

# 주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점

- 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로 -

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔습니다. 이 책자는 2010년도 연구계획에 의하여 (사)한국공법학회와 (사)한국헌법학회가 공동으로 연구하여 제출한 연구보고서로서 헌법재판제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

## 머 리 말

세계 각국의 헌법상 거시적인 흐름 중 하나는 헌법재판의 활성화라고 평가함이 지나침이 없을 정도이다. 의회우위의 사상에 뿌리 깊게 자리하였던 영국이나 예방적·사전적 규범통제만을 고집하였던 프랑스가 새로이 구체적 규범통제를 채택하였음은 물론이고, 권위주의체제를 극복하고 민주적인 체제로 진전되는 많은 개발도상국들이 실질적 법치주의를 구현하고자 헌법재판제도를 신설함을 본다. 이러한 시대적 맥락에서 한국에서의 헌법재판의 활성화도 지구촌 차원에서는 매우 의미 있는 진전으로 평가되고 있다.

그렇지만, 헌법재판의 개념이나 관할 및 내용 등에 대해서는 획일적으로 구체화될 수 있는 것은 아닌 듯 하다. 각 국가별로 조금씩은 다른 모습을 보인다. 그렇지만, 커다란 맥락에서 펼쳐놓으면, 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판이라는 대비되는 두 개의 중심축을 설정해 놓을 수 있다. 이런 점은 우리 헌정사에 나타난 헌법재판제도의 운영 실태에도 그대로 드러난다. 그래서 미국형 사법심사제와 유럽형 헌법재판제를 채택한 몇 개 국가를 선발해서 각국별 헌법재판제도를 비교·분석하고 거기서 시사점을 얻어내고자 한다.

이 연구과제는 또 다른 연구과제인 ‘헌법재판소에 의한 헌법재판이 우리 사회에 미친 영향’과 아울러 한국공법학회와 한국헌법학회가 공동으로 헌법재판소로부터 수탁을 받은 것이다. 그래서 연구자 풀을 기존의 제안에서 확정되었던 것과는 달리 새롭게 편성하였다.

이 연구를 진행하면서 도와준 여러분들께 이 자리에서 감사의 말씀을 드린다. 먼저, 연구관련 부수적인 업무를 흔쾌하게 수행하여 준

한국공법학회와 한국헌법학회 임원진들이다. 다음, 이 과제의 편집 업무를 수행한 중앙대 대학원 박사과정에 재학 중인 홍계정 양이다. 이 분은 선례구속원칙이 유럽형 헌법재판에 어떻게 연동될 수 있는지를 연구한 이다. 마지막으로 굳은일을 마다하지 않고 중간조정이나 점검회의 등을 원활하게 진행해준 헌법재판소 관계자들이다.

아무쪼록 이 연구가 우리 헌법과 헌법재판의 발전에 조금이나마 기여할 수 있길 바랄 뿐이다.

2010. 12. 10.

공동책임연구자 박인수

공동책임연구자 조홍석

연구실무책임자 남복현

# 목 차

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 대상과 범위 .....	4
I. 연구의 대상 .....	4
II. 연구의 범위 .....	6
제3절 연구의 방법 .....	8
<b>제2장 독일 헌법재판제도의 비교분석과 그 시사점</b> .....	<b>9</b>
제1절 연방헌법재판소와 헌법재판제도의 성립배경 .....	9
I. 연방헌법재판소 창설 이전의 헌법재판 .....	9
1. 독일영방(獨逸領邦)(Der Deutscher Bund) .....	9
2. 1848년 파울키르헤헌법(Paulkirche Verfassung) .....	9
3. 1871년 북독일연맹헌법 .....	11
4. 1919년 바이마르헌법(Weimarer Reichsverfassung) .....	11
5. 국가사회주의(나치즘) 시기에서의 헌법재판 .....	12
제2절 독일연방헌법재판소의 창설과 헌법재판제도 .....	13
I. 헤렌히메헌법초안기초위원회의 활동과 헌법재판제도의 형성 .....	13
1. 위원회의 구성과 활동 .....	13
2. 헌법소원제도 .....	14
3. 연방헌법재판소 재판관의 자격 .....	16
4. 연방헌법재판소의 지위와 권한 .....	19
II. 의회대표회의(Parlamentarischer Rat)의 활동과 연방헌법재판소의 탄생 .....	20
1. 의회대표회의의 구성 .....	20
2. 의회대표회의의 업무분장 .....	22
3. 연방헌법재판소와 관련한 기본법상 개별 조항들의 형성 .....	22
4. 연방헌법재판소법의 형성 .....	24

5. 연방헌법재판소의 업무과중과 그 해결시도 .....	28
제3절 연방헌법재판소의 법적 지위와 구성 .....	32
I. 연방헌법재판소의 법적 지위 .....	32
1. '법원'으로서의 헌법재판소 .....	32
2. 헌법기관으로서의 헌법재판소 .....	33
3. 최상급연방법원으로서의 연방헌법재판소 .....	34
II. 연방헌법재판소의 구성 .....	34
1. 원(Senat)의 구성과 활동 .....	34
2. 연방헌법재판소 재판관의 자격 .....	36
3. 연방헌법재판소 재판관의 선출절차 .....	38
4. 재판관선출의 실제(實際) .....	45
5. 연방헌법재판소 재판관의 임기 .....	46
6. 재판관직의 임기만료전 사퇴 .....	48
제4절 연방헌법재판소에서의 '법과 정치' - 사법자제의 문제 .....	49
I. '법과 정치'의 관계 .....	49
1. '법과 정치'의 관계 .....	49
2. '법과 정치'의 차별성 .....	50
II. 정치적 긴장관계와 연방헌법재판소 .....	51
1. 연방헌법재판소 창설과 정치적 고려점들 .....	51
2. 재판관 선출에 있어서의 '정치적' 고려 .....	52
3. 재판관 선출에서의 종교적, 지역적 안배 .....	55
4. 연방헌법재판소의 결정과 정치 .....	55
제5절 헌법재판소와 일반법원의 관계 .....	65
I. 헌법재판과 일반재판의 관계문제의 출발점 .....	65
1. 재판소원의 근거 .....	65
2. 재판소원에 대한 비판의 증대 - 과잉헌법화? .....	66
3. 재판소원에 있어서의 심사기준과 심사범위를 확립하기 위한 그간의 해결방안들 .....	69
4. 2001년도 독일국법학자협회 연차총회에서 발제문과 토론 요약 .....	75

제6절 시사점 .....	95
<b>제3장 오스트리아 헌법재판제도 .....</b>	<b>98</b>
제1절 오스트리아 헌법재판제도 개관 .....	98
I. 서론 .....	98
II. 헌법재판소의 조직 .....	98
1. 헌법재판소의 구성원 .....	98
2. 헌법재판소의 조직 .....	100
III. 헌법재판소의 심판절차 .....	100
1. 청구의 내용과 형식 .....	100
2. 사전절차 .....	101
3. 변론 .....	101
4. 판결 .....	101
5. 소송비용 .....	101
6. 민사소송법의 보충적 적용 .....	102
IV. 헌법재판소의 권한 .....	102
1. 보충적 재산권 소송(Kausalgerichtsbarkeit) .....	102
2. 권한쟁의소송(Kompetenzgerichtsbarkeit) .....	103
3. 협약(Vereinbarungen)에 대한 심사 .....	106
4. 위법명령 심사 .....	107
5. 위헌법률심사 .....	110
6. 재공포(Wiederverlautbarungen)에 대한 심사 .....	113
7. 조약심사 .....	116
8. 선거소송 .....	117
9. 탄핵재판(Staatsgerichtsbarkeit) .....	121
10. 특별행정재판(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit): 처분소원 .....	122
11. 망명재판에 대한 헌법소원심판 .....	125
12. 국제법위반 심사 .....	126
13. 보론: 최고재판소(OGH)의 기본권소원 .....	126
제2절 오스트리아 헌법재판소와 행정재판소 간의 관할배분에 대한 개정론 .....	127

I. 개정의 필요성에 관하여 .....	127
II. 연방헌법 제144조와 제144a조에 의하여 헌법재판소에 부여된 권한을 행정재판소에 이관하고 동시에 헌법재판소에는 법률소원가능성을 창설할 것 .....	129
1. 법률소원도입안에 대한 입장 .....	129
2. 특별행정재판을 행정재판소로 이관하는 경우의 이점 .....	130
3. 특별행정재판을 행정재판소로 이관하는 것이 헌법상 허용되는지 여부 .....	131
4. 특별행정재판을 행정재판소에 이관하는 경우의 문제점 .....	132
제3절 오스트리아 헌법재판제도의 시사점 .....	138
I. 형식적으로는 동등하지만 실질적으로는 최고 우위의 헌법기관 .....	138
II. 2008년 헌법개정을 통하여 망명재판에 대한 헌법소원제도 도입 .....	138
III. 헌법재판소(VfGH)와 행정재판소(VwGH) 간의 관할중복의 문제 .....	139
IV. 일원적 규범통제제도 .....	139
V. 헌법재판소의 광범위한 법률해석권한 .....	140
VI. 규범통제에 있어서 청구권자의 광범위성 .....	141
VII. 위헌결정의 경우 원칙적으로 현재효(ex-nunc Wirkung)와 미래효(pro-futuro Wirkung)의 가능성과 위헌결정의 법적 효과에 관한 자세한 규정 .....	141
VIII. 선거소송과 탄핵심판 등에 관한 상세한 규정 .....	142
IX. 헌법률의 위헌여부에 대한 심판권한 .....	142
X. 소결 .....	143
<b>제4장 프랑스의 헌법재판제도 .....</b>	<b>144</b>
제1절 서론 .....	144
제2절 헌법재판소의 구성과 지위 .....	146
I. 헌법재판소의 구성 .....	146
1. 임명직재판관 .....	147
2. 당연직재판관 .....	149
3. 재판소장 .....	150
II. 헌법재판소의 지위 .....	151
1. 규칙제정권자로서의 지위 .....	151
2. 행정적 독립 .....	152



3. 재정적 독립 .....	152
제3절 헌법재판소의 권한 .....	153
I. 권한쟁의심판권 .....	153
II. 규범통제권 .....	154
III. 선거쟁송심판권 .....	154
IV. 의견제출권 .....	155
제4절 사전적 규범통제제도 .....	156
I. 법률에 대한 합헌성 통제 .....	156
1. 필수적 규범통제 .....	157
2. 임의적 규범통제 .....	161
II. 국제협약 합헌성 통제 .....	164
제5절 사후적 규범통제제도 .....	165
제6절 심판의 기준 .....	168
I. 성문헌법규정 .....	169
II. 1789년 인권선언 .....	169
III. 1946년 憲法前文 .....	170
IV. 공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙 .....	171
V. 헌법적 가치의 목적 .....	171
제7절 심판의 절차와 특징 .....	172
I. 심판의 절차 .....	172
1. 심판청구 .....	172
2. 주심재판관 심리 .....	174
3. 전원재판부 심판 .....	174
II. 심판절차의 특징 .....	175
1. 직권심리적 특징 .....	175
2. 비공개 원칙 .....	176
3. 신속성의 원칙 .....	176
4. 대심적 성격의 강화현상 .....	177
제8절 결정의 유형과 효과 .....	178

I. 결정의 유형 .....	178
1. 헌법합치결정 .....	179
2. 헌법불합치결정 .....	179
II. 결정의 효과 .....	180
1. 확정력 .....	181
2. 기속력 .....	182
제9절 결론 .....	182

## **제5장 미국 헌법재판제도 성립의 역사적·사상적 배경, 구조 및 실태분석 ..... 184**

제1절 서설 .....	184
제2절 성립배경 .....	186
I. Marbury v. Madison 이전의 헌법재판의 등장 .....	186
II. 연방대법원장 John Marshall과 Marbury v. Madison .....	193
1. 서설 .....	193
2. Marbury v. Madison 사건 .....	194
3. 헌법재판에 대한 John Marshall의 옹호론과 그 반대 주장들 ....	198
4. 헌법재판에 대한 정당화 논거의 발전: 반다수세력(Counter-majoritarian Institution)으로서 소수자를 보호한다는 관점에 대한 고찰 .....	204
5. 결론 .....	207
III. Marbury v. Madison 이후의 헌법재판 .....	210
제3절 독립기관형과 사법형을 취하고 있는 국가의 분포 및 현황 .....	213
I. 독립기관형(집중형) .....	213
II. 사법형(분권형) .....	214
III. 미국의 연방대법원의 헌법재판권한 및 헌법재판의 심사기준 .....	214
1. 헌법재판권의 범위(Scope of Constitutional Review) .....	214
2. 헌법재판권의 심사기준 - 삼단계 위헌심사 기준론(Three Levels of Scrutiny) .....	221
제4절 미국의 헌법재판의 운영실태 .....	235
I. 합헌성 추정원칙과 다단계 위헌성 심사기준 .....	235

II. 어려운 사안에 대한 판결을 회피하기 위한 재판상의 수단으로서의 당사자 적격 .....	238
III. 헌법적 결정의 회피의무 혹은 불필요한 헌법적 판단의 자제원칙: 헌법재판에서의 위헌성·위법성 통제의 구별 .....	241
제5절 미국 연방대법원의 판례의 정치·경제·사회·문화적 의미 : 헌법재판기관으로서의 위상 .....	244
제6절 결론 .....	246

## **제6장 일본의 헌법재판의 비교분석과 시사점 ..... 248**

제1절 서론 .....	248
제2절 일본에서 헌법재판의 성립과 전개 .....	248
I. 성립배경 .....	248
II. 사법권과 위헌심사권 .....	250
1. 사법권 .....	250
2. 위헌심사권 .....	251
III. 일본 헌법재판의 실행 상황 .....	252
제3절 일본 헌법재판의 특징 .....	254
I. 부수적 위헌심사제의 특징 .....	254
II. 미국위헌심사제에 대한 특징과 차이 .....	256
III. 일본의 헌법재판 소극주의 특징 .....	257
IV. 일본 최고재판소 재판관 구성상의 특징 .....	259
V. 최근 최고재판소의 경향 .....	259
제4절 헌법재판의 운영 방법과 실태 .....	260
I. 헌법재판의 범위 .....	260
II. 위헌심사권의 행사의 모습 .....	260
III. 헌법재판의 심사기준과 판단기법 .....	261
IV. 운용 실태 .....	262
1. 재외선거명부 사건 .....	262
2. 주민네트워크문제 .....	265
제5절 문제점과 헌법재판 개혁론 .....	267
I. 헌법해석기관이 된 내각법제국 .....	267

II. 일본의 헌법재판 소극주의 .....	268
III. 사법심사의 한계 .....	269
IV. 헌법재판소 설치론의 배경 .....	269
V. 헌법재판소 설치 논의 .....	270
1. 헌법재판소 설치여부 .....	270
2. 헌법재판소를 설치해서는 안 된다는 의견 .....	271
3. 헌법재판소에 대한 다른 의견 .....	272
4. 기타 위헌심사제의 개선책 .....	273
제6절 시사점과 대안 .....	274
I. 일본 헌법재판의 시사점 .....	274
II. 한국의 헌법재판소 심급제 등 도입론 .....	275
III. 재판관 구성의 다양성 .....	277
<b>제7장 결론 .....</b>	<b>278</b>
제1절 주요 국가별 헌법재판 운영에 관한 전반적인 평가 .....	278
I. 독일 .....	278
II. 오스트리아 .....	280
III. 프랑스 .....	283
IV. 미국 .....	284
V. 일본 .....	286
제2절 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판이 지닌 구조적 의미와 평가 .....	287
I. 헌법재판의 핵심기제로서의 구체적 규범통제 .....	287
II. 대륙법계 국가에서 사법심사제의 구조적인 한계 .....	290
III. 권위주의체제의 전환도구로서의 유럽형 헌법재판제도 .....	292
IV. 재판소원의 도입과 사건이송명령제도 .....	293
<b>참고문헌 .....</b>	<b>296</b>

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

현행헌법으로 개정되면서 설치된 헌법재판소가 벌써 20년이 더 지났고, 그동안 왕성하게 활동하였음에 대해 어느 누구도 이의를 제기하지 않는다. 이는 총론적인 시각일 뿐이고, 각론적인 사항에 대해서는 다양한 입장이 전개됨을 볼 수 있다.

우리 헌법이 1948년 제정되어 지금까지 운영되어온 과정을 냉정하게 살펴보면, 근대를 거치면서 숙성된 입헌주의헌법의 체계를 우리 헌법이 충분히 인식하면서 반영한 것이라고 하기는 어렵다. 제헌헌법만이 아니라 그 후 개정된 헌법에서 도입된 많은 제도들이 우리의 역사적 경험을 바탕으로 헌법전에 반영된 것이 아니다. 서구에서 입헌주의에 관계된 모든 헌법적인 사항들은 시민들의 투쟁을 통해 획득된 것이지, 그냥 주어지거나 굴러 떨어진 것은 없다. 입헌주의에 대한 사전적인 경험이 없이 반영된 각종 입헌주의제도가 피벤슈타인이 분류하는 명목적 헌법에서 장식적 헌법을 거쳐 규범적 헌법으로 이행하는 과정에서 다양한 형태로 과열음을 내곤 하였다.

우리나라는 현행헌법으로 개정되기까지 다양한 형태의 헌법재판제도를 채택한 바 있다. 그렇지만, 거의 활성화되지 아니하고 그저 법전속의 제도에 지나지 않았다. 그렇기 때문에, 그 구체적인 쟁점은 거의 드러나지 아니한 상태이었고, 또 드러났다 할지라도 피상적인 인식에 불과하였다. 그런 상황에 기반해서 현행헌법이나 헌법재판소법에 구체적인 제도나 절차가 마련된 것이었다. 이것이 현행 헌법재판의 제도에 대한 냉정한 평가이다. 그렇지만, 이제 헌법재판은 아주 활성화되었고, 또 종래에는 고려의 여지가 없었던 구체적인 관할사항에서의 갈등도 적나라하게 드러나고 있는 형편이다.

헌법재판제도의 핵심이라 할 수 있는 구체적 규범통제는 세계 최초로 1803년 미국의 *Marbury v. Madison* 판결에서 확립된 이래, 전 세계적으로 폭넓게 제도화되고 또 운영되고 있음은 익히 알려진 바이다.

미국에서 채택된 제도는 사법심사제(judicial review), 즉 법원에 의한 위헌법률심사제라 칭해진다.<sup>1)</sup> 이 제도는 구체적인 사건에서 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 함은 후술하는 독일식의 구체적 규범통제와 동일하지만, 각급 법원이 본안사건과 분리함이 없이 본안에 대한 판단에 부수하여 당해사건에 적용될 법률의 위헌여부를 심판한다는 점에서 차이가 난다. 또 위헌여부를 심판할 기관을 별도로 설치하지 않고 일반법원에서 담당한다.

그에 비해 유럽형의 헌법재판은 앞서 언급한 구체적 규범통제만이 아니라 추상적 규범통제나 헌법소원, 권한쟁의, 탄핵, 선거소송 등 다른 헌법재판사항도 다루도록 하고 있으며, 법률의 위헌여부에 대해서는 일반법원에서 위헌심판의 제청권을 부여하고 있다. 또 헌법재판을 담당할 별도의 국가기관으로 헌법재판소를 설치하고 있다.

20세기 들어 세계 각국은 법률의 합헌성에 관해 사법적인 통제가 필요함을 공감하고 있다. 그렇지만, 사법권에 대한 불신, 법실증주의에 대한 집착 및 국가마다 고유하게 지닌 현실적인 이유로 인해 어떠한 통일적인 형태를 지니기보다는 각 국가마다 어느 정도 서로 다른 형태를 취하고 있음을 본다. 물론, 그 큰 흐름은 앞서 언급한 미국형 사법심사제와 유럽형 헌법재판제라 할 것이다.

헌법재판을 담당하는 기관의 유형은 크게 독립기관형 또는 집중형(유럽형의 헌법재판)과 사법형 또는 분산형(비집중형, 미국형 사법심사)으로 구분된다. 분산형 내지 비집중형은 미국 등의 경우와 같이 독립된 헌법재판소 등을 설치하지 아니하고 일반법원으로 하여금 헌법재판을 담당하도록 하는 형태를 의미한다. 그 외에도 일본과 스위스<sup>2)</sup>가 이에 속한다. 집중형은 독일 등의 경우와 같이 독립된 헌법재판소 등을 설치하여 헌법재판에 관한 사항을 관장하도록 하는 것을 말한다. 이와 같은 형태를 처음 채택한 것은 1920년 오스트리아 연방

---

1) 이 연구에서는 미국형 사법심사라 칭해질 것이다.

2) 스위스의 경우 엄격하게 말하면, 혼합형이라고 할 수 있겠다. 연방헌법에 반하는 칸톤법에 대해서는 추상적 규범통제가 가능하지만, 연방법률에 대한 위헌여부 다툼은 불가능하다. 단지 연방법률에 근거한 처분에 대한 다툼을 심판하는 과정에서 부수적으로 그 위헌여부가 다루어질 따름이다. 후자가 사법심사제에 속하고, 전자는 유럽형 헌법재판에 속하는 셈이다. 이에 관해 상세한 내용은 남북현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 박사학위논문(한양대 대학원), 1994, 200면 이하 참조.

헌법이였다. 우리나라의 경우 헌법재판소를 독립적으로 설치하여 헌법재판을 권장하고 있으므로 위 분류 중 독립기관형의 형태를 취하고 있다.

미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판은 대략적으로 소개한 바와 같이 위헌법률심사제를 똑같이 두고 있다고 할지라도, 관할기관·관할사항·절차·효력 등에서 결정적인 차이점을 지니고 있다.

그런데, 현행헌법상 헌법재판 관련 사항을 살펴보면, 미국형 사법심사제와 유럽형 헌법재판제가 혼재되어 있는 모습이다. 위헌법률심판에 관해 규정한 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소의 관장사항을 규정한 제111조 제1항 및 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사제를 규정한 제107조 제2항을 견주어 보면, 그런 점이 또렷하다. 또한 실제로 대법원은 명령·규칙·처분의 위헌심사권을 근거로 제시하면서 재판소원의 도입을 반대하였거나 대법원도 헌법재판기관이며 최종적인 헌법해석권을 행사할 수 있음을 주장하기도 하였다. 이로 인해 현행 헌법을 해석함에 있어 헌법해석의 통일성을 확보해야 하는 과제가 등장하였음은 물론이고, 관련해서 야기된 다양한 갈등상황을 해소해야 하는 것이 당면과제가 되었다.

종래에도 외국의 헌법재판제도에 대해서는 많은 연구가 진행되었다. 하지만, 대체로 그 접근자세는 그저 평면적인 입장에서 나열하거나 서로를 비교하는 것으로 만족하였다. 그러나 이 연구에서는 주요 국가의 헌법재판제도에 대해 입체적으로 접근하고자 한다. 즉, 종래 피상적으로 접근하였던 사항이나 명확히 파악하지 못하였던 제도적 특징과 차이를 살펴보고, 각 나라의 운영실태 및 이에 대한 내부 비판을 추적하고 거기서 시사점을 도출하기로 한다. 헌법재판제도를 도입하고 있는 국가에서 헌법재판이 사회 각 영역에 미친 영향에 대한 분석이 필요하다. 특히 독일과 미국의 헌법재판은 우리를 비롯한 여러 국가의 헌법재판제도에 영향을 미친 바가 크기 때문에, 독일과 미국에서의 헌법재판이 활성화되고 있는 제도적·정치적·사회적 요인에 대하여 분석하고자 한다. 제도적·정치적·사회적인 여러 요인에 대한 비교분석은 우리 헌법재판의 발전을 위한 바람직한 제도를 모색하는 등의 환경을 조성하는데 기여할 것이다.

궁극에는 먼저, 주요 국가별로 헌법재판 운영실체를 전반적인 차원에서 평가해야 할 것이고, 이어서 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판이 지닌 구조적 의

미와 실체를 정확하게 드러내야 할 것이다. 이는 바로 우리가 현재 운영하는 헌법재판의 실체를 분별해주는 효과를 지닐 것이기 때문이다.

## 제2절 연구의 대상과 범위

### 1. 연구의 대상

이 연구는 세계 주요 국가가 채택하고 있는 헌법재판제도를 비교·분석하고 거기서 우리가 놓쳐서는 안 될 시사점을 얻고자 함은 이미 밝힌 바와 같다. 특히 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판에 집중적인 관심을 기울이고자 한다.

연구대상을 확정하기 위해서는 먼저, 헌법재판의 개념이 전제되어야 한다. 헌법재판은 좁은 의미로는 구체적 규범통제, 즉 위헌법률심사제를 전제로 한다. 하지만, 넓은 의미로는 규범통제, 헌법소원심판, 권한쟁의심판, 정당해산심판, 선거소송심판, 탄핵심판 등이 포함된다. 규범통제에 있어서도 구체적 규범통제만이 아니라 추상적 규범통제 및 예방적 규범통제까지도 해당된다. 이 연구에서는 이보다 좀 더 폭넓게 헌법재판의 개념을 파악하고자 한다. 왜냐하면, 현재 운용중인 제도 이외에 새로운 제도 채택의 가능성도 열어놓아야 하기 때문이다.

이 연구에서는 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판의 내용을 정확하게 파악함으로써 현재 우리 헌법이 규율하고 있는 헌법재판의 실체를 명료하게 드러내고자 한다. 그러기 위해서는 헌법재판이 활성화되었거나 그 운영 경험이 축적되었거나 나름대로 독특한 특성을 지닌 주요 국가를 선별해서 비교분석의 대상으로 삼고자 한다.

첫째, 미국의 사법심사제에 주목하기로 한다. 미국은 앞서 언급한 바와 같이 세계 최초로 위헌법률심사제를 명문의 헌법적 근거도 없이 채택한 국가이다. 게다가 불문법국가로서 선례구속의 원칙(stare decisis doctrine)에 의거해서 위헌판결의 효력을 담보하고 있다. 그에 따라 사법심사의 정당성을 둘러싼 논란뿐만 아니라 200년 이상의 헌법 운영경험은 비교법적인 차원에서 다양한 논의의 소재를 제공함과 아울러 각 국가별로 당면한 과제를 해결할 단초를 제시하기도 한다.



둘째, 독일의 헌법재판에도 관심을 집중한다. 독일과 같이 독립기관형을 취하고 있는 나라에서의 최고법원과 헌법재판소의 관계를 현시점에서 재검토하고, 헌법재판소와 전문법원과의 관계 설정 등을 연구하여야 한다.

셋째, 세계 최초로 헌법재판소를 설치해서 운영하면서도 나름대로 독특한 이론적 기반을 가지고 접근하는 오스트리아의 헌법재판도 매우 중요하다. 법실증주의자인 Kelsen의 영향을 받아 만들어진 오스트리아 헌법재판제도가 지닌 구조적인 문제점을 파악하여 관련 제도와 판례를 정확하게 소개함으로써 그 나름의 비교법적인 분석에 있어 유의미한 정보를 제공받을 수 있을 것이다.

넷째, 우리가 일본에 대해서도 주목하고자 하는 이유는 제2차 세계대전의 패배로 새로운 헌법을 제정하는 과정에서 미국의 사법심사제를 채택하였지만, 일본 역시 우리와 마찬가지로 대륙법을 계수한 상태이다. 그러다 보니 미국에서는 선례구속원칙의 뒷받침을 받아 법률에 관한 위헌결정의 효력이 관철되는데 반해, 일본에서는 그런 기반을 우리와 마찬가지로 지니지 못하였다는 점이다. 그로 인해 초래되는 구조적인 약점에 대해서도 유의를 하고자 한다. 게다가 동일한 제도임에도 미국의 경우에는 매우 활성화되었는데 반해, 일본에서는 소극적으로 나타나는 요인에 대해서도 파악해봐야 한다. 그런가 하면, 최근 들어 일본 내부에서는 우리와 동일한 형태의 헌법재판소를 설치하는 등의 헌법개정이 논의되기도 하는 바, 그 내용과 실체에 대해서도 살펴보기로 한다.

다섯째, 프랑스의 현행헌법은 헌법재판소를 설치하면서 종래 사전적 예방적 규범통제를 헌법적 제도로 채택하여 운영하여 왔다. 그런데, 주목해야 할 점은 얼마 전 헌법개정을 하면서 구체적 규범통제를 신설하기에 이르렀다. 그 제도의 내용이 어떠하며, 어떠한 연유로 구체적 규범통제를 도입하게 되었는지에 대해서도 관심을 기울여야 한다. 특히 법률의 위헌여부를 심판제정하기 위해서는 최고법원을 경유해야 하고, 이때 최고법원은 대상이 된 법률이 합헌으로 판단될 때에는 헌법재판소에 송부하지 않을 수 있도록 하고 있다.

이상과 같이 세계 주요국가의 헌법재판에 대해 비교 분석을 하는 궁극적인 취지는 거기서 우리의 제도나 그 운영을 개선하는데 유용한 시사점을 얻고자 함이다. 그런 점에서 이에 대해서도 집중적인 관심을 기울여야 할 것이다.

## II. 연구의 범위

이 연구는 기본적으로 주요 국가별 헌법재판제도에 주목해서 분석을 가하는 것이다. 각 국가별로 순차적으로 논의를 전개해 나아감에 있어 공통적으로 다루어야 할 사항을 제시한다.

① 각국마다 헌법재판을 도입하게 된 과정은 나름대로 독특함을 지닌다. 그런 점에 주목한다. ② 헌법재판의 성격, 사법부의 독립과 정치권력의 영향, 헌법재판의 민주적 정당성 등을 바라보는 시각은 각 국가마다 다를 것으로 본다. ③ 사법심사의 한계(예컨대, 정치문제 등)나 재판부의 구성(민주적 정당성의 요구 정도 등) 등으로 인해 다르게 나타날 수 있는지에 대해서도 각 국가별로 주목한다. ④ 보다 근본적으로는 일원적 사법구조와 다원적 사법구조에서 나타나는 사법심사 내지 헌법재판의 위상이나 역할이다. ⑤ 각 국가의 운영실태와 이를 둘러싸고 제기되는 내부적인 비판과 시사점에 관해서이다. ⑥ 각 국가별로 중요한 쟁점에 대해 헌법재판기관의 결정이 사회적으로 미치는 영향력과 그에 대한 평가이다. 이는 예컨대, 인종문제, 낙태문제, 개인의 프라이버시 보호 등과 관련해서 헌법재판기관의 결정으로 어떻게 해결되었으며, 그 후 어떠한 방식으로 제도화되어 있는지, 나아가 그와 같은 결정이 나중에는 어떻게 평가되고 있는지에 대해 주목하는 것이다. 아무튼 각 국가별로 공통적으로는 헌법재판소의 성립배경, 헌법재판 담당기관 및 재판관 구성의 특성, 헌법재판소와 일반법원 간의 관계, 제도의 개선 노력 및 시사점 등을 일관해서 다루기로 한다.

다음, 헌법재판이라는 표현 속에 공통적인 속성을 묶어내기도 하지만, 각 국가마다 고유한 특징을 지니고 또 주목하지 않으면 안 되는 사항도 있다. 이런 점에 대해 주목하기로 한다.

첫째, 독일의 경우에는 ① 다원적 사법구조에서 나타나는 헌법재판소와 전문법원과의 관계와 그 설정 실제에 대해 살펴본다. ② 전문법원이 지닌 전문성과 구조적인 특장에 주목함과 아울러 문제점을 제시하고 그 해결내용을 검토한다. ③ 또한 독일의 경우 다원적인 사법구조를 취함으로써 나타나는 법해석의 통일성확보를 위한 노력에 대해서도 관심을 기울인다. ④ 아울러 현행 독일기본법이 제정되는 전후의 과정도 주목할 만하다. 예컨대, 바이마르헌법에서의 헌법

재판에 대해서도 간략하게나마 소개하기로 한다. 그리고 독일에서 매우 활성화된 헌법소원제도가 도입될 당시에는 기본법상 제도로 안착되지 못하고, 법률상 제도로 자리하게 되었다. 그 연유와 과정에 대해서도 주목하기로 한다.

둘째, 오스트리아의 경우에도 ① 독일의 경우와 마찬가지로 다원적 사법구조에서 나타나는 헌법재판소와 전문법원과의 관계와 그 설정 실체에 대해 살펴보기로 한다. ② 오스트리아 헌법재판제도가 범실증주의자인 Kelsen의 영향을 받아 만들어진 것임은 널리 알려진 사실이다. 그런데 범실증주의이론에 기초를 둔 헌법재판제도는 구조적으로 많은 문제점과 한계를 지니다고 보는데, 이에 대해서도 추적한다. ③ 오스트리아 내부에서도 헌법재판제도를 개선하려는 조직적인 시도가 있음을 본다. 이에 대해서도 검토하기로 한다. ④ 사실 우리 헌법재판이 제도적으로 정착되는 과정에서 오스트리아의 이론에 많이 의존을 하였음은 이미 밝혀진 사항이다. 하지만, 구체적으로 어떠한 논리체계에서 그러한 현상이 나타나게 되었는지에 대해서도 주목하기로 한다.

셋째, 프랑스의 경우 ① 앞서와 마찬가지로 다원적 사법구조에서 나타나는 헌법재판소와 전문법원과의 관계와 그 설정 실체에 대해서도 살펴봐야 한다. ② 예방적 규범통제제도가 지닌 구조적인 한계 내지 특성에 관해서이다. ③ 최근에 헌법을 개정하면서 구체적 규범통제를 신설하였는바, 그 구체적인 내용에 대해서도 살펴보고, 도입과정에서 그 필요성에 대해 프랑스 내부에서 논의를 전개한 상황에 대해서도 주목하기로 한다. 아울러 ④ 선거소송의 심판에 관해서도 아주 체계적으로 규율되어 있는바, 이에 대해서도 살펴본다.

넷째, 미국의 경우 ① 사법형국가에서 최고법원의 역할과 기능에 관해서이다. ② 일원적 사법구조가 가지고 있는 구조적인 문제점과 특징에 관해서이다. 이는 예컨대 각종 위원회제도의 활성화에 기여하게 되는데, 이로 인해 한국 사회에 미친 부작용의 측면에 대해서도 주목해야 한다. ③ 선례구속의 원칙이 사법심사제의 운영실체에 미치는 영향을 살펴봐야 한다. 아울러 최고법원 판결의 규범적 효력 체계에 있어 유럽형 헌법재판에서 결정의 효력체계와 어떻게 대비될 수 있는지에 대해서도 검토되어야 한다. ④ 여건이 된다면, 우리 법제에서 미국형 사법심사제를 채택할 여지가 있으며, 그 실효성에 대해서도 논의하

기로 한다.

다섯째, 일본의 경우 ① 일원적 사법구조가 가지고 있는 구조적인 문제점과 특징을 논의한다. ② 또한 일본이 미국의 사법심사제를 채택하게 된 과정에 대해서도 관심을 기울이기로 한다. ③ 일본의 사법심사제가 활성화되는 여부 및 활성화되지 아니한 경우 그 구조적인 한계가 무엇인지에 대해서도 주목하기로 한다. ④ 최근에 제기되고 있는 일본 내부에서 유럽형 헌법재판을 도입하자는 논의의 실태에 관해서도 살펴보기로 한다.

### 제3절 연구의 방법

이 연구는 세계 주요 국가별 헌법재판의 제도와 운영현황을 비교 분석하고 거기서 우리 제도 운영이나 개선방향에 시사점을 얻고자 하는 취지로 진행된다. 이에 따라 접근방식은 몇 가지로 유형화된다.

첫째는, 비교법적 접근방법이다. 이는 세계 주요국가의 헌법재판제도를 살펴보고 그 제도와 운영현황을 통해 우리에게 시사점을 모색한다는 점에서 당연한 귀결이라 할 것이다.

둘째, 문헌분석적 접근방법이다. 물론 제도운영의 실태에 대해서는 통계분석 등을 통해 유의미한 내용을 도출할 수도 있겠지만, 이 연구에서는 기본적으로 문헌분석을 통해 우리가 원하는 내용을 추적해내기로 한다.

셋째로는 판례분석적 접근방법이다. 헌법재판기관이 사법적 성격을 지녔음은 분명하고, 담당기관의 활동을 가장 정확하게 파악할 수 있는 방법은 어떠한 사안에서 어떠한 유권적 결정을 제시하였는가 하는 점이다.

아무튼 이상과 같은 연구기법을 통해 이 연구가 지향하는 바는 바람직한 한국형 헌법재판의 모델을 제시하고 이를 전망하고자 함이다. 즉, 비교법적인 분석 결과에서 나타난 우리나라 헌법재판 운영에의 시사점을 도출하고, 이러한 비교법적 분석 등을 토대로, 법치국가 실현을 위해 헌법재판소의 현재 모습을 더욱 개선하고 성숙하게 할 수 있는 이상적인 헌법재판의 모델을 제시하고자 한다.

## 제2장 독일 헌법재판제도의 비교분석과 그 시사점

### 제1절 연방헌법재판소와 헌법재판제도의 성립배경

#### 1. 연방헌법재판소 창설 이전의 헌법재판

##### 1. 독일영방(獨逸領邦)(Der Deutscher Bund)

나폴레옹의 유럽정복 그리고 잇따른 패전과 실각 이후에 전후 처리문제를 논의하기 위하여 1814년에 소집된 비엔나회의의 결과에 기속되어 건설된 새로운 독일영방은 연방헌법재판소를 통해서 목도되고 있는 것과 같은 오늘날의 헌법재판에 대해서 아무런 이해가 없었다. 따라서 비엔나협약상의 규정들은 신민(臣民)의 권리 침해에 대해 판결하는 최고연방법원을 도입하기를 포기했다.<sup>3)</sup>

이러한 권리들은 당시 새로이 설치되어 독일영주들 간의 분쟁에 관해 결정을 내리는 소위 ‘중재법원(Austrägalgericht)’에 의해서 다루어질 뿐이었다. 영방의 각 주들 사이의 의견대립이 있는 경우에 프랑크푸르트에 소재한 영방총회(Bundesversammlung)가 이를 관할했다. 영방총회는 영방에 속한 국가들로부터 위임을 통해 파견된 70명의 대표자들로 구성되었고, 분쟁이 있는 경우에 관련 전문가들이 조사하고서 결정을 전달하는 법원을 별도로 소집했다. 1843년 1월 10일자 결정에 따라 영주와 신분귀족들 간의 분쟁을 해결하기 위한 영방중재법원(Bundesschiedsgericht)이 별도로 설치되었다. 따라서 독일영방은 아직까지 통일된 최고의 헌법재판제도를 가지지 못했다.

##### 2. 1848년 파울키르헤헌법(Paulkirche Verfassung)

최고의 헌법재판소의 설치에 관한 첫 번째의 계기는 1848년에 발견된다. 184

---

3) Robbers, Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: JuS 1990, S. 260.

8년 3월 31일에 프랑스혁명의 결과로 또한 독일에도 프랑크푸르트의 파울키르헤(Paulkirche)에서 사상 최초로 소위 ‘제한준비회의(Vorparlament)’가 소집되었다. 1848년의 파울키르헤헌법(Paulkirche Verfassung)<sup>4)</sup>이 되는 헌법초안을 마련하기 위해 제한준비회의에서는 약 500명의 의원들이 활동을 시작했다. 흥미로운 점은 여기서 제정된 파울키르헤헌법 제126조인데, 이 범조항에서 헌법재판기구인 제국법원(Reichsgericht)이 권력분립시스템상 최고의 사법기구로 규정되었다. 이로써 기본권조항들이 포함된 제국헌법이 제국법원에서의 소송을 통해 관철되는 것이 가능해졌다. 특히 파울키르헤헌법 제126g조에 따라서 시민들에게 처음으로 제국헌법을 통해 보장되는 기본권 침해에 대항하는 소송의 제기가 가능하게 되었다. 이는 오늘날의 헌법소원의 전형태(前形態)로 간주된다.<sup>5)</sup> 그러나 이 제국법원이 최고의 그리고 최종심으로서 기능하는 것은 대단히 제한적이었고, 사소한 사건들에 대해서는 단지 지방법원에의 사법적 구제절차가 보장되었다. 이외에도 제국법원에는 개별 독일국가들 사이에서 발생하는 모든 유형의 분쟁(파울키르헤헌법 제126b조), 주헌법의 해석에 관한 분쟁(파울키르헤헌법 제126e조) 그리고 왕위계승, 구성된 정부의 합법성(Regierungsfähigkeit), 섭정을 둘러싼 분쟁들이 그 해명을 위해 제소되었다.<sup>6)</sup>

따라서 파울키르헤헌법을 통해 기본권이 권리구제절차를 통해 관철될 수 있는 중요한 권한을 가진 기구가 처음으로 창설되었고, 이 기구의 권한은 오늘날의 연방헌법재판소의 그것과 유사하다고 평가될 수 있다. 그러나 이 헌법은 1949년 6월 18일에 뷔르템베르크 정부에 의해 의회총회가 무산됨으로써 효력을 발생하지 못했다. 따라서 1848년 헌법은 단지 종이로만 존재하여 선언적 성격만을 가졌을 뿐이었고, 실무에 본격적으로 적용되지 못했다. 이후 바이마르헌법에서 파울키르헤헌법에서의 제국법원과 유사한 기구가 처음으로 설치되었다.

---

4) 이 파울키르헤헌법은 프랑크푸르트헌법(Frankfurter Verfassung)으로도 불리운다.

5) Robbers, 전계논문, S. 261.

6) Robbers, 전계논문, S. 261.

### 3. 1871년 북독일연맹헌법

1848년 파울키르헤에서의 초안들이 전혀 결과가 없지 않았다는 사실이 1871년에 이미 드러났다. 새로운 주헌법들 하에서 독일의 여러 영주들이 그 권력의 상당부분을 상실한 이후에 이러한 발전양상은 입헌적 군주제로의 새로운 국가 형식을 도입하는 계기가 되었다. 1850년에 가장 큰 권력은 여전히 국왕으로부터 나오는 것이었지만, 이와 함께 권력분립원칙이 현실화되었다. 1871년에 독일이 덴마크, 오스트리아 및 다른 작은 독일 국가들과의 대립이 있는 이후에 북독일연맹과 기타의 독일로 나누어졌을 당시에 이 양자는 본질적으로 1850년 헌법에 상응하는 78개 조문을 가진 헌법을 보유했다. 제국헌법에서는 어떠한 소구가능한 기본권을 포함하지 않았고, 단지 주헌법에서만 그것이 존재했다는 사실은 대단히 주목할 만하다. 설치된 헌법기관들 하에서 어떠한 헌법재판제도도 없었다. 제76조에 근거해서 유일하게 연방참사원(Bundesrat)에게 법원과 유사한 권한이 부여되었다. 그러나 연맹을 구성하는 국가들 내부의 분쟁에 대해 결정을 내리고 그리고 제77조에 따른 개별적인 소원들에 대해서는 법원의 거부로 인해 결정을 내릴 수 있는 다른 가능성이 불가능한 것으로 드러났다.

1883년부터 법원에게는 구체적 규범통제의 방법으로 법규명령, 주헌법들과 또한 주법들이 제국헌법과 합치하는지 여부를 심사하는 권한이 추가되었다.<sup>7)</sup> 그러나 이는 독립적인 지위에서 개개 시민들의 기본권적 관점에서 국가권력의 활동을 통제하는 최고법원이 물론 아니었다.

### 4. 1919년 바이마르헌법(Weimarer Reichsverfassung)

1919년에 제정된 바이마르헌법은 오늘날의 연방헌법재판소와 가장 유사한 제국국사재판소(Reichsstaatsgerichtshof)를 창설했다. 파울키르헤헌법 제126f조에 대해 일종의 대응물에 해당되는 바이마르헌법 제19조에 근거해서 새로이 창설된 재판소는 주 내부에서의 헌법분쟁, 개별주들 간, 제국과 다른 주들 간의 공적 분쟁과 장관을 상대로 한 소송(Ministeranklage)에 대해 관할권을 가진다.<sup>8)</sup>

7) RGZ 9, S. 235; Robbers, 전계논문, S. 262.

반면에 새로운 최고법원의 권한목록에서 한편으로는 개별 헌법기관들 간의 분쟁을 결정하는 권한(오늘날의 기관쟁송(권한쟁의심판)에 해당하는 권한)과 다른 한편으로는 오늘날 중요한 것으로 간주되는 헌법소원의 형식이 여전히 결여되었다. 또한 20세기 초에는 개인의 기본권이 단지 입법을 위한 지침으로만 간주되고, 아직 독자적으로 소구가 가능한 개별적인 권리가 되지 못했다. 제국의 개별 주들과 제국정부 간에 분쟁이 발생한 경우에 국사재판소는 결정을 내릴 수는 있었지만, 이를 위해서는 바이마르헌법 제15조에 따라서 양 당사자 중 일방으로부터의 제소가 있어야 했다. 게다가 국사재판소는 최고의 헌법기관으로서 전적으로 독자적으로 활동하지 못했고, 라이프치히(Leipzig)에 소재한 제국법원(Reichsgericht)과 긴밀하게 연계되어 있었다.<sup>9)</sup> 바이마르헌법 제13조에 근거해서 이 제국법원에게는 주법이 제국법과 합치하는지 여부가 의심스러운 경우에 결정을 내릴 과업이 부여되었고, 따라서 규범통제는 국사재판소의 권한이 아니었다. 이로써 바이마르헌법상의 국사재판소가 헌정생활의 영향력 관점에서 큰 중요성이 없다는 사실이 확인된다. 따라서 국사재판소에게는 ‘헌법의 수호자(Hüter der Verfassung)’로서의 지위가 내재하지 않았다.

## 5. 국가사회주의(나치즘) 시기에서의 헌법재판

바이마르헌법 제48조에 따라 제국대통령에게 긴급명령권(Notverordnung)이 부여되었는데, 이는 국사재판소나 제국법원에 의한 사법적 통제가 허용되지 않는 사항이었다. 바이마르헌법은 공식적으로는 그 효력을 상실하지 않았지만, 국가사회주의자들에 의해 긴급명령의 방법으로 체계적으로 무력화되었다. 1933년 2월 28일자로 힌덴부르크 대통령이 소위 ‘방화명령(Brandverordnung)’, 다른 말로 ‘민족 및 국가보호를 위한 명령’을 제정하였고, 이로써 바이마르헌법 제48조에 따라서 기본권의 대부분과 가장 중요한 부분의 효력이 제거되었다. 이어진 두 번째 수순은 1933년 3월 24일자 ‘수권법(Ermächtigungsgesetz)’의 제정이었다.<sup>10)</sup> 이 수권법에 근거해서 정부와 히틀러는 입법권을 가지게 되었다. 이어서

8) Robbers, 전계논문, S. 262.

9) Robbers, 전계논문, S. 262.

10) 수권법에 관한 자세한 내용은, Bickenbach(조영주 역), “수권법을 통한 바이



1934년 4월에 베를린에 인민재판소(Volksgerichtshof)가 새로이 설치되었다. 히틀러가 직접 임명한 직업법관 및 명예직법관들로 구성된 이 인민재판소는 기존의 제국법원의 과업을 수행하고, 정부와 히틀러의 정치시스템에 종속적이었다. 이로써 헌법의 제 원리들을 유지하기 위한 객관적인 통제는 전적으로 배제되었다. 히틀러는 1942년 4월 26일 제국의회의 마지막 회기 동안에 이 인민재판소를 ‘최상급 법원(Obersten Gerichtsherrn)’으로 명명하고서, 이를 확인했다. 이로써 1945년 제2차 세계대전의 종전시기까지 권력분립원리가 독일에서 종언을 고했고, 헌법이 통제하는 권력분립제도와 함께 헌법재판제도 또한 몰락하였다.

## 제2절 독일연방헌법재판소의 창설과 헌법재판제도

제2차 세계대전에서의 패전과 서방 3국의 점령상황 속에서 새로운 기본법 제정을 위한 전제로서, 당시 독일이 국가사회주의로부터 해방되고 전쟁에 의해서 파괴된 이후에 바이마르공화국과 히틀러 불법정권의 경험을 통해 일종의 학습이 이루어졌고, 기본법이라는 새로운 헌법뿐만 아니라, 그 유형과 방식상 지금까지 존재하지 않았던, 헌법을 통제하는 헌법재판제도를 구축하고자 했다. 따라서 개별 주들에서의 헌법재판제도의 설치와 병행해서 포괄적인 권한을 갖춘 연방헌법재판소를 설치하고자 시도했다. 이 과정에서 여러 정당들에 의해서 비공식적으로 다양한 헌법초안들이 제안되었지만, 새로운 헌법재판소의 설치에 결국 공식적으로는 의회대표회의(Parlamentarischer Rat)의 권한이었다.

### 1. 헤렌힘제헌법초안기초위원회의 활동과 헌법재판제도의 형성

#### 1. 위원회의 구성과 활동

패전 이후에 각 주의 총리들로 구성된 총리회의는 1948년 7월 25일에 새로운 헌법초안을 기초하기 위한 전문가위원회(Sachverständiger Ausschuß)를 구성하고,

---

마르헌법의 폐지-수권법 통과 제75주년을 맞이하면서-”, 연세 공공거버넌스학  
 법, 제1권 제2호(2010), 255면 이하 참조.

해당 위원들을 임명하였다. 헤렌힘제헌법초안기초위원회(Verfassungskomitee auf Herrenchiemsee)로 불리는 동 전문가위원회는 독일 남면 알프스 기슭에 소재한 아름다운 호수인 헤렌힘제(Herrenchiemsee)의 섬에 자리 잡은 성(城)에서 동년 8월 10일부터 23일까지 집중회의를 개최하여 헌법초안을 마련하였다.

헌법을 수호하고, 부당한 국가공권력 행사로부터 기본권을 보장하기 위한 헌법재판제도의 형성은 동 위원회의 제3분과위원회가 담당하였다. 제3분과위원회의 회의 끝무렵에 Claus Leusser는 Klaus-Berto의 도움으로 연방헌법재판소의 과업, 구성 및 기능방법과 기타의 사법적 권리구제에 관한 보고서를 작성했다. 동 보고서에 따르면 새로운 재판소에 관한 규정은 헌법의 고유한 장(제5장)에서 별도로 규정되고, 다른 헌법기관들과의 동등한 지위성을 분명히 밝히기 위해서 연방정부와 입법권에 관한 규정 사이에 위치하도록 하였다.

헌법초안 제81조 내지 제 84조에서 연방헌법재판소의 권한, 재판소결정의 기속력에 관한 규정 및 재판관의 선출과 자격에 관한 규정을 두었다. 이 규정들은 헌법적 문제에 대해서 단지 장차 독일의 최상급법원의 구축을 위한 윤곽만을 구성하였다. 보다 세부적인 활동방법(설치, 소송절차 등)의 규정화는 기타의 일반법률에 위임되었다. 그러나 바이마르에 소재했던 이전의 국사재판소보다 더 광범한 권한을 갖는지 그리고 소위 ‘헌법의 수호자’로서 기능해야 마땅한지의 문제는 여전히 논란적이었다. 또한 특히 연방헌법재판소의 재판관 자격과 헌법소원의 도입 역시 논란적인 쟁점이었다.

## 2. 헌법소원제도

제3분과위원회 회의의 가장 중요한 성과는 새로운 헌법에서 채택된 헌법소원을 통한 개별 시민의 기본권 보장으로 평가된다.

헌법소원의 규정화를 위한 제3분과위원회의 제안은 아래와 같다. 즉 “행정청의 명령이나 부작위에 의해서 자신의 권리가 침해되거나, 자신에게 부과된 의무에 이의가 있는 자는 사법적 구제를 청구할 수 있다.” 그러나 대표들은 시민들이 자신의 합헌적인 권리가 침해되는 경우에 연방헌법재판소에 제소할 수 있는 가능성을 허용하는 데에 골몰했다. 이러한 제소권한을 지나치게 확대하지

않기 위해서 Beyerle는 제3분과위원회의 초안 제121조 제1항에 다음과 같은 단서규정을 두기를 제안했다. “소원인이 행정청의 명령에 의해서 연방헌법을 통해 보장되는 권리가 침해되었다고 주장하는 경우에, 그는 연방헌법재판소의 보호를 요구할 수 있다.” 여기에서 주목할 점은 이러한 변경제안이 부결되었다는 사실이다. 그러나 연방헌법재판소의 부담경감을 위해 소위 ‘권리구제절차의 소진(消盡)’이 논의되었고, 헤렌힘제헌법초안(HChE) 제138조 제2항에 따라 이는 일반법률의 차원에서 규정될 것이었다.

헌법소원과 관련된 다른 세부적인 논의사항들은 압도적인 다수결로 일반입법자의 권한영역으로 위임되었다. 그 결과 헤렌힘제초안 제138조는 다음과 같이 규정된다. “행정청의 명령이나 부작위에 의해서 자신의 권리가 침해되거나 또는 자신에게 부과된 의무에 이의가 있는 자는 사법적 구제를 청구할 수 있다.” 이 새롭고 중요한 소송유형은 특별한 규정화를 요구했다. 따라서 그것이 일반입법을 통한 개정으로부터 보호하기 위해 기본법에 규정되기를 요청했다. 분과위원회의 의결이 있은 후에 헤렌힘제초안 제98조 제8호에 다음과 같은 규정이 마련되었다. “연방헌법재판소는 다음과 같은 사항을 결정한다. 제8호: 기본법에 의해 보장되는 기본권의 침해로 인한 소원.” 이 규정에 대한 주석에서 헌법소원이 도입되는 경우에 권한목록에서의 위치는 개방된 문제로 이해되었다. 연방헌법재판소법은 이후 실무적인 작업과정에서 헌법소원제도와 관련해서 추가 작업이 빈번하게 이루어졌다.

이후 최종적으로 확정된 기본법은 본래 헌법소원제의 도입에 관하여 어떠한 규정도 포함하지 않았다. 의회대표회의는 이 제도의 헌법적 규범화를 거부했고, 기본법 제93조 제2항에서 일반법률의 제정을 통한 헌법소원제도의 도입 가능성을 열어놓았을 뿐이었다.<sup>11)</sup> 연방헌법재판소법 제정을 위한 정부초안은 입법권, 집행권 및 사법권에 의한 기본권침해에 대한 포괄적인 헌법소원의 도입을 포함하고 있었다.<sup>12)</sup> 마찬가지로 사민당(SPD)이 제출한 초안도 기본법상 보장된 권리가 침해당한 자라면 누구나 주장할 수 있는 기본권방어소송(Verfahren zur Verteidigung der Grundrechte)을 포함하고 있었다.<sup>13)</sup> 이에 반해서 연방참

11) Lechner/Zuck, BVerfGG-Kommentar, 5. Aufl., München, § 90 Rdnr. 5.

12) BT-Drs. Nr. 788.

사원은 단지 일반적 법규범에 대해서, 그것도 민중소송이 배제되는 가운데 단지 소원청구인이 법규범에 의해 침해되거나 직접적으로 위협되는 경우에만 기본권소송(Grundrechtsklage)을 도입할 것을 제안했다. 이 소송은 소원청구인에게 특히 각주의 정규 행정소송을 포함한 다른 사법적 권리구제절차에서 법규범이 연방의 기본권 또는 주의 상응하는 기본권에 위배된다는 이유로 무효임을 주장할 수 있는 가능성이 기대된다면, 부분적으로 허용되지 않는 것으로 각하될 수 있는 것이었다. 연방의회의 법제사법위원회(Rechtsausschuß)에서 이를 심도 있게 심의한 결과, 결국 권리와 의무를 근거 짓는 고권작용의 모든 유형에 대한 매우 포괄적인 헌법소원의 도입을 결정했다. 이 유형에는 입법과 사법이 포함되지만, 법률에 대한 무제한적인 민중소송은 배제되었다.<sup>14)</sup>

이후 1969년 1월 29일자 기본법 제19차 개정법률에서 기본법 제93조 제4a조의 도입과 더불어서 오랫동안 요구되어왔던 헌법소원의 헌법적 규범화가 비로소 이루어졌다.

### 3. 연방헌법재판소 재판관의 자격

연방헌법재판소에 관한 위원회에서의 또 다른 논의사항은 헌법체계상 그 재판관의 지위에 관한 문제였다. 연방의회(Bundestag)와 연방참사원(Bundesrat)이 동등한 숫자의 재판관을 선출해야 한다는 점에 관해서는 의견의 일치가 있었다. 재판소의 소장은 양 기관에서 공동으로 선출하도록 하였다. 또한 헤렌힘제초안 제100조 제3항에서 이 재판관직이 연방의 다른 헌법기관들의 소속과 겹치지 않는다는 점도 확정했다. 그리고 헤렌힘제초안 제99조를 통해 재판소에 의해서 행해지는 결정들에 대하여 다른 법원들을 기속하는 효력을 부여했다.

장차의 재판관의 자격문제에 관한 통일적인 해결책을 모색하고자 개최된 1948년 8월 23일자 회의에서는 이에 관한 논란이 분분했다. 논의의 출발점은 제3분과위원회가 채택한 보고서상의 제84조 제4항과 관련된 사항이었다. 이 규정에 따르면 “연방헌법재판소의 소장과 재판관의 최소한 절반은 직업법관(Berufsrichter)이어야 한다.” 재판관 선출을 위한 조건은 우선 요구되는 높은

13) BT-Drs. Nr. 328.

14) Lechner/Zuck, 전계서, § 90 Rdnr. 5.

식견과 경험이다. 다른 절반의 재판관의 자격을 어떻게 정할지의 문제가 여전히 해명의 과제로 남았다.

회의록에 따르면 최초발언을 시작한 Hans Berger는 재판소의 정치화의 위험을 예방하기 위해서 재판관의 절반은 적어도 법관직의 자격을 갖출 것을 요구했다. 이들 재판관들은 직업법관은 아니지만, 적어도 법률가이어야 한다고 보았다. Berger는 이렇게 함으로써 헌법재판소가 순수한 법적 기관으로서 활동할 수 있고, 또한 권력분립원리를 보장할 수 있다고 주장했다. 명예직법관(Ehrenrichter)의 선출은 재판소가 내리는 결정에 어느 정도 정치적 영향이 미칠 수 있다고 보았다.

뷔르템베르크주의 법무부장관인 Beyerle는 1948년 8월 23일자 같은 회의에서 다른 의견을 피력했다. Berger의 제안과 관련하여 Beyerle는 재판소의 결정에 있어서 정치적 관계가 중요한 역할을 수행할 것이라는 사실을 분명히 했다. 이와 관련하여 그는 제3분과위원회 초안 제82조 제6호에 규정된 정당금지소송(위헌정당해산심판)을 예로 들었다. 이러한 이유에서 그는 직업법관과 함께 또한 정치적 인물들이 헌법재판소에서 결정을 내리도록 해야 한다고 제안했다. 왜냐하면 이들 정치적 인물들은 비록 법적으로는 문외한이라 하더라도, 마찬가지로 ‘공적 생활에 있어서’ 자격을 갖춘 자이기 때문이라는 것이다.

이 과정에서 그 자신이 오랫동안 법관생활을 수행해 온 Carlo Schmid가 입장을 개진했다. 그는 독일의 참심제(Schöffengericht)하에서 이미 재판의 다른 모든 심급들에서 명예직법관이 법적 상황에 관한 판결을 내리도록 위임되고 있으며, 또한 요청되고 있다고 주장했다. 이러한 시스템 하에서 그 자신의 입장으로는 연방헌법재판소도 예외여서는 아니 된다고 주장했다. 특히 그는 이미 오랫동안 직을 수행해온 직업법관은 자주 이른바 ‘직업적 기형(déformation professionnelle)’이라는 직업병을 앓을 수 있고, 이로써 무의식적으로 정치적으로 논증되고 있음에도 불구하고, 법적 문제에 대해서 이를 명백히 정치적 물음으로 간주하고서는, 결과적으로는 법적 논증의 방법으로 해소되곤 한다고 주장했다. 이 주장은 위원들 사이에서 큰 호응을 얻었다. Schmid는 대중심리학의 선구자인 Gustav Le Bon의 견해를 언급하는데, 이에 따르면 모든 법관들이 종종 문외한보다도 더 주관적인 결정을

내리곤 한다는 것이다. 따라서 절대적인 객관성은 불가능하다는 것이다. 결과적으로 명예직법관의 배제가 법원에게 요청되는 고도의 객관성으로 귀결되지 않는다고 보았다. 반대로 이들은 법적으로, 법률에 엄격하게 엄폐하지 않을 뿐만 아니라, 정치적 입장에 따라서도 판결할 것이기 때문이다. 그렇기 때문에 재판관의 나머지 절반은 ‘우선적으로 정치적 인물들’이어야 마땅하다고 보았다.

이어서 발언한 Süsterhenn은 우선 Schmid와 Beyerle의 의견에 동의하면서 법률과 자신의 양심에 복종한다는 내용(제3분과위원회초안 제115조)의 법관의 독립성에 관한 조항을 초안의 문구에 삽입해야 한다고 주장했다. 이로써 그에 따르면 법관이 법률적 그리고 윤리적 토대에 근거해서 법을 선언하는 것이 보장될 수 있다는 것이다.

이러한 점에 대해서 Nawiasky는 법관이 단지 윤리적 관점만을 주장하고 법률을 무시한다면, 법관이 법률을 다른 외진 곳으로 밀쳐낼 수도 있다는 염려를 표명했다. 판결의 이러한 유형을 그는 특히 위험스러운 것으로 보았는데, 명예직법관으로서의 권한을 가진 정치적 대표자들이 법률을 존중하지 않은 채로 판결의 발견에 연관 짓게 된다는 것이다.

헤센주의 대표자인 Brill은 Beyerle의 제안에 동의하지만, 제84조 제4항의 ‘직업법관’의 개념을 좁게 해석하기를 주장했다. 이로써 ‘최상급 연방법원의 법관들과 각 주의 최고법원의 법관들’만 연방헌법재판소의 재판관으로 선출될 수 있는 가능성을 부여하고자 했다. 그는 물론 소장이 직업법관이어야 한다는 필요성에 대해서는 엄격하게 반대했다. 그 자신이 1927년부터 1932년까지 예나(Jena)에 소개한 튀링엔주의 국사재판소의 재판관이었던 Brill은 자신의 경험에 따르면 법관에게는 때로 약간의 정치적 교육이 필요하다고 보았다. 이러한 능력을 보유하는 것이 그는 연방헌법재판소에서의 활동에 대단히 중요하다고 보았다. Pfeiffer의 질의에 대해서 그는 제84조 제4항과 관련해서 다음과 같이 제안했다. “연방헌법재판소 재판관의 절반은 최상급 연방법원과 각 주의 최상급 법원의 법관들로 구성된다.”

또한 Süsterhenn은 소장이 직업법관출신이어야만 하는지, 또는 법관직의 자격을 갖춘 것만으로 족한지의 해명이 필요하다고 보았다. 표결 결과 소장은 어쨌든 법관직의 자격을 갖춘 자이어야 하고, 법률적 문외한이 되어서는 아니 된

다는 데에 6:5의 다수결이 형성되었다.

Brill 박사의 다음과 같은 제안에 만장일치로 동의하면서, 헤렌힘제초안 제 100조 제4항은 다음과 같이 규정되었다.

“연방헌법재판소 재판관의 절반은 최상급 연방법원과 주의 최상급법원의 법관들로 구성되어야 한다. 소장은 법관직의 자격을 갖추어야 한다.”

얼마동안의 임기로 연방헌법재판소 재판관이 임명될지에 관해서는 언급이 없었다. 따라서 이 점에 대해서 의회대표회의(Parlamentarischer Rat)에 선출을 위한 4가지 가능성을 전달하는 것으로 만족했다.

- 종신직 임명
- (직업법관의 경우) 공직 임기로 임명
- 의회기보다 더 긴 확정된 기간 동안 임명
- 의회기 동안 임명

또한 장차 연방헌법재판소에서 활동하게 될 재판관의 전체정원에 관한 언급도 결여되었다.

#### 4. 연방헌법재판소의 지위와 권한

연방헌법재판소의 지위와 관련해서는 연방헌법재판소가 내리는 결정에 부수되는 다른 모든 법원들과 행정청에 대한 기속력이 중요하다. 이는 헤렌힘제초안 제99조에서 정하고 있다.

위원회에서 만장일치로 다음 사항들이 헌법재판소의 권한으로 채택되었다.

- 기관쟁송(헤렌힘제초안 제98조 제2호)
- 추상적 규범통제(초안 제110조)
- 정당금지소송(초안 제47조 제4항)
- 선거소송(초안 제51조)
- 기본권상실의 확정(초안 제20조 제2항), 대통령탄핵소송(초안 제85조)
- 연방-주 간 쟁송(초안 제44조)이 재판소의 권한으로 채택되었다.

여기에 덧붙여서 초안 제98조 제10호에서는 의회조사위원회에 대한 소원(또한 초안 제57조 제5항에서도 규정되었다)도 포함되었고, 제11호에서는 연방법률상 연방헌법재판소예로 지정된 특별한 사건도 포함되었다.

이외에도 기본법침해가 대상인 소송(오늘날 기본법 제100조)과 법률의 합헌성을 결정하는 권한(초안 제137조)도 포함되었다.

결국 제3분과위원회가 채택한 보고서에서 제81조는 다음과 같이 규정되었다.

“연방헌법재판소는 최상급법원 내지 최상급연방법원의 하나이다.” 이 보고서는 재판소의 지위에 관하여 두 가지 대안을 제시했음이 분명했다. 그 이유는 위원회위원장의 언급에 따르면 이 문제에 대한 헤렌힘제헌법초안기초위원회 위원들 간의 불일치에 있었다. 따라서 시간적인 문제로 인해 최종적인 결정은 의회대표회의의 것으로 넘겨졌다.

개별 분과위원회들의 작업에 대한 최종적인 심의가 시작되었을 때에 시간적 급박성으로 인하여 다만 제3분과위원회 최종보고서만이 완전한 형태로 제출되었다. 헤렌힘제헌법초안기초위원회는 중요한 문제들에 대하여 사전적 결정을 내렸다.

연방헌법재판소의 창설과 관련해서는 논의된 제3분과위원회 보고서가 가장 중요했고, 이 보고서는 추후 의회대표회의에서의 보다 용이한 논의작업을 보장하기 위하여 헤렌힘제헌법초안기초위원회에서 세 파트로 재구성되어서 제출되었다.

- 기본법 초안
- 개별 조항들에 대한 대안적 해결방안
- 개별 조항들에 대한 주석

## II. 의회대표회의(Parlamentarischer Rat)의 활동과 연방헌법재판소의 탄생

### 1. 의회대표회의의 구성

1948년 독일의 패전과 함께 서독지역을 점령한 서방 3국은 벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크와 함께 1948년 봄에 런던에서 6개국회의를 개최하여 회의의 결과물인 소위 ‘프랑크푸르트 문서(Frankfurter Dokumente)’를 1948년 7월 1일에 당시 서독 11개 주의 총리들에게 전달하였다.



동 문서의 제1문서에서는 1948년 9월 1일까지 연방국가원리와 자유민주적인 성격을 포함한 새로운 헌법 제정과 함께 이를 위한 헌법제정국민회의의 소집을 명령하였다. 이에 각 주의 총리들은 1948년 7월 8일부터 10일까지 코블렌츠(Koblenz)에서 회의를 개최하여, 논의 결과 점령국 측으로부터 위임된 직무를 수탁하긴 하겠지만, 헌법제정국민회의의 소집과 신헌법의 제정은 시기상조라는 데에 의견을 모았다. 그러나 이어서 서방 3국의 점령지역과 서베를린 지역을 통일적으로 관리하기 위하여 기본법(Grundgesetz) 제정을 소임으로 하는 ‘의회대표회의(Parlamentarischer Rat)’를 설치할 것을 제안했다. 이에 따라서 1948년 9월 1일 본(Bonn)의 알렉산더왕립미술관에서 각 주의회들로부터 선출된 65명의 의원들로 구성된 의회대표회의가 소집되어 첫 회의를 시작했다. 각 의원은 1인당 약 75,000명의 서독국민들을 대표하였다. 의원정수는 우선 인구비례에 따라서 각 주별로 배정되었다. 이에 따라 노르트라인-베스트팔렌주가 가장 많은 16명의 의원을 배정받았고, 브레멘에는 1명으로 가장 적은 의원이 배정되었다. 또한 의회대표회의는 당시 실시된 최근 선거결과에 따라서 각 정당별로 의원을 배정하고, 이에 따라 65명의 대표자들이 참여하게 되었다. 즉 기민당/기사당연합(CDU/CSU)와 사민당(SPD)에게 각각 27명, 자유당(FDP)에 5명, 독일정당(Deutsche Partei), 중앙당(Zentrum) 그리고 서독공산당에 각 2명씩의 의원이 배정되었다. 그 가운데 CDU의 당원인 Konrad Adenauer가 총회(Versammlung)의 의장으로 선출되었고, 제1부 의장에는 최고원로의장인 Schönfelder(SPD), 제2부의장에는 Schöfer(FDP)가 선임되었다. 그리고 헤렌힘제헌법초안에 결정적으로 관여해온 Carlo Schmid(SPD)가 주위원회(Hauptausschuß)의 위원장으로 선출되었다. 베를린의 대표자들은 게스트로서 초대되었고, 표결권이 없이 단지 조언권만 지녔다.

1949년 5월 8일 23시 55분에 그간 행해진 36차의 수정작업 끝에 의회대표회의는 최종적으로 회부된 기본법(Grundgesetz)을 찬성 53표, 반대 12표로 통과시켰다.<sup>15)</sup> 서방점령3국의 군정청은 5월 12일에 이 기본법을 승인했고,

15) 12표의 반대표는 서독공산당 소속의원 2인, 중앙당과 독일정당 소속의원 각

기본법은 단지 바이에른주의 주의회만이 다수결로 부결한 가운데 서독의 나머지 주들로부터는 모두 동의를 확보함으로써 1949년 5월 23일에 최종 공포되었다. 이로써 의회대표회의는 최초의 연방의회(Bundestag) 선거준비를 성공적으로 완료한 이후에 해체되었다.

## 2. 의회대표회의의 업무분장

헤렌힘제헌법초안기초위원회와 마찬가지로 의회대표회의도 가능한 효율적으로 구성되었다. 동 회의는 주위원회, 원직문제위원회 및 기타 전문위원회들로 구성되었다. 특히 연방헌법재판소 창설을 위한 사항은 ‘헌법재판소와 권리구제를 위한 전문위원회(Fachausschuß für den Verfassungsgerichtshof und die Rechtspflege(RPflA))’에는 예외적인 경우에 다른 8인의 후보자로 교체될 수 있는 가운데 10명의 위원으로 구성되었다. 동 전문위원회는 1948년 9월 15일에 처음 소집되었고, 우선은 ‘연방조직구성을 위한 위원회’와 공동으로 작업에 착수했다. 1948년 10월 20일부터는 양 위원회가 별도로 분리되어 회의를 가졌다.

전문위원회에서의 심층논의를 통해 작성되는 서류들은 의회대표회의로부터 파견된 3인의 위원들로 구성된 일반추조심사위원회(Allgemeine Redaktionsausschuß)에로 심의를 위해 다시 넘겨졌다.

## 3. 연방헌법재판소와 관련한 기본법상 개별 조항들의 형성

### 가. 기본법 제92조의 형성

우선 연방헌법재판소가 기타의 연방법원들로부터 분리되는 것이 마땅한지의 여부가 논의되었다. 여기서 위원회의 일부 위원들은 연방헌법재판소가 이로써 이른바 ‘슈퍼법원(Super-Gericht)’으로 등장할 것이라고 보았다. 이 점에 대해서는 Strauß의원만이 반대했다. 이러한 논란과 관련해서 Zinn의원과 Strauß의원이 소위원회에서 보다 심층적으로 논의했고, 이들은 연방헌법재판소로서 그리고 최상급의 권리구제법원(Oberstes Rechtsmittelgericht)으로서 활동하게 될 최상급의 연방법원을 설치해야 한다는 결론을 내렸다. 그러나

---

1인 그리고 기사당(CSU) 소속의원 8인으로부터 나왔다.

판결을 내리기 위해서는 단지 구체적 법적 사건(즉 추상적 규범통제는 불허용)이 제기되어야 한다고 보았다. 이 결론은 권리구제위원회의 동의를 받았다.

연방헌법재판소의 지위에 관한 문제는 2인의 전문가의 조언을 구해서 새로이 제안되었다. 즉 재판관들의 상이한 선출모텔에 근거해서 연방헌법재판소와 최상급법원들 간의 혼합이 최상급연방법원의 비정치적인 법선언을 위태롭게 할지도 모른다고 우려가 표명되었다.

이러한 주장에 근거해서 6인의 찬성이 있었고, 1인은 최상급법원과 연방헌법재판소간의 제도적 분리에 반대했다. 법원이 제3의 국가권력을 구체화하는 것임을 분명히 인식하게 하기 위해서 ‘법원(Gericht)’에 갈음해서 ‘사법권력(Die rechtssprechende Gewalt)’으로 달리 표현되었다.

일반추조심사위원회는 12월 5일에 다음과 같이 제128조를 규정할 것을 제안했다.

“사법권력은 최상급연방법원, 연방헌법재판소 및 기본법상 예견되는 연방법원과 주법원들로부터 행사된다.” 권리구제위원회도 이 조항을 초안에서 채택했다.

이어서 진행된 주위원회의 제3독회에서 “사법권력은 법관들에게 맡겨지고, 행사된다”는 문장이 추가되어서 기본법 제92조가 최종적으로 확정되었다.

이로써 연방헌법재판소와 최상급법원들 간의 제도적 분리가 궁극적으로 확정되었다.

#### 나. 기본법 제93조의 형성

전문위원회는 최초 회의에서 연방헌법재판소의 권한목록(헤렌힘제초안 제98조)의 개정을 제안했다. 우선 제8호에 규정된 헌법소원에 관해서는 더 이상의 작업을 진행하지 않았다. 다른 한편으로 기관쟁송(초안 제98조 제2호)은 재판소의 권한목록에서 삭제하였다. 게다가 제7호의 선거심사소송은 이른바 ‘연방의회의 선거심사재판소(Wahlprüfungsgericht)’로 이관시켰고, 제11호는 제97조로 옮겼다.

제128b조 제1호와 관련해서는 당사자(Beteiligter)개념을 보다 구체화하고자 시도되었는데, 기본법상 자신의 권리로 보장된 자가 당사자가 될 수 있다고 보

았다. 이로써 ‘당사자’ 개념을 무한정으로 확대해석할 가능성이 제한되었다. 그러나 이어진 권리구제위원회에서는 이 같은 제한이 필요한 동의를 득하지 못했다. 그 이유는 이로써 자신의 고유한 권리를 기본법상 부여받지 못하고 있는 교섭단체 또는 의회소수자와 같은 소수파들이 소구할 가능성이 없어질 것이기 때문이었다. 이를 막기 위해서 일반축조심사위원회의 안은 당사자개념을 보다 확대하고, 소수자보호를 목적으로 기본법에서 자신의 권리를 부여받은 자들과 함께 제128b조 제1호에 ‘기타 당사자들’을 삽입하기를 제안했다. 이러한 기타 당사자들이 누구인지는 연방법률에서 보다 상세하게 규정하도록 하였다.

#### 4. 연방헌법재판소법의 형성

연방헌법재판소에게 기본법상 개별적인 권한들이 지정되었기 때문에(예컨대 기본법 제93조 제1항, 제100조 제1항 내지 제3항, 제21조), 연방헌법재판소로서는 결정적으로 향후 헌법소송을 통해 활동할 수 있는 가능성이 주어졌다. 물론 다른 개별적인 사항들, 특히 재판소에서의 소송절차와 조직은 여전히 규정되어야 할 사항이었다. 따라서 소위 연방헌법재판소법(Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG)이 기본법 제94조 제2항 제2문에 근거해서 제정되었다.

##### 가. 연방헌법재판소법 초안

기본법 제정과정에서와 마찬가지로 연방헌법재판소법도 그 사전단계에서 다양한 초안들이 마련되었다. 그 하나는 사민당(SPD)초안이었고, 다른 하나는 기본법 제76조 제2항에 따라서 연방참사원(Bundesrat)으로부터 개정 내지 개선된 정부안이 연방헌법재판소법안으로 제안되었다. 양 법안들에서 논란적인 사항은 재판관에 관한 규정을 다루는 장이었다.

먼저 사민당초안에서는 기본법 제94조 제1항 제1문에서 언급된 연방법관들에게 법관직에 임명될 자격 내지 고위 행정공무원의 근무경력을 갖춘 자를 요구했다. 다른 구성원들의 경우에는 공법에 대한 특별한 식견과 공적 생활의 경험이 전제되었다. 반면에 정부안에서는 재판소가 국가 내에서 최상급의 가장 중요한 법원일 것이요 예견되므로, 연방헌법재판소에서 활동하는 자에게 특별히 법관직의 자격을 갖춘 자일 것이 요구되었다.

결국 최종안에서는 양면 입장을 결합한 안이 채택되었고, 따라서 고위행정공무원으로서의 경력을 갖춘 자‘만’이 연방헌법재판소의 재판관이 될 수 있게 하였다. 또한 극단주의적인 정치성향을 가진 정치인을 연방헌법재판소의 활동으로부터 배제하고자 했으며, 이로써 향후 국가사회주의 활동이 전개될 가능성을 저지하고자 했다. 연방헌법재판소법 제6조에서는 연방의회에서의 선거과정에서 다소 복잡한 돈트식(d'Hont)방식으로 재판관이 선출되는 규정이 마련되었다.

오랜 토론 끝에 1951년에 독일 역사상 최초로 연방헌법재판소법이 독일연방의회에서 다수결로 채택되었다. 단지 공산주의자들만이 이에 반대했다. 동 법률의 공포는 1951년 3월 12일자 연방공보 게재로 이루어졌다.

#### 나. ‘최종적인 문제들’의 해결

연방헌법재판소법이 채택되었을 당시에 여전히 두 개의 중요한 논의점들이 결정의 대상으로 남아있었다. 그 하나는 재판소의 소재지였고, 다른 하나는 최초의 재판관들의 선출이었다.

1951년 5월 4일자로 제정된 연방헌법재판소의 소재지에 관한 법률에서 재판소의 소재지를 칼스루에(Karlsruhe)로 정했다. 오늘날도 여전히 칼스루에에 소재한 헌법재판소는 첫 번째 회의를 가졌고, 최종적 개소시기를 1951년 9월말로 가능케 했다.

이 기간 동안에 연방의회는 나머지 업무사항들을 처리했고, 1951년 9월 4일에 12인의 후보자를 선출하고, 또한 바로 헌법재판소 초대소장 후보로 Hermann Höpker-Anschoff 박사를 선출했다. 9월 6일에 연방참사원은 Rudolf Katz를 수석부소장으로 결정하는 제안을 따랐다.

1951년 9월 28일 연방헌법재판소는 자신의 업무를 처음 개시했다.

개소연설에서 헌법재판소의 초대소장으로 임명된 Höpker-Anschoff 박사는 재차 헌법재판소의 원칙적인 과업들을 강조했다. 그는 연방헌법재판소가 기관쟁송에서 결정을 내리기는 하지만, 정치적 투쟁에 있어서 결정을 내리는 것이 본래의 과업이 아니라, 그러한 투쟁에서 연방헌법재판소의 과업은 기본법상 모두에게 기속적이고 전체질서를 보장하는 규범이 존중되고 있는지를 감시하는 것임을 강조했다.

#### 다. 1969년 기본법 개정과 헌법재판제도의 변화

1969년에 개개 시민들의 개별적 권리의 보호측면에서 결정적인 변화가 있었다. 지금까지 연방헌법재판소에서 행하는 헌법소원에 관한 구체적인 내용은 일반법률에서 규율하고 있었다. 이러한 ‘일반법률적’ 성격에 근거한 헌법소원은 헌법개정에 필요한 가중다수가 형성되지 않고서도 연방헌법재판소의 권한목록에서 삭제될 수 있었다. 이는 즉, 시민의 기본권보호가 법률개정을 통해 더 이상 유용하지 않을 수 있음을 뜻한다.

따라서 1969년에 이러한 상황의 변화가 필요했다. 그 출발점은 1968년에 제정된 국가긴급권에 관련한 긴급헌법(Notstandsverfassung)이었고, 이에 따르면 연방헌법재판소는 국가긴급 시에도 이 상황에서 헌법과 특히 기본권을 보장하기 위해 자신에게 부여된 권한을 행사할 수 있었다. 다른 한편으로는 이로써 시민의 권리가 위협될 수도 있다고 보았다. 이러한 위험은 기본권과 합치되는 권리의 원칙적인 정착을 통해서 다시 해소되어야만 한다. 1969년의 헌법개정과 함께 헌법소원의 폐지는 단지 헌법개정을 위한 가중다수결에 의해서만 가능해졌다. 결국 1969년에 개정된 제14차 기본법개정법률은 기초자치단체의 자치권(기본법 제28조)과 함께 개인의 자유권의 헌법적 보장 그리고 가능한 한 최대한의 보호를 현실화했다.

구 기본법 제94조 제2항 제2문은 헌법소원의 보충성을 확정했고, 연방헌법재판소에로의 직접통로는 배제되었고, 이로써 재판소는 한결 부담을 덜게 되었다.

#### 라. 1951년 이후의 연방헌법재판소법 개정

연방헌법재판소법이 1951년에 처음으로 공포된 이래로 재판소 실무상의 발전과 관련해서 그 조직과 절차의 최적화를 위하여 이후 수차례 개정되었다. 여기서는 다음과 같은 두 가지 중요한 사항을 보다 상세하게 다루기로 한다.

그 하나는 재판관의 정수에 관한 것이었고, 다른 하나는 헌법소원절차와 관련한 개정이었다.

##### ㉠ 헌법소원

연방헌법재판소가 설치되고서 3년 반이 지나고서 연방헌법재판소의 제1원은

이미 2,368건의 헌법소원을 처리해야 했다. 이에 반해서 제2원에는 단지 29건의 사건만이 접수되었을 뿐이었다. 특정 원(院)에 이처럼 일방적으로 과부담이 주어진 원인은 입법자에 의해서 연방헌법재판소법 제14조에서 엄격하게 규정된 각 12인의 재판관, 두 개의 원으로 구성된 재판소의 권한배분 때문이었고, 이에 따르면 제1원에게만 헌법소원심판에서의 판결권한이 부여되었다. 따라서 연방헌법재판소는 입법자에게 그 짧은 임기개시 초기에 연방헌법재판소법 제14조의 개정을 요구했다. 이러한 문제 상황은 1956년 7월 21일자 제1차 연방헌법재판소법 개정과 1959년 6월 26일자 제2차 연방헌법재판소법 개정 시에 반영되었다. 이로써 개정된 연방헌법재판소법 제14조는 현재까지 적용되고 있으며, 이에 따르면 헌법소원의 관할권한은 제1원에만 배분되는 것이 아니라, 헌법소원의 유형에 따라 제1원과 제2원에 적절하게 배분되게 되었다.

또한 1956년에 소위 '사전심사절차(Vorverfahren)'가 연방헌법재판소법 제91a조에 도입되었다. 이에 따르면 접수된 헌법소원사건이 각 원의 전원재판부로 회부되기에 앞서서 3인의 재판관으로 구성되는 지정재판부가 (연방헌법재판소법 제24조 제2문에 따른) 헌법소원을 사전심사토록 하였다. 이러한 작업배분은 연방헌법재판소의 부담을 제차 경감시켰다. 헌법재판소의 부담경감을 더욱 강화하기 위해서 입법자는 연방헌법재판소법 제3차 개정에서 제91a조(사전심사)를 제93a조를 통해 규율되는 채택절차로 대체하도록 하였다. 이 규범은 헌법소원이 형식에 위배되거나, 허용되지 않거나, 소제기기간을 초과하거나 또는 명백하게 이유 없거나 또는 명백하게 청구적격이 없는 자로부터 제기되는 경우에 지정재판부가 만장일치의 결정으로 헌법소원을 각하할 수 있도록 했다.

마지막으로는 1970년 12월 21일에 연방헌법재판소법 제4차 개정이 있었다. 이에 따라서 지정재판부의 명칭이 Ausschuß에서 Kammer로 개칭되었고, 기본법 제93조 제1항 제4a호 및 제4b호에 따라서 연방헌법재판소법 제8a조와 제8b조의 차수가 밀려났고, 제93a조 제3항은 이러한 방법은 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부의 권한을 새로이 특별히 강조하는 것으로 재구성되었다. 이후 헌법소원의 각하에 대해서 더 이상 이유 없음에 관한 명백성이 아니라, 소원이 허용되지 않거나 다른 이유에서 성공의 충분한 전망이 없는지 여부가 다루어졌다. 마찬가지로 남소(濫訴)를 방지하기 위하여 1,000DM 내지 5,000DM에

달하는 공탁금이 도입되었다.

### ㉠ 재판관

1951년에 연방헌법재판소가 자신의 과업을 시작했을 당시에, 두 개로 구성된 각 원에 12인의 재판관이 배치되었다. 재판관의 과부담 문제와는 달리, 1956년에 재판관정수가 각 원당 10인으로 감원되었다. 1963년에 추가적인 절약을 결정하여, 각 원당 8인의 재판관으로 감원되었다.

제4차 개정법률에서 재판관의 임기에 관한 규정이 개정되었다. 이에 따르면 연방헌법재판소법 제4조에 따라서 통일적으로 임기가 12년으로 그리고 68세의 정년규정이 확정되었다. 재선은 배제되었다.

## 5. 연방헌법재판소의 업무과중과 그 해결시도

### 가. 문제 상황

1990년까지 단지 1,721건의 헌법소원이 연방헌법재판소에서 성공적이었고, 성공적인 헌법소원은 재판소에 접수된 전체 헌법소원사건들의 단지 2%에 불과했다는 점을 고려한다면, 독일의 최상급심급이 대단히 소모적인 소송을 담당하고 있으며, 심지어 과부담상태에 놓여 있음이 분명해진다. 그렇기 때문에 재판소의 권한 확대와 관련한 제안들이 드물다는 사실은 그다지 놀랄 일이 아니다.

반면에 재판소의 부담경감이 자주 논의되어 왔다. 따라서 모든 헌법소원사건들이 각 원으로 바로 이송되지 않고 우선 사전채택절차(연방헌법재판소법 제15a조 제1항, 제93a조, 제93b조, 제93c조)를 거치도록 한 것은 남소(濫訴)를 부분적으로 방지하기 위해 헌법재판소와 연방헌법재판소법 입법자들이 고민하고 노력한 결과이다.

### 나. 해결 시도

이상과 같은 연방헌법재판소법 개정을 통해 기대했던 재판소의 부담경감은 여의치가 못했다. 이러한 이유에서 실무에서뿐만 아니라 특히 여러 문헌들에서 새로운 해결방안들이 적극적으로 논의되었다.

1998년에 연방헌법재판소법이 개정되기 직전에 헌법소원의 (시범적) 폐지가



유일하게 설득적인 해결대안인 것으로 주장되었다. 이 제안에 대해서는 물론 헌법소원을 통한 기본권보호절차의 헌법적 정착을 논거로 한 반대가 있었고, 또한 이러한 개정은 헌법개정에 필요한 가중다수로서만 가능한 것이었다.

두 번째 대안도 마찬가지로 헌법소원의 폐지를 통한 연방헌법재판소의 본질적인 부담경감을 다루고 있으나, 여기에도 헌법소원이라는 소송유형이 ‘오늘날 독일 국가재판제도의 본질에 속하고’ 그리고 이로부터 벗어나는 것은 더 이상 생각할 여지가 없었기 때문에 그러한 논의를 더 이상 진행시키지 않았다. 따라서 헌법소원의 채택을 위한 전제조건을 더욱 제한하는 것이 우선적으로 고려되었다.

많은 불명료함에도 불구하고 소송의 무상(無償), 즉 전적인 국가부담을 폐지하는 것이 고려되었다. 또한 소원청구인의 이익을 위하여 허용되고 명백히 이유 있는 소원인 경우에 지정재판부가 바로 결정을 내리는 것도 가능하다고 보았다.

세 번째 견해는 제기되고 성공적이었던 헌법소원의 관계에서 이러한 형식에 반하는 주장이 제기될 계기가 없다고 본다. 개인이 국가공권력 작용에 대해 아무런 도움을 받지 못하고 방치되지 않고, 기본권 침해에 대해 언제나 헌법적 정당화를 요구한다고 하는 국민들의 신뢰는 헌법소원의 폐지를 통해 손상될 것이라고 보았다. 왜냐하면 이러한 인식은 기본법의 수락가능성에 관해 시민들을 동요케 하고, 시민들이 기본법상의 가치설정과 동일시하는 것에 적합하기 때문이다.

또한 이미 이전부터 그리고 최근에도 미국 연방대법원에서의 소송절차가 헌법소원을 다루는 모범이라는 제안이 있었다. 이는 연방헌법재판소에 접수된 헌법소원의 채택은 장차 순수히 재량결정하에 놓이고, 법률적 관점은 후퇴한다는 사실을 의미한다. 다만 여기서는 헌법소원을 다루는 일이 결국 기본권보호와 연관될 수 있는지, 즉 재판소의 판결을 통해 가능한 한 일종의 사례(Exempel)로 규범적 효력을 지녀서, 일종의 선례(Praezendenfall)로 성립할 수 있는지 여부의 문제가 결정적이었다.

이를 통해 재판소의 부담이 상당히 경감될 수는 있을 것이나, 물론 이로써 정확성과 법률 속에서 행해지는 재판소에 대한 시민의 신뢰 또한 상당히 약화

될 것이라는 점이 문제로 지적되었다. 왜냐하면 모든 소원청구가 재량에 따라서 전원재판부에서 ‘회부될(ausgeliefert)’ 것이기 때문이다. 많은 시민들이 이를 확실하게 그네들의 기본권보호에 대한 위협으로 간주할 것이라고 보았다.

재판소의 부담경감과 관련해서 특히 실무가들로부터 재판소에 출정하는 변호사들의 작업방식과 능력에 대한 의문이 제기되었다. 연방헌법재판소의 헌법소원심판에서 소송대리인으로서 모든 사건의 75%를 이들 변호사들이 제기하기 때문에 현행법을 부정확하게 이해하거나 또는 전혀 이해하지 못하는 경우가 허다하다고 비판되었다. 헌법소원사건의 대부분은 이들 변호사들이 자신들의 일상적인 직업생활에서 그간 다루어지지 않았던 사건들이어서 짧은 시간 안에 해당 사건에 접근해서 사안을 파악하기가 어려울 것이기 때문에 연방헌법재판소의 현재의 소송절차에 관하여 적극적으로 관련 정보를 제공함으로써 부담경감의 효과를 도모해 볼 수 있다고 보았다.

그 대신에 헌법전문변호사들에게만 연방헌법재판소에서의 소송대리를 허용하는 것도 가능할 수도 있겠으나, 헌법소송전문변호사라는 것이 협소한 법률시장에서 경제적으로 매력이 적을 것이기 때문에 과연 변호사들이 이러한 전문변호사시험을 치를지 그리고 이 헌법소원사건이 흔치 않아서, 제한된 실무활동 가능성 때문에도 또한 회의적이기도 했다.

결국 재판소의 내부적 결함도 추가적으로 지적되었다. 여기서 특히 결정문의 구성이 지나치게 길고 그리고 학문적으로 비판된다는 점이 흥미롭게 나타난다. 결정문의 간결화와 학문적 쟁점의 정치화는 재판관의 작업범주를 상당히 축소할 것이고 따라서 부담경감에도 이끌 것이라고 보았다.

#### 다. 위 사안에 대한 연방법무부 산하 위원회의 견해

1996년 여름에 당시 연방 법무부 장관이었던 Edzard Schmidt-Jortzig는 연방헌법재판소의 부담경감과 가능한 개선책을 제안받기 위해서 관련 위원회를 소집했다. 약 한 달 동안 진행된 위원회의 조사 및 심의 끝에 다음과 같은 결론에 도달했다.

우선 재판관 업무의 과부담이 더 이상 통제될 수 없는 수준이 되어서는 아니 된다는 사실이 확정되었다. 이는 특히 그간 오랫동안 연방헌법재판소의 기

본사상과 합치하지 않는 지정재판부를 통한 결정의 위험을 은폐하고 있다. 이와 관련해서 논의되는 여러 해결대안들에 따르면 매년 접수되는 헌법소원사건들의 97~98%가 억제되는 문제가 중점에 놓이게 된다. 위원회는 10:1의 다수결로 미국 연방대법원에 의해서 널리 알려진 재량에 따른 채택절차를 도입하는데 찬성했다. 이에 따르면 각 원은 헌법소원이 헌법적 문제의 해명에 기여하거나 또는 기본권보호에의 지향성에 기여하는 한에서 해당 헌법소원에 대해 결정을 내리게 된다. 여기서 재판소에게는 헌법소원의 채택을 위한 개별적 권리보호관점을 선언하는 것이 허용된다.

반면에 연방헌법재판소의 부담경감을 위해 제3원의 설치, 헌법전문변호사제도의 도입, 각 주의 주헌법재판소와의 연계성을 더욱 강화하자는 안에 대하여는 위원회가 만장일치로 이를 거부했다. 다만, 각 주의 주내부의 분쟁(기본법 제93조 제1항 제4호(세 번째 변형유형))은 주헌법재판소의 업무로 이관하고, 변호사강제주의 하에서 연방헌법재판소에서는 특화된 변호사들만 소송대리를 허용하자는 안이 고려되기는 했다.

또한 중요한 사건에서 판결문의 작성을 맡은 주심재판관은 이 기간 중에는 '다른 일로부터 자유롭게' 내버려두어서 이러한 방법으로 소송종결 시까지 사건에 전념할 수 있도록 하자는 안이 논의되었다.

## 라. 잠정 결론

이상의 제안들을 구체화함에 있어서 형량에 근거해서, 이로써 헌법재판소의 부담경감이 어느 정도 이루어질 것인지는 결국 향후 지켜 보아야할 과제로 남겨졌다. 헌법소원의 폐지는 아예 논의대상에서 배제되었다.

실용적으로는 전문변호사강제주의(Fachanwaltszwang)를 도입하는 더 확실해 보이지만, 여기에는 연방의 전 지역에서 그러한 변호사를 어느 범위까지 확보할 수 있는지의 문제가 여전히 남아있다. 연방헌법재판소가 중요한 사항에 관한 판결에 스스로 제한하고, 헌법재판소의 판결에 포함되는 학문적인 수준을 최소한으로만 유지하자는 안도 나름대로는 환영할만한 제안이다. 이러한 방법으로 연방헌법재판소의 재판관들뿐만 아니라, 헌법재판소 판결의 '소비자'들의 부담 또한 상당히 완화될 것이다.

물론 미국의 연방대법원모델이 독일에 적용된다 하더라도 일반시민들에게 이 소송절차를 통해 결코 기본권보호가 0(제로)으로 축소되지는 않는다는 사실을 분명히 하는 것이 중요한 것이다. 따라서 경우에 따라서는 연방헌법재판소의 부담경감과 관련해서 지금까지 제기된 모든 제안들을 고려하고, 보다 세련되게 만드는 중도적인 방법을 취하는 것도 가능할 것이다. 물론 연방헌법재판소에게 한편으로는 절실한 부담경감을 도와주어야 하고, 다른 한편으로는 이 재판소에 대한 시민들의 신뢰를 약화시켜서는 아니 된다는 점은 논란의 여지가 없다. 이로써 연방헌법재판소는 앞으로도 계속해서 ‘헌법의 수호자’로서 남아있을 수 있어야 한다.

### 제3절 연방헌법재판소의 법적 지위와 구성

#### 1. 연방헌법재판소의 법적 지위

##### 1. ‘법원’ 으로서의 헌법재판소

독일연방공화국의 법체계상 연방헌법재판소의 법적 지위는 작업방식의 이해, 재판관 활동의 범주와 헌법적으로 흠결 없는 정당화문제에 기초한다. 그간 연방헌법재판소의 법적 지위는 논란적이었다. 특히 연방헌법재판소의 사무규칙이 재판소가 설치되고 나서 24년이 지나고서야 마련되었다는 사실은 연방헌법재판소가 법원인지 아니면 헌법기관인지의 문제가 논란적이라는 사실로 환원된다.

연방헌법재판소와 관련해서 그것이 법원으로 이해되고 있다는 사실은 오늘날 더 이상 논란의 여지가 없다. 이는 이미 ‘법원(Gericht)’이라는 용어선택뿐만 아니라, 기본법 제92조를 통한 자격부여를 통해 지지된다. 그 구성원들에게는 사법적 권력(Die rechtsprechende Gewalt)이 맡겨져 있고, 연방헌법재판소는 사법이라는 제3권력의 확고한 구성부분이다. 게다가 연방헌법재판소가 독자적이고 독립적인 법원(Gerichtshof)임을 표현하고 있는 연방헌법재판소법 제1조상의 법원으로서의 자격확정(Gerichtsqualität) 또한 이를 지지한다. 따라서 더 이상 의심의 여지가 없이 법원임이 전제된다.

## 2. 헌법기관으로서의 헌법재판소

연방헌법재판소법 제1조에 따르면 연방헌법재판소는 연방의회, 연방참사원 및 연방정부와 마찬가지로 또한 헌법기관(Verfassungsorgan)이다. 연방헌법재판소의 헌법기관으로서의 고유성은 일반법률인 연방헌법재판소법 제1조에 근거할 뿐만 아니라 직접 헌법으로부터도 근거하고 있다. 이러한 사실은 1952년 6월 27일자 연방헌법재판소의 지위에 관한 ‘지위비망록(Status-Denkschrift)’에서 아래와 같이 확정된다. 헌법의 최고 수호자로서 연방헌재는 기본법과 연방헌법재판소법상의 문구와 의미에 따라서 동시에 최고의 권위를 가진 헌법기관이다. 또한 법원으로서도 다른 모든 법원들과는 전적으로 다른 차원으로 고양된다.

헌법기관으로서 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제1조에 따라서 다른 연방법원들과의 관점에서 특별히 형성된 지위를 보유한다. 연방헌법재판소는 연방의회와 연방참사원에게 부여된 것과 마찬가지로 사무규칙자율권을 스스로 보유한다. 이러한 사무규칙자율권에 대해서 오랫동안 기본법과 일반법률상 명시적인 위임이 결여되었다. 비로소 1975년에서야 뒤늦게 사무규칙이 제정되었고, 이로써 연방헌법재판소가 또한 헌법기관이라는 입법자 자신의 견해를 분명히 천명한 셈이다.

연방헌법재판소는 헌법기관으로서 다른 국가기관에 종속되지 않고, 다른 헌법기관들과 동등한 지위로 관계를 형성한다.

연방헌법재판소의 특별한 법적 지위는 초기에는 논란적이었다. 연방헌법재판소가 법원이기 때문에 입법부 및 정부와 같은 헌법기관으로서의 지위에 연관되는 권리와 의무가 부여되지 못했다. 그러나 이론과 실무는 이에 따르지 않고, 헌법기관으로서의 지위는 오늘날 광범하게 인정되고 있다. 헌법기관으로서의 지위 인정을 위한 근거는 원칙적으로 모든 학자들에게 동일하다. 즉 연방헌법재판소는 다른 법원들과는 달리 법률의 합헌성통제와 헌법기관들 간의 분쟁에 관한 판결에 소임을 가지고 있고, 따라서 헌법기관들 차원에서의 판결을 행하기 때문이라는 것이다. 이러한 사실은 연방헌법재판소가 국가에 통합되는 기관이라는 사실임을 밝힌다. 이로부터 연방헌법재판소의 특별한 지위 그리고 일반

법률인 연방헌법재판소법으로부터 그리고 기본법으로부터 스스로 민주적으로 정당화된다는 사실이 도출된다.

### 3. 최상급연방법원으로서의 연방헌법재판소

연방헌법재판소는 기본법 제95조에서 열거된 다섯 개의 다른 연방최고법원에 대해서 특별히 고양된 지위를 갖는다. 연방헌법재판소법 제1조는 연방헌법재판소는 다른 헌법기관들과 병립하면서 독자적이고 독립적임을 밝히고 있다. 우선 이 같은 선언으로부터 조직법적인 결론이 필수적으로 도출되지는 않는다. 1953년부터 연방헌법재판소는 자신의 행정사무를 독자적으로 수행해왔으며, 더 이상 법무부에 편입되지 않은 고유한 예산안을 지니고 있다. 이러한 변화에도 불구하고 연방헌법재판소는 자신의 조직과 절차가 헌법상 규율되지 못한 채로 입법자의 개입을 통해 성립되고 있기 때문에 ‘절름발이 헌법기관’으로 묘사되기도 한다.<sup>16)</sup> 그럼에도 불구하고 권능수행과 정치적 중요성의 측면에서 연방헌법재판소는 이후 철저히 고유한 헌법기관으로서 자리잡아왔다. 연방헌법재판소의 사무규칙자율권에 대한 기본법과 일반법률상의 명시적인 위임규정이 결여되었던 문제상황은 이후 1975년 독자적인 사무규칙이 마련됨으로써 해소되었고, 이로써 연방헌법재판소가 독자적인 헌법기관임을 입법자 스스로가 분명하게 밝힌 것으로 이해되고 있다.

## II. 연방헌법재판소의 구성

### 1. 원(Senat)의 구성과 활동

기본법 제94조 제2항은 헌법에 관한 중요한 결정을 연방헌법재판소에 위임하고, 연방헌법재판소 재판수 정수(定數)를 입법자에게 위임하고 있다. 의회대표회의의 논의과정에서 제기된 다양한 입법안들을 변형해서 연방헌법재판소는 소위 ‘쌍둥이법원(Zwillingsgericht)’으로 구성되었다. 연방헌법재판소법 제2조

---

16) Starck, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik, Mohr, 1976, S. 31.

제1항에 따라서 연방헌법재판소는 두 개의 원(Senat)으로 구성된다.

양원(兩院)은 각각 고유한 권한영역을 가진다. 제1원은 특히 기본법 제1조 내지 제17조에 해당되는 규범통제소송과 헌법소원을 담당하고, 제2원은 공무원관계, 병역 및 민간대체복무, 형사소송 및 행정벌, 형사집행에 관한 규범통제와 헌법소원, 권한쟁의, 정당금지, 선거소송을 담당한다. 따라서 제1원은 ‘기본권재판부(Grundrechtssenat)’로 제2원은 ‘국가법재판부(Staatsrechtssenat)’로 묘사되기도 한다. 어느 원이 권한을 가지는지 여부가 불분명한 경우에는 헌법재판소의 소장, 부소장 및 양원에서 선출되는 각 2인의 재판관들로 구성되는 소위 ‘6인위원회(Sechsera-usschuß)’가 결정한다.

여기서 각 원은 법률상의 권한을 가진 연방헌법재판소이고, 개별 재판관은 연방헌법재판소법 제2조 제2항에 따라서 처음부터 특정의 원 소속으로 선출되며, 양원사이에서 교체될 수 없다. 재판관의 비교체성(Unabsetzbarkeit)과 결합된 이 같은 비교환성(Unaustauschbarkeit)은 각 원의 결정능력을 확보하기 위한 조건에 따른 정치적 문제(적어도 6인의 재판관이 출석해야 한다)로부터 비롯된다. 결정능력을 소송당사자들의 정치적 야망을 위한 목표로 삼지 않기 위해서 연방헌법재판소법 제18조는 특정 주제에 대한 학문적 의견의 표명 또는 정당소속 여부가 배제근거로서 간주되지 않도록 입법절차상 재판관의 사전적 참여를 보장한다.

양원은 함께 전원협의체(Plenum)을 구성한다. 1985년까지 양원은 상호 대리할 수 없었다. 시간이 경과하면서 쌍둥이법원이라는 엄격한 분리원칙의 완화가 필요한 것으로 주장되었다. 왜냐하면 양원이 상이한 업무부담에 직면했기 때문이다. 1956년 이후로 연방헌법재판소의 전원협의체(Plenum)은 연방헌법재판소법 제14조 제4항에 따라서 특정 원의 일시적인 업무과부담으로 인해 부득이 하다고 필요한 경우에는 각 원사이의 법률상의 권한을 사후적으로 (pro futuro) 달리 규정할 수 있었다. 특히 1985년 12월의 법개정을 통해 3인 재판관으로 구성된 지정재판부에게 헌법소원의 범주 내에서 보다 광범한 권한을 부여했고(연방헌법재판소법 제15a조, 제93b조), 이로써 지정재판부의 독자성이 더욱 촉진되었다.

법개정을 통해서 재판관 정수도 새로이 확정되었다. 본래 12인의 재판관들로

구성되었던 각 원은 1956년에 경과적으로 10인으로 줄었다가, 1963년 이후로는 8인 재판관으로 다시 축소되었다. 결정주문 확정과 관련된 가부동수(可否同數)의 문제는 연방헌법재판소법 제15조 제3항 제3문에서 따로 규정하고 있다. 이에 따르면 가부동수인 경우에 기본법 내지 기타 연방법률의 침해는 확정될 수 없다.

## 2. 연방헌법재판소 재판관의 자격

다른 법원들과는 달리 연방헌법재판소의 고양된 지위에 상응해서 독자적인 헌법기관으로서 헌법적으로 보장된 권한(기본법 제93조, 제98조 이하)과 고유한 책임이 형성된다. 여기서 특별한 지위는 연방헌법재판소 구성원의 선출에 있어서 법률적으로 규범화된 조건을 요구한다.

연방헌법재판소 재판관의 선출을 위한 형식적인 조건들은 연방헌법재판소법 제3조에서 상술되고 있다. 연방헌법재판소법 제3조 제1항에 따르면 연방헌법재판소의 재판관은 만 40세에 달해야 한다. 또한 이들 재판관은 연방선거법 제15조와 결합된 기본법 제38조 제2항 및 제3항에 따라서 연방의회 의원직의 피선거권이 있고 그리고 연방헌법재판소법 제3조 제1항에 따라서 연방헌법재판소의 구성원이 되고자 함을 서면으로 신청해야 한다. 특히 서면상의 선언은 매우 까다로운 선출절차에 진지한 후보자들이 참여할 수 있도록 보장한다고 주장된다.

이들 후보자들은 최고법원의 모든 재판관들의 경우에 연방법무부에 의해서 그리고 다른 재판관들은 권한있는 기구로부터 추천된 인사들로 충원된다.

연방헌법재판소 재판관으로서의 자격을 위한 가장 중요한 조건은 독일법관법(DRiG) 제5조와 결합한 연방헌법재판소법 제3조 제2항에 따른 법관직에의 자격이다. 즉 법관은 원칙적으로 두 단계의 사법국가시험을 합격한 자여야 함을 뜻한다.

예외적으로 독일법관법 제7조에 따라서 법학정교수는 자동적으로 법관직의 자격을 보유하게 되고 그리고 1990년 통일조약에 따른 연방헌법재판소법 제3조 제2항에 근거해서 구 동독시민의 경우에는 법학사(Diplomjurist)자격만으로도 충분하다.

법관직에의 자격이라는 조건이 언제나 명확하지는 않다. 본래 사전에 규정된



국가시험에 근거해서 고위행정직공무원에의 지원자격은 법관직에의 자격과 동등하고 “공법에 대한 특별한 지식”, “공공생활에서의 경험”은 추가적인 조건이었다. 그러나 이러한 자격특징들은 고위행정직공무원에의 자격은 더 이상 충분하지 않고 공법과 공공생활의 지식과 경험은 잘못된 것으로 간주되었기 때문에 1961년 9월 8일자로 개정된 독일법관법 제92조에서 삭제되었다.

법관직에의 자격 여부에 대한 최종적인 결정은 역사적으로 보아 명확하지 않다. 기본법과 연방헌법재판소법 개정논의과정에서 연방헌법재판소를 법률지식이 없는 문외한들로 구성하자는 시도가 있었다. 이들 문외한들을 통해 정치적인 것이 가지는 특별한 의미와 기본법상의 새로운 정치질서에 관한 시대정신을 재판소의 결정에 주입시킬 수 있어야 한다는 생각이었다. 현재 각 주의 일부 헌법재판소는 법관직의 자격을 갖지 않은 재판관들로 구성되어 있기도 하다.

기본법 자체는 연방헌법재판소의 재판관이 상임으로 활동해야 하는지 문제와 관련해서도 법관직의 자격에 관한 조건문제에 대해서도 개방적이었다. 이러한 논란 끝에 연방헌법재판소법은 재판소에는 순수한 법률가들인 직업법관들이 구성원이 되는 것으로 결정을 내렸다.

연방헌법재판소 재판관직 선출을 위한 추가적인 자격요구는 연방헌법재판소법 제2조 제3항과 결합한 기본법 제94조 제1항 제1문에서 도출된다. 이에 따르면 각 주의 재판관 3인은 최고법원의 연방법관들로 선출된다. 이러한 추가적인 자격특징이 확정됨으로써 한편으로는 소송절차적인 경험과 오랜 직업생활에서 형성된 직업법관으로서의 사법적 사고방식이 활용될 수 있다고 보았다. 다른 한편으로는 헌법에 관한 ‘전문가(Experten)’들만이 재판관에 임용됨으로써 이들로부터 연방법관으로부터 기대하기 어려운 보다 폭넓은 접근방식을 기대할 수 있다고 보았다.

연방헌법재판소법 제3조 제4항과 제110조 제1항은 연방헌법재판소의 모든 재판관들이 상임으로 활동하는 것으로 확정지었다. 사항적 독립성과 인적 독립성에 근거해서 이들 재판관은 연방의회, 연방참사원 및 연방정부 그리고 이에 상응하는 주의 기관들에 동시에 소속될 수 없다. 연방헌법재판소 재판관은 연방헌법재판소법 제3조 제4항에 따라서 임용시에 법률상 자동적으로 해당 기관

으로부터 사직하게 된다. 연방헌법재판소법 제3조 제4항 제2문에 따라서 예외적으로 대학교수직만은 연방헌법재판소의 재판관직과 겸직할 수 있게 되었다. 그러나 연방헌법재판소법 제3조 제4항 제2문은 연방헌법재판소 재판관으로서의 활동이 대학교수로서의 활동보다 우선하며, 연방헌법재판소법 제101조 제3항 제2문에 따라서 연방헌법재판소 재판관으로서의 재임기간 동안 대학교수직을 휴직할 수 있도록 하는 제한이 포함되었다.

연방헌법재판소 재판관은 다른 직업법관들이 가져야 하는 것보다 보다 광범한 자격을 가져야 한다고 종합적으로 결론내릴 수 있다. 연방헌법재판소법상의 개별적인 조건들의 확정은 법적 안정성에 결정적으로 기여한다.

### 3. 연방헌법재판소 재판관의 선출절차

#### 가. 민주적 정당화과정으로서의 선출절차

헌법재판제도는 그것이 근거하고 있는 헌법이 정당하고, 또한 합법적인 질서로 승인되고 헌법재판소의 구성원들이 민주적으로 정당화되는 경우에 비로소 정당하다. 독일헌법인 기본법의 정당성에 대해서는 여기서 의심의 여지가 없고, 따라서 단지 헌법으로부터 도출되는 정당화만 다루기로 한다.

모든 헌법재판의 기능최적화를 위한 기본조건들의 하나는 헌법재판관들의 합목적적인 선출에 있다.

기본법은 다른 연방법관들의 선출절차와는 달리 연방헌법재판소 재판관 선출에 관하여 직접 규정하고 있다. 이들 재판관은 권한 있는 연방부처와 재판관선출위원회(Richterwahlauschuß)에 의해서 공동으로 임명되는데, 재판관선출위원회는 개개의 경우마다 사항영역에 권한 있는 주정부의 장관들과 연방의회가 선출하는 동일한 수의 위원들로 구성된다. 연방헌법재판소 재판관들은 기본법 제94조 제1항 제2문과 연방헌법재판소법 제5조 제1항에 따라서 연방주의적 안배(föderative Parität)원칙 속에서 연방의회(Bundestag)와 연방참사원(Bundesrat)이 각각 절반의 재판관을 선출한다. 다른 연방법관들의 선출과는 달리 연방헌법재판소 재판관 선출에 있어서 적용되는 원칙은 헌법재판의 특수성에 따른 정당화에 근거하고 있다. 연방의회와 연방참사원을 통한 동등한 선출은 연방공화국의 연방제적 성격에

기여하고, 또한 연방과 주간 분쟁이 연방헌법재판소가 관할하는 중요한 부분을 형성한다는 사실을 고려한 결과이다. 본질적으로 헌법재판은 전통적인 의미에서의 사법작용이고, 이는 연방헌법재판소가 분쟁이 제기되거나 권리가 침해된 사안들에서 권위를 가지고서 결정을 내린다는 것을 뜻한다. 그러나 연방헌법재판소는 범규범의 합헌성을 심사하는 특별한 과제를 통해 자신의 고유한 특징을 각인시킨다.

권력분립원칙을 통해 기본법은 모든 공권력의 포괄적인 사법적 통제에 대한 균형을 실현한다. 이를 통해 개개 국가권력의 자제뿐만 아니라 한 국가권력의 다른 국가권력에 대한 과도한 압도를 방지하고자 한다. 그러나 이 세 개의 권력은 전적으로 분리되어져서 병렬적이지 않다. 한 권력기관은 타 권력기관들의 활동영역에의 개입이 허용된다. 그러나 기본법 제20조 제2항 제2문에 의해 보장되는 타 국가권력들의 핵심영역을 침해해서는 아니 된다.

기본법은 재판관임용을 통해 권력들 간에 요구되는 균형을 확보하고자 시도했고, 동시에 기본법 제95조 제1항, 제94조 제1항을 보장하고자 의도했다. 이로써 연방헌법재판소 재판관을 위한 특별한 선출절차는 기본법 제20조 제2항에 따른 권력분립의 특별한 구성요소이고, 헌법적 기본원칙의 범주 내에서 그것의 보장을 지원하고 있다.

또한 특별한 임용절차는 연방헌법재판소 재판관의 구성에 있어서 입법부의 영향 행사를 보장하고 있다. 기본법은 연방헌법재판소에 대한 입법부의 대항력을 확보하고자 의도했고, 이들 재판관들이 향후 행할 판결들의 가능할지 모를 정치적 효과를 재판관 임용과정을 통해 중요한 정치적 세력들이 감내할 수 있을 정도로 압박하고자 했다. 재판관선출의 범주에서 기본법 제20조 제2항에 규정된 민주주의원칙이 보장되는지 여부의 문제가 특히 중요하다고 보았다.

#### 나. 연방법무부장관의 피추천인명부 작성 및 제출

재판관선출절차의 범주 내에서 연방법무부장관은 선거준비과정에 적극적으로 영향을 미친다. 연방헌법재판소법 제8조에 따르면 연방법무부장관은 두 개의 피추천인명부를 제출하는 것이 의무적이다. 첫 번째 명부는 연방법관들을 대상으로 한 것이고, 두 번째 명부는 연방의회의 각 교섭단체들, 연방정부와 주

정부들로부터 연방헌법재판소 재판관으로 추천된 모든 인물들을 대상으로 한 것이다. 이 명부들은 선거의 준비에 기여하는데, 이후 계속적으로 보완되어 졌다가 늦어도 선거일 1주일 전에 연방의회와 연방참사원의 각 의장에게 전달 되어져야 한다. 그러나 명부에 등재된 이들로만 선거를 제한하는 것은 본래 법률상 예견된 것이 아니며, 이 명부는 대부분의 선거에서 지금까지 큰 의미를 가지지 못했다고 한다.

#### 다. 선출절차

기본법 제94조 제1항 제2문 및 연방헌법재판소법 제5조 제1항에 따라서 연방헌법재판소 재판관은 연방주의적 안배 속에서 연방의회와 연방참사원으로부터 각각 선출된다.

##### ㉠ 연방의회(Bundestag)에서의 선출절차

연방의회는 연방헌법재판소법 제6조 제1항에 따라서 연방헌법재판소 재판관을 직접선거로 선출한다. 연방헌법재판소법 제6조 제2항에 따라서 연방의회는 비례선거원칙에 따라 선거인단 구성을 위해 12명의 의원을 선출한다. 연방의회의 각 교섭단체는 자신들이 추천한 선거인단명부를 제출할 수 있다. 구체적인 확정방법은 돈트식 방식에 따른다. 연방헌법재판소법 제6조 제2항 제4문과 제5문에 따라서 명부상의 성명기재순서가 결정적이고 그리고 한 선거인이 사퇴하거나 방해받는 경우에 명부상의 후순위자가 승계한다. 선거인단에서 최고령자가 비공개로 진행되는 회의를 소집하고, 연방헌법재판소법 제6조 제3항에 따라서 모든 재판관들이 선출될 때까지 회의가 진행된다.

연방헌법재판소법 제6조 제5항에 따라서 12인의 선거인으로부터 적어도 8표 이상을 득하는 자가 재판관으로 선출된다. 이로부터 2/3가중다수결의 요청이 드러난다. 특히 2/3가중다수결은 의회소수자보호에 기여한다. 이로써 정부를 구성하는 의회다수는 자신들이 원하는 후보자를 연방헌법재판소 재판관으로 선출하는 것이 때로 좌절될 수도 있다.

1951년의 연방헌법재판소법 최초법률에서는 재판관직 임용에 있어서 심지어 3/4가중다수결이 예견되었다. 1956년의 연방헌법재판소법 개정법률에 의해 2/3가중다수결로 요건이 완화되었다. 당시 정부가 제출한 법률안에서는 단순다수

결이 주장되었다. 그러나 입법절차상의 논의과정에서 연방헌법재판소 재판관 선출에 있어서 가중다수결이 지니는 의미가 분명하게 드러났다. 연방헌법재판소 재판관이 갖는 고양된 지위에 근거해서 헌법재판소 재판관의 임용 시에 소수자(의회 내 야당도 포함)도 적극 고려되는 것이 필수적이라고 보았다. 단순다수결에 대해서는 2/3가중다수결이 소수자보호를 위한 고전적인 수단이며, 여기서 그것이 바로 적용되어야만 한다는 이유로 반대에 직면했다. 따라서 재판관 선출에 단순다수결로 족하도록 하는 법률안은 부결되었고, 결국 2/3가중다수결안이 채택되었다.

2/3가중다수결의 요청은 연방의회의 한 교섭단체 내지 연합체가 단독으로 자신들이 지지하는 후보자를 선출할 수 없다는 사실에 귀결된다. 따라서 개개 교섭단체는 특정 인물에 대해 의견의 일치를 보지 못하는 경우에 실무적으로 합의를 강제당하게 된다. 그러나 실제로는 오히려 재판관직이 주로 기민당/기사당연합과 시민당의 거대 양당들에게로 배분되고 있다.

이들 거대 양당들 간의 합의는 자주 선거의 ‘탈인격화(Entpersönlichung)’와 관료화에도 이끌어진다. 2/3가중다수결원리는 전체 선출절차와 마찬가지로 여전히 비판에 직면해 있다.

#### ㉠ 연방참사원(Bundesrat)에서의 선출절차

연방참사원을 통한 나머지 절반의 재판관 선출에 있어서는 연방헌법재판소법 제7조에 따른 정당성의 연쇄사슬이 각 주의 주민들로부터 주의회, 주정부 및 연방참사원으로 연결된다. 모든 주들이 대표되는 위원회는 원칙적으로 연방참사원에서 통상적으로는 토론 없이 채택되는 권고결의안을 사전에 준비한다. 기본법 제5조 제3항 제2문에 따라서 각 주의 표는 단지 단일하게만 행사될 수 있다. 연방의회에서의 선거절차에서와 마찬가지로 연방참사원에서도 2/3가중다수결이 요구된다. 여기서 이러한 조치가 가지는 의미는 연방헌법재판소 재판관에게 가능한 한 광범한 정당성과 신뢰토대를 형성하고자 의도한 때문이라고 한다.

두 개의 선거기구(Wahlgremien)로부터 선출된 자는 연방헌법재판소법 제10조에 따라서 최종적으로 연방대통령에 의해 임명된다. 연방대통령은 선출의 조건과 관련된 관점에서 일종의 형식적인 심사권한을 가진다. 재판관으로 선출된

자는 연방헌법재판소법 제11조에 따라서 연방대통령 앞에서 사전에 규정된 취임선서를 행해야 한다.

㉔ 비상적인 추천절차

헌법재판소와 그 재판관들의 민주적 정당성을 보장하기 위해서는 선거가 규정된 절차에 따라서 정상적으로 성립되지 못한 경우에 법률상의 예외규정이 존재함이 필수적이다. 이는 기본법 제20조 제1항의 민주주의원리와 특히 국민주권주의원칙에 부합된다.

연방헌법재판소 재판관 선출을 위한 예외규정은 연방헌법재판소법 제7a조에서 비상적인 추천권한으로 자리 잡고 있다. 연방헌법재판소 재판관을 위한 추천권한의 역사적 배경은 이 규정의 이해에 근거하고 있다.

연방헌법재판소 재판관 선출을 집행하는 연방의회 내 12인 위원회와 연방참사원에서의 재판관 선출을 위해서는 각각 2/3가중다수결이 요구된다. 1951년 9월에 연방헌법재판소의 구성이 있는 지 짧은 시간 뒤에 재판소 12인 구성원의 예상치 못한 조기 사퇴로 재판관직의 결원이 발생했다. 이 결원 보충을 위해 1951년에 개정된 연방헌법재판소법 제5조 제3항에 따라서 1개월 이내에 선거 실시가 필수적이었다. 예정된 선거는 이례적으로 오랫동안 지체되었다. 사직한 Leusser재판관의 후임자 선출에 8개월이 소요되었고, Zweigert재판관의 후임자 선출은 결원이 발생하고서 비로소 2년 뒤에 행해졌다. 이러한 지체의 주된 원인은 특히 당시 연립정부와 야당 간의 심화된 정치적 대립에 있었다.

첫 번째 사례에서는 연방제적 문제가 작용했던 반면에, 두 번째 사례에서는 ‘연방공화국의 재무장(再武裝)’논란이 그 지체의 이유였다. 어느 정당도 완고한 ‘방어투쟁’에서 부정적으로 판단하는 후보자를 수용하지 않았다. BVerGE 2, 1(9 f.)에서 언급한 선거기관의 의무에 대한 명령도 당시 언론의 격렬한 비판도 이 투쟁을 종식시키지 못했다. 이러한 ‘방어투쟁’의 종식은 1953년 연방의회선거에서 비로소 CDU/CSU와 연립정당이 2/3가중다수결을 형성하고, 방어투쟁을 위해 헌법개정을 행함으로써 그간 2년 동안 지속된 투쟁국면이 종식되었다. 또한 초대 연방헌법재판소소장인 Höpker-Anschoff박사가 1954년 1월 15일에 급작스럽게 사망한 사건도 정치적 합의에 영향을 미쳤다. 이로써 연방헌법재판소 재판관 선출을 둘러싼 최초의 위기는 해소되었다. 그러나 민주적 정당성원리는

이러한 비원칙성의 문제를 해결하는 데에 큰 도움이 되지 못했다.

주기적인 교체는 대의제민주주의의 불가피한 전제조건이다. 이러한 이유에서 1956년 연방헌법재판소법 개정을 위한 정부안은 선출위원회에서의 최초 선거 과정이 무산된 후에 연방참사원에서의 두 번째 선거과정에서는 단순다수결로 족한 것으로 제안되었다. 그러나 이 안은 관철될 수 없었다. 이어서 연방의회 의 다수결은 법사위원회(Rechtsausschuss)의 제2독회가 시작될 때에 제안되는 소위 ‘자문적 해결방안(Beiratslösung)’을 의결했다. 즉 임기 5년으로 공법전공의 대학교수들과 각급법원장들로 구성되는 자문위원회(Beratungsgremium)가 재판관 선출이 무산된 경우에 법률상 정해진 기한 내에 3인추천제(DreierVorschlag)의 룰이 적용된다. 소관 선출위원회는 단순다수결로 또한 다른 기구들은 통상적으로 가중다수결로 하나의 피추천인명부를 택하도록 한다. 헌법적 그리고 헌법정책적 이유를 앞세운 시민당의 격렬한 비판에도 불구하고 이 제안은 연방의회에서 통과되었다.

이후 정당들 간의 합의가 있었고, 이는 오늘날 연방헌법재판소법 제7a조에서 발견된다.

연방헌법재판소법 제7a조는 재판관의 임기만료 이후 또는 임기전 사직이 있을 후 2개월 이내에 연방헌법재판소법 제6조의 규정에 따른 후임 재판관 선출이 성립되지 못한 경우에는 연방헌법재판소법 제7a조 제1항이 적용되도록 하였다. 여기서 예견되는 절차는 선거위원회의 최고령자를 통해서나 또는 연방참사원에서의 선거가 문제시되는 경우에는 연방참사원 의장이 진행하도록 하였다. 연방헌법재판소법 제7a조 제1항에 따라서 이들에게는 연방헌법재판소에 재판관 선출을 위한 추천을 행하도록 요구된다. 이후 연방헌법재판소의 양원협의체(Plenum)는 연방헌법재판소법 제7a조 제2항에 따라서 단순다수결로 피추천인의 제안을 의결한다.

연방헌법재판소법 제7a조에서 예견되는 절차를 통해 정치적 소수파들도 연방재판관 선거에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 확보된다. 물론 연방헌법재판소법 제7a조는 요구되는 후속선거가 사실상 성립되고 연방헌법재판소의 기능 최적화가 유지되는 것을 보장하지는 않는다. 왜냐하면 연방헌법재판소 양원협의체의 제안은 선거위원회도 연방참사원도 기속하지 않기 때문이다. 그러나 연

방헌법재판소의 이러한 참여는 사항적으로 자격을 갖춘 재판관 선출을 보장하는 데에 결정적으로 기여한다는 장점이 있다고 주장된다. 게다가 각 선거위원회에는 연방헌법재판소법 제7a조의 예외규정을 채택함으로써 선거의 시의성과 대의제적 선거의 중요한 전제조건을 보장하는 의무를 선거인에게 부여한다.

### ㉔ 소장과 부소장의 선출

연방헌법재판소 재판관의 선출이 일반적일뿐만 아니라, 소장과 부소장의 선출도 재판소에서 일반적이기 위해서는 이들에게도 연방헌법재판소가 가지는 중요성에 상응하는 정당성이 요구된다. 연방헌법재판소법 제9조는 소장과 부소장의 선출을 규정하고 있다. 선출의 방식은 오랫동안 입법자의 재량대상이었다. 이 규정의 성립사에 따르면 소장과 부소장의 선출을 상이하게 규율하고자 하는 여러 다양한 제안들이 있었다고 한다.

의회대표회의에서는 소장과 부소장을 연방헌법재판소에서 직접 선출하도록 하는 안이 우선적으로 고려되었다. 다른 안은 소장은 연방정부의 추천으로 임명토록 하는 것이었다. 의회대표회의는 결국 이 문제를 스스로 결정짓지 않고, 이에 관한 규정을 제정할 것을 입법자에게 요구했다. 이후 법률제정절차에서 정부안은 연방헌법재판소 양원협의체에서 선출하는 것으로 수정되었다.

물론 이 같은 소위 '비정치적인 해결방안'은 연방의회로부터 다음의 주된 두 가지 이유에서 거부되었다. 즉 한편으로는 연방헌법재판소의 양원협의체에서 선출하는 경우에 재판관협의체(Richterkollegium) 내부에서의 긴장이 완화될 수도 있다. 이러한 긴장완화는 연방헌법재판소 재판관의 통일성과 권위를 해칠 수 있다는 것이다. 다른 한편으로 다른 기구에 의한 정치적 결정이 연방헌법재판소의 기능에 보다 적합하다는 견해이다.

입법자는 결국 '정치적인 해결방안'을 결정했고 그리고 연방헌법재판소법 제9조에서 연방헌법재판소의 소장과 부소장은 연방의회 또는 연방참사원으로부터 선택적으로 선출되는 것으로 확정되었다. 연방헌법재판소가 담당하는 업무의 국가정치적인 광범성의 측면에서 볼 때 소장과 부소장을 입법기구인 연방의회와 연방참사원에서 선출하는 것이 보다 타당하고, 특히 이를 통해서 연방헌법재판소 재판관들 사이의 긴장이 마찬가지로 회피될 수 있다고 보았다.

연방헌법재판소법 제9조에 따라서 소장과 부소장을 연방의회와 연방참사원



이 교대로 선출한다. 연방헌법재판소법 제9조를 통해 소장과 부소장이 연방헌법재판소의 구성원이어야 한다는 사실이 분명하게 규정되고 있지 않다. 그러나 이는 문구상 간접적으로 결과되는 것으로 이해된다. 연방헌법재판소법 제9조 제1항 제2문에 따르면 부소장은 소장이 속하지 않은 다른 원에서 선출된다. 이로써 법률은 선출된 자는 연방헌법재판소에 소속되어야만 한다는 사실이 도출된다. 이러한 사실을 통해 소장과 부소장이 후임자 선거의 후보 하에서 연방헌법재판소 재판관으로 임명된다는 사실이 결과되지는 않는다고 본다. 소장이 제1원에서 선출되는 것이 필수적이지는 않고, 연방헌법재판소법 제9조 제1항 제2문은 양원이 재판소를 이끌어간다는 사실만이 확정된다. 선거위원회들은 스스로 임명되어야 한다고 주장하는 자를 선출하도록 기속되어 있지 않다.

결론적으로 연방의회와 연방참사원에 의한 소장과 부소장의 선출은 전적으로 민주적 정당성의 요청에 부합된다는 사실이 확정된다. 또한 국민과 선거를 통해 구성된 선거기관사이의 상대적으로 짧은 정당성의 연쇄사슬이 존재함을 인식할 필요가 있다고 한다.

#### 4. 재판관선출의 실제(實際)

Kröger는 1976년에 행해진 전형적인 선거실제를 지난 20년 동안 확고한 관행으로 정착된 ‘기민당/기사당연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD)간의 원칙적인 합종연횡’으로 표현했다.<sup>17)</sup> 이에 따르면 두 정당들은 상호적으로 임명선호를 보장하고 있다. 즉 재판관직에 결원이 발생하면, 특정 정당이 선호하는 후보자를 추천하고, 다른 정당이 이에 대해서 별다른 반대가 없으면, 해당 후보자가 소관 선거기구에서 선출될 수 있는지 여부를 검토한다. 해당 후보자에 대해서 이의가 제기된다면, 추천한 정당은 이를 철회하거나, 새로운 후보자를 추천한다.

통상적으로는 이러한 실체가 정당들 간의 합의가 유지되는 한 지속된다. 원칙적으로 이러한 선거실제는 오늘날 적용되는 것과는 상응한다. 이 두 거대정당들은 정례적으로 자신들의 당원이거나 또는 적어도 자신들의 정치적 기본입장에 동조하는 후보자를 추천하고 있다는 것이다.

---

17) Höpker-Anschoff, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6(1957), S. 147 f.; Stern, Staatsrecht Bd. II, § 32, S. 346.

상술한 선거의 실제에 대해서는 언론과 학계의 비판이 드세다. 특히 정당의 강력한 영향력 행사와 절차상의 불투명성이 비판된다. ‘세습법원(Erbhöfe)’<sup>18)</sup>, ‘다른 수단을 통한 정치화’<sup>19)</sup>, ‘공직암투(Ämterschlachter)’<sup>20)</sup>와 같은 표현들이 그러하다. 즉 경험칙에 따른 객관적인 임용이 기대될 수 없다는 것이다.

선거절차에서의 일반적인 비판은 우선적으로 주로 정당당원 또는 정당에 우호적인 후보자들로 심각하게 제한된 실무관행에 대해서 행해진다. 그러나 이러한 비판에 직면해서 지금까지 특정 정당에 의해서 추천된 재판관이 연방헌법 재판소의 결정에서 규칙적으로 해당 정당의 입장을 대변했다는 어떠한 확고한 증거도 없다는 사실을 통해 반박된다. 오히려 재판관이 자신을 추천한 정당의 견해에 반하는 정치적 결론에 도달한 몇몇 사례들도 존재한다. 또한 재판관이 지닌 상당한 정치적 배경은 헌법적 절차에서 사소한 부분에 불과하다고 지적된다. 현재 규정의 고수에 찬성하는 측은 합의체재판부(Kollegialgericht)로서의 연방헌법재판소원칙을 지지한다. 연방헌법재판소의 재판관임명절차에 대한 비판은 연방헌법재판소 재판관들의 사향적인 자격에 반대하지는 않는다.

결론적으로 연방헌법재판소와 그 재판관들의 민주적 정당성은 존재한다고 말할 수 있다. 현재의 선거시스템은 지속적인 비판에 직면해 있으나, 결여된 투명성의 예외와 함께 이 비판에도 동의할 수 없고 그리고 그것이 입증되지도 않았다고 주장된다. 연방헌법재판소와 그 재판관들이 가지는 헌법적 민주적 정당성의 의미에 근거해서 선거실제상의 원칙은 여전히 관찰되어야 하고, 특히 정치적 변화 시에 언제나 그 합헌성이 심사되어야 할 것이다.

## 5. 연방헌법재판소 재판관의 임기

1951년에 제정된 연방헌법재판소법 제4조에 따르면 당시 12인, 현재로서는 4인의 재판관이 각 원에서 상급연방법원의 법관들로 구성되는데, 그 임기는 해당 공직의 재임기간, 즉 원칙적으로 만 68세 정년에 달할 때까지로 선출된다. 다른 재판관들은 8년의 임기로 결정되었다. 최초의 선거에서 재판관의 절반은

---

18) Schlaich, BVerfG Rdnr. 43; Geck, Wahl der BVerfRichter, S. 33.

19) Bettermann, FS Zweigert, S. 746.

20) UMBach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, Majer, § 6, Rdnr. 44.

4년 임기로 선출되었고 모든 재판관들에게 정년까지 재선의 가능성이 주어졌다. 연방헌법재판소 재판관들에 대해서 상이한 봉급집단으로 구별되는 상이한 임기규정은 과거에 격렬한 비판에 직면했다. 따라서 이 규정을 개정하고자 하는 시도가 여러 차례 행해졌다. 1970년의 연방헌법재판소법 제4차 개정법률 이후에 원칙적으로 12년의 임기로 임명되고, 길어도 만 68세 정년까지 그리고 재선의 가능성이 없는 것으로 규정되었다.

1970년의 동 개정법률의 중요한 입법목적은 개별 재판관들의 신분상 권리의 차별성을 제거하고, 동시에 일정기간동안 재판관의 독립성을 강화하고자 하는 데에 있었다. 법개정 이전에 임명된 재판관들의 상이한 지위는 결정을 내림에 있어서 양 집단에 속하는 재판관들의 경험이 동등하게 중요하고, 재판관으로서의 경험가치가 마찬가지로 중요하다는 이유로 정당성이 결여되었다고 보았다. 이와 동시에 연방헌법재판소 재판관으로서의 소속신분은 재판관들의 이전 직업적 경력과는 무관하게 모든 헌법재판관들이 똑같이 고도의 책임을 부담하게 하였다.

1970년까지 적용되어온 상이한 취급방식은 또한 연방헌법재판소의 기능성에도 반하는 것이었다. 12년의 임기제 도입은 논의과정에서 모든 재판관들의 법적 지위를 동등하게 요청했던 여러 상이한 가능성간의 합의를 드러낸다.

이미 일찍부터 연방헌법재판소 재판관들에 대한 종신직 임명이 요구되었고, 이러한 요구는 연방헌법재판소법 제4차 개정법률에 즈음한 토론과정에서 다시 제기되었다. 그러나 이 안에 대해서는 다수가 확보되지 못했다. 재판관직의 종신임명은 헌법재판소의 결정에 새로운 자극을 불러일으키고자 하는 시도에 반하며, 또한 오늘날의 급부사회에서 급변하는 시대의 늘 새로이 변화하는 요구에 부합하는 한에서, 현대 헌법재판에서 불가결하다고 주장되었다. 즉 적절한 주기로 새로운 재판관을 선출함으로써만 결정에 새로운 자극을 불러일으킬 가능성이 보장된다는 주장이다. 게다가 재판관의 종신직 임명은 연방헌법재판소의 국가기관성에도 타당하지 않고, 특정 헌법기관에의 소속이 종신과업으로 이해되지 않고 있는, 이미 구현된 민주적 법치국가에도 상응하지 않는다고 비판되었다. 결국 상술한 이유들로 재판관의 종신직 임명은 거부되었다.

또한 의회에서의 토론과정에서 다른 안, 즉 헌법재판관은 우선 8년 임기로

임명되고, 8년이 지난 후에 종신직을 위한 재선, 즉 만 68세 정년까지 임명이 가능하도록 하는 안이 논의되었다. 이 규정은 업무수행이 탁월하고 또한 계속해서 직을 유지해야할 재판관이 재선될 수 있도록 하는 장점을 가진다. 그러나 현재의 규정이 상대적으로 젊은 재판관에게는 불이익으로 작용된다는 주장도 제기되었다.

다른 한편으로 재선은 독립성에 대한 잠재적 위험을 내포하기 때문에 반대하는 견해가 제기되었다. 재선가능성과 결부된 이러한 독립성에의 영향은 헌법재판의 전체원칙들을 위협할 수도 있다고 지적되었다. 재선이 배제된 12년의 임기규정에 대해서는 판결에 대한 영향과 판결의 일관성을 철저히 가능하게 하는 타당한 장기간으로 간주되었다.

결론적으로 연방헌법재판소법 제4조의 규정은 연방헌법재판소 재판관의 임기규정에 관하여 그간 제안된 모든 해결방안들 가운데에서 가장 최적임이 확인된다. 이는 정치적 그리고 사회적 변화에도 부합되고, 이로써 연방헌법재판소 결정의 고착화도 회피할 수 있으며, 재판관의 독립성에 대한 위험도 최소화할 수 있다고 보았다. 재선이 배제된 12년의 임기규정은 한편으로는 새로운 자극을 재판소에 불러올 수 있고, 다른 한편으로는 연방헌법재판소 결정의 일관성을 유지하고, 또한 재판소와 그 재판관들의 민주적 정당성을 확보하는 데에도 기여한다.

## 6. 재판관직의 임기만료전 사퇴

재판관직의 임기만료전 조기사퇴는 가능하다. 이는 상이한 이유들에서 행해지고 있고, 상이한 절차에 따라서 진행된다. 따라서 연방헌법재판소 재판관은 연방헌법재판소법 제12조 제1문에 따라서 언제라도 자신의 사직을 신청할 수 있다. 이러한 재판관직의 조기사직은 대부분 다른 공직에의 취임으로 인해서 행해진다.

연방헌법재판소법 제105조 제1항 제5호와 결합한 연방헌법재판소법 제98조 제2항은 재판관이 일정기간 이상 정상적인 업무수행이 어려운 경우에 휴직할 수 있도록 정하고 있다. 이 절차는 재판관의 독립성을 저해하지 않도록 형성된다. 이는 연방헌법재판소법 제105조 제1항 제2호에 따른 과면과 같은 제재

적 성격의 공직종료에도 적용된다.

## 제4절 연방헌법재판소에서의 ‘법과 정치’-사법자제의 문제

### 1. ‘법과 정치’의 관계

#### 1. ‘법과 정치’의 관계

법과 정치는 독일에서 오래전부터 긴장관계로 여겨져 왔다. 연방헌법재판소는 기본법에 의해서 입법자의 처분의 합헌성에 대한 최종적이고 기속적인 결정권한을 위임받고 있다. 즉 헌법소원과 같은 시민의 청구이외에도 법률이 헌법재판의 대상이 될 수 있다.

독일에서 그간 법은 공익에 기여하는 객관성의 확인을 표상하고, 정치는 정파적이고 이기적인 것으로 간주되어왔다. 즉 법은 질서를 뜻하고, 정치는 무질서라는 부수적 취향을 가진다는 것이다. 그 본질상 결정적으로 역동적-비합리적인 것과 결합되는 정치적인 것은 법을 통해 공동체를 조종하고 영향을 미치는 권력에의 참여를 추구한다. 이 권력은 선거를 통해 정당화되고, 이로써 정치적인 것은 지속적으로 변화하는 생활환경, 국민의 의지에의 적응을 도모한다. 이에 반해서 법은 일종의 정적-합리적인 것으로 간주되고, 정치적 세력들로 하여금 예측가능하게 하고, 이들을 기속하고자 시도한다. 왜냐하면 기속적인 정치적 결정으로서의 법은 질서를 형성하고, 이 궤도 안에서 국가지도, 법제정, 정치가 작동되어야 하기 때문이다.<sup>21)</sup>

“국가는 법속에서 자신의 질서를 발견하고, 법은 국가 속에서 제재를 가하는 권력을 발견한다.”<sup>22)</sup> 법은 이로써 정치의 윤곽이자 기준이지만, 정치적 목적을 위해서는 연장과 생산물이 동일하듯이 이를 수단화한다.<sup>23)</sup> 결국 법과 정치는

---

21) Isensee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: Piazzolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht -Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München, S. 49.

22) Isensee, 상계서, S. 49

23) Geiger, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, EuGRZ, 1985, S. 402; Grimm, Recht und Politik, JuS 1969, S.

상호 밀접하게 얽혀있고, 정치로서의 법은 고착된 연결상태 속에서 동시에 정치에로 다시 영향을 미친다.<sup>24)</sup>

따라서 법과 정치의 깨끗한 분리는 불가능한 것으로 나타나고, 헌법의 영역에서는 그러한 분리가 필요하지도 않다고 간주된다. 왜냐하면 여기서 정치적인 것은 스스로 법규범의 성격을 결정적으로 규정하고,<sup>25)</sup> 법적 규범화의 대상으로 삼았기 때문이다.<sup>26)</sup> 정치적 근본컨셉으로서의 헌법은 확장적인(dilatorisch) 형식합의로써 구성되고, 다른 모든 법과는 달리 탈정치화될 수 없다. 헌법은 정치적 법이고, 더 낮게 표현하자면 ‘정치적인 것을 위한 법’이다.<sup>27)</sup>

안정성과 지속성을 위한 윤곽질서로서 마련된 헌법은 제도화된 질서로서 정치적 생활을 마비시키거나 또는 질식시킬 수도 있다. 그렇기 때문에 헌법은 역동성과 유연성도 고려하고 또한 흡결적이고 추상적인 헌법텍스트에 근거해서 변화된 관계에서도 어느 정도 수락가능성을 확보해야 한다고 주장된다.

## 2. ‘법과 정치’의 차별성

연방헌법재판소의 활동을 위한 전제조건과 그 한계는 사법적으로 심사가능한 규범, 즉 내용적으로 보다 상세한 법적-합리적인 해석이 허용되는 규칙의 실존이다.<sup>28)</sup> 따라서 한 소재(素材)가 법규범을 통해 규율되는 곳에서 법은 정치와 구별된다. 결국 정치적 결정은 규범적으로 확정되지 않은 영역에서 행해지고, 이에 반해서 법적 결정은 규율된 영역에서 행해지게 된다. 법관의 활동은 정치적 회구(lex ferenda)가 이미 법적 당위(lex lata)로 전환된 곳에서 비로소 시작

---

501 f.

24) Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, S. 48.

25) Leibholz, *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, DVBl. 1974, S. 397.

26) Piazzolo, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen*, München, 1994, S. 16; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, München, 1984, S. 16.

27) Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, München, 1984, S. 16.

28) Gusy, *전개서*, S. 397.

된다. 따라서 헌법재판은 범규범이 존재하지 않거나, 자신의 해석 내지 구체화에 따라서 정치기구들에게 재량이 허용된 곳에서는 중단된다고 주장된다.<sup>29)</sup>

결국 헌법은 헌법적 통제로부터 벗어나 있는 입법부의 정치적 형성권한이 어디까지인지 여부에 종속된다. 의심스러운 경우에 연방헌법재판소는 해당 사안이 법적인 성격인지 정치적 성격인지 여부에 관해서 결정을 내려야 한다. 여기에 모든 국가기관을 기속하는 자격에서 권한의 권한(Kompetenz-kompetenz)이 숨겨져 있고, (헌)법이 시작하는 곳에서 정치적인 것은 멈춘다.

결국 연방헌법재판소와 입법자간에는 때로는 사법적 자제(judicial self-restraint)와 정치대체(Politikersatz)사이의 긴장관계가 상존한다.

## II. 정치적 긴장관계와 연방헌법재판소

### 1. 연방헌법재판소 창설과 정치적 고려점들

독일기본법의 아버지들은 그간 전례(前例)가 없었던 헌법기관인 연방헌법재판소의 창설을 결정하면서, 다음 두 가지 사항을 고려했다. 그 하나는 법치국을 둘러싼 우려였다. 바이마르공화국에서의 통설적 입장에 따르면 법은 국가적 의사형성과 입법절차상의 개별사항으로 제한된 것으로서 대단히 형식적으로 이해되었기 때문에 국가사회주의적인 불법 앞에서 법실증주의가 무력했었던 과거의 경험은 1945년 이후에 법률이 또한 실질적으로도 법치국가의 기본 원칙들과 합치되는지의 여부를 통제하는 기구의 설치를 적극적으로 모색하는 것으로 이끌었다. 다른 하나는 최초로 진정한 연방국가를 건설하고자 하는 바람이었다. 즉 이 연방국가적 틀 속에서 발생하는 각 주들 간의 갈등이 헤게모니권력을 통해서 중국적으로 중재되는 것이 아니라, 권리구제를 위한 하나의 기관이 연방국가와 주들 사이의 분쟁을 해결하고자 한 것이 연방헌법재판소의 창설을 위한 결정적인 계기였다.<sup>30)</sup>

---

29) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München, 1980, S. 957.

30) von Beyme, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, München/Zürich, 1985, S. 214.

특히 그간 독일에서의 통설은 일반법률을 무효화하는 사법부의 권위를 부정해왔다. 독일에서의 법치국가원리는 정치적 목적에 대해서는 중립적으로 작용하는 개념으로서 광범위하게 계수되어왔다. 이 독일적 법치국가원리는 영국에서의 의회주의적 정부방식 또는 미국에서의 사법심사(judicial review)와 같은 다른 원리들을 별도로 전제하지 않았다.

1945년 이후에 근본적으로 새로운 시작이 진행되었다. 연방헌법재판소의 권한은 헌법재판제도와 관련해서 비교가능한 모든 다른 시스템들을 훨씬 능가하는 것이었다. 여러 측면에서 연방헌법재판소의 모범으로 표현되는 미국의 연방대법원은 독일의 연방헌법재판소와는 달리 우선 서열적으로 정돈된 다른 연방법원들에 대해서 상고심급(Appellationsinstanz)으로 기능한다. 즉 미국에서는 각급 법원의 서열이 어떠한지 간에 모든 법원들이 헌법문제에 관해서 판결을 내리기 때문에 헌법재판이 상당히 분산되어 있다. 따라서 헌법재판에 관한 독일적인 독점상황에 직면해서 연방공화국 내에서 다른 정치권력들에 대립하는 위험성이 미국에서보다 더욱 커져 있다. 미국에서는 단지 구체적 규범통제만이 가능하고 그리고 독일적 의미에서의 기관쟁송이 존재하지 않기 때문이다.

외국의 주석자들은 Alfred Grosser의 표현에 따르면 연방헌법재판소가 갖는 권한수행과 관련해서 ‘서독의 헌법시스템에서 가장 독창적이고 흥미로운 기구’로 관찰된다.<sup>31)</sup> 그러나 진보적 견해들만이 이 새로운 기구와 결합된 것은 아니다. 즉 결핍된 민주적 전통과 관습 그리고 정치적 참여보다 법치국가를 보다 강하게 강조하는 것은 안정화요소에 따른 완벽주의적인 압박과 함께 결부된다. 이는 바이마르공화국의 여러 상처들이 전후에 독일 정치인들에게 남겨놓은 것이기도 하다.

## 2. 재판관 선출에 있어서의 ‘정치적’ 고려

사실상 정당의 교섭단체들이 재판관 후보자들과 협상하고, 이러한 협상이 격렬하고 때로는 공론장으로 이어지는 대립으로 비화되기 때문에 연방헌법재판소 재판관 선출에 있어서 정치화의 위험(Politisierungsfahr)이 상존한다.

---

31) von Beyme, 상게서, S. 216.



연방의회와 연방참사원을 통한 선출에 따른 상이하면서도 강력하게 민주적 정당성을 확보한 두 개의 재판관 그룹의 형성에 따른 위험은 2/3이상의 가중다수결규정이 사실상 정당간의 합의를 강제하고 그리고 또한 각각에서 야당들이 강력한 영향력을 행사할 수 있게 됨으로써 완화되었다. 특히 이 헌법재판관직에 대한 확정된 전제조건들은 능력을 갖추지 못한 정치인이 해당 직에 취임하는 것을 저지하고 있다.

또한 12년의 단임제도는 정치적 압력으로부터 재판관이 저항할 수 있게 만들었다. 재판관의 정당정치적 기속은 매우 세심하게 고려되었다. 특히 연방헌법재판소 내에서 기민당(CDU)측에 접근해 있는 재판관들의 근소한 우세상황은 특히 사망과 퇴임을 통해 해당 공직을 떠나는 재판관들의 수가 많아짐으로써 생겨난 것이다.

각 원에서 엄격한 정치적 균형을 확보하는 일이 언제나 가능한 것은 아니다. 연방헌법재판소가 출범한 첫 해에 각 원은 종종 ‘붉은 재판부’와 ‘검은 재판부’로 불리었다. 1952년 2월에 Kurt Zweigert 재판관의 퇴임과 함께 당시 사민당(SPD) 측에서 제기한 유럽방위조약(EVG)과 서독의 재무장 문제로 불거진 법투쟁 과정에서 일부 대중들의 눈에는 연방헌법재판소의 해당 원에서 아테나워수상의 외교정책의 핵심에 반대하는 다수 재판관들이 구성되는 위험성이 증가하였다. 따라서 기민당은 공식이 된 재판관의 후임자를 임명하는 것과 관련하여 자신의 입장을 완강히 고수했다. 후임자문제에 있어서 사민당의 지연전술로 인해 재판관 선출문제가 비로소 처음으로 세상에 드러났다. 만일 기민당/기사당연합정당들이 자신들이 가진 다수표로써 1953년부터 재판관선출모델을 변경하고자 시도한다면, 독일에서 미국식의 ‘인위적 법원개편(court packing)’이 논의되는 등으로 이에 따른 불신이 더욱 커질 것이었다.

1963년에 불거졌던 재판관선출의 위기는 정치화의 의심을 추가적으로 증폭시켰다. 사임과 함께 친사민당 성향을 가진 2명의 재판관(Draht/Lehmann)의 재선출을 위해 기민당/기사당연합정당보다 사민당으로부터 더 많은 후보자들이 추천되었다. 1970년 12월에 장차 임명되는 재판관에 대해서는 더 이상의 재선을 불허하는 내용으로 규정이 새로이 개정됨으로써, 50년대와 60년대에 연방헌법재판관의 선출문제로 정치화되었던 큰 부담의 일부가 제거되었다.

사민당이 집권하자마자 바로 이전에 기민당/기사당연합이 관철하고자 했던 것처럼 연방헌법재판소의 구성에 인사정책적인 영향을 미치고자 한다는 의혹이 제기되었다. 사민당/자민당 연합정부가 연방참사원에서 다수를 형성하고자 했던 희망이 무산됨으로써(처음으로 1971년 5월 쉴레스비히-홀스타인주에서의 주의회선거를 통해) 이 문제는 더 이상 현실적이지 않게 되었다. 사민당이 이제 가장 강력한 정당으로서 자신이 신뢰하는 인물을 연방헌법재판소장으로 임명하고자 함으로써 불거진 투쟁은 새로운 갈등을 야기했다.

1971년 Benda 재판관과 Hirsch 재판관의 충원선출과 함께 12인위원회에 소속되었던 구성원들 간에 정치화의 의혹이 증폭되었다. 이전에는 연방참사원이 주로 고위직 공무원을 선출하고, 다른 한편으로 연방의회는 연방최고법원의 재판관들을 선호하는 것이 그 나름대로의 규칙으로 간주되어왔다. 그러나 연방의회와 연방참사원 양 기관이 이전에 그네들 기관의 구성원이었던 재판관을 선출하고자하는 경향을 노골화했다. 대부분의 재판관들은 사법부나 행정부에서의 경력을 지니고 있었다. 이로써 경제나 정치의 영역에서 경험을 가진 재판관들의 수가 감소되었다. 이를 비평가들은 ‘헌법재판소의 관료화’로 비판했고, 이 같은 재판관들의 경력변화와 관련해서 심지어 ‘사법에로의 회귀(Rückwirkung auf die Rechtsprechung)’를 우려했다.<sup>32)</sup> 그러나 거대정당들 사이에도 어느 정도의 차별성은 존재한다는 견해가 있다. 즉 사민당으로부터 지명된 재판관들은 기민당/기사당연합으로부터 지명된 재판관들보다 배 이상으로 정치적으로 활동적이었다고 주장된다.<sup>33)</sup>

재판관선출에 있어서의 여러 복잡한 안배관점은 사전적인 정당정치적 영향에 대해서 일정한 한계를 설정한다. 재판관의 정치적 성향에 있어서 중앙집권적이고 연방주의적인 입장간의 일정한 균형이 요구되었다. 결국 초기에는 국가사회주의에 부담을 갖지 않은 재판관을 선출하는 것이 모든 관여 정당들 간에 형성된 공감대로서 특별히 고려되었다.

---

32) Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden, 1982, S. 1488 ff.

33) Landfried, Verfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf die parlamentarische Willensbildung und die soziale Realität, Baden-Baden, 1984, S. 39.

### 3. 재판관 선출에서의 종교적, 지역적 안배

재판관 선출에 있어서 또한 종교적 균형성의 확보도 시도되었다. 기민당/기사당연합이 지명한 재판관들의 종교귀속성이 압도적으로 가톨릭이었던 반면에, 친사민당적인 재판관들의 대부분은 개신교도들이었다. 정치엘리트들에서와 마찬가지로 약간의 근소한 차이로 가톨릭이 열세인 상황이었다.

지역적 안배도 마찬가지로 고려되었다. 초기에 재판소의 소재지를 칼스루에로 결정한 것에서처럼 남서독 출신들이 재판관들의 다수를 차지하였다. 개개 재판관들이 가진 경력의 다양성과 학문적 명성은 언제나 재차 강조되었다. 또한 외국의 연구자들로부터도 독일의 헌법재판관들이 훌륭한 질적 수준을 지니고 있다고 확인되었다. 재판관들이 자유주의와 보수주의의 잣대로 도그마틱하게 정서되지 않고, 개개 논쟁대상에 따른 각자의 입장이 교차했으며, 전체적으로 실용주의적인 중도를 선호했다고 분석된다.<sup>34)</sup>

### 4. 연방헌법재판소의 결정과 정치

헌법재판제도를 통한 입법자의 행위에 대한 선취적 의미는 헌법재판소의 결정이 가지는 단순한 수치보다 더 중요하다. 입법자의 행위가 사후적으로(ex post facto) 교정되기 때문이다. 이에 대한 중요한 사례는 1976년의 공동결정법 사건결정, 1977년의 병역의무개정논쟁과 공직에서의 극단주의자문제였다. 위 세 개의 사례에서는 연방의회의 ‘사전적인 긴급 복종(vorausseilenden Gehorsam)’이 논란의 중심이었다. 개혁적 적대감을 불러일으키는 이러한 사전적 효과의 유일한 장점은 모든 법률안을 준비함에 있어서 내무부와 법무부를 통해 그것의 합헌성에 관한 세심한 심사를 확보한다는 데에 있다. 칼스루에에 소재한 헌법재판관들은 스스로 질의에 대해서 부분적으로 정치인들의 결핍된 정치적 용기를 비판적으로 평가해왔다.<sup>35)</sup>

접수되는 헌법소원사건이 점증한 것은 (1975년부터 1976년까지 숫자는 1,540

---

34) Kommers, *Judicial Politics in West Germany, A Study of the Constitutional Court*, London, 1976, S. 155.

35) Landfried, *전개서*, S. 50 ff.

건에서 2,407건으로 급속하게 증가했고, 1980년부터 1983년까지 2,984건에서 3,828건으로 증가함) 헌법재판에 대한 시민의 증가된 신뢰도를 반증한다. 이에 상응한 대가로 1976년에 접수된 사건이 2,407건이었던 반면에 처리된 헌법소원 사건이 1,575건으로 그 격차가 늘어났다. 그러나 1983년의 통계수치(즉 접수사건 3,228건에 처리사건 3,167건)는 재판소가 증가된 과제에도 불구하고 성공적으로 활동하고 있음을 보여준다. 마찬가지로 1984년에 법무부로부터 남소비용의 확대와 같이 헌법소원의 증가되는 홍수에 대한 조치가 고려되었다.<sup>36)</sup>

구체적 규범통제는 소송절차상 위헌적으로 간주되는 중요한 어떤 법률규정(예컨대 1972년의 Numerus-clausus결정, 1975년의 급진주의자결정)을 둘러싼 구체적인 법적 분쟁이 전제된 가운데 법원의 결정을 통해 접수된다. 단순한 의심수준이 아니거나 또는 단지 제3자로부터 의심된다는 것만으로는 부족하다.

연방정부, 주정부, 연방의회의 1/3다수의 청구에 기해서 구체적으로 사건화되는 추상적 규범통제소송은 무엇보다 소수파와 야당 보호를 위한 수단이다. 주된 활용주체인 바이에른주와 헤센주는 지금까지 그때마다 야당들보다 앞서서 이 수단을 이용해 왔다. 1969년 이래 정당시스템에서의 양극화가 본격화된 이후 당시 야당이었던 기민당/기사당연합은 연방차원에서 이 수단을 더욱 적극적으로 활용해 왔다. 추상적 규범통제의 대표적인 사례는 1952년의 독일조약결정(BVerfGE 1, 396), 1955년의 Saar결정(BVerfGE 4, 157), 1966년의 정당국고보조금결정(BVerfGE 20, 56), 1970년의 감청결정(BVerfGE 30, 1), 1973년의 기본조약결정(BVerfGE 36, 1), 1975년의 연방참사원결정(BVerfGE 37, 363 f.)과 낙태조항결정(BVerfGE 39, 1)들이다.

최근 재판관의 자제에 대한 비판이 드물지 않게 추상적 규범통제소송으로 인해 제기된다. 때로 심지어는 연방헌법재판소가 서로 상이한 소송유형들을 뒤섞어버리고 그리고 이로써 소송법적인 권한한계를 희석시키는 경향이 있다고 관찰된다.

예컨대 의원세비결정(BVerfGE 40, 296 f.)은 타당하게도 ‘헌법소원으로 촉발된 추상적 규범통제’로 흔히 일컬어진다.<sup>37)</sup>

---

36) FAZ 7. 3. 1984, S. 5.

37) Eckertz, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit

연방-주 간 권한쟁의는 상대적으로 그 의미가 적다. 그러나 몇몇 드문 사례들은 큰 정치적 파급효과를 가져왔다. 갈등이 첨예화된 몇몇 사례들에서는 우선 연방-주 간 갈등이 아니라, 겉으로는 연방-주 간 쟁의의 외양을 갖추었지만 사실은 정부와 야당간의 대립이었다. 예컨대 헤센주의 핵무장에 관한 국민여론조사사건결정(BVerfGE 8, 122 f.); TV쟁의결정(BVerfGE 12, 205 f.)이 그러하다.

또한 기관쟁송 역시 비교적 드물다. 1983년 말까지 결정된 사건은 단지 27건에 불과했다. 한편으로는 의심스러운 경우에 보다 손쉬운 소송형식으로 입증되었던 추상적 규범통제와 중첩되기도 했다. 다른 한편으로는 철회된 신청사건 비율을 높이기 위해서 긴급성을 이유로 결정을 내렸던 재판소의 관행도 있었다. 선거영역에서 또한 정당들이 소송당사자로서 등장하였다. 예컨대 정당국고 보조금사건과 5%봉쇄조항사건이 이에 해당한다. 이 소송유형에 관한 가장 논란적인 사례의 하나는 1983년에 있었던 연방의회의 조기해산사건이었다.

연방헌법재판소의 기타 권한들 가운데 정당해산결정은 단지 50년대에만 그 의미가 있었다. 즉 1952년에 신파시즘적인 사회주의제국당(SRP)에 대해서 그리고 1956년에 서독공산당(KPD)에 대해서 정당해산결정이 행해졌다. 연방헌법재판소는 정부가 제소한 KPD정당해산소송에서 소제기와 관련한 정치적 재량을 인정했다(BVerfGE 5, 85). 따라서 정부가 특정 정당의 위헌성에 관하여 확신을 가진다 하더라도 정치적 합목적성을 근거로 해산청구를 포기할 수도 있다고 보았다.

정당차원보다 하위의 단계에서 지금까지 행정적 해산을 통한 저지가 행해져왔다. 기본권실효제도에 따른 소송은 지금까지 우익급진주의자들에 대해서 1952년과 1969년에 단지 2건이 접수되었지만, 선고결정이 이루어지지는 않았다. 1974년 7월 2일에 연방헌법재판소는 'Deutsche National-Zeitung'의 편집국장에 대한 연방정부의 기본권실효청구와 관련해서 연방헌법재판소의 입장으로는 자유민주적 기본질서의 존립에 대한 어떠한 진지한 위협이 없고, 이 제도의 행사에 있어서 지금까지 취해온 지연전술이 지속될 필요가 있다는 이유로 기각결정을 내렸다.

---

des Politischen, in: Der Staat, 1978, S. 190.

1969년 이래 연방헌법재판소는 정치시스템 내에서의 심각한 갈등국면에 직면해서 중요한 해결사 역할을 수행해왔고, 특히 특정 다수세력에 의한 오랜 통치시기에 소수자와 야당의 권리를 언제나 강조해왔으며, 안정적인 정당카르텔에 속하지 않은 집단들을 위해서 정치적 과정의 개방성을 보장해왔다. 연방헌법재판소는 대체입법기관이 아님에도 불구하고, 그간 의회와 정부의 권한영역에도 깊이 개입해왔고, 이에 대해서는 따가운 비판도 있었다.

미국에서는 연방대법원이 압도적으로 중요한 정치적 문제와 관련한 결정에서 다루어지는 ‘정치적 문제의 원칙(Political-Question-Doktrin)’이 발전되어 왔다. 대륙법적-유럽적인 법적사고의 측면에서 이 독트린의 적용은 자주 자의적인 것으로 이해된다. 이는 특히 정치적 분쟁이 정치적인 법분쟁과는 달리 새로운 권리를 둘러싼 투쟁 그리고 권리를 향한 투쟁으로 불거지는 경우에 많은 법적 분쟁들이 큰 정치적 함의를 지닌다.

연방헌법재판소는 이 문제점을 마찬가지로 인식했다. 1972년의 만하임(Mannheim)에서의 엘리트설문조사와 비교해서 1983년의 인터뷰에서는 재판관들 가운데 권리신장을 재판소의 중요한 활동으로 간주하는 숫자가 크게 늘었다.<sup>38)</sup> 따라서 헌법재판소는 미국 헌법재판에서에서 발전해온 다른 원칙인 사법적 자제(judicial restraint)를 더욱 점증적으로 수용했다.<sup>39)</sup> 따라서 헌법재판소는 다른 헌법기관들의 행위에 대한 합목적성(Zweckmäßigkeit)과 적절성(Opportunität)을 심사하기를 거부했다.

연방헌법재판소는 국가를 상대로 한 어떠한 개별적이고 원천적인 급부청구권이 기본권으로부터 도출되지 않는다고 보았다. 기본법상 사회적 기본권의 발전이 없었던 것은 이러한 자제를 용이하게 했다. 개개인의 급부청구권을 지지하는 것은 강제적으로 재정적 사전결정의 사항이고, 결국 헌법재판소에게는 예산에 반영된 우선성에 위임된 사항으로 간주되었다. 따라서 1972년의 입학정원 제한결정(Numerus-clausus-Urteil)에서와 같이 행정부는 원칙적으로 어떠한 재정적 부담을 지지 않고, 이는 단지 평등원칙에 상응하는 기준하는 재화의 배분 문제로 넘겨졌다.

---

38) Landfried, 전계서, S. 23.

39) BVerfGE 36, 14.

헌법재판소는 이 같은 자제와 관련해서 원칙적으로 정부의 행위재량을 보호하고자 했다. 경험적 조사에 따르면 모든 사실관계의 확정에 있어서 1/4의 경우는 예단을 포함하는 것으로 나타난다.<sup>40)</sup> 헌법재판소는 합리적인 예상만을 다루고, 직관적인 절차는 회피한다. 그럼에도 불구하고 입법자에게는 광범위한 예단의 재량이 허용된다. 재판관의 자기절제의 한계는 미래를 위한 조언 속에 더욱 집중하면서 때로는 이를 유월한다. 여기서 의도는 때로 철저히 호의적이다. 헌법재판소는 다른 소송절차에서 입법자의 새로운 확정을 회피하고자 한다. 정당법결정(BVerfGE 24, 300 f.)에서 갈등이 불거진 가운데 제2차 평의에서 정당에 대한 선거비용보조를 위한 최저득표율을 2.5%에서 0.5%로 낮추고자 한 시도는 결국 좌절되었다.

국면전환 이래로, 즉 1972/1973년부터 1982년의 정권교체시기의 여러 대목들에서 재판관의 절제가 아쉬웠고, 그리고 연방헌법재판소가 정치적 과정에서 더욱 적극적인 역할을 수행(즉 사법적극주의, judicial activism)한다는 의심이 커졌다. 대학결정(BVerfGE 35, 79 f.), 기본조약결정(BVerfGE 36, 1), 낙태조항결정(BVerfGE 39, 1), 흡아비결정(BVerfGE 39, 169) 및 세비결정(BVerfGE 40, 296 f.)과 같은 논란적인 사건들에서 헌법재판소는 정치적 과정에 적극적으로 개입했다. 이러한 전개양상은 정당국고보조금결정에서부터 시작되었고, 낙태조항결정과 병역거부자결정에서 최고조에 달했다. 낙태조항결정에서 헌법재판소는 다수 정치인들의 법적 견해에 반하는 결정을 내렸는데, 이는 미국 연방대법원, 오스트리아 헌법재판소 그리고 프랑스 헌법위원회와 다른 외국의 최고법원들이 내린 결정과는 달리 상당히 후진적인 결정인 것으로 평가되었다.

1977년 5월에 있었던 조세고권에 관한 결정에서 연방정부는 기본법상의 불가피한 필요성을 입증함이 없이도 예산에 대한 특별승인이 행해질 수 있다고 주장했다. 마찬가지로 1976년에 행해진 연방의회선거에 대한 선거홍보결정은 그간 정부가 실무차원에서 일방적으로 행해온 관행에 반해서 당시 사민당 정부에게 자제를 명령했고, 이러한 자제는 이전 기민당/기사당연합 정부가 전혀 준수하지 않은 것이었다. 이전에 당시 야당이었던 사민당 역시 연방헌법재판소

---

40) Philippi, Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts, Köln, 1971, S. 193.

의 도움으로 야당의 불이익을 보상받고자 시도했다는 사실이 단지 절반의 정의로 추가되었다. 사항적인 결정보다 대중들에게 이러한 결정들을 통해 정부가 기본법을 여러 점들에서 잠식하고 있다는 인상을 일깨웠다. 1973년 5월에 행해진 니더작센주의 대학개혁을 위한 잠정법률(Vorschaltgesetz)에 대한 결정에서 대학교수들이 적어도 51% 이상의 발언권을 확보하지 않는 참여모델을 위협적으로 보았고<sup>41)</sup>, 이로써 헌법재판소는 브란트 수상시기의 가장 중요한 개혁에 반하는 보수적인 참여의 흔적을 남겼다. 그러나 동의법률의 개정을 위한 연방참사원의 동의에 관한 결정(BVerGE 37, 363 ff.)에서는 라인란트-팔츠주와 바이에른주의 주정부들이 제안한 연금보험법개정법률안과 관련해서 입법절차상 야당의 지위를 강화하고자 시도했다.

연방헌법재판소의 결핍된 자제는 외교정책분야에서 가장 날카로운 비판에 직면해왔다. 1954년에 행해진 Saar주의 지위에 관한 결정에서 당시 사민당이 주장한 바와는 다른 결정을 내렸고, 1973년의 기본조약에 관한 결정은 연방헌법재판소가 그간 행해온 사법적극주의를 비판하기 위해 종종 비교된다. 위 양 결정사례에서 외교정책적인 조약은 실무적으로 독일의 국가영역의 양도를 넘어서는 것이라는 유사한 비판이 행해졌다. 1954년에는 헌법재판소가 여전히 다른 정치적 기관들보다 하위에 놓여있어서 이들 정치적 기관들이 어떠한 기본법위반적인 기속 하에 있지 않고, 아테나워 정부가 어떤 부담도 갖지 않았던 반면에, 1973년에 헌법재판소는 기본조약결정에서 조약의 유효성을 인정하기는 했으나, 이 조약을 정부를 사법적으로 묶어두고자 하는 다른 많은 고려사항과 결부시켰다. Saar주결정은 아테나워 정부를 위한 거의 무제한적인 정치적 신뢰 고백이었던 반면에, 기본조약결정은 브란트정부에 대한 암묵적인 불신임투표를 의미했다고 평가된다.<sup>42)</sup>

이 결정들이 때로 헌법재판관들에 의해서 제한될 수 없는 동서방정책의 문제에 대한 연방공화국내 의견의 차별성을 의미한다면, 서방정책에 있어서 정치적 영역에로의 개입을 위한 경향을 강화하게 된다. 예컨대 유럽결정(BVerfGE

---

41) BVerGE 35, 79 ff.

42) Schueler, Die Konterkapitäne von Karlsruhe. Wird Bonn von der Verfassungsgerichten regiert?, in: Die Zeit, Nr. 9, 1978, S. 10, Sp. 4.



37, 271)에서 국가적 그리고 유럽적 결정권한과의 관계와 관련해서 그러하다.

법률이 연방헌법재판소로부터 기본법과 합치되지 않는다고 선언되는 이 같은 정치영역을 한번 해독하게 되면, 외교정책 그리고 경제정책에 있어서 이미 어느 정도 재판관의 자제가 행해진다는 사실이 나타난다. 특히 사회영역, 조세영역과 재정영역들은 과부하의 상태에 놓여 있는 헌법재판소가 언제나 영향을 미치게 되는 소여들이다.

헌법재판소의 과부하는 소송비용제도를 도입하거나 일부 소송절차를 가지치기하듯 삭제하는 것으로 해결될 수 있는 단지 양적인 문제만이 아니다. 특히 재판관을 위한 학문적 작업과 정보의 개선이 다루어져왔다. 갈등이 많은 시기에 학문적으로 논증되는 결정들이 격양된 규범주의(eifernde Normativismus)를 통해 대체되는 위험은 연방공화국에서 언제나 피할 수 없다.

헌법재판소가 내리는 몇몇 결정들에 대한 비판은 해당 사안들에서 철저히 정당화된 내용을 문제 삼기보다는 과거 70년대에 명백히 야당우호적이고 연립 정부에 대해 시기적이었던 논증유형에 대한 것이었다. 낙태조항결정에서 헌법재판소는 전직 헌법재판관의 의견에 따르면 판결의 형식 속에 감추어진 일종의 모범적인 입법안을 제안한 것이었다고 한다.<sup>43)</sup>

최근의 발전국면에 직면해서 독일에서는 사법적으로 보다 강하게 배제할 수 없는 허용될 수 있는 정치문제(Political-Question-Doktrin)가 적극적으로 주장되었다. 재판관들을 상대로 한 설문결과에 따르면 단지 2인의 재판관만이 독일에서 정치문제를 희망했고, 3인의 재판관은 이미 암묵적으로 적용되고 있다고 보았으며, 10인의 재판관은 정치문제라는 이 같은 화두가 독일적 시스템과 합치하기 어렵다고 보았다.<sup>44)</sup>

헌법재판은 서구민주주의에서 지속성에 기여하고, 따라서 다른 나라들에서도 최근에 와서 통제적으로 영향을 미치고 있다. 다른 한편으로 헌법재판은 - 독일에서 헌법개정이 보다 더 어려워진 경우에 - 헌법변천의 가장 중요한 기구가 될 수 있고, 혁신기능을 수행해야만 한다. 한 동안 헌법재판은 소수자보호

---

43) Konrad Zweigert, in: Starck, 1976, Bd. 1, S. 75(von Beyme, 전게서, S. 229에서 재인용).

44) Landfried, 전게서, S. 200.

영역과 분명한 헌법위임을 상기시키는 영역으로 축소될 위협에 놓여 있었다. 연방헌법재판소는 의회로 하여금 입법주도권을 통해서 분명한 헌법위임을 구체화할 것을 여러 차례 경고했고, 이는 혼인외자와 혼인중의 자간의 평등취급 문제(BVerfGE 8, 210; 17, 148; 25, 148) 또는 수형인의 기본권도 단지 법률을 통해서만 제한될 수 있고, 따라서 특별권력관계라고 하는 관현적인 사고로 회귀될 수 없으며, 필수적으로 등장해야할 법률이 성립되지 않았다는(BVerfGE 33, 1) 판례에서도 그러했다.

이 같은 연방헌법재판소의 혁신적 기능론은 물론 기본법상의 문구상 좁은 범주의 헌법적 위임론에 관한 논쟁을 안고 있다. 헌법적 위임론의 의미에서 시스템의 급진적인 지속발전을 헌법재판소가 과도하게 요구할 뿐만 아니라, 시민이 가지는 다른 법적 보장과 기대보장에 대해서 보호하는 기능을 침해한다는 것이다.

1970년 12월의 개정과 함께 연방헌법재판소법 제30조 제2항에 근거해서 미국적 모델에 따른 개별 재판관의 소수의견(abweichende Meinung, dissenting opinions)의 공표가 가능하게 되었다. 이 소수의견은 처음 시작되는 의견들의 변화추이를 관찰할 수 있는 중요한 바로미터이다. 때로 소수의견은 다수의견의 논증과 마찬가지로 어조상 더 날카로울 수 있다. 그리고 때로 이러한 소수의견 공표제도는 대단히 낮은 외계의 결정과 마찬가지로 헌법재판소의 현실성 상실을 해체하는 데에 아무런 기여를 못하기도 한다. 양 독일 국가 간의 세계를 가장 최선으로 경계 짓는 일은 그 법적 성격상 서독 내 두 연방주들 간의 경계를 확정하는 것과 다르지 않을 것이라는 사실은 제2원에서의 소수의견을 약화시키지 못했다.<sup>45)</sup>

새로운 발전에 따라서 위협되는 결과들은 대중들 사이에서 더욱 점증적으로 날카롭게 회자되었다. 무엇보다 다른 헌법기관을 확장하고자 언제나 시도하는 한 헌법기관이 전체로서의 시스템을 학습능력이 떨어지게 만드는 위험이 존재한다고 비판되었다. 왜냐하면 연방헌법재판소가 내리는 결정의 기속력은 중요한 결정이유에까지 확대되고, 이것은 때로 헌법재판소의 권한확대와 관련해서 결정대상과는 상당히 동떨어지기 때문에(예컨대 급진주의자결정, BVerfGE 39, 334), 한번 내려진 결정을 번복하기는 더욱 어렵다. 헌법재판소가 스스로 이전

---

45) BVerfGE 36, 26.

에 대변했던 입장과 그리고 심지어 그 결정의 논거를 포기할 수 있지만, 1983년에 행해진 설문조사에 따르면 재판관 스스로는 아주 작은 부분에서만 이러한 가능성을 높게 평가하는 것으로 나타난다.<sup>46)</sup>

필요함에도 불구하고 연방헌법재판소가 이전의 입장을 수정하지 않는다면, 헌법재판소의 입장에 대한 수정은 실무적으로 단지 헌법소원을 통해서만 가능하다. 왜냐하면 개별 시민들은 연방헌법재판소법(특히 연방헌법재판소법 제31조)을 통해서 기속되는 다른 법원 및 헌법기관들과는 달리 결정에 기속되지 않기 때문이다. 이러한 발전양상의 역설적인 결과는 법발전이 연방헌법재판소로부터 일탈되는 것으로 나타날지도 모른다. 왜냐하면 어려운 수정가능성과 관련하여서 결정과 이 결정을 지지하는 이유들이 혼란스럽게 누적됨과 아울러 이로 부터 일탈되는 관행이 그 안정성을 위협하기 때문이다.

이러한 발전은 다시 회귀될 수는 없는 것은 아니다. 다른 헌법기관들이 이러한 발전을 멈출 수 있다. 일부 정치인들이 연방헌법재판소를 통한 행위한계를 주장하는 것이 바로 만족스럽게 여겨지고, 연방헌법재판소가 서서히 의회 내 정당의 결핍된 활동성에 대한 속죄물로서 마치 바이마르공화국에서의 제국대통령의 역할을 수행한다고도 주장된다.<sup>47)</sup>

최근의 엘리트설문조사에 따르면이라도 이러한 의심을 고착시키지 못했다. 피설문자의 단지 2.1%만이 연방헌법재판소의 권한강화를 희망했다. 피설문자의 18.3%는 연방헌법재판소가 정치적 세력들을 통해 상당히 제한되어야 한다는 입장을 지지했다. 그러나 이 일반적 설문조사에서는 연방헌법재판소의 인적구성모델에 대한 비판과 결핍된 결정재량에 관한 유감이 강하게 나타났다. 이에 반해서 26.1%로서 가장 빈도가 높은 의견은 연방헌법재판소가 본래 의회의 권한에 속하는 문제들에 대해서 결정을 내리는 데에 반대하는 것으로 나타났다.

1982년의 정권교체 이후에 연방헌법재판소의 사법적 자제의 문제는 다른 방식으로 전개되었다. 환경정책에서부터 안보정책에 이르기까지 새로운 사회적 운동들이 계획상 전부 아니면 전무를 두고서 다투고 있는 시대에 초민주주의적으로 의도된 대안들 가운데 민주주의의 다수결원리를 문제 삼는 경향이 확

---

46) Landfried, 전계서, S. 219.

47) Eckertz, 전계논문, S. 191.

산되었다. 여기서 일반적인 기구비판에도 불구하고 헌법재판소는 사랑받는 ‘국민들이 소송을 통해 기댈 수 있는 벽(Klagemauer der Nation)’이 되었고, 과 부담되고 있는 가운데 점증하는 가치갈등들이 헌법재판소으로 이전되고 있다.

가치를 둘러싼 이러한 갈등 속에서 의례적인 결정들(Routineentscheidungen)이 행해지는 경우에 연방헌법재판소는 가능한 한 촉구경기의 심판개념과 유사하게 자제적으로 행위할 수 있다. 개혁적인 결정(Innovationsentscheidung)이 내려지는 경우에 재판소 결정의 결과에 대한 루만식의 감수성은 비현실적이다.<sup>48)</sup> 독일의 헌법재판소는 미국의 연방대법원보다 두 가지 대립되는 의견들 사이에서의 편차가 상대적으로 적다. 때로 두 가지 대립되는 입장들은 연민적인 비밀관성 속에서 병립적으로 대표된다. Helmut Simon은 자신의 저서에서 다음과 같이 말하고 있다. 즉 “의심스러운 경우에 헌법해석의 지속적인 적대의식의 포기과 정치적 과정에서의 자율을 위해 논란되는 대상의 개방성”을 강조한다.<sup>49)</sup> 1983년 말에 언론을 상대로 특정 실명을 거론하지 않은 채로 행해진 연방대통령의 발언에서 대통령은 ‘헌법해석의 세련화’가 없이 심지어 특정 헌법해석의 과도한 침체화가 행해지는 가치내포적인 개념을 주장했다. 어쨌든 연방대통령에게는 ‘정치적 과정에서의 자율’이 곧바로 퍼싱II 미사일의 적기(適期)의 설치에로 귀결된다는 것은 분명했다. 이 갈등들이 기본법의 문언에 근거해서 해결되기는 어렵다.

재판관의 분열 그리고 이로 인한 갈등은 나름대로 스스로 합헌적 근거를 가진다. 원칙문제에 있어서의 가치지향성과 의례적인 문제에 있어서의 소송절차적인 형식주의 사이의 긴장은 극복될 수 없고 그리고 중내에는 아마도 보다 생산적일 것이다.

---

48) von Beyme, 전게서, S. 231.

49) Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda a. a.(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, 1983, S. 1284.

## 제5절 헌법재판소와 일반법원의 관계<sup>50)</sup>

### 1. 헌법재판과 일반재판의 관계문제의 출발점

#### 1. 재판소원의 근거

기본법 제93조 제1항 4a호와 연방헌법재판소법 제90조 제1항은 “공권력에 의해서 기본권 또는 기본권유사권리가 침해되었음을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다”고 정하고 있고, 헌법재판소법 제95조 제2항은 법원의 판결이 헌법소원의 대상임을 전제로 (법원 및 행정청의) “판결에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는 연방헌법재판소는 당해 판결을 폐기하고 제90조 제2항 제1문의 경우에는 사건을 관할법원에 환송한다”고 정하고 있다.

또한 헌법소원제도를 직접적으로 다루고 있는 위 규정들과는 별도로 기본권에 직접적 효력을 인정하면서 기본권이 입법, 집행, 사법을 기속한다고 정하고 있는 기본법 제1조 제3항과 입법은 합헌적 질서에, 집행과 사법은 법률과 법에 기속된다고 정하고 있는 기본법 제20조 제3항은 국가공권력에 해당되는 사법권력의 행사로서의 법원판결이 헌법소원의 대상이 되어서 재판소원이 행해지는 간접적인 근거를 제시하고 있다. 또한 헌법소원의 보충성을 정하고 있는 연방헌법재판소법 제90조 제2항은 “누구나 공권력행사를 통해서 자신의 권리가 침해된다면, 그에게는 권리구제절차가 보장된다”고 정하고 있는 기본법 제19조 제4항 제1문<sup>51)</sup>과 더불어서 통치작용을 포함한 모든 국가공권력행사가 헌법과

50) 제5절의 내용은 본 용역과제의 수행과 밀접하게 관련되는 것이어서 사법제도 비교연구회 편, 「사법개혁과 세계의 사법제도[III], 2006. 12. 13~46면에 수록된 본인의 논문, “법률심으로서의 상고심: 특별항고 사유로서의 헌법위반을 중심으로- 독일의 사례”를 부분적으로 재인용한 것임을 밝혀 둔다. 이 논문은 지난 2006. 7. 5.에 대법원 사법제도비교연구회 발표회에서 행한 본인의 발제문에 기초한 것임도 함께 밝혀 둔다.

51) 이 규정 자체는 공권력의 조치에 대한 권리구제절차를 보장하는 것이지, (최고심의) 기판력있는 판결에 대한 추가적 권리구제수단을 보장하는 것이 아니다. 즉 이 규정은 법관에 의한 보호를 보장하는 것이지 법관에 대항하는 보호를 보장하는 것이 아니다. Klein, Das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 「공법연구」 제24집 제1호(1996. 6.), 60면 이하 참조.

헌법하위법에 기속되고, 그 기속여부에 관해서 사법심사 내지 관계인에 대한 사법적 권리구제절차가 주어져 있다는 사실을 감안한다면, 기본권보장을 위한 예외적인 수단으로 마련된 헌법소원제도는 사실상 재판소원이 주된 대상임을 확인할 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 공권력에 의해서 기본권 또는 기본권유사권리가 침해된 경우에 기본권주체는 헌법소원을 제기할 수 있다. 그러나 법원의 판결을 대상으로 헌법소원을 제기하는 것이 효율적인 기본권보장을 위해서 반드시 필수적으로 요청되지는 않는다. 왜냐하면 모든 법관은 기본권을 존중하여야 하고, 법률의 해석·적용에 있어서 기본권을 적용하여야 하기 때문이다.<sup>52)</sup> 따라서 원칙적으로 국가공권력 작용에 대한 사법적 권리구제절차로 마련되어서 기본권을 존중하고, 기본권을 해석·적용하는 일반법원 내지 법관의 판결, 즉 재판을 대상으로 하는 헌법소원은 어느 다른 국가공권력에 대한 헌법소원과는 달리 취급되어야 한다. 이러한 까닭에 연방헌법재판소는 원칙적으로 초상고심(Superrevisionsinstanz)이 아니다.<sup>53)</sup> 즉 헌법소원 자체가 ‘추가적인’ 권리구제수단이 아니라 ‘비상적(非常的)’인 권리구제수단인 것처럼, 연방헌법재판소는 다른 법원의 판결의 오류 여부를 전 범위에 걸쳐서 심사하는 하나의 (추가적인) 상고심, 즉 ‘초상고심법원’이 아니라는 사실이다. 따라서 법원의 판결을 대상으로 하는 재판소원의 심사범위를 정하는 것이 핵심적인 문제가 된다.

## 2. 재판소원에 대한 비판의 증대 - 과잉헌법화?

독일에서 1951년에 연방헌법재판소가 활동을 개시하여 재판소원이 활성화되어오던 중에 결국 연방헌법재판소와 일반법원(Fachgericht)<sup>54)</sup> 간, 헌법재판과

---

52) K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgerichts-Stellung · Verfahren · Entscheidungen, 4. Aufl., 1997, Rn. 188(이 책은 국내에 정태호 교수에 의해서 전문이 번역되어 출간됨); Klein, 전게논문, 61면 (이 논문의 번역문이 별도로 추록되어 있음) 참조.

53) K. Schlaich, 전게서, Rn. 274 ff.

54) 이는 연방헌법재판소에 의해서 비롯된 용어로 기타 법원들을 Fachgericht라고 부른다. 이를 원어에 충실하게 번역하자면 ‘전문법원’이 타당하지만, 우리의 언어관행상 이해의 문제나 오해의 여지가 있어서 ‘일반법원’으로 번역하고자 한다. 왜냐하면 우리 용례상으로 헌법재판소가 헌법전문법원이고, 기타 법원을 일반법원으로 칭하는 것이 타당하다고 생각하기 때문이다. 기실

일반재판 간 그리고 헌법과 일반법 간의 관계문제가 재판소원의 심사범위를 둘러싼 첨예한 논쟁대상이 되었다. 특히 독일에서 기본권이 포함된 헌법을 정점으로 하는 법질서의 통일성요청에 터 잡아서 기본권의 양면성(이중성)과 대사인적 효력 내지 기본권의 과급(방사)효과와 헌법과 일반법간의 교차효과(Wechselwirkung)를 밝히는 Elfes결정<sup>55</sup>과 Lüth결정<sup>56</sup>이 행해진 이후인 1960

---

Fachgerichte는 Allgemeine Gerichte(일반법원)를 뜻한다. 독일 내에서도 기타 법원을 Fachgericht(전문법원)로 칭하는 데에는 비판이 있다. 예컨대 사인간의 생활관계에 일반적으로 적용되는 민사법은 결코 전문법이 아니고, 연방대법원(BGH)은 전문법원이 아니라 P. Häberle 교수의 지적이 그러하다(Vgl. da zu VVDStRL 61, Aussprache S. 185). 그러나 이 Fachgericht라는 표현이 다른 법원을 폄하하는 용어가 아니라 일종의 명예적 호칭으로서 결정을 내리는 것에 관해서 또한 무엇인가를 이해하고 있다는 것을 생산해내는 것이 바로 법원의 판결이라는 의미를 지닌다고 U. Steiner 연방헌법재판소 재판관은 해명하고 있다(Vgl. da zu VVDStRL 61, Aussprache S. 192).

55) BVerfGE 6, 32 vom 16. 1. 1957. 헌법소원제기인인 Elfes는 당시 연방정부의 정책에 비판적인 입장을 견지해온 정치인으로서 해외출국을 위한 여권신청이 여권법 제7조 제1항에 근거하여 별다른 이유설명 없이 발급행정청으로부터 거부당했다. 이에 불복하였으나 이러한 발급거부처분을 확인하는 연방행정법원의 판결을 상대로 헌법소원을 제기한 사건이다. 이 사건판결에서 연방헌법재판소는 기본권을 방어권으로서만 아니라 법질서 전체에 과급효과를 미치는 객관적 원리로 이해하였고, 특히 인격의 자유로운 발현을 보장하는 기본법 제2조 제1항이 다른 기본법규정에 대한 해석규칙일 뿐만 아니라 독자적인 기본권이고, 이로부터 출국의 자유를 포함하는 일반적 행동의 자유가 관계된다고 보았으며, 기본법 제2조 제1항의 의미에서의 합헌적 질서는 기본법상의 기본원칙들 뿐만 아니라 위헌적이지 않은 전체 법질서를 뜻한다고 밝혔다.

56) BVerfGE 7, 199 vom 15. 1. 1958. 헌법소원제기인인 Lüth는 당시 Hamburg시 언론청의 책임자로서 시에서 주관하는 독일영화주간 행사개막과 관련하여 Hamburg시 언론협회회장의 자격으로 개막연설에서 나치시대에 Hitler에 협력한 영화인들의 과거전력을 비난하면서, 특히 나치에 협력한 영화감독인 Harlan이 제작한 영화관람을 보이콧할 것을 촉구한 것에 대해서 동 영화의 제작사가 법원에 소송을 제기했고, 법원은 Lüth의 이러한 행위를 비윤리적인 것이라고 보아서 원고승소판결을 내린 것에 대한 헌법소원사건이다. 이 사건판결에서 연방헌법재판소는 다음의 사실을 밝히고 있다. 즉 표현의 자유는 주관적 인권일 뿐만 아니라 의회민주주의의 제도적 토대로서 근본적인 의미를 지니고, 기본권은 국가공권력 뿐만 아니라 제3자, 즉 다른 사인에 대해서도 주장되는바 사법규범의 해석, 특히 기본권을 등불로 삼아서 사법의 일반조항의 해석에 적용되는 ‘간접적 제3자효’를 가진다. 기본법 제5조 제2항의 의미에서의 ‘일반적 법률’은 표현의 자유를 제한하지만, 그 자체 기본권을 등불로 삼아서 해석되어야 한다. 그렇지 않으면 기본권이 공허해질 것이기 때문이다.

년대 이래로 법질서의 헌법화(Konstitutionalisierung)경향이 두드러졌고, 최근까지 이른바 '기본권의 비대화' 내지 '과잉헌법화(Überkonstitutionalisierung)'가 법학계의 논쟁대상으로 불거졌다. 특히 모든 범규범의 구석구석까지 미치는 기본권의 과급(방사)효과로 인하여 (특별한) 헌법과 헌법하위법 간의 구분이 점점 어려워지고 또 유동적이 되고 말았으며, 그 때문에 이러한 구분을 가지고서는 재판소원의 심사범위를 충분히 조정할 수 없다는 점이 확실한 사실로 문제화되었다.<sup>57)</sup> 이러한 소위 '과잉헌법화'를 화두로 삼은 비판은 주로 민사법학과 일반법원들로부터 제기되었고,<sup>58)</sup> 헌법학계에서도 재차 이 문제를 검토하지 않을 수 없게 되었다.

이상에서와 같이 과잉헌법화가 화두가 된 시점에서 독일공법학자들의 모임인 독일국법학자협회(Vereinigung der deutschen Staatsrechtler)는 2001년도 연차총회의 발제주제로 이를 집중적으로 논의하였다.

---

개별적인 사례에서 표현의 자유와 법률상 보호되는 법익 간에 법익형량이 행해지고, 이로써 헌법과 일반법률 간에는 이른바 '교차효과(Wechselwirkung)'이 존재한다.

57) K. Schlaich(정태호 역), 독일연방헌법재판소 -지위·절차·재판-, 헌법재판소, 1999, 단락번호 318.

58) 이와 관련해서는 민사소송법학자로 Frankfurt대학교 법대에 재직 중인 Peter Gilles교수가 서울대 법대에 1년간 교환교수로 있으면서 국내에서 여러 기회를 통해서 과잉헌법화를 화두로 삼은 비판적인 논문들이 발표되어 있다. Gilles 교수는 과잉헌법화를 표현함에 있어서 Überkonstitutionalisierung에서 더 나아가서 Hyperkonstitutionalisierung을 사용하고 있음이 흥미롭다. 이에 관해서는 Gilles(정성주 역), “위기에 처한 법치국가와 사법국가—고도로 발달한 법체제와 사법체제가 직면한 오늘날의 비참함에 대하여(독일의 예에서)”, 서강법학연구 제3집, 서강대 법학연구소, 2001, 363-380면; Gilles, Zur gegenwärtigen Lage der deutschen Justiz(독일 연방공화국의 사법현황), 한림법학 FORUM 제3권, 한림대 법학연구소, 1993, 139-162면; 특히 2005년 2월에 개최된 한국민사소송법학회에서 P. Gilles 교수가 발표한 ‘Zivilprozess und Verfassung-Betrachtungen zum Thema aus deutscher Sicht(민사소송과 헌법-독일적 시각으로부터의 고찰)’, 논문 참조.



### 3. 재판소원에 있어서의 심사기준과 심사범위를 확립하기 위한 그간의 해결방안들<sup>59)</sup>

#### 가. Heck공식[특별한 헌법침해(spezifische Verfassung)공식]

연방헌법재판소는 그 활동초기인 1951년부터 재판소원의 심사범위와 한계에 관한 원칙적인 입장을 정리하였는데, 이에 따르면 연방헌법재판소에서는 법원의 재판이 소원인의 기본권을 직접 침해했는지 여부만이 심사된다.<sup>60)</sup>

이후 1964년의 특허결정(Patent-Beschluß)<sup>61)</sup>에서 위 입장을 보다 구체화한 이른바 'Heck공식'<sup>62)</sup>이 정립되었다. 즉 재판절차를 정하는 문제, 사실관계를 확정하고 평가하는 문제, 법률을 해석해서 개별적인 사건에 적용하는 문제 등은 오로지 일반법원의 고유한 권한이기 때문에 연방헌법재판소가 관여할 사항이 아니고, 일반법원이 특별히 헌법을 침해한 경우에만 헌법재판소가 법원의 재판을 심판하게 된다고 한다. 그런데 법원이 법률해석을 잘못해서 객관적으로 잘못된 재판을 한 것만으로는 특별히 헌법을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 그 잘못된 재판이 기본권을 존중하지 않은 데 기인하는 경우에만 헌법을 침해한 재판이 된다고 한다. 즉 법원이 구체적인 쟁송에서 실질적 비중을 갖는 기본권의 의미에 관해서 잘못된 인식을 가지고 특히 기본권의 보호영역에 대한 오해에 바탕을 두고 재판한 경우에 특별히 헌법침해를 논할 수 있다고 한다. 따라서

---

59) 아래 본문의 내용 중에서 Heck공식, Schumann공식 및 침해진지성이론에 관해서는 국내에서 이미 허영 교수에 의해서 자세히 정리·소개되고 있어서, 본 발제문에서는 시간적 이유와 또한 별도의 번역수고가 필요치 않다고 판단하고 있기 때문에 대부분의 내용을 아래 문헌에서 그대로 전재하고 있으며, 이러한 이유로 별도의 각주를 생략하고 있음을 밝힌다. 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2006, 41면 이하 참조. 이와는 별도로 또한 정태호 교수에 의해서 번역된 K. Schlaich 교수의 저서인 독일연방헌법재판소 -지위·절차·재판-, 헌법재판소, 1999, 단락번호 271 이하에서도 위 내용이 자세히 소개되고 있다.

60) Vgl. BVerfGE 1, 7(8).

61) BVerfGE 18, 85.

62) 동 사건을 담당했던 연방헌법재판소 제1원의 보고자(주심재판관)인 Karl Heck 재판관이 주장한 이론을 수용해서 그의 이름을 붙인 공식으로 언명된다. 이 Heck공식을 K. Schlaich 교수는 무슨 이유에서인지 알 수 없지만, '특별히 헌법을 침해한-공식(Formel vom spezifischen Verfassungsrecht)'으로 달리 부르고 있다. 어쨌든 이 양자의 공식은 동일한 내용을 다루고 있다.

법원의 법률적용이 적합성과 공정성의 관점에서 다툼의 여지가 있고, 법원의 이익형량에 의문이 제기된다는 점만으로는 기본권 침해를 인정할 수 없다고 한다.

이 공식에 따르면 그 통제범위는 “연방헌법재판소는 일반법원에 의한 해석 결과가 기본법에 의하여 그어진 한계를 유월하는 경우에 비로소 자신의 교정 활동을 행함”에 놓여있다. 또한 이 공식은 헌법소원의 적법성문제, 본래의 혐의의 소송법적 문제와는 전혀 무관한 헌법의 사정범위와 헌법하위법에 대한 그 파급효과라는 실체법적 문제에 관한 것이어서, 심사범위의 문제는 헌법소원이 이유있는지의 심사과정에서 비로소 제기된다.<sup>63)</sup>

이 이론은 헌법재판의 실무에서는 물론 학계에서도 많은 동조자에 의해 확산되면서, 연방헌법재판소소장과 연방대통령을 역임한 R. Herzog교수 같은 이는 이를 ‘헌법재판의 Magna Carta’로까지 평가하기도 했다. 그러나 이미 연방헌법재판소가 1958년의 Lüth판결<sup>64)</sup>에서 정립한 기본권의 파급효과이론 때문에 모든 법률해석에 기본권의 규범적 효력이 직·간접적으로 미친다고 인식되고 있는 상황에서 기본권을 존중하지 않은 재판으로 특별히 헌법을 침해한 경우를 따로 분리해서 논한다는 것이 현실적으로 어렵다는 비판이 강하게 제기되었고, 그 결과 Heck공식은 문제를 구체적으로 표현 내지 제시하고 있을 뿐이지 심사기준에 관한 문제를 해결한 것이 아니라는 비판이 제기되고<sup>65)</sup> 또한 이 공식은 일종의 결단주의를 은폐하고 있는데, 즉 무엇이 특별히 헌법을 침해하는 것인지에 관해서 결정하는 주체가 바로 당연히 헌법재판소 자신이라는 비판이 가해진다.<sup>66)</sup>

이후 Heck공식은 평등원칙의 해석·적용과 관련하여 연방헌법재판소에 의

---

63) K. Schlaich(정태호 역), 전개서, 단락번호 272번 참조. Schlaich교수는 연방헌법재판소의 제1원은 이 공식으로부터 소리 없이 멀어졌고, 제2원은 여전히 이 공식을 사용하고 있다고 한다(단락번호 273 참조).

64) BVerfGE 7, 199 vom 15. 1. 1958. 사건내용과 판결요지는 위 각주 15 참조.

65) 이러한 견해는 2001년도 독일국법학자협회 연차총회의 위 주제에 관한 두 번째 발제자인 G. Hermes교수에 의해서 제기된다. Vgl. G. Hermes, VVDStRL Bd. 61, 119ff.(145). 또한 Wahl/Wieland, JZ 1996, S. 1137, 1138 mwN.

66) Wahl/Wieland, JZ 1996, S. 1137, 1139; 이와 유사한 비판으로는 Schulze-Fielitz, AöR 122(1997), S. 10 mwN in Fn. 43.

해서 일부 파괴되었다.<sup>67)</sup> 즉 “만일 입법자가 합당한 이유 없이 여러 집단을 상이하게 취급하는 경우뿐만 아니라, 법원이 법률규정의 해석 시에 입법자의 의사를 방해하는 동일한 종류의 차별을 하는 경우에도 기본권의 침해가 존재한다”<sup>68)</sup>고 보았다. 이로써 “법률의 해석이 문제되는 경우에, 연방헌법재판소는 관련된 일반법원의 판결을 기본권의 의미와 범위에 관하여 원칙적으로 잘못된 생각에 바탕을 두고 있는지 심사하여야 할 뿐만 아니라, 해석의 결과를 ‘완전히’ 심사하여야한다. 즉 명시적인 법률규정이 있는 것처럼 심사하여야한다”는 견해가 피력되었다.<sup>69)</sup>

#### 나. Mephisto공식

유명한 Mephisto결정<sup>70)</sup>에서 연방헌법재판소는 재판소원의 심사범위에 관한

---

67) Klein, 전제논문, 91면. 당시 연방헌법재판소 재판관직을 겸하고 있었던 Klein 교수는 위 주제와 관련한 한국에서의 발제에서 연방헌법재판소의 판례에 근거해서 다음 세 가지로 요약될 수 있다고 밝혔다. 즉 (1) 연방헌법재판소에 의한 일반법원의 판결에 대한 통제의 한계는 일반적으로 설정될 수 없다. 이러한 한계는 경직적이지 않고 항상 동일한 것도 아니다. 구체적 사안의 특수성을 고려할 법원에 대해서 재량권 행사의 여지가 허용된다.(BVerfGE 18, 85(93); 54, 129(135 f.); 60, 79(90 f.); 이에 반대하는 견해는 Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. S. 54 f.) (2) 연방헌법재판소는 다음 사항에 관하여 통제한다. i) 일반법원의 판사가 기본법상 보호되는 상충하는 이익의 형량을 잘못 판단하였는지 여부 ii) 헌법소원으로 다루어지는 일반법원의 판결이 기본권의 의미에 관하여 원칙적으로 잘못된 관점에 기인하는지, 특히 기본권의 보호범위에 관하여 원칙적으로 잘못된 생각에 기인하는지 여부 iii) 해석의 결과 자체가 기본권을 침해하였는지 여부 (3) 이러한 심사의 강도는 유동성을 가지고 있다. 헌법재판소에 의한 사후심사는 구체적 사안에 대하여 기본권침해가 중대한 경우에 실시된다. 그리고 헌법소원인의 기본권영역에 대한 침해가 장기적이면 장기적일수록, 헌법재판소에 의한 통제범위는 더욱 확대된다(하먼 할수록 더욱더-공식)(상계논문, 92-93면).

68) BVerfGE 58, 369(374).

69) Herzog, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung des einfachen Gesetzesrechts, in: Das akzeptierte Grundgesetz(FS für Günter Dürig), 1990, S. 442.

70) BVerfGE 30, 173 vom 24. 2. 1971. 이 헌법소원심판사건은 작가인 Klaus Mann이 나치박해를 피해서 1933년에 망명한 상태에서 나치체제하에서 출세를 위해서 자신의 천재적인 연극재능을 오용한 Gustaf Gründgens라는 실존

기존의 판례로부터 결정적으로 단절하고 있다. 여기서 연방헌법재판소는 다른 법원의 판결에 대한 심사에 있어서 자기제한을 가하고 있는데, 즉 기본권을 등불로 삼아서 해석되어야 할 일반법의 적용이 문제시되는 경우에 다른 법원에 의해서 행해진 법익형량은 다음의 사항에 관해서만 심사되어야 한다는 것이다. 예컨대 i) 기본권적인 형량이 문제시되는지가 법원에 의해서 인식되고 있는지의 여부, ii) 법원의 판결이 기본권의 의미와 보호영역에 관한 근본적으로 그릇된 견해에 입각하고 있지는 않은지의 여부가 그러하다. 이로써 연방헌법재판소는 심급법원들이 형량에 있어서 기본법 제3조 제1항으로부터 유래되는 자의금지의 한계를 유월했는지의 여부에만 사후적 심사를 제한하고자 한다.<sup>71)</sup> 이를 Schlaich교수는 Mephisto공식으로 부르고 있다.<sup>72)</sup>

이 Mephisto공식에 대해서 M. Kriele교수는 다음과 같이 지적하고 있다. 즉 연방헌법재판소는 재판소원으로 인한 지나친 업무부담을 지니기 때문에 결론적으로 업무의 부담경감이 필요하다고 스스로 판단하고 있다. 법원의 판결에 대한 심사에 있어서 연방헌법재판소의 자기제한이 장차의 판결에 관철되어야

---

인물을 대상으로 소설속의 가상인물인 Hendrik Höfgen을 다룬 'Mephisto'라는 소설책을 1936년에 출간했고, 이후 Klaus Mann이 1949년 작고한 이후에 다른 출판사에 의해서 1956년에 다시 출판되었다. 이에 실존인물인 Gustaf Gründigens의 양아들이 법원에 출판금지가처분신청을 내었고, 이를 인용하는 판결들을 대상으로 삼았다. 연방헌법재판소는 민사법원들이 기본법 제1조 제1항에 의해서 보호되는 영역과 제5조 제3항 제1문에 의해서 보호되는 영역 사이에 긴장상태가 존재한다는 사실과 이러한 긴장상태가 형량을 통하여 해소되어야 한다는 사실을 인식하여야함을 밝혔다. 이 판결은 기본권의 제한문제에 관해서 중요한 의미를 지니는데, 기본법 제5조 제3항의 자유권은 문언상으로 무제한적으로 보장된다. 연방헌법재판소는 예술의 개념에 대한 가치평가가적 제한을 통해서나, 기본법 제2조 제1항의 제한을 끌어들이므로써 기본법 제5조 제2항의 직접적 또는 상응하는 제한을 통해서나 또는 내재적인 공동체유보를 통해서 예술의 자유를 제한하고자 하는 모든 시도들을 물리쳤고, 이 사안에서의 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성과 가치와 같은 단지 다른 헌법규정들이 예술의 자유에 대항할 수 있다고 보았다. 따라서 구체적인 사례에서는 헌법적으로 보호되는 어떠한 법익이 더 우선적인지를 형량해야 한다고 보았다. 결국 이 사건을 다룬 평의결과가 가부동수였기 때문에 위 민사법원의 재판이 기본권에 대한 근본적으로 잘못된 견해에 입각하고 있다는 사실을 확인하지 못하고서 헌법소원은 기각되었다.

71) BVerfGE 30, 173(188).

72) Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 284.

한다면, 연방헌법재판소는 기본권해석에 있어서의 결코 사소하지 않은 영역에 대해서 더 이상 권한이 없게 될지도 모른다. 따라서 헌법재판소에 의해서 심사될 수 없는 헌법해석이 존재할지도 모른다. 기본권의 의미나 사정범위에 관해서 연방헌법재판소에 의해서 일반적으로 유지되어온 ‘근본적인’ 성과가 모든 다른 법원들에 의해서 경우에 따라서는 쉽게 먹혀버릴 수도 있을 것이다. 이 Mephisto공식은 개별적인 사례의 구체적인 상황에 적용되는 경우에만 비로소 어느 정도 그 생명과 의미를 획득한다. 이로써 연방헌법재판소는, 법원들이 그 네들에게 부여된 기본권교훈을 이해했는지 여부가 아니라, 철저히 학습하고 있는지 여부만을 심사할 수 있을 뿐이게 될 것이다. 결국 기본권은 결과적으로 공허한 것으로 되고 만다는 비판이 행해진다.<sup>73)</sup>

#### 다. Schumann공식

이 Schumann공식에 따르면 법원이 기본권의 의미에 관해서 근본적으로 잘못된 인식을 갖고 재판했다고 말하려면 재판소원의 대상이 된 재판이 입법권자가 법규범으로 정립하지 않을 것으로 추정되는 법적 결과를 인정하는 결과라야 한다는 것이다.<sup>74)</sup> 즉 법원이 구체적인 사건에 단순히 법률규정을 해석·적용한 것이 아니라, 법률규정을 보완·형성하는 나름의 기준을 세워서 재판한 경우에 그것은 전통적 의미의 법률해석이 아니라 일종의 법관법(Richterrecht)을 정립한 것으로 볼 수 있다는 것이다. 따라서 법관이 형성한 법은 입법권자가 형성한 것과 동일하게 헌법재판에 의한 통제를 받아야 마땅하다는 것이다. 그리고 법관이 형성한 법의 내용도 입법권자가 형성하는 법의 내용처럼 기본권을 존중해야 하는데, 만일 법관법이 입법권자가 제정한 법의 내용으로는 인정하기 어려운 법적 결과를 내포하고 있다면 당연히 재판소원을 통해 통제할 수밖에 없다는 것이다. 이 이론은 법관에게 주어진 법발전 내지 법형성의 한계를 명백히 함으로써 재판소원의 심사범위를 확정하려는 입장으로서 독일연방헌법재판소의 판례에도 많은 영향을 미치고 학계에서도 지지하는 사람이 많다.<sup>75)</sup>

73) Vgl. Kriele, ESJ Staats- und Verfassungsrecht, München, 1972, S. 291.

74) Vgl. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, bes. S. 207.

그러나 이 이론도 법관에 의한 범형성의 경우에 있어서 입법권자의 분명한 법정립 의도를 판단할 또 다른 기준이 필요하다는 점에서 그 실용성에 한계가 있음이 지적된다.

#### 라. 침해진지성이론(Theorie der Eingriffsintensität)

연방헌법재판소는 1976년의 소위 ‘독일잡지결정(Deutschland-Magazin-Beschluß)’<sup>76)</sup>에서 일반법률의 해석·적용 그 자체에 대해서는 심사할 수 없고, 법원의 재판에서 기본권의 규범적 효력을 존중토록 하는 데에 주안점을 두어야한다는 기존의 Heck공식의 입장을 다시 상기하면서도, 재판소원의 심사범위를 지나치게 경직되게 획일적으로 정하기보다는 개별 사례의 내용에 따라 유동적인 기준을 적용하는 것이 불가피하다는 점을 강조한다.<sup>77)</sup> 그런데 유동적인 기준의 설정에 있어서 기본권침해의 진지성이 중요한 판단근거가 되어야한다는 것이다. 즉 법원의 재판이 구체적인 사건에서 실질적인 의미를 갖는 기본권의 의미와 보호 영역에 관한 그릇된 인식에 근거해서 이루어진 경우라도(이는 Heck공식에 의할 때에는 당연히 심사해야할 경우지만) 당사자의 기본권침해정도에 따라 상이한 통제가 행해져야 하므로 기본권침해가 심하면 심할수록 더욱 엄격한 통제를 받을 수밖에 없다는 것이다.<sup>78)</sup> 그 결과 기본권침해의 정도가 아주 큰 경우에만 연방헌법재판소가 법원의 가치판단을 정정할 권한을 갖는다는 것이다.

이 침해진지성이론에 의할 때 연방헌법재판소가 재판소원에서 법원의 재판을 심사하는 문제는 그 본질이 통제범위(Kontrollumfang)의 문제가 아니라, 통제밀도(Kontrolldichte)와 그 조건의 결정문제라는 사실이 분명해졌다고 평가된다. 이 이론이 적용된 연방헌법재판소의 최근 결정과 이를 지지하는 학계의 견

---

75) 이에 관해서 자세한 내용은 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2006, 43면의 각주 3과 4 참조.

76) BVerfGE 42, 143.

77) 이를 Schlaich교수는 ‘유동적 한계론’이라는 별도의 관점으로 표현하고 있다. Schlaich(정태호 역), 전개서, 단락번호 297.

78) BVerfGE 83, 103(145). 이는 별도로 ‘하면 할수록 더욱 더-공식(Je-desto-Formel)’으로 불리우기도 한다. 즉 어떤 하나의 원칙이 충족되지 못하거나 제한된 정도가 더 높을수록, 다른 원칙에 의한 보완의 중요성이 더욱 더 커져야만 한다는 것이다.

해도 다수 있지만 그러나 재판소원의 대상이 된 법원의 판결이 기본권을 충분히 존중하지 않은 것이기는 하지만, 기본권침해의 진지성이 적은 경우에는 연방헌법재판소의 포괄적인 심사통제가 배제되어 재판소원은 기각되고, 그 결과 재판의 위헌성이 확인될 수 없게 되어 법원의 위헌적인 재판이 결과적으로 합헌적인 재판으로 자리매김될 수 있다는 비판이 제기된다. 게다가 이 이론은 기본권침해의 진지성을 판단할 또 다른 기준을 필요로 한다는 비판이 제기되기도 한다.

마. 그 밖의 제안들<sup>79)</sup>

이외에도 R. Schneider의 기본권의 직접침해이론(Theorie der unmittelbaren Grundrechtsverletzung), Steinwedel에 의해서 시도되는 기본권의 ‘영역 침해(Bereichsverletzung)’와 ‘특별침해(spezifische Verletzung)’간의 구별론, Papier에 의해서 구별되고 있는 직접적 헌법침해(direkte Verfassungsverletzung)와 간접적 헌법침해(indirekte Verfassungsverletzung)의 구별론이 제안되고, 또한 상고심원칙을 원용하려는 Wank가 헌법재판소의 통제를 ‘재판내용통제(Sachentscheidungskontrolle)’와 ‘자의통제(Willkürkontrolle)’, ‘법형성통제(Rechtsfortbildungskontrolle)’의 세 가지로 구별해서 논증하는 것과 Schenke가 ‘행정법적 재량통제이론(verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerlehre)’을 끌어들이 연방헌법재판소의 심사범위를 정하려고 하는 등의 다양한 이론적인 시도들이 행해졌다.

4. 2001년도 독일국법학자협회 연차총회에서의 발제문과 토론 요약

법원판결의 기본권침해를 주장하는 재판소원의 증가 및 이로 인해 비판되는 과잉헌법화의 문제와 관련하여 독일국법학자협회(Vereinigung der deutschen Staatsrechtler)는 2001년 10월 3일부터 10월 6일까지 독일 Würzburg시에서 ‘헌법과 일반법-헌법재판과 일반재판(Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verf

---

79) 이하의 내용은 허영, “헌법재판소와 법원의 권한갈등을 어떻게 풀 것인가?”, 공법연구 제24집 제1호(1996. 6.), 37면에 게재된 내용을 그대로 옮긴 것이다.

assungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit)'을 주제로 연차총회를 개최했고, 여기서 R. Alexy, P. Kunig, W. Heun, G. Hermes, 위 4명의 학자들이 발제를 행했고, 이어서 활발한 토론이 행해졌다.<sup>80)</sup>

아래에서는 위 주제를 다룬 네 명 발제자의 발제순대로 발제문의 뒤에 별도로 추가된 발제요약문을 번역해서 첨부함으로써 최근의 관련논의를 소개하고자 한다.

#### 가. Robert Alexy 교수의 발제요지<sup>81)</sup>

##### ㉠ 문제와 프로그램

1) 헌법재판과 일반재판의 관계에서와 같이 헌법과 일반법의 관계에 있어서도 문제의 유형과 범주는 본질적으로 헌법의 형식적 효력과 헌법의 실질적 규범밀도라는 두 가지 요인에 의해서 규정된다.

2) 독일연방공화국에서 헌법판결의 역사는 법질서의 헌법화으로 이끌어낸 실질적인 헌법확장의 역사이다.

3) 실질적인 헌법화는 모든 국가권력에 대해서 직접적으로 관계한다. 일반재판은 이러한 범위를 넘어서 모든 잘못된 법 적용이 적어도 기본법 제20조 제3항<sup>82)</sup>에서 명령되는 법률과 법에의 기속을 침해한다는 사실로부터 귀결되는 간접적 또는 형식적 헌법화에 종속되어 있다.

4) Böckenförde교수가 말하는 헌법재판소에 의한 판결국가(Jurisdictionsstaat)와 Diederichsen교수가 말하는 최상의 민사법원으로서의 연방헌법재판소라는 형식으로 이어지는 위험으로 인해서 문제시되는 과잉헌법화(Überkonstitutionalisierung)는 과소헌법화(Unterkonstitutionalisierung)와 마찬가지로 회피되어야한다. 이는 단지 그 목적이 헌법화의 올바른 기준에 있는 형성여지도그마틱(Spielraumdogmatik)에서 비롯될 수 있다.

##### ㉡ 윤곽질서와 기본질서

---

80) 이상 4명의 발제문과 토론내용은 VVDStRL Bd. 61, 5~220면에 걸쳐서 전문이 게재되어 있다.

81) R. Alexy, VVDStRL Bd. 61(2002), 발제문 전문은 7~30면에 수록되어 있고, 발제요약문은 31~33면에 수록되어 있다.

82) "입법은 합헌적 질서에 기속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 기속된다."



5) 헌법은 기본질서이자 동시에 윤곽질서일 수 있다.

6) 헌법을 통한 결정의 대상이 될 수 있고 또한 그러한 결정이 요청되는 공동체의 근본적인 문제들을 헌법이 결정한다면, 헌법은 기본질서이다. 헌법에 의해서 윤곽질서로서 허용되는 윤곽(테두리)은 헌법에 의해서 허용되는 모든 형성여지의 범주와 동일하다.

㊸ 여러 가지의 형성여지들(Spielräume)<sup>83)</sup>

7) 모든 형성여지는 구조적 유형이거나 아니면 인식적 유형, 이 둘 중의 어느 하나이다. 구조적 형성여지는 헌법이 요청하거나 금지하는 한계로부터 생겨난다. 여기에는 요청되지도 않고 또한 금지하지도 않는, 즉 자유로이 허용되는 모든 것이 해당된다. 인식론적 형성여지는 헌법이 한편으로는 요청하거나 금지하고 있고, 다른 한편으로는 요청하지도 금지하지도 않는 것을 인식할 수 있는 능력의 한계로부터 비롯된다.

8) 구조적 형성여지에는 세 가지 유형이 있다. 즉 목적설정형성여지, 수단선택형성여지와 형량형성여지가 바로 그것이다.<sup>84)</sup>

---

83) Spielraum은 우리말로 활동공간, 활동여지, 형성여지 또는 여지 등으로 다양하게 옮기는 것이 가능하겠으나, 행정법분야에서 이미 Beurteilungsspielraum을 판단여지라고 번역해서 사용하고 있는 기존의 용례가 이미 익숙해 있기 때문에 여기서는 Spielraum을 ‘(형성)여지’로 번역하는 것이 이해의 편의상 타당하고 큰 무리가 없어 보인다.

84) 구조적 형성여지가 적용되는 까다로운 상황과 관련하여 Alexy교수는 연방헌법재판소가 다룬 다음 사건을 예시하고 있다. “구조적 형량형성여지는 두 가지 차원을 가진다. 이는 형법 353d조 제3호에 관한 연방헌법재판소의 판결에서 특별히 분명하게 드러난다. Stern잡지는 소위 ‘Flick-기부금스캔달’과 관련한 Bonn의 검찰청의 기소에 관한 보도에서 제일심공판에 앞서서 기소문의 내용을 그대로 인용했다. 이는 형법 353d조 제3호에 따라 형사처벌적이다. Hamburg 지방법원은 이 형법규정이 추구하는 목적을 달성하기에 충분히 적합하지 않다는 이유로 위헌적인 것으로 간주했고, 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제청했다. 연방헌법재판소는 全文을 완전히 인용하는 것에 대한 단순한 금지는 해당 관계인의 인격과 소송관계인의 불평부당성을 단지 ‘불완전하게’ 그리고 ‘적은 정도로만’ 보호하는 것이라는 결론에 도달했다. 그러나 이에 대해서 표현의 자유와 언론의 자유 또한 ‘단지 적은 정도로만’ 제한된다. 이것이 바로 까다로운 상황의 확정이다. 경미한 제한에 대해서는 경미한 중요성을 가진 제한사유가 대립해있다. 이를 위해서는 적절히 구성된 바와 같이, 제한은 목적으로 삼는 보호에 대해서 ‘비례성의 바깥에’ 놓여있지 않다는 것으로 족하다. 동등서열인 경우에 입법자는 개입할 수는 있지만, 그러나 그렇게 하

9) 입법자는 기본권제한을 정당화하는 목적에 관한 결정이 입법자 자신에게 위임되어 있는 한에서 그리고 그러한 범위 내에서 어느 한 기본권에 대해서 목적설정형성여지를 가진다.

10) 적극적인 의무를 통해서 규정된 목적이 다른 대체수단으로써 충분히 충족될 수 있는 범주 내에서 수단선택형성여지가 존재한다.

11) 무수히 많긴 하지만 모든 충돌사례가 헌법상의 형량을 통해서 결정되지 못한다는 사실을 통해서 형량형성여지가 성립된다. 특정한 충돌사례는 헌법상의 형량을 통해서 결정되지 않고, 특정한 형량의 까다로운 상황이 전제된다면 이로써 형량형성여지에 해당된다. 충돌하는 원칙의 충족이 양 측면에서 동등하게 중요한 경우에 형량의 까다로운 상황이 전제된다. 형량형성여지는 까다로운 상황에 놓여있는 침해와 보호의 상이한 수준들 사이에서의 선택을 포괄한다. 척도화(심사잣대화)가 가능하다면, 어떤 것이 형량형성여지에 해당되는지 여부에 관해서 확정하는 것이 가능하다. 형량의 까다로운 상황과 이와 결부된 형량형성여지는 단지 이 같은 척도화가 거친(섬세하지 아니한) 경우에만 그 실천적 의미를 가진다.<sup>85)</sup> 거친 척도화는 헌법의 본질에 상응한다. (가벼운, 중간적, 심각한)이라는 이상의 세 가지 척도는 거친 척도화의 최상의 출발점을 형성한다. 형량의 까다로운 상황은 형량과 윤곽질서의 양립성으로 이끌어진다.

---

지 않아야만 한다. 그러나 형성여지에 단지 허용되는 경미한 제한만은 해당되지 않는다. 법원은 그것이 더 많은 보호를 보장하고자 하는지의 여부에 관한 입법자의 사항으로 결정되어야만 한다고 강조했다.” BVerfGE 71, 206; VVDStRL Bd. 61(2002), 23~24면.

85) 척도화와 관련하여 Alexy교수는 다음과 같이 상론하고 있다. “척도화는 비용관점과 개연성관점하에서 계량화의 가능성의 도움을 받는다. 이는 변명이 아니다. 세 가지 단계와 같은 다소 거친 척도화는 척도대상이 숫자로 계량되지 못하는 곳에서도 가능하다. TITANIC(잠지)판결(BVerfGE 86, 1, 10)을 검토해보자. 연방헌법재판소는 자신의 군복무를 성공적으로 수행하고서 척추마비의 장애인이 된 한 퇴역장교를 풍자적 맥락에서 ‘태생적 살인자’로 묘사한 것을 진지한 인격침해로 자리매김하지 않았다. 이에 대해서 인식론적 형성여지가 무엇을 이끌어내는지가 논란적일 수 있다. 그러나 이후 척추마비된 퇴역장교를 ‘절뚝발이 불구자’로 묘사한 것은 그의 인격에 대한 심각한 침해이고, 12,000 DM의 배상금지급이 표현의 자유를 통한 (인격권에 대한) 지속적이고 상당히 심각한 침해를 정당화기에 충분하다고 본 판결은 논란의 여지가 더 이상 없다.” VVDStRL Bd. 61(2002), 21면.

12) 두 가지 유형의 인식론적 형성여지가 존재한다. 하나는 경험적 형성여지이고, 다른 하나는 규범적 형성여지이다.

13) 모든 인식론적 형성여지는 연방헌법재판소를 통하지 아니하고서도 확정될 수 있는 기본권침해의 가능성을 열어놓고 있다. 이는 행위규범과 통제규범의 분기(分岐)를 의미한다.

14) 경험적 인식형성여지가 없이는 입법자가 실천적으로 행위무능력하게 될 것이고, 이는 권력분립원칙 및 민주주의원리와 합치되지 않는다. 경험적 인식형성여지의 한계는 형량을 통해서 확정할 수 있고, 이 경우 한편으로는 단지 부정적으로 관련된 기본권적 원칙이 놓여있고, 다른 한편으로는 실질적으로 대립적인 원칙이 재량을 언급하고 있는 형식적 원칙들과 함께 놓여있다. 경험적 인식형성여지는 헌법의 실질적 내용에 단지 간접적으로만 연관된다.

15) 규범적 인식형성여지는 헌법의 실질적 내용에 직접적으로 연관된다. 그것의 실존성은 헌법을 통한 직접적인 기속이 기속의 내용에 관해서 형성여지의 한계 끝까지 결정을 내리는 것이 허용된다는 사실을 뜻한다. 규범적 인식형성여지의 승인은 실질적 헌법재판의 일반재판에로의 전이를 의미한다. 이는 제한적으로 허용된다. 이러한 형성여지범주의 통제권한은 연방헌법재판소에 남아 있다.

#### ㉔ 결론

16) 헌법화의 문제는 형성여지도그마틱 안에서 해결된다. 이는 두 개의 기둥에 기초하고 있다. 그 하나는 헌법의 실질적 내용의 제한성으로 표현되는 구조적 형성여지를 구성하고 있고, 다른 하나는 제한된 범주에서 실질적 헌법재판이 일반법원으로 전이되는 인식론적 형성여지를 구성하고 있다. 이 모든 것들에 대해서 연방헌법재판소는 이중적 시각에서 감시해야만 한다. 그 하나는 실질적 헌법내용으로, 다른 하나는 실질적 헌법내용의 한계와 불명확성으로 지향되어 있다.

나. Philip Kunig 교수의 발제요지<sup>86)</sup>

---

86) P. Kunig, VVDStRL Bd. 61(2002), 발제문 전문은 34~74면에 수록되어 있고, 발제요약문은 75~79면에 수록되어 있다.

㉠ 본 주제의 재채택에 관한 세 가지 이유들

1) 연방헌법재판소에 대한 비판은 지속적으로 제기되어 왔다. 오늘날 연방헌법재판소는 이전에는 인식하지 못했던 강도와 원칙성을 지니고 있고, 이는 특히 일반심급법원과 법학의 개별 부분영역의 몇몇 대표자들 측으로부터 문제시되고 있다.

2) 독일의 몇몇 주들에서 주헌법재판소가 연방법에 대한 심급외적인 전문법원으로 현현한다는 사실이 우려되고 있다.

3) 법질서의 유럽화는 독일에서 연방헌법재판소가 행하는 현재의 우월적 지배를 상대화할 것을 허용하고 있다. 유럽재판의 차원에서도 물론 국내법에 비교되는 한계설정의 문제로 회귀된다.

㉡ 규범적 출발점에 관해서

4) 기본법은 헌법과 일반법간의 구별을 피하고 있고, 이들 양자를 물론 분명히 구별 짓기는 하지만, 상호교호적인 조건성의 관계를 설정한다. 헌법소원심판은 이 양자의 법규범체의 분리를 전제하고 있고, 기본법상으로 협소해진 시각에서 일반법원의 심급절차의 계속을 허용한다.

㉢ 연방을 구성하는 각 주들에서의 상황

5) 주헌법재판소에 일반법원의 판결을 대상으로 하는 접수사건수가 점증해왔다. 여기서 요청되고 있는 연방법과의 관계에 관하여 도그마적으로 분기된 고찰방법은 1997년에 행해진 연방헌법재판소의 지침판결의 이전에도 존재했고 그리고 그 이후에도 존재하고 있다. 그러나 상이한 출발점으로부터 사항에 따라 중첩된 동일한 결론이 의도되고 있다.

6) 공개된 논쟁적인 문제는, 즉 주법관이 실질적 연방법을 적용함에 있어서 이에 대한 주헌법재판소의 통제와 심사규준을 주헌법상의 기본권에 제한하는 것과 관련되어 있다. 이러한 주헌법상의 기본권은 기본법상의 기본권과 동일한데, 예컨대 연방헌법재판소의 판결에 따르면 연방법에 속해야 마땅할 주헌법상의 기본권의 구체적인 적용을 요청하고 있는 것이 이에 해당된다.

7) 주헌법재판소는 이론적인 논쟁과는 무관하게 연방헌법재판소의 판결로부터 발전된 광범한 논증의 토대들을 적용해왔다. 이는 그 외연상 강하게 인용문을 통해서 간과되고, 개별 헌법의 텍스트의 상이함을 고려하지 않은 것이기도

하다.

8) 주헌법재판소가 행하는 많은 판결들에서 특징적인 것은 허용성문제를 대단히 관대하게 다룬다는 점이다. 즉 권리항변에 있어서 (흡결된) 이유에 관한 표현 또는 추측에 대해서 법원에게 많은 형성여지를 제공한다는 것이다.

9) 주헌법재판소의 판결은 헌법재판과 일반재판 간의 경계설정에 있어서 실질적으로 독자적이고 그리고 ‘새로운’ 관점을 제시하지 않고 있다. 이러한 관계성의 문제에 관해서는 무수히 많은 사례들이 존재한다.

10) 헌법적으로 그리고 헌법정책적으로도 주헌법재판의 권한을 단일화하자는 논의가 제기되지 않았다.

#### ㉔ 헌법재판소과 일반법원간의 협력과 부조화

11) 일반법원은 헌법판결의 상이한 외연에 상당할 정도로 기여하고 있다. 일반민사재판과 노동재판 그리고 또한 자주 국가배상판결이 많은 사례에서 그리고 오랫동안 헌법적 논증을 통해서 당해 일반법을 풍부하게 해왔다. 일반법의 영역에서 직권상 형성되어온 행정법상의 기구들은 오늘날 헌법의 방사(放射)로 간주된다. 범소제상 적합하다면 형사재판에 대해서 헌법은 특히 국가적 제재의 지에 한계로 나타난다.

12) 한편으로 입법에 대한 그리고 다른 한편으로는 일반법원에 대한 개개 헌법재판의 관계들 사이에 일정한 연관성이 존재한다. 헌법재판이 가지는 규범 무효화적 그리고 규범구체화적 이해는 입법자에 의해서 일반법원에게 부여된 기구들을 제거하거나 수정한다. 즉 헌법재판소에 의한 해석장악은 또한 입법부 와도 문제가 된다.

13) 소송법상 허용된 좁은 회랑(回廊)은 헌법재판의 실무에 있어 공식에 맞게 우회적으로 표현된다. 즉 대전제기능에 있어서 (자주 가변적인) 공식의 적용은 결과적으로 재량과 동일한 자기조정을 가능케 한다. 헌법재판소의 이해는 엄격하게 법적으로 프로그램화되지 않고, 좁은 회랑의 내부에서의 통속적인 (volitiv) 작용이다.

14) 연방헌법재판소의 지정재판부(Kammer)는 각하 또는 허용을 규정하는 법률을 전체적으로 보아서 통일적으로 다루지 않고 있다. 이들 지정재판부에 대해서 법률상 규정된 소위 전원재판부부수성(Senatsakzessorietät)이 명백히

완화되어 있다.

15) 소송실무상 요청되는 일정한 像은 특히 헌법화로서 묘사되는 헌법발전을 통해서 광범한 차원을 확보했다. 이는 특히 직권적으로 형성된 일반적 행동의 자유(법치국가원리와 결함 속에서)와 평등원칙의 형상, 비례성원칙의 전능성과 소위 기본권의 제3자효 내지 보호의무론에 관계한다.

16) 연방헌법재판소는 법원으로 칭하고 있고, -편견 없는 개념적용상으로도- 더욱 법원에 유사하다. 다른 법원과의 상이함은 정치적 사건에 대한 자신의 소송(절차)외적인 참여의 유형에 관련되어 있지만, 또한 자신의 사법적 소송절차는 아마도 종종 조언의 방법으로 관계한다. 이로써 판결의 예측가능성이 줄어든다.

#### ㊦ 방향전환의 계기?

17) 권리보호주장자, 일반법원 및 입법자와 결부된 불확실성을 지닌 헌법재판의 오늘날의 모습은 권력분립원칙, 법치국가주의와 (정당성의 관점 하에서) 민주주의원리에 관한 경고적 기억을 불러일으킬 수는 있지만, 헌법을 침해하는 것은 아니다 (이는 개별 판결에 오류가 있다거나 이로써 위헌적이라고 지적되는 것과는 무관하다).

18) 방향전환이 가까이에 주어져 있는지 여부의 문제에 대하여는 또한 헌법발전의 추정적 지속적 진행이 중요하다. 이 문제는 -위 17번에서 언급된 결함을 넘어서- 어쨌든 입법재량의 측면에서는 감당할 수 없는 담쌓기의 위험을 은폐하고 있고, (지금까지 그 위험이 구체화되지는 않았지만) 법관인물의 충원에 있어 한 번은 현재의 직업적 그리고 공식윤리적 수준의 아래에 끌어내려져야 하는 한에서 과도적-엘리트적 권력전개의 위험을 은폐하고 있다.

19) 방향전환의 방법을 강구함에 있어서 유럽재판제도의 구축에 있어 이미 성취된 또는 두드러지고 있는 성과물로부터 거리를 둘 수는 없다. 이는 국내의 사법아젠다를 위축시키기는 하겠지만, 장차에 모든 법의 헌법화에 관한 모습을 유럽차원으로 이전시킬 것이다. 그러나 이는 헌법발전의 공동형성에 있어서 한 국가의 헌법재판소의 미래에 유효한 역할을 위한 상당한 여지를 허용한다.

#### ㊧ 방향전환의 방법과 법치국가적 대가

20) 실질적 헌법예로의 해석적 회귀를 통한 헌법화절차의 원칙적 수정시도,

예컨대 기본권의 방어적 기능, 행동의 자유의 제한적 이해 또는 자의적 판결의 포기과 같은 수정시도는 현실적이지도 않고 그리고 원하는 바도 아니다. 이와 관련한 헌법개정은 보다 완화된 수준에서 훈계적일 것이다.

21) 헌법소원의 뚜렷한 감소를 위한 법률개정을 통해서, 예컨대 재판소원의 폐지나 재판소원을 소송절차상의 주장으로 국한하거나 또는 적용된 법률의 기본권위반에 재판소원을 제한함으로써 기회보다는 오히려 더 큰 위험이 은폐된다. 헌법발전의 사법적 기여를 단지 부득이하게 부분적으로 그리고 파편적으로 투입되는 일반재판에만 위임해서는 아니 된다.

22) 지금까지의 경험들은 헌법재판소의 판결권한을 근거지우기 위해서 목적에 합당한 소송법적인 예방조치를 발견하고자 하는 시도를 권장하지 않았다. 마찬가지로 지금까지의 실무관행을 대체함에 있어서 그저 만족스러울 뿐인 ‘새로운’ 공식이 발견되도록 하지도 않았다. 무엇보다도 헌법소송법적인 자기훈육이 요청된다.

23) 연방헌법재판소의 지정재판부에서의 실무관행은 헌법재판소에 가해지는 부담압력과 이것과 결합된 (Udo Steiner 교수의 표현에 따르면) ‘요격전투기’ 역할에 의해서 함께 형성되었다. 특히 요청되는 전원재판부부수성의 관점에서 전원재판부와는 관계상 사전판결의 입증을 위한 급박한 정당화근거가 요구되어야 하고, 더 나아가서 방론(*obiter dicta*)의 원칙적 포기, 특히 소원을 받아들이지 않는 경우에 논쟁대상에 관련된 표현의 자제와 같이 연방헌법재판소법 제93a조 이하에서의 판결프로그램에 대한 인식적이고 체계적인 작업이 요구되어야 한다.

24) 연방헌법재판소의 전원재판부가 이전의 판결스타일로 되돌아가고, 헌법소원제기권한의 허용장벽을 통일적으로 관리하고 그리고 개개의 사건마다에서 헌법소원청구인으로부터 허용되는 방법으로 주장되는 기본권침해의 심사에도 원칙적으로 제한할 계기를 가지고 있다. 헌법적으로 중요한 사항에 제한하는 것과 허용되는 방법으로만 제출된 소송물은 일반재판에 대한 존중의 표현이고, 연방헌법재판소는 단지 이러한 범주 내에서만 ‘법률이 정한 법관’이다.

25) 헌법재판관이 행하는 고유한 사실조사를 위한 공간은 소송유형에 따른 인식가능한 차별화 없이도 소송법적으로 허용된다. 헌법상의 소송절차적 불이

익에 대한 침해 없이 일반법관의 인식으로 포함되지 않은 사실들은 헌법재판에서 받아들여져서는 아니 된다.

26) 일반법원에 대한 소송절차법구성은 헌법재판의 일반재판에 대한 관계를 함께 결정한다. 이는 심급진행의 문제와 마찬가지로 명백한 흠이 있는 경우에 일반법원층에서의 자기교정의 (광범한) 가능성에 관련된다. 즉 기본법 제19조 제4항은 이러한 관계 속에서는 여전히 권리구제가 소진되지 않은 것으로 나타나고, (단지) ‘하나의 심급’보장의 도그마는 의문시된다.

27) 실질적 입법은 법률법(Gesetzesrecht) 속에 담겨있는 헌법적 전제를 신중히 반영함으로써 일반재판에 대한 헌법재판의 관계를 이완시킨다. 입법자는 대립적인 지위들 사이에서, 자신이 법원에 의해서 교정되는 한 균형을 확보하기 위하여 자신의 재량을 사후적으로 권고하기 위해서 뿐만 아니라, 그와 같은 교정을 사전에 예방하기 위해서도 인식적으로 이용해야 한다. 입법자는 자신의 업무의 객관적 어려움에 직면해서 이를 불명확하게 해결한 채, ‘헌법재판에 의한 해명’에의 방향으로 지나치게 과잉대응하고자 하는 유혹을 이겨내야 한다.

28) 결론적으로 부분적인 방향전환이 법학의 영역에서도 요청될 수 있을 것이다. 이에 관해서 법학이 분할되고 전문영역상 중첩된 기초작업을 스스로 점점 더 뒷전에 두는 한, 법소재들의 증가에 대해서 적절히 대응하지 못하게 된다. 또한 헌법과 일반법의 밀착성은 법을 개별적인 부분으로서 뿐만 아니라 전체로서 바라보고, 이로써 가능한 한 고유한 고찰방법의 전속성을 주장할 계기를 가지게 된다.

다. Werner Heun 교수의 발제요지<sup>87)</sup>

㉠ 헌법과 보통법(Common Law)간의 관계

1) 1610년의 Bonham사건에서 행해진 의회법에 대한 보통법 우위의 공식화는 헌법과 사법부의 심사권의 우위를 발전시킨 출발점이다. 이와 관련해서 17세기에는 의회의 법제정행위의 해석을 위한 단 하나의 기준, 즉 영국법원이 행

---

87) W. Heun, VVDStRL Bd. 61(2002), 발제문 전문은 80~114면에 수록되어 있고, 발제요약문은 115~118면에 수록되어 있다.



하는 오늘날의 해석실무와 근본적으로 구별되지 않는 기준이 존재했다. 특히 의회주권이론은 반대로 법률의 우위를 관찰시켰다.

2) 미국에서 Bonham사건은 여전히 헌법과 사법부의 심사권의 우위를 근거 짓기 위한 선례로서 영향을 미쳤다. 이것이 가능했던 조건은 헌법제정과 법률 제정을 제도적으로 절차법적으로 분리시키고, 헌법개정을 특별한 절차에 기속 시키고 그리고 헌법규범들을 한 곳의 문서화된 헌법전에 모아놓은 놀라운 발명에 있었다.

3) 헌법우위의 사고와 사법심사를 통해서 헌법을 실현하고자한 사고는 주법원들과 연방대법원에 의해서 이미 1803년에 행해진 Marbury v. Madison 사건 판결 이전부터 인정되었다. 이러한 결단은 위 사고를 단지 연방법에 대해서 특별히 강조하기 위해 공식화했고, 헌법을 비로소 일반법질서의 통합적 구성요소화한 헌법의 법률화과정을 이끌어냈다. 연방대법원에 의한 헌법해석에 있어서의 절대적인 최고성의 주장은 제2차 세계대전 이후에 비로소 지양되었다.

4) 헌법의 형식적인 우위에도 불구하고 헌법은 오랫동안 보통법에 직접 영향을 미치지 못했고, 오히려 헌법은 사법부 심사권의 증대된 행사를 통해서 압도당했다. 이 같은 상황은 New Deal시대에 그리고 1960년대 이후 Warren법정의 판결을 통해서 비로소 변화되었다.

5) 私法과 헌법은 지속적으로 자율적인 법질서로 남아있다. 왜냐하면 기본권의 대사인적 효력은 단지 국가행위(의제)론(state-action-doctrine)의 좁은 한계속에서만 채택되었기 때문이다. 私法的 작용의 국가에 대한 귀속필요성은 그때 그때마다 관련된 기본권을 개별적인 사례연관적인 헌법적 형량을 위해서 지속적으로 길을 터주었다. 이러한 구성에로의 결정적인 진행이유는 연방국가적 권한문제와 결부된 기본권효력의 제한에 있다. 이에 덧붙여서 보통법의 법관법적 구조와 마찬가지로 법원시스템의 형성도 그 이유로 제시된다.

㉠ 서구 대륙국가의 법질서에서의 헌법과 일반법의 관계

- 바이마르공화국까지의 독일적 발전

6) 미국과는 대조적으로 독일의 입헌주의에서는 헌법의 법질서에의 투입을 위한 본질적인 전제조건들이 결여되어 있었다. 헌법제정과 헌법개정은 제도적으로 그리고 절차법적으로 입법에 대해서 고양되어 있지 않았다. 헌법은 법률

에 대해서 어떠한 우월성을 가지지 못했고, 언제라도 법률에 의해서 실질적으로 변경될 수 있었다. 실질적 심사권이라는 것이 존재하지 않았다. 기본권은 단지 입법에 대해서만 프로그램적 지침만을 형성했다.

7) 헌법과 기본권은 지속적인 해석기준으로 기여하지 못했고, 모든 경우에 있어서 어느 다른 규범들과 마찬가지로 체계적인 해석의 의미에서 해석을 위해 보충적으로 동원될 수 있었을 뿐이었다. 헌법이 법률에 대해서 우월성을 가졌던 것이 아니라, 사실상 이와는 반대로 법률의 우위가 적용되었다. 물론 1871년에 당시 제국의 국법학에 의해서 헌법의 적용가능성을 위한 전제조건으로서 헌법의 필수적인 법률화가 성취되었다.

8) 헌법과 일반법의 관계는, 문헌에서는 전통적인 입장을 여전히 오랫동안 고수하기는 했지만, 바이마르공화국헌법을 통해서 이미 근본적으로 변화되었다. 헌법은 어쨌든 부분적으로 이미 심사기준이 되었고, 지속적인 해석기준으로 기능하고 있었다.

- 프랑스에서의 헌법과 법률

9) 프랑스에서도 19세기에는 마찬가지로 헌법이론적으로 그리고 실무적으로 일반의사(volunté générale)의 표현인 법률의 우위가 적용되었다. 제5공화국에 이르기까지 기간 여러 차례 변경된 헌법률이 아니라 1840년에 제정되어 거의 개정되지 아니한 민법전(Code Civil)이 헌법으로 그리고 자유의 보장으로 간주되었다. 사법부의 심사권은 헌법합치적 해석의 사고와 마찬가지로 거의 주목받지 못했다.

10) 프랑스에서도 비로소 1971년에 국면의 전환이 이루어졌다. 그 이후로 헌법위원회(Conseil constitutionnel)에 의해서 기본권을 심사기준으로 한 실질적 심사권이 행사되었을 뿐만 아니라, 더 나아가서 법질서의 설계도가 근본적으로 재구성되었다. 헌법, 법률 그리고 법규명령이라는 3가지 규범유형의 병존적인 규범화는 규범조직의 위계질서에 변형을 가져왔다. 법규명령제정자와 법률제정권자의 권한영역은 더 이상 사물관할에 의해서가 아니라, 규율화의 중요성에 따라서 경계지워졌다.

11) 그럼에도 불구하고 헌법의 최고성의 실천적 실현은 다수의 요인들에 의해서 여전히 어려운 난관에 봉착했다. 일반재판과 마찬가지로 헌법재판과 행정

재판은 원칙적으로 분리되어 병존적으로 존재했다. 그밖에도 법률의 합헌성은 국사원(Conseil d'Etat)이나 대법원(Cour de Cassation)에 의해서가 아니라 단지 헌법위원회(Conseil constitutionnel)에 의해서만 심사되었다. 국사원과 대법원은 법률을 해석하거나 적용하는 경우에 특히 헌법을 고려했다.

12) 일반법원에 의한 헌법의 해석과 적용에 있어서 헌법위원회의 어떠한 통제에도 기속되지 않음에도 불구하고, 일반법원들은 사실상 오늘날 광범하게 헌법위원회의 판결을 따르고 있다. 그러므로 프랑스에서도 또한 私法을 포괄하는 법질서의 점증적인 '헌법화'가 관찰된다.

#### ㉔ 법원시스템과 법질서의 헌법화

13) 법질서의, 특히 私法の 헌법화의 외연과 강도는 법원시스템과 권리구제시스템에 의해서 결정적으로 좌우된다. 최고법원이 상고심법원과 헌법재판소를 동시에 겸하는 단일시스템에서 이 최고법원은 자신의 견해를 관철하기 위해서나 권한을 정당화하기 위하여 헌법으로 회귀할 필요가 없다. 헌법은 어쨌든 연방국가적 제약을 극복하기 위하여 요구될 수 있다. 법질서의 헌법화(Konstitutionalisierung)는 이러한 시스템 내에서는 최소화된다.

14) 헌법의 법질서에의 투입은 독일의 시스템 안에서 더욱 지속적으로 진행되었고, 이러한 가운데 일반재판에 덧붙여서 무제한적인 실질적 규범통제권한과 일반법원의 판결에 대한 헌법적 통제권한을 동시에 가지는 독립적인 헌법재판소가 등장했다.

15) 그러나 헌법재판과 일반재판이 독자적으로 제도화된 시스템에서는 일반법원의 판결에 대한 직접적인 통제가 결여되고, 앞에서 언급된 양극단의 사이에 놓여진다. 여기서 헌법합치적 법률해석은 대체할 수 없는 조정기능을 확보한다.

#### ㉕ 결론

16) 모든 구조적인 그리고 도그마적인 분기(分岐)에도 불구하고, 오랫동안 관찰한 가운데 여러 나라들에서의 발전이 놀랍도록 유사하게 진행해왔음을 알 수 있다. 19세기에는 私法秩序가 모든 곳에서 그리고 모든 관점에서 압도적이었던 반면에, 법질서의 헌법화는 일찍이 1960년대에 시작되었다. 헌법과 일반법의 관계는 일방적인 상하위관계가 아니라, 무수히 많은 결정요소들을 가진 복

합적인 교차작용(Wechselspiel)이다.

라. Georg Hermes 교수의 발제요지<sup>88)</sup>

㉠ 실질적 헌법과 권한질서의 조화문제로서의 헌법과 일반법의 관계

- 모든 국가권력의 기본권기속의 문제로서 개별사례에서의 기본권의 효력

1) 뉘트판결(Lüth-Urteil)으로 회귀하는 전환적 입장에 따르면 일반법률의 해석과 적용에 있어서 모든 법 적용기관들은 기본권적인 요청들을 고려해야만 한다. 이러한 사실은 모든 법적 문제가 또한 잠재적인 기본권문제라는 데에로 이끌어진다.

2) 이 같은 발전은 특히 일반법의 자율성을 강조하는 한편 또한 법적 안정성의 위험을 주시하는 점증하는 비판에 직면해 있다.

3) 헌법과 일반법의 관계문제는 그 뿌리를 기본법 제1조 제3항과 제20조 제3항에 두고 있고, 또한 그 곳에서 문제해결의 출발점을 모색해야만 한다.

- 헌법환원주의와 일반법의 자율성

4) 기본권을 주관적 방어권으로 환원시킴으로써 해결책을 모색하고자 하는 시도는 좌절되었다.

5) 또한 일반법의 자율성과 개개의 고유한 원칙들을 제시함으로써 성취된 헌법에 대한 일반법의 면역화는 좌절되어야만 한다. 왜냐하면 이러한 면역화는 전체 법질서에서의 결정적인 지침이기도 한 기본법 제1조 제3항에서 규범화된 기본권을 통해서 확보된 위와 같은 선이해(先理解)의 구축(驅逐)을 오해하고 있기 때문이다.

- 기본권효력과 기능질서

6) 기본법 제1조 제3항은 권한질서를 전제하고 있다. 헌법과 일반법의 관계문제는 모든 국가권력과 권한질서의 기본권기속에 있어서의 조화 문제를 제기하고 있다.

㉡ 헌법구체화 과정에 있어서 입법자가 가진 우선적 권한

---

88) G. Hermes, VVDStRL Bd. 61(2002), 발제문 전문은 119~150면에 수록되어 있고, 발제요약문은 151~154면에 수록되어 있다.

- 출발점으로서의 입법의 우선적 권한

7) 헌법구체화 과정에서의 입법의 우선성에 관하여는 논란의 여지가 없다.

8) 법률의 '사항귀속성(Sachzugewandtheit)'에서 표현되고 있듯이 의회와 정부에게 민주적으로 정당화된 형성의 자유는 일반법의 독자성사고에 근거하고 있는 원칙이다.

- 판결의 기능위배적인 압도적 지배- 그 원인과 해소방법

9) 실무관행은 기능정서(機能整序, 기능의 자리매김)와 관련하여 확보된 입법의 최초관할성으로부터 결과되는 모델로부터 점점 더 멀어지고 있다. 예컨대 입법은 본질적인 문제에 있어서 자신의 규율과제에 추종적이지 않고, 연방헌법 재판소는 거의 전적으로 규범통제 대신에 개별사례통제를 행하고 있고, 일반법원은 법을 지속적으로 형성하는 것으로 그리고 법을 보충하는 것으로 활동하도록 강제된다고 스스로 여기고 있다.

10) 그 원인은 입법자가 지니는 기본권구체화적인 역할을 제대로 인식하지 못하는 부정적인 기본권관이 지속적으로 영향을 미치는 데에 놓여있다. 보호의 무를 다시 발견하기 위한 제3자효이론의 발전은 입법의 우선적 과제에 대한 관점을 비로소 점차 열어가고 있다.

11) 이러한 배경에는 역사적으로 증대해온 사법에 대한 신뢰가 놓여있다. 이러한 신뢰는 법관의 법에 대한 의존과 법률에 대한 기속이 조금이나마 주목받아왔다는 사실을 통해서 축적되었다.

12) 여기서 법률유보가 또한 사법권력에 대해서도 적용된다는 사실이 간과되었다. 법률유보는 법관이 법을 지속적으로 형성함에 있어서 보다 엄격한 한계를 발전시키기 위한 토대이다.

- 이상의 논의로부터 이끌어지는 결론들

13) 연방헌법재판소의 최우선적인 과업은 규범통제이다.

14) 일반법률의 적용상의 우위는 일반법원이 법률기속과 헌법기속사이에서의 선택을 행함에 있어서 이를 결정하기 위한 원칙으로서의 의미를 다시 획득한다.

15) 그렇다면 일반법원이 행하는 헌법재판적 통제는 법관이 법을 지속적으로

로 형성함에 있어서 그 한계가 준수되는지 여부의 심사에 원칙적으로 스스로 제한될 수 있다.

16) 법률이 어떠한 충분하고 구체적인 심사규준을 제공하지 못한다면, 이 같은 입법부작위로 인해서 충돌해결에 관한 기본권합치적인 해결이 연방헌법재판소에 주어지게 된다.

㉞ 일반법원의 기본권기속에 관한 기타의 쟁점들

- 포기될 수 없는 해석원칙으로서의 기본권

17) 일반법률의 헌법지향적인 해석과 적용은 법률이 개별사례의 해결을 충분히 결정할 수 없는 곳에서는 불가피하고 또한 헌법적으로 요청된다.

- 연방헌법재판소와 일반법원간의 권한갈등

18) 연방헌법재판소와 일반법원간의 과업병존성으로부터 결과되는 권한갈등은 헌법에 의해서도 그리고 법률에 의해서도 해결되지 못한다.

- 입법의 우선적 권한부여로부터 도출되는 결론들

19) 입법이 자신에게 속하는 본래의 기능으로 다시 투입되는 데에 우선적인 그리고 가장 중요한 과업이 놓여있기 때문에 연방헌법재판소와 일반법원간의 권한갈등은 제2차적이다.

20) 입법이 영역특화되고 사항귀속적인 규정들을 통해서 일반조항의 해체를 위한 계기를 제공하는 데에 성공한다면 권한문제는 어느 정도 축소된다.

21) 연방헌법재판소는 자신의 규범통제과업을 충족함에 있어서 일반법원이 행하는 기본권지향적 해석에 관한 원칙문제에 제한되어야한다.

㉞ 결론

22) 개별사례에서의 기본권보호의 필요성과 특별한 개별사례에 대한 헌법재판소의 지나친 개입을 여과(필터링)하는 것이 규정되지 않고 있고 또한 규정될 수 없다는 통찰은 헌법소원의 자유로운 채택질차를 위한 요청으로 이끈다.

마. 위 4인의 발제에 대한 질문 및 토론요지의 정리<sup>89)</sup>

위 4인의 발제가 있고 나서 冒頭 질문자로 나선 당시 Papier 독일연방헌법 재판소 소장은 이 문제에 대해서 원칙적인 회귀는 생각할 수 없음을 밝히면서, 연방헌법재판소의 실무상으로 헌법소원사건에서 절대적으로 차지하는 재판소원의 인용률이 3%미만일 뿐이며, 제기되는 헌법소원의 40%가량이 기본법 제 103조 제1항의 기준에 따른 재판절차적 기본권, 특히 청문권 침해를 주장하는 사건이고, 단지 20%만이 실제적 기본권침해가 주장되는 사건이라는 잠정통계치를 제시하였다. 청문권 침해주장의 특히 높은 비율은 명백히 일반법원의 규정된 법적 구제의 엄격한 제한에 그 원인이 있음을 지적하면서, 비공식통계에 의하면 민사법원 판결에 대한 헌법소원의 15%정도가 지방법원에서의 최종심을 그 대상으로 하고 있다고 밝혔다. 따라서 소송절차상의 흠결을 주장할 수 있는 별도의 구제수단을 마련하도록 입법자에게 요청한 바가 있었으며, 입법자가 민사소송법(ZPO) 제321a조에 새로운 규정을 삽입함으로써 이러한 요구에 대응했으며, 연방헌법재판소는 개별사건에 대한 비판을 진지하게 수용하고 있으며, 그간 연방헌법재판소를 두고서 초상고심(Superrevisionsinstanz), 고등법원(Oberamtsgericht) 또는 복지위원회(Wohlfahrtsausschuß)로 역할하고 있다는 외부의 비판을 두고서 심각하게 내부에서 토론을 진행하고 있음을 밝혔다.<sup>90)</sup>

이어서 소위 ‘형성여지도그마틱’을 주장한 Alexy교수의 발제에 대해서 가장 많은 질문과 비판이 제기되었다. Alexy교수의 발제에 대해서 Lerche교수는 구조적 형성여지에서 헌법과 일반법간의 顛倒된 관계설정이 문제임을 지적했고,<sup>91)</sup> Rupp교수는 형성여지도그마틱을 이해하는데 상당한 어려움이 있음을 지적하면서 이러한 시도에는 항상 법이론적 그리고 법실천적인 원칙물음이 제기되는데, 입법자에게 그러한 형성여지가 한 번 상정되면, 이로써 이 형성여지의 한계에 관한 물음이 함께 결부되고, 이 형성여지의 사슬은 끊어 없고, ‘유일한 정당한 결정’을 내리는 독점을 보유한, 즉 모든 형성여지논쟁을 종결짓는 자가

89) 위 4명의 발제가 있고 나서 36명의 질문 및 토론이 3시간동안 진행되었다.

이 내용은 VVDStRL Bd. 61(2002), S. 155에 수록되어 있다.

90) a.a.O., S. 156 f.

91) a.a.O., S. 158.

있지 않는 한 지속될 것임을 지적했다.<sup>92)</sup> 또한 Hufen교수는 형량의 재건을 시도하는 Alexy교수의 견해는 결론에 있어서 기본권의 보호영역의 해석에 관한 제한문제의 先取에로 넘어가버린다고 지적했다.<sup>93)</sup> Hillgruber교수는 다루어지는 주제가 역시 형량의 문제로는 해결될 수 없는 것이며, 경험적 형성여지와 규범적 형성여지와 관련하여 Alexy교수가 이 경우나 저 경우에서 기본권이 요청되거나 금지되지는지 여부를 인식할 수 없다는 것이 인식론적으로 조건지워진 형성여지의 특징화로 말하고 있는 것에 대해서, 그것이 자신에게는 규범적 형성여지가 아니라 경험적 형성여지로 와 닿는바 그가 이해한 것을 자신은 전혀 생각할 수 없다고 고백하고 있다.<sup>94)</sup> Scherzberg교수는 4가지의 근거를 들면서 Alexy교수의 주장이 현실성이 없음을 지적하면서, 그가 사용하는 개념정의가 순환론적이고, 정작 형량회의론자들에게 비판을 가하면서도, 그들의 중요한 지에 대해서는 상론하지 않았음을 비판했다. 특히 Alexy교수가 언급한 것처럼 침해강도를 단계화하는 것으로는 충분치가 않고, 침해자체를 형량해야 하고, 그가 주장하는 기본법의 윤곽질서라는 것은 존재하지 않는다고 지적했다.<sup>95)</sup> 또한 그의 주장이 목적론적이라는 Pfersmann교수의 지적,<sup>96)</sup> 윤곽이라는 공식이 오늘날의 지배적인 헌법이해에 부합되지 않는다는 Grimm교수의 지적<sup>97)</sup> 등이 제기되었다.

또한 Alexy교수가 규범적 인식형성여지에서는 일반법원이 실질적인 헌법재판을 수행하기 때문에 인식형성여지가 영향을 미치는 한에서 그러나 또한 바로 거기까지만 헌법재판과 일반재판간의 공조협력적 관계가 존재하며, 이러한 형성여지가 얼마나 넓은지에 관해서는 물론 지속적으로 연방헌법재판소가 감시한다고 주장하는 데에<sup>98)</sup> 대해서, Isensee교수는 토론에서 “오늘날 마치 ‘열려라 참깨(Sesam-öffne-Dich)’와 같은 마법의 주문처럼 회자되는 협력적 공조는

---

92) a.a.O., S. 164 f.

93) a.a.O., S. 176.

94) a.a.O., S. 175.

95) a.a.O., S. 172 f.

96) a.a.O., S. 177.

97) a.a.O., S. 183.

98) a.a.O., S. 29.



법원과 법원의 관계에 있어서는 적합하지 않다. 국가, 정부 및 행정청간에 무엇이 정당하고 부수적으로 남아있는가는 일종의 행위준칙으로서 법원에 위임되어 있지 않다. 협력적 공조는 단지 동등한 파트너 간에만 가능한 것이지, 관찰상 서로 분리되어 있고, 무엇이 옳은지를 일방적으로 고권적으로 결정하도록 서열상 조정된 대상에 있어서는 가능하지 않다. 관찰자의 관점에서는 헌법재판소와 일반법원의 판결을 작업분업과 협력적 공조작업으로 의미 짓고자 하지만, 행위자인 연방헌법재판소, 연방대법원 그리고 다른 일반법원들은 자신들에게 헌법과 법률을 통해서 근거지워진 권한과 의무의 외부에 놓여 있는 의무협력적 공조를 위한 권한을 주장할 수 없다”고 비판하고 있다.<sup>99)</sup>

다음으로는 주제에 관한 문제해결에 있어서 입법자의 우선적 권한과 헌법구체화에 있어서의 우선성을 강조하는 Hermes교수의 발제에 대해서 많은 질문과 토론이 제기되었다. Calliess교수는 문제해결에 있어서 본래 입법자가 요청된다면, 일반법원은 생겨난 흠결을 메우기 위한 보호의무를 다하기 위해서 직접적으로 이를 해소할 수 없다는 Hermes교수의 주장에 동의하면서, 따라서 일반법원은 이를 연방헌법재판소에 넘겨야 한다고 주장했다.<sup>100)</sup> 또한 Kirchhof교수는 Hermes교수가 최종적으로 테제에서 연방헌법재판소는 입법부작위도 통제해야하고, 소송절차적 해결은 자유로운 채택절차에 놓여있다는 주장으로 결론짓는 데에 놀라움을 금할 수 없음을 밝히면서, 이로써 헌법재판소에 대한 심각한 권한증대와 정치화의 위험이 초래될 것임을 경고했다.<sup>101)</sup> 또한 Roellecke교수는 민주주의원칙과 권력분립론에 근거하는 Hermes교수의 발제와 관련하여 자신이 보기에 현재로서는 독일의 권리보호시스템이 전체적으로 잘 기능한다고 보지만, 기능적으로 잘 작동하지 않는다면 예컨대 연방헌법재판소가 입법자를 사실상 마구 들볶아야하고, 입법자는 이에 저항하기 위해 경각심을 갖게 되고, 이미 입법이라는 수단을 가지고 있는 입법자는 아마도 연방헌법재판소법을 개정할 터이고, 이 경우에 형성여지를 갖고 있지만 문제는 왜 입법자가 그렇게 하지 않는가 하는 점에 있음을 지적했다.<sup>102)</sup> Rupp교수는 Hermes교수의

---

99) a.a.O., S. 184 f.

100) a.a.O., S. 160.

101) a.a.O., S. 163.

102) a.a.O., S. 164.

테제 11, 12와 관련하여 법률은 사법의 범창조에 대해서 단지 제한일뿐 사법기능의 정당화가 아니며, 법률 하에서의 자유는 법관에 대해서가 아니라 단지 사법에게만 허용됨을 간과해서는 아니 된다고 지적했다.<sup>103)</sup> Bull교수 역시 Hermes교수가 테제 20에서 주장하는 일반조항의 해체는 입법자에게 보다 구체적으로 규율화할 것을 강제하는 수단이지만, 이는 부적합하고, 또한 불가능한 것임을 지적하면서, 기본권합치적으로 판결하는 법관의 지혜에 신뢰를 가져야지, 개별사례에서 법관에 의해서 보다 정의롭게 결정될 수 있는 것을 의회의원들이나 행정자료들에게 더 많은 부담을 주어서는 아니 된다고 비판했다.<sup>104)</sup>

주로 비교법적인 논의를 전개한 Heun교수의 발제와 관련해서는 미국에서는 가장 최소한의 헌법화가 존재한다는 주장에 동의할 수 없고, 미국에서는 모든 주제들이 헌법적으로 토론되고 있으며, 헌법적으로 별로 연관성이 없는 주제와 관련해서도 헌법문제로 다루어지는 Law-Review기사들을 쉽게 발견할 수 있다는 Bryde 연방헌법재판소 재판관의 지적이 있었고,<sup>105)</sup> Koch교수는 헌법재판과 일반재판간의 관계문제와 관련하여 미국에서 기본권을 민사법적인 사건의 판결로부터 재조명하게끔 발전된 ‘state-action-doctrine’의 독일법에의 도입을 제안하기도 했다.<sup>106)</sup>

주로 주헌법재판소의 문제를 다룬 Kunig교수의 발제에 대해서 Berlin 주헌법재판소 소장직을 겸하고 있는 Sodann교수는 2000년도에 독일내의 15개의 주헌법재판소 들에서 연방헌법재판소에 접수되는 사건총계의 20%에 해당되는 도합 1,000여건의 사건이 접수되었고, 이들 사건의 대부분이 마찬가지로 재판소원임을 밝히면서, 주헌법재판소에서도 여전히 헌법재판과 일반재판의 관계가 문제시되고 있고, 따라서 주로 다루어지는 임대차법 관련소송과 같이 모든 개별사건에서 헌법재판소가 일반법원을 갖고 노는 듯한 시도에는 단연코 저항해야 할 것임과, 단지 Berlin 주헌법재판소에서도 극소수의 헌법소원만이, 즉 연방헌법재판소에서와 유사하게 단지 3%의 인용비율이 나타내듯이 일반재판에 대한 존중을 분명히 인식하고 있다고 밝히고 있다.

---

103) a.a.O., S. 165.

104) a.a.O., S. 196.

105) a.a.O., S. 166.

106) a.a.O., S. 189.

## 제6절 시사점

현재의 독일연방헌법재판소 창설은 시민의 권리를 보호하기 위한 효율적인 구제절차를 확보하기 위한 독일적 역사성, 특히 국가권력을 기속하기 위해 발전해온 독일적 법치국가원리에 강하게 기초하고 있다. 이러한 의미에서 연방헌법재판소는 독일의 헌법시스템에서 가장 독창적이고 흥미로운 기구로 표현되고 있다. 마찬가지로 우리의 경우에도 시민의 권리보호와 국가권력의 헌법에의 기속이라는 헌법적 공통성을 확인하고서 현재와 같은 독일적인 집중형 헌법재판모델의 계수가 정당성을 지니고 있는 가운데, 우리 법현실과 정치현실의 특수성을 고려한 지속적 발전에 더욱 노력할 필요가 있다.

전후 기본법과 연방헌법재판소법 제정을 통한 독일연방공화국과 연방헌법재판소의 성립과정에서 주어진 짧은 기간 그리고 정파적 이해관계의 상이함에도 불구하고 법률가들과 정치인들이 진지한 논의를 진행해온 결과가 오늘날의 현 모습이 확인된다.

독일의 헌법재판제도와 관련하여 헌법소원제도의 채택은 가장 중요한 성과로 평가되고 있다. 헌법소원제도의 채택과 관련한 초기의 규범화 논의과정에서 정치적 이해관계의 대립으로 인해 헌법소원의 헌법적 규정화가 좌절되었지만, 추후 일반입법자의 입법형성권을 통한 제도 폐지의 위험성을 원천적으로 제거하기 위한 합의가 이루어진 가운데, 헌법개정권력에 의하지 않고는 제도의 변경이 불가능하게 헌법적 규범화가 이루어졌다.

헌법재판소 재판관의 자격을 정함에 있어서 초기의 뜨거운 논쟁이 제기되었다. 특히 법률가들로만 재판관을 구성하는 데에 설득력 있는 상당한 반론들이 제기된 점이 흥미롭다. 특히 직업법관의 전문성과 객관성에 대한 회의론(懷疑論)에 상당한 공감대가 형성되었다는 사실이 주목된다. 또한 기존의 독일법관법(DRiG)상 예외적으로 법학정교수의 경우에 법관직의 자격을 부여해 왔으나, 지난 독일통일과정에서 체결된 통일조약에서 법통합의 현안문제에 직면해서 구 동독시민의 경우에는 법학사(Diplomjurist) 자격만으로 재판관 자격을 충족하도록 한 점 또한 우리에게 시사하는 바가 크다.

연방헌법재판소 창설 초기부터 헌법소원의 쇄도에 따른 재판소 업무의 과부

하가 지속적으로 문제시되어 왔다. 이후 남소(濫訴)를 방지하기 위한 소송비용 부담, 지정재판부를 통한 사전채택절차 등이 도입되었고, 특히 비록 좌절되기는 했지만 헌법소송전문번호사제도의 도입 등이 적극 논의된 점 또한 흥미로운 대목이다. 그러나 이러한 헌법소원의 쇄도가 시민의 권리의식의 고양 그리고 헌법재판소에 대한 신뢰도의 증대에 따른 것으로 원칙적으로 평가되고 있음이 주목된다.

연방헌법재판소 재판관의 구성과 선출 그리고 임기는 처음부터 대단히 민감한 정치적 문제로 간주되었다. 어쨌든 재판관 선출에 있어서 민주적 정당성원리가 강조되고 또한 관철되고 있음이 확인된다. 또한 재판관 구성에 있어서 연방주의적 안배, 정당정치적, 종교적 그리고 양성평등적 안배 등 여러 요인들이 함께 고려되었음이 확인된다. 즉 재판관들의 구성에 있어서 다양성을 확보함으로써 치밀한 논증시도와는 별도로 헌법재판소 결정의 사회적 수락가능성을 제고시키고자 노력했다고 이해된다. 특히 연방의회가 연방참사원이 각각 재판관의 절반을 선출토록 하고, 이 과정에서 2/3가중다수결을 요구함으로써 의회내 소수자보호가 강조되고 또한 제도적으로 고려되고 있는 점이 주목된다. 그러나 현실적으로는 거대정당들간의 나눠먹기식의 타협으로 재판관 선출의 실제(實際)가 나타나고 있음이 비판된다. 재판관의 임기문제 역시 재판관의 독립성을 보장함과 아울러 시대의 변화에 따른 조직의 신진대사를 확보하기 위한 여러 사항들을 고려한 가운데 개정되어 왔음이 확인된다.

법과 정치의 문제는 어느 나라에서와 마찬가지로 독일 연방헌법재판소에는 민감한 주제로 주어져 있으며, 법과 정치간의 나름대로 구획된 경계를 넘어서는 일련의 결정들이 행해진 데에 대한 일정한 비판이 행해지고 있다. 특히 재판관들이 보수적인 여당의 집권 당시에는 의도적으로 무시했던 정부행태에 대해서 진보정당이 집권한 시점에서는 이를 적극적으로 위헌으로 결정하는 등의 비일관적인 결정행태가 진행된 점이 비판적으로 지적되고 있다.

연방헌법재판소의 창설과 재판소원이 포함된 헌법소원제도가 도입된 이래로 지난 1960년대부터 이른바 ‘법질서의 헌법화’의 경향이 두드러지게 나타났고, 특히 Lüth결정, Elfes결정을 통해 본격적으로 기본권의 제3자효와 교차효과 등이 인정됨으로써 일반법원과 사법(私法)학계로부터 이른바 ‘기본권의 비대화(肥

大化) 내지 ‘과잉헌법화(Überkonstitutionalisierung)’라는 화두가 중심이 된 드센 비판이 제기되기 시작했다. 이러한 비판에 직면해서 지난 2001년도 독일국법학자협회 연차총회에서 ‘일반법원과 헌법재판소와의 관계’를 주제로 학술대회가 개최되었다. 이전의 학문적 작업들과 위 학술대회의 발제문들에서 헌법과 일반법률 그리고 헌법재판소와 일반법원간의 바람직한 관계설정 그리고 재판소원의 허용범위와 심사기준을 확립하기 위한 다양한 시도들이 행해졌다. 유감스럽게도 모두를 만족시키는 명확한 심사기준을 확립하는 것이 쉽지 않다는 사실만 확인되었다. 그러나 제기된 비판들에도 불구하고 인용률로 나타나는 재판소원의 성공가능성이 단지 접수사건대비 3%미만에 불과하며, 비판되는 ‘과잉헌법화’가 ‘과소헌법화(Unterkonstitutionalisierung)’보다는 낮다고 조심스럽게 자위하는 가운데 별다른 소득 없이 잠정적으로 논의가 종결되었다. 반면에 우리의 경우에는 헌법소원제도에서 일반법률상 원칙적으로 재판소원이 배제되고 있는 가운데 오히려 ‘과소헌법화’의 염려가 더욱 불거져 있다고 평가된다.

## 제3장 오스트리아 헌법재판제도

### 제1절 오스트리아 헌법재판제도 개관

#### I. 서론

오스트리아 헌법재판소(VfGH)는 행정재판소(VwGH)와 함께 오스트리아 연방헌법에서 “헌법과 행정의 보장”이라고 하는 제목하에서 규율되고 있는 권리보호제도이다(연방헌법 제137조부터 제148조까지). 헌법재판소의 권한은 연방헌법에 의하여 완결적으로 규정되어 있으며(제137조부터 제145조까지), 조직과 절차와 관련해서는 단지 어느 정도의 원칙적인 규정들만 규정되어 있고 보다 자세한 규정은 “특별한 연방법률”과 그리고 이에 근거하고 헌법재판소에 의하여 규정되는 규칙에 의하여 규정되고 있다. 이러한 수권규정을 근거로 1953년의 헌법소송법(VfGG)과 헌법재판소의 규칙(VfGO)이 제정되어 있다.

#### II. 헌법재판소의 조직

##### 1. 헌법재판소의 구성원

헌법재판소는 소장, 부소장과 12명의 재판관 그리고 6인의 예비재판관(Ersatzmitglieder)으로 구성된다(연방헌법 제147조 제1항; 헌법재판소법 제1조).

헌법재판소 재판관은 연방헌법 제147조 제2항에 따라 연방대통령에 의하여 임명되며, 소장과 부소장 및 6인의 재판관과 3인의 예비재판관은 연방정부의 제청에 의하여 임명된다. 그리고 이 재판관과 예비재판관은 법관, 행정공무원 그리고 법과대학의 교수들로부터 충원한다. 나머지 6인의 재판관과 3인의 예비재판관 중에서 3인의 재판관과 2인의 예비재판관은 하원인 국민회의의 제청에 의하여, 그리고 나머지 3인의 재판관과 1인의 예비재판관은 상원인 연방참사원의 제청에 의하여 임명된다. 3인의 재판관과 2인의 예비재판관은 연방수도인 Wien이 아닌 지역에 그 주소를 가지고 있어야 한다. 재판관이나 예비재판관으로 임명된 현직 행정공무원은 그 직으로부터 사퇴하여야 하며 더 이상 그 급

료를 받아서는 안된다. 하지만 모든 명령구속적 활동으로부터 벗어나 있는 자로서 예비재판관으로 임명된 행정공무원은 이러한 정직의 기간 동안에는 그러하지 아니하다(연방헌법 제147조 제2항).

소장, 부소장 그리고 그 밖의 재판관과 예비재판관은 법과대학을 졸업하여야 하며 또한 최소한 이미 10년 이상 법과대학 졸업 후 예정된 관련직종의 경력을 소지하여야 한다(연방헌법 제147조 제3항).

연방정부나 지방(주)정부의 구성원, 하원과 상원이나 그 밖의 일반적인 대표기관의 구성원은 헌법재판소 재판관을 겸직할 수 없다. 일정한 임법기간이나 또는 활동기간 동안 선출된 이러한 대표기관의 구성원의 경우에는 그러한 대표로서의 지위를 재판관으로서 임명되기 전에 포기한 경우라 하더라도 임법기간이나 활동기간이 종료될 때까지 겸직금지가 적용된다. 끝으로 정당의 직원이거나 그 밖의 당직자(Funktionäre)들은 재판관을 겸직할 수 없다(연방헌법 제147조 제4항).

그리고 최근 5년간 연방헌법 제147조 제4항에서 언급하고 있는 직을 가졌던 자들은 연방헌법재판소의 소장이나 부소장으로 임명될 수 없다(연방헌법 제147조 제5항).

헌법재판소 재판관과 예비재판관들에게도 법관의 독립(연방헌법 제87조 제1항)과 봉급(동조 제2항), 신분보장(제88조 제2항) 등에 관한 규정이 준용되며 자세한 것은 연방법률로 정한다. 그리고 헌법재판소 재판관의 정년은 70세가 되는 해의 12월 31일까지로 한다(제147조 제6항).

한편 재판관과 예비재판관이 헌법재판소의 심리에 3차례 연속으로 충분한 양해를 구함이 없이 결석하는 경우에는 그에 대한 청문 후에 헌법재판소가 이것을 확인해야 하며, 이러한 확인이 있는 경우 그는 재판관이나 예비재판관으로서의 지위를 상실한다(제147조 제7항).

헌법재판관의 자리 하나가 비게 되면, 소장은 이를 연방수상에게 알려야 하며, 연방수상은 이 자리의 충원을 위하여 필요한 제청을 받기 위하여 필요한 사항을 수행하여야 한다(헌법재판소법 제11조).<sup>107)</sup>

---

107) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht(10. Aufl.), Wien 2007, S. 498 f.

## 2. 헌법재판소의 조직

헌법재판소의 지도와 그 운영에 대한 감독은 소장의 의무이다(헌법재판소법 제3조 제1항, 제1조). 소장의 유고시에는 부소장이 그를 대행한다. 부소장도 유고시에는 Wien에 거주하는 최연장자인 재판관이 헌법재판소의 운영을 맡는다(헌법재판소법 제3조 제3항). 이러한 상태가 장기간 지속될 것으로 예상하는 경우에는 연방수상에게 이를 알려야 한다(헌법재판소법 제2조).

헌법재판소의 판결기구는 모든 재판관으로 구성되는 헌법재판소의 전원회의 체이며 소장을 의장으로 한다(헌재법 제6조 제1항). 실무에서는 많은 사항들이 의장과 4인의 재판관으로 구성되는 소규모 회의에서 결정된다. 헌재법 제7조 제2항 제a호에서 의결정족수에 대하여 의장과 4인의 의견(Stimmführer)이 존재하는 경우에는 충분하다고 하는 것만을 규정하고 있을 뿐이기 때문에, 어쨌든 모든 구성원들이 참석하여야 한다.<sup>108)</sup>

헌법재판소는 의장과 최소한 8인의 재판관이 출석하는 경우에 결정할 수 있다(헌재법 제7조 제1항). 예외적으로 4인의 재판관의 출석으로 충분한 경우도 있다(헌재법 제7조 제2항과 제19조).

재판관(예비재판관)의 기피는 규정되어 있지 않으나 제척은 헌법재판소가 비공개회의에서 판결하여야 한다(헌재법 제12조).

헌법재판소의 심리와 표결은 공개하지 아니한다(헌재법 제30조).

## III. 헌법재판소의 심판절차

### 1. 청구의 내용과 형식

연방헌법 제137조 내지 제145조에 따라 헌법재판소에 제기되는 청구들은 서면으로 제출되어야 하며(헌재법 제15조 제1항), 헌법재판소에 제소한 연방헌법의 근거규정을 들이야 하고 또한 청구에 이르게 된 사실관계에 대한 설명과 일정한 주장(Begehren)을 포함하여야 한다(헌재법 제15조 제2항). 법적 설명들

---

108) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, S. 501.



은 허용된다(헌재법 제17조 제4항). 보통의 경우에 청구는 수입 변호사에 의하여 제출되어야 한다(헌재법 제17조 제2항: 절대적 변호사강제주의). 그 밖의 경우에는 상대적 변호사 강제주의가 적용된다.<sup>109)</sup>

## 2. 사전절차

주심재판관은 일반적으로 우선 관련 행정청(당해 행정청 및 당사자)에게 소원(청구)을 통지하며, 관련서류와 답변서를 제출할 것을 요구하여야 한다.

주심재판관은 사전절차에서의 단순히 소송지휘적 성격의 모든 해결들과 또한 변론의 준비를 위한 목적의 처분은 재판소의 결정을 구하지 아니하고서 내려야 하며(헌재법 제20조 제1항), 서면의 보고를 하여야 한다(헌재법 제15조 제2항).<sup>110)</sup>

## 3. 변론

헌법재판소의 판결은 보통 공개구두변론 후에 이루어진다(헌재법 제19조제1항). 변론은 헌법재판소장이 명령하며, 그것은 주심재판관의 설명으로 시작한다(헌재법 제25조). 당사자들은 변론의 취지에 부합하게 자신들의 입장을 설명할 기회를 가져야 한다.<sup>111)</sup>

## 4. 판결

판결은 가능한 한 공개변론의 종료 후 즉시 이루어져야 하며, 즉시 본질적인 결정이유와 함께 구두로 선고하여야 한다. 판결의 선고는 당사자의 출석과 상관없이 이루어진다(헌재법 제26조 제1항). 사실상 구두변론은 매우드물게 이루어진다. 보통의 경우 판결과 결정은 서면의 결정문의 작성에 의하여 이루어진다(헌재법 제26조 제2항).<sup>112)</sup>

---

109) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, S. 503.

110) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1070.

111) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1071.

112) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1072.

## 5. 소송비용

다음의 심판의 경우에 소송비용이 규정되어 있다. 연방헌법 제137조(헌재법 제41조), 연방헌법 제138조 제1항(헌재법 제52조)에 따른 심판, 연방헌법 제139조 제1항과 제140조 제1항에 따른 개인적 청구(헌재법 제61a조와 제65a조), 연방헌법 제144조에 따른 심판(헌재법 제88조)의 경우가 그것이다.<sup>113)</sup>

비용의 선고가 청구되면, 보통의 경우 해당 비용, 특히 청구(소원)과 변론 참여 비용 등이 일목요연하게 표시되어야 한다(헌재법 제27조).

## 6. 민사소송법의 보충적 적용

헌법재판소법에서 다른 규정이 없는 경우 민사소송법과 유럽 민사소송법의 규정들이 - 탄핵의 경우에는 형사소송법(헌재법 제81조)이 - 준용된다(헌재법 제35조 제1항). 특히 민사소송법의 규정들은 기간의 계산에서 준용되며, 우송에 소요되는 날은 기간에 산입되지 아니한다(헌재법 제35조 제2항).<sup>114)</sup>

민사소송법의 보충적인 준용명령은 문제가 있다. 왜냐하면 완전히 다른 유형의 심판체계의 결과 민사소송법의 규정을 끌어들이야 할 것인지 여부가 의심스러운 경우가 많기 때문이다.<sup>115)</sup>

# IV. 헌법재판소의 권한

## 1. 보충적 재산권 소송(Kausalgerichtsbarkeit)

연방헌법 제137조에 따르면 헌법재판소는 연방, 주, 지방자치단체와 상급지방자치단체에게 제기된 재산권적 청구와 관련하여 그것이 통상적인 권리구제 절차에 적합하지 않고, 또한 행정청의 처분에 의하여 해결될 수도 없는 경우에

---

113) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1073.

114) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1074.

115) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1074.

는 그에 대하여 판결하여야 한다. 따라서 이것은 직접적인 재산권적 청구에 대하여 법원도 그리고 행정청도 판결할 수 없는 경우에만 주어지는 보충적 권한이라고 할 수 있다.<sup>116)</sup>

청구취지는 訴(Klage)로써 주장하여야 한다(헌재법 제37조). 이러한 소는 이행 뿐만 아니라, 소송 당사자가 즉시 확인에 대한 법적 이익이 있는 경우 권리나 권리침해의 존재와 부존재에 대한 확인을 청구할 수 있다(헌재법 제38조).<sup>117)</sup>

연방헌법 제137조에 따른 판결의 집행은 연방헌법 제146조 제1항에 따라 통상 법원의 의무이다.<sup>118)</sup>

## 2. 권한쟁의소송(Kompetenzgerichtsbarkeit)

헌법재판소는 각종의 권한과 관련한 분쟁을 재판할 권한을 가진다(연방헌법 제138조 제1항). 회계감사원(연방헌법 제126a조)과 읍부스만(연방헌법 제148조)의 권한과 그리고 연방권한 및 주권한의 한계(연방헌법 제138조 제2항)를 확인하는 권한을 갖는다.

### 가. 권한쟁의심판의 종류

연방헌법 제138조 제1항에 따르면 헌법재판소는 법원과 행정청 간, 행정재판소와 다른 모든 법원 간, 특히 행정재판소와 헌법재판소 자체 간, 및 통상법원과 다른 법원 간, 주 상호 간 및 주와 연방 간의 권한분쟁에 대하여 재판한다.

#### ㉠ 법원과 행정청 간의 권한분쟁(연방헌법 제138조 제1항 a목)

법원과 행정청 간의 적극적 권한분쟁이 발생한 경우, 그 법원은 권한분쟁에 대하여 인식을 하였다 하더라도 재판절차를 당분간 속행하여야 한다. 하지만 행정청은 같은 사건에서 그 절차를 중지하고 최고 행정청에 이 사실을 보고하

---

116) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1075.

117) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1077.

118) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1078.

여야 한다. 그리고 연방이나 주의 관할 최고 행정청은 공식적으로 인지한 후 4주 이내에 권한쟁의심판을 청구하여야 한다(헌재법 제42조 제2항). 이 사실은 해당 법원에 통지되며(헌재법 제42조 제4항), 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 재판은 정지된다(헌재법 제42조 제5항). 4주간의 기간이 경과되는 경우 당해 법원은 그 사건에 대하여 판결할 수 있다(헌재법 제42조 제3항).<sup>119)</sup>

당해사건의 당사자들은 관할 행정청에게 권한분쟁의 해결을 위한 심판청구를 하도록 요구(Begehren)를 할 수 있는 한에서 심판청구에 영향을 미칠 수 있다. 4주의 기간 내에 이러한 심판청구가 이루어지지 않는 경우에 당사자 자신이 또 다른 4주 이내에 헌법재판소에 권한분쟁의 심판을 청구할 수 있다(헌재법 제48조).<sup>120)</sup> 소극적 권한분쟁의 경우에 권한쟁의심판에 대한 청구는 당사자들만이 제출할 수 있다(헌재법 제46조 제1항).

㉠ 법원들간의 권한분쟁(연방헌법 제138조 제1항 b목)

행정재판소(VwGH)와 다른 법원간의 적극적 권한분쟁의 경우 또는 통상 법원과 다른 법원간의 권한분쟁의 경우 헌법재판소는 분쟁에 휘말린 법원이나 당해 행정청 또는 당사자의 신고에 의하여 또는 자신의 서류를 통하여 인지한 즉시 권한분쟁에 대하여 심판하여야 한다(헌재법 제43조 제3항). 전술한 모든 행정청들은 신고의 의무를 진다(헌재법 제43조 제4항).

당사자들은 법원과 행정청간의 권한분쟁의 경우에 있어서와 같이 보충적으로 청구할 수 있다(헌재법 제48조). 법원들간의 분쟁이 발생하여 헌법재판소의 심판의 개시되는 경우 그 재판은 정지된다(헌재법 제43조 제5항). 소극적 권한분쟁의 경우 권한쟁의심판에 대한 청구는 당사자들만이 제출할 수 있다(헌재법 제46조 제1항).<sup>121)</sup>

㉡ 연방과 주 행정청간 및 서로 다른 주 행정청간의 권한분쟁  
(연방헌법 제138조 제1항 c목)

연방행정청과 주행정청간이나 또는 최소한 두 개의 서로 다른 주의 행정청간의 적극적 권한분쟁의 경우 모든 관련 정부들은 권한쟁의심판을 청구할 수

119) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1084.

120) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1085.

121) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1086.

있다(헌재법 제47조 제1항). 정부는 이 경우 직무상 인지한 때로부터 4주간의 기간을 이용할 수 있다(헌재법 제47조 제2항). 분쟁에 이르게 된 행정청은 보고할 의무를 진다. 심판을 청구하는 정부는 즉시 해당 정부에게 심판청구를 고지하여야 한다(헌재법 제47조 제3항). 헌법재판소에 제소하는 경우 행정청에 계류중인 절차는 모두 중지된다(헌재법 제47조 제4항). 당사자들은 법원과 행정청간의 권한분쟁의 경우에 있어서와 같이 보충적인 청구권을 갖는다(헌재법 제48조).<sup>122)</sup>

㉔ 권한분쟁에 있어서 절차와 판결

구두변론이 실행되는 경우 당사자들은 모두 참여하여야 하거나 자유로이 출석할 수 있다(헌재법 제19조, 45조, 49조, 50조 제2항).

헌법재판소는 판결에서 권한분쟁을 재판하여야 한다. 즉 어떠한 행정청이 권한을 가지는지를 선고하여야 한다. 헌법재판소는 이러한 판결에 반하는 행위와 또한 법원의 결정을 취소를 선고하여야 한다(헌재법 제51조).<sup>123)</sup>

나. 권한확인

다음의 경우에 헌법재판소는 연방헌법에 의하여 법규정에 대한 유권적 해석의 소임을 갖는다.

㉕ 연방과 주의 권한확인(연방헌법 제138조 제2항)

연방헌법 제138조 제2항에 따르면 헌법재판소는 연방정부나 주정부의 청구에 의하여 입법이나 집행의 행위가 연방이나 주의 권한에 해당하는지 여부를 확인하여야 한다. 이것은 헌법재판소에 의한 사전적 통제의 유일한 경우이다.<sup>124)</sup>

연방헌법 제138조 제2항에 따른 권한확인심판은 연방정부나 주정부의 청구에 의하여 개시된다. 청구는 입법이나 집행과 관련한 어떠한 사항이 연방이나

---

122) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1087.

123) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1088.

124) Martin Hiesel, Entwicklung und Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl., Wien 2008, S. 9 ff.(21).

주의 권한에 해당하는지 여부를 확인해 달라고 하는 요구이다(헌재법 제53조).

입법권한이 문제되는 경우에는 청구는 입법기관의 의결대상이 된 법률안을 포함하여야 한다(헌재법 제54조). 집행의 권한이 문제되는 경우에 청구는 다음 사항을 포함하여야 한다. 첫째, 명령의 경우에는 명령안과 명령을 발하게 될 행정청의 명시, 둘째 그 밖의 집행행위에 있어서는 규율대상이 된 구성요건과 그 처분을 발할 행정청의 명기가 그것이다(헌재법 제55조).

심판절차의 진행과정에서 심판청구를 하지 아니한 모든 다른 정부들은 서면의 입장표명을 하도록 요구된다(헌재법 제56조 제3항).<sup>125)</sup>

판결은 권한을 확인하여야 한다. 확인은 법문으로 하여야 하며, 연방수상은 연방법률공보에 지체없이 공포하여야 한다(헌재법 제56조 제4항).

㉠ 회계감사원의 권한확인(연방헌법 제126a조)

연방헌법 제126a조는 회계감사원과 일정한 법주체간의 특정한 권한분쟁의 해결을 규정하고 있다. 회계감사원은 연방헌법 제121조 제1항에 따라서 연방, 주, 지방자치단체와 상급지방자치단체 및 그 밖의 법주체들의 행위에 대한 감사를 하여야 하기 때문에 회계감사원과 이 법주체들간에 회계감사원의 권한의 범위와 관련하여 의견의 불일치가 발생할 수 있다. 회계감사원의 권한을 규정하는 법규정의 해석에 대한 의견의 불일치가 있는 경우에 헌법재판소는 연방정부(주정부)나 회계감사원의 청구에 의하여 회계감사원의 권한의 존부에 대하여 재판을 한다. 각 법주체는 헌법재판소의 법적 견해에 따라서 회계감사원에 의한 감사를 가능하게 할 의무를 지며, 그 집행은 통상법원에 의하여 이루어진다.<sup>126)</sup>

헌법재판소에 대한 제소가 있는 경우 회계감사원의 관련 직무행위는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 연기 또는 정지된다(헌재법 제36b조). 헌법재판소의 판결은 법률적 권한에 대하여 결정한다. 모든 법주체는 연방헌법 제126a조에 따라서 헌법재판소의 법적 견해에 부합하게 회계감사원의 감사를 가능하게 할 의무를 진다.<sup>127)</sup>

㉡ 움부스만(Volksanwaltschaft)의 권한확인(연방헌법 제148f조)

125) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1092.

126) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1095.

127) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1098.

연방헌법 제148조에 따르면 헌법재판소는 옴부스만과 연방정부나 연방장관 간의 특정한 분쟁에 대하여 심판할 권한이 있다. 옴부스만과 연방정부 내지는 연방장관사이에 옴부스만의 권한을 규정하는 법률규정의 해석에 관한 의견의 불일치가 발생한 경우에는 연방정부나 또는 옴부스만의 청구에 의하여 헌법재판소가 비공개 변론에서 재판을 한다.

주헌법에 의하여 옴부스만이 관련 주의 영역에 대하여 권한이 있는 것으로 선언된 경우에는 헌법재판소가 옴부스만이나 주정부의 청구에 의하여 헌법재판소가 유권적 해석의 권한을 갖는다(연방헌법 제148i조 제1항). 주가 주행정영역에 대하여 옴부스만과 유사한 기관을 가지고 있는 경우에 주헌법에 의하여 헌법재판소의 권한확인을 위한 권한이 창설될 수 있다(연방헌법 제148i조 제2항).<sup>128)</sup>

### 3. 협약(Vereinbarungen)에 대한 심사

연방헌법 제138a조에 따르면 헌법재판소는 연방정부나 관련 주정부의 청구에 의하여 연방과 주간의 협약(연방헌법 제15a조 제1항)이 존재하는지 여부와 또한 어떠한 주나 연방에 의하여 그러한 협약으로부터 나오는 의무가, - 재산권적 청구와 관련되지 않는 한에서 - 이행되었는지 여부에 대하여 확인하여야 한다.<sup>129)</sup>

연방헌법 제138a조 제2항에 따르면 헌법재판소는 주들간의 협약이 이루어진 경우에 관련 주정부의 청구에 의하여 그러한 협약(연방헌법 제15a조 제2항)이 존재하는지 여부와 또한 그러한 협약으로부터 나오는 의무가 - 재산권적 청구와 관련되지 않는 한에서 - 이행되었는지 여부에 대하여 확인하여야 한다.<sup>130)</sup>

관련된 정부들은 공개 구두변론에 참여하며, 서면으로 입장을 표명하여야 한다. 헌법재판소는 협약에 참여한 다른 정부에 대해서도 의견표명을 요구할 수 있다(헌재법 제56b조 제2항).<sup>131)</sup>

---

128) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1099.

129) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1100.

130) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1101.

#### 4. 위법명령 심사

##### 가. 위법명령심사의 대상

연방헌법 제139조 제1항의 심사의 대상은 연방행정청이나 주행정청의 명령이다. 여기에서의 명령은 소위 법규명령만을 의미한다.<sup>132)</sup>

##### 나. 위법명령심사의 기준

심사의 기준으로서 연방헌법 제139조 제1항에 따라 명령의 위법여부이다. 위법성은 실질적인 의미로 이해된다. 즉 명령은 그것이 위헌인 경우나 또는 상위의 규범에 반하는 경우에 위법하다고 할 수 있다.<sup>133)</sup>

명령의 유형에 따라서 심사의 기준은 달라질 수 있다.

첫째, 집행명령이 문제되는 경우에는 연방헌법 제18조 제2항에 따라서 그 명령이 법률적 규정을 단순히 구체화하는지 여부를 심사해야 한다.

둘째, 법률보충적 명령에 관한 헌법적 수권에 근거하고 있는 명령이 문제되는 경우에는 우선 그것이 헌법적 수권규정에 부합하는지 그리고 다음으로 그것이 법률과 충돌하는지 여부를 심사한다.

셋째, 법률대위적 명령의 경우는 그것이 헌법적 수권규정에 부합하는지 여부를 심사한다.

넷째, 법률개정적 명령의 경우(가령 연방헌법 제118조 제7항)에는 그것이 헌법적 수권규정에 부합하는지 여부를 심사한다.<sup>134)</sup>

그리고 이 모든 경우에 있어서 권한과 절차규정의 준수 여부를 심사하여야 한다.<sup>135)</sup>

##### 다. 청구능력과 청구적격

---

131) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1102.

132) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1103.

133) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1107.

134) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1108.

135) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1109.



모든 법원, 독립행정위원회, 연방조달청은 어떠한 명령의 적용에 있어서 그것이 법률에 위반된다고 하는 의심이 있을 경우에 위법명령심사를 청구하여야 한다(연방헌법 제139조 제1항, 제129a조 제3항, 제129c조 제6항과 제89조 제2항). 헌법재판소가 명령을 적용할 경우에는 직권으로 위법명령심사를 개시할 수 있다(연방헌법 제139조 제1항).<sup>136)</sup>

연방정부는 주행정청의 아직 유효한 모든 명령에 대하여 그 취소를 청구할 수 있다(연방헌법 제139조 제1항). 이를 위하여 당해사건이 필요하지는 않다. 취소는 연방정부의 임의에 놓여 있다(추상적 규범통제).<sup>137)</sup>

모든 주 정부는 연방행정청의 아직 유효한 모든 명령의 취소를 청구할 수 있다(연방헌법 제139조 제1항). 이 경우에도 당해사건이 취소의 전제조건이 되는 것은 아니며 취소는 주정부의 임의에 놓여 있다(추상적 규범통제).<sup>138)</sup>

지방자치단체는 특별한 취소청구권을 가진다(연방헌법 제139조 제1항). 지방자치단체는 연방헌법 제119a조 제6항에 따라 지방자치단체감독청의 명령에 의하여 자신의 효력범위 내에서 발하여진 명령이 취소된 경우에 감독청의 명령에 대하여 취소를 청구할 수 있다. 취소는 지방자치단체의 임의에 놓여 있다(추상적 규범통제).<sup>139)</sup>

일정한 유형의 명령은 모든 개인이 그 취소를 구할 수 있다(개인적 청구). 이러한 취소청구권은 명령이 법원의 재판이 선고되지 않은 채, 또는 처분(Bescheid)이 발하여지지 않은 채 이 사람에게 대하여 효력을 발하게 된 경우에 그러하며, 당사자인 개인은 그 명령의 위법성에 의하여 자신의 주관적 권리가 직접 침해되었음을 주장할 수 있다(연방헌법 제139조 제1항).<sup>140)</sup>

재정헌법(1948년) 제10조에 따라서 연방재무부는 조세를 부과하는 지방자치단체의 명령을 취소할 수 있다. 이러한 명령은 특별한 유형의 명령(지방자치단체의 자유로운 의결권: 재정헌법 제7조 제5항과 제8조 제5항)이라고 할 수 있

---

136) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1110.

137) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1112.

138) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1113.

139) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1114.

140) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1115.

다.<sup>141)</sup>

읍부스만은 연방헌법 제148e조에 따라 연방행정청의 명령의 취소를 헌법재판소에 청구할 수 있다. 읍부스만이 주헌법에 의하여 주의 영역에도 권한이 있는 것으로 규정된 경우 읍부스만은 관련 주의 명령의 취소를 청구할 수 있다(연방헌법 제148i조 제1항).<sup>142)</sup>

#### 라. 심판절차

위법명령심사절차는 청구권자의 청구나 직권에 의하여 개시된다.

청구는 명령이 그 내용 전체나 일정부분에 의할 때 위법한여 취소되어야 한다고 하는 주장(Begehren)을 포함하여야 한다(헌재법 제89조 제2항, 제57조 제1항). 이미 취소된 명령이 취소되는 경우에 이 청구는 그 명령이 위법하였다고 하는 주장을 포함하여야 한다(헌재법 제89조 제3항). 청구는 명령의 합법성에 반하는 의심을 개별적으로 서술하여야 한다(헌재법 제57조 제1항). 개인적 청구는 명령의 직접적 효력도 설명하여야 한다(헌재법 제57조 제1항 후문). 개인적 청구는 또한 비용에 관한 주장도 포함하여야 한다(헌재법 제61a조와 제27조).<sup>143)</sup>

공개구두변론이 있는 경우에 여기에는 청구인, 명령을 발한 행정청, 연방 또는 주 관할최고행정청 그리고 법원(독립행정위원회)이 청구한 경우에는 관련 당사자들도 참여한다(헌재법 제58조 제1항).<sup>144)</sup>

#### 마. 헌법재판소의 판결(Erkenntnis)

위법명령심사청구가 형식적 사유에 의하여 결정으로 각하되거나(헌재법 제19조 제3항 Z 2) 또는 심판이 정지된 경우가 아니면, 헌법재판소는 본안에 관한 판결(Erkenntnis in der Sache)에 의하여 심판을 하여야 한다.

---

141) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1119.

142) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1120.

143) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1121.

144) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1123.

판결은 다음과 같은 본안결정을 내릴 수 있다. 즉 명령의 폐지, 명령이 위법하였다는 주문, 청구의 기각, 명령이 위법하지 아니하였다는 주문, 명령이 위법하여 폐지되지 아니한다는 주문이 바로 그것이다.<sup>145)</sup>

#### 바. 판결의 법적 효과

연방 또는 주 관할 최고행정청은 취소(명령이 위법하였다는 주문)를 지체없이 공포하여야 한다(연방헌법 제139조 제5항; 연방법률공보법 제4조 제1항 Z 4). 공포에 있어서는 명령이 헌법재판소의 정확히 기재되는 판결에 의하여 취소되었음을 표현하여야 한다(헌재법 제60조 제2항). 폐지는 공포된 날이 경과함으로써 발효한다. 하지만 헌법재판소는 6개월, 그리고 법률적 조치가 필요한 경우에는 18개월을 넘지 않는 범위 내에서 폐지의 효과가 발하기 위한 기간을 설정할 수 있다(연방헌법 제139조 제5항). 헌법재판소에 의하여 설정된 기간은 판결의 공포와 함께 시작된다.<sup>146)</sup>

모든 법원과 행정청은 헌법재판소의 명령폐지판결에 구속된다(연방헌법 제139조 제6항; 헌재법 제60조 제1항). 폐지되기 전에 실현된 구성요건에 대해서는 당해사건을 예외로 그 명령이 계속 적용된다. 단 헌법재판소가 폐지판결에서 달리 선고하지 아니한 경우에 그러하다. 헌법재판소가 기간을 설정한 경우에는 당해사건을 예외로, 이 기간이 경과될 때까지 실현된 구성요건에 계속 적용한다(연방헌법 제139조 제6항).<sup>147)</sup>

위법한 명령의 폐지는 법률에 대하여 어떠한 법적 효과를 발휘하는가가 논란이 되고 있다. 일부 학설은 명령의 폐지는 명령에 의하여 한번 폐기된 법률에 아무런 법적 효과를 주지 않는다고 보고 있다. 하지만 다른 입장에 따르면 법률은 명령에 의하여 간단하게 폐기되었던 것이 아니며, 오히려 잠정적으로 퇴각해 있었던 것이기 때문에 명령이 제거되고 난 후에는 다시 완전한 법적 효력을 발휘하게 된다는 입장이다.<sup>148)</sup> 헌법재판소도 이러한 입장을 따르고 있

---

145) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1123 ff..

146) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1130.

147) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1131.

148) Walter, Können Verordnungen Gesetzen derogieren?, ÖJZ 1961, S. 2

다.149)

## 5. 위헌법률심사

### 가. 위헌법률심사의 대상

연방헌법 제140조 제1항에 따른 위헌법률심사의 대상은 연방법률과 주법률이다. 여기에는 단순 연방법률과 주법률 뿐만 아니라 연방헌법(률)과 주헌법도 포함된다. 입법자의 위헌적 부작위에 대해서는 일반적으로 효과적인 권리보호의 수단이 존재하지 않는다.150)

### 나. 위헌법률심사의 기준

심사의 기준과 관련해서는 특히 연방헌법 제140조 제1항, 제3항과 제4항에서 나오는 바와 같이 법률의 위헌여부에 대하여 심사하는 것이다. 심사의 기준은 우선 연방헌법과 같이 형식적 의미의 헌법규정이며, 또한 개별 헌법률과 헌법규정들, 헌법개정적 조약의 규정들(연방헌법 제50조 제3항 제2문)과 그리고 연방헌법 제9조에 의하여 전환된 헌법적 서열을 가지는 일반적으로 승인된 국제법규이다. 마찬가지로 주 헌법과 그 밖의 주헌법률과 그리고 주헌법규정들을 들 수 있다. 유럽공동체법은 헌법재판소의 관례와 지배적 학설에 의하면 위헌법률심사의 기준이 되지 않는다.151)

그리고 헌법적 규정에 대한 실질적 및 형식적 위반여부를 심사한다. 법률의 유형에 따라서 심사의 기준은 상이하다.

㉠ 전면적인 연방헌법률의 개정은 형식적 관점에서만 심사할 수 있다.

㉡ 연방헌법률은 형식적으로, 하지만 헌법적 기본질서와의 합치여부와 관련해서만 실질적으로 심사할 수 있다.

---

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1133에서 재인용.

149) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1133.

150) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1151.

151) VfGH 14.886, 15.189, 15.215, 15.583, 16.627.

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1155.

㉔ 연방법률은 연방헌법에 대한 준수여부에 대하여 실질적으로와 형식적으로 심사한다.

㉕ 주헌법률은 형식적으로, 하지만 연방헌법을 침해하였는지 여부에 대해서만 실질적으로 심사한다.

㉖ 주법률은 연방헌법 및 주헌법과의 합치여부에 대하여 형식적 및 실질적으로 심사한다. 예외적으로 연방법률과의 합치여부에 대해서도 그것이 연방원칙법과 주집행법률과의 관계가 문제되거나 또는 연방헌법 제11조 제2항에 따른 필요법률과 또한 그와 다른 주법이 문제되는 경우에 그러하다.<sup>152)</sup>

#### 다. 청구능력과 청구적격

최고재판소와 모든 제2심급 법원(연방헌법 제89조 제2항), 행정재판소(연방헌법 제135조 제4항), 독립행정위원회(연방헌법 제129a조 제3항), 망명재판소 및 연방조달청(연방조달청법 제135조 제3항)은 그들이 적용해야 할 법률의 합헌성에 대하여 의심이 있는 경우에 취소를 구해야 한다. 같은 조건으로 헌법재판소는 직권으로 위헌법률심사를 개시하여야 한다(연방헌법 제140조 제1항 구체적 규범통제). 당해사건에서의 위헌성이 어떠한 효력을 가지는지는 중요하지 않다.<sup>153)</sup>

연방정부는 모든 (아직 유효한) 주법률에 대한 취소를 구할 수 있다(연방헌법 제140조 제1항). 당해사건은 필요하지 않다. 취소는 그의 임의에 놓여 있다(추상적 규범통제). 이것은 다음과 같은 경우에도 마찬가지이다.<sup>154)</sup>

모든 주정부는 (아직 유효한) 연방법률의 취소를 구할 수 있다(연방헌법 제140조 제1항: 추상적 규범통제).

국민의회 의원 1/3이나 연방참사원 구성원 1/3은 연방법률이 위헌이라고 하는 이유로 그에 대하여 취소를 구할 수 있다(연방헌법 제140조 제1항: 추상적 규범통제).

---

152) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1157.

153) VfSlg 13.015. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1158.

154) VfSlg 13.015. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1159.

주의회 의원 1/3은 주헌법이 이것을 규정하는 경우, 주법률이 위헌이라고 하는 이유로 그에 대하여 취소를 구할 수 있다(연방헌법 제140조 제1항: 추상적 규범통제).<sup>155)</sup>

모든 개인은 법률이 위헌성으로 인하여 직접적으로 자신의 권리를 침해하였다고 주장하는 경우에, 그 법률이 법원의 재판의 선고를 통하지 않거나 처분을 발하지 않고서 이 사람에 대하여 효력을 발하는 한에서는, 그 법률이 위헌이라는 이유로 취소를 구할 수 있다(연방헌법 제140조 제1항: 개인적 청구).<sup>156)</sup> 이와 관련하여 헌법재판소는 개인이 단지 명령에 대한 수권규정에 대한 개인적 청구는 허용하지 않고 있다.<sup>157)</sup> 그러한 법률규정에 대해서는 상응하는 법규명령과 함께 취소를 구해야 한다.<sup>158)</sup>

#### 라. 심판절차

위헌법률심사는 청구권자의 청구에 의하거나 직권에 의하여 개시한다. 그 밖에 모든 관점에서 위법명령심사에 있어서 심판절차에 대한 설명이 그대로 적용된다. 다만 다음 사항에 대한 주의를 요한다.

청구는 법률이 내용 전체나 일정부분에 의할 경우 위헌이어서 폐지되어야 한다고 하는 주장(Begehren)을 포함하여야 한다(연방헌법 제89조 제2항; 헌법재판소법 제62조 제1항). 이미 폐지된 법률이 다투어진 경우에, 청구는 법률이 위헌이었다고 하는 결정을 해달라고 구해야 한다(연방헌법 제89조 제3항). 청구는 법률의 합헌성에 대한 의심을 개별적으로 설명하여야 한다(헌재법 제62조 제1항). 개인적 청구는 법률의 직접적인 효력도 설명해야 한다(헌재법 제62조 제1항 후분). 개인적 청구는 또한 비용요구도 하여야 한다(헌재법 제65a조와 제27조).<sup>159)</sup>

---

155) VfSlg 13.015. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1160.

156) VfSlg 13.015. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1161.

157) VfSlg 11.730, 11.825, 13.318. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1161.

158) VfSlg 15.316, 17.161. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1161.

159) VfSlg 15.316, 17.161. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1162.

공개구두변론에 이르게 되면 청구인과, 관련 정부, 그리고 청구가 법원, 독립 행정위원회나 연방조달청에 의하여 이루어진 경우에는 이 사건과 관련된 당사자들도 참여한다(헌재법 제63조 제1항).<sup>160)</sup>

#### 마. 헌법재판소의 판결

위헌법률심판청구가 형식적 사유에 의하여 결정으로 각하되거나(헌재법 제19조 제3항 Z 2) 또는 심판이 정지(헌재법 제19조 제3항 Z 3)된 경우가 아니면, 헌법재판소는 본안에 관한 판결(Erkenntnis in der Sache)에 의하여 심판을 하여야 한다. 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소의 판결과 관련해서는 모든 점이 위법명령심사에 관한 설명에 있어서와 같다.<sup>161)</sup>

판결은 다음과 같은 본안결정을 내릴 수 있다. 즉 법률의 폐지, 법률이 위헌이었다는 주문, 청구의 기각, 법률이 위헌이 아니었다는 주문, 법률이 위헌이어서 폐지되지 아니한다는 주문이 바로 그것이다.<sup>162)</sup>

#### 바. 판결의 법적 효과

위헌법률심판에 있어서 헌법재판소 판결의 법적 효과는 본질적으로 위법명령심사에 있어서 판결의 효과에 관한 설명과 같다. 다음 사항을 주의해야 한다.

헌법재판소에 의한 법률의 폐지는 연방수상이 연방법률공보(연방법률공보법 제3조 제3항)나 관할 주수상이 주법률공보에 공포하여야 한다. 폐지는 공포된 날이 경과함으로써 발효한다. 하지만 헌법재판소는 18개월을 넘지 않는 범위 내에서 폐지의 효과가 발하기 위한 기간을 설정할 수 있다(연방헌법 제140조 제5항).<sup>163)</sup>

헌법재판소의 판결에 의하여 법률이 위헌으로 폐지되면, 폐지의 효과가 발효한 시점으로부터, 판결이 달리 선고하지 않는 한, 헌법재판소가 위헌으로 판결

---

160) VfSlg 15.316, 17.161. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1163.

161) VfSlg 15.316, 17.161. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1164.

162) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1165 ff..

163) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1170.

한 법률에 의하여 폐지되었던 법률 규정들이 다시 효력을 발휘한다. 법률의 폐지에 관하여 공포를 할 때에 어떠한 법률적 규정들이 다시 효력을 발하는지를 공시하여야 한다(연방헌법 제140조 제6항).<sup>164)</sup>

## 6. 재공포(Wiederverlautbarungen)에 대한 심사

연방헌법 제139a조에서 규정된 법규정의 재공포에 대한 심사는 본질적으로 연방헌법 제139조에 따른 위법명령심사와 유사하다.

### 가. 재공포심사의 대상

연방헌법 제139a조에 따르면 헌법재판소는 법률이나 조약의 재공포에 대한 공포의 위법성에 대하여 판결한다. 위법성이 인정되는 경우 재공포는 취소되거나 이미 효력을 상실한 경우에는 그 위법성(수권한계의 유월)을 확인한다(연방헌법 제139a조, 제139조 제3항과 제4항).

연방헌법 제139a조에 따른 심사의 대상은 연방헌법 제49a조에 따른 연방의 재공포이며 주헌법규정에 따라 규정된 주의 재공포이다.<sup>165)</sup>

### 나. 재공포심사의 기준

심사의 기준은 재공포를 수권한 법규정이다. 하지만 이 법규정은 매우 한정된 범위 내에서만 변경될 수 있는, 재공포되어야 할 규정의 내용과 다시 연관된다(연방헌법 제49a조 제2항).

심사해야 할 사항은 a) 더 이상 효력을 가지지 않는 사항이 재공포에 아무것도 받아들여지지 않았는지 또는 현행 규정들이 받아들여지지 않았는지 여부, b) 유효한 것으로서 재공포에 받아들여진 법규정이 부당하게, 즉 수권범위를 초과해서 변경되지는 않았는지 여부이다.<sup>166)</sup>

---

164) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1170.

165) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1135.

166) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1137.



#### 다. 청구능력과 청구적격

모든 법원(독립행정위원회, 연방조달청)은 재공포가 수권범위를 유월하여 그 적용에 대하여 의심이 있는 경우에 재공포심사를 청구할 수 있다(연방헌법 제139a조와 제89조 제2항). 재공포가 판결의 전제조건인 경우에는, 헌법재판소가 심사절차를 직권으로 개시하여야 한다(연방헌법 제139a조).<sup>167)</sup>

주의 재공포가 있을 경우에는 연방정부가 청구한다(연방헌법 제139a조). 당해사건이 필요한 것은 아니다(추상적 규범통제).<sup>168)</sup>

연방의 재공포가 있을 경우에는 주정부가 청구한다(연방헌법 제139a조). 역시 당해사건이 필요한 것은 아니다(추상적 규범통제).

위법한 재공포로 인하여 직적 권리침해를 받았다고 주장하는 모든 사람은 재공포된 규정이 법원의 결정의 선고나 처분이 발하여지지 않고서 그 사람에게 대하여 효력을 발휘하는 한에서, 청구할 수 있다(연방헌법 제139a조). 이 규정은 법률과 명령에 대한 개인적 청구를 본떠서 만든 규정이라고 할 수 있으며 법률과 명령심사에 대한 개인적 청구에 관한 설명이 그대로 적용될 수 있다.<sup>169)</sup>

#### 라. 심판절차

심판절차에 대하여 헌법재판소법은 아무런 특별한 규정을 하고 있지 않다. 현재법 제61b조에 따라 위법명령심사에 관한 규정(현재법 제57조 이하)이 준용된다.

#### 마. 헌법재판소의 판결

재공포의 심사에 대한 청구가 형식적 이유에서 결정으로 각하되거나 심판이 정지된 경우가 아니면 헌법재판소는 본안에 대한 판결로써 재판하여야 한다. 판결은 다음과 같은 본안결정을 내릴 수 있다. 즉 재공포의 취소, 재공포가 위

---

167) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1138.

168) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1139.

169) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1140.

법하였다고 하는 주문, 청구의 기각, 재공포가 위법하지 아니하였다는 주문, 재공포가 위법으로서 취소되지 아니한다는 주문이 그것이다.<sup>170)</sup>

#### 바. 판결의 법적 효과

연방이나 주의 관할 최고행정청은 취소(재공포가 위법하였다는 주문)를 지체 없이 공포하여야 한다(연방헌법 제139a조 제5항). 취소는 공포된 날이 경과함으로써 발효한다. 하지만 헌법재판소는 6개월, 그리고 법률적 조치가 필요한 경우에는 18개월을 넘지 않는 범위 내에서 기간을 설정할 수 있다(연방헌법 제139a조, 제139조 제5항). 헌법재판소에 의하여 설정된 기간은 판결의 공포와 함께 시작된다.<sup>171)</sup>

모든 법원과 행정청은 헌법재판소의 취소판결에 구속된다(연방헌법 제139a조, 제139조 제6항). 취소되기 전에 실현된 구성요건에 대해서는 당해사건을 예외로 그 재공포가 계속 적용된다. 단 헌법재판소가 취소판결에서 달리 선고하지 아니한 경우에 그러하다. 헌법재판소가 기간을 설정한 경우에는 당해사건을 예외로, 이 기간이 경과될 때까지 실현된 구성요건에 재공포가 계속 적용된다(연방헌법 제139a조, 제139조 제6항).<sup>172)</sup>

재공포된 법규정의 취소는 재공포되기 전에 존재했던 법상태를 다시 회복시킨다. 왜냐하면 재공포의 대상이었던 법규정은 재공포에 의하여 법질서로부터 제거된 것이 아니라 단순히 퇴각되었기 때문이다. 개별적으로는 다음의 경우가 구분되어야 한다.

㉠ 법규정이 잘못 재공포된 경우(가령 옛날 어법을 새로운 어법으로 맞춘 것이 아니라, 내용을 바꾼 경우. 잘못하여 어떠한 법규정을 더 이상 효력을 가지지 않는 것으로 확인한 경우), 이것은 취소 후에 다시 원래의 규정대로 효력을 회복한다.

㉡ 재공포의 시점에 더 이상 효력을 갖지 않았던 규정이 재공포된 경우, 재

---

170) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1143 ff.

171) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1130.

172) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1149.

공포의 취소 후에는 아무런 규정이 존재하지 않게 된다.

㉔ 제공포의 시점에 효력을 가졌던 법규정이 제공포에 포함되지 않은 경우(잊혀진 법규정), 제공포 전체가 취소된다. 법률은 원래의 문언대로 다시 효력을 갖는다.<sup>173)</sup>

## 7. 조약심사

### 가. 심사의 대상

조약심사의 대상은 모든 조약인데 그 조약에 이행유보(연방헌법 제50조 제2항 및 제65조 제1항)가 첨부되어 있는지 여부와 상관 없다. 비준선언과 모든 유형의 유보도 조약에 포함된다.<sup>174)</sup>

### 나. 심사의 기준

심사의 기준으로서 연방헌법 제140a조는 연방헌법 제50조의 승인절차에 회부된 조약과 또한 법률적 효력을 가지는 연방헌법 제16조 제1항에 따른 조약은 마치 연방법률 내지 - 헌법과 유사한 조약의 경우에는 - 연방헌법률(하지만 헌법적 근본질서에 대한 위반여부에 대한 심사는 논란이 있음)과 같이 그 합헌성 여부에 대하여 심사한다. 하자는 절차적 영역과 내용 모드에 존재할 수 있다. 만일 조약이 다른 헌법개정조약에 반하는 경우에도 위헌일 수 있다.

연방헌법 제50조에 따라 체결되지 않은 연방의 조약 유형들과 연방헌법 제16조 제1항에 따른 州의 법규명령조정적 조약은 연방행정청의 명령과 마찬가지로 위법여부에 대하여 심사한다. 연방헌법 제140a조가 단지 조약의 위법성이나 위헌성에 대해서만 말하고 있지만 법률(헌법)조정적 조약에 대한 위반도 역시 심사대상이 된 조약의 위법성으로서 간주된다. 이행유보가 있는 조약은 심사기준이 될 수 없다.<sup>175)</sup>

---

173) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1150.

174) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1171.

175) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1172.

#### 다. 청구능력과 청구적격

청구능력과 청구적격과 관련하여 연방헌법 제50조에 따라 체결된 조약에 대해서와 연방헌법 제16조 제1항에 따른 법률조정적 조약에 대해서는 위헌법률심판절차에 대한 설명이, 그리고 그 밖의 조약들에 대해서는 위법명령심사절차에 대한 설명이 그대로 타당하다(연방헌법 제140a조).<sup>176)</sup>

#### 라. 헌법재판소의 판결

헌법재판소의 판결은 조약의 모든 위법성을 확인하여야 한다. 위법성의 확인은 그러한 조약이 판결의 선고일부터 국내에서는 더 이상 법적 효력을 가질 수 없다고 하는 효과를 갖는다. 이행유보는 전술한 확인에 의해서 소멸한다(연방헌법 제140a조 제2항).

확인청구가 인용되지 않는 경우에는 조약의 법적 효력의 변화는 없다. 오히려 그 합헌성 및 합법성이 확정력 있게 선고된다.<sup>177)</sup>

### 8. 선거소송

#### 가. 선거심사

##### ㉠ 심사의 대상

일반 대의기관에 대한 선거(상·하원, 주의회, 지방자치단체의회: 연방헌법 제141조 제1항 a목), 유럽의회에 대한 선거(연방헌법 제23a조와 관련하여 제141조 제1항 a목), 법률상 직능대표의 자치입법기관에 대한 선거(연방헌법 제141조 제1항 a목), 연방대통령선거(연방헌법 제141조 제1항 a목), 주정부 선거(연방헌법 제141조 제1항 b목), 지방자치단체집행기구선거(연방헌법 제141조 제1항 b목), 지방자치단체장, 시의회, 시상원, 직선시장 선거가 그것이다.<sup>178)</sup>

##### ㉡ 선거심사의 기준

---

176) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1173.

177) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1174.

178) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1176.

선거심사에서는 선거절차에서의 모든 범위만이 주장될 수 있다.<sup>179)</sup>

#### ㉔ 청구능력

청구권에 관한 헌법재판소법의 규정은 연방헌법 제141조에 따라 피선거권과 선거규정의 준수를 요구할 수 있는 선거인단의 권리가 주관적으로 관철가능한 권리로서 간주될 수 있다고 하는 것을 분명히 하고 있다. 연방헌법 제141조에 따라 선거권은 단지 선거인단(선거당사자)에 의해서만 관철가능하다. 개별적으로는 다음의 자가 청구권을 갖는다.

선거후보자이다. 선거후보자는 선거과정에서 선거의 가능성이 위법하게 거부되었음을 주장하는 경우, 연방헌법 제141조에 열거된 선거를 다룰 수 있다.

또한 선거인단이다. 선거인단은 일반 대의기관, 유럽의회, 법률상 직능대표의 차치입법기관, 그리고 연방대통령에 대한 선거를 다룰 수 있다.<sup>180)</sup>

선거기관의 구성원이다. 주정부에 있어서의 선거 그리고 지방자치단체장에 대한 선거는 각 주의회 내지는 지방자치단체의회 구성원의 1/10에 의하여 다투어질 수 있다. 하지만 심사청구를 위해서는 최소한 2명의 구성원이 필요하다(헌재법 제67조 제2항).<sup>181)</sup>

#### ㉕ 심판절차

선거심사절차는 청구에 의해서만 개시된다. 청구는 선거절차나 또는 선거절차의 일정한 부분의 무효선언을 요구하고 그 이유를 들어야 한다(헌재법 제67조 제1항).<sup>182)</sup>

#### ㉖ 헌법재판소의 판결

헌법재판소가 피선거권이 없는 자가 당선된 것으로 선언되었기 때문에, 선거소송을 인용하면 헌법재판소는 이 사람의 당선을 무효로 선언하여야 한다.<sup>183)</sup>

헌법재판소가 피선거권이 있는 자에게 피선거가능성이 부당하게 거부되었기 때문에 선거소송을 인용하는 경우에는, 판결에서 이를 통하여 다른 사람의 선

179) VfSlg 3977, 5689, 9044. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1177.

180) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1178.

181) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1178.

182) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1179.

183) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1180.

거가 무효이었는지 여부를 신고하여야 하며, 또한 이 사건에서 이 사람의 당선  
을 취소하여야 한다.<sup>184)</sup>

다른 모든 선거절차의 위법의 경우에는 그것이 선거결과에 영향을 미칠 수  
있었는지 여부가 중요하다. 그러한 영향이 가능한 경우 헌법재판소의 판결은  
전체 선거절차나 또는 선거절차의 특정한 일부가 취소됨을 신고하여야 한다(헌  
재법 제70조 제1항).<sup>185)</sup>

#### ㉞ 판결의 법적 효과

선거소송의 인용에 따라 그 밖의 후속조치를 취해야 하는 선거관리위원회는  
헌법재판소가 판결의 기초로 삼은 사실적 확인과 법적 견해에 구속된다(헌재법  
제70조 제4항).<sup>186)</sup>

### 나. 의석상실심판

연방헌법 제141조 제1항 c, d와 e목의 규정은 이미 유효하게 획득한 의석의  
상실과 관련된다. 그러한 의석상실은 헌법재판소 자신(“독자적 의석상실심판”)이나 또는 행정청의 처분(“처분심사절차”)에 의하여 처리될 수 있다. 처분을 통  
한 의석상실이 법률에 규정된 경우, 이러한 처분은 연방헌법 제141조 제1항 e  
목에 따라 헌법재판소에서 다루어질 수 있다.

어떠한 이유에서 헌법재판소나 행정청의 처분에 의하여 의석이 상실될 수  
있는가는 법률로 정한다. 연방헌법 제141조 제1항 c, d와 e목(보다 상세히는 헌  
재법 제71조와 제71a조)은 의석상실절차에 관해서만 규정하고 있다.<sup>187)</sup>

#### ㉟ 의석상실심판의 대상

의석상실심판은 일반적인 대의기관의 의석, 유럽의회와 오스트리아 의석, 법  
률상 직능대표의 자치입법기관의 의석 및 지방자치단체의 집행기관의 의석과  
관련된다(헌재법 제71조 제1항).<sup>188)</sup>

---

184) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1181.

185) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1182.

186) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1183.

187) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1184.

㉠ 의석상실심판의 개시

독자적 의석상실심판에서는 관련되는 일반적 대의기관 내지 법률상 직능대표의 자치입법기관이 청구권한을 가진다.

심판이 유럽의회에 대한 오스트리아 의석과 관련되는 경우에는 오스트리아 공화국의 11명의 의원들이 청구권한을 가진다.

처분심사절차에서는 처분의 상대방이 청구권한을 가진다. 즉 처분에 의하여 자신의 의석이 상실되었다고 선언된 사람이 청구권한을 가진다.<sup>189)</sup>

㉡ 의석상실심판의 집행

헌법재판소에서의 독자적 의석상실심판에 대해서는 선거소송에 관한 규정이 준용된다(헌재법 제71조 제3항). 그 밖에 구두변론에는 심판청구를 한 기관과 더불어서 의석상실이 선언된 당사자도 참여한다(헌재법 제71조 제3항).

처분심사절차는 연방헌법 제144조에 따른 절차와 유사하다.<sup>190)</sup>

㉢ 의석상실심판에 있어서 헌법재판소의 판결

독자적 의석상실심판에서 헌법재판소는 법률적으로 규정된 사유가 존재하는 경우 의석상실을 선고하며 그 밖에는 청구를 기각한다.

처분심사절차에서 헌법재판소는 만일 주장된 위법성이 인정되는 경우에는 다투어진 처분을 취소해야 하며(헌재법 제71a조 제4항), 그 밖에는 청구를 기각한다.<sup>191)</sup>

다. 국민투표 등 결과에 대한 취소소송

연방헌법 제141조 제3항은 연방법률에 의하여 규정되어 있는 한에서 헌법재판소가 국민청원(Volksbegehren), 국민문의(Volksbefragungen)와 국민투표(Volksabstimmungen)에 관한 다툼에 대하여 재판하여야 함을 규정하고 있다. 그러한 연방법률적 규정은 국민청원법, 국민문의법 그리고 국민투표법에 포함되어 있다.

188) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1185.

189) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1186.

190) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1187.

191) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1188.

㉠ 취소의 근거

취소의 근거로서는 절차의 위법성만이 주장될 수 있다.

㉡ 청구적격

국민청원과 관련해서는 국민청원의 개시청구의 전권을 위임받은 자나 4인의 하원 또는 주의회의원, 국민투표와 국민문의와 관련해서는 각 선거구에 따라서 그 선거구의 100 내지 500인의 유권자가 청구할 수 있다.

㉢ 결과의 공포 후 헌법재판소에 제기된 취소소송은 연방선거관리위원회에 의한 결과확인 무효를 구하는 이유있는 청구를 포함하여야 한다.

㉣ 국민청원법 제18조 제2항, 국민문의법 제16조 제2항과 그리고 국민투표법 제14조 제3항에 따라 취소소송에는 다음 현재법 규정들이 준용된다. 즉 현재법 제68조 제2항(선거관련 서류의 요청과 최고 선거관리위원회의 의견제시), 제69조 제1항(공개 구두변론), 제70조 제1항(위법의 경우 선거절차의 부분 또는 전면적 취소)과 제4항(선거관리위원회의 헌법재판소판결에의 기속).<sup>192)</sup>

## 9. 탄핵재판(Staatsgerichtsbarkeit)

연방헌법 제142조에 따르면 헌법재판소는 최고 연방기관과 주기관의 직무활동에 의하여 야기된 책임성 있는 범위반에 대하여 그의 헌법적 책임을 주장하는 탄핵에 대하여 판결하여야 한다(연방헌법 제142조 제1항).

모든 경우에 기관장이 자신의 직무행위를 통하여(연방헌법 제142조 제1항) 범한 책임성 있는(고의나 과실의) 범위반이 문제된다. 위반시 탄핵사유가 될 수 있는 法源의 유형은 연방헌법 제142조에 따라서 탄핵대상이 되는 다양한 기관에 따라 세분화될 수 있다.

### 가. 탄핵소추대상과 사유 및 소추기관

연방헌법 제142조 제2항은 탄핵소추대상과 사유 및 소추기관에 관하여 자세하게 규정하고 있다.

---

192) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1189.



㉠ 연방대통령은 연방헌법에 대한 위반을 이유로 연방상하원합동회의(Bundesversammlung)의 의결로써 탄핵소추될 수 있다(연방헌법 제142조 제2항 a목). 탄핵소추를 위하여 필요한 상하원합동회의의 의결은 상하원의원 재적 과반수의 투표와 투표자 2/3의 다수로 성립된다(연방헌법 제68조 제3항).<sup>193)</sup>

㉡ 연방정부의 구성원과 그와 책임이 동일한 기관(연방헌법 제73조 제1항에 따른 대행, 연방헌법 제123조 제1항에 따른 회계감사원장)은 법률위반을 이유로 국민의회(하원)의 의결에 의하여 소추된다(연방헌법 제142조 제2항 b목). 전술한 기관의 책임성을 추궁하는 하원의 의결은 하원의원 재적과반수의 출석에 의해서만 성립될 수 있다(연방헌법 제76조 제2항).

㉢ 유럽의회의 오스트리아 대표는 입법이 연방의 사항일 수 있는 사안에 있어서의 법률위반의 경우에는 하원의 의결에 의하여, 입법이 주의 사항일 수 있는 사안에서의 법률위반을 이유로 해서는 모든 주의회의 의결에 의하여 소추될 수 있다(연방헌법 제142조 제2항 c목).

㉣ 주정부의 구성원과 그리고 그 책임성과 관련하여 연방헌법이나 주헌법이 그와 동등하다고 취급하는 기관의 법률위반을 이유로 해서는 해당 주의회의 의결에 의하여 소추되며(연방헌법 제142조 제2항 d목)

㉤ 주지사는 주지사의 대행(연방헌법 제105조 제1항)이나 주정부의 구성원(연방헌법 제103조 제2항과 제3항)이 법률위반이나, 간접적 연방행정의 사안에 있어서 연방의 법규명령이나 그 밖의 명령에 대한 비준수를 이유로, 그리고 주정부의 구성원이 문제되는 경우에는 주지사의 명령의 비준수를 이유로 연방정부의 의결로 소추될 수 있다(연방헌법 제142조 제2항 e목).

㉥ 연방수도의 기관에 대하여는, 그 기관이 연방의 집행영역으로부터 나오는 과제를 독자적 활동영역에서 수행하는 한에서 법률위반을 이유로 연방정부가 의결로 소추할 수 있다(연방헌법 제142조 제2항 f목).

㉦ 주지사에게 대하여는 연방헌법 제14조 제8항에 따른 지사의 비준수를 이유로 연방정부가 의결로써 소추할 수 있다(연방헌법 제142조 제2항 g목).

㉧ 주교육의회의 의장이나 집행의장에 대해서는 법률위반이나 연방의 법규

---

193) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1192.

명령이나 또는 그 밖의 지시의 비준수를 이유로 연방정부가 의결로써 소추할 수 있다(연방헌법 제142조 제2항 h목).

#### 나. 탄핵절차

헌법재판소법은 탄핵재판소로서 헌법재판소의 절차에 대하여 몇가지 규정들만(제72조부터 제80조) 규정하고 있으며 또한 그 밖에 형사소송법의 규정을 준용할 것을 명하고 있다(헌재법 제81조).

#### 다. 헌법재판소의 판결

헌법재판소의 판결은 무죄나 유죄를 선고하여야 한다. 유죄의 경우에 헌법재판소는 공직의 상실에 대하여 선고하여야 하며 특별히 어려운 상황이 있을 경우에는 추가적으로 정치적 권리의 한시적 상실을 선고해야 한다(연방헌법 제142조 제4항).

### 10. 특별행정재판(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit): 처분 소원

#### 가. 심사의 대상

연방헌법 제144조 제1항에 따르면 청구인이 행정청의 처분에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리를 침해받았다고 주장하거나 또는 위법한 명령, 법률의 재공포에 대한 위법한 공포, 위헌법률이나 위법한 조약의 적용에 의하여 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 경우, 헌법재판소는 행정청(독립행정위원회를 포함)의 처분에 대한 소원에 대하여 판결해야 한다. 소원은 심급을 모두 경유한 후에 비로소 제기해야 한다(연방헌법 제144조 제1항 제2문).

#### 나. 심사의 기준

헌법재판소의 심사기준은 청구인의 주장에 의하여 정해진다. 청구인은 문제된 처분에 의하여 자신의 헌법적으로 보장된 권리를 침해받았다고 주장하거나 또는 위법한 일반적 규범(법규명령, 재공포, 법률, 조약)의 적용으로 인하여 자

신의 권리를 침해받았다고 주장할 수 있다(연방헌법 제144조 제1항).

#### 다. 청구의 권한

법적 의미에서 사람만이 청구할 수 있다. 처분에 의하여 자신의 헌법적으로 보장된 권리를 침해받았다고 주장하는 자가 처분의 취소를 구할 수 있다. 그리고 위헌법률, 위법명령, 위법한 재공포, 위법한 조약에 의하여 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 자 역시 취소를 구할 수 있다. 취소의 청구를 위해서는 자신의 권리의 침해에 대한 주장만으로 족하다. 하지만 헌법재판소는 그러한 침해가 최소한 가능해야만 한다고 제한하고 있다.<sup>194)</sup>

#### 라. 심판의 절차

##### ㉠ 소송요건

소원은 심급을 모두 경유한 후, 6주의 기간 내에 제기하고 소원주장이 가능한 경우에 적법하다.<sup>195)</sup>

##### ㉡ 소원의 형식과 내용

소원은 사실관계를 정확하게 설명하여야 하며 소원주장을 포함해야 한다. 즉 청구인이 헌법적으로 보장된 권리나 위법한 명령, 위법한 재공포, 위헌법률이나 위법한 조약에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장해야 한다. 위헌 또는 위법하다고 간주되는 법규정이 적시되어야 한다.<sup>196)</sup>

##### ㉢ 소원의 효과

소원은 보통 정지효과를 발휘하지 않는다(헌재법 제85조 제1항). 하지만 헌법재판소는 불가피한 공익이 그에 반하지 않는 경우, 그리고 모든 관련된 이익을 집행이나 처분에 의하여 설정된 제3자의 권리의 행사와 비교형량할 때 청구인에게 비례에 맞지 않는 불이익이 초래될 수 있을 경우에는 청구인의 신청

---

194) VfSlg 2386, 5038, 5712, 13.788, 13.837, 15.137 등  
Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1210에서 재인용.

195) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1211.

196) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1212.

에 의하여 이러한 정지효과를 인정해야 한다(헌재법 제85조 제2항).<sup>197)</sup>

㉔ 심리

사전절차(헌재법 제83조 이하)를 실행한 후 소장은 심리를 진행하여야 한다. 이러한 심리에는 청구인, 관련 행정청과 그 밖의 참가인들이 참여한다(헌재법 제84조).<sup>198)</sup>

마. 헌법재판소의 결정권한

㉕ 소원의 각하나 결정에 의한 절차의 정지

소송요건이 흠결되었거나 또는 소원이 보정할 수 없는 형식적 하자를 가지고 있거나 또는 보정명령이 이행되지 않은 경우 소원은 비공개 회의에서 결정으로 각하된다(헌재법 제19조 제3항 Z 2).

㉖ 결정에 의한 소원처리의 거부

연방헌법 제144조 제2항에 따르면 헌법재판소는 만일 소원이 충분한 성공가능성이 없을 경우 또는 재판에 의하여 헌법적 문제의 해명이 기대될 수 없을 경우에는 결정에 의하여 구두변론시까지 소원의 처리를 거부할 수 있다. 다만 행정재판소의 권한으로부터 배제된 사건이 문제될 경우 그러한 거부는 허용되지 아니한다.<sup>199)</sup>

㉗ 판결(Erkenntnis)에 의한 본안결정

헌법재판소가 헌법적으로 보장된 권리의 침해나, 위법한 일반적 규정의 적용으로 인한 권리침해가 있다고 판단하는 경우, 헌법재판소는 문제된 처분을 취소하여야 한다. 행정청은 헌법재판소의 법적 견해에 기속된다(헌재법 제87조 제3항). 이에 반하여 헌법재판소가 그러한 권리침해가 존재하지 않는다는 결론에 이르는 경우 헌법재판소는 소원을 기각하여야 한다.<sup>200)</sup>

기각의 경우나 또는 연방헌법 제144조 제2항에 따라 소원취급의 거부의 경우에 헌법재판소는 연방헌법 제133조에 따라 행정재판소의 권한으로부터 배제

---

197) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1213.

198) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1214.

199) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1216.

200) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1218.

되어 있지 않은 사건이라고 할 수 있을 경우, 청구인의 신청에 의하여 그 소원을 행정재판소로 이송하여야 한다.<sup>201)</sup>

## 11. 망명재판에 대한 헌법소원심판

2008년의 헌법개정을 통하여 오스트리아는 망명재판소의 재판에 대한 헌법소원에 대하여 헌법재판소가 심사할 수 있도록 함으로써, 소위 재판소원을 일부 도입하였다.<sup>202)</sup> 이 헌법개정의 가장 중요한 내용은 2008년 7월 1일자로 독립연방망명심사위원회 대신 출범하게 된 망명재판소의 설치<sup>203)</sup>와 이러한 개정과 함께 이루어진 망명재판소에의 제소에 관한 규정의 개정이다.

연방헌법 제144a조에 따르면 청구인이 망명재판소의 재판에 의하여 헌법적으로 보장된 권리를 침해받았거나 또는 위법한 명령, 법률(조약)의 제공포에 대한 위법한 공포, 위헌법률, 위법한 조약에 의하여 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 경우, 헌법재판소는 이러한 망명재판소의 재판에 대한 소원에 대하여 판결한다(제1항).

헌법재판소는 만일 망명재판에 대한 소원이 충분한 성공가능성이 없을 경우

---

201) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1221.

202) Artikel 144a. (1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes, soweit der Beschwerdeführer durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

(2) Der Verfassungsgerichtshof kann die Behandlung einer Beschwerde bis zur Verhandlung durch Beschluss ablehnen, wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist. [이상은 http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138](http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138) 에서 인용.

203) Ronald Faber/Stefan Leo Frank, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes - das Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG, JBl(Juristische Blätter), 2008, 477 ff.

나 또는 재판에 의하여 헌법적 문제에 대한 해명이 기대될 수 없는 경우에는 결정에 의하여 심리할 때까지 소원의 처리를 거부할 수 있다(제2항). 이러한 규정을 통해서 망명재판에 대한 소원으로 인한 업무부담을 덜어 낼 수 있는 가능성을 두고 있다.

오스트리아 연방헌법 제144a조에 의하여 제7장의 권리보호체계에 근본적인 변화가 초래되었다. 즉 지금까지는 행정청(독립연방망명심사위원회를 포함하여)에게만 미쳤던 통제가 이제는 법원에게까지 확대되었다는 점이다. 이러한 개정에도 불구하고 망명사건에 있어서 권리보호체계의 구체적 형태는 연방헌법 제144조에서의 헌법재판소에 의한 독립연방망명심사위원회에 대한 통제와 비교해 볼 때 별로 달라진 것은 없다. 단 망명재판에 대한 소원의 심리를 거부할 헌법재판소의 권한이 행정재판소의 관할과는 무관하다고 하는 것을 제외하고 그렇다.<sup>204)</sup>

망명재판소의 재판에 대한 권리보호를 위하여 연방헌법 제144조가 보완된 것이 아니라 제144a조를 신설하였다. 이로써 헌법개정자는 망명재판소 역시 일종의 법원이자 행정청이 아니며 그의 결정은 더 이상 처분이 아니라 재판이라고 하는 점을 고려한 것이다. 물론 그 절차는 원칙적으로 망명절차법을 따른다. 즉 연방헌법과 행정재판소법 그리고 2005년 망명법이 달리 규정하지 않는 한 망명재판에 있어서는 망명절차법이 준용된다(망명재판소법 제23조).

연방헌법 제144조와 제144a조를 비교해 보면 공통점과 차이점이 균형을 이루고 있음을 알 수 있다. 즉 차이점은 피청구인과 소원대상(“처분”과 “재판”)이다. 이에 반하여 권리구제(“소원”)와 심사기준(헌법적으로 보장된 권리나 위법한 일반적 규범의 적용으로 인한 권리침해)의 측면에서는 공통적이다. 헌법재판소의 심판의 차원에서는 그 이상의 차이가 존재하지 않는다. 망명재판소의 재판에 대한소원을 위한 독자적 절차법이 따로 규정된 것이 아니라 연방헌법 제144조에 따른 소원이 그대로 받아들여졌다. 헌법재판소법 제88a조에 따라서 연방헌법 제144a조에 따른 망명재판에 대한 소원에 대해서는 헌재법 제87조 제3항을 제외하고 같은 장의 규정들이 준용된다. 따라서 헌재법 제82조부터 제

---

204) Ronald Faber/Stefan Leo Frank, JBl, 2008, 477 ff.(478).

88조가 준용되어야 할 특별한 절차규정들로 확정된다. 여기에다가 망명재판소원의 심리를 위해서도 적용되는 일반적인 절차규정들(헌재법 제15조 이하)이 추가된다.<sup>205)</sup>

## 12. 국제법위반 심사

연방헌법 제145조는 헌법재판소가 특별한 연방법의 규정에 따라 국제법의 위반에 대하여 판결한다고 규정하고 있다. 이 연방법률은 아직까지 규정되지 않고 있기 때문에 이러한 권한이 헌법재판소에 의해서 행사된 적은 없다.<sup>206)</sup> 연방헌법 제145조가 입법자에게 무엇에 관하여 위임을 하였는지 논란이 되고 있다.<sup>207)</sup>

## 13. 보론: 최고재판소(OGH)의 기본권소원

오스트리아 헌법재판소에서도 헌법적으로 보장되는 권리의 침해를 이유로 사법부의 행위(재판)가 다투어질 수 없기 때문에, 소위 기본권소원법에 의하여 인신의 자유의 기본권의 실현을 위한 특별한 수단으로서 최고재판소에 제기하는 소위 “기본권소원”제도가 도입되었다. 여기에서는 인신의 자유법상의 권리와 그리고 인권협약 제5조의 권리를 형사법원의 재판이나 처분에 의하여 침해 받은 경우가 문제되는 것이다. 기본권소원은 다른 심급을 모두 거친 후 14일 이내에 제기할 수 있다. 기본권소원은 정지효과를 가지지는 않는다. 그리고 최고재판소가 인신의 자유에 대한 침해를 확인하는 경우 최고재판소는 문제된 재판이나 처분을 취소해야 한다.<sup>208)</sup>

---

205) Ronald Faber/Stefan Leo Frank, JBl, 2008, 477 ff.(479).

206) Martin Hiesel, Entwicklung und Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl., Wien 2008, S. 9 ff.(24).

207) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1216.

208) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rr. 1221/1.

## 제2절 오스트리아 헌법재판소와 행정재판소 간의 관할배분에 대한 개정론

오스트리아에서는 헌법재판소와 행정재판소 간의 관할권 배분과 관련하여 개정의견이 제기되고 있다. 최근 망명법원의 재판에 대한 헌법재판소의 관할로 인하여 그 업무부담이 증가하게 되자, 이러한 기능을 행정재판소에 이관할 필요가 있다고 하는 개정론이 대두되고 있는데, 이에 관한 Hiesel의 논문<sup>209)</sup>을 참고로 하여 오스트리아의 사정에 대하여 살펴보기로 한다.

### 1. 개정의 필요성에 관하여

연방헌법개정(BGBI I 2008/2)을 통한 연방헌법 제144a조의 도입을 통하여 헌법재판소의 권한은 확대되었다. 즉 헌법재판소는 2008년 7월 1일 이래로 이 헌법개정을 통하여 새로이 창설된 망명법원의 재판에 대한 소원에 대해서도, 만일 청구인이 그 재판에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리를 침해받았거나, 또는 위법한 명령의 적용에 의하여 또는 법률(조약)의 위법한 재공포에 의하여, 위헌법률이나 위법한 조약에 의하여, 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 경우에 판결을 할 수 있게 되었다. 행정재판소에 대한 소원제도가 없기 때문에 이러한 규정은 망명법원의 재판에 대한 유일한 권리구제제도라고 할 수 있다.<sup>210)</sup>

이러한 새 규정은 헌법개정자가 처음부터 행정재판소로의 소송가능성을 염두에 두지 않았었기 때문에 양적 측면에서 상당한 의미를 얻게 되었다. 2008년 12월 30일부터 2009년 7월 16일의 헌법재판소의 보도자료에 의하면 2008년 후반기에 헌법재판소는 망명법원의 재판에 대하여 1,202건 이상의 헌법소원이 청구되었다. 2009년 1월 1일부터 6월 30일까지는 1,835건의 헌법소원이 이어졌는

---

209) Martin Hiesel, Gedanken zu einer grundlegenden Reform der Aufgabenteilung zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JRP(Journal für Rechtspolitik) 2009, S. 221 ff.(221).

210) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 221.



데 이것은 이 기간동안 헌법재판소에 제기된 모든 사건의 65%에 해당하는 건수였다. 이와 같이 많은 사건 접수율에 비하여 성공률은 대단히 저조하였는데 지금까지 종결된 사건들 중 재판의 취소에 이르는 비율은 1%가 되지 아니하였다.

이러한 통계에 비추어 볼 때, 2008년 10월 제헌절 날 헌법재판소장이 헌법재판소가 원칙적이고 헌법적 문제에 관한 본래적 업무로부터 점차 멀어지고 있다고 하는 우려는 충분히 이해할 만하다고 Hiesel은 지적하고 있다. 이러한 통계를 고려할 때 범치국가에 있어서 본질적이라고 할 수 있는 헌법재판소의 통제기능이 오스트리아 헌법재판사상 존재하지 않던 헌법소원의 폭주에 의하여 위협되고 있다고 할 수 있다.<sup>211)</sup>

헌법재판소 자신이 한번 밝혔듯이 헌법재판의 이전의 발전은 헌법재판소의 상시적인 작동가능성의 보장이 연방헌법에 내재하는 원칙이라고 함을 가르쳐주고 있다. 헌법재판소가 주된 헌법과제를 다음 해에도 이행할 수 있으려면 가능한 한 빠른 개혁이 불가피하다고 보인다.<sup>212)</sup>

이와 관련하여 연방헌법의 개정(BGBl I 2008/2)은 망명재판의 도입으로 헌법재판소의 견해에 의하면 행정법의 일정한 영역에서는 행정재판소의 통제의 범치국가적 수준을 국가조직법상의 차원에서나 또는 소송법상의 차원에서나 상당한 정도로 떨어뜨리는 결과를 초래하고 있다는 것이다. 그런데 헌법재판소에 의하면 이러한 헌법개정은 범치국가원리가 포기되거나 또는 다른 원리와의 그 관계가 본질적으로 바뀔 수 있는 정도의 연방헌법의 전면개정에 해당하는 정도에 이르지 않는다고 본다. 따라서 연방헌법 제144a조를 대안 없이 삭제하게 되면 헌법재판소가 스스로 설정한 연방헌법의 전면개정의 한계를 틀림없이 유월하게 될 것이다. 왜냐하면 이 경우에는 망명재판에 대하여 도대체 아무런 내국법상의 권리구제가능성이 더 이상 존재하지 않게 될 것이기 때문이다. 행정재판소로의 소원가능성을 창설하여야 헌법재판소로의 소원제기를 줄여주게 될 것이다. 물론 이것은 망명법원의 재판과 관련하여 2008년 헌법개정에서

---

211) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 221.

212) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 221.

헌법개정자의 구상을 관철할 수는 없게 될 것이지만 그러한 조치는 그렇지 않아도 업무부담의 한계에 도달한 행정재판소의 작동가능성도 문제시되게 할 수도 있을 것이다.<sup>213)</sup>

## II. 연방헌법 제144조와 제144a조에 의하여 헌법재판소에 부여된 권한을 행정재판소에 이관하고 동시에 헌법재판소에는 법률소원가능성을 창설할 것

### 1. 법률소원도입안에 대한 입장

오스트리아 협약에서 자세하게 논의되고 또한 2007년 7월 23일 전문가그룹에서 제안된 연방헌법안은 법률소원을 도입하자고 제안하고 있는데, 그렇게 되면 연방헌법 제139조와 제140조의 개정에 의하여, 최종 법원의 기판력 있는 재판이 이루어고 나서 이 재판의 당사자였던 사람의 청구에 의하여 그리고 위법한 명령 내지는 위헌적 법률의 적용을 근거로 명령의 위법성 내지는 법률의 위헌성에 대하여 판단할 권한이 헌법재판소에 부여된다.<sup>214)</sup>

이로써 재판절차에 참여한 모든 사람들이 오스트리아 법사상 처음으로 일반적 규범의 합법성 여부에 대한 자신의 의심을 헌법재판소에 호소할 수 있는 가능성을 가질 수 있게 된다. 물론 당해 법원이 자체적으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하지 않는 경우에 그러하다. 법률소원의 도입은 법률소원에 의하여 창설되는 권리보호를 구하는 국민의 규범통제를 위한 접근가능성이 확대된다고 하는 점에서 헌법재판제도의 체계정합적이며 의미있는 발전이라고 할 수 있을 것이다. 법률소원의 도입으로 늘어나게 되는 헌법재판소의 업무부담은 헌법 제144조와 제144a조에 의하여 부여된 헌법재판소의 권한을 행정재판소에 이관함으로써 충분히 해결될 수 있을 것이다.<sup>215)</sup>

물론 법률소원을 도입하는 경우 만일 헌법재판소에 의하여 법률이 폐지되는

---

213) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 222.

214) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 223.

215) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 223.

경우에는 동 법률에 기한 당해 재판이 지나치게 지연될 수 있는 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 권리보호의 실효성과 소송경제를 위해서 헌법재판소가 명령 내지는 법률의 폐지여부에 대한 판단과 더불어서, 법원의 재판에 대하여 재심을 한 것으로 간주하도록 헌법 자체에 명시할 필요성이 있는 것으로 보인다.<sup>216)</sup>

## 2. 특별행정재판을 행정재판소로 이관하는 경우의 이점

연방헌법 제144조(그리고 이제 그 규정을 본따서 제정한 제144a조)에 의하여 헌법재판소에 부여된 권한을 행정재판소에 이관하자고 하는 생각은 얼핏보기에는 아마도 별로 급진적으로 보이지는 않을지 모르지만 결코 그것이 새로운 것은 아니다.<sup>217)</sup>

이미 1973년에 Klecatsky의 매우 가치있는 논문에서 특별행정재판적인 헌법재판은 더 이상 사용되지 않을 것이며 따라서 이러한 기능을 행정재판소에 이관하고 폐지할 수 있을 것이라고 하는 견해를 피력한 바 있다.<sup>218)</sup> Walter의 방향제시적 설명에 따르면 이러한 당연한 해결은 그 자체로 많은 이점을 가진다고 하고 있다.<sup>219)</sup> 이와 관련하여 그는 다음과 같은 장점들을 지적한 바 있다. 첫째, 헌법재판소의 행정재판적 활동으로부터의 업무부담 완화, 둘째, 판례의 불일치가능성의 방지, 셋째, 연방헌법 제133조를 폐지하는 대신 행정재판소로 이를 이관하는 경우에는 권리보호가능성을 침해하는 것이 아님.<sup>220)</sup>

이 밖에도 Hiesel은 다음과 같은 장점을 추가하고 있다. 즉 권리보호를 구하는 국민의 관점에서 볼 때, 만일 최종 행정청의 결정에 의하여 - 내지는 장래

---

216) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 223.

217) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224.

218) Klecatsky, Brauchen wir heute noch eine sonderverwaltungsgerichtliche Verfassungsgerichtsbarkeit?, ÖJZ 1973, S. 113 ff. Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224에서 재인용.

219) Robert Walter, Überlegungen zu einer Neuabgrenzung der Zuständigkeit zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof, ÖJZ 1979, S. 225 ff.

220) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224.

에는 일심외의 주 또는 연방행정재판소의 재판에 의하여 - 유럽공동체법에 의하여 헌법적으로 그리고 헌법 하위법적으로 보장된 권리에 대한 침해가 발생하는 경우에는 일괄적으로 행정재판소가 심판할 수 있게 된다. 왜냐하면 현행 법상태와 달리 한 변호사에게 두 개의 공법재판소에 제출할 (보통 경비가 많이 드는) 헌법소원심판청구서를 의뢰하거나 또는 - 헌법재판소에 제기한 헌법소원심판청구가 기각 또는 각하된 후 행정재판소에 청구하는 경우에 - 매우 장기간의 소송을 감내해야 할 필요성이 사라지게 될 것이다.<sup>221)</sup>

이와 관련하여 헌법재판소의 특별행정재판은 Walter와 Azizi<sup>222)</sup>가 잘 입증하고 있듯이 헌법재판의 본질에 해당되지 않으며 전적으로 특정한 역사적 상황에서 유래하는 것인데, 특별행정재판을 정당화하는 이러한 상황은 이미 30년 전부터 더 이상 존재하지 않는다. 그리고 1928년 Wien에서 개최된 헌법재판에 관한 독일 공법학자대회에서 이미 Kelsen은 헌법재판은 단지 헌법직접적인 법률행위(규범)의 합법성만을 보장하는 것이기 때문에, 개별적 법률행위는 헌법재판소의 통제대상이 되어서는 안된다는 점을 강조하였다는 것을 Hiesel은 지적하고 있다.<sup>223)</sup>

그리고 같은 헌법소원을 양 공법재판소가 병행하여 심사하는 것은 학계에서도 끊임없이 바람직스럽지 않은 것으로 지적되어 왔다.<sup>224)</sup>

이러한 모든 지적은 이미 1970년대 말, 헌법재판소의 부담을 경감시켜 주기 위한 입법적 조치가 논의될 당시에 알려진 바 있었다. 이러한 논의는 1980년대 전반에 두 개의 연방헌법개정(BGBl 1981/350, BGBl 1984/296)의 결과를 가져왔는데, 이러한 개정으로 인하여 헌법재판소는 일정한 전제조건하에 헌법소원의 처리를 각하할 수 있는 가능성이 창설되었다. 당시에 헌법재판소의 특별행정재판기능을 행정재판소로 이관하는 것은 관철되지 못하였다.<sup>225)</sup>

물론 행정재판소의 업무부담도 만만치 않다. 하지만 이러한 업무부담 문제만 제

---

221) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224.

222) Josef Azizi, Probleme der geteilten Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1979, S. 589 ff.(633 f.)

223) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224.

224) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224.

225) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 224.

외한다면 특별행정재판기능을 행정재판소로 이관하는 것이 바람직하다는 것이다.<sup>226)</sup>

### 3. 특별행정재판을 행정재판소로 이관하는 것이 헌법상 허용되는지 여부

오래 전부터 확립된 관례와 또한 통설에 따르면 연방헌법 전체 구조로부터 연방헌법 제44조 제3항의 가중된 존립보호하에서 일반 헌법개정자의 처분하에 놓일 수 없는 것으로서 법치국가적 근본원리가 도출된다고 한다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 법치국가적 수준을 강하시키는 것은 법치국가원리가 포기되거나 또는 다른 원리에 대한 그 관계가 본질적으로 변경되어 연방헌법의 전면개정으로 판단되는 정도에 달할 수 있다고 강조한 바 있다.<sup>227)</sup>

이와 관련하여 “헌법재판소의 배타적 권한”에 해당하는 일반적 규범의 통제는 명시적으로 연방헌법의 법치국가적 구조의 중심요소에 해당된다는 점을 강조하지 않으면 안될 것이다. 이 말은 헌법재판소의 위헌법률심판권한은 헌법적 기본질서의 일부로 간주되며 따라서 연방헌법 제44조 제3항의 국민투표가 없이는 제한될 수 없다고 하는 그 사이에 거의 통설이 된 이론과 부합한다.<sup>228)</sup>

하지만 헌법적 권리보호체계의 구조에 있어서 연방헌법 제144조와 제144a조가 차지하는 지위와 관련해서는 헌법재판소에 그러한 명시적 언급은 없었다. 하지만 헌법재판소는 연방헌법 제144조의 의미를 헌법적인 권리보호체계의 효율성과 관련하여 이미 일찌감치 매우 인상적으로 강조하였고 또한 이미 1949년에 헌법적으로 보장된 권리의 침해에 대해서는 국민들에게 헌법재판소로의 제소가능성이 보장되어야 한다고 판시한 바 있다. 그 이후의 판례에서도 국민의 헌법재판소로의 제소가능성은 합헌적 권리를 주장하기 위한 마지막 수단으로서 보장되어야 한다는 말이 계속해서 발견된다.<sup>229)</sup>

---

226) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 225.

227) VfGH 3. 12. 2008, U 131/08. Martin Hiesel, JRP 2009, S. 225.

228) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 225.

229) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 225 f.

물론 이러한 관례를 평가함에 있어서 이러한 모든 언급이 현행 헌법질서의 기초 위에서 이루어졌으며, 따라서 처음부터 헌법재판소가 심사기준의 내용적 변경이 없이도 특별행정재판을 행정재판소의 권한으로 이관하는 것이 법치국가적 기본질서에 비추어 볼 때 문제있는 것으로 간주될 수 있을 것인지 왜냐하면 이러한 경우에 국민이 헌법적 권리를 공법상의 법원을 통해서 관철할 수 있는 가능성은 유지되기 때문에 그러하다고 볼 수 있을 것인지 여부에 대한 답변에 대한 직접적인 추론을 가능케 해주는 것은 아니라는 점을 고려하지 않으면 안될 것이다. 비록 전명개정이라고 하는 개념의 확장적 해석을 함으로써 연방헌법 제144조의 핵심내용을 헌법적인 기본질서의 구성부분으로 간주하고자 한다 하더라도, 그렇다고 해서 현재에는 헌법재판소의 관할하에 있는 그 권한을 행정재판소로 단순히 이관하는 것이 기본질서에 반한다고 하는 결론이 나오는 것은 아니다. 행정재판소 역시 헌법재판소와 마찬가지로 독립된 법원으로서 그 구성원 역시 독립적이고 진직되거나 원칙적으로 해직되지 않는다.<sup>230)</sup>

요컨대 연방헌법 제144조와 제144a조에 따라 헌법재판소에게 귀속되어 있는 권한들을 (내용적 변경 없이) 행정재판소로 이관하는 것은 헌법개정자의 법정 책적 결정사항에 해당한다는 점을 확인할 수 있을 것이다.<sup>231)</sup>

#### 4. 특별행정재판을 행정재판소에 이관하는 경우의 문제점

##### 가. 권리보호의 새로운 공백상태의 발생?

헌법개정을 통해서 특별행정재판을 행정재판소로 이관한다고 할 때에, 만일 행정재판소가 소원을 각하나 기각하는 경우에 법률소원심판을 청구받은 헌법재판소가 행정재판소의 결정에 기초하고 있는 법률규정을 단지 헌법합치적 해석이 가능하며 또한 요청되기도 하다는 이유만으로 해당 법률을 위헌으로서 취소하지 않는 경우가 발생할 수 있음을 주의하지 않으면 안될 것이다.

그러한 결과는 법정책적으로 매우 만족스럽지 않은 것으로 보인다. 왜냐하면 헌법재판소가 요청된다고 보는 헌법합치적 해석에 의할 경우에 문제된 처분(또

230) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 226.

231) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 226.

한 문제된 행정재판)은 행정재판소에 의하여 헌법적으로 보장된 권리의 침해를 이유로 당연히 취소되어야 할 것임에도 불구하고, 헌법소원청구인이 그러한 상황에서 두 공법재판소 중 어느 재판소에서도 권리구제를 받지 못하게 되는 결과가 발생하기 때문이다.<sup>232)</sup>

만일 권리보호를 구하는 국민들을 위해서 실무적으로는 물론 잘 발생하기 어려운 이러한 경우들을 - 통상법원과 행정재판소와의 관계에서는 다른 배경하에서 이미 발생할 수 있기는 하지만 - 의식적으로 감수하고자 하지 않는 경우에는 Hiesel은 원칙적으로 다음과 같은 두가지 가능성이 있다고 하면서 그 장단점에 대하여 검토하고 있다.<sup>233)</sup>

첫째, 그러한 경우에 행정재판소(VwGH)와 최고재판소(OGH)를 헌법재판소의 법적 견해에 구속시키고 구체적인 당해사건에서 행정재판의 재심 내지는 최고재판소의 재심을 허용하는 헌법적 규정을 두는 방법이다.

둘째, 헌법재판소로 하여금 행정재판소와 최고재판소의 법률에 대한 해석에 구속되도록 하는 헌법규정을 두는 방법이다. 다시 말해서 헌법재판소로 하여금 적용하여야 할 규범을 정확하게 행정재판소 또는 최고재판소의 법률해석의 내용에 따라 재판하도록 강제하는 것이다.

최종적 결론이라고 하는 의미에서 법률의 해석은 전문법원의 사항이 되어야 한다는 데 기하여 특히 Jabloner는 후자의 가능성을 제안한 바 있다.

보다 자세하게 고찰해 보면 Jabloner가 제안한 가능성은 하지만 그 실현에 있어서 법기술적인 어려움이 따른다. 왜냐하면 헌법개정자는 이 경우에 어떠한 법률해석에 헌법재판소가 구속되는지를 상세하게 규정하여야 하기 때문이다. 그러한 규정은 물론 또한 다음과 같은 상황들을 고려하지 않으면 안된다. 즉 행정재판소에도 22개의 재판부가 있어서 법규정의 내용과 관련하여 재판부마다 판례의 불일치가 존재할 수 있다는 점, 행정재판소와 최고재판소가 각각 법규정을 달리 해석할 수 있다는 점, 행정재판소가 각하결정을 한 후 헌법재판소에 법률소원을 제기하는 경우에는 행정재판소가 어떠한 법률해석에 기하고 있는지가 도대체 불확실할 수 있다는 문제점, 주 행정법원의 위헌법률심판제청의 경우에 문제된 법률규정에 대한 행정재

---

232) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 226 f.

233) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 227.

판소의 판례가 전혀 존재하지 않을 수도 있다는 점 등이 그것이다.<sup>234)</sup>

위에서 지적된 문제점들이 전혀 극복될 수 없다고 하는 말은 아니다. 이러한 어려움들을 대부분 이미 발견한 Jabloner가 이미 제안하고 있듯이 헌법재판소가 법률에 대한 해석에 대하여 행정재판소와 경우에 따라서는 최고재판소의 중간재판을 구하도록 헌법적으로 규정할 수도 있을 것이다.<sup>235)</sup>

하지만 이러한 방법은 당해사건에서 행정청으로부터 제1심 행정법원을 거치고 또한 행정재판소의 각하결정이 내려진 후에는 법률소원의 방법으로 헌법재판소를 거쳐서, 이제는 그 중간재판의 형식으로 문제가 되고 있는 법률의 해석에 관하여 행정재판소와, 행정재판소의 결정에 기초가 되고 있는 법률규정이 폐지된 후에는 그러한 상태에서의 법상황을 기초로 하는 행정재판소의 재판이행을 구하기까지 권리구제절차의 지나친 지연을 초래할 수 있다.<sup>236)</sup>

만일 권리보호를 구하는 국민이 이해하기 어려울 뿐만 아니라 많은 소송지연을 유발하는 그러한 방법을 선택할 수 없다면, 그리고 헌법재판소의 해석에 행정재판소와 최고재판소를 기속시키는 방법이 법정책적으로 합목적적인 것으로 간주된다면 첫 번째 가능성을 지지할 수 밖에 없을 것이다.

#### 나. 헌법재판소의 法淨化機能(Rechtsbereinigungsfunktion)에 대한 침해인가?

연방헌법 제144조와 제144a조를 원용하여 제기한 소원은 헌법재판소에 각각의 소원청구와 상관 없이 직권으로 문제가 되고 있는 처분(내지는 망명법원의 재판)의 기초가 되고 있는 법규범의 합법성여부의 문제를 심사하고 상응하는 규범통제절차를 직권으로 개시할 수 있는 가능성이 법해석상(de lege lata) 열려져 있다. 따라서 이 규정들은 개인의 권리보호를 보장하는 기능 뿐만 아니라, 나아가 헌법재판소에 직권으로 규범통제절차를 개시할 수 있는 가능성을 열어줌으로써, 어떠한 위법한 일반적 규정도 계속적으로 존속해서는 안 된다고 하는 법치국가 사상을 실현하는 기능을 가진다. 이러한 가능성은 특별행정재판을 행정재판소에 이관하는 경우에는 사라지게 될 것이기 때문에 이와 함께 불가

234) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 227.

235) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 227.

236) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 227.



피하게 헌법재판소의 소위 법정화기능에 대한 침해현상이 감내될 수 있을 것인지 그리고 어떠한 정도로 그러한지 등의 문제가 제기될 것이다.<sup>237)</sup>

헌법재판소의 특별행정재판의 이러한 의의에는 과거 몇십년 간 규범통제절차로의 개시를 위한 청구권의 확대(가령 실제로 매우 중요한 개인적 헌법소원은 물론이거니와, 독립행정위원회, 법원, 국민의회와 연방참사원 및 주의회의 가중된 소수, 그리고 명령과 관련해서는 읍부스만에 이르기까지)를 통하여 제1공화국이나 또는 제2공화국 당시와는 완전히 다른 비중이 주어지게 되었다는 점을 상기하여야 한다. 여기에다가 법률소원제도(Gesetzesbeschwerde)가 도입됨으로 인하여 법률의 위헌여부의 의심은 모두 헌법재판소로 향하게 되었다는 점이다. 그 밖의 부수적인 모든 조치들을 통하여 - 가령 읍부스만에게도 법률에 대하여 다룰 수 있는 가능성이 주어지게 될 수 있을 것인데 - 법률소원으로 추구하는 이러한 효과는 더욱 강화될 수 있을 것이다.<sup>238)</sup>

여기에 헌법재판소의 관례를 분석해 볼 때, 처분소원의 경우는 단지 상대적으로 적은 수에서만 직권에 의한 규범통제절차로 개시할 수 있게 하는 것으로 나타나고 있다. <sup>239)</sup>

이러한 점들을 고려해 볼 때 법정책은 논의되고 있는 헌법개정의 모든 장단점을 면밀하게 형량하여야 할 것이다. 이것은 헌법재판소의 권리보호기능의 진술한 침해현상의 정도가 전체적인 영향에 대한 분석이 용이하지 않은 앞으로의 발전 여하에 달려 있기 때문에 그러한 한에서 매우 어렵게 이루어질 수 밖에 없다. 즉 장래의 주나 연방 행정법원이 규범의 위헌여부에 대한 의심이 있을 경우에 실제로 헌법재판소에 의무적으로 제청할 것인지, 그리고 법률소원의 가능성을 실제로 어느 정도로 사용할 것인지, 법률소원청구서에 어떠한 정도의 법적 성격을 부여할 것인지 등이 그것이다.<sup>240)</sup>

---

237) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 228.

238) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 228.

239) 헌법재판소의 통계에 의하면 2000년부터 2008년까지 총 19,926건의 연방헌법 제144조에 따른 처분소원사건에서 단지 408건이 직권에 의한 위헌명령심사와 371건의 직권에 의한 위헌법률심사절차를 밟았다. Martin Hiesel, JRP 2009, S. 228과 각주 45)에서 재인용.

240) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 228.

마지막에 든 항목은 물론 헌법재판소가 상응하는 실정법상의 규정을 근거로 법률소원에서 제시된 규범의 위헌여부에 대한 의심에 구속되는 경우에만 중요성을 가질 수 있을 것이다. 이러한 규정이 있는 경우에는 헌법재판소는 연방헌법 제144조와 제144a조와 관련된 현행 법상태와는 달리 청구서에서 주장되지 않은 위헌여부에 대한 문제에 대해서는 다를 수 없게 될 것이다.<sup>241)</sup>

헌법재판소의 소위 법정화기능의 가능한 침해여부에 대한 의심이 증대한 것으로 간주되는 경우에, 헌법재판소에는 법률소원가능성을 헌법적으로 형성함으로써, 지금까지의 법상태와 마찬가지로 소원청구서에는 들어있지 않지만 헌법재판소 스스로가 제기하는 위헌여부의 문제를 근거로 직권으로 다를 수 있는 권한을 부여할 수 있을 것이다. 어쨌든 그러한 규정을 두는 경우에는 헌법재판소의 법정화기능의 침해우려는 상당히 불식될 수 있을 것이다.<sup>242)</sup>

다. 기본권보호의 침해와 행정재판소의 업무과중 위험?

Hiesel은 지금까지 학계에서 지적되지는 않았지만 또한 출현 가능할 것으로 생각되는 법정정책 문제점들을 다음과 같이 들고 있다.

첫째, 기본권수준의 저하 위험. 왜냐하면 행정재판소 구성원은 헌법재판소만큼 기본권에 민감하게 재판하지 않을 것이기 때문이다.

둘째 행정재판소 내부에서 판결이 불일치 할 가능성. 즉 개별 재판부에 따라 어떤 재판부는 다른 재판부에 비하여 기본권 우호적으로 재판할 수 있는데, 이는 기본권의 효율성의 관점에서나 아니면 기본권관련 판결의 수용가능성의 측면에서 도움이 되지 않는다.

셋째, 행정재판소의 업무과중 위험.

마지막으로 든 문제점은 행정재판소의 업무를 다른 영역에서 경감시키는 방법으로 해결하면 될 것이다. 가령 주 행정법원과 연방행정법원을 창설하고 또한 행정재판소의 각하기능을 확대하는 등의 방법이 그것이다.

나머지 두 개의 다른 문제점들에 대해서는 행정재판소 구성원의 앞으로의 행태에 대한 추정에 근거한 것이며 또한 관할을 이관하는 헌법개정이 발효되기 전에는 입증될 수 없다는 점이 공통점이다.

---

241) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 228.

242) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 229.

물론 통상법원은 물론 독립행정위원회의 경우도 그들의 활동의 범위 내에서 헌법적으로 보장된 권리를 존중해야만 한다는 점, 그리고 어찌하여 행정재판소의 구성원에게 그러한 임무를 맡겨서는 안 되는지가 하등의 설득력 있는 근거가 보이지 않는다는 점 등이 지적되어야 할 것이다.

또한 법사회학적 관점에서는 어찌하여 행정재판소가 헌법적으로 보장된 권리를 헌법재판소보다 더욱 제한적으로 해석하는가에 대한 필연적 근거는 보이지 않는다. 유럽인권법원의 판례에 대한 존중의무와 또한 법발전의 계속성에 대한 추구의 관점을 고려해 볼 때 행정재판소는 헌법재판소의 지금까지의 판례를 본질적으로 받아들이 것이라고 기대할 수 있을 것으로 보인다.

행정재판소 내에서의 판례의 불일치와 관련된 우려는 행정소송법의 개정(가령 강화된 재판부의 구성가능성의 확대의 형식)을 통하여 대처할 수 있을 것이다.<sup>243)</sup>

#### 라. 행정재판소의 절차법의 특수성

이미 헌법소송법과 행정소송법을 분석해 보면 소원에 기초가 되고 있는 사실관계의 확인과 관련하여 그리고 소원청구서의 형식적 요건 및 비용규정과 관련하여 양법률간의 상당한 차이가 존재한다고 할 수 있다.

여기에서 헌법소송법과 행정소송법의 모든 차이점들에 대하여 상세히 다룰 수는 없고, 헌법적으로 보장된 권리의 가능한 침해의 심사와 관련하여, 그 합목적성의 관점에서 양자의 차이를 법정책적 평가와 함께 지적해 보기로 한다.

- 행정재판소는 헌법재판소와 달리 최소한 원칙적으로 최종 행정청에 의하여 확인된 사실관계에 구속된다. 이것은 행정재판소로 하여금 헌법적으로 보장된 권리의 침해에 대한 취급을 최소한 어렵게 할 수 있을 것이다.

- 연방헌법 제144조에 따른 소원을 허용하기 위해서는(다른 소송법적 전제조건이 갖추어진 경우), 헌법적으로 보장된 권리의 침해에 대한 단순한 주장으로 충분한 반면, 행정재판 절차에서는 소원사항을 정확하게 기재하여야 한다.<sup>244)</sup>

---

243) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 229.

청구인은 헌법재판소에 의하여 청구가 각하되는 경우에는 보통 소송비용부담의 의무가 없는 데 반하여 행정재판에 있어서는 특히 제청과 제청서작성비용을 보상해야 한다. 특별행정재판을 행정재판소에 이관하는 경우에는 이러한 법상황은 소득이 낮은 사람은 재정적 이유에서 소송위험을 부담하지 않으려고 하고 따라서 자신의 헌법적으로 보장된 권리에 대해 방어를 위해서 행정재판소로 소송을 제기할 소송위험을 부담하지 않으려고 하는 등, 법정책적으로 바람직스럽지 않은 상황을 초래할 수 있다.<sup>245)</sup>

이상에서 언급한 소송법상의 차이에 있어서 단순하게 말한다면 다음과 같은 가설을 도출해 볼 수 있을 것이다. 즉 헌법소송법상의 법상황이 여러 가지 관점에서 행정소송법에 있어서 청구인에게 더 우호적으로 구성되어 있다. 따라서 특별행정재판을 행정재판소에 이관하는 경우에는 기본권보호의 최대한의 효용성을 위해서 행정소송법을 개정할 필요가 있을 것이다. 여하튼 이러한 모든 관점으로부터 특별행정재판을 행정재판소로 이관하는 데 대하여 하등의 근본적 문제점은 도출되지 않는다. 왜냐하면 입법자는 이러한 구상을 실현하기 위하여 행정소송법의 상응하는 개정을 할 수 있기 때문이다.<sup>246)</sup>

### 제3절 오스트리아 헌법재판제도의 시사점

#### 1. 형식적으로는 동등하지만 실질적으로는 최고 우위의 헌법기관

오스트리아는 유럽에서 가장 먼저 독립형 헌법재판제도를 채택한 나라라고

---

244) 그리하여 헌법재판소의 경우에는 비록 청구인이 헌법적으로 보장된 권리의 침해를 단순히 주장한 경우에도, 직권으로 청구인이 그러한 권리침해를 받았는지 여부를 심사해야 하는 반면, 행정재판소는 문제된 처분을 원칙적으로 청구인에 의하여 주장된 관점에서만 심사할 수 있을 뿐이며, 이 경우에 청구인이 어떠한 주관적 권리를 침해받았다고 여기는지가 그 청구의 내용으로부터 확인되어야 한다. Martin Hiesel, JRP 2009, S. 230. 각주 50) 참조.

245) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 230.

246) Martin Hiesel, JRP 2009, S. 230.

할 수 있다. 오스트리아 헌법재판소는 행정재판소와 그리고 최고재판소와 더불어서 동일한 최고의 권리보호기관이라고 볼 수 있지만, 헌법재판소에 맡겨진 광범위한 관할권을 고려해 보면 국가작용의 위헌 및 위법성 심사를 담당하는 헌법재판소가 가장 우위의 재판기관이라고 할 수 있을 것이다. 그것은 가령 국가기관간의 권한분쟁이 있을 경우 헌법재판소가 권한쟁의심판을 하도록 하고 있는데, 심지어 헌법재판소와 다른 법원, 특히 행정재판소와의 권한분쟁이 있을 경우에도 그 분쟁에 대한 최종적 심판을 헌법재판소가 하도록 하고 있다는 점을 꼽을 수 있을 것이다.

## II. 2008년 헌법개정을 통하여 망명재판에 대한 헌법소원 제도 도입

오스트리아에는 독일과 달리 처분에 대한 소원은 있지만 재판에 대한 소원은 없었다. 그러나 최근 2008년의 헌법개정을 통하여 종래의 독립연방망명심사위원회를 망명재판소로 개편하고, 망명재판에 대하여는 재판소원을 도입하는 개정을 하였다. 이로써 오스트리아에도 전면적이라고 할 수는 없지만 일부의 재판소원제도가 도입되었다고 할 수 있다.

망명재판에 대한 헌법소원제도가 신설되고 나서 망명재판에 대한 소원사건이 폭주하자 전술한 바와 같이 이러한 재판을 특별행정재판과 함께 행정재판소에 이관하는 헌법개정을 하자고 하는 주장도 나오고 있다. 그 대신 법률소원 제도를 도입하여 Kelsen이 주장한 바와 같이 헌법재판소로 하여금 규범통제의 본질적 임무수행에 집중할 수 있도록 하자고 하는 것이다.

그러나 망명재판에 대한 헌법소원제도가 도입되지 이제 2년 밖에 지나지 않아서 과연 망명재판에 대한 헌법소원과 처분에 대한 헌법소원을 행정재판소로 이관하는 헌법개정을 다시 할 것인지 여부는 좀더 두고 보아야 할 것이다.

### III. 헌법재판소(VfGH)와 행정재판소간(VwGH)의 관할 중복의 문제

오스트리아 연방헌법 제144조에 따라 처분에 대한 헌법소원에 대하여 헌법재판소가 관할을 하도록 되어 있다. 여기에서 청구인은 어떠한 처분에 의하여 자신의 헌법적으로 보장되는 권리가 침해되었거나 그 밖에 위법한 일반적 규범의 적용으로 인하여 자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우 헌법재판소가 그에 대하여 심판을 하도록 되어 있다. 이로 인하여 행정의 위법여부를 관할하는 행정재판소와 심판대상이나 또는 심판기준과 관련하여 광범위하게 중첩될 수 있는 가능성이 상존한다.

또한 실제로 같은 사건에 대하여 양 재판소에 동시에 소원을 제기한 경우에 과연 어떠한 한 재판소의 본안에 대한 결정이 다른 재판소를 기속하는지 여부가 문제될 수 있다.

이와 관련하여 헌법재판소는 행정재판소의 결정에 기속된다고 하는 입장을 취해오다가, 판례를 변경하여 더 이상 행정재판소의 결정에 기속되지 않는다고 하는 입장을 취하였으며<sup>247)</sup>, 헌법재판소가 독자적으로 법률에 대한 헌법합치적 해석을 함으로써 기존의 행정재판소 결정에 입각하여 내린 행정청의 처분이나 재처분에 대한 헌법소원을 인용하는 등의 판결을 내리고 있으며, 또한 행정재판소 역시 그러한 헌법재판소의 판결에 반발하여 헌법재판소의 법적 견해를 따르지 않는 경우도 있어, 양 최고 공법재판소간의 갈등양상이 존재해 온 것이 오스트리아의 현실이다.<sup>248)</sup>

---

247) 이에 대하여 찬성하는 입장으로서 Wolfgang Groiss/Gernot Schantl/Manfried Welan, Das Verhältnis des VfGH zum VwGH - Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit(Slg 1974), ÖJZ 1978, S. 57 ff.; J.-W. Aichreiter, Zur Abgrenzung von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl 1980, S. 406 ff.(409 f.); 반대하는 입장으로서 Klaus Berchtold, Überprüfung von Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes durch den Verfassungsgerichtshof?, ÖJZ 1975, S. 141 ff. 그 밖에 René Lqurer; Be,erkungen zu Problemen der Pararellbeschwerde gegen Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt, ÖJZ 1982, S. 202 ff.

248) 이에 관하여는 방승주, 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정

이로 인하여 헌법재판소와 행정재판소의 권한의 한계를 법해석을 통하여 해결하려고 하는 시도<sup>249)</sup>도 나오고 있지만, 헌법의 개정을 통하여 이러한 권한 충돌을 해결하자고 하는 개정론도 70년대부터 지금까지 끊이지 않고 제기되고 있는 것이다.<sup>250)</sup>

#### IV. 일원적 규범통제제도

우리 나라는 현행 헌법 제107조 제1항과 제2항에 따라서 구체적 규범통제로서 위헌법률심사는 헌법재판소에 그리고 위(헌)법명령심사는 대법원에 맡겨 놓고 있다. 그리고 명령이 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 그 국민이 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있기 때문에, 헌법재판소가 명령의 위헌여부에 대해서도 결정할 수 있다. 그로 인하여 법률과 명령, 그리고 명령과 명령에 대한 위헌여부의 심판의 결론이 각각 달라질 수 있는 가능성이 상존하고 있다.

그러나 오스트리아는 헌법재판소가 위헌법률심사 뿐만 아니라, 위법명령심사까지 일원적으로 하고 있어서 심사기관에 따른 위헌여부의 판단의 불일치 가능성은 처음부터 존재하지 않게 된다. 이러한 관점에서 오스트리아의 사례는 규범의 위헌여부에 대한 통제를 헌법재판소에 일원화시킬 필요성이 있다고 하는 점을 말해 주는 비교법적 사례가 될 수 있다고 하겠다.

#### V. 헌법재판소의 광범위한 법률해석권한

규범통제심판의 경우는 물론이거니와, 특별행정재판이라고 할 수 있는 소위 처분소원의 경우, 법령의 재공포에 대한 심사 그리고 최근 개정되어 도입된 망

---

의 지속력, 인권과 정의 제304호(2001. 12), 102면 이하(113-116) 참조할 것.

249) Josef Azizi, ÖJZ 1979, S. 589 ff.

250) Robert Walter, ÖJZ 1979, S. 225 ff.; F. Kopp/N. Pressinger, Entlastung des VfGH und Abgrenzung der Kompetenzen von VfGH und VwGH, JBl 1978, S. 617 ff.; Martin Hiesel, JRP 2009, S. 221 ff.; Matthias Jestaedt, Gleichordnung der Grebzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts?, JRP 2008, S. 17 ff.

명재판에 대한 소원의 경우에 있어서 헌법재판소는 해당 명령이나 처분 또는 재판이 위법한지 그리하여 청구인의 헌법적으로 보장되는 권리나 또는 일반적 권리를 침해하였는지 여부를 심사할 수 있기 때문에, 광범위하게 법률에 대하여 해석할 수 있는 권한이 있다.

위헌법률심판과 처분소원, 그리고 권한쟁의심판과 선거소송 등과 같이 광범위한 권리보호기관으로서 기능하는 헌법재판소의 기능상 법률에 대한 해석권한은 당연한 것이라 하겠다.

이러한 과정에서 어떠한 법률이 위헌으로 해석될 가능성도 있고, 합헌으로 해석될 가능성이 있을 경우 가능한 한 입법권을 존중하기 위하여 합헌으로 해석될 가능성을 택하여 법률의 효력을 유지시키는 소위 법률에 대한 헌법합치적 해석은 오스트리아에서도 널리 행해지고 있는 헌법재판실무라고 할 수 있다.<sup>251)</sup>

특히 이러한 해석하에 선행 행정재판소 재판의 기속력으로부터 벗어나서 사실상 행정재판소 결정에 입각하여 내려진 처분을 취소하는 판결을 내리기도 한다는 점은 이미 전술한 바와 같다.

이러한 오스트리아의 실무를 고려할 때, 법률에 대한 해석권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원의 전속된 권한이라고 주장하면서 헌법재판소의 한정 위헌결정의 기속력을 부인하려 하는 대법원의 태도는 국민의 기본권보호와 법치국가적 질서의 수호 차원에서 결코 바람직스럽지 않다고 볼 수 있다.<sup>252)</sup>

## VI. 규범통제에 있어서 청구권자의 광범위성

이미 전술한 바와 같이 오스트리아는 개인 뿐만 아니라, 법원을 비롯한 연방과 주의 여러 국가기관들이 어떠한 법률이 헌법에 위반되거나 또는 어떠한 명령이 법률에 위반된다고 생각될 때에는 일정한 전제조건 하에 그 폐지를 구하는 위헌법률심판을 제청할 수 있다(추상적 규범통제). 이러한 관점에서 청구권

---

251) 이에 관하여는 Peter Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, S. 193 ff.(201).

252) 이에 관하여는 방승주, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 343면 이하 참조.



자가 매우 광범위하다고 할 수 있으며, 심지어 개인 뿐만 아니라 지방자치단체 역시 이러한 규범통제심판을 청구할 수 있다. 물론 개인은 그 법률이나 명령의 위법성에 의하여 자신의 주관적 권리나 헌법적으로 보장된 권리가 침해되었을 경우에 제기할 수 있다.

## VII. 위헌결정의 경우 원칙적으로 현재효(ex-nunc Wirkung)와 미래효(pro-futuro Wirkung)의 가능성과 위헌결정의 법적 효과에 관한 자세한 규정

전술한 바와 같이 오스트리아 헌법재판소가 법률이나 명령에 대하여 위헌으로 확인하는 경우에는 위헌법률의 폐지효과는 원칙적으로 선고된 날이 경과함으로써 발효한다. 또한 명령의 경우 18개월을 넘지 않는 범위 내에서 그 폐지효과가 발효하기 위한 기간을 설정함으로써, 위헌법률을 계속적용하게 할 수 있다.

법률이 위헌으로 폐지되는 경우에는 헌법재판소가 달리 명하지 않는 한, 그 법률에 의하여 폐지된 법률이 자동으로 효력을 회복하게 된다.

이러한 규정에서 볼 수 있듯이 오스트리아 헌법은 위헌법률의 법적 효과<sup>253)</sup>와 관련하여 원칙적으로 당연무효(ipsa iure Nichtigkeit)나 소급무효(ex-tunc Nichtigkeit)가 아니라, 폐지무효(Vernichtbarkeit)의 입장에서 출발을 하고 있으며, 위헌결정으로 인하여 발생할 법적 공백상태의 발생을 방지하기 위하여 처음부터 헌법이 자세하게 대응조치를 마련해 놓고 있다. 이러한 관점에서 본다면 오스트리아의 경우에는 독일이나 우리 나라에서 자주 쓰이고 있는 헌법불합치결정은 사용할 필요가 처음부터 없는 것이다. 오히려 독일이 헌법불합치결정을 만들어 낸 것은 오스트리아식 현재효나 미래효를 도입함으로써 전통적인 소급효를 제한하여 법적 안정성을 도모하고자 함이었다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 볼 때, 변형결정의 필요성이나 그 기속력을 부인하기 위한

---

253) 이에 관하여는 Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit und Einzelalt, Baden-Baden 1980; Seung-Ju Bang, Übergangsregelungen in Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Hannover 1996 참조.

논거로서 오스트리아 헌법재판 실무를 드는 것은 변형결정이 발생하기 위한 전제조건으로서의 헌법규정의 치밀성과 또한 그럼에도 불구하고 그곳에서 사실상 이루어지고 있는 다양한 결정유형 등을 고려해 볼 때, 타당하지 않은 논거라고 할 수 있을 것이다.<sup>254)</sup>

### Ⅷ. 선거소송과 탄핵심판 등에 관한 상세한 규정

오스트리아의 경우 전술한 바와 같이 선거소송과 당선소송 그리고 국민투표에 관한 소송까지 헌법재판소가 관할하고 있으며, 또한 탄핵심판도 그 대상과 소추권자 소추사유에 이르기까지 매우 자세하게 규정하고 있음을 볼 수 있다.

비단 이러한 소송 뿐만 아니라 나머지 대부분의 관할과 관련해서도 오스트리아는 Kelsen의 법실증주의적 전통에 따라서, 실정(현)법에서 모든 규율사항을 가급적 자세하게 규정함으로써 장래의 (현)법적 분쟁에 주도면밀하게 대비하려 하는 태도를 보이고 있는 점이 특색이다.

### Ⅸ. 헌법률의 위헌여부에 대한 심판권한

또한 전술한 바와 같이 헌법적 효력을 가지는 연방헌법률과 주헌법에 대해서도 형식적 관점에서나 또는 그것이 근본적인 법치국가적 질서에 위반되는지 여부와 관련한 실질적 관점에서 헌법재판소가 심사할 수 있다. 따라서 헌법의 개별규정은 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다고 보는 우리 헌법재판실무<sup>255)</sup>와는 대조되는 측면이라고 할 수 있다.

---

254) 이에 관해서는 이미 방승주, 인권과 정의, 제304호(2001. 12), 116면 참조.

255) 가령 현재 2001. 2. 22. 2003헌바38. 이 문제에 관해서는 방승주, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 86면 이하 참조할 것.

## X. 소결

이상으로 오스트리아 헌법재판제도를 개관하고 또한 일부 의견이기는 하지만 헌법개정과 관련한 제언을 살펴보고, 오스트리아 헌법재판제도가 우리에게 주는 시사점을 정리해 보았다. 어떤 한 나라의 제도는 그 나라 특유의 정치적, 문화적, 역사적 배경에 의하여 성립된 것이다. 그렇기 때문에, 단순히 법제도만 살펴 보고서, 그것이 좋다고 생각된다고 해서 무조건 수용한다든가 무비판적으로 베껴올 수는 없는 것이다. 그 나라가 그와 같은 제도를 받아들일 수 밖에 없었던 배경이나 특수성, 그리고 운용실태 등을 면밀하게 살펴서, 우리가 도입할 것은 도입하고, 걸러낼 것은 걸러 내어야 하는 것이다. 비교법적 고찰에 있어서 우리가 주의할 점은 바로 여기에 있는 것이다.

특히 우리 헌법재판제도가 활성화되어 가면서 헌법재판소가 다른 국가기관과 잦은 마찰 내지는 충돌현상이 빚어지게 되는 것은 어찌보면 당연하고도 또한 한편으로는 다행스러운 일일 수도 있다고 생각된다. 왜냐하면 과거에는 생각하지 못했던 기본권이나 헌법적 질서가 국민과 국가적 생활영역에 뿌리를 내리기 시작하면서 기존의 사고방식이나 관행에 젖어 왔던 많은 국가기관들에 의하여 일종의 저항 내지는 반감이 일어날 수 있는 측면이 없지 않았기 때문이다. 그러한 차원에서라면 오히려 국민의 기본권의 보호나 헌법의 준수의 측면에서 보다 소극적으로 머물렀었던 국가기관들이 반성을 하고, 더욱 분발하여 국민의 기본권과 헌법질서의 수호에 보다 우호적이 되기 위해서 노력해야 할 일이다.

그러함에도 자신들이 과거에 펼쳤던 논리를 보다 정당화하기 위하여 비교법적 논리를 아전인수격으로 끌어들이려는 어떠한 시도가 혹 있다면, 그것은 비학문적이며, 처음부터 정당한 논리의 전개가 될 수 없다.

그러므로 어떠한 국가기관이든지 우리 나라에서 고질적으로 발견되는 소위 기관이기주의적 시각에서 벗어나서 보다 객관적이고 설득력 있는 논리의 전개를 통해 국민기본권의 신장과 헌법질서의 수호를 위한 노력으로 경쟁해야 할 것이다.

## 제4장 프랑스의 헌법재판제도

### 제1절 서론

프랑스의 경우, 헌법재판의 관념은 이미 프랑스 대혁명이 진행되는 동안 시에스에 의해 주장되었으므로 200여년의 역사를 가지는 것이라 할 수 있지만, 1799년 공화정 8년헌법·1852년 제2제정헌법·1946년 제4공화국헌법 등에서 제도화되었던 것은 명목적이거나 형식적인 것에 불과하였으며, 명실상부한 헌법재판제도가 출현한 것은 1958년 제5공화국헌법에 의해서라고 볼 수 있다.

일반법원과는 별도의 독립된 기관에 의해 헌법재판작용이 행해진다는 점에서 미국형 제도라기보다는 독일이나 오스트리아와 같은 유럽식 대륙형 제도로 분류할 수 있으나, 독일이나 오스트리아와는 달리 규범통제와 개인의 기본권 보장의 영역보다는 국가의 조직·구성과 주권 행사의 헌법 합치성 여부에 비중을 둬으로써 선거쟁송이나 국가 위기 또는 긴급시의 합헌성 수호를 위한 작용을 중심으로 헌법재판작용을 독자적으로 발전시켜 왔다고 볼 수 있다.

그러나, 규범통제와 기본권 보장의 영역에 있어서도 이를 소홀히 하거나 무시하는 것은 아니었으며 오히려 주권자의 의사형성에 헌법 직접적 목표를 두고 법적안정성의 확보라는 측면을 강조한 논리적 결과로서 사전적인 규범통제에 헌법재판작용의 관심을 집중한 것이라 볼 수 있다. 기본권 보장과 규범통제 기관으로서의 성격을 강조하는 실질적인 계기가 된 것은 1971년 결사의 자유에 관한 헌법재판소의 판례와 1974년 개헌에 의한 위헌법률심판청구권자의 범위를 상원의원 60인 이상 또는 하원의원 60인 이상으로 확대한 것이었다고 볼 수 있다.<sup>256)</sup> 또한 프랑스는 사후적 규범통제제도에 관하여도 지속적으로 도입을

---

256) 1974년 헌법개정 이전의 경우, 법률에 대한 법적안정성 확보라는 관점에서 법률이 의회에서 제정되어 효력을 발생하기 이전 단계에서만 법률의 종류에 따라 필수적으로 또는 임의적으로 헌법재판소가 심판하여 왔으므로, 효력을 발생하지 않은 규범을 대상으로 하는 헌법재판소에 의한 이러한 사전적 통제는 엄격하게 보면 규범통제로서의 성격보다는 규범형성보조 또는 규범제정절차의 일환으로 볼 수 있는 성격이 강한 것이었다. 또한 헌법재판소의 성격도 그 구성문제로 인하여 사법기관적 성격과 정치기관적 성격을 둘러싼 논쟁이 종식되지 않은 시기에서는 헌법재판소에 의한 사전적 규범통제를 법률제정절

논의해 오던 중 결국 2008년 제24차 헌법개정을 통하여 선결문제의 형식으로 이를 도입하기에 이르렀다. 2008년 헌법개정에 의한 선결문제(la question prioritaire de constitutionnalité; QPC)<sup>257)</sup> 형식의 사후적 합헌성 통제는 행정법원이나 일반법원에서 선결문제로 제기한 내용에 대하여 최고행정재판소(Conseil d'Etat)나 대법원(Cour de Cassation)의 제청을 거쳐 헌법재판소가 결정하는 것으로 2009년 12월 조직법률의 제정과 2010년 2월 관련 하위규범의 정립에 이어 2010년 3월부터 시행되고 있다. 이러한 사후적 규범통제의 도입과 시행은 프랑스 헌법재판작용의 측면에서 보면 가히 혁명이라 볼 수 있을 정도라 할 수 있다.

사후적 규범통제제도는 이미 1993년 Vedel 개혁안을 통하여 논의되어 왔으나 법적안정성의 확보라는 높은 울타리를 넘어설 수 없었다. 제24차 개헌에 해당하는 2008년 7월 개헌을 통하여 프랑스는 제5공화국 정치제도의 현대화를 위한 국민발안에 의한 국민투표제와 권리보호관 제도의 도입·대통령과 국회의 관계·행정부와 국회의 관계·사후적 규범통제제도의 신설 등에 걸치기까지 다양한 헌법적 내용을 수정하였으며, 그 중 헌법재판소에 사후적 규범통제권을 부여하였다는 점은 법률에 대한 프랑스의 전통적 관념을 근본적으로 변화시킨 것이라 할 수 있다.

프랑스에서 헌법재판을 관장하고 있는 기관인 헌법재판소(Conseil Constitutionnel)의 구성과 지위, 권한에 관하여 개략적으로 살펴본 후, 위헌법률심판권을 중심으로 한 전통적인 사전적 규범통제제도와 사후적 규범통제제도, 나아가 헌법재판에서의 심판기준, 절차와 특징, 결정의 유형과 효과를 고찰하고자 한다.<sup>258)</sup>

---

차로서의 성격으로 볼 수도 있는 측면이 강하였다고 할 수 있다.

257) 최근 2년간 프랑스 헌법학에서의 초미의 관심영역은 합헌성의 선결문제에 관한 것으로 최근의 연구저서로는 ROUSSEAU Dominique (sous la direction de), La question prioritaire de constitutionnalité, 2010, Lextention editions, Gazette du palais, 208p.를 참조할 수 있으며, 연구논문의 목록은 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>, references doctrinales에서 망라하고 있다.

258) 본고는 줄고, 프랑스에서의 법률의 합헌성 통제, 헌법학연구, 제10권 제1호(2004. 3.), 프랑스 헌법재판소의 규범통제, 토지공법연구, 제43권 4호(2009. 2)

## 제2절 헌법재판소의 구성과 지위

헌법재판을 관장하고 있는 기관의 명칭과 법적성격에 관하여 프랑스에서도 여러차례 변화를 거듭하여 왔으나, 프랑스 제5공화국 헌법에서는 초기단계에서의 논쟁을 거쳐 현재는 Conseil Constitutionnel을 사법기관으로 보고 있으며 실질적 헌법재판기관으로 견해를 일치하고 있다.<sup>259)</sup> 일반법원과는 별도의 독립된 지위에서 헌법재판작용을 담당하는 기관이라는 측면에서 독일이나 오스트리아의 예에 따라 법원이라는 명칭레보다는 재판소라는 명칭레를 사용하여 Conseil Constitutionnel을 헌법재판소로 명명할 수 있을 것이다.

### 1. 헌법재판소의 구성

---

에서 발표한 논문을 수정 보완한 것임.

259) 1958년 제5공화국헌법에 의한 합헌성 통제제도는 사후적인 위헌법률심판제도의 유형으로서가 아니라, 의회합리주의를 추구하는 과정에서 도출한 의회입법권 견제와 시행 법률에 대한 법적안정성 확보라는 목적을 동시에 충족하기 위하여 사전적 합헌 통제제도만을 취하고 있다. 엄격한 의미에서 사전적 합헌 통제는 원칙적으로 시행중인 법률에 대한 통제를 배제하고 있으므로 위헌법률심판의 측면보다는 오히려 의회와 행정부에 의해 진행중인 입법과정에 대한 통제의 측면에서 볼 수도 있을 것이다. 의회견제와 법적안정성의 구현을 위하여 1959년 프랑스 헌법재판소가 출범하였으므로, 출범 이후 1970년까지는 헌법재판소의 성격에 대하여 정치적 기관설과 사법기관설의 논쟁이 그치지 않았으며 그 활동 역시 주목할 만한 성과를 가져오지 못하였다. 헌법재판소의 성격과 활동에 대한 새로운 계기가 되었던 것이 1971년 결사의 자유에 관한 헌법재판소의 결정과 1974년 헌법개정에 의한 합헌성통제 청구권자의 범위를 60인 이상의 상·하원의원으로 확대한 것이었다. 왜냐하면 1971년 헌법재판소의 결정은 헌법재판소가 국민의 기본권 보장기관으로서의 성격을 나타내며 헌법재판을 위한 사법기관적 성격을 확고히 하는 계기가 되었으며, 또한 1974년 헌법개정에 의하여 야당을 비롯한 소수의 상원의원과 하원의원들에게도 법률에 대한 합헌성 통제 청구권이 부여됨으로써 합헌성 통제 청구가 괄목할 만큼 활성화되었기 때문이다. 이러한 헌법재판소의 결정과 헌법의 개정 이후 헌법재판소의 사법기관성과 기본권 보장기관성은 상당히 정착되어 왔으며 일반적으로 긍정적인 평가를 받고 있다.

나아가 2008년 제24차 헌법개정은 선결문제의 형식으로 사후적 위헌법률심판제도를 도입하고 있으므로 Conseil Constitutionnel의 사법기관성을 부정하는 견해는 거의 찾아볼 수 없다고 할 수 있다.

프랑스 헌법재판소는 임명직재판관 9인과 당연직재판관으로 구성되어 있으며, 헌법재판소장은 대통령이 임명한다.

## 1. 임명직재판관

임명직 재판관은 9인으로 구성되어 있으며, 임기는 9년이며, 연임될 수 없다. 그리고 3년마다 3인씩 교체되어진다.

### 가. 임명

임명권자는 대통령·상원의장·하원의장이며, 각 임명권자는 3인의 재판관을 임명한다. 임명권자에 의한 임명행위는 재량행위이며,<sup>260)</sup> 헌법 제19조는 대통령에 의한 헌법재판관 임명은 부서의 대상이 되지 아니한다고 규정하고 있다.<sup>261)</sup>

임명권자를 세 개의 국가기관에 분산하여 균형있게 3인씩 헌법재판관을 임명하게 한 이유는 헌법재판소의 권위를 보장하고 선택에서의 갈등을 최소화하기 위한 것이었다.<sup>262)</sup> 즉, 헌법 제5조를 근거로 하여 헌법의 준수를 감독해야 하는 대통령에게 재판관 전부의 임명권한을 부여할 수도 있었을 것이나 헌법재판소의 권한이 보다 증대될 것으로 기대한 헌법제정권자는 헌법재판관의 임명권자를 대통령에게 독점시키는 것을 경계하였던 것이다. 또한 제4공화국의 헌법위원회(Le comité constitutionnel)가 경험한 바와 같은 유형의 정치적 할당형식으로 행사되는 것을 피하기 위하여 임명권을 제4공화국에서와 같이 양원 각 의회에게 부여한 것이 아니라, 상·하원의 의장에게 그 권한을 부여하였다.<sup>263)</sup> 임명방법 자체에 대해서 비판이 전혀 없는 것은 아니지만 대체로 균형 잡힌 제도로 평가할 수 있다.

---

260) F. Luchair, *Le conseil constitutionnel*, Economica, 1980. p. 59.

261) 프랑스 대통령의 행위에는 원칙적으로 수상과 관계장관 등의 부서를 필요요건으로 하고 있으나, 헌법 제19조가 규정하고 있는 헌법 제8조·제11조·제12조·제16조·제18조·제54조·제56조·제61조의 대통령 권한은 부서의 대상에서 제외하고 있다. 부서의 대상에서 제외되어 있으므로 이를 대통령의 독자적 권한이라 부른다.

262) L. Favoreu et L. Philip, *Le conseil constitutionnel*, Puf, 1992, p. 13.

263) 줄고, 헌법재판소의 구성에 관한 소고, 전남대학교 법률행정연구소 법률행정논총 제15집(1995), 179면.

## 나. 임기

헌법재판소 임무의 중요성과 권한을 고려하여 헌법은 헌법재판관에게 9년이라는 충분한 기간을 임기로 부여하고 있다. 또한 헌법재판소의 기능이 단절없이 지속적으로 발전되도록 하기 위하여 헌법재판관을 매 3년마다 3명씩 교체하는 방법으로 재충전하고 있다.<sup>264)</sup> 나아가 재판관이 그를 임명한 기관을 대변하는 자로 활동함으로써 연임에 대한 기대를 가지는 것을 차단하며, 또한 임기 기간 중 소신있는 결정을 행할 수 있도록 하기 위하여 헌법은 재판관이 연임할 수 없도록 규정하고 있다. 9년 임기의 헌법재판관을 3년마다 1/3씩 교체하기 위하여 1958. 11. 8. 법률명령(ordonnance)은 두 가지 예외적 방법을 고려해 놓고 있다. 첫째, 최초의 헌법재판소를 구성할 때 이미 일정기간 경과 후 임기 만료에 의한 재판관 교체를 순차적으로 하기 위하여 임기 3년의 재판관 3인·임기 6년의 재판관 3인·임기 9년의 재판관 3인을 임명하도록 하고 있으며, 임명권자는 각 임기별 1인씩의 재판관을 임명하도록 하였다.<sup>265)</sup> 둘째 재판관이 임기 만료전에 쫓겨난 경우 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 하였다.<sup>266)</sup> 따라서 최소한 3년마다 대통령, 하원의장, 상원의장에 의한 1회의 헌법재판소재판관 임명이 가능하도록 하였다. 즉, 헌법재판관의 교체는 3년마다 이루어지고 있으며, 대통령·상원의장·하원의장은 교체시마다 재판관 1인씩을 각각 임명한다. 이 경우 후임자의 결정은 늦어도 전임자의 임기만료 8일전까지 행해져야 한다.<sup>267)</sup> 임기 중 재판관의 사임이나 해임에 의한 후임자 임명은 다소 차이가 있다. 본인의 의사에 기한 자진사임의 경우 후임자는 1개월 내에 임명되어야 하나, 직권에 의한 해임이나 신체적 직무수행 불능상태에 의한 경우

---

264) F. Luchaire, op. cit., p. 66.

265) 동 법률명령 제2조

266) 동 법률명령 제12조. 헌법재판관은 연임할 수 없으나, 전임자의 잔임기간 3년 미만을 승계한 헌법재판관에 한하여 연임할 수 있도록 규정하고 있다.

267) 2004년 3월 8일 임기만료되는 헌법재판소장 Yves Guéna·헌법재판관 Michel Ameller·Monique Pelletier의 후임으로 J. Chirac대통령은 Pierre Steinmetz를, 하원의장은 Jean-Louis Pezant을, 상원의장은 Jacqueline de Guillenchmidt를 2월 24일과 2월 27일에 각각 임명하였으며, 헌법재판소장 Yves Guéna의 후임 헌법재판소장으로는 현재의 헌법재판관 중에서 Pierre Mazeaud를 대통령이 임명하였다 (2004. 2. 28. 프랑스 관보게재).



에는 8일 이내에 충원되어야 한다.

직무를 종료하는 경우는 9년의 임기만료에 의한 경우가 일반적이거나, 특수한 경우로는 본인이 사망하는 경우<sup>268)</sup>·자진사임하는 경우<sup>269)</sup>·직권해임의 경우 등이 있다.

## 2. 당연직재판관

헌법 제56조 제2항의 “전직 대통령은 당연히 헌법재판소의 종신 재판관이 된다.”라는 조항에 따라 전직 대통령은 당연직재판관이 된다. 당연직재판관도 임명직재판관과 마찬가지로 의결권을 가지며, 헌법재판소장으로 임명될 수 있다. 당연직재판관은 선서의 형식 없이 취임할 수 있으며, 선서의 형식이 생략되어진다 하더라도 그들에게는 임명직재판관과 동등한 권리와 의무가 부여되어진다.<sup>270)</sup> 그러나 종신직이기 때문에 당연직재판관은 직권해임의 대상이 될 수는 없다. 따라서 이들의 경우에는 검직 또는 금지의무위반을 이유로 하여 그 직무를 박탈할 수 없다.<sup>271)</sup>

제5공화국의 헌법재판소(Conseil constitutionnel)가 설립된 이후 현재까지 전직 대통령으로서 당연직재판관에 해당하는 자로는 제4공화국의 대통령이었던 V. Auriol과 R. Coty<sup>272)</sup>, 제5공화국 이후의 Ch. de Gaulle·G. Pompidou·V. Giscard d'Estaing·F. Mitterand·J. Chirac이 있으나, Ch. de Gaulle과 F. Mitterand은 퇴임 이후 헌법재판관으로 참여한 적이 없었으며 V. Giscard

---

268) 1960년 M. Délépine, 1977년 M. Rey, 1979년 M. Coste-Floret의 경우가 여기에 해당한다.

269) MM. Pompidou, Chenot, Michelet의 경우가 있다.

270) L. Favoreu et L. Philip, op. cit., p. 9.

271) 전직 대통령인 Giscard d'Estaing의 하원의원 피선거격에 대하여 제소를 받은 헌법재판소는 1984. 11. 7. “헌법재판소 재판관이 하원의원의 직무와는 겸직할 수 없다고 규정하고 있는 헌법 제57조에 따라, 당연직재판관인 그는 하원의원에 선출됨으로써 헌법재판소에 참석할 수 없다”라고 결정한 바 있다. 따라서 당연직재판관도 임명직재판관과 마찬가지로 겸직이 금지된 직을 수행할 수 없다고 보는 견해도 있다.

272) R. Coty 대통령은 처음부터 62년 11월 그의 사망 시까지 헌법재판관으로서 한결같이 참석하였으나, V. Auriol 대통령은 1960년 5월 25일부터 1966년 1월 사망 시까지 헌법재판소에 참석하지 않았다.

d'Estaing은 2004년 3월 이후부터<sup>273)</sup> J. Chirac은 2007년 9월부터 헌법재판관으로 참여하고 있다.

당연직 재판관 제도에 관하여는 여러 차례 폐지 논쟁이 있었으며, 2008년 헌법개정 논의 시에도 Balladur보고서에서는 폐지 의견을 제출하였으나, 헌법개정까지는 이르지 못하였다.

### 3. 재판소장

헌법 제56조 3항에 의하여 헌법재판소장은 대통령에 의하여 임명되며, 법률명령(ordonnance) 제1조 2항에 의해 임명직 또는 당연직 헌법재판관 중에서 임명되어진다. 그러나 헌법재판소장은 항상 임명직재판관 중에서만 지명받아 왔다.<sup>274)</sup> 헌법재판소의 독립이라는 측면에서 본다면 재판소장은 동료인 헌법재판관에 의하여 선출되도록 하는 것이 보다 바람직 하다고 보고 있다.<sup>275)</sup> 왜냐하면 헌법재판소장의 직무 자체가 명예직이 아니라 후술하는 바와 같이 중요한 권한을 실제로 행사하는 것이기 때문이다.

헌법재판소장의 임기에 대하여 헌법과 법률명령(Ordonnance)에서는 아무런 규정이 없으나, 헌법재판소장으로 임명된 후 헌법재판관으로서의 임기가 종료될 때까지를 헌법관행에 의해 헌법재판소장의 임기로 고려되어왔다.<sup>276)</sup> 그러나 이 경우 아직까지 종신직인 당연직헌법재판관이 헌법재판소

---

273) V.Giscard d'Estaing은 대통령 퇴임 이후에도 하원의원 등 선출직으로 활동한 관계로 헌법재판관으로 활동하지 않았으나, 2004년 3월부터 모든 공식적인 선출직 활동을 종료한 후

274) 헌법재판소장에는 Général de Gaulle의 측근이었던 MM. Léon Noël · Gaston Palewski · Roger Frey 등이 임명되었으며, 그 이후 Daniel Mayer · Robert Badinter와 Roland Dumas는 F. Mitterand 대통령의 신임을 받았던 자들이다. 1983년에 재판소장으로 임명 받았던 D. Mayer는 1986년 3년만에 헌법재판소장직을 사임하였으며, 그 후임으로 R. Badinter가 임명을 받았으며, R. Dumas가 2000년 2월까지 활동하였다. 2000년 3월 J. Chirac 대통령에 의해 재판소장으로 임명되었던 Yves Guena는 2004년 3월 8일 Pierre Mazeaud에게 임기만료로 헌법재판소장직을 물려주게 된다.

275) L. Favoreu et L. Philip, op. cit., p. 17.

276) 초대소장이었던 L. Noël은 본인의 임기와 동일한 6년간 직무를 수행하였으며, 그 이후의 재판소장들은 9년간씩 직무수행하였다.

장으로 임명되지 아니하였기 때문에 가능하였던 헌법관행이라 본다면, 이러한 관행을 보충할 수 있거나 또는 임기를 명시적으로 알 수 있는 성문적 차원에서의 규범제정이 필요하다고 할 것이다. 이러한 필요성은 1986년 2월 D. Mayer 이후 R. Badinter 임명과정에서 더욱 절실하였다. 왜냐하면 1983년 F. Mitterand에 의하여 헌법재판소장으로 임명되었던 D. Mayer는 종전의 헌법관행을 깨고, 1986년 그의 연령이 73세로 고령임을 이유로 하여 헌법재판소장 사임서를 제출하고 재판소장으로서의 직무를 종료하였다.<sup>277)</sup> F. Mitterand이 D. Mayer의 후임으로 R. Badinter를 임명 당시 헌법재판소장의 임기가 명시적으로 규정되어 있지 않음으로 해서 상당한 논란이 제기되었다는 점을 고려하면, 추후 발생할 수 있는 헌법적 분쟁을 사전에 봉쇄할 수 있는 하나의 방법으로 헌법재판소장의 임기를 명시적으로 규정하는 규범의 제정도 적극적으로 검토해야 할 것으로 본다.<sup>278)</sup>

## II. 헌법재판소의 지위

프랑스 헌법재판소는 독일과 오스트리아 등과 같은 다른 나라의 헌법재판소와 마찬가지로 규범적 측면에서나 행정적 측면 나아가 재정적 측면에서 독립적 지위를 향유하고 있다.

### 1. 규칙제정권자로서의 지위

헌법재판소는 운영과 관련하여 헌법과 조직법률의 적용을 받지만, 헌법 규정은 헌법재판소에 광범위한 재량을 부여하고 있으며 조직법률의 경우에도 1958년 11월 7일 헌법재판소 조직법률명령 제정시에는 헌법재판소에 이관되지 않

277) D. Mayer는 헌법재판소장은 사임하였으나 헌법재판관으로서의 1992년 그의 임기가 종료될 때까지 계속 활동하였다.

278) 실제로 R. Badinter가 헌법재판소장으로 임명된 데에 대하여 M. Duverger와 F. Luchaire는 합헌성여부에 대한 헌법적 논쟁을 행한 바 있다; Cf. M. Duverger, Une fraude á la constitution?, Le Monde, 1986. 2. 22; F. Luchaire, Le Monde, 1986. 2. 26.

았으나 제정 이후에는 개정 시마다 헌법재판소의 필수적 위헌심판 대상이었기 때문에 헌법재판소로서는 광범위한 재량권을 유지하고 있다.

헌법재판소는 종전에는 상하원 선거쟁송심판권의 절차에 관한 자주규칙(Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs)과 국민투표 쟁송에 관한 자주규칙(Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum)의 2개의 자주규칙만을 독립적으로 제정하여 선거쟁송과 국민투표 쟁송을 심판하여 왔으나, 2010년 2월 이후에는 사후적 규범통제와 관련한 선결 문제에 관한 자주규칙(Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité)<sup>279)</sup>을 제정하여 규범에서의 독립적 지위를 강화하고 있다.

## 2. 행정적 독립

헌법재판소의 행정은 헌법재판소장의 산하에 소속된 독립기관에 의하여 행 사된다. 사무처장은 헌법재판소장의 제청에 의해 대통령이 임명한다. 사무처장은 1983년-1986년의 경우에는 예외이지만 1959년 헌법재판소가 출범한 이후 계속하여 Conseil d'Etat의 위원이 임명되어 왔다.

헌법재판소장과 사무처장의 산하에는 40여명의 사무인력이 있으며, 법무국(service juridique)·자료국(service documentation)·출판 및 정보국(service de presse et d'information) 등의 사무 조직을 두고 있다.

## 3. 재정적 독립

헌법재판소의 재정적 독립은 1958. 11. 7. 조직법률명령 제16조에서는 명확히 하고 있지 않으나, 1959. 11. 3. 명령(decret du 13 novembre 1959)에 의해 규정되고 있다.

---

279) 2010. 2. 4. 선결문제 내부규범 결정으로 제정되었으며 2010년 2월 18일 관보 (Journal officiel) p. 2986에 공고되었다.

헌법재판소는 예산 편성권을 독자적으로 행사하며, 편성 예산은 의회에서 수정이나 토론없이 표결되어진다. 예산의 집행에 있어서도 헌법재판소장이 회계책임자가 되며, 재판소장이 임명한 재무관에 의해 행해진다.

재정적 독립의 원칙은 결산에 있어서도 행정부 또는 의회에 대한 지출의 입증책임을 면제하고 있다.<sup>280)</sup> 프랑스 헌법재판소의 예산은 다른 헌법재판소에 비해서는 적은 편으로 약 100억원(600만 유로) 정도이다.

### 제3절 헌법재판소의 권한

우리나라의 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항의 규정에 따라 위헌법률심판권·탄핵심판권·위헌정당해산심판권·권한쟁의심판권·헌법소원심판권을 행사하고 있으나, 프랑스의 헌법재판소는 권한쟁의심판권·규범통제권·선거쟁송심판권·의견제출권등의 권한을 행사하고 있다.

#### 1. 권한쟁의심판권

헌법 우리나라 헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소의 권한쟁의심판권을 규정하고 있으며, 권한쟁의심판의 대상으로는 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의로 규정함으로써 상당히 폭넓게 규정하고 있다. 우리나라의 입법례와는 달리 프랑스의 헌법재판소는 의회와 행정부의 입법권의 범위와 관련하여 제한된 권한쟁의심판권만 행사하고 있다.

프랑스 제5공화국 헌법은 일반적·추상적 법규범의 형성권을 의회에게만 독점시키지 아니하고 행정부에게도 이를 부여하고 있으며, 나아가 의회와 행정부의 입법영역을 헌법 제34조와 헌법 제37조에서 각각 규정하고 있다. 따라서 의회가 행정부의 입법영역을 침해하는 법률안이 문제가 되는 경우, 헌법 제41조에 의하여 행정부는 당해 법률안에 대한 불수리청구를 할 수 있으며<sup>281)</sup> 이러

280) C.C. dec. 2001-456 DC, 2001. 12. 27.

281) 헌법 제41조에 의한 불수리는 헌법 제138조에 의하여 행정부에 위임한 사항에 반하는 법률안 또는 수정안에 대하여도 주장할 수 있다. 헌법재판소의 초기 20년 동안에는 의회합리주의의 차원에서 11번 정도 이 제도가 활용된 바 있으나,

한 불수리청구에 대하여 의회와 행정부가 불일치한다면 어느 일방에 의하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하고 있다.

권한쟁의심판 청구가 있으면 8일 이내에 헌법재판소는 결정하여야 하며, 헌법재판소의 결정이 있게 되더라도 당해 법률안은 존속하게 되며, 권한침해가 행해진 조항이 있으면 당해조항만 수정하게 하는 효과를 발생하게 한다.

## II. 규범통제권

프랑스 헌정사적 측면에서 볼 때 제5공화국 헌법의 주된 특색 중 대표적인 것은 헌법재판소에 헌법하위규범에 대한 규범통제권을 부여하고 있는 것이다 할 수 있다. 프랑스 제5공화국 헌법은 제61조 제1항에서 국회법과 조직법률, 제61조 제2항에서 일반법률, 제54조에서 국제협약 등과 같은 헌법하위규범에 대한 규범통제권을 헌법재판소에 부여하고 있다. 제61조 제1항에서 규정하고 있는 국회법과 조직법률은 시행 또는 공포 전에 필수적으로 헌법재판소에 회부되어서 합헌성 통제를 받아야 하지만, 제62조 제2항의 일반법률이나 제54조의 국제협약에 대한 합헌성 통제는 임의적인 것이라는 점에서 구별된다고 할 것이다.

법률에 대한 합헌성 통제의 심판대상과 기준, 심판절차, 결정의 유형과 효과 등에 관하여는 후술하고자 한다.

## III. 선거쟁송심판권

국민의 주권은 선거를 통하여 실현되며, 그 결과 주권행사기관인 국가기관이 구성되므로, 선거라는 국가작용의 매개에 의하여 주권보유자와 주권행사자가 결정된다. 즉, 선거는 국가의 기본적인 구성작용으로서, 국민주권주의를 실현하는 헌법적 행위가 된다고 할 것이다. 따라서 선거절차나 운동에서의 위법행위를 다루는 당선소송이나 선거소송 등과 같은 선거쟁송은 헌법재판으로서의

---

1979년 이후에는 더 이상 사용되지 않고 있다.

성격을 가진다고 볼 수 있다.

그러나, 선거쟁송을 관할하는 심판기관과 관련하여서는 각 국가마다 제도적 차이를 나타내고 있다. 우리나라의 경우에는 일반적인 헌법재판권을 헌법재판소에 부여하고 있으나, 대통령과 국회의원의 선거쟁송심판권은 대법원이 행사하도록 하고 있음에 비하여, 프랑스에서는 헌법재판소의 가장 주된 권한이 선거쟁송심판권이라고 볼 정도로 헌법재판소에서의 선거쟁송의 비중이 높다고 할 수 있으며, 헌법재판소가 선거쟁송을 관할하고 있는 것 또한 프랑스 제5공화국 헌법의 주된 특색 중 하나라 볼 수 있다.<sup>282)</sup>

프랑스의 헌법재판소는 대통령선거<sup>283)</sup>와 상·하원 국회의원선거에 관한 쟁송<sup>284)</sup> 뿐만 아니라 국민투표쟁송에 관한 심판권<sup>285)</sup>도 행사하고 있다.

#### IV. 의견제출권

헌법재판소는 규범통제권이나 선거쟁송심판권 이외에도 국가의 중요한 헌법적 문제와 관련하여 의견을 제출하거나 결정을 행하는 권한을 가지고 있다. 헌법재판소가 결정을 행하는 경우에는 헌법 제62조 제2항에서 규정하고 있는 결정과 동일한 효력을 가지게 된다. 즉, 헌법재판소의 결정이 있게 되면 모든 국가기관은 결정에 기속되게 되며 더 이상 불복할 수 없다.

헌법재판소는 다음의 경우에 의견을 제출하거나 결정을 행하고 있다.

① 헌법 제16조에 의하여 대통령이 비상대권을 행사하고자 하는 경우 그 요건의 충족여부에 관하여 헌법재판소의 자문을 받도록 하고 있으며, 대통령이

---

282) J.P.Camby, Le Conseil constitutionnel, juge électoral, 2001, Dalloz, p. 3.

283) 프랑스 헌법 제58조 : Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin. 프랑스의 대통령선거제도에 관하여는 줄고, 프랑스의 대통령선거제도, 헌법학연구, 제8권 제2호(2002. 8), 한국헌법학회, 124~152면 참조.

284) 프랑스 헌법 제59조 : Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

285) 프랑스 헌법 제60조 : Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats.

취하는 조치에 관하여도 자문을 받도록 규정하고 있다.<sup>286)</sup>

② 헌법 제7조에 의하여 헌법재판소는 행정부의 청구에 따라 대통령의 유고 또는 궐위를 확정하는 결정을 행한다.

③ 대통령 입후보 등록 마감일 7일 이내 또는 일정한 요건 하에 있는 입후보자가 사망하거나 유고가 발생한 경우에 헌법재판소는 대통령선거 연기결정을 할 수 있다.

헌법재판소의 의견제출권은 헌법규범이나 현실이 급박하게 변화하는 상황이 도래하는 경우, 현재의 헌법규범을 수호하고 준수하도록 할 수 있는 규범적 영역의 행위로서 규범이 정치 현실에 의해 왜곡될 수 있는 가능성을 사전에 차단하고 봉쇄하는 기능을 행하고 있다. 이러한 헌법 조항을 두고 있지 아니한 우리나라에서는 주의를 기울여 연구 검토하여야 할 내용이라 할 수 있다.

## 제4절 사전적 규범통제제도

프랑스 헌법재판소는 전술한 바와 같이 법률과 국제협약에 대한 사전적인 규범통제권을 행사하여 왔으며, 법률에 대하여는 다시 법률의 종류에 따라 필수적인 규범통제의 대상과 임의적 규범통제의 대상으로 구분하고 있으며 국제협약은 임의적 통제 대상으로 하고 있다. 일반법률과 국제협약이 임의적 규범통제 대상인 것은 동일하나 헌법재판소에 의한 위헌결정 이후 그 효력이 상이하다는 점에서 일반법률과 국제협약에 대한 규범통제를 구별해서 살펴보고자 한다.

### 1. 법률에 대한 합헌성 통제

프랑스는 법률의 종류를 다양하게 하여 제정절차, 효력, 규범통제방법 등을 서로 다르게 정하고 있다. 합헌성 통제에 있어서도 헌법법률, 조직법률, 일반법률 등으로 구분하여 헌법법률은 조직법률과 일반법률의 합헌성을 통제하는 헌

---

286) 프랑스 헌법 제 16조에 의한 대통령의 비상적 권한에 관하여는 줄고, 프랑스 제5공화국 대통령의 비상적 권한(II), 전남대학교 논문집 제35집 법·행정학편(1990. 12), 95~101면 참조.



법규범군으로 보고 있으며, 조직법률은 의회 통과 이후 대통령이 공포하기 이전에 반드시 헌법재판소에 의해 규범통제를 받아야 하는 필수적 통제대상으로 규정하고 있다. 또한 일반법률의 경우에는 조직법률과 달리 제소권자의 제소에 의해서 합헌성 통제를 받도록 하는 임의적 통제대상으로 규정하고 있다.

## 1. 필수적 규범통제

프랑스 헌법 제61조 제1항은 헌법재판소의 합헌성 통제를 받아야 하는 필수적 심판대상으로 조직법률, 헌법 제11조의 의원발의 법률, 국회법의 세종류를 규정하고 있다. 2008년 7월 헌법 개정 이전에는 필수적 규범통제 대상으로 조직법률과 국회법의 두 종류만을 규정하고 있었으나, 2008년 헌법 개정 시에 헌법 제11조에 의한 의원발의 법률에 대하여도 필수적 규범통제를 받도록 개정하였다.

조직법률과 국회법에 대하여 헌법재판소의 합헌성 심판을 필수적으로 거치도록 하는 이유는 이들 규범이 형식적으로는 법률 또는 국회의 자주규칙으로 이루어져 있으나, 규범의 성격으로 보아서는 실질적 헌법군에 속한다고 보았기 때문이다.

### 가. 조직법률

조직법률은 의회에서 가결된 후 대통령이 공포하기 이전에 반드시 헌법재판소의 합헌성 통제를 받아야 한다. 조직법률이 공포되기 위해서는 헌법재판소에서의 헌법합치결정이 필수적 요건이라는 점에서, 조직법률을 필수적 심판대상이라 부른다.

그러나, 프랑스 제5공화국의 헌정사를 고찰하면 다음과 같은 두가지의 경우에는 예외를 인정하여, 조직법률에 대한 필수적 합헌성 통제가 배제되고 있다.<sup>287)</sup>

첫 번째의 예외는 지속적으로 적용되어질 성격의 것으로,<sup>288)</sup> 조직법률이 국

---

287) Ch. Debbasch, *La Ve Republique*, Economica, 1993, p.25

288) 박인수, 프랑스에서의 법률의 합헌성 통제, 헌법학연구, 제10권 제1호, 2004. 3, p.530.

민투표형식에 의하여 프랑스 국민의 직접투표 결과로 제정된 경우에는 당해 조직법률은 합헌성통제를 거칠 필요가 없다는 점이다. 즉 헌법재판소는 1962년 10월 28일 국민투표에 의해 채택된 대통령 직접선거에 관한 법률에 대한 1962년 11월 6일의 결정문에서 다음과 같이 판시하였다: 헌법 제61조가 의도하고 있는 법률은 의회에서 표결되어진 법률만이며, 국민주권의 직접적 표현으로서 국민투표에 의하여 채택된 법률이라고는 결코 볼 수 없다. 이것은 헌법재판소를 국가공권력의 통제기관으로 규정하고 있는 헌법정신에서부터 비롯된 것이라 하겠다.<sup>289)</sup> 따라서 헌법재판소는 이를 제소하였던 상원의장 M. Monnerive의 주장에 반하는 무권한선언을 행함으로써, 국민투표에 의하여 제정된 법률의 합헌성심사를 기각하였다. 이러한 결정은 정치적인 비판을 야기하였으나, 법률적 측면에서는 헌법재판소가 헌법의 정신을 정확하게 인식하였다고 볼 수 있다. 그러나 헌법재판소의 결정에 대하여 G. Burdeau교수는 국민(people)의 역할을 주권자로서의 역할인지 통치권자로서의 역할을지를 구별하여야 한다고 보고, 국민투표의 행사에서 국민은 통치자로서의 역할이기 때문에 헌법재판소는 통치자의 결정이 헌법에 합치하는지의 여부를 심사할 권한을 가져야 한다고 주장하였다. 그러나 1962년 10월 28일의 국민투표에서 국민은 입법권자로서 뿐만아니라 헌법제정권자로서 동시에 행위한 것이라 보여지기 때문에 이러한 구별은 대단히 어려운 문제라 할 것이다.<sup>290)</sup>

두 번째의 예외는 단 한번 있었던 일회적 성격의 것이다. Evian협정에 수반한 정치적 선언을 집행하기 위한 모든 조치를 취할 수 있는 권한이 1962년 4월 8일의 국민투표에 의해 드골에게 부여되어짐으로써, 드골은 알제리에서 선출된 상·하원의원의 임기를 종결하는 법률명령(ordonnance)을 발하였다. 그러나, 헌법 제25조에 의한 조직법률의 사항에 관한 것이었던 이 법률명령 역시 헌법재판소의 사전적·필수적 심사에 제소되지 않았었다.

#### 나. 헌법 제11조의 의원발의 법률

289) 헌법재판소(C. C.) 1962년 11월 6일 결정, décide: 62-20 D. C., rec.27:G.D.C.C., p.17.

290) 박인수, 프랑스 제5공화국의 헌법하위규범, 영남법학 제4권 제1·2호, 1998, 2, pp. 98-99.

헌법 제11조는 국민투표에 의한 법률제정절차를 규정하고 있는 조항으로, 종전에는 헌법 제11조가 정하고 있는 특정한 입법사항에 대한 정부제출 법률안에 한하여만 국민투표를 통하여 법률로 제정하도록 하고 있었으며, 국민투표를 통하여 제정한 법률에 대하여서는 헌법재판소도 규범통제에 대하여 무권한을 선언하고 있었다.

2008년 7월 헌법개정에서는 헌법 제11조에 의한 국민투표 법률제정절차에 있어 정부제출 법률안뿐만 아니라 의원발의 법률안도 제11조 제3항이 규정하고 있는 요건<sup>291)</sup>을 충족하는 경우에는 가능할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 의원발의 법률안은 국민투표에 회부되기 전에 반드시 헌법재판소의 규범통제를 받도록 규정하고 있다. 헌법재판소는 제11조 제4항에 따라 의원발의 법률안의 제출요건과 제11조 제3항의 준수여부에 대하여 심판하게 되며, 헌법재판소의 통제요건은 조직법률로 정하도록 하였다.

#### 다. 국회법

국회법<sup>292)</sup>은 국회 스스로가 자신의 조직과 운영의 방법을 결정하는 자주규칙이므로, 상하원이 각각 결정할 수 있으나, 그 시행 이전에 반드시 헌법재판소의 합헌성 통제를 필수적으로 거치도록 하고 있다.

제5공화국 국회는 자주조직권(pouvoirs d'auto-organisation)에 의하여 국회법의 내용을 자유롭게 규정하였었다.<sup>293)</sup> 1958년 헌법은 제61조에서 국회

---

291) 프랑스 헌법 제11조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다: 제1항에 명시된 대상에 관한 국민투표는 의회 의원 5분의 1이 발의하고 선거인명부에 등록된 유권자의 10분의 1이 지지하는 경우에 실시될 수 있다. 이 발의는 의원발의 법률안의 형식으로 이루어지며, 공포된 지 1년이 지나지 않은 법률조항을 폐기하기 위한 발의는 하지 못한다.

292) 우리나라에서는 국회의 조직과 운영 등에 관한 기본규범을 법형식상 '법률'로 하여 국회법이라는 명명하에 이를 규율하고 있다. 그러나 프랑스에서는 이를 의회가 발하는 자주규칙으로서의 행정입법이라는 법형식을 부여하고 있으며, 그 법적 지위는 실질적 헌법군에 속한다고 헌법재판소는 보고 있다. 따라서 법형식과 지위에 있어서 프랑스와 우리나라의 경우는 다소 상이한 입장을 보여주고 있으나, 여기에서는 우리나라에서의 용어례에 따라 '국회법'이라는 용어를 사용하기로 한다.

293) 박인수, 프랑스에서의 법률의 합헌성 통제, 헌법학연구 제10권 제1호(2004).

법이 시행되기 이전에 헌법재판소의 합헌성 통제를 필수적으로 받도록 규정함으로써 국회의 자주조직권을 인정하고 있지 않다. 이 규정은 제5공화국 헌법의 정부초안에는 없었으나, 헌법제정자문위원회(Comité consultatif constitutionnel)의 상원의원 발안에 의하여 헌법에 규정되어졌다. 그 입법기원은 다소간 생소한 것이라 볼 수 있으나 그 내용은 헌법정신에 완전히 부합하는 것이라 하겠다.

헌법은 입법절차에 대하여 구체적인 여러 규정을 두고 있기 때문에, 국회법 또한 이러한 헌법의 입법절차에 따라야 한다는 것은 명확하다. 게다가 헌정 경험을 통하여 볼 때 국회의원들은 국회법을 이용하여 국회에 그들의 기득권을 부여하도록 명시함으로써, 헌법에 일치하지 아니하거나 헌법의 효력을 거부할 수가 있었다. 그러나 1958년 헌법에 따라, 하원법과 상원법에 관한 1959년 6월 17-24일의 결정과 1959년 6월 24일, 25일의 결정<sup>294)</sup>에서, 헌법재판소는 행정부를 통제하거나 행정부에게 국정방향을 제시하고자 하거나 또는 국회의원들의 발안권(l'initiative)을 확대하고자 하는 결의안(propositions de résolution)을 명문화하고 있는 국회법 조항은 헌법에 반한다는 결정을 행하였던 것이다. 그 이후의 결정에서도 헌법재판소는 국회의원들이 의사일정의 확정문제나 대정부질의(questrons orales) 또는 일괄투표(vote bloqué)등의 문제에서 헌법을 무시하는 행위를 한 경우에는 여기에 대립하는 입장을 보이고 있다.

국회법에 대한 헌법재판소의 통제는 특히 엄격하다고 볼 수 있다. 헌법재판소는 국회법이 한편으로는 헌법·조직법률·일반법률에 합치할 것을 요구하고 있으며, 국회법에 대한 결정의 형식으로는 합치·불합치·조건부 또는 한정합치라는 3가지 경우로 나누어 구별하고 있다. 이 세 번째의 결정유형인 조건부 또는 한정합치결정은 인용된 합치적 결정의 해석을 제한적으로 행하여야 한다는 것을 뜻한다. 즉, 이 경우 국회법은 상위규범인 헌법과 조직법률에 포함되어 있는 규정을 구체화하는 것에 제한되어야만 한다. 이것은 결국 심판기관에 의한 국회간섭의 문제로 비쳐지게 되었고, 점차적으로 국회법 규정에 대한 한정합치 결정은 감소되었으며, 더 이상 어떠한 실익도 취할 수 없게 되었다. 예

---

3), 532면.

294) G.D.C.C. p.34.

를 들면 하원법 제79조는 징계벌을 규정할 수 없는데 그 이유는 이러한 징계벌들이 국회의원의 피선거권에 관한 1958년 10월 24일 조직법률내용의 법률명령(l'ordonnance portant loi organique du 24 octobre 1958)에서 이미 규정되어져 있었기 때문이다. 따라서 하원법 제79조에 대한 결정 형식은 이미 엄격한 합치·불합치에 대한 문제이며, 한정합치결정이라 볼 수 없을 것이다.<sup>295)</sup>

## 2. 임의적 규범통제

조직법률, 국민투표에 의한 제정법률, 국회법이 합헌성통제의 필수적 심판대상이라면, 헌법 제61조 제2항은 일반법률을 임의적 심판대상으로 규정하고 있다. 임의적 심판대상으로서의 일반법률에 대하여는 헌법 제34조가 규정하고 있다. 제34조는 일반법률로 제정할 수 있는 사항을 규범제정사항과 일반원칙개요사항으로 구분하고 있다.<sup>296)</sup>

### 가. 규범제정사항

규범제정사항은 크게 8가지의 영역으로 나뉘어져 있으며, 일반법률로 제정하여야 할 중요한 사항이 거의 이 8가지의 영역에 망라되어 있다고도 할 수 있을 정도로 광범위하게 규정되어 있다. 이러한 규범제정사항에 대하여는 내각의 일반적·추상적 법규범 정립작용이 개입할 수 없으며, 내각은 헌법 제21조를 근거로 한 종속적 행정명령권(pouvoir réglementaire subordonné) 또는 집행명령권(pouvoir réglementaire d'exécution)을 행사하는 것이 원칙이라 할 것이다.<sup>297)</sup>

제34조가 규범제정사항으로 규정하고 있는 8가지의 영역사항은 다음과 같다.

- ① 시민권(droits civiques) 및 공적 자유의 행사를 위하여 시민에게 부여된 기본적 보장.<sup>298)</sup> 자유, 다원주의 및 언론의 독립성. 국방을 위해 시민에

295) 박인수, 프랑스 제5공화국의 헌법하위규범, 영남법학 제7·8권(1998. 2), 113~114면.

296) 줄고, 프랑스의 입법과정, 사회과학연구 제18집 제2권, 영남대학교 사회과학연구소, 1999. 2, p. 88.

297) 이러한 사항에 대하여 헌법 제38조가 규정하고 있는 수권법률(lois d'habilitation)에 의한 법률명령(ordonnances)의 행사가 가능함은 물론이다.

게 부과된 신체 및 재산상 의무

- ② 국적, 개인의 신분 및 능력, 부부재산제, 상속 및 증여
- ③ 중·경죄(重·輕罪)의 결정과 그에 대한 처벌. 형사절차. 사면. 새로운 심급의 법원 설치 및 법관의 신분
- ④ 모든 세금의 과세기준·세율 및 징수방법. 화폐발행제도
- ⑤ 의회, 지방의회, 재외 프랑스인을 대표하는 기구의 선거제도 및 지방자치단체 의회 의원의 선출직 직무와 직능의 수행요건
- ⑥ 공공기관의 유형 설립
- ⑦ 국가의 공무원 및 군인에게 부여되는 기본적 보장
- ⑧ 기기업의 국영화 및 공기업의 민영화

#### 나. 일반원칙개요사항

일반원칙개요사항이란 규범제정사항과는 달리 일반법률에서는 당해사항에 대한 기본적인 원칙의 개요와 보장만을 규정하도록 정하고 있는 사항을 말한다. 따라서 원칙개요의 범위내에서 내각은 자유로이 독립명령을 통하여 일반적으로 범규범을 정립할 수가 있게 된다. 이렇게 본다면 독립명령의 헌법적 근거는 제37조 1항뿐만 아니라 일반원칙개요사항을 규정하고 있는 제34조 4항 역시 포함될 수 있을 것이다.

---

298) 헌법재판소와 행정재판소는 제34조가 규정하고 있는 “기본적 보장(garanties fondamentales)”의 개념에 비상한 관심을 보이고 있다. 이 개념은 두 번 사용되고 있는 데 첫 번째는 기본권의 행사를 위하여 국민에게 부여된 기본적 보장이며 두 번째는 국가직 공무원에게 부여된 기본적 보장이라는 조항에서 그 문언이 규정되어 있다. 판례들에서 나타나는 경향은 입법기관에 의한 권리나 자유의 행사에 부여되어 있는 기본적 보장은 그 이전의 입법상태의 준수를 위한 것으로 인식되어야 하며 그렇지 아니한 경우에는 문제시 될 수 있다고 해석하는데 견해를 일치하고 있다. 이러한 관점에서 1959. 11. 27. 토지임대차가액에 관한 결정에서 헌법재판소가 “이러한 원칙들이……그 이전의 입법에 의해서 이미 설정되어 있었던 일반적 효력의 제한 범위 내에서 인식되어야 한다는…… 것을 고려하여” 기본적 원칙과 기본적 보장에 대한 침해가 된다고 결정하였던 것이다. 마찬가지로 1960. 10. 28. Martial de Laboulaye 결정에서 국참사원은 “문제시 되고 있는 기본원칙과 보장은 1931. 7. 4. 법률이 시행된 이래 포도재배 영역에 관하여 취해져 왔던 많은 조치들의 차원 내에서 반드시 인식되어야 한다”라고 판시한 바 있었다.

일반원칙개요사항으로 정하고 있는 영역은 크게 6가지의 영역으로 분류하고 있으며, 이 영역에 해당하는 사항은 다음과 같다.

- ① 국방의 일반조직
- ② 지방자치단체의 자유로운 행정, 권한 및 재원
- ③ 교육
- ④ 환경보전
- ⑤ 재산제도, 물권 및 민법·상법상의 채권
- ⑥ 노동권, 노동조합권 및 사회보장권<sup>299)</sup>

심판대상이 임의적이란 것을 제외하면 일반법률의 경우도 심판청구기간이나 헌법재판소에서의 심리기간의 면에서는 조직법률과 동일하다. 즉, 심판청구는 의회에서 당해법률안에 대하여 가결한 이후 대통령에 의해 공포되기 이전에 행해져야 하며, 헌법재판소는 심판청구 이후 1개월 이내에 심판결정하여야 한다.<sup>300)</sup>

일반법률에 대한 합헌성 통제가 임의적 청구이기 때문에 청구권자의 범위를 어떻게 규정하느냐의 문제가 제도의 사활이 된다고 할 수 있다. 왜냐하면 1974년 헌법개정에 의하여 청구권자의 범위가 확대되기 이전까지의 경우에는, 청구권자가 대통령·상원의장·하원의장·수상으로 규정되어 있었으므로, 1958년에서 1974년까지 16년 동안 상원의장에 의해 3회, 수상에 의해 6회 심판청구되는 데 그침으로써 일반법률에 대한 합헌성 통제심사가 명목적인 것에 불과하다고 비쳐졌다. 그러나 1974년 헌법개정에 의하여 60명 이상의 상·하원 의원에게도 심판청구권이 부여된 이후에는 심판청구의 빈도가 괄목할 만하게 늘어났으며<sup>301)</sup> 또한 합헌성 심사제도도 활성화되었다고 볼 수 있기 때문이다.

---

299) 박인수, 프랑스의 입법과정, 영남대학교 사회과학연구소 사회과학연구, 18집 2권 별쇄, 88~89쪽

300) 그러나 긴급한 경우에는 행정부의 요청에 따라 8일로 단축될 수도 있다 (헌법 제61조 제3항 제2문).

301) 1974년 헌법개정 이후 1994년 3월16일까지의 통계에 의하면 헌법제 61조 제2항에 의한 심판청구 284건 중 200건 이상이 60인 이상의 상·하원의원에 의해 제청된 것이었으며, 심판청구된 284건은 이 기간에 의회에서 가결된 법률

심판청구권자에 의한 심판청구가 없더라도 헌법재판소가 직권으로 합헌성 통제를 할 수 있는나의 문제에 관하여는 부정적이다. 1974년 지스카르 데스탱 대통령에 의하여 직권심판제도의 도입이 시도된 바 있었으나 좌절되었으므로, 헌법재판소는 헌법 제61조 제2항이 규정하고 있는 심판청구권자의 심판청구에 의하여서만 합헌성 통제를 할 수 있다고 보고 있다. 그러나, 심판청구된 법률안의 합헌성 통제의 범위는 청구된 법률조항에만 한정하지 아니하고, 당해법률안의 모든 규정에 대하여 직권심리하고 있다.

청구권자가 심판청구 시 제시하고 있는 위헌사유는 크게 네 가지의 유형으로 분류할 수 있으며, 그중 가장 많은 것이 기본권 침해이며, 그 다음이 형식과 절차상 하자·제도의 왜곡운영·무권한의 순으로 나타나고 있다.

## II. 국제협약 합헌성 통제

국제협약도 일반법률과 마찬가지로 대통령·수상·양원 중 어느 한 원의 의장·하원의원 60인 또는 상원의원 60인의 제소가 있는 경우, 헌법재판소는 합헌성 통제를 하게 된다. 국제협약이 헌법재판소의 필수적 합헌성 통제 대상이 아니라 임의적 통제 대상이라는 점에서 일반법률과 동일하나, 일반법률이 위헌선언된 경우에는 당해법률이 공포될 수 없는데 비하여 국제협약이 위헌선언된 경우에는 당해 국제협약의 비준이나 승인이 행해질 수 없다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다. 이 경우 국제협약에 대한 비준이나 승인을 하고자 한다면 헌법에 위배된다고 본 조항과 충돌되는 헌법조항의 개정이 선행적으로 이루어진 이후에나 가능하다.

국제협약의 내용이 헌법에 위배되는 사항을 포함하고 있으므로 헌법 제54조의 규정에 따라 헌법을 개정하여 당해 국제협약에 대한 비준을 받고자 한 경우 중 마스트리히트 조약의 경우에는 비준동의까지 성공하였으나 유럽헌법조약안의 경우에는 헌법개정까지는 순발력있게 진행되었으나<sup>302)</sup> 국민투표를 통

---

안의 8.23%에 해당하는 것이었다.

302) 프랑스 헌법재판소는 헌법 제54조의 규정에 2004년 11월 19일 유럽헌법안이 프랑스헌법에 합치하는 조약인지의 여부를 심판하였으며, 원칙적 조항의 대부



한 비준<sup>303)</sup>은 거부된 사례에 해당한다고 할 수 있다.<sup>304)</sup>

## 제5절 사후적 규범통제제도

법률은 주권자의 일반의사(*la volonté générale*)를 표현하는 것이므로 반드시 주권자에 의해서만 형성되어야 하며, 입법사항도 주권자에 의해서만 결정되는 것이며, 주권자의 의사표현인 법률이 시행되고 난 이후에는 주권자 이외에 헌법적 통제를 할 수 없다고 본 프랑스 고전적 헌법이론의 측면에서 보면 2008년 헌법개정에는 프랑스의 고전적 헌법이론을 송두리째 변혁시킨 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 법률은 주권자의 명령으로서 국민대표기관에 의해서만 제정 또는 개정되어야 하며, 입법사항도 국민의 대표기관인 의회만이 결정한다고 본 프랑스의 전통적 관념은 두 번에 걸치는 변화를 통하여 이미 수정되었으나, 법률에 대한 사법기관의 사후적통제에 관하여는 여전히 비판적이고 부정적이었기 때문이라 하겠다.

법률에 대한 전통적 이론의 첫 번째 변화는 헌법이론적 논쟁의 산물이었으며, 두 번째의 변화는 프랑스의 고질적인 정치현실의 병폐인 의회주의를 과감하게 개혁하여 합리화하자는 정치적 요청을 헌법규범이 수용한 결과라고 볼 수 있다.

첫 번째의 변화는 19세기 말에 국민투표에 의한 입법이 유럽 여러 나라에서 제정되면서, 이론적 논쟁이 프랑스에서 발생하였으며 그 결과 반대표제 이론의 수용으로 결론이 나면서 국민대표기관인 의회에서 뿐만 아니라 국민투표입법도 가능하게 되었다<sup>305)</sup>.

---

분에 대하여 합헌결정하였으며, 일부 조항에 대해서만 헌법과 불합치한다는 결정을 내렸다. 유럽헌법안과 불합치하는 프랑스 헌법의 내용에 대하여 2005년 2월 28일 헌법개정하였으며, 개정헌법을 2005년 3월 1일 공포하였다.

303) 프랑스는 2005년 5월 29일 유럽헌법조약안에 대한 국민투표를 실시하였다. 그 결과는 유효투표수 55%정도가 반대표를 행사한 것으로 5월 30일 공포되었다. 국민투표에 대한 이의신청과 소청에 관한 업무를 종료한 후 헌법재판소는 6월 1일 국민투표가 부결되었음을 확정 공표하였다. 총유효투표수 28,257,778표 중 반대표는 54.67%였으며, 투표참여율은 69.4%에 해당하였다.

304) 프랑스의 2004년 헌법개정과 2005년 국민투표와 관련하여 줄고, 프랑스의 유럽헌법안 수용과 변화, 국제헌법연구, 제12권 제1호(2006. 6) 참조.

두 번째의 변화는 제3공화국과 제4공화국을 거치면서 프랑스의 전통적인 의회주의의 관념이 의회주권으로의 관념 정도로 변질되면서 행정부의 불안정을 가져옴으로써, 의회주의의 합리화라는 관점에서 의회입법권을 제한하고 행정입법권을 확대 또는 양성화한 것이라 할 수 있다.

대표제도에 관한 이론적 변형과 의회주의의 합리화에 의한 두 번의 변화에도 불구하고 국민 또는 국민대표기관과는 독립한 기관으로서의 사법기관에 의한 사후적 법률 통제에 관하여 프랑스가 여전히 비판적이었던 이유는 사법부에 대한 전통적인 불신과 사법부의 민주적 정당성 문제라 볼 수 있으며, 보다 근본적인 이유는 입법권과 행정권의 이권분립을 전제로 한 정부형태로부터 기인한 것이라 할 수 있다. 이러한 기저에 대한 표면적인 논리는 여전히 법적안정성이라는 법의 이념을 구현하고자 하는 것이었다.

이러한 측면에서 보면 법적안정성의 요청이라는 주요한 법의 이념에도 불구하고, 2008년 헌법개정을 통하여 헌법재판소에 의한 사후적 규범통제제도를 도입한 것이야말로 프랑스 헌법이론에서의 혁명이라 할 수 있겠다. 그러나 법률에 대한 사후적 규범통제제도의 도입은 이미 1990년 헌법재판소가 도입을 시도한 이래 1993년 Vedel 개혁안에서 표면화되어 있었다는 점에서 보면 이번 헌법개정은 프랑스 헌법이 20년 가까이 기다려온 숙원 과제를 해결한 것이라고도 볼 수 있다.

2008년 헌법개정은 제61-1조를 신설하여 제1항에서 “법원에서 진행 중인 소송과 관련하여, 법률조항이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해하는 것으로 주장되는 경우에 국참사원 또는 파기원은 이를 헌법재판소에 회부하고, 헌법재판소는 정해진 기한 내에 결정한다.” 라고 규정함으로써 시행 중인 법률에 대한 사후적 규범통제제도를 규정하고 있다. 제61-1조 제1항의 구체적 적용요건은 조직법률로 정하도록 하고 있으나, 제61-1조 제1항이 규정하고 있는 사후

---

305) 국민대표기관 만에 의해 법률이 형성될 수 있다고 본 순수대표이론은 국민투표에 의한 입법이 의회주의제도와 양립할 수 있다고 간파한 R. Carré de Malberg의 논리에 의해 Esmein이 순수대표이론을 옹호하고 국민투표제를 비판하고자 하여 고안하였던 반대표제 개념을 수용하게 되고 결과적으로 순수대표이론은 반대표제 이론으로 변형됨으로써 국민투표에 의한 입법을 가능하게 하였다.

적 규범통제를 위한 최소한 요건으로는 첫째 사후적 규범통제 대상이 되는 법률은 재판의 전제성을 충족하여야 한다는 점, 둘째 당해 법률조항이 헌법상 보장된 권리 또는 자유를 침해하는 것이어야 한다는 점, 셋째 합헌성 통제를 위한 절차로는 반드시 국참사원 또는 파기원이 헌법재판소에 위헌법률심판 제청을 하여야 한다는 점을 들 수 있다.

제61-1조가 규정하고 있는 사후적 규범통제는 위헌법률심판을 전제로 하는 것이기는 하지만, 법률조항이 헌법규범군 전반에 합치하는지 여부를 헌법재판소가 심판하는 위헌법률심판제도라기 보다는 법률조항이 헌법상 기본권의 침해 여부만을 심판하는 것이 때문에 본질적인 성격은 헌법소원심판적 성격을 가진다고 볼 수 있다. 즉, 제61-1조가 규정하고 있는 헌법재판소에 의한 사후적 합헌성 통제제도는 위헌법률심판형 헌법소원심판을 제한적인 범위에서 인정할 헌법재판제도라 할 수 있다. 제한적 범위에서의 사후적 규범통제제도로서의 제61-1조의 1항에 의한 합헌성 선결문제(*la question prioritaire de constitutionnalité*)는 제61-1조 제2항의 규정에 따라 2009년 12월 10일 조직법률(Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution)이 제정되고 이어서 2010년 2월 관련 명령<sup>306</sup>과 자주규칙<sup>307</sup>이 제정되어짐에 따라 2010년 3월 1일부터 시행되고 있다.

헌법개정 이후 약 1년 5개월여 동안 조직법률이 제정되지 아니한 때에는 조직법률의 제정 불투명성으로 인하여 합헌성 선결문제제도에 관하여 회의적 견해를 보이기도 하였으나, 제도를 위한 규범이 확립되고 난 이후에는 선결문제심판소송이 헌법재판소 업무의 주된 업무가 될 정도로 선결문제에 관한 관심

---

306) 2009년 12월 조직법률 적용을 위한 명령(Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution)과 합헌성 선결문제 심리의 경우 소송협조의 계속을 위한 명령(Décret n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel)이 2010년 2월 16일 발하여졌다.

307) 헌법재판소에서도 내부 자주규칙 (Règlement intérieur du Conseil constitutionnel)을 2010년 2월 18일 제정하였다.

이 높아지고 있다. 또한 선결문제에 대한 제청권을 가지고 있는 최고행정재판소(Conseil d'Etat)와 대법원( Cour de Cassation)의 경우에도 초기의 우려와는 달리 헌법재판소에 제청권을 적극적으로 행사하고 있으므로<sup>308)</sup> 선결문제를 통한 사후적 위헌법률심판제도와 국민의 자유와 기본권 구제가 보다 활성화될 것으로 기대할 수 있다.

제61-1조에 의거하여 위헌선언되는 조항의 효력에 대하여는 제62조 제2항이 규정하고 있으며, 당해 법률조항을 폐기하는 것으로 정하고 있다. 또한 헌법재판소는 해당법률조항으로 인해 발생한 효과가 연기될 수 있는 요건과 한계를 정할 수 있다.

제한적인 범위와 절차 내에서 이루어지는 헌법소원심판적 성격의 사후적 규범통제제도로서 합헌성 선결통제는 그 시행 여부가 불투명한 것으로 비판적인 견해를 보이기도 하였으나, 2010년 3월부터의 시행은 프랑스 국민의 권리구제 제도로서는 또 하나의 분기점이 될 것이라 본다.

## 제6절 심판의 기준

법률규범에 대한 합헌성 통제 청구권자의 범위를 확대한 1974년 헌법개정 이후에는 합헌성 심사가 확대되었을 뿐만 아니라, 법률을 통제하는 기준규범으로서의 헌법규범의 영역 또한 확대되었다. 확대된 헌법규범의 영역은 실질적 헌법군 (Bloc de la constitutionnalité)을 형성하고 있다. 실질적 헌법군이란 헌법재판소가 헌법적 가치를 부여하고 있는 규범의 일체를 말하며, 입법기관에게 지속력을 가지는 규범을 말한다.

실질적 헌법군에는 성문헌법규정 뿐만아니라 1789년 인권선언·1946년 憲法前文·공화국의 법률에 의하여 확립된 기본원칙·헌법적 가치의 목적 등이 포함된다.

---

308) 최고행정재판소에 비해 대법원의 선결문제 제청 회부율이 낮지만, 2010년 8월 23일 현재까지 대법원은 360건의 선결문제 신청에 대하여 불수리 36건, 헌법재판소 회부 99건, 헌법재판소 불회부 121건, 심리 중 104건으로 28% 정도의 헌법재판소 회부율을 보이고 있다.

## I. 성문헌법규정

프랑스에서는 헌법의 최고규범성이라는 관념보다는 법률이 일반의사를 표현하고 있다는 관념에 의해 헌법규정에 의한 법률의 합헌성 통제제도는 유명무실한 것이었다고 볼 수 있다. 그러나 1958년 제5공화국 헌법에 의하여 법률의 개념과 종류를 다양화하고, 의회입법권을 축소하고, 헌법재판소제도를 신설함으로써 헌법의 최고규범성이 점차적으로 확립되었다고 할 수 있다.

헌법의 최고규범성의 강화는 헌법규범의 범위를 대폭 확장하여, 성문헌법규정뿐만 아니라 헌법의 前文에 대하여도 규범력이 인정될 뿐만 아니라<sup>309)</sup>, 憲法前文에 의한 1789년 인권선언·1946년 憲法前文·2004년 환경헌장 역시 실질적 헌법규범의 영역으로 편입되었다고 볼 수 있다.

또한 이미 전술한 바와 같이 합헌성 통제의 필수적 대상인 조직법률과 국회법 또한 헌법의 명문규정을 보완하여 완성하는 규범이라는 점에서 법형식 여하에 구애받지 아니하고, 일반법률의 합헌성을 통제하는 기준규범이 되고 있다.

## II. 1789년 인권선언

1789년 인권선언의 내용이 실질적 헌법규범에 포함된다는 것은 憲法前文에 대한 규범력이 인정된 1971년 결사의 자유에 관한 판례이후 명확하여 졌으나, 합헌성 통제를 위한 구체적인 근거규범으로 제시된 것은 1973. 12. 27. 73-51DC 결정에서부터 나타나고 있다.<sup>310)</sup>

헌법재판소가 1789년 인권선언을 근거로 한 주요결정으로는 1981. 1. 19~20. 인권과 자유에 관한 결정·1982. 1. 16. 국유화결정·1984. 10.

---

309) 제5공화국헌법 제정 당시 헌법자문위원회의 Janot 정부위원은 헌법전문문의 규범력을 인정하지 아니하였으나, 1971. 7. 16. 결사의 자유에 관한 헌법재판소의 결정이 헌법전문문의 규범력을 인정하는 판례로는 신기원이 되었다 ; Travaux préparatoires des institutions de la Ve République, vol. 2, La documentation française, 1988, p. 256

310) 헌법재판소의 1973. 12. 27. 결정은 1789년 인권선언에 근거한 평등원칙의 위반을 이유로 한 것이었다.

10~11. 언론의 자유결정 등이 있다.<sup>311)</sup>

또한 1982. 1. 16. 국유화결정에서는 1789년 인권선언에 헌법적 효력을 부여하는 근거가 1946년 헌법과 1958년 헌법을 제정한 국민투표에 있다고 밝히고 있다.<sup>312)</sup>

### III. 1946년 憲法前文

1946년 憲法前文이 제5공화국헌법에서도 실질적 규범군에 해당한다는 것은 헌법재판소의 결정을 통하여 인정되고 있으나, 직접적인 근거규범으로 나타나기 시작한 것은 1975. 1. 15. 74-54DC 결정에서부터이며<sup>313)</sup> 그 이전에는 1958년 憲法前文의 원용에 의하여 1946년 憲法前文의 내용을 간접적으로 적용하였다.

18개항으로 구성되어 있는 1946년 憲法前文의 내용전부가 헌법적 효력을 가지는가라는 문제와 관련하여서는 1958년 헌법체계 내에서 적용될 수 없는 사문화된 제도인 프랑스 연합(Union française)에 관한 규정인 제16조·17조·18조는 헌법적 효력을 가질 수 없으나 기타 조항들은 모두 헌법적 효력을 가진다고 보고 있다.<sup>314)</sup>

1946년 憲法前文이 제5공화국헌법의 실질적 헌법군을 형성한다는 것은 대단히 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있는데, 그 이유는 1946년 憲法前文은 “현대 에 필요한 정치적·경제적·사회적 제 원칙”을 선언한 것일 뿐만 아니라 “공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙”을 수용하고 있다는 점에 있다.

---

311) 결정의 내용에 대하여는 변해철 역, 1789년 인간과 시민의 권리선언, 탐구당, 1991, 118~123면 참조

312) 1789년 인권선언의 내용 17개조항 중 현재 헌법적 효력을 가지는 조항이 무엇인가와 관련하여 논쟁이 있긴 하나 헌법재판소에서는 1789년 인권선언의 모든 조항이 헌법적 효력을 가진다고 보고 있다. 변해철, 상계서, 122~123면 ; L. philip, “La valeur juridique de la déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du CC, Mélanges kayser, T.2, PUAM, 1979, pp. 317.

313) 1975. 1. 15 결정은 1974년 헌법개정 이후 60인 이상의 하원의원에 의해 제소된 첫 번째 사건에 대한 것이었으며, 이 결정에서 현재는 인공임신중절법률이 유럽인권협약과 憲法前文에 반하는 것으로 위헌선언하였다.

314) 변해철, 상계서, 1999, 131~133면.

## Ⅳ. 공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙

공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙이 실질적 헌법군에 속하게 된 것은 결사의 자유에 관한 1971년 7월 16일 헌법재판소의 결정에 의해서이지만, 제4공화국의 憲法前文에서 공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙의 헌법체계 내의 수용은 이미 확인되어 있었던 憲法原이라 할 수 있다.<sup>315)</sup>

헌법재판소의 구체화된 결정에 의하여 공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙으로는 출판의 자유·교육 및 양심의 자유<sup>316)</sup>·변호권<sup>317)</sup>·개인적 자유<sup>318)</sup>·행정재판소의 독립<sup>319)</sup>·대학교수의 독립<sup>320)</sup>등을 들 수 있다. 이러한 기본원칙을 확립한 대상으로서의 공화국 법률은 대체로 제4공화국헌법이 공포·시행되기 이전인 제1·2·3공화국하에서의 의회에 의해 제정되었던 형식적 의미의 법률을 의미한다고 보고 있다.

## Ⅴ. 헌법적 가치의 목적

헌법적 가치의 목적이 실질적 헌법군에 포함되기 시작한 것은 비교적 최근이며, 따라서 아직까지 명확하게 개념화되었다고 보기는 어렵다.

헌법적 가치의 목적이라는 개념은 헌법상 인정된 기본권의 제한을 정당화하는 헌법적 논거를 총칭하는 것으로, 예를 들면 치안질서의 유지는 근로자 파업권(droit de grève)의 제한을 정당화하는 헌법적 가치의 목적이며, 모든 사람의 쾌적한 거주를 위한 권리는 지방자치단체의 자유로운 행정원칙에도 불구하고 자치단체가 사회보장적 거주공간을 건축하여야 하는 목적이 된다는 것이라고 보고 있다.<sup>321)</sup>

---

315) 그러나 제4공화국하에서는 공화국 법률에 의해 확립된 기본원칙을 헌법재판의 근거규범으로 활용하지는 않았다.

316) Décision 77-87DC, 1977. 11. 23, liberté d'enseignement et de conscience.

317) Décision 76-70DC, 1976. 12. 2, droits de la défense.

318) Décision 76-75DC, 1977. 1. 12, liberté individuelle.

319) Décision 80-119DC, 1980. 7. 22.

320) Décision 83-165DC, 1984. 1. 20.

## 제7절 심판의 절차와 특징

### 1. 심판의 절차

법률의 합헌성 통제를 위한 심판절차는 일반적으로 심판청구·주심재판관 심리·전원재판부심판의 3단계로 진행되고 있다.

#### 1. 심판청구

심판청구는 심판의 대상이 조직법률 또는 일반법률에 따라 상이하게 이루어진다.

조직법률의 경우는 의회에서 가결된 후 대통령에 의해 공포되기 이전에 헌법 제61조 제1항의 규정에 의해 헌법재판소의 합헌성 통제를 필수적으로 거치도록 하고 있으므로, 헌법재판소는 수상의 청구에 의하여 대상법률에 대한 합헌성 통제를 행한다.<sup>322)</sup>

여기에 비하여 일반법률에 대한 합헌성통제 심판청구는 헌법 제61조 제2항에서 규정하고 있는 심판청구권자에 의하여 임의적으로 이루어지도록 하고 있다. 즉, 이미 전술한 바와 같이 의회에서 가결한 일반법률에 대하여 합헌성 여부가 의심스러운 경우, 당해법률이 공포되기 이전에 대통령·수상·하원의장·상원의장·60인의 하원의원 또는 60인의 상원의원이 헌법재판소에 합헌성 통제 심판청구를 할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 심판의 대상에서 언급한 바와 같이 청구권자의 범위가 1974년 헌법개정에 의해 60인 이상의 상원의원이거나 하원의원으로 확대된 이후 일반법률에 대한 심판청구가 괄목할 만하게 증가하였다.

심판청구는 청구권자에 의해 행해지지만, 대상법률의 위헌성 논란은 의회에서의 심의 표결 과정 중에 대체로 밝혀지기 때문에 대상법률에 대하여 헌법재판소의 법무국(le service juridique)에서 심판청구 가능

---

321) Documents détudes, drot Constitutionel No I. 15, la justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis, la documentation française, 2001, p. 9.

322) 1958. 11. 7. 법률명령 제17조



평가를 하게 되면, 대상법률이 의회에서 가결되기 이전에 이미 헌법재판소에서는 심판에 대한 예비일정을 작성하는 것이 일반적이며, 이러한 예비일정의 작성에 의해 심판절차는 이미 개시한다고 볼 수 있다.

의회에서 대상법률안에 대한 가결이 있게 되면 해당법률안은 정부에 이송되고, 헌법 제10조 제1항의 규정에 의한 15일의 공포기간이 개시되게 된다. 따라서 심판청구권자가 해당법률에 대한 합헌성 통제 심판청구를 행하고자 한다면 헌법 제10조 제1항이 규정하고 있는 공포기간 15일 이내에 헌법재판소의 사무처(Le Secrétariat général)에 심판청구서를 제출하여야 한다.<sup>323)</sup>

심판청구서가 제출되면 사무처에서는 심판청구권자의 서명 등의 확인절차를 거쳐 접수하게 되며, 청구서 접수가 이루어지면 대상법률안에 대한 공포기간은 정지된다. 공포기간의 정지는 유효한 청구서 접수 직후 헌법재판소의 사무처장에 의해 수상 집무실의 사무처장(le secrétaire général du Gouvernement; SGG)<sup>324)</sup>에게 통지되며, 수상 집무실 사무처장은 헌법재판소 사무처장의 통지 사실을 대통령 집무실 사무처장에게 곧바로 통지하도록 하고 있다.<sup>325)</sup>

대상법률에 대한 합헌성 통제 심판청구가 유효하게 접수되면 헌법재판소장은 주심재판관을 지명하고, 공포기간 이내에 동일 대상법률안에 대하여 또 다른 심판청구가 있으면 동일한 절차를 거쳐 첫 번째 심판청구사건과 병합하도록 하고 있다. 헌법재판소는 또한 대통령 집무실, 상원의장실, 하원의장실, 수상 집무실에 심판청구의 사실과 내용을 통지하여, 필요한 경우 의견서를 제출하도록 하고 있다.

---

323) 심판청구서는 헌법재판소장을 수취인으로 한 'lettre'의 형식을 취한다. 60인 이상의 의원에 의한 경우는, 각 의원들의 서명이 포함된 1통의 lettre를 제출하거나 또는 여러 통의 lettre들을 제출하거나, 전체 서명의원수가 60인 이상이면 유효한 것으로 보고 있다.

324) 수상실의 사무처장(SGG)은 법률에 대한 합헌성통제뿐만 아니라 법률제정절차·최고행정재판소의 재판절차 등에 관여함으로써, 법체계 확립과 법적 안정성 확보 등에 대단히 중요한 역할을 하고 있다.

325) 1958. 11. 7 조직 법률 제18조에 의하면, 심판청구서를 접수한 헌법재판소가 대통령, 수상, 상·하원의장에게 통지하도록 하고 있으며, 상·하원의장은 상·하원의원들에게 다시 통지하도록 하고 있다.

## 2. 주심재판관 심리

심판청구가 관계기관에 통지되고 나면, 주심재판관의 주관하에 대상법률에 대한 심리를 개시하게 되며, 다양한 문헌과 자료에 의한 심리를 행하게 된다.<sup>326)</sup> 주심심리 기간 중에 주심재판관은 수상실 사무처장·관계장관 등과 같은 행정부 대표자들과 연석회의를 개최하며, 수상실 사무처장은 서면으로 의견서를 제출한다.<sup>327)</sup>

수상실 사무처장의 의견서는 청구인에게 전달되어지며, 청구인이 의견서에 대하여 이의를 제기하지 않으면 주심 주관하의 심리는 계속되어진다. 그러나, 청구인의 이의제기가 있으면 제기된 내용은 다시 수상실 사무처장에게 보내지게 되며, 이 경우 수상실 사무처장이 청구인의 이의제기에 대하여 다른 이견이 없는 경우에는 청구인이 이의를 제기하지 아니한 때와 마찬가지로 주심재판관 주관하의 심리는 계속되어지지만, 수상실 사무처장이 이견을 제시하는 경우에는 그 내용이 다시 청구인에게 보내지며 그 이후의 절차는 수상실 사무처장의 의견서가 청구인에게 처음 전달되었을 때와 동일한 절차를 거치게 된다.

수상실 사무처장의 의견서에 대한 청구인들의 대응이 종료된 이후 주심재판관은 헌법재판소의 사무처장·헌법연구관 등과 함께 대상법률안에 대한 심리를 행하고, 보고서 초안을 작성하게 된다. 보고서 초안이 완성되면 이를 토대로 결정문 초안을 작성하고, 나아가 전원재판부의 심리와 심판을 위한 서류를 만들어, 전원재판부의 심리 48시간 이전에 결정문 초안과 관계서류를 배부하여야 한다.

## 3. 전원재판부 심판

전원재판부에서의 심리는 주심재판관의 보고에 의해 개시되며, 보고된 내용 전반에 대하여 토론의 형식으로 심리한다. 전원재판부의 심판은 쟁점사항별 표

---

326) Documents d'étude, op. cit., pp. 8~9

327) 대상법률에 대한 옹호적 입장에서 의견서를 제출하는 것이 대상법률을 가결시킨 국회의원들이 아니라 수상실 사무처장이라는 점이 특색이라 할 수 있다.

결과 결정문 주문에 대한 표결을 거쳐 최종적인 결정을 함으로써 종결된다. 심판은 7인 이상의 헌법재판관 의해 결정된다.<sup>328)</sup>

심판이 종결되면 청구인·대통령·수상·상하원의장에게 결정문을 보내게 되며, 정지되었던 공포기간이 재개되어지게 된다.<sup>329)</sup> 필요한 경우에는 기자회견을 행할 수도 있으며, 언론기관에 결정문 등의 자료를 보내거나, 인터넷을 활용하여 결정문을 배포하기도 한다.

헌법재판소에서 송부되어온 결정문을 근거로 하여 위헌 조항이 있으면 이를 삭제한 법률에 대하여 대통령은 헌법 제10조 제2항의 규정에 의하여 재심의권을 행사할 수 있으며, 거부권을 행사하지 아니하는 경우 대통령은 대상법률을 공포하게 된다. 공포된 법률은 다시 헌법재판소에 이송되고, 헌법재판소 법무국에서 관보용 원고를 다시 작성하여 관보에 게재함으로써 심판절차는 종결된다.<sup>330)</sup>

## II. 심판절차의 특징

### 1. 직권심리적 특징

심판청구사건을 위한 주심재판관은 순서에 의해 결정되는 것이 아니라 전공 영역이나 활동 등을 참조하여 헌법재판소장이 재량적으로 임명하고 있으며, 당해 사건에 대한 주심재판관은 원칙적으로 공개되지 아니한다.<sup>331)</sup> 헌법재판소장은 주심재판관이 불시적으로 꺾식된 경우 다음 주심재판관이 임명되기까지 과도기간 동안 주심재판관이 될 수 있으나, 이 경우 이외에는 주심재판관이 될 수 없다.

일반 사법절차에서 양 당사자에게 적용되는 불고불리의 원칙과 달리 법률에 대한 합헌성 통제 심판에서는 직권심리주의를 취하고 있으므로 주심재판관은 필요한 모든 조사와 심리를 행할 수 있다. 따라서 주심재판관은 헌법재판소 사무처 법무국에서 수합한 서류와 자료, 선편례 등에 관하여 연구할 뿐만 아니라,

---

328) 1958. 11. 7. 법률명령 제14조

329) 동 법률명령 제21조

330) 동 법률명령 제20조

331) P. Avril, J. Gicquel. Le Conseil constitutionnel, 4e éd., 1998, Montchrestien, p. 93

모든 이해관계인의 의견을 청취하고, 소관사건을 배당받은 헌법연구관과 사무처장을 회동하여 수상집무실 사무처장이나 관계장관 또는 당해법률안과 관련하여 의회에 출석하여 토론을 행하였던 행정부대표자 또는 심판청구서 기안자 등과 함께 자신의 사무실이나 현재의 도서관에서 업무 연석회의를 추진할 수도 있다.<sup>332)</sup>

## 2. 비공개 원칙

법률의 합헌성 통제 심판에서의 비공개원칙은 심리뿐만 아니라 심판 결정에도 적용되고 있다. 점차적으로 그 의미가 줄어들고 있기는 하지만, 전원재판부에서 보여준 재판관들의 견해에 대하여 아홉 명의 재판관은 침묵하여야 할 의무가 있으며, 이를 금과옥조로 보고 있다.<sup>333)</sup> 또한 그 무엇도 외부로 유출되어서는 아니된다고 보고 있다. 따라서 수합된 서류도 비공개인 것이 원칙이며, 주심재판관도 익명으로 활동하며, 심리과정 역시 비공개이며, 심판의 표결 구성 또한 비밀인 것을 원칙으로 하고 있다. 다만, 심판결정이 있는 후 현재의 문서고에 보존할 간략한 업무보고서는 사무처장이 작성한다.

비공개원칙이 광범위하게 적용되고 있는 이유는 심판사건이 민감한 사안과 관련되는 경우 재판관의 안전과 자유를 보호하기 위한 것일 뿐만 아니라 악의적 해석이나 압력으로부터 재판관들을 벗어나게 함으로써 재판관의 업무를 용이하게 하고자 하는데 있다고 할 것이다.<sup>334)</sup>

비공개원칙은 유럽인권협약(*la Convention européenne des droits de l'homme*) 제6조 제1항의 규정에 반하지 않는 것으로 보고 있는데, 그 이유는 동 규정이 형사소송과 민사적 권리·의무 분쟁사건에 한하여 적용되는 조항으로 보기 때문이다.

## 3. 신속성의 원칙

---

332) *Ibid.*, p. 94.

333) H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 4e éd., 2001, Dalloz, p. 35

334) P. Avril, J. Gicquel, *op. cit.*, p. 95

헌법 제61조 제3항에 의하여 헌법재판소의 결정은 1개월 이내에 이루어져야 하며, 위급한 경우에는 행정부의 요청에 의하여 8일 이내에 행해지도록 하고 있다. 국제협약에 대한 합헌성 통제기간은 헌법이 명시하고 있지 아니하나 법률에 대한 통제기간과 동일한 것으로 헌법재판소는 결정한 바 있다.<sup>335)</sup>

#### 4. 대심적 성격의 강화현상

선거쟁송심판의 경우에는 대심적 성격을 일반적으로 인정하고 있으나, 법률의 합헌성 통제 심판절차에서의 대심적 성격에 관하여는 상당한 논란이 있어 왔다. 왜냐하면 대심적 구조는 소송의 쌍방 당사자를 전제로 하여 그들 각각의 주장을 심리하여 판단하는 것이므로, 원칙적으로 쌍방당사자가 전제로 되지 아니하는 법률의 합헌성 통제에는 적합하지 아니하다는 것이었다. 또한 대심절차는 사법절차인데 반하여 법률의 합헌성 통제절차는 사법절차로 보기 어려우며, 헌법재판소 또한 사법기관으로 보기는 어렵다는 논거를 제시하며, 헌법재판소에 의한 규범통제절차에는 대심적 절차가 요구되지 아니한다고 보았기 때문이다. 그러나 이러한 논박에도 불구하고, 헌법재판소는 규범통제 심판절차에서도 대심적 절차를 계속적으로 강화하여 왔으며, 1986년 R.Badinter 재판소장이 대심적 절차를 제도화하고자 한 것이 비록 실패하였으나 그 이후 더욱 확대되는 경향을 보여주고 있다.<sup>336)</sup>

법률의 합헌성 통제 심판절차에서 대심적 절차가 가장 두드러지는 것이 60인 이상의 상원의원 또는 하원의원이 심판청구를 한 경우이다. 즉, 청구인들의 주장에 대하여 수상집무실의 사무처장(SGG)이 의견서를 제출함으로써 의견상의 대심적 구조가 명백히 성립되는 경우라 할 것이다. 따라서 주심재판관은 대립되는 쌍방당사자의 주장을 심리하여 판단하게 되고, 대심절차가 강화되면서 헌법재판소의 지위 역시 사법기관이라는 점에 관하여 더 이상 의문시하지 아니하는 것이 일반적 통념으로 형성되었다고 볼 것이다.

---

335) Décision 92-312 DC, 1992. 9. 2, Traite sur l'Union européenne ; Ibid., p. 96.

336) H. Roussillon, op. cit., pp. 37~40 ; P. Avril, J. Gicquel, op. cit., 97~98.

대심절차의 강화는 1991년 Louis Favoreu 교수의 제안에 의하여 이루어진 대심서류의 공개제도에 의하여 한걸음 도약하였다고 볼 수 있다.<sup>337)</sup> 대심서류의 공개는 1991년 코르시카의 법적 지위에 관한 수상집무실 사무처장(SGG)의 보고서 요약과 여기에 논박하는 하원의원 보고서의 출판에 의해 시작되었으며<sup>338)</sup>, 이러한 대심적 보고서의 출판은 헌법재판소를 더 이상 신비의 장소(un lieu de mystère)로 비쳐지지 아니하게 하는 중요한 계기가 되었다고 볼 수 있다. 1994년 이후에는 수상실 사무처장(SGG)의 의견서 역시 관보에 게재됨으로써<sup>339)</sup>, 1983년 이후 의원 심판청구서가 관보에 게재<sup>340)</sup>되고 있는 바와 같은 체제를 갖추어 일견 대심적 구조가 정착되고 있다고 할 수 있을 것이다.<sup>341)</sup>

## 제8절 결정의 유형과 효과

전원재판부가 심리를 마치고 결정을 행하기 위해서는 7인의 임명직 재판관의 출석이 있어야 하며, 결정은 재판관 과반수의 찬성으로 행해진다.<sup>342)</sup> 7인의 재판관의 출석이 최소 정족수이지만, 거의 대부분의 경우 9인의 재판관 전원이 출석하고 있으며, 심리 중인 내용이 고도의 정치적인 것이거나 또는 찬반의 견해가 대단히 대립적인 것인 경우에는 재판관들의 건강상태 등에도 불구하고 전원출석하여 심판하고 있다. 이러한 배경에 의해 1995년 6월 8일 결정 이후에는 출석 및 심판재판관들을 공개하고 있다.<sup>343)</sup>

결정은 과반수에 의해 행해지지만, 가부동수의 경우에는 헌법재판소장이 결정한다. 재판관의 표결 내용에 대하여는 비밀이 유지되고 있다.

---

337) Ibid., p. 98

338) Décision 91-290 DC, 1991. 5. 9, RFDC, 1991, pp.479-480.

339) Décision 94-350 DC, 1994. 12. 20, Statut fiscal de la Corse

340) Décision 83-160 DC, 1983. 7. 19, Nouvelle-Calédonie

341) Décision 94-351 DC, 1994. 12. 29, Loi de finances pour 1995 결정 이후에는 수상집무실 사무처장 (SGG)의 의견서에 대하여 심판청구인들이 다시 항변하는 경우가 발생하면, 그 항변서 또한 관보에 게재하고 있다.

342) H. Roussillon, op. cit., p. 41

343) 1995. 6. 8 관보 p. 9008

## 1. 결정의 유형

결정의 형식은 최고행정재판소 결정문 형식인 «Vi-con-dis»<sup>344)</sup>의 영향을 받아 헌법재판소 역시 Vin-con-dis를 취하고 있다.

결정의 내용으로는 일반적으로 헌법합치 또는 헌법불합치<sup>345)</sup>의 유형을 취하고 있다.

### 1. 헌법합치결정

십리기간 동안 전개되었던 법적판단에 따라 헌법재판소가 심판대상법률을 합헌으로 본 경우에는 헌법합치결정을 행한다. 결정은 조문의 형식을 취하며, 조문에는 합헌이라는 표현을 사용하지 아니한다. 결정조문에서 사용하는 표현은 “...법률은 헌법에 합치하는 것으로 선언한다”<sup>346)</sup> 또는 “...법률조항은 헌법에 반하지 아니한다”<sup>347)</sup>라는 두 가지 중에서 선택하고 있다. 물론 표현에 있어서 헌법에 합치한다는 것과 헌법에 반하지 아니한다는 것은 명백히 구별되는 것으로, 전자가 후자에 비해 적극적인 표현이지만, 헌법재판소에서는 이들을 구별하지 아니하고 있으며 어떠한 차이도 두고 있지 아니하다.<sup>348)</sup>

헌법합치결정의 경우, 헌법재판소는 한정해석이나 조건부해석의 유보하에서 행하기도 하고 있다.

### 2. 헌법불합치결정

---

344) Vin-con-dis는 결정문 형식의 순서를 근거규범(les visés)·결정이유(les considérants)·주문(le dispositif)으로 한다는 것을 말하며, 이들 순서의 initial을 발췌하여 부르는 것이다.

345) 프랑스에서의 헌법불합치 결정을 우리나라의 헌법재판소 결정유형과 대비하여 보면 단순위헌 결정에 해당하는 것이라 볼 수 있으며, 우리나라의 헌법재판소가 행하는 변형결정으로서의 헌법불합치 결정과는 다른 것이다.

346) 교육과 양심의 자유(liberté d'enseignement et de conscience)에 관한 1977. 11. 23 결정, 생명윤리(Bioéthique)에 관한 1994. 7.27 결정 등에서 사용하고 있는 유형.

347) 마스트리히트 II에 관한 1992. 9.2. 결정 등에서 사용하고 있는 유형

348) H. Roussillon, op. cit., p. 43.

심판대상법률이 위헌인 경우 헌법재판소는 헌법불합치결정을 행한다. 위헌의 경우, 위헌의 범위가 법률전체에 해당하는 경우도 있을 것이며, 당해법률의 일부조항에만 미치는 경우도 있다. 문제는 일부위헌을 선언하는 경우, 관계조항이 법률전체와 분리될 수 없는 때에는 당해법률의 전체에 영향을 미칠 수 있다는 점에 있다.<sup>349)</sup> 프랑스 헌법재판소는 전부위헌결정을 대단히 예외적인 경우에만 행하고 있다.<sup>350)</sup>

헌법재판소가 대상법률의 위헌조항이 분리될 수 있다고 보는 경우, 대통령은 대체로 세 가지의 방법 중 어느 하나를 선택하여 대응하고 있다. 첫째는, 분리될 수 있는 위헌조항을 삭제하더라도 여전히 당해법률의 목적이 충족될 수 있다고 판단하면, 위헌조항을 삭제한 대상법률을 공포하는 방법이다. 둘째는 위헌조항의 삭제에 의해 당해법률의 본질적 내용이 소멸하게 된다고 판단하는 경우, 대통령은 대상법률을 공포하지 아니할 수도 있다. 셋째, 헌법재판소의 결정을 고려한 새로운 법률을 채택하도록 하기 위해서거나 또는 시간을 벌기 위하여 대통령은 헌법 제10조에 의한 법률안 재심의권을 행사하는 방법을 선택할 수도 있다.<sup>351)</sup>

## II. 결정의 효과

헌법재판소의 결정에 대한 효과는 헌법 제62조가 “위헌으로 선언된 조항은 공포되거나 시행될 수 없다. 헌법재판소의 결정에 대하여는 더 이상 불복할 수 없다. 헌법재판소의 결정은 모든 행정기관과 사법기관 그리고 공권력을 기속한다”라고 규정함으로써 명확히 하고 있다.

우리나라의 헌법재판소법 제47조에서는 위헌결정의 효력에 대하여 기속력만 명문으로 정하고 있으며, 불가쟁력과 기관력과 같은 확정력은 민사소송법의 준용과 헌법재판소의 판례에 의해 인정받고 있는 점을 고려하면, 프랑스의 입법

---

349) 1985. 11. 7. 법률명령 제22조에 의하면, 이 경우 당해 법률은 공포될 수 없다. 국유화 (Nationalisation)에 관한 1982. 1. 16 결정 제2조에서는 “ 제6조, 제18조 그리고 제32조는 …… 이 법률 전체와 분리될 수 없다”라고 규정하고 있다.

350) H. Roussillon, op. cit., p. 44

351) 1958. 11. 7. 법률명령 제23조 참조



레가 더욱 명확한 태도를 취하고 있다고 할 수 있다.

## 1. 확정력

헌법재판소의 결정문은 당해 사건의 헌법적 논점과 내용에 따라 분량에 있어 상당한 차이가 있으나, 결정문 형식은 “헌법재판소는 …를 근거규범으로 하여 … 이러한 이유로 결정한다(decide)”라는 단일 문장형식을 취하고 있다. 주문은 “결정한다”라는 동사 이후에 조문의 형식으로 기술되어지며, 주문의 조문은 전부위헌(합헌) 또는 일부위헌(합헌)에 따라서 한 개의 조문 또는 두 개의 조문으로 기술되고 있다. 주문의 마지막 조문은 항상 “본 결정은 관보에 게재된다”로 마치고 있다.

헌법재판소의 결정문 중 주문에 대하여 실질적 확정력인 기판력이 헌법 제62조 제1항에 의하여 발생하는 것은 당연한 것이나, 결정문 중 결정이유에 대하여도 기판력이 발생하는가라는 점에 대하여는 견해가 일치되고 있지 아니하다. 그러나 헌법재판소가 1962년 1월 16일 결정에 의하여 확립하였으며 1992년 9월 2일 결정에 의하여 확인하고 있는 사법전통에 따라, 기판력은 주문뿐만 아니라 주문의 근거를 형성하는데 필요한 범위(soutieu nécessaire)의 결정이유에 대하여도 적용된다고 보고 있다.<sup>352)</sup>

따라서 모든 결정 이유가 항상 기판력을 가지는 것은 아니며, 제기된 문제의 해결에 필요하지 않은 헌법재판소의 단순 의견에 해당하는 결정이유에 대하여는 기판력을 부여하고 있지 아니하다. 점차적으로 장문화되고 있는 헌법재판소의 결정문 형식에서 기판력이 부여되는 결정이유와 그렇지 아니한 결정이유를 구분하는 것이 대단히 어려운 난제가 되고 있는 것이 사실이라 할 수 있다.<sup>353)</sup>

헌법재판소의 결정에 대하여는 실질적 확정력뿐만 아니라 헌법 제62조 제2항 제1문에 의하여 형식적 확정력인 불가쟁력이 부여되어 있다. 즉, 헌법재판소의 결정에 대하여는 더 이상 불복할 수 없다.<sup>354)</sup>

---

352) H. Roussillon, op. cit., p. 46

353) 국가원수의 형사상 책임에 관하여 헌법재판소가 견해를 표명하였던 1999. 1. 22. 헌법재판소 결정의 경우에, 이 점과 관련한 격렬한 논쟁이 제기된 바 있다.

354) 우리나라의 헌법재판소가 형식적 확정력인 불가쟁력을 인정하고 있는 판례로는 현재 92헌아1, 1994. 12. 29 결정, 현재 92헌아2, 1994. 12. 29 결정을 들

## 2. 기속력

헌법 제62조 제2항 2문에서는 “헌법재판소의 결정은 모든 행정기관과 사법기관 그리고 공권력을 기속 한다”라고 규정하여, 헌법재판소 결정에 대한 기속력을 부여하고 있다.

결정은 행정부와 행정기관뿐만 아니라 대통령과 의회 역시 기속하며, 위헌법률은 공포될 수도 없으며 또한 시행될 수도 없다. 그러나, 헌법에 불합치하는 위헌법률이라 할지라도 행정부가 이를 반드시 제정하고자 한다면, 입법절차가 종료되기 이전에 헌법의 관련규정을 개정함으로써, 행정부의 목적을 관철할 수 있다. 이러한 사례에 속하는 경우가 네 차례 있었으며, 그 대표적인 것이 마스트리히트 조약법률과 암스테르담 조약법률의 위헌결정에 대한 헌법개정을 들 수 있다. 헌법재판소는 주권자가 아니므로 국정에 관한 최종적 결정권자라고 볼 수 없으며, 헌법개정권자의 의사에는 복종하여야 하기 때문이다.<sup>355)</sup>

헌법재판소의 결정은 모든 법원에 대하여도 기속력을 가지며, 따라서 최고행정재판소(Conseil d'Etat)와 대법원(Cour de cassation)도 기속한다. 최고행정재판소와 대법원은 헌법재판소 제도 시행 초기에는 헌법재판소의 판례에 기속되는 것에 관하여 상당한 거부반응을 보였던 것이 사실이지만<sup>356)</sup>, 오늘날 이러한 거부반응은 전혀 찾아볼 수 없으며 양대 법원 모두 헌법재판소 결정의 기속력을 인정하고 있다.

## 제9절 결론

규범의 형성·집행·통제는 국민의 기본권 보장을 기저로 하고 있는 입헌주의와 법치주의의 이론적 배경이 되는 것이며, 이들 규범이 누구에 의해 어떠한 방법과 절차에 따라 형성·집행·통제되는지의 여부는 법치주의의 지표가 되며

---

수 있다.

355) 헌법재판소의 결정도 국민투표나 헌법제정권의 행사에 대하여서는 기속력을 가질 수 없다(P. Avril, J. Gicquel, op. cit., p 101).

356) 특히 최고행정재판소가 거부반응을 노골적으로 표현하였었다.

국민 기본권 보장의 현주소가 된다고 할 수 있다.

프랑스가 헌법개정을 통하여 선결문제 합헌성통제(QPC)의 형식으로 사후적 규범통제제도를 도입한 것은 법률에 대한 법적안정성과 국민대표기관인 의회의 민주적 정당성에 대한 신뢰와 존중이라는 헌법이론적 측면과 국민 기본권의 실효적 보장이라는 헌법규범적 측면의 균형점을 발견하고자 한 결과라 볼 수 있다. 종래 헌법 이념과 논리에 비중을 둬으로써 정작 구현하여야 할 국민 기본권 보장이라는 면이 다소 도외시 되어 온 것이 사실이라고 볼 수 있기 때문이다.

원권소송이나 취소소송 등의 행정소송에서 적용 법률의 위헌성으로 인하여 국민의 기본권 침해를 구제할 수 있는 절차적·제도적 방법이 없었으며, 형사소송이나 민사소송과 같은 일반 소송의 경우에도 헌법 규범적 면에서의 기본권 보장적 측면이 부실하였던 것이 사실이라 하겠다. 최고행정재판소나 대법원의 제청에 의한 위헌법률심판형 헌법소원심판을 헌법재판소에 부여한 것은 기본권 보장이라는 면에서의 새로운 금자탑을 마련한 것이라 볼 수 있다. 민사·형사·행정 등의 소송을 통하여 국민의 권리구제를 위한 최고사법기관으로서의 헌법적 소명을 충실히 수행하여 온 프랑스 최고행정재판소와 대법원이 이제부터는 국민의 헌법상 기본권 보장을 위한 시대적 요청을 염두에 두어야 할 것이다. 프랑스 최고행정재판소, 대법원 그리고 헌법재판소의 협주에 의한 사후적 규범통제가 프랑스 국민의 기본권 보장과 새로운 기본권 영역의 확보에 전환점이 될 것으로 본다.

프랑스 국민의 헌법적 권리보호라는 측면에서 선결문제 합헌성 통제는 가히 혁명적 전환이라 할 수 있겠으나, 아직까지는 초보적 단계에 있으므로 판례의 축적과 이론적 전개를 통한 치밀한 분석과 연구가 필요할 것으로 보인다. 따라서 현재로서는 우리나라의 입장에서 보면 선결문제에 관한 연구와 병행하여 프랑스 헌법재판소의 권한 중 선거쟁송심판권과 의견제출권에도 지속적인 관심을 가지고 연구하는 것이 필요할 것으로 본다.

## 제5장 미국 헌법재판제도 성립의

### 역사적·사상적 배경, 구조 및 실태분석

#### 제1절 서설

미국은 분권형 헌법재판국가로서 각급 법원이 모두 위헌법률심판권을 행사하게 된다. 헌법이나 법률에 의한 명문의 규정이 없이 판례를 통하여 최종적인 헌법재판권을 연방대법원이 보유하게 되었는데 이러한 역사적 전통과 그 성립 배경에 관하여 자세히 살펴보기로 한다. 일반적으로 우리가 알고 있는 바는 1803년 Marbury 사건을 통해 헌법재판제도가 성립하였다는 것인데 사실 헌법재판제도의 기원은 동 사건을 계기로 표면화된 것일 뿐 그 이면에는 꾸준히 헌법재판제도의 당위성에 관한 논의가 있어왔다는 것을 본 연구는 보여주고 있다. 또한 헌법재판제도가 미국 연방대법원의 Marbury 사건을 통해 그 전제된 많은 논의를 응축하였다고 하지만, 마샬대법원장의 정당화 논거는 상당부분 취약한 부분이 있어, 헌법재판권의 정당성 논란이 지금껏 제기되고 있기 때문에 이러한 점에 대한 집중적 고찰이 본 연구에서 다루어지고 있다.

나아가 미국의 헌법재판제도는 분권형이라는 특징 때문에 법의 통일성을 지키기 위해 소위 선례구속성의 원칙(stare decisis)이 채택되어 있는 반면, 대륙법체계의 대부분의 국가는 선례구속성의 원칙을 채택하고 있지 않기 때문에 각급 법원에 헌법재판권을 부여하게 되어 헌법의 해석에 관한 난맥상이 나타날 가능성이 있기 때문에 이러한 체제상의 차이를 고려하여 단일한 헌법재판기관을 설치하는 집중형을 취하게 된다. 이러한 집중형 헌법재판국가와 분권형 헌법재판국가의 존재는 어떠한 형식의 헌법재판이 법체계의 통일성 유지와 헌법의 최고규범성 유지의 관점에서 유리한가라는 점에 대해 각국의 법체계를 고려하여 이에 순응하여 결정되고 있다는 점을 보여주고 있는 점을 지적하고자 한다.

더욱이 특히 연방대법원의 경우 헌법재판권을 행사함에 있어서 실천적인 문제로 첫째로, 일반 법원인 각급 법원과 연방대법원이 위헌법률심판권을 행사하

기 때문에 분쟁의 구체적 계속이 당연한 헌법재판권의 전제가 된다는 특색이 있다는 것이다. 그렇기 때문에 구체적인 사건성과 분쟁성이 헌법재판의 전제가 되고 있음에 대해 심도 있게 살펴보고자 한다. 이런 관점에서 독일 등에서 채택하고 있는 추상적인 규범통제제도와 같은 것은 미국에서는 도입 불가능한 제도라고 하는 점을 강조하고 싶다. 둘째로, 미국 연방대법원은 헌법재판기관이긴 하지만 모든 헌법적인 쟁점에 대해 아우르는 헌법재판권을 행사하기 보다는 가끔적이면 헌법적인 쟁점을 건드리지 않고도 법률적인 차원에서 문제가 해결될 때는 그러한 방식을 채택하려는 경향이 있는바 이를 헌법적 쟁점의 회피의무라는 관행으로 부른다. 이는 크게는 사법자제적 관점에 근거한 것이기 때문에 이러한 논의를 살펴보고 나아가 소송절차적 관점에서 헌법사건에 대한 사법자제적 통제권을 행사하고 있는데 이는 연방대법원의 관할권과 관련성이 있다. 이러한 관점은 먼저 일반적으로 고유관할권과 상소심관할권을 포함한 연방 대법원의 관할권에 관한 내용을 구체적으로 살펴본 후에 사건이송명령제도를 통해 대법원의 재량으로 심판의 대상이 되는 사건을 결정하게 된다는 특색을 통해 명백해진다고 볼 수 있다.

끝으로 미국 연방대법원의 판례는 헌법재판권(Constitutional Review) 혹은 위헌법률심사권(Judicial Review)이라는 말에서 알 수 있듯이 연방 헌법의 의미내용을 구체적으로 선언하는 중요한 역할을 담당해왔다는 점을 살펴보기로 한다. 이러한 연방대법원의 기능을 통하여 미국에서는 노예의 해방, 정치적 문제의 회피, 선거권의 의미, 언론의 자유, 종교의 자유, 인종적인 차별의 금지, 사생활권의 근본적인 권리(fundamental rights)로서의 고양 등과 관련한 수많은 헌법상의 쟁점들을 해결함으로써 정치, 경제 및 사회적 관점에서의 헌법의 의미를 명확히 하여 사회구성원의 통합을 도모하여 건강한 사회를 형성해 나가는데 지대한 공헌을 한 바 있다.

## 제2절 성립배경

### I. Marbury v. Madison 이전의 헌법재판의 등장

Marbury 사건 이전의 헌법재판의 기원에 대해 압축적으로 말하자면 1610년의 Bonham's Case에서 Coke경은 부수의견(dictum)을 통해, 보통법상의 권리나 조리에 위배되는 의회제정법의 유효성은 부정되어야 한다고 실시한 바 있고 미국 독립혁명 후 해밀톤은 의회에 대해 매우 회의적인 태도를 보이며 헌법재판권이 미연방대법원에 부여되어야 한다고 주장한 바가 있다는 점을 들 수 있다. 이하에서는 구체적인 내용에 대해 살펴보기로 한다.

미국 연방대법원장 존 마샬(John Marshall)이 Marbury v. Madison 판결을 통하여 의회제정법률이 헌법에 위반되는 경우에 무효를 선언할 수 있는 권한을 연방대법원이 최종적으로 가지게 된다는 중요한 선언을 하기 전부터 이미 미국인들 사이에서는 헌법재판의 허용에 관한 씨앗이 뿌려져 있었다. 이러한 관점에서 Marbury 판결 이전 시기에 일어난 헌법재판의 핵심으로 변모된 역사적이고 정치적인 배경을 살펴보는 것이 필요하다. 즉, 1776년 독립선언문에 서명이 이루어질 때와 1787년 헌법의 틀이 만들어졌을 때 사이에 일어났던 일련의 사건들이 사법부의 권한으로서 위헌법률에 대한 심사권한이 등장하게 된 배경에 중요한 역할을 했다는 것이다. 마샬에 의한 판례가 나오기 전, 해밀톤은 연방주의자 논집(Federalist Paper) 제78번에서 “가장 덜 위험한 부처(least dangerous branch)”로서 연방대법원에 위헌법률심사권이 부여되어야 한다는 고려를 이미 하고 있었다.<sup>357)</sup> 나아가, 미국 연방헌법상에는 미국헌정사에 있어서 매우 특징적인 사실인 헌법재판 혹은 위헌법률심사에 대한 어떠한 언급도 없지만, 연방헌법 제6조 제2항의 최고법조항<sup>358)</sup>이 사건성과 분쟁성에 관한 헌

---

357) Alexander Hamilton, *The Federalist Papers*, No. 78, 1789, (New York: New York Bantam Books, 1982), at pp.392-399.

358) “This Constitution, and the Law of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in

법 제3조 제2항 제1절<sup>359)</sup>과 연결되어 이러한 심사권에 대한 헌법상의 보장을 제공하고 있다는 점이 주장되어 질 수 있다. 이러한 조항들 하에서 헌법에서 직접적으로 연원한 연방의회제정법의 유효성은 헌법을 참조하여 심사되는 것이다.<sup>360)</sup> 이미 위에서 본바와 같이, 위헌법률심사의 기원은 연방헌법이나 혹은 그 어떤 미연방 각 주의 헌법보다 오래된 것이라고 주장된다.<sup>361)</sup> 그것은 보통 법상의 원칙으로까지 거슬러 올라가는 데, 이는 근본적인 것으로 간주되기 때문에 “의회조차 바꿀 수 없는” 상위의 법(higher law)에 부합해야 한다는 원칙을 말한다.<sup>362)</sup> 다시 말하자면 위헌법률심사권은 보넨사건(Bonham’s Case)에서 에드워드 코크경이 내린 판결에 소급할 수 있다는 것이다. 이 사건은 영국의 보통법상의 소청법정(England’s Court of Common Pleas)의 사건으로 여기서 그는 영국 보통법의 최고성을 주장하고 의회의 우선특권(prerogatives)도 보통법으로부터 기원하며 따라서 그러한 보통법상의 선례에 의해서 제한된다고 실시하였다.<sup>363)</sup> 닥터 보넨은 왕립의사협회의 면허 없이 의료행위를 하였다는 이유로 기소되었고 왕립의사협회규정위반혐의로 재판되어 벌금에 처해지고 구금되었다. 의회는 런던에서 의료행위를 하는 것에 대한 규제권한을 왕립의료협회에 전속적인 권한으로 부여하였다. 사실 닥터 보넨의 벌금부과의 근거가 된 의료협회의 규정은 의회제정법에 의해 이미 유효성이 뒷받침 되었다. 닥터 보넨은 왕립의료협회를 상대로 불법구금에 대한 소송을 제기하였고, 코크경은 닥

---

the Constitution or Law of any State to the Contrary notwithstanding.”  
Pocket Guide to the Constitution of the United States, Westlaw.

359) “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law Equity, arising under this Constitution, Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;” *ibid.*

360) Edward S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, (Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat), (New Jersey: Princeton University Press, 1978), p. 221.

361) *Ibid.*

362) *Ibid.*

363) 8 Coke’s Reports, 107 (1610) 참조. William E. Nelson, *Marbury v. Madison The Origins and Legacy of Judicial Review* (University of Press of Kansas, 2000), p.34.

터 보냄을 지지하는 판결을 하였는바, 의회는 “자신은 스스로의 사건의 관관이 되지 못한다”는 보통법상의 금언을 위반하였다는 것을 근거로 하였다.<sup>364)</sup> 코크경은 부수의견에서 “많은 사건에서 보통법은 의회제정법을 통제하고 경우에 따라서는 그것을 전면적으로 무효로 만들 수 있다: 의회제정법이 보통법상의 권리나, 조리에 반하거나, 집행될 수 없을 때, 보통법은 그 법을 통제하여 무효화 할 수 있기 때문이다.”라고 실시하였다.<sup>365)</sup>

코윈(Corwin)의 견해에 따르면, “이러한 사상은 우선 미국인에게 혁명으로 이르게 된 혼란 속에서 의회의 요구에 대항하여 활용 가능한 무기를 제공한 것”으로 보인다고 하였다.<sup>366)</sup> 그러나 이 부수의견은 어느 정도는 불명확한 부분이 있다. 왜냐하면 코크경이 의회제정법률이 “보통법상의 권리”에 위반하였기 때문에 그것을 무효화시킨 것인지 아니면 의회제정법률이 그것이 규율한 조건에 합치되도록 실행될 수 없어서 왕립의료협회가 요구하는 방법으로 적용하는 것을 거부한 것인지 불분명하기 때문이다. 넬슨(Nelson) 교수는 전자의 접근방식이 위헌법률심사와 유사하고 후자를 법률의 해석과 유사한 것으로 해석한다.<sup>367)</sup> 여하튼 보냄사건 이후의 영국의 판례법은 법률의 해석의 사례로 보고 있다. 특별히 블랙스톤은 “영국법의 주석서(Commentaries on the Laws of England)”<sup>368)</sup>에서 의회는 최고의 권위를 가지며 따라서 법관들이 의회입법을 보통법상의 권리에 위반된다고 판단하여 무효화하거나 그 적용을 거부할 수 없는 것임은 의심의 여지가 없다고 한 바 있다.<sup>369)</sup> 하지만 1760년대의 미국인들은 “의회 최고성(Parliamentary supremacy)”에 관한 “블랙스톤주의(Blackstonian)”<sup>370)</sup> 이해를 받아들일 겨러했다. 따라서 이러한 저어함이 1761년 Paxton v. Gary 사건<sup>371)</sup>에서 메사추세츠주 변호사인 제임스 오티스(James Otis Jr.)에 의

---

364) Nelson, supra note 35쪽 및 Corwin, supra note p. 221.

365) Corwin, 상계서 및 8 Coke's Reports, supra note pp. 117-18.

366) Corwin, 상계서.

367) Nelson, 전계서.

368) Oxford: Clarendon press, 1765-1769

369) Nelson, supra note, p. 35.

370) Robert Lowry Clinton, Marbury v. Madison and Judicial Review, (Kansas: University Press of Kansas, 1989), p. 1.



해 1760년대에 있어서 “중요한 논쟁(important arguments)”을 불러일으켰다.<sup>372)</sup> 여기서 중요한 쟁점은, “의회제정법이 허락한 바에 따라 메사추세츠주 최고법원이 세관공무원으로 하여금 의회가 제정한 관세법을 집행할 권한을 세관공무원에게 부여하는 영장을 지원하기 위하여 직무집행명령장(writs of assistance)을 발부할 수 있는가였다.”<sup>373)</sup> 제임스 오티스는 세관수색이 메사추세츠주 주민의 권리를 침해하는 것으로 믿었고, 보넨사건을 비롯하여 여러 가지 주장들을 제기했고 더불어 “의회제정법에 관해서 말하자면, 헌법에 반하는 법은 무효이다: 자연적인 형평(natural Equity)에 반하는 법도 무효이다: 그리고 만일 청원장에 들어있는 바로 그러한 단어들로서 의회제정법이 만들어져야 한다면 그 또한 무효이다. 법원은 그러한 법을 폐기해야 할 것이다.”라고 주장하였다.<sup>374)</sup> 어쨌든 *Paxton v. Gray*와 이를 통한 *Bonham*의 두 개의 사건은 독립전쟁 이후의 시기에 있어서는 매우 막연한 상태를 유지하고 있었다. 그리고 그 사건들은 1780년대의 적어도 몇몇 미국의 변호사들에게는 명쾌한 헌법재판 혹은 위헌법률심사에 대한 요청과 의회주권이라는 지배적인 원칙에 대한 도전으로 여겨졌다. 게다가 1765년 메사추세츠의 영국 주지사는 본국 정부에 대해 우편법(the Stamp Act)은 마그나 카르타와 영국민의 자연권에 반한다는 주된 주장을 편지로 보냈고, 그러므로 코크경의 견해에 따른다면 그것은 구속력이 없으며 무효(null and void)라고 하였다.<sup>375)</sup> 또한 독립선언의 전 날에 윌리엄 쿠싱 판사는 메사추세츠 배심원단에게 의회의 특정법률들이 무효이며 집행 불

---

371) “마살이 *Marbury v. Madison* 사건에서 그의 견해를 피력하기 전에 이 나라의 다른 이들은 벌써 그러한 이러한 이론을 생각하고 있었다. 제임스 오티스는 *Paxton v. Gary* 사건에서 헌법에 위반되는 법은 무효라고 주장했지만 그것이 이 나라에서 위헌법률심사권을 수립하지 못한 것은 1761년 *Paxton v. Gary* 사건이 문제가 되었을 때가 자유의 아들들(the Sons of Liberty) 이 항구에 차를 던져버리겠다는 생각을 하기 전이었기 때문이다.” 이러한 사상들의 발전으로 이어진 또 다른 혁명전 사건은 *Robin v. Hardaway*인데, 여기서 버지니아의 출중한 변호사 *Mason*은 “노예무역자에게 원주민의 자녀들을 거래할 권리를 부여하는 법은 그들의 자연권을 침해하는 것이다”라고 주장하였다. *Kellyn Hargett at <http://www.arches.uga.edu/~mgagnon/students/4070/04SP4070-Hargett.htm>*.

372) Nelson, *supra* note, p. 36.

373) Nelson, *supra* note, p. 36.

374) Nelson, *supra* note.

375) Corwin, *supra* note, p. 221.

능한 것(void and inoperative)이기 때문에 무시하라는 설명(charge)을 하였고 이렇게 한 것에 대해 존 아담스에 의해 축하격려를 받았다.<sup>376)</sup> 결과적으로, 그들은 모두 의심의 여지없이 헌법재판 혹은 위헌법률심사의 현대적 요청에 가까운 주장들이 제기된 1780년대 일련의 주(州) 법원의 사건들이 발생하도록 도운 것이다.<sup>377)</sup>

한편 의회제정법률을 부정하는 이념적 포섭은 이미 혁명 이후의 시기의 미국인들의 마음에 뿌리내리기 시작했다. 넬슨 교수가 적절히도 지적한 바와 같이, “1780년대의 출중한 변호사이자 훗날 재무장관이었던 알렉산더 해밀턴이 그랬던 것과 유사하게 뉴저지의 살렘 거주민들(the residents of Salem)은 사회 정의의 영원한 원칙들을 믿으면서 정의의 원칙에 근거하지 않고 권력의 힘(Right of Sword)에 의존하기 때문에 의회가 법률을 제정하겠다는 권력과 의지를 가졌다는 이유 외에는 어떠한 이유도 주어질 수 없는 그러한 법률에 반대하였다.”<sup>378)</sup> 또 다른 한편으로는, 넬슨 교수는 헌법제정의회(The Constitutional Convention)의 시기에 주(州) 입법을 부인하는 의회의 권한에 대해 옹호하는 출중한 대변인으로 제임스 메디슨을 지명한다. 제임스 메디슨은 혁명군 사령관이자 초대 대통령이 된 조지 워싱턴에게 보내는 편지에서 미국은 어떤 면에서 이해관계에서 초월적인 심판관이 필요한데 이것은 연방국내에서의 서로 다른 열정과 이해관계를 두고 발생하는 분쟁을 통제할 수 있기 위함이라고 하였다. 메디슨은 법원이 아닌 입법부가 근본적인 법의 원칙을 수호해야만 한다고 주장하였다. 입법부뿐만 아니라 법원도 그러한 임무를 수행해야 한다는 생각을 가진 해밀턴과는 이점에서 입장을 달리했다. 아이러니하게도, 제임스 메디슨은 국무장관으로서 윌리엄 마베리의 임명장을 포함하여 송달되지 못한 치안판사 임명장의 발송보류행위를 통해서 결과론적으로 법원의 위헌법률심판권의 개념을 낳게 만들었다.

그러나, 1780년대에 법원은 여전히 일반적으로 행정부의 이해관계중립적인 부분기관으로 간주되었기 때문에 그 시기에 중요한 쟁점은 입법부, 행정부 혹

---

376) Corwin, supra note, p. 222.

377) Nelson, supra note, p. 36.

378) Nelson, ibid p. 33.

은 사법부가 근본적인 권리의 기준에 법이 부합하는지 여부에 대한 보장을 행하는지 여부가 아니라 여하튼 어떠한 기관이라도 그러한 기능을 수행해야 하느냐의 여부였다. 더군다나 그 시기에 때때로 입법부는 그러한 근본적인 기준들을 보호하는데 실패했다는 비판을 받고 있었다. 그러므로 예컨대, 연방헌법을 인준한 1787-88년의 버지니아 컨벤션에서는 다음과 같은 취지의 주장들이 제기되었다: “법은 불변의 원칙을 따라야한다”는 것으로 이는 고속도로상의 강도 행위에 대하여 명료하지 않은 사고보고서보다 정확한 어떤 증거 없이, 또한 고소인과 증인들과의 대면 없이, 나아가 범죄자 자신을 위한 증거에 대한 요구를 할 수 있는 특권을 인정함이 없이 사형의 형벌을 부과하는 버지니아 주(州) 법에 대한 반발로 주장된 것이었다. 그리고 그러한 주장들은 새로운 연방헌법이 근본적인 원칙에 위반하는 그 어떠한 입법에 대해서도 무효를 선언할 수 있게 되기를 희망한 것이었다. 그러나 또한 언제 그리고 왜 헌법재판권 혹은 위헌법률심사권이 1780년대와 1860년대 사이의 미국헌정사에서 도전받지 않는 도그마로서 자리 잡게 되었느냐의 질문에 대해 충분한 답을 얻지 못하였는데, 이는 대법관들이 연방의회 제정법에 대하여 오직 두 경우에만 무효화시켰기 때문이다.<sup>379)</sup> 그러는 동안 각 주의 헌법에 근거하여 주(州) 입법에 대한 유효성 여부를 주(州) 법원 사건들이 판단함으로써 1820년대 위헌법률심사권의 원칙이 일반적으로 수용되게 된 이유를 제시하는 유력한 근거들이 되었다.

흥미롭게도 미국 연방헌법 제3조는 결코 명시적으로 연방대법원에 연방이나 주의 법률에 대하여 위헌여부를 심사하도록 하는 권한을 부여하지 않았다. 한편으로는, 이러한 헌법상의 침묵은 헌법제정권자들 사이에 법원이 헌법재판권을 행사하는 권한을 가지고 있음에 대한 일반적인 이해를 반영한 것이기 때문에 굳이 헌법에 이를 명문화할 필요가 없었다는 점이 가정될 수도 있다.<sup>380)</sup>

---

379) William E. Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 120, 1971-72, at 1169, in *Mabury v. Madison* and in *Dred Scott*.

380) Chemerinsky, *supra* note, at 37. E.g., Raoul Berger, *Congress v. The Supreme Court* (1969) (arguing that judicial review was intended).

다른 한편, 침묵은 헌법을 기초할 때 이러한 쟁점을 고려하는데 실패한 것을 잘 드러내고 있는지 아니면 법원이 그러한 권한을 가지고 있지 않다고 하는 가정을 드러낸 것이라고 하는 주장도 제기될 수 있다.<sup>381)</sup> 판례를 더욱 중요하게 만드는 것이 바로 헌법제정권자들 측에서 연방대법원에 그러한 권한을 부여하려는 그 어떤 분명한 계획도 부재했다는 점이다. 사실, 제헌의회(the Constitutional Convention)에서 대통령과 연방사법부로 구성되는 심사위원회(Council of Revision)를 창안하려는 제안들이 있었다. 이 위원회는 모든 연방입법에 대하여 그것이 효력을 발생하기 전에 심사할 수 있는 권한을 가진 것이었다. 그러나 그러한 제안들은 제기될 때마다 “사법부가 직접 법을 만드는 절차에 관여하는 것은 바람직하지 않다”는 주장들을 제기한 반대론자들에 의해 번번이 폐기되었다. 반면에, 1787년 여름동안 필라델피아에서 헌법을 기초하는 컨벤션은 연방대법원이 연방헌법에 반하는 주법들을 무효화시키는 권한을 가지게 됨에 대하여 의문의 여지가 없도록 하였다. 그리고 연방의회는 1789년 법원조직법에서 연방헌법에 근거한 주장들을 거부한 주법원의 판결들에 대한 항소를 받아들이는 권한을 연방대법원의 관할권으로 규정하도록 결정한 필라델피아 컨벤션의 결정을 유효한 것으로 인정하였다. 하지만 연방의회에서 통과한 법을 심사하는 연방대법원의 권한은 결정되지 못한 상태로 남게 되었다. 연방대법원이 이러한 권한을 행사하는 가능성에 대해서는 제헌의회에서 논의가 제기되었고 헌법인준논쟁의 과정에서 이러한 점이 토의되었을 뿐만 아니라 몇몇 주(州) 법원은 그들의 주(州)의 입법에 대하여 유사한 심사권한을 주장한 바가 있었다. 그러나 여전히 1787년과 1788년 사이에 위헌법률심사권은 논란의 대상이었고, 그러한 논란을 종식시키기 위한 연방헌법상의 채택과 관련한 부분에 대해서는 더 이상의 노력은 이루어지지 않았다. 헌법제정권자들은 이 부분의 해결을 미래에 맡겼고, 약 15년 후에 *Marbury v. Madison* 사건을 통해 그 문제가 해결된 것이다.

---

381) Chemerinsky *ibid* e.g., William Crosskey, *Politics and the Constitution* 1008-1046 (1953) (arguing that judicial review was not intended).

## II. 연방대법원장 John Marshall과 Marbury v. Madison

### 1. 서설

1803년 대법원장 존 마셜의 판결에서 연방대법원은 최초로 소위 분권형 헌법재판이라 불리는 의회제정법의 헌법합치여부에 대한 심사권한을 보유하게 되었다. 이러한 분권형 헌법재판이 하나의 판결에서 비롯되었기 때문에 판결을 구체적으로 살펴보는 것이 의미 있는 일이다.

과히 혁명적인 사건은 Marbury v. Madison 사건을 통하여 연방대법원이 그 자신에게 의회제정법 및 다른 국가기관의 행위에 대한 헌법합치여부에 대한 권한을 부여하였다는 것이다.<sup>382)</sup> 전 세계에 전례가 없는 이 판결은 연방대법원을 헌법이 어떻게 해석되어야 하는지에 관한 최종적인 해석자로 만들었다. 마셜은 이러한 결론에 이르기 위해 노고를 아끼지 않았다. 1789년의 법원조직법 제13조의 문구<sup>383)</sup> 그 자체는 마베리의 소송이 마치 동법 제13조에 근거하여 정당한 것으로 인정하면서도 동법이 연방대법원의 고유관할권을 규정한 연방헌법 제3조<sup>384)</sup>의 규정에 위반하여 위헌이라는 주장을 하기에 만들었다. 마베리

---

382) Alan M. Dershowitz, *Supreme Injustice How the High Court Hijacked Election 2000* (Oxford University Press, 2001), at 17.

383) The Judiciary Act, Section 13: The act to establish the judicial courts of the United States authorizes the Supreme Court "to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States."

384) Article III of the U.S. Constitution, Section 2: [1] The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Law of the United States, and Treatise made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; - to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; - between a State and Citizens of another State; - between Citizens of different States; - between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.[2] In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in

의 소송은 관할권의 결여로 말미암아 기각되었다. 그럼에도 불구하고, 마샬의 판결은 그의 빛나는 개념포섭을 통해 새로운 대통령 토마스 제퍼슨을 그가 무시하려고 했던 연방대법원의 명령의 발부를 하지 않았으므로 마베리의 확정적인 임명장에 대한 권한을 침해한 사람으로 만들어 버렸다. 정말로 연방 대법원장 마샬의 판결은 연방대법원의 연방주의자들과 대통령인 토마스 제퍼슨 그리고 의회의 다수파인 공화주의자간의 직접적인 충돌을 피하기 위한 목적으로 정교하게 꾸며진 것이다. 연방 대법원장 마샬은 법의 지배를 지지하면서도 연방주의자들을 배제하고 제퍼슨의 공화주의자들을 들이는 선거에 의한 혁명에 대한 의문을 제기하지 않도록 하였을 뿐만 아니라 당시의 사법부와 최고법원의 독립을 수호하였다고 할 것이다.

## 2. Marbury v. Madison 사건

### 가. Marbury v. Madison 사건의 시간적 순서에 따른 사실관계와 Marshall의 입장

1800년 연방주의자들과 그들의 지지하는 후보자인 존 아담스 대통령은 토마스 제퍼슨에 의해 선거에서 패배하였다. 의회와 대통령 선거에서 패배한 연방주의자의 의회는 논쟁거리가 된 법원조직법을 통과시켜 42명의 치안판사직을 포함하여 58개의 새로운 판사직을 신설하였고 그들은 아담스 대통령에 의해 임명될 예정이었다. 집무실을 떠나기 전, 아담스 대통령은 새로이 창설된 판사직에 일단의 연방주의자들을 임명할 기회를 가질 수 있었다. 그와 동시에 그는 국무장관 존 마샬을 미국 연방대법원장으로 임명하였다. 국무장관으로서의 마샬의 마지막 직무는 새로이 임명된 치안판사들에 대한 임명장을 송부하는 것이었기 때문에, 1801년 3월 3일 자정에 치안판사들에 대한 임명장에 공식 직인을 첨부하였다. 그러나 부주의로 4개의 임명장을 송부하는데 실패했고 그 중의 하나가

---

which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

날짜	사실관계의 흐름
1800	1800년 선거에서 공화주의자의 압승.
31 Jan. 1801	물러나가는 상원에 의해 마샬을 새로운 대법원장으로 확정.
13 Feb. 1801	연방주의자들의 의회는 16명의 새로운 순회판사직을 신설하고 종래 연방 대법관의 순회판결의 책임을 제거하는 순회법원법을 제정함.
27 Feb. 1801	42명의 치안판사직을 신설하는 컬럼비아 특별구 조직법의 통과.
2-3 Mar. 1801	아담스 대통령의 지명인들이 두 개의 법에 의거 직무에 임명되는 것을 상원이 인준함.
The night 3 Mar. 1801	국무장관 존 마샬이 임명자들의 임명장에 미합중국의 직인을 첨부함.
Midnight 3 Mar. 1801	4개의 임명장이 아직 발송되지 않음(이중 하나가 마베리의 것).
21 Dec. 1801	마베리는 메디슨을 상대로 치안판사로서의 임명장을 청구하기 위한 소송을 1789년 법원조직법 제13조에 근거하여 주법원이나 하급심 법원이 아닌 연방 대법원에 제기함.
3 Mar. 1802	새 대통령 제퍼슨의 요구에 의해 공화주의자들이 지배하고 있는 연방의회는 1801년의 순회법원법을 폐지함으로써, 소위 심야판사로 불리는 직을 제거함(1년 전 아담스 대통령에 의해 채워진 16개의 순회법원판사직).
April, 1802	순회법원법 폐지법이 채택된 지 한 달 후 연방의회는 연방대법원의 1802년 6월과 1802년 12월의 회기를 폐지하고 오래 전의 2월회기를 복구하였으나 8월의 옛날 회기는 복구하지 않음. 그렇기에 연방 대법원은 1801년 12월부터 1803년 2월 까지 회기가 정지되었음.
9 Feb. 1803	1801년 12월 청구근거를 보여주는 명령이 메디슨 국무장관에게 발급되었으나 마베리 사건은 연방 대법원이 1803년 9월에 다시 열리기 전까지 심판되지 않았음.

마베리의 것이었다. 그 다음날 토마스 제퍼슨은 백악관에 당도했다. 그는 이러한 판사들의 권한이 시작되는 것에 비판적이었고, 연방주의자들이 새로운 판사에 임명된 것에 대해 불쾌해 했기 때문에 새로운 국무장관 제임스 매디슨에게, 마베리의 것을 포함하여 아직 송달되지 않은 42개의 임명장 중 17개의 임명장에 대해 송달중지명령을 내렸다. 1789년 법원조직법 제13조에 의거하여 마베리는 직무집행영장을 대법원에 소구하여 매디슨에게 그의 임명장을 송달토록 요청하였다.

그러므로 마샬은 매우 어려운 상황에 직면하게 되었다. 만일 그가 임명장의 송달을 명하고 매디슨을 통하여 제퍼슨 대통령이 이러한 명령의 이행을 거절하였다면, 그에 대해 연방대법원이 할 수 있는 일은 거의 없었을 것이다. 그러면 오히려 연방 대법원의 권한은 약화되었을 것이고 이러한 일을 제퍼슨은 기뻐했을 노릇이었다. 그러는 대신에 마샬은 마베리의 소송이 근거했던 법원조직법의 일부를 헌법에 위반된다고 판결함으로써 법원의 위헌법률심사권을 주장하게 된 것이다.<sup>385)</sup> 마샬의 주된 관심사는 어떻게 하면 연방 대법원이 정치적인 판단을 행함이 없이 따라서 정치에 연루되지 않으면서 마베리 사건을 종결시킬까하는 것이었다. 그의 전략에 따라, 그는 특이한 판결의 순서를 취했고, 그에 따라 중대한 어려움을 회피할 수 있었다. 즉, 먼저 물러가는 아담스 대통령에 의해 서명되고 국무장관 마샬에 의해 직인이 첩부되었을 때, 마베리에 대한 임명장은 확정적인 권리가 되어 동 임명장에 대한 청구권한이 있는지의 실제적인 문제를 먼저 심판하였다. 그리고 그는 관할권의 문제로 옮겨가서 연방대법원은 연방의회가 1789년 법원조직법 제13조를 통하여 연방 헌법 제3조가 규정하고 있는 연방 대법원의 고유관할권의 범위를 넘어 직무집행영장에 대한

---

385) 보다 구체적으로는, 매디슨 국무장관에게 마베리를 치안판사직에 앉히게 될 직무집행을 명하는 직무집행영장의 발부를 허락하게 되면 미국 연방대법원과 제퍼슨행정부 사이에 대립을 가져오게 되었을 것이며 이는 기껏해야 매디슨의 연방대법원의 직무집행영장의 거부를 결과하게 되었거나 아니면 최악의 경우에 연방대법원장 마샬에 대한 탄핵소추와 후속적인 유죄결정에 의한 직무로부터의 파면을 결과했을 것이다. 따라서 마샬은 마베리가 청구한 직무집행영장을 거부할 방법을 찾아야만 했다. 마샬은 대법원의 고유관할권으로서 직무집행영장발부권한을 부여한 1789년 법원조직법 제13조가 위헌이라고 선언함으로써 그의 곤란한 처지를 잘 빠져나갔다. Nelson, *supra* note, p. 63 참조.



권한 부여하였다는 이유로 동 사건을 심판할 관할권이 없다는 주장을 피력하였고 이것이 바로 법원의 헌법재판권이라 불리는 위헌법률심판권을 낳게 된 근거가 된 것이다.<sup>386)</sup>

## 나. 평가

의심의 여지없이, 조지 워싱턴이 행정부가 채택해야 할 형태를 만드는데 기여하였다면, 마찬가지로 제3대 대법원장, 존 마샬은 법원이 어떻게 역할을 수행해야 하는지에 대한 모양을 만들었다. 워싱턴 대통령과 그의 계승자들의 행정부하에서, 존 아담스는 오로지 지배정당인 연방주의자 정당구성원들로만 사법부를 충원했고, 연방 헌법상의 규정에 따라, 그들은 종신직을 보유하게 되었다. 그러므로 1800년 선거에서 반대당인 공화주의자들이 승리하였을 때, 공화주의자(Jeffersonian)들은 그들이 대통령직과 의회를 통제하고 있음에 반하여 여전히 연방주의자들이 사법부를 통제하고 있음을 발견하였다. 새 행정부가 시행한 새로운 법들 중의 하나가 새로운 판사직을 창설한 1800년의 법원조직법의 폐지였음은 예정되어 있었던 것이다. 비록 아담스 대통령이 그의 임기가 끝나기 전에 빈자리를 메우려고 시도했지만, 상당부분의 임명장이 송달되지 못하였고, 그 중의 하나인 윌리엄 마베리가 제임스 매디슨 국무장관을 상대로 그의 임명장의 교부를 강제하려 했던 것이다.

위에서 검토한 것처럼, 새로운 대법원장, 존 마샬은 만일 대법원이 마베리에게 직무집행영장청구를 허용하게 된다면, 제퍼슨의 행정부는 이를 무시하였을 것이고 이는 결국 법원의 권위를 중대하게 약화시켰을 것이라고 생각했다. 다른 한편, 연방 대법원이 직무집행영장의 청구를 부인했다면, 대법관들의 불안감에 의해 그렇게 행동한 것으로 보였을 것이다. 그 어느 경우도 헌법의 최고법규성이라는 기본원칙을 부인하는 결과가 되었을 것이다. 마샬은 이러한 문제를 신속히 해결하기로 작정하였다. 그러나 이러한 문제가 연방대법원의 헌법재판권을 수립할 수 있게 하는 매개체를 발견하게 만든 것이다. 사실, 이상적인 사건은 순회법원 폐지법에 의해 직위에서 해제된 순회법원 판사가 소송을 하는

---

386) Stanley L. Paulson, *Constitutional Review*, supra note, pp. 226-228.

것이었으나 그들 중 아무도 폐지법의 위헌성에 대해 심판청구를 하지 않았다. 결과론적으로 마샬은 1801년 이후 대법원의 계류 중인 사건으로부터 위와 같은 법원의 권능을 만들어 낼 수밖에 없다는 것을 깨달았다. 그러므로 마샬은 나머지 대법관들을 설득하여 1789년 법원조직법 제13조가 위헌이라는 것을 설득하였다. 비록 연방대법원이 일찍이 몇몇 법원조직법 제13조에 근거한 사건을 심판했었음에도, *Mabury v. Madison* 사건을 심판하기 전까지는 대법원장 마샬 자신도 법원조직법 제13조의 유효성에 대한 의문을 제기하지 않았었다.<sup>387)</sup>

결론적으로 *Mabury* 사건의 중요성은 연방 대법원에 의한 몇몇 권한 포섭이라고 할 수 있다. 그 중의 하나가 의회제정법이 만일 헌법에 의해 부여된 권한을 유월한 것이라면 이를 위헌으로 선언할 권한이며 이것이 바로 헌법재판권 혹은 위헌법률심사권인 것이다. 이러한 심사권은 훗날 “분권형” 헌법재판권으로 불리는데 이는 일반 소송을 담당하는 모든 법원이 그러한 권한을 갖기 때문이다. 한편 연방대법원은 헌법의 해석에 관하여 최종적인 판단권을 가지게 되었다. 그와 같이 연방 대법원은 이론상 정부 내에서 동등한 지위를 갖는 기관이 되었고, 그 이후 그와 같은 역할을 수행 중이다.

### 3. 헌법재판에 대한 John Marshall의 옹호론과 그 반대 주장들

마샬 대법원장은 부수적 주장을 통하여 의회입법에 대한 헌법재판권을 법원에 부여하는 일대 전기를 마련하였음은 주지의 사실이다.

“헌법은 통상적인 방법으로는 개정할 수 없는 최고의 법이거나, 다른 법률처럼 입법권자가 원하면 언제든지 개정할 수 있는 법이거나 둘 중의 하나인데, 만일 전자가 진실이라면 헌법에 어긋나는 법률은 법이 아니고, 후자가 진실이라면 무제한한 권력을 제한하려고 성문헌법을 만든 국민의 시도는 어리석은 일이다.”

보다 구체적으로, 연방 대법원장 마샬은 헌법재판권을 본질적으로 권력분립의 원칙의 이념으로부터 도출하여 정당화하려 하였다. 마베리 사건에서 그는

---

387) Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, (Boston: Houghton Mifflin, 1919), pp. 104-133.

다음과 같이 선언하였다. “강조컨대 법이 무엇인지를 말하는 것은 사법부의 영역이요 임무인 것이다. 특정한 사건에 법을 적용하려는 자는 필수적으로 그러한 법을 심도 있게 파헤치고 해석해야만 한다. 만일 두 개의 법이 서로 충돌한다면, 법원은 그 각각의 작용에 대해 판단해야 한다. 만일 어떠한 법이 헌법과 배치된다면 또한 그 법과 헌법이 모두 특정한 사건에 적용된다면 그래서 법원이 그 사건이 법에 순응하는 것인지 아니면 법을 무시해야 하는지의 여부를 판단해야만 한다면 법원은 이러한 상호 충돌하는 법 중에서 어느 것이 사건을 규율해야 하는지 결정해야만 한다. 이러한 것이 바로 사법부의 필수적인 임무인 것이다.”<sup>388)</sup>

그의 견해에 따르면, 법원이 일반적인 의회제정법의 헌법적합성에 대한 심사권한을 가지게 되고, 따라서 그러한 법의 집행이나 무효화에 대한 판단권한을 보유하게 된다. 이러한 권한은 본질적으로 법을 해석하고 적용하는 사법부의 기능적인 역할인 것이다. 비록 마샬의 주장이 연방정부의 삼권분립적인 구조에 근거하고 있긴 하지만, 연방의회의 권한에 대한 헌법상의 제한이 헌법의 감시자라고 하는 역할을 법원이 수행할 수 있다는 면허장을 직접적으로 의미하는 것이라는 개념을 당연한 것으로 받아들이기에는 문제점이 있는 것으로 보인다. 다시 말하자면, 마샬의 권력분립론적 주장은 최고법인 헌법에 충돌하는 의회제정법을 무효화시키는 것을 포함하기 때문에 일반법의 해석·적용에 관한 전통적인 법원의 역할을 확장하는 것이다. 그럼에도 불구하고 마샬은 사법부에 이러한 반다수주의적인 권한(counter-majoritarian power)을 부여하는데 있어 어떠한 이유도 제공하고 있지 않다.<sup>389)</sup>

그의 견해의 마지막 부분은, 법철학적인 관점에서 법원의 헌법재판권의 정당성을 찾고 있는 것인데, 여기서 “헌법과 법률의 차이가 없다는 개념에 대해 귀류논법(reductio ad absurdum argument)<sup>390)</sup>을 인용하여 질적인 차별이 있음”

---

388) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137(1803), p. 178.

389) Joseph Michael Farber, *Liberal Constitutionalism and Democratic Reason: A Justification of Judicial Review*, Ph.D. Dissertation (Philadelphia: University of Pennsylvania, 2003), p. 16.

390) “It is a proposition too plain to be contested, that the constitution

을 옹호하고 있다.<sup>391)</sup> 그리고 주장하기를 “확실히 성문의 헌법을 구성한 모든 사람들은 성문의 헌법이 일국의 근본적이고도 최고의 법을 구성하는 것으로 간주하였고, 따라서 모든 정부가 수용해야 할 이론은 헌법에 반하는 의회제정법이 무효라는 것이다”. 그러나 마샬의 주장은 법원이 의회제정법에 대한 위헌성 여부를 결정할 최선의 기관이라는 사실을 보여주는 근거의 제공이 전혀 없다. Paulson 교수가 적확하게 지적한 바와 같이, “만일 귀류논법의 전략이 채용된다면, 헌법적합성의 쟁점에 관해 법원이 판단할 적합성에 관하여 논리적인 결론이 도출될 수 없다”는 것이다. 사실, 마샬의 주장이 연방 대법원이 헌법재판권을 가진다는 점에 관하여 상당한 근거를 제공하고 있는데 실패하고 있다는 것은 놀라운 일이 아니다. 왜냐하면, “그는 시작부터 끝까지 귀류논법에 집착하고 있기 때문이다.”<sup>392)</sup> 만일 마샬이 여기서 문제되는 적절한 비판을 제대로 음미했다라면, 의회제정법의 위헌성심사에 관한 법원의 권한을 정당화하는데 필요한 주장들을 인용하는데 보다 나은 입장을 취할 수 있었을 것이다.

마샬은 그렇기 때문에 헌법재판권을 지지하는 좀 더 다른 문구상의 주장들을 피력하고 있다. 그 첫 번째가, 연방헌법 제3조 제2항으로 이는 연방사법권은 연방대법원의 항소심 관할권을 포함하여 헌법 하에서 발생하는 사건들에 대해 미친다고 하는 점이다. 마샬은 선언하기를 “헌법 제3조 제2항은 당 법원에 미국의 헌법과 법 아래에서 발생하는 법과 형평에 관한 모든 사건에 관하여, 의회가 제정하는 규율의 예외아래, 모든 상소심 관할권을 가진다”라고 한 점이

---

controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law : if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.”, 5 U.S. 137 (1803), p. 177.

391) Stanley Paulson , *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, *Ration Juris*, Vol. 16, Nr. 2 (Oxford, UK and M 명두, USA: Blackwell Publishing Ltd., 2003), p. 228.

392) Paulson, *supra* note.

다.<sup>393)</sup>

그러나 여기서 아무 것도 특징적으로 연방 사법부가 동급의 연방 국가기관인 의회에 의해 수행된 행위에 대해 유효성을 심사할 권한을 부여받았다는 것을 보여 주지 않기 때문에, 이러한 언어적 표현이 결정적으로 연방 법원이 의회제정법에 대한 위헌성 여부를 심사할 권한을 부여받았다는 것을 입증하지 않는다.

둘째로, 마샬은 특정한 헌법상의 규정이 특별히 법원에 대해 언급한 것이라는 가정을 한다. 그가 말한 것은 아래와 같다.

“헌법은 그 어떠한 사람도 동일한 명백한 행동에 대하여 두 사람의 증언에 의하지 않고는, 또는 공개 법정에서의 자백에 의하지 않고는 반역죄를 유죄판결 받지 않는다고 규정하고 있다. 여기서 헌법이 제한하고 있는 바는 증거에 관한 원칙이 배제될 수 없다는 것이다. 만일 의회가 이러한 원칙을 바꿔서, 한 명의 증인 또는 법원 외에서의 증언 등에 의해 유죄판결을 하는데 충분하다고 한다면, 헌법상의 원칙이 이러한 의회제정법에 양보해야만 하는가? 여기서부터, 그리고 생성될 수 있는 많은 다른 선택으로부터 분명한 점은 헌법제정권자들은 헌법이라는 문서가 법원의 판단원칙으로 간주하였다는 것이다.”

마샬의 1789년 법원조직법의 무효화는 이러한 좁은 형태의 헌법재판권 하에서 옹호되어졌다. 그러나 마샬은 단지 제한적인 헌법재판권을 수립하는데 만족하지 않았다. 그 대신, 연방법원이 그 어느 헌법규정 하에서도 의회제정법에 대한 심사 및 무효판단을 할 수 있는 광범위한 원칙을 주장했다. 그럼에도 불구하고, 이러한 주장은 좁은 형태의 헌법재판권만을 지지할 뿐이다. 다시 말하자면, 연방 정부의 각 기관들은 헌법상의 규정들 중에서도 특히 자신들에 대해 수범자로 언급이 있는 그러한 규정들의 해석에 관한 책임을 진다는 것을 제시하고 있다. 마샬 자신도 헌법이라는 문서는 법원을 위해서 뿐만 아니라 마찬가지로 입법부의 통치에 관한 문서라고 하는 점을 인식하고 있다.

셋째, 마샬은 법관들에게 헌법준수의 선서를 요구하는 연방 헌법 제4조 제3항이 연방 사법부의 다른 동등한 기관의 행위 심사권에 대해 지지하고 있다고 한다. 마샬은 만일 법관들이 위헌적인 법률을 존중한다면, 이러한 헌법상의 선

---

393) 5 U.S. 137 (1803), p. 147.

서에 위반하는 것이라고 주장하였다. 그러나 선서조항은 각 국가기관이 그 자신의 행위에 대한 헌법적합성을 평가하도록 하는 제도적 장치를 고려한 것으로 보인다. 왜냐하면 연방 헌법은 동일한 선서를 의회구성원과 행정부 공무원에게도 부과하고 있기 때문이다. 그러므로 마샬의 생각과는 달리, 선서조항은 헌법재판권의 관련된 주장에 대하여 원치 않는 역할을 할 것이다.

넷째, 헌법 제6조의 최고법 조항<sup>394)</sup>은 법원이 헌법재판권을 가진다는 마샬의 주장에 중요한 역할을 수행한다. 법원의 역할에 대한 1788년 알렉산더 해밀턴의 견해<sup>395)</sup>로부터 분명한 것처럼, 헌법재판권이라는 것은 헌법의 최고규범성을 보장하는 수단으로 간주된다. 미국 연방헌법이 일반법에 대한 헌법의 우위라는 최고규범성의 개념과 더불어 헌법주의의 시대를 개막한 것은 사실이다.<sup>396)</sup> 15년 후에, 해밀턴의 논거는 Marbury사건에서 마샬에 의해 추종되었다.<sup>397)</sup> 만일

---

394) The United States Constitution, Article VI, Section 2, the Supremacy clause is as follows: "This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding." In a nutshell, the Supremacy Clause is a clause in Article VI of the U.S. Constitution that declares the constitution, laws and treaties of the federal government to be supreme law of the land to which judges in every state are bound regardless of state law to the contrary.

395) "The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable(sic) variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents", Alexander Hamilton, The Federalist 78, May 28, 1788. Christian Starck, supra note, p. 17.

396) Cappelletti, supra note. p. 25.

397) 대법원장 마샬은 사법부의 권한범위가 법이 무엇인지를 선언하는 권역과 책무(the province and duty)에 미친다고 선언했다. 마샬은 성문의 헌법이 최고성을 가진다고 보았다. 결과적으로 그는 문제삼을 수 없을 만큼 너무나 당연

사법부의 영역과 임무가 헌법을 법으로서 해석하는 것이라면, 그리고 헌법이 그 어떤 의회제정법에 대해 우위에 있다면, 마샬은 결론짓기를, 헌법과 일반법이 모두 적용되고 일반법의 헌법적합성이 일반 소송에서 법원에 의해 판단될 수 있다면 헌법이 그러한 사건을 지배해야만 한다. 이러한 점에서 마샬의 주장은 귀류논법으로 여겨지고 연방 대법원이 헌법의 의미가 무엇인지를 선언할 최종적인 해석자가 되어야 한다는 점에 대해 적절한 논증이 되지 않을 것이기 때문에, 대법원장 마샬의 견해는 헌법의 최고규범성을 수립한 것으로 간주되는 것이 공평하다. 다시 말하자면, 일면, 헌법 제6조는 미국 연방헌법의 최고규범성의 근원이고, 다른 한편, 그 규정을 통하여 사법부의 권한과 임무가 헌법에 반하는 법률의 무효화인 것이다. 아직까지, 가장 설득력 있는 헌법문구상의 지지가 바로 이 규정이다.<sup>398)</sup>

지금까지 마샬의 옹호론과 그에 대한 몇 가지 비판을 보았는데 헌법재판권과 관련하여 헌법의 규정을 달리 해석하는 견해도 존재한다. 그럼에도 불구하고, 헌법재판권을 지원하는 명백한 헌법상 문구의 결여가 반드시 헌법재판이 정당화 될 수 없거나, 혹은 연방 대법원에 의한 명백한 표현이 그러한 권한의 사법적 강탈을 의미하지는 않는다. 비판적인 견해들과 달리, 비록 헌법제정권자들이 헌법상에 헌법재판권에 관한 원칙을 명문화하는 것에 실패했다고 하더라도 그들은 연방 법원이 헌법재판권을 행사할 것을 기대했다는 것을 다른 관점에서 아래와 같이 입증할 수 있다. 그러한 취지로, 연방주의자 논집은 헌법제정 당시에 연방 법원이 의회제정법의 위헌성을 선언할 수 있는 권한을 가질 수 있었다고 하는 점에 일반적으로 수용되고 있다. 여기서, 해밀턴의 주장

---

한 전제로서 헌법에 반하는 모든 의회제정법은 헌법이 통제해야 하고("a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it") 그것이 바로 우리 사회의 근본 원칙 중의 하나("one of the fundamental principles of our society")라고 생각했다. Smith, supra note, p. 323, John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory: A Reader*, 4th ed., (St. Paul: West Group, 1999), p. 219.

398) Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed., (New Haven and London: Yale University Press, 1986), p. 8.

을 인용하기로 한다. “정의를 심판하는 법원의 독립성은 제한적인 헌법국가에서 특별히 필수적인 것이다. 그러한 제한적인 헌법에 의해 의회의 권한에 대해 특정한 예외를 인정할 수 있다. 그것은, 예컨대, 의회가 사권박탈법(bills of attainder), 소급법, 등의 입법은 할 수 없다는 것이다. 이러한 종류의 제한은 정의를 심판하는 법원을 매개체로 해서만이 현실적으로 실현가능한 것이다. 법원의 그러한 임무는 헌법상 선언된 대의에 반하는 모든 법률은 무효로 선언되어야만 한다는 것이다. 이러한 것이 가능하지 않다면, 모든 특별한 권리와 특권의 보장은 아무 것도 아닌 것이 될 것이다.”<sup>399)</sup>

#### 4. 헌법재판에 대한 정당화 논거의 발전:

반다수세력(Counter-majoritarian Institution)으로서  
소수자를 보호한다는 관점에 대한 고찰

미국 연방대법원은 선거로부터 유래하는 민주적 정당성과 책임성을 결여하고 있기 때문에 중립적인 법의 심판자라는 지위의 대중적 수용에 그 권위를 의지하고 있다. 여기서, 미국 연방대법원은 다수주의적 세력이 아니기 때문에 소위 반다수주의자라는 어려움에 직면하게 된다. 그러므로 헌법상의 자유를 수호하는 중요한 기관이라는 지위의 지속적 유효성을 인정받기 위해서는 도덕적인 권위가 필수적이다.<sup>400)</sup> 비판은 국민이 적법하게 선출한 대표들이 법으로 만들어 놓은 것을 9명의 비선출직 종신 대법관들이 무효화시키는 헌법재판권을 행사하는 것이 바로 연방대법원의 반민주적인 본질이라는 점에 가해진다. 이러한 정당성의 문제는 익숙한 것이며 만족할 만한 어떤 종류의 해결책도 오래도록 만들어 지지 못했다. 특히, 알렉산더 비켈(Bickel)의 글에서 잘 알려진 바와 같이 민주주의 법제도하에서 어떻게 이러한 “반다수주의적 세력”을 정당화시킬 수 있겠는가 하는 것이 주안점이다. 미국 연방대법원이 겪는 이러한 어려움

---

399) Jeff Garzik (Ed.), *The Founding Papers Vol.2: The Federalist Papers*, 78 (Lulu Press, Inc., 2004), p. 466.

400) Dershowitz, *supra* note, p. 4.



은 한국과 독일의 헌법재판소가 역사적이고 기능적인 고려에 근거하여 사건들은 결정하는 경우에도 동일하게 발생한다. 한국과 독일의 헌법재판소의 결정들이 그들 자신의 가치를 전체로서의 국가에 부여하는 것으로 간주되기 때문에 헌법재판관들은 종종 누구도 자신의 가치와 이해관계를 투영해서는 안 되는 영역을 침범하는 것이라는 반론에 직면하게 되는 것이다.

따라서 헌법재판권의 행사와 관련된 정당성을 위한 항변은 “반다수주의적 곤란성”이라고 일컬어진다.<sup>401)</sup> 보다 구체적으로 언급하자면, 대통령제 혹은 의원내각제의 정부형태와는 무관하게 양원제 입법부는 그것이 하원이든, 평민원이든 아니면 분테스탁(Bundestag)이든 국민에 의해 직접 선출된 의원으로 구성되기 때문에 지명된 법관으로 구성되는 사법부처럼 국민들에 의해 선거로 구성되지 아니한 헌법기관에 비해 현저히 많은 민주적 정당성을 갖게 된다. 따라서 사법부는 당연히 입법부에 의해 민주적 정당성을 적게 보유한 기관을 간주된다. 이러한 점이 의회제정법에 대한 사법부의 헌법재판권의 정당화와 관련되어 어려운 문제를 낳고 있는 것이다.

미국적인 관점에서, 근자에 이르러 “반수주의적” 문제는 많은 관심을 끌고 있다. 이 문제는 “현대 헌법학의 중심적 집착(the central obsession of modern constitutional scholarship)”이다.<sup>402)</sup> “반다수주의적 어려움”의 핵심에 대하여 프리드만(Friedman) 교수는 “민주주의가 대중의 의지에 대한 응답성을 포섭하는 것이라는 보는 한 국민에 대한 책임을 지지 않는 정부기관의 구성원이 어떻게 대중적인 결단을 뒤집는 권한을 가진다는 것인가?”라는 의문을 제기한다.<sup>403)</sup> 이런 곤란한 문제에 답하기 위하여 그는 무엇보다 먼저 시대적 흐름을 관련성 있는 시대의 구분을 고려하여 크게 세 부분 혹은 “기원(epochs)”으로 나눈다. 첫 번째 부분은 “사법부의 최고성(judicial supremacy)”으로 규명된다.<sup>404)</sup> 첫 번째 시기는 미국의 남북전쟁(Civil War)의 시기까지 지속되었고,<sup>405)</sup>

---

401) Tribe, *American Constitutional Law*, supra note, p. 13.

402) Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty: The Road to Judicial Supremacy*, (73 *New York University Law Review*, 1998), p. 334.

403) *Ibid.*, p. 335.

404) 보다 구체적으로는 프리드만 교수는 비정치적인 기관으로서 연방대법원이

논란의 여지는 있지만, 비록 그러한 최고성이 그 시기에 논란의 대상이 되었지만, 반다수주의적 문제가 전혀 제기된 바는 없었다.<sup>406)</sup> 남부 제(諸) 주(州)의 재편입(Reconstruction)의 시기부터 루즈벨트 대통령의 야심찬 계획인 뉴딜정책이 끝날 때까지의 두 번째 시기 동안은 연방대법원 스스로가 빈번하게 대중의 의지에 반하는 입장을 취했고 따라서 헌법적 의미의 결정적 본질에 대한 심대한 비판이 일게 되었다.<sup>407)</sup> 그리고 마침내 마지막 시기 동안, 사법부의 역할에 대한 대중들의 수용이 굳건해져 가면서 반다수주의적 어려움에 대한 학문적인 집착은 더욱 성장하게 되었다. <sup>408)</sup> 요약하자면, 앞서 언급된 바와 같이, 문제는 “다수결원리에 입각한 민주주의 원칙이 선거에 의해 책임성을 지는 대

---

직면하는 어려운 여러 상황들에 대한 연방 대법원의 태도와 더불어 등장한 사법부의 최고성에 대한 비판의 수준에 따라 역사적인 시기를 세 가지로 구분하였다. Ibid, p. 340-343.

405) 이 시기에 “사건의 당사자들뿐만 아니라 주나 연방정부의 다른 기관 및 장래의 소 제기자들까지 포함하여 대중들은 점차 연방대법원의 헌법적 사항에 대한 언명의 구속력( the binding effect of Supreme Court constitutional pronouncements)을 받아들이게 되었다. bid, p. 340.

406) Tribe, American Constitutional Law, supra note, p. 304.

407) 프리드만 이에 대해 부연하기를, “그러므로 사법부의 최고성 개념에 대한 대중들의 광범위한 수용에도 불구하고 정치적인 기관들을 빈번하게 다양한 방식으로 법원을, 특히 대법원을 통제하기 위하여 법원에 재갈을 물리는 여러 방법(various court-curbing measures)을 고려하고 시도하였으며. 그러나 결과적으로, 그러한 기술이 일반적으로 정치적인 공격에 버틸 수 있는 것(politically tenable)이 아니라는 것이 명백해졌고 따라서 그 효용성은 감소했고, 이는 연방 사법부의 권위를 증대시키고 보다 적극적인 역할수행을 결과했다.” I bid, p. 340-341.

408) Tribe, American Constitutional Law, supra note, p. 304. 또한 프리드만 교수는 특별히 어려운 문제를 부과한 상황 하에서도 마지막 시기에 학문적 집착이 미국에서 꽃피게 되었다고 지적하면서 다음과 같이 언급한 바 있다. “미국역사의 많은 부분 동안, 사법부의 걱정한 기능과 수행에 관한 학문적인 관점들은 대체적으로 대중의 관점들에 의해 충족되었다. 다만 1940년에 이르러서야 그러한 관점들은 분화되기 시작했고 그 때에 반다수주의적 어려움에 관한 논란은 현대적인 형식을 취하기 시작했다. 이 당시 연방대법원을 통제하는 기법들이 정치적으로 지지될 수 없었다는 사실이 비록 대중들이 종종 사법적 선언들에 대해 반대하기도 하였지만 전반적으로 사법심사에 대한 대중적인 수용이 있었다는 점을 보여준다. 그러나 이러한 광범위한 대중적 수용에도 불구하고, 학계는 점점 연방 대법원의 역할에 대해 편치 않은 입장이 되었다.” Friedman, ilbid at 341.

표자들에 의해 법으로 만들어진 것을 책임성원칙과 관계가 적은 법관들이 무효화시키는 관행과 조화될 수 있는지의 여부”이다. 409) 그러므로 반다수주의적 세력의 쟁점은 현대 학문적 조명하에서 면밀히 검토되고 있는 것이다.

## 5. 결론

이상에서 검토한 바와 같이, 비록 미국 연방대법원이 연방의회제정법에 대한 무효를 선언한 첫 사례가 마베리 사건이지만, 연방법원 판사들에 의해서 그리고 여러 중요한 사건들에서 법정의견이나 부수의견들을 통해 소위 마샬의 결정에 배경적인 자료를 제공한 다양한 의견의 제시가 있었음을 알 수 있다. 그러한 점에서, 헌법재판권의 태생은 1803년 마베리 사건의 결정을 통해서 뜻밖에 이루어진 것이라고 보기 어렵다. 예컨대, 몇몇 주(州)는 버지니아와 켄터키 결의안에 응답하여 연방법원을 헌법의 최종 해석자라고 언급하기도 했다.<sup>410)</sup> 그리고 1791년과 1792년에 제임스 윌슨은 펜실베이니아 대학교 학생들에 대한 일련의 강의를 통해서 헌법의 해석권한 및 필요한 경우 의회제정법의 거부권한이 미국 연방대법원의 독립적인 권리라는 이론을 발전시켰다.<sup>411)</sup> 나아가 이러한 주제는 정부수립 후 최초 10년 동안 의회에서 거듭 다루어졌다. 특별히, 사법부 우월성(judicial superiority), 즉 의회제정법에 대한 합헌성 심사권한이 사법부를 의회에 대해 우월한 기관으로 만드는지 여부에 대해, 해밀턴은 연방주의자 논집 제78번에서 다음과 같이 언급했다: “의회제정법이 헌법에 반하기 때문에 법원이 그러한 의회제정법에 대해 무효로 선언하는 권한에 대하여 이러한 원리가 사법부의 입법부에 대한 우위를 암시한다는 상상으로부터 나오는 어떤 곤혹스러움이 커져가고 있다. 어떤 권한을 가진 기관의 행위에 대해 무효를 선언할 수 있는 권한은 무효선언당한 기관의 권한에 비해 우월해야만 한다는 것이 역설적으로 주장되고 있다...(중략)...하지만 위임된 권위의 모든 행위들

---

409) Michael J. Klarman, Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem, *Georgetown Law Journal*, (85 GEOLJ 491, \*533, February 1997), p. 492.

410) Andrew C. McLaughlin, *Constitutional History of the United States*, (New York & London: D. Appleton-Century Co. Inc., 1935), p. 311.

411) *Ibid.*

이 그 행위의 근거된 위임의 본지에 반하는 경우에 무효라는 것보다 더 명백한 원칙에 근거할 수는 없는 것이다. 그러므로 헌법에 반하는 그 어떠한 의회 제정법도 유효할 수 없는 것이다. 이것을 부정하려면, 수임인이 위임인보다 더 강해야 한다는 논리요; 하인이 주인보다 강해야 한다는 것이며; 국민의 대표자가 국민 그 자체보다 강해야 한다는 것일 뿐만 아니라; 권력에 의지하여 행위하는 사람들은 그들의 권력이 금지한 것뿐만 아니라 허용하지 않은 것도 행사해서는 안된다는 것을 의미한다.”<sup>412)</sup>

그의 언급에서, 해밀턴은 우월성보다는 평등과 독립성에 근거하여 의회제정법의 합헌성을 판단하는 사법부의 권한에 명시적으로 유리한 입장을 취했다. 보다 구체적으로, 사법부의 우월성을 그렇게 암시하는 것은 잘못이라는 점을 천명했다. 그러한 생각과는 반대로;

“국민과 입법부 사이에서 후자를 그들에게 위임된 권한의 범주 안에 머무르도록 하려는 목적으로 법원을 중간자적인 기관으로 고안된 것이라 생각하는 것이 훨씬 더 합리적인 것이다. 법의 해석은 법원의 적정하고도 고유한 기능인 것이다. 사실 헌법은 법관들에 의해 근본법으로 간주되어야만 한다. 그러므로 헌법의 의미뿐만 아니라 입법부에서 통과된 그 어떤 법의 의미까지도 확정하는 권한이 법관들에게 속하는 것이다. 만일 둘 사이에 조화될 수 없는 불일치가 발생하게 된다면, 보다 상위의 의무와 유효성을 갖는 것이 당연히 우선되어야만 한다; 다시 말하자면, 헌법이 법령에 대해 우선되어야만 하고, 국민의 의도가 국민의 수임기관의 의도에 우선되어야만 한다. 이러한 결론이 어떠한 경우에도 사법권의 입법권에 대한 우위를 의미하지는 않는다. 이는 다만 국민의 힘이 두 기관 모두에 대하여 우월하다는 것을 의미할 뿐이며; 법령에 선언된 입법부의 의사가 헌법에 선언된 국민의 의사에 반하는 경우 법원은 전자가 아니라 후자에 의해 지배당하게 된다는 것을 말한다. 법관들은 근본적이지 않은 법에 의해서가 아니라 근본법에 의거하여 판결을 내려야만 하는 것이다.”<sup>413)</sup>

정말로 미국 연방대법원이 의회제정법에 대한 합헌성 판단의 권한뿐만 아니라 의무까지도 가진다고 하는 것은 수없이 확인되었다. 마베리 사건의 유산은

---

412) Alexander Hamilton, The Federalist Papers, No. 78, 392-399.

413) Hamilton, *ibid*.

미국헌정사에 있어서 헌법재판의 이론적인 공헌일 뿐만 아니라 최소한 일정한 시기에 있어서 연방대법원이 분명한 과당정치로부터 자유로운 상태를 유지하고 그것이 미국헌정사의 기원에 있어서 핵심적인 부분으로 간주되고 있다는 점이다. 법원의 임무는 선언적인 것이라는 마샬의 전통적인 견해는 그러나 변화를 겪었고 법원에 제소된 사건들의 이면에 존재하는 경쟁하는 이해관계를 저울질 하게 되면서, 법원은 정책을 만드는 기관의 역할을 떠안게 되기에 이르렀다. 그러므로 1990년대에 이르러서는 미국 연방대법원의 헌법재판권에 대한 중요한 비판들이 제기되었다. 가장 보수적인 헌법학자 중의 한 명인 로버트 보크(Robert Bork)는 헌법재판권에 대해 정면으로 반대하였다.<sup>414)</sup> 그는 미국 연방대법원이 헌법사건을 계속해서 다루는 것을 인정하면서도 헌법을 개정하여 사법부의 헌법해석에 대하여 단순다수결에 의해 이를 뒤집는 결정을 할 권한을 의회에 부여해야 한다고 했다. 가장 자유주의적 헌법학자의 한 명인 마크 투쉬넷(Mark Tushnet) 교수는 이에 더 나아가 헌법개정을 통하여 법원의 헌법재판권을 제거해야 한다고 주장한 바 있다. 그는 헌법해석의 임무는 의회와 대중 정치인에게 맡겨야 한다고 주장하였다.<sup>415)</sup> 비록 이러한 헌법재판권에 반대하는 견해들은 연방대법원장 마샬에게 생소한 것이 되었겠지만, 많은 다른 학자들과 법률가들은 이러한 지적 혼전(intellectual m  lee)에 가담하였으며 이는 헌법재판권에 대한 논쟁들이 계속될 것임을 시사하고 있는 것이다.

---

414) Robert H. Bork, *Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and the American Decline*, (New York: HarperCollins Publishers, Inc., 1996).

415) Mark Tushnet, *Taking the Constitutional away from the Courts*, (New Jersey: Princeton University Press, 1999).

### III. Marbury v. Madison 이후의 헌법재판

헌법재판은 19세기 초엽에는 논쟁거리가 되지 않아 보였는데, 이는 법원이 이러한 기능을 드물게 행사했기 때문이다.<sup>416)</sup> 마샬이 마베리 사건을 통하여 법원조직법 제13조가 위헌이라고 선언함으로써 시작된 분권형 헌법재판(decentralized constitutional review)의 창안 이후, 미국 연방대법원은 1857년까지 물경 54년간 그 권한을 행사하지 않았다. 이와 유사하게 각 주(州)의 법원들도 19세기 초반부에는 그 후반부에 동 법원들이 그랬던 것 보다 주(州)의회제정법에 대한 무효화를 선언함에 있어 현저히 덜 적극적이었다. 넬슨(Nelson) 교수의 언급에 의하면, “인디애나 주(州) 최고법원은 1850년 전까지 겨우 두 개의 주(州)의회제정법에 대해 위헌이라고 선언했으며, 메사추세츠 주(州) 최고법원도 1860년 전까지 겨우 10개의 주(州) 법률에 대해 위헌을 선언하였을 뿐이다. 또한 버지니아 최고법원도 1860년 전까지 오로지 4개의 법률만을 위헌선언하였다.”고 한다. 그리고 그가 적절히도 말한바와 같이 “헌법재판에 가장 적극적인 뉴욕 주의 법원들도 1850년 전까지는 겨우 몇몇 법률을 위헌선언 했을 뿐인데, 1840년까지는 10개의 법률을 그리고 1841년부터 1850년까지는 18개의 법률을 위헌판단하였다”고 한다.<sup>417)</sup> 그러나 지난 150년 동안, 미국 연방대법원은 수많은 의회제정법에 대한 위헌판단을 했고, 이러한 헌법의 해석자로서의 임무를 통하여, 특별히 20세기에 연방대법원은 개인의 헌법상의 권리의 신장을 위한 주요한 대리인의 역할을 수행하였다.<sup>418)</sup> 또한, 지난 50년간 각국의 헌법재판소는 종종 그들 국가의 의회제정법에 대해 무효를 선언함으로써 미국의 법원을 본받게 되었다. 19세기 중반에 이르러 미국 연방대법원의 헌법재판권은 미국 헌정사에 있어서 수용된 특징으로

---

416) Nelson, *supra* note, 84쪽.

417) Nelson, *ibid* 85쪽.

418) George L. Haskins and Herbert A. Johnson, *Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815* (Prentice Hall, 1981); Donald O. Dewey, *Marshall v. Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison* (New York, 1970).

간주되었다.<sup>419)</sup> 즉, 1864년부터 1873년 사이, 새먼 체이스(Salmon P. Chase) 대법원장의 재임시기 동안, 미국 연방대법원이 미국 헌정사에서 가장 중요한 사건 중의 하나이며 법정화폐(the Legal Tender)사건인 *Hepburn v. Griswold*<sup>420)</sup>를 포함하여 최소한 8개의 사건<sup>421)</sup>에서 연방 법률에 대한 위헌판단을 행함으로써 헌법재판권은 굳건하게 정착하게 되었다.<sup>422)</sup> 그 시기 이후로 미국 연방대법원은 규칙적으로 의회제정법에 대해 위헌판단을 하기 시작했다. 그리고 그 이후 60년 동안 법원이 60여건의 의회제정법에 대한 위헌판단을 함으로써 헌법재판은 두드러진 특징으로 자리매김 하게 되었다.<sup>423)</sup>

1930년대 미국 연방대법원은 헌법상의 계약의 자유의 보장정신에 근거하여 자유방임주의를 옹호하였기 때문에 뉴딜정책의 다양한 구성요소들에 대해 무효화를 선언하였다. 결국 이러한 판결들에 의해 사실상 대법원의 입장에 반대

---

419) Nelson, *ibid* 86쪽.

420) 75 U.S. (8 Wall.) 603 (1870).

421) 그러한 결정들은 다음과 같다; *Gordon v. United States*, 69 U.S. (2 Wall.) 561 (1865) (part of the court of claims statute); *Ex parte Garland*, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867) (test oath for attorneys); *Reichhart v. Felps*, 73 U.S. (6 Wall.) 160 (1868) (an act to settle land titles); *The Alicia*, 74 U.S. (7 Wall.) 571 (1869) (grant of original jurisdiction); *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. (8 Wall.) (Legal Tender Acts); *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1870) (act relating to internal affairs of the states); *Justice v. Murray*, 76 U.S. (9 Wall.) 274 (1870) (act providing for removal and retrial of state cases tried by injuries); and *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872) (part of the Abandoned and Captured Property Act). See *ibid.* FN., 20, and also "Charles Warren lists two other Supreme Court cases during this period in which congressional legislation was held invalid." These are *Collector v. Days*, 78 U.S. (11 Wall) 113 (1871) (federal income tax statute held not applicable to state judge), and *United States v. Railroad Co.*, 84 U.S. (17 Wall.) 322 (1873) (tax on railroad bond's interest), Charles Warren, *Congress, The Constitution, and the Supreme Court, 1925*, 277-79쪽 및 William E. Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, (University of Pennsylvania Law Review, Vol.120), 1169쪽 참조.

422) Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, *ibid* p. 1169.

423) Nelson, *ibid* 및 C. Warren, *supra* note, p. 304-339.

하여 1936년 선거에서 승리한 루스벨트 대통령에 의한 소위 코트 팩킹(Court Packing)의 위협으로 이어지게 되었고 연방대법원의 변화를 또한 낳게 되었다. 1937년 시대의 변화에 따라 연방의 경제적 규율에 대하여는 매우 폭넓은 헌법적 재량이 부여되게 되었다. 이것이 바로 헌법재판권의 관점과 관련하여 미국 연방대법원의 권한과 역할에 대한 사법부와 행정부라는 두 최고기관 사이의 잠재적 충돌과 서로 다른 견지의 발생가능성에 대한 현저한 예가 된다. 그리고 1950년과 1960년대에 걸친 워렌(Warren)대법원장 시기에는 소위 “권리혁명(rights revolution)”이라 불리는 시민권의 헌법상의 보장(constitutional protecting of civil rights)의 적극적인 확대를 낳았고 이는 1980년대 후반부터 지금까지 여러 형태의 보수적 반혁명(conservative counter-revolution)을 유발하게 되었다. 최근의 모든 시기를 통하여, 분명한 것은 미국 연방대법원의 헌법재판권의 행사가 반민주적 혹은 반다수주의적 그리고 과도하게 정치화된 기관이라는 비판에 직면하게 되었다. 비판의 논거들은 주로 미국 연방대법원이 중요한 정치적인 결정들을 국민의 통제로부터 빼앗아서 이러한 사건들은 결과 지향적으로(result-oriented) 혹은 다른 측면에서는 원칙없는(unprincipled) 방식으로 결정하고 있다는 것이다. 이 시기의 논쟁의 대부분은 법원의 과도한 정치적인 관여의 문제와 따라서 어떻게 법원이 중립적인 심판으로서의 역할을 수행할 것인가라는 쟁점에 초점이 모아졌다. 외부로부터의 도전은 민주주의와 다수결주의의 관점에서 헌법재판을 정당화하는 문제에 초점으로 모았는데, 이는 대부분의 다른 권력기관의 구성원들은 다수결에 의한 선거로 선출되는데 반하여 대부분의 법관들은 선거되지 않기에 소위 반다수주의적 세력이라고 간주되기 때문이다. 다행스럽게도 미국 연방대법원의 적정한 역할에 대한 논란에도 불구하고, 분권적 헌법재판권을 행사하는 연방대법원에 유리한 정당성의 논거들이 많이 제시되고 있다. 미국 연방대법원의 옹호자들 가운데 몇몇은 헌법재판권의 자유주의적 민주주의의 정당성을 제시하고 있는데 이들은 로크, 칸트, 롤스 등의 자유주의적 정치적 견해를 가진 학파들에 의지하고 있다. 특히 이러한 관점 하에서는 헌법재판권은 단지 민주주의와 조화될 수 있을 뿐만 아니라 민주주의에 핵심적인 국민의 권리를 보장하는데 도움이 된다는 점을 제시한다. 다른 말로는, 그들은 법관들이 헌법을 해석하는 채용하는 방법들 그 자체가 민



주주의적으로 정당화될 수 있는 한 헌법재판권은 민주주의와 조화될 수 있다고 주장하고 있는 것이다.<sup>424)</sup>

### 제3절 독립기관형과 사법형을 취하고 있는 국가의 분포 및 현황

#### 1. 독립기관형(집중형)

헌법재판제도가 미국 연방대법원의 판례로부터 기원하였고 각국이 이러한 미국 연방대법원의 예를 따랐지만 선례구속의 원칙이 적용되지 않는 대륙법계 국가들은 각급 법원이 헌법재판권을 가지는 분권형 헌법재판제도를 채택하기 어렵기 때문에 오히려 단일한 기관에 헌법재판권을 집중시킴으로서 법체계의 통일성을 유지하고 최고법으로서의 헌법의 의미를 천명할 수 있는 새로운 형태인 집중형 헌법재판제도를 채택하기에 이르렀다. 특히 집중형 헌법재판제도는 주로 유럽중부와 동부 및 아시아에 위치한 많은 국가에서 채택함으로써 매우 영향력이 있는 제도임이 입증되었다고 할 수 있다.

2차 세계대전 이후, Germany(1949), Italy(1956), Spain(1976), 그리고 보다 최근에 Portugal(1982), Poland(1982)에서 채택되었고 나아가, 소련의 붕괴와 더불어 아래와 같이 대부분의 동유럽 국가들이 집중형 헌법재판제도를 채택하였음을 주목할 만하다. Hungary(1988), Rumania(1991), Bulgaria(1991), Slovenia(1991), Lithuania(1992), Slovakia(1992), Albania(1992) Czech Republic(1992), Russia(1992) 등이 최근에 이르러 집중형 헌법재판제도를 채택하였고 아시아에서는 Uzbek Republic(1992), Mongol(1992), Taiwan(1992: 다만 위헌적 정당에 대한 심사권만을 가진 헌법위원회 형태), Kazakhstan(1993), Kyrgyz Stan(1993), Thailand[1997: 입법안이 시행되기 전 이를 심사하는 소위 "사전적 심사권"(the preventive review power)을 가진 형태] 등이 집중형 헌법재판제도를 채용하였다. 우리나라의 헌법재판소는 1988년 설립되어 집중형 헌법재판

---

424) Farber, *supra* note 1쪽 및 16-36쪽.

국가로서 자리매김하게 되었다.

## II. 사법형(분권형)

미국, 일본(1947년 5월 3일 제정된 현재의 헌법 하) 및 스위스[연방법원(Federal Tribunal)에 의한 직접적인 위헌법률심판권이 존재함과 동시에 일반법원에서도 위헌법률심판을 할 수 있는 제도] 등이 각급 법원이 모두 헌법재판권을 행사하는 분권형을 취하고 있는 대표적 국가이다. 이와 유사한 제도가 Sweden(허영 p.7 각주 2)참조)에도 있고 대부분의 보통법 국가(common law countries)들은 분권형 헌법재판제도를 채택하고 있는바(Canada, New Zealand 및 Australia) 이는 미국의 영향이라고 할 수 있다.

## III. 미국의 연방대법원의 헌법재판권한 및 헌법재판의 심사기준

### 1. 헌법재판권의 범위(Scope of Constitutional Review)

#### 가. 서설

미 연방대법원은 제한적 사물관할권(limited subject matter jurisdiction)을 가진 법원이다. 따라서 어떤 사건이 연방 대법원의 사물관할에 속하려면 “헌법 제3조”<sup>425)</sup>에서 정하는 “미연방의 사법권”(the judicial Power of the United States)의 범위 내에 속하거나 혹은 “미연방의회”가 제정한 관할권에 관한 “법”(Congressional acts)의 범위 내에 속해야만 한다. 이와 같이 헌법과 의회제정 법 아래에서 미연방대법원은 고유관할권(original jurisdiction)과 상소관할권(appellate jurisdiction) [권리로서의 항소관할권(Jurisdiction by Appeals)과 재

---

425) 미연방헌법 제3조 제1항은 “미연방의 사법권은 하나의 최고 법원에 부여되며...(the judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court...)”라고 규정하고 있다. 나아가 대법원의 고유관할권에 관하여 제2항에서 자세한 규정을 두고 있다.

량적인 사건이송명령관할권(Certiorari Jurisdiction)포함을 가진다. 그러나 입법 부나 행정부의 권한에 대하여 상당히 자세히 규정하고 있는 미연방헌법의 규정들과는 달리, 연방재판관할권에 관한 헌법의 규정은 겨우 윤곽만을 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 미연방의 첫 의회가 1789년의 법원조직법 (the Judiciary Act of 1789)의 제정을 통하여 헌법의 내용을 구체화시켰고 그로 말미암아 새로운 법원조직이 탄생하게 된 것이다.<sup>426)</sup> 실제로, 1789년의 법원조직법은 미연방 사법제도의 중요한 특징의 대부분을 창설하였다.<sup>427)</sup> 즉, 법원조직법은 지방 법원에서 시작하여 중간단계인 순회법원(Circuits)을 거쳐 최고법원에 이르는 “3심제의 위계질서적 사법조직”(a three-tiered hierarchical judicial structure) 창설하였다.<sup>428)</sup> 동법의 위계질서적 사법제도는 그 당시 국민들에게 놀라움으로 다가왔는데 이는 새로운 제도와는 판이하게 당시 모든 법원은 제1심 법원(trial courts)이었고 따라서 사실관계상의 쟁점과 법률상의 쟁점을 모두 청문할 수 있었다는데 기인한다.<sup>429)</sup> 더불어 동 법원조직법은 연방 대법원으로 하여금 사실관계의 재청문(rehearing)을 금하고 오로지 법률상의 의문점에 대해서만 판단할 수 있도록 제한하였다.<sup>430)</sup> 이러한 체계는 동시 발생적으로 법률판단에 관하여 하급의 연방법원에 대한 위계적 통제권을 연방 대법원에 부여하게 되었다.<sup>431)</sup>

사실 1787~1789년 사이에 각 주(州)의 법원은 연방법원의 광범위하고도 포괄적인 재판관할권에 의해 흡수되어질 것(being engulfed)이라는 만연된 두려움 속에 있었던 것으로 보인다. 왜냐하면 헌법 제3조 제2항 그 자체가 모든 것을 포괄하며 모호한 언어로 연방법원의 관할권을 규정하였기 때문이다.<sup>432)</sup> 그러나 이러한 두려움은 1789년의 법원조직법에 의해 부분적으로 완화되었는바, 이는 의회가 동법을 통하여 연방법원 재판권의 일정부분에 제한을 가하였기 때문이다. 1789년의 법원조직법이 연방 재판권에 부과한 가장 중요한 제한은

---

426) Hall, supra note 12 at 472.

427) Ibid.

428) Ibid.

429) Ibid.

430) Ibid.

431) Ibid.

432) Ibid..

연방문제에 관한 소송(federal question suits)은 주 법원(state courts)에서 이루어져야만 한다는 것이다.<sup>433)</sup> 그러나 새로운 정부의 옹호자들 - 즉, 연방주의자들은 연방법원에 가해진 이러한 제한에 매우 불만스러워 했다.<sup>434)</sup> 더군다나, 그들은 대법관들이 해야만 하는 “위엄 없고 고되기만 한 순회심판”(undignified and arduous circuit riding)에 대해서도 불평하였다. 연방주의자들은 이 점에 관하여 적절한 변화를 꾀하였던바 결과적으로 - “심야의 판사법”이라는 이름으로 유명한 - 1801년의 법원조직법에서 그 계획한 바를 이루었다.<sup>435)</sup> 이와 같이 1801년의 법원조직법은 연방주의자들이 차지한 연방의회에서 당파적 지원에 의해 통과된 법이며 이후 새로운 판사직에 연방주의자들이 대거 임명되었기에 공화주의자들은 그들이 의회의 통제권을 확보하자마자 동법의 폐지를 요구하였다.<sup>436)</sup> 물러나는 연방주의자의회는 또한 콜럼비아특별구(District of Columbia) 지역을 위한 42개의 치안판사직을 새로이 창설하였다. 앞서 살펴본 바와 같이 1801년 12월, 치안판사임명예정자들에 대한 임명장 중 4개가 실제로 그들에게 발송되지 않았다. 그 4개 중의 하나가 바로 마버리(Marbury)의 것이었다. 그러자 그는 1801년 법원조직법에 근거하여 연방 대법원에 대하여 그 고유관할사항으로서 직무집행명장(writ of mandamus)을 청구하였다. 이것이 역사적인 *Marbury v. Madison*(1803) 판결을 낳게 하는 단초가 된 것이다.<sup>437)</sup> 당시 정치적으로 타협할 수 없는 두 집단인 공화주의자들과 연방주의자들 사이의 심각한 정치적인 긴장과 충돌이 예상되는 정치적인 지대에 발을 들이는 것을 염려하여 대법원장인 마샬은 양면가치적(ambivalent)인 절충안을 고안하였는바, 그의 결론은 공화주의자들이 지배하는 행정부와의 충돌에서 예상되는 곤경을 피함과 동시에 연방 대법원이 헌법의 해석에 최종적인 권한을 가진다는 것을 천명하는 절묘한 것이었다. 이와 같이 미연방대법원의 재판관할권이 역사적으로 미국에서의 헌법재판 혹은 사법심사의 기원과 매우 밀접하게 연관되는 것임을

---

433) Ibid at 474. 1801-1802년 사이의 짧은 막간을 제외하고는, 연방문제(federal questions)라 할지라도 1875년 이전에는 연방법원에 의해 심판될 수 없었다.

434) Ibid.

435) Ibid.

436) Ibid.

437) Ibid.

알 수 있기 때문에 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

#### 나. 고유관할권(Original Jurisdiction)

미 연방대법원의 고유관할권에 관한 사항은 연방 헌법에 의해 정해져 있다. 연방 헌법 제3조 제2항 제2절에 따르면 연방 대법원의 고유관할권은 “대사, 장관, 영사에 영향을 미치는 사건 및 주(州)가 일방 당사자가 되는 사건”에 국한된다. 연방대법원은 둘 이상의 주간의 분쟁에 관하여는 전속적 일심관할권(an exclusive first instance jurisdiction)<sup>438)</sup>을 그리고 외국의 대사가 당사자인 경우 혹은 연방 정부와 주(州)간의 분쟁이 계속(繫屬)되어 있는 소송절차에 대하여는 비전속적 일심관할권(a non exclusive first instance jurisdiction)을 가진다. 그러나 고유관할권 대상으로서 직접적으로 연방대법원에 소가 제기되어지는 경우는 그리 많지 않다. 그러한 사건들의 대부분의 형태는 두 개의 주간의 경계확정이나 주간에 흐르는 강의 용수권 혹은 수리권(Water rights)에 관한 분쟁들이며 이는 독일 연방헌법재판소에 다루어지는 주(州)간의 권한쟁의와는 사뭇 다른 것이다. 또한 연방대법원이 “비전속적” 고유관할권을 가지는 경우에는, 대법원이 사건의 심사를 중지하고 하급의 연방법원에 의한 심리를 허락하여 그곳에서 당해 분쟁이 우선적으로 해결될 수 있도록 조치할 수가 있다. 이런 연유로 고유관할권 사건들이 연방대법원 대하여 큰 부담으로 작용하지 않는다.<sup>439)</sup>

대법원의 고유관할권과 관련하여 주목을 끄는 아이러니는, 대법원장 마샬이 의회제정법, 즉 1789년 법원조직법 제13조에 대하여 위헌선언을 함으로써 법원의 역사적인 헌법재판권을 확립하였지만, 원래 동 법원조직법은 오히려 연방대법원에 보다 많은 고유관할권 - 즉 직무집행영장의 발부권 - 을 수여하려

---

438) 미 연방법령 제28권 제1251조는 대법원의 고유관할권에 관한 사항을 규율하며 대법원이 “둘 또는 그 이상의 주간의 분쟁”에 관하여는 “고유하며 전속적인(original and exclusive)” 관할권을 가진다고 규정한다. 28 U.S.C.A. § 125 참조. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 6th.ed.,(St. Paul and Minn.: West Group, 2000) at 27.

439) Thomas E. Baker & Jerre S. Williams, Constitutional Analysis in a nutshell, 2nd. ed., (West Group, 1999) at 73 75.

는 시도의 일환으로 제정되었다는 점이다. 대법원의 고유관할권에 관한 범위를 정의하고 있는 헌법 제3조에 따르면 대법원에 수여된 권한 가운데에 직무집행 영장을 발부하는 권한이 없음에도 불구하고, 연방의회는 1789년 법원조직법 제 13조의 제정을 통하여 직무집행영장의 발부를 연방대법원의 고유관할권에 포함시킴으로써 대법원의 고유관할권범위를 확장하였지만<sup>440)</sup> 대법원은 연방헌법이 이를 허용하지 않는다고 판시한 것이다. 헌법 제3조의 의미에 관하여 대법원장인 마샬의 해석에 따르면, 만일 어떠한 사건이 헌법 제3조의 열거된 사항의 범주에 속하지 않는 것이라면, 대법원은 그 사건에 관하여 고유관할권을 가질 수 없다고 한다.<sup>441)</sup> Marbury사건에서 마샬 대법원장은 헌법상 열거된 고유관할권에 관한 사항은 완결된 것이며 따라서 의회에 의하여 증가될 수 없는 것이기에, 의회가 대법원에 수여한 직무집행영장의 발부권한은 헌법에 의하여 보장되지 않은 것으로 보인다는 점을 명백히 하였다.<sup>442)</sup> 주지하다시피, 결론적으로 대법원장은 부수적 의견(obiter dictum)을 통하여 1789년 법원조직법 제 13조는 위헌이며 이와 같은 위헌판단권이 대법원에 부여되는 바, 이는 “법이 무엇인지”를 말할 대법원의 “직분이자 의무(province and duty)”로서 주어지는 것이라는 점을 명료하게 하였다.<sup>443)</sup>

다. 상소관할권(Appellate Jurisdiction): 항소심관할권과 사건이송명령관할권

㉠ 항소심관할권(Jurisdiction by Appeals)

헌법 제3조는 또한 대법원에 고유관할권에 더하여 항소심관할권을 부여하고 있다. 이러한 항소심관할권은, 그러나, “연방의회제정의 예외와 규정 하에서” 대법원에 부여된 것이다.<sup>444)</sup> 헌법 제3조 제2항 제2절에 따라 의회는 항소사건

440) Jean Edward Smith, John Marshall - Definer of Nation, (New York: Henry Holt and Company, 1996) at 322.

441) John Harrison, The Constitutional Origins and Implication of Judicial Review, Virginia Law Review (April, 1998) (84 Va. L. Rev. 333) at 346.

442) Smith, supra note 33 at 322.

443) 5 U.S. 137 (1803), at 177.

444) 미 연방헌법 제3조, 제2항, 제2절은 “연방 대법원은 법과 사실관계에 모두 관하여 연방의회제정의 예외와 규정 하에서(with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make) 항소심관할권을 가진다”고 규

으로 분류되어지는 사물관할의 범주를 확립하였다. 일단 연방과 각 주의 법원에서 발생한 헌법상 쟁점들에 관하여는 각급 법원이 당해 사건의 합헌성에 관하여 결정할 수 있으며 당해 법원의 최종적인 판단은 당사자가 제기한 항소에 복종하게 된다. 연방체제하에서 연방 대법원은 연방항소심과 특별항소법원의 결정에 불복하는 당사자에 의해 제기된 사건에 관하여 심리하게 된다. 대법원은 또한 연방의회제정 법률이 위헌판단된 특정한 사건에 관하여는 지방법원으로부터 직접적으로 제기된 사건에 대하여도 심리한다. 그러나 연방 대법원이 헌법적인 쟁점에 관하여 결정을 할 것인지에 관하여는 아무런 보장이 없으나, 항소심관할권의 행사는 대부분의 경우 그 사건의 심리여부에 관한 연방 대법원의 재량판단에 따라 이루어지기 때문이다. 비록 항소심관할은 연방 대법원에서의 심사를 명령적으로 요구하지만, 연방 대법원은 매해 아주 적은 수의 항소 사건만을 심리한다.<sup>445)</sup>

#### ㉠ 사건이송명령관할권(Certiorari Jurisdiction)

더불어, 연방 대법원은 네 명의 대법관이 찬성하는 경우에는 사건을 심리하도록 하는 전통을 수립하였다. 그러므로 소수자가 현안을 상정시키는 점(a minority sets the agenda)은 주목할 만하다.<sup>446)</sup> 연방의회에 의해 대법원에 부여된 법정관할권으로서 사건이송명령관할권에 의해 막대한 수의 사건들에 대한 심리가 거절된다.<sup>447)</sup> 사건이송명령을 허락할 것인지의 여부는 전적으로 대법관들의 재량에 달려있기 때문이다.<sup>448)</sup> 그러나, 사건이송명령표결(Certiorari votes)은 공표되지 않는다. 실제적으로는, “몇몇 대법관들은 사건이송명령표결에 대하여 그들의 사적인 문서에 기록을 남기지만 보통은 어떻게 대법관들의 투표하였는가 여부를 알기는 불가능하다.” 가끔은, “어떤 대법관이 특정한 사건

---

정하고 있다.

445) Hall, *supra* note 12 at 132.

446) Baker & Williams, *supra* note 7 at 79.

447) Hall, *supra* note 12 at 131.

448) 사건이송명령절차에 더하여, 어떠한 사건이 대법원에 제기될 수 있는 세 가지 가능성이 더 있다. 즉, 위에서 검토한 바와 마찬가지로, 항소(on appeal)에 의하여, 증명서(by certification)에 의하여, 그리고 특별영장(by extraordinary writ)에 의한 방법이 있는 바, 뒤의 두 가지 방법은 거의 활용되지 않고 있다. Hall, *ibid* at 131-132.

에 대한 사건이송명령의 거절결정으로부터 자신의 반대의견을 공개적으로 남기고 싶은 충분히 강한 느낌이 들면” 어떤 이유로 동 사건의 사건이송명령이 허락되었어야 했는지에 관하여 전체적인 개략을 담은 의견을 부가시킬 수 있다. 그러나 “몇몇 대법관들은 사건이송명령결정에 관한 공개적인 발표를 부정적으로 간주하여 거절결정에 대한 반대의견 부가를 거부한다.”<sup>449)</sup>

한편, 1925년 법원조직법<sup>450)</sup> 판결오류영장(writ of error) 및 항소에 의한 대법원의 강제적 관할권을 축소시키고 그와 동시에 사건이송명령장에 의한 재량적 관할권을 확대시킨 바 있는데<sup>451)</sup> 이는 사실 헌법적 심사의 문제의 거의 전부를 연방대법원의 재량에 맡긴 것이라고 할 수 있다.<sup>452)</sup> 나아가, 1925년 법원조직법은 대법원의 제도적 위상과 권한을 고양시켰는데, 이는 동 법이 대법원을 “사인간의 분쟁에서 발생하는 잘못을 시정하는 것을 주된 업무로 하는 토론장에서 국가적인 중대성을 가진 사안에 관한 공공정책상의 쟁점을 해결하는 헌법상의 기관으로 변모시켰기 때문”이다.<sup>453)</sup> 1988년에 연방의회는 드디어 연방대법원의 강제적 항소심관할권의 대부분을 제거하였는데 이로써 소송명부에 대한 대법원의 막대한 통제권을 허용하였다. 이 입법은 거의 모든 연방대법원의 심사를 재량적인, 즉 사건이송명령적 접근으로 변환시킨 것이다.<sup>454)</sup> 사건이송명령절차에 관한 부분은 미 연방대법원이 한국이나 독일의 헌법재판소와 매

---

449) Hall, *ibid* at 133.

450) 이 법은 “법관법안(The Judges Bill)”이라는 이름으로 불리는 바, 연방대법관들의 위원회에서 초안이 작성되었기 때문이다. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, 6th. ed. (St. Paul and Minn.: West Group, 2000) at 26.

451) *Ibid*.

452) 따라서 1925년 법원조직법 이후로는, 대부분의 사건들이 미연방대법원에 권리로서 상소(고)될 수 없게 되었기에 연방대법원에서 연방이나 주법원의 판결에 대한 심리를 원하는 당사자는 사건이송명령의 발부를 위한 청원을 연방대법원에 제출해야만 한다. 만일 대법원이 그 청원을 허락하는 경우에는 동 사건에 대한 답변서 제출과 구두변론을 위한 기일이 잡히게 된다. Danielle E. Finck, *Judicial Review: The United States Supreme Court versus the German Constitutional Cour*, *Boston College International and Comparative Law Review*(20 BC INT'L & COMP. L. REV. 123) at 141.

453) Hall, *supra* note 12 at 477.

454) Nowak and Rotunda, *supra* note 43 at 23 24.



우 다른 점이다. 왜냐하면 미 연방대법원은 심리제청건수의 엄청난 증가에도 불구하고 제청된 사건을 심리하여 해결할지 여부에 관하여 오로지 법원의 재량에 근거한 결정권한이 있는 반면 헌법재판소에는 이에 상응하는 재량적 선별절차, 즉 사건이송명령절차가 없기 때문이다.<sup>455)</sup> 부분적으로 이 점이 왜 한국과 독일의 헌법재판소가 해마다 수천 건의 사건을 다루어야만 하는지를 설명해 준다.<sup>456)</sup> 미국 연방대법원은 심리제청건수의 엄청난 증가에도 불구하고 제청된 사건을 심리하여 해결할지 여부에 관하여 오로지 법원의 재량에 근거한 결정권한이 있기 때문에 사건부담을 경감시키고 중요 쟁점 만에 심리를 집중시킬 수 있는 것이다. 이와 같이 사건이송명령적 헌법재판권으로의 변모는 미국연방대법원에 막대한 재량권을 부여함으로써 실무적으로 헌법적 쟁점에 대한 판단 자체의 원칙을 실천할 수 있는 중요한 제도적 장치가 된다고 할 수 있다. 반면 우리나라의 대법원과 헌법재판소 및 독일의 헌법재판소에는 이에 상응하는 재량적 선별절차, 즉 사건이송명령절차가 없기 때문에 앞으로 그 도입을 신중하게 고려해 볼 필요가 있을 것이다.<sup>457)</sup>

## 2. 헌법재판권의 심사기준 - 삼단계 위헌심사 기준론(Three Levels of Scrutiny)

### 가. 서설

앞서 언급한 바와 같이, 헌법적 토대에 근거한 의회제정법에 대한 사법적 심사(Judicial Scrutiny)의 관행은 오랫동안 미 연방대법원의 헌법재판의 원칙의

---

455) 보다 자세한 것에 관하여는 Victor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, (82 *Tex. L. Rev.* 1705, 2004) at 1711-1722 참조.

456) 자세한 통계에 관하여는 헌법재판소통계 참조.

[한국: <http://www.court.go.kr/english/statistics.html>; 독일 [http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2005/A\\_I\\_4.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2005/A_I_4.html)].

457) 보다 자세한 것에 관하여는 Victor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, (82 *Tex. L. Rev.* 1705, 2004), pp. 1711-1722 참조.

필수적인 결과로서 이해되어 왔다.<sup>458)</sup> 이는 연방대법원의 다수의 대법관이 합헌성 판단의 문제가 제기된 의회제정법에 대하여 특별한 심사수준을 적용하여 왔기 때문이다. 그러므로 법률의 합헌성판단에 관한 연방대법원의 분석의 첫 번째 단계는 주어진 사안에서 모든 이해관계와 요소들을 사법심사의 다중기준에 따라 분류하는 것이다.<sup>459)</sup> 여기서 심사의 기준들은 “이익형량심사의 지침들 (instructions for a balancing test)”으로써 특별히 개인적인 권리와 평등보호와 관련한 헌법소송에서 법률의 합헌성을 결정하는데 적용되는 것이다.<sup>460)</sup> 그러나 법이 개인의 권리에 부담을 부과하여 사람들 사이에서 차별성을 이끌어 내는 방법은 무수히 많다. 어떠한 법도 권리침해와 평등보호를 부정한다는 이유로 심사될 수 있는 것이다. 여기서 법원은 법의 합헌성의 문제 - 즉 “특정한 법을 평가함에 있어서 헌법상의 저울 위에 놓인 이해관계의 무게들을 어떻게 조절할 것인가의 문제” - 를 심사하기 위한 척도(yardstick)가 필요한 것이다.<sup>461)</sup> 한편, 여기에 대하여는 몇몇 비판적인 입장이 있는데 이들은 제한적인 사법심사의 기준, 즉 합리성심사, 중간심사, 엄격심사의 기준들이 “헌법사건에 있어서의 사법심사 절차를 정확하게 반영하지 못하는 과도한 단순화”라고 한다.<sup>462)</sup> 하지만 법원은 여전히 개인의 권리와 평등보호가 문제문제는 사안에서 특정한 법을 평가할 때에 동 법이 합헌이라는 합헌성 추정에 근거하여 삼단계 위험심사수준을 적용하여 헌법사건들을 해결하려고 노력하여 왔다. 이러한 추정은 “입법부에 대한 사법부의 일반적 존중의 기본구조”로 간주되나, 한편, 아래와 같이 특정한 영역에 있어서는 연방대법원은 보다 강화된 헌법적 심사를 추구하기도 한다.<sup>463)</sup>

---

458) G. Edward White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Paper 31 (University of Virginia Law School, 2005) at 1.

459) *Ibid.*

460) Chemerinski, *supra* note 9 at 539.

461) *Ibid.*

462) Jeffrey Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutin*, *Ohio State Law Journal* (Winter, 1984) (45 OHIO ST. L.J. 161) at 161

463) Chemerinski, *supra* note 9 at 539.

## 나. 심사단계론

### ㉠ 참고 도표 1.

이하에서 살펴 볼 내용은 다음과 같이 도표로서 나타낼 수 있다. 우선 미연방대법원이 사용하는 심사단계는 합리성기준심사, 중간심사, 엄격심사 등 세 가지로 구분된다. 이러한 심사단계에 따를 때 심사대상 법률이 위헌 판단될 가능성은 엄격심사의 영역에서 가장 높다. 다시 말하자면 사법부의 입법에 대한 존중이 가장 약화된 경우라 할 것이다. 합리성기준심사는 그와 정반대의 결과가 된다. 위헌심사수준의 내용에 관하여는 동원되는 수단과 정부가 실현하고자 하는 목적의 관련성이 중요한 판단자료가 된다. 더불어 입증책임의 문제와 최소제한요건의 충족여부 등이 각 심사수준에 따라 변하게 됨을 유의해야 한다. 아래의 도표는 연방대법원이 각각의 심사수준에 따라 판단한 구체적인 사건 중에서, 적법절차조항에 따라 보장되는 자유권의 영역과 평등보호조항에 의해 규율되는 입법상의 분류 중의 중요한 쟁점들을 모은 것이다.

### ㉡ 합리성기준심사(Rational Basis Test or Mere Rationality Review)

이 기준은 차별혐의계층에 근거하지 않거나 혹은 기본적인 권리들에 연관되지 않은 법률, 일반적으로 경제 관련법 혹은 사회보장관련법의 심사에 적용된다. 이 심사수준 하에서는 위 도표에서 알 수 있듯이 어떤 법률이 만일 “정당한(legitimate)” 정부의 목적에 “합리적(rationally)”으로 연관되어 있는 수단이라면 합헌으로 판단될 수 있다.<sup>464)</sup> 정부의 목적은 단지 허용될 수는 있는 것이며 정당한 것이기만 하면 된다. 정부의 달성목표는 실질적인 목적일 필요가 없으며 오히려 그 어떤 “상정가능한 정당한 목표”로서 충분한 것이다.<sup>465)</sup> 이 경우는 청구인이 입증부담을 안게 된다. 이 분류 하에서는 청구대상법률의 유효성이 추정되므로, 합리성 심사기준이 적용될 경우 정부는 일반적으로 승

464) 예컨대, *Pennell v. City of San Jose*, 485 U.S. 1 (1988); *Allied Stores v. Bower*, 358 U.S. 522 (1959).

465) *United States Railroad Retirement Board v. Fritz*, 449 U.S. 166 (1980); *Chemerinski*, *supra* note 9 at 540.

소하게 될 것이다. 위 도표상의 좌측화살표의 방향은 어떤 법률이 합리성기준 심사 하에서 법원의 심사대상이 되는 경우에는 합헌 판결될 가능성이 높음을 보여주고 있다. 즉, 합리성기준심사 아래에서 심사대상 법률은 청구인이 그 법률에 관하여 상정 가능한 어떤 정당한 목적도 없음을 입증하거나 혹은 그 법률이 그 목적에 합리적으로 연관되어 있지 않음을 입증할 수 있는 경우가 아닌 한 합헌판단 될 것이다. 그러므로, 차별혐의 계층이나 기본적인 권리들이 연관되지 않은 경우에는, 법률은 합헌성추정과 더불어 최대의 사법적 존중을 받게 된다. 이러한 정부에 대한 최고수준의 존중의 덕분으로 말미암아, 법원은 합리적 심사기준에 미치지 못했다는 이유로 법률의 무효화 시키는 경우가 거의 없었다.<sup>466)</sup> 결국 법률이 “순전히 자의적(purely arbitrary)”인 경우에만 무효화 된다.<sup>467)</sup> 위 도표에 언급된 바와 같이 이 심사기준은 예컨대 “연령에 따른 차별”,<sup>468)</sup> “지체장애에 따른 차별”,<sup>469)</sup> “부에 따른 차별”,<sup>470)</sup> 그리고 “성적 취향에 따른 차별”<sup>471)</sup>등을 규정한 법률의 평가에 적용된다.

---

466) Chemerinski, *ibid.*

467) 합리성 심사기준에 위배되어 위헌선언된 선례는 극히 드물다. 예컨대, *Romer v. Evance*, 517 U.S. 620 (1996); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985); *Zoble v. William*, 457 U.S. 55 (1982); *United State Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973).

468) 예컨대, *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979)에서 연방대법원은 해외복무 퇴임체계의 참여자에 대하여 60세에 퇴임을 강제하는 연방법에 대하여, 합리성심사기준을 토대로 연방정부는 왕성한 해외복무를 실현하기 위한 정당한 이해관계가 있으며 이러한 목적에 대하여 강제퇴임제도는 합리적인 연관성을 가진다고 하여 동법을 합헌으로 판단하였다. 다만 주목할 것은, 연방고용법상의 연령차별금지(the Federal Age Discrimination in Employment Act)는 연령에 따른 차별을 금지하고 있으며 특별히 강제적인 퇴임제도를 불법화 하고 있다는 점이다. Chemerinski, *supra* note 9 at 782-784 참조.

469) 예컨대, *City of Cleburne, Texas v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985)에서 연방대법원은 평등보호의 심사를 통과하려면 정신적 지체인과 다른 사람을 구분하는 관련법은 반드시 정부의 정당한 목적에 합리적으로 연관되어야 한다고 판시하였다.

470) 예컨대, 연방대법원은 *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973)에서 재산의 다과는 차별혐의계층이 아니며 따라서 빈곤한 자들에 대한 차별은 단지 합리성기준에 따르는 심사를 받게 된다고 판시하였다.

471) 동성애자, 양성애자 및 성전환[LGBT(Lesbians, Gays, Bisexuals and Transgenders)] 계층과 관련한 여러 쟁점들은 어려운 문제를 제기하고 있는

---

바, 이는 이러한 계층을 단지 그들의 성적 취향에 근거하여 차별하는 법률들이 그 어떤 실질적 차이가 아니라, 일반적으로 편견과 상투적인 사고의 전형 을 반영하는 것이기 때문이다. 더구나 성적 취향의 문제가 개인의 선택의 문제라기보다는 오히려 타고난 어떤 것으로서 불변하는 것(something immutable)이라는 점이 일정부분 수긍되고 있다는 점을 상기할 필요가 있다. 더욱 심각한 것은 성적 취향을 규율하고 있는 거의 모든 미 연방항소법원의 판례는 오로지 합리성 심사기준만을 채용하고 있다는 점이다. 다만 제 9 순회 법원의 한 판례-Wakins v. United States Arm, 875 F.2d 699 (9th. Cir. 1999) -가 성적 취향에 근거한 차별에 대하여는 엄격심사기준을 적용해야 한다고 판시한 경우가 있을 뿐이다. 다만 하나의 긍정적인 신호는 Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996) 사건에서 연방대법원이 콜로라도주 제출의안 (수정 2조) 에 대하여 동 의안이 합리성심사기준조차도 충족시키지 못했다는 이유로 이를 위헌판단하였다는 점이다. 대법원의 견해를 피력한 케네디 대법관은 동법의 배후에 존재한 명백한 목적은 단지 그 법에 의해 “영향 받는 사람들의 집단에 대한 증오(animosity toward the class of persons affected)”뿐이어서 합리성 심사기준조차도 맞출 수 없다고 판시하였다. Chemerinski, supra note 9 at 787-789; Janet E. Halley, The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian and Bisexual Identity, (36 UCLA L. Rev. 915,1989) 참조.

		법률의 위헌판단 가능성 (의회제정법에 대한 일반적 사법적 존중) 합헌 ← (높음) → 위헌 (낮음)	
내용	합리성기준심사	중간심사	엄격심사
수단 (근접성)	합리적 연관성 (If it is <b>Rationally</b> related to)	실질적 연관성 (If it is <b>Substantially</b> related to)	필수적 연관성 (If it is <b>Necessary</b> to achieve)
목적 (정부의 이익)	정당한 모든 이익 [ <b>Legitimate</b> conceivable (purpose) interest]	중요한 실제이익 [ <b>Important</b> actual purpose (interest)]	필요불가결한 실제이익 [ <b>Compelling</b> actual purpose (interest)]
최소제한의 대안요건	최소제한의 대안요건 충족불요	불확실하나 최소제한의 대안요건 충족불요	최소제한의 대안요건 충족요
입증책임	청구인	정부	정부
자유권 (적법절차)	<ul style="list-style-type: none"> <li>*국교분리의 원칙,</li> <li>*종교행사의 자유,</li> <li>*경제적인 적법절차 (Economic Due Process),</li> <li>*사생활권 (1989-1992)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>*사생활권 [ <i>Casey</i> (1992) ]</li> <li>[과도부담기준심사 (Undue Burden Test)]</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>기본적 권리들</li> <li>*연설의 자유,</li> <li>*언론의 자유,</li> <li>*집회의 자유,</li> <li>*피고인의 권리들,</li> <li>*사생활권 (1989년 이전),</li> <li>*종교행사의 자유 [ <i>Smith</i> (1990) 이전],</li> <li>*주간의 여행 (Interstate Travel),</li> <li>*투표권</li> </ul>
입법상의 분류 (Legislative Classifications) (평등보호)	비차별혐의계층에 근거한 법률(Laws that distinguish based on <b>Non-Suspect Classes</b> ) <ul style="list-style-type: none"> <li>*외국인의 지위(Aliennage) (연방규율),</li> <li>*신체불리조건 (Disability),</li> <li>*성적취향(Sexual orientation),</li> <li>*재산의 다과(Poverty) (대부분 민사문제),</li> <li>*연령</li> </ul>	준차별혐의계층(Quasi-Suspect Classes) <ul style="list-style-type: none"> <li>*성별[ <i>Craig</i> (1976)사건 이후],</li> <li>*비적출(Illegitimacy),</li> <li>*외국인의 지위 [불법체류외국인에 대한 각 주의 규율이나 정치적기능(political functions)에 관련한 외국인의 지위]</li> </ul>	차별혐의계층(Suspect Classes) <ul style="list-style-type: none"> <li>*인종,</li> <li>*종교,</li> <li>*국적 (National Origin),</li> <li>*민족적 배경(Ethnicity),</li> <li>*외국인의 지위 (합법적 체류 중인 외국인에 대한 각 주의 규율),</li> <li>*재산의 다과 (형사절차와 가족관계상)</li> </ul>

㉔ 중간심사(Intermediate Scrutiny)

지난 몇 십 년간 법원은 엄격심사기준을 요구하지는 않으면서도 합리성심사기준보다는 엄격한 기준을 부과함으로써 중간심사기준이 등장하게 되었다. 이 심사기준하에서는, 어떤 법률이 “중요한(important)” 정부의 목적과 “실질적으로(substantially)” 연관성이 있으면 법원에 의해 지지되는 것이다.<sup>472)</sup> 정부의 목적은 중요한 것이어야 한다. 법원은 상정 가능한 목적이 아니라 오로지 실질적인 목적(actual purpose)만을 검토하게 된다.<sup>473)</sup> 법률은 상당한 정도로 중요한 정부의 목적을 진작시키는 것이어야 한다. 위 도표에서 알 수 있듯이 이 경우 정부가 입증의 부담을 안게 된다. 중간심사기준은 “준차별혐의구분(Quasi Suspect Classifications)”, 즉 “성별에 의한 차별”,<sup>474)</sup> “비혼인상의 출생자에 대한 차별”,<sup>475)</sup> “교육과 관련한 불법체류 외국인자녀에 대한 차별”,<sup>476)</sup> 및 “상업적인 언론의 자유<sup>477)</sup> 및 공공장소에서의 언론의 자유에 대한 규율”<sup>478)</sup>

---

472) 예컨대 *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983), at 266; *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976), at 197 (*Craig v. Bore* 사건에서 처음으로 대법원은 중간심사에 관한 정확한 기준을 명료하게 표현하였다) 참조; *Chemerinski*, supra note 9 at 540 참조.

473) *Chemerinski*, ibid.

474) 예컨대 *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

475) 예컨대 *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

476) 예컨대 *Player v. Do*, 457 U.S. 202 (1982). 일반적으로 외국인지위권은 엄격심사에 따르게 되나, *Player* 사건에서 연방대법원은 교육과 관련한 사안에 있어서 불법체류외국인의 자녀에 관해서는 중간심사기준을 적용하였다. 연방대법원은 동 사건에서 불법체류외국인 자녀에 대한 소속지역학구의 재정지원을 거부하고 지역학구로 하여금 이러한 아동들에게 무료 공교육제공을 거부할 수 있게 한 텍사스 주법을 위헌으로 판단하였다. 다수의 대법관은 수정 14조의 평등보호조항에 그 체류의 합법성여부와 관계없이 각 주의 권역 내에 실제적으로 거주하는 그 어떤 사람도 포함된다고 판시하였다. 연방대법원은, 그러나, 불법체류외국인을 차별혐의계층에 포함시키는 요구는 거부하였다. *Chemerinski*, supra note 9 at 768.

477) 예컨대 *Bolger et. al. v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 90 (1983). *Bolger*에서 연방대법원은 구매를 청유치 않는 피임약에 대한 우편광고를 금지하는 법률에 대하여 상업적 언론의 자유를 보장하는 수정 제1조에 위반된다는 이유로 위헌판단 하였다. 대법원은 피임약에 대한 광고는 상업적 정보의 자유로운 흐름 안에서 실질적으로 개인과 사회의 관심사를 암묵적으로 말해

등에 적용된다. 이러한 것들은 전형적으로 차별혐의를 받는 구분에 연 관되는 바, 다만 그러한 차별에 관하여 어느 정도의 정당성이 존재하는 경우에 속한다. 사생활권과 관련해서 미연방대법원은 전통적으로 엄격심 사기준에 입각하여 판단하였으나 1992년 Casey 사건의 복수의견(plurality opinion)을 통하여 과도부담심사(undue burden test)기준을 적용함으로써 이제는 중간심사기준에 입각하고 있다고 판단된다. 즉 동 사건에서 연방대법원은 Roe 사건에서 확립되었던 임신3기 구분(Trimester)의 기 본원칙을 버렸을 뿐만 아니라 기본적인 권리에 일반적으로 적용되는 엄 격심사의 잣대의 적용을 거부하며, “낙태에 관한 여성의 자유권적 이익 에 부당하게 부담을 부과하는 법률은 자동적으로 무효”인바, 이는 “부당한 부담은 위헌적인 부담”이기 때문이라고 판시한 바 있다. 최근 Stenberg v. Carhart<sup>479)</sup> 사건에서 연방대법원의 다수의견(majority opinion)은 명시적으로 과도부담심사기준을 채용한 바 있다. 낙태를 규율하는 법률의 평가에 있어서 연방대법원의 다수의견이 최초로 과도부담심사기준을 채용하였다는 점에서 매우 중요한 판례로 평가되고 있다.

다만, 중간심사기준과 관련해서 두 가지 해결되지 않은 의문이 있다. 첫째는 연방대법원이 중간심사기준으로 불리는 과도부담심사를 적용하면서 정부의 목 적이 필요불가결한 것이어야 하는지 혹은 중요한 것이어야 하는지, 그리고 구 체적인 수단 또한 그 목적에 필수적으로 혹은 실질적으로 연관이 되어야 하는 지 여부에 관하여 전혀 언급하지 않았다는 점이다.<sup>480)</sup> 그러한 점에서 과도부담 심사기준은 수단과 목적의 관련성을 불분명하게 만들었다는 비판을 받고 있 다.<sup>481)</sup> 둘째로, 연방대법원이 중간심사기준을 적용하면서 과연 법률이 덜 제한

---

주고 있을 뿐만 아니라, 정부의 부당한 간섭으로부터 보호되어야 하는 활동에 관련되어 있다고 하면서 상업적 언론에 대하여 명백히 중간심사기준을 적용 하여 수정 1조에 의해 보호대상이라고 판시하였다. 더불어 다음의 판례 참조, Lorrillard Tobacco v. Riley, 533 U.S. 525 (2001); Rubin v. Coors Brewing Co., 514 U.S. 476 (1995); Central Hudson Gas & Elec. Co., v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980).

478) Chemerinski, supra note 9 at 541.

479) 530 U.S. 914, 921 (2000).

480) Chemerinski, supra note 9 at 829.



적인 대안을 허용하지 말아야 하는가에 관한 분명한 입장을 표명하지 않는다는 점이다. 덜 제한적인 대안분석이 이 심사를 위하여 필요한지 여부에 관하여 연방대법원 판례의 입장이 대립되고 있어, 최소한의 기준으로 제시된 것만을 알 수 있을 뿐이다. 그것은 중간심사기준하에서 사용되는 수단이 정부의 목표를 달성하기 위하여 “엄밀하게 맞는 것(narrowly tailored)”이어야 한다는 것이다.<sup>482)</sup>

㊤ 엄격심사(Strict Scrutiny)

엄격심사는 가장 혹독한 헌법적 심사기준이다. 이 심사기준 하에서는, 어떤 법률이 “필요불가결한” 정부의 목적을 달성하기 위하여 “필수적”인 것이어야 법원에 의하여 지지된다.<sup>483)</sup> 이 경우 정부가 심사대상 법률이 “필요불가결한 정부의 이익(compelling interest)” 달성에 기여하고 나아가 그러한 이익의 달성을 위하여 필수적인 것임을 입증하여야 한다.<sup>484)</sup> 따라서, 법률의 목적이 극도로 중요한 것이어야 할 뿐만 아니라 그 목적을 달성하기 위한 수단 또한 그 이익의 실현에 적합하도록 “엄밀하게 맞는 것(narrowly tailored)”이어야만 한다.<sup>485)</sup>

이 범주 하에서는, 심사대상법률의 위헌무효가 추정되므로 정부가 수단-목적 적합성에 관한 입증부담을 안게 된다.<sup>486)</sup> 더불어, 정부는 정부의 목표가 다른 어떤 “덜 차별적인 대체수단”으로는 달성될 수 없음도 증명하여야 한다.<sup>487)</sup> 엄격심사기준은 어떤 법률이 “차별혐의구분”을 세울 경우나 그것이 “기본적인 권리”에 영향을 주는 경우에 발동된다. 엄격심사기준은 법률이 첫째, “차별혐의분류”의 경우에 연관된 경우, 즉 “인종”과 “민족적 배경(National Origin),<sup>488)</sup>

---

481) Ibid.

482) 530 U.S. 914, 921 (2000).

483) 예컨대, Grutter v. Bollinger, 509 U.S. 306 (2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003); Adarand Constructors v. Penna, 515 U.S. 200 (1995); Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634 (1973); Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

484) Chemerinski, supra note 9 at 541.

485) 예컨대, Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986), at 280; Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984), at 432.

486) Miller v. Johnson, 515 U.S. 900 (1995); Burson v. Freeman, 504 U.S. 191 (1998).

487) Chemerinski, supra note 9 at 695.

488) 예컨대, Adarand Construction, Inc. v. Penna, 515 U.S. 200 (1995), (연방정부의 역차별정책은 엄격심사기준에 부합하여야 한다고 판시).

“종교 (평등보호나 국교분리의 원칙의 따른 분석),<sup>489)</sup> “외국인의 지위<sup>490)</sup>(합리성심사기준이 적용되는 ‘정치적인 공동체’의 문제로 인정된 예외에 해당하지 않는 경우)<sup>491)</sup> 그리고 둘째로, 기본적인 권리에 부담을 주는 분류에 해당되는 경우, 예컨대, “평등선거권의 거절이나 회석”,<sup>492)</sup> “주간의 이민(Interstate Migration)”, “법원에 대한 접근권(Access to the courts)” 및 그 외에 인정된 기본적인 권리가 영향을 받는 경우에 적용된다.<sup>493)</sup> 엄격심사기준하에서는 법률이 최소제한

489) 종전의 연방대법원의 선례에 따르면, 종교의 자유에 부담을 지우는 법률은 그것이 오로지 정부의 필요불가결한 이익실현을 위하여 필수적인 것일 때만 (즉, 엄격심사기준적용) 합헌으로 판단하였다. 예컨대, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963). 그러나 연방대법원은 *Employment Div., Dept. of Human Resource of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) 사건에서 종교행사의 자유에 관한 헌법의 규정은, “일반적 적용성을 가진 중립적 법률(a neutral law of general applicability)”이 종교를 간섭하기 위한 동기에 의해 제안되어 동 규정에 의한 보호를 현저히 감쇄시키는 경우가 아닌 한 그와 같은 법률을 심사하기 위하여 사용될 수 없다고 판시하였다. 이에 따라 헌법상의 종교행사자유 규정에 의한 보호가 현격히 감소될 것이 때문에, 1993년 연방의회는 이 판례에 대응하여 “종교자유복구법(the Religious Freedom Restoration Act)”을 채택하였는바, 이 법률의 목적은 *Smith* 판결을 뒤집고 동 판결 이전에 연방대법원이 따르던 엄격심사기준의 회복에 있었다. 그 후 연방대법원은 *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) 사건에서 연방의회의 역할은 연방대법원에서 확인된 권리들에 대한 위반행위를 규제하거나 예방하는 차원의 입법에 제한되며 그러한 법률들은 헌법적인 위반행위에 대하여 엄격하게 맞는 것 (narrowly tailored to the constitutional violation)이어야 한다고 판시하였다. 그러므로, 종교의 자유에 근거한 차별에 대하여 연방대법원은 엄격심사기준을 적용한 것으로 보인다. *Chemerinski*, supra note 9 at 296 .

490) 예컨대 *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971) (외국인의 지위에 따른 구분은 국적이나 인종에 따른 구분과 마찬가지로 본래적으로 차별혐의를 받으므로 엄밀한 사법적 심사기준에 복종해야 한다고 판시) 참조 .

491) 연방대법원은 “민주적 사회는 그 국민에 의하여 통치된다.”고 선언한 바 있다. 따라서, 자기통치원리나 민주적 절차 아래에서는 “보호되어야 하는 이익과 제한적인 구별사이에 합리적인 관련성이 존재함을 보임으로서 외국인에 대한 차별이 정당화될 수 있다”고 판시하였다. *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978), (경찰관이 되기 위해서 자국민이어야 함을 필요조건으로 하는 주법에 대하여 합리성심사기준을 적용) 참조; *Ambach v. Norwich*, 441 U.S. 68 (1979), (초등 혹은 중등학교의 선생이 되기 위해서 자국민임을 요구하는 주법을 합헌판단) 참조.

492) 예컨대, *Harper v. Virginia St.. Bd. of Election*, 383 U.S. 663 (1966) (선거권이 수정 14조의 평등보호조항에 따라 보장되는 기본적인 권리임을 선언) 참조.

혹은 최소차별의 대안에 해당된다는 점을 증명하여야 함은 앞서 언급한 바와 같다. 494) 또한 앞의 도표에서 보았듯이 엄격심사기준하에서는 법률에 대한 사법적 존중이 극도로 약화되므로 그 법률이 쉽게 위헌 선언될 수 있음은 물론이다.495)

#### 다. 비판

합리성기준심사, 중간심사, 그리고 엄격심사로 일컬어지는 독특한 위헌심사의 수준들의 존재는 미 연방대법원의 분석적 헌법적 이론의 가장 중요한 특징 중의 하나라고 할 것이다.496) 그러나, 이러한 다단계심사 수준의 정교한 체계에 대하여도, 오직 삼단계의 심사기준만을 엄격하게 적용하는 것은 문제라고 하는 비판이 제기되고 있다.497) 예를 들어 San Antonio Independent School District of s v. Rodriguez<sup>498)</sup> 사건에서 마샬 대법관의 반대이견은 삼단계 위헌심사수준을 적용하는 체계를 비판하고 있다. 그는 심사대상 법률에 대한 범주화적 접근(categorized approach)은 헌법사건의 사법적 심리과정을 정확하게 반영하지 못하고 과도하게 단순화한 것일 뿐이라고 한다.499) 또한 연방대법원 판례의 바른 이해는 사법심사기준을 둘 혹은 셋의 구별기준에 따라 엄격하게 적용하려는 것이 아니라 정도(degree)에 따라 구분되어지는 넓은 범위(spectrum) 혹은 연동방식(sliding scale)에 의해 탄력적으로 정하려는 것이라고 그는 주장

---

493) 예컨대, 연방대법원은 몇몇의 자유권에 관하여 매우 필수적인 것이라 하여 이들을 기본적인 권리로 간주하며 일반적으로 엄격심사기준에 부합하지 않는 한 정부는 그 권리들을 침해할 수 없다고 한다. 이러한 자유와 권리들에는 결혼권, 생식권, 자녀후견권, 가족공동거주권(right to keep family together), 자녀의 양육권, 피임도구의 구매와 사용권, 여행권(평등보호조항에 의해 보호), 투표권(평등보호조항에 의해 보호), 언론, 집회의 자유, 종교행사의 자유 등이 있다. Chemerinski, supra note 9 at 792.

494) Chemerinski, supra note 9 at 54 참조.

495) Ibid.

496) Jeffrey Shaman, Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutin, Ohio State Law Journal (Winter, 1984) (45 OHIO ST. L.J. 161) at 16; Chemerinski, supra note 9 at 542-543.

497) Shaman, ibid at 161.

498) 411 U.S. 1 (1973), at 98-99.

499) Ibid.

한다.<sup>500)</sup> 그의 견해에 따르면, 적용 가능한 사법심사의 기준은 정부의 차별적 분류의 특징에 따라, 즉 문제되는 분류에 의해 영향 받는 개인과 국가의 이익의 상대적인 중요성에 따라 보다 구체적으로 결정되어야만 한다.<sup>501)</sup> 마샬 대법관은 삼단계적 사법심사수준은 적절한 헌법적 분석을 방해하는 “경직된 접근(rigidified approach)”일 뿐이라고 비판한다.<sup>502)</sup> 왜냐하면, 삼단계 심사체계는 사건의 특정한 본안과는 무관한 추상적인 사법심사단계에 심리의 핵심을 돌림으로써 헌법이론적 분석을 오도할 뿐만 아니라 적용 가능한 심사수준을 채택하기 위하여 “기본적인 권리” 혹은 “차별혐의계층” 등의 이미 특정한 성향을 가진 개념들을 사용함으로써 적절한 헌법적 분석을 오히려 방해하기 때문이다.<sup>503)</sup> 스티븐스 대법관도 이와 같은 비판을 지지하며 연동방식의 사법심사체계를 주장하였다.<sup>504)</sup>

중간심사와 관련해서는, *Craig v. Boren*<sup>505)</sup> 사건의 반대의견에서 렌퀴스트 대법관은 평등보호조항이 중간심사라는 단어를 포함하고 있지 않다는 이유로 중간적 사법심사의 명확한 선언에 반대하였다.<sup>506)</sup> 그는 또한 미연방대법원이 이미 두 단계의 심사기준(합리성기준 과 엄격심사)과 관련해 충분한 어려움에 직면하고 있기 때문에 더 이상의 단계는 필요없다고 하면서 다음과 같이 주장하고 있다:

나는 당 법원이 인정해온 사법심사의 두 단계 - “합리성기준”과 “차별혐의 계층”이 연관된 경우에 요구되는 “필요불가결한 정부이익기준” - 에 관해 충분한 어려움을 겪었다고 생각한다. 또 하나의 기준을 위 두 개의 기준 사이에 집어넣는 것에 대하여 중대하게 반대할 만큼 말이다. 어떻게 당 법원이 어떤 목적이 중요한가를 예측할 수 있던 말인가. 또 어떻게 당 법원이 특정한 법률

---

500) Ibid.

501) Ibid.

502) Ibid.

503) Ibid.

504) 예컨대, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) 사건에서 스티븐스 대법관의 동의의견 참조.

505) 429 U.S. 190 (1976).

506) Ibid at 220.

에 관하여 그러한 목적의 실현에 여타의 방식으로 연관되어 있기 보다는 “실질적”으로 연관되어 있다고 판단할 수 있단 말인가? 사용된 두 어구가 너무나 불명확하고 탄력적이기 때문에 특별한 형태의 입법이 “중요한” 목적에 따른 것인지 혹은 목적과의 관련성이 충분히 “실질적”인지에 관한 판단을 가장하여 그러한 입법과 관련된 주관적인 사법적 선호나 편견이 유도될 수 있을 것이다.<sup>507)</sup>

더군다나, 구체적인 위헌심사사건을 들여다보면 위헌심사기준의 적용과 관련하여 내부적인 불일치가 발견된다. 예를 들자면, 연방대법원이 앞서 언급한 예외를 제외하고는 외국인을 차별하는 법률에 대한 적합한 심사수준은 엄격심사기준임을 명확히 확립하였음에도 불구하고, 외국인지위구분에 대해 엄격심사의 잣대를 적용하는 이유가 인종이나 성별에 따른 차별과는 다른 고려가 있음에 근거한다는 것은 사리에 맞지 않는다는 비판을 받고 있다.<sup>508)</sup> 비판론자들은 외국인을 차별하는 부분에 관하여 당해 법률에 보다 많은 운신의 폭을 허용하고 자국민을 위한 이익을 보장하여 주는 법률은 엄격심사기준의 적용을 받지 않도록 해야 한다고 주장한다.<sup>509)</sup> 왜냐하면 외국인의 지위라는 것은 불변하는 것이 아니며 상대적으로 짧은 시간의 경과 후에는 자국민이 될 수 있기 때문이다.<sup>510)</sup> 또한 성적 취향에 근거한 차별에 관한 *Lawrence v. Texas*<sup>511)</sup> 사건에서 연방대법원은 적용될 사법심사기준에 관해 언급하지 않음으로써 동성애자간의 동의에 의한 사적인 성행위를 금지하는 법률에 대하여 합리성기준심사가 적용될지 혹은 고양된 심사기준(중간심사 혹은 엄격심사)이 적용될지에 관하여 불명확한 태도를 보인 바 있다.

요는, 여기에는 두 가지 길이 있는 것 같다. 그 하나는, 연동방식의 지지자들이 믿는 것처럼, 대립하는 이해관계에 관하여 보다 진솔한 토의를 거침으로써 전반적으로 더 나은 판결에 이르기 위하여 삼단계적 접근을 무제한적인 연동제방식의 심사기준으로 전환하는 것이다.<sup>512)</sup> 다른 하나는, 연방대법원의 다수

---

507) Ibid at 220 221.

508) Chemerinski, supra note 9 at 771.

509) Ibid.

510) Ibid.

511) 5 39 U.S. 558 (2003).

의 견해가 지지하고 있는 바와 마찬가지로, 단계적 위헌심사기준을 더욱 명료하게 적용하는 길이다.<sup>513)</sup> 비록 두 가지의 다른 입장이 조화될 수 없는 것처럼 보임에도 불구하고, 두 입장 사이에는 공통분모가 있다. 어떤 주어진 사건에서 당사자의 이해관계를 가장 적절하게 고려하는 방법이 과연 무엇인가? 우리는 그 해답을 찾아야만 한다. 연방대법원의 헌법재판권의 범위는 법원의 사법심사적격성원칙과 재판관할권에 관한 역사적인 구조와 밀접한 관련이 있다. 관련된 헌법규정과 의회제정법은 다음 두 가지 방식으로 의미를 가진다. 한편으로는, 그것들은 대법원에 헌법적 분쟁에 대한 심사자격을 부여한다. 다른 한편, 그것들은 헌법적 쟁점에 대한 대법원의 광범위한 유효사거리를 제한하는 중요한 기능을 담당한다. 또한 연방대법원의 헌법재판권의 확립과 관련하여 대법원의 재판관할권은 매우 중요한 역할을 담당하였다. 특히 대법원의 고유관할권 확대

---

512) *Chemerinski*, supra note 9 at 543.

513) *Marbury* 사건으로부터 *Calrolene Product* 사건까지 연방대법원은 위헌심사기준에 관한 헌법이론을 발전시켜왔다. 연방대법원은 *Carolene product* 사건의 각주 4번에서 서로 다른 헌법적 분쟁은 다양한 위헌심사기준의 적용을 받게 된다는 견해를 피력하였다. 연방대법원이 연방의회에 대한 존중의 필요성을 강조한 각주 4번은 중요한 지표임이 분명하다. “입법이 표면적으로 헌법상의 금지, 예컨대, 수정 1조에서 10조까지의 금지와 수정 14조의 범위 안에 포섭될 때 동일하게 구체화 되는 금지의 범위 안에 있으면 합헌추정의 작용은 더욱 좁은 범위 내에서 이루어지게 된다...바람직스럽지 않은 입법을 폐지시킬 수 있다고 통상 기대되는 정치적인 절차를 제한하는 입법이 대부분의 다른 형태의 입법보다도 수정 14조의 일반적 금지하에서는 보다 엄격한 사법적 심사기준에 종속하게 되는지 여부에 대한 고려는 이제는 불필요하다...우리는 또한 이와 유사한 고려가 특정한 종교적, 민족적, 혹은 인종적 소수집단에 대하여 제정된 법률의 심사에 포함되어야 하는지 여부를 문의할 필요가 없다. 분리되고 고립된 소수자들에 대한 편견이 어떤 특별한 조건이고 이것이 소수자들의 보호를 위해 의존되는 정치적인 절차의 작용을 중대하게 억제하는 경우인지의 여부 그래서 상대적으로 더욱 탐색적인 사법적 심리를 요청하는지 여부를 고려할 필요가 없다.” 304 U.S. 144 (1938), at 152, n. 4; 다시 말하자면, 연방 대법원의 입장은 법률의 합헌성을 추정해야만 한다는 것이다. 그러나 어떤 법률이 개인적인 권리를 간섭하거나 불필요한 입법의 폐지를 위한 정치적인 절차를 제하는 것일 때 혹은 “분리되고 고립된 소수집단”에 대한 차별적인 것일 때에는 보다 탐색적인 사법적 심리(more searching judicial inquiry)가 요청된다고 할 것이다. 이것이 앞서 도표에서 본 바와 마찬가지로 특별한 영역에서는 더욱 강력한 사법적 심사가 동반되는 입법부에 대한 사법적 존중의 골간이다. *Chemerinski*, supra note 9 at 539-540.

에 관한 법원조직법이 *Marbury v. Madison* 사건과 밀접한 관련이 있음을 보았다. 더불어 미연방대법원이 행하는 헌법재판은 삼단계 위헌심사의 잣대를 통하여 이루어지므로 이에 정확한 이해와 그에 대한 비판을 음미해볼 필요가 있다고 본다. 우리 헌법재판소가 앞으로 새로운 사건에 직면하여 위헌여부에 관한 판단을 해야 할 때 미연방대법원의 위헌심사 수준론은 판결의 헌법적 논리를 더욱 정치화(精緻化)하는데 이론적 토대로 작용할 수 있을 것이다. 다만 미연방대법원이 채용한 잣대를 과연 그대로 원용할 수 있을지는 아직 의문이다. 끝으로, 정치적 문제를 해결하는 헌법재판소의 역할과 추상적 규범통제기능을 수행하는 독일 헌법재판소의 역할을 미연방대법원은 담당할 수가 없기 때문에 그 권능이 헌법재판소보다 협소하다고 할 수 있는 반면 미연방대법원의 경우 그 임무가 오로지 헌법적 문제에 국한되지 않기 때문에 재판관할권 그 자체는 훨씬 넓은 점을 상기할 필요가 있다. 형태의 쟁점이 부각될 것이어서 앞으로도 계속 주목할 가치가 있다고 본다.

## 제4절 미국의 헌법재판의 운영실태

### 1. 합헌성 추정원칙과 다단계 위헌성 심사기준

매우 강한 사법심사권을 가진 미국의 연방대법원도 국민적 정당성을 강하게 지니고 있는 연방의회에서 만든 법률에 대하여 설불리 위헌판단을 할 수 없음을 물론이다.<sup>514)</sup> 사법부는 선거를 통하여 나타난 국민의 정치적 의사와 그에 근거하여 연방의회에서 제정된 법률의 내용에 대해서 존중하는 태도(deference)를 취하게 되는바 이는 또한 권력분립원칙의 내용인 견제와 균형의 관점에서 도 정당화 될 수 있는 입법부의 형성재량권의 존중의 정신에 입각한 것이라고 할 수 있다. 따라서 연방대법원은 가능하다면 법률의 규범적 의미를 합헌적으로 해석해야 한다는 분명한 입장을 취한다. 즉 “합헌성에 상당한 의심이 가는

514) 김형남, 캐나다·미국·한국의 헌법재판기준에 관한 비교법적 연구, 성균관 법학, 제19권 제3호(2007), 134면.

경우라 하더라도, 당 법원은 그 위헌성이 회피될 수 있는 방향으로 법률을 해석하는 것이 가능한지의 여부를 일차적으로 확인하는 것이 기본적인 원칙이다.”<sup>515)</sup> 이와 같이 법률의 헌법 합치적 해석이란 하나의 법률 규정이 넓게 해석하는 경우에 위헌의 의심이 생기는 경우에, 이를 좁게 한정하여 해석하는 것이 그 입법 목적에 부합할 뿐만 아니라 헌법에 합치되는 경우에 그 규정은 합헌으로 해석하여야 한다는 법률의 해석 지침을 말한다. 이는 헌법의 최고 규범성에서 도출되는 법질서의 통일성과 함께, 권력 분립에서 나오는 입법권의 존중 및 법규범이 제정·공포된 이상 일단 효력이 있다는 ‘법률의 추정적 효력(favor legis)’을 근거로 한다. 그러나 이러한 해석에서도 그 법률의 문구나 목적에 명백하게 모순되는 해석은 할 수 없으며, 법률의 효력을 지속시키기 위해 헌법의 내용을 지나치게 확대 해석하여 헌법 규범의 정상적인 수용 한계를 넘어서는 안 된다는 한계가 있음은 물론이다.<sup>516)</sup>

미국의 경우 마샬(Marshall) 대법원장은 *Fletcher v. Peck* 사건<sup>517)</sup>에서 순수한 자연법(pure natural law)과 암묵적인 한계(implied limitations) 및 명시적인 헌법적 명령의 형식적 해석 사이에서 중립을 지키며 조지아주법이 무효인 것은 “우리 자유제도에 공통적인 일반원칙에 의해서든 아니면 헌법의 특정 규정에 의한 것이다”라고 판단하면서,<sup>518)</sup> “제정법이 최상위법인 헌법과 충돌하는 경우에 그것이 무효인가의 여부는 대단히 민감한 문제이다… 제정법이 헌법에 충돌하는 문제는 법관이 그 충돌에 대해 명백한 확신을 가지고 있어야 한다”고 판시함으로써 원칙적으로 제정법의 합헌성 추정의 원칙을 천명한 바 있다.<sup>519)</sup> *Fletcher* 사건은 주법에 대한 연방법원의 사법심사권을 확립한 판결로서 중요한 의미를 지니는데 합헌성추정의 원칙을 바탕으로 하여 주법에 대한 무효의 가능성을 헌법위반에서만 찾지 않고 기존제도에 적용되는 일반원칙에 의할 수도 있다는 점에 주목해야 할 것이다.

515) 이인호, 상계논문, 163면.

516) 자세한 것은, 허영, 전계서; 전광석, 전계서; 정종섭, 전계서 참조.

517) 10 U.S. (6 Cranch.) 87 (1810).

518) Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Vol.1, 3rd. edition (2000), p. 1338.

519) 김형남, 전계논문, 135면.



또한 합헌성추정의 원칙에 근거하여 의회제정법에 대한 위헌성 판단 시에 헌법을 토대로 단계적 사법심사기준을 적용해온 미 연방대법원의 오래된 관행은 판례법에 의해 성립되고 발전한 법원의 사법심사권과 더불어 헌법재판원칙의 필수적인 내용으로 이해되어 왔다.<sup>520)</sup> 이는 연방대법원의 다수의 대법관이 합헌성 판단의 문제가 제기된 의회제정법에 대하여 특별한 심사기준을 적용하여 왔기 때문이다. 법률의 합헌성판단에 관한 연방대법원의 분석의 첫 번째 단계는 주어진 사안에서 모든 이해관계와 요소들을 사법심사의 다중기준에 따라 분류하는 것이다.<sup>521)</sup> 이러한 다중 심사기준의 공통분모는 “이익형량심사의 지침들(instructions for a balancing test)”로서 이는 특별히 평등보호와 관련한 헌법재판에 있어서 당해 소송물의 위헌성 심사의 기준이 될 뿐만 아니라 그 외의 기본권 침해의 경우에도 관련 법률의 위헌성을 결정하는데 적용되는 것이다.<sup>522)</sup> 단계적 사법심사 기준은 특정한 권리가 관련되거나 평등보호가 문제되는 경우 등 헌법문제 전반에 걸쳐 등장하게 됨을 유의해야 한다. 즉, 법이 개인의 권리에 부담을 부과하여 사람들 사이에서 차별성을 이끌어 내는 방법은 무수히 많기 때문에 어떠한 법도 권리침해와 평등보호를 부정한다는 이유로 심사될 수 있는 것이다. 여기서 연방대법원은 법률의 합헌성의 문제, 즉 “특정한 법을 평가함에 있어서 헌법상의 저울 위에 놓인 이해관계의 무게들을 어떻게 조절할 것인가의 문제”를 심사하기 위한 척도(yardstick)가 필요한 것이다.<sup>523)</sup> 따라서 헌법상의 기본권(Individual Rights)침해 및 평등보호(Equal Protection)와 관련한 헌법재판에서 그 결과는 이러한 심사기준의 적용의 엄격성 여하에 따라 크게 좌우된다. 이러한 심사기준은 지금까지 합리성심사와 엄격심사 그리고 중간심사 기준 등으로 판례법에 의해 발전해 왔다. 한편, 여기에 대하여는 몇몇 비판적인 입장이 있는데 이들은 제한적인 사법심사의 기준,

---

520) G. Edward White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Paper 31 (University of Virginia Law School, 2005), p. 1.

521) 상계서 참조.

522) Erwin Chemerinski, *Constitutional Law - Principles and Policies*, 3rd ed. (Aspen 2006), p. 539.

523) *ibid.*

즉 합리성심사, 중간심사, 엄격심사의 기준들이 “헌법사건에 있어서의 사법심사 절차를 정확하게 반영하지 못하는 과도한 단순화”라고 한다.<sup>524)</sup> 그러나 연방 대법원은 여전히 헌법상의 권리침해와 평등보호가 문제되는 사안에서 특정한 법률의 위헌성을 평가할 때에 동 법률이 일단은 합헌이라는 합헌성 추정에 근거하여 삼단계 위헌심사기준을 적용하여 법률의 위헌성 판단이 쟁점이 되는 사건들을 해결하려고 노력하여 왔다. 이러한 추정은 “입법부에 대한 사법부의 일반적 존중의 기본구조”로 간주된다고 할 수 있다.<sup>525)</sup>

## II. 어려운 사안에 대한 판결을 회피하기 위한 재판상의 수단으로서의 당사자 적격<sup>526)</sup>

우리나라 혹은 독일의 헌법재판소와 달리 미국의 연방대법원은 통상의 법원으로서 법률의 위헌심사권을 가지게 됨은 주지의 사실이다. 이러한 연유로, 미 연방대법원의 헌법재판, 즉 헌법의 해석에 관한 쟁점을 본안사항으로 하는 통상의 재판은 첫째, 헌법과 법률에 의해 정해진 사물관할과 일정한 당사자 사이에 발생한 사건에 국한되며, 둘째, 일반재판사건과 마찬가지로 본안 전 요건, 예컨대, 당사자적격, 사건의 성숙성, 판단이익존재여부 등의 소위 “사법심사적격성”의 요건이 구비되어 야만 한다. 우리나라와 독일의 헌법재판소에 의해 이루어지는 헌법재판과 비교해 볼 때, 이러한 점들은 미국 연방대법원에 의한 헌법재판의 큰 특징이랄 수 있다.<sup>527)</sup> 심판대상사건이 연방대법원의 사법적 판단에 적합한 것이어야 한다는 연방 헌법상의 규정<sup>528)</sup>은 재판권행사에 매우 중요한 제한을 부과하고 있다. 즉 사법심사적격성 원칙은 개념적 포섭체로서 당사

524) Jeffrey Shaman, Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutin, Ohio State Law Journal (Winter, 1984) (45 OHIO ST. L.J. 161), p. 161.

525) Chemerinski, op. cit. p. 539.

526) John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, ibid, p. 98.

527) John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, op. cit., p. 98.

528) 미국 연방헌법 제3조 제2항 제1호 참조.

자적격,<sup>529</sup>) 사건의 성숙성<sup>530</sup>) 및 판단이익부재<sup>531</sup>) 등의 여러 관련 이론과 쟁점들을 포괄하게 되며<sup>532</sup>) 연방대법원은 연방헌법상에 규정된 사건과 쟁송성의 요건에 대하여 구체적 의미를 부여하기 위해 이와 같은 이론들을 판례법상으로 확립하였다.<sup>533</sup>) 또한 사법심사적격성의 원칙에 따르면 법원은 “권고적 의견”의 제출이 금지되며<sup>534</sup>) “정치적 문제”와도 거리를 둘 수 있게 된다.<sup>535</sup>) 미 연방대법원의 견해에 따르면 “이러한 제 원칙들은 그 결론이 개개인의 권리관계에 영향을 미치는 쟁점들과 실제 분쟁을 통하여 구체적으로 규정된 사실관계만을 심판의 대상으로 하기 위해 고안된 것”이라고 한다.<sup>536</sup>) 토크빌이 이와 관련하여 “어떠한 법이 다투어지지 않는 한, 그것을 논의하기 위하여 사법당국의 개입이 요청되지 않는다. 따라서 그 법은 인지되지 않은 채로 존재하게 되는 것이다...법원은 특정한 사건에 대하여 판결을 내리는 것이지, 일반원칙에 대

---

529) 당사자 적격은 개개인이 법원에 헌법재판(constitutional adjudication)을 청구할 수 있는 적절한 당사자인가의 문제이다. 미 연방대법원은 당사자 적격심사를 위한 5가지 요건을 밝힌 바 있는데, 이는, “손해(injury)”, “인과관계(causation)”, “구제가능성(redressibility)” (이상은 헌법상 명문의 요건), “제 3자의 당사자 부적격 (no third party standing)”, “일반적 청원의 불인정(no generalized grievance)” (이상은 판례이론에 의한 당사자 적격요건) (prudential standing principle) 등이며, 위 5가지의 모든 요건이 충족되어야만 법원이 당해 사건을 심사할 수 있게 된다. 더 자세한 것은, Chemerinsky, op. cit., pp. 60-102.

530) 사건의 성숙성은 너무 일찍 소송이 제기되어 진정한 분쟁으로 발전하지 아니한 추상적 쟁쟁에 대법원의 개입과 심판이 이루어지는 것을 막기 위한 요건이다. *ibid*, pp. 103-112.

531) 판단이익부재(Mootnes)란 너무 늦게 소송이 제기되는 것을 막기 위한임 바, 법원으로 하여금 소송결과에 대해 실제 이해관계가 걸려 있는 관련 당사자 사이에서 오로지 현재 진행 중인 분쟁만을 심사케 하기 위한 것이다. *ibid*, pp. 113-127.

532) Kermit L. Hall (편집자), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United State*, (New York, Oxford: Oxford University Press, 1992), p. 478쪽.

533) Chemerinski, op. cit., p. 457; Tribe, op. cit., p. 207.

534) 한 가지 주목할 것은 권고적 의견의 제출금지 는 넓은 의미에서 볼 때 사건의 성숙성과 판단이익부재의 이론의 사법적 고려에서 명료하게 되고 보강되었다는 점이다. Tribe, *supra* note 2 at 313.

535) Hall, op. cit., p. 478.

536) *ibid*, p. 457.

해서 판결하는 것이 아니다.”라고 언급한 것도 같은 맥락인 것이다.<sup>537)</sup>

따라서 연방대법원은 추상적이거나 가정적인 상황 하에서 합헌성 여부의 문제를 판결하는 것이 아니다.<sup>538)</sup> 진정한 실제 분쟁이 당사자 사이에 있어야 하며 위헌여부를 다투고 있는 당해 법령에 의하여 실질적인 손해를 입은 당사자들이 개입되어 있어야만 한다.<sup>539)</sup> 미국 연방 대법원의 헌법재판은 필수적으로 각 사건과 분쟁에 적시된 구체적인 사실관계에 의존하게 된다. 대법원은 또한 여기서 한 가지 주목해야 할 것은 사법심사적격성의 원칙은 단지 법원의 헌법재판권에 대한 제한으로만 작용하는 것이 아니라 헌법적 쟁점에 대한 심판의 효율성을 제고하기 위한 수단으로 작용한다는 점인데, 이는 구체적인 사실관계와 실질적 손해를 통하여 당해 쟁점에 대한 법원의 헌법적 이해가 더욱 선명해지기 때문이라는 점에 연유한다.<sup>540)</sup>

그런데 미국 연방대법원은 종종 이와 같은 당사자적격의 문제를 본안에 있어서 복잡한 사안에 대한 입장을 밝히는 것을 회피하는 수단으로 사용된다. 헌법적인 쟁점에 대한 본안판단은 보다 복잡다단하기 때문에 법원은 원고에게 재판에서 문제된 행위에 의해 실제로 손해를 입었다는 것을 논증하도록 요구한다. 즉 연방대법원은 종종 쉬운 사건보다 어려운 사건에서 더 강한 당사자적격에 대한 요구를 하고 있다. 다만 연방의회가 이러한 일에 개입하여 법령에 의한 당사자적격을 창설한다면, 연방대법원은 훨씬 더 쉽게 사건의 본안판단을 하는 경향이 있다. 더군다나 사실상 *United States v. SCRAP*<sup>541)</sup> 사건에

---

537) Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Vol. 1, 2nd. ed. (Translated by Henry Reeve), (Cambridge, Sever & Francis, 1863) p. 6.

538) *ibid.*

539) *ibid.*

540) *ibid.*

541) 412 U.S. 669 (1973). 동 사건에서 SCRAP(Students Challenging Regulatory Agency Procedures)은 5명의 로스쿨학생으로 구성된 법인격없는 사단(*unincorporated association*)으로 환경의 질을 향상시키라고 요구하고 있었다. SCRAP은 주간통상위원회(*Interstate Commerce Commission*)의 거의 모든 화물의 단위중량당 운임(*freight rates*)에 대한 2%의 할증금지실패에 대해 이의를 제기하였다. SCRAP의 각 구성원은 화물의 단위중량당 운임구조의 반환경적인 영향에 의해 유발된 경제적, 오락적(*recreational*), 그리고 심미적인(*aesthetic*) 해(*harm*)를 입었다면서 당사자적격을 주장하였다. SCRAP의 각 구성원들은 이러한 화물의 단위중량당 운임구조에 의해 완성된 제조물에

서 알 수 있듯이 연방 헌법 제3조의 쟁송성에 관한 문턱은 사실상 매우 낮은 것이 현실이다. 따라서 당사자적격성의 엄격적용을 통한 어려운 사건에의 판단 회피라는 법원의 이러한 태도에 대해 많은 비판이 있다: “과도한 사법심사권 발동에 대한 보호수단으로 당사자적격요건을 활용하는 것은 보호수단의 제공이 될 뿐만 아니라 정의의 관점에서 요구되는 사법심사를 방해하는 것이기도 하다. 그러므로 당사자적격을 적절한 법원의 기능을 수행하기 위해 법원의 역할을 제한하는 수단으로 사용하는 것은 잘못된 도구인 것이다”라는 주장이 그것이다.<sup>542)</sup> 그럼에도 불구하고 연방대법원은 법원의 적합한 역할수행을 위해 법원의 기능을 제한하는 수단으로 당사적격을 종종 활용하고 있음은 물론이다.

### III. 헌법적 결정의 회피의무<sup>543)</sup> 혹은 불필요한 헌법적 판단의 자제원칙: 헌법재판에서의 위헌성·위법성 통제의 구별

미연방대법원이 헌법재판권의 행사에서 보여준 사법자체의 원칙은 권력분립의 원리를 존중하고, 사법부의 자원을 보호하며, 사법적 해결에 가장 적합한 구체적 분쟁을 다루게 함으로써 사법부의 판단기능을 향상시키고 재판의 공정

---

더 많은 비용을 지불해야만 했고, 상승된 운임은 그들이 숲, 강, 하천 등등의 활용에 부정적인 영향을 미쳤다고 주장하였다. 또한 각 구성원은 재활용 가능한 폐기물에 대한 처분에 지불되어야 하는 비용총계의 상승 때문에 더 많은 세금을 내야만 했다고 주장하였다. 따라서 이러한 할증금은 ICC가 그에 대한 자세한 환경영향평가자료를 제시하는데 실패했기 때문에 불법적인 것이라고 주장하였다. 결국 2.5%의 할증금은 재활용구조에 부정적인 영향을 미쳤으며 따라서 환경에 영향을 미치는 주요한 연방의 행위라고 주장하였다. 연방대법원은 이를 받아들이며서 “환경자원을 활용하며 공기를 호흡하는 모든 사람은 환경단체가 여기서 주장하는 것과 같은 유사한 해를 주장할 수 있는 것”이라고 판단하였다. 연방대법원의 다수의견은 “많은 사람들이 단순히 동종의 손해를 겪는다고 하여 당사자적격이 부정되어야 하는 것은 아니다”라고 판시하면서 당사자적격을 인정하였다.

542) K. Davis, *Administrative Law of the Seventies* (West Publishing Co., 1976), p. 523.

543) John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *상계서*, 106쪽.

성을 담보하기 위한 것일 뿐만 아니라 결국은 헌법적인 문제에 대한 결정을 가급적 자제하기 위한 기본적이고 일반적인 사법적 의무의 기능을 수행하기 위한 것이라고 할 수 있다. 나아가 “연방대법원은 당해 분쟁이 헌법문제와 비헌법문제를 동시에 포함하고 있을 때, 비헌법적인 관점에서 당해 사건의 해결이 충분히 가능한 경우에는 굳이 헌법문제에 대해 판단을 행하지 않는 원칙을 확립하고 있다.”<sup>544)</sup> 이러한 원칙은 마샬 대법원장의 *Marbury v. Madison* 사건(1803)에서 사법심사이론의 배경으로서 언급한 소위 “자제적 권한”으로서, 헌법과의 조응성이 문제된 그런 사건만을 결정해야만 하기 때문에 행사하는 권한이라는 근거에서도 지지를 끌어낼 수 있다.<sup>545)</sup>

이러한 사법 자제적 정책에 대하여는 보다 실용적인 고려가 있다. 사법심사제도는 다수결원칙과 조화되지 않으며 사법제도와 민주주의 제도의 사이의 충돌로 말미암아 법원의 조치가 대중적 불승인의 결과를 낳을 수 있다. 이러한 대중적 불승인의 문제에 대한 자각을 토대로 연방대법원은 민주적 정당성이 확보된 연방의회 제정 법률에 대한 위헌성 심사의 경우에, 또 연방 헌법의 해석의 문제에 관하여 조심스런 태도를 보이고 있는 것이다. 나아가 엄격한 필요성이 존재할 때 한해 헌법적 쟁점에 대한 처리를 허용하는 것은 사법적 심사가 자선적으로 이루어지는 것이 아니라는 점을 확실하게 하는데 유용한 도구가 되기도 한다. 러틀리지 대법관(*Justice Rutledge*)이 *Rescue Army v. Municipal Court*<sup>546)</sup> 사건에서 솔직하게 인정하바 대로 “사법 자제적 정책의 유효성을 말하기 위해 매우 중요한 점은 헌법적인 쟁점을 회피하기 위한 권한이 가장 손쉽고 넓게 행사되었던 시기는 당법원과 사법심사제도가 가장 격정적인 경험을 했을 때인 것이다”. 즉 *Lochner*시대라고 일컬어지는 사법적 적극주의의 시대 이후에 행정부의 정책수행에 걸림돌로 작용하였던 연방대법원의 각종 경제규제법에 대한 위헌판단으로 말미암아 연방대법원 스스로가 대법관증원정책의 위기를 초래하였기 때문에 보다 자제적인 입장으로 선회하였다고 러틀리지 대법관은 판단한 것이다. *Rescue Army v. Municipal Court* 사건에서 러틀리지

544) 이인호, 전계논문, 162쪽.

545) Jean Edward Smith, *John Marshall - Definer of Nation*, (New York: Henry Holt and Company, 1996) at 322.

546) 331 U.S. 549 (1947).

대법관은 브렌다이스 대법관의 유명한 *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*<sup>547)</sup> 사건의 동의의견에 근거하면서 사법자제정책의 중요한 근거를 제시하였다. 러틀리지 대법관은 연방대법원은 “그 관할 하에 있는 사건에 대하여 지배력을 장악하기 위하여 여러 가지의 원칙을 발전시켜왔는데, 그러한 원칙 하에서 연방대법원이 결정하도록 압박하는 모든 헌법적인 문제들의 상당부분에 대한 판단을 회피해왔다”고 설명하였다. 그러므로 연방대법원은 첫째, 우호적이며 비대립구조적인 절차에서 입법형성과정에서 영향을 미치는 헌법적 쟁점에 대하여, 둘째, 헌법적인 쟁점의 판단의 필요성을 미리 인정하여, 셋째, 헌법적 원칙이 적용되어야 하는 정확한 사실관계에 의해 요구되는 것보다 넓은 의미에서 헌법적 쟁점들에 관하여 결정하지 말아야 한다고 판시하였다. 만일 사건기록이 이를 바탕으로 사건이 판단되어질 수 있는 다른 근거를 제시하고 있다면, 연방대법원은 그 다른 근거를 탐색해야한다고 언급하였으며 나아가 소송제기 당사자가 법령의 운용에 의해 해를 입었다는 것을 보이는데 실패하거나 혹은 그 법령의 이익을 이용하려는 경우, 또는 연방대법원이 문제된 쟁점을 피하는 방법으로 당해 법령을 엄정하게 해석할 수 있는 경우에는 연방대법원은 헌법적인 쟁점에 대해 판단하지 말아야 한다고 주장하였다. 이 점과 관련하여 *Rescue Army v. Municipal Court* 사건에서 연방대법원은 법정의견은 다음과 같은 점을 지적하고 있다. “적실성과 성숙성, 구체성, 명확성 혹은 한정성, 확실성, 그리고 영향을 받는 이해관계의 대립구조성 등에 대한 보다 많은 일반적인 고려가 특히 해석의 문제, 특히 주법의 해석의 문제가 여전히 해결되지 않고 상당히 불명확할 때 생기는 주(州)의 입법제정권과 관련된 주 법원으로부터 올라 온 사건에 대하여 부여되어야 한다. 이러한 문제들은 물론 인용이나 분리가 능력에 의한 구성의 문제를 포함한다...필연적으로 헌법적 쟁점에 대한 판결이 이루어질지의 여부는 이러한 관점에서 어느 정도의 불확실성이 존재하는지 하는 정도에 의존해야만 한다. 그리고 이것은 불가피하게 특별한 원인이나 그러한 원인들의 다양한 현출에 따라 달라지게 될 것이다.<sup>548)</sup> 대법관들의 견해는 종종, 어떠한 법령이 위헌적이라고 다투어질 때, 연방대법원은 그 법령이 헌법

---

547) 331 U.S. 288 (1936).

548) 331 U.S. 549, pp. 568-574.

적인 곤란성을 피할 수 있도록 합리적으로 해석되어질 수 있는 여부에 대하여 먼저 규명해야 한다.”고 말하고 있다.<sup>549)</sup> 따라서 이러한 근거를 토대로 연방대법원은 일반적으로 법령이 합헌이라는 추정을 하며 헌법적인 쟁점에 대한 판단은 가급적 자제하는 방향으로 행사되어야 한다고 판단한 것이다. 또한 헌법적 쟁점의 판단자제라는 정책의 이면에는 다음과 같은 진실이 있다고 할 수 있다. 몇몇 입법자는 연방의회에서 특정한 법안의 위헌성을 이유로 하여 정책적으로 그에 반대하는 표결을 하게 되지만 비록 그들이 개인적인 견해를 바꾸지는 않았을지라도 그 사람들이 대법관이 되어 법대에 앉아서 사법자제의 원칙을 행사하여 같은 법을 두고 합헌이라고 판단해온 점은 동 원칙이 연방대법원의 헌법재판권 행사에 중요한 적용원리가 되었다는 점을 증명하고 있는 것이다.<sup>550)</sup>

## 제5절 미국 연방대법원의 판례의

### 정치·경제·사회·문화적 의미 : 헌법재판기관으로서의 위상

미국 연방대법원은 지난 두세기 동안 수많은 판결을 통하여 연방대법원의 건물에 새겨진 “법 아래에서의 평등정의(Equal Justice Under Law)”라는 조각이 부여한 궁극적인 자신의 책무를 수행해오고 있다. 미국 연방대법원은 정치, 경제, 사회, 문화적인 기관으로서의 역할을 하고 있다고 볼 수 있는데 이는 각 분야의 세력관계를 조율하고 또한 그 세력들의 요구에 반응하여 헌법의 의미를 선언하고 있기 때문이다. 헌법의 의미에 대해서 외부적인 도전만이 아니라 내부적인 투쟁도 존재하고 이를 넘어 헌법의 본질을 천명하기도 한다. 예컨대, 1875년 드레드 스코트 사건(Dred Scott case)을 두고 대법원장 로저 테니(Roger B. Taney)와 대법관 벤자민 커티스(Benjamin R. Curtis)사이에서 벌여

549) *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks, Freight Handlers, Express and Station Employees, et al.*, 466 U.S. p. 435, 444; *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682, pp. 692-693; *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, p. 347 (브랜다이스 대법관의 동의의견) 참조.

550) Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893), 144쪽.



진 노예제도에 관한 헌법적인 근거를 두고 이루어진 투쟁을 들 수 있다. 아프리카인의 후손이 미국의 시민권자가 될 수 있는지의 여부에 관한 그들의 법적 견해의 불일치는 시민전쟁 전날의 북군과 남군의 사이의 더 큰 투쟁을 반영하고 있는 것이다. 여기서 연방 대법원의 수많은 판결들은 미국인의 역사와 삶의 일반적인 열개와 법 앞의 평등정의의 실현을 위한 이론과 실천적인 모습을 투영하고 있는 것이다.

미국 연방대법원의 또 다른 판결들의 범주는 미국 헌정주의(American constitutionalism)의 의미와 작용에 대한 핵심적인 개념들을 다루는 것이다. 여기에는 적법절차, 권력분립, 법의 평등보호 등을 구체적인 주제로 하며 이러한 원칙들의 역사적인 기원과 발전 및 구체적인 경우에 있어서 미국 연방대법원의 기능적 작용 등에 대해 판례는 분명한 설시를 하고 있다.

1803년의 마베리 사건을 필두로 연방소득세법의 위헌성을 선언한 *Pollock v. Farmers' Loan & Trust*(1895년) 사건, 그리고 입법적인 선거구의 획정은 “일인 일표(one man, one vote)”의 비율에 근거해야 한다는 것을 요구한 1962년의 *Baker v. Carr* 사건 등에 이르기 까지 주요한 400개가 넘는 판결들이 헌법적인 의미의 천명을 통해 역사적으로 가장 중요한 이정표를 남기게 되었다. 이러한 정의와 법적인 원칙 및 대중의 가치에 대한 선언은 매일의 미국민의 삶에 큰 영향을 미쳤음은 물론이다.

이와 같이 수많은 판결들을 통한 연방대법원의 역할의 범주를 구분하면 다음과 같다.

첫째, 중요한 절차적 그리고 실체적 적법절차의 발전에 관한 내용들이다. 이는 미국민의 삶에 중요한 영향을 미친 판결들로서, 낙태(abortion), 역차별(affirmative action), 검열(censorship), 교육 및 근로에 있어서의 차별(education and employment discrimination), 성적 차별(gender discrimination), 명예훼손(libel), 음란성과 포르노(obscenity and pornography), 인종과 인종차별주의(race and racism), 학교에서의 종교교육(school prayer), 나아가 절차적인 적법절차와 관련성 있는 법정에서의 촬영(cameras in the courtroom), 강압적인 자백(coerced confession), 변호인의 조력을 받을 권리(right to counsel), 자기부죄거부특권(self-incrimination), 배심재판을 받을 권리(trial by jury)

등으로 이는 미국 연방대법원과 사회와의 역동적인 관계를 대변할 뿐만 아니라 사회적인 요청을 법적인 반응으로 중재하는 중요한 내용을 포함하고 있다.

두 번째, 미국 연방대법원의 판결들은 그 역사적 시작시점부터 4개의 전반적인 시대적 구분이 이루어질 수 있다. ① 연합체의 건립(Establishment of Union)의 시기(1789-1865); ② 남북의 재건(Reconstruction), 연방주의(Federalism), 및 경제적인 권리의 시기(1866-1920); ③ 경제불황(Depression)과 법적 자유주의의 등장(the Rise of Legal Liberalism)의 시기(1921-1954); ④ 현대사회의 권리인식(Rights Consciousness in Contemporary Society)시기(1955-1990) 등이 바로 그것이다. 이 시기의 연방대법원의 판결의 역사는 사회적인 요청과 그에 대한 법적인 반응의 과정을 설명하는 것으로 미국 연방대법원의 진화가 헌법의 해석자로서 국가의 가장 중요한 기관으로 추적될 수 있는 근거가 된다.

또한 미국 연방대법원은 미국의 문화적 가치의 상징으로서 그의 행동이 일상 삶의 영감을 미치는 기관으로 해석되는데, 예컨대 “피임약(Contraception)”과 관련된 사건이나, 수정 제1조의 해석과 관련된 사건은 가장 친밀한 사회적인 관계성과 핵심적인 정치적인 의사의 표현과 관련된 자유의 범위를 정하는 역할을 수행하고 있는 것을 보여준다.<sup>551)</sup>

## 제6절 결론

이상에서 논증한 바와 같이 미국에서의 헌법재판제도는 각급 법원이 헌법재판권을 행사하고 미국 연방대법원이 최종적·최후적으로 헌법의 의미를 선언하는 분권형제도이다. 이러한 분권형을 취할 수 있는 까닭은 소위 선례구속성의 원칙이 채택되고 있기 때문임은 불문가지인 것이다. 즉, 각급 법원의 법률에 대한 합헌성여부의 판단은 결국 연방대법원이나 연방법원 혹은 상급법원이 내린 선례에 의해 구속되기 때문에 어느 정도는 통일적인 기준에 의할 수 있게 된다. 만일 선례구속성의 원칙이 적용이 없는 우리나라의 경우 각급 법원이 헌

---

551) Kermit L. Hall(ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court fo the United States*, Oxford University Press, 1990, vi~xi 참조.

법재판권을 행사하게 된다면 저마다의 해석으로 말미암아 법체계의 통일성을 담보하기는 어려울 것이다. 따라서 헌법재판권을 행사함에 있어 집중형으로 할 것인가 분권형으로 할 것인가의 여부는 각국의 법체계에 따라 결정되어야 한다. 즉 헌법재판제도가 미국 연방대법원의 관례로부터 기원하였고 각국이 이러한 미국 연방대법원의 예를 따랐지만 선례구속의 원칙이 적용되지 않는 대륙법계 국가들은 각급 법원이 헌법재판권을 가지는 분권형 헌법재판제도를 채택하기 어렵기 때문에 오히려 단일한 기관에 헌법재판권을 집중시킴으로서 법체계의 통일성을 유지하고 최고법으로서의 헌법의 의미를 천명할 수 있는 새로운 형태인 집중형 헌법재판제도를 채택하기에 이르렀으며 특히 집중형 헌법재판제도는 주로 유럽중부와 동부 및 아시아에 위치한 많은 국가에서 채택함으로써 매우 영향력이 있는 제도임이 입증되었다고 할 수 있다.

또한 미국에서 기원하고 정착한 헌법재판제도에 대하여 미국 내에서조차 수많은 비판이 일고 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 특히 최근 미국 연방대법원의 헌법재판권의 행사가 반민주적 혹은 반다수주의적 그리고 과도하게 정치화된 기관이라는 비판에 직면하게 되었고 중요한 정치적인 결정들을 국민의 통제로부터 빼앗아서 결과 지향적이고도 원칙 없이 그때그때 구체적인 사안의 해결에 적합한 방식을 취해 판결하고 있으므로 과연 법원이 과도한 정치적인 관여 없이 중립적인 심판으로서의 역할수행을 다할 수 있을 것인가에 대한 강한 의문들이 제기되고 있다는 점을 지적하고 싶다. 특히 민주주의와 다수결주의의 관점에서 헌법재판을 정당화하는 문제가 심도 있게 거론되고 있는데 이는 대부분의 다른 권력기관의 구성원들은 다수결에 의한 선거로 선출되는데 반하여 대부분의 법관들은 선거되지 않기에 소위 반다수주의적 세력이라고 간주되기 때문인 것이다. 이러한 문제의식에도 불구하고 자유민주주의적 정당성에 근거하여 핵심적인 국민의 권리를 보장하는데 도움이 된다는 점을 이유로 민주주의와 조화될 수 있다는 주장도 경청할 만하다.

또한 근자에 이르러 미국 연방대법원은 심리제청건수의 엄청난 증가에도 불구하고 제청된 사건을 심리하여 해결 할 지 여부에 관하여 오로지 법원의 재량에 근거한 결정권한이 있기 때문에 사건부담을 경감시키고 중요 쟁점만에 심리를 집중시킬 수 있다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할

것이다. 이와 같이 사건이송명령적 헌법재판권으로의 변모는 미국연방대법원에 막대한 재량권을 부여함으로써 실무적으로 헌법적 쟁점에 대한 판단 자체의 원칙을 실천할 수 있는 중요한 제도적 장치가 된다고 할 수 있다. 나아가 소위 매우 강한 헌법재판권 혹은 사법심사권을 가진 미국의 연방대법원도 국민적 정당성을 강하게 지니고 있는 연방의회에서 만든 법률에 대하여 설불리 위헌판단을 할 수 없기 때문에 선거를 통하여 나타난 국민의 정치적 의사와 그에 근거하여 연방의회에서 제정된 법률의 내용에 대해서 존중하는 태도를 취하고 있는데 이는 권력분립원칙의 내용인 견제와 균형의 관점에서 도 정당화 될 수 있다고 할 것이다. 다시 말하자면 이러한 미연방대법원이 헌법재판권의 행사에서 보여준 사법자체의 원칙은 권력분립의 원리를 존중하고, 사법부의 자원을 보호하며, 사법적 해결에 가장 적합한 구체적인 분쟁을 다루게 함으로써 사법부의 판단기능을 향상시키고 재판의 공정성을 담보하기 위한 것일 뿐만 아니라 결국은 헌법적인 문제에 대한 결정을 가급적 자체하기 위한 기본적인이고 일반적인 사법적 의무의 기능을 수행하기 위한 것이라고 할 수 있을 것이다.

## 제6장 일본의 헌법재판의 비교분석과 시사점

### 제1절 서론

일본은 미국과 같이 구체적 재판을 통하여 부수적으로 헌법적 판단을 할 수 있는 이른바 부수적 위헌심사제형 헌법재판제도를 취하고 있다. 부수적 위헌심사제형 헌법재판제도의 주요한 특징은 구체적인 사건과 헌법판단이 분리되지 않고 함께 판단하게 된다는 것이다.

본문에서는 이러한 일본의 헌법재판을 분석하여 그 시사점 및 문제점 등을 도출한다. 최근 일본의 헌법재판 실태를 분석하고, 나아가 일본 최고재판소와 법조, 학계의 헌법재판에 대한 기본적인 입장을 검토하여, 우리에게 필요한 시사점을 도출한다. 일본 특유의 사법소극주의의 원인도 분석한다. 일본의 재판

소형 부수적 위헌법률심사제의 장점과 한계를 밝히고 우리에게 어떠한 시사점을 줄 수 있는지를 논한다.

## 제2절 일본에서 헌법재판의 성립과 전개

### 1. 성립배경

1. 맥아더 초안<sup>552)</sup>을 통하여 개정된 현행 일본헌법에서부터 위헌법률심사제도가 도입되었다. 일본헌법 제81조에 근거하여 재판소는 헌법재판 권한을 갖는다. 일본에서 일본헌법 81조에 근거한 위헌심사에 대하여 법령의 위헌심사를 구체적이 사건을 전제하지 않고 추상적으로 행하는 헌법재판소의 역할을 일본 최고재판소에는 인정하고 있지는 않는다.

일본 최고재판소도 추상적 위헌심사권을 독점적으로 부여되고 있다는 견해도 주장되고 있다. 그러나 일본 최고재판소는 판결을 통하여 “일본의 현행 제도하에서는, 특정한 자의 구체적인 법률관계에 대하여 분쟁이 존재하는 경우에 있어서만 재판소에 그 판단을 구할 수 있고, 재판소가 어떠한 구체적사건을 떠나 추상적으로 법률명령 등의 합헌성을 판단하는 권한을 가지고 있다는 견해는 헌법 및 법률 등에 그 근거가 없다.”고 판단하고 있다.<sup>553)</sup>

따라서 일본의 경우, 구체적인 소송사건의 해결을 본래 기능으로 재판소가 그 사법(司法) 업무를 하는 과정에 헌법에 관한 쟁점에 대하여 판단을 하도록 하는 부수적(구체적)위헌심사제를 인정하고 있다고 보는 것이 일반적인 견해이고 판례도 그와 같다.<sup>554)</sup> 결국, 일본의 위헌심사제도도 구체적인 소송사건의 해결을 본래 기능으로 재판소가 그 작용을 하는 과정에서 헌법에 관한 쟁점에 대하여 판단하고 있다.<sup>555)</sup> 이로 인하여 최고재판소는 상고심 즉 법률심을 하는

---

552) 연합국최고사령관 총사령부(GHQ)가 1946년 2월 12일 임시각료의(臨時閣僚議)에서 배포된 헌법개정안 요강으로 맥아더 헌법 초안이라고도 한다.

553) 最大判昭27年10月8日民集6卷9号783頁(警察予備隊違憲訴訟).

554) 最大判昭27年10月8日民集6卷9号783頁(警察予備隊違憲訴訟).

555) 손형섭, “일본의 헌법재판소설치 논의에 관한 연구”, 헌법학연구 제15권 제1호(2009.3), 254면.

역할을 하면서 위헌심사권의 (최종적)행사라는 역할을 담당하게 된다.<sup>556)</sup>

2. 일본 헌법개정 초안단계에서 총사령부측으로부터 “헌법문제의 최종결정권은 어떻게 하면 좋겠는가?” 라는 질문에, 일본 측은 삼권분립의 견지에서 재판소에 최종결정권을 통일적으로 귀속하는 것이 바람직하다고 대답하였다. 그리하여 일본 헌법개정 개정안요강 제77조에는 “최고재판소는 최종재판소로서 일체의 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지 아닌지를 결정하는 권한을 가진다.”라고 규정되게 된다.<sup>557)</sup> 1946년 4월 10일 일본 최초의 보통선거가 실시되어 제90회 제국의회는 중의원에 헌법 개정안이 제출되었다. 6월 28일 의장의 지명에 의해서 72명의 특별위원회가 구성되었고, 이곳에서 헌법개정안이 심의되었다. 이 특별위원회에서 “하급재판소는 법률의 심사를 할 수 없는가?” 라는 질문에 대하여, 카네모리 대신은 국권의 최고기관인 국회가 제정한 법률이 헌법에 적합한지 아닌지를 심사하는 권한은 예외적으로 최고재판소에만 인정되는 특권이라고 하였다. 그러나 그 이후 소위원회에서 총사령부측에 의해서 영문과 일문의 차이가 지적되었고, 원안의 제77조가 수정되었다. 즉 “최고재판소는 일체의 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지 아닌지를 결정하는 권한을 갖는 중심재판소이다.”라고 수정되었다. 그 뒤 귀족원의 헌법개정특별위원회에서 카네모리 대신은 이전의 입장을 바꾸어, “헌법의 해석으로서 하급재판소에 위헌심사권을 부여하는 것도 가능하다.”라고 답변하였다.<sup>558)</sup>

이러한 위헌법령심사권의 도입은 사법재판소에 의한 행정사건의 재판(기존의 행정재판소의 폐지)이 중요하게 되고, 종래 대륙법적인 토양 위에 영미법적인 구제제도가 이식되는 결과가 되었다.<sup>559)</sup> 또한, 하급재판소에서부터 최고재판소까지 재판소는 각기 위헌심사권을 가지며 그 중심재판소는 최고재판소로 하게 된다.<sup>560)</sup>

---

556) 최고재판소의 이중적 역할(笹田榮司, 『司法の変容と憲法』, 有斐閣(2008), 8면).

557) 민병로, 『일본의 사법심사제』, 전남대학교 출판부(2003), 57면.

558) 민병로, 앞의 책, 58-59면.

559) 笹田榮司, 前掲書, 4면.

560) 일본헌법 제81조.

## II. 사법권과 위헌심사권

### 1. 사법권

사법권은 구체적인 쟁송에 대하여 법을 적용하고 선언하는 것에 의하여 그것을 판단하는 작용이라고 정의하고 있다. 이 정의는 법률상 쟁송 결과가 되는 구체적 법규범은 법학적 삼단논법에 의해 기계적으로 도출된다고 하는 것이 전통적인 사법개념에 의거하고 있다.<sup>561)</sup>

이러한 사법권은 법의 성실한 집행이라는 점에서 행정작용과 다르지 않고, 단 분쟁의 해결작용이라는 점에서 구별된다. 재판관은 의회제정법을 성실히 집행하는 대신에 그 신분을 보장받고, 사법부는 독립을 유지하면서 국민주권과의 정합적 관계를 설정하게 된다.<sup>562)</sup>

### 2. 위헌심사권

재판소를 통하여, 법률, 명령, 처분 등 국가행위의 합헌성을 컨트롤하는 방법으로 두 가지 방법이 있는데, 그중 하나는 통상의 사법재판소에 위헌법률심사권을 부여하는 방법이고, 이 제도 아래서는 구체적인 사건의 해결이 제1차 목적이 되고, 여기에 부수적으로 필요한 경우에 한하여 위헌심사를 하는 것이 원칙이다(부수적 위헌심사제). 다시 말하면 이 제도는 헌법질서의 보장이 일차적 목적이 아니라 구체적인 사건에 개인 권리를 보장하는 목적을 가지고 있다. 현재, 미국, 영국을 제외한 영국 연방국가들 중에 이러한 위헌심사제를 채용하고 있는 국가가 많다.

이에 대하여 헌법재판을 위하여 특별한 재판소를 운영하는 방법도 있다. 독일, 오스트리아 등의 유럽 국가들이 이러한 방식을 따르고 있다. 이들 국가에서는 위헌심사는 구체적 사건 해결의 필요와는 무관하게,

---

561) 長谷部恭男, 『憲法第4版』, 新世社 (2009), 405면.

562) 長谷部恭男, 前掲書, 408면.

국가기관의 행위 위헌성을 추상적으로 심사하는 형태로 행해진다. 바꾸어 말하면 사권의 보장보다는 헌법질서의 객관적 보장이 주요 목적이 된다.<sup>563)</sup>

그러나 이러한 구별은 이론상의 구분에 지나지 않고 실제로는 양자의 접근이 보이고 있다. 부수적 위헌심사제에서 표현의 자유 규제 입법에 대하여 헌법보장의 측면에서 헌법판단이 행해지고 있다. 독일에서도 개인의 권리보장을 직접 목적으로 하는 헌법소원제도가 있고, 나아가 재판소가 계속 중의 사건에 적용해야 하는 법령의 위헌성에 대한 의문이 있을 때에는 헌법재판소의 판단을 구하는 절차(구체적 규범통제)가 취해지는 경우에도 구체적 사건의 해결과 완전히 무관하게 헌법판단이 내려지고 있다고 하기 어렵다.<sup>564)</sup>

일본에서 일반적으로 재판소에 의한 위헌심사제라는 것은 미국형 부수적 규범통제와 독일형 추상적 규범통제로 대별되고, 부수적 위헌심사제란 통상 사법재판소가 사법권의 행사 즉 구체적인 사건, 쟁송의 재판을 할 때 그 전제문제로서 사건, 쟁송의 해결에 필요한 한도에서 국가행위의 합헌성을 심사하는 제도이고, 추상적 규범통제는 특별히 설치된 헌법재판소가 구체적인 사건, 쟁송 재판과는 독립하여, 국가행위의 합헌성 특히 법률의 합헌성을 그 자체로서 추상적으로 심사하는 제도라<sup>565)</sup>고 이해하고 있다.

일본 헌법이 어떠한 위헌심사제를 채용하고 있는가는, 최고재판소는 중심의 사법재판소로서 부수적 위헌심사권을 당연히 갖으며, 재판소는 법률 등의 법규범이 헌법에 합치하고 있는지 여부를 심리할 권한을 갖고 있고, 최고재판소가 위헌입법의 심사에 있어 중심이라는 것을 일본 헌법 제81조<sup>566)</sup>에서 규정하고 있다. 일본헌법 98조 제1항에서는 헌법의 최고규범성 규정<sup>567)</sup>이 있다.

### III. 일본 헌법재판의 실행 상황

---

563) 長谷部恭男, 前掲書, 427면.

564) 長谷部恭男, 前掲書, 427면.

565) 初宿正典, 憲法 Cased and Materials 憲法訴訟, (2007), 7頁.

566) 일본헌법 제81조 최고재판소는 모든 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법으로 적합한지를 결정하는 권한을 가지는 중심재판소이다.

567) 우리나라에는 없는 규정이나 일반적으로 받아들여지고 있는 원칙이다.



1. 일본에서 1948년부터 2000년까지 민사 49건, 형사 255건으로 가량의 위헌 판단이 이루어졌다고 한다. 그렇다고 하지만, 민사 49건 가운데 44건은 1985년의 중의원의원선거에 관한 의원정수배분 헌법위반소송이었다. 형사의 255건 중 231건은 1953년부터 1956년까지의 사이의 전후의 혼란기에 발생한 다수의 사건에 관하여 선고된 것이다.<sup>568)</sup>

일본의 현상의 특징으로서는, “1948년부터 2003년까지 최고재판소는 2500건이 넘는 사건에서 실질적으로 헌법판단을 하였고, 적극적으로 합헌판결을 내리고, 일정한 헌법해석을 하여 그 의의가 있는 예도 많이 있었던 것으로 평가했다.”<sup>569)</sup> 그러나, 법령위헌 판결의 수가 적은 것, 또 그 적은 헌법위반판결이(공선법 사건을 제외) 정치적 중요성이 비교적 적은 법령에 관해서 행해지고 있는 것이 지적되는 것이 일반적인 평가이다.<sup>570)</sup>

이러한 평가를 근거로 하고, 중의원헌법조사회 보고서(2005년)에서는, 「최고재판소의 법령헌법위반판결이 적은 것 등, 사법부가 헌법판단에 소극적이어서 사법에 맡겨진 헌법보장의 역할을 충분히 해내고 있지 않다는 의견이 많다고 할 수 있었다. 따라서 헌법재판소를 설치해야 한다는 의견이 많게 되었다」라고 한다. 참의원조사보고서라도, 「사법에 대해서는, 헌법재판의 활성화가 최대의 논점」으로 여겨졌으나, 「헌법재판소의 도입의 여부에 대해서는 의견이 갈라졌다」고 한다.<sup>571)</sup>

2. 일본의 헌법재판에서 헌법해석이 어떻게 제기되고, 어떻게 헌법 판단을 하며, 헌법판단이 어떠한 효과를 갖는가의 논의인 헌법소송론은 60년대에 형성되었다.<sup>572)</sup>

---

568) 衆議院憲法調査會・統治機構のあり方に關する調査小委員會での山口繁・前最高裁長官(當時)の參考人意見, 2005年; 在日コリアン弁護士協會(編著), 韓國憲法裁判所, 日本加除出版株式會社(2010), 223頁.

569) 衆議院憲法調査會報告書, 2005年.

570) 在日コリアン弁護士協會(編著), 韓國憲法裁判所, 日本加除出版株式會社(2010), 234頁.

571) 在日コリアン弁護士協會(編著), 前掲書, 234頁.

572) 이것은 「합헌성추정의 원칙과 입법사실의 사법심사(1963년)」에서 시작된 芦部信喜의 선구적인 업적으로 평가되고 있다. 「헌법문제를 사법심사와 관련 시켜 구체적으로 검토하고, 사법심사의 준칙이 되는 소송의 이론과 기술을 규

이러한 헌법소송론을 만들어낸 요인은 첫 번째로 50년대 이래, 「공공의 복지」론 아래에서 「어떠한 헌법상의 쟁점을 얼마나 주장·입증해야 하는가에 관하여 이론적·기술적으로 조잡한 것이 여전히 많다」고 하는 소송실태와 「사법권의 무자각적 방기」라고 평가되었던 최고재판소 헌법판례 실태에 대한 원칙적인 비판이 반복된 것을 들 수 있다.

두 번째는 이러한 헌법판단의 실태에 저항하는 끊임없는 소송제기와 하급심판례의 다양하고 적극적인 대응이다.<sup>573)</sup> 여기에서 일본헌법의 인권체계를 기초한 헌법해석, 사안에 기초한 구체적 판단과 권리구제를 도모하는 사법판단이 나타났다. 헌법판단의 방법에서도 하급심 판례가 개발한 ‘개별실질적비교형량’이나 합리적인장해석의 방법이 활용되고, 이것이 노동기본권영역에서부터 표현의 자유 등의 여러 인권영역에 파급되기 시작한 것이다. 그 배후에는 이러한 이익형량(衡量)을 필요로 하는 60년대 일본의 사회적·정치적인 구조적 변동이 있었다.

세 번째로 헌법소송론 연구의 필요성이 헌법판례를 「정치학적인 관점으로 고찰하는」 연구<sup>574)</sup>와 함께 제기되었던 것을 주목해야 한다. 최고재판소 재판관의 가치의식에 대한 분석 없이는 이해할 수 없는 50년대 이후의 헌법판례의 연구<sup>575)</sup>를 계승하는 방법적 자각이 있었다.

그리고 네 번째로 이러한 헌법소송론의 생성기에 惠庭事件<sup>576)</sup>사포로지방재판소 판결(1967년)의 ‘헌법판단의 회피’가 제기한 위헌심사제의 방법을 둘러싼 기본 논쟁과 병행 하여 헌법소송론이 논의되었다. 그리하여 「재판의 실상이나 재판소의 통치기구로서의 본연의 자세를 규명하지 않고는 성립될 수 없다。」고 하여, 헌법소송론이 형성되었던 것이다.<sup>576)577)</sup>

---

명하는 것」<sup>1)</sup>, 「소송론 중심의 위헌심사제의 연구」<sup>1)</sup>는, 헌법판례의 전개와 함께 진행하여 고유의 이론영역을 확립했다. 이러한 헌법소송론은 그 출발점부터 현실의 헌법재판과의 긴장·대항을 통하여 실천적으로 형성되어진 것이다 [大久保史郎, 「憲法裁判と憲法訴訟論・上」, 法律時報70卷1号, (1998), 45頁].

573) 그 도달점이 1966년의 동경중앙우체국(東京中郵) 최고재판소 판결과 그 후의 헌법판례의 전개였다고 한다.

574) 芦部信喜, 「憲法判例の學ぶ方・前傾論文」, 7頁.

575) 長谷川正案, 『憲法判例の体系』, 勁草書房(1966), 24頁以下.

576) 大久保史郎, 前掲論文, 45頁.

2000년대에 들어와서는 최고재판소는 조금 더 적극적인 자세를 취하고 있다.<sup>578)</sup>

### 제3절 일본 헌법재판의 특징

#### 1. 부수적 위헌심사제의 특징

1. 일본의 헌법소송은 사법재판소형의 부수적 위헌심사제에 있어서, 형사·민사·행정의 각 소송형태에서 구체적인 사건을 해결하기 위한 전제로서, “법령·명령·규칙·처분이 헌법에 적합한지 아닌지”의 헌법상의 쟁점(헌법문제)에 대하여 헌법판단이 내려진다.<sup>579)</sup>

법령위헌은 물론 적용위헌이 자연스러운 판단방법으로 이해되고 있다. 부수적 위헌심사제의 기본관념으로 보면 사법심사권은 사법권의 행사로서 법률상 쟁송을 해결하기 위하여 행해지는 것이므로, 그것에 위헌판단은 위헌이라고 주장되고 있는 법령에 대하여 헌법상의 의문이 있어도 법령자체를 위헌으로 하는 법령위헌이 아니라 그 사건을 처리할 수 있다면 당해 법령이 당해 사건에 적용되는 한에 있어 위헌이라고 하는 방법에 의한 처리를 하는 적용위헌을 해야만 한다. 이런 의미에서 부수적 위헌심사제의 본질로 보면 적용위헌이 제도정합적인 위헌판단의 방법이라고 할 수 있다.<sup>580)</sup> 이런 적용위헌 판단은 한정합헌해석 불가능형 적용위헌과 한정합헌해석 가능형 적용위헌 처분위헌으로 나뉘며 이러한 결정은 당해 사건에 판단으로 끝난다. 따라서 현행 일본 공포 후부터 2008년까지 일본 최고재판소가 한 법령위헌사건인 9건에 포함되지 않는다. 이러한 적용위헌 판단한 사건은 하급심에서 최고재판소에까지 다수가 있다. 이러한 적용위헌 외에도 운용위헌이라고 하여 법령의 운용이 헌법문제가 되어

---

577) 손형섭, “일본의 헌법재판소설치 논의에 관한 연구”, 헌법학연구 제15권 제1호(2009.3), 257면.

578) 그러나 참의원의원정수불균형사건 판결(最大判 平成 12년9월6일)에서 최고재판소의 다수(10명)는 넓은 입법 재량론에 의한 합헌론을 전개하였고, 반면 5명의 재판관은 입법부의 태만에 경중을 올리는 위헌론을 전개하였다(畑尻 剛, 「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題」, 公法研究. 63(2001), 111頁).

579) 新 正幸, 憲法訴訟論, 法律學の林 (2008), 653頁.

580) 新 正幸, 前掲書, 460頁.

위헌으로 판단해야하는 경우에, 그 조치를 위헌무효로 하는 방법이다.<sup>581)</sup> 예컨대 한일조약반대테모사건<sup>582)</sup>에서 일본 최고재판소는 동경도공안조례의 운용이 일본 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유에 맞지 않는 것이라고 판단하였다.<sup>583)</sup>

2. 일본의 제도를 미국형이나 유럽형과 다른 독특한 제3의 유형이라고 정의하기도 한다. 생활사실과 밀착된 하급심의 판단에서 일본의 위헌심사제의 활성화를 도출하는 견해와, 부수적 위헌심사제를 전제로 해서 사건부담 과중에 대한 경감을 통해 최고재판소가 집중적으로 헌법판단을 내릴 수 있도록 하는 상고제한제도 등이 있다. 또한, 일본의 현행 헌법하에서도 추상적 위헌심사제의 도입이 헌법해석상 가능하다는 전제하에서 입법에 의해 최고재판소 내에 헌법문제를 전문적으로 담당하는 ‘헌법부’를 설치하자는 견해도 있다. 나아가 헌법개정을 전제로 하는 헌법재판소 창설안 등 다양한 헌법재판 활성화 방안이 제시되고 있다.<sup>584)</sup>

## II. 미국위헌심사제에 대한 특징과 차이

1. 미국의 연방대법원이 주법·지역법(조례 등)을 무효로 한 것은, 1996년까지로 1,233건으로 여겨지고 있다.<sup>585)</sup> 나아가 미국은 연방국가로서 주법원이 주법과 지역법을 주헌법 위반으로 무효로 할 수 있다.

미국제도와 일본의 위헌심사제의 차이점으로는 ① 입법 과정에서 법안의 사전검토가 엄격히 되지 않는다는 것이다. 미국에서는 의원입법이 많아 법안의 헌법적합성에 대해서 엄격하게 체크되지 않고 있다. ② 재량상고제(certiorari)를 위헌심사에서 사용하고 있다는 것이다.

---

581) 新 正幸, 前掲書, 486頁.

582) 동경지방법재판소, 1967. 5.18.判例時報482. 25.

583) 新 正幸, 前掲書, 487頁.

584) 민병로, 앞의 책, 20면.

585) 衆議院憲法調査會・統治機構のあり方に關する調査小委員會での山口繁・前最高裁長官(當時)の參考人意見, 2005年

2. 미국의 위헌심사제도의 대륙형의 제도와의 접근  
이미 1970년대에 미국의 위헌심사제도도 대륙형의 제도에 접근하고 있다는 분석이 있었다.

- ① 미국연방 연방대법원은 裁量上告制(certiorari)를 활용해서 중요한 헌법문제만을 판단하는 경향이 있다.
- ② 클래스액션(class action)이나 선언적 판결 등의 도입에 의해, 추상적 위헌심사제도에 접근하고 있다.
- ③ 미국 연방대법원의 헌법위반판결은, 선례구속성의 원리에 의해 실질적으로 일반적 효력과 유사하는 효력을 가진다.

이런 점에서 미국식 제도와 유럽식제도 양자를 취하는 나라도 있다. 영미법에 속하는 캐나다에서는, 통상의 사법 재판소가 사권보장형의 부수적·구체적 헌법위반심사권뿐만 아니라 헌법보장형의 독립적·추상적 헌법위반심사권도 행사할 수 있고, 실제로 후자도 상당히 적극적으로 행사되고 있다.

### III. 일본의 헌법재판 소극주의 특징

1. 일본의 헌법재판에 대해서는 전반적인 소극주의 특징이 있다. 일본 중의원헌법조사회 보고서에서는, 사법소극주의의 원인으로서 이하와 같은 의견을 진술되었다.

- ① 일본 최고재판소는 다양한 업무가 많다.
- ② 미국형의 부수적 심사제를 도입하고 있기에 사법심사가 억제되고 있다.
- ③ 행정우위의 사상이 팽배해 있다.
- ④ 헌법 제96조의 헌법개정 절차가 엄격하여 위헌법률심사 권한을 명확하게 하는 헌법을 개정할 수 없다.
- ⑤ 최고재판소재판관 등의 임명이 정치적 색채를 소유하고 있다거나, 재판관자신의 자유·독립이 충분히 확보되지 않는 사법관료 제도에 문제가 있다.

2. 일본의 재판소 특히 최고재판소가 헌법위반 판단에 소극적인 원인에 대해서, 학자이며 최고재판소 재판관이었던 이토마사미 도쿄대 명예교수는 그의 저서<sup>586)</sup>를 통해 다음과 같이 말한다. 제도 이외의 요인도 고려하고 있는 것이 흥미롭다.<sup>587)</sup>

- ① 최고재판소 재판관의 인사에서 사법적극주의의 법률가를 피하는 경향이 내각에 있다. 정권교체가 없었다.
- ② 일본의 정신적 풍토가 영향을 주고 있다.  
즉, 「화합」의 존중. 재판소내부의 화합 정신. 입법부, 행정부에의 화합 정신의 중시. 이것 때문에 최고재판소 재판관의 의식 속에도 「법의 지배」의 핵심(공권력이 법에 의해 지배되는 것)의 의의가 충분히 인식되어 있지 않은 것이 아닐까?라는 것이다. 이것에는 유력한 법 이론도 대개 소극주의적인 사고방식을 지지하고 있다는 것과 일본 사법부의 민주적 정통성이 약하다는 의식에도 영향이 있다.
- ③ 법적 안정의 중시  
사법부가 쟁점이 되는 법령에 근거한 상황을 기성(既成)사실로 받아들여, 재판부가 이것을 고치기가 어렵다.<sup>588)</sup> 따라서 현행 사법재판소 방식에서는 이러한 법령에 대한 쟁점을 해결하기보다 기성사실의 존중으로 받아들이게 된다.
- ④ 최고재판소재판관의 헌법에의 감각을 둔감 시키는 요인으로 아래와 같은 것을 들 수 있다.
  - ㉠ 사건의 다수는 통상의 민사형사사건이다.
  - ㉡ 헌법에 관한 상고심에 있어서의 많은 주장이 실질적으로는 단순한 법령 위반의 주장이다.

---

586) 伊藤正己, 『裁判官と學者の間』, 有斐閣(1993)

587) 이토 명예교수는 헌법재판소도입에 적극적인 입장을 취하고 있다.

588) 笹田榮司, 前掲書, 6면.

- ㉔ 법령의 사전심사가 정밀하게 진행되었다.
- ㉕ 일본의 재판관이 일반적인 법적 사고에 있어서 헌법판단에 친근하지 않다. 일본의 재판관은 사건의 처리에 있어 판단을 할 때 영미적인 구체적인 타당성의 실현을 중요시하는 것 같지만 판결을 유지하는 논리 구성과 이유에 있어서는 독일류의 명확한 개념구성, 치밀한 논리구조가 좋아한다. 재판관 가운데에는 판결의 결론을 일반조항으로부터 도출하는 것을 혐오하는 타입이 적지 않다. 이러한 사고 태도로부터 하면, 헌법은 성문조문이 일반적·추상적일 경우가 많아 해석도 정밀도가 떨어진다고 보는 경향이 있다. 헌법 논의가 정치론이며 법률론이 아니라고 생각하는 경향이 있다. ‘헌법이 대략 법이라고는 말할 수 없는 것이 아닐까’라고 느끼는 재판관도 없지 않다.
- ㉖ 헌법적인 쟁점은 최고재판소의 경우 대법정에서 사건을 판단하는데, 이러한 것도 최고재판소가 헌법적 판단을 자제하는데 원인이 되고 있다. 즉, 최고재판소 재판관들은 대법정에 회부하는 것을 될 수 있는 한 피하려고 하는 견해를 가지고 있다. 그 근본적인 이유로는 첫째, 15명은 합의체로서 다소 지나치게 크다는 것이다. 따라서 사건 처리가 장기화한다. 둘째, 대법정사건의 처리에 수고를 요하기 때문에, 소법정사건의 처리를 늦춘다.
- ㉗ 일본에서 이상적인 재판관상이 유럽대륙형 즉, 얼굴이 없는 재판관, 몰개성적인 재판관이기 때문에, 대륙형의 관료 재판관제도를 취하는 곳에서 개성적 판단을 요구되는 헌법재판에 적극적 태도를 바라는 것은 다소 어불성설과 같으며, 이것은 하급심뿐만 아니라 최고재판소의 재판관에 대해서도 같다고 생각한다.

#### IV. 일본 최고재판소 재판관 구성상의 특징

한편, 일본 최고재판소법 제41조는 최고재판소의 재판관 임명자격에 관하여, “최고재판소 재판관은 식견이 높은 법률의 소양이 있는 연령 40년 이상의 사람 중에서 임명하고, 그 중 적어도 10명은 10년 이상 ①고등재판소 장관 ②판사 ③간이 재판소 판사 ④검찰관 ⑤변호사 ⑥별도의 법률이 정하는 대학의 법률

학 교수 또는 준교수로 근무하여 그 근무 연수가 20년을 넘을 것을 요한다.”고 규정하고 있다. 최고재판소 출범 초기에는 법관 5명, 검사 5명 유식자 5명으로 구성되었고 그 후 여러 차례 변경되었다. 1970년 이후에는 재판관 15명 중 재판관 출신 6명, 변호사 출신 4명, 검찰관 출신 2명, 행정관·외교관·대학교수 출신 각 1명으로 구성된다.<sup>589)</sup>

위에서 일본 최고재판소 재판관의 사법소극주의에 대하여 분석한 이토마사미 전 재판관도 본래 도쿄대학에서 영미법을 연구하던 대학교수 출신이었다.

## V. 최근 최고재판소의 경향

2005년 중의원헌법조사회에서는 일본의 사법소극주의의 원인에 대하여 다음과 같은 의견이 진술되었다.

1. 최고재판소재판관이 많은 상고사건을 담당하고, 헌법재판을 할 여유가 없다.
2. ①미국형 부수적 위헌심사제를 도입하고 있다는 해석을 전제로 사법심사가 억제되고 있다. ②행정우위 사상이 영향이 있다. ③헌법개정에 관한 자유로운 논의가 행해지지 않고, 만일 최고재판소가 고도의 정치문제에 대하여 헌법재판을 하는 경우, 정치문제로서 일순간 주목받게 될 우려가 있다는 것이 사법의 소극자세의 원인이 되고 있다.
3. 최고재판소 재판관 등의 임명이 정치적 색채를 가지고 있다는 것과 재판관 자신의 자유, 독립이 충분 확보되지 않는 사법관료에 문제가 있다.<sup>590)</sup>

## 제4절 헌법재판의 운영 방법과 실태

### 1. 헌법재판의 범위

---

589) 손형섭, 앞의 논문, 253면.

590) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 406면-407면.



위헌심사제의 역할은 인권보장과 헌법보장을 도모하는 것으로 보는 의견, 위헌심사를 매개로 하여 사법부문과 정치부문이 적당한 긴장관계를 갖는 것은 입헌민주주의에 있어서 매우 중요하다는 견해, 위헌심사제에서 헌법논의를 추진하는 역할도 있다는 견해 등이 있다.<sup>591)</sup>

## II. 위헌심사권의 행사의 모습

일본에서는 부수적 위헌심사제에 대하여 법률 등에 대한 헌법재판이 구체적인 소송에 따라 사후적으로 판단하는 것이 바람직한지에 대하여 의문을 제기하는 의견이 있다.

일본 최고재판소가 법령위헌의 판단의 수가 적은 것을 지적하며 ‘사법이 헌법재판에 소극적이고(이른바 사법소극주의), 사법에 맡긴 헌법보장 역할을 충분히 하지 않은 것은 아닌가?’라는 의견이 많다.

단, 고도의 정치성을 이유로 한 이른바 통치행위론에 의한 안이한 사법재판의 회피는 배제해야 하는 것으로 의견이 진술되었다.<sup>592)</sup>

이에 대하여 사법이 통치행위에 관여하는 것은 한정적이고, 그 판단은 정치부문에 맡겨야 하는 것이라는 의견과, 헌법판단을 할 것인가 여부는 사법권의 자체에 관한 문제이고, 입법부가 개입해야 하는 것은 아니라는 의견이 있다.

## III. 헌법재판의 심사기준과 판단기법

1. 일본의 재판소는 법령위헌, 적용위헌, 운용위헌 등의 기법으로 헌법판단을 한다. 헌법재판의 심사기준으로 미국의 이중심사 기준을 수용하여 일본의 헌법심사의 판단기준으로 하고 있다. 원칙적으로 헌법재판에서 합헌성 추정의 원칙이 인정하고 있다. 따라서 이러한 취지는 일반적으로 “합헌성 추정의 원칙”이 타당하기 때문에 원칙으로 위헌의 주장, 설득책임은 피해자에게 있다는 것이 된다. 그러나 헌법소송에서, 만일 “합헌성 추정의 원칙”이 타당하다고 가정을

591) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 406면.

592) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 406면.

하여도 오늘날에는 정신적 자유, 특히 표현의 자유의 “우월적 지위”론의 입장에서부터 그 규제입법에 대하여 “위헌성 추정원칙”이 성립된다고 한다. 이것은 위헌의 주장, 입증책임과 관련되는 것이다.

일본 최고재판소에는 ‘두 개의 얼굴론’이 있는데, 이는 “사상이 얽힌 공안·노동사건에 대해서는 위헌판단을 신중히 하고, 인권에 관한 사건은 대담하게 판결한다.”는 것으로 1973년 제6대 최고재판소 장관<sup>593)</sup> 무라카미 도모카즈(村上朝一)시절 확립되었다고 한다.<sup>594)</sup>

헌법판단의 기법 중 헌법판단회피의 준칙 등이 사용<sup>595)</sup>되는 데 이것은 사법소극주의와 입법부의 존중과 관련이 있다. 일본 최고재판소도 실체 판단에 있어 과도하게 “자기억제”를 하고, 유연하게 헌법문제를 대처하여 합헌판단을 내려 입법의 정당화에 기여하고 있다.<sup>596)</sup> “통치행위”는 프랑스의 Acte de Government의 번역으로 미국에서는 이를 “정치문제”라고 한다. 일본에서는 자위대문제에 있어서 변칙적 통치행위론이 다양하게 전개되어 왔다.

2. 일본 학설의 이중심사 기준론은 정신적 자유와 경제적 자유 사이에 전자에 우월적 지위를 인정하는 이론이라는 것이 통설이다. 통설은 정신적 자유의 제약에는 합헌성의 추정이 인정되지 않고 현존 명백한 위엄 기준과 같이 엄격한 합헌성 판단기준이 타당하다고 한다. 그러나 경제적 자유의 제약에는 합헌성 추정이 인정되고, 합리성 기준이 적용된다고 한다.<sup>597)</sup> 일본 재판소는 직접적인 표현을 사용하지는 않지만 이중심사 기준론의 취지를 인정하면서 헌법판단을 하고 있다.

그러나 이중심사 기준론에 대하여도 다양한 반론과 새로운 시도가 계속되고 있다.<sup>598)</sup> 예를 들어, 기본권의 핵심부분은 엄격심사를 하고 핵심영역이 아닌

---

593) 일본은 재판소의 최고 수장을 최고재판소 장관이라고 부른다.

594) 야마모토 유지, 일본최고재판소이야기, 법률문화사(2005), 487면.

595) 미국의 1936년 Ashwander v. TVA<sup>297</sup> U.S. 288에서 브랜드이스 재판관의 보충의견에서 제시되어 지금까지 판례가 축적되어 오고 있다.

596) 新 正幸, 前掲書, 307頁.

597) 松井茂記, 『二重の基準論』, 有斐閣(1994), 273면.

598) 松井茂記[『二重の基準論』, 有斐閣(1994)]교수를 시작으로 다수의 연구가 있다.

다른 기본권 영역은 완화된 심사로 한다는 등의 새로운 심사기준<sup>599)</sup> 등이 제기되고 있다.

## IV. 운용 실태

일본의 헌법적 판단이 하급심에서부터 최고재판소까지 어떻게 진행되는지를 알기위하여, “재외선거사건”과 “주민기본네트워크사건”의 두 가지 사례를 아래와 같이 검토해본다.

### 1. 재외선거명부 사건

(1) 1996년 10월 21일 실시된 중의원 의원의 총선거에서 투표할 수 없었던 재외국민 甲(이미 귀국한 자와 현재도 국외에 거주하는 자를 포함)<sup>600)</sup>은 ① 1998년 개정 전의 공직선거법이 원고들에게 중의원 의원 및 참의원 의원의 선거권 행사를 인정하지 않은 점에서 위법(헌법 14조 1항, 15조 1항, 3항, 43조 및 44조 및 B규약 25조<sup>601)</sup> 위반)이라는 것의 확인(청 구A), ② 개정 후의 공직선거법이 원고들에게 중의원 소선거구 선출위원 및 참의원 선거구 선출위원의 선거권 행사를 인정하지 않은 점에서 마찬가지로 위법이라는 것의 확인(청구

---

599) 孫亨燮, 『プライバシ－權と個人情報保護の憲法理論』, 東京大學 法學博士論文 (2008.3), 80頁-91頁, 191頁-273頁 參照.

600) 1996년 9월 27일 일본 중위원이 해산되고, 10월 20일이 선거권의 투표일이 되었다. “해외유권자 네트워크”는 어느 자는 투표일 전에 최종 주소지의 선거관리위원회에 투표용지의 우편투표를 청구하고, 어떤 자는 투표소에 가서 투표를 하려했지만 모두 거부되었다. 뉴욕에서 이 단체에 의한 모의투표가 실시되고, 재외투표운동을 언론에 호소하였다.

소송 원고단은 “해외유권자네트워크”를 통하여 조직되고, 최종적으로 세계8개국으로부터 53명이 원고로서 소장에 연서하였다. 세계 각국에 산재해 있는 원고본인과 변호인단과의 각종 연락에는 원고단 사무국장 若尾가 역할을 했다. 11월 20일 오후 1시, 원고대표 7명과 변호인단은 동경 지방재판소 민사사건계에 소장을 제출하였다. 동 시간 변호사회관에서 열린 기자회견에는 많은 언론관계자가 모여 세상의 관심을 실감할 수 있었다(古田啓昌, 『在外邦人選舉權訴訟』, 法學セミナー(2006.3), 31면).

601) 모든 시민에게 평등한 선거권을 보장한 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약”. 일본에서는 흔히 B규약이라고 한다.

B)을 각각 요구했다.<sup>602)603)</sup>

(2) 제1심 재판 진행 중인 1998년 4월 24일 일본 국회는 공직선거법 개정을 통해 일본에서 재외국민 투표제도를 창설하였다. 그러나 개정법 부칙은 참의원 선거구선거와 중의원소선거구선거가 “당분간”, 재외투표의 대상에서 제외하고 있다.<sup>604)</sup>

(3) 따라서 원고들은 “개정 공직선거법<sup>605)</sup>이 원고들의 중의원소선거구선출의원 및 참의원 선거구 선출의원 선거권의 행사를 인정하지 않는 점이 위법이라는 것을 주장한다.”는 청구취지를 추가하였다.<sup>606)</sup>

1999. 10. 28. 제소 후 약 2년 만에 제1심 판결은 위헌확인청구에 관한 소전부의 각하, 국가배상청구는 기각. 전부패소<sup>607)</sup> 판결이 선고되었다.

(4) 제1심판결에 대하여 원고 53명 중의 24명이 항소 의사를 표시하였다.<sup>608)</sup> 1심에서의 주장에 예비적 청구로서 개정 후의 공직선거법 중에서 재외투표에 관한 규정이 시행(2000년 5월 1일)되기 전에는 항소인들이 중의원 의원 및 참의원 의원의 선거권을 행사하는 것이 거부되었고, 시행 후에도 항소인들이 중의원 소선거구선출의원 및 참의원 선거의원선출의원의 선거권을 행사하는 것이 거부된 것이 명백하므로 항소인들이 이들 선거에서 선거권을 행사할 권리

---

602) 또한, 1996년 당시는 재외국민이었으나 그 후 귀국한 X<sub>2</sub>는 공직선거법 개정 전에는 재외국민에 대해 선거권 행사가 인정되지 않은 것이 헌법 등의 일의적인 문언에 위반하여 국회가 이것을 알면서 굳이 그 개정을 하지 않은 입법 부작위가 명백히 입법재량을 일탈한다고 주장하여, 1996년 중의원 의원선거에서 투표하지 못하여 원고들이 입은 정신적 손해의 배상(위자료)으로 국가배상법 1조 1항에 기초하여 원고 각자에 대해 5만엔의 지불을 요청했다.

603) 동경 지방재판소 1999.10.28. 民集59권7호 2216면.

604) 古田啓昌, 前掲論文, 32면

605) 소화25년 법률 제100호. 단 평성10년 법률 제47호로 개정 후, ...전의 것.

606) 소의 교환적 변경이 아니라 추가적 변경을 한 것은 개정법의 시행기일 2000. 5. 1. 이 미도래 하였기 때문이다(古田啓昌, 前掲論文, 32면).

607) 동경 지방재판소 1999.10.28. 民集59권7호 2216면.

608) 古田啓昌, 前掲論文, 32면.

를 가진다는 확인을 구했다. 그러나 2000.11. 8. 2심에서도 원고패소 하게 된다.<sup>609)</sup>

(5) 항소인 24명 중의 13명이 상고 의사를 표시하였다. 2005년 8월 14일 일본 최고재판소 대법정은 상고인의 승소판결을 하게 된다. “본건 개정 전의 공직선거법이 본건 선거 당시 재외국민이던 상고인들의 투표를 전혀 인정하지 않은 것은 위헌이다. 공직선거법 부칙 8항 규정 중에, 재외선거제도의 대상이 되는 선거를 당분간 양의원의 비례대표선출의원의 선거에 한정하는 부분은, 헌법 제15조 제1항 및 제3항, 제43조 제1항 및 제44조 단서에 위반하는 것이라 하지 않을 수 없다.”<sup>610)611)</sup>라고 판결하였다.

(6) 이 판결의 경위를 통해 알 수 있는 것은 일본은 헌법적인 판단을 1심에서 3심에 걸쳐 다루게 된다는 것이다. 그리고 지방법원의 1심의 재판과정 중 일본 국회는 공직선거법의 관련 조항을 개정함으로써 제1심 판결 계속 중에도 신속한 법률 개정을 하는 태도를 보이고 있다. 그리고 제3심인 최고재판소가 관련 조문의 헌법위반을 확인하면서 관련자에 대한 국가배상 등을 인정하고, 1심 판결 중 개정된 공직선거법의 부칙부분이 지역구 국회의원 등의 선거권일 제한 한 것도 위헌 결정하였다. 2007년 6월부터 선거구에서도 투표할 수 있게 되었고, 2007년 7월에 시행된 제21회 참의원의원통상선거부터 선거구제외선거가 실시되었다.

일본에서 사법부가 위헌판단에 소극적이라는 견해가 있지만, 일본 국회는 그러한 논의가 사법부에서 다루어지면 신속한 개선입법을 하는 모습을 볼 수 있다. 물론 1심에서 청구인들의 청구가 받아들였다면 원고는 손해배상 등의 구제를 받았겠지만, 이 사건과 같이 법령위헌 판단을 수반하는 판결의 경우 최고재판소에까지 다루어질 수 있고 그 기간은 처음 일심 재판을 제기한 1998년 4월

---

609) 동경 고등재판소 2000.11. 8. 民集59권 7호 2231면

610) 最高裁平成17年9月14日大法廷判決全文, *ジュリスト*(2005.12), 39이하.

611) 이 판결의 경위와 구체적인 내용은 손형섭, 일본 재외선거제도의 시사점과 도입방안, 국민의 기본권 실현을 위한 공직선거법의 과제, 명지대학교 법학연구회 학술대회(2010.12. 3.), 84면 이하를 참조.

24일부터 2005년 8월 14일 최고재판소의 결정까지 7년 4개월이라는 장기간이 걸렸다는 것을 알 수 있다.<sup>612)</sup>

## 2. 주민네트워크문제

일본에서는 주민기본대장법에 근거하여 주민의 거주관계, 공증, 선거인명부의 등록 기타 주민에 관한 사무를 처리하도록 하고 있다. 그런데 1999년부터 주민기본대장 4정보 외에 기타 10개 정보를 주민표코드 등에 의해 전 국민의 본인 확인이 가능한 시스템인 주민기본대장 네트워크를 구축 추진하였다. 이것은 일본에서 지방공동단체와 행정기관에서 개개의 일본 국민을 특정하는 정보를 공유, 이용하는 것을 목적으로 구축된 시스템이다.<sup>613)</sup>

일본 주민기본네트워크를 둘러싼 소송의 결과 <sup>614)</sup>		
04년 2월 27일	大阪地裁	X (A)
05년 5월 30일	金沢地裁	O (B)
31일	名古屋地裁	X
10월 14일	福岡地裁	X
06년 2월 9일	大阪地裁	X
3월 20일	千葉地裁	X
4월 7일	東京地裁	X
11일	和歌山地裁	X
7월 26일	東京地裁	X
9월 29일	名古屋地裁	X
10월 26일	横浜地裁	X
11월 9일	宇都宮地裁	X

612) 따라서 신속한 판단을 위해서는 단심의 헌법재판소 제도가 더 유리할 수 있다.

613) 일본의 시정촌의 주민기본대장에 기록된 자에 11자리의 주민표 코드를 부여한다. 우리나라의 주민등록 전산망과 유사한 기능을 한다. 이것의 도입을 위하여 일본에서 개인정보보호법 관련 5법의 정치가 이루어졌다.

1 1 月 3 0 日	大阪高裁	O (A`)
1 2 月 1 1 日	名古屋高裁金沢支部	X (B`)
<b>Oは原告側勝訴, Xは原告側の敗訴 (A`)は(A), (B`)は(B)の控訴審</b>		

이 주민기본대장 네트워크를 둘러싸고 일본 각지에서 헌법소송이 제기되었고, 주민감사 청구, 개인정보의 외부 제공 중지 청구, 개인에 할당되는 주민표 코드 삭제 청구 등의 행정 소송이 제기 되었다. 아래는 2004. 2. 27. 프라이버시 침해로 위자료를 요구하는 오사카 지방법원의 사건부터 전국 각지에서 일어난 1심법원 판결과 고등법원의 판결과 그 판단 결과 이다. 위 표에서 O이라고 표시된 사건은 당해 사건에서 헌법적으로 프라이버시권 및 개인정보의 침해를 인정한 판결이다.

2008. 3. 6. 일본 최고재판소는 주민기본대장 네트워크를 관리, 이용 등 하는 행위는 일본 헌법 제13조에 위반하지 않는다는 판결을 하여, 위와 같은 소송의 결론을 내린다. 현재도 일본의 일부 자치단체에서는, 코드의 할당을 하지 않고 있거나, 희망자만 주민표 등을 할당을 하고 있다. 이런 소송과정에서 일본의 주민기본대장법도 계속 개정을 하면서 최고재판소에서 법령위헌의 결정을 받지 않도록 관련법의 개정이 계속 추진되었다.

## 제5절 문제점과 헌법재판 개혁론

### 1. 헌법해석기관이 된 내각법제국

헌법재판소가 없는 일본에서는 행정권을 담당하는 내각 아래 있는 내각법제국이 「헌법재판소적 기관」이라고 일컬어진다. 내각법제국은 국회에서 입법의 다수를 차지하는 내각제출 법안의 사전심사를 하고, 추상적 헌법위반심사를 하

---

614) 朝日新聞, 2006. 12. 12, 「住基ネット揺れる安全」; 孫亨燮, 前掲博士學位論文, 225頁.

는 기관이 없는 일본에 있어서 이것을 대신하는 기능을 가지고 있기 때문이다. 게다가, 일본의 재판소 특히 최고재판소가 이 합헌성판단을 하는 것에 소극적인 태도(사법소극주의)를 채용하고 있는 점에서, 법률문제에 관한 행정해석의 통일을 담당하는 내각법제국은, 폭넓은 문제에 영향을 미치는 많은 헌법해석을 하고 있다. 이것이 중요하게 평가되어 온 것도, 큰 영향력의 근원이 되고 있다. 그러나 어디까지나 내각법제국은 내각 아래 두어진 내각의 하나의 기관이기 때문, 그때그때의 정권의 정책판단에 따른다는 점에서 제약이 없을 수 없고, 어느 정도 유연한 헌법해석을 내보이는 점도 많다.

예를 들면 일본 정부는 개별적 자위권을 행사하기 위한 필요 최소한도의 실력인 자위력이, 헌법 제9조 제2항이 금지하는 「전력」과 같지 않다고 하며 자위대의 합헌성을 주장해왔다. 그러나 이러한 논리에 의하면, 자위대의 해외출동은 전투행동을 목적으로는 할 수 없기에, 전투지역에 자위대를 파견하는 것은 인정되지 않는다. 또한 해외에 출동하는 자위대의 무기사용을 엄중하게 제한할 수밖에 없다.

그리고 내각법제국은 「헌법 해석은 입법자의 의도라던가 문언·사회정세·거듭된 논의 등을 고려하고 전체의 정합성에 유의해서 논리적으로 확정되어야 하기 때문에 그러한 방법으로 자위권을 해석한다면 좀처럼 종래의 견해를 바꾸는 것은 어려울 것이다」라며 집단적 자위권을 용인하려는 헌법해석의 변화에 저항하고 있다.

위와 같은 이유로, 헌법 제9조의 개정이 현재 개헌론의 중심적인 과제가 되어 있는 것과 맞물려, 헌법재판소의 설치론자들은 헌법재판소 설치에 의해 내각법제국의 자위대의 활동을 제한하는 헌법해석의 권한을 실질적으로 한정(實質的限定)하려고 한다.<sup>615)</sup>

따라서 “행정권의 일부인 내각법제국이 헌법해석을 독점하게 해서는 안 되며, 헌법원이나 헌법재판소를 만드는 식으로, 사법이 가능한 한 위헌입법심사(違憲立法審査)를 하는 기관을 만들어야 한다.”는 의견도 있다.<sup>616)</sup>

615) 손형섭, 앞의 논문, 266면-267면.

616) 참원보고서 185쪽, 市三正人, 前掲論文, 77頁.



## II. 일본의 헌법재판 소극주의

앞에서 설명한 바와 같이. 일본의 헌법재판의 특징으로서 1948년부터 2003년까지 최고법원은 2,500건을 넘는 사건에서 실질인 헌법판단을 하였고, 적극적으로 합헌판결을 내리고, 일정한 헌법해석을 제시한 것에 의미 있는 판결도 많이 있었다고 평가한다.<sup>617)</sup> 그러나, 법령위반 판결의 수가 적은 것, 또 그 적은 헌법위반판결(공선법 사건 제외)이 정치적 중요성이 비교적 적은 법령에 관해서 행해지고 있는 것이 지적되는 것이 일반적이다.

이러한 평가를 근거로 일본 중의원헌법조사회 보고서(2005년)에서는 사법에 대해서는, 헌법재판의 활성화가 최대의 논점이 되어, 헌법재판소의 도입의 옳고의 여부에 대해서는 의견이 갈라졌다.

## III. 사법심사의 한계

한편으로는 “재판소 제도나 재판관 제도 자체를 개선하지 않으면 헌법소송론을 아무리 정교하고 치밀하게 전개하여도 현재와 같이 헌법재판의 비활성화 상태를 타파한다는 것이 어려울 것 같다”<sup>618)</sup>고 지적된 것도 사실이다. 즉, 제도의 개혁만으로 해결할 수 없는 것을 종합적인 대책의 하나로서 헌법재판소 설치를 검토하는 것 역시 배제할 수 없었던 것이다.<sup>619)620)</sup>

## IV. 헌법재판소 설치론의 배경

1. 위에서 설명한 일본 헌법재판의 문제점, 그리고 일본 최고재판소가 실제 판단 수준에서 과도하게 “자기억제”를 하고 유연하게 헌법문제를 대처하여 합헌판단을 내려 입법의 정당화에 기여하고 있다는 평가 때문에, 최고재판소 개

---

617) 參議院憲法調査會調査報告書, 2005年

618) 戶松秀典, 『憲法訴訟』, 有斐閣(2000), 451頁.

619) 畑尻 剛, 前掲論文, 111頁.

620) 손형섭, 앞의 논문, 253면.

혁론과 헌법재판소 설치론이 대두하였다.<sup>621)</sup>

헌법조사회의 헌법재판소 설치론에는 기존의 내각법제국(內閣法制局)의 헌법 해석권한(憲法解釋權限)을 제한하려는 의도도 보인다. 즉 헌법재판소 설치 이유로서 「최고재판소가 헌법판단에 소극적인 탓에 내각법제국에 사실상의 헌법 해석권이 주어져 있어, 그 해석이 유권해석(有權解釋)이 되어 헌법해석이 자의적이 되기 쉽다」는 것을 들고 있다(중원보고서 407쪽). 또한 참의원보고서에도 내각법제국 중심의 헌법해석이 문제라는 의견이 다수 소개되고 있다(참원보고서 184쪽).<sup>622)</sup>

「최고재판소가 위헌심사에 대한 자세가 소극적이기 때문에 그 결과 내각법제국이 실질적으로 최고재판소의 역할을 수행하게 되었다」, 「헌법해석은 내각·정부, 즉 수상 혹은 국무대신이 그 책임을 저야 하지만 현재 상황은 내각법제국이 해석권을 독점하고 정치는 그것에 복종하고 있는 것 같다」, 「헌법해석이 민주적 통제를 거치지 않고 내각법제국 중심으로 종래의 해석이 계속된다면, 헌법해석의 자세에 대하여 누가 어떤 해석을 하고 어떤 식으로 민주적 통제에 따라갈 것인지 논의해야만 한다」는 등의 의견이 그것이다.

## V. 헌법재판소 설치 논의

일본에서는 위헌심사제의 개선책으로 위와 같이 헌법재판소 설치 여부에 대하여 논의가 행해져 왔다. 기타 개선책으로는 최고재판소에 헌법부를 설치하여 구체적 규범통제를 맡기는 구상과 특별고등재판소를 설치하여 상고심기능을 맡기는 구상 등에 대한 논의가 행해졌다.<sup>623)</sup>

### 1. 헌법재판소 설치여부

헌법재판소 설치 여부에 대해서는 설치해야 한다는 의견이 많이 제안되었지만, 설치해서는 안 된다는 의견도 있었다.<sup>624)</sup>

---

621) 新 正幸, 前掲書, 307頁.

622) 市三正人, 前掲論文, 77頁.

623) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 407면.

헌법재판소를 설치해야 한다는 의견은 다음과 같은 논거를 들고 있다.

- ① 민주주의 국가에서 법의 지배가 관철되지 않으면 안 되지만, 사법소극주의에 의해 사법권이 행정권을 체크하는 기능을 하지 않는다. 또 부수적 위헌심사제하에서는 최고재판소에 헌법의 준수자로서 적극적인 역할을 기대하는 것은 무리다.
- ② 최고재판소가 헌법판단에 소극적이기 때문에, 행정의 일부국인 내각법제 국에 사실상 헌법해석권이 맡겨져 있고, 이 해석이 유권해석으로서 취급되기 때문에 헌법해석이 자의적인 것이 되기 쉽다.
- ③ 최고재판소의 재판관은 상고심 심리로 인해 바쁘기 때문에, 업무의 경감을 도모할 필요가 있다.
- ④ 구체적 사건을 전제로 하는 구체적 규범통제만을 할 수밖에 없는 제도개혁은 의미가 없고, 추상적 규범통제를 할 수 있도록 하는 구조를 만들 필요가 있다.
- ⑤ 정책적 과제로써 필요한 법률이 헌법재판소에 의해 헌법위반이라도 판단된 경우, 국회는 그 정책을 시행하기 위하여 헌법개정을 검토한다고 하는 관계야말로 권력분립의 본래 모습이 아니다.
- ⑥ 독일에서 시민이 직접 헌법재판소에 신청할 수 있는 헌법소원제도가 기능을 하고 있어, 일본도 시민이 직접 헌법문제를 제기할 수 있는 제도를 검토해야 한다.
- ⑦ 헌법재판소에 제소 건수가 폭주하지 않을까 하는 염려에 대해서는 제소에 대하여 국회의원의 일정 수를 요건으로 하는 등, 제도설계에 의해 해결할 수 있다는 반론이 가능하다.
- ⑧ 재판관의 구성에 의해서는 사법소극주의가 해소되지 않는다는 의견에 대해서는 재판관의 선임을 국회가 하는 것에 의해 해결할 수 있다는 반론이 가능하다.<sup>625)</sup>

---

624) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 407면.

625) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 407면.

## 2. 헌법재판소를 설치해서는 안 된다는 의견

헌법재판소를 설치해서는 안 된다는 주장의 논거는 다음과 같다.

- ① 헌법재판소를 설치하는 경우 정치상 다툼을 재판소에 들고 와서 “재판의 정치화”와 역으로 헌법재판소의 판례를 염두에 두고 입법과정에서 운영되는 “정치의 재판화”를 초래해 의회민주주의가 경시될 우려가 있다.
- ② 구체적 사건과 분리된 결과, 헌법재판소에서의 논의가 추상론, 관념론으로 일관할 수 있다.
- ③ 국회가 제정한 법률에 대하여 추상적 위헌심사를 하는 것은 국권의 최고기관인 국회의 지위,<sup>626)</sup> 권능에 중대한 제약을 가할 수 있다는 우려가 있다.
- ④ 헌법재판소를 설치하고 있는 국가와 일본 간의 역사와 문화에 근본적인 차이가 있는 사회, 통치기관의 차이점을 고려해야 한다.
- ⑤ 재판관의 구성에 따라서 정치적 문제에 대하여 판단에 대하여 유효하게 기능할 것인가 의문이 있다.
- ⑥ 국회에서 헌법논의를 거치지 않고 신속하게 합헌판결을 내리는 등, 정부의 정책 등에 대하여 합헌성 부여기관이 될 우려가 있다.
- ⑦ 위헌심사제에 대하여 문제는 일본 헌법 제81조에 문제가 있는 것이 아니라, 동조의 운영에 문제가 있는 것이기 때문에, 최고재판소의 개혁에 의해 위헌심사제의 활성화 등의 현행제도의 운영의 개선이 필요하다.
- ⑧ 헌법재판소가 설치되면, 위헌심사권이 인정되고 있는 하급재판소에 의해 적극적인 헌법판단의 기회가 없어지게 될 수 있다.

## 3. 헌법재판소에 대한 다른 의견

기타 헌법재판소에 대해서는 다음과 같은 의견이 있다.

---

626) 일본 헌법은 제41조는 “국회의 최고기관성”을 규정하고 있다. 나아가 일본 헌법 전문에 “일본국민은, 정당하게 선서된 국회의 대표자를 통하여 행동하고, ..... (중략)”라고 규정하고 있다.

- ① 헌법재판소를 설치하는 경우, 헌법재판소는 단순히 헌법의 파수꾼에 그치는 것이 아니라, 법률·행정명령을 포함한 법령의 위헌성심사를 하는 것에 의해 인권옹호, 구제기능 외에, 국민투표의 감시기관, 오직(汚職)방지 기관, 대통령 탄핵기관으로서의 기능 등, 각국의 정치에 의해 중요한 역할을 맡을 수 있다.
- ② 헌법재판소에 의한 위헌판결이 난 경우의 입법부에 대한 법률의 개폐의 의무에 대하여 헌법에 규정해야 한다.
- ③ 엄격한 헌법개정절차를 유지하면서 위헌심사권만을 강화하는 것은 타당하지 않는다. 이에 대하여, 참의원헌법조사회에서는 헌법재판소의 설치의 문제와 헌법개정절차의 엄격성의 문제를 결부해서는 안 된다는 의견도 진술되었다.
- ④ 헌법재판소의 재판관의 인선에 대하여, 높은 식견과 중립성, 독립성이 요구되기 때문에, 국회·내각 및 재판소의 추천에 의해 선임되어야만 한다.<sup>627)</sup>

#### 4. 기타 위헌심사제의 개선책

헌법재판소의 설치 이외의 방법에 의한 위헌심사제의 개선책으로서 최고재판소 헌법부와 특별고등재판소의 설치 등에 대해서도 논의가 있었다.

##### 가. 최고재판소에 헌법부를 설치하는 구상

일반 재판소가 구체적 사건에 적용하는 법률을 위헌이라고 판단한 경우에 당해 사건의 이송을 받아 법률의 헌법 적합성심사를 하는 “헌법부”를 최고재판소에 설치하자는 구상에 대하여 다음과 같은 의견이 있었다.

- ① 헌법부의 설치에 헌법재판소의 설치에 의한 이점을 고려하는 경우에 현실에 부합한다.
- ② 헌법부도 통치행위론 등을 사용하여 헌법판단을 회피할 우려가 있다.
- ③ 현재도 하급심에서 적극적인 헌법재판이 행해지고 있고, 최고재판소에 헌

627) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 409면.

법부와 같은 기관을 굳이 설치할 필요는 없다.

#### 나. 특별 고등재판소를 설치하는 구상

현재 고등재판소와 최고재판소 사이에 “특별 고등재판소”를 설치하여 하급심으로서 기능을 담당하게 하고, 최고재판소는 오로지 특별 고등재판소로부터 최고재판소에 의한 헌법판단이 필요하다고 이송되는 사건에 대하여 재판을 하도록 하는 구상에 대하여 다음과 같은 의견이 진술되었다.

- ① 특별 고등재판소의 설치에 헌법재판소에 있어 추상적 규범통제를 하는 경우와 달리, 개개 사건과의 관례에서 위헌심사를 할 수 있는 등 현실에 부합한다.
- ② 최고재판소의 상고심으로서 기능과 위헌심사기능을 분리한 이상, 상고심으로서 기능을 대폭 삭감해야 한다.
- ③ 헌법문제에 관한 부분이 4심제가 되는 등, 심리의 장기화를 초래할 우려가 있기 때문이다.

#### 다. 국회에 헌법위원회를 설치하는 구상

국회에 의한 헌법보장이 중요하기 때문에, 국회에 헌법위원회를 설치하고 법률안 등의 헌법적합성의 사전심사를 해야만 한다고 하는 의견이 진술되었다.

#### 라. 현행제도의 운영의 개선

위헌심사제에 대하여 문제는 헌법 제81조에 문제가 있는 것이 아니라 동조의 운영에 문제가 있는 것이기 때문에 최고재판소의 개혁에 의한 위헌심사제의 활성화 등의 현행제도의 운용의 개선이 필요하다고 하는 의견이 진술되었다.<sup>628)</sup>

## 제6절 시사점과 대안

---

628) 參議院憲法調査會, 參議院憲法調査會調査報告書 (2005.4), 410면.

## I. 일본 헌법재판의 시사점

1. 재판소에 의한 사법심사는 기본적으로 한계점을 갖지 않을 수 없다. 헌법재판을 전담으로 하는 재판소가 아니기 때문에, 재판소에 의한 사법심사권은 위헌심사를 위하여 충분히 제도적으로 완비되어 있지 않은 권한이다. 앞에서 언급한 바와 같이 일본의 법관상에도 사법소극주의적 속성이 있기 때문에 문제가 있다. 헌법재판의 활성화라는 면에서는 헌법재판소형이 제도적으로 적합하다고 할 수 있다.

하지만 일본의 재판소에 의한 부수적 위헌심사제는 구체적인 사건과 함께 헌법적 판단을 함께 할 수 있다는 장점이 있다. 특히 일본의 경우 하급심에서부터 헌법판단 할 수 있고, 법령위헌 판단이 아니라 해당 사건에 적용위헌으로서 구체적인 헌법적 타당성을 제시해 주어 원고 등 소송관계인을 만족 시킨 경우에는 조속히 헌법적 판단과 구체적인 권리 구제를 동시에 해 줄 수 있는 장점이 있는 것이다.<sup>629)</sup>

2. 일본은 부수적 위헌심사제도를 갖고 있어 위헌심사에 소극적인 것이 사실이다. 하지만 1960년대부터 시작된 하급심 법원에서부터의 다양한 판례를 축적해 오고 있다.

우리 법제와 유사한 일본의 법제도에 관하여 일본에서도 위헌의 의심이 있는 경우 하급심에서부터 위헌심사를 했고 부수적 위헌심사제도의 특성상 구체적인 타당성을 갖춘 헌법판단을 개별사건에서 내렸다. 따라서 여전히 우리의 법제에 위헌 의심이 있을 때 유사한 법제를 갖춘 일본이 어떠한 판단을 하였는지, 특히 일본의 하급심의 태도에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.

## II. 한국의 헌법재판소 심급제 등 도입론

---

629) 우리나라에서 국제그룹사건에서 청구인이었던 양정모 회장이 헌법재판소 결정 이후, 94년 한일합섬을 상대로 제기한 주식 인도 청구 소송을 하였지만, 정부가 기업 활동의 자유를 침해했지만 이로 인해 개인 간의 계약까지 무효가 될 순 없다는 논리로 패소한 것(한국일보, 2009. 3. 30. '비운의 기업인' 양정모 전 국제그룹 회장 별세)은 헌법재판소 제도에서 해결해야 할 문제점일지도 모른다.

1. 우리 헌법재판소는 일본의 헌법심사와 달리 추상적인 규범통제 방식을 취하고 있고 헌법재판소가 최종심으로서 결정한다. 일종의 단심적인 성격을 갖고 있다. 따라서 최고 헌법기관 중의 하나인 헌법재판소에 헌법적 쟁점이 되는 사건이기만 하면 모두 헌법재판소로 사건이 모이게 되어, 사실상 지방법원 1심 사건과 같은 성격의 사건을 처리하는 경우가 많다. 헌법과 헌법정책 결정 기관으로서의 역할을 하는 이외에 잡다한 헌법적 청구에 답변 하고 있는 상황이다. 또한 헌법재판소의 모든 결정은 전원재판부에서 하게 되면 9인의 재판관의 업무부담도 적지 않다. 헌법적인 여론과 논의도 성숙하지 않은 상태에서 헌법재판소 단심에 의해 결정된다는 문제점이 있다. 또한 합헌판결에 지속력이 인정되지 않아서 반복되는 헌법적인 쟁점에 대한 청구가 계속되는데 현재 헌법과 헌법재판소법에 따르면 이러한 동일 쟁점에 대한 반복재소도 계속 헌법재판소의 9인의 재판부에서 다루어야만 하는 문제가 있다.

따라서 헌법재판소의 지정재판부를 운영하는 외에, 3인을 재판부로 구성하여 기존의 헌법적 쟁점을 반복하는 사건으로서 합헌결정을 내릴 수 있도록 하는 방안을 생각할 수 있다. 첫째, 3인의 재판부에서 위헌결정을 하게 된 후, 9인의 전원재판부에서 다시 위헌여부를 판단하게 하는 방법을 구상할 수 있다. 둘째, 쟁점이 명확하면 3인의 재판부에서 위헌 또는 합헌 결정을 할 수 있고, 청구인의 이의가 없으면 이를 헌법재판의 1심 결정으로 확정할 수 있는 방안도 생각할 수 있다.

2. 다만, 일본에서 헌법적 쟁점을 1심 지방재판소, 2심 고등재판소, 3심 최고 재판소에 걸쳐 판단할 수 있는 것은 재판 경과를 시간과 노력이 많이 드는 단점도 있음은 상기할 필요가 있다. 일본에서도 헌법재판소가 3심제를 취하게 되면 일반적인 헌법소송은 장기화할 수 있음을 지적하고 있다.<sup>630)</sup>

하지만, 그러한 재판 과정은 일본 사회에 헌법적인 논의를 지속시키고 국회 및 다른 행정기관의 조속한 시정조치를 촉구하게 하는 기회를 부여한다는 장점이 있다.

---

630) 笹田榮司, 『司法の変容と憲法』, 有斐閣(2008), 13면.



3. 일본은 1994년 1월부터 시행된 신민사소송법에 의해, 최고재판소의 부담을 덜어주기 위하여 상고제한제도를 취하고 있다. 이것은 상고이유가 헌법위반과 중대한 절차위배 이외의 경우에는 관례위반 기타 법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하면 최고재판소가 인정한 사건에 한하여 당사자의 상고수리 신청에 대하여 결정으로 최고재판소가 수리를 결정할 수 있다(일본 민사소송법 제318조 제1항, 제4항)는 것이다.<sup>631)</sup> 상기한 바와 같이 미국에서도 연방대법원은 裁量上告(certiorari)를 활용해서 중요한 헌법문제만을 판단하는 편이다.

이러한 제도를 도입할 필요성도 검토할 수 있다. 이것은 국민의 청구를 경시하는 것이 아니라 좀 더 명확한 헌법적 쟁점에 성숙한 판단의 기회를 얻자는 의미가 있다.

### III. 재판관 구성의 다양성

재판관 구성의 다양화 필요가 있다. 대한민국의 헌법재판소는 국민의 헌법의 기본권을 보장하고 헌법질서는 보장하는 역할을 한다. 특히 헌법재판소의 창설 이후 국민은 헌법재판소에 대하여 기본권을 구제를 요구하면서 정부의 정치, 경제, 사회 정책에 관한 문제에 대하여 헌법적인 판단을 해달라고 요구해 왔다.

헌법재판소형 헌법재판을 하는 대한민국 헌법재판소는 일정한 부분 헌법적인 판단과 정책적인 판단을 아울러서 할 가능성이 매우 크다. 그런데 헌법재판소 재판관들은 다수가 법관출신만으로 점유하고 있다. 이러한 점은 일본 최고재판소의 구성에 재판관 15명 중 재판관 출신 6명 외에, 변호사와 검찰관 출신 그리고 행정관·외관·대학교수 출신이 재판관으로 구성한다는 점과 비교하여 다양성이 높지 않다고 할 수 있다.

21세기는 계속하여 헌법재판의 시대가 이어질 것으로 보인다. 다만, 그 헌법재판소가 새로운 시대에도 계속 헌법질서를 지키고 국민의 기본권을 보장하기 위하여 꾸준한 제도적인 검토와, 국민 그리고 헌법재판에 관련자들의 피와 땀

---

631) 笹田榮司, 『司法の姿容と憲法』, 有斐閣(2008), 14면.

이 계속 있어야만 한 것이다.

## 제7장 결론

### 제1절 주요 국가별 헌법재판 운영에 관한 전반적인 평가

이상에서는 서구 주요국가의 헌법재판제도와 그 운영실체를 살펴보았다. 이에 비추어 보면, 각 국가마다 최소한 조금씩은 서로 다른 제도를 채택하고 또 운영하고 있음을 본다. 이러한 요인은 사법권에 대한 뿌리 깊은 불신감, 법실증주의에 대한 신봉 또는 각 국가마다 고유한 현실적인 이유에 기반을 둔다. 그러면, 주요 국가별로 구분해서 정리하기로 한다.

#### 1. 독일

독일이 헌법재판제도를 도입하게 된 것은 시민들의 기본권을 효율적으로 보장하는 절차를 마련함은 물론이고, 국가권력을 헌법에 기속되도록 하기 위함이었다. 또한 헌법재판제도는 나름대로 아주 독창적이고 성공적인 제도로 평가되고 있다. 그런 점에서 우리나라가 이 모델을 계수한 것은 걱정할 것이었음은 물론이고, 우리 법현실과 정치현실의 특수성을 고려하면서 지속적인 발전을 위해 디딤돌로 활용할 필요성이 크다고 하겠다.

독일의 헌법재판제도와 관련해서 헌법소원제도를 도입한 것은 가장 중요한 성과로 평가된다. 물론 초기에 헌법소원제도를 규범화하는 과정에서 정치적 이해관계의 대립으로 헌법차원의 제도화가 좌절하긴 하였지만, 나중에는 헌법개정이 아니면 폐지가 불가능하도록 헌법적 규범화가 이루어졌다.

헌법재판소 재판관의 자격을 정함에 있어서 초기에 뜨거운 논쟁이 제기되었다. 특히 법률가들로만 재판관을 구성하는 데에 설득력 있는 상당한 반론들이 제기된 점이 흥미롭다. 특히 직업법관의 전문성과 객관성에 대한 회의론(懷疑論)에 상당한 공감대가 형성되었다는 사실도 주목해야 할 점이었다.

연방헌법재판소 설립 이래 지속적으로 헌법소원의 쇄도에 따른 재판소 업무의 과부하가 문제되었다. 이를 해소하고자 남소(濫訴)부담금의 부과와 지정재

관부를 통한 사전채택절차 등이 도입되었다. 특히 비록 좌절되기는 하였으나 헌법소송전문변호사제도의 도입 등이 적극 논의되기도 하였다. 하지만 헌법소원의 쇠도가 시민들의 기본권의식의 고양과 헌법재판에 대한 신뢰도 증대에 따른 것으로 평가되고 있다.

연방헌법재판소 재판관 선출에 있어서 민주적 정당성원리가 강조되고 또 관찰되고 있다. 재판관 구성에 있어 연방주의적 안배, 정당정치적, 종교적 그리고 양성평등적 안배 등 여러 요인들이 함께 고려되었음이 확인된다. 이는 치밀한 논증시도와는 별도로 재판관들의 구성에 있어 다양성을 확보함으로써 헌법재판소 결정에 대한 사회적 수용가능성을 제고시키고자 한 것으로 이해된다. 특히 연방의회와 연방참사원이 각각 재판관의 절반을 선출토록 하고, 이 과정에서 2/3 이상의 가중다수결을 요구함으로써 의회 내 소수자보호가 강조되고 또 제도적으로도 구현되는 점이 주목된다. 그러나 실제로는 거대정당들 간에 나눠먹기식의 타협으로 선출된다는 비판을 받고 있다.

법과 정치의 문제는 어느 나라에서와 마찬가지로 독일 연방헌법재판소에서 또 민감한 주제로 다루어지고 있으며, 법과 정치 간의 나뉠대로 구획된 경계를 넘어서는 결정에 대해서는 비판이 가해지고 있다.

헌법소원제도가 도입된 이래 지난 1960년대부터 이른바 ‘법질서의 헌법화’의 경향이 두드러지게 나타났고, 기본권의 제3차효와 교차효과 등이 인정됨으로써 일반법원과 사법(私法)학계로부터 이른바 ‘기본권의 비대화’ 내지 ‘과잉헌법화’라는 이름으로 강력한 비판이 제기되곤 하였다. 이에 직면해서 지난 2001년도에는 독일국법학자협회 연차총회에서 ‘일반법원과 헌법재판소와의 관계’를 주제로 학술대회가 개최되기도 하였다. 관련해서 헌법과 일반법률의 관계설정, 헌법재판소와 일반법원간의 바람직한 관계설정 그리고 재판소원의 허용범위와 심사기준 등을 확립하려는 다양한 시도들이 행해졌다. 하지만, 모두를 만족시키는 명확한 심사기준의 확립은 쉽지 않다는 사실만 확인되었다. 그러나 다양한 비판들에도 불구하고, 비판받는 ‘과잉헌법화’가 ‘과소헌법화’보다는 낫다고 조심스럽게 매듭을 짓고 잠정적으로 논의가 종결되었다.

## II. 오스트리아

오스트리아에서는 헌법재판에 관해 많은 헌법전에 제도화함에 따라 헌법적 차원에서 접근의 필요성이 강조됨은 물론이고 헌법개정의 문제가 자주 등장함을 볼 수 있다.

헌법재판소는 소장, 부소장과 12명의 재판관 그리고 6인의 예비재판관으로 구성되고, 이들은 연방대통령이 임명한다. 이들은 법관, 행정공무원 그리고 법과대학의 교수들로부터 충원된다.

오스트리아는 유럽에서 가장 먼저 독립된 헌법재판소를 설치한 국가이다. 오스트리아 헌법재판소는 행정법원이나 최고법원과 더불어 동등한 최고 권리보호기관이지만, 헌법재판소에 맡겨진 광범위한 관할권을 볼 때, 국가작용의 위헌·위법심사를 담당하는 헌법재판소가 가장 우위의 사법기관이다. 이런 점은 권한쟁의심판에서 뚜렷하게 드러난다.

종래 오스트리아에는 행정처분에 대한 소원은 있었지만 재판소원은 없었다. 그러나 2008년 헌법개정으로 망명재판에 대해 재판소원을 도입하였다. 이후 망명재판에 대한 소원사건이 폭주하자 이런 재판을 특별행정재판과 함께 행정법원에 이관하자는 헌법개정 주장도 제기된다. 그와 아울러 법률소원제도를 도입하여 헌법재판소로 하여금 규범통제의 임무수행에 집중할 수 있게 하자는 것이다. 그러나 망명재판에 대한 헌법소원제도가 도입된 지 이제 2년 밖에 지나지 않았기에, 그러한 내용의 헌법개정이 관철될지는 미지수이다.

오스트리아 연방헌법 제144조에서는 처분에 대한 헌법소원을 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 청구인은 어떠한 처분에 의하여 자신의 헌법적으로 보장되는 권리가 침해되었거나 그 밖에 위법한 일반적 규범의 적용으로 인하여 자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우 헌법재판소가 그에 대하여 심판을 하도록 되어 있다. 이로 인하여 행정의 위법여부를 관할하는 행정법원과 심판대상이나 또는 심판기준과 관련하여 광범위한 중첩가능성이 상존한다. 또한 실제로 같은 사건에 대하여 양 법원에 동시에 소원을 제기한 경우에 과연 어느 한 법원의 본안에 대한 결정이 다른 법원을 기속하는지 여부가 문제되었다.

이와 관련하여 헌법재판소는 초기에는 행정법원의 결정에 기속된다는 입장

이었지만, 판례를 변경하여 행정법원의 결정에 기속되는 것은 아니라는 입장을 취하였다. 헌법재판소가 독자적으로 법률에 대한 헌법합치적 해석을 함으로써 기존의 행정법원의 결정에 입각하여 내린 행정청의 처분이나 재처분에 대한 헌법소원을 인용하는 등의 판결을 내리고 있다. 또한 행정법원 역시 그러한 헌법재판소의 판결에 반발하여 헌법재판소의 법적 견해를 따르지 않는 경우도 있어, 양 최고 공법법원 사이에 갈등이 상존하고 있다.

이로 인하여 헌법재판소와 행정법원의 권한의 한계를 법해석을 통하여 해결하려는 시도도 나오고 있다. 하지만, 헌법개정으로 이러한 권한충돌을 해결하지는 개정론도 70년대부터 지금까지 끊이지 않고 제기된다.

오스트리아에서는 헌법재판소가 위헌법률심사뿐만 아니라, 위법명령심사까지 일원적으로 하고 있어서 심사기관에 따른 위헌여부 판단의 불일치 가능성은 처음부터 존재하지 않는다. 이러한 관점에서 오스트리아의 사례는 규범의 위헌여부에 대한 통제를 헌법재판소로 일원화시킬 필요성을 상징하는 의미 있는 비교법적 사례이다.

오스트리아에선, 규범통제심판은 물론이고, 특별행정재판이라는 처분소원의 경우, 법령의 재공포에 대한 심사 그리고 최근 개정되어 도입된 망명재판에 대한 소원의 경우에 있어 헌법재판소는 해당 명령이나 처분 또는 재판이 위법한지 그리하여 청구인의 헌법적으로 보장되는 권리나 또는 일반적 권리를 침해하였는지 여부를 심사할 수 있기 때문에, 광범위한 법률에 대한 해석권한을 지닌다. 그런 과정에서 어떠한 법률이 위헌으로 해석될 가능성도 있고, 합헌으로 해석될 가능성이 있을 경우 가능한 한 입법권을 존중하기 위하여 합헌으로 해석될 가능성을 택하여 법률의 효력을 유지시키는 소위 법률에 대한 헌법합치적 해석은 오스트리아에서도 널리 행해지고 있는 헌법재판실무이다. 특히 이러한 해석을 바탕으로 행정법원 선행 재판의 기속력으로부터 벗어나서 사실상 행정법원의 결정에 입각하여 내려진 처분을 취소하는 판결을 내리곤 한다.

오스트리아에선 규범통제에 있어 개인만이 아니라, 법원을 비롯한 연방과 주의 여러 국가기관들이 어떠한 법률이 헌법에 위반되거나 또는 어떠한 명령이 법률에 위반된다고 생각될 때에는 일정한 전제조건 하에 그 폐지를 구하는 위

헌법률심판을 제청할 수 있다(추상적 규범통제). 물론 개인은 그 법률이나 명령의 위법성에 의하여 자신의 주관적 권리나 헌법적으로 보장된 권리가 침해되었을 경우에 제기할 수 있다.

오스트리아 헌법재판소가 법률이나 명령에 대하여 위헌으로 확인하는 경우에는 위헌법률이나 위법명령의 폐지효과는 원칙적으로 선고된 날이 경과함으로써 발효한다. 또한 일정한 기한을 폐지의 효과가 발생하는 유예기간으로 설정할 수 있게 함으로써, 위헌법률이나 위법명령을 잠정적으로 계속적용하게 할 수도 있다. 법률이 위헌으로 폐지되는 경우에는 헌법재판소가 달리 명하지 않는 한, 그 법률에 의하여 폐지된 법률이 자동으로 효력을 회복하게 된다.

오스트리아 헌법은 위헌법률의 법적 효과와 관련하여 원칙적으로 당연무효(ipsa-iure Nichtigkeit)나 소급무효(ex-tunc Nichtigkeit)가 아니라, 폐지무효(Vernichtbarkeit)의 입장에서 출발을 하고 있으며, 위헌결정으로 인하여 발생할 법적 공백상태의 발생을 방지하기 위하여 처음부터 헌법이 자세하게 대응 조치를 마련해 놓고 있다. 오히려 독일이 헌법불합치결정을 만들어 낸 것은 오스트리아식 현재효나 미래효를 도입함으로써 전통적인 소급효를 제한하여 법적 안정성을 도모하고자 함이었다. 이러한 관점에서 볼 때, 변형결정의 필요성이나 그 지속력을 부인하기 위한 논거로서 오스트리아 헌법재판 실무를 드는 것은 변형결정이 발생하기 위한 전제조건으로서의 헌법규정의 치밀성과 사실상 이루어지고 있는 다양한 결정유형 등을 고려해 볼 때, 타당하지 않은 논거라 할 것이다.

오스트리아의 경우 선거소송과 당선소송 그리고 국민투표에 관한 소송까지 헌법재판소가 관할하고 있으며, 또한 탄핵심판도 그 대상과 소추권자, 소추사유에 이르기까지 매우 자세하게 규정하고 있다. 또한 헌법적 효력을 가지는 연방헌법률과 주헌법에 대해서도 형식적 관점에서나 또는 그것이 근본적인 법치국가적 질서에 위반되는지 여부와 관련한 실질적 관점에서 헌법재판소가 심사할 수 있다고 한다.

### III. 프랑스

프랑스는 독일이나 오스트리아와는 달리 헌법재판작용에 있어 규범통제나 개인의 기본권보장영역보다는 국가의 조직·구성과 주권 행사의 헌법합치성 여부에 비중을 두었고, 그래서 선거쟁송이나 국가위기시의 합헌성 수호를 중심으로 발전시켜 왔다.

프랑스 헌법재판소는 임명직재판관 9인과 당연직재판관으로 구성되며, 헌법재판소장은 대통령이 임명한다. 임명권자는 대통령·상원의장·하원의장이며, 각 임명권자는 3인의 재판관을 임명한다. 임명권을 세 개 국가기관에 분산시킨 이유는 헌법재판소의 권위를 보장하고 선택에서의 갈등을 최소화하기 위한 것이라고 한다. 헌법재판소 임무의 중요성과 권한을 고려해서 헌법재판관의 임기를 9년으로 하였다. 또 헌법재판소의 기능이 단절되지 않도록 헌법재판관을 매 3년마다 3명씩 교체하는 방법으로 재충원하고 있다. 나이가 재판관이 연임에 대한 기대를 차단하고 소신 있는 결정을 행할 수 있도록 단임제를 채택하고 있다. 그리고 전직 대통령은 당연직재판관이 된다.

프랑스 헌법재판소는 권한쟁의심판권·규범통제권·선거쟁송심판권·의견제출권 등을 행사한다. 권한쟁의심판은 의회와 행정부의 입법권의 범위와 관련한 영역으로 제한되어 있다. 프랑스에서는 선거쟁송의 비중이 높으며, 대통령선거와 상·하원 국회의원선거에 관한 쟁송뿐만 아니라 국민투표쟁송에 관한 심판권도 행사한다. 아울러 국가의 중요한 헌법적 문제와 관련하여 의견을 제출하거나 결정을 행하는 권한을 가지고 있다.

종래 프랑스 헌법재판소는 법률과 국제협약에 대한 사전적인 규범통제권을 행사하고 있으며, 법률은 필수적 규범통제와 임의적 규범통제의 대상으로 구분하고 있으며, 국제협약은 임의적 통제대상이다.

프랑스는 사후적 규범통제제도를 지속적으로 논의해 오던 중 2008년 제24차 헌법개정을 통해 선결문제의 형식으로 도입하였다. 행정법원이나 일반법원에서 선결문제로 제기한 내용에 대하여 최고행정법원이나 최고법원의 제청으로 헌법재판소가 심판하도록 하였다. 2009. 12. 조직법률의 제정과 2010. 2. 관련 하위규범의 정립에 따라 2010. 3.부터 시행



되고 있다.

그런데, 프랑스에서 2008년 헌법개정은 고전적이었던 헌법이론을 송두리째 변형시킨 것이었다. 왜냐하면 법률은 주권자의 명령으로서 국민의 대표기관만이 제정하거나 개정할 수 있으며, 입법사항도 국민의 대표기관인 의회만이 결정한다고 보았었는데, 이와 같은 상황에서 법률에 대해 사법기관에 의한 사후적 통제를 채택하였기 때문이었다. 이와 같이 법률을 둘러싼 변화는 헌법이론적 논쟁의 산물이었으며, 프랑스의 고질적인 정치현실의 병폐인 의회주의를 과감하게 개혁하자는 정치적 요청을 헌법규범이 수용한 결과이었다.

개정헌법 제61-1조 제1항에 규정된 사후적 규범통제의 요건은 첫째 사후적 규범통제 대상이 되는 법률은 재판의 전제성을 충족하여야 한다는 점, 둘째 당해 법률조항이 헌법상 보장된 권리 또는 자유를 침해하는 것이어야 한다는 점, 셋째 합헌성 통제를 위한 절차로는 반드시 최고행정법원이나 최고법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청해야 한다는 점이다. 이러한 규범통제는 위헌법률심판을 전제로 하는 것이기는 하지만, 법률조항이 헌법규범 전반에 합치하는지 여부를 헌법재판소가 심판하는 위헌법률심판제도라기 보다는 법률조항이 헌법상 기본권의 침해 여부만을 심판한다. 그렇기 때문에 본질적으로는 헌법소원심판적 성격을 지닌다. 초기 우려와는 달리 헌법재판소에 적극적으로 제청되고 있음에 따라, 선결문제를 통한 사후적 위헌법률심판제도와 국민의 침해된 기본권 구제가 활성화될 것으로 기대된다.

헌법재판소의 결정은 모든 법원에 대하여도 기속력을 가지며, 따라서 최고행정법원과 최고법원도 기속된다. 이들 기관은 제도 시행 초기 헌법재판소의 판례에 기속되는 것에 관하여 상당한 거부반응을 보였던 것이 사실이다. 하지만, 현재에는 거부반응은 전혀 찾아볼 수 없으며, 이들 법원 모두 헌법재판소 결정의 기속력을 인정하고 있다.

#### IV. 미국

미국의 사법심사제는 세계 최초로 등장하였으며, 유럽형 헌법재판제도가 다양한 형태의 헌법재판권을 단일기관이 행사하는 집중형인데 반해, 미국제도는

위헌법률심사권이 제도의 핵심이며, 법의 통일성을 확보하는데 선례구속의 원칙이 중요한 역할을 하고 있다.

사법심사제를 정확히 표현하면, 법원에 의한 위헌법률심사제를 의미하는 것으로, 이는 연방대법원이 연방헌법의 의미와 내용을 구체적으로 선언하는 것을 말한다. 미국 연방대법원은 노예의 해방, 정치적 문제의 회피, 선거권의 의미, 언론의 자유, 종교의 자유, 인종적인 차별의 금지, 사생활권의 근본적인 권리로서의 고양 등과 관련하여 수많은 헌법상 쟁점들을 해결하였다. 이로써 정치, 경제 및 사회적 관점에서 연방헌법의 의미를 명확히 하였고, 사회구성원의 통합을 도모하여 건강한 사회를 형성해 나가는데 지대한 공헌을 하고 있다.

미국 연방헌법 제3조는 명시적으로 연방대법원에 연방이나 주의 법률에 대한 위헌여부 심사권을 부여하진 않았다. 하지만, 미국 연방헌법이 일반법에 대한 헌법의 우위라는 최고규범성과 더불어 헌법주의의 시대를 펼친 것은 사실이다. 사법부의 영역과 임무가 헌법을 법으로서 해석하는 것이라면, 그리고 헌법이 그 어떤 의회제정법에 대해 우위에 있다면, 헌법과 일반법이 모두 적용되고 일반법의 헌법적합성이 일반소송에서 법원에 의해 판단될 수 있다면, 그런 경우 헌법이 그 사건을 지배해야만 한다는 것이다.

연방대법원은 재량적 사건이송명령권을 행사하여 자신의 관할권을 필요한 사건에 선택하고 집중함으로써 한정적인 사법자원의 가용성을 높이고 불필요한 사건의 심리를 회피할 수 있게 되었다. 사건이송명령을 허락할 것인지의 여부는 전적으로 대법관들의 재량에 달려있다.

연방대법원은 가능하면 법률의 규범적 의미를 합헌적으로 해석해야 한다는 분명한 입장을 취한다. 즉 합헌성에 상당한 의심이 가는 경우라 하더라도, 대법원은 위헌을 회피할 수 있는 방향으로 법률을 해석하는 것이 가능한지 여부를 일차적으로 확인하곤 한다. 또 구체적인 법적 분쟁을 해결하는 과정에서 그 사건에 적용될 법률의 위헌여부가 다투어지고 있을 때, 당해 사건의 성패를 결정함에 있어 굳이 위헌여부의 판단할 필요성이 없다면, 당연히 헌법적 판단의 회피가능성은 높아지게 된다. 또 연방대법원은 종종 당사자적격의 문제를 본안에 있어 복잡한 사안에 대한 입장을 밝히는 것을 회피하는 수단으로 사용하기도 한다.

미국에서는 나름대로 체계화되어 정착된 헌법재판제도에 대해 내부적으로 수많은 비판의 대상이 되고 있다. 특히 연방대법원이 헌법재판권을 행사하는 것과 관련해서 반민주적 혹은 반다수주의적 그리고 과도하게 정치화된 행태라는 비판에 직면하곤 하였다. 게다가 중요한 정치적 결정들을 국민의 통제로부터 빼앗아서 결과지향적이고 원칙 없이 그때그때 구체적인 사안의 해결에 적합한 방식을 취해 판결한다는 점과 관련해서 과연 법원이 앞으로 과도한 정치적인 관여 없이 중립적인 심판기관으로서 그 역할을 수행할 수 있을 것인가에 강한 의문들이 제기되는 형편이다. 특히 민주주의와 다수결주의의 관점에서 헌법재판을 정당화하는 문제가 심도 있게 거론된다. 이는 사법부의 구성원인 법관들이 선거되지 않기에 소위 반다수주의적 세력으로 취급되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 자유민주주의적 정당성에 근거하여 국민들의 핵심적인 권리를 보장하는데 도움이 된다는 점을 이유로 민주주의와 조화될 수 있다는 주장도 경정할 만하다.

아무튼 미연방대법원이 보여준 사법자제의 원칙은 권력분립의 원리를 존중하고, 사법부의 자원을 보호하며, 사법적 해결에 가장 적합한 구체적인 분쟁을 다루게 함으로써 사법부의 판단기능을 향상시키고 재판의 공정성을 담보하기 위한 것일 뿐만 아니라 결국은 헌법적인 문제에 대한 결정을 가급적 자제하고 기본적으로 일반적인 사법적 의무의 기능을 수행하고자 함이라고 하겠다.

## V. 일본

일본에서 사법심사제, 즉 법원에 의한 위헌법률심사제가 채택된 것은 이른바 맥아더 초안에서 비롯되었다. 이와 같은 사법심사제가 도입됨으로써 司法(사법)법원이 행정소송을 담당하게 되고, 종래의 대륙법적인 토양 위에 영미법적인 사법제도가 이식되는 결과가 되었다. 또한, 하급법원만이 아니라 최고법원도 각각 위헌심사권을 가지며 그 최종심은 최고법원이다.

일본에서는 법령위헌과 적용위헌이 자연스러운 판단방법으로 이해되고 있다. 부수적 위헌심사제의 관념에서 볼 때, 사법심사권은 법률상 쟁송을 해결하기 위하여 행해지는 것이다. 그렇기 때문에 위헌이라고 주장된 법령에 대해 헌법

적인 의문이 있다 하더라도, 법령자체를 위헌으로 하는 법령위헌이 아니라, 그 사건을 처리할 수 있다면 당해 법령이 당해 사건에 적용되는 한에 있어 위헌이라는 이른바 적용위헌을 해야 한다는 것이다.

일본 최고법원에서 법령위헌으로 판결한 경우가 적고, 그렇게 판결된 것이라 할지라도, 정치적 중요성이 미미한 법령에 대해서만 행해진다는 지적을 받고 있다. 이는 사법이 헌법판단에 소극적인 것으로 사법에 부과된 헌법보장의 역할에 소홀한 것이라고 한다.

사법소극주의의 원인으로는 ① 최고법원의 일반소송 업무과중과 그에 따른 헌법재판업무 수행의 여력 부족, ② 미국형의 부수적 심사제로 인한 사법심사의 억제, ③ 깊숙이 자리 잡은 행정권우위의 사상, ④ 엄격한 헌법개정절차로 인해 헌법사항으로의 수용상 어려움과 고도의 정치문제를 다룸에 따른 지나친 관심집중에 대한 부담, ⑤ 최고법원 재판관들 임명과정에서 정치적 색채반영 및 사법권의 독립을 담보하지 못하는 사법관료제 등이 제시되었다.

일본에서 위헌심사제의 개선책으로는 ① 헌법재판소를 설치하는 방안, ② 최고법원에 헌법부를 설치하여 구체적 규범통제를 맡기는 방안, 그리고 ③ 특별고등법원을 설치하여 상고심기능을 맡기는 방안 등이 논의되고 있다.

아무튼 어느 국가의 제도이든, 그 제도는 그 나라 특유의 정치적·문화적·역사적 배경을 바탕으로 성립된 것이다. 그렇기 때문에, 단순히 법제도만 살펴보고서, 그 제도가 좋다고 해서 무조건적으로 수용하거나 무비판적으로 채택해서는 안 된다. 제도의 배경이나 특수성, 운용실태 등을 면밀히 살펴보고, 도입을 고려해야 할 것이다. 비교법적 고찰에서 우리가 유의할 점은 바로 여기에 있다.

## 제2절 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판이 지닌 구조적 의미와 평가

### 1. 헌법재판의 핵심기제로서의 구체적 규범통제

우리가 미국형 사법심사제와 유럽형 헌법재판제도를 비교·분석하려면 각

제도의 고유한 속성을 전제로 하지 않으면 안 된다. 전자는 일원적 사법구조에 입각하여 있으며, 원칙적으로 공법과 私法(사법)의 구별이 역사적으로 부인되고, 판례법국가로서 선례구속원칙의 뒷받침을 받고 있는 법원에 의한 위헌법률심사제를 말한다. 그에 비해 후자는 다원적 사법구조에 입각해서 공법과 私法(사법)이 엄격하게 구별되고, 성문법국가임과 아울러 독립된 헌법재판기관을 설치하고, 그 기관에게 구체적 규범통제를 포함하여 다양한 헌법재판권을 부여하는 제도를 말한다.

익히 널리 소개된 바와 같이 미국의 사법심사제(judicial review)는 1803년 *Marbury v. Madison* 판결에서 마셜 대법원장에 의해 세계최초로 확립되었다. 사법심사제에 관해 미국 연방헌법은 지금까지도 아무런 실정법적 명문의 근거를 제시하진 않고 있으며, 오로지 제6조에 헌법의 최고규범성만을 규정하고 있을 따름이다.

그에 이어 위헌법률심사제를 채택한 헌법이 1920년 오스트리아 연방헌법이었다. 그런데, 이 헌법에서는 미국의 사법심사제와는 전혀 다른 위헌법률심사제가 채택되었다. 즉, 구체적인 사건과는 관계없이 일정한 정치기관의 청구에 의거해서 법률의 위헌여부가 다투어졌다. 주법률에 대해서는 연방정부가, 연방법률에 대해서는 주정부의 청구로 헌법재판소에서 심판되었다. 하지만, 그 당시 일반법원은 구체적인 사건에서 재판에 진제됨을 이유로 법률의 위헌여부를 다룰 수는 없었다. 이런 점은 초기 유럽형 헌법재판의 특색이다.

하지만, 1929년 오스트리아 연방헌법 제140조가 개정되면서 위의 정치기관들 이외에도 연방최고법원과 연방행정법원은 계속중인 사건을 재판하던 과정에서 적용해야 할 연방법률이나 주법률의 위헌여부가 다투어질 경우에는 헌법재판소에 심판을 청구할 수 있게 되었다. 이런 점은 미국형 사법심사제에 한 걸음 다가선 것이었다.

독일과 이탈리아는 미국식 사법심사제를 채택해서 실패한 경험을 바탕으로 제2차 세계대전 이후 오스트리아가 채택하였던 헌법재판소제도를 도입하게 된다.

독일의 헌법재판제도를 중심으로 살펴보면, 법원이 위헌법률심사권을 갖도록 한 미국식 사법심사제에서 벗어나 법원에게는 심판제청권을 부여하고 독립된 헌법재판기관으로 하여금 위헌결정권(구체적 규범통제권)을 부여하는 한편, 다

른 한편으로는 그 기관에게 오스트리아처럼 추상적 규범통제만이 아니라 기 관소송, 선거소송, 탄핵소송, 정당해산소송 등의 관할권을 부여하게 된다. 거기 에다 국민의 기본권보장을 철저히 하고자 헌법소원심판권까지 부여하게 된다.

미국의 사법심사제는 제2차 세계대전 이후 일본에 도입되었고, 스위스 에도 도입되었지만 절충적인 형태를 취하게 된다. 그리고 우리나라에서는 법원측이 지속적으로 사법부에 위헌법률심사권을 부여할 것을 요구하였지 만, 1962년 제3공화국 헌법에서만 그리 운영되었다.

그런가 하면, 프랑스는 2008년 헌법개정을 하면서 종래 제도화되었던 사전적 예방적 규범통제만이 아니라 선결문제로 제기된 법률의 위헌여부에 관해 심판 하는 구체적 규범통제를 새로이 채택하기에 이르렀다. 이 제도는 불문법국가의 체계를 유지하던 영국에도 도입되기에 이르렀다.

미국형 사법심사제는 비집중형이고, 유럽형 헌법재판제는 집중형으로 분류된 다. 비집중형에서는 오로지 법원에 의한 위헌법률심사제만 주된 논의대상이 된 다. 그리고 집중형에서는 헌법재판소의 다른 관할사항도 증시되어야 하지만, 이 와 같은 논의에 있어 주목의 대상은 위헌법률심사제이다. 위헌법률심사제는 기 본적으로 국민의 대표기관으로서 국민들이 직접 선거를 통해 구성한 의회가 제정한 법률을 사법기관이 헌법을 잣대로 심사하여 그 효력을 부인하거나 적 용을 배제하는 제도이다. 심사대상이 되는 법률은 헌법이 부여한 가장 핵심적 인 국가작용이다. 또 헌법상 보장된 국민의 기본권을 제한하거나 구체화하는 기능을 수행하기도 한다.

위헌법률심사제에서 중심축을 이루는 것은 구체적 사건의 분쟁해결과 관련 된 구체적 규범통제이다. 이 제도는 기본적으로 기본권을 침해받은 국민이 소 송을 제기하면서 다투다가 침해의 근거가 법률이 위헌임을 확인하여 그 적용 을 배제할 수 있도록 만들어 놓은 것이기 때문이다. 아무튼 법질서의 통일성확 보도 물론 중시되겠지만 개인의 기본권보호가 우선시되는 모습을 구체적 규범 통제가 구현한다 하겠다.

아울러 기울여야 할 관심은 국민들의 기본권과 관련해서 의회가 제정한 법 률에 대한 통제도 다양하게 강화하려 한다는 점이다. 이는 대체로 유럽형 헌법 재판에서 나타나는 보완적인 기본권보호장치라고 할 것이다.

## II. 대륙법계 국가에서 사법심사제의 구조적인 한계

미국의 사법심사제는 몇 가지 속성을 바탕으로 한다. 그 하나는 구체적인 법적 분쟁과 법률의 위헌여부가 분리되지 않고 한꺼번에 판단된다는 점이다. 그들은 법률의 위헌여부는 본안판단에 부수적으로 판단되는 구조를 취하고 있음에 따라 위헌여부 판단은 주문으로 제시되지 않고 이유의 논거로 제시될 뿐이다. 그 셋은 이렇게 판단된 법률의 위헌판단에는 판결에 인정되는 기판력이 인정될 뿐이다. 그와 관련해서 주관적 범위와 객관적 범위가 제약될 수밖에 없게 된다. 그 넷은 이렇게 판단된 논거는 불문법국의 전통에서 나오는 선례구속의 원칙에 따라 일반적 효력에 상응하는 힘을 갖게 된다는 점이다.

그런데, 이미 유럽에서도, 특히 1919년 독일의 바이마르헌법과 1948년 이탈리아헌법에서 미국형 사법심사제를 채택하여 운영한 바 있었다. 하지만, 실패로 돌아갔고, 이들 국가들 모두 유럽형 헌법재판을 채택해서 운영하고 있는 상황이다. 유럽에서 미국형 사법심사제를 유지하고 있는 유일한 국가가 스위스이다. 하지만, 스위스의 경우에도 미국형 사법심사제를 그대로 받아 들였다기보다는 절충형에 가깝다.

비집중형을 취하는 미국형 사법심사제가 법관들 사이에서 견해가 서로 다르고 그로 인해 법적 불안정성이 초래되는 것을 방지할 수 있었던 것은 선례구속의 원칙으로 인한 것이다. 미국의 판결에서 법률을 위헌으로 판단한 이유 부분 중 주문 도출의 핵심적인 명제에 선례구속의 원칙을 적용하면, 위헌으로 결정된 법률의 효력이 일반적으로 상실되는 효력을 얻게 되는 것이다. 이는 우리 헌법재판소 결정의 법규적 효력에 대응되는 효력이다. 또 미국에서 위헌여부를 판단하는 과정에서 나온 규범해석에 대해 선례구속의 원칙이 적용되면, 이는 곧 우리 헌법재판소 결정의 중요한 이유에 대해 기속력을 인정하는 것과 유사해지는 것이다. 이 원칙으로 인해 상급법원의 판단은 하급법원을 구속함에 따라 위헌판단이 대세적 효력을 사실상 가질 수 있게 된 것이다.

비집중형 사법심사제가 결정적인 약점으로 지적을 받는 것은 같은 법률을 법관들마다 다르게 판단할 수 있다는 점이다. 그로 인해 법원 상호간 커다란 갈등과 중대한 법적 불안정을 초래하게 된다. 이를 해소하는 것이 선례구속의

원칙이거나 실정법적인 해결이다.

그런 장치가 없는 일본의 경우 그저 당해사건에 한해 위헌으로 판단된 법률의 적용이 배제될 뿐이고, 그 법률의 효력이 무효가 되는 것이 아니다. 그런 판단이 이루어지지 아니한 사건에서는 그대로 위헌법률이 적용될 수도 있게 된다. 또, 이미 위헌으로 판단된 법률이라 하더라도, 그 법률의 효력을 부정하기 위해서는 각 사건마다 개별적으로 소송을 제기해야만 하고, 행정청은 이미 위헌판단이 이루어졌다 할지라도, 입법자에 의해 개정이 이루어지지 않는 한, 그 법률을 그대로 적용하게 되는 불합리를 지니게 된다는 것이다. 게다가, 법률의 효력이 소멸된 것이 아니므로, 사정변경의 사유가 발생하게 되면, 이미 위헌으로 판단된 법률의 효력이 회복하게 되는 결과도 초래할 수 있게 될 것이다.

이런 점은 미국형 사법심사제가 그 기반을 두고 있는 선례구속원칙이라는 불문법적 전통이 없기 때문에 대륙법계 국가에서 나타나는 특징적인 모습이다. 집중형 헌법재판이 자리할 수 있었던 이론적 근거로는 권력분립의 원리와 일반법원에게 가해질 정치적 성격의 배제, 선례구속의 원칙이 존재하지 않는다는 점 등이 제시되고 있다.

관련해서, 집중형 헌법재판제를 도입하는 국가에서 구태여 특별한 헌법재판기관을 설치하면서도 기존의 최고법원에는 헌법재판에 관한 관할권을 부여하지 아니하려는 까닭에 대해서도 추적해 봐야 한다. 즉, 사법조직에 있어 하급법원에게는 사법심사권을 주지 않고 오로지 최고법원에게만 독점적으로 헌법재판권을 부여하는 방안이다. 이렇게 할 경우 최고법원의 합헌성판단에 전체 하급법원의 법관을 구속하게 할 수도 있었을 것이다. 그러나 이런 방법을 유럽에서 채택하지 아니한 요인은, 이론적으로는 가능하다 할지라도, 대륙법계 국가의 전통적인 최고법원들은 법률의 위헌심판을 실질적으로 담당할 만큼 사법구조나 절차 및 법관들의 정신자세 등이 갖추어지지 않은 것으로 보였다. 결국 핵심은 직업법관들로 하여금 헌법재판을 담당하게 할 수는 없다는 것이다. 이런 점은 우리 제헌헌법에서 위헌법률심판권을 대법원에게 최종적인 권한으로 부여하지 않고 구태여 헌법위원회를 설치해서 담당하게 한 취지와 일맥상통한다고 하겠다.

이상에서 볼 때, 미국형 사법심사제는 불문법적 전통을 지니지 않은 국가에



이식되기에는 어려운 구조적인 문제를 내포하고 있다고 하겠다.

### III. 권위주의체제의 전환도구로서의 유럽형 헌법재판제도

우리 현행헌법으로 개정된 과정을 보면, 개량주의적으로 이루어졌고, 국가기관의 구성도 그리 되었음은 이미 밝힌 바 있다. 국민주권을 구체적으로 구현하는 핵심적인 기제가 민주주의와 법치주의라고 할 때, 이는 우리나라에서 두 차례의 평화적인 교체와 헌법재판을 통한 실질적인 법치주의 확립으로 나타났다.

현행헌법은 헌법재판소를 설치하고 위헌법률심판절차를 간소화하고 헌법소원을 신설하였다. 그런데, 그렇지 않고 일반법원에 위헌법률심사권을 부여하면서 헌법소원을 신설하지 않았어도 이와 같은 활성화가 가능하였으며, 실질적 법치주의가 확립됨과 아울러 대의민주주의가 정착될 수 있었을까 하는 점이다.

일반법원과는 독립된 별도의 헌법재판기관을 설치하는 경향이 나타남은 권위주의적인 구체제가 새로운 민주주의체제로 이행하는 과정을 상징하는 것이기도 하다. 특히 이와 같은 현상적인 모습을 손쉽게 관찰할 수 있게 하는 이유는 기존의 권위주의체제 아래에서도 일반법원은 존재하였고, 그 법원은 기존의 체제를 유지·존속시키는데, 이미 정치적으로 동원 당하였다는 점이다. 그에 비해 동등한 차원에서 볼 때, 헌법재판소는 헌법적인 차원에서 설치되었다고 할 때 전적으로 유명무실한 기관으로 방치되었거나 또는 아예 설치되지 않았을 것이라는 점이다.

하지만, 일반법원은 일상적인 법적 분쟁을 해결하는 작용을 수행해야 하는 최소한의 과제가 부과되었다는 점에서 설치하지 않을 수는 없었다. 그런 상황에서 그나마 철저하게 정치권력에 종속된 모습을 지니도록 통제되었던 것이다.

이런 상황에서 기존의 권위주의체제에 일정 부분 기여한 기득권자들은 일반법원의 구성원으로서 그대로 신분을 유지하였을 것이고, 그들로부터 미래지향적인 성과를 기대하기 어려움은 당연하다 하겠다. 그런 점에서 새로운 민주적인 체제로의 이행에는 과거와는 단절된 형태로 방치되었던 기관의 존재가 새로운 동력을 제공하는 기제로 작용할 것이라는 점이다. 우리 헌법사를 반추해 보거나 권위주의체제가 붕괴됨과 아울러 새로운 민주적 체제를 등장시킨 세계

각국의 헌법을 살펴볼 때, 이런 점이 동일하거나 유사한 형태로 나타남을 볼 수 있다.

게다가 경험론에 입각한 불문법국가는 판례법이라는 선례에 기반을 둔다는 점이다. 그러나 권위주의에서 민주적인 체제로의 진전은 단절을 전제로 하고, 이는 경험이 아닌 선함에 입각한 체제의 정비와 운영이 필수적임을 의미한다. 이런 상황에서 미국형 사법심사제는 일본에서 보여준 바와 같이 헌법보장기능에 취약하게 나타날 것이고, 획기적인 변혁을 꿈꾸며 전환을 모색하는 국가에는 적절한 대안으로 채택되기에 어려울 것이다. 민주적인 체제를 유지하면서 국민의 기본권보장을 목표로 하는 헌법을 정점에 두는 헌법재판제야말로 권위주의체제를 민주적인 체제로 이행시키는데 가장 적절한 실질적 법치주의 확립 도구라 하겠다.

#### IV. 재판소원의 도입과 사건이송명령제도

우리 현행헌법 체계상 재판소원의 도입은 국민의 기본권보장을 철저히 하기 위해서는 물론이고 법질서의 통일성과 헌법해석의 통일성을 확보하기 위해서는 필수적이라고 본다. 이에 대해 재판소원의 도입을 반대하는 견해는 과잉헌법화 내지 기본권과잉을 주장하고 헌법소원의 쇄도에 따른 업무과중을 지적한다. 관련해서 검토한다.

현재 우리는 헌법재판이 활성화된 지 이제 20여년 밖에 되지 않았다. 그런 상황에서 기본권과잉 내지 헌법과잉을 주장하기엔 너무나 이르다. 재판소원을 인정한다고 하지만, 일반법원의 심판영역을 존중하지 않으면 안 됨을 독일에서의 논의에서도 확인하였다. 이를 구획하려는 노력이 꾸준히 이루어져야 한다. 그리고 견해에 따라서는 재판소원의 폐지를 주장하기도 하지만, 이로 인해 초래되는 과소헌법화가 바람직스러운 것은 아니다. 오스트리아에서도 재판소원을 인정하는 방향으로 조속히 개선해야 한다는 입장이 개진되기도 하였다.

다음, 재판소원으로 인해 야기되는 업무부하의 해소와 관련해서 독일에서는 헌법소원의 폐지는 물론이고, 사전심사제의 도입, 남소공탁금제도 채택, 헌법전문변호사제도의 도입 등이 주장될 뿐만 아니라 미국의 사건이송명령제도

(Certiorari) 채택까지도 논의되고 있다. 이런 점은 미국 자체에서 오랫동안 적극 활용되고 있음은 물론이고, 일본에서도 채택이 논의되고 있는 상황이다. 독일에서는 재판소원과 관련해서 이 제도가 도입된다고 할 때, 이송명령발동의 중요한 요건으로 헌법소원이 헌법적 문제의 해명이나 기본권의 보호에 기여해야 한다는 점을 제시한다.

사건이송명령제도는 결국 심판기관이 판단대상을 자율적인 의결과정을 거쳐 선별함을 의미한다. 미국에서는 연방대법원이 위헌여부를 판단할 사건을 선별한다. 이런 제도를 우리나라에서 대법원이 채택한다면, 이는 그 즉시 헌법재판소의 관할사항인 위헌법률심판이나 헌법소원심판과 그대로 충돌하게 될 것이다. 정책법원은 두 개의 국가기관을 원하지 않기 때문이다. 미국 연방대법원이 수행하는 정책법원적 성격을 대륙법계 국가에서는 헌법재판소가 지님에 주목해야 한다. 그렇다면, 우리나라의 경우 재판소원을 인정하고, 거기서 나타날 과중한 업무의 부담을 해소하기 위해 사건이송명령제를 채택하는 방안을 모색함이 좋을 것이다. 그리고 사건의 선별과정에서 헌법적 해명의 필요성이나 기본권보호의 필요성이 있는 것으로 한정해서 헌법소원에서 본안심판의 대상으로 삼는 것이다.

## 주 제 어

미국형 사법심사, 유럽형 헌법재판, 사법심사제, 위헌심판제청, 위헌심사, 위법심사, 헌법의 최종적 해석, 집중형, 비집중형, 헌법위원회, 헌법재판소, 위헌법률심판, 대법원, 헌법소원, 권한쟁의심판, 재판소원, 위헌법률심사제, 선례구속의 원칙, 구체적 규범통제, 헌법개정, 헌법재판

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

#### 가. 단행본

- 김철수, 『위헌법률심사제도론』, 학연사, 1983  
김운용, 『위헌심사론』, 삼지원, 1998  
남궁승태, 『프랑스 헌법소송론』, 도서출판 삼선, 1993  
박인수 역, 『제3신분이란 무엇인가』, 책세상 고전의 세계, 2003  
방승주, 『헌법소송사례연구』, 박영사, 2002  
변해철 역, 『1789년 인간과 시민의 권리선언』, 탐구당, 1999  
성낙인, 『프랑스 헌법학』, 법문사, 1995  
허 영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2006

#### 나. 논문

- 권형준, “프랑스에 있어서의 법률의 합헌성통제”, 한양대 법학논총 제4집, 1987  
김운용, “미국의 위헌심사제도”, 미국헌법연구 제8호, 1997  
김효진, “미국의 위헌법률심사제가 한국에 미친 영향”, 미국헌법과 한국헌법, 1989  
\_\_\_\_\_, “미국의 위헌법률심사제가 일본과 한국에 미친 영향”, 동아대 동아논총: 인문·사회과학편(제1집) 제17집, 1980  
방승주, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력”, 인권과 정의 제304호, 2001  
박인수, “프랑스 제5공화국의 헌법하위규범”, 영남법학 제4권 제1·2호, 1998  
\_\_\_\_\_, “프랑스의 입법과정”, 사회과학연구 제18집 제2권, 영남대학교 사회과학연구소, 1999  
\_\_\_\_\_, “프랑스에서의 법률의 합헌성 통제”, 헌법학연구, 제10권 제1호, 2004  
\_\_\_\_\_, “프랑스의 유럽헌법안 수용과 변화”, 국제헌법연구 제12권 제1호,

2006

- \_\_\_\_\_, “프랑스 헌법재판소의 규범통제”, 토지공법연구, 제43권 4호, 2009
- 박정훈, “行政判例 半世紀 回顧 : 行政訴訟·國家賠償·損失補償을 중심으로”, 行政判例研究. 제11집, 2006
- 변해철, “프랑스 헌법법원의 선거에 관한 권한”, 현대공법논총: 일암 변재욱 박사화갑기념집, 1994
- 민병로, “일본의 사법심사제”, 전남대학교 출판부, 2003
- 손형섭, “일본의 헌법재판소설치 논의에 관한 연구”, 헌법학연구 제15권 제1호, 2009
- \_\_\_\_\_, “일본 재외선거제도의 시사점과 도입방안”, 국민의 기본권 실현을 위한 공직선거법의 과제, 명지대학교 법학연구소 학술대회, 2010
- 이종수, “법률심으로서의 상고심: 특별항고 사유로서의 헌법위반을 중심으로 - 독일의 사례”, 사법제도비교연구회 편, 「사법개혁과 세계의 사법제도[III], 2006
- 진학선, “프랑스 위헌법률심판에서 심판범위”, 외법논집 제8집, 2000
- \_\_\_\_\_, “프랑스 위헌법률심사에 있어서 조건부합헌결정의 종류”, 외법논집 제6집, 1999
- 정재황, “사전적·예방적 위헌법률 심사제도의 도입에 관한 입법론”, 헌법재판의 이론과 실제: 금량김철수교수화갑기념, 1993
- 정재황·한동훈, “2008년 프랑스 헌법개정에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2008
- 조병륜, “프랑스의 사전적·예방적 위헌법률 심사”, 헌법재판연구(D), 1993
- 한건우, “프랑스 제5공화국 헌법원의 위헌법률심사제도와 그 현황”, 헌법재판자료 3집, 1990
- 허 영, “헌법재판소와 법원의 권한갈등을 어떻게 풀 것인가?”, 공법연구 제24집 제1호, 1996

## 2. 독일문헌

- Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Bd. 61, 2002
- Beyme, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, München/Zürich, 1985
- Bickenbach(조영주 역), “수권법을 통한 바이마르헌법의 폐지-수권법 통과 제75주년을 맞이하면서-”, 연세 공공거버넌스와 법 제1권 제2호, 2010
- Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden, 1982.
- Eckertz, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen, in: Der Staat, 1978.
- F. Kopp/N. Pressinger, Entlastung des VfGH und Abgrenzung der Kompetenzen von VfGH und VwGH, JBl, 1978
- Geiger, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, EuGRZ, 1985
- Gilles(정선주 역), “위기에 처한 법치국가와 사법국가—고도로 발달한 법체제와 사법체제가 직면한 오늘날의 비참함에 대하여(독일의 예에서)”, 서강법학연구 제3집, 서강대 법학연구소, 2001
- Gilles, Zur gegenwärtigen Lage der deutschen Justiz(독일 연방공화국의 사법 현황), 한림법학 FORUM 제3권, 한림대 법학연구소, 1993
- Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1985.
- Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Bd. 61, 2002
- Herzog, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung des einfachen Gesetzesrechts, in: Das akzeptierte Grundgesetz(FS für Günter Dürig), 1990
- Heun, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Bd. 61, 2002
- Höpker-Anschoff, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR 6, 1957

- Isensee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: Piazzolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München, 1995
- Josef Azizi, Probleme der geteilten Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ, 1979
- Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980
- J.-W. Aichreiter, Zur Abgrenzung von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl, 1980
- Klaus Berchtold, Überprüfung von Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes durch den Verfassungsgerichtshof?, ÖJZ, 1975
- Klein, Das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 공법연구 제24집 제1호, 1996
- Kommers, Judicial Politics in West Germany, A Study of the Constitutional Court, London, 1976
- Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Bd. 61, 2002
- Kriele, ESJ Staats – und Verfassungsrecht, München, 1972
- Landfried, Verfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf die parlamentarische Willensbildung und die soziale Realität, Baden-Baden, 1984
- Lechner/Zuck, BVerfGG-Kommentar, 5. Aufl., München., 2006
- Leibholz, Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, DVBl., 1974
- Martin Hiesel, Entwicklung und Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl., Wien, 2008
- Martin Hiesel, Gedanken zu einer grundlegenden Reform der Aufgabenteilung



- zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JRP(Journal für Rechtspolitik), 2009
- Matthias Jestaedt, Gleichordnung der Grenzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts?, JRP, 2008
- Peter Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988
- Piazolo, Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen, München, 1994
- Philippi, Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts, Köln, 1971
- Robert Walter, Überlegungen zu einer Neuabgrenzung der Zuständigkeit zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof, ÖJZ, 1979
- Ronald Faber/Stefan Leo Frank, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes - das Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG, JBl(Juristische Blätter), 2008
- René Laurer, Bemerkungen zu Problemen der Parallelbeschwerde gegen Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt, ÖJZ, 1982
- Robbers, Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: JuS 1990, S. 257 ff.
- Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht -Stellung · Verfahren · Entscheidungen, 4. Aufl., München/Zürich, 1997
- Schlaich(정태호 역), 독일연방헌법재판소 -지위 · 절차 · 재판-, 헌법재판소, 1999
- Schueler, Die Konterkapitäne von Karlsruhe. Wird Bonn von den Verfassungsrichtern regiert?, in: Die Zeit Nr. 9, 1978
- Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963
- Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda u. a.(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, 1983
- Starck, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, Mohr, 1976
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, München, 1984

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München, 1980  
 Seung-JuBang, Übergangsregelungen in Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Hannover, 1996  
 Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG -Mitarbeiterkommentar-, Heidelberg, 2005  
 Walter, Können Verordnungen Gesetzen derogieren?, ÖJZ, 1961  
 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht(10. Aufl.), Wien 2007  
 Wolfgang Groiss/Gernot Schantl/Manfried Welan, Das Verhältnis des VfGH zum VwGH - Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit(Slg 1974), ÖJZ, 1978

### 3. 프랑스헌헌

B. Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Les éditions S.T.H., 1988  
 B. Mathieu, La loi, Dalloz, Connaissance du droit, 1996  
 B. Mathieu et P. Ardant, Droit constitutionnel et institutions politiques, Dalloz, 2010  
 B. Mathieu et M. Verpeaux, La reconnaissance et l'utilisation des PFRLR par le juge, Rec. Dalloz, 1997  
 Ch. Debbasch, J. M. Pontier, J.Bourdon, J. Cl. Ricci, Droit constitutionnel et institutions politiques, 4e éd, 2001  
 Ch. Debbasch, La Ve République, Economica, 1993, p.25  
 D. Chagnollaud, G. Drago, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2006  
 G. Lebreton, Libertés publiques & droits de l'homme, 7e éd, A. Colin, 2005  
 H. Roussillon, Le Conseil constitutionnel, Dalloz, 2000  
 H. Roussillon, Le Conseil constitutionnel et l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, in Propriété et Révolution, CNRS-UT 1, 1990  
 L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, Dalloz, 12e éd., 2009  
 L. Trotabas, P. Isoart, Droit public, 23e éd, L.G.D.J, 1996.

P. Pactet, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 2009

#### 4. 미국헌

Albert J. Beveridge, The Life of John Marshall, (Boston: Houghton Mifflin, 1919)

Alan M. Dershowitz, Supreme Injustice How the High Court Hijacked Election 2000 (Oxford University Press, 2001)

Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics, 2nd ed., (New Haven and London: Yale University Press, 1986)

Alexander Hamilton, The Federalist Papers, No. 78, 1789, (New York: New York Bantam Books, 1982)

Alexis de Tocqueville, Democracy in America, Vol. 1, 2nd. ed. (Translated by Henry Reeve), (Cambridge, Sever & Francis, 1863)

Andrew C. McLaughlin, Constitutional History of the United States, (New York & London: D. Appleton-Century Co. Inc., 1935)

Barry Friedman, The History of the Countermajoritarian Difficulty: The Road to Judicial Supremacy, (73 New York University Law Review, 1998)

Danielle E. Finck, Judicial Review: The United States Supreme Court versus the German Constitutional Cour, Boston College International and Comparative Law Review(20 BC INT'L & COMP. L. REV. 123)

Donald O. Dewey, Marshall v. Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison (New York, 1970)

Edward S. Corwin, The Constitution and What It Means Today, (Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat), (New Jersey: Princeton University Press, 1978)

Erwin Chemerinski, Constitutional Law - Principles and Policies, 3rd ed. (Aspen 2006)

George L. Haskins and Herbert A. Johnson, Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815 (Prentice Hall, 1981)

- G. Edward White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, (University of Virginia Law School, 2005)
- K. Davis, *Administrative Law of the Seventies* (West Publishing Co., 1976)
- Kermit L. Hall(ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court fo the United States*, (Oxford University Press, 1990)
- Janet E. Halley, *The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian and Bisexual Identity*, (36 UCLA L. Rev. 915,1989)
- Jean Edward Smith, *John Marshall - Definer of Nation*, (New York: Henry Holt and Company, 1996)
- Jeffrey Shaman, *Cracks in the Structure: The Coning Breakdown of the Levels of Scrutin*, Ohio State Law Journal (Winter, 1984) (45 OHIO ST. L.J. 161)
- Jeff Garzik (Ed.), *The Founding Papers Vol.2: The Federalist Papers*, 78 (Lulu Press, Inc., 2004)
- John Harrison, *The Constitutional Origins and Implication of Judicial Review*, Virginia Law Review (April, 1998) (84 Va. L. Rev. 333)
- John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory: A Reader*, 4th ed., (St. Paul: West Group, 1999)
- John E. Nowak and Ronald D. Rotunda,*Constitutional Law*, 6th.ed.,(St. Paul and Minn.: West Group, 2000)
- Joseph Michael Farber, *Liberal Constitutionalism and Democratic Reason: A Justification of Judicial Review*, Ph.D. Dissertation (Philadelphia: University of Pennsylvania, 2003)
- Mark Tushnet, *Taking the Constitutional away from the Courts*, (New Jersey: Princeton University Press, 1999)
- Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, Georgetown Law Journal, (85 GEOLJ 491, \*533, February 1997)
- Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*
- Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*,

- (Kansas: University Press of Kansas, 1989)
- Robert H. Bork, Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and the American Decline, (New York: HarperCollins Publishers, Inc., 1996)
- Stanley Paulson , Constituional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings, Ration Juris, Vol. 16, Nr. 2 (Oxford, UK and Malden, USA: Blackwell Publishing Ltd., 2003)
- Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893)
- Thomas E. Baker & Jerre S. Williams, Constitutional Analysis in a nutshell, 2nd. ed., (West Group, 1999)
- Victor Ferreres Comella, The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activis, (82 Tex. L. Rev. 1705, 2004)
- William E. Nelson, Marbury v. Madison The Origins and Legacy of Judicial Review (University of Press of Kansas, 2000)
- William E. Nelson, Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860, (University of Pennsylvania Law Review, Vol. 120, 1971-72)
- William Crosskey, Politics and the Constitution 1008-1046 (1953)

## 5. 일본문헌

- 六本 佳平, 『日本の法と社會』, 有斐閣(2004)
- 芦部信喜, 『憲法判例の學ぶ方』, ジュリスト『憲法判例百選』(1983)
- 伊藤正己, 『裁判官と學者の間』, 有斐閣(1993)
- 永田秀樹, 『ヨーロッパの憲法裁判所と日本の憲法裁判所構想』, 法律時報70卷1号(1998)
- 大久保史郎, 『憲法裁判と憲法訴訟論・上』, 法律時報70卷1号(1998)
- 大澤秀介, 『最高裁判所と憲法裁判所—アメリカでの論議を参考に—』, 公法研究59卷(1997.10)
- 笹田榮司, 『司法の変容と憲法』, 有斐閣(2008)

清宮四郎博士退職記念, 『憲法の諸問題』, 有斐閣(1973)  
参議院憲法調査會, 参議院憲法調査會調査報告書(2005.4)  
在日コリアン弁護士協會(編著), 韓國憲法裁判所, 日本加除出版株式會社(2010)  
新 正幸, 憲法訴訟論, 法律學の林(2008)  
初宿正典, 憲法 cases and Materials 憲法訴訟(2007)  
孫亨燮, 『プライバシー權と個人情報保護の憲法理論』, 東京大學 法學博士論文(2008.3)  
高橋和之外3人, 『憲法 I (第4版)』, 有斐閣(2006)  
畑尻 剛, 『憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題』, 公法研究63卷(2001)  
棟居 決行・工藤 達朗・小山 剛, 『プロセス演習 憲法』, 信山社(2007)  
古田啓昌, 『在外邦人選舉權訴訟』, 法學セミナー(2006.3)  
統治機構のあり方に關する調査小委員會, 『司法制度及び憲法裁判所二關する基礎的資料』衆議院憲法調査會事務局(2003年5月)  
戸松秀典, 『司法審査と民主制』, 法律時報68卷6号(1996)  
\_\_\_\_\_, 『憲法訴訟』, 有斐閣(2000)  
松井茂記, 『二重の基準論』, 有斐閣(1994)  
長谷部恭男, 『憲法第4版』, 新世社(2009)  
長谷川正案, 『憲法判例の体系』, 勁草書房(1966)  
朝日新聞, 2006.12.12, 『住基ネット揺れる安全』  
讀賣新聞, 2004.5.3, 憲法改正讀賣試案  
日本經濟新聞, 2007.2.14, 憲法裁判所の行方(三宅伸吾)  
最大判昭27年10月8日民集6卷9号783頁(警察予備隊違憲訴訟)  
最高裁平成17年9月14日大法廷判決全文, ジュリスト(2005.12)

## 6. 웹 페이지

<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>

Kellyn Hargett at

<http://www.arches.uga.edu/~mgagnon/students/4070/04SP4070-Hargett.htm>

## 研究者 略歷

### [박인수]

영남대학교 법과대학 및 대학원 졸업  
서울대학교 대학원 법학과 박사과정 수료  
프랑스 Paris 제2대학교 법학박사  
전남대학교 법과대학 교수 역임  
영남대학교 법과대학 학장 역임  
한국비교공법학회 회장 역임  
(현) 영남대학교 법학전문대학원 교수  
(현) 헌법재판소법 개정자문위원회 위원  
(현) 한국공법학회 회장

### [조홍석]

한양대학교 법학과 및 대학원 졸업  
독일 Köln대학교 법과대학 법학박사  
경북대학교 법과대학 학장 역임  
한국헌법학회 회장 역임(2009. 12. - 2010. 12.)  
(현) 경북대학교 법학전문대학원 교수  
(현) 국가인권위원회 정책자문위원장  
(현) 한국비교공법학회 회장

### [남복현]

한양대학교 법학과 및 대학원 졸업  
한양대학교 대학원 법학과 법학박사  
독일 Köln대학교 객원교수 역임  
헌법재판소 방문연구교수 역임  
(현) 호원대학교 법경찰학부 교수  
(현) 한국공법학회 연구이사, 한국헌법학회 부회장

(현) 전라북도 교원소청심사위원장

[방승주]

고려대학교 법학과 및 대학원 졸업

독일 Marburg대학교 법과대학 LL.M

독일 Hannover대학교 법과대학 법학박사

헌법재판소 헌법연구원 역임

동아대학교 법과대학 부교수 역임

(현) 한양대학교 법학전문대학원 교수

(현) 한국헌법학회 연구이사

[손형섭]

중앙대학교 법과대학 및 대학원 졸업

중앙대학교 대학원 법학과 박사과정 수료

일본 東京大學 법학정치학연구과 박사과정 (법학박사)

서울대학교 법과대학 학문후속세대연구원 역임

헌법재판소 헌법연구원 역임

[이상경]

연세대학교 법과대학 졸업 (법학사)

서울대학교 대학원 법학과 졸업 (법학석사)

연세대학교 대학원 법학과 박사과정 이수

미국 Washington University in St. Louis School of Law [LL.M.(법학석사)]

미국 Washington University in St. Louis School of Law [J.S.D.(법학박사)],

[J.D.(법무박사)]

독일 키일대학 공법학 및 법철학 연구소 초빙연구원 역임

연세대학교 법학연구소 전문연구원 역임

(현) 광운대학교 법과대학 조교수



[이종수]

연세대학교 법과대학 졸업 (법학사)

연세대학교 대학원 법학과 졸업 (법학석사)

독일 콘스탄츠(Konstanz)대학교 공법전공 법학박사(Dr. iur.)

대법원 사법제도비교연구회 운영위원

국회 법제실 입법지원단 입법지원위원

(현) 연세대학교 법학전문대학원 부교수

(현) 헌법재판소법 개정자문위원회 위원

판 권

소 유

---

헌법재판연구 제21권

주요 국가별 헌법재판제도의  
비교분석과 시사점

- 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로 -

---

2010년 12월 24일 인쇄

2010년 12월 28일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화: (대) 708-3456

인 쇄 (주)서라벌 E & P

---

(비매품)

