

헌법재판소 중국결정의 본질*

허 완 중

법학박사, 고려대 법학연구원 전임연구원

< 목 차 >

- I. 헌법재판소 중국결정의 본질에 대한 무관심
- II. 헌법재판소 중국결정의 본질
- III. 헌법소송법과 민사소송법 및 행정소송법의 비교
- IV. 맺음말 - 헌법재판소 중국결정의 본질에 따른 헌법재판 논의 필요성

I. 헌법재판소 중국결정의 본질에 대한 무관심

한국 헌법과 헌법재판소법은 헌법재판소의 지위를 명확하게 규정하지 않는다. '헌법재판'은 독립된 중립기관이 실정헌법을 기준으로 사법절차를 통해서 일반 사법기관이 판단하기 어렵거나 곤란한, 헌법체계적 측면에 비추어 중요한 헌법 분쟁에서 무엇이 헌법인지를 최종적으로 결정하는 국가작용을 말한다.¹⁾ '실질적 사법'은 중립기관, 즉 법관이 특별히 규정된 절차에서 실정법을 적용하여 내리는, 사안에 대한 최종적인 결정이다.²⁾ 헌법재판은 중립기관인 헌법재판관이

* 심사위원 : 박인수, 서보건, 최희수

투고일자 : 2010. 2. 12 심사일자 : 2010. 3. 18 게재확정일자 : 2010. 3. 23

1) *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 943 참조.

헌법재판소법이 규율하는 절차에 따라 헌법을 적용하여 사안에 대한 최종적인 결정에 이르는 판단이므로, 헌법재판은 실질적 사법에 속한다.³⁾ 헌법재판을 통해서 법률이 효력을 상실하기는 하지만, 이것은 헌법재판의 결과에 불과하므로 이것을 근거로 헌법재판을 입법작용으로 볼 수는 없다. 그리고 헌법재판을 제4의 국가작용으로 보려면 기존의 세 국가권력과 구별되는 제4의 국가작용의 명

- 2) *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 547 ff. (콘라드 헤세, 제회열 옮김, 『통일독일헌법 원론』, 박영사, 2001, 337~339쪽); *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 898 참조.
- 3) 헌법재판은 사법의 특성을 모두 충족한다: ① 사건성 - 사법작용은 구체적인 법적 분쟁 발생을 전제로 한다. 즉 사법의 대상은 구체적인 권리·의무에 관한 분쟁이다. 헌법재판은 구체적인 헌법분쟁을 대상으로 하므로 사건성이 긍정된다. 추상적 규범통제는 이러한 사건성이 부정되는 것처럼 보이지만, 국가기관 사이에서 법률의 위헌성에 대한 다툼이 있다는 점에서 권한쟁의심판과 비슷한 모습을 띠는 것으로 볼 수 있어 사건성을 부정하기는 어려울 것이다. ② 수동성 - 법적 분쟁이 현실화하였다는 사실만으로 사법권이 발동되는 것은 아니다. 사법작용은 당사자가 쟁송을 제기할 때에만 발동될 수 있다. 헌법재판에서도 당사자의 심판청구가 있을 때에만 헌법재판소가 심판할 수 있으므로(헌법재판소법 제41조, 제48조, 제55조, 제61조, 제68조) 수동성이 인정된다. ③ 판단의 독립성 - 사법작용은 독립적 지위가 있는 기관이 제3자적 입장에서 수행하여야 할 작용이다. 사법에서 법의 판단과 선언은 엄정하고 공정한 것이어야 하므로, 신분이 보장된 법관이 누구의 명령이나 지시에도 따르지 아니하고 오로지 법과 양심에 따라 행할 것이 요청된다. 헌법재판소는 법관의 자격이 있는 9인의 재판관으로 구성되고(헌법 제111조 제2항, 헌법재판소법 제5조 제1항), 헌법재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없으며(헌법 제112조 제2항, 헌법재판소법 제9조), 헌법재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다(헌법 제112조 제3항, 헌법재판소법 제8조). 그리고 헌법재판관은 겸직이 금지되며(헌법재판소법 제14조), 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법재판소법 제4조). 따라서 판단의 독립성도 보장된다. ④ 절차의 특수성 - 사법절차는 객관성과 공정성을 담보하기 위해서 특별하게 규정된다. 따라서 사법절차는 엄격하고 명확하게 형성된다. 헌법재판소법은 일반사법절차가 (헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 안에서) 헌법재판에 준용된다는 것을 전제로 일반사법절차와 다른 심판절차가 필요할 때에 특별규정을 둔다(헌법재판소법 제22조 이하, 특히 제40조 참조). 그러므로 헌법재판에서 절차의 특수성은 충분히 보장된다. ⑤ 법기속성 - 사법작용은 무엇이 법인지를 판단하고 선언하는 작용이다. 따라서 사법은 언제나 법에 구속된다. 그리고 이러한 구속을 통해서 사법은 민주적 정당성을 부여받을 수 있다. 헌법재판관은 헌법과 법률에 따라 심판하여야 한다(헌법재판소법 제4조). 그래서 헌법재판에서 법기속성은 당연히 요구된다. ⑥ 보수성 - 사법작용은 분쟁해결을 통해서 현존하는 법질서를 유지하고 법적 평화를 유지하기 위한 작용이다. 집행작용이 새로운 질서형성을 위한 적극적 작용이라면, 사법은 현재의 분쟁을 해결함으로써 법질서를 유지하려는 현상유지적인 소극적 작용이다. 헌법재판은 법을 정립하는 것이 아니라 이미 존재하는 법의 위헌성을 확인하는 것에 그친다. 이러한 점에서 헌법재판의 보수성을 부정할 수 없다. 허완중, 「헌법재판소의 지위와 민주적 정당성」, 『고려법학』 제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009. 12., 30쪽 주 30.

확한 구체적 실질이 제시되어야 하는데, 그러한 실질을 찾기 어렵다. 따라서 헌법재판은 심사기준이 헌법인 특별한 사법작용으로 보는 것이 타당하다고 본다. 그에 따라 헌법재판을 담당하는 헌법재판소는 특별한 법원으로 보아야 할 것이다. 헌법해석을 통해서 헌법재판소에 헌법기관의 지위도 있다는 것이 확인되지만, 이것은 헌법이 그에게 부여한 기능과 과제 그리고 권한 때문에 인정되는 것이다. 따라서 헌법재판소의 헌법기관성이 특별한 법원이라는 헌법재판소의 본질을 바꾸지 않는다.⁴⁾

지금까지 헌법재판소의 지위에 관한 논의는 활발하게 이루어졌으나, 헌법재판소 중국결정의 본질에 관한 논의는 찾을 수 없다. 헌법재판소 중국결정은 헌법재판의 결론으로서 헌법재판소는 오로지 중국결정을 통해서만 자신의 헌법재판권을 (중국적으로) 행사할 수 있다. 따라서 헌법재판소의 권한 행사에서 가장 중요한 것은 중국결정이다. 게다가 헌법재판소 중국결정의 본질을 밝히는 것은 헌법재판소의 지위를 확인하는 중요한 실마리가 될 수 있다. 특히 헌법재판소 중국결정의 효력은 그 본질에서 출발할 때에 그 범위와 한계를 올바르게 확정지을 수 있다. 그밖에 헌법재판을 다루는 헌법과 헌법재판소법은 헌법재판에 관한 사항을 완전하고 충실하게 규율하지 않는다. 따라서 그 빈틈을 어떻게 메워야 하는지가 중요한 문제로 제기된다. 이때에도 헌법재판소 중국결정의 본질은 중요한 단서를 제공할 수 있다. 이러한 점을 고려하여 본 논문에서는 먼저 헌법재판소 중국결정의 본질을 검토하려고 한다(Ⅱ.), 그리고 헌법소송법을 민사소송법 및 행정소송법과 비교하여 헌법재판소의 지위와 헌법재판소 중국결정의 본질에 대한 의문을 제거하고자 한다(Ⅲ.).

Ⅱ. 헌법재판소 중국결정의 본질

1. 헌법재판소 중국결정의 의의

1) 헌법재판소 중국결정의 개념

4) 이에 대한 자세한 검토는 허원중, 「헌법재판소의 지위와 민주적 정당성」, 『고려법학』 제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009. 12., 4~25쪽 참조.

헌법재판소 중국결정은 청구인의 심판청구에 의해서 계속된 심판사건을 응급제(완전하제) 끝맺는 헌법재판소의 판단을 말한다. 헌법재판소 재판부는 심리를 마치면 중국결정을 한다(헌법재판소법 제36조 제1항). 중국결정을 할 때에는 ① 사건번호와 사건명, ② 당사자와 심판수행자 또는 대리인의 표시, ③ 주문, ④ 이유, ⑤ 결정일자를 기재한 결정서를 작성하고 심판에 관여한 재판관 전원 이 이에 서명·날인하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제2항). 중국결정이 선고되면 서기는 바로 결정서 정본을 작성하여 이를 당사자에게 보내야 한다(헌법재판소법 제36조 제4항). 중국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다(헌법재판소법 제36조 제5항).

2) 헌법재판소 중국결정의 유형

헌법재판소 중국결정에는 일반사법재판과 마찬가지로 크게 각하결정과 인용결정 그리고 기각결정의 세 가지로 나눌 수 있다. 각하결정은 청구가 적법하지 않을 때에 내리는 결정으로서 절차결정이다. 그에 반해서 인용결정과 기각결정은 적법한 심판청구가 이유 있는지에 따라 내려지는 것으로서 전자는 심판청구가 이유 있을 때에 그리고 후자는 심판청구가 이유 없을 때에 각각 내려지는 본안결정이다. 본안결정의 구체적인 형태는 심판절차에 따라 다양하게 나타난다.

위헌법률심판과 위헌소원심판에서 심판청구를 인용하는 결정은 (단순)위헌결정과 변형결정(한정위헌결정, 한정합헌결정, 헌법불합치결정)으로(헌법재판소법 제45조), 심판청구를 배척하는 결정은 (단순)합헌결정으로 각각 나타난다.

권한쟁의심판에서 헌법재판소는 권한의 존부나 범위를 확인하는 결정을 내린다(헌법재판소법 제66조 제1항). 그리고 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인하는 결정을 내릴 수 있다(헌법재판소법 제66조 제2항). 일정한 권한사항의 소재가 청구인이나 피청구인 중 누구에게 귀속하는지를 다투는 것이 아니라 피청구인의 권한 행사가 헌법이나 법률에 위반되어 청구인의 권한을 침해되었는지가 문제되면, 헌법재판소는 권한 존재를 확인하는 것 이외에 피청구인의 행위로 말미암아 청구인의 권한이 침해되었는지도 확인한다. 이때에 청구인의 권한침해가 인정되지 않아서 심판청구가 이유 없는 것으

로 판명된다면, 헌법재판소는 기각결정을 내린다.⁵⁾ 그밖에 심판청구가 취하되면 헌법재판소는 심판절차종료선언을 한다.⁶⁾

탄핵심판에서 심판청구가 이유 있으면 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다(헌법재판소법 제53조 제1항). 탄핵심판청구가 이유 없거나⁷⁾ 피청구인이 결정선고 전에 해당 공직에서 파면되면(헌법재판소법 제53조 제2항) 헌법재판소는 기각결정을 내린다.

정당해산심판에서 심판청구가 이유 있으면 헌법재판소는 피청구정당의 해산을 명하는 결정을 선고한다(헌법재판소법 제59조). 정당해산심판청구가 이유 없으면 헌법재판소는 기각결정을 한다.

헌법소원심판에서 심판청구를 인용할 때에는 인용결정을, 심판청구를 배척할 때에는 기각결정을 내린다. 헌법소원심판에서 인용결정은 심판대상이 법령일 때와 그 밖의 공권력일 때에 다르게 나타난다. 법령에 대한 헌법소원심판일 때에는 위헌법률심판과 마찬가지로 (단순)위헌결정과 변형결정(한정위헌결정, 한정합헌결정, 헌법불합치결정)으로 나타나고, 그 밖의 공권력에 대한 헌법소원심판일 때에는 공권력 행사 취소 결정, 공권력 행사 위헌확인 결정 또는 공권력 불행사 위헌확인 결정으로 나타난다. 그밖에 청구인이 사망하고 소송의 수계가 허용되지 않을 때⁸⁾와 심판청구가 취하되었을 때⁹⁾에 내리는 심판절차종료선언이라는 특별한 중국결정유형이 있다.

재판부는 중국심리에 관련한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, ① 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정이나 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때와 ② 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법이나 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항). 선례적 구속력(헌법재판소법 제23조 단서 제2호)¹⁰⁾ 때문에 중국심리에 관련한 재판관 과반수의 찬성

5) 헌재 1998. 8. 27. 96헌라1, 판례집 10-2, 364; 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115.

6) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218.

7) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 620.

8) 헌재 1992. 11. 12. 90헌마33, 판례집 4, 782, 783; 1994. 12. 29. 90헌바13, 판례집 6-2, 351, 352; 1999. 11. 25. 99헌마431.

9) 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697, 702.

10) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소결정의 선례적 구속력」, 『저스티스』

없이 각하결정이 내려지기도 하고¹¹⁾ 재판관 6인 이상의 찬성 없이도 법률의 위헌결정¹²⁾, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정이나 헌법소원에 관한 인용결정이 내려질 수도 있다.

2. 재판과 그 분류¹³⁾

헌법재판소 중국결정의 본질이 무엇인지를 알기 위해서는 헌법재판소의 본질이 특별한 '법원'이므로 법원 결정의 본질에 대해서 먼저 살펴보아야 한다. 헌법재판소의 특별함이 법원성을 질적으로 바꾸지 않는다면, 즉 헌법재판의 특수성이 헌법재판소의 법원성을 일부 수정하거나 보충하는 것에 그친다면, 헌법재판소 중국결정의 본질도 법원 결정의 본질과 질적으로 달라질 수 없기 때문이다. 따라서 법원인 헌법재판소 중국결정의 본질은 먼저 법원 결정의 본질에서 출발하는 것이 논리적이다. 그래서 법원의 판단을 가리키는 재판과 그 개별유형에 대해서 우선 살펴보려고 한다.

1) 재판의 의의

재판은 통속적으로는 소송사건의 해결을 위해서 법원이 하는 중국적 판단표

제110호, 한국법학원, 2009. 4., 5~28쪽 참조.

- 11) 법령에 영업의 자유를 제한하는 규정을 신설하고 경과조치로서 유예기간을 두면 헌법소원의 청구기간은 법령시행일부터 기산하여야 한다는 판례(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 251; 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공보 18, 590, 592; 1996. 11. 28. 95헌마67, 공보 19, 90, 92-93; 1996. 12. 26. 95헌마383, 공보 19, 178, 180-181; 1997. 2. 20. 95헌마389, 판례집 9-1, 186, 191; 1999. 7. 22. 98헌마480, 공보 37, 715, 718-719; 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 422; 2002. 8. 13. 2002헌마499)에 반대하여 헌법소원의 청구기간을 유예기간이 종료한 다음부터 기산하여야 한다는 의견이 5인이었으나 헌법재판소는 판례에 따라 각하결정을 하였다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌마516, 판례집 15-1, 161).
- 12) 헌재 1998. 7. 16. 95헌마19, 판례집 10-2, 89, 113 재판관 김용준, 신창언, 이영모, 한대현의 반대 의견 참조.
- 13) 강현중, 『민사소송법(제6판)』, 박영사, 2004, 632~633쪽; 민일영, 「제4절 재판」, 『주석 신민사소송법(Ⅲ)』, 한국사법행정학회, 2004, 155~157쪽; 송상현/박익환, 『민사소송법(신정5판)』, 박영사, 2008, 394~396쪽; 이시윤, 『신민사소송법(제5판)』, 박영사, 2009, 531~532; 정동윤/유병현, 『민사소송법(제3판)』, 법문사, 2009, 658~660쪽; 호문혁, 『민사소송법(제7판)』, 법문사, 2009, 551~553쪽 참조.

시인 중국판결과 같은 뜻으로 쓰인다. 그러나 소송법에서 사용하는 전문용어로써 재판은 재판기관의 관념적 판단이나 의사를 법정의 형식으로 표시한 것으로서 이에 따라 일정한 법적 효과가 발생하는 법원의 소송행위이다. 재판은 구체적인 사건에 대한 사실확인과 그에 대한 법률의 해석과 적용으로 이루어진다. 재판은 범규범을 대전제로 하고 구체적 사실을 소전제로 하여 논리적 조작을 통해서 추리하고 판단한 결과를 외부에 표현하는 형식으로 하게 된다. 헌법재판소는 재판을 구체적 사건에 관하여 사실의 확정과 그에 대한 법률의 해석적용을 그 본질적인 내용으로 하는 일련의 과정이라고 한다.¹⁴⁾

① 재판의 주체는 재판기관이다. 재판기관은 소송법적 의미에서 말하는 법원을 뜻하며, 합의체인 재판부나 단독사건을 처리하는 법관을 말하고, 때에 따라서는 재판장, 수명법관이나 수탁판사를 가리킬 때도 있다. 헌법 제27조는 법원에 의한 재판을 규정하여 이를 확인한다. 따라서 법관 이외의 사법기관인 법원사무관 등이나 사법보좌관, 집행관이 일정한 법률적 판단을 할 때에도 그것은 '재판'이 아니라 '처분'이다(민사소송법 제223조, 법원조직법 제54조 제3항). 그리고 중재인의 판정(중재법 제29조)도 재판이 아니다.

② 재판의 내용은 관념적 판단이나 의사를 표시하는 것으로서 사고활동의 결과이다. 그래서 변론의 청취, 증거조사, 판결 선고 등의 사실행위는 법원이나 법관의 행위이지만 재판은 아니다.

③ 재판은 법정의 형식으로 이루어져야 한다. 즉 재판은 사법절차에 따라 법률이 정한 형식으로 표시되어야 한다. 따라서 이러한 절차와 형식에 위반되는 행위는 재판이 아니다.

④ 재판기관은 재판을 통해서 자기 권한을 행사한다. 따라서 재판은 일정한 법적 효과가 발생하는 근거가 된다.

2) 판결과 결정 그리고 명령

재판은 재판의 주체와 성립절차 등 형식적 차이에 따라 판결, 결정, 명령으로 나눈다. 법률은 그중 가장 중요한 판결을 중심으로 규정하고, 결정과 명령은 그 성질에 어긋나지 않는 범위 안에서 판결에 관한 규정을 준용한다(민사소송법

14) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 278.

제224조 제1항).

판결은 수소법원이 당사자의 신청에 대해서 원칙적으로 변론을 거쳐 중국적인 판단을 하거나 그 결론을 좌우하는 중요한 사항에 관한 중간적 판단을 하는 재판이다. 판결을 내리려면, 원칙적으로 변론을 거쳐야 하고(필수적 변론: 민사소송법 제134조 제1항 본문), 법률이 정한 형식을 갖춘 재판서(판결서)를 작성하고 이에 따라 '선고'라는 엄격한 방법으로 고지하여야 한다. 판결의 대상은 당사자의 신청, 특히 소·상소·상고 등 중요한 사항이고, 판결은 법원을 기속하며, 이에 대한 불복방법은 항소·상고이다.

결정은 절차의 진행에 관한 사항이나 절차에서 파생되는 사항, 부수적인 사항이나 강제집행에서 발생하는 사항에 관해서 법원의 판단이 필요할 때에 수소법원이 하는 재판이다. 주로 신속한 판단이 필요할 때에 결정을 활용한다. 결정을 할 때에 변론을 거칠 것인지는 법원의 재량이고(임의적 변론), 반드시 재판서를 작성할 필요도 없으며, 재판서를 작성하더라도 이유를 기재하지 않을 수 있고 법관의 서명도 기명으로 갈음할 수 있다(민사소송법 제224조 제1항 단서). 선고는 필요 없고 상당한 방법으로 고지하면 된다. 그 대상은 대수롭지 않은 사항이나 신속한 판단이 요구되는 것이지만, 가사비송사건에 대한 제1심 중국재판은 결정인 심판에 의한다. 결정은 원칙적으로 법원을 기속하지 않으며, 이에 대한 불복방법은 항고·재항고나 이의신청이다.

명령은 재판장·수명법관이나 수탁판사가 하는 재판으로서, 그 절차·고지방법·대상·효력은 대체로 결정과 같다. 명령에 대한 불복방법은 항고·재항고·이의신청이다. 민사소송법에서 명령이라고 부르는 것 중에는 성질상 결정에 속하는 것이 적지 않다는 점을 주의하여야 한다. 예를 들어 지급명령(민사소송법 제462조)·압류명령(민사집행법 제223조)·전부명령(민사집행법 제231조)·추심명령(민사집행법 제232조)·가압류나 가처분 명령(민사집행법 제280조, 제281조, 제283조, 제301조) 등은 결정에 속한다.

① 주체의 면에서, 판결과 결정은 법원이 하는 재판이고, 명령은 법관이 하는 재판이다.

② 성립절차의 면에서, 판결은 신증을 기하기 위해서 원칙적으로 변론에 의하여 하지만(민사소송법 제134조 제1항 본문), 결정과 명령은 간이·신속을 요하므로 임의적 변론에 의한다(민사소송법 제134조 제1항 단서). 그러므로 변론

없이 할 수 있는 재판(민사집행법 제3조 제2항, 제287조 제1항)이라고 하면 결정이나 명령을 가리킨다.

③ 재판서 작성의 면에서, 판결서에는 법관의 서명날인이 요구되지만(민사소송법 제208조 제1항), 결정서와 명령서에는 기명날인으로 갈음할 수 있다(민사소송법 제224조 제1항 단서). 그리고 판결서에는 원칙적으로 이유를 기재하여야 하지만(민사소송법 제208조 제1항 제4호),¹⁵⁾ 결정서와 명령서에는 이유의 기재를 생략할 수 있다(민사소송법 제224조 제1항 단서).

④ 고지방법의 면에서, 판결은 판결서를 작성하고 원칙적으로 이에 따라 선고하여야 하지만,¹⁶⁾ 결정과 명령은 재판서를 작성하지 않고 조서의 기재로 대응할 수 있고(민사소송법 제154조 제5호), 특별한 규정이 없는 한(예를 들어 민사소송법 제211조 제2항, 제225조 제2항) 상당한 방법으로 고지하면 충분하다(민사소송법 제221조 제1항).

⑤ 불복방법의 면에서, 판결에 대해서는 항소·상고로 불복하지만, 결정은 항고(민사소송법 제439조), 재항고(민사소송법 제442조), 특별항고(민사소송법 제449조)로, 명령은 이의나 항고(민사소송법 제138조, 제254조 제3항, 제439조, 제440조)로 불복할 수 있다.

⑥ 대상의 면에서, 판결은 중요한 사항, 특히 소송에 관한 종국적 또는 중간적 판단을 내릴 때에 이용되지만, 결정과 명령은 소송지휘나 소송절차의 부수적·파생적인 사항 및 강제집행에 관한 사항과 비송사건을 해결하기 위해서 이용된다.

⑦ 효력의 면에서, 판결은 확정되어야 본래의 효력이 발생하고, 법원을 기속하지만, 결정과 명령은 고지에 의해서 즉시 효력이 발생하고,¹⁷⁾ 원칙적으로 법원을 기속하지 아니한다(민사소송법 제88조 제3항, 제141조, 제222조, 제446조).

3. 헌법재판소 중국결정의 법적 성격

15) 예외: 상고심절차에관한특례법 제5조 제1항, 소액사건심판법 제11조의2 제3항.

16) 예외: 상고심절차에관한특례법 제5조 제2항.

17) 다만, 즉시 항고가 인정되는 결정과 명령에 관해서 즉시항고가 제기되면 그 효력이 정지된다(민사소송법 제447조).

여기서는 헌법재판소 중국결정이 법원의 재판에 개념적으로 들어맞는지를 검토하고자 한다. 그리고 헌법재판소 중국결정이 법원의 재판이라면, 구체적으로 어떤 유형에 해당하는지를 살펴보려고 한다.

1) 재판인 헌법재판소 중국결정

헌법재판소 중국결정의 주체는 헌법재판소, 즉 합의체인 헌법재판소의 재판부이다. 헌법재판소는 특별한 '법원'이므로, 헌법재판소가 재판기관, 즉 소송법적 의미에서 말하는 법원이라는 것은 부정할 수 없다. 그리고 헌법재판소 중국결정은 헌법재판소가 청구인의 청구를 바탕으로 확정한 심판대상에 대해서 구체적 사실 확인과 그에 관한 헌법해석을 통해서 내리는 판단이다. 헌법재판소 중국결정은, 특히 규범통제절차에서 법규범을 사실관계에 적용하는 것이 아니다. 헌법재판소는 구체적 사건이 아니라 법규범에 대해서 결정하고, 사안이 아니라 법규범인 헌법을 근거로 하위법규범을 심사한다. 하지만, 구체적 사실이 아니라 법규범이 소전제라는 특수성을 제외하면, 사법적 3단논법에 따라 법규범인 헌법을 대전제로 하고 하위법규범을 소전제로 하여 논리적 조작을 통해서 추리하고 판단하여 결론에 도달한다는 점에서는 일반사법재판과 다르지 않다. 게다가 상위법규범을 기준으로 한 하위법규범의 판단도 포섭이고, 법규범을 법규범의 빈자리를 메우는 사실관계로 이해할 수 있다. 또한, 헌법재판소 중국결정은 헌법재판소 제36조 제2항이 정한 형식에 따라 작성한 결정서를 통해서 선고되어 표시된다. 그밖에 헌법재판소 중국결정에 따라 확정력(헌법재판소법 제39조, 제40조 제1항 전문),¹⁸⁾ 기속력(헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항, 제6항),¹⁹⁾ 형성력 혹은 법률적 효력(헌법재판소법 제47조 제2항, 제59조, 제66조 제2항, 제75조 제3항, 제5항과 제6항),²⁰⁾ 선례적 구속력(헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제2호)과 같은 법적 효력이 발생한다. 결론적으로 헌법재판

18) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소결정의 확정력」, 『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 413~452쪽 참조.

19) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소결정의 기속력」, 한국헌법판례연구회 4월 월례발표회, 2009. 4. 18., 1~36쪽 참조.

20) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판에서 필요성이 의심되는 법률적 효력과 형성력에 의한 그 대체 가능성」, 『안암법학』 제28호, 안암법학회, 2009, 33~72쪽 참조.

소 중국결정은 재판의 개념요소를 모두 충족하므로 ‘재판’에 해당된다. 즉 헌법재판소 중국결정은 법규범이나 정치적 결정이 아니고 (사법)재판이다.

2) 중국판결인 헌법재판소결정

① 헌법재판소 중국결정은 헌법재판관이 아니라 헌법재판소, 즉 재판부가 내린다.

② 탄핵심판·정당해산심판과 권한쟁의심판은 구두변론에 의한다(헌법재판소법 제30조 제1항). 하지만, 위헌법률심판과 헌법소원심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부가 필요하다고 인정하면 변론을 열 수 있다(헌법재판소법 제30조 제2항).

③ 결정서에는 심판에 관여한 재판관 전원이 서명·날인하여야 한다(헌법재판소법 제2항). 그리고 결정서에는 이유를 기재하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제2항 제4호).

④ 결정서를 작성하고 이에 따라 선고한다(헌법재판소법 제36조 제2항). 결정을 선고할 때에는 재판장이 결정서 원본에 따라 주문을 읽고 이유의 요지를 설명하되, 필요한 때에는 다른 재판관으로 하여금 이유의 요지를 설명하게 할 수 있다. 다만, 법정의견과 다른 의견이 제출된 때에 재판장은 선고할 때에 이를 공개하고 그 의견을 제출한 재판관으로 하여금 이유의 요지를 설명하게 할 수 있다(헌법재판소 심판규칙 제48조). 중국결정이 선고되면 서기는 바로 결정서 정본을 당사자에게 송달하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제4항). 중국결정은 관보에 게재하여 이를 공시한다(헌법재판소법 제36조 제5항). 헌법재판소 중국결정은 일반적 구속력이 있으므로 관보에 공시하여 일반국민에게 헌법재판소 중국결정을 알리는 것이다. 따라서 이것은 공시의 효과만이 있을 뿐이고 헌법재판소 중국결정의 효력이 생기는 것과는 아무런 관계가 없다. 헌법재판소 중국결정은 헌법재판소법 제40조 제1항 전문에 따라 민사소송법 제205조가 준용되어 헌법재판소가 중국결정을 선고할 때부터 효력이 생긴다.

⑤ 헌법재판소 중국결정에 대한 불복방법은 헌법과 헌법재판소법 어디에서도 찾을 수 없다. 따라서 헌법소송은 헌법재판소 중국결정으로 완결되어 확정된다고 보아야 한다. 즉 헌법소송은 단심으로 끝난다. 이러한 점에서 헌법재판소에 최종적인 헌법해석권이 귀속된다.

⑥ 헌법재판소 중국결정은 심판청구의 적법성이나 심판청구 자체를 대상으로 한다.

⑦ 헌법재판소가 중국결정을 선고하면 중국결정은 확정되어 효력이 생긴다. 이때에 헌법재판소 중국결정에도 불가변력이 귀속된다. 따라서 헌법재판소는 중국결정을 선고하면 자기 결정에 구속되어 같은 심판에서 자신이 내린 결정을 더는 바꾸거나 취소할 수 없다.

이러한 점을 종합하면 헌법재판소 중국결정은 재판의 주체와 성립절차 등의 형식적 측면에서 ‘판결’에 해당한다. 다만, 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 (필요적) 구두변론이 아니라 서면심리에 의하므로, 통상의 판결과 다른 모습을 띤다. 그러나 상고법원은 상고장·상고이유서·답변서, 그 밖의 소송기록에 의해서 변론 없이 판결할 수 있고, 소송관계를 분명하게 하기 위해서 필요할 때에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있다는 점(민사소송법 제430조, 형사소송법 제390조, 행정소송법 제8조 제2항, 가사소송법 제12조, 군사법원법 제450조 제2항)에서 대법원도 서면심리를 원칙으로 한다. 헌법소송은 단심이므로, 헌법재판소를 상고법원으로 볼 수 있다. 특히 대법원이 사실심이 아니고 법률심인 것처럼 헌법재판소가 헌법심이라는 점에서 헌법재판소를 상고법원으로 보아도 별 무리는 없다고 본다. 따라서 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 (필요적) 구두변론에 의하지 않는다는 점이 헌법재판소 중국결정이 판결이라는 것에 아무런 영향을 끼치지 못한다고 할 것이다.

판결은 중간판결과 종국판결로 구별된다. 중간판결은 종국판결을 하기 전에 소송의 진행 중 당사자 사이에 쟁점이 된 사항에 대해서 미리 정리하고 판단하여 종국판결을 쉽게 하고 이를 준비하는 판결이다. 종국판결은 소·상소에 의해서 계속된 사건 전부나 일부를 그 심급에서 완결하는 판결을 말한다(민사소송법 제198조). 그 심급에서 소송절차를 완결하는 이상 소송상의 이유에 의한 판결(소송판결)이건 실체상의 이유에 의한 판결(본안판결)이건 묻지 않는다. 헌법재판소 중국결정은 청구에 의해서 계속된 심판을 웅글게(완전하게) 끝맺으므로, 판결 중에서도 ‘종국판결’에 해당한다.

4. 헌법재판소‘결정’이라는 용어의 부적절성

법률이 헌법에 위반되는지를 심사하는 1948년헌법의 헌법위원회제도를 구체화하는 헌법위원회법(제정 1950. 2. 21. 법률 제100호)과 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부, 탄핵 그리고 정당의 해산에 관한 사항을 심판하는 1972년헌법의 헌법위원회제도를 구체화하는 헌법위원회법(제정 1973. 2. 16. 법률 제2530호)에서는 '결정'이라는 용어가 사용되었다. 그리고 1948년헌법 제81조 제2항(헌법위원회에 제청하여 그 '결정'에 의하여 재판), 1962년헌법 제62조 제3항과 제4항(탄핵'결정'), 1972년헌법 제7조 제3항(정당은 헌법위원회의 '결정'에 의하여 해산), 제99조 제3항과 제4항(탄핵'결정'), 제105조 제1항(헌법위원회에 제청하여 그 '결정'에 의하여 재판), 제111조 제1항(법률의 위헌'결정', 탄핵의 '결정' 또는 정당해산의 '결정') 그리고 1980년헌법 제7조 제4항(정당은 헌법위원회의 '결정'에 의하여 해산), 제101조 제3항과 제4항(탄핵'결정'), 제108조 제1항(헌법위원회에 제청하여 그 '결정'에 의하여 재판), 제114조 제1항(법률의 위헌'결정', 탄핵의 '결정' 또는 정당해산의 '결정')에서도 헌법재판과 관련하여 '결정'이라는 용어가 발견된다. 그러나 법률의 위헌 여부 심사, 헌법에 관한 최종적 해석, 국가기관 간의 권한쟁의, 정당의 해산, 탄핵재판, 대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송을 담당하는 1960년헌법의 헌법재판소제도를 구체화하는 헌법재판소법(1961. 4. 17. 법률 601호)에서는 '판결'이라는 용어가 사용되었다. 그리고 탄핵심판을 심사하는 탄핵재판소를 규율하는 1948년헌법 제47조 제3항과 제4항(탄핵'판결')과 1960년헌법 제47조(탄핵'판결'), 제83조의4 제5항(위헌'판결', 탄핵'판결')에서는 '판결'이라는 용어를 사용하였다. 또한, 대법원이 헌법재판을 담당하던 1962년헌법 제7조 제3항(정당은 대법원의 '판결'에 의하여 해산)과 제103조도 '판결'이라는 용어를 사용하였다. 그밖에 1962년헌법의 탄핵심판위원회제도를 구체화하는 탄핵심판법(제정 1964. 12. 31. 법률 1683호)에서는 '재판'이라는 용어를 사용하였다. 결국, 역대 한국실정법에서 헌법재판을 규율하는 헌법과 법률은 (탄핵심판위원회를 제외하고) '재판소'에 '판결'을 그리고 '위원회'에 '결정'을 각각 짝을 지어 사용하였다. 이것은 '재판소'와 '법원'의 개념이 같다는 점에 비추어 '재판소'는 법원성을 긍정하는 의미로 사용하고, '위원회'는 법원이 아닌 정치기관으로 이해한 결과로 보인다.

그러나 이러한 사용례와 달리 현행 헌법과 헌법재판소법은 헌법재판기관을 헌법'재판소'로 칭하면서도, 헌법 제113조 제1항(법률의 위헌'결정', 탄핵의 '결

정', 정당해산의 '결정' 또는 헌법소원에 관한 인용'결정')과 헌법재판소법은 헌법재판소의 판단에 대해서 '결정'이라는 용어를 사용한다. 이에 따라 헌법재판소는 각종 심판절차에서 오직 '결정'의 형식으로 심판한다. 현행 헌법과 헌법재판소법의 이러한 용어사용례는 조문을 비교하여 판단하면, 현행 헌법 제113조가 1980년헌법 제114조 제1항을 답습하고, 현행 헌법재판소법이 헌법위원회법을 바탕으로 제정된 것에서 기인하는 것으로 생각한다. 즉 1980년헌법과 헌법위원회법을 수정하는 형식으로 현행 헌법과 헌법재판소법을 만들면서 헌법재판기관의 법적 성격이 달라진 점을 충분히 고려하여 용어를 제대로 바로잡지 못한 결과로 보인다. 물론 이러한 용어 사용이 헌법'재판소'라는 용어에도 헌법재판소를 법원이 아닌 정치기관으로 이해하거나 헌법재판을 제4의 국가작용으로 보려는 의사의 결과물이라는 주장이 제기될 수도 있다. 그러나 이것은 헌법재판이 사법작용이고 헌법재판소가 법원이라는 점에서, 특히 헌법재판을 제4의 국가작용으로 보거나 헌법재판소를 순수한 사법기관으로 보지 않는 견해도 최소한 헌법재판의 부분적인 사법작용성이나 헌법재판소의 법원형식성을 부정하는 것은 아니라는 점에서 받아들이기 어렵다. 이러한 견해는 헌법재판소가 법원이 아니면 무엇인지에 대해서 명쾌한 답을 하지 못한다는 점과 헌법재판소를 법원으로 보는 견해도 헌법재판소의 정치성을 부정하는 것은 아니라는 점에서도 수증하기 어렵다. 이러한 용어 사용에 대해서 상위재판인 '판결' 대신에 하위재판인 '결정'이라는 용어를 사용하여 헌법재판소를 대법원보다 낮춰 보려는 의사가 표현된 것이라는 의심도 품을 수 있다. 하지만, 헌법재판소와 대법원의 관계는 상하관계가 아니고, 현행법 아래에서도 헌법재판소와 대법원은 동등한 지위에 있다는 점에서 설령 이러한 의심이 사실이라고 하여도 그러한 의사는 관철될 수 없다고 본다.

헌법재판소 종국결정의 본질은 위에서 살펴본 것처럼 결정이 아니라 '판결'이다. 따라서 헌법재판소가 내리는 '결정'은 일반법원에서 내리는 여러 재판형식 중 하나인 '결정'과 같은 것으로 볼 수는 없다. 그래서 헌법재판소 종국결정의 본질에 맞게 '결정'이라는 용어를 '판결'이라는 용어로 바꾸는 법개정이 요구된다. 그러나 이러한 개정이 쉬운 일이 아니고 설사 개정된다고 하여도 적지 않은 시일이 필요하다. 따라서 그러한 개정이 실현될 때까지는 헌법과 헌법재판소법에서 사용되는 '결정'이라는 용어를 재판의 한 종류인 결정이 아니라 헌법재판소의 판단을 지칭하는 특별한 용어로 이해할 수밖에 없을 것이다. 즉 헌법재판

소라는 특별한 법원이 내리는 판결의 특수성을 강조하는 용어로 이해하는 것 외에는 적절한 해석을 찾기 어렵다.

Ⅲ. 헌법소송법과 민사소송법 및 행정소송법의 비교

1. 헌법소송법과 다른 소송법의 비교 실익

민사소송은 법원이 개인 사이의 사적 법률관계에서 생기는 분쟁을 대립하는 이해관계인인 당사자로서 하는 신청을 기다려 실체사법에 따라 해결하여 개인의 권리를 보호하고 실현하는 절차이다. 민사소송은 처음 나타난 분쟁해결절차이고 민사소송을 규율하는 민사소송법은 가장 먼저 형성된 소송법이므로, 형사소송법, 행정소송법, 가사소송법 등의 다른 모든 소송법은 민사소송법에서 분화하여 발전하였다. 이러한 이유 때문에 민사소송법은 민법이 실체법의 일반법으로서 기능을 하는 것처럼 소송법의 일반법으로서 기능을 한다. 그래서 다른 소송법은 민사소송법을 바탕으로 민사소송법과 다른 특칙만을 규정하는 방식으로 구성된다. 즉 다른 소송법은 자신이 규정한 것 이외에는 민사소송법을 준용한다(예를 들어 형사소송법 제65조, 행정소송법 제7조, 제8조 제2항, 제16조 제4항, 제17조 제3항, 가사소송법 제3조 제2항, 제4조, 제12조, 제15조 제1항, 제39조 제4항, 제47조). 물론 역사가 오래된 형사소송법처럼 거의 자족적인 규율이 가능한 형태로 체제화한 것도 있으나, 아직도 대부분의 소송법은 민사소송법에 많이 의지한다. 헌법재판소법 일부를 구성하는 헌법소송법도 이러한 모습을 띤다(헌법재판소법 제24조 제6항, 제40조 제1항 제1문, 제41조 제3항, 제75조 제8항). 그리고 헌법소송법은 형사소송법과 행정소송법에도 기댄다(헌법재판소법 제40조 제1항 제2문, 제47조 제4항, 제75조 제8항). 그러나 헌법소송법이 일반소송법과 다른 점을 부각시키면서 헌법재판소의 법원성을 부인하려는 시도가 특히 제4의 권력설을 주장하는 견해에서 제기된다.²¹⁾ 만약 이러한 주장이 긍정된다면, 법원이 아닌 헌법재판소가 내리는 헌법재판소결정은 '판결'이 될 수 없을 것이다. 그리고 헌법재판소를 특별한 법원이라고 할 때에 '특별한'을 강조하

21) 허영, 『헌법소송법론(제4판)』, 박영사, 2009, 15~17쪽 참조.

여 헌법재판소 종국결정의 판결성을 부정하는 견해가 주장될 수도 있다. 따라서 헌법소송을 규율하는 헌법재판소법과 개별 사법절차를 규율하는 다른 소송법을 비교하는 것은 헌법재판과 헌법재판소 종국결정의 본질을 확인하는 결정적 단서를 제공할 수 있다. 특히 일반소송법인 민사소송법과 헌법소송법을 비교하는 것은 헌법소송법의 특수성을 드러나게 하고, 공법관계를 다루는 또 다른 소송법인 행정소송법과 헌법소송법을 비교하는 것은 헌법소송법이 소송법의 테두리 안에 있음을 분명하게 밝힐 수 있다. 즉 헌법재판소법의 특별함이 소송법의 본질에서 벗어나게 할 정도는 아님이 밝혀질 때에 헌법재판소 종국결정의 판결성은 공고하게 다져질 것이다. 판결은 반드시 사법절차에 따라 이루어져야 하기 때문이다.

2. 헌법소송과 민사소송의 비교

1) 헌법소송과 민사소송의 비슷한 점

헌법소송과 민사소송 모두 국가가 당사자의 자의를 전혀 인정하지 않고 강제적으로 분쟁을 해결하여 법질서를 유지하는 절차이다. 즉 양자는 분쟁의 공권적 해결방식이다. 그리고 양자는 수동적인 절차이다. 즉 양자는 당사자의 신청, 즉 소 제기나 심판 청구(헌법재판소법 제26조 제1항)가 있어야 비로소 절차가 개시된다. 그래서 헌법재판소와 일반법원 스스로 절차를 개시할 수 없다. 또한, 양자는 구체적 분쟁을 해결하는 절차에 불과하다. 따라서 언제나 절차의 계기가 된 구체적 사건을 중심으로 헌법재판소와 일반법원의 권한 범위와 한계가 설정되고, 소송의 결과물인 헌법재판소결정과 민사재판의 효력 범위도 구체적 사건을 바탕으로 확정된다. 다만, 헌법소송법과 민사소송법은 선례적 구속력을 법률적 차원에서 수용하여 인정한다(헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제2호, 법원조직법 제7조 제1항 단서 제3호, 민사소송법 제451조 제1항 제1호, 상고심절차에 관한 특별법 제4조 제1항 제1호, 제3호와 제4호 참조). 즉 헌법재판소결정과 민사재판은 선례적 구속력을 통해서 해당 사건을 넘어 다른 사건에도 추정적 구속력이 있다.

2) 헌법소송과 민사소송의 다른 점

(1) 규율의 내용과 완비 여부

민사소송법은 민사소송만을 다루는 절차법이다. 법원조직에 관한 사항은 법원조직법이 다룬다. 그리고 민사소송법은 민사소송과 관련된 모든 사항을 규율한다. 그러나 헌법소송을 규율하는 헌법재판소법은 민사소송법과 달리 헌법소송에 관한 사항뿐 아니라 헌법재판소조직에 관한 사항도 포함한다(헌법재판소법 제1조 참조).²²⁾ 그리고 헌법재판소법은 헌법소송에 관한 사항 전부를 규율하지 않고, 일부 특별한 사항만을 규율하고 민사소송에 관한 법령, 형사소송에 관한 법령, 행정소송법을 준용한다(헌법재판소법 제40조). 헌법재판소법이 헌법소송과 헌법재판소조직에 관한 사항을 아울러 규율하고, 헌법소송에 대한 규율이 완비되지 않은 것은 헌법재판을 다루는 법원이 헌법재판소 하나에 불과하고, 민사소송법은 소송법의 일반법이지만, 헌법소송법은 소송법의 특별법으로서 독자적인 내용이 많지 않기 때문이다. 이러한 점에서 헌법재판소법에 빈틈이 많다는 것은 규율의 흠결을 말하는 것이지, '절차운영의 자율권'이 헌법재판소에 부여되었음을 뜻하지 않는다.²³⁾ 게다가 그러한 흠결은 준용을 통해서 메워지므로 헌법재판소가 자율적으로 절차를 운영할 틈도 찾기 어렵다.

(2) 변론주의와 직권탐지주의

민사소송은 변론주의를 채택한다. 따라서 소송자료, 즉 사실과 증거의 수집·제출 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다. 이에 비해서 헌법소송은 직권탐지주의를 취한다. 따라서 재판부는 청구서의 청구취지나 당사자의 주장에 얽매이지 않고 심판대상을 확장하거나 축소할 수 있고, 청구인의 주장을 종합적으로 판단하여 심판대상을 확정하며, 심판대상을 청구와 관련되는 범위 안에서 변경할 수도 있다.

22) 이러한 점에서 '헌법재판소법'과 '헌법소송법'은 구별되어야 한다. 헌법재판소법은 헌법재판을 규율하는 개별 법률로서 '헌법재판소법'이라는 이름이 붙은 것을 말한다. 헌법소송법은 일반적으로 헌법과 헌법재판소법을 포함한 하위법규범에서 헌법소송을 규율하는 법규범을 포괄하여 가리키고, 좁은 뜻에서는 '헌법재판소법'이라는 개별 법률에서 헌법소송을 규율하는 법규정을 포괄하여 이른다.

23) 같은 견해: *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht- Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., München 2007, Rdnr. 57 참조.

그리고 재판부는 사건의 심리를 위해서 필요하다고 인정할 때에는 직권에 의해서 증거조사를 할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항). 또한, 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대해서 심판에 필요한 사실을 조회하거나 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다(헌법재판소법 제32조 본문). 헌법소송에 직권탐지주의가 적용되는 것은 헌법소송의 기능이 주관적 권리구제에 그치는 것이 아니라 객관적 헌법보호도 아우르기 때문이다.

(3) 특별한 효력 - 기속력

민사소송의 판결에는 원칙적으로 불가변력, 불가쟁력 그리고 기판력이 있다. 헌법재판소결정에도 이러한 효력이 있다. 그러나 헌법재판소결정 중 법률의 위헌결정(헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제6항), 권한쟁의심판의 결정(헌법재판소법 제67조 제1항) 그리고 헌법소원의 인용결정(헌법재판소법 제75조 제1항)에는 민사소송의 판결에는 없는 기속력이 있다. 따라서 이러한 헌법재판소결정은 일반적인 사법판결의 효력을 넘어서 모든 국가기관을 기속한다. 그래서 이 효력은 헌법재판소결정의 특별한 효력으로 볼 수 있다. 이 효력이 인정되는 이유는 헌법재판소결정이 헌법에 대한 최종적 해석이고, 헌법재판은 개별적 기본권보호에 그치지 않고, 객관적 헌법을 보장하고 헌법의 해석과 계속형성에 이바지하는 기능도 있으며, 헌법재판의 대상이 일반적 효력이 있고, 헌법재판소 스스로 자기 결정을 집행할 수 없기 때문이다. 법률적 효력도 헌법재판소결정의 특별한 효력으로 논의되지만, 한국 헌법과 헌법재판소법에서는 이러한 효력의 근거를 찾을 수 없고, 민사소송의 판결에도 귀속될 수 있는 형성력이 법률적 효력의 중요 내용을 충분히 설명할 수 있으므로 적절한 논의로 보기 어렵다고 본다.²⁴⁾

(4) 합의 방법

민사소송에서 합의심판은 헌법과 법률에 다른 규정이 없으면 과반수로 결정한다(법원조직법 제66조 제1항). 헌법소송에서도 재판부는 중국심리에 관련한

24) 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판에서 필요성이 의심되는 법률적 효력과 형성력에 의한 그 대체 가능성」, 『안암법학』 제28호, 안암법학회, 2009, 33~72쪽 참조.

재판관의 과반수 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때와 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법이나 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법재판소법 제23조 제2항). 따라서 권한쟁의심판을 제외한 헌법재판소의 심판에서 인용결정은 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 이것은 헌법재판이 국가법질서에 미치는 파급효과를 고려하여 법적 안정성을 중시하였기 때문이다.

(5) 소송비용 부담

민사소송에서 소송비용은 당사자 중 패소자가 부담하는 것을 원칙으로 한다(민사소송법 제98조). 그러나 헌법소송에서 헌법재판소의 심판비용은 국가부담으로 한다. 다만, 당사자의 신청에 의한 증거조사의 비용은 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 그 신청인에게 부담시킬 수 있다(헌법재판소법 제37조 제1항). 즉 헌법소송에서는 헌법재판소를 이용하는 비용은 국민이 낸 세금으로 충당한다. 이것은 헌법소송에는 주관소송적 성격이 없는 것은 아니지만, 객관소송적 성격이 강하므로 당사자에게 비용을 부담시키는 것이 적절하지 않고, 위헌법률심판처럼 헌법소송에서는 당사자가 없을 때가 있는데, 이러한 때에는 당사자에게 비용을 부담시킬 수 없어서 국가가 부담할 수밖에 없기 때문이다.

(6) 변호사 선임 강제 여부

민사소송과 달리 헌법재판의 각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다(헌법재판소법 제25조 제3항). 이를 '변호사강제주의'라고 하며, 사인이 당사자가 되는 탄핵심판청구와 헌법소원심판청구에 적용된다. 변호사강제주의는 법절차 부지로 말미암아 권리구제를 받지 못할 때를 방지하기 위한 것이다. 헌법재판소는 변호사강제주의는 재판업무에 분업화 원리 도입이라는 긍정적 측면 외에도, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에 그 기여도가 크다 하

겠고, 그 이익은 변호사선임 비용지출을 하지 않는 이익보다는 크다고 할 것이며, 더욱이 무자격자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치가 별도로 마련되어 있는 이상 헌법에 어긋난다고 할 수 없다고 하였다.²⁵⁾ 이에 대해서는 변호사강제주의의 정당성을 강조하는 그러한 이유가 왜 하필 헌법소송에서만 강조되는지에 대한 합리적인 설명이 없고, 더욱이 국선대리인제도는 헌법소원심판에 관해서만 규정되므로, 헌법재판소의 판시내용은 건강부회적인 논증이라는 비판이 있다.²⁶⁾

(7) 강제집행력

헌법소송은 다른 소송과 달리 재판 결과를 강제할 수 있는 수단이 없거나 약하다. 민사집행법의 강제집행절차, 형사소송법과 행형법에 따른 형의 집행절차, 행정법규 위반에 대한 행정강제나 행정벌 등 일반재판에서는 국가의 공권력이 그 실효성을 담보하는 제도적인 장치가 마련되었다. 그러나 헌법소송은 보통 공권력을 담당하는 국가기관이나 지방자치단체를 소송당사자로 하므로 특별히 이 기관에 헌법재판의 결정내용을 준수하도록 강제할 수 있는 수단이 따로 없다. 물론 독일연방헌법재판소법(제35조)처럼 연방헌법재판소가 판결로 강제집행기관과 강제집행방법 등을 선고할 수 있도록 규정하는 방법도 입법론적으로는 고려할 수 있지만, 그러한 선고만으로 헌법재판 내용이 당연히 강제집행되는 것은 아니다. 관련 국가기관의 자발적인 협조의지가 전제되지 않고는 헌법재판의 강제집행은 성립하기 어렵다. 헌법재판의 이러한 특성 때문에 헌법재판의 실효성은 궁극적으로는 공권력을 행사하는 국가기관의 헌법준수의지에 달렸다.

3. 헌법소송과 행정소송의 비슷한 성질

1) 행정소송의 특수성

행정소송은 행정작용으로 말미암아 위법하게 권리나 이익을 침해받은 자의

25) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120, 판례집 2, 288, 293-296. 헌재 1996. 10. 4. 95헌마 70, 판례집 8-2, 363, 366; 2001. 9. 27. 2001헌마152, 판례집 13-2, 447, 452-453도 동지.

26) 허영, 『헌법소송법론(제4판)』, 박영사, 2009, 136-137쪽.

권리보호신청을 전제로 하여, 중립적인 지위에 있는 사법기관인 법원이 행하는 쟁송절차이다. 행정소송은 행정에 관한 공법분쟁을 대상으로 하는 소송으로서 사법분쟁(私法紛爭)을 대상으로 하는 민사소송과 구별된다. 행정소송사항과 민사소송사항의 구별은 공법과 사법의 구별기준에 따라 판단된다. 행정소송은 국가형벌권의 존부와 범위에 관한 소송인 형사소송과도 구별된다. 한국은 민·형사소송은 물론 행정소송도 일반법원이 담당하는 영미형의 사법국가주의를 취한다(헌법 제101조 제1항, 제107조 제2항).

행정소송도 정식재판절차에 따른 심리·판단작용이라는 점에서는 민사소송과 다르지 않다. 따라서 행정소송법도 동법에 특별히 규정하는 사항 이외에 대해서는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다(행정소송법 제8조 제2항). 그러나 행정소송은 기본적으로 공익실현을 내용으로 하는 공권력 행사를 대상으로 하므로 그 심판대상은 제3자에게 끼치는 영향이 크고 개인의 처분에만 맡길 수 없는 사항이어서 민사소송과 달리 취급할 필요가 있다. 즉 행정소송은 공권력 행사에 관한 행정청 판단의 적법성을 법원이 심리하고 판단하는 작용이므로, 행정소송이 다루는 사건은 단순히 개인의 권리구제뿐 아니라 행정의 적법·타당성과 공익 문제가 개재되어서 완전히 대등한 사인 서로간의 권리관계에서 발생하는 분쟁을 해결하는 민사소송과는 다른 특성이 있다. 행정소송법에서 제1심 법원이 지방법원급의 행정법원인 점(제9조), 관련청구 병합(제10조), 처분청으로 피고적격을 한정(제13조 제1항), 행정청의 소송참가(제17조), 임의적 심판전치주의(제18조), 제소기간의 제한(제20조), 집행부정지(제23조), 직권탐지주의(제26조), 재량에 의한 청구기간(사정판결: 제28조), 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력(제30조), 제3자에 의한 재심청구(제31조), 판결의 간접강제(제34조) 등은 이러한 행정소송의 특수성을 반영한 것이다. 하지만, 이러한 특수성에도 행정소송법이 소송법의 하나라는 것에는 의문이 없다.

2) 헌법소송과 행정소송의 비교

행정소송은 행정법규의 해석과 적용을 내용으로 하는 사법작용이라는 점에서 헌법의 해석과 적용을 내용으로 하는 헌법소송과 다르다. 그리고 행정소송의 심사주체는 법원이고 3심제를 취한다는 점에서도 심사주체가 헌법재판소이고 단심제를 취하는 헌법소송과 구별된다. 또한, 행정소송은 원칙적으로 구두변론절

차를 거치고 양 당사자의 존재를 전제하므로 원칙적으로 사실심을 포함하지 아니하고 양 당사자의 존재를 전제로 하지 아니하는 헌법소송과 같지 않다. 게다가 행정소송은 공익관련성 때문에 예외적으로 사정판결을 허용할 뿐이고, 변형결정 같은 것이 인정되지 아니한다는 점에서 헌법소송과 차이가 난다. 그밖에 행정소송은 간접강제 등의 방법으로 국가권력이 집행할 수 있지만, 헌법소송은 결정내용 실현을 국가기관의 자발적 이행과 이에 대한 국민의 감시에 의지할 수밖에 없다.²⁷⁾ 이것은 양자의 심판대상(행정처분과 공권력 행사)과 심사기준(행정법규와 헌법)이 다르고 중심이 되는 구체적인 기능(당사자 권리 구제와 객관적 헌법보호 그리고 처분의 위법성 확인과 헌법의 최종적 해석)이 같지 않으며 판결에 귀속되는 효력이 미치는 범위가 차이가 난다는 점에서 비롯된다. 하지만, 이러한 다른 점에도 행정소송과 헌법소송은 헌법소송을 다른 일반소송과 구별 짓는다고 주장되는 몇 가지 점에서는 비슷한 점이 발견된다.

(1) 이중적 기능

주관소송은 개인의 권리 보호를 직접적인 목적으로 하는 소송이고, 객관소송은 일반공공 이익 보호를 직접적인 목적으로 하는 소송이다. 주관소송에서는 소송당사자가 소송을 제기하여 다툴 만한 개별적·직접적인 이해관계가 있을 것이 필요하지만, 객관소송에서는 개인의 권리나 이익을 위한 쟁송이 아니므로 객관소송을 제기하기 위해서는 개별적·직접적인 이해관계가 있는 당사자일 필요는 없으나 법률이 이러한 소송유형을 허용할 때에만 그 제기가 인정된다.

행정소송이 수행하는 기능은 권리구제기능과 행정의 적법성을 보장하는 기능으로 나눌 수 있다. 즉 행정소송은 쟁송절차로서 당사자의 권리구제신청을 전제로 기능 하는 제도이고, 궁극적으로 헌법이 보장한 재판청구권(헌법 제27조 제1항)을 구체적으로 실현하는 제도이다. 따라서 행정소송은 기본적으로 행정작용에 의해서 위법하게 권익을 침해받은 당사자의 권리를 보호하는 기능을 수행한다. 그러나 다른 한편, 행정소송은 권력분립원리에 따른 사법부의 행정부 통제 수단으로서도 기능을 한다. 즉 위법한 행정작용에 대해서 그 시정을 요구함으로써 법치행정원칙에 따른 행정의 적법성을 보장하는 기능을 수행한다. 그러나 이 기능은 그 자체로서 독자적인 의미가 있다기보다는 당사자의 권리를 보호하기

27) 김철용, 「행정소송 총설」, 『주석 행정소송법』, 박영사, 2004, 5~7쪽.

위한 심사과정에서 인정되는 부수적인 기능으로 보아야 할 것이다.²⁸⁾ 다만, 기관소송과 같은 소송유형에서는 사법부가 행정부를 통제하는 기능이 독자적인 의미가 있다고 볼 수밖에 없을 것이다.

헌법재판의 기능에 대해서는 다양한 견해가 존재하지만, 객관적 헌법보호기능과 주관적 권리보호기능이 주된 기능이라는 점에 대해서는 의문이 없다. 즉 헌법재판은 헌법의 규범력을 관철함으로써 국가의 최고규범인 헌법을 보호하고, 국가권력의 기본권구속성과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보함으로써 국민의 자유와 권리를 보호한다. 성문헌법이 있는 국가는 성문헌법을 기준으로 국가질서를 형성하고 유지한다. 이러한 헌법을 수호하고 실현하는 것을 보장하기 위해서 헌법재판이 고안되었다. 따라서 객관적 헌법을 보호하는 것은 헌법재판의 첫 번째 기능이다. 그리고 헌법은 기본권보장을 목적으로 한다. 그래서 헌법을 수호하고 실현하는 것은 국민의 기본권을 보장한다는 것을 뜻한다. 기본권을 규정하여 보장하는 헌법의 규범력과 실효성을 확실하게 보장하는 것은 재판기관을 통해서 기본권을 실현하는 것이다. 따라서 헌법재판은 기본권을 보장하는 효과적인 수단이다. 헌법재판은 이 두 가지 기능을 모두 수행하는 것이 일반적이지만, 그 비중이 항상 같은 것은 아니다. 즉 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판은 객관적 헌법보호에 중점이 있지만, 위헌법률심판과 헌법소원심판은 주관적 권리보호를 주된 기능으로 한다.

이처럼 헌법소송과 행정소송은 모두 주관적 기능과 객관적 기능을 함께 수행하는 소송유형이다. 따라서 이들 소송에서는 주관소송적 측면이 강조되거나 일부 인정되기도 하지만, 객관소송적 측면이 강조되거나 고려되어야 할 때가 있다. 다만, 일반적으로 행정소송에서는 주관적 기능이 주된 기능이고 행정통제가 딸린 기능이지만, 헌법소송에서는 객관적 헌법질서의 유지와 보장이 주된 기능일 때가 잦다는 점에서 다르다. 그래서 주관소송인 민사소송의 내용이 이들 소송의 객관적 기능 때문에 수정되거나 새로운 내용이 추가될 수 있다. 이들 소송의 특수성은 대부분 여기서 유래하는 것이다. 따라서 객관적 기능에서 비롯되는 특수성은 헌법소송이 소송의 본질에서 벗어난다는 것을 증명하는 합리적 근거가 될 수 없다고 본다. 즉 행정소송이 객관적 기능에서 비롯되는 특수성에도 소송이라는 점을 의심받지 않는 것처럼 헌법소송도 객관적 기능에서 비롯되는 특수성 때문에 소송이라는 점이 부정되지 않는다.

28) 류지태/박종수, 『행정법신론(제13판)』, 박영사, 2009, 604쪽.

(2) 직권탐지주의 인정

민사소송은 소송구조에서 변론주의가 지배한다. 변론주의는 당사자의 공격과 방어에만 의존하고, 법원은 이들 당사자가 제출한 자료에 의해서만 심리하며, 법원의 직권에 의해서 사실관계 등을 조사하는 것은 허용하지 않는 원칙이다. 이에 반해서 직권탐지주의는 심리를 위해서 필요하면 당사자가 주장하지 않은 증거자료를 수집할 수 있고, 이에 기초하여 결정할 수 있는 원칙이다. 행정소송에서는 원칙적으로 변론주의가 지배하면서도, 법률관계의 실체적 진실 규명을 위해서 필요하다고 인정할 때에는 법원이 보충적으로 직권 탐지할 수 있다. 이에 따라 법원은 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대해서도 판단할 수 있게 된다(행정소송법 제26조). 이는 행정소송이 당사자의 권리구제기능 이외에도 행정작용의 자율적 통제를 통한 적법성 확보기능이 있음에 비추어, 공익적인 측면에서 실체적 진실확보에 필요할 때에는 예외적으로 이를 인정하려는 것이라고 볼 수 있다. 헌법소송에서 직권탐지주의가 인정되는 것은 행정소송과 마찬가지로 객관적 기능이 있다는 점에서 유래하는 것이다. 즉 헌법소송은 주관적 권리보호기능뿐 아니라 객관적 헌법보호기능도 수행하므로 심리에 필요한 증거자료를 당사자에게만 의존하는 것은 불합리하기 때문에 헌법재판소 스스로 증거자료를 수집할 수 있도록 한 것이다. 따라서 헌법소송을 직권탐지주의를 이유로 다른 소송과 다르다고 볼, 즉 소송이 아니라고 부정할 근거는 없다고 본다.

(3) 기속력

헌법재판소결정 중 법률의 위헌결정(헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제6항), 권한쟁의심판의 결정(헌법재판소법 제67조 제1항) 그리고 헌법소원의 인용결정(헌법재판소법 제75조 제1항)에는 기속력이 귀속되어 일반적인 사법판결의 효력을 넘어서 모든 국가기관을 기속한다. 따라서 이러한 기속력은 헌법재판소결정을 다른 사법판결과 구별 짓는 특별한 효력으로 볼 수 있다. 하지만, 행정소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다(행정소송법 제30조). 즉 처분 등을 취소하

는 확정판결에도 기속력이 부여된다. 이때에 기속력은 그 사건에 관해서만 효력을 미치는데, 법률의 위헌결정, 권한쟁의심판의 결정 그리고 헌법소원의 인용결정의 기속력도 기관력이나 확정력의 주관적 확장으로서 해당 심판대상에 국한해서만 효력이 미친다는 점에서 양자의 차이는 없다. 따라서 기속력을 근거로 헌법재판소결정을 일반사법판결과 질적으로 다른 것으로 보는 것은 행정소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 사법판결성을 부정하지 않는 한 타당성을 인정받을 수 없다. 다만, 행정소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결은 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하지만, 법률의 위헌결정, 권한쟁의심판의 결정 그리고 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관을 구속한다는 점에서 효력이 미치는 범위에서 차이가 있다. 이러한 점에서 법률의 위헌결정, 권한쟁의심판의 결정 그리고 헌법소원의 인용결정에 귀속되는 기속력은 여전히 헌법재판소결정의 특별한 효력이라고 보아도 문제없을 것으로 본다.

4. 소송법의 하나인 헌법소송법

살펴본 것처럼 헌법소송법은 민사소송법과 비교할 때에 다른 점이 여러 가지 있다. 하지만, 그것은 주로 주관소송인 민사소송과 객관소송인 헌법소송 사이의 차이 때문에 발생하는 것으로 민사소송법을 수정하거나 보충하는 수준에 머문다. 즉 헌법소송법이 소송법의 본질에서 벗어나는 점을 찾기 어렵다. 게다가 헌법소송법의 특수성이라고 논의되는 내용도 소송법임에 의문이 없는 행정소송법과 비교하면 헌법소송법만의 특수성이라고 보기도 어렵다. 따라서 헌법소송법은 소송법의 하나로 보아야 하고, 헌법소송절차는 다른 일반사법절차와 질적으로 다르다고 볼 수 없다. 결국, 헌법소송법은 헌법재판소 종국결정이 판결이라는 점을 명확하게 밝혀줄 뿐이고, 헌법재판소의 법원성을 부정할 아무런 실마리를 제공하지 못한다. 다만, 헌법재판소가 '특별한' 법원이라는 점을 확인하고 강조하는 측면이 발견될 뿐이다.

헌법소송법도 다른 소송법과 마찬가지로 당연히 실체법에 봉사하고 그것을 지원하는 기능을 수행한다. 그리고 헌법소송법은 헌법재판소결정에 '합리성과 그에 따르는 재판에 대한 승복 자체'를 조성하거나 창출하여야 하는 '질서 있게 규율된 법적 절차'이다. 그러나 헌법재판소가 자유롭게 절차를 선택할 수 있다면, 헌법재판소의 활동은 통제될 수도 없을 뿐 아니라 헌법재판소결정에 필요한

정당성과 설득력은 창출될 수 없다. 이러한 정당성과 설득력은 입법자가 미리 될 수 있으면 엄밀하게 확정하여 놓은 절차를 통해서 획득된다. 헌법처럼 적용되어야 할 규범이 개방적이고 불확정적이며 추상적일수록 헌법재판소가 자기 재판에 구속력이 있다고 자부하고 그래야만 한다면 완결된 소송법이 필요하다. 따라서 '개방적' 헌법질서와 짝을 이루어야 하는 것은 개방적 소송법이 아니라 엄밀한 소송법이다. 헌법의 해석과 구체화는 실제로 공개적인 과정 속에서 이루어지고, 헌법재판소는 헌법 내용에 관한 담론에 참여한다. 그렇지만, 헌법소송법은 헌법재판소를 위해서 이 담론을 대화의 종점에서 헌법재판소의 구속력 있는 중국결정이 내려질 수 있는 방향으로 구조화하는 기능을 수행한다.²⁹⁾ 이러한 엄밀한 소송법은 헌법재판소법의 해석과 구체화를 통해서 완전하게 획득될 수 없다. 결국, 헌법을 바탕으로 그리고 헌법소송을 특성을 고려한 전제 아래 헌법재판소법의 빈틈이나 불명확한 부분을 민사소송법을 비롯한 다른 소송법을 준용하거나 변형하거나 필요한 때에는 새로운 내용을 추가하면서 그러한 엄밀한 소송법을 찾아나가야 할 것이다. 이것은 헌법재판소 중국결정의 본질이 '판결'이라는 점에서도 당연히 도출되는 결론이다.

IV. 맺음말 - 헌법재판소 중국결정의 본질에 따른 헌법재판 논의의 필요성

헌법재판소가 특별한 법원이라는 점에 대해서는 일부 소수견해가 있긴 하지만, 대체로 합의가 이루어진다. 그러나 헌법재판소 중국결정의 본질이 무엇인지에 대한 논의는 찾아 볼 수 없다. 헌법재판소 중국결정은 소송법적 의미의 법원이 청구인의 청구를 바탕으로 확정한 심판대상에 대해서 구체적 사실 확인과 그에 관한 헌법해석을 통해서 내리는 판단이다. 구체적 사실이 아니라 법규범이 소전제라는 특수성을 제외하면, 사법적 3단논법에 따라 법규범인 헌법을 대전제로 하고 하위법규범을 소전제로 하여 논리적 조작을 통해서 추리하고 판단하여 결론에 도달한다는 점에서는 일반사법재판과 다르지 않다. 그리고 헌법재판소

29) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht- Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., München 2007, Rdnr. 57.

중국결정은 헌법재판소법 제36조 제2항이 정한 형식에 따라 작성한 결정서를 통해서 선고되어 표시된다. 따라서 헌법재판소 중국결정은 법규범이나 정치적 결정이 아니고 (사법)재판이다. 그리고 헌법재판소 중국결정은 재판의 주체와 성립절차 등의 형식적 측면에서 재판 중 '판결'에 해당한다. 또한, 헌법소송법은 민사소송법과 비교하면 소송법의 본질에서 벗어나는 점을 찾을 수 없다. 민사소송법과 다른 헌법소송법의 내용은 주관소송인 민사소송과 객관소송인 헌법소송 사이의 차이에서 비롯되는 것이다. 게다가 헌법소송법의 특수성이라고 논의되는 내용은 행정소송법과 비교할 때에 헌법소송법만의 특수성이라고 보기도 어렵다. 따라서 소송법적 측면에서도 헌법재판소 중국결정의 판결성은 부정되지 않는다. 그러나 지금까지 헌법재판에 관한 논의에서, 특히 헌법소송법의 구체화와 헌법재판소 중국결정의 효력에 관한 논의에서 헌법재판소 중국결정의 판결성은 거의 고려되지 않았다. 그러나 다른 소송법과 마찬가지로 헌법소송절차는 헌법재판소 중국결정의 본질에 맞게 형성되어야 하고, 헌법재판소 중국결정의 효력은 그 본질에서 출발할 때에 올바르게 확정될 수 있다. 이러한 점에서 지금까지의 논의는, 특히 다른 소송법의 준용과 헌법재판소법 보충이나 보완은 헌법재판소 중국결정의 본질을 바탕으로 재검토되고 정리되어야 할 것이다.

주제어 : 헌법재판소 중국결정, 헌법소송법, 판결, 사법재판, 헌법재판소

참 고 문 헌

- 강현중, 『민사소송법(제6판)』, 박영사, 2004.
- 김철용, 「행정소송 총설」, 『주석 행정소송법』, 박영사, 2004, 1~35쪽.
- 류지태/박종수, 『행정법신론(제13판)』, 박영사, 2009.
- 민일영, 「제4절 재판」, 『주석 신민사소송법(III)』, 한국사법행정학회, 2004, 155~391쪽.
- 송상현/박익환, 『민사소송법(신정5판)』, 박영사, 2008.
- 이시윤, 『신민사소송법(제5판)』, 박영사, 2009.
- 정동윤/유병현, 『민사소송법(제3판)』, 법문사, 2009.
- 허영, 『헌법소송법론(제4판)』, 박영사, 2009.
- 허완중, 「헌법재판소결정의 확정력」, 『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 413~452쪽.
- 허완중, 「헌법재판에서 필요성이 의심되는 법률적 효력과 형성력에 의한 그 대체 가능성」, 『안암법학』 제28호, 안암법학회, 2009, 33~72쪽.
- 허완중, 「헌법재판소결정의 기속력」, 한국헌법판례연구회 4월 월례발표회, 2009. 4. 18., 1~36쪽.
- 허완중, 「헌법재판소결정의 선례적 구속력」, 『저스티스』 제110호, 한국법학원, 2009. 4., 5~28쪽.
- 허완중, 「헌법재판소의 지위와 민주적 정당성」, 『고려법학』 제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009. 12., 1~37쪽.
- 호문혁, 『민사소송법(제7판)』, 법문사, 2009.
- Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (콘라드 헷세, 계획열 옮김, 『통일독일헌법원론』, 박영사, 2001).
- Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht- Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., München 2007.
- Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980.

[Abstract]

Das Wesen des verfassungsgerichtlichen Enturteils

Heo, Wan-Jung

Privatdozent Dr. jur., Korea-Universität.

Das verfassungsgerichtliche Enturteil ist die durch die Bestätigung des konkreten Sachverhalts vom Gericht im prozessrechtlichen Sinne getroffene Entscheidung über den durch den Antrag von Antragsteller bestimmten Verfahrensgegenstand und die Verfassungsinterpretation darüber. Auch beim verfassungsgerichtlichen Enturteil wird, wie bei den anderen gerichtlichen Entscheidungen, nach Maßgabe eines richterlichen Syllogismus eine Norm als Obersatz ausgelegt und unter sie ein „Sachverhalt“ subsumiert. Nur auf der Seite, dass ein angerufener Gegenstand nicht ein konkreter Sachverhalt wie im Fall der allgemeinen Rechtsprechung, sondern hauptsächlich bei einem solchen Sachverhalt regelnde Norm ist, stimmt es nicht mit der gerichtlichen Entscheidung überein. Und es ist gemäß § 36 Abs. 2 KVerfGG schriftlich abzufassen, zu begründen und von den Richtern, die bei ihr mitgewirkt haben, zu unterzeichnen. Folglich ist das verfassungsgerichtliche Enturteil nicht eine Rechtsnorm oder eine politische Entscheidung, sondern eine gerichtliche Entscheidung. Es ist ein Urteil im Lichte der Formel. Im Vergleich zum Zivilprozessrecht weicht das Verfassungsprozessrecht nicht vom Wesen des Prozessrechts ab. Die Besonderheit des Verfassungsprozessrechts basiert auf dem Unterschied zwischen Zivilprozessrecht als Subjektprozess und Verfassungsprozessrecht als Objektprozess. Dazu ist sie keine eigene Besonderheit des Verfassungsprozessrechts im Vergleich zum Verwaltungsprozessrecht. Das

Prozessrecht negiert nicht, dass das verfassungsgerichtliche Enturteil ein Urteil ist.

Stichwörter : Verfassungsgerichtliches Enturteil, Verfassungsprozessrecht, Urteil, Gerichtliche Entscheidung, Verfassungsgericht