

변호인 의견서

사 건 2023고정250 여권법위반
피 고 인 장 진 영

이 사건에 관하여 피고인의 변호인은 다음과 같이 이 사건에 관하여 의견을 개진합니다.

다 음

1. 이 사건 여권법규정이 피고인에게 적용됨은 헌법 제21조 제1항 및 제2항 위반에 해당한다는 점에 대하여는 2023. 6. 30.자 변호인 의견서 및 위헌법률심판제청서에서 구체적으로 설명한 바가 있습니다.
2. 가사 이 사건 여권법이 위헌이 아니더라도, 이 사건 피고인의 행위는 사회상규에 반하지 않은 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되어야 합니다.

가. 형법 제20조 정당행위 중 사회상규에 위배되지 아니하는 행위

형법 제20조 정당행위의 세부 유형 중 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 가장 기본적인 일반적 위법성조각사유에 해당합니다. 대법원은 이에 대하여 사회일반통념상 의례나 정의로 인정할 정도에 불과한 행위(대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085 판결, 대법원 1994. 11. 11. 선고 93도3167 판결 등 다수 참고), 또는 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 사회적 상당성이 있는 행위(대법원 1999. 10. 22 선고 99도2971 판결 등 다수 참고), 또는 사회통념상 용인될 만한 정도의 상당

성이 있는 행위(대법원 2000. 3. 10. 선고 99도4278 판결 등 다수 참고), 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 등 다수 참고), 또는 사회적으로 용인되어 보편화된 관례(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1764 판결 등 다수 참고)라고 설명한 바 있습니다. 이 사건의 경우 “법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위”이기도 합니다.

대법원은 사회상규해당 여부에 대하여는 구체적 사건에 있어서 정당행위를 판단하는 기준을 제시하면서, ① 그 행위의 동기나 목적의 정당성, ② 행위의 수단이나 방법의 상당성, ③ 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, ④ 긴급성, ⑤ 보충성을 그 요건으로 언급해 왔습니다.(대법원 2000. 3. 10. 선고 99도4278, 2000. 4. 25. 선고 98도2389 등 다수 판결 참고)

이 사건은 아래에서 보듯 대법원이 요구하는 사회상규에 위배되지 아니하는 요건에 모두 부합되므로 정당행위에 해당한다고 해석되는 점에 대하여 아래에서 구체적으로 설명하도록 하겠습니다.

나. 행위의 동기나 목적의 정당성

행위의 동기나 목적의 정당성 심사를 하기 위해서는 행위의 동기나 목적이 무엇인지, 즉 행위자의 행위를 통하여 추구하는 보호가치가 무엇인지를 먼저 확정하여야만 그 동기나 목적의 정당성 유무를 검토할 수 있습니다.

피고인의 경우 2022. 2. 24. 우크라이나 전쟁이 발발하자 즉시 전쟁이라는 극단적 폭력이 발생한 상황에서 저널리즘적 방법으로 전쟁의 참상을 전달하기 위해서 노력하였습니다. 실제로 이러한 피고인의 취재 결과물은 국내에서 우크라이나

전쟁보도의 물꼬를 트고, 여러 매체에 관련 자료를 제공해 주기도 하였습니다. 이러한 행위의 동기는 표현의 자유를 추구하는 피고인의 자유권적 기본권적 이익 뿐만 아니라 개인의 수준을 넘어 공동체 구성원 전체의 알권리를 위한 공동의 이익으로 공익적 측면이 인정될 수 밖에 없습니다.

또한 피고인의 행위는 그 행위 동기나 목적이 '공익'으로 인정될 수 있을 정도로 그 행위가 국민 일반의 우크라이나 전쟁의 알권리에 연결되는 문제이기도 합니다. 피고인의 행위가 공동체로서 특정 개인이나 집단의 이익을 위해서가 아니라 사회 구성원 모두가 추구하는 이익과 밀접하게 연결되어 있는 경우인바, 이에 대하여는 사회상규에 반하지 않는 행위나 목적의 정당성을 인정할 수 밖에 없다 하겠습니다. 특히 이 사건 언론의 표현의 자유, 보도의 자유는 공동체의 근본가치로서 헌법의 객관적 가치질서나 사회구성원들의 보편적 가치로 인정될 가능성이 있는 경우로서, 피고인의 행위는 공익을 추구하기 위한 것이므로 그 정당성은 응당 인정된다 하겠습니다.

다시 한번 정리하자면 피고인의 행위는 헌법적 객관적 가치질서유지를 위한 것이라는 점, 자신의 표현의 자유 이외에도 공동체 구성원에게도 귀속될 수 있는 알권리라는 보편적 가치를 추구한 것으로 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 공익으로서 그 목적 및 동기의 정당성은 응당 인정된다 하겠습니다.

다. 행위의 수단이나 방법의 상당성

피고인이 선택한 수단은 법질서 전체의 관점에서 사회적으로 용인될 수 있는 정당성을 가지고 있습니다. 이 사건 여권법 제17조 단서 조항은 원칙적으로 취재 보도에 대하여 허가를 받을 수 있도록 되어 있으나, 위 우크라이나 전쟁 발발 시 외교부는 취재 보도에 대하여도 전면 허가금지로 대응하였습니다. 이에 따라 피고인은 적법한 방법으로 출국후 우크라이나 정부당국이 허용하는 방법으로 입

국하여 취재 보도행위를 한 것으로 이는 수단의 상당성이 인정되는 행위라 하겠 습니다.

특히 최소침해원칙으로 측면에서 가장 작은 유해한 결과를 수반하면서 법익을 보호하기 위하여 적합한 수단을 취해야 하는데, 피고인의 이 사건 행위 당시 선택한 수단 이외의 방법으로 우크라이나 전쟁 취재 및 보도를 할 수 있는 방법이 존재하지 않았다는 점도 고려되어야 합니다.

라. 법익균형성

법적으로 보호되는 서로 다른 이익 사이에 충돌이 있는 경우 행위를 통하여 보 전되는 이익이 침해되는 이익보다 우월하면 위법성이 조각되는 것으로 해석되어 왔습니다. 앞서 본 바와 같이 여권법하에서도 여행금지국가에 대한 국민보호의무 보다, 취재보도의 자유를 우위에 두고 있어 단서조항에서 이를 허용하고 있음이 명백합니다. 그럼에도 외교부는 우크라이나 전쟁발발당시 전면 금지조치를 취하 여 우크라이나 전쟁 취재 보도를 가능하게 한 대안적 방법조차 제시하지 못하였 는바, 피고인의 이 사건 행위 당시의 법익은 국민보호의무보다 우위에 있음이 명 백하다 하겠습니다.

마. 긴급성

정당행위에 있어서 긴급성의 의미는 주어진 상황적 맥락에서 검토할 수 있고, 법령에 의하여 주어진 절차나 방식에 따를 경우 효과적인 법익 보호가 이루어지 지 아니할 경우 긴급성을 인정할 수 있습니다. 피고인은 우크라이나 전쟁 발발 이후 외교부가 전면 여행금지조치를 하여 우크라이나 전쟁 취재보도를 위해서는 위 여행허가를 받을 수 없음이 명백하였고, 그 전쟁취재 보도의 특수한 점을 고 려할 때 그 신속성이 생명이라 할 것인바, 그 긴급성이 인정될 수 밖에 없다 하

겠습니다.

만약 피고인이 외교부의 여행허가를 기다려야만 했다면, 또는 기다렸다 하더라도 그 뒤에 완화된 외교부의 지침에 따르더라도 프리랜서 기자들에 대한 제한이 과도하게 존재하였는바, 피고인은 여전히 우크라이나 취재, 보도를 하지 못하고 있었을 것임이 명백합니다.

바. 보충성

보충성은 그 행위 이외에 다른 수단이나 방법이 없다는 것을 의미합니다. 이는 최후수단성을 의미하는 것으로, 피고인은 자신의 행위투입을 결정하기 전에 먼저 자신이 선택한 수단과 방법이 목적의 실현을 위하여 적법하고 유용한 수단인지를 심사할 의무를 부담하게 되고 더불어 선택한 수단 이외에 다른 방법이 없는지를 심사할 의무를 진다고 볼 수 밖에 없다 하겠습니다. 이 때 보충성 심사에 있어서는 시민의 자유 이익이 존중되어야 하므로 이른바 그 보충성의 판단이 의심스러울 때에는 시민의 자유이익으로(in dubio pro libertate)의 원칙이 적용되어야 합니다. 그리고 가사 피고인이 선택한 수단 이외에 다른 수단이 있었다고 하더라도 그러한 보충적 수단을 피고인에게 요구하는 것이 가장 적절한 것이며 효과적 인지에 대하여 추가적으로 검토되어야 합니다.

이 사건에서 피고인은 우크라이나 전쟁 발발직후 우크라이나 취재 보도를 하려고 하였으나, 외교부장관은 우크라이나 지역에 대하여 취재, 보도에 대하여서조차도 전면 여행금지조치를 취하여 이에 대한 대안적 수단이 존재하지 않았습니 다. 즉, 이 사건에서 피고인에게는 국가가 제공하는 법적 절차를 통해 우크라이나 분쟁지역 취재 보도를 할 수 있는 방법이 존재하지 아니하였음이 명백하므로 이 사건의 보충성도 인정된다 하겠습니다.

2023. 11. 11

사. 소결어

이 사건 피고인의 행위는 사회상규에 위배되지 않는 정당해위로서 위법성이 조각된다 하겠습니다.

3. 가사 「여권법」 규정이 위헌적이지 않다하더라도, 외교부의 시행령, 시행규칙, 지침 등은 위헌무효에 해당합니다.

가. 관련 여권법 시행령 등 하위규정 내용

「여권법 시행령」 규정

제29조(예외적 여권 사용 등의 허가) ① 외교부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 여행의 경우에는 법 제17조 제1항 단서(법 제14조 제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 여권의 사용과 방문·체류(이하 “예외적 여권사용 등”이라 한다)를 허가할 수 있다.<개정 2013. 3. 23., 2016. 5. 13.>

2. 공공이익을 위한 취재나 보도를 위한 경우

② 제1항 제2호 또는 제5호에 해당하는 사유로 예외적 여권사용등의 허가를 받으려는 사람은 외교부령으로 정하는 바에 따라 소속 기관·단체 또는 업체 등의 장으로부터 확인서를 받아 외교부장관에게 제출하여야 한다.<신설 2016. 5. 13.>

③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 예외적 여권사용등의 허가 신청 등에 필요한 사항은 외교부령으로 정한다.<신설 2016. 5. 13.>

「여권법 시행규칙」 규정

제15조(예외적 여권 사용 등의 허가 신청 등) ① 법 제17조제1항에 따라 여권의



사용을 제한하거나 방문·체류를 금지(이하 “여권사용제한등”이라 한다)한 국가나 지역을 여행하기 위하여 여권의 사용과 방문·체류(이하 “예외적 여권사용등”이라 한다)의 허가를 받으려는 사람은 별지 제6호서식의 예외적 여권사용등 허가 신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 외교부장관이나 재외공관장에게 제출해야 한다. 다만, 여권사용제한등의 대상으로 지정된 국가 또는 지역에 소재한 재외공관에 근무하는 사람은 다음 각 호의 서류를 첨부하지 않을 수 있다.<개정 2013. 4. 1., 2016. 5. 13., 2021. 7. 6., 2023. 2. 28.>

1. 삭제<2017. 6. 27.>

2. **활동계획서(안전대책, 안전 관련 서약서 및 총여행인원 정보 포함)**

3. 다음 각 목의 구분에 따른 서류

나. 영 제29조제1항제2호에 해당하는 경우: 재직증명서 및 별지 제6호의2서식의 소속 기관·단체 또는 업체 등의 장의 확인서

③ 외교부장관은 법 제17조제1항 단서에 따라 여권의 사용과 방문·체류를 허가하는 경우에는 별지 제7호서식의 **여권사용 등 허가서**를 발급한다.

나. 여권법규정에서의 허가의 취지에 반하는 하위규정내용들

여권법 제17조 제1항 단서는 여권의 사용제한을 정하면서 취재·보도에 대하여는 허가를 정하고 있고, 외교부장관이 이러한 취재·보도에 대하여 헌법 제21조 제2항이 금지하는 형태의 언론출판에 대한 허가를 시행령, 시행규칙, 지침 등을 통하여 정하고 있어 이는 모두 위헌 무효에 해당한다 하겠습니까.

이 사건 하위규정인 시행령에서는 외교부령에서 정하는 바에 따라 소속기관, 단체 또는 업체 등의 장으로부터 확인서를 받도록 하고(시행령 제29조 제2항), 이때 신청에 필요한 사항에 대하여는 외교부령(시행령 제29조 제3항)으로 정하도록 하였습니다. 또한 이에 따라 외교부는 활동계획서 및 재직증명서 또는 별지 제6호의2 서식의 소속기관, 단체 또는 업체 등의 장의 확인서를 요구하고 있습니

다.(시행규칙 제15조 제1항 제2호, 제3의 나목) 이외에도 이러한 시행규칙에 근거하여 외교부는 우크라이나 취재 목적 입국허가신청을 안내(지침)해 왔는바, 이는 헌법 제21조 제2항이 금지하는 형태의 언론출판에 대한 허가제로 역할하고 있습니다.

1) 외교부는 우선 위와 같은 취재, 보도 목적 허가를 자유재량으로 오해하여, 우크라이나 전쟁 발발일인 2022. 2. 24.부터 2022. 3. 18.까지 거의 한 달가량을 전면 거부하였습니다.

2) 외교부의 허가조건은 이후에도 임의대로 계속 변경되어 왔습니다.

가) 여권법 시행령 제29조 제2항에서 정하는 외교부령에서 정하는 소속기관, 단체 또는 업체의 범위 : 외교부는 그 범위를 **외교부 출입 언론사**에 한정하여 정하였습니다.

나) 여권법 시행규칙 제15조 제1항 제2호에 따라 활동계획서를 받으면서, **방문지역, 방문기간, 방문인원을 외교부가 임의로 정할 수 있도록** 정하였습니다. 외교부가 요구하는 대로 진행하지 아니할 경우 허가는 가능하지 않았습니다.

다) 분쟁지역에서의 취재는 그 시의성이 중요한 사항임에도 **접수후 허가여부까지 1주 이상 소요되어 사실상 분쟁지역의 취재가 가능하지 않도록 절차를 정하였습니다.**

외교부는 여권법에 근거하여 허가조건을 정함에 있어 그 언론활동의 범위, 내용, 조건을 정하는 실질적인 데스크 역할을 함으로써 헌법 제12조 제2항의 허가제와 동일한 역할을 하고 있습니다. 즉, 이 사건 하위 규정 및 이와 같은 허가조

10월 10일

건, 우크라이나 전쟁 발발당시 허가신청 자체를 받지 않은 과정은 모두 헌법 제 21조 제2항이 금지하는 언론출판에 대한 허가제도로써 위헌 무효라 하겠습니다.

따라서 이를 전제로 이루어진 이 사건 공소사실은 유지될 수 없다 하겠습니다.

4. 검찰의 관련 판결문에 대하여

검찰의 2023. 7. 20.자 제출한 참고자료에 첨부된 판결문들은 “살인행위”가 전제된 우크라이나 의용군 참여 목적 사건으로 이 사건과 무관한 사건들입니다. 이러한 의용군 참여목적의 분쟁지역 여행은, 그 자체로 범죄행위가 될 수 있어 이 사건과 무관한 범죄행위라 하겠습니다.



5. 법원의 한정위헌법률심판제청에 대하여

헌법 재판소는 한정위헌법률심판제청신청에 대하여, 법률조항에 대한 한정위헌의 판단을 구하는 심판청구의 실질이 단순히 법률조항에 대한 법원의 해석을 다투는 것이라기보다는 법률조항자체의 위헌성을 다투는 것인 경우 적법하다고 해석하여 왔습니다.(헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌바486 결정 등 다수) 즉, ① 법률조항 자체의 불명확성을 다투는 것으로 볼 수 있는 경우(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 97헌바74 결정 등), ② 심판대상규정에 대한 일정한 해석이 상당기간에 걸쳐 형성·집적되어 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정이 위헌성을 지닌 경우(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 결정 등), ③ 위 두 가지 경우에 해당되지는 않지만 법률조항 자체에 대한 위헌의 다툼으로 볼 수 있는 경우(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고99헌바66 등 결정) 등, 3가지의 경우에는 한정위헌법률심판제청을 할 수 있는 것으로 해석해 왔습니다. (참고자료 류승우, 한정위헌청구의 적법성과 위헌법률심판의 대상 참고)

즉, 이 사건은 이 사건 여권법해석 자체를 헌법재판소에 다투는 것이 아니라, 취재 보도 목적의 여행을 허가제로 운영하는 것에 대한 법률조항의 위헌여부를 다투는 것으로, 당연히 위헌법률심판제청신청을 할 수 있다 하겠습니다.

첨 부 서 류

- 1. 참고자료 류승우, 한정위헌청구의 적법성과 위헌법률심판의 대상



2023. 8. 14.

위 피고인의 변호인

법률사무소 디케이

변호사 김보라미



의정부지방법원 고양지원 형사제8단독 귀 증

한정위헌청구의 적법성과 위헌법률심판의 대상

Decision of Partial Unconstitutionality

류 승 우 (Seung-woo Ryoo)
서울고등법원

논문접수 : 2016. 8. 4.

심사게시 : 2016. 8. 23.

게재확정 : 2016. 9. 7.

목 차

I. 서론

II. 법원과 헌법재판소의 관계

1. 사법권의 독립(법원의 독립)
2. 대법원의 최고법원성
3. 헌법재판소의 특별사법기관으로서의 성격
4. 권력분립
5. 소결론

III. 한정위헌결정의 사례와 이를 둘러싼 논의의 경과

1. '인터넷 선거운동 사건'(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001 등 결정)
2. '조세감면규제법 부칙 사건'(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123 등 결정 등)
3. '해석상 공무원 사건'(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정)
4. '야간시위 사건'(헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2010헌가2 등 결정)
5. 검토

IV. 한정위헌청구의 인정 여부

1. 학설
2. 헌법재판소의 판례
3. 검토

V. 위헌법률심판의 대상으로서의 법률해석

1. 한정위헌결정의 효력에 관한 대법원과 헌법재판소의 태도
2. 위헌법률심판의 대상
3. 법원의 법률해석 방법의 흠이 위헌법률심판의 심사대상인지 여부
4. 헌법재판소의 법률해석이 위헌법률심판의 기준이 될 수 있는지 여부
5. 소결론

VI. 결론

국문요약

법원과 헌법재판소의 견해 대립의 최전선에 있는 것이 한정위헌결정이라고 할 수 있고, 지금껏 법원과 헌법재판소는 이에 관한 상대방의 주장을 받아들이지 않고 있어 이 문제는 해결될 기미가 보이지 않는다. 그렇지만 이러한 견해 대립을 입법적으로 해결하는 것보다 충분한 시간에 걸친 토론을 통하여 해결하는 것이 우리 헌법을 발전시키는 방법이라고 본다.

이 논문은 이러한 문제인식을 바탕으로, 법률해석이 위헌법률심판의 대상이라는 헌법재판소의 견해 하에 한정위헌결정이 받아들여질 수 있는지, 그 한계는 무엇인지를 밝히고자 했다. 이러한 논의에 있어 사법권의 독립 등 헌법상의 원칙은 그 방향타로서 중요한 역할을 한다.

‘해석상 공무원 사건’이라고 불리는 헌법재판소의 2011헌바117 결정은 한정위헌청구를 적법하다고 보고, 법원의 법률해석이 위헌법률심판 사건의 심사대상이 되는 점을 명확히 하면서 한정위헌결정의 기속력 역시 인정된다고 판시하고 있다. 그러나 한정위헌청구를 인정하는 것은 법원의 법률해석권을 제한하여 ‘헌법’에 의한 법관의 재판을 저해하는 요소가 될 수 있으므로 수긍하기 어렵다. 그리고 위헌법률심판의 대상을 법원의 법률해석으로 보더라도 법원의 법률해석 ‘방법’은 헌법재판소의 심사 대상에 포함되지 않고, 문언 자체의 법규정으로부터 법률해석으로 나아가는 과정은 그 심사의 대상이 아니라고 보아야 한다. 이를 감안하면 법원의 법률해석과 헌법재판소의 법률해석을 비교하는 방법으로 법률의 위헌성을 심사하는 방법은 바람직하지 못하다. 그러한 관점에서 볼 때, 기존의 헌법재판소의 한정위헌결정 중 상당수는 (한정)위헌결정을 할 수 있는 사안이 아니다.

이 논문이 헌법의 원칙을 바탕으로 법원과 헌법재판소가 공감할 수 있는 논의의 단초가 되기를 희망한다.

※ 주제어 : 법원, 헌법재판소, 한정위헌결정, 사법권의 독립, 한정위헌청구, 위헌법률심판의 대상, 법원의 법률해석, 법률해석의 방법상의 흠, 헌법재판소의 법률해석, 2011헌바117

1. 서론

법원과 헌법재판소의 견해 대립은 이를 조정하거나 통제할 기관이 마땅치 않아 쉽게 해결될 것으로 보이지 않는다. 헌법개정이나 국회의 입법행위를 통하여 이러한 문제를 해결할 수도 있을 것이지만, 그러한 해결방법에 선뜻 동의하기 어렵다. 문제의 일도양단적인 해결은 또 다른 문제를 낳을 수 있기 때문이다. 우리 헌법이 헌법재판소 제도를 도입하면서 예견하지 못한 양 기관의 견해 대립이 발생한 상태에서, 성급하게 법규를 정비하는 것은 예상치 못한 더욱 해결하기 어려운 결과로 이어질 수 있다. 또한 현재의 견해 대립은 반드시 부정적으로만 보이지 않는다. 이러한 견해 대립을 스스로 극복함으로써 우리가 헌법적으로 성장하고 우리나라에 맞는 헌법재판제도-법원에 의한 재판과 헌법재판소에 의한 재판을 포함하여-를 확립하는 기회가 될 수 있기 때문이다. 법원과 헌법재판소가 각자의 논리를 발견, 발전시킴에 있어, 양 기관의 내부뿐만 아니라 외부에서도 상당한 헌법적 연구가 촉발되고 있음은 부인할 수 없을 것이다. 이러한 의미에서, 법원과 헌법재판소를 중심으로 법조계와 학계가 시간을 두고 각고의 노력을 들여 스스로 이 견해 대립을 해결하는 것이 가장 타당해 보인다. 이러한 시각에서 볼 때, 양 기관의 견해 대립은 외국의 법제를 도입한 우리 헌법재판소 제도가 겪을 수밖에 없지만 이를 극복함으로써 더욱 발전할 수 있는 '성장통'이라고 할 수 있다.

이 글은 한정위헌결정에 관한 대법원과 헌법재판소 각각의 법리를 비판적으로 검토하여 우리 헌법상 한정위헌결정이 인정될 수 있는지, 그 한계는 무엇인지 검토함을 목적으로 한다. 이를 위하여 먼저 이 글의 II항에서는, 논의의 기초로서 법원과 헌법재판소의 관계에 대하여 고려할 사항을 간략하게 살펴보도록 하겠다. III항에서는 최근의 한정위헌결정을 위주로 그 판례와 결정 이후의 경과 등을 살펴 봄으로써 한정위헌결정으로 인한 현재의 양상을 인식할 기회를 갖도록 하겠다. 그리고 IV항에서는 한정위헌청구의 적법성을 인정할 수 있는지에 관하여 살펴본다. 한정위헌청구의 적법성을 인정하는 것은 단순히 기존의 한정위헌결정을 인정하는 헌법재판소 태도의 연장선으로 볼 수도 있지만, 왜 과거에는 그 적법성을 인정하지 않았을까 라는 의문에서 단초를 얻었다. V항에서는 위헌법률심판의 대상에 관하여 논하도록 하겠다. 이를

위하여 위헌법률심판의 대상을 각각의 논거로 들고 있는 대법원과 헌법재판소의 한정위헌결정에 대한 태도를 살피고, 위헌법률심판의 심사대상이 무엇인지, 구체적으로 법원의 법률해석의 방법이 그 심사대상이 될 수 있는지 살피겠다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 헌법재판소의 법률해석의 정당성 및 필요성에 관하여도 살피겠다. 마지막 결론으로 VI항에서는 앞선 논의를 종합하고 이를 통하여 이러한 논의가 갖는 의미를 다시금 되새겨보는 기회를 갖고자 한다.

II. 법원과 헌법재판소의 관계

1. 사법권의 독립(법원의 독립)

사법의 본질은 공정한 재판을 통하여 분쟁을 평화적으로 해결함으로써 국민의 자유와 권리를 보장하는 데 있다. 따라서 사법부에 대하여는 그 어느 국가기관보다 독립성의 요청이 강하다.¹⁾ “사법의 독립은, 사법의 불가결한 성격이라는 객관적 요소와 독립한 법관에 의하여 재판을 받을 수 있다는 개인의 권리로서의 주관적 요소를 모두 갖고 있다. 법관의 독립이 없으면, 올바르게 합법적인 권리와 자유의 실현이 불가능하다.”²⁾

사법권의 독립은 헌법 제101조,³⁾ 제103조,⁴⁾ 제105조,⁵⁾ 제106조⁶⁾에서 직접적으로 규정되어 있는 헌법상의 원칙으로,⁷⁾ 법원의 독립, 법관의 신분상 독립, 재판상 독립을 내용으로 하고 있다. 그 중 재판상의 독립(직무상의 독립, 법관의 물적 독립, 법원

1) 성낙민, 헌법학, 법문사, 2013, 1255면

2) 베니스위원회[정식명칭은 ‘법을 통한 민주주의 유럽위원회(European Commission for Democracy Through Law)’이다.]는 2010. 3. 12.-13. 개최된 82차 전원회의에서 ‘사법의 독립(1부 : 법관의 독립)에 관한 보고서’를 채택한바 있다. 그 서문을 한부환, “베니스위원회에서 채택한 사법 독립의 기준 - 법관의 독립에 대하여”, 『통일과 법률』, 2012. 8.(통권 11호), 4면 이하에서 재인용하였다. 이하 위 보고서의 내용은 위의 논문에서 재인용한다.

3) 헌법 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다. ② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다. ③ 법관의 자격은 법률로 정한다.

4) 헌법 제103조 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

5) 헌법 제105조 ① 대법원장의 임기는 6년으로 하며, 중임할 수 없다. ② 대법관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다. ③ 대법원장과 대법관이 아닌 법관의 임기는 10년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다. ④ 법관의 정년은 법률로 정한다.

6) 헌법 제106조 ① 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다. ② 법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 퇴직하게 할 수 있다.

7) 베니스위원회의 위 보고서는 “사법 독립에 관한 기본 원칙들은 헌법이나 이에 상응한 문헌에서 규정하고 있어야 한다.”라고 한다. 한부환, 앞의 논문, 23면.

의 기능상 독립)은 헌법 제103조에서 직접 규정하고 있는바, 법관이 소송당사자는 물론 다른 어떠한 국가기관이나 여러 사회세력의 지시에서도 독립하여 그 직무를 행사한다는 것과 법관이 그 양심에 따라 그 직무를 행사한다는 것, 법관은 그 직무를 행사함에 있어서 헌법과 법률에만 구속된다는 것을 뜻한다.⁸⁾ 이는 사법권의 독립의 본질적인 요소로서,⁹⁾ 법원의 독립이나 법관의 신분상 독립은 이를 보장하기 위한 수단으로서의 성격을 갖는다.¹⁰⁾

다른 국가기관으로부터의 독립, 즉 법관이 재판을 행함에 있어서 다른 어떠한 국가기관으로부터도 지휘나 감독 기타의 간섭을 받지 않는 것은 재판상 독립의 주요한 내용 중 하나다.¹¹⁾¹²⁾ 재판상 독립이 위와 같이 헌법상의 원칙인 사법권의 독립 중 핵심인 점을 고려한다면, 다른 국가기관이 법원의 재판에 직접적인 영향력을 행사하는 것은 오직 헌법상의 근거가 있을 때에만 가능하다는, 다시 말하면 헌법이 정하지 않은 경우에는 다른 국가기관은 법원의 재판에 간섭할 수 없다는 결론에 이르게 된다.¹³⁾ 그런데 우리 헌법상 법원의 재판에 대한 심사권한을 직접 다른 기관에게 부여하는 규정은 없다. 이러한 의미에서, 우리 헌법상 재판소원은 불가하다고 할 것이다.¹⁴⁾ 나아가 헌법의 해석상 혹은 헌법이 인정하는 제도의 속성상 헌법이 법원의 재판에 대한 다른 국가기관의 간섭을 인정할 수밖에 없는 예외적인 경우가 있더라도, 그 국가기관은 사법권의 독립, 재판상 독립을 중시하는 헌법의 태도를 존중하여야 할 것이다.

다만 헌법 제111조 제1항 제1호가 정하는 헌법재판소의 위헌법률심판권은 법원의

8) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1577면

9) 김철수, 위의 책, 1577면

10) 김철수, 헌법과 정치, 진영사, 2012, 753면

11) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1578면. 다만 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 1061면은 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속하기 때문에 법관도 헌법재판소의 결정을 존중하여야 하지만, 그것은 법관의 재판기능에 대한 외부적 간섭이 아니라 헌법재판의 당연한 효과라고 한다.

12) 헌법 제101조 제1항이 정한 대법원의 최고법원성도 이러한 의미에서 재판상의 독립과 관련이 있다고 할 것이다. 배니스위원회 의 위 보고서는 "법원의 재판에 관한 결정은 상소절차를 제외하고는, 특히 상소기간을 경과한 후의 검사나 다른 국가기관의 이의제기를 통하여 수정대상이 되어서는 안 된다."고 밝히고 있다. 한부환, 앞의 논문, 24면.

13) 유남석, "재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유", 재판자료 제75집, 대법원 법원행정처, 1997, 311면.

14) 헌법 제111조 제1항 제5호가 '법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'이라고 규정한 뜻은 헌법이 입법자에게 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치·사회적 현황 등을 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(헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌마172 결정). 그러므로 헌법재판소의 헌법소원심판권을 규정한 헌법규정이 헌법재판소의 재판에 대한 심사권한을 전제하고 있다고 볼 수 없다. 재판소원이 헌법개정사항이라는 취지의 주장은 박홍우, "대법원과 헌법재판소의 권한배분", 헌법재판의 회고와 전망 -창립 10주년 기념세미나, 헌법재판소, 1998, 275면 및 이부하, "법원의 재판에 대한 헌법소원 -헌법상원리에 의한 검토를 중심으로", 법조, 2004. 6.(53권 6호, 통권 573호), 122면 등 참고.

재판을 직접적으로 대상으로 하지 않지만, 법원이 재판의 자료로 삼는 법률의 효력에 대하여 위헌결정을 할 수 있고(이는 확립된 법원의 법률해석에 반할 수 있다.) 헌법 제107조 제1항이 헌법재판소에 위헌법률심판이 제청된 경우 법원은 그 심판에 의하여 재판을 한다고 정하고 있는 점에서, 헌법재판소의 위헌법률심판은 헌법상 사법권의 독립에 대한 유일한 제한이라고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 물론 위와 같은 헌법의 태도에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 위헌법률심판권은 헌법이 인정하는 범위에서 법원의 재판에 대한 간섭이 최소화되도록 해석, 적용되어야 할 것이다.

2. 대법원의 최고법원성

헌법 제101조 제2항은 대법원을 '최고법원'으로 정하고 있다. 미국의 "supreme court"나 일본의 "最高裁判所"라는 명칭에서 볼 수 있듯이, 한 국가의 사법부를 대표하는 법원이 최고법원으로서의 지위를 가지는 것은 낯설지 않다.¹⁶⁾ 그리고 대법원은 국회, 대통령, 헌법재판소 등 다른 최고기관과 함께 우리나라의 최고기관 중 하나이고, 최고최종심법원 및 최고사법행정기관으로서의 지위 등을 갖는다.¹⁷⁾ 헌법재판소는 대법원의 최고법원성을 근거로 법원 아닌 곳에서 재판을 한다든지 불복이 있다 하여 대법원을 넘어서까지 재판을 거듭한다면 그것은 헌법위반이 되므로, 헌법재판소가 재판을 대상으로 하여 그 취소 여부를 다루는 헌법소원심판을 하게 된다면 그것은 법원 밖에서 그리고 대법원을 넘어서서 재판에 대한 불복절차로서의 재판을 다시 연장하여 하는 것에 해당하여 헌법위반이 된다고 판단하였다¹⁸⁾.

3. 헌법재판소의 특별사법기관으로서의 성격

우리 헌법상 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 소정의 한정적인 관할권을 가진 특

15) 그러므로 사건으로는, 대법원과 헌법재판소의 견해의 차이는 법원의 재판상의 독립이 헌법재판소의 위헌법률심판권에 의하여 어느 정도까지 제한될 수 있는지에 대한 견해의 차이라는 시각에서 볼 수 있다. 앞서 본 바와 같이 헌법이 헌법재판소에게 부여한 위헌법률심판권은 법원의 재판에 간섭하는 것임은 분명하다. 대법원의 견해는 헌법재판소가 법전의 문언 그대로의 법률(또는 법률조항)을 심사대상으로 할 수 있을 뿐이라는 취지인 반면, 헌법재판소의 견해는 이에 대한 법원의 법률해석까지 그 대상으로 삼을 수 있다는 것이다(이러한 견해의 차이는 위헌법률심판이 입법작용에 대한 간섭인지 입법 및 사법작용에 대한 간섭인지 여하, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 재판소원의 성격을 가지고 있는지 여부에 대한 견해의 차이를 포함하고 있다). 위와 같은 사법권의 독립, 재판의 독립은 헌법재판소의 위헌법률심판권의 한계를 설정함에 있어서 중요한 시사점이다.

16) 외국의 최고법원제도에 관하여는 성낙인, *헌법학*, 법문사, 2013, 1211-1212면 참조

17) 김철수, *헌법학개론*, 박영사, 2007, 1559-1561면

18) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 99헌마461 등 결정

별사법기관으로서, 헌법의 명문규정에 반하여 그 재판관할권을 행사할 수는 없다고 할 것이다.¹⁹⁾

4. 권력분립

헌법은 '권력분립' 또는 '권력분립의 원칙', '권력분립주의'라는 단어를 언급하고 있지 않지만, 헌법이 국회, 행정부, 법원 등의 분립과 그 각 권한을 정함으로써 권력분립을 전제로 하고 있고, 권력분립의 원칙은 헌법상의 통치기구의 조직원리로 널리 받아들여지고 있다. 이는 "권력은 부패하는 경향을 가진다. 절대적 권력은 절대적으로 부패한다."라는 역사적 경험에서 나온 것으로,²⁰⁾ 국가작용을 입법, 행정, 사법의 3개의 다른 작용으로 나누어 각 작용을 각기 다른 구성을 가진 독립기관이 담당하게 하여 기관 상호간의 견제, 균형을 유지하도록 함으로써 국가권력의 집중과 남용을 방지하고 국민의 자유를 보호하기 위한 자유주의적인 정치조직의 원리로, 근대시민적 민주정치의 기본원리이다.²¹⁾²²⁾

권력분립의 원칙은 권력의 분립 및 분리(상호독립)와 함께 견제와 균형(상호제한)을 동시에 내포하는 원칙이기 때문에, 어디에 방점을 찍느냐에 따라 반대되는 주장의 각 근거가 될 수 있기도 하다. 하지만 법원과 헌법재판소는 넓은 의미에서 대한민국의 사법기능을 분장(分掌)하는 기관이므로, 양 기관은 고전적인 권력분립의 원칙이 적용되는 관계는 아니다. 양 기관은 궁극적으로 국민의 권리보호를 목적으로 하는 기관인데, 상호통제는 자칫 각각의 기능을 약화시켜 위와 같은 목적을 달성하는 힘을

19) 김시철, "위헌법률심판절차에서 사법작용의 당부를 심사할 수 있는지(상) -헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123 등 전원재판부 결정에 대하여", 『사법』, 2012(21호), 203-204면

20) 김철수, 앞의 책, 1209면

21) 김철수, 앞의 책, 1205면

22) 허영, 앞의 책, 713면은, 권력분립의 원칙은 흔히 3권분립의 원칙이라고도 일컬어져 왔지만, 국가권력은 크게는 입법권과 법집행권의 둘만으로도 나눌 수 있고, 작게는 입법권, 통치권, 행정권, 사법권의 넷으로도 분류할 수 있기 때문에 3권분립만을 고집하는 것은 옳지 않다고 하면서, 고전적인 논리형식에 집착하기보다는 현대적인 기능을 정확하게 파악하도록 노력하여 한다고 하고, 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2014, 85면은 우리나라는 권력분립에서 4권분립이라고 기술하고 있다. 그러나 행정권과 사법권을 통합하거나, 행정권에서 통치권을 분리하는 것은 우리 헌법의 정하고 있는 사항이 아닌 점, 정당국가화 등으로 권력이 통합, 집중되는 현실에서 3권분립론은 각 권력이 지켜야 할 선을 제시하는 기능이 있는 점, 법원과 헌법재판소의 권한의 배분이 논리필연적이지 아니고, 특정한 권한을 헌법재판소에 부여한 것은 같은 사법기관인 법원의 독주를 막기 위한 것이라기보다는 그 권한행사가 활성화되기 위한 방법으로 보이는 점, 기관이 분리되어 있다고 하여 선거관리위원회도 하나의 독립된 권력으로 보기는 어려운 점에서, 우리 헌법상 법원과 헌법재판소가 사법기능을 분장하는 것으로 보아 우리 헌법상 권력분립의 원칙을 3권분립의 원칙으로 이해하는 것이 타당하다고 생각한다. 헌법재판소도 우리 헌법상 권력분립을 3권분립으로 표현한 바 있다. 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 결정, 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 결정 등

약화시킬 수 있다. 그러한 의미에서, 헌법재판소가 법원을 '견제'하는 것은 헌법이 권력분립의 원칙을 통하여 부여한 권한이나 책무는 아니라고 할 것이다.²³⁾

5. 소결론

헌법상 법원과 헌법재판소의 관계에 있어서 반드시 고려해야 할 사항은 사법권의 독립이다. 헌법이 밝히고 있는 대법원의 최고법원으로서의 지위는 헌법재판소로부터의 법원의 독립을 더욱 고양시킨다. 양 기관이 사법기능을 분장하고 있다는 점을 감안한다면, 양 기관의 독립성은 상호 존중되어야 하고, 헌법이 정하는 바 이상의 관여는 자제되어야 할 것이다.

법원의 독립을 고려할 때, 헌법재판소가 법원의 재판에 간섭할 수 있는 여지는 위헌법률심판에서만 인정될 수 있고, 그 또한 제한적이다. 위헌법률심판의 속성에 따른 이러한 관여의 범위를 어찌 보던 간에, 그 속성을 뛰어넘는 재판의 관여는 엄격히 배격되어야 할 뿐만 아니라, 헌법상 관여가 가능한 경우라 하여도 삼가는 태도를 앞세우는 것이 우리 헌법의 해석상 요구되는 바라고 할 것이다.

Ⅲ. 한정위헌결정²⁴⁾의 사례와 이를 둘러싼 논의의 경과²⁵⁾

1. '인터넷 선거운동 사건'(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001 등 결정)

23) 다만 사건으로, 법원과 헌법재판소의 관계를 권력분립의 원칙의 틀로 보는 견해는 크게 시사하는 바가 있다고 할 것이다. 권력분립의 원칙은 권력의 집중과 그로 인한 부패를 막는 것을 목적으로 하는 원칙이라는 점에서, 법원이 헌법재판소의 '견제'를 받아야 한다는 주장은, 법원이 과도한 권한을 가지고서(권력의 집중) 이를 옹지 않게 사용하고 있다(권력의 부패)는 전제에서 있는 것일 수 있다.

24) 어떠한 헌법재판소의 결정이 한정위헌결정에 해당하는지 여부에 관하여 대법원과 헌법재판소의 견해가 다르다. 아래에서 보는 바와 같이 대법원은 헌법재판소의 한정위헌결정 중 양적 일부위헌결정을 단순위헌결정으로 보고 그 효력을 직접적으로 인정하여 양적 일부위헌결정을 한정위헌결정으로 보지 않고 있다. 이하에서는 헌법재판소가 한정위헌결정으로 표시한 결정들(현재 헌법재판소 인터넷 홈페이지(<http://www.court.go.kr>)상 '판례검색'을 통한 검색결과를 기준으로 함)을 한정위헌결정으로 분류하여 논의를 전개하겠다.

25) 대법원과 헌법재판소 사이에서 문제된 과거의 헌법재판소 한정위헌결정과 그 근거 및 이후 경과는 다음과 같다.

① 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌바21 결정 : 비례의 원칙 위배(재산권 침해)

이 결정 이후 청구인은 재심을 청구하였으나 대법원이 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결로 한정위헌결정의 기속력을 부정하면서 재심청구를 기각하자 청구인은 위 판결의 취소 등을 구하는 헌법소원을 제기하였다가 취하하였다. 헌법재판소는 2003. 4. 24. 선고 2001헌마386 결정으로 심판절차 종료선언을 하면서 방론으로 대법원 판결을 취소하기로 하였던 최종평의결과를 밝혔다.

② 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌바40, 95헌바13(병합) 결정 : 조세법률주의 및 포괄위임금지의 원칙 위배

이 결정 이후 헌법재판소는 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173(병합) 결정으로 94헌바40 등 결정의 기속력을 부정한 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결을 취소하였다.

③ 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2003헌바10 결정 : 재산권 및 평등권 침해

대법원은 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결로 한정위헌결정의 기속력을 부정하였지만 다른 해석으로 청구인의 상고를 인용하였고, 과세관청이 헌법재판소 결정취지에 따라 과세액 감액경정을 하였다.

법제논단

헌법재판소는 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88(병합), 2010헌마173(병합), 2010헌마191(병합) 결정에서, 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 처벌하는 공직선거법 조항 중 각 '기타 이와 유사한 것' 부분에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함된다고 해석한다면 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하므로, 위 조항을 그와 같이 해석하는 한 헌법에 위반된다고 결정하였다.

이후 위 결정을 이유로 법원에 재심이 청구되었지만 법원은 재심기각결정을 하였고, 이에 대하여 재항고가 제기되었지만 대법원은 이를 기각하였다(대법원 2014. 4. 18.자 2014모530 결정, 대법원 2014. 4. 25.자 2014모529 결정, 대법원 2014. 5. 23.자 2013모1538 결정).

한편, 대법원은 2015. 4. 9. 선고 2012도3841 판결에서, 무죄를 선고한 항소심 판결에 대한 검사 상고를 헌법재판소 결정과 같은 취지의 이유로 기각하였다. 다만 위 사건에서 대법원 및 항소심 법원은 헌법재판소의 위 결정을 직접 언급하지는 않았다. 그리고 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도2190 사건은 위 헌법재판소 결정의 대상이 된 조항과는 다른 조항을 위반한 사건이었는데, 대법원은 위 헌법재판소 결정을 참조판례로 언급하면서 위 결정의 결론과 같은 이유로, 유죄를 인정한 항소심 판결을 파기하고 환송하는 판결을 선고하였다.

2. 조세감면규제법 부칙 사건(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123 등 결정 등)

헌법재판소는 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123, 126(병합) 결정 및 2012. 7. 26. 선고 2009헌바35, 82(병합) 결정에서, 구 조세감면규제법이 전부 개정되었고 개정된 법률에서 종전의 법률 부칙 제23조를 계속 적용한다는 별도의 규정을 두지 않았음에도 그 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 결정하였다. 위 결정에서 헌법재판소는, 위 부칙조항의 경우 법인세의 과세요건을 설정하는 근거조항이므로 조세법률주의의 원칙상 법률조항의 문구에 충실하도록 엄격한 해석이 요

구될 뿐만 아니라 법률해석의 결과 새로운 과세근거를 창설하는 결과에 이르는 것은 허용되지 않는데, 위 부칙조항이 여전히 존재하는 것으로 해석하는 법원의 해석은 과세근거를 새로이 창설하는 결과에 이르는 '입법행위'로서 권력분립의 원칙에 반할 뿐만 아니라 헌법상의 조세법률주의의 원칙에도 위배된다고 판단하였다.

위 각 결정 이후 법원에 제기된 재심청구는 모두 기각되었고(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012재두299 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013두10601, 대법원 2013. 11. 15. 선고 2013두14665 판결), 이에 대하여 헌법재판소에 헌법소원이 제기되었다.

3. '해석상 공무원 사건'(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정)

헌법재판소는 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에서, 구 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법에 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원을 공무원으로 의제하는 규정이 없음에도 위 위촉위원을 형법상 뇌물죄의 구성요건인 공무원에 포함되는 것으로 해석하는 것은 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙²⁶⁾과 유추해석금지의 원칙에 위배된다고 판단하여, 수뢰죄를 정하고 있는 형법 제129조 제1항은 위와 같이 해석하는 한 헌법에 위반된다고 결정하였다. 아울러 위 결정에서 헌법재판소는 한정위헌청구가 적법함을 선언하기도 하였다.

이후 위 결정을 이유로 법원에 재심이 청구되었지만 모두 기각되었고(대법원 2014. 8. 11.자 2013모2593 결정, 대법원 2014. 8. 20.자 2013모2645 결정), 이에 대하여 헌법재판소에 헌법소원이 제기되었다.

4. '야간시위 사건'(헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2010헌가2 등 결정)

헌법재판소는 2014. 3. 27. 선고 2010헌가2, 2012헌가13(병합) 결정에서, “누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 시위를 하여서는 아니 된다.”라고 정한 집회 및 시

26) 헌법재판소는 위 결정에서 “법원이 확대해석하거나 유추적용하는 것은 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙과 유추해석금지의 원칙에 정면으로 반하는 것이다.”라고 판단한바, 법전의 문언 그대로의 법률 또는 법률조항이 명확성의 원칙을 위배한 경우 그것이 확대해석이나 유추적용의 동기가 될 수는 있지만 역으로 확대해석이나 유추적용이라는 결과로부터 명확성의 원칙 위배를 도출해 낼 수는 없다고 할 것이므로, 위와 같은 판단은 의문이다. 위 결정은 법전의 문언 그대로의 법률 또는 법률조항이 불명확한 점에 대하여는 별도로 논증하지 않고 있다. 그러므로 위 결정상 명확성의 원칙을 위배하였다는 것은 유추해석의 금지를 위배하였다는 것과 별반 다르지 않아 보인다.

위에 관한 법률 제10조 본문 중 '시위'에 관한 부분 및 같은 법 제23조 제3호 중 '제10조 본문' 가운데 '시위'에 관한 부분은 각 '해가 진 후부터 같은 날 24시까지의 시위'에 적용하는 한 헌법에 위반된다고 결정하였다. 헌법재판소는 위 위헌으로 선언하는 부분은 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해한다고 판단하였다.

위 결정 이후 대법원은, 위 결정은 일부위헌결정이어서 위헌결정으로서의 효력이 인정되므로 위 결정으로 위헌선언한 법조항의 일부가 무효가 되었다고 판단하여, 항소심이 유죄로 인정한 판결들을 파기하고 환송하는 판결을 선고하였다(대법원 2014. 7. 10. 선고 2011도1602 판결, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2009도8586 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2008도7505 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2008도9652 판결, 대법원 2014. 10. 15. 선고 2008도6031 판결 등). 그러나 한정위헌결정 중에서 어떠한 결정이 양적 일부위헌결정인지 여부를 가리는 기준은 여전히 명확하지 않아 보인다.

5. 검토

최근 사건들의 경과를 보면, 대법원은 아래에서 볼 법률해석의 방법을 문제 삼은 헌법재판소 결정(위 2항 및 3항 사건)에 대하여는 한정위헌결정의 효력을 인정하지 아니하나, 법률해석의 내용을 문제 삼은 결정에 대하여는 이를 명시적(위 4항 사건) 혹은 묵시적(위 1항 사건)으로 수용하는 태도를 보인다고 평가할 수 있다. 특히 양적 일부위헌결정으로 볼 수 있는 한정위헌결정에 대하여는 위헌결정으로서의 효력을 인정하였다. 이에 관하여는 V항에서 다시 논한다.

IV. 한정위헌청구의 인정 여부

1. 학설

헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청과 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서 한정위헌청구가 적법한지 여부에 대하여 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다.²⁷⁾ 긍정설은 한정위헌청구는 적법하게 이루어지고 있는 한정위헌결정

27) 종래의 한정위헌청구의 적법성에 관한 긍정설과 부정설은, 허완중, "한정위헌청구의 허용 여부", 『법조』, 676호, 2013. 1., 223-226면 참조.

에 대응하는 청구인 점, 법률과 법원의 법률의 해석은 구별될 수 없는 점 등을 근거로 삼고 있고, 부정설은 한정위헌청구의 실질은 재판소원일 가능성이 큰 점, 한정위헌청구는 특정한 법률해석의 위헌 여부에 관한 판단을 구하는 것인 점 등을 근거로 들고 있다. 심판대상과 심판범위를 구별하여 위헌법률심판의 심판대상은 법률 또는 법률조항 자체이고, 청구인이 문제 삼고 있는 특정한 해석은 심판범위의 문제인데, 심판범위에 대하여는 직권주의가 적용되지 신청주의의 적용을 받지 않는다는 견해²⁸⁾도 부정설로 분류할 수 있다.

2. 헌법재판소의 판례

가. 종래 헌법재판소는, 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석·적용하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항이 심판대상을 법률에 한정하고 있으므로 위 조문상의 청구로서 적절하지 않다고 판단하였다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 92헌바40 결정 등). 다만 헌법재판소는 많은 경우, 법률조항에 대한 한정위헌의 판단을 구하는 심판청구의 실질은 단순히 법률조항에 대한 법원의 법률해석을 다투는 것이라기보다는 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이어서 적법하다고 보았다(헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌바486 등 결정 등).

나. 그러나 위 2011헌바117 결정(‘해석상 공무원 사건’)에서, 법률과 법률의 해석을 구분할 수는 없고, 재판의 전제가 된 법률에 대한 규범통제는 해석에 의해 구체화된 법률의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제로서²⁹⁾ 헌법재판소의 고유권한이며, 헌법합치적 법률해석의 원칙상 법률조항 중 위헌성이 있는 부분에 한정하여 위헌결정을 하는 것은 입법권에 대한 자제와 존중으로서 당연하고 불가피한 결론이므로, 이러한 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하다고 보아야 하고,³⁰⁾ 다만,

28) 정광현, “한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위 -헌재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석”, 『헌법실무연구』, 14권, 2014, 54면 이하

29) 이는 헌법재판소가 법원의 법률해석이 위헌법률심판의 대상임을 명시적으로 밝힌 것이라 할 수 있다. 이에 관하여, 김현철, “한정위헌청구와 재판통제 -헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에 대한 평석을 곁하여”, 『법학연구』(전북대학교 법학연구소), 2013. 9.(통권 제39호), 111면은, 위 결정은 결과적으로 ‘법률 또는 법률해석에 대한 심사’라는 규범통제가 아니라 ‘구체적 사례를 법률조항에 적용한 법원의 재판작용’을 심판대상으로 한 재판통제의 모양새가 되어, 재판소원의 문을 열었다고 평한다.

30) 헌법재판소는 위 결정에서, 종래 헌법재판소와 법원의 선례들은, 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청과 제68조 제2

재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지³¹⁾에 비추어, 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다루거나, 의미 있는 헌법문제에 대한 주장 없이 단지 재판결과를 다루는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다고 판단하였다.

3. 검토

가. 한정위헌결정은 헌법재판소가 단순위헌결정으로 인한 국가사회의 불이익을 고려하여 위헌결정의 효력범위를 축소하는 결정이고, 그러한 효력의 범위를 정하는 것은 다양한 사항에 대한 심층적인 판단이 필요하다고 할 것이다. 그러므로 한정위헌결정이 인정된다면, 위헌결정의 효력범위는 헌법재판소가 스스로 그 전문성을 발휘하여 정할 수 있어야 하고 그래야만 한다. 헌법재판소가 한정위헌청구를 그대로 받아들여 위헌결정의 효력범위에 관하여 신청인의 견해에 기속된다면, 헌법재판소는 권한을 행사하지 않는 것을 넘어 책무를 저버리는 것이다. 이러한 측면에서 앞서 1항에서 본 심판대상과 심판범위를 구별하는 견해의 타당성을 인정할 수 있다.

나. 법관은 헌법 제103조에 의하여 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판할 권한과 책무를 부여받았으므로, 합헌적 법률해석을 통하여 법률의 위헌적인 부분을 배제하고 남은 부분으로 재판을 할 수 있고 그렇게 하여야 한다. 그럼에도 위와 같은 헌법재판소의 견해를 고수한다면, 법원은 법률(또는 법률조항) 중 질적 일부에 위헌성이 있다고 보는 경우 헌법 제107조 제1항에 따라 헌법재판소에 한정위헌결정을 구하는 위헌법률심판을 제청하여야 한다. 따라서 이러한 경우 법관은 독립적으로 합헌적 법률해석을 통하여 법률(또는 법률조항)의 위헌성을 배제하는 재판을 할 수 없고, 다만 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하여 그 답을 기다리는 수밖에 없

항의 헌법소원의 대상은 법률'이지 법률의 해석'이 아니므로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 ...으로 (이라고) 해석하는 한 위헌'이라고 청구하는 소위 한정위헌청구는 원칙적으로 부적법하고, 다만 ① 법률조항 자체의 불명확성을 다루는 것으로 볼 수 있는 경우(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 97헌바74 결정 등), ② 심판대상규정에 대한 일정한 해석이 상당기간에 걸쳐 형성·집적되어 법원의 해석에 의하여 구체화 된 심판대상규정이 위헌성을 지닌 경우(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 결정 등), ③ 위 두 가지 경우에 해당되지는 않지만 법률조항 자체에 대한 위헌의 다름으로 볼 수 있는 경우(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌바66 등 결정) 등, 3가지의 경우에는 예외적으로 적법한 청구로 보고 있다고 정리하고 있다.

31) 헌법재판소는 앞서 본 99헌마461 등 결정에서는 재판소원금지가 헌법에서 도출되는 것으로 보았으나, 이 결정에서는 법률적 문제로 인식하는 것으로 보인다.

다. 그렇다면 헌법 제103조가 법관에게 재판의 근거로 '헌법'을 부여하였음에도, 더 이상 법관에게 헌법은 일반적인 재판의 근거가 아니고 오직 위헌법률심판 제청 여부를 판단하는 근거가 될 뿐이다. 헌법재판소의 견해가 법관이 합헌적 법률해석을 할 수 있음에도 이를 행하지 않고 위헌법률심판도 청구도 기각한 경우 당사자가 헌법재판소법 제68조 제2항에 근거하여 한정위헌청구를 할 수 있다는 것이더라도, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법원에서 재판이 종결된 것을 그 요건으로 하지 않음에도 이와 같은 한정위헌청구는 결국 법원의 재판결과를 보고 그 결과를 심사하여 달라는 것으로 우리 헌법이 허용하지 않는 것이라고 할 것이다.

한편, 헌법적 문제가 전혀 고려될 바 없는 순수한 법률적 문제만을 가진 법률해석이 얼마나 될지 의문이다. 법원의 법률해석에 헌법적인 고려가 명시되어 있지 않더라도 대부분의 경우 그 법률해석의 기반은 헌법이라고 할 수 있다. 예를 들어 공평의 원칙을 들어 법률의 적용범위를 축소하거나 확장하는 경우, 이는 헌법상 평등권 또는 평등의 원칙과 관련된다고 할 것이다. 한 사람의 유아기와 유년기를 특정시일을 기준으로 나눌 수는 없는 것처럼, 합헌적 법률해석은 나머지 법률해석과 명확하게 나눌 수 있는 것이 아니라 양자가 일체로서 하나의 법률해석을 구성한다고 할 것이다. 그러므로 법원의 법률해석은 많은 경우에 합헌적 법률해석을 내포하고 있다고 할 것이다. 한정위헌청구를 인정하는 것은, 대부분의 법률의 해석은 헌법적 문제를 담고 있다는 점에서, 헌법재판소의 결정에 의해서만 최종적인 법률해석이 가능하고 이를 바탕으로만 재판을 할 수 있다는 의미가 될 수 있다.

법관의 법의식(Legal mind) 속에 녹아있는 헌법이 그의 법률해석의 기반이라고 본다면, 한정위헌청구를 인정하는 것은 법관의 헌법에 따른 재판을 막아 법관의 법률해석을 막는 요인이 될 수 있다. 이러한 상황에 놓이는 것은 우리 헌법이 법관에게 헌법과 법률에 따라 독립하여 재판을 할 권한과 책무를 부여한 뜻에 어긋나는 것으로 보인다. 그러므로 소송의 당사자나 법원이 한정위헌을 구하는 것은 부적법하다고 보아야 한다.

다. 물론 헌법재판소는 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다는 안전장치를 마련하고 있다. 그렇지만 선례를 변경하여 한정위헌청구

를 인정한 위 결정의 사안, 즉 위 '해석상 공무원 사건'에서 그 안전장치가 작동하였는지 의문이다. 왜냐하면 그 결정이 다른 아닌 법원의 재판에 대한 심사결과로 보이기 때문이다.

V. 위헌법률심판의 대상으로서의 법률해석

1. 한정위헌결정의 효력에 관한 대법원과 헌법재판소의 태도

위헌법률심판의 대상에 관한 논의는 주로 한정위헌결정의 효력에 관한 논의와 관련하여 이루어지고 있다. 특히 한정위헌결정을 인정하는 견해와 그렇지 않은 견해는 위헌법률심판의 대상이 무엇인지에 대하여 의견을 달리한다. 그러므로 위헌법률심판의 대상을 살펴보기에 앞서, 대법원과 헌법재판소의 한정위헌결정의 효력에 대한 태도에 관하여 살핀다.

가. 헌법재판소의 판례

헌법재판소는 위 2011헌바117 결정('해석상 공무원 사건')에서, ① 법률의 의미는 결국 개별·구체화된 법률해석에 의해 확인되는 것이므로 법률과 법률의 해석을 구분할 수는 없고, 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 대상인 법률은 당해 사건 재판의 전제가 되고 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용을 가리키는 점, ② 헌법재판소가 전속적 권한인 위헌법률심판권 등을 행사하는 때에는 필수적으로 통제규범인 헌법에 대한 해석·적용과 아울러 심사대상인 법률조항에 대한 해석·적용을 심사하지 않을 수 없는 점, ③ 당해 사건에 적용되는 법률조항이 부분적·한정적으로 위헌인 경우에는 그 부분에 한정하여 위헌을 선언하여야 하는 것은 당연하고, 한정위헌결정도 위헌결정의 한 형태로서 법원 기타 국가기관을 기속하는 점 등을 들어, 한정위헌결정의 기속력을 인정하였다.

나. 대법원의 판례

대법원은 2013. 3. 28. 선고 2012재두299 판결에서, ① 헌법상 법령의 해석·적용에 관한 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 점, ② 어떠한 법률해석이

헌법에 합치되는 해석인가는 최종적으로 최고법원인 대법원의 심판에 의하여 가려지는 점, ③ 헌법재판소는 국회가 제정한 '법률의 위헌여부'만을 결정할 뿐 특정한 '법률해석이 위헌인지 여부'를 심판하는 것이 아니고 헌법재판소의 특정한 법률해석이 헌법에 위반된다고 표명한 의견은 법원을 구속할 수 없는 점, ④ 헌법재판소의 위헌법률심판은 국회의 입법작용을 통제하기 위한 것이지 법원의 사법작용을 통제하기 위한 것이 아닌 점 등을 들어, 한정위헌결정에 관하여는 헌법재판소법 제47조가 규정하는 위헌결정의 효력을 부여할 수 없다고 판단하였다.

다. 대법원이 한정위헌결정의 효력을 인정한 사례³²⁾

(1) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결 등

대법원은 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결 등에서, 국유재산법상 국유재산 및 지방재정법상 공유재산은 시효취득의 대상이 되지 않는다는 위 각 법 조항을 잡종재산에 대하여 적용하는 것이 위헌이라는 헌법재판소의 결정(헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 89헌가97 결정³³⁾, 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌가6, 7 결정)은 각 사건에 미친다고 판단하여, 헌법재판소의 위 각 결정의 효력을 인정하였다. 위 각 결정은 의견상 한정위헌결정으로 보이나, 대법원은 이를 양적 일부위헌결정으로 보아 한정위헌결정에 포함시키지 않은 것으로 보인다.

(2) 대법원 2005. 8. 2.자 2004마494 결정

대법원은 2005. 8. 2.자 2004마494 결정에서, 개정된 화물운수법 시행규칙을 그 개정 전 등록된 사업자에게 적용하는 한 헌법에 위반된다고 판단한 헌법재판소의 결정(2004. 12. 16. 선고 2003헌마226, 270, 298, 299 결정)에 의하여 그 사건의 재항고인에게 개정된 위 시행규칙의 적용이 배제된다고 판단하였다. 다만 그 후에 있었던 대법원 2005. 12. 9.자 2004마495 결정에서 위 헌법재판소 결정을 참조판례로 들고 있을 뿐 그 효력을 명시적으로 인정하지 않은 것으로 보아, 위 대법원 결정은 예외적인 판례로 보인다. 참고로, 대법원은 헌법재판소의 위 결정 이전에 대법원 2004. 11. 18. 선

32) 양적 일부위헌결정 사례를 포함한다.

33) 헌법재판소 인터넷 홈페이지(<http://www.ccourt.go.kr>)상 '판례검색'을 통한 검색결과에 의하면, 헌법재판소는 현재 이 결정을 한정위헌결정으로 표시하고 있다.(2016. 8. 11. 마지막으로 검색함)

법제논단

고 2004도1228 판결(전원합의체)로 헌법재판소의 판단과 같은 취지의 판단(합헌적 법률해석에 의한 적용범위 축소)을 한 바 있다.

(3) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2011도1602 판결 등

앞서 III의 제4항에서 본 바와 같이, 대법원은 2014. 7. 10. 선고 2011도1602 판결 등에서 위 2010헌가2 등 결정('야간시위 사건')을 일부 위헌의 취지로 보고서 위 결정의 위헌결정으로서의 효력을 인정하여, 유죄를 인정한 원심판결을 파기하고 환송하였다. 헌법재판소가 한정위헌결정으로 분류하였더라도 대법원이 이를 실질적으로 양적 일부위헌결정으로 보고 그 결정의 효력을 명시적으로 인정한 사례라고 할 수 있다.

라. 소결

헌법재판소는 위헌법률심판의 대상은 법률해석이라는 이유 등으로 한정위헌결정의 효력을 긍정한다. 이에 반하여 대법원은 위헌법률심판의 대상은 법률해석이 아니라 국회가 제정한 법률 자체라는 이유 등으로 원칙적으로 한정위헌결정의 효력을 부인하나, 한정위헌결정 중 실질적으로 양적 일부위헌결정으로 볼 수 있는 경우 이를 단순위헌결정으로 보아 그 효력을 인정하고 있다고 할 것이다.

2. 위헌법률심판의 대상

가. 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호에 의하면, 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하고, 헌법재판소는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판 등을 관장한다. 이러한 헌법규정에 따라 제정된 헌법재판소법 제41조 제1항, 제45조에 의하면, 법률(법률조항을 포함하는 것으로 보인다.)이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다.)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부 심판을 제청하고, 헌법재판소는 제청된 법률 등의 위헌여부만을 결정하되, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제2항 전문, 제75조 제6항, 제45조에 의하면, 법률 또는 법

률조항의 위헌여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 이 경우에도 위헌법률심판과 마찬가지로 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정하되, 법률조항의 위헌 결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다.

이상의 헌법 및 헌법재판소법의 규정을 종합하여 볼 때, 위헌법률심판 및 그 심판청구가 기각된 경우에 이에 대한 보충절차인 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원(이하 양자를 구분할 필요가 없으므로 '위헌법률심판'이라는 표현으로 양자를 한꺼번에 지칭한다.)에서 그 심판의 대상은 '법원에 의하여 적용될 법률 또는 법률조항'으로 볼 것이다.

나. 그렇다면, 법원의 판례에 의하여 확립된 법률(또는 법률조항)의 해석이 있어 이러한 법률해석이 적용될 경우나, 당해사건의 하급심이 법률(또는 법률조항)을 해석하여 적용한 경우라면(이하 이러한 법원의 법률(또는 법률조항)에 대한 해석을 '법원의 법률해석'이라 하고, 이를 표시하기 위하여 "㉠"를 부기한다.), 위헌법률심판에서는 그렇게 해석되어 적용될 법원의 법률해석(㉠)을 대상으로 삼아야 한다. 만약 이와 달리 법전의 문언 그대로의 법률(또는 법률조항, 이하 '법문'이라 하고, 이를 표시하기 위하여 "㉡"를 부기한다.)이나 그 법률 또는 법률조항에 대한 헌법재판소의 독자적인 법률해석(이하 '헌법재판소의 법률해석'이라 하고, 이를 표시하기 위하여 "㉢"를 부기한다.)이나 제3의 법률해석(이하 이를 표시하기 위하여 "㉣"를 부기한다.)을 대상으로 삼는다면, '법원에 의하여 적용될 법률 또는 법률조항'의 적용을 배제하기 위한 위헌법률심판은 그 목적을 달성할 수 없다.

한편 청구인의 관점에서 보면, 청구인이 위헌법률심판을 청구한 법률(또는 법률조항)은 법문(㉡)이나 헌법재판소의 법률해석(㉢), 제3의 법률해석(㉣)이 아닌 법원에 의하여 적용될 법원의 법률해석(㉠)에 따라 법원에 의해 적용될 법률 또는 법률조항이기 때문에, 법문(㉡)이나 헌법재판소나 제3의 해석(㉢, ㉣)을 위헌법률심판의 대상으로 삼는다면, 청구인에게 위헌법률심판은 무용한 절차가 될 수 있다. 만약 이 경우에도 법문(㉡)을 대상으로 삼아야 한다고 본다면, 앞서 본 2003헌마226 등 결정과 같

법제논단

이, 이미 대법원이 합헌적 법률해석을 통한 제한적 해석으로 위헌적 부분이 적용되지 않는 법률에 대하여 헌법재판소는 (한정)위헌결정을 해야 하여, 이미 합헌적 상황에 놓여 있음에도 무용하게 위헌판단을 하게 된다. 특히 이러한 경우에 헌법재판소가 단순위헌결정을 한다면, 원만히 진행되던 사법절차가 헌법재판소의 결정에 의해 큰 혼란에 빠지는 다소 납득하기 어려운 결과를 낳게 될 것이다. 따라서 이러한 경우, 헌법재판소는 법원의 법률해석(㉠)을 그 대상으로 보고 단순합헌결정을 하는 것이 가장 바람직하다.³⁴⁾ 나아가 헌법에 의하여 설립되고 헌법의 수호를 주된 업무로 하는 헌법재판소의 위상을 고려한다면, 헌법재판소로 하여금 이와 같이 목적에 반하고 무용한 절차를 진행하도록 하는 것은 쉽게 받아들여질 수 없을 것이다.³⁵⁾³⁶⁾

다. 헌법재판소가 법원의 법률해석(㉠)을 위헌법률심판의 대상으로 삼아 한정위헌결정이 아닌 단순위헌결정을 하는 경우를 상정한다면, 이러한 결론은 더욱 명백하다. 이러한 경우 법원은 헌법재판소의 위헌결정이 법원의 법률해석을 대상으로 하였다는 이유로 그 단순위헌결정의 기속력을 부정할 수는 없다³⁷⁾. 그러므로 한정위헌결정이 효력을 가지는지 여부는 그 위헌결정이 법원의 법률해석(㉠)을 대상으로 한 것인지 여부와 반드시 결론을 같이하는 것은 아니다.

라. 다만 법률 또는 법률조항이 명확성 원칙에 위배되는지 여부가 문제되는 경우와

- 34) 그러나 위 2003헌마226 등 결정 외에도, 대법원이 2002. 5. 31. 선고 2000두4514 판결에서 형벌 등에 의한 퇴직급여 제한 규정인 공무원연금법 제64조 제3항이 공무원이 퇴직 후에 그에 열거된 죄를 범하여 처벌받은 경우에도 적용되는지 않는다고 판단하였음에도, 헌법재판소는 2002. 7. 18. 선고 2000헌바57 결정에서 같은 조항에 대하여 대법원과 같은 취지로 한정위헌결정을 선고한 바 있다. 이러한 헌법재판소의 결정들은 위헌법률심판의 대상을 법문(㉠)으로 본 것이라고 할 것이다.
- 35) 소위 '해석상 공무원'에 대한 한정위헌을 선고한 위 2011헌바117 결정과 관련하여, 청구인이 위헌법률심판을 청구한 대상은 법원의 법률해석(㉠)임이 명백함에도, 헌법재판소가 형법 제129조 제1항의 문언 자체(㉡)만을 대상으로 삼거나 헌법재판소의 법률해석, 즉 해석상 공무원은 형법 제129조 제1항상 공무원에 포함되지 않는다는 헌법재판소의 법률해석(㉢)을 대상으로 삼아 합헌으로 판단한다면, 비유하자면, 헌법재판소가 일부러 헛발질을 한 모습이 될 것이다.
- 36) 다만, 김시철, 앞의 논문, 184면에 의하면, 독일 연방헌법재판소는 위헌법률심판제도가 원칙적으로 객관화된 입법자의 의사로 파악할 수 있는 형식적 의미의 법률이 헌법에 위배되는지 여부만을 심판하는 것이고, 법률에 대한 위헌결정권을 헌재에 집중시킨 것은 입법자에 대한 통제를 의미하는 것으로서, 그 위헌법률제정절차 등을 통하여 일반법원을 통제하려는 취지가 아니며, 법률의 합헌성 여부 등에 관한 특정한 해석은 현재의 심판대상이 아니기 때문에, 각급 법원에서는 '법률규정 자체'만을 대상으로 하여 위헌제청을 해야 하고, '법률규정의 합헌성 여부'에 대한 특정한 해석'을 문제 삼을 수는 없고, 각급 법원은 구체적인 재판에 적용할 각 법조문에 대하여 고유의 책임범위 내에서 그 의미를 조사하여야 하고, 어떤 법률이 해석상 합헌적인지 여부에 관한 상급심 법원과의 견해차이 같은 것을 위헌법률심판제청의 대상으로 할 수는 없다는 취지로 판시하고 있다고 한다.
- 37) 물론 법문(㉡)과 법원의 법률해석(㉠)을 이와 같이 관념적으로 나눌 수 있지만, 양자가 별도로 존재한다고 볼 수는 없다. 법률은 법문(㉡)을 외관으로, 법원의 법률해석(㉠)을 내용으로 하여 존재하는 것이라고 할 것이다. 다만 V항에서는 논의를 위하여 양자를 관념적으로 구별한다. 이와 같이 외관과 내용을 구별하는 전제에서는, 위헌법률심판의 심사대상이 법문(㉡)이라는 주장은 그 대상법률의 내용도 법문(㉡)에 한정된다는 주장이라고 할 것이다.

같이 청구인이 주장하는 위헌사유가 법문(㉔)에 대한 것임이 명백한 경우에는 법원의 법률해석(㉓)이 있더라도 법문(㉔)이 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다고 본다.³⁸⁾ 또한 확립된 법원의 법률해석(㉓)이 없는 경우와 같이 법원의 법률해석(㉓)을 확정할 수 없는 경우에는, 헌법재판소는 법문(㉔)을 대상으로 삼거나, 그것(㉔)이 해석을 요하는 경우에는 헌법재판소가 스스로 이(㉔)를 해석하여 그 결과물인 법률해석(㉓)을 위헌법률심판의 대상으로 삼을 수밖에 없다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 청구인의 청구의 내용과 법원에 의한 법률해석의 존부를 검토하여 위헌법률심판의 대상을 '선택'하여야 한다고 할 수 있다.

3. 법원의 법률해석 방법의 흠이 위헌법률심판의 심사대상인지 여부

가. 헌법재판소가 법원의 법률해석(㉓)을 위헌법률심판의 대상으로 선택한 경우, 헌법재판소에게 법원의 법률해석(㉓)은 이미 주어진 대상으로, 마찬가지로 이미 주어진 법문(㉔)을 그 대상으로 삼은 경우와 달리 취급될 바가 아니다. 예를 들어 "고양이를 때린 사람은 100만 원 이하의 벌금에 처한다."는 법문이 있다고 하자. 법원이 호랑이를 때린 사람도 위 고양이를 때린 사람으로 보아 호랑이를 때린 사람에게도 위 조항을 적용한다면(유추해석 또는 확장해석), 헌법재판소는 심사대상을 "고양이를 때린 사람은 100만 원 이하의 벌금에 처한다. 고양이에에는 호랑이도 포함된다."로 보아야 한다.

이 때 헌법재판소는 법원의 법률해석(㉓)의 '방법론'에 대하여 심사할 수 없다. 헌법재판소가 위헌법률심판의 심판대상으로 법원의 법률해석(㉓)을 선택함으로써, 그 심판대상은 주어진 법원의 법률해석(㉓)으로 고정되기 때문이다. 헌법재판소는 법원의 법률해석(㉓)을 법문(㉔)과 다시 비교할 필요가 없고 그렇게 해서 안 된다. 이미 법문(㉔)은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니고, 법원의 법률해석(㉓)과 법문(㉔)의 '관계' 또한 그 대상이 아니기 때문이다.

위 예를 다시 보면, 헌법재판소는 법원이 어떠한 해석방법을 통하여 고양이에 호랑이가 포함된다고 판단하였는지, 그러한 해석방법(유추해석 또는 확장해석)이 옳은지

38) 위 2011헌바117 결정(해석상 공무원 사건) 중 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 반대이견 중 "청구인이 한정위헌청구를 하면서 해당 법률조항에 대한 명확성의 원칙 위반 주장을 함께 하는 경우에는 일단 법률조항 자체에 대한 심사를 선행할 수밖에 없는데" 부분 참조.

법제논단

를 판단할 수 없다. 앞서 본 '해석상 공무원 사건'의 경우, 헌법재판소는 형법 제129조 제1항의 '공무원'에 해석상 공무원을 포함시키는 법원의 법률해석(㉠)을 대상으로 하여 해석상 공무원을 포함하는 형법 제129조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부를 살펴야지, 형법 제129조 제1항의 법문(㉡)의 공무원에 해석상 공무원이 포함되는지 여부를 판단하여서는 안 된다. 위 '조세감면규제법 부칙 사건'에서 부칙 제23조가 실효되지 않음을 전제로 그것이 재산권을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부를 살펴야지, 구 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 법원의 법률해석(㉠)이 생성된 과정의 흠은 헌법재판소가 위헌법률심판에서 살필 사항이 아니다. 법원이 법문(㉡)을 해석한 방법론은 헌법재판소에게는 헌법재판소의 심판대상[법원의 법률해석(㉠)]이 생성된 지나간 과정에 지나지 않는다. 법원의 법률해석은 법원에게는 사실을 판단하는 기준(당위)이지만, 헌법재판소에게는 대상(사실)일 뿐이다. 다시 말해, 헌법재판소의 위헌판단의 대상은 법원의 해석의 결과물인 법원의 법률해석(㉠)이지, 법원의 법률해석(㉠)이 생성된 해석방법은 그 대상이 아니다.

나. 더욱이 법원의 법률해석(㉠)의 '방법'을 심사하는 것은 곧 법원의 재판을 심사하는 것이다. 법원의 법률해석(㉠)을 법문(㉡)과 비교하여 그 해석방법의 옳고 그름을 심사하는 것은 헌법이 급하는 재판에 대한 심사이다. 법원의 법률해석(㉠)의 방법은 '법률(또는 법률조항)'이 아니다. 헌법이 헌법재판소에게 위헌법률심판권을 부여하였지만, 재판상 법원의 법률해석(㉠)의 방법에 대한 심사의 권한은 부여하지 않았고 이를 부여하였다고 볼 아무런 근거가 없으므로, 헌법재판소의 위헌법률심판권은 법원의 법률해석(㉠)의 '방법'에 대하여는 미치지 않는다.

다. 만약 헌법재판소가 법원의 법률해석(㉠)의 방법상의 흠을 심사한다면, 이에 대한 논리적인 전제는 법문(㉡)과 법원의 법률해석(㉠)이 구분된다는 것이다. 법원의 법률해석(㉠)의 방법상의 흠을 심사하는 것은, 법문(㉡)이 그와 별도로 존재하는 법원의 법률해석(㉠)으로 변화하는 과정을 심사하는 것이기 때문이다. 이러한 전제는 "법률 또는 법률조항"과 "법률 또는 법률조항의 해석"은 결코 분리된 별개의 것이 아니며, 따라서 당해 사건 재판의 전제가 되는 법률 또는 법률조항에 대한 규범통제는

결국 해석에 의하여 구체화 된 법률 또는 법률조항의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제³⁹⁾라는 헌법재판소의 견해에 정면으로 반한다. 이는 법문(㉑) 자체도 법원의 법률 해석(㉒)과 같이 법률 또는 법률조항의 ‘내용’으로 취급하는 것이기 때문이다.

라. 그렇다면, 법문(㉑)이 법원의 법률해석(㉒)으로 나아간 방법상의 흠은 헌법재판소의 위헌법률심판의 심사대상이 아니다. 그러므로 헌법재판소는 유추해석금지 원칙, 죄형법정주의, 조세법률주의, 소급적용금지의 원칙 위반이나 법원의 법률해석이 국회의 권한을 침해하였다는 권력분립의 원칙 위반과 같은 법원의 법률해석(㉒)의 방법상의 흠을 들어 법원의 법률해석에 대하여 (한정)위헌을 선언할 수는 없다.

4. 헌법재판소의 법률해석이 위헌법률심판의 기준이 될 수 있는지 여부

가. 법원의 법률해석(㉒)과 헌법재판소의 법률해석(㉓)을 비교하여 차이가 있는 경우 전자를 위헌으로 판단하는 것은 일견 합당한 방법처럼 보인다. 이것이 타당하다면, 이러한 심사방법을 사용하기 위한 헌법재판소의 법률해석 권한은 인정되어야 할 것이다.

나. 그러나 첫째, 위헌법률심판절차에서 심사기준은 명문의 헌법규정과 헌법원칙 뿐인데,⁴⁰⁾ 헌법재판소의 법률해석(㉓)은 그것이 헌법을 올바르게 적용한 해석일지라도, 헌법은 아니다. 헌법재판소의 법률해석(㉓)에 대하여 아무리 그 가치를 부여해도, 법문(㉑) 또는 법원의 법률해석(㉒)과 같은 ‘법률’로서의 위상만을 부여할 수 있을 뿐이다. 나아가 둘째, 이러한 방법은 합헌적인 법률해석은 오직 하나만 존재한다는 전제가 성립하는 경우에만 옳을 수 있다. 즉 양자의 차이가 위헌성의 존재를 보장할 때에만 위와 같은 방법이 가능한데, 이를 항상 담보할 수 있는 것은 아니다. 그리고 셋째, 이러한 방법론은 비교를 통하여 법원의 법률해석(㉒)과 헌법재판소의 법률해석(㉓)의 차이만을 보여줄 뿐, 그 이유, 즉 위헌성의 내용을 설명하지 못한다. 논리적으로 볼 때, 그 차이에 대한 설명은 결론을 먼저 내린 다음 그 결론을 합리화하는 것일 뿐이다. 다시 말하여, “...이기 때문에 헌법에 위반된다.”라는 설명을 할 수 없고, “서로

39) 위 2011헌바117 결정(‘해석상 공무원 사건’)

40) 김시철, 앞의 논문, 216면

법제논단

다르기 때문에 헌법에 위반되고, 서로 다른 이유를 분석해 보니, ...에 기인한 것으로 보인다.”라는 설명만 가능할 뿐이다.

무엇보다도, 앞서 본 바와 같이 법원의 법률해석(㉠)의 방법에 대하여 심사를 할 수 없는데, 법원의 법률해석(㉠)과 헌법재판소의 법률해석(㉡)의 비교를 통하여 위헌여부를 판단하는 방법은 법원의 법률해석(㉠)의 ‘방법’에 대한 심사까지 포함하고 있다. 비교를 통하여 차이를 찾아내는 것은 차이의 이유를 불문하기 때문이다.

다. 그렇다면 법원의 법률해석(㉠)과 헌법재판소의 법률해석(㉡)의 비교를 통하여 위헌여부를 찾는 방법은 허용될 수 없고, 그러한 차이를 이유로 한정위헌결정을 할 수 없다고 할 것이다. 헌법재판소는 양자의 비교를 통하여 위헌이라는 결론을 내리고 그 후 그 이유를 찾는 방법이 아니라, 법원의 법률해석(㉠), 경우에 따라서는 법문(㉢)에 대한 직접적이고 순차적인 분석을 통해 위헌이라는 결론에 이르러야 한다. 그렇다면 위헌법률심판에 있어서 대상을 확정하는 단계를 넘어서 본안심사에 있어서는 헌법재판소의 법률해석(㉡)은 필요하지 않다.⁴¹⁾ 따라서 헌법재판소의 법률해석권은 심판대상의 확정을 위한 범위에 한정되고, 그마저도 앞서 본 바와 같이 법원의 법률해석(㉠)이 명확한 경우에는 불필요하다.

5. 소결론

헌법 제107조 제1항은 위헌법률심판의 대상을 ‘법률’이라고 정하고 있고, 이에 따른 헌법재판소법 제45조는 헌법재판소가 ‘법률 또는 법률조항의 위헌여부만’을 결정하도록 하고 있다. 하지만 위헌법률심판의 대상을 법전의 문언 그대로의 법률 또는 법률조항으로 본다면, 많은 경우 위헌법률심판은 권리구제의 역할을 할 수 없으므로, 법률 또는 법률조항의 실질적인 내용인 법원의 법률해석(㉠)이 실제 문제가 되는 경우에는 이를 대상으로 삼아야 할 것이다.

41) 김시철, 앞의 논문, 178-179면. 일반적으로 ‘사법적 유권해석’은 대전제가 되는 ‘재판규범(심사기준)’의 내용을 확정하는 것일 뿐이고, 소전제인 ‘심판대상을 특정하는 것’은 사법적 유권해석에 포함되지 아니한다. 그러므로 ‘법률의 위헌여부를 심사하는 사법절차’에서 재판기관이 그 ‘심사기준인 헌법의 객관적 의미를 밝히기 위한 사법적 유권해석’을 할 수는 있지만, ‘심판대상인 법률의 해석문제’는 원칙적으로 헌법적 차원의 위헌성 다툼이 될 수 없으며, 설령 그 심판과정에서 재판기관이 필요에 따라서 ‘심판대상인 법률을 해석하는 경우’에도 이는 ‘심판대상을 잠정적으로 특정하는 의미’를 가질 뿐이고 이를 사법적 유권해석으로 볼 수 없는 것은 사법적 작용에 관한 일반이론에서 도출되는 결과이다.

그러나 위헌법률심판이 법원의 법률해석(㉠)을 대상으로 삼더라도, 그 해석방법상의 흠은 위헌법률심판의 대상이 아니므로, 헌법재판소는 유추해석금지의 원칙이나 소급입법금지의 원칙 등 법원의 법률해석(㉠)의 방법을 문제 삼아 위헌결정을 하여서는 안 된다⁴²⁾. 또한 헌법재판소의 법률해석(㉡)을 기준으로 위헌법률심판의 심사를 할 수 없고 그러한 필요도 없다.

이런 의미에서, 앞서 본 헌법재판소의 '조세감면규제법 부칙 사건' 및 '해석상 공무원 사건'에서 헌법재판소가 법원의 법률해석(㉠)을 위헌법률심판의 대상으로 삼으면서 법원의 법률해석(㉠)의 방법의 흠을 문제 삼고, 헌법재판소의 법률해석(㉡)을 판단근거로 삼아 한정위헌결정을 한 것은 수긍하기 어렵다.

VI. 결론

기존에 법원과 헌법재판소는 각자 자신의 주장만을 되풀이함으로써 양 기관의 견해 차이로 인한 문제가 해결될 수 없었다. 더욱이 헌법재판소는 나아가 한정위헌청구의 적법성을 원칙적으로 인정함으로써, 법원과 헌법재판소의 거리는 더욱 멀어지게 되었다고도 보인다. 그렇지만 대법원이 양적 일부위헌결정 여부를 탄력적으로 보고 일부 한정위헌결정의 기속력을 인정한 것은 갈등 해결의 희망적인 신호로 보인다.

우리 헌법의 제 규정을 종합하여 볼 때, 헌법은 법원의 독립을 매우 중요한 가치로 인정하고 있다. 법원의 재판에 관한 헌법문제를 다룸에 있어서, 이러한 헌법의 태도는 항상 염두에 두어야 할 것이다. 그리고 헌법 제111조 제3항은 대법원장에게 헌법재판관 9명 중 3명을 지명할 권한을 부여하고 있는바, 이러한 헌법규정의 의의에 관하여 여러 견해가 있지만, 이러한 헌법의 태도로부터 헌법재판소가 그 구성에 있어서 법원에 어느 정도 의존하더라도 법원이 헌법재판소로부터 독립하여야 한다는 헌법적 결단이 느껴지기도 한다. 헌법재판소의 한정위헌결정의 효력 등 논란이 되는 법원과 헌법재판소의 관계에 있어서도 그 논의의 시작은 법원의 독립, 그 중 재판의 독립이다. 물론 사법권의 독립은 그 자체가 종국적인 목적이 아니라 국민의 권리를 보호

42) 법원의 법률해석(㉠)의 방법에 문제가 있는 경우가 아니라 법원의 법률해석(㉠)의 결과물인 법률의 내용 자체가 소급입법의 원칙 등 헌법원칙에 반하는 경우에는 당연히 헌법재판소가 위헌으로 판단할 수 있다.

하고 신장하기 위한 수단인 점도 간과해서는 안 된다. 하지만 위와 같은 목적을 위하여 법원과 헌법재판소는 서로에 대하여 금도(襟度)를 보일 필요가 있다.

이러한 측면에서, 한정위헌청구의 적법성을 인정하는 것은, 법관의 합헌적 법률해석의 권한 및 책무를 박탈하는 것이므로 받아들이기 어렵다. 우리 국민과 헌법이 법원에게 법률의 기계적인 적용을 업으로 하는 직업인에 머무르는 것을 기대하는 것이 아니라면, 법관은 헌법적 판단까지 나아가야 한다. 또한 헌법재판소는 적절한 위헌의 범위를 설정하는 스스로의 책무를 포기하여서는 안 될 것이다.

대법원은 위헌법률심판의 대상이 법문이라는 기존의 판례를 견지하면서, 실질적으로 볼 때 양적 일부위헌결정인 한정위헌결정의 효력만을 인정하고 있다. 그러나 어떠한 한정위헌결정이 양적 일부위헌결정으로서의 실질을 가지는가의 판단은 결코 쉽거나 명쾌하지 않다. 한정위헌결정의 유형을 분류하여 그 중 일부의 기속력을 인정하자는 논의도 있지만, 위와 같이 경계의 획정이 어려울 뿐만 아니라, 헌법재판소가 법원의 법률해석을 심판의 대상으로 삼는 태도를 견지하고 있는 반면 법원은 그와 다른 기초에서 있어, 그 경계가 확정되어도 모든 문제가 해결될 수는 없다고 보인다. 그렇다면 대법원과 헌법재판소의 각 논리 중 하나를 택할 것이 아니라, 그 쟁점마다 취사선택하여 새로운 법논리를 만들어 가야 할 것이다. 그러한 측면에서 위헌법률심판의 심사대상은 법률해석이라는 헌법재판소의 논리를 받아들여 사안의 해결하는 접근방법은 의미가 있어 보인다. 하지만 위헌법률심판의 대상을 법원의 법률해석으로 보더라도, 헌법재판소는 법원이 그 법률해석으로 나아간 방법에 대한 심사를 할 권한은 없다. 그러한 점에서 지금까지의 한정위헌결정 중 많은 결정은 한정위헌결정을 할 수 없는 사안에 대하여 내려졌다고 보인다.

덧붙이자면, 현행 헌법이 1987년 개정되면서 헌법재판소의 권한으로 정한 바를 법원에게 부여하지 않은 것은, 법원이 그 권한을 제대로 행사하지 못하였고 앞으로도 그러할 것이라는 고려에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 사죄광고 사건(헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정)이 질적 일부위헌결정인 한정위헌결정의 효시가 되었다는 점과 함께, 법원은 위와 같은 헌법 개정 당시의 고려를 자기반성의 기초로 삼아야 할 것이다.

참고문헌

- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007
- 김철수, 「헌법과 정치」, 진원사, 2012
- 성낙인, 「헌법소송론」, 법문사, 2012
- 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2013
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2013
- 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2014
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2015
- 유남석, “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 재판자료 75집, 대법원 법원행정처, 1997
- 박홍우, “대법원과 헌법재판소의 권한배분”, 「헌법재판의 회고와 전망 - 창립 10주년 기념세미나」, 헌법재판소, 1998
- 이부하, “법원의 재판에 대한 헌법소원 - 헌법상원리에 의한 검토를 중심으로”, 「법조」, 53권 6호(통권 573호), 2004. 6.
- 김시철, “우리 위헌법률심판제도와 헌법재판소 결정의 효력”, 「저스티스」, 90호, 2006. 4.
- 이준상, “한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여”, 「헌법논총」, 18집, 2007. 12.
- 김시철, “헌법적 쟁점에 관한 법원의 심리 및 판단”, 「공법연구」, 35집 4호, 2007.
- 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위 : 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, 「헌법실무연구」, 12권, 2011
- 한부환, “베니스위원회에서 채택한 사법 독립의 기준 - 법관의 독립에 대하여”, 「통일과 법률」, 11호, 2012. 8.
- 김시철, “위헌법률심판절차에서 사법작용의 당부를 심사할 수 있는지(상) - 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123 등 전원재판부 결정에 대하여”, 「사법」, 21호, 2012
- 허완중, “한정위헌청구의 허용 여부”, 「법조」, 676호, 2013. 1.
- 김래영, “판례평석 : 한정위헌청구의 적법성에 관한 헌법재판소 결정 비판”, 「한양법학」, 24권 2집(통권 42집), 2013. 5.
- 전상현, “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 「헌법학연구」, 19권 2호, 2013. 6.
- 오수정, “헌법재판소와 대법원의 합리적 권한 배분 - 헌법재판소의 뇌물죄 한정위헌결정(2011헌바117)에 대한 비판적 고찰”, 「중앙법학」, 15집 2호, 2013. 6.
- 김현철, “한정위헌청구와 재판통제 - 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에 대한 평석을 겸하여”, 「

법제논단

법학연구], 전북대학교 법학연구소, 39호, 2013, 9.

- 김래영, “한정 위헌청구와 한정 위헌결정을 적법성”, 「변호사」, 44집, 2013
- 장영철, “법률해석에 관한 오스트리아 헌법재판소, 대법원 및 행정재판소간의 권한갈등”, 「법학논고」, 경북대학교 법학연구소, 18집, 2014, 2.
- 정광현, “한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위 - 헌재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바 117 결정에 대한 평석”, 「헌법실무연구」, 14권, 2014

Abstract**Decision of Partial Unconstitutionality**
- On Cases of Constitutionality Review by the Constitutional Court

Ryoo, Seung woo

Seoul High Court

The court and the constitutional court have been fiercely conflict over decision of partial unconstitutionality. The chance of resolving the conflict is very low as the two sides have refused to concede their own point. The court and the constitutional court shall take time and resolve the conflict by engaging in discussion rather than making laws. At this point, it is needed to consider which one could contribute to development of interpretation and application of the constitution.

Considering all complications regarding partial unconstitutionality, the study examines legal grounds of decision of partial unconstitutionality and limitations that the decision entails from the constitutional court perspective. While exploring the issue, independence of the judiciary and other principles guaranteed in the Constitution are key factors which shall be considered.

The decision 2011 Hunba 117 by the constitutional court, which is so-called 'public official case' said that the petition for review on partial unconstitutionality is acceptable and the court decision has binding force. With the decision, the constitutional court clearly stated that interpretation or application of a law or provision is a subject of review on unconstitutionality. Despite the court decision, accepting a petition for partial unconstitutionality could place restriction on statutory interpretation by judges, which might obstruct a judge from making a decision based

on the constitution. For this reason, the constitutional court decision is not fully understandable. Even though statutory interpretation by the court is the subject of review by the constitutional court, it is fair that the way and methods of interpreting law does not constitute the subject of review by the constitutional court. In addition, if statutory interpretation itself by the court become a prerequisite for review by the constitutional court, the way that the court interprets a provision of a law and reaches the conclusion shall not be reviewed by the constitutional court. It is not desirable for the constitutional court to decide either constitutionality or unconstitutionality by comparing interpretation of a law between the court and the constitutional court. For this reason, most cases that the constitutional court found unconstitutional are not the subject of constitutional review.

This study examines principles of the constitution and legal issues in a way that the court and the constitutional court could understand each other's point so that the two sides deal with conflict over statutory interpretation.

Topics : the court, the constitutional court, decision of partial unconstitutionality, independence of the judiciary, petition for review on partial unconstitutionality, subject of the constitutionality review by the constitutional court, interpretation of law by the court, errors in the methods of interpreting law, the constitutional court decision- 2011 Hunba 117