<논문>

"재판의 전제성"
—그 개념의 굴곡의 헌법사—

신우철*

목 차

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 해방기 헌법초안들의 관련 규정 검토
Ⅲ. 건국헌법 이래 관련 규정의 변형과정
Ⅳ. 맺음말

[국문 요약]

현행헌법 제107조 제1항과 제2항에 포함된 "재판의 전제"라는 용어의 의미를 둘러싸고 헌법학계와 행정법학계의 논쟁이 이어지고 있다. 본 논문에서는 그 비교헌법사적 연원을 추적함으로써, 이 헌법텍스트의 '원래 의도' 및 그 변형과정을 밝히고자 했다. 유진오에 의해 건국헌법 제81조 제2항(법률의 위헌심사)에 삽입된 이 용어는 오스트리아연방헌법(1929) 제140조 제1항으로부터 유래한 것이며, 따라서 그 원래 의도는 유럽식 구체적 규범통제에 있어서 '선결문제'의 의미로 쓰인 것이었다. 1962년의 헌법개정으로 미국식 부수적 위헌심사를 도입하면서 제1항(법률의 위헌심사)·제2항(명령·규칙·처분의 위헌·위법심사)에 모두 이 용어를 삽입했는데, 그 결과 동일한 용어가 이 때는 '사건쟁송성'의 의미로 쓰인 셈이 되었다. 본 논문에서는 건국헌법 이래 복잡다단한 비교헌법사적 연관관계의 분석을 통해, 현행헌법 제107조 제1항과 제2항의 "재판의 전제"는 각각 '선결문제'와 '사건쟁송성'을 의미하는 것으로 '비체계적인 통일적 해석'을 내릴 수밖에 없다고 결론지었다.

* 중앙대학교 법과대학 부교수(헌법) erectus@paran.com

[주제어] 재판의 전제성, 헌법위원회, 헌법사, 1948년 헌법, 유진오, 1962년 헌법, 헌법재판소

Ⅰ. 들어가는 말

현행헌법 제107조 제1항과 제2항에 나란히 들어있는 "재판의 전제"라는 용어야말로 법원과 헌법재판소 사이의 권한배분을 좌우하는, 우리 헌법재판제도에서의 관건개념이다. 첫째, 그것은 '행정처분'에 대한 헌법소원심판의 문제, 특히 행정소송(항고소송)에서 원고패소로 확정된 이후 원 행정처분에 대한 헌법소원이 허용되는지 여부와 관련하여, 법원과 헌법재판소 사이의 권한배분을 둘러싼 논쟁에서 하나의 핵심 고리가 되고 있다.[1] 둘째, 그것은 '행정입법'에 대한 헌법소원심판의 문제, 특히 명령·규칙에 대한 대법원의 최종적 심사권 규정에도 불구하고 기본권을 직접 침해하는 명령·규칙은 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부와 관련하여, 법원과 헌법재판소 사이의 권한배분을 둘러싼 논쟁에서 또 하나의 핵심 고리가 되고 있다.[2] 그런데 이러한 논란은 ① "재판

1) 가령, 정종섭은 헌법 제107조 제2항의 "재판의 전제"를 '선결문제'의 의미로 해석하여, 행정소송에서는 처분(의 위헌·위법 여부)이 직접 재판의 대상으로 되지 재판의 전제가 될 수는 없으므로 이 헌법조항은 행정소송의 근거가 될 수 없다고 한다[정종섭, 「현행 명령·규칙위헌심사제도에 대한 비판적 검토」, 『고시계』 430(1992.12), 74면]. 그에 의하면, 헌법 제107조 제2항의 처분은 "행정소송의 대상이 되는 처분이 아니면서 동시에 구체적 집행행위가 요구되는 것으로서 성질상 사법적 판단이 가능한 어떠한 국가작용"이라고 하는데(동 75면), 그렇다면 법원의 행정소송의 대상이 되었던 원래의 행정처분(의 위헌·위법 여부)은 이 헌법조항의 규정대로 "대법원이 이를 최종적으로 심사"하게 되는 것이 아니라는 결론이 나온다. 즉, 헌법재판소에서 헌법소원심판 절차를 통해 원 행정처분을 재차 심사하는 것이 가능하다는 논리로 이어진다. 반면, 홍준형은 동 조문의 "재판의 전제"를 '구체적 사건성'의 의미, 다시 말해 행정소송에서 처분을 취소 또는 무효 확인하기 위한 전제, 즉 본안요건으로서의 위법성의 의미로 해석하여, 이 헌법조항이 행정소송의 근거가 된다고 한다[홍준형, 『행정구제법』(한울, 2001), 452면]. 이러한 논리에 따르면, 행정소송에 대한 최종적 심사권한은 결국 대법원에게 있고, 원 행정처분에 대한 헌법소원은 허용되지 않는 것으로 보게 된다. 일찍이 헌법재판소는 ① 확정판결의 기판력 ② 헌법 제107조 제2항(대법원의 최종적 처분 위헌·위법 심사권) ③ 헌법재판소법 제68조 제1항(재판에 대한 헌법소원 금지)을 근거로 이를 부정했다(헌재 1998. 5.28. 91헌마98 등). 즉, 헌법재판소는 처분에 대한 행정소송의 최종적 심사권한은 대법원에 있다는 것이 헌법 제107조 제2항의 취지임을 인정한 것이다.

의 전제"라는 문구 그 자체의 의미(문리적 해석방법), ② 헌법 제107조 제1항과 제2항의 통일적 체계구조(체계적 · 통일적 해석방법), ③ 건국헌법에서 현행헌법까지 조문의 변천과정 및 거기에 반영된 헌법제정 · 개정자의 원래 의도(역사적 해석방법), ④ 헌법제정 · 개정의 모델이 된 제 외국 헌법규정과의 비교 분석(비교법적 해석방법) 등, 다원적 해석 방법들을 동원해야만 비로소 해결될 수 있는 복잡한 문제이기도 하다. 기실, 우리 헌법사에 있어서 이 "재판의 전제"라는 텍스트만큼 개념의 굴곡을 겪은 사례도 드물 것이다. 그렇다면 이 헌법텍스트의 '원래 의도(original intent)' 및 그 변형과정을 밝히는 작업이야말로, 법원과 헌법재판소의 힘겨루기를 둘러싼 해석논란에서 우선 해결되어야 할, 말 그대로 '선결문제'라 아니할 수 없다. 이하에서는 관련 조문의 역사적 변천과 그 비교법적 연원 뿐 아니라, 국회 등 유관기관에서의 논의와 공법학자들의 인식 등을 토대로, 지극히 미시적인 이 헌법텍스트의 본래의 의미를 면밀히 탐색해 보기로 한다.

---

2) 행정입법인 명령 · 규칙이나 자치입법인 조례 · 규칙이 기본권을 직접 침해하는 경우에는 헌법소원심판의 대상이 된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1990.10.15. 89헌마178). 즉, 명령 · 규칙에 대한 대법원의 최종적 심사권은 '재판의 전제가 된 경우'에 한하며, 재판의 전제가 아니라 '헌법소원의 대상이 된 경우'에는 헌법재판소도 심사를 할 수 있다는 것이다. 이러한 헌법재판소의 해석론에 대해 법원 측에서는 "'재판의 전제가 된 경우에'라는 문구는 구체적 규범통제의 원칙을 규정한 것일 뿐, 그 이상의 의미는 없다"면서, "그 의미는 대법원이 최종적으로 심사하되 일반적, 추상적으로 심사할 것이 아니라 구체적 쟁송으로 재판의 대상이 된 때에 한하여 심사한다는 취지"라는 반론을 제기하고 있다[강일원 · 유남석 · 최완주, 「헌법소원심판」, 『재판자료 제92집 : 헌법재판제도의 이해』(법원도서관, 2001), 537면]. 헌법재판소의 해석론에 대한 행정법학자들의 비판도 비슷한 맥락에 서 있다. 즉, 헌법 제107조 제2항 소정의 "재판의 전제"란 '선결문제'에 한정하는 의미가 아니라 '구체적 사건성'을 의미하는 것으로 해석하거나[박정훈, 「행정소송법 개정의 주요쟁점」, 『공법연구』 31-3(2003. 3), 75-76면], 헌법 제107조 제1항의 "재판의 전제"는 '선결문제'를 의미하는 것으로, 제107조 제2항의 "재판의 전제"는 '구체적 사건성'을 의미하는 것으로 해석한다[이원우, 「행정입법에 대한 사법적 통제의 쟁점」, 『행정법이론실무학회 20주년 기념 대법원특별소송실무연구회 · 행정법이론실무학회 공동학술대회[자료집]』(대법원특별소송실무연구회 · 행정법이론실무학회, 2009. 9.12), 15면].

Ⅱ. 해방기 헌법초안들의 관련 규정 검토

본론에 들어가기 전에 약간의 개념정리를 해 두고자 한다. 우선, 부수적 위헌심사와 독립적=본원적 위헌심사의 구분은 주관적 소송사건의 해결에 중점을 두느냐(전자), 아니면 객관적 법규범의 효력규명에 중점을 두느냐(후자)가 기준이 된다. 전자에서 법규범의 위헌심사는 당사자의 제소, 즉 '사건쟁송성(cases and controversies)'을 요건으로 할 뿐 아니라 여기에 종속되고(=미국식 사법심사 : 소송사건의 해결에 필요한 한도에서의 법규범에 대한 위헌심사), 후자에서는 주관적 소송사건과 분리된 객관적 법규범의 효력통제 그 자체가 본안이 된다 [=유럽식 규범통제 : 당사자의 소송제기를 계기로 하거나(구체적) 그렇지 아니한(추상적) 객관적 규범통제]. 여기서 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 구분은 '사건쟁송성'이 일단 기준이 되지만, 객관적 법규범의 효력문제를 주관적 소송사건의 해결절차로부터 분리하여, 이 '선결문제'를 별도의 '본안문제'로 헌법재판기관에서 집중 심판하도록 한 것이 유럽식 '독립적=본원적 · 구체적 규범통제'이므로, 설령 구체적 규범통제라 하더라도 객관적 성격을 지니며 그 위헌결정도 일반적 효력을 지니게 된다.[3] '사건쟁송성'이 당사자(권리구제를 도모하는)의 재판을 받을 권리(재판청구권) 측면을 강조하는 미국식 부수적 위헌심사의 핵심개념이라면,[4] '선결문제'는 법원(법을 해석 · 적용하는)의 재판을 할

3) 정종섭, 앞의 글, 79면(각주 8)은 부수적 위헌심사와 구체적 규범통제를 구별하여 명령 · 규칙에 대한 위헌심사는 부수적 위헌심사로, 법률에 대한 위헌심사는 구체적 규범통제로 이해하고 있다. 김중권, 「행정규칙과 헌법소원심판」, 『헌법실무연구』 8(2007), 510-511면도 유사한 구분을 제시하고 있다. 그에 의하면 헌법재판소의 위헌법률심판은 본원적 · 구체적 규범통제이고, 법령에 대한 헌법소원심판은 본원적 · 추상적 규범통제이며, 법원의 명령 · 규칙심사는 부수적 · 구체적 규범통제라고 한다(동 511면).

4) 전후 일본이 미국식 사법심사제를 도입하는 과정에서, 위헌심사권을 최고재판소에 집중시키려는 일본 측의 시도를 거부하면서, 하급재판소에까지 위헌심사권을 인정하려 했던 미 총사령부 측의 논거도, 바로 '(소송)당사자의 의사'를 중시하는 '민주주의' 원칙의 관철에 있었다. 즉, 당사자의 의사와 무관하게 사건이 최고재판소로 간다는 것은 미국식 사고로는 받아들일 수 없었던 것이다. 민병로, 『일본의 사법심사제』(전남대학교 출판부, 2003), 64-65면, 66면, 69-70면.

권한(재판권) 측면을 강조하는 유럽식 독립적=본원적 · 구체적 위헌심사의 핵심개념이다. ①'구체적 쟁송'에 ②'해석 · 적용되는 법'의 위헌 여부를 ③ '선결문제'로 분리 · 판단한다는 의미에서 "재판의 전제"라는 용어를 사용할 경우, ①그 구체적 쟁송의 범위를 지나치게 협소하게 해석한다거나 ②그 법해석 · 적용 기능을 '주어진 법의 기계적 해석 · 적용'으로 소극적으로 파악한다면, 이는 미국식 사법심사제의 취지와 조화될 수 없다.[5] 특히 ③합헌 · 위헌의 판단을 당해사건의 해결에 논리적으로 선행하는 전제(=선결문제)로 보아, 별개의 본안으로 분리 · 단절시키는(그것도 당사자 의사와 무관하게 당해 법원의 직권으로) 사고는 유럽식 구체적 규범통제라면 몰라도 미국식 사법심사제(=부수적 위헌심사)와는 조화될 수 없는 것이다.[6]

그렇다면 현행헌법 제107조 제1항 · 제2항의 "재판의 전제"란 과연 어떤 의미로 해석되어야 할까. 이제 그 헌법사의 곡절의 여로를 뒤밟아보기로 하자. 건국헌법(1948)의 위헌심사제는 ①미군정 체제 하에서 미국식 사법심사제의 영향력이 급속히 파급되는 상황[황성수 · 우돌(Woodall) 등], ②미군정 당국의 의도에 편승하여 (또한 신익희-행정연구위원회 혹은 사법부 법전기초위원회와의 연계 속에) 자신들의 권한을 강화하고자 했던 구 사법관료 및 구 재야법조인의 적극적 활동(장경근 · 이상기 · 정윤환 · 김병로 · 이인 · 권승렬 등), 그리고 ③이들과 일정한 대항관계에 서면서 보수적 사법부보다는 헌법위원회에 위헌

5) 사법의 핵심적 개념징표를 ①'구체적인 쟁송'에 대한 ②'법의 해석 · 적용'이라고 할 때(淸宮四郎), 미국식 사법심사제 하의 헌법소송에 있어서는 (일본에서와 달리) ①그 권리침해의 요건이 대폭 완화 · 자유화되고 있는 점, ②주어진 법을 단순히 해석 · 적용하는 수준을 넘어 사법의 적극적 법형성기능이 부각되고 있는 점을 주목할 필요가 있다. 芦部信喜, 『人權と憲法訴訟』(東京 : 有斐閣, 1994), 110면, 114-115면.

6) 참고로 현행 헌법재판소 체제에서의 '재판의 전제성' 개념을 미국 판례법의 원칙인 '필요의 원칙'과 유사한 것으로 보는 견해가 있다[유남석, 「위헌법률심판제청의 요건에 관한 연구-재판의 전제성과 위헌성 의심을 중심으로」(서울대학교 석사학위논문, 1999. 6), 14-15면, 각주 18]. 그러나 헌법판단의 '논리적 선행'을 기초로 한 유럽식(이제는 이미 '독일화' 되어버린) '재판의 전제성' 개념은 미국식 사법심사제의 소송절차와 동일 선상에서 논할 수 없다. '필요의 원칙'은 ①사실 확정→②법령 해석 · 적용→③합헌성 심사로 이어지는 과정에서 ③의 헌법판단은 논리상 최후의 단계로서 가급적 회피되어야 한다는 원칙이기 때문이다. 관련하여 新正幸, 『憲法訴訟論』(東京 : 信山社), 2008, 281면 참조.

심사권을 부여하고자 했던 유진오의 구상, 이 세 가지 요소들의 복잡한 '트릴로기(Trilogie)' 속에서 형성된 것이었다.[7] 위헌심사제를 둔 해방기 헌법초안들 대다수는 법원(법관) 또는 최고법원·대법원에 법령의 위헌심사권 또는 헌법해석권을 부여하고 있는데, 이처럼 미국식 위헌심사제를 채택하면서도 그 요건을 표현하는 문구는 다양하게 나뉜다. ① "法令의 適用에 關하여"라는 표현을 쓴 임시헌법(1946)과 조선임시약헌(1947),[8] ② "in litigated cases (and other forms of judicial proceedings)"라는 표현을 쓴 우돌초안(1946),[9] ③ "裁判에 있어 事實에 準據되는"이라는 표현을 쓴 권승렬초안(법전기초위원회안),[10] ④ 대법원에 위헌심사권을 부여하면서도 헌법위원회제를 채택한 유진오초안과 동일하게 "法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되는 때에는"라는 표현을 쓴 공동안(유진오·행정연구위원회)[11] 등이 그것이다(원문은 아래 <표 1> 참조). 다만,

---

7) 이 세 가지 요소들의 작용에 대해서는 이영록, 「제1공화국 헌법위원회제도의 형성-사법제도 형성의 한 단면」, 『헌법학연구』 11-2(2005. 6), 308-314면, 314-318면, 318-321면 각 참조.

8) 임시헌법(1946)과 조선임시약헌(1947)의 원문·해제는 고려대학교박물관, 『현민 유진오 제헌헌법 관계 자료집』(고려대학교출판부, 2009), 三三면 이하, 一〇一면 이하, 15면 이하, 21면 이하, 57면 이하, 127면 이하 각 참조. 유관 규정의 비교헌법사적 연원은 신우철, 『비교헌법사: 대한민국 입헌주의의 연원』(법문사, 2008), 488면 이하(특히 494면)의 서술 및 284-285면, 564면의 조문대조 참조. 당시 중국이나 일본의 헌법문서 가운데 동일한 문구가 사용된 사례는 발견되지 않는다. 그밖에 김수용, 『건국과 헌법-헌법논의를 통해 본 대한민국건국사』(경인문화사, 2008), 66면 이하(특히 85-86면), 148면 이하(특히 159면)도 참조. 과도입법의원에서 이 조문은 아무런 의견 없이 원안대로 가결된다. 「조선임시약헌안 제2독회(1947. 7.29. 제118차 회의)」, 『임시약헌제정회의록(과도입법의원)』(국회도서관, 1968), 109면.

9) 우돌초안(1946)의 원문·번역·해제는 고려대학교박물관, 위의 책, 五九면 이하, 18면 이하, 73면 이하, 103면 이하 각 참조.

10) 권승렬초안(법전기초위원회안)의 원문·해제는 고려대학교박물관, 위의 책, 一九七면 이하, 30면 이하, 181면 이하 각 참조. 그밖에 이영록, 「'권승렬안'에 관한 연구」, 『법과사회』 24(2003. 6), 135면 이하; 이영록, 앞의 글(각주 7), 323-324면 및 김수용, 앞의 책, 241면 이하도 참조. 이영록에 의하면, 이는 김병로·이인 등 법조계 인사들의 주도로, 미국 측의 영향이 가장 쉽게 미칠 수 있는 여건 하에서 작성된 것으로[같은 글(각주 10), 141면], 내용면에서도 '법원 권한의 강화'를 도모한 특징을 지닌다고 한다[같은 글(각주 10), 149면]. 그러나 최고법원에만 위헌법률심사권을 부여한 것은 당시 일본국헌법 및 재판소법의 제정과정에서 최고재판소에 위헌심사권을 집중시키려 했던 일본 측의 좌절된 시도를 연상시킨다(앞 각주 4 참조).

11) 공동안의 원문은 유진오, 『헌법기초회고록』(일조각, 1980), 208면 이하 참조. 공동안에서 대법원에 위헌법률심사권을 부여하게 된 경위에 관해서는 이영록, 앞의 글(각주 7), 321-323면

위 ②가 당사자의 재판을 받을 권리(재판청구권) 측면을 강조하는 순수한 미국식 '사건쟁송성' 요건으로써 표현되었다면, ①③④는 '법령의 적용' 내지 '재판의 준거'에 착안하여, 법원의 재판을 할 권한(재판권) 측면을 강조하는 유럽식(더 정확히는, 후술하는 바와 같이, 오스트리아식의) '선결문제=재판전제성' 요건으로써 표현되었다고 하겠다(특히 위 ④의 경우 이 점이 분명하다[12]).

이영록의 선행연구에 의하면 유진오사안(제1회초고)·법전기초위원회제출안[13]의 헌법위원회 구상은 ① 그 자신의 독창적인 발상이지만, 미국식 사법심사제와의 대결 가운데 일정 부분 그로부터 영향을 받는데, ② "判決의 前提가 되는 때"를 위헌법률심사의 요건으로 하여 구체적 규범통제를 지향하고, ③ 권한쟁의를 제외한 위헌법률심사만을 헌법재판의 대상으로 삼은 데에서 그 영향이 발견된다고 한다.[14] 건국헌법 시기 말엽에 발표된 김기범의 논문도 ① 헌법위원회의 권한이 위헌법률의 심사에 국한되어 있고, ② 법원만이 그리고 재판의 전제가 된 때에만 법률의 위헌심사를 제청할 수 있으며, ③ 소송당사자가 위헌심사의 제청을 신청할 수 있는 점 등을 들어 그것이 미국의 사법심사제와 유사하다고 보았다.[15]

("법원 측 인사들의 집요함의 승리 … 특히 미국사법시찰을 다녀온 장경근과 이상기의 역할이 결정적") 및 김수용, 앞의 책, 234-235면 참조. 공동안의 문구 중 원래 문구(유진오사안·법전기초위원회제출안)의 "判決"이 "裁判"으로 바뀐 것도 법원 측 인사들의 영향이 아니었을까 추측된다(마찬가지로 법조계의 의사가 반영된 권승렬초안도 "裁判"이란 용어를 사용했음). 대법원에만 위헌법률심사권을 부여한 구상 역시, 권승렬초안과 마찬가지로, 당시 일본국헌법 및 재판소법의 제정과정에서 최고재판소에 위헌심사권을 집중시키려 했던 일본 측의 좌절된 시도를 연상시킨다(앞 각주 4, 10 참조). 공동안의 시도가 헌법기초위원회에서 좌절된 경위에 대해서는 이영록, 앞의 글(각주 7), 324-326면 및 김수용, 앞의 책, 283-285면 참조. 이렇게 수정된 내용은 국회본회의에서는 별다른 논란의 대상이 되지 못하고 통과된다[이영록, 앞의 글(각주 7), 326-328면].

12) 공동안의 위헌심사제는 마치 헌법법원처럼 대법원에 위헌심사권을 집중시킨 것으로서, 하급법원의 독자적 위헌심사권을 부정한 점에서 순수한 미국식 사법심사제와는 구별된다. 그러나 대법원에 위헌심사권을 부여하면서도 헌법위원회제도를 채택한 유진오초안과 동일한 문구를 사용한 것은 당시 제헌작업에 관계한 인사들이 미국식 부수적 위헌심사와 유럽식 구체적 규범통제의 차이를 명확히 구별하여 인식하지는 않았다는 사실을 방증한다.

13) 유진오사안(제1회초고)·법전기초위원회제출안의 원문·해제는 고려대학교박물관, 앞의 책, 一〇五면 이하, 一七九면 이하, 25면 이하, 141면 이하, 161면 이하 각 참조.

14) 이영록, 앞의 글(각주 7), 318면 이하, 특히 320-321면.

15) 김기범, 「미국재판소의 법률심사」, 『고시계』 4-11(1959.12), 165-166면. 그러나 당시 소송당사

유진오 자신도 "대륙제국의 「헌법재판소」제도와 전후의 불란서 제3공화국(필자주: 제4공화국의 오기인 듯)의 「헌법위원회」제도 등을 참작하여, 미국식제도와 불란서식제도의 절충이라고 볼 수 있는 헌법위원회를 구상하였던 것"이라고 회고한 바 있다.[16] 그러나 이 점은, 적어도 헌법규정의 문구와 그 비교헌법적 연원을 분석해보면, 반드시 그렇지는 않다는 사실이 드러난다. 유진오의 헌법위원회 구상은 첫째, 그 제도명칭과 구성방식은 프랑스 제4공화국헌법(1946)의 헌법위원회(Comité constitutionnel)를 주로 참고한 것이지만, 둘째, 그 구체적 제도설계는 오스트리아연방헌법(1920/1929)의 헌법법원(Verfassungsgerichtshof)으로부터 상당부분을 차용했다.[17] 기실, 유진오사안(제1회초고)의 관련조문 상단에는 "墺 憲法

자의 위헌 여부의 제청 신청은 일반법원을 거쳐 대법원까지 경유해야 한다는 점에서 상당한 제약이 따랐던 것으로 보인다[헌법위원회법(1950) §9, §12]. 관련하여 민의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제1호(1961. 1.16)』, 5면: "전문위원(유민상) … 이번에 헌법재판소에 있어서는 국민이 자유롭게 제청할 수 있게 했기 때문에 헌법위원회의 제도 시대와는 조금 차이가 있는 것." 동 8면: "김창수 위원 … 헌법위원회법에 의해서 위헌제청은 대법원만이 할 수 있고 개개인이 할 수 없읍니다. … 당사자가 그 법원에 대해서 위헌제청을 (신청)하고 법원에서 위헌이 인정될 때에는 그것이 대법원에까지 올라가 가지고 보내고 그렇기 때문에 위헌제청이 된다는 것은 대단히 신중한 경우입니다."

16) 유진오, 앞의 책, 43면.

17) 그 구성방법에 있어 유진오사안(제1회초고)·법전기초위원회제출안(§89)이 대통령을 의장으로 하고 양원의장이 위원으로 참여하도록 한 것은 프랑스 제4공화국헌법(§91)과 유사하다. 다만, 프랑스 헌법위원회는 그밖에 하원에서 선출되는 7인의 위원과 상원에서 선출되는 3인의 위원을 포함하는 반면, 유진오가 구상한 헌법위원회는 그밖에 대법원장이 참여하고 참의원의 동의로써 대통령이 임명하는 3인의 위원을 포함한다. 유진오, 『헌법해의』(명세당, 1949), 174면: "우리나라의 헌법위원회의 명칭은 이 신 불란서헌법(1946)에서 암시를 받은 것이나 그 내용에 있어서는 피차 큰 차이가 있다. 즉 불란서의 헌법위원회는 순전히 국회의원 중에서 선출된 위원으로 구성되는 것." 또한, 유진오, 『헌법의 기초이론』(일조각, 1950/1956), 109면도 참조. 한편, 오스트리아연방헌법(1920.10. 1)은 헌법법원의 원장·부원장 및 재판관·예비재판관 중 절반은 하원에서, 나머지 절반은 상원에서 선출하도록 했고(동 §147), 개정 오스트리아연방헌법(1929.12. 7)은 헌법법원의 원장·부원장 및 재판관·예비재판관 중 절반(6인·3인)은 연방정부의 제청으로 연방대통령이, 나머지 절반은 하원·상원(하원 3인·2인, 상원 3인·1인)의 제청으로 연방대통령이 임명하도록 했다(동 §147). 위원 3인을 참의원의 동의로써 대통령이 임명하도록 한 유진오의 구상이나, 이후 헌법위원회법(1950)에서 위원외에 예비위원까지 두도록 한 데(동 §2)에는 오스트리아연방헌법의 영향이 관찰된다. 유진오의 헌법위원회 구성방식 구상에 대해서는 이영록, 앞의 글(각주 7), 320면, 325면 참조. 헌법기초위원회에서 최종 확정된 안(§80)은 부통령을 위원장으로 하고 대법관 5인과 국회의원 5인의 위원으로써 구성하는 방식이었다. 그 비교헌법사적 연원에 대해서는 신우철, 앞의 책,

裁判所 佛 憲法委員會"라 수기되어 있는 것을 발견할 수 있다.[18] 같은 시기, 중화민국의 헌법제정 논의에서도 오스트리아의 헌법법원은 미국의 연방대법원과 대비되는, 위헌심사제에 관한 중요한 비교헌법적 모델로 여겨지고 있었을 뿐만 아니라,[19] 전후 일본의 헌법제정 과정에서도, 추밀원에서의 질의응답이라든가 佐々木惣一의 헌법재판제도 구상[帝國憲法改正ノ必要(1945.11.24)]의 예에서 보듯,[20] 당시 미국식 사법심사제와 대비되는 유럽식 헌법법원모델의 대표주자는 오스트리아였다.

유진오사안(제1회초고)·법전기초위원회제출안(§89)의 "法律이 憲法에 違反되

269면, 503면 참조. 건국헌법 시기의 교과서들은 대개 그 구성방식을 오스트리아 헌법법원, 프랑스 헌법위원회와 비교하고 있으며, 특히 법원의 참가를 인정하는 점에서 특징적인 것으로 보고 있다. 한태연, 『헌법학』(양문사, 1955), 523면; 한태연, 『헌법』(위성문화사, 1958), 452면; 박일경, 『헌법』(양문사, 1956), 162-163면; 박일경, 『신정 헌법요론』(진명문화사, 1959), 401면; 문홍주, 『한국헌법론』(일조각, 1957), 277면 등. 그런데 이경호, 『헌법강의』(일한도서출판사, 1959), 430-431면은 "대법관을 구성분자로 한 것은 미국의 제도를 모방한 것이고 국회의원을 구성분자로 한 것은 오스트리아의 제도를 모방한 것"이라고 본 점이 흥미롭다. 당시, 헌법법원의 구성에 법원의 참가를 인정했던 입법례로는, 15인의 재판관 중 대통령·의회(양원합동회의)·법원(최고법원·행정법원)이 각각 5인의 재판관을 지명하도록 한 이탈리아헌법(1947.12.27) 제135조가 있었다. 그런데 헌법위원회 구성에 법원의 참가가 확대된 부분은 미국식 사법심사제가 채택되지 못한 데 대한 보상으로서의 의미도 있었던 것 같다. 관련하여 유진오, 헌법해의(1949), 173면 : "헌법위원회는 대법관 5인과 국회의원 5인의 위원으로 구성되는 것이므로 헌법위원회에 있어서의 법원의 발언권은 크다." 또한 이종극, 『개정 헌법정의』(신지사, 1952/1954), 455면 : "헌법위원회를 구성하는 분자로서 대법관 5인이 섞이게 되었으므로 법률심사에 관한 대법원의 체면이 아주 말 못할 지경에 이르게까지는 아니 된 것만이라도 천만다행이라 할 바이로다."

18) 고려대학교박물관, 앞의 책, 一六一면.

19) 吳經熊·黃公覺, 『中國制憲史(1937)』(上海 : 上海書店, 1992), 246-248면 참조. 周一志 위원이 제의한 헌법법원 조직 방안은 오스트리아 헌법법원처럼 헌법소원심판까지 직권으로 포함하는데, 그 법관 9인 중 입법원·감찰원·최고법원이 각 2인씩 모두 6인을 추천하고, 전국 대학교의 정법학교수 및 변호사협회가 3인을 선출하도록 한 점이 흥미롭다. 같은 책, 193-194면. 중화민국헌법(1947. 1. 1. 공포)의 제정과정에서, 선거결과를 장담할 수 없었던 국민당은 공산당과의 협상에서 미국식의 '분산적' 사법심사제를 우선 채택했으나, 이후 양자간 합의가 무산되어 내전으로 치달으면서, 총통이 임명하는 소수의 대법관이 '집중적'으로 위헌심사권을 행사하는(정치적으로 용이하게 통제할 수 있는) 방식으로 전격 전환되었다. 이에 대해서는 Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies : Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003, pp.116-117.

20) 민병로, 앞의 책, 57-58면 각주 48, 85-86면 각주 23 참조.

는 與否가 判決의 前提가 되는 때에는"이라는 문구는 개정 오스트리아연방헌법(1929) 제140조 제1항의 "sofern ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtshofes bildet"이라는 문구로부터 차용한 것으로 보인다(원문은 아래 <표 1> 참조). 당시 중국이나 일본의 헌법문서 가운데 어떠한 것에도 유사한 표현은 발견되지 아니한다.[21] 원래 오스트리아연방헌법(1920) 제140조 제1항은 연방정부의 신청에 의한 주법률에 대한, 주정부의 신청에 의한 연방법률에 대한 추상적 규범통제를 각각 내용으로 하는 것이었으나,[22] 개정 오스트리아연방헌법(1929)은 최고법원·행정법원이 연방법률·주법률의 위헌성을 헌법법원에 제청할 수 있도록 하면서, 여기에 "제청법원의 판결의 전제(die Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtshofes)"라는 문구를 추가함으로써 구체적 규범통제까지도 포함하게 된 것이다. 즉, 헌법위원회제도를

---

21) 중국헌법의 제정과정에서도 오스트리아 헌법법원 모델이 제기된 바 있으나 유사한 문구가 차용된 사례는 발견되지 않는다(吳經熊·黃公覺, 앞의 책, 193-194면). 五五憲草(1936) 이후 期成憲草(1940)·政協憲草(1946)는 물론, 최종의 中華民國憲法(1947)에도 발견되지 않으며, 그 이후의 司法院大法官會議規則(1948. 9.15)에서도 찾아볼 수 없다. 일본의 경우, 佐々木惣一은 헌법재판소제도를 구상하면서 그 요건을 "(헌법재판소는) 최고 사법재판소 또는 최고 행정재판소가 현재 계속 중인 사건의 판결에서 헌법상의 의의(疑義)를 결정하는 것을 필요로 하고 그것을 요청하는 경우 및 그 소송의 당사자가 그것을 신청하는 경우 (헌법재판을 행한다)(憲法裁判所ハ最高ノ司法裁判所又ハ最高ノ行政裁判所カ現ニ繫屬スル事件ノ判決ニ付憲法上ノ疑義ヲ決定スルコトヲ必要トシ之ヲ請求シタル場合及其ノ訴訟ノ当事者カ之ヲ申立テタル場合ニ於テ憲法裁判ヲ行フ)"라고 규정했다. 佐々木惣一의 개헌안·이유서가 수록된 內大臣府御用掛 佐々木惣一奉答(1945.11.24), 『帝國憲法改正ノ必要』의 원문은 일본 국립국회도서관 소재(http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/02/042shoshi.html). 관련하여 민병로, 앞의 책, 85-86면도 참조. 그러나 판결의 전제라는 요건을 부가하지 아니하고 소송의 당사자를 신청주체로 인정한 점에서 佐々木惣一의 구상은 개정 오스트리아연방헌법(1929)의 규정과 구별된다.

22) 원문은 다음과 같다. "Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auf Antrag der Bundesregierung, über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung, sofern aber ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bilden soll, von Amts wegen." 단, 여기에는 헌법법원의 판결의 전제일 것을 요구하는 문구는 있지만, 개정 오스트리아연방헌법(1929)과 달리, 제청법원의 판결의 전제일 것을 요구하는 문구는 없다. 유진오 자신도 이 구 헌법과 개정 헌법의 차이를 잘 알고 있었던 것으로 보인다. 유진오, 헌법해의(1949), 173면 : "우리나라의 법원은 미국의 법원과 같이 직접 법률의 위헌 여부를 심사할 권한은 없으나, 구 오지리의 헌법재판소와 같이(구 오지리헌법 제140조) 법률심사권이 법원과는 전연 관계없는 기관에 소속된 것도 아니고, 법원은 특정의 법률이 헌법에 위반된다고 생각할 때에는 헌법위원회에 그 위헌결정을 제청할 권한을 가지고 있는 것이다."

구상한 유진오의 의도는 법률의 위헌심사와 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사를 구분하여, 적어도 전자는 유럽식 헌법법원형의 독립적=본원적·구체적 규범통제 방식으로 처리하려는 것이었음을 알 수 있다. 요컨대 여기서 "判決의 前提"란 곧 '선결문제'의 의미로 사용되었다는 것이다. 참고로 오스트리아연방헌법(1920/1929)도 명령(Verordnung)의 합법성 심사와 법률(Gesetz)의 합헌성 심사를 엄밀히 구분하고 있는데, 양자 모두 그 심사를 헌법법원에서 관장하되 전자는 일반법원의 위법판단 제청을 인정한 반면[오스트리아연방헌법(1920/1929) §139①] 후자는 일반법원의 효력심사를 일체 배제하고[오스트리아연방헌법(1920/1929) §89①] 최고법원·행정법원만 위헌판단 제청을 할 수 있도록 규정했으며[개정 오스트리아연방헌법(1929) §140①], 전자에는 후자와 달리 "제청법원의 판결의 전제"라는 문구가 아니라 "명령의 적용에 대하여(gegen die Anwendung einer Verordnung)"라는 문구[오스트리아연방헌법(1920/1929) §89②] 또는 "법원에 의해 적용되는 명령(die vom Gericht anzuwendende Verordnung)"이라는 문구[개정 오스트리아연방헌법(1929) §89③④]를 사용했다.[23]

반면, 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사와 관련해서 유진오사안(제1회초고)·법전기초위원회제출안(§89)은 일본국헌법(1946.11. 3. 공포) 제81조의 문구를 거의 그대로 모방하고 있음을 알 수 있다. 유진오사안(제1회초고)의 관련조문 상단에도 "日 81"이라 분명히 수기되어 있을 뿐 아니라,[24] 공동안 단계에서 원래 초안의 "명령·처분" 외에 "규칙"이 추가되고(권승렬초안도 "규칙"이 추가

23) 1929년의 개정으로 제3항·제4항이 추가된 오스트리아연방헌법 제89조의 원문은 다음과 같다. "(1) Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu. (2) Hat ein Gericht gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit Bedenken, so hat es das Verfahren zu unterbrechen, und den Antrag auf Aufhebung dieser Verordnung beim Verfassungsgerichtshof zu stellen. (3) Ist die vom Gericht anzuwendende Verordnung bereits außer Kraft getreten, so hat der Antrag des Gerichtes die Entscheidung zu begehren, daß die Ver- ordnung gesetzwidrig war. (4) Ist die vom Gericht anzuwendende Verordnung durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aus dem grunde der Gesetzwidrigkeit aufgehoben worden, so ist das Gericht, ohne den im absatz 3 bezeichneten Antrag zu stellen, an die Rechts -anschauung des Ver- fassungsgerichtshofes gebunden." 1929년의 개정 전후 변화가 없는 제139조 제1항의 원문은 아래 <표 1> 참조.

24) 고려대학교박물관, 앞의 책, 一六一면.

됨), 국회본회의이송안 단계에서 "대법원"이 "최종적으로" 심사권을 갖는 것으로 내용이 변경되는 등, 각 단계별로 일본국헌법의 문구에 점차 근접해간 사실로부터도 분명하게 확인된다(아래 <표 1> 참조). 무엇보다도 이 점은 건국헌법 당시의 헌법학자들에게 익히 알려진 사실이기도 했는데,[25] 재판소의 법령의 실질적 내용에 대한 심사권은 명령에 대해서만 인정될 뿐 법률에 대해서는 인정되지 않는 것이 전전 일본에서의 지배적 견해이자 사법 실제였고,[26] 따라서 유진오가 일본국헌법 제81조를 차용하여 명령·규칙의 위헌·위법심사권을 (법률의 경우와 달리) 법원에 부여한 것은 당시로서는 '당연한 법리'를 성문화한 결과로 볼 수 있었다.[27] 아무튼 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사에 관한 한, '사건쟁송성'의 요건을 내재한 미국식 사법심사제가 일본국헌법 제81조를 통해 간접적으로 수용된 것이라고 결론지을 수 있다. 기실, 전후 일본의 헌법제정논의 가운데는 위헌심사제와 관련하여 당사자의 이니셔티브를 강조하는 '구체적 소송사건'이란 요건이 거듭 언급되고 있으며,[28] 일본 위헌심사제의 성격을 확정지은 최고재판소 판결에도 "구체적 쟁송사건이 제기될 것을 필요로 한다."라고 언급되고 있다.[29] 유진오의 헌법위원회 구상은, 적어도 법률의 위헌심사에 관한 요건으로서 "判決의 前提"라는 표현을 사용한 것은 그 자신의 독창적 발상이라거나 미국식 사법심사제의 영향으로 볼 수 없으며, 오스트리아 헌법법원제도의 구체적 규범통제 규정을 모방한 것이다. 이와 반대로, 명령·규

25) 특히, 이종극, 『축조비교 헌법해의』(승문사, 1954), 498면 : "본항의 출전이라 생각되는 것은 일본국헌법 제81조 … 이니"

26) 이영록, 앞의 글(각주 7), 309면. 특히, 美濃部達吉, 『憲法撮要』(東京 : 有斐閣, 1923/1924), 496면의 서술은 아래 각주 27에 인용된 교과서들에서 대체로 추종되고 있다.

27) 유진오 자신의 저서를 비롯하여 건국헌법 시기의 교과서들도 비슷한 서술을 남기고 있다. 유진오, 헌법해의(1949), 171면 및 이종극, 헌법해의(1954), 506-507면; 박일경, 헌법(1956), 156-157면; 박일경, 헌법요론(1959), 386면; 문홍주, 한국헌법론(1957), 270면 등. 유진오는 그래서 이 조항의 "중점은 (법원의 명령·규칙심사권보다) 행정처분을 주로 하는 국가의 모든 처분행위를 법원이 심사할 수 있다는 점에 있다"고 보았다[유진오, 헌법해의(1949), 171면]. 단, 한태연, 헌법(1958), 437면은 그것이 당연한 법리라기보다, "헌법 제81조 제1항의 규정에 의해서 비로소 법원은 명령·규칙과 처분에 대하여 실질적 심사권을 갖는 것"이라고 보고 있다.

28) 민병로, 앞의 책, 52면, 57-58면, 58-59면, 60면, 68-69면, 70면 및 앞 각주 4의 서술 참조.

29) 最判 1952.10. 8. 警察豫備隊違憲訴訟.

칙·처분의 위헌·위법심사에 아무런 요건을 부기하지 않은 것은 미국식 사법심사제를 수용한 일본국헌법의 조문에서 유래한 것으로,[30] 여기에는 오스트리아연방헌법(1920/1929)의 명령의 합법성심사에 관한 규정도 간접 참고된 것으로 보인다.[31]

〈표 1〉 건국헌법(1948)에 이르기까지 제 초안에 나타난 유관 규정

헌법초안	유관 규정
행정연구위원회초안 [한국헌법(1946)]	行政廳의 命令 及 處分에 關한 訴訟은 別로 法律로써 定하는 바에 依하여 行政裁判所의 管轄에 屬함 (§55)
	行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス [明治憲法(1889) §61]
민주의원초안 [임시헌법(1946)]	法院은 法令의 適用에 關하여 法令이 憲法에 違反되고 아니됨을 審査할 權利가 有함 (§68)
입법의원초안 [조선임시약헌(1947)]	最高法院은 法令의 適用에 關하여 該法令이 本法에 違反與否를 審査할 權限이 있음 (§47)
	最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である。[日本國憲法(1946) §81]
민주주의민족전선초안 [임시약법(1946)]	大審院은 左記事項을 專屬取扱함 一. 國家法律의 解釋上 發生하는 爭訟 … 政治法院及政治監察院은 左記事項을 取扱함 一. 行政命令의 解釋上 發生하는 爭訟 … 三. 一切 國家機關 行政訴訟 … (§§74-75)
우돌(Woodall)초안 [The Constitution of Korea(1946)]	All governmental power to … interpret the Constitution … in litigated cases and other forms of judicial proceedings … shall be exercised by the Courts as the exclusive judical organ … (Article 5 Section 1)
유진오초안 (법전기초위원회제출안)	法院은 法律이 定하는 바에 依하야 모든 種類의 命令과 處分이 憲法과 法律에 違反되는 與否를 審査할 權限이 있다. 法律이 憲法에 違反되는 與否가 判決의 前提가 되는 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하야 그 決定에 依하야 判決한다. (§89)
	最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である。[日本國憲法(1946) §81]

30) 미국식 위헌심사제의 명문규정 부재에 대해서는 문홍주, 한국헌법론(1957), 273-274면 참조.

31) 오스트리아연방헌법(1920/1929)에는 당해 명령이 헌법법원의 판결의 전제일 것을 요구하는 문구는 있지만, 법률의 경우와 달리, 재청법원의 판결의 전제일 것을 요구하는 문구는 없다(동 §139①). 애당초 유진오사안(제1회초고)·법전기초위원회제출안(§89)에서, 행정입법으로서 "명령·규칙"을 모두 규정한 일본국헌법과 달리 "명령"만을 규정했던 것도, 명령(Verordnung)의 합법성 심사와 법률(Gesetz)의 합헌성 심사를 대치시킨 오스트리아연방헌법(1920/1929)의 영향이 아니었을까 추측해본다. 이상과 관련하여 앞 각주 23 부분의 본문서술 참조.

	Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Bundes- oder Landesbehörde auf Antrag eines Gerichtes, sofern aber eine solche Verordnung die Voraussetzung eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs bilden soll, von Amts wegen … Der Verfassungs-gerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes, sofern ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtshofes bildet, ferner von Amts wegen dann, wenn ein solches Gesetz die Voraussetzung für ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes selbst bildet … [오스트리아연방헌법(1929) §139①, §140①].
권승렬초안 (법전기초위원회안)	法官은 裁判에 있어 事實에 準據되는 命令, 規則 및 處分이 憲法에 違反되는 與否를 判斷할 수 있다. 最高法院은 裁判에 있어 事實에 準據되는 法律이 憲法에 違反되는 與否를 審判할 수 있다. (§96)
공동안 (유진오 · 행정연구위원회)	法院은 모든 種類의 命令 規則과 處分이 憲法과 法律에 違反되는 與否를 審査할 權限이 있다. 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되는 때에는 法院은 大法院에 提請하여 그 決定에 依하여 裁判한다. (§85)
국회본회의이송안 및 건국헌법(1948)	大法院은 法律의 定하는 바에 依하여 命令, 規則과 處分이 憲法과 法律에 違反되는 與否를 最終的으로 審査할 權限이 있다. 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되는 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 依하여 裁判한다. (국회본회의 이송안 §80, 건국헌법 §81)
	最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である。[日本國憲法(1946) §81]

이상의 논의들을 종합하면, 건국헌법에서 법률의 위헌심사에 관한 "裁判의 前提"라는 문구는 '선결문제'라는 의미로 해석되어야 하고, 명령 · 규칙 · 처분의 위헌 · 위법심사에 관하여는, 별다른 문구는 없지만, '사건쟁송성'의 요건을 내포한 의미로 해석되어야 한다. 이야말로 비교헌법사적 탐구의 결과 밝혀진 헌법제정자의 '원래 의도(original intent)'에 가장 근접한 해석이라고 믿는다. 그런데 건국헌법의 헌법위원회제도 구상은 헌법위원회법(1950)의 제정 단계에서부터 심각한 도전에 직면하게 되는데, 여기서는 바로 건국헌법 제81조 제2항의 "裁判의 前提"라는 문구가 문제의 도화선이 되었다. 즉, 검찰청의 국정감사 거부에 대해, 그 직권 중 권한쟁의심판이 포함되지 않을 뿐 아니라 법문 상 재판의 전제로서만 법률의 위헌성을 심사할 수 있는 헌법위원회로서는, 이와 같은 위헌상황을 달리 통제할 방도가 없었기에, 결국 문제해결의 열쇄는 탄핵재판소로 넘겨지고 말았던 것이다.[32] 즉, '구체적 소송사건' 없이는 정치 분쟁의 해결에 유명무실할 수밖에 없는 제도의 한계에 직면하여 이를 시정할 새로운 제도

적 모색이 요구되었고, 이 과정에서 헌법 제81조 제2항 소정의 "裁判의 前提"라는 문구도 그 유럽식 독립적=본원적 · 구체적 규범통제에서의 '선결문제'라는 의미가 점차 퇴색되어, 미국식 부수적 위헌심사제에서의 '사건쟁송성'이라는 의미가 오히려 부각되는 경향이 나타나게 되었다. 당시 공법학자의 서술들 가운데서도 양자를 엄밀히 구분한 사례는 발견하기 어려우며, 오히려 후자의 의미를 강조한 것들이 양적으로 우위를 점하고 있다.[33]

---

32) 「헌법위원회법안 제2독회」, 『제6회국회 제18차회의(1950. 1.30) 속기록』, 363-363면 참조. 이 문제를 둘러싸고 헌법을 개정하기 전에는 국회 법제사법위원회로서는 어떻게 할 수 없다는 이인 법제사법위원장(동 363면), 탄핵재판이 전제가 되어 있으니까 재판의 전제가 된다고 보아 국회에서 제청할 수 있는 것으로 보자는 조헌영 의원(동 363면), 헌법위원회법안 제8조 [헌법위원회법(1950) 제9조에 해당] 중 소송당사자의 신청에 국회의 신청까지 포함시키자는 신익희 국회의장(동 363-364면), 국정감사 거부가 헌법문제가 될 경우 국회의 처분이 문제될 것으로 보아 ('재판의 전제'를 요건으로 규정하지 않은) 헌법 제81조 제1항의 따라 대법원이 최종적으로 판단해야 한다는 서순영 의원(동 365면), 재판상 소송이 될 때에 한해 법원의 제청으로 헌법위원회가 법률의 위헌 여부를 심사할 뿐 국정감사에 관계된 문제는 국회 스스로 헌법을 해석할 권한이 있다는 윤길중 전문위원(동 365면), 법률의 위헌문제는 사법적(司法的) 성격의 것이고 국정감사의 문제는 행정에 속하는 것이므로 국회의 의사로 결정되어야지 헌법위원회에 넘길 수 없다는 박해극 의원(동 366면) 등 다양한 의견들이 개진되었다. 관련하여 이영록, 앞의 글(각주 7), 329-331면도 참조. 결과적으로 "행정부의 위헌행위에 대해서는 이 제도(헌법위원회제도)는 완전히 무력"[한태연, 헌법학(1955), 524면]한 것이 되어버리고 말았다. 이종극, 헌법정의(1952/1954), 464면에서 "입법론으로서는 정부와 국회간의 헌법쟁의를 심판하는 권능도 주었으면 어떠할까"라고 한 것도, 대통령의 지방자치법안 거부권 행사라든가 상술한 검찰청의 국정감사 거부와 같은, 건국헌법 초기의 정부-국회 간 대립상황과 관련이 있는 것으로 보인다. 동일한 제안으로 이종극, 헌법해의(1954), 510-511면 : "법률로써 헌법위원회의 기능을 확장하여, 예하면, 정부와 국회간의 헌법해석에 관한 이견 · 대립을 해결케 함이 가할 것이다." 그밖에 유사한 문제의식에서 헌법위원회와 탄핵재판소의 통일을 주장하는 이종극, 헌법해의(1954), 511면 및 이종극, 「현행헌법의 제 결함-성문헌법의 공문화과정」, 『법정』 11-10(1956. 10), 13면도 참조할 것.

33) 이종극, 헌법정의(1952/1954), 464면 : "법원은 구체적 사건의 심판에서 적용할 법률의 합헌성이 의문되는 경우가 아니면 심사 제청을 할 수 없는 고로, 몹씨 제한되어 있는 것이 유감이다." 이종극, 헌법해의(1954), 511면 : "법원은 구체적 사건의 심판에서 적용할 법률의 합헌성이 의문시되는 경우가 아니면 위헌 제청을 할 수 없는 고로, 그 활동이 제한되어 있어, 모처럼 설치한 이 기관이 반신불수의 꼴임은 유감이다." 한태연, 헌법학(1955), 524면 및 한태연, 헌법(1958), 453면 : "따라서 법률을 적용해야 할 구체적인 소송사건이 없을 때에는 법원은 이 권한을 행사할 수 없다." 박일경, 헌법(1956), 162면 및 박일경, 헌법요론(1959), 400면 : "당해 법률을 적용하여야 할 구체적 소송사건이 없을 때에는 법원은 이 권한을 행사할 수 없다." 문홍주, 한국헌법론(1957), 276면 : "구체적 재판에 관계없는 제청은 할 수 없다." 단, 동 273면 및 동 279면은 "구체적 사건의 재판을 대상으로 하는" 미국식 위헌심사제와 "법률의 위헌

Ⅲ. 건국헌법 이래 관련 규정의 변형과정

건국헌법의 이러한 이원적 위헌심사체제－즉, 법률의 위헌심사와 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사를 구분하여, 전자에는 "裁判의 前提"를 요건으로 명시하고(헌법위원회 관할), 후자에는 이러한 요건을 명시하지 않은 체제(법원 관할)－는 1952년과 1954년의 두 차례 개헌 시까지 변동 없이 유지된다. 의원내각제 하에서 헌법재판소제도를 도입한 1960년 헌법개정에 이르러서는, 법률의 위헌심사에 관한 동 제81조 제2항을 삭제하고(제81조 제1항은 그대로 유지함) 제83조의 3과 제83조의 4를 신설하여, 유럽식 헌법법원모델의 원형에 한층 접근한 규정을 두게 된다.[34] 우선, 그 행사 권한의 측면에서 헌법위원회는 위헌법

여부를 심판의 대상으로 하는" 유럽식 구체적 규범통제의 차이를 분명히 인식하고 있음을 보여준다. 그러나 동 279면에서 "미국의 법원이 … 구체적 사건을 재판하기 위한 전제조건으로서 위헌법률을 심사 …" 운운한 부분은 미국식 부수적 위헌심사제를 설명하면서 유럽식 구체적 규범통제의 재판전제성 요건을 거론한 점에서 혼동을 보이고 있다. 이경호, 헌법강의(1959), 425면도 "법원이 구체적인 소송사건을 재판하는 전제로서 이에 적용되는 법률의 효력을 심사하는 제도 …" 운운함으로써 유사한 혼동을 보이고 있다. 또한 동 426-428면은 헌법 제81조 제1항과 제2항의 문구를 분명히 구별하여 쓰면서도, "재판의 전제"라는 문구가 없는 동조 제1항에 대해서도 "구체적인 소송사건을 재판하는 전제가 되지 아니하는 명령 규칙과 처분 …" 운운함으로써(동 427면) 이를 동조 제2항의 경우와 실질적으로 동일하게 취급하고 있다[이경호, 「군정법령의 효력과 위헌심사」, 『동국법학』 1(1959.12), 11면도 헌법 제81조 제1항에 대해 "재판의 전제가 되는"이라는 요건을 부가하고 있다]. 또한, "구체적인 소송사건과 관계없이 위헌의 명령 규칙과 처분의 효력을 추상적으로 심사하는 권한은 사법권 이외의 권한이다."라고 제81조 제1항을 해석하고 있는데(동 427면), 이 점 동 조항의 모델이 된 일본국헌법 제81조의 경우 구체적 사건을 전제로 한다는 요건이 전혀 부가되어 있지 않아, 최고재판소를 헌법재판소로 해석하는 것도 가능하며 그 위헌결정은 일반적 무효의 효력을 지닌다는 학설이 대두되었던 사실과 상관이 있는 것으로 보인다(민병로, 앞의 책, 87면 이하 참조). 관련하여 이경호, 「일본에 있어서의 위헌심사제도」, 『법정』 14-3/5(1959. 5), 33-34면의 '일반적 효력설' '개별적 효력설' 논란 소개도 참조. 한편, 김남진, 「서독에 있어서의 헌법재판제도」, 『법정』 14-3/5(1959. 5), 27면은 서독 연방헌법재판소의 구체적 규범통제를 설명하면서, '재판의 전제'라는 문구를 유럽식 규범통제에서의 용례, 즉 '선결문제'의 의미로 정확하게 사용하고 있다.

34) 1960년의 개헌안 기초에 간여한 공법학자는 한태연과 박일경이 대표적이다. 당시 내각책임제개헌안기초위원회 구성에 대해서는 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차회의(1960. 6.11) 속기록』, 9면 참조. 당사자의 회고기록으로서 한태연, 「한국헌법과 헌법학의 회고」, 『헌법학연구』 8-1(2002. 4), 46면 : "그 헌법재판소 구상은 순전히 내 개인 단독 구상입니다. 거기에 박일경 씨가 가세를 했고요. 거기에 대해서는 헌법개정위원들이 국회의원들이니깐 잘 몰

률의 심사(구체적 규범통제)에 국한되어 있었기에,[35] 헌법재판소는 유럽식 헌법법원의 통례에 따라 위헌법률심사·헌법최종해석·권한쟁의·정당해산·탄핵재판·선거소송 등으로 이를 확장했다(동 §83의 3). 애당초 초안은 '법률에 대한 헌법소청' 등 '기타 공법상의 쟁의'까지 광범하게 포함하는 것이었으나,[36] 사법부 측의 반발에 직면하여 삭제된 것으로 보이며,[37] 그 결과 최종안의 위헌법률심사는 '법률에 대한 헌법소청'의 경우까지 포함하는 것으로 여겨지게 되었다.[38] 이처럼 헌법소원(특히 법률에 대한 헌법소원)과 규범통제를 결합하여

라요. 우리가 하자는 대로 그렇게 했지요." 그밖에 「헌법개정안 제2독회」, 『제35회국회 제34차회의(1960. 6.12) 속기록』, 2면(윤형남 기초위원의 보고)은 개헌안 기초에 유진오·한태연·이종극·박일경·박천일·이창수·이항녕·한웅길·이균호(필자 주: 이경호의 오기인 듯)·강문용 등 제 교수들의 논저·의견이 참고 되었음을 적시하고 있다. 헌법재판소 제도의 도입 취지에 대해서는 헌법개정기초위원장 정헌주의 설명 중 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차회의(1960. 6.11) 속기록』, 13-15면, 21-23면 부분 참조[거의 동일한 내용이 헌정사자료 제5집, 『헌법개정회의록(제4대국회)』(국회도서관, 1968), 81-84면, 96-99면에 「개헌안제안이유설명서」 제하에 수록됨] 참조. 헌법재판소 도입에 대한 찬반논란은 김도창, 「헌법개정안에 대한 해설과 비판」, 『법제월보』 3-5(1960. 5), 24-25면, 반대론의 주장은 강상운, 「헌법개정안의 해설과 비판」, 『고시계』 5(1960. 6), 167면, 176면 및 이병용, 「대법관선거제도와 헌법재판소제도」, 『고시계』 5(1960. 6), 174면 각 참조. 그밖에 전반적인 분석으로서 정종섭, 「1960년 헌법에서의 헌법재판소의 최초 등장과 배경」, 『법과사회』 36(2009. 6), 385면 이하도 참조.

35) 헌법위원회의 권한상의 한계에 대해서는 앞 각주 32 부분의 서술 참조. 헌법위원회와 탄핵재판소의 통일을 주장하는 이종극, 헌법해의(1954), 511면 및 이종극, 앞의 글, 13면도 서독헌법의 헌법재판소를 그 예로 들고 있다. 김기범, 앞의 글, 165면도 "헌법위원회가 그 권한이 위헌법률의 심사의 권한에 국한되어 있는 것은 이 제도(헌법재판소제도)를 채용하고 있는 국가로서는 특이하다"고 보았다. 그밖에 헌법개정기초위원장 정헌주의 설명 중 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차회의(1960. 6.11) 속기록』, 13면("헌법위원회제와 탄핵재판소제를 폐합"), 15면["다수자의 이러한(4사5입 개헌 같은) 위헌적 행위는 헌법재판소를 설치하고 그 법률에 의한(대한) 심사권만 아니라 그 이외의 헌법해석권까지를 부여할 때에만 비로소 그 목적을 달성할 수 있다"] 및 한태연, 『신헌법』(법문사, 1960/1961), 504-505면; 박일경, 『축조 한국헌법』(진명문화사, 1960), 381-382면, 389-390면; 이경호, 『신헌법요론』(일한도서출판사, 1960), 119면; 문홍주·박일경, 『신헌법』(박영사, 1960/1961), 351면 등도 참조.

36) 개헌안기초위원회의 원래초안 제28조의 마지막 부분에는 "이 헌법이 보장하는 자유 또는 권리를 법률로 인하여 침해받은 자는 법률의 정하는 바에 의하여 헌법재판소에 소청할 수 있다"는 조항이 들어 있었고, 동 제83조의 3의 마지막 부분에는 "기타 법률이 정하는 공법상의 쟁의"라는 조호가 들어 있었다. 정종섭, 「한국헌법사에서 헌법소원제도의 출현과 제도화」, 『헌법논총』 20(2009), 442-443면. 개헌안기초위원회의 원래초안 및 그에 대한 간단한 해설·비판으로는 강상운, 앞의 글, 163면 이하, 특히 166-167면 참조.

37) 정종섭, 위의 글, 443-444면 참조.

하나의 입법권 통제 메커니즘으로 설계한 것은, 당시 개헌안 작성을 주도했던 '공법학 이데올로그' 한태연의 제도이해의 소산이었을 뿐 아니라,[39] 당시 일본이나 대만 등에서 유럽식 헌법소원제도를 수용하는 전형적인 방식이기도 했다.[40] 다음, 그 위원 구성의 측면에서 헌법위원회는 여러 문제점을 지니고 있었

---

38) 헌법개정기초위원장 정헌주의 다음 설명 참조. 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차 회의(1960. 6.11) 속기록』, 22면 : "우선 법률의 위헌여부의 심사에 있어서는 대체로 현행헌법의 위헌심사에 있어서와 같이 그 법률이 어떠한 구체적 사건에 관한 재판의 전제가 되었을 때에만 헌법재판소가 그것을 심사하도록 하는 경우와 그 법률로 인해서 국민이 직접으로 권리의 침해를 받을 경우에 그 피해자의 소청에 의해 가지고 헌법재판소가 그것을 심사할 수 있게 하는 두 가지 경우로 구분될 수가 있읍니다. 물론 후자의 이른바 헌법소청의 경우에는 현행헌법 하에서는 인정되지 않은 새로운 제도로서 그 상세한 규정에 대해서는 헌법재판소법에서 이것을 정할 것으로 생각하고 있읍니다. 둘째로 헌법에 관한 최종적 해석이란 법률의 위헙심사의 문제에 대해서 그것이 재판의 전제가 되지 않거나 또는 헌법의 소청의 대상이 되지 않을 경우에 있어가지고도 그 해석에 관한 국가의 각 기관간의 문제가 되는 경우에는 또는 법률의 위헌 이외에 헌법해석이 문제가 되는 경우에는 헌법재판소가 그것을 권위적으로 해석하게 했읍니다. 이러한 경우가 바로 헌법의 소위 추상적인 규범통제라고 하는 것입니다." 요컨대 당시 헌법개정자의 의사는 제83조의 3 제1호의 "법률의 위헌여부심사"를 ① 구체적 규범통제 이외에 ② 법률에 대한 헌법소원까지도 포함하는 것으로, 동 제2호의 "헌법에 관한 최종적 해석"은 ③ 추상적 규범통제를 의미하는 것으로 해석하는 것이었다. 이러한 세 유형의 분류는 한태연, 신헌법(1960/1961), 509면 및 문홍주 · 박일경, 신헌법(1960/1961), 355면에서도 동일하게 발견된다(단, 이들은 헌법의 최종해석을 추상적 규범통제와 동일시하고 있지는 않고, 이 세 유형을 모두 법률의 위헌심사 범주 안에서 설명하고 있다).

39) 한태연, 헌법(1958), 453면에서 이미 그러한 사고의 일단이 발견된다. "법률의 심사는 법원의 제청에 의하여 시작된다. 따라서 법원의 제청이 없으면 헌법위원회는 … 그 의견을 말할 수 없다. 그것은 헌법은 헌법위원회에 대하여 추상적인 규범통제의 권한을 인정하고 있지 않기 때문이다. 또한 어떠한 위헌법률에 의하여 개인의 기본적 권리가 침해되었을 때에도 개인은 그 위헌의 여부를 헌법위원회에 제청할 수 없다. 그것은 우리 헌법에 있어서는 서독의 헌법재판소법에 있어서와 같은 국민의 헌법소청을 인정하지 않기 때문이다." 헌법개정 이후의 서술로는 한태연, 신헌법(1960/1961), 509-510면. 여기서는 (법률에 대한) 헌법소청을 위헌법률심사의 세 유형 가운데 하나로 취급하면서도, 우리는 서독의 경우와 달리 헌법소청을 "다만 입법에 대해서만 인정"한 것으로 보았다. 아울러 이를 헌법소원제도와 같이 볼 수 없다는 반론으로서, 김철수, 『헌법학』(지학사, 1970), 567-568면도 참조.

40) 일본국헌법의 제정에 즈음하여 佐々木惣一은 오스트리아 헌법법원을 본떠 헌법재판소제도를 구상하면서, 오스트리아연방헌법(1920/1929) 제144조의 헌법소원제도(처분소원제도)를 수용하지 아니하고, 계속(繫屬)된 사건의 판결에서 헌법상 의의(疑義)를 결정함에 있어 재판소 이외에 당사자까지 그 신청주체로 인정하는 규정을 두었다(앞 각주 21 참조). 대만의 司法院大法官會議法(1958. 7.21)도 헌법소원제도를 직접 수용하지는 않았지만, 인민의 헌법적 권리가 침해된 때에는 당해 소송의 종국재판에 적용되는 법령의 위헌여부에 대해 당사자가 대법관회의에 헌법해석을 신청할 수 있다는 규정을 두었다(동 §4 2호 : "有左列情形之一者, 得

기에,[41] 헌법재판소는 대통령 · 대법원 · 참의원이 심판관 각 3인씩을 선임하는 새로운 방식을 취했다(동 §83의 4). 현행헌법까지 이어지는 이러한 구성 방식은 이탈리아헌법(1947) 제135조의 규정을 참고한 것으로 추측된다.[42] 그밖에 비 상설기관이었던 헌법위원회를 상설기관인 헌법재판소로 바꾼 점도 중요한 변경 사항으로 지적된다.[43] 아무튼 1960년의 헌법개정으로 이전의 헌법위원회제도 보다 유럽식 헌법법원제도의 원형에 훨씬 더 가까워졌음에도, 유럽식 구체적 규범통제의 핵심개념이라 할 그 "裁判의 前提"라는 문구는 헌법전에서 완전히

聲請解釋憲法 … 二 人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害, 經依法定程序提起訴訟, 對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者"). 양자는 모두 구체적 규범통제의 틀 안에서 당사자의 위헌신청을 인정함으로써, 기본권 침해를 구제하는 헌법소원제도의 실질을 수용하려는 입법적 시도로 볼 수 있다. 참고로 오스트리아연방헌법은, 1975년 5월 1일의 헌법개정을 통해, 위헌 · 위법의 법령으로 말미암아 권리를 직접 침해당한 개인도 헌법법원에 규범통제를 청구할 수 있도록 했다(동 §139①, §140①).

41) 헌법개정기초위원장 정헌주의 설명, 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차회의(1960. 6.11) 속기록』, 21면 : "그 구성원에 있어서도 그 반수는 현역국회의원들로써 충당을 한 까닭에 그 전문적 지식의 결여와 소속정당의 정치적 이해관계로 말미암아서 그것은 사실상 개점휴업적인 무용한 기관으로 전락하고 말았읍니다." 그 구성상의 문제점에 대한 당대 공법학자들의 지적으로는 한태연, 헌법학(1955), 523-524면("구성원의 반수를 국회에서 선출한다는 것은 소수자보호를 의미하는 헌법재판제도와 모순"); 문홍주, 한국헌법론(1957), 278면["입법부에서 나오는 구성원은 공정한 판단을 볼 수 있을까 의문 … 전연 법원에 일임하는 것(민주주의사상에 배치)보다는 나은 제도"]; 이경호, 헌법강의(1959), 431면("법률의 위헌심사에 국회의원이 개입함으로써 공정한 심사결정이 저해 … 대법관이 이에 개입함으로써 민주적 원리에 배치") 등 참조. 그밖에 이경호, 「참의원의원의 부존재와 헌법위원회의 구성」, 『법조』 8-11(1959.11), 1면 이하 및 이경호, 「헌법위원회의 위원정수에 관한 논쟁의 비판」, 『법조』 9-3(1960. 3), 12면 이하도 참조.

42) 앞 각주 17 참조. 참의원사무처, 「헌법재판소법안 제1독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제30호(1961. 3.22)』, 6면에는 헌법재판소법안에 대한 참의원수정안을 작성함에 있어 참고한 입법례로 순서대로 서독 · 이태리 · 오지리를 들고 있고, 참의원사무처, 「헌법재판소법안 제2독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제31호(1961. 3.23)』, 11면 소재 조문대조표에는 헌법재판소법안 제3조, 참의원수정안 제5조의 심판관 선임 규정 부분 하단에 "※ 伊憲裁法二,三"이라 부기되어 있다. 1960년 헌법개정 및 헌법재판소법 제정에 큰 역할을 했을 것으로 보이는 박일경도 그의 1959년판 교과서에서 이미 이탈리아 헌법재판소의 위원 구성방식을 구체적으로 소개하고 있다[박일경, 헌법요론(1959), 392면].

43) 헌법개정기초위원장 정헌주의 설명, 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차회의(1960. 6.11) 속기록』, 13면, 21면; 한태연, 신헌법(1960/1961), 504-505면; 박일경, 한국헌법(1960), 382면; 문홍주 · 박일경, 신헌법(1960/1961), 353면 등 참조. 이병용, 앞의 글, 176면은 헌법재판소의 상설기관 성격을 배제할 것을 주장하고 있다.

사라지게 된 것이다.

그런데 더더욱 이해하기 어려운 것은, 헌법전으로부터 사라진 이 "裁判의 前提" 문구를 대체하는 표현으로서, "法院에 繫屬 中인 事件"이라는 문구가 헌법재판소법(1961. 4.17)에 등장했다는 사실이다(동 §9①, §10①). 유럽식 '재판전제성' 요건보다는 오히려 미국식 '사건쟁송성' 요건에 근접한 것으로 보이는 이 문구의 등장 경위는 대관절 어디에 있을까. 첫째, 구체적 소송사건 없이 법률의 위헌문제를 다룰 수 없었던 과거 헌법위원회의 제도적 한계에 직면하여(앞 각주 32, 35 부분 서술 참조), 이에 대한 '안티테제'로서 당시 서독식 헌법법원제도를 새로이 도입한 입장에서는 추상적 규범통제라는 그 '핵심부품'에 주목하지 않을 수 없었고, 그 당연한 귀결로서 '재판전제성'보다는 '사건쟁송성'의 요건이 강조되지 않을 수 없었다.[44] 말하자면, 헌법재판소법의 본의는 "法

44) 헌법개정기초위원장 정헌주의 설명을 보면, 헌법개정안의 논의 단계에서는 여전히 '재판의 전제'를 기준으로 구체적 규범통제와 추상적 규범통제를 구분하고 있는 것을 알 수 있다(앞 각주 38의 인용문 참조). 또한, 「헌법개정안 제1독회」, 『제35회국회 제33차회의(1960. 6.11) 속기록』, 15면은 "법률이 (구체적인 사건에 대해서) 재판의 전제가 되어 있을 때"라는 표현, 즉 유럽식 구체적 규범통제의 재판전제성 요건으로써 미국·일본 등에 있어서 법원의 헌법해석권을 설명하고 있는데(앞 각주 33의 문홍주·이경호의 혼동 참조), 이 부분과 유사한 내용의 설명이 한태연, 신헌법(1960/1961), 505면에는 "재판을 전제로 한 법률의 위헌심사"로 바뀌어 있다[전자에서 전제된 것은 '법률(의 위헌여부)'이고, 후자에서 전제된 것은 '재판'이다]. 헌법재판소법 제정 이전의 교과서들도, 예컨대 한태연, 신헌법(1960/1961), 509면 및 문홍주·박일경, 신헌법(1960/1961), 355면은 추상적 규범통제와 관련하여 "구체적인 사건과 관계(함이) 없이 …"라고 서술하고 있고, 강문용, 『신고 헌법』(을유문화사, 1961), 458면도 이와 관련하여 "구체적 문제와 결합함이 없이 …"라고 서술하고 있으며, 박일경, 한국헌법(1960), 390면 역시 헌법의 최종해석 권한과 관련하여 그 제도적 효용으로 "재판과 관계없는 분쟁"의 해결을 들고 있다. 김도창, 앞의 글, 25면도 "구체적 사건의 존재" 여부를 기준으로 헌법재판소의 권한을 분류하고 있다. 한편, 참의원 법제사법위원회에서의 헌법재판소법안 논의과정을 살펴보면, "법원에 사건이 계속되어 있는 경우와 법원에 사건이 계속되어 있지 않는 경우를 나누어 놓"으면서도 "종합적이고 체계적으로 써있지 않고 토막토막으로 이상하게 되어" 있다고 비판하는 견해도 발견되고[참의원사무처, 「헌법재판소법안 제1독회」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제3호(1961. 1.26)』, 4면(김장섭 위원의 발언)][이 점과 관련한 참의원수정안은 참의원사무처, 「헌법재판소법안 제1독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제30호(1961. 3.22)』, 13면 참조], "위헌문제 재판이 전제 되는 것 … 이것은 이전에 우리가 하던 이외의 계속 중의 사건의 재판의 전제지 … 위헌의 전제 이런 것은 법원이 한다."라면서 "사건이 계속되어 가는 것이 없이 … 아무나 하게 되는" 추상적 규범통제에 대해 우려하는 견해도 발견된다[참의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제6호(1961. 2. 3)』, 1면

院에 事件이 繫屬됨이 없이 …" 면에 놓여 있었던 것이다(동 §10②). 둘째, 법원 이외에 당사자 및 일반국민도 법률의 위헌여부 또는 헌법의 최종해석을 제청할 수 있도록 하여, 규범통제의 틀 안에서 '법률에 대한 헌법소청'을 수용하는 과정에서(앞 각주 38~40 부분 서술 참조), '기본권주체=당사자/일반국민'의 이니셔티브에 의한 위헌판단이라는 측면이 부각됨에 따라["당사자의 제청(동 §9①)" "제청인의 표시(동 §10①②)"],[45] 자연히 법원의 재판을 할 권한(재판권)

(이인 위원의 발언)]. 헌법재판소법 제정 이후의 교과서로서, 박일경, 『신헌법요론』(진명문화사, 1961), 457면은 "당사자"간의 "구체적 권리의무"에 관한 "법적용상의 분쟁" 여부를 기준으로 헌법재판소의 관장사항을 구분하고 있다.

45) 일반국민의 제청에는 국회의원 10인 이상의 동의를 요하게 하자는 의견이 민의원에서 제기되었으나, "자유스러운 헌법재판소(에)의 제소를 통한 국민의 기본권의 옹호" 차원에서 이를 "개인의 권리"로서 인정하는 이상 그러한 제한을 부가하지 않도록 하고, 다만 그 재판의 정지에 관해서는 헌법재판소에 재량권을 부여하는 것으로 결정되었다[민의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제1호(1961. 1.16)』, 5면(유민상 전문위원의 설명), 동 8-9면(김창수 위원의 발언) 및 민의원사무처, 「헌법재판소법안 제1독회」, 『제38회국회 민의원회의록 제7호(1961. 1.20)』, 25-26면(윤형남 법제사법위원장의 보고) 등]. 참의원에서도 이 문제(특히, 남소의 우려)를 둘러싼 논의가 계속되어, 법원에 사건이 계속 중이 아닌 경우에는 그 제청에 일정한 제한요건을 부가하는 수정안(제22조 제2항)까지 제출되었으나, 최종 입법에 반영되지는 않았다[참의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제6호(1961. 2. 3)』, 1-2면(이인 위원의 발언), 동 6면·8면(김준철 전문위원의 발언), 동 13면(유장환 전문위원의 발언); 참의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제7호(1961. 2. 4)』, 7면(이인 위원의 발언); 참의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제10호(1961. 3. 6)』, 4면(유장환 전문위원의 설명), 14-15면(이인 위원과 유장환 전문위원의 발언); 참의원사무처, 「헌법재판소법안 제1독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제30호(1961. 3.22)』, 7면(심종석 법제사법위원장의 보고), 11면(수정요강), 13면(수정안); 참의원사무처, 「헌법재판소법안 제2독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제31호(1961. 3.23)』, 14-15면(조문대조표), 19-20면(수정안); 민의원사무처, 「헌법재판소법안 재의의 건」, 『제38회국회 민의원회의록 제45호(1961. 4.10)』, 5면(심종석 참의원법제사법위원장의 설명), 9면(참의원안 부결, 민의원안 통과) 등]. 관련하여 백남억 위원(참의원수정안작성위원)의 다음 설명 참조. "여러가지 연구를 … 해본 결과 구체적인 기본통제(필자 주: 규범통제의 오기인 듯)와 그리고 이 소청관계를 갖다가 혼동을 해가지고 …[참의원사무처, 「헌법재판소법안 제2독회」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제11호(1961. 3. 7)』, 5면]." 참의원사무처, 「헌법재판소법안 제2독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제31호(1961. 3.23)』, 10면 이하 소재 조문대조표의 수정안 제22조 부분(14면) 하단에는 다음과 같이 부기되어 있다. "독법의 소위 추상적 규범통제와 헌법소청제도의 절충형을 취하고 … 구체적 규범통제제도는 그대로 채택 … 단 당사자에게도 제청권 인정" 참고로 참의원수정안 가운데 "법률상 이해관계가 있을 때"에 한하여 일반국민의 제청을 인정하는 것은 박일경, 한국헌법(1960), 388면, 390면에 그러한 아이디어의 일단이 발견된다.

측면이 강조되는 '재판전제성' 요건은 후퇴할 수밖에 없었던 것이다. 셋째, "法院에 繫屬 中인 事件" 또는 "法院에 事件이 繫屬됨이 없이"라는 그 구체적인 조문구성의 유래를 살펴보면, 우선 이와 같은 아이디어의 발단은 "한태연의 헌법재판소 단독 구상에 가세한" 박일경 전문위원(또는 당시 그와 공저를 출판한 문홍주)이 아니었을까 추측되는데,[46] 여기에는 佐々木惣一의 헌법재판소제도 구상, 즉 소송의 당사자를 신청주체로 인정하면서 "현재 계속 중인 사건의 판결"을 요건으로 부가한 것[오스트리아연방헌법(1929)의 규정과 달리]도 일응의 참고가 되었으리라고 본다.[47] 아무튼 헌법재판소제도의 채택에도 불구하고 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사는 종전과 마찬가지로 대법원을 최종심으로 하는 법원의 권한으로 남았는데,[48] 이러한 법원-헌법재판소의 이원적 위헌심사 체제 하에서 '재판의 전제성' 개념의 굴곡은 한층 심해져 갔던 것이다.[49]

---

46) 앞 각주 34의 인용부분 참조. 참의원 법제사법위원회가 주최한 공청회에서는 민의원의 헌법재판소법안에 대해 "수정이 불가피하다"는 "혹평"이 제기되어, 심지어 "참의원법사위 하고 민의원법사위가 냉전"하는 것으로까지 보도될 정도였는데, 이 공청회에 참여한 10인의 인사 가운데 7인의 공법학교수는 김도창·강문용·강병두·이경호·이종극·윤세창·한태연으로, 개헌안기초위원회 전문위원 박일경이(그리고 문홍주도) 빠져있다[참의원사무처, 「헌법재판소법안 제1독회」, 『제38회국회 참의원회의록 제30호(1961. 3.22)』, 5-6면·8면(심종석 법제사법위원장의 보고), 10면(헌법재판소법안심사보고서); 민의원사무처, 「헌법재판소법안 재의의 건」, 『제38회국회 민의원회의록 제45호(1961. 4.10)』, 4면(심종석 참의원법제사법위원장의 설명); 『법률신문』(1961. 2.13), 2면 등 참조]. 보다 근접한 증거로서, 문홍주·박일경, 신헌법(1960/1961), 356-357면은 헌법의 최종해석 권한과 관련하여 "사건이 재판에 계속되어 있을 경우"와 "사건이 재판에 계속되어 있지 않을 경우"를 구분하는 서술을 남기고 있다.

47) 앞 각주 21 참조. 참고로 「헌법개정안 제2독회」, 『제35회국회 제34차회의(1960. 6.12) 속기록』, 2면(윤형남 기초위원의 보고)은 개헌안 기초에 참고로 삼은 외국학자로서 東大派의 「宮澤」에 바로 이어 京大派의 「佐々木」을 들고 있다. 佐々木의 헌법재판제도 구상이 우리 헌법학계에 미친 영향은 강하고 또 길었던 것으로 보인다[앞 각주 33 및 아래 각주 54의 심포지움 자료, 110면(김기범의 토론); 아래 각주 62 등 참조].

48) 이 권한에 대한 당시 법조계의 집착을 보여주는 한 실례로서, 참의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제6호(1961. 2. 3)』, 11-12면, 유장환 전문위원의 발언(명령·규칙·처분심사권의 헌법재판소 귀속 주장) 및 이인 위원의 발언(명령·규칙·처분심사권의 대법원 온존 주장) 각 참조.

49) 대표적으로 윤세창, 「헌법재판소의 위헌심사권」, 『법정』 15-7/8(1960. 8), 30면 이하는 (법률의 합헌성 여부가) "재판의 전제"인지 여부가 아니라, "구체적 (소송)사건을 전제"로 하는지 여부를 기준으로 법률의 위헌심사와 헌법의 최종해석을 구분하고 있는데(동 33면), "구체적 행위/사건의 전제로서의 합헌성 문제"(즉, 재판의 전제성 문제)와 "구체적 행위/사건을 전제로

1962년의 헌법개정에서는 사법부의 오랜 염원이었던 위헌심사권의 일원적 장악, 즉 법원이 명령·규칙·처분 외에 법률의 위헌심사권까지 갖는 미국식 사법심사제가 전격 실현되었다.[50] 해방 직후의 미군정 시기, 미국헌법이론의 세례 속에 미국식 사법심사제를 집요하게 밀어붙였지만 결국 제헌의회에서 유진오의 유럽식 헌법위원회 구상에 밀려났던,[51] 뒤이은 '초 법률'의 민주혁명 시기, 공법학자들의 헌법재판소 구상에 패퇴 당해 명령·규칙·처분심사의 권한만이 남겨졌던,[52] 바로 그 '법조인 세력들'은, 미국헌법이론의 영향이 다시 강화되는 쿠데타의 복잡한 정국 속에서,[53] 법률에 대한 위헌심사권을 송두리째

하는 합헌성 문제"(즉, 구체적 사건성 문제)를 혼동하여 쓰고 있다(동 30-31면). 또한 여기서는 "구체적 행위/사건을 전제로 하는 합헌성 문제"를 "사법적 위헌심사제"로, 그 반대인 "구체적 행위/사건을 전제로 하지 않는 합헌성 문제"를 "법률의 순수합헌성 문제=독립적 위헌심사제"로 명명하고 있다(동 30-31면).

50) 이종극, 「제3공화국 헌법개정 당시의 회고·잡감」, 『국회보』 46(1965. 7), 82면 : "헌법사상 처음으로 사법권 우위의 원칙 … 을 채택." 이종극, 『신헌법원론 – 제3공화정헌법』(서울고시학회, 1963), 309면도 같은 취지이다. 이러한 통설에 대한 반론으로는 김철수, 「신 헌법상의 사법제도」, 『법정』 18-9(1963. 9), 32면, 35면 각주 1 참조. 당시 문헌들 대다수가 미국식 '사법권 우위' 원칙을 거론하고 있는 데 어떤 '정치적 맥락'은 없는 것일까? 이 점에 대해서는 아래 각주 53의 분석을 참조할 것.

51) 건국헌법 시기에도 재조·재야 법조인들은 미국식 사법심사제 주장을 이어가고 있다. 대표적으로 이영섭, 「우리 대법원의 맹점」, 『법정』 10-12(1955.12), 19면 : "우리의 대법원이 미국식 대법원의 조직과 성격을 유지하면서 대륙식 상고심으로 머물러 있다는 것은 확실히 이론적으로는 모순된 제도 … 헌법위반이나 판례위반 정도나 다루어야 할 대법원이 온갖 법령위반을 다루겠끔 되어있으니 …." 또한, 장후영, 「사법권의 위신을 세워라」, 『법정』 11-9(1956. 9), 10면 : "이른바 헌법재판 … 제도가 통일되어 있지 아니하고 명령과 규칙은 대법원에, 법률은 헌법위원회에 있어 각기 심사권을 가진다는 것도 깊이 생각하면 우수운 일 … 법령해석의 통일은 대법원이 지니고 있는 중대한 사명 … 사법권이 입법권을 견제하는 유일한 수단 … 그 유일한 수단을 대법원에서 박탈하여 헌법위원회에 소속시킨 입법이유에는 무슨 착오가 있을 것."

52) 앞 각주 48 및 참의원사무처, 「헌법재판소법안」, 『제38회국회 법제사법위원회의록 제6호(1961. 2. 3)』, 12면 소재 법조계 원로 이인 위원의 다음 발언 참조. "혁명이라니까 초 법률이니 말할 것이 없다고 해서 우리가 눈감고 있지 … 대법원의 우위가 있고 권위가 있는데 그렇게 안 되고 4·19 이후에 특별입법하고 하는 것이 사법부의 불신을 표시한 것 … 우리나라에 헌법학자가 뭐 있소 뭐 그저 그런 건데."

53) 이완범, 「박정희 군사정부하 제3공화국 헌법제정과정의 정치적 역동성」, 한국정치외교사학회, 『한국정치와 헌정사』(한울아카데미, 2001), 313면 : "쿠데타세력이 헌법제정에 관해 미국에 계속 통보하는 등 미국을 의식했지만 미국은 헌법제정을 민정이양을 위해 필요한 조치로 간주해 별로 제어하지 않았으므로 헌법제정에 관련된 미국의 역할은 비교적 제한적이었

되찾아 옴으로써 대한민국 원년의 패배를 깨끗이 설욕했던 것이다.[54] 헌법개정에 즈음하여 헌법학자들을 중심으로 구성된 헌법심의위원회 전문위원회[55]나 9인소위원회[56]가 어느 정도의 결정권을 행사했는지는 의문이지만,[57] 위헌심사제의 향방을 둘러싸고 ① 위헌심사권을 법원(최종적으로 대법원)에 부여하자는

으며 쿠데타세력의 자율성은 상대적으로 강한 편이었다고 할 수 있다(이에 비해 민정이양 과정에서의 미국의 견제는 헌법제정에 비해 강했다고 볼 수 있다)." 즉, 그 자율성이란 민정이양에 비해 상대적인 의미에서의 것이었으며, 1962년헌법에는 전체적으로 미국헌법의 영향이 강하게 나타나고 있다. 이러한 상황에서 법조계의 위헌심사권 회복을 위한 노력은 헌법개정 작업이 본격화되기 전부터 이미 가시화되고 있었다. 대표적으로 이영섭, 「우리가 바라는 사법제도」, 『법정』 17-1(1962. 1), 23면 및 이영섭, 「새로운 사법형태의 모색」, 『법정』 17-7(1962. 7), 25-26면 참조. R. Emerson, G. Flanz 등 미국 헌법전문가들의 자문 하에 진행된 헌법개정 작업에서 법원의 위헌심사권 회복 주장을 펼치는데, 하버드대학에서 소송법을 연구하고 돌아와 이화여대 법정대학장을 역임하고 대법원판사에 임용된 이영섭 이상의 적격자는 없었을 것이다. 한편, 개헌 이후에 나온, Il Kyung Park, "A Brief View of the Constitution of the Republic of Korea", *Koreana Quarterly* 6-1(1964. Spring), pp.55-56은 미합중국 헌법의 사법권 우위의 원칙에 따라 대법원에 위헌법률심사권을 부여했다는 취지를 소개하고 있다. 최고회의가 Emerson의 미국식 '강력한 대통령제' 선호 의견을 전폭 수용하면서도(이완범, 같은 글, 297면), Emerson과 Flanz로부터 새 헌법안이 "생각한 것보다 훨씬 자유주의적이고 또 민주적"이라는 평가를 받는 데에(동 298-299면), 미국식 사법권 우위의 위헌심사제 수용이 어떤 역할을 했을지는 상상하기 어렵지 않다.

54) 승리한 쪽의 '표정 관리'는 이영섭, 「법원의 지위」, 『법정』 18-2(1963. 2), 34면을, 패배한 쪽의 '씁쓸한 회고'는 한국공법학회, 「심포지움 : 헌법재판제도 – 헌법 102조 1항의 적용을 중심으로」, 『공법연구』 2(1972. 2), 117면 강병두의 토론을 읽어 볼 것. 또한, 박기실, 『제3공화국 신헌법 해설』(신우문화사, 1962), 37면 : "초대 대법원장 김병로 박사의 논평을 옮기면 사법권 독립에 관해 이 개정안은 대체로 잘 만들어지고 있다. 그것은 법률의 위헌심사권을 대법원에 부여한 것이 제1례이다." 1960년 체제에서 법원의 명령 · 규칙 · 처분 심사권이 법조계의 마지노선이었다면(앞 각주 48의 인용부분 참조), 1962년 체제에서 대법원의 헌법재판부(部) 설치(1962년헌법 §97①)는 공법학계의 마지노선이었다(위 강병두의 토론 참조). 그러나 후자의 마지노선은 결국 지켜지지 못했다.

55) 전문위원의 명단은 다음과 같다. 유진오 · 박일경 · 한태연 · 이경호 · 이종극 · 문홍주 · 강병두 · 이영섭 · 김도창 · 민병태 · 윤천주 · 신직수 · 이한기 · 성창환 · 조병완 · 김성희 · 유민상 · 김운태 · 신태환 · 최호진. 「헌법심의위원회 제1차 전문위원회의록(1962. 7.16)」, 『헌법개정심의록』 제1집(대한민국국회, 1967), 9면 참조.

56) 9인소위원회 위원 명단은 다음과 같다. 유진오(위원장) · 박일경(간사위원) · 한태연 · 이경호 · 이종극 · 문홍주 · 신태환 · 강병두 · 민병태. 「헌법심의위원회 제1차 9인소위원회의록(1962. 7.18)」, 헌법개정심의록(1967), 45면 참조.

57) 이완범, 앞의 글, 293면 : "전문위원들은 비교적 자율적인 상태에서 중요한 결정을 했다고 회고는 했지만 권력구조 등 중요한 문제의 골간은 박정희-김종필 라인의 승인을 받지 않고는 결정되지 않았다고 할 수 있다."

법조계의 주장, ② 위헌심사권을 이전처럼 헌법재판소에 부여하자는 공법학계의 주장, ③ 두 주장을 절충하여 대법원 내에 헌법재판을 담당하는 부(헌법재판부)를 두자는 주장 등 세 방안이 개진되었고,[58] 그 중 법조계가 선호할 뿐 아니라 미국의 지지도 쉽게 얻을 수 있는 ①의 주장이 채택된(과거 건국헌법에서와 달리) 것으로 보인다.[59] 그런데 1962년헌법 제102조는 대법원이 법률의 위헌 여부 및 명령·규칙·처분의 위헌·위법 여부를 최종적으로 심사하는 미국식 위헌심사제를 채택하면서, 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사(제1항)를 법률의 위헌심사(제2항)보다 먼저 규정한 건국헌법 제81조의 조문 순서를 바꾼 외에, 추가로 다음과 같은 중대한 수정을 가하게 된다. 즉, 1960년헌법에서 완전히 삭제한 "裁判의 前提"라는 문구를 법률의 위헌심사(제1항)에 부활시켰을 뿐 아니라, 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사(제2항)에도 삽입한 것이다. 그리

58) 「헌법심의위원회 제6차 전문위원회의록(1962. 8. 3)」, 헌법개정심의록(1967), 375-377면.

59) 바로 한 달 전의 논설에서 "만일 종전의 예를 답습한다면 사법부를 병신을 만드는 것"이라며(이영섭, 새로운 사법형태의 모색, 26면), 위헌심사권의 법원 귀속을 강력하게 주장했던 이영섭 전문위원은, 의외로, "당연히 그렇게 되어야 될 줄로 믿"으면서 "주게 되면 받는다."는 소극적 태도를 취한다[「헌법심의위원회 제6차 전문위원회의록(1962. 8. 3)」, 헌법개정심의록(1967), 380-383면, 특히 동 383면]. 이 제6차 전문위원회의에서 발언을 주도하고 있는 이경호 전문위원은 탄핵재판권은 몰라도 법률의 위헌심사권은 재판권과 분리할 수 없으므로 법원이 가져야 할 권한이라고 주장한다(동 386-387면). 일본 고등문관시험 사법과 출신의 법조인이자 미국헌법에 정통한 헌법교수로서, 그의 미국식 위헌심사제 도입에 대한 찬성은 어쩌면 당연한 일이었을 것이다. 정치현실에 민감한 법실증주의자 박일경 전문위원도 정치적 중립을 지켜서 법원에 가지고 가는 것이 어떠냐는 생각을 가지고 있다고 토로한다(동 387-388면, 특히 동 388면). 김도창 전문위원은 여기에서 나아가, 헌법재판소 구성에서 정치적 중립성을 보장할 수 없으므로, 추상적 규범통제와 헌법의 최종해석까지 법원이 단일하게 관장해야 한다고 주장한다(동 390-395면, 특히 동 392면, 394-395면). 미국헌법 전문가 문홍주 전문위원도 헌법재판소의 정치적 편향 우려를 들어, 대법원 안에 헌법재판소를 두자는 절충안을 제시한다(동 396-397면). 이한기 전문위원도 헌법재판에 관해서는 사법부에다 맡기는 것이 좋겠다는 생각을 밝힌다(동 402-404면, 특히 402면). 회의에서 시종일관 헌법재판소제도를 옹호한 전문위원은 이종극이 유일하다(동 383-386면, 409-411면). 헌법재판소제도를 두는 줄 알았는데 "그렇게 바뀌어버렸다"고 회고했던 강병두 전문위원(앞 각주 54에 인용된 심포지움 자료 117면)조차도, 그의 『혁명헌법』(수학사, 1961), 373면에서 이미 "민주정치의 장래를 위하여 비록 헌법재판소제도는 정지되었다고 하나 대법원에 법률심사권을 부여함이 타당하지 않을까 한다."는 서술을 남기고 있다. 그밖에 대법원에 위헌심사권을 주든지 대법원에 헌법부를 구성하자는 주장으로서, 문홍주·박일경, 신헌법(1960/1961), 352면도 참조. 아무튼 이 제6차 전문위원회의의 기조는 왠지 '이미 짜여진 판'이라는 느낌을 지울 수 없다.

하여 건국헌법에서 유럽식 독립적=본원적 · 구체적 규범통제의 재판전제성 요건처럼 '선결문제'의 의미로 해석 가능했던 이 문구가, 미국식 부수적 위헌심사제를 전격 채택한 1962년헌법에 이르러, 그 본래의 의미와 달리 '사건쟁송성' 요건처럼 해석되지 않을 수 없는 상황이 초래된 것이다.

문제는 "법률의 위헌심사권만은 재판권과 분리할 수 없다"[60]는 전제 하에 미국식 위헌심사제를 도입하면서, 어째서 "(선결문제로서) 법률의 위헌심사권을 (본안인 사건쟁송의) 재판권과 분리하는" 유럽식 규범통제 체제의 재판전제성 요건을 명문화했느냐 하는 점이다. 우선, 1960년 내각책임제헌법의 당연한 부정으로서 1962년 미국식 대통령제헌법이 성립한 이상, 1960년헌법의 헌법재판소제도(특히 그 추상적 규범통제제도) 역시 1962년헌법에서 당연히 부정될 운명이었다고 한다면(마치 국회구성의 양원제가 그러했듯이), 이는 헌법개정 당시의 정국을 지배한 시대정신으로 받아들일 수 있을 것이다. 이러한 시대상황에 동반하여, 건국헌법의 헌법위원회제도 하에서 이미, 그리고 1960년헌법의 헌법재판소제도 설계에서 더더욱, "裁判의 前提"의 개념을 둘러싼 의미의 혼동('사건쟁송성'의 부각)이 돌이킬 수 없도록 진행됨으로써(앞 각주 33 및 각주 44, 49 참조), 1962년의 헌법개정 시점에서, 이 문구는 '선결문제'와 '사건쟁송성' 중 어느 쪽의 의미도 편의대로 담아낼 수 있는 마법의 보자기가 되어 있었던 것이다.[61] 여기에 덧붙여, 정식 헌법개정절차를 안 거친 1962년헌법의 특수

60) 「헌법심의위원회 제6차 전문위원회의록(1962. 8. 3)」, 헌법개정심의록(1967), 386면, 이경호 전문위원의 발언.

61) 특히, 이경호 전문위원은 "소위 추상적 규범통제라는 것은 일반적으로 법률이 규정되어 있고 재판이 전제(필자 주: 재판의 전제가 아님)가 되어있는데 위헌이냐의 여부는 재판소에서 「탓치」할 수 없는 것입니다. … 법원이 구체적인 사건에 관련해서 하지 추상적으로 해석하지 않는다."라는 발언을 남기고 있는데[「헌법심의위원회 제6차 전문위원회의록(1962. 8. 3)」, 헌법개정심의록(1967), 395면], 이는 재판전제성 요건을 사건쟁송성 요건과 혼동한 또 하나의 실례로 볼 수 있다. 관련하여 앞 각주 33, 49의 서술 참조. 이경호, 『새 헌법』(삼한출판사, 1963), 248-249면, 251면은 "재판권을 행사하는 전제"라고 서술하기도 하고, "구체적 소송사건의 해결을 전제"라고 서술하기도 하는데, 건국헌법 제81조에 관해 서술하면서 그 제1항 명령 · 규칙 · 처분의 위헌 · 위법심사 경우와 그 제2항 법률의 위헌심사 경우 모두에 대해 "재판하는 전제"라는 문구를 부가하고 있다[이 점 그의 1959년 교과서 · 논설에서 이미 나타난 바 있다(앞 각주 33 참조)].

성 때문에 그 원래 의도를 밝혀주는 자료가 매우 제한되어 있기는 하지만, 아마 다음과 같은 맥락도 작용했던 것으로 짐작된다. 즉, 당시 "裁判의 前提" 문구의 추가는 일본국헌법 제81조의 실례를 감안하여 '사건쟁송성' 요건을 명확히 하려는 의도가 있지 않았을까 추측해보는 것이다. 일본국헌법 제81조는 미국식 부수적 위헌심사제를 의도한 것임이 그 제정과정에서 분명히 드러나지만, 그럼에도 불구하고 적어도 문구상으로는 '사건쟁송성' 요건을 명확히 규정하지 아니하여, 佐々木惣一 이래 동 규정이 최고재판소에 추상적 위헌심사권을 부여한 것이라는 해석론이 부단히 제기되어 왔다(앞 각주 33 참조). 미국식 위헌심사제를 일단 도입한 이상, 일본에서와 같은 추상적 위헌심사 가부의 논란 여지를 원천적으로 제거(헌법재판소제도, 특히 그 추상적 규범통제제도와의 단절이라는 시대정신을 구현)하기 위해, 과거 '선결문제'의 의미로 사용되었던 "裁判의 前提" 문구를 자세한 검토를 거치지 않고 바로 '사건쟁송성'의 의미로 새겨, 이를 헌법조문 중 제1항·제2항에 걸쳐 확대·추가했다고 보는 것이다.62)

만일 그렇게 해석하지 아니하고 이를 본안소송의 판단전제로서의 '선결문제'라는 의미로 받아들일 경우, 법조문상 명령·규칙 외에 처분의 위헌·위법 여부까지도 그러한 '선결문제'가 된다는 결과를 낳는데, 동 제2항의 처분의 위헌·위법 여부는 그 자체가 본안소송의 판단대상이지 본안소송의 판단을 위한 '선결문제'가 될 수는 없는 것이다. 1962년헌법 시기의 교과서들을 살펴보면 몇

62) 관련하여 이한기 전문위원의 다음 발언 참조. 「헌법심의위원회 제6차 전문위원회의록(1962. 8. 3)」, 헌법개정심의록(1967), 403-404면 : "헌법재판에 관해서는 사법부에다 맡기는 것이 좋지 않은가 … 일본이 … 미국제도의 위헌심사제도를 따랐읍니다. 어디까지나 구체적인 위헌심사권은 일본재판소가 가지고 있지마는 해석상으로는 추상적 위헌심사권도 최고재판소가 가지고 있다는 그러한 설이 성립될 수 있다. … 그 구체적인 위헌심사문제에 있어서 어떠한 사실을 재판하는데 있어서 그 전제로서 법률의 위헌심사문제를 결정할 때에는 … 적어도 이 위헌심사권만은 재판소가 가져야 되겠다, 저는 그렇게 생각하고 있읍니다." 문홍주, 『한국헌법』(법문사, 1965), 546-547면은 바로 이 "재판의 전제가 된 때"라는 문구를 들어, 그것은 "구체적 사건에 있어서의 최종심"을 의미하는 것이며, 따라서 일본국헌법에서와 같은 일반적 효과설이 불가능함을 설명하고 있다. "재판의 전제" 문구의 명문화와 대법원에 대한 헌법재판소적 성격의 인정 여부를 둘러싼 논란으로는, 각주 54의 심포지움 자료, 107-110면(특히 김기범의 토론)도 참조.

몇 헌법학자는 이 점을 분명히 인식하고 있었던 것으로 보인다. 박일경은 이 문제를 "본조 제2항은 명령·규칙·처분이 … '재판의 전제가 된 때'라는 표현을 사용하고 있으나 이는 명령·규칙에 걸리는 용어이고 처분은 다른 사건의 재판과 독립하여 재판대상이 될 수 있는 것"이라고 해석함으로써 해결하고 있다.[63] 강병두는 "본조는 그 표현이 졸렬하다"고 비판하면서, "구 헌법 제81조는 … 구체적 재판의 전제가 되지 않은 경우에도 명령·규칙에 대한 심사권이 법원에 있느냐 아니냐가 명백하지 못하였기 때문에 신 헌법에서는 재판의 전제가 된 때라고 명시하였다"고 설명한다.[64] 그리하여 동 제2항의 경우는 "구체적 사건이 재판의 전제가 된 때에만 명령·규칙에 대한 위헌·위법여부의 심사를 할 수 있을 뿐"이라고 한다.[65] 이러한 1962년헌법의 규정은 헌법위원회제도를 채택한 1972년헌법과 1980년헌법, 그리고 헌법재판소제도를 채택한 1987년헌법에 그대로 승계되는데, 그 과정에서 1962년헌법이 건국헌법 소정의 "裁判의 前提"의 의미를 '사건쟁송성'으로 잘못 사용한 오류가 계속 이어지는 결과를 낳게 된다. 1972년헌법 제105조 제1항, 1980년헌법 제108조 제1항, 1987년헌법 제107조 제1항 소정의 "裁判의 前提"는, 이 헌법들이 1962년헌법과 달리 유럽식 헌법위원회 내지 헌법재판소제도를 채택한 까닭에, 건국헌법의 그것과 마찬가지로 '선결문제'의 의미로 해석되더라도 별다른 문제가 없다. 하지만 그 제2항 소정의 "裁判의 前提"는, 상기 헌법들이 명령·규칙·처분에 관한 한 1962

---

63) 박일경, 『신헌법해의』(진명문화사, 1963), 371면. 그러나 권승렬초안처럼 "「裁判에 있어 事實에 準據되는 命令, 規則」 및 「處分」"이라 하여 재판의 준거인 명령·규칙과 재판의 대상인 처분을 구분할 수 있도록 문구가 짜여 있지 않으므로, "命令·規則·處分"에서 "處分"만 때내어 "裁判의 前提" 요건을 배제하는 해석은 적어도 1962년헌법 제102조 제2항과 같은 문장구조에서는 불가능하다.

64) 강병두, 『신헌법』(수학사, 1963), 396면 각주 1. "그 결과 처분에 대하여는 이상한 표현이 되었다." 앞 각주 62 부분에서 추측했듯이, 일본에서와 같은 추상적 위헌심사 가부의 논란 여지를 제거함으로써 헌법재판소제도, 특히 그 추상적 규범통제제도와의 단절을 도모하기 위해, "裁判의 前提" 문구를 삽입한 데 따라 초래된 표현상의 혼란인 것이다.

65) 강병두, 위의 책, 396면. 이 표현에서 재판의 전제가 되는 것은 '명령·규칙의 위헌·위법여부'가 아니라 '구체적 사건'이다. 즉, 여기서 재판의 전제는 '선결문제'가 아니라 '사건쟁송성'의 의미로 사용되고 있는 것이다.

년헌법과 마찬가지로 미국식 사법심사제를 유지한 까닭에, 건국헌법에서처럼 '선결문제'의 의미로 해석될 수는 없으며, 1962년헌법에서처럼 이를 '사건쟁송성'의 의미로 새길 수밖에 없게 되었다.

〈표 2〉 건국헌법~현행헌법 중의 유관 규정 변천과정

헌법	유관 규정
1948년헌법	① 大法院은 法律의 定하는 바에 依하여 命令, 規則과 處分이 憲法과 法律에 違反되는 與否를 最終的으로 審査할 權限이 있다. ② 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되는 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 依하여 裁判한다. (§81)
1952년헌법 1954년헌법	상동
1960년헌법	① 상동 ② 삭제 (§81) ※ "法院에 繫屬 中인 事件" (헌법재판소법 §9①, §10①)
1962년헌법	① 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다. ② 命令·規則·處分이 憲法이나 法律에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 大法院은 이를 最終的으로 審査할 權限을 가진다. (§102)
1972년헌법	① 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 의하여 裁判한다. ② 상동 (§105)
1980년헌법	① 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에 法院은 法律이 憲法에 違反되는 것으로 인정할 때에는 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 의하여 裁判한다. ② … 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 … (§108)
1987년헌법	① 法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다. ② 상동 (§107)

Ⅳ. 맺음말

이상 복잡다단한 비교헌법사적 연관관계의 분석을 통해, 현행헌법 제107조 제1항과 제2항의 "裁判의 前提"라는 문구가 어째서 동일한 조문 내에서도 각각 '선결문제'와 '사건쟁송성'이라는 의미로 서로 다르게 해석될 수밖에 없는지, 그 역사적 배경을 어느 정도는 이해할 수 있게 되리라 믿는다. 즉, ① 건국헌법이 일본국헌법의 조문을 본뜬 미국식 부수적 위헌심사(명령·규칙·처분의 경우)와 오스트리아연방헌법의 조문을 본뜬 유럽식 구체적 규범통제(법률의

경우)를 하나의 조문 내에 제1항(전자)·제2항(후자)으로 통합 설계하면서 후자에만 "裁判의 前提"라는 문구를 삽입한 점, ② 1960년헌법이 서독식 헌법법원제도의 추상적 규범통제를 전격 도입하면서 헌법전에서 "裁判의 前提"라는 문구를 아예 삭제한 대신 헌법재판소법에 "法院에 繫屬 中인 事件"이라는 미국식 '사건쟁송성'에 치중한 문구를 삽입한 점, ③ 1962년헌법이 추상적 규범통제를 위주로 한 유럽식 헌법법원모델과 결별하고 부수적 위헌심사만 인정하는 미국식 사법심사제를 채택하면서 추상적 규범통제의 해석가능성을 배제하려는 의도로써 유럽식 규범통제 체제에서의 용어인 건국헌법 소정의 "裁判의 前提"라는 문구를 제1항(법률의 경우)·제2항(명령·규칙·처분의 경우) 모두에 부활·차용한 점, ④ 이후 헌법개정으로 헌법위원회·헌법재판소제도로 되돌아가면서 건국헌법과 달리 제2항의 명령·규칙·처분의 위헌·위법심사에 관해 1962년헌법에서 부활시킨 "裁判의 前提" 문구를 계속 차용한 점, 이러한 일련의 역사적 사실이 동 규정의 체계적 해석을 방해하는 요인이 되고 있는 것이다. 수 십 년에 걸친 개념의 굴곡과 의미의 혼동을 근본적으로 바로잡는 방법은 개헌을 통해 그 '시니피앙(*signifiant*)'을 교체함으로써 그 '시니피에(*signifié*)'를 새로이 구성하는 길 밖에 없다. 하지만, 아마도 '근본적' 해결책이란, 대개 그것이 불가능하기 때문에 '근본적'이라 불리는지도 모른다. 그 개념의 굴곡과 의미의 혼동으로부터의 시원한 탈출이 불가능하다면 우리는, 적어도 그 이전까지는, 제107조 제1항과 제2항에 대한 다소 불만스러운 '비체계적인 통일적 해석'을 참고 견딜 수밖에 없으리라고 본다.

▌참고문헌

Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies : Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

Il Kyung Park, "A Brief View of the Constitution of the Republic of Korea", *Koreana Quarterly* 6-1, 1964. Spring.

內大臣府御用掛 佐々木惣一奉答, 1945.11.24, 『帝國憲法改正ノ必要』.

美濃部達吉, 『憲法撮要』, 東京 : 有斐閣, 1923/1924.

新正幸, 『憲法訴訟論』, 東京 : 信山社, 2008.

吳經熊 · 黃公覺, 『中國制憲史(1937)』, 上海 : 上海書店, 1992.

芦部信喜, 『人權と憲法訴訟』, 東京 : 有斐閣, 1994.

강문용, 『신고 헌법』, 을유문화사, 1961.

강병두, 『혁명헌법』, 수학사, 1961.

_____, 『신헌법』, 수학사, 1963.

강상운, 「헌법개정안의 해설과 비판」, 『고시계』 5, 1960. 6.

고려대학교박물관, 『현민 유진오 제헌헌법 관계 자료집』, 고려대학교출판부, 2009.

김기범, 「미국재판소의 법률심사」, 『고시계』 4-11, 1959.12.

김남진, 「서독에 있어서의 헌법재판제도」, 『법정』 14-3/5, 1959. 5.

김도창, 「헌법개정안에 대한 해설과 비판」, 『법제월보』 3-5, 1960. 5.

김수용, 『건국과 헌법-헌법논의를 통해 본 대한민국건국사』, 경인문화사, 2008.

김철수, 『헌법학』, 지학사, 1970.

문홍주, 『한국헌법론』, 일조각, 1957.

_____, 『한국헌법』, 법문사, 1965.

문홍주 · 박일경, 『신헌법』, 박영사, 1960/1961.

민병로, 『일본의 사법심사제』, 전남대학교 출판부, 2003.

박기실, 『제3공화국 신헌법 해설』, 신우문화사, 1962.

박일경, 『헌법』, 양문사, 1956.

_____, 『신정 헌법요론』, 진명문화사, 1959.

박일경, 『축조 한국헌법』, 진명문화사, 1960.
_____, 『신헌법요론』, 진명문화사, 1961.
_____, 『신헌법해의』, 진명문화사, 1963.
신우철, 『비교헌법사 : 대한민국 입헌주의의 연원』, 법문사, 2008.
유진오, 『헌법해의』, 명세당, 1949.
_____, 『헌법의 기초이론』, 일조각, 1950/1956.
_____, 『헌법기초회고록』, 일조각, 1980.
윤세창, 「헌법재판소의 위헌심사권」, 『법정』 15-7/8, 1960. 8.
이경호, 『헌법강의』, 일한도서출판사, 1959.
_____, 「일본에 있어서의 위헌심사제도」, 『법정』 14-3/5, 1959. 5.
_____, 『신헌법요론』, 일한도서출판사, 1960.
_____, 『새 헌법』, 삼한출판사, 1963.
이병용, 「대법관선거제도와 헌법재판소제도」, 『고시계』 5, 1960. 6.
이영록, 「제1공화국 헌법위원회제도의 형성－사법제도 형성의 한 단면」, 『헌법학연구』 11-2, 2005. 6.
이영섭, 「우리 대법원의 맹점」, 『법정』 10-12, 1955.12.
_____, 「우리가 바라는 사법제도」, 『법정』 17-1, 1962. 1.
_____, 「새로운 사법형태의 모색」, 『법정』 17-7, 1962. 7.
_____, 「법원의 지위」, 『법정』 18-2, 1963. 2.
이완범, 「박정희 군사정부하 제3공화국 헌법제정과정의 정치적 역동성」, 한국정치외교사학회, 『한국정치와 헌정사』, 한울아카데미, 2001.
이종극, 『개정 헌법정의』, 신지사, 1952/1954.
_____, 『축조비교 헌법해의』, 숭문사, 1954.
_____, 「현행헌법의 제 결함－성문헌법의 공문화과정」, 『법정』 11-10, 1956.10.
_____, 『신헌법원론－제3공화정헌법』, 서울고시학회, 1963.
_____, 「제3공화국 헌법개정 당시의 회고·잡감」, 『국회보』 46, 1965. 7.
장후영, 「사법권의 위신을 세워라」, 『법정』 11-9, 1956. 9.
정종섭, 「한국헌법사에서 헌법소원제도의 출현과 제도화」, 『헌법논총』 20, 2009.
_____, 「1960년헌법에서의 헌법재판소의 최초 등장과 배경」, 『법과사회』 36, 2009. 6.

한국공법학회, 「심포지움 : 헌법재판제도－헌법 102조 1항의 적용을 중심으로」, 『공법연구』 2, 1972. 2.

한태연, 『헌법학』, 양문사, 1955

_____, 『헌법』, 위성문화사, 1958.

_____, 『신헌법』, 법문사, 1960/1961.

_____, 「한국헌법과 헌법학의 회고」, 『헌법학연구』 8-1, 2002. 4.

<Abstract>

"*Chaepan-ui Chonje*(prerequisite for judgment)" : Its Winding Road to the Constitutional Text

Shin, Woo-Cheol*

The term "*Chaepan-ui Chonje*(prerequisite for judgment)" in Article 107 Section 1 and 2 of Korea's Current Constitution plays a crucial role in determining jurisdiction between the Constitutional Court and the other courts including the Supreme Court. Some emphasize its literal meaning, "a prior question"; others focus on its hidden meaning, "cases and controversies". I trace the textual origin of the term, and find that it came from Article 140 Section 1 of the Austrian Federal Constitution(1929), which provided "*Voraussetzung eines Erkenntnisses*(prerequisite for judgment)". So, the drafter's original intent was to bring in the European "*konrete Normenkontrolle*(concrete norm control)" system, which separated the review of the constitutionality of a law from the case itself, and it should be interpreted as "a prior question", rather than the American term of "cases and controversies". The Revised Constitution of 1960, though it imported the German "*Verfassungsgericht*(Constitutional Court)" and "*abstrakte Normenkontrolle* (abstract norm control)" system, omitted the European term "*Chaepan-ui Chonje*". On the contrary to this, the Revised Constitution of 1962, in the vortex of the sudden adoption of American judicial review system, used the same European term "*Chaepan-ui Chonje*", as if it meant "cases and controversies". After the winding constitutional journey, the term became the "Gate of Janus" which opens from both sides, i.e., European norm control

* Professor, Chung-Ang University.

and American judicial review. The term in Article 107 Section 1 means the former, "a prior question"; the same term in Section 2 means the latter, "cases and controversies".

[Key Words] *Chaepan-ui Chonje*(prerequisite for judgment), Constitutional Committee, Constitutional History, Korean Constitution of 1948, Yu Jin-o, Korean Constitution of 1962, Constitutional Court

접수일 : 2010. 3.31, 심사일 : 2010. 4. 5~4.12, 게재확정일 : 2010. 4.16