



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

한정위헌청구의 적법성에 관한
헌법학적 연구

- 재판소원과의 관계를 중심으로 -

2018 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과

이 승 훈

국문초록

한정위헌청구는 법률조항 자체가 아닌 법률해석의 위헌을 구하는 헌법소원의 형태이다. 헌법재판소의 2012년 결정(2012. 12. 27. 2011헌바117)을 통하여 한정위헌청구는 원칙적 적법성을 인정받았으나, 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 어긋나는 한정위헌청구는 여전히 부적법하다. 그렇다면 한정위헌청구와 재판소원은 어떤 관계에 있는지에 관하여, 재판소원 금지의 의미와 근거, 한정위헌청구의 원칙적 적법성의 의미, 법률해석에 대한 규범통제의 현황을 확인할 필요가 있다.

한정위헌청구의 적법성은 헌법재판소가 헌법상 보유하는 규범통제권한과 더불어 규범통제 대상으로서의 법률문언과 법률해석의 질적 동일성에 근거하고 있다. 따라서 한정위헌청구가 제기된다는 것은 청구인이 헌법재판소의 규범통제권한에 기한 한정위헌결정을 요청하는 것으로서 구체적 규범통제의 형식에 부합하는 것이다.

재판소원은 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 것으로서, 그 금지는 헌법재판소법 제68조 제1항에 근거를 두고 있다. 재판소원의 금지는 본질적으로 헌법해석을 통해 도출할 수 없는 입법정책적 문제로서, 헌법재판소법상의 법률규정을 통해 비로소 헌법소원의 대상에서 제외된다. 이처럼 법률상 제한에 불과한 재판소원 금지의 효력은 또 다른 상위의 헌법적 요청이 있는 경우 유보될 수 있다. 그리고 권리구제형 헌법소원과 달리 위헌심사형 헌법소원의 경우에는 그 본질이 규범통제이므로, 그 위헌성 판단의 대상이 규범인지 규범이 아닌 것인지가 핵심적인 문제가 된다. 재판소원 금지와 규범통제로서의 위헌소원은 원칙적으로 다른 차원에서 작동하기 때문에 양자는 서로 무관하다.

헌법재판소가 보유하는 규범통제권한과 법원이 보유하는 당해

재판에서 규범을 해석하여 법적 분쟁을 해결하는 권한은 외견상 충돌할 수 있으나, 서로의 헌법적 권한에 근거하여 이루어지는 작용으로서 그 국면을 달리한다. 한정위헌청구의 적법성의 문제는 재판소원 금지의 취지를 통하여 통제될 수 있는 성질의 것이 아니다. 재판소원 금지의 취지에 비추어서 부적법한 한정위헌청구를 구별하고자 하는 것은 규범통제의 대상 문제와 재판소원의 문제를 혼동한 것이고, 헌법재판소의 규범통제권한을 유보시킴으로써 헌법재판소법상 재판소원 금지규정의 의미를 하나의 헌법원칙처럼 인식하는 것이며, 법률해석에 대한 규범통제를 시도하면서도 동시에 재판소원의 금지라는 모순적일 수 있는 기준을 세운 것이다. 위 기준 하에서 한정위헌청구의 적법성의 인정범위는 매우 협소해질 수 밖에 없다. 실제로 헌법재판소의 2012년 결정 이후의 결정례를 살펴보면, 상당수의 한정위헌청구를 개별 사건에서의 포섭·적용의 문제로 보거나 재판결과를 다투는 것으로 보아 부적법하다고 보고 있으며, 이를 적법하다고 보아 본안판단에 나아가는 경우에도 헌법재판소는 심판대상을 법률해석이 아닌 법률조항 자체로 파악하고 있다. 그 결과 사실상 2012년 결정례가 유일하게 법률해석을 심판대상으로 삼아 한정위헌청구를 적법하다고 인정한 사례로 확인되며, 그 외에는 ‘각하되는 한정위헌청구’와 ‘법률조항에 대한 위헌청구로 선해된 한정위헌청구’만이 존재한다. 이는 한정위헌청구의 적법성을 인정한 취지를 몰각하는 것이다.

한정위헌청구의 적법성의 문제와 이에 기초한 심판대상의 판단은 재판소원금지의 취지라는 틀에서 벗어날 필요가 있다. 비교법적으로 살펴볼 때에도 법률해석에 대한 규범통제 내지 재판소원, 일반·추상적 규범과 사건규범 분리의 난해함, 헌법재판소와 법원이 분리된 경우 법률해석을 둘러싼 갈등이 필연적이라는 사실이 확인된다. 구체화·객관화된 규범에 대한 통제를 재판소원임을 이

유로 지양할 필요는 없으며, 또한 사실의 포섭과 규범의 해석의 구별의 어려움 및 교호적 성격을 고려할 때 이를 소극적인 의미로 새기는 것이 규범통제제도의 내실과 기본권보장에 부합한다. 이에 대한 헌법재판소의 전향된 태도가 요구되며, 이를 기반으로 법률 해석에 관한 심사의 범위·강도의 문제에 대하여도 진전된 논의를 보일 필요가 있다.

주요어 : 한정위헌청구, 재판소원, 규범통제, 법률해석, 헌법소원

학 번 : 2015-22993

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 방법과 범위	3
제2장 한정위헌청구의 헌법적 의미	5
제1절 한정위헌청구의 개념과 종래의 논의 경과	5
1. 한정위헌청구의 개념	5
2. 한정위헌청구에 관한 종래의 논의 경과	7
가. 한정위헌결정의 기속력에 관한 논의	7
나. 한정위헌청구의 적법성	8
제2절 한정위헌청구의 적법성의 이론적 배경	11
1. 서론	11
2. 규범통제권한	11
3. 규범통제의 대상	13
가. 규범 문언과 규범 문언 해석의 구별 불가능성	14
나. 규범통제기관의 하위규범해석권한	15
제3절 한정위헌청구의 적법성이 갖는 의미	17
1. 규범해석에 대한 통제권한 발동을 요청하는 한정위헌청구	17
2. 재판소원과의 접점 문제	20
제3장 재판소원과 한정위헌청구	23
제1절 재판소원금지의 의의	23

1. 재판소원금지의 의미	23
2. 재판소원금지의 근거	24
가. 종래의 논의	24
나. 헌법 제111조 제1항 제5호의 해석론	26
제2절 재판소원금지의 적용범위	31
1. 우리 법제에서의 헌법소원제도	31
2. 권리구제형 헌법소원의 경우	33
가. 원칙적 금지와 예외적 허용	33
나. 제외되는 ‘재판’의 범위	35
3. 위헌소원의 경우	39
가. 위헌소원제도의 성격	39
나. 재판소원금지규정의 적용 여부	42
제3절 재판소원금지와 규범통제로서의 한정위헌청구	45
1. 의견상의 갈등	45
2. 한정위헌청구와 재판소원금지의 관계	46
가. 재판소원금지규정 부적용의 구체적 의미	46
나. 한정위헌청구와 재판소원금지의 단절	48
다. 구체적 규범통제제도의 관점에서	49
제4장 한정위헌청구의 적법성에 대한 재고	52
제1절 재판소원금지의 원칙화와 한정위헌청구의 소멸	52
1. 서론	52
2. 재판소원금지 ‘취지’의 의미	53
가. 유래	53
나. 과거 결정례의 의미	55

3. 적법한 한정위헌청구의 외연	58
가. 헌법재판소 결정의 문제점	58
나. 선택의 가능성과 한계	61
4. 재판소원금지 취지의 과도한 확대	62
가. ‘포섭과 적용’ 으로의 분류 편중	63
나. ‘재판결과를 다투는 경우’ 로의 편중	69
5. 심판대상의 문제와 한정위헌청구의 소멸	72
제2절 비교법적 고찰	82
1. 서론	82
2. 독일	82
가. 독일 헌법재판제도의 특징	82
나. 재판소원의 허용기준	86
다. 시사점	90
3. 오스트리아	90
가. 오스트리아 헌법재판제도의 특징	90
나. 법률소원제도	92
다. 시사점	94
4. 프랑스	95
가. 프랑스 헌법재판제도의 특징	95
나. 구체적 규범통제제도의 신설	96
다. 시사점	98
5. 미국	100
가. 미국 헌법재판제도의 특징	100
나. 문면 위헌과 적용 위헌	101
다. 시사점	105
6. 소결론	107

제3절 해결방안의 모색	107
1. 한정위헌청구의 심판대상 확정에 관하여	107
가. 서론	107
나. 종래 논의의 시사점	108
다. 심판대상 확정의 기준	110
라. 검토	112
2. 포섭과 해석의 문제에 관하여	115
가. 의의	115
나. 문제점	116
다. 검토	119
3. 한정위헌청구의 적법성 및 새로운 심사기준에 관하여 ...	120
 제5장 결론	 124
 참고문헌	 128
 Abstract	 135

제1장 서론

제1절 연구의 목적

한정위헌청구는 종래 원칙적으로 부적법한 것으로 취급되었으나, 헌법재판소의 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정을 통하여 원칙적으로 적법한 것으로 인정되기에 이르렀다. 한정위헌청구는, ‘법률’과 ‘법률의 해석’의 구별이 가능한지, ‘법률의 해석’에 대한 통제가 헌법재판소의 권한인지, 재판소원의 금지라는 일종의 규범적 원칙에 반하는 것은 아닌지를 비롯하여 매우 다양한 헌법적 쟁점이 복잡하게 결합되어 있으며, 특히 그 적법성에 관하여 매우 치열한 논의가 전개되어 왔다. 그러나 위 헌법재판소 결정으로 인하여 한정위헌을 둘러싼 다양한 논의 중에 적어도 한정위헌청구의 적법성에 관한 논의는 의미 있는 진전을 보이게 되었다.

그럼에도 불구하고 한정위헌청구의 적법성에 관한 논의가 완전히 해결된 것은 아니었다. 위 헌법재판소 결정의 법정의견은, 한정위헌청구가 원칙적으로 적법함에도 불구하고 “재판소원을 금지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지”에 근거하여, “당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나”, “의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 경우”는 부적법하다고 하였다. 동시에, 위 결정에 대한 반대의견은, 재판소원과의 관계에서 “한정위헌청구의 적법성 여부를 판단하는데 필요한 객관적이고 구체적인 기준을 제시하지도 아니한 채 한정위헌청구의 심판대상을 당사자가 청구하는 대로 한정하면서 한정위헌청구를 허용하는 것은 결국 재판소원을 전면적으로 허용하는 결과에 이르게 될 가능성”을 지적하였다. 따라서 한정위헌청구를 원칙적으로 적법하다고 할 때, 그 다음의 논의로서 도출된 것은 부적법한 한정위헌청구의 범위를 정하는 것, 즉 재

판소원금지의 취지에 저촉되는 것과 그렇지 않은 것의 구별 기준이 무엇인가 하는 것이었다. 한편, 위 헌법재판소 결정의 또 다른 쟁점으로 대두된 것은 한정위헌청구의 심판의 대상을 무엇으로 보아야 할 것인지의 문제였다. 위 결정의 법정의견은 심판의 대상을 청구인이 한정위헌을 청구한 범위대로 법률조항을 특정한 방법으로 해석·적용하는 것의 위헌성으로 보았으나, 반대의견은 “심판대상은 당사자가 청구한 범위로 한정할 것이 아니라 구체적 법률조항 또는 그 법률조항에 대하여 상당기간에 걸쳐 형성·집적된 일정한 해석으로서 법률조항의 가분된 의미영역이라고” 보아야 한다고 하였다. 이처럼 한정위헌청구의 심판대상이 무엇인가 하는 문제 또한 한정위헌청구의 부적법성이라는 문제와 긴밀히 연결되어 있다.

그런데 보다 근본적으로는, 한정위헌청구의 적법성 문제를 과연 재판소원이라는 기준으로 판단할 수 있는지에 관한 문제의식을 가져볼 수 있을 것이다. 헌법상 부여받은 헌법재판소의 규범통제권한은 재판에 관한 일체의 관여를 배제하고 순수하게 법률 문언으로부터 도출되는 규범 영역에 대한 통제로만 기능하는 것을 예정하고 있는지, 과연 한정위헌청구가 아닌 단순위헌청구의 경우에는 그렇게 이루어지고 있는지에 관한 의문은 자연스럽게 따라오는 것이다. 이는 곧 한정위헌청구는 법률해석을 다투는 것으로서 그 자체로 법원의 재판작용에 대한 통제의 성격이 있지 않는가 하는 문제, 헌법재판소법 제68조 제1항의 재판소원 금지에 관한 규정이 헌법재판소법 제68조 제2항에도 적용될 수 있는지의 문제, 한정위헌청구와 재판소원금지의 관계 등의 문제로 연결되는 것이기도 하다.

종래 한정위헌결정 및 한정위헌청구의 본질에 관하여는 수많은 선행연구가 이루어진 바 있으며, 그 성과를 통하여 한정위헌청구가 원칙적으로 적법하다는 혁신적인 변화에 이르게 되었다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 문제는 미처 해결되지 않은 새로운 과제로 등장하게 되었다. 이는 헌법소원 심판청구의 적법성 자체를 가름한다는 점에서 중요하며, 또한 기본권 보장과 헌법의 최고규범성 실현이 규범통제제도의 목적이라는 점에

서 연구의 필요성이 크다고 할 수 있다.

따라서 본고에서는 이른바 ‘재판소원’을 중심으로 한정위헌청구의 적법성의 문제, 그리고 이와 연결되는 심판대상의 문제를 규명함으로써, 적법한 한정위헌청구와 부적법한 한정위헌청구를 구별하는 기준이 무엇인지, 그리고 무엇이어야 하는지를 밝히는 논의를 전개하고자 한다. 이와 같이 한정위헌청구에 대한 새로운 접근을 통하여, 한정위헌청구가 가지고 있는 소송법적 불확실성을 경감할 수 있다면 궁극적으로는 규범통제기능의 효율적 수행 및 국민 기본권의 보장에 기여할 수 있을 것이다.

제2절 연구의 방법과 범위

본고에서는 한정위헌청구 자체가 헌법적으로 허용되는지의 문제를 다루지는 않고, 이를 이미 극복된 논의로서 전제하고자 한다. 다만 필요한 범위 내에서는 관련 논의를 검토함으로써 본고에서 검토하고자 하는 주제와 연결시키도록 한다. 즉 본고는 재판소원을 통한 한정위헌청구의 적법성 통제가 타당한지, 그리고 한정위헌청구의 적법성을 인정할 이후 현재까지 헌법재판소가 한정위헌청구의 적법성과 심판대상에 관하여 어떻게 판단하고 있는지 그 구체적 양태를 진단하고, 그러한 태도의 타당성을 논하는 것을 핵심으로 삼고자 한다. 그러므로 본고는 크게 한정위헌청구의 원칙적 적법성이 갖는 의미에 관하여, 즉 한정위헌청구를 어떻게 이해하는 것이 올바른 것인가에 대한 문제를 먼저 검토한다. 그 다음 한정위헌청구의 적법성 및 심판대상의 한계로서 여겨질 수 있는 재판소원에 대하여 살펴보고, 이를 규범통제제도와 관련하여 살펴본다. 마지막으로 위에서 검토한 바를 바탕으로 현행 헌법재판소의 태도가 어떠한지를 살펴보고 그 문제점을 지적한 후 관련된 외국의 입법례를 고찰하고 한정위헌청구의 적법성 및 심판대상에 관한 재고(再考)의 기반을 마련해 보도록 한다.

따라서, 먼저 우리 헌법 하에서 한정위헌청구를 둘러싼 논의의 전개 과정을 간략히 살펴본 후, 한정위헌청구를 원칙적으로 적법한 것으로 보는 이론적 근거에 관하여 선행적으로 검토하여 보고, 이를 통해 한정위헌청구가 갖는 의미에 대하여 살펴본다. 이는 논의의 이론적 전제의 성격을 갖는 바 종래 한정위헌청구 및 한정위헌결정에 관한 치열한 학문적 논의가 전개되어 온 만큼 한정위헌청구에 관하여도 수많은 연구성과가 집적된 바 있으므로 한정위헌청구와 재판소원의 관계에 대한 논의의 전제인 범위에서 이를 적절히 수용할 필요가 있다.

다음으로, 재판소원과 한정위헌청구의 관계에 관하여 살펴본다. 헌법소원에 있어서 재판소원이 금지된다고 볼 때 재판소원의 구체적인 의미와 근거에 대한 검토, 특히 재판소원금지의 규범적 효력의 층위를 확인한다면 이를 기반으로 헌법소원으로서의 한정위헌청구의 본질에 비추어 올바른 적용범위를 확인할 수 있을 것이다. 그렇다면 재판소원금지가 한정위헌청구의 적법성을 판단하는 기준이 되는 것이 타당한지, 그렇지 않다고 볼 경우의 의미가 어떠한지에 대하여도 일정한 결론에 다다를 수 있다.

한정위헌청구에 관한 위 헌법재판소 결정 이후 5년여의 시간이 경과된 현재에 이르러 헌법재판소가 스스로 확립한 기준을 개별·구체적인 헌법재판사건에서 어떻게 적용하고 있는지를 살펴봄으로써 위에서 검토한 한정위헌청구와 재판소원의 관계에 비추어 필요한 비판을 가할 수 있을 것이다. 더불어 규범통제 및 재판소원에 관한 외국의 입법례를 검토함으로써 법률해석에 대한 규범통제의 의미를 살펴본 후, 심판대상의 문제와 적법성에 관하여 제언을 시도하여 보기로 한다.

제2장 한정위헌청구의 헌법적 의미

제1절 한정위헌청구의 개념과 종래의 논의 경과

1. 한정위헌청구의 개념

한정위헌청구는 법률의 해석에 대하여 한정적인 위헌결정을 구하는 헌법소원의 한 형태이다.¹⁾ 법률의 해석에 대한 헌법소원이란, 법률조항 자체의 위헌 여부를 다투는 것이 아니라 법률조항으로부터 도출되는 해석, 즉 법률조항에 내재한 의미영역 중 질적·양적인 일부의 위헌 여부를 문제 삼는 것이다.²⁾ 한편 법률조항의 ‘적용’에 관한 청구 역시 법률조항에 대한 일정한 해석을 전제로 한다는 점에서 법률조항의 해석을 다투는 한정위헌청구에 해당한다고 할 수 있다.³⁾ 따라서 한정위헌청구는 법률조항 자체 내지 전체의 위헌 여부를 주장하는 것이 아니라 법률조항을 특정한 방법으로 해석, 적용하는 ‘한’ 위헌임을, 또는 법률조항에 특정한 개념징표가 포함되어 있는 것으로 해석하는 ‘한’ 위헌임을 주장하는 방식으로 제기되며, 이로써 법률해석의 위헌 여부를 핵심적 문제로 다투게 된다.

1) 정종섭, “헌법소송법”, 박영사, 2014, 382면은 “한정위헌심판의 청구(가능성)”라는 표현을 사용하고 있다. 허영, “헌법소송론”, 박영사, 2016, 208면은 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정을 거시하면서 법원의 해석을 대상으로 하는 청구가 위 결정을 통하여 원칙적으로 허용된다고 하고 있다. 헌법재판소는 “법률조항에 대한 한정위헌의 판단을 구하는 청구”(헌법재판소 1995. 7. 21. 92헌바40)라는 표현을 사용한 바 있다.

2) 김하열, “헌법소송법”, 박영사, 2016, 392면.

3) 법률의 해석과 적용은 이론적으로는 구별될 수 있는 것이나, 한정위헌청구가 제기되는 국면에서 바라보는 경우 청구인은 법률조항의 의미를 특정한 방법으로 해석한 후에 한정위헌청구의 청구인이 주장하는 사안에 적용/적용하지 않는 것이 위헌이라고 다투는 것이므로 한정위헌청구에 관하여 양자를 구별하여 논하는 것은 큰 의미를 갖기 어렵다. 따라서 이하에서는 ‘적용’에 관하여는 ‘해석’과 특별히 다르게 취급하지 않기로 한다. 이와 같은 취지로 손인혁, “한정위헌청구를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 연세법학 제21호, 연세법학회, 2013, 2-3면.

통상적으로 법률의 위헌 여부를 헌법소원의 형태로 다루는 경우, 청구인은 당해 재판에서 전제가 된 법률 자체의 위헌성을 주장하고 이를 심판대상으로 삼거나(헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원), 법률이 직접 기본권을 침해함을 주장하며 법률조항에 대한 헌법소원심판을 청구하게 되는 것이(헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원) 일반적인 형태이다. 그런데 한정위헌청구는 ① 법률 자체가 아닌 법률의 (특정한) 해석을 주된 쟁점으로 삼아 그 위헌성을 주장하며 ② 법률의 (특정한) 해석방법을 그와 같이 해석하는 한 위헌이라는 결정을 받는 것을 목적으로 한다는 점에서, 다른 통상적인 형태의 헌법소원과는 구분된다.

청구인이 한정위헌청구를 제기하는 경우, 이는 법률 자체 - 법률 문언이 표상하는 의미 전체 - 의 위헌 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 당해 법률을 특정한 방법으로 해석하는 것은 위헌이라고 주장하는 것이므로, 청구인으로서 바로 그 특정한 해석방법에 관하여 법적인 이해관계가 있음을 주장하는 것이다. 그런데 이러한 상황은 통상적으로는 구체적·개별적인 법률관계에 적용될 법률을 어떻게 해석하는 것이 타당한지에 관하여 관여된 주체 사이에 법률해석이 상이한 경우로서 분쟁이 발생하는 경우를 전제하는 것이 자연스럽다.⁴⁾ 예컨대 청구인에게 유리한 방향과는 다른 방법으로 법률을 해석·적용하는 주체가 법원인 경우, 한정위헌청구는 법원의 그와 같은 특정한 법률 해석방법에 대한 위헌결정을

4) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 394-395면에서는 위헌심사형 헌법소원을 논하면서 “법원 재판과의 관련성 없이 일반국민이 직접 헌법재판소에 청구하는 법 제68조 제1항 헌법소원에서는 그다지 문제되지 않는다”고 서술하고 있다. 반면, 손인혁, 앞의 글 “한정위헌청구를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 2면은 법령헌법소원의 경우도 규범통제절차라는 전제 하에서 위헌심사형 헌법소원과 마찬가지로 문제가 될 소지가 있음을 지적하고 있다. 통상 한정위헌청구와 관련한 대부분의 논의는 법원의 재판을 전제로 하는 헌법재판소법 제68조 2항의 헌법소원에 집중하고 있지만, 반드시 한정위헌청구가 위헌심사형 헌법소원을 전제로 하는 것은 아니다. 재판을 전제하지 않은 권리구제형 헌법소원의 형태로서 법령헌법소원을 구하는 사건의 경우에도 한정위헌청구는 제기되고 있다. 법적 해석의 차이는 반드시 법원의 특정한 해석방법에 대한 차이를 전제로 하지 않는다. 물론 법령헌법소원을 제기하는 경우 다른 헌법소원의 요건을 구비하지 못하는 경우로 각하될 가능성은 보다 넓게 열려 있다. 이에 관하여는 본문 제3장에서 논한다.

구하는 형태가 된다. 이와 같이 한정위헌청구가 일반적으로 구체적· 개별적 법적 분쟁 - 특히 법원의 재판 - 을 전제로 하는 점에 있어서, 특히 격렬한 논쟁의 대상이 되어 왔다.

2. 한정위헌청구에 관한 종래의 논의 경과

가. 한정위헌결정의 기속력에 관한 논의

한정위헌청구와 관련된 종래의 논의는 크게 두 가지 맥락에서 살펴볼 수 있다. 하나는 헌법재판소의 한정위헌결정에 관련된 논의이며, 다른 하나는 한정위헌청구의 적법성에 관련된 논의이다. 한정위헌결정의 허용 여부 및 그 효력에 관한 논의는 한정위헌청구가 궁극적으로 구하고자 하는 결정이 한정위헌결정이라는 점에서, 한정위헌청구의 적법성에 관한 논의는 한정위헌결정의 허용 여부 및 그 허용의 정도에 관한 논의에 부종하여 전개되었다.

헌법재판소는 초기 결정부터 위헌결정의 한 방식으로 한정위헌결정을 하여 왔으며 위헌결정의 효력으로서의 기속력을 인정하여 왔다.⁵⁾ 즉 한정위헌결정은 “법률의 문언자체는 그대로 둔 채 위헌의 범위를 법률이 적용되는 일부영역을 제한하여 이를 제거하는” 것으로서, “법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형”으로 파악하였는데, 그 주요한 이유로 제시한 것은 “법률에 대한 위헌 심사는 법률 또는 법률조항에 대한 해석이 전제가 되는 것”이라는 점이었다.⁶⁾

그러나 이에 대하여 대법원은, 한정위헌결정은 문언의 변경이 수반되지 않으므로 법률해석인 바 법률의 해석과 적용은 법원에 전속하는 권한

5) 헌법재판소 1989. 7. 21. 89헌마38, 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160, 헌법재판소 1992. 2. 25. 자 89헌가104 등.

6) 각 인용부분에 관하여 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172, 173(병합).

으로서 기속력을 가질 수 없다는 논지로 한정위헌결정의 기속력을 인정하지 않고 있으며⁷⁾ 일부 결정을 제외하고서는⁸⁾ 기속력을 부인하는 태도를 지금까지 견지하고 있다. 이처럼, 한정위헌결정을 둘러싼 위와 같은 사법기관의 충돌로 인해 많은 연구가 집적되었다. 한정위헌결정의 기속력이 중심으로 논의가 되어 왔지만, 사실은 이와 같은 논의는 한정위헌의 본질이 무엇인지에 관한 논의를 성숙시켜왔다.

나. 한정위헌청구의 적법성

한정위헌결정에 관한 논의가 헌법재판소와 대법원의 충돌국면을 중심으로 전개되어 왔다면, 한정위헌청구에 관한 논의는 헌법소원으로서의 적법성 문제를 중심으로 헌법재판소의 재판과정에서 치열하게 논의되어 왔다고 할 수 있다.

종래 한정위헌청구의 적법성에 관하여 헌법재판소의 태도는 원칙적으로 부적법하다는 입장이었다. 헌법재판소법 제68조 제2항에서 규정하는 법률에 법률의 해석이 포함되지 않는다는 것인데, 이는 법률과 법률의 해석은(그 구별이 모호함에도 불구하고) 서로 별개의 것이라는 전제를 두고 있었다.⁹⁾ 따라서 청구인의 청구를 법률 자체를 다투는 것으로 인정

7) 예컨대, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012재두299 판결. 이 판결은 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2012. 7. 26. 2009헌바35등)이후의 재심사건에 관한 것이다.

8) 법률조문을 구성하는 요소 중 양적 일부에 대한 위헌결정인 “양적 일부위헌결정”으로 볼 수 있는 경우에는 대법원이 한정위헌결정의 기속력을 인정하고 있다는 견해로는 전경태, “한정위헌결정의 기속력에 관한 대법원 판례 검토”, 헌법연구 제1권 제1호, 헌법이론실무학회, 2014, 205-249면이 있다. 이 견해는, 대법원은 한정위헌결정의 기속력을 일체 부인하고 있는 것이 아니라 가분적인 양적 일부에 관한 한정위헌결정이 있는 경우에는 기속력을 인정하고 있다고 본다. 한편 법률의 해석가능성에 관한 한정위헌결정의 기속력은 부인하지만, 법률의 적용가능성에 관한 한정위헌결정의 기속력은 양적 일부위헌결정과 같은 것으로 보고 기속력을 인정하고 있다는 견해로는 허완중, “한정위헌결정과 일부위헌결정의 관계”, 헌법학연구 제20권 제4호, 한국헌법학회, 2014, 64-103면.

9) 예컨대 헌법재판소 1999. 3. 25. 98헌바2. 위 결정은 “일반적으로 법률조항 자체에 대한 다툼과 법률의 해석에 관한 다툼은, 그 구분이 모호한 경우가 많지만, 일

할 수 있는 경우에는 헌법소원의 대상을 법률로 삼은 것으로 볼 수 있으므로 적법한 것으로 보았는데, 이에 해당하는 것으로는 ① 법률해석의 위헌 주장이 법률조항 자체의 명확성원칙을 다투는 것으로 볼 수 있는 경우, ② 법률조항에 대한 법원의 해석이 상당기간동안 집적되어 구체화 되었다고 볼 수 있는 경우, ③ 청구를 법률조항 자체에 대한 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있는 경우가 제시된다.¹⁰⁾ 그러나 이와 같이 한정위헌청구의 적법성의 범위를 협소하게 인식하는 헌법재판소의 태도는 지속적인 비판을 받아왔고, 한편으로 재판관들 사이에서 다양한 의견이 나뉘는 적도 있었다.¹¹⁾

이와 같은 상황이 전개되어 오던 중 한정위헌청구의 적법성에 관한 논의는 일대 혁신적인 전기를 맞이하게 되는데, 바로 헌법재판소의 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정이 그것이다. 위 결정에서, 헌법재판소는 종전의 견해를 변경하여, 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하며 예외적으로 부적법하다고 선언하기에 이르렀다. 법정의견은, 법률과 법률해석은 구분이 되지 않는 점, 헌법재판소는 구체적 규범통제절차에서 법률의 해석·적용권한이 존재하는 점, 한정위헌결정은 위헌결정의 한가지 방식으로서 기속력을 보유하는 점에 기초하여, 헌법재판소의 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구를 원칙적으로 부적법하다고 보는 것은 잘못된 것이며 신청주의와 재판의 전제성의 관점에서 한정위헌청구는 기속력의 범위를 명확히 하고 입법권에 대한 자제와 존중인바 원칙적으로 적법하며, 다만 재판소원금지에 비추어 예외적으로 부적법한 경우가 있는 것이라고

을 구분되는 것으로 보아야 한다.” 라고 실시하여 양자의 구분을 전제하고 있다.

10) 보편적으로 종래 헌법재판소의 태도에 관한 한정위헌결정의 예외적 적법성을 인정하는 경우를 이와 같이 분류하는 것으로 보인다. 예컨대 이준상, “한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여”, 헌법논총 제18집, 헌법재판소, 2007, 284면 및 손인혁, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 4면 등. 헌법재판소는 “법규정 자체의 불명확성을 다투는” 경우와 “일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우”로 2분하기도 하고(헌법재판소 2005. 7. 21. 2001헌바67), 본문의 내용처럼 3분하기도 한다(헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117).

11) 대표적으로 헌법재판소 2008. 11. 27. 2004헌바54. 이에 관하여는 제4장에서 상술한다.

판시함으로써 기존 결정례를 변경하였고, 나아가 심판대상을 법률에 대한 구체적인 해석방법¹²⁾으로 보았다. 이에 대하여 반대의견은 비록 한정위헌청구가 원칙적으로 적법하다고 할지라도 심판대상을 당사자의 청구대로 한정하는 것은 결국 법원의 해석을 심판대상으로 삼는 것으로서 재판소원이 되므로 부적절하다는 견해를 밝히면서, 심판대상은 “구체적 법률조항 또는 그 법률조항에 대하여 상당기간에 걸쳐 형성·집적된 일정한 해석으로서 법률조항의 가분된 의미영역”이라고 보는 것이 타당하다는 취지로 실시하였다. 결국 반대의견 또한 한정위헌청구의 적법성에 관하여 정면으로 반대한 것은 아니었고, 심판대상의 문제를 중심으로 하여 한정위헌청구의 적법성이 ‘재판소원이 아닌 한’ 인정될 수 있음을 유보하는 태도로 판단된다.

위 판결에 대하여 수많은 평석이 전개되어 왔다. 위 판결에 대하여 비판적인 견해는 한정위헌결정에 대한 자제가 바람직하다는 전제 하에 있거나, 한정위헌청구는 결국 재판소원으로서 부적절하다는 것을 강조한다는 점에서 기본적으로 한정위헌청구의 적법성에 대한 상이한 견해를 취하였다.¹³⁾ 그러나 법정의견에 찬동하는 견해들은 법률해석에 대한 통제가 가능하게 되었다는 점을 의미있게 지적하면서 향후에는 심판대상을 무엇으로 보는가의 문제나 재판소원과의 구별 문제가 한정위헌청구의 주된 논의대상이 될 것이라 전망하였다.¹⁴⁾

12) 위 결정의 법정의견은 “그러므로 이 사건 심판의 대상은 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조 제1항의 ‘공무원’에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’ (2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것) 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 위헌인지 여부로 한정한다.”고 실시하고 있다.

13) 예컨대 한수웅, “헌법학”, 법문사, 2015, 1472면은 이를 특히 “금지된 재판소원으로 가는 진입로”로 표현하고 있다.

14) 예컨대 박진완, “헌법해석과 법률해석의 관계-법질서 통일성의 측면에서 헌법해석과 법률해석의 분리불가능성”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 27-29면, 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 209-210면, 손인혁, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 19-20면.

제2절 한정위헌청구의 적법성의 이론적 배경

1. 서론

요컨대, 그동안 한정위헌결정의 기속력 문제가 대법원과의 관계에서 아직 완전히 정리된 것이 아님에도 불구하고 한정위헌청구의 적법성을 둘러싼 논쟁은 일차적으로 그 적법성 자체에 있어서는 진전을 보였다고 할 수 있다.

다만 한정위헌청구를 원칙적으로 적법한 것이라 보더라도 그것이 어떻게, 어떤 방식으로 헌법적으로 허용되는지에 관한 견해는 앞서 간략히 살펴보았듯이 각 견해마다 상이할 수 있으며, 바로 이 차이에서 재판소원의 경계 문제와 심판대상 문제도 결과에 있어 차이를 보임을 알 수 있다. 그렇다면 우리 헌법 하에서 한정위헌청구를 원칙적으로 적법한 것으로 볼 수 있는 이론적 근거에 관하여 구체적으로 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이를 통하여 앞서 향후의 과제로 언급된 것처럼 한정위헌청구와 재판소원의 관계, 즉 한정위헌청구와 재판소원의 경계를 확정하는 것과 재판소원과의 관계에 있어서 심판대상을 어떻게 확정하느냐의 문제에 대한 단초를 구할 수 있을 것이다. 이는 구체적으로는 헌법재판소의 규범통제권한이 가지는 법적 의미를 파악하고, 그러한 규범통제권한이 통제의 대상으로 삼는 규범, 즉 법률의 범위를 고찰함으로써 가능할 것이다.

2. 규범통제권한

규범통제는 규범에 대하여 보다 상위 규범을 기준으로 심사함으로써 상위 규범에 저촉되는지를 밝혀 내어 그 효력을 상실시키는 제도로서, 규범 상호간의 위계질서를 논리적 전제로 하여 하위 규범이 상위 규범에 어긋나는 경우 하위 규범을 법체계에서 배제시키는 작용이다.¹⁵⁾ 이를 통

15) 한수웅, 앞의 책 “헌법학”, 1362면.

해 상위 규범의 규범력을 확보할 수 있게 되며 헌법의 우위를 관철시킨다.¹⁶⁾

위와 같은 규범통제권한의 법적 근거는 헌법과 헌법재판소법에 규정되어 있다. 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”고 규정하고 있고, 제111조 제1항 제1호 및 제5호에서는 헌법재판소의 관장사항으로 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판”(제1호), “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”(제5호)을 각 규정하고 있다. 또한 헌법재판소법은 제41조부터 제47조까지 위헌법률심판제도를, 제68조부터 제75조까지 헌법소원심판제도를 규정하여 헌법상 헌법재판소에 부여된 규범통제권한을 구체화하고 있다. 헌법재판소의 규범통제, 즉 헌법을 기준으로 법률에 대한 위헌법률심사 또는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 위헌심사형 헌법소원¹⁷⁾이 이루어지는 것은 규범통제의 본질을 가지고 있는 통제작용이라 할 것이다.

그렇다면 규범통제는 입법권력에 대한 통제가 그 본질이라 할 수 있는가? 규범통제를 통하여 규범의 제정자에 대한 권력분립적 의미에서의 견제작용 또한 수행될 수 있으나, 이는 규범통제를 통해 달성할 수 있는 부수적인 목적이며 그 자체가 규범통제의 본질이라고 볼 수는 없을 것이다. 규범통제는 규범의 위계질서를 전제로 하는 헌법과 법률의 규범 체계로부터 논리적·연역적으로 도출되는 것인바,¹⁸⁾ 여기에서는 규범의 효력이 문제가 될 뿐 규범의 제정자가 누구인지는 부차적인 문제이기 때문이다. 헌법에 의한 규범통제의 효시로 볼 수 있는 미국 연방대법원의 *Marbury v. Madison*¹⁹⁾ 사건에서, “헌법의 우위는 입법자에 대한 구속을

16) 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 234-235면, 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 267-268면.

17) 위헌심사형 헌법소원에 관하여는 제3장 이하에서 상술한다.

18) 전상현, “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 헌법학연구 제19권 제2호, 2013, 295-300면.

19) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137(1803).

의미하였” 던 당시의 역사적 배경에도 불구하고 미국 연방대법원이 법률에 대한 규범통제를 할 수 있었던 것은 “헌법의 최고규범성과 법률에 대한 헌법의 우위가 인정되었기 때문” 이다.²⁰⁾ 같은 이치로, 법률과 동일한 효력을 가지는 헌법에 의하여 체결·공포된 조약(헌법 제6조 제1항), 대통령의 국가긴급권 행사를 통한 법률의 효력을 가지는 명령(헌법 제76조 제1항, 제2항), 유신헌법상의 긴급조치 등이 헌법재판소의 위헌법률심판 제도로 통제되는 것은 그것이 법률의 효력을 가지고 있기 때문인 것으로서 의회에 대한 권력통제라는 관점과는 차원을 달리한다.²¹⁾ 나아가 명령·규칙이 별도의 집행행위를 매개로 하지 않고 직접 기본권을 침해하는 경우 헌법소원심판을 통해 상위규범인 헌법 및 법률²²⁾에 위반되는지 여부를 심리하게 되는 것도 규범통제의 차원에서 이루어지는 것인데, 이 경우 당해 명령·규칙의 제정권자가 누구인지는 핵심적인 문제가 아니다.²³⁾ 또한 관습법에 대한 규범통제가 가능한 것처럼²⁴⁾ 규범의 제정 주체가 반드시 권력분립에 기반한 국가기관의 지위에 있어야 할 것이 전제되는 것도 아니다. 그러므로 반드시 규범통제를 권력분립적인 관점 내지 규범제정자에 대한 통제의 관점에서 바라볼 필요는 없다고 할 것이다. 규범통제는 상위 규범에 반하는 하위 규범의 효력을 제거하는 것에 있는 것이고, 규범의 제정 주체는 규범의 제정 주체에 따라 상이해지는 규범의 층위 문제 등을 제외하고서는 규범통제의 주된 관심사가 아니다.

3. 규범통제의 대상

20) 한수웅, 앞의 책 “헌법학”, 1363면.

21) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 299면.

22) 명령·규칙이 상위 규범인 법률에 위반되는 경우 그 자체로서 권력분립 및 법률의 우위를 규정한 헌법위반이 될 수 있다.

23) “입법부·행정부·사법부에서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.” 라는 헌법재판소 1990. 10. 15. 89헌마178.

24) “헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 통일성과 법적 안정성을 확보 할 수 있을 뿐만 아니라, 합헌적인 법률에 의한 재판을 가능하게 하여 궁극적으로는 국민의 기본권 보장에 기여할 수 있다” 고 판시한 헌법재판소 2013. 2. 28. 2009헌바129 및 법률과 동일한 효력이 없으므로 규범통제 대상으로 부적법하다는 취지의 최근 헌법재판소 2016. 4. 28. 2013헌바396, 2014헌바394(병합) 결정의 소수의견 등.

가. 규범 문언과 규범 문언 해석의 구별 불가능성

규범통제의 대상은 일차적으로 규범, 즉 법률을 비롯한 규범의 문언 자체이다. 다만 규범의 문언 자체로 규범통제의 대상이 국한되는 것은 아니다. 규범의 문언에 대한 해석을 통하여 비로소 규범의 의미를 밝힐 수 있으며, 이때 규범의 문언 자체는 의미의 영역을 확인하는 기준으로 기능하게 되므로 실제 중요한 것은 문언의 해석 또는 그 결과물로서의 문언의 의미이다.²⁵⁾ 규범 문언의 일반·추상적인 성격에 의하여 현실 세계에 적용되기 위하여는 해석이라는 구체화 작업을 필수적으로 거치게 되며, 이를 통해 규범의 내용을 형성하고 확정하게 되기 때문에 규범통제는 결국 규범 문언의 해석에 대한 통제를 의미하게 된다.²⁶⁾

헌법재판소가 2011헌바117 사건에서 “규범으로서의 법률은 그 적용영역에 속하는 무수한 사례를 포괄적으로 규율해야 하기 때문에 일반적·추상적으로 규정될 수밖에 없으므로 개별적·구체적인 법적분쟁에 법률을 적용하는 경우에는 당해 사건에 적용할 가장 적합한 규범을 찾아내고 그 규범의 의미와 내용을 확정하는 사유과정인 법률해석의 과정을 거칠 수밖에 없게 되는 것”이라는 논지 하에 법률과 법률해석을 구별할 수 없다고 본 후, 규범통제의 근거조항들인 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항의 법률의 의미를 “당해 사건과는 관계없는 일반적·추상적인 법률규정 그 자체가 아니라, 당해 사건 재판의 전제가 되고, 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용을 가리키는 것”²⁷⁾이라고 판단한 것은 이와 같은 논의에 기초한 것이다.

규범통제의 실질에서 위와 같은 규범통제의 대상인 규범이 보유하는

25) 허완중, “한정위헌청구의 허용 여부”, 법조 제676호, 법조협회, 2013, 227-229면.

26) 김하열, “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 저스티스 제108호, 한국법학원, 2008, 8-12면.

27) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117.

규범으로서의 효력, 즉 규범력(規範力)의 측면에서 이를 고찰할 때, 양자가 분리불가능한 것임이 더욱 명백해진다. 규범의 문언이 지시하는 바에 따라 규범의 수범자는 권리를 보유하게 되거나 무언가를 하거나 하지 않아야 할 의무를 부담하게 된다. 이때 규범의 문언 자체가 규범력을 보유함은 명백하다. 그런데 규범 문언의 규범력은 문언의 해석을 통해 그 구체적 의미를 확인함으로써 구체적·개별적인 현실에 적용되거나 적용될 것이 예상되는 때에 실제적인 규범력을 발휘할 수 있게 된다. 즉, 규범의 적용 대상인 현실의 수범자에 대하여 권리·의무라는 법적 지위의 변동을 관철시킬 수 있는 근거는 규범의 문언 및 문언의 해석이 보유하는 규범력²⁸⁾이다. 이와 달리 규범의 문언과 문언의 해석이 독립된 것이라 가정한다면, 규범의 문언과 별개로 문언의 해석은 규범력이 없거나, 아니면 규범력의 근거를 별도로 장만해야 한다는 잘못된 결론에 이르게 된다.

‘규범’을 ‘통제’ 한다는 것은 결국 위헌적인 규범의 효력을 제거하는 작업임을 상기할 때, 규범통제에 있어서 규범의 문언과 문언의 해석은 구별할 필요성이 없다. 따라서 규범 문언과 그 해석(및 그 해석의 결과로서 밝혀진 규범의 의미)은 동일하다고 할 것이다.²⁹⁾

나. 규범통제기관의 하위규범해석권한

앞서 보았듯 규범통제의 중핵으로서 통제의 대상이 되는 것은 문언이 가지는 의미내용이다. 다시 말해 어떠한 규범의 문언이 헌법을 비롯한 상위규범에 저촉되는지를 심사하기 위해서는 필연적으로 상위규범과 더불어 규범통제의 대상인 하위규범이 의미를 규율하고 있는지를 탐색하여야 하므로, 문언의 의미를 파악하는 작용으로서의 해석이 필수적으로 수반된다. 즉 헌법재판소는 “법원의 법률해석을 전제로” 의미를 파악하

28) 규범의 문언이 보유하는 규범력의 근거가 민주주의와 법치주의 원칙을 비롯한 헌법에서 유래함은 물론이다.

29) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 300면.

거나, “헌법재판소 스스로 법률해석을 하” 여 의미를 밝혀내거나, 혹은 합헌적 법률해석을 위하여 이러한 작업을 수행하게 된다.³⁰⁾

그런데 대법원은 법률에 대한 해석권한은 법원의 고유한 전속적 권한임을 이유로, 헌법재판소의 법률해석 및 법률해석에 대한 규범통제를 법률에 대한 해석 기준을 제시한 것이라고 파악하여 한정위헌결정의 기속력을 부인하며³¹⁾, 법률의 해석에 대한 한정위헌을 구하는 취지의 위헌법률심판제청신청을 부적법한 것으로 본다.

법원은 구체적인 법적 분쟁에서의 최종적 해결권한을 보유하고 있다. 다만 규범통제에 있어서 법률에 의한 최종적인 합헌 위헌 여부를 판단할 권한은 헌법재판소가 가지는 권한이다. 법원은 법률해석을 통하여 재판을 하고, 다만 재판의 근거가 되는 법률이 규범통제의 대상이 될 뿐이다. 즉 법원이 보유하는 법률해석권한은 구체적 사건에서의 법적 분쟁을 해결하기 위하여 행사되는 것이다. 이와 같은 법원의 사법권한의 행사는 자의적으로 행사되는 것은 아니고 헌법과 법률에 의한 기속을 받는다(헌법 제103조). 따라서 입법자가 만든 법률에 따라 재판하여야 하고, 법원의 임의적인 규범의 창조는 허용되지 않는다. 헌법재판소의 규범통제작용은 바로 이 법률과 법률해석에 대하여 작동하는 것이므로, 작동하는 차원을 달리하는 것이다.³²⁾

또한 법원의 합헌적 법률해석권한은 규범통제권한이 헌법재판소에게 최종적으로 유보되어 있다는 점에서 합헌적 법률해석을 시도하더라도 이

30) 김하열, 앞의 글 “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 24-31면.

31) 앞서 언급한 대법원 2013. 3. 28. 2012재두299 판결 등. 이에 관하여는 종래부터 현재까지 꾸준히 비판이 제기된 바 있다. 이에 관한 것으로는, 남북현, “대법원의 전속적인 법률해석권과 한정위헌결정의 기속력”, 한양법학 제11집, 한양법학회, 2000, 73면 이하 및 남북현, “법률해석과 관련한 헌법재판소와 대법원의 갈등, 그 원인과 해법”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 97면 이하 참조.

32) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 304-306면.

는 중국적인 것이 아니며,³³⁾ 위헌법률심판을 제청할 의무를 지는바, 결국 법원의 법률해석과 적용권한은 법원의 합헌성 판단의 결과이다.³⁴⁾ 이러한 의미에서 법률해석권한의 귀속의 문제가 아닌바 결국 법률의 해석권한의 배타적 독점권한을 주장하는 것은 헌법상 규범통제권한 규정을 유일하게 되므로 부당한 것이 된다.³⁵⁾³⁶⁾ 그 외 사법권의 독립은 재판작용에 있어서 다른 국가기관의 간섭을 불허한다는 것이지, 규범통제에 의하여 변동되거나 변동될 가능성이 있는 법률 및 법률해석에 대해서도 자유롭다는 의미는 아니다.

제3절 한정위헌청구의 적법성이 갖는 의미

1. 규범해석에 대한 통제권한 발동을 요청하는 한정위헌청구

이상의 논의를 간단히 정리하면 다음과 같을 것이다. 헌법상 헌법재판소가 보유하는 규범통제권한은 법리상, 연혁상, 기능상, 목적상 살펴볼 때 본질적으로 헌법을 기준으로 위헌성 심사를 하는 규범에 관한 통제이므로 통제 대상인 규범을 누가 제정하였는가는 본질적 문제가 아니고, 규범통제제도를 본질적으로 입법권과의 관계에서 권력분립 내지 권력통제의 수단으로 이해하여 그 권한범위를 축소할 것은 아니다. 한편 규범통제의 대상은 “법률” 이나, 여기서의 법률은 텍스트로서의 법률조항과

33) 이러한 의미에서 법원의 법률해석권을 “법률내용에 대한 위헌심판권이 제외되어 있는 법률해석권”으로 표현하는 견해가 있다. 김현철, “헌법재판과 법률해석”, 법학논총 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 350면. 그 표현에도 불구하고 법원이 중국적 규범통제권한을 보유하지 못한다는 지적은 여전히 타당하다.

34) 황도수, “헌법재판소의 위헌법률심판권과 법원의 법률해석권”, 저스티스 제99호, 한국법학원, 2007, 230면.

35) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 302-306면.

36) 종래에는 법원의 잘못된 (합헌적) 법률해석에 대한 통제가 불가능하다는 전제하에서 이러한 상황은 기본권의 규범력 확보 문제, 헌법재판소와 법원의 법률해석 및 기본권의 효력에 관한 모순, 충돌 문제가 발생할 수 있음이 지적된 바 있었다. 김진한, “합헌적 법률해석의 원칙과 위헌적 법률해석의 통제범위와 기준”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012, 58-60면.

법률의 해석을 통한 의미영역을 의미하는 것인데, 법률의 해석을 통하여 법률의 의미를 확정하고 법률이 가지는 규범의 영역을 비로소 확인할 수 있기 때문이며, 따라서 법률과 법률의 해석은 규범통제의 차원에서는 구별될 수 없다. 결국 법률조항에 대한 해석(의 결과로서 확인된 규범의 의미영역)에 대하여 헌법재판소가 규범통제를 할 수 있다.

법률해석에 대한 헌법재판소의 규범통제작용의 근거를 ‘헌법재판소의 규범통제권한’ 및 ‘규범통제 대상으로서의 법률과 법률해석의 구분 불가능성’에서 찾는다면 한정위헌결정의 타당성을 인정할 수 있고, 나아가 “규범통제권의 발동을 구하는” 한정위헌청구 또한 적법성을 인정할 수 있을 것이다.³⁷⁾

현행 헌법과 헌법재판소법에 의할 때, 규범통제권한의 행사인 헌법재판은 직권으로 개시되는 것이 아니라 헌법재판의 청구인(위헌법률심판사건의 경우에는 제청법원)이 헌법재판을 청구함으로써 시작된다.³⁸⁾ 헌법재판소의 규범통제작용 역시 당사자의 청구 등을 재판절차 개시의 단서로 이루어지는 신청주의를 기본으로 하므로, 한정위헌청구 또한 헌법재판소에 대하여 규범통제권한의 발동을 촉구하는 것으로 이해할 수 있다. 한정위헌청구는 법률조항 자체가 아니라 규범으로서의 실질을 가지는 법률조항의 일부로서의 법률해석에 대한 위헌성을 주장하는 것인바, 심판의 대상은 먼저 한정위헌청구의 청구인이 주장하는 법률해석의 위헌 여부가 된다. 신청주의 하에서는 신청인이 무엇에 대하여 심판을 구하는지 여부에 따라 일차적으로 심판대상이 특정되기 때문이다.³⁹⁾ 즉 신청주의의 관점에서 바라볼 때 어떤 한정위헌청구가 “누가, 무엇에 대해, 어떤 심판을 구하는지”⁴⁰⁾가 명확하게 주장하고 있다면, 규범통제기관인 헌법재판소는 이에 따라 규범통제권한을 행사하여야 한다.

37) 손인혁, “제78회 발표회 지정토론문”, 헌법실무연구 제8권, 헌법재판소, 2007, 622면.

38) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 133-135면.

39) 헌법재판소, “헌법재판실무제요”, 헌법재판소, 2015, 46면.

40) 헌법재판소, 앞의 책 “헌법재판실무제요”, 46면.

현행 헌법 및 헌법재판소법은 구체적 사건을 전제로 하는 구체적 규범 통제제도를 채택하고 있다(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항 등). 구체적 규범통제제도 하에서는 법원의 재판 과정에서 규범통제의 계기가 탄생하게 된다. 헌법소원심판의 청구인은 당해 재판에 적용되어 전제성이 있는 법률의 해석에 대한 한정위헌결정을 청구함으로써 법률의 의미영역 중 일부에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 구하게 되는 것이다. 즉 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구하는 경우, 그 청구가 헌법재판소법이 요구하는 적법요건을 모두 구비하였고 신청주의의 요청에도 충실하였다면, 그것이 (‘법률’을 대상으로 하도록 규정하고 있는 헌법재판소법에 반하여)법률해석을 다투는 것으로서 부적법하다거나, (법률해석에 관한 사항은 법원에 전속하므로)헌법재판소의 규범통제권한 외에 있다는 것을 이유로 부적법하다고 볼 수 없는 것이다.

이러한 의미에서 한정위헌청구는 “규범이 구체적 현실 속에서 어떻게 해석·적용되는지” 41)를 구체적으로 파악할 수 있는 구체적 규범통제의 기능상의 장점에 충실하도록, 즉 구체적 사건에서 적용되지 않는 부분은 심판대상에서 배제하고 규범의 일부에 대한 위헌 주장으로 쟁점을 명료하게 하도록 하는 것으로써 구체적 규범통제의 본래 취지에 부합하는 것이라 할 수 있다.42) 심판대상에 관한 헌법재판소의 권한을 고려할 때 한정위헌청구가 반드시 논리필연적으로 한정위헌결정으로 이어지는 것도 아니다.43)

결국 한정위헌청구는 후술하는 재판소원과의 관계에 있어서는 먼저 원칙적 적법성이 인정된다고 새겨야 할 것이다. 이는 한정위헌청구가 제기

41) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 270면.

42) 손인혁, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 9-11면.

43) 조재현, “헌법재판에서의 최근의 동향과 전망”, 법학연구 제23권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2013, 80-81면.

되는 경우 그러한 청구 방식 자체는 한정위헌청구의 한계와 심판대상의 문제의 결론이 여하하든 간에, 일응 유효한 헌법소원의 청구 “형태” 라는 의미이다. 즉 재판소원과의 관계에 있어서 법원의 법률해석권한과 헌법재판소의 규범통제권한의 한계의 탐색이나 심판대상의 확정 및 변경 등의 주제를 다룸에 있어 한정위헌청구는 이들 문제에 ‘선행하여’, 원칙적으로 적법한 청구의 방식이며, 법률의 해석이라는 규범을 다투려고 하는 것은 (법원의 법률해석의 복멸을 다투는 차원에 그치는 것이 아닌) 규범통제작용의 청구라는 차원에서 일어나는 일이므로 곧바로 재판소원의 문제와 등치되는 것도 아니다.

한정위헌청구의 적법성의 논의 실익은 헌법재판소와 법원의 관할과 권한의 갈등에 있고, 헌법재판소와 일반법원이 병존하는 형태에서는 이와 같은 갈등이 제기될 수 있는 것으로서 우리나라의 경우 재판에 대한 헌법소원이 금지되어 있기 때문에 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 형태로 주로 다루어진다는 사실을 숙고할 필요가 있을 것이다.⁴⁴⁾

2. 재판소원과의 접점 문제

헌법재판소에게 규범통제권한을 부여한 우리 법체계에서, 법원은 법률에 의하여 구체적 사건의 분쟁을 해결하고, 헌법재판소는 법률에 대한 규범통제를 수행한다. 그런데 한정위헌청구가 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 형태로 제기되는 경우, 법원의 재판을 심판대상으로 하는 헌법소원인 이른바 ‘재판소원’과의 구별 문제가 본격적으로 대두된다.

이것은 법률의 해석권한을 법원이 독점적으로 유보하고 있다는 차원의 논의에서 비롯되는 것이 아니다. 법률의 해석권한이 독점적으로 법원에 유보되어 있지 않음을 규명한 이후에도, 재판소원의 문제는 여전히 존재

44) 손인혁, 앞의 글 “제78회 발표회 지정토론문”, 624면.

하기 때문이다. 그리고 법률의 해석권한을 법원이 배타적·최종적으로 보유하고 있다는 견해를 취한다면 한정위헌청구 자체를 부적법하다고 볼 것이다.⁴⁵⁾ 반대로 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정의 헌법재판소의 반대 의견에서 보여지듯 한정위헌청구 자체의 적법성은 인정하면서도 재판소원의 문제는 이와 별개로 여전히 존재한다.

앞서 보았듯이, 이론적인 측면에서 어떤 특정한 법률의 해석이 규범통제의 대상이 되는 이유는 법률의 해석 또한 규범이기 때문이다. 한정위헌청구를 통해 규범통제의 대상으로 삼고자 하는 것이 규범으로서의 법률해석이라면, 이와 달리 형식적으로는 한정위헌청구를 취하더라도 실질상 재판결과를 다투는 것에 중점을 두는 경우, 즉 규범통제와 무관한 “우회적”인 재판소원은 금지될 것이다. 그렇다면 한정위헌청구와 재판소원의 관계에서 올바른 고찰은, 일단 한정위헌청구는 전부 허용됨이 원칙이고, 다만 일부 한정위헌청구는 “규범통제의 실질을 가지지 못하였기 때문에” 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁴⁶⁾

현실적으로 한정위헌청구는 구체적 재판에서 당해 법원이 제시한 법률의 해석이 잘못되었음을 이유로 제기되는 경우가 많다. 다시 말해, 법원의 법률해석에 대한 한정위헌청구가 가능한 이유는 그것이 규범의 일부로서의 법원의 ‘법률해석’이기 때문이지만, 현실적으로는 구체적 재판에서 분쟁을 해결하는 ‘법원의’ 법률해석이기 때문에 재판결과를 다투는 것을 목적으로 하는 한정위헌청구가 빈번하게 시도된다. 그러므로 재판소원에 해당하는 한정위헌청구가 불허되는 구체적 경계, 그리고 그 근거에 관하여 확인을 해야만 한다. 그렇다면 재판소원금지가 구체적으로 어떤 의미를 가지고 있는지에 대하여, 그리고 재판에 대한 규범통제와 한정위헌청구의 관계에 대하여 살펴볼 필요가 있을 것이다.

나아가 한정위헌청구가 (최소한, 헌법재판소의 권한발동을 촉구한다는

45) 예컨대, 한수웅, 앞의 책 “헌법학”, 1469-1474면.

46) 이에 관하여는 제3장 이하에서 상술한다.

의미 내에서라도) 적법한 경우 심판의 대상을 무엇으로 보아야 하는지가 문제된다. 한정위헌청구의 적법성의 의미를 어떻게 이해하는지에 따라, 심판의 대상을 무엇으로 보아야 하는지가 달라진다. 심판대상의 확정 문제는 결국 법률 자체의 위헌성이 될 것인지, 법률 해석의 위헌성이 될 것인지를 문제인데, 재판소원의 의미를 넓게 새긴다면 법률해석의 위헌성 통제는 불가능하거나 범위가 협소해질 것이다. 따라서 결국 심판대상의 확정 문제도 재판소원의 의미에 대한 이해가 선행되어야 한다.

제3장 재판소원과 한정위헌청구

제1절 재판소원금지의 의의

1. 재판소원금지의 의미

재판소원은, 통상적으로는 “법원의 재판에 대한 헌법소원”으로 정의된다.⁴⁷⁾ 헌법 제111조 제1항 제5호는 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 헌법재판소의 관장사항으로 규정함으로써 헌법소원에 관한 심판의 범위를 법률에 유보하였고, 헌법재판소법 제68조 제1항은 “법원의 재판을 제외하고는” 헌법소원을 청구할 수 있도록 규정하여 재판소원을 금지하고 있다. 이에 따라 법원의 재판 자체를 직접적인 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구하는 경우는 부적법한 헌법소원으로서 각하된다(헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 후단)는 것이 재판소원의 금지에 대한 일반적인 설명이다.⁴⁸⁾

우리나라에서 재판소원금지를 둘러싼 논의는 주로 헌법재판소법 제68조 제1항 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분(이하 ‘재판소원금지규정’이라 한다)에 대한 위헌 여부 논의, 혹은 재판소원금지를 극복하고 재판소원을 폭넓게 허용하자는 입법론적 논의를 중심으로 전개된다. 다만 본고의 논의는 재판소원금지규정이 위헌이라거나 재판소원금지규정을 입법적으로 해결하여야 한다는 것에 중점을 두고 있지 않다. 본고에서

47) 한수웅, “주석 헌법재판소법”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 27면. 재판소원이라는 단어를 직접 사용하지 않는 경우 법원의 재판이 헌법소원의 심판대상으로 가능한지 여부를 논의하면서 사용되는 ‘(법원의) 재판에 대한 헌법소원’의 의미와 ‘재판소원’은 동일한 의미이다. 그런 의미에서 ‘재판소원’은 축약어라 할 수 있다. 다만 재판소원이라는 단어 자체는 종래부터 폭넓게 쓰임을 확인할 수 있다(예컨대, 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌마134 등).

48) 헌법재판소, 앞의 책 “헌법재판실무제요”, 265면, 성낙인 외 5, “헌법소송론”, 법문사, 2012, 262-263면, 정중섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 603면, 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 481면 등.

재판소원금지에 관한 이론을 검토하는 것은 한정위헌청구의 적법성과 관련하여 재판소원금지의 구체적 의미 및 이를 전제로 하는 적용범위가 어디까지인지를 살피는 것이 일차적 목적이며, 나아가 재판소원금지가 한정위헌청구의 적법성을 가름하는 정당한 기준이 될 수 있는지를 검토하는 것이 주된 관심사이다.

‘법원의 사법작용으로서의 재판’을 헌법소원의 심판대상으로 삼는 것이 금지된다면, 구체적으로 어디까지 금지되어야 하는 것인지에 대한 의문이 자연스럽게 뒤따른다. 일응 그 범위를 협소하게 새긴다면 법원의 ‘재판’을 심판대상으로 삼는 것 자체만이 금지되는 것이라 볼 것이고, 반면 그 범위를 폭넓게 새긴다면 법원이 간여(干與)하여 법적 판단이 개입된 사법작용 일체가 금지된다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 먼저 재판소원이 금지되는 규범적, 이론적 근거를 살펴보기로 한다. 재판소원이 금지되는 이유에 대한 탐색을 통하여, 재판소원금지의 구체적인 의미와 범위를 확정한다면 한정위헌청구와 재판소원의 관계를 논할 수 있을 것이기 때문이다.

2. 재판소원금지의 근거

가. 종래의 논의

어떠한 이유로 일반 국민은 법원의 재판을 대상으로 한 헌법소원을 헌법재판소에 청구할 수 없게 되는가? 종래 이 문제는 재판소원금지의 규범적 근거라 할 수 있는 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 위헌론 및 합헌론과 관련하여 주로 논의된 바, 재판소원금지의 근거는 합헌론을 취하는 견해에서 주로 주장된다. 각 견해의 규범적 근거를 중심으로 살펴보기로 한다.

그 중 헌법재판소의 업무 부담이나 남소(濫訴)의 우려 등과 같은 정책

적인 부분을 제외한, 이론적 측면에서 재판소원금지를 정당화하는 근거의 핵심은 사법권이 법원에 귀속된다는 점에 있다는 것이다. 즉 재판소원이 금지된다는 견해에 의하면, 헌법은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”고 함으로써(제101조 제1항) 사법권을 법원이 행사한다는 점과 사법권의 독립을 규정하였는바, 법원과 동등한 헌법기관인 헌법재판소는 명시적인 헌법상 근거가 없는 이상 재판작용에 대한 통제를 함으로써 법원을 통제할 수는 없다고 본다.⁴⁹⁾ 위 견해에 따르자면 헌법재판소법상 재판소원금지규정에 선행하여, 헌법 그 자체에서 재판소원은 금지되는 것이므로 재판소원을 허용하는 입법 역시 불가능하게 된다.⁵⁰⁾ 사법권의 독립의 요청상 다른 국가기관의 재판에 대한 개입은 인정될 수 없으며, 재판소원은 헌법이 예정하지 않은 재판에 대한 간섭이므로 재판소원은 인정될 수 없다는 취지의 주장⁵¹⁾ 역시 이와 유사한 맥락에 위치해 있다. 한편 재판소원이 허용된다는 것이 바람직하다는 것을 전제하더라도, 헌법소원의 본질상 반드시 재판에 대한 통제가 포함되어야 하는 것은 아니고 입법정책적인 사항이며, 우리 헌법 또한 제111조 제1항 제5호에서 입법자에게 구체적인 내용을 형성할 것을 예정하였으므로 동 조항을 곧바로 위헌으로 보기는 어렵다는 견해도 제시된다.⁵²⁾ 반면, 재판소원을 금지하는 것이 부당하다는 견해는, 헌법상 헌법소원의 범위에 관하여 입법위임이 있다고 하더라도 그 입법에 있어서는 일정한 한계가 존재하며, 원칙적으로 법원의 재판 또한 공권력작용에 포함되는 것이므로

49) 유남석, “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 재판자료 제75집, 법원도서관, 1997, 281면 이하.

50) 유남석, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 308-312면. 헌법재판소와 대법원이 헌법상 동등한 지위를 가진 점, 헌법재판소가 구성에 있어 대법원보다 더 엄격한 방식을 취하지 않는 점, 헌법의 최종해석권을 양 기관이 분산적으로 보유하고 있다는 점을 거시하며 헌법상 재판소원이 허용될 수 없다는 견해로는 최완주, “헌법소원에 관한 각국의 제도비교”, 재판자료 제75집, 법원도서관, 1997, 164-209면.

51) 류승우, “한정위헌청구의 적법성과 위헌법률심판의 대상”, 법제논단, 2016, 115면 이하.

52) 계획열, “헌법재판과 국가기능”, ‘헌법재판의 회고와 전망’, 헌법재판소, 1998, 255-256면, 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 482-483면, 장영수, “현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원”, 판례연구 제9권, 고려대학교 법학연구원, 1998, 24-25면.

이를 배제할 합리적인 이유가 없다는 점을 들며⁵³⁾, 더불어 헌법의 규범력 확보 및 국민의 기본권 보장⁵⁴⁾⁵⁵⁾이나 헌법의 통일적 해석⁵⁶⁾ 등을 이유로 삼는다.

나. 헌법 제111조 제1항 제5호의 해석론

헌법재판소법 제68조 제1항에 관하여 적극적으로 합헌을 주장하는 견해는 기본적으로 재판소원을 비롯하여 재판작용에 대한 헌법재판소의 관여는 사법권의 침해, 혹은 권력분립원칙 내지 사법권의 독립과 관련한 문제를 야기시킨다는 것을 전제로 한다. 한편 위헌론의 경우에는 헌법의 위임규정에도 불구하고 그 내재적 한계를 벗어날 수 없다고 보는 것이다. 결국 헌법재판소법 규정에 관한 해석의 이전 단계에서 먼저 헌법상 규정된 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’의 해석론이 문제가 됨은 앞서 밝힌 바와 같다. 이 논의는 구체적으로는 헌법소원제도가 사법적 형태의 공권력행사에 대한 통제를 개념필수적으로 내재하고 있는 것인지의 문제와, 헌법재판소와 대법원간의 관계에 있어서의 권한의 분배 문제를 헌법이 어떻게 예정하였는지의 문제를 각 포함하고 있다.

먼저, 헌법소원제도 (내지는 넓게, 헌법재판제도)가 재판에 대한 통제

53) 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 262-265면, 박경철, “우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성”, 공법연구 제30집 제3호, 한국공법학회, 2002, 169-171면, 정연주, “헌법재판소 직무상의 문제 - 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제를 중심으로”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005, 57면, 홍성방, “헌법소송법”, 박영사, 2015, 245면, 황치연, “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 헌법판례연구 제11권, 한국헌법판례연구학회, 2010, 187-188면.

54) 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 607면.

55) 특히 헌법소원의 보충성 요건 하에서는 행정작용에 의하여 이루어진 기본권 침해를 다루어야 할 경우 법원의 재판을 받아야 하므로, 재판소원의 금지는 사법작용으로 인한 기본권 침해의 구제를 불가능하게 하는 것을 넘어선다는 점을 지적하는 견해로는 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 381면, 정연주, 앞의 글 “헌법재판소 직무상의 문제 - 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제를 중심으로”, 58-59면.

56) 황치연, 앞의 글 “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 187면.

를 반드시 필요조건으로 삼고 있는지를 살펴본다. 이를 긍정하는 견해는, 헌법소원이라는 제도의 본연적 기능이 사법작용의 통제에 있다는 것을 연혁적, 비교법적 고찰을 통하여 주장한다.⁵⁷⁾ 그러나 독일의 헌법소원제도는 법원의 재판에 대한 통제의 관점에서 볼 때 계속적으로 그 대상이 변하여 왔으며 독일연방공화국의 수립 전까지는 헌법소원으로 기관력 있는 판결을 다룰 수 없었고 보충적 기능만을 수행하였다는 사정 등을 제시하며, 법원의 재판에 대한 통제가 헌법소원의 개념 자체에서 곧바로 가능하다고 볼 수는 없다고 보는 견해⁵⁸⁾, 근대적 헌법소원제도의 형태는 행정재판제도의 대체적 기능을 수행하는 형태임을 지적하며 법원의 재판에 대한 통제의 측면과는 거리가 있다는 반론 등이 제시된다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 한편 비교법적으로 고찰하는 경우에도 각국의 헌법재판제도는 다양한 형태를 보이고 있고 구체적인 심판대상도 각기 다른바 헌법소원의 본질이라 할 수 있는 요소는 공권력으로 인한 헌법상 권리의 침해에 관한 주관적 구제절차라 할 수 있는 것이고 재판에 대한 소원을 그 본질로 볼 수는 없다고 보는 해석 또한 존재한다.⁶¹⁾

이러한 측면에서 볼 때 반드시 헌법소원의 개념 내지 본질로부터 헌법소원의 대상이 당연히 도출되는 것은 아니라고 보는 견해⁶²⁾가 보다 풍부한 논거로서 설득력이 있다고 생각된다.⁶³⁾ 헌법상 헌법재판소법에 구체

57) 박경철, 앞의 글 “우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성”, 155면 이하.

58) 정광현, “헌법소원의 개념”, 세계헌법재판 판례동향1, 헌법재판연구원, 2012, 229면.

59) 유남석, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 314-317면.

60) 박경철, 앞의 글 “우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성”, 163-166면은 사적(史的) 전개과정에서 드러나는 제도의 다양성을 곧바로 헌법소원제도 자체의 다양성으로 연결하는 것은 무리라는 견해를 밝힌다.

61) 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 헌법논총 제10집, 헌법재판소, 1999, 298-305면.

62) 박규하, “헌법소원제도의 본질과 대상”, 외법논집 제14집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2003, 10-11면.

63) 한편 과거 우리나라의 역사적 경험에 비추어볼 때 국민 기본권 침해에 대한 보호가 강하게 요청되는 점, 공권력은 기본적으로 잠재적인 기본권 침해자의 지위에 있는 점, 법원의 재판에 대한 통제가 헌법소원의 주된 기능이라는 점에서, 재판에 대한 헌법소원의 필연성을 부정하는 견해에 대하여 반박하는 견해로는 이희훈, “헌법재판소법상 재판소원 금지규정에 대한 연구”, 헌법학연구 제15

적 형성을 위임한 헌법 제111조 제1항 제5호가 문리적 해석의 한계로서 기능하기 때문이다. 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌 여부 문제가 된 사건에서 “헌법 제111조 제1항 제5호가 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’ 이라고 규정한 뜻은 결국 헌법이 입법자에게 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치적·사회적 현황등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로, 헌법소원은 언제나 ‘법원의 재판에 대한 소원’ 을 그 심판의 대상에 포함하여야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 단정할 수 없다 할 것이다.”⁶⁴⁾ 고 판시하여 재판소원의 금지를 입법자에게 형성권이 유보된 결과물로 보고 있다.

한편, 헌법재판소와 대법원간의 관계에 있어서의 권한의 분배 문제와 관련하여, 재판소원을 적극적으로 부정하는 견해에서는 법원에 관한 헌법 제101조 제1항 및 제107조를 비롯한 규정들과의 유기적 해석을 통하여 헌법 제111조 제1항 제5호의 의미를 밝히려는 시도를 하였다. 재판소원이 허용되는 경우 사법권의 행사인 법원의 재판에 대하여 헌법재판소가 심리하게 되므로 사법권한에 대한 침해로서 헌법 제101조 제1항 및 명령·규칙·처분에 대한 대법원의 최종적 심사권한을 규정한 제107조 제2항에 반하고, 사실상 초상고심(超上告審)으로 기능하게 되어 “법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.” 는 제101조 제2항의 취지에 어긋나게 되며, 헌법이 예정하는 헌법소원은 법원의 재판에 비할 때 예외적·보충적인 수단이므로, 결국 헌법에 의할 때 재판에 대한 헌법소원은 허용될 수 없다는 것이 주된 논지이다.⁶⁵⁾ 그러나, ‘재판에 대한

권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 434-436면. 그러나 위 논의의 결론과 마찬가지로 견지에서, 위 근거로부터 재판소원의 필연성 내지 입법형성권의 한계까지 곧바로 도출하는 것은 무리라고 생각된다.

64) 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172·173(병합).

65) 유남석, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 308-314면.

통제수단인 헌법소원'이라는 개념이 헌법재판소 또는 법원의 권한으로부터 연역적으로 도출할 수 없다는 것임을 긍정하더라도, 이는 재판에 관한 헌법소원이 헌법상 불허된다는 것까지 의미하는 것은 아니다. 오히려 헌법이 다양한 형태의 헌법소원이 가능하도록 입법자에게 위임하였다는 것은, 재판소원이 법률상 유보될 수 있는 성질의 것으로서 헌법상 금지되는 것이 아님을 시사하는 것이다. 독일을 비롯하여 재판소원을 허용하는 다양한 입법례가 존재하는 것을 볼 때, 재판소원의 허용범위에 관한 논의는 별론으로 하더라도 재판소원이 가능하다는 사실 자체에서 법원의 사법권한의 침해를 도출해 낼 수는 없을 것이다.⁶⁶⁾ 마찬가지로 헌법상 사법권에 관한 규정으로부터 법원에 대한 헌법재판소의 관여가 어떠한 가능성도 없이 차단된다고 볼 수는 없다. 이미 살펴본 것처럼 헌법상 부여된 헌법재판소의 규범통제권한과 이에 수반하는 법률해석권한에 기한 헌법재판작용이 법원에 일정한 영향을 미칠 수 있다고 하여도, 이는 헌법이 예정한 것이다. 헌법소원제도 또한 마찬가지여서, 입법형성권 하에서 만약 입법자가 법원의 재판을 헌법재판소의 심판대상으로 포함되도록 법을 개정하였다고 한다면, 재판소원을 허용한다는 것이 헌법재판소로 하여금 법원의 사법작용 내지 권한을 '갈음'하거나 '배제'하도록 것이 아닌 한, 그로써 헌법재판소는 재판소원이 가능한 권한을 부여받는 것일 뿐이지 법원에 대하여 우월적 지위를 점하고 있다고 할 수 있는 것은 아니다. 재판소원을 통해서 재판으로 인하여 헌법소원 청구인의 기본권이 침해되었는지 여부를 판단하는 것에 불과하기 때문이다.⁶⁷⁾

처분에 관한 심판권한을 규정한 헌법 제107조 제2항에 의할 때 처분의 위헌성 심사는 대법원이 '최종적으로' 판단하므로, 적어도 포괄적인 재판소원을 도입하는 것은 헌법상 허용되지 않는다는 견해가 주장되기도

66) 그러나 재판소원을 긍정하는 입법례로부터 재판소원의 가능성을 검토하려는 시도에 대하여, 재판소원에 대하여 부정적인 견해는 독립적이고 동등한 관계에 있는 헌법재판소와 법원 간에는 그와 같은 통제가 이루어질 수 없다고 보는데, 예컨대 독일에서 광범위하게 허용되는 재판소원에 관하여는 연방헌법재판소의 법원에 대한 우월적 지위를 강조하는 방식으로 반박이 이루어진다. 법원도서관, “헌법재판제도의 이해(요약)”, 법원도서관, 2013, 170면. 이에 관한 상세한 내용은 본고 제4장에서 논한다.

67) 이희훈, 앞의 글 “헌법재판소법상 재판소원 금지규정에 대한 연구”, 450-451면.

한다.⁶⁸⁾ 그러나 동 규정이 제헌헌법부터 대체로 동일한 형태로 존재하였다는 점⁶⁹⁾을 고려하여 본다면 처분에 관한 판단권한이 ‘행정권 내부가 아닌’ 대법원에 귀속된다는 사실로부터 헌법재판소와 법원의 관계에서 재판소원의 금지를 도출하는 것은 재고의 여지가 있다고 볼 것이다.⁷⁰⁾

법원의 재판작용 역시 공권력작용의 일환으로서 기본적으로는 헌법소원의 대상의 개념에 일차적으로 포섭될 수 있다는 사실을 부정할 필요는 없을 것이다. 공권력행사로 인한 기본권 침해의 구제수단으로서 헌법소원의 의의를 파악한다면, 결국 사법권에 관한 헌법규정으로부터 재판소원이 차단되어야 한다는 필연적 관련성 또한 없게 된다. 결국 위와 같은 논의에 기초할 때 헌법소원의 개념 본질에서 재판소원을 허용하여야 하므로 이를 금지하는 것은 위헌적이라거나, 반대로 법원의 사법권이 헌법재판소의 재판소원의 심판을 ‘헌법적 차원에서’ 곧바로 배척하는 것으로 보기는 어렵다.

따라서 위 헌법재판소법 규정은 제정 당시의 입법자가 판단하여야 하였던 다양한 입법정책적 사정들 - 특히 헌법재판소와 법원과의 권한 및 관할에 관한 문제, 구체적인 제도의 운영양상에 대한 불확실 등을 고려하였다고 보는 설명⁷¹⁾이 가장 타당할 것이다. 그렇다면 헌법 제111조 제1항 제5호는 단순히 헌법소원제도의 구체적, 세부적 절차에 국한하여 위임을 한 것이라 보기 어렵고, 그 내용에 있어서도 일정한 정도의 재량을 입법자에게 부여한 것이라 새길 것이다.⁷²⁾ 따라서 별도의 법적 근거가

68) 한수웅, 앞의 글 “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 294-295면.

69) 헌법개정연구위원회, “2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 - 헌법개정연구”, 한국헌법학회, 2006, 263-264면.

70) 헌법 제107조의 해석에 관한 문제는 ‘처분’ 외에도 명령·규칙에 대한 헌법재판소의 심판권한 문제를 불러일으킨다. 헌법재판소는 명령·규칙 자체가 기본권을 직접 침해한다면 (헌법 제107조 제2항에도 불구하고) 헌법재판소가 위헌 여부를 심사할 수 있다는 태도를 초기부터 견지해 오고 있다(헌법재판소 1990. 10. 15. 89헌마178). 이와 관련하여 동 헌법조항의 해석에 있어 선결문제와의 관련성에 있어서는 김대환, “위헌심사의 대상의 관점에서 본 법원과 헌법재판소의 관계”, 공법연구 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012, 21면 참조.

71) 한수웅, 앞의 글 “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 302-304면.

없는 한, 법원의 재판 역시 사법권한의 고권적 행사로서 공권력작용에 해당되므로 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 다만 헌법 제111조 제1항 제5호에서는 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”이라 규정하여 구체적인 헌법소원의 형성을 입법자에게 위임하였고, 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있기에, 재판소원은 비로소 금지되는 것이라고 볼 것이다.

결론적으로 헌법재판소법 제68조 제1항은, 헌법 제111조 제1항 제5호의 법률유보 하에서 입법자의 입법재량권의 행사의 결과로 만들어진 것으로서, 재판소원을 금지하는 창설적 효력을 가지고 있다고 하겠다.

제2절 재판소원금지의 적용범위

1. 우리 법제에서의 헌법소원제도

지금까지 재판소원금지에 관한 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌론과 합헌론의 견해 대립을 살펴봄으로써, 재판소원의 금지는 헌법에서 곧바로 도출될 수 있는 성질의 것이 아니며 법률적인 효력을 가지고 있는 것이라는 점을 확인하였다. 그렇다면 재판소원이 금지되는 구체적인 모습, 즉 재판소원금지의 적용범위가 어떤 것인지를 살펴보아야 할 것이다.

제1절에서 간략히 언급하였던 것처럼 헌법소원제도는 역사별로, 그리고 국가별로 다양한 형태를 구비하고 있으므로 헌법소원제도의 정형이라는 것을 일별하기는 쉬운 문제가 아니다.⁷²⁾ 그러나 일반적으로 헌법소원

72) 헌법 제111조 제1항 제5호가 단순히 절차적인 부분에만 한정하여 위임을 하였다 고 본다면, 헌법소원의 내용 내지 본질은 입헌주의를 비롯한 다른 헌법규정 및 헌법원리에 의하여 일정부분 확정이 되므로 입법재량의 인정범위 - 특히 헌법소원의 심판대상 - 는 현저하게 줄어들게 된다. 이에 관하여는 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 571-572면의 학설상 논의 참조.

73) 헌법소원제도의 기원으로는 통상 1818년의 독일 바이에른 주의 헌법에 규정된 소원제도에서 찾을 수 있고 이후 독일 국법학에 의하여 수용되었으며, 20세기 초 무렵에 독일에서는 “국민이 헌법적 권리의 보호를 위하여 청구할 수 있는 권리구제절차”로 그 관념이 자리잡게 되었다고 한다. 한수웅, 앞의 글 “헌법재

은 “공권력에 의한 기본권침해를 헌법소송절차를 통해 구제함으로써 기본권 보장을 통한 사회통합을 추구하는 헌법실현의 헌법재판제도” 74), 내지 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 국민의 기본권이 침해된 경우 헌법재판소가 헌법소송절차를 통하여 이를 구제함으로써 국민의 기본권을 보장하고 헌법질서를 수호·유지하는 제도” 75) 정도로 설명된다. 그런데 우리의 헌법소원제도는 크게 두 가지 방식으로 나뉘어 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 이른바 ‘권리구제형’ 헌법소원을, 헌법재판소법 제68조 제2항은 이른바 ‘위헌심사형’ 헌법소원을 각각 구분하여 규정하고 있다.76) 그렇다면, 재판을 대상으로 한 헌법소원이 금지된다는 것은 우리의 법제도 하에서 어떠한 의미를 갖는다는 것인지 문제가 대두된다. 즉 헌법재판소법의 규정에 따라 창설적으로 금지되는 헌법소원의 범위는 구체적으로 어디이며, 특히 두 가지 헌법소원의 방식에 따른 차이는 어떠한 차이로 귀결되어야 하는지를 확인해야 할 것이다.

앞서 살펴본 재판소원의 금지에 관한 논의는 일견 헌법재판소법 제68조 제1항을 전제로 하는 것으로 보인다. 즉 법원의 재판 자체를 대상으로 하여 권리구제형 헌법소원을 제기할 수 있는지, 보다 직접적으로는 법원의 재판을 취소한다는 헌법재판소의 결정을 구할 수 있는지의 문제에 관하여 상이한 이론이 전개된 것인데, 위헌소원에 관하여는 위 논의에서도 특별한 언급을 찾아보기 어렵다. 그 이유로는, 가장 먼저 위헌소원은 법원의 재판을 대상으로 하는 것이 - 최소한 외형적, 형식적인 측면에서 - 아니라는 사정이 존재하기 때문일 것이다. 그러나 재판소원금지의 의미를 넓게 새긴다면, 이 문제는 단순히 제도적 차이 때문에 문제

판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 296-297면. 한편 1867년의 오스트리아의 국가기본법에 규정된 소원 제도에서 헌법소원제도의 연혁을 찾기도 한다. 홍성방, 앞의 책 “헌법소송법”, 217면.

74) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 345면.

75) 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 221면.

76) 이하의 논의에서부터는 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원을 ‘권리구제형 헌법소원’으로, 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 ‘위헌소원’으로 약칭한다.

시되지 않는 것이라 단언할 수는 없을 것이다. 그 견해에 의한다면 재판소원은 폭넓은 사법권한의 침해를 유발하는 것으로서 이는 위헌소원의 형태에서도 문제될 수 있는 것이기 때문이다. 마찬가지로 재판소원금지의 문제를 단순히 입법정책적 문제에 불과하다고 보는 경우에도, 헌법재판소법 제68조 제1항이 의미하는 법원의 재판이 어떠한 방식으로 위헌소원의 영역에서 호환될 수 있는지의 문제가 대두된다.

2. 권리구제형 헌법소원의 경우

가. 원칙적 금지와 예외적 허용

헌법재판소법 제68조 제1항에 기한 권리구제형 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하는 제도이다. 헌법소원의 본질적 요소로 언급되는 개념징표들 - 기본권 구제, 사법작용으로서의 성격, 공권력 작용 대상 -⁷⁷⁾과 현행 권리구제형 헌법소원의 개념징표를 놓고 볼 때 이는 일반적인 의미에서 통용되는 헌법소원제도라 평가할 수 있다.⁷⁸⁾

권리구제형 헌법소원의 경우에는 그 문언에 의하여 명백하게 “법원의 재판” 이 그 대상에서 제외되므로, 이와 다른 해석을 전개하기 위해서는 이처럼 명백하게 존재하는 문언적 한계를 극복해야만 한다. 더불어 헌법

77) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 410-411면. 이와 유사하게 ‘개인의 심판청구’, ‘공권력행위’에 의한, ‘헌법상 권리의 침해’를 거시하는 견해로는 한수웅, 앞의 책 “주석 헌법재판소법”, 952면.

한편 헌법소원의 특별한 권리구제수단으로서의 성격을 강조하면서 헌법소원의 본질로서 ‘보충성(Subsidiarität)’의 개념이 거시되기도 한다. 특히 독일에서의 보충성에 관한 논의를 바탕으로 하는 견해로는 홍성방, 앞의 책 “헌법소송법”, 219-220면. 그러나 “비상적(非常的)”인 권리구제절차로서의 성격과 보충성은 구별되는 개념이라는 견해가 보다 설득력이 있다고 보인다. 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 411면. 한편 한수웅, 앞의 책 “주석 헌법재판소법” 952-953면은 보충성 개념은 기능적 요청이라는 취지로 보충성 원칙이 본질에서 제외된다고 서술하고 있다.

78) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 414면.

재판소법의 입법과정을 살펴볼 때, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼을 것인지에 관한 논의에서 입법자의 의사가 법원의 재판을 대상에서 제외하겠다는 의도는 비교적 명확하게 드러난다.⁷⁹⁾ 따라서 (법원의 재판은 공권력작용임에도 불구하고) 권리구제형 헌법소원의 대상에서 법원의 재판은 기본적으로 제외되게 되며, 재판작용에서의 기본권 침해의 구제는 재판소원을 금지하는 다양한 헌법재판소법 규정의 위헌 논의 내지 개정 논의에도 불구하고 법원의 재판을 직접 대상으로 하는 방법은 봉쇄된다고 보아야만 할 것이다.

다만, 그 문언 및 입법자의 의사에도 불구하고 법원의 재판이 권리구제형 헌법소원의 심판대상이 되는 예외적인 경우가 존재한다고 본다면, 그것은 어떻게 정당화될 수 있는가? 그것은 ‘법률상의 제한’에 지나지 않는 재판소원의 금지에 대하여, 그 예외를 허용하여야 할 중대한 헌법적 필요성이 발생하는 경우가 될 것이다.

재판소원에 관한 헌법재판소의 기념비적 판결이라 할 수 있는 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172 등 결정에서, 헌법재판소는 “법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우”에는 예외적으로 헌법소원의 대상이 됨을 밝혔다.⁸⁰⁾ 즉 헌법재판소는, 한정위헌결정은 위헌결정으로서 기속력을 가짐을 강조하면서, 이러한 판결은 “헌법의 최고규범성을 수호하기 위하여 설립된 헌법재판소의 존재의의, 헌법재판제도의 본질과 기능, 헌법의 가치를 구현함을 목적으로 하는 법치주의의 원리와 권력분립의 원칙”에 정면으로 위배됨을, 그리고 “(헌법재판소) 자신의 손상된 헌법재판권을 회복하고 헌법의 최고규범성을 관철”과 법치국가적 요청 하에서 국민의 기본권 구제를 위 결정의 이유로 실시하였다.⁸¹⁾ 위 결정에 전제된 것은, 재판소원금지는 하나의 법률

79) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 382-383면 및 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 414면, 입법과정에 대한 소개와 더불어, 재판소원 허용의 문제가 헌법적 수용가능성을 중심으로 전개되었다고 보는 견해로는 최완주, 앞의 글 “헌법소원에 관한 각국의 제도비교”, 151-159면.

80) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172·173(병합).

상의 원칙에 불과하며, 그것은 헌법재판소 결정의 기속력 및 헌법재판소의 법률에 대한 위헌심사권의 침해라는 중대한 헌법적 원리에 우월할 수 없다는 것이다. 따라서 이러한 경우 재판소원금지의 요청은 후퇴되는 것으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항의 금지규정을 통하여 입법자가 달성하려는 목적보다 더 중하고 긴요한 헌법적 문제가 발생하였다고 헌법재판소가 판단한 결과, 재판소원금지의 예외를 인정하게 된 것이다.

이와 달리 재판소원의 금지를 헌법상 제규정으로부터 도출되는 것으로, 헌법재판소법상의 규정을 확인적인 의미의 것으로 새기는 경우에는 이와 같은 비교교량은 곤란해지게 된다. 따라서 이 경우는 재판소원금지를 입법정책의 문제로 이해하였을 때의 법적 성질을 나타낸다고 할 수 있다. 즉 재판소원금지는 어떤 헌법해석으로부터 도출되는 원칙이 아니라 다만 헌법재판소법의 규정을 통하여 효력을 발하게 되는 문제에 불과하다는 사실이 드러난다. 법률개정을 통해, 또는 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 재판소원금지의 법률상 효력을 폐지시킬 여지가 있는 것이다.

나. 제외되는 ‘재판’의 범위

이때 심판대상에서 제외되게 되는 ‘재판’의 범위에 관하여, 헌법재판소는 “소송사건을 해결하기 위하여 법원이 행하는 중국적 판단의 표시인 중국판결과 같은 의미로 사용되기도 하나 소송법상으로는 법원이 행하는 공권적 법률판단 또는 의사의 표현을 지칭하는 것이며, 이러한 의미에서는 사건을 중국적으로 해결하기 위한 중국판결외에 본안전 소송판결 및 중간판결이 모두 포함되는 것이고 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함되는 것”⁸²⁾이라고 보았으며, 재판진행과 관련된 절차에 관한 판단 또한 재판소원으로서 금지되는 재판에 해당된다고 보았다.⁸³⁾ 즉 “형식과 종류를 불문한 법원의 모든 재판행위”⁸⁴⁾가 여기에 해당된다고 하고 있다.⁸⁵⁾

81) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172·173(병합).

82) 헌법재판소 1992. 12. 24. 90헌마158.

83) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 483면.

사법권은 법원에 귀속하는데(헌법 제101조 제1항), 사법권의 다양한 권력행사 방식 중 가장 핵심적인 것은 재판작용이다.⁸⁶⁾ 통상 사법, 혹은 사법기능은 “구체적인 쟁송을 전제로 해서 신분이 독립된 법관의 재판을 통해 법을 선언함으로써 법질서의 유지와 법적 평화에 기여하는 비정치적인 법인식기능”⁸⁷⁾이라거나 “구체적인 쟁송을 전제로 헌법과 법률에 의하여 신분이 독립된 법관에 의하여 무엇이 법인가를 선언하는 작용”⁸⁸⁾, “법률상의 쟁송을 심판”⁸⁹⁾하는 것으로 이해된다. 즉, 법원은 민사·형사·가사·행정·특허 등 각종 법률영역에서의 법적 분쟁을 해결한다.⁹⁰⁾ 헌법재판소 또한 사법에 대하여, “사법(司法)의 본질은 법 또는 권리에 관한 다툼이 있거나 법이 침해된 경우에 독립적인 법원이 원칙적으로 직접 조사한 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석·적용하여 유권적인 판단을 내리는 작용”으로 이해하고 있다.⁹¹⁾ 따라서 재판에 대한 헌법소원이 금지된다는 의미는 결국 ‘법원의 사법작용으로서의 재판’을 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원으로 다룰 수 없음을 의미한다고 볼 것이다.

다만, 법원의 사법작용으로서의 재판을 배제한다는 것은, 권리구제형 헌법소원의 심판 ‘대상’에서 제외한다는 소극적 요건으로서의 의미를 가진다는 것이므로, 이를 역전하여 ‘사법작용’ 전반에 관한 헌법소원이 배제된다는 의미를 이끌어 낼 수는 없음은 계속 강조하는 바와 같다.⁹²⁾ 그렇다면, 반대로 그 대상이 ‘재판’만 아니라면 권리구제형 헌법

84) 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 603면.

85) 권리구제형 헌법소원에서 재판소원은 원칙적으로 금지되므로 ‘금지되는 법원의 재판의 범위가 어디까지인지’에 관한 논의는 그다지 활발하지 않은 것으로 보이며 이에 관한 논의는 개별적 대상에 관한 헌법재판소의 결정에 따라 그 범위를 확인하고 있다.

86) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 380면.

87) 허영, “한국헌법론”, 박영사, 2015, 1045면.

88) 성낙인, “헌법학”, 법문사, 2013, 1243면.

89) 양건, “헌법강의”, 법문사, 2016, 1237면.

90) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 1048-1049면.

91) 헌법재판소 1996. 1. 25. 95헌가5.

소원에서의 사법작용에 대한 통제는 얼마든지 가능한 것인가?

이와 관련하여 종래 헌법재판소는, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에서 형식적으로는 법률조항에 대한 심판청구이지만 실질적으로는 법원의 재판을 심판대상으로 삼는 경우 또한 재판소원금지에 저촉되어 부적법한 헌법소원이라고 보았다.⁹³⁾ 즉 “당해 사건 재판의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 것” 이라면 “헌법소원의 대상이 되지 않는 법원의 재판을 심판대상으로” 하는 것이므로 재판소원에 해당되어 부적법하다고 하였다.⁹⁴⁾ 그런데, 법률해석에 관한 권리구제형 헌법소원의 제기를 ‘실질적으로 법원의 재판을 대상으로 삼는’ 것으로 보는 것은, 법률해석에 관한 한정위헌청구의 원칙적 적법성을 인정하는 변화된 기조 하에서는 논리적으로 일관된 느낌을 주지 않는다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이 법률을 직접 심판대상으로 삼아 제기되는 경우에는 반드시 법원의 재판의 존재를 논리적 전제로 하지 않는다. 즉 구체적 사건이 전제가 되지 않은 경우에도 법령에 대한 헌법소원은 제기될 수 있으며, 이 경우에는 재판에 대한 헌법소원이 금지된다는 것과는 원칙적으로 무관한 국면이 된다.⁹⁵⁾

92) 예컨대 사법작용이라 할 지라도 사법입법작용과 사법행정작용에 대한 헌법소원이 배제되지 않음은 물론이다. 허영, 앞의 책 “헌법소송론”, 383면.

93) 헌법재판소 2002. 3. 28. 2001헌마271, 헌법재판소 2005. 3. 22. 2005헌마256, 헌법재판소 2007. 2. 6. 2007헌마91, 헌법재판소 2010.4. 6. 2010헌마116 등. 예시로 든 사건 모두 법원의 구체적 재판과 관련하여 제기된 헌법소원이다.

94) 헌법재판소 2002. 3. 28. 2001헌마271.

95) 그러나 헌법재판소는 2011헌바117 결정 이후에도 권리구제형 헌법소원을 통하여 제기하는 한정위헌청구에 관하여 법원의 재판을 계기로 하지 않은 경우에도 각하한 바 있다. 헌법재판소 2016. 7. 5. 2016헌마478 사건에서, 청구인이 “공직선거법 제64조 제1항 본문 중 ‘선거운동에 사용하는 선거벽보에 게재하는 후보자의 사진(후보자만의 사진을 말한다)’ 에 특정인을 연상시키는 타인의 사진이 아닌 애니메이션 그래픽 영상 등을 포함하지 않는 것으로 해석하는 한” 위헌이라는 한정위헌청구를 제기하였는데, 헌법재판소는 “한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하지만, 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어, 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다루거나, 의미 있는 헌법문제에 대한 주장 없이 단지 재판결과를 다루는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다.” 는 종래의 기준을 그대로 실시하면서도 “이는 개별적·구체적 사건에서의 법령조항의 단순한 포섭·적용

한편 재판소원의 금지 이외에, 법률해석에 관한 권리구제형 헌법소원의 적법성을 엄격히 새기는 다른 방법은, 헌법재판소법 제68조 제1항에 존재하는 다른 적법요건들의 의미를 강조하는 방법으로 이루어질 수 있다. 종래 헌법재판소는 청구인이 권리구제형 헌법소원으로써 법률해석의 위헌성을 다투는 경우, 이는 ‘법원이 판단하여야 할 문제’라는 전제하에 헌법적인 해명의 필요성이 없다고 보아 권리보호이익을 부정하여 각하하였다.⁹⁶⁾

따라서 권리구제형 헌법소원에서 금지되는 ‘재판’의 의미를 파악함에 있어서는 위와 같은 문제점이 인식될 필요가 있다. 법률해석에 대한 권리구제형 헌법소원에서 법률과 법률해석의 차이가 유의미한 것인지, 그리고 구체적 재판을 전제로 하지 않는 법령에 대한 헌법소원에서 재판소원금지의 의미가 어떻게 작동하는지에 관한 문제가 그것이다. 그러므로 재판을 전제로 하지 않는 사건에서 재판소원금지를 이유로 각하하거나, 법률해석에 대한 권리구제형 헌법소원을 과거와 동일한 기준으로 배척하는 것은 재론을 필요로 한다. 다만, 헌법재판소법 제68조 제1항의

을 다투는 것에 불과하므로 이 사건 심판청구는 허용되지 않는 한정위헌청구”로 보아 각하하였다. 재판을 계기로 권리구제형 헌법소원을 제기한 것이 아님에도 재판소원금지규정의 취지를 관철할 수 있는지는 다소 의문이며, “개별적·구체적 사건”이라는 기준은 ‘법원의 재판’만을 의미하는 것이 아니라는 것으로 인식될 여지가 있다. 그렇다면 개별적·구체적이라는 표현은 결국 추상적 규범통제와 관련한 양면적 의미를 갖게 된다.

- 96) “사실관계의 확정과 평가, 법률을 해석하고 개별사건에 구체적으로 적용하는 것은 법원의 고유한 과제로서, 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 아니다. 한편, 행정청은 법률, 특히 사법상의 일반조항, 불확정 법개념이나 행정청의 재량행사 규정 등을 해석을 통하여 구체화하는 과정에서 기본권을 비롯한 헌법의 기본결정을 내용적 지침으로서 고려해야 하는데, 법적용기관이 법률에 미치는 헌법의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 소송당사자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 되는 것이다. 그러나 행정청이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법에 의해서가 아니라 적용된 법률에 근거하여 판단된다면, 즉 헌법이 아니라 법률이 행정청에 의한 해석·적용의 타당성을 심사하는 규범이 된다면, 이 경우 법률의 해석·적용에 대한 판단은 법원의 관할에 속하는 것이다.” 헌법재판소 2003. 2. 27. 2002헌마106. 이와 유사한 취지의 결정례로는 헌법재판소 2005. 10. 27. 2005헌마126, 헌법재판소 2006. 6. 29. 2005헌마415, 헌법재판소 2002. 7. 18. 99헌마592 등 참조. 모두 권리보호이익의 결여를 이유로 각하한 사안이다.

헌법소원에서는 명문에 존재하는 재판소원금지규정으로 인하여 법원의 재판을 심판대상으로 삼아 재판으로 인해 기본권이 침해당했음을 주장할 수 없는 것이므로, 구체적 재판을 계기로 하여 제기하는 헌법소원이 ‘실질적으로 법원의 재판을 대상으로 삼는’ 경우 부적법한 헌법소원이 된다는 결론 자체는 위헌소원의 경우보다 합리화될 여지는 보다 넓을 수 밖에 없다. 후술하는 것처럼, 법률해석에 관한 문제는 법원의 재판작용과 규범통제작용이 중첩되어 존재하는 것이다. 이 중첩된 영역에 대한 접근 방식은 권리구제형 헌법소원의 경우와 위헌소원의 경우에는 상이할 수 밖에 없기 때문이다.⁹⁷⁾⁹⁸⁾

3. 위헌소원의 경우

가. 위헌소원제도의 성격

권리구제형 헌법소원의 경우에는 - ‘실질적’인 재판소원의 문제를 제외하고는 - ‘법원의 재판을 제외하고는’이라는 문언의 존재로 인하여 비교적 쉽사리 재판소원금지의 범위를 탐색할 수 있었다. 문제는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원인데, 위헌소원의 경우에도 재판소원금지가 적용될 수 있는지, 적용된다면 그 구체적 형태는 어떠한지에 관하여 검토가 필요하다. 이는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 법적 성격을 먼저 살펴봄으로써 판단할 문제일 것이다.

주지하다시피 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 비교법적으로

97) 김시철, “헌법재판소결정의 효력과 넓은 의미의 구체적 규범통제의 법적 성격”, 헌법논총 제18집, 헌법재판소, 2007, 13-17면은 자기관련성·권리보호이익을 비롯한 헌법소원의 일반요건에 의하여 법령헌법소원이 불허되는 것을 우리나라의 규범통제제도가 추상적 규범통제를 규정하고 있지 않다는 점과 관련하여 논증한다.

98) 권리구제형 헌법소원을 통하여 법령 자체를 심판대상으로 삼는 법령헌법소원의 경우, 그 본질을 규범통제로 보게 된다면, (본고에서 핵심적으로 논하고자 하는) 위헌소원과 재판작용의 관계와 동일한 문제 - 가령, 본고 제4장에서 논하는 포섭과 해석의 구별문제 - 가 발생할 여지가 있다.

유사한 사례를 발견하기 어려운 우리나라만의 독특한 제도이다.⁹⁹⁾ 일반적으로 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 공권력작용으로 인해 기본권을 침해당한 청구인을 구제하는 절차로, 같은 조 제2항의 위헌소원은 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청이 기각 또는 각하된 청구인이 제기하는 것으로서 규범통제의 실질을 가지는 절차로 이해되고 있는바,¹⁰⁰⁾ 이에 따라 그 적법요건도 상이한 기준으로 판단하며, 주문의 형태도 달라지게 된다.¹⁰¹⁾

헌법재판소는 초기에는 권리구제형 헌법소원과 위헌소원을 같거나 유사한 것으로 취급하였으나, 이후 위헌소원에 있어서 재판의 전제성 요건을 심리함으로서 양자의 취급을 달리하였다.¹⁰²⁾ 그리하여 오늘날에는 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서, 구체적인 사건에 관하여 법률의 위헌 여부가 재판의 전제로 되었을 경우에 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청을 신청하였다가 기각당한 당사자가 그 법률의 위헌 여부를 심판받기 위하여 청구하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원과 그 심판청구의 요건과 대상이 다르다.” 고 함으로써 위헌소원의 본질을 규범통제로 이해하고 있다.¹⁰³⁾

한편 법원의 기각결정에 대한 헌법소원이라는 측면과 더불어 위헌법률심사의 성격을 겸병한다고 보는 견해도 존재하며¹⁰⁴⁾, 위헌소원의 헌법소

99) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 201면, 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 223면, 홍성방, 앞의 책 “헌법소송법”, 139-140면. 다만 후술하는 것처럼, 최근 오스트리아의 헌법 개정으로 인하여 우리나라의 위헌소원과 일정부분 유사한 법률소원(Gesetzesbeschwerde)이 도입되었다는 사실을 참조할 필요가 있다. 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 388-389면 참조.

100) 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 227면.

101) 헌법재판소, 앞의 책 “헌법재판실무제요”, 214-216면.

102) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 346-347면.

103) 헌법재판소 2008. 4. 24. 2004헌바44. 그 외 같은 취지의 헌법재판소 1994. 4. 28. 89헌마221, 헌법재판소 1997. 7. 16. 96헌바36 등.

104) 예컨대 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 224면, 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 201면 및 207-208면, 최완주, 앞의 글 “헌법소원에 관한 각국의 제도 비교”, 162-163면.

원으로서의 성격을 강조하는 견해도 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 이들 견해 또한 위헌소원이 규범통제제도와 본질적으로 상이한 헌법소원이라는 것을 의미하는 것은 아니라고 보인다. 요컨대 위헌소원의 중핵은 규범통제에 있다는 점을 전면적으로 부인하는 견해는 찾아보기 어렵다.¹⁰⁶⁾ 더구나 앞서 살펴본 것처럼 헌법소원제도의 사적 전개와 비교법적 고찰을 통할 때, 헌법소원제도의 본질적 요소를 특정함에 있어서는 기본권 침해에 대한 구제의 성격, 즉 기본권주체의 기본권 보장을 위한 제도로서의 성격이 반드시 고려되어야 할 것이다.¹⁰⁷⁾

이처럼 권리구제형 헌법소원과 위헌소원의 차이점에 주목할 필요가 있다. 위헌소원 또한 기본권 침해로 인한 개인의 권리를 구제하는 측면이 존재하지만 본질적으로 규범통제제도로서의 성격을 가지는 것으로서 권리구제형 헌법소원과 구별된다. 다시 말해 규범통제제도인 위헌소원은 “객관적 헌법규범의 수호가 보다 강조” 되는 제도로서,¹⁰⁸⁾ 기본권 보장 및 구제에 주안점이 있는 제68조 제1항과 같은 헌법소원제도와는 구별된다.¹⁰⁹⁾

105) 이명웅, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도”, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 315-320면.

106) 그 외 위헌소원을 구체적 규범통제제도로 보면서도 재판의 전제성 및 심사범위에 관하여는 위헌법률심판과 차이가 있다는 견해로는 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고”, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2016, 117-121면.

107) 이른바 헌법소원의 ‘이중적 기능’에 관하여는 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 574-575면, 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 222면, 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 350-353면 등 참조. 이와 반대로 이중적 기능을 강조하는 경우의 문제점에 관하여는 홍성방, 앞의 책 “헌법소송법”, 220-223면 참조.

108) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 410면.

109) 따라서, 권리구제형 헌법소원의 경우에는 침해되는 기본권이 존재하여야 하나, 위헌소원의 경우에는 반드시 그럴 필요가 없다. 헌법재판소 또한 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 기본권의 침해가 있을 것을 그 요건으로 하고 있지 않을 뿐만 아니라 행정처분에 대한 소송절차에서는 그 근거법률의 헌법적합성까지도 심판대상으로 되는 것이므로, 행정처분의 주체인 행정청도 헌법의 최고규범력에 따른 구체적 규범통제를 위하여 근거법률의 위헌 여부에 대한 심판의 제청을 신청할 수 있고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있다.” 고 판시한 바 있다. 헌법재판소 2008. 4. 24. 2004헌바44.

나. 재판소원금지규정의 적용 여부

그렇다면 위헌소원에 있어서 재판소원금지규정은 어떠한 의미를 갖는가. 권리구제형 헌법소원의 심판대상은 ‘공권력의 행사(또는 불행사)’이지만 위헌소원의 심판대상은 규범으로서의 법률(과 법률해석)이다. 상위 규범에 비추어 하위 규범이 저촉되는지를 판단하는 제도로서의 규범통제는 공권력작용으로 인한 기본권 침해의 구제제도인 권리구제형 헌법소원과는 제도의 목적, 적법요건, 재판절차, 통제 대상 등의 측면에서 질적으로 상이할 수밖에 없다.

그런데 앞서 살펴본 것처럼, 재판소원금지규정은 헌법소원의 ‘대상’인 공권력작용에서 재판을 제외한다는 의미이지, 재판작용에 대한 헌법재판소의 어떠한 관여도 허용하지 않는다는 헌법적 원칙을 선언한 것이 아니다. 다시 말해, 권리구제형 헌법소원의 심판대상의 문제는 ‘그것이 공권력 행사에 해당하는가?’에 1차적인 주안점이 있고, 2차적으로 재판소원의 금지라는 헌법재판소법의 규정으로 인하여 ‘그것이 재판에 해당하는가?’라는 판단을 통해 대상에서 제외되게 되는 것이지만, 위헌소원의 경우에는 그 본질이 규범통제에 해당하므로 심판대상의 문제는 ‘그것이 규범인가’에 주안점이 있게 된다. 즉, 규범통제의 대상은 규범이며, 규범이 아닌 것은 위헌소원의 대상이 아니다.¹¹⁰⁾ 따라서 위헌소원에 있어서 재판소원금지규정은, 애초에 심판의 대상이 아닌 것(재판)에 대하여 심판의 대상이 될 수 없다고 규정(재판소원금지규정)하는 것이므로 특별한 의미를 지닐 수 없다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 재판소원금지의 의미는 공권력을 통제함으로써 국민의 기본권을 보호하는 절차에 있어서, 재판은 헌법소원제도를 통하여 통제가 예정된 공권력의 종류에서 제외한다는 것이다. 그러므로 그와 별개의 절차인 규범통제절차에 있어서는 그것이 공권력에 해당되든 아니든, 재판에 해당되든 아니든 문제가 되지 않는다.

110) 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 276면.

나아가 헌법재판소법의 입법과정을 살펴 볼 때¹¹¹⁾, 위헌소원제도는 종래 위헌법률심판제도가 사실상 형해화되었던 역사적 경험에 대한 반성적 차원에서, 법원이 위헌법률심판제청에 소극적이더라도 당해 사건의 당사자로 하여금 헌법재판소에 직접 규범통제를 청구할 수 있도록 규정한 제도인 것을 확인할 수 있는바,¹¹²⁾ 단순히 “헌법소원”이라는 동일한 표제 하에 규정되어¹¹³⁾ 있다고 하여 본질적으로 상이한 다른 절차의 소극적 적법요건이 공통적으로 적용된다고 해석하기는 어렵다.

추가적으로 위헌소원은 자체로서 재판소원의 성격이 존재한다고 보는 견해에 의하면, 위헌법률심판에 대한 제청신청을 기각한 법원의 결정도 ‘재판’에 해당하는데 이에 대해서는 위헌소원을 통하여 법원의 기각결정에 대하여 불복할 수 있으므로 법률의 위헌성을 심판하는 과정에서 부수적으로 법원의 기각결정의 당부를 헌법재판소가 판단하게 되고, 위헌소원이 인용되는 경우 재판소원을 통해 달성하려는 목적과 동일하게 헌법재판소의 인용결정을 통해 법원에서 새로운 재판을 받을 수 있게 되며, 이러한 의미에서 헌법재판소법 제68조 제2항은 재판소원금지규정에 대한 예외조항의 성격이 있다고 보게 된다.¹¹⁴⁾ 위헌소원은 반드시 구체적인 재판을 전제로 하여 이루어지며, 그것도 법원의 위헌법률심판제청신청에 대한 기각(또는 각하)결정이 있어야만 제기할 수 있다는 점에서 본질적으로 재판소원금지규정과 불화(不和)하는 제도라는 점을 고려할 때 위 견해의 타당성을 수긍할 수 있다.¹¹⁵⁾

111) 이와 관련하여는 헌법재판소, “헌법재판소법 제정 약사”, 헌법재판소, 2006, 41-45면 참조.

112) 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 387-388면.

113) 이명웅, 앞의 글 “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도”, 315면은 이를 입법과정에서 헌법 제111조 제1항 제1호에서 위헌법률심판을 헌법재판소에 청구(제청)할 권한을 법원에 부여하였기 때문에 청구인의 측면에서 헌법소원으로 구성하는 것이 불가피하였을 것이라고 설명한다.

114) 허완중, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부”, 237-242면. 같은 취지의 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 41면.

115) 다만, 이로써 곧바로 위헌소원의 심판대상을 규범의 위헌성이 아닌 법원의 위헌법률심판제청신청에 대한 기각결정이라고 보게 되는 것은 아니다. 이에 관한 지적으로는 최완주, 앞의 글 “헌법소원에 관한 각국의 제도비교”, 161-162면.

이렇듯 입법과정 및 헌법재판소법 제68조 제1항, 제2항의 체계적 해석에 의할 때, 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 재판소원금지를 규정함으로써 법원의 재판을 권리구제형 헌법소원의 대상으로 삼지 못하게 하면서, 법원에 의한 헌법재판의 부실화를 방지하고자 제68조 제2항을 통하여 규범통제제도의 활성화를 도모한 것이라 봄이 타당할 것이다.

그렇다면 위헌소원제도의 본질, 재판소원금지의 헌법적 의미, 위헌소원제도의 입법목적적 고려, 헌법재판소법 제68조에 대한 해석을 종합적으로 고려할 때 위헌소원에 있어서 재판소원금지규정은 적용되지 않는다고, 보다 정확히는 “무관한” 것이라고 새길 수 밖에 없다.¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾

116) 허완중, “한정위헌결정의 기속력을 부정하는 대법원 판례에 대한 비판적 고찰”, 헌법연구 제1권 제1호, 헌법이론실무학회, 2014, 316-317면 각주 165번은 “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 본질이 위헌법률심판이라는 점을 강조하여 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원은 헌법소원이 아니라고 본다면, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원과 구별되는, 별개의 심판청구 형태로서 헌법재판소법 제68조 제1항(재판소원금지) 위반과 아무런 관련이 없게 된다.” 고 하고 있는데, 본고의 논지와 유사하다. 그러나 허완중은 독일의 재판소원을 원용하면서 재판소원을 허용하더라도 예외적으로 부적법한 한정위헌청구로 헌법재판소가 적시한 유형들은 허용될 여지가 없다고 본다. (허완중, “한정위헌청구를 허용하는 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에 대한 분석적 검토”, 인권과 정의 436호, 대한변호사협회, 2013, 137-138면 및 허완중, 앞의 글 “한정위헌결정의 기속력을 부정하는 대법원 판례에 대한 비판적 고찰”, 315-318면.) 그러나 본고의 논지는 그러한 유형들에 관하여도 규범통제의 본질을 고려할 때 재고해야 한다는 것으로 나아가는 점, 위 견해보다 더욱 위헌소원의 규범통제제도로서의 성격이 강조되어야 한다고 보는 점에서 차이가 있다.

117) 이와 달리 재판에 대한 헌법소원을 제기하면서 법률의 위헌성을 다투는 독일의 ‘간접적 법률소원’과 우리 헌법재판소법상의 위헌소원제도와는 동일 내지 유사성을 전제로, 재판소원금지규정의 범위가 위헌소원에도 넓게 미친다고 보는 견해로는 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서 한정위헌결정의 문제점”, 홍익법학 제8권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2007, 137면 이하 및 이와 유사한 논지의 오수정, “헌법재판소와 대법원의 합리적 권한 배분”, 중앙법학 제15집 제2호, 중앙법학회, 2013, 45면 이하 참조. 나아가 이러한 전제에 대한 비판으로는 손인혁, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 17-18면 및 이덕연, “한정위헌결정의 법원에 대한 기속력 문제”, 공법학연구 제12권 제3호, 한국비교공법학회, 2011, 193-196면. 손인혁은 양 제도의 운영실태상 및 본질상 상이하다는 점을 강조하고, 이덕연은 한수웅의 지적이 논리적으로는 타당할지 몰라도 헌법재판소의 규범통제권한에 비추어 위헌소원제도는 오히려 “허용되는 재판소원”으로 운영

제3절 재판소원금지와 규범통제로서의 한정위헌청구

1. 의견상의 갈등

한정위헌청구의 형식적인 의미는 헌법재판소에 대하여 규범의 해석 및 적용에 관한 한정위헌결정을 구하는 청구이다. 그리고 그 규범은 당해 사건에 적용되는 것으로서, 재판 과정에서 해석을 통한 의미의 범위 및 적용의 가능성에 관한 당사자의 위헌성 주장의 대상이 된다. 그런데 법원은 재판을 위해, 즉 구체적 법적 분쟁의 해결을 위해서는 규범을 해석·적용하는 과정을 필수적으로 거칠 수밖에 없다. 따라서 한정위헌청구는 법률해석을 다룬다는 성격 자체로부터, 법원의 규범 해석과는 일단 ‘의견상’의 갈등관계에 놓이게 된다. 바로 이 지점이 한정위헌청구와 재판소원금지의 갈등이 시작되는 지점이다.

규범의 해석권한을 전속적, 배타적으로 법원이 보유하는 성질의 것으로 보는 경우에는 헌법재판소가 규범해석에 대하여 개입할 수 없음은 물론이고, 이를 요구하는 당사자의 규범통제 신청 또한 무의미한 것이 된다. 이렇듯 한정위헌청구가 ‘법원’의 법률해석에 관한 다툼이라는 점에만 주목하게 된다면 한정위헌청구 자체가 불가능하다고 새길 것이다.¹¹⁸⁾ 그러나 헌법재판소가 보유하는 규범통제권한과 법원이 보유하는 당해 재판에서 규범을 해석하여 법적 분쟁을 해결하는 권한은 서로 다른 작용국면에서 발생하는 일이며, 법률의 해석에 대한 규범통제를 거부하는 것은 규범통제의 의미에 대한 잘못된 이해에서 비롯되는 것이다.¹¹⁹⁾ 따라서 법원의 법률해석에 관한 배타적, 전속적 권한을 기반으로 하여

될 수 있다고 본다.

118) 실제로 실무상 신청취지를 한정위헌청구의 방식으로 구성하는 위헌법률심판제청신청은 법원에서 그 자체로서 ‘법률의 해석’에 대한 다툼이라는 이유로 기각 또는 각하되는 경우가 드물지 않게 발견된다.

119) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 313면.

한정위헌청구의 적법성을 부인하는 견해는 부당하며, 더 이상 유지될 수 없다는 것이 바로 앞서 제2장에서의 검토 결과 도출되는 결론이다.

그런데, “한정위헌청구는 재판소원으로서 부적법한가?” 라는 문제를 다루는 경우에는 “법원의 재판을 다루는 것은 재판소원이므로 금지된다.” 는 전제가 놓여 있지 않은지를 진중하게 검토해 보아야 한다. 한정위헌청구 자체의 적법성을 부정하는 견해¹²⁰⁾이든 긍정하든 견해¹²¹⁾이든 이러한 전제를 기본적으로 긍정하고 있는 것으로 생각된다. 그러나 이는 지금까지 제3장에서 재판소원과 그 금지에 관한 논의와 더불어 그 적용범위에 관하여 살펴본 결과와는 상이하다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 관한 위헌 논의에서는, 재판소원금지는 어떤 헌법조문이나 원리로부터 도출되는 것이 아니라 입법정책의 문제로서 법률적 효력의 것이라는 점을 확인하였다. 그리고 이를 전제로 재판소원금지의 적용범위에 관하여는, 우리 법체계에서는 권리구제형 헌법소원과 위헌소원의 양자가 동일한 헌법소원제도로 명명되어 있으나 양자는 주관적 권리구제와 규범통제라는 본질에 있어서의 명확한 차이가 존재하므로 재판소원금지와 위헌소원은 차원을 달리하는 것이라는 점, 그러므로 재판소원은 법원의 재판을 대상으로 하는 헌법소원이고 재판소원금지는 이러한 형태의 헌법소원이 금지된다는 것이며, 규범통제절차인 위헌소원에 있어서는 이러한 재판소원금지가 적용되지 않는다는 점을 모두 확인하였다.

2. 한정위헌청구와 재판소원금지의 관계

가. 재판소원금지규정 부적용의 구체적 의미

120) “(...) 헌법재판소가 청구인의 한정위헌청구에 의하여 법률조항에 대한 한정위헌결정을 하는 경우, 법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 법적으로 허용되는 간접적인 법률소원을 허용할 뿐만 아니라, 또한 ‘금지된 재판소원으로 가는 진입로’의 역할을 할 수 있다.” 한수웅, 앞의 책 “헌법학”, 1472면.

121) “한정위헌청구에 대한 문제 제기는 (...) 한정위헌청구를 허용하는 것이 재판에 대한 헌법소원의 금지에 저촉되는 것이 아닌가 하는 것이다.” 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 394면.

재판소원금지규정이 한정위헌청구와 같은 규범통제절차에 있어 적용되지 않는다는 것의 의미를 명확히 하기 위해서 하나의 예를 들어 보도록 한다. 위헌소원의 청구인이 당해 재판에서 문제가 되었던 사실인정을 헌법재판을 통해 다룰 수 없다는 것은 일반적으로 매우 당연하게 받아들여진다. 만약 재판소원금지규정이 헌법재판소법의 개정으로 폐지되었다면 어떠할까? 또는, 헌법 개정을 통해서 재판소원이 전면적으로 허용되었다면 어떠할까? 그러한 경우에 헌법재판소는 위헌소원을 비롯한 규범통제절차에서 당해 재판에서 다루어진 사실관계의 인정여부를 판단할 수 있을까? 어느 경우에도 여전히 사실관계의 당부를 다룰 수 없는 것임은 당연할 것이다.

즉 위헌법률심판과 위헌소원을 통하여 법원의 사실판단의 문제를 다룰 수 없는 이유는, 그것이 재판소원금지에 저촉되기 때문이 아니라, 헌법재판소의 규범통제의 대상이 되지 않기 때문이다. 앞서 살펴본 바와 같이 규범통제의 대상은 규범과 규범해석을 통해 확인된 의미가 되었고, 그 범위에서 헌법재판소는 규범통제권한을 보유하며, 규범 이외의 재판작용은 그 대상이 되지 않는다. 규범통제에 있어서 헌법재판소의 규범통제권한은 규범의 위헌성을 판단하는 것이 중심이지, 이를 벗어나 법원의 사법권 전반에 대한 관여가 가능하다는 것을 의미하지는 않음은 물론이고, ‘규범’의 의미를 어떻게 새기고 이해하느냐가 주된 관심사항이므로 오히려 그 법률해석을 누가 하였는지는 오히려 부차적인 문제이다. 규범통제에 있어서 법률해석의 주체가 누구인가 하는 문제는, 마치 규범의 제정자가 누구인지가 본질적인 문제가 아닌 것처럼(제2장에서 예시처럼 조약에 있어서 국제법상의 국가인지, 관습법에 있어서 일반 민중들인지, 국가긴급권의 행사인 명령인지), 법률해석의 주체가 누구인지에 따라 결정적으로 좌우되는 것은 아니다.

따라서 위헌소원에서 당해 재판에서 전제가 되는 법률 및 법률해석의

위헌성 이외의 사항을 다투는 것은 헌법재판소의 규범통제권한과는 관계가 없는 것이기 때문에 허용되지 않는다.¹²²⁾ 그러므로 한정위헌청구가 재판작용의 일부인 법원의 법률해석을 다투는 성격이 존재할지라도, 이는 ‘재판소원이므로 금지’ 되는 것은 아니지만 이러한 진술이 곧바로 한정위헌청구를 통하여 재판작용 전반에 대한 개입이 허용된다는 것을 의미한다고 볼 수 없는 것이다. 이는 재판소원금지규정의 존재 여부를 불문하고 처음부터 허용되지 않는 것이다. 간단히 말해, 위헌소원의 본질이 구체적 규범통제이기 때문에 위헌소원의 대상은 구체적 규범통제의 대상인 규범이 되는 것이다.

결국 한정위헌청구의 원칙적 적법성이 인정된다는 것의 핵심적인 의미는 바로 한정위헌청구가 법원의 재판작용의 일부인 법률해석을 다투다고 하여 문제되는 것이 아님을, 즉 한정위헌청구의 본질은 규범통제에 있음을 승인하는 것이다. 재판소원의 문제와는 무관한 것인 한정위헌청구는 당해 재판에서 법률의 해석·적용을 다투는 ‘규범통제절차의 일환으로서’ 적법하게 허용된다고 하지 않을 수 없다. 물론 구체적 사건으로부터 규범통제의 계기가 마련되는 구체적 규범통제절차에 있어서 이와 같은 외견상의 충돌은 필연적인 것이다. 그러나 이러한 충돌을 ‘재판소원’이라고 칭하여도, 즉 재판소원의 의미 자체를 보다 넓게 새긴다고 하여도 이는 단순히 명명(命名)의 문제에 불과할 뿐, 규범통제권한을 가로막는 어떤 효력이 발생하는 것은 아니다.

나. 한정위헌청구와 재판소원금지의 단절

종래 한정위헌청구의 적법성을 원칙적으로 부정하는 주요 논거 중 하나로 제시된 것은 한정위헌청구 자체가 재판소원에 해당한다는 것이었다. 그리고 그 결과로서 규범통제의 실질을 가지는 한정위헌청구일지라도 재판소원에 해당한다고 볼 여지가 있게 됨으로써 헌법재판소의 규범

122) 허완중, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부”, 246면 참조.

통제권한이 침해되는 부당한 결과가 초래되었던 것이다. 그러나 사실은 그 이전 단계에서 재판소원으로 인하여 금지된다는 의미가 무엇인지, 그 적용범위는 어디인지가 선결적으로 문제되는 것이다. 그러므로 먼저 재판소원으로서 금지되는 범위를 확인한 후, 한정위헌청구는 규범통제의 실질을 가지므로 재판소원금지로 장애를 받지 않으며, 법원의 재판을 다투는 것인지 여부는 한정위헌청구의 관심이 아니라는 점을 살펴본 것이다.

이에 따라 한정위헌청구에 대하여 재판소원금지가 적용되지 않는다고 볼 경우에 제기되는 물음, 즉 재판소원금지로 “걸러지는” 한정위헌청구가 존재하지 않는다고 본다면 한정위헌청구의 적법성 판단은 어떻게 하여야 하는지에 대한 답변이 자연스럽게 도출된다. 한정위헌청구에 있어서 재판소원금지규정은 그 자체로는 특별한 의미가 없지만, 한정위헌청구의 적법성의 기준은 법률해석의 위헌성 판단을 요구함에 있어 그 청구가 규범통제의 실질을 가지고 있는지, 즉 규범을 심판대상으로 삼고 있는지를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 규범통제의 대상은 규범이기 때문에, 법률해석이 규범인 이상 한정위헌청구를 통한 규범통제가 가능한 것과 정확히 같은 이치로 규범이 아닌 것을 한정위헌청구로 다룰 수 없을 뿐이다.

다. 구체적 규범통제제도의 관점에서

한정위헌청구의 적법성의 문제는, 기본적으로 구체적 규범통제절차과정에서 이루어지기 때문에 도드라지는 문제이다. 즉 한정위헌청구의 대상 문제가 재판소원금지의 차원과는 구분되는 것이라 하더라도, 실제로 한정위헌청구는 법률의 해석이나 포섭, 또는 적용에 관한 법원의 판단을 다투는 측면이 존재할 수 있다. 다시 말해 어떠한 한정위헌청구가 적법한 경우, 그것은 규범통제로서 올바른 대상을 포착하였기 때문에 적법한 것이지만 이 경우에도 법원의 법률에 관한 재판작용(이는 당해 재판일

수도 있고, 과거의 재판일 수도 있다)을 통해 나타난 법률의 의미내용에 대한 위헌성을 주장하는 것일 수 있다.

법률해석은 규범통제작용과 재판작용에 공통으로 존재하는 요소이다. 즉 법률해석은 규범통제의 대상으로서, 그리고 사실인정에 적용할 규범의 의미내용으로서 각각 존재한다. 따라서, 구체적인 재판절차를 계기로 하여 규범통제가 이루어지는 구체적 규범통제제도 하에서는 위 두 가지 작용이 중첩적으로 존재한다. 따라서 법률해석에 관하여 규범통제를 시도한다는 것은, 애초에 규범통제기관의 권한에 대하여 법원의 재판에 일체의 개입을 금하는 취지의 헌법상 명문규정이 존재하는 등 명시적 한계가 있는 가상의 경우를 제외한다면, 규범통제권한이 법률해석의 변동을 일으켜 재판에 영향을 미치는 것은 예외적인 상태라거나 방지하여야 할 문제가 아닌, 자연스러운 현상이다.

이는 규범통제작용과 재판작용이 구별되지 않거나 구별하여서는 안된다는 것을 의미하는 것이 아니고, 한정위헌청구가 무제한적으로 허용되어야 함을 의미하는 것도 아니다. 규범통제작용과 재판작용은 구별되는 것임을 부인할 수는 없다. 그러나 이러한 구별은 위 두 작용이 특정한 구성요소를 공통적으로 가져서는 안 된다는 것을 의미하는 것이 아니다.¹²³⁾ 또한 한정위헌청구가 재판소원금지와 단절된다고 하여 규범통제의 관심사항과 관계가 없는 사실인정의 문제, 또는 재판 진행에 관한 재량권 범위 내에 있는 사항임이 명백한 경우의 소송지휘권의 행사와 같은 문제, 일체의 법률적 주장에 대하여 헌법재판소가 법률심(法律審)의 기능을 하면서 법리오해 내지 채증법칙 위반과 같은 문제를 판단하게 되는 것임을 의미하지는 않는다.¹²⁴⁾ 다만, 재판작용의 일환으로서 이루어지는

123) 이를테면 ‘헌법적 문제’와 ‘법률적 문제’의 구분을 시도하는 견해, 예컨대 김시철, “위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의”, 헌법논총 16집, 헌법재판소, 2005, 181면 이하는 그 타당성은 별론으로 하고, 현행 헌법해석상 허용될 수 있는 성질의 것인지에는 회의적인 여지가 존재한다. 이에 대한 비판에 관하여는 김하열, 앞의 글 “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 38-40면 참조.

법률해석일지라도 그것이 규범인 이상 통제의 대상이 되어야 한다는 의미이다.

124) 한정위헌청구를 통해 단순히 법원의 법률상 판단이 잘못되었다는 점만을 다룰 수는 없고, 위헌성에 관한 논의가 존재하여야 하는바, 규범통제의 본질은 상위 규범인 헌법에 의한 하위규범의 통제에 있으므로 법률해석에 대한 통제를 위해서는 상위규범의 어떠한 점에 위반하였는지를 특정할 수 있을 정도로 주장하여야 할 것임은 자명하다.

제4장 한정위헌청구의 적법성에 대한 재고(再考)

제1절 재판소원금지의 원칙화와 한정위헌청구의 소멸

1. 서론

지금까지 재판소원금지와 한정위헌청구에 대하여, 그리고 양자의 관계에 대하여 살펴본 결과, 한정위헌청구는 재판소원금지의 요청과는 별도로 동작하는 것임을 확인하였다. 이에 기초할 때 다다를 수 있는 결론은, 한정위헌청구가 제기되는 경우 그것이 규범을 대상으로 하는 것인 이상 적법성 심리단계에서 법원의 재판을 다투는 것임을 이유로 각하되는 것은 부적절하다는 것이다.

그렇다면, 헌법재판소가 부적법한 한정위헌청구라고 실시하였던 재판소원금지규정의 ‘취지’ - “구체적 규범통제절차에서 법률조항에 대한 특정적 해석이나 적용부분의 위헌성을 다투는 한정위헌청구가 원칙적으로 적법하다고 하더라도, 재판소원을 금지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어 한정위헌청구의 형식을 취하고 있으면서도 실제로는 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 경우 등은 모두 현행의 규범통제제도에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없는 것”¹²⁵⁾ - 는 어떻게 이해하여야 하는가의 문제가 도출된다.¹²⁶⁾ 헌법재판소는 재판소원금지규정의 “취지에 비추어”라는 표현을 사용하였는데, 이는 비록 재판소원금지규정이 한정위헌청

125) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117.

126) 한정위헌청구에 대한 위 헌법재판소 결정례에 관하여는 위 결정 이후 견해변경이 없으므로(헌법재판소법 제23조 제2항 제2호) 위 기준은 현재까지 유지된다고 보아야 할 것이다.

구, 나아가 위헌소원의 경우에 직접 적용되는지 여부를 직접적으로 논하지 않았지만, 한정위헌청구를 통하여 다룰 수 없는 것이 존재하고, 그 기준은 일응 ‘법원의 재판’ 임을 실시한 것으로 볼 수 있다.

따라서 먼저 헌법재판소가 실시한 재판소원금지 ‘취지’가 어떤 의미를 가지고 있는지를 살펴보아야 할 것이다. 구체적인 의미를 이해하고 난 다음에는 그것이 앞서 검토한 논리와 어떤 방식으로 충돌하고 있는지를 살펴본다. 나아가 이를 통해 발견한 판시내용상의 문제점이 실제로 어떤 결과로 나타나고 있는지를 확인하기로 한다.

2. 재판소원금지 ‘취지’의 의미

가. 유래

헌법재판소가 실시한 재판소원금지의 취지에 반하는 경우의 유형을 분석하면 다음과 같은 3가지 방식이 되며, 이 방식들 중 어느 한 가지에 해당하는 경우 재판소원금지의 취지에 비추어 부적법한 한정위헌청구가 된다고 한다.

- ① 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가를 다투는 경우
- ② 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용의 문제를 다투는 경우
- ③ 의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 경우

위 3가지 경우의 각 문언들은 과거의 헌법재판소 결정례에서 그 출처를 찾을 수 있다. 종래 헌법재판소는, 청구인이 한정위헌청구를 제기하지 아니하고 법률조항 자체에 대한 위헌소원을 제기하였으나 구체적 주

장에 있어서는 법률조항 자체의 위헌을 다투지 않고 재판을 다투는 것만을 목적으로 하는 청구로 판단되는 사안에서, “법률조항 자체에 관하여는 위헌주장을 아니한 채 그 법률조항을 청구인에게 적용하여 손해배상책임을 인정하여서는 아니된다는 취지의 주장만을 하고 있다면, 이는 당해사건재판의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 것이므로, 헌법재판소의 심판사항이 될 수 없다.”¹²⁷⁾고 설시한 바 있다.

이와 같은 취지의 설시는 계속 유지되었다. 헌법재판소는 그 이후에도 “청구인의 주장 자체에 의하더라도 이 사건 심판청구는 위 법률조항의 위헌여부에 대한 것이 아니고 법원이 법률적용을 잘못했다는, 법원의 재판에 대한 불복으로 보아야 할 것인바, 이와 같이 법률자체의 위헌주장이 아니라 실질적으로는 법률을 잘못 적용한 법원의 재판을 문제삼은 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 대상이 될 수 없다.”고 판시하거나¹²⁸⁾ “이 사건 심판청구는 결국, (...) 법 적용기관의 해석·적용의 잘못, 즉 사실관계의 인정과 법률의 단순한 해석·적용에 관한 문제를 다투는 것에 귀착되고, (...) 구 지방세법 제107조나 제112조 제2항 자체의 위헌성을 다투는 것이라 인정할 수 없으므로 헌법재판소법 제68조 제2항상의 헌법소원의 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다.”¹²⁹⁾고 하였다. 나아가 헌법재판소는 이러한 취지에서 “헌법재판소

127) 헌법재판소 2000. 8. 31. 99헌바98 결정의 결정요지 부분. 위 사안은 자동차 운행자의 손해배상책임을 규정한 구 자동차손해배상보장법(1999. 2. 5. 법률 제 5793호로 전문 개정되기 전의 것) 제3조 본문에 관하여, 덤프트럭의 소유자가 아니고 단순히 행정상 편의를 제공할 뿐인 건설기계관리상의 공동운영자에 대하여 자동차손해배상보장법상의 책임주체인 ‘자기를 위하여 자동차를 운행하는 자’로 해석, 적용하는 한 위헌이라는 취지의 위헌소원을 제기한 사안이다.

128) 헌법재판소 2001. 4. 10. 2001헌바15. 위 사안은 청구인의 범죄사실이 공소시효가 완성되었음에도 법원이 형법 제231조(사문서등의 위조·변조), 제234조(위조 사문서등의 행사)를 적용, 판결함으로써 청구인의 기본권을 침해하였음을 이유로 청구인이 위 형법 조항에 대한 위헌소원을 제기한 사안이다.

129) 헌법재판소 2002. 3. 28. 2001헌바72. 위 사안은 학교법인인 청구인의 부동산 취득에 관하여 비업무용부동산임을 이유로 한 행정청의 취득세 중과세 처분에 대하여, 청구인이 취득한 임야의 특성 등을 고려할 때 위 처분이 적법하다고 해석·적용하는 것이 위헌이라는 위헌소원을 제기한 사안이다.

법 제68조 제2항의 헌법소원이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법원의 재판을 다투는 것일 때에는 원칙으로 부적법하여 허용되지 않는다.” 는 하나의 원칙을 설립하기도 하였다.¹³⁰⁾

한편, 종래 한정위헌청구의 인정범위에 관한 선행연구에서 위 헌법재판소 판시와 유사한 기준을 제시한 견해가 있다. 이 견해는 “사실관계의 인정이나 개별·구체적 사건에의 포섭·적용을 다투는 한정위헌청구, 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법률해석을 다투는 한정위헌청구는 규범통제청구로 볼 수 없어 허용되지 않는다” 고 하고 있다.¹³¹⁾

나. 과거 결정례의 의미

헌법재판소의 과거 결정례를 살펴볼 때 한정위헌청구에 관한 결정례 변경 이전에 ‘사실관계의 인정과 평가, 법률의 해석·적용, 법원의 재판결과 비난’ 을 위헌소원의 형태로 다룰 수 없었던 것임은 비교적 명확해 보인다.

이를 좀 더 구체적으로 살펴보면, 위 결정례들에서 헌법재판소는 “법원의 재판을 다투는 것” 인 위헌소원을 곧바로 부적법하다고 본 것이 아니라, “법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것” 이 아닐 것을 동시에 요구하고 있다는 점이 강조되어야 한다. 과거의 헌법재판소는 법률조항과 법률조항에 대한 해석이 구별됨을 전제로 하여 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아닌 경우에는 법원의 뜻인 법률의 해석을 다투는 위헌소원으로 보아 부적법하다고 보았다. 즉 한정위헌청구 내지 법률해석에 대한 위헌소원의 경우 (법원의) 법률해석에 대한 규범통제를 다투는 측면이 명백하게 존재하는데, 종래의 논리에 의하면 이는 규범통제가 아닌

130) 헌법재판소 2002. 10. 31. 2000헌바76. 위 사안은 5·18 민주화운동으로 처벌을 받은 자의 특별재심 청구를 규정한 5·18민주화운동등에관한특별법에 관하여 청구인의 행위가 위 민주화운동의 범위에 포함되지 않음을 이유로 당해사건 법원이 재심청구를 기각하자 위 특별재심 규정에 대하여 위헌소원을 제기한 사안이다.

131) 김하열, 앞의 글 “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 48면.

것(법률해석)을 규범통제의 대상으로 삼고 있으므로 부적법하다고 간주 되게 되는 것이다. 다시 말하면 과거의 결정례에서는 적법한 위헌소원의 대상을 특정함에 있어서는 법률과 법률해석의 이원론적 구분이 전제되어 있으므로, 이 전제 하에서는 비록 법률해석에 대한 규범통제를 구하고 싶을지라도 법률해석을 규범통제의 대상으로 바라보지 않는 상황 하에서 법원의 재판을 다룬다는 것과 분리하기는 극히 곤란하였을 것이다.

이러한 맥락에서 헌법재판소는 이처럼 위헌소원을 통하여 규범이 아닌 재판작용을 다투려는 청구를 지정재판부에서 각하하는 경우에는 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당한다고 봄으로써, 그 저 곧바로 재판에 대한 헌법소원으로 각하(헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 후문)하는 것이 아니라 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 의하여 각하할 수 있었던 것이다.¹³²⁾

한편 청구인의 헌법소원심판청구가 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원으로 제기된 것인지, 위헌소원으로서 제기된 것인지 자체가 불명확한 경우가 있는데, 청구인의 심판청구를 선택하는 차원에서 보충적으로(규범통제와 무관하므로) 위헌소원으로서는 부적법하지만(공권력작용으로서의 재판을 직접 헌법소원으로 다투는 형태인) 예외적으로 허용되는 재판소원에 해당하여 적법할 수 있는지 여부를 추가적으로 검토하는 것은 가능하였다. 예컨대 헌법재판소는 헌법소원의 청구인이 법률규범과 재판을 동시에 다투었던 사례에서 “헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청 신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를

132) 헌법재판소 2007. 2. 27. 2007헌바10, 헌법재판소 2002. 3. 5. 2002헌바30, 헌법재판소 2002. 6. 4. 2002헌바48, 헌법재판소 2003. 11. 25. 2003헌바96, 헌법재판소 2005. 7. 26. 2005헌바56, 헌법재판소 2006. 8. 16. 2006헌바63 등 참조. 이와 달리 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 후문을 근거로 각하한 사안도 존재한다. 채무부존재확인소송에서 법원이 민법 제2조 제1항의 신의칙을 이유로 일부 채무가 부존재한다는 취지의 판결을 선고하였으나 채권자가 재차 별개의 이행의 소를 제기하면서 민법 제2조 제1항의 위헌성을 주장한 경우인 헌법재판소 2008. 6. 17. 2008헌바50, 법원이 재심의 소를 각하하자 항소하면서 민사소송법 제451조 제1항 제10호의 위헌성을 주장한 경우인 2009. 2. 10. 2009헌바15, 법원의 증인신청의 기각을 다투는 취지인 2011. 5. 23. 2011헌바95 등.

배척하였을 경우에 당사자가 직접 헌법재판소에 제기하는 것인바, 재판의 취소는 그 자체로 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 대상이 될 수 없으므로 부적법하다.” 고 하여 먼저 심판대상이 되지 않음을 밝힌 후 “여기서 이 부분 심판청구를 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구로 본다 할 지라도 제주지방법원의 위 결정은 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당되지 아니하여 역시 부적법함을 면할 수 없다.” 고 하였다.¹³³⁾

한편 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어 그 심판대상은 원칙적으로 법률에 한정되는 것이므로, 그 심판청구가 형식적으로는 법률조항의 일부에 대한 위헌심판을 구하는 것으로 보이지만, 실제로는 당해사건에 있어 법원의 사실관계 확정이나 법률의 해석·적용이 부당하다는 점을 다투는 것에 지나지 않는 때에는, 법률의 위헌 여부에 대한 심판을 구하는 것으로 볼 수 없어 부적법한 심판청구라 할 것이다.” 고 보면서도, “결국 이 사건 조항의 전부 또는 일부를 다투는 것이 아니라, 당해사건 재판의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가나 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판 결과를 비난하는 것에 지나지 않는 것이고, 또한 그 당해사건의 재판은 재판소원이 허용되는 예외적인 경우에도 해당되지 아니하므로”¹³⁴⁾라고 판시한 결정례 또한 앞서와 유사한 취지로 이해할 수 있다. 즉 당해사건에서 당사자가 법원의 사실인정 및 평가를 다투는 경우라면 이는 규범통제의 대상을 잘못 정한 것이므로 부적법하여 각하되는 것이고, 다만 재판 자체를 심판대상으로 청구한 경우인지를 가정하여 예외적으로 재판소원이 허용되는 경우인지를 검토한 것이다.

마찬가지로 위헌소원의 청구인이 심판청구서상의 ‘위헌이라고 해석되는 이유’에 별다른 주장을 하지 않고 재판의 부당성만을 주장한 경우에도 헌법재판소는 먼저 이러한 청구가 부적법함을 실시한 후 “가사, 청구인의 이 사건 심판청구가 위 재심청구 기각결정의 취소를 구하는 취지

133) 헌법재판소 2001. 9. 11. 2001헌바62.

134) 헌법재판소 2009. 10. 20. 2009헌바256.

라고 보더라도” 라고 하면서 예외적 재판소원의 가능성을 검토한 바 있다.¹³⁵⁾ 위 결정례들은 모두 재판소원의 문제를 위헌소원의 적법성 문제와 곧바로 연결시키지 않은 사례들이다.

이처럼 연원상 부적법한 위헌소원의 문제는 본질적으로 규범통제의 대상 문제, 즉 헌법재판소의 규범통제 권한 외의 사항의 문제로 이해하고 해석하는 것이 타당하다. 즉 재판소원금지규정으로 인하여 “당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 경우”가 금지되는 것이 아니라, 그것들은 규범통제의 대상인 “법률조항”이 아니기에 처음부터 해당하지 않는 것이었다. 이는 법원의 재판 ‘자체’를 위헌소원으로 하여 취소를 구하였던 사건에서, 헌법재판소가 “이 사건 심판청구 중 이 사건 판결에 대한 부분은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 법원의 판결을 대상으로 한 것이므로 부적법하다.”¹³⁶⁾고 실시하였던 바와 일맥상통하다.

3. 적법한 한정위헌청구의 외연(外延)

가. 헌법재판소 결정의 문제점

이렇듯 종래 헌법재판소는 규범통제의 대상의 관점에서 법률이 아닌 재판을 다투는 위헌소원은 금지된다고 판시하였는데, 여기에는 “법률”과 “법률해석”의 구분을 한 후 재판작용에서 이루어지는 법원의 법률해석에 주목하여 법률해석에 대한 규범통제는 허용되지 않는 것으로 보았다는 것이 전제되어 있었다. 그렇다면 헌법재판소가 재판소원금지 “취지”라 실시한 형태의 부적법한 한정위헌청구는 구체적으로 무엇을 의미하는가? 이제는 법률해석에 대한 규범통제의 대상성을 인정하게 되었으

135) 헌법재판소 2011. 10. 25. 2011헌바233.

136) 헌법재판소 2009. 10. 29. 2008헌바101.

므로, 과거 판시례와 같은 분류는 더 이상 유효한 기준이 될 수 없다.¹³⁷⁾

헌법재판소의 법정의견이 제시한 한정위헌청구의 적법성 판단 기준은 종래의 결정례에 드러났던 판단기준과 상당히 흡사하다. 과거에는 “당해사건에 있어 법원의 사실관계 확정이나 법률의 해석·적용이 부당하다는 점을 다투는 것에 지나지 않는 때”¹³⁸⁾라는 기준이 “당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 경우”¹³⁹⁾로 변경되었다고 할 수 있다. 그런데 이 새로운 기준을 두고 과연 종래의 기준에 비하여 본질적으로 상이한 것, 즉 법률해석에 대한 규범통제를 인정한다는 본질적 변화에 상응할 만한 기준이라 할 수 있는가?

새로운 기준에서는 법률의 해석(및 그 적용)에 대한 통제를 인정하면서 한정위헌청구의 틀에 담아야 하였던 것이므로, 과거 ‘법률의 해석·적용’이란 표현은 어떻게든 변경될 필요가 존재한다. 그런데 이 부분은 ‘포섭·적용’으로 변경되었음을 확인할 수 있다. 이를 거칠게 말하면 결국 한정위헌청구에 있어서 ‘해석’을 다투는 것은 허용되나, ‘포섭’을 다투는 것은 허용되지 않는다는 것이 된다. 그리고 개별적·구체적 사건에서의 법률해석을 심판대상으로 파악하였음에도 불구하고, 위헌성

137) 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 오늘날까지도 위 2009. 10. 20. 2009헌바256 결정을 인용하면서, 형식적으로 법률조항 자체를 심판대상으로 삼아 청구하는 위헌소원의 경우에 “형식적으로는 법률조항의 위헌성을 다투는 것으로 보이지만, 실제로는 당해사건에 있어 법원의 사실관계 확정이나 법률의 해석·적용이 부당하다는 점을 다투는 것에 지나지 않는 때에는, 법률의 위헌 여부에 대한 심판을 구하는 것으로 볼 수 없어 부적법하다”는 판시를 유지하고 있다(헌법재판소 2017. 3. 28. 2017헌바152 등). 이러한 판시가 유지되는 것에 관하여 두 가지 점을 강조할 수 있다. 이러한 태도는 법률해석에 대한 규범통제가 가능한 것과 모순될 수 있다는 점과, 위헌소원의 적법성을 판단할 때 위 판시의 기준이 실질적으로 한정위헌청구의 적법성을 판단할 때의 기준과 다를 것이라 기대하기 어렵다는 점이 그것이다.

138) 헌법재판소 2009. 10. 20. 2009헌바256.

139) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117.

주장의 대상이 갖는 개별·구체성이 마치 소극적 요건으로 인식되는 듯하다. 더불어, 새로운 기준에 의할 때 법원의 법률해석을 다투는 경우도 완전히 허용되는 것이 아니고 의미있는 헌법문제를 주장하여야 하며, 그렇지 않은 경우에는 ‘재판결과를 다투는 것’과 동일하게 취급된다는 것이다. 몇 가지 변경된 내용은 있으나 전반적으로 과거의 기준과 크게 다르다고 보기 어렵다.

법률해석에 대한 규범통제에 있어서, 과거의 기준은 법률해석을 배척하는 것, 즉 예외적으로 법률해석에 대한 위헌성 주장이 법률문언 자체에 대한 위헌성 주장으로 인정되는 경우가 아니고서야 법률해석은 법원의 몫이라는 관점이 드러나 있었다. 즉 규범의 의미를 협소하게 새김으로써, 법률해석에 대한 통제는 곧 재판소원이라는 논리적 틀이 유지될 수 있었던 것이다. 그러나 헌법재판소의 새로운 기준은 법률해석의 규범적 성격을 인정하면서도 과거 위헌소원의 대상의 문제 - 규범인가, 규범이 아닌가 - 의 측면에서 실시되었던 것을, 재판소원금지의 의미로 소환하여 한정위헌청구의 적법성을 가르는 판단을 시도하는 것이다.

다시 말하면 과거의 기준은 법률문언과 법률해석의 단절을 바탕으로 하여 규범통제의 외연을 재판소원으로 일컬을 수 있으나, 새로운 기준 하에서는 그렇게 할 수 없다. 법률해석권한 및 이에 대한 규범통제권한을 확인하고 규범통제작용이 이루어질 것임을 선언하면서도, 재판소원금지 “취지”에 비추어 예외적으로 부적법한 한정위헌청구를 일별하겠다는 것은 선후관계가 전도된 것이므로 그 논리적 타당성은 재고의 여지가 있다. 법률과 법률해석의 구별을 부인하고 한정위헌청구의 적법성을 인정한다는 것은 결국 법률해석에 대한 규범통제의 가능성 및 타당성을 확인하였다는 것이며, 필연적으로 법원의 재판작용의 일부 영역과의 중복 내지 의견상의 충돌이 발생하게 됨을 수인한다는 것이다.¹⁴⁰⁾ 법원이 사법

140) 이러한 맥락에서는 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정의 소수의견에서 “다수의견과 같이 심판대상을 한정하는 것은 당해 사건과 관련한 구체적인 법률 해석·적용에 접근하여 특유한 위헌성을 다투는 이른바 재판소원이 될 수밖에 없다.”는 판시가 타당성을 가진다.

작용으로서의 재판을 수행함에 있어 법률해석을 하는 것은 너무나 자명하기 때문이다. 그러나 이러한 외견상의 충돌은 차원을 달리하는 문제임은 이미 확인하였다. 만약 “재판소원금지”의 의미를 법원의 재판과정에 헌법재판소의 개입을 금지하는 것이라고 넓게 새긴다면 애당초 한정위헌청구의 원칙적 적법성이 인정될 여지가 없다.

나아가 한정위헌청구를 규범통제의 대상 문제로 바라보는 것과 재판소원이 금지된다는 문제는 그 영역의 중복에도 불구하고 상이한 차원의 논의이며, 재판소원이 금지된다는 규정으로부터 규범통제의 한계를 도출해낼 수는 없다. 본고의 주장처럼 “재판소원금지”의 의미를 재판을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원을 금지하는 것이라고 좁게 새긴다면, 재판소원금지 “취지”라는 것은 애초에 존재할 수가 없고 법원의 재판에 해당하든 해당하지 않든, 영향을 미치든 미치지 않든 간에 상관이 없는 것이다. 헌법재판소법상의 재판소원금지규정은 규범통제를 본질로 하는 위헌소원의 경우에는 특별한 의미를 가질 수 없으며, 헌법재판소의 법률해석에 대한 규범통제권한에 어떠한 영향을 미칠 수는 없는 성질의 것이다.

나. 선해(善解)의 가능성과 한계

재판소원금지의 “취지”에 어긋나는 한정위헌청구가 허용되지 않는다는 표현을 선해(善解)하여 본다면, “재판소원”이므로 부적법하다는 것이라기보다는 규범통제와는 무관한 법원의 재판결과만을 다투는 소원을 의미하는 것으로서, 그리고 이를 구체화하는 표현으로써 과거 헌법재판소가 예시하였던 바를 원용한 것이라 해석할 여지도 있다.

그러나 이러한 선해는 기능적·기술적 차원에서 정당화되는 것이지, 잘못된 전제에서 출발한다는 점을 치유하지는 못한다. 이는 재판소원금지를 일종의 도그마로 여기고 헌법적 원리로 승격시킨 후 규범통제권한을 ‘참작’하여 그 대상을 선정하는 것이고, “오히려 장려되어야

할” 141) 한정위헌청구에 대하여 재판소원일지도 모른다는 혐의를 거두지 않는 것이다.

그리고 이 이론적 문제는, 재판소원금지의 “취지”가 그 의미를 부당히 확장하게 될 위험성을 스스로 내재하고 있는 것이다. 예컨대 법원이 구체적 재판에 있어서 일상적으로 행하게 될 수 밖에 없는 합헌적 법률 해석에 대하여, ‘헌법재판소의 규범통제권한의 취지에 비추어’ 가능한 법률의 해석방법 또는 일정한 의미영역의 일부에 대하여 헌법에 합치하는지 여부를 판단하는 것을 스스로 삼가거나 이에 관한 재판 당사자의 주장에 관하여 헌법재판소에서 판단할 사항임을 이유로 배척하는 상황은 상상하기 어렵다.

법원의 재판에 있어서의 법률해석권한과 헌법재판소의 규범통제권한이라는 양자의 권한이 서로 무관심하게 중첩되는 영역을 이와 같은 기준으로 구분한다면 ‘재판소원금지의 취지’의 의미가, 규범통제의 대상의 문제에서 벗어나 독자적인 의미를 가지게 될 가능성이 매우 높다. ‘한정위헌청구가 재판소원금지로 인하여 각하되는가, 아니면 규범통제가 아니어서 각하되는가’라는 문제 사이에 유의미한 차이가 존재하게 된다면 이는 규범통제제도의 축소에 다름 아니다. 바로 여기에 선해의 한계가 있다. 재판작용의 ‘내에서’ 법원의 법률해석·적용은 반드시 이루어질 수밖에 없는 고유의 권한으로, 유보될 수 없는 고정된 지표이다. 그러므로 ‘재판을 다룬다’는 것을 한정위헌청구의 적법성을 판단하는 기준으로 삼는다는 것은 연역적으로 올바른 기준이 될 수 없을 뿐더러 재판소원으로서 부적법한 한정위헌청구의 범위가 크게 넓어질 수 있게 되어 종래 한정위헌청구의 원칙적 적법성을 새긴 의미, 특히 법률해석에 대한 헌법소원을 인정하고 사건규범에 가까운 특정한 법률해석을 심판대상으로 삼은 의미를 몰각할 위험을 그 자체로 내재하고 있다.

4. 재판소원금지 취지의 과도한 확대

141) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117.

헌법재판소가 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정 이후 위헌소원에서의 한정위헌청구의 적법성을 판단하는 사례를 살펴보면, 재판소원금지 “취지”에 과도한 의미를 부여함으로써 일종의 재판소원금지 “원칙”을 만드는 것에 가깝다.¹⁴²⁾ 이에 따라, 청구인이 한정위헌청구로서 주장하는 심판대상이 규범의 실질을 가지고 있는지 여부가 기준이 되는 것이 아니라, 한정위헌청구를 통한 청구인의 주장에 법원의 재판에서 판단할 수 있는 여지가 있으면 “재판을 다투는 것”으로 보아 부적법한 한정위헌 결정으로 취급하고 있다. 당해 재판의 당사자는 자신에게 가장 유리한 법적인 결과가 나올 것을 희망하게 되므로, 자신에게 불리한 법원의 재판을 다투고 싶어하는 것은 너무나 당연하며, 또한 이는 한정위헌청구에 국한된 문제도 아니다. 이러한 원칙화 경향은 이른바 “포섭·적용”의 문제와 “재판결과를 다투는” 문제에서 두드러지게 나타난다.

가. ‘포섭과 적용’으로의 분류 편중

헌법재판소의 설시에 의할 때 포섭·적용의 문제로 부적법한 한정위헌청구로 보는 사안은, 법률조항의 사실인정이 문제된 이후 당해 요소의 평가의 문제를 다투는 경우이거나 청구인이 처한 사실관계의 개별·구체적 상황에 대한 구성요건의 포섭 문제 등을 의미한다고 할 것이나(이에 관하여는 제4장에서 후술한다), 이를 넘어서 법원의 법률해석권한이 작용할 수 있는 영역에 대한 판단을 회피하는 경향이 발견된다.

예컨대 헌법재판소는 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률상 “산업기술”의 의미에 “이미 공개된 특허기술과 동일·유사한 산업기술을 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 한정위헌청구에 대하여, 청구인의 주장은 “당해사건에서 청구인이 유출한 기술이 특허출원으로 공개됨으로써 비밀유지의무가 면제되어 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다는 것”으로서 “결국 개별·구체적 사건에서 이 사건 법률조

142) 목차 4. 및 목차 5.의 결정례들은 2013. 1. 1. 부터 2017. 8. 31.까지의 헌법재판소 결정이 그 범위이다.

항의 포섭·적용에 관한 문제를 다투는 것”임을 이유로 각하하였고,¹⁴³⁾ 청구인이 구 소득세법상 ‘기타소득’임을 전제로 종합소득세 신고를 하였으나 위 소득이 구 소득세법상 ‘사업소득’에 해당함을 이유로 과세관청에 의하여 경정처분이 내려지자 이를 다투면서, “산업재산권의 대역에 따른 소득 중 사업성이 있는 경우”를 구 소득세법이 정한 ‘사업소득’에 해당한다고 해석하는 것이 위헌이라는 취지의 한정위헌청구를 제기한 사안에서 “실제로는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 법원의 재판결과를 다투는 것에 불과한” 것으로 보아 각하하였다.¹⁴⁴⁾ 또한, 재화를 공급하지 아니하고 부가가치세법에 따른 세금계산서를 발급하는 행위를 처벌하는 조세범처벌법에 “재화를 공급하고 거래 상대방이 아닌 제3자를 공급받는 자로 기재한 세금계산서를 발급하여 그 제3자에게 교부한 자”가 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 취지의 주장에 대하여, “청구인들이 실물거래의 상대방이 아닌 제3자를 공급받는 자로 기재하여 발급한 세금계산서에 관하여 법원의 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 및 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용 또는 재판결과를 다투는 것에 불과”하다고 보아 각하하였고,¹⁴⁵⁾ 형법상 직무유기죄

143) 헌법재판소 2014. 1. 21. 2014헌바1. 본 사안은 법률 체계상 “산업기술”의 의미가 문언해석을 통해 규정되는 것이 아니라 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’상 산업기술의 의미가 나열적으로 규정되어 있으므로, “산업기술”에 대한 의미의 해석이 문제가 되는 것이 아니라 포섭·적용의 문제로 보았다. 그러나 법률상 개념에 대한 정의규정이 법률에 별도로 존재한다고 하더라도 그것이 해석의 문제와 구별되는 단순한 포섭의 문제라고 단언할 수 있는지는 신중한 검토가 필요할 것이다. 한편 청구인의 주장 중 “계약에 따라 비밀유지의무가 면제된 산업기술도 포함되는 것”의 위헌성 주장은 재판의 전제성을 결여하였다고 보았다.

144) 헌법재판소 2013. 2. 5. 2013헌바18.

145) 헌법재판소 2014. 8. 25. 2014헌바346. 헌법재판소는 결정이유에서 “재화 공급의 상대방”과 “세금계산서 발급의 상대방”의 해석은 “세금계산서제도의 근본취지”, “궁극적으로 근거과세와 공평과세를 실현하고자 하는 이 사건 법률조항의 취지”, “세금계산서 기재 사항”, “부가가치세법상 관련규정의 해석”, “해당 거래에서의 구체적·개별적 내용에 관한 사실관계의 인정 및 그 포섭과정을 거쳐 확정할 문제”라고 보았다. 그러나 청구인이 다투고자 하는 것은 바로 그러한 제반 사정을 종합적으로 고려한 법률의 해석의 위헌성이다. 한편 청구인들이 이와 같은 법원의 해석의 문제점으로서 적시한 이중처벌의 문

의 “직무”에 “근거 법령에서 규정하고 있는 직무 범위를 벗어난 직무까지 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 취지의 주장에 대하여도 “개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 법원의 재판결과를 다투는 것에 불과”하다고 각하하였다.¹⁴⁶⁾

한편 어떠한 법률조항이 당해 사건에 ‘적용’되는지 여부에 관한 한정위헌청구 사건들에서는, 헌법재판소가 이를 법원이 판단할 사항으로 간주하는 경향을 띄는 것으로 보인다. 즉 “토지임차인의 갱신청구권 및 매수청구권을 규정한 민법 제643조가 행정재산의 사용허가 관계에는 적용되지 아니한다고 해석하는 것은 위헌”이라는 취지의 주장에 대하여 “이는 단순히 당해 사건에서 이 사건 민법조항의 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 것에 불과”하여 부적법하다고 보았으며¹⁴⁷⁾, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 원상회복의무가 “공익사업을 위하여 취득된 토지가 환매되는 경우에는 적용되지 아니한다고 해석하는 한 위헌”이라는 취지의 주장에 대하여 “이는 단순히 당해 사건에서의 위 조항의 포섭·적용에 관한 문제를 다투는 것에 불과”하므로 부적법하다고 보았다.¹⁴⁸⁾ 또한 구 상표법상 상표등록의 무효심판

제 등에 대하여도 헌법재판소는 “청구인들이 실물거래의 상대방이 아닌 제3자를 공급받는 자로 기재하여 발급한 세금계산서에 관하여 법원의 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 및 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용 또는 재판결과를 다투는 것에 불과”하다고 보았다.

146) 헌법재판소 2013. 7. 9. 2013헌바179. 헌법재판소는 먼저 청구인의 형사재판에서 당해사건 법원이 법률을 비롯한 각종 훈령, 지시 등을 직무상 의무의 근거로 판단하였다는 점을 실시한 후에, 청구인의 심판청구가 부적법하다는 사정을 실시하였다. 이러한 판단구조는 마치 (각종 훈령, 지시 등에 관하여 내린)법원의 판단에 대하여는 한정위헌청구를 제기할 수 없다는 듯한 취지로 읽힌다.

147) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2012헌바438.

148) 2016. 9. 29. 2014헌바400. 헌법재판소는 이처럼 한정위헌청구로서 부적법한 이유에 관하여는 특별히 실시하지 않았으나, 심판청구의 전체성 요건을 판단하면서 “공익사업법상 토지의 ‘취득’이란 사업시행자가 공익사업에 필요한 토지의 소유권을 소유자의 의사에 반하여 또는 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것을 의미하고, 토지의 ‘사용’이란 사업시행자가 공익사업에 필요한 토지를

의 제척기간의 적용에 관한 한정위헌청구 또한 “심판대상조항을 구체적 사건에 적용한 법원의 재판의 당부를 다투는 것에 불과” 하다고 보아 각 하하기도 하였다.¹⁴⁹⁾

소유자 등 권리자의 의사에 반하여 또는 그 권리자와의 협의에 의하여 사용하는 것을 의미하여 서로 구별되는바, 이 사건 원상회복청구조항은 그 문언상 토지가 ‘사용’ 된 후 반환되는 경우에 적용되는 것임이 명백하고 당해 사건과 같이 토지가 ‘취득’ 된 후 환매되는 경우에는 적용될 여지가 없으므로, 이 부분 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.” 고 판시함으로써 원상회복의무는 ‘사용’에만 적용되고 ‘취득’ 후 환매에는 적용되지 아니한다는 문언해석을 통하여 그 의미를 밝혔다. 그런데 청구인이 한정위헌청구를 통하여 목적으로 삼는 것은 법률에 대한 올바른 해석이 어떤 것인지 그 자체가 아니라, 바로 그러한 해석·적용의 위헌성 확인이다. 나아가, 이를 문언적 법률해석 방법을 명백히 넘은 독자적인 법률해석을 주장하는 것으로 본다면 부진정입법 부작위를 다투는 것으로 해석할 여지는 없는 것인지도 음미를 요한다. 이준상, “한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여”, 315-316면 참조.

149) 헌법재판소 2014. 3. 27. 2012헌바55. 본 사안은 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표에 대한 상표등록을 금지하는 구 상표법(1997. 8. 22. 법률 제5355호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되기 전의 것. 이하 같음) 제7조 제1항 4호와, 저명한 타인의 성명을 포함하는 상표로서 그 타인의 승낙을 얻지 못한 상표의 등록을 금지하는 상표법 제7조 제1항 제6호 중 청구인의 구체적 사안에 대하여 법원은 상표법 제76조에 의한 상표등록 무효심판의 제척기간이 규정되어 있지 않은 상표법 제7조 제1항 제4호를 적용하자, 청구인이 상표법 제7조 제1항 제4호에 대하여 제척기간에 지난 상표에 대하여 적용하는 것이 위헌이라는 한정위헌청구를 주위적으로, 상표법 제7조 제1항 제4호가 위헌이라는 단순위헌청구를 예비적으로 청구한 사안이다. 헌법재판소는 한정위헌청구에 대하여 “예비적 청구의 양적 일부분에 불과” 하다고 봄으로써 상표법 제7조 제1항 제4호를 심판대상으로 삼은 후, 청구인의 과잉금지원칙 주장에 관하여는 “이 사건 상표에 관하여는 심판대상조항이 적용되지 아니하고 구 상표법 제7조 제1항 제6호만 적용되어 이미 상표등록무효심판의 제척기간이 지났음에도 불구하고 법원이 심판대상조항을 적용하여 제척기간이 지나지 않았다고 판단한 것이 부당하다는 것이다. 그런데 이 사건 상표가 심판대상조항의 적용대상인지 여부는 법원이 구체적 재판에서 판단할 사항이므로, 청구인의 이 부분 주장은 결국 심판대상조항을 구체적 사건에 적용한 법원의 재판의 당부를 다투는 것에 불과하므로 받아들일 수 없다.” 고 하여 실질적인 판단에 나아가지 아니하였고, 반면 명확성원칙 위반 주장(예비적 청구에 해당)에 관하여는 그 당부를 심리하여 명확성원칙에 위반되지 않는다는 결론을 제시하였다. 이러한 심리 방식은 청구인이 침해되었다고 주장하는 기본권(당해 사안의 경우 재판청구권, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권)에 대한 심사가 이루어지지 않은 점, 이로써 청구인이 진정 문제삼고 있는 상표법 적용의 문제가 제대로 심리되지 않는 점, 한정위헌청구의 문제를 단순히 명확성원칙의 문제로 치환하여 해결하려고 하는 점 등에서 비판이 가능하다. 이러한 문제들은 결국 구체적 사건에 대한 헌법재판소의 규범통제를 재판에 대한 개입으로

이와 같은 한정위헌청구에 대한 적법성 심사의 기준이 무엇을 의미하는 것인지도 불명확하다. 헌법재판소는 매우 유사한 쟁점을 가지는 사안에 관하여 합헌으로 본 것도 있고, 부적법하다고 각하한 예도 있다. 예컨대 형법 제129조 제1항 뇌물죄의 ‘공무원’의 의미에 관하여 특정한 직위에 있는 자가 포함되는지 여부에 관하여, 거의 유사한 쟁점을 다루는 사안에서 부적법하다고 본 결정례와 적법하다고 본 결정례가 혼재하여 있다.¹⁵⁰⁾ 한편 제3자가 지출한 변호사보수에 관한 한정위헌청구 또한 동일한 문제가 존재한다.¹⁵¹⁾

이해하는 소극적 태도에서 기인하는 것이다.

- 150) 건설기술관리법 제45조 제2호에 따라 공무원으로 의제되는 설계자문위원회 위원에 건설기술관리법 시행령 제21조 제5항상의 설계심의분과위원이 포함되는지 여부에 관하여, 헌법재판소 2014. 1. 27. 2014헌바31 결정, 헌법재판소 2014. 2. 17. 2014헌바63 결정 및 헌법재판소 2015. 4. 30. 2014헌바32 등 결정은 이를 부적법하다고 보아 각하하였으나, 헌법재판소 2015. 4. 30. 2014헌바179 등 결정에서는 이를 다루는 한정위헌청구의 적법성을 문제삼지 않고 본안판단하였다. 한편 이와 유사한 사례로서 헌법재판소 2015. 4. 30. 2014헌바30 결정에서는 청구인이 건설기술관리법 제45조 제1호에 따라 공무원으로 의제되는 지방위원회 위원에 설계심의분과위원회 소위원회 위원으로 선정되지 않은 자까지 포함되는 것으로 해석하는 것을 예비적 한정위헌청구로서 다루었으나, 헌법재판소는 이에 대하여 주위적 청구인 건설산업기본법 조항에 대한 양적 일부에 불과하다고 본 다음 청구인이 주장하는 바를 이유에서 판단하였다. 또한 헌법재판소 2015. 11. 17. 2015헌바362 결정에서는 청구인이 단순위헌청구를 제기하면서 “ ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호의 ‘형법 제129조에 규정된 죄를 범한 사람’ 에 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제84조의 ‘정비사업전문관리업자의 대표자’ 가 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌” 이라는 주장을 제기하였으나 이를 재판결과를 다루는 것에 불과하다고 보아 각하하였다.
- 151) 헌법재판소 2016. 6. 30. 2013헌바370 등 결정은 주위적·예비적으로 제기된 한정위헌청구와 단순위헌청구에 있어서 심판대상을 민사소송법 제109조 제1항으로 파악한 후, 이유에서 “ ‘당사자’ 에 보험자와 같은 제3자가 포함된다고 해석하는 한 위헌” 이라는 주장에 대하여 판단하였다. 반면 헌법재판소 2015. 5. 26. 2015헌바183 결정에서는 단순위헌청구 형태로 민사소송법 제109조 제1항에 대하여 위헌소원을 제기하면서 “ ‘당사자’ 에 ‘제3자’ 를 포함시켜 해석, 적용하는 것이 위헌” 이라는 주장을 하였으나 이를 재판결과를 비난하는 것에 불과하다고 보아 각하하였고, 헌법재판소 2013. 9. 10. 2013헌바596 결정에서는 민사소송법 제109조 제1항에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 한정위헌청구로 제기하면서 “ ‘당사자’ 에 변호사 보수를 실제 지급한 제3자가 포함된다고 해석하는 범위 내에서 위헌” 이라는 주장을 하였으나 이를 부적

포섭과 적용의 문제에 있어서 법원의 영역을 상당히 존중하는 듯한 사례군과는 달리, 헌법재판소는 한정위헌청구가 아닌 단순위헌청구를 통해 법률조항에 대한 유추해석금지원칙 또는 명확성원칙, 과세요건명확주의 등의 위헌사유를 주장하면서 실질적으로는 개별 요건이 ‘포함되는 것으로 해석하는 한 위헌’ 입을 다투는 경우에는 이를 적법하다고 본 사례가 다수 발견된다. 예컨대 형법상 입찰방해죄의 “입찰”의 개념에 “다수의 공급자들로부터 제안서를 제출받아 평가한 후 협상절차를 통하여 가장 유리하다고 인정되는 자와 계약을 체결한 경우”까지 포함되는 것으로 해석하는 것을 문제삼은 경우¹⁵²⁾, 도시 및 주거환경정비법상 “조합의 임원”의 개념에 “임시조합장”도 포함되는 것으로 해석하는 것 등을 문제삼은 경우¹⁵³⁾, 정치자금법상 “그 밖의 정치활동을 하는 자”에 “교육감”을 포함하는 것으로 해석하는 것을 문제삼은 경우¹⁵⁴⁾, 지방공무원법상 징계부과금 부과대상인 “공금의 횡령(橫領)”에 “관청 소유가 아닌 돈을 편취한 행위”도 포함된다고 해석하는 것을 문제삼은 경우,¹⁵⁵⁾ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 방송통신위원회의 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에 대한 “취급 거부·정지·제한”에 “웹사이트 폐쇄”가 포함되는지 여부를 다투는 경우¹⁵⁶⁾, 상속세 및 증여세법상의 증여재산인 “금전”에 “계좌이체의 형태로 지급되었다가 그대로 반환된 경우”까지 포함되는 것으로 해석하는 것을 문제삼는 경우¹⁵⁷⁾, 지방세법상 취득세 및 등록세의 경감대상인 “주택”을 “주택법상 주택”으로 해석하는 것을 문제삼는 경우¹⁵⁸⁾에는 심판대상을 법률조항으로 파악한 후 청구인이 실질적으로 다투는 법률의 해석방법을 결정이유에서의 명확성원칙 등 위반 여부를 판단하면서

법한 한정위헌청구로 보아 각하하였다.

152) 헌법재판소 2014. 3. 27. 2011헌바126.

153) 헌법재판소 2014. 5. 29. 2012헌바390.

154) 헌법재판소 2014. 7. 24. 2013헌바169.

155) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2012헌바435.

156) 헌법재판소 2015. 10. 21. 2012헌바415.

157) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌바117.

158) 헌법재판소 2016. 9. 29. 2014헌바406.

그렇게 해석할 수 없다는 취지를 밝히는 방법으로 판단하고 있다. 헌법재판소는 단순위헌청구에서 규범통제의 심판대상에 관한 (법률해석의 규범성을 인정하도록 결정 변경 이전인) 과거의 결정기준을 별다른 수정 없이 계속 원용¹⁵⁹⁾하고 있음에도 이러한 결정이 이루어지고 있는 점이 특기할 만 하다.

나. ‘재판결과를 다투는 경우’ 로의 편중

헌법재판소의 일부 판시는 한정위헌청구의 적법요건으로서 “법률조항 자체의 하자”를 요구하는 것처럼 보인다. 즉, 법률조항 자체에서 위헌 사유가 존재하지 않는다면 그것은 곧 법원의 해석을 다투는 것으로서 재판을 다투는 취지로 보는 듯하다. 예컨대 변호사시험법상 변호사시험의 합격 결정에 관하여 “합격자 결정 방법에 상대평가의 방법을 포함하는 범위 내에서 위헌”이라는 취지의 주장에 대하여, 헌법재판소는 심판대상조항 및 관련법령상 상대평가를 실시한다는 취지의 규정이 없고, 청구인들이 법무부장관을 상대로 한 불합격처분 취소소송에서 법원이 법무부장관의 합격자의 결정 기준과 방법에 관한 재량을 인정하였으므로, “청구인들의 이 사건 주장은, 결국 법원의 위와 같은 해석과 다른 기준으로 합격자 결정을 해야 한다는 것”으로서 재판결과를 다투는 것에 불과하다고 보았다.¹⁶⁰⁾ 또한 민법상 이혼사유로서 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유’를 규정한 민법 제840조 제6호에 관하여 “유책배우자의 이혼청구권을 원칙적으로 인정하지 않는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 취지의 주장에 대하여 헌법재판소는 “청구인은 민법 제840조 제6호 자체의 위헌성에 관하여는 다투고 있지 아니하며” 당해사건에서 이혼청구가 받아들여져야 한다는 취지에 불과하다고 보았고¹⁶¹⁾, 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지를 규정한 성폭력범죄의 처벌 등에

159) 앞서 언급하였던 것처럼, 대표적으로 원용되는 헌법재판소 2009. 10. 20. 2009헌바256.

160) 헌법재판소 2015. 12. 1. 2015헌바380.

161) 헌법재판소 2016. 1. 12. 2015헌바439.

관한 특례법 조항에 관하여 금지 의무자의 범위에 “변론하는” 경우가 포함되지 않는다고 해석하는 한 위헌이라는 취지의 주장에 대하여 “청구인은 성폭력처벌법 제24조 제1항 자체의 위헌성에 관하여는 다투고 있지 아니하고”, 다만 청구인이 위와 같은 해석방법이 위헌이라고 주장을 하고 있을 뿐인데, “청구인의 이러한 주장은 실질적으로 당해사건에서 자신의 손해배상청구가 받아들여져야 한다는 것”에 불과하다고 보았다.¹⁶²⁾ 나아가 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제77조 제1항에서 규정하는 폐업 또는 휴업에 따르는 영업손실 보상조항에 관하여, “영업손실 보상조항이 수용으로 인해 사업시행지구 밖에서의 영업을 사업시행지역 안으로 이전·재개하지 못함으로써 발생한 손해를 보상의 대상에 포함하지 않는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 취지의 주장에 대하여 “청구인은 이 사건 영업손실 보상조항 자체에 대한 위헌주장은 아니한” 것으로서 부적법한 청구로 보았다.¹⁶³⁾

이러한 헌법재판소의 태도 하에서, 법원의 판례를 청구취지로 구성하여 다투거나, 확립된 법원의 해석에 대하여 위헌성을 주장하는 경우 한정위헌청구가 허용되는 폭은 극히 좁아지게 된다. 그러나 종래 헌법재판소가 한정위헌청구의 예외적 적법성을 인정한 경우 중 하나로 법원의 해석이 집적, 구체화된 경우를 거시하였던 것을 고려하여 본다면 그 적절성에 의문이 든다. 예컨대, 사해행위 취소소송의 원고들이 신탁법상 사해신탁에 관하여 “채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에 분양사업 완료를 위해 최선의 방법으로 생각하여 체결한 신탁계약은 항상 해당하지 않는 것으로 해석, 적용하는 것이 위헌”이라는 청구를 제기하는 경우¹⁶⁴⁾, 민법상 점유시효취득에 관하여 “소유의 의사”를

162) 헌법재판소 2016. 3. 22. 2016헌바80.

163) 헌법재판소 2013. 12. 26. 2011헌바162.

164) 헌법재판소 2014. 3. 10. 2014헌바117. 청구인들이 “‘자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하거나 신탁하고 그로부터 신규 자금을 추가로 융통받은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 않는다.’는 종래 대법원 판례의 법리를 청구인들과 같이 적법하게 아

“매수인이 인접 토지와 의 경계선을 정확하게 확인하여 보지 아니하여 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 대지에 속하는 것으로 믿고 위 인접 토지의 일부를 현실적으로 인도받아 점유하고 있는 이상 인접 토지에 대한 점유 역시 소유의 의사에 기한 것으로 보아야 한다.” 고 해석하는 것이 위헌” 이라는 청구를 제기하는 경우¹⁶⁵⁾, 소멸시효의 기간 만료 전 6개월 내에 제한능력자에게 법정대리인이 없는 경우에는 그가 능력자가 되거나 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 아니한다는 민법 제179조에 관하여 “민법 제179조를 진상규명결정에 따른 국가배상청구에 적용하는 한 위헌” 이라는 청구를 제기한 경우¹⁶⁶⁾, 명의신탁약정을 무효로 하는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 관하여 “ ‘불법목적에 의한 명의신탁행위는 반사회질서행위이자 불법원인급여 행위에 해당되는 것으로서 명의신탁자는 명의수탁자 및 그 전득자를 상대로 명의신탁행위의 무효를 이유로 하여 명의신탁행위에 의하여 경료된 등기의 말소, 인도된 소유물의 반환청구 및 부당이득반환청구 등 법적구제를 구할 수 없다.’ 는 것도 포함하는 것으로 해석하지 않는 한 위헌” 이라는 청구를 제기한 경우¹⁶⁷⁾는 허용될 여지가 없다.

파트 분양계약을 체결하였다가 해제한 사람들에게도 언제나 적용하게 되면 실질적으로 분양계약을 유지하도록 강요하는 결과가 되어, 청구인들의 계약의 자유, 재산권, 양심의 자유, 거주이전의 자유 등을 침해한다.” 고 주장한 사안인데, 헌법재판소는 이를 “이 사건 아파트의 수분양자였다가 분양계약을 적법하게 해제한 청구인들의 경우에 대해서만큼은 적어도 이 사건 신탁계약이 사해행위로 인정되어야 한다는 취지” 로 보아 재판결과를 다투는 것으로서 부적법하다고 보았다.

- 165) 헌법재판소 2014. 3. 27. 2013헌바242. 청구인들은 주위적으로는 민법 제245조 제1항에 대한 (단순)위헌청구를, 예비적으로는 위와 같은 한정위헌청구를 제기한 사안이다. 헌법재판소는 위 예비적 청구에 대하여 허용되지 않는 한정위헌청구에 해당한다고 보아 심판대상에서 제외하고 주위적 청구에 대하여만 판단한 후 합헌결정을 선고하였다.
- 166) 헌법재판소 2015. 4. 14. 2015헌바134. 헌법재판소는 “청구인들의 주장은 채무자의 소멸시효완성 항변을 저지하기 위한 채권자의 권리행사기간은 민법상 시효정지에 준한다는 법원의 판례(대법원 2013.5.16. 선고 2012다202819 판결 등)를 다투는 취지일 뿐 그 외에 민법 제179조에 관한 의미있는 헌법문제를 주장하는 것이 아니” 라는 이유로 각하하였다.
- 167) 헌법재판소 2015. 10. 6. 2015헌바295. 헌법재판소는 “청구인들의 주장은 부동산실명법상 명의신탁약정이 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하거나 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다는 법원의 판례(대법원 2003. 11.

5. 심판대상의 문제와 한정위헌청구의 소멸

헌법재판소의 결정례를 검토한 결과 사실상 과거와 동일한 기준을 가지고 판단하고 있다는 인상을 지울 수 없으며, 한정위헌청구에 대한 경시(輕視)의 태도가 두드러지게 드러나고 있다. 그렇다면 과연 한정위헌청구의 “원칙적” 적법성은 어디에 존재하는가에 대한 의문을 던지지 않을 수 없다. 한정위헌청구를 통해 도모하고자 했던 다양한 이점들이 상실되고, 오히려 기존의 문제점들 - 쟁점을 부각하여 명확하게 주장하였던 청구인이 재판소원이라 하여 그 청구가 각하되는 상황 - 은 상존하게 되는 결과가 아닌가 하는 의문이 제기된다.

특히 문제가 되는 것은 심판대상과 관련한 결정 기조이다. 심판대상의 문제에 관하여도 2012. 12. 27. 2011헌바117결정에서 법정의견과 소수의견의 견해는 극명하게 대립한 바 있다. 법정의견이 심판대상을 사건규범에 가깝게 파악하였다는 것이 대립의 지점이었다. 위 결정으로부터 5년이 흐른 지금까지, 한정위헌청구의 심판대상 문제는 어떤 방식으로 이해되고 있는가?

헌법재판소는 한정위헌청구의 심판대상의 문제를 독특한 방식으로 해결하고 있는데, ① 각하하는 사건은 법률해석·적용의 위헌성을 심판대상으로 보아 판단하며, ② 각하되지 아니하고 본안판단에 들어가는 사건은 법률조항 자체를 심판대상으로 보아 판단하고 있으며 ③ 주위적·예비적 형태로 한정위헌청구와 단순위헌청구가 병합된 경우에는 한정위헌청구를 단순위헌청구의 양적 일부로 보아 별도로 심판대상으로 삼고 있지 않는다.

27. 선고 2003다41722 판결 등)를 다루는 취지일 뿐 그 외에 부동산실명법 제4조 제1항, 제2항에 관한 의미있는 헌법문제를 주장하는 것이 아니므로, 이 사건 심판청구는 결국 민법상 불법원인급여에 관한 법원의 포섭·적용을 다루는 것에 불과하여 허용될 수 없다.”는 이유로 각하하였다.

이러한 경향은 재판소원으로 인한 부적법한 한정위헌청구의 확대와 결합하여, 결국 적법한 한정위헌청구의 소멸이라는 결과를 낳는다.

① 각하 여부, 즉 한정위헌청구의 적법성 문제와 심판대상의 문제는 논리필연적인 관련성이 없음에도 불구하고, 이러한 경향성은 소수의 예외적인 결정¹⁶⁸⁾을 제외하고는 뚜렷하게 드러난다. 지정재판부에서 각하된 한정위헌청구사건을 표로 정리하면 다음과 같다.¹⁶⁹⁾¹⁷⁰⁾

순번	사건번호	심판대상 (법률해석을 심판대상으로 삼음)	종국결과
1	2014. 1. 21. 2014헌바1	‘산업기술’에 공개된 특허기술과 동일·유사한 산업기술 또는 대상기관과의 계약에 따라 비밀유지의무가 면제된 산업기술을 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 위헌인지 여부	지정재판부 각하(4호)
2	2014. 3. 10. 2014헌바117	신탁법 제8조 제1항 중 ‘채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우’에 분양사업 완료를 위해 최선의 방법으로 생각하여	지정재판부 각하(4호)

168) 예외적으로 헌법재판소 2016. 10. 27. 2012헌바280. 이 사안은 신의성실의 원칙을 규정한 구 국세기본법 제15조 전문에 관하여 청구인이 “구 국세기본법 제15조 전문을 개별 과세 객체에 대한 조세부과처분의 근거로 적용하는 한 헌법에 위반된다.” 이라는 한정위헌청구를 하였으나 헌법재판소는 “당해사건에서 구 국세기본법 제15조 전문은 부가가치세를 부과하는 근거로 적용된 것이 아니라 부가가치세 환급을 거부하는 근거로 적용되었으므로, 이 사건 심판대상은 법원이 과세관청의 부가가치세 환급거부처분을 적법하다고 판단한 근거로 적용한 구 국세기본법 제15조 전문이 헌법에 위반되는지 여부라고 봄이 상당하다”고 보았으면서도 결국 재판소원에 해당한다고 보아 각하하였다.

169) 심판대상 란의 문구는 해당 헌법재판소 결정문에서 원용하였다.

170) 그 외에 한정위헌청구를 지정재판부에서 각하한 결정례로는, 변호사의 형사성 공보수 약정이 민법 제103조에 포함되는 것으로 해석하는 것의 위헌을 구하였던 헌법재판소 2017. 1. 3. 2016헌바461, 뇌물에 관한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항의 ‘공무원’의 범위를 다투었던 헌법재판소 2017. 3. 21. 2017헌바148, 집회 참가자에게 형법 제185조의 교통방해죄를 적용하는 것의 위헌을 구하였던 헌법재판소 2017. 4. 4. 2017헌바162, 점유취득시효에 관한 민법 제245조 제1항을 ‘40년간’ 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유한 자를 배제하는 것으로 해석하는 것의 위헌을 구하였던 헌법재판소 2017. 5. 23. 2017헌바203이 존재한다. 위 사례들은 헌법재판소가 명시적으로 심판대상을 밝히지 않은 사례들이다.

		체결한 신탁계약은 항상 해당하지 않는 것으로 해석, 적용하는 것이 위헌인지 여부	
3	2014. 7. 1. 2014헌바251	구 조세특례제한법(2005. 12. 31. 법률 제7839호로 개정되고, 2006. 12. 30. 법률 제8146호로 개정되기 전의 것) 제85조 본문의 “사업 인정고시일” 부분 및 제5호의 “대통령령이 정하는 날” 부분에 양도소득세 과세대상 토지에 대한 세목고시를 누락한 채 실시계획의 고시가 이루어진 날이 포함되는 것으로 해석하는 것이 헌법에 위반되는지 여부	지정재판부 각하(4호)
4	2014. 8. 25. 2014헌바346	조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부개정된 것) 제10조 제3항 제1호 중 “재화를 공급하지 아니하고 부가가치세법에 따른 세금계산서를 발급하는 행위를 한 자”에 “재화를 공급하고 거래 상대방이 아닌 제3자를 공급받는 자로 기재한 세금계산서를 발급하여 그 제3자에게 교부한 자”가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되는지 여부	지정재판부 각하(4호)
5	2016. 1. 12. 2015헌바439	민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제840조 제6호의 이혼사유에 관하여 유책배우자의 이혼청구권을 원칙적으로 인정하지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되는지 여부	지정재판부 각하(4호)
6	2016. 8. 17. 2016헌바288	민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제840조 제6호의 이혼사유에 관하여 ‘구속 등 공권력에 의하여 강제 별거된 경우’에도 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’로 해석하는 한 헌법에 위반되는지 여부	지정재판부 각하(4호)
7	2014. 8. 25. 2014헌바30 1171)	민사소송법 제451조 제1항 제7호 중 ‘증인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때’의 의미를 ‘증인의 거짓 진술이 요증사실에 대한 직접 증거로 사용되어 증명력이 높을 것으로 해석’ 하는 것이 위헌인지 여부	지정재판부 각하(4호)

② 심판대상을 법률조항 자체로 보는 사건들은 기본적으로 본안판단에 들어가는 사안으로서, 당사자의 한정위헌 청구취지의 해석을 통해 법률조항 자체에 대한 위헌 주장으로 보는데, 이는 종래 한정위헌청구의 원칙적 부적법 하에서 예외적 적법성을 인정하던 사례군을 상기시킨다. 당사자의 청구취지의 해석을 통해 법률조항 자체에 대한 위헌 주장으로 본 사례를 표로 정리하면 다음과 같다.¹⁷²⁾¹⁷³⁾

순번	사건번호	심판대상 (법률조항 자체를 심판대상으로 삼음)	종국결과
1	2016. 6. 30. 2015헌마924	○ 청구인의 주장 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제1항 본문 중 ‘형제자매’에 이부 또는 이	위헌

171) 이 사건의 청구취지는 한정위헌청구로 구성되지 않았으나 헌법재판소는 이를 한정위헌을 청구하는 것으로 보고 법률해석을 심판대상으로 삼았다. (“청구인은 이 사건 심판청구서의 청구취지에 ‘이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다.’라고 기재하고 있고, 그 청구서 결론 부분에서 이 사건 법률조항은 그 자체가 명확하게 규정되지 않은 위헌적인 법률이라는 주장도 하고 있기는 하나, 이 사건 법률조항 전부에 관하여는 법원에 위헌법률심판제청신청절차를 거친 적이 없는데다가 이 사건 법률조항이 전부 위헌으로 되어 재심사유에서 제외되면 이 사건 법률조항에 근거한 청구인의 재심청구는 주장 그 자체로 받아들여질 수 없게 되는 점을 고려하고 청구인의 그 동안의 주장요지를 종합하면 이 사건의 심판대상을 위와 같이 봄이 타당하다.”) 한편 단순위헌청구를 한정위헌청구로 이해한 후, 청구인의 일부 주장을 심판대상에서 애초에 제외한 사건으로는 헌법재판소 2017. 4. 27. 2015헌바135.

172) 심판대상 란의 문구는 해당 헌법재판소 결정에서 원용하고 가독의 편의를 위해 적절히 일부 수정하였다.

173) 한편 단순위헌의 청구취지로 제기된 위헌소원을 한정위헌 취지의 주장으로 판단한 후, 부진정입법부작위를 다투는 것으로 보아 본안판단에 나아가고 심판대상을 법률조항자체로 본 사례도 존재한다. 항소의 대상에 관한 규정인 민사소송법 제390조 제1항에 대하여 위헌소원의 청구인이 자백간주로 피고가 패소한 판결을 항소의 대상에서 제외하고 있지 않은 점이 위헌이라 주장하였는데, 헌법재판소는 이를 “자백간주로 인한 피고 패소판결을 항소의 대상에서 제외하는 규정을 두지 않은 부진정 입법부작위가 위헌이라는 취지”로 “선택”한 후 민사소송법 제390조 제1항을 심판대상으로 삼아 본안판단하였다. 헌법재판소 2015. 7. 30. 2013헌바120. 그러나 한정위헌 취지의 주장이 선택을 받아야 하는 것인지는 음미를 요한다. 아래 표에서 보듯, 헌법재판소는 한정위헌청구를 법률조항 자체를 다투는 것으로 보는 경우를 표현함에 있어 “선택”라는 문구를 여전히 사용하고 있다.

		<p>복형제자매가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단 청구인의 이러한 주장은 이부 또는 이복형제자매가 ‘형제자매’에 당연히 포함된다는 전제 아래 위 조항이 형제자매에게까지 가족관계등록부 등의 기록사항에 관한 증명서 교부청구권을 부여하는 것은 위헌이라는 주장이므로 심판대상은 ‘형제자매’ 부분임</p>	
2	2015. 2. 26. 2012헌바355	<p>○ 청구인의 주장 구 소득세법 제94조 제1항 제3호 가목 전단의 ‘대주주’에 해당 주식등을 양도한 주주 1인 이외의 제3자가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단 청구인들은 법원이 위 ‘대주주’ 부분을 해석함에 있어 자의적으로 확대해석했다는 것을 탓하는바, 청구인들의 위와 같은 주장은 법원이 행한 바와 같은 해석을 가능하게 하는 구 소득세법 제94조 제1항 제3호 가목 전단 중 “대통령령이 정하는 대주주”에 관한 부분의 위헌성을 다투는 것으로 선해할 수 있음</p>	합헌
3	2016. 9. 29. 2016헌바221	<p>○ 청구인의 주장 공중위생관리법 제20조 제1항 제1호의 ‘신고하지 아니한 자’에 ‘임대주택법에 따른 규정을 준수한 임대사업자’가 포함된다고 해석하는 한 위헌</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단</p>	합헌

		이는 결국 공중위생관리법 제20조 제1항 제1호 중 숙박업에 관한 부분의 위헌성을 다투는 것임	
4	2016. 11. 24. 2016헌바156	○ 청구인의 주장 영유아보육법 제40조 제3호의 보조금에 기본보육료를 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌 ○ 헌법재판소의 심판대상 판단 구 영유아보육법 제40조 제3호 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구 ¹⁷⁴ 하고 있으나, 당해 사건에서 청구인들에게 적용되는 것은 위 조문 중 ‘보육시설의 설치·운영자’에 관한 부분과 ‘어린이집의 설치·운영자’에 관한 부분임	합헌
5	2016. 4. 28. 2015헌바247	○ 청구인의 주장 영유아보육법 제40조 제3호, 제46조 제4호의 보조금에 기본보육료를 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌 ○ 헌법재판소의 심판대상 판단 청구의 전체적 내용을 보면 구 영유아보육법 제40조 제3호와 제46조 제4호의 ‘보조금’ 개념이 명확하지 않다는 주장과 제40조 제3호가 정당하게 받은 부분까지 포함하여 보조금 전부에 대한 반환을 명할 수 있도록 규정한 것이 재산권에 대한 과도한 제한이라는 주장으로 정리할 수 있는데, 당해사건에서 청구인에게 적용되는 부분은 구 영유아보육법 제40조 제3호 중 ‘어린이집의 설치·운영자’에 관한 부분과 제46조 제4호 중 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우’에 관한 부분임	합헌
6	2013. 12. 26.	○ 청구인의 주장	일부 합헌,

	2011헌바162	<p>구 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한 법률 제70조 제1항을 객관적인 가치가 입증된 피수용토지에 대하여도 적용하는 한 위헌, 같은법 제77조 제1항을 피수용토지에서 영업을 하고 있었던 경우에만 적용하는 것으로 해석하는 한 위헌</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단 특별한 이유를 제시하지 않고 법률조항 자체를 심판대상으로 봄</p>	<p>(토지보상에 관한 같은법 제70조 제1항)</p> <p>일부 각하 (영업손실 보상에 관한 같은법 제77조 제1항)</p>
7	2014. 7. 24. 2012헌바408	<p>○ 청구인의 주장 구 지방세법 제112조 제3항은 이미 과밀억제권역 내에 본점 또는 주사무소용 사무실을 가지고 있다가 같은 권역 내의 다른 곳으로 사무실을 이전하는 경우와 같이 과밀억제권역 내에 인구유입 또는 경제력 집중을 유발하는 효과가 없는 경우에 적용되는 것으로 해석하는 한 위헌</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단 청구인의 청구취지를 볼 때 일견 한정위헌심판청구를 한 것으로 보이나, 이 사건 헌법소원심판청구서의 기재 내용을 종합해 보면, 청구인의 주장은 구 지방세법 제112조 제3항 본문 중 “수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역 안에서 대통령령이 정하는 본점의 사업용 부동산(본점 건물을 신축하는 경우에 한한다)을 취득하는 경우”에 관한 부분의 적용 범위가 너무 넓어서 위헌이라는 주장으로 선택할 수 있음</p>	합헌
8	2013. 9. 26.	○ 청구인의 주장	합헌

	2012헌바34	<p>형사소송법 제262조의2를 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조 제1항의 ‘정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당한다고 해석하는 한 위 형사소송법 조항 및 공공기관의 정보공개에 관한 법률 조항은 위헌</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단 특별한 이유를 실시하지 않고 법률조항 자체를 심판대상으로 봄</p>	
9	2016. 7. 28. 2015헌바20	<p>○ 청구인의 주장 군인연금법 제33조 제2항의 ‘수사가 진행중이거나 형사재판이 계속 중’인 사유에 ‘형을 받거나 파면된 경우’가 포함되지 않는다고 해석하는 한 위헌</p> <p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단 ‘형을 받거나 파면’된 자가 ‘수사가 진행중이거나 형사재판이 계속 중’인 자에 해당하지 않는다는 점은 군인연금법 제33조 제2항 자체에 의해 명백하게 정해진 내용이지 해석에 따라 달라진다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 청구는 법률조항 자체를 다투는 것으로 볼 것이고, 또한 재심으로 무죄판결을 선고받아 그 사유가 소멸한 경우에는 이자가산 규정을 두지 않은 입법의 불완전, 불충분성을 다투고 있으므로 부진정입법부작위의 위헌성을 다투는 것임</p>	헌법불합치(2017. 12. 31.을 시한으로 법 개정시까지 계속 적용)
10	2017. 8. 31. 2015헌바339	<p>○ 청구인의 주장 구 소득세법 제64조 제1항을 부동산매매업자의 종합소득금액이 결손인 경우에도 적용하는 것으로 해석하는 한 위헌</p>	합헌

		<p>○ 헌법재판소의 심판대상 판단</p> <p>청구인의 주장은 위 법률조항의 적용범위가 너무 넓어서 위헌이라는 주장으로 선해할 수 있음</p>	
--	--	--	--

③ 청구취지가 주위적·예비적 청구로 구성된 때에는 예비적 청구를 주위적 청구의 양적 일부(혹은 주위적 청구를 예비적 청구의 양적 일부로)로 보아 법률해석을 심판대상으로 삼지 아니하고 법률조항 자체를 심판대상으로 본다. 이는 종래의 실무례에 비추어 볼 때¹⁷⁵⁾ 새롭게 등장하는 법리는 아니다. 그러나 한정위헌청구를 단순위헌청구의 질적 일부로 보아 심판대상으로 삼지 않는다는 경향이 뚜렷한 점과, 애초에 이와 같은 형태의 주위적·예비적 청구는 한정위헌청구가 부적법 각하될 것을 우려한 측면에서 비롯된 것이라는 점을 주지할 필요가 있을 것이다.¹⁷⁶⁾

174) 청구인들은 청구취지를 “구 영유아보육법 제40조 제2호 및 제3호, 제45조 제1항 제1호, 제46조 제4호의 보조금에 기본보육료를 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌”으로 구성하였으며 내용상으로도 제40조 제3호의 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우”의 “보조금”에 “기본보육료”가 포함되는지를 다투었는데, 그럼에도 청구인들이 제40조 제3호 전체를 다투었다고 볼 수 있는지는 의문이다(제40조 제3호를 제외한 부분은 당해사건에 적용되는 법률이 아니라고 보아 배제되었다).

175) 종래에도 이와 같은 판시를 한 예로는, “무릇 규범의 해석 또는 적용을 한정하는 문제는, 일반적으로 규범의 다의적인 해석 또는 다기적인 적용이 가능하여, 헌법재판소가 규범의 내용을 제한적으로 해석 또는 적용하는 것이 적절하다고 판단하는 경우에 제기된다. 이 경우 헌법재판소는 법문의 의미가 미치는 범위를 파악하고, 그 의미평가에 관한 접근방법을 고려하며, 개별적 사건에서 적용할 수 있는 실무적인 적의성을 참작하여 규범의 해석 또는 적용을 한정하는 것이다. 그러므로 청구인의 요구에 구체적 사건에만 해당될 수 있는 규범의 해석 또는 적용을 추출하여 규범의 내용을 한정하는 것은 아니다. 이에 위와 같은 심판의 추가신청은 이 사건의 예비적 청구로 보지 아니하고 직권판단을 촉구하는 의미로 보아 별도의 심판대상으로 삼지 않는다.” 헌법재판소 1994. 4. 28. 93헌바26, “청구인은 주위적으로 건축법 제21조 제1항의 위헌확인을 구하면서 예비적으로 이 조항이 건축주와 공사시공자가 동일한 경우에도 적용하는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 주장을 하고 있으나, 위 예비적 청구는 주위적 청구와 동일한 심판대상에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하고 있고 주위적 청구의 양적 일부분에 불과하여 헌법재판상의 예비적 청구라고 볼 수 없으므로 따로 나누어 판단하지 아니한다.” 헌법재판소 2004. 4. 29. 2003헌마484 결정 등 참조.

이상과 같이 살펴본 결과, 헌법재판소의 결정례 중 한정위헌청구가 제기된 경우에 비록 본안판단에 이르는 경우일지라도 법률의 해석을 심판의 대상으로 삼은 결정례를 발견할 수 없었다. 그렇다면 2011헌바117 결정이 사실상 유일하게, 그리고 적법하게 한정위헌청구를 인정한 사례인 것이다. 즉, 현행 헌법재판소의 태도에 의하면 “적법한 (심판대상을 법률해석·적용의 문제로 잡은) 한정위헌청구”는 존재하지 않았으며, ‘각하되는 한정위헌청구’와 ‘단순위헌청구로 선택된 한정위헌청구’가 존재하였을 뿐이었다.

물론 모든 종류의 한정위헌청구가 그 자체로서 적법한 것은 아니다. 당연히 한정위헌청구의 외형을 구비하였을지라도 본안판단을 받기 위한 일정한 기준은 존재하여야 할 것이다. 그러나, 적어도 지나긴 논의 끝에 한정위헌청구를 원칙적으로 적법한 것으로 인정하기에 이르렀다면, 그로써 일반 국민들에게 한정위헌청구의 형태로 헌법소원을 제기하는 것은 원칙적으로 적법한 것이라는 신뢰를 제공하였다면 그에 상응할 정도로는 명확한 적법성 판단의 기준을 제시하여야 하였을 것이다. 오히려 예측가능성의 측면에서는 헌법재판소의 종래의 기준, 즉 ‘법률조항 자체의 명확성을 다투거나 관련된 법원의 선례가 집적된 경우’라는 기준이 훨씬 선명한 기준을 제시하고 있었다.

따라서 한정위헌청구의 적법성에 관한 문제는 아직 완전히 종결된 것

176) 헌법재판소 2013. 10. 24. 2011헌바79, 헌법재판소 2014. 6. 26. 2013헌바74, 헌법재판소 2014. 8. 19. 2014헌바303, 헌법재판소 2016. 2. 25. 2013헌바402, 헌법재판소 2015. 4. 30. 2014헌바30, 헌법재판소 2014. 7. 24. 2012헌바188, 헌법재판소 2014. 6. 26. 2012헌바382, 헌법재판소 2014. 3. 27. 2012헌바55, 헌법재판소 2015. 7. 30. 2013헌바204, 헌법재판소 2015. 10. 13. 2015헌바326, 헌법재판소 2016. 2. 25. 2013헌바175, 헌법재판소 2016. 7. 28. 2013헌바370, 헌법재판소 2016. 7. 28. 2014헌바432, 헌법재판소 2016. 9. 29. 2016헌바588이 확인된다. 한편 한정위헌청구를 단순위헌청구의 양적 일부로 보아 별도로 심판대상으로 보지 않은 것이 아니라 재판을 다투는 것으로 보아 별도로 심판대상으로 삼지 않은 사례도 존재한다. 헌법재판소 2016. 6. 30. 2013헌바27 결정. 이상의 결정례에서는 모두 법률조항 자체를 심판대상으로 봄으로써, 한정위헌청구의 적법성을 원인으로 각하되지 않았다.

이 아니다. 상대적으로 예측가능한 기준을 확정하고 합리적, 기능적으로 적법성을 판단하는 새로운 기준은 여전히 요청된다.

제2절 비교법적 고찰

1. 서론

이상에서 살펴본 바와 같은 한정위헌청구에 대한 헌법재판소의 소극적 태도는 다분히 법원의 재판작용 및 그 권한을 의식한 태도에서 기인하는 것으로 보인다. 그러므로 헌법재판소와 법원의 관계에 관한 다양한 법제도를 살펴봄으로써 양자에 대한 기능적 고찰이 가능하게 된다면, 본고의 주제와 관련하여 규범통제와 법원의 관계에 대한 이해의 폭을 넓힐 수 있을 것이며 문제 해결을 위한 단초를 구할 수 있을 것이다.

비교법적 고찰을 통하여 확인하고자 하는 바는 다음과 같다. 규범통제제도와 법원은 갈등을 빚는 것은 필연적인 문제라는 것, 헌법재판소의 통제가 법원의 재판과 관련하여 어떻게 기능하고 있는지의 확인, 규범통제의 범위의 적절한 조정을 위한 추가적 요건이 어떻게 설정되고 있는지의 확인이 바로 그것이다. 따라서 이하에서는 다양한 형태로 규범통제제도를 운영하고 있는 대표적 국가들로서 독일, 오스트리아, 프랑스의 규범통제제도 일반 및 법원과의 관계를 조망하고, 최고법원에서 규범통제를 실행하고 있는 일원적 형태의 미국의 법제도를 살펴봄으로써 그 단초를 구하여 보고자 한다.

2. 독일¹⁷⁷⁾

가. 독일 헌법재판제도의 특징

177) 이 부분에서 인용하는 독일 법제에 관한 해석은 특별한 인용표시가 없는 한 헌법재판연구원, “2016 국가별 법령집(독일)”, 2016의 해석을 인용하였다.

독일의 헌법재판제도에서 본고의 논의와 가장 큰 관련성이 있는 부분은, 재판에 대한 헌법소원이 폭넓게 허용된다는 점이다. 독일 연방헌법재판소법 제90조 제1항은 “공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 기본법(…)의 권리가 침해된 자는 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 공권력작용 전반에 대한 헌법소원을 규정하고 있다.

그런데 독일에서 재판에 대한 폭넓은 헌법소원 제기 가능성은 처음부터 손쉽게 인정된 것은 아니었다. 비록 헌법소원의 기본적 관념은 존재하였으나, 제도적으로 안착하기까지는 긴 시간이 걸렸다.¹⁷⁸⁾ 즉 독일 기본법의 제정 과정에서 헌법소원의 명문화에 관한 논의는 존재하였음에도 불구하고 헌법소원제도는 명시적으로 규정되지 않았고 다만 그 법률을 통한 도입 가능성을 시사하는 데 그쳤다고 한다.¹⁷⁹⁾ 헌법소원제도는 1951년 연방헌법재판소법에 의하여 비로소 명문화되었으며, 독일 기본법에 헌법소원제도가 규정된 것은 1969년에 이르러서였다고 한다.¹⁸⁰⁾ 한편 연방헌법재판소법에서 헌법소원제도의 도입 또한 순조롭기만 한 것은 아니었는데, 연방헌법재판소법의 제정과정에서 과잉입법임을 이유로 이를 비판하는 견해도 있었으나 기본권보호를 위하여 이와 같이 규정되었다고 한다.¹⁸¹⁾ 어쨌든 우여곡절을 거쳐 법제에 안착한 독일의 헌법소원제도는 독일 기본법 제93조 제1항에서 연방헌법재판소의 권한사항으로 “(...)규정된 권리가 공권력에 의하여 침해되었다고 주장하며 제기할 수 있는 헌법소원”을 규정함으로써 제도적으로 보장되고 있다. 독일에서의 재판소원의 규범적 근거는 위와 같은 독일 기본법 및 연방헌법재판소법상에 존재하는 조항들¹⁸²⁾일 것이지만, 그 외에도 기본권의 기속성에 관한 조항

178) 한수용, 앞의 글 “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 296-298면.

179) 박인수 외 2, “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 헌법재판연구 제21권, 헌법재판소, 2010, 14-15면.

180) Klaus Schlaich · Stefan Koriath 著, 정태호 譯, “독일연방헌법재판소”, 헌법재판소, 2015, 177-178면.

181) 유남석, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 291면 각주 12번.

182) 언급한 독일 기본법 제93조 제1항 및 연방헌법재판소법 제90조 제1항 이외에

(기본법 제1조 제3항, 제20조 제3항), 기본권보호에 관한 조항(기본법 제19조 제4항), 헌법소원의 보충성에 관한 규정(연방헌법재판소법 제90조 제2항) 또한 근거가 된다고 한다.¹⁸³⁾

규범적 근거 이외에, 독일에서 재판소원을 허용하는 이론적 근거로는 첫째, 법원의 사법작용도 공권력작용으로서 헌법소원제도 하에서 재판에 의한 기본권 침해의 구제가 필요하다는 점, 둘째, 연방헌법재판소의 위헌결정권의 효율적 보장, 셋째, 헌법상 인정되는 연방헌법재판소의 특별한 지위가 거론되고 있다.¹⁸⁴⁾ 그런데, 이와 관련하여 우리나라에서 재판소원의 도입을 반대하는 견해에서는 독일에서의 재판소원은 연방헌법재판소의 특별한 지위-최고헌법기관-에서 비롯되는 것이므로 우리나라의 경우처럼 동등한 사법기관의 관계가 규정되고 있는 경우에는 재판소원이 불가능하다는 것을 특히 강조한다.¹⁸⁵⁾ 이에 대하여는 독일의 다른 사법기관과 연방헌법재판소의 관계에 관하여 연방헌법재판소는 동일한 지위에 있음을 밝힌 바 있음을 비롯하여 관할이 다른 수평적 관계로 인식되고 있다고 보는 견해¹⁸⁶⁾, 재판소원을 통한 법원의 재판에 대한 헌법적 통제가 이루어지는 결과 연방헌법재판소의 우위가 있게 되었다고 보는 견해¹⁸⁷⁾ 등 다양한 해석이 더해진다. 그러나 “연방헌법재판소의 특별한 지위와 재판소원의 관할권은 별개의 문제” 인바¹⁸⁸⁾ 양자는 논리필연적으로 연결되지 않는다고 봄이 타당하다. 이처럼 공권력행사 ‘일반’에 대

도, 결정(Entscheidung)에 대한 헌법소원이 인용된 경우의 규정이 거시된다. 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 65면.

183) 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 65-66면.

184) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 39-40면.

185) 예컨대 유남석, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 297면, 유병현, “독일 법원의 구조와 재판소원제도”, 법조 제661호, 법조협회, 2011, 133면 등.

186) 김일환, “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 헌법학연구 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009, 212면.

187) 차진아, “독일 재판소원의 성격과 기능”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 43면.

188) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 40면.

한 폭넓은 헌법소원의 허용은 기본적으로 기본권보호의 요청에서 비롯된다고 할 수 있다.¹⁸⁹⁾

이는 재판소원의 구체적 전개과정에서도 엿볼 수 있는 사실이다. 재판소원은 헌법소원의 기본권보호 기능 및 기본권의 규범력의 확대화를 통하여 전개되었다. 연방헌법재판소는 뤼트(Lüth) 판결을¹⁹⁰⁾ 기점으로 국가와 사인간의 관계가 아닌 사인간의 법적 관계에 관한 재판에 대하여도 기본권의 제3자효를 이유로 재판소원을 허용하게 되었다.¹⁹¹⁾ 그러나 이러한 경향성에 대하여 비판하는 견해 또한 존재하는데, 이처럼 폭넓은 기본권의 범위 및 그 기속력의 인정에 관하여 “과잉헌법화”¹⁹²⁾, “연방헌법재판소에 의한 전문재판의 억압”¹⁹³⁾, “사법국가”¹⁹⁴⁾ 등의 표현으로 널리 지적받고 있다.¹⁹⁵⁾¹⁹⁶⁾

189) 비록 기본법상의 문언상으로는 제한된 기본권의 침해의 경우에만 헌법소원이 가능하다고 보일 여지도 있으나, 독일 연방헌법재판소는 실제로 독일 기본법 제2조 제1항상의 인격권 조항의 해석을 통하여 이러한 제한을 엄격하게 새기지 않는다고 한다. Konrad Hesse 著, 계획열 譯, “통일 독일헌법원론”, 박영사, 2001, 216-217면 및 262-265면.

190) BVerfGE 7, 199 vom 15. 1. 1958.

191) 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 67면.

192) 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 68면.

193) Otto Depenheure, 공진성 역, “재판소원의 저주와 축복”, 헌법논총 19집, 헌법재판소, 2008, 821면.

194) Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz”, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990, 62면 이하, 김일환, 앞의 글 “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 214면 각주 49번에서 재인용.

195) 이 외에도, 재판소원을 폐지하자는 견해에서부터 다양한 방식의 개선을 모색하는 견해들을 소개하는 것으로는 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위 : 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010, 182-186면 참조.

196) 물론 이러한 경향을 옹호하는 견해도 존재한다. 이러한 경향은 헌법재판소가 의도한 것이 아니며 기본권보장을 위한 시도에 따르는 불가피한 결과라고 보는 견해로 Dieter Grimm, 박서화 역, “독일에서의 재판소원 및 헌법재판소와 일반법원의 관계”, 서울대학교 법학 제55권 제1호, 2014, 368면. 그 외 연방헌법재판소의 권한 확대에 관하여 긍정하는 견해를 소개하는 김일환, 앞의 글 “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 220-222면 참조.

나. 재판소원의 허용기준

헌법소원의 대상으로 법원의 재판이 인정된다고 할 경우 재판소원의 인정범위, 즉 어떠한 기준 하에서 헌법적 통제의 대상이 되는 재판을 정할 것인지가 문제된다. 독일에서의 헌법소원은 다른 권리구제절차를 먼저 거쳐야 하는데(보충성 원칙)¹⁹⁷⁾ 이에 의하여 재판소원은 최종심급의 법원의 재판을 대상으로 삼아야 한다.¹⁹⁸⁾ 한편 연방헌법재판소는 재판회부절차 내지 선별수용절차(Annahmeverfahren)를 통하여¹⁹⁹⁾, 제기된 헌법소원에 대한 심리 여부를 결정하는데, “헌법소원에 원칙적인 헌법적 의미가 있는 경우” 또는 “제90조 제1항에 열거된 권리²⁰⁰⁾를 관철하기에 적절한 경우이거나 본안재판의 거절로 인하여 소원청구인에게 특별히 중대한 손실이 발생할 경우” 에는 수용결정이 내려진다.²⁰¹⁾ 이러한 재판회부절차는 적법성 심사에 앞서서 진행되는 것으로서, 연방헌법재판소의 과도한 사건부담에 대응하기 위한 것이다.²⁰²⁾ 이러한 여과장치에도 불구하고 재판소원의 심사범위 내지 심사기준을 확정하는 것은 상당히 어려운 문제인데, 법원의 권한과 헌법재판소의 권한의 획정 문제가 발생하

197) 독일 연방헌법재판소법 제90조 제2항은 “다른 권리구제절차가 있는 경우에는, 헌법소원은 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의미를 가지는 경우 또는 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원청구인이 중대하고 불가피한 손해를 입을 우려가 있는 경우에는, 연방헌법재판소는 권리구제절차를 거치기 전에 헌법소원에 대해서도 즉시 심판할 수 있다.” 고 규정함으로써 보충성 원칙을 천명하고 있다.

198) 차진아, 앞의 글 “독일 재판소원의 성격과 기능”, 51-52면.

199) 선별수용절차는 “수리소원제도” 로 표현되기도 한다. 유병현, 앞의 글 “독일 법원의 구조와 재판소원제도”, 129-130면.

200) “연방헌재법 제90조 제1항에서 규정된 권리들이란 기본권, 기본법 제20조 제4항(저항권), 기본법 제33조(독일국민의 권리, 공직취임권 등), 기본법 제38조(연방의회 선거권, 피선거권 등), 기본법 제101조(특별법원이 금지, 법률로 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리 등), 기본법 제103조(법원에서의 청문권, 죄형법정주의, 일사부재리의 원칙), 기본법 제104조에 규정된 권리(신체의 자유)” 이다. 차진아, 앞의 글 “독일 재판소원의 성격과 기능”, 52면 각주 41번.

201) 독일연방헌법재판소법 제93a조 및 차진아, 앞의 글 “독일 재판소원의 성격과 기능”, 52-53면.

202) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 224-225면.

며, 이는 기본권보호와 초상고심으로의 변질 사이에서 적절한 지점을 찾아야 하는 문제이기 때문이다.²⁰³⁾

이 문제를 설명하기 위한 연방헌법재판소는 이른바 “HECK(Heck) 공식”을 제시하였는데, 이 공식은 법원의 고유한 권한영역을 인정함으로써 단순히 잘못된 재판을 한 경우가 아니라 ‘특별히’ 헌법을 침해한 경우에 한하여 재판소원을 인정할 수 있다는 것이다.²⁰⁴⁾ 즉 “기본권의 의미, 특히 기본권의 보호범위에 대한 근본적으로 잘못된 견해에 기인하는 그리고 구체적인 법적 사건에 대한 기본권의 실질적 의미에 비추어 볼 때 상당한 비중을 갖는 해석의 오류가 확인될 수 있는지” 여부를 판단한다고 한다.²⁰⁵⁾ 이에 따르면 “재판절차를 정하는 문제, 사실관계를 확정하고 평가하는 문제, 법률을 해석해서 개별적인 사건에 적용하는 문제”는 법원의 권한이며 “법원이 법률해석을 잘못해서 객관적으로 잘못된 재판을 한 것 만으로는 특별히 헌법을 침해한 것으로 볼 수 없고, 그 잘못된 재판이 기본권을 존중하지 않은 데 기인하는 경우”에만 이를 문제삼을 수 있다고 한다.²⁰⁶⁾ 즉 재판소원을 통하여 청구인이 주장하여야 하는 것은 기본권 침해여야 한다는 것이다. 따라서 “법원이 헌법하위법을 올바르게 적용하였는지에 대한 심사는 원칙적으로 행하여지지 아니한다.”²⁰⁷⁾ HECK 공식에 대하여는 기본권의 효력과 관련하여 비판이 제기되는데, 기본권이 법원을 기속함에도 불구하고 이를 두고 다시금 “특별히” 기본권을 침해하는 것을 기준으로 삼는 것은 잘못되었다는 것이다.²⁰⁸⁾

203) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 42면.

204) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 43면.

205) BVerfGE 18, 85 (93), Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 244면에서 재인용.

206) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 43면.

207) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 178-179.

208) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 43-44면, Otto Depenheure, 앞의 글 “재판소원의 저주와 축복”, 823면.

기본권을 제한하는 법률은 일반적·개별적으로 합헌이고 유효하여야 하므로 위법한 기본권 제한은 항상 기본권 침해가 된다고 한다. Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 245-246면.

핵 공식 이후에는 “슈만(Shumann) 공식”이 등장하였는데, 이 공식에 따르면 재판소원의 대상은 “입법자가 법규범으로는 정립하지 않을 것으로 추정되는 법적 결과를 인정하는 경우”로서 “법관법(Richterrecht)”을 형성한 경우의 재판이 된다.²⁰⁹⁾ 즉 이 공식은 기본권이라는 실체적 기준이 아닌 형식적인 기준을 통하여 재판소원이 가능한 범위를 확장하려는 시도로 볼 수 있다.²¹⁰⁾ 슈만 공식은 입법자의 법과 법관이 형성한 법을 헌법재판소의 통제대상의 관점에서는 동일하게 취급함으로써, 법관의 법형성의 한계를 명확하게 하지만²¹¹⁾, 입법자가 어떠한 법을 정립하려고 하였는지를 다시 판단하여야 하는 점²¹²⁾에서 비판을 받는다.

한편 연방헌법재판소는 핵 공식을 기반으로, 구체적·개별적 사안마다 심사범위를 다르게 정할 필요가 있다고 하면서 기본권이 침해되는 정도에 따라 심사범위가 달라진다는 “침해진지성이론(Theorie der Eingriffsintensität or Je-desto-Formel)”을 실시하기도 하였다.²¹³⁾ 침해진지성이론에 대하여는 재판소원 심사의 문제를 통제의 범위가 아닌 통제의 정도로 이해한다는 점에서 의의를 찾을 수 있겠으나, 위헌적인 재판이 합헌화될 가능성 및 기본권 침해의 진지성의 판단기준의 문제의 점에서 난점이 있다는 비판과²¹⁴⁾, 침해의 진지성이 기본권의 종류에 따라 달라질 수 있다는 것은 자의적이며, 이에 따라 위헌성 심사 결과가 정해진다는 비판이 제기된다.²¹⁵⁾ 재판소원이 허용되는 경우에 이를 어떤 범위까지 다루지는 결코 수월하지 않은 문제라는 것을 시사해준다.

이와 관련한 연방헌법재판소의 태도를 보다 구체적으로 살펴보면, 사실인정과 평가의 문제는 법원에서 판단할 사항이라고 보아 재판소원으로

209) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 44면.

210) Otto Depenheure, 앞의 글 “재판소원의 저주와 축복”, 823-824면.

211) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 44면.

212) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 45면.

213) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 45면.

214) 허영, 앞의 책 “헌법소송법론”, 45-46면.

215) Otto Depenheure, 앞의 글 “재판소원의 저주와 축복”, 824면.

다를 수 없다고 한다.²¹⁶⁾ 나아가 법원이 법률을 해석·적용함에 있어서 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부를 판단함에 있어서는 법원이 “기본권의 영향” 내지는 “상충하는 기본권영역들 사이의 형량” 문제를 간과하는 등 기본권을 고려하지 않거나²¹⁷⁾ “기본권의 의미에 관한, 특히 그 보호영역에 관한 근본적으로 잘못된 견해”에 기인하는 경우인지를 판단한다고 한다.²¹⁸⁾ 한편 법원의 재판이 “자의적”인 경우에도 헌법재판소의 통제대상이 되는데, 재판이 헌법상 문제가 아닌 법률적 차원에서 잘못된 경우에도 기본법 제3조 제1항(평등권)을 통하여 이와 같은 유형의 재판을 판단한다고 한다.²¹⁹⁾ 그 외에도 법원이 법률문언의 한계를 넘어서는 기본권제한을 시도하는 경우에도 연방헌법재판소의 심사대상이 된다.²²⁰⁾ 이러한 연방헌법재판소의 태도가 일련의 경향성 내지 사례군을 보여주는 것이지만, 연방헌법재판소는 재판소원의 통제범위를 유동적으로 새기고 있으며 개별적 사건별로 판단하는 것이 바람직하다고 보고 있다고 한다.²²¹⁾ 한편 재판소원이 인용되면 당해 재판은 취소되어 “적절한 심급 및 관할법원을 선택하여” 환송되며,²²²⁾ 재판소원을 제기하면서 재판에 적용된 법률의 위헌성을 다룰 수도 있는데(이른바 ‘간접적 법률소원’), 이때 법률의 통제에 관하여는 규범통제의 심사범위 범리에 의하여 규율된다고 본다.²²³⁾

216) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 248면. 반면 예외적으로 기본권 침해의 정도가 높으면 “법원의 평가를 대체할” 수 있다고 한다. 같은 책, 260-261면.

217) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 251-252면.

218) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 252면. 이때 “근본적”이라는 것은 법원이 기본권을 제대로 이해하였는지를 전면적으로 심사한다는 것이 아닌 소극적인 의미를 가진다고 한다. 같은 책, 253면.

219) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 255-257면. 한편 “헌법하위법의 적용이 의문의 여지없이 잘못되었더라도 그것만으로 바로 일반적 평등원칙에 대한 저촉이 발생하는 것은 아니다. 오히려 법적용이 오류임을 인정하기 위해서는 기본법을 지배하는 사상을 고려할 때 납득할 수 없고 따라서 사리에 반하는 고려에 기초를 두고 있다는 결론을 내릴 수밖에 없다는 사정이 추가되어야 한다.” 고 한다. BVerfGE 70, 93 (97), Klaus Schlaich · Stefan Koriath, “독일연방헌법재판소”, 256면에서 재인용.

220) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 257-258면.

221) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 259면.

222) 유병현, 앞의 글 “독일 법원의 구조와 재판소원제도”, 130-131면.

다. 시사점

재판소원을 허용하는 경우에도 그 범위에 대하여 끊임없는 논쟁이 제기되고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 그럼에도 불구하고 재판소원을 통하여 기본권보장에 충실하게 된다는 점 또한 부인할 수 없다.²²³⁾ 나아가 법원의 법률해석에 대한 통제를 기본권 침해에 대한 구제수단으로서의 헌법소원을 통하여 해결한다는 것은 결국 법원의 재판 자체의 기본권 침해의 문제가 도출되므로 재판소원의 허용범위에 관한 격렬한 논쟁과 의문이 제기될 여지가 큰 것에 비할 때 규범통제로서 법률해석을 통제하는 것은 재판을 문제삼는 것은 아니므로 상대적으로 그와 같은 위험이 덜하다고 보아야 할 것이다. ‘재판에 의한 기본권 침해가 있느냐?’를 판단하는 것보다 법률해석에 대한 규범통제로 접근하는 방식은 당해 재판의 당부를 관심사로 하지 않기 때문이다. 핵 공식은 사실관계의 인정 내지 당해재판에서의 법 적용의 잘못을 재판소원에서 다루지 않도록 한다는 점에서, 그리고 슈만 공식은 형식적으로 재판소원의 대상을 일별하려는 시도인 점에서 본고의 논지와 유사할 것이다. 다만 위 공식들은 본질적으로 헌법재판소의 권한의 문제라기보다는 목적적·기능적 자체의 측면이 두드러진다. 전면적인 재판소원이 범규범상 허용되는 상태에서, 그리고 연방헌법재판소의 기본권보장의 충실화라는 기초 하에서, 폭증하는 재판소원을 두고 어떤 것을 제외하고 어떤 것을 판단할 지에 관한 논의의 결과물이기 때문이다.

3. 오스트리아

가. 오스트리아 헌법재판제도의 특징

법률에 대한 규범통제 및 재판소원과 관련하여 오스트리아 헌법재판제

223) Klaus Schlaich · Stefan Koriath, 앞의 책 “독일연방헌법재판소”, 277면.

224) 김일환, 앞의 글 “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 220면.

도를 살펴보면, 종래 오스트리아 헌법은 구체적 규범통제와 더불어 추상적 규범통제제도를 규율하고 있었고 재판소원은 인정되지 않았다.²²⁵⁾ 그러나 최근 오스트리아는 3차례의 개헌을 통하여 기존과는 다른 새로운 헌법재판제도의 운영을 시도하고 있다.²²⁶⁾

오스트리아는 2008년 헌법개정을 통하여 종래 망명에 대하여 심사하는 행정청인 독립연방망명심사위원회에 갈음하는 망명재판소를 신설하면서, 망명재판소의 재판에 의하여 권리를 침해받은 자의 재판소원에 대하여 헌법재판소가 판결할 수 있도록 규정하였다.²²⁷⁾ 망명재판소의 도입에 관하여, 기존의 행정청을 통제하는 헌법재판소의 처분소원제도와는 별개의 조항을 신설한 것을 볼 때 망명재판소 결정에 대한 헌법재판소의 심리는 재판소원을 인정한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.²²⁸⁾ 그러나 망명재판소는 2012년의 헌법개정을 통하여 다시 폐지되게 되었고, 새로이 신설되는 연방행정법원이 망명재판소의 역할을 대체하게 되었다.²²⁹⁾

225) 오스트리아 연방헌법은 연방법률 및 주법률에 대한 위헌법률심사제도를 규정하고 있고, 이에 따라 구체적 재판에서 적용되는 법률에 관하여 법원의 제청을 통하여 법률의 위헌성을 심사하게 되며, 한편 연방 또는 주의 정부 또는 의회를 비롯하여 일반 사인도 법률에 대한 위헌성 심사를 청구할 수 있다고 한다. 장영철, “오스트리아 법령심사제도”, 서강법학 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010, 82-83면.

이 경우 일반 사인이 위헌성 심사를 청구하는 때에는 “자기관련성, 직접성, 보충성 요건을 두어 청구요건을 엄격히 하고 있다는 점에서 우리나라 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원을 통한 ‘법령소원’ 과 유사한 제도로 이해된다.” 고 한다. 김태호, “오스트리아 사법제도 연구”, 사법정책연구원, 2015, 26면.

한편, 종래 오스트리아 연방헌법은 행정청의 처분에 의한 기본권 침해의 구체 수단으로서 처분소원제도를 운영하고 있었고, 망명재판소 신설을 통하여 재판소원 도입이 개시되었다고 한다. 허완중, “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 헌법재판연구원, 2016, 76면.

226) 세 차례의 개정의 주요 핵심 취지에 관하여는 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 41면.

227) 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 125면.

228) 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 125-126면.

229) 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 43-44면.

한편 2012년의 헌법개정은 종래의 처분소원제도²³⁰⁾에 대한 변경을 시도하였다. 즉 기존의 행정청에 대한 통제를 규율하였던 처분소원제도에 갈음하여, 행정재판소 산하에 행정법원을 하급심법원으로 신설하면서 행정법원의 판결에 대하여 헌법재판소에 재판소원을 청구할 수 있도록 규정이 된 것이다.²³¹⁾ 즉 1심인 행정법원의 판결이 자신의 기본권을 침해하였다고 주장하는 자가 헌법재판소에 재판에 대한 불복을 신청하고, 신청이 인용되는 경우에는 1심 판결이 취소될 수 있다.²³²⁾ 이에 관하여, 오스트리아가 종래 재판소원을 허용하지 않고 있었으나 이제는 재판소원을 허용한 바 처분에 관한 헌법적 문제에 대한 헌법재판소의 통제가 어려운 우리나라의 현실과 관련하여 주목하여야 한다고 해석하는 견해²³³⁾가 있고, 반면 행정작용에 대한 헌법재판소의 통제는 오스트리아에서 과거부터 인정되어 왔으며²³⁴⁾ 법원의 재판작용에 대한 통제는 이루어지지 않았던 점을 강조하고 헌법재판소의 법원에 대한 통제의 관점이 아니라 심급에 의한 불복절차로서의 성격을 강조하는 견해가 있다.²³⁵⁾ 두 견해 모두 오스트리아의 재판소원 도입에 관하여 독일과 같이 전면적으로 규범통제를 인정하는 단계에까지 이르렀다고 보지는 않는다.

나. 법률소원제도

나아가 2013년, 오스트리아는 법률소원제도(Gesetzesbeschwerde)를 헌

230) 처분소원(Bescheidbeschwerde)은 행정청의 처분이 자신의 기본권을 침해하였다고 주장하는 자가 직접 헌법재판소에 그 처분을 소원할 수 있게 하는 제도로서, 종래에는 처분에 관하여 행정재판소와 헌법재판소 중 청구원인에 따라 기본권 침해를 주장하려는 경우에는 헌법재판소에, 처분의 위법성을 주장하려는 경우에는 행정재판소에 선택적으로 제기할 수 있었다고 한다. 장영철, “법률해석에 관한 오스트리아 헌법재판소, 대법원 및 행정재판소간의 권한갈등”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 86-87면.

231) 허완중, 앞의 책 “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 76-77면.

232) 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 48-49면.

233) 허완중, 앞의 책 “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 108-109면.

234) 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 47-48면

235) 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 51-52면.

법개정을 통해 신설하였다. 즉, 종래 오스트리아의 구체적 규범통제제도는 구체적 재판에서 합헌성이 의심되는 법률에 대하여 법원의 위헌법률심사 제청 의무를 규정하고 있었으나²³⁶⁾²³⁷⁾, 오스트리아 법원의 위헌법률심사 제청에 대한 소극적 태도로 인하여 권리구제에 장애가 발생하였다.²³⁸⁾ 이에 오스트리아 개정 헌법은 “제1심 일반법원이 재판한 법적 사건의 당사자로서 위헌법률 적용으로 말미암아 자기 권리를 침해받았다고 주장하는 모든 사람은 이러한 재판을 불복수단으로 다투면서 이러한 법률을 다룰 권한이 있다.”고 규정함으로써 재판 당사자가 직접 법률의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소의 심판을 청구할 수 있는 법률소원제도를 도입하기에 이르렀다.²³⁹⁾ 법률소원제도에 대하여는 우리 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원제도와 유사점이 주목받는데²⁴⁰⁾, 우리 헌법재판소법과의 문언상 차이인 법률소원제도의 “‘법규범’ ‘적용’”에 주목하여 “법원의 법규범 해석도 당연히 심사대상이 될 수 있다.”고 보는 견해가 있다.²⁴¹⁾

특히 이에 관하여, 오스트리아에서는 한정위헌결정을 하지 않는다고 하면서 그 이유로 한정위헌결정의 문제를 최고사법기관 간의 헌법상 권

236) 허완중, 앞의 책 “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 55면.

237) 한편 이 경우 위헌법률심판의 대상으로서의 법률은, “구체적 규범통제의 제청 요건인 재판의 전제성에 상응하는 것으로 법률 및 법률조항을 구성하는 단어, 구절, 규정의 일부분은 물론 법령의 의미에 합당한 해석(sinngebende Wendungen) 즉 합헌적 법률해석도 심사대상이 될 수 있”다고 한다. 장영철, 앞의 글 “법률해석에 관한 오스트리아 헌법재판소, 대법원 및 행정재판소간의 권한갈등”, 80면.

238) 오스트리아 대법원은 “‘형사판결’로 기본권을 침해당한 자의 청구에 의하여 기본권소원(Grundrechtsbeschwerde)을 심판할 수 있는 권한”을 보유하지만 헌법재판소와는 달리 “법령의 위헌결정을 할 수는 없으므로 그 심판절차에서 적용된 법령의 위헌제청이 요구”되지만 이를 방치하고 있어서 오스트리아에서는 유럽인권재판소를 통한 권리구제를 받고 있었다고 한다. 장영철, 앞의 글 “법률해석에 관한 오스트리아 헌법재판소, 대법원 및 행정재판소간의 권한갈등”, 75면. 한편 이러한 태도는 오스트리아 대법원의 법률해석에 대한 전문성을 주장하는 것에서 기인한다고 한다. 장영철, 같은 글, 80면.

239) 오스트리아 연방헌법 제140조 제1항 제1호 d목. 허완중, 앞의 책 “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 57면에서 재인용.

240) 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 58면, 김하열, 앞의 책 “헌법소송법”, 388-389면 등.

241) 허완중, 앞의 책 “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 101면.

한배분의 문제로 보면서 “헌법재판소가 법률조항의 내용에 변경을 가할 목적으로 그 법률조항의 일부 어구를 폐지하는 것은 연방헌법 제140조에 의하여 헌법재판소에 부여된 위헌법률심사 권한을 넘는 것”이라는 오스트리아 헌법재판소의 판례²⁴²⁾가 이와 같은 취지라고 하는 견해가 있다.²⁴³⁾ 반면, “오스트리아 헌재는 사법부체계와 다른 독립된 헌법기관으로 편제되어 있고 재판소원심판권이 없는 점을 고려하여 일반·추상적으로 법률의 해석범위를 한정하여 위헌결정을 하지 않는다”고 분석하면서도, “(양적 일부위헌선언으로 법내용에 변화가 초래되는 경우에는) 결정이유에서 당해사건에 한정하여 구체적으로 적용되는 합헌적 법률해석의 위헌성을 지적하고, 결정주문에서는 평등권침해를 선언하며 처분취소결정을 하고 있다. 즉 당해사건의 해결범위에서 처분청의 합헌적 법률해석을 제한하는 한정위헌결정을 하고 있다.”라는 분석도 존재한다.²⁴⁴⁾²⁴⁵⁾

다. 시사점

종래 오스트리아 제도는 재판소원 불허의 논거로 곧잘 활용되었던 것이 사실이다.²⁴⁶⁾ 그런 상태에서 오스트리아에서 최근 있었던 일련의 제

242) VfSlg 8155/1977. 10. 13., 김태호, “오스트리아 사법제도 연구”, 38면에서 재인용. 한편 위 오스트리아 헌법재판소의 판례는 이어 “헌법재판소는 위헌임을 이유로 법률조항의 일부 문언을 폐지함에 있어서 그 법률조항 중 당해 사건 재판의 전제가 된 부분을 초과하여 제거하지 않도록 하는 한편, 제거되지 않고 남는 부분의 의미가 변경되지 않도록 하여야 하는바, 이러한 두 가지 목적을 동시에 완벽하게 달성하는 것은 지극히 어려운 일이므로, 헌법재판소는 구체적인 사건마다 어느 한 목적을 다른 목적보다 우선시킬 것인지 및 그 정도를 비교형량하여야 한다. 법률조항의 폐지 범위를 정함에 있어서는, 위헌인 것으로 폐지하여야 할 부분과 불가분의 관계에 있는 부분도 함께 폐지하여야 하는 한편, 남는 부분의 의미·내용이 완전히 변질되지 않도록 하여야 하는 것이다.”라 한다. 법원도서관, 앞의 책 “헌법재판제도의 이해(요약)”, 56면에서 재인용.

243) 김태호, 앞의 책 “오스트리아 사법제도 연구”, 38면.

244) 장영철, 앞의 글 “법률해석에 관한 오스트리아 헌법재판소, 대법원 및 행정재판소간의 권한갈등”, 83면.

245) 헌법합치적 법률해석과 관련하여 헌법재판소는 법원(행정재판소)의 법적 견해에 기속되지 않는다고 한다. 허완중, 앞의 책 “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 96-97면.

246) 예컨대 유남석, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”,

도개혁은 헌법재판제도에 대한 큰 변화였을 뿐 아니라, 국내에서도 해석의 차이가 존재함을 확인할 수 있었다.

그러나 처분소원제도의 법적 성격을 어떻게 새기든 간에 헌법현실에 나타난 문제점을 시정하기 위하여는 재판소원 내지 법원의 재판영역에 대한 헌법재판소의 개입은 언제든지 제도에 편입될 수 있다는 사실마저 부인하기는 어려울 것이다. 그러므로 ‘사법권한의 본질’ 내지는 이와 유사한 것에서 규범통제가 제한된다는 취지의 논지는 그다지 설득력을 갖기 어렵다. 한편, 법률소원제도의 도입과 관련하여서는 향후 오스트리아에서도 구체적 규범통제에 있어서 법률해석에 관한 헌법재판소와 법원 간의 갈등이 발생할 것으로 예상된다. 이러한 유형의 갈등은 피할 수 없는 성질의 것인데, 이는 역설적으로 구체적 규범통제에 있어서는 헌법재판소의 권한과 법원의 권한이 상호 정당하게 중첩되는 영역이 분명히 존재한다는 것을 반증하는 것으로 보인다.

4. 프랑스

가. 프랑스 헌법재판제도의 특징

프랑스는 종래 예방적·추상적 규범통제제도를 운영하고 있었고, 이는 프랑스 헌법재판제도의 가장 큰 특징으로 꼽을 수 있는 것이었다. 그런데 프랑스는 2008년의 헌법개정을 통하여 프랑스 헌법 제61-1조 제1항을 신설하여 “법원에서 진행 중인 소송과 관련하여, 법률조항이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해하는 것으로 주장되는 경우에 국사원 또는 과기원은 이를 헌법재판소에 회부하고, 헌법재판소는 정해진 기한 내에 결정한다.”고 규정함으로써 사후적·구체적 규범통제제도를 도입하기에 이르렀다.²⁴⁷⁾²⁴⁸⁾

293-294면, 이부하, “법원의 재판에 대한 헌법소원”, 법조 제573호, 법조협회, 2004, 120-121면.

247) 박인수, “프랑스 헌법재판소의 규범통제”, 토지공법연구 제43집 제3호, 사단법인 한국토지공법학회, 2009, 410면.

248) 국참사원 또는 국사원(Conseil d'État)은 행정재판권을 보유하는 최고행정법원

나. 구체적 규범통제제도의 신설

프랑스의 구체적 규범통제제도는 구체적인 법원의 재판에서 소송당사자가 법률에 대한 위헌심사를 신청하고, 이를 두 최고법원인 국사원과 파기원이 이송받아 헌법재판소에 제청할지 여부를 결정하는 구조를 취하고 있다.²⁴⁹⁾ 즉 당사자의 위헌심사 청구에 대하여 1차적으로 하급법원은 “① 문제의 법률규정이 소송 또는 소송절차에 적용되는 규정일 것 또는 소추의 기초를 이루는 법률규정일 것, ② 사정변경의 경우를 제외하고 이제까지 헌법재판소의 결정의 주문과 이유에서 헌법에 합치된다는 선언이 없었을 것 ③ 그 위헌성 문제가 진지한 성격이 결여된 것이 아닐 것”이라는 이송의 요건을 심리하여 국사원 또는 파기원에 이송하고²⁵⁰⁾, 국사원과 파기원은 위 ①, ②요건과 더불어 위헌성 문제의 진지성이 있는지 또는 “새로운 문제”에 해당하는지를 심리함으로써, 국사원이나 파기원에 직접 위헌심사를 신청하는 경우가 아닌 한 2단계의 심리를 거치게 되는데,²⁵¹⁾ 법원의 심리를 거치지 아니하고 헌법재판소에 직접 위헌심판을 청구할 수는 없다.²⁵²⁾

한편 프랑스 헌법상 구체적 규범통제의 대상은 법률조항²⁵³⁾인바, 당사

이고, 파기원(Cour de cassation)은 민·형사사건에 관한 재판권을 보유하는 최고일반법원에 해당한다. 한동훈, “프랑스의 위헌법률심사제도”, 헌법재판연구원, 2012, 20-22면.

249) 한동훈, “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 헌법재판연구원, 2015, 13-14면. 이러한 프랑스의 구체적 규범통제제도는 QPC(Question prioritaire de constitutionnalité)로 약칭되기도 한다. 한동훈, 같은 책, 2면.

250) 한동훈, 앞의 책 “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 17면.

251) 정재황, “프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구”, 성균관법학 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010, 530-531면.

252) 김혜진, “프랑스 헌법재판소 결정의 효력”, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011, 322면.

253) 프랑스 헌법위원회(conseil constitutionnel) 홈페이지 참조(<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october>)

자가 위헌심판을 신청하면서 실제로는 법률규정이 아닌 법률해석을 다투는 경우는 어떻게 되는가의 문제가 제기되었다. 이와 관련하여 초기의 파기원은, “제기된 문제는 실제로는 법률적 규정의 합헌성 (constitutionnalité des dispositions)에 관한 다툼이 아니라, 공적인 행위에 대한 중죄법원(cours d’assises)의 결정의 구체적인 성격에 관하여 파기원이 내린 해석(interprétation)을 목적으로 한다”는 이유로 제청을 거부하였다.²⁵⁴⁾²⁵⁵⁾ 법률해석에 대한 위헌심판 신청에 대한 파기원의 제청 거부에 있어서 파기원이 이를 헌법위원회로의 이송 요건 중 법률규정의 적용 문제로 본 것인지, 진지성의 결여 문제로 본 것인지는 다소 명확하지 않다고 한다.²⁵⁶⁾ 여하간 파기원은 “형벌조항에 관한 파기원의 법해석을 다투거나 이를 근거로 형벌조항의 명확성을 다투는 경우”에는 제청을 거부한다는 입장이었다.²⁵⁷⁾

그러나 헌법위원회는 법률해석을 다투는 경우에도 위헌심판 신청의 대상으로 볼 수 있다고 하였다. 즉 헌법위원회는 2010년 두 차례에 걸친 결정에서, “사후적 위헌법률심판을 제기함으로써, 모든 청구인은 일관된 판례해석을 통해 심판대상규정에 부여한 법률의 실제적 효과를 다룰 수 있는 권리가 있다.”고 판시하였다.²⁵⁸⁾ 나아가 위 결정에 관하여 헌법위원회는, 법률해석에 대한 위헌심사를 청구할 수 있는 이유에 관하여, 프랑스 헌법과 조직법률에 의할 때 심판대상이 되는 조항은 구체적 사건

-1958.25742.html, 최종검색일 2017. 10. 24.)

254) C. cass. 19 mai 2010, 한동훈, 앞의 책 “프랑스의 위헌법률심사제도”, 헌법재판연구원, 2012, 55면에서 재인용. 나아가 한동훈은 사후적 위헌법률심판절차에서는 사전적 위헌법률심판절차와는 달리 “일반 민·형사법원과 행정법원의 해석의 대상이 된 법률규정”이 다투어지므로, “위헌심판 제청이 가능한 법률과 불가능한 법률에 대한 법원의 해석을 구분한다는 것은 불가능하다.”는 비판을 제기한다. 같은 책, 55면.

255) 이와 달리 국사원은 “묵시적으로” 그 적법성을 인정한다고 한다. 김혜진, 앞의 글 “프랑스 헌법재판소 결정의 효력”, 326-327면.

256) 정재황, 앞의 글 “프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구”, 539면.

257) 김혜진, 앞의 글 “프랑스 헌법재판소 결정의 효력”, 327면.

258) 파기원이 제청한 n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 relative à l’article 365 du code civil 및 국사원이 제청한 n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 relative à une loi de 1941. 한동훈, 앞의 책 “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 28면에서 재인용.

에 적용되는 것이어야 하는데 비록 법률조항에 기반을 두지 않은 왕자행위 이론²⁵⁹⁾과 같은 판례법을 다룰 수는 없으나 소송에서 적용될 법률조항들은 파기원이나 국사원이 전개하는(développée) 법률해석에 의하여 완전히 적용될 수 있는 것이기 때문임을 언급하였으며, 나아가 이와같이 보지 않는다면 헌법위원회가 국사원 또는 파기원의 해석에 따라서만 심리하게 되므로 구체적 규범통제제도의 취지가 몰각되므로 법률의 해석에 헌법적인 면책을 부여할 수는 없다고 하였다.²⁶⁰⁾ 이후 파기원은 “자신들의 견고한 해석(interprétation consolidée)을 다투는 사후적 위헌법률심판사건을 헌법재판소로 제청하는 것을 허용하기 시작하였다” 고 한다.²⁶¹⁾

다. 시사점

프랑스 헌법위원회가 이처럼 법률해석에 대한 위헌심사가 가능하다고 본 것에는 이탈리아 헌법재판소와 법원 간의 갈등에서 탄생한 이론인 ‘살아있는 법’ 이론의 영향을 받았다고 한다.²⁶²⁾ 살아있는 법 이론은 이탈리아 헌법재판소가 “대법원의 확립된 판결에 나타난 법률해석에 대하여 ‘살아있는 법(diritto vivente)’ 으로서의 효력을 인정하여 함께 심사대상으로 삼아 법령해석의 통일성을 확보” 하는 이론이다.²⁶³⁾ 이탈리아에서는 살아있는 법 이론을 통하여 일관성을 가진 법원의 법률해석에 대한 규범통제를 시도함으로써 실질적인 규범통제의 실효성을 보장하면서 시도²⁶⁴⁾, 살아있는 법이 존재하는 경우 법원의 법률해석을 우선시한다고

259) 왕자행위 이론(théorie du fait du prince)은 공공조달계약 등 행정계약에 있어서 행정청이 “공익상 불가피성”을 근거로 일방적으로 해지할 수 있는 특권을 의미한다. 박정훈, “행정법의 체계와 방법론”, 박영사, 2005, 203면.

260) 프랑스 헌법위원회 홈페이지 참조 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/novembre-2010-qpc-et-interpretation-de-la-loi-50038.html>, 최종검색일 2017. 10. 24.)

261) 한동훈, 앞의 책 “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 29면.

262) 한동훈, 앞의 책 “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 27-28면.

263) 장영철, 앞의 글 “오스트리아 법령심사제도”, 79면.

한다.²⁶⁵⁾ 프랑스는 이를 수용하면서도 하급심 법원에 의한 살아있는 법 형성을 배제하는 점, 한정적 해석(réserves d'interprétation)결정을 선호함으로써 적극적으로 법률에 대한 해석을 시도하는 점에서 차이를 보인다고 한다.²⁶⁶⁾ 이상 살펴본 것처럼 프랑스와 이탈리아에서도 규범통제에 관한 법원과 헌법재판기관간의 분쟁이 존재하지만, 헌법재판소의 규범통제권한이 법률의 해석에도 미치게 함으로써 사후적, 구체적 규범통제제도에 부합하는 방향으로 제도를 운영하고 있다.

‘살아있는 법’ 이론은 마치 우리 헌법재판소가 과거 한정위헌청구의 예외적 적법성을 인정한 사례군을 떠올리게 하면서도, 법률해석과 관련하여 대법원의 선례가 있는 경우 헌법재판소가 이 해석에 구속되는지, 아니면 존중함으로써 족한 것인지에 관한 이론 또한 상기시킨다.²⁶⁷⁾ 이런 측면에서 살아있는 법 이론에 대한 온당한 해석은 양면적 성격을 가지고 있다는 것, 즉 법률의 의미과악에 있어서법원의 해석에 ‘기속’됨과 동시에 그 법원의 해석을 통하여 법률의 의미영역이 확인되는 경우

264) 이와 관련하여 이탈리아 헌법재판소는 “ ‘살아있는 법’의 중요성을 간과해서는 안 된다는 것이 지배적인 것으로 이미 판례를 통해 확립되었다는 것은 사실이다. 헌재가 판결 시에 독자적인 원칙에 따라 침해된 헌법규정과 위헌 제청된 법률규정을 해석하는 것은 그의 권한이자 의무이다. 그럼에도 헌재는 법 생활에 있어 법률규정에 실질적인 가치를 부여해주는 ‘살아있는 법’을 판결 시에 고려하지 않으면 안 된다. 왜냐하면 사실 법률이란 추상적으로 제정된 것 그 자체가 아니라, 법률을 구체적이고 효과적이게 할 목적으로 법관이 법률을 재판 중에 적용되는 한에서 존재하는 것이기 때문이다.” 고 실시하였다고 한다. 장영철, 앞의 글 “오스트리아 법령심사제도”, 79면 각주 6번에서 재인용.

265) 한동훈, 앞의 책 “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 26면.

266) 한동훈, 앞의 책 “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 30-31면. 한편 구체적 규범통제제도 하에서 헌법위원회의 한정적 해석은 “법원에 의해 행해진 법률의 해석과 다른 해석을 제시하며, 법원으로 하여금 이에 따를 것을 강제” 하는 의미를 지닌다고 한다. 한동훈, 앞의 책 “프랑스의 위헌법률심사제도”, 66면.

267) 이와 관련하여, 헌법재판소의 규범통제에 있어서의 법률해석권한을 전제하면서도, 구체적 사안에 관한 법원의 접근성(“경험”과 “자료”)을 강조하면서 법원의 법률해석을 기본적으로 존중하는 것이 타당하다는 견해로 김하열, 앞의 글 “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 42-43면.

이를 규범통제의 대상으로 삼는다는 의미로 받아들여야 할 것이다. 프랑스 헌법위원회가 법률해석에 대한 규범통제를 시도하는 점과 파기원, 국사원과의 갈등관계에 놓여있다는 것은 이러한 갈등이 우리 법제하에서 일어나는 특유한 현상이라거나 전유물이 아닌 점, 그리고 이러한 ‘외견상의’ 충돌은 구체적 규범통제제도 하에서는 이러한 현상이 오히려 일반적인 것이라는 점을 다시금 강조할 필요가 있을 것이다.

5. 미국

가. 미국 헌법재판제도의 특징

미국에서의 규범통제제도의 형성의 기원은 앞서 간략히 언급하였던 것처럼 1803년의 *Marbury v. Madison* 사건으로 인식되며, 법률에 대한 헌법의 우위, 즉 최고규범성과 더불어 주(州)법에 대한 연방법의 우위가 거시된다.²⁶⁸⁾ 이는 유럽에서의 규범통제가 20세기에 접어들어서야 비로소 정착된 것과는 상이한데, 유럽에서는 “국민주권은 의회주권으로, 의회주권은 법률주권으로” 인식하는 맥락에서 법률에 대한 사법부의 통제는 쉽게 받아들이기 어려웠다고 한다.²⁶⁹⁾ 이러한 인식에 근거할 때 사법부는 법률의 해석·적용의 기관이지 법률을 개폐하는 기관일 수는 없었다.²⁷⁰⁾ 그러나 미국에서의 규범통제제도의 형성은 의회에 대한 통제수단의 관점만이 강조되어야 하는 것은 아닐 것이다. *Marbury. v. Madison* 판결에서 사법부의 규범통제권한을 논증하는 핵심적 전제는 ‘의회에 대

268) 한수웅, 앞의 책 “주석 헌법재판소법”, 5-6면. 한편 사적(史的)맥락에서 영국 의회에 대한 불신 또한 거시되기도 한다. 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 27면.

269) 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 3면.

270) 한수웅, 앞의 책 “주석 헌법재판소법”, 7면. 한편 미국에서의 규범통제 또한 수월하게 진행된 것만은 아니어서, 민주주의원리를 강조하는 견해로부터 지속적인 비판을 받았다고 한다. 같은 책, 17면 각주 39번.

한편 오늘날에도 드물지 않게 제기되는 연방대법원의 헌법재판권한에 관한 비판으로는 박인수 외 2, 앞의 책 “주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점”, 207-209면 참조.

한 통제’의 관점이라기보다는 ‘위헌적 법률의 규범력을 인정할 것인지’에 관한 것이기 때문이다.²⁷¹⁾ 미국의 규범통제제도의 기원 및 형성은, 앞서 제2장에서 살펴본 논의와 관련하여 규범통제제도의 본질에 관하여 많은 것을 시사한다고 할 것이다.

미국의 헌법재판은 별도의 헌법재판을 담당하는 기관에서 담당하는 것이 아니고 일반 법원에서 헌법재판을 담당하고 있는 구조로서 일반적으로 비집중형, 또는 통일형 모델의 전형으로 소개되는데, 이러한 구조 하에서 헌법재판은 일반 법원에서 구체적 사건의 해결을 위한 사법기능의 성격을 갖는 것으로 이해된다.²⁷²⁾ 즉 미국에서의 규범통제는 별도의 절차나 재판부 구성 없이 법원에서 구체적 사건을 심리하면서 동시에 규범의 위헌심사가 이루어지므로, 규범통제는 자연스레 구체적 규범통제에 국한되게 되며²⁷³⁾ 하급심 법원을 포함한 법원에 의하여 범규범 전반에 대한 심사가 이루어지게 된다.²⁷⁴⁾ 법원은 이 과정에서, 법률문언에 기초하여 그 의미영역을 일별(一瞥)한 후 문언적으로 가능한 범위 내에서 헌법에 합치되는 범위로 그 의미영역을 분간해 내는데, 그렇다면 법률해석과 규범통제의 영역이 엄밀히 구분되기가 곤란하게 된다고 할 수 있다.²⁷⁵⁾

나. 문면 위헌과 적용 위헌

271) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 297-298면.

272) 한수웅, 앞의 책 “주석 헌법재판소법”, 42-43면.

273) 다만 미국에서도 이른바 선언적 판결(declaratory judgment)의 절차로써 반드시 구체적이고 현실적인 손해를 전제로 하지 아니하고서도 법적 지위의 불안을 해소할 수 있는데, 이를 통하여 범규범의 위헌을 다투는 방법이 곧잘 행해진다고 한다. 이인호, “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 공법연구 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001, 152-154면.

274) 한수웅, 앞의 책 “주석 헌법재판소법”, 43-44면.

275) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 302-304면. 헌법합치적 법률해석을 통한 연방대법원의 위헌결정 축소에 관하여는 조소영, “현행 헌법상 헌법재판제도에 대한 비판적 고찰”, 강원법학 제40권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 44면 참조.

이와 같은 미국의 규범통제제도, 사법심사(Judicial review)의 특징을 고려할 때 재판소원의 허용 여부에 관한 관점에서 미국의 규범통제제도를 살펴보는 것은 어려운 일이다. 다만 사법심사를 통하여 법원이 당해 법규범을 위헌으로 판단하였을 경우의 효력과 관련하여 특기할만한 논의가 존재한다. 미국과 같은 통일형 모델은 위헌으로 판단된 법률에 대하여는 일반적으로 효력을 상실시키는 것이 아니라 적용을 거부하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다.²⁷⁶⁾ 이에 따라 구체적 사건에서 법규범의 적용은 배제됨으로써 당해 사건은 해결되며, 다만 선례구속성 원칙(the doctrine of stare decisis)로 인하여 다른 사건에서도 실질적인 효력을 가진다고 설명된다.²⁷⁷⁾ 그러나 법원이 법규범에 대하여 무효로 선언하는 구체적 형태를 살펴보아야 한다는 전제 하에서 이를 지적하는 견해 또한 존재한다.²⁷⁸⁾ 미국에서의 위헌결정의 효력 문제와 본고의 논의와의 연관성은 이른바 “문면”(文面, facial)과 “적용”(as applied)에 관한 문제 하에서, 문언 자체로 위헌적이라는 결정 또는 이러한 위헌성을 당사자가 주장하는 경우 및 반대로 당해사건에 적용하는 경우에 한하여 위헌이라는 결정과 이를 당사자가 주장하는 경우 등이 어떠한 방식으로 이루어지는지를 살펴보는 것에서 찾을 수 있을 것이다.

문면과 적용의 문제는 먼저 위헌여부의 심사 방식의 문제로 다루어지는데, 소송 당사자가 당해 법률을 자신의 구체적인 사건에 적용하는 한 위헌임을 주장하는 경우 법원은 그 적용 여부에 대한 위헌성을 판단한 후 당해 사건에 한하여 법규범의 위헌결정(unconstitutional as applied)을 내리고, 반면 개별 사건의 적용 여부를 떠나 문면 자체로서 법규범이 위헌임을 주장하는 경우 법원은 법규범 자체의 위헌성을 판단하여 당해 법

276) 한수용, 앞의 책 “주석 헌법재판소법”, 43-44면.

277) 이인호, 앞의 글 “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 150면, 김문현, “미국식 사법심사제 도입주장에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 국제법학회 한국학회, 359-360면 등.

278) 이 견해는 “당해 사건에 한하여 무효로 선언된 법률조항”은 동일한 사안에만 적용되는 선례구속성의 원칙에 의하여는 “대세적 무효와 같은 효력을 가질 수 없다”고 한다. 문재완, “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 헌법학연구 제18권 제3호, 한국헌법학회, 2012, 459-460면.

규범 문면 자체의 위헌결정(unconstituional on its face)을 내린다.²⁷⁹⁾ 한편 이 경우 당사자의 위헌 ‘주장’에 주목하는 경우에는 이를 적용 위헌 주장(as applied challenge) 및 문면 위헌 주장(facial challenge)으로 구성하게 된다.²⁸⁰⁾ 즉 문면 위헌 주장은 문언자체로서 위헌이므로 적용될 수 있는 (거의) 모든 예시에서 하자가 존재한다는 것인바, 전면적 위헌을 선언하여야 하고, 적용 위헌 주장은 당해사건에 한하여 법규범을 적용하는 것에 위헌성이 있는 것이므로 그 부분에 있어서만 적용을 배제하여야 한다는 것이다. 청구인이 ‘당해사건에 한하여 위헌’임을 주장하는 것은 결국, 문언 자체에 대하여는 그 합헌적인 해석의 가능성이 존재하기 때문에 전부 위헌성을 선언하여서는 안될 것이지만 법규범을 당해 사안에 적용하는 것에 위헌성이 있다는 것이다. 이러한 맥락에서 문면과 적용의 문제는 일차적으로는 규범통제기관의 합헌적 법률해석에 관한 것으로 읽을 수도 있을 것이지만, 문언 자체의 합헌성에도 불구하고 구체적 사건에서 그것이 적용되는 국면에서 다른 일반적 사건과 구별되는 고유의 위헌성을 가질 수 있음을 전제로 하는 것이라는 점에서, 규범에 대한 위헌성 심사가 구체적 사건을 전제로 한다는 구체적 규범통제의 의미를 다시 상기시킨다.²⁸¹⁾ 한편 다시 위헌결정의 효력과 관련하여 살펴보면, 법원에서 적용 위헌 결정이 내려지는 경우에는 당해사건에 법규범이 적용되지 않는 것에 불과하게 되므로 법규범의 효력은 유지되어 다른 사건에는 여전히 적용할 수 있다고 보게 되므로, 이 경우 문제되는 것은 선례구속성 원칙의 적용범위로서 사안간의 동일성이 된다.²⁸²⁾ 반면에 문면 위헌 결정이 내려지는 경우에는 위헌 결정의 효력이 다른 사안에도 미칠 수 있지만 위헌결정을 통하여 법률이 폐지되는 것은 아니므로, 선례구속성 원칙에 따라서 “사실상 해당 법률이 죽은 것과 같은” 효과가 발생

279) 이인호, 앞의 글 “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 160-161면.

280) 미국 연방대법원이 문면과 적용의 문제를 처음부터 당사자의 주장 문제로 구성한 것은 아니었으나, 1970년대부터 이러한 관점이 표현되기 시작하였다고 한다. 문재완, 앞의 글 “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 438-439면.

281) 이와 관련하여 문면위헌 주장과 헌법재판소법 제68조 제2항에서 제기되는 한정 위헌청구와의 유사성에 주목하는 견해로는 이인호, 앞의 글 “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 160면 각주 38번 참조.

282) 이인호, 앞의 글 “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 166면.

하게 된다.²⁸³⁾

이렇듯 문면 위헌과 적용 위헌은 당사자의 주장, 심리 방식, 결정의 효력 등에서 차이점이 존재하는데, 그렇다면 두 개념은 어떻게 구별되는지가 문제된다. 먼저, 문면 위헌과 적용 위헌은 당사자의 청구 단계에서부터 문면 위헌 주장과 적용 위헌 주장으로 구별되는가, 즉 당사자의 위헌성 주장 방식에 법원이 기속되는가의 문제가 있는데, 만약 애초부터 양자가 구별되는 것으로 본다면 당사자가 어떤 주장(challenge)을 하였는지에 따라 법원이 이를 기준으로 심판대상과 심리방식을 정할 것이다. 그리하여 예컨대 문면 위헌을 당사자가 청구하는 경우, 당해 사건에 국한되지 않고 모든 경우에서²⁸⁴⁾ 일반적인 위헌성이 인정되는지를 판단하여야 인정될 것이다.

그러나 실제로는 이와 같이 분별되지는 않는데, 청구인의 주장에 법원이 기속되지 않음으로써, 청구인은 법원의 심리 방식을 지정할 수는 없다고 한다.²⁸⁵⁾ 그렇다고 하여 문면 위헌 결정과 적용 위헌 결정 사이에 간명한 순서 - 이를테면 대(大) 소(小)를 포함한다는 전제 하에 문면 위헌 결정을 가능한 자제하고 적용 위헌의 가능성을 먼저 검토하는 - 가 있는 것도 아니다. 비록 종래 연방대법원이 문면 위헌 결정의 파급력 등을 고려하여, 혹은 문면 위헌 결정을 위한 엄격한 요건으로 인해, 문면 위헌 결정에 소극적이라는 견해가 일반적이었지만²⁸⁶⁾, 최근의 연구에 의

283) 이명웅, “미국과 한국의 위헌심사제 비교”, 인권과 정의 357호, 대한변호사협회, 2006, 45면. 나아가 위 견해는 이와 같이 법규범의 폐지가 되지 않는다는 점에 관하여 “헌법상 사법심사권과 위헌결정의 효력에 대한 명문 규정이 없기 때문” 이라고 본다. 같은 책, 46면.

284) 미국 연방대법원은 *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987) 사건에서 문면 위헌 주장은 당해 법규범의 합헌성이 어떤 상황에서도 인정되지 않는다는 점을 청구인이 입증하여야 하기에 성공하기 극히 어려운 방법의 위헌성 주장이라고 설시하였다. (“A facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully, since the challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid.”)

285) 문재완, 앞의 글 “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 446면.

하면 문면 위헌 결정은 드물거나 예외적인 것이 아니며, 연방대법원이 문면 위헌 주장에 대하여 적용 위헌 여부를 반드시 먼저 심사하는 것도 아니라고 한다.²⁸⁷⁾ 나아가 문면 위헌 결정이 위헌심사의 강도(強度)에 따라, 예컨대 엄격한 심사척도를 통하여만 문면 위헌을 심리하는 것이 아니며, 반대로 합리성 심사를 통해서도 문면 위헌이 도출될 수 있다고 한다.²⁸⁸⁾ 이렇듯 문면 위헌과 적용 위헌 간에는 엄격한 구별 기준이 특별히 존재하지 않고 양자의 혼동은 절차 전반에 걸쳐 존재한다.²⁸⁹⁾ 따라서 문면 위헌과 적용 위헌의 구별 기준에 대한 회의가 일어나고 있다.²⁹⁰⁾²⁹¹⁾

다. 시사점

-
- 286) 예컨대 이인호, 앞의 글 “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 161면. 이와 같은 일반적인 통념에 대한 소개로는 문재완, 앞의 글 “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 442-443면 참조.
- 287) Richard H. Fallon, Jr., “Fact and Fiction About Facial Challenges”, California law review vol.99, 2011, 917-919면 및 946-948면. 이 견해에 의할 때, 연방대법원은 문면 위헌에 선행하여 적용 위헌이 가능한지를 살펴봐야 한다는 취지로 실시하면서도, 실제로는 적용 위헌 결정이 가능한 경우에도 문면 위헌보다 적용 위헌의 가능성을 먼저 검토하지 않는다고 한다.
- 288) Richard H. Fallon, Jr., 앞의 글 “Fact and Fiction About Facial Challenges”, 919면 및 948면.
- 289) Richard H. Fallon, Jr. 는 “양자간의 혼란은 대립당사자간의 분쟁을 기반으로 하여 헌법적 주장이 제기되는 미국 사법심사 시스템에서 비롯된다. 이러한 구조 하에서, 구체적 분쟁의 당사자는 자신에게 적용될 법규범을 헌법이 가로막는다고 주장하게 됨으로써-그 주장을 무엇이라고 명명하든 간에- 위헌성 문제가 시작되게 되므로, 이 맥락에서 보면 모든 헌법적 주장은 적용 위헌이다.” 라고 한다. Richard H. Fallon, Jr., 앞의 글 “Fact and Fiction About Facial Challenges”, 923면. 또한 이러한 혼란은 적용 위헌을 문면 위헌 외의 나머지(residual)로 파악하는 경우에도 발생하며, 적용 위헌 주장의 경우 구체적 사안에 대한 유형화 내지 범위의 선택이 문제된다고 한다. 같은 글, 924-925면.
- 290) 문재완, 앞의 글 “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 460면.
- 291) Alex kreit, “Making Sense of Facial and As-Applied Challenges”, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 18 issue 3, 2010, 685-686면은 적용 위헌의 구별 문제에 관한 연방대법원의 태도는 일관성이 없음을 비판하면서, 이는 문면과 적용이라는 카테고리의 정의가 잘못된 것에서 기인한다기보다는 성질상 그러한 구별이 어려움을 지적한 후, 나아가 적용 위헌을 우선한다는 연방대법원의 표면적 태도는 실제로는 다른 고려할 사항들에 의해 이미 결정되어 있는 것을 강화시키는 “수사적 장치”에 불과하다고 비판하고, 구별 기준의 불명확성으로 인하여 헌법상 권리구제에 오히려 장애가 된다고 주장한다.

문면 위헌과 적용 위헌의 이론상 구분은, 어떤 법규범이 일반적으로는 합헌일지라도 당해 사건에 적용하는 경우에 비로소 당해 사건이 가지는 고유의 성격으로 인하여 위헌일 수 있다는 가능성을 전제로 한 것이다. 따라서 적용 위헌의 경우와 한정위헌과의 유사성에 주목할 필요가 있을 것이다.²⁹²⁾ 적용 위헌과 문면 위헌이 엄격히 구별된다는 통념을 배척하는 최근의 연구결과에 비추어 볼 때, 한정위헌청구의 경우에 관한 몇 가지 관점 역시 재고할 여지가 있을 것이다.

먼저, 규범 문언 자체와 규범의 일부 내지 그 적용을 구별하는 것은 결코 용이하지 않다는 사실로부터, 규범의 문언과 그 해석·적용의 엄격한 구별을 전제로 하여 소송법적 제도를 형성하는 것은 그 타당성이 의문시된다는 사실을 이끌어낼 수 있다. 또한 문면 위헌과 적용 위헌의 구별기준에 관한 회의적 견해를 토대로 한정위헌청구의 심판대상과 관련한 논의를 바라본다면, 양자의 구별가능성 내지 구별필요성에 근본적 의문이 제기됨을 부인할 수 없다. 어떠한 법률해석이 개별·구체적 사건에 적용됨에 지나지 않는다고 하여 이를 부적법하다고 보는 것은, 특정한 사건규범에 대한 규범통제가 가능한 미국과 같은 일체형 사법심사제도에 비교하여 볼 때, 당해 부분만큼 규범통제권한이 포기되거나, 그 부분만큼의 권한이 법원으로 이전되는 것이다. 그러나 법원의 법률해석의 위헌성은 법원 스스로 최종적, 종국적인 것으로 할 수 없다는 점에서²⁹³⁾ 타당하지 않다. 더불어 위헌결정의 효력과 관련하여, 적용 위헌이 제기된 경우일지라도 문면 위헌이 결정될 수 있음을, 그리고 그 반대의 경우 또한 가능하다는 사실로부터 한정위헌청구가 “개별구체적 사건 해결에 치중하게 된다”²⁹⁴⁾는 이유로 배척되어야 할 것이라는 주장을 재고할 수

292) 적용 위헌을 통한 위헌결정은 실질적으로 법규범의 일부에 대한 위헌심사가 이루어진다는 점에서 우리나라의 한정위헌결정과 실질적으로 유사하다는 견해로는 이인호, 앞의 글 “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 164면.

293) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 305-306면.

294) 정종섭, 앞의 책 “헌법소송법”, 제384면은 이와 관련하여 한정위헌청구는 결국 특정한 법률해석을 구하는 측면이 있으므로 당사자가 자유로이 한정위헌결정을 청구할 수 있게 되는 경우에는 “법률조항에 대한 위헌결정을 해야 함에도 여러 차례에 걸쳐 한정위헌결정을 선고하는 결과를 가져 올 수 있고, 위헌결정을

있다. 양자는 필연적 관련성이 없으며 규범통제기관은 구체적 타당성에 따라 직권으로 심판대상을 조정할 수 있으므로, 이는 한정위헌청구의 적법성의 인정과는 별개의 문제이다. 그리고 개별구체적 규범에 대한 통제가 곧바로 개별구체적 사건의 해결을 의미하는 것은 아니다.

6. 소결론

이상과 같이 규범통제 내지 재판소원과 관련한 외국의 입법례를 살펴본 결과, 헌법재판소와 법원이 구별되어 각자의 역할을 수행함을 예정하는 국가에서는 헌법재판기관과 일반사법기관의 관계가 순탄치 않음은 필연적이라는 사실이 확인된다. 이는 재판소원의 허용을 반드시 전제로 하지 않는다. 재판소원이 직접 허용되지 않는 경우에도 헌법재판기관의 규범통제권한은 법률의 해석이라는 측면에서 법원과의 마찰이 발생할 수밖에 없기 때문이다. 나아가 이는 곧 법률의 해석에 대한 규범통제권한이 배척될 수 없다는 것을 동시에 의미하게 된다. ‘침해될 수 없는 법원의 법률해석권한’이라는 개념은 헌법의 우위를 예정하는 규범통제제도와 본질적으로 병립할 수 없는 것이다. 양기관의 충돌을 조정하기 위한 다양한 제도적 장치의 핵심은, 어느 정도까지 법률의 해석에 대한 관여를 인정하느냐의 문제일 수는 있어도, 법률의 해석에 대한 관여가 불가능하다는 것은 결코 아니다.

제3절 해결방안의 모색

1. 한정위헌청구의 심판대상 확정에 관하여

가. 서론

한정위헌청구의 적법성을 인정하더라도 위헌법률심판 및 위헌소원에서
해야 하는 경우에도 한정위헌결정을 하는 결과를 초래할 위험”을 지적한다.

의 심판대상을 무엇으로 보아야 하는지는 적법성을 인정하는 근거마다 상이하다. 헌법재판소의 심리와 중국결정의 효력범위에 있어서 심판대상은 원칙적 기준이 되기 때문이다.²⁹⁵⁾ 즉 심판대상 확정 문제는, 심리의 중심을 무엇으로 볼 것인가, 그리고 주문을 어떻게 특정할 것인가와 밀접한 관련이 있는 문제이다.

종래 심판대상 확정과 관련된 논의는, 주로 어떤 법률조항을 심판대상으로 삼아야 할 것인지의 문제였다. 이에 대하여 구체적 사건을 전제로 하는 구체적 규범통제의 특성에 비추어, 재판의 전제성이 있는 부분에 한정하여 법원은 위헌법률심판제청을 하고, 심판범위도 여기에 한정된다고 보는 것이 일반적이었다.²⁹⁶⁾ 그런데 한정위헌청구와 관련한 심판대상 논의는 맥락을 달리하여 “법률해석” 자체, 특히 개별적·구체적 사건에 적용될 법률해석 자체가 심판대상이 될 수 있는지의 문제로 전개되었다.

나. 종래 논의의 시사점

헌법재판소의 2008. 11. 27. 2004헌바54 결정에서는 한정위헌청구의 적법성을 인정하려는 견해가 본격적으로 대두되었고, 특히 한정위헌청구의 심판대상을 적법성의 관점에서 파악하려는 시도가 이루어진 바 일정부분의 시사점을 제공하고 있다.

본 사안에서는, 국가에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구권을 가진 청구인들이 당해 소송에서 소멸시효 기간 도과를 이유로 패소하게 되자, 소멸시효 기간을 규정하고 있는 예산회계법 및 민법 조항에 대하여 “국가가 국가공권력을 악용하여 국민을 고문하고 이를 통하여 사유재산권을 박탈하는 등 반인도적 범죄행위를 함으로써 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권에도 적용하는 것으로 해석하는”

295) 헌법재판소, 앞의 책 “헌법재판실무제요”, 45면.

296) 헌법재판소, 앞의 책 “헌법재판실무제요”, 46-47면.

것이 위헌임을 주장하였는데, 이와 같은 위헌소원이 한정위헌청구로서 적법한지가 문제되었다. 재판관의 의견은 4개로 나뉘었다. 즉 ① 종전 헌법재판소의 기준대로 한정위헌청구는 예외적으로 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우 등 한정적인 경우에만 적법하다는 견해, ② 법률조항의 유형적·추상적 일부에 대한 한정위헌청구의 적법성을 인정하는 견해²⁹⁷⁾, ③ 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하지만 “구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있어야” 한다고 보는 견해, ④ 심판대상이 되는 해석 내용이 규범력을 가지는 경우 허용된다는 견해가 그것이다.

법률조항의 유형적·추상적 일부에 대한 한정위헌청구의 적법성을 인정하는 견해와, 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있는 경우 한정위헌청구의 적법성을 인정하는 견해 모두 기본적으로 규범의 일부를 다투는 것으로 한정위헌청구를 파악하려는 시도로 보인다. 즉 유형적·추상적이라는 기준을 통해, 혹은 객관적·개념적·추상적이라는 기준을 통해, 규범 영역의 질적 일부를 특정해낼 수 있다면 이는 마치 법률조항의 양적 일부에 대한 위헌청구는 단순위헌청구로서 문제없이 허용되는 것처럼 적법하게 인정될 수 있다는 것이다. 이 견해들의 취지를 취한다면,

297) 헌법재판소 2005. 7. 21. 2001헌바67 결정의 반대의견에서도 동일한 취지가 발견된다. “법률조항의 불명확성을 다투는 경우 또는 법률조항의 의미를 구체화하는 법원의 선례가 집적되어 있는 경우 뿐만 아니라, 법률조항의 의미가 다의적일 수 있고 그 적용대상이 상당한 영역을 가질 때 그 의미나 적용대상 중 다른 것과 유형적으로, 그리고 추상적으로, 구별이 되는 특정한 범위의 것에 한정하고 이에 대하여 위헌 여부의 심판을 하는 것이 재판의 전제가 되는 한도에서, 법률에 대한 부분적 위헌 여부의 심판에 해당하므로 이는 헌법재판소의 권한에 속하고 또한 전부 청구는 일부 청구를 포함하므로 청구인들의 청구에 이러한 부분적 위헌심판청구도 포함되어 있다면 헌법재판소는 이러한 청구를 적법한 것으로 인정하여 그 부분적 위헌청구에 대하여도 판단할 의무가 있다.” 한정위헌청구에 있어 유형화 내지 추상화를 요구하는 듯한 판시가 헌법재판소의 법정의견이 된 적도 있다. “법률조항을 ‘……하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체의 위헌성에 관한 청구로 이해되기 위하여는, 법률조항에 대하여 추상적·일반적으로 일정하게 구획할 수 있는 어떤 규율영역 내지 적용범위의 위헌성을 지적하면서 그러한 위헌성이 해소될 경우 자신의 사례도 구제받을 수 있다는 주장을 하여야 할 것이다.” (헌법재판소 2002. 3. 28. 2001헌바72.)

규범의 일부로서 특정할 수 있다면 일종의 질적 일부위헌청구로서 적법할 것이고, 그렇지 않고 특정이 불가능하다면 규범통제와 무관한 것으로서 부적법하다고 볼 수 있다.

다만 위 견해는 그 기준이 다소 모호하다는 문제²⁹⁸⁾와 더불어, 법률조항의 질적 일부에 대한 특정의 ‘책임’을 청구인에게 전가하였다는 측면에서 비판의 소지가 있다. 한정위헌청구는 앞서 본 바와 같이 규범통제권한의 발동을 헌법재판소에 구하는 청구로서, 법률조항의 의미내용 중 어떠한 부분이 어떠한 이유로 위헌이 되는지를 파악할 수 있을 정도로 주장하면 충분한 것이며, 헌법재판소는 일차적으로 청구인의 청구를 바탕으로 심판의 대상을 확정하고 문제가 되는 헌법원리나 기본권 침해를 판단할지언정 전적으로 기속되는 것이 아니다. 그러므로 청구인이 청구취지를 구성함에 있어서 유형화·추상화 내지는 객관화·개념화·추상화라는 어려운 질적 분리 작업의 시도에 실패하였다고 하여 이를 각하함으로써 그 실패를 청구인의 책임으로 귀속시키는 것은 부당하며, 또한 헌법재판소가 적절히 수행하여야 할 심판의 대상의 확정 문제가 곧바로 한정위헌청구의 적법성이라는 문제로 등치되는 결과가 된다.

다. 심판대상 확정의 기준

심판대상의 확정의 측면에서, 한정위헌청구는 위헌소원의 당해사건에서 당사자가 다투고자 하는 부분이 중심 문제가 되므로, 심판 대상을 확정할 수 있는 정도라면 한정위헌청구 또한 적법하고도 자연스러운 것이라는 견해가 있다.²⁹⁹⁾ 이 견해는 심판대상의 확정의 측면에서, “심판청

298) 이는 당해 헌법재판소의 결정에서도 제기된 바 있다. 재판관 이강국, 이동흡은 “어떤 법률조항의 의미나 적용영역에 있어서 ‘유형적·객관적·개념적·추상적인 부분’을 위 견해가 설명하는 바와 같이 이해할 수 있다고 하더라도 일반적인 기준으로서의 위 개념은 여전히 모호하고 그 범위를 한정하기 매우 어려우며, 위와 같은 영역은 결국 법률조항의 해석에 의하여 파악될 수밖에 없으므로 그 이해의 폭이 다양하고 때로는 자의적인 것이 될 가능성이 크다”고 지적한 바 있다.

299) 허완중, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부”, 235-236면.

구는 결정으로 응답할 법적 의무”를 지우지만, 객관적 질서를 위한 제도의 측면에서 청구인의 청구취지와 청구원인에 어긋나지 않는 범위에서 직권으로 심판대상을 확정할 수 있다고 보며, 신청주의에 의하여 원칙적으로는 법률조항의 해석가능성이나 적용가능성으로 특정되지만 다른 해석가능성이나 적용가능성도 심판대상에 포함시킬 수 있다고 보며, 같은 맥락에서 해석가능성의 위헌성이 인정되면 법률조항 전부에 대하여 위헌결정이 가능하다고 본다.³⁰⁰⁾ 한편 청구취지를 중심으로 심판대상을 세부적으로 확정하는 것이, 심판대상에서 판단되지 아니한 부분이 주문의 효력에 포함되는 문제 또는 심판대상과 핵심쟁점의 부조화 문제를 고려할 때 바람직하다는 전제 하에 신청주의 원칙에 부합하게 결정주문의 효력 범위를 고려하면서 확정할 수 있는 사항이라고 보는 견해도 존재한다.³⁰¹⁾

종래 헌법재판소는 한정위헌청구가 예외적으로 적법한 경우에도 법률조항 자체를 다투는 취지에서 적법하다고 본 바, 심판대상은 법률조항 자체로 보아 왔다. 한편 위 2011헌바117결정의 반대의견 또한 “이 사건 법률조항 중 ‘공무원’ 부분으로 한정하거나 적어도 공무를 담당하는 사인이 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부이지, 다수의견과 같은 방식으로 심판대상을 한정하여 이 사건 심판청구를 청구인이 이 사건 법률조항의 공무원에 포함되는지 여부를 다투는 청구로 보는 것은 부적법” 하다고 보았다. 즉 법률조항 자체(의 일부)를 대상으로 하거나, “적어도” 유형화·추상화를 통한 질적 일부로 한정된 것을 심판대상으로 보아야 한다는 취지로 보인다. ³⁰²⁾

300) 허완중, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부”, 246-249면.

301) 남복현, “한정위헌청구의 적법성과 위헌결정의 법적 효과”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013, 77-78면.

302) 한편 심판대상을 한정위헌청구의 법률해석으로 한정하여 새기면 형벌법규에 대한 위헌을 결정하는 경우에 심판대상을 확장하지 못하게 됨으로써 객관적 헌법 질서유지에 장애가 된다는 견해도 존재한다. 김래영, “판례평석 : 한정위헌청구의 적법성에 관한 헌법재판소 결정 비판”, 한양법학 42집, 한양법학회, 2013, 43-44면.

나아가 헌법재판소법 규정 문언상 심판의 대상은 법률이나 법률의 조항으로 한정되어 있으므로, 재판소원금지의 취지상 법원의 법률해석에 직접 영향을 줄 수 있는 해석은 제외하고 법률조항 자체를 삼자는 견해도 주장되며,³⁰³⁾ 재판소원금지의 취지 및 규범통제의 성격을 고려할 때 개별사건에 대한 법률해석을 직접 통제하는 것은 바람직하지 않으므로 “규범력이 부여되었던 위헌적 법률해석 부분 일반을 위헌선언한다는 의미”에서 소수의견의 특정방법이 바람직하였다는 견해도 제시된다.³⁰⁴⁾

라. 검토

심판대상의 문제는 사실 논리 필연적으로 한정위헌청구와 연결되는 것은 아니다.³⁰⁵⁾ 따라서 한정위헌청구의 적법성을 인정한다고 하여 반드시 법률해석을 심판대상으로 삼아야 하는 것은 아니고, 법률해석을 심판대상으로 삼을 수 밖에 없기 때문에 부적법하다고 볼 수도 없다.

그러나 한정위헌청구는 재판소원에 저촉되는 것이 아니며 사건규범에 대한 통제가 법원의 법률해석을 통제하는 측면이 되더라도 이는 규범통제권한에서 비롯되는 것이므로 법원의 법률해석이 심판대상이 된다고 하여 이를 반드시 기피하여야 하는 것도 아니다. 즉, 한정위헌의 의미 - 법률규범 중 위헌성 있는 부분을 특정하여 낼 수 있고, 합헌적 영역의 효력을 존속시켜 법적 공백을 방지하고, 재판의 전제성과 관련하여 구체적 규범통제 방식에 부합하는 점³⁰⁶⁾을 고려할 때, 한정위헌청구의 적법성을

303) 다만 이 견해는 심판대상과 ‘심판범위’를 구별하는 견지에서 이와 같이 주장하고 있으며, 헌법재판소의 심판대상특정에 대한 직권이 인정되므로 한정위헌청구가 제기된 경우 법률조항 자체로 특정하도록 권한을 발동하는 것이 옳다고 본다. 정광현, “한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위”, 헌법실무연구 제14권, 헌법재판소, 2012, 54-58면.

304) 오영신, “제125회 발표회 지정토론문”, 헌법실무연구 제14권, 헌법재판소, 2012, 66-67면.

305) 손인혁, 앞의 글 “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분”, 19-20면.

306) 전상현, 앞의 글 “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 306-310면.

인정한다면 결국 법률해석 자체를 직접 심판대상으로 인정하여 이를 심판대상으로 함이 원칙일 것이다. 헌법재판소의 2011헌바117결정의 법정의견 또한 심판대상을 법률해석이 위헌인지 여부, 즉 “형법 제129조 제1항의 ‘공무원’에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’ 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 위헌인지 여부”로 보았다.

한편 헌법재판소의 위 소수의견은 심판대상이 법원의 재판이 되어서는 안된다고 보면서 심판대상에 대한 일정한 ‘유형화’를 시도한다. 그러나 이른바 ‘유형화’에 대한 비판은 소수의견에 그대로 적용될 수 있다. 이러한 유형화의 시도는 일반성 내지는 추상성을 확보하기 위한 것으로서 법원이 행하는 구체적 해석을 심판대상으로 삼지 않으려는 것인데, 이러한 유형화의 가능성의 문제, 유형화를 시도함에도 불구하고 유형화를 통하여 재판에 개입함으로써 법원의 법률해석에 영향을 주는 문제, 유형화의 높은 난이도의 부담을 청구인에게 귀속시키는 문제의 측면에서 비판이 가능할 것이다.

그러므로, 위헌법률심판 및 위헌소원의 소송물은 법률(해석)이 위헌인지 여부라는 것에서부터 출발한다면 이와 같은 법률해석이 심판대상이 되는 것이 자연스럽다. 다만, 헌법재판소는 신청주의 외 직권주의에 따른 심판대상 확정의 권한을 가지고 있고,³⁰⁷⁾ 이는 구체적 사건에서의 타당성에 따라 발현되어야 한다는 점이 동시에 고려되어야 할 것이다. 헌법재판의 객관성, 즉 “헌법질서의 수호”와 “헌법문제의 해명”³⁰⁸⁾에 비추어, 헌법재판소의 직권으로 변동시킬 수 있는 것이기 때문이다.³⁰⁹⁾

307) “헌법재판소는 청구인의 심판청구 이유, 위헌법률심판 제청신청 사건의 경과, 당해 사건 재판과의 관련성의 정도, 이해관계기관의 의견 등 여러 사정을 종합하여, 당사자가 청구취지 등에서 위헌확인을 구하는 법률조항에 대하여 직권으로 이를 변경하여 심판대상으로 확정할 수 있”다. 헌법재판소 2010. 2. 25. 2008헌바159 결정.

308) 헌법재판소, 앞의 책 “헌법재판실무제요”, 46면.

309) 한편 한정위헌청구가 제기되어 심리 끝에 한정위헌결정이 선고되는 경우, 동 결정에서 확인된 법률(해석)의 위헌에 대하여 기속력이 발생하게 된다. 한정위

그러나 이것이 한정위헌청구의 ‘소멸’을 의미하는 것으로 취급되어서는 안될 것이다. 심판대상의 문제는, 종래 한정위헌청구의 적법성을 인정하여야 한다는 가장 핵심적인 근거인 청구 대상이 아닌 부분을 제외하고 구체적 사건과 규범과의 괴리 문제를 해결하는 데 결정적이기 때문이다.³¹⁰⁾³¹¹⁾ 더불어 현재와 같은 상황에서는 법률의 ‘해석’ 문제 뿐 아니라 ‘적용’ 문제에 관하여도 심판대상을 법률조항으로 한정하는 경우 두 개 이상의 법률이 결합하면서 만들어내는 규범력을 분절적으로만 파악하게 되는 한계가 존재한다. 이러한 부분은 물론 결정이유에서 다루어질 것이나, 심판대상의 문제에서 이를 명확하게 하는 것이 보다 자연스럽다.

재판소원금지의 취지가 과도한 의미를 가지게 됨으로서 한정위헌청구의 적법성의 범위가 지나치게 축소되는 상황에서는, 최소한 법률 자체를 심판대상으로 삼는 것으로 해석할 필요성도 존재할지 모른다. 그러나 심판대상을 법률 자체로 삼는 것이 한정위헌청구에 대한 근원적 거부 내지 회피에 기인하는 경우에 이는 우회적이고 임시적인 해결방안에 지나지 않게 된다. 심판대상의 확정에 관하여 헌법재판소의 재량이 인정된다고 하더라도 현재와 같이 한정위헌청구의 적법성을 인정한 취지를 몰각하는 경우에까지 이르는 것은 부적절하다. 그러므로 한정위헌청구의 심판대상은 법률해석이 되는 것이 기본적인 모습임을 다시금 강조할 필요가 있다. 한정위헌청구를 통하여 “법원이 법률을 해석하여 법률의 내용을 결

헌청구의 심판대상을 협소하게 새기는 경우 효력범위가 명료해짐은 별론으로 하더라도 헌법재판의 객관성을 저해할 수 있다는 지적이 존재한다. 남복현, 앞의 글 “한정위헌청구의 적법성과 위헌결정의 법적 효과”, 94면.

310) 남복현, 앞의 글 “한정위헌청구의 적법성과 위헌결정의 법적 효과”, 83-84면.

311) 예컨대, 이른바 “사죄광고” 결정(헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160)에서 청구인은 민법 제764조에 규정된 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 취지의 주장을 하였으나, 위헌제청신청을 기각한 법원은, “사죄광고”라는 방법 자체는 민법 제764조에 명시적으로 규정되어 있지 않으므로 조문 자체를 위헌이라 볼 수 없다고 하였다. 그러나 헌법재판소는 이 사건의 심판대상을 “사죄광고를 민법 제764조 소정의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 포함시킬 때 동 조항이 위헌인가의 여부”로 확정함으로써 문언의 존부에 불구하고 “사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”는 결정을 내릴 수 있었던 것이다.

정하는 작용에 대해서는 법률의 내용을 위헌적인 내용으로 해석하지 않도록 하기 위하여 위헌법률심판제도의 통제를 받게 하여야 하는 것” 312)이다.

‘제주특별자치도 통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원’이라고 특정된 부분에 당해 사건에서 피고인이 명백하게 해당된다고 하여, 특정화를 통해 “공무를 담당하는 사인이 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부” 313)로 한정위헌을 청구하여야 하고 그렇지 아니한 경우 부적법하다고 보아야 하는가? 청구인의 전체 취지를 고려하였을 때 청구인의 주장이 ‘자기자신’의 특수한 경우에 한하여 자신을 처벌하는 것이 잘못되었다는 것이 아니라 공무원으로 의제하는 규정도 없는 사인에 불과한 사람을 단지 공무를 처리한다는 이유만으로 구성요건상의 공무원에 포함하는 것을 다투는 것이라면, 청구인이 규범의 질적 일부를 특정하는 방법으로서 ‘제주특별자치도 통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원’이라는 표지를 사용한 것으로 보는 것이 자연스럽고 또 타당하므로, 이를 부적법하다고 볼 이유가 없고, 규범통제권한의 발동을 촉구하는 것으로서 적법하다고 보아야 할 것이다. 이 경우에 “공무를 담당하는 사인이 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부”로 심판대상을 삼을 것인지 여부는, 위헌결정을 통한 기속력의 범위를 적절하게 확정하는 작업이므로 헌법재판소의 임무이며, 또 헌법재판소의 권한이다.

2. 포섭과 해석의 문제에 관하여

가. 의의

헌법재판소가 금지되는 한정위헌청구로서 거시하는, 재판소원금지의 취지에 반하는 ‘개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·

312) 헌법재판소 2008. 11. 27. 2004헌바54 결정에서의 재판관 조대현의 의견.

313) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정의 반대의견.

적용의 문제'를 다루는 청구는 어떤 의미를 지니고 있는가. 법원의 재판작용의 구조를 나누어 본다면, 법원은 개별 증거 및 각 법률영역에서의 증거법칙에 의해서 사실관계를 판단하고, 여기에 적용될 수 있는 각종 법률문언을 비롯한 규범의 의미내용을 해석을 통하여 파악한 후, 사실관계에 포섭될 수 있는지를 보고 법률을 적용하는 작업으로 이해할 수 있을 것이다.³¹⁴⁾³¹⁵⁾ 일반적이고 고전적인 법학방법론은 대전제로서의 규범을 두고 구체적 사안을 소전제로 하여 규범의 요건에 귀속될 수 있는지를 판단하여 법률효과라는 결론을 내리는 구조로서 “법률효과 결정의 삼단논법”을 취한다.³¹⁶⁾ 이러한 논법의 전제 하에서, 포섭은 “보편적인 경험내용을 비롯한 의미론적 매개를 기반으로 소전제에서의 구체적 사실과 대전제에서의 추상적 개념 사이의 동일성을 확정하는 것”으로 이해되거나³¹⁷⁾, “일반적으로는 논리적 추론을 핵심으로 하는, 구체적 사실이 법률요건의 하나의 경우라고 하는 의미표명을 소전제로서 획득하는 것”³¹⁸⁾으로 이해된다.

나. 문제점

그렇다면 헌법재판소가 표현하는 ‘포섭·적용’의 문제는 위와 같은 맥락에서, 일종의 ‘소전제’로서의 구체적 사실관계를 법률에 포섭할 수 있는지를 다루는 경우에, 바로 그 포섭 및 이를 전제로 하는 적용은 규범통제로서 다룰 수 없다는 것을 의미한다고 할 것이다.

이러한 논리는 포섭을 법률해석과는 구별되는 것으로서 주된 관심사가

314) 법원의 재판작용에 대하여는 “① 규범통제작용 ② 일반법률해석 ③ 구체적 사건에의 적용과 포섭 ④ 사실인정”으로 구분하는 견해를 참조하였다. 김하열, 앞의 글 “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 39면.

315) 이때 ‘적용’이라는 작용은 포섭과정을 통해 양자의 동일성이 인정되는 경우 사실에 법률을 적용함으로써 분쟁을 해결하는 것이므로, 결국 포섭 이후의 결과물로 볼 수 있다.

316) Karl Larenz · Claus-Wilhelm Canaris 著, 허일태 譯, “법학방법론”, 세종출판사, 2000, 121-122면.

317) Reinhold Zippelius 著, 김형배 譯, “법학방법론”, 삼영사, 1990, 135-136면.

318) Karl Larenz · Claus-Wilhelm Canaris, 앞의 책 “법학방법론”, 123-124면.

사실관계의 문제를 다루는 것에 있다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 법률문제와 사실문제의 구별이 언제나 용이한 것은 아니고³¹⁹⁾, 나아가 법률해석과 포섭의 구별 문제에 다다른 경우 양자의 구별 기준을 일률적으로 실시하는 것은 어려운 일이다. 일반적이고 추상적인 법률문언에서 출발하여 법률해석을 통한 의미 영역의 확정, 그리고 개별사건에 적용될 개별, 구체적인 당해사건규범에 이르기까지 일련의 규범이 “종적”(縱的)인 구조를 가진다고 볼 경우,³²⁰⁾ 점진적으로 구체화 되어가는 일련의 과정에서 “규범이 아닌 것”을 발견하여 그 영역을 구분한다는 것은 근본적으로 정도(程度)의 문제이기 때문이다.

헌법재판소의 법정의견은 “당해 사건 재판의 전제가 되는 법률 또는 법률조항에 대한 규범통제는 결국 해석에 의하여 구체화 된 법률 또는 법률조항의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제”³²¹⁾라고 보았다. 해석에 의하여 구체화된 법률조항의 의미와 내용은 일정한 경우 결국 당해사건 규범을 의미하는 것으로 볼 수밖에 없고, 이때 포섭의 문제와의 구별은 불가능하거나 무의미할 수 있다.³²²⁾³²³⁾ 법률문언과 법률해석이 “일용”

319) 기본적인 삼단논법 하에서 법률문제와 사실문제의 구별은 “‘법적 문제’(대전제의 해석)는 법적 효과가 귀속되는 그러한 규범적 표상들이 어떤 내용을 가져야 할 것인가 하는 문제이고, 사실문제는 이와같은 표상들이 ‘비법적 영역’에서 사실상 존재하였는가의 문제이다.” Reinhold Zippelius, 앞의 책 “법학방법론”, 127면.

320) 김하열, 앞의 글 “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 41면.

321) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117.

322) 헌법재판소의 위 판시와 관련하여, 법정의견 스스로 개념법학 내지 법실증주의를 비판의 대상으로 삼으면서도, “법률의 의미와 내용은 구체적 사건으로부터 독립적으로 행해지는 법문해석을 통해 얻어질 수 있다”고 가정하는 개념법학의 특징, “해석에 의한 구체화”라는 법실증주의적 표지를 그대로 사용하고 있다는 비판으로는 김명재, “Friedrich Müller의 규범구체화 방법론”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 7-9면. 김명재는 “구체화의 본질을 규범의 형성으로 이해하는 경우에 한에서 비로소 법해석과 적용을 삼단논법에 따라 행해지는 형식논리적 포섭과정으로 이해하는 법실증주의로부터 근본적으로 벗어나는 것이다.”고 하면서, “당해사건에 적용할 조항을 찾아내는 것은 법실증주의 이견 아니건 공통적인 작업이며, 해석을 통한 규범의 의미와 내용을 확정한다는 것만으로는 법실증주의적 해석방법과 어떠한 차이가 있는지가 선명하게 [들어]나지 않는다. 결국 명목상 법실증주의와의 결별을 선언하고 있는 다수의견 안에 법실증주의적 방법과의 실질적 차별성이 진정 체계

구분되는 것으로 보았던 종래 헌법재판소 결정 하에서는 별론으로 하더라도, “구체화된” 규범의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제를 시도하려는 현행 헌법재판소의 태도에서 해석과 포섭의 구별 문제는 결코 용이하지 않다.³²⁴⁾ 이러한 문제는 재판과정에서 다루어지는 문제에 대한 과도

적으로 수용되고 있는지는 여전히 의문이다.”는 비판을 제기한다. 김명재, “헌법판례상의 규범구체화 개념의 분석과 평가”, 법학논총 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 356-357면.

323) 종래 개념법학이 전제하는 포섭모델(Subsumtionsmodell)에 관하여, 법률의 의미는 “구체적 사례에 직면한 법적용자의 해석을 거쳐서” 비로소 의미를 확정할 수 있으므로 “포섭을 통한 기계적 법적용”이라는 개념을 이미 극복된 것이라고 한다. 윤재왕, “권력분립과 언어”, 강원법학 제44권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, 430-431면. 한편 법학에서 수용된 대화이론의 관점에서 볼 때에도 이러한 지적은 동일하게 수용 가능하다. 고정 불변의 법률문언과 이를 대하는 유아론적 해석자라는 개념은 그 해석에 내재된 해석자의 결단에 대한 비판을 차단함을 지적하며 대화이론적 맥락에서 해석모델을 제시하는 견해로는 이상돈, “형법상 유추금지의 대화이론적 재구성”, 형사법연구 제5권, 한국형사법학회, 1992, 1면 이하 참조. 대화이론의 참여자가 가지는 인격적 승인의 실정화된 규범을 헌법상 기본권으로 파악하고 법관의 법률해석은 기본권의 범위를 유일할 수 없음을 지적하는 견해로는 이준일, “법학에서의 대화이론,” 법철학연구 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000, 89면 이하 참조.

카우프만(Author Kaufman)에 의할 때 포섭은, 일반적으로 포섭이라 불리는 ‘사안과 구성요건의 일치’는 단순한 삼단논법에 국한되는 것은 아니며 사안과 규범을 상호 조응하는 관계로 봄으로써 “구체적이고 실제적으로 존재하는 역사적인 법이 생성” 된다고 본다. Authur Kaufman 著, 허일태 譯, “법철학의 문제사”, 동아법학 제10호, 1990, 309면. 즉 “법은 존재와 당위의 상응이라는 해석학적 순환을 통하여 형성되는 것” 이므로, 포섭은 기계적 작용이 아닌 법해석, 법창조로 보게 된다고 한다. 양천수, “철학적 해석학과 법해석학: 해석학의 법철학적 수용과 관련한 시론”, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 25-26면.

뮐러(Friedrich Müller)에 의할 때, 규범은 법문언에 선재하여 있는 것이 아니라 개별 사안에서 ‘교호적 검토’를 통하여 구성되는 것이라고 한다. 김명재, 앞의 글 “Friedrich Müller의 규범구체화 방법론”, 19-20면. 이러한 의미에서 중요한 것은 법문언이 아니라 법을 적용하는 법관이 의미를 구체화하는 것에 있다고 한다. 윤재왕, 앞의 글 “권력분립과 언어”, 446-447면. 법률해석과 포섭의 구별 및 그 상호적 관계에 관하여는 칼 엥기쉬 著, 안법영·윤재왕 譯, “법학방법론”, 세창출판사, 2011, 83-88면 참조.

이러한 법학방법론적 논의를 살펴볼 때, 헌법재판소가 개념법학적 태도를 비판하며 법률과 법률해석의 불가분성을 실시하여 놓고서, 별다른 구체화 없이 포섭과 해석의 자명한 듯한 구별을 전제로 한정위헌청구의 부적법성을 판단하는 것의 이론적 일관성은 다소 의문의 여지가 있다.

324) 치펠리우스는 특수한 개념표지를 가지는 소전제에서의 사실이 대전제의 의미영역내에 포함되는 문제는 대전인 법률의 의미의 해석의 문제로 보는 것이 타당

한 회피인 재판소원금지의 원칙화와 결합하여, 한정위헌청구의 적법성 심사에 있어 높은 장벽을 형성하게 된다.

다. 검토

물론, 한정위헌청구를 통해 청구인이 다투고자 하는 바는 사실문제가 아닌 규범의 문제여야 할 것이다. 따라서 개별적·구체적 사건에서의 사실관계의 문제는 가장 먼저 제외된다. 현행 헌법재판소법 규정의 해석에 의할 때에도 사실관계의 문제를 판단할 수는 없으며, 사실의 존부 문제나 증거력 판단의 문제 등은 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하는 규범통제절차와 무관하기 때문이다.³²⁵⁾ 그렇다면 포섭의 문제가 부적법하다고 제외된다는 것의 구체적인 의미는, 사실인정의 문제를 다투는 것에 국한되는 것이라고 소극적으로 새기는 것이 바람직하다.³²⁶⁾³²⁷⁾ 기본적

하고, 그러므로 포섭가능성의 문제는 “대전제의 의미의 범위를 고려하고 확정해야 할 동기를 부여하”는 규범구체화의 문제가 된다고 본다. Reinhold Zippelius, 앞의 책 “법학방법론”, 136-138면.

325) 위헌법률심사에 관하여 규정하고 있는 독일연방헌법재판소법 제81조는 “연방헌법재판소는 법률문제에 한하여 심판한다.”고 규정되어 있다. 헌법재판연구원, 2016 국가별 법령집(독일), 297면 참조.

326) 사실문제와 법률문제의 구별은 소송법적 맥락(예컨대 변론주의, 상소이유 등)에서 실제 기능하고 있으나 법적 가치평가의 측면에서 법적 문제와 사실문제를 구별하는 것의 난점을 지적하는 것으로는 Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris, 앞의 책 “법학방법론”, 168-172면. 형사재판에 있어서 법률해석·법도그마틱 등의 규범과 사실인정 사이의 단절을 부정하고 교호적 성격을 강조하는 것으로는 양천수, “형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점”, 형사정책연구 제26권 제4호, 한국형사정책연구원, 2015, 71-72면.

327) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정 이후 사실인정 문제로 보아 각하한 것으로 다음과 같은 사례들이 있다. 영업신고의무를 규정한 공중위생관리법 상의 공중위생영업의 하나인 ‘미용업’에 청구인이 운영하는 형태의 ‘염색약 판매에 부가된 무상의 염색보조행위(염색체험방 영업)’가 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 주장에 대하여, 헌법재판소는 “청구인의 주장은 당해사건과 관련하여 ‘이 사건 심판청구 조항상의 공중위생영업(그 중에서도 특히 미용업)에 청구인이 운영하는 형태의 염색약 판매에 부가된 무상의 염색보조행위(염색체험방 영업)를 포함하는 것으로 해석하여서는 아니 된다’는 것”으로서, 위 주장은 청구인 운영의 염색체험방이 단지 염색약 판매촉진을 위한 홍보행위 내지 부가서비스를 제공하는 것에 불과하고, 염색서비스의 제공에 따른 대가를 받지 아니한다는 사실관계를 전제로 하여, 위 염색체험방 영업을 머리

으로 포섭과 해석의 구별은 극히 난해하며, 일반·추상적이라고 할 수 있는 규범에서부터 사건규범에 이르기까지 구체화·객관화로 나아가는 과정에서 사건규범은 무한히 구체화되어갈 수 있는 것이고, 거기에 자리한 포섭 또한 충분히 구체화된 사건규범과 사실상 구별이 의미가 없을 수 있다.

청구인으로서의 포섭작용을 다투는, 본질적으로 사실문제에 불과한 주장을 유형화·추상화하는 방식으로든 얼마든지 제기할 수 있다. 따라서 청구인이 포착하여 규범과 규범해석의 일부라 주장하는 특정한 개념징표가 사실인정을 본질적인 전제로 하는 것이라면 비로소 불허되는 것으로 보는 것이 바람직하다.

3. 한정위헌청구의 적법성에 대한 새로운 심사기준에 관하여

한정위헌청구의 적법성과 심판범위를 엄격히 새김으로써 얻을 수 있는 것은 법원과의 관계에서 역할분담을 이루고 남소의 통제를 용이하게 할 수 있다는 점일 것이다. 그러나 이는 연역적, 논리적인 차원에서 접근하

카락염색을 영업으로 하는 것이 아니므로 이 사건 심판청구 조항상의 공중위생 영업의 일종인 미용업에 해당한다고 볼 수 없다는 취지에 불과하다고 보아 각하한 사안(헌법재판소 2014. 6. 24. 2014헌바213), 과세처분에 대한 취소소송 중 조세특례제한법 제85조 본문의 “사업인정고시일” 및 제5호의 “대통령령이 정하는 날”에 양도소득세 과세대상 토지에 대한 세목고시를 누락한 채 실시계획의 고시가 이루어진 날까지 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 주장에 대하여, 헌법재판소는 “청구인의 주장은 심판대상조항이 위임입법의 한계를 벗어나 위헌이라거나 사업인정고시의 의미가 불명확하다는 주장이라기보다는, 심판대상조항에서 규정한 ‘사업인정고시일’과, 심판대상조항 및 이 사건 시행령조항에 규정된 ‘실시계획인가고시일’을 토지에 대한 세목고시가 이루어진 날로 보아야 한다는 취지”로서, 세목고시가 누락된 것인지 여부를 판단하기 위해서는 다시 법원에 의한 사실인정과 평가를 거쳐야 하는 문제이기 때문에 부적법하다고 보아 각하한 사안(헌법재판소 2014. 7. 1. 2014헌바251), 국가보안법상 ‘반국가단체’에 북한이 포함된다고 해석하는 한 위헌이라는 주장에 대하여, 헌법재판소는 북한이 반국가단체 조항의 ‘반국가단체’에 해당되는지 여부는 형사재판절차에서의 사실인정 내지 구체적 사건에서의 법률조항의 포섭·적용에 관한 문제이기 때문에 부적법하다고 보아 각하한 사안(헌법재판소 2015. 4. 30. 2014헌바100, 같은 취지의 헌법재판소 2015. 8. 11. 2015헌바261)등.

는 문제가 아니라 본질적으로 법정책의 문제로 접근하여야 한다고 볼 수 있는데, 재판소원금지의 의미의 확장을 통하여 한정위헌청구를 없애는 방식은 법원과의 권한 내지 관계 설정, 남소의 제어 모두 궁극적으로 달성할 수 없다.

기실 한정위헌청구의 적법성을 헌법재판소가 소극적으로 새기는 가장 큰 이유는 법원과의 관계에서 한정위헌결정의 기속력이 인정되지 아니하기 때문이다. 이로 인하여 한정위헌결정 뿐 아니라 이를 구하는 한정위헌청구 또한 제 기능을 다하지 못하고 있다. 그러나 앞서 각국의 입법례에서 살펴본 것처럼, 법률해석에 대한 규범통제 내지 법원의 재판에 대한 통제의 문제는 언제나 헌법재판소와 법원 간의 갈등을 일으키는 요소이며, 어쩌면 별도의 헌법재판기관을 설치한 국가에서는 필연적인 문제일 것이다.³²⁸⁾ 양 기관의 극단적인 대립은 당연히 지양되어야 할 것이지만, 이러한 문제가 과연 한정위헌청구를 통하여 헌법의 우위를 실질적으로 관철하고, 국민의 기본권을 보장하는 문제보다 긴요한 것인지는 회의적이다. 한정위헌청구의 원칙적 적법성을 인정함으로써 이미 재판작용에 대한 ‘개입’은 열린 것이다. 이를 두고 다시금 재판소원금지의 취지와 이를 넘은 원칙화를 시도함으로써 마치 없던 일처럼 취급할 필요는 없는 것으로 보인다.

‘재판소원’이라고 불리는 것들은 사실 재판소원이 아니고, 규범통제의 본질상 허용되는 것이다. 이는 헌법재판소의 규범통제권한과 법률과 법률해석의 구분불가능성에 기할 때 연역적으로 도출되는 결론이다.³²⁹⁾

328) 따라서, 예컨대 최완주, “헌법재판제도의 재구성 - 사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로-”, 법조 제594호, 법조협회, 2006, 19면 이하와 같이 헌법재판소와 법원 간의 이와 같은 충돌 문제를 해결함에 있어서 헌법재판소와 법원의 역할을 엄격하게 전속적으로 구분하자는 기능적 접근을 취하는 견해는, 그러한 방안 자체의 적절성은 별론으로 하더라도 구체적 규범통제제도의 특성을 충분히 고려하지 못하였다는 비판이 가능할 것이다. 양자의 권한 및 이에 따른 역할은 병렬적 가분성을 갖는 것이 아니라 일정한 영역에서 병존하고 있다는 점에서 그러하다.

329) 이와 관련하여 헌법재판소가 규범통제제도를 통하여 ‘법원의’ 잘못된 법률해

제외될 수 있는 범주는 단지 구체적 규범통제의 대상이 될 수 없는 것에 지나지 않는 좁은 것이다. ‘규범이 아닌 것’, 즉 사실인정의 문제 및 이를 전제로 하는 협소한 범위를 비롯한 일부분에 지나지 않는다.³³⁰⁾

이러한 소극적인 태도는 한정위헌청구의 원칙적 적법성을 인정한다고 할 경우에 뒤따라야 할 정작 필요한 논의들 - 규범통제제도의 정확한 인

석을 통제할 수 있는 가능성에 관하여, 종래에는 규범통제의 심판대상을 규범 그 자체로 보았는바 법원이 법률해석을 그르쳐 기본권과 헌법원칙 고려에 실패하였다면 그 통제의 필요성에도 불구하고 헌법재판소는 법률조항 자체의 위헌성을 문제삼기 때문에 이를 규범통제로서 통제할 수는 없다고 보는 견해가 있다. 김진한, 앞의 글 “합헌적 법률해석의 원칙과 위헌적 법률해석의 통제범위와 기준”, 63-64면. 한편 헌법재판소의 2012. 12. 27. 2011헌바117결정을 통하여 재판소원이 일부 허용된 것으로 보면서 “합헌인 법률을 위헌적으로 해석·적용한 재판”과 “위헌인 법률을 합헌으로 해석하여 적용한 재판”을 그 대상으로 보아야 한다는 견해로는 김현철, “한정위헌청구와 재판통제”, 법학연구 통권 39집, 전북대학교 법학연구소, 2013. 115-117면.

330) 한편 재판소원의 분류에 관한 독일의 논의를 바탕으로 재판소원을 “① 법원의 규범통제작용에 대한 통제 ② 법원의 직접적 헌법 적용 통제 ③ 재판의 절차적 하자 통제” 라는 3가지로 구분한 후, ① 에 관하여는 법원이 묵시적인 합헌판단을 통한 규범통제작용을 행한 것이므로 규범통제의 집중을 위하여 “재판소원” 으로서 허용되어야 한다는 견해가 존재한다. 즉 법원이 법규범의 위헌성을 인식 못하고 그대로 적용한 재판(예컨대, 혼인빙자간음죄의 적용)과 합헌적 법률해석으로 위헌가능성 있는 해석을 배제 못하고 그대로 적용한 재판(예컨대, 노동자의 집단적 노무제공거부를 형법상 업무방해죄로 의율)에서는 재판소원을 허용하여야 한다고 한다. 위 견해는 권리구제형 헌법소원을 통한 규범통제의 집중을 도모하므로 위헌소원제도를 폐지하자는 논의에 이른다. 김하열, 앞의 글 “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위 : 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010, 165면 이하.

그러나 본고의 논지는, 재판소원으로서 허용되는 한정위헌청구를 유형화하여 구별하자는 취지가 아니라, 재판기관과 규범통제기관의 갈등을 필연적인 것으로 만드는 규범통제제도 자체에 내재하는 속성에 주목하자는 취지이다. 그러므로 본고의 논의에 기초하여 현행의 규범통제제도를 바라본다면(특히 광범위한 한정위헌청구의 허용이 야기할 기능적 문제를 지적하고자 하는 경우), ‘재판소원의 한계’ 문제보다는 오히려 규범통제제도의 원활한 운영을 위한 입법적 해결에 주목해야 한다. 다만 이러한 실무적·기능적 문제에 대한 입법론적 해결방안은 재판소원이 허용되어야 함을 주장하는 견해에서 주장하는 바를 참조할 수 있을 것이다. 예컨대 성낙인 외 5, 앞의 책 “헌법소송론”, 264-265면은 재판소원을 허용하는 경우 예상되는 문제로 제기되는 ‘초상고심’ 화에 관하여, 이는 “입법정책·입법기술적으로 해결되어야 할 과제이지 헌법본질적인 문제는 아니다” 고 일축하고, 대법원의 심리불속행제도 등의 도입을 고려할 수 있다고 본다.

식을 통하여 올바른 규범통제의 대상 범주를 확정하는 것, 사건규범에 대한 통제가 필요한 경우에 관한 심판대상 결정 문제의 심도 있는 논의, 법원의 법률해석권한의 존중과 관련한 심사방식과 강도의 문제 등 - 을 가로막는다. 법실증주의와 개념법학에 대한 비판에서부터 논리 전개를 시작하였던 규범통제대상의 확대의 논리는 사라지고, 법원에서 판단할 사항인지 아닌지의 여부만이 규범으로서의 성격을 좌우하게 되는 협소한 기준이 그 자리를 대신하고 있다. 이 기준을 통과한 한정위헌청구도 심판대상에 관한 선해를 통하여 단순위헌청구가 되며, 이로써 재판소원의 가부 문제에 있어서는 그 적법성 여부만이 여전히 핵심적인 문제가 되어, 심사 강도의 관점에서 재판소원의 문제에 접근할 여지는 더욱 협소해지게 되었다. 나아가 헌법재판소가 한정위헌청구의 적법성을 선언한 결과 많은 한정위헌청구가 제기되었으나 재판소원금지의 취지에 반한다는 이유로 좌절되거나 변형된 채 심판을 받고, 각하를 우려하는 한정위헌의 청구인들은 다시금 법률조항을 대상으로 삼거나 이를 주위적·예비적 청구로 구성하고 있다. 이는 바람직한 모습이 아니며, 청구인들에게 잘못된 믿음을 심어 주게 된 결과에 다름 아니다.

따라서, 현행과 같은 한정위헌청구의 적법성을 판단하는 기준을 대신하여, 헌법소원을 제기하는 청구인의 입장에서 청구의 적법성을 합리적으로 예측 가능한 기준을 새로 정립하거나 한정위헌청구의 적법성을 원칙적으로 넓게 인정하는 태도가 절실히 요구된다. 그 후 이를 기반으로 하여 헌법재판소가 재판작용 일체에 대한 소원이 아니라 규범통제의 대상으로서 포착하려고 하는 규범의 의미에 관하여 보다 상세한 심사 범위의 기준을 제시하고, 법원의 법률해석에 관한 심사의 강도의 문제에 대하여도 진전된 논의를 보일 필요가 있다.

제5장 결론

이상과 같이, 본고는 한정위헌청구의 적법성에 관하여 재판소원과의 관계를 중심으로 다양한 논의를 살펴보고 이를 바탕으로 의견을 개진하였다.

한정위헌청구에 관한 적법성을 인정하는 이론적 근거는 헌법의 우위에서 비롯하는 헌법재판소의 규범통제권한, 규범 문언과 그 해석의 구별 불가능성에 기인하는 것으로서, 한정위헌청구의 적법성을 인정한다는 것은 한정위헌청구 법률의 해석에 대하여 헌법재판소의 정당한 규범통제권한을 행사하여 달라는 요청을 원칙적으로 허용한다는 것임을 살펴보았다. 다만 한정위헌청구는 개별·구체적인 법원의 재판을 기반으로 제기되는 경우가 많고, 때문에 재판작용과 구별되는 규범통제작용의 범위를 확인하는 것은 용이하지 않다. 이에 대하여 헌법재판소가 제시한 기준이 바로 ‘재판소원 금지의 취지’이다.

본고는 재판소원에 관하여는 종래의 일반적 견해에 대한 비판적 입장을 취하였다. 재판소원금지의 의미는 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원에서 재판을 대상으로 할 수 없음을 의미하는 것으로 소극적으로 새겨야 할 것이다. 재판소원의 금지는 사법권 관련 규정을 비롯한 헌법에서 도출되는 것이 아닌 입법정책적 사항이고, 헌법재판소법상의 재판소원금지규정에 의하여 비로소 금지의 효력이 발생하는 것이며, 위헌소원의 경우 그 본질은 규범통제제도로서 규범을 대상으로 하는 것인바 권리구제형 헌법소원과 질적으로 구별되기 때문이다. 법원의 재판 자체를 직접 헌법소원의 심판대상으로 하는 것을 금지하는 것을 넘어서는 헌법적 원칙이라 여길 수 없다.

따라서 위헌소원으로 제기된 한정위헌청구의 적법성 판단의 일차적 기준은 규범통제의 본질에 비추어 그것이 법률해석으로서 규범을 대상으로 삼고 있는가의 여부가 되어야 하며, 그것이 법원의 재판을 다투고자 하는 것인지 여부가 기준이 되는 것은 부적절하다. 재판소원금지규정은 위헌소원을 통하여 제기되는 한정위헌청구에 적용되지 않는다고 새겨야 한

다. 재판작용의 일부인 법률해석에 관하여 제기되는 한정위헌청구는 법원의 재판을 다투는 것으로 보일 수 있으나, 법률해석의 주체가 누구인지의 문제는 규범통제의 관점에서는 주된 관심사가 아니다. 규범통제에서 사실인정의 문제를 비롯하여 법률 및 법률해석의 위헌성 이외의 사항을 다투는 것이 불허되는 이유는 그것이 규범이 아니어서 규범통제와 무관한 것이기 때문이며 법원의 재판을 대상으로 하고 있기 때문이 아니다. 결국 한정위헌청구의 원칙적 적법성이 인정된다는 것의 핵심적인 의미는 바로 한정위헌청구가 법원의 재판작용의 일부인 법률해석을 다투는 것이라고 하여 문제되는 것이 아님을, 즉 한정위헌청구의 본질은 규범통제에 있음을 승인하는 것이라 보아야 한다.

헌법재판소는 2012년의 결정을 통하여 법률해석에 대한 헌법소원이 가능하다고 보아 위헌소원을 통한 한정위헌청구를 원칙적으로 적법하다고 보면서도, 과거 법률해석과 법률의 구별을 전제로 세웠던 기준을 거의 그대로 원용하면서 재판소원금지와 이를 결부시켜 한정위헌청구의 예외적 부적법성을 확인하는 기준으로 제시하였다. 그러나 이는 규범통제 대상의 문제와 재판소원의 문제를 혼동한 점과 더불어 헌법재판소법상 재판소원금지 규정의 의미를 하나의 헌법원칙처럼 인식하여 헌법재판소의 규범통제권한을 유보시키는 것으로서 재판소원금지규정을 부당하게 위헌소원의 경우에까지 확대 적용하여 그 본래의 취지를 몰각시킬 위험이 있다는 점을 확인하였다. 위 기준 하에서 한정위헌청구의 적법성의 인정범위는 매우 협소해질 수 밖에 없다.

실제로 2013년부터 약 5개년동안 집적된 헌법재판소의 결정례를 조사한 결과, 법률의 해석 문제와 포섭·적용의 구별 문제에서 적법성의 인정에 소극적인 경향이 드러났으며, 법원의 관시내용을 원용하거나 대상으로 하는 경우에도 부적법하다고 판단한 경우가 상당수 확인되었고, 한정위헌청구의 부적법함을 실시하면서 법률조항 자체의 위헌성을 요구하는 경우 또한 다수 발견되었다. 나아가 심판대상의 문제에 관하여도 헌법재판소는 각하하는 사건은 한정위헌청구를 심판대상으로, 본안판단하는 사건은 법률조항을 심판대상으로 삼아 판단하는 경향이 뚜렷하였는바 이로써 적법한 한정위헌청구가 부존재하게 되는 결과가 초래되었다.

본고는 이를 비판하고, 법률해석에 대한 규범통제의 관점에서 한정위헌청구의 적법성을 인식하려는 단초를 살펴보았다. 먼저 독일, 오스트리아, 프랑스, 미국의 입법례를 검토하여, 법률해석에 대한 규범통제 또는 법원의 재판에 대한 헌법소원은 널리 행하여지고 있다는 점과, 대부분의 경우에 헌법재판기관과 법원 사이의 법률해석을 둘러싼 갈등이 존재함을 동시에 확인하였다. 독일의 경우 재판소원을 인정하고 있으나 그 허용범위의 문제에 관한 논쟁이 있다는 점, 심사범위의 문제에서 강도의 문제로 진전된 논의를 형성한 점을 참고할 수 있다. 오스트리아의 경우 일련의 개헌을 통하여 헌법재판제도의 개혁을 통하여 재판소원을 인정하였으며 법률소원제도의 도입으로 규범통제제도의 활성화를 시도한다는 점이 시사하는 바가 크다. 프랑스의 경우 구체적 규범통제절차를 도입하였으며 법률해석을 다룰 수 있게 함으로써 규범통제제도의 실효성을 기하고 있다는 점을 참고할 필요가 있다. 미국의 경우 일반법원에 의한 규범통제가 이루어지지만 이 경우에도 적용 위헌과 문면 위헌의 정의와 구별 문제가 절차 전반에 걸쳐 발생한다는 것, 그리고 양자의 구별이 난해한 문제라는 것을 새길 필요가 있을 것이다.

따라서 한정위헌청구의 적법성과 심판대상의 문제는 재판소원이라는 기준을 탈피할 필요가 있다. 포섭과 해석의 문제는 일반추상적 법규범에서 출발하여 사건규범에 이르기까지 단계적인 층위를 이루는바 어느 범위까지가 규범이 아닌 포섭작용이고, 규범인 법률해석인지 구별하는 것은 매우 어려운 문제이며, 일련의 법철학적 논의들은 규범 문언의 해석을 통한 법관의 포섭 작용이라는 개념법학적 모델에 대한 회의적 이론을 전개해 나간 바 있다. 따라서 포섭의 문제에 해당함을 이유로, 또는 유형화·추상화가 되지 않음을 이유로 한정위헌청구를 부적법하다고 보는 것은 지양해야 한다. 또한 심판대상의 문제에 관하여는 신청주의의 관점에서 유동적으로 새기는 것이 타당하지만 현재의 헌법재판소의 태도에 비추어서 법률해석 내지 사건규범에 대한 적극적 심판대상 인정을 통하여 한정위헌청구의 적법성 인정을 통한 순기능을 다시금 적극적으로 도모할 필요가 있음을 지적하였다. 한정위헌청구에 대하여 유형화·추상화

내지 객관화·개념화·추상화를 요구하는 견해는 그러한 개념유형을 포착하고 특정해 내는 작업이 어려운 것임에도 결국 그 책임을 청구인에게 부과함으로써 지나치게 불리해지는 문제가 있으며, 법률해석에 대한 규범통제를 축소시킬 수 있다.

이상과 같은 검토를 통하여, 규범통제의 본질상 한정위헌청구의 적법성에 관한 논의에서 불거지는 갈등은 회피할 수 없는 성질의 것이며, 동시에 규범통제권한은 유보될 수 없는 성질의 것이라는 결론에 도달하였다. 한정위헌청구의 원칙적 적법성을 다시금 인정해야 한다는 것은 관련 논의에 대한 발전이 가로막혀 있다는 것을 의미하므로, 한정위헌청구의 회피를 위한 ‘재판소원금지’와 결별하는 헌법재판소의 전향적 태도가 절실히 요구된다 하겠다.

참고문헌

1. 단행본

- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2016.
- 박인수 외 2, 주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점, 헌법재판소, 2010.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2013.
- _____ 외 5, 헌법소송론, 법문사, 2012.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 양 건, 헌법강의, 법문사, 2016.
- 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2014.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2015.
- _____, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015
- 허 영, 헌법소송법론, 박영사, 2016.
- _____, 한국헌법론, 박영사, 2015.
- 홍성방, 헌법소송법, 박영사, 2015.
- Karl Engisch 著, 안범영·윤재왕 譯, 법학방법론, 세창출판사, 2011.
- Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris 著, 허일태 譯, 법학방법론, 세종출판사, 2000.
- Klaus Schlaich·Stefan Koriath 著, 정태호 譯, 독일연방헌법재판소, 헌법재판소, 2015.
- Konrad Hesse 著, 계희열 譯, 통일 독일헌법원론, 박영사, 2001.
- Reinhold Zippelius 著, 김형배 譯, 법학방법론, 삼영사, 1990.

2. 학술논문

- 계희열, “헌법재판과 국가기능”, ‘헌법재판의 회고와 전망’, 헌법재

- 판소, 1998.
- 김대환, “위헌심사의 대상의 관점에서 본 법원과 헌법재판소의 관계”, 공법학연구 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012.
- 김래영, “판례평석 : 한정위헌청구의 적법성에 관한 헌법재판소 결정 비판”, 한양법학 42집, 한양법학회, 2013.
- 김명재, “헌법판례상의 규범구체화 개념의 분석과 평가”, 법학논총 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- _____, “Friedrich Müller의 규범구체화 방법론”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 김문현, “미국식 사법심사제 도입주장에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 국제법학회 한국학회, 2011.
- 김시철, “헌법재판소결정의 효력과 넓은 의미의 구체적 규범통제의 법적 성격”, 헌법논총 제18집, 헌법재판소, 2007.
- _____, “위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의”, 헌법논총 제16집, 헌법재판소, 2005.
- 김일환, “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 헌법학연구 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009.
- 김진한, “합헌적 법률해석의 원칙과 위헌적 법률해석의 통제범위와 기준”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012.
- 김하열, “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 저스티스 제108호, 한국법학원, 2008.
- _____, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위 : 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010.
- 김현철, “헌법재판과 법률해석”, 법학논총 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “한정위헌청구와 재판통제”, 법학연구 통권 39집, 전북대학교 법학연구소, 2013.
- 김혜진, “프랑스 헌법재판소 결정의 효력”, 헌법논총 제22집, 헌법재판

- 소, 2011.
- 남복현, “대법원의 전속적인 법률해석권과 한정위헌결정의 기속력”,
한양법학 제11집, 한양법학회, 2000.
- _____, “한정위헌청구의 적법성과 위헌결정의 법적 효과”, 공법학연
구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013.
- _____, “법률해석과 관련한 헌법재판소와 대법원의 갈등, 그 원인과
해법”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 류승우, “한정위헌청구의 적법성과 위헌법률심판의 대상”, 법제논단
(2016. 9.), 법제처, 2016.
- 문재완, “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 헌법학연구 제18권
제3호, 한국헌법학회, 2012.
- 박인수, “프랑스 헌법재판소의 규범통제”, 토지공법연구 제43집 제3호,
한국토지공법학회, 2009,
- 박경철, “우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성”, 공법연구 제30
집 제3호, 한국공법학회, 2002.
- 박규하, “헌법소원제도의 본질과 대상”, 외법논집 제14집, 한국외국어
대학교 법학연구소, 2003.
- 박진완, “헌법해석과 법률해석의 관계-법질서 통일성의 측면에서 헌법
해석과 법률해석의 분리불가능성”, 법학논고 제45집, 경북대학
교 법학연구원, 2014.
- 손인혁, “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분”,
연세법학 제21호, 연세법학회, 2013.
- 양천수, “철학적 해석학과 법해석학 : 해석학의 법철학적 수용과 관련
한 시론”, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009,
- _____, “형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점”, 형사정책연구 제26
권 제4호, 한국형사정책연구원, 2015.
- 오수정, “헌법재판소와 대법원의 합리적 권한 배분”, 중앙법학 제15집
제2호, 중앙법학회, 2013.
- 유남석, “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 재판자

- 료 제75집, 법원도서관, 1997.
- 유병현, “독일 법원의 구조와 재판소원제도”, 법조 제661호, 법조협회, 2011.
- 윤재왕, “권력분립과 언어”, 강원법학 제44권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 이덕연, “한정위헌결정의 법원에 대한 기속력 문제”, 공법학연구 제12권 제3호, 한국비교공법학회, 2011.
- 이명웅, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도”, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2001.
- _____, “미국과 한국의 위헌심사제 비교”, 인권과 정의 제357호, 대한변호사협회, 2006.
- 이부하, “법원의 재판에 대한 헌법소원”, 법조 제573호, 법조협회, 2004.
- 이상돈, “형법상 유추금지의 대화이론적 재구성”, 형사법연구 제5권, 한국형사법학회, 1992.
- 이인호, “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 공법연구 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001.
- 이준상, “한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여”, 헌법논총 제18집, 헌법재판소, 2007.
- 이준일, “법학에서의 대화이론”, 법철학연구 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000.
- 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고”, 법학논집 제21권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2016.
- 이희훈, “헌법재판소법상 재판소원 금지규정에 대한 연구”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009.
- 장영수, “현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원”, 판례연구 제9권, 고려대학교 법학연구원, 1998.
- 장영철, “오스트리아 법령심사제도”, 서강법학 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010.

- _____, “법률해석에 관한 오스트리아 헌법재판소, 대법원 및 행정재판소간의 권한갈등”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 전경태, “한정위헌결정의 기속력에 관한 대법원 판례 검토”, 헌법연구 제1권 제1호, 헌법이론실무학회, 2014.
- 전상현, “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013.
- 정연주, “헌법재판소 직무상의 문제 - 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제를 중심으로”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005.
- 정재황, “프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구”, 성균관법학 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010.
- 조소영, “현행 헌법상 헌법재판제도에 대한 비판적 고찰”, 강원법학 제40권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.
- 조재현, “헌법재판에서의 최근의 동향과 전망”, 법학연구 제23권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2013.
- 차진아, “독일 재판소원의 성격과 기능”, 법학논고 제45집, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 최완주, “헌법소원에 관한 각국의 제도비교”, 재판자료 제75집, 법원도서관, 1997.
- _____, “헌법재판제도의 재구성 - 사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로 -”, 법조 제594호, 법조협회, 2006.
- 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서 한정위헌결정의 문제점”, 홍익법학 제8권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2007.
- _____, “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 헌법논총 제10집, 헌법재판소, 1999.
- 황도수, “헌법재판소의 위헌법률심판권과 법원의 법률해석권”, 저스티스 제99호, 한국법학원, 2007.

- 황치연, “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 헌법판례 연구 제11권, 한국헌법판례연구학회, 2010.
- 허완중, “한정위헌결정과 일부위헌결정의 관계”, 헌법학연구 제20권 제4호, 한국헌법학회, 2014.
- _____, “한정위헌청구의 허용 여부”, 법조 제676호, 법조협회, 2013.
- _____, “한정위헌청구를 허용하는 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에 대한 분석적 검토, 인권과 정의 제436호, 대한변호사협회, 2013.
- _____, “한정위헌결정의 기속력을 부정하는 대법원 판례에 대한 비판적 고찰”, 헌법연구 제1권 제1호, 헌법이론실무학회, 2014.
- Authur Kaufman 著, 허일태 譯, “법철학의 문제사”, 동아법학 제10호, 1990.
- Dieter Grimm 著, 박서화 譯, “독일에서의 재판소원 및 헌법재판소와 일반법원의 관계”, 서울대학교 법학 제55권 제1호, 2014,
- Otto Depenheure 著, 공진성 譯, “재판소원의 저주와 축복”, 헌법논총 19집, 헌법재판소, 2008.
- Richard H. Fallon, Jr., “Fact and Fiction About Facial Challenges”, California law review vol.99, 2011.
- Alex kreit, “Making Sense of Facial and As-Applied Challenges”, Wiliam & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 18 issue 3, 2010.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz”, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990, 김일환, “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 헌법학연구 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009, 214면 각주49번에서 재인용.

3. 기타자료

- 손인혁, “제78회 발표회 지정토론문”, 헌법실무연구 제8권, 헌법재판소, 2007.
- 정광현, “헌법소원의 개념”, 세계헌법재판 판례동향1, 헌법재판연구원, 2012.
- 정광현, “한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위”, 헌법실무연구 제14권, 헌법재판소, 2012.
- 오영신, “제125회 발표회 지정토론문”, 헌법실무연구 제14권, 헌법재판소, 2012.
- 법원도서관, 헌법재판제도의 이해(요약), 법원도서관, 2013.
- 헌법재판소, 헌법재판소법 제정 약사, 헌법재판소, 2006.
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015.
- 헌법재판연구원, 2016 국가별 법령집(독일), 2016.
- 김태호, “오스트리아 사법제도 연구”, 사법정책연구원, 2015.
- 허완중, “오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구”, 헌법재판연구원, 2016.
- 한동훈, “프랑스의 위헌법률심사제도”, 헌법재판연구원, 2012.
- _____, “사후적 위헌법률심사제도의 도입에 따른 프랑스 헌법재판소와 최고법원의 관계”, 헌법재판연구원, 2015.
- 헌법개정연구위원회, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 - 헌법개정연구, 한국헌법학회, 2006.

프랑스 헌법위원회 홈페이지 게시자료

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/novembre-2010-qpc-et-interpretation-de-la-loi.50038.html>

ABSTRACT

A Constitutional Study on Lawfulness of Claim of limited unconstitutionality

- focusing on its relationship with constitutional
complaints on judgement of the court -

LEE SEUNGHOON

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

Although the Constitutional Court of Korea, in its decision in 2012 (2012. 12. 27. 2011Hun-Ba117), allowed a claim of limited unconstitutionality in principle, the Court still has determined some of such claims to be unlawful, in light of the intent of the prohibition of constitutional complaints on judgement of the court [Article 68(1) of Constitutional Court Act]. It raises numbers of issues including: the exact meaning of the prohibition; and the relationship between the prohibition and the claim of limited unconstitutionality.

The Constitutional Court has the competence to determine the subject of its decision, but the Court should not abuse it to prevent the claim of limited unconstitutionality. A criteria of determining lawfulness of the claim based on the prohibition of constitutional complaints on

judgement, which the Court has employed, is inadequate for both logical and policy reasons.

The aim of this thesis is to find a need of having a novel view on lawfulness of a claim of limited unconstitutionality. For this purpose, the thesis covers following: a analysis of the nature and substance of constitutional review of statutes; a comparative study on the constitutional review systems in Germany, Austria, France and America; and a newly proposed criteria of determining lawfulness of a claim of limited unconstitutionality.

Keywords : a claim of limited unconstitutionality, the prohibition of constitutional complaints on judgement of the court, a criteria of determining lawfulness of a claim of limited unconstitutionality

Student Number : 2015-22993