

基本權保護를 위한 憲法訴願의 機能과 役割에 관한 研究

權 英 豪* · 金 日 煥**

目 次

- I. 問題提起
- II. 現행 헌법상 憲法訴願制度的 導入과 問題點
 - 1. 現行 憲法上 憲法訴願의 導入背景
 - 2. 問題點
- III. 憲法訴願의 意義와 類型
 - 1. 憲法訴願의 意義
 - 2. 憲法訴願의 類型
- IV. 憲法訴願의 機能과 性格
 - 1. 違憲審査型 憲法訴願의 機能과 性格
 - 2. 權利救濟型 憲法訴願의 機能과 性格
- V. 現行法上 憲法訴願制度的 問題點
 - 1. 違憲審査型 憲法訴願의 問題點
 - 2. 權利救濟型 憲法訴願의 問題點
- VI. 憲法訴願의 機能과 役割에 대한 立法論的 考察
 - 1. 國民의 基本權保障을 위한 憲法體系的인 解釋
 - 2. 現行憲法上 憲法裁判所와 大法院間 關係
 - 3. 立法論的 考察
- VII. 結 論

I. 問題提起

일반적으로 憲法裁判이란 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범에 근거하여 유권적으로 결정함으로써 憲法秩序를 유지하고 헌법을 실현하는 국가작용을 일컫는다. 이러한 憲法裁判은 헌법보호기능, 권력통제기능, 기본권보호기능, 정치적 평화보장기능 등을 수행한다.¹⁾

* 濟州大學校 法學科 副教授

** 濟州大學校 法學科 專任講師

그렇다면 憲法에 관한 최종적 유권해석작용인 憲法裁判制度가 제대로 기능 하는지를 파악하기 위해서는 헌법규정만으로는 부족하고 이를 구체화하는 憲法裁判所法の 규정 또한 살펴보아야만 한다. 왜냐하면 憲法裁判所法이 명확하게 규정되지 않는다면 오히려 헌법재판작용이 위축되거나 다른 국가기관과의 마찰을 불러일으킬 수도 있기 때문이다. 그런데 이와 관련하여 흥미로운 것은 현행 헌법재판제도에 많은 영향을 주었던 독일의 경우에는 먼저 聯邦憲法法院法에 명확히 규정되어 있던 聯邦憲法法院의 권한, 심판대상 등을 그 뒤 基本法이 개정될 때 헌법규정으로 포함시켰던 반면에²⁾, 우리 나라의 경우에는 현행 헌법 규정 자체가 憲法裁判所의 권한, 심판대상 등에 관하여 충분히 명확하게 반영시키지 않았을 뿐만 아니라, 이를 구체화해야만 하는 憲法裁判所法을 통하여 오히려 헌법재판의 범위와 대상이 축소되었다는 것이다. 따라서 우리 나라에서 憲法訴願制度가 진정으로 국민의 기본권을 보장하기 위해서는 憲法 및 憲法裁判所法에 관한 解釋論을 통한 올바른 해명과 아울러 立法的, 法政策的 考察 또한 필요하다는 것을 인식해야만 한다.

결국 憲法裁判이 헌법규범의 내용과 효력에 관하여 다툼이 있는 경우에 이를 해결하기 위한 최종적 유권해석작용이라면 우선 憲法裁判所 스스로가 이에 걸맞게 활동하고 있는지를 비판적으로 검토하면서, 이와 동시에 현재 어떤 부분에서 헌법재판작용에 문제가 있는지를 살펴보아야만 한다. 아래에서 설명되는 것처럼 헌법규범적으로는 憲法裁判所에 대한 기대가 매우 높은 것은 사실이나 현실적으로 憲法 및 憲法裁判所法の 졸속한 제정으로 인한 문제점이 나타나기 시작하였다. 그렇다면 이제부터는 헌법에 관한 최종적 유권해석기관으로서 국민의 기본권을 보장해야 하는 憲法裁判所가 안고 있는 문제점이 무엇인지를 차근차근 검토하고 헌법해석론이나 입법론을 통한 해결방안을 찾는데 더 많은 주안점을 두어야만 한다.

II. 현행 헌법상 憲法訴願制度의 導入과 問題點

1. 現行 憲法上 憲法訴願의 導入背景³⁾

1987년에 헌법을 개정할 때에 司法審査制度나 憲法委員會制度가 아니라 憲法裁判所制度가 채택되었다. 현행 헌법상 憲法裁判所制度가 채택된 이유로는 몇 가지를 들 수 있는데, 우선 우리 나라에서 채택된 적은 없지만 발전된 獨逸의 憲法裁判制度에 대한 比較法的 考察을 통하여 獨逸의 憲法裁判所制度에 대한 선망(羨望)이 바탕에 깔려 있었다는 점과 1960

1) 헌법재판소 편, 헌법재판실무제요, 1998, 1면 이하 참조.

2) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/1, S. 1489 이하 참조.

3) 憲法訴願制度의 史的 背景에 관하여 자세한 것은 金雲龍, 違憲審査論, 三知院 1998, 299면 이하 참조.

년 憲法の 憲法裁判所制度가 군사쿠테타로 말미암아 流産된 데 대한 아쉬움을 들 수 있다.⁴⁾ 이러한 이유와 더불어 헌법개정 당시에 大法院 스스로 違憲法律審査權을 갖지 않으려 했다는 현실적 상황 등이 반영되어서 “우연하게” 憲法裁判所가 탄생되었던 것이다. 곧 1987년 7월에 설치된 국회개헌특위에서 처음에는 위헌법률심사권을 大法院이 갖는 것에 대하여 여당과 야당 모두 동의하였지만, 위헌법률심사권 이외의 정당해산심판권, 탄핵심판권, 권한쟁의심판권 등을 대법원에 부여하는 것에 관하여는 여야간에 의견대립이 있었다. 與黨은 정치적인 문제에 대하여 大法院이 개입하는 것이 바람직하지 못하므로 憲法委員會를 설치하여 이 권한들을 담당하게 하자고 하였으나 野黨은 이 권한들을 모두 大法院에 부여하자고 주장하였다. 그런데 정치권의 이러한 논의에 대하여 정작 大法院 스스로가 憲法裁判權을 보유하는 것에 관하여 강하게 거부하였다. 결국 그 당시에 민정당 측에선 최후까지도 大法院에게 憲法裁判權을 부여하려고 하였으나 대법원 자신의 강력한 반대로 인하여 憲法裁判所가 우연하게 탄생하게 되었다.⁵⁾

우여곡절 끝에 우리나라 憲政史上 처음으로 憲法訴訟制度를 채택하였지만, 憲法 제111조 1항 5호는 “法律이 정하는 憲法訴訟에 관한 審判”이라고만 규정하여서, 이 규정만으로는 憲法訴訟의 意義, 對象 등에 관하여 충분히 파악할 수 없었다. 어쨌든 헌법 제113조 제3항은 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 규정하였다. 이에 따라서 헌법재판소법의 제정과정에서 상임재판관의 수, 자격 등과 헌법소원의 대상범위에 이르기까지 많은 의견들이 제시되었는 바, 제정 당시 핵심은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시킬 것인지 여부였다.⁶⁾ 그런데 憲法訴訟의 對象에서 “法院의 裁判”을 제외시킨 立法案(法務部案)에 대해 大法院은 대법관 전원으로 구성된 대법관회의를 개최하여 일부 수정의견을 제출한 바 있고, 그 후 당시 국회에서 “法院의 裁判”을 憲法訴訟의 對象에 포함시킨 대한변호사협회안을 野3黨案으로 조정하는 과정에서 “法院의 裁判”이 憲法訴訟의 對象에서 제외되고 말았다.⁷⁾ 이 당시 大法院은 憲法訴訟의 對象에서 “法院의 裁判”을 제외하기 위하여 적극적으로 노력을 했는데, 이를 위한 論據로 憲法訴訟의 對象에 “法院의 裁判”이 포함된다면 憲法裁判所가 第四審이 된다는 것과 아울러 이를 인정한다면 大法院의 最高法院性에도 위반된다는 것을 들었다.⁸⁾

이에 따라서 결국 憲法裁判所法 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 ‘법원의 재판’을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다”고 규정하여 결국 “法院의 裁判”을 憲法訴訟의 對象에서 제외하였다.

4) 金雲龍, 前掲書, 108면 이하 참조.

5) 憲法裁判所, 憲法裁判所10年史, 72면 이하 참조.

6) 이에 관한 자세한 찬·반논의는 憲法裁判所, 憲法裁判所10年史, 74면 이하 참조.

7) 이에 관하여 자세한 것은 黃致遠, 憲法裁判所決定의 效力과 大法院의 判決, 人權과 正義 1997. 11. 29면 이하 참조.

8) 이에 관하여 자세한 것은 憲法裁判所, 憲法裁判所10年史, 74면 이하 참조.

2. 問題點

이미 설명한 것처럼 1987년에 헌법이 개정되면서 憲法裁判制度가 채택되었는데, 우리나라 憲法史를 통틀어 처음으로 등장한 것이 바로 憲法訴願制度이다. 그런데 憲法 제111조 1항 5호는 “法律이 정하는 憲法訴願에 관한 審判”을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있기 때문에 유감스럽게도 이 헌법규정만으로는 憲法訴願의 意義, 要件, 對象 등에 관하여 파악할 수 없다.⁹⁾ 이에 따라서 憲法에 관한 최종적 유권해석작용인 憲法裁判制度가 제대로 기능 하는지를 파악하기 위해서는 헌법규정만으로는 부족하고 이에 관하여 구체화하는 憲法裁判所法의 규정 또한 살펴보아야만 한다. 왜냐하면 憲法裁判所法이 명확하게 규정되지 않는다면 오히려 헌법재판작용이 위축되거나 다른 국가기관과 마찰을 불러일으킬 수도 있기 때문이다.

물론 그전부터 學界에서는 이론적으로 憲法訴願에 관한 獨逸의 理論과 判例에 관하여 나름대로 많은 연구가 있었기 때문에, 憲法裁判所가 출범한 이후 단시일 내에 일반 시민들에게도 이 憲法訴願制度가 널리 알려지게는 되었지만¹⁰⁾ 현실적으로 그 운용상 많은 문제점이 드러났다. 이렇게 된 이유로는 우선 憲法裁判所法의 졸속한 제정으로 인하여 憲法訴願制度가 어떤 논의를 거쳐 채택되었는지를 밝혀주는 회의록이 없을 뿐만 아니라 독일에서 발전된 제도를 충분한 검토 없이 도입한 만큼, 시행착오를 거칠 수밖에 없었고, 실제로 憲法裁判所가 운용되면서 이미 예견되었던 갈등상황들이 표출되기 시작하였다.

우선 현행 헌법은 과거의 例¹¹⁾에 따라 法律에 대한 違憲審査와 命令·規則·處分에 대한 違憲審査를 나누어 각각 憲法裁判所와 大法院이 담당하도록 하는 二元的 構造를 채택하였다. 그러나 현행 헌법상 이러한 二元的 構造는 1) 憲法裁判所와 法院이 내리는 違憲決定의 效力에 차이가 있기 때문에 규범체계상 혼선이 빚어지며, 2) 命令·規則에 대한 司法審査와 法律에 대한 違憲審査에서 동일한 헌법규정이 해석·적용될 때, 이 헌법규정에 관한 法院의 해석과 헌법재판소의 해석이 서로 다를 경우에 법해석상 중대한 문제가 발생하게 되며, 3) 大法院의 審査權限과 憲法裁判所의 관장사항이 겹치는 부분에서 바로 法院과 憲法裁判所간에 갈등이 나타날 수 있다.¹²⁾

9) 곧 현행헌법규정의 모델이 되었던 獨逸의 경우에는 基本法 제93조 1항 4a에 憲法訴願에 관하여 구체적으로 규정하고 있다.

10) 헌법재판소의 통계에 따르면 헌법재판소가 출범한 1988년 9월 1일부터 1998년 10월 31일까지 헌법재판소에 접수된 총 4298건중 헌법소원사건이 3936건을 차지하였다.

11) 곧 해방이후 제정된 최초의 헌법인 1948년 憲法이 違憲審査와 관련하여 二元的 構造를 채택하였다. 이에 따라서 法律에 대한 違憲審査와 命令·規則·處分의 違憲審査를 담당하는 기관이 달랐던 것이다. 그런데 위헌심사제도에서 해방이후 제정된 최초의 헌법이 이처럼 二元的 構造를 택했다는 것은 그 후의 한국의 憲法改正史에서 중요한 선행으로서 작용해왔다. 왜냐하면 1962년 憲法에서 모든 위헌심사가 法院의 관할로 통일된 例를 제외하고서는 어느 憲法改正에서나 이러한 이원적 구조의 틀에서 벗어난 예가 없었기 때문이었다. 이에 관해서는 金雲龍, 前掲書, 93면 참조.

Ⅲ. 憲法訴訟의 意義와 類型

1. 憲法訴訟의 意義

現行 憲法裁判所法上 憲法訴訟制度는 公權力의 행사 또는 불행사로 인하여 憲法上 보장된 基本權을 侵害받은 자가 제기하는 權利救濟型 憲法訴訟(법 제68조 제1항에 의한 헌법소원)과 法院에 違憲法律審判提請申請을 하였으나 기각된 경우에 제청신청 당사자가 憲法裁判所에 제기하는 規範統制型(違憲審査型) 憲法訴訟(법 제68조 제2항에 의한 헌법소원)으로 나누어지고 있다.

2. 憲法訴訟의 類型

1) 權利救濟型 憲法訴訟(헌법재판소법 제68조 제1항)

본래 의미의 憲法訴訟이라고도 불려지는 것으로서, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 침해받은 자가 헌법재판소에 그 공권력의 위헌여부심사를 청구하여 자신의 基本權을 보호받는 구제절차를 말한다.

2) 違憲審査型 憲法訴訟(헌법재판소법 제68조 제2항)

이에 반하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 憲法訴訟은 법원이 법률의 위헌여부심판제청을 棄却한 때에 이를 신청했던 당사자가 헌법재판소에 청구할 수 있는 제도이다.

12) 헌법재판소와 대법원간 긴장관계를 표면적으로 드러나게 한 첫 번째 경우가 바로 舊 法務士法 施行規則의 違憲與否를 헌법재판소가 다룰 수 있는지에 관한 결정이었다 : 舊 法務士法 施行規則 제3조 제1항에 관한 헌법소원사건에서 법원행정처장이나 법무부장관은 命令·規則 등이 憲法이나 法律에 위반되는지 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院이 이를 "최종적으로"(필자강조) 심사할 권한을 갖는다고 규정한 憲法 제107조 2항에 근거하여 명령·규칙의 위헌여부는 대법원에 최종적으로 심사권이 있으므로 法務士法 施行規則의 違憲性與否를 묻는 憲法訴訟은 위 헌법규정에 반하여 부적법하다고 주장하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 먼저 "헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원의 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다."고 설명하면서 "헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 '공권력'이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원의 대상이 될 수 있다."고 결정하였다.(1990. 10. 15. 89 헌마 178)

IV. 憲法訴願의 機能과 性格

1. 違憲審査型 憲法訴願의 機能과 性格

이미 언급한 것처럼 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 憲法訴願은 법원이 법률의 위헌여부심판제청을 棄却한 때에 이를 신청했던 당사자가 헌법재판소에 청구할 수 있는 제도로서, 이는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 수단이라기 보다는 違憲法律審判制度를 보완하는 제도이다. 이렇게 違憲審査型 憲法訴願이 憲法裁判所法에 규정된 이유는 바로 “法院의 裁判”이 憲法訴願審判의 對象에서 제외되어 있기 때문이다.(헌법재판소법 제68조 제1항)

그런데 헌법재판소법 제68조 제2항의 憲法訴願을 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 憲法訴願과 法的 性格이 동일하다고 보는 憲法訴願審判說이 있다. 이에 대하여 違憲法律審判說은 헌법재판소법 제68조 제2항의 憲法訴願은 違憲法律審判에 관한 規定으로서 제68조 제1항에 규정된 憲法訴願과는 法的 性格이 다르다고 본다. 憲法裁判所는 違憲審査型 憲法訴願을 違憲法律審判으로 이해하고 있다.¹³⁾ 이에 따라서 違憲審査型 憲法訴願의 請求要件으로 “公權力作用에 의하여 자기의 기본권이 현재, 직접 침해당했을 것을 주장하며 그에 대한 법률에 다른 구제절차가 없을 것”이 요구되는 것이 아니라, 違憲法律審判의 提請要件인 “裁判의 前提性”이 요구된다. 그리고 違憲審査型 憲法訴願의 결정형식도 憲法訴願審判의 決定形式인 “청구를 기각한다/인용한다.”가 아니라 “법률이 헌법에 위반된다/위반되지 아니한다.”를 취해야만 한다.

2. 權利救濟型 憲法訴願의 機能과 性格¹⁴⁾

13) 헌법재판소는 처음에는 위헌심사형 헌법소원 또한 권리구제형 헌법소원과 동일한 것으로 이해하여 몇몇 결정에서 그 심판청구의 적법성 판단기준으로 청구인의 권리침해의 현재성 등 심판청구의 이익 내지 소의 이익의 존재여부를 그 기준으로 제시하기도 하였다(예를 들어 1989. 9. 29. 89 헌마 53). 그러나 1990년부터 위헌심사형 헌법소원 심판청구의 적법성은 청구인의 소의 이익유무에 따라 판단하는 것이 아니라, 심판대상이 된 법률이 당해 소송에서 재판의 전제성을 가지는가 여부에 의하여 판단하였다(1990. 6. 25. 89 헌마 107). 그 뒤 이러한 헌법재판소의 입장은 일관되게 유지되었다: “이 사건은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 것으로서 이른바 위헌제청성 헌법소원이므로 그 적법요건으로 헌법소원의 대상이 된 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되어 있을 것이 필요하다.”(1993. 5. 13. 90 헌마 22): “헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 헌법소원심판은 그 본질이 위헌법률심판과 다를바 없으므로, 그 적법요건으로서 ‘재판의 전제성’의 요건을 갖추지 아니하면 구체적 규범통제로서의 심판이익을 상실하여 부적법하게 되고 ...”(1997. 11. 27. 96 헌마 60)

14) 이에 관하여 자세한 것은 Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht (3. Auflage), 1991, S. 159 이하; Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht (3. Auflage), 1994, S. 104 이하 참조.

1) 權利救濟型 憲法訴願의 性格

權利救濟型 憲法訴願(본래 의미의 헌법소원)이란 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 침해받은 자가 憲法裁判所에 그 公권력의 위헌여부심사를 청구하여 자신의 基本權을 보호받는 제도를 말한다.

그런데 이러한 權利救濟型 憲法訴願을 제기하기 위해서는 다음 要件들을 갖추어야만 한다¹⁵⁾ : 우선 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 그 基本權은 원칙적으로 “審判請求人 자신의 것”으로서 “直接” 그리고 “現在” 侵害당한 경우라야 한다.¹⁶⁾ 이에 따라서 權利救濟型 憲法訴願은 헌법상 보장된 자신의 基本權을 侵害받은 자가 그 審判을 請求하는 제도이다.¹⁷⁾ 그러나 請求人의 基本權을 가능한 한 광범위하게 보호하기 위하여 憲法訴願審判이 請求되면 憲法裁判所로서는 請求人의 主張에만 얽매어서 판단을 할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상 청구인에게 보장된 基本權侵害與否를 職權으로 審査하여야 한다.¹⁸⁾

또한 憲法裁判所法 제68조 1항에 따라 憲法訴願을 제기하기 위해서는 다른 법률에 救濟節次가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구해야 한다는 補充性原則을 준수해야만 한다. 憲法訴願의 경우에 이렇게 補充性原則이 요구되는 것은 憲法訴願의 본질이 다른 權利救濟節次에 보충적으로 작용하는 최후의 권리구제수단이기 때문이다.¹⁹⁾ 여기서 ‘다른 법률에

15) 이에 관하여 자세한 것은 金顯哲, 憲法訴願의 適法要件, 憲法論叢 제9집, 1988, 771면 이하 참조.

16) 1992. 10. 1. 91 헌마 31

17) 이미 설명된 것처럼 기본권이 침해된 경우에 한하여 헌법소원을 제기할 수 있으므로, 문제가 되는 공권력작용이 청구인의 기본권이 아니라 다른 헌법규정을 침해한 경우에 헌법재판소가 기본권규정이 아닌 헌법규정을 근거로 한 헌법소원청구를 인용할 수 없다. 그런데 헌법재판소는 “헌법소원이 단지 주관적인 권리구제절차일 뿐이 아니라 객관적 헌법질서의 수호와 유지에 기여한다는 이중적 성격을 지니고 있으므로, 헌법재판소는 본안판단에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법 제107조 및 제111조에 규정된 헌법재판소의 권한규범에 부분적으로 위반되는 위헌적인 규정이므로, 이 사건 헌법소원은 위에서 밝힌 이유에 따라 한정적으로 인용될 수 있는 것이다.”고 결정하였다. (1997. 12. 24. 96 헌마 172, 173 (병합)) 이에 관하여 자세한 것은 이명용, 헌법소원의 심사기준, 公法研究 제26집 제2호, 1998, 139면 이하 참조.

18) 1989. 9. 4. 88 헌마 22. 이에 따라서 헌법재판소는 헌법소원심판청구서의 기재에 구애됨이 없이 청구인 주장요지의 종합적 판단과 더불어 그것을 직권 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정·판단한다. (1993. 5. 13. 91 헌마 190)

19) 1994. 8. 31. 92 헌마 126 : “헌법소원심판청구에 있어서 사전구제절차를 밟을 것을 청구인 측에게 요구하고 있는 입법처지는 업무처리의 효율성의 측면에서 볼 때 우선 당해 처분기관 자체에서 스스로 시정할 수 있는 기회를 갖도록 하는데 그 본래의 뜻이 있다고 봐야 할 것이고 일반 국민의 헌법소원심판 청구의 길을 가급적 제한하거나 억제하는데 그 본래의 취지가 있는 것은 아니다.” (1992. 10. 1. 91 헌

구제절차가 있는 경우'란 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것이지, 사후적·보충적 구제수단인 손해배상청구나 손실보상청구를 의미하는 것이 아니다.²⁰⁾ 그러므로 '다른 법률에 구제절차가 있는 경우'란 그 공권력을 직접 대상으로 하여 그 잘못 자체를 다루고 권리구제절차를 말한다.²¹⁾

그러나 憲法訴願의 補充性原則이 인정된다고 해서 언제나 補充性原則이 적용되고 이에 대한 例外가 인정될 수 없다고 생각해서는 안 된다. 왜냐하면 司法的 權利救濟節次를 통해 基本權保障을 기대할 수 없거나 그로 인해 중대하고 피할 수 없는 손해가 발생할 경우에도 司法的 救濟節次를 반드시 거치도록 한다면 우선 국민의 기본권을 보호하기 위해서 존재하는 憲法訴願制度의 目的에 비추어 보아 타당하지 못할 뿐만 아니라, 더 나아가서 憲法訴願이 법원의 사실판단이나 법의 해석, 적용에 대해 다시 審査하는 것이 아니므로 보충성 원칙의 예외를 인정한다고 해서 法院의 權限을 침해한다고 할 수는 없기 때문이다.²²⁾

2) 權利救濟型 憲法訴願의 機能

權利救濟型 憲法訴願은 일차적으로 공권력작용으로부터 국민의 基本權을 보호하는 기능을 갖는다.²³⁾ 이에 따라서 憲法訴願은 원칙적으로 주관적 권리구제절차로서 성격을 갖는다.²⁴⁾ 그러므로 심판청구 당시에 權利保護의 利益이 인정되더라도, 심판계속중에 생긴 사

마 31)

20) 1989. 4. 17. 88 헌마 3

21) 1993. 7. 29. 89 헌마 31

22) 먼저 法令에 의한 直接的인 基本權侵害與否가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다루는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없으므로 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 憲法訴願을 제기할 수 있다.(1990. 6. 25. 89 헌마 220) 곧 法令에 의한 직접적인 기본권침해가 문제가 될 때에는 補充性原則이 적용될 여지가 없는 것이다.(1991. 5. 13. 89 헌마 267) 그 다음으로 補充性原則의 例外로서 인정될 수 있는 경우로 憲法裁判所는 “헌법소원심판 청구인이 그의 불이익으로 들릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 前審節次를 밟지 않은 경우 또는 前審節次로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 前審節次履行의 기대가능성이 없을 때”를 들면서 이러한 경우에 “그 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 창설취지를 살리는 방법이라고 할 것”이라고 결정하였다.(1989. 9. 4. 88 헌마 22)

23) “헌법소원은 원칙적으로 기본권의 침해에 대한 ‘구제’를 본질적 사명으로 하고 있는 것이므로 자기의 기본권 침해와 직접 관련되지 않는 단순한 위헌확인을 구하는 것은 헌법소원제도의 본질상 허용될 수 없는 것이어서 부적법하다.” (1993. 3. 15. 93 헌마 36)

24) “헌법소원제도는 일반사법제도와 같이 보편화된 제도가 아니고 헌법소원을 채택하고 있는 나라마다 헌법소원제도를 구체적으로 형성함에 있어서, 특히 헌법소원의 심판범위에 있어서도 그 내용을 서로 달리하는 경우가 많으므로 일반적으로 인정된 보편·타당한 형태가 있는 것이 아니다. 그러나 오늘날 헌법소원제도를 두고 있는 나라들은 모두 한결같이 헌법소원이 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제 받기 위한 이른바 주관적 권리구제절차라는 것을 그 본질적 요소로 하고 있다.” (1997. 12. 24. 96 헌마 172·173 (병합))

정변경, 곧 사실관계 또는 법령제도의 변동으로 인하여 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 審判請求는 부적법하게 된다.²⁵⁾

그러나 이러한 憲法訴願은 원칙적으로 개인의 主觀的 權利를 보호하는 基本權保障機能을 갖지만, 그 외에 보충적으로 客觀的인 憲法秩序를 보호하는 기능 또한 갖고 있다.²⁶⁾ 그러므로 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 憲法訴願이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안 되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익이 있다.²⁷⁾

V. 現行法上 憲法訴願制度의 問題點

1. 違憲審査型 憲法訴願의 問題點

이미 설명한 것처럼 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 憲法訴願은 법원이 법률의 위헌여부심판제청을 棄却한 때에 이를 신청했던 당사자가 헌법재판소에 청구할 수 있는 제도로서, 違憲審査型 憲法訴願은 法院이 提請하는 違憲法律審判과 함께 具體的 規範統制의 한 유형으로서 法律의 違憲與否를 심판하는 제도로 확립되었다. 결국 이러한 설명을 종합한다면 그 法的 性格과 機能에서 헌법재판소법 제68조 제1항의 權利救濟型 憲法訴願과 헌법재판소법 제68조 제2항의 違憲審査型 憲法訴願間에는 상당한 차이가 있다는 것을 알 수 있다.²⁸⁾

그렇다면 이는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 수단이라기 보다는 違憲法律審判制度를 보완하는 제도이다. 이렇게 違憲審査型 憲法訴願이 憲法裁判所法에 규정된 이유는 바로 “法院의 裁判”이 憲法訴願審判의 對象에서 제외되어 있기 때문이다.(헌법재판소법 제68조 제1항) 이에 따라서 만일 법률의 개정 등을 통하여 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에

25) 1994. 8. 31. 92 헌마 126.

26) 1992. 1. 28 91 헌마 111 : “헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있다. 따라서 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익이 있다고 보아야 한다.”

27) 1992. 1. 28 91 헌마 111 : 1994. 8. 31. 92 헌마 126

28) 예를 들어 다음과 같은 헌법재판소 결정을 참조 : “헌법재판소법 제68조, 제69조의 해석상 동법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원의 경우에는 동법 제69조 제2항의 청구기간 외에 같은 조 제1항의 청구기간도 함께 준수해야 한다고 볼 수 없다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다.” (1997. 8. 21. 94 헌마 2)

포함된다면, 이러한 違憲審査型 憲法訴願制度는 존재해야할 필요성이 사라지게 되는 것이다.

2. 權利救濟型 憲法訴願의 問題點

1) 헌법재판소법 제68조 제1항의 내용

이미 설명한 것처럼 憲法訴願이란 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 침해받은 자가 憲法裁判所에 그 公권력의 위헌여부심사를 청구하여 자신의 基本權을 보호받는 제도를 말하는데, 여기서 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 憲法訴願審判의 對象으로서 “公權力”이란 立法·司法·行政 등 모든 公權力을 말한다.²⁹⁾

그런데 이미 설명한 것처럼 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하여 “法院의 裁判”을 憲法訴願의 對象에서 제외하였다. 따라서 현행법상 法院의 裁判인 判決·決定·命令 자체를 대상으로 하여 憲法訴願을 제기한다면 이는 부적법한 것이 된다(헌법재판소법 제72조 제3항 제1호).

결국 이는 法院의 裁判 자체를 對象으로 하는 憲法訴願은 허용될 수 없다는 것을 의미하는 것³⁰⁾으로서, 여기서 “法院의 裁判”이라 함은 소송사건을 해결하기 위하여 법원이 행하는 종국적 판단의 표시인 종국결정과 같은 의미로 사용되기도 하나 소송법상으로는 법원이 행하는 공권적 법률판단 또는 의사의 표현을 지칭하는 것이며, 이러한 의미에서는 사건을 종국적으로 해결하기 위한 종국판결 외에 본안전 종국판결 및 중간판결이 모두 포함되는 것이고 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함된다.³¹⁾ 또한 재판장의 소송지휘권의 행사에 관한 사항은 그 자체가 재판장의 명령으로서 법원의 재판에 해당하거나, 또는 재판형식이 아닌 권력적 사실행위로 행하여졌다 하더라도 항소심 종국판결이 선고된 이후에는 위 종국판결에 흡수·포함되어 그 불복방법은 위 항소심 판결에 대한 상고에 의해서만 가능하므로 재판장의 변론지휘권의 부당한 행사를 그 대상으로 하는 헌법소원심판청구나 재판장의 소송지휘 또는 재판진행에 관한 헌법소원심판의 청구는 결국 법원의 재판을 직접 그 대상으로 하여 청구한 경우에 해당하므로 부적법하다고 헌법재판소는 결정하였다.³²⁾

29) 1990. 10. 15. 89 헌마 178.

30) 1992. 12. 24. 92 헌마 134 : “청구인의 주장과 같이 미결구금일수의 본형산입에 관한 위 대법원판결에 잘못이 있다고 할지라도 이러한 사유는 법원의 재판에 관한 것으로서 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 비추어 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.” (1992. 1. 16. 91 헌마 232)

31) 1992. 12. 24. 90 헌마 158 : 1993. 3. 15. 93 헌마 36

32) 1992. 6. 26. 89 헌마 271 : 1993. 6. 2. 93 헌마 104 : 헌법재판소는 재판부작위(재판의 지연)에 관한 결정에서 “법원은 국민의 재판청구권에 근거하여 법령에 정한 국민의 정당한 재판청구행위에 대하여만 재판을 할 의무를 부담하고 법령이 규정하지 아니한 재판청구행위에 대하여는 그 의무가 없다. 따라서

2) 問題點

아래에서 다시 설명되는 것처럼 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에서 제외됨으로 인하여 司法作用이 배제될 뿐만 아니라, 결과적으로 대부분의 行政作用까지도 제외되어 버린다. 결국 “法院의 裁判”을 배제한 헌법재판소법 제68조 제1항은 法院의 裁判이나 行政作用처럼 직접적으로 국민의 기본권과 관련되는 영역은 배제되고 일반적이고 추상적인 立法作用 등만이 憲法訴願의 對象으로 남는 기형적 결과를 낳는다.

그 다음으로 憲法裁判이 국가권력의 합헌성을 담보하기 위한 제도이므로 憲法裁判所의 결정이 실효성을 갖기 위해서는 다른 국가기관이 그 결정을 존중하여야 한다. 그런데 헌법재판소와 법원간에 법규범의 해석과 적용을 둘러싸고 서로 의견차이가 있는 경우에, 憲法裁判所로서는 法院을 통제할 수 있는 충분한 수단을 갖고 있지 못하다. 왜냐하면 이미 설명한 것처럼 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에서 제외되어 있기 때문이다.³³⁾

3) 批判

그렇다면 과연 憲法訴願의 對象에서 “法院의 裁判”을 배제하는 것이 과연 문제가 없는지를 검토해야만 한다.

첫 번째로, 이미 언급한 것처럼 憲法訴願이란 制度의 存立理由가 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 침해받은 자가 憲法裁判所에 그 공권력의 위헌 여부부심사를 청구하여 基本權을 보호받는 데에 있다면³⁴⁾, 憲法訴願의 對象에서 “法院의 裁判”을 배제하는 것은 “최후의 권리구제수단”이라는 헌법소원제도의 기능적 측면에서 처음부터 허용될 수 없는 것이다.³⁵⁾

종국판결이 상소기간 경과로 확정된 후, 동 판결선고 전에 청구의 인낙이 있었다는 이유로 하는 기일지정신청은 법령에 규정한 바 없고 그 기일지정신청을 인정하는 법리도 없으므로 그러한 기일지정신청은 법원에 대하여 아무런 의미도 부여할 수 없고 법원이 이에 대하여 재판을 하여야 할 의무를 부담하지 않으므로 위 기일지정신청에 대하여 법원이 아무런 재판을 하고 있지 않는데 대한 헌법소원은 헌법에서 유래하는 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이어서 부적법하다.”고 결정하였다.(1994. 6. 30. 93 헌마 161)

33) 이는 憲法裁判所가 내리는 다양한 變形決定의 效力을 전혀 인정하지 않으려는 大法院의 입장(1996. 4. 9. 大判 95 누 11405)과 이에 대한 憲法裁判所의 결정(1997. 12. 24. 96 헌마 172)에서 가장 극명하게 나타난다. 이에 관하여 자세한 것은 南福鉉, 限定違憲決定에 違反된 大法院判決에 대한 憲法裁判所의 取消決定, 琴浪金哲洙教授 停年紀念論文集 1998, 896면 이하 참조.

34) Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. 2, 1987, S. 828 이하.

35) 따라서 “헌법재판소법 제68조 제1항은 국민의 기본권(평등권 및 재판청구권 등)의 관점에서는 입법형성권의 헌법적 한계를 넘는 위헌적인 법률조항이라고 할 수 없다.”는 헌법재판소의 결정(1997. 12. 24. 96 헌마 172·173(병합))은 憲法訴願制度가 최후의 권리구제수단으로서 작용한다는 사실을 인식하지 못한 것이다. 이에 관하여 자세한 것은 洪性邦, 憲法裁判所法 第68條 第1項 本文은 違憲이다, 判例月報

두 번째로, 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 憲法訴願(違憲審査型 憲法訴願)은 법원이 법률의 위헌여부심판제청을 棄却한 때에 이를 신청했던 당사자가 헌법재판소에 청구할 수 있는 제도로서, 이는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 수단이라기 보다는 違憲法律審判制度를 보완하는 제도이다. 이렇게 違憲審査型 憲法訴願이 헌법재판소법에 규정된 이유는 바로 헌법재판소법상 “法院의 裁判”이 憲法訴願審判의 對象에서 제외되어 있기 때문이다. 그렇다면 헌법재판소법 제68조 제2항의 憲法訴願制度는 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象으로 포함된다면 존재할 필요가 없는 규정이다. 이처럼 違憲審査型 憲法訴願은 현실적으로는 “法院의 裁判”을 배제하는 현행 헌법소원제도의 결함을 일부 보완할 뿐, 근본적인 해결책을 제공하지는 못한다.

세 번째로, 行政作用에 대한 憲法訴願에서는 憲法訴願의 補充性原則 및 法院의 裁判에 대한 憲法訴願禁止規定 때문에 檢事의 不起訴處分, 行政立法에 의한 直接的인 基本權侵害, 行政廳의 不作為, 權力的 事實行爲 등과 같이 行政訴訟에 의하여 權利救濟를 받을 수 없거나 行政訴訟를 거친다 하더라도 구제 받을 수 있는 기대가능성이 없거나 매우 적어서 補充性原則의 例外가 인정되는 경우로 그 범위가 제한된다. 곧 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에서 제외됨으로 인하여 司法作用이 배제될 뿐만 아니라, 결과적으로 대부분의 行政作用까지도 제외되어 버린다. 결국 이에 따라서 “法院의 裁判”을 배제한 헌법재판소법 제68조 제1항은 직접적으로 국민의 기본권과 관련되는 영역 - 法院의 裁判이나 行政作用 - 은 배제되고 일반적으로 추상적인 立法作用 등만이 憲法訴願의 對象으로 남는 기형적 결과를 낳는다.³⁶⁾

네 번째로, 일부에서는 憲法訴願의 對象에 “法院의 裁判”이 포함된다면 憲法裁判所가 第四審이 된다는 것과 아울러 이를 인정한다면 大法院의 最高法院院性에도 위반된다고 주장한다.³⁷⁾ 그러나 이는 우선 憲法訴願의 意義를 잘못 이해한 것이다. 곧 憲法訴願의 目的이 國民의 基本權保障에 있다면, 憲法訴願의 對象에 “法院의 裁判”이 포함된다 하더라도 憲法裁判所가 전면적으로 司法作用을 통제하는 게 아니라, 國民의 基本權을 侵害하는 法院의 裁判만을 다루게 된다.³⁸⁾ 그 다음으로 憲法裁判所는 “憲法에 관한 特別法院”으로서 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범에 근거하여 유권적으로 결정함으로써 憲法秩序를 유지하고 헌법을 실현하는 국가기관이다. 그렇다면 憲法裁判所가 違憲法律審判權을 통하여

1998. 8. 15면 이하 참조.

36) 金雲龍, 前掲書, 381면 이하 참조.

37) 이는 헌법재판소법 제정당시부터 지금까지 법원 쪽에서 반대논거로 제시하고 있는 여러 주장들중 하나에 속한다. 예를 들어 朴洪佑, 大法院과 憲法裁判所의 權限分配, 憲法裁判의 回顧와 展望, 1998, 274면 이하 참조.

38) 예를 들어 憲法訴願의 대상에 “法院의 裁判”이 포함되는 獨逸에서도 聯邦憲法法院이 法院을 전면적으로 통제하려고 하지는 않는다. 곧 獨逸에서 “법원의 재판”에 대한 헌법소원이 인정되는 경우는 법원의 재판을 통하여 “국민의 기본권이 침해”로 한정된다. 이에 관하여 자세한 것은 Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte (3. Auflage), Carl Heymanns Verlag 1989, S. 153 이하 참조.

立法府를 통제한다고 해서 입법부 위에 군림하지 않는 것처럼, 憲法裁判所가 國民의 基本權을 침해하는 “法院의 裁判”을 憲法訴願을 통하여 다룬다고 해서 “司法府內”에서의 大法院의 지위나 권한이 결코 훼손되지 않는다.

또한 比較法的으로 보더라도 독일에서는 立法이나 行政作用에 대해서 뿐만 아니라 司法作用에 대해서도 憲法訴願提起가 가능할 뿐만 아니라, 실제로 法院의 裁判에 대한 憲法訴願이 憲法訴願의 對象中에서 많은 비중을 차지하고 있는데 반하여³⁹⁾, 우리 나라에서는 憲法裁判所法 제68조 제1항에 의하여 法院의 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않기 때문에 憲法訴願을 통하여 다룰 수 있는 범위가 사실상 매우 제한될 수밖에 없다. 원래 헌법재판작용의 핵심이자 출발점은 違憲法律審判制度이나 위헌법률심판제도에 못지 않게 중요한 비중을 차지하는 것이 바로 獨逸에서 발전된 憲法訴願制度이다. 왜냐하면 이러한 憲法訴願은 가장 직접적으로 國民의 基本權을 보호하는 역할을 담당하고 있기 때문이다.⁴⁰⁾

마지막으로 憲法裁判所法 제45조는 憲法裁判所의 決定類型으로 違憲決定과 合憲決定을 규정하고 있으나 憲法裁判所는 合憲, 違憲決定이 아니라 그 결정형식이 이와는 다른 여러 유형의 變形決定을 내리고 있다. 문제는 憲法裁判所의 이러한 變形決定이 어떠한 效力을 갖는지, 곧 과연 모든 국가기관과 지방자치단체가 이러한 變形決定에도 따라야 하는 지이다. 그런데 大法院은 “한정위헌 결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일용 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다.”⁴¹⁾고 결정하였다. 이에 대하여 憲法裁判所는 “헌법재판소법 제68조 제1항이 원칙적으로 헌법에 위반되지 아니한다고 하더라도, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 國民의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다.”고 결정하였다. 이에 따라서 “이 사건 대법원판결은 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 것으로서 위헌결정의 기속력에 반하는 재판임이 분명하므로 이에 대한 헌법소원은 허용된다.”⁴²⁾

결국 이러한 모든 문제점들은 궁극적으로 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에서 제외되었기 때문에 발생하는 것임을 언제나 인식해야만 한다.⁴³⁾

39) 이에 관하여 자세한 것은 Jarass / Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, C. H. Beck, 1992, 705면 이하 참조.

40) 이에 관하여는 Felix Weyreuther, Bundesverfassungsgericht und Verfassungsbeschwerde, DVBl 1997/15, 925면 이하 참조.

41) 1996. 4. 9. 大判 95 누 11405

42) 1997. 12. 24. 96 헌마 172.

43) 이미 설명한 것처럼 憲法裁判所가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 國民의 기본권을 침해한 재

VI. 憲法訴願의 機能과 役割에 대한 立法論的 考察

1. 國民의 基本權保障을 위한 憲法體系的인 解釋

法治國家原則이란 國家權力을 憲法 및 法에 구속시킴으로써 국가권력의 행사를 예측하고 통제하는 것을 명령하는 憲法上 基本原則이다. 결국 그렇다면 法治國家理念의 核心은 國家權力의 統制와 拘束 및 個人自由의 保護에 있다.⁴⁴⁾ 여기서 국가권력행사의 정당성을 판단하는 척도가 바로 한 국가의 기본적인 법질서를 의미하는 憲法이다. 이러한 民主法治 國家의 憲法에서 제기되는 문제, 곧 국가권력의 성립 및 행사의 정당성문제는 결국 民主法治 國家에서 個人과 國家間 關係가 어떻게 설정되어야만 하는지에 관한 것이다. 결국 民主法治 國家에서 國民을 위하여 國家가 존재해야 한다면, 그래서 이를 통하여 “國家權力의 成立”이 정당하다면 그 다음으로 “國家權力行使”의 正當性與否가 검토된다. 그러므로 國家權力의 成立과 그 行使가 國民의 意思에 근거하고 國民을 위한 것이어야만 비로소 그러한 國家權力은 正當한 것으로 인정된다. 따라서 法治國家의 우선적인 목적은 個人의 人間尊嚴 및 自己決定을 보호하는 데에 있다. 그리고 이러한 個人의 自由는 한편으로는 憲法上 保障되는 基本權들을 통하여, 다른 한편으로는 권력 상호간의 견제와 균형을 의미하는 權力分立을 통하여 보장된다.⁴⁵⁾ 따라서 모든 國家權力의 行使는 法治國家原則을 따르고 존중하는 것일 때에만 비로소 節次的 正當性과 實體的 正當性 모두를 확보할 수 있는 것이다.⁴⁶⁾

이에 따라서 國民의 基本權保障 및 실질적 법치주의를 확립하기 위하여 국가기관들이 자신에게 부여된 권한만을 행사할 수 있도록 통제하는 헌법재판작용이 필요한 것이다. 결국 憲法裁判이란 헌법규범의 내용과 효력에 관하여 다툼이 있는 경우에 이를 해결하기 위한 최종적 유권해석작용이다. 그렇다면 모든 국가기관은 헌법에 따라야만 하므로 헌법에 관한 최종적 유권해석기관인 憲法裁判所가 내린 결정은 법원을 포함한 모든 국가기관을 기속한다.

그러므로 憲法裁判所와 大法院間 關係設定이라든가, “法院의 裁判”을 憲法訴願의 對象에 포함시킬지 여부 등과 같은 문제는 國民의 基本權保障 및 實質的 法治主義라는 관점에서 고찰해야만 하는 것이다.

판은 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에 포함되는 것으로 결정하였음에도 불구하고 계속해서 大法院은 憲法裁判所가 내린 變形決定의 效力을 부인하고 있다. 이에 관하여는 法律新聞 1998년 11월 5일 (제2738호) 참조.

44) Ulrich Karpen, Der Rechtsstaat des Grundgesetzes, Nomos, 1992, S. 19 이하.

45) Ulrich Karpen, a. a. O., S. 23 이하.

46) 이에 관하여 자세한 것은 권영호, 헌법질서로서 민주주의와 법치국가 원리, 法과 政策(濟州大學校 法과 政策研究所) 제4호, 1998, 140면 이하 참조.

2. 現行憲法上 憲法裁判所와 大法院間 關係

우선 憲法은 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”라고 규정하여 법원에 포괄적인 사법권을 부여하고 있다. 따라서, 헌법 기타 법령에 특별한 규정이 없는 한 法院은 司法權 全般을 행사한다. 한편, 憲法은 제111조에서 憲法裁判所가 특별히 관장할 심판사항을 규정하고 있으므로 法院은 憲法裁判所의 심판사항에 대하여는 司法權을 행사할 수 없다는 제한을 받게 된다.

이에 따라, 憲法裁判所의 違憲法律審判權은 法院의 法律解釋權을 제한하게 되고, 그러한 범위에서 法院의 法律解釋權은 일정한 제약을 받게 된다. 헌법은 제107조 제1항에서 이를 구체화하여 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”라고 규정하여, 법원이 해석하여 적용할 법률내용이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여는 법원 스스로 판단할 수 없도록 정하고 있다. 따라서, 法院의 法律解釋權은 법률내용에 대한 ‘違憲審判權’이 제외되어 있는 法律解釋權을 의미하게 된다. 따라서 法院은 구체적인 사건에서 법률을 해석하여 적용할 때 첫째, 법률내용이 憲法에 위반되지 아니하도록 해석하여 적용할 것이며, 둘째, 法文에 따라 법률을 해석하여 일정한 법률내용을 적용하려고 할 때, 그 법률내용이 違憲이라고 의심되는 경우에는 재판절차를 정지하고 그러한 해석으로 인하여 도출된 법률내용이 헌법에 합치하는지 여부를 먼저 憲法裁判所에 심판 제청한 뒤, 헌법재판소의 결정에 따라 재판을 하여야 한다.⁴⁷⁾ 따라서 憲法裁判所가 특정한 법률내용에 대하여 違憲이라고 선언한 경우에는, 헌법재판소법 제47조에 따라 당해 법률내용이 법률로서 효력을 상실하고, 法院은 憲法裁判所의 違憲決定에 기속되어 위헌 선언된 법률내용을 구체적인 사건에서 적용할 수 없게 된다.⁴⁸⁾

3. 立法論的 考察

1) 憲法の 改正을 통한 解決

결국 1987년 이후에 憲法이 헌법재판제도를 통하여 규범력을 발휘하기 시작하면서 오히려 많은 문제점들이 노출되기 시작하였다. 그런데 이러한 많은 문제점들은 憲法の 體系的이고 合理的인 解釋을 통하여 해결 가능한 것도 있지만, 憲法改正을 통하지 않고서는 그 해결이 어렵거나 불가능한 것들도 많다.

그렇다면 이제 憲法改正을 통하여 이러한 갈등상황을 헤쳐나갈 수밖에 없다. 이에 따라서 우선 憲法裁判所制度를 채택하든, 法院을 통한 司法審査制度를 채택하든 간에 違憲審査

47) 곧 현행헌법은 법률에 대한 “위헌제정권”은 일반법원이 담당하며, “위헌결정권”은 헌법재판소가 담당하는 구조로 되어 있다.

48) 이에 관하여 자세한 것은 黃道洙, 憲法裁判所와 大法院의 關係, 考試界 1997. 5. 87면 이하 참조.

制度를 一元化해야만 한다. 그리고 만일 계속해서 개정된 헌법에서도 憲法裁判所制度가 존속한다면 그 헌법에서는 憲法裁判所의 관장사항을 좀더 명확하고 구체적으로 적시해야만 한다. 예를 들어 憲法裁判所의 地位와 權限, 憲法訴願의 意義, 對象, 提起要件 등에 관하여 헌법 스스로 명확한 입장을 표명해야 한다는 것이다.

2) 憲法裁判所法の 改定

그러나 헌법의 개정작업은 매우 어려울 뿐만 아니라 언제 될지도 모르기 때문에, 지금 “더 바람직한” 헌법을 위한 준비작업을 하면서, 현행 헌법의 모순점을 “현행법률”들의 적용이나 개정을 통하여 해결하는 작업을 동시에 해야만 한다.

그렇다면 憲法裁判에 관한 많은 문제점들은 憲法裁判所의 적극적 해석과 아울러 입법자를 통한 법개정을 통하여 해결되어야만 한다. 그러나 이미 憲法裁判所는 “법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는 견해는 기본권보호의 측면에서는 보다 이상적이지만, 이는 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 이루어질 문제라기 보다 입법자가 해결해야 할 과제이다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 국민의 기본권(평등권 및 재판청구권 등)의 관점에서는 입법형성권의 헌법적 한계를 넘는 위헌적인 법률조항이라고 할 수 없다.”⁴⁹⁾고 결정하였으므로 憲法裁判所가 헌법재판소법 제68조 1항에 대한 違憲決定을 내리기를 기대하기보다는 입법자의 법개정을 통하여 해결책을 모색하는 것이 더 낫다. 우선 憲法訴願이 一元化되고 憲法訴願의 對象에 “法院의 裁判”이 포함되어야만 한다.⁵⁰⁾ 다시 말하자면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자를 위하여 존재하는 최후의 권리구제수단이 憲法訴願이라면 이러한 憲法訴願의 對象에서 “法院의 裁判”을 제외할 이유나 필요성은 전혀 존재하지 않는다.⁵¹⁾ 그렇다면 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “法院의 裁判을 제외하고는”이란 문구를 삭제하고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 違憲審査型 憲法訴願은 폐지되어야만 한다. 그 다음으로 憲法裁判所가 違憲決定이나 合憲決定이 아닌 다른 變形決定들을 내릴 수 있는 근거를 헌법재판소법에 명시적으로 규정해 놓음으로써, 발생할 수 있는 충돌의 가능성을 미연에 방지하는 입법적 노력을 해야만 한다.⁵²⁾

49) 1997. 12. 24. 96 헌마 172·173 (병합)

50) 桂禧悅, 憲法裁判과 國家機能, 憲法裁判의 回顧와 展望, 1998, 255면 이하.

51) 이에 관하여 자세한 것은 李郁漢, 憲法裁判所法 제68조제1항의 ‘法院의 裁判을 제외하고는’의 문제점과 그 解決方案, 人權과 正義, 1996. 5. 47면 이하; 黃致連, 裁判訴願禁止의 違憲性, 琴浪金哲洙教授 停年紀念論文集 1998, 991면 이하 참조.

52) 南福鉉, 法律에 관한 變形決定의 類型과 效力, 憲法論叢 제9집, 1998, 1058면 이하 참조.

Ⅵ. 結 論

이미 설명한 것처럼 憲法訴願이란 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 침해받은 자가 憲法裁判所에 그 공권력의 위헌여부심사를 청구하여 자신의 基本權을 보호받는 제도를 말하는데, 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하여 “法院의 裁判”을 憲法訴願의 對象에서 제외하였다.

그렇다면 과연 憲法訴願의 對象에서 “法院의 裁判”을 배제하는 것이 과연 문제가 없는지를 검토해야만 한다. 우선 憲法訴願의 對象에서 “法院의 裁判”을 배제하는 것은 “최후의 권리구제수단”이라는 헌법소원제도의 기능적 측면에서 처음부터 허용될 수 없는 것이다. 게다가 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에서 제외됨으로 인하여 司法作用이 배제될 뿐만 아니라, 결과적으로 대부분의 行政作用까지도 제외되어 버린다. 결국 우리 나라에서는 憲法裁判所法 제68조 제1항에 의하여 法院의 裁判에 대한 헌법소원이 인정되지 않기 때문에 憲法訴願을 통하여 다룰 수 있는 범위가 사실상 매우 제한될 수밖에 없다. 이런 상황에서 憲法裁判所와 긴장관계에 있던 大法院은 마침내 法律解釋權은 大法院의 專屬的 權限이며 憲法裁判所의 變形決定은 大法院을 구속하지 못한다고 결정하였다. 결국 이러한 모든 문제점은 궁극적으로 “法院의 裁判”이 憲法訴願의 對象에서 제외되었기 때문에 발생하는 것임을 언제나 인식해야만 한다.

그렇다면 이제 憲法改正을 통하여 이러한 갈등상황을 헤쳐나갈 수밖에 없다. 이에 따라서 우선 憲法裁判所制度를 채택하든, 法院을 통한 司法審査制度를 채택하든 간에 違憲審査制度를 一元化해야만 한다. 그리고 만일 계속해서 개정된 헌법에서도 憲法裁判所制度가 존속한다면 그 헌법에서는 憲法裁判所의 관장사항을 좀더 명확하고 구체적으로 적시해야만 한다. 그 다음으로 헌법이 개정되기 이전에는 일단 헌법재판소법이 개정되어야만 한다. 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “法院의 裁判을 제외하고는”이란 문구를 삭제하고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 違憲審査型 憲法訴願은 폐지되어야만 한다.