

大法院과 憲法裁判所간의 權限爭議*

金 起 暎**

目 次

- I. 事案의 考察
- II. 問題의 所在
- III. 權力分立과 憲法裁判制度
- IV. 憲法裁判의 活性化와 變形決定의 問題
- V. 法院判決에 대한 憲法裁判所의 統制
- VI. 結論

I. 事案의 考察

대한민국의 최고의 양대사법기관인 大法院과 憲法裁判所가 자신들의 권한과 관련하여 조화로운 해결이 불가능한 판결과 결정을 함으로서 대한민국의 司法體系의 운영에 파장을 던지고 있다. 이 문제에 당하여 現行法과 法理論上 문제되는 점을 고찰하고 조화로운 헌법상의 권력매카니즘을 구현할 수 있는 방안에 관하여 살펴보려 하는 것이 本稿의 기본 목적이라고 할 수 있겠다. 문제되는 사안은 다음과 같다.

1. 大法院의 專屬的인 法律解釋權의 主張

대법원은 1996. 4. 9 선고 95 누 11405 판결에서 원고겸 상고인인 이길범외 1인이 제기한 상고를 기각하고 서울고등법원 1995. 7. 5. 선고 93 구 6456 판결을 확정하였는 바, 동 사건은 다음과 같은 概要와 法理的 爭點을 가지고 있었다.

즉 복잡한 거래과정을 거쳐 原告 겸 上告人은 금 46,000,000원을 지급하고 제 3자등으로부터 토지를 인수하였으며, 이를 다시 다른 제3자 등에게 금 150,000,000원에 매각하여 실지거래가액에 의할 때에 금 104,000,000원의 부동산 讓渡差益을 얻었으나, 기준시가에 의하여 부동산양도 소득금액을 계산하게 되면 오히려 讓渡差損이 발생하게 되어 과세

* 본고는 1998년도 아주대학교 신입교수 정착지원연구비의 지원아래 연구와 발표가 이루어졌음.

** 아주대 법학부 교수, 변호사

대상에서 제외되게 된다. 그런데 피고 과세관청인 동작세무서장은 舊 所得稅法 제23조 제4항 본문 및 취득가액에 관한 같은 법 제45조 제1항 제1호 본문에 각각 규정된 기준 시가에 의하여 과세대상 양도차익을 산정하지 아니하고 동 조항들의 단서에 규정된 실지 거래가액에 근거하여 양도차익을 산정한 결과 이 사건 讓渡所得稅 및 防衛稅의 부과처분을 하게 되었던 것이다.

한편 위 단서조항들에 대하여 헌법재판소는 1995. 11. 30, 94 헌바 13 사건에서 “구소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서는 實地去來價額에 의한 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시간에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”라는 요지의 主文의 결정을 한 바 있다.

그런데 이 사건에서 서울고등법원과 대법원은 위와 같은 형식의 헌법재판소의 限定違憲決定의 법원에의 기속력을 부인하면서 다음과 같은 견해를 밝히고 있다. 즉 “구체적 사건에 있어서 당해 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한 곧 法令의 解釋, 適用權限은 바로 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이다. 이러한 法理는 우리 헌법에 규정된 국가권력분립구조의 기본원리와 대법원을 최고법원으로 규정한 헌법의 정신으로부터 당연히 도출되는 이치로서, 만일 법원의 이러한 권한이 훼손된다면 이는 위에서 본 헌법 제101조는 물론이요, 어떤 국가기관으로부터도 간섭받지 않고 오직 헌법과 법률에 의하여 그 良心에 따라 독립하여 심판하도록 司法權 獨立을 보장한 헌법 제103조에도 위반되는 결과를 초래하는 것이다. 그러므로 한정위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 法律解釋에 관한 견해는 법률의 의미, 내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석, 적용권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 羈束力을 가질 수 없다고 하지 않을 수 없다”¹⁾ 라고 밝히고 있다.

2. 憲法裁判所의 反駁決定

위 이길범은 헌법재판소의 종전의 限定違憲決定을 무시한 위 서울고등법원 및 대법원의 판결에 불복하여 헌법재판소에 재판에 대한 헌법소원을 금지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌확인을 구하는 헌법소원, 그리고 위 대법원판결 및 양도소득세 및 방위세 부과처분취소를 구하는 헌법소원을 제기하였다.

이러한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 憲法裁判所法 제68조 제1항은 그 자체로 위

1) 1996. 4. 9 선고 95 누 11405 판결, 1996년 판례공보 1446면.

헌은 아니나, 동법에서 말하는 법원의 재판에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서 동법의 동조항은 헌법에 위반된다는 限定違憲決定을 내렸고, 위 대법원판결은 국민의 財産權을 침해한 것이라고 하여 취소하는 결정을 하였다. 그리고 위 조세부과처분도 취소되었다. 이 사건에서 헌법재판소 변형결정과 재판에 대한 헌법소원에 관하여 다음과 같이 說示하고 있다.

즉, “헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 당연히 모두 기속력을 가진다.”²⁾라고 밝혔으며, 또한 “구체적 사건에서의 법률의 해석, 적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것임이 분명하다. 그러나 법률에 대한 위헌심사는 당연히 당해 법률 또는 법률조항에 대한 解釋이 전제되는 것이고, 헌법재판소의 한정위헌의 결정은 단순히 법률을 구체적인 사실관계에 적용함에 있어서 그 법률의 의미와 내용을 밝히는 것이 아니라 법률에 대한 違憲性審査의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻한다. 따라서 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형인 것이다.”³⁾라고 하였다. 그리고 나아가 법원의 재판에 대한 헌법소원에 대하여는 “헌법재판소법 제68조 제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법 제107조 및 제111조에 규정된 헌법재판소의 권한규범에 부분적으로 위반되는 위헌적인 규정이다”⁴⁾라고 하여 한정위헌결정을 내리고 있고, 따라서 대법원의 헌법재판소의 한정위헌결정에 반하는 대법원의 판결은 헌법소원심판을 통하여 取消의 대상이 된다고 結論내리고 있다.⁵⁾

II. 問題의 所在

헌법재판소는 1997. 12. 24 자로 헌법재판소의 한정합헌결정에 배치되는 법률해석을 근거로한 대법원의 판결에 대하여 헌법재판소의 統制權을 인정하는 결정을 내리면서, 이는 헌법재판소의 헌법해석에 관한 결정은 모든 국가기관을 기속한다는 헌법 및 헌법재판소법의 법정신에 부합한다고 밝히고 있다.

이번 결정은 비록 모든 법원의 판결이 아닌 헌법재판소의 결정에 배치되는 법원의 판

2) 헌재 1997. 12. 24 선고, 96 헌마 172, 173 (병합), 헌법재판소공보 25호, 149-150면

3) Id. at 154-155.

4) Id.

5) Id. at 155-156.

결에 한하여 헌법재판소의 訴願審判權을 인정하였다는 점에서 헌법재판소로서는 자기기관의 최소한의 決定實效性의 확보를 그 명분으로 하고 있으나 엄연히 명문으로 법원의 판결을 헌법재판의 대상에서 제외한 헌법재판소법에 배치된다는 점에서 논란의 여지가 있는 것이다.

현행 헌법상 법원의 판결에 대하여 최종심사권을 갖고 있는 대법원의 입장에서는 이번 결정에 대하여 헌법재판소가 헌법의 권력분립정신에 따라 분립된 立法權과 司法權에 대한 명백하게 침해하였다고 하면서 반발의 움직임을 보이고 있어 결국 최고의 두 사법기관간의 권한쟁의적인 문제를 야기하고 있다.

이 문제는 소위 헌법재판소의 變形決定의 문제가 그 논의의 핵심점에 있음을 부인할 수 없다. 즉 대법원으로서 헌법재판소의 단순위헌 결정에 대하여는 그로써 당해법률이 장래에 향하여 실효하게 되므로 당연히 이를 적용할 수 없으며, 이는 헌법이 예상하고 있는 헌법재판소의 固有權限에 속하게 되는 것이다.

헌법재판소는 그동안 소위 헌법에 근거한 규범통제권한을 행사함에 있어, 단순위헌 또는 단순합헌의 결정으로는 규범통제의 실질적이면서도 헌법정신에 근거한 建設的 結論에 도달하기 어려운 경우가 있음을 전제로 다양한 유형의 변형결정을 내려온 바 있다. 이러한 변형결정은 헌법재판소가 법률의 의미를 부여하게 되는 경우가 많은데 이러한 때에 법령 해석에 관한 최고의 기관인 대법원과 당해 법률의 해석에 관하여 충돌을 하게 되고, 變形決定에 의하면 헌법재판소의 견해와 다르게 법률이 해석되는 경우에는 당연히 위헌 무효가 됨에도 대법원이 자신의 다른 견해하에 당해 법률을 적용함으로써 憲法裁判所의 결정과 배치되고, 헌법재판소는 그러한 법원의 판결에 대하여는 헌법재판소의 결정과 상치되는 한도에서 법원의 판결에 대한 憲法訴訟을 인정하겠다는 것이다.

따라서 이문제는 헌법재판소의 변형결정의 문제와 우리 헌법이 전제하고 있는 권력분립의 기본정신 등에 관한 고찰이 필요하게 되며, 論議의 展開는 (1) 먼저 권력분립이론과 헌법재판의 一般論을 살펴보고 (2) 권력분립주의 특히 입법권과 관련하여 헌법재판의 活性化문제 및 變形決定의 理論的 根據를 제공할 수 있는가의 문제, (3) 法現實과 당위로서의 전체법질서와의 관계를 고려한 實踐的 考察의 문제 (4) 더 나아가 변형결정이 그 근거를 갖는 경우 이에 위반된 法院의 裁判이 헌법재판의 대상이 될 수 있는가의 문제 등으로 이어져야 하겠다.

Ⅲ. 權力分立과 憲法裁判制度

1. 憲法과 憲法裁判

헌법이 국민의 정치적 결단의 표시로서 국가권력을 배분, 조직화하고 대부분의 국민의

기본권보장을 위한 마그나카르타적 성격을 갖는 국가의 최고법규임은 주지의 사실이다. 또한 近代立憲民主主義 국가의 헌법에 있어 국가권력의 기본 배분원리로서 절대적 권력을 지양한 권력분립주의가 그 기본원리가 됨은 물론이다.

우리나라의 헌법도 이러한 권력분립주의에 바탕을 두고 수차에 걸친 개정을 거듭해 오다가 1987년 개정된 현재의 헌법이 탄생되었는 바, 새 헌법의 權力構造에 있어 헌법의 보장을 위한 정치적 사법기관이라 할 수 있는 헌법재판소가 신설되고 종래의 유명무실했던 憲法委員會를 대체케 되었을 뿐 아니라, 그 헌법수호적 기능도 일단은 매우 활성화 되었다고 보아도 무방할 것 같다.

대한민국헌법 등에 의할 때 헌법재판소는 司法的 憲法保障機關으로서 위헌법률심사권, 고위 공직자 등에 대한 탄핵심판권, 국가기관간의 권한쟁의 심판권, 헌법소원심판권⁶⁾ 등의 권한을 행사하게 되어 있으며, 이러한 憲法裁判을 통하여 헌법의 최고법규로서의 실효성을 확보할 수 있게 하고 있다. 이는 헌법의 보장을 위한 제도적 장치로서 가장 중핵을 이룬다고 하여도 과언이 아닌 것이다.

사실 역사적으로 이러한 헌법재판은 최고의 대의기관으로서 국가정치의 핵심을 이루는 입법권자인 의회의 입법권에 관한 헌법적 통제를 가한다는 점에서 民主主義原理와의 많은 논쟁거리를 제공해 왔으며⁷⁾ 특히 그 기원이 되는 美國의 違憲法律審査制度는 Marbury v. Madison 사건⁸⁾을 통하여 아무런 명문의 헌법조항없이 법원의 법률심사권을 인정하였다는 점에서 아직도 헌법의 해석자에 관한 논쟁이 계속되고 있다.

헌법은 국가의 최고법으로서 국가를 조직하고 국가와 국민간의 가장 기본적인 관계를 규정하는 법규범이고 따라서 헌법의 의미를 해석하고 헌법법규에 실천적 의미를 부여하는 것은 매우 중요하며 이는 代議制 民主政治下에서 매우 이색적이면서도 政治와 法的 한계선상에 있게 되는 것이다.

독일 등의 대륙법계하에서는 일반법원이외의 헌법재판을 전담하는 재판소를 헌법 스스로 명문으로 도입하여 헌법재판을 담당케 하고 있으며, 우리나라도 이러한 법계의 영향하에 헌법재판소제도를 두고 위헌법률심사 등의 憲法裁判權을 귀속시키고 있다.

6) 헌법소원제도는 국민 개개인의 헌법상의 기본권 보장을 위하여 매우 중요하게 생각되는 제도로서, 이는 독일의 바이에른주 헌법에서 비롯되었는데 오늘날 서독, 오스트리아, 스페인등에서 규정하고 있다. 현행헌법은 제111조 제1항 5호에서 헌법재판소는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 관장한다라고 함으로서 이 제도를 도입하게 된 것이다. 또한 이는 당사자의 신청에 의한 위헌법률심판제청이 법원에 받아들여지지 않을 경우 당사자가 헌법소원을 제기할 수 있게 함으로서(헌법재판소법 제69조 제2항) 규범통제를 보완하는 구실을 하고 있다.

7) Countermajoritarian Difficulty와 법원의 역할에 관하여는 Alexander Bickel, "The Least Dangerous Branch"; Ackerman, *Discovering the Constitution*, 93 *Yale L. J.* 1013-1049 (1984) 등 참조.

8) 5 US (1 Cranch) 137 (1803); 이 사건에 관하여 상세한 분석으로는 Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 1969 *DUKE L.J.* 1. 5.

따라서 미국의 국가권력구조하에서는 고전적 권력분립의 원리에 따라 헌법의 최종해석자이며 연방사법권을 분장하는 대법원과 연방의회 및 대통령을 정점으로 하는 3권의 분립이 있게 되는 것이고, 독일 등의 경우에는 사법권의 귀속이 정치적 성격을 갖는 憲法裁判과 一般司法權으로 양분되고 있는 것이다.

이번 사건의 문제는 헌법과 입법부의 법률에 대한 유권적 해석을 둘러싼 대법원과 헌법재판소의 권한의 범위 및 그 한계를 둘러싼 문제의 성격을 갖는 것이다.

2. 權力分立과 憲法裁判

주지하다시피 권력분립의 원리란 절대적 권력은 부패하고 남용되기 쉽다는 전제하⁹⁾에 국가권력을 屬性에 따라 분립시켜 이를 각각 다른 국가기관에 귀속시키고(separation of powers), 이들 국가기관간에 牽制와 均衡(check and balances)을 이루게 함으로써, 한 국가기관의 독주를 막고 권력으로부터 시민권의 보호를 이루게 하는데 그 기원이 있으며, 아직도 이러한 관점이 그 理解의 중심을 이루고 있다.¹⁰⁾

그렇다면 국가권력을 어떻게 분립시키고 배분할 것인가의 문제가 제기되는데 이에는 古典적으로 로크의 입법권, 집행권의 2권분립론과 몽테스큐의 입법, 행정, 사법의 3권분립론이 가장 대표적으로 꼽히고 있다.

로크는 국가의 最高權力은 국민에게 있다는 것을 전제로 대의제적 원리에 따라 구성된 국민의 대표기관인 의회가 행사하는 입법권은 국민에 대하여 自己羈束의이며 다른 권력보다 우월한 최고의 국가권력이라 하고 이러한 입법권에 의하여 형성된 법률의 집행을 보장하기 위하여 집행권이 있으며 그밖에 동맹, 강화, 전쟁 그리고 조약의 체결 등의 同盟權이 있다는 것이다. 로크의 입법권우위의 2권분립론은 영국의 의원내각제의 초석이 되었다. 한편 法의 精神의 저자인 몽테스큐는 로크의 2권분립론을 입법, 행정, 사법의 3권¹¹⁾으로 분립하여 이를 시민사회의 자유민주적 질서를 유지하기 위한 수단적 원리로 이

9) 몽테스큐의 설명에 의하면, “민주적인 국가라고 해서 필연적으로 자유로운 국가라고는 볼 수 없고, 정치적 자유는 오로지 권력의 남용이 없을 때에만 실현될 수 있는 것이다. 우리가 역사적인 교훈으로 알 수 있듯이 권력이 주어진 사람은 누구나 그 권력을 남용하기 쉬우며, 극한까지 이를 사용하기 마련이다... 권력의 남용을 방지하기 위하여는, 사물의 여건상 권력은 권력으로써 견제할 도리밖에 없는 것이다.”라고 하고 있다. Montesquie, *The Spirit of Laws* (Berkeley: Univ. of California Press, 1977), Bk. XI, Ch. 4, p.200.

10) J. Locke, *Second Treatise of Civil Government* Sec. 89-94, 139-42, 212 (1689) Concord Town Meeting resolutions (Oct. 21, 1776), reprinted in the *Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, at 153-57(O. Handlin & M. Handlin ed. 1966).

11) 몽테스큐에 의하면 국가권력은 제1의 권력인 입법권과 제2의 권력인 만민법에 관한 사항의 집행권 및 시민법에 관한 사항의 집행권의 3권력이 존재한다고 하고 있으며, 제3의 권력은 범죄를 처리하고 개인의 소송을 재판하는 기능을 맡는다고 하고 있다.

론을 전개하였으며 이는 식민지 독립후의 미국의 국가조직의 기초가 되었던 것이다.

이러한 권력분립원리의 基礎前提로서는 먼저 국가권력의 속성에 따른 고찰이 필요하 다 할 것이다.

국가권력은 主權在民의 원칙하에 국가의사를 정책적으로 결정하는 국가작용으로서의 입법권과 제정된 법률에 따라 적극적으로 정책을 집행하는 行政權, 그리고 특수한 집행 권적 성격을 갖는, 즉 소극적으로 사건(case)의 전제하에 법의 내용을 확인 선언하는 司法權으로 분류 고찰함은 앞서 본 몽테스큐의 고찰에서도 찾아볼 수 있고 많은 국가의 헌 법상의 국가조직원리로 정착되었다.¹²⁾

우리나라 헌법에서도 제3장(국회) 제40조에서, 입법권은 국회에 속한다고 규정하고 있 으며, 제4장(정부), 제66조 제4항에서 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다고 천명하고 있다. 또한 제5장(법원), 제101조 제1항에서는 사법권은 법관으로 구성된 법원 에 속한다고 명문으로 선언하고 있다.

국가권력의 분립에 있어서의 국가권력의 배분은 그 성격에 근거한 배분이 주된 원리로 작용하고 있지만 미국의 違憲法律審査權의 論爭에서도 볼 수 있듯이 각 배분된 권력의 量的인 균형도 그 한 기준이 될 수 있는 것이다. 즉 광범위한 형성의 자유를 갖는 立法權의 憲法的 統制權을 어떤 기관이 담당할 것인가의 문제는 마살대법관의 고민이었으며, 그 이래의 많은 헌법학자의 논쟁의 대상이었는데, 헌법의 해석을 행정부 또는 국회가 아 닌 司法府가 담당하여야 할 당위론적 논거의 하나로 아이러니컬 하게도 다른 2권에 비하 여 사법권이 현저히 劣勢한 權力이라는 점이 고려되었다. 즉 법원은 독립된 예산이나 인 사의 권한을 가지고 있지 못하며 그 권한의 속성도 매우 소극적이며 수동적이라는 것이 라는 것이다. 다른 권력과의 견제와 균형을 위하여는 사법부가 헌법의 해석권자로서 憲 法守護機能을 담당하여야 한다는 것이다. 이는 권력분립의 또 하나의 요소인 견제와 균 형의 원리와도 상통하는 것은 물론이다.

국가권력의 배분을 파악하는 또다른 시각으로 기능주의적, 국가경영적 관점이 있을 수 있다. 켈젠같은 학자는 종래의 3권분립론은 의회, 군주, 법원의 입헌군주국가에서 역사적 으로 획득된 산물에 불과하며 원칙적으로 국가권력은 國民主權下에서 불가분의 것인데 국가의 기본적인 기능에 따른 권한의 배분에 지나지 않는 것이므로 3권분립의 도그마는 해체되어야 한다는 것이다. 또한 Loewenstein도 권력분립에 관하여 靜態的인 권력의 성 격분석보다는 動態的 機能主義의 입장에서 국가권력을 정책결정기능(policy determination), 정책집행기능(policy execution), 정책통제기능(policy control)으로 나눌 수 있다고 한다. 이는 동태적 분류로서 정책결정에 있어서도 행정부와 의회가 공동으

12) 권력의 기능이나 속성에 따른 국가권력의 분립은 멀리 아리스토텔레스까지 기원한다고 한다. 그에 의하면 국가의 권력작용은 대체로 심의적(delibertive)인 것, 집행적(executive)인 것, 사법적(judicial)인 것으로 구분할 수 있다고 한다. 김운용, 권력분립과 위헌심사권, p.168.

로 그 기능을 수행할 수 있으며, 議會도 정책집행기능을 수행한다고 한다.¹³⁾

현행헌법은 권력의 성격에 따라 앞서 본바와 같이 3권을 분립시켰으며, 대륙법계의 전통에 따라 一般司法權과 구별되는 헌법재판을 전담하는 憲法裁判所를 설치하고 제6장 제11조에서 (1) 法院의 제청에 의한 법률의 위헌여부의 심판 (2) 彈劾의 심판 (3) 政黨의 해산심판 (4) 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 權限爭議에 관한 심판 (5) 법률이 정하는 憲法訴願에 관한 심판의 권한을 부여하고 있는 것이다.

현행헌법상 헌법재판은 일단 그 성격상 사법작용¹⁴⁾의 일부분이긴 하나 광의적이고 정치적이며, 인간철학적성격을 갖는 기본법규인 헌법의 해석과 관련을 갖는다는 점에서 一般司法作用과는 다른 특색을 갖는다 할 것이며, 또한 헌법에 그 권한이 열거적으로 규정되어 있다는 특색을 갖고 있다.

3. 憲法裁判의 政治性과 法理論的 根據

현행헌법 및 헌법재판소법에 따라 헌법재판의 중핵을 이룬다고 할 수 있는 위헌법률심판 즉 규범통제와 법률에 대한 헌법소원을 중심으로 헌법상의 타권력작용에 대한 헌법재판소의 권한의 성격과 권력분립의 체계에서의 位相을 고찰하도록 하자.

헌법재판소의 규범통제권한은 그 작용자체가 법규를 해석하고 이를 선언 확인할 뿐만 아니라 대립되는 양당사자의 쟁의를 기초로 엄격한 사법적 절차에 따라 裁決行爲가 이루어진다는 점에서 그 본질적 성격은 이를 사법작용이라 볼 수 있다. 특히 우리나라와 같이 구체적 사건을 전제로 중립적이고 독립된 기관에 의하여 결정적 효력을 갖는 재결형식으로 권력작용이 행하여진다는 점에서 그 사법적 특질은 한층 더하다 할 것이다.

문제는 헌법재판이 憲法에 근거하여 광범위한 형성의 자유영역내에 있는 입법된 법률의 합헌성을 심사한다는 점에서 헌법법규의 특질 및 심사의 대상과 관련하여 一般司法權과는 구별되는 것이다.¹⁵⁾

13) 기능적 분류론에 관하여는 일반적으로 Loewenstein, *Political Power and Governmental Process*, Phoenix Books, The University Chicago Press 참조.

14) 이러한 헌법재판의 법적 성격에 관하여는 사법작용설, 정치작용설, 입법작용설, 제4의 국가작용설등으로 견해가 갈리나 사법의 최소한의 표식을 (1) 그 재결행위가 사법적 절차에 따라 행해지고, (2) 그 재결이 결정적이며, (3) 그것이 중립적 기관에 의하여 행하여진다는 점에서 구한다면, 헌법재판도 일종의 사법작용이라고 할 것이다. 권영성, 『헌법학원론』, 법문사(1992), p.365; 허영, 『헌법이론과 헌법(상)』, 박영사(1988), p.942; 정종학, 『헌법의 보장과 헌법재판』, 『충남대학교 법학연구』, 제5권 제1호(1994), p.10.

15) F. I. Michelman, *Politics and Values or What's really wrong with Rationality Review*, 13 *Creighton Law Review* 487, 489 (1979), quoting Ely, *Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility*, 53 *IND.L.J.* 399, 400 (1978).

헌법법규는 국민의 근본적 결단이 표현된 정치적 색채를 갖는 근본법규이며, 헌법제정권자나 개정권자의 의사가 매우 포괄적이고 광의적일 뿐만 아니라 歴史的 性格마저 갖게 되는 것이다. 모든 국가권력의 파생이 헌법을 정점으로 이루어지고, 국가 3권이 헌법의 보장 및 수호자의 역할을 하므로써 헌법의 구체화가 이루어지며, 헌법재판소의 헌법재판권은 국가 제1의 권력인 입법권의 현실화의 차원을 넘어서서 憲法の 補充 및 立法的 性格의 權力作用까지도 포섭하는 독특한 성격을 갖게 되는 것이다.¹⁶⁾ 고전적 권력분립이론에 의할 때 사법적 성격을 갖는 기관인 헌법재판소가 법률의 합헌적 해석 등을 통하여 입법유사의 작용을 한다는 것은 代議制의 원리에 상치되며 입법권의 침탈이라 볼 수도 있다. 또한 이는 현행 헌법이나 헌법재판소법상으로 명문의 근거를 갖고 있는 것도 아니어서 문제의 소지는 더욱 크다고 할 수 있겠다. 헌법재판소법은 헌법재판소로 하여금 심사의 대상이 된 법률의 違憲無效 또는 合憲만의 결정을 할 수 있게 하고 있는 것이다.

그런데 앞서 살핀 로크나 몽테스큐의 권력분립이론에서 가장 중요한 기능을 갖는 국가작용, 즉 집행작용의 전제가 되는 법정립작용을 우리는 立法權이라 하고 있으며 역사적으로는 군주와 대립한 근대의회의 전신이 되는 등족회의의 合議權限에서 그 기원을 찾을 수 있겠다. 군주제하에서 입헌민주주의 시대로의 이행과정에서 시민의 대표인 의회가 구성되고 통치자와 피치자의 자동성의 원리에 따라 대의제 의회민주주의가 정착하게 되었으며, 의회는 법률을 제정하는 민주적 국가의사의 形成權으로서의 입법권을 행사하게 된 것이다. 입법작용은 초기에는 시민의 자유와 재산에 관한 사항 소위 法規事項만을 그 대상으로 하는 시민법적 질서의 형성에 초점을 맞추었으며, 국가조직이나 급부행정 등의 국가법적 질서의 형성과 관련하여서는 행정명령으로서도 규율이 가능하였던 것이다. 그 후 의회주의의 발달은 이러한 이원적 구분에서 벗어나 입법의 내용의 구속은 존재하지 않게 되었으며, 國家秩序形成 및 政策決定에 관한 국가의 중요문제에 관하여 광범위한 법형성작용을 입법작용으로 파악하게 되었다. 그리고 이러한 입법작용의 한계는 헌법자체내에서 구체화된 절차와 방식 그리고 범위 등만이 그 한계로 작용하는 매우 포괄적이고 재량적인 형성권적 국가권한을 의미하게 되었다.

따라서 입법권은 국민주권주의 및 대의제 의회민주주의의 근본이 되는 국가권력으로서 이는 민주주의의 핵심원리인 多數에 의한 支配原理와 맥을 같이 하는 것이다.¹⁷⁾ 그렇다

16) 그리하여 George Mace는 헌법재판은 *United States v. Butler* 사건에서처럼 헌법문언의 기계적 적용이 아닌 헌법의 해석의 문제를 내포하게 되며, 이는 입법작용과 크게 다르지 않다고 하였다. *United States v. Butler* 297 U.S. 1, 62-63; G. Mace, the Antidemocratic Character of Judicial Review, 1972 Harv. L. Rev. 1140.

17) 민주주의는 매우 불명확한 개념이다. 다수의 정치과학자들은 다수의 지배를 그 핵심적 원리로 하고 있지만 그 밖에도 표현의 자유, 평등의 보장 등도 중요시 되며, 그 개념에 포섭된다고 한다. M. Edelman, *Democratic Theories and the Constitution* 5 (1984); M. Perry, *Morality, Politics, and Law* 165 (1988); R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* 128, 133-34(1956); H. Mayo, *An Introduction to Democratic Theory* (1960).

면 국민의 대표기관인 의회가 다수결의 원리에 따라 제정한 법률은 국민의 의사인 것이고 민주주의의 원리에 의한 것인데 독립된 소수의 재판관의 합의에 의하여 이를 破棄할 수 있는 것인가? 더 나아가 變形決定 등을 통하여 입법유사의 권한행사를 헌법재판소가 할 수 있는가라는 문제는 많은 검토를 요한다고 아니할 수 없는 것이다.

몽테스큐의 삼권분립론과 그 이후 미국에서 발달한 헌법원리는 권력의 분립과 각 권력간의 상호 견제와 균형을 핵심원리로 한다. 우리 헌법에서도 이러한 권력간의 견제를 통한 균형의 원리는 도처에서 찾아 볼 수 있다. 대통령은 國會에서 의결된 법률안을 거부할 수 있으며, 국회는 국무위원의 해임 또는 고급공무원의 탄핵 등을 통하여 정부를 견제할 수 있다. 법원도 명령규칙의 심사, 법률의 위헌심판제청 및 國會議員選舉訴訟의 관할 등을 통하여 정부와 국회를 견제할 수 있는 것이다. 헌법재판소의 헌법재판을 통한 입법심사는 입법부에 의한 다수지배의 원리에 제동을 건 것으로서 권력간의 견제와 균형이라는 관점에서 권력분립론과 융화될 수 있다. 그러나 무엇보다도 직접적인 이론적 근거로서는 역시 마아부리사건에서의 존 마아샬의 견해와 켈젠의 法段階說에서 이를 찾아 볼 수 있다.

존 마아샬은 그 사건에서 7가지 전제를 한 뒤 사법심사¹⁸⁾의 당위성을 결론으로 도출하였다. 즉 전제(1)은 사법부의 의무는 법을 적용하는 것이다. 전제(2)는 2가지 법이 상충하는 경우에 그 중 하나의 법을 적용하는 것은 다른 것을 배제하는 것이다. 전제(3)은 헌법은 최고의 법이며 다른 規範의 합법성기준을 제공한다. 전제(4)는 헌법의 最高性은 입법부에 의하여 제정된 규범이 그것과 상치되는 경우 후자는 더 이상 유효한 법이 아니라는 것을 의미하는 것이다. 전제(5)는 위의 전제들을 부정하는 것은 입법부가 普通의 法에 의하여 憲法을 개정하고, 따라서 헌법이 더 이상 입법부를 구속하는 기능을 하지 않게 되는 것을 의미한다. 전제(6)은 입법부는 헌법에 의하여 구속된다. 전제(7)은 법이 유효하지 않으면 그 법은 구속력을 잃는다 라는 전제들이다.¹⁹⁾ 이러한 전제들하에 마아샬은 입법부의 법제정이 헌법과 상치되면 법원을 구속할 힘을 잃는다고 결론을 내리고 있다. 마아샬의 논리전개는 매우 技巧的이고 精緻하다는 평을 듣고 있으나, 사법심사의 정당성에 관하여는 그 이후의 헌법학자사이에서 계속 논란이 되고 있다.

마아샬의 논리는 헌법과 법률간의 법위계를 간접적으로 전제하는 것으로 이를 직접적으로 법단계설에 따라 이론화한 학자가 켈젠이다. 켈젠은 법에는 상위법과 하위법이 있으며 상위법은 하위법의 존재근거가 되며 상위법에 저촉되는 법은 無效라는 것이다. 즉 근

18) 사법심사(Judicial review)라는 용어는 20세기초의 헌법학자들에 의하여 처음 사용되었으며, 아마도 1910년도 Michigan Law Review의 논문제목에서 처음 사용되었을 가능성이 크다고 한다. Robert L. Clinton, Marbury v. Madison and Judicial Review 7 (1989); Corwin, the Establishment of Judicial Review, 9 Mich. L. Rev. 102 (1910).

19) Marbury v. Madison, 5 U.S.(1 Cranch) 137 (1803) 참조

본규범, 헌법, 법률, 행정명령 및 규칙, 개인적 계약 등의 위계가 있으며 상위법에 모순되는 하위법은 무효이며 여기에 사법심사의 이론적 근거가 있다는 것이다. 켈젠의 이러한 논리전개에 대하여는 매우 명쾌하면서도 批判 역시 만만치 않다. 즉 객관적으로 위헌인 법률이 법원에서 합헌으로 결정되어 구속력이 있게 되는 경우에는 어떠한가? 위헌선언이 난 법률이 장래에 향하여 無效인 경우에 위헌선언이 있을때까지 유효한 법이라는 것을 어떻게 설명할 것인가? 위헌인 법률의 무효의 효과가 당해 사건에 한하여 적용이 거부되는 司法審査制度와는 어떻게 조화될 수 있을 것인가? 등의 문제점이 제기되고 있다.

사법심사의 이론적 근거는 일단 헌법의 최고법규성과 권력간의 견제와 균형이라는 권력분립이론의 고찰에 근거하여 헌법의 해석 및 수호자로서 사법부 또는 헌법재판소가 비교적 무난하다는 논의의 산물이라는 점에 있다고 하겠으나 여전히 그 正當性에 관한 論議는 계속되고 있다.

IV. 憲法裁判의 活性化와 變形決定의 問題

1. 政治의 完全性에 대한 懷疑와 憲法裁判의 活性化

정치적 완전성에 대한 懷疑의 문제와 위헌법률심사 나아가 變形決定의 문제는 어떠한가?

행정권과 입법권이 국민이 필요로 하는 모든 政策的 決定을 유효 적절하게 행하는지는 매우 의문이다. 미국에서는 낙태의 자유와 관련하여 산모의 건강 및 태아의 인간적 권리와 관련한 정부의 이익과 개인의 프라이버시권과의 利害衝突의 조정을 위한 정책적 문제가 제기되었을 때, 의회나 정치권은 이 문제의 해결을 위하여 그다지 효율적 대응을 하지 아니 하였다. Roe v. Wade 사건²⁰⁾에서 대법원은 헌법의 보충적 해석²¹⁾을 통하여 이 문제에 관한 국가의 의사를 제시하였고, 이에 대하여 의회나 정치권은 헌법의 개정이나 대법원 구성의 관여권을 행사하여 대법원의 견해를 번복할 수 있었음에도 아무런 조치도 취하지 아니하였던 것이다.性に 의한 차별, 즉 평등권의 문제를 살펴보기로 하자. 우리 사회에 있어 여성의 역할에 대하여는 이를 재평가하는 시각이 점증하면서 성의 평등이 큰 문제로 대두되고 있다. 많은 사람이 완전한 평등을 주장하지만 이는 많은 부분 정책적 결정의 문제를 배태하고 있는 것이다. 이혼시 위자료문제와 강제병역의무의 문제가 같은 관점에서 논의될 수는 없는 것이다. 미국의 얘기이긴 하지만 이 문제에 있어서도 정책결정의 주도권이 憲法의 解釋을 통하여 정치권을 리이드해가고 있는 실정이다. 헌법

20) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

21) 필자는 이러한 용어를 사용하고 싶다. 헌법의 언어는 매우 광의적이고 역사적이기 때문에 그의 해석은 단순한 문구 의미의 규명을 넘어 입법유사의 정책적 결정의 성격을 갖는 것이다.

의 해석은 그 광의성, 역사성, 정치성, 철학적성 등으로 인하여 필연적으로 국가정책적 의사결정을 수반하는 것이고 이는 후술하는 우리나라 헌법재판소의 變形決定의 當爲性의 문제와도 관계가 있는 것이다.

정부의 정책의 결정에 있어서 정치의 역할을 축소한다는 것은 정치에의 참여²²⁾를 통하여야만 정치적 의사를 표시할 수 있는 흠어진 대중의 역할을 축소하는 것이다. 이점이 사법심사의 큰 原理的 問題點이 되는 것이다.²³⁾ 그러나 정치권은 다수의 지지에 부합하여야 하기 때문에, 정치적 패자인 소수나 개인의 권익을 보호하기는 그리 신뢰할 수 없는 점이 있다. 즉 다수에 부합하는 정치권의 의사결정이 多數主義라는 원리의 기계적 적용의 폐해만을 갖는 정책의 영역이 있다는 점이다. 사법적 보호가 필요한 소수자나 그들의 이익이라는 것은 그들의 同情者가 아무리 소수이지만 당연히 받아야 할 정책적 보호를 받지 못하는 경우가 있는 것이다. 민주사회의 발전에 있어 소수의 부유계급의 재산권의 보호문제가 있었다. 그들의 보호는 다수지배의 원리만으로는 이해하기 힘들 수 있으나, 共同體가 지향할 사적인 이익과 공적 정책과의 조화로운 절충점에서 법적인 보호가 주어졌고 이를 담당하였던 것이 독립되고 중립적이며 객관적인(비열정적인 정책결정:dispassionate decision making) 사법부의 역할²⁴⁾이었던 것이다. 또한 소수의 외국인, 여성, 빈곤자 등에게 인간으로서 누려야 할 권리의 보호의 문제는 어떠한가? 또한 民主政治의 이론은 경제학자의 시장이론처럼 완벽한 모델을 제공하지는 못한다. 정치과정의 완벽한 고찰²⁵⁾은 불가능한 연유로 인하여 다수의 승자라고하여 司法的 保護를 포기할 만한 양의 정치적 영향력을 행사할 수 있다고 보장할 수는 없는 것이다.²⁶⁾

또한 헌법이라는 문서에 우리 공동체의 도덕적 신념과 가치가 내포되어 있으며, 이는 민주적 정치과정의 문제이전의 성격을 갖는다는 점을 생각해 볼 수 있다. 이는 두가지 논의를 가져온다. 헌법에서 선언된 부분에는 국가사회이전의 천부적 인간의 가치가 있을 수 있으며, 이는 인간으로서의 매우 道德的인 문제를 함축하고 있다는 것이다. 나아가 민주적 정치과정을 지키기 위한 전제로서의 가치도 생각해 볼 수 있다. 즉 민주정치 및 그

22) 정치에의 평등한 참여의 원리와 민주주의의 정당성에 관하여, John Rawls, A Theory of Justice(Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971), p.221 ff; Dunn v. Blumstein, 405 U.S. 330 (1972).

23) Ely, Democracy and Distrust pp.4-5; M. Perry, The Courts, the Constitution, and Human Rights (New Haven: Yale University Press, 1982), p.9.

24) 사법권의 독립에 관하여는 일찍이 몽테스키외가 그 중요성을 말한 이래 해밀톤, 메디슨 등에 의하여 확인되어 왔다. The Federalist Paper N. 48, pp.321-23; The Federalist Paper No. 78, p.503.

25) 그리하여 A. Bickel같은 학자는 사회계약론과 같은 가상적이고 자체완벽한 이론에 대하여 단지 인간의 합리성의 욕구를 충족시킬 뿐 현실사회의 도덕의 발견이라는 사법부의 임무에 당하여 큰 의미를 갖지 못한다고 비판한다. A. Bickel, Morality of Consent(1975), p.53.

26) A. Bickel, Reform and Continuity, 16; The Supreme Court and the Idea of Progress, 116-17.

결정의 정당성을 위하여서는 토의참가의 광범위성, 참여자의 表現의 자유, 參與에 있어서의 平等의 문제, 이해조정을 정당화 시키기 위한 계속된 토론기회, 다수의 편파적 경향의 시정, 決定의 변화가능성등 많은 전제가 있는 것이다. 모든 사람들은 자기의 견해를 민주 정치제도라는 이름하에 공동체의 정책에 양보하기 때문에 민주정치의 전제가 정상적으로 충족되었는지에 관하여 追及할 수 있는 권한이 있다고 할 것이다. 이러한 추급은 오로지 개인적 사려에 기초하여 판단되어질 수밖에 없다고 보여진다. 왜냐하면 민주정치 자체의 가치가 위기에 걸려 있기 때문인 것이다. 앞서 언급한 전제의 많은 부분들이 헌법의 기본권보장과 관련이 있는 것이다. 도덕적 판단에 있어 個人的 思慮는 매우 중요한 의미를 갖는 것이며, 민주정치에 있어 재판관의 역할과 가치가 여기에 있는 것이다.

다수에 의한 법률, 즉 도덕적 가치의 현현²⁷⁾은 비편파적이고 완벽하게 보일지 모르나, 도덕적 가치에 있어서 개인의 우월성과 관련하여 꼭 그러한 것인가는 의문이다. 이것은 도덕의 2차원적인 사고를 가정하는 것이다. 도덕에는 공적이고 상호적인 부분과, 지극히 個人的이고 私的인 부분이 있을 수 있다는 데에는 공감할 것이다. 집단적인 도덕가치의 결정은 대립되는 개인간의 이해가 상반된 경우의 조정의 경우에는 그 존재의의를 가질 수 있을 것이나, 순수히 개인적 도덕영역의 문제의 규율에서는 매우 기이한 현상을 초래하게 된다. 이러한 영역에서 裁判官은 자신의 개인적 善의 가치와 사려에 기초한 판단을 집단적 도덕규범에 양보할 필요는 없는 것이다.²⁸⁾ 서양의 예이긴 하지만 개인의 사용을 위한 금지약물의 소지를 규제한 법규의 違憲性이 논의된 바가 있다. 물론 그 법률이 제3자를 간접적으로 보호하기 위한 정책적 고려하에 제정된 것이라면, 이는 대화와 토론의 민주정치의 과정을 거쳐 그 법규의 健全性이 심사받아야 할 것이나 개인의 자율적 도덕을 통제하는 부분에 관하여는 독립된 개인으로서의 재판관의 사려가 기능하여야 한다고 보는 것이다.

2. 社會的 慣行으로서의 憲法과 憲法裁判의 活性化

다음으로 사회적 관행으로서의 憲法이라는 관점에서 문제를 살펴보자. 사회적 관행은 행위의 규칙성, 그러한 행위에 대한 일반의 期待, 행위의 動機의 문제들을 포섭한다. 재판관들은 공동사회의 과거와 현재를 일관하는 원칙을 수호하는 고려하에 결정을 내려야

27) 정치가는 가치적 결정을 하여야 하며 논의의 양면중 어느 한쪽을 지지할 수밖에 없다고 하면서, 전통적인 휘그당의 전통에 의하면 이는 단순추상적이거나 과도한 편집적 의견으로부터 자유로워야 한다고 한다. M. Weber, Politics as a vocation, in From Max Weber 95 (H. Gerth & G. Mills Eds. 1946).

28) 그러나 법관의 가치적 결정자의 역할에 대하여는 비판의 견해도 만만치 않다. Ely, the Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade, 82 Yale L. J. 920, 926 (1973); Pfeffer, Court, Constitution, and Prayer, 16 Rutgers L. Rev. 735, 735 (1962).

한다. 이는 원칙의 공동체, 통합의 가치를 의미하는 것이다. 이를 위하여 다수에 의한 정치적 의사의 결정이 부적절한 경우가 많으며, 재판관이 이를 수호하는데 적합할 수 있다. 재판관의 결정은 명문의 법규를 기초로 연속된 慣習的 態度와 그에 대한 가대의 집합에 바탕을 두고 있기 때문이다. 사실 민주적 절차에 의하여 제정된 법률이라 하여도, 심지어 더 나아가 헌법을 개정한다 하여도, 새로운 법적 관행이나 현재의 관행들을 再注入시키는 것이 어려운 경우가 있는 것이다. 즉 현재의 헌법적 관행은 正義, 正當한 期待 등을 찾는데 있어 기초가 되는 것이다. 따라서 재판관의 역할이 여기에 작용하여야 한다고 생각한다. 여기에서 재판관은 그 민주적 절차에 의하여 제정된 법률이 법적인 관행을 구성하는 사회적 정서나 기대를 어느정도 반영하고 있는가, 그리고 나아가 스스로의 법률을 포함한 우리사회의 既成價値들에 어느정도 영향을 미치는가를 진지하게 고려하여야 하는 것이다. 사실 이러한 관행의 수호는 재판관의 임무가 되고 있으며, 서구에서도 민주적 절차에 의하여 제정된 많은 부분의 법률들이 헌법적 심사를 받는 이유가 되고 있는 것이다.

우리 헌법과 헌법재판소법은 대법원을 중심으로 한 일반사법시스템과는 별도로 대륙법계에 따라 독립된 헌법재판소에 違憲法律審査 등의 헌법재판권을 명문으로 인정하고 있다. 그런데 여기에서 본고의 문제와 관련하여 법이 법률에 대한 圖式的인 無效, 有效만을 선언케 하고 있다는 문제점이 제기되고 있으며, 독일과 같이 변형결정에 관한 명문의 규정이 없는 현 법제하에서 많은 논란이 되어 왔고, 헌법재판소는 이미 변형결정 형식의 결정을 하고 있는 실정이다.

앞에서 고찰한 바와 같이 헌법의 해석을 통하여 국가적 정책 및 도덕적 가치질서를 형성함에 대하여 종래의 다수주의적 관점에서 民主的 代表性만을 기초로한 비판은 전적으로 옳다고 할 수 없는 것이다. 헌법은 매우 광의적이며, 역사적, 인간적 철학을 함축하고 있으므로, 이의 해석은 일반 법규범의 그것과는 좀 더 다른 국가정책적 선언, 個人의 기본적 인권의 수호, 社會의 관행적 가치의 지지 등의 성격을 띠게 되는 것이다.²⁹⁾ 3권분립론이 절대적 가치가 아닌 것은 그것이 민주사회의 가치, 시민적 질서를 지키기 위한 手段的 原理라는 점에 있다. 또 그 후의 권력분립론에 대한 새로운 시각의 발전도 주목하여야 할 것이다. 헌법재판소의 變形決定이 입법권을 침탈한 것이라는 점은 좀더 생각해 볼 일이다.

3. 變形決定에 관한 解釋論的 論爭

그렇다면 헌법재판소의 變形決定의 의의와 그 인정에 관한 논쟁의 주요점에 대하여 좀

29) 헌법의 해석에 있어서는 제정권자의 의사에 기초하거나(original intent) 변화된 사회실정에 기초하여 새로운 의사를 추단하여 해석하여야 한다는 견해(interpretive intent) 등 다양한 헌법해석의 문제가 제기된다. Dworkin, the Forum of Principle, 56 N.Y.U.L.Rev. 469, 490 (1981).

더 살펴보도록 하자.

변형결정(Entscheidungsvariante)이라 함은 현행법에 의하면 헌법재판소는 제청된 법률의 합헌, 또는 위헌만을 선언하게 되어 있지만 국회를 존중하려는 意圖나 법률생활의 안정성을 유지하려는 의도등으로 違憲決定으로 하지 않고 주문에서 일정기간 그 법률의 효력을 지속시키거나, 입법권자에 의한 개정을 촉구하거나, 限定的으로 합헌임을 선언하는 등의 단순위헌 또는 단순합헌 결정과는 다른 변형결정을 하는 경우 이를 일컫는 말이다.

이는 명문의 근거없이 헌법재판소의 판례에 의하여 인정되어 오고 있는 것으로, 입법 형성권의 존중, 법적 안정성, 기본권의 실질적 보장 등의 고려하에 合憲과 違憲의 中間領域的 性格을 띠는 주문이 선고되는 것을 말하는 것이다.

이러한 변형결정은 현재의 법체계하에서 불가능한 것인가? 헌법하에서의 정치, 경제, 사회현상은 매우 다양하고 복잡성을 띠게 마련이고 단순위헌 또는 합헌의 결정만으로는 헌법재판소가 유연하고 신축성있게 헌법이 의도한 적절한 憲法的 役割을 수행할 수가 없고, 법적 공백 또는 혼란을 가져올 우려가 있다는 점에 그 문제가 있다.³⁰⁾

일단 현재의 변형결정의 인정여부에 관한 헌법재판소의 판결인 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌법률심판사건³¹⁾에서의 多數裁判官의 지지의견과 변정수재판관의 少數意見を 중심으로 그 논거들을 살펴보기로 하자.

변형결정을 인정하는 견해는 그 이유로서 첫째, 헌법재판소법 제45조의 해석에 관하여 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라는 文句는 위헌 또는 합헌의 양자택일에 그 의미가 있는 것이 아니라, 위헌제청한 법원의 기초되는 사건의 당부는 헌법재판소의 소관사항이 아니라는 뜻이라는 것이다.³²⁾

둘째로 헌법재판소법 제47조, 위헌결정의 효력에 관한 조문에 관하여는 당해조항의 위헌결정만이 법원, 기타 국가기관 및 지방자치단체 등을 기속하도록 하고 있으며, 동조 제2항에서는 위헌결정은 결정한 날로부터 效力을 발생한다고 하고 있으나 이를 헌법재판소의 결정유형을 단순위헌, 또는 단순합헌의 2가지의 결정만을 하라는 취지로 볼 필요는 없다는 것이다. 이는 헌법재판의 본질에 적합한 統一的, 調和的 해석을 방해하는 것이며, 또한 사물의 이치상, 단순위헌, 또는 단순합헌의 결정권은 그 중간적 결정인 일정기간내의 유효, 즉 위헌무효의 시기결정도 그 범위내의 권한으로 볼 수 있다는 것이다.³³⁾

셋째로 재판의 결론인 주문의 방식에 관한 문제는 民事訴訟에서도 볼 수 있듯이 재판

30) 독일에서도 변형결정은 원래 연방헌법재판소의 판례에 의하여 형성된 것이다. 독일의 변형결정의 유형으로는 헌법불합치결정, 입법촉구결정, 한정무효결정 및 헌법조화적 법률해석 등을 들 수 있다. C. Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1977, S.19 ff.

31) 헌재 1989. 9. 8선고, 88 헌가 6, 『헌판집』 제1권 199면 이하.

32) Id. at 256-257.

33) Id. at 259-260.

관의 재량에 위임된 사항이며, 헌법재판소법에서도 이를 제한하는 아무런 조항을 찾아볼 수 없다는 것이다. 그리고 비교법적으로도 독일에 있어서 변형결정의 문제 역시 명문의 근거없이 獨逸聯邦裁判所法の 판례에 의하여 발전되었으며, 그후에 입법자가 이를 뒷받침하는 법률개정을 1970년에 이르러 하게 된 것이라는 것이다.³⁴⁾

이에 대하여 변정수 재판관의 반대의견이 있었는데, 동의견에 의하면, 첫째 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제45조 제1항 본문의 규정에 의하면 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌인지, 합헌인지를 명확히 결정해야할 의무가 있으며, 이는 그 효력에 관한 제47조와 상응한다는 것이다.³⁵⁾

둘째, 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌결정만이 국가기관 등을 기속한다고 되어 있으므로 헌법재판소의 결정이 효력을 발생하려면, 主文의 표현여하에 관계없이 그것이 위헌결정인지 아닌지를 확실히 하여야 한다는 것이다. 헌법에 합치되지 아니한다라는 결정을 내리면서 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다라는 결정은 만약 이것이 違憲決定이라면 제47조 제2항에 의하여 그 즉시 효력을 상실하는 것이며, 위헌결정이 아니라면 아무런 기속력이 없는 것이다. 또한 입법권자에게 일정한 시한까지 법률개정을 촉구하는 것은 아무런 법적 기속력을 가질 수 없는 것이 분명하므로 이러한 결정을 할 필요는 없다는 것이다.³⁶⁾

마지막으로 독일에서 憲法不合致決定 形式의 결정유형을 인정하는 것은 위헌결정이 원칙적으로 소급효를 인정하기 때문에 그로 인한 법적 공백, 사회적 혼란을 방지하기 위한 것이므로, 원칙적 장래효를 채택하고 있는 우리 法制下에서는 위헌결정만이 기속력을 갖는다는 제47조의 해석상 불합치결정을 할 수는 없다는 것이다.³⁷⁾

위의 2가지 입장에 대하여 折衷的 見解라고 할 수 있는 김진우 재판관의 의견이 있었다. 즉, 헌법과 헌법재판소법에 의하여 위헌결정만에 그 기속력을 인정한다는 점에 대하여는 변형결정부정론과 의견을 같이 하면서도, 이는 헌법재판소로 하여금 위헌성제거를 위한 입법촉구의 부수적 결정을 배제하는 것으로 볼 필요는 없다는 것이다. 즉 헌법재판소로서는 국가존립에 위해가 미칠 우려가 있는 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 헌법재판소법 제47조의 적용을 일시 배제할 필요가 있는 매우 異例的인 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 이상 결정일로부터 그 효력을 상실케 함이 요청되며, 위헌성은 있으나 즉시 실효시켜야 할 정도는 아니고 상당기간내에 입법개정시까지 그 효력을 지속시킬 필요가 있다고 인정되는 때에는 위헌성확인 또는 위헌성경고를 하고 법률의 개정은 立法權者의 固有權限에 맡겨야 한다는 것이다.³⁸⁾

34) Id. at 260.

35) Id. at 266-267

36) Id.

37) Id. at 267-268.

이러한 논쟁은 헌법불합치결정, 즉 제청된 법률이 위헌임에도 일정기간 입법자가 당해 위헌법률을 개정할 때까지 그 효력을 지속케 하는 결정과 관련하여 이루어진 것이긴 하나, 결국 단순위헌, 또는 단순합헌결정의외에 변형결정을 현행법상 인정할 수 있느냐의 문제와 관련되어 있다.

현재의 헌법재판소의 관례상 變形決定의 유형으로는 (1) 헌법불합치결정, (2) 한정합헌결정 (3) 입법촉구결정 (4) 위헌불선언결정 (5) 일부위헌결정 (6) 한정위헌결정 (7) 적용위헌결정 (8) 조건부위헌결정 (9)부분위헌결정등이 있다.

변형결정의 문제를 현행 헌법 및 헌법재판소법에 따라 입법권과의 관련에서 살필 경우 입법촉구결정, 위헌불선언 결정, 부분위헌결정은 보다 문제가 적어 보인다. 즉 立法促求決定이란 제청된 법률이 현재에는 합헌임을 확인하면서 장래에 향하여 입법부에게 추상적인 법률제정의무를 부과, 입법을 촉구하는 것으로서 입법부로서는 법률개정의 구체적, 법적 의무를 부담하는 것이 아니다. 또한 위헌불선언결정이란 헌법재판소 재판관의 다수에 의하여 당해 법률이 위헌으로 확인되었음에도 위헌선언을 하는데 필요한 의결정족수인 재판관 6인의 위헌찬성을 얻지 못한 경우에 하는 결정이므로 이는 엄연히 합헌결정인 것이며, 달리 문제점이 없는 것이다. 部分違憲決定 역시 심판의 대상이 된 법조문을 그대로 놓아둔 채, 그 일부분만을 위헌무효로 선언하는 점에서 변형결정의 일부라고 할 것이나, 이는 위헌법률심사의 양적인 문제에 관한 것으로서 결국 그 일부분에 관하여는 단순위헌결정을 내린다는 점에서 현행법체계에서 용인 못할바 아니라고 보여지는 것이다.³⁸⁾

문제는 本稿의 사안에서와 같이 제청된 법률의 소위 합헌적 법률해석을 통하여 법률의 합헌 또는 위헌 무효를 조건화하는 형태의 결정유형이 실질적 입법작용으로서 권력분립이론에 비추어 용인될 수 있느냐의 문제가 생기는 것이다. 예를 들어 헌법재판소가 내린 한정합헌결정의 한 사례로 “군사기밀보호법(1972. 12. 26. 법률 제2387호) 제6조, 제7조, 제10조는 같은 법 제2조 제1항 소정의 군사상의 기밀이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 軍事機密로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”라고 한 한정합헌결정이 있었다.⁴⁰⁾

여기에서 군사상의 기밀에 관한 헌법재판소의 한정적 해석을 통하여 법률의 의미가 합헌적으로 부여되고 새로운 정의조항이 추가된 효력을 갖는 결정이 내려진 것이다. 이것이 立法權의 침해인 것은 아닌가? 현행법상 變形決定의 근거가 있는 것인가?

앞에서 본 다수의견의 관점으로 헌법재판소법 제45조 본문은 헌법재판소는 제청된 법

38) Id. 269-273.

39) 그러나 부분위헌결정에서 그 가분된 일부분만이 위헌무효가 되는 경우 법규정 전체의 취지가 몰각되거나 변질되는 경우에는 입법권과의 관련에서 문제가 될 수도 있다고 본다.

40) 헌재 1992. 2. 25 선고, 89 헌가 104, 1회판결, 제4권.

들과 기초되는 사건의 심판에는 아무런 결정을 할 권한이 없다는 취지로 보아야 하고 이것이 단순위헌 또는 합헌결정만을 내려야 한다는 것으로 보여지지는 않는 것이다. 또한 소수의견이 내세우는 제47조 제1항에 의하여 위헌결정만이 국가기관 등을 기속하게 되어 있으므로 헌법재판소로서는 단순위헌 또는 합헌결정만을 내릴 수 있다는 주장도 너무 조문의 문리에 집착한 해석이라고 생각한다. 앞에서 본 限定合憲決定이나 限定違憲決定 등은 실질적으로 위헌결정으로서, 위헌결정에 필요한 의결정족수를 얻어야 함은 물론이다. 이러한 결정을 위 47조1항의 “위헌결정”의 해석에 포함시키지 못할 바 아닌 것이다.

4. 民主政治의 補完⁴¹⁾과 變形決定의 不可避性

앞에서 계속 보아온 바와 같이 헌법재판, 특히 사법심사는 헌법의 수호자로서 헌법재판소가 헌법이 무엇인가를 밝히는 政治的, 歷史的, 生活哲學的 과정이라고 볼 수 있다. 헌법해석의 문제는 이러한 헌법의 포괄성, 그 의미의 다양성, 광의성 등의 특수성으로 인하여 불가불 정책적 가치판단을 피할 수 있으며 헌법아래에서 입법권과 동렬에 또는 헌법정신하에 입법을 무력화 시키기도 하는 것이다. 헌법재판소가 立法事項에 관한 권한을 행사하는 것은 다수지배의 원리 및 대의제 민주주의하에서 3권분립에 위배된다는 주장도 좀 더 성찰을 요한다는 점은 앞에서 살펴본 바이다. 현행 헌법과 헌법재판소법이 단순위헌의 결정권만을 헌법재판소에 부여하였다고 새기는 것은 그다지 옳지 못하다고 생각된다.⁴²⁾ 헌법의 의미를 밝혀 나가는데 있어서 權力間의 對話는 매우 중요하다고 생각된다. 또한 헌법 및 법률개념의 다의성 등의 문제와 이에 대한 국가정책 내지 도덕체계로부터의 접근의 문제는 국가정책의 결정자로서 의회만이 있는 것이 아니고 헌법재판소가 그 한 축을 이룰 수 있다고 볼 수 있다.

美國의 경우에는 주지하다시피 대법원이 헌법해석을 통하여 국가정책의 커다란 한 축을 이루고 있다.⁴³⁾ 미국의 위헌심사시스템은 우리나라와 같이 문제된 법률의 위헌 무효를 선언하면서 판결로 그 법률을 폐기하는 것이 아니고, 당해의 구체적 사건에서 적용이 거부되는 것이다. 약 200년전의 존 마아살의 견해처럼 헌법에 위반된 법률은 有效한 법

41) 사법심사와 민주정치에 보완기능에 관하여는 이미 사법심사의 태동기에서부터 논의되어 왔다. *McCulloch v. Maryland* 17 US (4 Wheat) 316 (1819).

42) H. Wechsler는 헌법의 중성적 원칙이란 논문에서 사법시스템이 성장함에 따라 입법에 의하여 보다 효율적으로 이루어지리라 생각되는 법적 구체방안은 더욱 다양화하게 된다고 한다. H. Wechsler, *Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 I Harv. L. Rev. 1, 7, quoting *Developments in the Law—Remedies Against the United States and Its Officials*, 70 Harv. L. Rev. 827 (1957).

43) Charles W. Collier, *Precedent and Legal Authority: A Critical History*, 1988 WIS. L. REV. 771, 773; Susan Bandes, *The Ideas of a Case*, 42 STAN. L. REV. 227, 281-82; Girardeau A. Spann, *Expository Justice*, 131 U. PA. L. REV. 585, 592-93.

률이 아니고 사법부로서는 그 적용을 거부해야 한다는 先例가 아직도 계속되는 것이다. 이는 우리나라의 위헌법률심판제도보다 매우 겸손하면서도 권력분립의 원리에 충실한 것이다. 그러나 이 겸손한 사법부가 기본적 생활에 관한 국민의 합의의 중앙에 자리 잡고 있음을 간과해서는 않된다.⁴⁴⁾ 대법원의 판결에는 입법유사의 매우 精緻하면서도 정책가치적 判斷을 내포하고 있으며, 이는 법적으로는 입법부에게 아무런 구속을 갖지는 않으나 소위 선례구속의 원칙과 맞물려 그 후의 사법부를 기속하며 바로 그것이 구체적 사건(case)을 통하여 살아 있는 법이 되는 것이다. 우리나라의 경우 법률의 폐지 여부에 관한 막강한 권한을 헌법재판소에 부여하면서 헌법재판소의 권한을 입법의 존속여부에 관한 기계적 판단만으로 보아 권력간의 대화를 통한 진정한 헌법의미 및 국가정책, 공동체의 가치체계 등을 발견할 수 있는 기회를 앗는 일은 바람직 하지 않다고 본다.

알렉산더 비켈(Alexander Bickel)이 갈파하였 듯이 현대의 민주사회에는 2가지의 확고한 신념이 있는데, 그것의 하나는 選舉制度를 통한 대의제의 원리이고, 다른 하나는 민주정치과정에서 소외된 자들의 인간적 기본권을 보호하고, 헌법재판을 통하여 정치에 의하여 왜곡된 원칙을 수호하는 사법부의 民主政治의 補完機能에 대한 신념이라는 것이다. 이러한 신념은 단순한 흑백에 의한 법률의 위헌심사를 넘어 헌법에 근거하여 구체적인 위헌성의 심사가 보장되었을 때에 가능하게 된다고 할 수 있다.⁴⁵⁾ 이는 권력간의 대화를 가능하게 하는 것이고, 헌법을 중심으로한 권력간의 調和와 人本主義, 진정한 民主的 統攝을 이룰 수 있게 한다는 것이다. 그는 재판관도 입법자와 미찬가지로 현실적 복합성에 대한 진지한 수용과 개인의 참음성(prudence)을 바탕으로 하여 끈질긴 改良⁴⁶⁾을 추구하여야 한다고 주장하면서 입법자와 재판관은 공통되는 개성이 요구된다고 하고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 변형결정권한의 필요성은 선례구속의 원칙이 기능하지 않으며, 선례에서 밝힌 재판의 이유가 별다른 법적 의미를 갖지 못하는 우리 法制下에서는 더더욱 요청된다고 할 수 있다. 헌법재판관은 입법에 대하여 끈임없이 코멘트를 하여야 하는 것이며, 이러한 작

44) 토크빌은 말하기를 미국의 법원은 사법심사라는 매우 강력한 권한을 보유하고 있기 때문에, 다른 나라에서는 순수한 정치적 문제로 취급되는 문제의 경우에도 미국에서는 법원이 그 문제의 해결의 역할을 맡게 된다고 한다. A. De Tocqueville, 1 Democracy in America 99 (H. Reeve transl, 1948).

45) 더 나아가 사법심사의 사회교육적 기능까지도 언급하기도 한다. Rostow, the Democratic Character of Judicial review, 66 Harv. L. Rev. 193, 208 (1952).

46) 그러나 투소 내지 홉즈 등의 추상적 합리주의자들과 대비되는 이러한 현실적 개량주의에 대하여는 새로운 합리주의의 이론적 발전이 또한 중요한 도전이다. 이러한 새로운 합리주의는 브루스 액커만 같은 자유주의적 개량주의자(liberal reformers), 비판적인 법학(critical legal studies) 등을 들 수 있다. B. Ackerman, Reconstructing American Law 28-37 (1984); Posner, volume One of the Journal of Legal Studies-An afterword, 1 J. Legal. Stud. 437 (1972); Unger, the Critical Legal Studies Movement, 96 Harv. L. Rev. 563 (1983).

47) A.T. Kronman, Alexander Bickel's Philosophy of Prudence, 94 Yale L.J.(1985) 1567, 1588, 1602.

업을 통하여 다수의 원리에 기초한 민주정치에 대하여 진정한 司法的 補完이 이루어질 수 있는 것이고, 법원은 헌법재판소의 의견에 대하여는 주문을 지지하는 의견 내지 이유에까지는 구속되지 않더라도 변형결정의 주문에만은 구속되어야 한다고 본다. 그리하여 알렉산더 비켈이 말한 “사회의 道德的 統合(moral unity)을 구성하고 새롭게 하는 것은 사법심사를 하는 기관이어야 하며, 사법심사라는 것은 본질적으로 도덕적 이상의 解釋과 強制化와 관련이 있다”⁴⁸⁾는 원리적 가치를 수호할 수 있는 것이다. 이러한 도덕적 이상에 대한 주장은 단순한 흑백의 선언으로는 충분한 수단을 제공하지 못하는 것이며, 흑백의 관점을 고집하는 것은 앞서 말한 현실적 복합성의 문제, 헌법을 근거로한 민주정치의 보완이라는 현대 민주사회의 두가지 신념에 부합된다고 자신있게 말할 수 없는 것이다. Common law적 가치⁴⁹⁾가 절대적인 것이 아님은 물론이나, 대륙법계의 접근방법과 영미법계의 접근방법이 접근하고 있는 현시대에 있어(독일에서 變形決定이 이루어지고 있는 것은 주지의 사실이다), 살아 있는 실생활의 법을 발견하는 관점에서, 권력간의 대화가 진지하게 구체적으로 요구된다 할 것이고, 이는 헌법재판의 중요한 부분이라고 생각된다.

5. 制度의 合性과 變形決定의 問題

물론 고전적 권력분립론에 있어 사법기관은 구체적 사건의 해결에 그 권력적 역할이 부여되고 있다는 것은 전술한 바와 같다. 초기의 민주사회에서 규범의 통제는 자유주의적 권력구도하에서는 있을 수 없는 것이고 의회의 政治的 最終性은 당연히 보장받아야 한다고 생각되었다. 마아샬의 헌법재판론이 전개된 이래 법원의 헌법재판권은 구체적 사건을 전제로 사건의 해결을 위한 최소한의 전제로서 위헌법률의 심사가 문제된 것이며, 이러한 국회, 정부, 법원의 전통적 3권분립하에서의 違憲法律審査制度가 헌법재판의 발달에 따라 독립된 헌법재판기관이 헌법기관으로 인정되면서, 헌법재판의 성격이 모호하게 되었다는 점이다. 그러나 헌법재판이라 하더라도 그 본질적 성격은 당연히 司法的 權力作用이라 하여야 할 것이고, 이는 우리 헌법이 특히 구체적 규범통제제도를 취하고 있다는 점에서 더더욱 그러하다고 생각되는 것이다. 사법적 권력작용의 하나의 큰 특징은 법적 분쟁의 성격을 갖는 구체적 사건의 해결이 그 권력작용의 최종적 목적이 된다는 것이다.⁵⁰⁾ 그러나 우리 헌법은 法院과는 독립된 憲法裁判所制度를 도입하고 있고 헌법재판소

48) A. Bickel, LEAST DANGEROUS BRANCH, p.30.

49) 흙즈의 “대화”에 보면 철학자는 법은 자연적 이성이라고 할 수 있는 법칙에 근거하여 모든 사람에게 적용되고 이해될 수 있는 기본적 원리들을 방법론적으로 적용하는 것을 요구하는 하나의 과학체계라고 할 수 있다고 한데 대하여, 그와 대화하고 있는 학생은 이에 대하여 반대의 견해를 표시하면서 보통법은 흙즈가 설정한 가상의 철학자가 극력 주장한 과학적 보편화와는 거리가 먼 실제적 지혜의 형태의 지를 요구한다고 한다. T. Hobbes, A DIALOGUE BETWEEN A PHILOSOPHER AND A STUDENT OF THE COMMON LAW OF ENGLAND p.55.

법은 헌법재판소의 결정에 일반적 효력을 부여하여 어느정도 추상적 입법통제와 유사한 제도적 합성을 보이고 있다. 이러한 결과로 인하여 몇가지 조화적 보완이 필요하게 되는데, 그 하나가 바로 헌법재판소의 결정의 柔軟性⁵¹⁾이고, 또한 의회제정법률의 民主的 政治的 권위를 함부로 훼손하지 않는다는 관점에서 미국에서와 같이 適用違憲決定(Invalid on application)이나 合憲性的 再建의 필요가 있게 된다. 이러한 접근은 결국 우리 헌법에서의 변형결정권한의 인정과 유사한 결과를 가져와 결국 대륙법계와 영미법계 모두 재판기관의 유연한 헌법심사를 제도적으로 지지하는 것이 되는 것이며, 이는 전술한 여러가지 가치와 상관성이 있다고 할 수 있겠다. 입법적으로는 헌법재판 역시 일반법원이 구체적 사건을 전제로 스스로 판단하는 것이 바람직하다고도 할 수 있으나, 일반법관의 헌법의식이 아직은 미약하고, 헌법재판소를 통하여 市民의 憲法意識이 크게 고양되고 있다는 우리 현실의 실제적 관점에서 헌법재판소제도의 적극적 존재의의가 발견되고 있기 때문에 현시점에서 최소한 제도의 합성을 보완하고 헌법재판소의 권한을 확정함에 있어 위와 같은 선진제국의 제도운영은 참조할만 하다 하겠다.

V. 法院判決에 대한 憲法裁判所의 統制

헌법재판소의 변형결정권한을 인정한다면 변형결정권한이 헌법재판소의 결정으로 모든 국가기관을 구속한다는 것은 헌법재판소법의 규정상 이론의 여지가 없으며, 한정위헌결정의 경우라면 당해 한정하는 意見은 문제된 法令의 일부분을 구성하며 모든 국가기관은 이에 기속되어야 한다고 하겠다. 따라서 위 서울고등법원과 대법원의 판결이 주장하는 바와 같이 한정위헌결정이 있다 하더라도 당해 법령이 의연하게 존속하고 있으므로 당해 법령은 합헌적 법률이고, 법령의 해석권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 專屬하므로 대법원 이하 법원은 법률해석권한에 따라 다시 아무런 제한없이 당해 법령을 해석할 수 있다고 하는 것⁵²⁾은 변형결정권한을 否認하는 것에 귀착하고, 헌법재판소의 최고법규의 해석권한에 근거한 기속적 권력작용의 헌법메카니즘을 전면적으로 부인하는 결과에 이른다고 보인다. 변형결정에서 밝힌 헌법재판소의 견해는 그 자체로 법령과 운명을 같이하는 기속력을 갖는다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소의 견해와 다른 법령해석을

50) Freund, On Understanding the Supreme Court 64-65; H. Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 HARV. L. REV. 1, 6.

51) 도덕적 가치판단에 있어 원칙에의 단순한 의존은 매우 제한된 영역에서만 그 존재의의를 가지며 현실적 복합성에 따라 다양한 도덕적 판단이 요구된다고 한다. C. Lagmore, Patterns of Moran Complexity (1987); E. Pincoffs, Quandaries and Virtues (1986); N. Rescher, Ethical Idealism (1987).

52) 대판 1996. 4. 9, 95 누 11405, 1996년 판례공보 1446, 1447면.

전제로 한다면 당해 법령은 違憲的인 것이어서 유효한 대한민국법령이 될 수 없는 것이며, 구체적 사건의 해결에 있어 적용될 수 없는 것이다.

그런데 문제는 헌법재판소가 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 될 수 없다는 헌법재판소법의 명문의 규정을 한정위헌결정하고 헌법재판소의 결정에 반하는 법원의 재판에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 있다고 하면서 이 사건 대법원판결을 국민의 財產權를 침해하였다는 이유로 취소하고 있다는 점이다.⁵³⁾ 헌법재판소의 의견도 밝히고 있듯이 헌법소원의 대상이 되는 헌법에 위반되는 국가공권력의 범위는 헌법정책 내지 입법정책의 문제라고 할 수 있으며,⁵⁴⁾ 일부국가에서는 명문으로 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있도록 하고 있다. 우리 헌법은 헌법소원의 대상에 관하여 헌법 제111조 제5호에서 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판이라고 하여 입법정책에 이를 맡기고 있으며, 이에 따라 제정된 헌법재판소법 제68조에서는 공권력의 行使 또는 不行使를 헌법소원의 대상으로 하면서 법원의 재판에 관하여는 이를 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다.

우리 헌법이 일반사법기관으로부터 헌법재판소를 분립시켜 독립된 기관으로 하면서 헌법재판소에 그 고유의 권한을 부여하고 있는 것은 권력의 분립과 권력간 牽制와 均衡을 확보하여 국민의 자유와 권리를 보장하겠다는 고전적 자유주의의 통치원리에 중점이 있기 보다는 헌법재판이라는 정치적 特殊司法에 관하여(違憲命令審査 등 일부의 헌법재판은 법원이 행하고 있다) 전문적 성격을 갖는 재판소를 설치하겠다는 취지가 강하며, 이는 이론적으로 최고행정재판소, 최고조세재판소 등의 설치와 궤를 같이하고 있는 성격이 강하다고 할 수 있겠다. 즉 자유주의적 통치구조하에서 법원의 고유임무가 구체적 사건에 있어 법적 분쟁의 해결에 있다면 법원이 最終의 헌법해석자로서 기능하지 못할 바가 아닌 것이다. 물론 헌법의 권력구도적 관점에서 직접적으로 입법부의 입법을 통제하는 권한을 법원이 부여 받는 경우 권력간의 위상의 부조화가 문제될 수 있겠다(미국의 경우에는 위헌법률심사권이 판례상 인정되고 있고, 그에 관하여 많은 논란이 있음은 주지의 사실이다).

이러한 여러 관점에서 고찰할 때에 헌법재판소는 추상적 성격의 규범통제권한을 그의 전속적인 헌법적 임무로 부여받고 있으며, 대법원은 헌법 제101조의 司法權附與條項에 따라 구체적 사건의 해결에 관한 최종적 권한을 전속적으로 부여 받고 있다. 여기에 헌법제정권자의 의사가 양기관의 권력의 행사에 있어 상호간의 간섭과 침탈을 용인하고 있다고는 볼 수 없다. 이러한 헌법정신 내지 헌법조항과 관련하여 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 법원의 재판에 관한 헌법재판소의 통제를 인정하고 있지 않는 것이다. 이는 법원이 헌법의 명문조항에 위반하여 재판을 하였다 하더라도 그 最終的 責任은 대법원에 귀속하는 것이며, 이는 헌법 제101조, 제103조 등에서 보장되고 있는 것이다. 그렇다면

53) 헌재 1997. 12. 24 결정, 96 헌마 172, 173 (병합), 헌재공보 제25호, 154-156면.

54) Id. at 153.

유독 헌법재판소의 결정에 반하는 재판의 경우에는 헌법재판소가 법원의 재판을 통제할 수 있다는 것은 결국 위헌 내지 위법적 재판을 통제하겠다는 것으로 헌법 내지 법률위반의 재판의 경우와 균형이 맞지 않을 뿐 아니라, 헌법재판소의 결정에 반하는 재판이라는 주장아래 법원의 재판에 대한 남소원의 우려가 있게 될 가능성이 있다.

그리고 헌법재판소는 헌법소원심판에서 공권력의 행사를 취소하거나 공권력의 불행사에 대하여 위헌확인을 선언할 수 있는데, 後者の 경우 헌법재판소법은 제75조 제4항에서 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다고 규정하고 있다. 그런데 헌법의 권력분립적 견지에서는 일 권력이 다른 권력의 본질적 부분에 대하여 이를 간여할 수 없도록 하는 것이 최소한으로 요청되고 있다고 할 수 있다. 이러한 입장에서 立法不作爲에 대한 헌법소원의 어려운 점이 있으며, 행정권에 관하여도 적극적 이행소송을 인정하여 사법부의 행정청에 대한 유일적 권력행사를 인정하기 힘든 것이다. 따라서 헌법재판소법 제75조 제3항에서도 매우 현대적 경향을 반영하여 공권력의 부작위의 위헌을 확인만 할 수 있으며, 제4항의 법률규정에 따라 행정청 등은 새로운 처분을 함에 있어 헌법재판소의 적극적 이행명령이 아닌 法規的義務⁵⁵⁾를 부여받는 것이고, 이로써 법치주의의 틀에 부합되게 되며, 이는 중국적으로 행정권의 수반인 대통령의 성실한 法律執行義務⁵⁶⁾로 귀착되게 되는 것이다. 이러한 권력간의 어려운 문제에 닥쳐서 살펴보면 우리 헌법제정권자는 제101조 제1항, 제2항에서 구체적 사건의 해결에 의한 사법권의 행사는 법원에 귀속시키고, 대법원을 최고법원으로 하여 사법권의 행사에 있어 統一性을 담보하고 있다. 이러한 헌법의 정신은 헌법 제103조, 헌법 제107조 제 1, 2항에서도 찾아 볼 수 있다. 이러한 점을 고려할 때에 법원의 구체적 법적 분쟁의 해결권한은 국회의 형성적 입법작용, 행정권의 적극적 법률집행작용과 같이 헌법 및 우리 법체계의 一貫된 前提이며, 이는 법원권한의 본질적 부분을 이루는 것으로서 다른 권력이 이에 대하여 유일적으로 권력을 행사한다면 이는 헌법제정권자의 권력분립의 의도와 거리가 있게 된다고 아니할 수 없다.

대법원의 확정판결에 대하여 취소결정을 하는 경우 법원의 판결 또는 결정의 집행에 관하여 어떠한 문제가 발생하는지도 문제이다. 우리 헌법재판소법 제75조 제1항에서 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관을 구속한다고 하고 있으나, 구체적으로 이를 집행하기 위하여 민사소송법상의 집행조항 중인 民事訴訟法 제478조, 제479조 등의 문제가 일어나지 않는다고 보장할 수 없다.

그렇다면 헌법재판소법 제47조에서 헌법재판소의 결정에 기속력을 인정하였음에도 법원이 이를 존중하지 않는 경우에 대하여는 헌법의 권력구도적 관점에서 전체적으로 재고찰할 문제라고 생각하며, 헌법재판소가 法院의 裁判을 제외하고 있는 헌법재판소법 제68

55) 헌법재판소법 제75조 제4항.

56) 헌법 제66조 제4항.

조 제1항에 대하여 한정위헌결정으로 대처할 일이 아니라고 본다. 즉 헌법은 헌법재판소의 관장사항으로 “법률이 정하는 헌법소원”이라고 하여 헌법소원의 범위를 입법자의 형성영역에 일임하고 있으며 입법자는 헌법에 반하는 재판이라 하더라도 대법원에 최종적 권한과 책임을 歸一시키고 있고, 이러한 권력분립구도를 채택한 이상 구체적 법적 분쟁 해결의 최종적 결론인 재판에 대하여는 헌법소원의 대상영역에서 이를 배제하고 있다고 보아야 한다. 이렇게 볼 때에 대법원의 판결에 대하여 헌법재판소가 다시 이를 심사한다는 것은 사법권을 二元的으로 분립시키고 있는 우리 헌법의 권력분립구도에 맞지 아니하고 권력분립이론의 중핵인 타권부의 본질적 권한의 침해금지의 정신에 반한다고 할 수 있다. 결국 헌법에 위반되는 재판이 통제받지 않듯이 헌법재판소의 결정에 위반되는 재판도 통제받지 못하는 불합리가 발생하는 경우가 초래되나 이는 현재의 사법구도에서 불가피하며, 사건으로는 법관 및 법률전문가들의 헌법의식의 양양을 전제로 헌법정책적 내지 입법정책적 관점에서 司法機關을 一元化하여 고전적 권력립주의하의 사법체계를 채택하거나 명문으로 법원의 재판을 제외하는 입법방식을 재검토하여야 할 것이다. 또한 변형결정에 대하여 국회는 그 결정취지를 입법에 신속히 반영시켜 이 사안에서와 같은 법원의 판결이 산출되는 것을 봉쇄하여야 할 것이다.

결국 이 사안에서 헌법재판소가 헌법재판소법의 한정위헌결정으로 대응하는 것은 헌법재판의 기속력과 실효성을 보장하려는 의도에서 이해되는 바 있으나, 이것이 合憲的인가 또는 실제로 종국적 해결을 가져 올 수 있는지는 이상과 같이 의문이라고 하겠다.

VI. 결 론

이번의 법원의 판결은 헌법재판소의 결정취지에 정면으로 위배되는 것으로서, 헌법재판의 柔軟性과 具體的 妥當性을 확보할 수 있는 여지를 매우 위축시키고 있다고 아니할 수 없다. 헌법재판소의 변형결정은 헌법재판소의 헌법과 법률에 대한 구속력 있는 결정으로서 법령과 일체가 되어 대한민국의 법령을 이루는 것이다. 집행력을 보유하고 있는 대통령과 대법원은 헌법재판소의 헌법재판의 권위와 그 취지를 몰각시켜서는 안된다고 생각한다. 또한 前述한 바와 같이 국회는 헌법재판소의 변형결정을 반영하는 立法作用을 게을리해서는 안된다고 할 것이다. 구속력있는 최고 국가기관의 헌법과 법률에 대한 견해는 그것이 실효성있게 집행될 때에 비로소 살아있는 법치와 헌정이 달성될 수 있는 것이다. 憲法裁判所로서도 법원의 판결에 대한 통제를 위하여 헌법재판소법에 대한 한정위헌결정을 한 것은 재고할 필요가 있다고 생각한다.