求의 適法성을 가지고 다시 審査하여야 하는 것이다. 즉 法律에 정한 救濟節次를 모두 거친다는 것은 訴願請求의 要件이기는 하지만 그것만으로는 訴願이 適法하기 위한 充分한 條件을 모두 갖춘 것이 아니어서 별도로 權利保護의 必要性을 심사하여야 하는 것이다. 따라서 먼저 權利救濟節次를 거치게 하면 訴願請求人에게 중대하고 회복할 수 없는 손해를 입게 되는 경우에 또는 전심절차로 權利救濟의 可能性이 거의 없거나, 권리구제절차가 許用되는지 여부가 객관적으로 不確實하여 전심절차의 期待可能性이 없을 때에는 補充性的 原則에 대한 예외로서 즉시 憲法訴願審判을 할 수 있다.(헌재 1989.9.4. 선고, 88헌마22호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 결정. BVerfGE 59, 1(19) ; 69, 233(241)).

그리고 基本權侵害에 대한 一般 法院의 法律 해석이나 判例를 살펴 볼 때 종전의 이러한 判例와는 전혀 相異한 裁判이나 法律 解釋의 변경이 없는 限 權利救濟를 받을 수 없는데도 불구하고 반드시 다른 法律의 救濟節次를 거치게 하는 것은 客觀적으로 期待可能性이 없는 경우에 해당하는 것이므로 補充性的 원칙을 고집할 수 없는 것이다. 그리고 일반 法院의 準抗告

節次까지 밟아 接見禁止處分을 取消하는 決定이 있음에도 불구하고 이를 무시한 채 재차 接見拒否處分에 이르렀다면 請求人에게 다시 準抗告節次를 거치게 하는 것은 主觀적으로 期待可能性이 없는 경우에 해당하는 것이므로 그것이 節次法的이든 實體法的 이유이든 그 節次를 모두 거치게 할 必要가 없는 것이다.(헌재 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133호, 1991. 7. 8. 선고, 89헌마181호 결정. BVerfGE 9,3(7f) ; 27, 88(97) ; 61, 319(341) ; 62, 117(144) ; 68, 376(381)).

獨逸聯邦憲法裁判所는 補充性的 原則의 영역에 있어서도 이러한 점을 고려하여 訴願請求의 可能性을 검토하고 權利保護의 必要性에 대하여 裁判部의 裁量으로 이를 判斷하고 있다.(BVerfGE 53, 30(52ff) ; 69, 233(241) ; 77, 381(401/7f)).

라. 法律上 權利保護의 利益

法律上 權利保護의 利益이 있어야 한다.

憲法訴願은 누구나 請求할 수 있는 것이 아니고 公權力에 의해 憲法上 保障된 自己權利가 侵害되었다고 주장할 수 있는 法律上의 要件을 갖춘 特定인만이 할 수 있다. 따라서 法律上 權利保護의 利益이 있는 請求로 간주되지 아니하면 이를 허용하지 아니하는 것이다. 基本權侵害에 대한 事實上的 權利保護의 必要性이 있다고 하더라도 法律上 訴願으로 救濟받을 수 있는 權利保護의 利益의 要件을 갖추어야 하는 것이다. 그러므로 法律上 實質의 또는 形式的 要件을 갖추었을 때 權利保護의 利益이 있다고 하여 本案審判을 한다. 따라서 不起訴處分의 取消를 구하는 憲法訴願에서는 그 審判對象이 되는 犯罪事實이 審判당시에 公訴時效가 完成되었으면 法律上 權利保護의 利益이 없다고 하여 却下하

는 것이 우리 判例이다.(헌재 1989. 4. 17. 선고, 88헌마3호, 1989. 7. 28. 선고, 89헌마65호, 1990. 4. 2. 선고, 89헌마185호, 1992. 12. 24. 선고, 92헌마186호 결정 등).

그러나 이 判例에 대해서는 憲法訴願請求가 있으면 접수일부터 時效中斷의 效果를 인정하여야 한다는 견해와 權利保護의 必要性이 있으면 法律上 權利保護의 利益을 요구할 필요가 없다는 반대의견도 있다.(헌재 1993. 9. 27. 선고, 92헌마284호 전원심판부결정. 재판관 한병재, 이시운, 김양균의 반대의견과 변정수의 반대의견 참조).

憲法裁判所는 國民의 基本權侵害에 근거한 適法한 憲法訴願의 범위 내에서 實質的 要件을 갖추었을 때 憲法을 尺度로 한 合憲的 秩序를 유지할 權限을 가지고 있다.

國民의 基本權은 憲法에 違反되는 規範이나 法的 근거가 없는 公權力의 個別處分에 대하여 有效하게 制限할 수 있다. 憲法訴願은 경우에 따라서는 請求人이 주장하는 基本權이 그 請求를 뒷받침 해주지 못하거나 第三者의 基本權인 경우에도 認容될 수 있다.(BVerfGE 38, 281(299) ; 39, 156(166) ; 45, 272(295)).

그러나 法律規範의 단순한 반사적 효과는 憲法訴願請求의 要件을 충분히 갖추었다고 할 수 없다. 法規範의 현실적 效力으로 인하여 같이 손해를 당하고 있다고 주장하는 것은 단지 經濟的 利害關係에 관련되어 있다는 주장에 불과한 것이어서 法律的으로는 당해 규범에 간접적인 관련이 있는데 불과한 것이며 실제로 그 法律規範과 직접 관련되는 當事者로서의 法的인 權利保護의 利益이 있다고 할 수 없는 것이다.(BVerfGE, 6,278 ; 13, 233 ; 34, 340).

憲法訴願審判은 請求人에게 適用된 法律이 憲法에 違反된다는 規範에 대한 것과 公權力의 個別處分이 不當하게 適用하였다는 것을 가지고 審判請求를 할 수 있다.

個別處分이 現存하는 有效한 法規範에 違反됨으로써 個人的 基本權을 侵害하는 경우에는 그 公權力의 行使는 法律的으로 合憲의 秩序에 違背되는 것이다. 그러므로 公權力의 個別處分에 대한 憲法訴願은 憲法보다 下位法律에 違反되는 것을 근거로도 할 수 있을 것이다. 이것은 단순한 法秩序의 違反이라 할 지라도 憲法上의 基本權侵害를 논증하는 경우에는 憲法適合性의 문제로서 合憲의 秩序에 違反되는 것이기 때문이다. 그러나 유의할 것은 憲法上 司法權獨立이 保障된 一般 法院의 裁判에 있어서는 個別事件에 適用하는 사실관계의 誤認 및 단순한 個別規範의 法律解釋, 法律上的 構成要件의 確定과 評價, 訴訟法上的 節次形成등은 기본적으로 憲法裁判所의 審判對象이 될 수 없는 것이다.(헌재 1992. 6. 26. 선고, 90헌마73호 한지의사변허교부신청 수리거부처분에 대한 헌법소원사건 및 동년 89헌마272호 판결정정 교부신청에 대한 헌법소원. 전원재판부결정).

獨逸聯邦憲法裁判所에서는 一般 法院의 判決에 대하여 憲法訴願을 許容하고 있지만 憲法違反과 관련되는 경우에만 이를 받아들이고 있다. 즉 判決이 法的 근거를 전혀 갖지 않았거나, 固有의 憲法(Spezifisches Verfassungsrecht)을 侵害하였거나 또는 違憲法律에 근거하여 判決을 한 경우에 憲法訴願에 의하여 취소될 수 있다는 것이다. 一般 法院의 裁判에 대한 憲法訴願은 直接的으로 憲法適合性에 違背되는 裁判에 限定하여 認容하고 있다는 것을 유의하여야 한다.(BVerfGE 1, 418(420f) ; 6, 32(43) ; 38, 281(298f); 40, 56(60) ; 42, 374(385) ; 61, 68(72/75)).

우리 憲法裁判所法 제68조 제1항의 憲法訴願은 『法院의 裁判을 除外』하고 請求할 수 있다고 規定하고 있어 이는 憲法에 違反된다고 주장하는 의견이 있다. 이를 어떻게 받아들여야 할 것인가, 形式論理에 따라 모든 形式의 裁判을 무조건 除外할 것인가

가 그렇지 아니하고 憲法訴願制度에 알맞게 그 裁判의 범위를 限定確定하여 實質的으로 축소 해석하여야 할 것인가의 문제는 憲法裁判의 判例에서 풀어야 하는데 여기에는 위와 같은 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例가 많은 참작이 되리라고 본다.

憲法訴願審判은 法律上 實質的 要件을 갖추었다더라도 憲法上 一般 法院이 가지고 있는 固有한 權限, 즉 訴訟法上的 節次形式과 判決의 效力 등으로 인하여 權利保護를 받을 수 없는 경우에는 節次法上 要件에 의하여 法律上 權利保護의 利益이 없는 것이므로 不適法하다고 却下하는 것이다. 예컨대 檢사의 不起訴處分의 대상이 된 被疑事實이 公訴時效가 完成되거나 確定判決이 있는 등의 免訴判決(刑事訴訟法 제326조)의 事由가 明白할 때에는 法律上 權利保護의 利益이 없다고 하여 却下한다.(憲裁 1990. 4. 2. 선고, 89헌마185호 檢사의 公소권 행사에 대한 헌법소원. 전원재판부결정).

그리고 憲法裁判所의 決定에 대하여는 不服申請이 許容될 수 없는 것이므로 當 재판소의 결정에 대한 不服訴願이나 即時抗告는 憲法裁判所法上 인정되지 아니하는 것이다. 따라서 請求人의 即時抗告는 그 실체에 있어서 憲法裁判所 却下決定에 대한 不服訴願이라 할 것이므로 請求人의 審判請求는 不適法하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우라고 하여 法律上 權利保護의 利益이 없다고 却下하고 있다.(헌재 1990. 10. 12. 선고, 90헌마170 헌법소원심판청구 却下決定에 대한 헌법소원. 지정재판부결정).

그러나 實務에서 請求人이 주장하는 具體的인 事件의 內容에 대한 그 法律的 평가와 해석에 따라 權利保護의 必要性和 그 適法性的 判斷을 달리 할 수 있으므로 訴願適格으로서 請求人의 法的關聯性 즉 自己性, 直接性, 現在性에 대하여 지금까지 우리

憲法裁判所가 취급한 判決을 중심으로 다시 살펴보기로 한다.

六. 法的 關聯性

憲法訴願請求人은 憲法上의 自己權利侵害와 公權力의 作用間에 法的인 關聯性이 있어야 한다. 憲法訴願은 請求人의 基本權을 직접적으로 현재 侵害당한 자만 할 수 있는 것을 의미하는 것이지 間接的 또는 反射的으로 불이익을 받은 자까지 할 수 있는 것은 아니다. 따라서 누구든 自己의 基本權에 관계되지 않는 他人의 權利를 위하여 審判請求를 할 수 없다. 이러한 원칙에 반하는 請求節次는 權利保護의 必要性이 없는 不適法한 것으로 보게 된다. 그러므로 憲法訴願請求人은 自己의 權利를 救濟하기 위한 경우에만 할 수 있다는 法的 自己關聯性 憲法訴願의 當事者適格 또는 訴願適格 要件으로 다루게 된다. 憲法訴願은 請求人의 當事者適格 또는 訴願適格의 要件으로서의 法的인 關聯性이 있어야 하는데 이는 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 現在에 自己의 基本權을 直接 侵害당한 경우라야 한다는 것이다.

憲法訴願審判請求는 自己 個人의 基本權이 侵害된 경우에 그 權利救濟를 할 수 있는 主觀的인 權利保護의 手段으로 인정하는 制度이기 때문에 自己가 아닌 第三者의 權利가 侵害당한 것을 理由로 하는 訴願請求는 원칙적으로 할 수 없다는 것이다.

憲法訴願審判을 求하려면 그 請求人이 侵害된 自己의 基本權을 주장하여야 하고 또한 侵害의 원인이 되는 公權力의 行使 또는 不行使를 밝혀 現在 自己의 基本權이 侵害당하고 있다는 것을 주장해야 한다. 請求人이 基本權의 侵害를 주장하는 것이 아

니거나 侵害된 基本權이 自己의 것이 아닐 때에는 그 訴願審判 請求는 不適法하다고 하여 却下하는 것이다.(헌재 1990. 9. 3. 선고, 89헌마90호, 1991. 9. 16. 선고, 89헌마151호 결정).

請求 自體에 대한 自己關聯性은 法律的 關係에 있어서의 關聯性이지 事實上이나 單純한 經濟的 利害關係에 關聯되는 것을 말하는 것은 아니다. 그러므로 憲法訴願請求人은 自己의 權利를 주장하여야 하며 自己가 基本權享有主體가 될 수 없는 權利를 주장할 때에는 訴願適格으로서의 法的 自己關聯性이 없다. 따라서 他人의 權利가 侵害당한 것을 가지고 請求한 憲法訴願은 當事者適格을 認定할 수 없어 不適法하다는 것이다.(헌재 1989. 4. 15. 선고, 89헌마51호, 1989. 9. 6. 선고, 89헌마194호 지정부 결정)

訴願請求人은 公權力作用에 의하여 侵害당하였다고 주장하는 自己 基本權이 法的 救濟의 必要성과 關聯되어야 하는 것이다. 自己權利가 侵害당하고 있다는 것은 公權力의 作用으로 인하여 자기의 基本權이 侵害되어 法的인 權利救濟를 받지 아니하면 그 不利益을 감수하지 않을 수 없는 法律效果가 발생하는 法的 關聯性이 있는 行爲를 말하여, 아무런 法律效果를 발생시킬 수 없는 事實關係에 불과한 것은 憲法裁判으로 救濟받을 法的 保護의 利益이 있는 權利侵害라고 할 수 없다.

그러므로 行政府의 內部的인 業務關係에 있어서의 申請이나 措置 또는 法律의 公告와 같은 宣言的 行爲나, 意思決定의 內容이 없는 法律行爲의 告知와 같은 事實行爲 등은 일반적으로 事實行爲에 불과한 法律關係의 形式的 效力이 없는 것이므로 法的 關聯性이 있다고 보지 아니하는 것이다.(BVerfGE 20, 162(172) ; 17, 364(368f) ; 43, 108(115f) ; 15, 256(263) ; 35, 366(372) ; 49, 24(49f)).

憲法訴願의 대상이 되는 公權力의 不作爲는 公權力의 主體

에게 구체적으로 法律上的 作爲義務가 규정되어 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않을 때에 이에 의거하여 일정한 行政行爲를 요구할 수 있는 法的 關聯性을 가지게 된다는 것이다. (헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마163호, 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22호 결정. 法院의 不作爲(BVerfGE 10, 302(306) ; 行政府 不作爲(BVerfGE 2,287(290) ; 69, 16(167) ; 立法府作爲(BVerfGE 6, 65(76)).

1. 自己關聯性

憲法訴願請求人の 自己關聯性은 憲法上的 自己基本權 自體의 보호를 목적으로 請求하여야 한다는 것이다. 憲法訴願請求의 要件, 즉 自己性, 直接性, 現在性은 處分訴願에서도 요구되는 要件이지만 특히 法規(法律, 命令, 條例 등)에 대하여 憲法訴願이 請求되었을 때에 訴願適格의 要件으로서 특별히 문제가 된다. 왜냐하면 行政廳의 行政處分이나 法院의 判決 등에 대한 訴願의 경우에는 위 要件이 充足된 것이 쉽사리 인식되거나 그 분별이 명확하게 나타난다고 할 수 있지만 立法權에 의한 基本權侵害의 경우에는 그 法規의 抽象性이나 一般性 때문에 위 要件을 충족하였는지 여부를 분명하게 확정할 수 없는 경우가 많이 있기 때문이다. 그러므로 法規訴願의 경우에는 訴願對象으로 삼은 그 法規範이 스스로 현재, 그리고 直接 自己權利와 관련되어 있다는 주장만으로는 判斷할 수 없는 경우가 많기 때문에 憲法裁判所는 職權으로 訴願請求人の 權利과 直接 스스로 관련되었는지를 심사하여야 한다.(BVerfGE, 1, 101 ; 40, 156 참조). 公布된 法律(法規範)에 대한 憲法訴願이 허용될 수 있는 要件으로서는 違憲이라고 주장되는 法律에 의해 訴願請求人이 自己의 基本權과 直接,

現在 관련되어 있어야 한다는 것이다. 請求人이 주장하는 權利侵害가 第三者와 관련되거나 請求人의 權利侵害가 現在에 당하고 있는 것이 아니고 장래에 당할 수 있는 것이라든가 또는 直接的 이 아니고 間接的으로 관련되고 있는 경우에는 憲法訴願이 허용되지 않는 것이다. 이 때에는 단순히 請求의 理由가 없는 것이라고 하여 棄却하는 것이 아니라 訴願適格이 없다고 却下하는 것이다. (헌재 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호 국가배상법 제2조에 관한 헌법소원. 헌재 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21호 지방의회의원선거법에 관한 헌법소원, 전원재판부결정).

가. 主觀的인 自己權利的 侵害

法規範에 대한 憲法訴願은 관련법규범이 소원청구인의 固有한 自己權利를 侵害하였다는 것을 전제로 하는 것이며 그 판단의 기준은 그 法規範이 請求人의 被保護法益을 侵害하였느냐의 여부에 두고 있다. 法規範이 請求人 自身에 대하여 직접적으로 규정하지 아니하거나 단순히 第三者와 관련되어 있을 때에는 憲法訴願을 허용하지 아니한다. 따라서 團體가 그 構成員의 利益을 위해 憲法訴願을 請求하는 것은 허용되지 아니한다. 그러므로 團體나 政黨이 그 構成員의 基本權侵害를 주장하는 헌법소원 청구는 自己關聯性이 없다고 하여 허용되지 아니한다.(BVerfGE, 2, 292 ; 10, 134 ; 11, 30 ; 15, 256 ; 23, 257).

法規範의 無效를 주장하는 경우에는 訴願請求人의 主觀的 權利가 侵害된 경우에만 허용되는 것이고 단지 客觀的인 憲法的 秩序를 侵害하는 경우에는 허용되지 아니한다. 그러므로 訴願請求人은 객관적인 憲法秩序의 守護의 利益만을 주장하여서는 안 되고 請求人이 自己權利的 保護利益을 주장하고 증명하여야 한

다. (BVerfGE 3, 58 ; 9, 160 ; 10, 89 ; 11, 16).

따라서 法規範의 內容이 立法者의 積極적인 作爲나 不作為로 인하여 請求人을 法的 受惠로부터 제외하였다 하더라도 그 法規範의 無效宣言으로 인하여 現實의 法的 利益이 생기지 않는다면 權利保護의 利益이 없는 것이다.(BVerfGE 20, 6).

憲法訴願은 侵害당한 自己의 主觀的인 基本權 自體의 보호를 목적으로 하고 있기 때문에 訴願請求人의 權利救濟의 측면에서 당해 法規範의 正心과 규정에 대하여 형식적인 면과 실질적인 면을 모두 고려하여 판단하여야 한다. 그 基本權적인 判斷基準을 이해하기 위하여 우리 判例를 살펴보면 다음과 같다.

나. 自己性에 대한 判例

(i) 請求人의 주장된 權利侵害가 단지 제3자에게 관련되고 請求人에게 관련되지 않는 경우에는 當事者適格이 없다고 하여 本案前의 判斷으로 그 憲法訴願을 却下하는 것이지 本案判斷에서 이유 없는 것으로 棄却하는 것이 아니다. 예컨대 告訴事件에 대한 劍士不起訴處分에 대하여 法規代理人이 아닌 告訴人의 父가 임의로 憲法訴願審判을 請求한 경우 請求人은 告訴人이 아니며 自己의 基本權을 直接 侵害당한 者가 아니므로 自己가 관련되지 아니한 訴願請求라고 하여 當事者適格의 欠缺을 理由로 不適法하다고 却下하였다. 즉 一般 告訴事件의 劍士不起訴處分에 대해 裁定申請을 할 수 없도록 規定한 現行刑事訴訟法은 告訴人의 基本權保障의 길을 봉쇄한 違憲的 法律이라고 告訴人의 父가 憲法訴願審判請求를 한 事件에서 告訴人의 父는 法律上 自己關聯性이 없다는 것이다.

그 決定의 要旨을 보면 刑事訴訟法 제260조 제1항의 裁定申請에 관한 規定이 裁定申請 對象犯罪을 모든 犯罪로 擴大하지 않아 一般 告訴事件의 不起訴處分에 대하여는 裁定申請을 할 수 있는 길이 없도록 法律로써 制限한 것은 憲法에 違反된다는 理由를 가지고 告訴人의 父가 憲法訴願審判을 請求한 것이다. 여기에서 그 父는 告訴人도 아니고 告訴人의 法定代理人도 아니며 自己 自身の 基本權이 侵害당하였다는 事實을 認定할 수 없는 것이 明白하고 또한 現在에 自己 權利가 侵害를 받고 있는 것이 아니므로 憲法訴願審判의 請求要件인 自己關聯性을 法的으로 구비하지 않았다고 하여 審判請求를 却下하였다. (헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12호 형사소송법 개정 등에 관한 헌법소원(전원부결정), 1989. 9. 18. 선고, 89헌마187호 소송촉진 등에 관한 특례법에 대한 헌법소원심판. 지정부결정)

告發人은 犯罪의 被害者가 아니므로 검사의 불기소처분에 대하여 특별한 사정이 없는 한 自己의 基本權이 侵害되었다는 自己關聯性이 없어 憲法訴願審判을 請求할 수 없다.(헌재 1989. 12. 22. 선고, 89헌마145호, 1990. 12. 26. 선고, 90헌마20호, 1992. 12. 24. 선고, 92헌마186호 결정등).

그리고 告發人의 訴狀이 形式上 告訴事件으로 접수되었다 하여도 實際上으로 刑事被害者로 인정되지 아니하는 告發事件인 경우에는 自己關聯性이 있다고 할 수 없다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89헌마 234호, 1992. 1. 28. 선고, 90헌마227)

그러나 株式會社의 株主가 自己 會社의 任員을 업무상 囑령으로 告發한 事件에서는 그 會社가 직접적으로 被害者라고 할 수 있지만 동시에 그 회사의 株主는 各自 모두가 피해자라고 할 수 있으므로 그 株主가 告發한 憲法訴願審判請求는 自己關聯性이 있는 適法한 審判請求라고 하였다.(헌재 1991. 4. 1. 선고, 90헌마65호 결정). 그리고 직접적인 犯罪被害者는 告訴나 告發한 事實이 없어서 劍

士의 불기소처분에 대하여 抗告나 再抗告를 거치지 아니하였다 하더라도 憲法訴願을 제기하는 수단 이외에 달리 구제를 받을 방법이 없으므로 이 事件 憲法訴願은 適法하게 請求된 것이라고 하여 그 請求人適格이 있다고 判示하였다.(헌재 1992. 7. 23. 선고, 91헌마 142호 전원재판부결정).

(ii) 法規에 대한 憲法訴願은 法律上 權利保護의 利益이 있는 請求人の 高유의 權利를 侵害한 경우에만 할 수 있다. 당해 法規이 形式的인 면과 實質的인 면에서 請求人 스스로가 法律效果의 受惠者라야 한다는 것이다. 예컨대 交戰中 敵의 포탄에 맞아 負傷한 者는 公權力에 의하여 基本權을 侵害받고 있는 者라고 볼 수 없으므로 憲法 第29條 第2項이나 國家賠償法 第2條 第1項에 대하여 法律上 自己關聯性이 없어 憲法訴願審判을 請求할 수 없다.

請求人은 戰爭에서 負傷한 傷痍軍人들이며, 自己들의 損害賠償을 請求할 수 없도록 한 憲法 제29조 제2항은 國民의 國家에 대한 손해배상청구권을 基本權으로 보장한 同條 제1항의 例外規定이고, 國家賠償法 제2조 제2항의 軍人, 公務員, 警察 등은 戰鬪訓練 등 職務執行에 關連하여 받은 傷害는 배상을 청구할 수 없다는 國家賠償의 例外規定은 憲法에 違反된다는 것이다. 6.25 사변 당시 부상한 傷痍軍人에 대하여 國家賠償請求權을 行使할 수 없도록 法으로 規定한 것은 憲法上 保障된 國民의 平等權과 기타 基本權을 侵害하는 것으로서 憲法에 違反된다고 하여 憲法訴願審判을 請求한 것이다. 憲法裁判所는 이 事件에서 請求人の 부상은 敵에 의한 것이고 國家측에 의한 것이 아니므로 이는 公務員의 職務上 不法行爲로 인하여 傷害를 받은 者가 請求할 수 있는 國家賠償法의 要件에 해당될 수 없어 國家에 대하여 法律

上 自己權利의 侵害를 주장할 수 있는 訴願適格을 갖추었다고 볼 수 없다. 따라서 請求人은 法律上 國家에 의하여 自己의 基本權이 侵害당하였다고 하여 賠償請求를 할 수 있는 地位에 있다고 볼 수 없으므로 本案適格의 문제로 訴願審判請求를 却下하였다.(헌재 1989. 7. 28. 선고, 89헌마61호 국가배상법에 관한 헌법소원심판. 전원재판부결정). 그리고 自動車稅의 課稅標準과 稅率을 정하고 있는 지방세법 제196조의 5는 稅額算定基準이 合理性이 없고 부당한 納稅義務를 부과할 수 있는 것이므로 違憲이라는 憲法訴願事件에서 請求人은 納稅義務者가 아니고 第三者인 것이 명백하므로 自己關聯性이 없다고 하여 却下하였다.(헌재 1991. 4. 8. 선고, 91헌마53호 지정부결정).

그러나 教育法 第157조, 교과용 도서에 관한 규정 제4조, 제5조에 의하면 모든 中學校教科書를 教育部가 직접 또는 위탁하여 편찬하게 되어 있어 일반 私人是 물론 學校教師라 할지라도 필요한 教科書를 임의로 저작, 발행, 공급을 할 수 없게 봉쇄되어 있으므로 중학교 국어교사인 청구인이 國語教科書에 관한 새로운 구상을 진척시켜 저작, 발행에 착수하고자 하였으나 위 法條文 때문에 그것이 불가능하게 되어 있다고 주장하는 請求人은 이 事件 憲法訴願審判請求에 직접 自己關聯性이 있다고 判示하였다.(헌재 1992. 11. 12. 선고, 89헌마88호 전원재판부 결정문 판단 3. (가) (1) 부분 참조).

(iii) 團體나 政黨이 그 구성원의 基本權이 侵害되었다고 주장하는 憲法訴願은 허용되지 않지만 法規範에 의하여 政黨 自體가 직접적인 權利關係가 있을 때에는 그 政黨에 대하여 自己關聯性이 있다고 보고 있다. 예컨대 地方議會議員選舉法 제36조 제1항 소정의 기탁금규정에 대한 憲法訴願審判事件에서 서울특별시 의외의원선거에 候補者가 되고자 하는 者는 自己

關聯性이 인정된다. 즉 이 사건 請求人 중 民衆黨의 경우 市·道 議會議員選舉에 있어서 同法 제31조에 政黨의 후보자추천을 인정하고 동 제41조, 제45조에서 政黨의 選舉運動과 선거관여를 허용하고 있으므로 政黨은 직접적인 利害關係를 가지고 있다 할 것이며 따라서 自己關聯性이 있다고 할 것이다. 그러나 區·市·郡 의회의원선거에 있어서는 위와 같은 規定이 없기 때문에 政黨이 그와 관련된 法律上的 權利나 利害關係가 있음을 認定할 수 없다.

따라서 請求人 民衆黨이 위 法律條項에 의하여 直接 基本權이 侵害당하였다고 보기 어렵기 때문에 自己關聯性을 인정할 수 없어 不適法하다고 하여 却下하였다.(憲裁 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21호 지방의회 의원선거법에 대한 헌법소원. 전원재판부 결정).

우리 憲法裁判所는 法律에 대한 憲法訴願審判청구를 허용함에 있어서 請求人의 法的인 自己關聯性問題를 當事者適格의 問題로 볼 것인가 아니면 訴願適格의 問題로 볼 것인가에 대하여 명확하게 구분하지 않고 請求의 適法性의 문제로 막연하게 다루고 있다는 것을 유의하여야 한다.

2. 現在關聯性

現在關聯性은 公權力의 作用이 憲法訴願請求人에 대하여 現實的인 侵害가 있을 것을 전제로 하는 것이기 때문에 訴願審判의 대상이 된 公權力(法規範)이 現在 관련이 되고 있는 것이어야 한다는 것이다.

請求人의 自己關聯性의 문제로서 公權力의 作用이 現在 關聯

이 있어야 하며 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로 憲法訴願을 請求하는 것은 不適法하다. 이러한 現在性은 憲法裁判의 請求는 원칙적으로 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 自己의 基本權이 現在에 侵害되는 경우여야 한다는 것이다. 따라서 公權力이 請求人 自身の 基本權에 대한 侵害가 現在 關聯될 때 비로소 憲法訴願請求 및 審判의 對象이 될 수 있다는 것이다. 自己關聯性은 訴願請求人 自身이 관련되었는지 아니면 다른 사람이 관련되었는지를 문제삼는 것이며 現在關聯性은 訴願請求人의 當事者能力과 自己性이 있다는 大前提下에 權利救濟의 適格이 있는가의 現實的인 訴願適格의 문제를 다루는 것이다. 現實的인 侵害가 있는지의 여부는 現實的 사안에 따라 決定될 문제라고 본다.(BVerfGE 1, 102). 가끔 우리는 現在性和 관련되어 있는 문제들을 “直接性”이라는 표제로 다루기도 하는데 이는 원래 法的 關聯性和 公權力의 執行行爲가 함께 혼재되어 現實的으로 나타나고 있기 때문이다.

現在關聯性을 이미 訴願審判이 請求되어 있고 그 訴願審判의 대상이 아직도 公權力作用의 法律效力에 의하여 權利侵害가 現在 계속되고 있는 것을 職權調查하는 것이다.

가. 法規範의 現在性

法規範을 審判對象으로 하는 경우에는 訴願請求人이 주장하는 權利의 侵害와 그 法規範과 인과관계가 있느냐 또는 그로 인한 權利侵害가 그 法律에 規定된 構成要件에 해당되느냐 등과 관련하여 문제가 된다.

權利侵害의 現在性은 現實的으로 法的인 權利侵害가 現在에

관련되어 있어야 한다는 것이므로 단순히 잠재적으로 將來에 관련될 수 있다는 것만으로는 訴願審判請求의 대상이 될 수 없다. 憲法訴願請求時 이미 權利의 侵害가 있어야만 하고 장차 잠재적으로 관련될지 모른다는 단순한 可能性만으로는 充分하지 않다는 것이다.

이러한 現在性이란 未來의 것이 아닐 뿐만 아니라 과거의 것도 아니어야 한다는 것도 함께 포함하고 있다. 이러한 측면에서 헌법재판소는 訴願請求人의 權利侵害가 과거에 이미 이루어졌고 아직도 現在 關聯되어 있는가를 職權으로 審査하여야 한다.

公權力 行使의 法律效果가 아직 발생하지 않았거나 그 法律效果로 인한 訴願請求人의 權利侵害가 발생하지 아니하였으면 現在關聯性이 없다고 할 수 있다.

그러나 法規範의 統制에 있어서는 이미 그 法律이 發效하고 있으면 現在 當장 構成要件을 충족하지 못하였다고 하더라도 法律上 및 事實上的 狀況으로 보아 일정한 기간경과 후에 충족하게 되는 것이며, 그로 인하여 權利侵害를 당하는 것이 명백하여 그 執行行爲를 기다리도록 요구할 수 없는 상황이 성숙되었을 때에는 現在關聯性이 있다고 보고 있다.(BVerfGE 24, 289(295) ; 48, 64(79f)). 그러므로 現在性은 請求人의 權利가 現在 侵害되고 있는 것 뿐만 아니라 바로 救濟하여야 할 必要性이 충족되었다고 볼 수 있는 基本權侵害의 重大한 危險性이 있는 경우에는 예외적으로 狀況成熟이 되었다고 하여 現在關聯性이 있다고 본다. 우리 憲法裁判所의 判例에서도 法律에 대한 憲法訴願의 경우에 “당해 法律이 請求人의 基本權을 명백히 구체적으로 現實 侵害하였거나 그 侵害가 확실히 예상되는 등 실체적 제 요건이 성숙한 때”에는 現在性이 충족 되었다고 하여 憲法訴願審判請求를 할 수

있다고 하였다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호 지방공무원법에 대한 헌법소원심판 판결이유 중 참조).

이러한 狀況成熟性說에 따라 獨逸聯邦憲法裁判所에서도 現在關聯性이 있다고 인정하는 사례들을 많이 찾아 볼 수 있다. 즉 選舉法이 無所屬候補를 政黨候補보다 不利하게 취급하고 있는 法律은 聯邦憲法裁判所法 제93조 제2항의 請求期間이 이미 경과하였으나 다음 選舉의 實施時期이전에는 無所屬候補와 事前關聯性이 있다고 判示하여 現在性을 인정하고 있다.(BVerfGE 13, 2(11ff) ; 51, 222(232f)). 그리고 義務教育에 관한 法律에 대하여 現在에는 아직 請求人에게 權利侵害가 있는 경우에 해당하지 않지만 곧 의무교육 대상자가 될 아동에게는 적용될 것이 확실하기 때문에 權利侵害에 대한 現在 관련성이 있다(BVerfGE 34, 165(180) ; 41, 29(42))고 하였으며, 언론매체법은 그 法이 예정하고 있는 個別的 事案이 아직 計劃段階에 있다고 하더라도 언론매체와는 이미 現在 關聯이 있다고 보고 있다. (BVerfGE 74, 297(318)).

우리 憲法裁判所에서도 서울대학교 入試要綱으로 인하여 일반계열 입시에 不利益을 당하게 될 것이 現在 시점에서 충분히 예측 할 수 있는 이상 基本權侵害의 現在性을 인정하는 것이 옳을 것이며 基本權侵害가 눈앞에 닥쳐올 때를 기다렸다가 憲法訴願을 請求하라고 요구한다면 基本權구제의 實效性을 기대할 수 없기 때문에 이 事件 憲法訴願은 現在性이 있다고 하여 그 請求의 利益을 인정하고 있다.(헌재 1992. 10. 1. 선고, 92헌마68, 76 1994학년도 서울대학교 신입생 선발 입시안에 대한 헌법소원심판사건, 전원재판부 결정문 이유 중 3판단 가(2)).

이와 같이 法律에 대한 憲法訴願審判에 있어서는 請求其間과 더불어 法律施行以前段階에 있는 事案이나 試案에 관련하여서는 現在性의 要件을 넓게 판단하기도 하는 것이다. 또 처음에는 습

憲이었던 法律이 事實關係의 變化로 인하여 違憲的인 것이 된 경우에는 이로 인하여 請求人 自身の 權利와 現在 關聯되었다고 할 수 있는 경우가 있다.(BVerfGE 26, 116 ; 26, 141). 그러나 대부분의 경우에는 請求期間이 경과한 경우에는 期間관의 문제와 더불어 現在性의 有無를 判斷한다. 이와 같이 基本權의 侵害가 明白하고 구체적으로 救濟하는 것이 憲法的 正義에 合當할 때에는 現在性의 要件에 關連되는 여러 기준을 폭넓게 完化하여 基本權救濟의 實效性을 충족할 수 있게 해석하고 있다는 것도 유의하여야 한다.

나. 現在性에 대한 判例

請求人の 基本權이 現在 侵害 당한 경우라고 判斷한 우리 判例를 살펴보기로 한다.

(i) 憲法訴願은 請求人の 基本權이 現在에 侵害당하고 있어야하지 將來 어느 때인가 侵害당할 수 있을 것이라는 단순한 理由만으로는 現在性이 있다고 볼 수 없으므로 憲法訴願審判의 대상이 되지 않는다. 예컨대 그 自身이 告訴 또는 告發을 한 사실이 없는 請求人이 刑事訴訟法 제260조 제1항(裁定申請의 대상이 되는 犯罪을 刑法 제123조 내지 제125조에 限定하고 나머지 犯罪에 대하여는 재정신청을 할 수 없게 한 것)으로 인하여 장차 언젠가는 權利侵害를 받을 우려가 있다고 하여 平等의 原則에 違反된다고 憲法訴願을 請求한 事件에서 請求人이 告訴 또는 告發한 事實이 없으면서 단순히 將來 잠재적으로 언젠가 權利侵害의 우려가 있다고 하여 憲法訴願을 請求한 것이어서 우선 請求人 스스로가 當해규정에 의하여 現在 權利侵害를 받고 있어야 하는 自己關聯

性的 要件을 갖추지 못하였으므로 現在性이 없는 審判請求라고 하여 不適法하다고 却下한 것이다.(헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마12 刑訴法 개정 등에 관한 헌법소원심판, 전원재판부).

그러나 市·道 議會議員選舉에 후보자가 되려는 者가 請求한 地方議會議員選舉法 제36조 제1항(기탁금규정)의 憲法訴願事件에서는 동법 부칙에서 선거실시기간을 규정하고 있고 政府도 실시할 것을 공약하고 있는 점에 비추어 地方議會議員選舉를 法定日期內에 실시할 것이 明白하므로 請求人의 權利侵害에 現在性이 있다고 判示하였다.(헌재 1991. 3. 11. 선고, 90헌마28호 동 91헌마21호 지방의회의원 선거법에 대한 헌법소원, 전원재판부)

(ii)現實的인 侵害가 있는지 여부는 사안에 따라 決定될 문제인데 그 사안이 現實性이 있다고 본 判例를 보면 다음과 같다.

서울대학교 新入生選拔入試案에 대한 憲法訴願事件에서 『94학년도 대학입학고사 주요요강』을 작성하여 發表하게 된 경위에 비추어 볼 때 그 요강은 1994학년도 서울大學校新入生選拔부터 실시될 것이 틀림없어 보이고 현재 高等學校에서 日本語를 배우고 있는 請求人들은 서울大學校 大學別 고사의 選擇科目에서 日本語가 제외되어 있는 그 入試要綱으로 인하여 94학년도 또는 95학년도에 서울大學校 일반계열 入學을 지원할 경우 不利益을 입게 될 수도 있다는 것을 現在의 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 基本權侵害의 現在性을 인정하여 訴願審判請求의 利益을 인정하는 것이 옳다고 判示하였다.(헌재 1992. 10. 1. 선고, 92헌마 68, 76호(병합), 전원재판부결정).

이는 現在 當장 權利侵害가 있는 것은 아니라고 할 수 있으나 가까운 장래에 侵害할 것은 명백하고 그때 가서 訴願請求를 하였을 때 權利救濟의 實效性을 확보하기 어려울 경우에는 예외적

으로 現在性을 인정하여야 한다는 것이다.(헌재 1993. 11. 25. 선고 92헌마 293호 정부투자기관에산편성공동지침위헌확인사건의 반대의견 참조. 다수의견은 公權力의 行使가 아니라고 각하하였다. 전원재판부결정).

다. 公權力行使의 終結과 現在性

憲法訴願의 대상인 公權力의 行使가 取消되었거나 다른 事由로 이미 終結되어 過去의 것이 되었으면 訴願請求人과는 現在關聯性이 없으므로 원칙적으로 却下할 수밖에 없다. 그러나 請求의 대상이 된 法規範이 도중에 폐지되었다 하더라도 과거에 이미 發生하였던 基本權侵害가 아직도 現在에 계속되고 있거나 또는 과거 發生한 基本權侵害가 現在까지 除去되지 아니하여 確認의 利益이 존재하는 경우에는 權利保護利益의 차원에서 現在性을 인정하고 있다.(BVerfGE 10, 302(308) ; 32, 87(92) ; 57, 346(354) ; 2, 237 ; 33, 247 참조).

이에 대한 우리 憲法裁判所의 判例를 보면 다음과 같다.

上告許可制를 규정한 訴訟促進 等에 관한 特例法 第11條, 第12條에 대한 憲法訴願에서 請求人의 上告審 事件이 上告許可申請 棄却決定으로 訴願請求 당시 原審上告事件은 이미 終結되었다. 따라서 본건 違憲審判請求가 認容되어 違憲審判決定을 받더라도 이 決定에 의하여 權利救濟를 받을 수 있는 여지가 現在 없게 되었으므로 訴願審判을 받을 이익이 없다고 하여 却下할 수밖에 없다는 것이다. 이에 따라 上告節次가 끝난 뒤에 비로소 上告審에서 自己의 基本權을 侵害당하였다는 것을 理由로 憲法訴願審判을 請求한 것은 다시 審判을 할 實益이 없기 때문에 權利侵害의 現在性이 없다고 하여 却下하였다.(헌재 1989. 9. 11. 선고, 89헌마 187호

소송촉진등에 관한 특례법에 관한 헌법소원 사건).

반면에 國家保安法 제19조에 대한 憲法訴願審判事件에서 判事로부터 拘束令狀延長許可를 받은 請求人들에 대한 拘束期間은 이미 끝났고, 또 法院에 公訴提起되어 수사기관의 손을 이미 떠났다 하더라도 權利保護의 利益의 現在性を 認定한 바 있다.

憲法訴願의 본질은 주관적인 權利救濟뿐만이 아니라 객관적인 憲法秩序의 보장도 겸하고 있으므로 侵害行爲가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없게 되었다더라도 그러한 侵害行爲가 계속 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 憲法秩序의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 憲法的으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 憲法訴願의 利益이 現在에 있다고 判示하였다.(헌재 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 전원재판부결정 참조).

3. 直接關聯性

直接關聯性은 審判의 대상이 된 公權力에 의해 請求人의 權利侵害에 直接 관련되어야 한다는 것이다. 請求人은 公權力作用으로 인하여 直接的으로 基本權이 侵害되어야 한다. 그런데 法規範에 대한 憲法訴願에서는 違憲法律審判(法 제41조)과 관계되어 있기 때문에 특히 중요한 의미를 가진다. 訴願請求人이 法規範에 의해 直接 관련되는 경우에 그 法律의 구체적인 執行行爲에 의해서가 아니라 自身の 權利가 그 法規範에 의해 直接 관련된 경우에는 裁判의 前提가 된 당해사건을 담당하는 法院이 提請없이 그 法律의 憲法適合性的 審査請求를 個人에게도 直接 허용한다

는 데에서 여러 가지 중요한 문제가 등장된다. 獨逸의 判例에서도 法規範에 대한 憲法訴願審判에서는 審判이 대상이 된 法規範에 의해 自己의 權利와 “直接” 관련되는 경우에만 請求要件이 충족된다고 하여 直接性和 관련하여 많이 다루어졌다.

個人도 直接關聯性이 있으면 法規範에 대한 憲法訴願을 할 수 있다는 독일의 일관된 판례가 확립되면서 그 直接性的의 要件이 점차 완화되어 가고 있다는 것을 유의하여야 한다.(BVerfGE 16, 149 ; 23, 108 ; 29, 83 ; 30, 250 ; 43, 291).

公權力의 行使 또는 不行使가 自己의 基本權과 法的으로 現在에 關聯되더라도 그 法律效果의 直接性이 결여될 수 있다. 그러므로 訴願適格의 문제로서 訴願請求人에게 自己權利에 直接的으로 現在 관련되어야 하는 위의 3가지 요건을 갖추어야 한다는 것이 지금와서는 일반적인 通說이 되고 있다. 이것이 請求人의 自己關聯性에서 要求되는 直接性的의 문제이다.

訴願適格의 請求要件으로서의 直接性이란 公權力에 의하여 法律的 效果가 直接的으로 請求人의 基本權을 侵害당하는 경우를 말한다. 憲法裁判에서는 이와 같은 直接性的의 要件이 充足되면 다시 補充性的의 要件을 審査하는 단계의 訴訟構造를 취하고 있다. 그러나 例外的 事例에서 보면 補充性的의 要件이 充足될 수 없는 경우에는 權利侵害의 直接性을 인정하는 경우가 가끔 있기 때문에 반드시 그러한 단계적인 訴訟構造가 확립된 것은 아니다.(BVerfGE 43, 291 ; 1, 97(103)).

특히 法律에 대한 憲法訴願에 있어서는 일반적으로 통상적인 事前救濟手段이 없는, 즉 補充性的의 原則이 지배되지 않는 경우가 대부분이기 때문에 補充性的의 原則을 깊이 다루지 아니하고 直接性 有無를 가지고 다루게 되는 것이다. 그러나 直接性的의 要

件도 補充性的 原則에 가름하여 民衆訴訟으로 확대 변질되는 것을 막는 역할을 하는데 중요한 의미를 가지고 있기 때문에 대부분의 경우에 함께 다루고 있다는 것을 유의하여야 할 것이다. 그래서 獨逸聯邦憲法裁判所에서도 直接性的 문제를 처음에는 規範에 대한 憲法訴願에 있어서만 문제를 삼았다. 그 후 個別的 行政處分에 대한 憲法訴願에서도 直接性的 要件을 확대 적용하였는데 이 경우에 直接關聯性은 公權力作用으로 인한 法律效果에 의하여 權利侵害의 直接性이 있는가에 비중을 두게 된다. 이 때에는 訴願請求人이 公權의 作用에 直接關聯되었느냐 아니냐를 말하는 것이 아니고 訴願請求對象의 公權力行爲가 請求人의 基本權과 直接 관련이 있느냐 아니냐에 중점을 두고 다루게 되는 것이다.(BVerfGE 53, 30(48ff)).

가. 法規範의 直接性

法規範에 대한 憲法訴願의 경우 請求人은 그 法의 執行에 의하여 權利侵害가 이루어지는 것을 기다리지 아니하고 審判의 대상이 된 法規範 自體에 의하여 權利의 侵害가 直接 관련되어야 하는 것이다. 審判의 대상이 된 法律이 그 法의 執行을 위해 法律上 반드시 구체적인 執行行爲를 필요로 하느냐 아니면 단지 事實上的 行政實務로 구체적인 집행행위를 하고 있느냐의 여부는 直接性的 문제를 다루는 데 결정적인 역할을 하지 않는다.

法規範에 대한 憲法訴願은 個人的 權利侵害를 가져온 處分的 法律이나 또는 그 法律上的 執行行爲를 다른 法律制度에 의한 救濟節次로서는 除去될 수 없는 경우에만 直接 허용되는 것이다. 그러나 憲法訴願으로써만 救濟될 수 있는 기본적인 중요성을

가지거나 또는 憲法裁判所에 의한 즉각적인 決定이 거부되는 경우 중대하고도 피할 수 없는 損害를 請求人에게 야기시키는 경우에는 예외가 허용될 수 있다. 그리고 請求人에게 法規範의 執行行爲에 대한 法的 救濟手段이 열려있지 아니한 경우에는 처음부터 憲法訴願이 허용된다.(BVerfGE 6, 273).

實務에서 보면 다른 公權力의 個別的 作用에서 보다 規範에 있어서 直接性이 있는지 여부가 문제되는 경우가 많다. 그래서 具體的 規範統制手段인 違憲法律審判을 통하지 아니하고 抽象的 規範인 法規 自體가 直接的으로 國民의 基本權을 侵害하는 경우가 있는가, 있다면 어떠한 規範과 그 法律效果에 대하여 直接關聯性이 있다고 認定할 것인가 하는 문제를 가지고 裁判의 合議過程에서 상당히 논란이 되고 있다. 대부분의 規範은 그 法規가 個人에게 구체적으로 執行·適用되기 전에는 一般規範으로서 모든 國民에게 일반적인 法規的 效力이 발생하지만 때로는 現實的인 施行規範인 施行令이나 規則 또는 行政府의 行政處分으로 執行되기 前에는 個人的 權利侵害를 直接 느끼지 못하는 경우가 많다. 이러한 점 때문에 憲法裁判所는 통상 執行行爲에 의하여 個人的 權利侵害가 이루어질 때에는 그 法規範만으로는 請求人의 權利侵害가 直接 행해지지 않는다고 하여 초기에는 法規의 直接關聯性을 인정하지 아니하는 判例가 있었다.(BVerfGE 1, 97(102f) ; 72, 39(43f)). 이는 行政廳이 執行의 裁量을 가질 때에는 그 裁量權의 行使에 따라 法律效果가 直接 權利侵害를 하게 되는 것이 분명하다고 하여 그렇게 判示하게 된 것이다. 그 後 直接性의 개념은 다른 수단을 매개로 하지 아니한다는 것을 뜻하는 것이므로 請求人은 부득이 당해 法規範을 直接 대상으로 하여 訴願請求를 할 수밖에 없는 경우가 많이 있다는 것이다. 그 法規에 의한 執

行行爲가 있음에도 불구하고 執行行爲를 대상으로 한 權利救濟節次가 사실상 불가능하거나 또는 明白하게 권리구제절차를 거치는 것이 權利救濟의 수단으로서 法律上 의미가 없는 경우에는 法規에 대한 侵害의 直接性を 넓게 인정하는 것이 憲法裁判制度의 本質上 합당하다는 判例를 많이 찾아볼 수 있다. 즉 直接性的 개념을 文言의 意味보다 확대하여 적용하고 있고 초기의 判例와 같이 執行行爲의 존재를 절대적인 判斷基準으로 생각하고 있지 아니함을 알 수 있다. 또한 形式的인 기준에 의하여 판단할 것이 아니라 구체적인 審判대상의 個別事案에 따라 直接關聯性的 有無를 직권으로 심사하여 결정하여야 한다는 判例를 많이 볼 수 있다.(BVerfGE 43, 108(117) ; 43, 291(386) ; 71, 305(334)). 그것은 法規과 權利侵害의 事實關係가 결합하여 제기되는 구체적인 事案을 접하여야 直接性的의 유무를 명확하게 判斷할 수 있기 때문이다.

그래서 直接關聯性은 請求適格의 必要條件일 뿐 充分條件이 아니라는 것이다. 抽象的 規範인 法規의 內容이 一定한 構成要件에 해당하면 權利를 制限한다고 할지라도 그 法規의 執行이나 適用이 없이는 個人的 基本權에 直接 아무런 영향을 미치지 아니할 때에는 個人的 權利가 直接的으로 侵害당하였다고 볼 수 없다. 그러나 法規 自體가 별도의 個別的인 處分行爲를 수반하지 않더라도 具體的인 執行성을 가지고 있는 경우이거나, 法執行 當局이 그 法執行을 함에 있어서 전혀 裁量의 여지를 가지고 있지 않아 法規內容에 따라 기속적 집행으로 權利침해를 당할 수밖에 없는 경우에는 請求人의 基本權과 관련하여 直接性이 있다고 보고 있다.

法律 그 自體로 인하여 별도의 처분행위가 없더라도 明白하게 個人的 自由와 權利가 制限되거나 法律的 執行을 기다려서는 더

이상 회복할 수 없는 處分結果를 가져오거나 그로 인하여 法的地位와 權利 등이 박탈되는 實質的인 事由가 있는 경우에는 形式的인 理論으로는 直接性的의 흠결이 있는 것 같더라도 訴願請求의 適法性에 영향이 미치지 않는 것이며 따라서 그 請求人은 그 法規와 直接關聯性이 있다고 判示하고 있다.(BVerfGE 75, 246(263) ; 77, 84(100f)).

예컨대 稅法 즉 所得稅, 法人稅, 營業稅 등의 세액결정은 稅務官廳의 意思에 의해 구체적인 執行行爲를 통하여 부과되는 것이기 때문에 직접 稅法 自體를 憲法訴願의 審判對象으로 할 수 없다.(BVerfGE 1, 97 ; 14, 25 ; 23, 242 ; 45, 104). 그러나 稅務官廳에 의한 어떤 구체적인 執行行爲를 필요로 하지 않더라도 法規에 의하여 直接的인 稅金^{BVerfGE 1, 97 ; 14, 25 ; 23, 242 ; 45, 104} 부과되거나 稅金의 중요한 부분이 納稅決定節次 없이 確定徵收되는 경우에는 形式上의 課稅處分이라는 執行行爲가 있었다 하더라도 이는 적법한 行政處分에 의한 執行行爲에 속하지 아니하는 事實行爲에 불과하므로 稅法에 대하여는 直接的인 憲法訴願審判의 대상이 허용된다는 것이다.(BVerfGE, 16, 147 ; 18, 310 ; 30, 260 ; 31, 314 ; 31, 323 ; 36, 329 ; 43, 108).

이러한 경우에 그 法律에 대하여 憲法訴願의 길을 열어주지 아니하면 權利救濟의 효과적인 수단이 없게 되는 것이므로 그 法律에 의한 直接的인 權利侵害가 있다고 인정하지 아니할 수 없다는 것이다.

憲法訴願制度는 個人的 基本權侵害에 대한 權利救濟手段을 基本으로 하고 있고 그 基本的인 目的을 달성하기 위하여 抽象的 規範인 法規에 대한 統制의 기능을 허용하는 制度이다. 그러므로 초기에는 일반적으로 法規에 대하여 直接關聯性은 원칙적으로 부정을 하고 例外的으로만 인정하여 왔으나 그 후 憲法裁

判制度가 정착되면서 점차 이 원칙을 완화하여 확대하고 있는 것이 일반적인 경향이라는 것을 이해하여야 한다. 예컨대 被選舉權을 制限한 法規定에 대하여 權利侵害의 直接關聯性を 넓게 인정하여 헌법소원심판을 받아들이고 있다. 被選舉權을 제한당한者は 선거사무를 집행하는 기관의 登錄拒否行爲에 대하여 選舉訴訟을 제기할 수도 있고 그 등록거부행위를 執行行爲라고 불소지가 있음에도 이를 집행행위의 개념 속에 포함시키지 아니하고 直接 관계법규에 대한 憲法訴願을 許容하고 있는 것이 세계적인 경향이다.(BVerfGE 57, 43).

나. 直接性에 대한 判例

法律에 대한 憲法訴願에 있어서는 直接性的의 要件이 대단히 중요한 문제이기 때문에 우리 憲法裁判所의 判例를 살펴보면 다음과 같다.

(i) 法規範 自體가 憲法訴願의 대상이 될 수 있으려면 그 法律 또는 法律條項에 의하여 구체적인 執行行爲를 기다리지 아니하고 現在 自己의 基本權을 侵害받아야 한다. 그러므로 구체적인 執行行爲를 통하여 비로소 당해 法規에 의한 基本權侵害의 法律效果가 발생하는 경우에는 直接性的의 要件이 걸여된다고 하였다. (헌재 1992. 11. 12. 선고, 91헌마192호 농촌근대화 촉진법 제94조에 대한 헌법소원사건 판례 참조)

그리고 制定公布된 法律이 그 法律의 執行 또는 國家機關의 裁量이나 介在없이 그 法律規定 自體에 의하여 訴願請求人 自身에게 直接 權利關係의 效果가 생겼을 때에는 구체적인 執行行爲가 없더라도 그 法律에 의한 直接的인 基本權의 侵害가 있다고 보

고 그 憲法訴願審判請求는 直接性的의 要件이 갖추어진 것으로 認定하고 있다.

基本權侵害의 直接性을 갖추었다고 본 대표적인 사례는 法務士法에 관한 憲法訴願事件이다. 法務士 資格取得을 위한 要件으로서 法院 또는 檢察廳 등에서 主事補의 職 이상 7年의 실무경력을 요구하는 法務士法 제4조 제1호 規定은 法務士의 자격여부가 在職經歷에 의하여 운영되어 全段의 經歷規定에서 請求人의 基本權侵害가 直接 生길 수 있는 것이고 또한 이 規定에 의하여 그와 같은 要件을 갖춘 경력에 없는 請求人에게는 法務士職을 선택할 自由가 制限받게 되어 위 法規는 憲法에 違反된다고 憲法訴願을 請求한 事件에서 이는 基本權侵害의 直接性이 갖추어진 것이라고 한다.(헌재 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1호 사법서사법에 관한 헌법소원사건, 헌재 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178호 법무사법시행규칙에 관한 위헌결정문 참조)

그 밖에 地方公務員法 제31조 제5호, 教育公務員法 제11조 제1항, 國家公務員法 제66조 제1항, 教育法 제157조 등의 規定도 基本權侵害의 直接性이 있는 것으로 判示하였다.(헌재 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220호. 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89호, 1991. 11. 25. 선고, 89헌마99호, 1992. 11. 12. 선고, 89헌마88호 결정문 참조)

(ii) 우리 나라 判例는 法規의 執行行爲가 羈束行爲인 경우에는 法律에 의한 基本權侵害의 直接性을 인정한 반면에 法規執行에 裁量的 行爲가 介在되는 경우에는 直接性이 없다고 하여 却下決定을 하였다. 保安處分을 規定한 社會安全法에 대한 憲法訴願審判事件에서 請求人들 스스로가 法律에 대하여 바로 憲法訴願審判을 請求하려면 直接 당해 法律에 의하여 權利侵害를 받아야 하는데 本件 被保安處分 대상자는 法務部長官의 구체적 保安處分決定에 의하여 비로소 保安觀察處分을 받게 되었고, 그 決定

역시 기속행위가 아닌 것임을 알 수 있으므로 그 法律에 의하여 直接 請求人의 基本權을 侵害하였다고 볼 수 없어서 請求適格의 要件인 權利侵害의 直接性을 갖추었다고 볼 수 없다고 하여 그 審判請求를 却下하였다.(헌재 1989. 10. 27. 선고, 89헌마105, 125, 126(병합)사회안 전법에 관한 헌법소원사건의 각하결정문)

訴願審判請求의 대상이 된 法律이 執行行爲, 즉 法院의 해석· 적용을 기다리지 아니하고는 바로 訴訟促進 등에 관한 特別法 제24조의 規定만에 의하여 直接 請求人의 基本權을 侵害하였다고 볼 수 없는 경우에는 直接性을 갖추지 못하였다고 하여 不適法한 것으로 却下하였다.(헌재 1991. 5. 13. 선고, 89헌마267 전원재판부 결정). 또 都市計劃法 제21조와 동법 施行令 제20조에 대하여도 建設部長官의 개발제한구역지정고시라는 별도의 구체적인 執行行爲에 의하여 비로 소 個人의 財產權侵害與否의 문제가 발생할 수 있는 것이므로 위 法令에 대한 憲法訴願審判請求는 直接性을 갖추지 못한 不適法한 것이라고 判示하였다.(헌재 1991. 7. 22. 선고, 89헌마 174, 1991. 9. 16. 선고, 89헌마152, 전원재판부 결정)

(iii) 그러나 구체적인 執行行爲가 있다고 하여 언제나 法律 自體에 대한 訴願請求의 直接性을 否定하는 것으로 볼 수는 없다. 즉 憲法訴願審判의 대상이 된 法規의 執行行爲가 기속행위가 아닌 裁量的 行爲인 個別的 處分行爲에 의하여 法律效果가 발생하는 경우라고 하여 언제나 直接性의 要件이 부정되는 것이 아니라는 것이다. 이에 따라 우리 憲法裁判所도 審判의 대상인 法規 自體에 의하면 裁量的 執行行爲가 있어야 權利侵害가 발생하는 경우라도 그 執行行爲를 대상으로 하는 制度的 救濟節次가 없거나 救濟節次가 있다고 하더라도 權利救濟의 期待可能性이 없고 그 救濟節次가 基本權侵害를 당한 請求人에게 불필요한 우회적

절차를 강요하는 것밖에 되지 아니하는 경우 등으로서 당해 法律에 의하여 權利侵害의 自己關聯性이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 法律을 直接 憲法訴願의 대상으로 삼을 수 있다고 決定을 한 바 있다.(헌재 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82 국가보안법 제19조에 대한 헌법소원사건, 전원재판부 일부인용 決定)

(iv) 그 외에도 直接要件의 判斷에 구체적인 執行行爲의 存在與否나 裁量의 有無가 必要條件이 아니라는 判例를 찾아볼 수 있다. 구체적이고 재량적 執行行爲를 要求하는 法規內容에 대하여 그 自體의 違憲을 주장하는 憲法訴願에서 直接性, 現在性 등의 法的 關聯性 要件을 갖추었다고 보아 認容한 決定으로서 法務士法 施行規則(大法院制定)에 대한 憲法訴願審判事件을 들 수 있다. 大法院이 一定한 資格要件을 가진 者를 法務士로 우선 任用하고 일반인의 法務士 志望者에게는 自己들의 必要에 의하여 法務士 시험의 실시여부를 임의로 할 수 있게 規定한 大法院施行規則은 請求人의 응시기회를 박탈하여 憲法上 保障된 機會均等과 職業選擇의 自由를 侵害하였다고 하여 請求한 憲法訴願審判事件에서는 請求人의 適格要件으로서 自己關聯性, 現在性, 直接性을 모두 갖춘 것으로 받아들여 認容決定을 하였다. 즉 司法院(대법원)에서 制定한 法務士法 施行規則 제3조 제1항의 規定이 그 委任母法인 法務士法과 憲法에 違反된다고 하여 法務士가 되고자 法務士 試驗의 준비를 하고 있는 者가 憲法訴願審判請求를 한 事件에서 그 請求人의 當事者適格으로서 訴願請求에 필요한 自己性, 直接性, 現在性을 모두 充足하였다고 비교적 넓게 認定하여 憲法違反으로 認容決定을 하고 있다.(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178 전원 재판부선고 법무사법 시행규칙에 관한 헌법소원)

이 判例는 請求適格의 直接성과 現在성을 必要條件이 아닌 充

足要件으로 본 것이라 할 수 있다. 憲法裁判請求의 請求適格을 지나치게 嚴格하게 함으로써 規範統制의 對象으로서의 公權力에 대한 憲法訴願制度가 가지는 本來的 機能을 부정하고 방해하는 理論에 말려들어 憲法裁判의 本質을 망각하는 結果를 자초해서는 안된다는 것이다. 그러므로 請求人의 法的 關聯성에 필요한 直接性 現在性은 實務에서 個別의 事案에 따라 合理的으로 判斷하여야 하며 自己性, 現在性, 直接性的 法的 關聯성에 대해서도 事案에 따라 폭넓게 圓용하여 받아들여야 한다는 立場을 보여준 것이라고 할 수 있다.

다. 個別行政處分の 直接性

行政府의 公權力, 즉 個別的 行政處分이 請求人의 權利侵害와 直接 關係될 때에는 손쉽게 直接性的 有無를 判斷할 수 있다. 行政府의 公權力의 執行行爲는 裁量行爲이나 아니냐를 구별할 필요가 없다. 독일연방헌법재판소는 한때 行政機關의 執行行爲에 있어서 裁량의 여지가 法律에서 주어진 경우에는 直接的인 憲法訴願이 허용되지 않는다는 判例를 남긴 적이 있다.(BVerfGE 3, 1).

그러나 그 후 많은 判例를 보면 公權力의 執行行爲에 대한 直接性を 判斷하는데 “裁량의 여지”에 대하여 더 이상 논급하지 않고 집행기관의 執行行爲가 필요하냐 없느냐에 기초를 두고 判示하고 있을 뿐이라는 것을 유의하여야 한다.(BVerfGE 1, 102 ; 6, 295 ; 12, 311 ; 14, 25). 이는 憲法訴願은 원칙적으로 個人의 權利를 직접적으로 侵害하는 執行行爲를 대상으로 請求할 수 있다는 憲法理論에 따라 違憲審判의 착안점을 執行機關의 裁量性 有無에 두는 것이 아니라 그 執行行爲로 인한 權利의 侵害性 有無에 두어야 한다

는 것이다. 따라서 憲法訴願의 審判對象이 된 法律이 執行行爲에 재량의 여지가 있느냐 없느냐의 여부는 아무런 중요성을 가지지 않는다. 그 法律이 執行機關에 대하여 執行行爲를 할 때 재량의 여지를 준 경우에도 역시 請求人의 權利侵害에 直接的으로 관여하는 경우가 있을 수 있다는 것이다.

請求人의 訴願適格問題에 있어서 行政機關의 재량유무를 따지는 것은 앞에서 본 바와 같이 訴願의 補充性原則과 모순된다는데 그 근거를 두고 있다. 그러나 이 行政廳의 裁量的 行政處分인 때에는 대부분의 경우에 行政訴訟의 對象이 되기 때문에 다른 法律에 救濟節次가 있는 경우에 해당되어 그 節次를 모두 거친 후가 아니면 訴願請求를 할 수 없다는 補充性的의 原則(法 제68조 제1항 단서)에 의하여 請求要件을 먼저 살펴보게 된다. 그러므로 대부분의 경우에 公權力의 個別處分이 訴願請求人 自身에게 現在直接 관련되는 경우라 할지라도 訴願審判에서 直接性이 크게 문제를 야기하지 않는다. 그리고 公權力의 個別的 執行行爲가 法律과 結合하여 法律效果가 발생하는 例와 유사하게 一般的 行政處分과 個別的 執行行爲가 結合하여 個人의 基本權을 侵害할 수 있을 때에는 여러 개의 필요한 行爲中 어느 하나의 處分이 法律效果의 直接性和 관련될 수 있다. 이때에는 때때로 상당히 어려운 문제를 제기하게 된다. 예컨대 原子力發電所의 가동으로 個人의 生命과 健康에 위험을 가져오는 경우에는 그 建立許可處分을 그 가동의 위험성과 함께 고려하여 基本權侵害의 現在性和 直接性이 관련된다고 獨逸聯邦憲法裁判所에서는 판단하였다.(BVerfGE 53, 30(48ff)).

公權力作用의 直接性은 그 公權力의 行使가 權利侵害에 直接的으로 作用하는 다른 行政處分の 기초가 될 때에도 관련될 수

있다는 것이다. 예컨대 核發電所가 건립되고 가동될 경우 여러 가지 危險이 발생할 수 있는 우려가 있는데 핵발전소의 가동 이전에 필요한 시설의 建立許可處分 自體만으로는 아무런 權利侵害의 危險性이 있다고 判斷할 수 없지만 그 建築許可없이 핵발전소가 가동될 수 없고 그에 따른 權利侵害가 생기지 아니하는 것이기 때문에 그 建立許可處分이 原子力發展所를 가동하게 하여 住民의 權利侵害에 直接的으로 작용한다고 말할 수 있는 不可分の 條件이 될 수 있다는 것이다. 이러한 경우에는 公權力의 行爲의 特殊性에 의하여 그 건축허가처분이 訴願請求人の 權利侵害를 충분히 예정할 수 있고 그로 인하여 여러 가지 法律效果를 발생시킬 수 있는 公權力의 行使로 보아야 한다는 것이다. 그래서 憲法裁判所에서는 이러한 문제를 請求人の 自己關聯性, 直接性, 現在性의 문제로 다루기도 하고 때로는 權利保護의 利益의 適法性으로 다루기도 한다.(헌재 1992. 6. 26. 선고, 89헌마132호, 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82호 1991. 7. 8. 선고, 89헌마181호, 1992. 1. 28. 선고 91헌마111호, 전원재판부결정)

우리 判例를 보면 都市計画法 제21조와 同法施行令 제20조의 경우는 건설부장관의 開發制限區域指定·告示라는 별도의 구체적인 執行行爲에 의하여 비로소 財産權侵害가 발생할 수 있는 것이므로 위 法令의 條項에 대한 訴願請求는 直接性을 갖추지 못하였다고 하였다.(헌재 1991. 6. 3. 선고, 89헌마46호, 1991. 7. 22. 선고, 89헌마174호, 1991. 9. 16. 선고, 89헌마151, 152호 각 결정). 農村近代化促進法 제94조는 計劃의 개요와 告示나 열람 등 그 執行節次를 規定하고 있는 것에 지나지 아니하므로 그 法規 自體만으로는 請求人の 基本權侵害에 관련한 내용을 포함하고 있지 아니할 뿐 아니라 直接 基本權侵害를 받았다고 볼 수 없다고 하였다.(헌재 1992. 11. 12. 선고, 91헌마192호 결정).

憲法訴願의 대상인 公權力의 法的 關聯性 問題는 形式論理로 적용 운영하면 憲法訴願制度를 否定하는 결과를 자초하여 憲法裁判所가 憲法裁判의 기능을 말살하는 憲法裁判을 하게 되는 중대한 모순을 가져오게 할 수도 있는 것이다. 그러므로 憲法裁判의 當事者適格 또는 訴願適格의 要件으로서 다루는 法的 自己關聯性, 現在性, 直接性의 문제는 가급적 폭넓게 인정을 하고 또 理論的인 面보다 憲法裁判의 本質적인 實質的인 基本權救濟의 측면에서 이해를 하여야 한다. 그래서 헝가리 등 최근에 발족한 각국 憲法裁判所에서는 請求期間, 補充性, 權利保護의 利益, 請求人適格 등에 대하여 엄격하게 해석하지 아니하고 있다는 것도 알아두어야 한다.(헌재 1993. 11. 25. 선고, 92헌마293 정부투자기관에산편성공동지침 위헌확인사건 결정문과 그 반대의견 및 동 1993. 12. 23. 선고, 92헌마247 인사명령취소사건의 결정문과 그 반대의견 참조).

決斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考

桂 禧 悅

憲法裁判所 諮問委員

高麗大 法大 教授

- 目 次 -

- I. 憲法概念의 意義
- II. 決斷主義的 憲法概念
- III. 決斷主義的 憲法概念의 成立背景
 - 1. 憲法學說史的 背景
 - 2. 政治·社會的 背景
- IV. 決斷主義的 思考의 淵源과 內容
- V. 決斷主義的 憲法概念의 問題點
- VI. 結 語

I. 憲法概念의 意義

헌법을 어떻게 이해하느냐의 문제는 단순히 이론적으로만이 아니라 法的으로도 매우 중요하다. 즉 구체적인 헌법문제를 해결하는 데 있어서도 중요하다. 왜냐하면 헌법을 어떻게 이해하느냐에 따라 동일한 실정헌법규정에 대한 해석이 서로 다를 수 있기 때문이다. 헌법은 그 개방성 때문에 구체적인 문제와 관련하여 많은 경우 해석을 통해 그 내용을 보충해 주어야 한다.¹⁾ 그런데 이 경우에 헌법을 어떻게 이해하느냐에 따라 그 보충하는 내용이 다르게 마련이다. 즉 구체적인 헌법문제에 대한 해결이 헌법을 어떻게 이해하느냐에 따라 서로 다르거나 심지어 상반될 수도 있다. 민주화의 진전과 더불어 헌법재판이 활성화됨에 따라 헌법이 더 이상 하나의 死文化된 종이조각이 아니라 우리의 일상생활을 규율하는 살아 있는 법이 된 상황에서 헌법을 어떻게 이해하느냐의 문제는 더욱더 중요한 현실적 의의를 갖게 되었다. 그런데 헌법을 어떻게 이해하느냐의 문제는 헌법을 어떤 관점에서 보느냐에 따라 달라진다. 즉 이 문제는 헌법학방법론과 불가분의 관계에 있다. 오늘날 헌법을 보는 중요한 觀點으로는 法實證主義的, 決斷主義的 및 統合論的 觀點을 들 수 있다. 이들의 헌법에 대한 이해는 서로 다르며 이처럼 서로 다른 헌법개념에 기초하여 개별헌법규정의 意味와 內容을 파악하고 해석하는 경우 그 結果도 서로 다를 수 있다. 즉 헌법적 문제의 해결이 서로 다를 수 있다. 따라서 우선 어떤 憲法觀에서 헌법적

1) 헌법해석의 문제에 관하여는 桂禧悅 編譯, 憲法の 解釋, 1993, 高麗大學校 出版部 참조.

문제를 다루고 해석하느냐가 결정적으로 중요하며 동시에 확고한 憲法觀에서 논리적으로 일관성 있게 문제를 다루고 해석하는 것이 중요하다. 그러한 경우에만 헌법의 문제를 분명하게 파악하고 해결할 수 있다. 그렇지 못한 경우 문제의 해결에 대한 객관성이 문제될 뿐만 아니라 나침반 없이 대양을 항해하는 것처럼 위험하다.

決斷主義的 思考는 우리 헌법학계에 아직도 지대한 영향을 주고 있는 것이 사실이다.²⁾ 그런데 불행하게도 우리 학계에서는 이 결단주의적 사고와 이에 기초한 憲法概念이 아무런 비판 없이 또는 심지어 잘못 인용되는 경우도 적지 않은 것을 볼 수 있다. 따라서 결단주의적 헌법개념을 살펴보는 것은 현시점에서도 무의미하지 않다고 생각된다. 결단사상을 헌법학에 도입한 사람은 슈미트(C. Schmitt)이다. 결단사상이 Schmitt헌법학의 전부는 아니지만 적어도 그의 헌법학에 있어서 그를 대표하리 만큼 특징적이고 중요한 사상임에 틀림없다. 따라서 Schmitt의 결단주의적 헌법개념과 그 문제점을 고찰하기 위하여는 그의 헌법학을 전반적으로 살펴보지 않으면 안된다. 그러나 그가 쌓아 올린 거대한 헌법학체계를 전체적으로 고찰하는 것은 불가능하며 여기서는 도대체 결단주의가 무엇이며 이러한 사상에 기초한 헌법개념이 등장하게 된 배경은 무엇인지, 또한 이 결단주의적 사

2) Bongkun Kal(갈봉근), Cal Schmitts Einfluß auf das koreanische Verfassungsleben, in : H. Quaritsch(hrsg.) Complexio Oppositorum über Carl Schmitt, 1988, S. 503ff. ; 갈봉근, 現代憲法學에 미친 칼 슈미트의 影響, 東亞法學, 제4호, 1987, 1면 이하 ; 김효전, 칼 슈미트 憲法理論의 韓國의 展開, 김효전 편, 獨逸憲法學說史, 法文社, 1982. 125면 이하 ; 文種旭, 칼 슈미트法思想과 現代法學에 미친 그 影響, (忠南大博士學位論文) 1990. 179면 이하 참조 ; Schmitt가 우리학계와 헌법생활에 준, 또한 주고 있는 영향은 이 글들에 열거된 것보다 더 크다고 판단된다.

고에 기초한 헌법개념은 어떤 문제점을 갖고 있는지를 간략하게 살펴보는 데 국한하기로 한다.

II. 決斷主義的 憲法概念

결단주의적 관점에서는 헌법의 개념을 다음과 같이 定義한다. 슈미트(C.Schmitt)에 따르면 헌법이란 實存하는 政治的 統一體가 그의 고유한 政治的(實存의) 樣式과 形態에 관한 根本的 決斷이라고 한다.³⁾ 즉 Schmitt에 따르면 정치적으로 實存하는 힘과 權威에 의하여 내려지는 決斷이 곧 헌법(Verfassung)을 형성한다는 것이다. 이 형성된 헌법의 규범화가 憲法律(Verfassungsgesetz)을 이룬다고 하며 憲法과 憲法律은 엄격히 구별된다고 한다. 즉 모든 규범은 그것이 규범화되기 앞서 정치적 결단이 내려진다는 것이다.⁴⁾

이 헌법개념을 좀더 자세히 살펴보면 이 개념은 아주 단순한 것임을 알 수 있다. 헌법이란 결국 정치적 실존의 양식과 형태에 관한 根本的 決斷이다. 따라서 이 결단을 내리는 자가 곧 憲法制定權者이다. 헌법제정권자는 그러면 누구인가? 그것은 主權者이다. 그러면 누가 주권자인가? 이에 대해 Schmitt는 이론적으로 민주주의국가에서는 國民이 주권자이고 귀족국가나 과두국가에서는 小數人이 주권자이며, 군주국가에서는 君主가 주권자

3) C.Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1957(Neudruck), S. 20ff

4) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 22ff ; Schmitt는 바이마르공화국헌법에 있어서의 근본적 정치적 결단으로 민주주의, 공화국, 연방국가구조, 의회주의적·대의제적 형태 및 기본권과 권력분립을 포함하는 시민적 법치국가를 들고 있다.

라고 한다.⁵⁾ 그러나 Schmitt가 말하는 진정한 주권자란 “비상사태를 결단하는(=다스릴 수 있는) 者”를 의미한다.⁶⁾ 즉 힘과 권위를 가진 實力者를 의미한다. 이 실력자가 주권자이며 헌법제정권자이다. 헌법제정권력이란 고유한 정치적 실존의 양식과 형태에 대한 구체적 근본결단을 내릴 수 있는, 즉 정치적 통일체 전체의 실존을 決定할 수 있는 힘과 권위를 가진 정치적 意志라는 것이다.⁷⁾ 여기서 意志라는 말은 규범적 또는 추상적 올바름과는 아무런 관련이 없는 실존적인 것을 말하여 헌법제정권력이란 따라서 정치적 현실(Sein)에서 나온 정치적 意志, 즉 命命이라는 것이다.⁸⁾ Schmitt에 따르면 헌법이란 규범에 근거하고 있는 것이 아니라 정치적 현실에서 나온 정치적 결단에 근거하고 있다는 것이다.⁹⁾ 헌법이란 결국 힘과 권위를 가진 실력자의 결단을 의미한다.

이러한 근본결단을 내릴 수 있는 헌법제정권력은 “조력”(konstituierte Gewalt, pouvoir constitué)이 아니라 “조직하는 권력”(konstituierende Gewalt, Pouvoir constituant)이기 때문에 始原的이고 創造的이다. 따라서 이 헌법제정권력에 의해 내려진 결단으로서의 헌법은 이 결단에 근거해서 규범화된 다른 헌법규정들과 질적으로 다르다는 것이다.¹⁰⁾ 즉 憲法과 憲法律은 구별되며 조직하는 권력인 헌법제정권력이 내린 근본결단으로서의

5) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 77ff., 80, 81f., 82ff. 참조

6) C. Schmitt, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934, S. 11 ;Schmitt에 따르면 비상사태를 결단하는 것이 진정한 의미의 결단이고 이러한 결단은 모든 규범적 구축에서 벗어나 있고 고유한 의미에서 절대적이다. 결단이란 규범적으로 볼 때 無에서 탄생된다. 위의 책 S. 19, 22, 42.

7) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 75f

8) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 76.

9) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S.76.

10) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 76.

헌법은 조직된 국가권력에 의해 개정되거나 폐기될 수 없다는 것이다.

또한 헌법이 효력을 갖는 것은 그 規範의 內容이 正當하기 때문이거나 그 規範의 體系가 論理的 完結性을 갖기 때문이 아니라 그 헌법을 정립하는 실존적인 政治的 意志의 힘 때문이라고 한다.¹¹⁾ 즉 실력자의 힘에 의해 뒷받침되는 법만이 實效性을 가진 법이라는 것이다. 요컨대 힘이 헌법을 만들고 힘이 헌법의 효력근거가 된다는 말이다.

이 헌법개념은 많은 문제점을 지니고 있으며 오늘날과 같은 민주주의시대에는 적합하지 않다. 이 헌법개념의 문제점이 무엇인지 알기 위해서는 이러한 헌법개념이 성립하게 된 배경과 결단주의적 思考의 문제점을 살펴보아야 한다.

Ⅲ. 決斷主義的 憲法概念의 成立背景

결단주의사상이 헌법학에 도입되고 이에 기초한 헌법개념이 성립된 배경은 구체적으로는 여러 가지를 들 수 있겠으나 여기서는 크게 두 가지로 나누어 살펴보려고 한다. 그 하나는 憲法學說史的 背景이고 또 다른 하나는 제1차 세계대전 전후의 정치적·사회적 현실, 즉 역사적 배경이다.

11) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 22ff., 75ff.; 또한 그의 책(주6), S.44; 또한 그의 논문 Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934 S. 25.

1. 憲法學說史的 背景

決斷主義思想이 헌법학에 도입된 중요한 동기의 하나는 形式化된 實證主義的 憲法學을 극복하고 實質的 憲法學體系를 확립하려는 데 있었다. 법실증주의가 19세기 중엽 처음으로 게르버(C. F. von Gerber)에 의해 헌법학에 도입된 이래 實證主義的思考에 기초한 헌법학은 라반트(P. Laband)에 의해 대성되었고 그 후 엘리네크(G. Jellinek), 켈젠(H. Kelsen), 안쉬츠(G. Anschütz), 토마(R. Thoma)등 많은 사람들에 의해 계승되면서 크게 발전하였으며 20세기초까지 헌법학계를 거의 지배해 왔다. 법실증주의자들은 구체적인 문제에 있어서 견해의 차이를 나타내기도 하지만 신칸트철학을 그들의 이론적 기초로 하여 當爲(Sollen)와 存在(Sein), 規範(Norm)과 現實(Wirklichkeit), 國家(Staat)와 社會(Gesellschaft)를 엄격하게 구별하고 헌법학에서 모든 存在的를 要素들, 즉 역사적·정치적·철학적·윤리적 次要소들을 제거함으로써 순수하고 정확하며 엄격한 헌법학을 체계화하려고 했다는 점에서는 공통적이다. 이들의 노력이 헌법학을 어느 정도 엄격하고 정확한 학문으로 발전시키는 데 기여한 것은 사실이지만 모든 존재적 요소를 제거하고 규범만을 대상으로 하는 헌법학은 형식적이고 현실과 동떨어진 것이 될 수밖에 없었다. Kelsen은 국가를 이해하는 데 있어서도 모든 역사적·정치적·사회적 次要소를 도외시하고 마침내 국가를 형식적인 법질서와 동일시하기에 이르고 그의 완벽에 가까운 실증주의적 헌법학체계는 불합리성을 드러내기에 이르렀다.¹²⁾ 물론 이러한

12) 이에 관하여 자세한 것은 拙稿, 實證主義的 憲法學方法論小考, 安岩法學,

실증주의적 헌법학은 독일이 아직 산업화되지 못한 靜態的 社會와 군주국가적 정치체제를 배경으로 한 비스마르크헌법하에서는 현실과 잘 부합하였고, 제1차 세계대전 이전까지도 어느 정도 부합하였으며 이론적 타당성도 갖고 있었다.¹³⁾ 그러나 제1차 세계대전이 끝나면서 독일은 정치적으로 立憲君主國家에서 共和國으로 바뀌었고 전쟁의 대격동기를 거치면서 사회·경제적으로 大變革을 겪게 되었다.¹⁴⁾ 이처럼 변화된 새로운 여건에 실증주의적 헌법학은 더 이상 부합되지 않았다. 따라서 바이마르 공화국의 성립과 더불어, 형식화되고 추상화된 실증주의적 헌법학을 극복하고 새로운 現實的 憲法學을 체계화하는 것이 당시 헌법학계의 가장 큰 당면과제였다.

새로운 실질적 헌법학을 체계화하려는 시도는 많은 사람들에 의해 수행되었다. 무엇보다도 실질적인 헌법학의 수립을 위하여는 存在的 要素를 헌법학에서 도외시해서는 안된다는 데 견해가 일치하였다. 이 대열에는 카우프만(E. Kaufmann),¹⁵⁾ 홀스타인

創刊號, 1993, 43면 이하 참조.

13) 당시까지만 해도 지배주체로서의 “국가”(Statt)와 지배대상으로서의 “사회”(Gesellschaft)는 실체적 구분이 가능하였다. K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1968, S. 67 ; C. Schmitt도 1934년에 쓴 그의 글에서 실증주의적 헌법학은 19세기의 사회적 및 국가적 상황에 맞는 것으로 이제는 극복되었고 법실증주의의 시대는 끝났다고 말한다. 위의 논문(주 11), S. 39, 58 참조.

14) 바이마르시대의 방법론 및 방향논쟁이 전개된 원인이 이러한 정치체제의 변화와 정치·사회적 여건 때문이었다는 데 관하여는 M. Friedrich, Der Methoden und Richtungsstreit, Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staats-rechtslehre, in : AöR Bd. 102(1977), S. 167f. 참조 ; 이 밖에 Schmitt의 결단주의적 사상의 구체적 출발점에 관하여는 H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, 1964, S. 32ff. 참조.

15) 카우프만(E. Kaufmann)은 법실증주의자들이 그들의 이론적 기초로 삼고 있는 신칸트철학을 철저히 비판하면서(E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, <1921>, in : ders., Gesammelte Schriften, Bd. III,

(G.Holstein),¹⁶⁾ 트리펠(H. Triepel),¹⁷⁾ 헬러(H. Heller).¹⁸⁾등 많은

1960, S. 176ff) 이에 기초한 순수한 法的 方法(rein juristische Methode)은 법학을 “사회적 및 정치적 생활의 현실에서 동떨어진 아무런 성과도 없는 自足속으로 이끌어 갔다”고 말한다.(E. Kaufmann, 위의 논문, S. 177). 그는 철학이 없는 법학이란 상상할 수도 없다고 하면서 (E. Kaufmann, 위의 논문, S. 177 ; 또한 그의 논문 Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art.109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 <1927>, S. 3 참조) 실질적 헌법학의 기초를 마련하려고 노력했으나 그의 고유한 헌법학을 체계화하지는 않았고 자연법적 내용으로 형식화된 법실증주의를 보충하고 극복하려 하였다. 즉 그의 법철학적 이론의 목표는 자연법과 실정법을 도덕적 법가치, 즉 법이념속에서 결합하는 것이었다.(F. A. Freiherr v. d. Heydte, Das rechtsphilosophische Anliegen Erich Kaufmanns- Versuch einer Deutung, in ; Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe Erich Kaufmann, 1950, 103ff. <108> ; 이와 관련하여 W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates,1945, (Neudruck 1971), S. 146ff. ; H.Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 146ff. 참조

16) 홀스타인(G. Holstein)은 1926년 독일국법학자대회(=독일공법학회)에서 처음으로 精神史的 方法(geistesgeschichtliche Methode)을 주장하였다. 즉 실정법의 해석에 있어서 이념사적 관련들을 認識原으로 활용해야 한다는 것이다.(VVDStRL 3, S. 55ff. Diskussionsbeitrag) 후에 Holstein은 이 방법을 精神科學的 方法이라 불렀다.(G. Holstein, Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft, in ; AöR N. F. Bd. 11<1926>, S. 1f.) 이 주장은 초기에는 별로 호응을 얻지 못했으나 법실증주의자들이 거부했던 역사적 해석방법을 관철시키는 데 기여하였다. 이와 관련하여 또한 M. Friedrich, 위의 논문(주 14), S. 190ff. 참조

17) 트리펠(H. Triepel)은 규범의 성립에 있어서의 정치적 배경을 끌어들이므로써 법을 실질적으로 만들려고 하였다. 특히 헌법은 정치적 성립사를 빼고서는 이해할 수 없다고 하며 헌법이 정치법이라는 것을 강조하였다.(H. Triepel. Staatsrecht und Politik, 1927, S. 12, 32ff). Triepel은 정치적 관점을 도입하는 경우 발생하는 憲法의 恣意의 解釋을 목적론적 해석을 통하여 극복할 수 있다고 생각하였다.(위의 논문, S. 18ff. 특히 S. 32ff. 참조) 이와 관련하여 M. Friedrich, 위의 논문(주 14), S. 195f. 또한 M. -E. Geis, Der Methoden-und Richtungsstreit in der Weimarer Staatslehre, in : JuS 1989, S.95참조.

18) 헬러(H. Heller)는 스스로 정신과학적 방법이란 말을 사용하지는 않았지만 그 대표적 대변자라고 할 수 있다. Heller는 (소위 沒價值的) 國家論과 (價置定向的) 政治를 분리하는 것은 불가능하다고 한다.(H. Heller, Staatslehre,

사람들이 참여했으나 특히 Schmitt는 그의 결단주의 사상을 통하여 큰 영향을 미쳤다. 즉 법실증주의자들이 규범만을 강조한 데 대해 Schmitt는 힘(=현실)을 강조함으로써 형식화된 법실증주의적 헌법학을 극복하고 실질적 헌법학을 확립하여 하였다. 법실증주의자들이 모든 존재적 요소를 배제하고 “規範”만을 법학의 대상으로 함으로써 형식주의에 빠지고만 데 대해 Schmitt는 “現實”만을 강조함으로써 형식주의적 법실증주의를 극복하려 하였다. 이처럼 決斷主義(Dezisionismus)는 法實證主義와 정반대의 입장을 취한다. 즉 Schmitt의 決斷主義는 Kelsen의 形式主義的 法實證主義의 정반대의 極端이라고 하겠다.¹⁹⁾

2. Aufl. 1961, S. 51ff., 53, 56 und passim) 그에 의하면 국가란 社會的 組織體(Sozialgebilde)일 뿐만 아니라 意味組織體(Sinngebilde)이기도 하다. 왜냐하면 국가는 인간적 공동생활의 조직이 갖고 있는 객관적 목적을 위하여 존재하기 때문이라는 것이다. 이점에서 국가는 단순한 권력국가(bloßer Machtstaat)와 구별된다고 한다.(Staatslehre, S. 43f., 203) 나아가 이러한 양면성은 법도 마찬가지라고 한다. 법규범도-그것이 의미없는 것 또는 내용이 없는 것이 되지 않으려면-역사적·사회적 존재나 가치관점에서 완전히 분리될 수 없다는 것이다.(Staatslehre, S. 188ff. 참조) 이에 관해서는 M.-E Geis, 위의 논문(주 17), S. 95 또한 H. Wendenwurg, 위의 책(주 15), S. 184ff. 그리고 P. Badura, Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, 1959, S. 190ff. 참조. 최근 Heller의 50周年(1983)를 맞아 그에 대한 연구와 제평가가 활발하게 진행되었다. 이와 관련하여 특히 G. Robers, Hermann Heller : Staat und Kultur, 1983 ; Ch. Müller/ I. Staff(hrsg.), Der soziale Rechtsstaat, 1984, Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933 ; Ch. Müller/I. Staff(hrsg.), Staatslehre in der Weimarer Republik, Hermann Heller zu ehren 1985 ; 이밖에 W. Schluchter, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, 1968 ; S. Albrecht, Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung, 1983 등 참조

19) H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 16 ; Schmitt는 법실증주의가 “규범”만을 강조하는 데 대해 그 정반대의 “현실”을 강조함으로써 형식화된 법실증주의를 극복하고 실질적 헌법학을 확립하려 하였다. 그러나 Schmitt 헌법학에 “현실”을 강조하는 것 이상의 확고한 방법론이 있느냐

2. 政治・社會的 背景

결단사상이 성립되는 또 하나의 중요한 동기는 제1차 세계대전 패전 후 독일의 역사적 상황이다. Schmitt는 스스로 인정하고 있듯이²⁰⁾ 전후의 굴욕적인 베르사이유체제와 국제연맹체제 그리고 이에 적응하려는 바이마르체제에 대항하여 이를 어떻게 극복할 것인가와 패전후의 무정부상태에 가까운 무질서와 혼란을 어떻게 극복할 것인가의 현실적 과제에 직면하게 되었고 이를 극복하는 길은 강력한 힘을 바탕으로 한 국가를 재건하는 것이라고 보았다. 따라서 Schmitt에게 있어서는 正當하고 正義로운 또는 善하고 옳은 國家가 아니라 강하고 힘이 있는 국가가

에 대해서는 부정적이다. Stolleis는 Schmitt에게는 뚜렷한 방법론이 없다고 하면서 그에게서처럼 법기술적·정치적·철학적 및 예술적 요소가 얽혀 있는 학자는 그의 前後를 막론하고 찾아 볼 수 없다고 한다.(M. Stolleis, Carl Schmitt, in : M.J. Sattler<hrsg.>, Staat und Recht, 1972, S. 123ff. <123f.>). M.Draht는 Schmitt에게는 체계적 국가이론조차 없고 그의 사상의 개별적 발전단계도 애매하다고 말함으로써 간접적으로 그에게는 방법론이 결여되어 있음을 示唆하고 있다.(M.Draht, Art. 'Staat', in : Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 2146.) Schmitt 스스로는 J.Schicken과의 대답에서 자신은 자신에게 고유한 방법을 갖고 있다고 하면서 다음과 같이 말하고 있다. 즉 현상을 다가오게 하고 기다리며 미리 정해진 기준에 의해서가 아니라 素材로부터 思考하는 것이라고 하면서 이것은 現象學의 이라고 부를지 모르지만 자신은 그러한 일반적인 방법론 문제에 끼어 들고 싶지 않다고 한다.(Guerilleros, Partisanen. Theorie und Praxis, Hrsg. J. Schickel, 1970, S. 11; M. Stolleis, 위의 책 S. 124에서 인용) 사전에 정해진 기준없이 素材로부터의 思考가 도대체 가능한가의 문제는 차치하더라도 Schmitt는 현실의 복잡한 문제를 간결하고 명료하게 개념화하는 놀라운 능력을 갖고 있다. 또한 비록 구체적 상황에서부터 思考하지만 다른 한편 이를 일반화하고 시간을 초월하는 해석을 시도하는 것을 볼 수 있다.(이상 Stolleis, S. 124 참조) Wendenburg는 결단주의이론을 사회 과학적 방법과 法的 방법의 결합으로 보면서 헌법현실에서부터 論據를 제시하는 방법이라고 한다.(위 주 15, S. 174 ; 이와 관련하여 P. Badura, 위의 책(주18)S. 201ff. 참조)

20) C. Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, (1923-1939), 1940, 참조

문제되었다. 이런 국가만이 對內的으로는 그의 절대적(주권적)인 결단권(souveräne Entscheidungsgewalt)으로 무정부상태를 극복하고 질서를 유지할 수 있으며, 對外的으로는 유럽에서 독일의 정치적 비중을 높이고 대변할 충분한 힘을 갖게 될 것이라고 확신하였다.²¹⁾ 여기서는 그의 “規範”이 아니라 “힘”(=現實)을 강조함으로써, 즉 결단주의적 사고를 통해 굴욕적인 베르사이유체제와 내란상태에 가까운 戰後의 無秩序를 극복하고 강력한 독일을 재건하려 하였다. Schmitt의 이론이 전반적으로 한계상황과 위기상황을 전제로 하여, 즉 구체적 현실을 기초로 하여 전개되는 것은 이와 같은 당시의 역사적 상황에 기인한다.

IV. 決斷主義的 思考의 淵源과 內容

결단주의적 사고의 핵심은 “진리가 아니라 힘이 법을 만든다”(auctoritas non veritas facit legem=Law are based on authority rather than truth)는 말 가운데서 잘 나타난다. Schmitt에 따르면 모든 규범은 그것이 규범화되기 앞서 정치적 결단이 내려진다는 것이다. 즉 힘이 법을 만들고 힘이 법의 효력근거가 된다는 것이다. Schmitt는 이 사상을 홉스(Thoams Hobbes)에게서 이끌어 낸다.²²⁾ Hobbes사상의 핵심, 즉 國家論의 기초는 자연상태의

21) K.Sontheimer, 위의 책(주 13), S. 82 참조.

22) C. Schmitt, Die Diktatur, (1921), 3.Aufl. 1963, S. 22f. ; 또한 그의 논문(주 11), S. 27. ; 또한 그의 논문(주 6), S.44 ; Th. Hobbes, Leviathan, Part II, Chap.26 참조. H. Rumpf, Carl Schmitt und Thomas Hobbes, Ideeel Beziehungen und aktuelle Bedeutung mit einer Abhandlung über : Die Frühs-

공포에서부터 국가적 상태가 가져다주는 안전의 보장이자 Hobbes가 생각하는 자연상태는 “萬人の 萬人에 대한 투쟁의 상태”(bellum omnium contra omnes), 즉 공포·불안·무질서의 상태이다. 이러한 상태에서 벗어나 자유와 안전 및 평화를 누리기 위하여는 국가적 상태를 건설해야 한다. 즉 리바이어던(Leviathan)과 같은 절대권력을 가진 國家(=강력한 힘을 가진 메카니즘)만이 자유와 안전 및 평화를 보장할 수 있다고 한다.²³⁾ 그러나 힘이 법을 만들고 힘이 법의 효력근거가 된다는 사상은 Hobbes 이전으로 거슬러 올라간다. 즉 이미 중세후기 主意主義的思想(voluntaristisches Denken)에서 찾아볼 수 있다.²⁴⁾ 어쨌든

chriften Carl Schmitts, 1972 ; 左宗欣, Carl Schmitt의 決斷主義와 Thomas Hobbes, 1989, 高麗博士學位論文, 특히 22면 이하, 34면 참조. Schmitt가 선호한 정치사상가로는 Hobbes이외에 Machiavelli, Nietzsche, Spengler, Donoso Cortes, Hegel 등을 든다.(H. Huber, Einige Bemerkungen über die Rechtsund Staatslehre von Carl Schmitt, in : JZ 1958, S. 341 Anm. 2 참조.) Schmitt의 決斷(Entscheidung)思想은 이미 1912년에 쓴 그의 논문 “Gesetz und Urteil”에서 법질서의 완결성의 문제와 관련하여 나타나고 있다. 즉 법관은 이미 주어진 법규로부터만 판결을 내릴 수는 없고-법관의 판결은 단순히 해석이나 포섭일 수 없고-결단이 불가피한 경우가 있다. 이 결단은 분쟁을 종식시키지만 내용에 대해 무관심한 恣意일 수 있다. S. 48ff, 56f., 71ff ; 이에 관하여는 또한 H. Hofmann, 위의 책(주14), S. 32ff ; M. Stolleis, 위의 책(주19) S.128 ; I. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuelle Wirkung der Theorie Carl Schmitts, 1976, S. 80ff. ; 文鍾旭, 위의 논문(주2), 76면 이하 참조.

법이란 Schmitt에 따르면 “규범”, “결단” 또는 “구체적 질서와 형성”(Konkrete Ordnung und Gestaltung)으로 이해된다. 어떤 견해에 기초하느냐에 따라 법학의 방법은 법률적 사고(Gesetzesdenken), 결단적 사고(Entscheidungsdenken) 또는 구체적 질서와 형성의 사고(Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken)로 나타난다고 한다. 위의 논문(주11), S. 7f. 참조 ; 이에 관하여는 또한 P. Schneider, Ausnahmezustand und Norm, 1957, S. 259ff. 참조.

23) 이에 관하여 C. Schmitt, Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Decartes, in : ARSP Bd. 30(1937), S. 622ff. 참조.

24) D. Wyduckel, Ius Publicum, 1984, S. 311. 이 책에 따르면 Marsilius von

Schmitt는 이 생각이 무력한 法實證主義 空論을 극복하는 데 적합할 뿐만 아니라 敗戰후의 무질서와 혼란을 극복하는 데도 적합하다고 생각하였다. 실제로 이 사상에 기초한 Schmitt의 이론은 바이마르공화국이 성립된 이후 극심한 무질서와 혼란가운데서 민주주의(의회주의)에 대한 懷疑가 팽배해 있고 또한 무정부상태를 극복할 강력한 힘을 가진 자의 決斷(=독재)을 바라던 당시의 분위기에서 선풍적인 인기를 얻으며 확산되었다.

힘이 법을 만들고 힘이 법의 효력근거가 되는 것이지 힘이 법에 구속되는 것이 아니라는 사상에서 볼 때 법이란 客觀的 要素가 아니라 主觀的 요소로 이해된다.²⁵⁾ 즉 客觀的 眞理(veritas) 또는 合理性(ratio)이 아니라 主觀的 權威(auctoritas) 또는 意思(=恣意, voluntas)를 의미한다. 또한 법이란 妥當한 것(gelten) 또는 規律하는 것(regeln)이 아니라 命令하는 것(befehlen) 또는 支配하는 것(herrschen)을 의미한다. 즉 규범의 妥當性(Geltung)이 문제되는 것이 아니라 實效性(Wirksamkeit)이 중요하다.²⁶⁾ 이 사상을 좀더 부연하면 법이란 意味의 世界에 속하는 것, 즉 意味內容의 屬性인 當爲(Sollen)가 아니라 意志, 즉 事實의 世界에 속하며 그 事實內容의 本質적 屬性은 意慾(wollen), 즉 存在(Sein)이다.²⁷⁾

Padua의 아리스토텔레스적-합리주의적 법과 국가철학에서 이 사상을 처음 찾을 수 있는 것으로 추정된다.

25) 이하 沈在宇, 決定主義的 憲法概念과 規範主義的 憲法概念, 憲法과 現代法學의 諸問題, 玄民 兪鎮午先生 古稀記念論文集, 1975, 108면 이하 참조; Schmitt는 물론 정치적 법률개념과 법치국가적 법률개념을 구별하는 데 전자가 후자에 비해 보다 강력하다고 한다. 왜냐하면 정치적 法律개념만이 주관적 결단을 내포하고 있기 때문이라고 한다. 그의 책(주 3), S. 146f., 150; 또한 그의 논문 Legalität und Legitimität, in : C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 274ff. 참조.

26) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 138ff., 76참조

여기서 결단주의가 법실증주의와는 정반대의 극단을 나타내고 있음을 볼 수 있다. 法實證主義는 規範만을 강조하면서 법으로부터 規範 이외의 모든 要素, 즉 정치적·사회적·역사적 要素를 제거하고 법을 순화시키려고 한다. 이 순화된 법은 實定法體系에서만 발견될 수 있으며 이 실정법체계는 合法性의 原理에 의하여 형식적인 論理的 統一을 이루어 完結된 實定法秩序를 형성한다. 이 법은 옳거나 합리적이기 때문에 효력을 갖는 것이 아니라 실정법이기 때문에(Kelsen에 따르면 최종적으로 근본규범에 의거하여) 효력을 갖는다. 이에 대해 決斷主義는 형식주의를 배격하고 現實을 강조하면서, 법으로부터 정치적·역사적 要素를 제거하고 나면 법이란 법의 껍데기일 뿐이며 현실세계에서 實效性을 갖는 법은 될 수 없다는 것이다. 政治的 意志의 힘과 主權者의 權威에 의하여 밀받침되지 않는 법과 법질서는 하나의 虛構에 지나지 않는다는 것이다. 법이란 힘과 권위를 가진 실력자의 意志의 결단이며 當爲의 근원으로서의 存在의 표현이다.²⁸⁾ 이 意志의 힘에 의해 법은 효력을 갖는다는 것이다.

결단주의와 법실증주의는 이처럼 상반되는 것 같지만 다른 한편 많은 면에서 또한 공통점을 갖고 있다. 가령 정치적 통일체로서의 국가는 법실증주의에 있어서와 마찬가지로 Schmitt에게 있어서도 이미 형성되어 존재하는 것으로 전제되어 있다.²⁹⁾ 또한 법실증주의가 규범만을 강조하면서 일단 실정화된 법은 옳고 그름, 또는 선·악과 상관없이 법으로 보는 것처럼 결단주의는

27) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 76; 沈在宇, 위의 논문(주 25), 109면 참조

28) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 9.

29) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 21, 79

힘과 권위를 가진 실력자의 결단을 강조하면서 일단 내려진 결단은 옳고 그름, 또는 선·악과, 즉 그 내용과 상관없이 법으로 본다.³⁰⁾ 즉 결단은 일단 분쟁을 종식시키지만 어떤 내용의 결단이나에 대해서는 무관심하다.³¹⁾ Schmitt에게 있어서 決斷이란 결국 Ehmke가 지적하는 바와 같이³²⁾ Klesen의 根本規範에 대한 Schmitt적인 표현이라고 할 수 있다.³³⁾ 법실증주의와 결단주의는 여러 가지 형식적 차이에도 불구하고 본질적으로 동일성과 친근성(Affinität)을 갖고 있음을 볼 수 있다. 차이가 있다면 법실증주의가 규범에서 출발하였고 결단주의는 힘, 즉 현실에서 출발하였다는 것이다. 결국 하나가 “法” 實證主義(Rechtspositivismus)인데 비해 다른 하나는 “權力” 實證主義(Machtpositivismus) 또는 “社會學的” 實證主義(soziologischer Positivismus)³⁴⁾일 뿐이다. 즉 실증주의라는 점에서는 마찬가지로

30) Schmitt에 따르면 헌법이 효력을 갖는 것은 위에서 본 바와 같이 그 規範의 내용이 正當하기 때문이거나 그 規範의 體系가 論理的 完決性을 갖기 때문이 아니라 그 헌법을 정립하는 실존적인 政治的 意志의 힘 때문이라고 한다. 그의 책(주 3), S. 22ff., 75ff.; M.-E. Geis가 지적하는 것처럼 “행동하는 자, 즉 決斷을 내리는 자만이 정당하게 행동한다는 命題는 강자의 힘의 논리에 도달하게 되고 여기에서 그가 그렇게 반대하고 비판한 法實證主義的思考와 마찬가지로 결과에 이르게 된다.” 위의 논문(주17) 참조 ; 또한 K. Sontheimer, Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, ARSP Bd. 46(1960), S. 57 참조.

31) 이와 관련하여 특히 C. Schmitt, Der Wert des Stattes und die Bedeutung des Einzelnen, 1917, S. 79f. 참조.

32) H. Ehmke, 위의 책(주 19), S. 43 ; 또한 Ch. G. von Krockow. Die Entscheidung, 1958, S. 60 참조

33) 拙稿, 實證主義의 憲法學方法論 小考, 안암법학 창간호, 1993, 43면 참조, 특히 주 104에 인용된 문헌참조 ; 또한 H. Hofmann, 위의 책(주 14), S. 131f. 비교참조

34) K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 7. 이 논문은 桂禧悅譯, 憲法의 基礎理論, 1988(제2판) 三英社, 26면 이하에 번역되어 수록되었다.

이다.

V. 決斷主義的 憲法概念의 問題點

이 결단주의적 헌법개념의 문제점은³⁵⁾ 법실증주의적 헌법개념에 있어서와 마찬가지로 정치적 통일체로서의 국가를 (이미 형성되어 존재하는 것으로) 전제하고 있다는 데 있다. 즉 Schmitt에 따르면 국가란 한 국민의 특정의 상태, 즉 정치적 통일의 상태를 말한다.³⁶⁾ 이러한 국민의 실존적인 정치적 통일체로서의 국가는 이미 존재해 있는 것으로 전제된다.³⁷⁾ 그러나 오늘날과 같은 민주주의시대 또는 다원적 산업사회에 있어서 정치적 통일체로서의 국가는 인간의 끊임없는 의식적 노력에 의하여 형성되고 유지되는 것이 현실이다.³⁸⁾ 즉 Hellen의 말처럼³⁹⁾ 국민은 실체적으로나 기술적으로나 법질서에 따라서만 無定形의 다수에서부터 결단을 내릴 수 있는 의사통일체로 될 수 있다.⁴⁰⁾ 바로 이 정치

35) Schmitt가 쌓아 올린 거대한 헌법학을 전체적으로 비판하는 것은 불가능한 일이다. 거기에는 너무나 많은 개별문제들이 있으며 따라서 많은 연구와 고찰을 필요로 한다. 여기서는 결단주의적 헌법개념에만 국한하여 그 기본적인 문제점을 간략히 살펴보려 한다.

36) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 3f., 205.

37) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 21, 50, 61, 63, 79, 200

38) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 18. Aufl. 1991. 이 책의 제15판은 우리말로 번역되었다. 桂禧悅 譯, 西獨憲法原論, 三英社, 1987, Rn. 6 이하 참조.

39) H. Heller, 위의 책(주 18), S. 278

40) Heller는 국민이 스스로 하나의 정치적 통일체로 구성되어 존재한다고 하는 것은 政治神學일지는 몰라도 분명히 國家論은 아니라고 비판한다.(위의 책(주18) S. 278)

적 통일의 형성과 유지는 임의적으로가 아니라 헌법이 정한 절차에 따라 수행되어야 한다는 말이다. 이는 또한 현대의 민주적 헌법이 갖는 가장 중요한 임무이다. 헌법이 정한 절차에 따라 정치적 통일이 형성되고 유지되는 것이 아니라 이미 존재하는 정치적 통일체가 내리는 결단이 헌법이라고 하는 것은 오늘날의 민주주의적 상황에 부합하지 않는다.⁴¹⁾ 이처럼 전제된 정치적 통일체로서의 국가란 비현실적이고 추상적·형식적이다. Schmitt가 형식주의적 법실증주의를 극복하기 위해 역시 형식적 개념을 사용하였다는 비판을 받는 이유의 하나가 바로 여기에 있다.⁴²⁾

결단주의적 헌법개념에 갖는 또 하나의 중대한 문제점은 그것이 힘에 기초한 결단만을 강조하고 규범성을 무시한다는 데 있다. 힘에 기초한 결단이란 철저하게 主觀的이고 恣意的일 수밖에 없고 모든 價値關聯性을 부인할 수밖에 없다.⁴³⁾ 그러나 법의

41) H.Ehmke, 위의 책(주 19), S.41 참조. 국민이 하나의 정치적 통일체로 이미 형성되어 존재하는 것으로 전제하고 이 통일체가 결단을 내린다고 하는 것이 얼마나 형식적이고 현실에 맞지 않는가에 대해 Ehmke는 다음과 같이 말하고 있다. : “이러한 (Schmitt식의) 결단이라는 개념을 갖고 헌법국가의 정치생활을 파악할 수는 없다. 왜냐하면 헌법국가의 정치생활이라고 하는 것은 발작적으로 극단화된 일련의 ‘결단(krampfhaft zugespitzte Dezisionen)’으로 이루어지는 것이 아니라 서로 살피고, (생각을) 알아보고, 물러서는 등으로, 서로 싸우기도 하고 서로 화합하기도 하는 등으로, 자기의사를 관철시키려는 의지에 못지 않게 또한 협상하고, 양보하며 타협하려는 용의 등으로 이루어지기 때문이다.”(S.53)

42) K. Sontheimer, Grundlagenproblematik(주 30), S. 57; ders., Antidemokratisches Denken(주 13), S. 82 참조. 이 밖에도 Schmitt의 이론체계에 있어서 중요한 위치를 차지하는 “정치”의 개념은 순수하게 기능적이며 (C.Schmitt, Der Begriff des Politischen, <1927> 4. Aufl. 1963 참조) 또한 그의 결단개념(Begriff der Dezision)은 어떠한 가치에도 구속되지 않는 주관적인 것이다. 바로 이러한 형식적 개념들로 형식주의적 법실증주의를 극복하려 하였다라는 것이다.

43) 이에 관하여는 Th. Tsatsos, Zur Problematik des Rechtspositivismus, 1964, S.

속성은 결코 主觀的·恣意的일 수 없고 가치와 무관할 수 없다. 힘에만 의존하고 모든 가치관련성을 부인하며 철저히 주관적인 “결단”을 (헌)법이라고 할 때, 즉 옳고 그름 또는 선·악과 상관없는 힘의 결단이 법이라고 할 때 그러한 법은 진정한 법이 될 수 없으며 그러한 법에 기초한 질서는 진정한 질서가 아니다. 왜냐하면 그러한 법질서는 강패조직이나 강도단 또는 해적단의 질서와 다를 바 없기 때문이다. 주관적이고 자의적인 결단, 즉 힘을 밑받침으로 한 질서는-어쩌다가 예외일 수도 있지만-올 수 없다. 질서의 개념은 가치개념이며 질서의 개념 그 자체가 이미 정당성과 관련될 수밖에 없다.⁴⁴⁾ Hesse가 적절하게 지적하고 있는 것처럼⁴⁵⁾ “질서를 위한 질서”가 아니라 그 질서의

23ff. 참조.

44) 이와 관련하여는 특히 E. Kaufmann, Carl Schmitt und seine Schule, Offener Brief an Ernst Foesthoff, in : ders., Gesammelte Schriften, Bd. III 1960, S. 375ff. 참조. 포르스토프(E. Forstthoff)는 그의 스승인 Schmitt의 70회 생일을 맞아 ‘내란가운데서의 헌법학자 - 70세를 맞은 칼 슈미트’(Der Staatsrechtler im Bürgerkrieg - Carl Schmitt zum 70. Geburtstag)라는 제목하에 그를 옹호하는 글을 신문(1958년 7월 17일자 ‘Christ und Welt’紙)에 기고하면서 決斷主義의 思考는 제1차세계대전후 바이마르 당시의 혼란과 무질서, 무정부상태를 극복하는 것이 무엇보다도 긴급하다고 생각하는 데서 나오게 되었다고 하였다. 이런 내란과 같은 비극적 상황에서는 옳고 그름(recht und unrecht)을 구별할 여유가 없었다고 하면서 질서가 없이는 옳고 그름, 正當하고 正當하지 못함을 구별할 수 없으며 秩序 그 자체가 곧 正當한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 Kaufmann은 올바른 秩序, 正當한 秩序만이 秩序라는 것이다. 또한 국민에게 유익한 것이 옳은 것이 아니라, 옳은 것이 국민에게 유익하다는 것을 강조한다.

45) K. Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung des Bundesrepublik Deutschland ; Aufgabe und Funktion der Verfassung, in : E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel(hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 16. 이 글의 일부는 桂禧悅 譯, 憲法の 基礎理論, 三英社(제2판) 1988, 번역되어 16면 이하에 수록되었다.

올바른 법이라고 할 때 도대체 무엇이 올바른의 기준이 되는가의 문제가

내용이 중요하다. 즉 질서는 올바른 질서, 正當한 질서이어야 한다. 헌법은 결코 규범적 계기와 상관없는 결단일 수 없고, 헌법의 본질은 바로 규범성에 있다.⁴⁶⁾ 즉 헌법의 본질은 모든 가치 관련성으로부터 자유로운 결단에 있는 것이 아니며 모든 권력조직이 헌법일 수는 없다. Ehmke의 말처럼⁴⁷⁾ 만약 헌법의 관념에서 가치관련성의 계기를 도외시하고 권력의 제한과 합리화를 동시에 생각하지 않는다면 헌법은 그 의미를 상실하고 말 것이다.

그러나 Schmitt는 이러한 입장에서 국가를 이해한다. 즉 Schmitt는 正當하고 正義로운 또는 옳고 옴은 국가가 아니라 강하고 힘있는 국가의 필요성을 확신하고 있었다.⁴⁸⁾ 국가의 가치는 결단을 통해-그 내용이 무엇이든-카오스를 극복하는 데 있

제기된다. 이에 대해 Hesse는 다음과 같이 말하고 있다. “모든 법이 역사성을 띠고 있음을 파악하게 된 오늘날에 있어서는 그러한 올바른의 기준으로서 더 이상 인간의 思考와 行動 밖에 놓여 있는 自然法으로 되돌아가 거기에 의거할 수는 없다. 그렇다고 권한있는 기관에 의하여 법으로 정립된 규정을 그 내용과는 상관없이 모두 ‘法’이라고 하는 회의적 實證主義에 되돌아가 거기에 의거하는 것도 마찬가지로 정당화될 수 없다. 이에 반하여 역사적인 법의 올바른의 기준은 正當한 것으로 증명된 또는 正當하지 않는 것으로 입증된 法的 傳統이 제시해 준다. 즉 ‘옳지’ 않으며 따라서 법으로 간주될 수 없음이 입증된 역사적 경험들이란, 예를 들면 나치의 불법정권하에서 ‘인종적으로 가치 없는’ 또한 ‘생존의 가치가 없는’ 생명의 학살 같은 것을 말한다. 이 밖에도 그와 관련하여 여러 세대에 걸친 투쟁과 경험을 통해 형성되고 증명된 법원칙들로부터, 특히 인권들과 그 밖의 원칙들, 가령 법관의 독립이나 법적 법정진술권(rechtliches Gehör)과 같은 원칙들로부터 그 기준들이 나온다. 끝으로 현재와 미래의 형성을 위한 현세대의 지도상이 그 기준이 된다. 이러한 기준들을 채택하고 실정화하고 그렇게 함으로써 형성된 ‘올바른’ 법적 질서를 보장하는 것이 헌법의 과제이다.”

46) H. Ehmke, 위의 책(주 19), S. 52.

47) H. Ehmke, 위의 책(주 19), S. 52 참조

48) 이하 M. Stolleis, 위의 글(주 19), S. 131f., 134ff. 또한 K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken(주 13), S. 82 참조

다. 결단을 내릴 수 있고 이를 관철할 수 있는 국가, 즉 弱하기 때문에 사회적 집단들에게 굴복하는 것이 아니라 이들의 위에서는 국가가 진정한 국가이다. Schmitt에 따르면 “내란을 종식시키지 못하는 국가는 국가가 아니다.”⁴⁹⁾ 이러한 강력한 국가만이 적과 동지를 구별할 수 있다.⁵⁰⁾ 이러한 의미에서 진정한 국가는 전체적 국가(totaler Staat)이다.⁵¹⁾ 이런 국가는 意思의 分裂을 불가능하게 만드는 治者와 被治者의 동일성을 통해 나타나며 그 영도행위는 국민의 환호(Akklamation)를 통한 동의에 의해 지탱된다.⁵²⁾ 이렇게 해서 Schmitt는 이미 1921년에 상호 모순되는 것처럼 보이는 결론에 도달한다.⁵³⁾ 즉 “독재는 ‘진정한’ 민주주의에 적합한 통치형태”라는 것이다.

決斷主義的 思考가 지니고 있는 많은 문제점들 가운데 무엇보다도 중요한 것은 이 思考에 따르는 경우 국가는 하나의 權力 鬪爭의 場이 되고 말며 궁극적으로는 권위주의적 독재국가를 출현시킬 수밖에 없다는 점이다. 왜냐하면 힘과 권위를 가진 실력자들은 누구나 결단을 내리려 할 것이고 일단 내린 결단을 최종적인 것으로 만들려고 할 것이기 때문이다. 히틀러 독재의 출현과 이에 앞장 선 Schmitt가⁵⁴⁾ 결단주의가 가는 길을 잘 보여 주

49) C. Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, 1938, S. 72.

50) 이하 M. Stolleis, 위의 책(주 19), S. 135에서 인용

51) C. Schmitt, Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (Januar 1933), in : Positionen und Begriffe(주 20), S. 186

52) C. Schmitt, 위의 책(주 3), S. 83, 244 참조

53) C. Schmitt, Diktatur(주 22) 참조.

54) 히틀러의 집권 직전부터 Schmitt가 쓴 글의 제목들만 살펴 보아도 그가 얼마나 나치정권의 옹호에 앞장 섰는지 짐작할 수 있다. 그 목록은 H. Hofmann, 위의 책(주 14), S. 270ff. 참조 ; Schmitt 자신만이 아니라 그의

고 있다. Schmitt는 히틀러의 집권을 최종적으로 내려진 결단으로 보고 다른 어떤 사람들보다 일찍 이를 환영하며 이로부터 헌법적 결론을 이끌어 냈다.⁵⁵⁾ 그가 領導者國家(Führerstaat)를 주장하며 나치정권의 옹호에 앞장 선 것은 결코 우연이나 다른 목적이 있어서가 아니라 결단주의적 사고의 필연적 결과라고 하겠다.⁵⁶⁾ Schmitt는 히틀러의 권력장악으로 바이마르공화국과 의회민주주의의 온갖 문제들(분열된 여론과 政黨, 私에 의한 公의 마비, 권위와 지도력의 부재 등)이 새로운 국가에서 사라진 것으로 보았다. 즉 지금까지의 비정상적 상황이 정상적인 상태로 바뀌었다고 보았다. 따라서 법학의 임무는 이 새로운 상황을 파악하는 것이었다. 즉 “이제는 국가적·민족적(Völkisch)·경제적 및 세계관적 상태의 많은 새로운 과제들과 새로운 공동체형태에 걸맞는 ‘구체적 秩序와 形成의 思考(Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken)’를 필요로 한다”라고 하였다.⁵⁷⁾ 결단주의가 법실증주의와 더불어 전체주의적 독재국가의 출현과 유지에 이론적으로 크게 기여하였다는 사실은 이들이 지닌 사상을 살펴 볼

제자들도 나치정권의 옹호에 앞장 선 것은 우연한 일이 아니다. 가령 E. Forsthoff, *Der totale Staat*, 1933 ; E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Aufl. 1939, (가령 S. 230에서 영도자의 권력을 ‘포괄적이고 전체적 ; ... 자유롭고 독립적이며 배타적이고 무제한적인’ 것으로 기술하고 있다.)등 참조. 이와 관련하여 특히 I. Maus, 위의 책(주 22), S. 152ff. 또한 K. Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken, Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, 1978, S. 103ff. 참조

55) 이하 M. Stolleis, 위의 글(주 19), S. 139 참조.

56) 패전후 전범처리 대상이 된 Schmitt를 강단으로부터 영구 추방하면서도 그 이상의 책임을 묻지 않은 것은 그의 나치옹호활동이 출세나 영달을 위해서가 아니라 학문적 확신에 기초한 것이었다는 데 있었다.

57) C. Schmitt, *Über die drei Arten*(주 11), S. 67.

때 당연한 결과이다.⁵⁸⁾

VI. 結 語

Schmitt의 決斷思想이 성립되는 배경과 그 내용 그리고 그것이 지니고 있는 문제점을 간략히 살펴보았다. Schmitt처럼 오늘날의 헌법학에 크게 영향을 미친 사람도 드물다. 그가 헌법학의 발전에 크게 기여했다는 사실을 부인할 사람은 아무도 없을 것이다. 그의 (헌)법학 이론과 사상은 앞으로도 계속해서 흥미하고 연구해야 할 귀중한 것이라는 데도 이의가 있을 수 없다. 그러나 그의 결단사상이-물론 이것이 그의 헌법학의 전부는 아니지만-얼마나 큰 문제점을 지니고 있고 위험한 것인가는 Schmitt 스스로 보여주었고 이미 역사적으로 증명되었다. 그런데 우리는 오랫동안 이 사상을 아무런 비판 없이 배웠고 또한 가르쳐왔다. 이러한 배움과 가르침이 최근의 우리 헌정사와 결코 무관하지 않다는 것을 부인할 수 없을 것이다. 불행하게도 우리 주변과 헌법학계에서는 아직도-확신에 의해서든 무지 또는 타성에 의해서든-이 사상을 아무런 비판 없이 전파하는 사람들이 너무나 많다. 이처럼 만연된 결단사상이 언제 또다시 현실로 나타날는지 모를 일이다.⁵⁹⁾ 결단주의사상이 법학에서 쉽게 사라지지 않을

58) 이에 관하여는 K. Sontheimer, Antidemonkratisches Denken(주 13) 참조.

59) 우리 주변에는 아직도 권력의 장악을 위해서는 어떠한 대가나 희생도 지불할 준비가 되어 있는 권력에 눈 먼 사람들이 얼마든지 많이 있는 것 같고 正當(統)성이 없는 권력에 대해-최소한 소극적으로나마-저항하기 보다는 온갖 미명하에 경쟁적으로 충성을 다하려는(출세와 영달지향형의) 지식인들로 가득 차 있다.

것은 분명하다. 아마도 법실증주의나 자연법사상처럼 영원히 사라지지 않고⁶⁰⁾ 존속할런지도 모른다. 어쨌든 중요한 것은 이 사상이 지닌 문제점을 올바르게 알고 이에 대해 항상 의식하고 있는 것일 것이다.

거기에다 역사적으로 타율에 길들여진 많은 수의 국민이 있다. 이들은 약간의 무질서나 혼란 또는 위기만 나타나도 이를 자율적으로 또한 능동적으로 해결하려 하기보다 누군가가 (강력한 인물) 나타나 질서를 잡아주기를 바라는 것이 현실이다.

- 60) 우리는 여기서 1926년 Münster에서 열린 독일국법학자대회(=독일공법학회)에서 法實證主義에 대한 격렬한 공격에 대해 Kelsen이 한 말을 상기해 볼 필요가 있다. “나는 아직도 또한 어떤 일이 있어도 실증주의자다. 자연법이 끝장나지 않았고 또한 끝장나지 않을 것처럼 실증주의는 끝나지 않았고 또한 결코 끝나지 않을 것이다.” VVDStRL3, 1927, S. 53. 아마도 이 말은 決斷主義思想에도 마찬가지로 타당하지 않을는지 모르겠다.

憲法訴願審判請求에 있어서의 訴願期間에 관한 研究

鄭 宗 燮

憲法研究官

建國大 法大 教授

- 目 次 -

I. 序 論

II. 請求期間

1. 請求期間의 意義

2. 請求期間의 適用

(1) 事前救濟節次를 거치지 않은 경우

(2) 事前救濟節次를 거치는 경우

3. 請求期間의 滿了點

4. 請求期間의 性質

(1) 不變期間인가 除斥期間인가

(2) 職權調查事項

5. 國選代理人 不選定 決定時의 特例

6. 公權力的 不行使의 경우에 있어 請求期間의 非適用

III. 法令에 대한 憲法訴願審判請求에서의 請求期間

1. 請求期間의 適用與否

2. 憲法裁判所 判例의 見解와 그에 대한 檢討

(1) 請求期間의 適用與否

(2) ‘안 날’ 規定과 ‘있을 날’ 規定의 關係

3. 憲法裁判所의 견해에 대한 檢討

(1) 法令의 施行과 동시에 基本권의 침해가 있는 경우에서
‘안 날’ 規定의 適用問題

(2) 請求期間의 適用問題

4. 立法不作爲의 경우

IV. 各國의 立法例에 대한 檢討

1. 獨逸

(1) 事前救濟節次를 거치는 경우

(2) 事前救濟節次를 거치지 않는 경우

(3) 請求期間의 法的性質

(4) 公權力的 不行使의 경우

(5) 評價的 檢討

2. 오스트리아

(1) 事前救濟節次를 거치는 경우

(2) 事前救濟節次를 거치지 않는 경우

(3) 評價的 檢討

V. 結論

I. 序 論

헌법소원심판청구절차에서 請求期間은 審判請求의 適法要件으로 기능을 한다. 따라서 청구기간을 경과한 심판청구의 경우에는 헌법재판소는 사건의 本案에 대하여 審理나 決定을 할 수 없고, 해서도 안 된다. 그런데 이러한 청구기간은 한편으로 헌법 제37조 제2항을 근거로 한 裁判請求權의 制限에 해당된다. 基本權制限의 問題이다. 請求期間制度는 헌법 제27조 제1항에서 보장하고 있는 裁判請求權의 行使를 제한하는 것이므로 단순히 訴訟기술적으로만 이해되어서는 안 되는 면이 있다. 모든 절차법이 결국에는 헌법에 보장된 국민의 기본권을 실현시키기 위한 것이므로 소송법의 문제를 논의함에 있어서도 헌법의 원리를 항상 염두에 두어야 한다. 소송법의 법리를 지배하는 상위체계의 원리는 여전히 憲法原理이다.

한편 현행 헌법재판소법은 그 제정 당시에 憲法訴訟制度에 대한 충분한 검토가 없었고, 헌법재판제도가 도입될 당시 국내 법학계에서도 헌법소송에 대하여 충분한 검토와 연구의 실적이 축적되어 있는 상태가 아니었으므로 소송법상의 중요한 문제들에 대하여 검토할 역량이 충분하지 않았다. 결국 우리의 헌법재판은 이론적인 연구기반이 미약한 상태에서 제도부터 먼저 들어오고, 이론은 이에 따라가면서 전개된 것이었으므로 자연 헌법재판이 진행되면서 소송이론상의 문제들이 발견되었고, 그 때 그 때 해결해가는 형태를 취하게 되었다. 이러한 과정을 보면 헌법

소송에 대한 이론적 뒷받침이 미약한 상태에서 헌법재판소가 실무를 통하여 헌법소송의 法理를 개척해간 점은 높이 평가할 수 있다. 그러나 이러한 점이 곧 헌법재판소의 견해가 항상 타당하다는 것을 의미하는 것이 아니다. 그래서 헌법소송의 영역에서도 학문적 이론의 역할은 여전히 상존하고 있다. 청구기간의 문제도 전체적으로 이러한 맥락 속에 자리를 잡고 있다.¹⁾

과연 헌법재판소법을 제정할 당시 헌법재판의 법리를 충분히 이해하고 청구기간의 규정을 두었는지는 의문이다. 그리고 헌법소원의 경우에도 헌법재판소법 제정 당시에 法令에 대한 憲法訴願審判節次를 충분히 고려하였는지에 관해서는 의문이 없지 않다. 상황이 이러하다면 헌법소원절차에 적용되는 것으로 規定해 놓은 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간규정을 모든 종류의 헌법소원심판절차에 적용하는 것이 타당한지를 검토할 필요가 있고, 특히 법령에 대한 헌법소원절차처럼 고유한 특성을 가지는 절차에서는 그 제도의 법리에 비추어 더욱 세밀히 해당규정 적용의 타당성여부를 가려야 할 필요가 있다.

여기서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원심판절차에 관해서만 살펴보기로 한다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도는 실정법상의 그 명칭에도 불구하고 성질상으로는 규범통제방법에 있어 具體的規範統制節次(konkrete Normenkontrollverfahren)에 해당하기 때문에 여기서는 거론하

1) 憲法裁判所法の 制定을 둘러싼 당시의 논의에 관하여는 法務部, 「憲法裁判制度」 法務資料 第95輯(서울 : 法務部, 1988)에서 그 일면을 관측할 수 있다.

지 않는다.²⁾ 公權力의 不行使에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간이 적용되는가도 문제가 된다. 헌법재판소법은 이에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에 헌법소송이론적으로 밝혀야 할 필요가 있다.

II. 請求期間

헌법재판소법 제69조 제1항은 “第68條 第1項의 規定에 의한 憲法訴願의 審判은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 請求하여야 한다. 다만, 다른 法律에 의한 救濟節次를 거친 憲法訴願의 審判은 그 最終決定을 통지 받은 날로부터 30日 이내에 請求하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

이와 같이 우리 헌법소원심판청구절차에서는 사전권리구제절차를 거치지 않은 경우와 거치는 경우가 있기 때문에 소송이론상 양 경우에 있어 청구기간은 성질과 기능이 같은 것이냐 다른 것이냐가 문제가 되고, 그에 따른 법리의 탐구도 요구된다. 또 사전권리구제절차를 거치지 않는 경우에 적용되는 ‘안 날’과 ‘있는 날’이 정확히 어느 날을 의미하는지가 명시적으로 規定되어 있지 아니하여 이에 대한 구명도 요구되고, ‘-날로부터’라고 할 때에도 해당하는 그 날을 포함시켜 계산하는지 아니면 그 다

2) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대하여 자세한 것은 鄭宗燮, “憲法裁判所法 第68條 第2項의 憲法訴願審判制度에 대한 研究” 憲法裁判研究會 (編), 「憲法裁判研究 1」(서울 : 韓國司法行政學會, 1993), 158면 이하를 참조하기 바람.

음날부터 포함시켜 계산하는지가 문제로 된다. 아울러 ‘안 날’과 ‘있는 날’의 관계도 문제가 된다. 이러한 점을 분명히 밝히기 위해서는 먼저 소송법에 있어 청구기간의 개념을 살펴볼 필요가 있다.

1. 請求期間의 意義

헌법소원심판은 일정한 請求期間안에 청구되어야 한다. 여기서의 청구에는 헌법재판소법 제71조 제1항 소정의 審判請求書의 提出이 있어야 한다. 청구기간과 관련된 청구에서는 審判請求書의 形式的 記載事項에서 欠缺이 없는 것으로 충분하고, 기재사항내용의 변경은 청구기간과 관련이 없다.

헌법재판소법 제69조 제1항은 이러한 청구기간에 대하여 규정하고 있다. 이러한 청구기간제도는 일정한 기간이 경과하면 국가의 공권력의 행사의 효력을 다룰 수 없도록 하기 위한 제도이다. 청구기간을 두는 것은 국가의 공권력의 행사의 효력을 오랜 기간 불확정한 상태에 둠으로써 발생하는 헌법질서 및 헌법생활에 있어 국민의 권리의무관계의 불안정을 조속히 제거하기 위한 것이다. 즉 일정기간이 경과된 후에는 소송을 통하여 공권력의 효력을 다룰 수 없게 그 길을 폐쇄시키는 것이다.

청구기간은 헌법소원심판의 청구에 있어 訴訟要件이다. 즉 심판청구가 적법한 것으로 취급되기 위하여 갖추어야 하는 必要的事項이다. 이렇듯 청구기간은 審判請求의 適法要件이므로 그 흠결이 있는 때에는 헌법재판소는 本案審理나 本案決定을 하여서는 아니된다. 청구기간은 헌법소원심판결정에 있어 本案決定의

要件인 동시에 本案審理의 要件이다. 따라서 청구기간의 흠결이 있는 경우에는 헌법재판소는 본안심리에 들어가기 전단계에서 소송요건의 흠결을 이유로 청구를 不適法却下하게 된다.

이러한 청구기간제도는 소송절차에서 작용하는 節次的·形式的인 것이다. 청구기간이 경과하여도 실체적 기본권 자체는 소멸되지 않고 헌법소원심판을 청구할 수 있는 소송상의 권리만 소멸된다. 청구기간의 경과로 국가의 공권력행사에 不可爭力(形式的確定力)이 발생하여 유효하게 확정된다. 청구기간이 경과하였다고 하여 實體的인 면에 있어 위헌인 공권력의 행사가 합헌인 것으로 轉化되는 것은 아니다. 청구기간은 국가가 스스로 위헌인 공권력의 행사를 취소하는 데는 아무런 영향을 미치지 못한다.

2. 請求期間의 適用

(1) 事前救濟節次를 거치지 않는 경우

1) '안 날'의 意義

‘그 사유가 있음을 안 날’이란 공권력의 행사로 인하여 기본권을 침해당한 사유가 있음을 안 날이므로 기본권을 침해한 공권력의 행사가 있는 사실을 현실적으로 안 날이다.³⁾ ‘안 날’을 사람의 認識機能만을 기준으로 하여 판단하는 경우에는 이렇게 설명할 수 있지만, 소송법적으로 환언하면 해당사유를 인식하여

3) 대법원 1964. 9.8 -63 누 196 「대법원판결집」 제12권 2집(이하 [大]12-2'라는 방식으로 略記한다.) 행정편, 18면 이하(특히 19면) 참조.

헌법소원심판을 청구하는 것이 가능해진 경우를 뜻한다. 憲法裁判所도 “여기서의 ‘안 날’은 적어도 공권력의 행사에 의한 기본권침해의 사실관계를 특정할 수 있을 정도로 현실적으로 인식하여 심판청구가 가능해진 경우를 뜻한다.”라고 판시하였다.⁴⁾

이 때 ‘알았다’는 뜻은 공권력행사의 구체적인 내용을 안 것을 의미하는 것이 아니고, 통지, 공고, 공포 기타의 방법에 의하여 기본권을 침해하는 어떤 종류의 公權力의 行使가 있었다는 사실을 알았으면 족하다고 할 것이다.⁵⁾ 공권력의 행사에 관한 사실을 들어서 안 것만으로는 ‘그 사유가 있음을 안’ 것이라고 할 수 없다고 할 것이다.⁶⁾

현실적으로 알았느냐를 판단함에 있어 직접적인 증거가 있으면 문제가 없겠지만, 현실에서는 이를 직접 입증할 수 있는 증거가 없을 수가 있다. 이 때에는 ‘事實上の 推定’(tatsächliche Vermutung, presumption of fact)에 의할 수밖에 없다. 따라서 현실적으로 알았을 것이라는 데 대하여 疑心이 가는 特別한 事情이 있으면 그러한 추정은 성립하지 않게 된다.

2) ‘있을 날’의 意義

‘그 사유가 있을 날’이란 기본권을 침해한 공권력의 행사가 현

4) 헌법재판소 1993. 7. 29. -89 헌마 31 <관보> 제12515호, 37면 이하(이하 ‘<관> 12515, 37면 이하’라는 방식으로 약기한다.)

5) 대법원 1964. 3. 31. -63 누158 [大] 12-1 행정편, 1면 이하 참조. 대법원은 행정소송법 제20조 제2항의 ‘처분이 있음을 안 날’에 대하여 “처분의 있음을 안 날’이란 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고 구체적으로 그 행정처분의 위법여부를 판단한 날을 가리키는 것은 아니며…”라고 판시하였다. 대법원 1991. 6. 28. -90 누 6521 [大] 39-3, 470면 이하 (특히 474면)

6) 대법원 1959. 5. 22. -4290 行上 183 [大] 7-1 행정편, 9면 이하 참조

실에 효력을 발생한 날이다.⁷⁾ 공권력의 행사가 외부적으로 표현되는 것만으로 효력이 발생하는 경우도 있고, 상대방의 受領을 요하는 경우도 있을 수 있다. 그리고 事實行爲일 수도 있다. 각각의 경우에 따라 請求期間의 起算日이 달라질 수 있다.

3) 初日의 算入與否

현행 소송법상 기간계산규정을 보면, 民事訴訟法은 기간의 계산을 민법에 의하고 있고(民事訴訟法 제157조 제1항), 民法은 기간이 日로 정해진 때에는 기간의 초일은 기간의 계산에서 원칙적으로 산입되지 않는다고 규정하고 있다.(民法 제157조)

그런데 憲法裁判所法 제40조 제1항은 “憲法裁判所의 審判節次에 관하여는 이 法에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 民事訴訟에 관한 法令의 規定을 準用한다. 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 準用한다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “第1項後段의 경우에 刑事訴訟에 관한 法令 또는 行政訴訟法이 民事訴訟에 관한 法令과 抵触될 때에는 民事訴訟에 관한 法令은 準用하기 아니한다.”라고 규정하고 있다.

위 규정들을 종합해보건대, 헌법소원심판절차에서 청구기간을 계산함에 있어 우선 헌법재판소법 제40조 제2항의 사유가 없고, 헌법소원심판청구의 청구기간에서 성질상 민사소송상의 初日不算入의 原則은 여기에서도 준용된다고 할 것이다.

4) ‘안 날’ 規定과 ‘있은 날’ 規定의 關係

‘안 날’ 규정(主觀的 期間)과 ‘있은 날’ 규정(客觀的 期間)의 관

7) 대법원 1977. 11. 22. -77 누195 <법원공보> 578호, 10533번 참조.

계문제는 양자 중 어느 하나에 해당하면 청구기간의 경과로 보아 심판청구를 부적법한 것으로 볼 것이냐 아니면 둘 중 어느 하나의 기간이 경과하지 않았으면 아직 청구기간이 경과되지 아니한 것으로 보아 이 기간 중에 제기된 심판청구를 적법한 것으로 볼 것이냐 하는 것이다.

먼저 이 문제를 검토하기 위해서는 請求期間制度의 制度的 趣旨를 살펴 볼 필요가 있다. 청구기간제도는 위에서 보았듯이 국민의 권리구제에 있어 일정한 기간이 지나면 공권력행사의 효력을 소송절차를 통하여 다룰 수 없게 하는 것인데, 이는 국가내의 법질서의 불안정을 배제하기 위한 목적에서 국민의 裁判請求權을 제한하는 것이다. 즉 소송절차를 인정하는 것은 국민의 권리를 구제하기 위한 것이고, 이러한 권리구제절차에서 청구기간을 정하는 것은 권리구제의 기회를 시간적으로 무한정하게 둠으로 인하여 발생하게 될 법질서 및 권리의무관계의 불안정을 제거하기 위한 것이다. 따라서 청구기간제도는 이념적으로는 權利救濟의 理念과 법질서 및 권리의무관계의 안정성확보라는 法的安定性의 理念이라는 둘 사이의 調和에 기초하고 있다. 여기서 權利救濟와 法的安定性이라는 양자의 이념 중 어느 쪽에 더 많은 비중을 둘 것인가는 청구기간을 어느 정도의 기간으로 할 것인가와 청구기간을 不變期間으로 할 것이냐 아니면 除斥期間으로 할 것이냐 하는 것 등으로 결정한다.

그런데 양자의 이념을 조화시켜 ‘있는 날’을 기준으로 청구기간을 정한 경우에도 예외적으로 청구권자에게 주관적 책임을 물어 법질서 및 권리의무관계의 불안정을 더 일찍 제거해야 할 필요가 있는 경우에는 ‘있는 날’의 규정과 함께 ‘안 날’의 규정을

둔다. ‘안 날’을 기준으로 삼을 때는 그 기간에 있어 ‘있는 날’을 기준으로 하여 정한 기간보다 短期間이 된다. 헌법재판소법 제69조 제1항에서 ‘있는 날’을 기준으로 할 때는 180일로 정하면서 ‘안 날’을 기준으로 할 때는 180일보다 짧은 60일로 정하고 있는 것에서 그 한 예를 볼 수 있다. 청구기간에서 ‘안 날’ 규정을 두는 제도적 취지는, 아직 ‘있는 날’을 기준으로 한 기간이 경과되지 않았다고 하더라도 법질서의 불안정을 조속히 제거하기 위하여 다시 중첩적으로 ‘안 날’이라는 主觀的 歸責事由를 당사자에게 물어 청구기간의 수준에서 소송으로 다룰 수 있는 기회를 차단시키고자 하는 것이다. 따라서 ‘있는 날’의 규정에 중첩시키는 ‘안 날’ 규정은 이러한 목적을 실현시키기 위해서만 운용되는 제도라고 할 것이다.

청구기간에서 ‘안 날’규정의 제도적 취지가 이러하다면 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정을 함께 두고 있는 경우에는 둘 중 어느 한 경우라도 기간이 경과하면 청구기간을 경과된 것이 된다. 이것이 請求期間制度의 法理이다. 만일 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정 중 어느 하나가 경과하지 않은 경우에 제기된 심판청구를 기간내의 것으로서 적법한 것으로 보게 되면 ‘안 날’규정의 기간이 경과하지 않은 경우에는 언제나 다룰 수 있는 것이 되어 청구기간을 둔 이유가 없어지게 된다. 청구기간제도의 법리를 관철시키면서 동시에 청구기간 제도 내에서 당사자에게 유리한 방법을 모색하는 것은 ‘안 날’규정의 폐지와 청구기간을 연장하는 것에서 찾는 것이 타당하다. ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정 중 어느 하나가 경과하지 않은 경우에 제기된 심판청구를 기간내의 것으로서 적법한 것으로 보는 것이 결과에서는 청구기간을 연장하는

효과를 가져오겠지만 청구기간제도에서 ‘있는 날’ 외에 ‘안 날’을 두는 제도의 법리에는 어긋난다. 양기간 가운데 어느 하나의 기간이 경과하지 않은 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보게 되면 이는 법적안정성의 실현이라는 면에서 문제가 생겨난다. 특히 아직 ‘안 날’ 기간이 경과되지 아니한 경우를 두고 보면 이러한 점을 확연하게 드러난다. ‘안 날’ 기간의 경과여부를 확정함에 있어 직접적인 증거가 없을 경우에는 이 점은 더욱 심각하다. 청구기간을 거의 인정하지 않는 것과 동일한 양상을 초래하게 된다. 법이론이 법원리를 구명하는 것이라면 단순한 결과에 착안하여 臆測을 전개하는 태도는 止揚할 필요가 있다.⁸⁾ 어떤 권리구제절차에서 ‘안 날’규정을 두고 있는 경우에 과연 그러한 제도에서 ‘있는 날’외에 중첩적으로 ‘안 날’을 두고 있는 것이 타당한지를 검토하는 것은 권리구제의 면에서 중요하고 필요하다.

청구기간에 관하여 大法院과 憲法裁判所는, 아래에서 볼 수 있듯이 ‘있는 날’과 ‘안 날’ 규정을 함께 두고 있는 경우에는 그들중 어느 하나의 기간이라도 경과하면 그 심판청구는 청구기간을 도과하여 제기한 것이 되어 부적법하다는 견해를 취하고 있다. 청구기간제도의 법리와 부합하는 타당한 견해이다.⁹⁾ ‘1993. 7. 29 -89 헌마 31’의 결정에서 헌법재판소는 이 점을 명확히 하고 있다.¹⁰⁾ 즉 180일 이내에 청구된 것임을 인정하면서

8) 여기에서는 예컨대 Karl R. Popper의 견해를 연상하는 것도 좋을 것이다. Karl R. Popper, *Conjectures and Refutations*(London/Henley : Routledge and Kegan Paul, 1978)참조.

9) 李石淵, 「憲法訴訟의 理論과 實際」(서울 : 三善, 1993), 156면 이하 참조

10) 憲法裁判所 1993. 7. 29. -89헌마 31 <관> 12515, 37면 이하 참조.

도 다시 안 날로부터의 60일 이내의 청구인지를 판단하고 있다. 따라서 헌법재판소는 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정의 관계문제에서는 양자 중 어느 하나의 기간이 경과하면 청구기간이 경과된 청구로 보아 심판청구를 부적법한 것으로 심판하고 있음을 확인할 수 있다. 다만, 대법원과 헌법재판소의 견해에서 나타난 문제점은 그러한 견해를 도출함에 있어 요구되는 논증이 없다는 점이다. 결론적인 견해만 표명하고 있다. 논증이 없는 주장은 재판의 법리와 조화되기 어렵다. 아무튼 해당 대법원의 판례중 한 예를 보면 아래와 같다.

「행정처분이 있는 것을 안 날로부터 1월 이내, 행정처분이 있는 날로부터 3월 이내」로 정한 취지를 감안하므로서 동법은 행정처분의 조기확정을 기하여 당사자가 처분이 있는 사실을 알지 못하였다 할지라도 소원제기의 최장기간을 처분이 있는 날로부터 3월 이내로 제한하는 일방, 당사자가 처분이 있는 것을 알았을 경우에는 위 기간 내에서 처분이 있는 것을 안 날로부터 1월 이내로 소원제기의 기간을 단축하였음을 알 수 있는 바이니...11)

11) 대법원 1964. 9. 8. -63 누 196 [大] 12-2 행정편, 18면 이하(특히 19면). 이 판결은 舊 訴願法(1951. 8. 3. 법률 제211호) 제3조 제1항에 관한 것이다. 이 법률 제3조 제1항은 “訴願은 行政處分이 있는 것을 안 날로부터 1月以內, 行政處分이 있는 날로부터 3月以內에 提起하여야 한다.”라고 규정하고 있었다. 이러한 대법원판례의 견해는 “행정처분을 안 날로부터 1월이 지나서 제기한 소원은 비록 그 처분이 있는 날로부터 3월이 경과하지 아니하였더라도 부적법한 것”이라고 판시한 대법원 1971. 6. 30. -71누 61 [大] 19-2 행정편, 27면 이하에서 더욱 분명하게 나타나 있다. 그리고 연혁적으로 볼 때 舊 訴願法과 관련된 것으로 보이는 과거 일본국의 行政裁判法(1890. 6. 30. 법률 제48호. 1947. 4. 16. 법59로 폐지되었음)과 日本國憲法の施行に伴ら民事訴訟法應急の措置に關する法律(1947. 4. 18. 법률 제75호. 1949. 1. 1. 실효되었음. 약칭:民事訴訟法應急措置法), 行政事件訴訟特例法(1948. 7. 1. 법률 제81호 1962. 5. 16. 법139로 폐지되었음)에 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정이 있고

이 문제와 관련하여 法訴에 대한 憲法訴願審判의 請求에 있어서는 양자 중 어느 한 기간이 경과하여도 나머지 기간이 경과하지 않았으면 이 경우에 있는 헌법소원심판청구는 적법한 것으로 보아야 할 것이라고 주장하는 견해가 있다.¹²⁾ 이에 관해서는 뒷부분에서 법령에 대한 헌법소원심판청구에 관하여 살펴 볼 때 자세히 검토하기로 한다.

5) ‘있는 날’規定과 ‘안 날’規定의 重疊的 適用의 妥當與否

청구기간제도가 헌법상 보장된 재판청구권을 제한하는 것이고 보면, 과연 헌법소원심판청구절차에서 ‘있는 날’규정의외 다시 주관적 기간을 적용하여 ‘안 날’규정을 중첩적으로 규정하는 것이 타당한 것이냐 하는 문제가 제기된다. 헌법소원심판제도가 최종적으로 국민의 기본권을 구제하는 방법이라면 여기에는 가능한 국민으로 하여금 헌법재판소에 접근하기 쉽게 길을 열어 놓는 것이 타당하다고 사료된다. 뿐만 아니라 헌법소원심판제도가 가지는 기본권보장에 있어 합헌적 법질서의 유지라는 측면에서도 그러하다. 여기에는 특히 현재 우리의 헌법소원심판절차는 재판에 대한 헌법소원심판절차로 연결되는 구조가 아니라는 점

이러한 형식은 현재 일본국의 行政事件訴訟法에도 규정되어 있다. 行政裁判法 제22조는 처분 또는 재결서를 교부 또는 고지한 날로부터 60일 이내라고 규정하였고, 民事訴訟法應急措置法 제8조는 처분이 있는 것을 안 날로부터 6월 이내, 처분일로부터 3년 이내로 연장하였으며, 行政事件訴訟特例法 제5조는 처분이 있음을 안 날로부터 6월 이내, 처분일로부터 1년 이내로 단축하였다. 현행 行政事件訴訟法(1962. 5. 16. 법률 제139호) 제14조는 처분 또는 재결이 있는 것을 안 날로부터 3개월 또는 처분 또는 재결일로부터 1년으로 규정하고 있다. 山本知敏, “§14(出訴期間),” 園部逸夫, 「注解行政事件訴訟法」(東京: 有斐閣, 1989), 227면 참조.

12) 崔大權, “法律에 대한 憲法訴願의 몇 가지 問題點.” 「考試界」 통권 400호 (1990년 6월호), 88면 ; 金學成, “憲法訴願에 관한 研究”(博士學位論文, 서울大學校學院, 1989), 262면 이하

도 고려되어야 한다. 따라서 객관적인 기간인 ‘있는 날’의 규정만두는 것으로 족하다고 생각된다. 그리고 주관적인 기간인 ‘안 날’의 규정만 두는 것은 청구기간제도의 법리에 비추어 볼 때 다소 문제가 있다고 사료된다.

한편 ‘있는 날’의 규정을 두는 경우에도 지금의 기간을 더 연장하는 것이 타당하다. 행정소송절차에서 行政審判을 제기하지 아니하거나 그 裁決을 거치지 아니하는 사건에 대한 取消訴訟을 제기하는 경우 提訴期間이 주관적 기간의 경우 180일, 객관적 기간의 경우 1년으로 규정되어 있는 행정소송법 제20조 제2항에 비추어 보더라도 타당성을 가지기 어렵다고 보인다.¹³⁾

(2) 事前救濟節次를 거치는 경우

1) 請求期間의 計算

헌법재판소법 제69조 제1항의 단서는 “다만, 다른 法律에 의한 救濟節次를 거친 憲法訴願의 審判은 그 最終決定을 통지 받은 날로부터 30日 이내에 請求하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 헌법소원심판절차에서 補充性的의 原則이 적용되는 것을 전제로 하여 정해 놓은 것이다. 여기에서도 기간의 계산은 위에서 본 것과 같다. 起算日은 初日이 산입되지 아니하므로 청구기간의 계산은 최종결정을 현실적으로 통지 받은 다음 날부터 시작하고, 기산일로부터 30일째 되는 날이 만료일이다.

13) 청구기간의 연장에 관해서는 金鐵容/金文顯/鄭在晃, 「憲法裁判節次的 改善을 위한 立法論的 研究」 憲法裁判研究 第4卷(서울: 憲法裁判所, 1992), 315면도 같은 견해이다.

2) ‘通知받은 날’의 意義

여기서의 “통지 받은 날”은 통지를 사실상 받은 날을 의미한다. 결정이 서면의 형식으로 우편에 의하여 배달된 때에는 특별한 사정이 없는 한 決定書의 謄本이 送達된 날이 “통지 받은 날”에 해당한다.

3) 請求期間의 延長問題

이 경우 청구기간을 30일로 한 것이 기본권구제의 이념에 비추어 볼 때 타당한 것이냐 하는 문제가 있다. 헌법소원심판청구절차에서 事前救濟節次를 거친 후 30일 이내에 헌법소원심판을 청구하게 하는 것은 너무 시일이 촉박한 것이 아니냐 하는 문제이다. 이는 독일의 경우 1개월로 정하고 있는 것을 연상하게 만드는데 당사자의 재판청구권을 충분히 보장한다는 측면에서 30일은 촉박하다고 생각된다. 행정소송절차에서 裁決을 거쳐 소송을 제기하는 경우에는 청구기간을 60일로 정하고 있는 것도 하나의 고려사항이 된다.(행정소송법 제20조 제1항)

청구기간의 연장은 헌법재판소에 사건의 부담을 늘리는 결과를 가져오게 할 것이라는 우려가 있을 수 있다. 단순히 생각하면 연장된 기간 안에 청구된 헌법소원심판청구는 기간이 연장되지 아니하였더라면 청구될 수 없는 것이므로 이러한 논리도 성립될 것 같으나 청구기간의 연장과 헌법재판소의 사건부담의 증가와는 필연적인 관계에 있다고는 할 수 없다고 사료된다. 왜냐하면 청구기간이 짧은 경우에는 전심절차의 결과에 대하여 충분한 고려도 없이 결과에 대한 불만만 가지고 바로 헌법소원심판을 청구할 가능성이 많은 반면 청구기간이 더 연장되면 당사자는 충분한 기간을 가지고 전심절차의 결과와 헌법소원심판에서

의 승소여부에 대하여 좀더 차근히 음미할 수 있으므로 쓸데없는 심판청구는 줄어들 가능성이 있기 때문이다.

그 외에도 청구기간이 충분히 보장되는 경우에는 헌법재판소는 청구인이 진지한 검토도 없이 핑계에 청구해오는 심판청구와 같이 심판의 가치가 없는 심판청구에 대하여 일일이 심판을 하는 徒勞의 노력을 하지 않아도 되므로 국가의 기능도 회복되고, 헌법재판도 가치 있는 논증에 기초한 판례를 생산하게 될 것이므로 헌법재판의 질도 향상된다.

3. 請求期間의 滿了點

청구기간의 만료점은 헌법재판소법 제40조에 의하여 민사소송법의 기간계산규정이 준용되고, 그 결과 민법의 규정이 준용되는 부분은 민법 제159조가 준용된다. 따라서 청구기간은 期間末日의 終了로 滿了되고 (民法 제159조), 기간의 말일이 일요일 기타 일반의 休일에 해당한 때에는 기간은 그 翌일로 만료된다.(民事訴訟法 제157조 제2항) 일반의 휴일에는 臨時公休日, 新正의 公休日도 포함된다.¹⁴⁾

“一日이내”라는 규정은 기간의 기산일로부터 해당기간의 말일이 되는 날까지를 의미한다. 예를 들면 ‘60일 이내’란 기간의 기산일로부터 계산하여 60일에 해당되는 날까지 청구하여야 한다는 뜻이며, 만료일이 그 익일이 되는 경우에는 산술상 기산일로부터 61일에 해당하는 날까지 청구해야 한다는 의미이다.

14) 李時潤, 「民事訴訟法」(서울:博英社, 1992), 502면 참조.

4. 請求期間의 性質

청구기간의 성질의 문제는 결국 기간을 해태한 경우 그 효과가 어떠한지 하는 것이다. 이 문제는 청구기간이 不變期間이나 아니면 除斥期間이나 하는 문제로 귀착된다. 그런데도 여기에서도 사전구제절차를 거치지 않는 경우에 적용되는 청구기간의 제한과 사전구제절차를 거치는 경우에 적용되는 청구기간의 제한에는 성질상 차이가 있다. 전자는 처음으로 出訴하는 절차에 적용되는 것이고, 후자는 전심절차에 대한 불복의 경우에 적용되는 것이기 때문이다. 나누어 살펴본다.

(1) 不變期間인가 除斥期間인가

1) 事前救濟節次를 거치지 않는 경우

청구기간의 성질은 우선 청구기간이 不變期間인가 除斥期間인가가 문제로 된다. 먼저 事前救濟節次를 거치지 않는 경우부터 살펴본다. 첫째, 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간은 不變期間인가? 결론부터 말하자면 불변기간이 아니다. 불변기간은 법률이 불변기간이라고 명시적으로 규정하고 있어야 하는데 이에 대한 명시적 규정이 없기 때문이다. 이 점에서는 機關權限爭議審判節次에서 헌법재판소법 제63조 제2항이 제1항의 청구기간을 불변기간이라고 명시하고 있는 것과 대조된다. 불변기간이 아니므로 민사소송법 제160조의 訴訟行爲의 追完규정은 적용되지 아니한다.¹⁵⁾ 둘째, 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기

15) 李時潤, “憲法訴願審判에 관한 考察” 誠軒黃迪仁博士華甲記念論文集編纂委員

간은 除斥期間인가? 우선 불변기간이 아니기 때문에 제척기간이라고 해석할 여지가 없지 않다.¹⁶⁾ 청구기간을 제척기간으로 보면 기간이 경과되면 어떠한 경우에도 절대적 기간도과가 되어 심판청구는 부적법한 것이 된다. 즉 청구기간을 도과한 것에 정당한 사유가 있는 경우에도 기간도과가 치유되지 아니한다. 기간의 경과로 소송행위의 가능성을 완전히 배제하는 것이다. 법적안정성에 철저를 기하는 태도이다.

그런데 헌법소원심판제도가 基本權救濟에 제도의 본질적 기능이 있는 것이라면 국민으로 하여금 헌법재판소에 接近하는 것을 쉽게 해 줄 필요가 있다. 청구기간의 제도가 법적안정성을 보장하는 것이지만 거기에는 정도의 문제는 여전히 고려되는 것이므로 특별한 이유가 없으면 국민으로 하여금 소송을 통한 권리의 구제가 가능하도록 길을 열어두는 것이 헌법상의 재판청구권의 실현에 근접한다. 그렇다면 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 행정소송법 제20조 제2항을 準用하는 데는 장애를 발견할 수 없다고 할 것이고, 청구인은 청구기간을 도과하더라도 正當한 事由가 있는 경우에는 기간의 경과에도 불구하고 심판청구권이 失效되지 않는다고 할 것이다.¹⁷⁾ 특히 오늘날 소송이론에서 불변기간과 제척기간의 엄격한 구별보다는 裁判機關에의 接近可能性의 측면에서 당사자로 하여금 그 접근을 容易하게 하는 것으로 무게중심이 옮겨지고 있는 점을 고려해보면 이렇게 이해하는 것이 바람직하다고 생각한다. 청구기간은 訴訟要件이기 때

會, 「損害賠償法の 諸問題」(서울 : 博英社, 1990), 681면도 같은 견해이다.

16) 除斥期間이라고 보는 견해로는, 許營, 「韓國憲法論」(서울 : 博英社, 1993), 824면

17) 李時潤(註 15), 681면 참조.

문에 이러한 정당한 사유가 되는 사실에 대한 立證責任은 청구기간을 도과한 후에 헌법소원심판을 청구하는 審判請求人에게 있다. 정당한 사유가 되는 사실은 정당한 사유를 구성하는 사실을 말한다. 이 경우 정당한 사유의 존부 그 자체는 법률적 판단이고 事實問題가 아니기 때문에 정당한 사유 그 자체는 입증책임의 대상이 되지 못한다.

憲法裁判所의 判例는 헌법소원심판청구기간에는 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 행정소송법 제20조 제2항 단서가 준용되는 것으로 보고, 正當한 事由가 있으면 청구기간의 경과는 치유되는 것으로 보고 있으며, 정당한 사유의 존부는 사안에 따라 개별적으로 판단될 것이지만 民事訴訟法 제160조 소정의 不歸責事由보다는 더 넓게 보고 있다. 판시내용은 다음과 같다.

헌법재판소법 제40조 제1항에 의하면 행정소송법이 헌법소원심판에 준용되는 것이므로, 정당한 사유가 있는 경우 제소기간을 도과한 행정소송을 허용하는 행정소송법 제20조 제2항 단서가 헌법소원심판에도 준용된다고 할 것이고, 따라서 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간의 도과에도 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 해석하여야 할 것이다. 그런데 여기의 정당한 사유라 함은 청구기간도과의 원인등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다고 할 것인데…(중략)…있었던 점등 심판청구권행사의 제반사정을 종합 고려할 때, 비록 이 사건 청구인이 안 날이라고 할 1988년 12월 21일부터 60일의 청구기간을 8일 도과하여 1989년 2월 27일에 제기하였다고 하여도 제소를 허용함이 사회통념상 상당할 것이다. 생각건대 심판청구의 지연이 기존의 법제도의 부지·혼선으로 인한 일반적인 경우와는 달리 생소한 새

제도의 내용불명 때문에 생긴 경우라면 정당한 사유의 존부는 원칙적으로 돌아가 사회통념에 의거하여 사안으로 보아가며 개별적을 판단하여야 할 문제라고 할 것이며, 이는 민사소송법 제160조 소정의 불귀책사유보다도 더 넓게 보아야 할 정당한 사유에 관한 해석상 당연한 것이라 하겠고, 더구나 행정소송에 비해 청구기간이 단기간이어서 입법론상 문제가 있는 헌법소원에 있어서 국민의 권리구제의 길을 넓히기 위하여 특히 필요한 것이라 하겠다.¹⁸⁾

그리고 행정소송법 제20조 제2항의 정당한 사유의 의미에 대하여는 이에 대한 대법원의 해석을 따르고 있다. 대법원의 견해는 다음과 같다.

“정당한 사유”란 불확정개념으로서 그 존부는 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 하나 민사소송법 제160조(소송행위의 추완)의 “당사자가 책임을 질 수 없는 사유”나 행정심판법 제18조 제2항 소정의 “천재, 지변, 전쟁, 사변 그 밖에 불가항력적인 사유”보다는 넓은 개념이라고 풀이되므로, 제소기간도과의 원인 등 여러 사정을 종합하여 지연된 제소를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할 수 있는가에 의하여 판단하여야 한다.¹⁹⁾

아무튼 행정소송법 제20조 제2항의 기간은 불변기간도 제척기간도 아니다. 입법자의 의사도 그러하다. 이 점은 해당조항의 개정과정을 살펴보면 알 수 있다. 대법원의 견해도 이러한 점을

18) 헌법재판소 1993. 7. 29. -89 헌마 31(註 10), 39면 이하 passim

19) 대법원 1991. 6. 28. -90 누 6521 [大] 39-3, 474면. 이러한 해석은 일본국의 行政事件訴訟法 제14조 제3항의 “정당한 이유”에 대한 일반적인 해석과 동일하다. 山本和敏(註11), 245면 ; 南博方, 「條解行政事件訴訟法」(東京 : 弘文堂, 1987), 492면 ; 山村恒年/阿部泰隆, 「行政事件訴訟法」(東京 : 三省堂, 1984), 179면 참조

고려한 것으로 보인다. 같은 규정형식을 갖춘 舊 行政訴訟法(1951. 8. 24. 법률 제213호) 제5조 제2항의 제소기간이나 유사한 구조를 취하고 있었던 舊 訴願法(1951. 8. 3. 법률 제211호) 제3조 제2항의 기간은 不變期間이었다. 결국 헌법재판소의 견해도 사전구제절차를 거치지 않는 경우의 청구기간은 불변기간도 제척기간도 아닌 것으로 보고 있는 셈이다. 헌법소원심판을 청구함에 있어 국민으로 하여금 헌법재판소에 접근하는 길을 더 용이하게 마련한 것이라고 평가할 수 있다.²⁰⁾

2) 事前救濟節次를 거치는 경우

사전권리구제절차를 거치는 경우에는 30일의 청구기간이 적용된다. 이는 전심재판에 대한 항고의 성질을 가진다. 여기에는 民事訴訟法상의 裁判에 대한 不服申請期間과 行政訴訟法 제20조 제1항, 제3항의 법리가 準用된다고 할 것이다.(憲法裁判所法 제40조 제1항)

민사소송법은 재판에 대한 불복기간으로서 抗訴期間(제366조 제2항)과 上告期間(제395조), 即時抗告期間(제414조 제2항), 再審期間(제426조 제2항), 提訴前 和解에서의 提訴申請期間(제358조 제4항), 民事調停에 있어 提訴申請期間(民事調停法 제36조 제6항), 除權判決에 대한 不服出訴期間(제462조 제1항), 仲裁判定取消의 訴

20) 이 점과 관련하여 日本國의 行政事件訴訟法の 규정과 비교해보고 음미할 부분이 있다. 같은 법 제14조 제1항은 “取消訴訟은 處分 또는 裁決이 있는 것을 안 날로부터 3개월 이내에 제기하여야 한다”라고 하고, 제2항은 이를 不變期間으로 정하고 있다. 반면 제3항은 “取消訴訟은 處分 또는 裁決日로부터 1년을 경과한 때에는 제기할 수 없다. 다만 正當한 理由가 있는 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 여기서의 ‘안 날’규정은 불변기간으로 정하고 있고, ‘있는 날’규정은 이와는 달리 정당한 이유가 있는 때에 그 예외를 인정하는 형식을 취하고 있다.

에 있어 訴提起期間(仲裁法 제16조 제3항) 등을 不變期間으로 정하고 있다. 행정소송법 제20조 제1항은 “行政審判의 判決을 거쳐 제기하는 事件에 대한 訴는 그 裁決書의 正本의 송달을 받은 날로부터 60日이내에 제기하여야 한다”라고 하고 있고, 이 경우에 적용되는 提訴期間은 不變期間으로 정하고 있다.(행정소송법 제20조 제3항) 양자의 규정은 그 법리에 있어 서로 저촉하지 않으므로 헌법재판소법 제40조 제2항은 적용될 여지가 없다. 따라서 事前救濟節次를 거치는 헌법소원심판청구에 있어 적용되는 30일의 기간은 不變期間이라고 할 것이다.

(2) 職權調查事項

청구기간의 준수여부는 訴訟成立要件이므로 職權調查事項에 해당한다고 할 것이다. 따라서 立證責任에 따른 被請求人의 本案前抗辯에 해당하지 아니하고, 헌법재판소는 청구인의 自白에 구속을 받지 아니하며,²¹⁾ 청구기간의 준수여부를 스스로 판단하여야 한다.

5. 國選代理人 不選定 決定時의 特例

헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는 지체없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 신청인이 선임신청을 한 날로부터 그 통지를 받은 날까지의

21) 대법원 1963. 5. 15. -62 누 180 <대법원판례카드> 2666; 1963. 5. 15. -62 누 213 [大] 11-1 행정편, 114면 이하 ; 1965. 7. 27. -65 누 32 <대법원판례카드> 2506 참조

기간은 제69조의 규정에 의한 청구기간에 이를 산입하지 아니한다.(憲法裁判所法 제70조 제3항) 국선대리인선임여부에 대한 판단은 본 심판사건의 절차와는 별개의 것이고, 국선대리인제도가 국민의 재판청구권의 행사를 실질적으로 보장하기 위한 것이므로 청구인이 국선대리인선임신청을 한 것이 청구기간에서 불이익을 받는 요인으로 작용해서는 안 될 것이다. 국민의 재판청구권의 보장이라는 면에서 볼 때 타당한 규정이다.

6. 公權力의 不行使의 경우에 있어 請求期間의 非適用

공권력의 불행사에 의해 기본권이 침해된 경우에 헌법소원심판을 청구하는 때에는 소송의 성질상 청구기간이 적용될 여지가 없다. 부작위에 의한 침해의 경우에는 作爲義務에 따른 의무의 이행이 없는 한 침해의 상태가 지속되고 있기 때문이다. 따라서 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판은 기본권을 침해하는 부작위의 상태가 지속되고 있는 한 언제든지 청구할 수 있다. 부작위가 종결된 때에는 그때로부터 청구기간이 적용된다.

Ⅲ. 法令에 대한 憲法訴願審判請求에서의 請求期間

1. 請求期間의 適用與否

법령에 대한 헌법소원심판청구에 있어 청구기간문제는 먼저 과연 헌법재판소법 제60조 제1항이 적용되는 것인가 하는 문제

에서 출발한다. 왜냐하면 법령에 대한 헌법소원심판청구에서의 청구기간에 대하여는 헌법재판소법이 명시적으로 규정하고 있는 점이 없기 때문이다. 이 문제는 다시 헌법재판소법이 법령에 대한 헌법소원심판제도를 명시적으로 규정하지 않았는데 무엇을 근거로 이를 인정할 수 있느냐 하는 문제로 소급한다. 사실 현행 실정법상으로는 법령에 대한 헌법소원심판을 명시적으로 인정하고 있는 규정은 없으나, 국가의 공권력의 행사에 의해 침해된 기본권을 구제하는 헌법소원심판제도가 인정되는 이상 이는 부정될 수 없는 것이므로 헌법재판소법의 해석을 통하여 인정될 수 있는 것이라면 이를 인정하는 것이 타당하다.²²⁾ 여기에서 거론되는 것이 헌법소원심판의 대상을 일반적으로 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항이며, 이 규정의 “공권력”의 의미를 해석해 볼 때 법령도 여기에 포함된다고 할 여지가 있는 것이다. 그래서 헌법재판소도 해석을 통하여 위 조항의 ‘공권력’에 법률을 포함한 법령이 해당되고, 따라서 법령에 대한 헌법소원심판이 우리 헌법재판소법상으로도 인정된다는 견해를 취하고 있다.²³⁾

22) 崔大權(註 12), 79면 이하도 같은 견해이다.

23) 헌법재판소 1989. 3. 17. -88 헌마 1[憲] 1, 9면 이하 ; 1989. 7. 21. -89헌마 12[憲] 1, 128면 이하 이래 헌법재판소의 관례상 확립된 견해이다. 이와는 달리 “헌법재판소법 제75조 5항에서 ‘공권력의 行使 또는 不行使가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것’운운의 규정은 법률에 대한 소원이 허용됨을 전제한 것이다”라고 해석하면서 법률에 대한 헌법입원심판이 인정되는 근거를 헌법재판소법 제75조 제5항에서 찾고자 하는 견해도 있다. 李時潤(註 15), 670면. 이 견해는 헌법재판소법 제75조 제5항에서 공권력의 행사 또는 不行使가 위헌인 법률에 기인하는 것일 때에는 당해 공권력의 行使 또는 不行使가 기인하는 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 대해서도 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다. 같은 책, 675면 이하 참조.

다음으로 문제는, 법령에 대한 헌법소원심판제도가 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석을 통하여 인정되는 것이라면, 헌법재판소법 제69조 제1항의 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은…”이라는 규정내용으로 보아 당연히 법령에 대한 헌법소원심판청구에서도 청구기간은 위 제69조 제1항이 적용되는 것이라는 논리가 도출될 여지도 없지 않다는 점이다. 그런데 과연 그러한 것이냐 하는 것이 다시 문제가 될 여지가 있으므로 이에 대하여는 더 자세히 살펴볼 필요가 있다.

헌법재판소법의 입법과정이나 규정내용으로 볼 때, 우리 헌법재판소법이 제정될 당시에는 법령에 대한 헌법소원심판절차의 문제를 깊이 고려하지 않은 것으로 보인다. 만일 당시에 법령에 대한 헌법소원심판제도를 고려했다면 그 제도의 성질에 비추어 이에 대해서는 독립된 규정을 두었지 지금과 같은 허술한 형태의 규정형식을 취했을리가 없기 때문이다. 이 점은 법령에 대한 헌법소원심판제도를 두고 있는 다른 나라의 입법례에 비추어 보더라도 수긍할 수 있을 것이다. 따라서 현재 법령에 대한 헌법소원심판제도는 입법당시에는 欠缺이 되었던 것이 해석을 통하여 인정된 것이라고 이해할 수 있는 것이고, 解釋을 통하여 인정되는 것은 헌법소원심판의 대상에 법령이 해당된다는 것뿐이지 흠결된 청구기간의 적용까지 같이 인정되는 것은 아니라고 이해할 수 있다. 그렇다면 청구기간의 문제는 여전히 흠결된 상태에 있고, 따라서 여기서는 다시 헌법재판소법 제69조 제1항이 적용되는 것인가 하는 문제가 다시 검토될 여지가 생기게 된다고 할 것이다.

여기서 法解釋의 方法은 解釋原則에 충실하게 된다. 즉 헌법재판소법 제69조 제1항을 그대로 법령에 대한 헌법소원심판제도에 적용하여도 문제가 없는 경우에는 이 조항의 해석을 통하여 청구기간의 적용을 인정할 수 있다. 그런데 법령에 대한 헌법소원심판제도가 행정부의 처분과 같은 개별적 국가작용에 대한 헌법소원심판제도와 다른 성질을 가지고 있는 점이 확인되는 경우에는 만연히 헌법재판소법 제69조 제1항이 그대로 법령에 대한 헌법소원심판제도에 적용된다고 할 수는 없다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석을 통하여 법령을 헌법소원심판의 대상에 해당된다는 것을 도출한 경우에도 청구기간의 적용문제는 여전히 흠결의 상태로 남게 되므로 헌법재판소법 제69조 제1항이 당연히 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에도 적용된다고 할 수 없는 결론에 도달하게 된다. 문제의 핵심은 청구기간의 문제에 있어, 법령에 대한 헌법소원심판제도와 행정처분과 같은 개별적 국가작용에 대한 헌법소원심판제도가 같은 법리에 의해 작동하는가 하는 것으로 좁혀진다. 해답은 이 문제의 결론에 의하여 좌우된다. 이에 관해서는 헌법재판소가 먼저 판례를 통하여 견해를 제시한 것이 있으므로 이를 검토하면서 살펴보기로 한다.

2. 憲法裁判所 判例의 見解와 그에 대한 檢討

(1) 請求期間의 適用與否

헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서도

헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간을 원칙적으로 적용하고 있다. 다만, 법령이라는 범규범의 특성을 고려하여 다음과 같은 특별한 이론을 구성하고 있다.

법령에 대한 헌법소원의 제소기간은, 원칙적으로 그 법령이 시행됨과 동시에 기본권의 침해가 받게 된다고 할 것이므로, 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이고,²⁴⁾ 여기서 기본권을 침해당하게 되었다는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다.²⁵⁾ 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다. 여기서 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다 할 것이다.²⁶⁾

이러한 헌법재판소의 판례상의 견해가 보여주고 있는 특징은

-
- 24) 헌법재판소 1991. 9. 16. -90 헌마 [憲] 3, 553면 이하 ; 1992. 4. 28. -91헌마 62 [憲] 4, 277면 이하 ; 1992. 7. 23. -90 헌마 201 [憲] 4, 508면 이하 ; 1992. 10. 1. -90 헌마 5 [憲] 4, 607면 이하 등에서 볼 수 있듯이 헌법재판소의 확립된 견해이다.
- 25) 헌법재판소 1991. 9. 16. -90헌마 24 [憲] 3, 553면 이하 ; 1992. 11. 21. -92헌마 257 [憲] 4, 829면 이하 등에서 볼 수 있듯이 헌법재판소의 확립된 견해이다.
- 26) 헌법재판소 1990. 6. 25. -89 헌마 220 [憲] 2, 204면 ; 1990. 10. 8. -90헌마 18 [憲] 2, 306면 이하 이래 헌법재판소의 확립된 견해이다.

헌법재판소법 제69조 제1항을 원칙적으로 적용하되, 기본권침해의 사실발생은 법령의 시행과 동시에 또는 시행이후에 있을 수 있는 점을 고려하여 이를 나누어 판단하고 있는 점이다. 이러한 견해는 법령의 시행으로 항상 기본권의 침해가 있는 것이 아니므로 청구기간의 계산을 법령의 施行時만 기준으로 삼을 경우의 모순을 해결하고자 한 것으로 보인다. 법령의 시행이후 상당한 기간이 경과된 후에 비로소 그 법령에 의해 기본권이 침해되는 경우도 발생할 수 있기 때문이다.

(2) ‘안 날’規定과 ‘있은 날’規定의 關係

법령에 대한 헌법소원심판에 있어 ‘안 날’규정과 ‘있은 날’규정의 관계에 대하여 헌법재판소가 취하고 있는 태도를 살펴보기 위해서는 해당 관례의 판시부분을 세밀히 확인할 필요가 있다. 표현상 차이가 나는 부분이 있어 해석에 혼선을 유발시키고 있기 때문이다.

1) 第 1 類型

법률에 대한 헌법소원의 제소기간은 그 법률의 공포와 동시에 기본권침해를 당한 자는 그 법률이 공포된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 법률이 공포된 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 법률공포 후 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 비로소 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 할 것이며...²⁷⁾

27) 헌법재판소 1990. 6. 25. -89 헌마 220 [憲] 2, 204면. ‘아니면’이라는 표현이

2) 第 2 類型

법령에 대한 헌법소원의 제소기간은, 원칙적으로 그 법령이 시행됨과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로, 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이나, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다....²⁸⁾

제 1 유형의 표현을 보면 ‘아니면’이라는 문면상의 표현 때문에 ‘안 날’규정이나 ‘있는 날’규정이나 어느 하나의 기간이 아직 경과되지 아니한 경우에는 헌법소원심판청구는 청구기간내의 청구로서 적법하다고 해석할 여지가 없지 않다. 그러나 과연 헌법재판소의 견해를 이렇게 이해할 수 있을지는 의문이다. 우선 제 2 유형의 판례가 있기 때문에 제1유형의 판례만으로는 헌법재판소의 견해를 확정할 수가 없고, 오히려 제2유형의 판례가 주를 이루고 있기 때문이다. 그리고 헌법재판소가 양자를 선택적으로 보아서 처리한 경우도 찾기 어렵다. 실제로 제1유형에 해당하는 ‘1991. 9. 16. -90 헌마 24’의 심판에서도 아래에서 보는 것과 같이, ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정 중 어느 하나의 기간이 경과되었

있는 것으로는 헌법재판소 1991. 9. 16. -90 헌마 24 [憲] 3, 555면 ; 1992. 11. 21. -92 헌마 257(註 25), 829면 이하(특히 832면)

- 28) 헌법재판소 1990. 10. 8. -90 헌마 18 [憲] 2, 360면. 법률에 대한 헌법소원심판인 헌법재판소 1990. 10. 8. -89 헌마 [憲] 2, 336면 ; 1990. 10. 26. -90 헌마 165 [憲] 2, 392면도 표현이 같다. 이후 같은 표현의 판시로는 1991. 1. 8. -90 헌마 210 [憲] 3, 2면 ; 1991. 3. 11. -91 헌마 21 [憲] 3, 97면 ; 1991. 11. 25. -89 헌마 [憲] 3, 590면 등을 들 수 있다.

다는 이유로 不適法却下の 결정을 하였다. 만일 제1유형의 판례가 양규정을 선택적으로 보는 것이라고 하려면 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정 모두에 대하여 기간경과여부를 판단한 것이 발견되어야 한다. 그런데 헌법재판소의 판단은 그러하지 아니하다.

청구인에게 있어서는 1989. 4. 1. 법 시행과 동시에 기본권침해를 당하게 된 것이므로 이 헌법소원이 적법하려면 늦어도 법 시행일부터 180일 이내에 제기되었어야 한다. 그런데 청구인이 이 사건 헌법소원을 제기한 날은 1990. 2. 21. 이어서 이미 법 시행일부터 180일이 경과된 후임이 명백하므로 이 헌법소원은 청구기간 경과 후에 청구된 것으로서 부적법한 것이다.²⁹⁾

결국 헌법재판소의 판례는 법령에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서도 ‘안 날’규정과 ‘있는 날’규정을 적용하고 있으며, 양자의 관계는 판례에 보이는 표현상 차이에도 불구하고 양쪽 모두의 기간이 경과되지 않아야만 적법한 청구로 보고 있다고 사료된다.

한편 법률에 대한 헌법소원심판절차에서 어느 하나의 청구기간이 경과하지 않은 경우에는 청구기간이 경과되지 않은 것으로 이해하는 견해도 있으나,³⁰⁾ 이미 위에서 살펴본 것과 같이 청구

29) 헌법재판소 1991. 9. 16. -90 헌마 24 [憲] 3, 555면.

30) 金學成, “憲法訴願의 對象에 관한 改善方向,” 憲法裁判硏究會(編), 「憲法裁判硏究 I」(註 2), 132면. 이러한 주장의 근거에 대하여는, “이는 행정소송의 청구기간에 관한 대법원판결과는 반대가 되는 것이나, 법률에 대한 헌법소원과 행정소송은 그 본질과 법적구조가 틀리기 때문에 달리 해석하는 것이 바람직하다고 본다”라고 설명한다. 같은 책, 같은 면. 이 견해는 헌법소원과 행정소송간의 본질과 법적구조의 차이를 들고 있으나 그것이 구체적으로 어떠한 요소를 말하는 것인지는 이해하기 어렵다. 오히려 이 문제는 헌법소원과 행정소송간의 차이에서 찾을 것이 아니라 청구기간제도의 범위에서 찾는 것

기간에 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정을 함께 두는 청구기간제도의 법리에 비추어 볼 때 이러한 주장에는 찬동할 수 없다.

3. 憲法裁判所의 견해에 대한 檢討

(1) 法令의 施行과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에서 ‘안 날’規定의 適用問題

헌법재판소는 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에도 헌법재판소법 제69조 제1항을 적용하여 ‘있는 날’규정과 함께 ‘안 날’규정을 적용하고 있다. 우선 법령에 대한 헌법소원 심판청구에서 청구기간을 적용하는 것이 타당한 것이냐 하는 문제를 일단 차치해두고 위 문제만 보기로 한다.

법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우는 바로 법령이 시행된 날이 ‘있는 날’이 된다. 그런데 이 경우 ‘안 날’이 무엇을 의미하는지는 의문이다. 왜냐하면 법령과 같이 一般的 效力을 가지는 규범의 경우에는 個別的인 處分과는 달리 公布라는 방법으로 국민에게 알리고, 그 公布行爲에 의하여 국민은 법령의 시행을 안 것으로 보기 때문이다. 이 점은 公布日과 施行日이 다른 경우에도 마찬가지이다. 시행일이 공포일보다 후인 경우(‘法令등公布에관한法律’ 제13조의2의 규정에 비추어 볼 때 헌법소원 심판절차에서 문제가 되는 경우는 대부분 이 경우이다.)에도 당해법령에 의한 기본권의 현실적인 침해는 시행일에 있게 되므로 헌법

이 타당하다고 사료된다.

소원절차에서 말하는 ‘안 날’이라는 것은 공포일이 아니라 시행일을 기준으로 할 수밖에 없다. 그리고 소급효를 가지는 법령의 경우라도 효력은 과거의 사실에 대하여 미치지만 헌법소원 절차에서 말하는 ‘침해’사실은 공포시에 발생하므로 이때에는 공포일이 ‘있는 날’이 된다. 법리가 이러하다면 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우는 바로 법령이 시행된 날이 ‘있는 날’이고 동시에 ‘안 날’이 된다. 그리고 청구기간에서 ‘있는 날’과 ‘안 날’의 규정을 함께 두는 제도의 법리를 이에 교차시켜 보면 결국 현행 헌법재판소법 제69조 제1항을 적용시키는 한 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 있는 경우에는 ‘있는 날’과 ‘안 날’이 일치하고 양자가 함께 적용되는 경우에는 기간이 짧은 쪽이 적용되므로 청구기간이 60일 이라는 결론에 이르게 된다.

한편 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에도 ‘있는 날’과 ‘안 날’은 일치한다. 왜냐하면 이 때에도 국민은 이미 존재하는 법령에 대하여는 공포에 의하여 침해행위가 발생한 시점에 알고 있는 것으로 간주되기 때문에 해당사유가 발생하는 시점에 기본권의 침해가 ‘있는 것’이 되고 동시에 그러한 사실을 ‘안 것’이 된다. 법령에 있어서는 그 一般的 性質과 그에 따른 公布制度로 인하여 법령의 존재를 현실적으로 알았거나 법령에 의하여 침해가 발생한 사실을 현실적으로 안 것은 고려될 여지가 없다고 할 것이다.³¹⁾ 국민에게 알리는 과정에 문제가 있다면 공포제도의 개선으로 도모되는 것이다. 그렇지 아니하면 누구나 법령의 존

31) 현재 法令의 公布節次와 公布日, 施行日 등에 대하여는 ‘法令등 公布에 관한 法律’이 정하고 있다.

재를 알지 못하였다고 할 것이기 때문이다.

가령 이러한 점을 모두 무시하고 순전히 개념적으로만 ‘있는 날’과 ‘안 날’을 구별한다고 해도 헌법소원심판에 있어 요구되는 現在關聯性(Gegenwärtige Betroffenheit)의 개념과 연결시킬 때는 모순이 발생한다. 헌법소원심판에서의 現在關聯性은 純粹時間概念으로서의 ‘현재’뿐만 아니라 시간적 개념으로는 아직 현실의 침해가 발생하지 않았다고 하더라도 현재와 근접해 있는 미래에 해당하는 경우에는 현재관련성이 있다고 보게 된다. 헌법재판소가 ‘사유가 발생한 날’의 개념을 ‘당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때’라고 한 것도 이 점을 고려한 것으로 보인다. 그런데 문제는, 여기에 ‘안 날’을 개입시키게 되면 기본권침해에 대하여 미리 검토해 본 사람의 경우가 아직 침해가 현실화되기까지 전혀 생각해 보지도 않은 사람에 비하여 ‘안 날’의 기산일에서 먼저 출발하게 되므로 청구기간에서 불이익을 받게 되는 모순에 이르게 된다는 점이다. 權利意識에 투철하여 법령에 의하여 자기의 기본권이 침해되었느냐 아니냐를 미리 검토하고 생각해본 사람이 권리 위에 잠자는 사람보다 裁判請求權의 行使에서 앞당겨 봉쇄되는 것이라면 이는 기본권보장의 법리와 조화될 수 없다.

그리고 법령에 대한 헌법소원심판제도는 한편에서는 기본권의 구제제도이지만, 이 절차에서 당해 법령이 위헌으로 선고되면 일반적으로 효력을 상실하게 되므로 규범통제로서의 측면도 지니고 있다. 법령에 대한 헌법소원심판제도를 달리 ‘個人的 規範

統制’(individuelle Normenkontrolle)라고 보는 것이라든지, 憲法 訴訟審判制度의 ‘兩面的(=二重的)’機能이 다른 대상에 대한 헌법소원심판의 경우보다도 강하게 나타나는 것은 이러한 점 때문이다. 법령에 대한 헌법소원심판제도가 가지는 規範統制로서의 側面에 비추어 보더라도 ‘안 날’의 적용은 타당하다고 볼 수 없다. 가령 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에 헌법소원심판을 청구하는 경우를 살펴보기로 한다. 이 경우 청구인이 ‘안 날’로부터 60일을 지나 청구를 하게 된 경우를 不適法却下하게 되면 언뜻 보기에는 법적안정성의 목적을 실현시킨 것 같으나 청구인이 아닌 다른 사람이 뒤에 다시 ‘안 날’로부터 60일 이내에 청구하는 경우에는 당해 법령은 여전히 위헌여부에 의해 효력이 좌우되므로 법적안정성이라는 것은 도모되지 않는다. 따라서 문제의 법령의 효력을 없애려면 ‘있는 날’로부터 180일과 ‘안 날’로부터 아직 60일이 지나지 않은 사람을 찾아 헌법소원심판을 청구하게 하면 된다. 예컨대 특정 영업행위를 과도하게 제한하여 위헌인 법령이 시행된 경우, 이 법령 시행 후에 해당 영업을 한 사람이 이 법령으로 인하여 영업을 할 수 없게 되어 헌법소원심판을 청구한 경우를 생각해 보면 쉽게 알 수 있다. 해당 사람이 이미 이러한 사실을 ‘안 날’로부터 60일이 훨씬 지나서 청구가 부적법하게 된 경우에는 같은 영업을 하는 다른 사람 중에 아직 ‘있는 날’로부터 180일과 ‘안 날’로부터 60일이 지나지 않은 사람에 의해 언제든지 청구되어 해당 법령이 효력을 상실하게 되고, 더 나아가서는 현재 이에 해당하는 사람이 없다고 하더라도 미래의 어느 시기에 이와 같은 영업을 하려고 준비를 하는 사람이

나 영업에 착수하게 된 사람에 의해 심판청구가 제기될 수 있다. 그렇다면 ‘안 날’규정을 가지고 법적안정성을 도모하고자 하는 목적은 달성되지도 아닐뿐더러 처음부터 그러한 발상이 잘못된 것임이 판명된다.³²⁾

헌법재판소의 견해는 헌법재판소법 제69조 제1항을 바로 적용하지 않고 해석을 통하여 새로이 이론을 구성한 것이어서 외형적으로는 매우 고심한 것처럼 보이지만, 법령이 가지는 규범으로서의 특성과 이를 기초로 한 법령에 대한 헌법소원심판제도가 가지는 특성을 깊이 고려하지 않았기 때문에 위에서 본 것과 같은 모순을 그 자체에 가질 수밖에 없다. 그런데 문제는 이러한 ‘안 날’규정의 적용여부논의에서 더 나아가 과연 법령에 대한 헌법소원심판절차에 청구기간을 적용하는 헌법재판소의 태도가 타당한 것인가 하는 근본적인 물음이 제기될 수 있다는 점이다.

(2) 請求期間의 適用問題

법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을 적용하고자 하는 주된 이유는 請求期間制度의 목적에 비추어 볼 때 역시法的安定性이 될 것이다. 여기에서 추구되는 법적안정성이란 현재의 법령에 시행되면서 형성된 법질서에 대하여 일정기간이 지나면 조속히 법령의 효력에 대한 다툼의 길을 차단하여 현상태의 법질서를 유지시키고자 하는 것이다.³³⁾ 그런데 문제는 이러

32) 朴種善, “法令에 대한 憲法訴願의 請求期間,” 琴浪金哲洙教授華甲記念論文集刊行委員會(編), 「憲法裁判의 理論과 實際」(서울: 博英社, 1993), 457면도 같은 취지이다.

33) 법학에서 말하는 法的安定性이라는 개념은 여러 가지의 意味內容을 가지고

한 법적안정성이 처음부터 청구기간의 제도로서 도모될 수 없는 것이라면 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을 적용하는 것은 잘못된 것이 된다. 이 문제를 집중적으로 살펴보기로 한다.

청구기간에서 ‘안 날’적용에 대하여는 위에서 살펴본 것과 같이 타당성이 없다. 그러면 ‘있는 날’의 적용은 타당한 것인가? 이 문제를 검토함에 있어서는 이미 위에서 지적하였듯이 법령에 대한 헌법소원심판제도가 規範統制制度로서의 측면을 가지고 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 그렇다면 우리 헌법상 인정되고 있는 규범통제의 메카니즘 속에서 이 문제를 접근할 필요가 있다.

우선 구체적 규범통제제도와 관련시켜 이 문제를 살펴본다. 사실 재판청구권의 과도한 제한이라는 점을 일단 차치해두고 순전히 법령에 대한 헌법소원심판제도만에 시야를 한정시켜 보면, 청구기간의 적용이라는 방법으로 국가의 法令施行의 영역에서 법적안정성을 도모할 수 있는 것 같이 보인다. 왜냐하면 청구기

기능을 할 수 있다. 따라서 여기서는 법적안정성의 의미내용을 분명하게 해둘 필요가 있다. 이 문제는 청구기간으로 재판청구권을 제한하는 방법을 법적안정성과 관련하여 검토할 때에 양자의 관련성만 검토의 대상으로 들어오는 것이나 아니면 憲法決定의 效力範圍(遡及하여 無效나 將來에 향하여 無效나 하는 문제)도 같이 고려되어야 하는 것이나 하는 것과 관련되기 때문이다. 소급효를 인정할 것이나, 인정한다면 어디까지 인정할 것이나 (時的 範圍와 事物的 範圍)하는 문제에서 고려되는 법적안정성은 어디까지나 소급효의 문제와 기존의 법질서배제방지라는 법적안정성의 양자간의 문제이지 법령의 효력을 다루는 소송절차에서의 청구기간의 적용과는 직접적인 연관을 가지지 아니한다고 보인다. 따라서 법령에 대한 헌법소원절차에서 청구기간의 문제와 법적안정성을 고려할 때도 이들 둘 사이의 문제를 고려하면 족하다. 여기에 위헌결정의 효력문제를 같이 고려하여 3자간의 관련성을 논의하는 것은 問題의 領域選擇에서 方法의 誤謬를 범하는 것이 된다.

간이 지나면 해당 법령이 위헌이라고 하더라도 국민들은 다룰 수가 없고 입법자에 의하여 개정될 때까지에는 법령의 효력에 변동이 없기 때문이다. 그런데 다른 방법에 의해 해당 법령의 효력에 변동이 발생할 여지가 있을 때는 사정이 다르다. 우리 헌법재판제도에서 규범통제의 메카니즘을 보면, 헌법소원심판이라는 방법을 통하여 효력을 다룰 수 있는 길이 당사자의 청구기간의 渡過로 폐쇄되었다고 하더라도 구체적 규범통제절차에서 생겨날 여지가 있게 된다. 민사소송, 형사소송, 행정소송등의 과정에서 문제의 법령이 구체적 규범통제라는 방법을 통하여 헌법재판소에 의해 효력상실여부가 결정될 수 있다. 그리고 이러한 구체적 규범통제메카니즘에서는 그 기초가 되는 당해 법원에의 제소기간의 제한은 원칙적으로 부정되어 있기 때문에(행정상 取消訴訟에서는 提訴期間의 制限이 예외적으로 인정된다.) 규범의 효력을 다룰 수 있는 길은 광범하게 열려져 있고 또 이러한 법리가 타당하다. 그렇다면 구체적 규범통제제도가 인정되고 있는 상태에서 법적안정성을 도모하기 위하여 법령에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간을 적용하고자 하는 것은 그 목적 자체가 타당성을 가지기 어렵다.³⁴⁾ 뿐만아니라 법령에 대한 헌법소원심판제도에서 강하게 나타나는 규범통제로서의 성격을 고려해 볼 때 헌법을 정점으로 하는 합헌적인 실정법질서를 형성하는데 있어 時限을 정해둔다는 것도 이해하기 어려운 발상이다.³⁵⁾

그리고 이러한 점을 다른 한편으로 고려해 볼 때, 사정이 과연 이러하다면 법령에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간을

34) 朴種善(註 32), 454면 이하도 유사한 취지로 비판하고 있다.

35) 朴種善(註 32), 451면 이하도 같은 취지의 견해이다.

적용하는 것은 實體的으로도 국민의 裁判請求權을 侵害하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다. 제도 그 자체만으로도 위헌의 여지가 있지 않느냐 하는 문제이다.

법령에 의하여 직접 국민의 기본권이 침해되는 경우에는 그 법령이 효력을 가지고 시행되고 있는 한 침해는 지속되는 것이다. 다시 말해 繼續的 侵害行爲가 존재하고 있다.³⁶⁾ 그렇다면 국민은 언제나 위헌여부를 다룰 수 있어야 한다. 여기에 어떠한 문제가 있을 수 없다. 이러한 길이 국민에게 인정된다고 하여 모든 법령에 대하여 언제나 국민이 다룰 수 있는 것은 아니다. 그래서 법령에 대한 헌법소원에서는 청구인적격을 정하는 法的 關聯性의 한 요소로 直接關聯性(unmittelbare Betroffenheit)을 요구하고 있다.³⁷⁾

그런데 이러한 법리와는 달리 헌법재판소의 판례는 아래에서 보는 것과 같이 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간의 적용이 가능하다는 것을 분명히 하고 있어 주목된다.

청구기간의 준수문제와 관련하여 청구인은 이 사건 행정입법과 같은 적극적 입법작용에 의한 기본권의 침해는 한번에 끝나는 것이 아니라 연속적으로 계속되는 것이고, 기본권침해가 연속적으로 계속되는 경우에는 청구기간에 의한 심판청구의 제한이 없는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다. 그러나 범규정립행위(입법

36) 李時潤(註 15), 670면도 “통상적으로 法律은 行政處分과 같이 1回的이 아니며 繼續效가 있는 것”이라고 하고 있다.

37) 직접관련성에 대한 자세한 것은 다음 문헌을 참조. 黃道洙, “法規範의 直接性에 관한 試論.” 「憲法裁判의 理論과 實際」(註 32), 377면 이하 ; Christian Pestalozza, *Verfassungsproze recht* 제3판(M nchen : C. H. Beck, 1991), 180면 이하.

행위)는 그것이 國會입법이든 행정입법이든 막론하고 일종의 법률 행위이므로 그 행위의 속성상 행위자체는 한번에 끝나는 것이고, 그러한 입법행위의 결과인 권리침해상태가 계속될 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 다시 말하자면 기본권침해의 행위가 계속되는 것이 아니라 기본권침해의 결과가 계속 남을 수 있을 뿐인 것이다. 그렇다면 기본권침해행위는 한번에 끝났음에도 불구하고 그 결과가 계속 남아 있다고 하여 청구기간의 제한을 전면적으로 배제하여야 한다는 주장은 법적 안정성을 확보하려는 청구기간의 설정취지에 반하는 것으로서 부당하다고 하여야 할 것이다. 따라서 이 점에 관한 청구인의 주장은 이를 쉽사리 받아들일 수 없다.³⁸⁾

이러한 헌법재판소의 견해에는 찬동하기 어렵다. 우선 헌법재판소의 관례의 견해는 立法行爲와 行政處分을 동일한 것으로 이해하는 誤謬를 범하고 있다고 생각한다. 행정행위는 입법행위와는 달리 법규범 그 자체가 아니라 구체적 사실에 관한 法規範의 執行行爲이고, 특정한 대상에 대하여 행정주체의 意思表示로 이루어지는 것이므로 행정행위는 상대방에 대한 구체적인 의사표시로 있게 된다. 이는 행정행위의 成立要件과 效力發生要件이 갖추어진 것을 의미한다. 행정행위에서도 통상은 이러한 행정행위의 효력발생에 따른 法的 效果만 따르게 되고 따로이 ‘結果’는 없다. 침해여부도 이러한 효력발생요건의 구비에 따른 효력발생에 의해 있게 된다. 따라서 행정처분이 있게 되면 대부분의 경우에는 처분의 효력발생으로 침해가 있게 된다. 다만 예외적으로 침해적 행정처분이 取消나 無效確認으로 없어진 경우에도

38) 헌법재판소 1992. 6. 26. -91 헌마 25 [憲] 4, 444면 이하 (특히 450면 이하)

침해적 행정처분으로 인한 권리침해가 ‘事實’로서 남아 있는 경우(예컨대 위법한 土地收用處分이 취소소송으로 효력이 없어졌음에도 사실로서 행정주체가 그 토지를 公共用地로 계속 사용하는 경우) 에는 그 남아 있는 事實 그 자체는 이른바 행정상의 ‘결과’에 해당하여 예외적으로 행정상의 ‘結果除去請求權’의 법리가 적용된다.³⁹⁾ 그런데 하물며 입법행위의 경우에는 그 대상이 불특정한 일반 국민을 대상으로 하는 일반적인 법규범이고, 그 형식도 추상성을 띠고 있으며 시행과 동시에 효력은 지속된다. 특히 미시적으로 들여다보면 法令과 같이 一般性을 띠는 경우에는 항상 끊임없이 구체적 효과를 생겨나게 하고 있으므로 個別性을 가지는 처분과는 다르다. 이 점은 직접성을 가지는 법률의 경우에도 같다. 그렇다면 입법행위에 의해 권리침해가 있는 경우에는 그 상태가 지속되는 것이지 권리침해이외에 어떤 결과가 따로 존재할 여지가 없게 된다.⁴⁰⁾

또 헌법재판소가 전개한 주장에 의하면 법령에 의한 기본권침해의 경우에도 입법행위(정확히 말하자면 法令의 施行)로 기본권의 침해가 있고, 그 다음은 침해의 결과만 남는다는 것인데, 이러한 견해는 논리적으로 법령에 대한 헌법소원에서는 법령에 의

39) 行政上 ‘結果除去請求權’에 대하여 자세한 것은 金南辰, 「行政法 I」 제4판 (서울 : 法文社, 1992), 554면 이하 ; 金東熙, 「行政法 I」 (서울 : 博英社, 1991), 392면 이하 ; 洪井善, 「行政法原論(上)」 (서울 : 博英社, 1993), 515면 이하 참조.

40) 이 문제와 관련하여 극히 예외적으로 形式은 法令의 形式을 가지지만 實質은 個別的·具體的 處分과 다르지 않는 경우를 생각해 볼 수 있다. 處分的法律에서 사람과 사항에서 특정되는 경우이다. 이 경우에 한하여는 청구기간이 적용될 여지가 있다. 그러나 이러한 형식의 처분적법률이 法治主義와 합치한다고 볼 수 있을지는 의문이다.

한 기본권침해여부만 판가름이 나고 침해된 기본권의 구제는 현재의 결과를 제거하기 위하여 다시 그에 해당하는 소송을 하여야 한다는 것으로 귀착된다. 이것은 괴이한 논리일 뿐 아니라 헌법소원심판제도가 가지는 權利救濟制度로서의 法理와도 모순된다. 다시 말해 헌법재판소의 견해대로 하자면 법령에 대한 위헌여부를 판단하는 절차이외에 위헌인 기본권침해의 결과를 제거하는 헌법소송절차를 따로 마련하여야 한다는 논리에 빠지게 된다. 그리고 만일 이러한 별도의 절차를 필요로 하는 것이 아니라고 한다면 처음부터 당사자가 헌법소원심판을 청구해야 할 이유가 없게 된다. 왜냐하면 법령의 위헌여부만 확인 받고 침해라는 ‘결과’를 제거하지 못하는 소송을 할 이유가 없기 때문이다. 미래의 누군가의 기본권을 보호하기 위하여 ‘試驗的 訴訟’을 하는 것이 헌법소원심판제도는 아니기 때문이다. 이렇듯이 헌법재판소의 견해가 기존의 법학이 이루어 놓은 개념이나 법리와 左衝右突하며 論理의 矛盾을 범하고 언어의 유희에 빠져 든 것은 근본적으로 行政處分과 立法行爲의 本質을 혼동한 것에서 비롯된 것이라고 사료된다.⁴¹⁾

이치가 이러하다면 법령에 대한 헌법소원심판절차에서는 청구기간을 적용하여 헌법 제27조 제1항에 보장된 재판청구권의 한 내용인 憲法訴願審判請求權을 제한하는 것은 타당하지 아니하다. 앞에서 살펴보았듯이 법령에 대한 헌법소원심판절차에서는 이 제도의 본질상의 特性에 비추어 볼 때 청구기간을 적용할 수 없다고 할 것이다.⁴²⁾ 이상의 이유로 헌법재판소의 판례의 견

41) 이 판례에 대한 비판으로는, 朴種普(註 32), 450면 이하를 참조하기 바람.

42) 崔大權(註 12), 86면 ; 金哲洙, “憲法訴訟制度의 問題點과 改善方案.” 星溪 李葵

해에 대하여는 찬동하지 않는다.

4. 立法不作爲의 경우

國회의 立法不作爲에는 單純立法不作爲, 眞正立法不作爲, 不眞正立法不作爲가 있고, 國회가 입법의무를 지니고 있지 않는 단순입법부작위는 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 문제에서 처음부터 거론될 여지가 없다⁴³⁾ 이러한 것은 나머지 법규범에서도 동일하다고 보인다. 따라서 여기서는 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 경우를 살펴본다.

國회의 입법의무를 이행하지 아니한 眞正立法不作爲에 의한 기본권침해는 부작위가 현재 계속되고 있는 한 기본권의 침해도 현재 계속되고 있으므로 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판의 청구에서는 請求期間이 적용되지 아니한다고 보는 것이 타당하다. 진정입법부작위의 상태가 지속되고 있는 한 언제나 헌법소원심판을 청구할 수 있다.⁴⁴⁾

錫教授停年記念論文集刊行委員會(編), 「現代公法論의 研究」(서울 : 三善, 1992), 490면 ; 金鐵容/金文顯/鄭在晁(註 13), 315면 ; 朴種善(註 32), 458면 이하도 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을 적용하는 것은 타당하지 않다는 견해를 취하고 있다.

43) 國회의 立法不作爲에 대한 헌법소원심판제도에 관한 필자의 견해에 대하여는 鄭宗燮, “國회의 立法不作爲에 대한 憲法訴願審判制度,” 「憲法裁判의 理論과 實際」(註 32), 460면 이하를 참조하기 바람.

44) 같은 견해로는 金知衡, “立法不作爲에 관한 憲法訴願(上),” 「判例月報」 260호 (1992년 6월호), 20면 이하 ; Bruno Schmidt-Bleibtreu, “§90,” in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 제3판(München: C. H. Beck, 1992), 단락번호 (Randnummer) 120 ; Christoph Gusy, *Die Verfassungsbeschwerde* (Heidelberg : C. F. Müller, 1988) 133면 이하 ; Christian Pestalozza(註 37), 189면 聯邦憲法

不眞正立法不作爲는 국회의 입법의무의 불완전이행이므로 이에 대한 헌법소원심판절차는 불완전한 입법의무의 이행으로 나타나 있는 법률조항에 대한 헌법소원심판절차로 나타난다. 여기서도 형태는 법률에 대한 헌법소원심판청구를 따므로 앞에서 본 것과 동일한 이유로 청구기간이 적용되지 않는다고 할 것이다. 여기서도 불완전하지만 해당 법률조항이 효력을 발휘하여 기본권을 침해하고 있는 한 언제나 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것이다.

이 점과 관련하여 현실적으로 유의할 점이 있다. 법률에 대한 헌법소원심판의 청구에서 그 법리상의 결론에도 불구하고 청구기간의 적용을 인정하는 나라에서는 어떠한 입법부작위가 量的인 것인가 아니면 質的인 것인가의 여부는 당사자의 권리구제에 결정적인 것으로 작용한다는 점이다. 왜냐하면 量的의 概念인 진정입법부작위의 경우에는 청구기간이 적용되지 아니하여 언제나 헌법소원심판을 청구할 수 있는 반면에 質的의 概念인 부진정입법부작위의 경우에는 청구기간의 제한을 받게 되기 때문이다. 개념적으로는 양적인 것과 질적인 것의 구별이 분명하지만 양자의 판단이 어려운 구체적인 사안에서는 어느 쪽으로 판단하느냐에 따라 소송요건의 구비여부와 관련하여 권리구제의 가능성여부가 결정된다. 법령에 대한 헌법소원심판청구절차에서 청구기간을

裁判所法 (Gestüber das Bundesverfassungsgericht v. 12. 3. 1951 i. d. F. der Bekanntmachung vom 3. 2. 1971) 제93조 제2항에서 법률에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어 1년의 청구기간을 규정하고 있는 獨逸에서도 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판의 청구에서는 청구기간의 적용이 배제된다는 것이 聯邦憲法裁判所의 判例上 확립된 견해이다. 「獨逸聯邦憲法裁判所判例集」(Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht)제6권, 266면(이하 'BverfGE 6, 266'으로 약기한다.); 10, 308 ; 11, 261 ; 13, 287 ; 16, 121 참조.

적용할 수 있느냐에 대하여는 찬동하지 않지만, 현재 헌법재판소가 현실적으로 행하고 있는 것과 같이 청구기간의 적용을 인정하는 소송실무만을 고려해볼 때는 양적인 것과 질적인 것의 구별이 명확하지 아니하여 진정입법부작위로 보아야 하는지 아니면 부진입법부작위로 보아야 하는지에 대하여 도저히 판단하기가 어려운 때에는 진정입법부작위로 보아 기본권구제에 충실을 기하는 것이 타당한 태도라고 사료된다.

IV. 各國의 立法例에 대한 檢討

1. 獨 逸

(1) 事前救濟節次를 거치는 경우

獨逸聯邦憲法裁判所法 제93조 제1항 제1문은 “헌법소원심판은 1개월 이내에 청구되어야 한다.(Die Verfassungsbeschwerde ist binnen eins Monats zu erheben)”라고 하여 헌법소원심판의 청구기간을 1個月로 정하고 있다. 이른바 ‘1개월의 기간’(Monatsfrist)이다. 재판에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서도 이 규정이 적용된다. 이에 관한 기간의 기산에 대해서는 같은 항 제2문 이하에서 규정하고 있다.

이와 같은 短期의 청구기간에 대하여는 청구기간의 연장을 모색하는 견해가 제기되고 있다.⁴⁵⁾

45) 예컨대 Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde 제2판(München : C. H. Beck, 1988), 110면 이하 참조.

(2) 事前救濟節次를 거치지 않는 경우

獨逸聯邦憲法裁判所法 제93조 제2항은 法律이나 권리구제절차가 따로 없는 그 밖에 高權行爲(Hoheitsakt)에 대한 헌법소원심판청구에 있어서는 청구기간을 1年으로 제한하여 규정하고 있다. 이른바 ‘1년의 기간’(Jahresfrist)이다. 독일에서는 헌법소원의 대상으로 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 실질적 의미의 법규범도 포함하고 있어 법규명령(Rechtsverordnung)⁴⁶⁾과 자치법규(Satzung),⁴⁷⁾ 실질적인 행정법규(materieller Rechtssatz der Verwaltung)⁴⁸⁾도 심판의 대상에 해당하는데, 이 경우에도 청구기간은 1년이다.⁴⁹⁾ 법률은 효력이 발생하는 施行時를 기준으로 기산하고, 고권행위는 고권행위가 發한 시점을 기준으로 기산한다. (같은 법 제93조 제2항) 遡及效를 가지는 법률의 경우에는 公布時

46) 독일연방헌법재판소의 판례도 이를 인정하고 있다. BverfGE 3, 162(특히 171면); 3, 288(특히 299면); 6, 273(특히 277면); 26, 228(특히 236면); 39, 302 ; 51, 66 ; 53, 1 ; 56, 298(특히 309면). 다만 독일의 경우에는 그 소송구조상 법규명령에 대한 헌법소원심판을 청구하는 경우에 보충성의 원칙이 적용된다. 따라서 당해법원에서도 이 경우의 기본권침해는 구제될 수 있으므로 법규명령에 대한 헌법소원심판은 독일연방헌법재판소의 독점적인 권한은 아니라고 한다. BverfGE 1, 184(특히 189면 이하, 201면); 68, 319(특히 325면 이하) 참조.

47) 독일연방헌법재판소의 판례도 이를 인정하고 있다. BverfGE 1, 91(특히 94면 이하); 12, 319(특히 321면); 40, 187(특히 195면) 참조.

48) 독일연방헌법재판소의 판례도 이를 인정하고 있다. BverfGE 1, 82(특히 83면 이하); 2, 139(특히 141면 이하); 2, 237(특히 242면 이하); 12, 180(특히 199면); 18, 1(특히 15면) ; 33, 18(특히 21면); 41, 88(특히 105면) 참조.

49) Rüdiger Zuck(註 45), 199면 ; Ernst Benda/Eckart Klein, *Lechbuch des Verfassungsproze recht*(Heidelberg : C. F. Müller, 1991), 182면, 236면 참조.

를 기준으로 기산한다고 독일연방헌법재판소는 판시하였다.⁵⁰⁾

獨逸聯邦憲法裁判所는 예외적으로 법률을 구체적으로 실현시키는 법규명령이 늦게 발해져 1년 동안 법률이 결국 아무런 효력도 발생하지 못한 경우나⁵¹⁾ 또는 청구인이 자기의 관련성을 청구기간이 경과된 후에 비로소 알 수 있었던 경우에는,⁵²⁾ 1년의 청구기간은 연장된다고 판시하였다. 내용상 규범의 개정이 있는 경우⁵³⁾에도 기간은 원칙적으로 새로이 진행된다.⁵⁴⁾ 법률이 1951년 4월 1일 이전에 시행된 경우에는 이에 대한 헌법소원심판은 1952년 4월 1일까지 청구할 수 있다.(같은조 제3항)

법률에 대한 헌법소원심판의 청구에서 청구기간을 1년으로 못을 박은 것에 대한 근거로 독일연방헌법재판소는 法的安定性(Rechtssicherheit)의 요청이라고 판시하였다.⁵⁵⁾

(3) 請求期間의 法的性質

이러한 청구기간의 성격에 대하여 독일연방헌법재판소법은 명시적으로 규정하고 있지 않다.

獨逸聯邦憲法裁判所는 “헌법재판소에 관한 법률에서는 추완이 규정되어 있지 않다. 그리고 이와 관련된 연방헌법재판소법 제

50) BVerfGE 1, 415(특히 416면 이하) ; 12, 81(특히 88면) ; 32, 157(특히 162면); 62, 374(특히 382면) ; 64, 367(특히 376면) ; 71, 364(특히 396면) 참조.

51) BVerfGE 34, 165(특히 178면 이하) ; 68, 319(특히 324면 이하)

52) BVerfGE 77, 170(특히 221면)

53) BVerfGE 11, 351(359) ; 12, 10(24) ; 32, 173(181) ; 74, 69(73) ; 77, 170(214)

54) BVerfGE 32, 173(특히 181면) ; 74, 69(특히 73면)

55) BVerfGE 29, 83(특히 97면 이하) 같은 취지의 판례로는 BVerfGE 23, 153(특히 164면) 참조. 이와 관련된 판례로는 BVerfGE 11, 255(특히 260면) ; 18, 1(특히 9면) ; 18 참조.

93조의 문언도 이 점을 말해주고 있다. 따라서 입법자는 추완을 허용하지 않으려고 했다고 보인다. 聯邦憲法裁判所法 제93조는 2가지의 소송행위상의 기간을 규정하고 있다. 제1항에서는 이 사건에서 논의되고 있는 ‘1개월의 기간’(Monatsfrist)이 규정되어 있고, 제2항에서는 법률이나 사전구제절차가 열려 있지 않은 특별한 고권행위에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어 적용되는 ‘1년의 기간’(Jahresfrist)이 규정되어 있다. 이 1년의 기간이 순전한 제척기간(Ausschlußfrist)이라는 점에 의심이 제기될 여지는 전혀 없다. 만일 1년의 기간의 해태가 있음에도 추완이 허용된다고 하면 1년이 경과한 후에는 헌법소원을 통하여 직접 법률에 대하여 다투는 것을 배제한 연방헌법재판소법 제93조 제2항의 목적을 심히 수포로 돌아가게 할 뿐 아니라, 기간도과 후에 법률에 의해 바로 직접 관련될 모든 사람에게 추완이 알려져야 할 것이다. 이와 같은 생각에 견주어 보면 제1항의 기간도 제척기간이라고 생각된다.” 라고 하면서 헌법소원심판청구에서의 청구기간을 사전구제절차를 거치는 경우의 ‘1개월의 기간’이든 사전구제절차를 거치지 않는 경우의 ‘1년의 기간’이든 구별할 것 없이 추완이 허용되지 않는 除斥期間이라고 판시하였다.⁵⁶⁾ 따라서 기간을 懈怠하면 그전의 상태로 돌아가는 것(=追完 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)이 불가능하여 심판을 청구할 수 없게 된다.

56) BVerfGE 4, 309(특히 313면 이하) 같은 취지의 판례로는 BVerfGE 9, 109(특히 115면 이하) ; 28, 243(특히 256면) ; 30, 112(특히 126면) ; 50, 381(특히 384면); 78, 7(특히 15면 이하) 참조. 聯邦憲法裁判所法 제48조의 선거소송에 있어 적용되는 1개월의 청구기간도 같은 취지로 이해한다. BVerfGE 1, 430(431) 참조.

다시 말해 ‘절대적으로 위반해서는 안되는 기간(unabdingbare First)이다. 기간의 경과로 소송행위의 가능성이 완전히 배제된다.⁵⁷⁾ 이러한 점에서 일정한 요건하에 그 전의 상태로 원상회복될 수 있는, 즉 追完이 인정되는 不變期間과 다르다.⁵⁸⁾

그러나 학설에 따라서는 이러한 판례의 견해는 독일기본법 제 103조 제1항에서 보장하고 있는 본안청문권(Gehör in der Sache)이나⁵⁹⁾ 국민의 최종적 권리구제수단(letztem Rechtsbehelf des Bürgers)인 헌법소원심판제도의 성질과도 합치하지 않으며, 나아가 통상 절차상의 문제나 형식상의 문제에서는 그 정형에 있어 엄격한 태도(förmelnde Strenge)를 견지하지 않는 법원의 경향과도 합치하지 않는다는 지적하에 비판이 제기되고 있다.⁶⁰⁾ 독일연방헌법재판소는 소송법에서는 사물의 본성상 實質的 正義(materiale Gerechtigkeit)에 대한 요구와 法的安定性(Rechtssicherheit)에 대한 요구사이에 긴장이 존재하며, 추완의 문제도 이러한 긴장 속에 놓여 있다고 보고 결국 法的安定性쪽에 손을 들어 준 것이지만⁶¹⁾ 비판론은 實質的 正義쪽에서 서

57) Christian Pestalozza (註 37), 189면 ; Rüdiger Zuck(註 45), 301면 ; Bruno Schmidt-Bleibtreu, "§93," in : *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*(註 37), 3면 이하, 27면 이하 참조. 헌법소원심판절차에서의 期間懈怠와 追完에 관한 자세한 것은 Christian Pestalozza(註 37), 55면 ; Rüdiger Zuck(註 45), 112면 이하 참조.

58) 獨逸民事訴訟法上の 期間懈怠와 追完에 관하여는 Kurt Schnellhammer, *Zivilprozeß* 제4판(Heidelberg : C. F. Müller, 1980), 185면, 401면 이하 ; Othmar Jauernig, *Zivilprozeßrecht* 제21판, 金洪奎(譯), 「獨逸民事訴訟法」(서울 : 신원문화사, 1992), 184면 이하, 487면 이하 참조.

59) 독일연방헌법재판소는 독일기본법 제103조 제1항의 이 기본권이 헌법소송에서도 효력을 가진다고 판시하였다. BVerfGE 72, 84(특히 88면) 참조.

60) 이러한 비판론에 관한 자세한 것은 Christian Pestalozza(註 37), 55면 및 같은 면의 脚註 145 참조.

61) BVerfGE 4, 309(특히 314면 이하) 참조.

있다.⁶²⁾

한편 과연 독일연방헌법재판소의 선판례인 ‘BVerfGE 4, 309’의 논증과 견해를 그대로 따르는 것이 타당한 것인가, 사전구제절차를 거치는 경우의 ‘1개월의 기간’과 사전구제절차를 거치지 않는 경우의 ‘1년의 기간’이 성질에서 같은 것인가 등에 대하여 세밀한 검토가 필요하다는 전제하에 비판적인 태도로 접근하는 견해도 있다.⁶³⁾

(4) 公權力의 不行使의 경우

공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판의 청구에 있어서는 위 청구기간의 규정이 적용되지 아니한다. 부작위의 상태가 계속되고 있는 동안은 언제든지 헌법소원심판을 청구할 수 있다.⁶⁴⁾ 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例도 “연방헌법재판소법 제93조는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원청구에 있어서는 기간을 정하고 있지 않다. 부작위가 계속되고 있는 동안 청구된 헌법소원은 적법하다.”라고 판단하여 같은 취지의 견해를 취하고 있다.⁶⁵⁾ 청구인이

62) 헌법소원심판절차에서 기간의 해태가 있는 경우 추완을 인정할 것이냐에 대하여는 제4차 법률개정시 초안에서는 들어 있었다. 그러나 1969. 11. 13. 헌법재판소의 재판관전체회의에서는 반대하는 의사가 표명되었고, 연방의회법사위원회에서 표결에 의해 부정되었다. 결국 1970. 12. 21. 제4차 연방헌법재판소법의 개정에서는 인정되지 아니하였다. Bruno Schmidt-Bleibtreu, “§93,” in : *Bundesverfassungsgesetz*(註 44), 단락번호 4 ; Christian Pestalozza(註 37), 55면 참조.

63) 이에 관하여 자세한 것은 Rüdiger Zuck(註 45), 112면 이하 (특히 115면 이하) 참조.

64) Rüdiger Zuck(註 45), 301면

65) BVerfGE 16, 119(특히 121면). 연방헌법재판소법 제93조가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 있어서는 기간을 정하고 있지 않다는 취지의 판례는 BVerfGE 6, 257(특히 266면) 참조. 부작위가 계속되고 있는 동안 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 취지의 판례는 BVerfGE 10, 302(특히 308면) 참조.

부작위가 종료된 것을 안 경우에는 1년의 기간이 진행된다고 하는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 法院의 裁判(gerichtliche Entscheidung)이나 官廳의 行爲(behördliches Handeln)에 있어 부작위가 종료된 경우에는 독일연방헌법재판소법 제93조 제1항의 1개월의 청구기간이 적용된다고 본다.⁶⁷⁾

(5) 評價的 檢討

법령에 대한 헌법소원심판청구에 있어 청구기간의 적용을 인정하는 것은 찬성하기 어렵다. 법리와 맞지 않는다고 사료된다. 청구기간을 적용하는 한 그 근본적인 모순으로 인하여 예외를 계속 인정해나가지 않을 수 없을 것으로 보인다. 그러나 예외의 인정으로 문제가 모두 해소될 것인지는 의문이다.

그리고 청구기간을 제척기간으로 보고 있는 것은 국민의 재판청구권의 보장이라는 면에서 수긍하기 어렵다. 역시 그 예외를 인정하지 않을 수 없을 것이나, 그러한 조치로 문제가 모두 해결될 것으로 보이지 않는다. 이 점에서는 우리 헌법재판소의 기본적인 견해가 타당하다고 생각한다.

2. 오스트리아

(1) 事前救濟節次를 거치는 경우

66) Rüdiger Zuck(註 45), 301면의 脚註 50) 참조.

67) Christian Pestalozza(註 37), 189면 ; BVerfGE 58, 208(특히 218면) ; Rüdiger Zuck(註 45), 301면의 각주 50) 참조.

오스트리아는 聯邦憲法(Bundes-Verfassungsgesetz 1929) 제140조 제1항과 제144조 제1항에서 憲法訴願審判制度를 두고 있다. 먼저 헌법 제144조 제1항은 일반적으로 법규범을 집행하는 행정청의 처분(Bescheid der Verwaltungsbehörde)과 행정청이 직접 발하는 명령권과 강제권(Befehls-und Zwangsgewalt)의 행사에 대하여 헌법소원심판의 청구를 허용하고⁶⁸⁾, 이 경우에는 사전에 권리구제절차를 거치게 하고 있다.

憲法裁判所法(Verfassungsgerichtshofgesetz 1953) 제82조 제1항은 법규범을 집행하는 행정청의 처분에 대한 헌법소원심판은 행정적인 사건의 권리구제절차를 거쳐(nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges) 최종적으로 행해진 결정을 송달받은 후 6週이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다라고 규정하고 있다. 제2항은 행정청이 직접 발하는 명령권과 강제권의 행사인 행정행위에 대해서도 6주 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 하고, 이 경우에는 그 권력행사를 안 때로부터 기간이 진행되며, 그 권력행사에 의하여 심판청구권의 행사에 장애가 발생한 경우에는 그 장애가 제거된 때로부터 진행한다고 규정하고 있다.

위 법률 제33조는 이러한 헌법 제144조의 경우에 한하여 기간을 해태한 때에는 그 追完이 인정된다고 규정하고 있고, 追完申請에 대하여는 비공개회의에서 결정을 한다고 정하고 있다. 여기에는 민사소송법과 시행법규(Zivilprozeßordnung und Einführungsgesetz)의 규정이 준용되므로(憲法裁判所法 제35조) 민

68) 이 절차에는 순전한 헌법소송이외에도 위법한 법규명령이나 위법한 국가계약의 적용으로 인한 권리침해에 대한 구제까지 포함되어 있으므로 ‘特別行政裁判’(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)이라고 불린다. 자세한 것은 Robert Walter/Heinz Mayer, *Grundriß der österreichischen Bundesverfassungsrechts* 제7판(Wien : Manz, 1992), 420면 이하 참조.

사소송법 제146조 이하가 준용된다.⁶⁹⁾

(2) 事前救濟節次를 거치지 않는 경우

일반 국민이 법률에 의하여 직접 자기의 권리를 침해받았을 때에는 그 법률이 위헌이므로 취소하라는 심판을 헌법재판소에 직접 청구할 수 있다.(聯邦憲法 제140조 제1항) 법률에 대한 헌법소원심판제도이다. 명령에 대해서도 마찬가지이다.(聯邦憲法 제139조 제1항) 이를 통털어 法令에 대한 憲法訴願審判制度라고 할 수 있다. 이른바 ‘個人的請求’(Individualantrag)에 의해 규범통제가 이루어지는 제도이다.⁷⁰⁾ 그런데 여기에는 청구기간의 규정이 적용되지 아니하여 헌법소원심판청구권의 행사에 있어 청구기간에 의한 제한이 없다. 국민은 請求人適格을 갖춘 경우에는 언제든지 법령에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

(3) 評價的 檢討

Hans Kelsen의 사상적 세계에서 창설된 오스트리아의 헌법재판제도는 법적안정성의 이념이 보다 강하게 지배하고 있다. 그러함에도 법령에 대한 헌법소원심판절차에서 청구기간의 제한을 두지 아니한 점을 유의하여 살펴 볼 필요가 있다. 여기는 법적안정성이라는 이념을 청구기간제도를 통하여 달성할 수 있는 영역이 아니라는 점을 직시했을지도 모를 일이기 때문이다. 아

69) Rudolf Machacek, *Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof*(Wien : Manz, 1989), 34면 참조.

70) 자세한 것은 Robert Walter/Heinz Mayer(註 68), 393면 이하, 405면 이하 참조.

무튼 법리적으로 볼 때는 오스트리아의 제도가 독일의 제도보다 이점에서는 타당한 것이라고 평가할 수 있다.

V. 結 論

청구기간의 문제는 법철학적으로는 소송에서 實質的正義와 法的安定性이라는 두 가지의 요구가 긴장을 이루는 장속에서 양자를 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이다. 그런 반면 헌법적으로는 裁判請求權의 보장에서 어느 정도까지 보장해야 하느냐 하는 문제이며 이는 바로 재판청구권제한의 한계문제와 직결된다. 따라서 매우 세밀히 검토되어질 필요가 있다.

헌법소원심판절차에서도 이 점은 마찬가지이다. 현행 헌법소원심판절차에서의 청구기간의 적용문제를 검토하는 데는 우선 사전권리구제절차를 거치는 경우와 그렇지 아니한 경우를 나누어 고찰하는 것이 필요하다. 그리고 법령에 대한 헌법소원심판절차는 성질상 따로이 검토하여야 한다. 그 결과는 法습에 대한 憲法訴願審判節次에서는 請求期間을 적용하지 않는 것이 법리적으로 타당하다고 생각한다. 따라서 이 점에서는 헌법재판소의 판례의 견해에 찬성하지 않는다. 그리고 독일의 입법례도 타당하다고 생각하지 않는다. 오히려 오스트리아의 제도가 타당하다고 생각한다.

請求期間의 性質에서도 사전권리구제절차를 거치는 경우에는 청구기간은 불변기간으로 보아야 할 것이다. 사전권리구제절차를 거치지 않는 경우에는 청구기간을 만연히 제척기간이라고 이해할 것은 아니다. 후자의 경우에는 헌법재판소의 판례의 견해

가 타당하다고 생각한다. 請求期間의 制限方法에서도 主觀的 期間인 ‘안 날’과 客觀的 期間인 ‘있는 날’은 둘 중 어느 하나의 기간만 경과하여도 청구기간은 경과한 것이 된다. 이 점에서는 헌법재판소의 판례의 견해에 찬동한다. 양자의 관계는 請求期間制度의 法理에서 도출되는 것이다.

公權力의 不行使에 대한 헌법소원심판청구에서는 청구기간이 적용될 여지가 없다. 현행 청구기간의 연장문제에 있어서는 연장하는 것이 타당하다고 생각한다. 이렇게 하는 것이 국민의 기본권구제에 좀더 충실한 것이 되기 때문이다.

檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價

李 石 淵

憲法研究官

- 目 次 -

- I. 問題의 提起
- II. 不起訴處分에 대한 憲法訴願에 이르기까지의 問題狀況
- III. 不起訴處分에 대한 憲法訴願과 檢察의 搜查權發動 및 公
訴權行使와의 關係
 - 1. 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 意義
 - 2. 搜查法定主義의 申明과 起訴便宜主義의 制限 내지 修正
 - 3. 檢察實務에 미친 影響
- IV. 不起訴處分 取消決定의 效力範圍
 - 1. 문제의 소재
 - 2. 效力範圍를 둘러싼 見解의 대립
 - 3. 批判 및 私見
- V. 맺 는 말

I. 問題의 提起

현행 헌법소원제도는 기본권 우위의 현대적 법률사조를 가장 극명하게 반영하고 있는 새로운 유형의 헌법소송으로서 헌법의 재판규범 내지 생활규범화를 통하여 국민의 의식 속에 강한 “헌법에의 의지”(Wille zur Verfassung)를 심어 주고 있다.

이처럼 헌법소원의 제도화로 국가공권력 작용에 대한 헌법적 통제가 강화됨으로써 그 동안 우리의 법제도 내지 법체계를 지배하여 온 일련의 원리, 이론들이 헌법적 시각에서 재조명되어야 할 필요성에 직면하고 있는 가운데 기소독점주의와 기소편의주의라는 형사법 원리에 근거한 검사의 불기소처분도 미흡한 소송법적 차원의 규제에서 벗어나 헌법적 차원의 통제를 받게 되었다. 즉 전형적 공권력 작용인 검사의 불기소처분이恣意的으로 행하여짐으로 인하여 헌법상 보장된 기본권(평등권, 재판절차에서의 피해자진술권)을 침해받은 자는 그 구제를 구하는 헌법소원을 제기할 수 있게 된 것이다.

실제로 불기소처분을 대상으로 한 헌법소원을 그 이용율과 관련하여 “헌법소원의 꽃”으로 평가될 수 있을 만큼 국민들에게 헌법소원의 제도적 기능을 피부로 느끼게 하고 있는 바, 이는 헌법재판소 개소 이래(1988. 9.) 1993. 10. 31. 현재 헌법재판소에 심판청구된 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 총724건으로 같은 기간 전체 헌법소원사건(1329건)의 54.5%를 차지하고 있는 데에서 나타난다.¹⁾

특히 헌법재판소는 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 인정하면서 “국가는 이미 범죄가 발생한 경우에 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 할 것이고 형벌권을 행사하지 아니하는 경우에도 최소한 형벌권을 행사하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 결과를 초래할 수 있다고 기대되는 경우에 한정되어야 할 것이다.”²⁾고 판시하여 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주권적 공권 즉 기본권 우위사상에 입각하여 지금까지 형사소송의 기본원리로서 견지되어 온 기소독점주의 특히 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)에 대하여 헌법적 차원에서의 통제를 시도하여 경우에 따라서는 이를 예외적, 한정적인 것으로 보고 이른바 수사법정주의를 당연시하면서 기소법정주의(Legalitysprinzip)를 전면에 내세울 수 있음을 천명함으로써 우리 형사사법에 대한 근본적인 시각의 전환을 요구하고 있다고 하겠다.³⁾

이와 같이 불기소처분에 대한 헌법소원이 헌법적 형사소송의 특이한 영역을 형성하면서 실제로 검찰실무상 형사사법의 운용에 지대한 영향을 미치고 있음에도 학문적 차원에서는 단지 불기소처분에 대한 구제제도로서 재정신청을 보완하는 정도로 여기거나 아니면 인용율이 낮고 인용(취소)결정에 대하여 검찰이 다시 불기소처분을 하기 때문에 그 실효성이 별로 없다는 등의

1) 1993. 10. 31. 현재 불기소처분에 대한 헌법소원의 처리현황을 보면, 총 724건이 심판청구되어 이 중 618건이 처리되었으며 106건이 심판계속 중에 있다. 처리된 618건을 유형별로 보면 인용(취소) 18건, 棄却 260건, 각하 314건, 취하 25건, 기타 1건으로 되어 있다.

2) 헌법재판소 1989. 4. 17 선고, 88헌마 3 결정(헌법재판소 판례집 제1권, 37면)

3) 신동운, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보 제233호 43면.

극히 피상적인 논급만이 있을 뿐 그 제도적 가치를 충분히 인식하면서 그것이 형사소송절차 전반이 미치는 영향을 진지하게 분석하여 이론화하려는 움직임이 거의 없다는 것은 학계로서의 책임회피임과 동시에 우리의 학문풍토의 척박함을 그대로 드러낸 것이 아닌가 한다.⁴⁾

이곳에서는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 형사사법의 해석, 운용에 어떠한 영향을 미쳤는가를 형사절차의 기본권리라는 제도적 측면과 검찰권 행사의 변화라는 실제적 측면에서 평가해 보고, 아울러 헌법재판소에서 불기소처분이 취소되었을 경우 그것이 검찰에 대하여 어떠한 효력을 가지는가를 검토하여 일응의 이론화를 시도함으로써 불기소처분에 대한 헌법소원의 내실화와 활성화를 기하는 계기로 삼고자 한다.

4) 헌법재판소 판례 중 많은 사건이 형사사건과 관련되어 있는 바, 일례로 헌법재판소가 죄형법정주의나 적법절차 등의 형사법원리에 대하여 헌법적 차원에서 수차례 걸쳐 판시하였음에도 불구하고 최근에 집필되거나 개정된 형법교과서 등에서 전혀 이를 원용하거나 이론적 검토를 하지 않고 있는 것은, 같은 글에서 외국의 판례나 우리 법원의 하급심판례까지를 장황하게 인용하고 있는 것에 비추어 볼 때 심히 유감스러운 일로서 우리의 학문적 역량의 현주소를 엿볼 수 있다고 한다. 면 과연 지나친 지적일까?

헌법재판소의 위헌 및 인용결정은 법원을 포함한 모든 국가기관을 기속하는 일반적 효력이 있다는 점에서 더욱 그렇다.(다만 서울대 申東雲교수께서 최근에 발표한 여러 논문과 형사소송법 교과서 등에서 헌법재판소의 형사법관계 판례를 심도있게 분석, 비판하여 그 이론화를 시도하고 있음에 실무자의 입장에서 그나마 다행스럽게 생각한다.)

II. 不起訴處分에 대한 憲法訴願에 이르기까지의 問題狀況

(1) 검사의 불기소처분에 대한 견제 내지 통제의 필요성은 형사사건 중 검찰단계에서 불기소처분⁵⁾으로 종결되는 사건이 전체 사건의 과반수에 이르고 있다는 점에서 그 현실적 타당성이 주어진다.

즉 검찰의 전체 범죄처리인원에 대한 불기소 인원의 비율을 보면 1979년에 34.7%이던 것이 1982년에는 49.7%로 높아졌고 1983년 이후에는 계속 50%를 넘는 비율을 보이고 있으며 특히 1988년에는 전체처리인원 1,146,680명중 불기소인원이 622,622명으로 54.3%를 차지하였으며 1990년에는 48.6%, 1991년에는 전체처리인원 1,563,514명 중 불기소인원이 730,234명으로 46.7%에 이르고 있다.⁶⁾

(2) 검사의 불기소처분에 대한 견제수단으로서의 司法的 統制를 둘러싸고는 1954년 형사소송법 제정 당시부터 많은 논란이 야기되었다. 원래 정부가 제출한 형사소송법 초안(법전편찬위원회 초안)에는 고소인, 고발인에 의한 검찰항고제도만을 규정하고(동 초안 제249조 이하) 재정신청제도는 두고 있지 않았으나 국회심의 과정에서 격론 끝에 모든 범죄의 고소인, 고발인에게 검사

5) 여기서의 불기소처분은 혐의 없음, 공소권 없음, 죄가 안됨 처분뿐만 아니라 기소 유예와 기소중지까지 포함하는 광의의 개념으로 본다.

6) 검찰연감, 대검찰청, 1992, 248-249면.

의 불기소처분에 대하여 재정신청에 의한 구제의 길을 허용하고 검찰항고에 관한 규정⁷⁾은 삭제하였다.(형사소송법 제260조 이하)

그러나 정부는 국회의 이러한 수정안에 대하여 대통령의 법률안거부권을 행사하여 그 불만을 표출하였으며 이에 다시 국회의 재의결하는 등 우여곡절을 겪었다.⁸⁾ 이와 같은 공권력의 중추적 기능인 검찰의 소추재량권에 대한 사법적 통제에 대하여는 국가형벌권의 효율적 행사와 국민의 인권보장에 소홀함이 있어서는 아니된다는 양측면이 첨예하게 대립된 장면의 일례를 남기게 된 것이다. 아무튼 재정신청제도의 도입은 한국의 형사사법에 있어서 국민의 참여기회를 마련하였다는 점에 있어서 그 역사적 의의가 크다 하겠으며⁹⁾ 그후 재정신청제도는 불기소처분에 대한 견제수단으로서 그 중 가장 효과적인 제도로 기능하여 왔다고도 볼 수 있다.

그러나 제3차 형사소송법개정(1973. 1. 25. 법률 제245호)에 의하여 재정신청의 대상이 수사공무원의 직권남용에 관한 형법 제123조 내지 제125조의 죄만으로 대폭 축소됨으로서 재정신청제도의 공동화현상을 초래하였다.¹⁰⁾ 이와 같이 재정신청제도가 제

7) 이미 검찰항고제도는 형사소송법보다 앞서 제정된 검찰청법(1949. 12. 20. 법률 제81호) 제12조에 고소인에게 허용되어 있었으며 그 후 검찰청법 개정(1962. 8. 20. 법률 제1130호)에 의하여 고발인에게도 확대되었다.

8) 형사소송법제정과정에 대한 상세한 내용은 한국형사정책연구원 간행, 『형사소송법제정 자료집』, 1990. 참조.

9) 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대학교 법학, 제29권 제2호(1988. 9.), 50면

10) 재정신청이 공무원의 직권남용죄인 형법 제123조 내지 제125조의 죄만으로 축소된 1973년 이후 1987년까지 15년 동안 법원의 심판에 부하여 진 예는 단 한 건도 없었으며(1987년도에는 총 164명이 재정신청을 하였으나 모두 받아들여지지 않았다.), 1988년에 들어와 비로소 7명에 대하여 부심판결정이 내려진 것으로 나타났다.(법원행정처, 사법연감, 1991년판, 442면)

기능을 발휘하지 못하게 되고 검찰항고 역시 제도 자체가 지니는 제약적 요소로 말미암아 검찰의 소추재량권 특히 불기소처분에 대한 법적인 견제는 거의 형해화되다시피 되었다.(이는 외국의 정비된 견제제도에 비하면 좋은 대조가 된다.) 이러한 상황에서 특히 정치적 의혹사건이나 수사기관에 의한 인권유린사건 등에서 때때로 검찰이 기소독점주의 내지는 기소편의주의를 남용, 특정정파나 수사기관을 비호하여 불기소처분에 나아가는 상황이 전개됨으로써 부당한 불기소처분에 대한 통제 내지 구제수단 강구의 현실적 필요성이 점차 클로즈업되기에 이르렀다.

그러는 사이 민주화와 인권회복을 열망하는 국민적 욕구의 폭넓은 반영물로서 헌법재판소가 국민의 근본결단에 의하여 헌법에 의하여 창설되고, 공권력 작용으로 인하여 헌법상 보장된 기본권 침해에 대한 구제수단으로서 헌법소원제도가 새로이 도입됨으로써 이제 헌법이 국민의 법생활을 직접 규율하는 재판규범 내지 생활규범으로서 국민의 의식 속에 깊숙히 자리잡아 가게 되었으며 이에 따라 그 동안 법치주의의 사각지대에 도피하여 있던 검찰의 소추재량권 그 중에서도 특히 불기소처분이 헌법소원의 대상으로 되어 헌법적 통제를 받게 된 것은 당연하다 할 것이다.

Ⅲ. 不起訴處分에 대한 憲法訴願과 檢察의 搜查權發動 및 公訴權行使와의 관계

1. 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 意義

이른바 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)가 우리 형사사법의 기본원리로서 지금까지 별 다른 의문 없이 학계나 실무계에 의해서 받아들여졌음은 사실이다. 기소편의주의에 의한 불기소처분이 기소편의주의의 합리적 한계를 벗어난 사안에 관하여도 대법원은, 불기소처분을 할 수 있는 재량에는 스스로 합리적 한계가 있으므로 이 한계를 초월하여 기소를 하여야 할 극히 상당한 이유가 있는 사안을 불기소처분한 경우 이는 기소편의주의에 어긋나는 부당한 처사라 하지 않을 수 없고, 이러한 처분을 시정하기 위한 방법의 하나로서 재정신청제도를 두고 있다고 보아¹¹⁾ 이를 어디까지나 소추재량권 일탈의 문제로서 파악하고 있을 뿐이고 기소편의주의 자체에 대한 가치판단의 문제는 제기하지 않았다. 그런데 불기소처분에 대한 헌법소원이 인정됨에 따라 기소편의주의는 헌법적 판단하에서 기소법정주의와의 가치비교를 통한 법률적 차원에서의 선택의 문제에 맡겨지게 되었다.

즉 헌법재판소는 검사의 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 인정하면서 범죄의 발생을 예방하고 이를 물리칠 의무가 국가의 의무임을 전제하고 국가는 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을

11) 대법원 1988. 1. 29. 고지 86모98 결정.

수사하여 형벌권을 행사함으로써(범죄로부터) 국민을 보호하여야 한다¹²⁾고 하고 한편 이러한 맥락에서 실제로 불기소처분을 취소하면서 우리 나라에서는 형사소추절차에 있어서 기소독점주의 및 기소편의주의를 채택하고 있지만 검사가 충분한 수사를 펴 보지도 않은 채 미진한 상태에서 만연히 피의자 등에게 유리한 결론을 내렸다면 이는 고소인의 기본권(평등권과 재판절차진술권) 침해이므로 이러한 검사의 불기소처분에 대하여는 헌법소원 심판절차에서 바로 잡을 수 있음을 강조한 것은¹³⁾ 그 동안 기소독점주의 및 검사동일체의 원칙과 결합하여 많은 폐해를 노정시켰던 기소편의주의의 한계를 인정하고 반면 수사법정주의 및 기소법정주의(Legalitätsprinzip)의 원리를 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무라는 표현을 사용하여 이끌어 내고 있는 것이라 하겠다.

이는 국가기관이 수사 및 공소권을 독점하면서(기소독점주의) 범죄의 소추여부의 전적인 재량권을 가지는 법제도(기소편의주의)는 국가에 의한 범죄의 피해자 보호(즉, 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무)가 충분히 이루어 질 때에만 그 존재의 의미가 있고 국가의 이러한 의무가 충분히 이루어지지 아니할 때에는 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)이 침해되었음을 들어 헌법소원이 가능하며 따라서 기본권을 보호하기 위하여 상기한 국가의 법제도는 수정 내지 변경이 가능하다는 점을 천명한 것이다.¹⁴⁾ 현행 헌법이 적법절차 조항 등을 통

12) 주(2) 참조.

13) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고, 89헌마83 결정 ; 1990. 11. 19. 선고 89헌마116 결정 등.

14) 기소독점주의 및 기소편의주의와 기본권우위주의와의 괴리 및 조화문제에 관하여는拙著 『헌법소송의 이론과 실제』 1993. 개정판, 78면 이하 참조.

하여 형사소송의 헌법화를 강화함으로써 지금까지 형사소송절차를 조성해 오던 원리나 일련의 행위들은 헌법적 시각에서 재조명, 재구성되어야 할 필요성에 직면하였거니와 검사의 수사권과 소추재량권에 대한 헌법소원절차를 통한 통제도 같은 시각의 일단이라 하겠다.

2. 搜查法定主義의 천명과 起訴便宜主義의 制限 내지 修正

(가) 범죄의 혐의가 있을 때 범인과 범죄사실, 증거를 수사하여야 하는 것은 법의 과수자(Wachter des Gesetzes)로서의 검사의 기본적 의무이다. 법과괴의 혐의가 있음에도 불구하고 自意 또는 他意로 검찰이 수사권을 발동하지 아니하거나 또는 발동된 수사권을 정당한 이유 없이 중단하는 것은 직무유기에 해당하는 것이다.¹⁵⁾ 기소법정주의가 검사의 恣意에 의한 공소권남용을 방지하고 공소제기의 공평성과 법적 안정성을 유지하는 장점이 있는 반면 객관적 혐의가 있으면 일률적으로 공소제기가 강제되므로 형사사법에 있어서 구체적 타당성을 결할 염려가 있고 또한 형사정책적 견지에서의 합목적성의 고려에 부응하지 못한다는 단점도 아울러 가지고 있는 것은 사실이나 검찰권행사의 독립성의 확보라는 관점에서 보면 기소법정주의가 그에 기여하는 바가 적지 않음을 간과해서는 아니된다. 즉, 기소법정주의는 검찰권을 법에 기속시킴으로서 외부적 세력 특히 정치적 자의로 부터 부당하게 영향받는 것을 차단하고 있기 때문이다. 기소법정주의

15) 沈在宇, 검찰권의 독립, 대한변호사협회지, 1982. 6. 13-14면.

하에서는 검찰권의 법률적 구속성을 무시하고 내려지는 상부로부터의 지시는 그 자체 구속력이 없어 아무런 기능을 발휘하지 못한다.¹⁶⁾ 따라서 정당이나 행정부로부터의 부당한 간섭으로 인하여 자칫 정치사법(politische Justiz)으로 전락할 위험성이 도사리고 있는 기소편의주의에 물든 풍토에서는 기소법정주의의 가미 내지 채택이야말로 검찰권의 적정한 행사를 담보하는 효과적인 방안이 될 수 있음을 상기하고자 한다.

(나) 따라서 이제 검사는 기소여부의 판단에 있어서 주관에 흐르기 쉬운 형법 제51조의 사항만을 기계적으로 적용하는데 그칠 것이 아니라 공익상 필수적인 범통일의 원칙과 법앞의 평등 원칙 등 헌법상의 가치(제약)를 고려하여야 할 시점에 와 있는 것이다.¹⁷⁾ 모든 공권력작용의 기본권기속성 내지 헌법적 통제라는 측면에서 검찰의 소추재량권을 파악할 때 형사사법의 대원칙이었던 기소독점주의 특히 기소편의주의는 그 자체 일정한 내재적 한계를 수반하고 있으며 따라서 헌법이념 내지 원리에 의한 구속을 수반하지 않는 기소편의주의는 더 이상 그 타당성의 근거를 상실하게 되며 기소편의주의를 앞세운 검찰의 주관적, 자의적인 소추재량권의 행사는 위헌적인 공권력의 행사로서 헌법소원심판을 통한 통제의 대상이 된다 할 것이다.

사실 기소편의주의의 영역에서는 정의의 문제나 형평의 원칙은 도외시되기 쉬운 반면 재량 또는 판단여지(Spielraum)가 지켜지는 한 검찰내부의 상사로부터의 지시나 법무부장관의 지시 등은 당연히 허용되는 것으로 인식되며¹⁸⁾ 심지어 외부로부터의 당

16) Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und GVG, Teil I, 1964, Rn. 395.

17) BGHSt 15, 115.

18) C. Roxin Strafverfahrensrecht, 20 Aufl., S. 49 ; 기소법정주의를 채택하고 있는

과적인 지시나 압력도 기소편의주의의 너울에 가려 정당화, 합법화된다. 이는 분명히 사인소추를 금하고 국가소추주의를 확립한 근본 목적에 반할 뿐 아니라 범죄투쟁의 합목적성이라는 형사정책의 이념에도 배치되는 것이다.

기소편의주의라는 형사사법의 대원칙만을 지나치게 앞세운 나머지 검사의 소추재량권에 대한 맹신 내지 무비판적 수용은 결과적으로 모든 국민의 국가행위로부터 균등한 대우를 받을 권리(평등권) 및 범죄로부터 보호받을 권리(재판청구권, 형사피해자의 재판절차진술권, 범죄피해자구조청구권 등) 등의 헌법상의 기본가치(주관적 공권)의 훼손을 방치하는 것이 되었다. 따라서 헌법의 기본가치를 지키기 위해서 이제 많은 폐해를 노정한 기소독점주의와 기소편의주의, 그 중에서도 특히 기소편의주의에 대하여는 헌법적 차원에서의 공제를 가하지 않으면 안 될 계제에 이르렀으며 불기소처분에 대한 헌법소원은 바로 이러한 흐름(조류)의 일환이며 이는 결국 형사사법의 운용에서의 기소법정주의적 시각에로의 인식전환의 필요성으로 이어지는 것이라 하겠다.

(다) 원래 기소독점주의나 기소편의주의는 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무를 달성하기 위한 효율적인 수단으로 인정된 법률상의 원칙(헌법상의 원칙이 아니다)이며 한편 기소편의주의가 기소독점주의의 논리적 연장선상에 있는 것도 아니다. 따라서 기소법정주의를 택할 것인가 기소편의주의를 택할 것인가는 입법정책상의 문제로서 헌법적 차원의 결단(헌법개정사항)을 요하는 것은 아니다. 이런 점에서 기소편의주의, 기소법정

독일에서는 법무장관이나 검찰장관의 지시에도 한계(Grenzen)가 있으며, 검사가 진실과 정의에 반하여 범죄를 소추하지 아니하면 직무상 형벌포기(Strafvereitelung im Amt ; 258 StGB)의 책임을 지게 된다.(Roxin, ibid)

주의의 선택문제를 형벌권 행사에 관한 국가적 결단의 변경을 의미하는 것으로 보고 헌법소원심판절차에서 이를 좌우할 수 없다는 견해¹⁹⁾는 법률상의 기소독점주의 및 기소편의주의를 헌법상의 원칙으로 혼동하고 있는 오류를 범하고 있는 것이다. 현행 법률상의 기소독점주의 및 기소편의주의 등의 원리는 입법적 차원의 결단이므로 법률에 대한 위헌여부 판단권을 지닌 헌법재판소의 헌법적 판단에 의하여서도 일정한 요건하에 그 수정 내지 변경 가능성을 제시할 수 있는 것이다.

아무튼 불기소처분에 대한 헌법소원의 인정과 그 판시의 허용 근거로 인하여 헌법재판소의 의도 여하에 불구하고 그 동안 검찰권 운용의 고정관념으로 기능하여 왔던 기소편의주의에 대한 편향된 시각을 탈피하여 적어도 수사법정주의를 확립하면서 제한된 범위에서나마 기소법정주의에로의 과감한 의식(시각)의 전환을 요구하고 있다고 보아야 할 것이다.

3. 檢察實務에 미친 영향

헌법재판소가 검사의 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 삼아 취소하기 시작한 1989년 이후 수사 및 사건종결과정에서 검사의 의식형성에 적잖은 영향을 미친 것으로 파악되고 있다. 사실 인정과 증거판단 등에서의 검사의 재량이 자의적으로 이루어져 불기소처분에 나아갈 때 헌법판단의 대상이 된다는 사실 자체에서 검사의 수사에 임하는 자세의 변화를 굳이 일선 수사검사들의

19) 헌법재판소 89헌마13 검사의 공소권 행사에 관한 헌법소원 사건에서의 법무부장관의 의견서(답변서) 참조.

토로가 아니더라도 충분히 감지할 수 있다고 하겠다.

이러한 사실은 검찰항고, 재항고제도의 운용에서도 여실히 나타나고 있다.

즉 불기소처분에 대한 검찰재항고의 경우 1988년 이전에는 매년 30-40건에 불과하던 재기수사명령이 1989년 이후에는 131건(1989년), 140건(1990년), 112건(1991년)으로 늘어난 것은²⁰⁾ 불기소처분의 당부에 대하여 가급적 검찰내부에서 신중히 판단하여 바로 잡겠다는 움직임을 실증하는 것이다.

논자에 따라서는 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용율이 낮음을 지적하여 제도의 가치를 폄하하려는 견해도 없지 않는 바, 인용율이 낮은 것은 사실이나(1993. 10. 31. 현재 총 인용사건 18건으로 인용율 2.5%) 헌법재판소에서 단 1건이라도 불기소처분이 취소될 가능성이 존재한다는 사실만으로도 검사로 하여금 수사의 신중을 기하고 자의적인 불기소처분의 남용을 방지하는 심리적인 견제장치의 역할을 충분히 수행하고 있다는 점을 고려할 때 인용율이 낮은 것이 오히려 바람직하다고 할 것이다.

여기서 강조하고 싶은 것은 이론적인 뒷받침의 미비와 운용상의 제약적 요소(예컨대 고발인의 청구인적격의 부인, 심판청구시 공소시효 정지효의 불인정 등)에도 불구하고 불기소처분에 대한 헌법소원이 폭주하고 있는 현상은 그 동안 검찰공권력 작용에 대한 사법적 권리구제 장치가 없었다거나 설사 유사한 제도가 있었다 하더라도 그 기능을 제대로 수행하지 못하였다는 것은 반증하고

20) 검찰연감, 대검찰청 1992. 378-379면, 특히 불기소처분을 처음으로 인용하기 시작한 1989년의 경우 총 재항고 접수건수(1435건)가 전년도(1449건)에 비해 줄어들었음에도 재기수사명령이 전년도 48건에서 131건으로 급격히 높아진 것으로 나타났다.

있다는 점이다. 검찰의 소추재량권에 대한 헌법적 차원에서의 통제를 바라는 이러한 현상을 이제 헌법해석론의 전개에서도 기본권침해에 대한 구제를 어느 국가기관에서 담당하느냐라는 기관중심적인 접근방법이 아닌 어떻게 하면 헌법상 보장된 국민의 기본권을 실질적으로 신장시킬 수 있는 가라는 기능중심적 사고를 요구하고 있는 것으로 보아야 할 것이며 따라서 불기소처분에 대한 헌법소원으로 표출된 국민들의 헌법의식에 대하여 종래의 기관중심의 사고에 젖은 나머지 남소유발현상으로 매도하면서 비판하거나 置之度外하여서는 아니되리라고 본다.

이런 점에서 우리는 불기소처분을 대상으로 한 헌법소원심판에 대하여 헌법재판소가 검찰의 감독기관 내지 상급기관의 역할을 하는 것이 된다거나 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시켰기 때문에 더 적극적으로 그 대상을 찾은 결과라거나 인용율이 낮고 검찰에 대한 기속력의 면에서 실효성이 의문시된다거나 또는 많은 시간을 불기소처분에 대한 헌법소원의 심리에 치중하여 헌법재판소 본연의 임무에 소홀한다거나²¹⁾ 따라서 불기소처분의 당부에 대한 심사는 모두 일반법원에 맡기고 헌법재판소는 더 높은 차원에서의 심판만을 맡아야 할 것이라는 등의 다분히 기관중심적이고 책임회피(전가)적인 비판을 하기에 앞서 왜 많은 국민들이 헌법소원에 일말의 기대를 걸고 이를 활용하고 있는가

21) 마치 위헌법률심판만이 헌법재판소의 본연의 임무이고 헌법소원심판은 부차적인 것으로 생각하여 헌법소원의 제도적가치를 폄하하려는 경향이 있으나 이는 잘못된 인식이다. 헌법소원심판과 위헌법률심판은 동일하게 헌법재판의 중추적인 역할을 하는 것으로서 헌법재판제도를 이용하는 국민의 입장에서는 오히려 헌법소원제도가 훨씬 더 피부에 와 닿는 제도임을 상기하고자 한다. 이는 우리 헌법재판소나 독일연방 헌법재판소에 심판청구된 전체 헌법소송사건 중 헌법소원사건이 89-90%에 달하고 있는 것만 보아도 알 수 있다.

를 직시하여 우선 현행제도가 합리적으로 운용되어 국민들에게 확고한 헌법의식을 심어줄 수 있는 적극적 헌법판단이 가능하도록 건설적인 비판과 대안의 제시가 요구된다는 것을 강조하고 싶다.

IV. 不起訴處分 取消決定의 效力範圍

- 憲法訴願이 認容되면 檢察은 당해 不起訴 事件을 提訴하여야 하는가?

1. 문제의 소재

(가) 헌법소원의 인용결정의 기속력과 관련하여 불기소처분에 대한 헌법소원이 인용되었을 경우 당해 인용결정의 효력이 피청구인인 검찰에 대하여 어떠한 의무를 부여하는가 즉 동 인용결정과 관련하여(인용결정이 검찰을 기속함은 물론이다.) 불기소처분을 취소한다는 의미가 구체적으로 당해 피의사실에 대하여 수사를 보강한 후 공소를 제기하여야 할 의무가 있는 것으로까지 이어지느냐가 문제된다.

헌법재판소법 제76조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 규정하고 있으며, 같은 조 제3항은 헌법소원을 인용하는 경우 헌법재판소는 기본권 침해의 원인이 되는 공권력 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있으며, 이어 제4항은 “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청

구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 불소처분에 대한 헌법소원의 인용결정의 주문은 고소사건에 있어서 검사가 피의자에 대하여 한 불기소처분은 청구인(고소인)의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 형식이며, 통상 이유의 결론에서는 다시 검사로 하여금 취소 사유로 적시한 수사의 미비점 내지 의문점들을 더 수사하여 즉 수사를 보강한 후에 피의자에 대하여 그 책임에 상응하는 처분을 할 수 있게 하기 위하여 당해 불기소처분을 취소한다는 취지로 판시하고 있다.

여기서 『더 수사하여(또는 수사를 보강하여) 그 책임에 상응하는 처분』을 한다는 것이 무엇을 의미하는가에 대하여는 아직 학계에서 본격적으로 논의된 바는 없지만 실무상 분류하여 본다면 일응 단순히 검찰로 하여금 수사를 다시하도록 명한 것에 지나지 않는다는 견해(재수사명령설), 기소를 전제로 한 수사의 보강이라는 견해(기소강제설) 및 인용결정된 사건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해(개별적 판단설)로 분류해 볼 수 있지 않는가 한다. 특히 이 문제는 전형적인 공권력작용인 검찰권에 대한 실질적 통제의 차원을 넘어 헌법소원의 기속력의 범위를 어느 선에서 한계 지을 것인가의 점에서 헌법소원의 본질 내지 실효성의 확보라는 측면에서도 중요한 의미를 지닌다 하겠다.

(나) 실제로 헌법재판소에서 인용(취소)결정된 불기소사건을 검찰에서 어떻게 처리하고 있는가를 살펴봄으로써 이 문제에 대한 논의가 불기소처분에 대한 헌법소원의 실효성확보 내지 제도적 가치를 담보하는 차원에서 중요한 의의가 있음을 상기하고자 한다.

법무부의 내부자료에 따르면 1993. 10. 31현재 헌법재판소에 의해서 취소된 총 18건의 불기소사건 중 4건은 수사를 재기하여 공소를 제기하였고, 피의자가 무혐의를 주장하면서 기소유예처분을 대상으로 하여 제기한 헌법소원심판절차에서 인용된 3건(이 중 1건은 군검찰관의 처분임)은 헌법재판소의 판시 취지대로 모두 무혐의 불기소처분을 하였으나 취소결정된 7건은 다시 수사한 결과 또 다시 무혐의 불기소처분을 하였으며 나머지 4건은 재기하여 현재 수사가 진행 중인 것으로 나타나 있다.

2. 效力範圍를 둘러싼 見解의 대립

(1) 再搜查命令說

법무부(검찰)측의 입장으로서 기본적으로 헌법재판소의 인용결정은 헌법재판소법 제75조 제3항에 의하여 공권력의 행사인 불기소처분을 취소하는데 그치는 것이므로 일단 불기소처분을 취소시킴으로써 헌법재판소의 사명을 다한 것이 되고 그 후 검사가 결정취지(취소)에 따라 새로운 수사(보강수사)를 하여 기소여부를 결정하는 것은 검찰의 재량에 속하므로 불기소처분의 인용결정은 결국 재기수사명령에 지나지 않는다는 것이다. 그리고 불기소처분에 대한 헌법소원은 불기소처분자체의 효력을 인정할 것인지의 여부에 귀착되고 기소명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극 이행을 요구하는 것이므로 헌법재판의 성질상 허용되지

않는 것으로 본다. 더 나아가 만일 헌법재판소의 기소명령에 따라 기소하여 법원에서 무죄판결이 선고될 경우 그에 따른 책임소재의 불분명과 헌법재판소의 권위의 손상이 우려된다는 것이다.

이 견해는 결국 기소독점주의와 기소편의주의를 불변의 전제로 하고, 한편 인용결정의 주문이나 이유의 어디에도 기소강제라는 취지의 표현이 엿보이지 않을 뿐만 아니라 현행 헌법재판소법의 문리해석상으로도 기소강제를 명하는 것은 무리라는 데 근거하고 있다. 이러한 입장에서 검찰은 앞서 본 바와 같이 case by case로 헌법재판소에서 취소결정한 불기소처분을 재수사한 결과 새로운 증거가 발견되지 않았다는 이유로 재차 무혐의 불기소처분하고 있다.

(2) 提訴強制說

헌법재판소의 불기소처분의 취소결정은 기소를 전제로 한 수사의 보장 내지 재수사결정이므로 검찰은 헌법재판소의 결정취지에 따라 기소를 하여야 한다는 것이다.

즉 헌법재판소의 결정에 “기속”되어 “새로운 처분”인 기소를 하여야 할 의무가 있다고 보아야 하고 그렇지 않고 헌법재판소의 결정을 단지 “새로운 수사”를 명한 것으로만 본다면 검찰의 불기소처분과 이에 대한 헌법소원이 끝없이 반복되어 헌법소원의 제도적 취지가 몰각된다는 것이다.²²⁾

22) 1993. 10. 31. 현재 헌법재판소의 인용결정에 대하여 검찰이 또다시 무혐의 결정하자 검찰항고, 재항고를 거쳐 다시 헌법소원을 제기한 사건이 3건으로서 이 중 93헌마113 사건에 대하여는 재인용결정을 한 바 있다.(헌법재판소 1993. 11. 25. 선고)

이 견해는 기본적으로 기소독점주의, 기소편의주의라 하더라도 그로 말미암아 국민의 기본권보장이 철저하지 못하게 되는 결과가 초래될 때에는 그 제도의 존립근거 내지 정당성의 논거역시 재검토될 수 있다는 이른바 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)의 우위사상에 입각해 있다고 하겠다.

(3) 個別的 判斷說

이 설은 검사의 불기소처분이 누가 보아도 지나치게 자의적이거나 편파적인 수사에 의한 것이어서 정의와 형평에 반하거나 또는 헌법판단, 법률적용 또는 증거판단 등에 있어서 중대한 잘못이 있어 명백히 헌법상 보장된 기본권을 침해하고 있음을 이유로 하여 불기소처분을 취소하는 경우에는 헌법재판소의 인용결정은 당해 피의사실에 대한 공소제기를 뜻하는 것으로 보아야 하지만 그러한 정도에 이르지 아니한 경우에 하는 불기소처분의 취소결정은 결정이유에서 적시한 의문점 등에 대하여 수사를 보강(속개)하라는 의미에 그치고 기소여부는 검찰의 재량에 맡겨야 한다는 견해이다. 결국 이는 검찰의 기소독점주의를 존중하면서 헌법재판소의 불기소처분에 대한 심판범위를 헌법문제의 판단에 엄격히 제한하려는 입장이라 하겠다.

독일의 경우 연방헌법재판소에서 인용되어 일반법원으로 환송된 재판에 대한 헌법소원사건 중 법원의 심리결과 그 중 약 20%만이 헌법재판소의 인용취지(파기환송취지)와 같은 결론을 내고 있다는 사실도 이 견해의 논거의 하나를 제공하고 있다.

3. 批判 및 私見

(가) 주지하다시피 검사의 불기소처분은 그 실질에 있어서 처분의 형식상 피의자를 대상으로 하는 적극적 처분의 성격을 띄고 있으나 피해자를 중심으로 하여 보면 피해자(고소인)에 대한 보호를 포기한 소극적인 부작위처분의 성격을 함께 지니고 있어 그 자체 이중적 성격을 지니고 있다고 할 것이다.²³⁾ 이러한 맥락에서 볼 때 검사의 자의적인 판단이 개재되어 당연히 행사하여야 할 공소권을 행사하지 아니한 것은 공권력의 불행사에 해당하는 것이며 헌법재판소의 불기소처분의 취소에는 이러한 공권력의 불행사에 대한 판단(위헌확인)도 포함되어 있다고 볼 것이다.

따라서 헌법재판소법 제75조 제4항에서 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 “새로운 처분”을 하도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 물론 여기의 “새로운 처분”의 범위를 둘러싸고 해석상 논란의 여지가 있을 수 있지만 적어도 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정에서는 앞서 본 바와 같이 이미 공권력의 불행사라는 소극적인 부작위처분에 대한 위헌판단이 있었으므로 이러한 판단취지에 따른 새로운 처분은 동일한 형태의 불기소처분이 아닌 즉, 기소처분을 의미한다고 보는 것이 논리적이라 하겠다. 재수사를 새로운 수사라 하여 이를 “새로운 처분”에 해당하는 것으로 보는 견해도 있을 수 있으나 수사는 결국 기소나 불기소처분의 형태로 종결되므로 재수사 자체를 새로운 처분

23) 헌법재판소1989. 4. 17. 선고, 88헌마3결정 참조.

의 범주에 포함시키기는 어렵다 할 것이다.

그렇다면 헌법재판소의 현행과 같은 형태의 주문 및 이유에서 밝힌 불기소처분의 취소결정은 결국 기소를 전제로 한 수사의 보장을 의미한다 할 것이므로 피청구인인 검사로서는 불기소처분의 전제가 된 당해 피의사실에 대하여 헌법재판소의 인용결정의 이유에서 지적한 의문점들을 더 수사하여 공소를 제기하는 것이 헌법재판소의 결정취지를 살리는 것이라고 생각된다.

한편 헌법재판소로서도 헌법재판소법에 명문의 규정은 없지만 그 입법적 불비를 보완한다는 측면에서 그리고 특히 불기소처분이 실질적으로 적극, 소극의 양면적 성격을 지닌 점에서 불기소처분의 취소와 동시에 공소제기를 명하거나 또는 공소권의 불행사가 위헌임을 확인하는 주문을 냄으로써 불기소처분에 대한 헌법소원의 실효성이 확보되도록 하여야 할 것이다. 비록 주문에서는 지금까지처럼 불기소처분의 취소를 명함에 그친다 하더라도 주요한 결정이유(tragende Entscheidungsgründe)에도 기속력이 있음을 감안하여 이유에서 기소강제의 취지를 밝힘으로서 당해 불기소처분의 취소가 기소를 전제로 한 것임을 명확히 할 수도 있을 것이다.²⁴⁾

24) 그런 점에서 헌법재판소가 최근 헌법재판소에서 인용(취소)된 불기소처분을 검찰이 동일한 이유로 재차 무혐의 불기소처분을 하여 또다시 심판청구된 헌법소원사건을 인용한 것은 헌법소원의 실효성의 확보라는 점에서 중요한 의미를 가진다 하겠다.(1993. 11. 25. 선고, 93헌마113결정) 다만 재인용결정의 이유에서 기소강제의 취지를 명확히 밝히지 않고 단지 『(검찰이) 종전의 불기소처분의 이유와 동일한 이유를 들어 만연히 피고소인들에 대하여 다시 불기소처분을 한 것은 헌법재판소법 제75조 제1항에서 명시된 헌법소원 인용결정의 기속력을 간과하고 거듭 자의적인 증거판단을 한 것이거나 적어도 마땅히 조사하여야 할 중요한 사항을 조사하지 아니한 무성의하고 자의적인 수사임을 면치 못한다.』고 하면서 『검사의 불기소처분을 취

(나) 이에 대하여 검찰은 기소편의주의의 위배라고 주장하나 기소독점주의와 기소편의주의는 법률상의 원칙으로서 범죄로부터 보호받아야 할 국민의 주관적 공권(기본권)에 우선하는 절대적인 원칙이 아닐뿐더러 헌법재판소는 이미 앞서 살펴본 바와 같이 범죄로부터 국민을 보호하기 위하여는 수사법정주의와 기소법정주의를 전면에 내세울 수 있음을 천명하여 기소독점주의, 기소편의주의와 같은 형사법원리를 헌법적 시각에서 재조명한 바 있다.

또한 공소제기명령은 행정청으로 하여금 공소제기라는 또 다른 처분의 적극적 이행을 요구하는 것이므로 헌법소원의 성질상 허용될 수 없다는 주장은 행정소송을 인용하는 경우나 통용될 수 있을런지는 몰라도 공권력에 의한 기본권침해 상태의 제거를 통한 객관적 헌법질서의 보장이라는 헌법소원의 제도적 기능과 헌법재판소의 정책형성적 기능 등을 직시할 때 오히려 공권력행사의 취소와 동시에 새로운 처분을 병행하는 것이 헌법재판의 본질에 더 합당하다고 보아야 할 것이다. 한편 검찰은 헌법재판소의 기소명령에 따라 기소되어 법원에서 무죄판결을 받을 경우 책임을 질 사람이 불명하고 헌법재판소의 권위가 손상될 우려가 있음을 들고 있으나 이는 사실상의 문제이지 법리적 측면의 문제는 아니며, 오히려 법원의 엄격한 심리과정을 거쳐 실체적 진실을 밝히는 것은 그 자체가 기본권보장을 위한 또 다른 중요한

소하는 헌법재판소의 결정이 있는 때에 그 결정에 따라 불기소한 사건을 재기수사하는 검사로서는 헌법재판소가 그 결정의 주문 및 이유에 실시한 취지에 맞도록 성실히 수사하여 결정을 하여야 할 것이다』라고만 판시함으로써 아쉬움을 남기고 있다.

기능이라 할 것이므로 설사 무죄가 된다 하더라도 그로 인하여 헌법재판소의 권위가 손상된다고 볼 수 없다.²⁵⁾ 헌법재판소도 불기소처분에 대한 헌법소원사건의 심리과정에서 직권에 의한 증거조사제도(헌법재판소법 제31조)를 적극활용하여 증거판단이나 사실인정 등에서 검사의 자의성이 명백히 엿보이는 경우에 비로소 인용결정을 함으로써 기소 후 무죄판결의 가능성을 최소화하도록 하여야 할 것이다.

(다) 한편 개별적 판단설은 불기소처분 취소의 유형을 일용 헌법위반이 현저한 경우와 그렇지 아니한 경우로 구별하는 듯한 전제에서 출발하고 있으나 결정이유 중의 “피청구인인 검사가 피의사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법해석, 법률적용 또는 증거판단에 있어 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있을 때”라는 판시에서 알 수 있듯이 불기소처분에 대한 헌법소원의 심판범위와 관련하여 이미 헌법재판소로서는 헌법판단에만 관여하고 있는 점에서(따라서 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용율이 극히 낮은 것이 실정이다) 적어도 헌법재판소에서 인용결정된 불기소처분은 모두 헌법적 오류가 개재되어 있음을 전제로 하고 있다는 점을 간과하고 있다 하겠다.

(라) 생각건대 독일형사소송법이 기소강제절차와는 별도로 검사의 공소유지의 미비점을 보완하기 위하여 일부 범죄에 대하여

25) 일본에서도 불기소처분의 당부를 사후심사하는 권한을 지닌 검찰심사회의 “기소 상당”의 의결에 의하여(그 의결에 법적구속력은 없음) 기소된 사건에 대한 제1심 판결에서의 무죄율이 높은 것으로 나타났다. 즉 검찰심사회제도가 발족하였던 소화24년에는 기소사건의 44%가 무죄였으며, 그후 소화58년까지 평균 8.6%의 무죄율을 기록하고 있다.(윤영근, 일본의 기소유예제도 운용실태에 관한 연구, 법무자료 제124집, 19-20면 참조.)

피해자의 공소절차에의 참가제도(동법 제5편)을 채택하고 있는 점을 고려할 때 우리의 불기소처분에 대한 헌법소원이 독일 형사소송법의 이러한 기능을 보완, 대체한다는 측면에서나 어렵사리 도입된 『헌법소원의 꽃』으로서 국민들의 지대한 관심과 참여를 불러 일으키고 있는 불기소처분에 대한 헌법소원의 실효성을 확보하여 헌법소원제도의 활성화와 내실화를 기한다는 측면에서도 검찰은 헌법재판소의 취소결정에 따라 수사를 보강한 후 기소하여 법원의 판단(판결)을 통하여 자신의 처분(결정)에 대한 최종적 평가를 받는 것이 바람직하다 하겠다.

더 나아가 헌법재판소의 불기소취소결정에 대하여 검사가 자의적으로 동일한 결론을 내는 것을 막기 위하여 당해 불기소처분의 대상이 된 피의사건의 수사 및 공소유지를 담당할 특별검사 내지 특별변호사제도의 도입이 요망된다 하겠다. 아울러 형사소송법상의 재정신청의 경우(형사소송법 제262조의 2)와 마찬가지로 헌법소원심판이 청구된 때로부터 아니면 전원재판부의 심판에 회부된 때로부터 결정선고가 있을 때까지 당해 불기소처분의 대상이 된 범죄(피의사실)의 공소시효의 진행을 정지하도록 하는 것이 타당하다고 본다.(그러나 헌법재판소 판례는 입법론으로서서는 몰라도 해석론으로서서는 형사소송법 제262조의 2의 유추해석에 의한 공소시효의 정지는 이를 인정할 수 없다는 입장에서 있다.)²⁶⁾

26) 헌법재판소 1993. 9. 27. 선고, 92헌마284 결정, 이 결정에는 전원재판부 회부결정시부터 공소시효정지의 효력이 발생하는 것으로 해석하여야 한다는 3인의 재판관의 반대 의견이 있다.

V. 맺는말

국가형사사법조직의 근간을 이루는 검찰권의 적정한 운용은 국가존립의 기반이 되는 것인 만큼, 검찰권의 행사에恣意와 부정의가 개입하게 되면 국민의 국가기관에 대한 불신이 가중되어 사회불안과 체제자체에 대한 위협 요인으로 직결된다. 특히 우리와 같이 검찰의 권한행사에 있어서 외부로부터의 감시와 통제가 철저히 배제되어 있는 상황에서는 검찰의 소추재량권 그 중에서도 불기소처분에 대한 국민적 참여의 시각에서의 통제방안이 절실히 요구되어 짐은 이미 지적한 바 있다. 이러한 점을 고려할 때 불기소처분에 대한 헌법소원제도야말로 국가공권력의 핵심기능에 대한 불신과 불만을 적절하게 수렴하고 여과하는 형사사법의 안전판 역할을 한다고도 말할 수 있을 것이다.

물론 검찰의 권한행사에 대한 통제제도가 완비되고 검찰권의 운용과정에서의 혁신이 이루어져 검찰의 소추재량권의 적정한 운용이 제도적, 현실적으로 담보된다면 불기소처분에 대하여도 헌법소원에 의한 통제에까지 나아갈 필요는 없을 것이다. 그러나 이러한 주장은 하나의 이상론에 불과하며 경험적으로 보아 오히려 우리 나라와 같은 정치문화적 풍토에서는 검찰의 소추재량권에 대한 헌법적 차원에서의 통제가 절실함을 상기할 때,²⁷⁾

27) 이런 점에서 형사소송법상 재정신청이 허용되는 범죄에 있어서 재정신청을 거친 피의사실의 불기소처분에 대하여도 헌법소원이 가능하며 다만 이 경우 헌법소원의 보충성의 원칙상 재정신청과 재정신청(기각결정)에 대한 대법원의 즉시항고(형사소송법 제415조)를 거친 후에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다. 같은 맥락에서 재정신청이 모든 범죄에 걸쳐 확대되더라도 불기소처분에 대한 헌법소원이 가능한 것이다.

더 나아가 재정신청이 모든 범죄로 확대되고 법원의 재판이 헌법소원의

현단계에서는 불기소처분에 대한 헌법소원제도가 가장 바람직한 대안이라 하겠으며 따라서 현행 불기소처분에 대한 헌법소원제도가 원만하게 운용될 수 있도록 제도적 및 현실적 차원에서의 학계와 법조실무계의 적극적인 관심과 건설적 비판이 절실히 요망된다 하겠다.

대상에 포함되더라도 불기소처분 자체의 공권력적 특수성을 감안할 때, 재판(즉 제정신청기각결정) 또는 원처분인 불기소처분 자체에 대하여 선택적으로 헌법소원이 허용되어야 하리라고 생각한다.(이 문제에 관한 상세한 논의는拙著 『검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 연구』 서울대 박사학위논문, 1991. 8. 85면 이하 참조.)

憲法上 平等概念의 理解

黃 道 洙

憲法研究官

- 目 次 -

- I. 序 論
- II. 論議의 節圍
- III. 아리스토텔레스의 平等概念
- IV. 絶對的 平等概念의 어려움
- V. 平等概念 無用論
- VI. 結 論(論議의 整理)

I. 序 論

우리 헌법은 전문에서 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고……국민생활의 균등한 향상을 기하고” 라고 선언하고, 제2장 국민의 권리와 의무의 장에서 “모든 국민은 法 앞에 平等하다(제11조 제1항 제1문)”라고 규정하여 모든 국민이 平等權을 가진다는 일반원칙을 천명하고 있다. 그러나 그 규정의 간결성¹⁾은, ‘일반국민이 이들 규정문구를 읽고 이 규정이 무엇을 말하고 있는가를 예측하여 자신의 행위를 결정할 수 있겠는가?’라는 의구심을 일으키게 한다.

이에 우리 헌법은 평등에 관하여 위와 같은 일반규정이외에 제11조 제1항 제2문에서는 “누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”, 같은 조 제2항에서는 “사회적

1) 평등규정의 간결성은 여러 나라에서 살펴볼 수 있다. 미국 연방헌법 수정 제14조는 제1항에서 “any State……nor deny any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”라고 정하고 있고, 독일 기본법 제3조는 제1항에서 “All menschen sind dem Gesetz gleich”라고, 제2항에서 “Männer und Frauen sind gleichberechtigh.”라고, 제3항에서 “Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden” 라고 규정하고 있고, 일본국헌법 제14조도 제1항에서 “すべて國民は、法の下の平等であつて、人種、信、性別、社會的身分又は門地により、政治的、經濟的又は社會的關係において、差別されない”라고, 제2항에서 “華族その他の貴族の制度は、これを認めない”라고, 제3항에서 “榮譽、勳章その他の 榮典の授與は、いかなる特權も伴はない。榮典の 수여は、現にこれを有し、又は將來これを受ける者の一代に限り、その效力を有する” 라고 정하고 있다.

특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다”, 같은 조 제3항에서는 “훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다”라고 규정하여 평등에 관한 보다 구체적인 규정을 두는 한편, 개개 기본권들을 개별적으로 규정하면서 개개 기본권 영역에서의 평등한 대우를 규정하는 개별적인 평등규정을 함으로써 (헌법 제31조, 제32조, 제36조, 제41조, 제67조, 제119조 제2항 등을 예로 들 수 있다) 헌법이 보장하는 평등의 내용을 명확히 하려는 노력을 하고 있다. 그러나 이들 개별규정들을 살펴보아도, 우리가 평등에 관한 일반규정을 보면서 받았던 規節的 未洽感은 충족되지 못함을 바로 느낄 수 있다.

그러나 헌법재판소가 그 첫 번째 인용결정²⁾을 평등조항에 근거하였다는 사실 및 그 이후에도 평등에 관하여 상대적으로 많은 결정을 하고 있다는 사실 등을 고려하면, 평등에 대한 국민과 국가의 관심도를 짐작할 수 있게 된다. 헌법재판소가 公判하는 헌법재판소판례집 제1권부터 제4권까지에 게재된 헌법재판소 결정(합계 209건)을 분류해 보면, 이들 결정 중 검사나 군검찰관의 공소권행사와 관련된 사건(합계 56건)과 그 이외의 사건으로서 부적각하로 종결된 사건(합계 91건)을 제외한 결정, 즉 헌법재판소가 공소권행사이외의 국가기관의 공권력행사에 대하여 본안 재판을 한 결정은 모두 62건인데, 그 중에서 평등권위반여부에 관하여 판단하고 있는 결정의 숫자는 그 합계가 39건에 이르는 것을 알 수 있다.(표1 참조) ³⁾ 공소권행사이외의 국가기관의 공권

2) 헌법재판소 1989. 1. 25. 선고, 88헌가7 소송촉진등에관한특별법 제6조의 위헌심판

3) 헌법재판소가 평등에 관하여 판단하고 있는 판례는 다음과 같다. 1989.1.25. 88헌가7;1989.3.17.88헌마1;1989.5.24.89헌가37,96;1989.7.21.헌마38;1989.9.8.88헌가6;1989.9.

〈표1〉 헌법재판소판례집 수록 결정예의 분석⁴⁾

	총 수 록 사 건 수	공소권행사에 대한사건 수	그밖의 사건 수		평등판단 사건수
			각하사건수	본안판단사건수	
제1권(1989)	38	8	17	13	7
제2권(1990)	36	11	12	13	10
제3권(1991)	43	11	18	14	10
제4권(1992)	92	26	44	22	12
합 계	209	56	91	62	39

력행사에 대하여 본안판단을 한 사건 중에서 평등권위반여부에 관하여 판단하고 있는 사건의 비율이 약63퍼센트에 이르고 있

29. 89헌마53; 1989.11.20. 89헌가102;1990.1.15. 89헌가103; 1990.4.2. 89헌가113; 1990.6.25. 89헌가98내지101; 1990.8.27. 89헌가118; 1990.10.8. 89헌가95; 1990.9.3. 89헌마120, 212; 1990.9.10.89헌가82;1990.10.8.89헌마89;1990.10.15.89헌마178;1990.11.19.90헌가48;1991.2. 11. 90헌가27; 1991.2.11. 90헌바17, 18; 1991.3.11. 90헌마28; 1991.3.11. 91헌마21; 1991.5.13. 89헌가97; 1991.6.3. 89헌마204; 1991.7.22. 89헌가106; 1991.9.16. 89헌마231; 1991.9.16. 90헌바20;1991.11.25. 91헌가6; 1992.2.25. 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3; 1992.3.13. 92헌마37.;1992.4.14.90헌마82;1992.4.28.90헌바24;1992.4.28.90헌바27,28, …….; 1992.6.26. 90헌바25; 1992.6.26. 91헌가8, 9; 1992.10.1. 92헌가6, 7; 1992.10.1. 92헌마68, 76; 1992.11.12. 91헌가2; 1992.12.24. 90헌바21; 1992.12.24. 92헌가8; 1993.3.11. 92헌바33; 1993.5.13. 90헌바22, 91헌바12, 13, 92헌바3, 4 ; 1993.5.13. 91헌바17; 1993.5.13. 92헌마80; 1993.5.13. 92헌바32; 1993.7.29. 90헌바35. 이 이외에도 헌법재판소는 검사의 불기소처분을 인용하는 근거로서 평등조항을 들고 있으나, 이에 대한 판례의 열거는 피한다.

4) 평등권위반여부를 판단한 사건인지의 여부를 판단하면서, 필자의 주관적 선입관이 개입할 수 있음을 부인할 수 없다. 다만, 여기에서는 단순히 평등에 위반된다는 결정례의 문구이외에 왜 평등에 위반되는지에 관하여 최소한의 이유가 실시된 결정례만을 평등권위반여부에 관하여 판단한 사건으로 분류하였음을 밝힌다

음이 인정된다. 위 통계에 의하면, 국민들이 국가행위에 대하여 불평등하게 느끼는 부분이 많다는 점, 국민들이 평등문제에 관하여 헌법재판소에 크게 호소하고 있다는 점 및 헌법재판소가 헌법상 평등이 무엇인가를 밝히기 위하여 꾸준한 노력을 하고 있다는 점을 알 수 있다.

그러나 헌법재판소의 결정에서 나타나는 平等判斷의 理由部分을 살펴보면, 그 결론에 이르기까지의 根據提示가 명쾌하다고 느껴지지 아니한다는 비판⁵⁾이 무의미한 것이 아님을 알 수 있게 되는데, 이는 헌법상의 평등에 관한 우리의 인식수준이 法治主義에서 요구하는 豫測可能性을 가질 수준이 아님을 보여주는 것이라고 하겠다. 평등조항은 아직도 우리에게 밝혀지지 아니한 未知數의 法規範으로 남아있는 것이다.

그러면, 우리가 평등에 관한 규정을 살피게 될 때마다 느끼게 되는 이러한 일종의 공허감이나 규범적 미흡감은 어디에서 오는 것일까? 생각하건대, 헌법이 일반규정이나 개별규정을 통하여 여러 생활영역에서 국민들이 평등할 것을 규정하고는 있으나, 이 규정들의 핵심내용을 이루는 개념인 “평등” 또는 “차별”이 구체적으로 어떠한 상태를 의미하는가에 관하여 아직 공통된 인식이 자리잡지 못하고 있기 때문이 아닌가 생각하게 된다.

이 글에서는 먼저 평등개념의 일반적 의의를 정리하고, 평등개념이 헌법상의 평등조항의 해석에 미치는 영향에 관하여 살펴보고자 하는 것이다. 평등개념 자체가 본질적으로 가지고 있는 개념적 요소를 무시하고 헌법상의 평등조항을 해석하는 어리석음은 피해야겠다고 생각하기 때문이다.

5) 최대권, 헌법재판소의 위헌결정과 그 근거의 제시, 서울대학교 법학 제30권 제3, 4호, 1991.

II. 論議의 範圍

평등의 일반적 개념에 대한 인식이 필요하다고 하여 고대로부터 거듭되고 있는 평등논의의 전부를 이 곳에서 새롭게 논의할 수는 없다. 필자의 능력의 한계를 인정하지 않을 수 없기 때문이다. 다만, 평등의 일반적 개념을 둘러싸고 논하여지는 쟁점이 무엇이고, 그 쟁점이 헌법상의 평등조항의 해석에 어떠한 영향을 미치는가를 인식할 수 있는 정도의 논의만을 시도해 볼 수 있을 뿐이라고 생각한다.

그러한 의미에서 이 글은 최초로 평등에 관한 이론을 확립하였다고 인정되는 아리스토텔레스의 생각과 그의 생각을 둘러싸고 전개되었던 논의의 일부와 법개념으로서의 평등개념이 독자적으로 필요한 개념인가의 여부를 둘러싼 논쟁을 정리한다는 정도의 목적을 가지고 있고, 이러한 정리과정에서 일반적 평등개념이 목적을 가지고 있고, 이러한 정리과정에서 일반적 평등개념이 우리 헌법상의 평등조항의 해석에 미치게 될 효과가 무엇인지를 확인해 볼 수 있으면 좋겠다는 욕심을 가져보는 것이다.

Ⅲ. 아리스토텔레스의 平等概念

아리스토텔레스는 옳음이란 무엇인가에 관한 질문을 통하여 평등개념에 접근하였다.

過多와 過小가 있는 온갖 행위를 부정이라고 한다면, 과다와 과소 2개의 불균등한 것들 사이에는 또한 하나의 中間의 것이 있음이 분명하고, 이것이 다름 아닌 均等이고, 따라서 만일 부정이 불균등이라고 하면, 옳음은 균등이라는 것이다. 균등이 중간 것인 까닭에 옳음도 중간 것이 아닐 수 없다는 것이다.⁶⁾

그러면, 과다나 과소가 아닌 中間의 것으로서의 균등, 평등이란 구체적으로 무엇을 의미하는 것인가라는 질문이 생기게 된다.

이에 대하여 아리스토텔레스는 논리전개를 위한 기초로서 우선 그 認識對象을 명확히 하였다. 즉 옳음은 중간이요 균등이로 되, 상대적으로(즉 어떤 사람들에 대하여) 그런 것이 아닐 수 없다는 점에서 균등은 적어도 2개의 事物을 내포한다는 사실을 확인하였다. 또한 그것은 누구를 위하여 옳아야 할 터인데 그 당사자는 적어도 둘 있어야 하고, 또 그것이 나타나는 것, 즉 그것이 배분되는 사물이 둘이어야 하기 때문에, 옳음은 적어도 4개 項으로써 성립한다고 하였다.⁷⁾이 점은 아리스토텔레스가 추구한 평등개념이 둘 이상의 사물을 단순 비교하여 이들이 동등하다는 판단을 얻어내기 위한 것이 아니라, 이들 사물과 이들 사물에게

6) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V,4, 1131a(최명관 역, 니코마코스 윤리학, 서광사, 1984. 이하 같다).

7) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V,4, 1131a.

분배되는 사물 사이에 있어야 할 올바른 분배여부를 판단하기 위한 것임을 잘 보여주고 있다.

평등개념의 인식을 위한 접근방법은 대개 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 두 개의 사물이 같은(또는 동등한) 것인가에 관한 판단을 평등의 문제로 인식하는 방법이다. 둘째는 두 개 이상의 다른 개체에게 다른 내용의 사물을 분배하는 경우, 그 분배가 공정한(또는 평등한) 것인가에 관한 물음을 평등의 문제로 인식하는 방법이다. 전자의 평등개념에서는 판단대상이 비교되는 사물의 항목에 없는데 반하여, 후자의 평등개념에서는 판단대상이 분배받는 개체의 항목과 분배되는 대상의 항목으로 나뉘게 된다.

우리 나라 헌법 제11조는 모든 국민은 법 앞에서 평등하다고 규정하여 외견상 모든 국민이 동등하다는 판단을 선언하고 있는 것으로 보이나, 그 실질내용은 국민들에게 분배될 권리의무관계가 동등하여야 할 것을 규범화하고 있는 것으로 이해된다. 그렇다면, 우리 나라 헌법 제11조의 평등개념은 단순한 비교개념으로서의 평등개념이 아니라 분배개념으로서의 평등개념으로 이해되어야 한다. 이러한 의미에서 아리스토텔레스의 평등개념은 우리 헌법의 평등개념과 그 인식의 궤를 같이 한다고 평가되는 것이다.

그러면 분배개념으로서의 평등개념에서 그 인식대상들 사이에 존재하는 평등, 즉 과소나 과다가 아닌 중간을 어떻게 인식할 수 있겠는가가 문제된다. 이에 관하여, 아리스토텔레스는 먼저 논리적, 개념적 의미에서의 균등에 관하여 생각하였다 :

“결국 옳음이란 比例的인 것이다. 비례란 비와 비의 균등성이요, 또한 적어도 4항으로 성립한다. A와 B를 사람, C와 D를 분배될 물건이라고 하자. $A : B = C : D$ 이면 치환에 의하여 A

: C = B : D요, 또 $A : B = C : D = A + C : B + D$ 이다. $A + C$, $B + D$ 는 각각 A가 C를 얻고 B가 D를 얻은 상태를 가리킨다. 이와 같이 A와 B가 각기 C와 D를 얻기 전이나 얻은 후에나 그 비가 일정할 때 A, B에 대한 C, D의 분배가 옳은 것이다. 그리하여 A항과 C항을 결합시키고 B항과 D항을 결합시키는 것이 분배에 있어서의 옳음이요, 또 이런 종류의 옳음이 중간적인 것이며, 부정이란 이 비례를 깨뜨리는 것이다”⁸⁾

그러면, 위와 같이 數學的 論證을 통하여 성립된 수학적, 논리적, 개념적 평등개념이 사람들 사이에서 社會公共의 所有物을 分配하는데 어떠한 내용을 가지는가 라는 문제에 다다르게 된다.

이에 관하여 아리스토텔레스는 사회정의로서의 평등개념 역시 위에서 말한 수학적 비례성으로서의 평등개념이 수개념을 기준으로 하는데 반하여, 사회정의로서의 평등개념이 사회적 가치를 기준으로 한다는 점에 차이가 있을 뿐이라고 인식하였다 :

“그리고 동일한 균등성이 사람들 사이와 사물들 사이에서 존재할 것이다. 문제되는 사물들 사이에서와 같이 사람들 사이에도 동일한 균등성이 있으니 말이다. 균등하지 않은 사람들은 균등한 것을 취득해서는 안 된다. 이렇게 하는 경우- 균등한 사람들이 균등하지 않은 것을 받게 되거나, 균등하지 않은 사람들이 균등한 몫을 차지하게 되는 경우-분쟁과 불평이 생긴다.”⁹⁾

“올바른 분배라는 것은 그것을 받는 사람들의 가치에 따라 주어지는 것들의 相對的인 價値가 相應하는 分配를 말한다.”¹⁰⁾

8) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a, b.

9) Aristoteles, ETHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a.

10) Aristoteles, POLITICA, III, 9, 1280a. (나종일 역, 정치학, 삼성출판사,

1990. 이하 같다)

“이것은 가치에 따라 상을 주어야 한다는 생각에서 보아도 자명한 일이다. 분배에 있어서의 옳음은 어떤 의미에서의 가치를 따라야 한다는데 대해서는 누구나 동의하기 때문이다.”¹¹⁾

그러나, 수학적 비례성의 판단기준으로서의 數概念과 사회적 균등성의 판단기준으로서의 價値概念 사이에는 넘어설 수 없는 차이점이 존재함을 부인할 수 없다. 數概念에서는 相對的 比較에 의한 比例性여부에 대한 명확한 인식이 가능한데 반하여, 價置概念에서는 그 내용이 무엇이고, 그 가치가 어디에서 어떻게 성립되는 것이고, 그 相對的 比較가 가능한 것인가에 관하여 그 자체로서 명확한 인식이 불가능하다는 본질적인 차이점이 인정되기 때문이다.

결국 社會正義로서의 평등개념은 價値의 相對性이라는 難問題에 봉착하게 된다. 아리스토텔레스 자신도 이 부분의 난점을 인식하여 그 어려움을 토로하였다 :

“물론 그 가치가 어떤 것이어야 하느냐에 대하여는 모든 사람이 생각을 같이 하는 것은 아니다. 민주주의[를 지지하는 사람들은] 그것을 자유민의 신분이라 하고, 과두정치를 지지하는 사람들은 그것을 부(혹은 좋은 가문)라 하고, 귀족정치를 지배하는 사람들은 그것을 덕이라고 한다.”¹²⁾ “그들[민주정치를 주장하는 사람들과 과두정치를 주장하는 사람들]은 그들 자신의 입장에서 매사를 판단하는데, 원칙적으로 대부분의 사람들이 자기 자신의 이해가 관련이 되어 있는 것에 관해서는 잘못 판단하는 것이다. 正義는 사람에 따라 相對的이다.”¹³⁾

11) Aristoteles, ENTHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a.

12) Aristoteles, ENTHICA NICOMACHEA, V, 4, 1131a.

13) Aristoteles, POLITICA, III, 9, 1280a..

“정의는 두 가지 요소-사물과 이 사물들이 배정되어지는 사람들-를 포함하고 있으며, 평등한 사람은 평등하게 사물의 배정을 받아야 한다고 생각한다. 그러나 여기에서 등한히 해서는 안 되는 문제가 제기된다. 평등한 자와 불평등한 자를 구별하는 것도 좋지만, 그러나 어떤 점에서 평등하고 불평등하다는 말인가? 이것은 몇 가지 난점을 제기하며, 우리로 하여금 政治에 관한 哲學的 思考를 하도록 하는 문제이다.”¹⁴⁾

그러나 아리스토텔레스가 평등개념의 정립에서 가치의 상대성이라는 난점을 인식하였다고 하여, 평등개념 자체를 포기하기까지는 이르지 아니하였다. 그는 논자에 따라 평등을 달리 인식하게 되는 이유가 論者들이 主觀的 正義概念에서 벗어나지 못하기 때문임을 지적하면서, 평등논의의 출발점이었던 공공의 재화에 대한 분배의 관점을 중시하여 客觀的으로 平等概念을 定位하여야 함을 주장하였다 :

“민주주의자들과 과두주의자들은 사물에 있어서는 무엇이 평등을 구성하는가 하는 것에 관하여 의견이 일치하는 반면에, 사람에게 있어서는 무엇이 평등인가에 대하여는 의견의 일치를 보지 못한다. 이러한 의견 차이의 주된 이유는 방금 언급한 바로 그 이유인데, 그들은 자기 자신의 경우에 관해서는 잘못 판단을 하는 것이다. 그렇지만 이것 말고도 다른 이유가 있다. 즉 그들은 어떤 종류의 정의의 개념을 믿고 주장하는데, 그것에 너무 빠져들어서 자기들이 믿는 정의의 개념이 절대적이고 완벽한 것이라는 오류를 범하는 것이다. ……그러나 양측은 모두 진정으로 중요한 요소에, 즉 국가가 존재하는 목적의 본질에는 언급하지 못

14) Aristoteles, POLITICA, III, 12, 1282b

하고 있다. 만약 사람이 함께 모여서 共同體를 형성한 목적이 재산에 있다면, 국가에 사람이 참여하는 것도(즉 관직이나 명예등) 그들의 재산상태에 비례해야 할 것이다. 이러한 경우에 있어서는 과두주의자측의 주장이-즉 100파운드의 기금에 1파운드만 낸 사람이 나머지를 모두 낸 사람과 똑같이 이 기금을 공유하거나(혹은 이 기금에서 나오는 이자를 나누어 갖거나) 하는 것은 옳지 못하다고 하는-매우 강력한 주장으로 보인다. 그러나 국가의 목적은 그저 생존만이 아니며, 좋은 생활의 질이 목적이 되어야 한다.”¹⁵⁾

그러나 이러한 아리스토텔레스의 주장, 즉 평등판단에서의 價値의 選擇이 客觀的으로 가능하다는 주장에도 불구하고, 아리스토텔레스의 평등개념은 위에서 본 바와 같이 이미 價値의 相對性을 그 本質的인 要素로 내포하고 있다는 점에서 후세의 비판의 소용돌이에 휘말릴 수밖에 없는 운명을 잉태하고 있었다고 보아야 한다.

켈젠은 사회평등과 관련하여 결정적인 문제는 ‘어떠한 다름이 적실성이 있느냐’이며 아리스토텔레스의 공식은 이에 답하고 있지 않다고 비판하고 있다. 왜냐하면, ‘만일 권리A가 개인 甲에게 주어지고 권리B가 개인 乙에게 주어진다면, 이 때 가치 A와 B의 비율이 甲과 乙의 가치의 비율과 같다면 분배정의는 이루어질 것이다. 만일 개인 甲과 乙이 동등하다면, 그들에게 주어질 권리들 역시 동등해야 한다. 그러나 자연에는 실제로 동등한 두 개인이 없다. 왜냐하면 연령, 성별, 건강 등의 차이가 항상 존재하기 때문이다. 따라서 이러한 차이를 이유로 하여 어떠한 특권도 이[아리스토텔레스의] 공식에 의하여 合理化된다’고 아리스

15) Aristoteles, POLITICA, III, 9, 1280a.

토텔레스의 평등개념을 비판하였다.¹⁶⁾

또한 별런경도 ‘구체적인 어떤 의미가 “충분한 이유”가 부여 될 때까지 이 원칙은 사소한 동어반복tautology에 그칠 뿐이다’, “충분한 이유”라는 개념은 거의 모든 유형의 상황을 포함할 수도 있기 때문에 아리스토텔레스의 평등개념은 결국 重要的 側面에서 漠然하다’라고 지적하여, 켈젠과 같은 내용의 비판을 하고 있다.¹⁷⁾

이들이 지적하는 바와 같은 아리스토텔레스의 평등개념의 취약성을 생각할 때, 아리스토텔레스의 상대적 평등개념에 代身할 수 있는 평등개념으로 가치세계에 대하여 단혀진 평등개념을 제시하는 이론이나, 아예 평등개념 자체가 의미가 없다는 理論의 등장은 오히려 자연스러운 현상이라고 할 수 있었다.

IV. 絶對的 平等概念의 어려움

먼저 가치세계에 대하여 단혀진 평등개념을 제시하는 견해에 관하여 살펴본다.

가치세계에 대하여 단혀진 평등개념으로서의 절대적 평등개념의 極端的인 形態를 상상해 보면, 모든 측면에서 모든 사람을 평등하게 대우하도록 하는 것이 평등개념이라고 주장하는 견해를 상상해 볼 수 있다. 이러한 내용의 절대적 평등의 주장은 역사적으로 17, 8세기의 舍理主義的 自然法의 평등관에서 그 주장의 가

16) Kelsen, 'Arisototles's Doctrin of Justice, p.54, 55.

17) Berlin, Isaiah, Equality, p.303.

능성을 가질 수 있겠으나,¹⁸⁾ 어느 누구도 모든 사람이 모든 면에서 평등하게 대우되는 그러한 사회를 실제목표로 삼은 적은 없었던 것으로 보여진다.¹⁹⁾

일본학자 柳瀨良幹가 이와 비슷한 내용의 절대적 평등을 법규범으로 주장한 예로 인정된다. 그는 ‘각 개인 사이에 존재하는 선천적 및 후천적인 각종의 차이라는 사실에도 불구하고, 법률상의 취급에 관하여는 이를 차이 없는 것으로 생각하거나 이 차이를 무시하고, 數量的으로 同一의 權利를 부여하고 同一의 義務를 과하는 것이 평등원칙의 내용이다. 환언하면, 각 사람은 다른 사람보다 많은 권리를 가져서는 아니되고, 또 많은 의무가 부과되어져서도 아니된다. 즉 각 사람에 대하여 균일한 법적 지위를 보장하는 것이 법 앞에서의 평등이 요구하는 것이다.’²⁰⁾라는 주장을 하였다.

그러나, 각 사람의 사정이 선천적 또는 후천적으로 사실상 차이가 있음에도 불구하고, 모든 사람을 단지 사람이라는 標識 Merkmal에 의해서만 법적으로 절대적으로 평등시하는 것은 自然法上的의 前提 또는 形而上學的의 原理로서는 몰라도, 經驗的인 實定法 秩序에서는 인정되기 힘들다고 하지 않을 수 없다.²¹⁾ 모든 사람이 모든 면에서 같게 대우되어야 한다는 개념이 어떠한 상태를 의미하는 것인지를 확정할 수 없기 때문이다. 간단한 예를 들어, 방금 태어난 신생아와 20대의 청년과 70대의 노인이 모든 면에서 같게 대우되어야 한다는 명제가 목표하는 결론이 무엇인지 상상할 수 없는 것과 같다고 하겠다. 모든 면에서 평

18) 阿部照哉, 野中後, 平等의 權利, 法律文化社, 1984, p.59.

19) J.Rees, 권만학 역, 평등(Equality), 1990, p.140.

20) 柳瀨良幹, 行政法の基礎理論, 弘文堂書房, 1940, p.81.

21) 阿部照哉, supra. N.18, p.61.

등하다는 것은 ‘모든 관점에서 평등하다’는 의미인데, 평등의 판단기준이 될 수 있는 관점 모두가 통일적이고 조화적일 수는 없는 것이다. 관점 상호간에는 서로 배타적인 관계를 이룰 수도 있기 때문이다.

가령 사람이 모두 단일한 생물로 만들어졌다고 가정하더라도 여전히 엄밀한 의미의 평등한 대우를 실행하는 데는 장애가 있을 수밖에 없다. 평등하게 하여야 할 대상이 무생물들이라고 하더라도 이들이 모두 같은 時間에 같은 場所에 놓여질 수도 없고,²²⁾ 시간과 공간의 한계를 벗어날 수 없는 인간의 인식세계에서²³⁾ 시공을 초월한 平等認識이 不可能하기 때문이다. 따라서 사람을 사람이라는 이유로 평등시하는 것은 예를 들어 神의 눈과 같이 사람의 세계 밖에서 서서 사람과 동물을 비교하는 것 같은 경우 예나 가능할 수 있는 것이고, 실정법질서와 같이 사람의 세계 내부에서의 경우에는, 단지 사람이라고 하는 이유로 사람을 평등시 하는 것은 무의미하다고 할 수밖에 없는 것이다.²⁴⁾

여기에서 절대적 평등개념의 극단적인 형태를 완화하여 ‘一定한 基準’에 의한 분배개념을 평등개념으로 주장하는 견해가 오히려 강한 설득력을 가지게 된다. 이러한 평등개념은 주로 正義概念을 논구하면서 평등을 정의로 제시하는 法哲學理論들에서 쉽게 찾아볼 수 있으므로 이 곳에서는 그 개별적인 개념에 관한 설명은 생략한다. 이들의 대체적인 견해에 의하면, 정의란 功績 merit, 必要needs, 勞動works, 慾望wants 등의 기준에 의한 공정한 분배를 의미하고, 이러한 분배가 바로 평등을 의미하게 된다.

22) Rees, supra. N.19, p.140.

23) Kant, 순수이성비판,

24) 和田鶴藏, 日本國憲法の平等原理, 三和書房, 1971, p.156.

분배기준은 하나로 설정되기도 하고 때로는 複合的으로 設定되기도 한다.²⁵⁾

이들 견해는 ‘모든 측면에서의 평등’을 포기함으로써, 인간에게 주어진 事實狀況을 평등개념 속에 反影하면서 실질적 내용을 가진 평등개념을 도출할 수 있다는 점에서 모든 면에서의 평등을 주장하는 견해보다는 비난의 여지가 줄어드는 것은 사실이다.

그러나 이들 견해는 각각의 견해들이 제시하는 평등의 분배기준으로서의 가치기준이외의 다른 가치들이 평등개념의 가치기준에서 제외되는 이유에 대한 궁극적 질문에 대답할 수 없다는 약점을 가지게 된다. 이들 견해는 평등개념의 확정을 위하여 일정한 가치를 전제할 수밖에 없게 되는데, 그 一定한 價値가 다른 價値에 비하여 우선하여 選擇되는 근거에 관하여 論理的 說明을 하지 못한다는 비판을 벗어날 수 없게 된다. 인간의 주어진 상황이 다른 것 이상으로 복잡한 인간의 嗜好나 利益의 多樣性은 어떠한 가치가 인간에게 절대적이라거나, 어떠한 가치가 일정한 면에서 상대적으로 우월하다는 개념을 확정할 수 없게 만들기 때문이다. 또한, 이러한 평등이 주장하는 것은 결국 우리 모두가 좋아하고 싫어하는 것에서 점점 더 같아져야 한다는 것을 전제로 하는 것인데, 그러한 전제가 가능성이 없음은 두말할 필요성이 없다.²⁶⁾ 결국 一定한 基準에 의한 평등을 주장하는 견해는 一定한 集團을 위한 口號에 불과한 것이라는 비난을 면할

25) P.Polyviou, The Equal Protection of the Laws, 1980, p.1-5, 7-24 (평등에 관한 3가지 기본개념) ; D.Rae, Equalities, 1981, p.133(최소한 108가지의 평등); A.Ross, On Laws and Justice, 1959, p.270-272(다섯가지의 평등); Mortimore, An Ideal of Empty, 77 MIND 222(1968), p.225-226 (7가지의 평등).

26) Rees, supra. N.19, p.141.

수 없게 되는 것이다.

우리가 평등개념의 정립에 대한 장애물로 인간 개개인의 기호의 다양성에 직면하게 될 때, 우리는 손쉽게 ‘機會의 平等’에 의한 평등개념의 정립가능성을 생각하게 된다. 그러나 기회의 평등도 역시 위에서 언급하였던 바와 같은 비난을 면할 수 없음은 물론이다.

먼저 사실의 관점에서 기회의 평등의 한계성을 살펴본다. 기회의 평등은 우선 모든 사람이 ‘같은 출발점’에서 같은 기회를 가질 것을 전제로 하게 된다. 그러나 인간이 인간을 둘러싼 환경에서 완전히 자유로울 수 없는 한, 같은 출발점에서의 출발을 전제로 한 ‘기회의 평등’은 그 자체가 이미 불평등을 의미하게 된다. 인간에게 이미 주어진 현실상황이 불평등하다는 점에 관하여는 새삼스럽게 논의할 필요성이 없다고 본다. 여기서는 막스의 간단한 지적만 부가해 본다 :

“物質生活의 生産樣式이 사회, 정치 및 지적 생활의 일반적 성격을 決定한다(bedingt). 모든 형태 및 단계의 교육과 매스 미디어는 부르조아 질서의 대표자들의 통제 아래에 놓여 있으며 부르조아적 전제들 안에서 운용되도록 만들어져 있다. 이러한 조건 아래서 기존질서의 거부를 추구하는 사람들과 체제의 기능을 신탁받은 사람들 사이에 정치적 평등이 있다는 것을 이야기하는 것은 스스로 체제를 방어하고 영속화시키는 신화의 희생물이 된다는 것을 의미한다. 體制의 價値를 명시하고 체제를 위해 운용되는 집합으로서의 법규들에 직면하여, 그리고 지난 수십 년에 걸친 개혁적 방법들의 實體에 비추어, 위헌적이고 폭력적인 항의의 방법에 호소하는 길 외에 달리 방도가 없다. 부르조아 질서 자체가 만들어 놓은 규칙에 따라 게임에 들어가기로 거부함에 의해서만이

혁명가는 비로소 정치적 기회의 불평등을, 압박 받는 다수의 편으로 바꾸어 놓을 수 있을 것이다.”²⁷⁾

결국 인간에게 이미 주어져 있는 차이점을 전제로 하는 사회에서 기회의 평등에 관한 모든 논의는 단지 피상적인 것에 불과한 것이다.

둘째, 가치의 관점에서도 기회의 평등은 비판받게 된다. 더 능력이 있거나 執念이 강한 資質을 가졌다는 사실 또는 지위에 대한 욕구가 강하고 競爭的인 社會에서 성공할만한 資質을 가졌다는 사실이 정말로 중요한 것인가에 관하여 명백한 대답을 하기 어렵기 때문이다. 평등을 구성하는 복합적인 이념 속에는 다른 사람들을 그들의 능력이나 공적을 불문하고 존중하여야 한다는 신념이 들어있기 때문이다. 전적인 기회평등을 열정적으로 모색하는 사람들은 人生을 競走로 보는 관점의 언어를 사용하게 되며, 그럼으로써 경쟁의 윤리와 뛰어난 선호에 빠져드는데, 이는 평등을 人道主義的 理想으로 생각하는 사람에게는 기대할 수 있는 것이 아니다.²⁸⁾ 결국 기회의 평등에 대한 주장 역시 여러 가치 중에 하나의 가치를 주장하는 한 측면에서의 평등을 주장하는 구호에 불과한 것이다.

결론적으로, 가치세계에 대하여 단힌 평등개념은 평등에 관하여 窮極的인 答辯을 찾아내야 하는 哲學에서는 별론으로 하고, 現實의 問題解決을 위하여 제정된 ‘憲法上的 平等條項’을 이해하기 위한 法解釋學에서는 그 인식의 도구로 부적합한 것으로 이해된다. 가치세계에 단힌 평등개념은 아직은 설명할 수 없는 부분이 많이 남아있는 현실세계의 범주를 벗어나는 것이기 때문

27) K.Marx, Preface to a Contribution to the Critique of Political Economy.

28) Rees, supra. N.19, p.146, 147.

이다. 이러한 현실속에서 대중의 균질화보다는 개인적 다양성을, 단일성과 업적보다는 개인의 창조적 능력개발을 더욱 믿을 수밖에 없고, 자유가 개인의 발달의 일부인 동시에 그 조건으로 제시될 수밖에 없는 우리 憲法의 理解에서 볼 때, 우리 헌법이 정하고 있는 평등의 개념이 ‘한 측면에서의 평등’을 보장하기 위한 것이 아님은 분명하기 때문이다. 결국 인간이 무엇인가에 관한 인식이 명확해지고, 그 인식이 社會共同의 인식으로 확고해지기까지는, 우리 헌법상의 평등조항이 절대적인 내용을 가진 평등개념을 전제로 하고 있다고 해석하기는 어려운 것이다.

V. 平等概念 無用論

아리스토텔레스의 평등개념이 가치세계에 대하여 열린 개념으로서 상대성을 가지고 있다는 점은 平等概念 自體의 存在意義에 관하여도 의문을 제기하게 하였다. 특히 현실적 명확성을 요구하는 법학적 관점에서 보면, 평등의 내용이 다른 가치세계에서 얻어지는 것이라면 구태여 평등개념을 독자적인 판단개념으로 인정하여 원래의 가치판단과 중복되는 가치판단을 거듭할 필요성이 있겠는가라는 의문이 생길 수 있기 때문이다.

이러한 의문을 바탕으로 웨스턴(WESTEN)은 평등개념이 불필요한 것임을 논리적으로 주장하고자 하였다. 그는 평등의 내용이 평등이외의 다른 가치기준, 즉 일반권리의 내용 속에 논리적으로 이미 포함되어 있는 것이므로, 이러한 권리의 내용을 다시 평등이라는 개념으로 변형하여 적용하려는 노력은 불필요한 것이고 오

히려 혼동만을 초래할 뿐이므로, 평등개념은 아무 쓸모없는 법학적 판단개념이라는 주장을 함으로써²⁹⁾ 美國의 法學界에 平等概念論爭을 불러 일으켰다.

1. 平等概念 無用論

① 웨스턴은 아리스토텔레스의 평등개념으로 대표되는 상대적 평등개념이 완전히 同語反覆이라는 점에서 논의를 시작하였다. 상대적 평등개념을 간단히 표현하면, ‘같은 것은 같게 likes should be treated alike’로 요약될 수 있는데, 이 명제는 외관상 보기에는 내용을 가지는 것처럼 보이나 그 실질은 완전히 동어반복에 불과하다는 것이다 :

“ ‘ 같은 것은 같게’라는 平等命題는 두 개의 要素를 포함하고 있다. 두 사물이 같다는 「사실적」 판단과 두 사물이 같게 취급되어야 한다는 당위적 판단이라는 요소로 분석될 수 있다. 그리고 일단 두 사물이 같다고 판단되면, 그 두 사물이 어떻게 취급되어야 한다는 것을 알 수 있게 된다는 의미에서 두 사물이 같다는 판단이 두 사물에 대한 당위적 판단에 선행함을 알 수 있다. 따라서 두 사물이 같게 취급되어야 한다는 명제를 이해하기 위하여는 두 사물이 같다는 판단이 어떠한 내용의 판단인가를 먼저 정확히 이해할 필요가 있다.…… 두 사물이 같다는 판단은 몇 가지 관점에서 이해될 수 있다. 첫째로, ‘두 사물이 같다’는 것

29) I try in this Article to establish two propositions: (1) that statement of equality logically entail (and necessarily collapse into) simpler statements of rights ;and (2) that the additional step of transforming simple statements of rights into statements of equality not only involves unnecessary work but also engenders profound conceptual confusion. Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982) p.542.

을 ‘모든 면에서 in every respect 두 사물이 같다’고 이해하는 것이다. 모든 면에서 똑같은 사물은 존재하지 아니한다. 모든 면에서 완전히 똑같은 사물은 數概念이나 幾何學的 圖形과 같은 抽象的 概念이나 형식에서나 인식될 수 있는 것이다. 그러한 추상적 개념이 당위의 대상이 아님은 물론이다. 당위의 대상은 현실인 것이다. 둘째로, ‘두 사물이 같다’는 것을 모든 면에서 같을 수는 없지만, ‘어떤 면에서나마 in some respects 두 사물이 같다’고 이해하는 것이다. 그러나 모든 면에서 똑같은 사물이 존재하지도 않지만, 모든 사물은 어떤 면에서는 같은 점이 있는 것이다. 따라서 ‘두 사물이 같다’는 것을 ‘어떤 면에서나마 두 사물이 같다’고 인식하게 되면, 평등의 두 번째 요소로서의 결과는 ‘모든 사물을 무조건 똑같이 취급하여야 된다’고 하는 어색한 당위명제로 변하게 된다. 셋째, ‘두 사물이 같다’는 것을 ‘一定한 觀點에서 볼 때 in a certain respect 두 사물이 규범적으로 같다’고 이해하는 것이다. 이와 같이 이해하게 되면, ‘사실’에서 ‘당위’로의 전환이라는 철학적 난제를 피할 수도 있다. 이는 규범적으로 중용한 관점에서 두 사람이 같다는 규범적 결정에서 시작하는 것이고, 두 사람이 같게 대우되어야 한다는 규범적 결론에 다다르는 것이다. 이는 ‘존재is’에서 ‘당위ought’를 도출하는 것이 아니고 ‘당위’에서 ‘당위’를 도출하는 것이다. 그러나 규범적으로 같다는 사물에 대한 기준은 사실자체에 존재하지 아니한다. 規範的 同等性은 사람들이 그 基準을 정할 때 비로소 성립되는 것이다. 따라서 ‘당위적으로 두 사물이 같다’는 판단 속에는 이미 두 사물이 같고 따라서 같게 취급되어야 한다는 取扱의 規範的 基準이 設定되어 있는 것이다.³⁰⁾

30) Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982), p.543

“따라서 일정한 관점에서 같은 사물을 ‘같이 취급하여야 한다’고 말하는 것은 두 사물이 같다고 판단하는 當爲的 基準, 規範에 따라 두 사물을 같이 취급하여야 한다는 것을 의미한다. … … 평등명제는 완전히 ‘동어반복circular, tautology’이다. 즉 무엇이 ‘같은 사물’인가라는 질문에 대하여 ‘같이 취급되어야 하는 사물’이 그러하다는 대답을 얻게 되기 때문이다.”³¹⁾

② 나아가 웨스턴은 이러한 동어반복적 성질로 인하여 평등개념은 그 내용을 확정하기 위하여 규범적으로 ‘같다’는 판단을 할 수 있는 당위적 기준 내지 규범을 전제하는데, 그 규범적 전제는 다름 아닌 일반권리개념이라고 추론하였다. 따라서 평등하다는 것은 관련된 모든 사람들이 관련된 일반규범이 정하는 기준을 완전히 만족시키고 있다는 점을 달리 표현하는 것에 불과하다고 주장하였다:

“두 사람이 일정한 관점에서 같다는 것은 두 사람 모두를 만족시키는 규범-그들을 규율하기 위하여 규정된 기준-을 전제로 하는 것이다. 그러한 기준이 성립되기 전에는 비교의 기준도 존재하지 않는 것이다. 그러나 일단 그러한 규범이 성립된 뒤에는 그들 사이의 평등성은 이미 성립된 규범의 ‘論理的 歸結’일 뿐이다. ‘규범에 따른다는 것은 (동어 반복적으로) 그것이 적용되어야 할 사건에 그것을 적용한다’는 것을 의미하기 때문에, 그들은 또한 그 규범아래에서 평등한 대우를 받을 資格도 벌써 가지게 되는 것이다. 즉 두 사람이 ‘평등’ 하다가거나 ‘평등하게’ 취급받아야 한다고 말하는 것은 그들 모두가 그 취급을 정하는 규범의 基準을 完全히 滿足시킨다는 것을 말하는 것이다.”³²⁾

-545.

31) Westen, supra. N.30, p.547.

“두 사람이 일정한 대우를 목적으로 하여 ‘같다’고 말하는 것은 그들 모두가 이미 성립되어 있는 규범Rules에 의하여 그러한 대우를 받도록 정하고 있는 資格 내지 要件을 가지고 있음을 의미하는 것이고, 두 사람이 ‘다르다’고 말하는 것은 그들 중 한 사람이 그러한 대우를 받기 위하여 규범이 정하고 있는 요건을 흠결하고 있음을 의미하는 것이다”³²⁾

③ 이러한 웨스턴의 생각에 따르면, 평등은 완전히 형식적인 개념으로서, 그 실제적인 내용은 다른 곳에서 발견되는, 그 자체로서는 실제적인 내용을 가지지 않는 說明 “形式”이고,³⁴⁾ 그 실제적 내용에 전혀 영향을 미칠 수 없는 것이 된다.³⁵⁾ 또한 평등판단은 논리적으로 권리판단에 이미 포함되어 있는 것이고 평등개념으로 다시 판단하는 것은 본질적으로 죽에 불과한 것으로 이해하게 된다.³⁶⁾ 결국 평등은 그 독자적인 개념정립의 무의미하고, 불필요한 개념이라는 것이다 :

“평등은 그 자체가 實體的인 當爲의 基準을 가지고 있지 아니한 비어있는 그릇인 것이다. 우리가 어떻게 하여야 할 것인가에 관하여 아무 것도 말할 수 없는 形式에 불과한 것이다. 평등이 그러한 기준을 가진다면 그것은 쓸데없는 過剩이다. 이미 우리가 알고 있는 것을 反復하는 것에 불과하기 때문이다.”³⁷⁾

2. 平等概念 無用論에 대한 批判

32) Westen, supra. N.30, p.548,549.

33) Westen, supra. N.30, p.572.

34) Westen, supra. N.30, p.577,578

35) Westen, supra. N.30, p.592.

36) Westen, supra. N.30, p.560.

37) Westen, supra. N.30, p.547.

웨스턴의 논리전개는, ① 평등개념은 동어반복적circular이다. ② 따라서 평등여부의 판단을 위하여는 그 판단의 전제가 되는 ‘같다’라는 판단을 할 수 있는 당위적 기준 내지 규범에 의존할 수밖에 없다. ③ 그 당위적 기준 내지 규범은 일반권리규범을 의미한다. ④ 따라서 일반권리개념이외의 평등개념은 중복적인 것이고, 불필요한 것이다 라고 요약 될 수 있다.

이러한 웨스턴의 주장이 그 의미를 갖기 위하여서는 위 각 명제가 타당하여야 한다. 첫 번째 명제와 두 번째 명제는 평등개념이 가치에 대하여 열려 있다는 점에서 일반적으로 받아들여질 수 있다. 그러나 세 번째 명제와 네 번째 명제는 보는 사람의 관점에 따라서 다르게 판단되어질 수 있는 것이라는 점에서 웨스턴의 주장은 비판의 여지가 있는 것이다.

세 번째 명제가 인정되기 위하여는 최소한 ‘일반 권리개념에 포함된 내용은 평등개념이 포함할 수 있다고 생각되는 가치판단 모두를 포함하고 있다’하는 명제를 입증하여야 된다. 이러한 전제가 성립되어야만, 논리적으로 평등개념이 독자적으로 존립할 만한 자리가 없어지기 때문이다. 그러나 웨스턴은 평등개념이 다른 가치개념-권리개념을 포함하는 모든 가치개념-에 의존할 수밖에 없다는 일반적인 인식에서 바로 평등개념이 불필요하다는 결론을 도출해내고 있을 뿐, ‘권리개념이 평등개념의 내용 전부를 포함할 수 있다’는 積極的인 論據를 제시하는데 성공한 것으로는 보이지 않는다.

간단한 예를 생각해 보아도, 권리개념이 평등개념의 내용 전부를 포함할 수 없음을 바로 인식할 수 있게 된다. 우리 헌법은 生存權的 또는 社會權的 基準權에 관하여 많은 규정을 두고 있다. 우리의 헌법재판소나 법원은 이들 기본권규정이 구체적인

권리를 가지는 것은 아니라는 원칙을 아직 견지하고 있다. 구체적인 권리는 立法附의 法律制定에 의하여 비로소 형성된다고 이해되는 것이다. 그러나 우리 헌법이 교육 등 사회복지분야에 관한 利益에 대한 구체적인 권리를 부인한다고 하여, 국민들이 교육을 비롯한 사회복지분야에서 발생하는 불이익에 대하여 법적으로 구제를 받을 수 없다-법적으로 구제받는다라는 것은 이미 권리로 주장할 수 있음을 전제로 하는 것이다-는 것을 의미한다고 볼 수 없다. 입법부의 법률형성에 의하여 사회복지분야에 관하여 권리를 부여받은 국민이든, 이러한 사회복지분야의 이익의 혜택에서 소외된 국민이든 그 사회복지분야의 이익에 관련되어 느끼게 되는 불이익을 법적으로 다룰 수 있어야 하기 때문이다. 이 때 불이익을 다투고자 하는 국민이 입법부의 법률형성에 의하여 사회복지분야에 관하여 권리를 부여받은 국민이라면, 그 권리를 근거로 하여, 즉 권리개념을 이용하여 사법적 구제를 받을 수 있겠으나, 불이익을 다투고자 하는 국민이 그 이익의 혜택에서 제외된 국민이라면, 어떠한 권리를 주장하여 사법적 구제를 받을 것인가라는 문제가 생기게 된다. 이들에게는 아직 헌법이 구체적으로 부여한 권리가 없기 때문이다. 판례의 입장을 견지하는 한, 이러한 경우, 이익의 혜택에서 제외된 국민이 불이익을 다투기 위하여는 平等權違反을 주장하는 방법 이외에 달리 다른 권리를 주장할 수 있다고 보기는 힘들 것이다. 평등여부의 판단은 권리개념으로 표현된 가치개념에만 의존한다고 보기보다는, 권리개념으로 표현되지 아니한 다른 사회적 가치개념에도 의존하고 있다고 보는 것이 타당한 것이다.

또한 웨스턴이 ‘일반 권리개념에 포함된 내용은 평등개념이 포함할 수 있다고 생각되는 가치판단 모두를 포함하고 있다’라

는 명제를 입증하였다고 가정하더라도, 이로 인하여 네 번째 명제, 즉 평등개념이 불필요한 것이라는 명제가 바로 인정되는 것은 아니라는 점이다. 평등개념이 권리개념에 대하여 논리적으로 독립된 내용을 가질 수는 없음이 입증되었다고 하더라도, 권리개념만 사용하는 것보다는 평등개념을 같이 사용하는 것이 현실적으로 문제를 해결하는데 있어서 효율적이라는 점이 인정된다면, 평등개념의 필요성이 인정될 수 있기 때문이다. 비록 논리적으로는 평등개념의 필요성이 인정되지 않는다고 하더라도, 現實적으로 그 有用性이 認定될 수 있기 때문이다.

사람들 사이에 존재하는 차이에 대한 비교의 문제가 반드시 평등개념으로만 해결되어야 한다는 주장은 할 수 없다고 할지라도, 사회에서 사람들 사이에 존재하는 차이에 관하여 주의를 기울여야 되고 또한 그 차이점을 없애도록 하여야 한다고 믿음을 우리가 가지는 한, 국민 전체의 약속을 위한 의사소통수단으로서의 규범에서 평등개념은 그 유용성을 부인할 수 없는 것이다. 평등개념은 일반적으로 우리로 하여금 사회가 다른 사람들과 비교하여 어떠한 대우를 하는가에 관하여 관심을 갖게 하는 개념으로 인식되는 것이고, 논자에 따라서는 사람들 사이의 다른 대우가 문제가 된다고 말해주는 유일한 개념으로 인정되기도 하는 것이기 때문이다.³⁸⁾ 평등은 국가가 그의 법을 公正하게 適用할 것을 요구하는 것이고, 이러한 개념은 다른 권리개념의 부분이 아니고, 평등개념에서 바로 도출되는 것으로 보아야 하기 때문이다.³⁹⁾

38) Chemernsky, E., In Defense of Equality : A Reply to Professor Westen, 81 Mich. L. Rev. 575(1983), p.585.

39) Chemernsky, supra N.38, p.581.

비록 권리개념만으로도 모든 법적 문제가 해결될 수 있다고 하더라도, 권리개념이 자신의 내용으로 삼을 수 있는 실체적 기준의 영역과 평등개념이 그 자신의 내용으로 삼을 수 있는 실체적 기준의 영역을 나누어서 생각하는 것이 법적 논의에 유용하다면, 평등개념을 전혀 불필요한 개념으로 버려야 할 필연성은 없는 것이다.

결국 Westen은 평등을 권리라는 다른 이름속으로 숨겼을 뿐⁴⁰⁾, 평등개념이 법학에서 불필요하다는 점을 밝히는데까지는 이르지 못한 것으로 이해되는 것이다.

VI. 結 論(論議의 整理)

지금까지의 논의를 정리하는 것으로 결론에 대신한다.

첫째, 평등개념 그 자체는 아직 완성된 규범적, 법적 내용을 가지는 것이 아니다. 그 내용은 다른 가치세계에 대하여 열려 있는 것이다. 평등여부의 판단에는 평등개념 자체에서 도출되지 아니하는 外部的인 基準이 필요한 것이다.⁴¹⁾

그렇다고 일정한 가치를 성급하게 평등개념 자체에 집어넣으려는 생각은 곧 현실적 어려움에 부딪치게 되는 것이다. 실체적인 가치를 내용으로 하는 평등개념을 추구하려는 시도는 궁극적인 가치를 발견하고자 하는 哲學者의 課題는 될 수 있을지언정, 현실의 ‘憲法上の 平等’의 개념을 파악하려는 우리에게는 큰 도

40) Chemernsky, supra N.38, p.597.

41) Chemernsky, supra N.38, p.575 n.6.

움이 되지 않기 때문이다.

둘째, 헌법상의 평등조항이 개방적이고, 비어있는 평등개념을 규정하고 있다고 하더라도, 헌법상의 평등조항의 독자성까지 부인되는 것은 아니다. 평등개념은 권리개념에만 개방된 것이 아니라 모든 사회적 가치개념에 개방된 것으로 보아야 하기 때문이다. 가사 웨스턴의 주장과 같이 평등여부에 관한 판단이 일반 권리규정에 전적으로 의존되어 있다고 하더라도, 문제를 평등의 문제로 인식하여 해결할 것인가, 아니면 평등 이외의 다른 권리의 문제로 인식하여 해결할 것인가의 문제는 哲學的 思考方式의 選擇의 問題이지 논리필연적 결론이라고 볼 수 없기 때문이다.

그렇다면, 우리 헌법상의 평등조항은, 다른 권리와 양립하는 독립된 판단개념으로서 그 자체로서는 아직 가치에 대하여 비어있는 상태의 ‘평등개념’을 규정하고 있는 것으로 이해되는 것이다.

그러면, 내용이 개방적이고 비어있는 평등개념이 우리 헌법상의 평등조항에서 가지는 의미는 무엇인가라는 의문이 생기게 된다.

생각건대, 평등개념 자체가 실질적으로는 내용이 비어있다고 하더라도, 형식까지 비어있다고는 할 수 없는 것이다. 평등개념은 실질적인 사회적 가치를 연결하여 평등조항에 내용을 부여할 수 있는 일종의 論理的 鑄型으로 이해될 수 있는 것이다.⁴²⁾ 이러한 의미에서 아리스토텔레스의 평등개념은 우리 헌법상의 평등개념의 해석방법을 제시하는 것으로 평가될 수 있는 것이다. 아리스토텔레스의 평등개념이 비록 가치의 상대성을 그 개념에 내포함으로써 많은 비판을 받아왔으나, 평등여부의 판단에 기본틀

42) Rees, supra N.19, p.137.

을 제공하고 있다고 보기 때문이다.

아리스토텔레스와 같이 평등개념을 단순히 사물 사이의 비교 개념이 아니라 분배개념으로 이해하는 경우, 평등개념은 평등여부의 판단에 이르기 전에 먼저 평등여부의 판단대상, 즉 누가 ‘분배받는 자들’이고, 무엇이 ‘분배되는 대상들’인가에 대한 명확한 인식을 요구하게 된다. 따라서 헌법상의 평등개념은 ‘헌법의 평등조항을 기준으로 심판하는 경우, 그 심판대상에서 분배받는 자와 분배대상이 무엇인지를 먼저 명확히 인식하여야 한다’는 규범적 의미를 가지는 것이다.

또한 평등개념을 분배에서의 비례성으로 이해하는 경우, 평등개념은 평등여부의 판단에서 분배받는 자와 분배대상 사이에 존재하는 비례성여부에 관한 인식을 요구하게 된다. 따라서 헌법상의 평등개념은 ‘헌법상의 평등여부를 판단하기 위하여는 분배받는 자와 분배대상 사이에 존재하는 비례성이 입증되어야 한다’는 것을 법적으로 요구하는 것이다.

둘째, 평등개념 자체가 실질적으로는 내용이 비어있으나, 그 평등개념의 지위가 헌법상 평등조항에 의하여 자리매김된다는 의미에서, 평등개념은 그 ‘실체적 가치’를 시공에 현존하는 우리 헌법에서 발견하여 헌법상의 평등조항에 연결시키는 실체적 기능을 하는 것으로 평가되는 것이다. 평등개념 자체가 가치세계에 대하여 열려 있음으로 인하여, 헌법상의 평등조항은 헌법이 처해 있는 시대와 상황을 평등조항에 반영할 수 있게 된다는 유연성과 지속성을 지니게 되는 것이다. 평등개념 자체가 공허하기 때문에, 그 개념을 요소로 하는 평등원칙이나 평등조항은 오히려 시공 속의 현실을 담아, 시공을 초월하여 생명을 가지는 것으로 이해되는 것이다.

평등개념이 그 실체적 가치의 발견을 우리 헌법에서 발견할 것을 요구하고 있다면, 이제 우리는 헌법상의 평등여부를 판단하기 위하여, 우리 헌법의 평등조항속에 규정된 평등개념이 연결하게 되는 헌법적 가치가 무엇인가를 인식하여야 한다는 어려운 문제를 안게 된다. 그에 관한 논의는 평등개념 자체의 의미를 넘어서는 것으로서 다음의 기회로 미룬다.

憲法訴願審判의 特殊性 小考

金 顯 哲

審判三課長

- 目 次 -

I. 序 論

II. 事前審查制度

1. 意義 및 機能
2. 事前審查制度의 由來
3. 事前審查 의 強化方案

III. 辯護士強制主義 및 國選代理人制度

1. 意 義
2. 辯護士強制主義의 利點 및 問題點
3. 代案 - 國選代理人制度의 活性化

IV. 憲法訴願審判의 當事者

1. 請求人
2. 被請求人
3. 訴訟參加

V. 書面審理原則 및 職權審理主義

1. 書面審理原則

2. 職權審理主義

VI. 假救濟制度的 許容與否

1. 行政訴訟에 있어서의 假救濟

2. 執行停止

3. 假 處 分

VII. 結 論

I. 序 論

憲法訴願審判은 憲法裁判, 즉 憲法訴訟의 하나이다. 헌법재판이란 헌법을 운용하는 과정에서 헌법의 規範內容이나 기타 헌법문제에 대한 다툼이 생긴 경우에 이를 有權的으로 해결함으로써 헌법의 規範의 效力을 지키고 憲政生活의 安定을 유지하려는 헌법의 實現作俑이다. 1)

우리 나라의 경우 1948년의 制憲憲法 때부터 제도상으로는 헌법재판이 있었으나 그 실적이 미비하다가 1987년 現行憲法이 시행된 이후 본격적으로 가동되고 있는바, 특히 헌법소원심판은 현행헌법에서 처음 도입되고 헌법재판소법에 의하여 구체화된 제도로서 우리 국민들은 구체적인 권리구제수단으로 이를 적극 활용하고 있다. 2)

그런데 우리 憲法裁判所法은 헌법소원심판의 경우 民事訴訟에 관한 法令의 규정과 行政訴訟法을 함께 準用하되, 행정소송법을 우선하여 준용하도록 하고 있다(헌재법 제40조). 따라서 헌법소송과 행정소송, 그 중에서도 憲法訴願審判과 抗告訴訟과의 관계가 문제가 된다. 헌법소송과 행정소송의 문제는 兩者가 같은 公法訴訟으로서

- ① 그 소송의 原理와 理論이 같은 것이냐 아니냐
- ② 權利救濟의 前提節次에서 이 둘 사이에 야기될 權能配分の

1) 許營, 韓國憲法論(1993), 791면.

2) 헌법재판소, 憲法訴願審判概要(1993), 3면

충돌이 없이 어떻게 체계적으로 분쟁을 해결해 낼 것인가

③ 그 나라의 統治 Mechanism上 行政과 司法의 관계에서 행정소송이 어떠한 자리매김을 하고 있는가

④ 헌법재판이 그 나라의 통치구조에서 어떠한 지위를 차지하고 있는가 하는 문제와도 관련을 가진다.³⁾

그러므로 헌법소원심판의 特殊性을 論함에 있어서는 행정소송의 특수성을 염두에 두고 이들을 비교·검토하는 작업이 필요하다. 현행 행정소송법상 행정소송의 특수성을 반영한 것으로는 論者에 따라 약간 다르기는 하나 대체적으로 行政審判前置主義(행소법 제18조), 審級上의 특수성(二審制, 동법 제9조), 被告適格(동법 제13조), 短期提訴其間(동법 제20조), 執行不停止原則(동법 제23조), 關聯請求의 併合(동법 제10조), 職權探知 또는 職權調查(동법 제26조), 事情判決(동법 제28조), 判決의 效力(동법 제29,30조) 등을 들고 있다.⁴⁾

한편 헌법소송으로서 헌법소원심판의 특수성으로는 변호사강제주의(헌재법 제25조) 및 국선대리인제도(동법 제70조)의 채택, 심판비용의 國庫負擔(동법 제37조), 書面審理원칙(동법 제30조), 포괄적인 自足的 節次規定미비(민사소송에 관한 법령의 규정 및 행정소송법 준용, 동법 제40조), 職權證據調查(동법 제31, 32조), 決定의 效力(동법 제75조) 및 官報게재(동법 제36조), 審判期間(동법 제38조)등이 언급되고 있다.⁵⁾ 이에 대하여 헌법재판소는 “헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 辯護士強制主

3) 鄭宗燮, 憲法訴訟과 行政訴訟, 헌법논총 3집(1992), 335면.

4) 홍준형, 行政救濟法(1993), 206면.

5) 李時潤, 憲法裁判概觀(1989), 53~59면.

義, 書面審理主義, 職權審理主義, 國家費用 등의 소송구조로” 되어 있다고 判示한 바 있다.⁶⁾

本考에서는 위와 같은 헌법소원심판의 특수성을 기초로 하여, 일반 민사소송이나 행정소송은 물론이고 헌법재판의 다른 심판 유형과도 구별되는 특징인 事前審査制度, 辯護士強制主義 및 國選代理人制度和 그 밖에 憲法訴願審判의 許容與否만을 살피기로 하고 심판비용, 심판기간 및 종국결정 이후의 문제는 편의상 다루지 않았다.

II. 事前審査制度

1. 意義 및 機能

헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3인으로 구성되는 指定裁判部를 두어 헌법소원심판의 事前審査를 담당하게 할 수 있다(헌재법 제72조 1항). 이에 따라 헌법재판소는 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙(제정 1988.10.15 개정 1991.12.3.)에 의하여 헌법재판소재판관 각 3인으로 구성하는 3개의 지정재판부를 두었다. 이와 같이 사전심사란 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소 지정재판부가 하는 심사를 말하며, 지정재판부는 사전심사결과 却下決定 또는 審判回附決定을 한다.

6) 헌재 1993.5. 13. 선고, 91헌마190 결정.

(1) 却下決定

지정재판부는 다음의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다(헌재법 제72조 3항).

① 다른 법률에 의한 救濟節次가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 法院의 裁判에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우

② 헌법재판소법 제69조의 규정에 의한 請求期間이 경과된 후 헌법소원심판이 청구된 경우

③ 헌법재판소법 제25조의 규정에 의한 代理人의 선임 없이 청구된 경우

④ 기타 헌법소원심판의 청구가 不適法하고 그 흠결을 補正할 수 없는 경우

(2) 審判回附決定

지정재판부에서 전원의 일치된 의견으로 각하결정을 하지 아니하는 경우에는 헌법소원을 (全員)재판부의 심판에 회부하여야 하며, 헌법소원심판의 청구 후 30일이 경과할 때까지 각하결정이 없는 때에는 심판에 회부하는 결정이 있는 것으로 본다⁷⁾ (헌재법 제72조 4항).

한편 넓은 의미에서 보면 지정재판부에 의한 사전심사의 前段階로서 헌법소원사건으로의 접수가 거부되는 이른바 헌법소원

7) 이를 실무상 “심판회부간주”라고 부른다.

不受理 또는 民願處理도 전원재판부예의 진입을 차단(screen)하는 역할을 한다는 점에서 이를 廣義의 事前審査라 할 수 있을 것이다. 즉 헌법재판소에 접수되는 각종 소원청구 중 내용상으로나 형식상으로 도저히 헌법소원으로 볼 수 없는 것들은 접수 담당공무원⁸⁾이 행정결재를 거쳐 민원처리하며 헌법소원인지의 여부가 일응 불분명한 경우에는 담당재판관의 지시를 받아⁹⁾ 역시 행정결재를 거쳐 민원처리하게 되는데, 前者는 이를 一般民願處理라고 부르면 後者는 이를 憲法訴願不受理라고 부른다.¹⁰⁾

헌법소원제도에 있어 가장 큰 문제점은 무엇보다 濫訴의 폐해라 할 수 있다.¹¹⁾ 독일연방헌법재판소의 경우 1951년 개소 이래 1989.12.31. 까지 총 78,586건이 접수되었는데 그 중 헌법소원이 75,140건으로 95.6%를 점하고 있으며, 1989년 한해동안 접수된 3,758건 중 헌법소원사건이 3,693건(98.3%)이라고 한다.¹²⁾

우리 헌법재판소의 경우 1988.9. 개소 이래 1993.8.31. 까지 만 4년간 총 1,725건¹³⁾이 접수되었는데 그 중 헌법소원이 1,457건으로 84.5%를 점하고 있으며, 같은 기간 동안 접수된 민원사건 936건을 포함하면 헌법소원성 사건의 비율은 89.9% [(1,457 + 936)/(1,725 + 936)]에 이르고 있다.

그리고 위 기간 동안 처리된 헌법소원 1,109건에 위 민원처리

8) 사건의 접수는 심판사무국장의 주관하에 심판1과장이 담당하며 심판 1과 소속공무원이 이를 보조한다(헌법재판소 보조기구에 관한 규칙 §10③, 헌법재판소사건의 접수 및 배당에 관한 내규 §8 참조).

9) 이때 헌법소원사건부로 이기되는 경우도 있다.

10) 종래에는 후자를 실무상 “事件民願”이라고 불렀었다
拙稿, 헌법소원의 對象에 한 小考, 헌법논총 제1집(1990), 441~442면.

11) 金鐵容 외 2인, 憲法裁判節次의 改善을 위한 立法論的研究, 헌법재판연구 제4 권 (1993), 316면.

12) 1990. 11. 26. 자 독일연방헌법재판소의 우리 헌법재판소에 대한 통계자료회보 참조.

13) 제심사건은 제외, 이하 우리 헌법재판소의 통계에서도 같다.

936건을 포함하면 헌법소원성 사건은 모두 2,045건이 처리되었는데,¹⁴⁾ 그 중 민원처리 936건과 지정재판부의 사전심사를 통해 각하된 556건을 합하면 모두 1,492건이 이른바 廣義의 事前審査를 통하여 screen된 것으로 이는 전체 헌법소원성 사건 처리의 73.0%를 점하고 있다.

이와 같이 (넓은 의미의) 사전심사는 남소의 폐단을 막고 전원 재판부의 업무부담을 경감시키는 기능을 수행하고 있는 것이다.

2. 事前審査制度의 由來 - 독일연방헌법재판소의 경우

독일연방헌법재판소의 경우도 우리 나라와 같이 넓은 의미의 사전심사제도를 활용하고 있으나¹⁵⁾ 우리와는 적지 않게 다른 형태로 운용되고 있다. 독일의 경우는 연방헌법재판소법에 의한 事前審査와 연방헌법재판소 자체의 장안(연방헌법재판소법사무규칙)에 의한 의미의 사전심사제도인 소위 一般事件簿제도가 별도로 또는 상호보완적으로 운용되어 왔다.¹⁶⁾

(1) 聯邦憲法裁判所上의 事前審査

가. 1951. 3. 12.자 최초의 연방헌법재판소법

14) 이는같은 기간 헌법재판소가 처리한 전체 2,284건(일반심판 1,348건+민원처리 936건)의 89.5%를 차지하고 있다.

15) 사실은 우리가 독일의 입법·실무례를 도입·활용하고 있다는 표현이 옳을 것이다.

16) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 3. Aufl. 중 §12(양삼승 외 5인 옮김), 헌법재판자료 제5집(1992), 404~417면.

최초의 聯邦憲法裁判所法에는 별도의 사전심사제도가 없었고 다만 同法 제24조의 규정에 의하여 인정된 a-limine-Abweisung, 즉 本案의 審理를 요하지 않는 却下制度¹⁷⁾가 있었으나 그것만으로는 홍수같이 몰려드는 헌법소원사건을 적절한 시일내에 처리할 수 없었다.

나. 1975. 7. 21.자 改正法律

同改正法 제91a조에서 헌법소원의 사전심사(Voprüfung)제도를 도입하였다. 同規定에 따르면 3명의 재판관으로 구성된 委員會(Dreierausschuß)가 헌법소원사건을 사전심사하는데 동 위원회는 제기된 헌법소원이 하등의 헌법상 중요한 문제점을 내포하고 있지도 않고, 또한 동 헌법소원을 각하하더라도 소원제기인에게 하등의 결정적이고 피할 수 없는 손해를 주지 않는 경우에는 전원일치의 의견에 의한 결정으로 동 헌법소원을 각하할 수 있었다.

다. 1963. 8. 3. 자 改正法律

同改正法은 위 제91a조에 의한 사전심사를 폐지하고 그 대신 제93a조에서 受理節次(Annahmeverfahren)를 도입하였다. 그에 의하면 헌법소원에 대한 재판을 받으려면 동 헌법소원이 먼저 受理(Annahme)되어야 하는데, 그 수리여부는 먼저 3인의 재판관으로 구성된 위원회가 심사한다. 그리하여 헌법소원이 형식에 위배되거나, 不適法하거나, 기간이 도과되었거나, 명백한 이유 없거나¹⁸⁾ 또는 명백히 권한 없는 자에 의하여 제기된 경우에는 전원일치의 의견에 의한 결정으로 동 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다. 그리고 위원회가 소원의 수리를 거부하지 아니한 경우

17) 이는 헌법소원 뿐만 아니라 다른 모든 절차에서도 인정된 것이다.

18) 우리 헌법재판소 지정재판부의 권한에는 없는 내용이다.

에도 당해 재판부(Senat)가 다시 수리의 여부를 심사하는데 재판부의 2인 이상의 재판관이 그 재판으로 인하여 헌법상의 문제점이 해명될 수 있다고 생각하거나 또는 그 재판을 하지 아니하면 소원제기인에게 本案에 있어서 중대하고 또한 피할 수 없는 손해가 발생할 것이라고 생각하는 경우에는 동 헌법소원을 수리해야 한다. 이와 같은 위원회 및 재판부의 수리여부에 대한 재판은 구두변론 없이 행해지고 또한 재판의 理由를 說示할 필요가 없으나 다만 수리거부사유의 어떠한 점에 해당되었는지에 관한 법률적인 관점을 기재하여야 한다.

라. 1970. 12. 21자 改正法律

同改正法에서는 위 제93a조에 의한 3인위원회의 수리거부사유를 명백히 규정하였다. 즉 동 개정조항 제3항에서 “헌법소원이 不適法하거나 또는 기타의 이유로 그 소원이 인용될 가능성이 희박한 경우에는, 위 위원회는 그 전원일치의 결정으로 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다”고 규정하여 종전에 “헌법소원이 이유없음이 명백할 것(Offensichtlichkeit)”이라는 불명확한 기준을 개선하였다.

마. 1985. 12. 12자 改正法律

同改正法에서는 수리절차를 더 확대시킴으로써 3인위원회¹⁹⁾의 권한을 강화시켜 업무부담 경감의 실효를 거두어 보려고 하였다. 즉 연방헌법재판소가 이미 기준이 될 헌법문제에 관하여 판단을 한 바 있었기 때문에 헌법소원이 이유 있음이 명백한 경우에는 소재판부가 전원일치의 결정으로 동 헌법소원을 인용할 수도 있게 하였다.

19) 이를 小裁判部(Kammer)라고 하고 있다.

(2) 一般事件簿(Allgemeine Register)制度

연방헌법재판소가 수많은 헌법소원사건을 적절히 간편하게 처리할 수 있도록 하기 위하여 입법자들이 마련해 준 조치들은 지극히 불충분한 것이었기 때문에, 연방헌법재판소가 이에 더하여 스스로 자구조치를 강구 하였는바 이에 는 첫째, 일반사건부(AR)둘째, 헌법소원의 補流性 셋째, 심사의 범위를 “고유한 憲法律”의 침해만으로 제한하는 것 등이 있는데 여기에서는 일반사건부제도만을 살펴보기로 한다.

연방헌법재판소법사무규칙 제60조 제1항, 제2항에 의하면 ① 헌법재판소에 접수된 사건 중에서 연방헌법재판소법에서 규정한 헌법재판소의 권한사항에도 속하지 아니하고 헌법재판소의 순수한 행정에도 관계되지 아니한 사건 ②不適法하거나 헌법재판소의 기존의 판례에 비추어 승소의 가망성이 명백히 없는 사건²⁰⁾은 일반사건부에 등재하도록 되어 있다. 그리고 일반사건부에서의 등재여부는 헌법재판소의 소장 또는 부소장 - 즉, 2개의 재판부의 각 재판장 - 이 이를 결정하되, 위 소장 또는 부소장은 그 결정권한을 재판장의 輔佐官(Präsidentialrat)²¹⁾에게 위임할 수 있다.

한편 裁判長 輔佐官은 ②의 경우, 즉 不適法하거나 승소의 가망이 없기 때문에 일반사건부에 기재된 訴願의 제기인 예게는

20) 그밖에 ③헌법재판소의 2개의 재판부(Senat) 중에서 어느 재판부에 배당되어야 할 것인지 즉시 판가름하기 곤란한 사건도 일반사건부에 등재한다.

21) Präsidentialrat는 이를 “首席審議官”으로 번역한 예가 있다.

姜敏馨, 憲法訴願審判의 請求節次, 헌법재판자료 제2집(1989), 193면.

金學成, 憲法訴願에 관한 研究, 서울대학교 법학박사학위논문(1990), 77면.

헌법소원에 관한 指針項(Belehrungsschreiben) 및 연방헌법재판소의 판결을 고려한 그의 판단에 따라 그 소원이 許容(Die Zulässigkeit)될 수 없거나 명백히 승소의 가능성(Aussicht auf Erfolg)이 없다는 판단을 청구인에게 告知함과 아울러 청구인이 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정을 희망하는지의 여부에 관한 釋明書を 송부하여야 하는데,²²⁾ 이에 대하여 소원제기인이 일정한 기간 내에 재판부(Senat)에 의한 재판을 희망하는 진술을 하면 그 사건은 訴訟事件簿에 移記된다. 이러한 진술이 없으면 사건은 종결된 것으로 간주된다.

그런데 이 경우 거의 대부분은 실무상 마지막까지 일반사건부에 그대로 남아 있음으로써, 즉 小裁判部나 裁判部の 판단에 이르지 아니하는 것이 보통으로 이로써 헌법재판소의 업무부담을 경감시켜 주고 있다고 한다.

(3) 整 理

이상과 같은 독일연방헌법재판소의 (넓은 의미의) 사전심사과정을 정리해 보면, 먼저 裁判長 輔佐官이 ① 헌법재판소의 권한사항이 아닌 청구 ② 不適法한 청구 ③ 명백히 승소가능성이 없는 청구에 대하여 민원처리하고²³⁾, 그 다음에 小裁判部는 보좌관의 교시절차를 통하여 소송사건부에 넘어왔더라도 소원이 ① 不適法하거나 ② 명백히 認容可能性이 없는 경우에는 이를 전원일치에 의한 결정으로 受理를 거부-즉 却下-하며, 더 나아가 소원이 이유 있음이 명백한 경우에는 전원일치에 의한 결정으로

22) 이와 같은 절차를 交示節次라고 부른다.

23) 일부의 경우 교시절차를 거친다.

그 헌법소원을 인용할 수도 있다.

그러므로 독일연방헌법재판소의 사전심사는 우리 헌법재판소의 사전심사에 비하여 그 권한의 량과 質에 있어서 월등히 큰 역할을 수행하고 있다고 볼 수 있다.

3. 事前審査의 強化方案

우리 헌법재판소도 넓은 의미의 사전심사단계, 즉 사건의 접수에서부터 전원재판부에 심판회부하기까지는 독일연방헌법재판소의 경우와 마찬가지로 2단계를 거치고 있다. 즉 사건의 접수단계에서 헌법소원의 실질을 갖추지 못한 경우 심판사무국의 접수공무원이 이를 걸러 행정결재를 거쳐 事務處長 명의로 민원처리한다. 다만 이때 헌법소원인지의 여부가 불분명한 경우 담당재판관의 확인을 거쳐 헌법소원사건으로 바로 이송하거나 지도안내²⁴⁾ 또는 민원처리하게²⁵⁾ 되는데, 그 중 지도안내는 일종의 중간단계로 지도안내를 받는 소원인의 응답여하에 따라 헌법소원사건으로 이송되거나 또는 민원처리(간주)된다. 한편 지정재판부에 의한(좁은 의미의) 사전심사는 헌법재판소법 제72조 제3항이 규정한 바와 같이 일정한 경우에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 却下할 수 있을 뿐이다.

이와 같이 우리 나라의 경우 독일의 例와 같은 접수단계에서의 재판장보좌관(Präsidentialrat)제도를 채택하고 있지 않은바, 우리 헌법재판소의 경우도 그 동안의 실무경험에 비추어 볼 때 독일

24) 이는 독일연방헌법재판소의 재판장보좌관의 석명서송부와 비슷하다.

25) 이를 실무상 憲法訴願不受理라고 하는바, 독일연방헌법재판소의 不受理와는 다른 개념이다.

처럼 일반사건부와 재판장보좌관 제도의 도입을 신중히 검토할 단계에 이르렀다고 본다. 왜냐하면 현재의 사건접수 및 민원처리 제도로는 (지정재판부를 포함한) 재판부의 업무부담 경감에 유효 적절하지 못한 것이 사실이기 때문이다. 일반사건부 및 재판장 보좌관 제도는 독일의 경우처럼 현행법 아래에서도 헌법재판소 규칙으로 도입이 가능하기 때문에²⁶⁾ 그 필요성이 더욱 절실하다고 생각한다. 그밖에 (좁은 의미의) 사전심사기능의 강화 내지 활성화 방안으로는 현재의 法 아래서의 사전심사의 生活化와 法改正을 통한 지정재판부 기능의 강화를 생각해 볼 수 있는데, 前者에 관하여는 특별히 일반소송의 재판장의 訴狀審査에 대응하는 裁判長의 請求書審査가 문제된다.

(1) 裁判長의 請求書審査

일반 민사소송의 경우 訴狀이 접수되어 소송기록화된 뒤에 司法行政的 조치에 의하여 사건배당이 되면 우선 재판장은 소장이 適式(ordnungsmäßig)인가의 여부를 심사한다(민소법 제231조). 이는 우리 나라와 日本의 특유한 立法例로서, 訴訟審査權을 재판장의 전속적 권한으로 한 것은 판단이 비교적 간단하기 때문에 合議部員 전원이 관여할 만한 것이 못되며 受訴法院일 변론에 들어가기에 앞서 (이에는 소송계속時까지라는 반대설이 있다) 소장의 명백한 하자를 재판장이 미리 是正함으로써 법원이나 피고의 訴訟經濟 도모함에 있다.²⁷⁾

이와 같은 裁判長의 訴狀審査는 행정소송법 제8조 제2항에 의

26) 헌법 §113②, 현재법 §10 참조.

27) 李時潤, 民事訴訟法(1993), 340면.

하여 행정소송에도 준용된다. 그런데 민사소송법과 행정소송법을 준용하는 헌법소원심판의 경우에 재판장의 청구서²⁸⁾ 심사를 인정할 것인가?

일반소송에서의 소장심사는 訴狀에 印紙不足등의 흠결이 있을 때 재판장이 원고에게 상당한 기간을 정하여 그 흠결을 보정할 것을 명하고(補正命令), 원고가 소장의 흠결을 보정하지 않을 때에는 재판장의 命令으로 却下하여 소송을 종료시키는 것이다. 우리 헌법재판소법은 헌법소원의 심판청구가 不適法하나 補正할 수 있다고 인정하는 경우에 재판장이 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다고 규정할 뿐(헌재법 제28조), 청구인이 재판장의 보정요구에 응하지 않은 경우의 후속조치에 대하여 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 헌법소원심판의 경우에도 재판장의 청구서심사와 그에 따른 請求書却下命令이 가능할 것인가가 문제가 된다.

가. 消極設

헌법소원심판의 경우는 그 성질상 일반소송의 재판장의 소장심사와 그에 따른 訴狀却下에 親하지 않기 때문에 재판장의 청구서심사 및 청구서각하명령을 허용할 수 없다고 한다. 즉 민사소송법을 준용하는 행정소송에 있어서 大法院이 “행정소송법 제14조²⁹⁾가 ‘이 법에 특별한 규정이 없는 사항은 민사소송법의 정하는 바에 의한다’고 하였어도 이는 특별한 규정이 없는 사항에 대하여 무제한으로 민사소송법을 적용한다는 취지가 아니라 그 성질이 허용하는 한도 내에서 그 법의 규정에 의한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이다”라고 판시한³⁰⁾ 바와 같이 헌법소원은 그

28) 일반소송의 訴狀에 해당한다.

29) 현행법 제8조에 해당한다.

성질상 재판장의 청구서각하명령을 허용하지 않는다고 한다.

또한 우리 헌법재판소법 제28조는 재판장의 補正命을 규정할 뿐이고 재판장의 請求書却下에 관한 규정이 없으며, 그 보정명령에 불응한 경우는 同法 제72조 제3항에 규정한 바 지정재판부의 却下決定으로 해결할 것이라고 한다.

나. 積 極 設

헌법소원심판에서도 일반 민사소송이나 행정소송에서와 같이 재판장의 청구서심사와 그에 따른 청구서각하명령은 가능할 뿐만 아니라 오히려 헌법소원심판에서 그 필요성이 더 크다고 한다.

즉 헌법소원의 가장 큰 문제점이 바로 濫訴의 폐단이라고 하는바, 지정재판부의 사전심사가 전원재판부의 업무부담을 덜어주고 있는 것은 사실이나 헌법소원심판청구사건의 심판회부율이 1993.8.31. 현재 59.0%에 이르고 있고, 전원재판부에서 부적법하다는 이유로 각하된 사건이 117件³¹⁾에 이른 등 screen的 기능이 미약한 점에 비추어³²⁾ 재판부의 업무부담³³⁾을 줄여준다는 의미에서도 재판장의 청구서각하명령은 유효한 수단이 될 것이라고 한다.

30) 大法 1962.1.20. 선고, 4292行抗13 判決

31) 이는 헌법소원의 전원재판부 결정 총 477건의 24.5%에 해당한다.

32) 참고로 1993.8.31. 현재 헌법재판소가 처리(취하 포함)한 헌법소원은 모두 1,109 건인데 그 중 지정재판부에서 590건, 전원재판부에서 519건이 처리되어 그 비율은 53 : 47이다. 즉 전원재판부가 47%의 사건을 처리하고 있다는 것은 그만큼 전원재판부의 업무부담이 과중하다는 뜻이기도 하다.

관련 독일연방헌법재판소의 경우 1989년 한햇동안 3,511건의 헌법소원사건이 처리되었는데 그 중 재판부(Senat)가 처리한 것은 26건으로 그 비율은 0.74%에 불과했다고 한다(C. Pestalozza, 전계논문, 413면).

33) 헌법재판소 개소이래 각 연도별 미제사건은 헌법소원의 경우만 보더라도

그리고 헌법재판소법 제72조 제3항 소정의 지정재판부 각하결정이 곧 재판장의 청구서각하명령을 배제하는 것으로 볼 수는 없다고 한다.

다. 私 見

민사소송법상 재판장의 소장심사의 대상으로는 ① 소장의 필요적 기재사항이 제대로 되어 있는지의 여부, 예를 들면 당사자의 同一性이 제대로 특정되어 있는지, 청구취지나 청구원인이 제대로 기재되어 있는지의 따위(탄원서와 같은 것이 아닌지) ② 소장에 소정 인지를 납부했는지의 여부(민소법 제231조 1항)와 이밖에 民事訴訟規則 제49조의2에 의하여 ③ 청구원인사실에 대응하는 증거방법의 기재여부 ④ 소장에 인용한 書證의 등본의 첨부여부도 대상으로 하였다.³⁴⁾

그런데 헌법소원심판의 경우 우선 탄원서 등과 같은 청구는 접수단계에서 민원처리되며, 헌법소원심판을 비롯한 헌법재판은 소송비용이 國庫부담이며, 게다가 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해³⁵⁾ 여부를 직권으로 심사하고,³⁶⁾ 실무상 재판장의 보정명령의 대부분을 차지하는 대리인선임 보정명령의 경우 그 불응시 지정재판부의 각하결정의 대상이며(헌재법 제72조 3항 3호), 그밖에 청구서심사 대상의 여지가 될 수 있는 헌법재판소법 제71조 제1항³⁷⁾ 또는 제71조

1989.12.31. 현재 97건(84), 1990.12.31. 현재 200건(163), 1991.12.31. 현재 255건(238), 1992.12.31. 현재 307건(281), 1993.8.31. 현재 348건(330)으로 계속 증가하고 있다.

*()안은 전원재판부 미제건수.

34) 이시윤(FN27), 341면.

35) 헌재법 §71① 소정의 청구서 기재사항의 하나이다.

36) 헌재 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정 ; 1992.10.1. 선고, 91헌마 31 결정.

제2항·제43조38)가 과연 심판청구서의 필요적 기재사항인지 여부도 헌법재판소의 판례상 미지수이기 때문에 이의 미비를 이유로 청구서각하명령을 할 수 있는지 여부가 의문이다.

또한 현재 헌법재판소의 실무는 적어도 지정재판부 단계에서는 주심재판관 중심의 사전심사가 이루어지고 있으며, 주심재판관은 재판장을 겸하지 않기 때문에 헌법소원심판에 재판장의 청구서심사제도를 도입할 실익은 별로 없어 보인다.

따라서 남소의 방지나 재판부의 업무부담 경감수단으로서의 재판장의 청구서심사는 별 실효성이 없으므로, 이들 문제는 접수단계에서의 민원처리의 활성화나 法改正을 통한 지정재판부의 권한강화 내지는 사전심사 강화를 통해 해결해야 할 것이다.

(2) 法改正을 통한 事前審査 機能強化

헌행법상 지정재판부에서 할 수 있는 審理節次로는 재판장의 심판청구 보정명령(헌재법 제28조), 증거조사(동법 제31조), 자료제출요구등(동법 제32조)이 있다(동법 제72조 5항). 그런데 실제로 헌법재판소의 실무에서는 재판장의 보정명령과 事實照會(청구기간의 적법여부조사 등)만이 빈번히 사용될 뿐 다른 절차는 거의 활용되지 않고 있다. 이는 지정재판부의 사전심사가 헌법재판소법 제72조 제3항 소정의 却下事由를 발견키 위한 활동으로 제한될 수밖에 없는³⁹⁾ 때문이기도 하고, 사전심사기간이 청구서 접수일로부터 30일 이내이기 때문에 기간이 너무 촉박한 때문이기

37) 헌재법 §68①에 따른 헌법소원의 경우.

38) 헌재법 §68②에 따른 헌법소원의 경우.

39) 同旨, 김학성, 전게논문, 290면.

도 하다.

그러므로 독일의 경우와 같이 헌법재판소가 이미 기준이 될 헌법문제에 관하여 판단을 한 바 있기 때문에 헌법소원이 이유 있음이 명백한 경우에 지정재판부 관여재판관 전원이 일치된 의견으로 헌법소원을 인용할 수 있도록 하고, 반대로 헌법소원이 인용될 가능성이 희박한 경우에는 그 소원을 기각할 수 있도록 法을 개정할 필요가 있다고 본다.⁴⁰⁾ 설사 前者의 경우까지 나아가는 것은 어렵더라도 後者の 경우는 반드시 法改正을 통해 확보해야 할 것이다.

아울러 지정재판부의 사전심사를 활성화하기 위하여는 30일의 사전심사기간을 60일로 늘이는 것이 필요하다고 본다. 그리하여 현장검증이나 서증조사 등의 심리절차를 활성화해야 할 것이다. 또한 지정재판부에서도 受命裁判官⁴¹⁾을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있으므로(헌재법 제31조 2항, 제72조 5항) 수명재판관을 통한 적극적인 증거조사가 요망된다.

헌법재판소의 업무부담, 특히 전원재판부의 업무부담 경감은 絶對絶命의 과제라고 할 것인바 모든 헌법소원사건을 다 전원재판부의 판단을 받게 하는 것이 국민의 재판청구권을 보장하는 것은 아닌 만큼 꼭 필요한 사건만을 전원재판부에 심판회부하여 그에 대하여 심도 있는 심리를 할 수 있도록 法의 改正 내지는 運營의 妙를 살리는 지혜가 필요하다고 본다.

40) 同旨, 김철용 외 2인, 전제논문, 325면 ; 金哲洙, 헌법소송제도의 문제점과 개선방향, 이규석교수 정년기념논문집(1992), 552~553면.

41) 이 경우 주심재판관을 수명재판관으로 지정하는 것이 합리적이며, 헌법재판소 규칙으로 주심재판관은 별도의 지정이 없더라도 수명재판관으로 지정된 것으로 보는 규정을 들도 바람직하다고 본다.

Ⅲ. 辯護士強化主義 및 國選代理人制度

1. 意 義

헌법재판소법 제25조 제3항에 의하면, 헌법소원심판절차에 있어서 당사자인 私人은 본인이 변호사의 자격이 있는 경우가 아닌 한 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 그러나 이는 헌법소원심판청구인의 헌법재판청구권을 제한하려는 데 그 목적이 있는 것이 아니므로 변호사인 대리인에 의한 헌법소원심판청구가 있었다면 그 이후 심리과정에서 대리인이 辭任하고 다른 대리인을 선임하지 않았더라도 청구인이 그 후 자기에게 유리한 진술을 할 기회를 스스로 포기한 것에 불과할 뿐, 헌법소원심판청구를 비롯하여 기왕의 대리인의 소송행위가 무효로 되는 것은 아니다.⁴²⁾ 그리고 변호사의 자격이 없는 私人인 청구인이 한 헌법소원심판청구나 주장 등 심판수행은 변호사인 대리인의 追認한 경우만이 適法한 헌법소원심판청구와 심판수행으로서의 효력이 있고 헌법소원심판대상이 된다.⁴³⁾

한편 헌법재판소법 제70조에서는 국선대리인제도를 규정하여 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 그의 申請에 의하여⁴⁴⁾ 國庫에서 그 보수

42) 헌재 1992.4.14. 선고, 91헌마156 결정.

43) 헌재 1992.6.26. 선고, 89헌마132 결정.

44) 따라서 직권으로 국선대리인을 선정해 줄 수는 없다.

를 지급하는 국선대리인을 선정해 주도록 하고 있다. 국선대리인으로 선정된 변호사에게는 최고 100만원의 범위 안에서 심판에 관한 서류의 제출, 변론기일 또는 증거조사기일에의 참석 등의 사항을 참작하여 보수가 지급된다.⁴⁵⁾

2. 辯護士強制主義의 利點 및 問題點

(1) 利 點

변호사강제주의는 本人이 스스로 심판청구를 하고 심판수행을 하는 本人訴訟主義에 비하여 다음과 같은 利點이 있다.⁴⁶⁾

① 재판의 본질을 이해하지 못하고 재판자료를 제대로 정리하여 제출할 능력이 없는 당사자를 보호해 주며 司法的 正義의 實現에 기여한다.

② 승소가망성이 없는 사건을 事前에 변호사를 통해 消法시키는 한편, 재판자료를 법률적으로 다듬고 정리하여 재판소에 제출함으로써 보다 효율적인 헌법재판제도의 운영을 기할 수 있다.

③ 당사자가 스스로 소송을 수행할 때 법률보다도 감정에 복받쳐 사실을 불투명하게 할 수 있으며 선별없는 무리한 자료의 제출로 재판자료를 산적하게 하여 심리의 부담을 가중시키고 또 경직하게 하는 폐해가 생길 수 있는데, 변호사강제주의는 이와

45) 헌법재판소 국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙 §9. 국선대리인 보수 지급에 관한 헌법재판소재판관 회의의결 참조.

46) 헌법 1990.9.3. 선고, 89헌마120·212 병합결정.
헌법재판소판례집 제2권(1990), 293~295면 참조.

같은 문제점을 해소시키는 데 一助가 된다.

④ 재판관이나 법관과 기본적으로 공통된 자격을 갖추고 있는 변호사를 심리에 관여시키는 것이므로, 이로써 재판관의 관료적인 편견과 부당한 권위의식 또는恣意로부터 당사자가 보호될 수 있다.

(2) 批判的인 見解

그러나 위와 같은 利點에도 불구하고 변호사강제주의에 대하여는 비판의 소리도 만만치 않다. 즉 이 利點이 민·형사소송과 달리 유독 헌법재판에만 변호사강제주의를 채택해야 하는 논거로는 부족하고, 또 변호사수임료가 고액인 현실에 비추어 資力이 없는 자의 헌법재판에의 접근을 막고 따라서 헌법재판을 받을 수 있는 권리를 침해할 우려가 있다는 것이다.⁴⁷⁾

또한 헌법소원사건에 있어 변호사가 아니면 提訴할 수 없도록 한 것은 헌법소원제도의 활성화에 制約要素가 될 것이며, 잘못하면 국민의 재판청구권을 침해하는 결과를 가져오게 될 것이라는 견해도 있다.⁴⁸⁾

한편 변호사강제주의 자체는 헌법소원의 남소를 방지하고 헌법재판소의 심리를 迅速·公正하게 하기 위한 것으로 부득이한 것으로 보면서도 代理人을 변호사 자격자에만 한정하는 것은 잘못이라는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 즉 대학교수나 法學者 등에게도 개방해야 한다는 것이다.

47) 김철용 외 2인, 전계논문, 23면.

48) 김학성, 전계논문, 290면.

49) 김철수, 헌법소원제도의 개선방안, 헌법재판연구 제1권(1990), 551면.

(3) 問題點

헌법소원에 있어서 변호사강제주의에 대하여는 위에서 본 바와 같이 재판업무에 分業化原理의 도입, 재판을 통한 基本權의 實質的 保障, 司法의 원활한 運營과 헌법재판의 質的 改善, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 民主化 등 公共福利에 그 기여도가 크며, 더욱이 無資力者에 대한 國選代理人制度라는 代償措置가 별도로 마련되어 있기 때문에 헌법에 위배된다고 할 수 없다는 合憲決定이 이미 내려진 바 있다.⁵⁰⁾

문제는 현실적으로 변호사강제주의가 어떠한 기능을 수행하고 있는가 하는 데 있다고 본다. 우리 나라의 경우 1987년 現行憲法이 시행된 이래 헌법재판이 본격적으로 가동되고 있음에도 아직 헌법재판에 대한 인식이 충분하지 못한 상태에 있으며⁵¹⁾ 헌법소원이 우리 憲政史上 처음 도입되어 법률실무가에 게조차 아직은 낯선 제도인 탓으로⁵²⁾ 대리인인 변호사들조차 심지어는 소송 위임장만을 제출하고 나서⁵³⁾ 아무런 후속절차(심판청구이유보충서 또는 준비서면 제출 등)를 취하지 않은 채 종국결정에 이른 경우까지 있는 등 무성의한 예가 적잖게 있어 왔다는 데에 문제가 있다. 그 이유가 당해 변호사의 헌법재판(내지는 헌법소원)에 대한 無知의 所致인지 아니면 변호사수임료 등 의뢰인과의 신뢰관계에 금이 간 때문인지는 정확히 알 수 없으나 변호사강제주

50) 헌재 1990.9.3. 선고, 89헌마120·212 병합결정 ; 同旨, 1992.12.24. 선고, 92헌마166 결정.

51) 정종섭, 전계논문, 335면.

52) 헌법재판소(FN2), 4면.

53) 이는 청구인본인이 헌법소원심판청구서를 작성·제출한 후 재판부의 보정 명령에 응하여 대리인을 선임한 경우이다.

의의 利點 내지는 그 제도적 이의를 半減시키는 처사가 아닐 수 없다.

그렇다면 일부 學者들이 지적하듯 大學教授나 法學者들⁵⁴⁾이 헌법재판(헌법소원)의 대리인이 될 수 있도록 하는 방안은 어떤가? 이 경우 公法學教授인 대리인 선임비용이 과연 현재의 변호사인 대리인 선임비용보다 저렴할 것인지 여부가 분명치 아니하며, 公法學教授들이 변호사들보다 더 성의 있고 효율적인 심판 수행을 할 것인지 여부도 단정할 수 없을 것이다. 또한 일정 기간 이상 헌법연구관 경력을 가진 자에게도 대리인 자격을 인정하자는 견해⁵⁵⁾도 현재 헌법연구관 모두 변호사 자격이 있는 자들이며 비록 헌법재판소법(제19조)상 변호사 자격이 없는 자도 헌법연구관이 될 수는 있으나 그 수는 현실적으로 극소수⁵⁶⁾일 것이 예상되므로 실효성 있는 代案은 못될 것으로 생각한다.⁵⁷⁾

이와 같이 헌법재판소법에서 변호사강제주의를 규정하고 있기에 대해 헌법재판소의 合憲決定이 내려진 상태이며, 변호사강제주의의 채택여부는 합헌이나 위헌이나의 문제라기보다는 立法政策의 문제라고 보는 입장⁵⁸⁾도 있는 만큼 현실적으로 同規定이 폐지되지 않는 한 변호사강제주의의 문제점을 논의하는 것은 無益한 노력이 될 수밖에 없을 것이다.

다시 말하면, 변호사들의 헌법재판에 대한 관심의 증대, 변호사 선임비용의 下向조정 등이 수반되지 않으면 국민들의 헌법재판

54) 이들은 法學, 특히 公法을 전공하는 大學教授를 의미하는 뜻일 것이다.
김철용 외 2인, 전계논문, 29면 참조.

55) 김철용 외 2인, 전계논문, 29면.

56) 전에 公法(헌법)을 전공한 대학교수 1명이 헌법연구관으로 근무(1989.7.1. ~ 1993.5.7.)한 적이 있었다.

57) 다만 이와 같은 非변호사의 헌법소원 대리인자격 인정문제는 後述하는 국선대리인제도와 연계될 때 그 실효성을 찾을 수도 있다고 본다.

58) 김철용 외 2인, 전계논문, 26면.

에의 접근(헌법소원심판청구)에 변호사강제주의 규정이 걸림돌이 되는 현상은 피할 수 없을 것이다.

3. 代案-國選代理人制度의 生活化

(1) 國選代理人制度의 問題點

앞에서 본 바와 같이 변호사강제주의에 대한 代償措置로서 헌법재판소법은 국선대리인제도를 두고 있다. 실제로 헌법재판소 개소이래 1993.8.31. 현재까지 국선대리인 선임신청은 모두 462건이 접수되어 그 중 154건이 인용(국선대리인선정)되고 294건은 기각 또는 각하되었고 12건은 취하되었으며 2건은 계속중이므로 국선대리인 선정율은 34% [$154/(154+294)$] 정도이다.

이를 국선대리인선정의 경우만을 보면 60개월 동안 154명의 국선대리인이 선정되었으므로 1달에 3명이 채 안되는 비율이다.

그리고 헌법소원 전체사건 1,457건에 비교하면 10.6%의 사건에 국선대리인이 선정되었다. 한편 전체 국선대리인선임신청사건의 63.6%(294/462)가 기각 또는 각하되었는데 그 이유는 無資力의 疏明이 부족하거나 또는 本案事件⁵⁹⁾ 자체가 청구기간의 경과 등으로 부적법한 경우 등이 대부분이다.

현행 제도상 국선대리인제도가 변호사강제주의의 대상조치로서의 기능을 다 하고 있는가? 헌법재판소 개소이래 1993.8.31.

59) 국선대리인선임신청의 전제가 되는 헌법소원심판청구를 의미한다.

현재까지 지정재판부에서 각하된 총 556건 중 대리인의 선임이 없어 각하된 사건이 256건으로 가장 많은 비율(46%)을 차지하고 있는바⁶⁰⁾ 같은 기간 중의 국선대리인선정이 154건인 것을 볼 때 현실적으로 국선대리인제도가 적극적으로 활용되고 있다고는 볼 수 없을 것이다. 왜 그런가? 그 이유를 다음과 같이 설명해 보고자 한다.

첫째, 국선대리인선정의 기준이 비교적 엄격하다. 즉 현행법상 변호사인 대리인을 선임할 자격이 없다는 소명을 요구하고 있고 실무상으로도 地方稅未課稅 증명은 물론이고 영세민증명서, 생활보호대상자 증명서 등을 요구하고 있기 때문에⁶¹⁾ 소위 無資力 疏明不足으로 기각되는 경우가 많다.

둘째, 현행법상 職權에 의한 국선대리인선정이 불가능하다. 즉 헌법재판소법 제70조 제1항은 “헌법소원심판을 청구하고자 하는 자가 변호사를 대리인을 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다”고 규정하고, 동조 제2항은 헌법재판소는 제1항의 “申請이 있는 때”에는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 변호사 중에서 국선대리인을 선정한다고 규정하고 있기 때문에 신청에 의한 선정만이 가능하도록 되어 있다. 이로써 많은 경우에 청구인이 국선대리인선임신청 자체를 하지 않아 本案(헌법소원)이 심판 받을 기회를 상실하고 대리인선임이 없음을 이유로 각하되는⁶²⁾ 결과를 빚고 있다.

셋째, 국선대리인의 報酬가 너무 낮다. 前述한 바와 같이 국

60) 두 번째는 청구기간이 경과된 경우(123건)로 22%이다.

61) 헌법재판소(FN2), 61면 참조.

62) 이 경우 물론 지정재판부 재판장의 대리인선임 보정명령이 先行한다.

선대리인으로 선정된 변호사에게는 현재 최고 100만원의 범위 내에서 보수가 지급되는데, 보통 30만원 정도가 대종을 이룬다. 이는 개소이래 1993.8.31. 현재 전원재판부에서 처리된 519건⁶³⁾ 중 180일 이내 처리가 129건, 1년 이내 처리가 197건, 2년 이내 처리가 146건, 2년 경과후 처리가 47건 등 75.1%[390/519]가 6개월 이상이 걸리고 있는 상황에서 50만원이 채 안 되는 보수를 받는다는 것은 현실성이 없는 것이라 아니할 수 없다.

국선대리인의 보수는 대리인 자신의 노력여하(준비서면 등 제출)에 따라 올라갈 수 있으나 上限線이 100만원이고 그나마 상한성 가까이에 이른 경우는 거의 없는, 소위 “經濟性”이 없다. 이는 바로 국선대리인의 無誠意로 이어져 상당수의 국선대리인이 청구인의 승소를 위해 적극적으로 노력하지 않는 경향을 보이고 있다.

실제로 헌법소원의 경우 그 동안 전원재판부에서 決定宣告된 477건 중 소위 “勝訴”라고 부를 수 있는 認容, 違憲, 一部違憲, 限定違憲, 憲法不合致, 限定合致 등의 결정이 45건⁶⁴⁾으로 9.4%⁶⁵⁾ 밖에 안되므로 일반적으로 대리인의 입장에서 볼 때 낮은 승소율로 인한 기대감의 低下 때문일 수도 있겠으나 국선대리인보수가 낮은 점도 국선대리인의 의욕을 떨어뜨리는 원인이 충분히 될 것이다.

63) 취하된 사건(42건)을 포함한 수치임.

64) 이 45건 중에는 국선대리인이 선정되어 심판수행한 사건이 3건 포함되어 있다.

65) 같은 기간 동안 헌법소원 전체 처리건수 1,109건에 대비하면 4.1%이며, 참고로 독일의 경우는 1951년 연방헌법재판소 개소이래 1989.12.31.까지 처리된 헌법소원사건의 인용율(승소율)이 1.5%라고 하므로 (C. Pestalozza, 전제논문, 413면), 우리나라는 독일에 비해 승소율이 2.7배이다.

(2) 國選代理人制度의 活性化方案

변호사강제주의의 대상조치로서 국선대리인제도는 활성화되어야 한다. 그러기 위해서는 첫째, 국선대리인보수의 現實化(引上)가 필요하다. 헌법재판의 고도의 技術化·專門性⁶⁶⁾에 비추어 보거나 또는 전원재판부에 심판회부된 헌법소원의 경우 심판기간이 6개월 이상 걸리는 사건이 75% 이상인 점을 고려할 때 실제 지급하는 국선대리인보수를 상한선에 근접시키는 조치가 필요하다고 본다. 그래야 국선대리인으로 선정된 자에게 최소한의 의욕을 기대할 수 있을 것이다.

둘째, 국선대리인을 선정해 주는 요건을 완화해야 한다. 국선대리인선임신청을 하려는 자는 변호사를 선임할 자격이 없음을 소명해야(소위 無資力疏明) 하는데⁶⁷⁾ 실무상 이를 엄격하게 요구하는 경향이 있다. 한편 사전심사결과 대리인 문제를 제외하면 각하사유를 발견할 수 없으나 헌법소원심판청구가 전원재판부에서 기각될 것이 충분히 예견되는 사건의 경우 신청인(청구인)의 무자격소명이 이유 있다고 하여 반드시 국선대리인을 선정해 주어야 하는가? 이에 대하여는 이러한 경우까지 국선대리인을 선정하여 보수를 지급하는 것은 國庫(예산)의 낭비에 불과 할 뿐이라는 견해도 있을 수 있으나 지정재판부의 헌법소원 기각결정 권한이 없는 현행법하에서는 국민의 헌법재판에의 접근(access) 내지는 헌법재판을 받을 권리를 보장해 준다는 측면이 예산의 所要라는 측면보다 더욱 큰 利益이라고 보아야 하므로 위와 같은 경우 특단의 사정이 없는 한 국선대리인을 선정해 주어야 할

66) 위 89헌마 120·212 병합결정 이유 참조.

67) 헌재법 §70①, 헌법재판소국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙 §4 참조.

것으로 생각한다.

셋째, 재판부의 職權으로도 국선대리인을 선정할 수 있어야 한다. 지정재판부의 사전심사결과 전원재판부의 심판이 필요하다고 판단되는 사건에 있어서, 당사자의 申請이 없더라도 기록상 일응 무자력으로 추정되는 경우에는 직권으로 국선대리인을 선정할 수 있도록 헌법재판소법 제70조의 개정이 요구된다. 그러면 국선대리인제도는 훨씬 활성화될 것이다.

넷째, 국선대리인의 자격을 변호사에 한정하지 않고 大學의 公法學교수 등에게도 개방하는 문제는 어떤가? 앞서서도 본 바와 같이 그 동안 월평균 2.5명, 1년 30여명의 국선대리인⁶⁸⁾이 선정되어 왔으므로 현재 개업중인 변호사⁶⁹⁾의 극히 일부만이 국선대리인이 되고 있는 실정이다. 위에서 본 바와 같이 변호사들에게 있어서 헌법소원심판청구인의 국선대리인으로 선정되는 것이 매력적인 일이 아닐뿐더러, 실제로 국선대리인들이 심판수행에 소극적인 경향이 있음을 고려할 때 국선대리인의 자격을 大學의 교수 등에게 개방할 필요가 충분히 있다고 본다.⁷⁰⁾ 다만 이 경우에도 헌법재판소법의 개정이 필요하며 辯護士法등 관계 법령의 정비가 뒤따르는 문제가 제기될 것이다.

IV. 憲法訴願審判의 當事者

68) 이들은 모두 開業中인 변호사들이다.

69) 1993.7.12. 현재 전국의 변호사는 2,644명이고, 서울에만도 1,687명이 개업중 이라고 한다 (대한변호사협회 및 서울지방변호사협회 통보).

70) 이 경우 반드시 公法學 분야의 교수들에게만 한정할 것이 아니라 헌법소원 사건의 내용에 따라 당해 전문분야의 교수 등을 국선대리인으로 선정하여 국선대리인 제도를 활성화한다면 헌법소원심판의 質을 높일 수 있지 않을까 생각된다.

헌법소원심판에 있어서 當事者라 함은 헌법소원심판에서 자기의 이름으로 權利保護를 요구하거나(청구인) 요구받는(피청구인) 자라고 할 수 있다. 당사자는 자기 이름으로 判決(決定)을 요구하고 요구받는 자이기 때문에 未成年者의 親權者나 法人의 代表理事와 같은 法定代理人은 他人의 이름으로 판결(결정)을 요구하는 자이므로 당사자가 아니다. 헌법소원에 있어서 변호사 강제주의를 채택하고 있으나 그렇다고 하여 그 대리인이 당사자가 아님은 물론이다.

1. 請 求 人

(1) 憲法訴願能力(Verfassungbeschwerdefähigkeit)

헌법소원능력이란 헌법소원의 主體가 될 수 있는 一般的 能力, 즉 헌법소원심판절차에서 청구인·피청구인 또는 參加人이 될 수 있는 능력을 말한다. 헌법소원능력은 憲法節次法上的 權利能力이라고 불리는 것으로 憲法實體法上的 基本權保有能力과 대응된다.⁷¹⁾

(2) 團體의 憲法訴願審判請求能力

우리 헌법은 法人의 기본권향유능력을 인정하는 明文의 規定을 두고 있지 않지만, 본래 自然人에게 적용되는 기본권규정이라도 言論·出版의 自由, 財產權의 保障등과 같이 성질상 법인

71) 김학성, 전제논문, 199면.

이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 할 것이다.

따라서 법인도 社團法人·財團法人 또는 營利法人·非營利法人을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한 법인 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민소법 제48조 참조)⁷²⁾. 다만 위와 같은 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 청구할 수는 없다.⁷³⁾

2. 被請求人

(1) 被請求人適格

행정소송법은 取消訴訟에 있어서 被告適格에 관하여 다른 법률에 특별한 규정⁷⁴⁾이 없는 한 그 처분이나 재결을 행한 행정청(處分廳·裁決廳)이 피고가 된다고 규정하고(同法 제13조 1항), 동규

72) 헌재, 1991. 6. 3. 선고, 90헌마56 결정, 판례집 제3권(1991), 295~296면.

73) 위 판례집, 289면.

74) 공무원에 대한 징계 기타 不利益處分の 처분청이 대통령인 때에는 소속장관(대통령령이 정하는 기관의 長을 포함함)이 (국가공무원법 §16), 헌법재판소장이 행한 처분의 경우에는 헌법재판소事務處長이 (헌재법 §17⑤) 각 피고가 된다.

정은 無效등 確認訴訟과 不作為違法確認訴訟의 경우에 이를 준용한다(동법 제38조). 본래 처분이나 재결의 효과가 귀속되는 권리주체는 국가나 公共團體이므로 이들이 피고가 되는 것이 원칙이나 抗告訴訟의 경우 事案의 接近性(Sachnahe)과 소송수행상의 편의를 고려하여 그 기관인 당해 행정청을 피고로 한 것이다.⁷⁵⁾

헌법소원심판에 있어서도 이들 行政廳이 피청구인이 된다(헌법재판 제40조 참조). 헌법재판소는 피청구인에 대하여 “헌법소원심판은 그 특성상 청구서와 결정문에 반드시 피청구인을 특정하거나 청구취지를 지재할 필요가 없으며 청구서에 피청구인을 잘못 특정하고 있더라도 피청구인의 잘못된 표시는 헌법소원심판청구를 부적법하다고 각하할 사유가 되는 것이 아니며 소원심판대상은 어디까지나 공권력의 행사 또는 불행사인 처분자체이다. 그러므로 심판청구서에서 청구인이 처분청인 피청구인이나 청구취지를 잘못 지정한 경우에도 권리구제절차의 適法要件에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 처분(公權力)에 대하여 정당하게 책임져야 할 처분청(被請求人)을 지정하여 정정할 수도 있고 처분청을 기재하지 아니할 수도 있다. 따라서 헌법재판소는 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단해야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단해야 한다.”고 판시한 바 있다.⁷⁶⁾

75) 홍준형, 전계서 277면.

76) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 91 헌바 190 결정.

(2) 被請求人更正

피청구인경정이란 헌법소원심판 계속 중에 원래 피청구인으로 지정된 자를 다른 자로 변경하는 것을 말한다. 행정소송법은 원고가 피고를 잘못 지정한 때, 행정청의 권한변경(권한승계·기관폐지)이 있을 때, 그리고 소의 변경이 있는 때에는 원고가 불측의 손해를 입는 것을 방지하기 위하여 피고의 경정을 인정하고 있다(동법 제14조). 피고경정이 있으면 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 보며, 종전의 피고에 대한 소는 취하된 것으로 본다.

원래 行政法規나 行政組織은 매우 복잡할 뿐만 아니라 수시로 변경되기 때문에 항고소송의 피고로 할 처분행정청을 판단하기란 쉽지 아니한 경우가 많으며 그 때문에 피고의 지정을 그르치는 예가 적지 아니하다. 그런데 피고를 잘못 지정하여 제소할 경우에 피고적격을 그르친 위법한 소라 하여 각하하게 되면 원고가 뒤에 피고적격을 가지는 정당한 피고를 상대로 다시 항고소송을 제기하려 하여도 그때에는 이미 제소기간이 도과되어 적법하게 소를 제기할 수 없게 됨으로써 권리구제를 받을 수 없는 결과가 되고 만다. 이와 같은 현상은 제소기간의 제한이 없는 민사소송의 경우와는 전혀 다른 사정이다. 그러므로 행정소송법은 피고의 지정을 그르침으로 인한 원고의 불측의 손해를 막기 위하여 피고경정에 관한 명문의 규정을 둔 것이다.⁷⁷⁾

헌법재판소는 헌법소원심판청구의 대상이 된 처분을 나중에 청구취지등정정서를 내어 다른 처분으로 교환적 변경을 한 경우에 변경에 의한 新請求는 그 청구변경서를 제출한 때에 제기한

77) 李尙圭, 新行政爭訟法(1990), 334면.

것으로 볼 것이고 따라서 이 시점을 기준으로 하여 청구기간의 준수여부를 가려야 할 것이라고 판시한⁷⁸⁾바 있다. 그러나 이 사건은 청구취지 자체가 변경된 사안으로 청구의 기초에 변경이 있었으므로, 헌법재판소가 청구의 기초에 변경이 없는 訴의 변경⁷⁹⁾에 의한 피청구인경정을 否定했다고 볼 수는 없을 것이다.

3. 訴訟參加

닐리 제3자의 소송참가라 함은 현재 계속중인 타인간의 소송에 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 것을 가리킨다. 여기에는 크게 나누어 ① 종전의 당사자 가운데 어느 일방의 승소보조자의 지위에 참가하는 補助參加 ② 종전의 당사자와는 동등한 당사자의 지위에서 참가하는 當事者參加가 있다. 보조참가에는 다시 단순히 법률상의 이해관계를 갖는 자가 참가하는 보조참가와 판결의 효력은 받으나 당사자적격이 없는 자가 참가하는 共同訴訟的 補助參加가 있다. 또 당사자참가도 다시 참가하는 제3자가 종전의 당사자와의 관계에서 대립견제관계에서는 獨立當事者參加와 그와의 관계가 연합관계가 되는 共同訴訟參加로 나뉘어진다.⁸⁰⁾

78) 현재 1992. 6. 26. 선고, 91헌마134 결정.

79) 행소법 §21①, ④ 참조.

80) 이시윤(FN27), 214면

(1) 共同訴訟參加

헌법소원심판에 있어서도 공동소송참가는 인정된다. 그러나 민사소송법 제76조의 공동소송참가란 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 合一的으로만 확정될 경우에 그 제3자는 別訴를 제기하는 대신에 계속중의 소송에 共同訴訟人으로 참가하는 것으로서 자기 자신도 피참가인인 당사자와 마찬가지로 소를 제기할 수 있는 당사자적격을 구비하지 않으면 안되는 것이므로, 위 규정이 준용되는 헌법소원절차에 있어서 共同訴訟參加申請이 적법하기 위하여는 피참가인인 청구인과 마찬가지로 請求人適格을 가져야 한다.⁸¹⁾

(2) 獨立當事者參加

헌법소원절차에 독립당사자참가가 허용될 수 있을까? 아직 헌법소원사건에 독립당사자참가신청의 예가 없어 헌법재판소의 관례도 없으나, 舊行政訴訟法下에서 大法院은 “민사소송법에 대한 特別法인 행정소송법에 있어서는 동법 제3조⁸²⁾에 처분을 행한 행정청을 상대로 하여 제기하라고 규정되어 있으므로 행정청이나 그 소속기관 이외의 자는 피고로 할 수 없다. 그러므로 이 사건에서와 같이 행정청 아닌 원고를 피고로 하여 독립당사자참가를 하는 것은 허용되지 아니한다.”고 판시하여⁸³⁾ 항고소송에서의 독립당사자참가를 부정하는 입장을 분명히 하였다.

81) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마 163 결정. 판례집 제3권(1991), 512면

82) 현행 행소법 §13에 해당한다.

83) 大法, 1970. 8. 31. 선고, 70누70·71 判決 ; 同旨, 1957. 10. 11. 선고, 4290行上 63 判決.

따라서 민사소송에 관한 법령의 규정과 행정소송법은 준용하
되 행정소송법을 우선 준용하는(헌재법 제40조 참조) 헌법소원심
판절차에 있어서 당사자자격, 제소요건 및 헌법소원제도의 취지
등에 비추어 볼 때 독립당사자참가는 인정될 수 없다고 본다.

(3) 補助參加

헌법소원심판청구사건에도 보조참가신청⁸⁴⁾이 간혹 있으나 헌
법재판소는 1991. 9. 16. 선고한 89헌마163호 사건에서 韓藥業士
인 청구인의 승소를 보조하기 위해 참가한 대한한의사협회에 대
하여 헌법재판소법 제74조 소정의 의견을 진술할 수 있는 이해
관계기관에 해당된다고 보고 그 의견을 참작하였는바⁸⁵⁾ 이로 보
건대 헌법소원절차에서 보조참가는 인정되지 않는다고 단정할
수는 없으나 이를 인정할 實益은 없다고 본다.

(4) 行政訴訟法上 第三者의 訴訟參加

행정소송법은 “법원은 소송의 결과에 따라 權利 또는 利益의
침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 申請
또는 職權에 의하여 決定으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수
있다”고 규정하고 있다(동법 제16조 1항). 이것은 소송당사자 이
외의 제3자의 權益保護를 위한 제도로서, 특히 多數人에 대한
處分이라든가 第三者效行政行爲(VA mit Drittwirkung)에 있어서 제
3자(경쟁자, 이웃 등)의 권익이 저촉되는 경우가 많다는 점을 감
안하여 제3자로 하여금 자기의 권익을 위하여 소송상 공격·방

84) 주로 청구인을 위한 신청이다.

85) 판례집 제3권(1991), 511면.

어방법을 제출하여 적정한 심리·판결을 받을 수 있는 기회를 부여한 것이다.⁸⁶⁾

이와 같이 하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 필요한 공동소송에 관한 민사소송법 제63조가 준용되고(행소법 제16조 4항), 따라서 참가인에게는 필요적 공동소송에 있어서의 共同訴訟人에 준하는 지위가 인정된다고 하겠으나 참가인이 당사자로서 독자적인 청구를 하는 것은 아니므로 그 지위를 共同訴訟的 補助參加人의 지위와 유사한 것으로 보는 것이 통설이다.⁸⁷⁾ 그러므로 헌법소원심판절차에서 보조참가를 인정할 필요가 없다는 筆者의 입장에서는 행정소송법상 제3자의 소송참가도 인정할 實益이 없다고 본다.

(5) 行政廳의 訴訟參加

법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다(행소법 제17조 1항). 이러한 행정청의 소송참가는 행정처분에 처분청 이외의 행정청이 관여하는 경우가 적지 않은데도 이들의 소송관여기회가 봉쇄되어 있다는 점을 고려하여, 이들로 하여금 공격·방어방법을 제출하는 등 소송에 참여할 수 있도록 함으로써 적정한 심리·판결을 보장하려는 데 그 취지를 둔 것으로 이해된다.⁸⁸⁾

이 경우 참가행정청의 소송상의 지위는 민사소송법 제70조의

86) 홍준형, 전게서, 279면.

87) 홍준형, 전게서, 281면; 이상규, 전게서, 341면; 林鈺妍 行政法講義(上)(1991), 867면

88) 홍준형, 전게서, 281면.

규정을 준용하고 있으므로(행소법 제17조 3항) 민사소송법상의 補助參加人에 준한다.⁸⁹⁾ 그러므로 헌법소원심판절차에서 보조참가를 인정하지 않는 입장에 서면 위와 같은 행정청의 소송참가도 인정할 이유가 없다고 본다.

V. 書面審理原則 및 職權審理主義

1. 書面審理原則

訴(請求)가 제기되면 法院(憲法裁判所)은 審理하지 않으면 안 된다. 소송의 심리는 소(청구)에 대하여 判決(決定)하기 위하여 그 기초가 될 訴訟資料를 수집하는 것으로 각종 소송절차의 가장 中核인 것이다. 심리의 방법으로는 구술에 의하는 것(口述審理)과 서면에 의하는 것(書面審理)으로 나눌 수 있는데, 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 辯論을 열어 當事者·利害關係人 기타 參考人の 陳述을 들을 수 있다(헌재법 제30조 2항).

독일연방헌법재판소의 경우도 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하여 구두변론은 예외적으로만 인정되고 있다. 다만 독일의 경우 後者, 즉 구두변론에 있어서만 소송대리인 강제주의를 채택하여⁹⁰⁾ 口頭辯論節次에 있어서만 辯護士나 大學의 法學教授에 의해 대리되도록 하고 대리인을 선임하지 않으면 이미

89) 홍준형, 전게서, 281면 ; 이상규, 전게서, 342면; 박윤훈, 전게서, 867면.

90) 독일연방헌법재판소법 §22① 참조.

文書로 제출한 사항은 유효하지만 구두변론에서 請求나 證人訊問 등의 절차적 권리는 인정하지 않고 있는 점이 우리와 다르다.⁹¹⁾

2. 職權審理主義

(1) 意 義

私的自治의 原則이 지배되는 민사소송에서는 소송절차의 개시, 심판의 범위 및 절차의 종결에 대하여 處分의 自由를 인정하여 이른바 處分權主義(민소법 제188조) 아래 진행되고 소송자료의 수집책임도 당사자에게 부과시키는 辯論主義에 의하여 지배됨이 원칙이다. 그러나 公的인 국민의 권리구제와 아울러 행정목적의 달성과 행정법규의 정당한 적용을 그 목적으로 하는 행정소송에 있어서는 公益性的의 요청에 따라 法院은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있도록 이른바 職權審理主義를 택하고 있다(행소법 제26조).⁹²⁾

헌법재판(헌법소원심판)은 주지하는대로 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 그런데 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 헌법규범의 해석과 이로 인한 객관적인 헌법질서의 보장을 위한 기능이 헌법재판에서는 중요

91) 김철용 외 2인, 전게논문, 28면.

92) 法院行政處, 法院實務提要(行政·少年·非訟), 183면.

한 의미를 가진다.⁹³⁾ 따라서 헌법소원심판은 행정소송법을 우선하여 준용하기도 하거니와(헌재법 제40조) 다른 재판에서와는 달리 헌법재판기관, 즉 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 요구되는 정도가 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다.⁹⁴⁾

직권심리주의의 내용으로는 事實의 職權探知와 職權證據調査가 있다.

(2) 事實의 職權探知

당사자의 변론(주장)은 법원(헌법재판소)의 직권탐지를 보완하는데 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 判決(決定)의 기초로 삼아야 한다. 다만 직권에 의한 사실의 수집은 무제한인 것이 아니라 기록에 나타난 사실에 한한다는 것이 대법원의 판례이다.⁹⁵⁾ 또한 대법원은 “행정소송법 제26조는 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다’고 규정하고 있기는 하나, 이는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의·변론주의의 일부 예외규정일 뿐, 법원은 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 않는 사실을 판단할 수 있다는 것은 아니다.”라고 판시하여⁹⁶⁾ 행정소송법의 위 규정은 원고의 청구범위를 유지하면서 공익상 필요한 경우에는 그 범위 내에서 청구 외의 사실에 대하여도 판단할 수 있다는 뜻, 즉 필

93) 김철용 외 2인, 전계논문, 37면.

94) 김철용 외 2인, 전계논문, 38면.

95) 大法 1981. 3. 24. 선고, 80누493 판결; 1989. 8. 8. 선고, 88누3604 판결.

96) 大法 1986. 6. 24. 선고, 85누321 판결.

요한 그 범위 내에서의 직권탐지의 뜻으로 해석하고 있다.⁹⁷⁾

그러나 헌법재판소는 헌법소원심판이 청구되면 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상 기본권침해의 유무를 직권으로 심사한다.⁹⁸⁾ 나아가 헌법재판소는 “헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다”고 판시한 바 있다.⁹⁹⁾

(3) 職權證據調查

헌법소원심판이 청구되면 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 다음의 증거조사를 할 수 있다.(헌재법 제31조 1항)

- ① 당사자 本人 또는 證人을 訊問하는 일
- ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 領置하는 일
- ③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 鑑定을 명하는 일
- ④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 性狀 또는 狀況을

97) 이상규, 전제서, 397면.

98) 헌재 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정; 1992. 10. 1 선고, 91헌마31 결정.

99) 헌재 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190 결정.

檢證하는 일

그밖에 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 또는 민사소송법상의 다른 증거조사, 예컨대 書證調査도 가능함은 물론이다. 그리고 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관中 1인을 지정하여 위와 같은 증거조사를 하게 할 수 있는데(헌재법 제31조 2항), 이와 같이 지정된 재판관을 법원의 受命法官(민소법 제129조 1항)과 같이 실무상 “受命裁判官”이라고 부른다. 헌법재판소법 제31조는 지정재판부의 심리에 준용되므로(헌재법 제72조 5항)지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다.

그 동안 헌법재판소의 大審判廷 외에서 행한 증거조사의 예를 들어보면 1988.12.17 현장검증(88헌마 4호), 1989.6.2. 현장검증 및 증인·당사자본인신문(89헌마 5호), 1989.6.23. 현장검증(89헌마 46호), 1989.7.11. 당사자본인신문(89헌마 61호), 1989.8.16. 증인신문(89헌마 181호), 1989.11.17. 서증조사(89헌마 31호), 1990.7.31. 현장검증(89헌마 99호), 1991.2.8. 서증조사 및 증인 신문(90헌마 115호), 1993.8.24. 녹음테이프등 검증(90헌마 125호)등이 있는바, 이들은 最後者를 제외하고는 모두 수명재판관을 지정하여 행한 경우이다. 사실상 헌법재판소는 One-bench system으로서 심판정에서 하는 변론기일의 증거조사 외에 9인의 재판관 모두가 참여하는 증거조사는 매우 어렵다. 한편 지정재판부의 사전심사단계에서의 증거조사는 사실조회를 제외하면 실무상 거의 행해지고 있지 않다. 또한 헌법재판소에서 감정인을 선정하여 감정을 명한 경우는 1993.8.31. 현재 없다.

VI. 假救濟制度의 許容與否

우리 헌법재판소법은 정당해산심판에서의 假處分(동법 제57조), 권한쟁의심판에서의 假處分(제65조)만을 규정할 뿐, 헌법소원심판이나 위헌법률심판의 경우는 執行停止 내지 假處分에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그런데 헌법소원심판의 경우는 집행정지 내지 가처분의 필요성이 클 뿐만 아니라 행정소송법과 민사소송에 관한 법령을 준용하므로(헌재법 제40조), 여기에서 행정소송법상의 집행정지에 관한 규정(동법 제23조등) 또는 민사소송법상의 가처분에 관한 규정(동법 제714조 이하)을 준용할 수 있지 않느냐 하는 해석상의 의문이 생긴다.

1. 行政訴訟에 있어서의 假救濟

司法作用은 그 본질상 신중한 절차를 필요로 한다. 민사소송과 마찬가지로 행정소송도 판결을 통하여 종결되기까지 상당한 시일을 소요하는 것이 보통이다. 그리하여 경우에 따라서는 원고가 승소판결을 얻는다 하더라도 그 사이에 係爭處分이 집행되거나 효력이 완성되어 버리면 당초 구제목적의 달성이 사실상 불가능하게 되는 때가 있을 수 있다. 이때 판결이 있기 전이라도 잠정적으로 차질이 없도록 할 필요가 생긴다. 행정소송에 있어 가구제란 이와 같이 정상적인 권리구제절차에 의해서는 구제 목적을 달성할 수 없는 경우 원고에게 일정한 요건하에 暫定的인 權利保護(Vorläufiger Rechtsschutz)를 부여하는 절차를 말한다.

즉 계쟁처분이나 公法上의 權利關係에 관하여 임시의 效力關係나 地位를 정함으로써 本案判決이 확정될 때까지 잠정적으로 권리구제를 도모하는 제도이다. 행정소송, 특히 取消訴訟에 있어 가구제는 공권력행사로서의 처분의 집행보장에 대한 행정목적과 권리구제의 실효성에 대한 私益의 요구를 적절히 조화시키기 위한 제도적 방법이다. 행정소송상 가구제의 내용은 각국의 立法政策에 따라 일정하지 않으나, 대체로 집행정지와 가처분이 문체되고 있다. 前者는 행정심판 및 행정소송의 제기 또는 법원에 의한 별도의 집행정지결정에 執行停止效를 결부시키는 제도인데 비하여, 後者는 일반 민사소송상의 가처분제도를 행정소송에 원용하는 방식이라 할 수 있다.¹⁰⁰⁾

행정소송법은 取消訴訟에 있어 집행정지에 관한 규정(동법 제23조)을 두고 있으나 가처분에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 위 행정소송법 제23조는 無效等確認訴訟에 준용되며(동법 제38조 1항), 不作爲違法確認訴訟이나 그밖에 當事者訴訟, 民衆訴訟 및 機關訴訟에는 준용되지 아니한다.

이하에서는 헌법소원심판에 있어서 집행정지와 가처분의 인정 여부를 각 살펴보기로 한다.

2. 執行停止

(1) 執行停止決定의 內容

100) 홍준형, 전계서, 296면.

집행정지결정은 본안소송이 종결될 때까지 처분등의 효력이
나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 정지함을 그
내용으로 한다.¹⁰¹⁾

가. 效力의 全部 또는 一部の 停止

처분의 효력이란 처분의 내용적 拘束力·公正力·執行力 등을
포함한다. 효력이 정지되면 잠정적이기는 하지만 이들 행정행위
의 효력이 존속되지 않는 결과가 된다. 처분(예컨대 외국인 강제퇴
거명령 또는 체납처분으로서의 압류)의 효력정지는 처분의집행(예컨
대 강제퇴거조치) 또는 절차의 속행(예컨대 체납처분으로서의 매각)
을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 않
는다(행소법 제23조 2항 단서). 이것은 일종의 比例原則적 고려에
의한 것이라 할 수 있다.

나. 處分の 執行의 全部 또는 一部の 停止

처분의 집행이란 처분내용의 강제적 실현을 위한 집행력의 행
사를 말한다. 예컨대 과세처분에 따르는 징세나 영업정지처분에
따른 휴업 등이 그것이다. 처분의 집행정지는 이러한 집행작용
을 정지시킴으로써 처분의 내용의 실현을 저지하는 것이다.

다. 節次의 續行의 全部 또는 一部の 停止

절차의 속행의 정지란 행정처분이 단계적인 절차에 의해 행해
지는 경우 그 후속행위를 정지하는 것을 말한다. 예컨대 토지수
용법에 의한 사업인정을 다루는 행정심판이 제기된 경우나, 代
執行영장에 의한 통지를 다루는 경우 대집행을 정지하는 경우를
말한다.

101) 홍준형, 전계서, 302면.

(2) 憲法訴願審判에의 準用與否

행정소송법상의 집행정지제도를 헌법소원심판에도 준용할 것인지에 대해 학설은 이를 인정하는 견해¹⁰²⁾만 있을 뿐 아직 明示적으로 부정하는 견해는 없으나 明文의 규정이 없으므로 인정하지 않아야 할 것이라는 견해가 있을 수 있다.¹⁰³⁾

가. 處分訴願의 경우

공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 공권력행사의 취소를 구하는¹⁰⁴⁾ 소위 처분소원은 행정소송법상 취소소송과 여러 면에서 유사한 구조를 갖고 있기 때문에 헌법재판소법 제40조의 해석상 이를 부인하여야 할 이유가 없다.

따라서 처분소원에 있어서는 행정소송법상의 집행정지가 준용된다고 해석할 수 있다.

나. 不作爲訴願의 경우.

공권력의 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 공권력불행사의 위헌확인을 구하는 소위 부작위소원은 행정소송법상 부작위위법확인소송과 유사한 구조를 갖고 있다.¹⁰⁵⁾ 그리고 공권력의 부작위(불행사)에 대하여는 그 성질상 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지하는 집행정지제도는 맞지 아니하며 행정소송법상 부작위위법확인소송에도 집

102) 이시윤, 韓國의 憲法裁判, 헌법재판자료 제3집(1990), 86면; 김학성, 전계논문, 274면; 김철용 외 2인, 전계논문, 327면.

103) 金泳哲, 스페인헌법재판소의 관할과 그 운용현황, 헌법논총 제2집(1992), 254면 참조.

104) 현재법 §68①, §75③ 참조.

105) 현재 1989. 9.4. 선고, 88헌마22 결정의 소수의견 참조. 판례집 제1권(1989), 193~196면.

행정지체도는 인정되지 않고 있다(동법 제38조 2항). 그러므로 부작위소원에는 집행정지제도가 준용되지 않는다고 본다. 입법 부작위소원도 마찬가지이다.

다. 法令訴願의 경우

법령소원에 있어서 집행정지를 인정할 것인지에 대하여는 처분소원이나 부작위소원의 경우와 달리 좀더 어려운 문제가 존재한다. 즉 ① 원래 행정소송법상 집행정지제도는 행정처분에 관한 것으로 법령의 효력을 정지시키는 제도가 아니고 ② 이 문제는 위헌법률심판에 있어서도 집행정지를 허용할 것인지의 문제와 통일적인 해석이 필요한데, 위헌법률심판에는 행정소송법이 준용되지 않으며(헌재법 제40조 1항) ③ 법령에 대한 집행정지를 허용할 경우에 행정소송법의 규정만으로는 해결할 수 없는 많은 문제들이 발생할 수 있기 때문이다.

외국의 입법례를 보면, 오스트리아연방헌법재판소법은 법령에 대한 집행정지를 인정하지 않고 있으며 판례도 違法命令심사(VfSlg 8717) 및 위헌법률심사(VfSlg 7915) 등에 있어서 집행정지를 부인하였다. 스페인헌법재판소조직법(동법 제30조)도 지방자치단체의 법령을 제외하고는 법령에 대한 집행정지를 허용하고 있지 않다.

그러나 독일연방헌법재판소법상 가처분제도(동법 제32조)는 동법상의 모든 절차규정에 적용되는 일반절차규정으로 봄으로¹⁰⁶⁾ 消極的 假處分으로서의 집행정지가 법령소원에서도 허용되고 있다.¹⁰⁷⁾ 또한 미국에서는 어떤 법률의 위헌여부가 문제가 된 경우에 예외적인 사정이 존재한다면 당해 本案訴訟이 계속중

106) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 427.

107) BVerfGE 1,74 ; 3,34 ; 4,110 등 참조.

인 동안에 법원이 그 법률의 시행 등을 임시로 정지할 것을 명령할 수 있는데, 이에 temporary restraining order와 preliminary injunction(against enforcement of statute)가 있다.¹⁰⁸⁾

그러므로 법령에 대하여 집행정지를 허용할 것인지는 입법정책의 문제라고 할 수 있는바, 우리 헌법재판소법에는 집행정지에 관한 명문의 규정이 없으나 행정소송법상의 집행정지제도가 법령에 대한 헌법소원에도 준용된다고 보아야 할 것이다. 다만 前述한 바와 같이 집행정지의 내용에는 3가지가 있는바 이를 법령에 대해 적용해 볼 때 “법령의 효력의 전부 또는 일부의 정지”란 그 성격상 상징하기 어렵고, “법령의 집행의 전부 또는 일부의 정지” 그리고 법령의 규정에 따른 “절차의 수행의 전부 또는 일부의 정지”를 명하는 집행정지는 현행법상 가능한 해석이라고 본다.

(3) 憲法裁判所의 判例

우리 재판소에서는 아직까지 헌법소원심판에 있어 집행정지제도의 허용여부에 대하여 판단한 사례가 없다. 다만 지방의회의원선거법 및 지방자치법의 규정에 의하여 서울특별시의회의원의 직에서 퇴직된 자가 위 법 규정의 위헌결정을 구하는 헌법소원¹⁰⁹⁾을 제기하면서 관계법규정에 따른 보궐선거를 실시하지 않도록 하거나 상당기간 미루도록 하는 조치를 구하는 신청사건

108) 미국연방민사소송규칙 §65 참조.

109) 93헌마23 지방의회의원선거법 제12조 제3호 위헌확인.
동 사건은 1993.7.29. 전원재판부에서 기각결정되었다.

(93헌사16)이 있었는바, 이는 前述한 집행정지의 내용 중 절차의 속행의 정지에 해당하는 사건이었다. 동 신청사건은 당해 보궐선거의 실시기한(1993.8.18)¹¹⁰⁾ 50여일 전인 1993.6.25. 기각되었는데, 동 기각결정문에서 집행정지제도의 허용여부에 대한 판단은 없었으나 결정주문이 “却下”가 아니고 “棄却”이었다는 데서 집행정지제도의 허용여부에 대한 여운을 남기고 있다.

3. 假 處 分

(1) 意 義

일반적으로 민사소송법상 假押留·假處分절차는 현상을 방지하여 두면 장래의 강제집행이 불가능하게 되거나 현저하게 곤란하게 될 우려가 있는 경우에 채무자의 처분을 금하는 따위의 방법으로 현상의 변경을 금하고 강제집행의 보전을 하는 절차이다.¹¹¹⁾

가처분에는 係爭物에 관한 가처분(민소법 제714조 1항)과 臨時地位를 정하는 가처분(동조 제2항)이 있는바, 前者는 물건을 대상으로 請求權의 보전을 목적으로 하는 것임에 대하여 後者는 분쟁해결이 될 때까지의 법률관계의 不安定을 배제하고 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 法的地位를 정하는 절차이다.

110) 동 사건에 대한 서울특별시장의 의견서(1993.5.17.자) 참조.

111) 이 때문에 執行保全節次 또는 保全訴訟이라고 한다.
이시윤(FN27), 38면.

(2) 行政訴訟에 있어서 假處分の 可能性

행정소송법은 가처분에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아, 가처분에 관한 민사소송법의 규정이 준용될 수 있는지에 대하여 견해가 대립되고 있다.¹¹²⁾

가. 消極設

소극설은 權力分立의 原則에 입각한 견해로서, 법원은 구체적인 사건에 대한 법적용을 보장하는 기능을 가질 뿐이므로 행정처분의 위법여부는 판단할 수 있으나 이에 앞서 가처분을 하는 것은 사법권의 한계를 벗어나는 것이라고 한다. 또한 행정소송법 제23조 제2항이 집행정지를 허용하고 있는 것은 민사소송법상의 가처분에 대한 특별규정으로 보아야 하므로 민사소송법의 규정이 준용될 수는 없다고 한다.¹¹³⁾

나. 積極設

반면 적극설은 가처분 등과 같은 假救濟제도는 본안판결의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 가구제조치를 통하여 권익구제의 실효를 도모하는 것은 사법권의 본질에 반하지 않는다고 한다. 또한 가처분을 배제하는 명문의 규정이 없는 이상 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 의당 가처분에 대한 민사소송법의 규정이 준용될 수 있다고 본다.¹¹⁴⁾

다. 判 例

판례는 舊法下에서 “행정소송법에 대한 민사소송법의 준용규정

112) 홍준형, 전계서, 303 ~ 304면.

113) 다만 집행정지의 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 가처분에 관한 규정이 준용될 수 있을 것이라는 견해도 있다.

김도창, 一般行政法論(上)(1992), 794면; 金南辰, 行政法 I (1992), 731면.

114) 홍준형, 전계서, 304면; 이상규, 전계서, 391 ~ 392면.

은 이를 무제한으로 적용할 것이 아니라 그 성질이 허용되는 한도에서만 적용된다고 볼 것이므로, 抗告訴訟에 대하여는 민사소송법 중 가처분에 관한 규정이 적용되지 않는다”고 하였다.¹¹⁵⁾ 그러나 적극적 처분에 대한 취소소송 이외의 경우 이를 긍정하는 취지의 판례가 있다. 예컨대 서울특별시의회 의장·부의장의 당선결정을 가처분으로 정지하여 그 職權行使를 저지한 경우¹¹⁶⁾ 라든지 轉入學者에 대한 등교거부처분을 가처분으로 정지시켜 학생들의 등교를 계속할 수 있도록 한 사례¹¹⁷⁾가 그것이다.

(3) 憲法訴願審判에의 準用與否

우리 나라에서는 헌법소원심판절차에 있어서 가처분에 관하여 명문으로 규정되어 있지 않으므로 이를 인정하고 있지 아니하다고 보아야 한다는 견해¹¹⁸⁾가 없지 아니하나, 가처분을 인정해야 한다는 견해가 더 많다. 즉 헌법재판소의 권한 중에서 어느 것보다도 가처분의 필요성이 큰 헌법소원에 있어 가처분에 관한 규정이 없는 것은 중대한 立法의 不備이며, 헌법재판소법 제40조가 행정소송법에서 가처분제도는 허용되어야 한다는 것이다.¹¹⁹⁾ 더 나아가 헌법소원심판에 있어서의 가처분은 민사소송이나 행정소송에 있어서의 그것과는 다른 특성이 인정되는 만큼 이에 대하여는 헌법재판소법에 명문의 규정을 두는 것이 좋을 것이라고 한다.¹²⁰⁾

115) 大法 1961.11.20. 선고, 4292行抗2 판결; 1980.12.22. 선고, 80두5 판결.

116) 서울高法 1958.9.20. 자, 4191행선60 결정.

117) 서울高法 1964.11.9. 자, 64부90 결정.

118) 김영철, 전계논문, 254면.

119) 김학성, 전계논문, 274면.

120) 김철용 외 2인, 전계논문, 327면.

가처분에 관한 외국의 立法例를 보면, 현재 헌법재판제도를 채택하고 있는 대부분의 先進外國은 헌법소원에도 가처분을 인정하는 明文規定을 두거나 判例로 인정하고 있다.¹²¹⁾ 前述한 바와 같이 독일연방헌법재판소법은 제2장 一般訴訟節次規定의 제32조에서 “연방헌법재판소는 爭訟事件에 있어서 중대한 손실의 방지를 위하여, 급박한 폭력의 저지를 위하여 또는 公共福利를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급한 필요가 있는 경우에는 假處分으로써 사태를 잠정적으로 규제할 수 있다”고 규정하고 있다(동조 제1항). 스위스의 경우 연방재판소조직법 제94조는 “各부의 長은 당사자의 신청에 의하여 예방적 처분(vorsorglichen Verfügungen)을 할 수 있다. 이러한 假處分은 현재상태를 유지하는 것이 필요한 경우이거나 혹은 法的 利益을 일반적으로 보장하기 위하여 행사된다”고 규정하고 있으며, 選舉訴願에 있어서도 연방재판소의 決定 전에 선거나 투표를 시행하는 것이 칸톤에게 거절된 때에도 가처분을 행할 수 있다.¹²²⁾ 스페인헌법재판소의 경우도 小裁判部(SALA)¹²³⁾ 나 全員裁判部(PLENO)¹²⁴⁾가 헌법소원을 심리함에 있어 일정한 조건하에 職權 또는 당사자의 申請에 의하여 假處分을 발할 수 있다.¹²⁵⁾ 오스트리아는 연방헌법재판소의 판례로 가처분을 인정하고 있다고 한다.

생각건대 헌법소원심판에서 가처분제도의 인정 및 그 要件의 문제는 헌법소원의 객관적 헌법질서보장과 국가체계상 헌법재판소의 지위라는 차원에서 일반소송이나 행정소송상의 가처분

121) 法律新聞, 1993.7.1. 자, 1면 참조.

122) 김학성, 전계논문, 153면.

123) 6명의 재판관으로 구성된다.

124) 12명의 재판관으로 구성된다.

125) 김학성, 전계논문, 158면.

결정 기준(要件)과는 다르게 접근해야 할 것으로 본다. 일반적으로 가처분에는 전술한 바와 같이 계쟁물에 관한 가처분과 임시지위를 정하는 가처분이 있는바 헌법소원에 있어서는 後者が 주로 문제될 것이다.¹²⁶⁾ 그리고 이에는 처분소원이나 부작위소원, 그리고 법령소원의 구별이 없다고 본다.

VII. 結 論

헌법소원에 대한 평가는 論者에 따라 다를 수 있다. 독일의 경우 基本法 제정 및 연방헌법재판소법 제정시 헌법소원의 도입에 관하여 많은 논의가 있었으나 헌법소원은 연방헌법재판소의 판례에 절대적 비중을 차지하였으며, 국민의 정신적 영역이나 정치적 영역에 커다란 영향을 주었고 특히 基本權 중심의 사고를 심어주었다고 한다.¹²⁷⁾ 또한 헌법소원은 量的으로, 質的으로 헌법재판의 꽃이라는 견해도 있다.¹²⁸⁾

반면에 주로 헌법소원의 濫訴의 폐단을 이유로 헌법소원제도의 폐지만이 궁극적인 유일한 해결방안이라고 생각하거나¹²⁹⁾ 헌법소원제도를 운영하고 있는 나라의 실무가들의 충고는 한결 같이 헌법소원에 대한 지나친 기대는 禁物이라고 한다는 견해¹³⁰⁾는 헌법소원제도에 대하여 否定的인 입장도 만만치 않음을

126) 김철용 외 2인, 전계논문, 56면.

127) 김학성, 西獨의 憲法訴願制度, 헌법재판연구 제1권(1989), 300면.

128) 이시윤(FN5), 28면.

129) C. Pestalozza, 전계논문, 412면.

130) 金鐘彬, 憲法訴願의 對象, 헌법재판자료 제2집(1989), 220면.

보여 준다.

그러므로 문제는 그 동안 우리 헌법재판소가 실제로 어떠한 실적을 남겼으며 국가기관이나 국민들의 基本權意識 내지는 法生活에 어떠한 영향을 끼쳤는가 하는 점에서 찾아야 할 것이다. 그 동안 헌법재판소가 헌법소원심판에서 내린 違憲 내지는 認容 決定을 일일이 열거하지 않는다 하더라도 헌법재판소는—헌법소원심판을 포함한—헌법재판을 통하여 기왕에는 法典 속에만 있던 假死狀態의 憲法 또는 基本權規定이 우리 주위에, 우리의 삶 속에 살아 있음을 일깨워 주었다고 말한다면 지나친 표현일까?

물론 위헌 내지는 인용결정보다 각하 또는 기각결정이 압도적으로 많은 것은 사실이나 그것은 헌법재판, 특히 헌법소원심판의 특성 속에 이미 내포되어 있는 현상일 뿐이다. 또한 위헌(인용)결정 못지 않게 각하(기각)결정도 그 나름대로 중요한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 헌법은 국민적 合意에 의해 제정된 국민생활의 最高道德規範이며 정치생활의 價値規範으로서 政治와 社會秩序의 指針을 제공하고 있기 때문에¹³¹⁾ 그와 같은 규범 내지 지침에 어긋나는 청구는 각하 또는 기각되어야 마땅하며, 그 판단을 통해서 위와 같은 규범 내지 지침의 基準 또는 根據를 抽出할 수도 있기 때문이다.

그러므로 남소의 폐단이나 낮은 인용율(승소율)을 빙자하여 헌법소원제도의 폐지 내지 無用論을 주장함은 矯角殺牛의 틀을 범하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이제 우리는 헌법소원제도의 有·無用論에서 떠나 同制度를 잘 다듬고 손질하여 헌법과 그 기본권규정이 우리 곁에 살아 있는 裁判規範으로서 기능하게 하여, 동 제도가 우리의 自由와 權利를 지켜주는 우리사회 共同體

131) 헌재 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정. 판례집 제1권(1989), 205면 참조.

의 상징이 되도록 가꾸고 격려해야 할 것이다.

그러한 의미에서 헌법소원심판의 특수성에 대한 심도 있는 연구가 필요하다고 보며, 本考가 그 작업의 아주 작은 일부분에라도 참여하는 것이라면 나름대로 意義가 있다고 생각한다.

法律의 해석 · 적용과 基本權

- 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -

李 明 雄

憲法研究官補

- 目 次 -

I. 서론

1. 헌법의 規範力, 헌법의 優位
2. 기본권의 대국가적 효력
3. 사법권 행사와 기본권

II. 비교법적 고찰

1. 비교법학 방법론
2. 독일의 재판소원 제도
3. 오스트리아의 경우

III. 우리나라의 문제상황 및 개선방법

1. 개 관

2. 재판에 대한 헌법소원의 필요성

- (1) 이론적, 비교법적 관점
- (2) 헌법재판소 실무상의 필요성
- (3) 몇가지 선결문제
- (4) 결 론

I. 서론

1. 헌법의 規範力, 헌법의 優位

현대의 憲政국가에서, 헌법은 국가권력 자체를 창설하고, 견제와 균형의 매카니즘을 통해서 그 행사를 적절히 통제하며 이로서 국민의 자유와 권리가 국가권력에 의하여 침해되는 것을 방지한다. 그러므로 ‘국민의 人權’이라는 공동체의 최고의 규범화된 가치질서를 담고있고 국가권력의 창설과 행사범위를 규정하고 있는 ‘헌법’은 한 국가 내에서 최고의 優位性을 가지는 法規範이라 할 것이다.¹⁾

2. 기본권의 대국가적 효력

기본권은 헌법의 핵심내용으로서 오늘날 모든 국가권력은 기

1) 그런데 논의되어야 될 것은 최고 법규범으로서의 이러한 헌법적 ‘當爲’는 결국 그에 의하여 규정된 상태가 현실속에서 실현되는 것만큼만 규범력을 가진다는 것이다. 즉 헌법은 그 자체만으로는 아무런 작용도 하지 못하여, 다만 항상 하나의 과제를 설정 할 뿐이다. 그러나 헌법적 과제가 인식되는 경우, 헌법에 의해 규정된 질서에 따라 스스로 행동할 준비가 되어있는 경우, 그리고 그 질서를 일시적인 有用性의 견지에서 문제삼고 공격하는 모든 시도에도 불구하고 관찰시킬 결의가 존재하는 경우, 또한 일반의식속에 특히 헌법생활에 책임을 지는 사람들의 의식속에 권력에의 의지 뿐만 아니라 무엇보다도 ‘헌법에의 의지’가 생생하게 살아있는 경우에 헌법은 실제로 작용하는 힘이 된다. K.Hesse, "Die normative Kraft der Verfassung" in : Recht und Staat, Helt 222, 1959, 계획원 역, 헌법의 기초이론 (삼영사, 1985), 31-36면.

과거 서구헌정제도를 도입한 우리나라는 오랫동안 사실적 힘에 의한 헌법규범의 훼손이라는 불행한, 그러나 가치있는 경험을 거쳐왔다고 생각되며, 오늘날은 민주적 정부의 구성·운영과 헌법재판제도를 중심으로 쇠약해진 공동체의 기본질서를 바로 세워나가는 과정에 있다고 생각된다.

본권을 관철시키고 보호할 헌법적 의무를 지는 것이다.

즉 기본권은 ‘효력을 갖는 법규범으로서’ 모든 국가권력을 기속한다.²⁾ 그러므로 (주권을 가진 국민들의 자기구속적 질서형태인) 법률을 만들고(立法), 집행하고(執行), 판단하는(司法) 국가기관들 역시 헌법상의 기본권에 직접 혹은 간접적으로 기속되어야 하는 것이다.³⁾

기본권의 대국가적 기속력이 강화될수록 共同體의 基本秩序는 확고해지고 인간의 존엄성을 추구하기 위한 국민주권주의와 실질적 법치주의가 그 효력을 발휘하게 된다. 종래에는 이러한 헌법적 가치질서를 구현해 가는 道程에서 주로 입법의 합헌성 여부가 주로 쟁점이 되어왔다. 그러나 오늘날 헌법의 優位 및 헌법의 규범력을 실천하기 위해서는 행정권⁴⁾ 뿐만 아니라 司法

2) 독일기본법은 이에 대해 명문으로 다음과 같이 규정하고 있다 : “뒤따르는 기본권들은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행권 및 司法을 기속한다”(제1조 제3항)

3) 이러한 기본권의 기속력과 헌법의 優位는 헌법재판제도를 통하여 효과적으로 실천된다. 이강형, “헌법의 優位에 관한 고찰”, 琴浪 김철수교수회갑기념, 현대법의 이론과 실천 (박영사, 1993), 52면 이하 참조.

4) 행정권 행사의 경우, 행정행위, 행정입법, 행정강제, 종래의 특별권력관계 등에서 기본권 규범의 기속력이 강화되어야 할 것이다. 오늘날 행정작용에 있어서의 평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호의 원칙 등이 강조 되는 것은 기본권의 대행정권 기속력의 강화와 밀접한 관련이 있는 것으로 보인다. F.Ossenbühl, “Die Quellen des Verwaltungsrechts”, in : Erichsen/Marens 편, Allgemeine Verwaltungsrecht, 9판, 1992, 116면. 전반적으로 광범위한 行政裁量의 영역은 오늘날 더 이상 헌법적 가치질서와 무관한 부분이 아니며 오히려 그 반대여야 할 것이다. 헌법재판소가 판시한, 평등권에서 파생된 恣意禁止의 原則이 검사의 불기소처분시에도 적용되어야 한다는 요청은 한 작은 예에 불과할 것이다. 다음과 같은 표현이 주목된다 : “행정재량과 특히 그 한계를 어떻게 결정하는가 하는 것은 입헌주의와 그 이론에 있어 기본적인 중요성을 갖고 있다. 왜냐하면 입헌주의의 정통성이 바로 이 점과 관련 있기 때문이다”. C. J. Friedrich, Limited Government : A Comparison, 1974, 박남규 역, 헌법의 기본정신(법문사, 1987), 168면.

기본권의 이러한 기속력을 통하여 具體화된 헌법으로서의 행정법이 실현될 것이다. 그러나 기본권의 대행정권 기속력의 보장여부는 결국 행정재판에서의 기본권의 규범력 문제에 연결되므로, 결국 이 부분 논의의 상당부분은 다음주제에 귀착된다(그러므로 司法작용에 대한 헌법적 통제 문제는 사실상 사법작용자체의 위헌성만을 문제삼고자 하는 것이 아님을 - 즉 행정권 행사에 대한 간접적 헌법 통제 방법의 일환임을-주시할 필요가 있다).

權의 행사에서도 헌법적 가치질서를 투영시키는 문제가 필수불가결한 과제로 등장하게 된다.

이러한, 국가에 의한 국민의 일정 불가침의 권리의 보장을 통해 법적 정의를 넘어서 헌법적 정의(Constitutional Justice)가 구현될 수 있으며, 이는 오늘날 우리시대의 발전적인 특징인 것이다.⁵⁾

3. 사법권 행사와 기본권

법원의 일차적 권한은 법률의 해석·적용이다. 그러나 법원은 또한 헌법상의 기본권을 보호할 의무를 지닌다.⁶⁾ 따라서 법률의 해석·적용은 상위법인 기본권 조항에 위배될 수 없다. 그렇다면 법원에 의한 법률해석이 기본권에 합치되느냐의 문제는 또 하나의 관점에서 검토되어야만 한다. 즉, 국가권력작용의 측면에서 보았을 때 司法權 행사 역시 헌법적 통제를 받아야만 할 것이다. 그것은 헌법재판의 영역에 속한다. 그런데 문제는 이러한 헌법재판을 법원에 전적으로 맡길 것이냐 아니면 독립된 헌법재판소가 다시 취할 것이냐에 있다.

우리 법제에 따르면 헌법위반은 모든 사건에 대해 상고이유가

5) 헌법적 정의의 강조에 관해서는, M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*(1971), 구병석 외 2인 역, 현대헌법재판론(법문사, 1989), 19, 64-64면 참조

6) 헌법은, “법원은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하고 있다(제103조). 한편 독일 기본법 제1조 제3항은 위에서 본 바와 같고, 미국헌법은 “이 헌법은 국가최고의 법이다…各州 법관은…이 헌법에 구속된다”(제6조 제2항)고 명문화하고 있다.

또한 다음과 같은 (독일 연방헌법재판소의) 보편적인 헌법해석이 주목된다 : 기본권은 법규범의 효력의 기준일 뿐만 아니라 적용과 해석의 기준이다(BverfGE 51, 304(323)). 따라서 규범의 해석은 헌법에 맞게 또는 헌법지향적으로 행해져야 하므로 단순한 개별법의 해석과 적용에는 헌법상의 한계가 있는 것이다(BverfGE 65, 196(215)).

되고 있다. 이러한 법제도에 따르면 법률의 해석·적용단계에서의 위헌여부는 심급제도상 충분히 다루어질 여지가 있으므로 이외에 독립된 기관으로 하여금 이를 다시 심사케 하는 것은 불필요할 수도 있다. 그러나 위에서 보았듯이(주1)참조),(헌)법규범의 규범력은 조문자체에서 나오는 것이 아니며, 현실적 제조건과 법관의 헌법수호의식이 그 규범력의 실천조건이 된다고 볼 것이므로 헌법적 정의의 실천(기본권의 충실한 보장)을 위해서는 이러한 변수들이 검토되어야 할 것이다. 한편 만일 독립된 헌법재판소로 하여금 법률의 해석·적용작용의 위헌성을 심사케 하는 제도를 만든다 해도(이 경우 헌법소원이 중심이 될 것이다) 여전히 소송절차상 복잡한 문제가 과생된다. 즉, 헌법과 법률의 상관관계, 심사범위, 심사정도, 법원과 헌법재판소간의 법체계적 관계, 소송의 남용 등 다양한 문제점이 있다.

그러나 어떠한 제도를 취하건 그것은 헌법상의 기본권의 효력을 극대화하는 쪽에서 고려되어야 마땅할 것이다.

본고는 憲法裁判(憲法訴願)의 대상에 법원의 司法作用의 위헌성 여부를 포함시키는 쪽이, 모든 국가작용의 優位에 서는 헌법의 규범력을 실천하는데 더 적절하며 효율적이라고 평가한다. 이와 관련하여 다음과 같은 논의가 필요하였다. 우선, 이 문제에는 비교법적 검토가 필요하다고 판단하고 그 대상국가로서 독일, 오스트리아를 선택해 관련제도를 본고의 관점에서 검토하였고, 그 취사선택의 조건으로서 어떤 요소들이 보다 ‘보편적’이고 체계적인가를 비교하였으며, 이를 토대로 우리 나라의 문제상황 및 개선점을 두 가지 관점 즉, 헌법이론적·헌법재판실무적 관점에서 검토한 후, 그러한 결론을 도출하게 되었다.

II. 비교법적 고찰

1. 비교법학방법론

전반적으로 볼 때 서구법제도의 토착화 과정을 겪고 있는 우리나라 법질서의 상황에서 외국제도의 소개·도입 문제는 큰 비중을 차지해 왔다. 그러나 법의 발전은 시행과 경험의 지나간 과정⁷⁾이라 할 것이므로, 이 작업은 연구자의 주관적 편견이나 이해를 떠나 가능한 한 객관적 진리에 가깝게 가기 위해 우선 비교에 앞서서 ‘비교법학방법’ 자체에 대한 관심이 선행되어야 할 것이다.⁸⁾ 종래 우리의 법학·법실무는 외국의 제도·이론·판례라는 실적 存在의 검토에서 우리 법질서로의 도입(변형시킨 도입을 포함)이라는 當爲의 채택이 너무 비약적으로 이루어 졌으며, 그러한 사실적 存在의 설명방법도 너무 비체계적이고 여러 문헌에서 중복된 요소가 많았다고 생각되는바 이는 개선되어야 할 문제라고 판단된다.⁹⁾

7) H. Coing, 최종고/정종휴 역, 獨逸法制史(박영사, 1982), 3면.

8) 견주어 보아 좋은 것을 택한다는 것은 인간의 기본적 욕구이다. 그러나 비교의 객관화를 위한 과학적 방법론이 추구되지 않을 때 법의 해석과 운용에 있어서 主觀의 恣意를 억제 내지 배제하기 어렵다. “方法論이란 개념은 결국 주관적 편견이나 利害를 떠나 객관적 진리에 도달할 수 있게끔 도와주는 것에 다름 아니다.” 최대권, 헌법학(박영사, 1989), 461면 참조

일반적으로 한 체계의 어떤 개념과 다른 체계의 유사한 개념을 들어 어떤면에서 비슷하고 어떤 면에서 다른지 비교 대조해 보는 방법만으로는 양자의 공통성과 상이성이 충분히 드러날 수 없다. 즉 각국의 제도, 판례 등의 단순한 記述의 比較(descriptive compare)를 지양해야 한다. 권영성, “비교헌법학의 영역과 연구방법”, 법학, 제20권 2호(1980), 223면. 또한 대부분의 경우 비교법학의 연구는 그 심도가 깊어지면 깊어질수록 비교하는 대상사이에 상이점이 더욱 드러나 보이게 마련이며 원래 발견하고자 했던 유사점은 상대적으로 수그러져 보이는 경향이 있다. 이상면, “비교법학적 방법론”, 법학, 제24권 1호(1983), 64면 참조.

외국의 법제도를 어떻게, 어느 범위에서 고찰하고 우리에게 적실성 있는 결론을 어떻게 내릴 것인가의 문제에 대해 여러 접근방법이 있을 것이나, 본고에서는 다만 아래와 같은 인식에서 출발하고자 한다.

즉, **외국의 법제도를 비교할 때에는 그 제도의 역사적 動機, 법체계속에서의 位相, 그 나라의 다른 제도들과의 상관관계 등이 고찰되어야** 하며, 그 나라의 법체계의 기본틀과 우리나라의 법체계의 기본틀 사이의 공통합수를 찾아 이를 바탕으로, 외국의 해당제도의 ‘보편성’과 ‘특수성’을 규명한다. 그리하여 우리 제도의 개선, 신제도의 도입에 외국의 제도에서 탐구된 보편적인 요소를 우리법체계의 법적·사회적 환경에 적용시켜 가는 것이다. 서구적 법이론이 아직도 주도적인 우리의 법학·법실무에서 이러한 취사선택의 관점은 매우 중요하다고 생각된다. 한편 이러한 접근방법이 종래의 연구방법과 그 어떤 질적인 차이가 있다고 보지는 않지만, 人權에 바탕을 둔 헌법학의 영역에서 가능한 한 보편적 정의를 모색하는 것은 적절하고도 필요한 접근방법론이라고 생각된다.

이러한 관점하에 본고에서는 독일, 오스트리아의 관련제도를 (기타 국가에서도 ‘법률의 적용에 대한 헌법적 통제’라는 접근방법이 다양하게 시도될 수 있을 것이나 여기서는 이에 국한하고자 한다) 관찰해 보고자하며, 이를 토대로 다음 장에서 본격적인 주제에 관한 우리나라의 문제상황을 검토하고자 한다.

9) 그러므로 무엇보다도 주어진 所與와 選擇은 질적으로 다른 문제임을 인식하고, 우리의 문제를 심층적으로 치밀하게 自我準據의 입장에서 파악하여 법획득 推論力을 강화함으로써 適實性있는 법질서를 구현하고자 하는 노력이 좀더 필요하다고 생각된다.

2. 독일의 재판소원 제도

서술의 범위는 본고의 주제와 관련하여 문헌상의 평가, 독일 헌법체계에서의 지위(특히 다른 헌법재판제도와와의 관련성), 일반재판과의 경합문제(초기의 도입과정 논의) 및 시도된 해결방법 등을 중심으로 하고자 한다.

(1) 법체계상의 지위 및 평가

① 헌법의 優位的인 規範力을 前提할 때 모든 국가권력이 헌법(기본권)을 중시하여야 하는 것은 자명하다. 이러한 전제하에 기본법은, 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 三權을 기속한다고 규정하였으며(제1조 제3항), 한편 그러한 기본권의 침해시 爭송절차를 철저히 보장하기 위해서 헌법소원제도를 두고(제93조 제1항4a)있고 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정도 법률, 행정청의 결정, 법원의 재판에 대하여 각각 이루어진다(연방헌법재판소법 제95조). 따라서 이러한 爭송절차(헌법소원)는 헌법의 優位, 즉 기본권의 실효성 있는 보장과 正比例 관계에 있다고 보여진다.

이러한 제도적 취지에 따를 때 기본권을 심사척도로 한 그러한 爭송절차에서, 그 대상으로 입법작용, 행정작용과 함께 司法작용(즉, 헌법상 부여된 司法權의 행사) 역시 포함되는 것은 논리 필연적인 것으로 보인다. 즉 법원의 재판에 대한 헌법적 통제제도(재판소원)까지 인정되어야 헌법재판제도의 체계적 정당성과 법논리상의 無誤謬性이 충족되는 것이다.¹⁰⁾

10) Michael Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung

② 한편 법논리 뿐만 아니라 실제상의 제도적 필요성도 다음과 같은 상관관계로 표현될 수 있을 것이다. 즉, 법률에 대한 위헌심사를 인정하는 이상 법률의 해석·적용을 주된 기능으로 하는 재판에 대해서도 위헌심사를 하는 것이 기본권의 기속력을 강화하게 되며(일례로, 법률상의 불확정개념 등은 재판에 의해 충족되므로 법률 자체는 위헌이 아니더라도 재판에 따라 기본권이 침해될 수 있는데 이를 방지하는 것은, 기본권의 기속력 뿐만 아니라 법률에 대한 위헌심사의 목적까지 약화시키는 결과가 나타날 수 있다), 행정작용에 대한 위헌심사를 인정하는 이상, 헌법소원에 필요한 보충성의 원칙에 따를 때, 행정작용에 대한 법원의 권리구제절차를 동시에 문제삼지 않는다면 국가 司法작용상의 중복성, 모순성 등의 여러 문제 때문에 행정작용에 대한 위헌심사가 장벽에 봉착하게 될 것이다(따라서 이러한 경우 재판소원은 재판 그 자체에 대한 통제목적 보다는 재판소원이라는 수단을 통하여 행정작용을 통제하려는 목적이 앞선다고 말할 수 있다). 또한 구체적 규범통제절차에서 일차적으로 법원에 합헌해석권이 부여된 이상¹¹⁾ 헌법재판소에 의한 위헌법률심사제를 활성화시키기 위해서는 적용법률의 위헌성을 내용으로 하는 재판소원제도를 두는 것이 반드시 필요하다. 또한 연방헌재는 법률심사 후 다양한 변형판결을 하고 있는 바, 특히 한정합헌, 한정위헌 해석은 결국 그 판결의 주된 집행자가 법원이므로, 그러한 변형판결은 결국 재판소원제도를 두었을 때만 실질적인 규범력을 갖게 되는 것이므로, 이러한 유형의 변형판결들은 재판소원제도가 전제조건이 된다는 상관관

gerichtlicher Entscheidungen(C.F.Müller,1991), 1번 참조. 또한 헌법재판제도를 위한 대중적 소개서인 H.Säcker, Das Bundesverfassungsgericht, 제4판, 1989. 47면은 헌법소원의 대상을 다음과 같이 도식화하고 있다.

11) 법관은 법률의 위헌성에 대한 확신(überzeugung)이 있는 때에 위헌제정을 할 수 있다. Maunz/Dürig, Kommentar z. GG, 제100조 단락번호(Rn.) 35.

계를 가지고 있다. 마지막으로, 오늘날 기본권은 私人間에도 효력을 미친다고 할 것인데, 이러한 기본권 효력은 재판소원제도를 통해서만이 확실히 담보될 수 있다고 할 것이다.

③ 재판소원제도는 독일의 법체계에서 위와 같이 중요한 기능을 지니고 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 광범위한 대상설정을 통해 **기본권 이념의 (법적)중요성을 강조**하게 되었고, 따라서 기본권이 더 이상 단순한 프로그램규정이 아님을 명백히 했으며, 더구나 개개의 소원절차를 국민의 관심(관여)속에 맡겨 줌으로써 **국민들의 헌법의식 고양에 놀라운 교육적 효과**를 가져온 한편(소위, Edukationseffekt), 각 국가기관에게 헌법의 규범력, 헌법의 優位를 확실히 지키도록 하게 됨으로써 국가 법체계상 가장 중요한 목적인 ‘인간의 人權’중심의 전통을 강화하는데 중요한 공헌을 하였다고 말해진다.¹²⁾

일례로, 헌법재판소가 민사법원을 포함한 모든 국가기관에 기본권의 효력이 발산된다는 이론을 전개한 이후(BverfGE 7, 198Lüth판결의 기본권의 放射效(Ausstrahlungswirkung)이론), 현재 민사법 해석에 있어서 기본권을 침해하는 법률행위는 민법 제138조 제1항의, “선량한 풍속(guten sitten)을 침해하는 법률행위” 해석에 포함되어 無效로 판단되며,¹³⁾ 행정작용에 있어서도 개개의 법집행자는 직접 헌법을 그의 판단기준으로 삼아야 하며, 특히

12) R.Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2판, 1988, 29면 ; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, VerfGG, 3판, 1992, §90 30면 ; K.Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2판, 1992, 120면 ; Umbach/Clemens, BverfGG, 1992, 1160면 ; Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, 140-141면 ; U.Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht, 1976, 21면 ; J.Gündisch, "Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidung", NJW (1981), 1816, 1820면 등 참조. 특히 Gündisch는 “이러한 3번째 권력(司法府)을 인간화(humanisieren)하는 것은 자유를 위한 중대한 보장책이며, 이는 헌법재판소의 중요한 과제”라고 표현하고 있다.

13) F. J. Säcker 편, Münchener kommentar zum BGB, Band I, 2판, 1984, 1016면 참조.

헌법구체화된 법률이 없는 영역에서 그러한 것으로 인식되고 있는 것이다.¹⁴⁾

오늘날 재판에 대한 소원은 방대한 양이 청구되고, 인용율도 2%이내 이지만,¹⁵⁾위에서 지적인 제도적 가치, 또한 헌법소원의 **客觀的 機能**에 의해서 당해사건을 넘어서서 파생효과가 발생되어 헌법을 해석하고 그 구체적인 내용을 확정하게 되는 헌법재판의 가치를 염두에 둔다면, **적어도 인용율이 1.39%라는데 제약된 재판소원에 대한 비판론은 충분하지가 않다고** 할 것이다.¹⁶⁾

(2) 일반재판과 헌법소원의 경합문제

①독일의 경우 기본권에 대한 철저한 보장수단을 위해서 헌법소원제도를 두고, 따라서 그러한 헌법소원의 체계상 재판소원제도는 필수적인 것임을 보았다. 그러나 모든 법관에게 법률 뿐만 아니라 기본권의 존중의무까지 당연히 존재한다. 그렇다면 기본권을 재판규범으로 삼아 司法作用을 하는 기관은 결국 일반법원과 헌법재판소가 경합된다. 따라서 극단적인 경우 일반재판

14) F. Ossenbühl, 위의 논문, 116면.

15) 1989년을 예로 들면 총접수 3,693건 중 재판소원이 3,413건(92%)이고, 총접수량 중 인용은 83건에 불과하다. 그러나 3인의 小部(Kammer)에 의해 약 83%가 처리되고 있으며, 기타방법으로는 약 13%이므로, 실제로 部(Senat)에 의한 처리는 매우 소수(약 1%)에 불과하다. 양삼승, “통계로 본 독일헌법재판소”, 인권과 정의, 91.2, 99면 참조. 그런데 部에 의한 처리건수가 적다는 것은 한편으로는 헌법재판소의 업무경감에 이루어지고 있다는 측면을 간과해서는 않될 것이다. 또한 현재관례집 1권부터 40권까지의 내용에서 볼 때 현재에 의해 법원판결이 취소된 예는 노동법원 3, 제정법원 11, 정규의 법원 150, 사회법원3, 행정법원 22건 이라 한다. Gündisch, 위의 논문, 1817면.

16) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 28면 참조. 또한 그는 헌법소원의 객관적기능에 관련된 판결례로 Elfes-Urteil(BverfGE(이하 E라고만 표시한다) 6, 32- 일반적행동의 자유), E 6, 55(혼인과 가족에 관한 기본권).Lüth-Urteil(E 7, 198- 의사표현의 자유), Apotheken-Entscheidung(E 7, 377-직업의 자유), Gleichberechtigungs-Entscheidung(E 10, 59-남녀평등권)을 들고 있다.

절차에서 사실상 기본권규범이 충분히 보장된다면 헌법재판소가 다시 법원의 재판을 심사하는 것은 室上室이 될 것이다.

② 이러한 관점에서 기본법 제정당시 헌법기초위원회(Herrenchiemsee)는 기본권의 주관적 공권적 성격을 충분히 관철하고자 전반적인 헌법소원제도를 구상하였으나(제정안 제98조 제8호), 한편 행정소송의 개괄적 관할을 인정하려 하면서(제정안 제138조)헌법소원제도와 의 관계가 문제되었다. 제헌회의(Parlamentarische Rat)는 결국 논의 끝에 헌법소원제도를 채택하지 않았다.¹⁷⁾ 당시의 쟁점은 헌법소원이 인정된다면 기본법 제19조 제4항(공권력에 의한 권리침해의 구제절차 보장)과 관련하여 헌법소원과 나머지 소송제도들간의 관계가 어떻게 설정될 것인가에 있었다.¹⁸⁾

그런데 그후 연방헌법재판소법 제정과정에서 정부안은 바이에른 헌법소원제도를 참조하여 기본권침해에 대한 국민들의 마지막 도피처가 될 헌법소원제도를 구상하여 공권력의 기본권침해에 대해서 사전구제절차를 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있도록 하였다. 또한 SPD에서도 법원의 재판을 포함한 공권력의 기본권침해에 대한 헌법소원제도안을 내놓았다. 그런데 연방참사원에서는 헌법소원의 목적과 필요성을 논의한 끝에 법규소원만을 인정하는 쪽으로 기울어졌다. 그러나 정부측은(연방법무부) 기본권보호는 무조건이어야 한다면서, 모든 국가권력(입법, 사법 혹은 행정)의 침해에 대하여 통일적으로(einheitlich) 헌법소원이 보장되어야 한다고 주장하였으며, 당시 Arndt의원이 이를 지지하면서 헌법소원의 커다란 法政策的 意味를 지적하고, 헌법소원제도가 개개의 국민들에게 처음으로 살아있는 헌법관계(ein

17) Maunz 外 3인, BverfGG, §90 11a-12번 참조.

18) K. Schlaich, Das BverfG, 117-120번 참조.

lebendige Verhältnis zur Verfassung)를 만들어 주게 될 것이라고 주장하였다. 결국 법사위원회는 사안의 결정을 위해 청문회를 개최하여 당시의 바이에른주 헌법재판소장인 Wintrich의 의견을 듣고, 무엇보다도 **法治國家的 動機에서 포괄적인 헌법소원제도를 두기로 결정**하였다.¹⁹⁾ 그리하여 연방헌법재판소법에 오늘날과 같은 입법·행정·사법을 포괄하는 헌법소원제도가 탄생하였던 것이다(그후 기본법에는 1969.1.29.의 개정시에 명문화 되었다).

③ 한편 헌법소원과 기타의 법적구제수단과의 관계에 대하여는 그 이후 판례에 의해 보충성 원칙이 확립되었으며, 헌법소원이 상고심이나 초상고심이 아니라 비정규적인(außerordentlich)기본권 구제절차임이 강조되었고,²⁰⁾ 또한 기본법 제19조 제4항과의 관계에 대하여는, 이 조항은 공권력의 처분에 대한 행정소송의 확보 규정임에 반하여 헌법소원제도는 행정청의 공권력에 의한 기본권침해 뿐만 아니라 입법, 사법권에 의한 침해의 경우에도 적용되는 것으로 분류되어²¹⁾ 학설상 지지되고 있다.²²⁾

그러나 그럼에도 불구하고 **일반재판과 헌법소원의 중복성 문제**는 명쾌하게 풀리지 않는다.

현재는 헌법소원을 개인의 고유한 기본권영역을 보호하여 기본권과 기본권 유사권리들을 보장하게 되며, 이는 따라서 행정법원들을 포함한 일반법원들의 구제절차에 부수적인(zusätzlich) 구제절차가 아닌 비정규적인 구제수단이고(E 18, 325; 49, 257; 57, 170), 따라서 효력을 지닌 법원의 판결들을 단지 예외적으로만

19) Maunz 外 3 인, BverfGG, §90 12-14면 참조.

20) 현재의 일관된 판례이다. Zuck, 위의 책, 7-8면.

21) E 31, 364(367f) ; 49, 329(340) 등.

22) Schlaich, 119면 ; Maunz 外 3인, §90 29a면 ; Umbach/Clemens, 1157면 ; W. Löwer, "Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts" in : Isensee/Kirchhof 판, Hanbuch des Staatsrechts, Band II, 1987, 826면.

심사하며(E 22, 287(290f.), 68, 376(379f.)), 헌법소원 제기 이전에 권리구제수단이 있다면 이를 경로하여야 한다고 판시하였다. 한편 행정소송과의 관계에서 행정소송법 제40조 제1항이 행정소송 관할을 개괄적으로 인정하면서도 헌법소송에 대한 관할을 제외하고 있기 때문에 헌법소원에 관한 규정은 행정소송법의 위 규정의 논리적 보완책이라는 의견도 있다.²³⁾

헌법소원제도의 ‘목적’, 즉 쟁송절차를 통한 국가권력작용에 대한 기본권의 관철(Durchsetzung)²⁴⁾ 및 국민들에게(입법, 사법 및 행정에 대하여 그들의 헌법적 권리를 보호해 줌으로써) 민주주의의 본질적인 요소인 個人的自由의 주체 및 수호자로서 국가에 맞서 나갈 수 있는 국민意識을 강화시켜 주는 것²⁵⁾을 위해서 재판소원이 제외될 수 없다는 것은 매우 설득력이 있으나, 한편 그러한 목적을 달성하는 ‘수단’에서, 재판소원을 인정함으로써, 일반재판과 헌법재판의 경합문제가 야기되어 법적 구제절차체제의 효율성이 떨어질 수도 있다는 문제가 좀더 명확하게 답변되어야 할 것이다. 이러한 문제점은 앞서 본대로 기본법, 연방헌법재판소 제정시에 중점적으로 논의되었던 바로 그러한 쟁점인 것이다.

④ 다음과 같은 假說이 있을 수 있을 것이다 : 즉, 일반법원에서 기본권을 충분히 고려할수록 재판소원제도는 효율성이 떨어진다. 그런데 이러한 가설은 그리 어렵지 않게 입증될 수

23) Umbach/Clemens, 위의 책, 1157면. 그러나 행정소송법 제40조 제1항에서 말하는 헌법재판에 헌법소원은 포함되지 않는다. Redeker/von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 9판, 1988, 88-89면 ; Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 9판, 1988, 165-167면. 그렇다면 위 의견은 비정규적 구제수단으로서 기본권 보장을 위해 입법, 사법권까지 대상이 되는 헌법소원 제도의 성격상, 행정소송제도가 존재하므로 헌법소원이 필요없다는 것은 결코 아니다 라는 주장의 다른 표현으로 받아들여 진다.

24) BverfGE 1, 4(5)

25) Maunz 外 3인, 위의 책. §90 30면.

있을 것 같다. 즉 재판소원제도의 목적 자체가 일반司法작용 전반에 걸친 牽制장치로서가 아니라, 압축하면 ‘基本權의 貫徹’에 있다고 보여지기 때문이다. 그러므로 **역으로 일반법원에서 기본권을 충분히 고려하지 아니할수록 재판소원제도는 필요성이 높다고 할 수 있을 것이다.**

⑤ 이러한 관점에서 볼 때, 연방헌재가 그 동안 많은 판례들로 다른 국가 권력기관들에게 기본권 우호적인 권한을 행사하도록 충분히 영향을 주어왔기 때문에, 현재의 과중한 업무부담 등을 고려할 때 특수한 기본권 보호절차인 헌법소원제도는 시험적으로라도 폐지해 보자는 - 비록 그러한 생각을 하는 사람이 전혀 없을 것이라는 주장자 자신의 확신에도 불구하고 - Pestalozza 의 주장은²⁶⁾ 적어도 적절한 이유(즉, 심사권한의 중복성 예방)에 근거한 것으로 보인다. 또한 Zuck 역시 일반법원에 기본권을 보호하고 관철시킬 의무가 있기 때문에, 또한 불과 1.39%의 헌법소원만이 인용된다는 실제적인 관점에서 볼 때 법체계상의 효율성이 손상될 수 있기 때문에, 그리고 헌재만이 헌법의 수호자는 아니기 때문에 다음과 같은 예외를 제외하고는 재판소원을 제한하자고 주장한다. 즉, 법원의 최종심에서 처음 발생하는 기본법 제101, 103조 침해 등과 같은 경우, 적절한 기본권침해 주장이 불가능했던 경우 및 새로운 법률판단 이유 등 당시 등과 같은 예외적 경우를 제외하고는 재판소원을 제한하자고 주장한다.²⁷⁾ 그러나 이러한 개선책 역시 예외적 경우의 판단 자체가 어렵기 때문에 업무량 경감의 관점에서는 별 지지를 받지 못할 것이라고 自認하고 있다.²⁸⁾

26) C. Pestalozza, VerfassungsprozeßBrecht, 3판, 1991, 164면.

27) Zuck, 위의 책, 96-97면.

그런데 이러한 헌법소원 전반 혹은 재판소원을 폐지 내지 축소하는 주장에 앞서의 전제, 즉 일반법원 혹은 전반적인 타국가기관이 이제는 충분히 헌법의 규범력을 실천하여 기본권 수호 및 관철의무를 잘 이행할 수 있을 것이라는 낙관을 바탕으로 하여 기본권 보호권한의 경합 문제에 접근하고 있다는 점이 간과되어서는 안될 것이다. 즉, 그들은 모두 재판소원이 그 동안(유명무실했던 것이 아니고) 법원 등 타국가기관에 철저한 기본권 존중의식을 심어주는 기능을 해왔다는 점에 관해서는 충분히 긍정하고 있기 때문이다.

한편 재판소원제도에 대한 개선의견들을 좀더 살펴보면, 이들은 대체적으로 헌법재판소가 초상고심이 되는 것을 우려하고 있다.²⁸⁾ Zweigert는 초기에(1952년) 심사권의 한계에 대하여 재판소원은 기본권제한 법률들의 잘못된 해석으로 기본권의 본질이 침해된 경우로 축소할 것을 주장하였고,³⁰⁾ H. Klein(1971년) 역시 같은 의견인데, 법관 역시 기본권의 효력을 고려해야 하기 때문에 헌재가 스스로 초상고심 법원으로서 기능행사를 하려고 할 필요가 없기 때문이라고 한다.³¹⁾ Klein의 주장에 대해 Steinwedel은 이는 재판소원의 실질적인 폐지를 뜻하며 이로써 헌재의 업무경감에도 크게 기여하지 못할 뿐 아니라, 기본법 제1조 제3항에 따라 국가권력은 기본권에 기속된다는 명제가 있고, 기본법에 의하여 이러한 기본권의 기속력에 대한 통제가 연방헌재에 의무지워져 있으며, 연방헌재는 국가권력의 기본권경시에 대하여 관련된 국가의 행위를 취소(Aufhebung)시키는 制裁

28) Ibid.

29) Gündisch, 위의 논문(주 12), 1814면.

30) Ibid .

31) U. Steinwedel, 위의 책(주 12), 43-44면.

(Sanktion)를 가함으로써 이 의무를 이행하는 것인데, 이러한制裁가 탈락될수록 기본권의 기속력의 실효성도 탈락될 것이라고 비판하였다.³²⁾ Erichsen은(1972) 현재가 판시한(Lüth 판결; E 7, 198) 기본권의 가치질서(Wertordnung) 및 모든 국가기관에 대한이의 준수의무부여는 결국 모든 민사재판을 재판소원의 대상으로 이끌 것이라고 하였다.³³⁾ Hesse는 현재에 의한 기본법 제2조 제1항(일반적 행동자유권)의 확대해석을 반대한다. 왜냐하면 그럴 경우 일반재판작용에 대한 관여폭이 넓어지기 때문이다.³⁴⁾

한편 Gündisch의 논문에 나타난 재판소원의 옹호자로서는 Steinwedel과 Ossenbühl을 들 수 있다. Steinwedel은 문제를 도그마틱이 아닌 현재의 실제작용(실무례)에서 파악한다. 그는 기본권간의 비교형량 실무에 관한 현재의 판단이 적절하며, 또한 현재의 예외적인 사실관계 심사 역시 필요하다고 하였다.³⁵⁾

Ossenbühl은 헌법재판소의 기능은, 일반법원의 基本權意識의 缺乏과 기본권적인 가치를 소송절차에서 실천하지 못하는 흠결있는 권한행사를 메꾸어 주는 것이어야 한다고 말한다.³⁶⁾ Gündisch 역시 국민과 일반법원에게 헌법정신과 자유의 보장의 중요성을 고취시켜 왔다는 관점에서 재판소원제도가 필수적임을 강조하고 있다.³⁷⁾

32) Ibid., 44-45면.

33) Gündisch, 위의 논문, 1815면.

34) Ibid.; Steinwedel, 위의 책, 47-48면.

35) Gündisch, 위의 논문, 1816면.

36) Ibid., 1816면에서 재인용 (원문은 Ossenbühl, Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in : FS. f. Ipsen., 1977, 140면).

37) Ibid., 1820면. 심지어 그는 현재의 심사범위에 관해서, 일정한 법적안정성과 예견가능성을 희생하더라도, 현재의 설득력있는 논의(Argument)에 바탕을 둔 재량적 판단 방법을 지지한다. 또한 변호사인 그는, “우리 변호사들은 현재의 연방헌재의 재판소원심사권한, 심사범위를 지지하여야 할 것이다. 또다른 심급의 탄생으로 소송절차가 더 늘어나서가 아니라, 헌법의 정신을 우리의 법원과 법률이 항상 강하게 관통시켜 나가게 하기 위해서 그러한 것이다”라고 말하고있는 것이 주목된다.

⑥ 일반법원 역시 기본권 실현의무를 갖고 있는 한 현재의 재판소원심사권은 이러한 의무이행에 대한 통제라는 측면도 있지만, 한편으로는 기본권 실현의무에 대한 일반재판과의 경합이라는 측면이 존재한다. 현재는 이러한 법체제의 효율성 문제에 따른 예상되는 비판을 의식하여 재판소원제도를 상고심 혹은 상고심이 아닌 비정규적이고 특수한 기본권보호제도로 규정하면서,³⁸⁾ 한편 보충성의 원칙이라는 판례를 발전시키고, 또한 심사범위를 가능한 한 논리적이고 구체적으로 확정하려고 하는 등 대체로 자신의 권한을 자제하려고 노력해 왔다고 보여진다.

법률의 해석·적용에 관한 현재의 심사범위는 판례를 종합해 볼 때 크게 세 가지 관점에서 접근할 수 있다.³⁹⁾

첫째는, **기본권 문제와 단순한 법문제를 분리**해서 보는 관점이다. 즉, 소송절차의 형성, 구성요건의 확정과 평가, 단순한 법(einfaches Recht)의 해석은 이를 위해 일반적 관할권을 갖고 있는 법원의 일이므로 연방헌법재판소에 의하여 심사되지 않는다는 것이다.⁴⁰⁾ 오직 법원에 의한 특별한 헌법(spezifisches Verfassungsrecht)의 침해의 경우만 재판소원이 제기될 수 있다는 것이다. 예를 들면 단순한 법의 해석·적용에서 기본법 제3조 제1항의 恣意禁止를 잘못 고려했을 경우,⁴¹⁾ 제103조 제1항의 재판절

38) 그러나 제4심 혹은 초상고심이라는 비판이, 위에서 본 재판소원의 축소를 주장하는 일부 의견들의 전제로서 존재한다. Steinwedel, 위의 책, 44, 48면.

39) Michael Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidung(주 10), 408면.

40) BverfGE, 418(420) ; 18, 85(92) 등. 다수 판례.

41) 기본법 제3조 제1항(평등의 원칙)은 국가의 통일성을 위한 근본가치이며(E 2, 1(12)), 이는 명문의 규정을 넘어서 모든 영역에서 자명한 불문의 헌법적 기본원칙인 바(E 6, 84(91), 평등의 원칙은 자유계약적인 국가의 행위가 이루어지는 모든 영역에서 국민의 자유의 자의적인(willkürlich) 제약에 대한 가장 높은 보호적도이다(E 12, 281(296)). 연방헌재가 발행한 판례관람(Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1991. 11.)에 따르면 이 조항이 적용된 헌법판례는 가장 많아 1053경에 이르고 있어 그 중요성을 실감케 한다.

차상의 청문권 침해⁴²⁾등의 경우이다. 한편 일반법원의 법률해석 결과가 기본권의 정해진 한계를 넘어서면 헌재가 교정적으로 관여할 수 있다고 하고 있다.⁴³⁾ 특별한 헌법은⁴⁴⁾ 단순한 법의 적용에 있어 객관적으로 흠결이 있더라도 침해된 것이 아니다. 단순한 법의 추론관정은 법관의 재량에 속하며 어느 정도의 활동영역이 있기 때문이다. 따라서 이러한 관점에서 헌법재판소의 심사범위의 한계 역시 명확하게 경계지을 수 없다.⁴⁵⁾

헌법소원으로 심사되어질 법률의 위헌성 여부를 매우 광범위하게 — 즉, 법률이 합헌적이기 위해서는 실질적으로 광범한 헌법규범, 헌법원리를 조금이라도 침해하지 않아야 한다는—심사하고, 기본법 제2조 제1항(일반적 행동자유권)의 침해를 넓게 본다면,⁴⁶⁾ 또한 기본권의 객관적 가치질서를 강조하고—이는 결국

재판소원에 적용되는 자의금지의 원칙은 “실질적으로 받아들이기 어려워 객관적으로 자의적인 재판”에 대해서 판단된다(E 58, 163(167f.) 등). 따라서 법관은 고유한 재량영역과 판단영역이 있으나 자의금지원칙은 그 외부적 한계를 구성하고 구체적 사실관계에 나타난 객관적 자의성을 기준으로 판단된다.(E 42, 64(73)). 일례로, 형사소송법 제147조에 규정된 형사피고인의 변호인의 기록열람권은 규정의 내용상 명백하여 다른 해석이 가능하지 않는데도, 그러한 해석하에 기록열람을 거절한 판결은 열람권의 자의적인 제약에 해당된다(E 62, 338(347)).

42) 기본법 제103조 제1항의 법적 청구권(“누구든지 법정에서 법적 청문권(rechtliches Gehör)을 가진다”)에 관하여 헌재는 법원의 소송절차에 대한 法治國家思想의 요구라고 하며(E 9, 89(95)), 또한 節次的 基本權으로서 당사자의 소송관계에 대한 부적절한 인식, 고려에 따른 절차흠결(관결)을 방지하는 역할을 수행한다(E 53,219(222)). 이러한 관점하에 헌재는 매우 광범위한 심사를 행하고 있고, 이에 관한 소원은 전체 헌법송 거-의 반에 이르고 있는 실정이다. Schlaich, 위의 책, 185면. 한편 이러한 절차적 기본권 침해에 관한 소원은 보충성의 예외도 매우 확대하고 있다.(일례로 E 64, 203(206)).

43) E 65, 317(322).

44) 여기서 ‘특별한 헌법’이란 그 문리적 자구와는 달리, 보통 단순한 법이나 기본권이외의 권리에 대치되는 헌법 혹은 기본권을 말하며, 헌법은 일부 특정부분이나 특별한 성질의 미하는 것이 아니라 “실질적 헌법의 특수한 근거” 및 그때 그때의 타당하게 주장된 주관적 권리의 “특별히 헌법적으로 보장되는 범위”를 의미한다고 하며, 오늘날 헌재의 제1부(Der 1. Senat)는 이 개념을 쓰지 않으나, 제2부는 여전히 사용하는 경향이 있다고 한다.

Schlaich, 위의 책, 167면.

45) 소위 Petent-Beschluß, E 18, 85(92f.) .

46) Elfes 판결, E 6, 32(41) 이 판결이 일반적인 법적용 잘못이 기본권 침해에 이를 수 있는 것으로, 따라서 현재의 심사권한을 매우 넓힌 것으로 보는 문헌들이 많으나, 판시내용은 법률의 합헌성 조건들을 엄격하게 나열한 것에 지나지 않는 것이라고 판단된다.

기본권효력의 강화를 뜻한다—법해석에 있어서도 모든 私法해석에 이러한 정신이 반영되어야 한다는 것을 강조한다면,⁴⁷⁾ 현재의 심사범위는 넓게 설정되어 있는 것이다. 한편 법원이 관련된 기본권영역을 고려해서 판결을 하는 한—그것이 특별히 기본권의 의미나 범위에 대해 옳지 않은(unrichtig) 관점에 서있지 않는 한—헌법재판의 관할이 아니라고 한다면⁴⁸⁾ 상대적으로 심사범위는 축소된다.

현재는 필요한 경우 자신이 직접 사실관계를 재확정할 수 있는 것으로 간주하고 있으며,⁴⁹⁾ 이는 E 22, 267(273); 27, 248(251) 등에서 행해지고 있다.

헌법과 법률의 구분은 적어도 현재의 심사권한과 범위를 개략적으로 정하는 표준은 될 수 있으나, 사실상 개별법률이 구체화된 헌법규정에 의존하고 있는 경우—특히 절차적 기본권의 경우—구분상 어려움이 있고, 또한 자의금지의 원칙 역시 명확한 한계설정에 장애가 될 수 있다.⁵⁰⁾

둘째, **헌법재판의 기능적 관점에서 헌법재판소는 공동체의 원칙적인(grundsätzlich)문제들만 심사한다**는 경향이다.⁵¹⁾ 따라서 일반법원의 판결이 기본권의 의미에 대하여 원칙적으로 잘못된(unrichtig) 견해에—특히 기본권의 보호영역에 관해서—기인하고 있는 경우에 심사대상이 된다(E 18, 85(92f.) ; 42, 143(148)). 이러한 원칙성(Grundsätzlichkeit) 논의는 절차적으로도 권리보호의

47) Lüth 판결, E 7, 198(205).

48) Mephisto 판결, E 30, 173(187).

49) Lebach 판결, E 35, 202(219). 침해강도가 극단적인 경우 개별사안의 평가가 직접 행해진다. E 42, 143(149).

50) 헌법과 하위법의 구분문제 및 헌법재판소의 심사범위에 관해서, 박승호, 헌법재판의 본질과 한계, 고대 박사학위 논문, 1991.7., 164-182면 참조.

51) Bender, 위의 책(주 10), 134면 이하.

필요성을 규정짓게 되며, 이는 민사소송법, 행정소송법상의 상고 이유와 유사한 맥락이다(민소법 제546조 제1항 제2문 제1호, 행정소송법 제132조 제2항 제1호 : 사건이 원칙적인 의미를 지니고 있을 때). 현재는 법원이 기본권을 완전히 실현하였는지를 심사하지는 않는다(E 65, 317(322)). 이러한 경우 판결의 적법성에 대한 지나친 심사가 될 수 있어 현재가 또 다른 상고심의 위치에 서게 되는 것이므로, 법원이 기본권을 ‘원칙적으로’ 올바르게 재판했는지 여부만을 심사하는 것이다.⁵²⁾ 그러나 그 한계 역시 명백하지 않다.⁵³⁾

셋째, 실용주의적 관점에서 법원의 재량(Ermessen)에 대한 심사경향과 일반법원의 법인식에 현재가 구속된다고 인정하는 경향이 있다.

전자는⁵⁴⁾ 행정재판소의 재량행정에 대한 심사와 유사하게, 현재는 일반법원의 (헌법하위법에 의한) 재판상의 재량을 인정하며 다만 그러한 재량의 흠결(본질적으로 재량행사에 중요한 관점들이 중시되지 않는 경우), 즉 재판이 하나 또는 여럿의 기본권의 중요영역에서 작용되지 않았다는 것과 이러한 흠결이 재판결과에 중요할 수 있다는 것이 인식되지 못한 경우에 심사된다는 주장이다(W.R.Schenke, G.Roellecke 등). 일례로 Blinkfüer 판결(E 25, 256(263))을 들 수 있으며, 그러나 재량이 收縮되는 경우는, 즉 기본권영향의 의의가 증가함에 따라 법원의 결정여지가 기본적으로 제한되는 경우는, 현재의 심사권이 강화된다고 한다.

후자는, 일반법원과 현재의 관할경합 문제에서 출발하여, 현재

52) Schlaich, 위의 책, 174-175면. E 30, 173(188) ; 34, 238(249) ; 60, 348(357) ; 70, 297(317) 참조.

53) Schlaich, 위의 책, 174면.

54) 박승호, 위의 논문, 179-181면의 설명 참조.

는 일반법원의 단순한 법의 해석, 특히 상급법원의 확립된 판례에 구속되어야 한다는 주장이다(J. Burmeister 등). 이 견해는 E 72, 155(170) 등을 그 사례로 들고 있다.⁵⁵⁾

이상의 3가지 경향을 연방헌재는 교대로, 명백한 상관관계의 제시 없이 채택하고 있다고 한다.⁵⁶⁾

(3) 요 약

우리의 주제와 관련해 볼 때 독일의 경우 법률의 해석·적용에 대해 헌법재판소가 비록 불명료하지만 나름의 척도를 제시하면서—특히 초상고심법원이 야נם을 누차 강조하고 있다—재판소원제도를 통하여 상당한 정도로 기본권의 효력을 관철시키고 있다고 보인다.

앞서 제시한 假說에 따를 때, 현재 독일의 재판소원제도의 존재의의를 밝히려면 일반법원에 있어서 기본권 효력이 어느 정도로 존중, 고려되고 있는가를 살펴보아야 할 것이다. 그 구체적인 연구는 본고에서는 생략되나 문헌상의 헌법소원제도에 대한 평가에서 나타나는 바로는 상당한 정도로 이루어지고 있는 것으로 보인다.

그렇다면 관할상의 경합이 있고—따라서 소송량도 이 때문에 더욱 증가한 것으로 보인다—, 위에서 본 바대로 문헌상의 비판도 있고, 일반법원의 기본권 실현의무도 잘 이행되며, 헌재의

55) Bender, 위의 책, 184면 이하.

56) Ibid., 410면. 한편 Bender는 위 세 가지 견해가 모두 불충분하다고 지적하면서 재판에 적용되는 법률의 성격—즉 헌법구체화 법률인가 여부—에 따라 심사범위가 결정되어야 한다고 주장하며, 특히 일반재판상의 법률의 적용에 있어서 헌법과 법률은 동순위(gleichrangig)에 있다고 주장한다. 413-415면 참조.

심사척도의 명확한 기준이 제시되지 않고 있음에도 불구하고 현재도가 유지되는 것은 결국 헌법상 ‘기본권 효력의 중요성’에 대한 공통의 인식 및 현재의 기능수행의 신뢰감 때문이라고 간추려 말할 수 있을 것이다.

문헌상 재판소원제도의 전면폐지를 주장하는 극소수의 의견도 있으나, 그 이유는 기본법 제19조 제4항(일반적 권리구제 수단의 보장)이 있고, 또한 연방헌재의 오랜 기간에 걸친 판례로 국민의 기본권을 보장하는 국가권력작용의 관행이 확립되었음을 들고 있다는 것은 위에서 본 바와 같다.⁵⁷⁾ 그러나 헌법소원(재판소원)의 폐지는 너무 큰 희생일 것이라고 평가된다.⁵⁸⁾ 또한 그것은 헌법(기본법)개정사항이기도 하다.

3. 오스트리아의 경우

(1) 머리말

오스트리아의 경우 독일식의, 재판에 대한 헌법재판적 통제제도(재판소원제도)는 없다. 그렇다면 우리의 주제와 관련하여, 여기서는 ‘법률의 해석·적용에 대한 헌법적 통제’는 실제로 어떻게 이뤄지고 있는가 라는 관점에서, 가능한 한 그 나라의 법체계성을 주목하면서 간략하게 접근해 보고자 한다.

오스트리아에는 민·형사사건에 대한 최고법원, 행정재판소, 헌법재판소 3개의 최고법원이 있으며 이들은 同例的 地位를 갖고 있다.⁵⁹⁾ 헌법소원제도에 속하는 유형으로는, 헌법재판소가 행

57) Pestalozza, 위의 책, 164면.

58) Schlaich, 위의 책, 175면.

정청의 처분 및 권력적 사실행위가 헌법상 보장된 권리를 침해하였을 때 제기된 소원을 심사하며, 또한 개인이 직접 신청한 법률, 명령에 대한 권리침해소청(Individualantrag)을 심사한다.

현재에 제기되는 행정처분(Bescheide라 표현된다), 권력적 사실행위에 대한 소원은 **특별행정재판**이라고 표현된다.⁶⁰⁾

따라서 편의상 행정사건에 대한 법률의 해석과 민·형사 사건에 대한 법률해석에 있어서의 기본권의 효력 문제를(즉, 본고에서 말하는 헌법적 통제문제) 나누어 살펴보고자 한다.

(2) 행정사건의 司法판단과 기본권

독일의 경우 헌법소원에 있어서 보충성의 원칙은 한편으로는 헌법소원은 보통 최종심 법원의 판결에 대하여 제기될 것을 전제한다.⁶¹⁾ 이 말은 또한 일반재판과 헌법재판이 관할의 경합을 갖고 있다는 뜻이 된다. 즉 헌법소원 제기자가 요구하는 권리구제는 일반재판 과정에서 보통 헌법구체화 법률의 해석, 헌법상의 기본권이 고려되어야 할 법률 일반조항의 해석, 혹은 직접 해당기본권의 해석·적용 등으로 실질상 같은 내용의 권리구제

59) 법무부 편, 헌법재판제도, 법무자료 제95집, 1988, 318면.

60) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7판, 1992, 419면. 따라서 행정재판소는 법률상의 권리침해 문제를, 현재는 헌법상 보장된 권리(이를 기본권이라 표현해도 큰 차이는 없는 것으로 보인다)를 관할하므로 형식상 경합은 없다. 그럼에도 불구하고 당사자는 동시에 양쪽에 소를 제기할 수도 있다. 이 경우 현재가 주도적으로 심사권한을 판단하게 된다. 그러나 현재의 심사척도에 있어서는 사실상 경합관계를 조정하여야 하므로, 왜냐하면 여전히 헌법문제와 법률문제의 경계설정은 어렵고 (특히 자의금지의 원칙문제), 따라서 행정소송 사건이 헌법재판사건화할 경향을 현재가 관례를 통해서 조절하거나, 이송절차를 통해 조절하는 것이 필요하고, 현재 그 조절은 무리없이 이루어지고 있는 것으로 보인다.

박일환, “오스트리아의 헌법소원제도”, 헌법재판소, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판연구 제1권, 1990. 217-275면 참조.

61) Umbach/Clemens, 위의 책(주 12), 836면.

가 이루어질 수 있으므로, 헌재는 당연히 보충성의 원칙을 요구할 수 있고 또 하여야만 하는 것이다. 그런데 결국 사전구제절차를 경료한 후 제기된 헌법소원(재판소원)은 사실상 일반재판과정에서 판단한 헌법문제, 혹은 판결결과로 나타난 헌법문제를 다시 헌재가 판단하게 된다. 따라서 심사범위, 심사척도와 관련하여 여러 문제점이 나타나게 되며 그 개략적 설명은 앞서 본바와 같다.

한편 재판소원을 인정할 때(즉 기본권 적용을 일반법원에만 맡기지 아니하고 독립적 헌법재판소가 다시 그에 대해 헌법적 통제를 할 때) 행정작용의 사법판단에 대한 심사의 종류는 크게 세 가지라고 할 수 있다. 즉, 재판을 통해 나타난 原處分 자체의 기본권침해(이 경우 보충성 원칙에 의해 최종심 판결의 취소여부가 같이 심사될 것이다), 위헌 법률을 적용한 판결 및 재판절차상의 기본권침해에 대한 심사이다.

그런데 오스트리아의 경우 헌재가 직접 제1심 내지 최종심 법원으로서 행정처분의 위헌성 심사(위헌법률을 적용한 경우 포함)를 하게 되므로 사실상 행정작용에 대해서는 우리의 일반적 논의인 ‘법원에의 법해석상의 기본권 효력 확대’ 문제는 ‘자연스럽게’ 헌재의 활동을 통해서 결국 그 ‘목표’를 달성하게 된다고 판단된다. 왜냐하면 위 논의의 목표가 법원의 법해석권력(司法權)에 의한 기본권 침해의 방지인데, 오스트리아의 경우 행정작용에 관한 한 법원의 법해석에 의한 기본권침해 상황 자체가 존재하지 않으므로,⁶²⁾ 헌재가 바로 위헌적 행정처분을 심사함으로써 — 헌

62) 헌재는 법률적용이 자의적(willkür)으로 이루어질 경우까지 헌법문제도 파악하고 있으며(박일환, 위의 논문, 272면에서 재인용), 문제된 처분이 법률적 근거가 없거나(gesetzlos)(Vfslg 5917, 1969), 예상할 수 없는 경우(denkunmöglich)(Vfslg 6098, 1969; 6166, 1970), 단순한 개별법률의 침해가 기본권의 침해로 받아들여질 때에는 (Vfslg 6095, 1969; 6099, 1969; 6156, 1970; 6352, 1970) 심사하고 있다.

재의 헌법수호기능을 의심하지 않는다면 — 결국 같은 종류의 결과(즉, 기본권의 효력보장의 극대화)가 초래되는 것이라고 보는 것이다. 환언하면 **오스트리아에서는 행정작용에 관한 한 司法權에 의한 기본권 침해가 문제되지 않는다**(행정재판소는 헌법문제를 판단할 수 없다). 그러므로 ‘오스트리아에서는 재판소원이 금지되어 있다’라는 형식적 결론은 적절하지 않다. 오히려 오스트리아의 경우 행정작용에 대해 기본권은 매우 강하게 작용한다고 할 수 있어, 이 경우 재판소원이 인정되는 것 이상으로 기본권 효력이 보장될 수 있기 때문이다. 부연할 것은 여기서는 행정청의 직접적인 명령 또는 강제력의 행사 — 즉 관례에 의하면 위헌적 체포, 구금, 물리력의 강제, 수색, 몰수, 영업폐쇄, 음주측정 등 — 까지 효과적으로 직접 헌법재판소에 의한 권리구제대상에 포섭되고 있는 것이다.⁶³⁾

(3) 일반사건의 司法판단과 기본권

일반법원의 법해석·적용은 헌법상의 기본권과 연관되어 이루어져야 하는 것이다. 따라서 사안에 관련된 기본권이 필요한 정도로 보장되지 않았다면 司法權에 의한 기본권침해가 발생한다. 앞서 우리는 독일의 일반재판과 헌법재판의 관할경합 문제를 지켜보면서, 일반재판에 의한 기본권 효력의 실천이 많이 일어날수록 헌법재판에 의한 통제는 법체계상 효율성이 떨어질 것이라고 규정지은 바 있다.

오스트리아의 경우 행정사건을 제외한 일반사건에 대한 司法

U. Steinwedel, 위의 책, 31면.

63) 박일환, 위의 논문, 266-270면에 소개된 관례 참조.

作用에서의 기본권 문제는, 이 경우 재판소원이 인정되지 않으므로, 전적으로 현재의 우리의 경우와 같이 법원들의 자체적 실현과정 혹은 자율적(심급제도 포함) 통제에 놓여있다고 하겠다.⁶⁴⁾ 여기서 법원들이 얼마나 그러한 작업을 잘하고 있는가는 구체적으로 검토하기는 어려우나 몇 가지 긍정적인 요인들이 파악된다.

첫째, 민사문제에 있어서 기본권의 제3자적 효력문제가 최고법원의 판례에 의해서, 私法상의 일반조항을 통해 근본적인 법질서에 정착된 가치질서가 고려되어야 하는 것으로 결정되었고(OGH 1.3.1979, 70b 555/79, EvBl 1979/100), 정보보호법에는 명문화되었으며(DSG 제1조 제6항), 평등취급법(GleichbehandlungsG)에 따라 性에 의한 사법적 고용관계차별은 금지되고, 행정절차법을 위한 도입법(EGVG) 제9조 제1항 제6호에도 타인을 차별하는 자를 처벌하는 조항이 들어가 평등원칙의 제3자효가 입법화되었다. 또한 국가의 사경제적 작용에 대한 기본권보호를 인정한 최고법원 법원판례가 있다.(OGH 10.9. 1991, 40b538, 539/91, ecolex 1992, 18).⁶⁵⁾

둘째, 민·형사 등에 대한 사법작용의 공통요인으로 들 수 있는 것으로, 오스트리아의 경우 법률에 대한 위헌심사가 매우 광범하게 개시될 수 있다는 것이다. 오스트리아의 법역사, 법체계에서 볼 때 사법부는 행정부와 함께 입법부에 대비하여 법의 집행(Vollziehung) 기관으로 인식되어 법치주의의 원칙상 엄격히 법

64) 그런 의미에서, 만일 일반법원들의 기본권 준수의무가 불성실하게 행해지고 있다면, 이는 헌법의 優位, 규범력의 측면에서 매우 부적절한 제도인 것이다. 따라서 소원제도를 재판소원까지 확대하자는 주장도 있다. Marcic의 개정의견(Marcic, FS.f.G. Müller, 217면 이하). Steinwedel, 위의 책, 31면 참조

65) Walter/Mayer, 위의 책, 466-467면.

에 종속된다.⁶⁶⁾ 그런데 오스트리아의 구체적 규범통제절차는 법원이 법률의 위헌성에 의심(Bedenken)이 있으면 헌재에 제청하도록 되어있다(헌법 제99조 제2항). 또한 법률에 의해 법집행자에게 일정한 재량영역을 인정하지만, 법률규정과 실제 행사된 재량사이의 한계가 문제되면 이런 문제는 헌법 제139, 140, 140a 조에 의한 헌법재판절차에 따라 헌법재판소가 결정하게 된다.⁶⁷⁾

한편 헌재는 당해법률이 자체 판결의 전제가 될 때 직권에 의하여 위헌심사하며, 그 밖에도 위헌법률심사제청은 연방정부, 주정부, 국회 및 주의회의원 3분의 1에 의해서도 할 수 있고 기간 제한도 없으며, 또한 헌재는 행정명령의 위법성에 대한 판단권도 가지고 있다.(헌법 제139조, 제140조, 제144조, 연방헌재법 제62조 제2항).

이렇게 볼 때 법률의 해석·적용작용의 기준이 되는 법률 자체에 대한 사법심사의 확대는, 결국 — 대부분의 법률이 헌법을 구체화시키는 속성을 가지는 법률임을 염두해 둘 때 — 법 해석·적용 단계에서 기본권침해를 줄일 수 있는 간접적인 보장책이라고 말할 수 있을 것이다.

(4) 요약

오스트리아의 헌법재판제도는 지금까지 계속 확대돼가는 추세에 있는 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 특수한 행정소송절차로서의 소원제도는 행정명령에 대한 심사권과 더불어 행정작용에 관한 한 기본권

66) Ibid., 208-210면.

67) Ibid., 211 면

68) Peter Doser, "The Austrian constitutional Court", 법학, 제29권 3·4호, (1988.12), 14면

보장에 철저한 것으로 평가된다. 일반 司法작용에 있어서는 위헌법률심사절차가 효율적으로 제기될 수 있게 구성되어 있으며, 법원도 私法관계에서 기본권효력을 인정하는 점 등을 고려할 때 기본권의 효력을 자체적으로 강화해 나가려는 경향이 있다고 생각된다.⁶⁹⁾

이렇게 볼 때 오스트리아의 기본권 보호장치는 일반사건에서는 법원 스스로에 의하여, 행정작용쪽에 대해서는 헌법재판소에 의하여 철저하게 마련되어 있으며 이 경우 기본권 보호범위도 독일보다 더 넓은 측면이 있다.⁷⁰⁾

Ⅲ. 우리나라의 문제상황 및 개선방법

1. 개 관

헌법의 規範力은 오늘날 우리사회에 필수불가결하게 요청되고 있다. 행정권력이 방만해지고 의회의 입법기능이 형해화되고 사법부 역시 혼잡하고 급변하는 현실 속에서 전문성과 설득력을 갖지 못하고, 국민들은 大小의 이기적인 동기를 앞세워, 공동체의 공통가치와 통일성이 저해되고 있다며 근본질서의 기준

69) 한편 시민의 대리인(People's attorneys)이라 불리는 3인의 옴부즈만이 있으며 이들은 위법한 행정명령 심사제청권도 가진다. Ibid., 11-12, 16면 참조.

70) 기본권 보호범위에 대하여는 Maunz 外 3인, BverfGG, §90 20a면, 한편 오스트리아의 (비행정사건에 대한) 司法作用 자체내의 기본권보호문제에 있어서, 독일과의 비교점의 하나로서, 독일의 경우 전체 헌법소원의 1/2이상을 차지하는 재판절차상의 기본권침해 문제가 오스트리아의 경우 일반재판상 어떻게 나타나고 있는 지 등이 연구되어 양국의 제도적 기능이 좀더 정확히 비교되어야 할 것이나 본고에서는 생략하기로 한다.

으로서의 ‘헌법’은 무엇인가라는 지속적인 물음이 절실하게 요청되는 것이다. 또한 헌법의 규범력과 기본적인 가치가 좀더 명확해지고 그 효력을 관통해 나갈 때 우리사회는 좀더 원칙이 확립된 공동체로서, 개개인에 대한 존엄과 가치 존중되게 될 것이다.

그러므로 우선 국가의 법질서에 있어서 기본권 가치를 좀더 고양시켜 실질적으로 優位에 두게 하여야 한다. 그렇게 하기 위한 최선책의 하나는 국민의 생활관계에 구체적, 직접적으로 적용되는 법의 해석·적용 단계에서 기본권의 효력을 강화해 나가는 일이다. 위헌법률심사제도도 중요하지만 법적용 단계의 위헌심사 없이는 위헌법률심사 자체도 완성될 수 없다. 아무리 법을 구체적으로 만든다 해도 적용·해석자의 재량여지를 인정하지 않을 수 없고, 특히 일반조항의 충족은 전적으로 해석자의 권한에 달려있기 때문이다.

그러므로 법률의 해석·적용단계, 특히 司法作用에서의 헌법의 기속력을 관철시킬 필요성이 인정되며, 이에 는 위에서 본 것처럼 두 가지 관점이 있다.

첫째는 司法府 자체에서(심급제도활용 포함) 헌법과 법률에 따른 재판을 하는 것을 외부적 통제 없이 맡겨두는 것이다. 행정작용을 제외한 타분야에 대한 오스트리아의 제도가 그러하며 다만 그곳에서는 재판규범, 즉 법률, 명령의 위헌심사가 효율적으로 이루어지고 있음은 위에서 본 바와 같다.

둘째는 독립된 기관이 다시 법원의 재판을 헌법이라는 기준으로 재는 것이다. 이는 필연적으로 일반재판과 헌법재판의 심각할 수도 있는 위상대립, 관할 경합의 문제가 발생되며 아직 명확한 해답은 존재하지 않는다(그러나 헌법재판 결과와 학설상의 비

판과 법원의 재심사 절차라는 과정(Process)을 통해서 변증법적인 헌법적 정의의 발견이 가능하다). 독일의 재판소원제도가 이에 해당된다. 그 제도적 가치는 타국가기관, 특히 일반법원에 대한 광범위한 기본권 고려의무를 현실화시켰다는 긍정적인 평가를 받고 있음은 위에서 본 바와 같다.

그렇다면 우리의 상황은 어떠한가. 현재의 시스템은 사법작용에 대한 기본권의 기속력을 전적으로 사법부에 맡기면서 오스트리아와도 달리 위헌적 행정처분 자체도 헌법재판소가 관할권을 갖고 있지 아니하다. 그렇다면 이렇게 하는 것이 바람직한가.

즉, 현재의 법원의 관례관행에 비추어 볼 때 기본권의 효력이 충분히 고려되고 있는가. 즉, 기본권은 司法權을 기속하고 있는가? 만약 그렇다면 상대적으로 또 다른 국가기관이 법원의 판결의 위헌성을 심사하는 것은 그 정도에 비례하여 비효율적일 수 있을 것이다. 만약 그렇지 않다면, 또한 장래에도 쉽게 그러한 가능성이 약하다면, 그때에는 우리는 헌법재판소에 어떤 형태로든 재판에 대한 위헌심사제도를 고려해야만 할 것이다. 그것은 헌법재판소를 위해서가 아니라, 기본권의 기속력, 헌법의 규범력, 즉 헌법의 優位를 실현하기 위해서 그러한 것이다.

2. 재판에 대한 헌법소원의 필요성

(1) 이론적, 비교법적 관점

立法, 司法, 行政權은 憲法으로부터 창설된 국가권력 체계이

다. 헌법은 권력의 제약과 그 합리화를 추구하는 것을 기본 이념(Constitutionalism)으로 삼고 있으며 이러한 입헌주의는 결국 공동사회의 권력을 구축하는 특수한 방법이며 그 제약에 대한 과학인 것이다.⁷¹⁾ 근대 헌법의 변할 수 없는 이러한 근본이념이 오늘날에도 희석되어서는 아니될 것이며, 따라서 국가의 모든 작용은 權力行使의 측면에서 헌법적 통제를 받지 않을 수 없는 것이다. 따라서 司法作用은 결국 헌법이 부여한 司法權의 行使이므로, 이로서 헌법상 보장된 기본권을 침해할 수 없고 오히려 적극적으로 기본권을 확인하고 보장할 의무를 지닌다. 그러나 그렇다 하더라도 입법형성권을 가진 입법자에 의해 제정된 법률 또한 司法權을 기속하므로, 법관의 단순한 개별법 적용에 하자가 있더라도 이로서 바로 기본권의 침해로 연결될 수는 없는 것이다. 다만 주어진 사례에서 요청되는 기본권 고려의무를 정당하게 실행하지 않은 예외적인 경우에만 관련된 기본권이 침해되었다고 할 것이다.

재판작용에 대한 외부의 기본권적 통제의 필요성은 재판 작용상 나타나는 일반법원의 기본권 실무관행에 比例한다고 할 수 있다. 그런데 우리 나라 일반법원의 법률의 해석·적용과정에서 기본권은 어떻게 적용되었는가? 다음 몇 가지 점들을 고려하면 대체로 법원은 매우 소극적이었다고 평가된다. 첫째, 과거 헌법위원회 제도하에 대법원은 법률에 대한 위헌제청신청을 한 예가 거의 없었다. 이는 당시의 정치적 상황을 감안하더라도, 당시의 법률들의 비민주적 성격을 고려할 때, 司法作用의 근거가 되는 재판규범에 대한 헌법적 가치의 고려를 소홀히 한 것이므로 결

71) Neol Reynolds, "Constitutionalism and the Rule of Law", Harvard Journal of Law and Policy 8(1985), 90면 ; 최대권, 헌법학(주 8), 74-81면; 이명웅, 權力の 統制와 合理化 장 치로서의 한국헌법-헌법재판소의 기능을 중심으로-, 헌법논총, 제3집, 428-431면 참조.

국 재판작용에 있어 기본권의 효력 구현에 의욕이 없었다는 비난을 면하기 어렵다. 둘째, 법률이 해석에 있어서도 국민의 기본권을 고려하지 않은 예가 적지 않았다고 생각된다. 특히 국가보안법의 해석에 그러한 경향이 심하였다.⁷²⁾ 셋째, 기본권의 私人的 효력을 (간접적으로) 인정하는 것이 학계의 통설임에도 불구하고 이 시점까지 민사법 사건 등에서 기본권을 고려한 판례를 찾아보기 어렵다. 넷째, 헌법재판소가 생긴 이래 구체적 규범통제에 대한 법원의(당사자의 신청을 제외한) 직권 위헌제청신청 건수를 보면 첫째인 1989년에는 총 96건(이 중 사회보호법 제5조, 사립학교법 제55조 등 사건들이 중복된 것이 많았다)에 이르러 적극적인 면모를 보여주었으나 그 이후부터는 90년 2건, 91년 2건, 92년 2건이고 93년 9월말 현재 1건이다.⁷³⁾ 참고로 평면적이거나 직권제청만이 인정되는 독일의 경우는 1981년부터 1989년까지 매년 32, 77, 81, 33, 21, 32, 34, 87, 27건인 것을 비교하면,⁷⁴⁾ 또한 악법개폐논의가 아직까지도 논의되는 것을 감안하면, 여러 변수가 있더라도 이는 너무나 적은 숫자인 것이다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도가 있더라도, 또한 헌법해석상 위헌의 확신이 있을 때 제청한다 해도 위 수치는 법원이 사법작용에 있어서의 헌법적 가치구현의무를 제대로 이행하지 않았다는 것을 보여준다고 생각된다. 93.10.말 현재 헌재법 제68조 제2항에 대한 헌재의 심사결과는 처리사건 78건 중 위헌결정이 15건이었다

72) 박원순, 국가보안법 연구 3, 역사비평사, 1993, 31-38면 참조. 특히 찬양, 고무, 국가기밀 등의 구성요건 해석에서 사상과 양심, 표현의 자유 등을 충분히 고려하지 않았다. 이러한 경향은 심지어 헌재가 1990.4. 한정합헌 결정을 내린 이후에도 거의 변화가 없다. 대판 90.6.8, 90도646; 90.7.24, 90도1161 등 참조. 또한 최윤수, 한국 헌법재판소의 한정합헌결정 연구, 서울대 석사논문, 1992, 75-77면.

73) 김종서, “헌법재판의 실상에 대한 통계적 분석”, 헌법재판의 이론과 실제, 琴浪 김철수 교수 화갑기념, 1993, 620면.

74) 양삼승, “통계로 본 독일헌법재판소”(주 15), 94면.

(일부위헌 2, 한정위헌 1, 한정합헌 2건 포함). 이러한 몇가지 정황을 종합해 볼 때 우리 나라 법원은 기본권 존중의 경향이 매우 약한 것으로 판단된다.⁷⁵⁾

한편 대륙법계의 소송절차를 많이 받아들인 우리의 경우, 법원이 주도적으로 헌법판단을 충실히 하기를 바라기는 어려운 구조적인 문제가 있다고 생각된다.

첫째, 일반법원의 과중한 업무부담 때문에 필요한 헌법해석을 철저하게 하기는 어려우므로 전문화된 헌법재판기관의 헌법해석작용을 참고하여 제도적 개선을 추진해 나가는 것이 바람직하다. 왜냐하면 헌법은 일반법률과 매우 다른 개방적 規範構造를 갖고 있으며, 다른 특성들을 가지고 있기 때문에 헌법해석과 법률해석은 명백한 방법상의 차이가 있다.⁷⁶⁾

즉, 헌법은 개방적인 규범이므로 헌법에 의도된 해석의 ‘목표’는 미리 존재하지 않는다. 그러므로 규범의 내용이 미리 확정되었음을 전제로 하는 3단논법적 도그마는 가능할 수도 없다. 헌법의 해석자는 따라서 규범의 내용을 해석자 자신이 처해있는 구체적 역사적 상황으로부터 출발해야 한다. 그는 규범의 역사적 생성과정 등에 대한 先理解(이의 근거제시는 헌법이론의 임무이다)와 더불어 해결하고자 하는 구체적 문제에 접근해 가야한다. 한편 헌법의 통일성을 유지하면서 보호법익의 실제적 調和가 추구되도록 하여야 한다.⁷⁷⁾ 그러므로 헌법의 해석은 법률의 해석과 이런 점에서 차이가 있으므로 일반 법률사건속에 혼재되어 행해지기에는 어려움이 있다.

75) 同旨, 김효전, “서독의 헌법판례와 한국의 헌법판례의 비교”, 법학 제29권 3·4호, (1988), 108면.

76) 계희열, “헌법의 해석”, 공법연구, 제20집, 1992, 149면 이하.

77) K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BDR, 16판, 21-27면 참조.

둘째, 대륙법계의 전통에 대한 M.Cappelletti의 다음의 언급은 유사한 전통 속에 있는 우리에게도 타당성이 있다고 생각된다.

“ 유럽의 사법부의 대부분은 司法審査에 포함되어 있는 價値判斷的 · 準政治的機能을 수행하는 데 심리적으로 무능력한 것같이 생각된다. 대륙의 법관은 일반적으로 직업법관으로서 아주 젊어서부터 司法府에 들어와 주로 年功序列에 따라 승진하게 되어 있다. 그들이 받는 전문훈련은 制定法의 政策의 適用能力보다는 그 機械的 適用技術을 기르게 한다. 그런데 사법심사권의 행사는 법적용이라고 하는 一般司法機能과는 매우 다른 것이다. 近代의 憲法은, 무엇이 法장인가에 대한 고정된 관념에 자신을 한정시키지 않고, 장래의 행위를 위한 프로그램을 포함하고 있다. 그러므로 憲法解釋의 일은 오로지 一般法律을 해석하는 경우보다도 고도의 裁量判斷力을 종종 요구하고 있다. 이것이 바로 켈젠이나 칼라만드레이 등이 憲法解釋은 순수한 司法的 活動이라고기보다 立法的 活動이라고 말한 한 가지 이유였던 것이다.”⁷⁸⁾

이상의 논의를 종합해 볼 때 우리 나라에서 司法作用에서 기본권을 실현시키기 위해서는 우리는 司法作用에 대한 외부적, 헌법적 통제제도를 채택하는 것이 필요하다고 생각된다. 이를 위해서는 독일의 재판소원제도가 지닌 다음과 같은 보편적인 요소가 참고가 도리 수 있다고 생각된다.

즉, 오늘날 기본권은 직접효력을 갖는 법으로서 모든 국가권력을 기속하므로, 따라서 司法權은 法律뿐만 아니라 기본권을 재판규범으로 삼아야 하며 이러한 의무이행이 미흡할 때는, 헌법상의 기본권의 효력의 관철을 위해서 헌법자체를 재판규범으로 삼아 司憲法하는 국가작용이 필요하다. 다만 법체제상의 효

78) M. Cappelletti, 구병삭 外 역, 현대헌법재판론, 85-86면.

울성을 위해 그러한 국가작용은 엄격히 한계지워져야 할 것이다. 기본권을 통한 공동체의 법적 안정성과 예측 가능성을 판례상의 법논리로 확보해갈 때, 국가기관의 권력행사에 대한 합리적 통제가 이루어져 국가기관과 국민들의 헌법의식을 고양시키며, 따라서 기본권의 주체인 국민들의 자아신장과 인간으로서의 존엄성이 확립될 것이다.

이러한 관점에 입각하여 운영되므로 독일의 재판소원제도는 업무량의 폭주와 타국가기관의 활동을 부당하게 제약할 위험성에도 불구하고 대체로 긍정적인 평가를 받고 있는 것이다. 또한 오스트리아 제도보다 전반적으로 기본권의 효력을 보장하는데 더 체계적이다. 물론 오스트리아의 경우 행정권력에 대한 기본권 기속력은 매우 강한 것으로 보이나, 소원제도를 특별한 행정구제수단으로 보는 이러한 방식은 ‘보편적’으로 다른 국가에서 받아들이기 어려운 자신의 역사적 경험과 논리를 가지고 있다고 생각된다. 따라서 헌법논리적, 헌법체계적 관점에서 우리는 오스트리아 제도보다는 독일의 헌법소원제도가 지닌, 헌법적 정의의 실천을 위한 ‘보편성’에 좀더 관심을 가져야 할 것이다.

‘기본권의 대국가적 기속력’이라는 헌법체제에 기반한 독일의 위와 같은 국가작용은 20세기가 끝나가는 이 시점에서 근대헌법 이래의 서구 입헌주의 전통에 편승한 하나의 보편적이고 발전적인 법제도라 아니할 수 없다. 그렇다면 최근에 새롭게 그러한 입헌주의적 전통에 뛰어난 한국의 헌법재판제도는, ‘인간이 인권의 존중’이라는 인류의 보편사적 경험의 발전적 산물인 그러한 제도를 과감하게 받아들여야 할 것이다. 우리의 소송문화와 법제도 등 현실적인 여러 장벽들이 존재하지만 적어도 우리는 현실론보다는 이상론, 즉, 무엇이 더 바람직한 제도이나 라는 관점에

서 줄기를 찾아 나머지 문제점들을 포섭해 나가야 할 것으로 생각된다. 이 경우 늦게 탄생된 제도가 더욱 발전적인 성장을 할 수 있다는(즉, 경제학적인 vintage가 있는) 가능성을 살리려면 헌법재판소는 독일의 경우보다도 더욱 명확하게-어쩔 수 없는 중대한 기본권 침해만을 교정하려는-, 그리고 일반예방의 관점에서(즉, 헌법소원의 객관적 기능을 충분히 고려하는) 최소한의 심사권한만을 행사하도록 해야 할 것이다.

그러한 권한을 행사한다 해도 헌법재판소는 제4심, 혹은 초상고심이 아니다. 上訴의 일반적 효력으로 간주되는 확정차단의 효력(Suspensiveeffekt)이나 移審의 효력(Devolutiveffekt)⁷⁹⁾이 재판소원제기로 발생하지는 않는다.⁸⁰⁾ 현재는 비정규적, 특수한 기본권구제수단으로서 그 목적은 이 경우 기본권의 중대성에 입각한 기본권 효력의 관철에 있는 것으로 자리매겨져야 할 것이다. 나아가 그렇다면 현재는 결코 더 높은 심급의 법원(eine höhere Instanz)이 아니며, 다만 예외적인 경우 법에 의하여 판결의 취소권을 가진 견제기관일 뿐이라고 해야 할 것이다.⁸¹⁾

(2) 헌법재판소 실무상의 필요성

현재 헌법소원제도에 재판소원이 제외되어 있다는 상황은 단순히 현재의 축소된 관할문제에 그치지 않고 다른 헌법재판기능 수행까지 방해하고 있는 측면이 있다.

첫째, 재판소원이 아닌 다른 헌법소원사건에서, 만일 심판의

79) 이시윤, 민사소송법, 신판, 1991, 744-745면.

80) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 7-8면.

81) 또한 현행 제도하에서는 대법원장이 3인의 재판관을 지명하도록 되어있는데, 이는 법원에 의한 (매우 강력한) 헌법재판소 견제장치인 것이다.

대상과 유사한 사건이 법원의 (확립된) 판례에 구속받는다면, 비록 그 판례내용이 헌법적 측면에서 받아들이기 힘들어도, 현재는 본안의 심판대상에 대해 새로이 법적 판단을 하는 것을 회피할 위험성이 있다. 예를 들어, 현재 93.5.13. 선고, 91헌마190 교수재임용추천거부 등에 대한 헌법소원 사건에서, 심판의 대상으로 확정된 것은, 세무대학장이 청구인의 조교수 재임용추천을 하지 아니한 공권력 불행사의 위헌여부이므로, 사안의 성격상 추천행위의 법적성질을 헌법적 관점에서 규명했어야 했을 것이다.⁸²⁾

둘째, 현재는 여러 형태의 변형결정을 하고 있는 바, 그 필요성은 인정된다 할지라도, 그러한 변형결정의 母國인 독일의 경우, 우리와는 현재의 지위가 다르고, 특히 법원에 대해 해석을 한정시켜주는 변형판결(한정합헌, 한정위헌)을 자유롭게 할 수 있는 바탕은 역시 재판소원제도가 있기 때문이라 할 것인데(기속력의 사후확보), 재판소원제도가 없는 우리의 경우 한정합헌(90.4.2, 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판), 한정위헌(91.4.1, 89헌마160 민법 제764조의 위헌여부) 결정은 그 물적 토대가 약할 수밖에 없다. 즉, 한정합헌결정에 대한 기속력을 사후적으로 확보하기 위해서는 재판소원제도가 전제되어야 할 것이다.⁸³⁾ 또 한 위 한정위헌 사건과 같은 경우(주문 : 민법 제764조(1958.2.22. 법률 제471호)의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은

82) 당시 재판관 변정수의 반대의견은 다음과 같다 : “ ...세무대학장의 교원재임용추천이나 그 철회행위가 자유재량행위나 기속재량해위나의 여부 및 인사위원회의 동의 없이 재임용추천을 철회할 수 있는 것인지의 여부는 이 사건 교원재임용추천철회행위의 적법여부를 판단하는데 있어서의 전제 내지는 핵심부분이므로 위 행정소송에서 일반 법원이 그에 대하여 판단하였건 상관없이, 또한 그에 대한 청구인의 주장이 있건 없건 상관없이 헌법재판소로서는 반드시 그러한 점에 대하여 직권으로 판단하여야 할 것이고 또한 당연히 판단할 수 있는 헌법사항이다...”

83) 정재황, “헌법재판소 한정합헌결정”, 법과 사회, 제3호, 1990, 44면.

헌법에 위반된다) 역시 사실상 법원의 법률해석·적용 범위를 한정하는 의미를 가지므로, 이러한 결정유형이 가능하려면 재판소원제도가 전제되는 것이 바람직할 것이다. 특히 법률의 해석·적용범위의 일정한 제한(축소)를 구하는 형태의 법규헌법소원 등 헌법재판청구가 남용된다면 사실상 법원의 법률·해석에 대한 헌법소원을 상당부분 허용하는 결과가 되어 갈등의 소지가 생길 우려도 있는 것이다.

셋째, 재판소원이 제외되었다는 것은 규범통제절차에도 영향을 끼칠 수 있다. 우선 법원은 직권 위헌제청을 해야 할 경우에도 이를 회피하여 하지 않을 수 있다. 왜냐하면 통제수단이 없기 때문이다. 앞서 본 직권제청수치(90년 이후 매년 2건에 불과) 및 현재의 헌재법 제68조 제2항 헌법소원사건 처리결과가 이러한 위험성을 반증하고 있다. 법원이 기본권에 기속된다 함은, 적용법률이 위헌성이 있을 때에는(혹은 위헌성을 확신할 때는) 반드시 재판절차를 중지하고 현재의 결정을 기다려야 함을 뜻하는 것이다. 또한 재판소원이 제외됨으로써 탄생한 헌재법 제68조 제2항의 절차는 그 성격 및 소송물이 헌법소송의 체계성에 맞지 않는다(즉, 굳이 따지자면 절차의 성격은 헌법소원이고 소송물은 법원의 위헌제청신청기각 결정이 되었어야 했을 것이다. 현재 학설·실무의 대체적인 경우는 그 성격을 이렇게 보지 않고 있다. 헌재법 제68조 제2항의 절차는 결국 재판소원을 제외하자 최소한의 헌법재판을 보장하기 위해 궁여지책으로 立法化되었다. 그러나 이러한 절차의 개시로 법원의 소송절차가 정지되지 않으므로 현재의 결정이 늦어진다면 극단적인 경우 법원의 청구인은(형사법 사건의 경우) 잘못된 법률·법해석 때문에 이미 형기를 가능성마저 있게 된다).

넷째, 보충성 원칙의 왜곡이 나타난다. 보충성의 원칙은 결국

일반구제절차를 통해 사안에 대한 선행의 구제효과를 전제하는 것이며, ‘보충성’이란 말이 뜻하듯이 최종적으로는 헌재가 (마지막 심급의 재판을 대상으로) 구제절차를 개시하겠다는 것을 전제하고 있는 것이다. 그런데 구제절차란 대부분 법원에 의한 구제절차를 말하는 것이므로, 재판을 대상에서 제외함은 결국 ‘보충성의 원칙’ 개념의 왜곡을 초래하여 모순된다. 따라서 보충성의 원칙 위배를 이유로 사건을 각하함은 헌재결정의 신뢰성을 침해하게 되며, 나아가 다시 일반구제절차로 나아가갈 기간이 도과할 수도 있다. 더욱 심각한 것은 ‘보충성의 예외’라는 인식들이다. 이는 독일의 경우와는 상이하게 그 인정여부는 헌재의 심사여부를 최종적으로 결정하게 된다. 따라서 현실의 헌법소원제도와 타구제절차와의 심각한 긴장관계가 초래되고, 청구인의 입장에서는 이러한 인식틀에 해당되느냐 여부에 따라 종국적으로 헌법소원 청구권의 유무가 결정되게 되므로, 청구인간의 불평등 문제도 일으킬 수 있는 한편, 헌재로서는 심각하게 오히려 본안보다도 요건심사에 가까운 정력을 쏟아야 하는 비효율이 있게 된다. 전반적으로 재판을 대상에서 제외했기 때문에 헌법소원의 요건심사는 매우 에너지가 많이 드는 민감한 문제로 등장할 수 밖에 없어 외부에서 보면 헌재에 대한 신뢰성에 상처를 줄 수가 있는 것이다.

다섯째, 중요한 쟁점의 하나가 법원의 재판을 거친 후 청구한 原處分에 대한 심사문제이다. 헌재로서는 국민들이 기대와 자신의 무력감 사이에 갈등을 겪을 수 있다. 사실상 행정작용이라는 공권력에 의한 기본권 침해가 헌법소원의 주된 대상일 수 있는데, 재판을 제외하였기 때문에, 결국 헌법재판의 입장에서 볼 때 위험적인 행정처분 등 행정작용에 손을 못댄다면 모순이 초래된

다. 그러나 그렇다고 현행 쟁송체계상 쉽게 이를 받아들이기도 어려운 한편, 현행 제도상 행정소송 대상이 되지 않는 공권력은 현재에 의하여 구제 받을 수 있고 그 보다 훨씬 침해의 강도가 높은 공권력은 — 만일 행정재판에서의 기본권 고려가 약하여 — 구제 받을 수 없다면 법체계상의 정당성이 훼손될 수도 있다.

여섯째, 제도의 연혁상 현재의 실무는 독일이 판례·학설을 상당수 도입하고 있다. 그러나 양국 제도의 체계가 부조화되고 있으므로 인하여 여러 문제가 생길 수 있다. 예를 들어, 현재는 재판을 거쳐 청구된 행정처분 사건에 대한 각하이유로서, “사실관계의 인정과 평가 또는 단순한 일반법규의 해석과 적용의 문제는 원칙적으로 헌법소원의 심판대상이 될 수 없는 것이어서…” (92.6.26, 90헌마73 등) 라고 실시하고 있으나, 이러한 표현은 위에서 보았듯이 독일의 재판소원에서 단순한 법률문제와 헌법문제를 구분하는 표현이므로, 이러한 표현에 의하면 언젠가는 헌법문제로 인식될 때는 현재가 심사한다 라는 것이 전제된 것인데, 재판소원이 제외된 상황에서는 이러한 표현의 효용성은 미지수인 것이다. 그러나 문제는, 그러한 표현자체는 헌법재판소가 사용할 수밖에 없는 심사범위의 원칙이라는데 있는 것이다. 따라서 헌법소원제도의 母型에 해당되는 독일제도와는 달리 체계적 정당성이 결여된 현실의 제도운영의 난이상은 쉽게 그 깊이가 결정되지 않고 있는 것이다. 왜곡된 제도하에 가능한 해결책을 모색하려는 시도는 잘못하면 더 깊은 왜곡으로 빠져들 수도 있는 것이라 생각된다.

이러한 여러 문제점들을 볼 때 재판에 대한 소원은 헌법재판의 효율성과 기본권의 규범력을 위해 열려져야 할 것이다.

(3) 몇 가지 선결문제

그러나 재판소원제도가 받아들여지기 위해서는 다음과 같은 문제들이 해결되어야 할 것이다. 첫째, 헌법 제107조 제2항의 ‘최종적’이란 개념은 헌법소원제도와 기본권의 효력확대를 위해서 법원내부의 최종적이란 의미로 규범조화적 해석이 이루어지는 것이 바람직하다.⁸⁴⁾ 둘째, 현재의 연구진들이 대폭 증가하여야 하며 학계와의 교류가 더욱 많아지는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 헌법규범의 개방성을 고려할 때 현재는 지금껏 그래왔듯이 학계와 실무가 공존하는 공간인 것이다. 셋째, 남소방지를 위해 제도개선이 이루어져야 하며, 예를 들어 현행의 변호사 강제주의를 잘 활용하고, 지정부 권한을 늘리며, 불기소처분 사건도 대부분 지정부사건에서 다루도록 한다(그러나 법원에 의한 재정신청사건의 범위를 넓히는 것이 더욱 바람직하다). 또한 무엇보다도 현재가 심사범위에 대한 확실한 경계선을 설정해야 할 것이다. 넷째, 대법원과 현재는 同列의 지위를 가져야 하며, 다만 현재가 예외적으로 판결의 취소권을 갖게된다. 대법원장은 헌법재판관 3인을 지명할 수 있으므로 현재로서는 서로 견제와 균형의 관계를 설정한다. 다섯째, 헌법재판소법의 관련조항들의 개정이 필요할 것이다.

84) 김학성, 헌법소원에 관한 연구, 서울대 박사논문, 1989. 12, 225면 등 참고. 또한 통일적인 법해석 등을 위하여 명령·규칙의 위헌심사를 현재가 관할 하도록 하는 것이 바람직 할 것이다. 정중섭, “헌법소송과 행정소송 : 현행명령·규칙에 대한 위헌심판절차의 문제점과 그 해결 방안”, 헌법논총, 제3집, 1992, 367-371면 참고.

(4) 결 론

재판소원의 인정여부는 하나의 헌법문제이다. 학계의 압도적인 찬성의견이 있는 반면,⁸⁵⁾ 법원의 실무가들은 반대하고 있다.⁸⁶⁾ 대체로 실무가들은 독일과 달리 헌재가 사법부 최고기관이 아니고, 남소문제, 사실상의 제4심화, 능력론, 헌법 107조 제2항해석론 등을 들고 있다. **최고 사법기관이나 아니냐는 문제의 본질이 아니다.** 헌재는 법률에 의하여 판결의 취소권을 예외적으로 가질 뿐이라고 보아야 한다.

독일과는 달리 선거소송, 중요한 권한쟁의는 대법원 관할이다. 독일 헌재와 같이 연방문제를 다루는 위상을 가진 것도 아니다. 실무가들은 우리의 헌법현실에 맞는 제도가 도입되어야 한다고 일치하여 주장하는데, 본고는 바로 우리의 현실에서 기본권의 가치를 고양시키기 위해, 기본권의 이름으로, 재판소원의 인정이 절실하다고 주장한다. **견제와 균형의 원리**는 사물의 본성에서 나오며 또한 국가조직과 권한의 원리이다.⁸⁷⁾ 견제받으면서 각자의 기능을 수행할 때 양자는 모두 효율적일 수 있으며, 법원과 헌재의 주된 관심사는 사실상 입법권까지 가지고 있는 행정권력 작용의 통제일 수 있는 것이다.

85) 김철수, “헌법소원제도의 개선방안”, 헌법재판소, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판연구 제1권, 1990, 547-549면 ; 허 영, “헌법소원제도의 이론과 우리제도의 문제점”, 고시연구, 1989.4, 61면 등 참조.

86) 법무부, 헌법재판제도, 법무자료 제95집 ; 법학, 제29권, 3·4호(1988.12.)의 “헌법재판의 활성화 방안” 토론내용 ; 박일환, “재판에 대한 헌법소원”, 인권과 정의, 1989.11, 78-82면 등 참조.

87) 拙稿, 牽制와 均衡의 原理에 관한 연구, 서울대 석사논문, 1987, 40-42면 참조. 또한 헌법소원에 있어서 국가기관에 대한 기본권적 통제권을 가진다고 해서 그러한 통제기관이 초입법자(Über-Gesetzgeber), 초행정기관(Über-behörde)이나 초상급법원(Über-Instanzgericht) 혹은 초상고기관(Super-revisionsinstanz)이 되는 것은 아닌 것이다. U. Steinwedel, 위의 책(주12), 22면.

憲法上의 財産權 概念과 正當補償의 內容

崔 在 健

前 秘書官

- 目 次 -

I. 序

II. 憲法과 財産權

(1) 序

(2) 財産權概念의 變遷過程과 『憲法을 기초로한 財産權』

III. 憲法을 기초로한 財産權保障

(1) 財産權의 自由保障機能

(2) 財産權保障에 있어서의 多元性

IV. 正當한 補償의 內容

(1) 序

(2) 正當한 補償

V. 結

I. 序

우리憲法 第23條에는 『① 모든 國民은 財産權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 定한다. ② 財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야한다. ③公共必要에 의한 財産權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다.』라고 規定되어 있다. 위 1, 2項은 私有財産은 그것을 剝奪할 수 없다는 原則을 規定한 것이며 이에 대하여 第3項은 『...公共必要...』가 있는 경우에는 그 原則을 破기한다고 하는 特殊한 경우를 規定하고 있다. 이것은 그정도 만으로도 커다란 犧牲인 것으로서 이것과 더불어 財産損失의 事後處理를 그대로 방치한다면 第1, 2項의 원칙은 完全히 公허한 文章으로 된다. 여기에 憲法은 財産剝奪중에 財産不可侵의 原則을 관철하기 위하여 損失部分을 貨幣價値의 형태로 填補하기로 한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 憲法현실을 보면 위와 같은 憲法規定이 없는 경우가 있는가 하면 각개 法律에 補償金額의 산정기준이 명규되어있기는 하나 이것이 곧 憲法 第23條 3項의 正當補償에 해당한다고 볼것인가의 問題가 발생하는 경우가 있을 것이다. 이러한 경우 그러한 法律은 과연 憲法的 判斷을 어떻게 받아야하는지. 물론 憲法的 判斷을 하기 위하여는 審判의 對象이 되는 法律이 特性되야 하는 것이지만 憲法的 判斷의 大前提인 憲法은 하나인 것이므로 앞으로 발생할 각종 財産權關係 法律違憲與否審判을 위한 理論的 基礎로서 憲法上的의 財産權

이란 어떠한 것이며 어느 정도 保障되는 것인지. 따라서 어느 정도의 어떠한 內容의 補償이 필요한것인지를 분명히 할 必要性이 있다. 이러한 과제를 해결하기 위한 方法論으로는 比較法的 考察·目的論的 考察·法社會學的 考察 및 機能論的 考察方法 등이 있을수 있으나 여기서는 우리憲法의 財産權規定이 Bonn 基本法 第14條의 規定을 계수한 것으로 볼 수 있을 것이므로 Bonn 基本法 第14條에 대한 判例와 思考方法에 대한 論議를 중심으로 하여 歷史的發展科程에 따라 社會科學의으로 財産權概念을 認識(機能論的 接近) 함으로써 위 課題를 檢討하고자 한다.

II. 憲法과 財産權

(1) 序

우선 독일의 1952년의 判例¹⁾를 보면 『基本法은 그 14條에 있어서 民法및 社會에서 形成되어온 財産權을 保障하는 것이다.』라고 하여 일견 民法및 社會의 既存秩序를 기초로 하여 財産權概念을 說明해온 것으로 보인다. 한편 獨逸에 있어 1981年 나온 判決²⁾ 『憲法에 의하여 保障된 財産權의 概念은 憲法 자체로부터 파악되어야 한다.』라고 하여 財産權概念을 「憲法을 기초로 한 財産權」 즉 憲法上的의 財産權概念을 별도로 認定하고 이를 기초로 하여 財産權保障을 실현하여야 한다는 것으로 보인다. 이

1) BverfGE 1,264(278)

2) BverfGE 58,300(335)

와 같이 독일 聯邦憲法裁判所의 財産權에 대한 思考方法의 변화(즉 「財産權의 憲法化」 내지는 「民法典의 私有財産으로부터 憲法的 意味에 있어서 個人財産의 解放」)³⁾의 背景에는 憲法規定의 변화에 따라 收用概念(특히 收用の 대상인 財産權概念)이 변화되었다는 점에 있는 것으로 보인다. 즉 古典的意味의 收用概念에 있어서 收用的 對象은 土地 기타 物權에 限定되었으나 Weimar憲法 第153條아래에서는 收用的 對象이 債權을 포함하는 財産的 가치 있는 私權一般으로 擴大되었다. 이어서 탄생된 Bonn基本法下에서는 法規定의 변화가 있었는바, 聯邦通常裁判所는 收用に 관한 위基本法規定을 運用함에 있어 附帶條項⁴⁾(基本法 第14條 ③項 2文 : ...그것은 補償의 方法과 程度를 規定하는 法律에 의해서만 또는 法律의 근거위에서만 행하여진다...)을 無視하여 收用與否의 決定을 스스로 행하여 收用임에도 불구하고 附帶條項이 준수되지 않는 경우에는 收用法律을 無效로 하지 않고 補償하는 方法을 택하는 등 기존의 財産權秩序를 고정화하는 趣旨의 判決을 宣告했으나 聯邦憲法裁判所는 초기의 判例와 달리 최근의 判例⁵⁾에 있어서는 基本法을 기준으로 하여 財産權을 파악하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 基本法을 기준으로 하여 財産權을 파악한다는 것 즉 「憲法을 기초로한 財産權」이란 무엇을 말하는지 이하 이점에

3) vgl. P. Häberle, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, in ... Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 109(1984), S.58.

4) 財産權條項인 基本法 第14條가 Weimar 憲法上的 財産權條項인 153條와 區別되는 가장 큰 特徵은 14條 3項 2文이 새로이 첨가 된것으로서 이를 附帶條項(Junktimklausel)이라 한다.

基本法 第14條 : 『①所有權과 相續權은 보장된다. 그 內容과 制限은 法律로서 정한다. ②所有權은 義務를 포함한다. 그 行使는 동시에 公共의 福利에 이바지 함이 필요하다. ③收用은 公共의 福利를 위하여서만 허용된다. 그것은 補償의 方法과 정도를 규정하는 法律에 의해서만 또는 法律의 근거위에서 만 행하여 진다. 補償은 公共및 關係者의 利害를 公正히 고려하여 決定하여야 한다. 補償金額에 관하여 紛爭이 있을 때는 通常裁判所에 提訴한다.』

5) BVerfGE 58,300(355)

관하여 고찰하기로 한다.

(2) 財産權概念의 變遷過程과 『憲法을 기초로한 財産權』

1) 生來의 權利로서의 財産權(19세기적 財産權)

18·9세기를 지배한 自由主義, 個人主義思想은 個人을 이기적인 原子論的 存在로 보아 個人을 價値의 中心에 놓으므로써 國家는 個人의 自由와 生命 그리고 財産을 보호하는 데 그 目的이 있는 것으로 이해되었다. 이와 같은 思想을 背景으로 제정된 人權宣言의 先驅者라 할 수 있는 1976年の Virginia權利章典 第1條는 「모든 人間은 나면서부터 自由을 갖고 獨立되어 있으며 일정한 未來의 權利를 所有하고 있는 것이다. …이러한 權利란 財産을 취득하고 幸福과 安寧을 추구 획득하는 手段을 동반하고 生命과 自由를 享受하는 權利이다.」라고 하여 基本權의 超國家性을 實定的으로 明記하고 있으며 1780年의 Masathussets憲法 第1條도 「모든 人間은 …생래의 本質的이며 讓渡할 수 없는 일정한 諸權利를 가지고 있다. 이 權利중에는 …財産을 획득하고 所有하고 保護하는 權利…들이 당연히 포함되어 있다.」라고 하여 기본권의 自然權性을 明記하고 있으며 또한 1789年の 프랑스 人權宣言 第17條도 「所有權은 하나의 神聖하고 不可侵의 權利이며, 法律이 規定한 公共의 必要가 있을 때에만 正當한 補償을 條件으로 그것이 侵害될 수 있다.」뿐만 아니라 同2條는 「모든 政治的 結社의 目的은 人間의 自然的이며 不可讓의 權利를 保障함에 있다. 그 權利란 自由, 財産, 安全, 그리고 압제에 대한 抵抗이다.」라고하여 生命(Life) 自由(Liberty) 財産(Property)

이라고 하는 基本權의 聖三位一體(heilige Trinität)⁶⁾의인 自然權性⁷⁾을 認定하고 있다. 즉 美國 獨立當時의 사람들이나 프랑스 시민혁명 당시의 사람들에게 있어서 財產權은 天賦不可讓의 自然權으로 생각되어서 自由 平等 幸福 安全이라는 抽象的인 權利의 保障과 더불어서 具體性이 강한 財產權의 保障이 近代國家存立의 目的이 된다고 생각되었다. 이와 같이 自由主義 個人主義에 입각한 古典的 經濟秩序 아래서는 財產과 自由 그리고 無財產(Nichteigentum)과 否自由(Unfreiheit)는 經濟가 우리의 存在의 기초를 의미하는한, 언제나 同一한 것으로 간주되어 왔다.⁸⁾ 즉 근대 市民社會는 商品交換社會였으며 시민들은 商品所有者로서 商品의 交換을 통해서 經濟的 生存을 유지 확보하였다. 그러므로 近代初期에 있어서 人間의 生存權은 商品을 所有하고 있다는 財產的 價値에 의하여 기초지워져 있었다. 그리고 所有와 勞力이 일치되는 自營業者 小市民의 경우에는 財產權의 保障이 동시에 生存權의 保障이라는 관계가 成立된 것이다. 이리하여 財產權의 保障은 실로 資本主義와 그에 기반을 두는 立憲主義의 根本原則이 되어 있는 것이며⁹⁾ 私有財產權을 進적으로 否認하거나 광대

6) Hans-Christoph Schröden, Das Eigentumsproblem in den Auseinandersetzungen um die Verfassung von Massachusetts, 1775-1787, in, Eigentum und Verfassung, Zur Eigentumasaiskussion im ausgehenden 18. Jahrhundert, 1972, S. 11.

7) 여기서 주의할 것은 基本權의 自然權性이 인정된다하여 社會的 拘束性이 전혀 인정되지 않은 것은 아니다. 즉 위 人權宣言 第4條는 여타의 人權과 같이 財產權의 경우에도 社會의 다른 構成員에게 같은 權利의 享有을 保障한다. 고하여 制限을 가하고 있으며 이에 기초한 프랑스 民法은 第545條에서 『所有權은 法에 反하지 않는 한 가장 絕對的 方法으로 物건을 使用 處分하는 權利를 意味한다.』基本的으로는 基本權의 絕對性을 인정하면서도 法에 의한 所有權의 制限을 認定하고 있다. 이러한 立場은 당시 프랑스가 지배한 諸國家의 法에서도 나타나는데, 베네룩스 3국 · 모나코 · 美國의 루이지애나 民法과 1885년의 이태리 民法 · 1889년의 스페인 民法등이 그 예이다.

8) Val, Heinz Pentzlin, Die Ursachen der Revolten fegen die Marktwirtschaft, in, Marktwirtschaft und soziale Verantwortung, 1973, S. 257.

9) 美國憲法 修訂第5條 參照

한 範圍에서 制限하는 것은 곧 資本主義 및 立憲主義 그 자체를 파괴하는 것이라고 간주되는 것이다. 그러한 意味에서 私有財産 制에 대한 憲法的 決斷은 그 憲法的 全體的 性格을 規定하는 하나의 價値決斷(Qertentscheidung)을 의미하였다고도 말할 수 있는바, 그것은 政治的 決斷은 經濟的 決斷에 종속케되는 이른바 『經濟의 範圍안에 있어서의 憲法』(Verfassung im Rahmen der Wirtschaft)을 의미하였다.¹⁰⁾

그러나 20세기에 들어서자 資本主義의 발달에 수반한 富의 편차는 無産階級과 有産階級間的 심각한 階級對立을 초래하여 극도의 社會的 불안상태를 造成하였으며, 따라서 個人主義的 財産權의 概念은 수정을 받게 될 수밖에 없게 되었다. 여기에 소위 『20세기에 있어서의 財産權의 保障』이란 觀念이 도출된다.

2) 20세기에 있어서의 財産權의 保障

위에서 말한바와 같이 19세기의 市民防衛的·自由主義的 國家에 있어서 國家의 最大任務는 國民의 自由 平等 幸福 安全이라는 추상적인 權利의 保障과 더불어서 具體性이 강한 財産權을 보호하기 위하여 國家가 國民의 生活에 간섭을 하지 않는 것이었으며 이것이 곧 國民의 生活權을 보호하는 것이었다. 그러나 오늘날 20세기의 國家는 國民의 生活에 대한 消極的인 傍觀者의 태도를 버리고 적극적으로 개입하여 추상적인 自由權 및 具體的

Amendment v [1791]

..., nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ; nor shall private proterty be taken for public use, without just compensation.(..., 法的 正當한 節次에 의하지 않고는 生命 自由 또는 財産은 박탈되지 않는다. 私有財産은 正當한 補償 없이 公共의 使用을 위하여 收用당하지 아니한다.)

10) Jürgen Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 3, Aufl., 1973, S.38.

인 財産權을 보호하고 生活權을 보호함으로써 國民의 生活를 운
 택하게 해야할 時代의 歷史的 狀況¹¹⁾에 직면하게 되었다. 즉 政
 治의 自由主義 時代와 靑을 같이하는 經濟的 商業資本主義 時代
 의 財産權의 概念은 前工業의 概念으로서 여기서의 財産이란 企
 業人이나 地主 또는 私人등의 物的 所有權 그 자체를 의미하였
 다. 그러나 이어서 등장한 產業資本主義 時代에 있어서의 株式
 所有權은 生産手段의 所有者의 社會的 地位를 支配的 地位로 까
 지 고양시켰고 工場 勤勞者의 탄생은 새로운 社會的 問題를 야
 기 시키기에 이르렀다. 이의 解決을 위하여 國家는 政治 經濟的
 으로 傍觀의인 태도를 지양하고 적극적으로 간여하여 社會的 改
 혁의 시도를 하기에 이르렀다. 물론 憲法的 이념에 있어서도 그
 예외는 아니다. 그 이념의 변화라 할 수 있는 것이 社會正義에
 입각한 이른바 社會的 法治國家(sozialen Rechtsstaat)의 理念이다.
 이러한 歷史的 狀況에 직면하여 制定된 20世紀의 모델의 대표적
 인 것이 1919년의 바이마르 憲法으로서 같은法 第153條는 『①
 所有權은 憲法에 의하여 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 정
 한다. ② 公用收用은 公共의 福利를 위하여, 그리고 또한 法律에
 의하여서만 行할 수 있다. 收用은 國家의 法律에 어떤 特別한
 規定이 없는 한 相當한 補償으로써 行한다....③ 所有權은 義務
 를 포함한다. 所有權의 行使는 同時에 公共의 福利를 위할 것임
 을 요한다.』라고 規定하여 19세기적 憲法에서 『神聖不可侵의
 權利』로 認識되던 國民의 基本權이 自由權내지는 財産權의 社

11) 1·2 次對戰이라는 歷史的 상황을 계기로하여 종래의 市民의 法治國家의 憲法은 그
 基本權의 性格에 있어서 다음과 같은 몇가지의 변화가 있었다. 첫째, 18·9세기를 지
 배한 自由主義, 個人主義史上의 퇴조. 둘째, 天賦의 絶對的 人權으로 상징되던 基本
 權이 相對的 權利로 認識되었다는 점. 셋째, 個人的 自由가 社會 내지는 國家에 의
 존하게 되었다는 점. 넷째, 人權概念의 기초가 되는 이데올로기의 변화를 들 수 있
 다.

會의 義務化와 같이 이른바 社會的 拘束(sozialen Bindung)을 憲法的으로 認定하게 되었다.¹²⁾ 2次 大戰後의 各國의 憲法規定도 대체로 이를 모델로 하여 規定하고 있는바, 특히 독일 Bonn基本法은 第14條에서 『① 所有權과 相續權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 定한다. ② 所有權은 義務를 수반한다. 그 行使는 동시에 公共福利에 奉仕하여야 한다. ③ 公用收用은 公共福利를 위하여만 허용된다. 公共收用은 補償의 種類와 範圍를 定한 法律에 의하여 또는 法律에 根據하여서만 행하여진다. 補償은 公共의 利益과 關係者의 利益을 公正하게 衡量하여 定해져야 한다. 補償額 때문에 紛爭이 發生할 경우에는 正規法院에 提訴할 길이 열려져 있다.』라고 規定하고 있다. 이는 바이마르 憲法 第153條의 規定을 확대 승계함으로써 私有財産權의 보호를 더욱 完全하게 한 特色이 있는 것으로 보인다. 즉 바이마르 憲法下에서 判例로 認定되었던 補償을 전제로 하는 立法에 의한 制限의 可能性이 基本法에서는 立法者가 補償規定없는 收用法律을 제정하는 것을 憲法에서 원천적으로 봉쇄함으로써 私有財産權의 보호에 더욱 萬全을 기한 것으로 보인다.¹³⁾ 또한 第1條 2項은 『그렇기 때문에 獨逸國民은 侵害할 수가 없고 또한 讓渡할 수도 없는 人權을…認定한다』라고 하여 基本權을 不可讓 不可侵의 人間의 權利로 宣言하고 있으며 第19條 2項은 『基本權의 本質的

12) 그러나 당시의 學說과 判例의 傾向은 憲法の 이러한 規定에도 불구하고 財産權保障에 있어서 그 意味內容을 확대 강화하는 方向으로 解釋하였음을 알 수 있다. 즉 一見 바이마르 憲法 第153條의 前段과 後段의 規定은 서로 모순되는 規定으로 보인다. 前段은 財産權을 自然法的 絕對的權利(absolute Grundrechte)로 인정하는데 대하여 後段은 非絕對的 權利로 規定되어 있기 때문이다. 이 경우 前의 規定은 私有財産制를 前提로 하는 한 名目上的 Programm的 規定이 아니라 오히려 市民的 法治國家原理의 積極的인 確認을 의미한다고 한다. Carl Schmitt, Verfassungslehre, SS 166. p.171-2

13) BVerfGE 4,219 230

内容(Wesensgehalt)은 어떤 경우에도 侵害되어서는 안 된다.』고 하여 基本權의 自然權性을 認定하고 있고 第15條는 財產權의 社會化를 規定하고 있지만 그 具體的인 종류는 限定되어 있으며 이에 대한 補償 역시 收用의 경우와 같은 原則에 의한 補償이 요구되고 있는 등으로 미루어 볼 때 基本的으로 基本法은 財產權概念의 存在理由를 『모든사람』의 人權保障에 있다고 설명하는 近世自然法論을 理念的 기초로 하고 있음을 알 수 있다.

3) 위와 같이 財產權概念을 역사적 발전과정에 비추어 볼 때 19세기적 財產權概念과 20세기적 財產權概念은 그 어느 것이나 財產權概念의 存在理由가 『모든사람』의 人權保障에 있다고 설명하는 近世自然法論을 理論的 기초로 하고 있다는 점에 있어서는 동일하다고 생각된다. 이러한 自然法論이 근대 시민계급에 의하여 주장되고 지지되어 그 실현을 위한 운동이 이루어져 근대적 의미에 있어서의 憲法으로서 具體化되고 實定法化되었기 때문에 그 解釋·運用을 위하여 概念構成·理論構成이 이루어질 경우에 自然法理論의 立場에 서서 이루어지는 것은 당연하다. 그러나 自然法論에서 말하는 것이 憲法에로 具體化·實定法化되었다고 하여도 憲法이 제정된 이상은 自然法論에서 말하는바와 같은 것이 직접 실현되는 것은 아니고 憲法 獨自的인 論理가 움직이고 있다는 것을 認定해야하지 않을까 생각된다. 이점과 관련하여 P. Häberle도 聯邦憲法裁判所의 財產權관계 判例중에서 주목할 것은 「憲法的 의미에 있어서의 財產權」이라고 하는 用語가 자주 사용되고 있으며¹⁴⁾, 「憲法的 意味에 있어서의 財產權이 人格의 自由를 中核으로하여 規定되어있다」¹⁵⁾고 함으로써

14) vgl. P. H. berle, a.a.O., S.38.

15) vgl. P. H. berle, a.a.O., S.67.

憲法獨自의인 論理가 움직이고 있다는 것을 認定하고 있음을 알 수 있다.

여기서 憲法 獨自의인 論理를 認定하는 立場¹⁶⁾과 認定하지 않는 立場¹⁷⁾이 양분되는 것으로 보인다.

4) 그렇다면 憲法 獨自의인 論理란 어떠한 것인가? 이것은 위에서 살펴본바와 같이 20세기적 憲法規定이 자연법론을 기초로 하여 생성된 것이고 또한 자연법론으로부터 나오는 論理的 귀결이라하여도 직접 법적 효력이 認定되는 것이 아니고 일단은 憲法이 憲法제정권력자의 「意思」에 의하여 탄생된 것임을 고려한다면 이미 탄생된 憲法 구조 내에서 「모든사람의 意思」가 관철되도록 財產權의 실효성을 확보하는 사고 방법을 말한다고 생각된다. 따라서 憲法 獨自의 論理는 非財產權者를 포함하는 『모든 人間』의 國政參加를 요청한다는 의미로 民主政原理를 요청하고 또한 非財產權者를 포함하는 『모든 人間』의 人權의 實效的 享受 · 行使를 요청한다고 하는 의미로 社會國家原理를 요청한다고 말하게 된다. 따라서 결국 憲法 獨自의 論理는 財產權 保障을 논함에 있어서 財產權을 天賦不可侵의 人權이라고 하는 自然法論을 중시하면서도 民主政原理 · 社會國家原理를 바탕으로 하여 이해하는 것이며, 民主政原理 · 社會國家原理와 財產權과

16) 이 입장에 속하는 판결로는 BVerfGE 24, S.367(389)을 들 수 있는바, 위 판례는 “財產權은 人格의自由(personlich Freiheit)와 內面的 聯關을 갖는 필수적인 基本權이다. 財產權의 전체구조 가운데에서 基本權主體에게 財產法의 분야에 있어서 自由領域을 保障하고 그것에 의하여 基本權主體에게 自己責任에 기한 生活形成을 가능하게 하는 임무를 갖고 있다.”하고 하여 財產權을 基本권의 전체구조가운데에서 헌법독자의 논리에 따라 해석하고 있는 것을 볼 수 있다.

17) 이 입장에 속하는 판결로는 BGHZ 6, S.270(276)을 들 수 있는바, 위 판례는 “自由民主的 憲法의 지도현상에 속하는 것은 특히 財產權과 人格的 自由(Personale Freiheit)와의 결합이다. 國家에 존재하는 個人은 각각 個人間에는 인격으로서 즉 自由로운 自己責任의 生存하기 위하여 또 강대한 國家權力의 단순한 客體로 되지 않기 위하여 따라서 自由와 尊嚴을 위하여 財產이라고 하는 법적으로도 엄격하게 保障된 영역을 필요로 한다.”고 하여 재산권의 무제약을 원칙으로 하고 있다.

의 관계에 있어서는 前者가 後者를 外部로부터 制約하는 것이 아니라 財産權保障 가운데에 원시적으로 함유되어 있는 것으로서 이해하는 것이라 생각된다. 결국 憲法을 기초로 하여 財産權을 생각한다고 하는 것(즉 憲法上의 財産權概念을 認定하는 것)은 財産權에 관하여 憲法上 獨自的인 論理가 움직이는 것을 認定하는 것 즉, 人權으로서의 財産權과 民主政原理·社會國家原理와의 調和의 共存을 추구하는 것에 귀착한다고 생각된다.

5) 그렇다면 그 구체적인 조화점은 무엇인가? 이를 고찰하기 위하여는 財産權이 다른 기본권과 어떠한 특수성이 있는가를 염두에 두고 생각하여야 한다고 생각된다. 즉 財産權은 財産權의 客體에 대한 지배를 통하여 그 財産權의 客體의 이용에 의존하고 있는 他者를 지배하는 可能性을 갖고 따라서 그러한 他者의 不自由를 초래할 可能性(人格的 不自由)을 갖고 있으며, 가사 지배관계가 아닌 경우라고 하여도 各人間에 특별히 커다란 경제적 격차를 발생케하고 따라서 사회생활·정치생활상 커다란 격차를 발생케하며 그러한 결과 의미있는 국정운영을 곤란하게할 可能性을 갖고 있다. 이와 같이 財産權이 본질적으로 타인의 인격적 不自由를 초래할 가능성을 갖고 있는 것이라면 결국 양자의 조화점으로써 人格的自由를 위한 不可缺의 前提로서의 財産權이 憲法的 의미에 있어서의 財産權으로 된다고 할 수 있을 것이다.¹⁸⁾

6) 결국 憲法을 기초로 하여 財産權을 생각한다고 하는 것 즉 憲

18) 換言하면 財産權을 人格的自由를 위한 不可缺의 前提로서 생각하는 自然法論의 立場에서 보더라도 재산권이 無制約性의 原理가 적용되는 것은 人格的自由를 위하여 필요불가결한 범위내라고 보는 것이 이치에 합당하다할 것이고 다른 한편 人格的自由의 實效의 保障을 강조하는 民主政原理·社會國家原理에서 볼 때 人格的自由의 실현을 위하여 不可缺하다고 생각되는 한도까지는 財産을 승인하는 것이 이치에 합당하다고 할 수 있을 것이므로 人權으로서의 財産權과 民主政原理·社會國家原理와의 구체적 調和點은 人格的自由를 위한 不可缺의 前提로서의 財産權인지의 여부에 따라 판단된다고 할 수 있을 것이다.

法上の 財産權의 概念을 認定한다고 하는 것은 財産權에 관하여 憲法上 獨自의인 論理가 움직이는 것을 認定하는 것에 귀착하고 그것은 환언하면 天賦不可侵의 人權으로서의 財産權과 民主政原理·社會國家原理와의 調和的共存을 추구하는 것에 귀착한다고 생각된다. 구체적으로 양자가 조화되는 財産權은 「人格的自由를 위한 不可缺의 前提로서의 財産權」에 한정될 것이므로 이러한 財産權은 입법·행정·사법 등 모든 공권력적 행위로부터 강력히 보호되어야 하는 財産權으로 보인다.¹⁹⁾

Ⅲ. 憲法을 기초로한 財産權保障

(1) 財産權의 自由保障機能

1) 위와 같이 憲法上 강하게 保障되어야할 財産權(憲法上の 財産權概念)이 人格的自由의 실현을 위한 手段의 性格을 갖는 것에 限定된다면 결국 憲法上の 財産權概念은 본질적으로 人格的 自由의 保障내지 實現의 機能을 갖고 있다고 할 수 있을 것이다. 이와 같은 機能은 다음과 같이 私的生活·政治·經濟의 諸分野²⁰⁾에서 나타나는 것으로 보인다.

19) 이상을 특히 입법자와의 관계에서 고찰하면 憲法은 우선 財物이 특정의 私的主體에 歸屬하는 상태를 실현하는 것을 立法者에게 위임한다고 할 수 있는바, 이와같이 立法者에게 委任함에 있어서 個人의 人格的自由와 불가결의 관계를 갖는 것과의 귀속관계의 확정에 관여하는 그것을 憲法上 존중될 만한 것으로서 엄격한 태도를 갖고 입할 것을 명하고, 그것 이외의 것의 귀속관계의 확정에 관하여는 憲法上 허용되고 있는것으로서 광범한 제약을 갖고 입할 것을 명한다고 할 수 있을 것이다.

20) Vgl. G. Müller, Privateigentum heute, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 100(1981), S.66-78

① 私的生活 分野에서 나타나는 財産權의 自由保障·實現 機能

私的생활의 분야에서 나타나는 재산권의 自由保障·實現機能²¹⁾은 소위 小財産에서 나타나는 기능으로서 안전한 생활을 保障하는 機能, 處分 및 決定機能, 프라이머시(確保)機能 등이 포함되는 것으로 보인다. 본래적 의미의 小財産에는 일상생활의 수요를 충족시키는 財産·스스로 自身이 居住하기 위한 住居·宅地·自動車·貯金通帳·소규모의 營業·自己自身이 경작하는 農地등이 포함된다고 생각할 수 있는바, 이와 같이 종래부터 財産權이라고 할 수 있는 것 이외에 이에 대신하여 自由保障機能(특히 안전한 생활을 保障하는 機能)을 과한다고 생각하는 것 예컨대 俸給請求權·年金請求權·社會扶助請求權등 公法上의 權利가 포함된다고 생각된다. 물론 현대사회에 있어서 이러한 「小財産」은 俸給 및 社會保險을 보완하는 地位를 강하게 갖고 있는 것으로 볼 수도 있으며 따라서 「小財産」의 소유자인 대다수의 국민에게는 그 保障이 현실적으로 그 의의가 별로 없는 것이 아닌가 하는 생각을 자아내게 하는 측면도 부인할 수 없을 것이나 이러한 측면의 이면에는 個人的 人格的自由와 직접적으로는 무관한 財産權(그러한 의미에 있어서의 大財産)이 대다수의 다른 非財産權者의 人格的自由를 방해하고 있다는 점을 간과 할 수 없을 것이다. 이렇게 본다면 현대사회에 있어서도 「小財産」의 憲法的保障의 의미는 그대로 존속한다고 할 수 있을것인바, 人格的自由를 영위하지 못하는 자에게 있어서 그러한 財産權은 財産權이라 부르던 또는 社會權이라고 부르던 단지 生活保障이 이루어지고 있다는데 특색이 있는 것이며 大財産의 경우에는 그것이 단지 憲法上 허용된 것에 지나지

21) Vgl. G. Müller, a.a.O., S.66ff.

않는것이므로 다른 非財産權者의 自由실현을 촉진하기 위하여 강한 制限이 가하여질 수 있다고 생각된다.

② 政治生活 分野에서 나타나는 財産權의 自由保障·實現 機能²²⁾

政治生活 分野에서 나타나는 財産權의 自由保障·實現機能은 주로 大財産²³⁾에서 나타나는 것으로 보인다. 이러한 大財産은 그 특성상 國民의 政治意味形成을 부당하게 왜곡할 目的 및 方法으로 투입될 可能性을 갖고 있다. 따라서 한편으로는 선거운동의 규제 및 정치자금의 규제를 통하여 財産權의 부당한 영향력 行使에 대처할 필요가 있고 다른 한편 國民의 政治意思형성을 촉진키위하여 國民간의 재산상의 격차를 될 수 있는 한 좁히는 동시에 國民의 재산형성을 촉진할 필요가 있다. 왜냐하면 非財産權者의 경우는 자기의 생활을 自己責任을 갖고 형성하는 기회가 적기 때문에 自由롭게 판단할 가능성이 거의 없으며 他者의 의견에 의하여 조작되기 용이한 것이 현실정임에 비추어 볼 때 非財産權者도 정치적으로 독립된 판단을 할 수 있도록 國民간에 일정정도의 동질성을 확보하는 것이 필요하다고 생각되기 때문이다.

③ 經濟生活 分野에서 나타나는 財産權의 自由保障·實現 機能

經濟生活 分野에서 나타나는 財産權의 自由保障·實現機能도 주로 大財産에서 나타나는 것으로 보인다. 이러한 大財産을 그 객체로 하는 財産權은 경제의 분야에 있어서 다른 제 요소와 함께 시장경제체제의 구성요소를 생성하고 각각의 경제활동에 대

22) Vgl. G. Müller, a.a.O., S.73ff.

23) 예컨대, 財産權에 기하여 國家로부터 自由인 신문을 간행하는 것이 가능하고 一定의 財産을 기반으로 하여 선거운동등의 정치운동을 효과적으로 행할 수가 있다.

한 자극적 촉진적 機能 및 물건의 생산 배분에 관한 결정권한을 분산하는 機能을 갖고 있으며 따라서 경제체제를 自由롭게 하는 機能을 갖고 간접적으로 自由를 保障하는 機能을 갖고 있는 것으로 보인다.²⁴⁾ 이와 관련된 獨逸聯邦憲法裁判所의 공동결정법에 관한 1979.3.19.의 판결을 보면 『결정권한분산 및 권력·기회·위험·지배의 배분에 입각하는 경제체제의 작용능력에 있어서 중요한의의를 갖고 있는 주주권인 財産權의 객관법적 機能이 憲法上的 保障을 받고 있다』고 하면서도 『이 保障은 個人的 財産權의 保障에서부터 단절되어 그에 대하여 독립된 것은 아니고 이 保障은 人權으로서의 財産權保障의 제일차적 의미에 대하여 부수적인적에 지나지 않는다²⁵⁾』고 판시하고 있는바, 이것은 個個人權의 機能의 憲法的 정당성은 기본적으로는 人格的自由에 의하여만 근거지워지고 財産權의 경제조직적 機能 혹은 경제적 효율성 촉진 機能도 憲法上 그 자체로서 독립하여 정당성을 갖는 것이 아니라 人格的 自由의 실현에의 기여에 의하여 비로소 憲法上的 정당성을 갖게 된다는 것을 언급한 대표적 판결이라고 생각된다.

위와 같이 財産 특히 大財産이 決定權限分散 機能을 갖고 나아가서는 社會的 權力分立 機能을 갖는다고 말할 수 있으나 실제로는 國家와 企業이 결합하는 경우가 많고 大財産 상호간의 권력분립이라고 하여도 社會적으로 동질의 것 상호간의 분립에 지나지 않는 것이기 때문에 財産權에 의한 社會的 권력분립도 현실적으로는 기대할 수 있다고 생각되지는 않는다. 따라서 이상의 것을 고려하면 財産權에 내포하는 결정권한분산 機能을 존중하고 그

24) G. Müller, a.a.O., S.76ff.

25) BVerfGE 50, S.290(344)

것에 기대하여 財産權 특히 企業에의 國家적 개입을 억제하는 것보다는 오히려 財産權의 社會的權力으로서의 機能에 주목하여 다른 非財産權者의 人格的自由의 실현을 위하여 財産權의 제한을 강화하는 방향으로 결정적 weight를 둘만하다고 생각된다.

(2) 財産權保障에 있어서의 多元性

1) 序

憲法에 의한 財産權의 保障의 방법에 존중과 허용, 人格的自由를 위한 不可缺의 前提를 생성하는 것으로서의 保障과 그 이외것으로서의 保障이 있다고 한다면, 財産權의 對象의 性質 및 機能에 응하여 서로 다른 취급을 할 필요가 있고 또한 財産權의 존중 제한의 방향에도 여러 방향이 있다면, 財産權의 權利로서의 성격에도 각종의 것이 있다고 생각하는 것이 필요하고 財産權의 핵심이 人格的自由에 있다면 財産과의 결합관계에서 볼 때 통상의 財産權者 이외에 자기의 人格的自由의 실현을 위하여 財産과 밀접한 관계를 갖는 자도 어느 의미에서는 財産權者로 보아 財産의 운용을 이러한 2종류의 財産權者의 合意에 기초할 수 있는 것이 필요하다고 생각된다. 財産權의 保障은 이러한 각종의 관계에 임하여 다원적으로 이루어져야한다고 생각된다. 이하 財産權의 대상에 있어서의 다원성, 權利로서의 성격에 관한 다원성 및 財産權의 대상에 관계되는 財産權者의 다원성에 관하여 간단히 살펴본다.

2) 財産權의 對象에 있어서의 多元性

가) 이에 관한 대표적 판결로는 獨逸 聯邦憲法裁判所의 공동 결정법에 관한 판결을 들 수 있는바, 동 판결은 『財産權이 個人的 人格的自由의 保障의 要素로서의 機能을 과하고 있는 경우 財産權은 특히 넓은 範圍의 보호를 받는다. 이에 대하여 財産權의 對象이 社會的관련을 갖고 社會的機能을 영위하는 것이 크면 클수록 立法者의 내용·한계확정권한은 크게 된다. 그 근거는 第14條 2項중에 표현되어있는 관점 즉 이 경우에 있어서의 이용과 처분이 財産權者의 영역 내에 있는 것이 아니고 財産權의 對象의 이용을 필요로 하는 타인의 利益에 관계된다는 관점이다. 이 前提의 바탕에는 財産權을 公共福利에 적합하게 이용하도록 한 基本法의 명령은 자기의 自由의 保障과 責任있는 생활형성을 위하여 財産權의 이용을 필요로 하는 非財産權者를 고려한다고 하는 명령을 포함하고 있는 것이다.』²⁶⁾고 하고 있다. 따라서 財産權制限立法을 함에 있어서 保障의 強度(換言하면 財産權制限의 강도)를 判斷하는 기준은 財産權의 對象인 財産이 個人的인 機能(즉 人格의 自由의 保護機能)을 갖고 있는가 또는 社會的機能을 갖고 있는가의 여부에 의하여 결정 될 수 있으리라 생각된다. 이러한 考察方法은 日本의 경우에도 일찍부터 존재하여왔는바, 대표적이 학자로는 高原賢治教授를 들 수 있다. 同 教授는 日本憲法上の 財産權保障規定과 관련하여 다음과 같은 要旨의 기술을 하고 있다. 즉 『私有財産權이 그 成立의 당초부터 내장하고 있던

26) BVerfGE 50, S.290(240f.) ; 財産權의 對象이 多元的이라는 觀點에서 財産權保障의 範圍를 人格의 自由의 前提로서의 「生存의 保障」을 위하여 公法上的의 主觀的權利 내지 請求權(예컨대, 福祉受給權)에 까지, 혹은 본인의 노력이나 그것과 동일시되는 것에 기초하여 획득된것까지 확장하여야한다는 趣旨의 判決로는 BVerfGE 53, S.257 參照.

利己의 측면과 社會的 측면을 어떻게 調和시키느냐하는 문제가 社會國家에서 財產權의 制限 및 保障을 논할 경우에 가장 중요한 문제 일 것이다. 그리고 이 경우에 잊어서는 안될 것은, 「社會國家(社會的 法治國家)는, 私有財產權이 公共性이 강한 社會的 존재임에도 불구하고 이것을 무시 혹은 경시하였기 때문에 發生하게 된 經濟的 弱子에게 人間다운 生活을 하게 하기 위하여 탄생된 것이다」는 점이다. … 결국 한마디로 財產權이라 하지만 그 權利의 客體인 財產은 극히 多様하며 따라서 이와 같은 多樣的 財產을 일괄하여 法的處理를 한다는 것은 불가능에 가깝다고 할 수 있을 것인바, 그 이유는 예컨대 特許의 所有權과 土地의 所有權과 동일한 財產이지만 社會에 주는 影響의 정도는 크게 다르다고 생각되기 때문이다. 아마도 이와 같은 사실은 정도의 차이는 있을지라도 모든 財產權에 공통된 사실일 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 다양한 財產을 일괄해서 파악하고 이러한 財產에 대한 權利를 추상적으로 財產權이라고 부르는 것은 財產權의 制限을 생각할 때 그리고 또한 그 保障 즉 損失補償을 생각할 때 극히 곤란한 問題를 도처에서 제공케한다. 社會國家가 財產權의 社會性을 중시하고 있다면 이러한 다양한 財產에 관해서 그 財產의 社會性의 強弱에 따라 配列을 하고 그 配列에 의하여 法的 취급을 달리하는 것도 혹은 허용되는 것은 아닐까 생각한다. 왜냐하면 극히 社會性이 강한 財產임에도 불구하고 그것을 利己의으로 使用했다면 社會性이 比較的 弱한 財產을 利己的으로 使用했을 때에 비하여 그 社會에 주는 피해는 훨씬 크다고 생각되기 때문이다. 따라서 社會國家에 있어서는 강한 財產은 대폭 制限 되지만 社會性이 비교적 弱한 財產은 制限의 필요가 없을 것이다. 그렇다면 社會性이 강한 財產이란 무엇이며

社會성이 弱한 財産이란 무엇인가』 문제로 된다고 한다.²⁷⁾ 요컨대, 憲法上 「人權으로서의 財産權」이라는 표현이 사용될 경우에 그것은 다음과 같은 두 개의 서로 다른 의미를 갖고 있음을 주의할 필요가 있다. 하나는 財産權을 그 全範圍에 걸쳐 人權으로서 파악하는 것이고 다른 하나는 財産權內의 人格의自由를 위한 不可缺의 前提를 갖는 것만을 人權으로서 파악하는 것인바, 前者의 立場은 經濟的 保守主義를 바탕으로 하고 있고 個人主義的 自由主義를 바탕으로하여 個人的 自由와 社會의 自律性을 강조하고 있으며 國家가 立法形成權의 行使에 의하여 인위적으로 財産法秩序의 變化를 의도하는 것에 消極的이며 財産權이 社會的不平等과 갈등을 야기한다는 측면보다는 人間의 自由와 自己責任의 삶을 위해 그리고 社會全體의 효율을 위하여 필요하다는 側面을 중시하는 立場에 있다고 할 수 있다. 그러나 오늘날 現代 社會의 法治國家에 있어서의 財産權이란 그 概念의 要素인 財産의 종류가 극히 多樣하여 財産權또한 多樣할 수밖에 없고 따라서 이를 일괄해서 파악하여 이러한 財産에 대한 權利를 抽象的으로 財産權이라고 부르고 法的處理를 한다고 하는 것을 財産權制限을 생각할 때 특히 곤란한 問題를 발생시킨다. 따라서 國家는 이들 問題를 해결키위하여 立法形成權의 積極的行使에 의하여 이들 財産權의 內容과 限界를 구체적으로 설정하여야 할

27) 高原賢治教授는 그의 著書 財産權と損失補償에서 다음과 같은 要旨의 陳述을 하고 있다. 『社會的法治國家(社會國家)에 있어서 損失補償問題를 생각함에 있어 侵害의 對象인 財産은 그 種類가 극히 多樣하므로 財産權또한 多樣하며 따라서 이에 대한 올바른 法的處理를 하기 위하여는 財産自體를 區分할 必要가 있는바, 그 區分肢는 『大財産』과 『小財産』이며 區分根據는 使用價値를 主目的으로 하는 財産인가 혹은 交換價値를 主目的으로 하는 財産인가의 여부이다. 『大財産』은 交換價値를 主目的으로 하는 財産으로서 이 경우에는 大폭제한하여도 무방하지만(물론 財産權의 本疾을 侵害하지 않는 限에 있어서의 制限) 『小財産』인 경우에는 國民의 生存과 관련된 比較的社會성이 약한 財産이므로 社會國家에서도 강하게 존중되어야 할 財産이다』.

것인바, 이렇게 함으로써 財産權 概念의 外延의 확대에 따른 産業社會에서의 계급갈등을 해소시키고 社會的 正義를 실현 시킬 수 있다고 생각된다. 이렇게 본다면 우리 나라와 같은 社會的法治國家(社會國家)에 있어서는 社會性이 극히 강한 財産은 대폭 制限 되지만 社會性이 비교적 약한 財産은 制限의 必要가 없을 것인바, 「大財産」은 交換價値를 主目的으로 하는 財産으로서 비교적 社會性이 강한 財産이므로 대폭 制限하여도 無妨하지만 (물론 財産權의 本質을 침해하지 않는 한에 있어서의 制限) 「小財産」인 경우에는 國民의 生存과 관련된 比較的 社會性이 약한 財産이므로 社會國家에서도 강하게 존중되어야만 하는 財産이라 할 수 있을 것이다.

3) 財産權의 權利로서의 성격에 관한 多元性²⁸⁾

위에서 언급한바와 같이 憲法上 獨自의인 論理가 움직이는 것을 認定 — 天賦不可侵의 人權으로서의 財産權과 民主政原理·社會國家原理가 憲法上 調和롭게 共存하는 것을 認定 — 한다면 財産權의 權利로서의 성격은 天賦不可侵의 人權으로부터 나오는 防禦權的 性格 및 民主政原理로부터 나오는 參與權的 性格이 있다고 생각된다. 防禦權的 性格이란 財産權에의 國家의 介入을 배제하는 權利이며 參與權的 性格이란 財産權의 절차면²⁹⁾에서의 구성 즉 財産權의 規制過程에의 參加의 權利를 의미한다. 이와 같이 財産權을 節次面에서의 參與權으로 구성하는 경우의 장점은 자기의 生存에 必要不可缺한 것(예컨대 土地)를 요구하는 자

28) Val. P. Häberle, a.a.O., S.66ff

29) 여기서는 재산권을 절차면에서 구성했지만 실체면에서의 구성도 가능하다고 생각된다. 실체적의미의 參與權은 本源의權利로서는 성립곤란하다고 하여도 派生的權利로서는 성립가능하고 이미 제도화된 社會保險·社會保障上的 給付請求權을 財産權으로서 이해하는 경우에 나타난다.

가 그 규제에 參加할 수 있다고 하는데 있고 따라서 예컨대 土地의 生存에 적합한 土地의 형태에 관심을 갖는 國民이 더욱 조기에 參加할 수 있다는데 있다.

4) 財産權의 對象에 關係되는 財産權者의 多元性

위에서 언급한바와 같이 憲法에 의한 人權으로서의 財産權의 保障이 人格的自由의 保障을 위하여 행하여진다고 생각된다면 財産權者의 人格的自由와 직접관계되는 것이 아닌 財産이라 할 지라도 財産權者이외의 다른 사람의 人格的自由와 강한 관련을 갖고 있다면 그 財産을 이용하는 자에게 대하여도 일종의 財産權者로서의 地位를 認定하고 그와 같은 財産에 있어서는 所有權者인 財産權者과 利用者로서의 財産權者과의 사이의 合意에 기하여 그 운용이 이루어져야하지 않나 생각된다. 예컨대, 所有者인 財産權者과 借家人·借地人과의 관계 및 企業의 經營을 둘러싸고 있는 資本家와 勞動者와의 관계가 그것이다. 특히 資本家와 勞動者와의 企業運營에 대한 共同의 意思決定은 결과적으로 企業의 所有者인 자본가의 獨自的인 企業운영을 제약한 것이라는 의미에서 사회적권력 분립의 효과를 갖는다고 할 수 있을 것이다. 이와 동일한 맥락에서 土地의 경우에도 土地所有者만이 아니고 利用者혹은 利用의 可能性을 갖는 모든 자가 일종의 財産權者로서 국가에 필요하다고 생각된다. 결국 所有權者 아닌 財産權者도 人格的自由와 강한 관련을 갖는 財産을 이용하고 있다면 그에게도 일종의 財産權者로서의 地位를 認定하여 所有權者인 財産權者과 利用者로서의 財産權者과의 사이에 合意에 기하여 그 운용이 이루어져야한다고 생각된다.

5) 結

이상과 같이 財産權의 대상·성질·주체가 다원적인 성격을 갖고 있다면 財産權保障의 문제를 생각함에 있어서도 구체적인 경우에 즉응하여 다원적으로 생각하여야 할 것인바, 이상에서 언급한 것을 간단히 요약하면 다음과 같다.

① 社會的法治國家(社會國家)에 있어서 損失補償問題를 생각함에 있어 侵害의 對象인 財産은 그 種類가 극히 多樣하므로 財産權 또한 多樣하며 따라서 이에 대한 올바른 法的 處理를 하기 위하여는 財産自體를 區分할 필요가 있는바, 그 區分肢는 「大財産」과 「小財産」이며 區分根據는 使用價値를 主目的으로 하는 財産인가 혹은 交換價値를 主目的으로 하는 財産인가의 여부이다. 「大財産」은 交換價値를 主目的으로 하는 財産으로서 이 경우에는 대폭제한하여도 무방하지만(물론 財産權의 本質을 侵害하지 않는 限에 있어서의 制限) 「小財産」인 경우에는 國民의 生存내지는 人格的 自由와 관련된 比較的 社會性이 약한 財産이므로 社會國家에서 강하게 존중되어야만 하는 財産이다.

② 財産權의 權利로서의 성격은 天賦不可侵의 人權으로부터 나오는 防禦權의 性格및 民主政原理로부터 나오는 參與權의 性格이 있다고 생각된다. 防禦權의 性格이란 財産權에의 國家의 介入을 배제하는 權利이며 參與權의 性格이란 財産權의 節次面에서의 구석 즉 財産權의 規制過程에의 參加의 權利를 의미한다.

③ 憲法에 의한 人權으로서의 財産權의 保障이 人格的自由的保障을 위하여 행하여진다고 생각된다면 財産權者의 人格的自由와 직접 관계되는 것이 아닌 財産이라 할지라도 財産權者이외의 다른 사람의 人格的自由的와 강한 관련을 갖고 있다면 그 財産을

이용하는 자에게 대하여도 일종의 財産權者로서의 地位를 認定하고 그와 같은 財産에 있어서는 所有權者인 財産權者와 利用者로서의 財産權者와의 사이의 合意에 기하여 그 運用이 이루어져야 한다고 생각된다.

IV. 正當한 補償의 內容

(1) 序

이상과 같이 財産權의 對象·性質·主體가 다원적인 性格을 갖고 있다면 財産權保障의 문제 — 그 이면으로서 損失補償의 문제 — 를 생각함에 있어서도 구체적인 경우에 즉응하여 다원적으로 생각하여야 하리라 생각된다. 그러나 補償에 관한 실정법적 規定은 각국의 立法態度에 따라 相異하게 발현되고 있음을 알 수 있는바, 보통은 『正當한 補償³⁰⁾』 또는 『相異한 補償³¹⁾』이란 用語를 使用하여 一般 抽象的으로 基準을 정하고 있다. 以下(2)에서는 우리憲法이 規定한 正當한 補償의 性質과 內容을

30) ① 1789년의 France人權宣言 第17條, 『所有權은…事前의 正當한 補償條件下 가 아니면 이것을 빼앗기는 일이 없다.』

② 1791年 America憲法 修正 第5條, 『…또 正當한 補償없이는 私有財産을 公共 用途를 위해 收用되지 않는다.』

③ Bonn基本權 第14條, 『…私益과의 正當한 衡量(Gerechter-Abw gung)에 의거하여 정하여야 한다.』

④ 日本 憲法 第29條 3項, 『私有財産權은 正當한 補償下에…』

31) 1919年 Weimer憲法 第 153條 2項, 『公用收用은…경우를 제외하고는 相當한 補償(Angemessen Entschädigung)으로써 이를 하여야 한다.』

어떻게 이해해야 하는지 그리고 그러한 이해를 바탕으로 한 具體的 補償內容으로서는 어떠한 것이 存在하는지를 예시적으로 살펴보고자 한다.

(2) 正當한 補償

1) 序

우리 나라 制憲憲法은 『相當한 補償』이란 用語를 使用하였으며, 第3共和國 憲法은 第20條 3項에서 『正當한 補償』이란 用語를 使用하였고, 第4共和國 憲法에서는 完全히 法律에 위임하였다. 第5共和國 憲法은 第2條 3項에서 『…正當하게 衡量하여 法律로 定한다.』라고 하여 獨逸 基本法 第14條 3項 3文의 예에 따른 일반적인 補償의 基準으로 正當하게 衡量한 補償을 規定한바있으며, 現行 第6共和國 憲法은 第23條 3項에서 『1…., 正當한 補償을 支結하여야 한다.』라고 하여 補償의 基準으로 正當한 補償을 規定하고 있다. 따라서 『正當한 補償』의 判明問題가 發生한다.

『正當한 補償』이란 正當한 補償額이란 用語 이외의 意味를 가지고 있지는 않다. 그러나 일정한 補償額이 正當한가 또는 非正當한가를 계산하는 데에 결코 客觀的인 基準이 없는 것은 아니라고 보여지는바, 그 基準은 憲法이 收用등에 대하여 補償을 認定한 理由중에 포함되어 있다고 보여진다.³²⁾

32) 日本, 公法研究 第 11號, 1954, 有斐閣, 84頁 參照.

2) 補償의 理由

우리 憲法 第23條에는 『 ① 모든 國民의 財産權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 定한다. ② 財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야한다. ③ 公共必要에 의한 財産權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다.』라고 規定되어 있다. 위 1,2項은 私有財産은 그것을 剝奪할 수 없다는 原則을 規定한 것이며 이에 대하여 第3項은 『…公共必要…』가 있는 경우에는 그 原則을 破기한다고 하는 特殊한 경우를 規定하고 있다. 이것은 그 정도 만으로도 커다란 犧牲인 것으로서 이것과 더불어 財産損失의 事後處理를 그대로 방치한다면 第1, 2項의 원칙은 完全히 公許한 文章으로 된다. 여기에 憲法은 財産 박탈 중에 財産不可侵의 原則을 관철하기 위하여 損失部分을 貨幣價値의 형태로 填補하기로 한 것이다. 이것이 憲法이 補償을 認定한 合理的 理由인 것이다.

3) 『正當』의 意味

이와 같이 생각하면 상기한바와 같은 理由에 적합한 程度의 補償 즉 正當한 補償³³⁾이라고 하는 것은 收用財産을 『客觀化』한 貨幣價値 그것을 가지고 補償한다고 할 수밖에 없을 것이다. 결국 完全補償에 이르게 되는 것이다. 問題는 여기서의 『完全』이란 用語를 과연 어떻게 이해할 것인가이다. 完全補償說을

33) 이에 관한 대표적 학설로는 종래부터 완전보상설과 상당보상설이 존재하여 왔음은 주지의 사실이다.

支持하는 立場의 代表的 學者로는 柳瀨良幹, 結城光太郎 등이 있는바, 이들의 主張內容은 각기 相異하다. 즉, 柳瀨良幹은 損失補償의 生存根據는 平等의 原則에 있다는 前提下에 보통 發生되는 損失의 全部補償(附帶的 損失 包含)을 完全補償³⁴⁾이라 파악하는데 비하여 結城光太郎은 被侵害財産의 時價去來價格(market value)에 의한 客觀的 價値(附帶的 損失 不包含)의 完全한 補償을 完全補償³⁵⁾이라 한다. 한편 相當補償이란 一般的으로 完全補償을 원칙으로 하면서도 公益上의 合理的 事由가 있으면 그것을 하회할 수 있다는 見解로서 이 立場은 財産權의 義務性을 선언한 『Weimar』 憲法 第153條의 解釋 및 이를 계승한 『Bonn』 基本法 第14條 第3項 3文의 『公益과 關係者의 利益의 正當한 衡量(gerechte Abwägung)』에 의한 補償이라는 표현에 의하여 계승되고 있다. 따라서 相當補償說은 一見 完全補償설에 입각한 補償의 額보다 적은 듯 보인다. 그러나 相當性이라는 概念은 그 자체가 매우 抽象的인 것으로서 相當補償을 위한 前提要件인 被侵害財産의 價値를 評價함에 있어 그 財産이 예컨대, 극히 적은 財産을 갖고 있는 者의 財産이고 當該 財産이 그 사람의 生活의 터전이 되었다면 적어도 다른 장소에서 同種의 生活을 하는데 필요한 額數의 補償을 하여야하는 것이 社會國家의 理念에 合致하는 것이고 이러한 것이 오늘날 우리사회 의 法感情상 타당한 『相當』한 補償이라고 생각한다면 이 경우에는 完全補償說에서 말하는 收用財産의 時價 去來價格에 의한 補償의 額보다 上廻하는 結果를 낳을 것이다. 그리고 또한 이러한 형태의 補償을 보는 觀點

34) 柳瀨良幹, 『憲法と補償』, 自治研究, 25卷 9號, 1968.11項; 柳瀨良幹, 『公用負擔法』 法律學全集 14卷, 有斐閣, 1971, 280頁.

35) 結城光太郎, 『正當な補償の意味』 公法研究, 11號 1960, 84頁.

에 따라서는 完全補償이라고 하지만 구체적인 경우에 즉응하여서는 概明瞭性 抽象性등으로 말미암아 이들 學說의 대립이 별로 유용하지 않음을 알 수 있다.

그렇다면 이러한 事態가 發生하는 根本的인 理由는 무엇일까. 생각건대 이는 基本權觀 또는 財產權觀의 차이(즉 憲法上의 財產權概念을 認識함에 있어서 『憲法獨自의 論理를 認定』하는 立場에 서는가 또는 認定하지 않는 立場에 서는가의 差異)에 기인한다고 생각된다. 전자의 입장에서 正當한 補償의 개념을 인식하면 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다. 즉 위에서 언급한바와 같이 憲法上 財產權保障을 생각함에 있어 人格의自由를 위한 不可缺의 前提로서 機能하는 財產權의 保障과 그 이외의 것으로 機能하는 財產權의 保障이 있다고 한다면 財產權의 對象의 性質및 機能에 응하여 서로 다른 法的處理(機能論的 接近)를 할 필요가 있다고 생각된다. 이와 같이 財產權概念을 機能論的으로 接近³⁶⁾할 때 現代의 資本主義國家에 있어서 財產權이 가지는 機能에는 다음 두 가지가 있는 것으로 생각된다. 그 하나는 私的所有下에 있는 資本財³⁷⁾로서의 機能이고 다른 하나는 個人의 生活基盤을 구성하는 物的手段³⁸⁾으로서의 機能이다. 이러한 機能은 歷史的 機能에 불과한 것이기는 하지만 資本財로서의 機能을 가지는 私所有財

36) 財產權概念을 理解함에 있어 이以外에 대표적인 것을 自的論的 接近方法이 있다. 自的論的 思考方法에 의하는 경우에는 위 相當補償說과 完全補償說은 동일한 特정의 事案을 염두에 두고서 演繹的·一般抽象的으로 兩說의 優劣을 가리는 형태로 나타날것이나, 機能論的 思考方法에 의하는 경우에는 歸納的으로 財產權이 구체적으로 인격적 자유의 보장 내지 실현의 기능을 갖고 있는지의 여부에 따라 損害填補를 하는 것이므로 후술하는 바와 같이 경우에 따라서는 위 自的論的 思考方法下에서의 完全補償額보다 上廻하는 結果가 발생할 수도 있을 것이다.

37) 이러한 財產 즉 大財產의 경우에는 政治·經濟生活分野에서 自由保障 및 實現機能을 갖는 경우가 많은 것으로 보인다. : 本論文『Ⅲ. 憲法을 기초로한 財產權保障』參照.

38) 이러한 財產 즉 小財產의 경우에는 私의生活分野에서 自由保障 및 實現機能을 갖는 경우가 많은 것으로 보인다. : 本論文『Ⅲ. 憲法을 기초로한 財產權保障』參照.

産에 대한 無償의 侵害는 合理的 計算으로 꾸려지는 資本主義 經濟의 存立基礎를 剝奪하게 될 것이다. 그러나 그 반면에 있어서 資本主義 經濟法則에 따른다면 財産權의 保障은 궁극적으로 그의 交換價値의 保障만으로 족한 것이므로 損失補償制度는 이른바 財産價値의 保障(Eigentumswerts garantie)으로서 財産權 保障의 實質을 거둘 수 있을 것이다. 다른 한편 個人的 生活 手段으로서의 財産權에 대한 侵害의 경우에는 그의 補償은 個人的 生活基盤의 崩壞를 방지하기 위해서도 필요하다. 따라서 이 경우에는 財産權의 保障에 그치지 않고 生存權의 保障에도 연관되는 問題가 특히 損失補償의 範圍를 통하여 일어나게 된다. 이러한 경우에는 단순한 財産의 交換價値는 물론이고 使用價値까지도 補償하는 것을 正當한 補償이라할 수 있을 것이다.

위와 같은 思考方法은 독일의 判例에서도 쉽게 발견할 수 있는바, BVerfGE 24, S.367(389)는 『財産權은 人格的自由 (persönlich Freiheit)와 內面的關聯을 갖는 필수적인 基本權이다. 財産權은 基本權의 全體構造가운데에서 基本權主體에게 財産法 분야에 있어서 自由領域을 保障하고 그것에 의하여 基本權主體에게 自己責任에 기한 生活形成을 가능하게 하는 任務를 갖고 있다.』라고 하여 財産權을 基本權의 全體構造가운데에서 憲法獨自의 論理에 따라 解釋하고 있는 것을 볼 수 있다. 여기서 人格的自由와의 內面的關聯이라고 하는 것은 財産權의 中核을 이루는 것으로서 中核에 相當하는 機能을 하는 부분에 있어서는 保障을 강제하는 根據로 되고 中効에 相當하지 않는 부분에 있어서는 立法者에 의한 大폭적인 規制를 허용하는 根據로 되는 것으로 보인다. 물론 中効에 해당하는 機能을 하는 부분이 具體的으로 어떠한 것인지의 여부가 問題로 되기는 하지만 BVerfGE

42 S.64(77)가 『社會的 法治國家에 있어서 財産權의 보호는 社會的 弱者를 위하여도라기 보다는 오히려 社會的弱者를 위하여 관철되어야 한다. 왜냐하면 이러한 시민들(필자주 : 社會的弱者)은 그들의 자유로운 意思를 위하여 우선 이러한(財産權)保護를 필요로 하기 때문이다.』라고 判示하고 있는 점에 비추어볼 때 社會的 弱者가 갖는 財産權 즉 生存에 필요한 最小限의 財産을 갖을 權利가 아닌가 생각된다. 이렇게 생각한다면 中核에 상당하지 않는 부분 즉 非生存的 財産權에 대하여는 BVerfGE 31,S.275(285)가 말하는 바와 같이 『立法者는 특히 이미 설정되어있는 權利에 개입하여 이것에 새로운 用語를 사용하여 새로운 內容을 부여할 수 있다. 즉 權利의 歸屬關係를 유지하면서 새로이 權限과 義務를 規定할 수 있다. 財産權保障과 具體的인 財産權과는 改正의 必要性이 明確한 경우에 立法權力을 초월할 수 없는 限界를 生成하는 것은 아니다. (필자주 : 立法權力을 超越하여 改正할 수 있다.)』고 생각된다. 따라서 이러한 見地에서는 『財産權의 적정한 保障』이라는 立場 — 이것을 補償의 側面에서 보면 『相當한 補償의 立場』 — 이 도출된다. 따라서 相當한 補償이란 財産權을 生存的財産과 非生存的 財産으로 兩分하여 前者의 侵害가 있는 경우에는 生活權保障의 측면에서 侵害對象인 財産의 財産의 價値(交換價値) 이상은 補償을 要하고 非生存的財産의 侵害가 있는 경우에는 財産的價値를 하회할 수도 있다고 생각된다.

이렇게 본다면 財産權觀에 기초하지 않고 論하는 完全補償說과 相當補償說은 그 설득력을 잃을 것인바, 法概念이 基本的으로는 社會紛爭을 해결하기 위한 手段的 性格이 있음을 감안하여 機能論的思考 方法에 따라 해결하는 것이 타당하다고 생각된다.

이렇게 본다면 目的論的 立場³⁹⁾에서 논하여지는 종래의 完全補償說 · 相當補償說은 별로 有用한 學說이 아님을 알 수 있다. 이상과 같이 基本權을 機能論的으로 理解하는 本人의 立場에서 볼 때 財產權의 對象 · 權利로서의 性格 · 財產權者를 各各 多元的으로 이해한다면 社會國家의 立場에서 財產權 保障을 생각하는 相當補償說(合理的 補償說)이 타당하리라 생각한다. 결국 『正當』한 補償이란 機能論的 立場에서 主張되는 『正當』한 補償을 의미한다고 할 수 있을 것이다.

4) 社會國家에 있어서 正當한 「補償의 內容과 程度」 (生活權補償)⁴⁰⁾

- 39) 自的論的 接近方法이라함은 憲法解釋의 궁극적 거점을 憲法制定權力者의 意思의 內容내지는 立法趣旨에 두고 이를 탐구하는 思考方法인바, 近代 自由主義 市民革命에 의하여 이루어진 近代憲法에 있어서 憲法制定權力者란 實質的으로는 市民革命의 主體 즉 自然法的 既得權을 주장하는 財產權者에 한정된다 할 것이므로 이 學說에 의하면 財產權規定의 解釋이란 이들 既得權者의 意思內容의 탐구가 될 것이다. 따라서 이러한 견지에서는 國家權力에 의한 私有財產權의 침해가 있는 경우에는 演繹的으로 立法趣旨에 따라 그 填補額을 결정할 것이므로 既得權의 『財產權의 최대한 保障』—完全한 補償—이라는 入場이 도출된다. 이와같은 입장에 있다고 볼 수 있는 판례로는 BGHZ 6, S.270(276)을 들 수 있는바, 위 판례는 “自由民主的 憲法의 지도형상에 속하는 것은 특히 財產權과 人格의 自由(Personale Freiheit)와의 결합이다. 國家에 존재하는 個人은 각각 個人間에는 人格으로서 즉 自由로운 自己責任的으로 生存하기 위하여 또 강대한 國家權力의 단순한 客體로 되지 않기 위하여 따라서 自由와 尊嚴을 위하여 財產이라고 하는 법적으로도 엄격하게 保障된 영역을 필요로 한다.”고하여 財產權의 無制約을 原則으로하고 있다.
- 40) 文獻에 따라 「生活權補償」의 定義는 일정치아니하나 「生活權補償」이라는 것이 個人의 生活基盤의 侵害에 대하여 生存權保障의 理念에 기하여 지급되는 補償을 말한다는 점에는 대체로 일치한다. 단지 위와 같이 一致가 인정된다고 하여도 이것은 一般的 抽象的인 定義이기 때문에 이것이 어떤 內容이 포함되어있는가는 論者에 따라 다르고 또한 使用하는 用例에 따라 다르게 나타난다. 그러나 대별하면 다음과 같은 3가지 用例가 있게 된다.

첫째, 最廣義說: 『生活權補償은 그 適用範圍가 넓고 土地등의 對物補償, 移轉科등의 對人補償등의 生活補償 및 狹義의 生活補償등 모든 것이 포함된다고 생각해도 좋고 이러한 각종의 補償을 포함해서 總論에 生活의 再現이 실현되도록하는 것』이라는 견해. [이에 관하여 자세한 것은 高原賢治, 財產權と損失補償, 有斐閣, 1978.158-180頁 參照 ; 이러한 입장에서 生活權補償을 설명한 國內論文으로는 崔在建, 行政上 損失補償의 原因과 範圍, 博士學位論文集(成大), 1992 參照.]

i) 위와 같이 『正當』한 補償의 概念을 機能論的 立場에서 主張되는 『相當』한 補償으로 파악한다면 正當한 『補償의 內容』은 財産價値에 대한 補償(交換價値의 補償, 對物補償)을 基準으로 하고 生活價値에 대한 補償(使用價値의 補償, 生活補償)을 上限으로 한 彈力的 內容이라고 생각되는바, 이러한 形態의 補償을 生活補償이라한다. 이와 같이 對物補償에서 生活補償으로의 변천⁴¹⁾으로 가장 큰 역할을 한 것은 補償理論에 대한 社會國家的

둘째, 廣義說: 이것은 最廣義說로부터 財産權補償(附隨的 損失의 補償을 포함한다)과 精神的 損失의 報償을 제외한 殘餘的 損失補償이라는 견해. 종래의 生活權補償이라는 것은 이러한 意味의 것을 말하는 것이 보통이다. [木村實, 「生活圈補償의 性格」 行政法의 爭點, 1980. 272頁 參照] 小數殘在者補償 離職者補償 生活再建措置가 그 대표적인 것이다.

셋째, 狹義說: 이 설은 水沒補償을 예로 들면 「水沒된 有形無形의 財産 및 權利를 對象으로하는 것은 아니고 水沒된 者가 水沒地에 있어서 종래와 같은 生活를 하고 싶다는 사실에 대하여 지불되는 補償」이다. 生活費補償이 그 예이다.

위 3개의 學說중 셋째의 學說을 지지하는 學者는 오늘날 눈에 띄지 않는다. 다만 위 最廣義說과 廣義說중 어느 學說이 더욱 현실적으로 合理的인가(實益이 있는가)라는 점에서 보건대, 이 問題는 憲法 第23條 第3項의 正當한 補償이란 어느정도의 補償인가를 確定하는 문제와 직결되어있다고 생각된다. 위에서 언급한바와 같이 正當한 補償의 範圍 確定의 問題와 관련하여 完全補償說과 相當補償說이 있는바, 이 두가지의 기준에는 概念上 많은 問題點(위 本文의 例參照)이 있는 것으로 보이므로 『完全補償說』이나 『相當補償說』의 논의를 지양하고 法概念이 基本的으로는 社會紛爭을 해결하기위한 手段의 性格이 있음을 감안하여 機能論的 思考 方法에 따라 해결하는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 본다면 自的論的 立場에서 논하여지는 종래의 通說의 見解였던 廣義說은 별로 유용한 學說이 아님을 알 수 있다. 결국 補償이란 종전의 生活의 状態이 실현되도록하는 것이라 할 수 있을 것이므로 財産權이 구체적으로 어떠한 機能을 하는가를 前提로 그 機能의 여하에 따라 損害를 填補하여야할 것이다. 最廣義說에서 주장되는 生活權補償이 바로 이런 形態의 補償인 것으로서 이의 타당함은 多言의 餘지가 없다고 보여진다. 여기의 生活權 補償에는 종래의 對人補償 對物補償(財産權補償)등을 포함하는 上位概念으로서 補償額 算定이 客觀化되어 있다는데 특징이 있으며 따라서 機能論的 立場에서 주장되는 이런 形態의 補償을 生活(權)補償이라 부르는 것이 합당하리라 생각된다.

41) 補償對象의 變遷과정을 요약하면 『人에서 物, 物에서 生活에의 變遷』이라 할 수 있을 것인바, 이를 약속하면 다음과 같다.

① 對人補償 : 英國 및 日本의 補償 歷史를 살펴볼 때 初期現像은 對人補償의 思考方式이다. 여기서는 收用의 對象과 補償의 對象이 다르며, 收用은 土地등의 財産을 그 對象으로 하지만 補償은 財産所有者의 滿足度에 대하여 이루어지는 것이다. 이러한 時期가 지나서 財産에 대한 補償, 즉 對物補償의 時代가 왔다고 말할 수 있겠다. ② 對物補償 : 對物補償의 特徵은 다음과 같이 두 개로 要約된다. 첫째로, 收用의 對象과 補償의 對象이 대개의 경우 一致한다는 점이다. 이러한 점에서 가장 철저한 곳이 美國이다. 日本에서 보통 認定하고 있는 이른바 「通常받을 損失의 補償」의 대부분은 收用의 對象과 補償의

理念의 도입⁴²⁾이라고 할 수 있다. 英國의 「住居의 總體價値의 補償」이나 日本의 「離職者補償」 혹은 「小數殘存者補償」만해도 종래의 補償理論에 대해서 社會國家的 배려가 이루어지고 있다고 볼 수도 있다. 그러나, 正當補償의 內容인 生活補償은 財産補償의 項目에서 빠졌지만 이를 보충한다는 의미에 있어서의 生活補償은 아니다. 결국 補償의 目的은 社會國家的 立場에 입각해서 생각하면 收用이 없었던 것과 같은 財産狀態를 만들바에는 차라리 收用이 없었던 것과 같은 生活狀態를 만드는 것이 되어야 한다. 따라서 補償에 임해서는 被收用者 및 關係人의 종래와 같은 生活의 安定⁴³⁾을 먼저 생각해야 하며 財産補償도 종국에는 生活補償을 目的으로 하는 것이다. 財産補償은 生活補償의 그 일부분으로서 生活補償의 內部에 존재한다고 생각된다.

이와 같은 立場에서 正當補償의 問題를 생각한다면 侵害의 對象인 財産은 그 種類가 극히 多樣하므로 財産權또한 多樣하며

對象이 相異하며 收用의 對象이 아닌 것에 補償이 支拂되고 있지만, 이러한 것은 美國의 경우 거의 認定되지 않는다. 단 美國에서도 殘地補償이 認定되어 收用의 對象과 補償의 對象이不一致하는 경우도 있지만 이것은 상기한 바의 유일한 예외이며 이 殘地補償을 除外한 대부분의 補償에서는 收用의 對象과 補償의 對象이 일치한다. 이에 대하여 英國에서는 1919年の 法律에서 對物補償의 原則이 채택되었으나 그 移轉의 對人補償의 잔재가 많이 남아있다. 둘째로, 對物補償의 制度에서는 많은 점에서 被收用者 및 關係人에게 不滿足을 야기하는 경향이 있다는 사실이다. 즉 美國의 損失補償은 理論적으로 首尾一貫해 있으며 그 意味는 명확하지만 補償의 實際에 있어서 많은 점에서 부족한 것이 사실이다.

③ 生活補償 : 이와같은 對物補償의 부족을 보완하는 것으로 새로 發生한 方法이 生活補償이다. 이것은 被收用者로 하여금 收用이 없었던 것과 같은 生活狀態를 만들어 주기 위한 補償 이고, 被收用者라는 人間에게 종전과 같은 生活의 회복(즉 人格적 자유의 회복)을 갖게 하려는데 특색이 있다. 따라서 人格적 자유의 회복을 위한 불가결의 財産權이 아닌 이른바 『大財産』에 대하여는 시가 거래가격보다 하회하는 補償이 가능하다는 結論에 도달한다.

42) 高原賢治, 前掲書, pp.162-163 參照.

43) 日本, 1952년 12月 23일에 행하여진 『水資源の開發に伴る補償處理に關する勸告』는 補償의 基本的 方法으로서 『補償の終局的な目的は被害者・被害産業等の原狀回復乃至安定でなければならない』라고 하고 있다.

따라서 이에 대한 올바른 法的 處理를 하기 위하여는 財産自體를 區分할 필요가 있는바, 그 區分枝는 「大財産」과 「小財産」이며 區分根據는 使用價値를 主 目的으로 하는 財産인가 혹은 交換價値를 主 目的으로 하는 財産인가의 여부이다. 「大財産」은 交換價値를 主 目的으로 하는 財産으로서 이 경우에는 대폭 제한하여도 무방하지만(물론 財産權의 本質을 侵害하지 않는 限에 있어서의 制限을 의미한다.)⁴⁴⁾ 「小財産」인 경우에는 國民의 生存내지는 人格的 自由와 관련된 比較的 社會性이 약한 財産이므로 社會國家에서도 강하게 존중되어야만 하는 財産이므로 實質的 意味의 補償⁴⁵⁾을 요한다할 것이다.

이상과 같이 社會國家的 立場에서 財産權의 保障을 생각한다면 『社會觀念』 내지는 『社會觀念』이란 用語를 개입시켜 그때 그때의 社會觀念에 비추어 客觀적으로 合理的(reasonable)이고 公正妥當한 補償을 하여야한다는 相當補償說(合理的 補償說)이 타당하다고 생각된다. 이것은 종래 相當補償說과 完定補償說이 동일한 特정의 事案을 염두에 두고서 演繹的.一般抽象的으로 兩說의 優劣을 가리던 형태에서 벗어나 歸納的으로, 財産權이 구체적으로 어떠한 機能을 하는가를 前提로 그 機能의 여하에 따라 完全한 補償⁴⁶⁾ 또는 이를 하회하는 補償을 하여도 좋다는 의미로서 이들 補償의 形態가 具體的 事案⁴⁷⁾에 따라 그때 그때의 社會概

44) 따라서 大財産의 경우라하더라도 財産權의 本質的 侵害가 있는 경우에는 補償이 필요하다할 것인바, 그 補償의 정도는 被侵害財産의 客觀的 價値를 基準으로하여 이를 하회하는 補償도 가능하다고 생각된다.

45) 여기서 말하는 實質的意味의 完全補償이란 『客觀的 價値의 完全補償(對物補償, 狹義의 完全補償)+補償額算定이 客觀化된 個人的 價値의 補償(附帶的 損失의 補償)』을 의미한다.

46) 이경우의 完全한 補償이란 決斷主義 立場에서 말하는 時價 去來價格에 의한 財産價値의 完全한 補償은 물론이고 여기에 客觀化된 被收用者의 主觀的 價値를 포함하여 完全히 補償한다는 意味이다.

念에 비추어 合理的(reasonable)이고 公正妥當한 補償을 하는 것이므로 편의상 相當補償說이라고 하는데 지나지 아니한바, 概念의 混同을 막기 위하여는 이들의 內容을 包括적으로 포함하는 生活權 保障說이 타당하지 않은가 생각된다.

ii) 正當補償의 意味를 위와 같이 生活補償의 意味로 생각한다면 결국 生活補償을 名文上 또는 解釋上 방해하지 않는 각종의 法律은 적어도 憲法과 合致될 것이라고 생각된다.⁴⁸⁾ 그렇다면 憲法과 合致하는 法律등은 어떠한 것이 있는지 예시적으로 간단히 살펴보기로 한다. 이것이 憲法上의 正當한 補償의 구체적 內容이 될 것이기 때문이다.

가) 첫째, 收用 · 使用에 관하여 본다면 우리 나라는 現行法上 損失補償에 관한 一般法은 없고 各單行法이 산재 할 뿐인바, 土地收用法은 土地 기타 物件과 鑛業 漁業 물에 관한 財産權의 收用 · 使用을 規定하는 一般法이고 가장 代表的이라 생각되므로 土地收用法을 중심으로 正當補償의 內容을 살펴보면 같은법第47條의 殘地補償, 第49條 1項의 移轉科補償, 第51條의 「기타 土地를 收用 또는 使用함으로 인하여 土地所有者 또는 關係인이 받는 損失」의 補償 및 第56條의 「···收用 또는 使用할 土地및 殘餘地 이외의 土地에···」發生한 損失의 補償은 위 正當補償의 그 한 內容이 된다고 생각된다. 이하 이들과 土地收用法이외의 法規가 規定한 正當補償의 內容을 간단히 살펴본다.

47) 예컨대, 完全補償說은 土地收用の 경우에 있어서 財産價値의 增減이 있는지 또는 여기에 被收用者의 主觀的 價値를 포함할 것인가의 問題로 논의(日本 最高裁, 判決 昭和 四八, 一〇, 一八民集 二七卷 九號 一二—〇頁. 行政判例百選Ⅱ, 第二版 三二四頁 參照)되는 것이 보통이지만 相當補償說은 農地買收 및 傳染病에 汚染의 補償을 염두에 두고 있다.(田中二郎 『新版行政法 上』 二一七頁 參照)

48) 환언하면 生活補償을 名文上 또는 解釋上 방해하는 각종의 法律은 적어도 憲法과 不合致한다는 말이 된다.

① 殘地補償 ; 殘地補償이라함은 동일한 土地에 속하는 일단의 土地의 일부를 收用 또는 使用함으로 인하여 殘餘地의 價格이 감소되거나 기타의 損失이 있을 때, 또는 殘餘地에 通路, 溝渠, 墻柵, 등의 新設 기타의 工事が 필요한 때에는 그 損失이나 工事의 비용을 補償하여야 한다⁴⁹⁾는 補償項目이다.

殘地補償은 收用의 對象이 아닌 殘地에 補償이 支拂된다. 따라서 이는 原則的으로 對物補償은 아니다, 그렇다면 對人補償인가. 生活補償인가. 對人補償的 思考方式에 의하면 殘地가 받는 損失을 독립해서 계산하는 것이 아니고 被收用地의 價値中에서 殘地의 損失이 포함되어 일체가 되어서 被收用地의 利用價値가 補償되는 것이다. 즉 被收用者의 殘地의 損失을 포함한 當核土地의 主觀的인 使用價値가 補償되는 것이다.⁵⁰⁾ 그런데 土地收用法 第47條의 規定에 의하면 殘地가 받는 損失을 독립해서 계산하는 것이다. 따라서 同法 第47條의 殘地補償은 生活補償(正當補償)의 일종이다.

② 移轉科補償 ; 移轉科補償이라함은 收用 또는 使用할 土地에 정착하였거나 또는 公益事業에 公用되는 企業者所有의 土地에 정착한 他人의 立木 · 建物 기타의 物件은 移轉科를 補償하고 移轉하여야 한다⁵¹⁾는 補償項目이다.

移轉科補償은 直接收用의 對象이 아닌 것에 補償을 하는 것이다. 따라서 이는 對物補償은 아니다. 즉 財産權에 대한 補償이라기 보다는 被收用者 자신에 대해서 平等原則의 立場에서 支拂되는 것이며 이것은 人에 대한 補償이라 할 수 있다.⁵²⁾ 人에 대

49) 土地收用法 第47條.

50) 高原賢治, 前掲書, p.166 參照.

51) 土地收用法 第49條1項 參照.

52) 今村成和, 損失補償制度の研究, 1968, p.39 參照

한 補償이란 결국 個人的 價値를 고려한 補償을 의미함으로 補償額 算定을 위하여는 個人的 價値의 客觀化가 필요하다 할 것 인바, 生活補償은 종래의 對人補償에 비해서 客觀的 기준으로 補償이 이루어진다는데 특색이 있으므로 移轉科補償도 결국은 生活補償(正當補償)의 일종이다. 이상을 다른 측면에서 살펴보면 損失補償은 결국 收用이 없었던 것과 같은 生活狀態를 재현하는 것이며 土地등의 財産에 대한 補償이 적정하게 이루어진 후는 같은 生活이 영위되도록 土地上의 建物등의 移轉科도 補償하는 것이 바람직할 것이다.⁵³⁾ 이렇게 볼 때 移轉科補償은 生活補償⁵⁴⁾의 그 한 내용이다.

③ 營業上 損失의 補償 ; 土地收用法 第51條는 營業上 損失의 補償을 認定하고 있는바, 營業上 損失이란 예컨대 현재 가동중인 工廠의 수지가 收用되어 그 工場을 移轉하게 됨으로써 일정 기간 工場의 生産을 중지하지 않을 수 없게 되어 생기는 損失⁵⁵⁾과 같이 經營을 하지 못함으로 인하여 發生하는 損失이다. 즉, 營業上 損失은 土地 등의 收用과 因果關係있는 營業上의 損失을 말하는 것으로서, 이는 營業廢止의 補償과 營業休止의 補償을 포함한다. 여기서 營業廢止의 補償이란 轉業에 通常 필요로 하는 期間中の 종전의 所得相當額(法人의 경우는 受益相當額)을 補償한다는 의미이며 營業禁止의 補償이란 通常休止하는 것을 필요로 하는 期間中の 所得의 減少額(法人의 경우는 受益의 減

53) 高原賢治, 前掲書, p.168 參照.

54) 高田賢造 教授는 『移轉科는 合理的인 以前方法에 의하여 合理的인 場所에 物件을 移轉하여 收用前과 同一한 生活環境속에서 生活할 수 있도록 하는데 필요한 모든 費用을 포함한다 할 合理的인 移轉場所를 새로이 造成하여 그곳으로 移轉할 수밖에 없는 客觀的인 相當한 事情이 있는 경우에는 그 造成費 도 移轉費에 포함시켜야 할 것이다』고 하여 移轉科補償이 生活補償의 그 한 內容임을 밝히고 있다.(高田賢造, 正當な補償, pp.235-236 參照.)

55) 日本 行判 大正 3, 5, 6 第25輯, p.167

少額)을 補償한다는 의미⁵⁶⁾이다.

營業上 損失의 補償은 收用의 對象인 土地등의 財産과는 별개로 事業利潤을 일정기간 補償하는 것이므로 對物補償이 아님은 확실하다. 그렇다면 對人補償인가? 生活補償인가? 생각건대, 營業上 損失補償은 一定期間童顔 事業을 하지 않아도 利潤이 支結된다는 것이므로 그것은 轉業이 되기까지 또는 休業하고 있는 동안의 事業主등의 生活을 지탱하게 하기 위한 것이며 따라서 生活補償(正當補償)의 그 한 內容이라 할 수 있다.

④ 離作科補償 ; 우리 나라 土地收用法에 離作科補償이란 명문의 規定은 없다. 따라서 比較的法 說明을 할 수밖에 없는 바, 日本의 土地收用法 第88條는 土地등에 대한 補償 · 殘地補償 · 移轉科의 補償등외에 通常받는 損失로서 離作科 · 營業上 損失의 補償등을 例示하고있다. 離作科란 土地(農地)의 收用に 의해서 農業이 계속 不能하게 된 경우의 農業廢止補償과 農業의 一時的으로 休止한 경우의 農業休止補償을 말한다.⁵⁷⁾ 離作科補償도 進술한 營業上 損失에 대한 補償의 法理가 그대로 適用되며 따라서 離作科補償도 生活補償(正當補償)의 그 한 內容이다.

우리 나라 土地收用法 第51條의 「...기타 土地를 收用 또는 使用함으로 인하여 土地所有者 또는 關係人이 받은 損失」의 補償중 그 한 內容이 여기서 말하는 離作科補償이라 할 것이다.

⑤ 土地收用法이외의 法規가 規定한 生活補償의 內容 ; 生活補償의 內容을 直接的으로 認識할 수 있는 土地收用法이외의 法規로는 『公共用地的 取得및 損失補償에 관한 特例法 施行規

56) 高原賢治, 前掲書, p.171 參照.

57) 日本의 『建設省の直轄の公共事業施行に伴る損失補償基準』1963년 建設省 訓令 5號 參照.

則』을 들 수 있다. 즉 法10條 5項은 『第4項의 規定에 의한 建物중 住居用建物の 경우에는 그 移轉補償時에 家族數에 따라 2월분의 住居費(경제기획원장관이 조사 발표하는 도시근로자 평균 家計支出費를 基準으로 산정한다.)를 支結하여야 한다.···』고하여 住居價値를 補償하고 있고 같은法 5條의 9는 『公共事業에 관한 計劃의 告示등이 있는날 現在의 既存 (住居用建物에 딸린 축사 · 퇴비사 · 변소등 附帶施設을 포함한다.)로서 第10條의 規定에 의하여 평가한 評價額이 100만원 미만일 경우의 補償額은 100만원으로 한다.』라고 하여 住居用建物の 最低補償額을 保障하고 있고 같은法 6條의 3에서는 『公共事業에 관한 計劃의 告示등이 있는날 현재의 그 公共事業에 편입되는 土地에 관한 第 6條의 規定에 의한 評價額과 당해 土地의 所有者가 그 公共事業施行地域外의 地域에 所有하고 있는 土地(···)의 과세시가 標準額을 합한 金額이 1천만원 미만인 土地所有者에 대하여는 그 評價額에 다음의 算式에 의하여 산출된 金額을 加算하여 補償한다.···』라고 하여 영세토지에 대한 加算金制度를 둬으로써 零細土地所有權者의 生活權을 保障하고 있으며 같은法 29條1項은 『농어촌에서 離鄉하는 農漁民에 대하여는 가족수에 따라 3월분의 평균생계비(농림수산부장관이 조사 발표하는 농촌평균생계비를 말한다. 이하 이 조에서 같다)를 移農費로서 지급한다.』라고 規定하여 移農費 補償을 하고 있으며 같은法 30條의 2는 『公共事業을 위한 關係法令에 의한 告示등이 있는날 현재 당해 지역 안에서 3月 以上 居住한 者로서 公共事業의 施行으로 인하여 移住하게 되는 住居用建物の 貫入者에 대하여는 家族數에 따라 3月分の 住居對策費(···)를 지급한다.···』라고 하여 貫入者에 대한 住居對策費를 補償하고 있는 같은法 25條의 3의 2項은 『許可를 받거나 申告

를 하여야 할 漁業을 許可 또는 申告 없이 하는 者가 公共事業의 施行으로 인하여 閉業하는 경우에는...閉業補償...을 지급할 수 있다.』라고 하여 無許可 또는 無申告漁業者에 대한 住居對策費를 補償하고 있는바, 이들이 生活權補償의 法的根據가 됨은 물론이다.

나) 둘째, 公用制限에 관하여 본다면 公用制限도 一方的인 公權力行使에 의하여 과하여 지는 것이므로 附帶的 損失이 發生한 경우에는 그 損失도 補償하여야 함은 收用의 경우와 같다. 따라서 公用制限의 경우에도 補償의 範圍에 관한 한 土地 收用法의 內容을 중심으로 고찰할 수도 있다. 그러나 公用制限에 관하여는 여러 가지 問題點이 있고 따라서 여러 가지 學說의 對立이 있으므로 別途의 項目으로 다루기로 한다.

① 序 ; 公用制限(öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung)이란 특정한 公益事業의 需要 또는 公益上 필요한 특정한 物件의 效用을 확보한다는 內容의 公益目的을 위하여 특정한 財産權에 과하여지는 公法上의 制限으로서의 負擔을 의미하는바, 이러한 公用制限에는 地域指定등에 의하여 당연히 效果가 發生하는 것과 行政廳의 行政處分 예컨대, 許可등이 있는 경우에 구체적인 行爲를 할 수 있음에도 불구하고 行政廳이 當該處分을 하여주지 아니함으로 말미암아 國民이 被害를 입는 경우가 있다(不許可補償, 附款補償 또는 不命補償이라고도 한다).

이와 같이 公用制限에 의하여 發生한 損失에 대한 補償의 範圍에 있어서, 法律은 처음부터 補償에 관한 規定을 두지 않거나 설사 두었다하더라도 一般 抽象的인 規定을 두는 것⁵⁸⁾이 보통이기 때문에 具體的인 개개 事例의 경우에는 결국 補償의 範圍에

58) 道路法 第79條 · 鐵道法 第76條 · 砂防事務法 第10條 · 山林法 第63條等 參照.

관하여 解釋論的 接近을 할 수밖에 없는바, 아래와 같은 解釋上 生活補償을 妨害하지 않는 각종의 法律은 적어도 憲法과 合致되리라 생각된다. 公用制限 法規를 解釋함에 있어 대표적 學說로는 原田尙彦⁵⁹⁾등이 예시한 相當因果關係說 地價低落說 積極的實損說 등의 對立이 있다. 以下에서는 이들 學說과 判例에 관하여 간단히 살펴본 후 生活補償의 관점에서 解釋의 基準을 마련해 보기로 한다. 이것이 곧 憲法上保障된 正當補償의 內容을 判斷하는 基準이 되기 때문이다.

② 學說 ; ㉠ 相當因果關係說 ; 相當因果關係說이라함은 土地의 利用方法의 한정으로 인하여 土地所有者가 損失을 입은 경우에 利用制限行爲와 相當因果關係가 있는 것으로 認定되는 모든 損失을 補償하여야 한다는 見解이다. 즉 積極的으로 들어간 費用(예컨대, 家屋의 増改築禁止의 결과 종전의 營業을 계속할 수 없기 때문에 發生한 移轉費 또는 閉業費등의 損害와 許可 신청을 위하여 실시한 측량이나 設計費用)뿐만 아니라 地價低落 및 계획중의 장래에 얻을 수 있는 利益의 상실도 相當因果關係의 範圍에서는 補償의 對象이 된다고 하여 補償의 範圍를 가장 폭 넓게 解釋하고 있다. 不級審判決중에는 이러한 立場을 지지한 判決예가 나타나고 있다. 예컨대 都市計劃區域內에 있음을 理由로 建築을 拒否한 事例가 있어서 代替地를 賃貸하기 위한 費用相當액의 補償을 명한 判例⁶⁰⁾ 및 장래 누릴 수 있는 賃貸科나 權利金을 補償額에 포함시킨 判例⁶¹⁾가 있다. 그러나 이 견해는 補償額이 所有者의 主觀的 意圖나 私慾에 의하여 변동하기 때문에 客觀的 사정이

59) 原田尙彦, 『公用制限における補償基準』— 古都保存法 · 自然公園法の補償を中心として —, 公法研究 第二十九號, 1967.

60) Oberlandesgericht Karlsruhe, Zivilsenat in Freiburg(BGHZ, 30, 339).

61) Kammergericht Berlin(BGHZ, 37, 271).

곤란하며 또한 通常發生하는 客觀的인 財産權의 損失을 填補한다고 하는 通損補償의 原則에도 違反된다고 한다. 聯邦最高裁判所는 위 不級審判決을 과기하고 『損失補償은 損害賠償은 아니기 때문에 侵害의 結果 發生한 經濟的 損失全部를 補償할 必要는 없고 侵害에 의하여 가하여진 財産的 기초의 喪失(Substanzverlust)만을 補償하면 족하다한다.⁶²⁾ ㉠ 地價低落說 ; 地價低落說이라 함은 土地의 利用制限으로부터 發生한 土地 利用價値의 客觀的 低下를 地價의 低落으로 파악하고 이러한 地價의 低落(Minderung des Bodenswertes)⁶³⁾分을 補償하여야 한다는 見解이다. 損失補償制度의 認定理由는 앞의 損失補償의 根據에서 살펴보았는바, 역시 주가 되는 認定趣旨는 財産權保障의 思想에 立脚하고 있다고 할 것이다. 그렇다면 그 補償은 利用制限에 의하여 土地所有權 그 자체에 갖게 되는 侵害 즉 土地價値의 下落에 대하여 支拂되는 것이 相當하다고 생각된다.⁶⁴⁾ ㉡ 積極的實損說 ; 積極的實損說이라 함은 公用制限에 의해 現實적으로 지출된 費用(예컨대, 家屋의 增·改築禁止의 結果 중진의 營業을 계속할 수 없기 때문에 發生한 移轉비 또는 廢業費등의 損害와 許可 申請을 위하여 실시한 測量이나 設計費用)등만 補償하면 되며 地價의 低落分이라던가 逸失利益은 補償의 對象에서 除外된다는 見解이다. 이 見解는 從來의 行政實務에서 채택한 것이기는 하나 다음과

62) BGHZ, 37, 274.

63) Vgl. BGH, 1959.6.25. (BGHZ, 30,338), BGH, 1962.6.4(BGHZ, 37,269).

64) 派生的이고 附帶的인 實損만을 補償의 對象으로 한다면 이는 도저히 土地所有權의 侵害에 대한 補償이라고는 할 수 없을 것이며 각기의 土地의 形狀 및 位置등에서 當該 土地의 客觀的 開發 可能性을 個別的으로 인정하고 利用制限에 의하여 야기되는 地價의 下落을 合理的으로 計算하여 그 것을 補償할 수밖에 없을 것인바, 이는 獨逸의 通說의 見解인 것이다. 獨逸 現行의 聯邦建築法 41條도 基本的으로는 이러한 立場에 서있다. Vgl. Knaup/Ingenstau, Bundesbaugesetz mit Kommentar, S. 97. 뿐만아니라 英國에서도 基本的으로는 同一하다. See. D. Heap, An Outline of Planning Law, eighthed.,(1986), p.142.

같은 점에 있어서 批判을 받는다. 즉 日本의 現行法은 『指定하였을 때 이미 착수하고 있는 行爲』에 대하여는 制限을 받지 않는다. 라는 明文의 規定⁶⁵⁾이 있기 때문에 現實적으로 지출된 費用 즉 實損은 매우 드물었으며 따라서 그러한 이례적인 損失을 通損으로 하는 것은 理論的 矛盾일 수밖에 없다.

③ 判例의 태도 ; ㉠ 이에 관하여는 判例가 대단히 적다. 그러나 轉石이나 土石의 採取의 不許可 處分을 받은 자가 逸失利益의 補償을 請求한 事案의 다음 두件이 判決이 意味가 있다고 생각된다. ㉡ 東京地裁 昭五二(ワ)五六〇六號, 昭 57.5.31. 民二部判決要旨.(棄却)⁶⁶⁾ ; 自然公園法の 制限도 態樣여하에 따라서는 특정한 財産權의 本質을 侵害할 수도 있을 것이고 특정한 財産權의 效用과는 無關係하게 우연히 과하여진 것도 있을 수 있으므로 同法上의 利用制限을 모두 財産權의 內在的 制約이라고 보는 것은 적당하지 않으며 權利의 박탈이나 종래의 利用方法을 변경시키는 경우에 한하여 補償을 필요로 한다는 식으로 依義로 解釋할 것은 아니다. 다만 本事件에 있어서는 不許可 處分에 의하여 地價가 低落한 證據가 없고 대량의 轉石을 채취하여 自然을 파괴하기 위한 申請인 것으로 보여지므로 이는 申請權의 濫用으로서 도저히 認定될 수 없는 것이다. 따라서 본 判決은 一見 상기한바 原田尙彦의 地價低落說을 채택하고 있음을 알 수 있다. ㉢ 東京地裁 昭五六(行ウ)二九號, 昭 61.3.17. 民二部判決要旨.(棄却)⁶⁷⁾ 自然公園法の 制限은 當該 土地所有權自體에 內在하는 社會的 制約의 구체화이며 通常發生하는 損失이란 이 內在的

65) 日本 自然公園法 17條 3項 但書 參照.

66) 判例時報 1047號 73頁 參照.

67) 行政判例集 37卷 3號 294頁 ; 判例時報 1191號 68頁 ; 公務月報 32卷 10號 2304頁.

制約을 넘어서 特別한 犧牲으로서 當該 財産權에 가해진 制限에 의하여 發生하는 損失 예컨대 첫째, 자연공원으로서 지정되기 이전의 當該土地의 用途와 연속성을 가지며 혹은 그 종전의 用途에서보아 예측하는 것이 가능한 듯한 當該 土地의 利用行爲를 制限 받았음으로써 發生하는 損失 둘째, 當該 利用行爲에 따른 현상의 變更이 그 土地가 自然公園으로서 지정되어 있는 趣旨와 調和시키는 것이 기술로 가능함에도 불구하고 그 利用行爲를 制限 당함으로 인하여 發生한 損失 셋째, 그 밖에 離作科物件 移轉費등 예기치 못한 費用을 현실적으로 支拂할 수밖에 없었던 경우에 있어서의 그 積極의이고 현실적인 費用 지출에 의한 損失을 지적하는 것이다. 따라서 본 判決은 積極的實損說을 채택하고 逸失利益설을 배척하고 있음을 알 수 있다.

㉔ 上記한바 兩 判決의 評價 위 두건이 判決은 一見 대립하는 것으로 보여진다. 즉 ㉓의 경우에는 內在的 制約說을 취하지 않는 반면 ㉔의 경우에는 內在的 制約說을 취하고 있기 때문이다. 그러나 ㉔의 경우를 보면 事實上 支拂한 費用(實損)의 補償을 認定하고 있음을 알 수 있으며 ㉓의 경우를 보면 逸失利益이 있는 경우에 이것이 補償의 對象으로 되지 아니할 뿐 아니라 이 事件에 있어서 결국은 申請權의 濫用이라는 財産權 內在的 制約說에 가까운 論法을 취한다고 생각되기 때문에 그 차이는 그렇게 크다고는 생각되지 아니한다. 단지, 접근방법의 차이만 있는 것이 아닌가 생각된다.

④ 結 ; ㉓ 地價低落說의 妥當性 ; 생각건대, 公用制限의 對象인 財産權概念을 어떻게 이해하느냐가 補償範圍의 관건인 것으로 보인다. 즉 財産權概念을 歷史의 發展法則에 根據하여 社會科學的으로 認識하는 本人의 立場에서 볼 때 財産權制限의 結果

그 시대 그 사회에 존재하는 국민의 재산권에 미칠 사실상의 효과(예컨대, 재산권의 제한의 결과 재산권의 본질을 이룬다고 생각되는 私的利用性내지는 使用價値와 處分機能 交換價値를 侵害하였는지의 여부) 및 그러한 公用制限行爲가 條理法上的의 諸原則(信賴의 原則내지는 信義則 : 比例의 原則 : 平等의 原則등)을 違背하는지의 여부를 종합적으로 검토하여 公益과 私益을 比較 衡量하여야 할 것으로 생각되는데, 이러한 判斷下에 適法하게 가하여지는 財産權의 公權의侵害行爲는 그것이 곧 廣義의 收用인 것으로서 이러한 收用の 結果 발생한 犧牲은 特別한 犧牲에 該當한다 할 것이며 따라서 이러한 경우에는 憲法 第23條 2項 또는 各個別法規에 의하여 正當한 補償을 支結하여야 할 것으로 생각된다. 결국 위 相當因果關係說은 損害賠償的 學說이기 때문에 불합리하며, 地價低落說은 侵害對象인 財産의 主된 價値가 交換價値인 경우에는 타당하다고 하겠으나 主된 價値가 使用價値인 경우에는 문제가 있다고 할 것이다. 한편 積極的實損說은 經驗則에 의하면 現實的으로 지출된 費用 즉 實損은 매우 드물었으며 따라서 그러한 이례적인 損失을 通損(通常發生할 수 있는 損失)으로 하는 것은 論理的 矛盾일 수밖에 없을 것이므로 이 또한 불합리하다고 할 수 있다. 그러므로 原則的으로 地價低落說의 立場에서 補償을 하되 侵害된 財産이 『小財産(使用價値를 主된 內容으로 하는 財産)』인 경우에는 生存權保障의 측면에서 補償(生活補償)을 해야 할 것으로 생각된다. ㉠ 損失補償方法 ; 위와 같이 地價低落說의 立場에서 生活權을 고려하여 現金補償을 하는 것이 原則이라고 할 수 있으나 다음의 『社會國家에 있어서의 補償의 方法』에서 밝히는바와 같이 現物補償, 買收補償⁶⁸⁾, 國債 · 證

68) 이러한 補償方法은 日本(都市計劃法 第52條의 4參照)이나 獨逸(建築法典 第40條 9項

券에 의한 補償등⁶⁹⁾이 있을 수 있을 것이다.

5) 社會國家에 있어서의 「補償의 方法」

가) 序—우리憲法 第23條 3項은 『補償은 法律로써 하되...』라고 規定하여 補償의 方法을 法律에 委任하고 있다. 따라서 우리가 상정할 수 있는 法律上的 補償의 方法으로는 現金補償 現物補償 買收補償 國債 · 證券에 의한 補償등이 있을 수 있을 것인바, 이러한 여러 方法중 損失補償이 『金錢』의 형태로 되는 것은 字譜주의의 社會에 있어서는 어느 정도 必然的⁷⁰⁾이라 할 것이므로 社會國家에 있어서도 現金補償이 原則이라하는 데는 의문의 여지가 없을 것이다. 이하 그 밖의 方法에 대하여 살펴 보기로 한다.

나) 現物補償 — 「現物補償이라 함은 金錢에 대신하여 企業者가...損失 또는 損害를 現實的으로 填補하거나 機能을 回復⁷¹⁾케 하는 것이다. 現物補償으로 인한 企業者의 出費는 原則的으로 金錢에 의한 補償의 範圍內的 것」이다. 그러나 現實이 損害에

參照)등에서도 널리 인정되는 制度이다. 한편 美國의 경우에는 『逆收用(Inverse Condemnation)制度』가 認定되고 있는바, 逆收用(Inverse Condemnation)이라 함은 收用機關이 公式的으로 어떠한 種類의 公用收用權을 行使하지 않았다할지라도 政府의 禁止措置에 對하여 行하는 一種의 訴訟行爲를 말한다[United States v. Clarke, 445 U.S., 253,257(1980)]. 우리나라의 경우에도 이러한 制度를 參考할 바 있다고 할 것이다.

69) 그밖에 美國의 경우에는 開發權讓渡(Transferable Development Rights)가 公用制限 특히 土地利用規制의 혁신적인 補償方法으로 등장하고 있음을 주시할 必要가 있다. [이에 대하여 자세한 것은 Selected Checklist on Development Rights Transfer, 32 Record(1977) ; 朴鈞旻, 『美國의 開發權 讓渡制度』, 現代行政과 公法理論, 南河徐元宇 教授華甲記念論文, pp. 731-753]

70) 下山英二, 國家補償法, 現代法學全集 13, 422頁, 1973.

71) 이와 같이 現物補償이란 基本的으로 損失 또는 損害를 填補하거나 機能을 回復하는 즉 原狀回復의 性格을 갖는 補償方法이므로 社會國家의 原理를 前提로한 生活補償의 立場에서 는 지금처럼 原則的인 補償方法이라 할 수 있을 것이다.

대한 原狀回復이기 때문에 金錢補償의 範圍內的 것이 이상적이지만 그렇지 않은 경우에도 過當補償이 되지 않는 경우라면 허용된다.⁷²⁾

다) 買收補償 — 買收補償은 現金補償의 變形으로 볼 수 있는 것으로서, 物件의 使用 기타의 利用制限이 있음으로 인하여 당해 物件의 所有者가 그 物件을 종래의 使用目的에 제공하는 것이 현저히 곤란한 경우에 그 物件의 所有者에게 買收등의 請求權⁷³⁾을 認定하고 이에 따라 企業者가 그 物件을 買收케 함으로써 實質的인 正當한 補償을 도모하려는 補償方法이다. 이러한 補償方法도 한편으로는 現金補償의 變形된 한 態樣이며 다른 한편으로는 社會國家原理를 前提로한 生活補償의 立場에서 주로 강조되는 財產權의 使用價值내지는 利用價值를 保障키위하여 認定되는 補償方法이라고 할 수 있을 것이므로 이 또한 社會國家에서 認定되는 극히 原則的인 補償方法이라고 할 수 있을 것이다.

라) 國債 · 證券에 의한 補償 — (ㄱ) 위에서 언급한바와 같이 資本主義 社會에 있어서는 現金補償이 原則이라하는 데는 의문의 여지가 없다. 現金이라 함은 「通貨 즉 強制通用力을 갖는 貨幣」를 의미하며 따라서 「手票 어음 公債 株券등의 有價證券」은 포함되지 않으므로 一見 國債 證券에 의한 補償은 문제가 있는 것으로 보이는데, 이 경우 補償形態의 問題는 단순한 補償種類의 問題가 아니라 補償의 本質的⁷⁴⁾ 問題로 제기되어야 할 것으로 생각된다. 補償의 本質을 위에서 언급한 바와 같은 社會國

72) 下山英二, 國家補償法, 現代法學全集 13, 424頁, 1973.

73) 土地收用法 第48條 1項 2項, 같은 法 第49條 2項 내지 4項, 航空法 第82條 4項등.

74) 下山英二, 國家補償法, 現代法學全集 13, 422頁 參照, 1973.

家 的 理 念을 前提로한 生活權保障說로 파악하는 本人의 立場에서 볼 때 現行 土地收用法 第45條 第5項, 第6項 및 같은 趣旨의 公共用地的 取得및 損失補償에 관한 特別法 第3條의2는 大단히 合理的인 立法이라고 생각된다. 이에 대하여 구체적으로 살펴본다.

(ㄴ) 土地收用法 第45條 5項은 『…企業者가 國家 地方自治團體 韓國土地開發公社 기타 大統領令이 정하는 政府投資機關및 公共團體인 경우로서 다음 各號의 1에 해당되는 경우에는 당해 企業者가 발행하는 債券으로 지급할 수 있다. 1. 土地所有者 및 關係인이 원하는 경우 2. 大統領令이 정하는 不在不動產所有者의 土地 또는 非業務用土地로서 補償金이 大統領令으로 정하는 一定金額을 초과하는 경우 그 초과하는 金額에 대하여 補償하는 경우』라고 規定하고 있으며 6項은 『第5項의 規定에 의하여 債券으로 지급할 경우에는 正當한 補償이 될 수 있도록 債券의 償還期限 利率 등을 정하여야 한다. 이 경우 償還期限은 5年을 넘지 아니하는 範圍內에서 정하여야 하며, 利率은 債券發行 당시 1年 만기 定期預金 金利水準 이상이어야 한다.』라고 規定하고 있다. 이 條項의 債券補償規定이 憲法上的 正當補償의 原則에 부합되는가. 위 條項의 憲法的 價値判斷을 함에 있어서는 基本權制限 立法의 合憲性判斷이하는 一般論(憲法 第37條 2項)과 正當補償의 原則을 規定한 憲法 第23條 3項및 社會國家原理라는 憲法의 基本理念을 고려하여 종합적으로 判斷하여야 할 것인바, 具體的으로는 다음의 3가지 점에서 論議 될 수 있을 것이다. 첫째, 財產權制限 立法의 目的 ; 위 法 第45條 5項 2號및 6項에 의하면 財產權制限의 對象이 「不在不動產所有者의 土地 또는 非業務用土地」인 경우에 限定하여 일정한 要件下에 債券補償이 認定되

고 있음을 알 수 있는바, 「不在不動產所有者的 土地 또는 非業務用土地」에 대하여 社會科學的으로 現實的인 認識을 함에 있어 土地財產權을 歷史的 發展法則에 따라 이해하면 오늘날의 土地財產權이란 社會性이 강한 大財產과 社會性이 약한 小財產으로 區分이 可能할 것이므로 위 「不在不動產所有者的 土地 또는 非業務用土地」가 大財產(交換價值만을 主 目的으로 하는 財產)에 포함됨은 자명할 것이다. 그렇다면 이러한 土地 財產權은 收用的 결과 지급된 補償金이 投機資金化하여 土地市場의 攪亂要素로 作用할 可能性이 매우 크다고 봄이 相當할 것이므로 이를 방지하기 위하여 제정한 위 制度는 公共福利를 지향한 合理的 制度로 볼 수 있을 것이다. 둘째, 財產權制限의 對象(「不在不動產所有者的 土地 또는 非業務用土地」의 明確化問題) ; 위 土地 財產權은 收用的 결과 지급된 補償金이 投機資金化하여 土地市場의 攪亂要素로 作用할 可能性이 큰 大財產인바, 이들을 範圍를 확정키 위하여는 地方說法 施行令 第79條의3 第2項을 원용하여 「事業認定日 現在 당해 지역에 1年이상 居住하지 않는자를 不在不動產所有者」로 볼 수 있고 法人說法上的 非業務用判定旗準에 따라 企業의 非業務用土地를 특정할 수 있을 것이므로 「不在不動產所有者的 土地 또는 非業務用土地」의 概念은 明確하다고 할 수 있을 것이다. 셋째, 正當補償原則의 준수여부 ; 위 不在不動產所有者的 土地 또는 非業務用土地는 大財產이므로 社會國家에 있어서는 강한 社會性이 요구되는 財產이다. 따라서 이러한 경우에는 그 補償의 程度뿐만 아니라 補償의 方法에 있어서도 社會性이 要求된다고 할 수 있을 것인바, 그 社會性이 要求되는 程度는 資本主義國家에서의 補償方法이 原則上 現金補償임을 비추어 볼 때 大財產에 대한 補償의 경우에는 현실적인 現金補償이

아닐지라도 쉽게 現金化가 가능할 것을 그 上限으로 한다고 할 수 있을 것이다. 이러한 種類로는 有價證券을 들 수 있을 것인바, 특히 債券에 관하여 본다면 이는 오늘날 資本主義經濟流通의 특색을 이루고 있는 一種의 有價證券으로서 자유롭게 處分이 可能(예컨대, 자유롭게 讓渡가 가능하고 擔保를 통하여 사실상 現金化가 가능하다)하므로 大財産의 收用에 대한 補償方法으로는 合理的이라 할 수 있을 것이다. 다만 問題가 되는 것은 債券의 實質價値의 下落이 있을 수 있음을 고려할 때 일정한 期限經過後의 債券의 現金화가 상실된 財産權의 同種 同價置의 回復이라는 正當補償의 理念에 부합되는가하는 점인바, 이점에 관하여 위 法第45條 5項 2號 및 6項은 補償金의 支結方法으로서 『…不在不動產所有者的 土地 또는 非業務用土地로서 補償金이 大統領令으로 정하는 一定金額을 초과하는 경우 그 초과하는 金額에 대하여 補償하는 경우』에는 『…正當한 補償이 될 수 있도록 債務의 償還期限 利率등을 정하여야 한다. 이 경우 償還期限은 5년을 넘지 아니하는 範圍內에서 정하여야 하며, 利率은 債券發行 당시 1年 滿期 定期預金 金利 水準 이상이어야 한다.』라고 하여 收用의 對象이 大財産인 경우 그 補償額이 一定額을 초과하는 경우라면 이는 社會性이 강하게 요구되는 財産으로서 債券補償이 가능하되 正當補償이 될 수 있도록 定期預金 金利水準 이상의 利率을 정하여야한다고 規定하고 있으므로 社會國家의 補償方法으로는 대단히 合理的이라 할 수 있을 것이다. (c) 結局 現行 土地收用法 第45條 第5項 · 第6項 및 같은 趣旨의 公共用地的 取得 및 損失補償에 관한 特例法 第3條의2는 合憲의인 立法이라고 생각된다.

V. 結

1. 우리 憲法 第23條는 『① 모든 國民의 財産權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 定한다. ② 財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야 한다. ③ 公共必要에 의한 財産權의 수용·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하도, 正當한 補償을 지급하여야 한다.』라고 하여 私有財産權을 保障하고 있다. 그러나 憲法현실을 보면 위와 같은 憲法規定이 있음에도 불구하고 財産權을 侵害하는 規定만 있을 뿐 補償規定이 없는 경우가 있는가 하면 각개 法律에 補償金額의 산정기준이 명규되어 있기는 하나 이것이 곧 憲法 第23條 3項의 正當補償에 해당한다고 볼 것인가의 問題가 발생하는 경우가 있을 것이다. 이러한 경우 그러한 法律은 과연 憲法的 判斷을 어떻게 받아야 하는지. 물론 憲法的 判斷을 하기 위하여는 審判의 對象이 되는 法律이 특정되어야 하는 것이지만 憲法的 判斷의 大前提인 憲法은 하나인 것이므로 앞으로 발생할 각종 財産權關係 法律의 違憲與否審判을 위한 理論的 基礎로서 憲法上の 財産權이란 어떠한 內容의 補償이 필요한 것인지를 분명히 할 必要性이 있다. 이러한 과제를 해결하기 위한 方法論으로는 比較法的考察·目的論的考察·法社會學的考察 및 機能論的考察方法등이 있을 수 있으나 여기서서는 우리 憲法의 財産權規定이 Bonn 基本法 第14條의 規定을 계수한 것으로 볼 수 있을 것이므로 Bonn 基本法 第14條에 대한 判例와 思考方法에 대한 論議를 중심으로 하여 歷史的發展過程에 따라 社會科學的으로 財産權概念을 認識(機能論的 接近)함으

로써 위 課題를 檢討하였다.

2. 위와 같은 方法論에 따라 검토할 때 憲法을 기초로 하여 財產權을 생각한다고 하는 것 즉 『憲法上の 財產權』의 概念을 認定한다고 하는 것은 財產權에 관하여 憲法上 獨自的인 論理가 움직이는 것을 認定하는 것에 귀착하고 그것은 환언하면 天賦不可侵의 人權으로서 財產權과 民主政原理 · 社會國家原理와의 調和的共存을 추구하는 것에 귀착한다고 생각된다. 구체적으로 양자가 조화되는 財產權은 「人格的自由를 위한 不可缺의 前提로서의 財產權」에 한정될 것이므로 이러한 財產權은 立法 · 行政 · 司法등 모든 公권력적 행위로부터 강력히 보호되어야 하는 財產權으로 보인다.

3. 위와 같은 財產權은 다음과 같이 對象 · 性質 · 主體가 多元的인 性格을 갖고 있는 것으로 보이며 따라서 財產權保障의 문제를 생각함에 있어서도 구체적인 경우에 적응하여 多元的으로 생각하여야 할 것으로 보인다.

① 社會的法治國家(社會國家)에 있어서 損失補償問題를 생각함에 있어 侵害의 對象인 財產은 그 種類가 극히 多樣하므로 財產權 또한 多樣하며 따라서 이에 대한 올바른 法的 處理를 하기 위하여는 財產自體를 區分할 필요가 있는바, 그 區分肢는 「大財產」과 「小財產」이며 區分根據는 使用價値를 主目的으로 하는 財產인가 혹은 交換價値를 主目的으로 하는 財產인가의 여부이다. 「大財產」은 交換價値를 主目的으로 하는 財產으로서 이 경우에는 대폭 제한하여도 무방하지만(물론 財產權의 本質을 侵害하지 않는 限에 있어서의 制限) 「小財產」인 경우에는 國民의 生存내지는 人格的 自由와 관련된 比較的 社會性이 약한 財產이므로 社會國家에서도 강하게 존중되어야만 하는 財產이다.

② 財産權의 權利로서의 성격은 天賦不可侵의 人權으로 부터 나오는 防禦權의 性格 및 民主政原理로부터 나오는 參與權의 性格이 있다고 생각된다. 防禦權의 性格이란 財産權에의 國家의 介入을 배제하는 權利이며 參與權의 性格이란 財産權의 節次面에서 구성 즉 財産權의 規制過程에의 參加의 權利를 의미한다.

③ 憲法에 의한 人權으로서의 財産權의 保障이 人格的自由의 保障을 위하여 행하여진다고 생각된다면 財産權者의 人格的自由와 직접관계되는 것이 아닌 財産이라 할지라도 財産權者이외의 다른 사람의 人格的自由와 강한 관련을 갖고 있다면 그 財産을 이용하는 자에게 대하여도 일종의 財産權者로서의 地位를 認定하고 그와 같은 財産에 있어서는 所有權者인 財産權者와 利用者로서의 財産權者와의 사이의 合意에 기하여 그 運用이 이루어져야 한다고 생각된다.

4. ① 社會國家의 立場에서 財産權의 保障 — 즉 正當補償의 問題 — 을 생각한다면 『社會通念 내지는 社會概念이란 用語를 개입시켜 그때 그때의 社會觀念에 비추어 客觀적으로 합리적이고 공정타당한 보상을 하여야 한다는 相當補償說(合理的 補償說)이 타당하다고 생각된다. 이것은 종래 相當補償說과 完全補償說이 동일한 특징의 事案을 염두에 두고서 演繹的 一般抽象적으로 兩說의 優劣을 가리던 형태에서 벗어나 歸納的으로 財産權이 구체적으로 어떠한 機能을 하는가를 진제로 하여 그 機能의 優劣에 따라 生存的財産과 非生存的 生産으로 兩分하여 前者의 侵害가 있는 경우에는 生活權保障의 측면에서 侵害對象인 財産의 財産의 價置(交換價値) 이상의 補償을 要하고 非生存的財産의 侵害가 있는 경우에는 財産의 價置를 하회할 수도 있다는 생각방법이다.

② 正當補償의 意味를 위와 같이 生活補償의 意味로 생각한다면 결국 生活補償을 明文上 또는 解釋上 방해하지 않는 각종의 法律은 적어도 憲法과 合致될 것이라고 생각된다.⁷⁵⁾ 그렇다면 憲法과 合致하는 法律등은 어떠한 것이 있는지 예시적으로 간단히 살펴보면 다음과 같다. 土地收用法上의 殘地補償(같은法 47條) 移轉科補償(같은法 49條1項) 營業上損失의 補償(같은法 51條) 및 『公共用地的 取得및 損失補償에 관한 特例法 施行規則』上의 住居價値의 補償(같은법 10條 5項) 住居用建物の 最低補償(같은法 5條의 9) 零細土地에 대한 加算金制度(6條의 3) 移農費補償(같은法 29條 1項) 貫入者에 대한 住居對策費補償(같은法 30條의 2) 無許可 또는 無申告漁業者에 대한 住居對策費補償(같은法 25條의 3의 2項) 과 現行 土地收用法 第45條 第5項 · 第6項 및 같은 趣旨의 公共用地的 取得및 損失補償에 관한 特例法 第3條의2 등이 적어도 憲法과 合致하는 法律로 보인다. 특히 『公共用地的 取得및 損失補償에 관한 特例法 第3條의2』는 債券補償에 관한 規定으로서 生活補償을 인정한 대표적인 合憲의 法律로 볼 수 있을 것인바, 이러한 內容의 補償등이 憲法上의 正當補償의 內容이 되리라 생각된다.

75) 환언하면 生活補償을 明文上 또는 解釋上 방해하는 각종의 法律은 적어도 憲法과 不合致한다는 말이 된다.

시청자의 법적 지위와 권리

金 鍾 書
研究員

- 目 次 -

I. 머 리 말

II. 시청자의 개념과 법적 지위

1. 시청자의 개념
2. 시청자의 법적 지위

III. 시청자의 권리=시청자권

1. 시청자권의 법적 근거
2. 시청자권의 법적 성격
3. 시청자권의 주체
4. 시청자권의 내용

IV. 맺 는 말-시청자권의 실현을 위한 운동과 규범의 결합

I. 머 리 말

자유민주주의의 기본원칙의 하나는 사람들이 자유롭게 말하고 들을 수 있는 언론 자유를 보장해야 한다는 것이다. 따라서 정부의 언론정책은 당연히 국민의 언론자유를 신장하는 방향으로 이루어져야 한다. 그러나 유감스럽게도 자유민주주의를 헌법의 기본원리로 선언하고 있는 우리 나라에서 역대 정권의 언론정책은 언론자유를 신장이라는 면보다는 언론기관의 통제에 항상 중점을 두었다.¹⁾

이러한 국가권력의 언론통제는 헌법학의 차원에서는 그 반작용으로서 언론자유와 본질과 그 제한 및 한계에 관한 이론들을 발전시켰고 언론자유와 절대성을 옹호하는 사상들을 중시하는 결과를 낳는 등 이론적 발전을 가져오기도 하였다. 그러나 언론자유 이론은 국민의 언론자유에 대한 국가권력의 통제를 주된 대상으로 하는 것이었고 그 초점은 국민의 의사를 대변하는 것으로 상정된 대중매체의 자유를 회복하는데 맞추어진 까닭에²⁾ 사회 내에서 대중매체의 위상을 한층 드높였지만, 상대적으로 대중매체와 국가권력의 밀착상태라는 새로운 문제는 간과하고 말았다.³⁾ 이제 언론의 자유는 오로지 언론매체와, 그에 접근할

-
- 1) 이효성, 『한국사회와 언론』, 아침, 1993, 49~53쪽 ; 한국사회언론연구회, 「1980년대 한국 언론정책의 성격」, 학술단체협의회 편, 『1980년대 한국사회와 지배구조』 (제2회 학술단체 연합 심포지엄), 풀빛, 1989, 179~181쪽 참조.
 - 2) 따라서 여기서는 대중매체와 시민은 일체가 되어 국가에 의한 언론탄압과 맞설 수 있었다고 한다. 堀部政男, 「マス・メディアと市民」, 『言論とマスコミ』 (法學セミナー増刊), 日本評論社, 1978, 194~195쪽.
 - 3) 방송에 대한 규제는 차차 탈규제 쪽으로 나아가고 있는데 대표적인 사례로는 미국에서 방송규제의 대원칙으로 자리잡았던 ‘공정성의 원칙’(Fairness Doctrine)이 폐기된 것을 들 수 있다. 공정성의 원칙의 폐기 과정과 탈규제의 현황에 대해서는 Sterling, C. H., *Stay*

수 있는 일부 가진 자들만의 전유물로 전락하고 만 것이다.

언론의 자유가 곧 대중매체의 자유가 되어 버린 이런 상황에서 국민은 국가권력과 대중매체가 내놓는 정보를 수동적으로 받아들일 수밖에 없는 단순한 정보수령자로 전락하고 말았다.⁴⁾ 이런 현상은 헌법이론의 차원에서는 고전적인 사상의 자유시장론이 사상의 독과점시장 이론으로 변질되었음을 의미하며⁵⁾ 이제 주권자인 국민은 그 시장에 참여할 길이 봉쇄되어⁶⁾ 극단적인 행동 즉 불법적인 행동으로써만 자신의 의사를 외부에 전달할 수 있게 되었다. 언론자유에 관한 무수한 이론들은 결국 대중매체에만 유용한 것이 되고 말았고 국민들의 주체적 의사표현행위는 범법행위로 처벌을 받는 모순된 상황이 계속되고 있다. 게다가 20세기 과학 · 기술의 발전은 대중매체의 독점과 집중을 더욱 가속화시켜 이제 대중매체가 단순히 권력과 밀착하는 단계를 넘어서서 그 자체가 하나의 권력으로 전화되는 양상이 나타나게 되었다.⁷⁾ 바꿔 말하자면 국민으로서는 자유를 억압할 위험이 있

Tuned. A Concise History of American Broadcasting. 2nd ed.(Belmont : Wardsworth Publishing Company, 1990), 521~525쪽 참조.

- 4) 20세기 자본주의사회가 고도로 발전하면서 미디어의 집중화 및 독점화가 강화되었고 이에 따라 국민의 미디어로부터 소외되는 현상이 나타나 국민과 미디어 사이에 일종의 호환성이 사라지게 되었다고 한다. 그리하여 이제 미디어와 국민은 각각 정보송신자와 정보수령자가 되고 양자 사이의 분리현상이 현저해져서 마침내 송신자와 수령자라는 두 계층이 생겨나게 되었다고 한다. 그 결과 미디어와 국민 사이에는 자본가와 노동자의 관계에서 볼 수 있는 바와 같은 일정한 대항관계가 나타나게 되었고 이에 따라 이제 언론의 자유를 둘러싼 상황도 '미디어= 시민 대 국가'라는 2극구조로부터 '국민 대 미디어 대 국가'라는 3극구조로 이행되는 특징이 나타나게 되었다고 한다. 박형상, 「언론으로부터의 자유와 법적 대응」, 김동민 편, 『언론법제의 이론과 현실』, 한나래, 1993, 194쪽; 山田實, 「マス・メディアへのアクセス権」, 稲葉三千男 편, 『メディア, 勸力, 市民』, 青木, 1981, 231~232쪽; 堀部政男 「マス・メディアと市民」, 195쪽.
- 5) Barron은 “ 언론의 자유에 대한 우리들의 접근은 사상의 시장이 자유롭게 접근될 수 있으리라는 낭만적인 환상에 의해 운영되어 왔다”고 한탄하면서 사상의 자유시장에 대한 흠즈의 웅변적 서술은 현실이 아닌 이상을 묘사한 것이라고 하였다. Jerome A. Barron, 김병국 역, 『누구를 위한 언론자유인가』, 고시계, 1989, 328쪽.
- 6) 김동민, 「편집권과 언론에 대한 국민의 권리」, 『언론법제의 이론과 현실』, 220쪽.
- 7) 松井茂記, 『「マス・メディアと法」入門』, 弘文堂, 1988, 317쪽. 여기서는 매스 미디어 산

는 또 하나의 권력 앞에 직면하게 된 것이다.⁸⁾

이와 같은 국민의 지위변화 즉 주권주체이자 언론자유 주체였던 국민이 단순하고 수동적인 정보소비자로 바뀌었다는 사실은 언론자유 이론에 일대 수정을 요구하는 것이다. 그러나 이에 대한 헌법학의 대응은 여전히 대중매체를 언론의 자유의 중심점에 두고 「명백하고 현존하는 위협의 원칙」이니 「우월적 지위의 이론」이니 하는 낭만적 구호에만 매달려 있는 형편이다.⁹⁾

새로운 언론자유 이론의 필요성은 방송⁹⁾의 경우에 특히 크다. 우선 방송은 주파수의 영향을 받기 때문에 인쇄 미디어와 같이 어느 특정 소수인이 이를 소유할 수 없는 성질의 것이다. 마치 물과 공기가 국민 전체에 속하는 것과 마찬가지로 주파수를 이용하는 방송도 국민의 공유물로 보는 것이 타당하다.¹⁰⁾ 즉 방송은 이러한 기술적 특수성으로 인하여 그에 대한 공익적 요구도 더 커지는 것이다.

한편 방송은 일반 기업의 형태로 운영되면 따라서 당연히 경쟁과 이윤동기의 지배를 받는다. 특히 상업방송의 경우에

업은 말하자면 ‘사회적 권력’으로서 국민 앞에 나타나며, 매스미디어가 일법·행정·사법과 나란히 제4의 권력이라고 불리는 것이 이를 잘 보여준다고 한다.

- 8) 대중매체는 시민들의 여론과는 무관하게, 더러는 목살하면서 일반적으로 여론을 조성(작)하여, 대중매체는 더 이상 시민의 표현수단이 아니며, 지배계급의 이데올로기적 도구요, 헤게모니 기구가 되어 버렸다고도 한다. 김동민, 「언론법제연구의 새로운 관점」, 『언론법제의 이론과 현실』, 17쪽.
- 9) 물론 이러한 이론들이 전혀 무용한 것은 아니며 국가권력에 의한 표현의 자유 침해가 이루어지고 있는 상황에서는 여전히 중요한 의미를 갖는다. 그러나 적어도 시민과 권력화된 대중매체의 관계를 해명하는 데에는 거의 기여하지 못한다고 할 수 밖에 없다.
- 9)-1) 이 글에서 방송이라 할 때에는 오로지 TV방송만을 뜻하며, 라디오 방송과 교육방송 등의 특수방송, 그리고 종합유선방송(CATV)이나 직접위성방송(DBS) 등 이른바 뉴미디어(New media)에 의한 방송은 그 대상으로 하지 않는다. 즉 우리가 매일 시청하는 KBS, MBC, SBS TV만을 대상으로 한다.
- 10) 주파수의 유한성에 비롯되는 방송의 이러한 공공성은 일반 인쇄매체와는 달리 방송에 대한 국가의 통제를 더욱 강하게 요구하는 요인이 된다. 이상철, 「방송규제의 이론적 근거」, 『언론중재』, 1984. 6, 8쪽; Barron, 『누구를 위한 언론 자유인가』, 149쪽.

는 인쇄매체와는 달리 수입의 전부 혹은 대부분을 광고에 의존하며 이는 시청률 경쟁과 이에 따른 전반적 방송내용의 저속화를 가져오게 되며, 방송의 상업성을 지배하는 것은 자본의 목소리다. 그런데 사회의 대부분 정보는 국가와 언론기관에 독점되어 있으므로 ‘사상의 자유시장’은 ‘사상의 자본독과점시장’으로 전화되고 방송은 자신의 뛰어난 정보력을 무기로 하여 여론을 지배하려 한다. 즉 방송의 상업성은 권력화를 낳는다. 상업성을 매개로 한 방송의 권력화는 민주정치에 핵심이 되는 여론의 왜곡을 낳는 까닭에 여론의 주체인 국민의 통제가 필요해진다.¹¹⁾

또한 방송은 시청자에게 집단적으로 동시에 전달되고 화면을 통하여 훨씬 생생하게 전달되는 까닭에 일반 인쇄매체에 비하여 그 효과나 영향력이 비할 바 없이 크며¹²⁾ 시청자들로서는 TV를 끄거나 다른 곳으로 채널을 돌리는 방법 이외에는 이를 회피할 방법이 없다는 점에서 시청자의 선택의 폭이 그만큼 좁아진다. 즉 좋은 싫든 시청자는 일단 TV를 켜 이상에는 그것으로부터 전혀 자유로울 수 없는 것이다. 요컨대 방송은 누구에게나 무차별적으로 전달되며 특히 보도의 경우 그 영향은 거의 절대적이므로¹³⁾ 방송에는 인쇄매체에 비하여 더 큰 공익적 요구가 작용한다.

-
- 11) 방송규제의 근거에 관한 이론으로는 전파 공공소유론(public ownership), 희소성이론(scarcity theory), 매체특성론(media difference concept) 그리고 공공신탁론 또는 대리론(fiduciary or proxy theory)등이 있다. 이상에 대한 논의는 W.E. Francois, *Mass Media Law and Regulation*, 4th ed.(New York : Macmillan Publishing Co., 1986), 523~525쪽 참조.
 - 12) 이러한 방송의 영향력은 그 광역성, 신속성, 용이성 등에서부터 나오는 것이다. 한진만, 「텔레비전 프로그램 내용의 다양화 분석」, 『방송연구』, 1990 여름, 207쪽.
 - 13) 석간으로 발행되던 동아일보가 1993. 4. 1부로 조간으로 전환한 가장 큰 이유는 텔레비전 방송의 영향으로 석간으로는 도저히 독자를 확보할 수 없다는 것이며 이는 텔레비전 방송이 시작된 후에는 다른 매체는 거의 영향력을 발휘할 수 없음을 단적으로 보여준다.

대중매체가 언론자유에 중요한 주체임은 두말할 필요도 없이 자명한 것이지만 그것은 대중매체가 국민의 의사를 전파하는 통로, 즉 매체로서 기능할 때에 한하는 것이며, 이미 그것이 권력화하였을 때에는 대중매체의 자유를 언론자유로 보는 것은 언론자유에 본질과 부합되지 않는다. 권력화한 언론에게 언론의 자유를 주는 것은 권력자에게 또 하나의 칼자루를 쥐어주는 것이나 다름없기 때문이다. 이제 대중매체는 언론자유에 주체로서가 아니라 언론자유에 대립물 즉 하나의 권력으로 다루어져야 한다. 이 새로운 권력과 대립점에 서는 것은 ‘생애적’ 표현주체인 인간, 그 집합체로서 시민과 국민이 될 수밖에 없고 여기에서 국민의 대중매체 통제에 그 정당성을 획득하게 된다.

이 글은 이러한 인식을 바탕으로 방송에 대한 시청자의 통제권을 확립하기 위한 전제로서 시청자의 법적 지위와 권리를 밝히는 것을 목적으로 한다.

II. 시청자의 개념과 법적 지위

1. 시청자의 개념

시청자라는 용어는 일반적으로 “TV방송을 보고 듣는 사람”이라고 정의할 수 있다. 통상 신문방송학에서는 관객과 독자와 청취자 그리고 시청자를 총칭하는 ‘수용자’라는 용어를 사용하면서, 이를 대중이라는 의미에서, 혹은 공중 또는 사회집단이라는 의미에서 또는 시장이라는 의미로 파악하고 있지만,¹⁴⁾ 여기서는

우리 방송법에서 사용하고 있는 시청자라는 용어를 사용하기로 한다. 그리고 시청자라는 용어를 이렇게 일반적인 의미에서 사용하게 되면, 그 개념은 TV수상기 보유나 등록 여부와는 직접적인 연관성이 없다. 그러나 이 글에서는 논의의 편의를 위하여 시청자라는 개념을 좀더 좁은 의미로, 즉 지속적으로 TV방송을 시청할 수 있는 가능성을 보유한 사람으로 한정하고자 한다. 그리고 그러한 가능성을 가진 사람이란 TV수상기를 보유한 사람과 그와 가구를 함께 하는 사람이라고 할 수 있을 것이다.

한편 각국 실정법을 개관해 보면 어떤 법도 시청자에 대한 개념규정을 명문으로 하고 있지는 않다. 단지 방송의 개념을 정의하면서 시청자를 그 본질적 요소의 하나로 규정하고 있는 것이 일반적이다. 이는 시청자가 방송에서 필수적인 구성요소이면서도 그에 대한 독자적인 지위를 부여하고 있지 않다는 것을 의미하며, 방송을 국민의 의사표현의 매체로서 파악한 고전적 언론자유 이론의 입장이 여기에 그대로 반영되어 있다고 할 수 있다. 즉 방송이라는 서비스의 수령자 내지는 소비자라고 하는 것이 각국 실정법이 시청자를 바라보는 기본적 입장이라 할 수 있다. 이러한 시각에는 방송이 하나의 권력이라는 현대적 상황은 전혀 고려되어 있지 않다고 할 수 있다.¹⁵⁾

2. 시청자의 법적 지위

(1) 논의의 필요성

14) 권혁남, 「수용자개념의 변화와 효과이론」, 『방송연구』, 1991 여름, 4~7쪽.

15) 각국의 방송법에 관한 자료로는 방송위원회, 「외국방송법제자료집」, 1989 참조.

방송규제의 경향은 규제에서 탈규제로, 탈규제 중에서도 다시 자율규제 쪽으로 가고 있다.¹⁶⁾ 그리고 이를 언론자유와 주체라는 측면에서 파악하면 언론자유와 중점이 국민 대중(시청자)에서 방송사 쪽으로 옮겨지고 있는 것이라 할 수 있다. 고도정보화사회라고 일컫는 현대사회에서 대중매체 특히 그 중에서도 방송의 중요성은 더 이상 말할 필요도 없는 것이고 따라서 일반 국민 이외에 방송을 의사표현 주체로서 인정하는 것은 당연한 것이지만 이러한 입장에서는 중요한 점이 간과되고 있다. 즉 대중매체인 방송이 더 이상 ‘대중’의 매체가 되지 못하고 있다는 사실이다.¹⁷⁾

여기에서 우리가 생각해야 하는 것은 누가 표현자유와 진정한 공극적 주체이나 하는 문제이다. 위에서 언급한 방송 등 대중매

16) 이러한 탈규제경향의 주된 근거는 이른바 ‘다매체 다채널’ 시대의 도래이다. 즉 공영방송과 다양한 민간사업방송 그리고 외국 지상파방송 등 지상파 방송 자체가 다양해 질 뿐 아니라 종합유선방송, 직접위성방송 등 이른바 뉴 미디어가 발전함에 따라서 방송규제의 핵심적 근거가 되었던 ‘주파수의 희소성’이 사라졌다는 것이다. 물론 이러한 다매체 다채널의 등장은 시청자에게 선택의 폭을 넓힌다는 점에서 긍정적인 것이며 그만큼 방송의 권력분립이 가능해졌다는 의미 부여를 할 수도 있다. 그리고 실제로도 외국 경우 다매체 다채널에 대응하여 시청자들의 시청이 늘어난 채널이나 매체로 분산되는 현상이 나타나고 있다고 한다. 방송위원회, 『92방송편성정책연구위원회 종합보고서』, 1993, 80~88쪽 참조.

그러나 이러한 다매체 다채널 시대의 도래가 지상파 텔레비전에 미친 영향은 결코 바람직한 것이 아니다. 외국의 사례에 비추어 볼 때 다매체 다채널 시대의 도래로 인하여 지상파 텔레비전에서 나타나는 현상은 프로그램의 오락화에 따른 질적 저하, 외국 프로그램의 무차별 침입, 경영수지의 악화와 그 결과로 나타나는 공공방송의 붕괴의 위험성 등이 있다고 한다. 위이 책 89~95쪽. 이는 방송의 가장 중요한 목표가 다양하고 객관적인 정보의 전달을 통한 건전한 여론형성이라는 사실과는 완전히 배치되는 것이다. 그렇다면 결코 다매체 다채널시대의 도래가 방송이라는 권력을 통제할 필요성을 감소시키지는 못한다고 하겠다. 오히려 방송통제의 대상이 현재의 지상파 방송을 넘어서서 뉴 미디어로까지 확장되어야 한다고 하는 것이 옳을 것이다.

17) 이런 상황에서 대중매체에 접근할 수 있는 사람은 돈있고 힘있는 자일 뿐이고, 결국 일반 국민은 극적 효과를 가지는 과격한 전달수단을 선택할 수 밖에 없게 되고 이는 주로 위법행위의 형태로 나타나게 된다. 미국에서 퀘레이론으로 형성되었던 상징적 표현은 이의 한 예라 할 수 있다. 상징적 표현이론에 관해서는 김종서, 「상징적표현이론에 관한 고찰」, 서울대법학석사학위논문, 1986 참조.

체와 대중의 대립은 결국 어느 쪽이 진정한 표현자유의 주체나 하는 문제로 환원할 수 있기 때문이다.

방송은 시청자가 없이는 존립할 수 없다. 또한 방송은 시청자의 의견 수렴을 통한 민주적 여론 형성에 이바지할 것을 목표로 한다. 곧 시청자는 방송 자체의 존립기반이요 그 원천이다. 즉 방송의 세계에서는 시청자가 진정한 표현자유의 주체인 것이다. 이는 바로 방송의 영역에서 시청자가 그 주인이 되어야 함을 말하는 것이 아닌가? 그리고 이것이야말로 방송의 영역에서 가질 수 있는 최고의 규범일 것이다.

그러나 오늘날 어떤 나라의 방송법제에서도 시청자에게 어떤 고유한 법률상의 지위나 권리가 인정되어 있지는 않은데 이는 극히 비규범적이다. 아니 아예 규범 자체가 존재하지 않는 상황이다. 그리고 방송의 권력화가 거의 완성된 지금, 따라서 시청자가 극히 열악한 지위에 처해 있는 지금은 더 이상 이러한 규범 부재 상태를 방치할 수 없게 하고 있다. 시청자가 방송의 주인이 되게 하는 일, 구체적으로 시청자의 법적 지위를 인정하고 그에 합당한 권리를 부여하는 일, 요컨대 규범상태를 회복시키는 일을 바로 현 시대는 요구하고 있다.¹⁸⁾

(2) 기존의 논의들

우선 일반방송사업자, 즉 민영방송의 경우 무선국(방송국)의

18) 국민주권원리에 따르면 방송과 시청자와의 관계는 양자가 동반자일 때 즉 방송이 시청자의 의사를 대변하는 '매체'일 때에는 모두가 국가권력과 대비되는 개념에서 그 권력의 원천으로 대등한 지위에 서지만, 방송이 시청자위에 군림하는 '권력'으로 전화될 때 이제 시청자는 그 권력=정보권력의 원천이 된다. 그렇다면 시청자의 법적 지위와 권리를 확인하고 인정하는 것은 국민주권의 회복이라고 말할 수 있다.

허가를 받아 전파법 및 방송법의 규제하에서 사업경영을 행하고, 방송이 공중이라는 수신자를 직접의 수령자로 하고 있다는 것, 달리 말하자면 서비스의 수급관계가 적어도 사실상은 존재하지만, 그 법률관계에 관해서는 양자 사이에 민법상의 계약이 체결되었다고 볼 수는 없다고 한다. 이는 방송의 시청이 수상기를 설치하기만 하면 가능하고 따라서 어떤 반대급부를 획득하는 것이 실제상 곤란하다는 것, 그리고 민영방송은 광고방송에 의한 수입에 의하여 사업을 경영할 수 있다고 하는 전제가 존재하기 때문이라고 한다. 결국 시청자는 민영방송이 방송국허가인으로서의 권한에 기하여 행하는 방송을 사실상 시청하고 있는데 지나지 않는다는 것이 된다. 따라서 시청자는 계약법상 일반방송사업자에 대하여 당연히 어떠한 청구권도 가질 수 없다고 한다.¹⁹⁾

또한 방송은 기술적 측면 때문에 필연적으로 서비스가 정형화되고 따라서 개개 시청자들마다, 서비스의 내용을 다르게 한다는 의미의 법적 지위를 인정하는 것은 불가능하고, 시청자에게 방송프로그램에 대한 실체적 청구권을 인정하는 경우에는 통상의 서비스의 경우와는 달리 방송프로그램의 편성의 자유라고 하는 방송법상의 문제가 생기는 것도 고려해야 한다고 한다. 해석론적으로 시청자에게 실체적 청구권을 인정하는 것은 실질적으로는 프로그램 편성의 자유에 대한 타율적인 개입을 의미하며 이 점에서는 행정적 개입과 똑같은 형태의 한계가 존재하기 때문이라는 것이다.¹⁹⁾

19) 팽원순, 「매스커뮤니케이션법제이론」, 법문사, 1983, 416쪽; 鹽野宏, 『放送制度の課題』, 有斐閣, 1991, 220쪽

19)-1) 鹽野宏, 위의 책, 220~223쪽.

한편 공영방송의 경우는 시청자와의 법적 관계가 제정법으로 직접 규율되고 있어 다소 문제가 달라진다. 그러나 방송법상 시청자와 공영방송의 관계의 내용은 오로지 수신료에 한정되고 있어 이것만으로는 시청자의 법적 지위는 사실상 공영방송을 시청하고 있는(또는 그 가능성을 보유하고 있는)자로서 수신료의 지불의무를 갖는 자 이상은 아니다. 그러나 수신료는 공영방송 시청의 양에 관계없이 정액이며 공영방송의 업무에 관한 경비는 원칙적으로 수신료 이외에는 없는 점 등에 비추어보면, 실질적으로 수신료는 단순한 대가지불의 의미가 아니라 공영방송의 유지경영을 위하여 충족되는 비용분담적 성격을 갖는 것이라고 할 것이므로 이로부터 시청자의 지위가 도출될 수 있는지가 문제된다고 한다. 그러나 이로부터 바로 일정한 법개념이 해석론적으로 도출될 수 있는 것은 아니며, 단지 방송사업의 특수성에 비추어 공영방송에게 시청자의 의향을 적극적으로 수렴케 하거나 또는 어떤 방법에 의하든 그 참가를 인정할 의무가 있음을 전면적으로 부정해서는 안된다는 것이다.²⁰⁾

이상과 같은 설명에 따르면 시청자는 적어도 방송국과의 관계에서는 어떠한 법적 지위도 갖지 못한다고 볼 수 있다. 단지 허가절차에서 일반행정절차법에 따른 일정한 지위가 인정될 수 있지만 그 경우에도 청문절차 참여권 등이 보장되는데 그치며 직접 허가의 취소 등을 청구할 수 있는 지위는 없다고 한다.²⁰⁾

20) 鹽野宏, 위의 책, 226~228쪽.

20)-1) 이 점에 관해서는 鹽野宏, 위의 책, 230~232쪽 참조. 한편 미국에서는 시청자가 연방통신위원회(FCC)의 재허가처분을 다투어, 이에 원고적격(standing)이 인정된 예가 있다. Office of Communication of United Church of Christ v. FCC, 359 F. 2d 994, 1005(1966). 이 판결에 관해서는 D.H.Ginsburg, *Regulation of Broadcasting. Law and Policy Towards Radio, Television and Cable Communications*(St. Paul, Minnesota : West Publishing Co., 1979), 239쪽과 藤田泰弘, 「米合中國において行政訴訟原告適格の法理」, 『公務月報』 19권 5호, 1973, 136쪽 이하 참조.

또한 시청자의 권리는 국민의 알 권리로도 표현할 수 있을 것이지만 그런 경우의 알 권리는 개개인의 특정의 정보를 받을 수 있는 권리가 아니라 다양한 정보를 공정하게 제시하도록 요구할 수 있는 국민 전체의 권리라고 해석함이 마땅하다고 한다. 결국 시청자의 이익보호를 더 철저히 하려면 방송국을 감독하고 그 자문에 응하도록 되어 있는 방송위원회를 비롯한 각 기관의 대표성을 실질적으로 강화하면서 그 권한을 확대시키는 것이 현실적으로 가장 적합한 방법이고, 또 시청자로서 기대할 수 있는 것은 그것밖에 다른 도리가 없다고 말한다.²¹⁾

그러나 근년에 언론의 자유에 관한 논의에 있어 주된 관심이 송신자의 자유에서 수신자의 자유로 옮겨가는 경향을 보이고 있다고 지적하면서 시청자의 법적 지위 논의의 필요성을 언급한다. 즉 방송제도의 본질적 요소를 구성하고 있는 수용자로서의 시청자가 어떤 법적 지위를 차지하고 있으며, 또 차지해야 하느냐 하는 문제를 법이론적으로 분석하는 것은 방송법제론의 정립을 위해서도 필요한 것이고, 시청자의 지위에 관한 법이론상의 설명이 없이는 어떠한 방송법제론도 완전할 수는 없는 것이 분명하기 때문이라고 하여 그 설명의 불충분함을 인정하고 있다.²²⁾

이러한 문제의식에 동감하면서 시청자의 법적 지위와 권리의 문제를 검토해 보기로 한다.

21) 팽원순, 위의 책, 420~421쪽. 또한 미국의 관례도 시청자 개개인에게는 법률상 방송국에 대해서 특정 프로그램의 방송이나 그 변경을 요구할 수 있는 아무런 권리도 없다는 판단을 내리고 있다. FCC v. WNCN Listeners Guild, 450 U.S.582(1981) ; Muir v. Alabama Educational Television, Commission, 688 F.2d 1033(5th Cir., 1982).

22) 팽원순, 위의 책, 426쪽.

(3) 시청자의 법적 지위

위의 학설들은 주로 방송과 시청자의 표면적 관계만을 강조하여 계약관계의 부재라든가, 시청자가 불특정다수라는 점을 강조하여 시청자의 법적 지위를 부정하고 있다. 그러나 여기에는 중요한 결함이 발견된다. 즉 시청자의 법적 지위를 인정할 필요성은 전파의 유한성과 그에서 비롯되는 방송의 공공성에 연유하고 있는데, 막상 시청자의 지위 논의에서는 이 부분에 관한 논의가 완전히 배제되고 있다는 점을 발견할 수 있다. 방송의 공공성이 부정되고 있는 나라는 없는데, 왜 이를 시청자의 지위 논의에서 배제하고 있는지는 이해하기 힘들다. 이하에서는 방송의 공공성을 계기로 하여 시청자의 법적 지위에 관한 이론구성을 시도해보기로 한다.

① 방송의 주권자

현대의 보편적 이데올로기는 민주주의이고 민주주의는 ‘국민에 의한 통치’를 그 내용으로 하기 때문에 현대민주국가에서 주권의 주체는 마땅히 국민이 아니면 안된다. 즉 현대민주국가의 지도원리는 국민주권주의이다. 그리고 현대의 보편적 이데올로기인 민주주의를 바탕으로 하는 현대 민주국가에서는 민주주의가 국가와 사회의 모든 영역에서 철저히 관철되지 않으면 안된다. 그리고 이는 방송에서도 마찬가지다.

시청자는 방송의 필수적 구성부분이다. 또한 방송은 공공재—즉 시청자의 공유재산—인 전파를 사용하며, 전파의 독점적 사용권은 궁극적으로는 국민(시청자)의 위임을 받은 국가권력의 허가를 받아서만 부여된다는 점에서 시청자는 방송의 존립근거이자 그 실현대상이다. 이는 하나의 국가를 상징할 때 국가권력과

국민과의 관계와 흡사하다. 국민의 국가의 필수적 구성부분이며 국가권력의 원천이요 궁극적 주체이며, 국가권력의 행사는 국민을 위한 것일 때에만 그 정당성이 인정된다. 특히 이러한 현상적 유사성은 방송의 세계에서 국가를 지배하는 지도원리가 그대로 관철될 것을 요구한다.

요컨대, 대한민국의 지도원리가 민주주의를 의미하는 국민주권주의인 이상 방송의 세계에서 민주주의의 원리는 관철되는 것이며, 이는 시청자주권주의²²⁾로 나타난다. 결국 시청자는 전과소유자이자 주권자로 설명할 수 있다. 그리고 이를 시청자 주권의 원리라 부른다면 시청자 주권은 ‘시청자에 의한, 시청자를 위한 시청자의 방송’이라는 형태로 구체화된다.

주권자로서의 국민의 지위를 논할 때 우리는 다음과 같이 이야기한다.

22)-1) 그러나 통상 신문방송학자나 방송국 또는 시청자단체에서 사용하고 있는 시청자주권이란 용어가 헌법상 논의되는 주권개념과 엄밀한 의미에서 동일한 것으로는 보이지 않는다. 주권이라 함은 국가의사를 전반적으로 또 최종적으로 결정할 수 있는 최고권력을 의미하는데(권영성, 『헌법학원론』(신정판), 법문사, 1991 103쪽; 김철수, 『헌법학원론』(전정신판), 박영사, 1992, 119쪽) 그들이 이런 의미에서 시청자주권이란 말을 사용한다고는 보기 힘들다. 단지 시청자가 방송이라는 영역에서 가장 중심적인 위치를 점해야 하며, 방송에 관한 모든 의사결정은 시청자의 의사와 합치하는 한도에서 그 정당성을 인정할 수 있다는 것을 헌법상의 주권개념을 원용하여 강조하고 있는 선언적 표현이라고 볼 수 있다. 예컨대 소비자주권이라고 할 때 그 의미는 소비자가 국가권력의 원천이라는 주권의 본래적 개념이 아니라 상품생산 및 유통관계에서 상품생산 및 유통절차 자체가 소비자 중심으로 하여 전개되어야 한다는 의미에서 사용되는 것과 같은 의미이다.

그러나 본문에서 논한 바와 같이 전과소유자인 시청자와 전과관리자인 방송국의 관계를 생각한다면 시청자주권은 다른 중요한 의미를 갖게 된다. 즉 시청자가 가지는 전과소유권은 그들이 가지는 주권자로서의 지위로부터 비롯되는 것이므로 시청자가 방송의 세계에서 주권을 가진다는 것은 최고의 독립된 권리를 갖는다는 법적인 의미를 가지게 되는 것이다. 따라서 시청자가 방송의 세계에서 주권자의 지위를 가진다는 것은 결국 방송의 공공성의 궁극적 귀착점이 시청자라는 의미에서, 방송국의 공공성 준수 여부에 대한 감독권과 통제권, 그리고 그 관리운영권이 최종적으로는 시청자에게 귀속된다는 것을 의미한다.

“국민주권의 원리를 바탕으로 하는 민주국가의 국민은 국가의사와 국가적 질서에 관하여 최고의 결정권을 가진다.”²³⁾

이를 방송에 적용한다면 다음과 같이 바꿀 수 있을 것이다.

“시청자주권의 원리를 바탕으로 하는 방송의 시청자는 방송에 대한 의사와 방송의 기본질서에 관하여 최고의 결정권을 가진다.”

국민주권의 원리가 구현되는 방식으로는 대의제, 직접민주제, 기본권보장 등을 들 수 있는데²⁴⁾, 마찬가지로 시청자주권의 원리도 대의제(시청자대표제), 직접민주제, 기본권으로서 시청자권리의 보장 등에 의하여 구현될 것이다.

요컨대, 방송의 세계에서는 시청자가 주권자로서의 지위를 차지며²⁵⁾ 방송이 하나의 권력으로 전화된 이상에는 그 권력의 행사는 시청자의 의사에 합치되지 않으면 안된다. 그리고 시청자는 주권자로서 방송에 대한 최고의 결정권을 가진다.²⁶⁾ 그리고

23) 권영성, 위의 책, 107쪽; 김철수, 위의 책, 119쪽; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1991, 139쪽

24) 국민주권의 실현원리로서 권영성 교수는 대의제, 직접민주제, 정당제도, 기본권보장, 지방자치제를 (『헌법학원론』, 108~109쪽), 김철수 교수는 국민대표제, 직접민주제, 정당제도, 지방자치제, 직업공무원제, 기본권보장, 권력분립 및 법치주의를(『헌법학원론』, 124~125쪽), 허영 교수는 통치권의 기본권기속성, 자유민주주의원리, 법치주의원리를 들고 구체적인 제도들로서 국민투표제도, 대의제도, 선거제도, 복수정당제도, 지방자치제도, 기본권보장제도, 권력분립제도 등을 들고 있다.(『한국헌법론』, 139~149쪽.)

25) 우리가 국민주권주의를 논할 때 일반적으로 상정하는 국민이란 개념은 “이념적 통일체로서의 국민”이다. 그러나 시청자주권을 논할 때는 이와 같은 국민 개념 즉 시청자 개념에 입각할 수는 없다. 왜냐하면 국회와 같이 시청자를 대표할 만한 헌법기구가 별도로 존재하지 않기 때문에 위와 같은 해석은 궁극적으로 시청자주권을 인정하지 않는 것과 동일한 결과를 초래하기 때문이다. 그러므로 시청자는 개별적으로 자신의 주권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

26) 방송국과 시청자와 정부의 관계를 삼각형으로 표시한다면 시청자는 마땅히 정점에 가야 하고 국민이익을 대표하여, 감시기관으로서의 정부의 위치는 방송국보다 시청자에 가까워야 한다고 한다. 김규, 『공영방송과 시청자』, 『방송연구』, 1986 가을, 24쪽.

이러한 시청자의 주권자적 지위는 공행정의 주체인 공영방송에 대해서 뿐만이 아니라 공공성을 대개로 할 때에는 사영방송에 대해서도 마찬가지로 인정되는 지위이다.²⁷⁾

② 정보소비자의 지위

시청자는 방송을 통하여 많은 정보를 얻는데 이러한 정보의 취득은 하나의 상품을 소비하는 행위이다. 이와 같은 방송국과 시청자의 관계는 소비자보호법상의 사업자와 소비자의 관계로 설명할 수 있다. 즉 시청자는 일반 상품소비자와 같은 지위를 가진다.

소비자의 지위와 권리는 소비자보호운동의 보호를 규정하고 있는 헌법 제124조에 의하여 간접적으로 보장된다. 그러나 학설에서는 소비자권리를 새로운 유형의 기본권으로 이론구성하고 있다. 소비자권리는 자유권과 경제적 기본권 및 청구권적 기본권 그리고 사회적 기본권의 성격을 아울러 가진 총합적 기본권이라 하여 그 법적 성격을 밝히고 있다.²⁸⁾ 그리고 그 권리의 구체적 내용에 대해서는 현행 소비자보호법상의 권리를 든다.²⁹⁾

소비자보호법 제2조 2호는 소비자를 “사업자가 제공하는 물품 및 용역을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령이 정하는 자”를 말한다고 하여 그 개념을 정의하고, 이어 제3조에서 소비자가 스스로의 안전과 권익을 위하여 향유하는 “기본적인 권리”들을 규정하고 있다. 따라서 소비자는 이러한 권리를 실현하기 위하여 소비자보호법 소정의 보호를 받는다.

27) 그러나 이것이 주권의 궁극적 귀속주체가 공영·사영에 관계없이 시청자임을 의미할 뿐 공영방송과 사영방송에 대해서 시청자가 동일한 지위와 권리를 가진다는 것을 의미하지는 않으며, 주권 실현에서는 어느 정도의 차이가 나타난다.

28) 권영성, 위의 책, 473~474쪽.

29) 권영성, 위의 책, 474~475쪽.

소비자에게 이러한 법적 지위와 권리를 인정하는 것은 현대사회에서 사업자와 소비자는 정보 · 기술조작 · 부담전가 · 조직력과 시장지배력에서 대등한 지위에 있지 않기 때문에, 사법관계를 지배하는 사적 자치의 원칙을 그대로 적용하게 될 경우 결국 사업자와 소비자의 관계는 지배종속관계로 전락하고 만다는 것을 근거로 한다.³⁰⁾ 그런데 이러한 상황은 방송시청자에게도 그대로 적용할 수 있다.

시청자는 방송사업자가 행하는 방송이라는 서비스를 이용하는 자이므로 소비자에 해당한다는 데에는 의문이 없다. 그런데 방송은 주과수의 회소성이라는 그 특정상 독점사업의 형태를 띠 수밖에 없으므로 시청자에게는 방송의 선택권이라는 것 자체가 매우 제한될 수밖에 없다. 단적으로 말한다면 시청자에게는 채널을 ‘돌릴 권리’와 텔레비전을 ‘끌 권리’밖에 없다고 할 수 있다.³¹⁾ 그리고 그것으로 충분하다고 말할 수도 있다. 그러나 오늘날과 같은 고도정보화사회에서 많은 정보를 가장 신속하게 전달하는 매체로서 텔레비전 이상 가는 것을 발견하기는 어려운 까닭에 텔레비전을 끈다는 것은 사실상 사회에서 도태된다는 것을 의미할 수도 있다는 점에서 끌 권리는 사실상 실행될 수 없는 권리다. 채널을 돌릴 권리 즉 채널선택권의 경우에도 마찬가지다. 신문과 같은 인쇄매체와는 달리 시청자가 선택할 수 있는 채널 자체가 많을 수 없다는 것은 사실상 채널선택권을 유명무실하게 만들기 때문이다. 특히 상업성이 강하게 지배하여 시청률경쟁과 이에 따른 대응편성 등이 일반화되어 있는 방송현실³²⁾

30) 황적인/권오승(공저), 『경제법』 (신정판), 법문사, 1991, 413~414쪽.

31) 이는 텔레비전으로부터의 ‘탈출권’이라고 부를 수 있을 것이다.

32) 대응편성이나 중복편성 등에 관한 실증적 분석으로는 한정만, 「텔레비전 프로그램 내용의 다양화 분석」, 207~233쪽과 안정임/송현경/전경란, 「공민영 방송제도 이후의

을 감안한다면 어떤 채널을 선택하더라도 거의 동일한 유형의 프로그램밖에는 시청할 수 없다. 채널 선택권은 이미 권리가 아닌 것이다.

그런데 방송은 대중매체의 하나라는 이유로 정보의 수집 처리에 관한 다양한 특권을 향유하고 있는데 반하여 시청자에게는 그러한 특권이 없고 보유하는 정보의 양이나 정보전달능력, 조직력 등에서 방송과는 비교도 안될 만큼 열악하다. 나아가 방송은 그 정보능력을 이용하여 여론을 지배하게 된다. 즉 방송과 시청자 사이의 관계는 비대등관계이며, 방송이 일방적으로 여론을 지배하고 시청자가 이를 받아들일 수밖에 없다는 점에서는 지배복종관계라고 할 수 있다. 그렇다면 방송과 시청자의 관계를 사법상의 법률관계에서 적용되는 사적 자치의 원칙에 의하여 해결할 수는 없는 것이고 시청자에게는 일반 상품소비자와 마찬가지로 법적 지위가 인정되어야 한다.

그러나 시청자의 지위를 일반 상품소비자의 지위와 동일한 정도로 한정할 수는 없다. 그것은 일반 상품과는 다른 정보라는 상품의 특성 때문이다. 즉 정보는 그 자체 내에 이미 일정한 가치 판단을 내포하고 있는 경우가 많기 때문에 시청자는 정보의 소비 자체를 통하여 일정한 가치를 형성당하게 되며 이는 매우 지속적인 것이 될 수도 있다. 그리고 정보에 의한 피해라는 것은 생명·신체·재산에 대한 것이 아니라 사상이나 의견의 형성에 대한 정신적인 것이다. 즉 일반 상품소비자는 특정의 상품을 소비함으로써 경제생활의 일부분인 소비생활에 영향을 받는데 그침에 비해서, 정보수령자는 정보를 수령함으로써 사회생활

TV중복편성 현황분석 — sbs 개국을 전후하여 —, 『방송연구』, 1992 겨울, 321~354쪽 참조.

이 모든 부문에 걸쳐 좋은 싫든 자신의 의사표현에 일정한 영향을 받게 된다.³³⁾ 특히 방송을 시청함으로써 얻게 되는 정보가 왜곡되고 불공정한 것이어서 자신의 의사표현에 부정적으로 기능하는 경우에는 자신의 의사표현에 커다란 장애를 느끼게 되기까지 한다.³⁴⁾ 방송은 전국—일정한 경우에는 특정 지역—에 동시에 전달되고 그 효과는 매우 큰 까닭에, 자기 자신의 방송매체를 갖지 못한 시청자가, 일단 방송을 통하여 이미 왜곡된 정보를 수령한 다른 시청자에게 자신의 정당한 의사표시를 전달하기 위해서는, 방송이 되지 않은 상태에서보다 훨씬 더 많은 노력이 요구되기 때문이다. 물론 이 경우에 방송에서 전달되는 정보가 반드시 왜곡된 것이라는 법은 없지만 적어도 이런 경우가 발생할 수 있으리라는 추측은 충분히 정당한 것이다.

따라서 이런 경우에는 방송사측의 의사표현의 자유—정보의 송신—와 시청자의 의사표현 사이에 충돌이 생겨나게 되고 이는 곧 기본권의 충돌문제로 귀결된다. 그러나 방송사 측에는 방송의 자유가 인정되지만 시청자에게는 아무런 법적 지위도 없고 따라서 아무런 법적 권리도 없다고 한다면 사실상 시청자의 표현의 자유는 거의 유명무실한 것이 되고 만다. 그러므로 어떤 식으로든 정보수령로서의 시청자에게는 이러한 기본권 충돌문제를 해결할 수 있는 최소한의 법적 지위가 보장되지 않으면 안 될 것이다. 그러나 이 경우에 일반 상품소비자와 같은 정도의 지위와 권리만을 보유한다고 하게 되면, 그 이익형량에서 시청

33) 한상범, 「표현의 자유와 경제적 기본권」, 『동국대 논문집』, 1977.12. 73쪽.

34) 김동환 변호사는 정보의 하자를 두가지로 나누고 있다. 첫째, 정보의 누락과 착오, 즉 소비자가 통상적으로 기대할 수 있는 뉴스가 빠짐으로 인하여 소비자가 정세를 정확하게 보지 못하는 경우이며, 두 번째는 보도된 기사의 내용이 사실과 달라 소비자가 행동을 그르친 경우이다. 김동환, 「정보소비자의 권리」, 『언론중재』, 1988 가을, 153~155쪽

자는 절대적으로 불리해지고 만다. 일반적인 상품소비자의 지위에서는 방송에 의하여 시청자가 당하는 정신적 피해에 대해서는 아무런 주장도 할 수 없게끔 되어 있기 때문이다.

한편 정보소비자인 시청자가 일반 상품소비자와 구별되어야 하는 또 다른 이유는 시청자는 단순한 정보의 ‘소비자’만이 아니라는 사실이다. 우선 방송을 통하여 전달되는 정보는 실제로는 시청자들의 일상생활에서 나온 것이기 때문에 시청자들은 사실상 정보 생산과정이 한 주체이며, 따라서 어떤 의미에서는 방송이란 이러한 생활을 적절한 기술과 전문성을 통하여 가공하여 전달하는 과정에 지나지 않는 것으로도 이해할 수 있다. 또한 시청자는 방송이 전달하는 정보를 자신의 생활에 직접 이용하는 소비자인 한편으로 이를 다른 사람들에게 적극적으로 전파하는 매체의 역할도 수행하고 있다. 즉 어떤 의미에서는 시청자 자체가 하나의 매체이기도 하다.³⁵⁾

정보소비자로서 시청자가 가지는 이러한 특징은 그 지위를 일반 소비자와 다르게 규정할 것을 요구한다. 그런데 헌법을 포함한 실정법에서 시청자의 법적 지위를 규정하고 있지 않다면 시청자가 처해 있는 열악한 상황을 전제로 헌법의 기본원리, 특히 국민주권 원리에 입각하여 새로운 지위를 이론구성하지 않으면 안된다. 물론 이는 해석론의 차원을 넘어서는 것이지만 실정법의 존재 여부에 앞서 헌법을 지배하는 지도원리는 엄연히 존재하는 것이고 이들 규정의 현실적 의미를 되새겨 봄으로써 새로운 이론구성을 하는 것 자체가 불가능하다고 생각되지는 않는다.³⁶⁾ 과연 헌법의 지도원리로부터 시청자에게 정보수령자라는

35) 호현찬 교수는 이 점을 “시청자가 있고 소제가 있으며 마지막으로 제작자가 있다”고 표현하고 있다. 호현찬, 「시청자참여프로그램의 개발」, 『방송연구』, 1986 가을, 48쪽.

데에서 나오는 특별한 법적 지위와 권리를 끌어낼 수 있는가?

우선 정보라는 상품 자체가 가지는 공익적 성격에 주목할 필요가 있다. 정보는 여론형성이라는 공익이 실현에서 핵심적인 요소가 된다. 그렇다면 시청자가 정보를 소비하는 행위(정보의 수령=시청) 자체가 공익을 실현하는 행위(여론형성을 준비하는 행위)로 파악되며, 여기서 시청자에게는 일반소비자와는 다른 공공행위의 담당자라는 독특한 지위가 인정된다. 그리고 이러한 지위에서부터 시청자가 건전한 여론 형성이라는 공익을 실현하기 위하여 그 요소인 정보 자체의 공익성을 요구할 수 있는 권리가 나온다. 나아가 시청자는 이러한 지위에서 정보의 공공성 즉 방송의 공공성을 확립하기 위한 제반 수단을 취할 수 있다는 결론까지 끌어낼 수 있다.³⁷⁾

다음으로 방송이 가지는 독과점적 성격에서 오는 공공성에 주목할 필요가 있다. 방송국이 방송을 행하는 것은 일정한 조건에 의하여 전파를 임대하여 사용하는 것이고 그 조건에는 공익적 목적의 방송이라는 방송의 공공성이 포함되어 있다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 시청자는 단순한 상품 소비자가 아니라 그 상

36) 만약 헌법의 지도원리로부터 시청자의 지위와 권리를 이끌어내는 것이 가능하다면 실정법규정의 부재는 위헌적인 상태를 방지하고 있는 것이라 할 수도 있다.

37) 만약 시청자도 역시 정보라는 상품의 소비자에 불과하므로 소비자 일반이 가지는 권리 밖에 가지지 못한다고 할 때에는 다음과 같은 문제점이 생긴다. 시청자도 소비자 보호법이 규정하는 바와 같이 일반 상품소비자와 같은 정도의 지위밖에 가지지 못한다고 하게 되면, 우선 동법 제3조에서 규정하는 여러 권리 중 1호 소정의 권리는 시청자에게는 해당될 수 없다. 방송이라는 서비스의 특성상 그로 인하여 입을 수 있는 피해란 것은 항상 정신적 피해가 될 수 밖에 없으므로, 생명·신체·재산상의 위해로부터 보호받을 권리란 것은 아무런 의미도 없는 것이 되고 말기 때문이다. 따라서 당연히 “피해에 대하여 신속·공정한 절차에 의하여 적절한 보상을 받을 권리”를 규정하고 있는 5호의 규정도 그 피해가 결국 생명·신체·재산상의 피해를 의미하는 것이기 때문에 시청자에게는 적용이 없게 된다. 또한 방송이 전파를 독점적으로 사용하고 방송시간은 국가의 규제를 받는다는 점에서 거래의 상대방·구입장소·가격·거래조건 등을 자유로이 선택할 권리는 사실상 방송에서는 허용될 수 없는 것이므로, 이를 규정한 제3호도 시청자에게는 무용지물이 되고 만다.

품의 제조 및 유통과정 전체에 대하여 공공성이 준수되는가를 감시하고 통제할 수 있는 지위에 있다고 보는 것이 타당하다. 물론 이러한 감시와 통제는 주로 국가권력을 통하여 이루어지겠지만 그 범위 밖에서 통제감시권을 가지는 것은 물론 국가권력의 통제나 감독범위 내에서도 시청자는 국가의 적극적인 감시통제의 이행을 요청할 수 있는 지위에 있다고 보아야 한다.

방송이 단순한 하나의 기업으로서 영위되고 있는 것이 아니라 사영이든 공영이든 이미 하나의 공적 제도로 운영되고 있는 이상 시청자는 그야말로 ‘공적인’ 서비스를 받을 수 있는 지위에 있다고 해야 할 것이다. 요컨대, 시청자는 적어도 방송이 공적제도로 운영되는 것을 정당화할 정도의, ‘공적인 서비스로서의 정보’를 받을 수 있는 지위에 있다고 보아야 할 것이다.³⁸⁾

③ 방송운영주체의 지위

한편 텔레비전수상기를 소지한 시청자는 수상기 등록과 함께 텔레비전방송수신료(이하 “수신료”)라는 명목의 금전을 납부하고 있다(한국방송공사법 제35조). 즉 시청자는 수신료납부의무자의 지위를 가진다. 일반적으로 일정한 의무에는 반드시 일정한 권리가 상응한다. 예컨대 기업에서 그 운영자금을 공급하는 자본주는 일정한 권리를 취득하게 된다. 대표적인 것이 주식회사의 주주이다. 주주들은 주식회사운영과 관련한 의결권의 행사와 더불어 그로부터 나오는 이익분배에 참여할 권리를 가진다. 즉 주주는 주식회사의 주인이다. 그러나 마찬가지로 공영방송의 운영자금을 부담할 의무가 있는 시청자에게는 주주와 같은, 아니 비

38) 공적 서비스로서 방송의 특성에 관해서는 Gibbon, T., *Regulating the Media*(London: Sweet and Maxwell, 1991), 32쪽; Scannel, P., “Public Service Broadcasting : The History of a Concept,” Goodwin, A/Whannel, G.(ed), *Understanding Television*(London and New York : Routledge, 1990), 26쪽 참조.

슷하기나마 한 권리조차 없다.³⁹⁾그저 수상기를 가졌다는 이유만으로 수신료를 납부해야 하면서도 그 수신료로 운영되는 방송에 대해서 어떠한 지위도 갖지 못한다. 이는 방송의 민주화, 국민주권주의를 논하기에 앞서 법률관계로서의 최소한의 요건조차 갖추지 못한 비법적인 것이다. 즉 법규범에 의해 규율되는 방송제도에서 가장 규범적이지 못한 상태가 인정되고 있는 것이다.⁴⁰⁾

방송이 시청자를 전제로 하지 않으면 존재할 수 없고 또 그 방송이 시청자가 내는 돈으로 운영되고 있다면 시청자는 그 방송의 운영에 대하여 주인으로서의 지위를 가진다. 공영방송이라도 순전히 수신료만으로 운영되는 것이 아니라 광고방송에 의해 운영비의 상당부분이 충당된다는 주장은 이에 대한 적절한 반론이 될 수 없다. 시청자가 수신료로써 방송 운영경비의 상당부분을 부담하고 있는 이상 그에 상응하는 권리는 인정해야 하는 것이다.⁴¹⁾ 또한 광고수입 역시 상품가격의 형태로 시청자에게 전가된다는 점도 이 주장의 설득력을 반감시킨다. 주식회사에서 소액주주도 주주인 것에는 대주주와 아무런 차이가 없는 것처럼 시청자가 납부하는 수신료가 극히 소액이라 할지라도 방송의 주체임에는 아무런 지장이 없다. 이와 같이 공영방송의 경우 시청

39) 물론 공영방송에 대해서는 정부에서 자본금의 전액을 출자하지만 그 자본금에서 운영경비까지 나오는 것은 아니므로 정부만이 운영에 개입할 수 있다는 논리는 성립하지 못한다. 즉 독자적인 자금운영—주식의 상장 등—으로 재원을 조달할 수 있는 길이 전혀 없는 상황에서는 역시 별도의 운영재원을 수신료라는 명목으로 부담하고 있는 시청자가 운영에 관여할 수 있어야 한다.

40) 어떠한 이유에서건 비용을 분담하는 시청자측에서 방송국에 대하여 권익을 주장할 수 있는 근거가 될 범조항이 하나도 없음은 특기할 일이며, 특히 KBS의 경우 수신료와 광고수입이라는 이원적 재원으로 시청자에게 이중부담을 주고 있음에도 불구하고 시청자의 법적인 권리주장은 아무데서도 찾아볼 수 없다는 지적도 있다. 오택섭/김우룡, 「방송커뮤니케이터와 시청자—한국, 일본을 중심으로—」, 『방송연구』, 1986 겨울, 171쪽.

41) 일본의 경우 NHK가 수신료에 의하여 성립하는 공공기업체라면 수신료를 지불하는 수신자로서는 사업방향에 관하여 일정한 발언권, 참가권을 갖는 것은 당연하다고 한다. 奥平康弘, 「放送法の現状と課題」, 『法律時報』 50권 10호, 1978. 10.15쪽.

자에게는 정보소비자의 지위 이외에 수신료 납부를 부담하는 방송운영주체로서의 지위가 추가로 인정된다. 그렇다면 시청자가 공영방송에 대해서는 더 많은 권리를 향유한다고 하는 것은 필연적이다.

그러면 사영방송에 대해서는 시청자에게 이와 같은 방송운영의 지위가 인정되지 않는가? 순수한 사영방송제를 채택하고 있는 나라는 없고 또 그러한 제도가 인정된다 해도 방송이라는 특수성 때문에 시청자는 일정한 지위를 갖게 되지만, 사영방송의 경우 방송운영에 필요한 재원은 공영방송과 달리 수신료가 아니라 광고수입으로 충당한다는 점에서 시청자에게 과연 방송운영자의 지위가 인정될 것인가는 문제이다. 여기서 핵심적인 문제는 시청자가 사영방송에 대해서 과연 아무런 재원도 부담하지 않는가 하는 점이다.

이 문제를 해결하기 위해서는 우선 수신료의 성격을 살펴 볼 필요가 있다. 수신료의 성격에 대해서는 공영방송의 운영과 사업에 필요한 경비를 시청자인 국민이 분담하도록 하는 비용분담적 성격을 갖는다는 주장⁴²⁾, 공영방송방송 수신료의 대가로 지불되는 이용료라는 주장⁴³⁾, 공영방송이라는 기본적 급부를 보장하기 위한 특별공과금⁴⁴⁾이란 주장 등이 대립하고 있지만 여러 가지 조건으로 볼 때 공영방송의 운영과 사업에 필요한 비용분담이 수신료라는 주장이 가장 타당하다.⁴⁵⁾

42) 평원순, 위의 책, 385쪽; 鹽野宏, 위의 책, 227쪽.

43) BVwGE 29, 214.

44) Münch, I. von, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Berlin & New York: Walter de Gruyter, 1988, 916쪽.

45) 鹽野宏, 위의 책, 266쪽. 그러나 1987 언론기본법이 폐지되고 새로 제정된 방송법(1987.11.28 법률 제3978호)에서는 수신료의 결정과 정수가 방송위원회의 권한으로 되어 있었는데(제25조), 이는 방송—공영, 사영을 불문하고—제도 전체를 관장하는 방송위원회의 성격에 비추어 수신료의 성격도 방송제도 전반에 관한 것으로 이해했다고 생각

수신료의 성격을 이와 같이 규정하게 되면 시청자가 사영방송에 대해서는 운영주체의 지위를 가질 수 없다고 해야 할 것이다. 그러나 사영방송의 방송운영 재원이 되는 광고수입은 형식적으로 광고주가 부담하지만 실질적으로는 광고의 대상이 되는 상품의 가격을 통해서 시청자에게 전가되고 있다.⁴⁶⁾ 즉 시청자는 광고료를 통해서 간접적으로 사영방송의 운영재원을 부담하고 있는 것이다. 그렇다면 광고수입을 매개로 하여 시청자에게 사영방송 운영주체의 지위가 인정될 수 있지 않은가 하는 의문도 제기 될 수 있다. 하지만 만약에 상품가격의 형태로 전가되는 광고료를 시청자가 부담한다고 해서 바로 시청자에게 운영주체의 지위를 인정한다면, 일반 기업의 경우는 모든 소비자가 그 기업의 운영주체가 되어야 할 것이다. 이런 점을 감안해 볼 때 시청자는 사영방송에 대해서는 운영주체의 지위를 가질 수 없는 것이 아닐까 생각할 수 있다.

그러나 수신료가 단지 간접적으로만 사영방송의 운영에 도움이 된다거나 광고료를 통한 간접적인 재원부담을 시청자가 하고 있다는 점 이외에 사영방송 역시 유한자원인 전파를 사용한다는 점, 즉 방송의 공공성을 아울러 고려한다면 사영방송에 대해서도 시청자가 그 운영에 대한 일정한 참여권을 가짐은 부인할 수 없다. 이는 기업의 사회적 책임론을 생각해 보면 쉽게 알 수 있다. 사회적 책임론은 일반 주식회사의 경우 회사의 사회적 책임을 확보하기 위해서 회사의 경영결정구조에 대한 규제적 요소를 강화해야 한다는 주장이다. 이 이론은 대기업은 이미 하나의 독

된다.

46) 이효성, 「시청자위원회의 역할과 운용과제」, 『방송연구』, 1991 여름, 27쪽; 서규석, 「시청자뿐만 처리와 방송의 질 향상」, 『방송연구』, 1991 여름, 51쪽.

자적인 사회제도이지 사적 계약이 아니며, 오히려 정부에 비견할 수 있는 공적 존재라고 하고, 그 사회적 책임을 확보하기 위한 실천적 방안으로서 이사회를 이해관계자 대표들로 구성해야 한다는 제안을 제시한다. 이해관계인 이사는 종업원은 물론 소비자 · 지역주민 · 정부 등에게도 이사선출권을 보장함으로써 구성된다고 한다.⁴⁷⁾

방송의 경우 원래의 공공성으로 인하여 일반 주식회사보다 그 사회적 책임이 더욱 큼은 말할 필요도 없다. 그렇다면 이와 같은 기업의 사회적 책임론에 비추어 방송사 경영조직에 대한 시청자의 참여와 통제는 당연히 가능하다고 할 수 있고 이것이 사영방송이라고 배제될 수는 없다.⁴⁸⁾ 즉 시청자는 사영방송에 대해서도 운영주체의 지위를 가지며, 이러한 지위는 공영방송에 대해서보다 다소 제약될 수는 있을지언정 전면적으로 부인될 수는 없다고 하겠다.

Ⅲ. 시청자의 권리=시청자권⁴⁹⁾

1. 시청자권의 법적 근거

47) 사회적 책임론에 대한 상세한 논의는 광노현, 「주식회사 대기업을 내부지배구조에 대한 규제방향 : 경제민주주의적 관점」, 『민주법학』 제6호, 관악사, 1993. 129~133쪽을 참조.

48) 최대권, 「언론과 법」, 『법학』(서울대) 제28권 2호, 1987, 116쪽도 같은 취지이다.

49) 여기서 말하는 시청자권은 국민이라는 지위로부터가 아니라 시청자라는 독립된 지위로부터 나올 수 있는 고유한 권리를 말하는 것으로, 방송에 의하여 명예훼손을 당하였다거나 초상권 침해를 당한 경우 그에 대한 손해배상을 청구할 권리와 같이 방송으로부터 피해를 입었기 때문에 생기는 권리와는 다른 것이다.

(1) 헌법상의 근거

① 국민주권주의 · 권력분립원리

우리 헌법은 그 최고의 지도원리로서 국민주권주의를 선언하고 있다. 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 국민주권주의에서는 주권자인 국민은 적극적으로 국정에 참여할 권리와 책임을 지게 된다. 그러한 권리행사와 책임의 완수를 위해서는 국정에 관한 의견의 형성, 즉 여론의 형성이 가장 중요하며 이는 민주정치라고 여론정치라는 말에서도 잘 나타난다. 그리고 방송은 신속성, 동시공개성 등 그 특유의 장점으로 인하여 이러한 여론의 형성 과정에서 가장 큰 역할을 수행하게 된다.

그런데 이와 같은 역할을 하는 방송의 내용이 불공정하고 편파적이거나 비객관적이라면 그것에 의하여 형성되는 여론이란 것도 결국 국민의 진정한 의사와는 동떨어진 것으로 나타나기 마련이고, 대중매체, 특히 방송이 하나의 권력으로 전화한 현대 고도정보화사회에서 이러한 가능성이 구체적 현실로 전화하기에 이르렀음은 이미 지적한 바와 같다. 국민주권주의에서는 권력화된 방송도 하나의 권력으로서 그 근원은 국민일 수밖에 없으며 이는 방송이 단순한 기업으로서가 아니라 이미 하나의 제도로서 운영되고 있다는 점에서도 잘 나타난다.

그런데 방송이라는 권력도 항상 일반 국가권력과 마찬가지로 집중과 남용의 위험을 그 자체 내포하고 있으므로, 이에 대한 통제가 필요하다. 특히 국민 각계각층의 다양한 의사를 표현해야 하는 방송은 다양성원리에 의거하지 않을 수 없는데 이를 확보하기 위해서는 일정한 통제가 필요하다. 특히 방송의 권력화

경향을 고려할 때 방송계의 권력분립과 상호견제의 체제가 유지되어야 한다. 헌법상 권력분립의 원리는 국가권력을 그 전제로 하고 있으나 사회적 권력인 방송의 통제 필요성을 감안할 때 권력분립의 원리를 원용할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾

방송통제의 필요성을 감안할 때 일차적으로 생각해 볼 수 있는 것은 국가권력에 의한 통제, 즉 국가권력과 방송권력의 상호 견제이다. 그러나 방송권력의 통제가 국가권력에 전적으로 맡겨 질 수는 없다. 왜냐하면, 방송이라는 하나의 사적권력도 국가권력과 관계에서 볼 때에는 국민의 일부분으로 볼 수밖에 없는 의사표현의 주체이며, 입법권과 사법권과 행정권에 맞설 만큼의 권력을 방송이 갖고 있다고는 할 수 없기 때문이다. 즉 국가권력이 방송을 통제하도록 한다는 것은 국민의 표현활동을 국가권력에 의하여 억제되도록 맡겨 둔다는 중대한 문제를 발생시키게 되므로, 방송에서 권력분립은 국가권력과 분립이라는 차원에서는 해결될 수 없는 문제이다.

그렇다면 다른 권력분립과 상호견제 방안을 강구해야 하는데 이러한 권력분립의 형태로서는 ① 인쇄매체와 전파매체의 분립(겸영금지, 방송법 제7조), ② 라디오와 텔레비전 사이의 권력분립, ③ 중앙국과 지방국간의 독립 경영, ④ 여러 개의 방송국 사이의 권력분립 등이 거론되고 있다.⁵¹⁾ 그 각각의 실효성을 검토해 볼 때 ①, ②의 방안은 불충분한 것으로 생각된다. 인쇄매체와

50) 최대권 교수는 권력집중이 제기하는 문제에 못지 아니한 문제를 언론기업의 집중이 제기한다고 하고, 언론기업의 집중이 제기하는 문제로, 언론의 경제적 이익에 대한 종속, 이로 인한 대중취향에 대한 지나친 영합, 자기에게 불리한 의견의 언론에 대한 접근 거부, 공정한 정책적 비판기능의 상실등을 나열하고 보다 근본적인 구조적 문제는 자유 경쟁의 메카니즘을 통한 자기조정능력의 상실이라고 하고 있다. 최대권, 「언론과 법」, 90쪽.

51) 박용상, 「언론기본법」, 김철수 편, 『정치관계법』, 박영사, 1983, 182~183쪽.

전과매체의 분립, 그리고 라디오와 텔레비전의 분립은 그 특성의 차이와 상호경쟁을 생각할 때 매우 유용한 방식으로 보이나, 텔레비전의 영향력이 라디오나 인쇄매체에 비하여 비교할 수 없을 만큼 크다는 점을 고려하면 효과적인 통제장치로 가능할 수 없다고 생각된다. 반면 ③과 ④의 경우는 동일매체 상호간의 경쟁을 통한 통제를 의미하는데, 이는 그 영향력이 대등한 몇 개의 다른 방송국들을 존립케 함으로써 상호경쟁을 통하여 견제하는 방식으로서 사상의 자유시장론을 연상해 보더라도 매우 적절한 방식으로 보인다. 그러나 여기에는 결정적인 문제가 있다. 방송은 기업의 성격을 띠므로 필연적으로 상업적으로 호를 수밖에 없는 동인을 가지고 있다는 점이다.⁵²⁾

이는 방송운영 재원의 전부 또는 상당부분은 광고수입으로 충당될 수밖에 없다는 사실에 기인한다. 따라서 광고수입확보를 위한 시청률경쟁이 일어나게 되고,⁵³⁾ 그 결과 방송프로그램은 공영방송이고 사영방송이고 할 것 없이 오락프로그램 위주로 편성되는 현상이 나타난다. 그리고 채널간의 다양성원리는 사실상 폐기되며, 그 과정 속에서 방송 자체가 가지는 공공성은 희석되

52) 이는 실제 우리 방송현실이 잘 입증해 주고 있다. 즉 SBS의 신규허가 이후 결코 방송의 다양성이 증대되지 않았으며 오히려 상업적 시청률 경쟁이 극심해졌고 급기야 TV뚜기 운동까지 전개된 사실은 방송국 사이의 권력분립론의 설득력을 크게 떨어뜨린다. 입법정책적으로는 방송국의 신규허가를 통한 상호경쟁체제의 도입도 고려해 볼 만하지만 현실적으로 방송국간의 상호견제를 기대할 수 없다고 보는 것이 옳을 것이다. 이 글과 비슷한 주장을 하고 있는 미국의 글로는 Barron, J. A., "An Emerging First Amendment Right of Access to the Media?" *The George Washington Law Review*, vol. 37, no.2(1969), 19쪽 참조.

53) 사영방송 분 아니라 공영방송인 KBS의 경우도 그 재원의 60% 이상이 광고수입이므로 그 수입확보를 위한 시청률경쟁은 공영체제나 사영체제나와 관계없이 전개되는 필연적인 현상이다. 한편 미국의 경우 네트워크 시청률1%는 897,000가구를 말하며 6,000만 달러의 이익을 좌우한다고 하니 방송사들이 시청률경쟁에 집착할 수 밖에 없을 것이다. 이은미, 「시청률경쟁 지양을 위한 질적 조사의 필요성에 관한 연구」, 『방송연구』, 1991 여름, 75쪽.

기 싶상이다. 다시 말하여 서로 다른 방송국의 존재가 결국은 상호견제가 아니라 함께 오락방송으로 흐르는 결과를 가져오는 것이다. 그리고 지방국에서도 이러한 광고수입에 대한 유혹은 마찬가지로이므로 중앙국과 지방국의 독립경영이 지역방송의 특수성을 살릴 수 있는 등의 장점은 있으나 권력분립의 측면에서는 방송국간의 분립론과 똑같은 한계를 가진다.

그렇다면 이제 남는 것은 모든 권력의 원천인 국민이 스스로 나서서 길 밖에 없다. 즉 국민주권주의는 애초부터 방송에 대한 권력통제를 국민들, 구체적으로는 방송제도에 편입된 시청자에게 맡겨두고 있다고 해석된다. 즉 여론의 진정한 주체인 국민이 공정하고 객관적인 방송을 요구함으로써 방송권력을 통제하는 것은 국민주권주의의 당연한 귀결인 것이며, 이는 시청자의 방송에 대한 권리라는 형태로 구체화된다.

② 양심의 자유

헌법 제19조는 모든 국민은 양심의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 양심의 자유는 양심형성·결정의 자유와 양심을 지키는 자유가 포함되며, 학자에 따라서는 양심실현의 자유까지를 포함시키기도 한다. 한편 헌법상의 양심의 자유에는 통상 사상의 자유가 포함되는 것으로 이해하고 있다.⁵⁴⁾

양심의 자유는 인간의 내심에 들어 있는 세계관·인생관·정치적 신조의 자유라고도 말한다. 양심이 내심에 머무르지 않고 외부에 표현될 때 언론·출판·집회·결사의 자유로 나타나고, 신앙의 문제와 함께 문제될 때에는 종교의 자유 나타나며 진리

54) 권영성, 위의 책, 389쪽; 김철수, 위의 책, 423쪽. 단 허영 교수는 양심을 의사들과 구분하여 인간의 사고작용 중 그 도덕적·윤리적 판단에 속하는 부분을 의미하는 것이라고 본다. 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』(전정판), 박영사, 1988. 210-211쪽.

구명의 문제가 될 때에는 학문이 자유로 나타난다. 이렇듯, 양심의 자유는 모든 정신적·자유 의 원리적 기초이며 기본 권 중의 기본권이라고 할 수 있다.⁵⁵⁾

그런데 양심의 자율적 형성·결정을 위해서는, 특히 그것이 사상의 자유를 의미할 때에는 다양한 정보가 필요하다.⁵⁶⁾ 즉 시청자가 방송을 통하여 얻는 다양한 정보는 양심(사상) 형성을 위한 불가결의 조건이라고 할 수 있다.

이렇게 볼 때 만약 방송에서 다양하고 객관적인 정보를 제공해 주지 못하고 왜곡되거나 일방적인 정보만을 제공한다면⁵⁷⁾ 이를 접하는 시청자들의 양심(사상) 형성에 중대한 장애가 발생하게 된다. 그런데 양심의 자유는 모든 자유의 원리적 기초를 이루는 것이므로 결국 잘못된 방송은 국민이 가지는 기본권 전체의 의미를 제한시키는 결과를 초래하게 된다. 따라서 시청자의 올바른 양심(사상) 형성을 위해서는 방송의 공공성이 확보되어야 한다. 물론 방송의 공공성을 확보하여 다양한 정보를 얻는 것은 사상의 자유가 아니라 정보수집권으로 표현되는 언론출판의 자유에 속하는 것이지만 양심의 자유, 특히 사상의 자유는 그 전체가 된다는 점에서 양심의 자유를 시청자권의 한 근거로 삼을 수 있을 것이다.

③ 표현의 자유

55) 조국, 「사상의 자유에 대한 제검토」, 『인권과 정의』, 1992. 8. 83쪽.

56) 허영 교수는 양심은 쉽게 변할 수 없는 것인 반면에 사람의 사상은 다른 사람이 그 사항에 대해서 가지는 사상 등과 마주치고 서로 대화적인 접촉을 하는 과정에서 그 내용이 동화되거나 변질될 수 있는 포용성향을 내포할 수 있다고 한다. 허영, 『한국헌법론』, 376쪽. 이에 따르자면 사상은 다양한 정보의 수렁에 따라서 동화·변질될 수 있는 것이므로 정보의 중요성은 매우 크다고 하겠다.

57) 비단 편파적이고 불공정한 정보만을 의미하는 것이 아니라 지나친 오락방송이나 교양방송의 부족도 여기에 포함된다.

i) 정보수령 및 의사전달의 자유

우리 헌법은 제21조 1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다”고 하고, 이어 제2항에서 “통신·방송의 시설 기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 이 두 조항의 관계는 제1항이 표현의 자유의 대원칙을 선언하고 있는 것이라면 제2항은 제1항 소정의 언론·출판의 개념 속에 통신·방송·신문 등이 당연히 포함된다는 것을 규정하였다고 해석할 수 있다. 이와 같이 표현의 자유를 헌법으로 규정하고 있는 것은 여론정치를 그 핵심으로 하고 있는 민주정치에서 여론 형성의 전제가 되는 것은 국민들 각자의 목소리이기 때문이다. 국민들의 언로가 막혀 있을 때 전개되는 정치란 폐쇄정치요, 공포정치며, 일방적 정치일 것이다.

이와 같은 언론의 자유의 중요성은 대중매체의 언론의 자유보장으로 이어진다. 복잡화되고 다양화된 현대사회에서 모든 국민이 자신의 의사를 표현하여 타인에게 이를 전달한다는 것은 물리적으로 불가능하다. 따라서 국민은 자신의 의사를 타인에게 효과적으로 전달하기 위하여 타인에게 쉽게 다가갈 수 있는 도구를 필요로 하게 되고 이를 위하여 등장한 것이 바로 대중매체이다. 신문에서 출발하여 각종 잡지와 출판물 그리고 라디오와 텔레비전을 거쳐 뉴미디어로 나아가는 이 모든 매체들은 바로 국민의 언론의 자유의 효과를 극대화시키고 이를 통하여 형성된 여론이 지배하는 민주정치를 실현하기 위한 도구들인 것이다. 그리고 바로 그러한 한에서만 매체들에게는 자유가 인정된다.

그리고 대중매체 자체가 권력화되고 국민들의 입장을 외면하기 시작할 때 더 이상 대중매체는 자유의 주체가 아니며 이를

통제의 대상으로 되어야 한다. 즉 헌법상의 언론의 자유는 대중매체가 그야말로 국민대중들 상호간을 잇는 매개체의 역할을 할 것을 예정하고 있는 것이며, 대중매체가 누리는 자유란 것도 기실 따지고 보면 국민대중의 언론의 자유와 합치될 때에 한하여 인정되는 것이다.

논의를 방송에 국한하여 살펴보자면 헌법 제21조 2항의 규정은 우선 모든 국민이 일정한 시설기준을 갖추면 누구나 방송국을 설립하여 방송을 송신할 수 있음을 뜻한다고 해석할 수 있을 것이다. 그러나 이 조항을 이와 같이 방송국설립을 중심으로 한 자유라는 의미로만 좁게 해석하는 것은 많은 문제를 내포하고 있다. 왜냐 하면 방송은 신문과는 달리 그 자체가 전파라는 공동의 유한자원을 특정방송국이 배타적으로 사용할 것을 예정하고 있기 때문이다. 전파라는 공공재를 이용하지 않고는 방송 자체가 불가능함으로 인하여 방송을 인정한다는 것은 곧 그 방송이 공공적이어야 함을 전제로 하는 것이고, 바로 이러한 사실이 헌법의 규정 속에 포함되어 있는 규범적 요구이다. 즉 헌법 제21조가 방송에 대해서 규정하려는 것은 누구나 방송국을 설립하여 자유롭게 보도할 권리가 있지만 그러한 권리와 자유는 방송의 공공성이라는 한계 속에서만 보장된다는 것이다. 그리고 이와 같은 방송의 공공성은 시청자의 의사표현의 자유의 전제조건이다. 왜냐 하면 방송의 공공성이 준수되지 않는 것은 곧 시청자의 의사표현의 자유에 대한 침해를 이루기 때문이다. 모든 국민은 누구의 방해도 받지 않고 자유롭게 정보를 수령할 자유가 있고 이를 타인에게 전달할 자유를 가지는데 공공성을 상실한 방송은 의사전달에 장애가 되며, 나아가(올바른) 정보수령에 대한 방해 행위가 되는 것이다. 요컨대 의사표현의 자유가 실효적인

것이 되려면 시청자권이 인정되지 않으면 안된다고 할 수 있다.

ii) 여론형성과 인격형성을 위한 알 권리

여론 형성에서 가장 중요한 것은 객관적이고 공정한 정보이고, 표현의 자유의 한 내용으로 알 권리가 보장되는 이유도 바로 여기에 있다. 또한 이러한 알 권리의 실현을 통하여 비로소 자유로운 인격형성도 가능하게 된다.⁵⁸⁾ 즉 국민은 스스로가 속해 있는 사회와 국가로부터 필요한 정보를 취득할 권리가 있고 이는 언론의 자유가 구체화되기 위한 필수불가결한 전제조건이며, 이러한 정보를 가장 효과적으로 제공해 주는 것은 대중매체이다. 그런데 대중매체는 국민의 언론자유를 등에 업고 크나큰 자유를 누리고 있으므로 당연히 자신의 정보취득능력을 국민과 나누어야 하는 것이고, 반대로 국민의 입장에서 보면 대중매체에 대하여 여론형성의 가장 중요한 근거가 되는 올바른 정보의 제공을 요구할 권리가 있는 것이다.⁵⁹⁾ 그리고 대중매체가 정보의 공유를 거부할 때, 정보의 공유는커녕 오히려 취득한 정보를 왜곡하여 전달하고 다양한 정보들 중 스스로의 기호에 맞는 정보만 편파적으로 전달할 때, 이미 대중매체는 그 자유의 존립근거를 상실한다. 이제 국민들은 자신의 알 권리를 충족시키기 위하여 대중매체에 압력을 가하여 올바른 정보, 다양한 정보, 공정한 정보를 전달하도록 하지 않을 수 없는 것이고, 이러한 국민의 대중매체 통제는 대중매체의 자유의 근거가 되는 국민의 언론의 자유와 그 구체적 내용인 알 권리를 실현하기 위한 행위로서 정

58) 알 권리의 근거에 대한 견해로는 김철수, 위의 책, 329, 453쪽; 권영성, 위의 책, 412쪽 참조.

59) 물론 이와 같은 알 권리를 실현시켜 주는 대표적인 제도는 정보공개제도일 것이지만 정보공개제도가 인정된다고 하더라도 대중매체의 힘은 일반 개인의 힘과는 비할 바 없이 큰 것이다

당한 헌법적 근거를 갖는다.

그런데 이러한 국민의 권리는 신속하고 동시에 광범위하게 정보를 전달할 능력을 갖춘⁶⁰⁾ 방송에 대하여 특히 강하게 요구된다. 그리고 이러한 국민의 알 권리는 방송의 세계에서는 구체적으로 그 체계 속에 편입되어 있는 시청자의 알 권리로 구현된다. 요컨대 방송의 영역에서는, 헌법상 모든 국민에게 보장되는 표현의 자유의 주체가 시청자로 구체화될 뿐 그 실질은 그대로임을 알 수 있다. 즉 시청자권이란 곧 시청자로서의 국민이 가지는 표현의 자유를 말한다.⁶¹⁾ 이는 시청자들이 방송이라는 제도의 필수적 구성부분으로서 방송을 통하여 여론형성의 주체로서 참여할 권리를 갖기 때문이다.⁶²⁾

④ 소비자보호운동의 보호

앞서 본 바와 같이 시청자는 방송이라는 공적 서비스를 수령하는 정보소비자이므로 시청자권의 근거는 소비자운동의 보호를 규정하고 있는 헌법 제124조에서도 찾을 수 있다. 이에 따르면 결국 시청자권은 일반적인 표현의 자유 이외에 소비자권까지 포함하는 폭넓은 것이 될 것이다. 특히 시청자권의 근거를 헌법 제124조에서 찾을 수 있다는 것은 매우 큰 의미를 갖게 된다. 헌법 제124조의 소비자운동의 보호 규정은 현대 사회에서 사업자와 소비자 사이의 관계를 불평등관계로 전제하고 있는 것이기

60) 방송의 강한 영향력을 언급한 논문으로 김규, 「미국시민과 방송」, 『방송연구』, 1982 겨울, 16쪽; 이경자, 「TV기능과 영역의 재평가—「이산가족 찾기 방송」을 중심으로—」, 『방송연구』, 1983 가을, 41쪽; 부정남, 「사회계층과 프로그램 편성」, 『방송연구』, 1984 가을, 59쪽 참조.

61) 김동민도 시청자 권리의 근거를 표현의 자유와 알 권리 등에서 찾고 있다. 김동민, 「편집권과 언론에 대한 국민의 권리」, 232~233쪽.

62) 헌법이 보장하고 있는 언론출판의 자유에는 일단 방송을 통한 국민의 사상의사표현의 자유가 포함되어 있다고 한다. 이강혁, 「정보매체의 자유와 지속—방송을 중심으로—」, 『고시연구』, 1983.10, 26쪽.

때문이다. 즉 오늘날의 소비자는 그가 원하는 상품을 원하는 가격이나 거래조건에 따라 제공하도록 기업에게 명령하는 「왕」의 지위에 있는 것이 아니라, 기업이 자기의 계획에 따라 제공하는 상품을 그가 요구하는 가격이나 조건으로 구입해서 쓰지 않을 수 없는 「종속자」의 지위에 놓여 있다. 그런데 오늘날은 모든 인간이 싫든 좋든 소비자가 되지 않을 수 없고,⁶³⁾ 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하여야 할 임무를 띠는 국가는 종속자의 지위에 놓인 소비자를 보호하지 않으면 안된다는 것이 헌법 제124조의 규정취지이다.

이와 같이 시청자권의 근거를 헌법 제124조에서 찾겠다는 것은 바로 방송과 시청자 사이의 관계도 불평등관계임을, 즉 방송의 권력성을 확인하는 것이라는 점에서 큰 의미를 가진다.⁶⁴⁾ 즉 시청자권은 종속자인 시청자의 지위를 방송과 대등하게 함으로써 결국 시청자의 인간다운 생활을 보장한다는 의미를 가진다. 따라서 헌법 제124조를 근거로 하는 시청자권은 표현의 자유라는 개인적 권리의 측면을 넘어서서 사회권적 요소를 강하게 내포하는 시청자단체의 권리로 격상되는데, 이는 독점과 집중이 고도로 진전된 현대 자본주의사회에서 일어나는 권리의 사회화 현상과도 그 맥을 같이 하는 것이다.

⑤ 행복추구권 또는 열거되지 아니한 권리

시청자권의 근거는 헌법 제10조 소정의 행복추구권과 제37조

63) 황적인/권오승, 『경제법』, 417쪽.

64) 현실적으로 수용자들은 널리 분산되어 있고 이들간에 어떤 조직을 갖추기가 어려운 반면 상대적으로 송신자인 매스 미디어는 조직화되어 있을 뿐만 아니라 사회의 권력 중심부에 밀착되어 수용자들보다 우월한 힘을 소유하고 있다. 또한 미디어 채널과 내용의 다양성 부족으로 수용자들이 주체적으로 특정 채널과 내용을 자유롭게 선별할 수 없는 미디어 환경이 미디어와 수용자간의 평등한 관계를 일방적이고 종속적인 관계로 만들어 놓았다고 한다. 권혁남, 「수용자 개념의 변화와 효과이론」, 3쪽.

1항에서 규정하고 있는 ‘헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리’에서도 찾을 수 있다.

헌법 제37조 1항이 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 보장하거나 부여하는 규정이 아니라 문제 그대로 주의적(注意的) 규정이라고 이해하는 경우에는 헌법 제10조가 기본권의 포괄적인 자연연성을 선언하고 있다고 보게 된다.⁶⁵⁾ 이러한 입장에 따르면 인간의 존엄과 가치·행복추구권을 주관적 공권으로 인정하면서, 알 권리도 그 하나의 내용으로 파악하고 있으므로 결국 이 경우에는 시청자권은 알 권리를 포함하는 행복추구권을 근거로 하고 있다고 할 수 있게 된다.

반면 인간의 존엄성 존중에 관한 헌법 제10조 1문 전단을 모든 기본권보장의 목적조항으로 보고 제11조—제36조를 이를 실현하기 위한 수단조항이라고 보면서 인간의 존엄과 가치는 제11조—제36조의 기본권만의 보장으로는 완전무결하게 실현되지 않으므로, 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 헌법 제37조 1항에 의하여 넓은 의미의 기본권으로 보장된다고 보는 입장에서는⁶⁶⁾ 시청자권의 근거를 알 권리 이외에 직접 헌법 제37조 1항에서 찾을 수 있다. 즉 헌법 제37조 1항에서 말하는 헌법에 열거되지 아니한 것으로서 경시되어서는 아니될 자유와 권리란 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 것이면 모두가 경시되어서는 아니될 자유와 권리를 말한다고 할 것이므로,⁶⁷⁾ 시청자가 방송을 통하여 올바른 정보를 얻고 이러한 정보는 인간의 존엄과 가치를 위한 전제가 된다는 점에서

65) 김철수, 위의 책, 233~234쪽.

66) 권영성, 위의 책, 252쪽.

67) 위와 같음.

헌법 제37조 1항에서 시청자권의 근거를 찾을 수 있다.

이른바 고도 정보화 사회에서 정보는 생활필수품이며 적절한 정보의 수령은 국민이 그 행복을 추구하는데 불가결의 요소가 되었다. 사회생활을 해 나가는데 필요한 적절한 정보를 수령할 수 없다는 것은 어쩌면 사회에서 도태를 의미할 수도 있으며 방송은 가장 효과적으로 정보를 얻을 수 있는 수단이다. 더구나 그것이 전파라는 유한한 자원을 사용한다는 점에서 방송을 통한 정보의 수령과 다시 이를 이용한 행복추구는 국민의 당연한 권리라고 하지 않을 수 없다. 그런데 방송을 통하여 정보를 얻는 주체는 바로 시청자이며 따라서 이 범위에서 볼 때에는 행복추구권의 실체는 곧 시청자권이라 할 수 있다.

(2) 방송법상의 근거

방송법은 시청자권을 직접적으로 규정하고 있지 않다. 방송법의 이러한 태도는 시청자에게는 아무런 권리도 없다는 것을 선언한 것인가? 그러나 방송법의 전체계를 고려할 때 이러한 해석은 매우 부당한 것이다. 우선 방송법 제1조는 ‘방송의 자유’와 ‘방송의 공적 기능’을 모두 보장한다고 규정하고 있는데, 이는 헌법상의 표현의 자유에 관한 규정이 방송의 영역에서 어떻게 구체화되어야 하는지를 단적으로 나타낸 것이라 할 수 있다. 즉 방송에는 자유의 영역과 공적 책임의 영역이 병존한다는 것이 방송법의 대전제로 되고 있는 것이다. 그리고 이 두 영역은 각각 방송의 독립성과 중립성에 대한 요청으로,⁶⁸⁾ 실정법상으로는 방송의 자유를 선언하고 있는 방송법 제3조와 방송의 ‘공적 책

68) 박용상, 위의 글, 183~186쪽 참조.

임'과 '공정성과 공공성'을 선언하고 있는 제4, 5조로 나타난다.

방송의 독립성 원칙은, 독립적인 사기업으로 출발하여 국가권력과 관계에서도 검열로부터의 해방이 주요 논점이 되어 온 신문과는 달리 방송은 그 연혁상 국영 또는 공영의 체제를 취하였으며 국가권력에 의한 정치적 이용의 관행이 보다 일반적이었던 사실에서 출발하고 있다.⁶⁹⁾ 반면에 중립성 원칙은 방송이 그 기술적 특성상 독과점된 언론을 의미하는 까닭에 특정 사상이나 이익을 옹호해서는 안되고 각계각층의 이익을 균형 있게 반영해야 한다는 인식에서 비롯된 것이며, 이 원칙은 방송의 공공성과 공정성이라는 윤리적 차원이 아닌 법적 의무로 구체화된다.⁷⁰⁾ 간단히 말하자면 방송의 독립성 원칙이 주로 국가권력과 방송의 관계에서 논의되는 원칙이라면 방송의 중립성은 방송의 사회적 영향력을 감안한 그것과 시청자의 관계에서 논의되는 원칙인 것이다.

따라서 방송의 자유를 선언한 방송법 제3조의 규정도 주로 국가권력과 관계에서 방송의 독립성을 보장하기 위한 조항이지 이것이 시청자와 방송 사이의 관계까지 규율하는 것이라고 해석하기는 어려우며, 오히려 시청자와 방송의 관계를 규율하는 것은 방송법 제4조나 5조의 규정이라고 하는 것이 옳다.

이 두 범주의 규정의 효력에 관해서 살펴보면 법 제1조가 직접 방송의 '공적기능'을 보장하고 있는 것으로 볼 때 제3조에서 보장하고 있는 방송의 자유는 이러한 공적기능의 테두리 안의 보장으로 이해하는 것이 타당하리라고 본다. 즉 방송의 자유란 그러한 자유가 방송이 가지는 공적 기능을 원활히 수행할 수 있

69) 박용상, 위의 글, 184쪽

70) 박용상, 위의 글, 185~186쪽.

도록 하기 위한 필수적인 조건임을 의미하는 것이지 반대로 방송의 자유라는 이름 아래서 그 공적 기능이 희생되어도 좋다는 의미는 아니라고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.⁷¹⁾

이는 동법 제4조와 5조에서 방송의 공적 책임과 공정성 및 공공성을 특별히 규정하고 있는 것에 비추어 보면 더욱 명백해진다. 즉 이들 규정은 방송의 공적 기능이란 다른 아닌 인간의 존엄과 가치를 비롯한 제반 헌법가치의 실현에 있음을 선언하고 있는데, 이러한 가치의 실현을 위하여 헌법상의 기본권들도 일정한 사유에 의하여 제한될 수 있음을 규정하고 있는 우리 헌법의 태도로 보아서는 방송의 자유도 절대적인 것이 아님은 명백하기 때문이다. 물론 방송이 공공성과 방송의 자유라는 두 가치가 충돌할 때에는 양자 모두가 가장 잘 실현될 수 있도록 하는 규범조화적 해석⁷²⁾이 필요한 것이지만, 그러한 해석이 불가능할 때에는 방송이 공공성을 본래적 특성으로 하고 있는 이상 공공성이 우선되어야 한다는 것은 자명하다.⁷³⁾

한편 양자가 궁극적인 규율대상을 달리 한다는 사실은 결코 간과할 수 없는 중요한 의미를 포함하고 있다. 즉 국가와의 관

71) 박용상 판사는 우리 헌법상 방송의 자유는 자유주의적 요소(독립성원칙)와 민주주의적 요소(다양성 및 중립성원칙)를 포괄하는 기본권으로서 그 공적 기능을 보호하기 위한 제도가 헌법적으로 보장되는 것, 다시 말해서 독립적인 지위에서 다양한 사상과 이익을 중립적으로 대변하여 자유롭고 공개적인 여론형성에 기여하는 방송이 제도적으로 보장됨을 의미하는 것이라고 하면서, 방송의 자유라는 인습적 표현보다는 공공적 방송의 제도가 기본권으로서 보장된다고 함이 더 적절한 표현일 것이라고 하고 있다. 박용상, 위의 글, 187쪽.

72) 이에 대해서는 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』, 113~117쪽 참조.

73) 최대권 교수는 언론기본법에도 있던 이들 조항이 사회적 책임이나 의무를 구체성없이 강조한 나머지 차라리 언론 자유의 본질적 내용에 반하는 입법이나 관례 성립이 근거가 될 우려가 있으므로, 언론의 사회적 책임론이나 제도적 보장론이 제시하는 최소한의 구체적인 법적 장치나 규정을 두어 언론의 또는 언론인의 사회적 책임의 내용과 한계를 좀 더 구체화하고 분명히 하였어야 할 것이라고 비판하고 있다. 구체화는 추상적 규정의 남용 여지를 줄이는 수단이라고 하면서 ! 최대권, 『언론과 법』, 117쪽.

계에서 방송의 공공성을 강조하는 것은 방송의 독립성, 즉 방송의 자유를 해치는 작용을 하게 되듯이, 시청자와의 관계에서 방송의 자유를 강조하는 것은 방송의 공공성을 포기하는 것이나 다름없다는 사실이다. 방송과 시청자와의 관계에서는 양자 모두 방송에 관한 자유의 향유자라는 입장이 전제되어야 하는 것이지, 여기서 방송국에는 방송의 자유가 있으므로 시청자는 방송의 자유를 침해할 수 없다는 논리를 적용할 수는 없다.⁷⁴⁾ 만약 시청자와의 관계에서도 여전히 방송의 자유 논리가 지배한다고 보게 되면 이는 방송을 통한 여론형성의 직접적인 주체인 시청자를 바로 그 과정에서 배제하는 것을 정당화시키는 논리로 기능하게 될 뿐이며, 이 속에서 방송의 공공성이라는 것은 사라지고 만다는 점에 유의하여야 한다.⁷⁵⁾

이제 우리는 방송의 자유가 방송과 시청자의 관계를 지배하는 논리가 될 수 없음을 확인하였다. 그리고 또한 여기서 우리는 고도정보화사회에서 방송이 권력화하였음을 다시 한번 상기할 필요가 있다. 국가권력이 방송에 대해서 영향력을 발휘하기 위

74) 편집권이라는 것은 권력과 자본의 부당한 간섭과 통제를 물리치고자 하는 권리개념이지, 시민의 정당한 비판까지 묵살할 수 있는 천부적인 권리는 아니며, 또한 신문방송의 제작을 '자본의 구미에 맞는 방향으로 통일하려고 하는 다양한 방책과 욕구의 합법성, 정당성의 논거로서 구체화된 것'이 편집권, 편성권이라고 한다. 김동민, 「언론법제연구의 새로운 관점」, 21쪽; 塚本三夫, 「편집권·편성권이란 무엇인가」, 김동민 편역, 『언론민주화의 논리』, 한울, 1991, 115쪽.

75) 이는 환경보전과 경제개발의 관계와 매우 유사하다. 즉 이제까지 환경권 제한을 위해서 사용된 논리는 '경제개발을 이루는 기업활동의 결과로 나온 환경오염에 대하여 국민은 원칙적으로 수인할 의무가 있다'는 것이었는데, 이는 바로 국가권력과 결탁한 독점자본업이 보호논리이며 국민의 환경권 배제논리라고 한다. 그리고 특히 신도시 건설, 공업단지 건설이 공공복리로 인정되고 있는 후진국, 개발도상국의 경우 이런 현상은 특히 두드러진다고 한다. 석인선, 「환경기본권론」, 『민주법학』 6호, 관악사, 1993, 214쪽 참조. 마찬가지로 시청자와의 관계에서 방송의 자유를 적용하려는 것은 결국 '특정 프로그램의 방송이 방송국이 누리는 방송의 자유의 일환으로 행해지는 것인 이상 시청자들은 이를 수인할 의무가 있다'는 논리이며, 이는 결국 방송권력의 보호논리이자 시청자의 표현의 자유 배제논리라 할 수 있다.

하여 들먹이는 것이 방송의 공공성인 것과 마찬가지로 이제는 권력화한 방송이 여론형성의 독점적 주체가 되기 위하여 바로 방송의 자유를 되뇌이고 있음이 엄연한 현실임을 직시하여야 한다. 그리하여 이제 방송이라는 거대한 사적 권력 앞에서 시청자가 기댈 수 있는 유일한 버팀목이 바로 방송의 공공성임을 잊어서는 안된다.

그러나 방송법 제3조의 방송의 자유와 방송법 제4조, 제5조의 방송의 공공성원칙과의 관계를 이와 같이 이해한다고 하더라도 이들 규정이 시청자권을 직접 규정하고 있는 것은 아니므로 여전히 해명해야 할 문제는 남아있다. 그런데 앞에서 우리는 방송의 공정성이나 공공성의 의무가 단순히 윤리적 의무가 아닌 법적 의무라고 하였다. 그러나 그러한 의무가 순전히 방송국 측에서 자율적으로 준수해야 할 의무에 그치고 그 이행을 누군가 강제하지 않는다면 그것은 결코 법적 의무로서의 실질을 갖지 못할 것이다. 그런데 그러한 의무는 방송과 시청자와의 관계에서 비롯되는 것이므로 국민 일반, 구체적으로는 시청자 일반에 대한 의무라 할 수 있다. 그렇다면 당연히 그러한 강제의 주체도 시청자가 되어야 할 것이고, 바로 그러한 강제는 곧 시청자가 자신의 표현의 자유를 실현하는 행위이다. 즉 방송법은 방송의 공정성과 공공성 원칙을 선언함으로써 간접적으로 이러한 권리를 확인하고 있다고 하는 것이 방송법에 대한 올바른 해석이리라.⁷⁶⁾ 요컨대, 방송법은 방송의 공정성과 공공성이라는 원칙을

76) 이와 같은 강제를 담당하는 법정기구가 존재하더라도 그것은 시청자의 권리를 실현하기 위한 하나의 수단이 될 뿐이지 그 자체가 시청자의 권리를 대체하는 기구가 될 수는 없다. 법정기구가 시청자권이 실현을 완전히 담보하는 것이 아닌 한 그것과 별도로 시청자의 권리가 인정된다 하더라도 이상할 것은 없으며 오히려 이는 법정기구의 활동을 강화하는 측면도 있다. 사정부(私政府)에 대한 통제의 문제에서 공정부의 사정부에 대한 규제 기능과는 별도로 또는 상호보완적으로 시민이 사정부에 대하여 직접적으로 일정한 발언

선언함으로써 앞서 본 시청자의 표현의 자유를 확인하고 있는 것이고,⁷⁷⁾ 구체적으로 시청자에게 어떠한 권리가 있는지를 규정하지 않고 있는 것은 입법의 불비라고 밖에 생각할 수 없다.

2. 시청자권의 법적 성격

시청자권은 시청자가 누구의 방해도 받지 않고 방송을 통하여 자유롭게 의사를 표현하고 전달 및 수령할 수 있는 자유를 의미한다는 점에서 자유권적인 성격을 가지고 있다. 이는 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있을 것인데 우선 국가와 관계에서 볼 때 시청자는 국가권력의 방해를 받지 않고 방송에서 제공되는 정보를 수령할 자유를 가진다. 따라서 국가권력이 방송의 경영이나 편성에 대하여 간섭하는 행위는 방송국의 자유와는 별도로 시청자권에 대한 침해가 된다. 다른 한편으로는 시청자는 방송을 통하여 자신의 의사를 표현하고 전달하는 권리를 가지므로 방송국이 공공성 준수의무를 위반하여 불공정 프로그램 등을 방송하는 경우에는 이 역시 시청자권에 대한 침해를 이룬다. 물론 이는 방송국이 누리는 방송의 자유와 시청자의 권리 사이의 기본권충돌의 문제로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 방송의 상업화와 그에 따른 권력화의 현실은 이를 단순한 기본권충돌의 문제로 파악하는 것을 어렵게 한다. 일반적으로 자유권은 국가

또는 참여의 요구나 권리를 가질 수 있어야 하며 영향력을 미칠 수 있어야 한다는 주장도 이와 같은 취지의 것이라고 할 수 있다. 최대권, 『헌법학—법사회학적 접근—』, 박영사, 1989, 179~180쪽.

77) 김기태 교수도 시청자의 권리가 보장되어야 할 근거로 방송운영경비의 국민부담, 전파자원의 제한 및 전파의 공공소유적 성격, 소비자주의(consumerism), 인간이 부여받은 천부적 표현의 자유를 열거한 후에 법적 권리로서 방송의 공적 책임을 규정한 방송법 규정을 들고 있다. 김기태, 「시청자교육의 영역 및 방법 연구—실천과제의 제시를 중심으로—」, 『방송연구』, 1991 여름, 94~95쪽.

권력으로부터의 자유라는 대국가적 방어권으로 설명되고 있는데, 방송이 이미 권력으로 전화하였고 그 권력의 행사(반공공적 프로그램의 방송)로 인하여 시청자의 권리가 침해되고 있는 상황에서는 그러한 권력으로부터 시청자의 표현이 자유로워야 함은 자명한 것이다. 그렇다면 시청자권은 국가권력으로부터의 자유라는 대국가적 방어권일 뿐 아니라 방송권력으로부터의 자유라는 ‘대방송적 방어권’으로도 이해할 수 있다.

이와 같이 시청자권은 방송국의 반공공적 방송으로부터 자유로워야 한다는 측면에서 자유권적 성격을 갖는 것이지만 동시에 올바른 정보를 제공하도록 할 것을 방송국 측에 적극적으로 요구한다는 의미에서⁷⁸⁾ 청구권적 성격을 아울러 가지고 있다. 아래에서 보듯이 반공공적 방송 자체가 올바른 정보의 차단으로 이어지는 것이니 만큼 반공공적 방송으로부터 자유롭다는 의미 자체가 이미 올바른 정보의 청구라는 요소를 포함하고 있는 것이다.

한편 이러한 시청자권의 보장은 곧 공공성을 이념으로 하는 방송에 대한 제도적 보장이기도 하다. 누차 설명한 바와 같이 고유의 특성상 공적 성격을 가지는 방송의 최고의 목표는 민주적 여론형성에 이바지하는 것이며 여론의 주체는 바로 국민, 구체적으로 시청자이므로 시청자권을 보장하는 것은 곧 여론형성 제도의 하나인 방송제도를 보장하는 것이 된다.

시청자권을 헌법상 보장되는 표현의 자유의 일종인 기본권으로 구성하는 데 무리가 있다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 여기서 나는 환경권을 기본권으로 구성하는 이론을 원용할 수 있다고 생각한다. 환경권을 기본권으로 구성하는 법이데올로기는

78) 이는 일반국민의 알 권리와 동일한 맥락에서 이해할 수 있는 것이다.

환경공유론이다. 그러나 환경공유의 이념은 반독점의 방향을 가진다는 점에서 적극적으로 평가될 수 있지만 곧바로 헌법상의 기본권으로 전화하는 정도까지는 이르지 못하며 이 전화를 매개할 계기가 필요한데, 환경공유의 이념은 국민과 국가 사이의 관계, 즉 신탁과 수탁의 이념을 통하여 비로소 헌법상의 기본권이 될 수 있다고 한다.⁷⁹⁾

환경권의 근거가 되는 이러한 공공신탁론은 방송에서도 매우 적절한 것이라 할 수 있다.⁸⁰⁾ 전과란 유한자원을 수탁 받고 있는 방송사로서는 이를 그 신탁의 목적, 즉 방송의 공공성이라는 목적을 위하여 사용할 의무가 있는 것이고 이에 대해 시청자는 시청자권이라는 헌법상의 기본권을 가진다고 이론구성할 수 있다. 다음으로 시청자권은 소비자권과 유사한 그러나 그보다는 한걸음 나아간 권리라고 하였다. 이렇게 보면 시청자권은 표현의 자유와 같은 성격을 가지는 이외에도 소비자권과 마찬가지로 사회경제적 기본권의 성격을 가진다.

요컨대, 시청자권은 방송을 통한 시청자의 표현의 자유와 정보소비자권의 성격을 갖는 동시에 여론형성을 위한 공공적 방송제도의 보장이라는 성격도 아울러 가진다고 하겠다. 그렇다면 표현의 자유로서의 성격을 가진 시청자권은 결국 개개 시청자를 위한 현실적이고 구체적인 권리인 주관적 공권을 의미한다고 하겠다. 반면 시청자권을 소비자권의 측면에서 볼 경우에는 이를 프로그램적 권리 또는 추상적 권리에 지나지 않는다고도 할 것이나 소비자보호법이라는 실정법이 마련되어 있다는 점에서 시

79) 석인선, 「환경권에 관한 연구—수오염을 중심으로—」, 이화여대법학박사학위 청구논문, 1991, 122쪽.

80) 공공신탁론은 이미 방송규제의 근거로도 채택되고 있다.

청자권은 어느 모로 보나 완전한 구체적 권리로 전화되었다고 하겠다.

3. 시청자권의 주체

한편 시청자권의 법적 근거나 성격과 관련해서 생각해 볼 때 시청자권의 주체는 시청자 개개인과 시청자단체라고 할 수 있다. 시청자권이 갖는 표현의 자유라는 성격을 강조해서 본다면 이 권리의 주체는 시청자 개개인이라 할 수 있을 것이다. 물론 방송은 불특정 다수인 공중, 시청자를 대상으로 하는 것이고 시청자 개개인의 편차는 매우 커서 그 각각의 방송에 대한 시각이나 의견을 크게 다를 것이므로, 그들의 공통점을 묶어 하나의 권리로 구성한다는 것은 매우 어려울 것이고 그렇게 되면 결국 그 권리의 내용이라는 것도 극히 협소해질 수밖에 없을 것이다. 또한 시청자 개개인이 방송으로 인하여 입는 피해란 것은 매우 불확실한 것이고 또 사람마다 다르게 파악될 수 있는 것이므로 이를 특정하여 실현하기란 매우 어려울 것이다. 특히 사법적 실현, 즉 법원의 재판을 통하여 이 권리를 실현한다는 것은 거의 불가능에 가깝다고 할 수 있다.⁸¹⁾ 그러나 민주정치에서 표현의 자유가 갖는 중요성에 비추어 볼 때 개별 시청자에게 이 권리의 주체성을 부인할 수는 없을 것이다.

한편 시청자권의 소비자권적 성격은 그 주체를 개별 시청자가 아닌 시청자단체로까지 확장시킨다. 시청자단체가 권리의 주체

81) 다만, 시청자 개개인의 권리가 실제법상의 권리로 인정되고 이에 대한 침해 및 그에 따른 손해가 확정될 수만 있다면, 주관적 권리 구제 위주의 소송제도하에서는 그 실현은 오히려 쉬울 수도 있다.

로 된다는 것은 이 권리의 실효성이 매우 높아진다는 것을 의미한다는 점에서 매우 바람직하다. 시청자는 일반 상품소비자와 마찬가지로 서로 분산되어 있을 뿐만 아니라 연계성이 없기 때문에 방송이라는 권력에 대항하여 개별 시청자가 스스로의 권익을 옹호하기는 대단히 어렵다. 따라서 효과적인 권리 실현을 위해서는 시청자의 조직화가 보장되고 조직된 시청자단체에 개별 시청자와 마찬가지로, 또는 그 이상의 권리가 인정되어야 한다. 그리고 시청자권의 소비자권적 성격은 이를 가능하게 한다.

요컨대 시청자권은 개별 시청자의 권리인 동시에 이를 실현하기 위하여 조직되는 시청자단체의 권리이기도 하다. 그리고 이는 시청자권의 내용에도 반영된다.

4. 시청자권의 내용

그렇다면 시청자가 가지는 권리, 즉 시청자권은 구체적으로 어떤 것을 내용으로 하는가? 방송에서 공공성이 포기되거나 일정한 요인들에 의하여 공공성이 침해되는 경우 시청자권도 침해된다. 즉 시청자로서의 국민이 가지는 표현의 자유이자 소비자권인 시청자권은 ‘공공적인 방송을 보장받을 권리’라는 형태로 구체화된다. 이는 구체적으로 무엇을 의미하는가, 즉 방송이 공공성이란 구체적으로 시청자에게 무엇을 의미하는가?

우선 시청자가 보장받아야 할 방송의 공공성은 기본적으로 진실한 방송으로 나타난다. 방송을 통하여 전달되는 정보 자체가 객관적 사실과 동떨어진 것이라면 방송은 존립할 이유가 없다. 대중매체에게 진실보도의 의무가 인정되는 것은 이를 잘 보여준다.⁸²⁾

둘째, 시청자는 공정방송을 보장받을 권리가 있다. 즉 시청자는 특정 정당이나 집단이나 종교에 치우치지 않은 객관적이고 공평무사한 정보를 보장받을 권리를 갖는다. 또한 사회의 각계각층의 의견을 골고루 반영하는 방송을 보장받을 권리를 가진다. 따라서 공적인 문제를 다루면서 어느 일방의 의사만을 방송하는 편파방송, 객관적인 사실관계를 자의적으로 다루는 왜곡방송이나 사회 각계각층에서 분출하는 다양한 요구들을 적절하게 반영하지 못하는 방송은, 이 권리에 대한 직접적인 침해가 된다.

셋째, 시청자는 다양한 정보를 보장받을 권리를 가진다. 오늘날은 고도정보화사회라고 불릴 만큼 각종의 정보가 넘쳐나는 사회이고 이러한 정보의 범람을 ‘제3의 물결’이라고 표현한 학자도 있다. 이러한 정보를 한 개인이 모두 수집하고 정리하여 자기 것으로 한 다음 또 타인에게 알려 준다는 것은 사실상 불가능하다. 그리고 방송은 이러한 정보의 전달에서 일반 인쇄매체와는 다른 신속성과 광범성을 가지고 있고, 주파수 제한으로 인한 본래적 독과점성 때문에 각 채널 간에서뿐만 아니라 한 채널 내에서도 다양성을 이루어내야 한다.⁸³⁾ 그리고 시청자는 각각의 방송으로부터 다양한 정보를 신속하게 제공받을 권리가 있다. 따라서 특정 유형의 정보에 지나치게 치우친 방송은 이러한 시청

82) 물론 신속한 보도의 필요성 때문에 일반적인 진실보도의무는 인정되지 않으나 언론은 공표사항의 진실성, 내용, 출처에 관하여 상당한 주의로써 심사할 의무가 있음은 분명하다. 이와 같은 주의의무는 폐지된 언론기본법 제9조에 명시되어 있던 것으로 현재는 없어졌지만 진실의 전달자인 대중매체에게 당연히 요구되는 조리상의 의무라 하겠다.

83) 개인의 자유와 개인의 존엄을 헌법의 중핵적인 가치로 보장하는 헌법체계에서는 표현내용도 다양성, 다원성을 보장하는 것이 기본적인 관점이다. 그러나 이러한 다양성, 다원성도 정보기업의 집중화·독점화·계열화로 인하여 일원화하는 경향을 보인다. 정보기업에 대해서는 특히 동질·균일적인것의 양적 다원성 뿐만 아니라 이질적이고 다양한 질적 다양성이 요청된다고 한다. 石村善治, 「表現の自由の問題狀況」, 『公法研究』(日本公法學會) 50호, 1988, 46쪽.

자권에 대한 침해가 된다.⁸⁴⁾

넷째, 시청자는 유익한 방송을 보장받을 권리를 가진다. 유익이란 개념은 매우 추상적이기는 하지만 주로 방송의 질과 관계된 것이다. 다시 말하자면 시청자는 질 높은 방송을 수신할 권리를 가진다. 외설성, 폭력성 등으로 흔히 표현되는 저질 프로그램들은 이러한 시청자권에 대한 직접적인 침해이고, 이러한 방송의 질의 문제는 주로 오락방송에 집중되어 나타나고 있으며, 방송의 상업성과 직결된 문제이기도 하다. 요컨대, 시청자권은 진실하고 공정하며, 다양하고 유익한 방송을 시청할 권리로 집약된다.⁸⁵⁾

그런데 이러한 권리는 시청자권이 갖는 표현의 자유라는 측면에서 본 내용들이다. 그러면 시청자권이 가지는 사회권적 성격은 어떠한 내용으로 구체화되는가? 그것은 소비자권과 마찬가지로 시청자들이 시청자단체를 구성하여 활동할 권리고 나타난다. 그리고 이러한 시청자단체에 대하여 소비자보호법상 소비자단체에게 인정되는 권리가 그대로 인정된다. 즉 시청자단체는 국가 및 지방자치단체에 대하여 시청자보호시책에 관한 건의를 할 수 있고 방송에 대한 조사를 실시하며, 시청자문제에 관한

84) 국민주권원리에서 정치적 민주주의의 실현을 위해서는 주권자인 국민에게 다종다양한 정보가 전달되는 것이 불가결한 전제임은 말할 필요도 없다. 따라서 오늘날 최대의 정보송신자인 대중매체에게도 의견정보의 다양성이 확보될 것이 요청된다. 그리고 방송에서 이러한 다양성이 확보될 것이 요청된다. 그리고 방송에서 이러한 다양성을 확보하기 위해서 필요한 것이 방송의 독점배제를 위한 규제와 프로그램에 대한 규제이다. 浦部法穂, 「放送における情報の多様性と公共放送」, 『法律時報』제50권 10호, 1978.10, 36~40쪽.

85) 이러한 시청자의 권리는 방송사의 측면에서 보자면 그 사명으로 이해할 수 있다. 이와 관련하여 경실련의 서경석 사무총장은 현 시기에 방송이 해야할 일을 다섯가지로 요약하고 있는데, 사회개혁의 의지, 사회통합의 기능, 방송 프로그램의 전문성 제고, 저질화 경쟁의 극복, 국적있는 문화의 육성인 것이다. 서경석, 「방송제작인에게 바란다」, 『좋은 방송을 위한 방송제작인과 시청자와의 만남』(방송현장을 위한 대토론회 ② 자료집), 1993.8.26, 13~26쪽.

조사 또는 연구를 실시하고 시청자를 교육 또는 계몽하며, 시청자의 불만이나 피해구제를 위하여 노력한다(소비자보호법 제18조 제1항 참조). 그리고 시청자단체가 조사를 실시한 결과 방송국에 관계법률(방송법 등)이 규정한 의무를 위반한 경우 등에는 이를 발표할 수 있다(제18조 제3항). 그밖에 소비자대표 참여권(제22조, 제25조) 등도 적절한 형태로 준용될 것이다.

IV. 맺 는 말 - 시청자권의 실현을 위한 운동과 규범의 결합

이상에서 우리는 시청자의 권리가 국민의 표현의 자유의 특수한 모습이며 그 구체적인 모습은 “공공적인 방송을 보장받을 권리”라는 것을 알았다. 그렇다면 이러한 권리 자체는 반공공적 방송에 대한 대항개념이므로, 이는 궁극적으로 반공공적 방송을 통제함으로써 실현될 것이다. 반공공적 방송에는 다양한 유형이 있을 것이나 크게는 편성순서의 반공공성과 편성내용의 반공공성으로 나누어볼 수 있다. 편성순서의 반공공성으로는 필수적인 방송사항을 방송하지 않는 경우, 시간대를 자의적으로 편성하는 경우, 법정편성비용을 위반하는 경우 그리고 광고방송시간 기준을 위반하는 경우 등이 있고, 편성내용의 반공공성이란 프로그램의 구체적 내용이 지나친 선정성, 폭력성 및 외설성을 보여주는 경우이다.⁸⁶⁾

86) 이러한 분류는 방송위원회 산하의 시청자불만위원회에 제기된 시청자들의 불만의 유형에서도 일단이 드러난다. 방송위원회, 『1992년도 연차보고서』, 78~79쪽과 『1993년도

이와 같은 반공공적 방송을 통제하는 데에는 다양한 방식이 있을 수 있다. 방송국의 자율규제기구나 방송위원회와 같은 법정기구에 호소하는 방안이 있고, 민사소송, 행정소송 혹은 헌법재판을 통하여 해결하는 방안을 생각해 볼 수 있으며, 입법적인 해결을 기대할 수 있고 궁극적으로는 시청자들의 자발적인 조직화를 바탕으로 한 시청자운동에 의하여 실현될 수도 있다. 그러나 국가권력에 의한 강제력이 뒷받침된다는 점에서 현실적으로 가장 효과적인 것은 역시 사법적 해결방식이다. 반공공적 방송에 의하여 시청자가 당하는 손해가 얼마인지, 방송사가 행정청에 해당하는지, 또 방송이 공권력의 행사인지 하는 어려운 문제들이 산적해 있어 현행법제 하에서 소송의 가능성을 단언하기에는 많은 어려움이 있다. 그러나 방송이 여론형성과정에서 수행하는 크나 큰 역할이나 방송 자체가 가지는 공공성을 감안할 때에는 보다 적극적인 해석에 의하여 소송을 인정할 수 있는 이론이 개발되어야 할 것이다. 이는 지면관계상 이 글에서는 다룰 수 없다.

한편 방송의 공공성 확보를 위한 입법을 할 때에는 시청자의 지위를 최우선적으로 고려해야 한다. 이러한 전제에 서면 새로운 입법에는 적어도 1) 시청자주권 원칙이 선언, 2) 시청자대표단의 구성, 3) 반공공적 방송의 명확한 기준설정, 4) 방송관련기구의 권한 및 지위 확립, 5) 효과적인 절차규정, 6) 시청자의 참여장치, 7) 방송사내 공공방송담당기구의 법정, 8) 방송의 내부적 자유, 9) 자율규제의 최대한 보장 등이 포함되어야 한다.

그러나 무엇보다 중요한 것은 현행법의 적극적인 해석과 장래

의 입법을 강제하는 시청자 스스로의 조직된 힘, 즉 시청자운동이다. 최근에 제기된 TV끄기운동은 이런 의미에서 시청자운동사에 한 획을 그은 것으로 평가되지만 운동의 지속적 발전을 위해서는 방송의 세계에서 시청자가 곧 주인이라는 인식, 즉 방송이라는 세계에서 진정한 권력자는 바로 시청자 자신이라는 인식을 가지고 이를 잃지 않도록 스스로 노력하는 한편 그러한 인식을 갖지 못한 시청자를 대상으로 한 지속적인 설득작업이 필요하다. 보다 많은 시청자가 주권의식을 갖고 방송에 대한 비판의 눈길을 거두지 않을 때 이는 조직된 힘으로써 방송사를 강제하며 또 한편으로는 방송사에 대한 설득의 가능성도 열어 놓는 것이다. 특히 권리의 문제는 규범적 인식을 절대적으로 요청하는 까닭에 이제 신문방송학자와 깨어난 시민들에 의해 주도되어 왔던 시청자운동에 법률가들이 나설 때이다. 그리고 이러한 시청자운동이 그것에 그치지 않고 여타의 사회운동단체들과 유기적 관계를 맺고 진행되어야 한다는 점은 결코 빠뜨릴 수 없다. 방송의 민주화와 사회의 민주화는 결코 뗄 수 없는 관계이기 때문이다.

현실의 장벽은 매우 높지만 그렇다고 이러한 장벽들이 결코 넘을 수 없는 장벽들인 것만은 아니다. 시청자권을 공식적으로 확인하지도 선언하지도 않고 있는 우리 방송관계법의 열악한 조건 속에서도 제한된 방법으로나마 시청자권을 실현할 수 있는 단초는 마련되어 있다. 반공공적 방송에 대한 사법적 실현가능성의 모색은 그 하나에 불과하다. 지속적인 문제제기, 가능한 대안의 적극적 제시, 이를 뒷받침할 조사와 연구, 이러한 시도들이 실효성을 갖도록 할 실천적 운동들이 있다면 이러한 장벽들은 언젠가 무너지게 마련이다. 암울한 시대를 거쳐왔던 우리

역사였지만 결국에는 역사는 올바른 방향으로 나아갔음이 이를 증명하며 역사는 앞으로도 그렇게 될 것이라는 믿음을 가져도 좋으리라.

여기서 우리가 확인할 수 있는 것은 끊임없는 시청자운동이 전개되지 않고서는 시청자권의 확보가 매우 어렵지만, 그럼에도 불구하고 시청자운동의 수준이 현재와 같은 방송에 대한 호소차원이 아니라 법적인 대응과 적절하게 결합된다면 상당한 수준까지 목표를 달성할 수 있다는 사실이다. 요컨대, 규범과 운동의 결합만이 진정한 시청자권의 확립을 가져올 수 있다.

憲法裁判과 國際法規範

羅 人 均

研究員

- 目 次 -

I. 머 리 말

II. 國際法과 國內法の 基本적 關係

1. 一元論
2. 二元論
3. 理論對立의 相對化

III. 國際法の 國內受容의 方法

1. 문 제 점
2. 受容方式
 - 가. 採用說
 - 나. 變形說
 - 다. 執行說

3. 實際的 意味

IV. 국제법규범의 효력과 執行力 또는 直接適用可能性

1. 國內的 效力과 執行力
2. 國內的 效力과 執行力과의 관계
3. 국제법규범의 順位問題

V. 헌법재판의 對象으로서의 國際法規範

1. 일반적으로 승인된 국제법규
 - 가. 一般적으로 승인된 국제법규의 개념
 - 나. 一般적으로 승인된 국제법규의 一般性和 承認與否
 - 다. 一般적으로 승인된 국제법규의 國內법적 效力
 - 라. 一般적으로 승인된 국제법규의 國內法秩序에서의 順位
 - 마. 一般적으로 승인된 국제법규를 근거로 한 헌법재판
2. 條 約
 - 가. 조약의 집행력 또는 직접적용가능성
 - 나. 執行力이 없는 條約規定
 - 다. 조약의 國內법에서의 順位
 - 라. 條約의 해석
 - 마. 조약에 대한 憲法裁判
3. 國際機構의 決議
 - 가. 구속력없는 決議
 - 나. 拘束力있는 決議
 - 다. soft law의 문제

VI. 結 語

I. 머 리 말

우리 인간은 一連의 法秩序에서 살고 있다. 우리 나라에서 개인의 권리와 의무는 國災법에 따라 결정된다. 이러한 國內法 이외에 다른 法秩序도 또한 개인의 권리와 의무에 관하여 규정한다. 즉 國際法秩序가 그러하다. 현대 국제사회가 여러 영역에 있어서 相互依存이 증가함에 따라 국제법은 점점 그 規制對象을 넓히고 있다. 오늘날 인간생활의 거의 모든 영역은 국제법규범, 특히 條約에 의하여 파악되고 있다. 이로써 국제법은 국내법의 規律對象이기도 한 영역에도 관계하게 되었다.

국제법은 원칙적으로 국가간의 관계를 규율하는 法秩序이므로 국내법적용의 경우와는 달리 국내에서 국제법규범의 적용에 있어서는 국제법과 국내법의 관계에 관한 일련의 근본적인 문제들이 제기된다. 특히 헌법재판에 의한 국제법규범의 적용은 국가의 국제법사회로의 編入의 문제에서 발생하는 것이다. 헌법재판에 의한 결정은 國內司法 領域에 효력을 미칠 뿐만 아니라 對外的으로 국가의 국제법적 책임을 그 결과로서 同伴할 수 있다. 따라서 本稿는 먼저 국제법과 국내법이 統一의인 법질서에 속하는지 또는 상이한 2개의 법질서의 일부분인지를 살펴보는 데에서 시작한다. 이 문제는 국제법이 어떠한 방식으로 국내법으로 受容내지는 編入될 수 있는가와 관계가 있다. 다음으로 국내법에 있어서 국제법의 적용, 즉 어떤 조건하에서 국내의 法適用機關은 국제법규범을 그의 결정에 있어서 기초로 할 수 있는가의

문제가 대두된다. 끝으로 이와 같은 국내법과 국제법간의 기본 관계가 우리 헌법의 국제법규범과 이를 대상으로 하는 헌법재판에서 어떻게 적용될 수 있는지를 살펴보기로 한다.

II. 國際法과 國內法の 기본적 관계

국제법과 국내법의 관계에 관하여는 국제법학의 핵심적인 문제의 하나로 오랫동안 논쟁의 대상이 되고 있다. 문제는 충돌의 경우 兩法體系中 어느 것이 우선하느냐에 있다. 兩法秩序의 관계는 統一法秩序의 2구성부분이나 또는 2개의 분리된 법질서이냐에 따라 一元論적으로 또는 二元論적으로 결정될 수 있다.

1. 一元論(Monismus)

一元論은 모든 법을 통일적인 體系로 파악하려고 한다. ‘法的 世界像의 統一’(Einheit des rechtlichen Weltbildes)이라는 命題에서 출발하여 이 이론은 국제법질서와 국내법질서를 서로 관계되는 포괄적인 法體系의 부분으로서 간주한다.¹⁾ 이에 의하면 국제법과 국내법간의 충돌은 불가능하다. 특히 Wein學派(Kelsen, Verdross, Merk)의 입장에 의하면 국제법규범은 국내법에 우선하고, 各國의 국내법은 국제법에 근거하므로 포괄적인 국제법질서의 부분질서라 한다. 국제법은 국가를 定義하고 국가의 생성과

1) Verdross, Völkerrecht, Wien 1964, S.111ff. ; Ipsen, Völkerrecht, München 1990, S.1072f.

소멸의 法的要件을 규정하여 국가의 空間的·人的·物的 權限을 결정한다는 것이다.²⁾

2. 二元論(Dualismus)

이에 대하여 二元論에 의하면 국제법질서와 국내법질서는 서로 독립하여 존재한다. 이 兩 法秩序가 국가관계의 새로운 발전에 따라 부분적으로 同一한 영역을 대상으로 한다고 하더라도 이들은 상이한 法源에서 출발한다. 국내법의 경우 헌법이 최고의 법 규범이고, 여기에서 모든 다른 국내법이 파생한다고 한다. 다른 한편으로 국제법도 獨自의 법질서이므로 그 효력은 국내법질서에 의하여 좌우되지 않는다.³⁾

3. 理論對立의 相對化

그러나 오늘날 一元論과 二元論은 위와 같이 엄격하게 주장되지 않고 상호간의 비판을 수용함으로써 그 입장을 완화하여 兩理論의 출발점은 상이하지만 그 법률효과는 본질적으로 類似하게 되었다. 법률효과에 관한 다툼은 주로 국가기관이 국제법을 특별한 절차 없이 국내에서도 적용할 수 있는나와 개별적인 경우에 국제법과 국내법간의 충돌을 어떻게 해결하느냐에 관한 것

2) Verdross/ Simma, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, Berlin 1984, S.53ff. ; Lehrbuch des Völkerrecht Bd. I , München 1975, S.94f. ; Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht Bd. I/1, Berlin/New York 1989, S.99ff. ; Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Tübingen 1967, S. 130ff.

3) Berber, a.a.O., S.94; Ipsen, a.a.O., S.1074f.; Schweitzer, Staatsrecht/ Völkerrecht/ Europarecht, Heidelberg 1986, S.9; Rudolf, a.a.O., S.139ff.

이다. 折衷的 一元論(gemäßigter Monismus)⁴⁾은 모든 국제법은 국내적으로 준수되어야 하며 이와 저촉하는 국내법은 국제법이 국내규정에 따라 收容되고 국제법위반의 국내법이 국내절차의 규정에 의하여 배제될 때까지는 잠정적으로 유효하다고 한다. 折衷的 二元論(gemäßigter Dualismus)⁵⁾도 마찬가지로 국제법과 저촉하는 국내법은 국가가 국내적으로 국제법과 일치하는 법적 상태를 확립할 의무가 있기 때문에⁶⁾ 잠정적으로만 효력이 있다는 입장을 취한다. 이와 같이 결론에 있어서 절충적 一元論 및 二元論은 서로 접근하고 있으므로 兩 理論에 대립은 相對化되었다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 國際法의 國內受容의 方法

1. 문 제 점

오늘날 一元論과 二元論은 국가가 국제법적 의무를 회피하기 위하여 이와 對立되는 국내법을 援用할 수 없다는 데 일치하고 있다.⁷⁾ 그러나 국가가 어떻게 국내법이 그의 국제법적 의무를 위반하지 않도록 하느냐는 그의 재량에 속한다. 또한 국제법위반의 국내법이 단순히 무효는 아니라는 데에 대해서도 異論이 없다. 그러나 국가는 국내적으로 국제법과 일치하는 상태를 확

4) Verdross/ Simma, a.a.O., S.54ff.; Schweitzer, a.a.O., S.8; Ipsen, a.a.O., S.1073f

5) Schweitzer, a.a.O., S.9; Ipsen, a.a.O., S.1075.

6) 1980. 1. 27. 條約法에 관한 비엔나協約 제27조 : “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용하여서는 아니된다...”

7) 조약법에 관한 비엔나協約 제27조 참조.

립할 의무가 있다.

국가들은 통상 그들을 구속하는 국제법과 그들이 국내법이 일치하도록 노력한다. 이러한 목적을 위하여 충돌을 회피하거나 충돌을 해결하기 위한 국내규칙이 있다. 예컨대 국제법 존중주의에 입각한 해설의 원칙, 특히 일정한 범위의 국제법이 국내법으로 수용되고 그 결과 국제법규범의 내용이 국내법으로서 존중되거나 국내법과 같이 적용될 수 있다는 것이 이에 속한다. 이러한 수용절차가 필요한 이유는 국제법이 그 자체로서 직접적으로 국내에서 유효하지 않기 때문이다. 즉 국제법은 그 집행을 의무가 있는 국가에 위임하고 그 국가는 그의 기관에 의하여 국제법을 적용하지 않으면 안된다.⁸⁾ 이 경우 일반국제법에 의하면 어떤 방식으로 국가가 그의 의무를 이행하는지는 個個국가의 결정에 맡겨진다. 보통 국가는 국제법규범의 發現形式에 따라 수용의 방식을 달리한다. 즉, 예컨대 조약과 국제관습법간에 이들의 수용을 상이하게 규정하는 것이다. 구체적으로 국제법규범의 수용은 세 가지 方式이 있다.

2. 受容方式

가. 採用說(Adoptionstheorie)⁹⁾

採用說에 의하면 국제법규범이 국내적으로 有效하기 위하여

8) Verdross/ Simma, a.a.O., S.37f., 539f.; Geiger, a.a.O., S.181f.

9) 採用說에 관하여는 Schweitzer, a.a.O., S.110f.; Ipsen, a.a.O., S.1078; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.105f; Rudolf a.a.O., S.151ff.

국가의 집행행위가 요구되지 않는다. 국제법규범은 직접적으로 국내에서 유효하고 행정기관이나 法院에 의하여 직접 적용되며, 그로 인하여 국제법은 국내법으로 變形되는 것이 아니고 국제법으로서의 성격을 잃지 않는다.¹⁰⁾

그러나 採用說에 의해서 국제법규범이 국내에서 구속성을 갖기 위하여 국가행위가 요구되는 경우에도 그것은 선언적인 의미만 있을 뿐이다.

採用(Adoption)에 의하여 국제법은 동시에 국내법질서에서의 受容이 인정된다. 국제법규범은 그 자체로서 국내적으로 유효하고 그의 국제법적 성격을 잃지 않았기 때문에 국내적으로 유효한 국제조약의 發效, 終了 및 해석은 국제법규범을 기준으로 한다. 예컨대 어느 조약이 어떤 이유로 종료되면 이것은 국제법적으로만이 아니라 직접 국제적으로도 영향을 미친다. 採用說은 通常 一元論과 連關되어 있다. 왜냐하면 二元論에서 출발하여 국제법과 국내법을 원칙적으로 상이하게 발생하고, 상이한 法主體를 대상으로 하고, 상이한 내용을 규정하는, 二個의 상이한 법질서로 본다면 어떻게 국제법이 그 자체로서 국내에서 적용될 수 있는가를 설명할 수 없기 때문이다.

나. 變形說(Transformationstheorie)¹¹⁾

-
- 10) 採用法은 英美法系統의 국가에서 채택하고 있는데 Blackstone이 그의 Commentarie on the Law of England(1765)에서 “국제법은 국내법의 일부분이다”(“International Law is Part of the law of the land”)라고 표현한 데 그 기원을 두고 있다. 美國의 헌법 제6조 제2항도 이와 비슷한 조항을 두고 있는데 이에 의하면 미국의 헌법, 법률 및 조약은 “국가의 最高法”(“Supreme law of the land”)이다. 조약이 그 내용에 있어서 국내적용에 적당하면(Self-executing treaties) 미국의 법에 의해 특별한 절차없이 국내에서 준수된다. Ipsen, a.a.O., S.1078; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.107, 110f.
- 11) 變形說에 관하여는 Schweitzer, a.a.O., S.111ff; Ipsen, a.a.O., S.1078ff; Dahm /Delbrück /Wolfrum, a.a.O., S.105ff, 107f; Partsch, Die Anwendung des

變形說에 의하면 국제법규범은 그 자체로서 국내에서 적용될 수 없다. 왜냐하면 국제법과 국내법은 2개의 분리된 법질서이기 때문이다. 이와 같이 二元論의 觀念에 기초를 둔 變形說은 국제법규범이 국내에서 유효하기 위해서는 국내법으로 變形(Transformation)될 것을 요구한다. 따라서 各國의 立法者는 국제법규범의 내용과 同一한 국내법을 제정하여야 하고 국제법 및 국내법 영역에서 內容上 同一한 규범이 존재하게 되나 그 효력의 근거와 범위는 상이하다. 국제법규범이 국제법法源에 근거를 두는 반면 同文의 국내법규범은 국내법에 그 효력의 근거가 있다. 그 결과 국내법으로 變形된 조약은 국내의 규범대상자에 대하여 그 發效, 효력, 해석, 終了등에 있어서 국내법을 기준으로 한다. 그러므로 예컨대 어느 조약이 어떤 이유에서 終了하면 그것은 단지 국제법적인 문제이지 국내적으로는 아무런 영향이 없다. 조약과 同文의 국내법은 그것이 폐지될 때까지 계속 유효하다. 이 점에 있어서 採用說 및 執行說과 본질적으로 구별된다.

그러나 이 說을 엄격히 적용할 경우 국제법규범이 국내법으로 變形됨으로써 국제법 규범과 국내법간에 아무런 관계가 없게 되어, 예컨대 조약이 국제법적으로 失效되었다 하더라도 국내법적으로 아무런 효과가 없다는 결과가 되는데 이러한 兩 規範間의 엄격한 분리는 法現實에서 찾아볼 수 없는 것이다.

그리하여 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘折衷의 變形說’¹²⁾이 등장하였다. 이 說은 국가의 적용명령에 의하여 국제법규범

Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Karlsruhe 1964, S.14ff.; Rudolf, a.a.O., S.158ff.

12) Schweitzer, a.a.O., S.114f. Rudolf, a.a.O., S.167ff.

이 內容上 규범대상자의 변경과 함께 국내법으로 變形되지만 變形된 規범과 國際法간의 本來의 關係는 배제되지 않는데서 變形的 法的 意味를 찾고 있다.

국제법의 變形은 特殊變形과 一般變形的 두 形式으로 可能하다.¹³⁾

i) 特殊變形(spezielle Transformation)에 의하면 모든 국제법규범은 立法者의 특별한 시행행위(法律, 命令 등)에 의하여 국내법으로 변하게 된다. 국제조약의 경우 각 조약의 국내규정과 일치하는 국가의 특별한 법률행위가 요구된다.¹⁴⁾

ii) 이에 반하여 一般變形(generelle Transformation)은 특별한 법률행위를 요하지 않고 국제법규범 全體를 국내법의 일부로 선언한다. 各國의 立法例에서 보는 바와 같이 國際慣習法과 관련하여 一般變形이 많이 채택되고 있다.¹⁵⁾ 이와 반대로 국제조약에 대하여는 通常 一般變形이 적용되지 않는다. 조약의 경우는 보통 變形的 기능을 갖는 法律의 形式으로 議會의 同意라는 국가행위가 필요하다.

3. 執行說(Vollzugslehre)¹⁶⁾

執行說도 變形說과 마찬가지로 국제법의 法源에서 由來한 法

13) Ipsen, a.a.O., S.1079; Schweitzer, a.a.O., S.113f.

14) 예컨대 英國은 집행력이 있는 조약이라 하더라도 조약이 국제법적으로 發效된 후 立法者가 조약의 내용을 특별한 국내법의 제정·公布 또는 특정 법률의 개정에 의하여 變形하여야 비로소 국내에서 구속력을 갖게 된다. 따라서 영국에서는 유럽經濟共同體加入時 유럽경제공동체 條約文이 아니라 특별한 '유럽共同體法'(European-Community-Act)을 公表하였다. Mössner, Einführung in das Völkerrecht, München 1977, S.57.

15) 독일기본법 제25조 참조.

16) 執行說에 관하여는 Schweitzer, a.a.O., S.111; Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.105f. 118; Ipsen, a.a.O., S.1080; Partsch, a.a.O., S.19ff.; Rudolf a.a.O., S.164ff.

規가 국내에서 구속성을 갖기 위하여는 국가의 법률행위가 필요하다는 데에서 출발한다. 즉, 국내에서 국제법의 적용은 국내의 집행명령(Vollzugsbefehl)에 의하여 국제법의 집행이 국내적으로 가능하게 되는 것이라 한다. 그러나 이러한 국내적 집행에 의하여 국제법규범은 국내법으로 變形되지 않고 본래의 法的性格을 保有한다. 단지 執行命令에 의하여 국내의 法適用機關은 국내법 질서 내에서 국제법규범을 적용할 수 있는 권한이 부여되는 것이다. 따라서 집행명령은 독립된 實體的 內容을 갖지 않고 국내에서 국제법규범의 적용 요건을 충족시킬 뿐이다. 그 결과 이說은 採用說과 같이 국내에서 적용되는 국제법 규범의 發效, 效力, 해석, 終了 등에 있어서 국제법을 기준으로 한다. 執行說 역시 주로 一元論의 입장에서 주장되고 대체로 採用說에 近似하다.

3. 實質的 意味

실질적인 효과의 면에서 볼 때 위 세 가지 理論 모두 본질적인 점에서는 일치하고 있다. 즉, 국제법규범의 국내로의 受容에 의하여 국제법규범과 국내법간의 관계가 斷絶되는 것은 아니다. 그 결과 국제법규범이 국내법규로 變形된 후에도 그 해석에 있어 국내법의 해석규칙이 아니라 국제법의 해석규칙이 적용된다. 국제법적 次元에서 失效된 국제법규범은 국내적으로도 더 이상 효력이 없게 된다. 이에 反하여, 국제법규범은 국가의 법률행위라는 媒介가 없으면 국내법질서 내에서 직접적인 효력이 없다.

IV. 국제법규범의 효력과 執行力 또는 直接適用可能性

1. 國內的 效力과 執行力

국제법의 國內的 編入에 관하여 어떠한 理論을 취하든 이와는 독립하여 국제법의 국내적 효력과 이 규범이 執行力이 있는가 또는 직접 적용할 수 있는가 여부의 문제가 제기된다. 變形說에서는 이것을 變形可能한 또는 變形不可能한 국제법이라 한다.

국제법규범의 국내적 효력은 그것이 국내에서 유효한 법이라는 것을 의미한다. 국제법규범은 이제는 국제법질서의 일부분으로서 국가를 구속할 뿐만 아니라 그 규범내용이 채용 또는 집행 명령에 기하거나 變形을 통하여 동시에 국내법의 일부분을 형성한다.

원칙적으로 모든 국제법규범이 국가로 하여금 국제법규범에 국내적 효력을 부여함으로써 그것을 국내적으로 집행해야 하는 의무를 부과하는 것은 아니다. 왜냐하면 어떤 국제법규범은 일정한 국가기관 또는 個人¹⁷⁾을 대상으로 하는 것이 아니라 全體로서의 國家만을 대상으로 하기 때문이다. 따라서 이러한 규범은 국내적 집행이 전혀 불가능하다.¹⁸⁾

17) 직접 個人에 관계된 법률효과를 규정하는 국제법규범은 예컨대 自國에 의한 外交的 保護法과 같은 것이 있다(Vgl. BVerfGE 43, 209). 이러한 法規는 동시에 個人에게 권리와 의무를 발생시킨다고 할 것이다. 個人에게 적용될 수 없는 것은 예컨대 國家에게 自衛權을 인정하는 法規를 들 수 있다. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2.Aufl., München 1984, S.492.

18) 예컨대 大韓民國과 美合衆國間의 相互防衛條約(1954.11.18. 조약 제34호) 제1조.

국제법규범이 國內的 집행이 가능하기 위해서는 그것이 집행력이 있거나 또는 변형 될 수 있어야 한다. 즉 규범이 “직접적으로 적용할 수 있는 法”(“unmittelbar anwendbares Recht”)¹⁹⁾이어야 한다. 따라서 국제법규범은 그 內容과 目的이 더 이상의 국제법적 또는 國內的 법률행위를 요하지 않고 국내법적 효력을 실제로 발생할 수 있도록 구성되어야 한다. 이러한 규범은 規範執行에 있어 국내법규범을 요함이 없이 국가기관을 拘束하거나 그에게 權限을 부여한다. 국제법규범이 이러한 요건을 갖추었다면 이를 執行력이 있다거나(self-executing) 직접 적용할 수 있다고 한다.²⁰⁾

이에 反하여 국제법규범이 그 내용이나 관계국가의 意思에 따라 國家高權行爲에 의한 상세한 규정을 요한다면 이를 執行력이 없다고(non-self-executing)한다. 집행력이 없는 규범은 국가의 특별한 施行規定(Durchführungsvorschriften)을 요한다.²¹⁾ 이 경우 국제법규범이 국내에서 효력을 갖게 되었다면 이 규범은 단지 시행규정을 公布해야 할 해당 法制定機關을 대상으로 할뿐이다. 이 점에서 국제법규범은 法制定의 委任을 內包하고 있다.

집행력은 흔히 보듯이 個人에 대한 主觀的 權利의 부여와 동

19) BVerfGE 6, 309, 334.

20) 예컨대 1950. 11. 4. 人權과 基本的 自由權 보호를 위한 協約(유럽 人權協約) 제5조 제1항은 執行력이 있다. Schweitzer, a.a.O., S.115f.

各國의 헌법은 이러한 국제법규를 직접적용하기 위하여 상이한 方法을 규정하고 있다. 독일, 오스트리아, 스위스 등의 헌법에 의하면 一定한 조약에 대한 同意法律(Zustimmungsgesetz)의 公表 내지는 公表機關에서의 조약 또는 行政協定の 公表는 自動的으로 해당 국제법규가 국내에서도 직접적용할 수 있게 된다. 그러나 조약이 의회의 同意에도 불구하고 국제법적으로 성립하지 않는 경우(예컨대 條約相對國이 조약의 기준을 거부하였을 때) 조약을 국내법으로 변형시킨 同意法律은 法的效力이 없다. SeidlHohenfeldern, Völkerrecht, b. Aufl, Köln/Berlin/Bonn/München 1987 a.a.O., S.58, 137.

21) Vgl. BVerfGE 29, 348ff., 360.

일시 할 수 없다. 집행력이 있는 규범이 주관적 권리를 設定하느냐의 여부는 그 규범의 내용에 따라 결정되는 것이다.²²⁾

그러므로 문제되는 국제법규범이 執行력이 있는가 여부는 個別的으로 조사되지 않으면 안된다. 이에 관하여 의문의 여지가 있는 경우 國內의 司法機關에 의하여 해결되어야 할 解釋의 문제이다.²³⁾

2. 國內의 效力과 執行力과의 관계

各國의 국제법규범의 국내적 효력과 執行力(직접적용가능성)과의 관계를 상이한 方式으로 설정하고 있다. 美國法에 의하면 국제조약의 직접적용가능성은 국내적 효력의 전제조건이다. ‘自動的 執行力이 있는 條約’(self executing treaty)만이 미국헌법의 규정에 따라 採用되고 ‘國家法’(law of the land)이 된다.²⁴⁾ 自動的 執行力이 없는 조약은 이에 필요한 집행행위가 취해져야 비로소 국내에서 효력을 가질 수 있게 된다.

국내적으로 유효하지만 직접적용가능성이 없는 조약규범은 국내적으로 결코 무의미하다고 할 수 없다. 그의 국내적 효력은 관할 국가기관이 국내법에 기하여 국가에 의해 조약규범이 준수되도록 하고, 특히 對外的으로나 對內的으로 규범의 이행에 필요한 조치를 취하도록 하는 데 그 의미가 있다.²⁵⁾

22) Geiger, Grundgesetz lund Völkerrecht, München 1985, S. 184.

23) Vgl. BVerfGE 46, 214ff., 220f.

24) Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.102, 110.

25) Geiger, a.a.O., S.184.

3. 국제법규범의 順位問題

국제법규범이 국내법으로 수용됨과 함께 국제법규범이 국가의 規範序列에서 어떤 順位를 갖는가 하는 문제가 제기된다. 通常 헌법이 최고의 順位를 차지하고, 헌법에서 출발하여 효력이 낮은 규범들은 충돌의 경우 그 보다 더 낮은 순위의 규범이 배제되도록 구성되어 있다.

그러므로 국내법으로 수용된 국제법규범과 국내법규범간에 실제적 충돌이 발생한 경우 국제법규범이 국내에서 어떤 順位를 차지하는가는 큰 의미가 있다.²⁶⁾ 各國은 국내적으로 국제법과 일치하는 상태를 造成할 국제법적 의무가 있지만 국제법규범의 순위에 관하여 국제법은 침묵하고 있으므로 이에 관하여 어떤 규정을 두느냐는 각국의 재량에 달려 있다. 이와 관련하여 두 가지 방법이 있다. 하나는 변형된 규범 자체가 국제법규범의 순위를 결정할 수 있을 것이고, 다른 하나는 헌법과 일반법률이 그러한 순위결정을 할 수 있을 것이다.²⁷⁾

많은 국가의 헌법들은 順位條項을 두고 있는데 일부는 조약과 국제관습법을 구분하기도 한다.²⁸⁾ 또한 특히 국제법을 존중하는 국가에서는 특정한 국제법규범을 헌법과 同位 또는 헌법보다 優位에 두는 경우도 있다.²⁹⁾

26) Pigorsch, Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1959, S.4f.

27) Geiger, a.a.O., S.185.

28) 독일기본법 제25조는 일반적 국제법규의 優位條項을 두고 있고, 미국 헌법 제4조 제2항은 국제조약이 국가 최고법이라고 규정한다.

29) 예컨대 美國憲法 제6조 제2항 참조. 이에 관하여는 Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.110. 또한 네덜란드憲法에 의하면 국제조약은 결과적으로 헌법에 優位한다. Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, Berlin 1975, S.279f.

국제법규범이 국내법으로 수용된 후 국제법규범의 국내법에 대한 관계는 원칙적으로 그 순위에 따라 좌우된다. 下位法, 先法 또는 一般法은 예외 없이 배제되는 반면(上位法 · 後法 및 特別法 우선의 原則)同位法간에는 어떻게 해결할 것인가 하는 문제가 제기된다. 국내법의 시각에서는 국내법과 모순되는 국제법규범은 깨뜨릴 수 있다고 볼 수 있겠지만 이는 그러한 국내법을 제정한 국가의 국제법적 책임을 불러일으킨다. 따라서 다수의 국가들은 국내법을 국제법적 의무와 모순되도록 해석하여서는 안된다는 해석규칙을 두고 있는 것이다.

V. 헌법재판의 對象으로서의 國際法規範

국제법은 국제법 主體간의 법률관계만을 規律하므로, 국제법규범이 헌법재판의 대상이 되려면 우선 국내 법질서로 受容 내지는 編入되어야 하고 受容을 위해서는 이를 명령하는 헌법규범을 要한다. 우리 헌법 제6조 제1항은 “憲法에 의하여 체결 · 公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다”라는 受容規定을 두어 국제법규범을 국내법으로 受容하는 데 있어서 일반적으로 승인된 국제법규와 조약을 區分하고 있다. 그 밖에도 보충적 또는 예외적으로 국제법규범으로서 고려될 수 있는 것으로는 국제기구의 구속력 있는 법률행위(예컨대 UN총회의 결의안)가 있다.

우리 헌법은 上述한 국제법규범이 국내受容에 관하여 헌법 제6조 제1항의 字句內容上 變形說을 채택한 것으로 볼 수도 있다.

그러나 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 “國內法과 같은效力”을 가진다는 것은 그것이 필연적으로 국내법으로 變形되어야 한다는 것을 의미하지 않는다.³⁰⁾ 국내법과 같은 효력을 갖는 법은 반드시 국내에서 制定된 법으로만 구성되어야 하는 것은 아니고 국내에서 受容된 국제법도 그에 해당하며 국제법의 성격을 保有한다. 따라서 위 헌법규정의 설명은 變形說은 물론 執行說에 의해서도 가능하다고 볼 것이다.³¹⁾

1. 일반적으로 승인된 국제법규

가. 일반적으로 승인된 국제법규의 개념

헌법 제6조 제1항이 규정하는 일반적으로 승인된 국제법규와 관련하여 문제가 되는 것은 국제법의 法源인 규범들, 즉 국제조약, 國際慣習法 및 文明國에 의하여 인정된 法의 一般原則³²⁾이

30) 독일연방행정재판소의 결정에 의하면 어떤 조약규정에 의하여 특정의 請求權을 가지느냐의 문제에 있어서 그 규정은 국제법적인 조약규정으로서의 성질이 아니라 그와는 別個로 존재하는 變形된 독일 國內法으로서의 효력이 기준이 된다고 한다. 독일 국내법으로서의 조약규정은 變形과정을 통하여 조약의 성격을 상실하였다고 判定하였다(Vgl. BVerwGE 35, 265f.).

31) 이 문제에 관하여 독일에서는 變形說 내지 折衷의 變形說이 우세하나 執行說도 有力하게 주장되고 있다. 독일연방헌법재판소의 判例도 初期의 決定을 제외하고는 특정한 이론을 채택하였다고 볼 수 없다. 위 재판소는 처음에는 明示의으로 變形의 개념을 사용하여(BVerfGE 1, 396ff., 411; 6, 309ff., 363) 變形說을 채택한 것 같았으나 그 후 이를 포기하였다(BVerfGE 18, 411ff., 448; 27, 253ff., 274; 46, 342ff., 360) 어떤 決定에서는 執行說을 이용하고 있음을 볼 수 있다(BVerfGE 18, 411ff., 448; 27, 253ff., 274; 46, 342ff., 363). 그러나 특히 條約의 해석에 관한 결정은 위 兩說 어느 것에 의해서도 설명이 가능함을 보여 주고 있다. 이와 관련하여 독일헌법재판소는 조약의 해석에 있어서 항상 국제법적 해석규칙이 적용되어야 한다는 데서 출발한다. 執行說은 물론 折衷의 變形說에 의해서도 국제법과 국내에서 적용되는 법의 관계가 단절되지 않으므로 兩說은 모두 위 재판소에 의하여 이론적 근거가 될 수 있다(예컨대 BVerfGE 46, 342ff., 361).

위 규정이 의미하는 국제법규로 이해될 수 있느냐 하는 것이다.

첫째로, 보편적인 국제관습법이 일반적으로 승인된 국제법규라는 데는 學說이 일치한다.³³⁾

둘째로, 조약의 규범이 일반적으로 승인된 국제법규에 포함되느냐의 여부는 논란이 있다.

특히 제2차 세계대전 이래 일정한 “일반성” 또는 보편성을 보이는 국제조약들이 드물지 않게 되었다. 이와 관련하여 우선 이미 국제관습법의 구성부분인 규범과 단지 보편적 또는 準보편적인 경향을 띤 규범은 구별되어야 한다.³⁴⁾ 前者의 경우는 慣習規範이 조약에 의하여 확정되었고 이에 의하여 관습규범은 二重의 法性格을 갖게 된다. 이에 反하여 後者の 경우는 관습법의 성질을 갖지 않은 조약규범인 것이다.³⁵⁾ 이러한 구별을 기준으로 할 때 全的으로 조약의 성격을 띤 국제법규범, 즉 일반적 국제관습법의 구성부분이 아닌 규범은 일반적으로 승인된 국제법규에 속하지 않는다.³⁶⁾

그러나 이러한 입장은 실제에 있어서 큰 의미는 없다. 왜냐하면 “일반적”조약은 대체로 일반적 국제관습법을 成文法典化하였거나 국제관습법의 형성의 기초가 되므로 일반적 국제관습법의

32) 國際司法裁判所規程 제38조 제1항. 이 規程은 국제법규범에 관한 중요한 국제조약으로서의 위 規定은 국제법의 전통적인 發現形式의 表現으로 간주되고 있다. Schweitzer, a.a.O., S. 24f.

33) Geiger, a.a.O., S.186; Schweitzer, a.a.O., S.129; Pigorsch, a.a.O., S.8f.; Rudolf, a.a.O., S.246ff.; Papadimitriu, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Berlin 1972, S.69ff. 國際司法裁判所의 입장에 의하면 국제관습법은 한 국가가 이에 대하여 抗議(Protest)를 표시하였을 때에만 그를 구속하지 않는다. 따라서 韓國과 法規가 적용될 관계가 있는 국가가 이러한 국제법규에 대하여 항의를 하였는가를 조사한 후 그 중 어느 한 국가라도 항의를 한 경우에는 그 국제법규는 이들 상호간의 관계에서 적용될 수 없다. Bleckmann, a.a.O., S.293.

34) Rudolf, a.a.O., S.253.

35) Papadimitriu, a.a.O., S.81

36) Rudolf, a.a.O., S.253.

규범을 포함하고 있기 때문이다. 제2차 세계대전 후 UN의 기구를 통하여³⁷⁾ 일반적 국제관습법규범의 成文法典化가 수행되었고 많은 성과를 거두었다.³⁸⁾ 이러한 과정을 통하여 해당규범은 그의 관습법적 성격을 잃지 않고 二重的인 法的性格을 갖게 되어 동시에 조약의 구성부분이 되고 있다. 결론적으로 조약은 그것이 UN헌장과 같이 세계의 모든 국가에 대하여 구속력이 있고 “일반적”이라 하더라도 일반적으로 승인된 국제법규에 속하지 않는다. 예외적으로 국제관습법의 규범을 成文法典化한 조약은 단지 宣言的인 의미가 있을 뿐이므로 일반적 국제법규에 속한다고 할 것이다.³⁹⁾

셋째로, 法の 一般原則(allgemeine Rechtsgrundsätze)도 일반적으로 승인된 국제법규에 해당한다는 見解가 있으나⁴⁰⁾ 수긍하기 어렵다.

법의 일반원칙을 국제법질서 또는 국제사회의 구조에서 파생된 원칙으로 이해한다면 그것은 집행력이 없고 따라서 헌법 제6조 제1항의 일반적인 국제법규의 적용범위에 속하지 않거나(예컨대 국제법主體의 平等原則), 국제관습법의 일부분으로서 당연히 일반적인 국제법규에 속하게 된다. 그러나 국내법질서와 공통된

37) UN헌장 제13조 제1항 : “總會는 다음의 目的을 위하여 연구를 發議하고 아울러 권고한다.

a. ... 國際法の 점진적 발달과 法典化를 장려하는 것.”

38) Kägi, Kodifikation, in : Strupp/Schlochauer(Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, 2.Aufl., Berlin 1961, S.228ff.

39) 例 : 外文關係에 관한 비엔나協約(1961), 領事關係에 관한 비엔나協約(1963)등. Bleckmann, a.a.O., S.292 ; Papadimitriu, a.a.O., S.84f. 독일기본법 제25조와 관련하여 독일에서는 이러한 입장이 다수설이다. Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, Karlsruhe 1957., S.39ff. ; Rudolf, a.a.O., S.250ff.

40) 독일연방헌법재판소는 基本法 제25조와 관련하여 “국제법의 일반원칙은 주로 유효한 국제관습법이고 승인된 法の 일반원칙에 의하여 보충된다”고 判示하였다.

BVerfGE 15, 25ff., 33ff., ; 23. 288ff., 317; 31, 145ff., 177f.

법원칙(예컨대 法濫用의 禁止)으로 이해한다면 그것은 우리 나라의 법질서에 이미 존재하고 있고 이러한 국제 법규의 국내집행이 가능하므로 헌법 제6조 제1항에 의한 受容節次가 불필요할 것이다.⁴¹⁾ 또한 법의 일반원칙은 통상 국제법 主體인 국가간의 상호 관계를 규정하므로 집행력이 없는 것이다.

나. 일반적으로 승인된 국제법규의 一般성과 承認與否

국제법규가 일반적으로 효력이 있는지 여부는 그 人的效力範圍에 따라 판단할 것인지 그 規律對象에 따라 판단할 것은 아니다. 국제법규가 대다수의 국가에 의해 승인되었다면 일반성이 있다.⁴²⁾ 모든 국가가 이 법규를 승인할 것이 요구되지는 않고 準普遍性으로 충분하다.

우리 나라가 스스로 관계 국제법규범을 승인하였어야 하는가, 즉, 그 승인이 불가결한 것인가의 문제는 다툼이 있다. 독일연방 헌법재판소는 어느 규범이 필연적으로 독일에 의해서 승인되지 않았다 하더라도 다수의 국가에 의하여 승인되었다면 기본법 제 25조에 규정한 의미의 “일반적”이라는 견해를 취하였다.⁴³⁾

우리 헌법의 국제법존중주의의 觀点에서 볼 때 어떤 국제법규가 우리 나라에 의해서 승인되지 않았지만 다수의 국가에 의

41) Schweitzer, a.a.O., S.135.

42) BVerfGE 15, 25(34)

43) BVerfGE 16, 27(35). 해당 국제법규에 대한 승인이 필수적인가 하는 문제는 독일 기본법 제25조의 字句와 이에 해당하는 Weimar헌법 제4조 규정의 차이에서 살펴 볼 수 있다. Weimar헌법 제4조는 “일반적으로 승인된 국제법규”(allgemeine anerkannte Regeln des Völkerrechts) 라고 규정하는 반면, 기본법 제25조는 단지 “일반적인 국제법규”(allgemeine Regeln des Völkerrechts)라고 하고 있다. 學者들은 기본법이 Weimar헌법과 상이하게 규정한 것은 Weimar헌법 제4조를 국제법규범은 독일도 그것을 승인하는 경우에만 일반적으로 승인된 것이라고 해석한 당시의 지배적인 견해를 거부하였기 때문이라 한다. Geiger, a.a.O., S.187.

하여 승인되었다면 우리 나라가 해당 법규에 구속됨을 배제하지 않는다. 이 경우 우리 나라는 일반적 국제관습법에 구속됨을沮害하지 않는 ‘침묵의 小數’(schweigende minderheit)에 속한다고 할 수 있다. 이러한 구속을 排除하기 위하여는 처음부터 인식할 수 있게 해당 法規에 대하여 反對意思를 표시하여야 할 것이다.⁴⁴⁾ 이 경우 일반적으로 승인된 국제법규라도 受容하지 않게 된다.

다. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력

헌법 제6조 제1항에 의하여 국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖게 된다. 그 결과 국제법규의 내용은 국제법主體로서의 국가만을 구속하지 않고 동시에 국내법의 일부분이 되고, 나아가 이에 기하여 국가기관을 구속하게 되는 것이다. 당연히 집행력 있는 국제관습법만이 이러한 국제법규에 속한다.⁴⁵⁾ 즉 국내에서 법률 효과의 발생을 목적으로 하거나 직접적으로 개인의 권리와 의무를 設定하는 규범이 그러하다.⁴⁶⁾ 그러나 국제법규가 국가를 대상으로 하고 있기는 하나 그 적용에 있어서 간접적으로 개인의 法的地位에 효력을 갖는 것도 그러한 규범에 속한다고 할 수 있다.⁴⁷⁾

44) Geiger, a.a.O., S.103; Vgl. BVerfGE 46, 342.

45) Rudolf, a.a.O., S.172.

46) 이러한 규범은 독일연방헌법재판소의 判決에서 알 수 있듯이 극히 적다. 왜냐하면 이제까지 독일법으로 編入된 일반적 국제법규는 단 하나에 불과하기 때문이다(BVerfGE 46, 342 참조). 따라서 일반적 受容規範으로서 국제법규에 관한 헌법 제6조 제1항의 법적 의미는 미미하다. 그러나 이와 같이 국제법규의 범위를 제한하지 않고 집행력이 없는, 즉 국가 상호간의 권리와 의무를 설정하는 규범도 국내법에 수용할 수 있다는 見解가 있다. 이에 의하면 국내법에 수용함으로써 그러한 규범(예컨대 국제법상의 干涉禁止)의 준수를 보장할 수 있고, 또한 관계국가기관은 국내법적으로 해당국가가 이 규정을 對外的으로 존중하는 의무가 부과된다고 한다. Geiger, a.a.O., S.197f.

47) 예컨대 國家免除(Staatenimmunität)에 관한 일반적 국제법규는 執行說이 있다. BVerfGE

라. 일반적으로 승인된 국제법규의 國內法秩序에서의 順位

일반적으로 승인된 國際法規가 國內法秩序에서 어떠한 順位를 차지하는가에 관하여 견해가 일치하지 않는다. 多數說은 일반적으로 승인된 國際法規는 法律과 같은 效力을 가진다고 하나,⁴⁸⁾ 小數說에 의하면 일반적으로 승인된 國際法規에도 단계구조가 있으므로 그 중에는 우리 나라의 헌법에는 下位이나 國內憲法律과 같은 효력을 가지며, 일반적인 法律에는 上位라고 볼 수 있는 것도 있다고 한다.⁴⁹⁾

그러나 국제법규 중 強行法規(jus cogens)가 다른 國際法 法源에 우선한다는 것을 제외하고 그 밖의 모든 국제법규범간에 順位の 우열은 없다.⁵⁰⁾ 따라서 국제법규간에 충돌이 있다면 그것은 先法과 後法, 一般法과 特別法의 관점만이 문제가 된다.⁵¹⁾ 그러므로 일반적으로 승인된 국제법규는 우리 헌법의 해석상 법률과 同位라고 할 것이다.⁵²⁾

그렇다면 일반적으로 승인된 국제법규와 법률이 충돌하는 경우 이를 어떻게 해결할 것인가가 문제된다.⁵³⁾ 일반적으로 승인

46, 342ff., 362f.

그러나 外國의 名譽尊重관한 국제관습법적 의무 또는 “條約遵守의 원칙”(“pacta sunt servanda”)은 執行力이 없다. Schweitzer, a.a.O., S.131.

48) 文鴻柱, 第6共和國 韓國憲法(1987), 149면; 丘秉朔, 新憲法原論(1989), 240면; 權寧星, 憲法學原論(1989), 170면.

49) 金哲洙, 憲法學概論(1993), 213면.

50) Verdross/Simma, a.a.O., S.333.

51) Mössner, a.a.O., S. 54.

52) 독일에서는 基本法 제25조가 일반적 국제법규는 蓮邦法の 구성부분이고 法律에 우선한다고 明文으로 규정하고 있으므로 일반적 국제법규는 헌법에는 下位이나 일반 법률에는 上位라는 견해가 多數說이다. Partsch, a.a.O., S. 61ff.

53) Papadimitriou, a.a.O., S.94.

된 국제법규가 법률보다 우위라면 兩 規範간의 順位는 形式的(formell)으로 결정되었으므로 實體的(materiell) 順位를 결정하는 원칙을 고려할 필요가 없다.

이에 反하여 일반적으로 승인된 국제법규가 法律과 同位라면 形式的 順位외에 實體的 順位도 관계가 있다. 먼저 立法者는 국내법을 國際法合致的으로 形成하고 법적용기관은 발생할 수 있는 兩 規範간의 충돌을 國際法合致的인 해석과 적용으로 해결하여야 할 것이다. 이로써 形式的인 順位를 초월하여 實體的인 順位가 정하여진다.⁵⁴⁾ 이것은 일반적으로 승인된 국제법규가 法律과 同位인 경우 이러한 국제법규의 국내적 효력과 적용은 國際法合致的 形成과 해석의 원칙에 의하여 迂廻的으로 보장될 수 있음을 보여주고 있다.⁵⁵⁾

마. 일반적으로 승인된 국제법규를 근거로 한 헌법재판

일반적으로 승인된 국제법규의 위반에 대한 헌법재판에 의한 통제는 헌법소원심판제도에 의하여 가능할 것이다.⁵⁶⁾ 헌법재판

54) Papadimitriu, a.a.O., S.94f.

55) 우리나라와 같이 일반적 국제법이 法律과 같은 效力을 갖는다고 규정하고 있는 벨기에 및 그리스의 學說과 判例는 이러한 견해를 취하고 있다. Papadimitriu, a.a.O., S.91ff.

56) 독일연방헌법재판소는 일반적 국제법규를 대상으로 헌법소원을 제기할 수 있는나 하는 문제에 대하여 처음에는 명백한 立場을 취하지 않았으나(BverfGE 6, 290(300)), 그 후 이를 否認하였다.(BverfGE 6, 389(440)). 그렇다고 하여 이로써 일반적 국제법규의 위반에 대하여 헌법소원을 제기할 가능성이 실제로 축소된 것은 아니다. Elfes 決定(BverfGE 6, 32) 以來 基本法 제25조 의미의 국제법위반의 법규는 헌법질서의 일부일 수 없다는 이유에서 基本法 제2조(生命 및 身體不可侵의 自由)의 침해를 주장하는 경우에만 일반적 국제법규를 대상으로 하는 헌법소원은 가능하다고 할 수 있다. (BverfGE 23, 288(300, 313)은 明示的으로 헌법소원의 제기를 인정한다).

Geck, Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd II., Tübingen 1976, S.147.

소는 헌법 제6조 제1항이 규정한 일반적으로 승인된 국제법규에 관하여 제기되는 모든 법적문제들을 결정하지 않으면 안된다.⁵⁷⁾ 헌법재판소는,

(1) 어떤 국제법규(예컨대 보편적 국제법, 국제법의 일반원칙, 局地的 국제관습법, 국제사회 全體가 비준한 條約등)가 헌법 제6조 제1항의 의미의 국제법규에 속하는가를 결정한다.

(2) 해석이나 범위의 확정을 통하여 이러한 국제법규를 具體化하는 권한을 갖는다.⁵⁸⁾

(3) 헌법 제6조 제1항의 규정에 의하여 국제법규가 국내법으로 編入되었는지 여부를 결정한다.

(4) 위 국제법규를 직접 적용할 수 있는지, 즉 집행력이 있는지에 관하여 결정하고,

(5) 위 국제법규의 順位문제도 헌법재판소의 권한에 속한다.

2. 條 約

條約이란 일정한 國際法的 效果를 목적으로 하는 國際法主體間的 合意라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 決定的인 것은 국제법주체간의 국제법적 효과에 관한 합의이므로 形式(口頭, 書面), 當事國의 數(兩者, 多者) 또는 명칭(조약, 協約, 協定, 宣言, 合意, 議定書, 憲章 등)은 중요하지 않다. 국내법에서 조약의 집행은 조약이 일반적으로 편입되거나(例, 美國헌법 제6조 제2항), 국내규범이 個別的으로 조약의 국내적용을 규정함으로써 보장될 수 있다. 우리 헌법은

57) Bleckmann, a.a.O., S.252f.

58) Vgl. BVerfGE 15, 31f.; 16, 32.

59) Ipsen, a.a.O., S.98ff.; Schweitzer, a.a.O., S.26.

제6조 제1항에서 모든 조약에 동등하게 해당되는 일반적 적용 명령을 두고 있다.⁶⁰⁾

가. 조약의 집행력 또는 직접적용가능성

조약도 上述한 일반적으로 승인된 국제법규와 마찬가지로 그 내용상 執行力이 있는(직접적용이 가능한) 조약규정, 즉 직접적으로 국가의 법적용기관이나 個人을 대상으로 하는 조약규정만이 국내법으로 수용될 수 있다.⁶¹⁾ 조약의 執行力은 다음의 기준에 의하여 결정된다고 볼 수 있다.⁶²⁾

(1) 조약이 그 施行과 효력에 있어서 별도의 국내적 집행행위를 필요로 하지 않아야 한다.

(2) 조약이 明白하고 상세하게 규정되어 있어 그로부터 구체적인 법률효과를 導出할 수 있어야 한다. 조약상대국이 조약규정의 집행에 있어서 광범위한 결정의 권한이 있다면 이에 해당하지 않는다.

(3) 조약이 字句, 目的 및 내용에 의하여 개인에게 권리 또는 의무를 부여하여야 한다. 단지 국가를 대상으로 하고 국가에게 作爲 또는 不作爲 및 容認의 의무를 부여하는 규정은 이러한 요건이 결여되어 있다.⁶³⁾

60) 독일의 경우 蓮邦의 정치적 관계를 규율하거나 蓮邦立法의 대상과 관련된 조약은 蓮邦法律, 즉 同意法律(Zustimmungsgesetz)의 형식에 의하여 국내적으로 적용된다. 독일기본법 제59조 제2항 참조.

61) Rudolf, a.a.O., S.173ff. 이에反하여 Geiger, a.a.O., S.197은 국내법으로 編入된 조약은 전체로서의 조약과 관련되는 것이고, 그 중에서 '직접적용이 가능한' 규정만이 관련된 것은 아니라고 한다. 전체규정 중에서 일부분만이 조약취지의 심사대상이 된다면 조약규정이 의미하는 해석을 기초로 하는 조약의 적용은 불가능하기 때문이라 주장한다.

62) Ipsen, a.a.O., S.1090f.

63) 일정한 국제기구(예컨대 유럽共同體)의 設立조약은 第2次法(sekundäres Recht)에 의한 보충을 규정하고 있는데(例, 유럽經濟共同體條約 제 189조) 이러한 규정은 綱領條項

그러나 조약 중에는 그 내용상 국가 그 자체를 대상으로 하는 것이 있다.⁶⁴⁾ 이러한 조약규정은 규범의 목적을 명백히 인식할 수 있다 하더라도 국내에서 執行力이 없으므로 헌법재판의 기초가 되지 못한다.⁶⁵⁾ 이러한 규범에 대한 헌법재판은 조약당사국의 정부 또는 의회가 필요한 조치를 취하여야만 가능하다. 즉 조약이 국내에서 효력을 갖기 위해서는 조약당사국의 국내조치에 의한 보충을 요한다. 따라서 이러한 조약은 직접 적용할 수 없다.

그러나 조약을 직접 적용할 수 없더라도 조약의 국내편입에 의하여 국가는 편입된 조약에 의거하여 조약이 이행되도록 해야 할 의무가 있다.⁶⁶⁾ 즉 조약에 의하여 이러한 집행력이 없는 의무를 부담하게 된 국가는 相當한 기간 내에 국내법을 제정하여야 하며, 立法不作爲에 대하여는 책임을 지게 된다.⁶⁷⁾

나. 執行力이 없는 條約規定

執行力이 없는 조약의 규정은 국내에서 직접 적용할 수 없고 간접적으로 적용할 수 있는데 조약이 직접 또는 간접적용가능성이 있는지 조약에 明示的으로 규정될 수 있다.⁶⁸⁾

(Programmartikel)으로서 加盟國들이 이에 따라 국내법을 제정 · 公布하기 전까지는 집행력이 없다. Seidl-Hohenveldern, a.a.O., S.136.

64) 예컨대 1929. 7. 27. 제네바 적십자 협약 제28조: “ ... 조약당사국의 政府는 赤十字標識의 보호를 위하여 필요한 조치를 취하거나 그들의 立法機關에 제안할 것이다.”

65) Seidl-Hohenveldern, a.a.O. S.136.

66) BVerfGE 6, 290(294).

67) Seidl-Hohenveldern, a.a.O. S.136. 356.

68) 例: 1957. 10. 10. 船主責任에 관한 브뤼셀協定은 합의규정을 직접 수용하거나 또는 特別法에 의하여 各國의 法秩序에 편입하도록 明示的으로 조약 당사국에 위임하고 있다. 독일은 後者の 방법을 택하여 조약이 아니라 특별법(즉 1972. 6. 21. 海洋法 中 改正法律)에 의하여 독일의 商法이 이와 일치하게 改正되었다. Geiger, a.a.O., S.198.

그 밖에 조약규정이 간접적으로 적용되는 경우는 조약당사국이 조약의 실현을 위하여 국내적으로 특별한 조치를 취할 의무가 있다는 점에서 흔히 알 수 있다. 또한 그러한 明示的인 의무가 없더라도 조약규정이 국내법에 따라 附加的인 법률행위(예컨대 국가기관의 관할 또는 준수절차에 관한 규정)없이 집행될 수 없다면 간접적으로 적용될 수 있는 경우에 속한다. 조약이 그 집행을 法規命令에 의하여 留保한 경우에도 마찬가지다.

그러나 조약규정이 직접 또는 간접적으로 적용될 수 있는지의 문제는 대체로 實體規定의 해석을 통하여 해결될 수 있다. 따라서 조약규정의 내용과 목적에 의하여 조약의 집행을 위하여 국제법적 및 국내법적 행위를 요하는지가 중요하다.⁶⁹⁾

조약규정이 직접 적용할 수 있다고 하더라도 그 규정이 개인의 주관적 권리와 의무를 발생시키느냐 하는 문제와는 구별하지 않으면 안된다. 이 문제는 조약의 明示的 규정에 의하거나, 묵시적인 규정인 경우에는 해석에 의하여 해결될 수 있다.⁷⁰⁾

끝으로 조약이 ‘高度의 정치적 성질’(hochpolitische Natur)을 띤 경우에는 해석에 있어서 그 밖의 조약과는 다른 취급이 요구된다. 이러한 조약에서 구체적인 법적행위 및 행동의 의무를 設定하는 조약당사국들의 합치된 意思是 條約文이 이를 明示的으로 표현하는 경우에만 인정될 수 있다. 조약에서 私人을 위하여 法的義務를 규정하는 것은 일반적으로 例外이므로 條約文에 명백한 근거가 없으면 합의된 것으로 볼 수 없을 것이다.⁷¹⁾

69) BGHZ 11, 135(138); 52, 371(383f.).

70) 예컨대 犯人引渡條約에 政治犯의 引渡禁止가 규정되어 있다 하더라도 政治犯에게 不引渡의 主觀的 權利를 부여하지는 않는다. BVerfGE 46, 214.

71) 독일연방헌법재판소는 東歐社會主義國家들과의 條約(Ostverträge)에 대한 헌법소원에 관한 결정에서 이와 같은 해석의 원칙을 확립하였다.

BVerfGE 40, 141(164); 43, 203(209).

다. 조약의 국내법에서의 順位

조약이 국내영역에서 다른 국내법과의 관계에서 어떠한 順位를 차지하느냐의 문제는 조약의 국내법으로의 編入方式에 관하여 어떤 이론을 취하느냐와는 독립하여 객관적으로 결정된다. 우리 헌법의 해석상 條約 중 國會의 동의를 얻은 條約은 法律과 같은 效力을 갖고 그 밖에 行政協定과 같은 것은 命令·規則의 效力을 가진다는 것이 多數說이다.⁷²⁾

이에 따라 조약에 抵觸되는 後法과의 관계는 後法優先의 원칙(Lex-posterior-Regel)이 적용된다. 그러나 우리 나라의 條約違反을 야기하는 이러한 法的 結果는 극단의 경우에만 인정되어야 할 것이다. 國際法尊重主義라는 헌법의 命題에서 출발한다면 조약규범의 國內의 效力을 유지하는 해석에 優先을 부여할 것이 요구된다. 이는 이를테면 조약규범을 特別法(lex specialis derogat legigenerali)으로 취급함으로써 가능할 것이다.⁷³⁾

라. 條約의 해석

憲法裁判에서 條約의 해석은 특히 국내기관에 의하여 一方的으로 결정될 수 없는 국제법적 원칙과 국내법 질서간의 조화가 추구되어야 한다. 이에 따라 국제법이 규정하는 원칙들, 즉 條約

72) 金哲洙, 전거서 215면; 權寧星, 전거서 172면 등.

73) Geiger, a.a.O., S.199f. 조약과 法律은 흔히 特別法과 一般法의 관계에 있다. 예컨대 조약에 의하여 조약상대국의 국민이 외국인에 관한 일반법률보다 유리한 地位를 차지한다면, 이 조약규정은 조약이 有效하는 동안 일반법률에서 우선한다.

Mosler, a.a.O., S.26.

에 관한 비엔나 協約과 국제재판소의 判決에 나타나 있는 국제법해석규칙이 기준이 된다.⁷⁴⁾ 국제법규칙에 의하여 명백한 결과에 도달하지 못한 경우에 비로소 合憲的 해석(verfassungskonforme Interpretation)이 가능하다. 이것은 국제법적 의무와 국내에서의 條約의 효력을 가능한 한 일치시키고자 하는 우리 헌법의 國際法尊重主義의 결과이다. 또한 條約의 준수를 국내적으로 보장하려는 것이 조약의 목적이기도 하다.⁷⁵⁾

어떤 條約文이 표준이 되느냐의 문제도 국제법적 차원에서 결정된다. 條約의 正本이 多數의 條約語로 作成되었고 그 중 韓國語本이 있을 경우 반드시 韓國語本이 표준이 되는 것은 아니다. 국제법은 오히려 모든 正本들을 고려한 調和있는 해석을 요구한다(調和解釋의 원칙).⁷⁶⁾

條約正本이 한국어로 作成되지 않았다면 조약에 대한 한국어 翻譯本을 첨부하여 官報에 掲載하는 것이 法治國家의 原則과 부합한다. 이 번역본은 조약의 대상자로 하여금 조약의 내용을 그들이 이해할 수 있는 言語로 認知시키는 것을 보장하기 때문이다. 그러나 번역본은 조약의 해석에 있어서 실제로 해당조약의 語義確認을 위한 補助的인 역할을 담당할 뿐이다. 아무리 한국어 번역본에 의하여 명백하게 보이는 것이라도 條約의 正文

74) 국제법적 개념과 規則은 국내법질서가 이를 前提로 하거나 明示의 또는 묵시적으로 受容하여 기준으로 삼는 경우에 作用한다. 예컨대 외국과 관련된 규정에 있어서 국가는 국제법적 개념을 전제로 한다. 외국의 國家機關의 보호(한국 刑法 제107조 이하) 또는 외국 화폐와 관련되는 화폐위조의 방지를 위한 형법규정(刑法 제207조)에서도 마찬가지다. 侵略的 戰爭의 개념(現行헌법 제5조 1항)은 묵시적으로 국제법을 고려할 것을 전제로 한다. Vgl. BVerfGE 4, 157(168) ; Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.II, Tübingen 1976, S.185; Mosler, a.a.O., S.25.

75) Hilf, Die Auslegung mehrsprachiger Verträge, Berlin/Heidelberg/New York 1973, S.143ff.; Bernhardt, a.a.O., S.185.

76) Geiger, a.a.O., S.315; 條約法에 관한 비엔나協約 제33조 제4항.

에 의한다면 不分明할 수 있는 것이다. 이와 관련하여 條約의 正文인 言語로 官報에 게재되었는가의 여부는 중요하지 않다. 조약에 어느 言語가 條約의 正文인가를 규정해 놓은 것으로 충분하다. 조약의 내용에 관하여 생기는 의문은 국제법적으로 요구되는 해석방법을 적용하여 解消되어야 할 것이다.⁷⁷⁾

마. 조약에 대한 憲法裁判

(1) 條約의 司法的 審査

조약이 司法的 審査의 대상이 될 수 있는가에 관하여 論難이 있다. 조약의 司法的 審査를 否定하는 견해는 對外政策은 柔軟해야 하기 때문에 원칙적으로 行政府의 핵심영역에 속하며(權力分立의 원칙), 國內法的 구속에서 자유스러워야 하므로 法官은 이러한 對外政策의 영역에 관여할 수 없다는 데에서 출발한다.⁷⁸⁾ 또한 對外政策의 복잡성과 機密의 유지는 政府만이 이를 판단하기 때문에 法官은 이 分野에서 대체로 충분한 지식이 결여되어 있다. 게다가 조약의 심사에 의하여 경우에 따라서는 主權에 의하여 外國의 司法機關에 의한 統制를 받지 않는 條約相對國의 行爲도 통제된다. 끝으로 司法的 審査는 조약의 國內的 效力이 상실 될 수 있을 뿐이지 국제법적 구속력까지 상실되는 것은 아니다. 즉 司法的 審査는 결과적으로 국제법과 국내법이 더 이상 일치하지 않게 되고 국제법은 憲法改正이 이루어지지 않는 한

77) 국제조약의 해석에 관하여는 條約法에 관한 비엔나協約 제31조 이하에서 상세히 규정하고 있다. Vgl. Hilf, a.a.O., s.199ff.

78) Schuppert, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, Baden-Baden 1973, S.33ff.

국내적으로 집행할 수 없게 된다.

이러한 이유에서 프랑스에서는 조약이 法官에 의하여 심사될 수 없는 統治行爲라는 立場을 보이고 있고, 英國과 美國에서도 일정한 범위 내에서 條約의 심사를 排除하는 견해가 지배적이다 (act of State, political acts).⁷⁹⁾

條約의 司法的 審査문제는 조약의 本質에 관한 국가이론의 주장이나 외국헌법의 비교법적 검토에 근거하여 해결될 수 없고 헌법 자체에서 그 해답을 찾아야 할 것이다. 조약의 특수성은 아무튼 헌법해석의 범위 내에서 고려될 수 있다.

우리 헌법은 法治主義의 原則에 입각하여 國家權力 상호간의 관계에 관한 기본 입장을 규정하고 있다. 이에 의하면 行政權을 포함하는 모든 國家行爲는 헌법과 法律에 구속된다. 그러나 法이 국가행위의 기초라는 것이 法治主義의 원칙이라고 볼 때 이 원칙의 실현은 法을 제정한 者에게도 對抗하는 독립기관이 존재하는 경우에만 보장되는 것이다. 이 점에서 法治國家는 실제로 있어서 立法府와 行政府를 統制하는 司法權에 의하여 비로소 完成한다고 할 수 있다.⁸⁰⁾

이는 司法府에게 조약과 관련된 외교정책을 결정하도록 허용함을 의미하는 것은 아니다. 法治主義의 原則은 다른 國家權力에 의하여 제정되어 이미 존재하는 法規範을 기준으로 하는 審判을 요구한다.⁸¹⁾

條約이 얼마나 司法的 統制의 대상이 되는가는 實體的 規範이 行政府에게 허용하는 政策形成의 범위와 行정부의 作用에 대한

79) Dahm/Delbrück/Wolfrum, a.a.O., S.110. 129, 487ff. ; Ipsen, a.a.O., S.335f., 619f.

80) Stern. a.a.O., S.841f.

81) Stern. a.a.O., S.843.

訴訟上の可能性에 좌우된다. 따라서 司法機關은 “高度의 政治的인”(Hochpolitischen) 영역에 속하는 決定이라는 이유로 심판을 거부할 수 없다.⁸²⁾

(2) 憲法裁判上の 심판절차

조약은 원칙적으로 심사의 대상이 되므로 헌법재판상 심판을 청구하기 위하여 헌법과 법률에 규정된 절차의 요건을 갖추어야 함은 물론이다.

먼저 法院의 提請에 의한 구체적 규범통제는 조약의 규정이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 문제된다.⁸³⁾

公權力으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 누구나 憲法訴願을 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제68조), 조약도 헌법소원의 대상이 될 수 있다.⁸⁴⁾ 조약에 대한 헌법소원의 요건은 청구인 자신이 현재 직접적으로 조약에 의하여 기본권이 침해받아야 한다. 그 밖에 해당조약이 그 구조와 내용으로 보아 기본권을 침해하기에 적당하여야 한다. 즉 조약이 직접적으로 기본권상 보장되는 청구인의 地位를 그에게 不利益이 되도록 변

82) 우리나라는 條約이 法院과 憲法裁判所의 審査對象이 된다는 것이 多數說이다. 구병삼, 전거서 251면 각주 23 참조. 독일에서는 條約이 司法的 統制를 받는다는 데에 관하여 다툼이 없다. 그러나 조약체결의 권한이 있는 국가기관에 많은 제약이 인정되는데 이것은 대외관계의 특수성으로서 정당화되고 있다(BVerfGE 55, 349ff., 365). 그 밖에도 독일연방 헌법재판소는 條約의 통제에 있어서 自制하였고(예, BVerfGE 55, 349ff., 367f). 이러한 태도를 스스로 ‘司法的 自制’(judicial self-restraint)라고 한다(BVerfGE 35, 257ff., 262; 36, 1ff., 14f.). 그리하여 독일에서 조약의 규정이 위헌이라고 선언된 경우는 한번 뿐이다(BVerfGE 30, 272ff.). 이러한 自制的 구체적 결과는 국제법절서와 국내법절서를 일치시키려는 헌법재판소의 노력에서 비롯된다(BVerfGE 4, 157ff., 168).

그러나 예컨대 美國에서는 “政治的 問題”(political question)에 대한 司法權 심사가 거부된다.

83) Vgl. BVerfGE 12, 281(288) ; 52, 187(199ff.).

84) Vgl. BVerfGE 6, 290.

경시키거나, 개인의 직접적인 作爲義務를 규정하는 등 다른 방법으로 개인의 기본권을 침해한다면 그 조약은 헌법소원 심판의 요건을 갖춘 것이다.⁸⁵⁾

헌법재판에 있어서 심사의 기준은 헌법이다. 일반적으로 승인된 국제법규도 判決에 관련된 先決問題로서 심사기준의 구성부분이 될 수 있다.⁸⁶⁾ 그러나 헌법재판소는 그의 심판권의 범위 내에서 다른 국가기관에 의한 국제법규범의 不尊重 또는 흠 있는 적용에 기하여 우리 나라의 국제법적 책임이 돌아갈 수 있는 국제법 위반을 가능한 한 저지하거나 排除하도록 특별한 주의가 요구된다.⁸⁷⁾

(3) 基本權보장의 한계

기본권은 모든 國家作用, 따라서 條約에 기한 公權力의 行使도 구속함은 의심의 여지가 없다. 그러나 일반적으로 국가간의 협력을 위하여 또는 公共福利를 위하여 어느 정도 기본권을 제한할 수 있는가는 아직 밝혀지지 않고 있다. 조약에 기하여 외국의 조치에 협력하는 것은 그 조치가 法治主義에 대한 최소한의 요구를 충족시킨다면 헌법에 위반되지 않을 것이다. 국제기구의 조직에 협력하는 것도 마찬가지이다. 독일기본법 제24조 제1항에 의하면 국제기구에 高權作用을 移讓할 수 있는데 이 경우 연방헌법재판소는 헌법상 포기할 수 없는 기본원칙이 침해되지 않는 한 위헌은 아니라고 判示하였다.⁸⁸⁾ 또한 犯人引渡協定

85) BVerfGE 40, 141(177).

86) BVerfGE 63, 343(368f.).

87) BVerfGE 58, 1(34f.); 59, 63(89).

88) BVerfGE 59, 63(89ff.).

에 기하여 刑事犯을 引渡하는 경우 연방헌법재판소는 외국의 조치를 법치국가원칙에서 결과하는 헌법상 보장된 최소한의 요구와 일치하는가를 기준으로 판단하였다.⁸⁹⁾ 이와 같이 독일연방헌법재판소는 기본권 보장의 의무를 헌법에 기한 구체적인 국가간의 협력에 있어서 독일의 이익과 對比하여 판단하였다.

(4) 違憲決定의 效果

조약을 대상으로 하는 헌법재판에 있어서 먼저 조약을 合憲의으로 해석하도록 노력하고, 그것이 불가능하여 조약이 위헌임이 확정되면 이 조약은 국내적으로 無效이므로 국내법에서 더 이상 적용될 수 없다. 그러나 조약은 위헌결정에 의하여 국제법적으로는 무효가 되지 않으므로 해당국가는 조약위반을犯하지 않기 위하여 그의 국제법적 의무의 이행이 가능하도록 法律의 改正등을 통하여 국내의 法的상태를 변경하지 않으면 안된다.⁹⁰⁾

3. 國際機構의 決議

가. 구속력 없는 決議

우리 헌법은 국제기구의 決議를 어떠한 方式으로 實現시킬 것인가에 관하여 아무런 明示적 규정을 두고 있지 않다. 일반적으로

89) 犯人引渡協定에 기한 특정인에 관한 引渡合意의 경우 한계를 지어 이러한 합의의 범인 인도와 그에 기한 행위가 일반적 국제법규의 구속력있는 최소 기준에 위반되지 않고, 헌법상 불가결한 公共秩序의 원칙에 위반되지 않는 한 허용된다고 한다. BVerfGE 63, 332(337f.).

90) Seidl-Hohenveldern, a.a.O. S.67.

로 국제기구의 결의는 執行力이 없고 주로 국가 그 自體를 대상으로 하며 보통 勸告的인 성격을 갖고 있다. 따라서 이로부터 個人에 권리나 의무가 발생할 수 없다.

UN의 決議도 마찬가지로 국제법으로 간주될 수 없음을 잊어서는 않된다. UN총회의 결의는 대부분 “宣言”(Deklarationen)이라 불리는데 그 자체로서 국제법의 法源에 속하지 않는다.⁹¹⁾ UN헌장은 總會에 법규범을 公布할 수 있는 권한이 아니라 단지“권고”(Empfehlungen)할 권한을 부여할 뿐이다.⁹²⁾

나. 拘束力있는 決議

국제기구의 구속력 있는 결의는 국내에서 집행되기 위하여 上述한 일반적으로 승인된 국제법규나 조약의 경우와 같은 방법으로 국내법에 편입될 수 있다. 국제기구 또는 국제재판소와 같은 기관이 우리 나라가 加入하고 있는 조약에 의하여 加盟國을 구속하는 결정의 권한이 있다면, 이러한 결정은 그것이 국내에서의 執行이 필요한 경우에는 국내에서 그에 관하여 권한이 있는 국가기관의 특별한 법률행위를 요한다.⁹³⁾

다. soft law의 문제

국제기구의 결의와 관련하여 soft law의 문제가 제기된다.

91) Ipsen, a.a.O., S.197. 헌법재판소 1991.7.22. 선고, 89헌가106, 헌법재판소 판례집 제3권(1991), 425면 이하 참조.

92) UN헌장 제10조, 제11조, 제13조, 제14조 참조.

93) 예컨대 로데시아에 대한 일반적 經濟裁制에 관한 1966. 12. 16.의 UN安保理決議 제232호. 독일은 이 決議를 이행하기 위하여 對外經濟法 제7조 제1항에 의거하여 對外經濟壽命을 改正하였다. Geiger, a.a.O., S.200. Verdross/Simma, a.a.O., S.554ff.

soft law의 개념은 예컨대 批准되지 않은 條約의 규정이나 國際會議 또는 국제기구의 결의, 선언, 최종의정서 등으로서 국제법적 拘束力이 결여된 것으로 파악된다.⁹⁴⁾ 이러한 soft law에 의한 일정한 見解의 表示는 유효한 법규범은 아니더라도 어떠한 방식으로 문제를 해결하는 것이 바람직한지, 또한 어떠한 결정이 다른 해결의 방식보다 우선하는지에 관한 구체적인 評價를 포함하고 있기 때문에 국제법원칙의 해석에 있어서 無關하지 않은 것이다.⁹⁵⁾ 독일연방재판소의 一貫된 判例와 같이 헌법재판에 있어서 外國과 관련된 事案에서 “선량한 風俗”(gute Sitten)⁹⁶⁾의 개념을 具體化하는 경우 국제법적 사정뿐만이 아니라 soft law의 내용인 “국제적 一般利益”(internationale Allgemeininteresse)도 참작되어야 할 것이다.⁹⁷⁾

그러나 soft law의 적용에 있어서 특히 주의할 것은 국제기구의 任意의 결의나 비준되지 않은 조약규정이 당연히 국제적 일반이익의 표현으로 간주될 수는 없다는 점이다. soft law의 발생 연혁과 특히 다른 국가의 表決行態가 고려되지 않으면 안된다.⁹⁸⁾

94) Ipsen, a.a.O., S.221; Verdross/Simma, a.a.O., S.342ff.

95) 헌법재판소 1991.7.22. 선고, 89헌가106, 헌법재판소 판례집 제3권(1991), 425면 이하 참조.

96) 예를 들면 독일 民法, 제138조 제1항.

97) 나이지리아 文化財취득에 관한 私人間에 체결된 계약은 元來의 場所에 문화재를 保存하려는 모든 민족의 이익을 침해하기 때문에 선량한 풍속에 反한다고 하였다. 위 재판소는 이에 相應하는 일반적 국제법규는 없으나 민족문화재에 관한 UNESCO協約을 통하여 이에 相應하는 규정에 대한 국제적 일반이익을 인식할 수 있다고 判示하였다. BGHZ 59, 82.

98) Geiger, a.a.O., S.211.

VI. 結 語

헌법재판소의 국제법에 관한 決定은 극히 적어 아직 일반적인 평가를 하기는 어려우나, 종래의 判例에 의하면 조약 등 국제법 규도 헌법에 구속되고 헌법재판에 의한 심판의 대상으로 하고 있음을 알 수 있다.

우리 헌법이 국제사회와 국제법질서의 존중을 指向하고 있음은 헌법재판에 있어서 헌법을 국제법에 合致되고 對外開放적으로 해석하는 것을 허용할 뿐만 아니라 그것을 요구하고 있다고 볼 수 있다.

국가간의 交流와 국제협력이 強化되고 더 많은 分野가 조약에 의하여 規律될수록 국제법규범, 특히 조약이 헌법재판에서 차지하는 의미가 漸增하리라는 것을 부인할 수 없다. 이에 따라 헌법재판에 있어서 국제법규범의 特殊性 및 獨自性を 고려한 적절한 해석이 요구된다. 헌법재판소는 국제법준중원칙의 관점에서 세계법질서와 우리 헌법 질서간의 連結體로서 국내법질서와 국제법질서의 조화에 기여하여야 할 것이다.

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審查의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 柄 家	7
憲法裁判에 관한 管見 (I)	李 時 潤	57
命令 · 規則에 對한 憲法訴願	변 精 一	83
過剩禁止의 原則	梁 三 承	111
- 特히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -		
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 衫	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
違憲法律의 效力	尹 眞 秀	273
- 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -		
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察	李 石 淵	359
- 認容決定을 中心으로 -		
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 柄 家	7
憲法裁判에 관한 管見(II)	李 時 潤	111
國家機密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

論 題	筆 者	收錄面數
社會의 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟의 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
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	237
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	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法理	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴訟審判請求의 適法要件으로서의 「自己 聯關性」의 判決基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 柄 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲의 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性의 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次の 問題點과 그 解決 方案	鄭宗燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金顯哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李明雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李郁漢	445