



등

1999.9 16, 98헌마265

Analytical Survey on Views of the Korean Constitutional Court Regarding Justiciability in the Constitutional Complaint Cases

저자
(Authors) Ki Young Kim

출처
(Source) [헌법판례연구 2](#), 2000.08, 465-495(31 pages)

발행처
(Publisher) [한국헌법판례연구학회](#)

URL <http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE01959077>

APA Style (2000). 등 . 헌법판례연구, 2, 465-495

이용정보
(Accessed) 조선대학교
220.67.200.***
2019/08/02 15:30 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

裁判取消 등 憲法訴願

— 憲裁決 1999. 9. 16, 98헌마265 —

金 起 暎*

I. 事件의 概要	V. 評 釋
1. 前提되는 事件	1. 問題의 所在
2. 憲法訴願審判請求	2. 破棄還送 部分의 問題
II. 憲法裁判所의 多數意見	3. 原課稅處分에 對한 獨立的 訴願審判對象性의 問題
1. 破棄還送 部分	4. 法院의 裁判의 憲法訴願審 判對象性에 對한 이영모 재 판官의 見解
2. 上告棄却 部分	
III. 裁判官 조승형의 反對意見	
IV. 裁判官 이영모의 反對意見	VI. 結 論
1. 破棄還送된 事件部分	
2. 上告棄却 部分	

I. 事件의 概要

1. 前提되는 事件

請求人은 부산시 소재 토지의 2분의 1지분을 1994. 12. 26. 청구외 이동구에게 양도하였는바, 가락 세무서장은 기한내 법소정의 신고를 하지 않았다 하여 기준시가에 따라 양도차익을 결정하고 1995. 9. 1. 양도 소득세 금 16,041,350원을 부과하였다. 청구인은 이 사건 과세처분의 근거가 된 구소득세법의 규정이 위입입법의 한계 및 실질적 조세법률주의 원칙을 규정한 헌법 제59조의 취지에 위반되므로, 동법조항에 근

* 아주대학교 법학과 교수

거한 이 사건 과세처분은 위법하다는 이유로 행정소송을 제기하였고, 수소법원인 부산고등법원은 실지양도차익(10,124,030원)을 초과하는 부분은 위법하다며 일부인용 일부기각판결을 내렸다. 이에 청구인과 피청구인은 대법원에 상고하였고, 대법원은 1998. 7. 10. 양도가액과 취득가액을 산정함에 있어 기준시가 과세원칙을 채택할 것인지, 실지거래가액 과세원칙으로 할 것인지는 입법정책의 문제라 할 것이라고 하면서 청구인의 상고를 기각하였고, 피청구인의 상고에 대하여는 일부 잘못을 들어 원심에 파기환송하였다. 따라서 위 상고기각된 부분은 위 대법원 판결의 선고와 동시에 확정되었으나, 위 파기환송된 부분은 부산고등법원에 계속중 취하간주되었다.

2. 憲法訴願審判請求

청구인은 1998. 8. 17. 헌법재판소에 위 대법원 판결(대판 1998. 7. 10.)은 헌법재판소가 이미 한정위헌결정(헌재결 1995. 11. 30. 94헌마40 등)을 내린 바 있어 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용하여 청구인의 재산권을 침해한 것이라고 주장하면서 위 대법원 판결 및 이 사건 과세처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

II. 憲法裁判所의 多數意見

1. 破棄還送 部分

(1) 裁判의 取消請求

헌법소원심판청구가 본안의 판단을 받기 위하여는 권리보호의 이익이 존재하여야 하는바, 이는 헌법재판소의 심판청구 당시는 물론 헌법재판

소의 결정 당시에도 존재하여야 한다. 그런데 본 사안의 경우에, 문제의 대법원판결 중 파기환송부분은 부산고등법원계속중 1998. 10. 11. 취하간주되었으므로, 그 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익을 갖추지 못한 경우에 해당하여 부적법하다고 할 것이라고 판시하였다.

(2) 原處分 取消請求

원처분취소를 구하는 심판청구부분 역시 그 취소를 구하는 행정소송이 취하되었거나 취하간주된 경우로서 헌법재판소법 소정의 “다른 법률에 의한 구제절차를 거친 후”라는 헌법소원심판청구에 있어서의 적법요건을 갖추지 못한 경우에 해당하여 부적법하다.

2. 上告棄却 部分

(1) 裁判의 取消請求 部分

법원의 재판 자체는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니함이 원칙이고, 다만 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대하여만 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것인바,¹⁾ 본 사안의 경우에는 여기에 해당하지 않아 헌법소원의 대상이 되는 예외적 재판에 관한 것이 아니다. 따라서 재판의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 부적법하다.

(2) 原處分の 取消請求 部分

행정처분이 헌법에 위반된다는 등의 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 법원에 제기하였으나 그 청구를 기각한 판결이 확정된 경우에는 전술한 예외적 재판에 해당하여 재판을 취소할 수 있는 경우가 아닌 한, 확정판결의 기판력으로 인하여 그 행정처분은 헌법소원심판의

1) 헌재결 1997. 12. 24, 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842.

대상이 되지 아니한다.²⁾

Ⅲ. 裁判官 조승형의 反對意見

재판관 조승형은 원과세처분에 대한 헌법재판소의 통제가 이루어져야 한다는, 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고, 91헌마98, 93헌마253(병합)사건에서의 자신의 반대의견을 고수하고 있다. 그 논거를 다음과 같이 제시하고 있다.

첫째, 헌법 제111조 제 1 항 제 5 호의 위임정신이나 헌법재판소법 제68조 제 1 항의 입법취지는 ‘법원의 재판’에 대한 직접적인 소원과 권리구제절차로서의 ‘재판’을 거친 원공권력작용에 대한 소원을 명백히 구분하고 있으며, 따라서 재판을 제외한 모든 공권력작용에 대한 헌법소원은 다른 法律에 정한 救濟節次를 모두 거치게 되면 헌법소원을 제기할 수 있고, 행정소송법상의 구제절차라고 하여 달리 볼 것이 아니다.

둘째, 헌법소원의 대상에서 행정소송을 거친 원과세처분을 제외시키는 다수의견의 논거 중 헌법 제107조 제 2 항은 그 문언상 대법원의 최종적 심사권은 처분 자체가 재판의 전제가 된 경우에 한하며, 그렇지 않고 처분 자체가 직접적인 기본권침해를 가져오는 경우에는 소원심판의 대상이 되어야 한다(이는 명령, 규칙에 대한 헌법소원을 인정하는 헌법재판소의 확립된 판례에 비추어 보아도 그와 並列적으로 규정되어 있는 처분의 경우에 달리 새길 이유가 없다는 점에서 타당하다).

셋째, 다수의견은 행정소송을 거친 원행정처분에 대한 소원심판청구는 행정작용은 물론 사법작용에 대한 통제를 결과한다고 주장하나, 소송물의 관점에서나 비교법적으로 재판에 대한 배제규정이 원행정처분에 대한 헌법소원의 배제규정이라고 유추해석할 수 없다. 또한 재판

2) 헌재결 1998. 5. 28, 91헌마98 등, 판례집 10-1, 660; 1998. 7. 16, 97헌마238 등 참조.

을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것은 법관의 오심에 의한 기본권침해 또는 재판절차 등에서 발생하는 새로운 사법부의 기본권침해에 대한 헌법재판소의 통제를 배제하려는 취지이다.

넷째, 헌법재판소의 원행정처분의 취소결정 등으로 법원의 확정판결의 기판력이 소멸하는 것은 헌법재판소 결정의 羈束力의 효력상 당연한 것이다.

또한 전기한 96헌마172 결정의 취지는 재판의 경우에도 예외적으로 헌법재판소의 통제가 가능하다는 취지이지, 재판 자체까지 취소할 것을 청구하는 경우에 한하여 원행정처분에 대한 헌법소원이 허용되는 것이라는 취지가 아니다.

IV. 裁判官 이영모의 反對意見

1. 破棄還送된 事件部分

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 예외적으로 헌법소원심판대상이 되는 법원의 재판은 중국적으로 심판한 확정판결만을 가리킨다고 볼 것이므로 대법원의 환송판결로 하급심에 계속중인 사건 부분은 헌법재판소의 심판대상이 아니며, 판결이 취소되지 않는 한 과세처분만 따로 심판대상으로 삼을 수 없다. 하급심계속중 소취하간주로 종결된 사정은 결론을 좌우할 수 없다.

2. 上告棄却 部分

과세처분의 근거조항인 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 구소득세법 제23조 제4항 제1호, 제45조 제1항 제1호

(가)목은 1993. 12. 31. 법률 제4661호로 개정되기 전의 소득세법 제23조 제4항 제1호, 제45조 제1항 제1호가목과 그 내용이 같은바, 이에 대하여는 헌법재판소가 1999. 4. 29, 96헌바22 등 사건에서 각 본문에 대하여는 합헌결정, 각 단서에 대하여는 限定合憲決定을 내린 바 있다. 그러나 위 각 단서조항은 법률에서 규정할 납세자에게 불리한 과세상의 실질적 내용이나 납세의무의 가중요건을 시행령에 규정하도록 위임함으로써 포괄위임금지의 원칙, 실질적 조세법률주의, 정당한 재판을 받을 권리, 평등권 등을 침해하고 있으므로 위헌으로 판단하여야 한다. 따라서 본 사안의 대법원판결은 위헌인 법률을 적용하였으므로 이에 대한 헌법소원심판은 적법하고 헌법재판소로서는 본안에 관하여 판단하여야 한다.

특히 1998. 4. 30, 92헌마239 결정의 반대의견에서 밝힌 바와 같이 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에는 기존의 헌법재판소결정에 반하는 법률해석과 그에 근거한 법원의 재판은 물론이고, 나아가 법원의 合憲解釋權의 정당성 여부는 헌법재판소의 헌법통제를 받아야 한다고 생각되므로, 위헌법률을 적용한 법원의 판결은 헌법재판소의 위헌결정(한정위헌결정 등 포함) 전의 판결이라도 당사자는 헌법재판소 제68조 제1항의 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 본 사안의 대법원판결에 대한 헌법소원은 본안판단을 하여야 한다.

V. 評 釋

1. 問題의 所在

본 사안은 헌법소원의 심판대상과 관련하여 종전의 헌법재판소의 결정취지가 다시 한번 확인되고 있다는 의의를 갖는다. 그러나 조승형

재판관과 이영모 재판관의 반대의견은 다시 한번 비판 음미되어야 할 필요가 있다고 할 것이다.³⁾

첫째, 파기환송부분의 헌법소원심판대상성에 관하여 다수의견과 이영모 재판관의 소수의견이 실시상의 차이를 보이고 있는데 그 의미를 음미해 보아야 하겠다.

둘째, 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제 1 항의 헌법소원의 대상이 되는 ‘법원의 재판’의 범주를 헌법재판소 1997. 12. 24. 결정보다 확대해석하여 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용한 법원의 재판에 대하여 위헌결정 전에 당해 법률을 적용한 법원의 재판을 헌법 제 68조 제 1 항의 헌법소원을 통하여 헌법재판소가 심사할 수 있는가 하는 점이다(이영모 재판관의 반대의견 참조). 한편 헌법재판소의 결정주문은 물론 이유 등에서 나타난 헌법재판소의 결정취지에 반하는 재판은 어떠한가의 문제, 나아가 법원의 재판에 대한 전반적인 통제의 가능성 등을 헌법해석론적·헌법정책론적·비교법적 관점에서 살펴볼 필요가 있다.

둘째, 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않는 경우에도, 법원의 재판을 거친 과세처분 등 행정처분에 대하여 헌법재판소에 헌법소원을 적법하게 제기할 수 있는가 하는 점이다(조승형 재판관의 반대의견 참조).

2. 破棄還送 部分의 問題

본 사안에 있어 다수의견은 헌법소원심판청구시 권리보호의 이익은 헌법소원심판청구 당시는 물론이고 헌법재판소의 결정 당시에도 존재하여야 하는바, 전제되는 사건의 파기환송부분에 대하여 문제의 파기환송부분이 고등법원에 계속중 양당사자의 취하간주로 종료되어 헌법

3) 이 사건 이전에 이미 조승형 재판관은 1998. 5. 28, 91헌마98, 93헌마253(병합)사건에서, 이영모 재판관은 1998. 4. 30, 92헌마239 결정에서 자신의 견해를 상세히 밝힌 바 있다.

소원을 통하여 취소를 구하려는 대상이 소멸되었으므로 취소를 구할 권리 보호의 이익이 없고, 따라서 부적법 각하하여야 한다고 실시하고 있다.

한편 이영모 재판관은 反對意見에서 예외적으로 헌법재판소법 제 68조 제 1 항의 심판대상이 되는 법원의 재판은 중국적으로 심판한 확정판결만을 가리킨다고 할 것이므로 환송판결로 원심법원에 계속중인 사건부분은 헌법재판소의 심판대상이 아니라는 취지로 주장하고 있다 (조승형 재판관은 파기 환송부분에 대하여는 이견을 제시하고 있지 아니하므로 다수의견에 동조한다고 볼 것이다).

兩意見이 결론은 같이 하나, 그 이유를 달리 하고 있다. 생각건대 다수의견보다는 위 반대의견이 보다 타당하다고 본다. 다수의견은 그 취지가 명료하지 않으나 파기환송부분이 헌법재판소의 결정 당시 고등법원에 계속되고 있고, 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 경우라면 訴願 適法要件을 갖춘 것으로 보아야 한다는 취지라면, 이는 헌법이 예정하는 이원적 사법제도(two-tier judiciary system)의 관할권문제를 배태하고 있는 것이다. 우리 헌법 제111조 제 1 항 제 5 호가 헌법재판소의 관장사항으로 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 규정하고 있고, 헌법재판소법 제68조 제 1 항에서는 공권력의 행사 및 불행사를 헌법소원심판의 대상으로 규정하고 있으며, 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사 및 불행사의 범위에 관하여는 확실히 헌법재판소의 결정례를 통하여 꾸준히 밝혀지고 있다.⁴⁾

법원의 재판은 헌법재판소법 명문의 규정에 의하여 헌법소원심판 대상에서 제외되어 있으나, 주지하다시피 우리 헌법재판소는 1997. 12. 24, 96헌마172·173(병합)사건에서, “헌법 제111조 제 1 항 제 5 호가 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판이라고 규정한 뜻은 헌법이 입법

4) 헌법소원심판권의 행사에 있어 본안전 문제로서 소원심판대상성의 문제는 매우 중요한 문제로 논의되고 있는 현실인바(예컨대 헌재결 1993. 5. 13, 91헌마190; 1996. 10. 4, 96헌마222 등), 이는 사법권의 발동은 입법권과 행정권과는 달리 그 속성이 본질적으로 매우 복잡한 성격의 국가작용이기 때문이다.

자에게 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 主觀的 權利救濟節次를 우리의 司法體系, 헌법재판의 역사, 법률문화의 정치적·사회적 현황 등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것"이라고 하면서, 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는 견해는 기본권보호의 측면에서는 보다 이상적이지만, 이는 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 이루어질 문제라기보다 입법자가 해결해야 할 과제라고 하였다. 그러나 예외적으로 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에는 법원의 재판에 대한 헌법소원은 허용되어야 하고, 그러한 한도에서 위 헌법재판소법규정은 違憲이라는 것이다.

그런데 소원심판의 대상이 되는 법원의 재판의 성격에 관하여는 아무런 설시가 없었는바, 본 사안에서의 다수의견의 說示는 그 모호함을 야기할 우려가 있다. 이영모 재판관의 반대이견과 같이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 재판은 확정된 종국판결에 한한다고 보아야 할 것이다. 그럴 때만이 헌법해석 및 법원의 재판에 대한 통제에 있어 헌법재판소결정의 최종성을 담보할 수 있는 것이다. 그리고 그렇게 제한적으로 보는 것이 헌법소원의 보충성의 원칙에 충실할 수 있고, 위 96헌마172·173(병합)사건에서 피력한 문제의 헌법재판소법규정과 관련한 입법자에 대한 예양의 취지에도 부합할 것이다.

3. 原課稅處分에 대한 獨立的 訴願審判對象性的 問題

(1) 問題의 所在

본 사안에서의 과세처분(대표적 행정처분의 하나이다)이 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는가에 관계없이 독립적으

로 헌법소원심판이 대상이 되는가에 관하여 다수의견과 조승형 재판관의 의견이 갈리고 있다(재판관 이영모는 다수의견에 동조하고 있다). 法院의 裁判을 거친 과세처분에 대한 독립적 소원심판대상성의 문제는 이미 1998. 5. 28.에 선고한 91헌마98 사건에서 조승형 재판관이 상세한 이유를 들어 이를 지지한 바 있고, 학설상으로도 긍정설과 부정설로 갈려 상당히 논의된 바 있다.⁵⁾ 그리고 조승형 재판관의 견해는 전술한 바와 같은 요지이다.

본 사안의 문제는 법원의 재판을 거친 원처분이 헌법소원심판의 대상이 되는가의 문제로서 많은 논란을 거치던 중, 우리 헌법재판소는 前記한 1997. 12. 24. 선고사건에서 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 대하여 한정위헌결정을 내린 이후 이와 같은 맥락에서 1998. 5. 28. 선고사건에서 법원에서 확정판결이 선고된 경우에 당해 사건의 심판대상인 행정처분(소위 강화상 원행정처분 내지 원처분)에 대하여 법원의 재판과 별도로 그 자체의 위헌성 또는 근거법규의 위헌성을 주장하면서 그 취소를 구할 수 없다고 판시한 바 있다. 그리고 본 사안에서 다시 이를 확인하고 있는 것이다.

(2) 行政處分の 憲法訴願審判對象性

헌법재판소가 새로운 헌법에 따라 창설된 이래, 매우 활발한 활동을 보이면서 국민의 기본권보장의 수호자로서의 역할을 충실히 수행해 나가고 있는 것은 주지의 사실이다. 그것은 많은 헌법재판 중 특히 헌법소원심판을 통하여 이루어지고 있는 것도 또한 주지의 사실이다. 이는 헌법소원심판은 위헌법률심판과 달리 법원의 재판을 전제로 하지 않고 기본권을 침해당하였다고 주장하는 국민이 직접 헌법재판소에 자

5) 이에 관하여 자세히 논술한 것으로는, 곽태철, “법원의 재판을 거친 행정처분의 헌법소원심판대상성,” 재판자료(제75집), 헌법문제와 재판(상)(97. 06.), 341면; 최완주, “원처분의 헌법소원 대상성에 관한 고찰,” 재판자료(제75집), 헌법문제와 재판(상)(97. 06.), 427면.

신의 권리구제를 청구할 수 있다는 제도적 특성에 기인한 바 크다. 사실 헌법은 국민의 기본권보장규범으로서 生活哲學的 性格을 保持하고 있으며, 헌법이 무엇인가를 최종적으로 해석하는 사법기관은 국가와 그 주권적 구성원인 국민의 기본적 관계를 밝혀 내어야 하는 소명을 가지고 있다. 이는 근대시민국가의 자유주의적 가치와 20세기의 사회국가적 이념을 구현하는 한편 인간과 국가사회의 기본적 정의의 가치를 밝혀 내어야 하는 헌법의 사법적 해석기관에게는 헌법소원제도의 도입이 매우 절실하였던 것이고, 그것이 바로 제 6 공화국 헌법에서 이루어졌던 것이다. 과거의 헌정에서 헌법의 規範力이 암울하였던 것은(헌법현실과 헌법규범의 괴리) 정치영역에서의 민주주의의 왜곡에 기인한 바가 크지만, 제도의 복잡성으로 인하여 법률전문가 사이에 헌법문제에 대한 원초적 법률의식이 부족한 바에서도 어느 정도 그 이유의 일단을 찾을 수 있다. 따라서 헌법소원심판제도는 일단 잘 도입된 것이고, 그 운용의 묘를 살리는 것은 우리 모두의 과제인 것이다.

헌법소원심판제도의 운용에 있어 무엇보다도 가장 중요한 것은 헌법소원심판의 대상범위의 확정의 문제이고, 이를 둘러싸고 많은 논의가 있어 왔다. 이와 관련하여 우리 헌법은 제111조 제 1항 제 5호에서 “法律이 정하는 헌법소원에 관한 심판”이라고 하여 소원심판의 대상에 관하여 법률에 위임하고 있고, 그 위임에 따라 헌법재판소법 제68조 제 1항 본문에서는 소원심판의 대상으로 “公權力의 行使 내지 不行使”라고 규정하면서 다만 법원의 재판은 그 범주에서 제외하고 있다. 그리고 그 동안의 헌법재판소의 결정례를 통하여 법률, 명령, 규칙, 일정한 경우⁶⁾의 입법부작위 및 행정부작위, 검사의 기소유예처분 등의 불기소처분 등이 동법 규정상의 공권력의 행사 내지 불행사로서 소원심판청구의 대상이 되어 왔다. 그리고 헌법규정, 어린이 헌장의 제정선포행위,

6) 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 부적법하다. 헌재결 1998. 2. 27, 97헌가10, 97헌바42, 97헌마354(병합).

행정기관 내부의 의사결정과정상의 질의·회신 등은 심판청구의 대상적격이 부인되었다.

行政處分은 사실 가장 대표적인 공권력의 행사이다.⁷⁾ 법령 등이 추상적 공권력 행사에 그친다면, 국민 개인에게 구체적으로 효력을 발휘하는 행정처분은 형벌 다음으로 공권력으로서의 징표가 뚜렷한 것으로서 공권력에 대한 사법통제의 대표적 대상이라고 할 수 있다. 행정처분의 헌법소원심판대상적격성의 문제는 다음과 같은 양상을 상정할 수 있다.

첫째, 법원의 권리구제절차를 거치지 않은 경우에 바로 헌법재판소에 당해 행정처분이 자신의 基本權을 침해하였다는 이유로 헌법소원심판을 제기할 수 있는가 하는 점이다. 그러나 이는 현행 헌법재판소법의 보충성의 원칙에 따라 불가하다는 것이 정설이다. 그리고 헌법소원에 있어 보충성의 원칙이 헌법에 위반된다는 위헌성문제를 제기하고 있는 학자는 없다.

둘째, 법원의 확정판결을 받은 행정처분, 소위 강화상의 원 행정처분이 헌법소원심판의 대상이 되는가의 문제로서, 바로 本稿의 주제인 바, 여기에 대하여는 다수의견과 소수의견이 대립되어 있음은 전술한 바와 같다.

셋째, 법원의 본안판결을 득할 수 없는 행정처분, 즉 이론상 또는 대법원판례에 비추어 부적법각하될 것이 명백한 경우의 행정처분에 대하여는 당해 행정처분으로 인하여 기본권을 침해당하였음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보는 것이 우리 헌법재판소의 견해인 듯이 보인다.

넷째, 물론 행정처분으로 권리의 침해를 받았다 하더라도, 그것이 처분의 기초가 되는 사실관계의 인정과 평가, 헌법문제가 아닌 단순한

7) Schlaich는 행정법은 '구체화된 헌법'이라고 하였다. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht-Stellung, Verfahren, Entscheidungen 3. Aufl., Rn. 18.

일반법규의 해석, 적용의 문제는 원칙적으로 헌법재판소의 審判事項이라고 할 수 없는 것은 헌법소원의 본질이나, 헌법 및 헌법재판소법의 관계규정에 비추어 명백하다.⁸⁾

(3) 憲法 제101조와 제107조 및 關聯法令의 解釋論—憲法上の 司法權의 構圖와 憲法制定權者의 意思

우리 헌법이 제111조 제1항 제5호에서 “법률이 정하는 헌법소원”이라고 규정하고 있지만, 그 위임에 따라 제정된 헌법재판소법이 헌법의 구체적 조항이나, 헌법원리, 헌법의 기본정신에 위배되어서는 안 된다는 점은 헌법의 하위규범 통제적 성격에 비추어 자명하다. 우리 헌법재판소는 이미 헌법재판소법 제68조에서 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한 것에 관하여 매우 조심스럽게 限定違憲決定한 바 있고, 최소한 헌법재판소의 결정취지에 반하는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소가 그 최종적 권리구제를 담보하려는 의지를 밝힌 바 있다. 그리고 그 한도 내에서 입법자의 입법형성의 자유는 제약됨을 선언한 바 있다.

그런데 살펴보면 본 문제와 관련하여 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원의 대상으로 “공권력의 행사 및 불행사”라고 규정하면서 법원의 재판만을 그 소원심판대상에서 제외하고 있다. 따라서 일용 文理解釋과 反對解釋上 법원의 재판을 제외한 모든 공권력의 행사가 국민의 기본권을 침해하고 헌법문제를 배태하고 있는 한 헌법소원심판의 대상이 되는 것이라고 할 수 있다. 그러나 문제는 헌법 제101조의 사법권부여조항, 헌법 제107조 제2항의 법원의 명령, 규칙, 처분의 위헌심사권부여조항, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 헌법소원에 관한

8) 공권력행사인 행정처분에 대하여 구체절차로서 법원의 재판을 기친 경우, 그 처분의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가, 단순한 일반법규의 해석, 적용의 문제는 원칙적으로 헌법재판소의 심판사항이라고 할 수 없다. 헌재결 1994.12.29, 92헌마201.

보충성의 원칙 등이 행정처분의 소원심판대상성과 관련하여 검토되어야 한다.

첫째, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 보충성의 원칙에 의하면 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 구체절차를 모두 거친 경우에 한하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하고 있는바, 행정처분은 法治主義의 원리에 따라 당연히 법원의 사법통제의 대상이 되고, 따라서 법원의 재판절차를 거치지 않은 경우에는 보충성의 원칙에 따라 그 헌법소원은 부적법하여 각하된다. 원행정처분의 헌법소원심판대상성을 부인하는 다수의견의 논거 중 가장 중요한 것은 원처분의 소원심판대상적격을 인정하는 경우에는 소위 間接的 裁判統制가 되어 재판을 소원심판대상에서 제외한 입법자의 의사에 반한다는 것이다. 그러나 현실적으로 법치주의하에서 법원의 사법통제의 대상이 되지 않는 공권력의 행사는 입법권의 행사를 제외하고는 찾아보기 힘들 뿐만 아니라, 법원의 재판을 헌법소원대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 규정에 대하여 비교법적으로나 헌법소원제도의 본질론에 비추어 비판론이 만만치 않은 차제에 간접적 재판통제를 결과한다는 이유만으로 원행정처분의 소원심판대상적격성을 부인하는 논거로는 삼기 어렵다고 생각한다. 따라서 문제는 법원과 헌법재판소간의 이원적 사법구도에 관한 헌법해석론으로 전이되는 측면이 있다고 본다.

둘째, 헌법 제107조 제2항에서는 명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 最終的으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있다. 다수의견의 논거 중 하나가 헌법 제107조 제2항이다. 그러나 이는 조승형 재판관이 지적한 대로 논리의 일관성이 결여되어 있다고 본다. 우리 헌법재판소는 이미 사법서사법 시행규칙 등 명령, 규칙에 대한 헌법소원 사건에서 명령, 규칙이 다른 집행행위의 매개 없이 국민의 기본권을 직접 침해한 경우에는 법원의 심사권 외에도 헌법소원에 의한 헌법재판소의 통제가

가능하다고 하여 헌법 제107조 제 2 항이 명령, 규칙에 대한 대법원의 專屬的·最終的 審査權限을 부여한 것은 아니라고 판시한 바 있다.⁹⁾ 그렇다면 명령, 규칙과 병렬적으로 규정되어 있는 처분 역시 헌법소원의 대상이 된다고 보는 것이 논리적으로 일관된다.

헌법 제107조 제 2 항과 헌법소원심판대상성의 문제는 두 가지 해석론상의 논쟁점을 가지고 있다. 하나는 ‘재판의 전제성’의 문제이고, 다른 하나는 ‘심사의 배타성’(전속성, 최종성)의 문제이다.¹⁰⁾ 우리 헌법 재판소의 다수의견은 명령, 규칙에 대한 헌법소원을 인정함으로써 헌법 제107조 제 2 항이 대법원의 배타적 심사권한을 규정하고 있는 것은 아니라는 입장을 밝힌 바 있다. 그렇다면 헌법재판소로서는 본 사안의 처분이 재판의 전제가 아니면서 국민의 기본권을 직접 침해하는 경우에 해당하는가를 살펴보았어야 하며, 그와 반대로 오히려 헌법 제107조 제 2 항을 원처분의 심사대상적격부인을 위한 근거조항으로 삼을 수는 없는 것이다. 따라서 우리 헌법재판소가 본 사안에서 상고기각부분에 대하여 과세처분이 재판이라는 법원의 권리구제절차를 거쳐 확정되었다는 이유로(그리고 그 재판이 헌법소원을 통하여 취소될 수 있는 예외적 재판이 아니라는 이유로) 그 訴願審判對象性을否認한 것은 헌법 제107조 제 2 항에 대한 해석상의 일관성 결여의 문제를 가지고 있다고 아니할 수 없다.

셋째, 그런데 문제는 헌법 제101조와 사법권의 분담의 문제이다. 우리 헌법 제101조에서는 제 1 항에서 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 하고 있으며, 제 2 항에서는 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다고 규정하고 있다. 司法權이라 함은 헌법과 법률

9) 현재결 1998. 5. 28, 96헌마151; 1993. 5. 13, 92헌마80, 헌판집 5권 1집, 365(371)면.

10) 원처분의 헌법소원심판대상성에 관한 헌법해석론으로서 재판의 전제성과 심사의 최종성에 관하여는, 최완주, “원처분의 헌법소원대상성에 관한 고찰,” 재판자료(제75집), 헌법문제와 재판(상)(97.06.), 469면 이하 참조.

아래서 일어나는 법적 분쟁에 관하여 이해 당사자로부터 쟁송의 제기를 기다려 그에 관하여 헌법과 법률이 무엇인가를 확인 선언하는 국가 작용이라고 이해하는 것이 통례이다.¹¹⁾ 우리 헌법은 이러한 사법권을 포괄적으로 법원의 권한으로 부여하면서 헌법 제111조에서 예외적으로 헌법재판소의 관장사항을 규정하고 있다. 이러한 사법구도를 택한 헌법 제정권자의 의사는 법원을 일차적 사법기관으로 하여 포괄적으로 사법권을 부여하되, 헌법의 해석문제에 관련하여서는 일용 헌법재판소를 최고의 전문사법기관으로서 구성하려는 데에 있다고 본다. 그리고 양대 사법기관은 원칙적으로 상호 審級制의 성격으로 운용되어서는 안 되며, 양대 사법기관이 자신의 권한범위 내에서는 결정의 최종성을 보장하려는 취지를 인정할 수 있는 것이다. 그리고 양 기관의 권한의 획정은 심판의 성격이 헌법적 문제를 함유하고 있는 것인가에 기초하고 있는 것으로 이해하여야 하며, 그 대표적인 문제영역이 헌법 제111조에서 구체적으로 헌법규범화한 것으로 이해하여야 한다고 본다.

그렇다면 전술한 바와 같이 간접적 재판통제를 이유로 한 원행정처분에 대한 소원심판대상성의 부인이 비난받아야 마땅하다는 시각에서도 헌법상의 사법구도와 관련하여서는 달리 볼 수밖에 없다고 본다. 즉 원행정처분에 대한 소원심판대상성을 인정한다면 이는 결국 법원의 재판에 대한 제 4심을 창설하는 결과가 되고, 이는 헌법 제101조 제 1·2항, 제111조 등의 문리나 관계구조에 비추어 헌법이 예정하거나 憲法制定權者의 意思에 부합한다고 볼 수 없기 때문이다. 비록 당해 행정처분이 국민의 기본권침해나 헌법문제를 포함하고 있다고 하더라도, 그렇게 해석하는 것이 순리이며, 이때에는 법원이 국민의 기본권보장기관으로서 헌법을 해석하고 수호하는 지위에 있게 된다고 볼 수밖에 없다. 그리고 전술한 바와 같이 헌법제정권자는 헌법소원심판 등 헌법의 해석 및 수호기관으로서 헌법재판소를 예정하고 있으나, 예외적으로 헌법

11) 권영성, 헌법학원론(1999년판), 721면.

제107조 제2항 등에서는 법원의 헌법수호자로서의 역할을 예정하고 있기도 하다.

(4) 既判力의 問題

본 사안에서의 조승형 재판관의 소수의견은 원처분에 대한 헌법소원심판청구를 인용하는 경우에 법원의 재판의 기판력이 형해화되는 것은 헌법재판소법 제75조의 헌법소원의 인용결정의 기속력의 당연한 결과라고 주장한다. 이에 대하여는 다수의견과 일부학설의 반박견해가 있음은 물론이다. 다수의견과 일부학설의 주장요지는 우리 헌법재판소법 제47조 제2항을 보더라도 憲法裁判所의 決定이 법원의 확정판결과 모순·충돌하는 경우에는 재심을 청구하도록 규정하고 있는바, 이는 입법자가 헌법재판소의 결정만으로 법원의 확정판결의 기판력을 배제 내지 반복할 수 없도록 한 것이라는 것이다.¹²⁾ 동 조항과 헌법재판소법 제68조 제1항의 소원심판대상에서 법원의 재판을 배제한 것을 함께 고려하여 보면, 헌법재판소의 결정으로 법원의 기판력을 반복할 수 없다는 결론에 이른다는 것이다. 즉 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속하는 기속력이 있고, 이때의 모든 국가기관에는 법원이 포함되는 것은 물론이지만, 裁判의 既判力과 관련하여서는 달리 보아야 한다고 한다. 이러한 견해는 하위규범인 법률의 해석론으로서 원행정처분의 소원심판대상성과 관련하여 결정적인 입론은 아니지만, 현행헌법의 사법권에 관련한 권력구도와 모순된다고도 할 수 없다. 즉 우리 헌법은 전술한 바와 같이 법원에 의한 헌법재판소의 통제 또는 헌법재판소에 의한 법원의 통제를 예정하고 있다고 볼 수는 없기 때문이다. 반면에 원행정처분의 소원심판대상성을 인정하는 소수의견은 당연히 그것이 가장 대표적인 공권력의 행사 및 불행사의 유형인 점과 법원의 재판만을

12) 예컨대, 박태철, “법원의 재판을 거친 행정처분의 헌법소원심판대상성,” 재판자료(제75집), 헌법문제와 재판(상)(97.06.), 410면 이하.

소원심판대상에서 제외하고 있는 점을 주장하면서, 한편으로 헌법재판소법 제75조 제1·3·4항 및 제5항을 그 근거조항으로 보고 있다. 특히 동조 제5항의 근거법을 또는 법률조항에 관한 위헌선고규정은 원행정처분에 대한 헌법소원이 부인되는 경우 그 의미가 크게 반감된다는 점을 강조한다.

독일의 경우에는 법원의 재판이 당연히 소원심판의 대상이 되도록 하고 있고, 원행정처분도 당해 법원의 확정판결과 함께 헌법소원심판의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 물론 이때에는 사실상 원행정처분의 적법성을 승인한 법원의 재판의 당부가 결정적인 것이 되며, 법원의 판결에 대한 헌법소원심판이 인용되는 경우를 聯邦憲法裁判所法에 우리 헌법재판소법과 같은 현재결정의 일반적 기속력규정과 함께 별도로 법원의 기판력의 제거를 위한 규정을 두고 있다. 그리고 독일의 경우 최초의 침해에 대한 헌법소원심판제기는 일반적으로 금지된다는 것이 헌법소원심판에 관한 기본이론이고, 따라서 법원의 판결 등으로 부가적 침해가 있었음에도 원행정처분만을 대상으로 한 소원심판제기라든지, 원행정처분과 하급심의 판결에 대한 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법한 것으로 보고 있는 것이다.¹³⁾

원행정처분에 대한 헌법소원의 문제는 사법권 및 사법체계에 관한 헌법구도의 문제가 자리잡고 있고, 특히 입법자가 가장 대표적인 권리구제수단인 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외함으로써 보충성의 원칙과 결부되어 헌법소원심판의 대부분이 形骸化된다는 점이다. 입법자가 법원의 재판을 헌법소원심판대상에서 제외한 것은 우리 헌법상의 사법권의 구도를 잘 파악한 것이라고 일응 평가할 수 있으나, 모처럼 마련한 헌법소원심판제도가 큰 기능을 발휘하지 못할 우려가

13) 한편 독일의 경우 실제로 재판에 대한 소원심판은 상고심법원인 연방통상법원 또는 연방행정법원에 상고할 수 없거나 상고수리가 거부된 경우가 대종을 이루고 있다고 한다. Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, 1983, S. 56 등 참조.

있다. 우리 헌법은 “법률이 정하는 헌법소원”이라고만 규정하고 있으므로 이는 광범위한 입법형성의 재량범위 내에 있으며, 우리 헌법재판소도 이러한 견해에 입각해 있다. 그러나 근본적으로 법원의 재판을 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 위헌론도 만만치 않게 제기되고 있는 것이 사실이다. 또한 미국식 사법체계와 같이 헌법상의 이원적 사법구도에 대한 근본적 재검토가 필요하다는 견해도 있다. 우리 헌법이 독립된 헌법재판소제도를 채택하고 있는 데에는 그 저변에 헌법국가에의 이상이 깔려 있으며, 헌법문제는 다른 법률문제와 달리 국가의 기본통치구조, 국가와 국민의 원초적이고 기본적 관계에 관련된 것으로서 독립된 대표성과 위상을 갖는 재판관에 의하여 심판되어야 한다는 憲法政策的 構圖를 가지고 있는 것이다.¹⁴⁾ 그리고 이때에 중요한 점은 법원과 헌법재판소간의 권한분담에 있어서 헌법문제의 범주를 설정함으로써 전문영역적 분담에의 노력이 필요하며, 헌법재판소결정의 최종성의 보장문제이다. 또한 전술한 바와 같이 법원과 헌법재판소간의 상호 審級體系는 현행헌법이 예정하고 있지 않다고 보아야 한다는 점이다. 그리고 헌법재판 내지 헌법소원심판제도의 기원과 본질 등 比較法的 검토도 필요하다고 하겠으므로 이하에서 이에 대하여 간략히 살펴보도록 한다.

(5) 比較法的 檢討

헌법소원심판제도도 사실 기원과 성격이 명확하지 않으나, 독일에서는 19세기 후반에 헌법소원이라는 용어가 사용되기 시작하였고, 그 원형은 19세기초 바이에른헌법에서 보이기 시작하였으며,¹⁵⁾ 연방국가

14) 주지하다시피 미국의 경우에는 사법소극주의와 사법적극주의가 대립되고 있고, 정치적 법학자들은 대법원의 정치적 역할을 중시하고 있다. 어떠한 경우이든 헌법문제에 관한 재판이 가치중립적일 수는 없고, 헌법재판기관은 가치의 판단자(value judgment)로서 기능할 수밖에 없다. R. Dworkin, *Constitutional Cases*, in: *Taking Rights Seriously*, Harv. Univ. Press, 1977; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harv. Univ. Press, 1980 등 참조.

15) Maunz/Schmidt/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 10a.

의 차원에서는 1849년의 독일제국헌법에서 소원심판의 절차와 종류에 관한 법률위임조항이 규정되었다. 그리고 독립된 헌법재판소에 의한 헌법소원심판제도는 1920년의 오스트리아 헌법에서 최초로 규정된 이래, 1949년의 독일기본법에서 고려되었다가 불채택된 뒤,¹⁶⁾ 그 후 연방헌법재판소법에서 법률적 차원의 제도로 도입되었다. 그 후 1969년 제19차 基本法 改正에서 독일에서도 헌법적 차원의 제도로 도입되었다. 또한 스위스에서도 1848년 연방헌법에서 헌법소원심판제도가 도입되었고, 독립된 헌법재판소가 아닌 연방대법원의 헌법부가 심판권을 행사하도록 하고 있으며, 연방차원에서 주의 고권적 행위를 통제하는 것을 그 주된 임무로 하고 있다. 그리고 스페인의 경우에는 1978년의 개정헌법에서 독일의 헌법소원심판제도를 모범으로 한 규정을 두었고, 독립된 헌법재판소로 하여금 헌법의 수호와 해석에 관한 권한을 부여하였다. 법원의 판결에 대한 헌법소원심판의 대상성에 관하여는 오스트리아와 스위스는 이를 부인하는 한편 독일과 스페인의 경우에는 이를 인정하고 있으며, 특히 오스트리아의 경우에는 행정청의 행정행위가 헌법소원심판의 대상이 된다는 점을 명시적으로 선언하고 있다.¹⁷⁾

또한 헌법재판소와 대법원의 憲法上 地位 및 兩 機關의 구성방식 및 구성원의 자격의 엄격성에 관한 비교법적 검토도 간략히 해 볼 필요가 있다.

헌법재판소와 대법원의 헌법상 지위에 관하여는 제 1 유형으로 헌법재판소가 법원의 재판에 대하여 헌법에 기한 통제권을 행사하면서 사법기관을 대표하는 상징적 의미에서의 최고사법기관의 지위에 있는

16) 그러나 이 기본법 규정은 법해석, 선언권을 행사하는 사법기관으로서 연방헌법재판소를 맨 처음에 언급함으로써 최고의 법원으로 인정하였다. M. Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. Aufl., 80 참조.

17) 오스트리아의 헌법소원심판제도는 위헌적 법령 또는 조약, 위헌법을 등을 적용한 행정청의 처분으로 헌법상 보장된 권리가 침해된 경우에 행정법원에 소송을 제기함이 없이 헌법재판소에 직접 헌법소원을 제기할 수 있게 하고 있다. Walter-Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rn. 1210.

경우가 있다. 이는 독일과 러시아, 체코 등에서 볼 수 있다.¹⁸⁾

한편 제 2 유형으로서 헌법재판소와 대법원의 위상과 지위가 동등한 경우가 있으며, 이때에 양 기관은 상호 심급유사의 체계를 이루지 않고(보통의 경우 재판의 헌법소원심판대상성이 부인된다), 또한 실정헌법에서 독립된 장을 차지하면서 규정되며, 독자적 대표성을 가지고 헌법에서 부여한 권한을 행사한다. 제 2 유형을 채택하고 있는 경우로는 우리 헌법을 비롯하여 오스트리아, 헝가리헌법에서 채택하고 있는 사법구도이다.

주지하다시피 독일의 경우에는 제 9 장 司法(Rechtsprechung)의 章에서 연방헌법재판소와 다른 연방법원을 함께 규정하고 있는데, 헌법재판권을 제외한 사법권을 5개분야로 나누어(통상재판권, 행정재판권, 재정재판권, 노동재판권, 사회재판권), 이를 연방헌법재판소를 비롯한 5개의 연방대법원의 관장사항으로 하면서, 사법의 통일을 위하여 5개의 연방법원으로 구성되는 共同裁判部를 설치하여 일정한 경우에 재판권을 행사하도록 하고 있다. 공동재판부의 탄생과 관련하여 원래는 5개의 연방대법원을 총괄할 연방최고법원의 창설을 예정하였으나, 재판에 대한 헌법소원의 증대로 무산되었고, 비상설의 공동재판부로 대체되었다. 또한 1969년의 헌법소원심판제도의 헌법에의 편입으로 인하여 연방헌법재판소의 최고사법기관으로서의 지위에 대하여는 反論을 제기하는 자가 거의 없다. 러시아의 경우에는 연방법원에 관하여 연방헌법재판소와 달리 외적인 독립성의 보장, 구체적인 권한이나, 조직의 독자성을 위한 장치 등이 헌법에 규정되어 있지 않아 일반적으로 연방헌법재판소만이 헌법기관이며, 최고의 사법기관이라고 평가되고 있다. 그리고 전술한

18) 그러나 연방헌법재판소는 법원의 판결이 소원청구인이 주장하는 기본권의 의미에 관한 오해 및 그로 인하여 청구인 주장의 기본권을 침해하였는지 여부를 심사한다고 판시하면서 헌법소원절차가 초상고심은 아니라고 밝힌 바 있다. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht-Stellung, Verfahren, Entscheidungen 3. Aufl., Rn. 284.

헌법재판소와 대법원이 동등한 헌법상의 기관인 경우에는 헌법에서 양 기관이 상호 독립된 장을 차지하면서, 외적인 독립성을 보장받고 있거나, 독립적인 규칙제정권, 예산에 관한 규정, 직무에 관한 구체적 권한을 부여받고 있다.

한편 양 기관의 構成員의 資格에 관하여 보면, 독일의 경우에는 연방헌법재판소의 재판관은 40세 이상인 자로서 그 중 일부는 연방법관 중에서 선출하도록 하고, 연방하원과 연방상원에서 각 3분의 2의 찬성으로 선출하도록 하고 있는 것에 반하여, 연방법관은 35세 이상인 자로서 연방법관선출위원회와 연방법무부장관이 결정하도록 하고 있고, 연방법관선출위원회는 단순 다수결에 의하여 결정하도록 하고 있다. 따라서 일반적으로 연방헌법재판소의 구성이 보다 엄격하다고 평가되고 있으며, 스페인, 체코, 슬로바키아, 헝가리, 오스트리아 등이 이러한 유형에 속한다고 한다. 한편 러시아와 같은 경우에는 구체적인 구성원의 자격 등은 法律에 委任하고 있으나, 헌법재판소와 대법원의 구성은 다 같이 연방대통령의 제청에 의하여 연방상원이 재적의원 과반수의 찬성으로 선출하도록 규정하고 있어 헌법상으로는 양 기관의 구성원의 자격이 동등하다고 평가된다.

(6) 小 結

이렇듯 간략히 살펴본 바와 같이 헌법재판소제도 내지 헌법소원제도는 어떠한 논리 필연적인 제도로 탄생되었다기보다는 혁명을 통하여 생취한 헌법이라는 특수한 위상을 갖는 법의 탄생과 권력분립구도하에서 사법기관의 법해석권과 의회제도 등 다양한 상황적 변화와 함께 탄생한 것이다.¹⁹⁾ 또한 독일과 같은 경우에는 헌법재판소의 전문적 성격

19) 따라서 성문의 헌법이 없거나 독자적인 헌법재판소가 없는 경우에도 일반법원에 의하여 헌법재판이 가능한 것은 물론이다. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht-Stellung, Verfahren, Entscheidungen 3. Aufl., Rn. 18.

이 돋보이고 있다. 그리고 보통의 경우 헌법재판소가 법원의 하위에 위치하는 경우는 없으며, 법원과 동렬의, 또는 법원을 통제할 수 있는 最高의 司法機關의 지위에 있다.

이러한 점 등을 종합 고려하여 보면, 헌법소원심판제도는 기본적으로 분쟁을 전제로 하여 국민의 권리의 구제를 위한 국가작용의 하나인 사법권의 특수한 분과작용으로서의 성격을 가지고 있는 것은 자명하고, 미국독립혁명과 프랑스대혁명을 기점으로 한 근대국민국가의 형성과 헌법의 탄생과 역사적 맥락을 함께 하고 있는 것이라고 할 수 있다. 특히 *Marbury v. Madison* 사건에서 구체적 분쟁과 사법권의 행사에 있어 헌법의 위상과 역할이 밝혀진 것도 영향을 미치지 않았다고 할 수 없다. 헌법의 法位相의 특수성은 헌법문제에 관한 사법권의 행사에 있어서도 재판기관의 분화를 결과하였으며, 이는 행정법원, 조세법원 등 특수법원 내지 특별법원의 분화경향 등 사법작용의 전문화와 함께 기존의 3권분립구도를 재편할 정도의 국가통치체계의 변화로서 자리잡고 있는 것이다. 그러나 그 본질은 엄연히 국민의 권리구제라는 사법작용의 하나이며, 다만 미국이나 스위스 등에서 볼 수 있듯이 연방국가가 州政府를 통제하는 수단의 하나로서 큰 역할을 하고 있는 것으로 평가되고 있다. 그리고 헌법의 해석과 그 의미의 확정은 국가의 기본적 합의의 재천명으로서 국민을 교육하는 기능을 하고 있으며,²⁰⁾ 국민과 국가의 기본적 관계의 의미를 결정함으로써 낱말이 갱신되는 국민투표로서 기능하고 있다고 평가되고 있다. 즉 국민의 기본권침해에 대한 구제라는 역할과 함께 헌법의 정치적 성격으로 인하여 헌법소원을 통한 헌법재판소의 역할은 단순한 사법기관의 성격을 초월하는 성격이 있다.

20) 또한 국민은 Kant가 말한 대로 자신의 행위규준을 사회가 바라는 도덕에 부합시킬 수 있게 된다. R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford, The Clarendon Press, 1963; H. J. Paton, *The Categorical Imperative*, Chicago, University of Chicago Press, 1948; L. W. Beck, *A Commentary on Kant's Critique of Political Reason*, Chicago, University of Chicago Press, 1960 등.

이는 독립된 헌법재판기관을 두고 있지 않은 미합중국의 경우에도 大同小異한바, 미국의 대법원의 위상과 정치적 역할 및 이에 대한 법학자, 정치학자들의 비판과 지지는 다양하고 열띤 것이다. 전술한 바와 같이 헌법재판소제도 및 헌법소원심판제도는 그러한 독자성과 전문성에 기초하고 있으며, 이러한 성격을 고려하여 우리는 제 6 공화국헌법에서 헌법재판소라는 독립된 사법기관을 탄생시켰으며, 동 기관의 실질적 권한을 확대하고 역할을 기대하고 있으며, 이는 상당부분 성과를 거두고 있다고 평가되고 있다. 그리고 헌법재판소의 재판관은 그 정치적 성격으로 인하여 우리의 대법원이나 미합중국의 대법원과 달리 행정권의 수반인 대통령을 초월하여 대통령, 국회, 대법원장의 3부의 합동행위로 임명, 구성토록 하고 있는 것이다.

따라서 憲法訴訟願審判制度의 구체적 내용을 입법함에 있어서는 이러한 점들이 고려되어야 할 것이고, 특히 헌법문제에 관련한 헌법의 해석과 수호에 있어서는 헌법재판소의 기능을 보장하고 제고하여야 할 필요가 있는 것이다. 법원도 기본권보장기관으로서 헌법을 수호한다는 점은 당연하나²¹⁾ 양 기관간에 권한영역에 관하여 문제가 있는 경우에는 되도록 헌법재판소의 역할을 기대하는 것이 순리라고 보는 것이다.

그러나 이때에 양 기관의 물리적 역량과 현실도 고려되어야 할 것이다. 미합중국의 대법원이 위헌법률심판권을 법원의 권한으로 해석, 확인함에 있어 3부간의 권력간의 균형을 고려할 때에 대법원이 가장 劣惡하였다는 점과 법관은 다른 국가기관과 달리 가장 여유롭고 학자적 방법으로 국가적 문제를 접근할 수 있는 교육 및 자질과 현실적 여건을 가지고 있다는 점이 감안되었다는 것은 쉽게 간과되어서는 안 될 것이다. 이는 영미식의 실용주의적 사고방법이긴 하나 문제의 해결에 있어 도움이 되는 측면도 적지 않다. 우리의 헌법재판소는 그 재판관의

21) 법원의 기본권보장의무에 관하여는 독일의 많은 판례에서 확인되고 있다. BVerfGE 47, 144; BVerfGE 68, 337 등.

자격이나 교육, 신분보장 등 실질적으로 대법원의 구성과 매우 유사한 측면이 있으며, 같은 법률문화 속에서 성장한 법률전문가로 구성되어 있어, 권력간의 견제와 균형을 통한 국민의 기본권보장이라는 권력분립 주의적 문제는 그다지 크지 않다고 볼 수 있다. 무엇보다도 가장 대표적인 공권력작용인 행정처분에 대한 헌법재판소의 통제가 부인됨으로써, 헌법소원제도의 예정된 기능, 헌법재판소의 전문성과 존재의의가 감쇄될 우려가 있으나, 현재의 헌법재판소의 역량과 실적을 고려할 때에 문제되는 바가 크다고 할 수 없으며, 법원의 기본권보장기능에 행정처분에 대한 통제를 맡길 수 있다고 본다. 그리고 이러한 결론이 현행헌법규정, 헌법원리, 헌법의 이념, 또는 헌법제정권자의 의사에 정면으로 반한다거나, 현행 헌법재판소법의 解釋論上 용인될 수 없는 것은 아니라고 본다.

4. 法院의 裁判의 憲法訴願審判對象性에 관한 이영모 재판관의 見解

이영모 재판관은 전술한 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제 1 항 본문의 법원의 재판에 “위헌인 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 헌법재판소법 제68조 제 1 항은 헌법에 위반된다”라고 하여 1997. 12. 24, 96헌마172·173(병합)에서의 헌법재판소의 결정취지와 다른 의견에 입각하여 있다. 즉 後者의 결정취지는 “법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다”는 것이었다. 이러한 차이는 1998. 4. 30, 92헌마239 사건에서 부각되었는바, 동 사건에서 헌법재판소의 多數見解는 심판대상인 대법원판결이 헌법재판소가 적용법률조항에 대한 한정위헌결

정을 선고하기 전에 내려진 경우에는 당해 대법원판결은 동 법률조항을 적용하여 선고된 경우에도 위 1997. 12. 24. 결정에서 밝힌 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 재판이라고 할 수 없다는 것이다. 반면에 이영모 재판관은 그 사건에서 이미 다수의견에 반대하면서 헌법소원심판의 대상에서 '제외'되는 '법원의 재판'은 넓게 해석하여(따라서 '제외'는 좁게 해석) 국민의 人權保障과 기본권이 公權力에 의하여 침해되는 경우에 이를 구제하고 위헌의 법질서를 배제하여 헌법을 정점으로 하는 법체계의 整合性を 보장하여야 하는 헌법재판소의 헌법상의 역할을 다하여야 한다고 주장한 바 있다.

1997. 12. 24. 및 1998. 4. 30.에 선고된 헌법재판소의 결정의 다수의견은 헌법재판소법 제68조 제 1 항에서의 입법자의 의사를 충분히 존중하면서, 조심스럽게 헌법재판소의 결정에 정면으로 배치되는 법원의 판결에 대한 사후통제와 헌법재판소결정의 실효성 보장을 기하려 하고 있다는 점을 알 수 있다. 그러나 이는 바꾸어 말하면 헌법재판소법 제68조 제 1 항을 둘러싼 법원과 헌법재판소간의 견해 차이를 단순히 權限爭議的 性格으로 보고 있다는 안일한 면이 있다 아니할 수 없다. 물론 헌법재판소법 제68조 제 1 항에서 법원의 재판을 헌법소원심판대상에서 제외하고 있는 것에 대하여는 헌법해석론, 헌법정책론, 입법정책론 등 다양한 차원에서 원론적 논의가 진행되고 있으며, 법원의 재판을 제외한 당해 조항이 현행헌법상 위헌이라는 견해도 제시되고 있는 실정이다.²²⁾ 筆者도 1997. 12. 24. 결정에 대하여는 이미 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하는 것은 입법제량의 영역에 속한다는 입장에서 동 결정에 대하여 비판한 바도 있다.²³⁾ 그러나 법원의 재판

22) 법원의 재판의 헌법소원심판대상성에 관하여는, 최완주, “헌법소원에 관한 각국의 제도비교: 재판의 헌법소원대상성을 중심으로,” 재판자료(제75집), 헌법문제와 재판(상)(97.06.), 123면; 유남석, “재판에 대한 헌법소원금지의 논리 및 정책적 이유,” 재판자료(제75집), 헌법문제와 재판(상)(97.06.), 281면.

23) 拙稿, “대법원과 헌법재판소간의 권한쟁의,” 공법연구 제28집 제 1 호, 114면.

을 제외한 입법자의 의사는 현행 헌법상의 통치구조하에서 이원적 사법체계의 구도를 유지하고 헌법 제101조와의 관계에서 대법원의 최고법원의 지위와 심판의 最終性を 보장하려는 데에 주된 취지가 있고, 이는 헌법 제107조 및 여러 헌법상의 법원관련조항에서 볼 수 있는 대법원의 헌법해석 및 기본권보장의 역할을 감안한 것이다. 헌법재판소가 자신의 결정의 실효성을 보장하기 위하여 자신의 한정위헌결정에 반하는 대법원의 판결을 취소하고, 그 한도 내에서 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌성을 확인하였다면, 이는 단순히 헌법 및 법률의 해석권한을 둘러싼 機關爭議的 性格을 띠는 것을 넘어 국민의 인권보장기관으로서의 헌법적 소명을 다하기 위한 것에서 그 정당성을 확보하여야 할 것이다. 따라서 그러한 결정과 관련하여 不正義와 衡平에 어긋나는 일이 있어서는 안 되는 것이다.²⁴⁾

그런데 1998. 4. 30. 선고 헌법재판소 결정에서는 헌법재판소가 한정위헌결정을 하기 이전에 선고된 것으로 1997. 12. 24. 결정상의 소원심판대상이 되는 예외적 재판에 해당하지 않는다고 함으로써 당해 헌법소원심판을 不適法却下하고 있는바, 이는 국민의 권리구제에 있어 심각한 부정의를 초래하고 있다고 본다. 예컨대 동일한 위헌조항이라 하더라도 헌법재판소가 위헌 내지 한정위헌결정을 하기 전에 동 위헌조항을 적용한 경우에는 당사자는 구제받을 수 없고, 헌법재판소의 위헌 내지 한정위헌결정이 있는 후의 당사자는 구제된다는 불합리가 발생하는 것이다. 물론 이러한 헌법재판소의 견해는 몇 가지 근거가 있어 보인다.

첫째, 當事者 責任의 原理에 근거하고 있는 듯하다. 우리 헌법재판소법은 제68조 제2항에서 소위 위헌심사형 헌법소원을 인정하고 있는

24) John Rawls는 그의 저서 *The Principles of Justice*에서 권위를 가진 자의 도덕성과 정당성의 중요성을 역설하면서, 어린이와 부모간의 사랑으로서 이를 예증하고 있다. John Rawls, *The Principles of Justice*, p. 462면 이하; Jean Piaget, *The Moral Judgment of Child*, trans. Majorie Gabain, London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1932.

바, 당사자는 재판의 진행도중 적용법률의 위헌성을 주장하면서 법원의 위헌심판제청을 신청할 수 있으며, 법원이 이를 기각하는 경우에는 스스로 헌법재판소에 위헌법률심판의 성격을 갖는 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다. 그런데 당사자가 당해 재판에서 이를 해태한 후, 다른 사건에서 위헌결정 등이 있자 다시 헌법 제68조 제 1 항의 헌법소원을 제기한다는 것은 당사자 책임의 원리에 반하고, 특히 헌법재판소법 제69조 제 2 항의 請求期間을 潛脫하는 결과를 가져올 수도 있다는 점이다. 그러나 주지하다시피 공법관계의 특징은 확실성, 공정성, 집단성이며, 당사자책임의 원리는 제한적일 수밖에 없다. 국법질서의 안정적·확실적 적용은 국가의 책임인 것이며²⁵⁾ 헌법재판소법 제68조 제 2 항을 들어 실질적 정당성을 도의시하고 단순히 시간적 선후에 의하여 당사자에게 돌아가는 정의가 달라져서는 곤란하다.²⁶⁾

둘째, 그런데 사실 또 하나의 문제는 우리 헌법재판소법도 소위 위헌결정의 장래효를 규정하고 있다는 점이다. 즉 헌법재판소에 의하여 위헌(한정위헌 등 포함)으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하도록 하고 있는 것이다(제47조 제 2 항). 위헌결정과 관련하여 장래효의 원칙을 취할 것인가, 소급효의 원칙을 취할 것인가의 문제는 입법정책의 문제이다.²⁷⁾ 그런데 우리 헌법재판소가 한정위헌결정이 있기 전에 위헌법률조항을 적용한 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소법 제68조 제 1 항의 권리구제형 헌법소원을 제기할 수 없다고 한 것은 이러한 將來效의 원칙을 규정한 헌법재판소법의 취지에 부합한다고 할 수도 있다. 그러나 권리구제형 헌법소원에서 소원심

25) 헌법을 통한 국법질서의 확립의 일환으로 사법영역에까지 기본권의 제 3 자효가 강력히 주장되고 있는 것은 주지의 사실이다. G. Dürig, *Freizügigkeit, Die Grundrechte*, Bd. II, S. 525; BVerfGE 7, 198(206) 등.

26) 정의론에 관하여 일반적으로, John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1973.

27) 입법례로는 소급무효설, 폐지무효설, 선택적 무효설 등이 있다고 한다. 권영성, 헌법학원론(1999년판), 1031면.

판대상이 되는 공권력의 행사의 범주를 확정하는 것은 다른 문제이며, 특히 예외적으로 소원심판의 대상이 되는 법원의 재판의 범위를 정함에 있어서도 장래효의 원칙에 구애받을 필요는 없다고 보는 것이다. 즉 권리구제형 헌법소원은 독자적으로 공권력행사의 위헌여부와 기본권침해여부를 판단하는 심판제도인 것이고, 법원이 헌법재판소법 제47조 제1항과 제2항의 기속력과 장래효의 원칙을 준수하였는가를 심판하는 것이 아닌 것이다. 따라서 1997. 12. 24. 결정의 例外的 裁判의 범주를 좁게 보아 한정위헌결정이 있기 전에 위헌법률을 적용한 법원의 재판에 대하여 헌법소원심판대상성을 부인하는 것은 헌법의 수호, 인권보장 및 실질적 정의의 구현이라는 헌법재판소의 사명에 부합하지 않다고 본다. 특히 헌법재판소와 법원은 제47조 제2항의 장래효의 원칙의 확실성과 不正義를 시정, 보완하기 위하여 일정한 경우에 위헌결정의 소급효를 인정하는 태도를 보이기도 하였던 것은 주목할 만한 것이다. 이때에 법원의 재판에 대한 권리구제형 헌법소원의 제기의 폭주가 우려될 수도 있으나, 헌법재판소법 제69조에서 청구기간 등의 제한을 두고 있으므로 크게 우려할 바는 아니라고 본다.

셋째, 본 사안 및 1998. 4. 30. 선고 헌법재판소 92헌마239 사건에서의 이영모 재판관의 반대 의견처럼, 헌법의 본질은 국가권력을 제한하고 그것을 통하여 인권을 보장하는 데 있음은 두말 할 필요가 없다.²⁸⁾ 이를 위하여 그의 의견처럼 국민의 재판을 받을 권리를 제한하는 것은 자유와 권리를 침해받은 국민이 사후통제를 담당한 법원이나 헌법재판소로부터 권리구제를 받는 수단에 대한 제한을 의미하고, 이것은 헌법이 보장하는 기본권을 명목상의 존재로 전락하게 만드므로 이와 같은 制限의 正當性은 쉽게 수긍하여서는 안 되는 것이며, 이 사안에서와 같이 부정한 결과를 가져올 우려가 있는 권리구제수단의 제한은 문제

28) 헌법과 기본권보장에 관하여 E.-W., Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, Heft 35, S. 1529 이하 등 참조.

의 소지가 더욱 크다고 본다.

따라서 헌법재판소법 제68조 제 1 항에 대하여 법원의 재판을 제외한 부분에 대한 한정위헌결정의 취지를 보다 확실히 할 필요가 있다고 보며, 이에 대한 이영모 재판관의 견해는 정당성을 가지고 있다고 본다.

VI. 結 論

본 사안에서는 헌법소원심판대상성의 문제가 중요한 論爭點으로 등장하고 있다. 전술한 바와 같이 파기환송부분에 대한 다수의견은 그 실시에 미흡한 점이 있다고 보이며, 한편 원행정처분에 대한 소원심판대상성의 문제와 법원의 재판에 대한 소원심판대상성의 문제는 전술한 바와 같이 상호관련성을 가지고 있는 측면이 있다. 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않으면서 原行政處分에 대한 헌법소원심판청구를 인정하는 것은 법원의 재판에 대한 간접적 통제를 결과하는 것이기 때문이다.

원행정처분에 대한 소원심판대상의 문제는 評釋에서 살펴본 바와 같이 다양한 관점에서 논의될 필요가 있으며, 이 문제에 관하여는 다수의견을 지지한다.

한편 법원의 재판에 대한 헌법소원심판대상성의 문제에 관하여는 헌법정책론적 관점, 헌법해석론적 관점, 입법정책론적 관점에서 긍정설과 부인설의 대립이 있음은 주지의 사실이다. 헌법소원심판제도를 도입함에 있어서 法學者들은 주로 법원의 재판에 대한 헌법재판소의 통제가 필요하다는 주장이 많았고, 법원 등 기존 사법기관은 관련 헌법조항의 해석상 법률로서 법원의 재판에 대한 헌법소원심판을 가능하게 하는 것은 위헌성이 농후하다는 주장이었다. 헌법소원심판제도의 발상지인 유럽에서도 法院의 裁判에 대한 헌법소원을 인정하는 國家群과 이

를 소원심판대상에서 배제하는 國家群으로 나누어져 있다. 일반적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원심판제도를 인정하는 경우 국민의 인권보장 및 헌법국가의 이상을 실현하는 데 기여하며, 헌법재판소에 의한 헌법해석의 통일이 보장된다는 장점이 있는 반면에, 법원에 의하여 인권보장이 충분히 이루어질 수 있어 인권보장에 별다른 기여가 없으며 오히려 무익한 4심제를 창설할 뿐이고, 재판절차의 경직화 및 절차법상 제도에 관한 오판의 위험이 있으며, 濫訴로 인한 법적 안정성의 훼손과 사법제도의 비효율 및 정치적 영향에 의한 법원기능의 왜곡이 일어날 소지가 있는 등의 단점이 있다고 알려져 있다. 사실 헌법소원 등의 헌법문제에 관한 재판은 구체적 현실 속에서 그 실질적 의의와 기능을 발휘할 수 있다. 이러한 관점에서 오히려 미국식의 일원적 사법제도가 보다 적절할 수 있고 우리 법제의 이원적 사법제도는 문제를 복잡하게 할 수 있다는 비판도 만만치 않다. 그러나 헌법재판소제도를 창설한 이상 법원과 헌법재판소간의 조화로운 司法體系의 유지의 필요가 있는 것은 두말 할 필요가 없고, 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외한 입법자의 의사는 헌법에 배치된다고 할 수 없다는 견해가 유력한 것이다.

그러나 한편 평석에서 논한 바와 같이 법원의 재판을 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항에 대하여 한정위헌결정을 하였다면 그 취지와 범주를 명확히 하여야 할 것이며, 단순히 권한쟁의적 차원에서만 문제로 보는 것은 온당치 않다고 본다. 그리고 전술한 논의와 같이 헌법적 정의의 실질적 구현을 위하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 법원의 재판을 제외한다는 부분에 관한 이영모 재판관의 반대의견은 지지되어야 한다고 본다.